

2021년 신진학자학술대회 구조변동 시대의 국제법의 새로운 경향

2021년 3월 27일(토) 09:30 ~ 17:40

서울대학교 근대법학교육 100주년 기념관 최종길홀

주최 대한국제법학회, 한국해양과학기술원, 서울대학교 법학연구소,
국제경제법학회, 국제법평론회, 서울국제법연구원

2021년 신진학자학술대회

구조변동 시대의 국제법의 새로운 경향

| 일시 | 2021년 3월 27일(토) 09:30 ~ 17:40

| 장소 | 서울대학교 근대법학교육 100주년 기념관 최종길홀

| 방식 | 사회자, 발표자, 토론자 현장 참여 + 청중 줌(Zoom) 화상 연결 (연결 방법 별도 공지)

 전체사회: 김현정 연구이사 (연세대학교)

09:30 ~ 09:50	등록
09:50 ~ 10:00	개회사 이근관 교수 (대한국제법학회 학회장) 기념촬영

제1부 10:00 ~ 12:00

 사회 양희철 박사(한국해양과학기술원)

10:00 ~ 12:00	생태계기반 접근법과 BBNJ 국제문서 간 상호관계 연구 -지역기반관리수단을 중심으로- • 발표자 : 김대경 (한국해양수산개발원) • 토론자 : 이창열 (한국해양과학기술원)
	생물유전자원 및 관련 전통지식 무단이용의 규제를 위한 법적체제 구축: 동남아시아를 중심으로 • 발표자 : 김진엽 (명지대학교) • 토론자 : 서원상 (극지연구소)
	해양투기 규제범위의 확대와 CCS의 국가 간 이동에 관한 연구 • 발표자: 최영진 (강원대학교) • 토론자: 정진석 (국민대학교)
12:00 ~ 12:10	휴식
12:10 ~ 12:40	• 김부찬 교수 정년기념 논문집 봉정식 • 현민국제법학술상 및 신진학자 학술상 시상식 • 공로패 증정
12:40 ~ 14:00	중식

제2부 (Parallel session A) 14:00 ~ 17:40

 사회 이재민 교수(서울대학교)

14:00 ~ 16:00	미국이 추진한 FTA에서의 SPS 지역화 규정 연구 • 발표자: 강민지 (대외경제정책연구원) • 토론자: 유희진 (안양대학교)
	The 'Equivalent' Standard in WTO Arbitrations of Trade Remedy Disputes • 발표자: 김경화 (한국무역협회) • 토론자: 이길원 (성균관대학교)
	One Size Does Not Fit All: Structural Problems of Countervailing Currency Manipulation • 발표자: 김혜림 (서울대학교) • 토론자: 세르조드 사딕호드자예브 (KDI 국제정책대학원)
16:00 ~ 16:20	휴식
16:20 ~ 17:40	Cryptoassets: The Structural Coupling between Law and Technology towards the Configuration of B-Property and Its Relevance for the International Law • 발표자: Carolina Rios (VegaX Holdings/법무법인 세종) • 토론자: 이주형 (법원행정처)
	나고야의정서 이익배분체제의 디지털염기서열정보에 대한 적용에 관한 고찰 • 발표자: 이선 (고려대학교) • 토론자: 오선영 (송실대학교)

제2부 (Parallel session B) 14:00 ~ 17:40

 사회 이진규 교수(동아대학교)

14:00-16:00	The right of passage: Through the prism of enclaved territories • 발표자: Rustam Gaziev (Ministry of Foreign Affairs of Uzbekistan) • 토론자: 최지현 (제주대학교)
	한국의 자산동결 사건에 대한 연구 • 발표자: 백지열 (외교부) • 토론자: 정경수 (숙명여자대학교)
	중대한 인권침해 시 보편적 민사관할권을 통한 배상의 가능성 • 발표자: 송에스더 (고려대학교) • 토론자: 박배근 (부산대학교)
16:00 ~ 16:20	휴식
16:20 ~ 17:40	유엔장애인권리협약 제12조와 정신장애인의 법적능력 • 발표자: 이명화 (연세대학교) • 토론자: 이주영 (서울대학교)
	국제연맹규약의 위임통치제도에 대한 비판적 검토 • 발표자: 이서희 (고려대학교) • 토론자: 박현석 (홍익대학교)
17:40	폐회선언

인사말

존경하는 대한국제법학회 회원 여러분,

코로나 바이러스(Covid-19)로 온 세계가 어려움을 겪고 있습니다만, 따뜻한 봄 날씨와 화사한 목련꽃 망울은 지구와 인간의 생명력과 복원력을 상기시켜 주는 듯합니다. 전세계적 차원의 보건 위기 속에서도 대한국제법학회 회원 모든 분들께서 건안하시길 바랍니다.

우리 학회는 해방 후 결성된 법학 분야 학술단체 중에서 최선임임을 자랑으로 여기고 있습니다. 1953년 6월 결성되어 이제 2년 후면 창립 70주년을 맞이하게 됩니다. 그동안 우리 학회가 어려운 환경 속에서도 한국 국제법학의 굳건한 초석을 놓을 수 있었던 것은 선학들께서 헌신과 희생으로 길을 터주시고 국제법 연구에의 의욕과 사명감으로 가득찬 후학들이 그 길을 힘차게 걸어나갔던 덕분입니다. 인간의 삶과 마찬가지로 대한국제법학회라는 단체의 삶도 새로운 에너지와 생명력의 공급을 통해 활력을 유지하고 더 발전된 단계로 나아가는 것이라 믿습니다. 그러한 의미에서 대한국제법학회에서 매년 봄 개최하는 신진학자학술대회는 우리 국제법학계의 생동하는 학문적 에너지와 우리 학회의 지속적 생명력을 상징하는 ‘봄의 제전’ 이라고 해도 과언이 아닐 것입니다.

신진학자학술대회는 오전, 오후로 나누어 진행되는데 오전의 13분의 국제법의 신진기예들이 박사학위 논문을 작성하면서 축적한 학문적 내공과 잠재력을 선보일 예정입니다. 금번 학술대회는 코로나 위기로 인해 발표자, 토론자, 사회자 등은 현장에서 참여하지만 나머지 회원분들은 Zoom을 통해 참가하는 절충적 방식으로 진행되는 점을 너그럽게 헤아려 주시길 바랍니다. 신진학자학술대회는 오전, 오후로 나누어 진행되는데 오전의 제1부 순서는 해양법에 관한 전체 세션으로, 오후의 제2부 순서는 동시 진행 세션으로 진행됩니다. 우리 학회의 국제화라는 발전적 변화의 징표로서 이번 대회에는 두 분의 외국인 연구자의 발표가 예정되어 있습니다. 대한국제법학회의 장래를 짊어지고 나갈 신진학자들의 학계 ‘데뷔’ 에 참석하셔서 응원·격려해 주시고 아울러 신진학자들의 학문적 에너지로부터 신선한 자극을 받으시길 기대합니다.

신진학자학술대회에서 정년기념 논문집을 거행하면서, 김부찬 교수 정년기념 논문집 봉정식과 현민국제법학술상 및 신진학자 학술상 시상식도 개최됩니다. 김부찬 교수님께서 평생 국제법 연구와 교육에 헌신하면서 우리 학회 발전에 큰 공적을 남기셨습니다. 신진학자학술대회에서 정년기념 논문집 봉정식을 거행하면서 우리 학계의 선학과 후학 간의 조화와 계승의 중요성을 되새기는 것은 뜻깊은 일이라 생각합니다. 김부찬 교수님 정년기념 논문 봉정식과 학술상 시상식에 대한 회원분들의 관심과 참여를 부탁드립니다.

2021년 신진학자학술대회 제목(‘구조변동 시대의 국제법의 새로운 경향’)에서도 드러나듯이 지금 세계는 표면적 변화가 아니라 구조적 차원의 지각 변동을 겪고 있다고 해도 과언이 아닐 것입니다. 이러한 시대일수록 국제관계에서 평화의 문법을 창출하고 인류사회의 조화로운 발전을 강구한다는 국제법 연구자의 사명은 더욱 커질 것입니다. 학회 회원들께서 이번 대회를 통해 국제법 연구의 중요성을 새롭게 인식하고 아울러 험난한 대외적 도전에 직면한 한국 사회가 나아가야 할 길을 모색할 수 있기를 기대합니다.

금번 신진학자학술대회에서 발표, 사회, 토론을 맡아 주신 분들께 깊이 감사 드리며 또한 대회 준비를 위해 노고를 아끼지 않은 학회 관계자분들께도 감사 드립니다. 아울러 회원 여러분의 건강과 행운을 기원합니다.

2021. 3. 27.

대한국제법학회 회장 **이근관** 올림

Contents



🎙 전체사회: 김현정 연구이사(연세대학교)

제1부

🎙 사회 : 양희철 박사(한국해양과학기술원)

제1발표

생태계기반 접근법과 BBNJ 국제문서 간 상호관계 연구

9

– 지역기반관리수단을 중심으로 –

- 발표 : 김대경 (한국해양수산개발원)
- 토론 : 이창열 (한국해양과학기술원)

제2발표

생물유전자원 및 관련 전통지식 무단이용의 규제를 위한 법적체제 구축: – 동남아시아를 중심으로 –

37

- 발표 : 김진엽 (명지대학교)
- 토론 : 서원상 (극지연구소)

제3발표

해양투기 금지범위의 확대와 CCS의 국가간 이동에 관한 연구

75

- 발표 : 최영진 (강원대학교)
- 토론 : 정진석 (국민대학교)

제2부(A)

사회 : 이재민교수(서울대학교)

제1발표

미국이 추진한 FTA에서의 SPS 지역화 규정연구

95

- 발표 : 강민지 (대외경제정책연구원)
- 토론 : 유희진 (안양대학교)

제2발표

The 'Equivalent' Standard in WTO Arbitrations of Trade Remedy Disputes

123

- 발표 : 김경화 (한국무역협회)
- 토론 : 이길원 (성균관대학교)

제3발표

One Size Does Not Fit All:

Structural Problems of Countervailing Currency Manipulation

151

- 발표 : 김혜림 (서울대학교)
- 토론 : 세르조드 사딕호드자예브 (KDI 국제정책대학원)



🎤 전체사회: 김현정 연구이사(연세대학교) _____

제2부(A)

🎤 사회 : 이재민교수(서울대학교)

제4발표

Cryptoassets: The Structural Coupling between Law and Technology towards the Configuration of B-Property and Its Relevance for the International Law

187

- 발표 : Diana Carolina Rios Florez (법무법인 세종/VegaX Holdings)
- 토론 : 이주형 (법원행정처)

제5발표

나고야의정서 이익배분체제의 디지털염기서열정보에 대한 적용에 관한 고찰

269

- 발표 : 이 선 (고려대학교)
- 토론 : 오선영 (숭실대학교)

제2부(B)

사회 : 이진규교수 (동아대학교)

제1발표

The right of passage: Through the prism of enclaved territories

295

- 발표 : Rustam Gaziev (Ministry of Foreign Affairs of Uzbekistan)
- 토론 : 최지현 (제주대학교)

제2발표

한국의 자산동결 사건에 대한 연구

309

- 발표 : 백지열 (외교부)
- 토론 : 정경수 (숙명여자대학교)

제3발표

중대한 인권침해시 보편적 민사관할권을 통한 배상의 가능성

327

- 발표 : 송에스더 (고려대학교)
- 토론 : 박배근 (부산대학교)



🎤 전체사회: 김현정 연구이사(연세대학교) _____

제2부(B)

🎤 사회 : 이진규교수 (동아대학교)

제4발표

유럽장애인권리협약 제12조와 정신장애인의 법적능력

351

- 발표 : 이명화 (연세대학교)
- 토론 : 이주영 (서울대학교)

제5발표

국제연맹규약의 위임통치제도에 대한 비판적 검토

379

- 발표 : 이서희 (고려대학교)
- 토론 : 박현석 (홍익대학교)



제1부 : 제1발표

생태계기반 접근법과 BBNJ 국제문서 간 상호관계 연구

– 지역기반관리수단을 중심으로 –

발표 : 김대경 (한국해양수산개발원)

토론 : 이창열 (한국해양과학기술원)

大韓國際法學會

생태계기반 접근법과 BBNJ 국제문서 간 상호관계 연구

- 지역기반관리수단을 중심으로 -

김 대 경

한국해양수산개발원 전문연구원

목 차

- I. 서 론
- II. 국제법상 생태계기반 접근법과 BBNJ 국제문서
 - 1. 생태계기반 접근법
 - 2. BBNJ 국제문서 논의경과
 - 3. BBNJ 국제문서상 생태계기반 접근법의 발현
- III. 생태계 보존과 지속가능한 이용 간의 조화: BBNJ 협력 메커니즘
 - 1. BBNJ 협력 메커니즘의 이해
 - 2. BBNJ 국제문서 초안에 대한 적용
- IV. 결 론

I. 서 론

2000년대 초반 불법·비보고·비규제(Illegal Unreported and Unregulated: 이하 ‘IUU’)어업, 파괴적인 어업관행, 해양과학조사, 해양투기 등 국가관할권 이원지역(Areas Beyond National Jurisdiction: 이하 ‘ABNJ’)에서 일어나는 인류의 다양한 해양이용행위가 해양생물다양성과 생태계에 위협요인으로 작용한다는 문제가 제기되었다. 이를 해결하고자 국제사회는 2006년부터 ‘ABNJ 해양생물다양성(Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction: 이하 ‘BBNJ’)의 보존 및 지속가능한 이용’이란 표제로 범구속력이 있는 문서를 개발하는 작업을 진행 중이다. 최근 2018년부터 현재까지 UN해양법협약의 “세 번째 이행협정”을 성안하기 위한 BBNJ 정부간회의(Inter-Governmental Conference(IGC))¹⁾가 진행되고 있

1) Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the

다.2) 현재까지 3차례의 정부간회의가 개최되었으며, 2020년 상반기 개최 예정이었던 제4차 정부간회의가 COVID-19의 영향으로 인해 무기한 연기되고 있는 실정이다. 마지막 정부간회의를 남겨둔 현재 시점에서 UN BBNJ 국제문서 개발에 관한 논의가 나아가야 할 방향을 모색해 볼 필요가 있다.

BBNJ 국제문서 논의는 IUU어업 문제를 시발점으로 두고 있다는 점에서도 알 수 있듯이 공해상 어업 관리레짐 논의와도 깊은 연관성을 가진다. 특히 후기산업화 시대 이후 단일종 중심(single-species based approach)의 전통적인 어업관리방식으로부터 전체 생태계를 고려한 ‘생태계기반 접근법(ecosystem-based approach)’으로 관리방식을 전환할 필요성은 현대 국제법상 BBNJ 논의와 맞물려 있다. 그 중에서도 생태계기반 접근법과 가장 연관성이 높은 핵심의제인 ‘지역기반관리수단(Area-Based Management Tools, including Marine Protected Areas)’을 논의하는 데 있어 국가 간 가장 첨예한 입장대립을 노정하여 왔던 국제협력 메커니즘의 설정문제에 대한 밀도 높은 고찰이 요구된다. 왜냐하면 동 메커니즘은 기존의 정치적 또는 산업적 기준에 따라 각 섹터별로 관리되어 왔던 해역을 생태계를 기반으로 관리구역을 설정함으로써 일종의 패러다임 전환을 제공하기 때문이다. 동시에 지역기반관리수단에 관한 국제협력 메커니즘은 곧 BBNJ 전체를 관통하는 협력 메커니즘이자, 새로운 BBNJ 국제문서와 기존의 관련 국제법문서 및 국제기구 – 지역수산기구(regional fisheries bodies)를 포함하여 – 간의 관계를 규율하는 핵심 사항이다. 본고에서는 국제법상 생태계기반 접근법의 개념과 동 접근법이 BBNJ 국제문서에서 어떻게 발현되고 있는지를 확인함으로써 양자 간의 관계를 살펴본다. 그리고 BBNJ 국제문서 문언협상(text-based negotiation)작업에 있어 차기 제4차 정부간회의에서 논의될 예정인 협정문초안상의 관련 조문을 분석함으로써 국가들 간 상이한 입장을 반영하고 있는 세 가지의 국제협력 메커니즘이 동 초안에 어떻게 반영되어 있는지를 검토한다. 이를 토대로 ABNJ에서의 생태계기반 접근법의 효과적인 이행을 지원하기 위해 향후 BBNJ 국제문서의 성안과정이 나아가야 할 방향을 제시하고자 한다.

II. 국제법상 생태계기반 접근법과 BBNJ 국제문서

Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (General Assembly resolution 72/249).

- 2) 현재까지 마련된 UN해양법협약의 이행협정으로는 1994년 채택된 “1982년 12월 10일자 해양법에 관한 국제연합협약의 제11부 이행에 관한 협정(Agreement relating to the Implementation of Part XI of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982)” 1995년 채택된 “UN공해어업협정(Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 Relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks)”이 있다. 다만 아직까지 새로운 BBNJ 국제문서가 이행협정의 형식으로 채택될 것인지는 논의되지 않았으나, 많은 학자들과 회의에 참석한 국가들이 이를 ‘UN해양법협약의 세 번째 이행협정(implementing agreement(IA))’로 비유하고 있다.

1. 생태계기반 접근법

‘생태계(ecosystem)’란 유기체의 집합에서 나아가 생물군계(biome)의 환경을 형성하는 물리적 요소(서식지 요소)의 집합체까지 포함하는 하나의 전체 체계(system)이다.³⁾ 즉 생물공동체와 환경이 상호작용하는 집합체인 동시에 생물요소와 비생물요소, 그리고 그 양자 간의 상호작용으로 구성되는 것이다. 따라서 생태계는 지구상에 다양한 종류와 규모로 존재하며, 유동적인 평형과 안정을 유지하기 위한 고도의 구조로 이루어진다.⁴⁾ 이러한 개념은 1935년 등장한 이후 다양한 연구를 거쳐 ‘생태학(ecology)’이라는 학문적 범주화를 통해 1970년대 후반부터 과학자들 사이에서 본격적으로 수용되기 시작하였다.⁵⁾ 건강한 생태계란 환경적인 질이 높고, 서식지 구조가 온전하며, 생물다양성의 전 범위가 장기적으로 유지되는 곳이다.⁶⁾ 이를 고려하는 생태계기반 접근법은 단순히 생태계의 세부적인 요소를 고려하는 데서 나아가 전체 생태계의 구조와 기능의 보전을 강조하는 보존적인 개념이다. 다시 말해 생태계기반 접근법은 인간의 활동에 있어서 단일종 중심적인 접근법(single-species based approach)에 기반한 기존의 관리관행에서 간과되어 왔던 중요한 환경의 요소 및 상호연관성을 고려하는 것이다.

현대 환경관리에서 생태계기반 접근법의 필요성을 인정하는 견해가 일반적임에도 불구하고 동 접근법의 법적인 개념에 대하여는 보편적으로 합의된 형식적인 정의가 존재하지 않는다. 물론 이 개념은 다양한 환경기구들과 환경레짐들을 통한 상이한 해석을 거치면서 점차 진화하여 왔다.⁷⁾ 생태계기반 접근법에 관한 논의는 기존에 전통적으로 행해지던 분야별 접근법을 통한 자원관리가 한계에 봉착하면서 이를 극복하고자 시작되었다.⁸⁾ 당시 법률들은 다양한 분야별 자연자원 - 예를 들어, 수자원, 대기, 토양, 동물, 멸종위기종 등 자원단위 뿐 아니라 산림이나 습지, 초원 등과 같은 특정 지역단위까지 - 을 보호하는 규정을 마련하고 있었지만 전 세계적으로 심화되는 생태계 황폐화를 막기에는 역부족이었다. 2005년 밀레니엄생태계평가(Millennium Ecosystem Assessment) 보고서에서도 이와 유사한 차원의 한계가 역설되었으며,⁹⁾ 이러한 경향 가운데 생태계의 급격한 파괴를 막기 위하여 전체적인 거버넌스를 고려하는 접근법의 필요성이 인정되었다.

해양환경보호를 위한 인간 활동의 관리에 있어 생태계기반 접근법이 규범적 개념을 가지고 국제문서에 처음 등장한 것은 1980년 남극해양생물자원보존협약(CAMLR)부터다.¹⁰⁾ 그럼에도 불구하고 1982년

3) A. Tansley, “The Use and Abuse of Vegetation Concepts and Terms”, *Ecology* 16 (1935), pp. 284-307, at 299.

4) *Ibid.*

5) F. Golley, “The Ecosystem Concept: A Search for Order”, *Ecological Research* 6 (1991), pp. 129-38, at 131.

6) A. Rosenberg, R. Trumble, J. Harrington, O. Martens, and M. Mooney-Seus, *High Seas Reform: Actions to Reduce Bycatch and Implement Ecosystem-Based Management for the Northwest Atlantic Fisheries Organization*, prepared for WWF-Canada by MRAG Americas, Inc. (Florida: Tampa, 2006), p. 7.

7) V. De Lucia, *The Ecosystem Approach in International Environmental Law - Genealogy and Biopolitics*, (Routledge, 2019), pp. 57-62.

8) S. Kidd, A. Plater, and C. Frid, *The Ecosystem Approach to Marine Planning and Management* (New York: Routledge, 2011), p. 1.

9) Millennium Ecosystem Assessment, *Ecosystems and Human Well-being* (Washington, DC: Island Press, 2005), p. 1.

UN해양법협약은 동 접근법을 암시적인 수준으로 규정하고 있을 뿐이다. 즉 UN해양법협약은 어로활동 시 “어획되는 어종에 연관되거나 종속되는 어종의 자원량의 생산량이 중대하게 위태롭게 되지 아니할 수준 이상으로 유지·회복하기 위하여 연관어종이나 종속어종에 미치는 영향”을 고려하도록 규정함으로써 어획대상종 뿐 아니라 그 주변종까지 고려대상범위를 확대하고 있다.¹¹⁾ 이처럼 UN해양법협약이 생태계기반 접근법의 이행을 조문에 명시적으로 규정하고 있지는 않지만, 여전히 동 접근법의 적용을 위한 해석의 여지를 제공하고 있다. 이러한 공백은 향후 구체적인 지침이나 기타 관련 국제법문서 및 soft law¹²⁾ 등을 마련함으로써 보충될 것이며, 그 중에서도 현재 작업 중인 BBNJ 국제문서가 적지 않은 역할을 할 것으로 예상된다.

사실 국제법적 차원에서의 생태계기반 접근법은 1992년 생물다양성협약(CBD)의 틀 내에서 상당 부분 발전하였다. 동 협약은 용어정의 조항(제2조)에서 생태계의 개념을 제시하였을 뿐 아니라 생태계 및 천연서식지의 보호와 개체군의 유지, 보호지역에 대한 고려 등 관련사항을 광범위하게 망라하고 있다.¹³⁾ 또한 생태계기반 접근법에 관한 설명과 그 적용을 위한 12개 ‘말라위 원칙’과 그 운영지침은 당사국들에게 동 접근법의 실행을 위한 큰 틀을 제공하는 동시에 국제법적 해석과 적용을 지원하는 데 중요한 역할을 한다.¹⁴⁾ 이후 해양환경의 보호 및 관리에 있어 기존의 파편화된 분야별·수역별 관리방식에 한계가 드러남에 따라 생태계기반 접근법이 수산 뿐 아니라 산림이나 농업 등 다양한 분야의 문서에서 널리 받아들여지기 시작하였다. ‘해양생태계에 있어 책임있는 어업에 관한 2001 레이카비크 선언’,¹⁵⁾ 2002년 지속가능한 개발을 위한 정상회담(WSSD)의 ‘요하네스버그 이행계획(JPOI)’,¹⁶⁾ 생물다양성협약의 ‘생물다양성 전략계획 2011-2020’ 및 ‘아이치목표(Aichi targets)’,¹⁷⁾ 리우+20의 ‘The future we want’,¹⁸⁾ 기타 관련 UN총회결의¹⁹⁾ 등은 생태계기반 접근법을 명시하고, 이를 효과적으로 적용하기 위한 노력을 국가들로 하여금 요청하고 있다.

10) Convention on the Conservation of Antarctic Marine Living Resources (CAMLR Convention), 20 May 1980, UNTS 1329, article 2 (3)(c) 남극해양생물자원의 지속적 보존을 가능하게 하기 위하여 어획에 따른 직접 및 간접적 영향, 외래종의 도입이 미치는 영향, 연관활동이 해양생태계에 미치는 영향에 관하여 이용가능한 지식의 행편을 고려하여, 20년 또는 30년에 걸쳐 잠재적으로 회복될 수 없는 해양생태계에 있어서의 변화를 방지하거나 또는 변화 위험성을 최소화할 것.

11) Convention on the Law of the Sea (UNCLOS), Dec. 10, 1982, 1833 UNTS 397, article 61 (2); 동 협약 제119조도 제61조 (EEZ)와 유사한 방식으로 공해상 어로활동 시 연관종이나 종속종 등을 고려하도록 규정하고 있다.

12) soft law는 연성법이라고 번역되기도 하지만 국내법상 연성법이라 함은 법개정 절차의 곤란성을 기준으로 경성법과 비교되는 개념으로 사용하고 있기 때문에 혼동의 여지가 있으므로 법의 구속력을 기준으로 hard law에 대비되는 soft law라는 영문식 표현을 그대로 표기하였다. 이재곤, “국제환경법에 있어서의 ‘소프트 로 (Soft Law)”, *법학연구* 제8권 1호, 충남대학교 법학연구소 (1997), p. 86.

13) The Convention on Biological Diversity of 5 June 1992, 1760 UNTS 69, article 8.

14) UNEP/CBD/COP/4/9; UNEP/CBD/COP/5/23.

15) Reykjavik Declaration on Responsible Fisheries in the Marine Ecosystem (Reykjavik Declaration), *Journal of International Wildlife Law & Policy* 4 (2001), pp. 295-98.

16) Plan of Implementation of the World Summit on Sustainable Development, https://www.un.org/esa/sustdev/documents/WSSD_POI_PD/English/WSSD_PlanImpl.pdf (검색일: 2021.03.10.)

17) UNEP/CBD/COP/10/2.

18) A/RES/66/288, para. 158.

19) A/RES/61/222, para. 119 (b); A/RES/62/215, para. 99 (b); A/RES/63/111, para. 117 (b).

그러나 상기 soft law문서를 통해 이행되고 적용되어온 바에 비하면 생태계기반 접근법의 규범적 내용은 여전히 상대적으로 약하고 불명확한 것으로 여겨진다.²⁰⁾ 무엇보다도 동 접근법은 과학적 불확실성으로 인해 그 의미가 매우 복잡하고 모호하여 국제법상 보편적으로 합의에 이른 명확한 정의(definition)가 없다. 때문에 생태계기반 접근법은 일련의 비구속적인 soft law원칙의 형태로 발전해 올 수밖에 없었으며, 자연히 그 규범적 내용은 실제 적용 뿐 아니라 국가에 대한 의무부와 측면에서 강도가 약하고 불명확할 수밖에 없었다. 이로 인해 동 접근법은 법학자들의 관심의 대상에서 벗어나 왔다. 이러한 양상은 생태계기반 접근법과 아주 밀접하게 연관되어 있는 사전주의 접근법(precautionary approach)에 대한 관심과는 상당히 대조적이다.

생태계에 관한 연구가 과학연구 전반에 걸쳐 많은 발전을 이룩하여 왔음에도 불구하고, 어업관리 분야에 있어서는 그 흐름에 합류하지 못한 채 ‘단일종기반 접근법’에 집중하는 경향이 있었다. 이러한 접근법은 결국 지속가능한 어업을 방해하고 지구어업자원의 붕괴를 가져올 것이라는 문제점이 다양한 연구결과를 통해 나타났다.²¹⁾ 해양환경보호 분야에서 더욱 문제가 되는 것은 생태계에 기반한 경계선과 국제해양거버넌스레짐의 간극이 존재한다는 점이다. 즉, 국제해양법에 따른 법정정책적 경계선과 생태계 특성에 따른 경계선이 일치할 수 없다는 점은 차치하더라도 기존의 지역별·분야별로 파편화하고 분산된 국제해양거버넌스 구조는 생태계기반 접근법의 효과적인 이행을 저해한다.²²⁾ 이를 두고 CBD 당사국들은 생태계기반 접근법의 완전한 적용을 ‘가공할 임무(formidable task)’라고 일컫기도 하였다.²³⁾

생태계기반 접근법은 ABNJ 내 어업관리레짐에서도 soft law원칙과 가이드라인으로서의 지위가 발현되고 있다. 1991년 UN총회는 공해상 유자망 사용에 관한 모라토리엄을 포함한 다수의 결의를 채택하였고, 그에 따라 다수국가들과 정부간기구들이 이를 이행하기 위한 노력을 거듭함으로써 국가실행을 점진적으로 형성하고 있다.²⁴⁾ 연승어업에 있어서도 이 같은 soft law원칙에 따라 FAO는 바닷새 및 상어 혼획을 최소화하기 위한 국제행동계획과 바다거북을 위한 가이드라인을 개발하였다.²⁵⁾ 물론 해당문서들은 자발적인 성격을 가지는 데 그치나, 이들은 UN해양법협약과 UN공해어업협정상 관련규정을 이행함에 있어 국가들에게 지침을 제공한다. 저층트롤은 해산이나 냉수대산호와 같은 취약해양생태계에 부정적인 영향을 미침에도 불구하고 국가들은 아직 공해상에서의 사용을 명시적으로 금지하고 있지는 않다.

20) Y. Tanaka, *The International Law of the Sea* (Cambridge University Press, 2019), pp. 303-06.

21) 예를 들어, 지속가능하지 않은 어업으로 인해 1971년에는 안초베타(Peruvian anchoveta) 어족자원이 붕괴되기도 하였으며, 1980대 후반에서 1990년대 초반 사이에는 어업관리 부족으로 인한 과잉어획으로 캐나다 동부 연안과 뉴잉글랜드 해역에서 대구 자원의 붕괴가 발생한 바 있다. D. Pauly, V. Christensen, S. Guénette, T. Pitcher, U. Sumaila, C. Walters, R. Watson, and D. Zeller, “Towards Sustainability in World Fisheries”, *Nature* 418 (2002), pp. 689-95.

22) J. Harrison, *Saving the Oceans through Law: The International Legal Framework for the Protection of the Marine Environment*, 1st ed. (Oxford: Oxford University Press, 2017).

23) CBD-COP Decision IX/7 (2008), preamble, para. (f).

24) UNGA Resolution A/RES/46/215 (1991).

25) <http://www.fao.org/fishery/ipoa-seabirds/about/en/>; <http://www.fao.org/ipoa-sharks/background/about-ipoa-sharks/en/> (검색일: 2020.08.22.); UNGA Resolution A/RES/61/105 (2006).

그러나 저층트롤어업의 부정적인 영향으로부터 취약해양생태계를 보호하기 위한 국제사회의 현재 움직임은 관습법적 규칙을 형성해 가는 경향을 보이는 것으로 해석될 수 있다.²⁶⁾

이렇듯 생태계기반 접근법이 soft law로서 국제환경법 상 환경관리를 위한 가이드라인을 제시하고 있다는 점은 분명하다. 이 흐름을 볼 때 동 접근법의 국제법적 발전에 대한 지속적인 관심의 필요성은 부인할 수 없다. 동시에 현재 진행 중인 BBNJ 협상은 국가들이 생태계기반 접근법의 한계를 극복해 나갈 돌파구가 될 것으로 기대되고 있다.

2. BBNJ 국제문서 논의경과

국가관할권 이원지역에서의 해양생물다양성(BBNJ) 문제가 구체적으로 논의되기 시작한 것은 2004년 ‘제5차 해양 및 해양법에 관한 유엔 비공식회의’부터다. 이 논의는 ABNJ에서의 해양생물다양성과 생태계에 대한 인류의 지식은 제약적인데 반해 IUU어업 및 파괴적 어업관행, 항행, 해양과학조사, 해저관선 및 해저 케이블의 설치, 해양투기 등 인류의 다양한 해양이용활동으로 인해 해양생물다양성과 생태계에 위협요인으로 작용하고 있다는 지적에서 비롯되었다. 그 결과 2004년 UN총회결의 A/RES/59/24의 채택을 계기로 ABNJ에서의 인간활동이 사회경제적, 환경적으로 어떤 영향을 미치는가에 대한 논의가 본격화하였다.²⁷⁾

2006년부터 2015년까지 9차례에 걸쳐 국가관할권 이원지역의 해양생물다양성 보존과 관련된 문제를 논의하는 비공식작업반²⁸⁾ 회의가 진행되었다. 동 회의의 목적은 BBNJ의 보존과 지속가능한 이용에 관한 다양한 이슈에 관해 논의하는 것이었다.²⁹⁾ 회의 초기에는 심해저 유전자원과 저층트롤어업, 해양과학조사를 중심으로 논의되었다. 특히, 이 당시 논의는 ABNJ에서의 해양유전자원이 심해저 자원과 마찬가지로 ‘인류공동의 유산(common heritage of mankind)’³⁰⁾에 해당한다고 주장하는 개도국과 UN해양법 협약에 따른 ‘공해의 자유(freedom of the high seas)’를 주장하는 선진국 간의 입장충돌에 초점이 맞춰졌다. 이후 논의의 범위가 점차 넓어짐에 따라 ABNJ에서 인간활동이 해양생물다양성에 미치는 영향, 국가 및 관련 기구 간 협력, 해양유전자원, 해양보호구역, 현존하는 거버넌스 및 규범 상호간 간극의 존부와 해결방안 등 다양한 이슈가 다루어졌다. 그 결과 국가들은 i) 해양유전자원, ii) 지역기반관리수단, iii)

26) UNGA Resolution A/RES/61/105 (2006), para. 83; UNGA Resolution A/RES/64/72 (2009), para. 119; A/RES/66/68 (2011), para. 129.

27) UNGA Resolution A/RES/59/24.

28) *Ad Hoc* Open-ended Informal Working Group to study issues relating to the conservation and sustainable use of marine biological diversity beyond areas of national jurisdiction(이하 ‘비공식작업반’). 비공식작업반회의는 UN총회 결의 A/RES/59/24 (UNGA-59/2004. 1. 17) 제73항에 근거하여 설치되었다.

29) UNGA, A/RES/62/66/Add.2 (2007.9.10.), p. 6.

30) 인류공동의 유산의 국제법적 개념에 대한 자세한 내용은 최태현, “인류 공동 유산 개념의 법적 의미, ’ 법학 논총 제14집, 한양대학교 (1997), pp. 193-216 참고.

환경영향평가, iv) 역량강화 및 해양기술이전 등 네 가지 주요이슈를 패키지로 논의하는 방식(package deal)으로 UN해양법협약 체제 하의 새로운 법적 구속력 있는 국제문서로서 개발하자는 데 합의하였다.³¹⁾

2015년 UN총회결의 A/RES/69/292에 따라 비공식작업반을 대체하는 차기 회의체로 BBNJ 준비위원회(PrepCom)³²⁾가 설치되었다. 준비위원회는 2016년부터 2017년까지 4차례에 걸쳐 BBNJ 국제문서에 포함될 구성요소를 광범위하게 논의하였다. 준비위원회는 비공식작업반의 논의결과를 기초로 2017년 UN총회에 제출할 UN해양법협약하의 법적 구속력 있는 국제문서의 범위(지역수산물관리기구), 구성요소(elements), 실현가능성(feasibility) 등에 대한 국가들의 전반적인 입장을 수렴하고자 하였다. 그러나 동 위원회에서 해양유전자원, 지역기반관리수단, 환경영향평가, 능력배양 및 해양기술이전, 교차이슈(cross-cutting issues) 등 이슈 전반에 대해 선진국과 개도국 간 입장차이는 좁혀지지 않았으며, 대다수의 쟁점사항은 추가적인 논의가 필요한 사항으로 분류되었다.³³⁾ 그럼에도 불구하고 2017년 UN총회는 결의 A/RES/72/249를 통해 다음 해부터 협정문의 작성을 위한 본격적인 정부 간 협상에 들어가기로 결정하였다.³⁴⁾

이에 따라 2018년부터 UN해양법협약의 세 번째 이행협정을 성안하기 위한 BBNJ 정부간회의(IGC)가 진행되고 있다. 현재까지 3차례의 정부간회의가 개최되었으며, 2020년 상반기 개최 예정이었던 제4차 정부간회의가 COVID-19의 영향으로 인해 무기한 연기되고 있는 실정이다. 정부간회의는 본격적인 문언 기반협상(text-based negotiation)에 근거하여 진행되고 있으며, 국가들은 동 회의에서 협정문의 각 조문에 들어갈 세부적인 내용을 구체적으로 협상 중에 있다. 다만 이 4차례의 정부간회의가 BBNJ 협정문의 최종성안으로 직결될 수 있을지는 좀 더 추이를 지켜봐야 할 것이다.

3. BBNJ 국제문서상 생태계기반 접근법의 발현

UN BBNJ 논의는 IUU어업을 포함한 파괴적인 어업관행과 항행, 해저활동 등 인류의 무차별적 해양이

31) UNGA, A/RES/66/119; UNGA, A/RES/69/292.

32) Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (PrepCom).

33) United Nations Division of Ocean Affairs and the Law of the Sea (DOALOS), 'Report of the Preparatory Committee established by General Assembly resolution 69/292: Development of an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of area beyond national jurisdiction (Advance, unedited version)', A/Ac.287/2017/PC.4/2, http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Procedural_report_of_BBNJ_PrepCom.pdf (검색일: 2020.12.01.)

34) 박수진, 김대경, 김주현, 이해영, 안지은, 『유엔 BBNJ 신 공해질서에 대응한 정책방안 연구』(한국해양수산개발원, 2019), pp. 16-23.

용행위로 인한 문제의식이 시초가 되었다. 따라서 BBNJ문서 개발에 관한 논의과정의 기저에는 ABNJ 해양생태계 및 생물다양성의 보호 개념이 자리잡고 있다. 동 국제문서의 지도원칙 및 접근법(guiding principles and approaches)에 관한 논의에서 우리나라를 비롯한 대부분의 국가들이 최선의 과학기반(based on best available science), 사전주의(precautionary) 접근법/원칙과 함께 생태계기반 접근법을 구성요소로 포함하는 것에 동의하였다.³⁵⁾ 중국도 UN해양법협약 전문에 명시된 상호연관성(inter-related)을 제시하면서, 통합적인 생태계기반관리와 조정 및 협력의 원칙의 중요성을 역설하였다.³⁶⁾ 특히 해수면상승을 포함한 복합적 해양환경문제로 현실적인 피해에 직면하고 있는 소도서국가들을 중심으로 해양생태계에 관한 고려를 필수원칙으로 설정하고자 하는 입장이 노정되었다. 소도서국가연합(Association of Small Island States: 이하 ‘AOSIS’)을 대표하여 몰디브는 ‘해양생태계의 복원(restoration) 및 회복력(resilience)에 대한 기여를 동 국제문서의 주요 목적으로 제안하였고, 마이크로네시아는 지역기반관리수단의 용어정의에 있어 생태계기반 접근법에 기초한 전체적(holistic) 관리라는 요소가 내재되어야 함을 강조하였다.³⁷⁾ 나아가 캐나다는 생태계기반 접근법이 비단 지역기반관리수단에만 적용되는 사항이 아니라 BBNJ 협정문 전체에 적용되는 사항임을 주지시키기도 하였다.³⁸⁾ 이처럼 생태계기반 접근법을 BBNJ 국제문서의 근간에 내세우고자 하는 국가들의 노력은 지속되고 있다. 이는 현대 국제사회에서 동 접근법의 규범적 필요성에 대한 국가들의 공통된 인식이 점차 형성되어가고 있다는 점을 나타내는 동시에 동 접근법이 국제환경법문서의 형성과정에서 어떻게 발현되고 있는지를 보여주는 본보기가 되고 있다.

구체적으로 현재 논의 중인 BBNJ 협정문 초안을 살펴보면 생태계기반 접근법을 명시적으로 채택하고 있는 규정을 확인할 수 있다. 즉 해양생물다양성의 보존 및 지속가능한 이용에 관한 일반목적(협정초안 제2조) 조항은 차치하더라도 일반원칙 [및] [접근법]에 관한 제5조 제(f)항과 지역기반관리수단의 목적에 관한 제14조 제(e)항에 ‘생태계기반 접근법’이 명시적으로 포함되어 있다.³⁹⁾ 게다가 동 제5조 제(f)항은 국가들 간 의견수렴이 이루어진 조항으로 제시되어 있다는 점을 볼 때 BBNJ 국제문서가 생태계기반 접근법과 밀접한 상호연관성을 가지고 있다는 점에는 의심의 여지가 없는 것으로 보인다.

한편 국제해양법상 생태계기반 접근법은 어업자원의 관리에 관한 규범 - 예를 들어, EEZ 및 공해상 어로활동을 규정한 UN해양법협약 제61조 및 제119조, 공해어족자원의 관리를 위한 1995년 UN공해어업협정, 기타 지역수산물관리기구협약 등 - 을 중심으로 발전하여 왔다고 해도 과언이 아니다. 다시 말해 해양생태계 보존에 관한 현존하는 국제규범에 있어서 생태계기반 어업관리가 차지하는 역할은 매우 크다. 그러나 역설적이게도 지금껏 동 접근법을 발전시켜 왔던 어업관리레짐의 존재가 오히려 새로운

35) BBNJ PrepCom2, Verbatim note, 26 August-9 September 2016.

36) Ibid.

37) BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

38) BBNJ IGC3, Verbatim note, 19-30 August 2019.

39) 동 문서는 정부간회의 의장의 판단에 따라 국가들 간 이견이 노정된 조항 또는 용어를 브라켓([,])으로 처리하고 있는바, 동 브라켓이 표기되지 않은 조문에 대하여는 국가들 간 의견이 수렴된 것으로 간주될 수 있다. 물론 이 경우에도 의장은 조문이 완전히 확정된 것은 아니기 때문에 향후 논의를 통해 추가적인 수정이 가능하다는 점을 동 문서에서 명시하고 있다.

BBNJ 국제문서와의 충돌가능성에 대한 우려로 인하여 그 개발의 속도를 늦추고 있다. 즉 생태계기반 접근법의 채택에 있어 국가들 간에 어느 정도의 공감대가 형성되었음에도 불구하고, 공해어로활동을 근본적으로 BBNJ 국제문서의 적용범위에 포함할지에 대해서는 국가들의 견해가 나뉘고 있다. 실제로 G77과 중국, EU, 미국 등은 동 문서에서 어로활동을 다루지 않는다면 문서의 기능이 미미할 것이라는 입장을 표명한 반면 아이슬란드, 일본, 러시아 등은 수산은 기존체제에 따라 관리가 가능하므로 동 문서의 적용대상범위에서 제외시켜야 한다고 주장하였다.⁴⁰⁾

수산의 적용여부에 관한 이러한 쟁점은 해양유전자원(Marine Genetic Resources) 이슈로 확대되었다. 이익공유의 대상이 되는 해양유전자원의 물적 범위에 어류(fish)가 포함되는지 여부에 대하여 국가 간 이해관계가 대립하였다. 자마йка와 남아공을 포함한 대부분의 개도국들은 해양유전자원에 어류가 포함되어야 한다고 주장한 반면에 일본, 칠레, 아이슬란드, 미국, 러시아, EU, 우리나라 등 주요 수산업국가들은 어류와 수산유전자원(fishing resources 또는 fish used for their genetic properties)간 구분의 필요성을 제시하였다. 특히 일본은 해양유전자원의 범위에서 상품으로서의 어류(fish as commodities)는 제외되어야 함을 명시하였으며,⁴¹⁾ 러시아는 UN해양법협약상 인류공동유산의 원칙은 심해저 광물자원에 한해 적용되므로 어류는 이익공유의 대상이 아님을 주장하였다. 러시아는 또한 동 협약에 따라 어획과 해양과학조사는 자유롭게 수행되어야 함을 강조하였다.⁴²⁾

결과적으로 수산의 적용문제는 여전히 미결사항으로 남아 현재 협정초안문의 해양유전자원과 지역기반관리수단과 관련된 규정에서 각각 다루어지고 있다. 그러나 해양생물다양성과 생태계의 보호를 위한 논의에서 수산을 완전히 배제하자는 주장은 - EU와 미국 등이 제시하였듯이 - 그 타당성과 문서의 합목적성 측면에서 받아들여지기는 어려울 것이다. 더욱이 BBNJ의 핵심쟁점 중 하나인 ‘현존하는 관리의 간극 보충을 논의함에 있어 동 관리행의 핵심주체이자 향후 간극의 보충을 위한 협력과 조정의 주체로서 지역수산물관리기구(Regional Fisheries Management Organization)를 포함한 수많은 관련 국제기구 및 법문서가 자연스럽게 거론되고 있다. 따라서 ABNJ의 해양생태계 보호에 관한 현상점검을 위한 잣대인 동시에 미래의 주요 관리협력주체 역할을 수행하게 될 수산분야 및 관련 기구를 논의대상에서 제외한다는 것은 다소 모순적이다. 이 점에서 지역기반관리수단을 포함하여 BBNJ 국제문서 전체가 가지는 생태계기반 어업관리 - 또는 생태계기반 접근법 - 와의 연관성은 필연적이라 할 수 있다. 다만 해양유전자원의 적용대상에 수산을 명시적으로 포섭가능한지 여부에 대해서는 향후 보다 심도 있는 논의가 요구된다.

40) BBNJ PrepCom1, Verbatim Note, 28 March-8 April 2016.

41) *Ibid.* 이에 대해 아프리카그룹을 대표하여 알제리는 상품으로서의 어류와 유전자원의 가치가 있는 어류를 실질적으로 구분 가능한지에 대해 의문을 제기하였다. BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

42) *Ibid.*; BBNJ IGC1, Verbatim note, 4-17 September 2018.

III. 생태계 보존과 지속가능한 이용 간의 조화: BBNJ 협력 메커니즘

1. BBNJ 협력 메커니즘의 이해

네 가지 BBNJ 패키지 이슈 가운데 생태계기반 어업관리 차원에서 국가 간에 첨예한 의견대립이 발생하고 있는 분야는 단연 지역기반관리수단(ABMT)이다. 동 분야의 논의과정에서 BBNJ 국제문서에 i) 글로벌, ii) 지역별 및 분야별, 또는 iii) 혼합적(hybrid) 메커니즘을 적용할지에 대해 국가들 간 근본적인 입장차가 나타나고 있다. 다음에서 살펴보는 바와 같이 이 세 가지 메커니즘은 BBNJ 국제문서의 골격을 작성하기 위한 제도적인 측면에서 그 중요성을 가진다.

1) 글로벌 메커니즘

글로벌 메커니즘(global approach)은 새로운 BBNJ협정에 지역수산물관리기구협약을 비롯한 현존하는 관련 지역별·분야별 문서 또는 기구를 포괄하는 상위의 국제법문서(umbrella convention)로서의 기능을 부여하는 방식이다. 즉, ABNJ에서 일어나는 인류의 활동을 규정하는 현존하는 문서나 국제기구의 관리 상에 간극(gap)이 존재하기 때문에 이를 해소하기 위한 하나의 상위규범을 마련함으로써 top-down 형태로 관리하자는 입장이다. 이 메커니즘은 ABNJ에서 지역기반관리수단을 운영함에 있어 설정 및 이행에 관한 의사결정, 과학적 자문의 제공, 이행준수 모니터링 및 감시 등 주요활동을 단일 국제기구에 일임하는 체제다.⁴³⁾ 실제로 BBNJ회의에서 카리브공동체(CARICOM)와 EU 등은 현재의 지역기반관리수단이 통합적인 체제 없이 지역별·분야별로 파편화되어 운영되고 있음을 지적하면서 해당 체제의 설립 필요성을 강조하였다.⁴⁴⁾ 또한 G77을 비롯한 개도국들은 기존의 지역별·분야별 기구들의 임무 및 범위의 한계와 다양성에서 발생하는 공백을 메우고 포괄적으로 규율하기 위하여 일정한 메커니즘의 도입이 바람직하다는 입장을 견지하였다.⁴⁵⁾ 특히 아르헨티나는 BBNJ 국제문서와 달리 지역수산물관리기구의 경우 해양

43) UN DOALOS, Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction (2017),

http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf (검색일: 2020.12.03.), p. 45.

44) BBNJ PrepCom1, Verbatim Note, 28 March-8 April 2016.

생물다양성의 보호가 주목적이 아님을 적시하면서, 동 기구의 위임사항을 강화하거나 확대하는 데 반대 입장을 표명하였고, 코스타리카는 BBNJ 국제문서와 지역수산관리기구의 기능이 상이하므로 양자를 구분할 것을 당부하였다.⁴⁶⁾

효과적인 top-down형 관리방식으로는 “승인절차(recognition process)”가 거론되었다. 즉 개도국들은 BBNJ문서 및 타문서 간 관계설정에서 있어 현존하는 지역기반관리수단에 대한 승인절차를 제안하면서, 이를 통해 글로벌 해양보호구역 네트워크를 강화할 수 있음을 제시하였다. 카리브공동체는 BBNJ 국제문서에서 현존하는 지역기반관리수단을 승인하기 위한 일반적인 규정 및 기준을 마련해야 한다고 주장하였고, 태국은 생물다양성협약(CBD)상 생태학적 및 생물학적 핵심해역(Ecologically and Biologically Significant Areas: EBSA), 국제해사기구(IMO)의 특별민감해역(Particularly Sensitive Sea Areas: PSSA), 식량농업기구(FAO)의 취약해양생태계(Vulnerable Marine Ecosystems: VME) 제도 등을 포함한 현존하는 해양보호구역제도상의 설정기준까지도 승인할 것을 제안하였다.⁴⁷⁾

이처럼 BBNJ협정의 적극적인 기능을 선호하는 개도국들은 해양생물다양성의 통합적인 관리를 필두로 절차적 측면에 있어서도 글로벌 프레임워크의 세부적인 역할의 필요성을 강력하게 주장하고 있다. 이 같은 주장은 점차 구체화되어 해양보호구역 지정기준, 절차불이행시에 대한 명확한 제재절차, 이행준수에 관한 모니터링 검토에 관한 규정까지도 동 BBNJ문서에서 나열하자는 견해로 발전하였다.⁴⁸⁾ 물론 해당 국가들은 현존하는 법문서와 기구를 약화(undermine)하지 않는 가운데 글로벌 접근이 필요하다는 점에는 공감하였다. 그럼에도 불구하고 세부적인 절차를 마련하기 위해 이들이 펼친 주장에서 상기한 “승인절차”와 같이 다소 모순적인 모습이 존재한다는 점은 부인할 수 없다. 한편 이 같은 모습은 BBNJ협정 및 산하 국제기구의 역할범위를 최대한 확장함으로써 ABNJ 내 해양생물자원에 대한 이익공유의 범위를 극대화하고자 하는 개도국의 의도가 ‘BBNJ의 보존 및 지속가능한 이용’이라는 국제환경적 프레임워크를 걸어 발현되고 있다는 점을 시사하기도 한다.

글로벌 메커니즘이 전제하고 있는 현존하는 이행체제의 간극 문제를 부인할 수는 없다. 이를 보충하기 위한 수단으로서, 그리고 기존의 공해해양보호구역 네트워크를 강화하기 위한 효과적인 방식으로 포괄적인 국제법문서 마련의 필요성에 대해서는 대부분의 국가들이 공감대를 형성하고 있다. 이에 글로벌 메커니즘은 BBNJ 국제문서에 보다 적극적인 기능을 부여함으로써 분야별 국제협약이나 지역기구 등을 거치지 않더라도 당사국들을 해당 체제 내로 손쉽게 흡수할 수 있는 개방적 포괄성을 보인다. 그 결과 동 메커니즘은 생태계기반 접근법을 이행함에 있어 일관성 증진이라는 높은 장점을 수반한다. 다만 광활한 ABNJ의 전체 대양을 포괄적으로 관리하는 새로운 기구와 체제를 설립하기 위해 상당한 행정적·절차적 비용이 요구될 뿐 아니라 의사결정에 장기적인 시간이 소요되기 때문에 비용효과성 부족의 한계가

45) BBNJ PrepCom2, Verbatim note, 26 August-9 September 2016.

46) BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

47) BBNJ IGC1, Verbatim note, 4-17 September 2018.

48) *Ibid.*; BBNJ IGC2, Verbatim note, 25 March-5 April 2019.

비판의 요소로 작용한다.

2) 지역별 · 분야별 메커니즘

지역별·분야별 메커니즘(regional and sectoral approach) 또는 지역적 메커니즘은 현존하는 관련 국제 문서나 기구의 관리상의 간극을 각 지역별 및 분야별 기구들의 협력과 조정을 통해 보충하지는 입장이다. 동 메커니즘은 현재까지의 관리체제가 분야별 국제협약 및 기구 - 예를 들어, CBD, IMO 등 - 나 지역관리기구에 의해 운영되어 온 점을 감안할 때 제도적 안정성 측면의 강점을 가진다. 또한 향후 BBNJ 협정상 각 지역별·분야별 특성을 적절하게 반영한 전문적·세부적인 관리의 요구에 유연하게 대응하기 위한 차원에서 제시되기도 하였다. 지역적 메커니즘은 기존 법문서나 기구에게 이행과 운영에 관한 주된 권한을 부여하되 이들의 원활한 협력과 조정을 강화함으로써 국제적인 공조체계를 구성하는 방안이다.⁴⁹⁾ 즉 글로벌 메커니즘이 상위의 기구·국제문서를 통한 수직적 운용방식이라면 지역적 메커니즘은 이해당사자 간의 협력, 조정, 지속적인 의견교환을 통해 운영되는 수평적(horizontal) 형태의 체제다.⁵⁰⁾

글로벌 메커니즘이 진보적·정책중심적인 방향성을 지향하는 것에 반해 지역적 메커니즘은 보수적·법리중심적인 성향을 내포하고 있는 것으로 볼 수 있다. 즉, 지역적 메커니즘을 선호하는 국가들은 UN해양법협약에 따른 공해자유의 원칙을 주요 논거로 설정하고 기존 체제를 최대한 활용함으로써 비용효과적인 방향으로 논의에 접근할 것을 주장하고 있다. 논의 초기부터 노르웨이와 일본 등 일부 국가들은 이미 지역수산기구 등을 통해 지역기반관리수단이 기능하고 있음을 주시하면서 새로운 체제의 도입에 대한 의구심을 표명한 바 있다.⁵¹⁾

BBNJ문서와 기존 기구와의 관계 설정에 있어서도 일본, 캐나다, 중국 등은 동 문서에서 기존 기구와의 관계를 명확화하고, 협력과 존중이라는 원칙하에 동 기구들과 협의하되 그 역할을 약화해서는 안 됨을 강조하였다.⁵²⁾ 이 견해에 따르면 이미 다른 기구가 충분히 관리하고 있는 활동에 대해서는 BBNJ문서가 제대로 기능을 수행하지 못할 가능성이 높다. 게다가 해당 기구의 관리이행이 충분하지 않은 상황에는 지역해협약(Regional Seas Convention)을 활용함으로써 - 노르웨이는 남극협약의 사례를 예로 들었다 - 관련사안과 연관성이 높은 국가 및 기구를 중심으로 관리를 보다 강화할 수 있다.⁵³⁾

한편, 지역적 메커니즘에 대한 반대논거로 기존의 법문서나 국제기구가 존재하지 않는 지역 - 예를 들어 FAO41 해구 - 의 관리공백 문제가 자연스럽게 제기되었다. 물론 이 문제는 글로벌 메커니즘의

49) UN DOALOS, Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction (2017), http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf (검색일: 2020.12.03.), p. 45.

50) BBNJ PrepCom2, Verbatim note, 26 August-9 September 2016.

51) BBNJ PrepCom1, Verbatim Note, 28 March-8 April 2016.

52) BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

53) *Ibid.*; BBNJ IGC1, Verbatim note, 4-17 September 2018.

체제 마련을 선호하는 국가들이 제기한 사안임을 예상할 수 있다. 그에 대해 일본, 뉴질랜드, 미국 등은 기존에 보존관리를 위한 프레임워크가 존재하지 않는 경우 해당 지역에 새로운 지역관리기구를 설립함으로써 문제를 해결할 수 있음을 지적하였다.⁵⁴⁾ 결국 해당 국가들은 적어도 지역기반관리수단 측면에서는 BBNJ문서의 총괄메커니즘을 지양하고, 지역별·분야별 기구가 그 역할을 수행할 것을 선호하는 것이다. 우리나라 또한 지역기반관리수단의 설정을 통한 보존관리의 중요성을 인정하는 한편 top-down 방식 보다는 협력과 조정을 통한 방식이 바람직하며, BBNJ의 보존과 지속가능한 이용 간의 균형 유지가 필요하다는 입장을 밝힌 바 있다.⁵⁵⁾

이렇듯 미국, 러시아, 일본, 우리나라 등을 포함한 주요 선진국 및 원양어업국가는 지역적 메커니즘을 표방하여 왔다. 해당 국가들은 동 입장을 견지하기 위한 또 다른 주요 근거로서 BBNJ 국제문서의 성안을 위한 소정의 가이드라인 격인 UN총회결의 A/RES/69/292(2015)와 A/RES/72/249(2017)에서 공통적으로 제시하고 있는 “약화금지”의 원칙(principle of "do not undermine")을 활용하고 있는데, 그 구체적인 내용은 다음과 같다.

7. 이 절차 및 그에 따른 결과가 현존하는 관련 법문서 및 프레임워크, 관련 글로벌, 지역별, 분야별 기구를 약화해서는 안 됨을 인식한다.⁵⁶⁾

상기 제7항에 따르면 BBNJ 협정문의 성안을 위한 절차와 그 결과는 현존하는 관련 법문서 및 프레임워크, 관련 글로벌, 지역적, 분야별 기구를 약화하여서는 안 된다. 결국 BBNJ가 현존하는 문서나 기구의 상위규범으로 기능하는 경우 이들의 권한이나 임무를 약화하는 결과를 가져오기 때문에 글로벌 메커니즘을 받아들일 수 없다는 입장과 맥락을 같이한다. 이를 근거로 지역기반관리수단의 절차를 논의함에 있어 미국은 BBNJ 국제문서를 통해 ‘추가적인 보호가 필요한 해역을 확인(identification of areas requiring protection)’할 수는 있지만, 이 경우 지역별·분야별 기구가 해당구역의 보호조치를 설정, 이행, 관리할 일차적 권한을 가져야 함을 강조하였다.⁵⁷⁾ 나아가 해양보호구역 설정목표가 기존의 지역별·분야별 기구의 임무에 해당하기도 할 뿐 아니라 항행활동의 경우 IMO 협약규정, 심해저채굴활동의 경우 국제해저기구(ISA)의 관련규정과 중복될 수 있음을 지적하였다.⁵⁸⁾ 일본과 러시아, EU는 글로벌 국제문서로 인해 제도적인 상하관계가 발생함에 따라 현존하는 문서를 약화할 가능성에 대해 직접적인 우려를 표명하였고, 같은 맥락에서 아이슬란드는 기존 기구 간의 조정역할도 BBNJ 국제기구가 아닌 기존 지역해기구가 수행할 수 있음을 역설하였다.⁵⁹⁾

54) BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

55) BBNJ PrepCom2, Verbatim note, 26 August-9 September 2016.

56) UNGA Resolution, A/RES/72/249, para. 7.

57) BBNJ IGC1, Verbatim note, 4-17 September 2018. 이에 따라 BBNJ문서 초안 제16조([보호가 필요한] 구역의 확인)가 규정되었지만, 여전히 국가들 간 첨예한 견해대립이 존재함에 따라 “[보호가 필요한]”이 브라켓 구문으로 남아 있다.

58) BBNJ PrepCom2, Verbatim note, 26 August-9 September 2016.

59) BBNJ IGC1, Verbatim note, 4-17 September 2018.

결국 약화금지 원칙은 BBNJ문서 마련을 위한 핵심준칙인 동시에 지역적 메커니즘을 추구하는 국가들의 가용한 무기인 셈이다. 따라서 이러한 “약화금지” 사안에 대해 국가들은 예민하게 반응할 수밖에 없다. 한 예로 BBNJ 제2차 정부간회의에서 의장이 준비한 초안문서에는 BBNJ “문서상의 기준을 다른 문서, 프레임워크, 기구가 지역기반관리수단을 설정함에 있어 고려해야 한다(shall take into account)”는 규정이 제시되어 있었다. 이에 대해 EU와 중국 등 다수 국가들이 우려를 표명하였고, 특히 중국과 아이슬란드는 다른 기구들이 동 기준을 고려“할 수는” 있지만, 이것이 의무가 되어서는 안 됨을 강조하였다. 또한 일본을 비롯한 일부 국가들은 “고려”를 “장려(encourage)”로 수정할 것을 제안하기도 하였다. 결국 이 문제는 현재 초안문언에서 동 기준은 BBNJ “당사국에 의해 다른 문서, 프레임워크, 기구 하에서 고려되어야 한다”고 규정하여 고려의 의무대상을 BBNJ 당사국으로 한정함으로써 일단락 지어졌다.⁶⁰⁾

이렇듯 일부 국가들은 UN해양법상 공해자유의 원칙과 UN총회결의 상 약화금지의 원칙에 기반하여 기존의 관리체제를 최대한 유지하면서 협력과 조정의 강화를 통해 간극을 보충하고자 하고 있다. 그러나 포괄적인 글로벌 BBNJ 국제문서의 논의가 이미 협정문언의 성안 단계의 문턱에 서있다는 점은 거부할 수 없는 흐름이다. 이 불가역적인 상황에서 순수한 지역적 메커니즘에 따른 현상유지(status quo)를 감히 주장하는 국가는 거의 존재하지 않는다. 다만 시종일관 BBNJ 문서개발에 반대표를 행사해 온 러시아와 지역해협약 체제의 눈부신 발전을 꿈꾸는 아이슬란드를 제외하고는, 대부분의 국가가 이제는 거스를 수 없는 흐름에 동참한 것으로 보인다. 이러한 모습을 다음의 혼합적 메커니즘의 분석을 통해 구체적으로 발견할 수 있다.

3) 혼합적 메커니즘

글로벌 메커니즘을 선호하는 개도국들과 지역적 메커니즘을 표방하는 선진국들이 첨예한 대립을 지속하는 가운데 제3차 준비위원회에서 뉴질랜드가 혼합적 메커니즘(hybrid approach)을 새롭게 주창하였다.⁶¹⁾ 다만 당시 동 메커니즘의 정확한 개념이나 운영방식에 대해서는 구체적인 언급이 이루어지지 않은 채 막연히 양자를 혼합한 타협적인 방식으로 문제를 해결하자는 데 취지가 있었던 것으로 보인다. 십수년간에 걸친 BBNJ의 관리체제에 관한 끊임없는 정반합의 논의 결과 많은 국가들이 이 ‘타협적인’ 운영방안을 다양한 형태로 제시하였다. 그 결과 혼합적 메커니즘은 ‘일반적인 지참’이나 ‘설정 및 평가기준’ 등을 국제적으로 운용하는 한편, 과학적 자문, 이행준수 모니터링 및 검토 등에 관한 의사결정과 같은 실무사항을 기존의 지역별·분야별 법문서 또는 기구에 일임하는 제도로 이해되고 있다.⁶²⁾

60) UNGA, A/CONF.232/2020/3, Revised Draft Text of an Agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity of Areas Beyond National Jurisdiction, 18 November 2019, annex. <https://undocs.org/en/a/conf.232/2020/3> (검색일: 2020.12.06.)

61) BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

62) UN DOALOS, Chair's streamlined non-paper on elements of a draft text of an international legally-binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the Conservation and Sustainable Use of Marine Biological Diversity

사실 이러한 타협적 형태의 메커니즘은 뉴질랜드 이전에도 제시된 바 있다. 제2차 준비위원회에서 개도국과 선진국 간 평행선상의 논의가 지속되자 벨리즈는 양 방식이 상호배타적인 것이 아니므로 통합적 접근이 필요함을 신중하게 제시하였다.⁶³⁾ 그러던 중 뉴질랜드의 ‘혼합적’이라는 용어선택이 촉매제가 되어 동 타협점에 관한 논의가 본격화한 것이다. 다시 말해 뉴질랜드는 BBNJ문서가 지역별·분야별 기구 등을 아우르는 전체적인 체계를 제공하는 한편, 기존의 글로벌, 지역별, 분야별 기구의 협력과 조정을 통해 통합성을 증진할 수 있다고 제시하였다. 이를 통해 현존하는 기구로부터 많은 것을 배울 수 있으며, 반대로 BBNJ에 관한 기존 기구의 역량도 강화할 수 있는 체계를 마련할 수 있는 것이다.⁶⁴⁾ 호주도 글로벌 차원의 기준과 원칙을 바탕으로 지역기구와의 조정 및 일관성 강화를 바란직한 방향으로 보았다.⁶⁵⁾ 이외에도 많은 국가들이 BBNJ문서상 지역기반관리수단 계획을 고려하거나 이행하는 경우에 관계 기구와 협의하거나, 보다 구체적으로 BBNJ 산하 과학기술기구를 설치함으로써 기존 기구의 절차를 고려하기 위한 소정의 협의절차를 마련할 것을 제안하였다.⁶⁶⁾

처음에는 지역적 메커니즘을 선호하던 일본도 이를 기점으로 혼합적 메커니즘을 지지하기 시작하였다. 다만 기존에 혼합적 메커니즘을 지지한 국가들에 비해 BBNJ문서에 다소 소극적인 기능을 부여하는 방식을 제안하였다. 즉 먼저 지역기반관리수단 - 예를 들어 해양보호구역 - 제안서가 BBNJ기구에 제출되는 경우 사전협의를 거쳐 BBNJ과학위원회가 이를 평가한다. 그 후 당사국총회(Conference of the Parties)가 컨센서스에 기반하여 의사결정을 하되, 동 의사결정은 권고적인 성격을 가질 뿐 실제로는 권한 있는 관계기구에서 동 지역기반관리수단이 이행될 것인지를 최종적으로 결정하게 하는 방식을 제시하였다.⁶⁷⁾ 이 가운데 뉴질랜드와 칠레는 BBNJ기구가 국가 및 권한 있는 기구에 소정의 가이드라인을 제시함으로써 이를 이행하도록 하는 방식을 제안하기에 이르렀다.⁶⁸⁾ 이처럼 국가들은 저마다 선호하는 형태의 각양각색의 대안을 제시하면서 혼합적 메커니즘의 구체화를 시도하였으며, 그 과정에서 다수국가들 사이에 최소한 글로벌 국제문서의 일반적 지침수준의 역할의 필요성에 관하여 긍정적인 인식을 쌓아 나간 것으로 보인다. 실제로 많은 학자나 국제기구도 혼합적 메커니즘을 선호하면서 여러 방안을 제시하고 있지만, 여전히 BBNJ 회의석상에서 다수국가들이 공감대를 형성할 만한 명확한 방안이 제시된 바는 없다.

최근 제3차 정부간회의까지도 이 세 가지 메커니즘에 관한 명확한 종지부를 찍지 않은 채 국가들은 구체적인 문언협상에 들어가 각 입장이 반영된 상이한 협정조문안을 나열하고 있는 실정이다.⁶⁹⁾ 그러나

of Areas Beyond National Jurisdiction (2017), http://www.un.org/depts/los/biodiversity/prepcom_files/Chairs_streamlined_non-paper_to_delegations.pdf (검색일: 2020.12.03.), p. 45.

63) BBNJ PrepCom2, Verbatim note, 26 August-9 September 2016.

64) BBNJ PrepCom3, Verbatim note, 27 March-7 April 2017.

65) BBNJ IGC1, Verbatim note, 4-17 September 2018.

66) *Ibid.*

67) *Ibid.*

68) *Ibid.*

69) UNGA, A/CONF.232/2020/3 (2019), annex.

분명한 것은 국가들 사이에서 현존하는 관련 법문서 및 프레임워크, 관련 글로벌, 지역별·분야별 기구를 통한 관리에 간극이 존재한다는 점에는 이견이 없다는 사실이며, 이러한 간극을 해소해야 한다는 당위성의 저변에는 기존의 법문서를 통한 정치적인 경계선에 기반한 관리방식에서 한 단계 더 나아가 생태계 전체를 고려해야 한다는 메커니즘 - 즉, 생태계기반 접근법 - 이 자리하고 있다.

2. BBNJ 국제문서 초안에 대한 적용

2004년부터 시작해온 국가관할권이원의 공동공간을 보존하고자 하는 국제사회의 노력은 이제 그 결실을 목전에 두고 있다. 문언기반의 협상이 한창 진행 중인 이 시점에서 향후 새로운 BBNJ 국제문서의 가능한 성안방향을 제시하여 보고자 한다. 지난 2019년 개최되었던 제3차 정부간회의 이후 COVID-19 발생 여파로 인해 제4차 회의가 연기되고 있는 현재 상황에 따라 제3차 회의 논의결과를 반영한 최신버전의 협정초안문⁷⁰⁾을 기반으로 분석을 시도한다. 협정초안의 기본적인 골격을 이루고 있는 4대 패키지 이슈 - 해양유전자원(이익공유에 관한 문제 포함), 지역기반관리수단(해양보호구역 포함), 환경영향평가, 역량강화 및 해양기술이전 - 가운데 ABNJ에서의 생태계기반 접근법과 직접적 연관성이 높은 이슈는 단연 지역기반관리수단(ABMT)이다. 따라서 본고에서는 BBNJ협정초안의 전반을 다루기보다 문언에서 지역기반관리수단 이슈에 해당하는 제3부상의 관련 규정을 중심으로 생태계기반 접근법의 효과적인 이행을 위한 협력방식의 성안 방향을 구상하여 본다.

1) 지역기반관리수단(ABMT)의 목적

현재 BBNJ협정초안은 협정문 전체의 목적을 다루는 조항 - 제2조 일반 목적(General objectives) - 과는 별도로 제14조에서 제3부 지역기반관리수단에만 해당하는 목적(Objectives)을 구체적으로 나열하고 있다. 그 첫 번째 항목이 ‘협력과 조정의 강화’ 목적이다. 즉 제3부의 목적은 “국가, 관련 법적 문서와 프레임워크, 관련 글로벌, 지역적, 소지역적, 분야별 기구들 간에 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단을 이용함에 있어서 협력과 조정을 강화하는 것이며, 또한 이를 통해 [해양관리][ABNJ에서의 해양생물다양성의 보존 및 지속가능한 이용]을 위한 전체적이고 교차분야적인(cross-sectoral) 접근법을 증진’하는 것이다.⁷¹⁾ 결국 BBNJ의 보존 및 지속가능한 이용을 위해 지역기반관리수단을 규정 및 이행함에 있어서 가장 핵심적인 가치판단의 대상으로 국가 또는 법문서 및 지역기구 간의 협력과 조정을 설정한 것이다. 동시에 소지역적 또는 지역적인 협력의무를 명시적으로 규정한 UN공해어업협정⁷²⁾과 유사하게

70) Ibid.

71) Ibid., article 14 (a).

이들 주체 간의 일반적인 협력의무를 간접적으로 강조하고 있다.

목적조항에서 추가로 주목할 만 한 점은 생태계기반 접근법의 명시적인 채택이다. 즉 생태학적으로 대표성 있는 해양보호구역이 연결된 하나의 체계를 설정하기 위한 목적을 규정하고 있다. 동시에 생물다양성과 생태계 복원을 위한 목적도 제시하고 있는바 UN해양법협약 상 생태계적인 고려에 대한 법적 함의를 명쾌하게 보충하고 있다. 나아가 동 목적조항에는 기후변화, 해양산성화, 해양오염 등을 포함한 다양한 압력요인에 대한 생태계의 회복력, 생산성 및 건강 등의 강화를 반영하고 있는 점을 볼 때 현안대로 성안이 된다면 향후 생태계기반 접근법의 법적 지위의 변화에도 일조할 수 있을 것으로 기대된다.⁷²⁾ 다만 현재 문안은 절차적 목적과 상태의 목적을 혼합하고 있을 뿐 아니라 문서 전체의 목적과 지역기반관리수단의 목적이 혼용되고 있다는 비판을 받고 있어 향후 추가적인 수정이 이루어질 것으로 보인다. 분명한 것은 생태계 건강 및 복원력 강화를 궁극적인 목적으로 설정하고, 그 대응수단으로서 협력과 증진의 강화를 추구하고자 하는 국제사회의 목표의식이 제3부의 근간에 자리하고 있다는 것이다.

2) 지역기반관리수단 운용을 위한 국제협력 및 조정

상기 목적조항을 바탕으로 협약초안 제15조에서는 ‘국제협력과 조정(International Cooperation and Coordination)’이라는 제목 하에 BBNJ문서가 의도하는 협력방식에 대한 구체적인 규정을 시도하고 있다. 동 조항은 당사국들에게 “BBNJ의 보존 및 지속가능한 이용에 관한 국제협력과 조정을 증진하기 위해 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단의 설정에 있어서 일관성과 보충성을 증진”해야 할 일반적인 의무를 부과하면서 다음과 같이 규정하고 있다.

- (a) 이 부에 따라 관련 법문서 및 프레임워크, 관련 글로벌, 지역별, 소지역별, 분야별 기구를 통해 협력하되, 각자의 임무를 침해하지 않을 것;
- (b) 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단에 관한 절차를 이 부에서 다음을 포함하여 규정하는 방식
 - (i) 관련 법문서 및 프레임워크, 관련 글로벌, 지역별, 소지역별 또는 분야별 기구에서 설정한 조치를 보충하기 위한 보존 및 [관리][지속가능한 이용] 조치의 채택;
 - (ii) 관련 법문서 또는 프레임워크, 관련 글로벌, 지역별, 소지역별, 분야별 기구가 존재하지 않는 경우 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단의 설정 및 보존 및 [관리][지속가능한 이용] 조치의 채택.⁷⁴⁾

72) Agreement for the Implementation of the Provisions of the United Nations Convention on the Law of the Sea of 10 December 1982 relating to the Conservation and Management of Straddling Fish Stocks and Highly Migratory Fish Stocks (UN공해어업 협정), United Nations, Treaty Series, vol. 2167, p. 3, article 8.

73) UNGA, A/CONF.232/2020/3 (2019), annex, article 14 (d) and (e).

74) *Ibid.*, article 15 (1).

먼저 제1항(a)에서는 각 문서와 프레임워크, 기구를 침해하지 않고 이들을 통해 협력하는 방식을 채택함으로써 현존하는 법문서 및 프레임워크, 관련 기구를 약화하지 않는 동시에 관리의 간극을 보충할 수 있는 방법을 모색하고 있다. 이 조문은 얼핏 상술한 세 가지 메커니즘 가운데 지역별·분야별 메커니즘을 채택하고 있는 것으로 보인다. 그러나 “이 부에 따라” 협력한다고 규정한 부분은 현존하는 문서, 프레임워크, 기구들의 협력을 BBNJ협정에서 총괄한다는 의미를 내포한 것으로 해석될 수 있다. 즉 BBNJ협정이 포괄적 상위규범(umbrella convention)의 성격을 가지고 top-down 방식으로 기존 기구들의 협력을 관리하되, 이들의 임무를 침해하지 않는다는 의미를 가지는 것으로 볼 수 있다. 이것은 일면에서는 결과적으로 글로벌 메커니즘으로 볼 수 있으며, 다른 면에서는 글로벌 메커니즘과 지역적 메커니즘을 모두 반영한 혼합적 메커니즘이라고도 볼 수 있다.

제1항(b)는 한층 더 글로벌 메커니즘에 가깝다. 즉 동 조항은 현존하는 법문서, 프레임워크, 기구들이 설정한 조치 간에 존재하는 간극을 보충하기 위하여 BBNJ협정에서 조치를 채택하도록 허용하고 있다. 나아가 현존하는 법문서, 프레임워크, 기구가 존재하지 않는 지역에 대해서는 지역기반관리수단을 설정하고 이에 관한 조치를 채택할 수 있도록 규정함으로써 BBNJ협정에 더 광범위한 권한을 부여하고 있다.⁷⁵⁾ 동 규정은 ABNJ에서의 생물다양성 및 생태계 보존관리를 위한 법문서나 기구가 아직 존재하지 않는 FAO41 해구를 고려하여 마련되었다. 즉 현재 대부분의 공해 및 심해저 어로활동의 경우 지역수산물 관리기구를 통해 관리되고 있지만, 여전히 관리권역 밖에 존재하는 FAO41 해구가 가장 큰 문제의 소지이자 관심의 대상이 되며, 이는 곧 BBNJ협정이 지역기반관리수단을 설정하거나 보존관리조치를 부과하는 등 임무의 충돌문제로부터 비교적 자유롭게 권한의 행사를 시작할 수 있는 최적의 해역인 셈이다. 동 조항이 G77을 비롯한 개도국 중심의 다수 국가들이 선호하는 입장이라는 점은 충분히 예상가능하다.⁷⁶⁾ ABNJ 내 대부분의 해역에서 이미 관리를 위한 협약이나 국제기구 등이 존재하고는 있으나 일부 해역에 대해서는 여전히 마련되지 않고 있다는 점, 그리고 현존하는 기구의 임무의 성격이나 목적에 따라 생태계기반 접근법의 이행 정도나 방식에 다소 차이가 있다는 점들을 고려해볼 때 BBNJ협정이 상위규범으로서 현존하는 간극을 보충하는 기능을 해야 한다는 주장은 논리적으로 상당히 설득력 있다.

한편 제2항은 종전의 입장과는 다소 상이하다. 동 조항은 상기 제1항(b)(ii)의 대안으로 제안된 문언으로서 향후 추가적인 논의에 따라 채택 여부가 결정될 것이다. 그럼에도 불구하고 이 조문은 지역별·분야별 메커니즘을 주장하고 있는 국가들이 선호하는 입장으로 제1항(b)(ii)와 비교하여 살펴볼 필요가 있다. 제2항은 다음과 같이 규정하고 있다.

2. 제1항(b)(ii)에 대한 대안: 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단을 설정하는 관련 법문서나 프레임워크 또는 관련 글로벌, 지역별, 소지역별, 분야별 기구가 존재하지 않는 경우 당사국들은 해당 문서, 프레임워크, 기구 등을 설정하기 위해 협력하고, 그에 따른 국가관

75) *Ibid.*, article 15 (1)(b)(i) and (ii).

76) BBNJ IGC3, Verbatim note, 19-30 August 2019.

할권 이원지역 해양생물다양성의 보존 및 지속가능한 이용을 보장하기 위한 작업에 참여해야 한다.⁷⁷⁾

이 조항은 기존에 협정이 체결되어 있지 않거나 기구가 설립되지 않은 해역에 대해서는 별도의 새로운 협정이나 기구를 설정함으로써 관리의 간극을 보충하자는 국가들의 의견을 반영한 것이다. 기존에 지역적 메커니즘을 선호하던 선진국들은 BBNJ협정에 지나치게 광범위한 권한을 부여하는 것을 우려하면서 현존하는 법문서나 기구를 통해 충분히 관리의 간극을 보충할 수 있다는 입장을 견지하였다. 이에 대해 FAO41 해구와 같이 현재 협력체계가 마련되어 있지 않은 해역에 대한 문제가 지적되었고, 일본, 러시아, 우리나라 등을 비롯한 수산선진국을 중심으로 현존하는 협력체계가 존재하지 않는 경우 새로운 관리체계를 설립함으로써 관리의 간극을 보충할 수 있음을 역설하였다. 결국 제1항(b)(ii)는 현존하는 관리체계가 존재하지 않는 해역에서 BBNJ협정이 개입하여 직접 지역기반관리수단을 설정하고 그에 따른 보존관리조치를 취하는 글로벌 메커니즘 형태의 협력체계를 표방한다면, 그 대안인 제2항은 현존하는 관리체계가 존재하지 않는 간극을 국가들의 합의를 통해 새로운 관리체계를 별도로 설립함으로써 기존 메커니즘에 대한 영향을 최소화하는 지역적 메커니즘 형태의 협력체계를 설정하자는 입장이다.

후자의 입장에 따르면 BBNJ협정 자체에 지역기반관리수단을 설정하거나 보존관리조치를 직접적으로 부과할 권한을 부여하는 것은 기존의 법문서나 프레임워크, 글로벌, 지역적, 소지역적, 분야별 기구의 권한과 임무를 약화(undermine)하는 결과를 가져오게 된다. 이 같은 권한과 임무의 충돌문제는 일반적인 협력체계에 있어 오히려 장애요소가 될 수 있다. 예를 들어, A라는 지역수산관리기구가 회원국들과의 협의 및 과학적인 조사를 통해 일정 해역에 보존관리조치를 부과할 필요성이 낮다고 결정하였음에도 불구하고, BBNJ협정에서 당해 해역의 보존관리조치의 부재가 관리의 간극이라고 판단하여 직접 지역기반관리수단을 설정하고 조치를 부과한다면 이는 명백히 기존 A기구의 권한과 임무를 침해하는 것이다. 이러한 권한과 임무의 침해에 대한 우려는 오히려 BBNJ협정에 대한 주요 수산업국가들의 참여를 저조하게 만들고, 결과적으로 국가들이 의도했던 ABNJ에서의 생물다양성의 보존 및 지속가능한 이용의 목적의 달성은 요원해진다. 실제로 미국은 제3차 정부간회의에서 지역기반관리수단의 구역확인규정을 논의하면서 ‘보호가 필요한 구역의 제안주체로서 BBNJ협정 당사국 뿐 아니라 ‘당사국이 될 권리를 가지는 국가(States entitled to become Parties)’까지도 포함할 것을 제안한 바 있다.⁷⁸⁾ 이것은 향후 상황에 따라 미국이 동 협정의 당사국으로 동참하지 않을 수도 있음을 염두한 발언으로도 해석가능하다. 이 점을 감안할 때 해양생물다양성 및 생태계의 효과적인 관리와 함께 당사국들의 폭넓은 참여를 유도할 수 있도록 조화를 도모하는 협정을 마련해야 할 것이다.

제2항의 내용은 상술한 바와 같이 지역적 협력체계를 표방하고 있다. 그러나 제1조 전체의 구조적인 측면에서 바라볼 때 혼합적 메커니즘의 형태를 지닌 것으로도 해석가능하다. 즉, 지역적 메커니즘의

77) UNGA, A/CONF.232/2020/3 (2019), annex, article 15 (2).

78) BBNJ IGC3, Verbatim note, 19-30 August 2019.

모습을 한 제2항마저도 제1항에 포섭되므로 결국 BBNJ협정상 “이 부에 따라” 기존 기구들과 협력하고 보존관리를 위한 작업에 참여해야 한다는 결과에 이른다. 다시 말해 글로벌 국제문서가 일반지침 수준의 가이드라인 성격을 가지되, 기존 기구가 실무적인 운영을 하는 타협적인 메커니즘을 나타내고 있는 것이다. 이 점을 인지한 러시아는 동 조항의 삭제를 주장하면서 순수 지역적 메커니즘의 입장을 다졌다.⁷⁹⁾ 한편, 우리나라는 제1항과 제2항을 조화시킨 타협안으로서 ‘새로운 레짐을 창설하기 위한 모든 노력이 실패한 경우 BBNJ문서를 통해 지역기반관리수단을 설정할 수 있다’는 문언을 제안함으로써 혼합적 메커니즘의 입장을 간접적으로 밝힌 바 있다.⁸⁰⁾

3) BBNJ 문서에 따른 의사결정의 대상범위

의사결정에 관한 규정에서도 각 메커니즘별로 국가들의 상이한 입장이 노정되고 있다. 협정초안 제19조는 BBNJ협정 당사국총회에게 지역기반관리수단에 관한 문제를 결정할 수 있는 권한을 부여하면서 동 당사국총회에서 결정 가능한 사항을 구체적으로 나열하고 있다. 협정초안은 해당 목록에 대해서도 대안1과 대안2로 나누어 제시하고 있는데, 이는 국가 간에 대립되고 있는 입장을 재차 반영한 것으로 해석될 수 있다. 먼저 대안1에서 제시한 당사국총회의 의사결정사항은 다음과 같다.

[Alt. 1

- (b) 이 부에 따라 제출된 제안서를 각 사안별로 협의 및 평가 절차 동안 수렴된 과학적 자문 또는 권고와 기여를 고려하여 결정하며, 다음에 관한 사항을 포함한다:
 - (i) 보호가 필요한 구역의 확인;
 - (ii) 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단 및 나열된 목적을 달성하기 위해 채택되는 관련 보존 및 [관리][지속가능한 이용] 조치의 설정을 관련 법문서 및 프레임워크, 관련 글로벌, 지역별, 분야별 기구에 따라 현존하는 조치를 적절하게 고려하여 결정
- (c) 관련 법문서나 프레임워크, 또는 관련 글로벌, 지역별, 분야별 기구가 존재하는 경우:
 - (i) 이 협정의 당사국이 당해 문서, 프레임워크 및 기구를 통해 각 임무에 따라 관련 보존 및 [관리][지속가능한 이용] 조치의 채택을 촉진하도록 권고할 것인지 여부;
 - (ii) 당해 문서, 프레임워크 및 기구에서 채택된 조치들에 대해 보충적인 보존 및 [관리][지속가능한 이용] 조치를 채택할지 여부;
- (d) 관련 법문서나 프레임워크 또는 관련 글로벌, 지역별, 또는 분야별 기구가 존재하지 않는 경우 보존 및 [관리][지속가능한 이용] 조치의 채택⁸¹⁾

79) BBNJ IGC2, Verbatim note, 25 March-5 April 2019.

80) *Ibid.*

81) UNGA, A/CONF.232/2020/3 (2019), annex, article 19 Alt. 1.

Alt. 1(b)항에 따르면 당사국총회는 보호가 필요한 구역의 확인 뿐 아니라 해양보호구역을 포함한 지역기반관리수단의 설정 및 관련 보존[관리][지속가능한 이용]조치의 채택에 관한 제안사항을 결정할 수 있다. 다시 말해 동 조항은 BBNJ협정의 의사결정기구인 당사국총회에 지역기반관리수단의 설정과 보존관리조치의 결정 권한을 부여함으로써 상기한 제15조 제1항(b)에서 규정한 BBNJ협정의 광범위한 권한 부여와 자연스럽게 연결된다. 즉 이 입장은 BBNJ협정에 생태계기반 보존관리를 위한 포괄적 상위 규범의 기능을 부여하는 글로벌 메커니즘과 맞닿아 있는 것이다.

이 같은 입장은 Alt. 1(c)항으로 이어진다. 동 조항에 따르면 관련 법문서나 프레임워크 또는 관련 글로벌, 지역별 또는 분야별 기구가 기존재하는 경우에도 당사국총회는 해당 문서, 프레임워크, 기구가 설정한 보존관리조치의 채택을 증진하도록 권고하거나 해당 보존관리조치를 보충하는 조치를 채택할지 여부를 결정할 수 있다. 이 입장은 보다 적극적으로 BBNJ협정이 가능하도록 의도한 것으로서 상술한 기구 간 권한과 임무의 충돌문제와 직결된다는 난점을 가지고 있다.

Alt. 1(d)는 지역기반관리수단과 그에 따른 보존관리조치의 설정을 위한 결정 주체를 당사국총회로 명시하는 것 외에는 제15조 제1항(b)(ii)의 내용과 거의 동일한 내용을 반복하고 있다.

반면에 Alt. 2는 다음과 같이 지역적 메커니즘의 협력체계를 고수하고 있다는 점을 예상할 수 있다.

[Alt. 2

(b) 해양보호구역을 포함한 잠재적인 지역기반관리수단의 확인에 관한 사항

(c) 관련 법문서와 프레임워크 및 관련 글로벌, 지역별, 분야별 기구의 각 임무범위 내에서 당해 조치의 채택을 위한 주요 권한을 인정하면서 관련 관리 조치의 이행에 관한 권고사항⁸²⁾

이 입장에 따르면 BBNJ협정에서 직접적으로 지역기반관리수단을 설정하거나 그에 따른 보존관리조치를 부과하는 것은 기존의 법문서, 프레임워크, 기구를 약화하는 것으로서 UN총회에서 결의한 “약화금지 원칙”에 반할 뿐 아니라 동시에 협력의 장애요인으로 작용할 수 있다. 따라서 대안2는 BBNJ협정의 당사국총회가 지역기반관리수단의 설정이나 기타 보존관리조치를 채택할 수 있는 권한을 가져서는 안 된다는 입장을 반영한 조문이다. 그 대신 대안2에서는 당사국총회에 잠재적인 지역기반관리수단을 확인(identify)하는 기능을 부여하고 있다. 즉 해양보호구역과 같은 지역기반관리수단을 직접 설정하기보다는 동 설정을 위한 후보군 내지 기준을 마련하여 제공함으로써 다른 권한 있는 법문서 및 기구 간에 발생 가능한 충돌을 예방하는 한편 BBNJ협정에는 현존하는 관리체계의 간극을 보충하도록 적절히 지원하는 기능을 부여한 것이다.

나아가 현존하는 법문서나 기구를 최대한 존중하는 차원에서 Alt. 2(c)항은 보존관리조치의 채택에 관한 이들의 우선적인 권한을 인정하고 관련 조치의 이행에 관한 권고사항에 대해 결정하는 수준에서

82) Ibid., Alt. 2.

당사국총회에게 권한을 부여하고 있다는 점 또한 지역적 메커니즘과 일맥상통한다.

4) 혼합적 메커니즘을 통한 생태계 관리 강화

지금까지의 BBNJ회의에서 논의된 바를 살펴볼 때, 국가들 간 지역기반관리수단, 나아가 국제문서 전체의 운영체제에 연관된 BBNJ문서 개발 작업에 있어 세 가지 메커니즘을 둘러싸고 상이한 입장차이가 노정되고 있다. 글로벌 메커니즘은 ABNJ를 단일 생태계로 보아 통일성과 일관성 높은 생태계 관리를 가능하게 한다. 반면에 기존 법문서나 기구의 권한을 약화할 수 있을 뿐 아니라 전체 ABNJ를 관리하기 위한 단일 기구와 체제마련, 의사결정 등에 소요되는 재정적·시간적 비용상의 한계가 존재한다. 반대로 지역적 메커니즘은 현존하는 법문서와 기구를 존중함으로써 기존의 지역별·분야별 특성과 전문성을 고려한 안정적인 관리를 도모할 수 있다. 그러나 이는 자칫 status quo의 위험성이 따를 수 있다. 더욱이 현존하는 관리방식에 보충해야 할 간극이 존재한다는 점을 고려할 때 순수하게 지역적 메커니즘만으로 대응하기에 역부족임은 분명하다. 결과적으로 글로벌 국제문서를 기반으로 한 지역적 메커니즘 형태의 혼합적인 접근의 필요성이 인정되며, 이는 거시적인 해양생태계 보호를 향한 불가역적인 국제사회의 흐름에 맞물려 진화하고 있다.

수산업적인 측면에서 예를 들면 현존하는 수산관리기구 또는 약정에 대한 영향은 단순히 어로활동의 수행에 관한 문제에 국한되는 것이 아니다. 즉 기존 회원국들의 자원에 대한 접근 및 획득 권한의 축소에 관한 문제임을 상기하여야 한다. 현재 지역수산관리기구의 회원국은 어업자원에 대하여 상대적으로 안정적인 접근과 통제권을 가지고 있기 때문에 해당 권한에 대한 타협을 쉽게 용인하지는 않을 것이다. 결국 국가들은 ABNJ에서의 어업에 관한 광범위한 관리 책임의 필요성을 인정할 수는 있을지라도 이를 위해 현재 부여된 접근권한에 제한을 초래하게 될 새로운 레짐의 채택을 선택 받아들이기는 어려울 것이다.

효과성 있는 생태계기반 어업관리를 위해 주요 원양산업선진국들을 포함한 지역수산관리기구들의 적극적인 참여와 협력은 필수적이다. 이 점을 감안할 때 BBNJ문서에 지나치게 많은 권한을 부여하여 그에 대한 거부감을 불러일으키는 것보다는 최소한의 실무적 기능을 전제로 기존 법문서와 기구의 참여를 장려할 수 있는 조화로운 가이드라인을 제공하는 편이 바람직하다. 그 결과 최대한 많은 국가들의 적극적인 동참을 이끌어냄으로써 보다 현실적이고 실효적으로 관할권 이원의 전체 해양생태계를 통합적으로 관리할 수 있게 된다. 이러한 가이드라인으로는 협력에 관한 가이드라인이나 공해해양보호구역의 설정 및 운영, 네트워크 강화에 관한 가이드라인 등을 구상해 볼 수 있다. 특히 지역기반관리수단의 설정 기준을 법적 구속력이 없는 가이드라인 형태로 제공함으로써 당사국들이 지역수산관리기구를 통해 활용할 수 있도록 지원할 수 있다. 이 같은 방식의 실효성은 UN공해어업협정에서 이미 증명된 바 있다. 즉 UN공해어업협정상의 원칙과 기준이 동 협정의 채택 이전에 존재하던 지역수산관리기구 뿐 아니라 신규 설립된 지역수산관리기구 - 특히, 지역수산관리기구 설립협약 규정을 포함하여 - 에도 반영되는 등 긍정적인 영향을 미쳤다는 점에서 BBNJ문서에 시사하는 바가 크다.

네트워크 강화 측면에서도 참고할 수 있는 모범사례가 이미 존재한다. 북동대서양수산위원회(NEAFC)와 북동대서양해양환경보호협약(OSPAR)위원회는 2008년 양해각서(MOU)를 체결함으로써 각 고유의 권한을 인정하는 동시에 사전주의 접근법의 적용 및 지역기반관리를 위한 정보공유, 공동논의, 공통적인 접근법 등에 관한 절차를 마련하였다.⁸³⁾ 이 같은 정보공유나 자문제공 형태의 메커니즘은 여타의 상이한 분야별 기구 간에 있어서도 실효적인 협력사항으로 기능할 수 있으며, 동시에 수직적인 top-down 방식에 비해 더 강력한 견인책을 제공하는 유기적이고 적응력 있는 해결방안이 될 수 있을 것이다.

다만 과학연구에 관한 정보공유에 있어서 분야별 기구들 간에 데이터 신뢰도에 대한 문제가 존재한다.⁸⁴⁾ 즉, 기구들은 여타의 기구 또는 동 기구 지역수산관리기구에서 한 국가가 제출한 과학적 연구결과를 온전히 신뢰하는 데 어려움을 겪고 있다. 이에 대해 과학연구 및 정책적 정보공유를 위한 글로벌 차원의 데이터베이스 또는 관련 기관의 설치를 통해 해당 정보의 공신력을 증진함으로써 협력과 조정의 실효성을 강화할 수 있을 것이다. 특히 기후변화정부간패널(Intergovernmental Panel on Climate Change: IPCC)이나 생물다양성 및 생태계서비스 정부간플랫폼(Intergovernmental Science-Policy Platform on Biodiversity and Ecosystem Services: IPBES) 등과 같은 과학기반정부간패널 또는 데이터베이스를 구축하는 방안이 간극을 보충함에 있어 충분히 긍정적인 역할을 수행할 것으로 예상된다.

BBNJ문서의 성안을 위한 논의 전반에 걸쳐 국가들은 글로벌 대 지역별 분야별 협력 메커니즘으로 양극화된 입장을 견지하고 있다. 자신들의 입장을 관철하기 위하여 국가들은 “약화금지(do not undermine)”의 원칙을 막강한 무기로 활용하고 있는데, 협력에 관한 대부분의 사안을 ‘약화’ 여부에 관한 문제로 귀결시키고 있는 행태를 보이고 있다. 반면에 관련 문제를 해결하기 위한 광범위한 일련의 개념 - 예를 들어, 일관성, 보충성, 협력, 조정, 양립가능성 등 - 이 제시되기도 하였다. 이 중에서 ‘양립가능성(compatibility)’이라는 개념에 주의할 필요가 있다. 먼저 국가들은 협력에 관한 논의에 있어서 현존하는 문서·기구와 새로운 BBNJ 국제문서 간의 협력 및 조정과 함께 양립가능성의 중요성에 대해서도 공감대를 형성한 바 있다. 또한 다수 국가들은 모든 협력방식이 현존하는 문서 또는 기구의 임무와 권한을 약화하여서는 안 된다고 주장하고 있다. 여기에서 양립가능성의 역할이 중요한데, 왜냐하면 동 양립가능성은 사실상 단순히 기구 차원이 아니라 조치 및 그 이행의 효과와 이들 간의 상호공동관계에 초점을 두고 있기 때문이다. 즉 이 개념은 조직이나 구조, 과정이나 절차 등 분절적이고 세부적인 사항에 매몰되기보다는 오히려 전체적이고 결과론적인 측면에서 공존가능성을 고려한다. 이 점에서 양립가능성은 현대의 생태학적 개념을 반영하는 생태계기반의 통합적인 법적 프레임워크의 설정가능성으로 주의를 환기시킨다. 다시 말해 양립가능성은 구식의 파편화된 기존의 정치적 해양거버넌스의 관념에서 벗어나 해양의 연결성이나 네트워크 강화에 집중할 수 있도록 발상의 전환을 위한 탈출구를 제시한다.

이러한 양립가능성은 새로운 BBNJ문서에 따른 지침이 기존의 기구 또는 기관의 활동 및 결정을 약화

83) <https://www.ospar.org/about/international-cooperation/memoranda-of-understanding> (검색일: 2020.12.15.)

84) D. Freestone, D. Johnson, J. Ardron, K. Morrison, and S. Unger, “Can Existing Institutions Protect Biodiversity in Areas Beyond National Jurisdiction? Experiences from Two On-Going Process”, *Marine Policy* 49 (2014), pp. 167-75, at 173.

하거나 위반하지 않도록 보장할 수 있다. 동 양립가능성을 규정함으로써 기존의 침해한 논쟁의 대상이 되던 '조치를 채택하는 주체'의 중요성은 한층 줄어드는 반면에 조치의 실효성 내지 해양생물다양성 및 생태계 보호 목적을 달성하기 위한 적합성 등이 중요한 관심의 대상이 된다.⁸⁵⁾ 뿐만 아니라 양립가능성은 해양생물다양성의 보존을 위한 생태계기반의 법적 틀을 마련할 수 있는 주요 개념으로도 작용할 수 있다. 결국 BBNJ문서와 현존하는 법문서 및 기구 간 법제도 또는 조치의 '양립가능성'을 보장하도록 동 문서상 명시적인 규정을 마련함으로써 생태계기반 접근법의 효과적인 이행을 위한 일종의 전환적 타협점을 제공할 수 있을 것이다.

IV. 결 론

유엔해양법협약이 채택된 이후 40년 가까이 공고히 유지되던 '공해자유의 원칙'의 변환점이 될 수 있는 새로운 국제해양질서 논의가 본격화하고 있다. 공해와 심해저에서의 인간활동의 다양화와 그 이용 강도의 증가로 인해 발생된 해양오염, 과잉어획, 해양생물다양성 훼손 등의 문제가 UN BBNJ 논의와 맞물리면서 새로운 공해질서에 대한 염원을 촉발시켰다. 그 결과 현재 공해상 해양생물다양성의 보존과 지속가능한 이용에 관한 UN해양법협약의 세 번째 이행협정의 성안을 목전에 두고 있으며, 이 가운데 생태계기반 어업관리의 이행강화도 주요 의제로서 관심의 대상이 되고 있다.

비록 생태계기반 접근법에 관하여 아직까지 명확히 합의된 법적 개념이 존재하지 않으나, 동 접근법은 1980년대부터 다양한 국제협약 및 soft law문서를 통해 그 지위를 점진적으로 발전시켜 왔다. 그러던 중 1982년 UN해양법협약에서 명문화하지 않았던 생태계적 해양환경의 고려를 반영하기 위한 움직임이 BBNJ 국제문서를 통해 발현되고 있다. 즉 생태계기반 접근법은 BBNJ 국제문서 성안의 계기를 제공한 핵심적인 개념이라고 볼 수 있다. 동시에 BBNJ 국제문서상 동 접근법의 명시적인 규정은 기존 UN해양법협약상의 법적 흠결을 보충하는 역할을 수행한다. 반대로 동 생태계기반 접근법의 명시적인 법규정화 작업은 동 접근법의 국제법적 지위를 형성 또는 강화하는 데 있어 중요한 역할을 수행할 것으로 예상된다.

국가들은 현재 BBNJ 협정초안 마련을 위한 논의단계에 있으며 이 중 지역기반관리수단에 관한 협력과 조정에 대하여 글로벌 및 지역적 메커니즘의 상이한 입장차를 노정하고 있다. 글로벌 메커니즘은 ABNJ를 단일 생태계로 보아 통일성과 일관성 높은 생태계 관리를 가능하도록 하자는 것이다. 반면 지역적 메커니즘은 현존하는 법문서와 기구를 존중함으로써 기존의 지역별·분야별 특성과 전문성을 고

85) V. De Lucia, "Rethinking the Conservation of Marine Biodiversity beyond National Jurisdiction: From 'Not Undermine' to Ecosystem-Based Governance", *European Society of International Law* 8(4) (2019), p. 7.

려한 생태계 관리를 도모하자는 것이다. 현존하는 관리방식에 간극이 존재한다는 점을 고려할 때 순수하게 지역적 메커니즘 만으로 대응하기에는 역부족이라는 점은 분명하다. 따라서 기존의 체제를 최대한 존중하는 형태를 기초로 협력과 조정을 통해 관리하되, 간극이 존재하는 부분에 대해 BBNJ문서를 통한 이행지원 체제를 마련하는 방식이 보다 조화로운 방향이 될 것이다. 이 가운데 법제도 및 조치의 양립가능성을 보장하는 명시적 협력 규정의 마련은 생태계기반 법적 프레임워크를 설정하는 데 있어 도움을 제공할 것으로 보인다.

양극화한 두 메커니즘의 혼합적·타협적 접근방식을 통해 기존에 UN해양법협약과 UN공해어업협정이 마련해온 기존의 관리레짐과의 조화를 지향함으로써 국제법적 안정성을 도모하는 동시에 공해생물자원의 보존 및 지속가능한 이용을 위한 국제사회의 적극적인 참여를 이끌어낼 수 있다. 이를 위해서는 BBNJ 국제문서상 지역기반관리수단의 설정 및 이행하는 데 있어 국가 및 현존하는 법문서와 프레임워크, 기구를 통한 당사국의 협력과 조정에 관한 일반의무의 규정이 선행되어야 한다. 또한 BBNJ기구가 지역기반 관리수단을 설정하는 형태의 직접적이고 적극적인 참여보다는, 잠재적인 구역을 확인하고 생태계기반 관리를 위한 데이터베이스를 구축하여 관련 정보를 공유함으로써 현존하는 이행체제의 간극을 보충하는 형태를 감안하여 문언에 담는 방식을 취해야 할 것이다.

이렇듯 최근 국제환경법 상 생태계기반 접근법의 발전양상과 새로운 BBNJ 국제문서의 성안이 가지는 영향을 고려할 때 ABNJ의 생태계기반 관리차원에서 국제협력과 조정을 강화하기 위한 효과적인 방안을 모색하는 것은 매우 중요한 과제다. 이 점은 머지않아 성안될 새로운 법구속적인 국제문서를 논의하는 현재 단계에서 간과되어서는 안 될 것이다. 공유지의 비극에서 벗어나 지속가능한 해양자원의 이용을 확보·유지하기 위하여 지속적인 해양환경보호에 관한 법정정책학적인 관심과 함께 진일보적인 타협의 자세가 절실히 요구되고 있다.



제1부 : 제2발표

**생물유전자원 및 관련 전통지식 무단이용의
규제를 위한 법적체제 구축:**

– 동남아시아를 중심으로 –

발표 : 김진엽 (명지대학교)

토론 : 서원상 (극지연구소)

大韓國際法學會

Building a regime to tackle biopiracy in Southeast Asia

김 진 엽

명지대학교 법과대학 강사

목 차

- I. Introduction
- II. Analysis of biopiracy cases and its impacts on Southeast Asia
 - 2.1. Biopiracy cases around the world including Southeast Asia
 - 2.2. Impacts of biopiracy
- III. Regimes relevant to biopiracy at an international level
 - 3.1. International biodiversity regime
 - 3.2. International investment regime
- IV. How to improve the Current regime(s) to tackle biopiracy in Southeast Asia
 - 4.1. Biodiversity regimes at regional and national levels in Southeast Asia²³
 - 4.2. How to utilize international investment regime to tackle biopiracy in Southeast Asia
- V. Conclusion

I. Introduction

Biological resources have been an essential part of our life and human beings have long relied on the resources for their survival. In particular, indigenous people and local communities (particularly, in developing countries) have made enormous contribution to the conservation of resources and development of traditional knowledge associated with the resources.

However, with the advancement of biotechnology, a growing number of other actors, particularly multinational corporations (MNCs) in developed countries have accessed and used the resources and knowledge in developing countries for profits and despite the tremendous contribution of the people and communities to the conservation of resources, MNCs have rarely obtained their consent and shared the benefits arising from the use of them. This has been called *biopiracy*.

This dissertation would like to discuss biopiracy, especially involving indigenous peoples and local communities because they are the main victim in most of the biopiracy cases. Although biopiracy has been found around the world, this dissertation would like to focus on Southeast Asia because the countries in the region has revealed plenty of problems to tackle the spread of the exploitation of resources and knowledge in the region. Thus, this dissertation will discuss *how the countries in Southeast Asia should tackle biopiracy under the international framework*.

Before beginning the discussion, this dissertation would like to provide some definition(s) of biopiracy offered by commentators. At first, Dutfield refers to biopiracy as ‘the unauthorized extraction of biological resources and/or associated traditional knowledge from developing countries or the patenting of spurious “inventions” based on such knowledge or resources without compensation’, expanding the scope to unauthorized extractions and mentioning developing countries as victims of biopiracy.¹⁾ And, Robinson in his book ‘*Confronting Biopiracy: Challenges, Cases and International Debate*’ divides biopiracy into three categories. The first two types of biopiracy indicate ‘intellectual property (patent and non-patent) control of biological resources and/or traditional knowledge that have been extracted without adequate authorization and benefit sharing from other (usually developing) countries, indigenous peoples and local communities’ while the third type of biopiracy is defined as misappropriations meaning ‘the unauthorized extraction of biological resources and/or traditional knowledge from other (usually developing) countries, indigenous peoples and local communities without adequate benefit sharing’ and does not involve intellectual property control.²⁾

Accordingly, while all the experts pointed out that intellectual property rights,

1) Daniel Robinson, *Confronting Biopiracy : Challenges, Cases and International Debates* (London : EarthScan, 2010), 20.

2) Ibid, 20-21.

particularly patents are the main means used for biopiracy, it is also recognized that biopiracy is usually a (mis)conduct by developed countries against developing countries (and their indigenous people and local communities).

On top of the background of this research including definitions of biopiracy in this introductory chapter, chapter 2 of this dissertation will analyse some biopiracy cases to show how biopiracy has actually happened. On that basis, impacts of biopiracy including three ‘grievances’ of indigenous people and local communities will be identified.

In chapter 3, this dissertation will analyse some ‘international regimes’ relevant to biopiracy, namely biodiversity and investment. For the analysis, the chapter will focus on some key principles, cases and debates in the regimes.

Based on the international framework, chapter 4 will suggest how the regional agreements and national laws and institutions in Southeast Asia should be improved to tackle biopiracy more effectively. In particular, as for national regimes, since the national laws and institutions to tackle biopiracy in Southeast Asia have been found to be varied, some key components of *model* national regimes will be suggested, by virtue of which the countries in the region can make new laws or reform their existing laws. As regards the investment regime, how international investment agreements between Southeast Asian countries and some developed countries should be revised to tackle biopiracy will be discussed, which will be followed by role(s) of indigenous people and local communities in a potential investment arbitration.

Overall, this dissertation aims to suggest how regional and national laws and institutions should be improved to tackle biopiracy in Southeast Asia with reference to other regional and national regimes based on the international framework.

II. Analysis of biopiracy cases and its impacts on Southeast Asia

2.1. Biopiracy cases around the world including Southeast Asia

2.1.1. Brinjal Case

What is Brinjal and its traditional use?

Brinjal or eggplant is an agronomically important solanaceous crop of the tropics and sub-tropics and it is native to India and China.³⁾ The crop is a popular vegetable throughout Asia and a vital ingredient in the staple diet of Indians, traditionally having been used in various food and dishes in the country.⁴⁾ In addition, the crop has also been used in some popular medicines to treat some diseases such as diabetes, arthritis and asthma in India.⁵⁾

Misappropriation of Brinjal and its Impact

Although the crop has been widely used in India for food and medicinal purposes, the crop is susceptible to many pests and diseases. The most serious ones are the eggplant fruit and shoot borer (EFSB, *Leucinodes orbonalis* Guenée) and to some extent Fruit Borer (FB, *Helicoverpa armigera*).⁶⁾

In order to tackle these problems, according to some activists and farmers, between 2005 and 2006, a Jalna-based Maharashtra Hybrid Seeds Company (Mahyco) in India in collaboration with its parent company Monsanto, a global seed giant and some institutions including the University of Agriculture Sciences (UAS) at Dharwad in north Karnataka in India accessed some local varieties of Brinjal and inserted a bacterial gene called Cry1Ac into the indigenous Brinjal genome to create a genetically modified version named Bt brinjal.⁷⁾ However, the problem was that when they accessed the local varieties for the genetic alteration, they did not obtain an official approval from the National Biodiversity Authority (NBA), an official authority

3) Bhaskar and P Ramesh Kumar, “Genetically Modified (GM) Crops Face an Uncertain Future in India: Bt Brinjal Appraisal – A Perspective”, *Annals of Plant Sciences*, 4 (02) (2015): 960.

4) Ibid.

5) Claudia Magioli and Elisabeth Mansur, “Eggplant (*Solanum melongena* L.): tissue culture, genetic transformation and use as an alternative model plant”, *Acta Botanica Brasilica* 19(1) (2004): 139.

6) Bhaskar and P Ramesh Kumar, above n.3, 963.

7) Rajeshree Sisodia, “Biopiracy in India: The case of the aubergine”, *Aljazeera*, October 31st 2011.

for the use of biological resources in India and not consult local farmers who have conserved and used them for centuries, which sparked fierce protests by activist groups and local farmers. According to the one of the groups, the Environment Support Group (ESG), a non-profit trust involved in environmental and social justice initiatives which launched a campaign against Bt. Brinjal in 2006 and filed a public interest petition in the high court in 2010,⁸⁾ this clearly constitutes a violation of the Biological Diversity Act 2002 in India because although ‘*Section 3 of the Biological Diversity Act 2002 requires foreign companies or citizens who seek access to biological resources to obtain the prior approval of the NBA*’, they did not fulfil their obligations by not obtaining such approval.⁹⁾ In addition to the lack of approval for access, they also claimed that the companies and institutions deprived the local communities of their rights to equitable benefit sharing arising out of the commercial use of resources.¹⁰⁾ In response to the complaints, Monsanto denied it had developed Bt. Brinjal, arguing that it is Mahyco that actually developed the GM crop with some institutions in India.¹¹⁾ One interesting point is that one of the institutions or the UAS at Dharwad claimed that a project related to the genetic alteration of Brinjal was approved by the Department of Biotechnology, the Ministry of Science and Technology of the government of India although the Biological Diversity Act 2002 clearly designates the NBA, State Biodiversity Board and the Biodiversity Management Committees as the competent authorities for access to and use of biodiversity resources in India and they did not get an approval from these authorities.¹²⁾

Such fierce protests from local farmers forced the Genetic Engineering Approval Committee (GEAC), India’s official regulatory agency for GM organisms to introduce an infinite moratorium on the product in 2010 and prompted the NBA to file the country’s first ever biopiracy criminal lawsuit against the Monsanto and Mahyco in a Karnataka Court in 2013.¹³⁾ Although the companies and institutions accused filed a

8) S Shyam Prasad, “BT BRINJAL: HC says MONSANTO will have to face biopiracy case”, *Bangalore Mirror*, October 18th 2013.

9) Walid Abdelgawad, “The Bt Brinjal Case: The First Legal Action Against Monsanto and Its Indian Collaborators for Biopiracy”, *31 Biotechnology Law Report 136 Number 2*, (2012): 137.

10) Ibid, 138.

11) Ibid, 139.

12) Ibid.

13) Amit Mitra, “National Biodiversity Authority files case against Monsanto-Mahyco”, *The Hindu Business Line*, January 29th 2013.

petition challenging the criminal complaints against them, it was dismissed by the High Court of Karnataka in 2013.¹⁴⁾ The case is currently pending before the court in India.¹⁵⁾

2.1.2. Plao Noi Case

What is Plao Noi and its Traditional use?

Plao Noi is a local herb in Thailand and its healing properties have been recorded in traditional palm leaf books for centuries.¹⁶⁾ The leaves and stem bark of the herb have been used by Thai traditional healers to treat ulcers for hundreds of years and commercial products containing the herb are sold as tea bags, and in powder form in herbal markets and are claimed to have anti-ulcer, anticancer, and anti-inflammatory effects.¹⁷⁾

Patents on Plao Noi and its Impact

The second largest pharmaceutical firm in Japan, Sankyo Company Ltd., was granted several patents on the process and compounds including Plaunotol from Plao Noi.¹⁸⁾ Even though it is not clear how the Japanese researchers obtained the knowledge of the qualities of the plant, according to GRAIN, an international non-profit organisation,

In 1975, a team of researchers from Sankyo and the Department of Forestry collected samples of Plao-noi in Prachuabkeereekhan province, south of Bangkok. Sankyo brought the samples to the lab, extracted its active ingredient which they called "Plaonotol"—named after the plant itself — and applied for a patent.¹⁹⁾

14) S Shyam Prasad, above n.8.

15) Karine Peschard & Shalini Randeria, 'Taking Monsanto to court: legal activism around intellectual property in Brazil and India' (2020) 47(4) The Journal of Peasant Studies 792, 803.

16) "Biopiracy in Asia", GRAIN, <https://www.grain.org/article/entries/27-biopiracy-trips-and-the-patenting-of-asia-s-rice-bowl>

17) Maslin Osathanunkul et al, "Refining DNA Barcoding Coupled High Resolution Melting for Discrimination of 12 Closely Related Croton Species", *PLoS ONE* 10(9): e0138888. doi:10.1371/journal.pone.0138888 (2015): 2.

18) Chulabhorn Mahidol et al, "Bioactive natural products from Thai plants", *Pure & Appl. Chem.*, Vol. 66 (1994): 2355.

The Japanese company filed patents on the compounds and methods in several countries including Japan, the US and Thailand and the compound Plaunotol is marketed in tablet form under the brand name of Kelnac with annual sales in Thailand alone of 20 million dollars.²⁰⁾

Although the Japanese company has extracted and patented the compounds of the herb that is widely grown in Thailand, no benefits were distributed with the Thai government and Thai local communities except one Thai botanist who joined the collection of the samples.²¹⁾ Although there were some groups who knew about the properties of Plao Noi in Thailand, plants were not taken from them as the plants were readily available in the public domain so, that may be one of the reasons why the benefits arising from the use of the plant were not shared with them.²²⁾ However, the fact that the Japanese company and researchers hold patents on the plant that is widely grown in Thailand and many local communities have made a lot of contribution to the conservation of Plao Noi suggests that certain amount of benefits should be provided back to the communities and/or the Thai government in the form of compensation.

2.2. Impacts of biopiracy

Then, how does biopiracy impact on developing countries and indigenous people and local communities? At first, biopiracy has had a negative effect on the countries and indigenous peoples and local communities *economically* because MNCs from developed countries rarely share the benefits arising from the utilization of resources and knowledge with them. In addition, in some cases, intellectual property rights hinder the peoples and communities from accessing resources that they have freely used although they are the ones who made a profound contribution to the conservation of

19) "Biopiracy in Asia", GRAIN, <https://www.grain.org/article/entries/27-biopiracy-trips-and-the-patenting-of-asia-s-rice-bowl>, accessed 30th of June 2019.

20) John Gillespie and Randall Peerenboom, *Regulation in Asia: Pushing Back on Globalization*, (London: Routledge, 2009), 200.

21) Daniel Robinson, above n.1, 65.

22) Ibid.

resources and discovery of the knowledge. Secondly, biopiracy undermines the *culture and identity* of the peoples and communities because since their culture is deeply associated with resources, land and knowledge, obtaining an exclusive ownership on them without their permission could severely undermine their culture. Moreover, given the contribution that the peoples and communities have made to the conservation of the resources and knowledge, it is *morally* unjustifiable to exploit resources and knowledge without their permission and compensation or sharing any benefits. Such unjust and immoral use of resources and knowledge has gone a long way toward widening the gap between the rich mostly in developed countries and the marginalized mostly in developing countries, which is *politically* bad. Last but not least, biopiracy has an adverse impact on *biodiversity itself* because biopirates tend to access, use, and exploit resources and knowledge in an indiscriminate manner which often led to extinction of some resources.

2.2.1. Three grievances of indigenous people and local communities

Based on the biopiracy case analysis, the first problem identified that indigenous people and local communities have, or their grievance is that in many cases, other entities such as multinational corporations do *not obtain their informed consent* when they take, use and/or develop resources and associated traditional knowledge that the people and communities have long conserved and used. That is, most of the entities rarely acknowledge their rights and/or contributions to the conservation and management of resources and knowledge.

Another grievance or problem that has most frequently been found in the biopiracy cases discussed in the appendix is that other entities including multilateral corporations steal and/or exploit the biological resources and associated traditional knowledge of indigenous people and local communities *without sharing of the benefits* arising from the utilization of resources and knowledge mainly through intellectual property rights.

In addition to the physical or material grievances due to biopiracy, the unauthorized exploitation of biological resources and associated traditional knowledge has also given rise to *cultural, moral, or spiritual grievance* from indigenous peoples and local communities mainly because resources and knowledge are more than just natural resources or relevant knowledge for them. In other words, for the peoples and

communities, as their culture and identity are closely connected to resources and knowledge, such exploitation or biopiracy adversely affects their culture and spirit.

In order to deal with the grievances or problems and tackle biopiracy in the region, their regional and national regimes should be reformed or improved and particularly, such regional and national regimes should be built and/or improved in accordance with the international regimes relevant to biopiracy or *international framework* because all or some of the countries in the region are the member states to the relevant international instruments and the region can tackle biopiracy in a more consistent manner under the instruments based on the international framework. Therefore, in the next chapter, this dissertation will analyse some of the relevant regimes on an *international* level.

III. Regimes relevant to biopiracy at an international level

3.1. International biodiversity regime

3.1.1. Convention on Biological Diversity (CBD)

Main features of the CBD

As for the *principles*, the CBD provides for the ‘sovereign rights over biological resources’ and ‘important roles of indigenous people and local communities and women’ in its preamble and the principle of sovereignty over biological resources is also stipulated in other articles such as article 3.

As regards *access and benefit sharing*, the most important mechanism in the Convention, article 15 stipulates different rights and obligations for provider and user countries. That is, for provider countries, the CBD ensures the sovereign rights over

the resources within their jurisdictions and the authority to determine access to them whereas they are under obligation not to impose restrictions that run counter to the objectives of the CBD. For user countries, the Convention ensures their rights to request the provider countries facilitated access to resources and at the same time, obliges them to obtain ‘prior informed consent’ from the competent national authority (and relevant stakeholders including indigenous and local communities) when they access the resources and in the case of benefit sharing, take legislative, administrative or policy measures to ensure fair and equitable sharing of the benefits with the provider countries based on mutually agreed terms such as types of benefits to be shared. By stipulating these rights and obligations, the CBD enables countries to trade access to genetic resources for a good share of the benefits.²³⁾ However, the CBD does not indicate what constitutes prior informed consent and rather, such a decision is left to the individual member countries²⁴⁾ and the other condition or ‘mutually agreed terms’ is also neither defined nor elaborated in the CBD.

As a means to *implement* article 15(7), article 16 and 19 require parties to take measures to enable developing countries which provide genetic resources to be provided access to and transfer of technology including biotechnology which makes use of those resources, participation in biotechnological research activities and access to the results and benefits arising from biotechnologies. In particular, article 16 recognizes the influence of intellectual property rights on the implementation of the CBD, requiring that technology transfer be based on terms which recognize and are consistent with the adequate and effective protection of intellectual property rights.

Finally, for *enforcement* or *settlement of disputes*, article 27 provides such means as negotiation, mediation and arbitration and International Court of Justice for a dispute not resolved in accordance with them.

Indigenous peoples and local communities in the CBD

In addition to the rights and obligations of the member states vis-à-vis other member

23) Vanessa Danley, “Biopiracy in the Brazil Amazon: Learning from International and Comparative Law successes and shortcomings to help promote biodiversity conservation in Brazil”, *Florida A&M University Law Review* 7(2) (2012): 303.

24) Laura Grebe, “Requiring Genetic Resource Disclosure in the United States”, *Creighton Law Review* (44) (2010): 382.

states, the CBD also provides for their obligations in relation to *indigenous peoples and local communities* mainly because of their close relationship with biological resources (and their contributions to the conservation of the resources).

The most important and relevant article in the CBD regarding the rights of indigenous people and local communities to biological resources and associated traditional knowledge is article 8(j) which provides that:

Each Contracting Party shall, as far as possible and as appropriate:

(j) Subject to its national legislation, respect, preserve and maintain knowledge, innovations and practices of indigenous and local communities embodying traditional lifestyles relevant for the conservation and sustainable use of biological diversity and promote their wider application with the approval and involvement of the holders of such knowledge, innovations and practices and encourage the equitable sharing of the benefits arising from the utilization of such knowledge, innovations and practices.²⁵⁾

This article states two important principles regarding the rights of indigenous people and local communities to traditional knowledge.: *approval and involvement* of the holders of such knowledge, innovation and practices, or *prior informed consent* of the holders; and *sharing of the benefits* arising from the utilization of such knowledge, innovation and practices. In other words, parties should not just respect their traditional knowledge but also promote the application of the knowledge with *prior informed consent* of indigenous people and local communities and encourage *benefit sharing*, lack of which partly generates the grievances among the peoples and communities. In particular, with regard to prior informed consent, the drafters of the CBD mentioned that three factors should be considered for its adequacy. : (i) secure tenure arrangements regarding their traditional land and resources; (ii) equal status to other members; and (iii) compatibility with their cultural and ecological values.²⁶⁾ Given that indigenous people cannot continue their traditional practices without the lands and resources, recognizing their lands and resources as a foundation for their

25) CBD, article 8(j).

26) Rekha Ramani, "Market Realities vs. Indigenous peoples", *Brooklyn Journal of International Law*, Vol. XXVI:3 (2001): 1166.

rights to traditional knowledge is critical, which is consistent with some human rights regimes (e.g. UNDRIP).²⁷⁾

However, this article is qualified by some phrases such as ‘as far as possible and as appropriate’ and ‘subject to its national legislation’ which leaves the power to implement the provision at the discretion of national governments. In addition, this article also contains ‘embodying traditional lifestyles’ and this article only *encourages* sharing of benefits, not obligates, which further weakens this article. Accordingly, such weakness of this article has made the CBD criticized for provoking more biopiracy. That is, since the CBD recognizes the sovereign right of states over biological resources and gives them the right to control access to resources within their jurisdiction rather than indigenous people and local communities, this encourages more bioprospecting agreements between foreign corporations and governments, not indigenous peoples and local communities and subsequently, more biopiracy because some of these governments prefer economic growth and profits to the protection of the rights of the peoples and communities.²⁸⁾

3.1.2. Nagoya Protocol on access to genetic resources and the fair and equitable sharing of benefits arising from their utilization (Nagoya Protocol)

Main features of the Nagoya Protocol

In its *Preamble*, the Protocol recognizes that the implementation of fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources is its main *objective*, reaffirming the sovereign rights of states over their natural resources.²⁹⁾ In addition, the potential role of access and benefit sharing to contribute to the conservation and sustainable use of biodiversity is also acknowledged.³⁰⁾

27) Donna Craig and Michael Davis, “Ethical Relationships for Biodiversity Research and Benefit Sharing with Indigenous Peoples”, *Macquarie Journal of International and Comparative Environmental Law* Vol.2 (2005): 46.

28) Lean M. Fecteau, “The Ayahuasca Patent Revocation: Raising questions about current US Patent policy”, *Boston College Third World Law Journal* Vol. 21:69 (2001): 82.

29) Nagoya Protocol, Preamble.

30) Ibid.

As regards *access* to genetic resources, article 6, particularly its third paragraph³¹⁾ establishes clear rules or procedures concerning access to genetic resources by subjecting the access to the prior informed consent of the provider country and obligating each provider party to take measures for fair and non-arbitrary rules and procedures on accessing genetic resources. In so doing, the provider countries can benefit from such enhanced legal frameworks because they can protect their interests in resources better and the increased legal certainty attracts more users of resources and benefits.

With regard to *benefit sharing*, article 5 requires fair and equitable sharing of the benefits arising from the utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization with the provider country, stating that such benefits may include ‘monetary’ and ‘non-monetary benefits’ which are attached to the Annex of the Protocol.³²⁾ This provision is innovative in some respects. At first, the provision clarifies the activities that give rise to benefit sharing by mentioning ‘utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization’, namely anywhere along the value chain.³³⁾ In particular, when it comes to the ‘utilization of genetic resources’, the Protocol provides its definition in its article 2 by providing that ‘(c) “Utilization of genetic resources” means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention’. And, it also states types of benefits to be shared which may include monetary and non-monetary ones.³⁴⁾

Indigenous peoples and local communities in the Nagoya Protocol

In its *Preamble*, the Protocol mentions article 8(j) of the CBD due to its relevance to traditional knowledge and the fair and equitable sharing of benefits arising from the utilization of them, noting the interrelationship between indigenous people and local

31) Ibid, article 6(3)

32) Ibid, article 5(1) and (4)

33) Lyle Glowka and Valérie Normand, “Chapter 1. The Nagoya Protocol on Access and Benefit -sharing: Innovations in International Environmental Law” in *The 2010 Nagoya Protocol on Access and Benefit -sharing in Perspective* ed Elisa Morgera et al. (Leiden: Martinus Nijhoff, 2013): 31.

34) Ibid.

communities, genetic resources and traditional knowledge.³⁵⁾ In particular, the Preamble recognizes that traditional knowledge is held or owned by indigenous people and local communities, acknowledging their right to identify the rightful holders of their traditional knowledge associated with genetic resources.³⁶⁾ Moreover, the Protocol takes note of the UNDRIP, recognizing that traditional knowledge can take various forms such as oral, documented, and other forms.³⁷⁾

In addition to the Preamble, a number of provisions of the Protocol provide for the rights of indigenous people and local communities in diverse aspects. Of those articles, this chapter will analyse some articles related to the *access to genetic resources and associated traditional knowledge held by them (i.e. prior informed consent)*, *sharing of the benefits (i.e. benefit sharing)*, *customary laws and community protocols (i.e. culture)*, and *compliance*.

With regard to *sharing of the benefits*, article 5(2) of the Protocol requires Parties to take measures to ensure that

*as appropriate, benefits arising from the utilization of genetic resources that are held by indigenous and local communities, in accordance with domestic legislation regarding the established rights of these indigenous and local communities over these genetic resources, are shared in a fair and equitable way with the communities concerned, based on mutually agreed terms.*³⁸⁾

This article is groundbreaking in that the Protocol recognizes the role of indigenous people and local communities as a steward of genetic resources and at the same time, obligates Parties to share the benefits arising from the utilization of genetic resources held by the people and communities with them.³⁹⁾ However, this article is qualified by such phrases as ‘as appropriate’, ‘in accordance with domestic legislation regarding the established rights’ which gives Parties too much discretion as to the implementation of this provision. In addition, article 5(5) of the Protocol requires Parties to take

35) Ibid, Preamble.

36) Ibid.

37) Ibid.

38) Ibid, article 5(2).

39) Elisa Morgera, *Unravelling the Nagoya Protocol* (the Netherlands : Koninklijke Brill, 2014): 117.

measures to ensure sharing of the benefits arising from the utilization of traditional knowledge in a fair and equitable way with the people and communities based on mutually agreed terms.⁴⁰⁾ The main difference of this paragraph from article 5(2) is lack of ‘*in accordance with domestic legislation regarding the established rights*’ which makes this obligation more stringent.⁴¹⁾

As regards *access to biological resources and associated traditional knowledge*, article 6(2) of the Protocol requires each Party to take measures to ensure that ‘*as appropriate, the prior informed consent or approval and involvement of indigenous and local communities is obtained for access to genetic resources where they have the established right to grant access to such resources.*’⁴²⁾ This provision is innovative in that it addresses the issue of ‘access to genetic resources held by indigenous people and local communities’.⁴³⁾ However, as is the case of article 5(2) of the Protocol, it is qualified by the phrases such as ‘in accordance with domestic law’ and ‘where they have the established right to grant access to such resources’ which gives Parties too much discretion as to the implementation of this provision. In addition, the Protocol obligates Parties requiring prior informed consent to set out criteria and/or processes for obtaining prior informed consent or approval and involvement of indigenous people and local communities for access to genetic resources, although there are such qualifications as ‘where applicable’ and ‘subject to domestic legislation’.⁴⁴⁾ Article 7 of the Protocol deals with ‘access to traditional knowledge’, providing that

*in accordance with domestic law, each Party shall take measures, as appropriate, with the aim of ensuring that traditional knowledge associated with genetic resources that is held by indigenous and local communities is accessed with the prior and informed consent or approval and involvement of these indigenous and local communities, and that mutually agreed terms have been established.*⁴⁵⁾

40) Nagoya Protocol, article 5(5).

41) Elisa Morgera, above n.39, 127.

42) Nagoya Protocol, article 6(2).

43) Elisa Morgera, above n.39, 138.

44) Nagoya Protocol, article 6(3)(f).

45) Ibid, article 7.

As in case of the above provisions, this article is also qualified by phrases ‘in accordance with domestic law’ and ‘as appropriate’ but, there is no mention of ‘established right’ which makes this provision more restrictive than article 6(2).

3.1.3. International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture (ITPGRFA)

Main features of the ITPGRFA

In its *Preamble*, the ITPGRFA mentions many important points with regard to plant genetic resources for food and agriculture (PGRFA). At first, the ITPGRFA acknowledges the special nature of PGRFA, recognizing that PGRFA are a common *concern* of all countries.⁴⁶⁾ In addition, it also affirms the contributions of farmers in conserving, improving and making available these resources and in particular, farmers’ rights are stated.

In its first article, the ITPGRFA states that its *objectives* are ‘the conservation and sustainable use of PGRFA’ and ‘the fair and equitable sharing of the benefits arising out of their use for sustainable agriculture and food security’ which are very similar with the goals of the CBD.⁴⁷⁾ In particular, the article emphasizes the consistency with the CBD by inserting the phrase ‘*in harmony with the CBD*’. Moreover, in article 10, as in the case of the CBD, the ITPGRFA recognizes the *sovereign* rights of states over their own PGRFA.⁴⁸⁾ Article 5 of the treaty requires parties to ensure the *in situ* and *ex situ* conservation of PGRFA and in so doing, to support the efforts of farmers and indigenous and local communities in this regard.⁴⁹⁾ In its article 9, the ITPGRFA specifically deals with *farmers’ rights* which will be discussed in the next section.

Indigenous people and local communities in the ITPGRFA: *Farmers’ rights*

46) International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, Preamble.

47) Ibid, article 1.

48) Ibid, article 10(1).

49) Camena Guneratne, *Genetic Resources, Equity and International Law* (Cheltenham: Edward Elgar, 2012), 86.

In fact, it is not this treaty which mentions the farmers' rights for the first time. Its predecessor, the International Undertaking introduced and defined the concept in its resolutions in 1989. The main rationale to introduce this right was that while the producers of commercial varieties reap most of the benefits arising from the modern varieties based on the traditional landrace varieties mainly developed by farmers, farmers have not been rewarded for their enormous contributions⁵⁰⁾ and thus, farmers' rights were introduced as a means to reward farmers for their contributions in the past and to continue in their efforts to conserve and improve PGRFA.⁵¹⁾

In its first paragraph, article 9 of the ITPGRFA recognizes the 'contribution' that farmers make for the conservation and development of PGRFA as a basis of farmers' rights.⁵²⁾ In addition, its second paragraph provides measures to protect and promote farmers' rights including 'protection of their traditional knowledge', 'participation in the equitable benefit sharing' and 'participation in the decision making processes at the national level'.⁵³⁾ Thus, this paragraph associates farmers' rights with traditional knowledge in the context of PGRFA.⁵⁴⁾ And, by requiring the protection of traditional knowledge of farmers, namely part of their culture, their right to culture, third grievance in chapter 2, is partly recognized. Moreover, this paragraph recognizes their entitlement to the economic benefits (i.e. benefit sharing) and their procedural rights to participate in decision making process on matters related to the conservation and sustainable use of PGRFA (i.e. prior informed consent). By requiring parties to take measures to protect such farmers' rights, the Treaty deals with the two 'grievances' identified above. However, it gives the responsibility to realize their rights to national governments subject to national legislations, which is a big change from the International Undertaking which puts the main responsibility to realize their rights on the international community.⁵⁵⁾ The third paragraph of the article provides that '*nothing in this Article shall be interpreted to limit any rights that farmers have to*

50) Gerald Moore and Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture* (Gland: IUCN, 2005): 67.

51) Ibid.

52) ITPGRFA, article 9(1).

53) Ibid, article 9(2).

54) Chidi Oguamanam, "Intellectual Property Rights in Plant Genetic Resources: Farmers' Rights and Food Security of Indigenous and Local Communities", *Drake Journal of Agricultural Law* 11 (2006): 293.

55) Gerald Moore and Witold Tymowski, above n.50, 72.

save, use, exchange and sell farm-saved seed/propagating material subject to national law'.⁵⁶⁾ Although this article did not provide a clear legal basis for claiming their rights to save, use, exchange and sell farm-saved seed/propagating material, it still provides a room for national governments to recognize farmers' rights.⁵⁷⁾

Although this provision recognizes farmers' contributions and rights, these rights are not held by individual or groups of farmers and do not prevent other actors from engaging in similar activities of farmers.⁵⁸⁾ Thus, farmers' rights do not appear to be 'stand-alone property rights' of farmers over PGRFA⁵⁹⁾ and the Treaty requires that farmers' rights should be recognized and promoted.⁶⁰⁾

3.2. International investment regime

3.2.1. Definitions of investment

In order to figure out the relevance of international investment regime to biopiracy, the meaning of *investment* should be clarified first. What does *investment* mean in international investment law?

In fact, there is no single fixed notion of investment in international investment regime. In the case of *bilateral investment agreements* (BITs), one of the main sources of the international investment law, most of them have adopted a so-called 'asset-based approach' according to which, the definitions are so broad that investment can apply to 'all of the assets'.⁶¹⁾ Accordingly, it even includes 'claims to money and claims under a contract having a financial value' and this could be taken as suggesting that the term 'investment' encompasses even ordinary commercial

56) ITPGRFA, article 9(3).

57) Gerald Moore and Witold Tymowski, above n.50, 76.

58) Teshager Dagne, "The protection of traditional knowledge in the Knowledge Economy: Crosscutting challenges in International intellectual property law", *International Community Law Review*, 14 (2012), 170.

59) Ibid.

60) Chidi Oguamanam, above n.54, 291.

61) Krista Nadakavukaren Schefer, *International investment law: Text, cases, and Materials* (Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd, 2016), 97-98.

transactions.⁶²⁾ The main objective behind such a broad scope of investment in international investment agreements is that a wide variety of activities associated with foreign direct investment could get protected under the treaties, which is mainly facilitated by the attitudes taken by arbitral tribunals.⁶³⁾ And, with the scope of investment becoming increasingly extended in the international investment regime, not only tangible assets such as property but also intangible assets such as ‘intellectual property rights’ have been included in the definition of investment in a growing number of BITs in many terms.⁶⁴⁾ The reason of such inclusion of the rights in the definition is that many of these rights are associated with the making of foreign investments and such inclusion reflects the importance of protecting intangible assets in investment operations.⁶⁵⁾ For instance, when a new invention should be manufactured in other (developing) countries or new technologies should be transferred to a local partner(s), the intellectual property rights associated with the venture should be protected.⁶⁶⁾

Another approach to definition of ‘investment’ is related to *the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) Convention*. The ICSID is an international arbitration institution for legal dispute resolution between international investors and established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (ICSID Convention). Although the ICSID is the main forum for resolving investment disputes, the Convention particularly, its article 25(1)⁶⁷⁾ does not provide definition of investment. Accordingly, investment tribunals established by the ICSID did not consider the meaning in the Convention or only the definition in the applicable BIT was considered because of lack of definition

62) UNCTAD, Intellectual Property Provisions in International Investment Arrangements: IIA MONITOR No. 1 (2007), 9.

63) M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 10.

64) UNCTAD, above n.62, 2.

65) M. Sornarajah, above n.63, 12.

66) Ibid.

67) ICSID Convention, 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.*

of investment in the ICSID Convention. However, one investment tribunal that was established to resolve a dispute in the *Salini et al v. Morocco* case held that the rights in dispute must also constitute an investment pursuant to Article 25 of the Washington Convention (i.e. ICSID Convention), arguing that its jurisdiction depends upon the existence of an investment within the meaning of the Bilateral Treaty as well as that of the Convention.⁶⁸⁾ In order to determine whether an investment was made for the purpose of ICSID arbitration, the *Salini* tribunal introduced a clear four-pronged test.: (i) contribution of assets; (ii) a certain duration over which the project was to be implemented; (iii) risk; and (iv) contribution to the host state's economy.⁶⁹⁾ Although this approach has been adopted by many other investment tribunals, with regard to the fourth requirement, namely contribution to economic development, some tribunals did not require the investment to contribute to the economy of the host country or at least they presumed that this condition would be inherent in other elements.⁷⁰⁾

Even though arbitration tribunals have adopted different approaches with respect to the definition of investment, the prevailing view in the international investment regime requires that both sets of requirements in the BITs and Convention be satisfied.⁷¹⁾

3.2.2. Relevance of biopiracy to investment

As found in chapter 2, in most of the biopiracy cases multinational corporations or foreign companies in developed countries obtained intellectual property rights, particularly patents on their 'inventions' based on resources and knowledge from developing countries. As mentioned above, intellectual property rights fall within the category of investment in most of the international investment agreements and thus, the intellectual property rights including patents obtained by the companies through biopiracy can be considered 'investments' in international investment law. In fact, in the *Eli Lilly v. Canada* case (2017), the Eli Lilly, a US company brought a lawsuit

68) ICSID Case No. ARB/00/4 (rendered in 2001).

69) Alex Grabowski, "The Definition of Investment under the ICSID Convention: A Defence of Salini", *Chicago Journal of International Law* 15(1) (2014), 296.

70) Berk Demirkol, "The Notion of 'Investment' in International Investment Law", *Turkish Commercial Law Review* Vol.1(1) (2015): 47.

71) Krista Nadakavukaren Schefer, above n.61, 109-110.

against Canada in an investment tribunal over the revocation of its two ‘patents’ protecting its drugs due to the country’s ‘promise utility doctrine’, arguing that (i) their investments were unlawfully ‘expropriated’ and (ii) their investors were not accorded the ‘fair and equitable treatment’.⁷²⁾ Moreover, as found in most of the biopiracy cases, most of the companies developed products based on resources and knowledge such as drugs, dietary supplements, cosmetics or varieties and market them in other (developing) countries and it is quite natural to conclude that when they do so, they contribute assets such as personnel and materials to protect the intellectual property rights and market their products for certain period of time amid some risks in other (developing) countries. Thus, most of them can also meet the requirements in the *Salini* test. Therefore, it is highly likely that they pursue the protection of their rights under the international investment regime because their intellectual property rights can be considered ‘intangible assets’ that can be protected under the regime.⁷³⁾

In particular, if the governments in developing countries (and/or its peoples) respond to such claims by taking (hostile) action as found in the *Eli Lilly v. Canada* case, the companies are more likely to attempt to protect their rights based on resources and knowledge as ‘investment’. In fact, in some of the biopiracy cases, the governments or people in developing countries took action against the multinational corporations for the protection of their biological resources and associated traditional knowledge although they were not followed by actions under the international investment regime.⁷⁴⁾ Moreover, even if they were not a country of origin of the resource or knowledge used in the invention, some developing countries could still take action against biopiracy based on their national laws and/or international laws such as the Nagoya Protocol given their strong opposition against biopiracy.

Therefore, although no response has been found from the companies under international investment regime, given that the number of cases involving intellectual property rights in international investment regime has increased and that the

72) ICSID Case No. UNCT/14/2 (rendered in 2017).

73) According to Dr. Henning Grosse Ruse-Khan, although few cases where investors invoked protection under an investment treaty for their intellectual property rights in a host state have been found, such a trend has changed and in fact, several high-profile investment disputes have involved intellectual property assets from tobacco trademarks to *pharmaceutical patents*.

74) For instance, in *Brinjal* case the Indian government introduced an infinite moratorium on the product based on genetically altered *Brinjal* in response to the complaints from Indian people and NGOs.

importance of the patents based on resources and knowledge has been growing, there is a high likelihood that the foreign companies as investors take action to protect their rights (or investments) under the international investment regime against the host states in response to the governments' actions.⁷⁵⁾

On this basis, this dissertation would like to discuss international investment regime as a relevant regime to biopiracy and although a number of standards could be invoked by companies in (potential) investment arbitrations, this dissertation would like to focus on (indirect) expropriation.

3.2.3. A relevant standard to biopiracy in international investment regime: expropriation

Expropriation, which has long been allowed for states in international investment law under some conditions, usually refers to the '*takings of foreign property or forms of property rights deprivation by states for public purposes or other reasons*'.⁷⁶⁾ Expropriation can be divided into two categories.: *direct* and *indirect* expropriation. While the former involves the transfer of title and/or outright physical seizure of the property, the latter is short of such physical takings but, still may amount to takings in that it permanently destroys the economic value of the investment or deprives the owner of its ability to manage, use or control its property.⁷⁷⁾ That is, indirect expropriation can occur when the state interferes with the use or enjoyment of the property and/or benefits although the property is not seized and the legal title to the property is not affected.⁷⁸⁾

Expropriation, particularly indirect expropriation could be linked to biopiracy because as discussed in the previous section, investors could complain about the occurrence of

75) According to Bertram Boie in the NCCR Trade working paper '*The Protection of Intellectual Property Rights through Bilateral Investment Treaties: Is there a TRIPS-plus Dimension?*', the treatment standards and protection clauses against expropriation and unfair treatment in investment treaties are applicable to investments taking the form of intellectual property. (p.21).

76) "Expropriation in International Investment Law" Oxford Bibliographies, <http://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0159.xml>

77) UNCTAD, *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (2012), 6.

78) OECD *Indirect Expropriation and the Right to Regulate in International Investment Law*, OECD Working Papers on International Investment, 2004/04, OECD (2004), 3-4.

expropriation due to the adverse impact on their intellectual property rights, especially patents by the action taken by the host state governments to tackle biopiracy. More specifically, it is likely that the host state governments ask investors to submit proof of prior informed consent and/or share benefits arising from the use of their patents because of biopiracy while their other assets such as personnel or materials remain intact, which means the state interferes with the use or enjoyment of the property and/or benefits although the property is not seized and the legal title to the property is not affected. In addition, as found in Brinjal case, indigenous people and local communities and farmers could bring a lawsuit against investors largely because of not obtaining their consent. Such actions or measures could urge investors to commence investment arbitrations mainly because international arbitrations are more reliable and convenient for them than domestic courts in developing countries.

IV. How to improve the Current regime(s) to tackle biopiracy in Southeast Asia

4.1. Biodiversity regimes at regional and national levels in Southeast Asia

4.1.1. Regional biodiversity regime

The most important regional (legal) framework in Southeast Asia concerning the access and benefit sharing relating to biological resources and associated traditional knowledge is the ASEAN Framework Agreement on Access to biological and genetic resources. Accordingly, this section will focus on how to improve the agreement to tackle biopiracy in the region more properly based on relevant laws and institutions in other regions or countries.

At first, as regards *access and benefit sharing*, while the Agreement requires its member states to establish the ‘procedures leading to the grant of prior informed

consent up to local level’ and ‘legal processes to ensure fair and equitable sharing of benefits arising from the use of such knowledge and resources’, it merely states ‘providing for the *involvement* of indigenous peoples and local communities’ and ‘requiring the *inclusion* of the peoples and communities in the negotiations of benefits’. However, such ‘involvement’ or ‘inclusion’ is too vague to protect the rights of the peoples and communities and thus, these terms need to be more specific by recognizing the ‘rights’ to prior informed consent and benefit sharing of indigenous people and local communities in the ASEAN member countries and providing some ‘instruments’ for ensuring their involvement and inclusion. To that end, at first, it is suggested that the Agreement explicitly recognize the rights of indigenous peoples and local communities to ‘prior informed consent’ and ‘benefit sharing’ in relation to biological resources and associated traditional knowledge. That is, as in the case of the African Model Law,⁷⁹⁾ their ‘community rights over biological resources, associated traditional knowledge, benefits arising from them and their customs or traditions’ should be clearly recognized in the Agreement. And then, as a ‘means’ to ensure or protect their rights, it is suggested that the Agreement require its member states to include specific ‘instruments’ in their national legal procedures and processes, not just providing for their involvement and requiring their inclusion. Such instruments can take the form of ‘written prior informed consent’ or ‘written access permit’ as in the case of the African Model Law and by doing so, it needs to be ensured that the written or signed prior informed consent or permit not only of the member states but also of indigenous peoples and local communities in the countries should be obtained. In particular, any access carried out without the prior informed consent or permit of the member state and the concerned peoples and communities should be deemed to be invalid as in the case of the African Model Law. As for the specific contents of the ‘instruments’, while each member state needs to specify them, ‘terms of benefit sharing’ and ‘commitment to respect for their customary laws’ can be stated in the Agreement. In addition, it is suggested that the Agreement require its member states to ensure a certain share of benefits including monetary and non-monetary benefits arising from the use of resources and knowledge for the peoples and communities so that its member states can provide specific benefit sharing arrangements in their

79) African Model Law, Part IV, section 16 to 23.

national biodiversity regimes.

As for *intellectual property rights*, the Agreement provides that the ASEAN states shall not allow the patenting of plants, animals, microorganisms or any parts thereof, and traditional and indigenous knowledge.⁸⁰⁾ However, the prohibition of the patenting of ‘microorganisms or any parts thereof’ is incompatible with the WTO TRIPs Agreement because its article 27 states that ‘*Members may also exclude from patentability plants and animals other than micro-organisms*’. Thus, the Agreement should remove ‘microorganisms’ from its article 4 to be in keeping with the WTO TRIPs Agreement.

Beyond this, it also needs to be mentioned that some of the key provisions or *terms* of the Agreement are vague. While the Agreement makes numerous references to the concept of ‘fair and equitable sharing of benefits’, no definition of ‘fair and equitable’ has been found in the Agreement. As for the term, Professor Morgera argued in her article ‘*The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing*’ that ‘*it can be argued that the use of the two expressions ‘fair and equitable’ serves to make explicit both procedural dimensions of justice (fairness) that determine the legitimacy of certain courses of action as well as the substantive dimensions of justice (equity)*’.⁸¹⁾ In other words, while the ‘fair’ demonstrates procedural dimensions of justice, ‘equity’ demonstrates substantive dimensions of justice. Considering these, it is suggested that the Agreement add to the second paragraph of its article 11⁸²⁾ that ‘*... and the legal processes shall ensure procedural and substantial justice for the fair and equitable sharing of benefits and in particular, when indigenous peoples and local communities are parties to the negotiations of benefit sharing, their customary laws and practices shall be taken into consideration*’.

As for *institutions* for implementation, while the Agreement requires its member states or competent national authorities to establish the ‘national legislation on access’ and ‘procedures for the granting of prior informed consent at the national and local levels with the direct involvement of resource providers’, there is no mention of any

80) ASEAN Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources, article 4.

81) Elisa Morgera, “The Need for an International Legal Concept of Fair and Equitable Benefit Sharing”, *The European Journal of International Law* Vol. 27 no. 2 (2016): 381.

82) ASEAN Framework Agreement on Access to Biological and Genetic Resources, article 11 – fair and equitable sharing of benefits (...the ASEAN Member States shall establish legal processes to ensure fair and equitable sharing of benefits arising from the use of such knowledge and resources...)

mechanisms for the implementation of the Agreement. Thus, it is suggested that the Agreement add to its article 8 regarding Competent National Authority ‘*establishing database or registries of traditional knowledge associated with biological resources in the member states*’.

With regard to *enforcement*, there is no legal remedy for the violation of any provisions of the Agreement by the member states. While ‘arbitration process’ between member states is already provided, establishing a *regional tribunal* or *regional commission* to settle the disputes among the member states over the interpretation and implementation of the Agreement would go some way towards strengthening the element of stability and the rule of law and such a court or commission should be composed of representatives of each member state. At least, some of the members of the court or commission should have some experience about indigenous peoples’ customary laws or customs. For instance, those who study anthropology specializing in indigenous studies or have been engaged in advocating for the protection of the rights of indigenous people and local communities in NGOs should be included.

And, given that most of the indigenous peoples and local communities in the region are engaged in farming and some of the biopiracy cases have involved agricultural products such as rice, it is suggested that *farmers’ rights* be introduced into the Agreement. While specific rights of farmers or the requirements to be farmers’ varieties should be stipulated by each member state, the Agreement should provide a basic framework. To the end, at first, as in the case of the ITPGRFA and African Model Law, it is suggested that farmers’ contributions to the conservation, development and sustainable use of plant genetic resources be explicitly recognized and then, that the Agreement require its member states to provide proper definitions of farmers and farmers’ varieties, criteria and registration procedures of farmers’ varieties and recognize the rights arising from the varieties in their national plant variety protection laws or other relevant laws. In particular, it should be ensured that when adopting farmers’ varieties, requirements and rights in their national laws, the member states should take into consideration farmers’ customary laws and practices as in the African Model Law.⁸³⁾

83) African Model Legislation for the Protection of the Rights of Local Communities, Farmers and Breeders and for the Regulation of Access to Biological Resources, Part V, article 25(1).

4.1.2. National Biodiversity regimes

Suggestions for reform: Key Components of the Model Access and Benefit Sharing Regime

At first, with respect to *access procedure*, the Law should require that at first, the applicant(s) make an application(s) for access to biological resources and/or traditional knowledge to the Competent National Authority (CNA) and that for an access permit to be issued to the applicant(s) by the CNA, the prior informed consent from the concerned indigenous peoples and local communities as well as the CNA be obtained. Such prior informed consent can take the form of a ‘signed written agreement’ as in the case of the African Model Law and the agreement can be composed of a ‘material transfer agreement’ and a ‘benefit sharing agreement’ between the applicant and the peoples and communities as in the case of the ‘National Environmental Management: Biodiversity Act, 2004’ in South Africa. Specific contents of the agreement should be stated and the essential components can include the ‘resources or knowledge accessed’, ‘conditions under which the applicant(s) may seek intellectual property rights’ and the ‘terms of benefit sharing’. As a means for compliance, it should be ensured that the CNA consults with the peoples and communities to make sure that their consent is sought and granted as in the case of the African Model Law because the people and communities could be deceived or forced into concluding the agreements mainly due to the power imbalance between them and the applicants. After the procedure, the CNA can decide on whether the permit can be granted or not. On this basis, it is suggested that Indonesia, Lao PDR and Thailand, the three countries identified as lacking in specific procedures for obtaining prior informed consent of indigenous peoples and local communities incorporate these requirements into the procedures for access to biological resources and traditional knowledge in their current national access and benefit sharing laws to ensure obtaining prior informed consent not only of the CNA but also of the peoples and communities.

When it comes to *benefit sharing*, it is suggested that the terms and conditions regarding sharing of the benefits arising from the utilization of resources and knowledge be contained in the permit and agreement between the applicant(s) on the one hand and the CNA and stakeholders including the peoples and communities on

the other. More specifically, it is suggested that forms of benefits should include not just ‘monetary benefits’ such as royalties and fees but also ‘non-monetary benefits’ such as technology transfer, sharing of the result of the research and educational programs. In particular, the ‘monetary benefits’ can be composed of ‘upfront fees’ made before the commencement of collection and a ‘share of the earning’ derived from biological resource and/or knowledge collected as in the case of the African Model Law. As for the management of the monetary benefits, while a certain share (e.g. 50 percent of the entire upfront fee and not less than five percent of the earning) should be channelled to the CNA, the rest of them should be channelled into the ‘representative organizations of indigenous people and local communities’ which are discussed below. Both the CNA and organizations administer the revenues but, since most of the people and communities would have less experience or expertise in managing the money, it is suggested that some members of the CNA provide assistance to their representative organizations. In addition, as stated in the (improved) ASEAN Framework Agreement, it should be ensured in the Law that the benefit sharing is conducted in a *procedurally* fair and *substantially* equitable manner. For instance, when it comes to determining the share of the benefits channelled into the CNA and organizations, the participation of the organizations must be explicitly ensured and customary laws or practices of indigenous people and local communities must be taken into consideration. On this basis, while all the ASEAN member states should include the meaning or definition of ‘fair and equitable’ into their laws based on the (improved) ASEAN Framework Agreement, as the Vietnam’s Biodiversity Law does not include a list of monetary and non-monetary benefits, the country should incorporate such lists into the Law.

As for *patentability*, it is suggested that patents over life forms, biological resources and processes not be recognized and applied for in the Law as in the case of the African Model Law. However, to be in keeping with article 27(3)(b) of the WTO TRIPs Agreement, microorganisms should be patentable. Thus, the prohibition of patentability over life forms *excluding* microorganisms should be introduced into the Law. Although it was not discussed above, while article 1.2.7 of the Lao PDR’s National Legal Framework addresses intellectual property rights, as there is no mention of the patentability of life forms in the article, non-patentability of life forms excluding microorganisms needs to be introduced in the Framework.

As regards the *institutions for administration and implementation* of the Law, at first, some ASEAN member countries such as Singapore already have had information systems or databases of biological resources mainly for scientific purpose. Although they would be helpful for the prevention of biopiracy, it is suggested that not just resources but also associated traditional knowledge mainly developed by indigenous peoples and local communities also be recorded in each state to prevent biopirates from pirating such knowledge. In addition, it is suggested that the CNA take more measures to tackle biopiracy by establishing such agencies as the ‘National Anti-Biopiracy Commission’ in Peru so as to detect and complain about biopiracy cases abroad. The national commission should evaluate the patent applications filed or patents granted abroad that relate to biological resources or associated traditional knowledge of indigenous people and local communities in each state and lodge objections for annulment of such patent applications or patents so that the CNA or other government agencies can prosecute or impose sanctions such as fines. Lastly, in order to manage the conservation of biological resources and access to and sharing of the benefits arising from them in a systemic manner, it is suggested that a multiple-level approach be introduced into all the member countries. In other words, by establishing national, regional and local (or sub-national) organizations to manage resources and procedures, systematic management of resources would be possible. In that aspect, Vietnam can give lessons to its neighbouring countries because the country already has a systematic management system for biodiversity by assigning national and local organizations including Community level People’s Committees responsibilities to manage resources. Thus, it is suggested that all the member countries introduce such a multiple-level approach and in particular, the local (or sub-national) organizations (or, the representative organizations of indigenous people and local communities as mentioned above) can play a role as an institution to administer the benefits arising from the utilization of resources and knowledge. On this basis, in the case of Lao PDR whose law merely states that the regulations on access and benefit sharing are implemented on the provincial, municipal, city and special zone levels, more systematic approach like Vietnam which gives more responsibility to sub-national organizations would be needed.

Finally, as for *enforcement and dispute settlement*, at first, it is suggested that the Law provide for sanctions for any violations of the provisions of the laws. They

should include civil sanctions such as compensation and criminal ones such as imprisonment and the approval granted should be nullified as in the case of the African Model Laws. In particular, in the case of ‘civil proceedings’, it is suggested that the local organizations or representative organizations of indigenous people and local communities be able to initiate a complaint against biopirates. As discussed above, since some of the ASEAN member states such as Vietnam and Lao PDR do not provide any legal remedies, these countries should introduce these enforcement procedures into their laws.

Suggestions for reform: Key Components of the Model regime concerning farmers’ rights and farmers’ varieties

Following the recognition of farmers’ contribution in accordance with the ITPGRFA and after defining farmers’ varieties and rights, the *criteria* or *requirements* for certain varieties to be farmers’ varieties should be defined. Thus, it is suggested that as in the case of the PPVFRA 2001 in India, the three requirements or ‘distinct’, ‘uniform’ and ‘stable’ be satisfied for registration. However, for some local varieties which have been conserved and cultivated by farmers for generations, they often cannot fulfil one or all of these three requirements, for instance ‘uniform’ and thus, for these varieties, it is suggested that the requirement of ‘identifiability’ be introduced into the laws as Malaysia’s Protection of New Plant Varieties Act 2004 provides because although the two of the three requirements provided in the Act, or ‘new’ and ‘distinct’ cannot be met in some cases, most of the farmers’ varieties can be ‘identifiable’ and thus, the requirement of identifiability would be applicable in relation to traditional farmers’ varieties.⁸⁴⁾ Only Thailand and Vietnam have the three requirements for protection in their laws and Malaysia requires varieties to be ‘new, distinct *and* identifiable’. Thus, it is suggested that all the ASEAN member countries incorporate the (i) *three requirements* for some farmers’ varieties which can meet them and (ii) the requirement ‘*identifiability*’ for those which cannot meet the requirements and that the registration procedures be introduced into their laws.

84) Carlos M. Correa, *Plant Variety Protection in Developing Countries: A tool for designing a sui generis plant protection system: An alternative to UPOV 1991* (Association for Plant Breeding for the Benefit of Society, 2015): 54.

As regards the *rights and privileges deriving from the varieties*, first of all, as some of the ASEAN member countries' plant variety protection laws such as Indonesia and Malaysia have already provided, it is suggested that a (written) prior informed consent or prior authorization from the farmers concerned or local authorities representing them be obtained when a new variety is based on the farmers' varieties. In addition to the right to prior informed consent, the farmers concerned should also have a right to receive (financial) benefits arising from the use of the new variety developed by breeders based on the farmers' varieties. As mentioned above, since all the ASEAN member states except Indonesia and Malaysia do not contain the farmers' right to prior informed consent and benefit sharing in their laws, it is suggested that they incorporate these two core rights into their plant variety protection laws or relevant laws. As for farmers' privileges, as in the case of the PPVRFA 2001, it is suggested that the provisions regarding '*exemption from paying any kind of fees or other payments that are normally payable for variety registration*' and '*protection from innocent or accidental infringement according to which, if a farmer can somehow prove before court that he or she was not aware of the existence of any rights, he or she will not be charged*' be introduced considering that in many cases, farmers as well as indigenous peoples and local communities engaging in farming activities could not understand the laws due to illiteracy and they are usually impoverished and a low-income group. As all the ASEAN member countries' plant variety protection laws have been found to not have such privileges, it is suggested that they be introduced into their laws.

Finally, with regard to the *institutions for administration and implementation of the laws and enforcement*, at first, it is suggested that a *government authority* in charge of all the matters related to farmers' rights and varieties be established such as the 'Protection of Plant Varieties and Farmers' Rights Authority' in India and that the authority be supported by 'committees' composed of experts who can advise on the registration and administration of farmers' varieties under the laws. In addition, in order to address the flows of the money from royalties or fees, it is suggested that a 'national fund' whose main function is to distribute benefits to farmers be established and the Fund should be administered by the government authority. However, in order to keep the Authority from abusing its power and being caught by the interests of other entities such as multinational corporations at the expense of those of farmers, it

is suggested that some procedures to challenge its decisions be established such as the review of its decisions by court. Moreover, as disputes often could occur over, for instance, the registration of farmers' varieties or rights of breeders or farmers due to disagreements between them, in order to settle the disputes, it is suggested that a 'tribunal' addressing the issues relating to plant variety protection and farmers' rights and varieties be established and such a tribunal be composed of not only legal experts but also those who can understand farmers' customary laws and traditional practices as in the case of the PPVFRA 2001 in India. Those who understand farmers' customary laws and traditional practices can be the representatives from local farming organizations or people who have been involved in the protection of the farmers' rights. Finally, in order to enforce the laws including the prevention and tackling the infringement of farmers' rights, it is suggested that the provisions concerning enforcement be introduced including the revocation of registration certificates and penalties such as fines. As regards the institutions, although four member countries, namely Cambodia, Malaysia, the Philippines, and Thailand have established the Fund, the rest six countries have not established yet and thus, it is suggested that the Fund be set up and in particular, it should be clarified that one of its functions is to distribute benefits for farmers and that the money in the Fund should be spent for the conservation and sustainable use of plant genetic resources including farmers' varieties. Moreover, while some countries such as Cambodia, Lao PDR, Singapore and Thailand have established bodies to settle disputes such as 'registrar' or 'commission', other ASEAN countries have not been found to have a specific tribunal or a similar organization to address the disputes relating to farmers' rights and thus, as mentioned above, it is suggested that a tribunal composed of experts who can understand farmers' customs and traditional practices as well as relevant legal issues be established under their laws and that the four countries which have dispute settlement bodies ensure that at least, some of the people in the bodies can understand farmers' traditional practices and customary laws.

4.2. How to utilize international investment regime to tackle biopiracy in Southeast Asia

4.2.1. Substantive solution

With respect to *indirect expropriation*, many of the investment tribunals have adopted the sole effect doctrine which only measures the effect of the measure taken by the host state when determining whether indirect expropriation occurs or not. Thus, the host states or the ASEAN states would still be likely to be held accountable for their actions to tackle biopiracy because their actions affect or compromise their investments. Therefore, in order to keep tribunals from adopting the doctrine, it is suggested that the ASEAN member countries introduce an ‘annex with two distinct elements’ into their (future) BITs with the biopirate countries as in the case of the Trans-Pacific Partnership (TPP), a defunct trade agreement whose Annex 9-B(3)(a) requires a

*case-by-case, fact-based inquiry and this would take into account several factors, namely: (i) the “economic impact” of the host State action, ...; (ii) the extent to which host State action interferes with “distinct, reasonable investment-backed expectations”; and (iii) the “character” of the host State action’.*⁸⁵⁾

In addition, its Annex 9-B(3)(b) states that

*a host State’s ‘[n]on-discriminatory regulatory actions [...] designed and applied to protect legitimate public welfare objectives [...] do not constitute indirect expropriations, except in rare circumstances’.*⁸⁶⁾

85) Allen and Overy LLP, ‘New Investment Protections Offered in Ground-Breaking Trans-Pacific Partnership’, <http://www.allenoverly.com/publications/en-gb/Pages/New-investment-protections-offered-in-ground-breaking-Trans-Pacific-Partnership.aspx>, accessed on 30th of June 2019.

By doing so, the ASEAN member countries could urge investment tribunals to adopt the police powers doctrine which considers not only the effect but also the character of the action, which is more likely to justify their actions against biopiracy and make them non-compensable regulatory acts in the public interest although as for the second element, such rare circumstances could be a comparatively broad exception to the presumption in favour of non-discriminatory regulatory action considering the vague nature of the term⁸⁷⁾ and thus, it could be abused by investors.

4.2.2. Procedural Solution

In addition to the above measures that can be taken by the governments of the ASEAN member countries as ‘host states’ against biopirates as ‘foreign investors’, this section would like to briefly discuss the role that indigenous people and local communities themselves can play as a ‘non-disputing party’.: claiming the protection of their rights in (potential) arbitration tribunals as *amicus curiae*.

Amicus Curiae have long appeared on the international dispute resolution systems from the ICJ, WTO to International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS) and in the ISDS, amicus curiae have seen some success in their attempts to obtain participation rights.⁸⁸⁾ In investment arbitrations, concerns over transparency of investment proceedings and public participation have led to non-disputing parties such as NGOs permitted to participate in the investment proceedings and their participation was justified on the ground that this friend of the court is in a position to provide the court or tribunal with its special perspective or expertise in relation to the dispute.⁸⁹⁾ Their participation takes the form of written submissions addressed to the tribunals, participation in oral hearings and access to documents. However, their participation has been subject to some conditions such as assisting the tribunal in the determination of factual or legal issues, the subject matter of submissions falling

86) Ibid.

87) Kyla Tienhaara, “Regulatory Chill in a Warming World: The Threat to Climate Policy Posed by Investor-State Dispute Settlement”, *Transnational Environmental Law*, 7:2 (2018): 247.

88) Lucas Bastin, “Amici Curiae in Investor-State Arbitration: Eight Recent Trends”, *Arbitration International Vol. 30 No.1* (2014): 126.

89) Eugenia Levine, “Amicus Curiae in International Investment Arbitration: The Implications of an Increase in Third-Party Participation”, *Berkeley Journal of International Law Vol.29, No.1* (2011): 207.

within the scope of the dispute and having significant interests to the dispute.⁹⁰⁾

Initially, NGOs accounted for most of the amicus curiae participating in investment arbitrations. However, indigenous people and local communities have also been permitted to participate in arbitration proceedings as amicus curiae in some cases such as *Bear Creek Mining v Peru* and *Glamis Gold, Ltd. v The United States* cases. In those cases, indigenous people whose rights were potentially affected by the arbitrations were granted rights to file written submissions and in particular, in *Bear Creek Mining v Peru* case, the people and communities argued that the claimant did not obtain their consent or approval and that the conflict began mainly due to lack of respect for the rights of indigenous peoples and the arbitration tribunal considered the amici's submission in the final award.⁹¹⁾

As in the above cases, before arbitration tribunals, indigenous people and local communities should/can participate in the arbitration as amicus curiae to claim the protection of their rights to resources and knowledge and particularly, support the measure(s) to tackle biopiracy taken by their governments. That is, the farmers or communities should show the importance of the variety for their lives and culture, their relevant rights under international laws and potential impact of the grant of intellectual property rights over the variety on their livelihood so that they can show that they have a significant interest in the proceedings, their submissions fall within the scope of the dispute and they can assist the tribunal in the determination of factual or legal issue. In so doing, they can support the 'public' character of the measure(s) taken by their governments.

90) Under the (amended) ICSID Arbitration Rule Paragraph 2 of Rule 37, the three requirements are as follows.:

a) The submissions would assist the tribunal in the determination of factual or legal issue, and it would also bring a new perspective or insight which should be different from the disputing parties; b) The subject matter of submissions should fall within the scope of the dispute, and c) The non-disputing parties should have a significant interest in the proceedings.

91) Valentina Vadi, "Heritage, Power, and Destiny: The Protection of Indigenous Heritage in International Investment Law and Arbitration" in *50 George Washington International Law Review* (2018): 762.

V. Conclusion

Thus far, this dissertation has discussed a variety of issues related to *biopiracy* ranging from its definitions, cases, problems (i.e. grievances of indigenous people and local communities), international framework and relevant laws and institutions in Southeast Asia, based on which how to improve the current regimes in Southeast Asia in the areas of biodiversity and investment was suggested.

Although the main argument of this dissertation is to prevent or tackle biopiracy and share the benefits arising from the utilization of resources and knowledge in a more fair and equitable manner, the contributions of multinational corporations or biopirates to develop their new inventions based on resources and knowledge should not be overlooked. However, the exploitation of resources and knowledge without acknowledging the contributions of developing countries and their indigenous peoples and local communities and sharing of benefits with them will ultimately lead to the erosion of biodiversity and hold back biotechnological research and development. By establishing systemic (and fair and equitable) regime to tackle biopiracy, biodiversity can be preserved and sustainably used and ultimately, all of us can achieve so-called *biohappiness*.



제1부 : 제3발표

해양투기 금지범위의 확대와 CCS의 국가간 이동에 관한 연구

발표 : 최영진 (강원대학교)

토론 : 정진석 (국민대학교)

大韓國際法學會

해양투기 규제범위의 확대와 CCS의 국가 간 이동에 관한 연구

최 영 진

강원대학교 법학전문대학원 강사

목 차

- I. 서 론
- II. 런던의정서의 한계와 CCS 프로젝트
 - 1. 해양투기의 개념
 - 2. 해양투기 개념의 한계
 - 3. CCS 프로젝트
 - 4. 런던의정서 폐기물 평가지침으로의 수용
 - 5. CDM으로의 인정 여부
- III. CCS의 국가 간 이동에 관한 개정안
 - 1. 2009년 개정안
 - 2. 개정안 이행의 필요성
 - 3. 개정안 이행방안
 - 4. 2030년 전략계획
- IV. 결 론

I. 서 론

해양은 지구환경의 순환과정 중 가장 낮은 위치에 있으므로 오염물질의 대부분이 궁극적으로는 해양에 도달하게 된다. 해양오염에 대한 우려는 시간이 지남에 따라 증가하고 있으며, 규제의 필요성고 관련하여 국제사회가 주목하는 규범에 해당한다. 해양투기¹⁾로 인한 해양오염²⁾ 여부를 결정하는 기준은 점점

1) 런던의정서 제1조 제4항은 투기(dumping)의 정의를 선박·항공기·플랫폼 또는 그 밖의 인공해양구조물로부터 폐기물이나 그

더 전문화되고 복잡해질 뿐만 아니라, 국제사회구조의 변화와 고도로 전문화된 지식을 필요로 하는 과학 기술에 상당 부분 의존할 수밖에 없다. 이에 국제사회는 해양투기를 규제하기 위한 런던협약(Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matters; 이하 ‘런던협약’으로 약칭)과 이를 강화한 런던의정서(Protocol to the Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matters; 이하 ‘런던의정서’로 약칭)에 1972년과 1996년에 각각 합의 하였다. 런던의정서 당사국인 한국도 2016년부터 폐기물³⁾ 및 기타물질의 해양투기를 전면 금지하고 있다.

런던의정서는 런던협약과 공동으로 당사국회의를 개최하고 이를 효율적으로 운영함으로써 당사국간 의견 차이를 조정하고, 과학적·기술적 사고에 입각한 여러 결의안과 지침을 마련하여 협약의 효율성을 높여왔다. 결의안은 법적 구속력이 결여되어 있지만 대부분의 당사국들이 이를 준수함으로써 협약 이행에 기여하였다.⁴⁾ 더욱이 그린피스(Greenpeace)와 같은 비정부간 기구(NGOs)는 영국의 노후화된 석유시추시설인 Brent Spar의 해양투기를 반대하고 러시아가 동해에 핵폐기물을 투기하는 사실을 폭로하는 등⁵⁾ 당사국의 협약 위반 사례를 국제사회에 공표하여 협약 이행을 간접적으로 강제하였다. 한편, 부속서 1의 개정으로 이산화탄소 포집 및 해저 저장 (Carbon Capture and Storage; 이하 ‘CCS’로 약칭)을 추가하면서 별도의 지침을 마련하였다. 현재 런던의정서는 CCS에 시장 매커니즘을 도입한 국가 간 이동에 관하여 개정안을 상정하고 있다. 이에 따라서 본 논문은 런던의정서에서 명정된 해양투기 규제범위의 확대와 이에 따른 CCS의 국가 간 이동에 관하여 연구하도록 한다. 해양투기에 대하여 런던의정서가 단순히 당사국의 일반적 의무만을 고려하는 것이 아니라 CCS의 국가 간 이동을 시도하면서 환경 분야에 있어서 국제사회를 리드해 나가는 역할을 하여야 한다는 점에 주안점이 있다.

밖의 물질의 고의적인 해양폐기 내지 해저와 그 하층토 내 저장으로 규정하고 있다. 또한 그 자체의 고의적인 해양폐기를 비롯하여 고의적으로 폐기만을 위한 플랫폼이나 그 밖의 해양인공구조물의 유기 또는 그 자리에서 쓰러뜨리는 행위를 투기에 포함한다. 단, 런던의정서상 배치(placement)는 런던의정서의 목표에 위배되지 않은 범위 내에서 해양에 배치하는 것을 이른다. 예컨대 해양에 인공어초(artificial reef)를 ‘배치’하는 경우는 투기에 포함하지 않는다.

- 2) 본 논문에서 해양오염이란 인간에 의하여 직접적 또는 간접적으로 생물자원에 유해하며, 인간의 건강에 위협하고, 인간의 활동을 방해하는 결과를 초래하는 물질 또는 에너지가 해양에 투입되는 행위를 의미한다; V. Frank, *The European Community and Marine Environmental Protection in the International Law of the Sea*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 11.
- 3) 해양으로 버려지는 폐기물 및 기타물질의 법률용어로서 ‘쓰레기’를 사용할 것인가에 용어적 혼란이 있다. 외국의 입법례를 살펴보면, 미국은 ‘debris’라는 용어를 사용하고 있으나 이는 표착부유물의 성격에 가까운 의미를 담고 있어 우리의 일반적 개념인 ‘waste’와 동일하게 볼 것인가는 다소 논란이 있으며, 일본의 경우에는 표착물이라는 용어를 사용하고 있다. 그러나 현재 육상폐기물법에서는 쓰레기라는 별도의 개념을 사용하고 있지 않다는 점, 쓰레기라는 용어의 사용 및 해석에 한 일지된 입장이 없다는 점 등을 고려해 볼 때 바로 법적개념으로 사용하기 보다는 검토의 대상으로 남겨둘 필요가 있다; 김성배, “플라스틱으로 인한 해양오염에 대한 대책”, 「환경법연구」 제34권 제2호, 2012, pp. 36-37; 최승필, “해양폐기물의 관리 및 처리에 대한 법적 검토”, 「외법논집」 제42권 제2호, 2018, p. 463.
- 4) 김기순 외, 「런던의정서 발효와 한국의 해양환경관리」, 강원대학교·환경부, 2010, p. 21.
- 5) David Hunter & James Salzman & Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, New York Foundation Press, p.773-776.

II. 런던의정서의 한계와 CCS 프로젝트

1. 해양투기의 개념

런던협약은 전문(Preamble)에서 대기나 하천, 하구, 배출구 및 파이프라인을 통한 투기·배출 등과 같은 여러 오염원으로 인한 오염을 방지하기 위하여 당사국은 실행가능한 최선의 수단을 이용하고, 신속한 규제를 위한 조치에 대한 논의의 필요성을 밝히고 있다.⁶⁾ 육상기인 폐기물의 해양투기는 일반적으로 파이프라인 및 배출구를 통해 연안 해역에 유입되는 것으로 알려져 있다.⁷⁾ 따라서, 이에 대한 의미 있는 규제 마련이 필수적이었으나, 런던협약은 제3조 제1항 투기(dumping)에 관한 정의에서 관로 및 배출구를 이용한 투기(또는 배출)를 명시적으로 포함하지 않고 있다. 즉, 런던협약상 투기는 선박·항공기·플랫폼(platforms) 또는 그 밖의 인공해양구조물로부터 폐기물이나 그 밖의 물질의 고의적인 해상 폐기를 규정하며, 운송수단을 이용한 해양투기 또는 인공해양구조물로부터의 고의적인 해상폐기를 명시하고 있다.⁸⁾

또한, 제3조 제3항에서는 ‘해양’의 정의를 국가의 내수를 제외한 모든 수역이라고 밝히면서 내수(internal waters)에서의 해양투기에는 동 협약을 적용할 수 없게 되었다. 당사국이 협약 이행을 위해 취해야 할 조치에 있어서도 선박, 항공기 및 플랫폼에 중점을 두고 있으므로 파이프라인 등으로부터의 해양오염원 통제를 위한 적절한 도구를 마련할 특별한 언급은 없다.⁹⁾ 런던의정서는 제1조 제4항에서 투기(dumping)의 정의를 선박·항공기·플랫폼 또는 그 밖의 인공해양구조물로부터 폐기물이나 그 밖의 물질의 고의적인 해양폐기 내지 해저와 그 하층토 내 저장으로 규정하고 있다.¹⁰⁾ 또한 그 자체의 고의적

6) Convention on the Prevention of Marine Pollution by Dumping of Wastes and Other Matters.

7) Lee A. Kimball, The UN Conference of the Law of the Sea and Marine Environmental Protection, 7 *GEO. INT'L ENVTL. L. REV.*, 1995, p. 72.

8) London Convention Article 3(1)(a)

“"Dumping" means: (i) any deliberate disposal at sea of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea; (ii) any deliberate disposal at sea of vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea.

9) Daud Hassan, International conventions relating to land-based sources of marine pollution control: applications and shortcomings, *Georgetown International Environmental Law Review*, 2004, pp. 53-55.

10) London Protocol Article 1(4)

"Dumping" means: (i) any deliberate disposal into the sea of wastes or other matter from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea; (ii) any deliberate disposal into the sea of vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea; (iii) any storage of wastes or other matter in the seabed and the subsoil thereof from vessels, aircraft, platforms or other man-made structures at sea; and (iv) any abandonment or toppling at site of platforms or other man-made structures at sea, for the sole purpose of deliberate disposal.

인 해양폐기를 비롯하여 고의적으로 폐기만을 위한 플랫폼이나 그 밖의 해양인공구조물의 유기 또는 그 자리에서 쓰러뜨리는 행위를 투기에 포함한다. 런던협약 보다 추가된 점은 폐기물을 고의로 해저에 투기하는 행위나 플랫폼 기타 인공해양구조물을 부지에 ‘유기(abandonment)’하는 행위도 해양투기로 간주한다는 것이다.

그러나 여전히 육상기인 폐기물의 해양투기 규제에 대해서는 언급되지 않고 있다. 육상기인 해양오염 (pollution from land-based sources)은 ①하천에 오염물질의 투기 ②석유파이프라인으로 인한 오염 ③ 하수도를 통한 오염 등을 말한다. 주요 오염원은 생활하수, 사업장폐수, 농·축산폐수 등이다. 주로 연안해는 가장 오염된 반면 해저는 비교적 오염이 덜 된 상태이다.¹¹⁾ 연안해 오염물질은 지속적인 해류의 이동으로 해저를 포함한 광범위한 해양 영역으로 운반된다.¹²⁾ 유럽은 1980년대, 미국은 1990년대 해양 투기를 중단하였으며, 일본도 2007년부터 이를 금지한 바 있다. 한국은 2016년부터는 폐기물의 해양투기가 전면 금지되었다.¹³⁾

2. 해양투기 개념의 한계

런던협약 및 런던의정서는 정기적으로 공동당사국 회의를 개최하고 이를 효율적으로 운영함으로써 당사국간 의견 차이를 조정하고, 과학적, 기술적 사고에 입각한 여러 결의안과 지침을 마련하여 협약의 효율성을 높여왔다. 결의안은 법적 구속력이 결여되어 있지만 대부분의 당사국들이 이를 준수함으로써 협약 이행에 기여하였다.¹⁴⁾ 더욱이 그린피스(Greenpeace)와 같은 비정부간 기구(NGOs)는 영국의 노후화된 석유시추시설인 Brent Spar의 해양투기를 반대하고 러시아가 동해에 핵폐기물을 투기하는 사실을 폭로하는 등¹⁵⁾, 당사국의 협약 위반 사례를 국제사회에 공표하여 협약 이행을 간접적으로 강제하는 역할을 기여하였다.

그러나 런던협약 및 런던의정서상 해양투기는 고의성이 없는 해양투기에는 취약하다. 뿐만 아니라, 런던의정서는 제2조 협약의 목적에서 ‘모든 종류의 오염원’(all sources of pollution)을 규제대상으로 하고 있으나¹⁶⁾ 선박·항공기·플랫폼을 비롯한 운송수단과 인공해양구조물로부터의 해양투기에만 제한적

11) R. R. Churchill & A. V. Lowe, *The law of the sea 3rd ed.*, Manchester University Press, 1999, pp. 24-26.

12) Richard Kenchington, *Managing and Protection the offshore estate*, Australian Defence Studies Centre, 1995, pp. 25-26.

13) 이학춘·이현주, “선박폐기물 처리에 관한 법적 규제 및 개선방안”, 전북대학교 법학연구소 「법학연구」 통권 제53집, 2017, p. 187.

14) 김기순 외, “런던의정서 발효와 한국의 해양환경관리”, 강원대학교·환경부, 2010, p. 21.

15) David Hunter & James Salzman & Durwood Zaelke, *International Environmental Law and Policy*, New York Foundation Press, 1998, p.773-776.

16) London Protocol Article2

Contracting Parties shall individually and collectively protect and preserve the marine environment from all sources of pollution and take effective measures, according to their scientific, technical and economic capabilities, to prevent, reduce

으로 적용되므로 육상에 설치된 파이프라인으로부터의 해양투기는 런던의정서를 우회할 수 있게 된다. 현재로서는 해양투기에 대한 가장 효율적인 규제는 각 국의 국내법에 의존할 수 밖에 없다. 각 국의 폐기물 자체처리 능력을 최대한으로 높이고 자원순환실행계획을 적용하고 생산자책임재활용제도를 확대하는 것이다. 결국 폐기물 발생국 자체 내에서 매립, 소각, 저장의 방식을 취하게 되는데, 서두에서 언급하였듯이 해양은 지구환경의 순환과정 중 가장 낮은 위치에 있으므로 오염물질의 대부분이 궁극적으로는 해양에 도달하게 된다.

3. CCS 프로젝트

이산화탄소 포집 및 해저 저장 기술(CCS)이란 에너지 발전소·천연가스 생산 시설 및 기타 산업체가 이산화탄소를 비롯한 온실가스를 발생시키는 화석연료를 사용하여 행하는 생산활동 중에 발생하는 온실가스 중 이산화탄소만을 분리·압축한 후 해저저장지에 영구적으로 저장하는 것을 의미한다.¹⁷⁾ 2050년까지는 화석연료에 의존하지 않을 수 없으며 온실가스도 그에 상응하는 기간 동안 발생될 것으로 예상된다.¹⁸⁾ 국제에너지기구(International Energy Agency; IEA)에 따르면 현재의 이산화탄소의 배출수준이 지속된다면 2050년까지의 배출량은 2009년 수준의 거의 두 배가 될 것으로 추정된다.¹⁹⁾ 온실가스 배출에 의하여 2℃의 온도 상승과 일치하는 수준으로 이산화탄소 배출을 줄이기 위해서는 CCS의 급속한 성장이 필요하며 2050년까지 꾸준히 CCS 프로젝트 수를 증가시켜야 한다.²⁰⁾ EU는 CCS 프로젝트의 효과로 2020년까지 20%의 온실가스가 저감되며, 2030년까지 CCS 프로젝트의 수가 증가한다는 가정 아래, 2020년에 7백만 톤의 이산화탄소가 포집될 수 있을 것이고, 2030년에는 약 1억 6천 톤 까지도 가능할 것이라고 예상하고 있다.²¹⁾ 또한 IEA가 추산한 바에 따르면, 저탄소 에너지 기술의 전세계적 보급으로 2050년까지 2005년 이산화탄소 배출량의 절반으로 줄이겠다는 프로젝트에서 CCS는 그 기술들 중 가장 적은 비용으로 20%의 저감효과를 가져올 것으로 예상되었다.²²⁾

CCS는 재생에너지와 함께 상호보완적이며 재생에너지의 전반적인 시스템 및 성능, 비용과 신뢰성을 향상시키게 된다.²³⁾ 또한, CCS는 기후상의 이점 외에도 각 국이 천연 자원을 활용하고 전력 시스템을

and where practicable eliminate pollution caused by dumping or incineration at sea of wastes or other matter.

Where appropriate, they shall harmonize their policies in this regard.

17) Charles R. Nelson·James M. Evans·James A. Sorensen·Edward N. Steadman·John A. Harju, *Factors affecting the potential for CO₂ leakage from geologic sinks*, Report of Plains CO₂ Reduction Partnership, 2005, pp. 33-36.

18) 홍기훈·박찬호·김한준, “이산화탄소 해저저장구조 격리: 기술현황과 제도 예비 검토”, 「한국해양환경공학회지」 제8권 4호, 2005, pp. 203-212.

19) OECD/IEA, *Energy Technology Perspectives 2012: Pathways to a Clean Energy System*. Paris: OECD/IEA; 2012.

20) Justine Garrett, Sean McCol, *Carbon capture and storage and the London Protocol: recent efforts to enable trans boundary CO₂ transfer*, *Energy Procedia* 37, 2013, p. 7747.

21) 강현·윤성택·박기학, “환경분야 CCS(이산화탄소 포집 및 저장)에 대한 법적 근거 마련 연구 I”, 국립환경과학원, 2012, p. 27.

22) IEA, *Carbon capture and storage: meeting the challenge of climate change*, 2008, p. 45.

23) Van den Broek M, Berghout N, Rubin E., “The potential of renewables versus natural gas with CO₂ capture and storage

최적화하여 경제 개발 및 에너지 보안 목표를 할 수 있도록 지원한다.²⁴⁾ CCS는 신재생이나 수소에 기반을 둔 새로운 청정에너지 공급체계가 구현되기 전까지 한시적으로 석탄 등 화석연료에 근거한 산업 및 에너지 체계를 유지하면서 동시에 기후변화 완화를 위해서 요구되는 온실가스 배출을 대규모로 줄일 수 있는 기회를 제공하기 때문이다.²⁵⁾

4. 런던의정서 폐기물 평가지침으로의 수용

해저 지층에 이산화탄소를 주입하고 저장하는 것은 특히 이산화탄소 누출시 해양 환경에 영향을 줄 수 있으나, 런던의정서 과학그룹²⁶⁾의 노력으로 CCS가 기술적으로 실현 가능하다는 것과 대기 이산화탄소로 인한 영향과 관련하여 위험이 적고 적절한 관리가 가능하다는 것이 입증되었다.²⁷⁾ 2006년의 실무 그룹 논의에서 CCS는 해양 환경 전문가와 과학 그룹이 CCS에 대한 위험과 이익을 평가할 수 있도록 정보를 제공하였다. 이에 따라 CCS와 관련한 규제는 예상보다 빠른 시기인 2006년 11월에 런던의정서 부속서1 개정으로 완성되었다.²⁸⁾ 이 과정에서 이산화탄소 저장 시설의 위해성 평가 및 관리를 위한 지침이 작성되었으며, CCS규정 및 프로젝트에 대한 일반적인 지침과 의미를 설명하고 있다.

런던의정서 과학그룹이 작성한 ‘CCS 일반지침’²⁹⁾은 이산화탄소 격리 과정에서의 해저지질 구조의 위험 평가 및 관리 (Risk Assessment and Management Framework for CO₂ Sequestration in Sub-seabed Geological Structure; 이하 ‘RAMF’로 약칭)³⁰⁾에 있어서 광범위한 초안을 작성하였으며 이산화탄소 저장 활동을 위해 특별히 고려해야 할 요소와 함께 환경 영향 평가 프로세스 및 누수완화 옵션에 대한 유의미한 내용을 제공하고 있다. 전반적으로 RAMF의 주요 초점은 고갈된 탄화수소 저장고와 염수 대수층의 지층 저장에 있다. 런던의정서는 RAMF를 ‘폐기물 평가 지침’의 표준 구조로 전환하고 개선함으로써 규제 당사국의 CCS허가 결정을 돕는다. RAMF 지침에서는 온실가스 조성에 대한 정보와 온난화 계획(운영 및 장기) 및 보고 요구 사항을 포함하는 위험 관리 계획을 포함할 것을 밝히고 있으며,

-
- for power generation under CO₂ constraints”. *Renewable and Sustainable Energy Reviews*, Volume 49, 2015, pp. 1296-1322.
- 24) G8 Hokkaido Toyako Summit Leaders Declaration, Hokkaido Toyako, 8 July 2008
- 25) 허철·강성길·주현희, “이산화탄소 포집 및 지중저장(CCS) 기술의 청정개발체제(CDM)로의 수용여부에 대한 정책적 고찰: 지중 저장과 관련된 이슈 및 대응방안”, 「한국해양환경공학회지」 제14권 1호, 2011, p. 52.
- 26) 런던협약 및 런던의정서 과학그룹은 과학 지식을 바탕으로 다양한 주제에 관한 연례 회의 개최를 통하여 양 협약을 평가하고 당사국회의에 권고하는 역할을 한다.
- 27) Blackford, J. et al. *Regional Scale Impacts of Distinct CO₂ Additions in the North Sea*. Marine Pollution Bulletin 56, 2008, pp. 1461-1468.
- 28) Tim Dixon et al., *International Marine Regulation of CO₂ Geological Storage*. Developments and Implications of London and OSPAR, *Ecergy Procedia* 1, 2009, p. 4503.
- 29) International Maritime Organisation. *Report of the 30 Meeting of the Scientific Group of the London Convention*. LC/SG 30/14, 25 July 2007. Annex 3
- 30) International Maritime Organisation, *Report of The Meeting of The SG Intersessional Technical Working Group on CO₂ Sequestration*. LC/SG-CO₂ 1/7, 3 May 2006, Annex 3.

누출 시 완화 계획 및 사후 모니터링을 포함한 부지 계획의 허가를 정기적인 간격으로 검토되어야 하며 모니터링 및 업데이트 된 위험 평가에서 확인 된 모든 사항의 변경이 고려되어야 한다. 이 지침은 모두 해양 환경의 보호 측면에서 모범 사례를 장려하기 위한 지침을 위한 것이지만 모든 국가가 이를 사용해야 한다는 법적인 요구 사항이 없으며 런던의정서의 당사국과 NGO를 비롯한 이해관계자에게 행위 지침을 제공하고 있다.³¹⁾

모니터링과 관련하여, RAMF 지침은 ‘IPCC 온실가스 지침’³²⁾에 포함된 정보를 기반으로 활용하게 된다. 두 가지 범주로 모니터링 기법을 제시하고 있는데 지질학에서의 성능 측정을 위한 모니터링 기술과 누출이 의심 될 때 모니터링을 위한 모니터링 기술로 분류하게 된다.³³⁾ ‘IPCC의 온실가스 지침’에 추가 된 항목에는 CCS를 지원하기 위해 물질을 추가 할 수 있다는 것을 명확히 하는 CCS에 대한 추가 정의가 포함되었다. 즉 ①2개의 부수적 관련 물질로 구성된 CCS ②사용된 원료 물질 및 포집 및 격리 공정에서 유래된 부수적인 관련 물질 ③첨가된 물질 즉, 격리 프로세스를 활성화시키거나 개선하기 위하여 CCS에 첨가된 물질이 그것이다.³⁴⁾

5. CDM으로의 인정 여부

런던의정서상 CCS 개발의 몇 가지 핵심 원칙은 해양에 있어서 새로운 관행이 환경, 기후 및 에너지 전문가를 비롯한 다양한 규제자를 끌어들이고 있다. CCS의 광범위한 배치에 도달하기 위해 확인한 주요 요구 사항은 크게 세 가지 영역으로 나눌 수 있다. 비용 절감을 위한 기술 개발, CCS 운영비용에 대한 경제적 인센티브, 해양환경의 보호 및 제도적 보장이 그것이다. 지난 몇 년 간 런던의정서는 CCS에 대한 상당한 양의 법적 및 기술적 작업을 수행하여 세 번째 영역에 상당한 기여를 하였다.³⁵⁾ CCS 기술은 현재의 휘발유나 경유에 비해 저렴하고 좋은 품질의 태양광, 풍력, 바이오매스 등 그린에너지(green energy) 시대로 가기 위한 중간단계에서 결정적인 역할과 기여를 할 기술로 평가받고 있다.³⁶⁾ CCS는 이산화탄소를 근본적으로 줄이는 기술이 아니라 이미 배출된 이산화탄소를 해저 지중에 묻어서 처리하기 때문에 이를 청정개발체제(Clean Development Mechanism; 이하 ‘CDM’으로 약칭)³⁷⁾로 인정할 것인

31) Tim Dixon et al., *supra* note 29, p. 4505.

32) IPCC (2006) *Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories. Vol 2 Energy, Chapter 5, Carbon Dioxide Transport, Injection and Geological Storage*. IGES, Japan IPCC.

33) IPCC (2005) *Special Report on Carbon Dioxide Capture and Storage*. Cambridge University Press.

34) IPCC (2006) *Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories.*, *Ibid*.

35) *supra* note 31.

36) 조인성, “독일 CO2 저장법(KSpG)상 CO2 지중 저장의 책임 리스크와 그 시사점”, 「법학」 제56권 제2호, 서울대학교 법학연구원, 2015, pp. 338-339.

37) 교토의정서 제12조에 규정된 것으로 선진국이 개발도상국에 투자하는 온실가스 감축협력사업을 이른다. 선진국이 개발도상국의 온실가스배출 감축사업에 투자해 배출 감축분인 CER(certified emission resuction) 배출권을 서로 투자실적에 따라 나눠 갖게

지 여부는 수년간 논란이 되었다.³⁸⁾ 그러나 이산화탄소에 압력을 가하면 액체가 되고 이를 해저 지중에 압력을 또 가해 묻으면 암반 사이에 저장되어 물, 칼슘 등과 섞여 광물화되는 것으로 검증됨에 따라 제17차 UN기후변화협약(UNFCCC) 당사국 총회에서 CCS 기술에 의한 온실가스 감축을 CDM으로 인정하기로 결정하게 되었다.³⁹⁾ 교토의정서는 오직 삼림 벌채와 조림 사업만이 CDM에 의해 고려될 수 있도록 결정되었으나⁴⁰⁾ 제17차 당사국회의⁴¹⁾를 통해서 CCS기술의 CDM체제로의 수용에 합의한 것이다.⁴²⁾ 이와 같은 CDM은 선진국의 기후변화 완화 비용을 절감할 수 있는 수단을 제공하는 동시에 개발도상국의 배출감소기술을 재정적으로 조달할 수 있는 직접적인 수단을 제공한다. CDM에 대한 민간 부문 관심의 증가는 선진국에서 민간 부문 참여에 대한 인센티브를 창출하는 것과 더불어 세계 여러 지역에서 기업의 투자 결정에 기후변화 완화를 전면에 내세우면서 부터이다.⁴³⁾ CDM의 주요 성과는 민간 자본을 활용하여 배출량 감소 투자에 성공한 것이라고 할 수 있다. IPCC는 대부분의 기후 모델에서 기후 완화 기술목록에 CCS를 포함시키는 것은 탄소감소 목표를 달성하기 위한 필수적이고, 비용 효과적인 접근법이라고 밝히고 있다.⁴⁴⁾ 파리협정(Paris Agreement on Climate Change)의 신기후체제의 장기목표 달성을 위해 CCS는 필수불가결 기술로 CCS의 개발 및 도입 가속화를 지원하기 위한 UNFCCC 차원에서의 검토가 필요하다. 구체적으로는 이행과정에서 모니터링 방법론, 누출시 책임소재의 명확화를 비롯한 논의가 진행중이다.⁴⁵⁾

III. CCS의 국가 간 이동에 관한 개정안

1. 2009년 개정안

되며, 감축분만큼 감축 의무 이행을 늦출 수 있고 개발도상국은 자신 몫의 감축분을 타국에 판매할 수 있도록 하였다.

38) 조인성, *supra* note 37, p. 339.

39) 강현·윤성택·박기학, *supra* note 20, p. 31.

40) Marrakesh Accords (2001) Decisions 2-24/CP. 7 adopted at the Seventh Meeting of the Conference of the Parties to the United Nations Framework Convention on Climate Change. Report of the Conference of the Parties at its Seventh Session, held at Marrakesh from 29 October to 10 November 2001, UNFCCC Doc FCCC/CP/2001/13, 21 January 2002

41) The seventeenth Conferences of the Parties to the UNFCCC/the seventh Meeting of the Parties to the Kyoto Protocol (COP17/CMP7) in Durban, South Africa, in December 2011.

42) 노현정·허철·강성길·장은경, “CCS 사업의 CDM 체제 수용을 위한 법적 구성 요소”, 「2013년도 한국해양과학기술협의회 공동 학술대회」, 2013, p. 1

43) Intergovernmental Panel on Climate Change (IPCC), *Climate Change 2014 Synthesis Report Annex III: Technology-specific cost and performance parameters, in Climate Change 2014: Mitigation of Climate Change. Contribution of Working Group III to the Fifth Assessment Report of the Intergovernmental Panel on Climate Change*, Cambridge University Press, 2014.

44) *Ibid.*

45) 박문숙, “국제법적 측면에서의 이산화탄소 포집기술 법제화 방안에 대한 소고”, 「중앙법학」, 2019, p. 111.

위에서 살펴보았듯이, CCS를 안전하고 효과적인 방식으로 수행되도록 보장하는 규제와 이러한 규정을 집행할 수 있는 프레임워크(framework)를 구축하는 큰 진전이 있어왔으나, 개별 국가들의 CCS 설치 시설의 재원 마련 및 인센티브에 대한 고민으로 여전히 불완전한 형태라고 할 수 있다.⁴⁶⁾ 특히, CCS가 미래의 배출 감소 잠재력에 도달하기 위해서는 이산화탄소의 국가 간 이동을 국제적 차원에서 금지하는 것을 개정된 런던의정서 2009년 개정안에 대한 당사국들의 비준이 이루어져야 한다.⁴⁷⁾

런던의정서 제6조는 “협약 당사국은 해양투기 또는 해상소각을 목적으로 폐기물 또는 기타 물질을 타국으로 반출할 수 없다”고 규정하고 있다. 이 조항은 당사국이 유해물질을 비당사국으로 반출하여 런던의정서의 규정을 회피할 수 있는 것을 방지하고자 하기 위한 조항이다.⁴⁸⁾ CCS와 관련하여 이 조항의 개정이 필요하다는 제안으로 2009년 개정안은 국가 간 이동을 허용하기 위하여 시도되었으며 당사국 내지 비당사국은 협정을 체결하여 이산화탄소를 반출할 수 있으며 IMO에 이 사실을 통보해야 한다.⁴⁹⁾ 그러나 개정안은 당사국의 3분의 2가 비준하여야 하는데 포집기술 개발 및 저장소 선정 등의 과제가 당사국들에게 부담이 되는 이유로 수년째 발효되지 못하고 있다. 따라서 현재까지의 런던의정서는 여전히 당사국들이 CCS의 국가간 이동을 허용하지 못하도록 금지하고 있다.⁵⁰⁾ 현재로서는 CCS를 적극적으로 고려하지 않거나 대화에 참여하지 않는 당사국들이 2009년 개정안을 최우선순위로 비준할 것 같지는 않다.⁵¹⁾ 2009년 개정안은 비준을 위한 공동의 노력이 이루어지지 않는 한 발효에 어려움이 따른다.⁵²⁾

2. 개정안 이행의 필요성

CCS 프로젝트는 런던의정서의 해양투기 규제 범위를 확대시켰다. 현재의 환경영향평가로는 CCS의 불확실성을 완벽하게 제거할 수 없지만, 점진적으로 해양오염원을 규제하는데 있어서 가장 진보적인 체계로 평가되고 있다. 런던의정서는 이와 관련하여 대표적으로 국가 간 이동에 관한 개정안을 상정하였는데, 현재로서는 동 개정안의 발효가 쉽게 이루어지지 않고 있다. 2011년 10월 국제에너지기구는 개정안의 비준이 진행되는 동안 CCS의 국가 간 이동을 가능하게 하고, 비준 문제에 대한 인식을 제고하기 위한 국제법에 관한 실무논문을 발표하였다.⁵³⁾ 이는 현재의 비준 비율을 감안할 때 단기적으로 CCS의

46) OECD/IEA. *Carbon Capture and Storage Legal and Regulatory Review*. Paris: OECD/ IEA; 2012.

47) OECD/IEA. *Technology Roadmap: Carbon Capture and Storage*. Paris: OECD/ IEA; 2009.

48) IMO. *Report of the Thirty-First Consultative Meeting and the Fourth Meeting of Contracting Parties*, LC 31115. London: IMO; 2009.

49) 김정은, *supra* note 15, pp. 67-69.

50) IMO. *Report of the Thirtieth Consultative Meeting and the Third Meeting of Contracting Parties*, LC 30116. London: IMO; 2008.

51) 7개의 당사국들만이 비준이 요구되었던 오스파협약의 경우, 발효되기까지 약 4년이 걸렸다.

52) Dixon, T. Greaves A., Christophersen, O., Vivian, C. and Thomson, J., “International marine regulation of CO₂ geological storage. Developments and implications of London and OSPAR”, *Energy Procedia* 1, 2009, pp. 4503-4510

53) OECD/IEA. *Carbon Capture and Storage and the London Protocol: Options for Enabling Transboundary CO₂ Transfer*.

국가 간 이동을 촉진하기 위한 규범에 대한 고려가 필요한 것임을 반영하고 있으며,⁵⁴⁾ 런던의정서 제6차 당사국 회의에서 “조약법에 관한 비엔나 협약”(Vienna Convention on the Law of Treaty; 이하 ‘VCLT’로 약칭)에 기초한 선택사항으로 논의되었다. 이 실무논문은 궁극적으로 런던의정서 개정안의 비준에 관한 책임을 당사국에게 맡기고 있다. 따라서 당사국에 의한 추가 논의 및 분석을 위한 옵션을 모색하는 목적으로 국제법의 관련 원칙에 중점을 두고 있는 것이다. 주요 내용은 아래와 같다.

1. 일반적인 해석 규칙에 근거한 해석결의
2. 2009년 개정안을 잠정적으로 적용하는 결의안
3. 당사국 간(양자 또는 다자) 후속 협정
4. 2개 이상의 당사국 간 런던의정서를 변경하는 합의
5. 2개 이상의 당사국 간 합의에 의한 런던의정서의 시행 정지
6. 비당사국을 통한 CCS수행

당사국들이 합의에 도달할 수 없다면 CCS의 국가 간 이동에 참여하고자 하는 당사국들이 후속 조약(양자 또는 다자)을 체결할 수 있다. 그러나 이 방법은 당사국들의 합의로 잠정적인 결의안을 통과시키는 것보다 많은 시간과 노력이 요구될 수 있다. 궁극적으로 특정한 방법을 선택하기 위해서는 국제법 관련 원칙 이외에도 정치·외교적, 또는 다른 고려사항에 의해서 좌우될 가능성이 높다. 또한, 런던의정서 개정안의 비준이 늦어지는 이유 중 하나로 CCS 기술이 국가들에게 보편화되지 않고 있는 것이 있다. CCS 설치시설의 재원 마련 및 인센티브에 대한 고민은 여전히 불완전한 형태라고 할 수 있다.⁵⁵⁾ 이와 관련하여 해양환경의 보전을 위한 기술이전과 그에 따른 인센티브 부여에 관한 명확한 조건이 제시된다면 현재보다 높은 수준의 협력을 구할 수 있을 것으로 본다. 미국 환경보호청(Environmental Protection Agency; EPA)은 이산화탄소 배출 규제를 위한 청정발전계획(Clean Power Plan)과 같은 정책의 입안을 통한 기준을 마련하면서 이 기준을 준수하기 위해서는 CCS기술이 최적이라는 점을 EPA규정에 명시하였다.⁵⁶⁾ 그러나 개발도상국 입장에서는 기술재원의 부족으로 여전히 개정안에 대한 관심이 소극적이다. CCS의 국가 간 이동은 기후변화를 해결하기 위한 방안으로 유럽은 온실가스 배출권 규제 뿐만 아니라, 거래제도 및 조세조정을 비롯하여 정책적으로 접근하고 있다.⁵⁷⁾ 개발도상국과 런던의정서 비당사국이

Paris, OECD/IEA, 2011.

54) Garrett, J., McCoy, S., “Carbon Capture and Storage and the London Protocol: Recent Efforts to Enable Transboundary CO 2 Transfer”, *Energy Procedia* 37, 2013, pp. 7747-7755.

55) OECD/IEA. *Carbon Capture and Storage Legal and Regulatory Review*. Paris: OECD/IEA; 2012.

56) 고문현, “온실가스 감축을 위한 CCS법 제정의 필요성과 주요내용”, 「토지공법연구」 제74집, 2016, p. 323.

57) 고문현·안태용, “CCS 관련 법적 쟁점”, 「법학논총」, 숭실대학교 법학연구소, 2016, p. 3.

온실가스 시장에 적응하기 위해서는 동 개정안의 비준·이행이 필요하다.

3. 개정안 이행방안

(1) 조약 해석의 일반적 규칙

VCLT 제31조 제2항에 의하면 일반적인 해석규칙에 관하여 ‘조약의 체결과 관련하여 당사자간에 이루어진 그 조약에 관련한 일체의 합의’ 및 ‘조약의 체결과 관련하여 하나 이상의 당사자가 작성하고, 다른 당사자들이 그 조약에 관련되는 문서로서 수락한 일체의 문서’를 포함한다고 규정하고 있다. 당해 합의는 조약의 일부일 필요는 없고, 그 자체가 조약일 필요도 없다.⁵⁸⁾ 즉, 조약은 후속합의와 결합하여 실용적인 해석을 도출할 수 있으며,⁵⁹⁾ 경우에 따라서는 조약이 발효된 이후의 국가실행의 발전에 따른 변화를 조약이 내재한 통상의 의미에 고려할 수 있다.⁶⁰⁾ 따라서 조약의 당사국은 개정절차에 의하지 아니하고 조약의 적용을 수정하기 위해 “조약 해석의 일반적 규칙”이라고 불리는 것을 사용할 수 있다. 이는 조약 해석에 있어서 당사국에게 유연한 재량권을 인정하는 것이 된다.⁶¹⁾ 그러나 현재로서는 개정안의 내용과 관련한 문서나 후속합의 내지 관행이 존재하지 않는다. 또한, 개정안에 참여한 당사국들이 당해 조항의 개정이 시작되었다는 이해 아래 조약개정의 정식 절차를 훼손하고 싶지 않을 가능성이 있다.

(2) 잠정 적용 결의안의 채택

VCLT 제25조는 조약이 정하는 바에 따라 효력을 발생하거나 당사국 간 합의가 있을 경우, 조약이 발효되기 전에 잠정적으로 적용될 수 있는 절차를 규정하고 있다. 즉 제25조는 조약 자체가 조약 또는 조약의 일부가 발효시까지 잠정적으로 적용된다고 규정하거나, 당해 교섭국이 다른 방법으로 그렇게 합의한 경우에 한하여 잠정적으로 적용됨을 명시하고 있다. 이와 관련하여 국내법상의 비준절차를 우회하기 위한 수단이라고 비판하기도 한다.⁶²⁾

하지만 이 경우에도 조약의 잠정적용은 당해 조약의 내용이 충분히 바람직하기 때문에 의회의 동의를

58) Aust, *Handbook of International Law* 2nd ed., Cambridge University Press, 2000, p. 84.

59) M. Shaw, *International Law* 7th ed., Cambridge University Press, 2014, p. 679.

60) Dispute regarding Navigation and Related Rights, Costa Rica v. Nicaragua, *ICJ Reports* 213, 2009, paras. 69-71.

61) M. Dixon, R. McCorquidale & S. Williams, *Cases & Materials on International Law* 5th ed., Oxford University Press, 2011, p. 87.

62) *Ibid.*

구하는데 아무런 문제가 없는 경우이거나 조약의 발효를 준비하기 위한 전단계로 사용되는 것에는 의문이 없으며, 환경보호 관련 조약 등 기술적인 측면에서 긴급성을 요하는 경우라든지 정치적 성격을 나타내는 조약의 경우 당사국 간 신뢰를 구축하기 위한 방법으로 사용될 수 있다.⁶³⁾ 조약의 잠정적용의 종료사유로는 당해 잠정적용을 하고 있던 국가들 내지 다른 당사국들이 조약의 발효 요건을 충분히 갖춘 경우이거나 새로운 국제문서의 합의를 들 수 있다.

런던의정서 개정안이나 런던의정서 그 자체에는 명시적인 임시 적용 조항이 없다. 그러나 충분한 수의 당사국들에게 비준을 받을 때까지 그 취지의 결의안을 의결함으로써 개정 내용을 잠정적으로 적용하기로 결정할 수 있다. 단, 동 결의안에 기권한 당사국은 그러한 의무를 지지 않게 된다.⁶⁴⁾ 이는 개정안의 장벽을 신속히 해결할 방법이며 조약 해석의 일반적 규칙 보다 일관성이 있게 된다.

(3) 후속협정의 체결

VCLT 제30조는 동일한 주제에 관한 계승적 조약의 적용에 관하여 다루고 있다. 조약 해석에 있어서는 관련 당사국들의 후속 합의와 후속 관행 및 관련 국제법 규칙도 참작되어야 하며, 이러한 후속 합의나 관행을 통하여 당사국들은 조약의 의미를 좀 더 명확히 하는 것이 가능하다. 그러나, 이러한 후속 관행은 경우에 따라서 단순한 해석의 참작사유를 넘어서는 새로운 국제관습법으로 발전하여 조약을 변경시킬 수 있다.⁶⁵⁾ 또한, 상술한 일반적인 해석 규칙에 근거한 해석결의 및 2009년 개정안을 잠정적으로 적용하는 결의안보다 많은 시간과 노력이 필요한 것으로 예상된다. 이러한 방법보다 선호되는 유형으로는 CCS의 국경을 초월한 국가 간 이동에 참여하고자 하는 런던의정서 당사국들은 잠정적으로 그러한 목적을 추구할 수 있는 후속 조약을 체결하는 것이다. 이 점은 이산화탄소의 해저저장을 위하여 이산화탄소의 국가 간 이동에 관여하려는 당사국들이 자신들 사이에 적합한 조건을 협상할 수 있는 장점이 있다. 런던의정서 당사국회의의 2030년까지의 전략계획의 일환으로 CCS의 국가 간 이동에 따른 인센티브를 비롯한 충분한 합의를 통한 양자조약 체결의 경우는 바람직하다고 생각된다.

우선 당사국들이 후속관행의 성립을 위하여 2009년 개정안을 잠정적으로 적용하는 결의안을 통과시키는 방법이 있다. 이는 이미 당사국회의에서 개정안이 CCS의 장벽으로 작용해서는 안된다는데 동의하였음을 반영한다. 또한, 비준하지 않은 당사국들에게 비준을 촉구하는 기능을 할 수 있다. 그러나 개정절차가 공식적으로 개시된 것에 당사국들이 동의한 상황에서 이러한 형식적인 절차에서 이탈하는 것을 불편해 하는 결과로 결의안에 동의하지 않을 수 있다.⁶⁶⁾ 당사국들이 합의에 도달할 수 없다면, 국경을 초월한

63) 박기갑, “1969년 조약법에 관한 비엔나협약 제25조(조약의 잠정적용)에 관한 소고”, 「국제법평론」 통권 제39호, 2014, pp. 116-117.

64) Justine Garrett, Sean McCol., “Carbon capture and storage and the London Protocol: recent efforts to enable trans boundary CO₂ transfer”, *Energy Procedia* 37, 2013, p. 7751.

65) I. Sinclair, *Vienna Convention on the Law of Treaties 2nd ed.*, Manchester University Press, 1984, p. 138.

66) IMO. *Report of the Thirty-Third Consultative Meeting and the Sixth Meeting of Contracting Parties*, LC 33/XX. London:

CCS 이동에 참여하고자 하는 당사국들이 후속 조약(양자 또는 다자)을 체결할 수 있다. 그러나 이 방법은 당사국들의 합의로 잠정적인 결의안을 통과시키는 것보다 많은 시간과 노력이 요구될 수 있다.

4. 2030년 전략계획

제38차 당사국회의에서는 런던협약 및 런던의정서의 이행을 촉진시키기 위한 “전략계획(Strategic Plan)”이 채택되었다.⁶⁷⁾ 동 계획은 해양환경오염 방지에 기여하고, 2030년까지 지속가능한 개발을 위한 안전을 진전시키기 위해 런던협약 및 런던의정서 당사국들이 달성하고자 노력하고 있는 전략적 방향과 목표를 제시하고 있다. 당사자들의 공동목표를 설정하고, 우선순위를 정하는 등 도구로서의 역할을 하기 위한 것이다. 제1전략계획은 런던의정서의 비준 또는 가입의 촉진에 관한 것으로 런던의정서의 비준 가입을 희망하는 국가에 대한 특정 기술 및 법적 지원을 제공할 것과 정기적인 정보의 전달과 지역적인 활동을 실시하고, 런던협약에서 런던의정서로의 전환을 권장하는 것을 내용으로 한다. 이는 런던의정서에 대한 새로운 비준 또는 가입 당사국 수의 연평균 증가율을 지속적으로 향상시키는 것을 목표로 하고 있다.⁶⁸⁾

제2전략계획은 당사국들에 대한 것으로 런던협약 및 런던의정서의 이행을 효과적으로 강화시킬 것을 내용으로 하고 있다. 특히 개발도상국에게 기술지원을 제공하며 규제 및 기술, 과학적 불확실성에 대한 문제를 해결하기 위한 조치를 개발하는 것을 포함하고 있으며, 당사국의 보고를 포함한 개선된 준수절차를 장려하도록 한다. 또한, 당사국이 관련 업무에 참여하고 격려할 것을 촉진시킬 것을 목표로 하고 있다. 제3전략계획은 국제기구를 비롯한 국제사회와의 협력강화를 언급하고 있으며, 제4전략계획에서는 해양환경의 새로운 이슈를 확인하고 해결할 것을 내용으로 하고 있다. 특히 해양환경의 상태를 개선하고 해양생물다양성에 기여도를 높이기 위해 과학기술지식을 향상시키고 연구 역량을 개발을 고려할 것으로 런던의정서의 교육 및 전문성을 개발하는 사업을 포함하고 있다.

위 전략계획에서 제외된 문제점으로, 런던의정서 위반시 국가책임을 물을 수 있는 절차에 관한 내용이 포함되지 않았다. CCS 프로젝트로 인한 해양오염피해는 오랜 시간에 걸쳐 생태계를 파괴할 수 있으며, 피해가 발생한 경우에도 인과관계를 입증하기가 어렵다. 이 점은 런던의정서 당사국회의에서도 국가책임 제도의 검토⁶⁹⁾외에는 CCS 프로젝트로 인한 해양오염에 대한 국가책임을 관해서는 별다른 진전을 보지 못하고 있다.⁷⁰⁾ CCS 누출시 발생할 수 있는 해양오염피해에 대한 손해배상 조건이 필수적 기재사항으로

IMO; 2011.

67) IMO, Strategic Plan for the London Protocol and London Convention, 2017.

68) Ibid.

69) IMO, *The London Convention and Protocol: Their role and contribution to protection of the marine environment*(www.imo.org), 2020. 4. 1.

70) IMO, *The London Protocol what it is and Why it is needed-London Protocol 1996-2016 Global Treaty at the forefront*

명시되어야 함에도 불구하고, 런던의정서 본문과 2030년 전략계획은 특별한 언급을 하지 않고 있다. 동 전략계획은 CCS의 국가 간 이동에 관한 개정안의 비준과 발효도 목표에 포함시키고 있다. 목표 실현을 위해서는 주요 관심사항인 국가책임에 관한 부분이 언급되어야 할 것이다. 이러한 과정에서 구체적인 집행의 내용이 과도하게 부담을 지우게 된다면 이로써 국가는 환경 보전 의무를 해태하고 국가의 책임을 사회에 전가하는 결과가 될 수 있으므로⁷¹⁾ 장기간 누적적으로 발생하는 피해에 합리적인 배상을 위한 기금조성(fund raising)을 담당하는 국제기구의 설치를 다루는 입법적 다자조약의 입안이 필요하다.

IV. 결 론

해양투기 규제를 위한 국제문서로 초안이 작성된 런던의정서는 대기 중 이산화탄소의 포집 및 해저 저장기술에까지 규제범위를 확대시키고 있다. 현재의 환경영향평가로는 CCS의 불확실성을 완벽하게 제거할 수 없지만, 점진적으로 해양오염원을 규제하는데 있어서 가장 진보적인 체계로 평가되고 있다. 더 나아가서 런던의정서 당사국회의는 CCS 프로젝트의 효율적인 이행을 위한 CCS 프로젝트의 국가 간 이동에 관한 내용을 개정안으로 상정하였는데, 현재로서는 동 개정안의 발효가 쉽게 이루어지지 않고 있다. 런던의정서 당사국들도 동 개정안의 비준을 미루어 두고 있으므로 이에 대하여 런던의정서 당사국들이 후속협정 내지는 양자조약의 체결로 해결하는 방법이 합리적이다.

해양투기에 대한 런던협약 및 런던의정서 제38차 당사국회의에서는 런던협약 및 런던의정서의 이행을 촉진시키기 위한 전략계획(Strategic Plan)에 따르면 2030년까지 런던협약 당사국들의 런던의정서 전환과 당사국 수의 증가를 주요 목표로 하고 있다. 그러나 이러한 목적의 실현을 위해서는 런던의정서에 내재된 한계로 지적되는 국가 간 기술지원 및 방법에 관한 내용을 구체적으로 논의하여야 할 것이다. 또한, 그동안 런던의정서의 단점으로 지적되었던 국가책임 분야가 본격적으로 다루어져야 한다. 예컨대, CCS 공정작업과 국가 간 이동에 있어서 이산화탄소 누출시 피해국에 대하여 기능적으로 관리를 담당하는 국제기구를 마련하기 위한 기금조성이 필요하다. 모든 국가의 환경 정책은 생물다양성의 감소를 유발하지 않도록 하면서 현세대 및 미래세대의 필요와 열망을 향상시키기 위한 잠재력을 유지시키면서 부정적인 영향을 미치지 않아야 한다. CCS를 규제범위에 포함시킨 결정으로 인하여 해양에서의 보다 나은 삶의 조건 달성이 방해해서는 안 되며, 국가와 국제기구가 관련 조치를 취하는데 있어서 런던의정서가 합리적인 기준이 되어야 한다.

of protecting our oceans for present and future generations(www.imo.org), 2020. 4. 1.

71) 홍준형, “버려진 환경, 지켜지지 않는 약속”, 『법과 사회』 제9권, 1994, p. 184.

참고문헌

〈외국문헌〉

- Amal Bala, Sub-Seabed Burial of Nuclear Waste: If the Disposal Method Could Succeed Technically, Could It Also Succeed Legally?, Boston College Environmental Affairs Law Review, Vol. 41., 2014
- Boucher, J. and D. Friot, Primary microplastics in the oceans: A global evaluation of sources, Gland, Switzerland: IUCN, 2017
- Darian Ghorbi, There's Something in the water: The Inadequacy of International Anti-Dumping Laws as applied to The Fukushima Daiichi radioactive water discharge, American University International Law Review, 2012
- Daud Hassan, Protecting the Marine Environment from Land-Based Sources of Pollution: Towards Effective International Cooperation, Environmental Law Review 10, 2010
- Government of Canada, Microbeads-A Science Summary, 2015
- Justine Garrett, Sean McCol, Carbon capture and storage and the London Protocol: recent efforts to enable trans boundary CO2 transfer, Energy Procedia 37, 2013
- Kathryn, M., D. Santillo, and P. Johnston, 2016, Plastics in seafood – full technical review of the occurrence, fate and effects of microplastics in fish and shellfish, Greenpeace Research Laboratories Technical Report(Review), 2016,
- Megan Easley, Standing in Nuclear Waste: Challenging the Disposal of Yucca Mountain, 97 CORNELL L. REV., 2012
- Mary Jane Angelo et al., Reclaiming Global Environmental Leadership: What the United States should ratify ten pending environmental treaties, Center for Progressive Reform White Paper, 2012
- OECD/IEA. Energy Technology Perspectives 2012: Pathways to a Clean Energy System. Paris: OECD/IEA; 2012
- Van den Broek M, Berghout N, Rubin E., The potential of renewables versus natural gas with CO2 capture and storage for power generation under CO2 constraints. Renewable and Sustainable Energy Reviews, Volume 49, 2015

〈국내문헌〉

- 강한·윤성택·박기하, “환경분야 CCS(이산화탄소 포집 및 저장)에 대한 법적 근거 마련 연구 I”, 국립환경과학원, 2012
- 김기순 외, “런던의정서 발효와 한국의 해양환경관리”, 강원대학교·환경부, 2010
- 김성배, “플라스틱으로 인한 해양오염에 대한 대책”, 「환경법연구」 제34권 제2호, 2012
- 김정은, “한국의 이산화탄소 해저 지중저장에 대한 런던의정서 제6조의 개정이 가지는 함의”, 「기후지구공학적 사업의 관리 규범 제정에 관한 국제 동향- 런던의정서를 중심으로」, 도서출판 오름, 2011
- 박문숙, “국제법적 측면에서의 이산화탄소 포집기술 법제화 방안에 대한 소고”, 「중앙법학」, 2019,
- 박수진·정지호, “해양환경 부문 기후변화정책의 개선방안 연구”, 한국해양수산개발원, 2010,
- 박종원, “해양환경보전과 사전배려원칙: OSPAR협약 및 런던의정서를 중심으로”, 「해양정책연구」 제23권 제1호, 2008.
- 최승필, “해양폐기물의 관리 및 처리에 대한 법적 검토”, 「외법논집」 제42권 제2호, 2018
- 홍기훈, 런던의정서의 기후지구공학적 사업 관리 규범 개발 동향 분석, 「기후지구 공학적 사업의 관리 규범 제정에 관한 국제 동향」 - 런던의정서를 중심으로, 2011
- 홍기훈, “해양환경보호”, 「해양의 국제법과 정치」, 해로연구총서1, 2011,
- 홍기훈·박찬호·김한준, “이산화탄소 해저지질구조 격리: 기술현황과 제도 예비 검토”, 「한국해양환경공학회지」 제8권 4호, 2005

Abstract

A Study on the Carbon Capture and Storage under London Protocol

Choi, Young-jin

Kangwon National University

Since the ocean is the lowest in the circulation process of the global environment, most of the pollutants ultimately reach the ocean, Concerns about marine pollution are increasing over time, and they are a norm that the international community pays attention to.,The criteria for determining whether marine pollution is caused by marine speculation are not only becoming more specialized and complicated, but also relying heavily on science and technology that require changes in the international structure and highly specialized knowledge.

The London Protocol has raised the efficiency of the Convention by holding a Parties' Meeting in cooperation with the London Convention and efficiently operating it to coordinate differences between the parties and to prepare various resolutions and guidelines based on scientific and technical thinking.,The resolution lacks legal binding, but most parties have contributed to the implementation of the agreement by complying with it.

On the other hand, with the revision of Annex 1, CCS was proposed as a subject of regulation of marine speculation, and a separate guideline was prepared.,The London Protocol currently proposes an amendment to the movement between countries that introduced market mechanisms to CCS.,Therefore, this paper will study the expansion of the scope of marine speculative regulation specified in the London Protocol and the movement of CCS between countries.,The main point is that the London Protocol should not only consider the general obligations of the parties but also play a role in leading the international community in the environmental field while attempting to move CCS between countries.

Ocean Dumping, UNCLOS, London Convention, London Protocol,
Carbon Capture and Storage, Ocean Fertilization, Strategic Plan 2030

국문초록

해양투기 규제를 위한 국제문서로 초안이 작성된 런던의정서는 대기 중 이산화탄소의 포집 및 해저 저장(Carbon Capture and Storage; 이하 ‘CCS’로 약칭) 기술에까지 규제범위를 확대시키고 있다. CCS는 점진적으로 해양오염원을 규제하는데 있어서 가장 진보적인 체계로 평가되고 있다. 런던의정서는 부속서1의 개정으로 CCS를 해양투기의 규제대상으로 상정하면서 별도의 지침을 마련하였다. 현재 런던의정서는 CCS에 시장 매커니즘을 도입한 국가 간 이동에 관하여 개정안을 상정되어 있다. 동 개정안의 발효는 내륙국가와 해저지형에 중첩적으로 이루어진 인접국 대향국 입장에서는 해저 저장소를 마련할 수 있는데 용이할 것으로 평가된다. 그러나 런던의정서 당사국도 동 개정안의 비준을 미루어 두고 있으므로 이에 대하여 런던의정서 당사국들이 후속협정 내지는 양자조약의 체결로 해결하는 방법이 합리적이다.

런던협약 및 런던의정서의 이행을 촉진시키기 위한 전략계획(Strategic Plan)에 따르면 2030년까지 런던협약 당사국들의 런던의정서 전환과 당사국 수의 증가를 주요 목표로 하고 있다. 그러나 이러한 목적의 실현을 위해서는 런던의정서에 내재된 한계로 지적되는 국가 간 기술지원 및 방법에 관한 내용을 구체적으로 논의하여야 할 것이다. 모든 국가의 환경 정책은 생물다양성의 감소를 유발하지 않도록 하면서 현세대 및 미래세대에 부정적인 영향을 미치지 않아한다. CCS를 규제범위에 포함시킨 결정으로 인하여 해양에서의 보다 나은 삶의 조건 달성이 방해해서는 안 되며, 국가와 국제기구가 관련 조치를 취하는데 있어서 런던의정서가 합리적인 기준이 되어야 한다.

주제어: 2030런던의정서전략계획, 해양투기, 런던의정서, 유엔해양법협약, 이산화탄소포집및저장기술, CCS



제2부(A) : 제1발표

미국이 추진한 FTA의 SPS지역화 규정연구

발표 : 강민지 (대외경제정책연구원)

토론 : 유희진 (안양대학교)

大韓國際法學會

미국이 추진한 FTA에서의 SPS 지역화 규정 연구

강 민 지

대외경제정책연구원 무역통상실 무역협정팀 전문연구원

목 차

- I. 서 론
- II. 미국식 FTA에서의 지역화 인정
 - 1. NAFTA SPS 지역화 규정
 - 2. TPP SPS 지역화 규정
 - 3. USMCA SPS 지역화 규정
- III. 시사점

I. 서 론

SPS 조치는 병해충, 질병 등에 대한 전문적인 지식을 바탕으로 하여 인간과 동식물의 생명·건강 보호를 위해서 취해지는 보편적인 검역조치로, 해당 위험에 대한 일률적 판단이 필요한바 다자적 차원에서 주로 논의가 되어 온 분야였다. 이에 초기에 FTA SPS 규범은 WTO SPS 협정의 내용을 확인하는 내용이 주를 이루며 큰 권리·의무의 변동은 없었으며 FTA 분쟁해결 비적용을 명시하고 있었다.¹⁾ 그러나 최근 경제 규모가 큰 국가 간 또는 여러 국가가 참여하는 이른바 Mega FTA가 등장하게 되면서 FTA SPS 챕터는 규정 수가 증가하고²⁾ FTA를 통한 분쟁해결이 적용되는 등의 변화를 보여왔다.³⁾ 이러한 경향은

1) 2014년 7월까지 한국이 맺은 FTA 대부분은 WTO 분쟁해결절차만을 이용할 수 있도록 규정하고 있는데 이는 SPS 조치의 경우 다자주의 체제의 전문성 및 분쟁해결제도의 신뢰성에 기인하여 WTO분쟁해결제도를 활용하도록하고 있다는 분석이 있다. 최승환, 박언경, 『한국-중국 FTA를 대비한 중국의 위생검역제도와 위생검역관련 통상분쟁사례 연구』, FTA법제지원 연구(II) 14-22-6. 한국법제연구원, 2014. 55~56쪽

특히 미국과 EU가 추진한 FTA에서 두드러지고 있다. 미국과 EU가 추진한 FTA SPS 챕터에 포함된 지역화 규정도 WTO SPS 협정상의 의무에서 더 발전된 WTO 플러스 규정을 포함하고 있다. 본 고에서는 미국이 추진한 FTA에서의 SPS 지역화 규정의 발전을 살펴보고 그 의미를 고찰해 본다.

미국은 1985년 이스라엘 FTA를 시작으로 하여 캐나다, 멕시코, 싱가포르, 칠레, 호주, 한국 등 20개국과 FTA를 체결하였다. 미국이 체결한 초기의 FTA의 경우 SPS에 관한 내용을 담고 있지 않은 경우도 있었으며 이후 FTA SPS 챕터가 구성되어 있다고 하더라도 3~5개 조항으로 구성되어 FTA SPS 위원회의 활동에 대해 주로 추가적으로 규정할 뿐, 지역화 규정, 동등성 등의 세부적인 SPS 관련 의무에 대한 내용을 포함하지 않았으며, FTA 분쟁 해결절차에 적용을 받지 않음을 명시하고 있었다.

표 1. 미국이 체결한 FTA SPS 챕터와 지역화 규정

	FTA 명칭	발효연도	SPS 챕터 구성	지역화 규정
1	미·이스라엘 FTA	1985	-	없음
2	NAFTA	1994	제7장 B절(16개 조)	제716조(6개 항)
3	미·요르단 FTA	2001	-	없음
4	미·싱가포르 FTA	2004.1.1	-	없음
5	미·칠레 FTA	2004.1.1	제6장 (4개 조)	없음
6	미·호주 FTA	2005.1.1	제7장 (5개 조)	없음
7	미·모로코 FTA	2006.1.1	제3장 B절 (3개 조)	없음
8	미·바레인 FTA	2006.1.11	제6장 (4개 조)	없음
9	CAFTA-DR ⁴⁾	2006 ⁵⁾	제6장 (3개 조)	없음
10	미·오만 FTA	2009.1.1	제6장 (4개 조)	없음
10	미·페루 TPA	2009.2.1	제6장 (3개 조)	없음
11	한·미 FTA	2012.3.15	제8장 (4개 조)	없음
12	미·콜롬비아 TPA	2012.5.15	제6장 (3개 조)	없음
13	미·파나마 TPA	2012.10.31	제6장 (3개 조) + 부속서	없음
14	TPP	미국 탈퇴	제7장 (18개 조)	제7.7조 (11개 항)
15	USMCA	2020.7.1	제9장 (20개 조)	제9.8조 (15개 항)

자료: USTR 홈페이지<Free Trade Agreement> 내용을 기초로 저자 정리

(available at : <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>)(검색일:2020.10.21.)

2) UN ESCAP의 보고서에 따르면 아태지역의 2009~2014년 2015~2018년사이의 FTA SPS챕터를 기가별로 나누어 분석한 결과 SPS 규정들이 하나의 챕터로 더 많이 구성되게 되었으며, 위험분석, 동등성, 상호 인증, 수입검사, 지역화 인정, 긴급조치, 인증, 감사, 수입요건 등의 조항이 최근의 FTA에서 더 많이 포함되는 것으로 나타남. Jhanvi Trivedi et al., 'Non-Tariff Measures in Regional Trade Agreements in Asia and the Pacific: SPS, TBT and Government Procurement', *UN ESCAP. Trade, Investment and Innovation Working Paper Series NO.3*, 2019.

3) 강민지,『WTO SPS 분쟁 사례 연구』, KIEP 연구자료 16-08, 2016. 225쪽

4) Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement

5) 미국, 엘살바도르, 과테말라, 온두라스, 니카라과는 2006년에 발효, 도미니카 공화국은 2007년, 코스타리카는 2009년에 발효함.

이후 중국의 부상에 위협을 느낀 미국은 FTA를 통해 높은 수준의 신무역규범을 규율하는 데 앞장서게 되고 이에 따라 아시아 중심 전략(Pivot to Asia)을 기초로 한 일본을 포함한 아태지역 12개국이 참여하는 환태평양경제동반자(Trans-Pacific Partnership, 이하 TPP) 협정을 추진하여 지역 내 미국의 영향력을 확대하고자 하였다. 그러나 2016년 2월 4일 TPP 서명 이후 트럼프 행정부가 2017년 1월 20일 출범하면서 이러한 아시아 중심전략은 상당 부분 수정되었으며, 2017년 1월 23일 트럼프 美 대통령은 TPP 협정에서 미국을 탈퇴시키는 행정명령(Executive order)에 서명하였다. 또한 미국은 2017년 8월 북미자유무역협정(North American Free Trade Agreement, 이하 NAFTA) 재협상을 개시하여 2018년 9월 30일 NAFTA를 대체하는 미국·멕시코·캐나다 협정(United States·Mexico·Canada Agreement, 이하 USMCA)에 최종 합의하고 2020년 7월 1일부로 발효되었다. 또한 미국은 일본과 1차 무역협상을 통해 미·일무역협정(United States-Japan Trade Agreement) 및 미·일디지털무역협정(United States-Japan Digital Trade Agreement)을 발효하였고 2차 협상이 2021년 중에 진행될 예정이다.

비록 미국이 TPP로부터 탈퇴하였으나, TPP 협정은 미국식 FTA의 모델법안으로서 기능하여 USMCA도 TPP 협정상의 내용을 기초로 심화 발전시키고 있으며, Mega FTA인 TPP의 특성상 다수국에 중대한 영향을 미치는데, 미국을 제외한 TPP 11개국이 일본과 호주의 주도로 2017년 5월부터 TPP의 발효 및 가입 조항 등을 수정하고 일부 조항을 동결한 CPTPP를 추진하였고 호주, 캐나다, 일본, 멕시코, 뉴질랜드, 싱가포르에서 2018년 12월 30일부터 발효되어(단, 베트남은 2019년 1월 14일부터 발효) TPP 협정에서의 SPS 챕터의 발전 및 SPS 지역화 규정의 포함은 상당한 의미가 있다. 또한 2021년 1월 21일부로 바이든 대통령이 취임하여 TPP 복귀 가능성에 대해 상당한 관심이 쏠리고 있으며, 우리나라도 CPTPP 가입에 대해 진지하게 검토 중인 것으로 알려져 있다. 이러한 배경에서 미국식 FTA SPS의 지역화 규범의 발전과 관련하여 NAFTA, TPP 및 USMCA를 중심으로 살펴본다.

II. 미국식 FTA에서의 지역화 인정

1. NAFTA SPS 지역화 규정

현재는 USMCA의 발효로 인해 대체되었으나 미국이 체결한 FTA 중 NAFTA에서 처음으로 SPS 지역화 규정이 도입되었다. NAFTA는 1988년에 서명하고 1989년 1월 1일에 발효된 미국·캐나다 자유무역협정(US-Canada Free Trade Agreement)에 근간을 한 것으로, NAFTA는 1992년에 서명되고 1994년부터 발효하였다.

일부는 NAFTA SPS 챕터는 WTO SPS 협정에 청사진을 제공하였다고 간주할 만큼, WTO SPS 협정에 상당한 영향을 준 것으로 알려져 있다.⁶⁾ 이는 SPS 협정의 지역화 규정도 예외가 아니며 두 협정의 지역화 규정은 상당히 유사한 규정을 포함하고 있다. 다만 NAFTA 제716조는 6개 항이며 WTO SPS 협정 제6조는 3개 항인 점에서 알 수 있듯이 NAFTA가 좀 더 추가적인 내용을 포함하고 있다.

NAFTA 제716조 제1항에서 제3항은 WTO SPS 협정 제6조 제1항에서 제3항과 유사한 내용을 포함하고 있다. NAFTA 제716조 제1항 1문은 SPS 조치는 상품이 생산된 지역 및 도착하는 지역의 SPS 특징(지역간 운송 및 취급 관련 조건 고려)에 적합하도록 하여야 한다고 규정하여, WTO SPS협정 제6.1조 1문과 유사하다. NAFTA 제716조 제1항 2문은 해당 지역이 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이며 앞으로도 그러한 지역으로 남을 것인지를 포함하여 지역의 특징을 평가하는 데 있어 각 당사국은 해당 지역에서 관련 병해충 발병 수준, 해당 지역의 근절 또는 통제(방제) 프로그램의 존재, 모든 관련 국제표준, 지침, 또는 권고 사항을 고려하여야 한다고 하여 WTO SPS협정 제6.1조 2문과 유사하다.

NAFTA 제716조 제2항은 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역인지 결정에 있어 지리, 생태계, 역학적 감시, SPS 통제의 효과성과 같은 요인에 근거하여 결정을 내려야 한다는 내용이 포함되어 있으며 이는 WTO SPS 협정 제6.2조 제2문의 내용과 유사하다. WTO 제6.2조 제1문의 “특히 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역의 개념을 인정하여야 한다”는 부분은 NAFTA 제716조 제3항에 포함되어 있다.

NAFTA 제716조 제3항은 “수입국은 수출국이 수입국에게 과학적 근거 또는 다른 정보를 충분히 제공하여 수입국의 만족할 정도로 보여주었다면 그러한 지역이 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이며 앞으로도 그렇게 남을 것이라는 인정하여야 한다”고 규정하여, WTO SPS 협정 제6조 제3항과 “수출국은 이러한 지역이 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이라는 사실을 수입국에게 객관적으로 증명하기 위하여 필요한 증거를 제시하여야 한다”는 규정과 제6조 제2항의 “특히 회원국은 병해충 안전지역과 병해충 발생이 적은 지역의 개념을 인정하여야 한다”는 규정이 혼합되어 있으며 둘의 관계를 나타내고 있다.

NAFTA 제716조에 따르면 SPS 조치를 SPS 특징에 적합하도록 하여야 하는데, SPS 특징에 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이며 그러한 지역으로 남을 것 같은지가 포함되며, 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이며 그러한 지역으로 남을 것 같은지에 대한 인정은 수출국이 과학적 근거 또는 다른 정보를 충분히 제공하여 수입국이 만족할 정도로 보였을 때 받게 되는 것이다.

그러나 WTO SPS 협정 제6조에서는 SPS 조치를 원산지 및 도착지의 SPS 특징에 적합하도록 보장할 의무를 규정한 제6.1조와 지역화 인정을 받기 위해서 수출국의 의무를 규정한 제6.3조를 연결하는 명시적인 조건적인 문구는 없어 그간 많은 사례에서 제6조 하위조항간의 관계에 대한 분쟁이 있어 왔다.⁷⁾

6) Renée Johnson, “The North American Free Trade Agreement (NAFTA) and U.S. Agriculture” Congressional Research Service, p.2

7) *India-Agricultural Products* 사건에서 인도는 제6.3조에 따라 수출국이 객관적인 증명을 다한 경우에만 제6.1조 하의 의무 위반에 대해 논할 수 있다고 주장하였으나 패널은 제6.1조에는 제6.3조 상의 의무와 연결되는 조건부적인 문구가 없으며 제6.3조 이행에 따라 제6.1조 의무가 개시된다는 인도의 주장을 배척하였다. Panel Report, *India-Agricultural Products*, para. 7.675

그 밖에 NAFTA 제716조 제4항은 “a) 병해충 발생이 적은 지역과 병해충 안전지역의 위험평가 절차를 다르게 채택, 유지, 또는 적용할 수 있으며(may), b) 운송 및 취급 관련을 포함하여 관련 조건을 고려하여, 병해충 안전지역에서 생산된 상품과 발생이 적은 지역에서 생산된 상품의 대우(disposition)에 대한 최종 결정을 다르게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이 조항에 따르면 위험평가 절차 및 처리 등에 있어 병해충 안전지역과 발생이 적은 지역을 다르게 할 수 있을 것으로 보인다. WTO SPS 협정에서는 병해충 안전지역과 발생이 적은 지역에 대해서 정의를 달리하고 있는데 불구하고⁸⁾ 협상 도중에 포함된⁹⁾ 병해충 발생이 적은 지역 개념과 관련하여 병해충 안전지역과 비교하여 어떠한 대우를 부여하여야 하는지에 대해서 침묵하고 있다.

NAFTA 제716조 제5항 1문은 동식물 병해충의 진입, 또는 전파 관련 SPS 조치를 채택, 유지 또는 적용함에 있어, 동일한 수준의 위험이 있는 다른 국가의 병해충 안전지역에서 생산된 제품에 부여하는 대우보다 유리하지 않은 대우를 하여서는 안된다고 하여 비차별 의무를 규정하고 있다. NAFTA 제716조 제5항 2문은 “병해충 안전지역과 그 지역을 둘러싼 지역의 관련 조건과 통제를 평가할 때 동등한(equivalent) 위험평가 기술(techniques)을 사용하여야 하며, 운송 및 취급을 포함한 관련 조건을 고려할 것”을 규정하고 있다. NAFTA 제716조 제6항은 “병해충 발생이 적은 지역에서 생산된 상품을 수입당사국의 영토로 수입할 수 있도록 허용하고, 수입당사국의 적절한 보호 수준을 달성하도록 하는 구체적인 요건에 대해 요청 시 수출당사국과의 합의를 추진”할 것을 규정하고 있다.

India-Agricultural Products 사건의 상소기구도 제6.3조의 수출국에 의한 객관적인 증명이 없는 경우에도 회원국이 제6.1조의 의미 내에서 SPS 조치를 지역적 조건에 적합하도록 보장하지 못한 것으로 밝혀질 수 있다며, 예를 들어 회원국의 규제체제가 병해충 안전지역에 대한 개념의 인정을 배제하는 경우 그러하다고 밝히며, 인도의 주장을 받아들이지 않았다. Appellate Body Report, *India-Agricultural Products*, para. 5.157

Russia-Pigs 사건에서도 러시아는 지역화 인정에 있어 제6.3조 상의 의무를 수출국이 다하였음이 먼저 입증되어야 하며 수출국이 필요한 증거를 제출한 후에야 제6.1조 상의 수입국의 의무가 드러난다고 주장하였으나 상소기구는 제6.3조의 불이행은 많은 경우에 수입국이 SPS 특징을 평가하는 능력에 영향을 미칠 것이라고 보았으나, 수입국의 제6.1조 위반이 반드시 제6.3조 준수 여부에 의존하는 것이 아니라며 *India-Agricultural Products* 사건에서 보듯 제6.3조에 따른 수출국의 의무 이행과 관계없이 제6.1조의 위반이 발생할 수 있는 경우도 있을 수 있다고 보았다. Appellate Body Report, *Russia-Pigs*, paras. 5.97-5.99 결론적으로 상소기구는 제6조의 다른 조항 상의 의무준수 여부를 판단하기 전에 수출국이 제6.3조 상의 의무를 다하였음이 우선적으로 입증되어야 하는 것은 아니라고 판단하였다.

8) WTO SPS 협정 부속서 A (정의)

6. 병해충 안전지역(Pest- or disease-free area, PDFAs): 국가 전체 또는 일부, 수 개 국가의 전체 또는 일부의 여부와 관계없이, 특정 병해충이 발생하지 아니하는 것으로 주무 당국에 의해 확인된 지역
7. 병해충 발생이 적은 지역(Area of low pest or disease prevalence, ALPDPs): 국가의 전체 또는 일부, 수 개 국가의 전체 또는 일부의 여부에 관계없이 특정 병해충이 적은 수준으로 발생하며, 효과적인 감시, 방제 또는 박멸조치의 대상지역으로서 주무당국에 의하여 확인된 지역
- 9) 병해충 발생이 적은 지역은 1990년 6월 프레임워크 초안에서는 포함되어 있지 않다가(MTN.GNG/NG5/WGSP/W/23 참고) 1990년 7월 프레임워크 초안 제28조에서 “제25조부터 제27조까지의 고려사항은 위생 및 식물위생 통제가 보장되는 하에서 제한된 병해충 발생지역(limited pest or disease prevalence)에도 적용된다(should apply)”고 적시하였고 (MTN.GNG/NG5/W/170 참고) 1990년 10월 프레임워크 초안부터 병해충 안전지역과 병해충 발생이 낮은 지역이 병렬적으로 포함되었다. 1990년 10월 프레임워크 초안 제23조 1문은 “채약국은 특히 병해충 안전지역과 병해충 발생이 적은 지역 [및 감염지역]의 개념을 인정하여야 한다.(shall [...] recognize)”라고 하여, 병해충 발생이 적은 지역의 개념의 인정이 강한 의무로 포함되었다. (MTN.GNG/NG5/WGSP/W/26 참고)

NAFTA 이후 FTA에서는 SPS 챕터에 큰 변화가 없었으나 TPP를 통해 미국은 미국식 통상질서를 수립하고자 하면서 SPS 챕터에도 큰 변화가 있었다.

2. TPP SPS 지역화 규정

NAFTA를 제외한 과거 미국이 추진한 FTA SPS 챕터의 목적은 WTO SPS 협정의 재확인(reaffirm)을 언급하고 있는데 반해, TPP 제7.2(b)조는 WTO SPS 협정을 강화(reinforce) 할 것이라고 표현하여, WTO 플러스 규정이 포함될 것임을 시사하고 있다. 또한 WTO SPS 협정의 경우 무역에 미치는 부정적인 영향을 최소화(to minimize their negative effects on trade)하면서 인간 동식물 생명건강의 보호를 규정하여 균형을 취하고자 하나, TPP SPS 챕터는 제7.2조 기본 목적에 있어 (a)‘무역 촉진 및 확대를 하면서(while facilitating and expanding trade)’ 인간 동식물 생명건강의 보호를 규정하는바 WTO SPS 협정에 비해 ‘무역’에 좀 더 방점을 두고 있다고 생각된다.

TPP 제7.7조 “병해충/질병 안전지역 및 발생이 적은 지역을 포함하는 지역적 조건에 따른 적응”에 있어서도 좀 더 무역촉진에 중요성을 두고 있다. WTO 협정에서는 지역화인정에 관한 조항은 3개 조항에 불과하였으나 TPP 제7.7조는 11개 조항으로 2008년 4월 WTO SPS 위원회에서 채택된 ‘SPS 협정 제6조의 실질적 이행을 촉진하기 위한 가이드라인(Guidelines to Further the practical Implementation of Article 6 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures, 이하 지역화 인정 가이드라인)¹⁰⁾’의 내용¹¹⁾을 상당 부분 반영하고 있다. 지역화 인정 가이드라인 제2항은 법적 해석을 제공하거나 SPS 협정을 개정하는 것이 아님을 분명히 하고 있어, 비엔나협약 제31조 제3항 문맥과 함께 참작되어야 할 (a) 조약의 해석 또는 그 조약규정의 적용에 관한 당사국간의 추후의 합의에 해당되지 않도록 조약 입안자가 의도한 것이 바람직하다고 생각된다. 또한 지역화 인정 가이드라인에 대한 각국의 공통적이고 일관적인 관행이 쌓이고 관련 조항의 해석에 대한 합의를 암시할 수 있을 정도라면 이는 비엔나 협약 제31조 제3항 (b) 추후의 관행을 형성할 수도 있을 것이라 보이나 아직까지도 SPS 협정 제6조의 이행과 관련하여 수출국과 수입국의 입장차가 계속되고 있음을 고려시 공통적이고 일반적인 관행이 축적되었다고 보긴 어려울 것으로 생각된다. 그러나 미국은 동 가이드라인의 절차적인 조항 일부를 자국이 추진하는 FTA SPS 챕터에 포함하여 이를 의무화하고 법적 구속력을 부여하고 있다. 아래에서 자세히 살펴보기로 한다.

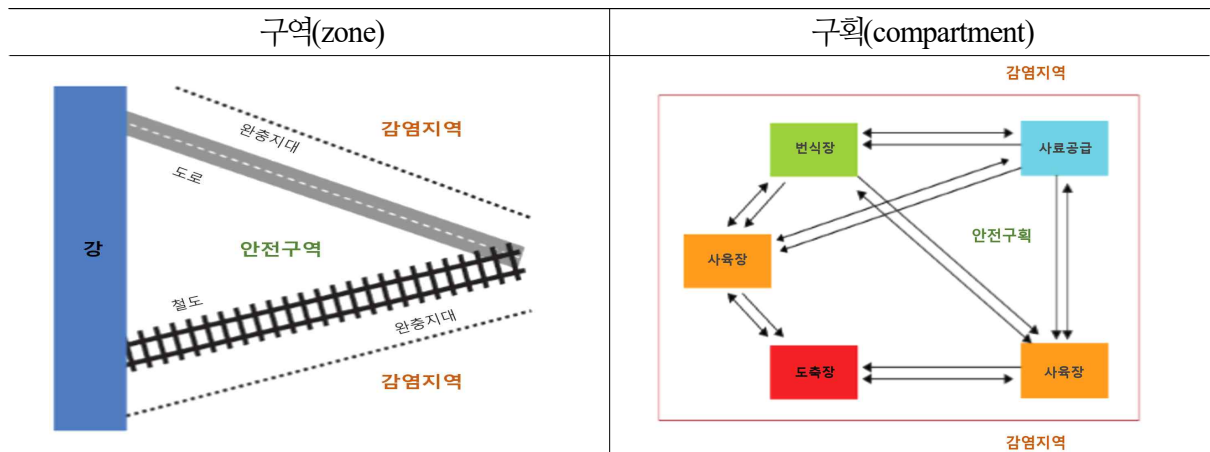
10) G/SPS/48

11) 지역화 인정 가이드라인은 SPS 협정 제6조 실무적 이행에 있어 투명성 및 예측가능성을 높이기 위해 만들어진 것으로, 병해충 안전지역과 발생이 적은 지역 인정에 대한 요청을 이행함에 있어 일반적 고려사항과 어떠한 절차를 따르게 될 것인지 및 신속절차에 관해 규정하고 있다. 또한 사무국에서는 지역화 규정 이행과 관련한 모니터링 보고서를 매년 발표하도록 하여 지역화 관련 모니터링 체계를 갖추도록 하였다.

TPP 제7.7조 제1항에서는 지역화(regionalisation), 구역화(zoning)과 구획화(compartmentalisation)를 포함하여, 지역적 조건에의 적응이 무역 촉진을 위한 중요한 방안을 인정함을 선언하고 있다. 지역화, 구역화, 구획화라는 표현을 포함하고 있으나 이는 지역화, 구역화, 구획화를 인정할 것을 규정하는 것이 아니라 이들을 포함하는 지역적 조건으로의 적응이 중요하다는 점을 인정하는 규정으로 강한 법적 구속력을 가지는 규정으로는 판단되지 않는다.

TPP 제7.7조 제2항은 WTO SPS 위원회의 관련 지침 및 국제표준, 지침 및 권고를 고려할 것(shall take into account)을 규정하고 있다. WTO SPS 위원회의 관련 지침은 지역화 인정 가이드라인을 의미한다. 국제표준, 지침 및 권고에는 OIE와 IPPC가 지역화와 관련하여 발표한 여러 국제표준, 가이드라인 및 권고가 포함될 것이다. OIE에서는 육상동물과 관련하여 육상동물위생규약(Terrestrial Animal Health Code)을, 수산생물과 관련해서는 수생동물위생규약(Aquatic Animal Health Code)을 개발해 오고 있다. 육상동물위생규약에서는 제I권은 모든 육상동물 관련 질병과 관련한 일반적인 규정을 포함하고 있으며 특히 제4.4장 및 제4.5장은 지역화와 관련한 규정을 포함하고 있다. OIE는 육상동물위생규약에서 일반규정을 통해 지리적 또는 인공적 경계를 통해 다른 구역과 가축 질병 상황이 명확히 구분되는 구역(zoning) 뿐 아니라 하나 이상의 시설로 구성되어 있으며 사양 관리 또는 질병 관리 방식에 따라 구분되는 구획(compartmentalisation)'에 따른 지역화 인정을 권고하고 있다.

그림 1. 구역과 구획의 개념 예시



자료: Christianne Bruschke and Bernard Vallat(2017), 구역은 p. 3 figure 1(the concept of zoning), 구획은 p.5 figure 2(the concept of compartmentalisation) 저자번역.

OIE 육상동물위생규약 제II권에서 개별 질병과 관련하여 SPS 지역화 관련 내용을 포함하는데, 예를 들어 제15.1장에서는 아프리카돼지열병 바이러스(African swine fever virus)에 의한 감염과 관련하여 제4.4장 및 제4.5장의 원칙과 제15.1장의 관련 요건에 따라 아프리카돼지열병으로부터 안전한 구획을 설정할 것을 규정하고 있다.¹²⁾ 이밖에 OIE는 구제역, 가성우역, 우폐역, 야생멧돼지 돼지열병 소해면상 뇌증, 아프리카마역 등 6가지 질병에 대해서는 공식적인 지역화 인정 프로세스를 가지고 있다.¹³⁾

OIE는 수산동물에 대해서도 수산동물위생규약(Aquatic Animal Health Code)을 마련하고 있으며 육상동물위생규약과 마찬가지로 SPS 지역화와 관련하여 구역과 구획에 관한 규정을 포함하고 있다.

식물분야의 경우 IPPC가 개발한 SPS 지역화 관련 주요 국제표준으로는 ISPM 4¹⁴⁾, ISPM 8¹⁵⁾, ISPM 10¹⁶⁾, ISPM 22¹⁷⁾, ISPM 29¹⁸⁾ 등이 있다.¹⁹⁾ 그 밖에 초파리와 관련하여 ISPM 26²⁰⁾, ISPM 30²¹⁾ 등을 발표한 바 있다.²²⁾ IPPC에서 개발한 국제표준에서는 구역, 구획 등의 용어를 도입하고 있지는 않으나 해충안전지역(pest free areas, PFAs), 해충발생안전장소(pest-free places of production)²³⁾, 해충발생안전소(pest-free production sites) 등의 개념이 있으며 해충 발생이 적은 지역(areas of low pest prevalence)과 관련하여서도 국제표준이 있으나 이러한 지역 설정의 이점, 이러한 지역 설정 방법 등에 그치고 있다.

그러나 TPP 제7.7조 제2항은 ‘결과로의 의무’가 아니라 ‘과정에 있어서 고려할 의무’를 규정하는 것으로 강한 법적 구속력을 가지고 있다고 보기는 어려울 것으로 생각된다. 이미 WTO SPS 협정 제6조 제1항 2문에서는 SPS 특징 평가에 있어 관련 국제기구에 의해 개발되는 적절한 기준 또는 지침 등을 고려할 것을 규정하고 있다. TPP 협정에서는 국제기준을 고려할 의무를 규정하고 있는데 반해, 최근 EU가 추진한 FTA에서는 지역화와 관련한 국제기준의 내용을 수용하여 규범화하고 있어²⁴⁾ 차이가 있다.

TPP 협정은 회원국이 병해충 안전지역 및 발생이 적은 지역 인정을 위한 각 당사국의 절차에 대한 신뢰를 얻기 위해 지역화 인정에 협력할 수 있다고 하고 있으나,²⁵⁾ 구체적으로 어떤 방식으로 지역화 인정에 협력할 수 있는지에 대해서는 침묵하고 있으며, 가능성을 나타내는 ‘may’를 사용하고 있는 점에서 미루어 보건테 협력에 대해 구속력 있는 강제의 의미를 부여하고 있지 않는 것으로 보인다.

12) 육상동물위생규약(2020) 제15.1.5조

13) OIE Official recognition of disease status 홈페이지 <http://www.oie.int/en/animal-health-in-the-world/official-disease-status/official-recognition-policy-and-procedures/> (검색일:2020.3.11.)

14) 해충안전지역 설정을 위한 요건

15) 지역의 해충 지위의 결정

16) 해충안전생산장소 및 해충안전생산소의 설정을 위한 요건

17) 해충 발생이 적은 지역 설정을 위한 요건

18) 해충안전 지역 및 발생이 적은 지역의 인정

19) G/SPS/GEN/1612 참고.

20) 초파리 안전지역(pest-free areas for fruit flies)의 설정

21) 초파리 발생이 적은 지역(areas of low pest prevalence for fruit flies)의 설정

22) G/SPS/GEN/1612 참고.

23) 해충안전지역이 해충안전생산장소보다 훨씬 크고 많은 생산장소를 포함하며 전체 국가 또는 여러 국가 일부까지 확대될 수 있다. 해충안전지역은 자연 장벽이나 적절한 대규모 완충 구역에 의해 구분될 수 있는데 해충안전생산장소는 해충이 만연하는 지역에 위치할 수 있으며 가까운 곳에 완충지대를 만들어서 분리될 수 있다. 해충안전지역은 일반적으로 여러 해 동안 중단 없이 유지되는 반면 해충안전생산장소는 한번 또는 몇 번의 성장기 동안만 유지될 수 있으며 해충안전지역은 수출국의 국가식물 보호기구(national plant protection organization, 이하 NPPO)에 의해 전체적으로 관리되는 반면 해충안전생산장소는 NPPO의 감독 및 책임하에 개별 생산자가 관리하는 차이가 있다. ISPM 10 제1.2조

24) 예를 들어 EU·일 EPA 지역화에 대한 제6.10조는 동물분야와 식물분야를 나누어 규정하고 있으며, 국제기준상의 개념을 직접적으로 명시하면서 지역화 관련 개념을 인정할 것을 의무화하고, 국제기준을 넘어서는 질병에 대한 구역 또는 구획도 설정할 수 있다고 규정하고 있다.

25) TPP 협정 제7.7조 제3항

또한 TPP 협정에서는 수입당사국이 수출당사국으로부터 지역적 조건의 결정 요청을 받으면 수출국이 제공한 정보가 충분하다면 수입당사국은 합리적인 기간 내에 평가를 개시(shall initiate)할 것을 규정하나,²⁶⁾ 합리적인 기간에 대해 명시적으로 규정하고 있지는 않아 해당 의무가 추가적인 의무인지는 명확하게 판단하기 어렵다.

TPP 협정에서는 수입당사국이 지역적 조건에 대한 결정에 대한 평가를 시작할 때 수입당사국은 수출당사국의 요청이 있을 경우 지역적 조건의 결정을 위한 절차를 즉시 설명할 것(shall promptly... explain)을 규정하고 있다.²⁷⁾ 지역화 인정 가이드라인 제20항은 이와 유사하게 수출당사국이 지역화 인정을 요청하는 시점 또는 공식적으로 인정을 요청하기 전 수입당사국의 지역화 인정에 관한 평가 요건과 절차에 관한 정보를 요청할 수 있다고 하여, 공식 요청 전에도 지역화 인정에 대한 평가요건 및 절차 설명을 요청할 수 있다.

TPP 협정에 따르면 수출당사국의 요청이 있을 때, 수입당사국은 지역화 상태의 결정을 위한 수출당사국의 요청에 대한 평가 현황(status of the assessment)을 수출당사국에게 통보해야만 한다(shall inform).²⁸⁾ 지역화 인정 가이드라인 제12항에서도 수출당사국의 요청에 따라 수입회원국은 수출당사국의 평가 절차에 있어 어느 단계에 있는지에 대한 정보를 제공하여야 할 것을 규정하고 있는데 이를 반영한 것으로 생각된다. 이미 SPS 협정 부속서C 1(b)의 다섯 번째 요건인 SPS 조치의 이행을 점검하고 보장하기 위한 절차와 관련하여 ‘요청 시 신청인에게 지연사유를 설명하고 절차의 진행단계를 통보한다.(upon request, the applicant is informed of the stage of the procedure, with any delay being explained)’고 규정하고 있는 데도 불구하고, 지역화와 관련하여 한 번 더 명확히 관련 의무를 규정하고 있다. 이미 관행상 ‘투명성’을 위해 요청 시 관련 단계를 알려주고 있어 추가적인 의무의 부담이 있을 것으로 보이지 않는다.

TPP 협정은 수입국이 수출국의 특정 지역적 조건을 인정할 경우 수입당사국은 해당 조치를 서면으로 수출국에 전달하고 합리적인 기간 내에 이행하도록 하고 있다.²⁹⁾ 이는 지역화 인정 가이드라인 제31항을 참고하여 도입한 것으로 보인다. TPP 협정은 지역화 인정 승인 이후 지위에 대한 변경이 발생하는 사건이 발생 시의 위험관리조치(risk management measures)에 대해서 사전에 이에 대해 결정할 수 있다(may also decide in advance)고 규정하고 있다.³⁰⁾ 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역으로 인정한 지역에서 특정 질병이 발생했을 때의 조치에 대해 미리 사전에 협의하여 정할 가능성은 있으나 ‘may’로 규정하여 반드시 수출국이 이러한 협의 권한을 갖는 것은 아니다.

TPP 협정에서는 지역화 인정에 관한 결정에 관련된 당사국은 상호합의된 경우(if mutually agreed) TPP SPS 위원회에 결과를 통보할 것을 권장”하고 있다.³¹⁾ 권장사항이나 다른 회원국에 정보전달 차원

26) TPP 협정 제7.7조 제4항

27) TPP 협정 제7.7조 제5항

28) TPP 협정 제7.7조 제6항

29) TPP 협정 제7.7조 제7항

30) TPP 협정 제7.7조 제8항

에서 지역화 인정 결과를 통보하면 다른 당사국이 이를 고려하여 지역화 인정에 대한 압박을 받을 수 있을 것으로 보인다.

TPP 협정에 따르면 지역화 인정을 불승인 시 수입당사국은 그 결정의 근거(rational)를 수출당사국에 제공해야만 한다(shall provide).³²⁾ 지역화 인정 가이드라인도 지역화 인정에 대해 불승인한 경우 수출당사국이 미래에 지역화 인정에 대한 요청에 있어 자국의 시스템을 수정하고 조정할 수 있도록, 적절한 경우 수입회원국은 기술적 근거(technical grounds)를 제공할 것을 규정하고 있다.³³⁾ FTA SPS 지역화 규정에서 자주 추가되는 의무로 이러한 기술적 근거를 제공하여 추후 지역화 인정 신청에서 이를 보완할 수 있도록 하기 위한 것이다. 그밖에 수출국의 요청에 따라 지역화 인정 결정을 수정 또는 취소하는 사건이 발생한 경우, 관련 당사자는 해당 결정이 복구될 수 있는지 여부와 관련하여 협력(shall cooperate)할 것을 의무화하고 있다.³⁴⁾

WTO SPS 협정과 비교시, WTO SPS 협정 제6조에서는 SPS 지역화와 관련된 실질적인 의무를 명시하였는데 반해, TPP SPS 챕터상의 지역화 규정은 WTO SPS 위원회 관련 지침과 더불어 국제 표준, 지침, 권고를 고려할 의무 및 지역화, 구역화, 구획화를 포함하여 지역적 조건에의 적응이 무역촉진을 위한 중요한 방안임을 인정하는 규정을 제외하고는 대부분 지역화 인정의 절차적 의무 또는 절차 관련 협력에 대해 규정하고 있다. 정리하자면, TPP SPS 챕터상의 지역화 규정은 WTO SPS 협정 제6조에 더 나아가 실질적인 의무를 추가하기 보다는 WTO SPS 위원회가 채택한 지역화 인정 가이드라인의 내용을 반영하여 지역화 인정에 있어 절차적인 사항에 대한 구속력을 부여하고 있다.

표 2. WTO SPS 협정과 TPP SPS 챕터 지역화 규정의 비교

구분	WTO SPS 협정 및 가이드라인	TPP SPS 챕터 제7.7조
기본원칙	원산지 및 도착지 SPS 특징에 SPS 조치를 적합하도록 보장. (제6조 제1항 1문)	지역화, 구역화, 구획화를 포함하여 지역적 조건에의 적응이 무역촉진을 위한 중요한 방안임을 인정. (제1항)
무역촉진	(지역화 인정 가이드라인 서문 2번째 문단과 연관)	
국제기준	지역별 SPS 특징 평가시 국제기구에 의해 개발되는 적절한 기준 또는 지침 고려 의무. (제6조 제1항 2문)	WTO SPS 위원회 관련 지침과 더불어 국제 표준, 지침, 권고 고려 의무. (제2항)
지역화	병해충 안전지역 및 발생이 적은 지역 개념의 인정	-

31) TPP 협정 제7.7조 제9항

32) TPP 협정 제7.7조 제10항

33) 지역화 인정 가이드라인 제30항

34) TPP 협정 제7.7조 제11항

인정 실질적 의무	의무(제6조 제2항 1문) 지역화 인정 요청 수출회원국은 해당 지역이 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이며 그러한 지역으로 남을 것같다는 점을 객관적으로 증명하기 위하여 필요한 증거 제시할 의무(제6조 제3항 1문)	
지역화 인정 절차적 의무	(제8조 및 부속서 C (1) (a) 불필요한 지연 없이 시행과 연관)+ (지역화 인정 가이드라인 제31항)	요청 접수 시 합리적 기간 내 평가 개시 의무 (제4항) 지역화 승인 시 합리적 기간 내 이행의무 (제7항)
	(제8조 및 부속서 C (1) (b) 각 절차의 표준처리 기간 공표와 연관)+ (지역화 인정 가이드라인 제20항)	요청 시 지역화 인정 절차 설명의무 (제5항)
	(제8조 및 부속서 C (1) (b) 요청시 절차의 진행 단계 통보 의무와 연관) + (지역화 인정 가이드라인 제12항)	요청 시 평가 현황 통보의무(제6항)
	(지역화 인정 가이드라인 제30항)	지역화 인정 불승인 시 근거 제공의무(제10항)
지역화 인정 절차 관련 협력 의무	-	병해충 안전지역 및 발생이 적은 지역 절차 신뢰를 얻기 위한 지역화 인정에 협력 가능(제3항)
	-	지위변경 사건 발생 전 위험관리조치 협의 가능 (제8항)
	(지역화 인정 가이드라인 제34항)	상호합의시 FTA SPS 위원회에 결과 통보 권장 (제9항)
	-	지역화 인정 결정 수정/취소하는 사건 발생 시 복구 협력 (제11항)

자료 : WTO SPS 협정과 지역화 인정 가이드라인 및 TPP SPS 챕터 내용을 바탕으로 저자 정리

3. USMCA SPS 지역화 규정

USMCA는 가장 최근에 미국이 맺은 포괄적인 FTA로, TPP 서명국이던 미국, 캐나다와 멕시코가 NAFTA를 재협상하여 체결한 것으로 TPP 협정이 기초가 되었다. 이에 SPS 조치의 지역화 규범을 담은 USMCA 제9.8조도 TPP 제7.7조와 상당 부분 닮아 있다.

예를 들어 TPP 제7.7조 제1항과 마찬가지로 USMCA에서도 회원국은 지역화, 구역화, 구획화를 포함하여 지역적 조건에의 적응이 무역 촉진을 위한 중요한 방안임을 인정함을 선언하고 있다.³⁵⁾ 또한 TPP 제7.7조 제2항과 마찬가지로 지역적 조건에 관한 결정을 내림에 있어 각 당사국은 WTO SPS 위원회의 관련 지침 및 국제표준, 지침 및 권고를 고려하여야 한다고 규정하고 있다.³⁶⁾

USMCA SPS 지역화 규정은 TPP와 유사한 내용을 포함하고 있으나 표현에 있어 일부 차이를 보이는 경우가 있다. 예를 들어 USMCA는 회원국이 병해충/질병 안전지역 및 발생이 적은 지역 인정을 위한 각 당사국의 절차에 대한 신뢰를 얻기 위해 지역화 인정에 협력하기 위해 노력하여야 한다(*shall endeavour to cooperate*)고 규정하고 있다. TPP 제7.7조 제3항에서는 지역화 인정에 대해 협력할 수도 있다(*may cooperate*)라고 규정한 것과 비교시 “노력하여야 하는 의무”를 부여하여 재량성을 수축하고 더욱 강한 의무를 부여하고 있다, 그러나 구체적으로 어떤 방식으로 지역화 인정에 협력하여야 하는지에 대해서는 규정하고 있고 있으며 노력하여야 하는 의무에 그치고, 결과로서의 의무를 이행할 필요가 있는 것은 아니다.

또한, USMCA는 수입당사국이 수출당사국으로부터 지역적 조건의 결정 요청을 받으면 수출국이 충분한 정보를 제공한다면 수입당사국은 합리적인 기간 내에 지체 없이 평가를 개시하도록 하고 있다.³⁷⁾ 이 목적을 위해서 수출당사국은 검사, 시험 및 기타 관련 절차를 위해 수입당사국에게 그 영토에서 합리적인 접근을 제공해야 된다.³⁸⁾ 합리적 접근과 관련한 내용은 TPP 제7.7조 제4항에는 없는 내용이긴 하지만 WTO SPS 협정 제6.3조 제2문의 내용으로 큰 변화가 있는 것은 아니라고 생각된다. 다만 SPS 협정과 USMCA 해당 규정 모두 시작은 동일하게 ‘이 목적을 위해서(For this purpose)’이지만 앞 문장과 의 관계 속에서 해석하면, SPS 협정 제6.3조 2문은 수출국이 병해충 안전지역 또는 발생이 적은 지역이라는 것을 객관적으로 증명하기 위하여 필요한 증거를 제시하기 위해 이러한 합리적인 접근을 부여하는 것이나, USMCA 제9.8조 제4항은 수입당사국이 충분한 정보를 제공받고 나서 부당한 지연 없이 평가를 개시할 수 있도록 이러한 합리적인 접근을 부여하는 것으로 USMCA 해당 규정이 좀 더 수입국이 의무를 다하기 위해 이러한 합리적 접근을 사용하는 것으로 읽힐 수 있다.

USMCA는 수입당사국이 지역적 조건에 대한 결정에 대한 평가를 시작할 때 수입당사국은 수출당사국의 요청이 있을 경우 지역적 조건의 결정을 위한 절차를 불필요한 지연 없이 설명할 것을 의무화하고 있다.³⁹⁾ TPP 협정 제7.7조 제5항은 즉시 설명해야만 한다(*shall promptly... explain*)고 하여 USMCA에서는 ‘불필요한 지연 없이(*without undue delay*)’와는 다소 문헌상에는 차이가 없으나 지역화 인정과 관련한 요청이 있을 경우 해당 절차를 지체 없이 설명하여야 할 것으로 보인다.

USMCA에서는 지위를 변경하도록 하는 사건이 있을 경우 우선 수출 당사국이 수입 당사국에게 통보

35) USMCA 제9.8조 제1항

36) USMCA 제9.8조 제3항

37) USMCA 제9.8조 제4항 제1문

38) USMCA 제9.8조 제4항 제2문

39) USMCA 제9.8조 제6항

하도록 하고, 수입 당사국이 수출 당사국의 요청에 따라 지역화 인정 결정을 수정 또는 취소하는 사건이 발생한 경우, 관련 당사자는 해당 결정이 복구될 수 있는지 여부와 관련하여 협력할 것을 규정하고 있다.⁴⁰⁾ 지역화 인정 결정 수정/취소 사건 발생시 복구 협력 의무는 TPP 협정에서도 규정하고 있으나⁴¹⁾ USMCA에서는 우선적으로 수출국에게 지위의 변경을 초래하는 사건이 있을 경우 이를 통보할 의무를 부여하고 있는 차이를 보인다. 심각한 SPS 위험, 동식물 건강에 긴급상황 발생 시 알릴 의무가 ‘투명성’ 조항⁴²⁾에 포함되어 있어 실질적으로 차이를 보이지 않을 수 있으나, 동 조항에서 수출국의 의무를 명확히 하고 있음은 눈여겨 볼 만하다.

USMCA는 지역화 인정에 대한 결정에 관련된 당사국은 상호합의된 경우 통보를 의무화(shall, if mutually decided, report)하고 있다.⁴³⁾ TPP 제7.7조 제9항에서는 지역화 인정 가이드라인 제34항의 내용을 참고하여 지역화 인정에 대한 결정에 관련된 당사국은 상호합의된 경우(if mutually agreed) 위원회에 결과를 통보할 것을 ‘권장’하고 있었던 것과 대비된다. 통보할 경우 다른 회원국으로 하여금 지역화 인정 승인에 대한 심리적 압박의 수단이 될 수 있는바 권장에서 한 단계 더 높여 의무화하고 있는 것으로 보이며 USMCA가 TPP보다 SPS 지역화 인정과 관련하여 절차적 측면에서 더 강화된 의무를 규정하고 있음을 잘 보여주는 대목이다.

이밖에도 USMCA에서는 TPP에는 없는 조항이 포함되어 있다. 이러한 조항에는 ① 수출국이 제공한 정보가 평가하기에 충분한지 수출국에게 알릴 의무, ② 간소화된 절차 사용 검토, ③ 합리적인 기한 설정 의무, ④ 충분한 정보를 제공받은 경우 지역화 인정 절차를 마무리할 의무 등이 있다.

① USMCA는 수입국이 수출국에 수출국이 제공한 정보를 받았음을 알리고 이를 평가하고 해당 정보가 지역화 인정을 평가하기에 충분한지 여부를 수출국에게 알려야 하며, 계속적인 평가 결과에 근거하여, 정당한 경우 추가 관련 정보나 실사를 요청할 수 있도록 하고 있다.⁴⁴⁾ 이는 TPP 지역화 규정에는 없는 내용으로 지역화 인정 가이드라인 제24항의 내용과 유사하다. 지역화 인정 가이드라인 제24항은 “수입 회원국은 수출회원국이 제공한 문서를 받았음을 알린다. 수입회원국은 수출회원국이 제공한 문서를 평가하여 해당 문서가 올바른지에 여부에 대한 피드백을 수출회원국에 제공한다. 또한 수입회원국은 진행 중인 평가 결과에 근거하여 정당한 경우, 추가정보나 현장 실사의 필요성을 표시할 수 있다.” 며 관련 절차를 소개하고 있다.

② USMCA는 수입국의 요청이 있는 경우 지역화 인정결정에 있어 간소화된 절차를 사용할 수 있을지를 고려하여야 한다(shall consider whether a streamlined process may be used)고 규정하고 있다.⁴⁵⁾ 이 또한 TPP 지역화 규정에는 없는 내용으로, 지역화 인정 가이드라인에서 신속절차(expedited process)

40) USMCA 제9.8조 제14항

41) TPP 협정 제7.7조 제11항

42) WTO SPS 협정 제7조 및 부속서 B 제6조; TPP 협정 제7.13조 제11항

43) USMCA 제9.8조 제15항

44) USMCA 제9.8조 제5항

45) USMCA 제9.8조 제7항

를 사용할 수 있다고 결정할 수 있다는 규정⁴⁶⁾과 유사한 측면이 있다.

③ USMCA는 TPP 지역화 규정에는 없는 수입국이 충분한 정보를 제공받은 경우 관할 당국은 상황에 기초하여 합리적인 일정표(timeframe)를 설정할 것을 의무화하고 있다.⁴⁷⁾ 수입국은 보통의 상황 하에서 결정을 확정하는(may finalize the determination) 작업계획을 수립할 수 있으며 이때 결정은 긍정적인일 수도 부정적인일 수도 있다. 이렇게 합리적인 기한을 설정할 것을 의무화하는 것은 지역화 인정 가이드라인에서 더 나아간 것으로 미국의 지역화 인정에 대한 적극적인 행보를 보여준다.

④ 만약 수입국은 수출국으로부터 충분한 정보를 제공받았다고 판단할 경우 과도한 지연 없이 수출국의 지역화 인정과 관련된 평가와 모든 필요한 단계를 마무리해야 함을 규정하는데,⁴⁸⁾ 절차가 지연되는 것을 방지하기 위한 규정이라 생각된다.

표 3. 미국식 FTA에서의 주요 지역화 관련 의무 비교

구분	TPP 제7.7조	USMCA 제9.8조	지역화 인정 가이드라인
지역적 조건에 따른 적응의 중요성 인정	제1항	제1항	(서문 2번째 문단)
지역화 인정 가이드라인 및 국제기준에 대한 고려	제2항	제3항	(서문 5번째 문단)
지역화 인정 절차 협력	제3항 (may cooperate)	제2항 (shall endeavour to cooperate)	-
요청 접수 시 합리적 기간 내 평가 개시 의무	제4항	제4항	-
요청 시 지역화 인정 절차 설명의무	제5항	제6항	제20항
요청 시 평가 현황 통보의무	제6항	제9항	제12항
지역화 승인 시 합리적 기간 내 이행의무	제7항	제11항	제31항
지위변경 사건 발생 전 위험관리조치 협의 가능	제8항	제13항	-
FTA SPS 위원회에 결과 통보	제9항(권장)	제15항(의무)	제34항(권장)
지역화 인정 불승인 시 근거 제공의무	제10항	제12항	제30항
지역화 인정 결정 수정/취소하는	제11항	제14항 (1문 지위변경 사건시 수출	-

46) 지역화 인정 가이드라인 제32항

47) USMCA 제9.8조 제8항

48) USMCA 제9.8조 제10항

사건 발생 시 복구 협력 의무		국 통보의무 포함)	
수출국이 제공한 정보가 평가하기에 충분한지 수출국에게 알릴 의무	-	제5항	제24항, 제26항
간소화된 절차 사용 검토	-	제7항	제32항
합리적인 기한 설정의무	-	제8항	-
충분한 정보를 제공받은 경우 지역화 인정 절차의 마무리	-	제10항	-

자료: TPP 제7.7조, USMCA 제9.8조, 지역화 인정 가이드라인 내용을 바탕으로 저자 정리

III. 시사점

TPP와 USMCA 모두 OIE에서 규정하고 있던 구역화 및 구획화를 규정에 직접적으로 명시하고 그러한 지역적 조건에 따른 적응이 무역촉진에 주는 중요성을 인정하여야 한다고 규정한 점은 상당히 흥미로운데, 직접적으로 구역과 구획을 인정할 것을 규정하고 있지는 않다는 점을 상기할 필요가 있다. 또한 국제기준을 고려할 것을 규정하고 있을 뿐 국제기준에 따를 것을 제의무로 하고 있지는 않음바 FTA SPS 지역화에 있어 실질적인 측면에서의 의무의 확대는 크지 않은 것으로 생각된다.

다만 TPP 및 USMCA 지역화 규범에서 지역화 인정 가이드라인에 포함된 절차와 관련한 수입국의 의무를 상당히 수용하여 의무화하고 있음을 살펴볼 수 있다. 요청 접수시 합리적 기간내 평가 개시 의무, 불승인시 근거 제공의무, 지역화 인정시 합리적 기간내 이행 의무 등 지역화 인정과 관련하여 수입국이 지켜야 하는 절차적 요건들을 세밀하게 규정하고 있다. 반면 수출국의 의무와 관련해서는 별다른 의무 규정을 도입하고 있지 않다. 그러나 최근 타결된 USMCA에서는 수입국이 부당한 지연 없이 평가를 개시할 수 있도록 수출국은 검사, 시험 및 기타 관련 절차를 위해 수입당사국에게 그 영토에서 합리적인 접근을 제공할 의무를 명시하고 있으며, 지위의 변경을 초래하는 사건이 있을 경우 통보할 의무 등 수출국의 의무에 대해서도 일부 규정을 포함하고 있다.

USMCA은 TPP 협정에 비해 SPS 지역화 규정에 있어 더 진화된 모습을 보인다. 특히 ① 수출국이 제공한 정보가 평가하기에 충분한지 수출국에게 알릴 의무, ② 간소화된 절차 사용 검토, ③ 합리적인 기한 설정 의무, ④ 충분한 정보를 제공받은 경우 지역화 인정 절차를 마무리할 의무 등 여러 의무가

추가되었는데, 이는 미국이 추진하는 FTA에서의 앞으로의 SPS 지역화 인정 규정의 발전 가능성과 방향을 제시하는 것일 수 있다.

2020년 3월 미국 동식물검역청(APHIS)은 OIE 국제기준과 합치하는 동물 질병상태에 따른 구획을 인정할 수 있는 기준인 ‘가축질병 구획화 평가 및 승인에 관한 최종 규칙(Final Rule: Evaluation and Recognition of the Animal Health Status of Compartments⁴⁹⁾ [Docket No. APHIS-2017-0105])’을 수립하였음을 통보하였다.⁵⁰⁾ 동 규칙에 따르면 미국은 ① 외국 정부가 구획화 인정요청서를 제출하면 지역화 평가 기준과 유사한 기준을 토대로 구획 별 위험평가를 실시하고 위험 평가에 대한 공지와 의견을 제공할 예정이라 밝혔으며, 또한 ② 가축 질병 안전구획으로 간주되어왔던 구획에 질병이 발생한 경우 수입을 제한하거나 금지 조치를 한 후 질병이 통제된 후에는 해당 조치를 해제하기 위한 조항도 추가되었다. TPP 제7.7조 제1항과 USMCA 제9.8조 1항은 OIE에서 규정하고 있던 구역화 및 구획화를 명시하고 그러한 지역적 조건에 따른 적응이 무역원활화에 주는 중요성을 인정하는 데 그쳤으나 미국이 구획화 인정 기준을 수립하면서 다른 국가들에게도 미국의 구획화 인정을 요구하는 것이 앞으로 본격화될 수도 있다. 미국 농업은 기업경영식으로 구획화를 인정받기에 유리한 요소가 있는바 앞으로도 SPS 지역화 관련하여 미국의 움직임은 지속적으로 주시할 필요가 있을 것이라 생각된다.

49) Federal Register Vol. 85, No. 40, 28 February 2020

50) G/SPS/N/USA/3057/Add.1

참고문헌

[문헌 자료]

- 강민지, 『WTO SPS 분쟁 사례 연구』, KIEP 연구자료 16-08, 2016.
- 최승환, 박언경. 2014. 『한국-중국 FTA를 대비한 중국의 위생검역제도와 위생검역 관련 통상분쟁사례 연구』. FTA법제지원 연구(Ⅱ) 14-22-6. 한국법제연구원.
- Bruschke, Christianne and Bernard Vallat, ‘OIE standards and guidelines related to trade and poultry diseases’, Cambridge University Press, 2017.
- Johnson, Renée, “The North American Free Trade Agreement (NAFTA) and U.S. Agriculture”, Congressional Research Service, 2017. (available at: <http://nationalaglawcenter.org/wp-content/uploads/assets/crs/R44875.pdf>)
- Trivedi, Jhanvi; Yann Duval; Danijel Bajt and Jeong Ho Yoo, ‘Non-Tariff Measures in Regional Trade Agreements in Asia and the Pacific: SPS, TBT and Government Procurement’, UN ESCAP. Trade, Investment and Innovation Working Paper Series NO. 03. 2019. (available at: <https://www.unescap.org/sites/default/files/publications/NTM%20in%20RTA%20paper%2025%20sep%202019-%20final.pdf>)
- Federal Register Vol. 85, No. 40, 28 February 2020

[WTO 판례]

- Panel Report, *India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*(“India-Agricultural Products”), WTO Doc. WT/DS430/R (adopted 4 June 2015).
- Appellate Body Report, *India-Measures Concerning the Importation of Certain Agricultural Products*(“India-Agricultural Products”), WTO Doc. WT/DS430/AB/R (adopted 4 June 2015).
- Appellate Body Report, *Russian Federation-Measures on the Importation of Live Pigs, Pork and Other Pig Products from the European Union*(“Russia-Pigs”) WTO Doc. WT/DS475/AB/R (adopted 23 February 2017).

[협정문]

- The WTO Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures (WTO SPS 협정문)
- North American Free Trade Agreement (NAFTA)
- United States - Israel Free Trade Agreement (미·이스라엘 FTA)
- United States - Jordan Free Trade Agreement (미·요르단 FTA)

United States - Singapore Free Trade Agreement (미·싱가포르 FTA)

United States - Chile Free Trade Agreement (미·칠레 FTA)

Australia - United States Free Trade Agreement (미·호주 FTA)

United States - Morocco Free Trade Agreement (미·모로코 FTA)

United States - Bahrain Free Trade Agreement (미·바레인 FTA)

United States - Colombia Trade Promotion Agreement (미·콜롬비아 TPA)

United States - Panama Trade Promotion Agreement (미·파나마 TPA)

United States - Oman Free Trade Agreement(미·오만 FTA)

United States - Peru Trade Promotion Agreement (미·페루 TPA)

한·미 FTA 협정문

Trans-Pacific Partnership (TPP)

Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada (USMCA)

European Union - Japan Economic Partnership Agreement (EU·일 EPA)

[GATT/WTO 문서]

Committee on Sanitary and Phytosanitary Measures, ‘Guidelines to Further the practical Implementation of Article 6 of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures’, G/SPS/48 (16 May 2008)

_____, ‘NOTIFICATION’, Addendum, G/SPS/N/USA/3057/Add.1 (12 March 2020)

_____, ‘Review of the Operation and Implementation of the SPS Agreement’, G/SPS/GEN/1612 (4 May 2018)

Group of Negotiations on Goods (GATT) Negotiating Group on Agriculture, ‘Draft text for the framework of an Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures’, MTN.GNG/NG5/WGSP/W/23 (28 June 1990)

_____, ‘Framework Agreement on Agriculture Reform Programme Draft Text by the Chairman’, MTN.GNG/NG5/W/170 (11 July 1990)

_____, ‘Draft Text For a Decision by Contracting Parties on Sanitary and Phytosanitary Measures’, MTN.GNG/NG5/WGSP/W/26 (1 October 1990)

[국제기구 문서]

ISPM 10

육상동물위생규약(2020년)

[기타 온라인 자료]

USTR 홈페이지<Free Trade Agreement> <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>)
(검색일:2020.10.21.)

OIE Official recognition of disease status 홈페이지
<http://www.oie.int/en/animal-health-in-the-world/official-disease-status/official-recognition-policy-and-procedures/> (검색일:2020.3.11.)

[부표 1] 지역화 관련 NAFTA 제716조와 WTO SPS 협정 제6조의 비교

NAFTA 제716조	WTO SPS 협정 제6조
1. Each Party <u>shall adapt</u> any of its sanitary or phytosanitary measures relating to the introduction, establishment or spread of an animal or plant pest or disease, to the sanitary or phytosanitary characteristics of the area where a good subject to such a measure is produced and the area in its territory to which the good is destined, <u>taking into account any relevant conditions, including those relating to transportation and handling, between those areas.</u> In assessing such characteristics of an area, <u>including whether an area is, and is likely to remain, a pest-free or disease-free area or an area of low pest or disease prevalence,</u> each Party shall take into account, among other factors: a) the prevalence of relevant pests or diseases in that area; b) the existence of eradication or control programs in that area; and c) any relevant international standard, guideline or recommendation.	1. Members <u>shall ensure that</u> their sanitary or phytosanitary measures <u>are adapted to</u> the sanitary or phytosanitary characteristics of the area - whether all of a country, part of a country, or all or parts of several countries - from which the product originated and to which the product is destined. In assessing the sanitary or phytosanitary characteristics of a region, Members shall take into account, inter alia, - the level of prevalence of specific diseases or pests, - the existence of eradication or control programmes, - and appropriate criteria or guidelines which may be developed by the relevant international organizations.
	2. Members <u>shall, in particular, recognize the concepts</u> of pest- or disease-free areas and areas of low pest or disease prevalence.

2. Further to paragraph 1, each Party shall, in determining whether an area is a pest-free or disease-free area or an area of low pest or disease prevalence, base its determination on factors such as geography, ecosystems, epidemiological surveillance and the effectiveness of sanitary or phytosanitary controls in that area.	Determination of such areas shall be based on factors such as geography, ecosystems, epidemiological surveillance, and the effectiveness of sanitary or phytosanitary controls.
3. Each importing Party shall recognize that an area in the territory of the exporting Party is, and is likely to remain, a pest-free or disease-free area or an area of low pest or disease prevalence, where the exporting Party provides to the importing Party scientific evidence or other information <u>sufficient to so demonstrate to the satisfaction of the importing Party.</u> For this purpose, each exporting Party shall provide reasonable access in its territory to the importing Party for inspection, testing and other relevant procedures.	3. Exporting Members claiming that areas within their territories are pest- or disease-free areas or areas of low pest or disease prevalence shall provide the necessary evidence thereof in order to objectively demonstrate to the importing Member that such areas are, and are likely to remain, pest or disease-free areas or areas of low pest or disease prevalence, respectively. For this purpose, <u>reasonable access shall be given, upon request,</u> to the importing Member for inspection, testing and other relevant procedures.
4. Each Party may, in accordance with this Section: a) adopt, maintain or apply a different risk assessment procedure for a pest-free or disease-free area than for an area of low pest or disease prevalence, or b) make a different final determination for the disposition of a good produced in a pest-free or disease-free area than for a good produced in an area of low pest or disease	

prevalence, taking into account any relevant conditions, including those relating to transportation and handling.	
5. Each Party shall, in adopting, maintaining or applying a sanitary or phytosanitary measure relating to the introduction, establishment or spread of an animal or plant pest or disease, accord a good produced in a pest-free or disease-free area in the territory of another Party no less favorable treatment than it accords a good produced in a pest-free or disease-free area, in another country, that poses the same level of risk. The Party shall use equivalent risk assessment techniques to evaluate relevant conditions and controls in the pest-free or disease-free area and in the area surrounding that area and take into account any relevant conditions, including those relating to transportation and handling.	
6. Each importing Party shall pursue an agreement with an exporting Party, on request, on specific requirements the fulfillment of which allows a good produced in an area of low pest or disease prevalence in the territory of an exporting Party to be imported into the territory of the importing Party and achieves the importing Party's appropriate level of protection.	

[부표 2] 지역화 관련 CPTPP 제7.7조와 USMCA 제9.8조의 비교

CPTPP	USMCA
Article 7.7: Adaptation to Regional Conditions, Including Pest- or Disease-Free Areas and Areas of Low Pest or Disease Prevalence	Article 9.8: Adaptation to Regional Conditions, Including Pest- or Disease-Free Areas and Areas of Low Pest or Disease Prevalence
1. The Parties recognise that adaptation to regional conditions, including regionalisation, zoning and compartmentalisation, is an important means to facilitate trade.	1. The Parties recognize that adaptation to regional conditions, including regionalization, zoning, and compartmentalization, is an important means to facilitate trade.
2. The Parties shall take into account the relevant guidance of the WTO SPS Committee and international standards, guidelines and recommendations.	3. In making a determination regarding regional conditions, each Party shall take into account the relevant guidance of the WTO SPS Committee and relevant international standards, guidelines, and recommendations.
3. The Parties may cooperate on the recognition of pest- or disease-free areas, and areas of low pest or disease prevalence with the objective of acquiring confidence in the procedures followed by each Party for the recognition of pest- or disease-free areas, and areas of low pest or disease prevalence.	2. The Parties shall endeavour to cooperate on the recognition of pest- or disease-free areas, and areas of low pest or disease prevalence with the objective of acquiring confidence in the procedures followed by each Party for the recognition of pest- or disease-free areas, and areas of low pest or disease prevalence.
4. When an importing Party receives a request for a determination of regional conditions from an exporting Party and determines that the information provided by the exporting Party is sufficient, it shall initiate an assessment within a reasonable period of time.	4. If an importing Party receives from an exporting Party a request for a determination of regional conditions and determines that the exporting Party has provided sufficient information, the importing Party shall initiate an assessment without undue delay. For this purpose, each exporting Party shall provide reasonable access in its territory to the importing Party for inspection, testing, and other relevant procedures.
5. When an importing Party commences an	6. When an importing Party initiates an

assessment of a request for a determination of regional conditions under paragraph 4, that Party shall promptly, on request of the exporting Party, explain its process for making the determination of regional conditions.	evaluation of a request for a determination of regional conditions under paragraph 4, that Party shall explain, on request of the exporting Party, its process for making the determination of regional conditions without undue delay.
-	5. The importing Party shall inform the exporting Party of receipt of information provided by the exporting Party under paragraph 4. The importing Party shall evaluate the information provided by the exporting Party and shall inform the exporting Party whether the information is sufficient to evaluate a request for adaptation to regional conditions. The importing Party may request additional relevant information or an on-site verification, if justified, based on the results of the ongoing evaluation.
-	7. On request from the exporting Party, the importing Party's competent authority shall consider whether a streamlined process may be used for the determination of regional conditions.
-	8. If the importing and exporting Parties' competent authorities decide that a request for a determination of regional conditions is a priority, and the importing Party has received sufficient information, as referenced in paragraph 4, the competent authorities involved shall establish reasonable timeframes based on the circumstances and may establish a work plan under which the importing Party, under normal circumstances ² , may finalize the determination. The determination may be positive or negative.

6. On request of the exporting Party, the importing Party shall inform the exporting Party of the status of the assessment of the exporting Party's request for a determination of regional conditions.	9. On request of the exporting Party, the importing Party shall inform the exporting Party of the status of the evaluation of the exporting Party's request for a determination of regional conditions.
-	10. The importing Party shall finalize the evaluation and all necessary stages involved for the determination of regional conditions of the exporting Party without undue delay once the importing Party's competent authority determines that it has received sufficient information from the exporting Party.
7. When an importing Party adopts a measure that recognises specific regional conditions of an exporting Party, the importing Party shall communicate that measure to the exporting Party in writing and implement the measure within a reasonable period of time.	11. If the evaluation results in the recognition of specific regional conditions of an exporting Party, the importing Party shall communicate this determination to the exporting Party in writing and shall apply this recognition without undue delay.
8. The importing and exporting Parties involved in a particular determination may also decide in advance the risk management measures that will apply to trade between them in the event of a change in the status.	13. The importing and exporting Parties involved in a particular determination of regional conditions may also decide in advance the risk management measures that will apply to trade between them in the event of a change in the status.
9. The Parties involved in a determination recognising regional conditions are encouraged, if mutually agreed, to report the outcome to the Committee.	15. The Parties involved in a determination recognizing regional conditions shall, if mutually decided, report the outcome to the SPS Committee.
10. If the evaluation of the evidence provided by the exporting Party does not result in a determination to recognise pest- or disease-free	12. If the evaluation of the evidence provided by the exporting Party does not result in a determination to recognize pest- or disease-free

areas, or areas of low pest and disease prevalence, the importing Party shall provide the exporting Party with the rationale for its determination.	areas or areas of low pest and disease prevalence, the importing Party shall provide in writing to the exporting Party with the rationale for its determination.
11. If there is an incident that results in the importing Party modifying or revoking the determination recognising regional conditions, on request of the exporting Party, the Parties involved shall cooperate to assess whether the determination can be reinstated.	14. If there is an incident that results in a change of status, the exporting Party shall inform the importing Party. If the importing Party modifies or revokes the determination recognizing regional conditions as a result of the change in status, on request of the exporting Party, the Parties involved shall cooperate to assess whether the determination can be reinstated.



제2부(A) : 제2발표

The 'Equivalent' Standard in WTO Arbitrations of Trade Remedy Disputes

발표 : 김경화 (한국무역협회)

토론 : 이길원 (성균관대학교)

大韓國際法學會

The ‘Equivalent’ Standard in WTO Arbitrations of Trade Remedy Disputes

Kyounghwa Kim(김경화)**

한국무역협회 통상지원센터 수석연구원

목 차

- 1 INTRODUCTION
- 2 ‘REFERENCE PERIOD’ IN UNIQUE SITUATIONS IN TRADE REMEDY CASES
 - 2.1 EXPORTS REVENUE FOREGONE FOR A COUNTRY AND PRIVATE FIRMS
 - 2.2 THE US RETROSPECTIVE SYSTEM AND SUBSEQUENT RESULTS
- 3 WTO RULINGS IN ARTICLE 22.6 ARBITRATIONS ON TRADE REMEDY DISPUTES
 - 3.1 COUNTERFACTUAL ANALYSIS
 - 3.2 ECONOMIC MODEL AND DATA USED
- 4 LEGAL AND ECONOMIC ISSUES IN THE CALCULATION OF NOI IN TRADE REMEDY CASES
 - 4.1 LEGAL CHALLENGES OF THE COUNTERFACTUAL ANALYSIS
 - 4.2 ASSESSMENT OF THE ECONOMIC MODEL
- 5 CONCLUSION

This article examines systemic issues arising from the calculation of the level of retaliation against WTO-inconsistent AD/CVD ‘measures’ by focusing primarily on two Article 22.6 arbitration cases, i.e. US – Washing Machines (Article 22.6) and US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6). The two cases show that trade remedy disputes make the choice of the ‘reasonable’ counterfactual difficult, and require careful consideration in analyzing the reference period for the counterfactual scenario and the calculation of nullification or impairment, given the unique circumstances in which the aggrieved country is confronted by WTO-inconsistent AD/CVD measures. The article also examines that the Armington-based partial equilibrium model employed in both arbitrations is a useful tool for calibrating the effect of a straightforward reduction in AD/CVD tariffs, but it does not elicit the ‘equivalent’ level of NOI because of the assumptions and data used.

Keyword: The ‘Equivalent’ Standard, WTO Article 22.6 Arbitration, Trade Remedy Disputes, US – Washing Machines (Article 22.6), US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)

1. INTRODUCTION

On 11 February 2019, the World Trade Organization's (WTO) Article 22.6 Arbitrator in *United States – Anti-dumping and Countervailing Measures on large residential washers from Korea (US – Washing Machines (Article 22.6))* determined that the level of nullification or impairment (NOI) applied was USD 84.81 million¹⁾ as the United States had failed to implement the Dispute Settlement Body's (DSB) rulings and recommendations. During the dispute, which continued for five and a half years, the players in the US washing machine market competed more fiercely than ever. Global firms manufacturing washing machines started to relocate production and, as a result, Korea now possesses greatly reduced production capacity. While imports of washing machines from Korea to the United States halved during the period of the dispute, two representative global firms, LG and Samsung, achieved their highest market share in the United States in recent past years. Meanwhile, the failure of the United States to remedy the injury to its domestic industry from imports from Korea led to the invocation of the AD order against imports from China and eventually the safeguard measures against imports, irrespective of sources.

US – Washing Machines (Article 22.6) was the first case involving anti-dumping (AD) or countervailing duty (CVD) 'measures' in the history of Article 22.6 arbitrations²⁾. Soon after, another

* This article is forthcoming in the Journal of World Trade (Vol.55, No. 6, December 2021).

** Senior researcher, Center for Trade Studies and Cooperation at Korea International Trade Association (KITA).

1) Decision by the Arbitrator, *United States – Anti-Dumping and Countervailing Measures on Large Residential Washers from Korea – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States (US – Washing Machines (Article 22.6))*, WT/DS464/ARB and Add.1 (8 Feb. 2019), para. 3.122.

2) Prior to *US – Washing Machines (Article 22.6)*, two Article 22.6 arbitrations, i.e. *US – Byrd (Article 22.6)* and *US – 1916 Act (Article 22.6)*, deal with the anti-dumping system. They, however, only touch upon WTO inconsistency contained in the respondents' anti-dumping law, regulation and procedural aspects in anti-dumping proceedings, not the anti-dumping duty measure itself. Accordingly, these two arbitrations do not address the effect of changes in tariffs on trade directly. See Decision by the Arbitrators, *United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 – Original Complaint by the European Communities – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU (US – Byrd (EC) (Article 22.6))*, WT/DS217/ARB/EEC (31 Aug. 2004) (following a joint procedure, identical or almost identical decisions were rendered on the parallel complaints of Brazil, Chile, India, Japan, Korea, and, in the parallel matter WT/DS234/ARB, Canada and Mexico (the 'requesting parties'); Decision by the Arbitrator, *United States – Anti-Dumping Act of 1916, Original Complaint by the European Communities – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU (US – 1916 Act (EC) (Article 22.6))*, WT/DS136/ARB (24 Feb. 2004).

Article 22.6 arbitration award also addressed the level of NOI caused by WTO-inconsistent AD measures. In *United States – Certain Methodologies and their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China (US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6))*, the Arbitrator determined the level of NOI to be USD 3,579.128 million³⁾. Surprisingly (or not), the methods used to calculate the level of NOI in the two cases are mostly identical in substance.

The two cases raise structural issues stemming from the unique circumstances in which the aggrieved country is confronted by WTO-inconsistent trade remedy measures. In particular, the question concerns whether taking the relevant period as being as close as possible to the end of the reasonable period of time (RPT) is appropriate for the analysis of counterfactual scenario and the calculation of NOI when it comes to AD/CVD measures, notwithstanding support for this method by previous Arbitrators. Special attention needs to be paid to two factual circumstances that existed at the end of the RPT. The first, as raised in *US – Washing Machines (Article 22.6)*, is a shift in production described as a country-hopping activity⁴⁾ after (or before) the imposition of AD/CVD measures, meaning that there would be a considerable reduction in the capability of Korean companies to export washing machines to the United States at the end of the RPT. It could lead to the level of NOI becoming zero because reducing or terminating AD/CVD measures as a result of compliance with WTO rulings and recommendations would not have resulted in an increase in exports from Korea at the end of the RPT. The Arbitrator disregarded the argument for the simple reason that the respondent failed to submit sufficient evidence. However, it is quite questionable whether the Arbitrator's focus on trade flows would have been in line with the 'equivalence' standard if the United States had provided empirical evidence to argue that the level of NOI was zero and the Arbitrators had accepted this evidence.

The market situation in the reference period (normally the year in which the RPT ends) is also likely to be influenced by the US 'retrospective' anti-dumping system under which the final amount of AD duties is determined in a periodic (yearly) review of the order⁵⁾. The possibility of the non-existence or modification of the duty rate established by the WTO-inconsistent methodologies

3) Decision by the Arbitrator, *United States – Certain Methodologies and Their Application to Anti-Dumping Proceedings Involving China – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States (US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6))*, WT/DS471/ARB and Add.1 (1 Nov. 2019), para. 7.47.

4) It is notable that The Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (Dunkel Text) on dumping added the anti-circumvention rules to reflect mounting concern about 'country hopping' activity. See G. Horlick, *How the GATT Became Protectionist-An Analysis of the Uruguay Round Draft Final Antidumping Code*, 27(5) J. World Trade 5-17 (1993), at 11.

5) 19 CFR § 351.212.

not only disturbs the relationship between the actual value of export and the original AD measure, but also impinges on the decision as to what the appropriate counterfactual scenario should be. This article develops the discussion on the structural problem of choosing a ‘reasonable’ counterfactual in Article 22.6 arbitrations involving trade remedy measures by comparing the counterfactuals chosen by the Arbitrators in *US – Washing Machines (Article 22.6)* and *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*⁶⁾. Also, the article focuses mainly on the reference period in unique situations which trade remedy measures normally entail, examining the question to what extent the factual circumstance at the reference period should be taken into account in Article 22.6 arbitrations of trade remedy disputes

In terms of quantifying the level of NOI, the Armington-based partial equilibrium model adopted by the Arbitrators in both cases is a useful tool for calibrating the effect of a straightforward reduction in AD/CVD tariffs. However, the question as to whether the whole process of quantification based on the Armington model determines the equivalence standard correctly, seems to arouse controversy. This article examines whether the formula and data used in *US – Washing Machines (Article 22.6)* and *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* measures the level of NOI in a way that satisfies the criteria in DSU Article 22.4⁷⁾.

The rest of the article is organized as follows. The next section analyses structural problems with established practices for NOI calculations, by describing the circumstances that a country requesting suspension faces in trade remedy cases. Section III provides an overview of the main findings in *US – Washing Machines (Article 22.6)* and *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*. Legal and economic issues with the calculation of NOI in trade remedy cases are examined,

6) Balisteri, Mavroidis, & Prusa (2020) critically examine the problem of choosing a ‘reasonable’ counterfactual rather than the withdrawal of the illegal measure in trade remedy disputes by focusing on *US – Washing Machines (Article 22.6)*. In regards to the choice of a ‘reasonable’ counterfactual, Mcdaniel & Vermulst (2020) note the risk of the Arbitrator’s approach that takes into account (possible) WTO violations not addressed in the original dispute settlement proceedings by focusing on the counterfactual for the USDOC’s treatment of various Chinese exporters as a single entity, i.e. the Single Rate Presumption, in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*. See E. Balistreri, P. Mavroidis, & T. Prusa, *What If? Tinkering with the Counterfactual. A Comment on US-Washing Machines (Article 22.6-US)*, No. 2020/40. European University Institute (2020); C. Mc Daniel & E. Vermulst, *United States—certain methodologies and their application to anti-dumping proceedings involving China: re-litigating through the backdoor?*, No. 2020/98. European University Institute (2020).

7) Balisteri, Mavroidis, and Prusa (2020) provide an explanation as to how the long-run effect of duties was reflected in the economic model that the Arbitrator used in *US – Washing Machines (Article 22.6)*. Mcdaniel & Vermulst (2020) highlight the problem of the two-step approach adopted by the Arbitrator in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* from the economic perspective. Unlike previous studies, this article rather focuses on the problem of the assumptions and data used in the economic model adopted by the Arbitrators in the two cases. For the economic analysis of the model, see E. Balistreri, P. Mavroidis, & T. Prusa, *supra* n. 6; C. Mc Daniel & E. Vermulst, *supra* n. 6..

focusing on the two arbitrations. Section V provides the main conclusions.

2 'REFERENCE PERIOD' IN UNIQUE SITUATIONS IN TRADE REMEDY CASES

According to WTO rules, the permissible size of retaliation must be equivalent to the level of NOI as enshrined in DSU Article 22.4. Also, DSU Article 22.7 requires the Arbitrator to determine if the so-called equivalence standard is met, regardless of the nature of concessions or other obligations to be suspended. Notwithstanding these rules, a precise definition of the criteria for measuring the level of retaliation is found in neither the DSU Articles nor in the negotiating history of the GATT and WTO, leaving unanswered the central question of what exactly 'equivalent level' means. In the absence of a clear definition of NOI, Article 22.6 Arbitrators have taken a 'trade effects' approach in almost all cases⁸⁾ since the Arbitrator first defined the NOI as lost exports in the pioneering Article 22.6 arbitration award *EC – Bananas III (US) (Article 22.6)*⁹⁾. Since determining the need to measure 'trade effects' in setting the level of NOI, WTO Arbitrators have developed a framework composed of counterfactual scenarios, formulae, and quantitative methods¹⁰⁾. The first step in estimating the exact level of NOI involves the construction of the appropriate counterfactual and designation of the reference period to be analysed. This sub-section examines the issues associated with this step,

8) *US – 1916 Act (EC) (Article 22.6)* is the only decision where the criterion of economic loss – rather than trade loss – was used throughout the entire Article 22.6 decisions made so far. See Decision by the Arbitrator, *US – 1916 Act (EC) (Article 22.6)*, paras 5.23-5.25, 7.2. With regard to the different criterion used other than 'trade effects', the Arbitrator in *US – Section 110(5) Copyright Act (Article 25)* measures impairment in terms of lost licensing royalties, and Article 22.6 arbitration awards involving export subsidy authorize the permissible retaliation based on the magnitude of subsidy. See *US – Section 110(5) Copyright Act (Article 25)* paras 3.17-3.19. See also C. Bown & M. Ruta, *The economics of permissible WTO retaliation*, in *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement* (C. Bown & J. Pauwelyn eds, Cambridge University Press 2010), at 182.

9) The decision does not include enough explanations as to why trade effects are favored instead of US firms' costs and profits. Instead, it only provides the rationale for trade effects in terms of the need for 'the same' basis for suspension. See Decision by the Arbitrator, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas – Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU (EC – Bananas III (US) (Article 22.6))*, WT/DS27/ARB (9 Apr. 1999), paras 6.12, 7.1, 7.6.

10) Bown & Ruta (2010), by introducing a simple model based on the reciprocity approach of Bagwell & Staiger (2001), offer an economic analysis on methodologies of Arbitrators used to determine the retaliation limit. See Bown & Ruta, *supra* n. 8; C. Bown & R. Brewster, *US–COOL Retaliation: The WTO's Article 22.6 Arbitration*, 16(2) World Trade Rev. 371–394 (2017).

especially the circumstances in which the aggrieved country is confronted by WTO-inconsistent AD/CVD measures.

In general, Arbitrators have referred to a counterfactual as a hypothetical scenario that describes ‘what would have happened in terms of trade flows had the responding party implemented the DSB recommendations and rulings’¹¹⁾. Along with this definition, the preference in Article 22.6 arbitration practice¹²⁾ has been to designate the relevant period as being as close to the end of the RPT as possible for both the analysis of the counterfactual and calculation of NOI, meaning that factual circumstances and data relating to the reference period have normally been taken into account in calculating NOI. This practice is understandable given the nature of remedies in WTO dispute settlement, where the effect of the countermeasure against non-compliance is prospectively applied when the RPT for implementation has completely lapsed. However, there is a serious problem in calculating the level of NOI for WTO-inconsistent AD/CVD measures. Two factual circumstances are worth noting in particular, as explained below.

2.1 EXPORTS REVENUE FOREGONE FOR A COUNTRY AND PRIVATE FIRMS

The first set of circumstances concerns multinational firms’ strategic decisions in response to changes in tariffs since the AD/CVD order on Large Residential Washers (LRWs) was made. Unlike many other sectors, such as the agricultural or fisheries industries, production relocation across countries is often practised in manufacturing, especially in assembly or completion-related sectors¹³⁾, where the global supply chain has expanded significantly in recent decades. About the same time as AD/CVD duties were imposed on LRWs from Korea and Mexico, in February 2013, China became the top source country for LRW imports into the United States. This shift was, in large part, due to the strategy of multinational firms to relocate production and so evade AD/CVD duties imposed on LRWs

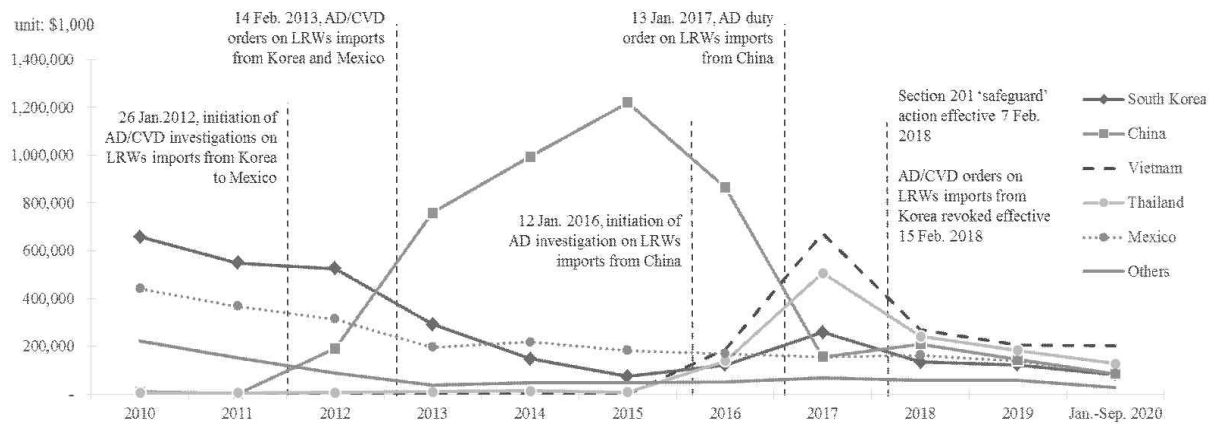
11) Decision by the Arbitrator, *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States (US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6))*, WT/DS381/ARB (25 Apr. 2017), para. 4.4.

12) It is noted that *EC – Hormones (US) (Article 22.6)* case is the first case that expressly regards the end of RPT as the relevant date at which the counterfactual situation would exist. The *EC – Bananas III (US) (Article 22.6)* case, albeit the first Article 22.6 Arbitration dispute, does not contain the notion of the reference period.

13) For factors affecting manufacturing relocation, see M. Johansson & J. Olhager, *Manufacturing relocation through offshoring and backshoring: the case of Sweden*, 29(4) J. Manuf. Technol. Manag. 637-657 (2018).

from Korea and Mexico. As shown in Figure 1, when the AD investigation was initiated in 2016 on Chinese imports, most of which were produced by LG and Samsung¹⁴⁾, the firms moved their facilities again to Thailand and Vietnam. Consequently, a repeated failure of the United States to block imports of LRWs finally led, in February 2018, to the imposition of 'safeguard' tariffs irrespective of the source¹⁵⁾. As a result, the total volume of LRW imports to the United States in 2018 decreased by 43.27% (from USD 1,691 million in 2017 to USD 960 million in 2018). The continuing threat of tariffs arguably prompted both LG and Samsung to build manufacturing plants in the United States¹⁶⁾.

Figure 1 US Imports of Large Residential Washers by Country (2010-Sep.2020)



Sources: Compiled by author from <https://dataweb.usitc.gov/> (visited 23 January 2021).

Note: Data were compiled at HTS 10-digit subheading (i.e. subheading 8450.20.0090 for 2010–2014 and subheading 8450.20.0040 and 8450.20.0080 for 2015–2018 as statistical reporting numbers HTS 8450.20.0040 (top loading) and 8450.20.0080 (other machines) were added to create a separate provision for large-capacity top-loading washers. See USITC LRWs 201 Report, at I-24.

Rather remarkably, a shift in production resulted in a considerable reduction in production capacity in Korea. Although LG Electronics was assigned a zero duty rate in recent administrative

14) 731-TA-1306 (Final), publication 4666 (Jan. 2017), at 17.

15) In the final announcement, the Trump administration excluded the imports of LRWs from certain countries from the scope of imports subject to the safeguard tariffs, including Canada. See USTR, Factsheet, 'Section 201 Cases: Imported Large Residential Washing Machines and Imported Solar Cells and Modules', 22 January 2018. Regarding the safeguard investigation, see USITC, Large Residential Washers, Investigation No. TA-201-076, publication 4745 (Dec. 2017) (hereinafter, USITC LRWs 201 Report), at 52-63.

16) A. Tangel & J. Jumbrun, *Whirlpool Wanted Washer Tariffs. It Wasn't Ready for a Trade Showdown*, The Wall Street Journal (16 Jul. 2018), <https://www.wsj.com/articles/whirlpool-wanted-washing-machine-tariffs-it-didnt-plan-for-a-trade-war-1531757621>.

reviews (ARs) of AD/CVD orders, total imports of LRWs from Korea to the United States were worth USD 258 million and USD 135 million in 2017 and 2018, respectively, which falls short of a full recovery in imports compared with the USD 525 million in 2012, the year before the imposition of the AD/CVD order.

In contrast to the deteriorating trade flows from Korea, the business performance of the multinational firm remained reasonable. As shown in Table 1, the production capacity and production of LG, one of the major producers of LRWs in this dispute, increased in the two years after 2012¹⁷⁾.

Table 1 LG Sales Revenue, Production Capacity and Production by Year

(unit: billion won, %, 1,000 EA)

Type	2012	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
Sales revenue	15,520	16,444	16,763	16,588	17,278	19,226	19,361	21,516
Production capacity	12,917	14,768	15,208	15,512	15,110	13,460	13,766	13,014
Production	11,255	12,513	13,067	12,428	12,424	12,930	12,251	12,743
Utilisation rate	87.1	84.7	85.9	80.1	82.2	96.1	89.0	97.9

Sources: Compiled by author from the DART (Data Analysis, Retrieval and Transfer) system of the Korean Financial Supervisory Service (<http://dart.fss.or.kr/>) (visited 20 December 2020).

Note: As Samsung Electronics does not disclose specific data limited to LRWs, the table above presents LG's data only. Sales Revenue represents the sales of washing machines, refrigerators and air conditioners. Production capacity and production are associated with the production of LRWs only and are disclosed on the basis of facilities located in multiple countries, including Korea, Thailand and China.

The discrepancy in trade flows between the nation-state and the private firms as a result of the imposition of trade remedy measures on imports can be ascertained. While NOI in terms of trade effects could be said to be equal for both the nation-state and the private firms within the state's territory at the initial stage of the dispute, the loss in exports incurred by the nation-state and the private firms had diverged by the end of the RPT. Article 22.6 Arbitrators normally take the lack of production capacity into account, according to the well-established practice of considering any significant changes in the market situation in NOI calculations. This practice, however, inevitably generates a counterintuitive consequence by estimating a small level of NOI – even the level of zero in an extreme case where there is no production facility within the territory of the afflicted nation-state – while the nation-state suffers from exports foregone at the end of the RPT. Unfortunately, the issue of whether and how to consider changes in production capacity was briefly raised in *US – Washing*

17) Although the number is redacted for public viewing, USITC determination in the AD investigation on LRWs From China indicates that Samsung's LRW capacity increased from 2013 to 2015 as well. See USITC, *supra* n.14, at 159.

Machines (Article 22.6) but was left almost untouched.

2.2 THE US RETROSPECTIVE SYSTEM AND SUBSEQUENT RESULTS

The second set of circumstances is where the market situation in the reference period is likely to be influenced by factors other than the original measures that were found to be illegal under WTO rules. The retrospective review system of the United States is one of those factors. Under the system, the 'as applied' AD duty rate used in the AD orders that were originally challenged no longer exists in the year in which the RPT ended; for example, 2017 in the *US – Washing Machines* (Article 22.6) case. Although the WTO-inconsistent AD order on Korean LRWs was still in place in 2017, the duty rate applied in 2017 had nothing at all to do with the duty rate resulting from the 'as applied' violation found in the original AD proceedings. As the Appellate Body clarified in *US – Zeroing (EC)*, any 'successive administrative changed circumstances and sunset review determinations issued in connection with the measures at issue in the original proceedings' should be considered 'separate and distinct' measures¹⁸⁾. In this regard, it is reasonable to infer that Korea's share of the US market in 2017 was affected directly by the AD duty rate recalculated in the periodic reviews – as shown in Table 2 – rather than by the AD duty that was originally imposed. To summarize, estimating the foregone export revenue based on Korea's most recent US market share might be contentious because of the 'remoteness' of the export value in 2017 from the original WTO-inconsistent AD duty rate.

Table 2 The Result of the AD Investigation and Reviews in the LRWs Case

[unit: %]

Date of final determination	Samsung	LG	Daewoo
26 December 2012	9.29	13.02	82.41*
5 November 2015	82.35	1.38	79.11
12 September 2016	82.35	1.62	79.11
12 September 2017	82.35	0.00	79.11
26 February 2019	82.35	0.00	79.11

Sources: Final determinations announced by the USDOC in Federal Register.

Note: AD duty rate denoted as * was amended as 79.11% at the issuance of the order. The AD duty rate for LG determined on 12 September 2017 and on 26 February 2019 was calculated using the WTO-consistent W-W methodology, not the WTO-inconsistent W-T methodology with zeroing.

18) Appellate Body Report, *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing")* (US – Zeroing (EC)), WT/DS294/AB/R (adopted 9 May 2006), para. 192.

3 WTO RULINGS IN ARTICLE 22.6 ARBITRATIONS ON TRADE REMEDY DISPUTES

The arbitration awards in *US – Washing Machines (Article 22.6)* and *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* mostly follow the traditional approach accepted in previous cases, but use different assumptions and economic methods to quantify NOI. This sub-section outlines how the Arbitrator analysed the ‘as applied’ measures on washing machines¹⁹⁾ and the ‘as such’ and ‘as applied’ measures on thirteen products imported from China.

3.1 COUNTERFACTUAL ANALYSIS

3.1[a] *US – Washing Machines (Article 22.6)*

As with many previous decisions, the Arbitrator began by determining an appropriate counterfactual. Both parties agreed that the relevant counterfactual was what the value of Korea’s 2017 exports of LRWs into the United States would have been had the United States brought its AD/CVD measures into conformity following the end of the RPT²⁰⁾. As agreed by both parties, the Arbitrator opted for calendar year 2017 – in which the RPT ended – as the relevant time-frame for analysis; this was consistent with previous practice where the one-year period immediately following the expiry of the RPT was used as the basis for calculating NOI²¹⁾.

On the other hand, there was a diverging view on whether WTO-inconsistent AD measures should be terminated or modified to a certain extent for the counterfactual. The Arbitrator noted that the DSB’s recommendations and rulings on AD measures concerned the invocation and application of the ‘exceptional’ weighted average-to-transaction (WA-T) methodology prescribed in 2.4.2 of the Anti-Dumping Agreement (ADA)²²⁾. Consequently, the Arbitrator considered that the application of

19) The Arbitrator divided their analysis into ‘as applied’ measures on washing machines from Korea and ‘as such’ measures on any product other than washing machines, as requested by Korea. For the purpose of the analysis scope, the finding on ‘as such’ measure is not addressed in this article. For the whole scope of analysis done by the Arbitrator, see Decision by the Arbitrator, *US – Washing Machines (Article 22.6)*, para. 1.18.

20) Written submission of the United States (23 Mar. 2018), para. 93.

21) Decision by the Arbitrator, *US – Washing Machines (Article 22.6)*, para. 3.43.

22) *Ibid.*, para. 3.27; For a detailed discussion on the WTO rulings concerning the application of the

a 'normal' comparison methodology would produce a reasonable and plausible scenario as a counterfactual reflecting the benefits expected to accrue to Korea²³). While the Arbitrator did not clarify the exact scenario by which the US Department of Commerce (DOC) could reach satisfactory compliance, it was of the view that compliance in discontinuing the use of the exceptional WA-T method would necessarily lead to the use of normal comparison methods, not to the termination of the whole anti-dumping proceedings. Meanwhile, concerning the counterfactual for the CVD measure, the Arbitrator considered the zero rate duty – rather than withdrawal of the measure – to be a reasonable proxy to be used in the NOI calculation²⁴).

The other disagreement in establishing the counterfactual was whether the Arbitrator should consider the substantially reduced capacity for LRW production in Korea resulting from decisions taken by multinational firms. The United States argued that there should be no increase in US imports from Korea at the end of the RPT resulting from production relocation, and thus the current value of US imports from Korea would remain at best the same, with Korea sustaining no NOI²⁵). The Arbitrator refused to accept this argument for three reasons. Firstly, the United States failed to propose a 'meaningfully quantified' level of NOI based on any empirical evidence²⁶). Rather, the Arbitrator found that the US argument simply relied on 'unsubstantiated' statements by LG and Samsung to support its view that the level of NOI was 'zero'. Secondly, the Arbitrator noted the conflicting views of both parties on the 'intent' behind the strategic decision of Korean exporters to shift production facilities to other countries. While the Arbitrator seemed to bear in mind a temporal correlation that might have existed between the production relocation and the imposition of WTO-inconsistent AD/CVD measures, it did not come to a definitive answer on the extent to which production relocation should be associated with the calculation of NOI. Lastly, the Arbitrator ignored this issue, in that the result of a calculation of NOI submitted by the US was not insignificant and certainly was not zero²⁷).

3.1[b] *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*

second sentence of Article 2.4.2 of the ADA and the use of zeroing in the *US – Washing Machines* case, see K. Kim & D. Ahn, *To be or not to be with targeted dumping*, 21(3) J. Int. Econ. Law 567-598 (2018).

23) *Ibid.*, para. 3.30.

24) *Ibid.*, para. 3.41.

25) Integrated executive summary of the United States (5 Jul. 2018), para. 2.

26) *Ibid.*, para. 3.49.

27) *Ibid.*, para. 3.51.

The WTO-inconsistent anti-dumping orders, for which the Arbitrator in *US – Anti-Dumping Methodologies* (Article 22.6) estimated the level of NOI, encompassed 25 cases, including 13 anti-dumping orders subject to the ‘as applied’ findings of violations and 12 anti-dumping orders subject to ‘as such’ findings of violations. The Arbitrator identified two types of ‘inconsistency’ with the WTO in the original dispute²⁸⁾; one was the application of the WA-T methodology with zeroing, which was also addressed in *US – Washing Machines* (Article 22.6); the other was the single rate presumption by which the United States treats all exporters that are not granted the so-called separate rate as a single government-wide entity in anti-dumping proceedings concerning non-market economies²⁹⁾. As in *US – Washing Machines* (Article 22.6), the year 2017 was used as the reference period as this was closest to the end of the RPT³⁰⁾ and was the most recent year for which complete data was available³¹⁾.

Counterfactuals for the use of the WA-T methodology with zeroing have been examined on a case-by-case basis. While the Arbitrator determined the use of the weighted average-to-weighted average (WA-WA) methodology as a plausible or reasonable compliance scenario for three of the AD measures³²⁾, the Arbitrator also considered that there was no need to set out a counterfactual in the case of PET film. More specifically, the USDOC calculated the individual duty rate for the Chinese exporter DuPont Group using a WTO-inconsistent methodology, but in the next administrative review assigned a separate duty rate calculated in a WTO-consistent manner without treating DuPont Group as an individually examined exporter. The Arbitrator considered this as the withdrawal of the WTO-inconsistent methodology before the RPT expired, and thus concluded there was no NOI in the case of PET film³³⁾.

With regard to the finding of violation concerning the single rate presumption, the United States proposed dividing exporters within the PRC-wide entity into those which failed to cooperate and those for which there is no evidence that they failed to cooperate, assigning a PRC-wide rate and a separate

28) For a legal and economic analysis of the illegality of the Nails test designed to be used with the exceptional methodology under Article 2.4.2 of the ADA, see T. Prusa & E. Vermulst, *United States—certain methodologies and their application to anti-dumping proceedings involving China: nails in the coffin of unfair dumping margin calculation methodologies*, 18(2) World Trade Rev. 287-307 (2019).

29) Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies* (Article 22.6), para. 1.16.

30) The RPT expired on 22 August 2018. See Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies* (Article 22.6), para. 1.3.

31) *Ibid.*, paras 4.1-4.2.

32) The USDOC’s use of the WA-T methodology with zeroing was observed in four of the 25 anti-dumping orders at issue, and the three anti-dumping orders here refer to Coated Paper, OCTG and Steel Cylinders. See Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies* (Article 22.6), para. 5.14.

33) *Ibid.*, paras 5.34-5.35.

rate, respectively³⁴). The Arbitrator took the view that the finding of violation in the original dispute concerned the failure of the United States to make an affirmative determination that the individual exporters could be treated as a single PRC-wide entity. As the US proposal did not rectify this failure, the proposal did not constitute a WTO-consistent regime. Accordingly, the Arbitrator found that the continued use of the PRC-wide duty rate for any of the individual exporters within the PRC-wide entity was not a reasonable or plausible compliance scenario³⁵). The Arbitrator instead opted for the use of a zero duty rate as the counterfactual for any exporter within the PRC-wide entity based upon the fact that there was no alternative duty rate specifically calculated by the USDOC for the exporters at issue. One member of the Arbitrators expressed the separate opinion that the counterfactual duty should be applied only to the exporters for which there was no evidence that they failed to cooperate and that the rate should be the separate duty rates, not the rate of zero³⁶). The opinion appears to reflect the perception that the Arbitrator needed to take account only of WTO provisions concerning the original panel's finding of violation and not provisions that were not addressed in the original panel proceedings³⁷).

3.2 ECONOMIC MODEL AND DATA USED

Among many other factors affecting the estimation of NOI, the economic model and data to be used are of great importance in determining the accuracy of the level of NOI. In *US – Washing Machines (Article 22.6)*, two competing economic models were proposed by Korea and the United States – both were industry-specific partial equilibrium models. These models show the fundamental differences in underlying assumptions on substitution between domestic products and the subject imports³⁸). While Korea assumed perfect substitution between products from the two source countries, the United States argued that substitution was imperfect with highly differentiated, branded consumer products. According to the United States, LRWs are not a homogeneous good like gasoline or other intermediate commodities where consumer choice hinges only on a change in price³⁹). Ironically, the United States had insisted on perfect – at least a high degree of – substitutability in the global safeguard investigation that took the opposite position to this arbitration, as did Korea. The Arbitrator

34) *Ibid.*, para. 5.37.

35) *Ibid.*, para. 5.45.

36) *Ibid.*, paras 5.58, 5.62.

37) *Ibid.*, paras 5.53-5.62.

38) *Ibid.*, para. 3.57.

39) U.S. Responses to Advance Questions (Public Version) (14 May 2018), para. 91.

acknowledged that LRWs were an imperfect substitute in the US oligopoly market. The result of the global safeguard investigation on LRWs by the United States helped convince the Arbitrator that LRWs are not a completely homogenous good, despite the investigating authority's conclusion that price is the most important factor in the LRW market⁴⁰⁾ and that domestically produced and imported LRWs are comparable in terms of non-price factors like product quality, features, brand awareness, and product range.⁴¹⁾ In this respect, the Armington model incorporating the estimate of substitution elasticity was regarded as more suitable in a case involving the LRW industry.

The Arbitrator then determined the counterfactual level of import value to compare with the actual level for the reference period. Given the intrinsic features of the Armington model, the level of NOI is normally measured as the impact of reducing a WTO-inconsistent AD duty rate to a WTO-consistent duty rate on the 'actual' import value in the reference period. The Arbitrator, however, declined to use the actual value of imports from Korea in 2017, which was in stark contrast to the previous practice of sticking to the 'actual' trade value in the calculation of NOI. The Arbitrator considered the market share of Korean LRWs in 2017 as contaminated due in part to the imposition of the illegal higher AD duty, and thus not appropriate to serve as the basis of the trade value for the counterfactual duty rate⁴²⁾. It instead estimated the hypothetical market share in 2012 – the year prior to the imposition of the AD order – that Korean exporters would have enjoyed in the United States had WTO-inconsistent measures not been applied⁴³⁾. The Arbitrator derived the adjusted amount of imports of Korean LRWs in 2017 by multiplying the hypothetical 2012 Korean market share by the 2017 LRW market in the United States⁴⁴⁾. By applying the Armington model, the level of NOI was calculated as the difference between the value of imports with the reduced AD duty rate resulting from the WA-WA comparison methodology and the WTO-inconsistent AD duty rate. Using the same methodology for the WTO-inconsistent CVD duty, the Arbitrator determined the level of NOI to be USD 74.40 million and UDS 10.41 million for the WTO-inconsistent AD and CVD measures, respectively⁴⁵⁾.

The calculation methodology in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* was a repeat of the approach adopted in *US – Washing Machines (Article 22.6)*, namely the so-called two-step methodology. Since the Arbitrator acknowledged that the WTO-inconsistent AD measures would have

40) USITC, *supra* n. 15, at 27-28.

41) *Ibid.*

42) Decision by the Arbitrator, *US – Washing Machines (Article 22.6)*, para. 3.115.

43) *Ibid.*, para. 3.119.

44) *Ibid.*

45) *Ibid.*, para. 3.122.

adversely affected the market share of Chinese imports, whether large or small, it did not consider it reasonable to use the actual market share in 2017 to simulate the changes in trade flows under the counterfactual duty rate⁴⁶). As in *US – Washing Machines (Article 22.6)*, by applying the Armington model, the Arbitrator first calculated the hypothetical market share that the Chinese exporters would have enjoyed had WTO-inconsistent anti-dumping orders been in place at the moment prior to the imposition of the anti-dumping orders. The Arbitrator then multiplied the market share obtained by the actual 2017 total value of the US market to arrive at the adjusted actual value of US imports from China. In the second step, the Arbitrator determined the change in trade values by reducing the WTO-inconsistent duty rates to the counterfactual duty rates by applying the Armington model on the basis of the adjusted actual value of US imports from China⁴⁷). The level of NOI resulting from this estimating process was USD 3,579.128 million per annum for 25 AD orders.

4 LEGAL AND ECONOMIC ISSUES IN THE CALCULATION OF NOI IN TRADE REMEDY CASES

The Arbitrators in *US – Washing Machines (Article 22.6)* and *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* followed the conventional practice adopted by previous Arbitrators overall but differed in the detail, raising structural problems that had not arisen in other Article 22.6 arbitration awards. This sub-section examines two specific issues that might have critically affected the level of NOI in the two above cases.

4.1 LEGAL CHALLENGES OF THE COUNTERFACTUAL ANALYSIS

4.1[a] *Decision on the Appropriate Counterfactual*

As noted by the Arbitrator in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*⁴⁸), deciding the counterfactual analysis for illegal AD/CVD measures is more challenging than for other types of import restrictions because of the intrinsic complexity⁴⁹). Arguably, the important difference is found in establishing the counterfactual between the two cases. To illustrate the difference, while the

46) Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, para. 6.65.

47) *Ibid.*, paras 6.71-6.72.

48) *Ibid.*, para. 5.56.

49) Regarding the analysis on the problem of choosing a 'reasonable' counterfactual rather than the withdrawal of the illegal measure, see Balistreri, Mavroidis, & Prusa, *supra* n. 6.

Arbitrator in *US – Washing Machines (Article 22.6)* did not take into account the calculation method used in consecutive reviews, the Arbitrator in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* did. As shown in Table 3, DuPont Group was assigned a separate duty rate determined in a WTO-consistent manner in the fourth AR⁵⁰⁾, which formed the basis for the Arbitrator’s decision that ‘the United States ceased its use of the WTO-inconsistent WA-T methodology with zeroing prior to the expiry of the RPT’, and thus there were no grounds for estimating any level of NOI⁵¹⁾. Had the Arbitrator applied the same reasoning in *US – Washing Machines (Article 22.6)*, there might have been no NOI for Korea in this case as well.

Even though a WTO-consistent methodology was used for both LG and DuPont Group in successive reviews, the Arbitrator’s disparate approach not only hobbles the jurisprudence on what a ‘reasonable’ compliance scenario is, but also undermines the legitimate authority of Arbitrators in Article 22.6 cases who have fulfilled the ‘equivalence’ standard.

Table 3 Dumping Margins for DuPont Group⁵²⁾ in AD proceedings on PET Film from China

Type	Date of final determination	Status of the exporter	Dumping margin(%)	Remarks
OI	24 Sep. 2008	Individually examined exporter	3.49	WTO-consistent method
3 rd AR	12 Jun. 2013	Individually examined exporter	12.8	WTO-inconsistent method (i.e. WA-T method with zeroing)
4 th AR	2 Jul. 2014	eligible for separate rate status	31.24	WTO-consistent method

Sources: Final determinations announced by the USDOC in Federal Register.

Arbitrators have discretion in choosing the counterfactual; however, in most cases, they have regarded the withdrawal of the measure as a ‘reasonable’ counterfactual⁵³⁾. In contrast, trade remedy disputes make the choice of the ‘reasonable’ counterfactual difficult because dumping margin, for

50) If an annual AR is not requested for a particular company, entries of that company’s subject merchandise are generally assessed duties at the rate of deposit at the time of entry. Therefore, it can be inferred that the individually determined AD duty rate in the OI was applied for DuPont Group in the second and third AR while the separate duty rate determined in the third AR was applied for DuPont Group in the fourth and fifth AR unless an AR is not requested for DuPont company in due course. See USDOC, 2015 Antidumping Manual, Chapter 21.

51) Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, paras 5.34-5.35.

52) DuPont Teijin Films China Limited, DuPont Hongji Films Foshan Co., Ltd., and DuPont Teijin Hongji Films Ningbo Co., Ltd are collectively referred to as ‘DuPont Group’. See USDOC, ‘Polyethylene Terephthalate Film, Sheet, and Strip from the People’s Republic of China: Final Results of Antidumping Duty Administrative Review; 2011-2012’ (A-570-924), 79 FR 37715 (2 Jul. 2014).

53) See Balistreri, Mavroidis, & Prusa, *supra* n. 6, at 2-3.

example, is established by a variety of substantive and procedural rules set out in the ADA, potentially reflecting many WTO obligations. The violation of one of these obligations does not necessarily make the counterfactual in the form of 'withdrawal of the measure' reasonable. A problem arises where the 'result' of compliance with WTO obligations provides the basis for the 'reasonable' counterfactual. Suppose that the original panel found a procedural deficiency in the AD investigation at issue. One of several reasonable compliance scenarios might be to correct the perceived deficiency, resulting in no change in the AD duty rate. If the Arbitrator considered such a scenario as the reasonable counterfactual, a meaningful level of NOI would perhaps not be effectuated.

Furthermore, the US retrospective system poses a question as to whether the application of a WTO-consistent methodology in successive reviews can be seen as compliance by the United States with DSB rulings and recommendations. Although the Arbitrator's answer to the question was 'yes' in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*⁵⁴⁾, the effect was quite unprecedented in that the WTO-inconsistent AD order still existed at the end of the RPT, but the duty rate calculated by the WTO-inconsistent methodology was no longer in place.

4.1[b] *Determination of the Reference Period and Data Used*

In Article 22.6 arbitrations on AD/CVD measures, taking the factual circumstance at the end of the RPT into account might miss the mark in constructing the 'equivalent' level of NOI. Including the AD duty rate reassessed by the retrospective system, the lengthy period of the dispute makes the causation between the imposition of the original AD duty order and the market situation at the end of the RPT less relevant as the dispute drags on. Indeed, the Arbitrators in both cases determined not to use the actual value of imports from Korea or China in 2017, and replaced the actual value of imports in 2017 with the adjusted US market share in the year prior to the imposition of the measures. Furthermore, the Arbitrator in *US – Washing Machines (Article 22.6)* did not take downsized production capacity as of 2017 into account in constructing the counterfactual. Although there is no express rule in the DSU prescribing the time-frame for determining the level of NOI, this decision explicitly deviates from the past practice. This subsection first examines the prior practice and then discusses why the Arbitrator's decision is nevertheless justifiable in the case of Article 22.6 arbitrations involving trade remedy measures.

To provide the context of the prior practice, since *EC – Hormones (US) (Article 22.6)*⁵⁵⁾,

54) Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, paras 5.34-5.35.

55) The *EC – Bananas III (US) (Article 22.6)* case, albeit the first Article 22.6 Arbitration dispute, does not mention a notion related with the reference period for purpose of calculating the NOI.

Arbitrators have typically designated the time period close to the end of the RPT as the reference period during which the counterfactual state would exist⁵⁶⁾. Therefore, it is inevitable that Arbitrators should consider the most recent market factors for the analysis of both the counterfactual and the calculation of NOI. The case of *US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6)* emphasised the market conditions that existed following the end of the RPT, not the date of adoption of the WTO-inconsistent measure, i.e. the Tuna Measure. When the Arbitrator assessed the US proposal to use Mexico's share of US imports of tuna products before the adoption of the Tuna Measure, i.e. 1987-89, it found that the United States failed to explain the similarities in market conditions between the 1987-89 period and 2014⁵⁷⁾. In particular, a series of events that occurred during the dispute, such as vertical integration of the Mexican tuna industry and NAFTA coming into effect in 1994, were considered critical elements that significantly affected Mexico's increased share in the US market of imported tuna products in 2014⁵⁸⁾. The Arbitrator's preference for using more recent data was observed in the examination of Mexico's model and the development of the Arbitrator's own analysis. The Arbitrator considered it reasonable to assume that Mexico would be sufficiently competitive vis-à-vis other suppliers of canned yellowfin tuna, and would be the sole supplier of that product in the US market on withdrawal of the Tuna Measure⁵⁹⁾. By using 2014 data, the assumption was incorporated into the economic model adopted by the Arbitrator. It is noteworthy that the Arbitrator considered the production capacity and competitiveness of exporters as of 2014 to be significant, since these factors are inextricably linked to a market supply curve, i.e. one of two core pillars in the partial equilibrium model.

Along with *US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6)*, many arbitrations under Article 22.6 base their analysis on a market situation that would have otherwise existed at the end of the RPT, although how the latest market conditions are taken into account varies depending on the case⁶⁰⁾. In this respect, the Arbitrator's emphasis in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* on using recent data in quantifying the level of NOI, appears to guard against the concern that the methodology not only

56) Decision by the Arbitrator, *United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services – Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU (US – Gambling (Article 22.6))*, WT/DS285/ARB (21 Dec. 2007), para. 3.41.

57) Decision by the Arbitrator, *US – Tuna II (Mexico) (Article 22.6)*, paras 5.138-5.143.

58) *Ibid.*, para. 5.102.

59) *Ibid.*, para. 5.105.

60) For more prior practice, see *EC – Hormones (US) (Article 22.6)*; *US – Gambling (Article 22.6)*; Decisions by the Arbitrator, *United States – Certain Country of Origin Labelling (COOL) Requirements – Recourse to Article 22.6 of the DSU by the United States (US – COOL (Article 22.6))*, WT/DS384/ARB and Add.1 / WT/DS386/ARB and Add.1 (circulated to WTO Members 7 Dec. 2015).

deviates from previous practice but is also legally incorrect in light of the prospective nature of the 'remedy' pursuant to Article 22.8 of the DSU.

Apart from Arbitrators' preference for using the most recent data, the decision to disregard the actual import value or the state of production capacity as of 2017 needs to be viewed from the 'causality' perspective. It is notable that previous Article 22.6 decisions decline to consider the factors that might ambiguously affect direct trade on the grounds that they are 'too remote', 'too speculative', or 'not meaningfully quantifiable'⁶¹⁾.

Downsized production capacity at the end of the RPT is supposed to affect the counterfactual level if it is deemed to be irrelevant to the WTO-inconsistent measures⁶²⁾; however, the Arbitrator in *US – Washing Machines (Article 22.6)* did not take this factual circumstance into account, leaving unanswered the question of the relationship between the production relocation and the WTO-inconsistent AD/CVD measure. Given that the appropriate counterfactual was not the withdrawal of a WTO-inconsistent AD/CVD measure but a simple reduction in those duties to a certain extent, it is almost impossible to discern to what degree non-conforming measures caused firms to move their production facilities. The reduced size in actual volume of Korean imports during the period in which the RPT ended is not solely attributable to the non-compliance; rather, numerous factors affected the decision to shift production, including US temporary trade barriers, whether WTO-consistent or not⁶³⁾. Without accurately segregating the effect of the inconsistent measures out of the entire foregone export revenue, there is a concern that the level of NOI might be overestimated.

4.2 ASSESSMENT OF THE ECONOMIC MODEL

61) For example, in *US – Hormones (US) (Article 22.6)* case, the United States argued that the marketing and promotional efforts should be taken into account in calculating the amount of NOI, which had been stopped because of the import ban. The arbitrator did not accept the argument based on remoteness in a causal link between the hormone ban and the alleged lost exports. For another example, increased competition among suppliers in other countries in *US – Gambling (Article 22.6)* formed part of the main causes of Antigua's loss in market share, with the US measures together. In trying to disentangle pure impacts of a loss in market competitiveness and impacts of the US measures on the gambling revenues of Antigua, the arbitrator adjusted for the decline in its relative contribution to the region's global market share for each year 2002 to 2006, given that the whole region Antigua belongs to is affected equally by the US measures.

62) The Arbitrator in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* reaffirms that a certain market situation should be taken into account if it is of no relevance to the WTO-inconsistent measure. See Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, para. 6.75.

63) In *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, the Arbitrator finds that if the small market share in the reference period is not caused by the WTO-inconsistent measure, but by other unrelated factors, the small market share and the resultant small trade impact may be considered reasonable. See Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, para. 6.65.

Article 22.6 Arbitrators have discretion in choosing the calculation methodology deemed to be most reliable in estimating the NOI. That said, this discretion needs to be exercised to the extent that the adopted methodology can estimate the NOI as accurately as possible without fluctuating significantly according to the assumption or data used. Both arbitrations concerning AD measures are notable for their use of the partial equilibrium model, especially the one incorporating Armington elasticity. As a matter of fact, analysis based on the partial equilibrium model is well designed to measure the effect in the market of a given policy action – i.e. differences between tariffs that are WTO-consistent and those that are not – leaving all other economic variables required in the model pre-determined. Despite the prominence of the model as an analysis tool for trade policy, it arguably has limitations in that the analysis of the set of predetermined economic variables is sensitive to a few behavioural elasticities. The Armington model used in the two arbitrations presents such limitations, implying the possibility of putting the ‘equivalence’ standard at risk.

4.2[a] *Assumption of Product Differentiation*

The basic idea of the model is that varieties of goods are differentiated by country of origin and that consumers view products from different countries as imperfect substitutes⁶⁴). The Armington model incorporates substitutability with two overarching assumptions: (a) elasticities of substitution between products in any competing markets are constant, irrespective of market size; and (b) the elasticity of substitution between any two products is the same as that between any other pair of products competing in the same market⁶⁵). As addressed in the academic literature, these assumptions are too restrictive or unrealistic for international trade analyses⁶⁶). Concerns have been raised about the use of substitution elasticity – also called Armington elasticity – particularly for AD/CVD measures.

The assumption that products are differentiated ‘by source countries’ does not account for the reality where products of different origin are not very different, as was the reality in *US – Washing Machines (Article 22.6)*. Despite the imposition of temporary tariff barriers against Korea, the fact that only a small number of firms – Whirlpool, Samsung, LG, and GE – accounted for more than 83% of the LRW market in the United States in 2017⁶⁷), shows that products are differentiated by

64) P. Armington, *A theory of demand for products distinguished by place of production*, 16(1) Staff Papers 159-178 (1969), at 171.

65) *Ibid.*, at 161.

66) See S. Yang & W. Koo, *A generalized Armington trade model: Respecification*, 9(4) Agric. Econ. 347-356 (1993); J. Alston, C. Carter, R. Green, & D. Pick, *Whither Armington trade models?*, 72(2) Amer. J. Agr. Econ. 455-467 (1990).

manufacturing companies and not by country of origin. Since the exports of LRWs from China that replaced exports from Korea originated from the same companies, it cannot be argued that substitutability is always the same between any kind of pair made from (i) the domestic like product, (ii) subject imports, and (iii) non-subject imports. To put it straightforwardly, the elasticity of substitution between subject and non-subject imports made by Samsung and LG is likely infinite, according to the definition that a perfect substitute is '[a] good that is regarded by its demanders as identical to another good'⁶⁸⁾. The heterogeneous nature of the elasticity of substitution between home and foreign goods and between varieties of foreign goods, was examined by Feenstra et al. (2018). Using highly disaggregated US production data matched to imports, they found evidence that substitution elasticity among import sources, so-called micro-Armington elasticity, is often greater than elasticity between domestic and import sources, so-called macro-Armington elasticity⁶⁹⁾. The formula by the General Algebraic Methodology System (GAMS) in this case treats domestically produced and imported LRWs from countries other than Korea together, allowing the LRW market in the United States to be divided into two; i.e. imports from Korea and others, with a mix of domestic products and non-subject imports. Accordingly, designating the elasticity of substitution from 3 to 5 without regard to the difference in substitution elasticity between domestic and import sources and among import sources, is unlikely to yield a correct form of relationship between import demand and the price index.

4.2[b] *Standardisation of the Armington Model in Trade Remedy Disputes?*

A wealth of academic literature has explained the methodologies used in past arbitrations in terms of the economic theory of reciprocity⁷⁰⁾ in terms of the extent to which trade is affected by WTO-inconsistent measures. The point is, that the methodological approach has become increasingly sophisticated in an attempt to measure the level of NOI more precisely. As the Arbitrator in *US – COOL (Article 22.6)* mentioned, 'no methodology is perfect'⁷¹⁾ for quantification of NOI because it necessarily entails certain assumptions. Therefore, it should be noted that the amount of NOI is a 'reasoned estimate' based on credible, factual, and verifiable information⁷²⁾ and is as accurate as

67) Decision by the Arbitrator, *US – Washing Machines (Article 22.6)*, para. 3.57.

68) U.S. Responses to Advance Questions (Public Version) (14 May 2018), para. 91.

69) R. Feenstra, P. Luck, M. Obstfeld, & K. Russ. *In search of the Armington elasticity*, 100(1) Rev. Econ. Stat. 135-150 (2018).

70) As for the literature concerning economic models or formula used in prior arbitrations, generally see Bown & Ruta, *supra* n. 8.

71) Decision by the Arbitrator, *US – COOL (Article 22.6)*, para. 6.3.

possible.

The reliability of data is another issue emerging from the use of the Armington model. As the United States noted in *US – Washing Machines (Article 22.6)*, an elasticity estimate is determined by the USITC ‘after analysing responses from purchasers, producers, and importers to questionnaires concerning the LRWs market, as well as arguments made by interested parties’⁷³⁾, which is the only source that the Arbitrator can rely on to obtain the relevant elasticity. The Arbitrator in *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* likewise relied on the data from the USITC publication concerning injury determinations. The USITC reiterates that it measures substitution elasticity based on a qualitative assessment; for example, by investigating the difference in consumer preferences for domestic products and imports. Unfortunately, there is no reference showing how the USITC was able to reach the specific value for substitution elasticities⁷⁴⁾.

While several studies have estimated Armington elasticities at a fairly disaggregated level by using different econometric models⁷⁵⁾, the results lack consensus on point estimates, which implies that the estimates are sensitive to the techniques used⁷⁶⁾. This issue is equally applicable to the estimates of Armington elasticity chosen by the Arbitrator; the elasticity of substitution has a relatively significant effect on the level of NOI when the figure remains a single digit. Figure 2 shows that the margin of increase is initially high but then slowly decreases as the value of elasticity increases. For example, while the level of NOI increases by 45% when the elasticity of substitution changes from 1 to 2, a shift from 2 to 3 in the elasticity of substitution leads the level of NOI to increase by 27% only. The simulation indicates that the level of NOI can fluctuate depending on the selected value for elasticity when the value is in single digits.

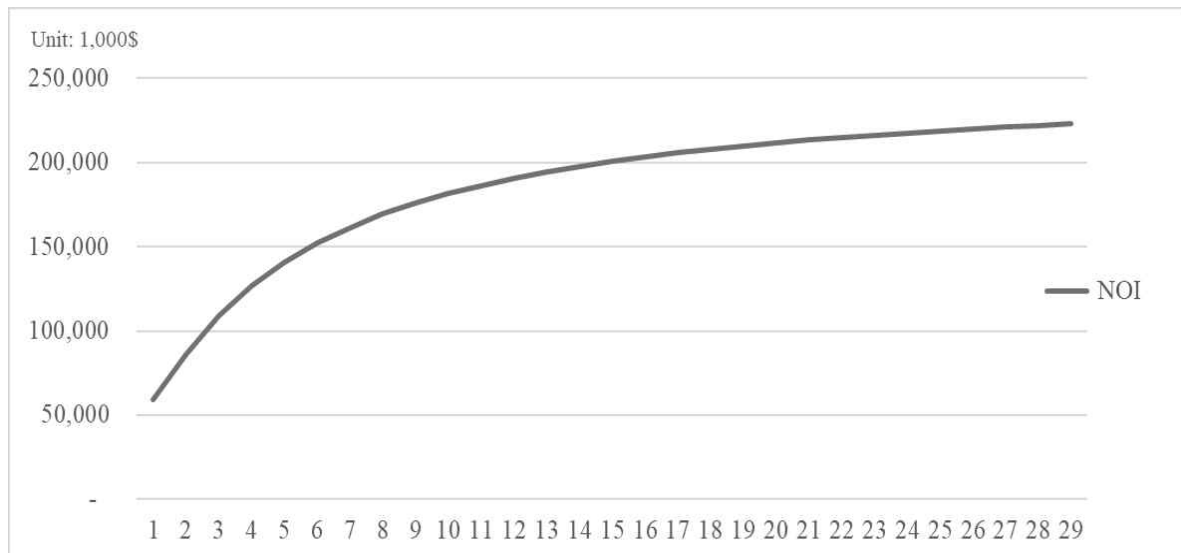
72) *Ibid.*

73) U.S. Comments on Korea’s Responses to Questions Following the Arbitrator Meeting (28 Jun. 2018), para. 70.

74) Decision by the Arbitrator, *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, paras 7.35-7.36.

75) For studies estimating Armington elasticities, see M. Gallaway, C. McDaniel, & S. Rivera, *Long-Run Industry-Level Estimates of U.S. Armington Elasticities*, Office of Economics Working Paper, 2000-09-A, USITC (2000); K. Reinert & D. Roland-Holst, *Armington Elasticities for United States Manufacturing Sectors*, 14(5) J. Policy Model. 631-639 (1992); C. Shiells, R. Stern, & A. Deardorff, *Estimates of the Elasticities of Substitution between Imports and Home Goods for the United States*, 122(3) Rev. World Econ. 497-519 (1986); C. Shiells & K. Reinert, *Armington Models and Terms-of-Trade Effects: Some Econometric Evidence for North America*, 26(2) Can J Econ. 299-316 (1993); R. Stern, J. Francis, & B. Schumacher, *Price Elasticities in International Trade: An Annotated Bibliography* (Macmillan Press LTD, 1976).

76) C. Mc Daniel & E. Balistreri, *A review of Armington trade substitution elasticities*, 2 *Economie internationale* 301-313 (2003), at 305.

Figure 2. The Amount of NOI by Elasticity of Substitution

Sources: Simulated by author using the General Algebraic Methodology System (GAMS) with the data available from the *US – Washing Machines (Article 22.6)*.

Note: The counterfactual level for WTO-consistent AD/CVD duty is redacted in the arbitration report; hence, the author applies 3% of AD/CVD tariffs as a counterfactual level for simulation.

Furthermore, the USITC approach based on limited responses to a survey risks arbitrary estimates because it might easily be affected by the number of responses and other qualitative factors in the survey. In comparison with other input data, such as total demand elasticity or supply elasticity, it is difficult to demonstrate the appropriateness of Armington elasticity because of the difficulty of refuting the USITC approach by putting forward other empirical evidence. Given the structural limitations brought about by the issue of data reliability, further application of the Armington model in future trade remedy disputes needs to be reconsidered.

5. CONCLUSION

Throughout the history of Article 22.6 arbitrations, Arbitrators have struggled to identify a 'reasonable' counterfactual and a precise methodology for determining the permissible level of retaliation that is 'equivalent' to the level of NOI, as prescribed in Article 22.6 of the DSU. The economic model adopted in both *US – Washing Machines (Article 22.6)* and *US – Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)* is a useful tool for calibrating the effect of a simple reduction in AD/CVD tariffs, but it turns

out still to be incomplete in identifying the ‘equivalent’ level of NOI. In particular, the export revenue foregone can differ significantly according to the assumptions made and the parameters used; for example, the trade effect is vulnerable to the estimate of Armington elasticity and it is not easy to prove the method’s feasibility. Accordingly, a further refined methodology to overcome the deficiency of the current model needs to be pursued for future cases.

The two cases also prove that trade remedy disputes make the choice of the reasonable counterfactual difficult, and require careful consideration in analyzing the reference period for the counterfactual scenario and the calculation of NOI, given the unique circumstances in which the aggrieved country is confronted by WTO-inconsistent trade remedy measures. In light of the ambiguous relationship between strategic business decisions and anti-dumping measures, it is hard for the Arbitrator of *US – Washing Machines (Article 22.6)* to adhere to the conventional approach where the most recent period as close to the end of RPT as possible was normally considered the relevant period for analysis. This article attempted to elucidate that injecting the market situation into the economic model, e.g. the market share of the original complainant at the time of imposition of WTO-inconsistent AD/CVD measures, not at the end of the RPT, is not inconsistent with previous practice developed by Arbitrators.

Given the retaliatory level initially requested by both the original complainant and the defendant in the two arbitrations⁷⁷⁾, the Article 22.6 arbitration awards seem to support again the proposition that Arbitrators simply split the difference, thereby making the whole complicated process of quantification just a diplomatic resolution⁷⁸⁾. As the ITO chapter correctly mentions, the key matter in the calculation of NOI would be whether the permissible level is considered ‘appropriate and compensatory’, no matter what the counterfactual or methodology used. It remains to be seen whether Arbitrators’ evolving practice in calculating the level of NOI helps to meet the objective of the retaliation, i.e. inducing compliance as the last resort under the WTO dispute settlement system.

77) The level of retaliation requested by Korea and by the United States in *US-Washing Machines (Article 22.6)* was USD 711 million (plus annual adjustment based on growth rate) and USD 2.32 million, respectively. In *US-Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, China and the United States requests the Arbitrator that the level of NOI is USD 7.043 billion and USD 200.790 million, respectively. See Decision by the Arbitrator, *US-Washing Machines (Article 22.6)*, paras 1.4, 3.63; Decision by the Arbitrator, *US-Anti-Dumping Methodologies (Article 22.6)*, para. 1.4.

78) H. Spamann, *The myth of ‘rebalancing’ retaliation in WTO Dispute Settlement practice*, 9(1) J. Int. Econ. Law 31-79 (2006), at 76-77. See also J. Bernstein & D. Skully, *Calculating trade damages in the context of the world trade organization's dispute settlement process*, 25(2) Rev. Agric. Econ. 385-398 (2003), at 389-396.

REFERENCES

- C. Bown & M. Ruta, *The economics of permissible WTO retaliation*, in *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement* (Bown & Pauwelyn eds, Cambridge University Press 2010).
- C. Bown & R. Brewster, *US-COOL Retaliation: The WTO's Article 22.6 Arbitration*, 16(2) *World Trade Rev.* 371-394 (2017).
- C. Mc Daniel & E. Balistreri, *A review of Armington trade substitution elasticities*, 2 *Economie internationale* 301-313 (2003).
- C. Mc Daniel & E. Vermulst, *United States-certain methodologies and their application to anti-dumping proceedings involving China: re-litigating through the backdoor?*, No. 2020/98. European University Institute (2020).
- C. Shiells, R. Stern, & A. Deardorff, *Estimates of the Elasticities of Substitution between Imports and Home Goods for the United States*, 122(3) *Rev. World Econ.* 497-519 (1986).
- C. Shiells & K. Reinert, *Armington Models and Terms-of-Trade Effects: Some Econometric Evidence for North America*, 26(2) *Can J Econ.* 299-316 (1993).
- E. Balistreri, P. Mavroidis, & T. Prusa, *What If? Tinkering with the Counterfactual. A Comment on US-Washing Machines (Article 22.6-US)*, No. 2020/40. European University Institute (2020).
- G. Horlick, *How the GATT Became Protectionist-An Analysis of the Uruguay Round Draft Final Antidumping Code*, 27(5) *J. World Trade* 5-17 (1993).
- H. Spamann, *The myth of 'rebalancing' retaliation in WTO Dispute Settlement practice*, 9(1) *J. Int. Econ. Law* 31-79 (2006).
- J. Bernstein & D. Skully, *Calculating trade damages in the context of the world trade organization's dispute settlement process*, 25(2) *Rev. Agric. Econ.* 385-398 (2003).
- K. Kim & D. Ahn, *To be or not to be with targeted dumping*, 21(3) *J. Int. Econ. Law* 567-598 (2018).
- K. Reinert & D. Roland-Holst, *Armington Elasticities for United States Manufacturing Sectors*, 14(5) *J. Policy Model.* 631-639 (1992).
- M. Gallaway, C. McDaniel, & S. Rivera, *Long-Run Industry-Level Estimates of U.S. Armington Elasticities*, Office of Economics Working Paper, 2000-09-A, USITC (2000).
- M. Johansson & J. Olhager, *Manufacturing relocation through offshoring and backshoring: the case of Sweden*, 29(4) *J. Manuf. Technol. Manag.* 637-657 (2018).

- P. Armington, *A theory of demand for products distinguished by place of production*, 16(1) Staff Papers 159-178 (1969).
- S. Yang & W. Koo, *A generalized Armington trade model: Respecification*, 9(4) Agric. Econ. 347-356 (1993); J. Alston, C. Carter, R. Green, & D. Pick, *Whither Armington trade models?*, 72(2) Amer. J. Agr. Econ. 455-467 (1990).
- R. Feenstra, P. Luck, M. Obstfeld, & K. Russ. *In search of the Armington elasticity*, 100(1) Rev. Econ. Stat. 135-150 (2018).
- R. Stern, J. Francis, & B. Schumacher, *Price Elasticities in International Trade: An Annotated Bibliography* (Macmillan Press LTD, 1976).
- T. Prusa & E. Vermulst, *United States—certain methodologies and their application to anti-dumping proceedings involving China: nails in the coffin of unfair dumping margin calculation methodologies*, 18(2) World Trade Rev. 287-307 (2019).



제2부(A) : 제3발표

One Size Does Not Fit All:

Structural Problems of Countervailing Currency
Manipulation

발표 : 김혜림 (서울대학교)

토론 : 세르조드 사딕호드자예브 (KDI 국제정책대학원)

大韓國際法學會

One Size Does Not Fit All: Structural Problems of Countervailing Currency Manipulation

Hyerim Kim(김혜림)*

서울대학교 국제통상전략센터 연구원

목 차

1. Introduction
2. Exchange Rate Obligations in International Law
 - 2.1. IMF Articles of Agreement
 - 2.2. GATT/WTO Agreements
3. Development of Unilateral Policies against Currency
 - 3.1 USDOC' s Modification of CVD Rules on Currency Manipulation
 - 3.2. Assessment of the USDOC' s new CVD rule
4. Challenges for the WTO to Embrace Exchange Rate Issues
 - 4.1. Need for Coordination between IMF and WTO
 - 4.2. Need for Objective and Reasonable Methodology to Estimate Currency Manipulation
5. Conclusion

1. Introduction

In past decades, the issue concerning the relationship between exchange rates and trade has always been a highly sensitive subject in the multilateral trading system. From the perspective of

* Email: hyerim0207@snu.ac.kr. Researcher, Center for International Commerce and Strategy, Seoul National University. I am deeply grateful to professor Dukgeun Ahn for research guidance. I also appreciate insightful comments by professors Yeongseop Rhee, Jaebin Ahn, Jaehyoung Lee and Jaemin Lee.

the trade policy community, the exchange volatility and currency misalignments were outside the purview of their authority and any distortion created by such practices were considered to be disciplined by financial and monetary policies, not trade policies. Thus, any multilateral efforts to regulate exchange rate policies were mainly under the umbrella of International Monetary Fund (IMF) while the World Trade Organization (WTO) and its predecessor, the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), supports their work.

The relationship between exchange rates and trade regained prominent attention because of the growing tensions between China and US. Recently, the US administration established a process by which it can impose tariffs against foreign companies from countries whose governments take action to undervalue their currency. The rule provides a legal basis for the USDOC to regard currency undervaluation as an unfair export subsidy under the US Countervailing Duty (CVD) law and allows the use of import tariffs to offset this effect. In addition, for the first time, the US included a formal currency provisions in US-Mexico-Canada Agreement (USMCA).

The current shift in the position of the US administration requires a careful assessment of a close relationship between exchange rate policy and trade policy. In fact, this issue raises economically and legally very difficult questions. It raises theoretical question on the concept of ‘currency manipulation’ and the legal question of whether it impairs any obligations in international trade agreement. Furthermore, the issue raises a fundamental question of an institutional linkage between the IMF and WTO regarding exchange rate matters, and whether a CVD is an appropriate response to exchange rate policies that may impair market access commitments under the WTO agreements.

This paper argues that the existing trading rules are outdated and inadequate to sufficiently address the recent debate on the impact of exchange rate adjustment and the reduction of global current account imbalances. Unlike the rules of exchange rate manipulation in IMF’s Articles of Agreement, which had been significantly revised during the 1970s through the 1990s after the end of the gold exchange standard, the trade rules do not explicitly address this issue. The existing currency provisions in the WTO are mostly from the GATT treaty that were negotiated shortly after the Bretton Woods conference. However, these provisions are inoperable because they only address trade-restrictive exchange rate practices that were prevalent during the gold exchange system, such as multiple currency practices, exchange control and exchange restrictions that have disappeared in the past. Thus, it is necessary for the WTO Members to revise the existing disciplines to address recent any negative effects of exchange rate manipulation on trade.

In addition, the real effects of exchange rate policies cannot readily be translated into trade

policy equivalents and are dependent on the time frame over which the prices are evaluated – because prices are flexible in the long run so that the effect of exchange rate intervention parallels that of a uniform import tariff and export subsidy.²⁾ The theoretical and empirical literature has not reached a consensus on the key determinants of equilibrium exchange rate. Because of the complexities of estimating the extent of currency misalignment and the structural problems of calculating a countervailable subsidy rate, this study emphasizes the inappropriateness of tariff policy responses to deal with exchange rate matters both on legal and economic grounds.

Section 2 reviews the exchange rate obligations in the IMF and the WTO. This section explains why the current international laws are inadequate to address the current exchange rate issues. Section 3 analyzes the recent developments of unilateral policies by the US. This section explains the background and the contents of the USDOC's modification of its CVD rules on 'specificity' and 'benefit' as well as the legal challenges concerning the WTO Agreement on Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM). Also, it reviews regulatory developments of exchange rate obligations in free trade agreements (FTAs). Section 4 analyzes the future challenges for the WTO to embrace exchange rate issues in the multilateral trading system. Section 5 concludes with policy implications for the future.

2. Exchange Rate Obligations in International Law

2.1. IMF Articles of Agreement

There is a difference between exchange rate misalignment and currency manipulation. Exchange rates can be misaligned from their desired medium-term equilibrium level for two reasons. First, government can intervene in foreign exchange markets in order to affect the real value of the exchange rate, including introduction of capital controls or purchase foreign countries' debt to stockpile massive amount of foreign exchange reserves. Second, currency misalignment or currency undervaluation can be the unintended consequences of various economic policies, including monetary,

1) Staiger, R. W. and Sykes, A. O. (2010) "Currency Manipulation' and World Trade', World Trade Review, 9(4), pp. 595-599.

fiscal and trade.

Most countries would agree that sterilized foreign exchange market intervention is an independent policy instrument to address problems of excessive exchange rate volatility. In many countries, government intervenes in foreign exchange markets to stabilize the exchange rate. For example, following the financial crisis of the 1990s, many East Asian countries built up foreign currency assets in order to reduce external vulnerabilities and to prevent exchange markets from becoming disorderly. However, other critics argue that governments or central banks use foreign exchange intervention to manipulate the value of the exchange rate away from equilibrium conditions.

The IMF makes clear that there are various ways in which a member could intervene in exchange rates, but such practices are considered in breach of the IMF article only if it unduly affects competitiveness or limits balance of payments adjustments.³⁾ IMF Article IV, which was amended after the collapse of the par value system, is intended to guide IMF members not to endanger the stability of the international monetary system while recognizing their sovereignty in the conduct of their respective of exchange rate policies.⁴⁾ It consists of chapeau and non-exhaustive list of four specific obligations. In particular, Article IV:1(iii) requires that each member “avoid manipulating exchange rates or the international monetary system in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain an unfair competitive advantage over other members.”

In determining whether an IMF member is manipulating exchange rate within the meaning of IMF Article IV:1(iii), the IMF Legal Department also recognized that the phrase ‘manipulating exchange rates’ could be broadly interpreted.

“...there are different ways in which a member could potentially ‘manipulate’ exchange rates within the meaning of Article IV, Section 1(iii). For example, it could occur through excess intervention in exchange markets or through the imposition of capital controls. Moreover, manipulation would not necessarily require that official intervention—whatever its form— result in movement of the exchange rate. In some cases, the manipulation may be designed to prevent movement in the rate.”⁵⁾

2) The key rules of international law with respect to the conduct of exchange rate policies are laid down in the Articles of Agreement of the International Monetary Fund. Articles of Agreement of the International Monetary Fund, July 22, 1944, 60 Stat. 1401, 2 UNTS 39, as amended effective Feb. 18, 2011 [hereinafter IMF Agreement], available at <http://www.imf.org/external/pubs/ft/aa/index.htm>.

3) For some members, particularly the United States, the main virtue of Article IV, Section 1 was that it would leave as much freedom as possible for the national determination of domestic exchange rate policies, see Gold, J. (1990). *Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates*, Washington, D.C.: International Monetary Fund, pp. 16-17.

4) IMF Legal Department. (2006). ‘Article IV of the Fund’s Articles of Agreement: An Overview of the Legal Framework,’ Washington, D.C.: International Monetary Fund (June 28), p. 15.

Correspondingly, there is no presumption that government intervention in foreign exchange market should be prohibited. Indeed, an IMF member may only be found in breach of Article IV:1(iii) if the determination is made that manipulation has been undertaken for the purpose of securing unfair competitive advantage or to frustrate balance of payments adjustments. The term ‘in order to’ in Article IV:1(iii) specifically requires a showing of the member’s ‘intent’ of manipulation. Exchange rate misalignment that occurs for other reasons such as unavoidable consequences of policies legitimately pursued for domestic economic stabilization, does not run afoul of IMF Article IV:1(iii) as well as other provisions of the Articles of Agreement.⁶⁾

The finding of an ‘intent’ of manipulation is needed to ensure the effective functioning of the international monetary system. General obligation of members enshrined in Article IV:1 is to “collaborate with the Fund and with other members to assure orderly exchange rates and promote a stable system of exchange rates.” It implies an obligation of members to comply with the IMF’s guidelines on what adjustments to its exchange rate policies would be appropriate and needed in order to contribute to the effective functioning of the international monetary system. If the member refused to act, then the issue of a violation of obligations under Article IV:1 would become relevant. The 2007 *Principles for the Guidance of Members’ Exchange Rate Policies* consist of four principles:

“A. A member shall avoid manipulating exchange rates or the international monetary system in order to prevent effective balance of payments adjustment or to gain unfair competitive advantage over other members.

B. A member should intervene in the exchange market if necessary to counter disorderly conditions which may be characterized inter alia by disruptive short-term movements in the exchange rate of its currency.

C. Members should take into account in their intervention policies the interests of other members, including those in whose currencies they intervene.

D. A member should avoid exchange rate policies that result in external instability.”⁷⁾

5) This does not mean, however, that members could pursue any exchange rate policies, the IMF Article IV:3(b) explicitly instruct that members “...should intervene in foreign exchange markets if it is necessary to counter disorderly conditions”. But the IMF has the authority to oversee and monitor member’s exchange rate policies in order to ensure stable international monetary system.

6) The 1977 IMF Executive Board’s decision on *Surveillance over Exchange Rate Policies* (1977 Surveillance Decision) was significantly updated on June 15, 2007 containing a focus on contemporary scenarios of exchange rate manipulation. See, Decision No. 5392-(77/63), as amended by Decision Nos. 8564-(87/59)(Apr.1,1987), 8856-(88/64)(Apr. 22, 1988), & 10950-(95/37)(Apr. 10, 1995), repealed and replaced by Decision No. 13919-(07/51)(June 15, 2007).

Part D was newly added to the 2007 Guidelines emphasizing that IMF's surveillance should focus particular attention on the external effects of members policies. The background staff paper for the Executive Board's June 2007 decision explicitly states that "external stability is achieved when the balance of payments position does not, and is not likely to, give rise to disruptive adjustments of exchange rates."

The IMF's Consultative Group on Exchange Rate Issues (CGER) was formed in the mid-1990s to provide assessments for the IMF members' underlying current account balance. If this underlying current account balance differs significantly from the capital flows assessed to be consistent with sustainable developments in a country's net external asset position, then the exchange rate is judged to be misaligned.⁸⁾ The IMF assess whether this misalignment is a problem (i.e. prevent effective balance of payments adjustment or unfairly distort competition conditions), and whether it is necessary for the member to adjust its exchange rate policies to correct the misalignment.⁹⁾

The explicit requirement of finding an 'intent' of currency manipulation makes it almost impossible to accuse a country to be violating its obligation under IMF Article IV:1(iii). For the IMF to be convinced that the exchange rate is seriously manipulated, it should be supported by the conclusive evidence that the exchange rate manipulation is the consequence of deliberate government policies directed at affecting another country's exchange rate and its balance of payments. Under Principle 2 of the *Principles for Fund Surveillance over Exchange Rate Policies*, the first and foremost indicator of likely violation of obligations under Article IV would be persistent, large-scale, one-way intervention in the foreign exchange market.¹⁰⁾ However, since this determination is not only economically complex but also politically sensitive issue. The IMF has never found a single IMF member to be in breach of IMF Article IV:1(iii).

In addition, even if the IMF finds that its member had violated the obligation not to manipulate its exchange rates, there is no mechanism to enforce its decision. Unlike the WTO, there is no dispute settlement procedure. IMF Article XXVI:2 provides that IMF members can be punished for violations of their obligations only through curtailing their access to IMF resources, suspending their voting rights, or, ultimately, expelling them from the IMF. These options could be powerful threats against economies that rely on the IMF's funding, but they provide minimal economic leverage

7) The CGER developed the external balance assessment (EBA) methodology in 2012. This methodology uses both current account and real effective exchange rate models to estimate equilibrium exchange rate. For a detailed analytical framework, see Cubeddu et al. (2019). 'The External Balance Assessment Methodology: 2018 Update,' Washington, D.C.: International Monetary Fund.

8) Because the IMF CGER uses various estimation to assess whether an exchange rate is misaligned and the magnitude of the needed correction, hence the judgments are subject to considerable margins of error and are necessarily not very precise. This lack of precision and its importance

9) See *supra* note 6.

against large economies such as China, Japan and the US.¹¹⁾

2.2. GATT/WTO Agreements

There are various explanations on why the existing WTO rules are inadequate to address exchange rate manipulation. Most importantly, the WTO rules concerning exchange rates are based on outdated GATT treaty which had been prepared at the time when the Gold Exchange Standard determined exchange rates. Under the Bretton Woods system, the nominal and real exchange rates had been relatively stable. The major concerns of the trading community, which had negotiated substantial reductions of tariffs, were on the reduction of commercial risks in conducting international transactions and to avoid any type of government policies that reverses market access commitments, including exchange rate policies.

At the genesis of GATT, there was a general conviction that currency par value manipulation and exchange controls could be used as a protectionist device against imports.¹²⁾ Government induced devaluation of exchange rate is *both* an import tax and an export subsidy. At London conference, the GATT drafters prepared Article XV titled ‘Exchange Arrangements’ explaining that the problem of exchange arrangement should also be addressed in trade context “since commercial obligations can be fundamentally affected by such matters as exchange control, exchange depreciation, multiple exchange rates, etc.”¹³⁾

Yet exchange rate manipulation remained mostly unregulated in the GATT treaty because it was outside the purview of the GATT jurisdiction. The first multilateral effort to constrain the use of deliberate competitive devaluation, multiple exchange rates, and exchange licenses was in the Articles of Agreement. The IMF Articles of Agreement formulated at the Bretton Woods conference contained a specific obligation not to change its par value except to correct fundamental disequilibrium condition that were determined by the IMF.¹⁴⁾ Also, Article VIII Section 2(a) of the IMF Agreement

10) For an insightful analysis on the IMF’s enforceability, see Zimmermann, C. D. (2011) ‘Exchange Rate Misalignment and International Law’, *American Journal of International Law*, 105(3), p. 433. See also, Lombardi, D. & Woods, N. (2008). ‘The Politics of Influence: An Analysis of IMF Surveillance’, 15 *Rev. Int’l Pol. Econ.*, p. 711.

11) See Jackson, J. H. (1969). *World Trade and the Law of GATT*. Indianapolis: Bobbs-Merrill, pp. 479-482.

12) See US Congress Senate Committee on Interior and Insular Affairs. (1954). ‘Stockpile and Accessibility of Strategic and Critical Materials to the United States in Time of War,’ Hearings Before the Special Subcommittee on Minerals, Materials, and Fuels Economics of the Committee on Interior and Insular Affairs United States Senate Eighty-Third Congress, First and Second Sessions Pursuant to S. Res. 143: A Resolution of Investigate the Accessibility and Availability of Supplies of Critical Raw Materials, Part 4 International Materials Conference, October 21, 1953 and January 5, 13, 14, 15 and 18, 1954, p. 409.

13) Article IV of the IMF Agreement.

prohibited the IMF members from imposing restrictions on the making of payments and transfers for international transactions.

In contrast, GATT Article XV:4 contains the general obligation concerning exchange actions in order to complement the work of the IMF. This article is not only very general but also ambiguous. The provision provides in full sentence:

“Contracting parties shall not, by exchange action, frustrate the intent of the provisions of this Agreement, not by trade action, the intent of the provisions of the Articles of Agreement of the International Monetary Fund.”¹⁵⁾

Since the meaning of the term ‘frustrate the intent’ is undefined, the interpretative note was added which provides that:

“The word "frustrate" is intended to indicate, for example, that infringements of the letter of any Article of this Agreement by exchange action shall not be regarded as a violation of that Article if, in practice, there is no appreciable departure from the intent of the Article .”¹⁶⁾

The interpretational issue on the requirement not to ‘frustrate the intent’ of the GATT provisions as well as the IMF’s Agreement has not been pursued in either organization.

In addition to the above obligation, it is important to note that GATT also includes an exception to apply trade restrictions for balance-of-payments reasons.¹⁷⁾ Furthermore, with respect to cases involving trade restrictions imposed for balance-of-payments reasons, Article XV:2 requires the IMF to provide its expertise on factual assessments of the balance-of-payments condition:

“... in cases involving the criteria set forth in paragraph 2(a) of Article XII or in paragraph 9 of Article XVIII, shall accept the determination of the Fund as to what constitutes a serious decline in the CONTRACTING PARTIES monetary reserves, a very low level of its monetary reserves or a reasonable rate of increase in its monetary reserves, and as to the

14) Article XV:4 of the GATT.

15) *Ad* Article XV:4 of the GATT.

14) For a detailed analysis, see Siegel, D. E. (2002). ‘Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund’s Articles of Agreement and the WTO Agreements,’ *American Journal of International Law*, pp. 571-572.

financial aspects of other matters covered in consultation in such cases.”

The requirement to consult with the IMF with respect to specified matters are included in other provisions of the GATT as well as General Agreement on Trade in Services (GATS). Paragraph 2 of GATT Article XV sets out consultation requirement with the IMF concerning “monetary reserves, balance of payments or foreign exchange arrangements.” The meaning of the statement that the WTO “shall consult fully” creates an obligation to consult with the IMF on specified matters. Article XI of GATS allows for a balance-of-payments exception provided that it consult with the IMF.¹⁸⁾ Article XII:5(e) of the GATS also provides that all findings of statistical and other facts on the balance-of-payments and the external financial situation shall be based on the assessment by the IMF.¹⁹⁾

In general, a WTO member is prohibited from imposing exchange controls or restrictions unless they are approved by the IMF. GATT Article XV:9 provides that “Nothing in this Agreement shall preclude: (a) the use by a [WTO member] of exchange controls or exchange restrictions in accordance with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund or with that [WTO member’s] special agreement”²⁰⁾ In a WTO dispute case concerning *Dominican Republic – Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, the panel confirmed that Article XV:9 is an exception or an affirmative defense against GATT Article XV.²¹⁾ In this case, the Dominican Republic argued that the measure at issue is a foreign exchange fee approved by the IMF and thus, it constitutes an “exchange restriction” within the meaning of GATT Article XV:9(a). According to GATT Article XV:2, the panel requested the IMF to determine whether the foreign exchange fee applied by the Dominican Republic is within the IMF’s jurisdiction. The IMF, however, found that the measure at issue is no longer subject to IMF’s approval and it does not constitute an exchange restriction within the meaning of GATT Article XV:9(a).²²⁾

The use of multiple currency practices or currency retention schemes are also condemned in the WTO because it has the effect of subsidies or dumping. For example, an interpretative note to GATT Article VIII states that “if...a contracting party is using multiple currency exchange fees for balance of payments reasons with the approval of the International Monetary Fund, the provisions

17) Article XI:2 of the GATS.

18) Article XII:5(e) of the GATS.

19) Article XV:9(a) of the GATT. For definition of ‘exchange control’ and ‘exchange restrictions’, see *supra* note 16, pp. 600-612.

20) WTO Panel Report, *Dominican Republic - Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, WT/DS302/R (adopted 19 May 2005), paras. 7.107, 7.131.

21) *Ibid.*, paras. 7.142-145.

of paragraph 9(a) of Article XV fully safeguard its position.”²³⁾ Since the multiple currency practices or current retention scheme have the effect of an export subsidy that are prohibited under the GATT Article XVI,²⁴⁾ these measures are not completely immune from the imposition of punitive actions such as anti-dumping duty (ADD) or CVD, which are imposed under the jurisdiction of national authority rather than from *supranational* entity. The GATT contracting parties included Note 2 to ‘paragraph 2 and 3’ of GATT *Ad* Article VI states that:

“Multiple currency practices can in certain circumstances constitute a subsidy to exports which may be met by countervailing duties under paragraph 3 or can constitute a form of dumping by means of a partial depreciation of a country’s currency which may be met by action under paragraph 2. By “multiple currency practices” is meant practices by governments or sanctioned by governments.”²⁵⁾

The interpretational issue of this article had been raised only once during the GATT panel meeting.²⁶⁾ The GATT Panel on Subsidies and State Trading clarified that the interpretative note does not preclude the use by a country from applying multiple exchange rates that were approved by the IMF, but there is a “clear obligation to notify to the CONTRACTING PARTIES multiple exchange rates that have the effect of a subsidy.”²⁷⁾

However, since the IMF encouraged its members to eliminate the use of multiple exchange rates, exchange control or exchange restrictions, the interpretational issues concerning these measures were not pronounced during the GATT. In fact, these exchange measures were commonly used under the gold exchange standard, and all gradually disappeared in the past. Therefore, these articles became inoperable under the WTO system.

22) Annex I, *Ad* Art. VIII(1) of the GATT. See also, Interpretative Note to Article XVI Section B paragraph 1: “Nothing in Section B shall preclude the use by a contracting party of multiple rates of exchange in accordance with the Articles of Agreement of the International Monetary Fund.”

23) During the Tokyo Round, the currency schemes were included in the illustrative list of export subsidies stipulated in Annex of the Subsidies Code. See also, Annex titled ‘Illustrative List of Export Subsidies’ paragraph (b) stating that “currency retention schemes or any similar practices which involve a bonus on exports.”

24) Paragraph 2 and 3 of *Ad* Article VI of the GATT.

25) GATT, Panel on Subsidies and State Trading: Report on Subsidies, L/1160, 23 March 1960.

26) *Ibid.* para. 13.

3. Development of Unilateral Policies against Currency Manipulation

3.1 USDOC's Modification of CVD Rules on Currency Manipulation

On 4 February 2020, the United States Department of Commerce (USDOC) issued a final rule that established a process by which it can impose tariffs against foreign companies from countries whose governments take action to undervalue their currency.²⁸⁾ This final rule provides a legal basis for the USDOC to regard currency undervaluation as an unfair export subsidy under the US CVD law and allows the use of import tariffs to offset this effect. As soon as this rule entered into force, the USDOC initiated CVD investigations into whether the alleged undervaluation of Vietnam and China's currency is a countervailable subsidy, respectively.²⁹⁾ Also, United States Trade Representative (USTR) self-initiated Section 301 investigation regarding Vietnam's currency undervaluation.³⁰⁾

In fact, the controversy over exchange rate policies has a long history. For example, the decision to investigate currency as an export subsidy had sparked a serious concern in the US Congress.³¹⁾ The US policymakers have been contemplating for a long-time various action plans to deal with China's intervention in exchange market.³²⁾ China has regularly intervened in international exchange markets to prevent renminbi from appreciating relative to other currencies, and this overtime has developed large global imbalances. Numerous public officials and commentators proposed both multilateral and unilateral actions against allegedly China's 'currency manipulation'. These proposals

27) USDOC. Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings. 85 FR 6031(4 February 2020) (effective as of 6 April 2020).

28) USDOC. Passenger Vehicle and Light Truck Tires from the Socialist Republic of Vietnam: Preliminary Affirmative Countervailing Duty Determination and Alignment of Final Determination with Final Antidumping Duty Determination. 85 FR 71607(10 November 2020); USDOC. Twist Ties from the People's Republic of China: Preliminary Affirmative Countervailing Duty Determination and Alignment of Final Determination with Final Antidumping Duty Determination. 85 FR 77167(1 December 2020).

29) USTR. Initiation of Section 301 Investigation: Vietnam's Acts, Policies, and Practices Related to Currency Valuation. 85 FR 63637(8 October 2020).

30) Irwin, D. A. (2017). *Clashing Over Commerce: A History of US Trade Policy* (Third ed.). Chicago: The University of Chicago Press, p. 670.

31) See among others, Mattoo, A., & Subramanian, A. (2009). Currency Undervaluation and Sovereign Wealth Funds: A New Role for the World Trade Organization. *World Economy*, 32(8), pp. 1135-1164; Staiger, R. W., & Sykes, A. O. (2010). 'Currency Manipulation' and World Trade. *World Trade Review*, 9(4), pp. 583-627; For more legal analysis, see Siegel, D. E. (2002). Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements. *American Journal of International Law*, 96(3), pp. 561-599; Zimmermann, C. D. (2011). Exchange Rate Misalignment and International Law. *American Journal of International Law*, 105(3), pp. 423-476.

include the possibility of referring the matter to the IMF by the Treasury Department, bringing a formal complainant to the WTO dispute settlement by the USTR, or treating China's 'currency manipulation' as a form of countervailable subsidies and impose CVDs on Chinese imports that materially injured competing US industries by the USDOC.

For decades, the USDOC maintained a position that it is both legally and economically impossible to demonstrate an existence of a 'subsidy' for nonmarket economy countries. The USDOC decided not to apply CVD law to NME countries arguing that subsidies, which is used by government to distort the market condition by definition do not exist in economies that are not controlled by market forces. In a 1986 case, the US Court of Appeals for the Federal Circuit sustained the USDOC's approach.³³⁾

Under pressure from various US industries, in 2007 *Coated Free Sheet Paper case from China*, the USDOC reversed its position and decided that since China was "significantly different from the Soviet-style economies at issue in Georgetown Steel" that difference enabled the agency to apply CVD law against Chinese imports.³⁴⁾ Since 2007, the USDOC has applied both AD and CVD in numerous cases involving China.³⁵⁾

In the *Coated Free Sheet Paper case*, the petitioners also requested the USDOC to investigate whether an undervaluation of Chinese currency constitute a form of a prohibited export subsidy. However, the USDOC declined to investigate China's currency subsidy allegation because the petitioner's allegations do not meet legal requirements to initiate an investigation.³⁶⁾ It explained that Chinese currency subsidies are available to all parties, not specifically to exporters and thus the subsidy is not 'specific' as required by the Tariff Act of 1930.

Despite its long-standing position, the USDOC has recently reversed its approach and modified regulatory procedures of CVD proceedings instead of amending the statutory requirement of the CVD law in Congress. On May 28, 2019, the USDOC proposed a modification to its existing definitions of 'specificity' and 'benefits'.³⁷⁾ After receiving comments, the USDOC published a final rule establishing a process of applying a CVD on imported products from a country whose government intentionally undervalued their currency.³⁸⁾ This final rule is applicable to all segments of proceedings

32) See *Georgetown Steel Corp. v. United States*, 801 F.2d 1308 (Fed. Cir. 1986).

33) USDOC. Notice of Initiation of Countervailing Duty Investigations: Coated Free Sheet Paper from the People's Republic of China, Indonesia, and the Republic of Korea. 71 FR 68546 (27 November 2006).

34) See Ahn, D & Lee, J. (2011). 'Countervailing Duty against China: Opening a Pandora's Box in the WTO System?', *Journal of International Economic Law*, 14(2), pp. 329-369.

35) Ibid.

36) USDOC. Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings. 84 FR 24406 (28 May 2019).

37) USDOC. Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings. 85

initiated on or after April 6, 2020.

Under the final rule, the USDOC can impose CVDs by calculating the benefits conferred when it determines that currency undervaluation has occurred due to government intervention. The final rule provides that the USDOC will ‘normally’ estimate currency undervaluation by taking in account the gap between the country’s real effective exchange rate (REER) and the REER that achieves an external balance over the medium term that reflects appropriate policies or otherwise known as the equilibrium REER.³⁹⁾ The new rule explicitly provides that USDOC will only make an affirmative finding if there has been ‘government action on the exchange rate’ and that such government action “will not normally include monetary and related credit policy of an independent central bank or monetary authority.”⁴⁰⁾

In assessing currency undervaluation by government intervention, the final rule explicitly provides that the USDOC can refer to the Treasury Department’s evaluation and conclusion.⁴¹⁾ However, the USDOC made it clear that the Treasury’s analysis is distinct from the analysis as to whether there is undervaluation for purpose of a CVD proceedings. This implies that USDOC’s decision to conduct a CVD investigation and apply duties thereby is separate from the Treasury’s designation of a currency manipulator.

In contrast to the final rule, in a preliminary determination of the CVD case involving *Passenger Vehicle and Light Truck (PVL) Tires from the Socialist Republic of Vietnam*, the USDOC completely relied on the Treasury’s estimation of the extent of undervaluation of Vietnamese dong to calculate a countervailable subsidy rate for each investigated companies.⁴²⁾ In addition, although the USDOC’s final rule explicitly states that the calculation of currency undervaluation should be based on direct estimation of the REER model, the Treasury used the current account (CA) model based on the IMF’s External Balance Assessment (EBA) methodology.

Since the USDOC modified its rules to impose a CVD based on currency subsidy allegations, any foreign country affected by it could challenge the USDOC’s practice in the WTO dispute settlement or in the US Court of International Trade (CIT). The complainant, however, has a burden to show that the final rule is *by law* and *in fact* inconsistent to the US CVD law. As analyzed below, however, establishing a claim against the USDOC’s final rule is an arduous task. And it is even

FR 6031(4 February 2020) (effective as of 6 April 2020).

38) 19 CFR §351.528(a)(1).

39) 19 CFR §351.528(a)(2).

40) 19 CFR §351.528(c).

41) USDOC. Decision Memorandum for the Preliminary Affirmative Determination: Countervailing Duty Investigation of Passenger Vehicle and Light Truck Tires from the Socialist Republic of Vietnam. (30 October 2020).

more daunting to bring a case to the WTO dispute settlement because its appeal function is in jeopardy. The new CVD rule may prompt disputes in the CIT. Since the new rule appears to insufficiently meet the requirements of definition of a ‘subsidy’ under the WTO ASCM, it could raise a serious legal battle.

3.2. Assessment of the USDOC’s new CVD rule

In order to invoke a CVD, the USDOC must establish that an exporting country’s foreign exchange rate policy satisfy the legal definition of a ‘subsidy’ under Article 1 of the WTO ASCM. Many commentators and policymakers debated for a long time whether it is possible to characterize Chinese currency practices as measures that amount to export subsidization.⁴³⁾

The first legal hurdle is to prove that there is a financial contribution by government or any public body under Article 1.1 of the WTO ASCM. The USDOC’s final rules do not directly address financial contribution, and it emphasized that determination on this matter will be made on a case-by-case basis. Although it is not specified in the final rule, when the USDOC first proposed this rule it explained that “the receipt of domestic currency from an authority (or an entity entrusted or directed by an authority) in exchange for US dollars could constitute financial contribution under section 771(5)(D) of the Act.”⁴⁴⁾ Also, the USDOC responses to various comments on the final rule explained that if the exporting enterprises receive more domestic currency in exchange for each US dollar converted than they would otherwise earn in the absence of the currency undervaluation, it could be ‘direct transfer of funds’ under the US CVD law.

Since the receipt of domestic currency in exchange for dollars is made through state-controlled banks (SCB) or state-owned commercial banks (SOCB), the USDOC has an evidentiary burden to prove that an exporting country’s SCB and SOCB are either a ‘public body’ or ‘entrusted or directed’ by government to provide various financial contributions. Since there is no clear definition of these terms in the WTO agreement, there has been a huge controversy between

42) Terence P. Stewart argued that China’s currency practices can be successfully challenged in the WTO dispute settlement system, see Stewart, T. P., Dwyer, A. S., & Stirk, D. J. (2006). Response to Bacchus/Shapiro Analysis of WTO-Consistency of Hunter-Ryan Bill(HR 1498). Retrieved from http://faircurrency.org/pdfs/Memo_on_Response_to_RH_Bill.pdf, last visited 26 November 2020. Other experts, however, disagreed, see Mattoo, A. and Subramanian, A. (2009) ‘Currency Undervaluation and Sovereign Wealth Funds: A New Role for the World Trade Organization’, *The World Economy*, 32: 1135-1164; Staiger, R. W. and Sykes, A. O. (2010) “Currency Manipulation’ and World Trade”, *World Trade Review*, 9(4), 583-627; Zimmermann, C. D. (2011) ‘Exchange Rate Misalignment and International Law’, *American Journal of International Law*, 105(3), 423-476.

43) USDOC. Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings. 84 FR 24406 (28 May 2019).

WTO panels and the AB in interpreting these terms.⁴⁵⁾ The panel seems to hold the view that when deciding if a body is public, ownership should be decisive criterion although this factor *per se* is not perfect substitute for control.⁴⁶⁾ The AB, however, held that a ‘public body’ in the sense of Article 1.1 ASCM should be determined by whether the entity ‘possessed, exercised or vested with government authority’, not merely based on ownership structure.⁴⁷⁾ This AB decision led to a huge controversy in the WTO dispute settlement and the panel practically modified the AB rulings allowing the investigating authority to find ‘meaningful control’ by government instead of exercise of governmental authority in *US – Countervailing Measure (China)(Article 21.5 – China)*.⁴⁸⁾ However, in this case, the AB again ruled in favor of the approach that it had followed in the its report on *US – Antidumping and Countervailing Duties (China)* that for an entity to be acknowledged as a public body it must exercise government control, not just possessing the possibility of it.⁴⁹⁾

Second, even if a ‘financial contribution’ could be found, it is essential that exchange practices confer a ‘benefit’ to the recipient. The WTO ASCM does not define the notion of ‘benefit’, but numerous dispute settlement rulings held that a benefit exists if the government contribution makes the recipient better off than it would have been had it obtained the same contribution in the marketplace.⁵⁰⁾ The chapeau of Article 14 of WTO ASCM provides a procedural obligation within which this calculation is to be performed, although the precise detailed method is not established. Firstly, any method used by an investigation authority to calculate the amount of a subsidy in terms of benefit to the recipient should be provided for in the national legislation or implementing regulations. Secondly, the application of that method in each particular case shall be transparent and adequately explained. Thirdly, any such method to calculate the benefit shall be consistent with the guidelines contained in subparagraphs (a) to (d) of Article 14. These guidelines cover four basic government financial contributions such as equity infusions, loans, loan guarantees, and government provision of goods or services or government purchase of goods.

44) For interpretational issue of a ‘public body’ in Article 1 of the WTO ASCM, see Ahn, D. (2021). ‘Why Reform is Needed: WTO Jurisprudence on “Public Body”’, *Global Policy (forthcoming)*.

45) WTO Panel Report, *European Communities — Countervailing Measures on Dynamic Random Access Memory Chips from Korea*. WT/DS299/R (adopted on 3 August 2005); WTO Panel Report, *United States — Countervailing Duty Investigation on Dynamic Random Access Memory Semiconductors (DRAMs) from Korea*. WT/DS296/R (adopted on 20 July 2005).

46) WTO Appellate Body Report, *United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China*. WT/DS379/AB/R (adopted on 25 March 2011), para. 290.

47) WTO Recourse to Article 21.5 of the DSU, *United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*. WT/DS437/RW (adopted on 15 August 2019), para. 7.66.

48) WTO Recourse to Article 21.5 of the DSU, *United States — Countervailing Duty Measures on Certain Products from China*. WT/DS437/AB/RW (adopted on 15 August 2019), paras. 5.92-98.

49) WTO Panel Report, *United States — Subsidies on Upland Cotton*, WT/DS267/R (adopted on 21 March 2005), paras. 7.1116 and 7.1118. See also Panel Reports, *European Communities and Certain member States — Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/R (adopted 1 June 2011), para. 7.1501.

Regarding benefit analysis, the USDOC determines whether there is an undervaluation by comparing the gap between the country's REER and equilibrium REER. And where such a difference exists, the amount of the benefit conferred on each investigated firm from the currency undervaluation will be calculated by calculating the difference between the amount of currency the firm received in exchange for the US dollars and the amount of currency that firm would have received absent the government intervention in exchange rates.⁵¹⁾

In practice, for the first part of the analysis, the USDOC requested the Treasury to assess the extent of currency undervaluation during the period of investigation. For the purpose of the CVD proceeding on Vietnam's tire industry, the Treasury quantified the extent of currency misalignment derived from its estimates of the current account balances for 51 countries that are consistent with economic fundamentals and appropriate policies over the period between 1986 and 2018.⁵²⁾ The Treasury developed a Global Exchange Rate Assessment Framework (GERAF) empirical model based on IMF's EBA methodology to estimate that Vietnamese dong had been undervalued against dollar by 4.7% in 2019.⁵³⁾ After it has been confirmed by the Treasury that Vietnamese dong was undervalued during the relevant period, the USDOC determined that the amount of benefits provided to each mandatory respondent in the CVD proceedings. To do so, the USDOC deducted 4.7 percent of undervaluation estimated by the Treasury to each currency exchange transaction reported by mandatory respondents, and aggregated the sum of these individual transactions. Then, a countervailable subsidy rate for each respondent was calculated by dividing the aggregated sum of individual transactions minus the estimated devaluation rate by the total sales conducted in dollars during the period of investigation.⁵⁴⁾

This method for calculating the amount of benefits bestowed raises both legal and economic problems. In accordance with the WTO ASCM, the benefit analysis should capture the total effect of what a recipient has received as a result of a government subsidy program.⁵⁵⁾ However, the USDOC's method of calculating 'benefits' by aggregating the sum of dollar earnings converted into domestic currencies in a bank during the period of investigation ignores any effects on imports by

50) 19 CFR 351.528(b)(2).

51) US Department of the Treasury. Treasury Submission to Commerce regarding Currency. (24 August 2020).

52) Ibid., p. 2.

53) Vietnam, and 1.16 percent *ad valorem* for Sailun. See, USDOC. Decision Memorandum for the Preliminary Affirmative Determination: Countervailing Duty Investigation of Passenger Vehicle and Light Truck Tires from the Socialist Republic of Vietnam. (30 October 2020).

54) The WTO AB also affirmed that benefit analysis requires an examination of both what is received and what is paid in return, see WTO. *European Communities and Certain member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft*, WT/DS316/AB/R (adopted on 18 May 2011), paras. 998-999, 1025; WTO. *Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R (adopted on 8 February 1999), paras. 154-156.

focusing only on the export increase of a firm as a result of an undervaluation.⁵⁶⁾

Even if the USDOC's new rule considers only the export-side of the benefit analysis, the methodology of calculating a countervailable subsidy rate partially accounts for increase in export sales of a producer as a result of a government undervaluation by focusing only on the firm's dollar earnings converted in a bank. Producers as rational actors can choose when and how to realize the dollar earnings into domestic currencies in order to increase their revenue. For example, if a producer increased export sales as a result of an undervaluation in domestic currency, it is more advantageous to convert the dollar earning into domestic currency when the value of domestic currency appreciates. A producer's rational decision to hedge exchange rate volatility creates a time lag for the producer to convert its dollar earnings into domestic currency. Also, a producer may use the dollar export earnings for other purposes, such as investments abroad, purchase of raw materials, insurance payments and others, instead of directly turning into cash revenue. Any indirect benefits received by the producers as a result of an undervaluation will not be counted by the USDOC unless the payments are converted into domestic currencies in a bank. Thus, there is a mismatch between the actual amount of benefits received by a producer and the USDOC's calculation of the amount of benefits during the period of investigation.

Third, the USDOC's new rule provides that it will 'normally' consider enterprises that buy or sell goods internationally to comprise a group. The final rule expanded the scope of the term 'group' from the initial proposed rule. The USDOC first proposed that it would consider 'enterprises that *primarily* buy or sell goods internationally' to comprise a group, but has omitted the term 'primarily' from the final rule. Therefore, the USDOC can find a currency subsidy to be specific to the traded goods sector of an economy if it engages in international trade.

In the *PVLT Tires from Vietnam* case,⁵⁷⁾ the USDOC preliminarily determined that the 'traded good sector' disproportionately or predominantly used the exchange of foreign currency based on the IMF data on USD inflows to Vietnam.⁵⁸⁾ The USDOC determined that this criteria is consistent with the statutory criteria of determining *de facto* specificity under Article 2.1(c) of the WTO ASCM and Section 771(5A)(D)(iii) of the Tariff Act of 1930.

Under Article 2 of the ASCM, a subsidy must be 'specific' to certain enterprise or industry or group of enterprises or industries. The term 'certain enterprises' is both very broad and ambiguous

55) For more legal analysis on this issue, see Lee, J. (2020). A Story Half Told – Selective Benefit Assessment in the New US CVD Rule for Exchange Rates. *Journal of International Economic Law*, 23(4), pp.907-928.

56) USDOC. Decision Memorandum for the Preliminary Affirmative Determination: Countervailing Duty Investigation of Passenger Vehicle and Light Truck Tires from the Socialist Republic of Vietnam. (30 October 2020).

57) Ibid., p. 23.

concept. Decisions in the WTO disputes have previously defined the concept of industry or a group of industries as related to producers of certain products. The panel in *United States – Subsidies on Upland Cotton* held that a subsidy would cease to be specific if it is sufficiently broadly available throughout an economy as not to benefit a particular limited group of producers of certain products.⁵⁹⁾

It has been criticized that the USDOC's definition of 'group' does not refer to an identifiable group of enterprise, so it is a violation of the ASCM. However, the administration argues that the definition of 'group' in the final rule refers to an identifiable group of enterprises, and therefore it is specific.

One argument is that currency undervaluation could be considered a *de facto* prohibited subsidy – those contingent on exports or the use of domestic goods over imports and thus deemed 'specific' under Article 3.1 of the ASCM.⁶⁰⁾ Footnote 4 to Article 3.1(a) of the ASCM states that the standard is met when granting of a subsidy is 'tied to' actual or anticipated exportation or exporting earning. It could be argued that exchange rate policy is 'tied to' export performance because in order for the foreign exchange rate policy to operate, products must be traded internationally.

However, the currency undervaluation is 'tied to' exchange of currency not to export or import performances.⁶¹⁾ An exchange rate policy is contingent upon overall economic situation, not particularly on exports or imports. As noted in footnote 4 of the ASCM, "the mere fact that a subsidy is granted to enterprises which export shall not for that reason alone be considered an export subsidy within the meaning of this provision." Thus, *de facto* export contingency must be demonstrated by facts, and what facts should be taken into account will depend on the circumstances of a particular case.

1.1. Currency Provisions in the FTAs

The least troublesome diplomatic option to address currency manipulation of a foreign country from a legal perspective is to utilize an oversight role of the Treasury Department under the Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988. Section 3004 of the Act, codified at 22 U.S.C. §5304, requires the Secretary of the Treasury to conduct an annual analysis of the exchange rate policies of foreign countries, and to consider whether such country is 'manipulating' their

58) WTO Panel Report. *United States — Subsidies on Upland Cotton*. WT/DS267/R (adopted on 21 March 2005), para. 7.1142.

59) The USDOC explained in full sentence that "specifically in the context of undervalued currency, moreover, we note that if an exchange rate is too low or undervalued, it underprices exports and overprices imports. This directly distorts international trade on a systematic basis with the same direct adverse impact on trade as the simultaneous provision of import-substitution and export subsidies." See, USDOC. Modification of Regulations Regarding Benefit and Specificity in Countervailing Duty Proceedings. 85 FR 6031 (4 February 2020) (effective as of 6 April 2020) p. 6039.

60) See *supra* note 1, p. 609.

currencies. For a country that have global current account surpluses and have significant bilateral trade surpluses with the US, the Treasury can initiate expedited negotiations with the country in question either bilaterally or under the auspices of the IMF. This option does not frustrate any obligations with the WTO or the IMF.

In addition to Section 3004, influential members of the US congress insisted that an exchange rate chapter be included in trade agreements during Obama Administration for stronger US actions against China. The bipartisan majorities urged the inclusion of enforceable currency driplines in the Trans-Pacific Partnership (TPP) agreement and all future US trade agreements.⁶²⁾ The main objective was to abstain members from manipulating their exchange rates and impose trade sanctions for misbehavior.⁶³⁾

However, since most of the TPP members have refused to consider an exchange rate chapter, a ‘Joint Declaration of the Macroeconomic Policy Authorities of Trans-Pacific Partnership Countries’ was separately signed.⁶⁴⁾ This Declaration was prepared by the Congress which also passed the new legislation of the Bennet Amendment to the Trade Facilitation and Trade Enforcement Act of 2015 tightening the US’ currency policy. Some US congressmen suggested drafting a companion bill to Trade Promotion Authority that would authorize CVDs equal to the subsidy equivalent of manipulated currencies, but the currency legislation did not pass the congress due to severe criticisms.⁶⁵⁾ Unlike an official chapter, the Declaration is not legally enforceable. Furthermore, after the US’ withdrawal from the TPP, the other 11 members signed Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership (CPTPP) excluding the currency obligation on 8 March 2018 and the agreement entered into force on 30 December 2018.

In contrast to the TPP’s Joint Declaration, the US insisted a separate chapter explicitly stating the party’s commitments on exchange rate matters which are legally enforceable in a new updated North American Free Trade Agreement (NAFTA). On July 1, 2020, the USMCA entered into force fulfilling the former President Trump’s promise.⁶⁶⁾ Although much of the USMCA builds on the

61) Bergsten, F. C. and Gagnon, J. E. (2017) Currency Conflict and Trade Policy: A New Strategy for the United States, Peterson Institute for International Economics, Washington DC, p. 145.

62) The recommended TPP chapter confirmed members’ obligations under the IMF Articles of Agreement but added specific thresholds to impose sanctions for violation. Fred Bergsten from Peterson Institute for International Economics proposed that a finding that the following commitments had been violated should trigger a sanction: large current account surpluses, excessive levels of reserves, and substantial intervention. See, Bergsten, C. F., & Gagnon, J. (2012). ‘Currency Manipulation, the US Economy, and the Global Economic Order,’ *Peterson Institute for International Economics* (Policy Brief 12-25).

63) The proposal to include an exchange rate chapter was rejected by the Obama Administration arguing that the TPP negotiations had advanced too far to add major controversial issues on the table. Bergsten, C. F., & Gagnon, J. (2017), *supra* note 1, p. 145.

64) Hufbauer, G. C., & Cimino-Isaacs, C. (2015). How will TPP and TTIP Change the WTO System? *Journal of International Economic Law*, 18(3), p. 693.

existing NAFTA, a significant difference is the addition of a separate chapter on ‘Macroeconomic Policies and Exchange Rate Matters’. This chapter consists of 8 articles, including establishment of an institutional framework for monitoring and surveillance and obligations to resolve dispute by recourse to USMCA dispute settlement procedure. This chapter could set a new precedent for future US trade agreements with other countries.

Since the US, Mexico and Canada already have floating exchange rate policies and are obligated under the IMF Articles of Agreement, the practical impact of Chapter 33 is limited. However, for the first time in the FTA a separate chapter reaffirming each party’s commitments and adherence to the IMF Articles of Agreement to avoid manipulating exchange rates have been included. The chapter also explicitly states each party’s transparency obligations to publicly report monthly data on foreign exchange reserves and government intervention in foreign exchange markets, quarterly balance of payments, as well as data on exports and imports. In addition, Article 33.6 establishes a Macroeconomic Committee composed of principal representatives of each party. The Committee is required to meet at least annually to discuss each party’s macroeconomic and exchange rate policies as well as any issues, challenges, or efforts to strengthen capacity with respect to transparency and reporting.

Furthermore, to enforce effective implementations of these obligations, if one party violates transparency requirements, the other party can initiate an expedited bilateral consultation process. Article 33.2 provides that the consulting parties shall meet “within 30 days of the request to arrive at a mutually satisfactory resolution of the matter within 60 days of their initial meeting.” If the parties fail to reach a mutually satisfactory resolution, the IMF may be invited to undertake rigorous surveillance and initiate formal consultation. The agreement specifies explicitly that the parties have recourse to the USMCA dispute resolution mechanism for any alleged failure to meet Chapter 33 on transparency and reporting obligations, not for substantive matters such as exchange rate manipulation.

Although the substantive obligations in the chapter will not be anything new compared to the IMF Articles of Agreement, the new chapter on currency allows the US to undertake enhanced engagement and follow-up actions with countries that persistently manipulate their currency values and cause global imbalances as a result. It is the first time in any trade negotiation to include a tool to deal with this problem and it could set a precedent for future negotiations.

65) USTR. Agreement between the United States of America, the United Mexican States, and Canada. (1 July 2020). Retrieved from <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>, last visited 11 October 2020.

At the height of the trade tension between China and US, the US formally named China as a currency manipulator for the first time since 1994.⁶⁷⁾ Then on 13 January 2020, two days before the phase one deal between the two countries was signed, the US Treasury Department removed China's designation as a currency manipulator.⁶⁸⁾

The Chapter 5 on 'Macroeconomic Policies and Exchange Matters and Transparency' in Economic and Trade Agreement between US and China addresses the most contentious issue in the bilateral relationship between the two countries. This chapter mostly reaffirms each party's commitments in the IMF Articles of Agreement including an obligation not to manipulate exchange rates in order to prevent effective balance of payments or to gain unfair competitive advantage, maintain a market-determined exchange rate, and enhance transparency related to exchange-related information.

Although this agreement is not a formal FTA, a formal currency chapter was established in a trade agreement containing an effective bilateral enforcement mechanism. Article 5.4 paragraph 1 provides that if there are any issues related to exchange rate policy or transparency of each party, it can be referred to the established procedure of Bilateral Evaluation and Dispute Resolution Arrangement in Chapter 7 of the Agreement. If a party submits an appeal, once the assessment is done by the Bilateral Evaluation and Dispute Resolution Office, the parties will commence consultation. However, if parties cannot resolve the dispute diplomatically, Article 7.4(b) of the Agreement states that the complaining party may either 'suspend an obligation under this agreement' or 'adopt a remedial measure in a proportionate way that it considers appropriate with the purpose of preventing the escalation of the situation and maintain the normal bilateral trade relationship.' Since both parties affirmed their rights and obligations with respect to each other under the WTO Agreement, any remedial action should also be in consistent with the existing WTO rules. Also, the party complained against may decide also whether the action of the complaining party was taken in good faith and if not, then the party can withdraw from the agreement.

Given the few obligations both parties undertook in this agreement under the currency chapter, it is unlikely that there will be any significant tensions between US and China on this matter. Nevertheless, if US claims an appeal targeting China's implementation of rules on exchange rate practices or transparency, it will provide a chance for the US to take remedial actions, leaving China

66) US Department of Treasury, Macroeconomic and Foreign Exchange Policies of Major Trading Partners of the United States. (May 2019). Retrieved from <https://home.treasury.gov/system/files/206/2019-05-28-May-2019-FX-Report.pdf>, last visited 10 October 2020.

67) US Department of Treasury, Macroeconomic and Foreign Exchange Policies of Major Trading Partners of the United States. (January 2020). Retrieved from <https://home.treasury.gov/system/files/136/20200113-Jan-2020-FX-Report-FINAL.pdf>, last visited 10 October 2020.

to decide whether to address US concern or withdraw from the deal.

4. Challenges for the WTO to Embrace Exchange Rate Issues

In recent years, new trade rules have been developed by the US to regulate global imbalances created by exchange rate manipulation. The USDOC modified its CVD regulation to impose punitive tariffs against government intervention in exchange rate policy. Furthermore, the USTR included formal currency provisions in USMCA reaffirming each party's obligations concerning their exchange rate policy. However, the existing trading rules are inadequate and ambiguous to incorporate these issues. Unless a more coherent rule to deal with currency manipulation is developed by the WTO Members as well as relevant international organizations, the world trading system will encounter more serious uncertainty that encourage abusive unilateral policies against ambiguous concept of "currency manipulation."

4.1. Need for Coordination between IMF and WTO

Although the IMF Articles had been significantly revised in the wake of the collapse of the Bretton Woods system, the changes in international monetary system had not been reflected in the trading rules although it had an opportunity to do so during the Tokyo Round. The GATT articles remained intact without any modification and it became a part of the WTO Agreement.

Considering the interconnectedness of trade, balance of payments and exchange rate policies, establishing a rule for cooperation between trade and finance organization should be an area of common interest for the IMF and the WTO. The expansion of trade depends on appropriate domestic macroeconomic management and foreign financing to prevent balance of payments disequilibria from pressuring governments to apply restrictive trade or exchange rate policies.

The Marrakesh Declaration of April 15, 1994 provided that one of the negotiating objectives of the WTO is inter alia "to achieve greater coherence in global economic policy-making through

strengthening its relationship with other international organizations for monetary and financial matters.”⁶⁹⁾ The ‘Functioning of the GATT System (FOGS)’ negotiating group was established in order to establish statutory linkages and cooperation between these institutions, but no formal agreement entered into force.

Article III:5 of the ‘Agreement Establishing the World Trade Organization’ states that “with a view to achieving greater coherence in global economic policy-making, the WTO shall cooperate, as appropriate, with the International Monetary Fund and with the International Bank for Reconstruction and Development and its affiliated agencies.”⁷⁰⁾ This mandate is re-emphasized and elaborated in paragraph 5 of the Declaration of the World Trade Organization to Achieving Greater Coherence in Economic Policy Making (so-called ‘Coherence Declaration’), which states that the WTO should “pursue and develop cooperation with the international organizations responsible for monetary and financial matters.”⁷¹⁾ This is to be done while respecting the mandate and necessary autonomy of each organization, and more importantly, while avoiding the imposition of cross-conditionality or additional conditions on member states.

Paragraph 8 of the ‘WTO Agreements with the IMF and the World Bank’ adopted by the General Council in November 1996, provides that they would communicate with each other about matters of mutual interest. The WTO dispute settlement panels are specifically excluded from the obligations to communicate, but paragraph 8 further states that the IMF shall inform the WTO, including its dispute settlement panels, when the WTO is “considering exchange measures within the Fund’s jurisdiction.”⁷²⁾ Paragraphs 3 and 4 state that the IMF has agreed to inform the WTO about any decisions it had made approving any restriction a country might impose on international payments, discriminatory currency practices, or other measures aimed at preventing a larger or sustained outflow of capital.⁷³⁾ The IMF also agreed to participate in consultations held by the WTO Committee on Balance of Payments Restrictions regarding any discussion on measures taken by members to safeguard its balance of payments.⁷⁴⁾

In spite of these efforts, the *legal* relationship between the IMF and the WTO is still based

68) GATT. Draft Ministerial Declaration on the Uruguay Round. *MIN(86)/W/19* (20 September 1986).

69) WTO, Article III:5 of the Final Act of the Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations (Marrakesh Declaration) (15 April 1994).

70) Declaration on the Contribution of the World Trade Organization to Achieving Greater Coherence in Global Economic Policymaking. Retrieved from https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/32-dchor_e.htm, last visited 1 December 2020.

71) WTO. WTO Agreements with the Fund and the Bank: Approved by the General Council and its Meeting on the 7, 8 and 13 November 1996. *WT/L/195* (18 November 1996).

72) Ibid, para. 3.

73) Ibid, para. 4.

on the articles of GATT and the Articles of Agreement of the IMF.⁷⁵⁾ The ‘Declaration on the Relationship of the World Trade Organization with the International Monetary Fund’, which is included in the final act of the Uruguay Round confirmed that “unless otherwise provided for in the Final Act, the relationship of the WTO with the International Monetary Fund, with regard to the areas covered by the Multilateral Trade Agreements in Annex 1A of the WTO Agreement, will be based on the provisions that have governed the relationship of the CONTRACTING PARTIES to the GATT 1947 with the International Monetary Fund.”⁷⁶⁾

When the contracting parties negotiated the GATT texts, they were mostly concerned about restricting discriminatory currency practices based on the par value system.⁷⁷⁾ The GATT negotiators recognized that multiple currency practices or currency retention schemes could potentially lead to trade distorting effect and restricted such practices unless they were consistent with the IMF’s rules. However, since multiple currency practices and currency retention schemes became uncommon after the collapse of the par value system, there is nothing in the WTO ASCM that could directly restrict members from applying certain exchange rate practices.

Also, after the Uruguay Round negotiations, the use of CVDs became permissible only under the WTO system. To impose a CVD, investigating authorities must first determine that import competing industries have been materially injured by subsidized imports. These criteria call into question whether the measure at issue fits the definition of ‘subsidy’ under the WTO ASCM. Also, a member must conform to specific rules and procedures set forth in the WTO ASCM in order to invoke a CVD.

Thus, in order to impose a CVD against an exporting country which had undervalued its exchange rates so as to promote exports, the importing country’s investigating authority must first demonstrate that a foreign country’s exchange rate policy constitute a form of ‘subsidy’ under Article 1 of the WTO ASCM. More fundamentally, there is an issue of determining the nature and extent of currency misalignment. If there is a dispute regarding this matter, the WTO panels and the AB have to rely on the IMF’s expertise and judgement. However, how to coordinate this process and to what extent should they defer judgement to the IMF are ambiguous under the existing WTO rules.

74) Ahn, D. (2000) ‘Linkages Between International Financial and Trade Institutions’, Journal of World Trade, 34(4), p. 12.

75) Declaration on the Relationship of the World Trade Organization with the International Monetary Fund. Retrieved from https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/34-dimf_e.htm, last visited 1 December 2020.

76) Jackson, J. H. (1969), *supra note* 11, pp. 479-481.

4.2. Need for Objective and Reasonable Methodology to Estimate Currency Manipulation

The effect of exchange rates on trade have always been subject to academic debates. As the WTO Director General Pascal Lamy stated, “exchange rates are, and have always been, a highly sensitive subject in the WTO.”⁷⁷⁾ There are reasonable explanations on why trade rules concerning members’ exchange rate policy has been ambiguous and less developed. First, exchange rates are endogenous variables that result from the complex interaction of macroeconomic, financial and trade determinants. On average, exchange rate volatility negatively affects individual traders, but the extent of this effect depends on various factors such as the structure of production, the existence of hedging instrument, and the degree of economic integration across countries.⁷⁹⁾ Second, the exact impact of exchange rates on traders is an empirical question. In the short-run with price rigidity, exchange rate misalignments could affect international trade flows depending on how the exporter’s invoice their products.⁸⁰⁾ However, the trade effects of currency misalignments are predicted to disappear in the long-run, if the prices fully adjust. Thus, the translation of the impact of currency misalignment into an equivalent set of trade policy actions is a complex task and should be fraught with caution.

Whether an exchange rate is misaligned depends first on establishing a notion about what constitutes an equilibrium value of exchange rates. It should be noted that there is no single concept of equilibrium exchange rates. Different modeling assumptions and approaches generate different conditions of equilibrium and thus different estimations of the equilibrium exchange rate even for the same economy. Indeed, there is no consensus on one single model that can successfully predict exchange rates over a wide selection of countries and time horizons.

In order to establish equilibrium exchange rate values, the most common approach is to use the concept of real exchange rate (RER), which is the nominal exchange rate adjusted by the ratio of domestic to foreign prices. The value of a currency in terms of its global foreign exchange value is measured by an effective exchange rate. The REER which is defined as a geometric weighted average of a number of bilateral exchange rates deflated by price indices is the key variable that measures competitiveness of a country’s currency value relative to others.

There are a variety of methods for estimating the equilibrium REER. The oldest theory of exchange rate determination is based on PPP.⁸¹⁾ In theory, nominal exchange rates should evolve

77) Ibid.

78) Auboin, M., & Ruta, M. (2013). ‘The Relationship between Exchange Rates and International Trade: A Literature Review,’ *World Trade Review*, 12(3), pp. 583-585.

79) The theoretical discussions are elaborated in detail in Staiger, R. W. and Sykes, A. O. (2010), *supra* note 1.

to neutralize competitiveness changes induced by movements in price indexes across countries, so that real exchange rates behave as mean reverting processes. The relative PPP theory is the most appealing one from the economic standpoint, because it assumes that the relative purchasing power of two different monetary units remains broadly unchanged over the long run. However, many academics argue that the pace of mean reversion is slow if a return happens at all. Rogoff (1996) referred to the lack of swift adjustment as the ‘PPP puzzle.’⁸²⁾ This implied that the convergence in purchasing power of different currencies is empirically irrelevant, and other models identifying the role of macroeconomic policies in driving external imbalances developed.⁸³⁾

Alternatively, Williamson (1994) developed the concept of the ‘fundamental equilibrium exchange rate (FEER),’⁸⁴⁾ which is an exchange rate that is consistent with medium-term macroeconomic balance.⁸⁵⁾ The condition of FEER is defined by simultaneous achievement of internal and external balance – that is low inflation and full employment with a sustainable current account balance. This approach involves a procedure of identifying targets for sustainable current account balances for each country.

The CGER developed the EBA framework in 2012, which includes both CA and REER models.⁸⁶⁾ The two models are complementary. When the IMF conducts Article IV consultations, it uses both models to estimate the extent of currency misalignment. The variables affecting macroeconomic balance and equilibrium REER may or may not overlap. The key difference is that the policy variable affecting the CA balance is based on fiscal policy, while this variable is excluded from the REER model because its impact is insignificant. Instead, the REER model includes a monetary policy variable, proxied by real interest rate differentials. Also, the CA model examine the structure of the CA and then translate those findings into exchange rates instead of looking at the past trends of the real exchange rates directly like the REER model. The CA model requires solving a system of equations to find the level of the real exchange rate that achieve internal and external

80)mGustav Cassel was the first to operationalize purchasing power parity and empirically test it.

81) See e.g., Rogoff, K. (1996). The Purchasing Power Parity Puzzle. *Journal of Economic Literature*, 34 (2), pp. 647–668; Taylor, A. M., & Taylor, M. P. (2004). The Purchasing Power Parity Debate. *The Journal of Economic Perspectives*, 18(4), pp 135-158; Norman, S. (2010). How Well Does Nonlinear Mean Reversion Solve the PPP Puzzle? *Journal of International Money and Finance*, 29(5), pp. 919-937.

82) Kenneth, R. (1996). The Purchasing Power Parity Puzzle. *Journal of Economic Literature*, 34(2), pp. 647-668.

83) There are several acronyms that are applied to broadly similar models, which include desirable equilibrium exchange rate (DEER), behavioral equilibrium exchange rate (BEER) and natural equilibrium exchange rate (NATREX) models.

84) Williamson, J. (1994). *Estimating Equilibrium Exchange Rates*. Washington, DC: Institute for International Economics, pp. 179-180.

85) See Cubeddu et al. (2018) ‘The External Balance Assessment Methodology: 2018 Update’, IMF Working Paper 19/65, Washington: International Monetary Fund, 1-68. For detailed discussion of the original EBA methodology, see also, Phillips et al. (2013). *The External Balance Assessment (EBA) Methodology*. Washington, D.C.: International Monetary Fund.

balance in the medium term. Cubeddu et al. (2019) estimate the ‘current account norm’ – that is, the cyclically adjusted CA that occurs when macroeconomic policies are set at desirable medium term levels, and compare the norm to the observed cyclically adjusted actual current account finding a current account gap. The CA gap can be further decomposed into policy gaps and residual gaps which can be then be transformed into implied REER gaps.

However, it is difficult to determine which method is more superior than the other. Certain independent variables that are statistically significant in one model may turn out to be insignificant in the other model. The two models can also yield contrasting results, and if so, it is difficult to say one result is more accurate than the other. The IMF also does not rely on one specific model for its analysis. In fact, based on data collected and summarized below in Table 1, even the results of the IMF’s assessment of a country’s currency misalignment showed that there is a huge discrepancy within the EBA methodology between 2013 and 2019. In particular, Figure 1 shows that the two different models indicated opposite results for the estimation of under or over-valuation of exchange rates for countries like China, Vietnam, Malaysia, Japan, Korea and US. Also, the two models indicated the opposite results even for the direction of undervaluation

As analyzed below, one model found a substantial undervaluation of a currency, while another model found no undervaluation or even overvaluation. Although it is difficult to find an explanation for such discrepancy, it can be argued that the REER model accounts for cyclical or transitory factors that may affect the level of an exchange rate while the CA model does not account for such factors. However, there is no broadly accepted ‘right’ model for estimating the equilibrium REER. Even the IMF refers to both CA and REER models when attempting to discern misalignment. If many models and indicators provide similar results, then the basis for rendering a judgement could be strengthened. In the meantime, the interpretations and applications of these estimation should be conducted with the utmost caution when translating the results into a countervailable subsidy rate.

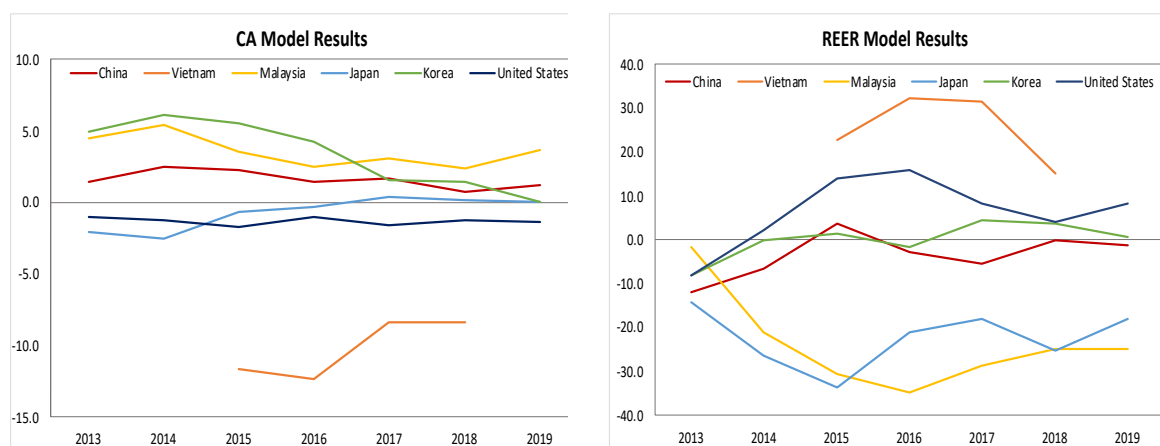
Table 1 IMF Estimation of Major Countries' Undervaluation using EBA Methodology

Country	2013	2014	2015	2016	2017	2018	2019
China							
Actual CA	1.9	2.1	3.0	1.7	1.4	0.4	1.0
CA model	1.5	2.5	2.3	1.5	1.7	0.8	1.2
REER model	-12.0	-6.5	3.9	-2.7	-5.3	0.0	-1.1
Vietnam							
Actual CA	-1.9	N/A	0.5	4.1	2.5	2.4	N/A
CA model	-5.2	N/A	-11.6	-12.4	-8.4	-8.4	N/A
REER model	16.0	N/A	22.9	32.2	31.5	15.2	N/A
Malaysia							
Actual CA	3.8	4.6	3.0	2.4	3.0	2.1	3.4
CA model	4.5	5.4	3.6	2.5	3.1	2.4	3.7
REER model	-1.8	-21.2	-30.7	-34.6	-28.5	-25.0	-25.0
Japan							
Actual CA	0.7	0.5	3.3	3.8	4.0	3.5	3.6
CA model	-2.0	-2.5	-0.6	-0.3	0.4	0.2	0.0
REER model	-14.0	-26.3	-33.4	-20.9	-18.0	-25.1	-18.0
Korea							
Actual CA	6.1	6.3	7.7	7.0	5.1	4.4	3.6
CA model	5.0	6.1	5.6	4.3	1.6	1.4	0.0
REER model	-8.0	0.1	1.4	-1.5	4.4	3.8	0.6
United States							
Actual CA	-2.3	-2.4	-2.6	-2.4	-2.4	-2.3	-2.3
CA model	-1.0	-1.2	-1.7	-1.0	-1.6	-1.2	-1.3
REER model	-8.0	2.3	14.1	15.8	8.1	4.0	8.1

Note: Vietnam's CA model results are based on EBA-Lite standard models.

Source: Compiled by the author from the IMF Article IV consultation staff reports.

Figure 1 Comparison of the IMF EBA Model Results



Source: Compiled by the author from the IMF Article IV consultation staff reports.

5. Conclusion

The above economic and legal analysis raises theoretical and empirical questions on whether it is possible to impose a CVD on currency undervaluation. The USDOC's methodology of calculating the amount of benefit received by individual company as a result of an undervaluation has both conceptual and practical problems. Not only that the econometric model used to calculate the extent of an undervaluation is subject to huge uncertainties, but also it is structurally impossible to calculate a precise amount of duty to offset export promotion effect of a subsidy accrued from an undervaluation for individual companies.

Despite these structural problems, a CVD may be imposed and maintained for some time due to the dysfunctional WTO dispute settlement system. The US government can make an appeal to the AB, simply for the purpose of undermining any negative rulings from a panel proceeding. Even when the USDOC loses a currency CVD case at the CIT, it may merely modify pertinent calculation methodologies instead of repealing the CVD. This situation may lead domestic firms to bring more currency CVD petitions against imports from countries with volatile exchange rates.

More fundamentally, the existing WTO rules are outdated and insufficient to effectively regulate any trade distorting effect that results from a government intervention in exchange rates. Unlike the IMF's Articles of Agreement, which tried to adjust by amending its Articles of Agreement in the wake of the collapse of the par value system, the GATT had not reflected any changes to the international monetary system in its texts although it had opportunities to do so during the Tokyo Round as well as the Uruguay Round. The existing WTO ASCM rules are clearly inadequate to regulate subsidy effects of a member country's exchange policies. Thus, it is necessary for the WTO Members to revise the subsidy disciplines in a way that financial distortions are addressed by more reasonable trade measures.

For the foreseeable future, however, it would be legally feasible for the USDOC to discretionarily conduct a currency subsidy investigation. Although the USDOC relied on the Treasury's estimation of currency undervaluation in the first currency CVD investigation against Vietnam, the USDOC is not required to accept the Treasury's calculation method nor the results of its analysis. Thus, if the USDOC makes an affirmative final determination on Vietnam and imposes

CVD on individual companies based on currency subsidy programs, it may open a pandora's box for US industry petitioners.

In this regard, it is noted that the US government has put more emphasis on exchange rate issues even in trade negotiations. For example, the USMCA contains a formal chapter on exchange rate matters.⁸⁷⁾ How the current rules to encourage information sharing and mutual cooperation can be further developed remains to be seen. Unless a more coherent rule to deal with currency manipulation is developed by the WTO Members as well as relevant international organizations, the world trading system will encounter more serious uncertainty that encourage abusive trade remedy actions.

Chapter 33 addresses "Macroeconomic Policies and Exchange Rate Matters". Retrieved from <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements/united-states-mexico-canada-agreement/agreement-between>, last visited 3 January 2021.

References

- Ahn, D. (2021). ‘Why Reform is Needed: WTO Jurisprudence on “Public Body”’, *Global Policy* (forthcoming).
- Ahn, D. (2000). ‘Linkages Between International Financial and Trade Institutions’, *Journal of World Trade*, 34(4), 1-36.
- Ahn, D. and Lee, J. (2011). ‘Countervailing Duty against China: Opening a Pandora's Box in the WTO System?’ *Journal of International Economic Law*, 14(2), 329-368.
- Auboin, M., & Ruta, M. (2013). ‘The Relationship between Exchange Rates and International Trade: A Literature Review,’ *World Trade Review*, 12(3), 577-605. doi:10.1017/S1474745613000025.
- Balassa, B. (1964). ‘The Purchasing Power Parity Doctrine: A Reappraisal’, *The Journal of Political Economy*, 72(6), 584-596.
- Bayoumi, T., Gagnon, J. and Saborowski, C. (2015). ‘Official Financial Flows, Capital Mobility, and Global Imbalances’, *Journal of International Money and Finance*, 52(199), 146-174.
- Bergsten, C. F., & Gagnon, J. (2012). ‘Currency Manipulation, the US Economy, and the Global Economic Order,’ *Peterson Institute for International Economics* (Policy Brief 12-25).
- Bergsten, F. C., & Gagnon, J. E. (2017). *Currency Conflict and Trade Policy: A New Strategy for the United States*, Peterson Institute for International Economics, Washington DC.
- Ca’ Zorzi et al. (2020). ‘The Predictive Power of Equilibrium Exchange Rate Models’, *European Central Bank*, Working Paper Series No. 2358 / January 2020.
- Chinn, M. D. and Prasad, E. S. (2003). ‘Medium-term Determinants of Current Accounts in Industrial and Developing Countries: An Empirical Exploration,’ *Journal of International Economics*, 59(1), 47-76.
- Ciocyte, O. and Rojas-Romagosa, H. (2015). ‘Literature Survey on the Theoretical Explanations and Empirical Determinants of Current Account Balances,’ *CPB Netherlands Bureau for Economic Policy Analysis*, CPB Background Document.
- Cubeddu et al. (2018). ‘The External Balance Assessment Methodology: 2018 Update’, IMF Working Paper 19/65, Washington: International Monetary Fund, 1-68.
- Eichengreen, B. (2019). *Globalizing Capital: A History of the International Monetary System*, Third Edition, Princeton University Press: Princeton and Oxford.
- Gold, J. (1990). *Legal Effects of Fluctuating Exchange Rates*, Washington, D.C.: International Monetary Fund.

- Gold, J. (1983). 'Strengthening the Soft International Law of Exchange Arrangements', *American Journal of International Law*, 77(3), 443-89. doi:10.2307/2201074.
- Hufbauer, G. C., & Cimino-Isaacs, C. (2015). 'How will TPP and TTIP Change the WTO System?' *Journal of International Economic Law*, 18(3), 679-696.
- Inside US Trade, 'Commerce Declines to Examine Currency Claims in CVD Cases, Sparking Reactions' (31 August 2010), available at <https://insidetrade.com/daily-news/commerce-declines-examine-currency-claims-cvd-cases-sparking-reactions>, last visited 29 November 2020.
- Irwin, D. (2017). *Clashing Over Commerce: A History of US Trade Policy*, The University of Chicago Press: Chicago and London.
- Jackson, J. H. (1969). *World Trade and the Law of GATT*, Indianapolis: Bobbs-Merrill.
- Kenneth, R. (1996). 'The Purchasing Power Parity Puzzle,' *Journal of Economic Literature*, 34(2), 647-668.
- Lee, J. (2020). 'A Story Half Told – Selective Benefit Assessment in the New US CVD Rule for Exchange Rates,' *Journal of International Economic Law*, 23(4), 907-928.
- Lombardi, D. & Woods, N. (2008). 'The Politics of Influence: An Analysis of IMF Surveillance,' 15 *Rev. Int'l Pol. Econ.*, 711-739.
- Mattoo, A. and Subramanian, A. (2009). 'Currency Undervaluation and Sovereign Wealth Funds: A New Role for the World Trade Organization', *The World Economy*, 32: 1135-1164. doi:10.1111/j.1467-9701.2009.01199.x.
- Norman, S. (2010). 'How Well Does Nonlinear Mean Reversion Solve the PPP Puzzle?', *Journal of International Money and Finance*, 29(5), 919-937.
- Phillips et al. (2013). 'The External Balance Assessment (EBA) Methodology', IMF Working Paper 13/272, *Washington: International Monetary Fund*, 1-68.
- Rogoff, K. (1996). 'The Purchasing Power Parity Puzzle', *Journal of Economic Literature*, 34(2), 647-668.
- Siegel, D. E. (2002). 'Legal Aspects of the IMF/WTO Relationship: The Fund's Articles of Agreement and the WTO Agreements', *American Journal of International Law*, 96(3), 561-599. doi:10.2307/3062162.
- Staiger, R. W. and Sykes, A. O. (2010). 'Currency Manipulation' and World Trade', *World Trade Review*, 9(4), 583-627. doi:10.1017/S1474745610000340.
- Stewart et al. (2006). 'Re:Response to Bacchus/Shapiro Analysis of WTO-Consistency of Hunter-Ryan Bill(HR 1498) (22 September 2006), available at http://faircurrency.org/pdfs/Memo_on_Response_to_RH_Bill.pdf.

- Taylor, A. M. and M. P. Taylor (2004). 'The Purchasing Power Parity Debate', *Journal of Economic Perspectives*, 18(4), 135-158. doi: 10.1257/0895330042632744.
- Williamson, J. (1994). *Estimating Equilibrium Exchange Rates*. Institute for International Economics, Washington.
- Zimmermann, C. D. (2011). 'Exchange Rate Misalignment and International Law,' *American Journal of International Law*, 105(3), 423-476. doi:10.5305/amerjintelaw.105.3.0423.



제2부(A) : 제4발표

**Cryptoassets: The Structural Coupling
between Law and Technology towards
the Configuration of B-Property and Its
Relevance for the International Law**

발표 : Diana Carolina Rios Florez (VegaX Holdings/법무법인 세종)

토론 : 이주형 (법원행정처)

大韓國際法學會

Cryptoassets: The Structural Coupling between Law and Technology towards the Configuration of B-Property and Its Relevance for the International Law

Diana Carolina Rios Florez*

법무법인(유) 세종(Intern)/ VegaX Holdings. BD Manager

목 차

- I. Introduction
 - 1. Background of the Study and Central Legal Issues Concerning the Rise of Cryptoassets.
 - 2. Purpose, Hypothesis of Theoretical Underpinning of the Study
 - 3. Brief Literature Review
- II. Luhmann and the Theory of Law as a Social System
- III. B-Property and the Structural Coupling between Law and Technology. The Rise of Cryptoassets
 - 1. The Tripartite Model of Evolution of Law: Variation, Selection and Stabilization in the Rise of B-property
- IV. The Rise of B-Property across the World
- V. Case Studies. The State Practice on B-Property Across Selected Jurisdictions
 - 1. European Union
 - 2. France
 - 3. Japan
 - 4. Republic of Korea
 - 5. Switzerland
- VI. Conclusions

* Doctor in Law, Korea University

1. Abstract

In February 2021, thirteen years after the disruption of Bitcoin, the total market capitalization of virtual currencies surpassed the Trillion Dollars, while the market price of Bitcoin reached more than USD \$50,000, a disruptive global trend unveiling the expansion of a novel category of property that this study calls B-Property. Whether the rise of cryptoassets and automatized systems for ownership validation entail a significant impact to the contemporary legal system, and whether this phenomenon embodies a special relevance for the international law are still unresolved issues.

Based on Luhmann contributions on the social systems theory and the autopoiesis of law, this research states that cryptoassets represent a particular expression of the “structural coupling” between law and technology towards the configuration of what this study calls B-property, a new LegalTech institution, which expresses the adjustive resonance between law and technology in a particular level of structure to communicate ownership and property in contemporary society, whereby states are called to perform a central functionality to bring certainty and enforcement upon the substantive and procedural content of rights and obligations held by individuals and corporations in such novel technological settings.

Some legal scholars have attempted to analyze the impact of cryptoassets in the international and domestic legal system. Nonetheless, available contributions explore the subject in an isolated manner, under narrow perspectives and particular legal regimes, without a proper recognition of the subject in its global scale and significance for the legal system as a whole. As a result, the scarcity of systemic approaches is remarkable, while the current literature provides a fragmented assistance for international legal scholars in the analysis of the subject.

Rooted in the concept of blockchain and property, B-property refers and embodies the legal argumentation upon this emerging category of property, enabled by technological means instead of centralized legal arrangements to validate, distribute, and administrate ownership. This emerging institution, thus, represents a new step towards a larger process of transformation of the legal system: the automation of law and the legal practice, along to a re-configuration of the role of states thereof.

B-property denotes the activation of practical responses of the legal system in the international and domestic spheres, and the adjustment of normative structures through the progressive codification of bespoke legal schemes. Thus, the development and evolution of the B-property, as novel legal institution, primarily concerns the positive law and the detectable state practice related to the codification of these special schemes to regulate the matter.

The findings of this study suggest that B-property is a new legal institution identifiable since 2018, rather than 2008, the year where Bitcoin was launched as a purely peer-to-peer transaction method to execute property. The study found that during 2013 to 2019 three different stages of development complete this evolutionary process of law: (i) From 2013 to 2017, the first stage, when states and international organizations placed the firsts official statements on crypto-assets; (ii) From 2017 to 2018, a second stage risen with the first official guidelines, high level counseling groups, official legal studies, and public consultations elaborated by states and international organization exclusively regarding the subject, (iii) Finally, from 2018 to 2020, when several bespoke regulations legal amendment were enacted simultaneously across several states all over the world, exclusively concerning blockchain-based property.

I . Introduction

1. Background of the Study and Central Legal Issues Concerning the Rise of Cryptoassets

The entering of the XXI Century arises with multiple changes in the dynamics of society. Several technological innovations transformed the panorama of the world and how humans interact and communicate economic value and ownership. With the adoption of blockchain, novel instruments to execute money and transfer value have arisen, including cryptocurrencies, crypto tokens, decentralized exchanges, ICO's and the called decentralized finance. Technological innovations facilitating an entirely new ecosystem of products and services designed to operate in decentralized and virtual environments, which goes beyond the enforcement power of states.

In February 2021, thirteen years after the disruption of Bitcoin, the total market capitalization of virtual currencies surpassed the Trillion Dollars, while the BTC market price reached more than \$50,000 USD. Whether the rise of cryptoassets and automized systems for ownership validation entail a significant impact to the contemporary legal system, and whether this phenomenon embodies a special relevance for the international law are still unresolved issues.

Based on Luhmann contributions of social systems theory, this study suggests that that cryptoassets represent an expression of the “structural coupling” between law and technology towards the configuration of what this study calls *B-property*. A new LegalTech institution expressing the adjustive resonance between law and technology in a particular level of structures to communicate economic value and ownership in contemporary society. Thus, rooted in the concept of blockchain and property, B-property refers to an emerging category of property, enabled by technological means instead of centralized arrangements for validating the immersed ownership relations, whereby states are called to perform a central function to bring certainty and enforcement upon the substantive and procedural content of rights and obligations held by individuals and corporations in such novel technological

settings.

In the international arena, several organizations concern the complexity of the subject and the upcoming regulatory needs to regulate cryptoassets, bring legal certainty on the rights and obligations involved, and achieve cross-border enforceable measures. International organizations engaging efforts in the regulation of cryptoassets include the International Monetary Fund, the World Bank, the Organization for the Economic Cooperation and Development, the International Economic Forum, the WTO, and UNCITRAL, along to diversity of intergovernmental policy-making bodies including the G20, the Financial Action Task Force, the Financial Stability Board, the Bank for International Settlements, the European Commission, as well as governments and International Organization for Standardization.

The interest and concerns of international community on B-property includes projects to launch sovereign and regional cryptocurrencies to strengthen cohesion and influence on the international trade; enhance foreign investment methods within the territorial boundaries of states; improve international trade procedures and legal compliance; consolidate a robust international cooperation for the harmonization of common standards in technical matters, such as smart contracts, custodian wallets, coins and tokens issuance, licensing regimes for blockchain projects; and the emerging market of the called jurisdictions of choice, among other numerous international economic matters.

This study recalls the relevance of state practice and the acts of international organizations as mechanism to understand how technological disruptions shape remarkable significances for the contemporary international law. The progressive engagement of subject of international law and the practice of international law subjects concerning the blockchain-based property is constructing a pattern of behave addressing the will of states thereof. Such progressive engagement of states and the international community in the subject has already commenced with the G20 declaration on cryptoassets in 2018 and 2019, and the 2018 European Blockchain Partnership Declaration, currently signed by 23 European member states.

Although an increasing legal literature exists concerning the subject, available studies explore the subject in an isolated manner and identify issue regarding only particular legal regimes. A few scholars have attempted to analyze the impact of cryptoassets in the legal system as a whole and whether states are summoned to implement particular actions for the articulation of the international and domestic frameworks to regulate the matter. As a result,

no systemic approach is identifiable, while the available legal literature provides a fragmented assistance to analyze the subject.

2. Purpose, Hypothesis of Theoretical Underpinning of the Study

Based on Luhmann contributions to the social systems theory, this study developed the idea that law and technology embody two operative social systems displaying adjustive tensions across different level of structures of communications, while conducting a process of co-evolution that occurs through a model of circular fashion or guided development. Thus, through this theoretical underpinning, the study builds a cohesive and holistic method, which is operationalized in the exploration of the performance of the international law upon the rise of cryptocurrencies towards its evolution. That is to say, the regulation of cryptoassets and the progressive codification of B-property as new LegTech institution across jurisdictions worldwide.

3. Brief Literature Review

Only a few legal studies have been conducted to analyze the convergence between law and particular technological innovation such cryptoassets. Available legal studies are devoid of systemic perspectives to identify the profound changes triggered in the adjustment of legal structures to deal with the new relational models of ownership enabling by the adoption of DLT and blockchain technologies. Modern legal studies lack of systemic approaches to understand the impacts of such new technological arrangements in the reconfiguration of the performance of the social function of law thereof.

First attempts to explore the issue include the contributions of Lessig Lawrance on the code as regulatory framework ruling human behaviors in the cyberspace and the regulatory power of code¹⁾. More resent research include the studies of Primavera de Filippi on the rise of

1) Lawrence, L., *Code: and other Laws of Cyberspace*, Basic Books (1999); Lawrence, L., *Code Version 2.0*, Basic Book (2006).

the called Lex-Cryptography as a subset of law, whose contributions analyzed tailored frameworks on token sales upon code-driven regulations²⁾.

More sophisticated academic contributions concerning the matter are found in the legal studies of Markou and Deaking on the deployment of artificial intelligence and algorithmic decision-making systems in the replication of human reasoning forward the automation of essential function of law in society, such as the adjudication of justice.³⁾

Other academical contributions also include the studies of Calo exploring the application of law to the distinctive and essential qualities of certain technological developments such as the Internet, robotics, and artificial intelligence. The author builds an interesting case study on the co-relation between law and technology through newly created legal regimes such as the cyber law resolving tensions in the relation between law and some of these technological disruptions.⁴⁾ Likewise, the studies of Turner on the regulation of artificial intelligence are also relevant in the analysis of the recognition of legal personality for AI,⁵⁾ and the potential depersonalization of financial transactions through the adoptions of automatized payment systems, enabling cryptoassets transactions without human intervention.

Other academic approaches include the legal studies of Nabilou on decentralized regulatory architecture, targeting cryptocurrency users, as an feasible legislative approaches to enforce regulatory frameworks on cryptocurrencies.⁶⁾ And the important contributions of Fox, in the analysis on the importance of property law for the regulation of rights and obligations concerning cryptocurrencies, as suitable objects to be framed under the common law of property.⁷⁾

2) Aaron, W., Filippi, P., “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, *SSRN Papers*(2015), available at https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664 (last visited on 7 May, 2018).

3) Markou, C., Deakin, S., “Ex Machina Lex: The Limits of Legal Computability”, *SSRN Papers* (2019), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3407856

4) Calo, R., “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *California Law Review*, Vol. 103 No. 3 (2015), 516.

5) Turner, J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan (2019).

6) Nabilou, H., “How to regulate bitcoin? Decentralized regulation for a decentralized cryptocurrency, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol., 27 Issue 3 (2019), 266-291.

7) For an analysis of fungibility and specificity of crypto assets under property law, See Fox, D., “Cryptocurrencies in the Common Law of Property”, *Property, Land, Use & Real Estate Law Ejournal*, 16 August (2018), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232501

II. Luhmann and the Theory of Law as a Social System

Under Luhmann theoretical approach, society is understood as a single unit and a comprehensive system wherein all social systems, including law, co-exist, co-perform, and co-evolve. Therefore, the “environment of law”⁸⁾ is the arena conformed by the sum of all communications produced across social sub-systems.

Luhmann theory contests the traditional conceptualization of law as a system of coordinated rules. The author advocates for a definition of law as an *autopoietic* system of “factually enacted operations”⁹⁾, shaping normative structures to communicate the identity of law. Accordingly, under this approach law is understood as a dynamic system of communications mutually codified in a social time-and-expectations basis.

Luhmann ontological approach to law and the social system contrasts with the idea of mere relationship between social systems and the traditional statements structured on the logic of *law and society* or *technology and society*. Instead, Luhmann suggests a holistic method of analysis, whereby law is understood as a subsystem of the social system departing from the conceptualization of ‘the society and its legal system’¹⁰⁾. This theoretical settlement brings significant consequences in the assessment of contemporary legal issues, and how law sources its own process of progressive codification or *autopoiesis*, towards accurate responses in front of upcoming social demands.

The notion of unity of the social system and the society as a *hosting system* fundamentally expresses an association between all social systems, and the existence of a mutual-connection and co-influence among them. Hence, under this theoretical conceptualization, law and technology are understood as two autopoietic and differentiated social systems displaying several co-relations, at particular and differentiated levels of communications. This correlation is observed across several legal fields, for instance,

8) Luhmann, N., *The Law as a Social System*, Oxford University Press (2004), 78.

9) *Ibid.*, 73.

10) Relevant academic contributions on technology as a social system have been developed through the studies of scholars such as Andre, R., and Erwin, R.

through the adoption of Algorithmic Decision-Making (ADM) Systems to simulate human reasoning forward its application in court decisions,¹¹⁾ criminal proceedings,¹²⁾ and to “forecast the outcomes of legal cases.”¹³⁾

In all these legal fields, law and technology express a co-relation in a particular level of structural development concerning the “communication” of justice. An increasing confluence among law and technology, which some scholars denote as “legal singularity,”¹⁴⁾ as a stage of development in the evolution of law, whereby the legal system became into a self-referential system able to solve contemporary legal issues with no-human intervention, through the automation of law with the adoption of computing instrumentalities, such as artificial intelligence and machine learning.

In the field of analysis of this study, Luhmann theoretical conceptualization supplements the legal exploration of the operative relationality of law behind issues that concern the arrival of autonomous systems to administrate ownership. Accordingly, Luhmann postulates around “structural coupling” is considered a consistent explanation on how the legal system can be structurally coupled with other social systems to find accurate solutions to disruptive contemporary issues, while facilitating the progressive codification of law, and achieving the development of its internal complexity towards the evolution of the legal system. Thus, the structural coupling is a guided description surpassing any basic analysis of the relationship between law, technology, and society, to describe how a mutual co-relation exists and shapes a causal link in the evolution of law towards its progressive codification.

Rather than placing the international law in a social vacuum for analyzing its performance in front of emerging cryptoassets, this theoretical method enables the recognition of an

11) Alarie, B., Niblett, A., Yoon, A., “Using Machine Learning To Predict Outcomes In Tax Law” (2017), available at SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2855977; Kleinberg, J., Lakkaraju, H., Leskovec, J., Ludwig, J., and Mullainathan, S., “Human Decision and Machine Predictions”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 133 Issue 1 (2018), 237-293; Katz, D., Bommarito, M., and Blackman, J., “A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States” 12 *PLoS One*, Vol. 12 Issue 4 (2017); Xiao, C., Haoxy., Z (Et all) “A Large--Scale Legal Dataset for Judgement Prediction”, *CAIL* (2018), available at: <https://arxiv.org/abs/1807.02478>.

12) ProPublica, “Bias in Criminal Risk Scores is Mathematically Inevitable” (30 December 2016), available at <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematically-inevitable-researchers-say> (last visited on 30 April, 2019); The Law Society of England and Wales, “Algorithms in the Criminal Justice System” (4 June, 2019), available at <https://www.lawsociety.org.uk/support-services/research-trends/documents/algorithm-use-in-the-criminal-justice-system-report/>, (last visited on 25 August, 2019)

13) Markou, C., Deakin, S., *supra* note 3.

14) For more details, Alarie, B. “The Path of Law: Towards Legal Singularity”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 66, Issue 4 (2016), 443-445.

essential articulation among adjoining systems, such as law and technology, to advocate for a consistent explanation on how social systems and new social changes are co-related to trigger the evolution of law as a whole, and its codification as a systemic legal behavior, instead of a mere incidental response.

Finally, this theoretical argumentation contributes to level the field of analysis and exploration between law and cryptoassets to bridge common associations and understand how such commonalities promote the development of new LegalTech institutions such as the B-property. As a result, the major academical contribution of this study rests in the elaboration of a cohesive and holistic method to explore the performance of the international law towards contemporary technological disruptions, such as Bitcoin and other cryptocurrencies.

III. B-Property and the Structural Coupling between Law and Technology. The Rise of Cryptoassets

The concept of B-Property is an statement enabled by the understanding of the law and technology as two differentiated functional systems of society displaying mutual irritations that enable co-development and co-evolution across specific structures of communication. Mutual tensions between law and technology promote the activation of the autopoiesis of each system towards the internal adjustment necessary to reduce the complexity created by the rise of new social phenomenon such as cryptocurrencies.

Technology displays tensions in the legal system with the disruption of cryptoassets and the autonomous capabilities to create, distribute, validate, and transfer virtual assets since the legal systems lacks instruments to understand and regulate such phenomena. That is to say, virtual assets and autonomous systems of creation, distribution, validation, and transferability of such assets are placed outside of what is codified by traditional legal structures, despite these kinds of structures of communications are intrinsically related to an essential and primary function of law imprinting certainty around property and the legal relations therein.

Likewise, law also displays tensions upon the technology system since cryptoassets require the placement of legal structures to institutionalize and normalize these newly created ownership relations to bring social certainty thereof. Thus, such irritation between law and technology promotes the formation of new LegalTech institutions across the international and domestic legal system: The B-property.

Rooted in the terms blockchain and in the legal concept of property, B- property is a notion expressing a practical causal link between law and technology through the identification of two co-related structures to communicate the meaning of ownership in a contemporary social context. Therefore, B-property is the consequence of the co-adjustment and co-evolution between both systems.

Cryptocurrencies, blockchain-based payments, crypto assets, electronic cash wallets, virtual goods and services, and associated business operators bring multisided tensions and discussions to the law, as consequence of the essential qualities of blockchain and decentralized ledger technologies which “disrupt the legal discourse”¹⁵⁾, since these subjects involve several legal issues to be resolved on jurisdictions, liability, data privacy, heritage, property transferability, as well as risks associated to the international stability coming from money laundering and the financing of terrorisms.

1. The Tripartite Model of Evolution of Law: Variation, Selection and Stabilization in the Rise of B-Property

Law and technology are two autonomous functional systems of society, operating on communications as basal element¹⁶⁾ and co-related through the irritation each system poses upon the other. Nonetheless, the instrumental rationality¹⁷⁾ between law and technology traditionally has appeared more distant than the instrumental rationality between other systems such law and politics, or law and economy, whereby exist a higher disposition among systems to develop commonalities that some scholars identify under the concept of

15) Calo, R., “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *supra* note, at 516.

16) Andre, R. Technology as System. Towards an Autopoietic Theory of Technology”, *International Journal of Innovation and Sustainable Development*, Vol. 5 No. 2/3 (2011), 109

17) Erwin, R., “Technology as a Social System. A Systems Theoretical Conceptualization”, *Philippine Sociological Review*, Vol. 61 No. 2 (2013), 6

selective resonance.¹⁸⁾

The selective resonance between law and technology concerns the matter on how law and technology adapt to each other. It means, how law and technology co-evolve from the tensions or conflicts produced in their relation. Social systems, as law and technology, conduct a guided evolution through a circular model of evolution, shaped in the convergence of three elements: variation, selection, and stabilization.

This tripartite model of evolution expresses *variation*, a first stage whereby conflicts or irritations among systems are identified. Therefore, variation involves the changes or modifications in an autopoietic constituent elements, contrasting previous patterns of reproduction. In other words, variation expresses changes in the communication the system performs. *Selection* concerns the determination of structure enabling further reproduction, for instance, property and blockchain. And finally, *stabilization* represents the internal adjustment of the legal system to external demands, as a response the system display forward to define legal certainty to achieve cohesion and the unity of the system. In sum, and recalling Luhmann statements, “variation involves the elements, selection involves the structures, stabilization involves the unity of the system, which reproduces itself autopoietically”.¹⁹⁾

1) Variation in the Co-relation of law and technology. Decentralization, depersonalization and global scalation of crypto assets

The concept of B-property outlines the rise of an emerging category of property enabled by technological means instead of legal arrangements for the validation of the immersed legal relations. Therefore, B-property summons the action of states and the placement of cross-border regulation upon three main variations, changes, or disruptions of traditional patterns: decentralization, depersonalization and global scalation, in opposition to centralization, personalization, and territorial boundaries.

(1) Decentralization

The decentralization of virtual currencies, as well as the use of blockchain protocols to store

18) *Ibid.*, 335-338.

19) Luhmann, N., *supra* note 8, at 232.

value or collateralized physical assets, departs from a technological development based on the use of cryptography, and particularly, through the technological development of what is widely known as public and private keys. Public and private keys are one of the blockchain technical elements displaying major variations or changes on the contemporary legal constructions around property, and what would be understood as the mechanism used by blockchain-based assets to achieve data integrity.

Cryptography-based keys embody alternative methods to prove ownership outside of the centralized system validating ownership through a third-trusted-party and a centralized model. From a technical perspective, public and private keys relate a mechanism for validating the legitimacy of transactions upon blockchain protocols through the implementation of asymmetric cryptography, which instrumentalize computing security systems to link a pair of two keys — a private and a public key — linked to each other, to run transactions of assets based on blockchain protocols.

Based on mathematical principles for information security across computing systems, private and public keys are incorruptible, and tampered-proof instruments, (i) first, to validate the existence of a given assets encrypted in a blockchain network; (ii) second, to validate to the origin of a given transactions; and (iii) third, to validate the authorship of the transaction at issue. Therefore, blockchain public and private keys remain as a self-referenced mechanism, outside of the legal domain, to communicate value providing a self-executed system to validate ownership, and whereby ownership is exclusively presumed and determined by possession. Hence, for all effects, “knowledge of private key is equivalent for all purposes to legal possession.”²⁰⁾

The legal system prescribes rules concerning the intervention of central banks, financial institutions, notaries, and other public authorities validating the existence of a wide range of assets, such as real estate, national currencies, stocks, and the how to understand the legitimate execution or legal compliance of these assets and the involved transactions. Through this “functional differentiation”²¹⁾ law builds a legal argumentation around property and particular categories of ownership.

20) Cambridge Center for Alternative Finance, “Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study”, Cambridge Center for Alternative Finance, “Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study”, *University of Cambridge Judge Business School* (2019), 22.

21) Luhmann, N., *supra* note 8, at 135.

DLT and blockchain technologies represent the rise of automatized protocols to communicate the notion of asset/no-asset, owner/no-owner, transaction/no-transaction, outside of conventional legal patterns of reproduction founding the idea and justifications around the intervention of banks, financial institutions, notaries, and other public and private agencies as authorized third parties to validate assets and transactions thereof.

(2) Depersonalization

According to Ryan Calo, some technological developments are legally exceptional when bring systemic alterations in law structures and institutions since such innovations represent essential characteristic or qualities differentiating from prior tech developments. Therefore, these alterations trigger “increasingly emergent behavior”²²⁾, “meriting new laws, legal institutions and research methods,”²³⁾ to rule the involving emergent behavior.

Discussion on the regulation of cryptoassets include other related contemporary technological disruptions such as artificial intelligence, machine learning, Algorithmic Decision-Making Systems, and decentralized or distributed autonomous organization (DAO).²⁴⁾ These subjects involve several legal issues such as (i) Pseudonymization of cryptoassets transactions; and (ii) the legal personality of autonomous systems²⁵⁾.

The pseudonymization of blockchain-based assets “depersonalize” transactions, which disrupt the legal concept of personhood or legal personality,²⁶⁾ a basal requirement to establish a linkage between asset and owners, as well as to determine legal compliance or liability in the involving transactions.

As a technical construction, blockchain structures protect and undertake the privacy of participants through the pseudonymization or “depersonalization” of parties or participants, also called nodes. Under the blockchain-based model of ownership, privacy is achieved

22) Calo, R., *supra* note 4, at 513.

23) *Ibid.*, 515

24) See De Filippi, P.; Hassan, S., “Blockchain Technology as Regulatory Technology. From Code is Law to Law is Code”, *First Monday*, Vol. 21 Issue 12 (2016).

25) See, Coalition for Polish Innovation, “Blockchain, Smart Contracts and DAO”, *Wardynski & Partners* (2016), available at <http://www.codozasady.pl/wp-content/uploads/2016/11/Wardynski-and-Partners-Blockchain-smart-contracts-and-DAO.pdf> (last visited on 13 September, 2017).

26) Under the legal tradition of United States, the term “personhood” is more commonly used and referred in legal texts, while in the legal tradition of the United Kingdom, the concept of “legal personality” has higher use. In this research both concepts are understood and used interchangeably

through “breaking the flow of information in another place: by keeping public keys anonymous. [...] As additional firewall, a new key pair should be used for each transaction to keep them from being linked to a common owner.”²⁷⁾

In contrast, the legal system achieves data privacy frameworks limiting the access to the information related to parties and transaction, while centralizes the flow and management of the privacy of participants and the related information in diversity of legally constituted and recognized authorities. Moreover, the identification or identifiability of individuals involved in all financial or economic transactions represent a core importance for the legal system and the idea of legal personality along the rights and obligations originated from the relation between person and ownable objects in the world.

Important recent events unveil the origin of the notion of legal personality of autonomous systems. On October 25th, 2017, during the Future Investment Initiative Summit, Saudi Arabia granted citizenship to a humanoid robot named Sophia,²⁸⁾ becoming the first robot to have nationality.²⁹⁾ Later, in November 2017, Tokyo granted permanent residence to a chatbot.³⁰⁾ The same year, the European Parliament passed a resolution on civil law rules on robotics, were proposed to the Commission to explore, analyze and consider grant a legal status to sophisticated autonomous robots on the legal connotation “electronic persons” (EP), aimed to develop a legal framework to rule the legal responsibility of machines for the actions or omissions. In the resolution, numeral 59 (f) the European Parliament states:

Creating a specific legal status for robots in the long run, so that at least the most sophisticated autonomous robots could be established as having the status of electronic persons responsible for making good any damage they may cause, and possibly applying electronic personality to cases where robots make autonomous decisions or otherwise interact with third parties independently.³¹⁾

27) Nakamoto, S., Nakamoto, S., “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (2008), available at: <https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>.

28) For more details about the related AI projects, visit, Hanson Robotics, “Sophia”, available at: <https://www.hansonrobotics.com/sophia/> (last visited on 15 March, 2019).

29) Arab News, “Robot Sophia Speaks at Saudi Arabia’s Future Investment Initiative”, 25 October, 2017, available at: https://www.youtube.com/watch?time_continue=1&v=dMrX08PxUNY (last visited on 15 March, 2019); *See also* BBC News, “Does Saudi Robot Citizen Has More Rights Than Woman?”, October 26, 2017, available at: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-41761856> (last visited on 15 March, 2019).

30) Futurism, “An Artificial Intelligence Has Officially Been Granted Residency”, 6 November, 2017, available at: <https://futurism.com/artificial-intelligence-officially-granted-residency> (last visited on 15 March, 2019).

31) European Parliament Resolution on 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on

These international events and the decision of the involved states make highly expectable the emerging of transactions conducted by autonomous systems without human intervention³²⁾ and the execution of autonomous acts and choices. As legal scholars predict, “it is becoming obviously that advances in robotics will come to characterize the next several decades.”³³⁾

In blockchain protocols, through depersonalization, anonymity and pseudonymization of participants, the validation of authorship of transactions does not require legal personality or personhood for running transactions. Hence, no *identified* or *identifiable* authorship recognized by law is required. This fact unlocks the possibility of no-human-made transactions by AI systems, humanoids, autonomous organizations, and other decentralized systems deploying blockchains protocols and smart contracts to buy, sell and hold assets.

(3) Global Scalation

The global scalation of open blockchain networks is the third element which disrupts the conventional legal discourse, since it rises several tensions upon international and domestic regulation on cross-border transactions, international trade, and the enforceability of domestic measures. Virtual assets like Bitcoin are naturally borderless, open and “permissionless” systems to conduct peer-to-peer transactions, with the need of state-made rules or any other government or intergovernmental authority.

Virtual currencies and other blockchain-based networks achieve consensus or the necessary agreement to prove the integrity of the information contained in the network and certainty on the conducted transactions through special algorithms, computation, and mathematically constructed trust, within the need of any type of state intervention, regulatory frameworks, or central authority to imprint such integrity.

Blockchain networks operate in a global scale and its transactions are generally conducted across borders. Neither the distribution of nodes, nor the protocol or its consensus mechanism are addressed in regard of territorial boundaries, government licensing,

Civil Law Rules on Robotics, 2015/2103(INL), available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#title1 (last visited on 30 march, 2019).

32) Turner, J., *supra* note 5, at 64

33) Calo, R., *supra* note 4, at 526.

government-backed institutions, or the fulfillment of any requirement of legal nature. Therefore, the essential characteristic of blockchain-based assets and transactions represent several difficulties for the enforcement of regulatory frameworks, jurisdiction matters, and the placement of accurate remedies for conflict resolution and the settlement of disputes.

2) Selection in the Co-Relation of Law and Technology. The Rise of B-property

B-property is a legal notion expressing a selective adjustment in the functional co-relation between law and technology through two leg-tech structures performing a structural coupling towards the communication of value and ownership in the digital society. As element guiding the evolution of social systems, selection involves the determination of the internal structures in each system allowing “condition for further reproduction”³⁴⁾ and their readiness to attain stability in front of contemporary demands.

This research states that property and blockchain embody two selective and co-related structures of law and technology respectively, displaying mutual resonance and allowing the reproduction of new Leg-Tech structures: the B-property. As Davis outlines, “the notion of property can provide the basis for an explicit connection between the individual property owner and the state, which defines and enforces property rules”,³⁵⁾ inasmuch as property expresses to society a “tri-partite relationship between the individual, the object, and the state”.³⁶⁾ Accordingly, property encompasses a set of individual rights, obligations of individuals towards other individuals (liability and the law of tort), but also towards the state (tax law).

In a legal statement on cryptoassets and smart contracts, the UK Jurisdiction Taskforce” analyzed “what is property and what does it matter”, concerning to this novel class of assets:

Strictly, the term *property* does not describe a thing itself but a legal relationship with a thing: it is a way of describing a power recognized in law as permissibly exercised over the thing. The fundamental proprietary relationship is *ownership*: the owner of a thing is, broadly, entitled to control and enjoy it to

34) Luhmann, N., *supra* note 8, at 232

35) Davis, A., *The Evolution of the Property Relation. Understanding the Paradigms, Debates, and Prospects*, Palgrave Macmillan (2015), 9.

36) *Ibid.*, 10.

the exclusion of anyone else. However, ownership is just one kind of property right: property is a comprehensive term and can be used to describe many different kinds of relationship between a person and a thing.³⁷⁾

This law-tech delivery panel also concluded:

Why does it matter if a cryptoasset is capable of being property? It matters because in principle proprietary rights are recognized against the whole world, whereas other—personal—rights are recognized only against someone who has assumed a relevant legal duty. Proprietary rights are of particular importance in an insolvency, where they generally have priority over claims by creditors, and when someone seeks to recover something that has been lost, stolen or unlawfully taken. They are also relevant to the questions of whether there can be a security interest in a cryptoasset and whether a cryptoasset can be held on trust. [...] Of particular significance are the rules concerning succession on death, the vesting of property in personal bankruptcy, the rights of liquidators in corporate insolvency, and tracing in cases of fraud, theft or breach of trust. It would, to say the least, be highly unsatisfactory if rules of that kind had no application to cryptoassets.³⁸⁾

The regulation of property concerns necessary and relational standards bidding and enforceable by law across states, standards or normative structures moving forward new legal phenomenon. As Piketty concludes in his study titled *Capital in the Twenty-First Century*, “this will continue to be true in the future, no doubt more than ever: new forms of organization and ownership remain to be invented”³⁹⁾. Likewise, the legal scholar Roberto Unger outlines; “a market economy can adopt radically divergent institutional forms, including different regimes of property and contract and different ways of relating government and private producers.”⁴⁰⁾

3) Stabilization in the Co-Relation of Law and Technology. The B-Property and the Positive Law

Stabilization denotes the materialization of the internal response of the legal system concerning external variations and social demands. A response through which the legal system accomplishes internal adjustment, provides social certainty, and achieves

37) United Kingdom Jurisdiction Task Force, “Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts”, *The LawTech Delivery Panel*, November (2019), available at: <https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp->, paras 35-36

38) *Ibid.*

39) Piketty, T., *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press (2017), 438.

40) Unger, R., *Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and the Method of Economics*, Princeton University Press (2017), 41.

stabilization,⁴¹⁾ while unfolding the evolution and development of law to preserve its unit as a functional system. Hence, stabilization involves the codification of rules to frame the required adjustment.

In the legal system, this process of stabilization conducts to specialized legal regimes on arising legal issues and the progressive codification of the legal system, what in Luhmann theoretical proposition is explained as the programing of the law, and the incremental complexity of its institutions and norms,⁴²⁾ to attain the unity and the cohesion of the system. Thus, stabilization of the legal system relates the “positive law,⁴³⁾ and the institutionalization of new forms of regulation and legal structures.⁴⁴⁾

In the perspective of the theory of law as a social system, law becomes a “positive” when: “(i) there are special procedures of legislation; (ii) the validity of legal norms is based on selective decisions among different normative proposals; (iii) law is interpreted as permanently alterable.”⁴⁵⁾ However important differences on legislative approaches on B-property are a clear finding of this study.

From the international law perspective, the practice of states concerning new events with relevance to the international community is a central matter to be observed, since such practice denotes the behavior of states, or as the General Assembly explains, the “material and detectable acts of subjects of international law.”⁴⁶⁾

IV. The Rise of B-Property across the World

The state practice “plays a number of important roles in the international law”,⁴⁷⁾ including

41) Luhmann, N., *supra* note 8, at 232.

42) *Ibid.* 192, 194.

43) Rottleuthner, H., “A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System”, *Law and Society Review*, Vol. 23 No. 5 (1989), 784.

44) Magalhaes, R.; Sanchez, R., (Ed.), *Autopoiesis in Organizations, Theory and Practice*, Emerald Group Publishing (2010), 84.

45) Rottleuthner, H., *supra* note 43, at 784.

46) United Nations, General Assembly, “Second Report on Identification of Customary International Law”, para 32.

the progressive codification of the international legal system, or in the formation of customary international law, ruled though the literal (b) of article 38, also called the material and necessary element for the identification of customary international law.

Despite this study neither intends to assert that customary international law exists on matters related to cryptoassets, nor to indicate the existence of a particular binding precept thereof, the study recalls on the relevance of such general practice as a feasible and accurate mechanism to understand how technological disruptions shape remarkable significances to the contemporary international law.

The ILC Draft on the established in commentaries to the conclusion 5:

State practice consists of any conduct of the State, whatever the branch concerned and functions at issue. In accordance with the principle of the unity of the State, this includes the conduct of any organ of the State forming part of the State's organization and acting in that capacity, whether in exercise of executive, legislative, judicial or "other" functions, such as commercial activities or the giving of administrative guidance to the private sector.

The Commission also defined as material sources or forms of state practice the following elements: 48)

- (i) The conduct of states in connection with resolutions adopted by an international organization or at an intergovernmental conference, such as the G20 Leader's Declaration concerning cryptoassets, "whether or not they are legally binding."⁴⁹⁾
- (ii) The conduct of states in connection with treaties, such as the European Blockchain Partnership Declaration, "by concluding a treaty a State may be engaging in practice in the domain to which the treaty relates".⁵⁰⁾
- (iii) The executive conduct of states and administrative acts, including operational

47) *Ibid.*, para 32.

48) International Law Commission, "Draft Conclusion on the Identification of Customary International Law with Commentaries" (2018), 132.

49) *Ibid.*, 133.

50) *Ibid.*, 134, Commentary (5).

conduct “on the ground”. For instance, the preliminary official statements on cryptoassets, high level and legal studies by diversity of countries on the applicability of existing legal frameworks on the matter, and assessment on the adaptability of domestic norms, as well on further legal needs and concerns. As the Commission explain, such “official statements on the international plane or before a legislature”. ⁵¹⁾

- (iv) Legislative acts,⁵²⁾ “from constitutions to draft bills.”⁵³⁾ For instance, bespoke regulations on the cryptocurrencies, amendments concerning the matter, as well as the existence draft laws thereof.
- (v) Decisions of national courts at all levels, however higher attention and weigh will be given to highest courts of states.⁵⁴⁾
- (vi) The Commission also concluded that the available practice should be assess as a whole. ⁵⁵⁾

The progressive engagement of subject of international law and the practice of international law subjects concerning the blockchain-based property is constructing a pattern of behave expressing the will of states thereof. Such precedents predict the ongoing transformation of the international law regarding the matter, and the shaping of new legal developments in the international law field. To summarize, the practice of states concerning B-property is a fundamental expression on where the international law is moving forward, and more importantly, how the international law is shaping its process of evolution on this new type of property.

The increasing complexity of society brings additional difficulties in the assessment of what should be understood as relevant to the international law regarding emerging subjects. As Thirlway expresses, the increasing complexity of society brings into major significance certain matters of domestic jurisdiction, that at one time were not relevant for the international law. Numerous examples are to be found in the contemporary international legal system, for instance, in the field of human rights, the domestic treatment of personal

51) *Ibid.*, 132, Commentaries (1), (2).

52) *Ibid.*

53) United Nations, General Assembly, “Second Report on Identification of Customary International Law”, para 41(d).

54) International Law Commission, 134 Commentary (6).

55) *Ibid.*

data and personal information management, and other subjects that although controversies, express a “sign that many States recognize a compromise approach which is workable, even if it may be difficult to define legally.”⁵⁶⁾

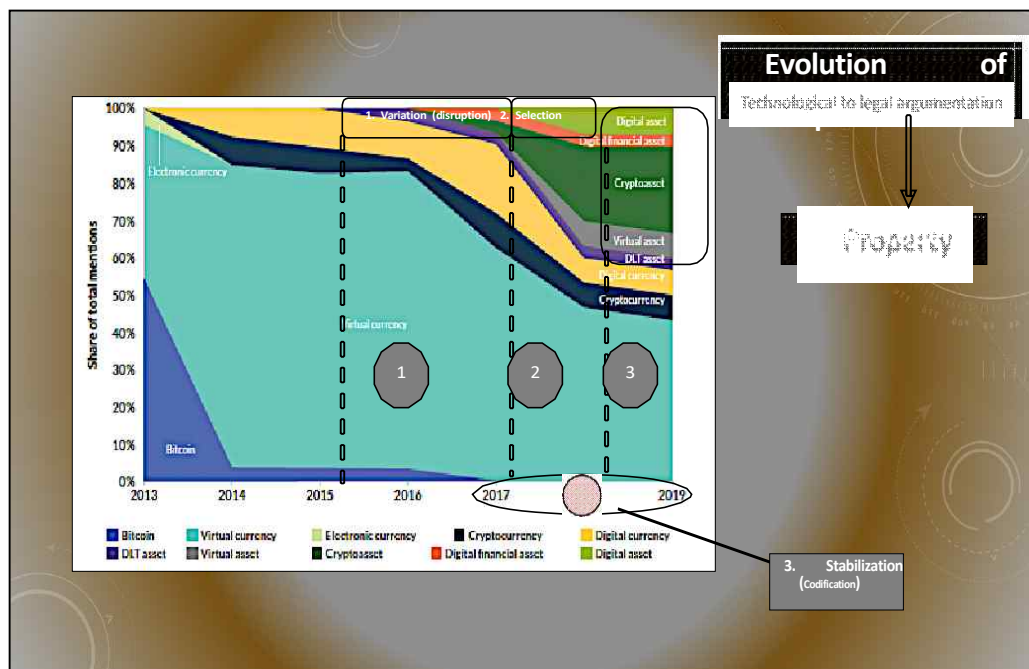
Rather than the emphasizing on the existence of cryptoassets since 2008, B-property embodies the positive law and the codification of special schemes to regulate blockchain-based ownership. Accordingly, the development of B-property is detectable through the state practice displayed in the period of 2013 to 2020, forming a clear definition among the previously depicted three stages of evolution of the legal system: variation, selection and stabilization.

- (i) The “variation” of the legal system concerning B-property is detectable in the period between 2013 and 2017, throughout the first official statements on virtual currencies were placed. Numerous states across the world placed the first official statements concerning the emergence of virtual assets, most of them, expressing warnings or requiring caution forward investors, enterprises, domestic financial institution and other stakeholders involved in the buying, selling, distributing or holding cryptocurrencies. Through some of these official statements a few governments also enforced legal restrictions or forbid citizens the involvement or participations in any of the related financial activities.
- (ii) The “selection” of the legal system on B-property is detectable in the period between 2017 to 2018, throughout the first high level studies conducted by numerous states and international organizations concerning the adaptability of existent legal frameworks to cryptocurrencies, ICOs, STOs, as well as the exploration of first common technical definitions, and the identification of regulatory needs thereof.
- (iii) The stabilization of legal system on B-property is detectable in the period between 2018 and 2020, when the firsts bespoke regulations and amendment were conducted in numerous states, as well as the first international declaration on blockchain: the European Blockchain Partnership Declaration.

56) Thrishway, H., *The Sources of International Law*, Oxford University Press (2014). Turner, J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan (2019), 63.

Moreover, after this third stage of development, the intensification of regulatory efforts is observed along to the participation of international organization. This is the period where states placed new regulations, the launch of sovereign cryptocurrencies (China), and new first development of international standards on the matter, through the work of the ISO and the technical committee ISO/TC 307. The following figure helps to visualize this chronological development in the evolution of B-property as a new LegalTech institution.

Figure 1. B-property and the progressive development of a legal argumentation on cryptoassets



Source: The Author, based on Cambridge Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study⁵⁷⁾

More recently, governments and legislators all over the world have expressed an increasing interest in the regulation or wider range of cryptoassets and blockchain-based applications across different financial and economic fields. Different international organizations and intergovernmental institutions became more actively involved, enlarging the landscape of international and domestic authorities and stakeholders shaping new regulatory regimes,

57) Cambridge Center for Alternative Finance, “Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study”, “Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study”, *University of Cambridge Judge Business School* (2019), 35

guidance, principles, and technical standards on cryptoassets.⁵⁸⁾ The following table illustrate the current regulatory and supervisory authorities involving in the codification and assessment of cryptoassets.

Table 1. Authorities Involved in the Regulation of Cryptoassets

Authorities Involved in the Codification of Regulatory Schemes on Cryptoassets		
Legal nature	Authority	Subject of concern
Supranational Sphere		
International organizations with universal membership	IMF, WB, ISO, International Economic Forum, OECD	Guidelines, regulatory harmonization, studies of segments, DLT and blockchain technical standards, applications, guidance, data and expertise repositories.
Intergovernmental authorities	G20, FATF, European Commission	AML recommendations, guidelines, innovation, Regional Declarations, DLT and blockchain technical standards, investment schemes.
Domestic Sphere		
Legislative authorities	Congress, Parliament	Legal schemes
Central authorities	Financial supervisory commissions	Exchange operators, customer protection, market integrity, AML/CFT rules.
	Tax authorities	Taxation on cryptoassets as property
	Central banks	Market integrity, stable coins.
	Ministeries	Diversification of DLT and blockchain applications
Judiciary	National Courts	Property rights and obligations on cryptoassets

Source: The Author, based on relevant regulations

Moreover, the following table lists the first states enacting specific norms or regulatory schemes on B-property.

58) For more information on regulation of cryptoassets across the world, See The Law Library of Congress, “Countries that Have or Are Issuing National or Regional Cryptocurrencies”, available at: <https://www.loc.gov/law/help/cryptocurrency/map3.pdf> (last visited on 25 February, 2020).

Table 2. Positive Law on B-property

Developments on B-property across relevant jurisdictions		
State	Regulatory Scheme	Year
Bermuda	Digital assets business act - Companies (ICO's) regulation - Limited Liability Companies (ICO's)	2018
Gibraltar	Financial Services (DLT Providers) Regulation - Token Regulation	2018
Israel	Financial Services Law - Securities Law	2018
Japan	Payment Service Act - Financial Instrument Exchange Act	2018
Malta	Malta Digital Authority Innovation Act - Virtual Financial Assets Act - Financial Institutions Act - Investment Services Act.	2018
Thailand	Royal Decree on Digital Assets Business	2018
France	Law PACTE - Financial and Monetary Code	2019
Russia	Civil Code (Art 141) - Federal Law on Digital Financial Assets.	2019
Switzerland	Draft DLT Act	2019
Republic of Korea	Reporting and Using Specified Financial Transaction Information Act - Specified Financial Information Act	2020

Source: The Author, based on collected information.

V. Case Studies. The State Practice on B-Property Across Selected Jurisdictions

This section depicts the state practice identifiable in the evolution and development of B-property as a new LegalTech institution, and embodies the result of the operationalization of the theoretical method built by this study. That is to say, the circular model of evolution of law towards the configuration of this institution. Accordingly, this section deepens in the case study of selected jurisdictions, where the stabilization of B-property is found, based on the development of bespoke legal regimes or other legislative process are identifiable thereof.

This section narrows the analysis of the subject on a selected group of jurisdictions merit mention concerning the national wiliness to attain special regulations beyond AML/CFT rules, including technical standards, certification and licensing procedures, particular legal structures for classification of different categories of virtual assets, as well as the intent of professionalization of businesses practices around the blockchain-based property and related transactions. The analysis below is detailed in alphabetical order.

1. European Union

Regulatory profile of the country

- ① Relevant legal instrument: 5th Anti Money Laundering Directive (5AMLD); Declaration for the Cooperation on a European Blockchain Partnership; Blockchain: Forward-looking Trade Policy (European Parliament Resolution), among others.
- ② Involved Authorities: European Securities and Markets Authority (ESMA), European Banking Authority (EBA), European Commission, European Parliament.
- ③ Legal Nomination: virtual currencies, cryptoassets
- ④ Legal Approach: Public consultation; European framework for markets in cryptoassets; EU blockchain observatory and forum; Horizon 2020, blockchain-based integrated EU payment market (European Commission Work Program 2020).
- ⑤ Regulatory Interest: ICOs, STOs, Stable-coins, cross-border payments, licensing of service providers.

The practice of the European Union concerning cryptoassets is also a relevant foremost regional organization to analyze forward the identification of state practice on the matter. As the General Assembly expressly observed, “the practice of those international organizations (such as the European Union) to which Member States sometimes have transferred exclusive competences, may be equated with that of States, since in particular fields such organizations act in place of the Member States. This applies to the actions of such organizations, whatever forms they take, whether executive, legislative or judicial”⁵⁹⁾

1) First Official Statement

First statements of the EU concerned “virtual currencies” rather than cryptoassets, expressing the emphasized on the payment characteristic of certain crypto assets. Likewise, , in a

59) United Nations, General Assembly, “Second Report on Identification of Customary International Law”, para 44.

special report conducted by the European Central Bank on October, 2012, the authority introduced some preliminary remarks on the subject, definitions and categorization of virtual currencies, some case studies under the reference of Bitcoin, and some of the associated risk, in need of an active supervision by central authorities, although not representing actual risks to the financial stability of the region.⁶⁰⁾

2) Definition

In an opinion conducted by the EBA, the authority defined “virtual currencies” as “a digital representation of value that is neither issued by a central bank or public authority nor necessarily attached to a FC [conventional fiat currency], but is used by natural or legal persons as a means of exchange and can be transferred, stored or traded electronically.”⁶¹⁾

Nonetheless, through more recent years, with a progressive expansion and knowledge on the subject, European financial authorities included the term cryptoassets as an “umbrella concept” to provide further explanation about other features and applications related to the deployment of DLT and blockchain technologies. According to definitions presented in recent statements of European Banking Authority, cryptoassets refer to “a type of private financial asset that depend primarily on cryptography and distributed ledger technology as part of their perceived or inherent value. A wide range of cryptoassets exist, including payment/exchange tokens (for example, so-called virtual currencies (VCs)), investment tokens and tokens to access a good or service (so-called ‘utility’ tokens).”⁶²⁾

3) Relevant Instruments and Legal Approach

During 2018, throughout diversity of official statements the EU Commission and European Parliament consistently placed regulatory instruments recognizing the importance of blockchain

60) European Central Bank, Euro-System, “Virtual Currency Schemes”, October (2012), available at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf> (last visited on 20 March, 2019).

61) European Banking Authority, “EBA Opinion on Virtual Currencies”, EBA/Op/2014/08, 4 July, 2014, available at: <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94-4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1> (last visited on 17 June, 2018).

62) European Banking Authority, “EBA Reports on Crypto Assets”, 9 January, 2019, available at: <https://eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets> (last visited on 15 October, 2019).

technologies for the European Union and the economies of its member states. Accordingly, the EU implemented the matter in the strategical objectives pursuing within the economic and political interest for the region,⁶³⁾ more precisely known as EU blockchain initiative.

For instance, the European Commission, in a special communication to the European Parliament on the FinTech action plan, the Commission stated that:

“Blockchain and distributed ledger technologies will likely lead to a major breakthrough that will transform the way information or assets are exchanged, validated, shared and accessed through digital networks. They are likely to continue to develop in the coming years and become a key component of the digital economy and society”⁶⁴⁾.

In February 2018, the European Commission and the European Parliament launched a project namely “EU blockchain observatory and forum,”⁶⁵⁾ to invest €300 millions to support the use of blockchain in diversity of technical and societal areas, under the program called “horizon 2020.”⁶⁶⁾ Two months later, in April, the members of the European Union and Norway signed the “Declaration for the Cooperation on a European Blockchain Partnership.”⁶⁷⁾ The declaration set as its main objective, to cooperate on the development of an European blockchain service infrastructure to support the delivery of cross border digital public services by public authorities.⁶⁸⁾

A motion for an European Parliament Resolution on “Blockchain: Forward-looking Trade Policy”⁶⁹⁾ was held in May 2018, where the parliament discussed several topics on the subject

63) European Commission, “Initiatives Regarding Blockchain, ETST Workshop – Security and Trust in ICT: The Value of Distributed Ledger Technology” 14-15 June 2018, available at: https://docbox.etsi.org/Workshop/2018/201806_ETSISECURITYWEEK/DLT/S02_INTERNATIONALVIEWS/EC_A_BELOOS.pdf (last visited 11 December, 2018)

64) European Commission, “Fintech Action Plan: For a More Competitive and Innovative European Financial Sector”, Brussels XXX, COM (2018) 109/02, 12, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180308-action-plan-fintech_en.pdf (last visited 11 December, 2018).

65) For more information, Visit Official webpage: <https://www.eublockchainforum.eu/eu-blockchain-observatory-forum>

66) Press Release, European Commission Brussels 1 February, 2018, available at: <https://www.eublockchainforum.eu/eu-blockchain-observatory-forum> (last visited 11 December, 2018).

67) Declaration for the Cooperation on a European Blockchain Partnership, available at: <http://www.incode2030.gov.pt/sites/default/files/2018declarationoneuropeanpartnershiponblockchainpdf.pdf> (Last visit December 10, 2018).

68) European Commission, “Initiatives Regarding Blockchain, ETST Workshop – Security and Trust in ICT: The Value of Distributed Ledger Technology”, 5.

69) European Parliament, Committee on International Trade, “Motion for a European Parliament Resolution on Blockchain: Forward-Looking Trade Policy”, 27 November, 2018, available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0407_EN.pdf

matter. Moreover, the European Commission published the “Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Social and Economy Committee, and the Committee of the Regions. Fintech action plan: For a more competitive and innovative European financial sector” where the EU organ discussed several statements related to the subject, and the EU perspective towards the coming years.⁷⁰⁾

In the communication, among other aspects, the European Commission indicated that “Technological innovation has led to new types of financial assets such as crypto-assets. Such crypto-assets and the underlying blockchain technology hold promise for financial markets and infrastructures”, aside of the particular risks concerning volatility, fraud, operational weakness of virtual currency exchanges, upon which “actions have already been taken to address some specific risks.”⁷¹⁾

Accordingly, the Commission, along with the European Central Bank (ECB), the Financial Stability Board (FSB) and international standards setters, including the European Committee for Standardization and the International Organization for Standardization, placed the interest on monitoring the development of crypto assets, to identify regulatory needs at European Union level, based not only on risks assessment, but wider analysis on opportunities and the suitability of applicable regulatory frameworks.⁷²⁾ Particular regulatory concerns included the analysis of the suitability of European rules for new technologies in the financial sector, conflicts of jurisdictions and liability regimes regarding blockchain-based applications.⁷³⁾

In 2019, the European Security and Markets Authority (ESMA) launched a particular Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets.⁷⁴⁾ In this advice the ESMA emphasize on the importance of each member state to deal with the subject under a classification-based approach, since differences among the currently available cryptoassets, some of them under the scope of existing European law. In its statements, the ESMA found that:

While some crypto-assets may fall within the scope of EU financial regulation already, others may not and regulators need to consider whether there is a need to bring them into scope, considering the risks that they may pose to their objectives of investor protection, financial stability and market integrity. Because

(last visited on 15 December, 2018).

70) European Commission, “Fintech Action Plan: For a More Competitive and Innovative European Financial Sector”.

71) *Ibid.*, 3

72) *Ibid.*, 7.

73) *Ibid.*, 10.

74) European Security and Markets Authority, “Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets.”

not all crypto-assets share the same characteristics and purpose, there may be a need to distinguish across them. Also, while certain crypto-assets are outside of the scope of EU financial regulation, they may still be perceived as security-like investments by retail investors, e.g., due to the possibility of trading them on secondary markets.⁷⁵⁾

In 2020, the European Union shaped in a more particular approach and regulatory efforts on cryptoassets. For instance, from January 2020, all European Union member states must adopt the 5th Anti Money Laundering Directive (5AMLD) also applicable to cryptoassets related activities.⁷⁶⁾ Furthermore, the EU also includes other particular policy objectives concerning cryptoassets “on six headline ambitions”, the European Union seeks to attain an “integrated EU payment market,”⁷⁷⁾ which includes a “legislative proposal on crypto assets.”⁷⁸⁾ In a similar manner than Malta, the European Commission published a consultation document on the “EU framework for markets in crypto assets” to closed in March 2020.

Recognizing crypto assets as one of the main application of blockchain technology for finance, upon which the Commission set a political interest since early 2017, through this particular consultation, the Commission set important considerations on the matter. For instance, the expresses particular interest on three main functionalities of crypto assets, such as payment tokens, investment tokens and utility tokens, as well as the contributions of investment systems particularly related to crypto assets such as the Initial Coin Offering (ICO) and security tokens offering (STO) “for cheaper, less burdensome, and more inclusive way for financing for small and medium-sized companies,”⁷⁹⁾ and also stating that “crypto assets could also represent a new asset class for EU citizens.”⁸⁰⁾

The consultation places a particular regulatory interest on the matter seeking to attain a common approach among member states of the EU on cryptocurrencies, including stable-coins.⁸¹⁾ Regulatory interest based on the consistency of advisory opinions of specialized

75) *Ibid.*

76) European Parliament, “Amending Directive (EU) 2015/849 on The Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing, and Amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU”, Official Journal of the European Union, Directive (EU) 2018/843, 30 May, 2018.

77) European Commission, “European Commission Work Program 2020. A Union that Strives for More”, 4, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp-2020-publication_en.pdf (last visited on 24 February, 2020).

78) European Commission, “Shaping Europe’s digital future”, COM (2020) 67 final, 10, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_3.pdf (last visited on 13 February, 2020).

79) European Commission, “Consultation Document on an EU Framework for Markets in Crypto-Assets”, 109.

80) *Ibid.*, 4.

authorities such as the European Securities and Market Authority (ESMA), and the European Banking Authority (EBA), on legal adequacy. Both authorities pointed that most cryptoassets remain outside the scope of EU financial service legislation, and consequently, are not subject to provisions on consumer and investor protection and market integrity,⁸²⁾ rising concerns on the necessity of more industry-driven approaches to attain protection, while enhancing opportunities. Thus, the consultation seeks to build an assessment instrument on the issue, as well as to build the foundation of a regulatory framework to develop “a sustainable ecosystem for cryptoassets while addressing the major risks they raise.”⁸³⁾

4) Future Outlook⁸⁴⁾

Three are the main regulatory concerns of the European Union on cryptoassets forward the coming years. First, to address diversity of legal issues around the called stable-coin and the advance of global projects such as Facebook Libra and the China Crypto-Yuan. These concerns mainly relate the risks associated with the adoption and dissemination of such private and sovereign stable-coins, and their impact on the financial stability.

Second, the future outlook also involves the supervision on the implementation of the mandatory 5AMLD directive based on the FATF standards and recommendations on AML matters involving cryptoassets. Such directive seems to normalize the operation of exchanges, and custodian wallets as financial entities or obliged enterprises, under the EU legal frameworks, as well as the registration or licensing of such entities under applicable norms.

Third, to advance on the results obtained from the public consultation launched by the European Commission on 19 December 2019, into a Directive/Regulation establishing a European framework for markets in cryptoassets. As it was mention previously, the consultation resulted from the advice of the European Banking Authority and the European

81) *Ibid.*, 5

82) European Banking Authority, “Report with Advice for the European Commission on Crypto-Assets”, 29; *See also*, European Security and Market Authority “Advice Initial Coin Offering and Crypto-Assets”, 39-40; *See also*, European Commission, “Consultation Document on an EU Framework For Markets In Crypto- Assets”, 4.

83) *Ibid.*

84) For further information about the future outlook and regulatory developments in the EU on cryptoassets, see Winston & Strawn LLP, “European Union: 2020 the Year of EU Regulation of Crypto-assets?”, 10 January, 2020, available at: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=7cad051e-fdd9-4195-ba0c-1f70e2c18966> (last visited on 9 June, 2020).

Securities and Markets Authority concerning the insufficiency of existing regulatory schemes to rule the matter.

The consultation aims to obtain the opinion of stakeholders on how to proceed in the regulation on the matter upon diversity options, such as proceed on a legal clarification through the amendment of existing rules; to design of a bespoke regime for cryptoassets; to place greater regulatory requirements on related services providers, among other actions observed as necessary to advance in the normalization of the subject within the European Union markets. Accordingly, is highly expectable the EU Commission will keep efforts to bring fruitful results from in the engagement of different stakeholders in this regulatory task.

2. France

Regulatory profile of the country

- ① Relevant legal instrument: The PACTE Law
- ② Involved Authorities: Autorité des Merches Financiers (AMF)
- ③ Legal Nomination: token, digital assets.
- ④ Legal Approach: ‘Optional Visa’ for foreign service suppliers, Unicorn Programme, public consultation.
- ⑤ Regulatory Interest: ICOs, STOs.

1) First Official Statement

France has been among the European countries with a significant receptiveness to blockchain- based assets. Nonetheless, the first official statement in France expressed skepticism thereof. The French AML regulator was the first authority announcing an official statement concerning the matter, in the annual report of 2011. In this first statement, the French authority warning on the appearance of a virtual currency, and the related risks to financing terrorism, outlining some activities such the security companies, fast food, art markets and professional training companies as particularly sensitive to the risk of money laundering.⁸⁵⁾ Similar approach is found in a later statement of the Banque de France, on 5

85) Ministère de L'économie et des Finances, TracFin, “Rapport d'activité 2011” available at: <https://www.economie.gouv.fr/tracfin/tracfin-publie-rapport-dactivite-2011> (last visited on 30 March, 2019).

December 2013, on “The dangers linked to the emergence of virtual currencies: the example of Bitcoins,”⁸⁶⁾ although France took a more receptive approach since 2017.⁸⁷⁾

2) Definition

The PACTE law, the main regulatory instrument in France concerning cryptoassets defines “token” as any intangible asset representing, in digital form, one or more rights that may be issued, registered, retained or transferred through a distributed ledger technology that makes it possible to identify, directly or indirectly, the owner of such an asset.⁸⁸⁾ Moreover, France define and ICO token as “digital assets, no classified as a financial instrument, giving rise to one or more rights ant may be issued, registered, stored, or transferred using a distributed ledger technology (blockchain).”⁸⁹⁾

3) Relevant Regulations and Legal Approach

As announced previously, France changed the skepticism observed in its first statements on cryptoassets since 2017. For instance, in this year the Bank of France installed a governmental project to join start-ups initiatives on blockchain projects.⁹⁰⁾ In 2018, the French government expressed interest in building a regulatory framework on Initial Coin Offerings (ICOs) of voluntary nature. With this purpose the government conducted a public consultation under the supervision of the authority of the financial markets namely Autorité des Merches Financiers (AMF), context in which the country financial authority updated the called “Unicorn Programme.”⁹¹⁾

86) Banque de France, “The Dangers Linked to the Emergence of Virtual Currencies: The Example Of Bitcoins”, 5 December, 2013, available at: https://www.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/focus-10_2013-12-05_en.pdf (last visited on 21 November, 2018).

87) See, Coindesk, “France’s Central Bank Wants to Work with More Blockchain Startups”, 6 February, 2017, available at: <https://www.coindesk.com/france-central-bank-collaboration-blockchain> (last visited 15 October, 2018).

88) Debevoise Update, “Loi PACTE: French Regulator Implements an Innovative Legal Framework for ICOs”, 8 July, 2019, available at: <https://www.debevoise.com/insights/publications/2019/07/loi-pacte-french-regulator-implements> (last visited on 15 December, 2019).

89) *Press Release*, Autorité des Merches Financiers “Towards a New Regime for Crypto-Assets in France”, 15 April, 2010, available at: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/towards-new-regime-crypto-assets-france> (last visited on 20 August, 2019).

90) See Coindesk, “France’s Central Bank Wants to Work with More Blockchain Startups”.

91) For more details see Autorité des Merches Financiers “Summary of Replies to the Public Consultation on Inicial Coin Offering and Update on the Unicorn Program”, 22 February, 2018 available at: https://www.amf-france.org/en_US/Publications/Consultations-publiques/Archives?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Fa9e0ae85-f015-4beb-92d2-ece78819d4da&langSwitch=true (last visited on 13 February, 2019)

Through the Unicorn program, also referred as the “Universal node to ICO’s research and network – Unicorn Programme”, the AMF expressed interest in certain forms of ICOs as feasible alternatives to financing methods, particularly for a segment of the economy related to blockchain technologies. Accordingly, with the project, the AMF aims to concentrate governmental efforts and resources for the promotion of the subject “in parallel with the reflection on possible ways forward for regulation.”⁹²⁾

Under such context, the AMF launched a public consultation to gather the views of stakeholders on the different means of supervision and regulatory actions, after a high level study concluding that while some ICOs may be covered by existing legal provisions, such as regulation applicable to intermediaries in different categories of assets, public offering of financial securities, or to managers of alternative investment funds, most of the particular issues arisen from ICOs would fall “outside of any regulation for which the AMF ensures compliance”.

As a result, the authority conducted the public consultation to gather the opinion of several interested parties in determining feasible framework for the supervision of ICOs, where the authority envisaged three regulatory options: (i) promote best practices without changing existing legislation; (ii) extend the scope of existing texts to treat ICOs as public offerings of securities; or (iii) propose ad hoc legislation adapted to ICOs.⁹³⁾

The French government conducts a process to adopt a bespoke regime for crypto assets and ICOs under a voluntary regime, recognized under article 26 of the namely “PACTE action plan for business growth and transformation,”⁹⁴⁾ published in the official journal on 23 May,

92) *Press Release*, Autorité des Marchés Financiers, “The AMF Publishes a Discussion Paper on Initial Coin Offerings and Initiates Its Unicorn Programme”, 26 October, 2017, available at: https://www.amf-france.org/en_US/Actualites/Communiqués-de-presse/AMF/annee-2017?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F5097c770-e3f7-40bb-81ce-db2c95e7bdae (last visited on 12 February, 2018).

93) See International Organization of Securities Commissions, Regulators Statements on Initial Coin Offerings “France AMF discussion paper on Initial Coin Offerings and Unicorn Programme, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/France%20-%20AMF%20-%20Discussion%20paper%20on%20Initial%20Coin%20Offerings%20and%20UNICORN%20programme.pdf> (last visited on 27 January 2019).

94) Assemblée Nationale, *Projet de Loi*, Enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 12 février 2019, No. 1673, available at: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/115b1673_projet-loi (last visited on 30 November, 2019); See also Government France, “PACTE – Action Plan for Business Growth and Transformation” available at: <https://www.gouvernement.fr/en/pacte-the-action-plan-for-business-growth-and-transformation> (last visited on 14 January, 2020).

2019. The PACTE, aims to establish a legal status and framework for crowdfunding through the issuance of virtual tokens, ICO, as well as through the operation of the called “digital assets services providers” (DASP).

Under this legal approach, the French regulation covers only utility tokens, nonetheless the AMF must ultimately decide whether the regarded tokens are concerned as utility tokens, and therefore, under the voluntary regime implemented through the PACTE law, rather than qualify as a particular type of securities, to be regulated under the existing law. France also seeks to regulate related ICOs upon the approval of certain minimum legal requirements concerning the disclosure of information, the financing projects, as well as AML/CFT standards, and conduct an optional visa regime for ICO’s.⁹⁵⁾ The AMF granted the first ICO optional visa in December 2019, and until June 2020, to a French ICO.⁹⁶⁾

Particularly concerning ICO’s France looks to build a ‘white list’ approach in contrast to a ‘black list’ approach to enforce legal actions against fraudulent ICOs executing activities from the French territory of upon its citizens. The AMF indicated that although this regulatory approach will become enforceable and mandatory after a testing period, whereby the AMF will exercise its supervisory powers as a transition phase, which might become mandatory in the future.

Under the PACTE, conditions for the ICO approval includes requirements such as (i) the incorporation of the issuer of tokens a legal entity established or registered in France; (ii) implementation of a process enabling the monitoring and safeguarding of financial funds and digital assets raised by the ICO; (iii) the implementation of a system to ensure compliance with its obligations relating to anti-money laundering and terrorist financing; as well as (iv) the other requirements in accordance to additional instructions supplementing the PACTE, such as the procedure for examination of the application and establishment of an information document for ICO approval by the AMF on an initial coin offering, namely instructionsDOC-2019-06.”⁹⁷⁾

95) Autorité des Marchés Financiers “Towards a New Regime for Crypto-Assets in France”, 418.

96) *Press Released* Autorité des Marchés Financiers “The AMF Grants its First Optional Approval to an Initial Coin Offering (ICO), 19 December, 2019, available at: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/amf-grants-its-first-optional-approval-initial-coin-offering-ico> (last visited on 30 January, 2020).

97) Autorité des Marchés Financiers “Procedure for Examination of the Application and Establishment of an Information Document for ICO Approval By the AMF on an Initial Coin Offering”, 6 June, 2019, available at: https://doctrine.amf-france.org/en_US/Reglementation/Doctrine/Doctrine-list/Doctrine?xtcr=1&isSearch=true&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Faf1f24bd-6d7b-4386-aa4b-f1fb69ea877f&lastSearchPage=https%3A%2F%2Fwww.amf-france.org%2FmagnoliaPublic%2Famf%2Fen_US%2FResultat-de-recherche%3FTEXT%3Ddoc-2019-06%26LANGUAGE%3Den%26isSearch%3Dtrue%26simpleSearch%3Dtrue%26valid_recherche%3DOK

4) Future Outlook

In recent statements, the AMF expressed an extend interest further than the already regulated ICOs, to move forward the analysis on the applicability of the bespoke regulatory framework to Security Tokens Offering (STOs). Such studies seeks to explore the applicability of this framework to the right attached to the token at issue, such as financial rights or political rights, or expressing hybrid features, a case where the plenty applicability of the existing regulatory framework is possible according to the AMF.⁹⁸⁾

Finally, as a central authority, the AMF has also expressed its interest in advance forward the implementation of bespoke regimes regarding the operation of secondary trading platforms, and the called tokenization platforms referring to the tokenization of traditional financial instruments, aimed to be focused upon three main areas (i) trading through platforms identified as multilateral trading facilities (MTF); (ii) brokerage services; and (iii) custodies.⁹⁹⁾ Further adjustment are also expected in the “French Financial and Monetary Code.”¹⁰⁰⁾

3. Japan

Regulatory profile of the country

- ① Relevant legal instrument: Payment service act, Articles 2, 63, 87. Financial instrument exchange act, Article 202.
- ② Involved Authorities: Financial Services Agency (FSA)
- ③ Legal Nomination: virtual currencies, method of payment.
- ④ Legal Approach: registration, licensing, and operation of virtual currency operators, self-regulation organization, exchanges associations, dispute resolution services for VC-related conflicts.
- ⑤ Regulatory Interest: Blockchain-based payments, Exchange service providers - ICOs

[&xtmc=doc-2019-06&category=I+-+Issuers+and+financial+disclosure&docVersion=1.0](#) (last visited on 30 January, 2020).

98) *Press Release*, Autorité des Merches Financiers “Review and Analysis of the Application of Financial Regulations to Security Tokens”, 10.

99) *Ibid.*

100) For a detailed analysis on the regulation of France to cryptoassets See Debevoise Update, 417.

1) First Official Statement

The first press release of the Japanese government related to the matter was released on 27 October, 2017. In this statement, Japan warning on the operation of ICOs, along a brief introduction about the related concept and some considerations on price volatility and potential frauds. Accordingly, the government indicated to investors: “you should have a deal at your own risk only after understanding enough the risks as above and the content of an ICO project if you buy a token. You should also pay careful attention to suspicious solicitation on ICOs.”¹⁰¹⁾ In the same statement the government also announced:

ICOs may fall within the scope of the Payment Services Act and/or the Financial Instruments and Exchange Act depending on how they are structured. Businesses involved in an ICO should adequately fulfill their duties required by related laws and regulations such as registration when their services are regulated by those acts. Delivering such services without registration is subject to criminal penalties.¹⁰²⁾

2) Definition

Under Japanese law, virtual currencies are regarded as property values, article 2(5)(i)(ii), subject to two-fold categorization. First, as method of payment, Article 2.5(i):

- a. Limited to that which is on an electronic device, or other electronic means.
- b. Excluding Japanese currency, foreign currency and currency dominated assets¹⁰³⁾.
- c. Which can be used in relation to an unspecified person, for the purpose of paying, the purchase of leasing of goods or services.

101) *Press Release* Japan Financial Services Agency, “Initial Coin Offerings (ICOs). Users and Business Operators waring about risks of ICOs”, 27 October, 2017, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Japan%20-%20FSA%20-%20User%20and%20Business%20Operator%20Warning%20about%20the%20Risks%20of%20ICOs.pdf>

102) Japan Financial Services Agency, “Initial Coin Offerings (ICOs). Users and Business Operators waring about risks of ICOs”, 27 October, 2017, available at <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Japan%20-%20FSA%20-%20User%20and%20Business%20Operator%20Warning%20about%20the%20Risks%20of%20ICOs.pdf> (last visited 15 July, 2018).

103) Japan, Payment Service Act, Art 2(6) establishes: "Currency-Denominated Assets" [...] means assets which are denominated in the Japanese currency or a foreign currency, or for which performance of obligations, refund, or anything equivalent thereto [...] is supposed to be made in the Japanese currency or a foreign currency”.

- d. Which can be also purchased from or sold to an unidentified person.
- e. Which can be transferred by electronic data processing system.

Consequently, under Japanese legal regime, the connotation of virtual currencies as payment method implies its convertibility to fiat currency, and its use into an open community or markets for regular activities relating buying or selling transactions.

The second categorization of crypto currencies under Japan legal regime relates the interchangeability of virtual currencies for other virtual currency, Article 2.5(ii):

- a. Limited to that which is on an electronic device, or other electronic means.
- b. Excluding Japanese currency, foreign currency and currency dominated assets.
- c. Which can be mutually exchangeable with an unspecified person
- d. Which can be transferred by electronic data processing system.

This second categorization would include other virtual currencies as Ether, which still cannot be used as payment method, but can be exchanged for other virtual currencies as Bitcoin. As a result, the legal definition under Japanese law excludes the so called-tokens, utility tokens, as well other categories of blockchain uses such tokenization of real estate assets, commonly referred as security tokens, to totally concentrate its scope upon what would be understand as purely centralize or decentralized virtual currencies.

3) Relevant Regulations and Legal Approach

The leading role of Japan in the development of particular regulatory schemes on crypto assets are fostered upon three main facts: (i) First, Japan is currently the second-biggest market place for cryptocurrencies around the world, after United States. (ii) Second, the cryptocurrency market size of Japan exposed the country to several security threats against cryptocurrency business operators in the country. For instance, in 2014, the well-known Mt. Gox incident ¹⁰⁴⁾ pointed Japan as the place where the world biggest exchange of virtual currency went bankrupt. The incident disclosed the misappropriation of customer financial

104) Forbes, “Bitcoin Price Plummets as Mt.Gox Goes Dark, with Massive Hack Rumored”, available at: <https://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2014/02/25/bitcoins-price-plummets-as-mt-gox-goes-dark-with-massive-hack-rumored/#623687a2ce1f> (last visited 13 July, 2019).

assets, currently calculated in around USD\$6 billion¹⁰⁵). (iii) Third, Japan was an early adopter for the FATF recommendation, requiring the registration or licensing of all natural or legal person providing services related to virtual currencies¹⁰⁶).

Since 2016, Japan initiated a reviewing process of the domestic regulations relevant to crypto assets, specially concerning the Payment Service Act, as well as the codification of additional rules thereof. In April 2017, Japan implemented a strict regulatory scheme on businesses related to services on virtual currencies. Moreover, Japan is currently designing additional rules to particularly regulate ICO's.

In Japan, the current enforceable framework on virtual currencies includes subjects such relevant definitions; registration requirements on virtual currency exchanges providers (articles 63.2, 63.3, 63.4, 63.5 and 63.6); AML/CFT standards; customer protection requirements upon virtual currencies service providers, including information security management (article 63.8), management of entrusted third party (article 63.9), management of the property (crypto assets) of user (article 63.11), periodical auditing, requirements on previous establishment of dispute settlement organization/procedure (article 63.12) and its publicity; procedures for the supervision of the operation of crypto assets operators, including books and documents (article 63.13), annual reports (art 63.14), on-site inspections (art 63.15), and revocation of registration (art 63.17); as well as regulation of legal remedies, such alternative methods for the settlement of disputes arising from the provision of related services.

Japan legal approach on cryptoassets focusses its legal schemes upon cryptocurrencies, understood as method of payment or exchange system. Accordingly, Japanese legislation on the subject places a foremost attention on the registration, licensing, and operation of virtual currency operators, as well as the related offering of goods and services, such as exchanges, blockchain wallets, virtual currency administrators, and guardians, among others.

For instance, according to the Japan payment service act, Articles 2.7 and 2.8, “exchanges services provider” are understood legal entity registered under Article 63.2 of the payment service act, and therefore, subject to Japanese domestic law. The norm relates the operation of exchange services with

105) Bitcoinmagazine, “How Japan is Creating a Template for Cryptocurrency Regulation”, available at: <https://bitcoinmagazine.com/articles/how-japan-creating-template-cryptocurrency-regulation/> (last visited 13 July, 2019).

106) Financial Action Task Force, Financial Action Task Force, “Guidance for Risk Based Approach, Virtual Currencies”, *supra* note 154, at Recommendation 14.

at least one of the following activities, displayed in the course of trade:

- a. The purchase and sale of a virtual currency or exchange with another one.
- b. The offering of services of intermediation, brokerage or agency, established towards the management of users money or virtual currencies.

The Japanese payment act set distinctions of the legal status between exchanged providers in the country, from “foreign virtual currency exchange service provider”, defined in Article 2.9 as the person displaying exchange services related to virtual currencies in a foreign state under the similar registration procedures and applicable law, as codified in Article 63.2 of Japanese payment service act, what it is to say, according to the provisions of laws and regulations of the foreign state at issue, equivalent to the Japanese law. Nonetheless, the practicability of this clause places several difficulties regarding the lack of similar regulatory frameworks in other jurisdictions around the world, as well as the diversity of approaches among the countries opting for such legal developments.

The Japanese legislation concerning virtual currencies introduces several important innovations. Five of them merit special mention:

- (i) The Japanese legislation is highly engaged in the standardization of practices and the protection of users and investors. For instance, exchanges should provide accurate and clear information to users, comply with AML obligations, KYC standards, such as requirements upon opening an account, and the report to Japanese authorities on suspicious asset holders or traders, as well as to establish solid internal security and control systems to prevent financial loss of customers crypto assets or related information.
- (ii) The placement of a “dispute resolution services” involving the processing of complains arising from virtual currency exchange services, as well as the voluntary settlement procedures to solve disputes between parties who agree to seek a settlement without following traditional litigation proceedings. Accordingly, Article 63.12 places upon exchange service providers the “obligation to conclude contract with designated dispute resolution organization for virtual currency exchanges business”, as well as the

publicity of such proceedings, as means to achieve transparency and accountability of operators involved in the offering of services related to virtual currencies.

As a result, the regulation of alternative systems for the settlement of disputes is an innovative mechanism, contributing to attain a high degree of certainty, as well as normalization and legal stability to activities concerning the use, trade or investment in virtual currencies within Japanese jurisdiction. This approach regards not only the protection of users under Japanese law, but also recognizes industrial specificities and opens a legal area for the development of voluntary standards within the industry.

- (iii) The Japan legislation on virtual currencies, under Article 87, recognizes legal status to association confirmed among several virtual currency service providers, awarding certification instruments under the connotation of “certified association for payment service providers”. This legal instrument seeks to ensure appropriate provisions for related business, provide guidance and recommendation to members concerning the management of involving business, enforce customer protections, as well as grant under law the right of these associations to act as an industrial segment to pursue common goals.
- (iv) Japanese law grants legal status to the called “self-regulation organization” (SRO), constituted through the rules codified in the subsection 1-2 and article 202.2 of the Japan “financial instrument and exchanged act”, norm which also requires the legal constitution of this organizations. This legal instrument therefore, allow the industry participants to place rules, safeguards, and establish policies and guidance to self-preserve the industry in the domestic sphere, while increasing the trust of customers thereof¹⁰⁷). Nowadays the “Japan virtual currency exchange association” (JVCEA) is integrated by around thirty companies that offer cryptocurrency-related services in Japan¹⁰⁸).

107) Reuters, “Japan Grants Cryptocurrency Industry Self-Regulatory Status”, 24 October, 2018, available at: <https://www.reuters.com/article/us-japan-cryptocurrency/japan-grants-cryptocurrency-industry-self-regulatory-status-idUSKCN1MY10W> (last visited on 16 November 2018).

108) Japan virtual currency exchange association, “Members”, available at <https://jvcea.or.jp/member/> (last seen February 27, 2020); *See also* BreveNewCoin, “Japan Virtual Currency Exchange Association Publishes Data For November 2019”, 26 January, 2020, available at: <https://bravenewcoin.com/insights/japans-virtual-currency-exchange-association-publishes-data-for-november> (last visited on 26 February, 2020).

- (v) Japan government and the Japan Financial Services Agency (JFSA) have actively engage in the standardization of operations of virtual currency exchanges and other related service providers. For instance, the JFSA created study and working groups, to particularly deal with the matter. For instance, since April 2018, the agency created the called “study group on the virtual currency exchanges services”, to discuss and deliberate different issues on virtual currency exchanges services¹⁰⁹⁾. Considerations and conclusions taking into account as resource for additional rulemaking developments¹¹⁰⁾.

4) Future Outlook

Japan has placed major interest in develop standards to guide the operation of the industry inside the territorial boundaries of the country, in a combination with self-regulated schemes and self and alternative dispute settle system that facilitate the supervision of the industry. Furthermore, in 2019, Japan FSA proposed some amendments to the Financial Service Act and the Financial Instrument Exchange Act, mainly extended the protection for investors and users, and finally adopted during May and June of 2019. With the measures becoming into force since May 2020, new guidelines form the FSA are expectable during this year, as well as other supplementary instruments on the application of these legal amendments for custody and other related service providers.¹¹¹⁾

4. Republic of Korea

Regulatory profile of the country

- 109) For more details on reports of the study group, See Financial Service Agency, “Publication on Report from Study Group on Virtual Currency Exchange Services”, available at: <https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/virtual-currency/20181228.html>, (last visited on 22 February, 2020).
- 110) The National Law Review, “Japanese Regulatory Holds the First Meeting of the New Study Group on Virtual Currency Exchanges”, available at: <https://www.natlawreview.com/article/japanese-regulatory-holds-first-meeting-new-study-group-virtual-currency-exchanges> (last visited on 27 June, 2018).
- 111) For more details, See Legal News, “Japanese Cryptocurrency Update: New Amendments to the Cryptoasset Regulation Takes Effect May 1”, 23 April, 2020, available at: <https://www.jdsupra.com/legalnews/japanese-cryptocurrency-update-new-41598/> (last visited on 9 June, 2020); See also Global Legal Insights, “Blockchain and Cryptocurrency Regulation 2020, Japan”, available at: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/japan> (last visited on 9 June, 2020).

- ① Relevant legal instrument: Reporting and Using Specified Financial Transaction Information Act (SFIA).
- ② Involved Authorities: Financial Services Commission (FSC), Financial Supervisory Authority (FSS), Financial Intelligence Unit, Bank of Korea. Korea General Assembly.
- ③ Legal Nomination: virtual assets.
- ④ Legal Approach: AML and supervision of cryptoassets business.
- ⑤ Regulatory Interest: cryptoassets business, blockchain projects and startups.

1) First Official Statement

Despite the current engagement of Korean government in the regulation of cryptoassets and the promotion of blockchain technology and related projects, at first place, the subject lacked of receptiveness. In 2017, in press release, the Financial Supervisory Service” (FSS) officially announce its approach against cryptocurrencies and ICOs. First, in June 2017, the FSS indicated that in the Republic of Korea cryptocurrencies are neither fiat currencies, pre-paid electronic means, electronic currencies, or financial investment instruments. Later, in September, the government banned all ICOs constituting in violation of the “financial investment service and capital markets act” (FSCMA), the main security law in the country.¹¹²⁾

2) Definition

The legislation of the Republic of Korea defines cryptoassets “virtual assets”, now expressly codified by the SFIA as electronic certificates of economic value, with the exception of electronic currency, that can be traded or transferred electronically. The regulation defines “**virtual assets service provider**” (**VASP**) as a person who conducts the business of (i) trading virtual assets or exchanging them for other virtual assets, (ii) brokering, intermediating or acting as an agent with regard to such transactions, or (iii) storing or managing virtual assets.

¹¹²⁾ Financial Service Commission, 보도참고, 정부, 가상통화 투기근절을 위한 특별대책 마련, available at: https://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=1&sch1=subject&sword=가상통화&r_url=&menu=7210100&no=32230 (last visited on 7 October 2018).

3) Relevant Regulations and Legal Approach

Through the most recent amended on “Reporting and Using Specified Financial Transaction Information Act”,¹¹³⁾ more widely known as “Specified Financial Information Act” (SFIA) Korea joint the list of countries establishing positive law regimes related to cryptoassets, after a long period of government delays of the announced normalization of related activities since February 2018.¹¹⁴⁾ The SFIA, ratified in the National Assembly’s plenary session on 5th of March 2020, and expected to become in force in March 2021, after one year of its promulgation. The amendment includes core definitions on the matter, and primarily focusses its sustentive obligations to build a legal base on a reporting system for cryptocurrency exchanges.

Recalling previous mentions, currently Korea is regarded as one of the countries with major adoption of cryptoassets, since in 2017 the country became the world’s third largest Bitcoin trade market¹¹⁵⁾, home of large cryptocurrencies exchanges, such as Bithumb, Coinbit and Upbit¹¹⁶⁾, the domestic adoption of cryptocurrencies services through the largest digital platforms in the country¹¹⁷⁾, startups¹¹⁸⁾, and its main economic conglomerates working on in-house blockchain projects¹¹⁹⁾. All

-
- 113) According to article 1 of the Act, this regulation aims “to provide for matters concerning reporting on, and the use of specific information on financial transactions necessary for regulating money laundering and the financing of terrorism using financial transactions, such as foreign exchange transactions, etc. in order to prevent crimes and furthermore, to contribute to establishing sound and transparent order in financial transactions”, See, Act on Reporting and using Specific Financial Transaction Information, available at: <http://www.law.go.kr/LSW/lsInfoP.do?lsiSeq=124054&chrClsCd=010203&urlMode=engLsInfoR&viewCls=engLsInfoR#0000> (last visited on 10 February, 2020)
- 114) CCN, “South Korea Regulator Seek Cryptocurrency ‘Normalization’ in Dramatic U-Turn”, *supra* note 367; See also Cointelegraph, “South Korea legitimizes blockchain industries with major new classification standards”, 5 July, 2018, available at: <https://cointelegraph.com/news/south-korea-legitimizes-blockchain-industry-with-major-new-classification-standards> (last visited on 17 September, 2019).
- 115) The Diplomat, “What Hides Behind South Korea Cryptocurrency Regulation Policy”, 30 November 2019, available at: <https://thediplomat.com/2019/11/what-hides-behind-south-korean-cryptocurrency-regulation-policy/> (last visited on 25 January, 2020).
- 116) Hackernoon, “50 Top Cryptoexchanges for 2020”, 18 January, 2020, available at: <https://hackernoon.com/list-of-50-top-cryptocurrency-exchanges-for-2020-ag1h44f9> (last visited on 30 January, 2020).
- 117) Business Korea, “Cryptocurrencies to be Sent and Receive Through Kakaotalk Begins this Summer”, 19 February, 2020, available at: <http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=41553> (last visited on 4 March, 2020).
- 118) Business Korea, “Domestically Developed Cryptocurrencies Setting New Records”, 10 February, 2020, available at: <http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=41074> (last visited on 15 February, 2020).
- 119) Business Korea, “Samsung Electronics Joins Hands with KakaoTalk to Launch Crypto Supported ‘Klaytnphone’”, 9 September, 2019, available at:

these facts place Korea as a vibrant cryptocurrency hub, commonly referred within the industry as the “kimchi premium.”¹²⁰⁾

As previously mentioned, cryptocurrencies lack of positive receptiveness from the Korean in a first stage. For instance, in September 2017, the government banned all ICOs constituting in violation of the “financial investment service and capital markets act” (FSCMA), the main security law in the country.¹²¹⁾ Nonetheless, in January 2019, and after several months the FSS conducted an investigation over around 22 ICO’s established in the country, the government agency announced that the prosecutor did not find any illegal activity involving the involved ICOs.¹²²⁾ Also in diversity of press release the FSC pointed that “cryptocurrencies are highly likely to be used as a means to money laundering due to their nature of anonymity and non-face-to-face transaction.”¹²³⁾

2018 was a year of important contributions to the normalization of cryptoassets in the country. First, in May 30 the Supreme Court of Korea, being one of the first cases whereby a high judicial organ was pronounced on the nature of cryptoassets, ruled that cryptocurrencies can be confiscated as criminal proceeds,¹²⁴⁾ therefore, regarding this type of virtual assets as property. Second, after

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=35805>, (last visited on 15 December, 2019); Business Korea, “Samsung to Build Blockchain Ecosystem Ahead of Google and Apple”, 5 November, 2019, available at:

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=37647>, (last visited on 10 December, 2019); Business Korea “South Korea 4 Top Banks Stablish Technology-Service Alliances with Blockchain Companies”, 3 September, 2019, available at:

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=35610> (last visited on 15 December, 2019).

- 120) “Kimchi Premium” denotes an expression used in the cryptocurrency industry to refer the gap in the price of cryptocurrencies in Korea compared to cryptocurrency foreign exchanges. Price difference engaging traders in currency arbitrage, for more details, See Investopedia, “Kimchi Premium”, 5 January, 2020, available at: <https://www.investopedia.com/terms/k/kimchi-premium.asp> (last visited on 30 January, 2020).
- 121) Financial Service Commission, 보도참고, 정부, 가상통화 투기근절을 위한 특별대책 마련, available at: https://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=1&schl=subject&sword=가상통화&r_url=&menu=7210100&no=32230 (last visited on 7, October 2018).
- 122) Kim & Chang, “Newsletter. A Quarterly Update on Legal Developments in Korea”, October, Issue 3 (2018), 34, available at: [https://www.kimchang.com/newsletter/2018newsletter/legal/en/Newsletter_issue_3_2018_6\(E\).pdf](https://www.kimchang.com/newsletter/2018newsletter/legal/en/Newsletter_issue_3_2018_6(E).pdf), (last visited on 23 June, 2019); The Diplomat, “South Korea Wrks to Bring Cryptocurrencies into the Main Stream”, 3 January, 2020, available at: <https://thediplomat.com/2020/01/south-korea-works-to-bring-cryptocurrency-into-the-mainstream/> (last visited on 18 January, 2020).
- 123) *Press Release*, Financial Service Commission, “KoFIU and FSS Inspect Banks Over Cryptocurrency Trading Accounts”, 8 January, 2018; *Press Release*, Financial Service Commission “Financial Measures to Curb Speculation in Cryptocurrency Trading”, 23 January, 2018; *Press Release*, Financial Service Commission, “Revision to virtual currency anti-money laundering Guidelines”, 27 June, 2018.
- 124) *The Law Reviews*, “The Virtual Currency Regulation Review. Edition 2, Korea”, September (2019), available at:

a turning on its original approach, the Korean government and the parliament engage several efforts to display high level analysis on the subject, and supported in international cooperation, to attain future legal developments on the matter. Currently, under the called Specified Financial Information Act, Korea created a first legal step to normalize blockchain-base assets and related business activities in the country. As an Act primarily related to the imposition of substantive obligations concerning AML measures and standards, the act states the obligation of virtual assets service providers, and cryptocurrency exchanges, to report to the “Financial Intelligence Unit” (FIU) in regard of the AML aspects under the operation involving such crypto assets.

The major contribution of the Act concerns the introduction of a legal foundation of the operation of cryptoassets business in the country, thus, the regulation reduce the legal uncertainty within this jurisdictions on the operation of diversity of blockchain projects, which has been conducted in the country, as well as the participation of Korean citizens in transactions related to invest, sell, purchase, trade or hold crypto assets within the country.

Some of the substantive obligations for operators include the provision of an “information security management system”, reporting to the FIU whether a client may hold and manage his or her property in segregated accounts, as well as report suspected illegal property transactions and large cash transactions. The act also is extended to crypto assets businesses the application of certain national standards in the administration of users account including “real-name-account”, implemented since January 2018,¹²⁵⁾ and other requirements of due diligence on financial institution displaying activities around cryptoassets, among other aspects¹²⁶⁾.

Within a wider context, the regulation of cryptocurrencies and particularly, the legalization and regulation of ICOs still place several difficulties for the country,¹²⁷⁾ since such services directly concern centralization of assets, and therefore, a high risk to fraud, or the criminal exploitation of cyber security weaknesses, when not proper standards and protective measures are placed by the chain

<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-virtual-currency-regulation-review-edition-2/1197591/korea> (last visited on 29 October, 2019).

125) *Ibid.*

126) *Press Release*, Financial service commission, “Revision Bill to Introduce AML Requirements on Crypto-Assets Moves Ahead at National Assembly”, 26 November, 2019, available at: http://www.fsc.go.kr/eng/new_press/releases.jsp (last visited 15 January, 2020).

127) For more information about the regulation of cryptocurrencies in Korea, *See* Global Leader Insight, “Blockchain and Cryptocurrency Regulation Korea”, available at: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/korea> (last visited on 30 January, 2020).

of service providers. In the case of Korea, this former issue also involves the country national and foreign policies towards its complex relationship with North Korea. In recent years, through the increasing cyber capacity developed by North Korea, the country has been involved in numerous cyber security incidents against Korea. Particularly, in related to cryptocurrencies, apparently North Korea has been reported for being involved in hacks against exchanges in Korea, such as Bithumb where more than USD\$8 million were stolen¹²⁸⁾.

4) Future Outlook

Several draft laws are being discussed and analyzed by the Korea general assembly on the matter, covering subjects such licensing requirements for exchanges and cryptocurrency services, consume protection, cyber security standards, liabilities, among other subjects,¹²⁹⁾ confirming the wiliness of the Korean government to keep its goal to support blockchain projects launching in the country.¹³⁰⁾

For instance, in January 2019, the Korea general assembly appointed a special committee on the fourth industrial revolution, integrated by eighteen members specialized in diversity of areas, and divided within three sub-committees in charge of blockchain, big data and artificial intelligence¹³¹⁾. All these efforts express the engagement of the Korean government in the normalization of crypto activities, as well as the establishment of a proper regulatory framework for the flourishing of blockchain projects and the diversification of its applications.

-
- 128) For more information, See Coindesk, “South Korea: North Korea Stole Millions From Crypto Exchanges Last Year”, 5 February 2018, available at: <https://www.coindesk.com/south-korea-north-korea-stole-millions-crypto-exchanges-last-year> (last visited on 1 October, 2018); Coindesk “North Korea is Targeting South Korea’s Bitcoin Exchanges, Report Claims”, 12 September, 2017, available at: <https://www.coindesk.com/report-north-korea-targets-south-koreas-bitcoin-exchanges-cyber-attacks> (last visited on 1 October, 2018).
- 129) *Press Release*, Korea Blockchain Association, 사단법인 한국블록체인협회, “암호화폐 거래소 자율규제안 설명회”, 15 December, 2017 available at: <http://www.kblockchain.org/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002&pagesize=10&boardtypeid=4&boardid=116> (last visited on 13 January, 2018)
- 130) Financial Service Commission, “Polity Issues. Fintech Policy”, available at: http://www.fsc.go.kr/eng/new_policy/fintechpolicy.jsp (last visited on 7 March, 2019).
- 131) *Press Release*, Korea General Assembly, “Fourth Industrial Revolution Committee Appoints Advisors”, 31 January 2019, available at: https://korea.assembly.go.kr:447/wha/pre_read.jsp?boardid=1000000028&boarditemid=1000030488 (last visited on 17 December, 2019).

5. Switzerland

Regulatory profile of the country

- ① Relevant legal instrument: FINMA Guidance 04/2017 - Financial market infrastructure act (FMIA) article 2 let b –
Stock Exchange Ordinance (SESTO) article 3 para 2.
- ② Involved Authorities: Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA),
- ③ Legal Nomination: tokens
- ④ Legal Approach: Licensing, supplementary guidelines.
- ⑤ Regulatory Interest: ICOs, stable-coins

1) First Official Statement

Switzerland, under the efforts placed by the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA), is a current leading jurisdiction in the analysis of guidance, and existing standards on crypto assets, with several guidelines modeling and influencing the official statements and approach of other regulatory authorities over the world. One of the first press releases on the matter was announced in 26 September 2017, where the financial authority indicated:

How ICOs are structured from technical, functional and business standpoints varies markedly from offering to offering. ICOs are currently not governed by specific regulations, either globally or in Switzerland. Swiss legislation on financial markets is principle-based; one such principle is technology neutrality. Collecting funds for one's own account without a platform or issuing house is unregulated from a supervisory perspective in cases where repayment is not obliged, payment instruments have not been issued and no secondary market exists.¹³²⁾

2) Definition

Under Switzerland approach, tokens are categorized in consideration to the particular economic functionality of each group of tokens. Therefore, under the FINMA analysis, tokens are

132) *Press Release*, Swiss Financial Market Supervisory Authority, "FINMA is Investigating ICO Procedures 29 September, 2017, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Switzerland%20-%20FINMA%20-%20Press%20Release%20on%20ICOs.pdf> (last visited on 9 June, 2020).

divided within three main categories:

- i) “Payment tokens”, which are regarded as synonymous of cryptocurrencies or virtual currencies. Therefore, under this regulatory approach, the three expressions refer “means of payment for acquiring goods or services or as means of money or value transfer”¹³³).
- ii) “Utility tokens”, understood as a representation of digital access “to an application or service by means of a blockchain-based infrastructure”.
- iii) Finally, “asset tokens” denotes financial instruments equivalent to securities under Switzerland law, thus, “analogous to equities, bonds or derivatives”, including physical assets traded on blockchain-base structures¹³⁴).

The FINMA guidelines also recognizes particular categories of tokens, as “hybrid tokens”, which according to the Swiss authority study are set under more than one of the economic functionalities listed above. For instance, crypto assets displaying functionalities as utility tokens, but also under other functionalities regarded as securities, such as Ether; or other tokens that while deployed as a means of payment, might also constitute asset tokens for investment purposes, such as Bitcoin. Therefore, these hybrid categories should be ruled under cumulative requirements¹³⁵).

3) Relevant Regulation and Legal Approach

The FINAM was the first financial authority in released a detailed guideline concerning the “regulatory treatment of initial coin offerings”, whereby Switzerland “recognizes the innovative potential of distributed ledger/blockchain technology. It welcomes and supports all efforts to implement blockchain solutions in the Swiss financial center”¹³⁶).

According to FINMA analysis on the applicability of existing domestic regulatory schemes on the matter, although ICO’s are not regulated by Swiss law,¹³⁷) several activities displayed

133) Swiss Financial Market Supervisory Authority, “FINMA Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings”, *supra* note 319, at 3.

134) *Ibid.*, 3.

135) *Ibid.*

136) Swiss Financial Market Supervisory Authority, “FINMA Guidelines. Regulatory Treatment of Initial Coin Offerings”, 2.

under this crowdfunding model of investment might involve the application of at least one of the financial markets law, including provisions on combating money laundering and terrorist financing; banking law provisions, such as the banking license requirement; provisions on security trading; as well as collective investment scheme legislation¹³⁸).

In February 2018, FINMA published a second guidelines namely, “guidelines for enquiries regarding the regulatory framework for initial coin offerings (ICOs)”, whereby the authority outlined relevant definitions and deepened the analysis on the applicability of Swiss financial markets law to cryptocurrencies and other cryptoassets. Although indications on the lack of a recognize classification in Switzerland or in the international sphere in the guidelines, this supplementary document seeks to build some conceptual clarification on relevant definitions.

Switzerland approach to the ruling of crypto assets is deployed on a case-by-case-basis, which seeks to determine whether a tokens might qualify as a certified or uncertified security or derivative or intermediated security, according to article 2 of the “financial market infrastructure act” (FMIA), a legal instrument suitable for “mass standardized trading” as the FINMA determined¹³⁹). This set of rules is particularly applicable to ICOs, “asset tokens”, as well as to hybrid categories of tokens. Nonetheless, under this jurisdiction, the called “payment tokens” (cryptocurrencies) are not concerned as securities, neither the “utility tokens” (digital access rights), a subject which requires further legal developments or amendments to existing rules.

Lastly, in September 2019, FINMA released a supplementary document to its 2017 Guidance to particularly deal with ICOs and discuss the legal treatment of the called “stable-coins”. This supplementary guideline has a major relevance to the analysis of the application of Swiss financial markets law too global stable-coin projects such Facebook-Libra, organization actually established in Geneva, Switzerland, and subject to Swiss FMIA schemes on the subject¹⁴⁰).

137) In the guidelines, the FINMA conceptualizes ICOs as the “digital form of raising funds from public. They exclusively take place using distributed ledger or blockchain technology. “Token Sale” or a “Token-Generating Event” are other terms used”, *Ibid.*, 2.

138) *Ibid.*, 2-3.

139) Swiss financial market supervisory authority, “FINMA Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings”, *supra* note 133, at 4.

140) For more details, See Swiss Financial Market Supervisory Authority “FINMA Supplement to the Guidelines for Inquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs)”, 11 September, 2019, available at: <https://www.finma.ch/en/documentation/finma-guidance/> (last visited on 7 March, 2020)

In a recall of some of the definitions depicted in the first section of this chapter, stable-coins denotes a new business model, mostly of centralized nature, based on blockchain technology and aimed to solve the volatility problem related to virtual currencies. Likewise security tokens, stable-coins collateralize volatility risks pegged crypto tokens to a particular assets existing in the physical world. This type of assets are also called “reserve assets”, which seek to maintain market value, price stability, and increase market acceptance, particularly compared with payment tokens such Bitcoin¹⁴¹).

In sum, Switzerland implements a principle-based approach to financial markets involving crypto assets and the blockchain industry, through a high level analysis and supplementation of interpretative notes released to the industry and stakeholders through guidelines and other explicative instruments to bring legal certainty on the scope and extent of applicability of the Swiss legal scheme on assets tokens and other hybrid categories thereof.

4) Future Outlook

Switzerland seeks to achieve a holistic regulation of the matter to place the country in a global leader position through the adaptation of its traditional regulatory schemes on financial market to ICOs and other certain categories of tokens. For this reason, beside the already depicted guidance, the country also seeks to enact a particular legal regime.

With this purpose, in March 2019, the Swiss Federal Council published the called “Federal Act on the Amendment of Federal Laws in light of the Developments regarding DLT (Bundesgesetz zur Anpassung des Bundesrechts an Entwicklungen der Technik verteilter elektronischer Register) – Draft DLT Act and conducted a pre-draft under a public consultation opened until June 2019.

DLT-draft law”, including new regulatory license, the amendment of the Swiss Code of Obligations (SCO) for the incorporation of a new category of uncertificated securities, called DLT securities (*DLT-Wertrechte*). The bespoke scheme represents a major significance to provide a legal base enabling the recognition, under the swiss law, of the transfer of rights, as well the legitimacy of the involved transactions and holders mediated by DLT protocols.

¹⁴¹) *Ibid.*, 1.

Therefore, from a legal perspective, and according to legal experts¹⁴²⁾ in the country, such legal development has two main legal implications:

- (i) The enhancement of the legal certainty around the effective “tokenisation” of conventional instruments, including shares, bonds or warehouse receipts;
- (ii) The legal validity to transfers of such tokenized instruments among involved parties through transactions mediated by DLT technological means, instead of third parties and other legal arrangements.

VI. Conclusions

This research suggests the analysis of cryptoassets under a cohesive and holistic approach to explore the evolution of international law towards its progressive codification and development in front of an increasing complexity of global contemporary society. Accordingly, this study explores the performance and of law towards the regulation of cryptoassets under a theoretical construction which understands law as a social system embedded in society, whereby law displays mutual co-relations and co-evolves with other social systems.

The central hypothesis of this research suggests that cryptoassets represents a particular form of “structural coupling” between law and technology embodied in the rise of a new LegalTech institutions called in this research as B-property to expresses the adjustive resonance between law and technology in a particular level of co-relation introducing alternative structures to communicate value and ownership in contemporary society, where states are called to display central roles in the regulation of legal schemes to regulate the

142) For more a legal analysis on the Swiss draft law “DLT Act”, See Flühmann, D.; Peter, H., “New Swiss Draft Regulations Could Be a Milestone For DLT”, in *Fintech Leaders*, April-May (2019), available at: https://www.baerkarrer.ch/publications/IFLR_FintechLSwitzerland_B&K_Newsletter.pdf (last visited on 27 November, 2019), See also Haeberly, D., “Blockchain and Cryptocurrency Regulations 2020. Switzerland”, *Global Insights*, available at: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland> (last visited on 25 January, 2020).

relations of citizens and among states in this novel technological settings.

This research departs from the theoretical contributions of Niklas Luhmann and his studies of law as an autopoietic and social system. Luhmann offers an ontological approach to law which contests its traditional conceptualization of law as a system of coordinated rules. Instead, in Luhmann, law is understood as an autonomous system of communications codified on a social-time basis, and displaying essential correlations with other social systems, mutually co-related, within a more comprehensive system: the society.

This theoretical settlement brings significant consequences on how contemporary international legal issues are analyzed, and how law sources its own process of evolution or autopoiesis —the progressive codification of law — forwards its readiness to attain accurate responses in front of an increasing complexity of society. This study, therefore, constructs a legal argumentation around how law and technology display a mutual co-relation and co-evolution in front of disruptive issues such as cryptoassets.

The foundation of B-property as legal institution relevant to the international law primarily concerns the positive law and the progressive codification of special schemes across several states worldwide to regulate cryptoassets. The evolution of law in front of emerging cryptoassets is embodied in the progressive codification of new social events the matter involves. Accordingly, the regulation of B-property encompasses the adjustment of domestic responses to disruptions placed by the rise of technology structures, particularly, DLT and blockchain technologies as foundational communications-basis computing capabilities behind cryptoassets.

The evolution of law in regard of emerging cryptoassets is a process observed through the operationalization of the tripartite circle of evolution of law expressed in a circular fashion between *variation*, *selection* and *stabilization*, and the existence of causal link and guided development between law and technology on the subject.

In sum, under the suggested theoretical methodology, the progressive development and codification of the legal system entails a guided process, rather than an accidental or circumstantial adjustment of law isolated from social transformations. Instead, the evolution of law involves an autopoietic process, necessary to preserve the autonomy, cohesion and internal stability of the system, as well as its functionality in society. That is to say, law

justifies its existence by virtue of the stable performance of its functionality placed in a social change-time relation.

This research conducted a comparative analysis based on a case study on more than twenty-five jurisdiction to validate the suggested method of approach and identify the existence of B-property as a new LegalTech institution. Accordantly, this study concluded that the rise of B-property is a fact verified from the increasing regulatory activity around the codifications of bespoke legislative schemes on cryptoassets, that although existent asymmetries across jurisdictions, demonstrate the existence of a new state practice responding to this new social event.

The findings of this study suggest that rather than the arisen of cryptoassets in 2008, B-property is a new legal institution identifiable no earlier than 2018, and detectable through the state practice and acts of international organizations concerning the codification of special schemes and authorities to regulate and supervise the implementation of regulations on blockchain-based property.

The study found that during 2013 to 2020 three different stages of development are also detectable in the state practice and acts of international organizations concerning the matter: First, from 2013 to 2017, when the states and international organizations placed the firsts official statements on cryptoassets. Second, from 2017 to 2018, when states and international organizations moved forward the elaboration of first guidelines, high level counseling groups, official legal studies, and public consultations on the subject. Third, in 2018, when the first bespoke regulations concerning blockchain-based property were enacted simultaneously across several states all over the world, as well as the continuity of this process through 2019 and the first semester of 2020.

The findings suggest that rather than a subject with only relevance to the domestic legal system, B- property entails the evolution of a new institution for the legal system as a whole, and thus, with major significance for the contemporary international law. The interest of international organizations and states on B-property includes projects to launch sovereign and regional cryptocurrencies to strengthen the influence in the international trade, and the ability to compete with foreign currencies in global financial markets; enhance foreign investment methods within the territorial boundaries of states; improve international trade procedures and legal compliance; consolidate a solid international cooperation for the harmonization of standards in technical matters, such as smart

contracts, coins and token issuance, licensing regimes on ICOs, STOs, the registration of custodian wallets and other blockchain-related service providers, as other numerous matters.

To summarize, the practice of states concerning B-property is a fundamental expression on where the international law is moving forward, and more importantly, how the international law is shaping its process of evolution. Therefore, this study recalls the relevance of state practice and the acts of international organizations, as feasible and accurate general practice and mechanism to understand how technological disruptions shape remarkable significances to the contemporary international law.

From the conducted comparative study some commonalities are identified as relevant state practice in the codification of B-property:

- (i) Most enforceable instruments and guidance on the matter attribute to B-property three particular functionalities: a) as means of payment, used to buy, sell or exchange goods and services; b) as means to access to certain virtual or computing resources, or particular “utility” within the host network or application, which would be also understood as a “right to access and use” a particular virtual or digital resource; c) as a store of value or investment means, in this case, with similarities to existing security schemes.
- (ii) Other state and international organizations efforts on the subject include the development of classificatory schemes to distinguish different categories of B-property resembling the economic functionality of national currencies but issued by private entities, under monetary principles outside of traditional schemes the law recognizes.
- (iii) Several states conclude that virtual currencies are placed outside of existing legal instruments. This separation of categories improves flexibility of jurisdictions to further development regulations on B-property throughout new adoptions expectable in a close future.
- (iv) Several countries have published guidelines to supply practical resources to national authorities, enterprises, regulators and other stakeholders with common

definitions, basic technical elements, and in some cases, analysis on the applicability of existing financial law on certain categories of B-property.

- (v) Most of states have coordinated the participation of private interested parties through the implementation of open consultations, aimed to understand the industry expectations and needs concerning potential new regulatory schemes, and opinions on industry approaches of regulatory proposals.

Finally, the study concluded in the identification of three main regulatory approaches to the codification or regulation of B-property:

- (i) First, the extensive interpretation on the applicability of existing rules to certain aspects related to cryptocurrencies or other categories of cryptoassets. For instance, through the publication of one or several interpretative guidelines.
- (ii) Second, through the amendment of existing financial regulatory schemes, such as financial payment acts or the national civil code, to incorporate definitions, licensing requirements, procedures or supervisory schemes on businesses related to the cryptoassets industry.
- (iii) Third, through the establishment of an entire new special regime, particular procedures, licensing requirements, and specialized national authorities to regulate the matter in the domestic arena.

All the previous observations supplement this study to conclude that B-property is a new LegalTech structure witnessing the co-evolution of law and technology towards the recognition of alternative mechanisms to communicate ownership in society, with essential distinctions from previous legal arrangements on conventional assets.

References

Books

- Antonopoulos, A., *Mastering Bitcoin*, O'Reilly Press (2014)
- Archibugi, D.; Archibugi, K. (Eds), *Global Democracy. Normative and Empirical Perspectives*, Cambridge University Press (2012).
- Archibugi, D.; Held, D. (Eds.), *Re-imagining Political Community. Studies in Cosmopolitan Democracy*, Stanford University Press (1998).
- Bentham, J., *The Theory of Legislation*, Trubner & Co (1871).
- Bessos, S.; Tasioulas, J. (Eds.), *The Philosophy of International Law*, Oxford University Press (2010).
- Biersteker, T.; Weber, C. (Eds), *State Sovereignty as Social Construct*, Cambridge University Press (1996).
- Crawford, J., *Brownlie's Principles of Public International Law*, 8th Ed, Oxford University Press (2012).
- Davis, A., *The Evolution of the Property Relation. Understanding the Paradigms, Debates, and Prospects*, Palgrave Macmillan (2015).
- Domingo, R., *The New Global Law*, Cambridge University Press (2010).
- Garnsey, P., *Thinking about Property. From Antiquity to the Age of Revolution*, Second Edition, Cambridge University Press (2013).
- Kelly, K., *The Inevitable*, Penguin Random House Press (2016).
- Kenneth, C.; Laudon, K.; Guercio, C. *E-commerce 2016. Business, Technology and Society*, Pearson (2017)
- Klaus, S., *The Fourth Industrial Revolution*. Portfolio Penguin, (2017). Lawrence, L., Code Version 2.0, Basic Book (2006).
- Lawrence, L., Code: and other Laws of Cyberspace, Basic Books (1999). Luhmann, N., Introduction to Systems Theory, Polity Press (2013).
- Luhmann, N., The Law as a Social System, Oxford University Press (2004).
- Luhmann, N., Theory of Society, Vol I, Stanford University Press (2012).
- Magalhaes, R.; Sanchez, R., (Eds.), *Autopoiesis in Organizations, Theory and Practice*, Emerald Group

- Publishing (2010).
- Marceau, G., *A History of the Law and Lawyers in the GATT/WTO*, Cambridge University Press (2015).
- Munzer, S., *A Theory of Property*, Cambridge University (1990).
- Orford, A.; Hoffmann, F. (Eds.), *The Oxford Handbook of the International Theory of International Law*, Oxford University Press (2016).
- Piketty, T., *Capital in the Twenty-First Century*, Harvard University Press (2017).
- Schmitt, M., *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations*, Cambridge University Press (2017).
- Shaw, M.; Kohen, M. (Eds.), *Territoriality and International Law*, Edward Elgar Publishing (2016).
- Tapscott, D., *Blockchain Revolution*, Penguin Press (2016). Thirlway, H., *The Sources of International Law*, Oxford University Press (2014). Turner, J., *Robot Rules. Regulating Artificial Intelligence*, Palgrave Macmillan (2019).
- Unger, R., *Free Trade Reimagined: The World Division of Labor and the Method of Economics*, Princeton University Press (2017).
- Williams, J., *Stand out of Light, Freedom and Resistance in the Attention Economy*, Cambridge University Press (2018).
- Wolfrum, R. (Et al), *WTO Technical Barriers and SPS Measures, Martinus, Max Plack Commentaries on World Trade Law*, Vol. 3, Leiden Press (2007).
- Wu, T., *The Attention Merchants. The Epic Scramble to Get Inside our Heads*, Vintage Books, (2017).
- Wunsch, V., *The WTO, the Internet and Trade in Digital Products, EC-US Perspectives*, Oxford Press (2006).
- Zuboff, Shoshana, *The Age of Surveillance Capitalism. The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, First Edition Public Affairs (2019).

Academical Journals

- Aaron, W., Filippi, P., “Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia, *SSRN Papers* (2015), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2580664
- Aaronson, S.; Leblond, P., “Another Digital Divide: The Rise of Data Realm and its Implications for the WTO”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 21 (2018), 245-272.

- Alarie, B., “The Path of Law: Towards Legal Singularity”, *University of Toronto Law Journal*, Vol. 66 Issue 4 (2016), 443-445.
- Alarie, B.; Niblett, A.; Yoon, A., “Using Machine Learning To Predict Outcomes In Tax Law” *SSRN Papers* (2017), available at:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2855977
- Albert, M., “Luhmann and Systems Theory”, in *Oxford Research Encyclopedia* (2016).
- Andre, R. “Technology as System. Towards an Autopoietic Theory of Technology”, *International Journal of Innovation and Sustainable Development*, Vol. 5 No. 2/3 (2011), 105-118.
- Bakken, T., “Innovation and Organization: an Overview from the Perspective of Luhmann’s Autopoiesis”, in Magalhaes, R.; Sanchez, R. (Eds.), *Autopoiesis in Organizations, Theory and Practice*, Emerald Group Publishing (2010), 69-88.
- Burt, D. “A Vision for the Future: The Bermuda Fintech Story”, in Swammy, S.; in *Crypto Uncovered. The Evolution of Bitcoin and the Cryptocurrency Marketplace*, Palgrave Macmillan (2019),
- Buttigieg, C.; Efthymiopulos, C., “The Regulation of Crypto Assets in Malta: the Virtual Financial Asset Act and Beyond”, *Law and Financial Market Review*, Vol. 13 No. 1 (2019), 30-40
- Calo, R., “Robotics and the Lessons of Cyberlaw”, *California Law Review*, Vol. 103 No. 3 (2015), 113-563.
- Cleveland, S., “Human Rights Sanctions and International Trade: A Theory of Compatibility”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 5 Issue 1 (2002), 133-189.
- De Filippi, P.; Hassan, S., “Blockchain Technology as Regulatory Technology. From Code is Law to Law is Code”, *First Monday*, Vol. 21 Issue 12 (2016).
- Erwin, R., “Technology as a Social System. A Systems Theoretical Conceptualization”, *Philippine Sociological Review*, Vol. 61 No. 2 (2013), 319-347.
- Fleuter, S., “The Role of Digital Products Under the WTO: A new Framework for GATT and GATS Classification”, *Chicago Journal of International Law*, Vol. 17 No. 1 (2016), 155-177.
- Fox, D., “Cryptocurrencies in the Common Law of Property”, *Property, Land, Use & Real Estate LawEjournal*, 16August(2018), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3232501
- Gao, H., “Digital Trade? The Contrasting Approaches of China and US to Digital Trade”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 21 (2018), 297-331.
- Gao, H., “Google’s China Problem. A Case Study on Trade, Technology and Human Rights under the GATS”, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy*, Vol 6 (2011),

349-87.

- Hacker, P.; Thomale, C., “Crypto-Securities Regulation: ICOs, Token Sales and Cryptocurrencies under EU Financial Law”, *European Company and Financial Law review*, Vol. 15 Issue 4 (2018), 645- 698.
- Katz, D.; Bommarito, M.; and Blackman, J., “A General Approach for Predicting the Behavior of the Supreme Court of the United States”, *PLoS One*, Vol. 12 Issue 4 (2017), available at: <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0174698>
- Kenney, M.; Zysman, J., “The Rise of the Platform Economy”, *Issues in Science and Technology*, Spring (2016), 61- 69.
- Kleinberg, J., Lakkaraju, H., Leskovec, J., Ludwig, J., and Mullainathan, S., “Human Decision and Machine Predictions”, *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 133 Issue 1 (2018), 237-293.
- Makhalina, O.; Makhalina, V., “Prospects for the Creation of National and Supranational Cryptocurrencies in the BRICS Countries”, *States University of Management*, Vol. 7 Issue 2 (2019), 115-123.
- Markou, C., Deakin, S., “Ex Machina Lex: The Limits of Legal Computability”, *SSRN Papers* (2019), available at: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3407856
- Matoo, A.; Meltzer, J., “International Data Flows and Privacy: The conflict and Its Resolution”, *Journal of International Economy Law*, Vol. 21 Issue 4 (2018), 769-789.
- Moroni, S., “Property as Human Rights and Property as a Special Title. Rediscussing Private Ownership of Land”, *Land Use Policy*, Vol. 70 (2018), 273-280
- Muneeza, A.; Aishah, N.; Arifin, A., “The Application of Blockchain Technology in Crowdfunding: Towards Financial Inclusion Via Technology”, *International Journal of Management and Applied Research*, Vol. 5 No. 2 (2018), 82-98.
- Nabilou, H., “How to Regulate Bitcoin? Decentralized Regulation for a Decentralized Cryptocurrency”, *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 27 Issue 3 (2019), 266-291.
- Rottleuthner, H., “A Purified Sociology of Law: Niklas Luhmann on the Autonomy of the Legal System”, *Law and Society Review*, Vol. 23 No. 5 (1989), 779-798.
- Schuetz, S.; Venkatesh, W., “Blockchain, Adoption, and Financial Inclusion in India: Research Opportunities”, *International Journal of Information Technology*, Vol 52 June (2019), available at: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0268401219301872?via%3Dihub>
- Schultz, S., “Trade as a Weapon? The WTO and Human Rights-Based Measures”, *Deakin Law Review*, Vol. 12 No. 1 (2007), 42-80.
- Sen, Nivedita, “Understanding the Role of the WTO in International Data Flows: Taking the

- Liberalization of the Regulatory Autonomy Path?”, *Journal of International Economic Law*, Vol. 21 Issue 2 (2018), 332-348
- Tauscher, C., “Understanding Platform Business Models: A mixed Methods Study of Marketplaces”, *Elsevier*, Vol 36 Issue 3 (2018), 319-329.
- Thomson, J., “State Sovereignty in International Relations. Bridging the Gap between Theory and Empirical Research”, *International Studies Quarterly*, Vol. 39 No. 2 (1995), 213-233.
- Van-Der, E., “Disentangling The Flows of Data: Inside or Outside the Multinational Company?”, *ECIPE Occasional Papers*, No. 07 (2005), available at: <https://www.econstor.eu/handle/10419/174734>
- Van-Zandt, D., “The Breath of Life in the Law”, *Cardozo Law Review*, Vol. 13 Issue 5 (1992), 1745- 1761.
- Wang, W.; Hoang., D. (Et. all), “A Survey on Consensus Mechanisms and Mining Strategy Management in Blockchain Networks”, *IEEE*, Vol. 7 January (2019), available at: <https://ieeexplore.ieee.org/abstract/document/8629877>
- Xiao, C., Haoxy., Z (Et. all) “A Large--Scale Legal Dataset for Judgement Prediction”, *CAIL* (2018), available at: <https://arxiv.org/abs/1807.02478>

Other Publications

- Ark Invest and Coinbase, “Bitcoin Ringing the Bell for a New Asset Class”, *Research White Paper*, January (2017), available at: <https://research.ark-invest.com/bitcoin-asset-class>
- BSA, The Software Alliance, “Lockout, How a New Way of Protectionism is Spreading Through the World’s Faster Growing IT Markets- and what to Do about it”.
- BSA, The Software Alliance, “Powering the Global Digital Economy. A Trade Agenda to Drive Growth”.
- Cambridge Center for Alternative Finance, “2nd Global Cryptoasset Benchmarking Study”, *University of Cambridge Judge Business School* (2018).
- Cambridge Center for Alternative Finance, “Global Blockchain Benchmarking Study”, *University of Cambridge Judge Business School* (2017).
- Cambridge Center for Alternative Finance, “Global Cryptoasset Regulatory Landscape Study”, *University of Cambridge Judge Business School* (2019).

- Cambridge Center for Alternative Finance, “Global RegTech Industry Benchmark Report”, *University of Cambridge Judge Business School* (2019).
- Coalition for Polish Innovation, “Blockchain, Smart Contracts and DAO” (2016), available at: <http://www.codozasady.pl/wp-content/uploads/2016/11/Wardynski-and-Partners-Blockchain-smart-contracts-and-DAO.pdf>
- Financial Action Task Force, “Guidance for Risk-Based Approach. Virtual Currencies”, June (2015), available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/Guidance-RBA-Virtual-Currencies.pdf>
- Financial Action Task Force, “The FATF Recommendations”, available at: <https://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF%20Recommendations%202012.pdf>
- Financial Action Task Force, “Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risk”, June (2014).
- Financial Stability Board, “Crypto-Assets, Report to the G20 on Work by the FSB and Standard-Setting Bodies”, 16 July, 2018, available at: <https://www.fsb.org/wp-content/uploads/P160718-1.pdf>
- Flühmann, D.; Peter, H., “New Swiss Draft Regulations Could Be a Milestone For DLT”, *Fintech Leaders*, April-May (2019), available at: https://www.baerkarrer.ch/publications/IFLR_FintechLSwitzerland_B&K_Newsletter.pdf
- Google “Enabling Trade in the Era of Information Technologies. Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information” (2015).
- Gullifer, L., “The English Translation of the Mt Gox Judgment on the Legal Status of Bitcoin by the Digital Asset Project”, *Oxford Business Law Blog*, 11 February, 2019, available at: <https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/02/english-translation-mt-gox-judgment-legal-status-bitcoin-prepared>
- Haeberly, D., “Blockchain and Cryptocurrency Regulations 2020. Switzerland”, *Global Insights*, (2020), available at: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/switzerland>
- International Law Commission, “Draft Conclusion on the Identification of Customary International Law with Commentaries” (2018).
- International Monetary Fund, “Fintech and Financial Services: Initial Considerations” (2017).
- International Monetary Fund, “Regulation of Crypto Assets”, *Staff Discussion*, Note 19/03 December (2019).
- International Monetary Fund, “Going Cashless”, *Finance & Development*, June (2018).

- International Monetary Fund, “Investigating the Impact of Global Stablecoins”, October (2019).
- International Monetary Fund, “Measuring the Digital Economy”, February (2018).
- International Monetary Fund, “Monetary Policy in the Digital Age”, *Finance and Development*, June (2018).
- International Monetary Fund, “The Future of Currency in a Digital World”, *Finance and Development*, June (2018).
- International Monetary Fund, “Statement by the Managing Director on the Work Program on the Executive Board”, 11 December, 2019, available at:
<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/01/15/Statement-by-The-Managing-Director-on-the-Work-Program-of-The-Executive-Board-December-11-48953>
- International Monetary Fund, “Virtual Currencies and Beyond: Initial Considerations”, *Staff Discussion Note*, January (2016).
- Investopedia, “Kimchi Premium”, 5 January, 2020, available at:
<https://www.investopedia.com/terms/k/kimchi-premium.asp>
- Iota.org, “Global Trade & Supply Chains”, available at:
<https://www.iota.org/verticals/global-trade-supply-chains>
- Kim & Chang, “Newsletter. A quarterly Update on Legal Developments in Korea”, Issue 3 October (2018), available at:
[https://www.kimchang.com/newsletter/2018newsletter/legal/en/Newsletter_issue_3_2018_6\(E\).pdf](https://www.kimchang.com/newsletter/2018newsletter/legal/en/Newsletter_issue_3_2018_6(E).pdf)
- Lee, M., “The Virtual Currency Regulation Review. Edition 2, Korea”, *The Law Reviews*, September (2019), available at:
<https://thelawreviews.co.uk/edition/the-virtual-currency-regulation-review-edition-2/1197591/korea>
- Nakamoto, S., “Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System” (2008), available at:
<https://bitcoin.org/bitcoin.pdf>
- OECD, “Digital Trade, Developing a Framework for Analysis”, *Trade Policy Papers*, No. 205 (2017).
- OECD, “Going Digital in a Multilateral World. An Interim Report to Ministers: Executive Summary”, Meeting of the Council at Ministerial Level (2018).
- OECD, “Measuring Digital Trade: Towards a Conceptual Framework” (2017). Saito, S., “Guidance Note on Japanese Virtual Currency Legislation”, July (2017).
- The Law Society of England and Wales, “Algorithms in the Criminal Justice System” (2019)

- United Kingdom Jurisdiction Task Force, “Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts”, *The LawTech Delivery Panel*, November (2019), available at: https://35z8e83m1ih83drye280o9d1-wpengine.netdna-ssl.com/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf
- United Nations Conference on Trade and Development “Online Consumer Protection Legislation Worldwide”, available at: https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Consumer-Protection-Laws.aspx (last visit 4 September, 2019).
- United Nations, General Assembly, “Second Report on Identification of Customary International Law”, 22 May, 2014, A/CN.4/672.
- United Nations, General Assembly, “Third Report on Identification of Customary International Law”, 27 March, 2015, A/CN.4/682.
- World Bank Group, “Data Driven Development” (2018).
- WorldBank, “Digital Development Partnership”, available at: <http://www.worldbank.org/en/programs/digital-development-partnership>
- World Bank, “Fintech, the Experience So Far. Executive Summary”, 17 May, 2019, available at: <http://documents.worldbank.org/curated/en/130201561082549144/Fintech-The-Experience-so-Far-Executive-Summary>
- World Economic Forum, “Personal Data: The Emergence of a New Asset Class” (2011).
- World Economic Forum, “Shaping the Future of International Trade and Investment”, available at: <https://www.weforum.org/system-initiatives/shaping-the-future-of-international-trade-and-investment>
- World Trade Organization, “Annual Report” (2020), available at: https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/anrp_28may20_e.htm
- World Trade Organization, “Blockchain and DLT in Trade. A Reality Check” (2019). World Trade Organization, “Can Blockchain Revolutionize International Trade?” (2018).
- World Trade Organization, “Symposium on the 15th Anniversary of the Information Trade Agreement”, available at: https://www.wto.org/english/thewto_e/minist_e/mc10_e/briefing_notes_e/brief_ecommerce_e.htm
- World Trade Organization, “Work Programme on E-Commerce”, (1998) WT/L/274. World Trade Organization, “World Trade Statistical Review 2018”, (2019).
- World Trade Organization, Electronic Commerce “WTO, World Economic Forum and the eWTP”, December (2017).

Press Release and Official Statements

Abu Dhabi Financial Services Regulatory, “Guidance – Regulation of Crypto Asset Activities in ADGM”, 25 June, 2018, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Abu%20Dhabi%20-%20FSRA%20-%20Guidance%20-%20Regulation%20of%20Crypto%20Asset%20Activities%20in%20ADGM.pdf>

Abu Dhabi Financial Services Regulatory, “Supplementary Guidance Regulation of Initial Coin/Tokens Offering and Virtual Currencies under the Financial Services And Market Regulations”, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Abu%20Dhabi%20-%20FSRA%20-%20Guidance%20-%20ICOs%20and%20Virtual%20Currencies.pdf>

Abu Dhabi Global Market, “ADGM Launches Crypto Asset Regulatory Framework”, 25 June, 2018, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Abu%20Dhabi%20-%20FSRA%20-%20Launch%20of%20Crypto-Asset%20Regulatory%20Framework.pdf>

Argentina Comisión Nacional de Valores de la Republica de Argentina, “Ofertas Iniciales de Monedas Virtuales o Tokens, conocidas como ICO’s o ‘Initial Coin Offering’”, December, 2017, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Argentina%20-%20CNV%20-%20Oferta%20Inicial%20de%20Monedas%20Virtuales%20o%20Tokens.pdf>

Assemblée Nationale, “Project de Loi, Enregistré à la Présidence de l’Assemblée nationale le 12 février 2019”, No. 1673, available at: http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/textes/l15b1673_projet-loi

Autorité des Merches Financiers “Towards a New Regime For Crypto-Assets In France”, 15 April, 2010, available at: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news/towards-new-regime-crypto-assets-france>

Autorité des Merches Financiers, “Procedure for Examination of the Application and Establishment of an Information Document for ICO Approval By The AMF on an Initial Coin Offering”, 6 June, 2019, <https://doctrine.amf->

france.org/en_US/Reglementation/Doctrine/Doctrinelist/Doctrine?xtcr=1&isSearch=true&docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Faf1f24bd6d7b4386aa4bfb69ea877f&lastSearchPage=https%3A%2F%2Fwww.amffrance.org%2FmagnoliaPublic%2Famf%2Fen_US%2FResultatderecherche%3FTEXT%3Ddoc201906%26LANGUAGE%3Den%26isSearch%3Dtrue%26simpleSearch%3Dtrue%26valid_recherche%3DOK&xtmc=doc-2019-06&category=I+-+Issuers+and+financial+disclosure&docVersion=1.0

Autorité des Marchés Financiers, “Review and Analysis of the Application of Financial Regulations to Security Tokens”, 27 February, 2020, available at: https://www.amf-france.org/sites/default/files/2020-03/legal-analysis-security-tokens-amf-en_1.pdf

Autorité des Marchés Financiers, “Summary of Replies to the Public Consultation on Initial Coin Offering and Update on the Unicorn Program”, February 22, 2018, available at: https://www.amf-france.org/en_US/Publications/Consultations-publiques/Archives?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2Fa9e0ae85-f015-4beb-92d2-ece78819d4da&langSwitch=true

Autorité des Marchés Financiers, “The AMF Grants its First Optional Approval to an Initial Coin Offering(ICO)”, 19 December, 2019, available at: <https://www.amf-france.org/en/news-publications/news-releases/amf-news-releases/amf-grants-its-first-optional-approval-initial-coin-offering-ico>

Autorité des Marchés Financiers, “The AMF Publishes a Discussion Paper on Initial Coin Offerings and Initiates Its Unicorn Programme”, October 26, 2017, available at: https://www.amf-france.org/en_US/Actualites/Communiqués-de-presse/AMF/annee-2017?docId=workspace%3A%2F%2FSpacesStore%2F5097c770-e3f7-40bb-81ce-db2c95e7bdae

Banco Central de Bolivia, “Comunicado”. available at: https://www.bcb.gob.bo/webdocs/11_comunicados/04_2017_COMUNICADO_Uso_monedas.pdf

Banque de France, “The dangers linked to the emergence of virtual currencies: the example of Bitcoins”, December 5, 2013, available at: https://www.banque-france.fr/sites/default/files/medias/documents/focus-10_2013-12-05_en.pdf

Bermuda Financial Authority, “Digital Asset Business Act”(2018), available at: <http://www.bermulaw.bm/laws/Annual%20Laws/2018/Acts/Digital%20Asset%20Business%20>

Act%202018.pdf

Bermuda Financial Authority, “Digital Asset Business Amendment Act 2019”, (2019), available at:
<http://bermudalaws.bm/laws/Annual%20Laws/2019/Acts/Digital%20Asset%20Business%20Amendment%20Act%202019.pdf>

Bermuda, “Companies (Initial Coin Offerings) Regulation 2018”, BR 65/18, available at:
[http://www.bermudalaws.bm/laws/Annual%20Laws/2018/Statutory%20Instruments/Companies%20\(Initial%20Coin%20Offering\)%20Regulations%202018.pdf](http://www.bermudalaws.bm/laws/Annual%20Laws/2018/Statutory%20Instruments/Companies%20(Initial%20Coin%20Offering)%20Regulations%202018.pdf)

Central Bank of Egypt, “Bitcoin Press Release”, available at:
<https://www.cbe.org.eg/en/Pages/HighlightsPages/Bitcoin%20Press%20Release.aspx>

Central Bank of the United Arab Emirates, “Regulatory Framework of Stored Value and Electronic Payment System”, January 2017, available at: <https://perma.cc/R2GF-UF4W>

China Securities Regulatory Commission, 中国人民银行 中央网信办 工业和信息化部 工商总局银监会证监会保监会关于防范代币发行融资风险的公告, available at:
<https://www.iosco.org/library/ico-statements/China%20-%20CSRC%20et%20al%20-%20关于防范代币发行融资风险的公告.pdf>

Declaration for the Cooperation on a European Blockchain Partnership, available at
<http://www.incode2030.gov.pt/sites/default/files/2018declarationoneuropeanpartnershiponblockchainpdf.pdf>

Devoise Update, “Loi PACTE: French Regulator Implements an Innovative Legal Framework for ICOs”, 8 July, 2019, available at:
<https://www.devoise.com/insights/publications/2019/07/loi-pacte-french-regulator-implements>

Dubai Financial Service Authority, “DFSA Issues General Investors Statement on Cryptocurrencies”, 13 September, 2017, available at:
<https://www.dfsa.ae/MediaRelease/News/DFSA-Issues-General-Investor-Statement>

European Banking Authority, “EBA Opinion on Virtual Currencies”, EBA/Op/2014/08, 4 July 2014, available at:
<https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/657547/81409b94->

4222-45d7-ba3b-7deb5863ab57/EBA-Op-2014-08%20Opinion%20on%20Virtual%20Currencies.pdf?retry=1

European Banking Authority, “EBA Reports on Crypto Assets”, 9 January 2019, available at: <https://eba.europa.eu/eba-reports-on-crypto-assets>

European Banking Authority, “Report with Advice for the European Commission on Crypto-Assets”, 29 January, 2019, available at: <https://eba.europa.eu/sites/default/documents/files/documents/10180/2545547/67493daa-85a8-4429-aa91-e9a5ed880684/EBA%20Report%20on%20crypto%20assets.pdf?retry=1>

European Central Bank, “Virtual Currency Schemes”, October, 2012, available at: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/virtualcurrencyschemes201210en.pdf>

European Commission, “Consultation Document on an EU Framework for Markets in Crypto- Assets” 2019, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2019-crypto-assets-consultation-document_en.pdf

European Commission, “European Commission Work Program 2020. A Union that Strives for More”, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/cwp-2020-publication_en.pdf

European Commission, “Fintech Action Plan: For a More Competitive and Innovative European Financial Sector”, Brussels XXX, COM (2018) 109/02, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/180308-action-plan-fintech_en.pdf

European Commission, “Initiatives Regarding Blockchain, ETST Workshop – Security and Trust in ICT”, June(2018), available at: https://docbox.etsi.org/Workshop/2018/201806_ETSISECURITYWEEK/DLT/S02_INTERNATIONALVIEWS/EC_ABELOOS.pdf

European Commission, “Report of the 21st TiSA Negotiation Round”, November (2016), available at: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2016/november/tradoc_155095.pdf

European Commission, “Shaping Europe’s Digital Future”, COM (2020) 67 final, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-shaping-europes-digital-future-feb2020_en_3.pdf

European Commission, Consultation Document “On an EU Framework for Markets in Crypto- Assets”, available at: https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/business_economy_euro/banking_and_finance/documents/2019-crypto-assets-consultation-document_en.pdf

European Parliament, “Amending Directive (EU) 2015/849 on The Prevention of the Use of the Financial System for the Purposes of Money Laundering or Terrorist Financing, and Amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU”, Official Journal of the European Union, Directive (EU) 2018/843, 30 May, 2018.

European Parliament, “Resolution on 16 February 2017 with Recommendations to the Commission on Civil Law Rules on Robotics”, 2015/2103(INL), available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#title1

European Parliament, Committee on International Trade, “Motion for a European Parliament Resolution on Blockchain: Forward-Looking Trade Policy”, 27 November, 2018, available at: https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2018-0407_EN.pdf

European Security and Markets Authority “Advice on Initial Coin Offerings and Crypto-Assets”, ESMA50-157-1391, 9 January, 2019, available at: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma50-157-1391_crypto_advice.pdf

Federal Reserve Bank of St. Louis, “A Short Introduction to the World of Cryptocurrencies”, *First Quarter* (2018), available at: <https://files.stlouisfed.org/files/htdocs/publications/review/2018/01/10/a-short-introduction-to-the-world-of-cryptocurrencies.pdf>

Financial Action Task Force, “FATF Report Virtual Currencies Key Definitions and Potential AML/CFT Risk” (2019).

Financial Action Task Force, Financial Action Task Force, “Guidance for Risk Based Approach, Virtual Currencies” (2015).

Financial Service Agency, “Publication on Report from Study Group on Virtual Currency Exchange Services”, available at:

[“https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/virtual-currency/20181228.html](https://www.fsa.go.jp/en/refer/councils/virtual-currency/20181228.html)

Financial Service Commission “Financial Measures to Curb Speculation in Cryptocurrency Trading”, January (2018)

Financial Service Commission, “KoFIU and FSS Inspect Banks over Cryptocurrency Trading Accounts”, January (2018).

Financial Service Commission, “Revision Bill to Introduce AML Requirements on Crypto-Assets Moves ahead at National Assembly”, November (2019), available at: http://www.fsc.go.kr/eng/new_press/releases.jsp

Financial Service Commission, “Revision to Virtual Currency Anti-Money Laundering Guidelines”, June (2018).

Financial Service Commission, 보도참고, 정부, 가상통화 투기근절을 위한 특별대책 마련, available at: https://www.fsc.go.kr/info/ntc_news_view.jsp?bbsid=BBS0030&page=1&sch1=subject&keyword=가상통화&r_url=&menu=7210100&no=32230

G20 Osaka Leader’s Declaration (2019).

G20, “G20 Leaders’ Declaration: Building Consensus for Fair and Sustainable Development”, *Buenos Aires Summit* (2018), para 25, available at: <http://www.g20.utoronto.ca/2018/2018-leaders-declaration.html>

Germany Federal Financial Supervisory Authority, “Advisory Letter WA 11-QB 4100-2017/0010”, 2017, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Germany%20-%20BaFin%20-%20Advisory%20Letter%20on%20the%20%20Classification%20of%20Tokens%20as%20Financial%20Instruments.pdf>

Germany Federal Financial Supervisory Authority, “Consumer Warning, the Risk of Initial Coin Offerings”, 11 September, 2017, available at: <https://www.iosco.org/library/ico-statements/Germany%20-%20BaFin%20-%20Consumer%20warning%20the%20risks%20of%20initial%20coin%20offerings.pdf>

Gibraltar Financial Services Commission, “Distributed Ledger Technology Regulatory Framework (DLT framework).

Gibraltar Financial Services Commission, “HM Government of Gibraltar and Gibraltar Financial Services Commission Announce Plans for Token Legislation”, 8 February 2018, available at:
<https://www.iosco.org/library/ico-statements/Gibraltar%20-%20GFSC%20-%20Legislation%20Pertaining%20to%20Digital%20Tokens.pdf>

Gibraltar Financial Services Commission, “Panel of Experts”, available at:
<https://www.fsc.gi/dlt> Gibraltar Gazette, “Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulation”, No. 4401, 2481, available at:
[http://www.gfsc.gi/uploads/DLT%20regulations%20121017%20\(2\).pdf](http://www.gfsc.gi/uploads/DLT%20regulations%20121017%20(2).pdf)

Global Legal Insight, “Government Attitude and Definition”, available at: <https://www.globallegalinsights.com/practice-areas/blockchain-laws-and-regulations/russia>

Government France, “PACTE – Action Plan for Business Growth and Transformation”; available at:
<https://www.gouvernement.fr/en/pacte-the-action-plan-for-business-growth-and-transformation>

HM Treasury, Financial Conduct Authority and Bank of England, “Cryptoassets Task Force. Final Report”, October(2018), available at: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/752070/cryptoassets_taskforce_final_report_final_web.pdf

International Monetary Fund, “The Bali Fintech Agenda: A Blueprint for Successfully Harnessing Fintech’s Opportunities”, No. 18/388, October (2018), available at:
<https://www.imf.org/en/News/Articles/2018/10/11/pr18388-the-bali-fintech-agenda>

International Monetary Fund. “Statement by The Managing Director On The Work Program On The Executive Board”, December (2019), available at:
<https://www.imf.org/en/Publications/Policy-Papers/Issues/2020/01/15/Statement-by-The-Managing-Director-on-the-Work-Program-of-T>

he- Executive-Board-December-11-48953

International Organization of Securities Commissions, “France AMF Discussion Paper on Initial Coin Offerings and Unicorn Programme”, available at:
<https://www.iosco.org/library/ico-statements/France%20-%20AMF%20-%20Discussion%20paper%20on%20Initial%20Coin%20Offerings%20and%20UNICORN%20programme.pdf>

Korea Blockchain Association, 사단법인 한국블록체인협회, “암호화폐 거래소 자율규제안 설명회”, 15 December, 2017, available at: <http://www.kblockchain.org/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002&pagesize=10&boardtypeid=4&boardid=116>

Korea General Assembly, “Fourth Industrial Revolution Committee Appoints Advisors”, January 31, 2019, available at:
https://korea.assembly.go.kr:447/wha/pre_read.jsp?boardid=1000000028&boarditemid=1000030488

Ministere de L’economie et des Finances, TracFin, “Rapport D’Activité 2011”, available at: <https://www.economie.gouv.fr/tracfin/tracfin-publie-rapport-dactivite-2011>

National Development and Reform Commission, (NDRC), People’s Republic of China, “正本清源：为什么区块链是一次新的信息化革命”, available at:
https://www.ndrc.gov.cn/xxgk/jd/wsdwhfz/201912/t20191231_1218233.html

Popular Republic of China

<https://www.iosco.org/library/ico-statements/China%20-%20CSRC%20et%20al%20-%20关于防范代币发行融资风险的公告.pdf>

Press Release, Government of Bermuda, “Government Cryptocurrency Initiative. Ministerial Statement by the Minister of National Security, The Hon. Wayne M. Caines JP, MP”, 24 November, 2017, available at:
<https://www.gov.bm/articles/government-cryptocurrency-initiative>

Republique Algerienne Democratique et Populaire, “Journal Officiel No 76”, available at:
<https://perma.cc/XP6A-8Q4A>

Reserve Bank of India, “RBI Cautions Users of Virtual Currencies against Risks”, 24 December, 2013, available at:

https://rbi.org.in/scripts/BS_PressReleaseDisplay.aspx?prid=30247

Russian Federation, The Federal Law, “On digital financial assets”, 25 January, 2018,

РОССИЙСКАЯ ФЕДЕРАЦИЯ, ФЕДЕРАЛЬНЫЙ ЗАКОН, “О цифровых финансовых активах”, available

at:https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810-

[proekt_federalnogo_zakona_o_tsifrovyykh_finansovykh_aktivakh](https://www.minfin.ru/ru/document/?id_4=121810-proekt_federalnogo_zakona_o_tsifrovyykh_finansovykh_aktivakh)

Sweden Ministry of Foreign Affairs, “Trade in Service Agreement” October (2015), available

at:<https://www.government.se/4a84f5/contentassets/e8d4577efdc140b3ad99fb3c6dbaca19/trade-in-services-agreement-tisa.pdf>

Swiss Financial Market Supervisory Authority “FINMA Supplement to the Guidelines for Inquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings (ICOs)”, 11 September, 2019, available at: <https://www.finma.ch/en/documentation/finma-guidance/>

Swiss Financial Market Supervisory Authority, “FINMA Guidelines for Enquiries Regarding the Regulatory Framework for Initial Coin Offerings”, 16 February, 2018, available at <https://www.finma.ch/en/documentation/finma-guidance/>

Swiss Financial Market Supervisory Authority, “FINMA Guidelines. Regulatory Treatment of Initial Coin Offerings”, 29 September, 2017, available at: <https://www.finma.ch/en/documentation/finma-guidance/>

The Central Bank of the Russian Federation, Press Service, “Use of Private virtual Currencies (Cryptocurrencies)”, 4 September, 2017, available at: https://www.cbr.ru/eng/press/PR/?file=05092017_160022eng2017-09-05T15_59_51.htm

United Kingdom Financial Conduct Authority, “Consumer Warning about the Risk Concerning of Investing in Cryptocurrency CFDs”, 14 November, 2017, available at: <https://www.fca.org.uk/news/news-stories/consumer-warning-about-risks-investing-cryptocurrency-cfds>

United Kingdom Financial Conduct Authority, “Guidance on Cryptoassets. Consultation Paper, CP19/3”, January 2019, available at:
<https://www.fca.org.uk/publication/consultation/cp19-03.pdf>

United Kingdom Financial Conduct Authority, “Initial Coin Offerings. Consumer Warning about the Risk of Initial Coin Offerings (ICO’s), 10 November, 2017, available at:
<https://www.iosco.org/library/ico-statements/United%20Kingdom%20-%20FCA%20-%20Consumer%20Warning%20about%20the%20Risks%20of%20Initial%20Coin%20Offerings.pdf>

United States Security and Exchange Commission, “Investors Alert: Ponzi Shames Using Virtual Currencies”, 13 July, 2013, available at:
https://www.sec.gov/investor/alerts/ia_virtualcurrencies.pdf

WTO, “Ministerial Conference Eleventh Session”, WT/MIN(17)/65, WT/L/1032.

Court Judgments

B2C2 Ltd v Quoine Pte Ltd - Singapore International Commercial Law, Suit No 7 of 2017, [2019] SGHC(I)03

Hight Court of New Zealand, CIV-2019-409-00544 [2020] NZHC 728

Quone Pte Ltd v B2C2 Ltd – In the Court of Appeal of the Republic of Singapore, Civil Appeal No 18 of 2019, [2020] SGCA(I) 2 [B2C2 (SGCA)]

Newspapers

Arab News, “Robot Sophia Speaks at Saudi Arabia’s Future Investment Initiative”, 25 October, 2017, available at: https://www.youtube.com/watch?time_continue=1&v=dMrX08PxUNY

BBC News, “Bitcoin Sinks after China Restricts Yuan Exchanges”, December 18, 2013, available at: <https://www.bbc.com/news/technology-25428866>

BBC News, “Cambridge Analytica: The Data Firm’s Global Influence”, 22 March, 2018, available at: <https://www.bbc.com/news/world-43476762>

BBC News, “Does Saudi Robot Citizen Has More Rights Than Woman?”, October 26, 2017, available at: <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-41761856>

BBC News, “World’s First Bitcoin ATM Opens and Other Tech News”, 1 November, 2013, available at: <https://www.bbc.com/news/av/technology-24756030/world-s-first-bitcoin-atm-opens-and-other-tech-news>

Bitcoinmagazine, “How Japan is Creating a Template for Cryptocurrency Regulation”, 11 May, 2018, available at: <https://bitcoinmagazine.com/articles/how-japan-creating-template-cryptocurrency-regulation/> (visited May 18, 2018).

Bloomberg, “Chinas PBOC Says its own Cryptocurrency is Close to Release”, 12 August, 2019, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2019-08-12/china-s-pboc-says-its-own-cryptocurrency-is-close-to-release>.

Bloomberg, “Crypto Exchanges are Ranking in Billions of Dollars”, 6 March, 2018, available at: <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-03-05/crypto-exchanges-raking-in-billions-emerge-as-kings-of-coins>

BPC, “Why Payment Technologies are One of the Main Drivers of Making a City Smarter”, 19 September, 2019, available at: <https://www.bpcbt.com/why-payment-technologies-are-one-of-the-main-drivers-of-making-a-city-smarter/>

Business Korea, “Cryptocurrencies to be Sent and Receive Through Kakaotalk Begins this Summer”, 19 February, 2020, available at: <http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=41553>

Business Korea, “Domestically Developed Cryptocurrencies Setting New Records”, 10

February, 2020, available at:

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=41074>

Business Korea, “Samsung Electronics Joins Hands With Kakaotalk to Launch Crypto Supported ‘Klaytnphone’”, 9 September, 2019, available at:

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=35805>

Business Korea, “Samsung to Build Blockchain Ecosystem ahead of Google and Apple”, 5 November, 2019, available at:

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=37647>

Business Korea, “South Korea 4 Top Banks Stablish Technology-Service Alliances with Blockchain Companies”, 3 September, 2019, available at:

<http://www.businesskorea.co.kr/news/articleView.html?idxno=35610>

CBC News, “Data is The New Oil: Your Personal Information is Now the World’s Most Valuable Commodity”, 26 August, 2017, available at:

<https://www.cbc.ca/news/technology/data-is-the-new-oil-1.4259677>

CCN, “South Korea Regulator Seek Cryptocurrency ‘Normalization’ in Dramatic U-Turn”, 21 February, 2018, available at:

<https://www.ccn.com/south-korea-regulator-seeks-cryptocurrency-normalization-dramatic-u-turn/>

China Morning Post, “China Appoints New Digital Currency Head has Race With Facebook’s Libra Heats Up”, 6 September, 2019, available at: <https://www.scmp.com/economy/china-economy/article/3026038/china-appoints-new-digital-currency-head-race-facebooks-libra>

ChinaDaily, “China Moves to Shut Down Cryptocurrency Exchanges”, 19 September 2018, available at: http://www.chinadaily.com.cn/business/2017-09/19/content_32205975.htm

CNN, “Toyota is Building a Smart City to Test AI, Robots and Self-Driving Cars”, 8 January, 2020, available at:

<https://edition.cnn.com/style/article/ces-toyota-big-smart-city/index.html>

CoinDesk “North Korea is targeting South Korea’s Bitcoin Exchanges, Report Claims”, 12

September, 2017, available at:

<https://www.coindesk.com/report-north-korea-targets-south-koreas-bitcoin-exchanges-cyber-attacks>

Coindesk, “France’s Central Bank Wants to Work with More Blockchain Startups”, February 6, 2017, available at: <https://www.coindesk.com/france-central-bank-collaboration-blockchain>

Coindesk, “Just a Test: China Central Bank Confirms Digital Yuan Mobile App Trials”, 20 April, 2020, available at:

<https://www.coindesk.com/just-a-test-china-central-bank-confirms-digital-yuan-mobile-app-trials>

Coindesk, “President Xi Says China Should Seize Opportunity to Adopt Blockchain”, 25 October, 2019, available at:

<https://www.coindesk.com/president-xi-says-china-should-seize-opportunity-to-adopt-blockchain>

Coindesk, “South Korea: North Korea Stole Millions from Crypto Exchanges Last Year”, 5 February, 2018, available at:

<https://www.coindesk.com/south-korea-north-korea-stole-millions-crypto-exchanges-last-year>

Cointelegraph, “South Korea Legitimizes Blockchain Industries with Major New Classification Standards”, 5 July, 2018, available at:

<https://cointelegraph.com/news/south-korea-legitimizes-blockchain-industry-with-major-new-classification-standards>

Financial Times, “What’s China Digital Currency Plan?”, 25 November, 2019, available at:

<https://www.ft.com/content/e3f9c3c2-0aaf-11ea-bb52-34c8d9dc6d84>

Forbes, “Bitcoin Price Plummets as Mt.Gox Goes Dark, with Massive Hack Rumored”, 25 February, 2014,

<https://www.forbes.com/sites/andygreenberg/2014/02/25/bitcoins-price-plummets-as-mt-gox-goes-dark-with-massive-hack-rumored/#623687a2ce1f>

Forbes, “China Will Use its Digital Currency to Compete with the USD”, 25 May, 2020, available at: <https://www.forbes.com/sites/rogerhuang/2020/05/25/china-will-use-its-digital-currency-to->

compete-with-the-usd/#64379331e8fd

Forbes, “Cryptocurrency Exchanges Officially Dead in China”, 2 November, 2017, available at: <https://www.forbes.com/sites/kenrapoza/2017/11/02/cryptocurrency-exchanges-officially-dead-in-china/#bcfe47c2a839>

Forbes, “Five Times Cryptocurrencies Rocked South Korea in 2017”, 19 December, 2017, available at: <https://www.forbes.com/sites/elaineramirez/2017/12/19/5-times-cryptocurrencies-rocked-south-korea-in-2017/#1b5bb445591e>

Forbes, “Stable Coins: The Next Generation of Digital Money”, March 8, 2019, available at: <https://www.forbes.com/sites/tatianakoffman/2019/03/08/stablecoins-the-next-generation-of-digital-money/#59cfb7b223f3>

Futurism, “An Artificial Intelligence Has Officially Been Granted Residency”, 6 November, 2017, available at: <https://futurism.com/artificial-intelligence-officially-granted-residency>

Global Times, “Libra Should Be under the Supervision to Enter China, SAFE Official”, 11 August, 2019, available at: <https://www.globaltimes.cn/content/1161061.shtml>

Hackernoon, “50 Top Cryptoexchanges for 2020”, 18 January, 2020, available at: <https://hackernoon.com/list-of-50-top-cryptocurrency-exchanges-for-2020-ag1h44f9>

International Monetary Fund, IMF Blog, Christiane, Lagarde, “Addressing the dark side of the crypto world”, 13 March, 2018.
<https://blogs.imf.org/2018/03/13/addressing-the-dark-side-of-the-crypto-world/>

JP Morgan, “JP Morgan Creates Digital Coin for Payments”, 14 February, 2019, available at: <https://www.jpmorgan.com/global/news/digital-coin-payments>

ProPublica, “Bias in Criminal Risk Scores is Mathematically Inevitable”, 30 December, 2016, available at: <https://www.propublica.org/article/bias-in-criminal-risk-scores-is-mathematicallyinevitable-researchers-say>

Quartz, “In A Country Known For its ‘Bitcoin Zombies’, One-Third of Workers are Crypto Investors”, 28 December, 2017, available at:

<https://qz.com/1166103/a-third-of-south-korean-workers-have-invested-in-cryptocurrencies-like-bitcoin/>

Reuters, “Japan Grants Cryptocurrency Industry Self-Regulatory Status”, 24 October 2018, available at:
<https://www.reuters.com/article/us-japan-cryptocurrency/japan-grants-cryptocurrency-industry-self-regulatory-status-idUSKCN1MY10W>

Reuters, “South Korea to Impose New Curbs on Cryptocurrency Trading”, 28 December, 2017, available at:
<https://www.reuters.com/article/uk-southkorea-bitcoin/south-korea-to-impose-additional-regulatory-curbs-on-cryptocurrency-trading-idUSKBN1EM05K>

South China Morning Post, “Bitcoin Value Tumbles after BTC China Exchange Block Renminbi Deposits”, 18 December, 2013, available at:
<https://www.scmp.com/business/banking-finance/article/1384688/bitcoin-value-tumbles-after-btc-china-exchange-blocks>

The Diplomat, “South Korea Works to Bring Cryptocurrency Into Mainstream”, 3 January, 2020, available at:
<https://thediplomat.com/2020/01/south-korea-works-to-bring-cryptocurrency-into-the-mainstream/>

The Diplomat, “What Hides Behind South Korea Cryptocurrency Regulation Policy”, 30 November 2019, available at:
<https://thediplomat.com/2019/11/what-hides-behind-south-korean-cryptocurrency-regulation-policy/>

The Guardian, “‘I Made Steve Bannon’s Psychological Warfare Tool’: Meet The Data War Whistleblower”, 18 March, 2018; available at:
<https://www.theguardian.com/news/2018/mar/17/data-war-whistleblower-christopher-wylie-facebook-nix-bannon-trump>

The Guardian, “The Great British Brexit Robbery: How Our Democracy Was Hijacked”, 7 May, 2017”, available at:
<https://www.theguardian.com/technology/2017/may/07/the-great-british-brexit-robbery-hijacked-democracy>

The Korean Herald, “Korea Unveils Measures to Tame Cryptocurrencies”, 13 December, 2017, available at: <http://www.koreaherald.com/view.php?ud=20171213000815>

The National Law Review, “Japanese Regulatory Holds the First Meeting of the New Study Group on Virtual Currency Exchanges”, 27 June, 2018, available at: <https://www.natlawreview.com/article/japanese-regulatory-holds-first-meeting-new-study-group-virtual-currency-exchanges>

The New York Times, “China Restricts Banks’ Use of Bitcoin”, 5 December 2013, available at: <https://www.nytimes.com/2013/12/06/business/international/china-bars-banks-from-using-bitcoin.html>

Viet Nam News, , “SBV Says Bitcoin Prohibited in Viet Nam”, 30 October, 2017, available at: <https://vietnamnews.vn/economy/416480/sbv-says-bitcoin-prohibited-in-viet-nam.html>



제2부(A) : 제5발표

나고야의정서 이익배분체제의 디지털염기 서열정보에 대한 적용에 관한고찰

발표 : 이 선 (고려대학교)

토론 : 오선영 (숭실대학교)

大韓國際法學會

나고야의정서 이익배분체제의 디지털염기서열정보에 대한 적용에 관한 고찰*

이 선

고려대학교 법학연구원 연구원

목 차

- I. 서 론
- II. 나고야의정서 이익배분체제의 개관
 - 1. 적용범위
 - 2. 접근 및 이익분배
- III. DSI 관련 논의의 쟁점
 - 1. DSI의 정의 및 범위
 - 2. 나고야의정서의 적용 관련 논의
- IV. 나고야의정서 이익배분체제의 DSI에 대한 적용가능성
 - 1. 유전자원
 - 2. 유전자원에의 접근
 - 3. 유전자원의 이용
- V. 결론: 물리적 유전자원 이용결과인 DSI 및 그러한 DSI에 대한 나고야의정서의 적용

I. 서 론

오늘날 유전자원 염기서열정보(digital sequence information on genetic resources, 이하 DSI)에 대한 분석은 유전자 변이로 인한 질병원인 연구 등을 통해 각종 질병 및 노화 원인에 대한 이해도를 높임으로써 보건 및 의료분야에서의 비약적 발전의 근간이 되고 있다.¹⁾ DSI는 유전체 분석기술 발전의 핵심으로 생명연구의 패러다임 자체를 바꿈으로써 개인별 맞춤치료, 동식물의 품종개량 등 관련 산업에 막대한

파급효과를 미칠 것으로 전망된다.²⁾ 또한 DSI는 생물다양성에 대한 지식 확장, 멸종위기의 종(種)이 직면하고 있는 위험의 식별 및 완화, 지리적 원산지 식별을 통한 불법적 벌목이나 야생동물의 거래 등의 효과적 감시 및 제재, 생물다양성 보전 계획의 원조에 중요한 역할을 수행하기 때문에 큰 주목을 받고 있다.³⁾

유전자원의 정보적 가치의 급부상은 이러한 정보의 이용과 이동에 대하여 기존 법적 틀을 그대로 적용할 수 있는지에 대한 논의를 촉발한다. 이와 관련하여 밀접한 관련을 맺고 있는 국제조약은 2010년 채택된 ‘유전자원에의 접근 및 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 형평한 배분에 관한 나고야의정서’(Nagoya Protocol on Access on Genetic Resources and Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization, 이하 나고야의정서)이다. 나고야의정서는 유전자원 및 유전자원 관련 전통지식에의 접근 및 이익의 이용으로부터 발생하는 이익의 배분에 대해 규율한다. DSI는 그 성질이 전통지식에는 해당되지 않는 무형의 정보이기 때문에, DSI가 나고야의정서의 적용범위와 관련하여 어떠한 관계를 가지는가의 문제가 발생한다. 또한 염기서열에 관한 연구는 학계의 관행상 결과를 공개하고 재현함으로써 검증을 받아왔기 때문에 나고야의정서 내로 DSI가 포섭된다면 대중의 접근이 가능한 동 정보에 대해 사전통보승인(Prior Informed Consent, 이하 PIC)과 상호합의조건(Mutually Agreed Terms, 이하 MAT) 관련 요건이 어떻게 적용되어야 하는지도 난제이다.

이에 대해 유전자원 제공국은 유전자원에의 접근 및 이익의 이용으로부터 발생한 이익배분에 대한 자국 입지를 확장하기 위해 유전자원 관련 정보도 나고야의정서의 이익배분체제 내로 포섭해야 한다는 입장인 반면, 유전자원 이용자 및 이용국은 이에 부정적인 견해를 고수하고 있어 의견의 대립이 지속되고 있다. DSI가 나고야의정서에서 핵심 쟁점으로 부각되고 있는 만큼, 본 고에서는 DSI와 유전자원, 그리고 유전자원의 이용이 가지는 상관관계, 구체적으로는 DSI가 나고야의정서의 적용범위에 포함되는지, 포함되는 경우 무엇으로 인정되는지에 대해 고찰해보도록 한다.

II. 나고야의정서 이익배분체제의 개관

1. 적용범위

* 본 연구는 필자의 2021년도 2월 발표된 박사학위논문인 ‘나고야의정서상 유전자원 이용 관련 공정하고 형평한 이익배분에 관한 연구’의 일부를 수정·보완한 것임을 밝힙니다.

- 1) 이일하, 『이일하 교수의 생물학 산책: 21세기에 다시 쓰는 생명이란 무엇인가?』 (궁리, 2014), 118면 참조.
- 2) 테크노베이션파트너스, 『포스트게놈 신산업육성을 위한 다부처 유전체 사업기획』 (보건복지부, 농림수산물식품부, 국토해양부, 교육과학기술부, 지식경제부, 2011), 5면.
- 3) AHTEG, *Fact-Finding and Scoping Study on Digital Sequence Information on Genetic Resources in the Context of the Convention on Biological Diversity and the Nagoya Protocol*, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3 (12 January 2018), paras. 6, 31-33.

나고야의정서 제3조 제1문에 따르면 동 의정서는 모(母)조약인 생물다양성협약(Convention on Biological Diversity, 이하 CBD) 제15조 범위 내의 유전자원 및 그러한 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익에 적용된다.⁴⁾ CBD 제15조(1)항은 천연자원에 대한 국가의 주권적 권리를 인정하고 있으며, 동 조 제(3)항은 CBD의 목적상 유전자원의 원산지국인 당사국 또는 동 협약에 따라 유전자원을 획득한 국가가 제공하는 유전자원만이 접근 및 이익배분 규정의 대상이 됨을 규정하고 있다.⁵⁾ 달리 말하면, CBD 제15조 범위 내의 유전자원이란 당사국의 국가관할권 내에 속하는 유전자원을 의미하는 것으로 볼 수 있다. 이때 국가의 관할권 내에 있는 유전자원이라는 것은 반드시 해당 국가가 유전자원에 대해 소유권을 가지고 있음을 의미하는 것이라기보다는, 국내법의 적용대상이 된다는 점을 의미한다.⁶⁾

유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익은 공정하고 형평한 배분의 대상으로서 나고야의정서의 적용 범위에 포섭되게 된다. 이익은 금전적 이익과 비금전적 이익으로 나누어진다. 나고야의정서 부속서에 따르면 금전적 이익에는 접근료, 선불금, 사용료의 지급, 연구자금지원 등이 있으며, 비금전적 이익으로는 연구개발결과의 공유, 과학적 연구개발에 있어서의 협동, 협력 및 기여, 상품개발에의 참여, 기술이전을 위한 역량강화 등이 포함된다. 이러한 이익배분의 전제조건은 유전자원의 이용이다. 나고야의정서 제2조(c)항에 따르면 유전자원의 이용이란 생명공학의 적용을 통한 것을 포함한, 유전자원의 유전적 및/또는 생화학적 구성요소에 대한 연구 및 개발의 수행을 의미한다.⁷⁾ 유전자원의 이용은 유전자원 이용자에 대하여 유전자원 제공국에 대한 이익배분 의무 발생의 기점이 되므로 유전자원의 이용에 대한 이해는 나고야의정서의 이익배분체제 내에서 매우 중요하다.

2. 접근 및 이익배분

1) 유전자원에의 접근

유전자원에 대한 접근은 접근이 이루어져야 접근된 유전자원의 이용 및 그러한 이용으로부터 발생하

4) 나고야의정서 제3조의 해당 원문은 다음과 같다.

“This Protocol shall apply to genetic resources within the scope of Article 15 of the Convention and to the benefits arising from the utilization of such resources.”

5) CBD 제15조(1)항 및 (3)항의 해당 원문은 다음과 같다.

Article 15. Access to Genetic Resources

1. Recognizing the sovereign rights of States over their natural resources, the authority to determine access to genetic resources rests with the national governments and is subject to national legislation.

3. For the purpose of this Convention, the genetic resources being provided by a Contracting Party, as referred to in this Article and Articles 16 and 19, are only those that are provided by Contracting Parties that are countries of origin of such resources or by the Parties that have acquired the genetic resources in accordance with this Convention.

6) Thomas Greiber, *et al.*, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing* (IUCN, 2012), p. 8.

7) 동 조항에 대한 상세한 분석은 본 연구 IV. 참조.

는 이익배분의 기반이 마련된다는 점에서 중요하다. 나고야의정서 제6조(1)항에 따르면 유전자원에 대한 접근은 PIC의 대상이 된다. 사전(prior)이란 접근을 개시하는 단계에서부터 최종 승인 및 실질적인 접근 행위의 이행 이전까지를 이른다. 통보(informed)는 접근하려는 유전자원을 대상으로 하고자 하는 행위와 관련한 사안 및 영향에 대한 완전한 정보를 제공함으로써 접근에 대한 승인(consent)이 이에 대한 충분한 이해에 기초하여 이루어져야 함을 의미한다.⁸⁾ 즉, PIC는 유전자원의 잠재적 이용자가 해당 유전자원의 접근 이전에 유전자원의 이용으로부터 영향을 받는 자들 및 이용을 허가하는 자가 완전히 관련 정보를 인지한 상태에서 결정을 내릴 수 있도록 잠재적 이용에 대해 통보를 받아야 한다는 기본 원칙에 근거한다.⁹⁾ PIC를 발급하는 유전자원 제공국의 책임기관은 유전자원에의 접근 허가를 명시적인 방식으로 부여해야 하며, 이러한 허가를 위해 유전자원의 잠재적 이용자는 허가부여결정 이전에 유전자원 이용 관련정보를 충분히 제공해야 한다.¹⁰⁾

유전자원에 대한 접근에 대한 PIC의 요구는 국가의 재량사항이다. 이는 CBD 제15조(5)항에 근거한 것으로, 동 조항은 “당사국이 달리 결정하지 아니하는 한 유전자원에 대한 접근은 그러한 자원을 제공하는 당사국의 사전통보동의의 대상이 된다”라고 규정하고 있어 PIC의 요구에 대한 당사국의 재량을 인정하고 있다.¹¹⁾ 나고야의정서 제6조(1)항도 이와 마찬가지로 규정하고 있어, 국가는 자국 내 유전자원에 대한 접근에 대해 잠재적 유전자원 이용자에게 PIC를 요구할 수도 있지만 PIC 없는 접근을 허용할 수도 있다.¹²⁾

2) 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익의 배분

나고야의정서에서 이익배분은 제5조에서 다루어진다. 나고야의정서 제5조(1)항에 의하면 유전자원의 이용 및 후속적 응용(subsequent applications)과 상업화(commercialization)로부터 발생하는 이익은 해당 유전자원을 제공한 국가와 배분되어야 하며, 이는 MAT에 따라야한다.¹³⁾ 유전자원의 이용에서 발생

8) Elisa Morgera, Elsa Tsoumani and Matthias Buck, *Unraveling the Nagoya Protocol: A Commentary on the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing to the Convention on Biological Diversity*, (Brill, 2014), p. 149.

9) Thomas Greiber, et al., *supra* note 6, p. 9.

10) *Ibid.*

11) CBD 제15조(5)항은 다음과 같다.

Article 15.5. Access to genetic resources shall be subject to prior informed consent of the Contracting Party providing such resources, *unless otherwise determined by that Party*. (emphasis added)

12) 나고야의정서 제6조(1)항은 다음과 같다.

Article 6.1. [...] access to genetic resources for their utilization shall be subject to the prior informed consent of the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention, *unless otherwise determined by that Party*. (emphasis added)

13) 나고야의정서 제5조(1)항은 다음과 같다.

Article 5.1 In accordance with Article 15, paragraphs 3 and 7 of the Convention, benefits arising from the utilization of genetic resources as well as subsequent applications and commercialization shall be shared in a fair and equitable way with the Party providing such resources that is the country of origin of such resources or a Party that has acquired the genetic resources in accordance with the Convention. Such sharing shall be upon mutually agreed terms.

하는 이익배분과 관련하여 체결되는 MAT의 일방 당사자는 상기한 바와 같이 연구소나 생명공학 관련 기업 등 주로 사인이 되며, 사적자치를 강하게 인정하는 계약형태가 된다.

MAT의 효과적인 이행은 유전자원 접근에 대한 정당한 대가의 수령과 매우 밀접한 관계에 있기 때문에 유전자원 제공국에게 있어 핵심적 사안이 된다. 따라서 유전자원 제공국은 MAT의 체결과 이의 성실한 이행 등을 다루는 국내적 조치를 마련할 필요가 있다. 그러나 유전자원 제공국의 국내적 조치만으로는 부족하다. 유전자원 이용자는 유전자원 제공국 내에서 유전자원을 이용하기도 하지만 많은 경우 유전자원 제공국 외에서 유전자원을 이용하기 때문이다. 따라서 유전자원 제공국의 관할권 밖에서 유전자원의 이용이 이루어지는 경우에도 이익배분이 보장되기 위해서는 유전자원이 이용되는 국가 역시 유전자원 이용자의 MAT 상 의무가 효과적으로 이행될 수 있도록 국내적 조치를 마련할 필요가 있다. 이러한 현실에 입각하여 나고야의정서는 제5조(3)항에서 각 당사국에 대하여 이를 위한 적절한 조치를 마련할 의무를 규정하고 있으며 이는 동 의정서 제15조 및 제17조의 이행준수의무의 일부로서 구체화되어 있다.¹⁴⁾

III. DSI 관련 논의의 쟁점

1. DSI의 정의 및 범위

일반적으로 DSI는 전체 또는 부분적으로 배열된 유전체(genome), DNA(deoxyribonucleic acid) 염기서열, RNA(ribonucleic acid) 염기서열, 단백질 염기서열 등 유전자원 내 다양한 종류의 염기서열을 가리키는 것으로 이해되며, 여러 가지 수단에 의해 공유 가능하다는 특징이 있다.¹⁵⁾ 그러나 국제법상 DSI에 대한 명확하고 확실적인 정의는 아직까지 존재하지 않는다. DSI라는 표현은 이를 대체할 용어가 결정되기 이전까지 임시로 사용되는 용어(placeholder)일 뿐이다.¹⁶⁾ CBD 및 나고야의정서 외 다른 국제법 분야에서는 ‘염기서열자료’(sequence data), ‘인실리코 자원’(resources in silico), ‘디지털염기서열자료’(digital sequence data) 등이 혼용되기도 한다. 세계보건기구(World Health Organization)의 대우행인

14) 나고야의정서 제15조 및 제17조는 유전자원이 자국의 관할권 내에서 이용되는 당사국, 즉 유전자원 이용국(user country)으로 하여금 그러한 유전자원이 접근된 다른 당사국이 마련하고 있는 ABS 관련 국내적 요건에 따라 유전자원이 접근되고 이익배분이 이루어질 수 있도록 유전자원 이용국의 국내적 조치를 마련할 것을 규정하고 있다.

15) Elizabeth Karger, “Study on the Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources in Germany” in the project *Scientific and Technical Support on Implementing the Nagoya Protocol – Part 1 “Digital Sequence Information and ABS”* (Federal Agency for Nature Conservation, 2018), p. 5; Jorge Cabrera Medaglia, “Digital Sequence Information (DSI) and Benefit-Sharing Arising from its Use: An Unfinished Discussion”, *GRUR International*, Vol. 69, Issue 6 (2020), p. 565.

16) SBSTTA, *Digital Sequence Information on Genetic Resources*, CBD/SBSTTA/22/2 (20 March 2018), Annex, paras. 1-2 참조.

플루엔자준비체계(Pandemic Influenza Preparedness framework)의 경우, ‘유전염기서열자료’(genetic sequence data)라는 용어를 채택하고 있다. 동 체계에 따르면 유전염기서열자료란 “유기체 또는 바이러스의 생물학적 특성을 결정짓는 유전정보를 포함하는 DNA 또는 RNA의 분자에서 발견되는 뉴클레오타이드의 순서”(The order of nucleotides found in a molecule of DNA or RNA...contain[ing] the genetic information that determines the biological characteristics of an organism or a virus)를 뜻한다.¹⁷⁾

그렇다면 DSI의 사전적 의미는 무엇인가? *Oxford English Dictionary*에 따르면 디지털(digital)이란 신호, 정보 또는 자료의 것으로 전자적 저장 또는 처리를 위해 일련의 개별값(discrete value)으로 표현되는 것을 의미한다.¹⁸⁾ 디지털은 자료의 표현 및 보관상태에 관련되는 것으로 컴퓨터 메모리 또는 자료저장소 내 보관된 것만을 가리킨다고 볼 수 있다.¹⁹⁾ 배열(sequence)은 “어떠한 것에 연이어 뒤따라 일어나는 것”을 뜻한다.²⁰⁾ DNA, RNA 및 단백질과 관련해 배열이라는 개념은 핵산의 부차적 단위를 의미하는 것으로 DNA, RNA, 아미노산, 단백질의 배열은 일련의 글자로 나타난다.²¹⁾ 마지막으로 정보(information)란 자료 처리로 인해 얻어지는 것을 의미한다.²²⁾

DSI에 대한 사전적 의미의 검토는 두 가지 문제를 제기한다. 첫째, 디지털이라는 용어의 선택이 과연 적절한지의 여부이다. 언급한 것처럼 디지털은 관련 정보의 특정한 저장상태 또는 전송방법을 전자장치로만 제한함으로써, 지면에 표시 및 기록을 통해 저장되는 정보의 형태나 서면으로 전달되는 방법에 대한 고려를 차단하는 용어로 이해될 소지가 크다. 이에 따라 여러 당사국 및 이해관계자들은 ‘디지털’이라는 용어가 배제되어야 함을 주장하고 있다.²³⁾

둘째, DSI의 범주에 해당하는 ‘정보’를 어디까지 인정할 수 있는지에 대한 문제이다. 상술하면 DNA 배열인 ‘GTACCTGA...’, 메틸화 패턴(methylation pattern) 등과 같은 묘사적 자료에만 한정되는 것인지, 그렇지 않다면 어느 정도 또는 수준까지의 정보생성을 위한 자료처리행위를 포함해야 하는지가 그 핵심이다.²⁴⁾

이러한 맥락에서 DSI에 대한 기술전문가 임시작업반(Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information, 이하 AHTEG)이 2018년 제시한 잠재적 DSI 구성목록을 참고하는 것이 도움이 될 수 있다. 동 보고서에 따르면 DSI 구성 가능 대상은 다음과 같다.²⁵⁾

17) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3, para. 5.

18) Oxford Dictionary Online, <https://www.lexico.com/definition/digital> (2021년 2월 17일 검색).

19) AHTEG, *Digital Sequence Information on Genetic Resources: Content, Scope and Current Use*, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3 (29 January 2020), Annex, p. 40.

20) Oxford Dictionary Online, <https://www.lexico.com/definition/sequence> (2021년 2월 17일 검색).

21) 예컨대 아미노산(amino acid) 사슬은 MARWAELCEL, 또는 Met-Ala-Arg-Trp-Ala-Glu-Leu-Cys-Glu-Leu로 나타난다.

22) Oxford Dictionary Online, <https://www.lexico.com/definition/information> (2021년 2월 17일 검색).

23) 이에 대해서는 CGRFA, *Submissions by Members and Observers on “Digital Sequence Information” on Genetic Resources for Food and Agriculture*, CGRFA-17/19/4/Inf.1, p. 11; NHMUK, RGB Kew, RGB Edinburgh’s Views, p. 4, www.cbd.int/abs/DSI-views/2019/NHM-RBGK-RBGE-DSI.pdf 참조.

24) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3, Annex, p. 31.

25) AHTEG, *Report of the Ad Hoc Technical Expert Group on Digital Sequence Information on Genetic Resources*, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4 (20 February 2018), Annex, para. 2. 동 문단의 원문은 다음과 같다.

(a) The nucleic acid sequence reads and the associated data;

(b) Information on the sequence assembly, its annotation and genetic mapping. This information may describe whole

- (a) 핵산서열조각 및 관련 자료
- (b) 서열조립과 그 주해(annotation) 및 유전자지도에 관한 정보 이러한 정보에는 유전체 전체, 개별적 유전자 및 그의 조각, 바코드, 세포기관의 유전체 또는 단일 뉴클레오타이드 동질이상에 관한 것일 수 있다.
- (c) 유전자 발현에 관한 정보
- (d) 고분자 및 세포 대사산물에 관한 자료
- (e) 생태학적 관계 및 환경의 무생체적 인자에 관한 정보
- (f) 기능(예: 행동자료)
- (g) 구조(예: 형태학적 자료 및 표현형 등)
- (h) 분류학 관련 정보
- (i) 이용 양태

위 DSI의 목록은 크게 두 가지 범주로 나누어진다. 첫 번째 범주에는 (a)부터 (d)가 해당되는데, 이들은 유전자원의 유전적 및/또는 생화학적 구성에 관한 것이다. 두 번째 범주는 맥락적 정보(contextual information)로, (e)에서 (i)가 여기에 포함된다. 맥락적 정보란 특정 유전물질의 추출 등의 행위 중 획득되는 정보로서 이는 유전자원의 이용으로부터 기원되는 것일 수도 있고 그렇지 않을 수도 있다. 맥락적 정보는 유전자원의 유전적 및/또는 생화학적 구성에 관한 자료의 해석에 도움을 줌으로써 해당 유전자원의 특질에 대한 이해를 제고하는데 기여할 수 있다.²⁶⁾

DSI에 대한 이와 같은 구분은 자료(data)와 정보(information) 간 의미적 차이에서 기인하는 것으로 보인다. AHTEG에 따르면 자료란 대체로 과학적 작업에 의해 얻어진 것으로 집합적으로 고려되며 참조, 분석 또는 계산을 위해 이용되는 관련 정보 항목을 의미한다.²⁷⁾ 이에 근거할 때 AHTEG의 분류는 유전자원의 유전적 또는 생화학적 구성에 직접적으로 관련된 일종의 미가공자료(raw data)를 한 축으로, 그리고 이러한 자료에 가치가 부가됨으로써 지식의 형태로 변형된 상태, 즉 정보를 또 다른 한 축으로 하는 것으로 이해된다.

자료와 정보의 이러한 개념적 차이에 대한 인식은 DSI의 개념에 관한 당사국 및 관련 당사자의 의견서 다수에서 발견된다.²⁸⁾ 이들 의견서에 따르면 자료는 자연적으로 발생된 상태의 관찰로 인해 획득되는

genomes, individual genes or fragments thereof, barcodes, organelle genomes or single nucleotide polymorphisms;

- (c) Information on gene expression;
- (d) Data on macromolecules and cellular metabolites;
- (e) Information on ecological relationships, and abiotic factors of the environment;
- (f) Function, such as behavioural data;
- (g) Structure, including morphological data and phenotype;
- (h) Information related to taxonomy;
- (i) Modalities of use.

26) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/4, Annex, para. 3.

27) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3, Annex, p. 43.

28) 이에 대해서는 Submission by the EU and its Member States to CBD Notification 2019-012: Digital Sequence Information

것으로 여기에는 추론적인 의미가 배제되어 있다. 한편 정보는 자료에 대한 인지적 또는 그 밖의 가공 및 적용을 통해 발생하는 것이다.²⁹⁾ 제14차 CBD 당사국총회(Conference Of Parties, 이하 COP)에서 채택된 결정 14/20에 따라 수행된 연구에서도 DSI의 정의를 내리기에 앞서 자료와 정보 간 개념을 구분하고 있다. 동 연구는 자료와 정보 모두 인공적으로 만들어진다는 점에서는 같지만, 전자는 인공적 결과물 그 자체가 가지는 고유한 특징에 무게중심을 두고 있는 반면, 후자는 그 밖의 부가가치 과정을 거침으로써 지식을 생성해낸다는 점에 차이가 있다는 점을 분명히 하고 있다.³⁰⁾ 특히 후자의 경우에는 지식재산권 문제와 연결될 수 있는 소지가 있음에 유의할 필요가 있다. 지식재산권이 인간의 지적 ‘창조물’에 대해 부여되는 배타적 권리라는 점을 고려하면 유전자원 관련 맥락에서 정보란 자연적으로 존재하는 상태의 것, 즉 자료에 대한 인간의 개입과 주관적 해석에 따라 새로운 의미를 가지는 상태의 것이라고 보는 것이 지배적인 관점인 것으로 보인다. DSI 대체용어에 대한 국가 및 이해당사자의 의견서를 살펴보면 ‘유전자원염기서열자료’(Genetic Resource Sequence Data), ‘유전염기서열자료’(Genetic Sequence Data) 및 ‘뉴클레오타이드 염기서열자료’(Nucleotide Sequence Data) 등의 용어가 제안되고 있다. 유전자원염기서열자료 및 유전염기서열자료를 제안한 국제상업회의소(ICC), EU, 캐나다 등은 정보를 인간의 개입에 의해 창출된 것으로 바라봄으로써 DSI의 대체용어에는 ‘정보’라는 단어의 사용이 배제되어야 함을 강조하고 있다. 뉴클레오타이드 염기서열자료를 제안한 영국의 자연사박물관 및 큐(Kew) 왕립식물원은 정보라는 용어는 지식재산권과 결부될 수 있으며 그러한 경우 유전자원 제공국의 주권 적용범위에서 벗어날 수 있다는 점을 지적하면서, 정보대신 자료라는 용어가 적절하다고 주장하였다.³¹⁾

2. 나고야의정서의 적용 관련논의

1) 나고야의정서의 적용범위에 DSI가 포함되는지의 문제

(1) DSI가 유전자원에 해당되는지의 문제

on Genetic Resources: Submission of views and information and call for expression of interest to undertake studies (hereinafter referred to as 2019 EU's submission) (29 April 2019), p. 1; CGRFA, CGRFA-17/19/4/Inf.1, p. 11; Submission of Views and Information on Benefit Sharing Arrangement from Commercial and Non-commercial Use of Digital Sequence Information on Genetic Resources by NHMUK, RGB Kew, RBG Edinburgh(hereinafter referred to as NHMUK, RGB Kew, RBG Edinburgh's Views), p. 1, available at www.cbd.int/abs/DSI-views/2019/NHM-RBGK-RBGE-DSI.pdf.

29) NHMUK, RGB Kew, RBG Edinburgh's Views, p. 4.

30) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3, Annex, p. 31. 동 결정을 통해 당사국들이 사무국장에게 연구수행을 위임한 분야는 i) DSI의 개념 및 범위, ii) 디지털정보의 추적가능성에 관한 발전상황, iii) DSI에 관한 공공 및 사적 데이터베이스의 운용양태 및 iv) DSI의 상업적 및 비상업적 이용에 관한 국내적 이익배분 조치에 관한 부분이다.

31) NHMUK, RGB Kew, RBG Edinburgh's Views, p. 1.

유전자원 제공국 입장의 개발도상국들은 DSI가 CBD에서 규정하고 있는 유전자원 및 유전물질의 정의에 포함된다고 주장한다.³²⁾ 우선 유전자원의 정의에는 실질적 가치뿐 아니라 잠재적 가치가 언급되어 있는데, 잠재적 가치는 유전자원의 유형의 물질뿐 아니라 정보 형태에서도 찾을 수 있다는 것이다.³³⁾ 특히 유전자원 제공국들은 유전물질에서의 ‘물질’(material)이라는 용어에 초점을 맞추면서 이는 비슷한 의미를 가진 ‘matter’와 구분되어 사용된다는 점을 강조한다. 이들의 의견에 따르면 ‘material’의 사전적 의미는 ‘서적의 편찬 또는 그 밖의 작업에 이용되는 정보 또는 개념’인 반면, ‘matter’의 경우 ‘정신적인 것과는 구분되는 물리적인 실체로, 공간을 차지하고 정지질량을 가짐으로써 에너지와는 구분되는 것’이다. 이를 고려하면 CBD 및 나고야의정서에서 채택하고 있는 ‘유전물질’에는 유전자원의 정보적 성격이 포함된다고 이해할 수 있기 때문에 DSI는 나고야의정서 상의 유전자원에 해당된다는 것이다.

그러나 이에 대해서는 강한 반대의견이 제기된다. CBD 및 나고야의정서의 적용대상은 유전자원으로, 유전자원은 실질적 또는 잠재적 가치를 가진 유전물질을 의미하는데, 유전물질은 유전의 기능적 단위(functional units of heredity)를 가지고 있어야 한다.³⁴⁾ 그런데 DSI는 염기서열에 관한 ‘정보’이기 때문에 유전의 기능적 단위를 가지고 있을 수 없다는 것이다.³⁵⁾

(2) DSI가 유전자원의 이용에 해당되는지의 문제

그렇다면 DSI는 나고야의정서 제2조에서 규정하고 있는 유전자원의 ‘이용’에 해당되는가? 긍정적 견해에 따르면 염기서열화 작업을 통한 염기서열정보의 생성은 이에 해당된다.³⁶⁾ 특히 2008년 제7차 ABS 임시작업반(Ad Hoc Open-ended Working Group on Access and Benefit-Sharing)이 제출한 보고서에서는 유전자원의 이용의 예로 유전자 및 유전체의 염기서열화 및 DNA 부분들의 합성(synthesis of DNA segments)을 명시적으로 포함하고 있다.³⁷⁾ 동 보고서에서 제시하고 있는 유전자원의 이용의 목록은 망라적인 것이 아니라 단지 예시적인 것이므로, DSI가 유전자원의 이용으로서 나고야의정서의 적용범위에

32) AHTEG, *Synthesis of views and information on the potential implications of the use of digital sequence information on genetic resources for the three objectives of the Convention and the objective of the Nagoya Protocol*, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2 (9 January 2018), para. 104.

33) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2, para. 104.

34) CBD 제2조.

35) Australia's Submission to CBD Notification 2017-037, Convention on Biological Diversity (CBD) Notification 2017-037, Digital Sequence Information on Genetic Resources, p. 2, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/Australia-DSI.pdf>; Intellectual Property Owners Association, Proposed Application of Digital Sequence Information Under the Nagoya Protocol, p. 2, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/IPO-DSI.pdf>.

36) Ministry of Foreign Affairs of Brazil – Environment Division, Digital Sequence Information, p. 1, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/Brazil-DSI.pdf>; Government of Switzerland Submission in response to CBD notification 2017-037 – Digital Sequence Information on Genetic Resources, p. 2, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/Switzerland-DSI.pdf>.

37) Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, *Report of the Meeting of the Group of Legal and Technical Experts on Concepts, Terms, Working Definitions and Sectoral Approaches*, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2 (12 December 2008), p. 8.

해당된다는 것이다.³⁸⁾

한편 이를 부정하는 견해에 따르면 DSI는 유전자원의 ‘이용’에도 해당되지 않고 나아가 나고야의정서 제2조(e)항상의 ‘파생물’(derivative)에도 해당되지 않는다.³⁹⁾ 과학 학술지 등으로부터의 구조적 정보에 기초하여 합성화학물을 만드는데 유전자원 또는 그 파생물에 대한 접근이 필요치 않듯, DSI는 유전자원에의 접근 또는 이용 없이도 접근 및 이용될 수 있고, 비상업적인 목적으로 단순히 염기서열정보를 비교하는 행위는 유전자원의 ‘이용’이라고 보기 어렵다는 이유를 근거로 든다.⁴⁰⁾ 또한 파생물은 유전자원의 추출물이나 그 일부, 또는 단백질, 효소, RNA 등과 같은 유전자원의 분비물, 또는 기름이나 수지(resin)와 같은 유기화합물로 이해되는데, DSI는 단순히 유전자원에 대한 연구 결과로서 얻은 정보일 뿐이므로 파생물에 포함될 여지가 없다는 것이다.⁴¹⁾

2) 나고야의정서가 DSI에 적용되는 경우의 문제

DSI가 나고야의정서의 적용범위에 포섭된다면 DSI와 관련한 접근 및 이익배분규정의 적용은 크게 다음의 두 가지로 나누어 접근할 수 있다.

첫째, 유전자원에의 접근허용 조건으로 DSI를 규율하는 경우이다. 염기서열자료 및 유전체 정보는 유전자원의 이용을 통해 얻은 분석결과로서, 일반적으로 제공자와 이용자 간의 계약에 따라 생성된다.⁴²⁾ 이러한 경우 유전자원에의 접근을 허용한 당사국이라면 DNA 염기서열화 및 이에 대한 정보공유를 통제하고 다룰 권리가 있다고 볼 수 있다.⁴³⁾ 그럼에도 불구하고 PIC와 MAT를 통해 발현되는 이러한 권리의 행사는 상당히 신중히 접근할 필요가 있다. 그 이유로는 다음의 세 가지를 들 수 있다. 첫째, 나고야의정서 제8조(a)항에서 규정하고 있는 비상업적 연구에 대한 특별한 고려(special considerations)를 저해할

38) India's Submission on Digital Sequence Information on Genetic Resources in response to CBD Notification No. 86500 dated 25 April 2017, and No. 86630 dated 12 June 2017, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/India-DSI.pdf>.

39) 이러한 의견을 제시한 단체의 의견진술서로는 Personal Care Products Council (hereinafter referred to as PCPC's Submission), available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/PersonalCareProductsCouncil-DSI.pdf>; The International Fragrance Association and International Organization of the Flavor Industry, Comments on the potential implications of the use of Digital Sequence Information (DSI) on the objectives of the Nagoya Protocol, p. 2, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/IFRA-IOFI-DSI.pdf>.

40) Global Genome Biodiversity Network, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/GGBN-DSI.pdf>.

41) PCPC's Submission.

42) Consortium of European Taxonomic Facilities, ABS Core Group, Digital sequence information on genetic resources – benefits of their use and their public availability for the three objectives of the Convention on Biological Diversity, and ramifications of restricting access to DSI (hereinafter referred to as CETAF's Submission), p. 6, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/CETAF-DSI.pdf>.

43) Submission by the EU and its Member States to CBD Notification 2017-037: Views on any potential implications of the use of digital sequence information on genetic resources (hereinafter referred to as 2017 EU's Submission), p. 2, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/EU-MB-DSI.pdf>;

Government of Switzerland Submission in response to CBD notification 2017-037 – Digital Sequence Information on Genetic Resources, p. 2, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/Switzerland-DSI.pdf>;

AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2, para. 53.

우려가 있다.⁴⁴⁾ 둘째, 공공 데이터베이스를 통해 접근 가능한 정보의 급격한 감소를 야기할 가능성이 있으며⁴⁵⁾ 유전자원의 염기서열화 규제시 연구자원 수집기관의 염기서열화 작업을 통한 물질 검증작업 수행에 어려움이 생기기 때문에 물질의 등록이 거부될 수 있다.⁴⁶⁾ 셋째, 유전자원의 염기서열화 및 DSI의 공개를 규제하는 경우 규제 당사국의 유전자원을 이용하려는 자가 감소되는데, 이는 유전자원, 생물다양성 및 생태계 보호에 대한 연구 수행에 부정적인 영향을 미치게 된다. 이러한 관행이 축적되면 해당 당사국 내의 생물다양성의 감소뿐 아니라 CBD 및 나고야의정서의 목적 달성에 저해가 될 수 있다.⁴⁷⁾

둘째, DSI 자체에 대한 접근이 이루어지는 경우이다. 이때에도 PIC 및 MAT를 요구할 수 있는가의 문제가 제기된다. 오래전부터 과학자들의 연구는 그 결과를 공개하고 재현함으로써 감증을 받아왔다. 염기서열에 대한 연구 역시 이러한 관행에 따라 분석대상인 염기서열을 논문 등에 공개하여 왔으며, 정보의 데이터베이스화에 따라 이를 데이터베이스에 공개하는 방식으로 발전하였다. 그런데 PIC 및 MAT를 통해 이러한 정보에의 접근을 규제하게 되면 데이터은행, 또는 심지어 학술지 내의 정보에 접근하고 이를 이용하고자 하는 자까지 유전자원 제공자로부터의 동의 획득 및 접근 및 이용에 대한 잠재적 비용 지불 대상이 될 수 있어, 과도한 부담으로 작용할 수 있다는 주장이 제기된다.⁴⁸⁾ 특히 DSI는 무제한적으로 재사용될 수 있기 때문에 DSI가 이용되는 모든 사안마다 PIC 및 MAT가 요구된다면 관련 요건을 충족하기 위해 소요해야 할 비용 및 시간의 과도한 지체를 야기할 것이며 분쟁 역시 급증할 것으로 예상된다.⁴⁹⁾ 나아가 이미 공개된 DSI 이용에도 PIC 및 MAT를 요구하는 경우, 비교 목적을 위한 대량의 DSI 이용이 매우 어려워지게 되며 이는 과학적 연구를 과도히 저해할 가능성이 있음을 반드시 상기해야 한다.⁵⁰⁾

44) VBIO, Inclusion of digital sequence information under the scope of the Nagoya Protocol, p. 5, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/VBIO-DSI.pdf>.

45) IFPMA, Subject: IFPMA views on the potential implications of the use of Digital Sequence Information (DSI) on the objectives of the Nagoya Protocol (NP), p. 1, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/IFPMA-DSI.pdf>.

46) 2017 EU's Submission, p. 2.

47) 2017 EU's Submission, p. 2; CETAF's Submission, p. 6.

48) Royal Society of Biology, Response from the Royal Society of Biology to the UK Government Department for Environment, Food & Rural Affairs (Defra) request for views and relevant information on potential implications of the use of Digital Sequence Information (DSI) on genetic resources for the three objectives of the Convention on Biological Diversity (CBD) and for the objective of the Nagoya Protocol on Access and Benefit Sharing (ABS) (hereinafter referred to as RSB Response), p. 4, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/RSB-DSI.pdf>. 한편 오늘날 염기서열 관련 연구를 진행한 논문의 경우에는 해당 염기서열을 데이터베이스에 등록을 하고 등록시 발급된 염기서열 접근번호(accession number)를 제출해야 한다. 미국 국립보건원(National Institutes of Health) 산하의 국가생명공학정보센터(National Center for Biotechnology Information, 이하 NCBI)는 국제 뉴클레오타이드 염기서열데이터베이스 협력기구(International Nucleotide Sequence Database Collaboration)의 일환으로 일본 DNA 데이터뱅크(DNA DataBank of Japan) 및 유럽 뉴클레오타이드 기록보관소(European Nucleotide Archive)와 협력하여 매일 유전 염기서열 정보를 갱신, 젠뱅크(GenBank)에 업로드하고 있는데, 2021년 2월 현재까지 등록이 된 염기서열은 총 226,241,476개에 달한다. 이에 대해서는 AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/3, para. 13; NCBI GenBank, <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/genbank/statistics/> 참조 (2021년 2월 18일 검색).

49) RSB Response, p. 5.

50) International Chamber of Commerce, Digital Sequence Information and the Nagoya Protocol, pp. 2-3, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/ICC-DSI.pdf>.

IV. 나고야의정서 이익배분체제의 DSI에 대한 적용가능성

1. 유전자원

1) 정의

유전자원에 대한 정의는 CBD 제2조에 규정되어 있다. 동 조항에 따르면 유전자원은 다음과 같다.⁵¹⁾

유전자원이란 실질적 또는 잠재적 가치를 지닌 유전물질을 의미한다.

유전자원이 되기 위해서는 우선 유전물질이어야 하며 해당 유전물질이 실질적 또는 잠재적 가치를 지녀야 한다는 요건을 만족해야 한다. 한편 CBD에 따르면 유전물질이란 다음을 가리킨다.⁵²⁾

유전물질이란 식물, 동물, 미생물 또는 유전의 기능적 단위를 포함한 그 밖의 기원의 물질을 의미한다.

위 규정을 살펴볼 때 유전물질의 판단시 가장 중요한 것은 ‘유전의 기능적 단위’의 포함여부라고 할 수 있다. 유전의 기능적 단위란 DNA 및 특정한 경우 RNA를 포함한 유전적 요소를 의미한다.⁵³⁾ 이 용어는 기본적으로 유전자(gene) 개념과 비슷하다. 유전자는 DNA 물질의 유전의 기능적 단위로 이해된다. 여기서 ‘기능적’이라는 용어는 대부분의 진핵생물(eucaryot organism) 내 유전자 또는 유전물질과 소위 정크 DNA(junk DNA)라고 불리는 그 밖의 DNA 부분을 구분하기 위해 사용된 것이다. ‘기능적’이라는 표현을 사용한 이유는 기술의 한계로 인해 세포의 전체 유전체 내 DNA 물질에 기능이 있는지, 있다면 어떠한 기능인지에 대해 밝혀지지 않은 아직도 많다는 사실에 기인한다.⁵⁴⁾

51) CBD 제2조. 해당 원문은 다음과 같다.

““Genetic resources” means genetic material of actual or potential value.”

52) CBD 제2조. 해당 원문은 다음과 같다.

““Genetic material” means any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity.”

53) Lyle Glowka, et al., *A Guide to the Convention on Biological Diversity* (IUCN Environmental Law Centre, 1994), p. 21.

한편 생물학적으로 엄밀히 말하면 오로지 DNA만이 유전의 기능적 단위를 포함하고 있고 RNA는 유전의 기능적 단위로부터의 ‘정보’를 포함하는 것이다. 이에 대해서는 Elisa Morgera, Elsa Tsoumani and Matthias Buck, *supra* note 8, p. 60 참조.

54) Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, *The Concept of “Genetic Resources” in the Convention on Biological Diversity and How It Relates to a Functional International Regime on Access and Benefit-Sharing*,

유전의 기능적 단위는 유전물질과 파생물을 판단하는 중요한 기준이기도 하다. 나고야의정서 제2조(e)항에 따르면 파생물이란 “유전의 기능적 단위를 포함하고 있지 않더라도, 생물 또는 유전자원의 유전적 발현 또는 대사작용의 결과로써 자연적으로 발생한 생화학적 화합물”을 가리킨다.⁵⁵⁾ 앞서 언급한 것처럼 파생물에는 유전자원의 추출물이나 그 일부, 또는 단백질, 효소, RNA 등과 같은 유전자원의 분비물, 또는 기름이나 수지와 같은 유기화합물이 포함되는데 여기에는 유전의 기능적 단위가 존재하지 않는다.

2) 검토

(1) 긍정적 견해

상기한 것처럼 유전자원을 판단하는데 중요한 개념은 ‘유전’의 ‘기능적’ 단위, 그리고 유전의 기능적 단위를 가지는 생물적 기원 물질이 가지는 ‘가치’에 있다고 볼 수 있다.⁵⁶⁾ 따라서 DSI가 유전자원에 해당되는지를 판단하기 위해서는 DSI가 위 세 가지 기준을 만족하는지의 여부를 검토할 필요가 있다.

우선 DSI의 가치는 앞서 설명한 것처럼 이미 광범위하게 인정되고 있는 것으로 보인다. 실질적으로 DSI가 유전자원으로 인정되기 위해서는 DSI가 ‘유전’의 ‘기능적’ 단위를 가지는지의 여부가 핵심이 된다고 할 수 있다. 상기한 바와 같이 ‘기능적’이란 기술발달로 인해 세포의 전체 유전체 내 DNA 기능의 유무 및 기능의 역할이나 종류에 대한 새로운 발견이 가능하다는 사실을 염두에 둔 표현이다.⁵⁷⁾ 이러한 측면에서, ‘기능적’이라는 용어는 유전자구조 그 자체 내에서의 기능을 의미할 수도 있지만, DNA 염기서열 내에 집약되어 있는 자료 또는 정보까지 포섭하는 것으로 이해할 수 있다는 주장이 있다. 확인된 DNA 염기서열을 전자형태로 전송하여 이를 새로운 전자형태로서 활용하는 경우에도 ‘기능적’이라고 볼 여지는 있다는 것이다.⁵⁸⁾

그러나 보다 근본적으로 DSI가 유전자원으로 인정되기 위해서는 ‘유전’의 기능적 단위라는 요건을 만족해야 할 것으로 판단된다. 생물학적으로 볼 때 유전자원에서 ‘유전’의 기능적 단위를 가지는 부분은 유전자염기서열의 식별이 가능한 DNA 및 RNA라고 볼 수 있다.⁵⁹⁾ 유전자염기서열 식별이 중요한 이유는 DSI가 유전자원으로 인정받기 위해서는 물리적 유전자원과의 긴밀한 연관성이 존재해야하기 때문이

UNEP/CBD/WG-ABS/9/INF/1, p. 13.

55) 나고야의정서 제2조(e)항의 원문은 다음과 같다.

“Derivative” means a naturally occurring biochemical compound resulting from the genetic expression or metabolism of biological or genetic resources, even if it does not contain functional units of heredity.

56) Morten Walløe Tvedt and Peter Johan Schei, “The Term ‘Genetic Resources’: Flexible and Dynamic while Providing Legal Certainty?” in Sebastian Oberthür and G. Kristin Rosendal, *Global Governance of Genetic Resources: Access and Benefit Sharing after the Nagoya Protocol* (Routledge, 2014), p. 20.

57) Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, UNEP/CBD/WG-ABS/9/INF/1, p. 13.

58) Morten Walløe Tvedt and Peter Johan Schei, *supra* note 56, p. 20.

59) Lyle Glowka, *et al.*, *supra* note 53, p. 21.

다. 단백질의 경우 다수의 코돈(codon)이 아미노산(amino acid)의 부호화에 관여하기 때문에 하나의 단백질서열(protein sequence)로부터 하나 이상의 DNA가 선택될 수 있어 출처 추적의 정확성이 떨어진다.⁶⁰⁾ 단백질과 대사산물의 경우에는 각 물질 생성시 관여되는 인자 및 결합구조의 복잡성으로 인하여 원 DNA에 대한 정확한 추적이 어렵다. 이는 달리 말하면 물리적 유전자원과의 긴밀성이 떨어짐을 의미한다.

더불어, DSI 관련 논의에서 계속 지적되고 있는 자료와 정보의 구분 역시 중요한 고려요소로 보인다. 앞서 언급한 것처럼 대체로 자료는 가공되지 않은 원자료를 의미하는 반면, 정보는 자료에 대한 가공 또는 처리가 이루어진 것을 의미하는 것으로 이해된다. 유전자원에 대한 연구개발을 통해 유전자원의 실질적 또는 잠재적 가치 실현시 이에 대한 유전자원 이용자의 재산을 인정하는 현실을 생각해볼 때, 유전자원으로의 DSI는 자연상태에서 존재하고 발견되며 부가적인 가공이나 처리가 이루어지지 않은 상태의 자료에 한정하는 것이 타당할 것이다.

종합하면, DSI를 유전자원이라고 주장할 수 있기 위해서는 ‘유전’의 기능적 단위를 표현하는 ‘자료’로 그 범위를 한정하는 일이 선결되어야 할 것이다. 이러한 조건을 만족하는 DSI의 잠재적 범위는 DNA 및 RNA에 대한 자료로 국한될 것으로 보인다. 뉴클레오티드는 DNA 및 RNA의 기본단위이고 수백만 개의 뉴클레오티드가 연결될 때 핵산이 된다는 점을 상기할 때, AHTEG가 제시한 목록 중에서는 (a) 핵산염기서열 및 관련자료와 (b) 서열조립과 그 주해 및 유전자지도에 관한 정보가 해당될 수 있을 것이다. 만일 DSI를 이들의 범주 내로 한정하여 이해한다면 나고야의정서의 유전자원에 해당될 가능성은 열려있다고 볼 수도 있다.

(2) 부정적 견해

위와 같은 논리에도 불구하고 DSI가 유전자원으로 인정될 가능성은 상당히 낮을 것으로 보인다. 아직 까지 유전자원은 유형의 것에 한정하는 것이 지배적인 관점이다. CBD 문언 협상 당시 유전자원의 정보적 성격에 대한 고려가 거의 전무하여, CBD에서 예견하고 있는 유전자원은 유형의 것으로 한정되어 있었기 때문이다.

또한 DSI를 유전자원으로 바라보는 국내법을 살펴보면 유전자원의 정의규정에 유전자원의 정보적 성격이 명시되어 있거나 그러한 내용이 포함될 수 있도록 기존의 정의를 개정하는 작업을 거쳤음을 알 수 있다. 예컨대 브라질의 경우 유전자원이라는 용어 대신 ‘유전적 유산’(genetic heritage)이라는 용어를 사용하고 있다. 브라질법 13,123((Law n. 13,123)에 따르면 유전적 유산이란 식물, 동물 또는 미생물종 및 이들 생물의 대사작용에서 기원하는 물질의 유전적 기원에 관한 ‘정보’를 의미한다.⁶¹⁾ 남아프리카의 경우

60) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2020/1/3, Annex, p. 32.

61) 브라질법 13,123 제2조(1)항의 원문은 다음과 같다.

Article 2. – In addition to concepts and definitions set forth by the Convention on Biological Diversity (CBD) promulgated by Decree no 2,519, dated March 16, 1998, the following terms are defined for the purposes of this Act:

I – genetic heritage – genetic information from plants, animals, and microbial species, or any other species, including

‘국가환경관리: 생물다양성법’(National Environmental Management: Biodiversity Act, 2004, 이하 생물다양성법)에서 유전자원의 정의를 다루고 있다. 동 법은 2013년 개정되었는데, 개정 전의 정의에 따르면 유전자원은 “동식물, 미생물 또는 유전의 기능적 단위를 포함하고 있는 그 밖의 생물학적 기원의 여하한 물질을 유전물질로 규정하고, 여하한 유전물질 또는 여하한 종의 유전적 잠재성 또는 특징”에 한정되어 있었다.⁶²⁾ 그러나 개정 후 유전자원의 정의는 “유전물질 또는 여하한 종의 유전적 잠재성 또는 특징이나 정보”를 의미하는 것으로 변경되었다.⁶³⁾ 이는 DSI를 유전자원에 포함하는 국가에서도 유전자원에 대한 기본 개념은 물리적인 측면의 것에 국한되어 있었음을 보여주는 것이라 할 수 있다.

유전자원을 유형의 것에 한정해서 보는 입장은 현재 진행되고 있는 UN 해양법협약(United Nations Conventions on the Law of the Sea, 이하 UNCLOS) 하에서 진행되고 있는 국가관할권 이원지역(Area Beyond National Jurisdiction, 이하 ABNJ)의 해양유전자원(marine genetic resources)에 관한 논의에서도 발견된다. 동 논의에서 해양유전자원은 해양식물, 동물, 미생물 및 그 밖의 유전의 기능적 단위를 가지고 있는 물질로 한정하자는 것이 다수 의견인 것으로 보인다.⁶⁴⁾ 오히려 DSI는 해양유전자원에의 접근방법 중 하나인 인실리코 접근(access in silico)과 관련하여 다루어지고 있다.⁶⁵⁾ 이는 해양유전자원이 가지고 있는 정보적 성격, 즉 무형의 측면은 해양유전자원 자체의 정의 내로 포섭될 가능성이 낮음을 시사하는 것으로 볼 수 있다.

2. 유전자원에의 접근

1) 의의

앞서 언급한 것처럼 나고야의정서 이익배분체제의 적용대상은 유전자원 및 유전자원의 이용으로부터

substances originating from the metabolism of these living organisms;

62) 생물다양성법 제1조.

63) 생물다양성법 개정법 해당조항의 원문은 다음과 같다.

Article 1. “genetic resource” includes-

(a) any genetic materials; or

(b) the genetic potential or, characteristics or information of any species;

64) Intergovernmental Conference on an international legally binding instrument under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction (hereinafter referred to as ABNJ Conference), *President’s aid to negotiations*, A/CONF.232/2019/1 (3 December 2018), pp. 4-5.

65) 인실리코 접근이란 인실리코 실험 및 그로부터의 결과를 위한 정보, 자료 및 연구결과에 대한 접근을 의미하는 한편, 인실리코 실험이란 실험실(in-vitro) 및 동물(in-vivo)에의 실험이 아닌 정교화된 컴퓨터 모델을 이용한 생물학 모델, 약물 및 의약품 관련 실험 방법을 말한다. IUCN Environmental Law Centre, *IUCN Information Papers for the Intersessional Workshop on Marine Genetic Resources 2-3 May 2013*, p. 23.

발생하는 이익이다. 그러나 나고야의정서 이익배분체제의 실제 작동에는 유전자원을 자국의 관할권 내에서 보유하고 있다는 사실 그 자체가 큰 의미를 가진다고 보기는 어렵다. 왜냐하면 유전자원을 보유한 국가가 유전자원 제공국으로서의 권리를 주장하기 위해서는 잠재적 유전자원 이용자가 유전자원에 ‘접근’을 개시해야 하기 때문이다. 달리 말하면 유전자원의 이용을 위한 ‘접근’이 있어야 유전자원과 관련한 주권적 권리를 원용할 기반이 마련된다는 점에서, 유전자원에 대한 접근의 의미는 나고야의정서 이익배분체제 내에서 유전자원에 대한 권리를 가지는 자가 누구인지를 판가름하는 중요한 기준이 된다.

그러나 나고야의정서에서는 접근에 대한 정의를 내리고 있지 않다. 이에 따라 유전자원에 대한 접근은 여러 가지 양태로 나타나고 있으며, 현지 내 접근, 현지 외 접근 및 위에서 언급한 인실리코 접근 등이 그 예가 된다. 또한 획일적 정의의 부재로 인해 유전자원에 대한 접근은 각 국가의 국내법에서 달리 규정되고 있다.

2) 검토

(1) 긍정적 견해

상기했듯 나고야의정서상 유전자원에의 접근에 대한 정의는 존재하지 않는다. 이는 달리 말하면 나고야의정서상의 의무 위반을 구성하지 아니하는 범위 내에서는 얼마든지 ‘접근’의 범주가 넓어질 수 있음을 의미한다. 예견된 바와 같이 실제로 코스타리카와 케냐 등 일부 국가들은 ‘접근’이라는 용어를 통해 자국의 유전자원에 대한 통제를 광범위하게 실시하고 있다.

그렇다면 접근이란 무엇을 의미하는가? 일반적 의미에서 접근은 어떠한 대상을 획득하는 행위, 또는 획득할 권리를 뜻한다.⁶⁶⁾ 보다 구체적으로 유전자원에의 접근은 연구, 보전, 상업적 또는 산업적 적용을 위해 어느 국가 내로부터 유전물질을 포함하는 생물 또는 그 밖의 물질의 견본을 획득하는 행위를 지칭하는 것으로 이해된다.⁶⁷⁾ 이를 통해 알 수 있는 한 가지는 접근으로 이해되는 행위, 예컨대 획득을 위해서는 획득하고자 하는 대상이 이미 존재하고 있어야 접근이 성립된다는 것이다. 이를 토대로 볼 때 DSI가 유전자원에의 접근으로 인정되기 위해서는 DSI를 획득하고자 하는 시점을 기준으로 볼 때 해당 DSI는 이미 실존해 있어야 한다. 이는 물리적 유전자원에 대한 연구개발의 수행을 통해 얻어진 DSI는 접근에 해당되지 않음을 의미하는 것이다. 오히려 이러한 경우에는 나고야의정서 제2조에 따라 유전자원의 이용에 해당되게 된다.

접근시점에 DSI가 존재하고 있는 경우에만 DSI를 유전자원에의 접근으로 인정할 수 있다는 논리는

66) IUCN, *Information Brief: Access to Genetic Resources—Article 6 of the Nagoya Protocol on Access and Benefit-Sharing*, https://www.iucn.org/sites/dev/files/import/downloads/short_paper_article_6.pdf (2021년 3월 7일 검색).

67) Sarah A. Laird and Rachel Wynberg, *Biodiversity Prospecting & Access and Benefit-Sharing: An Introductory Primer* (IUCN, 2003), p. 30.

유전자원에의 접근 이후 유전자원의 이용을 통해 DSI가 생성되는 경우와 경계를 분명히 나눴을 동시에 법적실익 측면에서도 중요한 구분점을 제공할 수 있을 것으로 보인다. DSI가 유전자원에의 접근으로 인정되는 경우에는 국가의 주권적 관리행사로 인해 PIC가 요구될 수 있으며 MAT의 대상이 된다. 그러나 DSI가 접근시점에는 존재하지 않았으나 물리적 유전자원에 대한 이용을 통해 새롭게 생성된 경우라면 유전자원의 이용으로 분류될 수 있으며, 이때 DSI는 원칙적으로 MAT의 대상은 되나 PIC의 대상은 되지 않기 때문이다.⁶⁸⁾

DSI가 접근시점에 이미 존재하고 있다는 것은 물리적 유전자원의 이용으로부터 얻어진 DSI가 물리적 유전자원에서 분리되어 별도로 존재하고 있음을 의미한다. 이에 대한 예로는 공공 또는 사적 데이터베이스에 등록되어 있는 DSI가 해당될 것으로 판단된다. 유전자원 제공국이 DSI에 대해 유전자원에의 접근에 대한 주권적 권리를 행사하기 위해서는 DSI와 유전자원 제공국 간의 긴밀한 관계가 인정될 필요가 있다. 이를 위해서는 DSI의 출처가 정확하게 판별되어야 할 것이다. 또한 국가의 주권적 권리 행사가 정당한 범위 내로 DSI의 범위를 축소할 필요가 있을 것이다. 이와 관련하여 앞서 언급한 것처럼 DSI는 지식재산권과 결부될 수 있음이 고려되어야 할 것이다. DSI에 대한 개인의 배타적 권리와 경합가능성을 배제하기 위해, 유전자원의 원자료에 대한 가공 또는 처리를 통한 새로운 의미나 지식이 창출되는 정보는 제외할 필요가 있을 것이다. 정리하면 유전자원에의 접근으로 DSI가 인정되기 위해서는 i) DSI의 출처가 분명히 식별되어야 하며 ii) DSI의 범위는 가공되지 않은 원자료로 한정될 필요가 있다.

(2) 부정적 견해

현재까지 유전자원에의 접근에 대해서는 유전자원에의 현지 내 접근 및 현지 외 수집된 유전자원에의 접근과 같이 물리적으로 이루어지는 접근에만 한정하여 보는 시각이 우세한 것으로 보인다. 상기한 것처럼 ABNJ의 해양유전자원에 관한 논의에서 인실리코 접근을 해양유전자원에의 접근방법 중 하나로 인정할지의 여부에 대한 논의가 진행 중인데, 이에 대해서는 찬반의견이 첨예하게 대립하고 있어 아직 합의에 이르지 못하고 있는 상황이다.⁶⁹⁾ 이는 DSI를 나고야의정서상 유전자원의 접근으로 인정할 수 있을 것인가의 논의가 개시되는 경우에도 합의점을 찾는 것은 상당히 어려울 것임을 예측가능하게 하는 대목이다.

또한 DSI를 유전자원의 접근으로 다루게 되더라도 법적실익 측면에서 볼 때 DSI를 유전자원으로 바라보는 것과 큰 차이가 난다고 보기 어려울 것으로 판단된다. 우선 나고야의정서 제6조에 따르면 유전자원에의 접근은 PIC의 대상이기 때문에, 유전자원으로서의 DSI나 유전자원에의 접근으로서의 DSI나 모두 PIC의 대상이 되기는 마찬가지이다. 양자 중 어느 쪽으로 인정되는지와는 무관히 DSI에 대한 이용이

68) 여기에서 ‘원칙적’으로 MAT의 대상은 되나 PIC의 대상이 되지 않는다고 한 이유는 유전자원의 이용 결과인 DSI 자체에 대해 후속적 응용 및/또는 상업화가 이루어지는 경우, 유전자원 제공국의 국내법에 따라 해당 유전자원에 대해 별도의 PIC가 요구될 수 있기 때문이다.

69) ABNJ Conference, *Article-by-article compilation of textual proposals for consideration at the fourth session dated 15 April 2020*, A/CONF.232/2020/3 (15 April 2020) 참조.

이루어지는 경우에는 모두 MAT의 대상이 되므로 이익배분의무 역시 동일하게 부과된다. 나아가 이미 공공 또는 사적 데이터베이스에 등록되어 있는 DSI의 출처식별이 아직까지 현실적으로 상당히 어렵기 때문에, DSI에 대해 PIC를 요구하는 국내법이 마련되어 있다고 하더라도 이에 대한 실질적인 실행가능성은 낮을 것으로 보인다.

3. 유전자원의 이용

1) 정의

나고야의정서 제2조(c)항에 따르면 유전자원의 이용은 다음과 같이 규정되어 있다.

“유전자원의 이용”이란 [생물다양성]협약 제2조에 정의된 생명공학의 적용을 통한 것을 포함하여, 유전자원의 유전 및/또는 생화학적 구성요소에 대한 연구 및 개발의 수행을 의미한다.⁷⁰⁾

유전자원의 이용에 해당되는지의 여부를 판단하기 위해서는 세 가지 요건에 대한 검토가 필요하다. 첫째, 유전자원 이용의 목적 또는 의도는 연구 및 개발(research and development)이어야 한다.⁷¹⁾ 연구 및 개발의 정의는 CBD나 나고야의정서에 나타나있지 않기 때문에 조약법에 관한 비엔나협약(Vienna Convention on the Law of Treaties) 제31조(1)항에 따라 나고야의정서의 문맥에 따른 이들 용어의 통상적인 의미를 알아볼 필요가 있다. *Oxford English Dictionary*에 따르면 연구란 “사실을 입증하고 새로운 결론을 도출하기 위해 어떠한 물질 및 근원에 대해 수행하는 체계적인 조사 및 학습”을 의미한다.⁷²⁾ 이를 나고야의정서에 대입하면 연구란 어떠한 사실의 확립 및 결론에의 도달을 위해 유전자원의 유전적 및/또는 생화학적 구성에 대한 조사 및 학습을 의미하는 것으로 이해할 수 있다.⁷³⁾ 한편 개발이란 혁신의 창조 및 응용을 의미한다. 두 용어의 합성어인 연구 및 개발이라는 표현은 “상품 또는 과정의 혁신, 도입 및 개선을 직접적인 목적으로 한 작업”이라는 뜻으로 이해된다.⁷⁴⁾ *Black's Law Dictionary*에서도 연구 및 개발에 대해 “새로운 기술의 발견 또는 기존 기술의 진보를 통해 상품 또는 서비스를 새로

70) 나고야의정서 제2조(c)항의 원문은 다음과 같다.

Article 2(c). “Utilization of genetic resources” means to conduct research and development on the genetic and/or biochemical composition of genetic resources, including through the application of biotechnology as defined in Article 2 of the Convention;

71) Elisa Morgera, Elsa Tsoumani and Matthias Buck, *supra* note 8, p. 63.

72) Oxford Dictionary Online, <https://www.lexico.com/definition/research> (2021년 3월 11일 검색).

73) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 6, p. 65.

74) Oxford Dictionary Online, https://www.lexico.com/definition/research_and_development (2021년 3월 11일 검색).

만들거나 개선하기 위한 노력”이라고 정의내리고 있다.⁷⁵⁾ 이에 비추어 볼 때 나고야의정서에서 연구 및 개발이라는 용어는 결과적으로 기술적 혁신을 통해 새로운 상품을 만들어 내거나 기존 상품의 새로운 형태를 만들어내기 위한 과정 전반을 의미한다고 볼 수 있다.⁷⁶⁾ 즉, 나고야의정서상 연구 및 개발이란 유전자원에 대한 여하한 조사, 학습 및 상품화 과정 전반을 포괄하는 개념이 된다.

나고야의정서는 연구 및 개발의 분야, 연구 및 개발의 수행자에 대해 아무런 제한을 두고 있지는 않지만, 연구 및 개발 목적이 상업적인지의 여부에 대해서는 분명히 나누고 있다. 이는 나고야의정서 제8조(a)항에서 비상업적 연구목적(non-commercial research purposes)에 대한 유전자원에의 접근 절차의 간소화를 규정하고 있다는 점을 통해 알 수 있다. 유전자원에의 접근단계에서 접근 목적을 확실히 할 수 없는 경우도 다수 존재하기 때문에, 동 조항은 ‘그러한 연구의 목적 변경을 고려’할 것을 아울러 명시하고 있다.⁷⁷⁾

둘째, 유전자원에의 연구 및 개발에는 유전적인 것뿐만 아니라 생화학적 구성요소(biochemical composition)에 대한 것도 해당된다. 대체로 생화학적 구성요소는 파생물을 가리킨다.⁷⁸⁾

셋째, 유전자원의 이용에는 생명공학의 적용이 포함된다. CBD 제2조의 정의를 그대로 따르고 있는 나고야의정서 제2조(d)항에 따르면 생명공학의 정의는 다음과 같다.

“생명공학”이란 [생물다양성]협약 제2조에 정의된 바와 같이 특정한 이용을 위한 상품 또는 공정을 만들거나 변형시키기 위해 생물체, 살아있는 유기체 또는 그 파생물을 이용하는 모든 기술적 응용을 의미한다.⁷⁹⁾

생명공학은 생물체 또는 그 일부를 이용하는 현재 및 미래의 기술 전반을 모두 포괄하는 광범위하고도 열린 개념이다.⁸⁰⁾ 오늘날 생명공학에는 유전체학, 단백질체학, 생물정보학 및 상기한 합성생물학 등이 모두 포함된다. 생명공학의 범위는 기술발전과 더불어 그 외연이 계속 확장되고 있기 때문에 추후 유전자원에 대한 연구 및 개발에 관해 새로운 기술이 적용가능하다면 이 역시 생명공학으로 얼마든지 포함될

75) Brian A. Garner (ed.), *Black's Law Dictionary*, 9th ed. (West, 2009), p. 1422.

76) Elisa Morgera, Elsa Tsiumani and Matthias Buck, *supra* note 8, p. 63.

77) 나고야의정서 제8항(a)호의 원문은 다음과 같다.

Article 8. In the development and implementation of its access and benefit-sharing legislation or regulatory requirements, each Party shall:

(a) Create conditions to promote and encourage research which contributes to the conservation and sustainable use of biological diversity, particularly in developing countries, including through *simplified measures on access for non-commercial research purposes, taking into account the need to address a change of intent for such research;* (emphasis added)

78) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 6, p. 65.

79) 나고야의정서 제2조(d)항의 원문은 다음과 같다.

Article 2(d). “Biotechnology” as defined in Article 2 of the Convention means any technological application that uses biological systems, living organisms, or derivatives thereof, to make or modify products or processes for specific use.

80) Lyle Glowka, *et al.*, *supra* note 53, p. 17.

수 있을 것이다.

2) 검토

(1) 긍정적 견해

DSI가 유전자원인지의 여부에 대해서는 의견이 분분하지만 한 가지 확실한 점은 DSI의 생성은 유기체 및 생태계의 염기서열결정이 가능한 특정 분자의 추출에서부터 시작된다는 것이다.⁸¹⁾ 위에서 지적한 것처럼, 나고야의정서 제2조(d)항의 연구 및 개발의 의미와 생명공학의 정의는 기술의 급변을 인정함으로써 개념적 유연성을 추구하고 있다고 할 수 있다.⁸²⁾ 특히 이익배분 의무의 시발점이 되는 유전자원의 ‘이용’이라는 용어에 초점을 맞추어 볼 필요가 있다. 앞서 언급한 바 있는 제7차 ABS 임시작업반의 보고서에서는 유전자원의 이용의 예를 비망라적으로 열거하고 있다. 이에 따르면 유용한 특성을 위한 유전자 암호화의 식별, 진화적 관계를 이해하기 위한 분자분류학(molecular systematics), 식별 및 그 밖의 목적을 위한 식물, 동물, 미생물의 유전형(genotyping), 식별을 위한 식물, 동물 및 균류의 DNA 바코딩(barcoding), 환경유전체학(environmental genomics)이 포함된다.⁸³⁾

그런데 협상 및 ABS 임시작업반의 연구에서 유전자원의 이용에 대한 논의를 하면서 이용에 대한 예시가 제시되었던 것과는 상이하게 나고야의정서의 실체규정 내에는 그러한 예시목록이 누락되어 있어 주목을 요한다.⁸⁴⁾ 이는 이용이라는 용어가 급격하게 진보하고 있는 기술과 지식 및 기술의 발전에 의해 급변하는 유전자원의 이용을 모두 수용함으로써 유전자원의 가능한 모든 이용을 포괄할 수 있도록 하고자 한 것으로 이해할 수 있다.⁸⁵⁾ 또한 유전물질이 가지는 잠재적 가치, 그리고 생물학에서의 기능성(functionality)에 대한 지식수준은 계속 변화하기 때문에, 이용의 정의 역시 역동적이며 유연할 필요가 있다.⁸⁶⁾ 유전자원의 이용범주의 광범위성은 이미 예견된 것이라고 볼 수 있으며, 이러한 이해를 바탕으로 볼 때 DSI는 나고야의정서상 유전자원의 이용에 해당된다고 판단할 수 있다.

DSI를 유전자원의 이용으로 보게 되는 경우, DSI 자체에 대한 이용에 대해서는 나고야의정서 제5조에서 언급하고 있는 후속적 응용(subsequent applications) 또는 상업화(commercialization)의 범주 내에

81) CGRFA, *Explanatory Fact-Finding Scoping Study on “Digital Sequence Information” on Genetic Resources for Food and Agriculture* (November 2018), p. 19.

82) Nohyoung Park, “How to Approach the Issue of Digital Sequence Information: Focusing on the AHTEG”, *The Asian Business Lawyer*, Vol. 21 (2018), p. 29.

83) Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, Annex I, para. 13, 6).

84) 유전자원의 이용의 예시목록은 Ad Hoc Open-Ended Working Group on Access and Benefit-Sharing, UNEP/CBD/WG-ABS/7/2, p. 8을 참조.

85) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 6, p. 64.

86) Peter Johan Schei and Morten Walløe Tvedt, ‘Genetic Resources’ in the CBD: *The Wording, the Past, the Present and the Future* (Fridtdof Nansens Institutt, 2010), p. 22.

포함시킬 수 있을 것이다. 후속적 응용 및 상업화라는 용어가 제5조에 삽입되게 된 것은 이익배분이 가치사슬(value chain)을 따라 개발되는 상품 및 절차에까지 확장적용이 되어야 비로소 효과적으로 이루어질 수 있기 때문에, 이익배분 개시의 요건을 단순한 유전자원의 이용에만 한정하기에는 부족하다는 인식에 따른 것이다.⁸⁷⁾ 연구 및 개발의 각 단계를 구분하는데 대한 현실적인 어려움에 따라 삽입된 후속적 응용 및 상업화라는 용어는 반드시 배분되어야 하는 이익이 유전자원 접근 이후의 모든 단계에 걸쳐 발생할 수 있음을 이해해야 한다는 점을 보여주는 것이라고 할 수 있다.⁸⁸⁾

DSI가 유전자원의 이용에 해당되는 경우, 그 자체로는 유전자원이 아니기 때문에 나고야의정서 제6조에 따른 PIC의 대상에서는 제외될 수 있지만 동 의정서 제5조에 따라 이익배분의 의무는 발생하므로 MAT는 체결되어야 한다. 이때 MAT의 주체는 DSI의 생성에 기반이 된 유전자원을 제공한 국가와 DSI의 생성자 및/또는 DSI의 이용이 발생하는 경우, DSI의 이용자가 될 수 있을 것이다.

(2) 부정적 견해

위와 같은 이해에 기초하여 DSI를 유전자원의 이용으로 볼 경우 발생할 수 있는 가장 큰 문제는 유전자원의 이용에 해당하는 범주가 급격하게 넓어진다는 점이다. 유전자원의 이용에 대한 정의에 따르면 유전자원에의 연구 및 개발의 대상에는 유전적 구성요소뿐만 아니라 생화학적 구성요소도 포함된다. 그런데 과학적 측면에서 볼 때 동 규정에서의 생화학적 구성요소는 두 가지 의미를 가지는 것으로 이해된다. 첫 번째 의미는 앞서 언급한 바와 같이 ‘유기체’의 생화학적 구성요소, 즉 파생물을 의미한다고 보는 것이다. 두 번째 의미는 ‘유전자’의 생화학적 구성요소로 보는 것이다. 유전자의 생화학적 구성요소란 RNA로부터 번역(translation, 또는 해독이라고도 함)을 거쳐 형성되는 단백질과 대사작용으로 인한 대사산물에 해당하는 유전자의 생화학적 요소를 의미한다. 유전적 구성요소를 좁게는 DNA, 넓게는 RNA까지 포함하는 것으로 이해할 때, ‘유전적 및/또는 생화학적 구성요소에 대한 연구개발’이라는 표현은 좁게는 DNA, 넓게는 DNA 및 RNA와 같은 유전적 구성요소뿐 아니라 이들의 분비물로부터 역으로 DNA의 염기배열을 추정하여 인공적으로 DNA를 합성하는 유전자의 인공합성까지도 유전자원의 이용으로 포섭할 수 있다.⁸⁹⁾

유전자원의 생화학적 구성요소가 의미하는 바가 무엇인지에 대한 합의가 존재하지 않기 때문에 무엇이 유전자원의 이용에 해당하는가에 대한 정확한 판단을 내리기는 어렵지만, 분명한 것은 동 용어가 포괄하는 범위가 상당히 넓다는 점이다. 가장 광범위한 경우 유전자원의 이용은 유전자원의 유전적 및 생화학적 구성요소와 파생물에 대한 상업적·비상업적 목적의 연구 및 개발 전반을 의미하게 될 것이다.

87) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 6, p. 85.

88) Elisa Morgera, Elsa Tsioumani and Matthias Buck, *supra* note 8, p. 114.

89) *Ibid.*, p. 60. 과학적 배경설명에 대해서는 Tohru Yoneyama, *et al.*, “Fer kinase regulates cell migration through α -dystroglycan glycosylation”, *Molecular Biology for the Cell*, Vol. 23, Issue 5 (2012), pp. 771-780 참조.

여기에 DSI까지 포함되게 된다면 실상 유전자원의 이용에 해당되지 않는 것은 없을 정도로 나고야의정서의 적용범위가 확장될 수 있어 유전자원의 이용자에게 과도한 부담으로 작용될 가능성이 매우 높다.

또한 후속적 응용 및/또는 상업화로 분류되는 DSI에 대한 통제가 현실적으로 매우 어렵다는 것도 난제이다. DSI의 이용현황을 살펴보면 물리적 유전자원에서 이미 분리되어 별도로 존재하는 DSI에 대한 이용이 대부분을 차지한다. 주로 DSI는 공공 및 사적 데이터베이스에 등록되어 있는데, 가등록된 자료에 대해 이루어지는 후속적 응용 또는 상업적 목적의 접근에 대해서는 통제가 사실상 거의 불가능하다. 또한 DSI를 이용한 연구는 다양한 출처로부터의 많은 정보를 서로 결합 및 수정하는 과정을 거친다. 이러한 연구방식은 연구에 이용되는 정보의 정확한 출처 식별에 큰 어려움으로 작용하기 때문에, PIC 및/또는 MAT 체결 주체의 특징에 커다란 장애가 됨은 부인할 수 없는 사실이다.⁹⁰⁾

V. 결론: 물리적 유전자원 이용결과인 DSI 및 그러한 DSI에 대한 나고야의정서의 적용

현재 DSI를 어떻게 바라볼 것인가에 대한 합의는 존재하지 않는다. 앞서 살펴본 바와 같이 DSI에 대한 이해는 각 국가 및 이해관계자마다 상이하며 이에 따른 국내실행 역시 달리 나타나고 있다. 그러나 한 가지 분명한 것은 DSI를 어떻게 바라보는지와는 무관히, 물리적 유전자원의 이용을 통해 획득된 DSI에 대해서는 여전히 이익배분의 문제가 발생한다는 것이다.

나고야의정서의 주요 정의규정에 대한 분석을 종합해볼 때 DSI는 유전자원의 이용 개념과 가장 밀접한 관련을 맺고 있는 것으로 보인다. 앞서 살펴본 것처럼 유전자원의 이용이라는 개념은 기술의 급속한 발달과 연동하여 역동적이며 유연할 필요가 있다는 인식을 기반으로 하고 있다. 광범위한 유전자원의 이용범주는 이미 DSI가 나고야의정서상 유전자원의 이용에 해당될 근간을 충분히 제공한 것이라고 할 수 있다.

그러나 유전자원의 이용이라는 용어의 광범위성을 근거로 모든 형태의 DSI가 나고야의정서의 적용대상이라고 바라보는 것은 적절치 않다. 유전자원의 이용범위의 외연이 과도하게 확장되게 되면 현실적으로 이를 모두 효과적으로 다룰 수 있는 제도 마련과 인력양성 및 재원확보가 상대적으로 어려워지기 때문에 법적 효과가 오히려 감소할 가능성이 높기 때문이다.

따라서 여기서 유의하여야 할 것은 나고야의정서상 유전자원의 이용에 해당되는 DSI는 물리적 유전자

90) BioIndustry Association, The UK BioIndustry Association (BIA)'s response to the CBD Secretariat's consultation on the impact of Digital Sequence Information (DSI) regulation in the Nagoya Protocol, p. 4, available at <https://www.cbd.int/abs/DSI-views/UK-BIA-DSI.pdf>.

원의 이용으로부터 획득된 것에 한정되어야 한다는 점이다. 이는 나고야의정서 초안 작성시 파생물에 대해 진행된 논의와 비슷한 맥락으로 이해할 수 있을 것이다. 나고야의정서상 파생물은 제2조에서 정의되어 있지만 이행규정에서는 나타나지 않는다. 이에 따라 파생물이 나고야의정서의 적용범위에 포함되는지의 여부는 나고야의정서 협상 당시 가장 첨예한 의견 대립이 있던 사안이었다.⁹¹⁾

앞서 언급한 바와 같이 유전자원의 이용 및 생명공학의 정의에 따라, 파생물을 이용하는 생명공학의 적용이 이루어지게 되는 경우, 이는 유전자원의 이용이라고 볼 수 있다.⁹²⁾ 그런데 파생물은 유전자원에서 직접 추출될 수도 있지만, 이미 추출되어 유전자원과는 독립되어 별개로 존재할 수도 있다. 따라서 단순히 파생물을 이용하는 생명공학의 적용을 모두 유전자원의 이용으로 간주하게 되면 유전자원의 이용범위가 매우 넓어지게 되어 문제가 된다. 이에 대해 협상 당시 제시되었던 의견으로는 파생물에 대한 연구 및 개발의 수행도 유전자원의 이용에 해당되는 것으로 하되, 파생물은 해당 파생물의 모체가 되는 유전자원의 이용을 통해 얻어진 것으로 한정하자는 것이었다.⁹³⁾

이러한 의견은 나고야의정서 최종 채택안에서 공식적인 문구로 채택되지는 않았으나, 상당히 타당성 있는 주장이라고 할 수 있다. 나고야의정서 제6조에서는 ‘이용을 위한 유전자원에의 접근’이 PIC의 대상이 됨을 규정하고 있고, 동 의정서 제2조의 유전자원의 이용에 대한 정의에서는 ‘유전자원에 대한’ 연구 및 개발의 수행을 언급하고 있다는 점을 미루어볼 때, 유전자원에의 물리적 접근은 유전자원 이용에 대한 선결조건이라고 볼 수 있기 때문이다. 따라서 유전자원에의 실질적 접근을 통해 유전자원을 이용하여 추출된 파생물에 대해 연구 및 개발이 수행되는 경우, 비로소 이는 나고야의정서상의 유전자원의 이용에 해당된다고 판단할 수 있다.

이러한 맥락에서 나고야의정서상 유전자원의 이용에 해당되는 DSI는 나고야의정서의 적용범위에 해당하는 물리적 유전자원에 대한 실질적 접근을 통해 연구 및 개발을 수행함으로써 도출된 결과로서의 DSI로 한정해 볼 수 있을 것이다. 유전자원의 이용에 해당되는 DSI는 물리적 유전자원에의 접근을 선결조건으로 하므로, DSI 관련한 MAT 체결을 통한 이익배분은 물리적 유전자원의 제공국과 이루어질 수 있을 것이다.

DSI와 관련하여 제기되는 보다 큰 문제는 DSI 자체에 대한 이용이 이루어지는 경우일 것이다. 앞서 지적한 바 있듯, DSI 자체에 대한 접근이 이루어지는 경우 PIC 및/또는 MAT를 요구할 수 있는지의 문제가 관건이 된다. 물리적 유전자원의 이용을 통해 획득된 DSI가 유전자원의 이용으로 인정되게 되면, 이러한 DSI에 대한 이용은 나고야의정서 제5조상의 후속적 응용 및 상업화로 분류될 수 있기 때문이다. DSI의 이용현황 및 양태 등을 고려하면 DSI 자체의 이용에 대한 나고야의정서의 실질적인 적용을 위해서는 해결해야 할 많은 도전과제들이 산적해있다. DSI는 특성상 물리적 유전자원보다 훨씬 광범위하게 이용되고 이동 및 교환성이 높다는 점을 고려할 때 과연 DSI에 대해 유전자원 제공국이 어느 정도까지

91) Gurdial Singh Nijar and Gan Pei Fern, *The Nagoya ABS Protocol: A Record of the Negotiations* (CEBLAW, 2012) p. 114.

92) Thomas Greiber, *et al.*, *supra* note 6, p. 65.

93) Gurdial Singh Nijar and Gan Pei Fern, *supra* note 91, pp. 116-128 참조.

이익배분을 요구할 수 있을 것인지 의문이다. 이에 더해 DSI의 비상업적 이용 저해에 대한 우려, 후속적 응용 및/또는 상업화로 분류되는 DSI에 대한 통제의 어려움, 다양한 출처로부터의 많은 정보를 서로 결합 및 수정하는 과정을 거치는 DSI 이용양태에 따른 DSI 출처 식별의 어려움 등이 그 예이다.

후속적 응용 및/또는 상업화로 분류되는 DSI과 관련한 나고야의정서 이익배분체제의 실질적 적용을 위해서는 해결해야 할 많은 도전과제가 산적해 있음은 분명한 사실이다. 그러나 이러한 어려움이 존재한다는 사실만으로 DSI 및 DSI의 이용이 현재 나고야의정서 이익배분체제의 적용범위 내로 포섭될 가능성 자체를 부인할 수는 없을 것이다. 우선적으로는 DSI가 나고야의정서 이익배분체제의 적용범위에 포함되더라도 i) 학문적 이용에 대한 예외 인정, ii) DSI에 대한 당사국의 국내적 조치 마련시 정보접근에의 규제를 두지 않음으로써 발생하는 여러 가지 이익의 고려, iii) 기업 행위의 부당한 저해를 막기 위한 국내 체제 간의 조화 및 iv) 소급 적용의 금지가 이루어질 필요가 있을 것이다.⁹⁴⁾ 또한 차후 공공 및 사적 데이터베이스에 등록되는 DSI에 대해서는 출처가 보다 명확히 식별될 수 있도록 하면서도, 원산지 국 식별에 조력할 수 있는 전세계적 생물다양성 데이터베이스 구축기관인 국제생물바코드협력체(International Barcode of Life) 또는 세계생물다양성정보기구(Global Biodiversity Information Facility) 등과의 협력이 필수적으로 동반되어야 할 것이다.⁹⁵⁾ 이 밖에 DSI에 대한 접근 및 특히 DSI의 이용 관련 이익배분 문제를 보다 효과적으로 다루기 위해서는 다자적 이익배분체제의 모색 등 나고야의정서가 마련하고 있는 기존의 이익배분체제를 보완하는 방안이 강구될 필요가 있을 것이며, 이에 대해서는 후속 연구에서 다루고자 한다.

94) AHTEG, CBD/DSI/AHTEG/2018/1/2, para. 119.

95) Manuel Ruiz Muller, *Genetic Resources as natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol* (Routledge, 2015), pp. 83-84.



제2부(B) : 제1발표

**The right of passage: Through the prism
of enclaved territories**

발표 : Rustam Gaziev (Ministry of Foreign Affairs of Uzbekistan)

토론 : 최지현 (제주대학교)

大韓國際法學會

The right of passage: Through the prism of enclaved territories

Rustam Gaziev

The Ministry of Foreign Affairs of Uzbekistan, Head of Division of the Consular and Legal Department

An enclave is a unique legal phenomenon in the present day. It has been used loosely to denote any tract or territory, which is completely or partly surrounded by territory foreign to itself.¹⁾ In other words, an enclave is an isolated part of a State's territory entirely surrounded by the territory of only one other State (surrounding State) so that it has no communication with the territory of the State to which it belongs (Mainland) other than through the territory of the surrounding State.²⁾

In 2008, Vinokurov referred to the existence of more than 280 enclaves worldwide.³⁾ Today, the total number of world enclaves was reduced to 120 after a Bangladesh-India land deal was reached in 2015.⁴⁾ However, it is very difficult today to identify accurately the number of enclaves worldwide due to existing uncertainties on delimitation processes between many countries. Considering these facts, this paper highlights some concepts and approaches of the right of passage within international law to enclaved territories that can be applied to the world enclaves.

The right of passage (servitude) is a controversial subject in international law that can be established by treaty and customary law, based on the consent of the States or local custom,⁵⁾ for a special

1) Bryan Garner, s.v. "Enclave", Black's Law Dictionary (Ninth Edition), (Toronto: Thomson Reuters, 2009), p.606; Frangulis M., s.v. "Enclave", *Dictionnaire diplomatique*, (Paris: Au siege de l'académie, 1933), p.807; Philip Babcock Gove (ed.), s.v. "Enclave", *Webster's New International Dictionary*, (Springfield: Merriam-Webster, 1993), p.721; Scelle G., *Manuel Elementaire de Droit International Public*, (Paris: Domat-Montchrestien, 1941), p.287; Reid H., *International Servitudes in Law and Practice*, (Chicago: University of Chicago Press, 1932), pp.152-153; Smogorzewski C., *Poland's Access to the Sea*, (London: George Allen & Unwin, 1934), p.216.

2) John Grant and Craig Barker, s.v. "Right of Passage", *Encyclopedic Dictionary of International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2009), p.528; Rudolf Bernhardt, Peter Macalister-Smith, s.v. "Enclaves", *Encyclopedia of Public International Law*, *Bernhardt Rudolf ed.*, (Amsterdam: North-Holland, 1992), p.80; "Enclaves", *Diplomatic Dictionary*, vol.1, (Moscow: Nauka, 1984), p.83; "Enclave", *The World book Encyclopedia*, (Chicago: World Book, 1994), p.265.

3) Stefan Ganzle, Guido Müntel, Evgeny Vinokurov, *Adapting to European integration? Kaliningrad, Russia and European Union*, (Manchester: Manchester University Press, 2008), p.51.

4) Dashiir Chhara, "Bangladesh-India land deal hailed", *The Star*, (August 2, 2015), p.13.

purpose or interest relating to the territory in question, or whereby a State is obliged towards another State, or a certain number of States, not to exercise certain of its rights within part or the whole of its territory, for a special purpose or interest relating to this territory.⁶⁾

In this context, the terminologies such as the right of passage and transit have to be divided one from another. In the case of transit, the State can prohibit it due to national laws and local regulations as the side desiring transit can go through other countries. However, when discussing the right of passage to enclave territories, the different nature of the enclave rather than transit is of importance. In particular, in the case of the passage to the enclave territory, the surrounding State is the single option for the implementation of such passage. In other words, if the surrounding State rejects the right of passage, it blocks the residents of the enclaved territory and deprives them of their fundamental rights on State existence and movement.

Therefore, a complex structure and exceptional geographic location of enclaves may invoke extraordinary circumstances, in order to provide that no other measures can ensure the State's fundamental rights of integrity. In this vain, the principle of necessity in international law can provide a sufficient basis for the right of passage to enclave territories in order to maintain the enclave as an integral part of its territorial domains. This approach goes along with established international legal practice which implied that a State invokes necessity only when a situation is extraordinary and goes beyond the boundaries of law.⁷⁾ In such a way, international law had adapted itself to the necessity of enclaved territory and permitted the right of passage to ensure its rights, safety and existence. Taking into account the above-mentioned, we can assure the existence of the right of passage that was accepted as law by the surrounding State.

For instance, the right of passage on the Bangladesh-India border line, where 123 Indian and 74 Bangladeshi exclaves had been located, was guaranteed under the provisions of the Agreement from August 1950 that allowed visits to/from enclaves if the person had a photo identity card. Police officials also could visit enclaves, provided they wore uniforms and went unarmed.⁸⁾ Moreover, even though Kaliningrad is a semi-enclave, the EU and Russian Federation concluded (on November 11, 2002) the Joint Statement proclaiming the right of passage by establishing the legal regime of the

5) Ulrich Fastenrath, "Servitudes", *Encyclopedia of Public International Law*, Bernhardt R. ed., (Amsterdam: North Holland-New York - Oxford - Tokyo, 1987), pp.389-392.

6) Vali F. A., *Servitudes of International Law: A Study of Rights in Foreign Territory* (2nd edition), (London: Sweet and Maxwell Ltd, 1986), p.309.

7) Gabcikovo-Nagymaros Project (*Hungary/Slovakia*), Judgment. ICJ Rep. 1997, p.7; Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, ICJ Rep. 2004, p.136.

8) Willem Van Schendel, "The making of the India-Bangladesh enclaves", *The Journal of Asian Studies*, vol. 61, No.1 (Feb., 2002), pp.115-147.

Special Kaliningrad transit for the citizens of the Russian Federation traveling from Kaliningrad to the Russian Federation and from the Russian Federation to Kaliningrad crossing the territory of the Republic of Lithuania.⁹⁾

Similarly, on the subject of the passage with respect to the Baerle-Nassa enclaves, the Note of the Ministry of Foreign Affairs and Trade to the Embassy of Portugal in Belgium, dated July 3, 1956, stated that:

“The Belgian authorities never created any obstacles for the passage of authorities and Dutch officials who cross the Belgian territory to ensure the effective exercise of sovereignty of Netherlands, Netherlands entangled on the plots on the Belgian territories. There is no obstacle to police, customs, etc., of the Netherlands to carry their weapons. Similarly, Dutch nationals have free access to plots through Belgian territory, and transit of goods between two parts of the Netherlands must pass through Belgian territory without formalities through it.”¹⁰⁾

This verbal note in general proves that even during the existence of Baarle enclaves under a different legal status, the rights and privileges of free passage to and from their mainland, and the right to freely transport tools, livestock, and harvests for residents of the enclaves were guaranteed.¹¹⁾ Currently, there is still enacting a “pro rata” principle in a legal jurisdiction on the territory of Baarle enclaves. In particular, passage across borders, as practiced with respect to the Baarle enclaves, must be considered as customary in origin and stemming from the administrative practice of the States, although certain aspects have recently been confirmed by treaties or national regulations. The only exception was related to the prohibition of foreign armed servicemen to pass through the territory of each State. However, mutual membership of NATO allows a certain relaxation regulated by Article 3 of the Agreement between the Parties to the North Atlantic Treaty regarding the Status of their Forces from 1951.¹²⁾

The right of passage also arises in the Büsingen enclave in the relationship between Germany and Switzerland. Both countries’ citizens may travel to and from the enclave without any problem.¹³⁾

9) Inga Griškevičienė, “The institute of international servitude in international law: Theoretical aspects”, *Socialinių mokslų studijos*, No. 3(4), (2011), pp.1461-1477.

10) Frank Krenz, *International Enclaves and Right of Passage*, (Paris: E. Droz, 1961), p.111.

11) Malvoz Louis, “Baerle-Duc et Baerle-Nassau, Trente-quatre territoires pour deux communes”, *Bulletin Trimestriel, Credit Communal de Belgique*, No.155, (January 1986), p.45.

12) https://www.nato.int/cps/en/natohq/official_texts_17265.htm, accessed August 28, 2020.

13) Brintzinger O. L., “Untersuchungen über die rechtliche Stellung der deutschen Exklave Büsingen”, (Diss., Basel: 1957), p.14.

Germans who have been registered in Büsingen for more than 10 years are called Alt Büsinger (Old Büsingers) and receive a special recognized status similar to Swiss citizenship that allows them to purchase real estate or work in Switzerland.¹⁴⁾ Germany and Switzerland both joined to the Schengen zone in 2008/2009¹⁵⁾ and the Single European Market, which together had created favorable conditions for the implementation of rights to passage and free movement of goods.¹⁶⁾ Moreover, there are German and Swiss flags and phone boxes beside the town hall, dual postcodes, and dual phone codes. The jurisdictions of both the German and Swiss police extend over the territory.¹⁷⁾ And finally, the local football team FC Büsingen plays in the Swiss Football League.¹⁸⁾

When it comes to the legal status of the Llívia enclave, the communication with it is governed by conventional provisions of a treaty dated 1660 that had provided passage of private persons, civil officials and goods. The French customs service refrains from all control of persons traveling on the Puycerda-Llívia road and no duties are levied,¹⁹⁾ as a freedom of access has given rise to additional customary practices. The residents of the exclave and mainland are exempted from border control as long as both countries are in the Eurozone and enjoy benefits from membership of the European Economic Area, EU and NATO.

The next comparable practice is Campione d'Italia, where also widely used the right of passage to/from the Italian exclave within Switzerland. A treaty from 1923 also gives police officials the right to travel to Campione by means of the regular public shipping service that halts in the enclave, arms and ammunition can only be transported in such quantities as are necessary for the exercise of normal duty.²⁰⁾ The legal status of the enclave is managed by customary law, and partially by international treaties. The municipality Campione d'Italia and the Italian waters of Lake Lugano were excluded from the customs territory of Italy according to Article 7, paragraph 1 of the Decree of the President of the Italian Republic on establishment and regulation of value-added tax dated October 26, 1972.²¹⁾ However, the European Commission accepted Italy's request to include this municipality

14) http://www.exclave.eu/index.php?option=com_content&view=article&id=6&Itemid=11, accessed June 20, 2020.

15) Unlike the rest of Germany, the enclave was not part of the Schengen Zone. This changed when Switzerland fully implemented the Schengen Agreement on December 12, 2008.

16) Cardner Nicky, "Tangled Territories", *Hidden Europe*, vol.3, (July 2005), p.13.

17) Derek Scally, "What can the North learn from a small German-Swiss town? Residents in enclave of Büsingen live a hybrid life, and often feel misunderstood", *The Irish Times*, (June 23, 2017).

18) The Official website of the Football Club Büsingen, <https://www.fcbuesingen.ch>, accessed June 20, 2020.

19) Laure Fourquet, "This Catalan Town Has Already Broken From Spain, Physically at Least", *The New York Times*, (October 24, 2017).

20) Frank Krenz, *International Enclaves and Right of Passage*, (Paris: E. Droz, 1961), p.132.

21) *Gazzetta Ufficiale Della Repubblica Italiana*, Serie Generale n.292 del. 11-11-1972, <https://www.gazzettaufficiale.it>, accessed (June 20, 2020).

to the EU customs territory,²²⁾ which before was left out of the scope of the Council Directive No.2006/112/EC on VAT.²³⁾ Such inclusion within the customs regime created the possibility of using the internal transit regime which allows goods to move from one point to another within the single customs territory without changing their customs status and payment of duties.

The right of passage of people and goods was established along the whole frontier of the five relatively small German exclaves of Vennbahn on the territory of Belgium. On January 10, 2008, both Foreign Offices unanimously declared the Versailles Peace Treaty boundary regime as continuing to govern the common boundary in its entirety.²⁴⁾ Moreover, both countries were among the first nine States to enact the Schengen Treaty implementation agreement on March 26, 1995, by which border control formalities were abolished.²⁵⁾ Analogically, the right of passage to the enclave is also provided for two British military bases on the territory of Cyprus,²⁶⁾ the Russian exclave San'kova-Medvezh'e,²⁷⁾ Omani exclave Wadi-e-Madha,²⁸⁾ Bosnian exclave Sastavci (Međurječje),²⁹⁾ Azerbaijani exclave Nakhchivan³⁰⁾ and etc.

A brief comparative analysis of the legal status of the above-mentioned enclaves reveals the close historical connection between an enclaved territory and the surrounding State in providing the right of passage. Meanwhile, as customary international law is typically defined as the general and consistent practices of States that they follow from a sense of legal obligation,³¹⁾ the current practice of States unveils the existence of the rights of passage to/from enclaves which are explicit evidence of customary law in international law. In other words, the right of passage to/from enclaved territories had come to existence through processes of social interaction and became informal rules of behavior of surrounding State in situations where cooperative behavior can be reciprocated. Therefore,

22) Council Directive (EU) 2019/475 of 18 February 2019 amending Directives 2006/112/EC and 2008/118/EC as regards the inclusion of the Italian municipality of Campione d'Italia and the Italian waters of Lake Lugano in the customs territory of the Union and in the territorial application of Directive 2008/118/EC.

23) Clara Pollet, Simone Dimitri, "La territorialità di Campione d'Italia: novità e conferme", *Euroconference NEWS è una testata registrata al Tribunale di Verona*, (April 29, 2019), pp.1-3.

24) Daniel-Erasmus Khan, "Boundary settlement of Germany after World War II", *The Law of Armed Conflict and the Use of Force, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law* (Frauke Lachenmann and Rudiger Wolfrum eds), vol.2, (Oxford: Oxford University Press, 2017), pp.144-154.

25) <https://www.auswaertiges-amt.de/en/einreiseundaufenthalt/-/231202>, accessed August 29, 2020.

26) Andreas Stergiou, "The Exceptional Case of the British Military Bases on Cyprus", *Journal of Middle Eastern Studies*, vol. 51, Issue 2, 2015, pp.295-300.

27) Anatoly Vorobyov, "Edinsvenniy anklav Rossii na territorii Belorussii", [The only enclave of Russia on the territory of Belarus], Bryanskiy Kray, 1983, p.54.

28) <https://www.thenationalnews.com/lifestyle/madha-village-s-pledge-of-allegiance-changed-the-map-forever-1.353384>, accessed August 29, 2020.

29) Gardner Nicky, *Tangled Territories*, (Berlin: Hidden Europe, 2005), p.14.

30) <http://www.nakhchivan.az>, accessed June 20, 2020.

31) Jack Goldsmith and Eric Posner, *The Limits of International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2005), p.23.

compliance with the right of passage depends far more on States practice that they should comply with international law.

Treaties also play an important role in determining the existence of consistent State practice that can be used to figure out so-called “local custom”³²⁾ which is also referred to in old research as “relative custom”,³³⁾ or “regional custom”,³⁴⁾ “particular custom”³⁵⁾ and “special custom”³⁶⁾ in the process of dealing with non-generalized topics such as relations between enclaves and surrounding States with rules expressly limited to a certain region. They create a particular law for the regulation of enclave issues including through implication of local customary law due to a fragmentation of the territory. These customary rules can appear at any time because of the complexity of the relations between enclaved territory and surrounding States, as well as the trend toward regionalization. They also have priority in the application according to the dispositive customary rules of general international law *lex specialis derogate generali*³⁷⁾ that provide a right in favor of enclaved territory and obligation imposed on the surrounding State. This aggregate of enclaves forms a special legal relationship among the international community which directly affects the enclave and surrounding State. In this regard, these special relations for enclaves in their mutual intercourse may seem to be of general nature, although for the surrounding States these are regarded as a special law.

The above-mentioned arguments permit to broadly indicate on existence of a mere difference between norms of universal treaties and customary law on the right of passage to the home country. For instance, provisions of the ICCPR incorporated preexisting customary law in a general sense. Therefore, although the right of passage had been put into the norms of the UN treaties partially without clear indication, it continues to have an independent existence in international customary law and has a binding force to enclave territories and surrounding States. At the same time, the universal treaties do not provide special norms *lex specialis* for regulating the status of enclaves due to the

32) The first-time the term “local custom” was quoted in the case concerning Rights of Nationals of the United States in Morocco, *France v United States*, Judgment 1952, ICJ Reports.

33) Basdevant J., “Règles générales du droit de la paix”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international*, IV, t. 58, (1936), p.486.

34) Noora Arajärvi, *The Changing Nature of Customary International Law: Methods of Interpreting the Concept of Custom in International Criminal Tribunals*, (London and New York: Routledge Taylor & Francis Group, 2014), p.13.

35) Brian Leppard (ed.), *Reexamining Customary International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), p.20.

36) Anthony A. D'Amato, *International Law: Process and Prospect*, (New York: Transnational Publishers, 1987), p.141.

37) Samantha Besson and Jean d'Aspremont (eds.), *The Oxford Handbook of the Sources of International Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 559-560; Chang-fa Lo, *Treaty Interpretation Under the Vienna Convention on the Law of Treaties: A New Round of Codification*, (New York: Springer, 2017), pp.66, 228; Shaw M. N., *International law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p.116.

notorious incompleteness of other customary law and the issue's lesser importance in the world.

In this context, the right of movement to/from one territory is a rule of general international law, as prescribed in many international treaties.³⁸⁾ Article 13 of the Universal Declaration of Human Rights³⁹⁾ (1948) fixed that everyone has the right to freedom of movement and residence within the borders of each State. Everyone has the right to leave any country, including his own, and to return to his country. In particular, paragraph 2 of Article 13 indicates on the right to return to his country that in a broad sense can be interpreted as the rights of passage to/from the enclave territory which would guarantee to residents the right to leave and return to their homes.

On the other hand, regional treaties on other issues in relation to matters such as customs, taxation and etc. cannot in all circumstances be considered as rules of positive international law. In particular, some domains of the status of enclaves vary from country to country and regulated by precise treaties within regional international organizations and/or between enclaved States and surrounding States. This circumstance requires individual consideration of the legal status of enclaves separately in each case. Moreover, specific sources of law related to enclave may generate rules binding only to some parts of the international community which is not a common phenomenon. Such a local custom comes into being when a particular practice between an enclaved territory and surrounding States becomes sufficient to justify at least a presumption that can be accepted as an expression of law.

The analysis of bilateral treaties highlights the general practice of surrounding States and enclaved territories, and their attitudes to this practice, in guaranteeing the right of passage to/from enclave, evidences acceptance of this as law. In this way, the enclaved State's conduct which was tacitly accepted by the surrounding State led to the formation of a local customary rule which became mutually binding. These bilateral treaties are the outcome of the will between the enclaved State and surrounding State to solve a particular mutual problem that created mutual rights and obligations.

We have to point out, however, that there are examples in the world where surrounding and enclaved States have already taken the lead to tackle the status of enclaves by geographically extend

38) Such as African Charter on Human and Peoples rights (1981), American Convention on Human Rights (1969), Arab Charter on Human Rights (2004), Cairo Declaration on Human Rights in Islam (1990), Convention and Optional Protocol on the rights of persons with disabilities (2006), Convention on the Rights of the Child (1989), Declaration on Refugees and Displaced Persons in the Arab World, European Charter of Fundamental Rights (2000), European Convention on Human Rights (1950), European Social Charter (1961, later it was revised in 1996), International Convention on the Elimination of Racial discrimination (1966), International Convention on the rights of Migrant Workers and their families (1990), International Covenant on Civil and Political Rights (1966), Helsinki Conference (OSCE, 1975), Refugee Convention (1951), UN Declaration on the Human Rights of Aliens (1985), UN Guiding Principles on Internal Displacement (1997), Universal Declaration of Human Rights (1948), Tripartite Declaration of Principles concerning Multinational Enterprises and Social Policy (ILO, 2000).

39) <http://www.un.org/en/documents/udhr/>, accessed June 20, 2020.

their domestic regulation to the territory of foreign State on a treaty basis. Such territorial extension deprives jurisdiction of the mentioned States to abide relevance of territoriality to address the legal problems of enclave. However, it is not just inserted to the State practice by the desire to protect the right of passage to/from enclaved territory, but also to further legal regulation of enclave issues by means of international law that territorially limited domestic regulation cannot. Accordingly, this practice can be mutually beneficial only in case when surrounding and enclaved States hinge on the willingness to address the situation in ways that serve the interest of both sides through sovereignty waiver upon the norms of treaties.

Further examination of customary law and treaties reveals that the right of passage to/from enclaves is a restriction of territorial sovereignty of surrounding State, which aspires to universality in both its formation. For the right of passage in custom, in contrast, it is widely agreed that such a universal rule had arisen even when most States do nothing (due to a restricted number of enclave territories) in relations between enclave territories and surrounding States, which in practice means “acquiesce” in emerging of the right of passage inferred from silence. In other words, the right of passage to/from enclave territories can be described as a right in rem whereby by customary law and/or treaty, which is made liable to permanent use of the territory of surrounding State by enclaved territories. In practice, such right has been used rather encompass burdens on surrounding States, which in their legal effects might be compared to servitudes under civil law.

Today the concept of servitude exists in all legal systems of the world which provides the right of passage to the territory that has limited access (including enclaves) on a basis of a property effect that was given to the (otherwise obligatory) mutual rights of coproprietors as to the “common parts” of apartment buildings (the regulation concerning the obligations and duties of co-owners is treated as a kind of servitude in Belgian law since 1994, as a separate type of property right in Dutch law, etc.).⁴⁰⁾ This case, among other examples,⁴¹⁾ supports modified universalism, but does not, however, provide sufficient authority for use as an analogy or as ready-made rules of positive international law applicable to all legal systems.

For example, the review of legislations of Uzbekistan, Kyrgyzstan and Tajikistan has demonstrated that their laws and regulations regulating enclave issues, as well as the acts of all State-organs, have to be accepted as a State practice or an evidence of State practice. Furthermore, such a State practice of the mentioned countries on simplified procedures of the border regime with neighboring countries is very similar to the automatic transition of the right of passage to local customary law. In addition,

40) Matthias Storme, *Property Law: In a Comparative Perspective*, (Leuven: University of Leuven, 2004), p.30.

41) Elina Moustaira, *International Insolvency Law: National Laws and International Texts*, (New York: Springer, 2019), p.15.

Central Asian countries' civil legislation posed servitude as the exceptional right to limit the use of neighboring land to ensure the right of passage which is additional evidence of the existence of this right in international law.

In this regard, Kinsch rightly noted that only legal principle which find a place in all or most of the various legal systems of law or more specific principles “adhered to by the prevailing number of actions within each of the main families of laws” will enter into the definition of “general principle of law.⁴²⁾ Therefore, the above analysis of existing practices reveals a generally accepted global approach to the right of passage to/from enclaves of civilians and goods. A broad interpretation of this concept allows for the conclusion that the local custom of the right of passage was transformed into international customary law which generates erga omnes obligations to all surrounding States in order to provide access to enclaves. Therefore, there is a tendency to local custom becoming special customary law reducing sovereign rights of surrounding States, in which the right of passage of enclaved territory is entirely one of consistency of practice for the generation of custom.

At the same time, scholars have always questioned whether the right of passage in general constitutes an Erga Omnes obligation with the dictum on a commitment to all States.⁴³⁾ For instance, Tams⁴⁴⁾ and McNair,⁴⁵⁾ in relation to the international servitudes, emphasized that the concept of Erga Omnes has also been used to encompass all legal positions imbued with objective validity or opposability. Therefore, treaties transferring territorial titles or creating other rights in rem – such as the right of passage have to be seen as a prime example for erga omnes obligations due to the specific geographic structure of enclaves which are physically separated from the mainland and demand exceptional rights of passage as a basic right of the State to existence.

Having described a unique feature of the right of passage, mapped its domains in customary, general international and national law, we turn to a discussion on the topic in the ICJ practice which might be understood as a complementary source of international law. For example, the judgment in the Right of Passage case established Portuguese sovereignty over the Dadra and Nagar-Aveli enclaves⁴⁶⁾ and did not determine the rights and obligations of parties directly from binding treaties. Instead,

42) Patrick Kinsch, “On the Uncertainties Surrounding the Standard of Proof in Proceedings Before International Courts and Tribunals”, *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale*, Fausto Pocar, Gabriella Venturini, Stefania Bariatti eds., (Milan: Giuffrè, 2009), p.429.

43) Maurizio Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, (Oxford: Clarendon Press, 2000), p.19.

44) Christian Tams, *Enforcing Obligations Erga Omnes in International Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), pp.104, 108-109.

45) McNair A. D., “Treaties Producing Effects Erga Omnes”, *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di Tomaso Perassi*, vol. II, (Milan: Giuffrè, 1957), pp.23-36.

46) Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p.38.

the ICJ wished to prioritize a regional custom by making a decision that there is a local customary rule (some scholars argue that it was a global custom)⁴⁷⁾ which guarantees the inherent right of passage by one nation over the territory of another, in the situation when part of one nation's is completely surrounded by another. Accordingly, the legal implications of this ICJ decision could be far reaching to the enclaves due to the fact that such an encroachment actually is taken by the Court, that is, customary law review taking account of enclaves' geographic anomalies and relevant State practice that had to be adopted to regulate enclaves.

The Court, therefore, established a constant bilateral practice allowing free passage between Daman and the enclaves with regard to private persons, civil officials and goods to the extent necessary for the exercise sovereignty over exclaves without any restrictions.⁴⁸⁾ On that account, the present case indicates that the Court tended to base its decision on the right of passage solely on customary law. This case also seems to suggest that when special custom have characterized the right of passage to/from enclave territories as only binding upon States of a certain geographic area or region and cannot be applicable outside the context of the specific case.

At the same time, the refusal of access for armed forces, armed police, and arms and ammunition in this case only passed by eight votes to seven. Consequently, it has exceptional character relating to the right of passage to enclaves by impacting certain basic principles of the surrounding State in order to keep all powers of control over such transit which is necessary for own security, as it is in general only bound by the principle of abuse of right. The surrounding State also imposes its laws over the process on the basis of a permissive principle to protect common interest of enclave's residents. In other words, a geographic anomaly of enclaves, thorough international law, has expanded the enclave citizens' rights on passage to the territory of surrounding State in some extent and it cannot be limited to the rule of strict territoriality. Therefore, domestic jurisdiction of surrounding State neither should be used for the prohibition of the right of passage due to existing limits in its implementation in customary international law. In light of the clash of interests of enclaved territory and surrounding State over the issue, the surrounding State has to balance the interest of both sides by applying the principle of reasonableness.

The above-mentioned reason gives for the conclusion that the right of passage can only be limited in cases of necessity. This exception is applicable to enclave residents in order to meet a "pressing public and social need"⁴⁹⁾ that has a short-term character that is not applicable for long-term actions

47) David Bederman, *Custom as a Source of Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), p.152.

48) Case concerning Right of Passage over Indian Territory (Merits), Judgement of 12 April 1960: I.C.J. Reports 1960, p.40.

49) Olivier De Schutter, *International Human Rights Law: Cases, Materials, Commentary*, (Cambridge: Cambridge University

because of impossibility of taking appropriate measures to achieve a balance between the right of passage and the reason for the exception.⁵⁰⁾ For example, even during the coronavirus outbreak, the right of passage to/from enclaves was suspended by the surrounding States only for a short period of time. Nevertheless, many scholars consider the principle of necessity as an exception rather than a rule.⁵¹⁾

Furthermore, what emerged from the analysis of the ICJ practice related to enclave issues, in particular, such cases as those concerning the Right of Passage over Indian Territory, Obligation to Negotiate Access to the Pacific Ocean and Sovereignty Over Certain Frontier Land, was the decision that the right of passage to/from exclave is guaranteed by customary law. This fact can be interpreted as an equivalent to the obligation of the surrounding State to provide the right of passage. Besides, the Courts' decision on the present impossibility of creating a title to enclave by an effective control restricts to claim title to enclaves where relevant material norms exist proving the opposite.⁵²⁾ In other words, the surrounding States can claim title to enclave territories based on effectiveness only in case when treaties not to set a boundary line in this specific area.

Thereby, the right of passage to/from enclaves can be admitted as *prima facie* evidence of customary law.⁵³⁾ Such a conclusion also was made on the basis of the idea of proof beyond reasonable doubt widely used in the judgments in the Corfu Channel Case, the case concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, and the Case Concerning application of the convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro). Similarly, the American precedent for judicial review shows that the Supreme Court also has established that such international norms as the free passage (along with norms concerning piracy and diplomatic immunity) are as precise and as internationally accepted as were the historical precedents.⁵⁴⁾ US, Mexican and Canadian also recognized the Native American passage rights, which were guaranteed by laws.⁵⁵⁾

Press, 2014), pp.288-291; Mubanga-Chipoya, C.L.C., Final Report, The right of everyone to Leave any country, including his own, and return to his country, UN doc. E/C.4/Sub.2/1988/35, June 1988, pp.103-106.

50) *Human Rights Committee, General Comment 27*, Freedom of movement (Art.12), U.N. Doc CCPR/C/21/Rev.1/ Add.9 (1999).

51) Clare Ovey and Robin White, *The European Convention on Human Rights*, 4th ed. (Oxford: Oxford University Press, 2006), pp.400-410; General Comment No. 27: Freedom of movement (Art.12) 11/02/1999. CCPR/C/21/Rev.1/Add.9.

52) Case Concerning the Law and Maritime Boundary between Cameroon and Nigeria (*Cameroon v. Nigeria: Equatorial Guinea intervening*), ICJ Judgment, October 10, 2002, ICJ Reports (2002), para 68.

53) In the case Bosnia and Herzegovina v Serbia and Montenegro the Court in answer to an argument by the applicant saying that the proper standard of proof was balance of probabilities "inasmuch as what is alleged is breach of treaty obligations".

54) Georg Nolte, "Universal Jurisdiction in the Area of Private Law – *The Alien Tort Claims Act*", *The Fundamental Rules of the International Legal Order: Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, Christian Tomuschat and Jean-Marc Thouvenin eds., (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006), pp.375-376.

55) Joshua Tonra, "The threats of border security on indigenous free passage rights in North America", *Syracuse journal of International Law and Commerce*, vol.34, (Spring, 2007), pp.223-238.

From the point of international law, the world practice on enclaves does not assert of mainland's jurisdiction over the right of passage due to the fact that actions take place extraterritorially on the basis of a law of coexistence between States and in respect of values of the neighboring communities. The enclaved State is not entitled to enforce their laws, "except by virtue of a permissive rule derived from international custom or from a convention".⁵⁶⁾ This theoretical approach is, however, corroborated by what has been observed in connection with the State practice of the world enclaves.

By the same token, the right of passage of enclaved territory affects the concept of jurisdiction in international law of the surrounding State that in general has been described as a system of States that have full and exclusive sovereignty over own territory⁵⁷⁾ founded on the supremacy of State over its own territory. In our case, enclave territories and surrounding States had recognized such a right of passage as a binding norm, even when it restricted some sovereign rights of the surrounding States. Over the years, quite elaborate rules of passage developed by neighboring States, defining the people or goods covered, the extent of permissible actions of the enclave's population on the territory of the surrounding State.

Today the current State practices on the right of passage to/from enclave territories through the prism of customary international law have tended to fall along a spectrum of natural law and positivism. The natural law approach views the right of passage as a reflection of preexisting duties or rights binding on all States, while positivism views it through the prism of custom and treaties based on the will of States. The current conclusion is based on the world practice between enclaved territories and surrounding States to derive a set of global customary rules for such situations. Moreover, the world practice indicates that the right of passage is applicable to all legal systems by the virtue of positive international law as in foro domestic.

The existing State practice and precedent from international courts and tribunals on legal regulation between surrounding States and enclaved territories affirms that the right of passage to/from enclaves has become a generally recognized principle of international law based on special customary rules. On that account, this special custom should be separated from general customary law that put the rights of passage to/from enclaves in higher legal importance to treaty provisions or legal rules. At the same time, the differences in the legal status of the world enclaves make inevitable the recourse to local custom in order to extract a specific rule for regulation relations between enclave territory and surrounding State.

56) S.S. "Lotus", (France v Turkey), the PCIJ Judgment (1927), PCIJ Reports, Series A, No. 10, pp.18-19.

57) Ryngaert Cedric, "The concept of jurisdiction in international law", in Orakhelashvili Alexander (ed), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law*, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2015), p.51.



제2부(B) : 제2발표

한국의 자산동결 사건에 대한 연구

발표 : 백지열 (외교부)

토론 : 정경수 (숙명여자대학교)

大韓國際法學會

한국의 자산동결 사건에 대한 연구*

영국 및 EU의 멜라트은행 사건과 비교를 중심으로 -

백 지 열

외교부 국제경제국 경제협정규범과 외무사무관, 변호사

목 차

- I. 서론
- II. 한국의 멜라트은행 사건
 - 1. 사건의 개요 및 소송 경과
 - 2. 법적 쟁점의 분석
- III. 영국 및 EU의 멜라트은행 사건과 비교
 - 1. 영국의 멜라트은행 사건
 - 2. EU의 멜라트은행 사건
 - 3. 비교 및 분석
- IV. 결론

I. 서 론

유엔 안보리의 자산동결에 관한 제재결의는 국가나 지역기구에 의해 이행되고 있다. 이러한 제재결의는 이행 과정에서 기본권에 중대한 영향을 미친다. 전 세계에서 자산동결 조치가 기본권을 침해한다는 이유로 소송이 다수 제기되고 있다.¹⁾ 제재대상자는 자산동결로 인해 재산권, 효과적인 사법심사를 받을

1) 자산동결과 관련된 사건으로 ① EU의 Kadi 사건 : *Kadi v. Council and Commission, Case T-315/01* (2005); *Kadi v. Council and Commission, Case C-402/05 P & C-415/05 P* (2008), ② 유럽 인권재판소의 Al-Dulimi 사건 : *Case of Al-Dulimi and Montana Mangement Inc. v. Switzerland, Application no. 5809/08* (26 November 2013); *Case of Al-Dulimi and Montana Mangement Inc. v. Switzerland, Application no. 5809/08* (21 June 2016), ③ 미국의 Kadi v. Geithner 사건 : *Kadi v. Geithner 42 F.Supp.3d 1 (D.D.C. 2012)* 등이 있다. 이 판결들에 관한 자세한 논의는 필자의 학위논문(「유엔 안전보장 이사회의 자산동결에 관한 제재결의 이행」) 제3장 제2절을 참조.

권리, 청문권 등의 기본권을 침해당할 수 있다.²⁾ 제재대상자가 아닌 자도 자산동결 조치에 의해 재산권 등의 기본권을 침해당할 우려가 있다. 예컨대 금융 기관은 자산동결 준수를 위해 특정 국가와 거래를 전면적으로 중단하여, 이 국가의 제재와 관련 없는 자가 경제적 피해를 받을 수도 있다.³⁾ 유엔의 자산동결에 관한 사건을 분석하면, 자산동결이 적법절차를 거쳐 기본권을 존중하는 방식으로 이행되었는지 점검할 수 있다는 점에서 의미가 있다.⁴⁾

한국에서는 한국의 멜라트은행 사건이 2020년 12월을 기준으로 한국의 자산동결에 관한 유일한 사건으로 보인다.⁵⁾ 이 사건은 한국 법원의 자산동결에 관한 입장을 참고할 수 있는 중요한 자료이다. 비록 이 사건이 유엔 제재에 관한 것은 아니지만, 유엔 제재에도 일정한 함의가 있으므로 살펴볼 필요가 있다. 특히 한국의 멜라트은행 사건은 영국 및 EU의 멜라트은행 사건과 마찬가지로 멜라트은행이 자산동결이 된 상황을 검토하였다. 한국의 멜라트은행 사건은 영국, EU의 멜라트은행 사건과 상당히 유사하면서도 일정한 차이를 드러낸다. 본 발표문에서 한국의 멜라트은행 사건을 실체적 판단과 적법절차의 측면에 주목하여, 영국, EU의 멜라트은행 사건과 비교·분석해 보겠다.

II. 한국의 멜라트은행 사건

1. 사건의 개요 및 소송 경과

멜라트은행 사건의 사실관계를 살펴보면 다음과 같다. 멜라트은행의 자회사(First East Export Bank

2) *Kadi v. Council and Commission, Case C-402/05 P & C-415/05 P (2008)*, para.285.

자산동결이 길어지면 사실상 물수와 다름없게 된다. Watson Institute for International Studies, *Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures* (2006), p.33; Sidney Yankson, "Starving Terrorists of Their Financial Oxygen – At All Costs?", *Journal of Money Laundering Control*, Vol.13, No.3 (2010), pp.283-285. 자산동결은 자산동결 대상자를 구금하지 않고도, 자유를 박탈할 수 있다. Hadassa Noorda, "Preventive Deprivations of Liberty: Asset Freezes and Travel Bans", *Criminal Law and Philosophy*, Vol.9, No.3 (2015), p.522.

3) 자산동결이 제재의 대상에 대해서만 정확하게 영향을 준다고 인식은 ‘거짓된 약속’ (false promise)이라는 평가를 받기도 한다. Joy Gordon, "The Not So Targeted Instrument of Asset Freezes", *Ethics & International Affairs*, Vol.33, No.3 (2019), pp.304-310.

4) ‘자산동결을 하려는 측’에서도 처분이 무효가 되지 않으려면 적법절차를 준수해야 한다.

5) 멜라트은행 서울지점은 멜라트은행의 전 세계 4개밖에 없는 지점 중의 하나이다. 멜라트은행 서울지점은 2001년에 인가를 받아 운영을 시작했다. 멜라트은행 서울지점은 한국과 이란 사이의 무역을 돕는 중요한 역할을 했다. 멜라트은행 홈페이지의 ‘Branches’ <<https://en.bankmellat.ir/branches.aspx>>(2020. 11.15. 최종방문); 멜라트은행 서울지점 홈페이지의 ‘History’ <http://www.bankmellat.co.kr/main/?skin=sub1_2.html> (2020.11.15. 최종방문).

P.L.C.)는 유엔 안보리 결의 1929호(2010)의 부속서 I 에서 제재대상자로 지정되었다. 이 자회사는 멜라트은행이 소유 및 통제하는 회사로 이란의 핵 프로그램 등을 위한 거래를 돕는 멜라트은행을 위해서 행동했기 때문에 지정되었다.⁶⁾ EU와 미국은 각각 2010년 7월 26일, 2010년 8월 16일에 멜라트은행을 제재대상자로 지명하였다.⁷⁾ 한국은 2010년 9월 9일에 ‘구 국제평화 및 안전유지 등의 의무이행을 위한 지급 및 영수허가지침’(2010. 9. 9. 기획재정부고시 제2010-23호) 제2조 제11호와 제12호에 따라 멜라트은행을 금융제재대상자로 지정했다.⁸⁾ 멜라트은행은 2011년 9월 8일에 기획재정부장관을 상대로 금융제재대상자지정행위취소소송을 제기했다.⁹⁾

제1심 판결에서 본안전항변과 관련하여 금융제재대상자 지정행위는 원고의 권리나 이익에 영향을 미치는 ‘공권력의 행사’로서 대상적격이 있는 행정처분이라고 보았다. 이 판결에서 주위적 청구에 관하여 고시의 효력이 발생한 2010. 9. 9.로부터 제소기간 90일을 넘어 소송이 제기되어 부적법하다고 보았다. 이 판결에서 예비적 청구와 관련하여 ① 처분사유의 부존재, ② 재량권의 일탈·남용, ③ 절차의 하자, ④ 통지의 부존재를 판단하였다. 이 판결은 이러한 처분이 당연무효라고 보기 어렵고, 예비적 청구에 대해 이유 없다고 기각하였다.¹⁰⁾ 항소심 판결에서 제1심 판결이 정당하다고 하면서, 원고의 항소가 이유가 없어 기각한다고 판결하였다.¹¹⁾ 상고심 판결에서는 이 법원은 소의 이익이 없어 주위적 청구나 예비적 청구 모두 부적법하다고 판단하였다.¹²⁾ 이 사건은 제1심, 항소심, 상고심을 거쳐, 5년이 걸려서 확정되었다.

2. 법적 쟁점의 분석

이 사건에서는 ① 대상적격, ② 제소기간, ③ 처분사유의 부존재, ④ 재량권의 일탈·남용, ⑤ 절차의 하자, ⑥ 통지의 부존재, ⑦ 소의 이익 등을 법적 쟁점으로 검토하였다. 본 발표문에서는 이 사건의 자산동결 이행에 관련된 부분만 분석한다. 본 발표문에서 ③ 처분사유의 부존재, ⑤ 절차의 하자, ⑥ 통지의 부존재, ⑦ 소의 이익을 중심으로 살펴본다.

6) ‘UN Security Council Resolution 1929(2009)’ UN Doc. S/RES/1929(2009), Annex I.

7) 서울행정법원 2012. 8. 23. 선고 2011구합29847 판결.

8) 멜라트은행의 지정에 관해 다양한 반응을 보였다. 미국은 한국의 멜라트은행에 대한 조치가 한미동맹을 중시하는 책임 있는 결정이라고 평가했다. 일각에서는 한국의 이란과 교역이 한 해에 97억 달러에 이르는 상황에서 경제적 피해를 우려하였다. 김균미, “美 한국의 이란제재 조치 환영”, 서울신문, 2010.09.10. <http://www.seoul.co.kr/news/newsView.php?id=20100910005015> (2020.11.15. 최종방문); [사설] 이란·리비아 외교 40년 공든탑 무너지지 않게, 매일경제, 2010.08.04. <https://www.mk.co.kr/opinion/editorial/view/2010/08/412952/> (2020.11.15. 최종방문).

9) 원고의 청구취지는 다음과 같다. “주위적으로, 피고가 2010. 9. 9. 원고에 대하여 한 금융제재대상자 지정처분을 취소한다. 예비적으로, 위 금융제재대상자 지정처분이 무효임을 확인한다.” 서울행정법원 2012. 8. 23. 선고 2011구합29847 판결.

10) Ibid.

11) 서울고등법원 2013. 11. 29. 선고 2012누30112 판결.

12) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014두908 판결.

(1) 처분사유의 부존재

원고 멜라트은행은 처분사유의 부존재와 관련하여 ① 유엔 안보리 결의 1929호(2010)에서 원고의 자회사만 제재대상자로 포함하였을 뿐 원고를 제재대상자로 포함하지 않았고 ② 이란 핵, 미사일, 대량 살상무기의 확산과 관련이 없다고 주장하였다. 제1심 판결에서는 ‘처분사유의 부존재’와 관련하여 아래와 같이 판시하였다.

이 사건 처분은 이 사건 지침 제2조 제11호 및 제12호에 근거한 것으로서 미합중국이 이란금융제재규정(IFSR)에 따라 원고를 지명하였고, 유럽연합이사회가 원고를 지명 하였는바, 미합중국이 유럽연합이사회가 원고가 이란의 핵 또는 탄도미사일활동과 관련 되어 있다는 이유로 원고를 제재대상자로 지명한 행위 및 그에 따라 피고가 원고를 금융제재대상자로 지정한 행위의 효력을 무효로 보아야 할 정도로 중대하고 명백한 하자가 있음을 인정할 자료가 없으므로 이 사건 처분에 처분사유가 존재하지 아니하는 당연 무효 사유가 있다고 할 수 없다.

제1심 판결에서는 처분사유의 부존재에 관하여 원고의 첫 번째 주장(①)을 제대로 판단하지 않았다. 멜라트은행은 유엔 제재대상자가 아닌 자신까지 자산동결이 되어야 하는지 의문을 제기할 수 있다. 이 판결에서는 멜라트은행이 유엔 제재대상자가 아님에도 금융제재대상자로 지정된 이유를 판단해주어야 함에도 불구하고 이에 대하여 실시하지 않았다.¹³⁾ 제1심 판결에서 원고의 두 번째 주장(②)도 성실히 검토하지 않았다. 멜라트은행은 이란의 핵 개발 등과 무관하다고 주장하였다. 이 판결에서 멜라트은행이 어떠한 행위로 인해 이란의 핵 개발 등을 도왔다고 생각되는지, 이를 뒷받침하는 증거가 무엇인지 판단해야 한다. 이 판결에서는 EU와 미국이 멜라트은행을 지정하였다는 점을 논거로 삼고 있을 뿐, 처분사유를 직접 판단하고 있지 않다. 다만 지정행위에 중대하고 명백한 하자가 있다고 인정할 자료가 없다고 결론만 이야기하고 있다. 멜라트은행의 서울지점에서 ‘외국환 거래’를 제한받는 것은 사실상 한국 내 영업을 포기할 정도로 심각한 제한이다. 이러한 중대한 제한을 판단하면서, 어떠한 자료를 근거로 그러한 결론에 도달하였는지 실시하고 있지 않다.

13) 예컨대 아래와 같이 설명하는 것이 가능하다.

멜라트은행의 자회사(First East Export Bank P.L.C.)가 유엔 제재대상자로 지정된 이유는 이란의 핵 프로그램 등을 위한 거래를 돕는 멜라트은행을 위해서 행동하고 멜라트은행이 소유 및 통제하기 때문이다. 즉, 유엔 안보리는 멜라트은행을 직접 제재대상자로 지정하지는 않았지만, 이란의 핵 프로그램을 돕는다고 인식하였다. 이러한 맥락에서 EU와 미국도 멜라트은행을 제재대상자로 지명하였다. 기획재정부장관은 구 국제평화 및 안전유지 등의 의무이행을 위한 자금 및 영수허가지침(2010. 9. 9. 기획재정부고시 제 2010-23호) 제2조 제11호 및 제12호에 따라 멜라트은행을 금융제재대상자로 지정하였다.

(2) 절차의 하자 및 통지의 존재 여부

원고 멜라트은행은 절차의 하자과 관련하여 ① “이 사건 고시는 처분의 제목, 당사자의 성명 또는 명칭과 주소, 처분의 원인이 되는 사실(원고가 금융제재대상자에 지정된 이유), 처분의 내용 및 법적 근거”가 제시되어 있지 않고, ② “처분의 사전통지, 의견진술 및 청문절차 등이 결여되었다.”고 주장하였다.

제1심 판결은 절차의 하자과 관해서는 원고는 구 국제평화 및 안전유지 등의 의무이행을 위한 자금 및 영수허가 지침(2010. 9. 9. 기획재정부고시 제2010-23호로 개정된 것) 제2조 제11호와 제12호에 해당하여 금융제재대상자가 되었으므로, 처분의 근거와 이유를 충분히 알 수 있다고 하였다. 멜라트은행이 행정 절차를 밟는 것에도 지장이 없었다고 하였다. 행정절차법 제22조 제1호, 제2호에 따르면 청문을 시행하는 것은 행정청 재량에 해당하므로, 청문 절차를 하지 않았다고 위법하지 않다고 보았다.¹⁴⁾ 금융 제재대상자로 지정하는 처분은 금융제재당사자뿐만 아니라 불특정 다수에 적용된다고 보았다. 이 처분은 성질상 사전통지를 할 수 없거나 행정절차법 제21조 제4항 제3호의 “의견청취가 현저히 곤란하거나 명백히 불필요”한 경우라고 하였다. 만약 사전통지나 의견청취를 거치게 되면, 이란의 핵 관련 거래를 미리 할 수 있다는 우려도 있다고 하였다. 이 법원은 처분의 사전통지와 의견청취절차에 대해서도 하자가 없다고 하였다.

제1심 판결에서 처분의 근거와 이유에 관하여 문제가 없다고 판단한 부분을 생각해 볼 필요가 있다. 기획재정부는 멜라트은행에 처분의 이유를 명백히 알려주지 않았다. 이러한 사실에도 불구하고 이 법원에서는 멜라트은행이 처분의 이유를 알 수 있었다고 단정하고 있다. 멜라트은행은 처분의 이유를 행정청이 알려주지 않는 이상 정확히 알 수 없었다. 이 판결에서 ‘처분의 근거와 이유 제시’와 관련하여 하자가 있었다고 평가하는 것이 타당하다. 이 판결에서 청문과 사전통지 관련하여 판시한 부분에 대해서는 동의한다. 청문을 보장하지 않더라도 국내법상 문제가 없다. 청문이나 사전통지까지 보장하게 되면, 자산동결 대상자가 될 자는 자산동결 조치를 예상하여 미리 자산을 빼돌릴 우려가 있다. 이는 자산동결의 실효성을 심각하게 저해할 우려가 있다.

원고 멜라트은행은 통지의 존재 여부와 관련하여 ‘관보게재’나 ‘전국은행연합회를 통한 송달’은 적법한 통지가 될 수 없다고 주장하였다. 제1심 판결에서는 ‘제소기간’ 부분에서 통지에 관한 내용을 일부 언급하였다. 멜라트은행이 금융제재대상자가 되면, 이 은행뿐만 아니라 멜라트은행과 거래하는 불특정

14) 행정절차법

제22조 (의견청취)

① 행정청이 처분을 할 때 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 청문을 한다.

1. 다른 법령등에서 청문을 하도록 규정하고 있는 경우
2. 행정청이 필요하다고 인정하는 경우

다수인이 외국환 거래에 관하여 한국은행 총재의 허가를 받아야 한다고 하였다. 이러한 이유로 “처분의 효력이 불특정 다수인한테 일률적으로 적용”된다고 하였다. 이를 근거로 금융제재대상자 지정 처분이 ‘개별적 통지’가 아니라 고시를 통해 효력을 발생시키는 것을 정당화했다. ‘통지의 존재 여부’에서 이 사건 처분이 “이 사건 고시에 의하여 그 효력이 발생했으므로, 원고에게 개별적으로 통지되지 않았다고 하더라도 그 효력에 영향이 없다.”고 판시하였다.

제1심 판결에서 자산동결 대상자에게 개별적 통지를 할 필요가 없다고 본 논리는 설득력이 떨어진다. 이 판결은 고시를 하였으면, 불특정 다수인뿐만 아니라 자산동결 대상자에 대해서도 개별적 통지를 하지 않아도 처분의 효력에 영향이 없다고 보았다. ‘자산동결 대상자’와 ‘불특정 다수인’을 통지와 관련하여 동일하게 취급한 것은 타당하지 않다. 자산동결 대상자는 자산동결 조치로 가장 직접적이고 확실한 영향을 받을 자이며, 특정 거래를 할 때마다 허가를 받아야 한다. 국가는 적어도 자산동결 대상자에 대해서는 개별적 통지를 해야 한다. 불특정 다수인은 자산동결 대상자와 거래하지 않는 이상 특정 거래를 제한받지 않는다. 불특정 다수인이 자산동결 대상자와 거래할지, 언제 거래할지 전부 예측할 수 없다. 국가는 불가피하게 불특정 다수인에 대해서는 개별적 통지 대신 고시를 활용할 수 있다.

제1심 판결에서 금융제재대상자에 대한 개별적 통지가 없으면, ‘중대하고 명백한 하자’로 보았어야 한다. 자산동결 대상자는 고시의 존재에도 불구하고 개별적 통지를 받지 못하면, 방어권을 행사할 기회를 박탈당할 수 있다. 실제로 멜라트은행은 개별 통지를 받지 못해서, 자신이 금융제재대상자임을 적시에 알지 못했다. 멜라트은행이 금융제재대상자지정행위취소의 소를 제기하였을 때에는 이미 제소기간을 도과한 상태였다.¹⁵⁾ 자산동결 대상자가 실질적으로 자신의 지정을 다룰 수 있게 하려면, 자산동결 대상자에게 개별적 통지를 해주어야 한다. 대부분의 유엔 제재위원회 가이드라인에서 개별 국가가 지정된 개인이나 단체에 적시에 통지해야 한다고 규정하고 있다.¹⁶⁾

15) ‘멜라트은행을 대리한 측’에서는 개별적 통지가 없었으므로, 제소기간이 도과하지 않았다는 주장을 펼쳤다. 2020.01.09. 법무법인 세종 강현정 변호사 면담.

16) ISIL·알카에다 제재위원회, 이라크 제재위원회, 레바논 제재위원회, 기니비사우 제재위원회를 제외한 현행 모든 유엔 제재위원회 가이드라인에서 ‘자산동결’과 관련하여 유엔 사무국이 영주국과 거주국에 지정된 이유, 지정취소 하는 방법, 면제 방법 등을 통지하고, 국가는 적시에 국내법에 따라 지정된 개인이나 단체에 통지해야 한다고 규정하고 있다. Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 751 (1992) Concerning Somalia, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2019), Section 6 (i); 콩고민주공화국 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1533 (2004) Concerning the Democratic Republic of the Congo, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2010), Section 5 (h); 수단 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1591 (2005) Concerning Sudan, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2013), Section 5 (g); 북한 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1718 (2006), Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2006), Section 6 (j); 리비아 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1970 (2011) Concerning Libya, Provisional Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2011), Section 5 (g); 아프가니스탄 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 1988 (2011), Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2018), Section 7 (t); 중앙아프리카공화국 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 2127 (2013) Concerning the Central African Republic, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2017), Section 6 (k); 예멘 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 2140 (2014), Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2017), Section 5 (j); 남수단 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 2206 (2015) Concerning South Sudan, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work

(3) 소의 이익

상고심 판결에서는 소의 이익을 판단하였다.¹⁷⁾ 미국과 EU는 상고심 재판이 진행 중이던 2016년 1월 17일에 이란에 대한 경제 제재를 해제하였다. 피고 기획재정부장관도 2016년 2월 19일에 원고를 기획재정부 고시 제2016-3호에 의해 금융제재대상자 명단에서 제외하였다. 이 법원은 소의 이익이 없어 주위적 청구나 예비적 청구 모두 부적법하다고 판단하였다.¹⁸⁾

대법원은 이 사건을 처리할 때 외교적 딜레마에 처했을 것이다. 원고가 사건을 승소하게 되면, 한국은 미국과 EU의 원고에 대한 지정이 계속되는 상태에서 지정취소를 해야 한다. 반대로 원고가 사건을 패소하게 되면, 한국은 이란과 심각한 외교적 갈등을 빚을 가능성이 있다. 이는 한국과 이란의 교역 규모가 상당하다는 점을 고려해 볼 때 쉽게 무시할 수 없는 부분이다.¹⁹⁾ 대법원은 사법적 판단을 하는 기관이지만, 이 사건은 외교 문제와도 연결되어 있어서 어느 쪽으로도 쉽게 판단할 수 없었다.

이러한 상황에서 대법원은 사법자제 원칙을 따르기 위해 소의 이익이 소멸하기를 기다렸다고 추측할 수 있다.²⁰⁾ 본 사건에서 기획재정부 장관을 대리했던 측에서는 포괄적 공동행동계획(JCPOA)의 교섭 단계에서부터 대법원에 협상의 경과를 지켜보아야 한다고 주장했다.²¹⁾ 관련 국제정치적 상황은 소의 이익이 소멸하는 방향으로 전개되었다. 이란은 2013년 11월 24일에 치열한 협상 끝에 P5+1와 공동행동계획(JPOA)을 체결하였다. 이란은 2015년 7월 14일에 P5+1와 포괄적 공동행동계획(JCPOA)에 합의하였다.²²⁾ 기획재정부는 2016년 2월 19일에 미국과 EU의 제재대상자 제외에 발맞추어, 원고를 제재대상자에서 제외하였다. 대법원은 곧이어 2016년 8월 29일에 소의 이익이 소멸하였다고 각하 판결을 내렸다. 대법원에서 당시 관련 국제정치적 상황을 인식하였고, 이 사건의 소의 이익이 소멸될 때까지 기다려

(2019), Section 6 (j); 말리 제재위원회 : Security Council Committee Established Pursuant to Resolution 2374 (2017) Concerning Mali, Guidelines of the Committee for the Conduct of Its Work (2018), Section 6 (k).

17) “소의 이익은 ... 소송제도를 이용할 정당한 이익 또는 필요성을 말한다.” 이시윤, 『신민사소송법(제9판)』 (박영사, 2015), p.215.

18) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014두908 판결.

19) [사설] 이란·리비아 외교 40년 공든탑 무너지지 않게, 매일경제, 2010.08.04. <https://www.mk.co.kr/opinion/editorial/view/2010/08/412952/> (2020.11.15. 최종방문).

20) 각국 법원은 유엔 제재 관련 재판에서 보통은 관할권이 없다는 논거를 이용해서 사법자제 원칙을 따른다. Antonios Tzanakopoulos, "Domestic Court Reactions to UN Security Council Sanctions", p.64 in August Reinisch (ed.), *Challenging Acts of International Organizations before National Courts* (Oxford University Press, 2010).

외교문제에 관한 사법자제와 관련하여 이근관, "외교문제에 대한 사법자제의 원리", 서울국제법연구 제20권 제2호 (2013).을 참조. 사법자제 이론과 관련하여 Frederic R. Kellogg, *Oliver Wendell Holmes, Jr., Legal Theory, and Judicial Restraint* (Cambridge University Press, 2007), Jerold Waltman, *Principled Judicial Restraint : A Case Against Activism* (Palgrave Macmillan, 2015).를 참조.

21) 기획재정부 장관을 대리했던 측에서는 대법원에 영국 재무부가 영국 대법원의 멜라트 은행 판결에서 패소한 이후 국가를 상대로 한 막대한 손해배상 소송이 진행 중이라는 점도 주장하였다고 하였다. 한국 정부도 동일한 사안에 휘말릴 수 있다는 점을 강조하였다고 하였다. 2019.12.26. 법무법인 율촌 신동찬 변호사 면담.

22) 2013년 공동행동계획은 외교적 돌파구로서 중간 단계의 역할을 하였지만, 우라늄 농축에 관한 견해차까지 좁히지는 못하였다. 2015년 포괄적 공동행동계획은 우라늄 농축을 제한하였고, 사찰을 강화하였다. Daniel H. Joyner, *Iran's Nuclear Program and International Law : From Confrontation to Accord* (Oxford University Press, 2016), pp.60-62.

외교적 마찰을 피한 것으로 생각된다.

대법원에서 상고심 재판을 신속하게 처리하지 않았다고 해석할 여지가 있다. 상고심 재판은 대법원에서 판결할 때까지 3년에 가까운 시간이 걸렸다.²³⁾ 대법원 행정사건의 평균 처리기간은 2016년 사법연감에 따를 때 6개월 정도이다.²⁴⁾ 2015년에 처리된 행정소송은 3,199건 중 2,533건(79%)이 심리불속행의 처리기한인 4개월 내에 처리되었다는 점을 고려할 때, 이를 제외한 행정사건의 평균 처리기간은 더 길다고 볼 수는 있다. 하지만 행정소송 미제사건(상고심)의 심리기간을 살펴보다라도, 2년을 초과한 사건은 1562건 중 124건(7.9%)에 불과하다.²⁵⁾ 이 사건의 논점이 복잡해서 판결이 오래 걸렸다고 보기 어렵다. 이 사건의 주위적 소송은 제소기간이 도과한 것이 명백하여 각하될 수밖에 없었다. 이 사건의 예비적 소송은 이 사건 처분이 당연무효에 해당하는지만 문제되었다. 대법원에서 이 사건을 신속히 처리할 수 있었음에도 소의 이익이 소멸될 때까지 판결을 미루었다고 추측할 수 있다.

III. 영국 및 EU의 멜라트은행 사건과 비교

1. 영국의 멜라트은행 사건

영국의 멜라트은행 사건은 자산동결의 실체적 쟁점과 절차적 쟁점을 잘 보여주고 있다.²⁶⁾ 영국의 멜라트은행 사건의 사실관계는 다음과 같다. 유엔 안보리는 유엔 안보리 결의 1737호(2006), 1747호(2007)를 발표하여, 이란의 핵확산과 관련된 개인, 단체에 대해 자산동결을 하였다.²⁷⁾ 영국의 반테러리즘법 제62조에서 영국 재무부가 핵확산 등의 행위에 관하여 명령을 채택할 수 있도록 권한을 부여하였다.²⁸⁾ 영국 재무부는 2009년 10월 9일에 Financial Restrictions (Iran) Order 2009 SI 2009/2725을 제정하였다.

23) 항소심 판결은 2013년 11월 29일에 선고되었다. 상고심 판결은 2016년 8월 29일에 선고되었다.

24) 법원행정처, 2016 사법연감 (2016), p.562.

25) 4개월 내에 처리된 사건 중 심리불속행으로 처리된 사건의 비율은 이 사법연감에 나온 통계만으로 정확히 알 수는 없다. 상고이유서 미제출 등 다른 이유로 4개월 내에 처리되었을 가능성도 있다. *Ibid.*, pp.884-886.

26) 본 발표문에서 ‘영국 대법원의 멜라트은행 판결’은 ‘Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 1)’이 아닌 ‘Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2)’를 지칭하는 의미로 사용한다. Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 1)에서는 대법원이 재판을 ‘폐쇄된 자료 절차’(Closed Material Procedure)로 진행할 수 있는지 판단하였다. ‘폐쇄된 자료 절차’는 자료가 민감한 내용을 담고 있고 기밀에 해당할 때 증거 제출이나 심리를 공개하지 않는 것이다. 다수의견(9명 중 6명)은 대법원에서 폐쇄된 자료 절차를 활용할 수 있다고 보았다. Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 1) [2013] UKSC 38, p.3(para.1-2). Kirsty Hughes, “Judicial Review and Closed Material Procedure in the Supreme Court”, *Cambridge Law Journal*, Vol.72, No.3 (2013), p.429.

27) Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2) [2013] UKSC 39, p.2(para.2).

28) *Ibid.*, p.3(para.4).

이 명령은 3일 후에 발효되었고, 멜라트은행과의 거래는 금지되었다.²⁹⁾ 영국 반테러리즘법 제63조 제2항에서 금융제한 결정에 영향을 받는 자는 영국 고등법원에 이 결정을 무효로 해달라고 소송을 제기할 수 있다고 하였다.³⁰⁾ 멜라트은행은 2009년 11월 20일에 이러한 조항을 근거로 영국 고등법원에 소송을 제기하였다.³¹⁾

영국 고등법원(High Court of Justice)은 절차적 이유와 관련하여 반테러리즘법의 Schedule 7의 요건을 충족하였다면, 영국의 국내법상 문제가 없다고 보았다. 멜라트은행의 청문권은 이론적인 것에 불과하다고 하였다.³²⁾ 이 법원은 반테러리즘법 제63조에서 소송을 허용하였으므로, 절차적 요건이 충족되었다고 보았다.³³⁾ 이 법원에서 실체적 이유에 관하여 멜라트은행이 주의해도, 이란의 핵 개발 프로그램에 이용될 수 있다고 보았다.³⁴⁾ 이 법원은 이러한 명령이 이란 핵 개발을 억제하려는 목적과 합리적으로 연관되어 있다고 하였다.³⁵⁾ 이 법원에서 문제된 명령을 절차적으로, 실체적으로 적법하다고 판단하였다. 이러한 이유로 영국 고등법원은 원고 멜라트은행의 신청을 기각하였고, 원고는 항소하였다.³⁶⁾

영국 항소법원(Court of Appeal)은 실체적 이유와 관련하여 문제된 명령이 적법한 목적과 합리적인 연관성이 있다고 보았다.³⁷⁾ 이 법원은 멜라트은행이 핵 개발에 이용되지 않도록 할 다른 수단이 없었다고 언급하며, 이러한 명령이 부당하게 가혹하지 않다고 보았다.³⁸⁾ 이 법원은 절차적 이유와 관련하여 청문권을 적용할 여지가 없었다고 하였고, 청문권이 반테러리즘법으로 인해 배제되었다고 하였다.³⁹⁾ 이 법원은 지정된 자가 영국 고등법원에 반테러리즘 제63조에 따른 신청을 해서 설명할 기회를 받는 것이 적절하다고 보았다.⁴⁰⁾ 원고의 신청은 이 법원에서도 기각되었다.⁴¹⁾ 원고 멜라트은행은 영국 대법원에 상고하였다.

영국 대법원(Supreme Court)은 멜라트은행 판결에서 ‘실체적 이유’와 ‘절차적 이유’를 나누어 검토하였다. 먼저 대법원은 멜라트은행을 자산동결 대상으로 삼은 것은 실체적으로 문제가 있다고 보았다. 영국 재무부는 멜라트은행이 관련 단체에 은행 서비스를 제공하여 이란의 핵무기 개발을 도왔다고 주장하였다.⁴²⁾ 대법원은 멜라트은행이 유엔 안보리 결의에 오른 단체 등에 은행 서비스를 제공하지 않으려

29) *Ibid.*, p.4(para.7).

멜라트은행의 자회사가 유엔의 제재대상자로 지정되었다. 멜라트은행은 유엔의 제재대상자가 아니었다. UN Doc. S/RES/1929(2009), Annex I.

30) *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2) [2013] UKSC 39*, p.4(para.6).

31) *Ibid.*, p.5(para.10).

32) *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury [2010] EWHC 1332 (QB)*, p.4(para.5).

영국 반테러리즘법의 Schedule 7은 ‘테러리스트 자금조달과 돈세탁’에 관한 일련의 규정을 의미한다.

33) *Ibid.*, p.4(para.6).

34) *Ibid.*, p.11(para.18).

35) *Ibid.*, p.11(para.19).

36) *Ibid.*, p.12(para.23).

37) *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury [2011] EWCA Civ 1*, p.13(para.40).

38) *Ibid.*, p.16(para.46-47).

39) *Ibid.*, p.20(para.62).

40) *Ibid.*, p.24(para.79).

41) *Ibid.*, p.25(para.83).

42) *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2) [2013] UKSC 39*, p.6(para.12).

노력하였다고 하였다. 멜라트은행은 이란의 핵무기 프로그램을 도왔던 Novin Energy Company가 유엔 제재 리스트에 오르자, 이 기업과 거래를 종료했다고 하였다. 그리고 멜라트은행이 이란 핵 프로그램에 역할을 한 Doostan International과 관리자 Mr. Shabani의 계좌를 가지고 있었지만, 이상하거나 의심스러운 점을 발견하지 못했다고 보았다.⁴³⁾ 영국 재무부의 멜라트은행에 대한 조치가 정당화되려면, 멜라트은행이 이란의 핵 프로그램 등과 관련된 거래를 알고서 협력하였거나, 적어도 그들의 행동을 묵인했어야 한다고 하였다. 또는 멜라트은행이 주의 의무를 게을리해서 그러한 거래를 허용한 책임이 있어야 한다고 하였다. 또한 대법원은 멜라트은행의 통제가 부적절하지 않았다고 보았다.⁴⁴⁾ 영국 대법원은 멜라트은행의 영국 내 상업적 거래를 막는 것이 이란의 핵무기 프로그램을 저지하는 것과 합리적 관계가 있는지 의문이라고 하였다.⁴⁵⁾

영국 대법원은 멜라트은행에 관한 조치는 절차적 문제도 있다고 하였다. 영국 재무부는 멜라트은행에 사전통지를 했다면, 이 은행이 그러한 금지를 피해서 영국 내 사업 관계 등을 재조정했을 우려가 있다고 주장하였다. 대법원은 멜라트은행이 그러한 명령 있기 전에도 그러한 행동을 쉽게 할 수 있었으므로, 이러한 주장을 받아들일 수 없다고 하였다.⁴⁶⁾ 멜라트은행은 영국 재무부의 명령을 통지를 받지 못했고, 항변할 기회가 없었다고 하였다. “가혹한 법적 권력이 행사될 사람에 대하여 사전통지를 해주고 청문의 기회를 줄 의무는 지금은 공법이라고 불리는 것의 가장 오래된 원칙 중 하나이다.”라고 하였다.⁴⁷⁾ 영국 대법원은 영국 재무부의 멜라트은행을 지정하는 명령을 사전통지의 결여와 청문의 부재를 이유로 위법이라고 하였다. 대법원은 2013년 6월 19일에 영국 재무부의 멜라트은행을 지정하는 명령을 파기한다고 선고하였다.⁴⁸⁾

이 판결의 사전통지 부분과 관련하여 생각해 볼 만한 여지가 있다. 영국 대법원은 자산동결과 관련하여 사전통지가 필요하다고 보았다. 영국 재무부가 멜라트은행에 사전통지를 하지 않았던 점이 이 판결에서 멜라트은행에 대한 조치를 위법으로 본 주요 근거 중 하나였다. 이를 통해 영국 대법원이 자산동결 대상자에 관한 절차적 기본권을 엄격하게 판단하고 있음을 알 수 있다. 그러나 대법원에서 자산동결 대상자에 대한 절차적 기본권을 중시하더라도, 사전통지까지 진행해야 한다고 본 것은 문제가 있다. 자산동결 대상자가 사전통지를 통해 자산동결 조치를 미리 알게 되면, 동결될 자산을 금융 시스템을 이용하여 신속하게 옮길 수 있다.⁴⁹⁾ 영국 대법원에서 사전통지 전에도 충분히 자산을 재조정할 수 있다고 본 것과 달리, ‘막연히 자산동결 조치가 있을지도 모르는 상황’과 ‘자산동결 조치를 사전통지로 확실히 알게 된 상황’은 엄연한 차이가 있다. 자산동결 대상자는 후자에 해당하는 상황에서 더 적극적으로 자산을

43) *Ibid.*, p.9(para.15).

44) *Ibid.*, p.13(para.23).

45) *Ibid.*, p.15(para.27).

46) *Ibid.*, pp.16-17(para.31).

47) *Ibid.*, pp.15-16(para.28 -29).

48) *Ibid.*, p.26(para.49-50).

49) Rolf M. Jeker, “Chairman’s Report”, in Swiss Federal Office for Foreign Economic Affairs Department of Economy, Expert Seminar on Targeting UN Financial Sanctions (1998), p.30.

빼돌리려 할 것이다. 자산동결은 이러한 이유로 사전통지와 양립하기 어렵다. 국제자금세탁방지기구에서도 테러리즘 자금조달에 관련하여 “사전통지 없이 지정된 개인이나 단체의 자금이나 다른 자산을 동결하도록 요구해야 한다.”고 권고하였다.⁵⁰⁾

영국 대법원의 멜라트은행 판결에서 영국 재무부가 자산동결 대상자를 잘못 지정한 것을 인정한 부분을 높이 평가할 만하다. 멜라트은행은 자산동결 대상자로 잘못 지정되어, 영국 내 영업에 막대한 피해를 받았다. 영국 대법원이 영국 정부의 잘못을 인정하게 되면, 영국 정부는 멜라트은행에 막대한 배상금을 지불해야 하는 상황이었다.⁵¹⁾ 영국 대법원은 이러한 상황을 충분히 예상할 수 있었음에도 이 자산동결 명령을 위법으로 보고 파기했다. 영국의 사법부는 자국에 경제적으로 손해가 되더라도, 외국 기업에게 사법구제를 제공하였다. 이는 영국 사법의 신뢰성을 보여준다고 평가할 수 있다.

2. EU의 멜라트은행 사건

EU 멜라트은행 사건의 사실관계는 다음과 같다. 원고 멜라트은행은 이란의 상업 은행이다. EU는 이란의 핵확산과 관련하여 멜라트은행에 대해 자산동결 등 일련의 제한조치를 취하였다. 원고는 EU 이사회에 자신의 이름을 명단에서 제외해 달라고 요청했으나 거절당했다. 멜라트은행은 2010년 10월 7일에 제한조치를 대상으로 EU 일반재판소에 소송을 제기했다.⁵²⁾ EU 일반재판소는 멜라트은행에 대한 제한적 조치는 무효라고 판결했다.⁵³⁾ EU 이사회는 이러한 판결에 불복하여 항소했다.⁵⁴⁾ EU 사법재판소는 EU 이사회의 항소를 기각했다.⁵⁵⁾

EU 일반재판소(General Court)의 멜라트은행 판결에서는 ① ‘비EU 회원국 국민의 기본권 보호’, ② ‘문제된 조치에 관해 이유를 제시할 의무’, ③ ‘효과적인 사법심사를 받을 권리’, ④ ‘제한조치의 채택에 관한 평가의 명백한 오류’, ⑤ ‘비례성 원칙’ 등이 법적 쟁점이 되었다. 본 발표문에서는 자산동결 이행과 관련하여 논의할 필요가 있는 ② ‘문제된 조치에 관해 이유를 제시할 의무’, ③ ‘효과적인 사법심사를 받을 권리’, ④ ‘제한조치의 채택에 관한 평가의 명백한 오류’를 중심으로 검토한다.

50) Recommendation 6.5

국가들은 국가 내 모든 자연인과 법인에 대해서 지체 없이, 사전통지 없이 지정된 개인이나 단체의 자금이나 다른 자산을 동결해야 할 것을 요구해야 한다.

51) 실제로 멜라트은행은 영국 정부에 이 대법원 판결을 근거로 1조 8천억 원에 달하는 민사소송을 제기하였다. 영국 정부와 멜라트은행은 2019년에 합의 금액을 비밀로 하는 조건으로 재판 외 합의를 하였다. Kirstin Ridley, "Britain settles sanctions dispute with Iran's Bank Mellat", Reuter, 2019.06.18. <https://www.reuters.com/article/britain-bankmellat-settlement/britain-settles-sanctions-dispute-with-irans-bank-mellat-idUSL8N23P39N> (2020.11.15. 최종방문).

52) *Bank Mellat v Council, Case T-496/10* (2013), pp.2-3(para.1-18).

53) 이 재판소는 비례성의 원칙 침해를 특별히 판단할 필요가 없다고 하였다. *Ibid.*, p.17(para.140).

54) EU 사법재판소로의 항소는 EU 일반재판소의 최종 판결이 통지된 이후 2개월 이내에 제기될 수 있다(EU 사법재판소 규정 제56조). Statute of the Court of Justice of the European Union, Article 56.

55) *Council v Bank Mellat, Case C-176/13 P* (2016), p.21(para.130).

먼저 EU 일반재판소는 EU 이사회가 멜라트은행에 대해 자산동결 조치를 하면서 ‘이유를 제시할 의무’(obligation to state reasons)를 위반했다고 보았다.⁵⁶⁾ 멜라트은행은 제한조치가 시행된 이유가 충분히 설명되지 않았다고 주장했다.⁵⁷⁾ 이 재판소에 따르면 ‘이유를 제시할 의무’는 관련자에게 충분한 정보를 제공하고, 조치의 적법성을 판단하게 하기 위한 것이라고 하였다.⁵⁸⁾ 제한조치의 ‘두 번째 이유’와 ‘세 번째 이유’가 지나치게 모호하다고 구체적이지 못하다고 보았다.⁵⁹⁾ 제한조치의 ‘여섯 번째 이유’는 관련 인물을 확인해 주지 못하고, ‘일곱 번째 이유’는 관련 거래·단체에 대한 세부 내용을 제공하지 못한다고 하였다.⁶⁰⁾

다음으로 EU 일반재판소에서 멜라트은행에 대한 자산동결 조치가 ‘효과적인 사법 보호를 받을 권리’를 침해했다고 보았다.⁶¹⁾ 원고는 정보 등이 불충분하게 제공되어 ‘효과적인 사법 보호를 받을 권리’에 부정적 영향을 미쳤다고 주장하였다.⁶²⁾ 이 재판소는 원고에게 ‘세 번째 제안’이 늦게 통지되어서 이러한 권리가 침해되었다고 보았다.⁶³⁾

나아가 EU 사법재판소는 EU 이사회가 멜라트은행에 대한 자산동결 조치를 결정할 때 ‘평가의 명백한 오류’(manifest error of assessment)가 있었다고 보았다. 이 재판소에서는 자산동결 조치가 멜라트은행이 국영은행이라는 잘못된 전제에서 결정되었다고 하였다.⁶⁴⁾ 멜라트은행이 유엔 제재대상자 Novin Energy Company에 계좌 서비스를 제공할 때 이란 핵확산과 관련성을 몰랐다고 하였다. 멜라트은행은 Novin Energy Company에 대한 제한조치가 채택되자, Novin Energy Company와 거래를 종료했다고 하였다.⁶⁵⁾ EU 일반재판소는 이러한 이유로 문제된 규정이 무효라고 판결했다.⁶⁶⁾ EU 이사회는 EU 사법재판소에 이러한 판결에 대해 항소하였다.

EU 사법재판소는 EU 일반재판소의 ‘문제된 조치에 관해 이유를 제시할 의무’에 관한 판단을 지지하였다. EU 사법재판소는 EU 이사회가 제한조치의 ‘두 번째 이유’, ‘세 번째 이유’, ‘여섯 번째 이유’와 관련하여 이러한 의무를 위반했다고 보았다.⁶⁷⁾ 그러나 EU 이사회가 ‘일곱 번째 이유’를 다투지 않았기

56) *Bank Mellat v Council, Case T-496/10 (2013)*, p.10(para.77).

57) *Ibid.*, p.10(para.70).

58) *Ibid.*, p.7(para.49).

59) *Ibid.*, p.10(para.73).

두 번째 이유 : “원고는 이란의 핵과 탄도 미사일 프로그램을 지원하고 수월하게 하는 일련의 행동에 참여하였다.”

세 번째 이유 : “원고는 유엔과 EU 명단에 오른 단체, 단체를 위하거나 지시를 받는 단체, 그들에 의해 소유되거나 통제되는 단체에 은행 서비스를 제공하였다.” *Ibid.*, pp.9- 10(para.66).

60) *Ibid.*, p.10(para.76).

여섯 번째 이유 : “원고는 항공 산업 기구 관리와 이란인 조달 요원의 계좌를 관리하였다.”

일곱 번째 이유 : “원고는 최소한 2003년 이후 이란 핵 프로그램을 위해 수백만의 달러의 이동을 수월하게 하였다.” *Ibid.*, p.10 (para.67-68).

61) *Ibid.*, p.13(para.105).

62) *Ibid.*, p.12(para.93).

63) *Ibid.*, p.12(para.96).

‘세 번째 제안’은 답변서에 첨부되어 있고, 제한조치의 채택을 위한 것이라고 설명되어 있다. *Ibid.*, p.10(para.69).

64) *Ibid.*, p.14(para.113).

65) *Ibid.*, p.15(para.119).

66) *Ibid.*, p.17(para.140).

때문에, ‘일곱 번째 이유’에 대해서는 판단하지 않았다.⁶⁸⁾ EU 사법재판소에서 EU 일반재판소 판결은 ‘제한조치의 채택에 관한 평가의 명백한 오류’와 관련하여 일부 잘못된 부분이 있지만, 판결의 주요 부분을 바꿀 정도는 아니라고 판단하였다.⁶⁹⁾ EU 사법재판소는 EU 일반재판소 결론의 근거 중 잘못된 부분도 있고, 정보 등을 잘못 평가한 부분도 있다고 언급하였다.⁷⁰⁾ EU 사법재판소에서는 ‘효과적인 사법 보호를 받을 권리’에 관해 EU 일반재판소와 의견을 같이하였다. EU 사법재판소는 이러한 권리가 ‘세 번째 제안’이 멜라트은행에 늦게 통지된 것으로 인해 침해되었다고 하였다.⁷¹⁾ EU 사법재판소는 이러한 이유로 EU 이사회의 항소를 기각하였다.⁷²⁾

EU의 멜라트은행 사건에서 문제된 조치에 관해 ‘이유를 제시할 의무’를 엄격하게 판단했다고 평가할 수 있다. 이 사건에서는 자산동결 대상자로 지정할 때 관련 인물, 단체, 거래를 특정하고 세부사항까지 제공했어야 했다고 보았다. 유엔 안보리에서 자산동결 대상자를 지정할 때에도 이 정도로 이유를 자세히 제공하지 않는다.⁷³⁾ 이것은 자산동결 대상자에게 지정 이유를 최대한 자세히 알려줘서 반박할 기회를 제공해야 함을 EU 일반·사법재판소가 촉구한 것이라고 볼 수 있다.⁷⁴⁾

EU의 멜라트은행 사건은 ‘제한조치의 채택에 관한 평가의 명백한 오류’를 세부적인 내용까지 검토했다고 볼 수 있다. EU 이사회가 자산동결 조치를 할 때 멜라트은행이 국영 기업인지는 특별히 중요하지 않다. 멜라트은행이 국영 기업이라도 핵 개발을 지원하지 않았다면 문제가 없고, 사영 기업이라도 핵 개발을 지원했으면 자산동결 대상자가 될 수 있다. EU 일반·사법재판소에서는 자산동결 조치의 핵심 근거가 아니더라도, 잘못 평가된 부분이 없는지 면밀하게 살펴보았다고 할 수 있다.

EU 일반·사법재판소는 ‘효과적인 사법심사를 받을 권리’에 대해서도 단호한 태도를 보였다고 평가할 수 있다. EU의 멜라트은행 사건에서는 ‘세 번째 제안’이 멜라트은행에 늦게 통지된 점이 문제가 되었다. ‘세 번째 제안’은 2010년 9월 13일에 이미 통지되었던 두 제안과 비교할 때 특별한 내용이 추가되어 있지 않았다.⁷⁵⁾ 즉, EU 일반·사법재판소에서는 자산동결 대상자에게 중요하지 않은 사항이라도 늦게

67) *Ibid.*, p.14(para.77-79).

68) *Ibid.*, p.13(para.71).

69) *Ibid.*, p.21(para.129).

EU 이사회가 항소심에서 기밀 정보에 관한 새로운 주장을 펼치기도 하였다. EU 이사회는 멜라트은행이 핵무기 프로그램 등을 도왔다 는 정보는 비밀 정보원에서 나왔다고 항변하였다. 만약 이 정보가 공개되면 정보원이 발각될 수 있으므로 기밀성이 지켜져야 한다고 주장하였다. EU 사법재판소는 EU 일반재판소에서 주장하지 않은 쟁점을 판단할 수 없다고 하였다. *Ibid.*, p.20 (para.115-117).

70) *Ibid.*, p.21(para.127).

71) *Ibid.*, p.14(para.82).

72) *Ibid.*, p.21(para.130).

73) 예컨대 유엔 안보리는 유엔 자산동결 대상자 백창호에 대해 “다른 불법적인 수단을 통해 북한의 핵무기, 다른 대량살상무기 관련, 탄도 미사일 관련 프로그램에 참여하거나 지원하였다.”고 지정 이유를 밝히고 있다. 이러한 설명만으로는 백창호가 어느 개인, 단체와 어떠한 거래 등을 통해서 참여 또는 지원하였는지 알 수 없다. 유엔 안보리 홈페이지의 ‘Paek Chang-Ho’ <[https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1718/materials/summaries/ individual/paek-chang-ho](https://www.un.org/securitycouncil/sanctions/1718/materials/summaries/individual/paek-chang-ho)> (2020.11.14. 최종방문).

74) Maziar Peihani 교수는 유럽 멜라트은행 사건이 유엔 안보리 체제에 대한 “강한 사법적 저항”이라고 표현하였다. 그는 집단안보의 목적 달성을 위해 책임성과 적법절차의 부족이 목인되고 있다고 지적하였다. Maziar Peihani, “From Kadi to Bank Mellat: Iran Sanctions and the Revival of the Due Process Dilemma”, *Harvard International Law Journal*, Vol.58 (2017), pp.46-50.

75) *Bank Mellat v Council, Case T-496/10* (2013), p.10(para.69).

통지했으면, ‘효과적인 사법심사를 받을 권리’가 침해되었다고 보았다. 한국의 멜라트은행 사건에서 자산 동결 대상자에게 자산동결이 된 사실 자체를 통지하지 않아도 위법하다고 보지 않은 것과 대비된다.⁷⁶⁾

3. 비교 및 분석

(1) 실체적 판단의 부족

한국의 멜라트은행 사건은 영국, EU의 멜라트은행 사건과 비교할 때 ‘실체적 판단’을 충분히 하지 않았다. 한국의 제1심 판결에서는 미국과 EU가 멜라트은행을 핵 프로그램 등과 관련이 있다고 보았기 때문에 처분사유가 존재한다고 보았다.⁷⁷⁾ 멜라트은행은 미국과 EU이 아닌 ‘한국’ 법원의 판단을 받으려고 소송을 제기했다. 한국 법원은 미국이나 EU의 판단이 있더라도, 이를 비판적으로 검토해서 실체적 판단을 할 수 있어야 한다. 이러한 조건이 충족되어야, 한국 자산동결 판결이 적절한 사법심사로 가능하다고 할 수 있다. 한국의 제1심 재판부는 기밀자료 제한, 언어 장벽, 전문지식 요구 등 여러 제약으로 실체적 판단이 쉽지 않았을 것이다. 하지만 영국 법원과 EU 일반재판소는 여러 어려움에도 불구하고 멜라트은행 사건과 관련하여 실체적 판단을 진행하였다.⁷⁸⁾

특히 한국의 항소심 재판부는 영국 대법원 판결문과 EU 일반재판소의 멜라트은행 판결문을 제출을 받았지만, 실체적 판단을 하지 않았다. 이러한 판결들은 한국의 항소심 판결이 선고된 2013년 11월 29일 이전에 나왔다.⁷⁹⁾ 본 사건에서 멜라트은행을 대리했던 측에서는 이 판결문을 재판부에 제출했다.⁸⁰⁾ 한국의 항소심 판결문에는 이러한 자료에 대한 검토를 전혀 하지 않았다.

한국 법원이 특정 사건을 처리할 때 외국의 관련 판결의 내용을 반드시 반영해야 할 의무는 없다. 다만 이 판결문에서는 한국 법원이 간과할 수 없는 실체적 판단을 포함하고 있었다. 영국의 대법원은 멜라트은행이 핵무기 개발과 관련이 있는 Novin Energy Company나 Doostan International과 거래한 것이 문제가 없었다고 판단했다.⁸¹⁾ EU 일반재판소도 멜라트은행이 Novin Energy Company와 거래하였

76) 서울행정법원 2012. 8. 23. 선고 2011구합29847 판결. 제5장에서 한국의 멜라트은행 사건을 검토한다.

참고로 영국 대법원의 멜라트은행 판결에서도 통지를 받지 못한 점을 절차적 문제가 있다고 보았다. *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2)* [2013] UKSC 39, p.15(para.28). 본 장에서 영국 대법원의 멜라트은행 판결에 관하여 살펴본다.

77) 서울행정법원 2012. 8. 23. 선고 2011구합29847 판결.

78) EU 일반·사법재판소도 EU와 유엔 사이에 표적 제재에 관한 민감한 정보를 공유할 수 있는 체계가 존재하지 않는다. Joris Larik, "The Kadi Saga as a Tale of 'Strict Observance' of International Law: Obligations under the UN Charter, Targeted Sanctions and Judicial Review in the European Union", *Netherlands International Law Review*, Vol.61, No.1 (2014), p.40.

79) EU 일반재판소의 멜라트은행 판결은 2013년 1월 29일에 선고되었다. 영국 대법원의 판결은 2013년 6월 19일에 선고되었다.

80) 2020.01.09. 법무법인 세종 강현정 변호사 면담.

81) *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2)* [2013] UKSC 39, pp.9-15(para.15-27).

을 때 핵확산과 관련성을 몰랐고, 이후 이 단체에 대한 제한조치가 대두되자 거래를 종료했으므로 문제가 없다고 보았다.⁸²⁾ EU 일반재판소는 멜라트은행에 대한 제한적 조치를 무효로 하였다.⁸³⁾ 한국의 제1심 판결에서 멜라트은행을 금융제재대상자로 판단한 주요 근거 중 하나가 EU의 판단이었는데, 이러한 상황에서 EU가 멜라트은행은 핵 프로그램과 관련이 없다는 입장을 표명하였다. 이러한 자료는 제1심 법원의 표현에 따르면 “원고를 금융제재대상자로 지정한 행위의 효력을 무효로 보아야 할 정도로 중대하고 명백한 하자가 있음을 인정할 자료”에 해당할 수 있다.⁸⁴⁾ 그런데도 한국의 항소심 판결에서는 이러한 부분에 관한 검토 없이 “제1심판결은 정당하므로, 원고의 항소는 이유 없어 이를 기각하기로 하여 주문과 같이 판결한다.”라고 단 몇 줄로 결론을 내렸다.⁸⁵⁾

한국의 상고심 판결에서도 소의 이익의 상실로 실체적 판단을 하지 않았다.⁸⁶⁾ 이는 본안 판단에 들어가지 않았기에 불가피한 일이지만, 영국 대법원의 멜라트은행 판결문에서 총 112페이지 중 상당 부분을 실체적 판단에 할애한 것과 비교된다.

(2) 적법절차의 불충분한 보장

한국의 제1심 판결은 영국 대법원의 멜라트은행 판결과 EU의 멜라트은행 판결과 비교해 볼 때, 적법절차 보장에 관하여 상당한 차이가 있다. 한국의 제1심 판결에서 적법절차와 관련하여 ① 이유를 제시하지 않은 점, ② 청문 절차를 진행하지 않은 점, ③ 사전통지를 하지 않은 점, ④ 의견 청취를 하지 않은 점, ⑤ 통지하지 않은 점을 모두 문제가 없다고 보았다.⁸⁷⁾ 반면에 영국 대법원과 EU 일반사법재판소의 멜라트은행 판결은 멜라트은행에 대한 자산동결은 적법절차에 문제가 있다고 보았다. 영국 대법원의 멜라트은행 판결에서는 ① 통지를 받지 못한 점, ② 항의할 기회가 없었던 점, ③ 사전통지를 해주지 못한 점, ④ 청문의 기회를 주지 못한 점에 대해 문제가 있다고 보았다.⁸⁸⁾ EU 일반사법재판소의 멜라트은행 판결에서도 이유가 모호하고 구체적이지 못해서 ‘이유를 말할 의무’를 위반하였고, 통지가 늦어서 ‘효과적인 사법 보호를 받을 권리’가 침해되었다고 판단하였다.⁸⁹⁾

한국의 멜라트은행 판결의 태도는 영국과 EU의 멜라트은행 사건과 비교할 때 자산동결의 적법절차 보장을 지나치게 경시한 측면이 있다. 국가마다 사건에서 자산동결 대상자에 대한 적법절차 보장 정도를 다르게 심사할 수 있다.⁹⁰⁾ 다만 한국의 제1심 판결은 이유 제시, 통지, 사전통지, 청문권 등 어떠한

82) *Bank Mellat v Council, Case T-496/10* (2013), p.15(para.119).

83) *Ibid.*, p.17(para.140).

84) 서울행정법원 2012. 8. 23. 선고 2011구합29847 판결.

85) 서울고등법원 2013. 11. 29. 선고 2012누30112 판결.

86) 대법원 2016. 8. 29. 선고 2014두908 판결.

87) 한국의 항소심 판결에서도 제1심 판결이 정당하다고 보았다. 한국의 상고심 판결에서는 소의 이익을 이유로 각하 판결을 하였기 때문에, 적법절차에 관하여 판단하지 않았다.

88) *Bank Mellat v Her Majesty's Treasury (No. 2)* [2013] UKSC 39, pp.15-16(para.28-29).

89) *Bank Mellat v Council, Case T-496/10* (2013), pp.10-12(para.73-96); *Council v Bank Mellat, Case C-176/13 P* (2016), p.14(para.77-82).

절차적 권리도 보장되지 않았음에도, 적법절차상 문제가 없다고 보았다.

IV. 결 론

앞으로 있을 한국의 자산동결 관련 사건에서는 실체적 판단을 충실히 해야 할 것이다. 자산동결의 지정이 항상 실체적으로 타당한 근거를 바탕으로 이루어지는 것은 아니다. 멜라트은행 사건에서도 알 수 있듯이 지정이 잘못된 사실관계를 기초로 이루어지기도 한다.⁹¹⁾ 한국 멜라트은행 사건에서는 미국과 EU의 판단을 무비판적으로 수용한 측면이 있다. 한국 법원은 시도해야 한다. 이는 잘못된 자산동결 조치로 인한 기본권 침해를 구제하는 역할을 할 것이다.

나아가 한국 법원은 향후 자산동결 관련 사건에서 적법절차에 대한 심사를 강화해야 한다. 한국에서 자산동결 처분을 하면서, 처분의 근거와 이유 제시, 청문, 통지 등의 절차적 권리를 보장하지 않았다. 이러한 사실에도 불구하고 한국 멜라트은행 사건에서는 처분의 효력에 영향이 없다고 판단하였다. 이에 반해 영국 대법원과 EU의 일반 사법재판소에서는 적법절차 위반 등을 이유로 명령을 파기하거나 규정을 무효로 보기까지 하였다. 한국 법원은 영국과 EU의 멜라트은행 사건을 비판적으로 검토하여, 자산동결의 적법절차에 관해 좀 더 엄격한 태도를 보여야 할 필요가 있다. 이는 한국이 자산동결 이행 과정에서 적법절차에 유의하는 계기가 될 것이다.

90) 국가마다 동일한 제재대상자에 대해 다른 판결을 할 수 있다. Stephan Hollenberg, “The Security Council’s 1267/1989 Targeted Sanctions Regime and the Use of Confidential Information: A Proposal for Decentralization of Review”, *Leiden Journal of International Law*, Vol.28, No.1 (2015), p.68.

91) 지정이 기초적인 정보도 없는 상태에서 되기도 하였다. 16건의 지정은 이미 사망한 사람을 대상으로 실시되었고, 77건의 지정은 4가지 기본 정보(이름, 출생일, 출생지, 국적)도 파악되지 않은 상태에서 이루어졌다. Report of the Analytical Support and Sanctions Monitoring Team on the Outcome of the Review Described in Paragraph 25 of Resolution 1822(2008) Submitted Pursuant to Paragraph 30 of Resolution 1904(2009)’ UN Doc. S/2010/497 (29 September 2010), pp.5-6(para.10).

앙골라 제재위원회는 초창기에 “Big Freddy”라는 애칭만 파악된 상태에서 지정하기도 하였다. Watson Institute for International Studies, *Strengthening Targeted Sanctions through Fair and Clear Procedures* (2006), p.29.



제2부(B) : 제3발표

중대한 인권침해시 보편적 민사관할권을 통한 배상의 가능성

발표 : 송에스더 (고려대학교)

토론 : 박배근 (부산대학교)

大韓國際法學會

중대한 인권침해 시 보편적 민사관할권을 통한 배상의 가능성: 유럽인권재판소의 *Nait-Liman v. Switzerland* 판결을 중심으로

송에스더

고려대학교 법학연구원 전임연구원

목 차

- I. 서 론
- II. 국제법상 보편적 민사관할권의 의의 및 규율
 - 1. 전통적 관할권의 개념과 국가의 의무로서의 관할권 개념의 등장
 - 2. 국제법상 민사관할권의 규율과 국제사법과의 관계
 - 3. 국제법상 보편적 민사관할권의 규율
- III. 유럽인권재판소의 *Nait-Liman v. Switzerland* 판결
 - 1. 사건의 배경 및 경과
 - 2. 본안판단
- IV. 판결에 대한 검토
 - 1. 판단의 재량에 관한 검토
 - 2. 보편적 민사관할권에 대한 검토
- V. 결 론

I. 서 론

그동안 국제법학계에서는 보편적 형사관할권에 대해서는 많은 논의가 있었지만, 보편적 민사관할권에 대해서는 상대적으로 논의가 적었다. 보편적 형사관할권은 오늘날 여러 국제조약 및 국내법에서 인정되고 있으나,¹⁾ 보편적 민사관할권에 대해서는 아직 이를 인정하는 조약이나 국내법은 드물다. 그러나 강행

1) Antonio Cassese(강병근·이재완 역), 『국제법(제3판)』 (삼우사, 2014), 565-566면.

규범의 위반 등 중대한 인권침해가 발생한 경우, 보편적 민사관할권이 인정된다면 피해자로서는 국내사법제도에 접근하여 침해된 권리의 구제와 배상을 받기에 용이할 수 있다. 이러한 맥락에서, 이 발표에서는 중대한 인권침해 시 피해자가 국내법원에서 보편적 민사관할권을 통해 배상을 받을 수 있는지에 대하여 검토하고자 한다. 특히 2018년 유럽인권재판소의 *Naït-Liman v. Switzerland* 판결은 해외에서 발생한 고문 피해에 대한 보편적 민사관할권을 다루고 있는데, 이하에서는 그 내용을 중심으로 관련된 쟁점들을 검토하도록 한다. 이 외에도 대재판부는 ‘필요의 법정(forum of necessity)’에 대해서도 판단하였는데, 이 역시 필요한 범위에서 함께 살펴본다.

II. 국제법상 보편적 민사관할권의 의의 및 규율

1. 전통적 관할권의 개념과 국가의 의무로서의 관할권 개념의 등장

전통적으로 국제법상 국가의 관할권은 일반적으로 국가주권의 구체적인 발현형태로서, 국가가 사람, 사건, 물건 등에 대해 행사할 수 있는 권한의 총체를 의미하는 것으로 받아들여지고 있다.²⁾ 국제법에서 국가관할권 규칙은 복수의 주권국가들이 서로 분쟁 없이 공존할 수 있도록 국가의 규제적 권한(regulatory authority)행사의 범위를 분배하고 한계를 설정하여 적절한 조화점을 찾고자 한다.³⁾ 국제법상 관할권 배분기준은 국가의 영토 및 국적에 근거하여 왔으며, 국가들은 이에 따라 입법 및 집행관할권을 행사하여 왔다. 이러한 이해에 따르면 국제법상 관할권은 전통적으로 주권국가 상호간의 관계에서 인정되는 국가의 권리 또는 권한으로서, 그 행사는 국가의 재량에 달려 있으며, 이는 보편적 관할권의 경우에도 마찬가지이다.⁴⁾

그러나 오늘날 국제법은 인권 및 개인 지위의 발전, 보호책임 등 ‘책임’으로서의 주권개념의 인정, 인간성(humanity)에 기반한 국제법 접근 등 새로운 변화를 맞이하고 있다. 이러한 변화는 관할권에 관한 기존의 이해에도 영향을 미치고 있다. 최근 국가관할권은 더 이상 국가 간의 관계에서만 문제되는 국가의 독점적 권리가 아니라, 일정한 경우 국가 간의 관계에서 국가의 의무로도 인정되는 경향을 보여주고 있다. 예를 들어 일정한 국제범죄에 대해 조약상 인정되는 인도 또는 소추(*aut dedere aut judicare*) 의무는 개인과 관련된 국가 간의 관계에서 국가의 관할권 행사의무를 인정한 것으로 볼 수 있다.⁵⁾

2) 김대순, 『국제법론(제18판)』 (삼영사, 2015), 508면.

3) 정인섭, 『신국제법강의(제8판)』 (박영사, 2018), 208면.

4) 김대순, 앞의 주 2, 530면.

5) 김대순, 위와 동일; 정인섭, 앞의 주 3, 227면.

또한 최근에는 국가와 개인 간의 관계에서도 관할권이 어느 정도 개인의 권리와 관련되어 있다고 보거나, 나아가 국가가 개인에 대해 부담하는 의무라고 보기도 한다. Mills는 오늘날 국제법상 개인이 국제관할규칙의 소극적 대상으로부터 적극적 권리보유자로 지위가 변화되고 있는 점을 고려할 때, 관할권은 더 이상 국가의 배타적 권리가 아니라, 어느 정도 개인의 권리로 인정되는 측면이 있다고 본다.⁶⁾ 특히 외국인 대우 및 인권보호와 관련하여, 관할권 문제를 개인의 법원에의 접근권 보장과 국가의 개인에 대한 재판거부(denial of justice) 방지의무의 측면에서 바라보고 있다.⁷⁾ 또한 이러한 점들을 고려할 때 이제는 국제사회의 복잡한 현실에 맞추어 관할권에 관한 국제법 규칙을 재개념화(reconceptualisation)하기에 성숙하였다고 보고 있다.⁸⁾

2. 국제법상 민사관할권의 규율과 국제사법과의 관계

국제법은 주로 형사관할권을 중심으로 관할권 행사의 기본적인 원칙을 제시하고 있는데, 국제법이 민사관할권에 대해서도 규율하는지에 대해서는 견해가 나뉜다. 한편으로는 국가의 형사관할권 행사는 공적 목적을 가지고 공권력과 관련되어 있으므로 국제법에 의해 규율되지만, 민사관할권은 개인의 사적 권리와 관련된 것이므로 각국의 국제사법에 의해 규율될 문제라고 보기도 한다.⁹⁾ 그러나 이에 대해서는 민사관할권의 집행도 궁극적으로는 형사제재를 포함하는 강제력에 의존하게 되므로, 원칙상 형사관할권과 민사관할권을 달리 보아야 할 이유가 없다는 반론이 있다.¹⁰⁾ 또한 국제법은 외교적 보호나 국제투자법에서와 같이 개인의 사적 권리와도 관련될 수 있으며, 특히 인권보호와 관련하여 형사절차와 민사절차에서 모두 같은 규칙이 적용되어야 한다고 보기도 한다.¹¹⁾ 이러한 입장에 따르는 경우 국제법은 민사관할권에 대해서도 규율하며, 과도한 민사관할권의 행사는 국가책임을 야기하게 된다.

생각건대 국제공법과 국제사법의 차이에도 불구하고 양자는 특정한 이론적 기반을 공유하고 있으며, 국가들은 국제사법에 대한 접근방식을 통일하기 위한 조약을 체결하여 왔다.¹²⁾ 또한 비록 각국의 민사

6) Alex Mills, "Rethinking Jurisdiction in International Law," *The British Yearbook of International Law* (2014), Vol. 84 No. 1, pp. 229-230. 관련 원문은 다음과 같다. "It implies that jurisdiction is no longer exclusively a right of states, or even an obligation owed by states to each other, but is at least to some extent a matter of individual right, that is, an obligation owed to individuals. This would represent a fundamental challenge to traditional conceptions of jurisdiction, one which cannot be met simply by an enlargement of the recognised grounds for the exercise of state jurisdiction."

7) *Ibid.*, pp. 213-214.

8) *Ibid.*, pp. 189-190. Mills는 이러한 재개념화는 관할권에 관한 재량적, 의무적, 그리고 면제와 같은 금지적 요소가 모두 고려되어야 할 것이라고 보고 있다.

9) Peter Malanczuk and Michael Barton Akehurst, *Akehurst's Modern Introduction to International Law* (7th revised version) (Routledge, 1997), p. 110.

10) James Crawford and Ian Brownlie, *Brownlie's Principles of Public International Law* (8th ed) (Oxford, 2012), p. 471.

11) Kate Parlett, "Universal Civil Jurisdiction for Torture", *European Human Rights Law Review*, Vol. 4 (2007) pp. 387-388.

12) James Crawford and Ian Brownlie, *supra* note 10, p. 476.

관할권을 정하는 국제사법이 국내법에 해당하더라도, 국가의 국제의무준수에 직접적으로 영향을 미치며, 부분적으로는 국제법의 관할권 규칙을 이행하는 것으로 볼 수도 있다.¹³⁾ 따라서 각국의 국제사법은 국제법의 관할권 규칙에 부합하여야 한다.¹⁴⁾ 결국 국가의 민사관할권 존재여부는 국제공법에 의해 결정된다고 보는 것이 타당할 것이나, 다만 관할권을 행사하기 위해 관련성 등을 요구하는 국제사법의 규칙은 국내법원의 민사관할권을 구체화하거나 제한을 설정하게 된다.¹⁵⁾

3. 국제법상 보편적 민사관할권의 규율

보편적 형사관할권은 해당 국가와 어떠한 연관성도 없지만, 범죄행위의 성질에 기초하여 인정되는 관할권으로, 해당 범죄행위에 대해서는 어느 국가든지 관할권을 행사할 수 있다. 이러한 관할권이 인정되는 이유는 해당 범죄가 매우 심각하므로 보편적으로 기소되도록 하는 것이 국제공동체 전체의 이익을 보호하기 위하여 필요하기 때문이다.¹⁶⁾ 이러한 보편적 형사관할권에 대해서는 오늘날 해적을 비롯하여 제노사이드, 인도에 반하는 죄, 침략범죄, 일정한 전쟁범죄, 고문 등에서 인정되고 있다.¹⁷⁾

그러나 오늘날 국제법상 보편적 민사관할권도 인정된다고 볼 수 있는가? 또한 만약 그렇다면 국제법상 국가들은 중대한 인권침해로 인한 배상청구에 대해 보편적 민사관할권을 행사할 의무가 있는가? 후자의 경우 국가의 재량을 넘어, 국가의 의무 및 개인의 권리로서의 관할권 개념과 관련되어 있다. 특히 피해자의 재판에의 접근권과, 구제 및 배상에 대한 권리와 밀접한 관련이 있는데, 만약 보편적 민사관할권 및 그 행사의무가 인정된다면, 국내법원에서 피해자의 구제 및 배상에 대한 권리를 실현하기에 용이하기 때문이다. 무엇보다 별도의 배상체제를 창설할 필요 없이 기존의 국내사법질서를 이용할 수 있으며, 피해자 구제 및 배상의 흠결을 방지할 수 있다는 점에서 매력적이라고 볼 수 있다.¹⁸⁾ 그러나 다른 한편으로 이는 국가 간 외교적 마찰, 국내법원의 소송부담, 증거수집 및 판결집행의 어려움 등을 야기할 수 있다는 문제가 있다.

이에 대해 Parlett은 인권보호를 위해서는 형사 및 민사절차 모두에서 관할권에 대해 동일한 제한이 적용되어야 한다고 보고 있으며, 보편적 형사관할권이 인정되는 것과 같은 정책적 이유에서 고문에 대한 보편적 민사관할권이 인정되어야 한다고 보고 있다. 그 이유로서 먼저 국제법은 고문을 국제범죄일 뿐만

13) Alex Mills, *supra* note 6, p. 188.

14) Paul David Mora, "Universal Civil Jurisdiction and Forum Necessitatis: The Confusion of Public and Private International Law in *Naït-Liman v. Switzerland*", *Netherlands International Law Review*, Vol. 65 (2018), p. 163.

15) Kate Parlett, *supra* note 11, pp. 388, 402.

16) Antonio Cassese, 앞의 주 1, 566면.

17) 정인섭, 앞의 주 3, 226면.

18) Beatrice I. Bonafè, "Reparation for International Crimes", in Serena Forlati and Pietro Franzina (eds.), *Universal Civil Jurisdiction: Which Way Forward?*, (Brill, 2021), p. 117.

아니라 국제불법행위(international civil wrong)로 보고 있으므로, 이는 보편적 민사관할권의 인정근거가 될 수 있다는 점을 든다. 둘째, 설령 고문이 국제불법행위가 아니라고 할지라도, 고문금지는 강행규범이므로 보편적 민사관할권 행사의 근거가 될 수 있다고 보았다.¹⁹⁾

그러나 이러한 태도에 대해서는 양자에 대해 같은 규칙을 적용해야 할 근거가 없고, 아직 국제법상 보편적 민사관할권은 매우 예외적으로만 인정되고 있으며, 그 행사의무 역시 존재하지 않는다는 태도가 오히려 우세한 것으로 보인다. 2018년 유럽인권재판소의 *Naït-Liman v. Switzerland* 판결은 이러한 점을 잘 보여주고 있는데, 이하에서는 판결의 내용을 중심으로 관련 쟁점에 대해 살펴보기로 한다.

III. 유럽인권재판소의 *Naït-Liman v. Switzerland* 판결

1. 사건의 배경 및 경과

2018년 유럽인권재판소 대재판부는 *Naït-Liman v. Switzerland* 판결에서 국제법상 보편적 민사관할권 행사의무를 부정하면서, 스위스 법원이 자국 국내사법의 필요법정(forum of necessity) 규정을 엄격히 해석하여 고문 피해자의 배상청구에 대한 관할권을 인정하지 않는 것이 유럽인권협약(European Convention on Human Rights) 제6조 제1항²⁰⁾의 법원에의 접근권을 침해하는 것이 아니라고 판시하였다.²¹⁾ *Naït-Liman*는 튀니지 국민으로서 정치운동을 하다가 1992년 이탈리아에서 체포되어, 튀니지 내무부에서 당시 튀니지 내무장관이었던 Abdallah Kallel의 명령에 따라 약 40일간 구금되어 고문을 받았고, 1993년 스위스로 망명한 이후 1995년 난민지위(asylum)를 취득하였다.

2001년 *Naït-Liman*는 Kallel이 치료차 스위스에 머무르던 기회에, 그에 대한 형사소송을 제기하면서 민사당사자(civil party)로서 참여하여 고문에 대한 손해배상을 청구하였다. 그러나 Kallel은 이미 스위스를 떠나 소송은 중단되었다. 2003년 *Naït-Liman*는 다시 스위스 법원에 Kallel과 튀니지 국가를 상대로 고문에 대한 손해배상을 구하는 민사소송을 제기하였고, 스위스 법원은 이 청구에 대해 1987년 제정된 국제사법에 관한 연방법률(*Loi fédérale sur le droit international privée*, Federal Act on Private

19) Kate Parlett, *supra* note 22, pp. 388-389, 399-400. 다만 해당 견해는 2006년도에 출판된 논문에서 제시된 것이므로, 2012년 ICJ의 주권면제판결의 태도 및 이후의 논의는 고려되지 않았다.

20) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocols Nos. 11 and 14, 4 November 1950, ETS 5. 원문은 다음과 같다. Article 6 Right to a fair trial

"1. In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law..."

21) *Naït-Liman v. Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, para. 217.

International Law, 이하“LDIP”) 제3조의 필요의 법정(forum of necessity, *forum necessitatis*) 규정에 따른 관할권을 인정하지 않았다.²²⁾

스위스 법원은 LDIP 제3조의 필요의 법정 규정을 적용하여 관할권을 인정하기 위해서는, 첫째 스위스 법원이 다른 조항에 의한 관할권을 갖지 않아야 하고, 둘째 다른 국가에서의 소송 진행이 불가능하거나 합리적으로 요구될 수 없어야 하며, 셋째 해당 “사건(case)”이 스위스와 “충분한 관련성(sufficient connection)”을 가져야 한다고 보았다. 스위스 법원은 세 번째 요건과 관련하여, LDIP의 “사건(case)”을 불법행위 당시에 충분한 관련성이 있는 사건으로 엄격하게 해석하여, Naït-Liman가 제기한 청구의 관련성을 부정하였다. Naït-Liman은 이에 항소하였으나, 2007년 5월 22일 스위스 연방대법원은 청구를 기각하고 1심법원의 판결을 지지하였다. 재판 진행 중 Naït-Liman는 스위스 귀화절차의 최종 단계를 밟고 있었으며, 2007년 5월 14일 Versoix에서 스위스 국적을 취득하였으나, 이러한 국적취득의 동의는 5월 24일에야 확인되었다.²³⁾

이후 Naït-Liman는 2007년 11월 유럽인권재판소에 스위스 연방대법원의 판결이 유럽인권협약 제6조 제1항의 법원에의 접근권을 침해하였다는 이유로 스위스에 대한 청구를 제기하였다. 2016년 6월 유럽인권재판소 소재판부(Chamber)는 4:3으로 스위스가 원고의 법원에의 접근권을 침해하지 않았으며 청구를 기각하였고, 이에 Naït-Liman는 다시 항소하였다. 이후 2018년 3월, 유럽인권재판소 대재판부(Grand Chamber)는 15:2로 Naït-Liman의 청구를 다시 기각하였다.

2. 본안판단

대재판부는 스위스 법원이 원고의 청구에 대한 관할권 행사를 거절한 것이, 판단의 재량을 일탈한 것으로서 비례성 원칙을 위반하여 유럽인권협약 제6조 제1항이 보장하는 원고의 법원에의 접근권을 침해한 것인지에 대하여 판단하였다. 다만 대재판부는 국가면제가 적용되는지를 별도로 판단하지 않았는데, 이는 면제는 일단 관할권이 성립된 이후에 문제되는 것이기 때문이었다.²⁴⁾

(1) 유럽인권협약 제6조 제1항의 법원에의 접근권

22) Federal Act on Private International Law of 18 December 1987. 원문은 다음과 같다. “Section 3 Forum of necessity
Where this Act does not provide for any forum in Switzerland and proceedings abroad prove impossible or it cannot reasonably be required that they be brought, the Swiss judicial or administrative authorities of the locality with which the case has a sufficient connection shall have jurisdiction.(밑줄 추가)”

23) Press Release issued by the Registrar of the Court, "Forthcoming Grand Chamber judgment on whether the Swiss courts had jurisdiction to examine the merits of an action in tort concerning allegations of torture in Tunisia", 08 March 2018. available at <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6026754-7735363> (accessed: 01 March 2021).

24) *Naït-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, paras. 98-99.

유럽인권협약 제6조 제1항은 법원에 대한 권리(right to a court)를 구현한 것으로서, 사안에서 문제되는 법원에의 접근권(right of access to court)은 그 구성요소로서 제6조 제1항에 내재된 권리라고 볼 수 있다.²⁵⁾ 법원에의 접근권이란 법원에서 민사문제에 대한 판단을 받을 수 있는 절차를 개시하는 권리를 의미한다.²⁶⁾ 그러나 법원에의 접근권은 절대적 권리가 아니며 제한될 수 있는데, 이는 법원에의 접근권은 그 성질상 판단의 재량을 행사하는 국가의 규율을 필요로 하기 때문이다.²⁷⁾ 그러나 이러한 제한은 그 권리의 본질이 침해되는 정도까지 이르러서는 안 된다.²⁸⁾ 또한 제한은 합법적 목적을 추구해야 하며, 합법적인 목적과 수단 사이에 비례성의 합리적 관계가 존재해야 한다.²⁹⁾ 제6조 제1항 위반여부의 본격적인 판단에 앞서, 대재판부는 국내법의 해석 및 적용은 국내법원의 권한이며, 국내법원의 판단이 자의적이거나 현저하게 불합리하지 않는 한 이를 존중한다는 기본원칙을 확인하고 있다.³⁰⁾

(2) 비례성 위반여부 판단

대재판부는 먼저 스위스 법원결정의 목적이 합법적인지를 판단하였는데, 이와 관련하여 적절한 사법집행 및 국내 사법체제의 효율성 관리에 관한 원칙들을 고려하였다. 1992년 튀니지에서 일어난 고문사건에 대한 증거수집의 어려움, 판결집행의 어려움, 포럼쇼핑의 억제, 유사한 사건이 다수 제기될 경우 소송부담의 가중, 잠재적인 외교적 어려움 등을 고려할 때, 대재판부는 스위스 법원의 결정은 합법적 목적을 추구한다고 보았다.

다음으로 대재판부는 이러한 목적과 수단 사이에 비례성이 있는지를 판단함에 있어, 국가가 원고의 법원에의 접근권을 제한함에 있어 판단의 재량을 일탈하였는지를 검토하였다. 대재판부는 사안의 경우 판단재량의 범위는 이 분야의 관련 국제법에 달려 있다고 보아, 국내법인 LDIP 제3조의 적용문제에 앞서, 국제법상 스위스 당국이 보편적 민사관할권과 필요법정규칙에 따라 관할권을 행사할 의무가 있는지에 대해 판단하였다.³¹⁾ 사안과 보다 직접 관련된 논점은 필요법정규칙이지만, 대재판부는 원고가 주장한 보편적 민사관할권에 대해서 먼저 판단하였다.

1) 관련된 국제법과 이에 따른 판단재량의 범위

① 국제법상 보편적 민사관할권 행사의무의 존재여부

25) *Nait-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, paras. 112-113.

26) *Ibid.*

27) *Ibid.*, para. 114.

28) *Ibid.*

29) *Ibid.*, para. 115.

30) *Ibid.*, para. 116.

31) *Ibid.*, para. 173.

가. 국제관습법상 보편적 민사관할권 행사의무의 존재여부

대재판부는 비교법적 근거와 실행을 검토하면서, 39개 유럽국가 중 오직 네덜란드만이 고문에 대한 보편적 민사관할권만을 가지고 있으며,³²⁾ 그 외의 국가들에서는 이를 찾아볼 수 없다고 보았다.³³⁾ 대재판부는 약 6개 회원국에서 보편적 형사관할권이 행사되는 경우 피해자들이 민사당사자(civil parties)로 참여하고 있지만, 이는 보편적 민사관할권과는 구별되어야 한다고 보고 있다.³⁴⁾

유럽 외의 국가들 중에서는 캐나다가 2012년 테러리즘피해자정의법(Justice for Victims of Terrorism Act)에서 보편적 민사관할권을 인정하고 있으나,³⁵⁾ 이는 피해자가 캐나다 국민 또는 영주권자이거나, 해당 청구가 캐나다와 “진정하고 실질적인 관련(real and substantial connection)”이 있는 경우에만 인정된다. 그러나 고문 등 다른 국제법 위반에 대해서는 그것이 테러리즘 활동의 맥락에서 발생하였음이 입증되지 않는 한, 캐나다에서 보편적 민사관할권이 적용되지는 않음을 확인하였다.³⁶⁾

또한 미국의 경우에도 ATS와 고문피해자보호법(Torture Victim Protection Act)에서³⁷⁾ 보편적 민사관할권을 인정하고 있으나,³⁸⁾ 두 경우 모두 소송개시 당시 청구의 상대방에 대한 미국의 관할권이 인정되어야 미국법원이 해당 법률에 따라 사건을 판단할 수 있다. 나아가 일단 관할권이 성립하더라도 국가행위 이론, 국가면제, 불편한 법정(forum non convenience) 등 여러 가지 법적 장애물로 인하여, 실제로는 두 법에 따라 소송이 제기된 사건 중 약 80%가 각하되었음을 확인하고 있다.³⁹⁾ 또한 *Kiobel* 판결⁴⁰⁾에서 미국법원이 역외추정금지의 원칙에 따라 ATS의 적용범위를 제한하였음을 언급하고 있다.⁴¹⁾

따라서 재판부는 국가실행에서 보편적 민사관할권은 예외적으로만 인정되고 있으며, 아직 구속력 있는 국제관습으로 나타나고 있지 않다고 보았다.⁴²⁾

나. 조약상 보편적 민사관할권 행사의무의 존재여부

32) *Ibid.*, para. 69.

33) *Ibid.*, paras. 69-70.

34) *Ibid.*, para. 79. 이를 인정하는 국가의 예로는 벨기에, 스페인, 프랑스, 아일랜드, 노르웨이, 체코슬로바키아를 들고 있다.

35) *Ibid.*, para. 73.

36) *Ibid.*

37) Torture Victim Protection Act, section 2 (a) § 1. 원문은 다음과 같다. “An individual who, under actual or apparent authority, or color of law, of any foreign nation subjects an individual to torture shall, in a civil action, be liable for damages to that individual...”

38) *Ibid.*, para. 74. 원문은 다음과 같다. “74. Of all the States included in the present survey, only the United States provides, at federal level, for universal jurisdiction in respect of civil claims for compensation with regard to damage sustained as a result of torture, on the basis of two federal laws: the 1789 Alien Tort Statute and the 1991 Torture Victim Protection Act.”

39) *Ibid.*, para. 77.

40) *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, 133 S. Ct. 1659 (2013).

41) *Ibid.*, para. 78.

42) *Ibid.*, para. 187.

또한 대재판부는 국제조약상으로도 고문에 대한 보편적 민사관할권을 행사해야 할 법적 의무가 존재하지 않는다고 보았다. 대재판부는 먼저 고문 및 그 밖의 잔혹한, 비인도적인 또는 굴욕적인 대우나 처벌의 방지에 관한 협약(Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, 이하 “고문방지협약”) 제14조가 보편적 민사관할권을 인정하고 있는지에 대하여 판단하였다.⁴³⁾ 대재판부는 고문방지위원회(Committee Against Torture)가 비록 고문방지협약 제14조의 해석에 관한 일반논평 3에서 제14조의 “피해자”의 범위에 외국에서 고문을 당한 피해자나 외국인에 의해 고문을 당한 피해자 역시 포함시키는 것으로 넓게 해석하였지만,⁴⁴⁾ 개별통보사건의 처리에 있어서는 제14조의 지리적 범위(geographical scope)에 대해 보다 유보적인 태도를 취하였음을 확인하고 있다.⁴⁵⁾ 또한 고문방지위원회는 대재판부의 판결 당시까지 협약당사국이 국내법상 보편적 민사관할권을 인정하지 않았다고 하여 협약위반에 해당한다고 본 사례가 없음을 지적하고 있다.⁴⁶⁾

또한 대재판부는 고문방지협약 제14조 채택과정의 준비문서에 대해서도 검토하였다. 제14조의 준비문서를 보면 1981년 실무그룹은 네덜란드가 제안한 “committed in any territory under its jurisdiction”이라는 문구를 채택하였으나, 이는 이후 최종채택 시에는 삭제되었다.⁴⁷⁾ 그러나 이러한 삭제의 이유가 무엇

43) Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (1984.10.10. 채택, 1987.6.26. 발효, 대한민국 1995.2.8. 발효) 원문은 다음과 같다. Article 14

“1. Each State Party shall ensure in its legal system that the victim of an act of torture obtains redress and has an enforceable right to fair and adequate compensation, including the means for as full rehabilitation as possible. In the event of the death of the victim as a result of an act of torture, his dependants shall be entitled to compensation.

2. Nothing in this article shall affect any right of the victim or other persons to compensation which may exist under national law.”

44) General Comment no. 3 on the Implementation of Article 14 by States parties, UN Doc. CAT/C.GC/3, 13 December 2012, para. 22. 원문은 다음과 같다. “22. Under the Convention, States parties are required to prosecute or extradite alleged perpetrators of torture when they are found in any territory under its jurisdiction, and to adopt the necessary legislation to make this possible. The Committee considers that the application of article 14 is not limited to victims who were harmed in the territory of the State party or by or against nationals of the State party. The Committee has commended the efforts of States parties for providing civil remedies for victims who were subjected to torture or ill-treatment outside their territory. This is particularly important when a victim is unable to exercise the rights guaranteed under article 14 in the territory where the violation took place. Indeed, article 14 requires States parties to ensure that all victims of torture and ill-treatment are able to access remedy and obtain redress.”(밑줄 추가)”

45) Naït-Liman v Switzerland, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, paras. 54-55.

46) *Ibid.*, paras. 189-190. 원문은 다음과 같다. “189. Admittedly, the Committee against Torture has advocated, especially in General Comment no. 3 (2012), an extensive interpretation of Article 14 of the Convention against Torture, which provides that each State Party must ensure in its legal system that the victim of an act of torture is entitled to obtain redress and to enjoy an enforceable right to fair and adequate compensation (see paragraphs 52-53 above). It has encouraged the States to offer such a remedy also in situations in which the act of torture was perpetrated outside the State’s territory, including, it seems, by officials of a foreign State (*ibid.*).

190. The Court notes, however, that the Committee against Torture seems more reserved on this question in its examination of individual communications (see, in particular, the relevant cases referred to in paragraphs 54-55 above). In any event, so far as the Court is aware, the Committee has never found a violation of the Convention against Torture by a State Party on the ground that it failed to recognise universal civil jurisdiction in its domestic legal order. In any case, the applicant does not allege this.”(밑줄 추가)”

47) Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, (Oxford University Press, 2008), p. 457.

인지에 대해서는 준비문서와 주석 어디에도 나와 있지 않다.⁴⁸⁾ 대재판부는 1969년 조약법에 관한 비엔나협약(이하 “조약법협약”)상 조약해석의 원칙에 따르는 경우, 조약의 준비문서는 조약법협약 제32조에 따라 보충적으로만 활용될 수 있고, 조약용어의 해석에 있어서도 “어떠한 제한(a certain restraint)”이 가해지게 된다고 보았다.⁴⁹⁾ 그 결과, 네덜란드가 제안한 문언이 삭제된 정확한 이유는 불분명하므로, 이러한 상황에서는 준비문서에 어떠한 결정적 중요성을 부여할 수 없고, 따라서 조약입안자들의 의도가 제14조에 보편적 민사관할권을 인정하는 것이라고는 결론내릴 수 없다고 보고 있다.⁵⁰⁾

또한 제14조가 보편적 민사관할권을 인정하는 것인지에 관한 학자들의 견해 역시 일치하지 않고 있으며,⁵¹⁾ 2015년 국제법학술원(Institut de Droit International, Institute of International Law, 이하 “IDI”)의 국제범죄에 대한 보편적 민사관할권에 관한 결의(이하 “보편적 민사관할권 결의”)에서 보고자인 Andreas Bucher 역시 고문방지협약 제14조가 보편적 민사관할권 행사의무를 부여한 것은 아니라고 보고 있다.⁵²⁾ 결론적으로 대재판부는 고문방지위원회의 일반논평 제3호, 개인청원사건에서 고문방지위원회의 견해, 그 외 주석과 학자들의 견해 등을 모두 고려하여 보아도 고문방지협약 제14조가 보편적 민사관할권 행사의무를 인정하고 있다고 보기는 어렵다고 판시하였다.⁵³⁾

다. 기타 비구속적 문언의 검토

그 외 2005년 IDI의 국제범죄에 대한 보편적 민사관할권에 관한 결의는 비록 제1조 및 제2조에서 국제범죄의 피해자들의 “적절하고 효과적인 배상에 대한 권리”와 “배상을 청구하기 위해 사법에 효과적으로 접근할 권리”를 보장하고 있다. 그 문언으로 볼 때, 분쟁에 보다 강한 연관성을 가진 다른 국가가 없는 경우에, 피해자의 배상청구가 제기된 국가가 관할권을 행사할 일반적인 의무가 존재하는지에 관해서는 주저하는 태도를 보이고 있다고 언급하고 있다.⁵⁴⁾ 특히 결의 제2조 제1항은 “should”라는 가정적 표현을 사용하고 있는데,⁵⁵⁾ 이는 실정법이라기보다는 *lex ferenda*를 제안하고 있는 것으로 보인다

48) *Ibid.*

49) *Ibid.*, para. 192.

50) *Ibid.*

51) *Ibid.*, paras. 56-58, 65. Kate Parlett과 Manfred Nowak/Elizabeth McArthur의 경우 제14조는 보편적 관할권을 인정하는 것도 아니지만 그 행사를 금지하는 것도 아니라고 보고 있다. Kate Parlett, *supra* note 11, p. 389. "In the circumstances, it is arguable that although the position taken by the Committee is not perfectly clear, it does provide some support for a broader rather than narrower approach to Art.14(1) and might encourage an extraterritorial application. But it is not clear; it is more likely that the Committee could not form a consensus on any stronger language, which would suggest that even members of the Committee are not convinced that Art.14(1) requires extraterritorial application. The proper construction of Art.14(1), in light of the practice, must be that it does not impose an obligation to provide a remedy for torture committed abroad; neither does it prohibit the exercise of universal civil jurisdiction. Even if a territorial limitation was read into Art.14(1), it would not prohibit the exercise of jurisdiction with an extraterritorial element; and this view is consistent with a reading of the provision taking account of its second paragraph and the object and purpose of the Torture Convention." Manfred Nowak과 Elizabeth McArthur는 Parlett의 견해에 동의하고 있다. Manfred Nowak and Elizabeth McArthur, *supra* note 48, p. 494.

52) *Yearbook of the Institute of International Law*, Tallinn Session, Justitia et Pace, 2015, vol. 76, paras. 65-66.

53) *Nait-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, paras. 52-58.

54) *Ibid.*, para. 195.

55) Resolution of the Institute of International Law, Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International

하였다.⁵⁶⁾

라. 결론

결론적으로, 대재판부는 현재 국제법상 고문 피해자의 배상청구에 보편적 민사관할권을 행사하여야 할 국가의 의무는 존재하지 않는다고 판시하였다.⁵⁷⁾

② 필요의 법정에 대한 판단

대재판부는 다음으로 스위스 법원이 LDIP 제3조 필요의 법정 규정에 따라 관할권을 행사하여야 하는지에 대한 판단을 하였다.⁵⁸⁾ 대재판부는 필요의 법정이 어떠한 사건에 적용되는지, 즉 그 물적 대상에 대해 정해진 바는 없으나, 주로 가족법 및 계약법에서 활용되어 왔으며, 고문으로 인한 손해배상청구에 대한 것은 없었다고 보고 있다.⁵⁹⁾ 대재판부는 필요의 법정이 적용되기 위해서는 두 가지 요건이 모두 충족되어야 하는데, 첫째 해당 사건을 다른 국가의 법정에 청구하는 것이 법률상 또는 사실상 불가능해야 하고, 둘째 분쟁과 소송이 제기된 국가와의 사이에 최소한 어떠한 근접성 또는 관련성이 있어야 한다.⁶⁰⁾ 따라서 대재판부는 필요의 법정은 본질상 보충적(subsidiary) 혹은 잔여적(residual)이라고 보고 있다. 첫째 요건과 관련된 불가능성은 ‘불합리적으로 어려운(unreasonably difficult)’ 상황도 포함되며, 둘째 요건과 관련하여 각국은 보다 정확한 설명 없이 단지 ‘충분한 관련성(sufficient connection)’, ‘밀접한 연관성(close ties)’ 등의 용어를 사용하고 있는데, 이러한 연결요소의 존부는 구체적인 사건에서 해당 국내법원에 의해 판단되며, 해당 분쟁의 성질이나 당사자가 자연인인지 법인인지 등에 따라 달라진다고 보았다.⁶¹⁾

또한 스위스 정부는 어느 요소가 “사건”을 구성하는지는 시간적 측면을 가지고 있으며, 일련의 상황과 관련된 어느 행위가 소송개시 전에 종료된 경우, 사건의 요소는 그것이 실제 발생한 당시에 존재한 대로 평가되어야 한다고 주장하였다.⁶²⁾ 따라서 사건의 요소가 결정적인 일련의 상황이 종료된 이후 변경된

Crimes, Tallinn Session, Justitia et Pace, 2015. 원문은 다음과 같다. Article 2

“1. A court should exercise jurisdiction over claims for reparation by victims provided that: a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have available remedies in the courts of any such other State.”

56) *Nait-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, para. 195.

57) *Ibid.*, para. 198.

58) 대재판부는 국제법상 필요의 법정을 인정할 의무가 있는지를 검토하였다. 그러나 이는 국제법과 국제사법을 혼동한 것으로 보이는데, 필요의 법정은 국제법상 관할권의 이름이 아니라, 국가들이 국제사법에서 이용하는 도구이기 때문이다. (Partly Dissenting opinion of Judge Wojtyczek, para. 5.) 즉 필요의 법정은 국내법원이涉外적 요소를 가지는 민사사건에서 집행관할권을 행사할 때와 관련된 국제사법상의 개념이라고 볼 수 있다. Paul David Mora, *supra* note 14, pp. 179, 181.

59) *Nait-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, para. 87.

60) *Ibid.*, para. 88.

61) *Ibid.*, para. 89.

경우에는, 이러한 변화는 더 이상 “사건”의 일부가 될 수 없으며, 필요법정이 부여되기 위한 충분한 관련성을 창설하지 않는다고 주장하였다.⁶³⁾ 따라서 원고가 이미 난민지위를 취득하여 스위스 거주자였고 귀화과정을 진행 중이었다고 하더라도, 이러한 사정들은 소인(cause of action) 발생 이후의 것으로서 스위스 연방대법원의 판결에 영향을 미칠 수 없다고 주장하였다.⁶⁴⁾

대재판부는 국제법상 스위스가 원고에게 필요의 법정을 제공하여야 할 의무를 부담하는지에 대하여 판단하기 위하여 먼저 비교법적 검토를 하였다. 그 결과 총 40개 회원국 중 12개국에서만 필요의 법정을 인정하고 있고, 나머지 28개 국가에서는 그러한 규칙이 없음을 확인하였다.⁶⁵⁾ 유럽 외 국가 중 캐나다에서는 최근에는 엄격한 조건 하에 필요의 법정 규정을 두고 있다. 또한 영미법계 국가에서는 필요의 법정이라는 개념을 인정하지 않고 있으며, 오히려 불편한 법정(*forum non conveniens*)의 원칙에 따라 보다 적절한 다른 법정이 있는 경우 법원이 관할권 행사를 거절할 수 있음을 확인하였다.⁶⁶⁾

또한 재판부는 EU법의 근거 및 실행에 대해서도 검토하였는데, 민사 및 상업에 관한 관할권을 규율하고 있는 브뤼셀 I 규칙(*Brussels I-bis Regulation*)은 필요의 법정에 관한 규정을 두고 있지 않지만, 유럽 의회와 유럽평의회는 규칙 제650/2012호의 제11조 등에서는 필요의 법정에 관한 규정을 두고 있음을 확인하고 있다.⁶⁷⁾ 그러나 이들 중 어느 규정에서도 ‘관련성’에 대해 보다 더 구체적인 정보를 제공하고 있지 않으므로, ‘충분한 관련성’의 확인은 결국 국내법원의 판단에 남겨져 있다고 보고 있다.⁶⁸⁾

따라서 대재판부는 필요의 법정이 국가들에 의해 일반적으로 인정되고 있다고 볼 수 없으므로, 필요의 법정을 인정하는 국제관습법은 존재하지 않는다고 판시하였다.⁶⁹⁾ 나아가 국가들에게 필요의 법정을 제

62) *Ibid.*, para. 213.

63) *Ibid.*

64) *Ibid.*, para. 155.

65) *Ibid.*, para. 200.

66) *Ibid.*, para. 90, 200. 재판부는 필요의 법정(*forum of necessity*)과 불편한 법정(*forum non conveniens*) 규칙을 구별하고 있다. 전자의 경우는 재판거부를 방지하기 위해 다른 대체가능한 법정을 이용하는 것이 불가능하거나 불합리하게 어려운 경우에는, 소송이 제기된 국가(또는 주)와 충분한 관련성이 있다면 그에 대한 관할권을 인정하는 규칙이다. 후자의 경우는 영미법상 발전한 제도로서, 소송이 제기된 국가(또는 주)가 당해 소송에 대하여 관할권을 가지고 있더라도, 다른 국가(또는 주) 역시 관할권을 가지고 있으며 그 국가(또는 주)의 법정이 분쟁해결에 보다 적절하다면, 모든 관련당사자의 이익과 정의의 목적을 위하여 소송이 제기된 국가(또는 주)의 법정은 재량에 의해 관할권을 행사하지 않는다는 법리이다. 즉 전자의 경우에는 관할권 행사를 인정하기 위한 것이고, 후자의 경우에는 법원의 관할권 행사를 자제하기 위한 것이다. 또한 전자의 경우에는 대체가능한 법정의 부존재를 요건으로 하며 재판의 거부를 방지하기 위한 것이지만, 후자의 경우 보다 적절한 대체가능한 법정이 존재할 것이 요구되며, 만약 이러한 법정이 존재하지 않음에도 관할권 행사를 거부한 경우에는 재판의 거부에 해당할 수 있다.

67) Regulation (EU) no. 650/2012 of the European Parliament and of the Council of 4 July 2012 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and acceptance and enforcement of authentic instruments in matters of succession and on the creation of a European Certificate of Succession. 원문은 다음과 같다.

Article 11 *Forum necessitatis*

“Where no court of a Member State has jurisdiction pursuant to other provisions of this Regulation, the courts of a Member State may, on an exceptional basis, rule on the succession if proceedings cannot reasonably be brought or conducted or would be impossible in a third State with which the case is closely connected.

The case must have a sufficient connection with the Member State of the court seised.”

68) *Naït-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, para. 93.

69) *Ibid.*, para. 201.

공하도록 의무를 부과하는 국제조약 역시 발견되지 않는다고 보았다.⁷⁰⁾

③ 관련 국제법에 따른 판단재량의 범위

결론적으로 대재판부는 국제법이 보편적 민사관할권에 의해서든 필요법정규칙에 의해서든, 스위스에 게 피해자의 배상청구에 대한 관할권을 행사할 의무를 부과하지 않는다고 보았다. 따라서 스위스 당국은 넓은 판단의 재량을 가진다고 보았다.⁷¹⁾

2) 판단재량의 일탈여부

다음으로 대재판부는 스위스 법원이 위에서 확인된 판단재량의 범위를 일탈하였는지에 대하여 검토하였다. 이를 위해 대재판부는 LDIP 제3조⁷²⁾와 2007년 스위스 연방대법원의 판결을 검토하였다. 대재판부는 LDIP 제3조는 법원의 관할권을 확장하려는 것이지 축소하려는 것이 아니므로 그 입법 자체로는 당연히 판단의 재량을 일탈한 것이 아니라고 보았다.⁷³⁾ 또한 LDIP 제3조 필요의 법정 규정의 두 가지 기준, 즉 다른 법정의 이용불가능성과 충분한 관련성은 비교법상 다른 국가들과 EU법에서도 모두 인정하고 있는 기준이므로 판단의 재량을 일탈하지 않았다고 보았다.⁷⁴⁾

다음으로 스위스 법원이 LDIP 제3조를 해석함에 있어서 판단의 재량을 일탈하였는지를 검토하였다. 대재판부는 국내법원들은 ‘관련성’의 결정에 있어서 상당한 재량을 가지고 있으며, 이는 각 사건에 따라 분쟁의 성격 및 당사자에 따라 구체적으로 결정될 것이라고 보았다.⁷⁵⁾ 또한 국내법원들은 국내법 해석 및 적용에 관한 우선적 권한을 가지고 있음을 확인하면서,⁷⁶⁾ 대재판부는 스위스 법원이 LDIP의 제3조의 “사건(case)”을 불법행위 당시에 충분한 관련성이 있는 ‘일련의 사실들(set of facts)’로 엄격하게 해석하고, 불법행위 이후 스위스와 충분한 관련성을 취득한 원고의 ‘인격(person)’을 고려하지 않은 것이, 자의적이거나 명백히 불합리한 해석을 한 것이라고 볼 수 없다고 판단하였다.⁷⁷⁾ 그동안 스위스 국내법에서 LDIP 제3조와 관련된 판례는 거의 없었기에, 스위스 연방대법원은 *Naït-Liman* 사건에서 해당 조항에 관한 구체적 해석을 처음으로 한 것이었다.⁷⁸⁾ 대재판부는 비록 스위스 주 법원 차원에서 ‘인격’과 관련하

70) *Ibid.*, para. 202.

71) *Ibid.*, para. 203.

72) Federal Act on Private International Law of 18 December 1987 (LDIP). 원문은 다음과 같다. “Section 3 Forum of necessity Where this Act does not provide for any forum in Switzerland and proceedings abroad prove impossible or it cannot reasonably be required that they be brought, the Swiss judicial or administrative authorities of the locality with which the case has a sufficient connection shall have jurisdiction.(밑줄 추가)”

73) *Naït-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, para. 206.

74) *Ibid.*, para. 207.

75) *Ibid.*, para. 209.

76) *Ibid.*, para. 210.

77) *Ibid.*, paras. 212, 214, 216.

여 충분한 연관성을 인정한 약간의 사례가 있으나 이들은 각기 다양하고 그 수가 적어 판례법을 형성한다고 볼 수 없고, 이 사안에 적용할 것은 아니라고 보았다.⁷⁹⁾

3) 판결의 결론 및 권고

결론적으로 대재판부는 스위스는 판단의 재량을 일탈하지 않았으며, 법원에의 접근권에 대한 제한은 합법적 목적을 위한 비례적인 것이었다고 보아 유럽인권협약 제6조 제1항의 위반이 아니라고 판시하였다.⁸⁰⁾

다만 대재판부는 판결문의 말미에서, 이러한 결론은 고문 피해자의 적정하고 효과적인 배상을 받을 권리에 관한 국제공동체의 폭넓은 합의에 문제를 제기하는 것은 아니라고 언급하고 있다.⁸¹⁾ 또한 국가들이 국외에서 발생한 불법행위 손해배상청구에 대해 국내법원의 관할권을 인정함으로써, 이러한 피해자의 권리를 실효적으로 보장하도록 장려됨에 문제를 제기하는 것은 아니라고 언급하고 있다.⁸²⁾ 즉 대재판부는 국가들이 국내법원에서 피해자에게 고문으로 인한 손해배상청구를 할 수 있도록 가능한 실효적인 접근을 보장하는 것이 바람직하며 장려된다고 보고 있다. 그럼에도 불구하고 국가가 국제법에 따라 판단 재량의 한계 내에서 필요의 법정을 해당 국가와 특정한 관련이 있을 것을 조건으로 인정하도록 하는 것이 불합리한 것은 아니라고 보고 있다.⁸³⁾

다만 대재판부는 인권분야의 역동성을 고려할 때 비록 해당 사건에서는 유럽인권협약 제6조 1항 상의 법원에의 접근권 위반이 아니라고 판단하였지만, 향후 발전의 가능성을 배제하지 않고 있다.⁸⁴⁾ 즉 향후 협약당사국들이 적정한 경우, 고문으로 인한 손해배상청구에 대한 국내법원의 관할권을 추정하도록 의무 지우는 요소를 확인하기 위하여, 이러한 성격을 가지는 청구를 신중하게 평가하면서, 국내법상 고문으로 인한 금전배상에 대한 권리의 효과적 이행을 촉진할 수 있는 발전을 고려하도록 권고하고 있다.⁸⁵⁾

78) *Ibid.*, para. 40.

79) *Ibid.*, para. 214.

80) *Ibid.*, p. 59.

81) *Ibid.*, para. 18. 원문은 다음과 같다. “18. That being so, it should be reiterated that this conclusion does not call into question the broad consensus within the international community on the existence of a right for victims of acts of torture to obtain appropriate and effective redress, nor the fact that the States are encouraged to give effect to this right by endowing their courts with jurisdiction to examine such claims for compensation, including where they are based on facts which occurred outside their geographical frontiers. In this respect, the efforts by States to make access to a court as effective as possible for those seeking compensation for acts of torture are commendable.”

82) *Ibid.*

83) *Ibid.*, para. 219.

84) *Ibid.*, para. 220. 원문은 다음과 같다. “220. Nonetheless, given the dynamic nature of this area, the Court does not rule out the possibility of developments in the future. Accordingly, and although it concludes that there has been no violation of Article 6 § 1 in the present case, the Court invites the States Parties to the Convention to take account in their legal orders of any developments facilitating effective implementation of the right to compensation for acts of torture, while assessing carefully any claim of this nature so as to identify, where appropriate, the elements which would oblige their courts to assume jurisdiction to examine it.”

IV. 판결에 대한 검토

2018년 유럽인권재판소 대재판부의 판결은 그동안 상대적으로 논의가 많이 이루어지지 않은 보편적 민사관할권과 필요의 법정에 대하여, 관련 규범 및 국가실행에 기초하여 국제법상 이들 개념 및 지위를 명확히 하고자 하였다. 또한 이를 토대로 스위스의 판단의 재량의 범위를 결정하고, 이후 스위스가 판단의 재량의 한계를 일탈하였는지에 대하여 검토하였다. 그러나 다음과 같은 점에서 판례의 일부 이유 및 결론에 대하여는 지지하기 어렵다고 생각된다.

1. 판단의 재량에 관한 검토

대재판부는 스위스 법원의 판단재량의 한계를 일탈하지 않았다고 보고 있는데, 이는 최근 유럽인권재판소가 국가들의 판단의 재량을 가급적 넓게 인정하는 소극주의 경향에 부합하는 것이라고 보인다. 판단의 재량은 유럽인권협약의 국내적 이행에 있어 보충성과 문화적 다양성을 반영한 것으로, 유럽인권재판소가 초국가적 재판소가 아니라는 점에서 어느 정도 그 필요성을 이해할 수 있다.⁸⁵⁾ 그러나 판단의 재량을 지나치게 넓게 인정할 경우, 이는 유럽인권재판소가 국가주권과 관련된 문제에 직면했을 때 자신의 책임으로부터 한 걸음 물러나기 위한 전략적 수단으로 전략할 수 있으며, 유럽인권협약상 재판소에게 부여된 임무를 해태한다는 비판에 직면할 수 있다.⁸⁷⁾ 즉 인권을 실효적으로 보호할 임무를 맡은 재판소가 오히려 유럽인권협약이 의도한 법의 지배를 위협할 수 있는 것이다. 안타깝게도 다음과 같은 이유에서 2018년의 *Näi-Liman v. Switzerland* 사건의 판결은 판단의 재량을 지나치게 넓게 인정하여 원고의 권리를 실효적으로 보호하지 못한 것으로 생각된다.

(1) 법원에의 접근권의 본질의 훼손

법원에의 접근권은 유럽인권협약상 모든 다른 기본적 권리와 자유를 보호하고 실현하는데 필수적인

85) *Ibid.*

86) 김대순, “유럽인권재판소의 “판단의 재량” 독트린: 법의 지배에 대한 위협인가”, 『국제법학회논총』, 2013, 39면.

87) 위와 동일.

권리로서, “매우 특별한 권리”이다.⁸⁸⁾ 비록 법원에서의 접근권 역시 제한이 가능하기는 하지만, 이 경우의 판단의 재량은 보다 좁게 인정되어야 하며, 단순히 보다 효율적인 법집행이나 사법체제의 관리 등의 명목으로 제한될 수 없다고 보아야 한다.⁸⁹⁾ 재판관 Dedov는 특히 해당 법정이 피해자가 구제를 받을 수 있는 오직 하나의 법정인 경우, 관할권 행사를 거부하는 것은 다른 대체수단이 제공되지 않는 한 재판의 거부가 될 수밖에 없으며, 제6조 1항을 명백하게 위반한 것이라고 보고 있다. 다수의견이 판단한 바와 같이 법원에서의 접근권은 그 성질상 국가에 의해 규율될 수밖에 없지만, 절차법상 전혀 접근권이 규율되지 않는다면, 법원에서의 접근권은 그 본질이 침해되었다고 밖에 볼 수 없을 것이기 때문이다.⁹⁰⁾ 따라서 다른 대체수단이 전혀 없는 이 사건의 경우, 관할권을 허용하지 않은 스위스 법원의 판단은 재량의 한계를 넘어선 것이라고 보아야 할 것이다.

(2) LDIP 제3조의 자의적 해석

앞에서 살펴본 바와 같이, 스위스 법원은 LDIP의 제3조의 “사건(case)”을 불법행위 당시에 충분한 관련성이 있는 ‘일련의 사실들(set of facts)’로 엄격하게 해석하고, 불법행위 이후 스위스와 충분한 관련성을 취득한 원고의 ‘인격(person)’을 고려하지 않았다. 그 결과 스위스 법원은 1993년부터 2007년까지 약 14년을 스위스에 거주하고 난민지위를 취득한 Naït-Liman가 제기한 청구의 관련성을 부정하고 필요의 법정을 제공하지 않았다.

그러나 이러한 해석에 대해서는 재판관 Serghides가 지적한 바와 같이, LDIP 제3조의 입법목적 및 스위스 국내 사례와 부합하지 않는 지나치게 제한적인 해석으로, 법원에서의 접근권의 본질을 침해한 재판의 거부라는 비판이 제기될 수 있다.⁹¹⁾ 법원에서의 접근권은 법원에 소송을 제기할 수 있는 절차적 요건이 특별히 엄격하게 해석되거나 적용되어서는 안 된다는 것을 요구한다.⁹²⁾ LDIP 제3조의 입법과정을 보면, 동조의 입법목적은 재판거부의 방지를 위한 것으로, 스위스에서 관할권이 인정되지 않을 정도로 관련성

88) *Naït-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Dissenting opinion of Judge Dedov, 15 March 2018, p. 76.

89) *Ibid.*

90) *Ibid.* 따라서 재판관 Dedov는 이 경우의 제한이 비례성에 부합하는지의 판단은 논의의 초점을 잃은 것인데, 왜냐하면 재판거부는 그 시작자체부터가 비례성에 어긋나기 때문이라고 보고 있다. 재판관 Wojtyczek 역시 결론에 이르게 된 근거는 다르지만, 스위스 법은 원고의 금전배상과 관련한 법원에서의 접근권을 완전히 박탈해 버렸으며, 이는 원고의 법원에서의 접근권의 본질을 침해한 것이라고 보고 있다. (Partly Dissenting opinion of Judge Wojtyczek, para. 8). 2012년 ICJ의 주권면제사건 판결에서, 이탈리아 역시 비슷한 취지로 대체가능한 다른 수단이 존재하지 않는 경우, 사법에서의 접근권의 본질이 훼손될 수 있음을 주장하고 있다. (Counter-Memorial of Italy, *Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State* (German v. Italy) (Dec. 22, 2009), p. 79) 다만 ICJ는 이 경우 사법에서의 접근권의 본질이 훼손될 수 있는지 여부에 대해서는 판단하지 않은 채, 주권면제가 피해자의 구제를 확보하는 효과적 대체수단이 존재하는지에 따라 결정되는 것은 아니라고만 판시하였다. (*Case Concerning Jurisdictional Immunities of the State* (German v. Italy: Greece intervening), Judgment, I.C.J. Reports 2012, para. 101)

91) *Naït-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Dissenting opinion of Judge Serghides, 15 March 2018, paras. 47-48.

92) Harris, O’Boyle & Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights* (Third edition), (Oxford, 2014), p. 404, and footnotes 350-351.

이 미약하더라도, 그에 대한 예외를 인정해주기 위한 것이었다.⁹³⁾ 또한 스위스 정부 및 연방대법원이 인정하듯이, 그동안 스위스 국내법의 실행은 LDIP 제3조와 관련하여 계약법 및 가족법 관련 사안에서 스위스 국적 및 거주 등 ‘인격’과 관련된 요소를 ‘충분한 관련성’을 인정하기 위한 요소로 인정해 왔다.⁹⁴⁾ 뿐만 아니라 제3조의 “사건”은 단순히 ‘일련의 사실들(set of facts)’이 아니라, 관련된 ‘모든 사실들(all the facts)’을 의미하는 것으로 파악하는 것이 타당하다고 볼 수 있다.⁹⁵⁾ 따라서 비록 사건별로 판단이 다를 수는 있지만, 약 14년을 스위스에 거주하고 난민지위를 취득하였으며, 최종적으로 스위스 국적을 취득한 Näit-Liman의 경우에만 ‘인격’과 관련된 요소를 고려하지 않고 충분한 관련성이 없다고 해석하는 것은 지나치게 자의적 해석이며, 판단의 재량을 넘어선 것이라고 볼 수 있을 것이다.⁹⁶⁾

2. 보편적 민사관할권에 대한 검토

대재판부는 본안판단에 있어 국제법상 보편적 민사관할권 행사의무의 존재여부를 가장 먼저 검토하였다. 원고는 보편적 민사관할권을 원용하지 않았고 그 대신 필요의 법정과 관련한 판단을 구하였지만, 재판소는 보편적 민사관할권이 원고의 주장과 밀접한 관련이 있다고 보아 이를 전면적으로 판단하였다.⁹⁷⁾ 다만 대재판부는 국제법상 보편적 민사관할권이 인정될 수 있는지와, 만약 인정된다면 국제법상 보편적 민사관할권의 행사의무가 인정되는지를 나누어 검토하지 않았는데, 이에 대해 양자를 구분하여 판단하는 것이 바람직하다는 반대의견이 있었다.⁹⁸⁾

(1) 국제법상 보편적 민사관할권 행사의무의 부존재

대재판부가 판단한 바와 같이, 현재의 국제관습법 및 조약상으로는 보편적 민사관할권을 행사할 의무가 인정되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각된다. Jain 역시 국제법상 보편적 민사관할권의 인정여

93) *Näit-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Dissenting opinion of Judge Serghides, 15 March 2018, para. 50

94) *Ibid.*, para. 54.

95) *Ibid.*, para. 129.

96) 특히 거주지(domicile)의 경우 LDIP 제2조 및 제129조 등 LDIP 전반적으로 관할권 인정에 있어서 중요하게 고려되고 있다.

97) 그러나 재판관 Serghides는 반대의견에서 고문에 대한 보편적 관할권의 개념은 매우 중요하고 심각한 개념이며, 원고가 이를 원용하지도 않은 이 사안에서 단순히 재판소가 현재 국제법상 그런 관할권 행사의무가 존재하지 않는다고 결론을 내려서는 안 된다고 보았다. *Näit-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Dissenting opinion of Judge Serghides, 15 March 2018, para. 105.

98) 즉, 보편적 민사관할권이 국제법상 인정되는가, 만약 그렇다면 그것이 관련된 국제법 규칙상 선택적(재량적)인가 아니면 강제적(의무적)인가. 예컨대 국제관습법상으로는 재량적인 보편적 민사관할권을 인정하지만, 어느 조약이 자체적으로 보편적 민사관할권을 강제적으로 만드는 경우를 들 수 있다. *Näit-Liman v Switzerland*, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Partly Dissenting opinion of Judge Wojtyczek, 15 March 2018, para. 5.

부를 검토하기 위하여 100여개 이상의 관련된 실행을 조사한 결과,⁹⁹⁾ 국제법상 보편적 민사관할권은 매우 제한적으로만 인정되거나 인정되지 않는다고 보았다.¹⁰⁰⁾ 비록 네덜란드 민사소송법 제9조와 미국의 고문피해자보호법은 필요의 법정과 관련된 보편적 민사관할권의 행사를 인정하고 있으나, 네덜란드의 실행은 매우 예외적으로만 인정되고 있으며, 필요의 법정은 그 개념상 다른 구제의 완료를 요구하므로, 보편적 민사관할권은 제한적으로만 지지될 수 있다고 보아야 한다.¹⁰¹⁾ 또한 ATS와 관련된 미국의 실행은 국제법상 보편적 민사관할권은 인정되지 않는다는 다른 국가들의 반대에 직면해 있으며, 미연방대법원의 *Kiobel* 사건 판례에 의해 크게 제한되었다.¹⁰²⁾ 따라서 오늘날 국제법상 보편적 민사관할권의 행사 의무가 인정되는 것으로 보기는 어렵다고 생각된다.

(2) 국제법상 보편적 민사관할권의 재량적 행사가능성

대재판부는 판결의 말미에서 국가들이 영토 외에서 발생한 고문의 배상청구에 대해 국내법원의 관할권을 인정하는 것이 바람직하며 장려된다고 보고 있다. 즉, 보편적 민사관할권의 행사가 국제법상 금지된다고 보지 않았다. 앞서 고문방지협약 제14조의 해석과 관련해서도, Parlett과 Nowak/McArthur는 제14조가 보편적 민사관할권을 인정하는 것도 아니지만 그 행사를 금지하는 것도 아니라고 보고 있다.¹⁰³⁾ 따라서 국제법상 보편적 민사관할권의 행사의무가 인정되는 것은 아니지만, 동시에 국제법상 보편적 민사관할권의 재량적인 행사가 금지되는 것으로 보기도 어렵다고 생각된다. 무엇보다 다른 방법으로는 구제를 받을 수 없는 중대한 인권침해의 피해자를 위해서는 보편적 민사관할권을 행사할 필요성이 크다고 볼 수 있다. 대재판부의 판결 역시 피해자의 효과적인 배상에 대한 권리를 국제공동체적 차원에서 인정하고 있으며, 장차 국가들이 국내법상 보편적 민사관할권의 행사를 통해 피해자를 구제할 수 있는 방법을 (신중하게 검토하면서) 마련할 것을 권고하고 있다. 따라서 이러한 경우 보편적 민사관할권을 재량적으로 행사하는 것은 가능하다고 볼 수 있을 것이다.

(3) 피해자의 이익과 국가의 이익의 형량

비록 중대한 인권침해 피해의 구제를 위한 보편적 민사관할권의 행사가 권장될 수 있다고 할지라도,

99) Jain은 조사결과를 총 6개의 범주로 나누었다. 첫째 단순히 보편적 형사관할권에 해당할 뿐, 보편적 민사관할권이 아닌 경우, 둘째 보편적이든 아니든 형사관할권에 관한 민사관할권을 행사하도록 예정한 경우, 셋째 필요의 법정에 기반하여 보편적 민사관할권을 행사하는 경우, 넷째 필요의 법정에 기반하여 보편적 민사관할권을 행사하는 경우, 다섯째 ATS와 *Kiobel* 사건 판례 하에서의 미국의 실행, 여섯째 기타의 경우. Abhimanyu George Jain, "Universal civil jurisdiction in international law", *Indian Journal of International Law* Vol. 55, No. 2 (2015), p. 217.

100) *Ibid.*, pp. 236-237.

101) *Ibid.*

102) *Ibid.*

103) 앞의 주 51 참조.

보편적 민사관할권의 인정에는 증거수집 및 판결집행의 곤란, 외교적 문제, 과도한 소송부담 등 여러 가지 국가의 부담이 발생할 수 있다. 따라서 중대한 인권침해 피해자의 법적이익(배상에 대한 권리 및 법원에서의 접근권)은, 이와 경합하는 국가의 이익(법집행의 효율성과 외교적 이익)과 적절히 형량되어 균형을 이루어야 할 필요가 있다.¹⁰⁴⁾ 따라서 보편적 민사관할권을 절대적으로 인정하기보다는, 피해자의 법원에서의 접근권의 본질을 침해하지 않는 정도의 제한을 설정하는 것이 필요하다고 보인다. 이러한 제한의 기준으로 앞에서 살펴본 바와 같이 대체가능한 수단이 전혀 없이 피해자의 법원에서의 접근권을 박탈하여 본질을 훼손하는 것인지를 검토할 수 있을 것이다. 그 외에도 Parlett은 보편적 민사관할권을 인정하는 경우 포럼쇼핑을 막고 가장 적절한 외국법정을 선택하기 위한 5가지 요건을 제시하고 있다. 첫째 보충성의 원칙, 둘째 개인에 대한 소송인 경우에는 피고의 현존, 셋째 불편한 법정의 원칙, 넷째 국내구제의 완료, 다섯째 기판력이나 병행소송(*lis pendens*)과 관련된 원칙의 적용이 그것이다.¹⁰⁵⁾

또한 2015년 IDI의 국제범죄에 대한 보편적 민사관할권에 관한 결의¹⁰⁶⁾는 (국내)법원은 a) 피해자 및 피고와의 관련성, 관련 상황 및 사실에 비추어 청구와 더 강한 관련성을 가진 국가가 없는 경우, b) 더 강한 관련성을 가진 국가가 있는 경우라 할지라도, 피해자가 그러한 국가의 법원에서 이용가능한 구제수단이 없는 경우에는 피해자의 배상청구에 대한 관할권을 행사하여야 함을 선언하고 있다(제2조 제1항).¹⁰⁷⁾ 이 때 b)와 관련하여 법원은 만약 관할권을 가지고 있고, 피해자의 청구를 적법절차의 요건에

104) Devika Hovell, "The Authority of Universal Jurisdiction," *The European Journal of International Law* Vol. 29 No. 2 (2018), p. 454.

105) Kate Parlett, *supra* note 11, pp. 402-403.

106) 동 결의의 전문에서는 적정하고 효과적인 배상이 제노사이드, 고문, 인도에 반하는 죄, 전쟁범죄 등 국제범죄의 피해자들에게 제공되어야 함을 인식하면서, 보편적 형사관할권은 이러한 범죄의 예방 및 처벌의 수단이 될 수 있지만, 범죄자의 처벌만으로는 피해자들에게는 오직 부분적인 만족만을 줄 수 있다고 보고 있다. 따라서 특히 통상의 관할권을 가지는 법원이 적정한 구제를 제공하지 않을 경우, 보편적 민사관할권은 국제범죄의 피해자들이 배상을 받을 수 없게 되는 것을 방지할 수 있는 수단이 될 수 있다고 보고 있다. 결의 제1조는 국제범죄의 피해자들은 피해에 대한 책임을 지는 자로부터 적절하고 효과적인 배상을 받을 권리를 가지며, 배상을 청구할 사법예의 효과적인 접근권을 가짐을 선언하고 있다. Resolution of the Institute of International Law (2015), Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes. 원문은 다음과 같다.

"Article 1

1. Victims of international crimes have a right to appropriate and effective reparation from persons liable for the injury.
2. They have a right to an effective access to justice to claim reparation.
3. These rights do not depend on any criminal conviction of the author of the crime."

107) *Ibid.* 원문은 다음과 같다.

"Article 2

1. A court should exercise jurisdiction over claims for reparation by victims provided that: a) no other State has stronger connections with the claim, taking into account the connection with the victims and the defendants and the relevant facts and circumstances; or b) even though one or more other States have such stronger connections, such victims do not have available remedies in the courts of any such other State.
2. For the purposes of paragraph 1(b), courts shall be considered to provide an available remedy if they have jurisdiction and if they are capable of dealing with the claim in compliance with the requirements of due process and of providing remedies that afford appropriate and effective redress.
3. The court where claims for relief by victims have been brought should decline to entertain the claims or suspend the proceedings, in view of the circumstances, when the victims' claims have also been brought before: a) an international

따라 청구를 처리할 수 있고 적정하고 효과적인 배상(redress)을 부여할 수 있는 구제수단을 제공할 수 있다면, 이용가능한 구제를 제공하도록 고려하여야 한다(제2조 제2항). 또한 피해자의 청구가 제기된 법원은 피해자의 청구가 이미 ICC와 같은 다른 국제관할에 제기되었거나, 국제법 하에서 조정 및 배상을 위한 절차가 설치되었거나, 다른 국가의 법원이 더 강한 관련성을 가지고 있고 제2항의 의미에서 이용가능한 구제수단을 제공할 수 있는 경우에는 청구를 각하하거나 절차를 중지해야 한다고 선언하고 있다(제2조 제3항).¹⁰⁸⁾ 이러한 조항들은 보편적 민사관할권의 인정에 있어 필요의 법정과 마찬가지로 다른 법정의 이용 불가능성과 보충성을 요건으로 하여, 보편적 민사관할권의 남용이나 포럼쇼핑의 우려를 덜고 국가의 이익과 조화를 도모하는 것으로 볼 수 있을 것이다.

(4) 보편적 민사관할권과 필요의 법정의 관계

보편적 관할권과 필요의 법정의 관계에 대하여, 전자는 국제공법의 개념이고 후자는 국제사법의 개념으로 양자는 서로 아무런 관련이 없다고 보기도 한다.¹⁰⁹⁾ 그러나 대재판부는 보편적 관할권이 필요의 법정의 개념에 따라 달라진다고 보고 있다.¹¹⁰⁾ IDI의 2015년 결의 제2조에서도 보편적 관할권을 행사하기 위해서는 다른 법정의 이용이 불가능할 것을 요구하여 필요의 법정과 유사한 문구를 두고 있다. 또한 Mills는 국내구제를 완료한 보편적 관할권은 기능적으로 필요의 법정과 동등하다고 보고 있다.¹¹¹⁾ Jain은 필요의 법정이 보편적 민사관할권과 관련된 경우로서 네덜란드 민사소송법 제9조와 미국의 고문피해자보호법을 들고 있다. 그러나 이 두 경우 모두 편의의 법정은 국제법상 보편적 민사관할권의 인정을 제한적으로만 지지하고 있다고 보고 있는데, 그 이유로서 필요의 법정이나 국내구제의 완료 같은 기준을 충족하기 어렵기 때문에 보편적 민사관할권의 일반적 개념을 매우 좁게 해석하게 된다는 것이다.¹¹²⁾ 이러한 점을 고려할 때, 필요의 법정 또는 국내구제완료 원칙이 보편적 민사관할권과 결부되는 경우, 일반적인 보편적 민사관할권의 개념은 그 의미가 훨씬 제한적으로 좁혀지는 것을 알 수 있다. 따라서 이 경우의 보편적 민사관할권은 더 이상 ‘절대적’ 의미에서의 보편적 관할권으로는 볼 수 없을 것이다.

jurisdiction, such as the International Criminal Court; b) an authority for conciliation or indemnification established under international law; or c) the court of another State having stronger connections and available remedies within the meaning of the foregoing paragraphs.”

108) 그 외에도 국가들은 피해자가 배상청구와 관련된 절차상 당면할 법적 및 재정적 장애물들을 최소화하도록 하여야 하며(제3조), 피해자 집단이 배상청구를 제기할 수 있는 절차를 발전시키기 위해 노력하여야 한다(제4조). 특히 주권면제는 피해자의 배상에 대한 권리를 박탈하여서는 안 된다고 명시하고 있다(제5조). 결의의 조항들은 대재판부가 판시한 바와 같이 *lex ferenda*로서의 성격을 가지고 있다고 보인다.

109) Paul David Mora, *supra* note 14, p. 181.

110) Naït-Liman v Switzerland, Eur. Ct. H.R., (Grand Chamber), Judgment, 15 March 2018, para. 180.

111) Alex Mills, *supra* note 6, p. 226.

112) Abhimanyu George Jain, *supra* note 99, pp. 225-226.

V. 결 론

이상으로 중대한 인권침해 시 보편적 민사관할권을 통한 배상의 가능성에 대하여 살펴보았다. 특히 최근 2018년 유럽인권재판소의 *Naït-Liman v. Switzerland* 판결은 고문피해와 관련된 보편적 민사관할권과 필요의 법정에 대하여 다루고 있다. 대재판부는 국제법상 고문피해에 대해 보편적 민사관할권을 행사할 의무는 존재하지 않으며, 필요의 법정을 제공해야 할 의무도 존재하지 않는다고 보아 스위스 법원의 판단의 재량의 범위를 넓게 인정하였다. 국내법의 해석 및 적용에 관한 국내법원의 판단을 존중한다는 원칙에 따라, 대재판부는 스위스 법원이 LDIP 제3조를 엄격하게 해석하여 원고의 청구에 대해 관할권을 행사하지 않기로 한 결정이 판단재량의 한계를 일탈하지 않았으며, 따라서 비례성 원칙의 위반이 없다고 보았다. 그 결과 대재판부는 법원예의 접근권을 보장한 유럽인권협약 제6조 제1항의 위반이 없다고 판시하였다.

그러나 법원예의 접근권은 다른 유럽인권협약상 다른 모든 기본적 자유와 권리를 보장하기 위한 핵심적인 기본권으로서, 그 제한의 경우 판단의 재량은 보다 좁게 인정되어야 하며, 제한의 경우에도 본질적인 내용은 침해되어서는 안 된다. 그러나 다른 대체적 구제수단이 전혀 없는 경우에도 LDIP 제3조를 엄격하게 해석하여 원고의 법원예의 접근권을 박탈하는 것은 이미 그 본질적 내용이 침해된 것으로 볼 수 있을 것이다. 또한 LDIP 제3조의 입법목적 및 그간의 국내실행을 검토할 때, “사건”은 단순히 ‘일련의 사실’을 의미하는 것이 아니라, 거주 및 국적 등 인적 요소를 모두 포함하는 ‘모든 사실’로 보아야 한다. 따라서 스위스에서 약 14년을 거주하고 난민지위를 인정받았으며, 최종적으로 국적까지 취득한 원고의 경우에는 필요의 법정을 인정하기에 ‘충분한 관련성’이 있는 것으로 볼 수 있을 것이다. 결국 이 점에 관한 스위스 법원의 엄격한 해석은 자의적이며, 판단재량의 한계를 넘은 것으로 볼 수 있을 것이다.

비록 대재판부는 국제법상 보편적 민사관할권 행사의무를 부정하였지만, 그 행사가 금지된다고 보지는 않았으며, 오히려 바람직하고 장려된다고 보았다. 따라서 보편적 민사관할권을 국가의 재량에 따라 행사하는 것은 국제법상 가능할 것으로 생각된다. 다만 이 경우의 보편적 민사관할권은 국가의 이익과 조화되어야 할 필요가 있으며, 피해자의 법원예의 접근권의 본질을 훼손하지 않는 정도의 제한은 가능하다고 볼 수 있을 것이다. 또한 보편적 민사관할권의 남용을 막기 위해 필요의 법정 또는 국내구제완료의 원칙 등과 결부되어 예외적·보충적으로 행사되어야 할 것이다.



제2부(B) : 제4발표

유엔장애인권리협약 제12조와 정신장애인의 법적능력

발표 : 이명화 (연세대학교)

토론 : 이주영 (서울대학교)

大韓國際法學會

유엔장애인권리협약 제12조와 정신장애인의 법적능력

이 명 화*

연세대학교 법학연구원 전문연구원

목 차

- I. 서론
- II. 제12조의 의의와 도입과정
 - 1. 제12조의 법 앞에서의 평등
 - 2. 평등과 차별의 문제
 - 3. 제12조의 도입 과정과 전략적 모호성
- III. 법적능력의 개념
 - 1. 법적능력의 정의
 - 2. 법적능력의 적용 범위
 - 3. 법적능력의 제한
 - 4. 법적능력과 형사책임
 - 5. 의지와 선호도 및 부당한 영향력의 행사
 - 6. 정신장애인의 재산권
- IV. 의사결정지원제도로의 전환
 - 1. 목적의 정당성 및 제도의 합리성
 - 2. 의사결정지원제도의 특징
 - 3. 지원 패러다임
- V. 결론

I. 서 론

역사적으로 장애인 특히 정신장애인은 사회와 격리되고 소외되어 시설화가 강요되고, 강제치료와 강제

* 연세대학교 법학박사, 미국 변호사

구금의 결정은 대리인에 의해 이루어지게 되었다. 유엔장애인권리협약 제12조는 정신장애인의 강제구금과 강제치료 문제에 있어서 법적능력의 회복에 주목한다. 유엔에서는 정신장애인의 인권 문제를 다루기 위해 국가대표와 장애인단체의 협의를 통해 유엔장애인권리협약(Convention on the Rights of Persons with Disabilities, CRPD)을 2006년에 도입하였다. 유엔장애인권리협약은 182개 국가가 비준한 보편적인 인권협약으로,¹⁾ 국내에서는 2008년 12월에 비준하여 2009년 1월부터 발효되었다.²⁾ 유엔장애인권리협약의 50개 조항을 숙지하는데 있어서 제12조의 정신장애인의 법 앞에서의 평등한 인정과 법적능력에 대한 이해는 필수적이다. 정신장애인은 법인격을 지닌 법적 주체로 권리와 의무를 지니고, 법적으로 효력을 갖는 법적행위(legal agency)를 할 수 있으며, 국가의 사법체계 내에서 법적 책임을 지고 권리를 행사할 수 있다.³⁾

유엔장애인권리협약의 이행을 관리, 감독하는 유엔장애인권리위원회(CRPD Committee)는 독립적인 전문가 집단으로 일반논평(General Comment), 최종견해(Concluding Observations), 그리고 선택의정서(Optional Protocol)에 근거하여 청원에 대한 결정을 통해 의견을 제시하고 있다.⁴⁾ 법적능력의 개념이 정신장애인에게 적용됨에 있어서 그 구체적 의미와 범위를 살펴보는 것은 강제구금과 강제치료 문제에 있어서 매우 중요하다. 정신장애인의 시설 격리는 심각한 존엄성의 침해이며 CRPD의 위반을 구성하고, CRPD의 준수를 위해서는 법적능력의 회복이 필수적인 과제이다.

유엔장애인권리위원회는 법적능력의 행사를 위한 지원에 있어서 의사결정지원제도를 언급하며, 현재 대부분의 국가에서 시행하는 대리결정제도의 폐지를 촉구한다. 후견인제도를 포함한 대리결정제도의 경우 정신장애인의 신체 자유의 박탈과 재산권 제한 등 심각한 인권 침해의 결과로 이어지고 있다. 반면 의사결정지원제도는 개인의 권리, 의지, 선호도를 존중하며, 지원을 통해 정신장애인의 자기결정권이 지켜질 수 있도록 보호한다. 유엔장애인권리협약은 장애를 근거로 법적능력의 거부나 제한이 이루어지는 것을 금지하며, 법적능력의 행사를 위해 정신장애인에게 지원이 제공될 것을 명시하고 있다.

1) Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Adopted on 13 December 2006 by General Assembly resolution A/RES/61/106, Entry into force 3 May 2008, available at https://www.un.org/disabilities/documents/convention/convention_accessible_pdf.pdf (유엔장애인권리협약은 2006년 12월 13일 제61차 총회에서 회원국의 컨센서스(consensus)로 채택되었다) (Accessed 3 March 2021).

2) 보건복지부 유엔장애인권리협약 소개, https://www.mohw.go.kr/react/policy/index.jsp?PAR_MENU_ID=06&MENU_ID=06370202&PAGE=2&topTitle= (Accessed 3 March 2021).

3) Ilias Bantekas & Michael Stein (ed.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary* (Oxford University Press, 2018), p. 340.

4) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, (2014), CRPD/C/GC/1, available at <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx> (Accessed 3 March 2021); Committee on the Rights of Persons with Disabilities, Introduction, available at <https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/crpdindex.aspx> (Accessed 3 March 2021) (일반논평은 유엔장애인권리협약의 주요 조항에 대한 유엔장애인권리위원회의 견해를 제시하며, 당사국들의 국가보고서에 대한 최종견해와 선택의정서를 비준한 당사국들의 개인 청원에 대한 유엔장애인권리위원회의 결정을 통해 유엔장애인권리협약의 해석과 당사국들의 이행 상황을 확인할 수 있다).

II. 제12조의 의의와 도입과정

1. 제12조의 법 앞에서의 평등

다음은 유엔장애인권리협약 제12조 ‘법 앞에서의 평등’의 본문이다.⁵⁾

1. 당사국은 장애인이 어디에서나 법 앞에 인간으로서 인정받을 권리가 있음을 재확인한다.
2. 당사국은 장애인들이 삶의 모든 영역에서 다른 사람들과 동등한 조건으로 법적능력을 누려야 함을 인정한다.
3. 당사국은 장애인들이 법적능력을 행사하는데 필요한 지원에 대한 접근성을 제공받을 수 있도록 적절한 입법 및 기타 조치를 취한다.
4. 당사국은 법적능력 행사와 관련이 있는 모든 입법 또는 기타 조치들이 국제인권법에 따라 오용을 막기 위한 적절하고 효과적인 안전장치(safeguard)를 제공하도록 보장한다. 그러한 보호자는 법적능력 행사와 관련이 있는 조치들이 개인의 권리, 의지, 선호도를 존중하고, 이익분쟁과 부당한 위압으로부터 자유롭고, 개인이 처한 환경에 비례하여 균형을 맞추고, 가능한 최단기간에 적용을 하며, 자격이 있고 독립적이며 공정한 당국 또는 법률기구에 의한 정기 심의의 대상이 되도록 보장해야 한다. 보호자는 그러한 조치들이 개인의 권리와 이익에 영향을 미치는 정도에 비례해야 한다.
5. 본 조항 규정의 대상이 되는 당사국은 장애인의 재산 소유 또는 상속에 있어 평등권을 보장하고, 이들의 재정적 사항들을 관리하고, 은행대출, 담보 및 기타 재무산용에 있어 동등한 접근성을 보장하기 위한 모든 적절하고 효과적인 조치를 취해야 하며, 임의적으로 장애인의 재산이 박탈당하지 않도록 보장한다.

유엔장애인권리협약 제12조의 법 앞에서 평등한 인정을 받을 권리는 시민적, 정치적 권리로 세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, UDHR) 제6조와⁶⁾ 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규

5) Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Article 12; Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 30 (2014), (CRPD 제12조의 권리는 비준의 순간에 적용되어 실현되어야 한다. CRPD 12(3)의 법적능력 행사를 위한 지원 제공은 법 앞에서 동등할 권리의 실현을 위한 의무로, 점진적 실현은 제12조에 적용되지 않고 비준의 순간에 형성되며 당사국들은 그러한 권리를 실현시킬 의무가 있다. CRPD 비준과 함께 당사국들은 제12조의 의무를 실현하기 위한 절차를 진행하고, 그 절차는 의도와 계획을 가지고 이루어져 장애인과의 협의와 의미있는 참여를 필요로 한다).

약(International Covenant on Civil and Political Rights, ICCPR) 제16조에 근거를 두고 있다.⁷⁾ 차별없는 법 앞에서의 평등한 보호는 세계인권선언 제7조와⁸⁾, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제26조에⁹⁾ 나타나며, ICCPR 제26조는 차별에 대하여 폭넓은 보호를 제공하고 있으나, 차별에 특별히 취약한 집단에 장애인을 포함시키지 않았다. CRPD는 기존의 인권협약에서 다루지 않았던 정신장애인의 권리를 인정하며 보호하고 있는 것이다.

법 앞에서의 평등할 권리는 인간이기 때문에 부여되는 보편적이고 내재적인 권리로, 법적능력을 포괄하며 정신장애인에겐 더욱 중요하여 강제치료와 강제구금을 거부하고 투표권, 출산권, 양육권을 행사할 권리를 포함한다. 법 앞에서의 평등한 인정은 후견인제도를 비롯하여, 형사재판에서의 정신이상항변(insanity defense)을 포함한 민형사 재판 절차, 선거법과 정신보건법에 두루 영향을 끼치고 있다. 유엔장애인권리위원회는 정신장애인의 법인격과 민형사상 권리와 의무를 인정하며, 정신장애인이 출생 신고가 되지 않거나, 신분증 발급이 되지 않거나 재산 상속 자격이 박탈된다면, CRPD 12(1)의 위반임을 명시하고 있다.¹⁰⁾

기존의 장애인 관련 인권협약은 법 앞에서의 동등한 인정을 보장하였으나 후견인 지정을 허용하였고, 1971년 정신지체인 권리선언과 1975년 장애인권리선언은 지적장애인의 이익 보호를 위해 후견인 제도를 하나의 권리로 설정하고 있다.¹¹⁾ 유엔장애인권리협약 제12조는 보편적 법적능력(universal legal capacity)이라는 새로운 패러다임을 제시하였고, 장애로 인하여 법적능력의 권리가 제한될 수 없다고 명시한다.¹²⁾ UDHR, ICCPR, 그리고 CRPD는 모두 공통적으로 법 앞에서 평등할 권리가 어디에서나

6) Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217A (III) on 10 December 1948 (Article 6. Everyone has the right to recognition everywhere as a person before the law).

7) International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by General Assembly resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966 (Article 16. Everyone shall have the right to recognition everywhere as a person before the law).

8) UDHR Article 7. All are equal before the law and are entitled without any discrimination to equal protection of the law. All are entitled to equal protection against any discrimination in violation of this Declaration and against any incitement to such discrimination.

9) ICCPR Article 26. All persons are equal before the law and are entitled without any discrimination to the equal protection of the law. In this respect, the law shall prohibit any discrimination and guarantee to all persons equal and effective protection against discrimination on any ground such as race, colour, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, property, birth or other status.

10) American Convention on Human Rights, available at <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>. (미주인권협약에서도 법인격과 법 앞에서 인정받을 권리를 명시하고 있다) (Accessed 3 March 2021).

11) UN Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons, adopted by General Assembly Resolution 2856 (XXVI) on 20 December 1971, available at <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx> (1971 유엔지적장애인 권리선언은 법적 능력의 제한을 허용하고 있으며 후견인의 지명을 인정하고 있다) (Accessed 3 March 2021); UN Declaration on the Rights of Disabled Persons, adopted by General Assembly Resolution 3447 (XXX) on 9 December 1975, available at <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/rightsofdisabledpersons.aspx> (1975년도 장애인권리선언) (Accessed 3 March 2021); Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, adopted by General Assembly Resolution 46/119 on 17 December 1991, available at <https://digitallibrary.un.org/record/135851> (1991년 도입된 MI원칙은 법적 능력의 박탈이 독립적으로 공정한 법정의 공평한 심리를 통해 적법절차의 보장이 이루어져야 한다고 명시하고 있다) (Accessed 3 March 2021).

12) Bantekas, *supra* note 4, at 340-342 (보편적 법적능력의 실행을 위한 국가적 개입(intervention)의 속성과 인권의 보호와 협약의 이행은 신의성실에 의하여 장애인의 의견은 공평하게 반영될 수 있어야 한다).

지켜지고, 국제인권법상 제한되거나 박탈될 수 없음을 명시한다.¹³⁾

CRPD는 기존의 인권협약에서 다루지 않은 장애인 인권을 보호하며, 비록 도입 단계부터 상당한 논란이 되었으나 제12조는 국내적, 지역적 입법 기구와 법원에 영향을 끼치고, WHO를 포함한 유엔 시스템내의 보고관, 기관의 보고서와 성명에도 영향력을 미치게 되었다.¹⁴⁾ CRPD가 모든 장애인을 적절하게 대표할 수 있을지에 대한 의문도 제기되었으나, 우려에도 불구하고 CRPD는 유엔의 역사상 가장 포괄적인 인권 조약 작성 절차를 거쳤다는 평가이며, 향후 조약 협상에 있어서 모범으로 간주된다.¹⁵⁾

2. 평등과 차별의 문제

평등(equality)은 정책 및 입법과 연관된 개념으로, CRPD 12(2)는 장애인들이 법적능력에 있어서 차별을 당하지 않을 것을 명시하고 있다. CRPD 제2조는 장애를 근거로 한 차별을 다음과 같이 정의하고 있다.¹⁶⁾

“장애로 인한 차별”은 장애를 근거로 한 구별, 배제, 또는 제한을 의미한다. 즉, 정치, 경제, 사회, 문화, 민간 및 기타 영역에서의 모든 인권 및 기본적인 자유를 다른 사람들과 동등한 조건에서 인식, 향유 또는 행사하는 것을 손상시키거나 무효화하려는 의도 또는 결과를 뜻한다. 이는 합리적인 편의제공의 거부를 포함하여 모든 유형의 차별을 포함한다.

제도의 차별성은 불이익의 확인에서 시작되는데, 법적능력의 박탈은 그 자체로 배제적이며 불리하고 강제치료나 시설화와 같은 불이익을 초래한다.¹⁷⁾ 후견제도와 정신보건법이 정신장애인들의 권리를 지지하고 보호하기 위한 중요한 수단이라는 의견도 있으나, 보편적 법적능력 패러다임은 이러한 견해를 배척

13) ICCPR 4(2)에서는 공공 응급상황에서도 이 권리가 지켜질 것을 언급하며, CRPD 4(4)에서는 기존 국제인권법 원칙을 포용한다고 지적한다. Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General Comment No. 1, para 5 (2014).

14) Convention Against Torture (UNCAT) Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E Mendez, UN Doc A/HRC/22/53 (1 February 2013); UNCAT Interim report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, UN Doc A/63/175 (28 July 2008); World Health Organization, Office of the High Commissioner for Human Rights and other UN agencies, “Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement” (2014); World Health Organization, “WHO Quality Rights Tool Kit: Assessing and Improving Quality and Human Rights in Mental Health and Social Care Facilities” (WHO 2012); European Union Agency for Fundamental Rights, “Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems” (2013).

15) Bantekas, *supra* note 4, at 344 (치매 환자의 경우 제12조 협상에서 제한적으로만 의견이 반영되었다는 우려가 제시되었다).

16) CRPD Article 2.

17) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014), (강제금구와 강제치료는 CRPD의 정당한 목적과 부합하지 않는다).

하며, 후견인제도, 시설화, 강제치료, 그리고 자기결정권 제한이 가져오는 피해에 집중할 것을 촉구한다.¹⁸⁾ 법적능력의 박탈로 인한 불이익과 관련하여 ICCPR은 구별된 대우가 모두 차별을 구성하지 않고, 다만 구별의 기준이 합리적이고 객관적이며 정당할 것을 요구한다.¹⁹⁾ 유엔장애인권리위원회는 지적장애인들이 투표권을 박탈당한 사건에서 투표할 능력을 분석하는 것은 그 속성이 차별적이며, 정당한 목적이 부재하고 국가 정치 시스템의 온전함을 보존하기 위한 목적에 합당하지 않다고 판시하였다.²⁰⁾ 유엔장애인권리위원회는 ICCPR의 기준을 차용하여 차별 사건에 적용하였고, 투표권 거부의 정당성이 부재하다고 판단하였다.²¹⁾

법 앞에서의 평등한 인정을 위해 법적능력은 차별적으로 거부되지 않아야 한다.²²⁾ 국가는 범죄에 대한 유죄 선고나 파산과 같은 특정 상황으로 인해 법적능력을 제한할 수 있으나, 법 앞에서 평등할 권리와 비차별의 원칙은 법적능력의 부인이 동일한 근거로 이루어질 것을 요구한다.²³⁾ 역사적으로 장애인들은 강제치료를 허용하는 후견인제도와 같은 대리결정제도에 의해 차별적으로 법적능력을 박탈당하였다. 법적능력의 거부와 장애로 인한 불이익은 CRPD 제12조의 위반으로 당사국들은 장애인의 법적능력이 비장애인인과 비교하여 불평등하게 제한되지 않는지 확인할 의무가 있다.²⁴⁾

여성차별철폐협약(Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, CEDAW) 제15조는 남성과 평등한 여성의 법적능력을 명시하고 있고, 법적능력의 인정이 법 앞에서 평등할 권리에 필수적임을 확인하고 있다.²⁵⁾ 여성차별철폐협약은 시민적 권리에 있어서도 여성이 평등하게 법적능력을 행사할 권리를 명시하며, 특히 계약의 체결, 재산의 처분과 법원 및 사법절차에서 평등한 대우가 이루어질 것을 강조한다.²⁶⁾ 평등한 법적능력의 권리는 장애여성을 포함한 모든 여성에게 적용된다. CRPD는 장애 여성이 성별과 장애에 근거하여 복합적이고 교차적인 차별의 대상이 되는 것을 확인하고 있다.²⁷⁾ 장애여성은 강제 불임 시술율이 높고, 재생산 권리(reproductive rights)와 관련하여

18) Tina Minkowitz, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, Vol. 34 p. 414 (2007) (보편적 법적능력 옹호가들은 강제구금과 강제치료를 경험한 자들의 끔찍한 사례를 전하며 삶에 대한 통제력을 강조한다).

19) CCPR General Comment No. 18: Non-Discrimination (Adopted at the 37th Session of the UN Human Rights Committee on 10 November 1989), available at <https://www.refworld.org/docid/453883fa8.html> (Accessed 3 March 2021).

20) *Bujdoso et al. v. Hungary* (2013) CRPD/C/10/D/4/2011.

21) *Bujdoso et al. v. Hungary* (2013) CRPD/C/10/D/4/2011.

22) CRPD Article 5 (CRPD 제5조에서는 장애를 근거로 한 차별을 금지하며, 법의 평등한 보호와 법 앞에서의 평등을 보장한다).

23) Tina Minkowitz, *CRPD and Transformative Equality*, *International Journal of Law in Context*, Volume 13(1), p.84 (2017).

24) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 7, 33-38 (2014), (법적능력 권리의 인정은 사법접근권에 있어서 필수적이다. 당사국들은 장애인에게 평등하게 사법접근권을 보장하고, 평등한 권리와 의무의 시행을 위해 법 앞에서의 평등한 인정이 법원과 사법절차를 통해 평등하게 이루어지도록 해야한다. 법적능력의 침해는 법적대리인을 통해 구제가 이루어져야 하며 장애인은 법정에서 권리를 옹호할 수 있어야 한다. 결정을 내릴 자유는 법적능력을 요하고, 자립과 자율은 개인의 결정이 법적으로 인정받는 것을 의미한다. 법적능력의 인정에 있어서 차별로부터 자유로울 권리는 CRPD 제3조에 명시된 개인의 자율성과 존엄성을 바탕으로 한다).

25) Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women, adopted by General Assembly Resolution 34/180 on 18 December 1979, available at <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/ccpr.aspx> (Accessed 3 March 2021).

26) *Ibid.*

종종 통제력을 상실하고, 성관계에 있어서 동의할 능력이 없다는 가정이 이루어지게 된다.²⁸⁾ 더하여 남성보다 여성에 대하여 대리결정이 더 많이 이루어진다는 연구가 제시되었다.²⁹⁾

차별적인 국내제도는 장애인의 존엄성 침해, 편견, 고정관념 그리고 사회적 불이익으로 나타나고, 동등함과 비차별을 핵심 가치로 삼고 있는 CRPD는 장애인이 겪는 심각한 사회적 불이익을 지적한다.³⁰⁾ 강제치료는 법 앞에서 평등할 권리의 침해이며 법적능력의 부인으로, 신체적, 정신적 온전성(integrity)과 관련한 결정들은 자유로운 사전동의에 의해 이루어져야 한다.³¹⁾ 연구 결과에서는 강제치료의 효과가 미비하며 경험자들은 상당한 고통과 정신적 충격을 받는 것으로 나타나고 있다.³²⁾

3. 제12조의 도입 과정과 전략적 모호성

CRPD는 2002과 2006년 사이 여덟 차례에 걸쳐 특별위원회(Ad Hoc Committee, AHC)에서 논의가 이루어졌고, 공식적, 비공식적 논의에 장애인이 포함되어 제안서 제출과 CRPD 논평이 작성되었다.³³⁾ 유엔장애인권리협약은 해석과 이행의 모든 단계에 정신장애인의 참여를 우선시하였고, 정책이나 입법 도입시 긴밀한 협의와 활발한 참여가 이루어질 것을 주문하였다.³⁴⁾ 첫 ADC 회의에서는 장애인단체들이 국제장애인회의(International Disability Caucus, IDC)를 형성하였고, ADC 협상 기간 동안 장애인들을 대표하는 목소리가 되었다.³⁵⁾ 2003년도 두 번째 AHC 회의에서 협약의 초안을 위한 당사국 대표, 장애인

27) CRPD Preamble.

28) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 35 (2014).

29) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 35-36 (2014), (CRPD 제12조는 연령과 관계없이 법 앞에서의 평등을 보호하고 있으며, CRPD 제7조에서는 장애아동과 관련하여 최선의 이익(best interests) 원칙이 적용되고 아동의 의견이 나이와 성숙도에 따라 반영될 것을 명시하고 있다. 당사국들은 장애아동의 의지와 선호도가 비장애아동과 평등하게 존중될 수 있도록 해야한다).

30) Bantekas, *supra* note 4, at 380 (장애인을 겨냥한 국내 제도는 능력의 부재와 관련한 고정관념을 강화시키게 된다. 특정 제도의 합리성은 모든 부정적 효과와 긍정적 결과를 비교하여 이루어져야 한다. CERD와 CEDAW처럼, CRPD는 사회적 편견과 사적 주체의 차별에 맞서기 위한 구체적인 당사국 의무를 제시하고 있다).

31) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 41-42 (2014), (강제치료는 제12조와 제15조 고문으로부터 자유로울 권리, 제16조 학대, 착취, 폭력으로부터 자유로울 권리, 제17조 개인의 존엄성(personal integrity)의 위반이다. 자유로운 사전동의(free and informed consent)에 의한 치료의 권리는 제25조에서 다루고 있다. 치료 이전에 장애인의 자유로운 사전동의는 필수적이며 법적능력의 존중은 대리인에 의한 강제치료를 허용하지 않는다. 의료진은 장애인과 직접 협의를 거쳐야 하며, 부당한 영향력이나 대리결정이 이루어지지 않는지 확인해야 한다. 강제치료는 특히 심리사회적, 지적, 인지적 장애인에게 문제가 되며, 강제적 정신과 치료를 묵인하는 입법과 정책은 검토되어야 한다).

32) Eilionoir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, "State Intervention in the lives of people with disabilities: the case for a disability-neutral framework", *International Journal of Law in Context*, 13(1), p. 42 (2017).

33) Bantekas, *supra* note 4, at 343.

34) Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Article 4(3).

35) Maria Reina, "How the International Disability Caucus worked during negotiations for a UN Human Rights Convention on Disability", available at <http://globalag.igc.org/agingwatch/events/CSD/2008/maria.htm> (Accessed 3 March 2021).

단체, 학자, 인권운동가들이 모여 워킹그룹(Working Group)을 형성하였고, 이후에 유엔장애인권리위원회를 구성하게 되었다.³⁶⁾ 2004년 워킹그룹에서 패러다임의 전환이 분명해졌고, 워킹그룹의 초안이 제12조의 협상을 위한 근거가 되었다.³⁷⁾ 장애인도 동등하게 법 앞에서 권리를 지니며, 완전한 법적 능력을 가지고, 자신의 선택에 대한 이해, 의사소통과 표현 그리고 법적행위에 대한 지원(support)을 받을 것이 명시되었다.³⁸⁾

제12조는 전략적 모호성(ambiguity)을 바탕으로 한 장애인단체와 당사국들간의 합의의 산물로, 통합과 참여를 목표로 대리결정과 후견제도의 금지에 대한 모호성은 계획적으로 이루어졌다.³⁹⁾ CRPD의 도입 과정에서 그동안 기정사실로 여겨졌던 정신장애인의 강제치료와 강제구금에 대한 검토가 비로소 시작되었고, 대리결정과 후견제도의 철폐를 암시한 제12조는 정신장애인의 법적능력 제한의 속성과 효과를 분석하게 되었다. 통합은 IDC의 주요 전략으로, 비록 내부적으로는 이견이 제시되었으나 당사국들과의 협상 과정에서는 단결된 모습이 드러났다.⁴⁰⁾ 통합과 모호성은 제12조의 역사와 해석에 있어서 핵심적인 주제로 나타나며, 비록 약점이 될 수 있으나 모호성은 협상에서 비준까지 지금의 새로운 패러다임 구축을 가능하게 하였다. 전략적으로 CRPD 제12조는 대리결정의 허용이나 금지에 관하여 침묵하며 통합을 위한 모호성을 채택한 것이다.⁴¹⁾

III. 법적능력의 개념

1. 법적능력의 정의

법적능력의 국제적인 정의는 확립되지 않았으나, 그 의미를 명확히하려는 연구들은 제시되고 있다.

36) *Ibid.*

37) Tina Minkowitz, "CRPD and Transformative Equality", *International Journal of Law in Context*, Vol. 13(1), pp. 77-78 (2017).

38) CRPD Article 12 (초안에서는 법적으로 정해진 절차에 의해, 지원에 있어서 적합한 법적 안전장치의 적용이 이루어질 것을 명시하였다).

39) Bantekas, *supra* note 4, at 344-345 (ADC 회의에서 당사국들은 '법적 능력'의 의미에 대하여 이견을 표현했고, 몇몇 국가들은 행위 능력(capacity to act)과 권리를 지닐 능력(capacity to hold and bear rights)을 구별하였으나, IDC는 강하게 반대하며 행위 능력이 자기결정권에 있어서 필수적임을 지적하였다).

40) *Ibid.*

41) Signatories and ratifications to the CRPD, and reservations and declarations, available at https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4 (캐나다, 네덜란드, 호주, 폴란드, 이집트, 에스토니아, 싱가포르 그리고 노르웨이는 모두 CRPD를 비준하며 해석적 선언을 제출하였고, 제12조가 대리결정, 법적 능력의 박탈, 후견인 제도를 허용하는 것으로 이해한다고 명시하였다) (Accessed 3 March 2021).

CRPD 제12조의 해석과 관련하여 31명의 법 전문가들은 법적 능력을 다음과 같이 정의한다: 권리를 지니고, 행사하고, 행동할 능력으로, 그러한 권리에 근거하여 소송을 제기할 법적능력을 포함하는 것이다.⁴²⁾ 유엔장애인권리위원회의 일반논평에서는 법적능력을 정의하며, 권리의 주체로 법적인 행위자가 되어 법적 관계를 생성, 수정, 종료할 권리를 지니며, 법 제도내에서 권리의 완전한 보호를 의미한다고 명시하고 있다.⁴³⁾ 법인격은 법적능력의 인정을 위한 전제조건으로, CRPD 12(1)은 법인격의 존중을 확인한다.⁴⁴⁾ 법인격은 법적으로 의무와 권리를 지니는 법적 행위자를 지칭하고 있으나, 후견제도로 권리 행사가 불가능하거나, 개인이 법적으로 인정을 받지 못 할 수도 있다.⁴⁵⁾

2. 법적능력의 적용 범위

과거에 여성과 아동, 소수인종은 법적능력의 인정이 거부되었고, 장애인들은 여전히 전 세계적으로 법적능력의 박탈을 가장 많이 경험하는 집단이다.⁴⁶⁾ CRPD 12(2)는 ‘법적능력’을 두 번째로 사용하고 있는 유엔인권조약으로, 여성차별철폐협약 15(2)에서 처음 언급되었다.⁴⁷⁾ 여성차별철폐협약은 여성의 재산 처분 및 상속, 신용 관리, 계약 체결, 투표, 법정에서 증언하는 등의 기본적 권리를 보호하기 위해 법적능력을 다루고 있다.⁴⁸⁾ CRPD는 일반원칙으로 내재된 존엄성, 자기결정권을 포함한 자율성(autonomy), 독립성에 대한 존중, 비차별, 온전하고 효과적인 사회적 참여, 장애인에 대한 포용성, 기회의 평등, 접근성, 성평등, 장애아에 대한 존중을 모두 포괄하고 있다.⁴⁹⁾ 법적능력은 자율성과 긴밀히 연관되어 개인이 선택의 주체가 되어 대리결정의 폐단으로부터 자신을 보호할 수 있도록 한다.⁵⁰⁾

42) Santos Cifuentes and others, “Legal Opinion on Article 12 of the CRPD” (University of Leeds Disability Studies Group Archives 2008), available at <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/legal-opinion-LegalOpinion-Art12-FINAL.pdf> (Accessed 3 March 2021).

43) General Comment No. 1 (법적능력의 개념은 유동적이고, 법적능력에 해당하는 행위를 항상 확정하기는 어려우며 법적능력의 제한을 규정하기도 쉽지 않다. 모든 행위와 결정을 법적인 것으로 간주할 수 없고, 법적능력을 규정하는 일은 관행(custom)과 관할(jurisdiction)에 따라 달라진다. 행위의 속성이 법적인 특성을 지니는지, 행위자가 권리와 책임이 따르는 법적으로 유효한 선택과 행위를 했는지를 분석해야 한다. 법적능력은 개인의 행위와 결정이 법적으로 유효한지를 다루고 있다).

44) CRPD Article 12.

45) Anna Arstein-Kerslake and Eilionoir Flynn, “The right to legal agency: domination, disability, and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, International Journal of Law in Context, Vol. 13(1), p. 25 (2017) (과거 여성과 노예는 민법상 법적인 존재가 아니었다).

46) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 8 (2014).

47) CEDAW Article 15.

48) CEDAW Article 15 (여성차별철폐협약 제15조는 법 앞에서 여성의 평등한 권리와 평등한 법적능력의 인정을 요구하며, 계약을 맺거나, 재산을 처분하고 사법제도내 권리의 행사를 포괄하고 있다).

49) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 11 (2014),

50) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 43, (2014), (법 앞에서의 평등은 출생신고와 이름을 가질 권리를 포함한다. 아동의 경우 의료와 교육의 혜택을 비장애 아동과 동등하게 받는 것을 의미한다. 당사국들은 장애아동의 출생신고가 반드시 이루어지도록 해야 한다. 아동권리협약 제7조에서도 명시되고 있으나, 장애아동은 비장애 아동과 비교하여 신고가 되지 않을 확률이 매우 높다. 이것은 국적, 의료와 교육 혜택의 부인과 함께 때로는 사망에 이르게 되는

법적능력은 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 행사를 위해 필수적이며, 장애인이 건강, 교육, 일과 관련한 결정을 할 때 특별한 의미를 지니게 된다. 법적능력의 박탈은 투표권, 혼인의 권리, 출산할 권리, 양육권, 치료의 권리, 자유권과 같은 근본적인 권리의 박탈로 이어지게 되는데, 모든 장애인이 대리결정이나 법적능력 박탈의 대상이 될 수 있으나, 그 가운데서 정신장애인은 여전히 가장 많은 권리의 박탈은 경험하는 집단이다.⁵¹⁾ 유엔장애인권리위원회는 장애의 여부가 법적능력 박탈의 근거가 될 수 없다고 명시하며, 평등한 법적능력의 회복을 촉구한다.⁵²⁾ 법적능력은 내재적인 권리로 법 앞에서 법인격으로 인정받고, 출생신고, 의료지원, 선거인 등록, 여권 발급 신청을 포함하며, 권리를 행사하고 법적으로 인정받는 것을 의미한다.⁵³⁾ 법적능력의 인정은 CRPD에 언급된 다른 인권의 향유와도 연관되어 있다. 제13조 사법접근권(right to access justice), 제14조의 시설에의 비자발적 구금과 강제치료로부터 자유로울 권리, 제17조 개인의 신체적, 정신적 완전성(integrity)의 존중, 제18조 이동과 국적의 자유, 제19조 주거지와 동거인을 선택할 권리, 제21조 표현의 자유, 제23조 혼인과 가정을 꾸릴 권리, 제25조 치료에 동의할 권리, 제29조 투표하고 출마할 권리이다.⁵⁴⁾

3. 법적능력의 제한

법 앞에서의 평등함은 인권 보호에 있어서 기본적인 개념으로 인권의 행사를 위해 필수적이다. UDHR, ICCPR에서도 법 앞에서 평등할 권리를 보장하고 있고, CRPD 제12조는 배제되었던 정신장애인의 권리에 초점을 맞추고 동등하게 법 앞에서의 평등을 보장받을 수 있도록 당사국들의 의무를 제시하고 있다. 당사국들은 장애인의 법 앞에서 동등하게 인정받을 권리를 보호하고, 존중하고, 보편적 법적 능력의 실현을 위해 목적이나 효과에 있어서 장애를 근거로 한 차별적인 법적능력의 부인이 일어나지 않도록 해야 한다.⁵⁵⁾

법적능력과 지적능력은 구별되는 개념으로,⁵⁶⁾ 법적능력은 권리와 의무를 지니고(legal standing) 행사

사유가 된다. 출생의 공식적 기록이 없기 때문에 사망도 처벌이 되지 않는다).

51) Bantekas, *supra* note 4, at 354

52) Bantekas, *supra* note 4, at 350-351.

53) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 14 (2014) (법적능력은 법적자격(legal standing)과 법적행위(legal agency)가 모두 인정되는 것으로 정신장애인은 법적행위가 거부되거나 제한되는데, 법적으로 재산 소유가 가능할 수 있으나, 매매 행위는 인정되지 않을 수 있다).

54) CRPD Articles 13, 14, 17, 18, 19, 21, 23, 25, 29 (법인격의 인정없이 그러한 권리를 행사하고, 주장하고, 집행할 권리가 상당한 타격을 받게 된다).

55) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, paras 24-25 (2014) (당사국들은 법적능력의 권리와 인권의 향유를 침해하는 비국가 및 사적 행위자를 제재해야 한다).

56) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 15 (2014), (법적능력과 지적능력은 종종 혼용되고, 인지적 또는 심리사회적 장애로 결정 능력에 결함이 있는 경우 특정 결정에 대한 법적능력이 제한되는 것을 볼 수 있다. 기능적 접근방식은 지적 능력을 분석하여 그에 따라 법적능력을 거부하고자 한다. 결정의 결과와 속성을 이해하는지 그리고 적절한 정보를 활용하고 비교 평가할 수 있는지를 살펴본다. 이러한 방식의 문제점은 1) 장애인에게 차별적으로 적용되

(legal agency)하는 것을 가리키며, 의미있는 사회적 참여를 위해 필수적이다.⁵⁷⁾ 지적능력은 결정을 내리는 개인의 능력으로, 사람마다 상황마다 다르게 나타나고, 객관적으로 분석하기 어려우며, 정치, 사회적 영향을 상당 부분 받게 된다. UDHR 제6조, ICCPR 제16조, CEDAW 제15조는 지적능력과 법적능력을 구분하지 않는다.⁵⁸⁾ 그러나 CRPD는 정신장애나 지적능력이 법적능력 제한이나 거부의 정당한 사유가 될 수 없음을 명시한다.⁵⁹⁾

대부분의 국가에서는 지적 능력에 따라 법적능력을 제한하고 있다.⁶⁰⁾ 흔히 사용되는 ‘기능적’ 접근방식(functional approach)은 결정을 내리는 능력이나 장애에 근거하여 차별한다는 비난을 받아왔다.⁶¹⁾ 기능적 접근은 장애인들에게 불리한 결과(disparate impact)를 가져오며, 강제 개입이 단기간이 아닌, 시설화(institutionalization), 강제치료, 강제 불임시술과 연관된다.⁶²⁾ 비장애인에게 적용될 수 있다는 가정하에 일시적인 고열이나 의식을 잃은 경우를 대조군으로 설정한다면, 기능적 테스트로 인한 장애인의 법적능력 박탈의 결과에 대한 우려를 간과하게 된다. 비장애인에게는 강제 조치가 드물게 나타나기 때문이다.

유엔장애인권리위원회는 기능적 테스트가 간접 차별을 구성하며, 다만 간접 차별의 형태를 구체화하기는 쉽지 않다고 명시한다.⁶³⁾ 전문가들은 장애인을 대상으로 한 지적능력 분석을 우려하며, 제3자에 의해 개인의 정신세계의 내부적 작용(inner workings)을 정확하게 분석한다는 전제에 비판적이다.⁶⁴⁾ 지적능력은 사회적 문맥에 의존하게 되고 객관적, 과학적 기준으로 일어나지 않으며, 결정을 내리는 능력은 개인차가 상당하다. 장애인만을 대상으로 한 지적능력의 분석은 편견이 작용할 수 있고, 장애인의 지적능력이 더 의심을 사기 때문에 문제가 된다. 제3자에게 의료를 포함한 일상생활의 지원을 받는 장애인의 선택과 결정은 더 쉽게 드러나지만, 비장애인의 잘못된 결정은 개입을 위한 조치가 쉽게 이루어지지 않는다.

법적능력은 무능력하다는 법원 또는 행정 결정으로 제한될 수 있고, 사실상의 제한도 존재할 수 있다. 장애인의 법적능력을 제한하는 법의 부재에도, 자기결정권에 대한 법적 권리는 부인될 수 있으며, 유엔장애인권리위원회는 가족 내에서 혼인, 재산 상속, 거주지 선택, 식료품 구입의 결정을 제한하는 것에 대하여 우려를 표명한다.⁶⁵⁾ 법적으로 행위와 선택에 대한 통제가 적은 문화에서는 개인의 결정에 대한 장벽

며, 2) 머릿속 내부적 작용을 정확하게 분석한다는 가정하에 이루어진다. 테스트를 통과하지 못하면 법 앞에서의 평등한 인정이라는 핵심적 인권을 거부당한다. 이러한 모든 접근방식에서 장애나 결정 능력은 법적능력의 거부를 정당화하는 근거가 되며 법 앞에서의 지위를 낮추는 효과가 있다).

57) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, 13-14 (2014).

58) UDHR Article 6; ICCPR Article 16; CEDAW Article 15.

59) CRPD Article 14.

60) Bantekas, *supra* note 4, at 352 (다만, 법적능력의 제한은 아동과 죄수에게도 적용된다).

61) Tina Minkowitz, “CRPD and Transformative Equality”, *International Journal of Law in Context*, Volume 13(1), p. 82 (2017).

62) Oliver Lewis, “Advancing Legal Capacity Jurisprudence, *European Human Rights Law Review*”, pp. 706-707 (2011) (혼인할 권리의 박탈, 자녀를 양육할 권리의 법적 근거 폐지와도 관련된다).

63) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1 (2014) (일반논평에서는 지적 능력의 기능적 테스트를 인정하지 않는다).

64) *Ibid.*

65) CRPD Committee, Concluding Observations on Kenya, UN Doc CRPD/C/Ken/Co/1 (30 September 2015) paras 23-24, and Uganda UN Doc CRPD/C/UGA/CO/1 (12 May 2016) paras 22-23.

이 비공식적인 제한으로 나타나고, 반대로 법제화(juridification)가 진행된 사회에서는 법적능력이 일상적인 선택과 행위에도 적용될 수 있다.⁶⁶⁾ 흡연이나 과식과 같은 일상의 행위를 권리를 통해 보호하려는 것은 독재, 편견, 탄압과 같은 투쟁의 가치를 축소시키고, 삶과 사회에 대한 법적 통제를 확장시킨다는 비난을 받았다.⁶⁷⁾ 그러나 잘못된 결정을 포함하여 일상적으로 선택을 내릴 수 있는 자유와 존엄성은 당연시하기 쉽다. 장애인들은 많은 외부 통제(regulation)로 인하여, 취침이나 기상 시간 등 개인의 선호와 관련한 행위를 위해, 상당한 정도의 권리(high duty rights)에 대한 절차를 개시해야 한다.⁶⁸⁾

4. 법적능력과 형사책임

법적능력은 형사책임과 형사 소송 절차에도 영향을 미친다.⁶⁹⁾ 일반논평은 형사책임과 관련하여 침묵하고 있으나 2009년에 유엔인권고등판무관(Office of the UN High Commissioner for Human Rights)은 CRPD 제12조가 정신이상항변(insanity defense)의 폐지를 요한다고 밝히며, 범죄의 주관적 요소에 장애에 중립적인 이론의 적용을 요구하였다.⁷⁰⁾ 장애에 중립적인 기준은 장애에 근거한 법적능력의 제한보다 평등에 가까우며, 낙인을 피하고, 논의의 초점을 개인의 자율성으로 전환시킨다. 정신이상항변과 관련한 범죄의 주관적 구성요건(mens rea)은 가해자의 동기에 대한 분석을 요하는데, 이것은 유엔장애인권리위원회 일반논평에서 지적능력과의 연관성으로 비판한 바 있다.⁷¹⁾ 정신이상항변의 폐지를 긍정하는 학자들은 이미 존재하는 장애에 중립적인 형사 변론, 즉 실수(mistake), 강압(duress), 정당방위(self-defense) 등이 가해자들의 특정 상황에 적합하게 적용될 수 있음을 지적한다.⁷²⁾ 범죄의 주관적 구성요건(mens rea)은 가해자의 경험과 상황에 의해 변하므로 범행 당시 가해자의 신념, 감정 상태와 상황을 기존의 강압이나 실수와 같은 항변에 비추어 분석한다면 장애인도 상황을 감안한 항변을 사용하되 비장애인과 구별되지 않을 수 있다.⁷³⁾

66) Jurgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Beacon Books, p. 357 (1987).

67) Bantekas, supra note 4, at 351 (영국에서는 기상 시간과 식단까지도 법적인 것으로 여겨지고 있다).

68) Eilionoir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, "State Intervention in the lives of people with disabilities: the case for a disability-neutral framework", *International Journal of Law in Context*, 13(1), p. 45 (2017).

69) Bantekas, supra note 4, at 358-361.

70) United Nations High Commissioner for Human Rights, "Study of the High Commissioner for Human Rights on Key Legal Measures for the Ratification and Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities", available at https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_EN%20Accessible.pdf (Accessed 3 March 2021).

71) Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, para 15 (2014), (동기에 대한 분석은 머릿속의 내부 작용(inner workings)에 대한 분석이 필요하기 때문이다).

72) Tina Minkowitz, "Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The Abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead and Beyond", 23 *Griffith Law Review*, p. 438 (2014).

유엔장애인권리위원회는 당사국들의 형사법 개정을 언급하며 정신이상항변에 대한 주의를 요구하였고, 장애인단체들도 정신이상항변의 폐지를 주장하는데, 이것은 보편적 법적능력 패러다임의 논리적 결론이다.⁷⁴⁾ 인권운동가 밋코위츠는 법적능력이 개인의 행동과 선택에 대한 책임을 유발하고, 정신장애인에게도 동일하게 권리와 의무가 적용될 것을 호소한다.⁷⁵⁾ 사회적 보호를 목적으로 정신이상항변은 종종 강제구금으로 이어지며, 강제구금은 범죄의 형사 처벌 기간을 초과하여 정신장애인에게 불리하게 적용된다.⁷⁶⁾ CRPD는 강제구금과 치료를 금하고 있으나, 정신이상항변으로 소송능력의 결함이 있다는 판단이 내려진 피고는 종종 강제구금과 강제치료의 대상이 된다. 정신장애 피고의 경우 재판을 이해하고 참여할 수 있는 소송능력(fit to plead)에 대한 지원이 제공되고, 소송능력을 결정하는 절차는 항변이 어려운 피해자와 피고를 보호해야 한다.⁷⁷⁾

5. '의지와 선호도' 및 부당한 영향력의 행사

강제구금, 강제치료, 후견제도와 같은 강제 개입을 최대한 제한하려는 의도로 IDC(International Disability Caucus)는 CRPD 12(4)의 '의지와 선호도' 용어를 처음 제안하였다.⁷⁸⁾ 유엔장애인권리위원회는 법적능력의 행사에 필요한 지원(support)에 있어서 장애인의 권리, 의지 선호도가 존중되고, 의지와 선호도를 결정하는 것이 불가능하다면 최선의 해석(best interpretation) 대신 최선의 이익(best interests)이 사용될 것을 명시한다.⁷⁹⁾ 동등한 법적능력의 권리 향유를 위해 '의지와 선호도' 패러다임이 최선의 이익을 대체해야 한다는 것이다.

CRPD 12(4)는 법적능력의 행사에 있어서 이해 충돌과 부당한 영향력으로부터 안전장치가 제공될

73) *Ibid.* (물론 정신장애인은 무죄를 선고 받아도 사회에 위협이 된다고 판단되면 정신병원의 구금이 이루어질 수 있다는 우려가 제기된다. 한편, 정신장애로 인한 잠재적 범죄행위의 반복과 관련하여 사회적 보호를 위한 대안에 대한 논의는 계속되고 있다).

74) Bantekas, *supra* note 4, at p.358.

75) Tina Minkowitz, "Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The Abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead and Beyond", 23 Griffith Law Review, p. 447 (2014).

76) *Marlon James Noble v. Australia* (2016) CRPD/C/16/D/7/2012 (성범죄로 기소된 지적장애인에 대하여 소송능력의 결함을 사유로 호주 정부는 10년 넘게 강제구금 하였고, 피고는 무죄를 입증할 수 있는 재판이 진행되었다면 증거불충분으로 석방되었을 것이라며 호주 정부를 상대로 손해배상 청구를 한 사건이다).

77) *Marlon James Noble v. Australia* (2016) CRPD/C/16/D/7/2012.

78) Bantekas, *supra* note 4, at 369 (이해관계의 충돌이 일어나는 의료진이 아닌 정신장애인이 신뢰하여 선택한 지원자(supporter)의 역할이 핵심적이다. CRPD 제12조의 완전한 권리 실현을 위해 장애인은 의지와 선호도를 표현하고 발전시켜 평등한 법적능력의 행사가 이루어지고, 제19조에서 명시하듯이 비장애인과의 평등하게 지역사회에서 독립적으로 살아가고 삶에 대한 통제력을 가지고 결정을 내릴 수 있어야 한다는 것이다).

79) General Comment No. 1, para 21; Bantekas, *supra* note 4, at 370 (의지와 선호도가 충돌하면 진정한 선호도를 파악하는 것이 중요하다. 가치, 신념, 의지의 표현을 용이하게 하는 개입(intervention)은 대리결정이 아니며 CRPD의 정신과 부합한다. 의지는 개인의 신념, 안정적인 상태에서의 가치를 의미하고, 욕망, 성향, 그리고 현재의 선호도와 구별된다. 따라서 의지와 선호도가 현저히 다르다면 과거의 표현된 가치를 통해 '진정한 의지'를 찾는 것이 중요하다. 진정한 의지에 대한 논쟁도 끊이지 않고 있다. 현재의 '의지와 선호도'가 과거와 다를 수 있으며, 행위나 결정을 충분히 이해하고 행하였는지도 문제가 될 수 있다).

것을 명시하고 있다.⁸⁰⁾ 일반논평에서는 부당한 영향력의 위협이 지원을 받아 결정을 내리는 경우에 더욱 높아진다고 지적하며, 부당한 영향력은 두려움, 폭력, 위협, 속임수(deception), 교묘한 조작(manipulation)으로 나타나는데, 부당한 영향력의 행사는 의지와 선호도의 진정한 표현이 결정에 투영되지 않았음을 의미한다.⁸¹⁾ 유엔장애인권리위원회는 부당한 영향력과 협박, 부당거래(unconscionable bargain)가 발견된다면 법적능력의 행사는 무효화될 것을 주문한다.⁸²⁾ 후견인제도와 법적능력 박탈 소송 절차에서도 최선의 이익(best interests)이 아닌 개인의 의지와 선호도가 존중되어야 하고, 일반적인 적법 절차권에 대한 인권적 접근은 장애인의 사법절차 권리를 고려하여 조정이 필요하다.⁸³⁾

6. 정신장애인의 재산권

개인의 재정에 대한 통제력은 매우 중요한 문제이다. 기본적인 필요를 충족하고 삶의 계획을 실행하고 식생활, 의복, 주거, 교육, 여가생활에 관한 결정을 내릴 수 있게 한다. 정신장애인은 법적능력의 박탈로 인해 재정에 대한 통제력을 일상적으로 상실하게 된다. CRPD는 정신장애인도 동등하게 재산을 취득, 소유, 상속, 처분할 권리가 있으며, 은행 용자나 신용대출의 권리 보장과, 자의적인 재산 박탈이 이루어지지 않도록 당사국들의 행동을 촉구한다.⁸⁴⁾

재산권에 대한 장애인의 동등한 권리의 향유는 2004년 워킹그룹(Ad Hoc committee)을 통해 처음 제안되었고 초안의 문구는 CRPD 12(5)와 거의 동일하다.⁸⁵⁾ 일부 당사국들은 정신장애가 결정을 내리는 능력에 영향을 미치게 되어 재정 관리의 제한이 필요하다고 주장하였고 시민사회 단체는 모두 반대하였다.⁸⁶⁾ 인지 능력의 다양성은 재정 결정에 있어서 영향을 미치지 않아야 하고, 결정은 지원을 통해 이루어져야 한다는 것이다. 이것은 CRPD 협상에서 정신장애인의 법인격과 함께 법적으로 구속력있는 결정을

80) CRPD Article 12 (12(4)는 법적능력의 행사에 있어서 권리의 남용 문제를 다루며, 대리결정제도의 폐지를 주장하는 장애인단체들과 후견인제도와 법적능력의 제한이 필요하다는 당사국간 대치가 드러난다).

81) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 22.

82) General Comment 1, 22. (부당한 영향력이 존재한다면 의지의 진정성을 의심해야 한다. 모든 사람은 부당한 영향력의 대상이 될 수 있으나, 타인에게 의지하여 결정을 내리는 경우는 더욱 취약하다. 법적능력의 행사에 대한 안전장치는 부당한 영향력으로 부터의 보호를 포함하며, 다만 보호는 개인의 권리, 의지, 선호도를 존중하고 실수를 하거나 모험을 할 권리를 포괄한다).

83) Lucy Series, "Legal Capacity and Participation in Litigation: Recent Developments in the European Court of Human Rights", European Yearbook of Disability Law, Vol. 4, pp. 121-126 (2015).

84) Dinesh Bhugra et al., "Right to Property, Inheritance, and Contract and Persons with Mental Illness", International Review of Psychiatry, Vol. 28, pp. 402-408 (2016).

85) Draft articles for a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Annex 1 to the Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee, UN Doc A/AC265/2004/WG 1 (16 January 2004) (재산을 소유할 권리와 관리할 권리의 차이가 다투어졌고, 그 범위에 대한 논의가 벌어졌다).

86) Daily Summary related to Draft Article 9 Equal Recognition as a Person Before the Law (14 January 2004), available at <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgsuma9.htm> (Accessed 3 March 2021).

인정할지에 대한 논의와 궤를 같이한다. 결국 법적으로 구속력있는 결정권은 동등하게 향유하되, 그 제한에 대해서는 침묵하기로 하였고, 당사국들과 유엔장애인권리위원회간 논쟁은 진행중이다.⁸⁷⁾

재산을 소유하고 상속할 권리는 국제인권법에서 확립된 권리이다.⁸⁸⁾ CRPD는 장애인의 인권에 대한 동등한 향유를 목적으로 새로운 권리의 창조보다 기존의 권리를 장애의 문맥에서 해석하고자 한다. CERD와 CEDAW는 인종, 피부색, 민족, 국적, 성별, 혼인 여부와 관계없이 재산의 보호가 이루어질 것을 촉구하며, CRPD 12(5)는 더 나아가 장애인에게도 재산권이 보장될 것을 명시한다.⁸⁹⁾ 재산권은 특정 기준이 충족되면 국내법에 의해 제한될 수 있다. CRPD 12(5)는 재산의 자의적 박탈을 금하고 있으나, 이것은 자의적이지 않다면 박탈이 가능하다는 것을 시사한다. 비장애인들도 유사한 상황에서 같은 제한을 받는지 살펴본다면 재산 향유의 제한이 CRPD 위반인지 알 수 있다.⁹⁰⁾

재산권에 있어서 재산의 사용은 핵심적인 권리이며, 재산 상속이나 소유에 있어서 필수적이다. CRPD 본문은 장애인이 재정을 통제할 동등한 권리를 인정하고, 유엔장애인권리위원회는 법적 행위(legal agency)가 파산이나 범죄행위 유죄선고로 제한될 수 있으나, 인종, 성별, 장애는 제한의 기준이 될 수 없다고 명시한다.⁹¹⁾ 인종, 성별, 장애는 재산 관리의 권리를 제한할 충분한 사유가 되지 못하며 무관하다고 할 수 있다. 물론 인지장애를 지닌 경우 재정 개념을 이해하기 어렵고, 지적장애인들은 재정 선택이 힘들고, 심리사회적 장애인들은 종종 시기에 결정이 어려울 수 있으나, 이것은 권리의 제한보다 보호를 요하는 문제이다. 당사국들은 정신장애인들이 재정적 피해를 입지 않도록 보호할 정당한 이익(legitimate interest)이 있으며, 소비자 보호법을 강화하고, 특정 판매 방식을 금지하거나 해로운 계약을 무효화하는 제도를 구축할 수 있다.⁹²⁾

87) Bantekas, *supra* note 4, at 374-382.

88) UDHR Article 17, *available at* <https://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights/>; American Convention on Human Rights Article 21, *available at* <https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm> (재산에 대한 권리는 지역적 인권 조약에서 보호하고 있고, 이러한 조약들은 사유 재산의 자의적인 박탈을 금지하고 있다) (Accessed 3 March 2021).

89) UNGA Res 45/98 (14 December 1990) (유엔총회결의안에서는 재산권을 자신과 가족의 주거지, 경제 활동을 위한 재산, 농업, 상업, 산업과 관련한 재산으로 포괄하고 있다. 유럽인권재판소와 미주인권재판소도 재산에 대하여 넓은 의미를 부여하고 있다).

90) Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights *available at*, https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf (유럽인권재판소는 공공의 이익을 목적으로 국내법이나 국제법의 일반원칙에 의해서만 소유물의 박탈이 가능하고, 당사국은 세금과 벌금을 징수하기 위한 입법적 조치가 가능하며, 재산 향유의 제한과 그 제한으로 인한 결과가 비례적일 것을 요구한다. 부의 전달은 상속인이 상속 재산을 관리할 수 있는지 또는 제3자의 착취로부터 보호가 필요한지에 대한 우려를 일으키게 되고, CRPD는 당사국들이 착취와 학대에 대한 보호(제16조)를 제공할 것을 (12(3)) 명시하고 있다. 그러한 조치는 상속인의 권리에 제한을 둘 수 있겠으나, 장애인 집단을 잠재적 상속인의 범주에서 배제시키는 것은 CRPD나 기타 인권법을 통해 정당화될 수 없다. CRPD 12(5)의 이행과 함께 당사국들은 차별적 관행에 맞서야 한다. 세대간 재산이 전달되는 과정에서 장애인들은 종종 제외된다는 것이다. 여성장애인의 문제는 더욱 심각하다. 여성장애인은 성별과 장애로 인하여 이중적인 차별을 경험하고 이러한 제한은 CRPD 위반으로 합리적이며 객관적인 기준에 의한 정당한 목적이 없다면 장애에 근거한 차별에 해당된다) (Accessed 3 March 2021).

91) CRPD Committee, General Comment No. 1.

92) Bantekas, *supra* note 4, at 379 (신용과 관련하여 장애인들은 상당한 장애물을 경험하게 된다. 호주의 한 연구에서는 지적장애인들이 신용대출에 있어서 특히 영향을 받게 되며, 많은 경우 이해를 하지 못하는 계약을 체결할 수 밖에 없다는 인식을 하는 것으로 나타났다. 여성장애인은 은행 업무에 있어서 특히 취약하며, 경제적으로 비생산적이며 재정적 착취의 대상으로 여겨지게 되는데 당사국들의 차별적인 관행을 철폐하기 위한 행동이 필요하다. CRPD 12(5)는 당사국들이 입법적, 행정적, 사법적 조치를

IV. 의사결정지원제도의 도입

유엔장애인권리위원회는 후견인제도를 포함하여 모든 형태의 대리결정을 금지하고 있다.⁹³⁾ 인권에 근거한 장애 모델은 의사결정지원으로의 전환을 요하고, 결정을 내리는 능력의 정도나 재정적 피해를 입을 위험은 대리결정을 정당화할 수 없다는 것이다.⁹⁴⁾ 반면 당사국들은 결정 능력이 결여되었거나, 지원(support)이 충분하지 않아 부정적 결과를 초래한다면, CRPD가 대리결정을 허용하는 것으로 해석하였다.⁹⁵⁾ 2005년의 5번째 ADC에서는 대리결정을 철폐하고 의사결정지원제도만 허용할지를 논의하였고, 당사국들은 의사결정지원의 중요성을 인정하면서도 예외적인 경우에는 대리결정이 허용될 것을 요구하였다.⁹⁶⁾ IDC는 대리결정이 폐지되어야 한다는 단호한 입장을 고수하며, 의사결정지원제도는 장애인이 중심이 되는 역동적인 개념으로, 대리결정이 될 수 있는 100% 지원에 대한 필요를 감소시켜 나가는 것이 궁극적인 목표라고 밝혔다.⁹⁷⁾ 후견인제도에 대한 안전장치로 몇몇 국가는 대리인의 임명을 포함시키고자 하였으나, IDC는 반발하며 용어의 삭제를 주장하였고, 논의 끝에 안전장치로 의사결정지원이 포함되는 것으로 합의가 되었다.⁹⁸⁾ 의사결정지원제도는 후견인제도를 대신할 수 있는 포괄적인 제도로 도입된 것이다.

대리결정의 폐지는 시설화와 강제치료의 관행을 중지시키는데 핵심적이며, 투표, 혼인, 재산 소유와 같은 기본적 시민적 권리의 보호와 연관되어, 의사결정지원제도로의 전환은 지적, 인지적, 심리사회적 기타 모든 정신장애인을 위한 새로운 지원의 틀을 제공하고 있다. 현재까지 대리결정제도를 완전히 폐지한 국가는 없으나, 의사결정지원제도의 도입을 위한 시도는 다양하게 진행되고 있다.⁹⁹⁾ CRPD 도입

통해 장애인이 타인과 동등하게 자신의 재정을 보호할 수 있도록 할 것을 명시한다. 장애에 대한 의학적 모델은 장애인들이 전통적으로 금융과 재산에 대한 권리를 행사할 수 없도록 하였다. 이러한 법적능력의 거부 CRPD 12(3)에 따라 법적능력 행사의 지원으로 전환이 이루어져야 한다. 금융과 재산에 있어서 성별이 차별의 근거가 될 수 없듯이 장애 또한 그러하다).

93) CRPD Committee, General Comment No. 1.

94) CRPD Committee, General Comment No. 1, paras 13-15 (유엔장애인권리위원회는 국가별 보고서에 대한 최종견해에서 대리결정이 아닌 의사결정지원을 도입할 것을 요구하였고, 2014년도에 유엔장애인권리위원회는 제12조에 대한 일반논평 1(General Comment No 1)에서 장애에 대한 인권 모델은 의사결정지원으로의 전환을 요구한다고 명시하였다. 의료계는 우려와 혼란을 제기하며 싸늘한 반응을 보였다. 최종 분석에 있어서 대리결정, 의사결정지원 그리고 법적 능력의 행사의 의미가 더욱 중요해졌다).

95) Bantekas, *supra* note 4, at 378.

96) Daily summary of discussion at the fifth session 25 January 2005, UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee, available at <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum25jan.htm> (Accessed 3 March 2021).

97) Bantekas, *supra* note 4, at 346.

98) Daily summary of discussion at the seventh session 18 January 2006, UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee, available at <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc7sum18jan.htm> (Accessed 3 March 2021).

99) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 26 (국가별 보고서에 대한 최종견해에서 유엔장애인권리위원회는 의사결정지

당시 일각에서는 대리결정의 철폐에 동의할 국가는 없다고 지적했으나, 실제로 몇몇 국가는 예외없는 보편적 법적능력을 수용하였고, 학자들은 결과적으로 대리결정에서 의사결정지원으로의 전환이 이루어졌다고 평가한다.¹⁰⁰⁾

1. 의사결정지원제도의 특징

의사결정지원은 법적능력의 행사를 위한 지원(support)에 포함된다. 신뢰하는 이의 도움으로 결정을 내리고, 표현하는데 지원이 제공되는 시스템으로, 결정의 장단점을 고려하고 의사를 전달하고 실행에 도움을 얻는 것이다. 개인은 지원을 제공하는 주체와 지원의 방법을 통제하고 선택하며 최종 결정을 내리게 된다. 의사결정지원제도는 의지와 선호도를 우선적으로 고려하며, 학대로부터의 자유를 포함하고, 장애인의 삶을 과도하게 통제하지 않는다.¹⁰¹⁾ 유엔장애인권리위원회는 의사결정지원제도에 대하여 다음과 같이 설명한다.¹⁰²⁾

- (1) 의사결정지원제도는 모두가 사용할 수 있어야 하고, 지원이 필요한 정도가 걸림돌이 되지 않아야 한다.
- (2) 법적능력 행사의 모든 형태는 최선의 이익이 아닌 개인의 의지와 선호도에 근거해야 한다.
- (3) 제한적인 의사소통 능력은 지원을 받는데 있어서 장애물이 되지 않는다.
- (4) 장애인이 지정한 지원자(supporter)는 법적으로 인정받으며 당사국은 소외된 지역의 장애인에게도 반드시 지원이 제공될 수 있도록 해야 한다.
- (5) 12(3)에 의해 지원을 무상으로 제공하거나 적어도 경제적 어려움으로 인하여 지원을 받지 못하는 일이 없도록 해야 한다.¹⁰³⁾
- (6) 결정에 있어서 지원을 받는 것은 장애인의 기본 권리를 제한할 수 없으며, 이것은 투표권, 혼인의 권리, 출산의 권리, 양육권, 치료의 권리, 자유권을 포괄한다.

원제도의 도입을 위한 입법과 정책의 필요성과, 개인의 자율성, 의지, 선호도의 존중을 피력한다. 가족과 친지, 친구를 포함하는 사회적 지원은 의사결정지원제도의 핵심이다. 다만 부당한 영향력은 의사결정지원제도의 자율성 향상 및 유익하고 긍정적인 인간관계에 내재한 영향력과 구별이 된다. 지원 관계에서의 의존성은 정신장애인에게 힘을 실어주게 되는 것이다).

100) Bantekas, *supra* note 4, at 347.

101) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 29.

102) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 29.

103) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 29 (일반논평에서는 장애인에게 지원이 부담없이 제공되고, 법적능력의 행사에 있어서 재정적 어려움이 장애물이 되어서는 안된다고 명시하고 있다. 지원은 시민적 정치적 권리의 충족을 위해 제공되어야 하는 것이다. 당사국들은 응급 복지와 의료 서비스에 대한 재원을 줄이거나 기존의 지원 네트워크를 통해 장애인 지원을 하고 있으며, 중요한 것은 대리결정제도 또한 비용이 소모된다는 것이다).

- (7) 장애인에 지원을 거절하거나, 관계를 종료 또는 수정할 권리가 있다.
- (8) 안전장치를 통해 법적능력 행사의 지원은 보호되어야 한다. 안전장치는 개인의 의지와 선호도가 존중받도록 하는 것이 목표이다.
- (9) 법적능력 행사의 지원은 지적능력 분석이 아닌 새로운 비차별적인 지표가 사용되어야 한다.

한편 대리결정제도는 공통적으로 (i) 하나의 결정일지라도 법적능력이 제거되고 (ii) 타인에 의해 의지에 반하여 대리인이 임명되고 (iii) 의지와 선호도가 아닌 객관적인 최선의 이익에 근거하여 대리인이 결정을 내린다.¹⁰⁴⁾ 유엔장애인권리위원회는 CRPD 제12조에 부합하는 의사결정지원제도로의 전환을 위해 대리결정제도는 철폐되어야 한다는 입장이다.¹⁰⁵⁾

2. 목적의 정당성 및 제도의 합리성

CRPD에 부합하기 위해서는 제도의 정당한 목적이 객관성과 합리성을 갖추고 CRPD의 목표와 양립하여 효과적인지 살펴야 한다. 후견제도는 이러한 법적 정당성이 결여되어 있고, 많은 경우 대리결정만큼이나 개인에 대한 지원이 피해를 효과적으로 예방한다고 학자들은 밝힌다.¹⁰⁶⁾ 대부분의 국가에서 정신장애인에 관한 대리결정은 후견인제도를 통해 이루어지는데, 후견제도는 전 재산을 제3자에게 박탈당하거나, 재산 향유를 제한하고, 경제적 착취의 대상이 되는 등의 심각한 인권 침해로 이어지게 된다.¹⁰⁷⁾ 장애인을 겨냥한 제도나 장애인에게 결과적으로 불평등한 제도는 차별의 정의를 만족한다. 다만 모든 대리결정이 같은 정도로 개인의 재정 능력을 침해하지는 않고, 삶에 있어서 끼치는 영향도 동일하지는 않다. 제도의 위험성은 권리 침해 정도와 재정적 피해를 예방하기 위한 보호의 정도를 고려해야 한다.

합리성을 판단하기 위해서는 유사한 상황의 비장애인에게도 같은 법적행위의 제한을 두는 것이 합리적인지 확인해야 한다. 지적장애인이 주거지를 잃을 정도로 과소비하는 것을 막는 정책은 합리적일 수 있고, 이는 주거에 부여되는 상당한 가치와 노숙의 가능성을 감안하면 더욱 그러하다.¹⁰⁸⁾ 그러나 비장애

104) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 27.

105) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 28 (대리결정제도는 전권위임(plenary guardianship), 한정후견(partial guardianship), 사법개입(judicial interdiction)을 포함한다).

106) Bantekas, *supra* note 4, at 48 (다만 자신을 빈곤하게 만들 결정이나 그러한 위험을 감수하는 경우, 또는 표현을 이해하기 어렵거나 선호도가 분명하지 않아 개인의 의지가 확실하지 않은 경우는 어려움이 따른다).

107) Mental Disability Advocacy Center, “Guardianship and Human Rights in Serbia, Russia, Kyrgyzstan, Hungary, the Czech Republic, Bulgaria”, available at www.mdac.info (Accessed 3 March 2021); *Shtukaturv v. Russia*, Application No. 44009/05 (2008) (경미한 조현병을 앓고 있으나 독립적으로 경제활동이 가능한 아들의 재산권을 후견제도의 개시로 모친이 박탈한 사건이다).

108) Bantekas, *supra* note 4, at 48.

인은 자기결정권의 존중으로 인하여 도박으로 재산을 탕진하는 경우에도 국가 개입이 이루어지지 않고, 정신장애인도 부정적 결과를 감안하여 개인의 결정이 존중되어야 한다. 차별 금지는 재정적 위험과 관련 하여 지속적으로 장애에 중립적인 접근방식을 취할 것을 요한다.

3. 지원 패러다임

장애에 대한 인권적 모델을 기반으로 CRPD 제1조는 장애가 사회적, 환경적 장애물(barrier)과 장애(impairment)의 상호작용에서 기인함을 명시한다.¹⁰⁹⁾ 이러한 견해는 모든 결정이 충분한 지원에서 이루어지는 것을 가정하고 있다. 일반논평에서 유엔장애인권리위원회는 ‘지원’이라는 용어가 공식적, 비공식적 지원을 모두 포함하며 그 종류와 강도가 다양하고, 은행과 금융기관 사용시 도움, 의사결정의 다양한 형태, 다양한 의사소통의 방법, 사전준비계획(advance planning instruments)을 모두 포괄한다고 명시한다.¹¹⁰⁾ 보편적 법적능력의 지원 패러다임(support paradigm)에 근거하여 지원은 지적능력에 관계없이 제공되고, 개인은 지원을 거부할 권리와 의지 및 선호도가 존중되고 대리결정이 이루어지지 않아야 한다.

일반논평은 개인의 의지와 선호도가 최선의 노력에도 불구하고 실질적으로 기능하지 않을 수 있다는 것을 인정하며, 예외적으로 의지와 선호도에 대한 ‘최선의 해석’(best interpretation)이 ‘최선의 이익’(best interests)을 대신할 것을 명시한다.¹¹¹⁾ 대리인의 임명이 개인의 의지에 반하지 않는 한, 최선의 해석에 의한 결정은 대리결정으로 간주되지 않는다는 것이다.¹¹²⁾ 의사결정지원과 관련하여 학자들은 지원을 제공하는 지원자(supporter)의 부당한 압력에 대한 주의를 당부하며, 의사결정지원에 있어서 1) 정신장애인들의 활발한 참여 의지, 2) 제도로 인하여 결정을 내리는데 필요한 자신감과 삶에 대한 통제력의 증가, 3) 시간과 자원 및 정신장애인과 지원 제공자의 인식 변화가 필요하고, 4) 지원자가 정보와 선택을 제시하는 방식이 매우 중요하다는 것을 명시한다.¹¹³⁾ 대부분의 국가는 후견인 제도나 법적능력의 박탈에

109) CRPD Article 1.

110) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 17.

111) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 21 (다만 대리결정제도가 모든 형태의 대리 결정(proxy decision-making)을 언급하는 것은 아니다).

112) Bantekas, *supra* note 4, at 365 (의지와 선호도가 명확하게 표현되지 못하는 경우에 대한 해석적 접근(interpretive approach)은 촉진된 결정(facilitated decisions)으로 일컬어지고 있다. 보편적 법적능력에 대해 비판적인 학자들은 혼수상태(coma)와 같은 경우를 고려하여 대리결정 금지에 대한 예외규정을 제안하는데, 일반논평에서는 경우에 따라 더욱 강도 높은 지원(intensive supports)이 필요하다고만 언급하고 있다. 혼수상태에는 촉진된 결정과 같은 해석적 접근이 사용될 수 있다는 의견이 제시되고 있다. 촉진된 결정은 일반논평의 대리결정의 기술적 정의에 포함되지 않으나, 일각에서는 촉진된 결정이 대리결정에 해당된다고 반박한다. 문제는 법적능력의 주체를 파악하는 것이다. 촉진된 결정에서는 지원을 받는 자가 실질적으로 결정을 내리게 된다는 것이다. 그러나 지원을 제공하는 입장에서는 결정을 내리는데 있어서 개인의 영향력을 완전히 배제하기는 어렵다. 법적으로는 관리자의 의무(fiduciary duties)가 이행될 것을 분명히 해야 한다. 또한 후견인제도처럼 남용 위험이 높은 촉진된 결정도 주의해야 한다).

113) Bantekas, *supra* note 4, at 368.

대한 안전장치로 후견인 임명을 위한 법원 검토나 행정 절차를 제공하고 있으나, 법원 검토는 상당한 시간과 재원을 요한다.¹¹⁴⁾ 비용의 부담은 개인에게 돌아가며 사적 생활의 침해가 일어날 수 있고, 법적능력의 행사를 위해 지원에 의존하는 장애인의 삶에 대한 과잉 규제의 위험이 도사린다.¹¹⁵⁾

법적능력의 행사에 필요한 지원은 비공식적 지원을 포함하며 특정 결정을 위해 지원가를 지정하거나 동료지원제도, 변호인, 의사소통지원을 선택할 수 있다.¹¹⁶⁾ 법적능력 행사의 지원은 은행이나 금융기관에서 장애인이 이해할 수 있는 형태로 정보를 제공하여 계좌개설, 계약종료, 여타 사회적 거래를 위한 법적행위를 하도록 허용하는 것이다.¹¹⁷⁾ 장애인은 동등한 법적능력의 권리를 인정받고 지원의 권리는 행사하지 않을 수 있으며, CRPD 12(4)는 법적능력의 행사에 있어서 적절하고 효과적인 안전장치를 당사국들이 마련할 것을 촉구한다.¹¹⁸⁾ 법 개정이나 정책 수정을 통한 법적능력의 행사는 법원, 은행, 투표장소 등의 접근을 포함하며, 법적 효력이 있는 결정에 대한 정보, 그리고 개인적 지원을 포괄한다.¹¹⁹⁾ 법적능력의 행사에 있어서 지원을 받을 권리는 과도한 행정 부담을 사유로 제한될 수 없고, 당사국은 법적능력의 행사를 위한 지원을 제공할 의무가 있다.¹²⁰⁾

114) Lucy Series, “Legal Capacity and Participation in Litigation: Recent Developments in the European Court of Human Rights”, European Yearbook of Disability Law, Vol. 4, p. 114 (2015) (후견인은 정부에 보고서를 제출하기도 한다. 신상의 변화나 후견인의 실적에 따라 검토의 절차와 횟수는 다양하게 정해지고 있다).

115) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 47. (의사결정지원제도의 구축에 있어서 법적능력의 행사를 지원하는 자들은 장애인의 사적생활을 존중해야 한다. 사적 생활 침해가 이루어지는 대리결정제도는 CRPD 제12조의 위반으로 볼 수 있다).

116) CRPD Committee, General Comment No. 1, paras 17-18 (법적능력의 박탈에 있어서 지원의 여부와 합리적인 편의제공은 고려될 요소가 아니며, 지원의 종류와 강도는 개인차가 있고, 이것은 CRPD의 일반원칙으로 장애인의 다름을 수용하는 것이다. 응급상황에서도 장애인의 자율성과 결정을 내릴 능력은 존중되어야 한다).

117) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 17 (미리 의지와 선호도를 밝히는 사전계획과 같은 다양한 방식의 의사소통 지원을 포함한다. 많은 장애인에게 사전계획은 매우 중요하며 미리 의지와 선호도를 밝혀두는 것이다. 사전계획의 기회는 모두에게 동등하게 제공되어야 한다. 당사국은 사전계획제도가 비차별적으로 제공될 수 있도록 해야한다. 사전계획이 구속력을 가지게 되는 시점은 개인이 결정하며, 본문에 그 내용이 포함되고, 지적능력이 부족하다는 분석에 근거하지 않아야 한다).

118) CRPD 12(2), 12(3) (안전장치는 개인의 권리, 의지, 선호도를 존중하고, 비장애인과 동등하게 남용으로부터의 보호를 제공해야 한다).

119) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 37 (CRPD 제12조는 제9조의 접근성과 긴밀히 연관되며, 법 앞에서 평등하게 인정받을 권리는 자립적으로 삶의 모든 부분의 참여에 있어서 필수적이다. 제9조는 공공 시설이나 서비스 사용의 장벽이 제거될 것을 명시한다. 정보의 부재, 의사소통의 어려움, 접근이 불가능한 서비스는 법적능력의 실현에 있어서 장애물이 될 수 있다. 완전한 접근성은 당사국들의 몫이며, 입법과 관행의 검토로 법적능력과 접근성의 권리가 가능하도록 해야한다).

120) CRPD Article 19; CRPD Committee, General Comment No. 1, para 45 (CRPD 12(3)은 법적능력의 지원이 지역사회내에서 이루어질 것을 의미한다. 법적능력의 행사에 있어서 지역사회는 장애인의 자산과 동반자가 되어주며, 다양한 지원을 제공하게 된다. 이것은 CRPD에서 강조하는 장애인의 완전한 사회 참여와 궤를 같이 한다. 법적능력 행사의 목표 중 하나는 장애인의 자신감 향상으로 향후 지원의 정도를 줄여나가는 것이다. 지원을 받는 장애인은 국가적 프로그램을 통해 지원을 중단하거나 줄여나가는 훈련을 할 수 있게 된다).

V. 결 론

법적능력의 보호는 정신장애인의 시민적, 정치적 권리 행사를 위해 필수적이다. 정신장애와 관련하여 치료를 받거나 입원을 하는 일은 지원을 통해 개인의 의지와 선호도를 바탕으로 내려져야 하는 결정으로, 개인의 의사에 반하는 대리결정이 허용될 수 없는 사안이다. CRPD는 법적능력의 회복을 통해 정신장애인의 지역사회에서 살아갈 권리가 보호될 것을 요구하고 있다. 법적능력의 회복은 치료의 여부를 결정하고, 거주지를 선택하고, 재산에 대한 권리를 행사하기 위한 근거가 되며, 정신장애인의 법 앞에서의 평등한 인정이 실현될 수 있도록 한다.

CRPD의 목적 달성을 위해 의사결정지원제도는 더욱 발전시키고 연구해 나가야 하며, 법적능력의 행사 지원과 법적능력의 동등한 인정을 위한 최적의 조치(best practices)에 대한 연구가 이루어져야 한다.¹²¹⁾ 대리결정을 금지시키기 위한 효과적인 방법을 찾고 장애인이 삶에 대한 의미있는 결정을 내리고, 법적능력의 행사를 위한 지원이 이루어지도록 해야 한다. 이것은 사회적 네트워크(social network)를 형성할 기회를 포함하여, 자립적으로 일하고, 지역사회내 주거지를 자유롭게 정하고, 평등하게 모든 교육의 기회를 받는 것을 의미한다.¹²²⁾

유엔장애인권리위원회는 한국의 국가보고서에 대한 2014년도 최종견해에서 CRPD 제12조와 관련하여, 한국의 후견인제도가 대리인에 의한 결정을 허용한다는 점에 우려를 표명하며, CRPD 제12조에 의해 개인의 의지와 선호도가 존중되는 의사결정지원제도로의 전환이 이루어질 것을 촉구하였다.¹²³⁾ 치료에 대하여 동의할 수 있는 권리, 치료를 거부할 권리, 사법접근권, 혼인의 권리, 투표권, 노동의 권리, 주거를 선택할 권리가 모두 보호될 것을 요구한 것이다. 더하여, 정신장애인의 법적능력의 권리와 의사결정지원제도와 관련하여 공무원, 판사, 사회복지사의 교육과 훈련이 이루어질 것을 명시하였다.¹²⁴⁾

유엔장애인권리위원회는 제12조의 완전한 이행을 위해 다음을 요구한다.¹²⁵⁾ 1) 법 앞에서의 평등, 법인격, 평등한 법적능력의 인정과, 대리결정제도 철폐로 법적능력을 부인하는 차별적인 조치의 폐지, 2) 평등한 법적능력 권리의 입법적 보호, 3) 법적능력 행사를 위한 다양한 지원 방법의 구축과, 개인의 권리, 의지, 선호도를 고려하여 안전장치를 마련하는 것이다.¹²⁶⁾ 더하여 장애아동을 포함하여 장애인과 장애인단체의 활발한 참여와 협의로 CRPD 제12조의 이행을 위한 입법과 정책이 발전되어야 할 것이다.

121) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 51.

122) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 52.

123) CRPD Committee, Concluding Observations on the Initial Report of the Republic of Korea (29 October 2014), available at <https://digitallibrary.un.org/record/791462>.

124) *Ibid.*

125) CRPD Committee, General Comment No. 1, para 50.

126) CRPD 12(3), CRPD Article 29.

참고문헌

1. 국내문헌

보건복지부 유엔장애인권리협약 소개, *available at*
https://www.mohw.go.kr/react/policy/index.jsp?PAR_MENU_ID=06&MENU_ID=06370202&PAGE=2&topTitle=.

2. 외국문헌

Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, *available at*
https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_1_Protocol_1_ENG.pdf.

American Convention on Human Rights, *available at*
<https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm>.

Anna Arstein-Kerslake and Eilionoir Flynn, “The right to legal agency: domination, disability, and the protections of Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities”, *International Journal of Law in Context*, Vol. 13(1), 22-38 (2017).

Bujdoso et al. v. Hungary (2013) CRPD/C/10/D/4/2011.

Committee on the Rights of Persons with Disabilities, General comment No. 1, (2014), *available at*
<https://www.ohchr.org/en/hrbodies/crpd/pages/gc.aspx>.

Convention Against Torture, Interim report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Manfred Nowak, UN Doc A/63/175 (28 July 2008).

Convention Against Torture, Report of the Special Rapporteur on Torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, Juan E Mendez, UN Doc A/HRC/22/53(1 February 2013).

Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Adopted on 13 December 2006 by General Assembly resolution A/RES/61/106, Entry into force 3 May 2008.

Daily summary of discussion at the fifth session 25 January 2005, UN Convention on the Human Rights of People with Disabilities Ad Hoc Committee, *available at*
<http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5sum25jan.htm>.

Daily summary related to Draft Article 9 Equal Recognition as a Person Before the Law (14 January 2004), *available at*
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/wgsuma9.htm>.

Dinesh Bhugra et al., “Right to Property, Inheritance, and Contract and Persons with Mental Illness”, *International Review of Psychiatry*, Vol. 28, 402 (2016).

Draft articles for a Comprehensive and Integral International Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, Annex 1 to the Report of the Working Group to the Ad Hoc Committee, UN Doc A/AC265/2004/WG 1 (16 January 2004).

Eilionoir Flynn and Anna Arstein-Kerslake, “State Intervention in the lives of people with disabilities: the case for a disability-neutral framework” , *International Journal of Law in Context*, 13(1), 39-57 (2017).

European Convention on Human Rights Article 6, *available at* https://www.echr.coe.int/documents/convention_eng.pdf

European Union Agency for Fundamental Rights, “Legal Capacity of Persons with Intellectual Disabilities and Persons with Mental Health Problems” (2013).

Ilias Bantekas & Michael Stein (ed.), *The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities: A Commentary*, Oxford University Press, 2018.

International Covenant on Civil and Political Rights, adopted by General Assembly resolution 2200A (XXI) on 16 December 1966, entered into force 23 March 1976, UNTS vol. 999.

Jurgen Habermas, *The Theory of Communicative Action, Lifeworld and System: A Critique of Functionalist Reason*, Beacon Books, pp. 356-373, 1987.

Lucy Series, “Legal Capacity and Participation in Litigation: Recent Developments in the European Court of Human Rights” , *European Yearbook of Disability Law*, Vol. 4, (2015).

Maria Reina, “How the International Disability Caucus worked during negotiations for a UN Human Rights Convention on Disability” , *available at* <http://globalag.igc.org/agingwatch/events/CSD/2008/maria.htm>.

Marlon James Noble v. Australia (2016) CRPD/C/16/D/7/2012.

Mental Disability Advocacy Center, “Guardianship and Human Rights in Serbia, Russia, Kyrgyzstan, Hungary, the Czech Republic, Bulgaria” , *available at* www.mdac.info.

Oliver Lewis, “Advancing Legal Capacity Jurisprudence” , *European Human Rights Law Review*, Vol. 6, 700, 2011.

Principles for the protection of persons with mental illness and the improvement of mental health care, *available at* https://www.who.int/mental_health/policy/en/UN_Resolution_on_protection_of_persons_with_mental_illness.pdf.

Santos Cifuentes and others, “Legal Opinion on Article 12 of the CRPD” (University of Leeds Disability Studies Group Archives 2008), *available at* <https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/legal-opinion-LegalOpinion-Art12-FINAL.pdf>.

Shtukaturv v. Russia, Application No. 44009/05 (2008).

Signatories and ratifications to the CRPD, reservations, declarations, *available at* https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4.

Tina Minkowitz, “CRPD and Transformative Equality” , International Journal of Law in Context, Volume 13, 77-86 (2017).

Tina Minkowitz, “Rethinking Criminal Responsibility from a Critical Disability Perspective: The Abolition of Insanity/Incapacity Acquittals and Unfitness to Plead and Beyond” , 23 Griffith Law Review (2014).

Tina Minkowitz, “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be Free from Nonconsensual Psychiatric Interventions” , Syracuse Journal of International Law and Commerce, Vol. 34 p. 414 (2007)

UN Declaration on the Rights of Disabled Persons, *available at* <https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/rightsofdisabledpersons.aspx>.

UN Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons, *available at* <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RightsOfMentallyRetardedPersons.aspx>.

UN Human Rights Committee, General Comment No. 32, Article 14, UN Doc CCPR/C/GC/32 (23 August 2007), *available at* <https://undocs.org/CCPR/C/GC/32>.

United Nations High Commissioner for Human Rights, “Study of the High Commissioner for Human Rights on Key Legal Measures for the Ratification and Implementation of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities” , *available at* https://www.ohchr.org/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_EN%20Accessible.pdf.

Universal Declaration of Human Rights, adopted by General Assembly resolution 217A (III). International Bill of Human Rights, 10 December 1948.

World Health Organization, Office of the High Commissioner for Human Rights and other UN agencies, “Eliminating Forced, Coercive and Otherwise Involuntary Sterilization: An Interagency Statement” (2014).

World Health Organization, “WHO Quality Rights Tool Kit Assessing and Improving Quality and Human Rights in Mental Health and Social Care Facilities” (WHO 2012).

국문초록

이명화

유엔장애인권리협약은 기존의 인권협약에서 언급되지 않았던 장애인, 특히 정신장애인의 권리를 보호하기 위해 2006년도에 유엔에서 도입하였다. 유엔장애인권리협약의 50개 조항 가운데 제12조는 장애인의 법 앞에서 인정받을 권리 그리고 평등하게 삶의 모든 분야에서 법적능력을 향유할 권리를 인정하고 있다. 유엔장애인권리협약 제12조는 여성차별철폐협약에서 차용된 법적능력의 개념을 정신장애인에게 적용하고 있으며, 법적능력의 회복을 통해 강제구금과 강제치료로부터 보호받을 권리를 제시하고 있다. 정신장애인은 역사적으로 소외되고 구별되어, 법 앞에서의 평등이 이루어지지 못하였고, 종종 대리인에 의해 개인의 의견에 반하는 결정이 내려지게 되었다. 정신장애인은 비장애인과는 달리 후견인제도를 통해 차별적으로 치료에 대하여 결정을 내릴 수 있는 권리를 박탈당하고 시설화가 이루어지게 된 것이다.

유엔장애인권리협약 제12조는 도입 과정부터 순탄하지 않았고, 당사국들과 장애인단체간의 의견 대립으로 전략적 모호성을 채택하게 되었다. 최대한 많은 국가들의 참여를 목표로 법적으로 약점이 될 수 있는 모호성은 유엔장애인권리협약이 보편성을 획득할 수 있는 방편이 되었던 것이다. 법적능력은 개인이 권리를 지니고, 행사하고, 행동할 능력으로, 권리의 주체가 되어 법적인 행위자로 법적 관계를 생성, 수정, 종료하며, 법 제도내에서 권리의 완전한 보호를 받는 것을 의미한다. 법적능력은 시민적, 정치적, 경제적, 사회적, 문화적 권리의 행사를 위해 필수적이며, 정신장애인이 건강, 교육, 일과 관련한 결정을 할 때 특별한 의미를 지니게 된다. 법적능력의 박탈은 투표권, 혼인의 권리, 출산할 권리, 양육권, 치료의 권리, 자유권과 같은 근본적인 권리의 박탈로 이어지게 되는데, 모든 장애인이 법적능력 박탈의 대상이 될 수 있지만 정신장애인은 여전히 가장 많은 권리의 박탈을 경험하는 집단이다.

유엔장애인권리위원회는 제12조에 의해 법적능력의 존중이 이루어지는 의사결정지원제도로의 전환을 촉구한다. 후견인제도와 같은 대리결정제도는 대리인에 의해 최선의 이익에 의한 결정이 내려져 개인의 의지와 선호도가 반영되지 않는다는 것이다. 유엔장애인권리위원회는 일반논평을 통해 유엔장애인권리협약의 정신과 일치하는 의사결정지원제도의 도입을 요구하며, 당사국들은 법적능력의 행사를 위한 지원을 제공할 것을 명시한다. 장애에 대한 인권적 모델을 바탕으로 유엔장애인권리위원회는 충분한 지원을 통해 정신장애인의 법적능력의 권리가 보호될 것을 언급한다. 법적능력의 거부나 제한은 장애에 중립적인 기준을 통해 비차별적으로 이루어져야 하며, 장애를 근거로 법적능력의 제한이 이루어질 수 없다는 것이다.

주제어: 법적능력, 강제구금, 의사결정지원제도, 의지와 선호도, 지원

ABSTRACT

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities Article 12 and the Legal Capacity of Mentally Disabled Persons

Lee Myunghwa

The UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities(CRPD) was adopted in 2006 with the aim of protecting the rights of those with disabilities and Article 12 deals with the issue of legal capacity. Although legal capacity is an elusive concept, efforts have been made by scholars to properly define and determine its meaning. Article 12 of the CRPD deals with the right to recognition everywhere as a person before the law, and the right to legal capacity. The concept of legal capacity is fundamental in the protection of mentally disabled persons from forced institutionalization and involuntary treatment as well as the right to marry, the right to vote, family planning rights and the right to choose one's place of residence. Historially mentally disabled persons have been separated from local communities and have been deprived of their legal capacity on account of their disability. The CRPD Committee emphasizes that disability cannot be the sole reason for deprivation of one's right to legal capacity nor the right to liberty. In accordance with the values of equality and non-discrimination espoused by the CRPD, the CRPD Committee urges states to provide support for mentally disabled persons in exercising their legal capacity. Moreover guardianship systems which represent a subset of substitute decision-making schemes should be replaced with supported decision-making regimes that reflect the right, will, and preferences of the individual. Supported decision-making regimes align with the basic principles of the CRPD which include individual autonomy, independence, inherent dignity and self-determination.

Key Words: Legal Capacity, Involuntary Detention, Supported Decision-Making Regime, Will and Preferences, Support



제2부(B) : 제5발표

국제연맹규약의 위임통치제도에 대한 비판적 검토

발표 : 이서희 (고려대학교)

토론 : 박현석 (홍익대학교)

大韓國際法學會

국제연맹규약의 위임통치제도에 대한 비판적 검토

이 서 회*

고려대학교 법학연구원 전임연구원

목 차

- I. 서론
- II. 국제연맹규약상 위임통치제도의 창설 및 의의
 - 1. 위임통치 주체와 대상 지역 설정
 - 2. 통치주체 주권 개념의 변화
 - 3. 문명의 신성한 신탁 원칙에 따른 의무 부여
- III. 위임통치제도 내 법리적 쟁점 및 문제
 - 1. 위임통치지역에 대한 위임통치국의 주권 주장
 - 2. B, C등급 위임통치지역 인민 법적 지위의 모호성
 - 3. 위임통치국의 의무 위반
- IV. 결론

I. 서 론

위임통치제도는 패전국의 영토 또는 식민지를 병합하던 종래의 실행과 달리, 해당 영토에 대한 병합을 금지한다는 명확한 전제 하에 영토를 관리하는 새로운 방식으로서 당시 국제사회에서 횡행(橫行)하고 있던 식민주의를 극복하기 위한 목적으로 창설된 것이다.¹⁾ 위임통치제도는 감독체계를 갖춘 국제적인

* 법학박사. 이 논문은 저자의 고려대학교 박사논문 『국제연맹규약의 위임통치제도에 관한 연구』 가운데 일부를 수정 및 보완한 것입니다.

1) 식민주의는 영국, 프랑스, 네덜란드를 중심으로 한 유럽 국가들이 비유럽 인민들을 대상으로 무력을 사용하여 이들을 정복하거나 병합할 수 있다는 이념이다. (Juergen Bering, "The prohibition on Annexation : Lessons from Crimea", *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 49, Issue 3, 2017, p. 758 ; Abdullah A. Faruque & Najnin Begum, "Conceptualising Indigenous Peoples' Rights : An Emerging New Category of Third-Generation Rights", *Asia-Pacific Journal*

제도였기에 조약상 규정에 따라 운영되었으며, 위임통치지역 인민에 대한 위임통치 권한을 갖는 국가(이하, “위임통치국”)의 의무 준수를 요구하였다.²⁾ 국제연맹은 위임통치지역의 독립을 목적으로 경제발전과 인민의 인권을 비롯하여 이들에 대한 사회적·정치적 진보와 관련된 내용이 제대로 이루어지고 있는지 관리하고 감독하였다. 이처럼 위임통치제도는 위임통치지역 인민의 이익을 위한 운영이 목적이었으므로, 식민주의의 개선책이었다.³⁾

그러나 현행 국제법에서는 위임통치제도와 식민지 제도가 큰 차이가 없었다는 평가가 일반적이다.⁴⁾ 따라서 이 연구에서는 위임통치제도의 창설 및 그 의의를 살펴보고, 위임통치제도 내에서 발생했던 법리적 쟁점 및 문제가 무엇인지 고찰하여, 위임통치제도가 변형된 식민지라는 비판을 받는 이유는 무엇인지 검토하고, 이 제도가 식민주의 극복에 기여했는지 여부를 밝히고자 한다.

II. 국제연맹규약상 위임통치제도의 창설 및 의의

1. 위임통치 주체와 대상 지역 설정

제1차 세계대전의 승전국은 영국과 프랑스를 중심으로 한 유럽에 위치한 기독교 국가들을 비롯하여 미국과 일본이 포함된 “주요 연합국과 관련국”이었다.⁵⁾ 이 전쟁 종결 직후, “주요 연합국과 관련국”은

on Human Rights and the Law, Vol. 5, Issue 2, 2004, p. 6) 그러나 당시에는 제국주의라는 용어가 일반적으로 사용되었으며, 식민주의는 국제연합헌장(Charter of the United Nations, 26 June 1945, 이하, “유엔헌장”) 이후에 본격적으로 사용된 용어이다. 제국주의와 식민주의는 유사한 용어지만, 완전히 같은 뜻은 아니다. 제국주의는 영토에 대한 병합, 제국 건설(empire-building) 외에도 타국에 대한 포괄적인 영향력을 행사하는 이념으로서 유럽의 인류학적·문화적·정치적 우월성을 전제로 한 유럽제국 주변의 산업화와 상업 개발을 통한 자본주의 확장을 의미한다. 한편, 식민주의는 다른 나라에 대한 영향력 중에서도 영토 확장을 강조하는 개념이다.(James Gathii, “Imperialism, Colonialism and International Law”, *Buffalo Law Review*, Vol. 54, Issue 4, 2007, pp. 1016-1018) 따라서 제국주의는 식민주의를 포괄하는 더 넓은 개념이다.

2) Malcolm M. Lewis, “Mandated Territories”, *Law Quarterly Review*, Vol. 39, Issue 4, 1923, p. 459.

3) Marion Mushkat, “The Process of Decolonization International Legal Aspects”, *University of Baltimore Law Review*, Vol. 2, Issue 1, 1972, p. 20.

4) Susan Mathews, “Resistance Is Futile - You Will Be Assimilated”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 19, Issue 1, 2006, p. 261 ; 정인섭, 『신국제법강의 : 이론과 사례 제10판』, (박영사, 2020), 146쪽 ; 김대순, 『국제법론』, 제20판 (삼영사, 2019), 408쪽.

5) 베르사유 조약 서문에서는 “주요 연합국과 관련국”에 해당하는 국가를 적시하고 있다. 제1차 세계대전의 주요 연합국은 미국, 영국, 프랑스, 이탈리아, 일본이다. 관련국은 벨기에, 볼리비아, 브라질, 중국, 쿠바, 에콰도르, 그리스, 과테말라, 아이티, 헤자즈, 온두라스, 리비아, 니카라과, 파나마, 페루, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 세르비아-크로아티아-슬로베니아 왕국(Kingdom of Serbs, Croats, and Slovenes), 시암, 체코슬로바키아, 우루과이다. 그러나 미국과 중국은 베르사유 조약에 비준하지 않았다. ; 국제법은 유럽에 위치한 기독교 국가들의 조약과 관습에서 시작되었으므로, 이 국가들은 처음부터 “국제사회(Family of Nations)”의 구성원이었다.(Lassa Oppenheim, *International Law—A Treatise*, 1st edition, (Longmans, Green & Company, 1905), p. 32.) 19세기 말부터 “국제사회”는 점차 그 범위를 넓혀갔고 더 이상 유럽에 위치한 기독교 국가로 제한되지 않았

위임통치제도 창설하기로 합의하였다. 위임통치제도는 파리평화회의에서 채택된 베르사유조약 제1편에 해당하는 국제연맹규약 제22조와 국제연맹이사회의 위임통치국 사이에 체결된 위임통치협정을 근거로 “주요 연합국과 관련국” 중 영국, 프랑스, 일본, 벨기에, 호주, 뉴질랜드, 남아프리카 연방이 국제연맹을 대신하여 패전국의 식민지와 영토를 위임받아 통치하는 제도였다.⁶⁾ 따라서 국제연맹 하의 위임통치제도는 패전국인 14개의 독일 식민지와 오스만 제국 일부 영토를 대상으로 적용되었다.⁷⁾ 이러한 위임통치지역은 국제연맹규약 제22조 3항에서 규정하고 있는 인민의 발전 단계, 영토의 지리적 상황, 경제적 요건에 따라, A, B, C등급으로 분류되었다.⁸⁾ A등급 지역은 오스만 제국의 일부 영토였으며, B, C등급 지역은 이전 독일 식민지에 해당하였다. 국제연맹이사회는 A등급 지역인 이라크, 팔레스타인, 트랜스 요르단의 위임통치국으로 영국, 레바논과 시리아의 위임통치국으로 프랑스를 지정하였다.⁹⁾ 또한, 이사회는 B등급 지역에 대해 벨기에를 르완다-우룬디, 영국을 탕가니카, 프랑스와 영국을 토고랜드와 카메룬의 위임통치국으로 승인하였다.¹⁰⁾ 또한, C등급 지역에 대해 호주를 뉴기니, 뉴질랜드와 영국을 서사모아, 호주를

다.(George G. Wilson, “The Family of Nations Idea and Japan”, *Journal of Race Development*, Vol. 2, Issue 3, 1912, p. 255.) 19세기 말 미국과 일본은 “국제사회”의 주요 국가로 합류하였다.(Joel D. Singer & Melvin Small, “The Composition and Status Ordering of the International System : 1815-1940”, *World Politics*, Vol. 18, No. 2, 1966, p. 248 ; Lassa Oppenheim, *International Law, A Treaties*, 2nd edition, (Longmans, 1912), p. 72.)

- 6) 국제연맹규약(Covenant of the League of Nations, 28 June 1919)은 1919년 6월 28일 체결되었으며 1920년 1월 10일 발효하였다. ; 위임통치국(Mandatory, Mandate Power)은 국제연맹하에서 위임통치지역을 지정받은 국가로 수임국(受任國)이라고도 한다. ; 제1차 세계대전의 패전국은 독일, 오스만제국, 오스트리아-헝가리 제국이다. 제1차 세계대전의 승전국은 1918년 패전국 중 유럽지역에 위치한 오스트리아-헝가리 제국과 동맹국을 민족자결원칙에 따라 해체시켰다. 1918년 10월 말, 체코인, 모라비아인, 슬로바키아인, 폴란드인, 세르비아인, 크로아티아인, 슬로베니아인이 독립하였다. 오스트리아-헝가리 제국의 일부 영토는 상제르망앙레 협약에 따라, 세르비아, 루마니아, 이탈리아, 폴란드, 우크라이나에 할양되었다. 헝가리인은 1918년 11월 1일 독립을 선언하였고, 11월 16일에 헝가리 제1공화국을 수립하였으며, 1918년 11월 12일 오스트리아-헝가리 제국 내 독일어 사용 지역에 독일계 오스트리아 공화국이 선포됨으로써, 오스트리아-헝가리 제국의 나머지 영토도 모두 해체되었다. (Jakob Pichon, “St Germain Peace Treaty (1919)”, <http://opil.ouplaw.com.ssl.oca.korea.ac.kr/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e398?rskey=hFAxr6&result=2&prd=MPIL> (최종검색일 : 2020년 10월 14일). 따라서 위임통치제도는 제1차 세계대전의 패전국 중 독일의 식민지와 오스만제국의 일부 영토를 대상으로 적용되었다. ; 국제연맹이사회는 인민의 이익을 위해 행정부를 감독하고 위임통치국 의무 이행 여부를 감시하는 역할을 하였다. (“Mandates”, *League of Nations Official Journal* (이하, “LN Journal”), Vol. 7, Issue 12, 1926, p. 1647) 또한, 국제연맹이사회는 위임통치지역과 관련된 모든 문제에 대해 상설위임통치위원회의 지원을 받았다. (Marion Mushkat, *supra* note 3, p. 19.)
- 7) Geoffrey Butler, *A Handbook to the League of Nations : Brought down to the End of the Fifth Assembly with an Explanation of the Protocol*, 2nd, (Longmans, 1925), p. 56.
- 8) 국제연맹규약 제22조 3항은 다음과 같다. “The character of the mandate must differ according to the stage of the development of the people, the geographical situation of the territory, its economic conditions and other similar circumstances.” ; 파리평화회의에서는 위임통치제도 창설을 논의하는 과정 중 위임통치지역을 A, B, C등급으로 분류하기로 하였다. Harold Temperley (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris*, VOL VI, (Oxford University Press, 1920), p. 521.
- 9) 트랜스 요르단은 현재의 서남아시아에 위치한 국가인 요르단(Jordan)을 의미한다. 트랜스 요르단은 영국의 위임통치하에 있을 때 이름이다. 트랜스 요르단은 팔레스타인과 함께 영국의 위임통치지역이 되었으나, 팔레스타인 위임통치협정(Mandate for Palestine, 24 July 1922)은 트랜스 요르단 지역에 적용되지 않았다. 팔레스타인 위임통치협정 제25조 2항은 다음과 같다. “In pursuance of the provisions of this article, His Majesty's Government invite the Council to pass the following resolution: "The following provisions of the Mandate for Palestine are not applicable to the territory known as Transjordan, which comprises all territory lying to the east of a line drawn from a point two miles west of the town of Akaba on the Gulf of that name up the centre of the Wady Araba, Dead Sea and River Jordan to its junction with the River Yarmuk; thence up the centre of that river to the Syrian frontier.” ; Jean Salmon, “Declaration of the State Palestine”, *Palestine Yearbook of International Law*, Vol. 5, 1989, p. 53.

영국과 뉴질랜드와 함께 나우루, 남아프리카 연방을 서남아프리카, 일본을 남태평양에 있는 마리아나 제도, 캐롤라인 제도, 마셜 제도를 포함한 남양군도를 비롯하여 북태평양 지역의 위임통치국으로 지정하였다.¹¹⁾ 국제연맹규약 제22조 6항은 C등급 지역을 인구밀도가 낮고 문명의 중심에서 멀리 떨어져 있으나, 위임통치국과는 가까운 곳이라고 하였다. 아울러 이 조항은 C등급 지역을 “위임통치국의 구성부분(Integral portions of its territory)”으로 정의하고 해당 지역 내로 파견된 위임통치국 기관의 법에 따라 가장 잘 운영될 수 있는 곳이라고 하였다.¹²⁾ 파리평화회의에서는 이 지역을 “위임통치국의 구성부분”으로 지정한 것은 C등급 지역 인민의 이익 때문이라고 하였다.¹³⁾

2. 통치주체 주권 개념의 변화

1919년 파리평화회의 초기, “주요 연합국과 관련국”은 제1차 세계대전 중 자국이 점령한 지역을 식민지로 삼길 원했기 때문에, 위임통치제도 창설에 반대하였다. 먼저, 프랑스의 경우, 이미 카메룬을 자국의 식민지로 간주하고 있었을 뿐만 아니라, 프랑스 관료들은 제국주의를 지지하면서, 카메룬과 토고랜드 일부를 병합하기를 원했다.¹⁴⁾ 영국 역시 자국의 식민지 체제를 유지하기 위해 위임통치제도에 반대하였

10) Percy E. Corbett, “What is the League of Nations?”, *British Year Book of International Law*, Vol. 5, 1924, pp. 131, 520-521.

11) George H. Blakeslee, “The Mandates of the Pacific”, *Foreign Affairs*, Vol 1, No 1, 1922, p. 99 ; Nancy Viviani, *Nauru, phosphate and political progress*, (Australian National University Press, 1970), p. 48 ; International Military Tribunal for the Far East, “Judgment of 12 November 1948” in R John Pritchard, Sonia M Zaide(eds), *The Tokyo war crimes trial*, Volume 22, (New York : Garland, 1981), p. 53 ; Guy Powles, “Western Samoa”, *Western Samoa Asia-Pacific Constitutional Yearbook*, Vol. 1993, 1993, p. 307 ; Ramon E. Reyes, “Nauru. Australia : The International Fiduciary Duty and the Settlement of Nauru's Claims for Rehabilitation of Its Phosphate Lands”, *New York Law School Journal of International and Comparative Law*, Vol. 16, Issues 1 & 2, 1996, p. 11 ; 서남아프리카 지역은 1884년에 개최된 베를린 회의의 결정에 따라 독일령 서남아프리카가 되었다. 제1차 세계대전 발발 후, 남아프리카 연방은 이 지역을 점령하였고, 1920년 이 지역은 위임통치국인 남아프리카 연방의 위임통치지역이 되었다. 제2차 세계대전 이후, 남아프리카 연방은 이 지역에 대한 병합을 주장하였고, 1966년 유엔은 이 지역을 유엔의 관리하에 둔다고 결의함으로써 이 지역의 행정을 맡게 될 서남아프리카 이사회를 창설하였다. 1968년 유엔은 서남아프리카의 국명을 나미비아로 바꿨다. ; 남양군도는 북태평양지역에 흩어져있는 많은 섬을 의미하는데, 남양군도는 현재 미크로네시아라고 부르는 지역과 거의 일치한다. 국제연맹규약 제22조 6항에서는 “There are territories, such as South-West Africa and certain of the South Pacific Islands”이라고 규정되어 있으며, 북마리아나 제도, 캐롤라인, 마셜이 포함된 남양군도는 “Certain of the South Pacific Islands”에 해당하였다. 다만, 괌, 나우루, 오션 아일랜드, 길버트 제도 등은 남양군도에서 제외된다.

12) 국제연맹규약 제22조 6항은 다음과 같다. “There are territories, such as South-West Africa and certain of the South Pacific Islands, which, owing to the sparseness of their population, or their small size, or their remoteness from the centres of civilisation, or their geographical contiguity to the territory of the Mandatory, and other circumstances, can be best administered under the laws of the Mandatory as integral portions of its territory, subject to the safeguards above mentioned in the interests of the indigenous population.”

13) Harold Temperley (ed.), *supra* note 8, p. 523.

14) David H. Miller, “The Origin of the Mandates System”, *Foreign Affairs*, Vol. 6, Issue 2, 1928, p. 280 ; Hessel D. Hall, *Mandates, Dependencies and Trusteeships*, (Carnegie Endowment for International Peace, 1948), p. 118 ; Michael D. Callahan, *Mandates and Empire : The League of Nations and Africa, 1914-1931*, (Sussex Academic Press, 2008), p. 2.

다.¹⁵⁾ 영연방 국가인 호주, 뉴질랜드는 국제연맹에서 해당 영토를 감시하는 제도가 채택되면, 자국이 이 영토에 대한 주권을 취득하여 식민지 삼을 기회가 사라질 것을 우려하였다.¹⁶⁾ 그러나 주요 연합국이었던 프랑스와 영국이 결국 이 제도를 받아들이기로 합의하자,¹⁷⁾ “주요 연합국과 관련국”은 전후처리 과정에서 패전국의 영토를 병합했던 이전 실행과 달리, 국가 간 협상을 통해 병합 금지를 지지하겠다는 입장을 공식 표명하였다.¹⁸⁾ 결국, 이 국가들은 이전 독일 식민지와 오스만 제국 일부 영토를 대상으로 위임통치제도를 운영하기로 합의하였다.¹⁹⁾

위임통치제도에서 위임통치지역 인민의 주권은 식민지 인민에 대한 주권이 식민지 모국에게 전적으로 부여되었던 식민지 제도와 달리, 위임통치국에게 부여되지 않았다. 과거 식민지 모국의 식민지 및 소유지가 모국으로부터 멀리 떨어져있다고 해도, 이 지역에 대한 모든 주권은 식민지 모국에게 부여되는 것이 일반적이었다.²⁰⁾ 따라서 식민지 모국은 식민지 인민의 정치·경제·사회적 기반을 파괴하고, 이들의 내적 주권을 완전히 장악하여 원주민 대부분은 소수 민족으로 전락하였다.²¹⁾ 국제연맹규약 제22조 1항에서는 식민지를 당시 세계의 곤란한 상황 속에서 과거 제1차 세계대전 패전국이 지배했으나, 이 전쟁의 결과로

15) Hessel D. Hall, *Ibid.*, p. 125 ; Michael D. Callahan, *Ibid.*, pp. 25-30 ; John Quigley, “Britain's Secret Re-Assessment of the Balfour Declaration - The Perfidy of Albion”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 13, Issue 2, 2011, p. 251.

16) 다만, “주요 연합국과 관련국”은 당시 거의 사람이 살지 않았던 서남아프리카 지역의 독립은 어렵다고 판단하였다. 따라서 이 국가들은 이 지역의 개발은 인접 국가인 남아프리카 연방이 담당해야 한다고 보았다. 그러나 예외를 허용하면, 또 다른 예외를 허용해야 한다는 우려 때문에, 서남아프리카 지역을 포함한 모든 독일 식민지에 위임통치제도를 적용하기로 하였다. Harold Temperley (ed.), *A History of the Peace Conference of Paris, VOL II*, (Oxford University Press, 1920), pp. 233-234 ; Christopher Weeramantry, *Nauru : Environmental Damage under International Trusteeship*, 1st edition, (Oxford University Press, 1992), p. 44.

17) Hessel D. Hall, *supra* note 14, p. 125 ; Michael D. Callahan, *supra* note 14, pp. 25-30 ; John Quigley, *supra* note 15, p. 251.

18) Harold Temperley (ed.), *supra* note 16, pp. 231-232.

19) Jan C. Smuts, *The League of Nations : a practical suggestion*, (London Hodder and Stoughton, 1918), p. 15 ; Quincy Wright, *Mandates under the League of Nations*, (Greenwood Press : 1930), pp. 24-25 ; Willard Price, “The Mandate Farce”, *Free World*, Vol. 7, Issue 5 (1944), p. 449 ; Francis P. Walters, *A History of the League of Nations* (Oxford University Press, 1952), p. 20, para. 2 ; Gay J. McDougall, “International Law, Human Rights, and Namibian Independence”, *Human Rights Quarterly*, Vol. 8, Issue 3, 1986, p. 444 ; Paul Jacobus Ignatius M. de Waart, “International Court of Justice Firmly Walled in the Law of Power in the Israeli-Palestinian Peace Process”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 18, Issue 3, 2005, p. 482 ; Taina Tuori, *From League of Nations Mandates to Decolonization. A History of the Language of Rights in International Law*, (Cambridge University Press, 2015), pp. 43, 212.

20) Jan Helenus Ferguson, *Manual of International Law, for the Use of Navies, Colonies & Consulates*, (W. B. Whittingham & Co., 1884), p. 82 ; 19세기부터 20세기 초반의 국제법학자들은 식민지가 모국과 멀리 떨어져 있는 경우에도 식민지를 “식민지 모국의 구성부분(An integral part of a territory, An integral portion of a state, A part of a state)”으로 정의하였다. 이처럼 식민지는 모국과 구별되지 않는 완전히 통합된 상태를 의미하였기에, 식민지 모국의 법, 조약을 비롯한 모든 것이 식민지로 확장되어 적용되었다.(Emmerich de Vattel, *Law of Nations*, (T. & J. W. Johnson, 1844), pp. 100-101 ; Henry W. Halleck, *Elements of International Law and Laws of War*, (J. B. Lippincott & Company, 1872), p. 43 ; Jerome Internoscia, *New code of International Law*, First edition, (The International Code Company of New York, 1910), pp. 26-27 ; Lassa Oppenheim, *International Law, A Treaties*, 3rd edition, (Longmans, 1920), pp. 230-231.)

21) Charles H. Stockton, *Outlines of International Law*, (Charles Scribner's sons, 1914), p. 73 ; Stephan Marquardt, “International Law and Indigenous Peoples”, *International Journal on Group Rights*, Vol. 3, No. 1, 1995, p. 60 ; Abdullah A. Faruque & Najnin Begum, *supra* note 1, pp. 6-7.

패전국의 주권 하에 있기를 중단한 곳이라고 정의하였다. 즉, 이 조항은 독일 식민지와 과거 오스만 제국에 속했던 영토를 위임통치지역으로 규정하기 위해 식민지를 정의한 것이다.²²⁾ 이 규정에 따르면, 식민지 인민은 이전에 해당 인민을 지배했던 국가들의 주권 하에 있었으므로, 이들 인민에게는 주권이 전혀 없었다고 해석할 수 있다. 또한, 식민지 모국의 입장에서는 식민지에 거주하는 인민이 스스로 자립할 수 있는 능력이 없다고 간주했음을 알 수 있다. 이처럼 국제연맹 이전 식민지 모국은 자국의 구성부분이었던 식민지에 대해 완전한 권리를 행사할 수 있었기에, 식민지는 국제적 법인격이 없었다.²³⁾

그러나 위임통치지역의 주권은 종래의 영토 주권과 다른 성격이었으므로, 당시 통치주체 주권의 개념이 변화되었음을 의미하였다.²⁴⁾ 위임통치제도 창설 전후, 당시 법학자들 사이에서 위임통치지역의 주권이 위임통치국이나 국제연맹에 있는지, 위임통치지역에 거주하고 있던 인민에게 있는지에 대한 논의가 이루어졌다.²⁵⁾ 국제사법재판소(International Court of Justice, 이하 “ICJ”)에 따르면, 국제연맹은 위임통치지역에 대한 국제적인 감시와 통제의 기능만을 갖는다고 하였으므로,²⁶⁾ 위임통치지역의 주권이 국제연맹에 있다고 할 수는 없었다. 그렇다고 위임통치국에게 위임통치지역에 대한 주권이 있는 것은 아니었다. 국제연맹을 대신하는 위임통치국이 해당 영토의 경영에 대한 행정권을 부여받았다고 볼 수 있을지 모르나, 위임통치국이 해당 영토에 대해 주권을 행사할 수 있다는 의미는 아니었다.²⁷⁾ 따라서 당시의 법학자들은 위임통치제도와 같은 새로운 제도에 주권이라는 개념이 적용될 수 없다는 결론을 내렸다.²⁸⁾

22) 국제연맹규약 제22조 1항은 다음과 같다. “To those colonies and territories which as a consequence of the late war have ceased to be under the sovereignty of the States which formerly governed them and which are inhabited by peoples not yet able to stand by themselves under the strenuous conditions of the modern world, there should be applied the principle that the well-being and development of such peoples form a sacred trust of civilisation and that securities for the performance of this trust should be embodied in this Covenant.”

23) Edwin B. Smith, “American Sovereignty”, *Northwestern Law Review*, Vol. 4, Issue 1, 1895, p. 24 ; Jerome Internoscia, *supra* note 20, pp. 26-27 ; Isaak I. Dore, *The international mandate system and Namibia*, (Westview Press, 1985), p. 5.

24) Antony Anghie, *Imperialism, sovereignty, and the making of international law*, (Cambridge University Press, 2005) p. 133 ; Usha Natarajan, “Creating and Recreating Iraq : Legacies of the Mandate System in Contemporary Understandings of Third World Sovereignty”, *Leiden Journal of International Law*, Vol. 24, Issue 4, 2011, p. 801.

25) Quincy Wright, “Sovereignty of the mandates”, *The American Journal of International Law*, Vol. 17, No. 4, 1923, p. 679, para. 3.

26) 퀸씨 라이트 교수는 위임통치제도에 대해 국제연맹의 “감시” 기능만 인정하였고, ICJ는 국제연맹의 “통제”, “감시” 기능 모두를 인정하였다. 그러나 문맥상 퀸씨 라이트가 위임통치제도에 대해 인정하지 않은 “통제” 기능은 국제연맹의 전적인 통제를 의미하고, ICJ가 언급한 국제적인 통제와 감시에서 “통제”의 의미는 퀸씨 라이트가 인정한 국제연맹의 전적인 통제가 아닌 국제적인 제도 아래의 통제를 의미하였다. 따라서 국제연맹이 위임통치지역 인민의 주권을 좌우할 정도의 통제 권력을 갖지 않았다. (*Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South-West Africa) Notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, *Advisory Opinion*, I.C.J Reports, 21 June 1971 (이하, “1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견”), para. 46 ; Quincy Wright, *Ibid.*, p. 679, para. 2.)

27) Nele Matz, “Civilization and the Mandate System under the League of Nations as Origin of Trusteeship” in Armin von Bogdandy, Rüdiger Wolfrum and Christiane E. Philipp., (eds.), *Max Plank Yearbook of United Nations law* (Book9) (Brill Academic Pub, 2005), p. 70.

28) Quincy Wright, *supra* note 25, para. 1 ; 위임통치제도 하 주권의 형태는 분할된 또는 유예된 주권, 또는 잠재된 주권이라고 하였다. Antony Anghie, “Colonialism and the Birth of International Institutions : Sovereignty, Economy, and the Mandate System of the League of Nations”, *New York University Journal of International Law and Politics*, Vol. 34, Issue 3, 2002, p. 569, para. 1.

그러나 위임통치지역의 주권이 누구에게 있는지에 대한 문제를 해결하지 못했다는 사실은 적어도 위임통치지역 인민의 주권이 국제연맹이나 위임통치국에게 부여된 것은 아니었다는 사실을 보여준다. 즉, 위임통치제도의 목적이 위임통치지역의 독립과 자결이라는 점을 고려했을 때, 애초에 독립과 자결이 전혀 보장되지 않았던 식민지는 위임통치지역과 분명한 차이가 있었다.²⁹⁾ 따라서 위임통치제도의 창설은 당시 통치 주체에게 주권이 부여된다는 개념에 변화가 있었다는 사실을 보여준다.

3. 문명의 신성한 신탁 원칙에 따른 의무 부여

식민지 제도에서는 인민에 대한 모국의 권리가 중시된 반면, 위임통치제도에서는 해당 인민과 국제사회에 대한 위임통치국의 의무가 중시되었다. 유럽에 위치한 기독교 국가는 16세기 초부터 아시아, 아프리카, 오세아니아 지역을 식민지로 삼는 과정에서 이 지역의 인민과 할양조약을 체결하거나, 정복 또는 병합하였다.³⁰⁾ 동시에 이 국가들은 해당 지역의 인민에 대한 식민화를 진행하였으며,³¹⁾ 인민을 대상으로 약탈 및 학살을 지속하였다.³²⁾ 이처럼 식민지 모국은 해당 인민을 자국의 소유물로 간주했던 반면, 위임통치국은 양심을 갖는 보호자로서 강한 자를 견제하고 약한 자로 간주된 위임통치지역의 인민을 보호해야 할 의무가 있었다.³³⁾ 물론, 위임통치제도에서는 해당 인민에 대한 위임통치국의 권리도 있었으나, 이는 위임통치국의 의무에 근간을 두고 있었으며, 이 국가들의 권리는 해당 지역의 인민에 대한 의무를 충족시키기 위한 도구에 불과하였다. 이에 서남아프리카 사건에서 ICJ는 위임통치국이 의무를 준수해야 한다는 점을 강조하였다.³⁴⁾

문명의 신성한 신탁 원칙에 따른 위임통치국의 의무는 국제연맹규약 제22조에 명시적으로 규정되었다. 위임통치국은 이 조항에 따라 위임통치지역 원주민을 착취로부터 보호하고 해당 인민의 복지와 발전을 도모하는 문명의 신성한 신탁 원칙 의무를 부담하였다. 국제연맹규약 제22조 1항에서는 문명의 신성

29) 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, paras. 46, 53 ; Antony Anghie, *supra* note 24, p. 116.

30) Gerry Simpson, "Mabo, International Law, Terra Nullius and the Stories of Settlement : An Unresolved Jurisprudence", *Melbourne University Law Review*, Vol. 19, Issue 1, 1993, p. 203 ; Abdullah A. Faruque & Najnin Begum, *supra* note 1, p. 6 ; Yutaka Arai Takahashi, "Preoccupied with occupation : critical examinations of the historical development of the law of occupation", *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, Issue 885, 2012, p. 76.

31) Henry M. Hofmeyr, "Christian Mission and Colonialism in Southern Africa and African Responses : Some Case Studies", *Emory International Law Review*, Vol. 14, Issue 2, 2000, p. 1041.

32) Amos S. Hershey, *Essentials of International Public Law*, (The Macmillan Company, 1918), pp. 12-20 ; 제1차 세계대전이 끝날 무렵, 식민지 확장 국가들은 국제사회 전체의 85%를 식민화하였다. Edward W. Saïd, *Orientalism*, 1st edition, (Vintage Books, 1979), p. 123.

33) Isaak I. Dore, *supra* note 23, p. 5 ; Ellen M. Fitzgerald, "Nauru v. Australia : A Sacred Trust Betrayed", *Connecticut Journal of International Law*, Vol. 6, Issue 1, 1990, p. 245.

34) *International Status of South-West Africa, Advisory Opinion of 11 July 1950*, ICJ Reports 1950 (이하, "1950년 서남아프리카 사건 권고적 의견"), p. 132 ; 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, paras. 48-49, 54.

한 신탁을 “원칙”이라고 하면서, 인민의 복지와 발전이 문명의 신성한 신탁을 형성하며, 이러한 신탁 의무 이행을 위한 보장이 국제연맹규약에 구체화되어야 한다는 원칙이 이전 독일 식민지와 오스만 제국 영토에 적용되어야 한다고 하였다.³⁵⁾ 국제연맹규약 제22조에 2항에서는 문명의 신성한 신탁 원칙을 가장 잘 실현할 수 있는 방법으로 후견을 규정하였다. 이 조항에서는 문명의 신성한 신탁 개념을 정의하면서, 이 원칙을 실현하기 위한 가장 적절한 방법으로 제1차 세계대전의 패전국인 독일의 식민지와 과거 오스만 제국에 속했던 영토에 대한 후견을 선진국에게 위임하는 것이라고 하였다.³⁶⁾ 서남아프리카 사건에서 ICJ는 1946년 4월 9일 남아프리카 연방이 위임통치국 의무에 따라 서남아프리카를 계속 시정할 것이므로, 국제연맹의 해체가 위임통치국 의무를 축소시키지 않는다고 선언하였음을 확인하면서,³⁷⁾ 위임통치국 의무의 존재를 분명히 하였다.

위임통치국 의무에는 원주민들을 보호하고 이들의 복지를 증진시키는 실체적 의무와 위임통치국이 위임통치지역을 행정상으로 관리하는 감독체제와 관련된 절차적 의무가 있었다. 위임통치국의 실체적 의무는 국제연맹규약 제22조 1항에서 규정하고 있는 문명의 신성한 신탁 원칙 의무이다.³⁸⁾ 위임통치국은 위임통치지역 인민의 복지와 사회적 진보를 최대한 증진시킬 의무가 있었다.³⁹⁾ 이러한 의무는 위임통치제도 이전에는 도덕적인 의무였으나, 국제연맹규약 제22조 1항에 규정된 이후 법적 책임의 형식으로 도입된 의무로서 법적 구속력이 있었다.⁴⁰⁾ 국제연맹규약 제22조 5항에는 문명의 신성한 신탁 원칙상 본질적 의무에 해당하는 양심과 종교의 자유 보장, 노예무역금지, 무기 및 탄약거래 금지, 요새화, 군사기지 및 해군기지 설립 및 군사훈련 금지, 주류거래 금지, 문화개방정책 유지가 규정되었다.⁴¹⁾ 이 조항은 B등급 지역을 대상으로 한 조항이었으나, 국제연맹이사회가 국제연맹규약 제22조와 별도로 각 위임통치

35) 국제연맹규약 제22조 1항 ; 네르보(Nervo) 재판관은 “문명의 신성한 신탁은 도덕적인 발상일 뿐만 아니라 법적인 성격과 중요성이 있다”고 하였고, 이를 사실상 법 원칙이라고 하였다. *South West Africa (Ethiopia v. South Africa ; Liberia v. South Africa), Judgment, I.C.J. Reports, 18 July 1966* (이하, “1966년 서남아프리카 사건”), *Dissenting Opinion by* (이하, “Dissenting”) *Nervo*, p. 453.

36) 국제연맹규약 제22조 2항은 다음과 같다. “The best method of giving practical effect to this principle is that the tutelage of such peoples should be entrusted to advanced nations who by reason of their resources, their experience or their geographical position can best undertake this responsibility, and who are willing to accept it, and that this tutelage should be exercised by them as Mandatories on behalf of the League.”

37) 1962년 서남아프리카 사건, pp. 339-341.

38) Antony Anghie, *supra* note 24, p. 120.

39) Aaron M. Margalith, *The International Mandates : A Historical Descriptive, and Analytical Study of the Theory and Principles of the Mandates System*, (The Johns Hopkins Press, 1930), p. 109 ; “Study Prepared by the Secretariat of the Committee for Its Consideration at the Ninth Session”, *Asian African Legal Consultative Committee : Report of the Session*, Vol. 9, 1967, p. 126 ; John Dugard, “South West Africa and the Terrorist Trial”, *American Journal of International Law*, Vol. 64, Issue 1, 1970, p. 33.

40) 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, para. 47.

41) 국제연맹규약 제22조 5항은 다음과 같다. “Other peoples, especially those of Central Africa, are at such a stage that the Mandatory must be responsible for the administration of the territory under conditions which will guarantee freedom of conscience and religion, subject only to the maintenance of public order and morals, the prohibition of abuses such as the slave trade, the arms traffic and the liquor traffic, and the prevention of the establishment of fortifications or military and naval bases and of military training of the natives for other than police purposes and the defence of territory, and will also secure equal opportunities for the trade and commerce of other Members of the League.”

국과 체결한 개별 위임통치협정에도 인민에 대한 보호를 강화하고자 각 위임통치국의 의무와 권한을 규정하였다. 국제연맹규약 제22조 5항에는 규정되지 않았으나, 위임통치협정에 노예제도 금지, 강제노동 금지가 규정되었다.⁴²⁾ 이외에도 국제연맹규약이나 개별 위임통치협정에 명시적으로 규정된 것은 아니지만, 인종차별금지가 국제연맹규약 제22조의 해석상 문명의 신성한 신탁 원칙 의무에 해당하였다.⁴³⁾ 한편, 위임통치국의 절차적 의무에는 국제연맹규약 제22조 7항과 9항에 규정된 연례보고서 제출 의무와 청원서 제출 의무가 있었다.⁴⁴⁾ 청원서 제출 의무의 경우, 국제연맹규약 제22조에 규정되지 않았으나, 국제연맹이사회는 1920년 10월 22일과 1921년 6월 27일에 채택한 결의와 1923년 1월 31일에 채택한 청원서 제출 절차에 따라 위임통치국에 청원서 제출 의무가 부여되었다.⁴⁵⁾

III. 위임통치제도 내 법적 쟁점 및 문제

1. 위임통치지역에 대한 위임통치국의 주권 주장

위임통치제도는 위임통치국에 주권을 부여하지 않았으나, 일부 위임통치국은 자국이 담당한 지역에 대한 주권을 주장하였다. 먼저, 뉴기니의 위임통치를 담당했던 호주의 사례가 있다.⁴⁶⁾ 위임통치제도는 위임통치국에게 해당 지역에 대한 입법 주권을 부여하는 취지로 창설되지 않았으나,⁴⁷⁾ 호주는 뉴기니에

42) 베를린 의정서와 브뤼셀 의정서에 관한 상제르망양례 협약 제11조는 노예제도 금지를 규정하였으며 B등급 지역인 카메룬 위임통치협정 제4조와 B등급 지역인 탕가니카 위임통치협정 제5조, 토고랜드 위임통치협정 제4조, 르완다-우룬디 위임통치협정 제5조에 따르면, 위임통치국은 모든 형태의 노예무역을 금지해야한다고 하였을 뿐만 아니라, 위임통치국은 궁극적으로 국내 이외의 모든 노예제도를 신속하게 폐지해야 한다고 규정하였다. ; B, C등급 지역 위임통치협정에서 위임통치국은 필수적인 공공사업이 진행되거나, 적절한 보수를 받는 경우를 제외한 모든 형태의 강제노동을 금지해야한다고 규정하였다. B등급 지역 위임통치협정인 카메룬 위임통치협정 제4조, 탕가니카 위임통치협정 제5조, 토고랜드 위임통치협정 제4조와 르완다-우룬디 위임통치협정 제5조에서는 신중한 감독을 통한 노동인력구성 의무를 추가적으로 규정하였다.

43) 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Tanaka*, pp. 293-294.

44) 국제연맹규약 제22조 7항은 다음과 같다. "In every case of mandate, the Mandatory shall render to the Council an annual report in reference to the territory committed to its charge." ; 국제연맹규약 제22조 9항은 다음과 같다. "A permanent Commission shall be constituted to receive and examine the annual reports of the Mandatories and to advise the Council on all matters relating to the observance of the mandates." ; 1950년 서남아프리카 사건 권고적 의견, pp. 137-138.

45) "Annexes", *LN Journal*, Vol. 11, Issue 11, 1923, p. 1427 ; "Annexes", *LN Journal*, Vol. 4, Issue 3, 1923, p. 300.

46) Clinton H. Grattan, "Australia and the Pacific", *Foreign Affairs*, Vol. 7, Issue 1, 1928, p. 146 ; Henry S. Albinski, "Australia and the Dutch New Guinea Dispute", *International Journal*, Vol. 16, Issue 4, 1961, p. 359 ; Peter M. McDermott, "Australian Citizenship and the Independence of Papua New Guinea", *University of New South Wales Law Journal*, Vol. 32, Issue 1, 2009, p. 52.

47) 1950년 서남아프리카 사건 권고적 의견, p. 132.

대한 완전한 입법권을 주장하였다.⁴⁸⁾ 1932년 행정부와 입법 위원회에 따르면, 뉴기니는 위임통치국인 호주의 지시에 따라 제한적으로 입법권을 행사하였고, 뉴기니가 행사할 수 있는 사법권 역시 사면과 형량 해소로 제한되었다.⁴⁹⁾ 이처럼 위임통치지역인 뉴기니에 대한 위임통치국의 완전한 입법권, 사법권 행사는 곧 뉴기니에 대한 주권을 호주가 주장했다는 것을 의미하였다.

다음으로, 남아프리카 연방은 서남아프리카의 위임통치국이 된 이후에도 이 지역에 대한 주권을 주장하였다.⁵⁰⁾ 위임통치제도가 시작된 지 6년 후인 1926년에 남아프리카 연방은 서남아프리카에 대한 주권을 공식적으로 주장했고, 이를 인정하지 않는 국제연맹과 논쟁하기 시작했다.⁵¹⁾ 1926년 *Cape Law Society v. Van Aardt* 사건에서 남아프리카 연방 대법원 역시 위임통치국은 위임통치지역을 자국의 구성 부분으로 관리할 수 있기 때문에 해당 영토에 대한 위임통치국의 판결이 외국의 판단이 될 수 없다고 하면서 위임통치지역에 대한 관할권이 있다고 판시하였다.⁵²⁾ 이는 남아프리카 연방의 판결은 남아프리카 연방이 서남아프리카에 대한 주권을 주장하는 예이다.⁵³⁾ 얀 크리스티안 스무츠(Jan Christian Smuts) 장군은 1918년 12월 중순에 “국제연맹 : 실질적인 제안”이라는 제목의 소책자를 발표하여 사실상 국제연맹의 위임통치제도 창설을 지지하였다.⁵⁴⁾ 그러나 스무츠 장군은 그 이후로 말을 바꾸어 서남아프리카에 대한 병합을 주장하였다. 특히, 스무츠 장군은 서남아프리카가 본질적으로 남아프리카 연방의 영토와 인민의 일부였으며, 서남아프리카의 미래가 남아프리카의 병합에 달려 있다는 것을 미국의 제28대 대통령 우드로 윌슨(Woodrow Wilson)이 이해했다고 하면서, 1946년까지 서남아프리카와 남아프리카 연방이 철저하게 통합된 상태라고 주장하였다.⁵⁵⁾

마지막으로, 서사모아의 위임통치를 담당한 뉴질랜드 역시 위임통치제도 창설 이후에도 이 지역에 대한 주권을 주장하였다. 뉴질랜드는 서사모아 지역이 뉴질랜드의 구성부분이라는 근거로 서사모아 인민

48) Amy H. Jones, "Information regarding the Mandate System", *International Conciliation*, Vol. 10, 1924-1925, p. 287.

49) Lucretia L. Ilsley, "The Administration of Mandates by the British Dominions", *American Political Science Review*, Vol. 28, Issue 2, 1934, p. 290.

50) Jan C. Smuts, *supra* note 19, p. 15 ; Charles H. Alexandrowicz, "The Juridical Expression of the Sacred Trust of Civilization", *American Journal of International Law*, Vol. 65, Issue 1 1971, p. 157.

51) Wolfrum Rüdiger & Philipp Christiane, *United Nations : Law, Policies and Practice Volume 2*, (Beck'sche CH Verlagsbuchhandlung Oscar Beck, 1995), p. 875, para. 17 ; 남아프리카 연방이 서남아프리카에 대한 위임통치를 원했던 이유는 자국의 안보 때문이었고, 국제연맹규약 제22조 1항에 따른 서남아프리카 인민의 복지와 발전을 위한 것은 아니었다. Nele Matz, *supra* note 27, p. 78.

52) *Supreme Court of South Africa, Cape Law Society v. Van Aardt, South African Law Reports CPD 312, 1926.*

53) 1926년 *Cape Law Society v. Van Aardt* 사건의 피고는 서남아프리카에서 고리대금업을 하였고, 이로 인해 유죄판결을 받았다. 남아프리카 연방 대법원(Supreme Court)에서 피고는 서남아프리카에서 내린 판결은 외국법원의 판결이라고 하면서, 서남아프리카에서 받은 유죄판결이 자신을 해고하는 근거가 될 수 없다고 주장하였다. 그러나 남아프리카 연방 대법원은 서남아프리카가 자국의 구성부분이기 때문에 서남아프리카에서 내린 판결은 외국의 판결이 아니라고 하였다. James C. Hales, "The Creation and Application of the Mandate System", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 25, 1939, p. 269.

54) 얀 크리스티안 스무츠는 남아프리카 연방과 영국의 정치인이자 장군이었다. 스무츠는 제1차 세계대전과 제2차 세계대전 시 영국의 육군 장군이었고, 1919년부터 1924년까지, 1939년부터 1948년까지 남아프리카 연방 수상을 역임하였다. 스무츠 장군은 자신이 집필한 “국제연맹 : 실질적인 제안”에서 국제연맹의 감독을 받는 영토에 대한 계획을 대략적으로 설명하였다. 이러한 스무츠 장군의 계획은 국제연맹규약 제22조의 직접적인 근거가 되었고, 이를 통해 위임통치제도가 공식적으로 제도화되었다. Jan C. Smuts, *supra* note 19, p. 20.

55) 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, *Separate, Nervo*, pp. 108-109.

에 대한 권력을 확장하였다.⁵⁶⁾ 1927년 *Talagoa v. Inspector of Police* 사건에서 뉴질랜드 대법원 판사들은 국제연맹이사회에서 이와 같은 결정을 하지 않았음에도 불구하고, 위임통치제도 하에서 서사모아가 뉴질랜드에 위임되었다는 사실을 근거로 국제연맹이사회가 뉴질랜드에게 서사모아에 대한 입법권을 부여해야 한다고 판단하였다.⁵⁷⁾ 아울러 이 판결에서는 국제연맹이 위임통치지역에 대한 입법권을 국제연맹의 회원국인 영국에게 부여하였으므로, 서사모아에 대한 주권이 영국에게 있다고 하였다.⁵⁸⁾

2. B, C등급 위임통치지역 인민 법적 지위의 모호성

국제연맹규약 제22조나 위임통치협정에서 B, C등급 위임통치지역 인민의 국적을 규정하는 조항은 없었으나, 위임통치지역 인민에 대한 위임통치국의 국적 부여를 금지하는 조항도 없었다. 이는 만약 위임통치지역 인민이 각 위임통치국의 귀화법 규정의 요구 조건을 충족하면, 이들의 귀화를 금지하는 법적 근거 역시 없다는 것을 의미하였다.⁵⁹⁾ 따라서 당시 B, C등급 위임통치지역 인민에 대한 국적 부여 문제는 모호했고 논란이 되었다.⁶⁰⁾

B, C등급 위임통치지역은 이전 독일의 식민지였으므로, 독일 국적의 유럽인도 이 지역에 거주하고 있었다. 베르사유조약 제119조에 따른 독일의 식민지 포기는 영토 할양이 아닌 위임통치제도 창설을 위한 주요 강대국의 처분을 의미하였다. 문제는 베르사유 조약 제119조에 따라, 독일의 해외재산을 주요 강대국에 양도해야 한다면, 주요 강대국이 여러 국가였기 때문에 이 지역 인민에게 특정 국가의 국적을 부여할 수 없었다. 따라서 해당 인민은 새로운 국적을 취득하지 못하고, 독일 국적마저 상실한 상태가 되었으나, 이 문제는 베르사유조약에서 해결되지 않았다.⁶¹⁾ 이처럼 B, C등급 위임통치지역 인민에게 국적이 부여되지 않았고, 이들의 지위는 불확실했으므로, 이들은 합법적 권리를 행사할 수 없었다.⁶²⁾

56) Frederic M. Brookfield, "New Zealand Citizenship and Western Samoa : A Legacy of the Mandate", *Otago Law Review*, Vol. 5, Issue 3, 1983, pp. 378-379.

57) *High Court Wellington, Talagoa v Inspector of Police, New Zealand Law Reports 883, 1927.*

58) 1927년 *Talagoa v. Inspector of Police* 사건에서 상소인은 서사모아 행정관이 내린 추방명령을 위반함으로써 유죄판결을 받았고, 6개월 징역형을 선고받았다. 그러나 상소인은 뉴질랜드 의회가 서사모아에 대한 법을 제정할 권한이 없다고 주장하면서, 유죄선고를 내린 뉴질랜드 대법원에 대한 상소를 진행하였다. 이에 대해 뉴질랜드 대법원은 뉴질랜드가 서사모아의 위임통치국이기에 때문에, 1890년 외국관할권 법(the Foreign Jurisdiction Act of 1890), 국제연맹규약, 1921년 사모아 법(Samoa Act of 1921)을 근거로 1920년 3월 11일 국제연맹이사회의 결정에 따라 서사모아에 대해 법률을 제정할 수 있으므로 뉴질랜드 입법부에 부여된 유효한 관할권 행사라고 하였다. 뉴질랜드 대법원은 서사모아 행정관에 대한 유죄판결을 확정하였다. James C. Hales, *supra* note 53, p. 268.

59) James C. Hales, "The Reform and Extension of the Mandate System", *Transactions of the Grotius Society*, Vol. 26, 1940, p. 180.

60) Mutaz Qafisheh, "Genesis of Citizenship in Palestine and Israel. Palestinian Nationality during the Period 1917-1925", *Journal of the History of International Law*, Vol. 11, Issue 1, 2009, p. 20.

61) 베르사유 조약 제119조는 다음과 같다. "Germany renounces in favour of the Principal Allied and Associated Powers all her rights and titles over her oversea possessions." ; E. Emmett, "The Mandate over South-West Africa", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 9, Part 1, 1927, p. 117.

상설위임통치위원회에 따르면, 위임통치제도 보호 하 국적이 없는 인민의 지위는 분명치 않았다.⁶³⁾ 이들은 집을 소유할 수 없었으며, 해외여행 시 위임통치국 국민보다 열등한 지위에 있었다. 영국의 위임통치 지역 인민은 해외에서 보호를 받긴 했으나, 영국 내에서는 외국인이었다.⁶⁴⁾ 이에 상설위임통치위원회는 B, C등급 위임통치지역 인민을 "위임통치제도 하의 관리 대상자" 또는 "보호 대상자"로 지정하고, 위임통치국 국민과는 다른 지위여야 한다고 권고하였다. 예컨대, B등급 위임통치지역인 영국령 카메룬, 영국령 토고랜드, 탕가니카 인민은 영국의 "보호 대상자"였다. 결국, 이 지역 인민은 위임통치국 국민이 되지 못했고, "보호 대상자"로서 별개의 행정적 지위를 받았다.⁶⁵⁾

당시 B, C등급 지역 인민의 법적 지위에 관한 논의에서 여러 문제가 발견된다. 국제연맹은 B, C등급 위임통치지역 인민의 강제적 귀화는 금지하지만, 자발적 귀화는 허용하기로 합의하였다.⁶⁶⁾ 1923년 4월 23일, 국제연맹이사회는 B, C등급 위임통치지역 인민이 위임통치국의 국적을 부여받을 수 없으며, 이들의 지위는 위임통치국 국적과 구분된다고 하였다.⁶⁷⁾ 해당 인민의 자발적 귀화는 가능하나, 이들이 국적을 부여받을 수 없다는 것은 당시 이 문제에 관한 분명한 결론이 없었음을 의미한다. 사실상 해당 인민이 위임통치국에 귀화할 수 있는 법적 근거는 없었다. 또한, 이전 독일의 식민지 인민에 대한 정부의 외교적 보호를 규정한 베르사유조약 제127조에 따라,⁶⁸⁾ 국적이 없는 B, C등급 지역 인민이 위임통치국의 외교적 보호를 받을 수 있었는지도 의문이다. 결국, B, C등급 지역 인민의 법적지위는 분명하지 않았고, 위임통치국의 국적 역시 부여받지 못했으므로, 어떤 권리도 주장할 수 없었다. 이처럼 B, C등급 지역 인민의 법적 지위는 어떠한 권리도 주장할 수 없었던 식민지 인민과 다를 바 없었다.⁶⁹⁾

3. 위임통치국의 의무 위반

62) Denys P. Myers, *Handbook of the League of Nations : A Comprehensive Account of Its Structure, Operation and Activities*, (World Peace Foundation, 1935), p. 114.

63) "Sixth Meeting (Public) Twenty-Fourth Session of the Council", *LN Journal*, Vol. 4, Issue 6, 1923, p. 568 ; 국제연맹규약 제22조 9항에 따르면, 상설위임통치위원회는 국제연맹이사회가 제출한 연례보고서를 검토하고, 국제연맹이사회에 위임통치국 행정에 관한 감시와 관련된 모든 문제를 자문하는 역할을 담당하였다.

64) Hessel D. Hall, *supra* note 14, p. 79.

65) "Sixth Meeting (Public) Twenty-Fourth Session of the Council", *LN Journal*, Vol. 4, Issue 6, 1923, pp. 567-568 ; "Mandates", *LN Journal*, Vol. 9, Issue 10, 1928, p. 1953.

66) "Sixth Meeting (Public) Twenty-Fourth Session of the Council", *LN Journal*, Vol. 4, Issue 6, 1923, p. 568 ; E. Emmett, "The Mandate over South-West Africa", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 9, Part 1, 1927, p. 117.

67) "Fourteenth Meeting (Public) Twenty-Fourth Session of the Council", *LN Journal*, Vol. 4, Issue 6, 1923, p. 604.

68) 베르사유 조약 제127조는 다음과 같다. "The native inhabitants of the former German overseas possessions shall be entitled to the diplomatic protection of the Governments exercising authority over those territories."

69) 과거 영국의 보통법은 식민지로 확장되는 것이 일반적인 원칙이었으므로 식민지 인민의 국적은 영국이어야 했다. 그러나 영국의 보통법은 정복하거나 양여 받는 식민지로는 확장되지 않는다고 하였으므로, 해당 인민에 모국의 국적이 부여되지 않았다. Francis Piggott, *Nationality including Naturalization and English Law on the High Seas and beyond the Realm* (William Clowes and Sons, Limited., 1907), p. 206.

(1) 실체적 의무

1) 인민의 복지와 발전을 도모할 의무

국제연맹규약 제22조 1항에 따르면, 문명의 신성한 신탁 원칙의 본질은 곧 인민의 복지와 발전을 도모할 의무였다. 그러나 당시 위임통치제도에서 문명의 신성한 신탁 원칙이 제대로 준수되었는지에 대해서는 의문이 든다. 예컨대, 1908년부터 1940년까지 뉴기니 파푸아의 판사이자 이 지역의 위임통치를 담당하였던 호주인 허버트 머레이(Hubert Murray)는 국제연맹규약 제22조에 따른 원칙은 반드시 준수되어야 하며, 파푸아에서 문명의 신성한 신탁 원칙이 강화되어야 한다고 하였다. 그러나 허버트 머레이는 파푸아에 정착한 백인들이 이전 파푸아 인민을 식민지배했던 방식으로 위임통치할 수 있는 우려가 있으며, 무의식적으로 이들을 식민화할 수 있는 위험이 있다고 하면서, 실제로 위임통치가 시행된 이후에 파푸아에서 문명의 신성한 신탁 원칙을 준수할 필요가 없다는 주장이 제기되고 있다고 증언하였다.⁷⁰⁾ 이러한 증언은 당시 위임통치제도 내에서 이 원칙을 준수해야 한다는 의식이 매우 약했다는 사실을 방증한다.

실제로 위임통치지역 인민의 복지와 발전을 도모할 의무 위반의 대표적인 예는 나우루 위임통치국의 인산염 채굴 문제였다. 나우루의 위임통치를 담당했던 호주, 뉴질랜드, 영국은 나우루를 위임통치하기 이전인 1900년부터 인산염을 채굴하기 시작하였다.⁷¹⁾ 영국, 호주, 뉴질랜드가 공동으로 나우루의 위임통치에 동의하게 되자, 이 국가들은 1919년 10월 28일 런던에서 나우루 섬 협정을 체결하였다.⁷²⁾ 1923년 5월 30일, 나우루 섬 협정은 나우루 섬의 인산염 채굴과 위임통치 운영 요건을 규정함으로써 개정되었다. 나우루 섬 협정 제3조에 따라, 영국 인산염 위원이 운영했던 기업에 인산염 채굴에 대한 모든 권한이 위임되었다.⁷³⁾ 제9조는 영국 인산염 위원의 통제, 지시에 따라서만 인산염 채굴이 가능하다고 규정하였다.⁷⁴⁾ 또한, 이 협정의 제6조에서는 인산염 채굴 업무와 관련된 섬의 모든 영토, 건물, 공장, 설비에 대한 권원이 영국 인산염 위원에게 귀속되어야 한다고 하였다.⁷⁵⁾

70) Hubert Murray, *Papua of Today ; Or an Australian Colony in the Making*, (P. S. King and Son, Ltd., 1925), pp. 210-216.

71) Ramon E. Reyes, *supra* note 11, p. 10.

72) *Certain phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia)*, Judgment, *I.C.J Reports*, 26 June 1992 (이하, “1992년 나우루 사건”), paras. 39, 42, 60 ; Amy H. Jones, *supra* note 48, p. 292.

73) 영국, 호주, 뉴질랜드 정부는 영국 인산염 위원을 임명하였다. 영국 인산염 위원(British Phosphate Commissioners)은 1920년부터 1981년까지 크리스마스 섬, 나우루, 바나바 섬의 인산염 채굴을 담당하는 영국, 호주, 뉴질랜드 대표들로 구성되었다. 나우루 섬 협정 제3조는 다음과 같다. “There shall be a Board of Commissioners, comprising three members, one to be appointed by each of the Governments who are parties to this agreement”.

74) 나우루 섬 협정(Nauru Island Agreement, 28 October 1919) 제9조는 다음과 같다. “The deposits shall be worked and sold under the direction, management, and control of the Commissioners subject to the terms of this Agreement. It shall be the duty of the Commissioners to dispose of the phosphates for the purpose of the agricultural requirements of the United Kingdom, Australia, and New Zealand, so far as those requirements extend.”

75) 나우루 섬 협정 제6조는 다음과 같다. “The title to the phosphate deposits on the Island of Nauru and to all land, buildings,

상설위임통치위원회는 영국 인산염 위원이 나우루 지역 인산염 채굴의 독점권을 누리고 있다고 하면서, 국제연맹규약 제22조가 나우루 섬 협정에 반영되지 않았다고 비판하였다.⁷⁶⁾ 이 세 국가는 나우루 인민의 복지와 발전이라는 위임통치의 목적을 간과하고 이 지역에 강력한 권력을 행사하였다.⁷⁷⁾ 따라서 나우루에 대한 위임통치는 이 세 국가의 권력으로 인해 위임통치제도의 목적과 취지가 퇴색(退色)될 수 있다는 사실을 보여주는 가장 초기의 사례라는 비판을 받았다.⁷⁸⁾

이러한 나우루 지역 인산염 채굴 문제는 이후 ICJ에서 다루어졌다. 위임통치제도와 관련하여 나우루는 1919년 나우루 섬 협정에 따른 영국 인산염 위원의 독점적 지위에 대한 문제를 제기하였다.⁷⁹⁾ 나우루는 이 협정 서문에서 나우루에 대한 위임통치 이행과 인산염 채굴을 위한 조항의 필요성을 적시하였으나, 실제로 호주, 뉴질랜드, 영국의 위임통치는 인산염 채굴에 우선권을 부여하고 있는 나우루 섬 협정에 따라 인산염을 착취하는데 초점을 맞추었다고 비판하였다.⁸⁰⁾ 나우루는 이러한 인산염 착취가 나우루 위임통치협정 제2조에 규정된 물질적·도덕적 복지와 주민의 사회적 발전을 도모하거나 나우루 인민의 권리와 이익을 고려한 것은 아니었다고 주장하였다.⁸¹⁾ 또한, 나우루는 신탁통치제도가 1919년 나우루 섬 협정을 통해 확립된 체계를 그대로 받아들였다고 비판하면서, 호주의 인산염 채굴이 시정당국이 유엔 헌장 제76조에 규정된 신탁통치제도의 기본목표에 따라 신탁통치지역을 관리해야한다는 나우루 신탁통치협정 제3조와 신탁통치지역 인민의 복지와 발전을 규정하고 있는 제5조를 위반하였다고 주장하였다.⁸²⁾ 아울러 나우루는 인산염을 착취하고 보급할 독점적 권리가 나우루 인민의 이익을 위한 것은 아니

plant, and equipment on the island used in connexion with the working of the deposits, shall be vested in the Commissioners.”

76) 영국, 호주, 뉴질랜드가 인산염 채굴에 대한 공동 소유권을 갖게 되면서, 세 국가 중 어떤 국가가 나우루 섬에 대한 권한과 책임이 있는지에 대한 문제가 발생하였다. Nancy Viviani, *supra* note 11, pp. 47-49.

77) Ramon E. Reyes, *supra* note 11, p. 11.

78) 영국, 호주, 뉴질랜드가 인산염 채굴에 대한 공동 소유권을 갖게 되면서, 세 국가 중 어떤 국가가 나우루 섬에 대한 권한과 책임이 있는지에 대한 문제가 발생하였다. Nancy Viviani, *supra* note 11, p. 47-48.

79) 1992년 나우루 사건, *Memorial of the Republic of Nauru*, 1990, para. 109.

80) 나우루 섬 협정 서문은 다음과 같다. “.....Whereas it is necessary to make provision for the exercise of the said Mandate and for the mining of the phosphate deposits on the said Island.....”; 1992년 나우루 사건, *Memorial of the Republic of Nauru*, 1990, paras. 265-266.

81) 나우루 위임통치협정 제2조는 다음과 같다. “.....The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present mandate.”; 1992년 나우루 사건, *Application*, 1989, p. 30 ; 1992년 나우루 사건, *Memorial of the Republic of Nauru*, 1990, para. 269.

82) 1992년 나우루 사건, *Application*, 1989, p. 30 ; 1992년 나우루 사건, *Memorial of the Republic of Nauru*, 1990, paras. 109, 265, 272 ; 나우루 신탁통치협정 제3조는 다음과 같다. “The Administering Authority undertakes to administer the Territory in accordance with the provisions of the Charter and in such a manner as to achieve in the Territory the basic objectives of the International Trusteeship System, which are set forth in Article 76 of the Charter.”; 나우루 신탁통치협정 제5조는 다음과 같다. “The Administering Authority undertakes that in the discharge of its obligations under article 3 of this Agreement: 1. It will co-operate with the Trusteeship Council in the discharge of all the Council's functions under Articles 87 and 88 of the Charter; 2. It will, in accordance with its established policy: (a) Take into consideration the customs and usages of the inhabitants of Nauru and respect the rights and safeguard the interests, both present and future, of the indigenous inhabitants of the Territory; and in particular ensure that no rights over native land in favour of any person not an indigenous inhabitant of Nauru may be created or transferred except with the consent of the competent public authority; (b) Promote, as may be appropriate to the circumstances of the Territory, the economic, social, educational and cultural advancement of the inhabitants; (c) Assure to the inhabitants of the Territory, as may be appropriate to the particular circumstances of

라고 하였다.⁸³⁾ 이에 대해 호주는 나우루 청구에 대한 관할권 항변을 제기하였으나, ICJ는 호주의 관할권을 기각하였다.⁸⁴⁾ 이처럼 ICJ는 위임통치가 신탁통치로 이전되었을 때도 나우루에 대한 행정이 계속 유지된다고 보았으며, 나우루 신탁통치협정상 시정당국인 호주의 의무가 있었다고 하면서,⁸⁵⁾ 나우루의 주장을 받아들이는 입장을 취하였다. 이처럼 영국, 호주, 뉴질랜드는 위임통치제도에서뿐만 아니라 신탁통치제도 하에서도 나우루의 인산염 채굴을 지속함으로써, 나우루 인민에 대한 문명의 신성한 신탁 원칙 의무를 이행하지 않았다.

2) 소수민족 관련 의무

① 인종차별금지 의무

제1차 세계대전은 인종적 민족주의를 근간으로 단결한 각 소수민족의 불만이 심화되면서 발발하였다.⁸⁶⁾ 따라서 전쟁 종료 직후인 위임통치제도 창설 당시, 위임통치국이 위임통치지역 인민에 대한 인종차별정책을 시행할지도 모른다는 우려가 있었다.⁸⁷⁾ 국제연맹규약 제22조 1항에 규정된 “현대 세계의 곤란한 상황”은 제1차 세계대전 동안 서로 다른 경제적·정치적 발전 단계의 다양한 민족 간에 일어났던 인종차별이 빈번한 상황을 의미하였다.⁸⁸⁾ 이러한 상황에서 위임통치제도는 인종으로 대표되는 인민에 대한 차별을 금지하고 해당 인민에 대한 자결과 독립을 보장하는 사고를 전제할 수밖에 없었다.⁸⁹⁾ 민족과 인종이 반드시 일치하지는 않지만, 일반적으로 민족이 인종을 기반으로 성립되는 경우가 많기 때문에,

the Territory and its peoples, a progressively increasing share in the administrative and other services of the Territory and take all appropriate measures with a view to the political advancement of the inhabitants in accordance with Article 76 b of the Charter; (d) Guarantee to the inhabitants of the Territory, subject only to the requirements of public order, freedom of speech, of the press, of assembly and of petition, freedom of conscience and worship and freedom of religious teaching.”

83) 1992년 나우루 사건, *Memorial of the Republic of Nauru*, 1990, para. 111.

84) 1992년 나우루 사건, paras. 8-12, 14-16, 22-24, 27-30, 25, 48, 39-40, 55-57 ; ICJ는 나우루에 대한 세 국가의 공동 책임 여부는 본안에서 검토할 사안이라고 하였으나, 나우루와 호주는 화해합의에 도달하였고, 1989년 5월 19일에 나우루가 호주를 상대로 일방적 제소를 한 절차를 철회하기로 합의했다고 ICJ에 통보하였다. *Certain Phosphate Lands in Nauru (Nauru v. Australia) - Discontinuance, Order, I.C.J. Reports, September 1993*, pp. 322-323.

85) 1992년 나우루 사건, paras. 9, 39-40, 45, 48, 55-57.

86) Baron Heyking, "The Conception of the State and the Idea of Ethnic Cohesion", *Journal of Comparative Legislation and International Law*, Vol. 10, Parts 1 and 4, 1928, p. 51.

87) 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Jessup*, p. 426.

88) 국제연맹규약 제22조 1항. ; 국제연맹규약이 체결된 시점은 제1차 세계대전 종결하던 시기로, 전쟁 직후의 국제사회는 혼란스러울 수밖에 없었다. 따라서 당시 국제법은 유럽공동체 내의 여러 국가에 대한 자치를 서로 인정하면서도 상호 의존할 수 있도록 보호하고 제한하는 역할을 하였다. Francis Lieber, *Fragments of Political Science on nationalism and internationalism*, (Scribner, 1868), pp. 20-22. ; 서남아프리카 사건의 제섭(Jessup) 재판관은 위임통치제도가 창설된 1919년 당시 백인이 아닌 아프리카인 약 194,000명, 혼혈인 약 6,000명, 유색인 약 3,500명, 서남아프리카인으로 분류된 백인이나 유럽인 약 20,000명의 다양한 인종이 서남아프리카 지역에 거주했다고 하였다. 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Jessup*, pp. 426, 440 ; Ray S. Baker, *Woodrow Wilson and World Settlement. Written From his Unpublished and Personal Material*, Vol. III, (Doubleday, Page & Company, 1923), p.129.

89) Taina Tuori, *supra* note 19, p. 1.

자신이 속한 집단의 권리를 주장하는 자결의 주체는 인종차별금지를 주장할 수밖에 없게 된다.⁹⁰⁾ 서남아프리카 사건의 다나카 재판관은 위임통치제도 창설 이후 인종차별금지라는 새로운 국제관습법의 성립을 인정하는 것은 국제연맹규약 제22조와 서남아프리카 위임통치협정 제2조 2항에 대한 “유권적 해석(authentic interpretation)”이라고 하면서 위임통치기간 동안 불분명했던 규범을 단순히 명확하게 하는 것이라고 하였다.⁹¹⁾ 따라서 인종차별금지는 국제연맹규약 제22조의 해석상 문명의 신성한 신탁 원칙 의무에 해당하였다.

위임통치제도는 인종차별이 발생하고 있는 상황에서 자결과 평등권 원칙을 근거로 인종, 성, 언어, 종교에 대한 차별 없이 인권의 존중과 근본적인 자유를 도모하기 위한 제도였다. ⁹²⁾ 따라서 국제연맹규약 제22조 5항에 규정하고 있는 인민에 대한 양심과 종교의 자유의 보장은 인종차별금지라는 맥락에서 나온 위임통치국의 의무였다.⁹³⁾ 국제연맹규약 제22조 5항은 B등급 지역을 대상으로 한 조항이었으나, 개별 위임통치협정에 따르면, A, B, C등급 지역의 인민 모두가 양심의 자유와 모든 형태의 종교적 의식을 보장받도록 했다.⁹⁴⁾ 프랑스는 자국의 위임통치지역인 시리아 인민에 대한 양심의 자유를 보장하기 위한 협상을 진행하였고, 영국은 A등급 지역인 팔레스타인 위임통치협정과 B등급 지역 위임통치협정에 해당 지역 인민에 대한 양심 및 종교의 자유를 규정하기로 합의하였다.⁹⁵⁾ B등급 지역 위임통치협정은 국제연맹회원국 선교사들이 위임통치지역에서 자유롭게 선교활동을 할 수 있도록 하고 양심의 자유를 보장해야한다고 규정하였다.⁹⁶⁾ 또한, C등급 지역의 위임통치협정에서는 양심의 자유와 모든 형태의 종교적 의식 장려를 의무화하고 있다.⁹⁷⁾ 이에 대해 상설위임통치위원회는 위임통치지역 인민에 대한 위임

90) Deborah Z. Cass, “The Constitutionalization of Self-Determination”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 92, 1998, p. 124.

91) 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Tanaka*, pp. 293-294.

92) 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Jessup*, pp. 440-441.

93) Natan Lerner, “The Nature and Minimum Standards of Freedom of Religion or Belief”, *Brigham Young University Law Review*, Vol. 2000, Issue 3, 2000, p. 909 ; Johan D. van der Vyver, “Limitations of Freedom of Religion or Belief : International Law Perspectives”, *Emory International Law Review*, Vol. 19, Issue 2, 2005, p. 536.

94) Norman Bentwich, *The mandates system*, (Longmans, Green and Company, 1930), pp. 18-19 ; Quincy Wright, *supra* note 19, p. 469.

95) “Fourth Meeting (Public) Nineteenth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 3, Issue 8 - Part II, 1922, p. 792 ; “Third Meeting (Private, Then Public) Hundred-and-Fourth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 20, Issue 2, 1939, p. 79.

96) 탕가니카 위임통치협정 제8조, 카메룬 위임통치협정 제7조와 토고랜드 위임통치협정 제7조는 다음과 같다. “The Mandatory shall ensure in the territory complete freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship which are consonant with public order and morality; missionaries who are nationals of State Members of the League of Nations shall be free to enter the territory and to travel and reside therein, to acquire and possess property, to erect religious buildings and to open schools throughout the territory; it being understood, however, that the Mandatory shall have the right to exercise such control as may be necessary for the maintenance of public order and good government, and to take all measures required for such control”; 르완다-우룬디 위임통치협정 제8조는 다음과 같다. “.....The mandatory shall ensure in the territory freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship, and shall, subject to such control as may be necessary for the maintenance of good government, allow all missionaries, nationals of any State Members of the League of Nations, to enter into, travel and reside in the territory for the purpose of prosecuting their calling, to acquire and possess property, to erect buildings for religious purposes and to open schools” ; “Fourth Meeting (Public) Nineteenth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 3, Issue 8 - Part II, 1922, p. 792.

97) 서사모아 위임통치협정 제5조, 나우루 위임통치협정 제5조, 남양군도 위임통치협정 제5조, 뉴기니 위임통치협정 제5조와 서남아

통치국의 양심과 종교의 자유 보장을 강조하면서, 이는 위임통치지역의 공공질서 유지와 효과적인 행정 조치를 위해 필수적이라고 하였다.⁹⁸⁾

그러나 위임통치국은 위임통치지역 인민에 대한 인종차별을 자행하고, 이들의 양심과 종교의 자유를 보장하지 않았다. 대표적으로 일본과 남아프리카 연방 사례를 제시할 수 있다. 먼저, 일본의 경우, 남양군도에 대한 위임통치를 담당하면서, 민족말살정책의 일환으로 남양군도 인민을 차별하였다.⁹⁹⁾ 일본은 남양군도 인민이 일본과의 동질감을 느낄 수 있도록 사회조정 프로그램을 시행하였다.¹⁰⁰⁾ 이는 문명의 신성한 신탁 원칙에 따른 인종차별금지 위반에 해당하였다. 또한, 일본은 위임통치지역 인민의 종교를 보장해야한다고 규정하고 있는 국제연맹규약 제22조 5항과 남양군도 위임통치협정 제5조, 야프섬과 다른 섬에 관한 조약(이하, “야프섬 조약”) 제4조와 제5조를 위반하였다.¹⁰¹⁾ 일본이 이러한 조약을 체결한 것은 남양군도 인민이 모든 형태의 종교적 의식을 자유롭게 행사하도록 보장하고, 모든 종교의 선교사들이 종교적 건물을 짓고 학교를 개교할 수 있다는 것에 동의한 것이다.¹⁰²⁾ 그러나 일본은 마셜제도와

프리카 위임통치협정 제5조는 다음과 같다. “Subject to the provisions of any local law for the maintenance of public order and public morals, the Mandatory shall ensure in the territory freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship, and shall allow all missionaries, nationals of any State Member of the League of Nations, to enter into, travel and reside in the territory for the purpose of prosecuting their calling.” ; “Mandates”, *LN Journal*, Vol. 8, Issue 3, 1927, p. 315.

98) “Sixty-Fourth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 12, Issue 11, 1931, pp. 2057-2058.

99) 양두영, “미국의 필리핀 식민지에 대한 공교육 도입 정책, 1898-1902”, 한국미국사학회, 『미국사연구』, 제46호 (2017), 175-213쪽; 미국의 식민지배정책은 필리핀 인민을 계몽 및 교화시키기 위해 적극적으로 공교육 정책을 수립하고 운영해 나갔다. 권오신, “미국의 필리핀 식민통치의 시기별 특성”, 강원대학교 인민과학연구소, 『인문과학연구』, 제56호 (2018), 140쪽.

100) 신장 위구르 자치지역(China's Xinjiang Uyghur Autonomous Region)에 대한 중국의 정책 중에도 유사한 프로그램이 있다. 중국 전역에 걸쳐 추진되었던 단일문화주의의 일환으로 신장 위구르 자치지역에서 실시한 중국 언어 정책은 문화적 집단학살이라고 비난받았다. 이러한 중국 정책은 다양한 인권 침해의 근원이 되었다. Aurora E. Bewicke, “Silencing the Silk Road : China's Language Policy in the Xingjiang Uyghur Autonomous Region”, *San Diego International Law Journal*, Vol. 11, Issue 1, 2009, pp. 137-138.

101) 남양군도 위임통치협정 제5조는 다음과 같다. “Subject to the provisions of any local law for the maintenance of public order and public morals, the Mandatory shall ensure in the territory freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship, and shall allow all missionaries, nationals of any State Member of the League of Nations, to enter into, travel and reside in the territory for the purpose of prosecuting their calling.” ; 미국은 일본의 위임통치에 동의하지는 않았으나, 위임통치제도에 관심이 있었으므로 일본과 워싱턴에서 이에 대한 협상을 시작하였다. 1922년 2월 11일에 개최된 워싱턴 군축 회담(Washington Disarmament Conference)에서 양국은 남양군도 중 야프섬과 다른 섬에 관한 조약(United States of America and Japan-Treaty concerning the Yap Island and the other islands under mandate, 11 February 1922)에 서명하였고, 같은 해 7월 13일에 비준하였다. 야프섬 조약은 미국과 일본이 북태평양에 위치한 남양군도인 야프섬에 대한 두 정부의 권리를 명확히 하기 위해 합의한 조약이다. 미국과 일본은 야프섬 조약에 모두 구속되었다. 야프섬 조약에 따르면, 일본이 남양군도의 위임통치국이었으나, 미국은 남양군도에 대한 일본의 관할권에 대해 이의를 제기하였다. 야프섬 조약은 일본과 태평양지역 사이에 체결된 위임통치협정 제3조, 제4조, 제5조의 이익을 누릴 것이며, 남양군도에서 미국의 권리가 존중되어야 한다고 규정하고 있다. 또한, 일본과 미국 사이에 체결된 기존 조약이 남양군도에 적용될 것이라고 하였다. 야프섬 조약 제4조, 제5조는 다음과 같다. “The military training of the natives, otherwise than for purposes of internal police and the local defense of the territory, shall be prohibited. Furthermore, no military or naval bases shall be established or fortifications erected in the territory. Subject to the provisions of any local law for the maintenance of public order and public morals, the Mandatory shall insure in the territory freedom of conscience and the free exercise of all forms of worship, and shall allow all missionaries, nationals of any State Member of the League of Nations, to enter into, travel, and reside in the territory for the purpose of prosecuting their calling.”

캐롤라인 제도에서 위임통치제도 창설 이전부터 선교 활동을 했던 미국인들을 제재하였다. 또한, 일본은 자국이 세운 공립학교 외에 기독교 학교를 설립할 수 없도록 하였으며, 학교 내의 공식 언어를 일본어로 지정하였다.¹⁰³⁾ 모든 학교에서는 남양군도 학생들이 일본 천황 숭배 교리에 복종하도록 요구하였다. 이처럼 일본은 남양군도에 대한 선교 활동을 허용하지 않음으로써, 남양군도 인민 종교의 자유를 침해하였다.¹⁰⁴⁾

다음으로, 남아프리카 연방은 위임통치 기간 동안 서남아프리카에 대한 인종차별을 자행하였다.¹⁰⁵⁾ 서남아프리카의 모든 인종을 등급으로 나누어 인종분리 및 차별한 것은 해당 인민에 대한 인권침해로서 문명의 신성한 신탁 원칙상 인민의 이익을 위한 정책이라고 할 수 없었다. 서남아프리카 사건에서는 남아프리카 연방이 서남아프리카를 위임통치하는 동안 지속했던 인종차별이 문명의 신성한 신탁 원칙 의무 위반인지, 나아가 국제연합체제로 전환된 후, 남아프리카 연방이 1948년에 공식화한 아파르트헤이트가 유엔헌장 위반인지에 관한 문제를 다루었다. ICJ는 이전 위임통치국인 남아프리카 연방이 서남아프리카의 인종에 대한 차별 없이 국제적 지위, 인권, 근본적인 자유를 준수하고 존중할 것을 약속했으나, 그 약속을 어기고 인종, 피부색, 민족적 기원을 기반으로 서남아프리카 인민에 대한 차별을 감행한 것은 유엔헌장의 원칙과 목적을 명백하게 위반한 것이라고 하였다.¹⁰⁶⁾ ICJ는 이 문제를 판단한 시점인 유엔체제하에서 서남아프리카 연방에 대한 남아프리카의 아파르트헤이트가 유엔헌장 위반이라고 하였고, 국제연맹체제하에서 위임통치지역이었던 당시 서남아프리카에 대해 이루어진 남아프리카 연방의 인종차별이 국제연맹규약 제22조와 서남아프리카 위임통치협정 위반인지에 대해 부차적으로 검토하였다.¹⁰⁷⁾

이에 대해 서남아프리카 사건에서는 ICJ가 아파르트헤이트와 남아프리카 연방의 문명의 신성한 신탁 원칙 의무가 양립하는지 여부에 대한 근본적인 질문에 대한 답을 회피했다는 비판이 있었다.¹⁰⁸⁾ 이 사건의 일부 재판관들은 아파르트헤이트가 국제연맹규약 제22조 1항, 2항에서 규정하고 있는 문명의 신성한

102) Charles E. Hughes, Henry C. Lodge, Oscar W. Underwood & Elihu Root, "Conference on the Limitation of Armament", *American Journal of International Law*, Vol. 16, Issue 2, 1922, p. 230.

103) Edward T. Williams, "Japan's mandate in the Pacific", *The American Journal of International Law*, Vol. 27, No. 3, 1933, p. 434.

104) Willard Price, *supra* note 19, p. 452.

105) 아파르트헤이트란, 남아프리카 연방의 백인정권이 백인지상주의국가를 지향함으로써, 모든 인종을 등급으로 나눴던 인종분리 및 인종차별을 의미한다. 아파르트헤이트로 인해 남아프리카 연방의 흑인과 혼혈 인종은 정치적 권리뿐만 아니라 기본적인 인권을 침해당했다. 아파르트헤이트는 그 이전에도 존재하였지만, 1948년 남아프리카 연방이 이를 법률로 공식화하였고, 1994년 넬슨 만델라(Nelson Mandela)가 아파르트헤이트 정책 폐지를 선언할 때까지 지속되었다. 그러나 1994년부터 이 용어의 의미가 확장되면서 오늘날 이 단어는 인종차별정책과 동의어로 활용되고 있다.

106) 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, para. 131 ; 1973년 유엔총회결의 제3068(XXVIII)호에서는 서남아프리카 인민에 대한 아파르트헤이트 정책이 세계평화의 위협이자 인도에 반하는 범죄라고 선언하였다. 이 결의안에 따라 아파르트헤이트범죄의 진압 및 처벌에 관한 국제협약(International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 30 November 1973)이 채택되었고, 1976년 7월 18일에 발효되었다. United Nations General Assembly, International Convention on the Suppression and Punishment of the Crime of Apartheid, 2185th plenary meeting 30 November 1973, A/RES/3068 (XXVIII).

107) 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, paras. 50-51.

108) 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Jessup*, p. 325.

신탁 원칙 의무 및 목적의 위반이며, 서남아프리카 위임통치협정 제2조 2항에 따른 문명의 신성한 신탁 원칙인 인민의 물질적·도덕적 복지와 사회적 발전을 도모해야 할 의무에 반하여 운영된 정책이라고 하였다.¹⁰⁹⁾ 즉, 인종차별금지가 문명의 신성한 신탁 원칙 의무에 해당하기에, 남아프리카 연방이 인종차별을 자행함으로써 위임통치국의 의무를 이행하지 않았다는 것이다.¹¹⁰⁾

② 소수민족 보호 의무

위임통치제도에서는 인종의 차별을 금지하고, 이들의 양심과 종교의 자유를 보장해야 할 뿐만 아니라, 소수민족을 보호해야 할 의무가 있었다. 제1차 세계대전 종결 직후 체결된 조약에는 인종청소로 인한 인종학살, 강제이주 금지를 위해 폴란드, 체코슬로바키아, 세르비아-크로아티아-슬로베니아, 루마니아, 아르메니아 내 소수민족을 보호하는 내용이 규정되었다.¹¹¹⁾ 상설위임통치위원회에 따르면, 인종, 언어, 종교에 따른 소수민족에 대한 위임통치국의 보호 의무는 위임통치제도의 요건 중 하나였다.¹¹²⁾

위임통치지역 중 소수민족 보호 문제가 발생했던 지역은 이라크와 팔레스타인이었다. 먼저, 상설위임통치위원회는 이라크 내 인종적, 언어적, 종교적 소수민족인 기독교인, 유대인, 예지다족(Yezidi), 쿠르드족(Kurd)의 권리 보장과 소수민족 보호 원칙의 중요성을 강조하였다. 국제연맹이사회는 1925년 12월 16일 결의에서 영국은 위임통치국으로서 각 소수민족을 동등하게 보호해야한다고 하였다.¹¹³⁾ 이처럼 이라크 내에서 소수민족 보호 원칙이 강조된 것은 해당 소수민족이 제대로 보호를 받지 못했다는 것을 방증한다. 실제로 당시 이라크 내에서 언어, 문화, 종교가 다른 여러 소수민족들은 미래에 대한 불안감을

109) 서남아프리카 위임통치협정 제2조 2항은 다음과 같다. “The Mandatory shall promote to the utmost the material and moral well-being and the social progress of the inhabitants of the territory subject to the present Mandate.” ; 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Tanaka*, pp. 293-294 ; 1971년 서남아프리카 사건 권고적 의견, *Separate, Nervo*, pp. 111-113.

110) Arthur J. Goldberg, “The Status of Apartheid under International Law”, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, Vol. 13, Issue 1, 1985, p. 1.

111) 1919년 6월 28일에 서명된 주요 연합국과 관련국, 폴란드 간의 조약(Treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Poland, 28 June 1919) 제7조-제8조, 1919년 9월 10일에 서명된 주요 연합국과 관련국, 체코슬로바키아 간의 조약 (The treaty between the Principal Allied and Associated Powers and Czecho-Slovakia, 10 September 1919.) 제8조, 1919년 9월 10일에 서명된 주요 연합국과 관련국, 세르비아-크로아티아-슬로베니아 국가(Serb-Croat-Slovene State) 간의 조약 (The treaty of September 10, 1919, between the Principal Allied and Associated Powers and the Serb-Croat-Slovene State) 제8조, 1919년 12월 9일에 서명된 주요 연합국과 관련국, 루마니아 간의 조약(The treaty of December 9, 1919, between the Principal Allied and Associated Powers and Roumania) 제8조에서는 인종, 종교 또는 언어적 소수민의 권리와 이들의 종교적 자유를 규정하였다. ; 인종청소(ethnic cleansing)는 특정 지역의 인종을 강제적으로 이주시키으로써, 인종적으로 동일한 지리적 영역을 만들기 위한 다양한 정책이나 실행을 의미한다. 인종청소는 인종학살이나 강제이주의 형태로 나타나지만, 인종학살과 인종청소의 관련성에는 논란의 여지가 있다. 인종청소는 인종을 해당 영토 내에서 제거하는 것이고, 인종학살은 한 집단을 물리적으로 파괴하는 것이다. 그러나 인종학살과 인종청소의 개념은 중복된다는 견해가 더 강하다. Arman M. Necip, “The Concept of Ethnic Cleansing : A Cautious Quest for Justice”, *Journal of Law, Policy and Globalization*, Vol. 1, 2011, pp. 9-10 ; Maja M. Vajda, “Ethnic Cleansing as Genocide - Assessing the Croatian Genocide Case before the ICJ”, *International Criminal Law Review*, Vol. 15, Issue 1, 2015, p. 154.

112) “Second Meeting (Public, Then Private) Sixty-Fourth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 12, Issue 11, 1931, pp. 2051-2052.

113) “Annexes”, *LN Journal*, Vol. 12, Issue 2, 1931, p. 456.

갖고 있었다.¹¹⁴⁾ 다음으로, 팔레스타인 지역의 아랍인과 이 지역에 정착한 유대인의 보호문제가 있었다. 1917년 영국 외무장관이었던 아서 벨푸어(Arthur Balfour)가 1917년 유대인을 대표하는 월터 로스차일드(Walter Rothschild)에게 공식적으로 보낸 서한에 적시된 벨푸어 선언에서 영국은 팔레스타인 지역에 유대인이 민족적 고향을 세우는 시오니즘을 지지하였다.¹¹⁵⁾ 제1차 세계대전 이후, 국제연맹은 오스만 제국의 일부였던 팔레스타인의 위임통치국으로 영국을 지정하였다. 국제연맹은 국제연맹이사회와 영국이 체결한 팔레스타인 위임통치협정에 벨푸어 선언의 내용을 포함시켰다.¹¹⁶⁾ 팔레스타인 위임통치협정은 팔레스타인 지역으로 이주한 유대인뿐만 아니라 원래 이 지역에 거주하였던 아랍인에 대한 권리도 보장하였다.¹¹⁷⁾ 상설위임통치위원회는 영국이 팔레스타인 내 유대인의 민족적 고향을 설립하고, 아랍인

114) "Second Meeting (Public, Then Private) Sixty-Fourth Session of the Council", *LN Journal*, Vol. 12, Issue 11, 1931, p. 2052.

115) 벨푸어 선언은 다음과 같다. ".....His Majesty's Government view with favour the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, and will use their best endeavours to facilitate the achievement of this object, it being clearly understood that nothing shall be done which may prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country...."

116) 영국 외교관 헨리 맥마혼(Sir Vincent Arthur Henry McMahon, 1862-1949)과 아랍의 지도자인 알리 빈 후세인이 1915년 1월부터 1916년 3월에 교환한 후세인-맥마혼 서한(McMahon-Hussein Correspondence)에서 영국은 제1차 세계대전 이후 아랍인의 독립국 건설을 지지하기로 약속하였다. (후세인-맥마혼 서한의 관련 부분은 다음과 같다. "McMahon was British High Commissioner in Egypt and Ali Ibn Husain was the Sherif of Mecca during the First World War. In a series of ten letters from 1915 to 1916 McMahon tried to attract Arab support against the Ottoman Empire. The following excerpt is from a letter from October 24, 1915. The implied promise is of British support of an independent Arab state.") 또한, 1916년 5월 영국은 프랑스, 러시아와 비밀협상을 통해 오스만 제국의 영토를 분할 점령하는 내용의 "사이크스-피코 협정(Sykes-Picot Agreement, 16 May 1916)"을 체결하였다. 1917년 벨푸어 선언(Balfour Declaration)에서 영국은 유대인이 팔레스타인에 민족적 고향을 세우는 시오니즘을 지지하였다. "후세인-맥마혼 서한", "사이크스-피코 조약", "벨푸어 선언"은 서로 상충되는 내용을 담고 있어 이후 중동 분쟁의 원인이 되었다. ; 팔레스타인 위임통치협정은 국제연맹이사회와 팔레스타인 위임통치국인 영국이 체결한 협정이다. 이 협정은 1922년 7월 24일에 체결되었으며, 1923년 9월 29일에 발효하였다. 팔레스타인 위임통치협정 제4조에서는 팔레스타인 지역에서 유대인의 민족적 고향 설립을 지지하면서, 시오니즘 기구를 승인하였으며, 제6조에서는 유대인의 팔레스타인 지역 이민과 정착을 장려하고, 팔레스타인 위임통치협정 제7조는 팔레스타인 행정부가 국적법을 제정할 책임이 있으며, 이 국적법에는 팔레스타인 영주권을 취득한 유대인에 대해 팔레스타인 시민권 취득을 촉진하는 조항을 포함해야한다고 규정하였다. 1922년 팔레스타인 추밀원령, 1925년 팔레스타인 시민권 조례에서도 팔레스타인 지역의 이민자인 유대인에 대한 국적을 부여를 허용하였다.

117) 팔레스타인 위임통치협정 서문에서 주요 연합국들은 위임통치국이 1917년 11월 2일에 영국이 채택한 유대인의 민족적 고향을 팔레스타인에 설립하는 벨푸어 선언을 발효하기 위한 책임이 있다는 것에 동의하였으나, 팔레스타인 지역에 거주하는 비 유대인 공동체의 시민적, 종교적 권리나 타국에서 유대인이 향유하는 권리와 정치적 지위를 침해해서는 안 된다는 것이 분명히 이해되어야 한다고 하였다. 팔레스타인 위임통치협정 서문은 다음과 같다. "Whereas the Principal Allied Powers have also agreed that the Mandatory should be responsible for putting into effect the declaration originally made on November 2nd, 1917, by the Government of His Britannic Majesty, and adopted by the said Powers, in favour of the establishment in Palestine of a national home for the Jewish people, it being clearly understood that nothing should be done which might prejudice the civil and religious rights of existing non-Jewish communities in Palestine, or the rights and political status enjoyed by Jews in any other country; and." ; 팔레스타인 위임통치협정 제2조에서도 위임통치국에게 유대인의 민족적 고향 설립을 위한 정치적, 행정적, 경제적 조건을 형성해야할 책임과 인종과 종교에 상관없이 팔레스타인의 모든 인민의 시민적, 종교적 권리를 보호하고, 이들의 자치 기관을 발전시켜야할 책임이 있다고 하였다. 팔레스타인 위임통치협정 제2조는 다음과 같다. "The Mandatory shall be responsible for placing the country under such political, administrative and economic conditions as will secure the establishment of the Jewish national home, as laid down in the preamble, and the development of self-governing institutions, and also for safeguarding the civil and religious rights of all the inhabitants of Palestine, irrespective of race and religion."

의 자치기관의 발전을 보장하는 의무를 부담한다고 하였다.¹¹⁸⁾ 또한, 영국은 위임통치제도 이전부터 인종과 종교 관련 문제가 심각했던 팔레스타인 지역 내 평화와 질서를 유지해야 할 책임이 있었다.¹¹⁹⁾

그러나 위임통치국인 영국은 해당 의무를 제대로 이행하지 못했고, 유대인과 아랍인의 비난을 받았다. 금전적 기반이 없었던 아랍인 사이에서 미래에 대한 불안감이 고조되자, 상당한 자본력과 강력한 조직력을 갖춘 유대인과 충돌하였다. 유대인은 민족적 고향의 설립과 유대인 재산의 안전 보장을 제대로 하지 못했다고 주장하였고, 아랍인은 입국을 허가한 유대인 수가 너무 많고 이들이 후한 대우를 받고 있을 뿐만 아니라, 아랍인 자치 기관의 발전이 없다고 하면서 영국을 비난하였다. 이 문제로 인해 아랍인과 유대인 간의 긴장이 장기간 동안 지속되었고, 1929년 8월 결국 팔레스타인 지역 내 소요사태가 발생하였다.¹²⁰⁾ 2004년 장벽 사건의 권고적 의견에서 ICJ는 팔레스타인 지역 내 아랍인과 유대인 간 분쟁이 위임통치제도가 등장했을 때부터 시작되었음을 확인하였다.¹²¹⁾

(2) 절차적 의무

1) 청원서 제출 의무

“주요 연합국과 관련국”은 위임통치제도 창설 과정에서 청원권 문제를 논의하였다.¹²²⁾ 스미츠 장군은 위임통치국이 오랜 기간 신탁 원칙을 잘못 적용하여 통치한 경우, 위임통치지역 인민이 청원서를 제출하고, 국제연맹의 배상을 받을 수 있다고 하였다.¹²³⁾ 1919년 1월 24일, 파리평화회의에서 영국의 제34대 총리 데이비드 로이드 조지(David Lloyd George) 수상 역시 위임통치국이 신탁 원칙을 지키지 않는다면 국제연맹에 상소할 권리가 있다고 하였다.¹²⁴⁾ 이에 윌슨은 1919년 2월 2일 선언한 국제연맹규약 제4차 초안에 청원 조항을 추가하였으나, 국제연맹규약에 최종적으로 포함되지는 않았다.¹²⁵⁾ 이처럼 국제연맹규약 제22조에 인민의 청원권이 규정되지는 않았으나, 국제연맹은 위임통치지역 인민의 청원을

118) “Annexes”, *LN Journal*, Vol. 11, Issue 11, 1930, pp. 1331-1332.

119) Harold Temperley (ed.), *supra* note 8, p. 522.

120) “Annexes”, *LN Journal*, Vol. 11, Issue 11, 1930, pp. 1331-1332.

121) *Legal Consequences of the Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory, Advisory Opinion, I.C.J. Reports, 9 July 2004*, paras. 70-71.

122) 국제연맹은 위임통치제도 창설을 논의하는 과정에서 청원제도에 대해 논의하였다. 국제연맹 이전에도 소수민족 인민은 청원권을 행사할 수 있었다. (Aleksandar Momirov, “The Individual Right to Petition in Internationalized Territories. From Progressive Thought to an Abandoned Practice”, *Journal of the History of International Law*, Vol. 9, Issue 2, 2007, pp. 215, 217.) 1689년 영국 권리장전(English Bill of Rights 1689)에 규정된 청원권은 개인의 권리와 자유 보장을 위한 방식으로 간주되었는데, 이러한 권리는 영국 식민지 인민에게도 확대되었다. (Hessel D. Hall, *supra* note 14, p. 198.)

123) Jan C. Smuts, *supra* note 19, p. 21 ; 위임통치제도에서 청원서는 위임통치지역 행정과 관련된 모든 기록과 진정서를 포함하였다. “Annexes”, *LN Journal*, Vol. 7, Issue 2, 1926, p. 280.

124) “Papers relating to the foreign relations of the United States”, The Paris Peace Conference, Vol III, Document 47, 24 January 1919, p. 719.

125) Hessel D. Hall, *supra* note 14, p. 199.

도입하였다.¹²⁶⁾ 국제연맹이사회는 1920년 10월 22일과 1921년 6월 27일에 위임통치지역 인민이 청원서를 제출할 수 있다는 결의를 채택하였다.¹²⁷⁾ 아울러 국제연맹이사회는 개인, 기관, 소수민족 모두 청원서를 제출할 권리가 있다고 하였다.¹²⁸⁾

1923년 1월 31일, 국제연맹이사회는 위임통치국의 청원서 제출 절차를 채택하였다.¹²⁹⁾ 이 절차에서 위임통치지역 인민이 위임통치국에게 청원서를 제출하지 않고 다른 경로로 국제연맹 사무국에 제출한 경우, 해당 청원서는 국제연맹 사무국이 반환해야 하며, 위임통치지역 인민은 이 절차에 따라 청원서를 다시 제출해야 한다고 하였다.¹³⁰⁾ 그러나 이 절차는 당시 위임통치지역 인민이 반드시 위임통치국을 통해서만 청원서를 제출할 수 있었다는 사실을 보여준다. 즉, 위임통치지역 인민의 청원권이라는 실질적 권리는 분명히 존재하였으나, 위임통치국을 통해서만 인민이 청원서를 제출할 수 있었다는 사실은 절차적 권리에 문제가 있었다는 것을 의미한다.

당시 사례를 살펴보면, 청원서 제출 절차상의 문제가 더욱 분명하게 드러난다. 먼저, 청원서 자체를 제출하지 않은 위임통치국이 있었다. 국제연맹은 위임통치지역에 대한 청원서를 제출하지 않은 국가로 일본을 지목하였다. 이에 대해 일본은 청원권에 관한 내부조례가 이미 일본 내에 있을 뿐만 아니라 청원권 남용이 위험하다는 이유로 청원서를 제출하지 않았다고 하였다.¹³¹⁾ 또한, 훗날 ICJ는 국제연맹규약 제22조와 서남아프리카 위임통치협정 제6조에 따라 연례보고서를 비롯하여 서남아프리카 인민이 제출한 청원서를 유엔에 제출해야 할 의무가 남아프리카 연방에 있다고 하였으나, 남아프리카 연방이 청원서를 제출하지 않았다고 하면서, 이는 위임통치국의 의무 위반이자 국제연맹 규범의 위반이라고 판단하였다.¹³²⁾ 다음으로, 위임통치국이 상설위임통치위원회에 청원서를 제출했다고 해도, 위원회가 청원의 내용을 고려하지 않기로 결정하고 국제연맹이사회에 제출하지 않는 경우가 있었다. 이는 청원서에 대해 상설위임통치위원회가 내린 결론을 승인한 후, 각 청원서의 사안에 따라 위임통치국과 청원자에 대한 정보를 국제연맹사무총장에게 요청함으로써, 청원 내용에 대한 실질적인 조치를 취할 수 있는 권한을 갖는 국제연맹이사회가 청원서의 내용조차 검토하지 못했다는 것을 의미한다. 예컨대, 팔레스타인의 시오니즘 기구가 1926년 팔레스타인 위임통치협정 제6조가 효율적으로 적용되지 않았다는 이유로 위임통치국인

126) 1950년 서남아프리카 사건 권고적 의견, pp. 137-138 ; 1966년 서남아프리카 사건, pp. 12, 15 ; 1966년 서남아프리카 사건에서는 국제연맹규약 제22조에서 청원권을 규정하지 않은 이유는 국제연맹규약에 이 권리가 당연히 포함되어있기 때문이라는 의견이 있었다. 즉, 청원권이 어떤 조약의 조항에 규정되어 있지 않다고 하더라도 이 권리는 자연권이므로, 국제연맹에서 채택한 청원 제출 절차 규칙과 유엔헌장 제87조 (나)항은 청원권을 확인한 조항에 불과하다는 것이다. 위임통치제도에서 청원권을 보장하지 않았다면, 위임통치제도 하에서 인민의 기본적 자유와 이들에 대한 인권 보호는 환상에 불과할 수밖에 없다고 하면서, 청원서의 접수와 검토는 이 제도의 주요한 특징이라고 보았다. 1966년 서남아프리카 사건, *Dissenting, Tanaka*, p. 320.

127) 이 결의에서 청원서에 폭언이나 욕설, 소수민족이나 국가 간의 정치적 관계 단절에 대한 내용이나 명확하지 않은 출처의 정보를 포함할 수 없으며, 작성자 이름을 표기해야한다고 하였다. "Annexes", *LN Journal*, Vol. 11, Issue 11, 1923, p. 1427.

128) "Annexes", *LN Journal*, Vol. 13, Issue 3, 1932, p. 609.

129) "Annexes", *LN Journal*, Vol. 4, Issue 3, 1923, p. 300.

130) League of Nations, "Submission to the League of Nations of Petitions from Inhabitants of Mandated Territories", 1 August 1922, c.485.1922.VI.

131) "Mandates", *LN Journal*, Vol. 7, Issue 12, 1926, p. 1652.

132) 1966년 서남아프리카 사건, pp. 10-13, 15-16.

영국에게 청원서를 제출한 사례를 살펴볼 수 있다.¹³³⁾ 시오니즘 기구가 제출한 청원서에는 청원 내용에 대한 정보와 관련 주장 내용, 위임통치국의 보고서와 논평, 시오니즘 기구 대표가 제시한 보충 정보가 포함되었다. 그러나 상설위임통치위원회는 이 청원의 내용을 고려하지 않기로 결정하였다.¹³⁴⁾ 1928년 뉴질랜드의 C등급 위임통치지역이었던 서사모아의 반 노예제도 및 원주민 보호 협회도 청원서를 제출하였다. 그러나 상설위임통치위원회는 이 청원서에서 제기된 혐의 중 어떤 내용도 입증되지 않았으며, 청원서에 뉴질랜드가 위임통치제도에 반하는 정책이나 조차를 취했다는 증거가 포함되어 있지 않으므로, 이 청구서를 국제연맹이사회에 제출할 필요가 없다는 결론을 내렸다.¹³⁵⁾ 1929년에도 시오니즘 기구는 예루살렘 통곡의 벽 사건과 관련하여 청원서를 제출하였고, 위임통치국과 상설위임통치위원회가 이 청원서를 검토하였다.¹³⁶⁾ 상설위임통치위원회와 위임통치국이 이 청원에 대해 논의한 결과, 다양한 통신 수단을 통해 이 청원서에 대한 답변을 보내야한다고 결론을 내렸을 뿐, 국제연맹이사회에 이 청원서를 보내지 않았다.¹³⁷⁾ 1933년 상설위임통치위원회는 1931-1932년 사이에 진행된 시리아 의회 선거에 대한 청원서를 비롯하여, 이라크, 팔레스타인, 트랜스 요르단, 시리아, 레바논, 탕가니카, 프랑스령 카메룬, 프랑스령 토고랜드, 서남아프리카 행정부에 관한 총29건의 청원서를 검토하였다. 그러나 상설위임통치위원회는 대부분의 청원이 국제연맹이사회의 조차를 요구하지 않는다고 보았다. 다만, 상설위임통치위원회는 팔레스타인 지역에서 제출한 유대인의 지위에 관해 제출한 청원서에 대해 보충 정보를 얻어야한다고 판단하였고, 국제연맹이사회에게 위임통치국인 영국을 초대하라고 권고했을 뿐이었다.¹³⁸⁾

이처럼 당시 실행을 살펴보면, 청원서를 제출하지 않는 위임통치국이 있었으며, 위임통치국이 상설위임통치위원회에 청원서를 제출했다고 해도, 위원회는 대부분의 청원에 대해 조치할 필요가 없다는 결론을 내리거나, 국제연맹이사회에 청원서를 제출하지 않았다. 이는 당시 위임통치지역 인민에게 명목상으로 청원권이 부여되었으며, 절차상 문제로 인해 이 권리가 제대로 행사되지 않았다는 것을 의미한다.

2) 연례보고서 제출 의무

위임통치국은 국제연맹규약 제22조 7항과 9항에 따라, 국제연맹이사회에 연례보고서를 제출할 의무가 있었다.¹³⁹⁾ 위임통치국이 국제연맹이사회에 연례보고서를 제출하면, 국제연맹이사회는 실행에 따라 다

133) 팔레스타인 위임통치협정 제6조는 다음과 같다. “The Administration of Palestine, while ensuring that the rights and position of other sections of the population are not prejudiced, shall facilitate Jewish immigration under suitable conditions and shall encourage, in co-operation with the Jewish agency referred to in Article 4, close settlement by Jews on the land, including State lands and waste lands not required for public purposes.”

134) “Annexes”, *LN Journal*, Vol. 7, Issue 2, 1926, p. 280.

135) “Annexes”, *LN Journal*, Vol. 9, Issue 10, 1928, p. 1580.

136) 1929년 8월 23일에 발발한 예루살렘 통곡의 벽 사건(Jerusalem Wailing-Wall incident)은 1929년 아랍 폭동(Arab riots) 또는 1929년 학살(Massacres)이라고도 한다. 이 사건은 예루살렘의 통곡의 벽에 대한 접근을 둘러싼 이슬람교도와 유대인 간의 오랜 분쟁이 폭력으로 확대된 일련의 시위와 폭동이다.

137) “First Meeting (Private, Then Public) Fifty-Fourth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 10, Issue 4, 1929, p. 507.

138) “First Meeting (Private, Then Public) Seventieth Session of the Council”, *LN Journal*, Vol. 14, Issue 2, 1933, p. 189.

시 이 보고서를 상설위임통치위원회에 전달하였다.¹⁴⁰⁾ 상설위임통치위원회는 연례보고서를 접수, 심사 및 검토하고, 위임통치협정 준수와 관련된 문제를 국제연맹이사회에 자문해야 할 의무가 있었으며, 위임통치지역의 행정뿐만 아니라 인민의 이익을 위한 안전을 감시해야 할 의무도 있었다.¹⁴¹⁾ 상설위임통치위원회는 연례보고서를 검토한 후, 위임통치국 대표와 논의한 내용을 연례보고서에 첨부하여 다시 위임통치국 대표에게 전달하였다.¹⁴²⁾ 국제연맹이사회는 보충 정보와 설명을 확보하기 위해 위임통치국과 소통할 것을 국제연맹 사무총장에게 지시하기도 하였으며, 연례보고서에 대한 상설위임통치위원회의 검토를 위임통치국에 전달하고 필요한 조치를 취하도록 요청하기도 하였다.¹⁴³⁾

그러나 위임통치국의 연례보고서 제출 의무는 네 가지 측면에서 제대로 이행되지 않았다. 첫째, 위임통치국이 국제연맹이사회에 연례보고서를 제출하지 않은 경우가 있었으므로, 상설위임통치위원회는 국제연맹이사회에 연례보고서 제출의 중요성을 환기시킬 의무가 있다고 하였다.¹⁴⁴⁾ 둘째, 당시 국제연맹 사무총장은 연례보고서에 대한 상설위임통치위원회의 검토에 대해 위임통치국이 관심을 갖도록 독려해야 한다고 제안하였다.¹⁴⁵⁾ 이는 곧 위임통치국이 연례보고서를 제출했다고 해도, 상설위임통치위원회가 검토한 내용에 관심이 없었음을 방증한다. 셋째, 연례보고서의 접수 지연 문제가 있었다. 연례보고서는 상설위임통치위원회의 원활한 업무 수행을 위해 매년 5월 21일까지 제출되어야 했다.¹⁴⁶⁾ 상설위임통치위원회는 프랑스령 토고랜드의 연례보고서만 5월 21일 이전에 제출되었다고 하면서, 당시 위임통치국이 연례보고서를 늦게 제출하고 있으므로, 보고서를 면밀하게 검토하기가 어렵다고 하였다. 이에 위원회는 국제연맹이사회에 연례보고서 제출을 5월 21일 이전에 완료해달라고 요청하였다.¹⁴⁷⁾ 넷째, 연례보고서의 제출 절차가 제대로 진행되지 않는다는 문제가 있었다. 매년 5월 21일까지 상설위임통치위원회에 위임통치국의 연례보고서가 제출되고, 11월 이전에 상설위임통치위원회의 보고서 및 회의록이 위임통치국에 배포되어, 위원회의 검토 내용이 위임통치국 대표에 발송되는 것이 일반적인 실행이었다. 이는

139) 국제연맹규약 제22조 7항은 위임통치국이 위임통치지역에 대한 연례보고서를 국제연맹이사회에 제출해야 한다고 규정하였다. 9항에 따르면, 상설위임통치위원회는 국제연맹이사회가 제출한 연례보고서를 검토해야 한다. ; 국제연맹이사회는 모든 위임통치국의 연례보고서에 국제연맹규약 제22조에 따라 연례보고서가 국제연맹이사회로 송부되어야 한다는 명시적인 문구를 포함하도록 요청하였다. ("Twelfth Meeting (Public) [notes]", *LN Journal*, Vol. 6, Issue 10, 1925, p. 1364.) 연례보고서는 위임통치지역 인민의 도덕적, 물질적 상황에 관한 내용을 반드시 포함해야 했다. ("Mandates [note]", *LN Journal*, Vol. 7, Issue 12, 1926, p. 1651.) 1935년 당시까지 연례보고서는 총 141건이 접수되었으며, 이 중 46편은 아편, 95편은 영토 문제와 관련이 있었다. ("Annexes [notes]", *LN Journal*, Vol. 17, Issue 11, 1936, p. 1215.)

140) *The Mavrommatis Palestine Concessions (Greece v. Britain)(1924)*, *Permanent Court of International Justice, Ser. A, No. 2, Dissenting, Bustamante*, p. 80.

141) "Mandates", *LN Journal*, Vol. 7, Issue 12, 1926, pp. 1647, 1650.

142) "Constitution of the Permanent Mandates Commission", *LN Journal*, Vol. 1, Issue 8, 1920, p. 87.

143) "Third Meeting (Public) [notes]", *LN Journal*, Vol. 7, Issue 10, 1926, p. 1233 ; "Fourth Meeting (Public, Then Private) [notes]", *LN Journal*, Vol. 8, Issue 10, 1927, p. 1120.

144) "Annexes [notes]", *LN Journal*, Vol. 6, Issue 10, 1925, p. 1514 ; "Third Meeting (Public, Then Private) [notes]", *LN Journal*, Vol. 11, Issue 6, 1930, p. 530.

145) "Second Meeting (Public, Then Private)", *LN Journal*, Vol. 11, Issue 6, 1930, p. 508 ; "Third Meeting (Public, Then Private) [notes]", *LN Journal*, Vol. 11, Issue 6, 1930, p. 530.

146) "Twelfth Meeting (Public) [notes]", *LN Journal*, Vol. 6, Issue 10, 1925, p. 1364.

147) "Annexes [notes]", *LN Journal*, Vol. 6, Issue 10, 1925, p. 1514.

위임통치국이 내년 연례보고서를 준비할 때 도움이 될 수 있고, 위원회의 검토결과를 반영하여 위임통치국이 잠정조치를 취할 수 있기 때문에, 5월 21일부터 11월까지 연례보고서의 제출 절차가 모두 마무리되어야 했다. 그러나 상설위임통치위원회는 11월에 회의를 종료하였음에도, 이듬해 1월까지 회의록을 배포하지 않았다. 국제연맹이사회는 긴급한 사유를 제외하고, 회의록에 따른 연례보고서의 검토를 선호했으므로, 위원회의 검토 내용은 12월에 개최된 국제연맹이사회 회의 의제에 포함되지 않았다.¹⁴⁸⁾

IV. 결 론

지금까지 유럽에 위치한 기독교 국가가 15세기 말부터 확장해 온 식민지 제도가 유지되고 있었던 상황에서 창설된 위임통치제도를 연구함으로써, 당시 위임통치제도를 규율했던 국제법을 살펴보고 나아가 이 제도를 비판적으로 검토함으로써 두 가지의 결론을 도출할 수 있었다. 먼저, 식민지 인민의 주권은 전적으로 식민지 모국에게 있었고, 식민지 모국의 의무는 분명하지 않았던 반면, 위임통치제도는 위임통치지역 인민의 주권을 위임통치국에게 부여하지 않았으며, 다자조약인 국제연맹규약 제22조에 위임통치국의 의무가 명시적으로 규정되었다. 따라서 위임통치제도가 식민주의를 완전히 극복했다고 할 수는 없지만, 이 제도의 창설을 국제법의 탈식민화 과정으로 이해할 수 있다. 다음으로, 위임통치제도 내 법리적 쟁점과 문제를 검토 한 결과, 위임통치제도가 식민지 제도와 다를 바 없었다는 비판을 받을 수밖에 없는 이유를 밝힐 수 있었다. 첫째, 위임통치국은 위임통치지역에 대한 주권을 주장하여 이 지역의 인민을 식민지 인민과 다를 바 없이 취급하였다. 둘째, 위임통치제도에서는 A등급 지역 인민에 위임통치국의 국적을 부여하였으나, B, C등급 위임통치지역 인민의 법적 지위를 분명하게 정의하지 않았다. 상설위임통치위원회는 해당 인민을 “보호 대상자”라고 보았으나, 위임통치국 국민과 그 지위를 구분하였으므로, 위임통치국의 국적을 부여받지 못한 위임통치지역 인민의 지위는 모호하였고, 어떤 권리도 주장할 수 없었던 식민지 인민과 다를 바 없었다. 셋째, 위임통치국은 국제연맹규약 제22조와 개별 위임통치협정에 규정된 문명의 신성한 신탁 원칙에 따른 의무를 위반하여, 위임통치지역 인민의 인권을 침해하였다. 이러한 위임통치국의 의무 위반은 식민지 인민의 인권을 침해하였던 식민지 모국의 행위와 다를 바 없었다.

1919년에 창설된 위임통치제도에 관한 연구는 탈식민화 된 현 시점의 국제법과는 크게 관련이 없어 보이기에, 현행 국제법에 어떤 실익이 있을지 의문을 제기할 수 있다. 유엔헌장 이후 위임통치제도가 신탁통치제도로 이전되었고, 1960년 유엔총회결의 제1514호 채택을 계기로 식민주의 종결을 위한 논의가 진행되었다.¹⁴⁹⁾ 이후, 국제법의 탈식민화가 급속도로 전개되었고, 1994년 신탁통치 업무는 종결되었

148) "First Meeting (Private, Then Public) [notes]", *LN Journal*, Vol. 9, Issue 4, 1928, p. 374.

으며, 현재 식민지의 독립은 거의 달성된 상태이다. 이처럼 식민지 제도와 위임통치제도는 종결되었으나, 과거 식민지 모국이나 위임통치국이 해당 지역에 대해 자행했던 인권침해는 또 다른 방식으로 여전히 지속되고 있다. 무엇보다도, 현재 국제사회에서는 국가 간 이동이 용이해지면서 여러 민족이 한 지역 내 거주하는 경우가 증가하고 있으므로, 인종차별, 무력분쟁과 같은 문제가 발생할 우려가 있기에, 이 제도에 관한 연구는 현행 국제법상 과거 식민지와 관련된 영토권에 관한 논의, 어떤 민족이나 인민의 생사 문제가 될 수 있는 집단국·개별국의 인권침해에 관한 논의와도 직·간접적으로 관련된다. 이처럼 위임통치제도에 관한 연구를 통해 19세기 말 그리고 20세기 초반의 국제법을 파악할 수 있을 뿐만 아니라, 현행 국제법상 쟁점 해결을 위한 실마리를 찾을 수 있으므로, 21세기에도 위임통치제도 관련 주제를 더 깊이 연구할 필요가 있다.

149) United Nations General Assembly, Declaration on the Granting of Independence to Colonial Countries and Peoples, 14 December 1960, A/RES/1514(XV).