

유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제와 다른 국제 규범의 관계*

한양대학교 법학전문대학원 교수 김 홍 균

논문요지

나고야의정서는 유전자원에 대한 접근, 유전자원 관련 기술의 이전, 그리고 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익을 공정하고 공평하게 공유할 수 있게 함으로써 생물다양성의 보전과 그 구성 요소의 지속가능한 이용에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다. 나고야의정서는 유전자원 소재국(주로 개도국)과 이용국(주로 선진국) 사이의 갈등을 해결하기 위하여 채택된 것이다. 그 해결 방법은 유전자원 제공국과 이용국 사이에 이익을 공유하는 것이다.

선진국들은 TRIPS협정에 포함된 최소한의 특허 기준을 적용하여 유전자원을 재산권화하려고 하고 있다. 이에 반해 세계의 많은 유전자원을 보유하고 있는 개도국들은 이러한 유전자원에 대해 주권을 주장하려고 한다. 이러한 양 극단의 권리 주장은 유전자원의 최적의 이용과 보전에 장애가 되고 있다. 이러한 양측의 입장을 절충하는 것이 유전자원에의 접근을 보장하고 그에 따라 발생한 이익을 공평하게 공유하는 것을 보장해주는 것이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 나고야의정서는 유전자원에 대한 접근과 이익 공유체제를 확립하였는바, 이는 기존의 유전자원에 대한 자유이용, 무상접근 관행에 제동을 건 것으로서, 현실적 타당성을 갖는다고 평가할 수 있다.

그러나 이러한 체제에는 모호한 부분과 함께 다른 협약(예컨대 식물유전자원조약, TRIPS협정, 유엔해양법협약)과의 관계를 명확히 설정하지 않아 중첩되는 부분이 발견된다. 이러한 문제는 나고야의정서만이 아니라 다른 협약들도 마찬가지이다. 그 결과 당사국들의 예측가능성이 줄어들고 적용상 혼란이 발생한다. 이는 의정서체제가 효과적으로 작동하지 않고 다른 협약들과의 시너지 효과를 기대하기 어렵다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 나고야의정서는 그 문제를 예견하고 제4조에서 다른 협약들과의 일반관계를 두고 있으며, 그 해결 방법으로 상호보완이라는 개념을 제시하고 있다. 그러나 이러한 규정이 담고 있는 '상호보완적'이라는 표현은 상당히 모호하다. 현실적으로는 재산권의 보호가 우선시 되는 경향이 있어 재산권 보장을 강조하는 규범과 상호보완성을 갖는 것이 말처럼 쉽지가 않다. 상호보완적이라는 말은 희망사항일 뿐 국제사회에서는 오히려 긴장관계가 나타나는 경향이 있다. 그 해결 방법은 상호보완성을 강화하는 것이라고 할 수 있다.

상호보완성을 강화한다는 것은 조약 간에 상하관계를 창설하지 않고, 각 조약상 권리 및 의무를 침해하지 않으면서 해당 조약의 목적을 실현토록 함으로써 시너지를 발생케 하는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 상호보완성을 강화하기 위한 몇 가지 대안을 제시한다면 생명체에 특허를 부여할 것인지, 출처 공개 여부 등에 대한 이견의 통일, 파생물이 적용 대상에 포함되는지 여하에 대한 명확한 입장 표명, 관찰권 이원지역이나 월경성 상황에 다자체제의 활용, 해양생물자원에 대한 고려 등을 들 수 있다.

검색용 주제어 : 나고야의정서, 유전자원, 접근 및 이익 공유, 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원에 관한 국제조약, 식량농업식물유전자원, 무역관련측면에 관한 협정, 유엔해양법협약, 상호 합의된 조건, 사전통지승인, 다자체제, 출처 공개, 상호보완성

* 논문접수: 2017. 4. 4.

심사완료: 2017. 4. 25.

게재확정: 2017. 5. 12.

I. 들어가는 말

2010년 10월 29일, 생물다양성협약의 명시적인 목적 중의 하나인 유전자원의 이용에 따른 이익의 공평한 공유를 다루는 국제협약이 탄생하였는데, 나고야의정서¹⁾가 그것이다. 나고야의정서는 생물다양성협약보다 강력한 언어로 이익 공유를 언급하고 있다. 이는 국제사회에서 이익 공유 개념의 중대한 발전을 의미한다. 나아가 의정서는 생물다양성과 관련해서 경제적 가치와 비경제 가치(생물다양성의 보호와 지속가능한 이용) 간의 균형을 도모하고 있는데, 이는 기존 유전자원에 대한 자유로운 접근을 허용하는 체제와 크게 구별되는 독창적인 것으로 의미있는 진전이라고 평가할 수 있다.

종전에는 서구의 거대 다국적 기업들이 유전자원이 풍부한 아프리카, 동남아시아, 남미 등의 동·식물이나 미생물, 전통요법 등을 이용해 의약품이나 제품을 개발한 뒤 특허를 내 막대한 이익을 독점하는 구조였다. 의정서는 이러한 구조를 바꿔 유전자원을 이용해 개발한 의약품 등으로부터 발생한 이익을 원산지 국가(개도국)와 공정하고 공평하게 나누고 생물다양성을 보전하기 위해 개도국에게 자금을 지원하자는 취지를 담고 있다.

나고야의정서가 도입하고 있는 유전자원에 대한 접근과 이익 공유(ABS)체제는 유전자원이 존재하는 국가 즉, 해당 유전자원에 대해 주권을 행사하는 국가 내에서 생물다양성 보전이 이루어지도록 이익이 창출되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 유전자원으로부터 발생한 이익의 공유는 생물다양성 보전을 위한 중요한 연결고리로 작용하게 된다.

나고야의정서는 기존의 유전자원에 대한 자유접근과 무상접근 방식을 과감히 떨쳐버리고 유전자원의 이용에 따라 발생하는 이익의 공유를 시도하고 있다. 그러나 이 과정에서 다른 국제협약, 문서들과 충돌의 소지가 발생하고 있다. 나고야의정서도 이러한 가능성을 염두에 두고 조심스러운 접근을 보이고 있다. 나고야의정서 제4조 제1항에서 다른 국제협약에 따른 당사국의 권리와 의무에 영향을 미치지 아니한다든가, 다른 국제문서들과 상하관계 창설을 의도하는 것이 아니라는 규정을 둔 것은 가능하면 다른 국제협약과의 충돌을 피하려는 의도가 담긴 것이라고 할 수 있다. 그러나 생물다양성에 심각한 피해 또

* 이 논문은 2015년 대한민국 교육부와 한국연구재단의 지원을 받아 수행된 연구임 (NRF-2015S1A5A2A01011575)

1) Nagoya Protocol on Access to Genetic Resources and the Fair and Equitable Sharing of Benefits Arising from their Utilization to the Convention on Biological Diversity, <http://www.cbd.int/abs/doc/protocol/nagoya-protocol-en.pdf>. 나고야의정서는 채택된 때로부터 4년이 지난 2014년 10월 발효되었으며, 2017년 3월 현재 96개국이 이에 비준하였다. <https://www.cbd.int/information/parties.shtml#tab=2>.

는 위협을 초래하는 경우에는 나고야의정서가 우선 적용되는 것으로 해석될 수 있는 여지도 열어 두고 있는바, 이는 의정서와 다른 국제협약 간의 충돌 가능성을 예정하고 있는 것으로 볼 수 있다. 동조 제3항에서 나고야의정서와 의정서와 관련이 있는 다른 국제문서들과 상호보완적 방식으로 이행되어야 한다고 규정하고 있는 것도 나고야의정서가 다른 국제협약과 충돌할 여지가 적지 않음을 염두에 두고 있다고 볼 수 있다.

나고야의정서가 유전자원의 이용에 따라 발생하는 이익의 공유에 대한 구체적인 내용을 담고있는 획기적인 환경협약이라고 하더라도 유전자원과 관련한 기존 또는 장래의 협약, 국제문서들과 충돌할 경우 적용에 불확실성과 혼란이 증대하면서 그 효율성은 약화될 수밖에 없다. 이러한 점에서 다른 협약들과의 상호보완성은 아무리 강조해도 지나침이 없다.

이러한 인식하에 이 글에서는 먼저 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유에 초점을 맞추어 생물다양성협약 및 나고야의정서를 개관한 후(Ⅱ), 다른 국제협약, 문서들과의 일반적 관계를 나고야의정서 관련 규정에 기초하여 검토하기로 한다(Ⅲ). 나아가 접근 및 이익 공유체제를 다루는 관련 국제협약, 문서 중에서 특히 나고야의정서와 충돌가능성이 제기될 수 있는 조약(환경협약에 국한하지 않음)을 나고야의정서와 비교하면서 살펴보기로 한다(Ⅳ). 여기에는 식량농업유전자원을 다루는 식량 및 농업을 위한 식물 유전자원에 관한 국제조약(식물유전자원조약),²⁾ 세계무역기구(WTO) 부속협정의 하나인 지적재산권의 무역관련측면에 관한 협정(TRIPs협정),³⁾ 해양유전자원과 관련이 있는 유엔해양법협약⁴⁾ 등이 포함된다. 이들 협약들과의 비교·분석·평가를 거친 후 이 글의 핵심이 되는 이들 협약들과의 상호보완성을 강화하기 위한 대안을 제안하기로 한다(Ⅴ).

2) International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture(ITPGRFA) 2001, 2400 UNYS 303. 일명 유엔식량농업기구(FAO) 협약이라고도 한다.

3) The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights(TRIPs), http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.doc.

4) United Nations Convention on the Law of the Sea(UNCLOS), 21 I. L. M. 1261 (1982).

II. 생물다양성협약 및 나고야의정서와 유전자원에 대한 접근과 이익 공유

1. 생물다양성협약

유전자원에 대한 접근, 그리고 기술에의 접근과 그 이전 문제를 둘러싼 선진국과 개도국의 논쟁은 한치의 양보도 없이 진행되고 있다. 그 중심에 지적재산권 문제가 있다. 개도국들은 지적재산권의 보호 및 보호수준의 강화가 환경친화적인 기술에의 접근 및 이전을 어렵게 한다고 주장하고 있는 반면, 기술이 풍부한 미국을 비롯한 선진국들은 지적재산권에 의한 보호가 기술이전을 오히려 촉진할 것이라고 주장하고 있다.

이러한 평행선은 생물다양성협약 협상 과정에서도 재현되었다. 개도국들은 지식의 공유를 위해서는 지적재산권 개념이 부인되어야 한다면서 유전자원을 제공함에도 불구하고 이익을 향수하지 못하고 있다는 불공평 문제를 제기하였다. 이에 반하여 미국을 비롯한 선진국들은 지적재산권의 인정이야말로 환경적으로 건전한 기술의 발견과 투자를 촉진한다면서 지적재산권은 타협의 대상이 될 수 없다고 주장하였다. 상대적으로 유전자원을 많이 보유하고 있는 개도국들은 선진국들에게 이러한 자원에 대한 사용의 반대급부로 이익의 공유, 기술·연구·지식의 이전 등을 강하게 요구하였다. 이에 반하여 선진국들은 이익의 공유에 반대 입장을 취하였다.⁵⁾

이러한 입장 차이로 인하여 남·북은 타협할 수밖에 없었다. 생물다양성협약 제15조 내지 제21조 규정이 그것이다. 이는 생물다양성협약의 세 번째 목적인 유전자원의 이용에 따른 이익의 공평한 배분을 보장하기 위한 요소들을 다루고 있다. 그 중에서 제15조는 유전자원에 대한 접근을, 제16조는 기술에의 접근과 그 이전을 규정하고 있다. 특히 제16조는 지적재산권 문제를 다루고 있다. 이들 규정은 당사국들이 명목상으로 내건 목적이 생물다양성 보호이지만 실질적인 이해관계가 무엇이었는지를 가늠케 하고 있다.

5) Ved P. Nanda & George Pring, *International Environmental Law & Policy for the 21st Century*, Transnational Publishers, Inc., 2003, pp. 227-228.

(1) 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유

각국은 자원에 대한 주권의 원칙에 따라 유전자원에 대한 접근을 결정할 권리를 보유하고 있으며,⁶⁾ 유전자원에 대한 접근을 위해서는 상호 합의된 조건(Mutually Agreed Terms: MATs)에 따라서 자원을 제공하는 당사국의 사전 동의(Prior Informed Consent: PIC)를 받아야 한다. 각 당사국은 연구개발의 결과와 유전자원의 상업적 또는 다른 이용에 따라 얻어지는 이익을 이러한 자원을 제공하는 국가와 공평하게 공유하기 위하여 적절한 입법적·행정적·정책적 조치를 취하여야 한다. 그 공유는 상호 합의된 조건에 따라야 한다.⁷⁾

(2) 기술에 대한 접근과 이전

당사국은 생물다양성의 보전과 지속가능한 이용과 관련한 기술에 대한 접근과 이전을 제공하고, 용이하게 하여야 하며,⁸⁾ 그 접근과 이전은 상호 합의된 경우 양허적(concessional)이고 특혜적 조건을 포함한 공평하고 가장 우호적인(fair and most favourable) 조건으로 이루어져야 한다. 특허 및 지적재산권의 규제를 받는 기술의 경우는 지적재산권이 적절하고 효과적으로 보호되는 조건으로 기술 접근 및 이전이 이루어져야 한다.⁹⁾ 당사국은, 특히 유전자원의 제공국인면서, 상호 합의된 조건에 따라서 이들 자원을 이용한 기술(특허 및 지적재산권에 의해 보호되는 기술을 포함)에의 접근 및 이전을 허용받는 개도국은 제20조와 제21조 규정과 국제법 및 제16조 제4항 및 제5항에 부합하는 적절한 입법적·재정적·정책적 조치를 취하여야 한다.¹⁰⁾

2. 나고야의정서

생물다양성협약의 후속 의정서인 나고야의정서는 유전자원에 대한 접근과 이익 공유의 범위 및 내용을 보다 정치화함으로써 생물다양성협약을 확장, 강화하고 있다. 그 동안 국제사회에서 유전자원에 대한 접근과 그로부터 발생하는 이익 공유는 소홀히 취급되었다.

6) 각국이 자원에 대한 주권을 보유하고 있다는 점을 천명하고 있는 것은 개도국의 입장을 반영한 것이라고 할 수 있다.

7) Convention on Biological Diversity, 31 I. L. M. 818(1992), 제15조.

8) *Id.* 제16조 제1항.

9) *Id.* 동조 제2항.

10) *Id.* 동조 제3항.

그러나 나고야의정서의 출범으로 새로운 전기가 마련되었다. 나고야의정서는 특히 생물 다양성협약이 명시적으로 내세우고 있는 목표 중 세 번째 목표인 유전자원의 이용에 따른 이익의 공평한 공유에 주목하면서 당사국들의 의무를 구체화하고 있다.

나고야의정서는 유전자원의 보전과 함께 유전자원의 이용에 있어 유전자원 보유국의 자국 자연자원에 대한 주권을 존중하는 한편, 해당 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익을 이용국과 제공국이 공유할 수 있도록 보장함으로써, 유전자원을 통한 국가 상호간 공동의 이익을 추구하고 있다고 할 수 있다. 나고야의정서가 표방하는 유전자원에 대한 접근과 이익 공유체제의 두 축은 접근과 이익 공유이다. 사전통지승인과 상호합의조건은 이를 보장하기 위한 핵심수단이다.

(1) 공정하고 공평한 이익 공유

의정서는 “생물다양성협약 제15조 제3항 및 제7항에 따라, 유전자원의 이용과 후속적인 응용 및 상업화로부터 발생하는 이익은 그 유전자원의 원산지국으로서 그 자원을 제공하는 당사국 또는 협약에 따라 그 유전자원을 획득한 당사국과 공정하고 공평한(fair and equitable) 방식으로 공유되어야 한다. 그러한 이익 공유는 상호합의조건(MATs)에 따른다.”고 규정하고 있다.¹¹⁾ 의정서는 이용(접근이 아님)과 이익을 연계하고 있는데, ‘유전자원의 이용’은 모호한 개념을 내포하고 있다. 나아가 공유의 대상은 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익뿐만 아니라 그 후속하는 응용(subsequent application) 및 상업화(commercialization)로부터 발생하는 이익도 포함된다. 이는 생물다양성협약 제15조 제7항에서 연구·개발의 결과뿐만 아니라 유전자원의 상업적 이용 및 그 밖의 이용으로부터 발생하는 이익에 대한 공유를 규정하고 있음에 따른 것으로 볼 수 있다. 그러나 ‘후속하는 응용 및 상업화’에 대한 개념 정의가 없기 때문에 어느 범위까지를 포섭하는 개념인지 논란이 예상된다.

이들 개념은 이익 공유의 범위를 정한다는 중요한 의미를 갖는다. 그 이익은 ‘공정하고 공평한’ 방식으로 공유되어야 한다. 의정서는 ‘공정하고 공평한’에 대한 개념 정의를 하고 있지 않으며, 최소한의 기준도 제시하고 있지 않다. 이는 상황에 따라 달라질 수 있는, 이해 당사국들 간에 달리 해석될 수 있는 모호한 개념이다. 이익은 “원산지 국가(원산지국)로서 그러한 자원을 제공하는 국가(제공국)”와 공유되어야 한다. 이는 생물다양성협약에서 원산지국만을 언급하고 있는 것과 다소 다르다.¹²⁾ 아울러 의정서는 이익 공유가 상호

11) 나고야의정서(주 1), 제5조 제1항.

합의조건에 기초할 것을 요구하고 있다. 상호합의조건은 유전자원의 이용 및 이익 공유라는 조건으로 유전자원의 제공자와 이용자 사이에 체결되는 약정이라고 할 수 있다.¹³⁾

한편, 의정서는 당사국이 상호합의조건을 채택함에 있어 포함될 수 있는 내용을 예시적으로 정하고 있다. 여기에는 분쟁해결 조항, 지적재산권 관련 사항을 포함한 이익 공유 조건, 제3자의 추후 이용에 관한 조건, 사용 목적의 변경에 관한 조건 등이 포함된다.¹⁴⁾

의정서는 그 이익 공유의 대상이 원산지국이든 제공국이든, 그리고 토착지역공동체이든 유전자원의 이용으로부터 발생한 이익을 공정하고 공평한 방식으로 공유하도록 하기 위한 입법적·행정적 또는 정책적 조치 중 적절한 조치를 취할 것을 요구하고 있다.¹⁵⁾ 이익 공유의 유형은 금전적 이익과 비금전적 이익을 포함하며, 이에 관해서는 부속서에서 광범위하게 열거하고 있는데, 금전적 이익으로는 선불지급, 마일스톤(Milestone) 지급, 로열티 등을 들 수 있고, 비금전적 이익으로는 연구개발 성과의 공유, 교육훈련, 기술이전 및 관련 지적재산권의 공동 소유 등을 들 수 있다.¹⁶⁾

이익 공유와 관련해서는 공정하고 공평한 공유, 상호합의조건 등을 규정하고 있는 제5조가 핵심조항이지만 표준계약조항(제19조), 행동규약, 지침 및 모범관행 그리고 / 또는 기준(제20조), 기술이전, 공조, 협력(제23조) 등도 이익 공유와 밀접한 관련을 갖는다. 이러한 수단들은 이익 공유를 지원하고 촉진하는 환경을 조성하는 데 기여할 것이다.

(2) 유전자원에 대한 접근

유전자원에 대한 접근은 나고야의정서의 유전자원에 대한 접근과 이익 공유체제의 한 축을 이룬다. 생물다양성협약과 마찬가지로 의정서는 유전자원에 대한 접근이 사전통지

12) 생물다양성협약은 협약의 목적상 계약당사자가 제공하는 유전자원은 그 자원의 '원산지'인 계약당사자 또는 이 협약에 따라 유전자원을 획득한 당사자가 제공하는 것만을 의미한다고 규정하고 있다(제15조 제3항). 이익 공유의 대상 국가를 둘러싸고 협상 결렬 일보 직전에 이를 정도로 선진국과 개도국 간의 의견 대립이 있었다. 즉, 선진국은 자원제공국이 이익 공유의 대상이라고 주장한 반면, 개도국은 원산지국이 이익 공유의 대상이라고 주장한 것이다. 결국 이익 공유 대상 국가에 관한 당사국 간의 완전한 합의가 없는 상태에서 최종문안이 채택되었다. 박원석, "나고야의정서의 협상과정 및 핵심쟁점에 관한 연구", 중앙법학 제13집 제4호(2011. 12), 608 내지 609면.

13) Thomas Greiber *et al.*, *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access and Benefit-sharing*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 83, 2012, p. 86. 상호합의조건은 예컨대, 특정 유전자원에 대한 접근과 관련한 제공자와 이용자 간의 사적 계약의 형태로 이루어질 수 있다. 사전통지승인이 공법이 적용되는 영역이라면 상호합의조건은 사법이 적용되는 영역이라고 할 수 있다. Elisa Morgera *et al.*, *Unraveling the Nagoya Protocol*, Brill, 2014, p. 15.

14) 나고야의정서(주 1), 제6조 제3항(g).

15) *Id.* 제5조 제3항.

16) *Id.* 동조 제4항, 부속서.

승인(PIC)에 기초하여 이루어질 것을 요구하고 있다. 즉 “자연자원에 대한 주권적 권리를 행사하는 데 있어, 그리고 접근 및 이익 공유에 관한 국내 입법 또는 규제 요건에 따라, 유전자원의 이용을 목적으로 하는 유전자원에 대한 접근은 해당 당사국이 달리 결정하지 않는 한, 그 자원의 원산지국으로서 그 자원을 제공하는 당사국 또는 협약에 따라 유전자원을 획득한 당사국의 사전통지승인에 따라야 한다.”¹⁷⁾ 사전통지승인은 유전자원에 대한 국가주권 원칙을 표현하는 것이며, 유전자원의 이용국이 아니라 제공국의 이익을 보호하는 강력한 수단이라고 할 수 있다.

특기할 점은 의정서가 자국의 자연자원에 대한 주권적 권리를 강조하면서 해당 당사국이 “달리 결정하지 않는 한” 사전통지승인의 대상이라는 점을 밝히고 있다는 것이다. 이에 따르면 다른 국가가 보유하는 유전자원에 대한 접근과 관련해서는 기본적으로 사전통지승인을 받아야 하나, 모든 경우에 사전통지승인이 요구되는 것은 아닌 것으로 해석된다. 즉, 해당 유전자원에 관하여 주권적 권리를 보유하고 있는 당사국이 국내 입법 또는 규제 요건의 형식으로 사전통지승인을 의무화하는 경우에만 해당 유전자원의 이용을 목적으로 접근하려는 때에 사전통지승인을 받을 것이 요구되는 것으로 보아야 할 것이다.¹⁸⁾ “국내 입법 또는 규제 요건에 따라”, “해당 당사국이 달리 결정하지 아니하는 한” 등의 문구는 각 당사국이 자국이 보유하는 유전자원에 대한 접근 자체에 대하여 사전통지승인을 면제할 수도 있고, 특정한 유전자원에 대한 접근에 관하여 사전통지승인을 면제할 수도 있음을 전제한 것으로 이해된다.¹⁹⁾ 여기에서 유의할 점은 사전통지승인을 요구하지 않는다는 것이 이익 공유를 포기하는 것은 아니라는 점이다. 한편, 의정서는 자국이 보유하는 유전자원에 관하여 사전통지승인을 요구하려는 경우 필요한 입법적·행정적 또는 정책적 조치에 관하여 규정하고 있다.²⁰⁾ 나아가 국내 이행조치를 채택함에 있어 최소한의 기준과 요건을 정하고 있다.²¹⁾ 특히 의정서는 사전통지승인 절차를 채택함에 있어 최소한의 기준으로 사전통지승인을 부여하는 신청 방법에 관한 정보의 제공, 사전통지승인을 부여하는 국가책임기관의 명확화, 서면 결정 등을 제시하고 있다.²²⁾ 또한 사전통지승인 결정은 허가증이나 그에 상응하는 문서의 발급을 통해 이루어지는 절차를 포함하여야 한다.²³⁾

17) *Id.* 제6조 제1항.

18) Thomas Greiber *et al.*, 앞의 책(주 13), pp. 93-107; 박종원, 유전자원과 전통지식 법제 연구, 한국법제연구원, 2013, 58면.

19) 박종원, 앞의 책(주 18), 58면.

20) 나고야의정서(주 1), 제6조 제3항.

21) *Id.* 동조 제3항(a)~(f).

22) *Id.* 동조 제3항(c)~(f).

23) *Id.* 동조 제3항(e).

Ⅲ. 다른 국제협약, 문서와의 일반적 관계

유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제와 다른 관련 협약이나 문서들간의 상호 관련성을 검토하는 것은 충돌의 여지가 있는 지점을 밝혀 각 협약의 접근방식, 적용범위, 내용 등을 보다 분명하게 할 수 있다. 나아가 그 충돌가능성을 완화, 해소하는 방안을 도출하기 위한 출발점이 되기 때문에 중요한 의미를 갖는다. 이를 인식하고 나고야의정서는 제4조에서 동의정서와 다른 국제협약, 문서와의 일반적인 관계 규정을 둬으로써, 해결 방안을 위한 단서를 제공하고 있다.

1. 기존의 국제협약과의 관계

나고야의정서 제4조 제1항에서는 동의정서와 기존 국제협약(환경협약에 국한되지 않음)과의 관계를 밝히고 있다. 이에 따르면, 의정서 조항들은 기존 국제협약에서 유래하는 당사국의 권리 및 의무의 행사가 생물다양성에 심각한 피해 또는 위협을 초래하는 경우를 제외하고 그 권리와 의무에 영향을 미치지 않는다. 그러나 그 의미는 분명치 않다. 외관상 다른 협약으로부터 발생하는 권리·의무에 우선적 효력을 주는 모양새이나 생물다양성에 '심각한 피해 또는 위협'을 초래하지 않아야 한다는 조건이 부가되기 때문이다. '심각한 피해 또는 위협'라는 표현은 결과적으로 당사국에게 폭넓은 재량을 주고 있는데, 생물다양성에 심각한 피해 또는 위협을 초래하는 경우 당사국들에게 나고야의정서상의 권리·의무가 기존 국제협약으로부터 발생하는 권리·의무보다 우위에 선다는 해석의 여지를 주기 때문이다.

또한 이 조항은 다른 문서들 간의 상하관계 창설을 의도하는 것이 아니라는 점을 밝히고 있다. 이와 같이 문서들간에 위계질서가 존재하지 않음을 분명히 밝히고 있기 때문에 나고야의정서는 식물유전자원조약, 식물신품종보호를 위한 국제협약(UPOV협약), 유엔해양법협약, 카르타헤나의정서 등 다른 국제협약보다 우월한 지위에 있지 않게 된다.

제4조 제1항의 진정한 의미는 나고야의정서와 다른 기존 협약과의 관계 설정을 함에 있어서 일도양단식 접근이 아니라 상호보완(mutual supportiveness)을 위해 실용적, 사안별 접근을 요구하는 것이라고 할 수 있다.²⁴⁾ 상호보완이라는 표현은 의정서 전문을 위시하여 이어지는 동조 제3항에서도 언급되고 있는바, 상호보완이라는 개념은 제4조 전

24) Elisa Morgera *et al.*, 앞의 책(주 13), 88면.

체에 흐르는 가장 핵심적인 개념이라고 할 수 있다.

제4조 제3항은 기타 국제문서들과 상호보완적 방식으로 이행되어야 한다는 점을 밝히고 있다. 그러나 막상 상호보완적이라는 의미는 모호하다. 의정서는 상호보완적이라는 개념에 대한 정의는 물론이고 의정서와 다른 국제 문서들간에 발생할 수 있는 충돌을 해결하기 위한 구체적 기준을 제공하고 있지 않다. 여기에서 상호보완적 관계에 있는 문서가 무엇을 지칭하는지 명백하지 않다. 여기에는 식물유전자원조약, 토착민 권리에 관한 국제연합선언,²⁵⁾ 무형문화유산협약,²⁶⁾ 유엔해양법협약, WTO 부속협정, 국제투자협정 등이 망라될 수 있다.

나아가 그러한 국제문서와 관련 국제기구가 관련되어 진행되는 유용하고 관련성 있는 작업(work)이나 관행(practice)에 대해 적절한 주의를 할 것을 언급하고 있다. 모든 종류의 작업이나 관행이 고려되는 것이 아니라 의정서의 목적에 배치되지 않는, ‘유용한(usable)’, ‘관련된(relevant)’ 것으로 한정된다. ‘작업이나 관행’에는 협약, 연성법(soft law), 기술적 문서 등의 협상뿐만 아니라 협약상 또는 정부간기구의 주관이나 지원하에 행해지는 행위 등을 광범위하게 포함된다고 이해된다.²⁷⁾ 그 작업 등은 나고야의정서와 배치되지 않아야 하는데, 배치되지 않는다는 표현은 사실 상당히 모호한 표현이다.

2. 장래의 국제협약과의 관계

제4조 제2항에서는 어떠한 규정도 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유 관련 기타 특별 협정을 포함하여 기타 관련 국제 협정을 개발·이행하는 것을 금지하지 않음을 밝히고 있다. 다만 여기에는 위 협정들이 생물다양성협약과 의정서의 목적에 상충되지 않으며 이를 보완(supportive)하여야 한다는 제한이 부가된다. 이와 같이 상호보완이라는 개념은 장래의 국제협약과의 관계에서도 등장한다. 대표적인 관련 국제 협정 개발 노력으로는 세계지식재산권기구(World Intellectual Property Organization: WIPO)의 협상 노력,²⁸⁾ 유엔 총회의 임시작업반(Ad Hoc Open-ended Informal Working Group)

25) 나고야의정서 전문에서는 토착민 권리에 관한 국제연합선언을 주목하고 있다.

26) Convention for the Safeguarding of Intangible Cultural Heritage, 2368 U.N.T.S. 3 (2003).

27) Elisa Morgera *et al.*, 앞의 책(주 13), 89면.

28) 2000년 설립된 ‘지식재산권 및 유전자원, 전통지식에 관한 WIPO 정부간위원회’(WIPO Intergovernmental Committee on Intellectual Property and Genetic Resource, Traditional Knowledge and Folklore)는 지식재산권을 통하여 유전자원, 전통지식, 전통문화표현의 효과적인 보호를 보장하기 위한 법적 문서를 창출하기 위한 협상을 진행하고 있다. 자세한 내용은 Dominic Keating, “Access to Genetic Resources and Equitable benefit Sharing Through a New Disclosure Requirement in the Patent System: An Issue in Search of a Forum”, *J. Pat. & Trademark Off. Soc’y*, Vol.

의 국가 관할권 밖에 있는 지역(이원지역, ABNJ)에 존재하는 유전자원과 관련한 접근과 이익 공유 체제에 관한 논의²⁹⁾ 등이 좋은 예이다.

3. 접근 및 이익 공유에 관한 특별 문서와의 관계

제4조 제4항에 따르면 생물다양성협약과 의정서의 목적과 부합하고 배치되지 않는 접근 및 이익 공유에 관한 특별 국제 문서가 적용되는 경우, 의정서는 특별 문서에 의해 그리고 그 목적상 적용되는 특정 유전자원에 대해 해당 특별 문서의 당사국 또는 당사국들에 적용되지 아니한다.³⁰⁾ 그 결과 접근 및 이익 공유에 관한 특별 국제 문서가 생물다양성협약과 의정서의 목적에 부합하지 않고 배치되는 경우 당사국은 이를 적용하여서는 아니 된다. 이는 접근 및 이익 공유를 규율하는 보다 구체적인 협약이 채택·시행되지 않는 경우 의정서가 적용된다는 점을 선언하고 있다고 할 수 있다. 말하자면 특별법 우선의 원칙을 선언하고 있다고 이해할 수 있다. 이는 또한 의정서가 접근 및 이익 공유에 관한 포괄적 문서가 결코 아니라는 점을 시사한다. 이 규정은 특히 이 글이 초점으로 하고 있는, 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제에 관한 국제규범들의 관계를 다룬다는 관점에서 중요하다. 이러한 관점에서 이하에서는 접근 및 이익 공유체제를 직접 다루는 국제 문서에 국한하여 논의를 계속해 가기로 한다.

IV. 구체적인 접근 및 이익 공유 관련 조약

앞서 살펴본 나고야의정서 제4조 제4항에 따라 접근 및 이익 공유에 관한 특별 국제 문서가 생물다양성협약과 의정서의 목적에 일치하지 않는 경우 당사국은 이를 적용하여

87(2005), pp. 537-539.

29) 이원지역에 존재하는 유전자원과 관련한 접근과 이익 공유 체제에 관한 논의가 2006년부터 유엔 총회의 임시작업반(Ad Hoc Open-ended Informal Working Group)내에서 시작되었다. 당사국들은 유엔해양법협약이 논의의 출발점이 된다는 점에 대해서는 대체로 인식을 같이 하였으나 구체적으로 해양유전자원에 적용되는 체제와 관련하여서는 많은 입장 차이를 보였다. 일부 국가들은 인류의 공동유산체제를, 일부 국가는 공해체제를 선호하였다. 2011년에는 유엔해양법협약의 이행협약안도 제시되었다. Tullio Scovazzi, "Open Questions on the Exploitation of Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction", *Am. Soc'y Int'l L. Proc.*(2013), p. 143.

30) 나고야의정서(주 1), 제4조 제4항.

서는 아니 된다. 이러한 관점에서 이하에서는 접근 및 이익 공유체제를 직접 다루는 국제 문서 중에서 특히 나고야의정서와 충돌가능성이 제기될 수 있는 조약(연성법이나 논의가 진행되는 것은 제외)을 중심으로 살펴보기로 한다. 여기에는 식물유전자원조약, TRIPs 협정, 유엔해양법협약 등이 포함된다.

1. 식물유전자원조약

(1) 관련 규정

이익의 공유는 2001년 유엔식량농업기구(FAO)에 의해 채택(2004년 발효)된 식물유전자원조약에서도 추출될 수 있다. 이 조약은 식량농업식물유전자원을 둘러싼 남·북문제를 해결하기 위한 세계 최초의 구속적 문서이다. 동조약은 생물다양성협약과의 조화를 이루며 지속가능한 농업과 식량안보의 기초로서 식량 및 농업을 위한 식물의 보전과 지속가능한 이용, 그리고 그 이용으로부터 발생하는 이익을 공정하고 공평하게 공유하는 것을 주요 목적으로 하고 있다.³¹⁾

당사국들은 식량농업식물유전자원에 대한 접근을 촉진하고 그 이용으로 발생하는 이익을 공정하고 공평한 방식으로 공유하기 위한 효율적, 효과적 및 투명한 다자체제(Multilateral system)를 설립하기로 합의하였다.³²⁾ 다자체제의 적용 범위는 식량농업식물유전자원이다.³³⁾ 구체적으로 적용 대상이 되는 작물은 식량안보와 상호의존성을 고려하여 부속서 I에 포함된 식량 35, 사료 29 등 도합 64개 작물이다.³⁴⁾ 그러나 부속서 I의 모든 작물이 무조건 다자체제에 포함되는 것은 아니다. 당사국의 관리 및 통제하에 있는 그리고 공지공유영역(public domain)³⁵⁾에 있는 식량농업식물유전자원만이 포함되기 때문이다.³⁶⁾ 또한 다자체제에는 국제농업연구자문그룹(CGIAR) 산하 국제농업

31) 식물유전자원조약(주 2), 제1조.

32) *Id.* 제10조 제2항.

33) 식량농업식물유전자원이란 식량 및 농업에 실질적 또는 잠재적 가치를 가지는 식물 기원의 모든 유전물질을 말한다. *Id.* 제2조.

34) *Id.* 부속서 I. 물론 부속서에 등재된 작물 외에 추가될 수 있지만 추가 작물 여하에 대하여 당사국들간에 이견이 있고, 그 개정에 당사국들의 동의(consensus)가 요구되기 때문에 가까운 시일 내에 추가될 가능성은 많지 않아 보인다.

35) 지적재산권에 의해 보호되지 않는 물질을 의미한다. Gerald Moore and Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, IUCN, 2005 p. 84.

36) 식물유전자원조약(주 2), 제11조 제2항. 당사국의 관리 및 통제하에 있는 유전자원만이 다자체제에 포함될 수 있기 때문에 해당 유전자원이 개인에 의해 관리와 통제되는 것이라면 국가의 통제를 벗어나는 것으로

연구센터(IARC)의 현지의 수집(ex situ collections)으로 보유된 식물유전자원이 포함된다.³⁷⁾ 다자체제에 따르면 식량농업식물유전자원에 대한 접근은 식물농업분야의 연구, 육종, 훈련을 위한 이용 및 보전인 경우에만 제공될 수 있다.³⁸⁾ 유전자원에 대한 접근은 유전자원 제공자와 수령자 사이의 표준물질이전협정(Standard Material Transfer Agreement: SMTA)³⁹⁾에 의거하여 이루어질 수 있으며,⁴⁰⁾ 식량농업식물유전자원으로서 다자시스템하에서 접근한 유전물질을 포함하는 제품을 상업화하는 수령자는 표준물질이전협정에 따라 해당 제품의 상업화로부터 발생한 이익의 공평한 비율을 제19조 제3항(f)에 따라 설치된 재정메커니즘(예컨대, 신탁계정)에 지불하여야 한다.⁴¹⁾ 수령자에게는 다자시스템으로부터 제공받은 형태로(in the form received) 식량농업식물유전자원이나 유전적 부분 또는 구성 요소에 대해 용이하게 된 접근을 제한하는 지적재산권 또는 여타 권리를 주장하지 아니한다는 제한이 부과된다.⁴²⁾ 재정메커니즘에 지불된 이익은 식량농업식물유전자원을 보전하고 지속가능한 방식으로 이용하는 모든 국가의 농민, 특히 개도국과 전환기경제권 국가의 농민들에게 우선적으로 돌아간다.⁴³⁾ 당사국들은 다자체제에 포함된 식량농업식물유전자원에 대한 접근 그 자체가 다자체제의 주요한 이익임을 인정하였다.⁴⁴⁾ 동조약은 비금전적 이익도 강조하고 있는데, 여기에는 정보교환, 기술에 대한 접근 및 이전, 능력배양 등이 포함된다.⁴⁵⁾

식물유전자원조약은 식물유전자원에 대한 주권을 인정하면서 식량농업식물유전자원에 대한 접근과 이익 공유를 규정하고 있다.⁴⁶⁾ 이는 그 동안 ‘자유이용’ 또는 ‘무상접근’의 대상으로 여겨지던 유전자원이 이익 공유 대상으로 그 인식이 전환되었다는 것을 의미한

그에 대한 용이한 접근이 제한된다.

37) *Id.* 제11조 제5항.

38) *Id.* 제12조 제3항(a). 동조약은 그 외의 화학, 제약 또는 식량 및 사료를 제외한 산업 목적의 접근은 제공되지 않음을 명시하고 있는바, 이러한 목적의 접근은 개별적인 합의로 가능하다는 것을 암시하고 있다.

39) 표준물질이전협정은, 일종의 계약으로, 다자체제의 유전물질 이전에 관하여, 이전된 물질에 대한 약정 및 조건을 포함한다. Gerald Moore and Witold Tymowski, 앞의 책(주 35), 99면.

40) 식물유전자원조약(주 2), 제12조 제4항.

41) *Id.* 제13조 제2항(d)(ii).

42) *Id.* 제12조 제3항(d). 이 규정은 “제공받은 형태로”, “유전적 부분 또는 구성 요소”에 대한 해석의 논란과 함께 지적재산권과 관련해서 치열한 논란을 야기하고 있다. 식량농업식물유전자원에 대하여 지적재산권을 인정하는 경우 용이한 접근에 기초하여 이익 공유를 보장하려는 접근방법과 배치될 수 있기 때문이다. 동조약은 이러한 점을 인식하고 다자체제를 통해 획득한 물질에 관한 지적재산권을 제한하고 있다고 할 수 있다. 이러한 절충이 당사국들의 타협의 결과라고는 하지만 지적재산권을 주장하는 선진국의 불만은 계속될 수밖에 없을 것이다.

43) *Id.* 제13조 제3항.

44) *Id.* 제13조 제1항.

45) *Id.* 제13조 제2항.

46) *Id.* 전문, 제10조 제1항.

다. 동조약이 핵심적으로 표방하는 이익 공유 메커니즘은 기본적으로 다자체제이며, 이는 용이한 접근과 투명한 이익 공유를 보장한다.

동조약이 다자체제를 인정하고 있는 것은 식량농업식물유전자원이 가지고 있는 특수성을 반영하고 있기 때문이다. 즉 그 동안 식량농업식물유전자원은 국가간 경계를 넘어 공유되어 왔고 그 기원이나 원산지를 찾는 것이나 이를 증명하기가 대단히 어렵다는 특성이 있다. 이러한 상황에서 인류생존에 필수적인 식량농업식물유전자원을 반드시 사전통지승인(PIC)을 받아야 이용할 수 있도록 하는 것은 인류의 이익에 반한다고 볼 수 있다. 이러한 자원을 제공자와 수령자간의 양자체제로 규율할 경우 거래기간과 비용이 막대할 수 있고, 유전자원에 대한 지적재산권 보호를 확대할 경우 근대농업이 의존하는 식량농업식물유전자원의 계속적인 교환 노력을 위협할 수 있다.⁴⁷⁾ 대부분의 식량 및 농업식물 육종이 다른 출처의 물질로부터 또는 그 물질과 결합하여 이루어지는 상황에서 그 접근을 제한할 경우 육종에 장애가 초래될 수 있을 것이다. 작물 다양성의 연구와 육종 노력 등은 해당국 단독으로 이를 해결할 수 없고 국가간 매우 높은 상호의존적인 성격을 갖기 때문에 국제적 규율 필요성이 크다고 할 수 있다. 이러한 인식이 배경이 되어 동조약은 식량농업식물유전자원에 대한 용이한 접근을 위해 다자체제를 수립하였다고 할 수 있다.

동조약은 식물유전자원에의 원활한 접근을 위한 공개 시스템과 일정한 식물 발명품의 상업화로부터 발생하는 이익의 강제적 공유를 결합하고 있다. 즉 일종의 사적 계약인 표준물질이전협정을 통해서 다자체제에 속하는 식량농업식물유전자원에 대한 접근을 보장함과 동시에 다자체제로부터 수령한 물질의 이용에 따라 발생한 이익의 일정 비율을 동조약에 의거 설치된 재정메커니즘에 지불하도록 하고 있다. 생물다양성협약과 나고야의정서체제가 유전자원에 대한 국가의 주권적 권리를 인정하면서 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제를 유지하고 있다면 뒤에서 살펴보는 TRIPs협정은 유전자원을 지적재산권의 대상으로 보면서 사적 이익이 보장되어야 한다는 체제를 유지하고 있다고 할 수 있다. 동조약은 이러한 대립적 틀을 벗어나 두 체제의 요소가 혼재된 중간 영역의 체제를 형성하고 있다고 평가할 수 있을 것이다.

식물유전자원조약이 유전자원을 보는 시각은 생물다양성협약과 나고야의정서의 접근 방법과 크게 다르다. 왜냐하면 생물다양성협약과 나고야의정서가 유전자원에 대하여 국가 주권에 기초한 접근을 취하고 있다면 식물유전자원조약은 일정한 유전자원 중 식량농업식물유전자원에 대하여 국제 공유물(global commons) 내지 '제한된 공유재산'이라는 접근을 취하고 있기 때문이다.⁴⁸⁾ 무엇보다도 연구, 개발, 농작물 개선 등을 위해 정부나

47) 오윤석, "식량농업식물유전자원에 대한 국제조약의 분석", 국제법학회논총 제53권 제2호(2008), 219면.

48) Charles R. McManis and Eul Soo Seo, "The Interface of Open Source and Proprietary

국제 유전자은행이 보유하고 있는 64개 주요 작물에 대하여 당사국과 해당 국민에 의한 접근을 조장하고 있기 때문이다.

(2) 나고야의정서와 관계

나고야의정서와 식물유전자원조약상의 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유는 양자, 다자체제라는 각기 다른 접근방식을 취함으로써 큰 차별성을 지닌다. 두 조약은 개별적 국제협약으로, 유전자원의 보전 및 지속가능한 이용과 이익 공유라는 공통의 목적(49)을 가지고 있지만 그 적용대상, 유전자원에 대한 접근 절차, 이익 공유방법 등을 달리하는 별개의 협약인 것이다.

나고야의정서의 대상이 되는 유전자원은 광범위한데 비해 식물유전자원조약의 다자체제가 적용되는 유전자원은 유전자원 중 식량농업식물유전자원으로 제한되고, 그것도 64개 작물로 제한된다. 식물유전자원조약은 식량농업식물유전자원에 대한 접근에 있어서 표준물질이전협정을 채택하여 용이한 접근을 제공하는 반면, 나고야의정서는 접근을 위해 사전통지승인을 요구하고 있다. 이익 공유와 관련해서는 나고야의정서는 유전자원 제공국과 이용국 사이의 양자 합의(예컨대, 상호합의조건)에 따라 이익 공유가 이루어지는 양자체제를 근간으로 한다면 식물유전자원조약상은 이익의 일정 부분을 재정메커니즘에 납부해야하는 다자체제 방식을 취하고 있다.⁵⁰⁾

식물유전자원조약은 나고야의정서의 목적에 배치되지 않는 접근 및 이익 공유에 관한 특별 국제 문서로서, 나고야의정서와 동일한 법적 지위를 갖는 기존의 국제협약이다. 그 결과 식물유전자원조약상 다자체제의 적용대상이 되는 연구, 육종, 훈련의 목적에 이용되는 64개 작물종은 의정서 적용대상에서 제외 된다. 그러나 그 이외의 목적, 예컨대, 화학, 제약 또는 식량 및 사료를 제외한 산업 목적으로 이용되는 유전자원의 경우에는 나고야의정서의 양자체제가 적용된다. 이는 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유를 위해 사전통지승인 및 상호합의조건 절차를 준수해야한다는 것을 의미한다. 나고야의정서의 당사국이지만 식물유전자원조약의 비당사국인의 경우 식량농업식물유전자원에 대한 접근 및 이익 공유와 관련해서 의정서가 적용되며, 식물유전자원조약이 나고야의정서에 관한 특별 문서로서

Agricultural Innovation: Facilitated access and Benefit-Sharing under the New FAO Treaty”, *Wash. Y. J. L. & Pol’y*, Vol 30(2009), p. 436.

49) 그러나 엄밀히 말하면 나고야의정서가 생물다양성 보전에 보다 중심이 있는 환경협약이라면 식물유전자원조약은 식량안보 등을 고려하는 식량과 농업관련 협약이라고 할 수 있다.

50) 오선영, “식물유전자원의 ABS체제 - 나고야의정서와 ITPGRFA조약의 관계를 중심으로 -”, *환경법연구* 제 36권 제2호(2014. 8), 215면.

유전자원에 대한 접근 및 이익 공유에 주어지는 우선적 적용은 제한을 받는다.

그러나 이러한 원칙이 실제 적용에 있어서 반드시 명확한 것만은 아니다. 모호한 경계가 존재하기 때문이다. 예컨대, 부속서에 포함되지 않은 작물 중에 대해 농업 연구를 위한 접근을 할 경우 나고야의정서상의 다자체제의 규율을 받아야만 하는가? 이러한 의문은 부속서에 포함되지 않은 작물 중에 대하여는 원칙적으로 식물유전자원조약상의 다자체제가 적용되지 않기 때문에 발생한다. 나고야의정서가 이와 같은 상황에 대하여 명시적으로 다자체제의 적용을 배제하고 있지 않기 때문에 다자체제가 적용될 소지도 있다고 할 수 있다.⁵¹⁾ 그러나 실제에 있어서는 식물유전자원조약상 운영기구(governing body)의 결정이 중요하다고 할 수 있다. 운영기구는 식물유전자원조약의 역할, 적용범위, 생물다양성의 확보 필요성과 같은 농업용 품종이 가지고 있는 독특한 특징 등을 검토하는 한편, 나고야의정서의 규정과 요건 등을 고려하면서 접근을 용이하게 허용하는 다자체제의 적용을 결정할 수 있을 것이다.

부속서에 포함되지 않은 식량농업식물유전자원에 대하여 그 소유자가 자발적으로 다자체제에의 등록을 요청한 경우에도 유사한 문제가 발생할 수 있다. 앞에서 살펴 본 바와 같이 다자체제의 적용 대상이 되는 물질은 당사국의 관리와 통제 상태에 있는 물질이다. 그러나 식물유전자원조약은 그 외의 물질의 경우 자발적으로 다자체제에 속할 수 있도록 여지를 주고 있다.⁵²⁾ 그 결과 준정부기관이나 민간기관이 자발적으로 그들이 보유하고 있는 식량농업식물유전자원에 대하여 다자체제의 적용 대상임을 운영기구에 등록한 경우에는 나고야의정서의 적용을 받지 않을 수 있게 된다. 이는 식물유전자원조약의 부속서상의 유전자원이 아니기 때문에 나고야의정서의 적용 대상이라고 할 수 있는 식량농업용 유전자원에 대해 식물유전자원조약이 적용될 수 있다는 것을 의미한다. 이 때 식물유전자원조약이 적용되기 위해서는 다자체제가 적용된다는 운영기구의 결정이 중요하다. 운영기구는 다자체제에서 요구하는 요건과 동일한 요건(예컨대, 표준물질이전협정)의 적용을 전제로 다자체제의 적용을 결정할 가능성이 있다.

파생물과 관련해서도 적용상 혼란이 야기될 수 있다. 식물유전자원조약이 파생물을 적용대상으로 하지 않기 때문에 나고야의정서가 파생물을 포함하는지 여하에 따라 중첩이나 공백이 발생할 수 있다. 나고야의정서가 적용 범위를 규정하고 있는 제3조에서 파생물을 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 파생물이 적용 대상에 포함되는지에 대해서

51) Elisa Morgera *et al.*, 앞의 책(주 13), p. 101.

52) 식물유전자원조약은 제11조 제2항에서 다자시스템의 범위를 가능한 한 확장하기 위하여 당사국으로 하여금 부속서 I에 나열된 식량농업식물유전자원의 여타 모든 보유자들에 대하여 이들 유전자원을 다자체제에 포함시키도록 요청하도록 하고 있다. 이에 따라 해당 물질에 대한 권리 소유자가 자발적으로 해당 물질의 다자체제에의 적용을 요청한 경우 그 물질이 다자체제의 적용 대상에 포함되는 것으로 이해할 수 있을 것이다.

논란이 있다. 결론적으로 나고야의정서의 대상에 파생물이 포함된다면 식량농업용유전자원의 파생물에 대해서는 식물유전자원조약이 아니라 나고야의정서가 적용될 것이나 그렇지 않다면 어느 체제의 규율도 받지 않은 공백이 발생하게 된다.

2. TRIPs협정

(1) 관련 규정

유전자원에 대한 접근, 그리고 기술에의 접근과 그 이전 문제를 둘러싸고 선진국과 개도국은 치열한 논쟁을 하고 있다. 그 중심에 지적재산권 문제가 있다. 개도국들은 지적재산권의 보호 및 보호수준의 강화가 환경친화적인 기술에의 접근 및 이전을 어렵게 한다고 주장하고 있는 반면, 기술이 풍부한 미국을 비롯한 선진국들은 지적재산권에 의한 보호가 기술이전을 오히려 촉진할 것이라고 주장하고 있다. 이러한 논쟁은 WTO 부속협정의 하나인 TRIPs협정의 타결로 일단 지적재산권의 보호 및 강화로 방향을 잡았다.

TRIPs협정은 효과적이고 적절한 지적재산권 보호와 국제무역에 대한 왜곡과 장애를 줄이기 위한 국제기준과 원칙을 확립하고 있다. 협정은 이행을 당사국에게 일임하면서 어떤 것이 특허 대상이 될 수 있는지 그 기초를 제공하고 있다. 특허는 국내 절차이다. 이는 회원국은 그 기본 조항이 준수되는 한 보다 광범위한 보호를 제공할 수 있다는 것을 의미한다.

협정은 선진국과 개도국 간의 충돌뿐만 아니라 다양한 선진국가들의 이견을 조정하기 위하여 특허 대상이 될 수 있는 요건, 즉 신규성(new), 진보성(inventive), 산업상 이용 가능성(industrial application) 등을 들면서 특허 대상을 광범위하게 정하고 있다.⁵³⁾ 여기에는 일반적 예외가 있다. 즉, 당사국들은 당사국 영토 내에서의 상업적 이용의 금지가, 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호 또는 환경에의 심각한 피해의 회피를 포함하여, 공공질서 또는 공서양속을 보호하기 위하여 필요한 경우 그 발명을 특허 대상에서 제외할 수 있다.⁵⁴⁾ 특히 유전자원과 관련해서 주목할 것은 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호에 반하는 발명이 특허의 대상에서 제외될 수 있다는 점이다. 나아가 당사국은 인간 또는 동물의 치료를 위한 진단방법·요법 및 외과적 방법, 미생물 이외의 동·식물, 비생물학적 및 미생물학적 공정(process) 이외의 본질적으로 생물학

53) TRIPs협정(주 3), 제27조 제1항 전문.

54) *Id.* 동조 제2항.

적인 식물 또는 동물의 생산을 위한 공정 등을 특허 대상에서 제외할 수 있는데,⁵⁵⁾ 이는 반대로 미생물이 특허 대상이 될 수 있다는 것을 의미한다. 이와 같이 미생물 이외의 동·식물을 특허 대상에서 제외하고 있지만 협정은 식물변종(plant variety)의 보호를 위하여 독자적인(*sui generis*) 제도를 이용하거나 양자를 병용할 수 있도록 함으로써⁵⁶⁾ 유연성의 정도를 당사국에게 부여하고 있다. 협정은 무엇이 독자적인 제도를 구성하는지에 대하여 명시적으로 정의하고 있지 않지만 독자적인 제도로서 식물신품종보호를 위한 국제협약⁵⁷⁾ 같은 것이 포함될 수 있을 것이다.

특허는 특허권자에게 발명한 제품이나 공정에 대하여 배타적 권리를 부여한다.⁵⁸⁾ 당사국은 특허출원인이 기술분야의 전문가에 의해 발명이 실시될 수 있을 정도로 충분히 명확하고 완전하게 발명을 공개하도록 요구하여야 한다.⁵⁹⁾ 한편 협정은 비공개 정보(예컨대, 영업비밀)의 보호에 대해서 규정하고 있다.⁶⁰⁾

(2) 나고야의정서와 관계

TRIPs협정은 나고야의정서체제가 등장하기 전부터 선진국을 중심으로 발명품에 대한 국제적 보호를 다루기 때문에 유전자원을 통한 성과에 대해 이익 공유를 강조하는 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제와의 충돌은 불가피해 보인다. 충돌 가능성이 크게 부각되는 분야는 지적재산권 중 유전자원과 가장 밀접한 관련성을 갖는 특허라고 할 수 있다. 논란은 특히 보호대상, 출처공개 등에 집중되고 있다.

1) 보호 대상

생물체(동·식물, 유전자 결과물), 동·식물을 생산하기 위한 생물학적인 공정 등에 대해 특허가 가능한 것인지, 가능하다면 어느 정도, 어떤 범위에서 특허가 인정되는지 논란이 제기된다. 이러한 논란은 생물체에 대한 상업적 이용으로부터 발생하는 이익 공유여하의 문제와 결부된다. 생물다양성협약은 유전자원을 특허의 대상에서 제한할 수 있는

55) *Id.* 동조 제3항.

56) *Id.* 동조 제3항.

57) International Convention for the Protection of New Varieties of Plants. 이 협약은 1961년 12월 2일 파리에서 채택, 1968년 발효되었으며, 1972년, 1978년, 1991년 각 개정되었다. 이 조약은 흔히 'UPOV협약'이라고도 하는데, 식물의 신품종 육종가의 이익보호를 목적으로 한다.

58) TRIPs협정(주 3), 제28조 제1항.

59) *Id.* 제29조 제1항.

60) *Id.* 제39조 제2항.

가능성을 인정하고 있다.⁶¹⁾ 이는 생물체 형태에 대한 연구개발 성과에 대해 특허를 부인하고 있다는 것을 강력히 시사한다. 이에 반해 TRIPs협정은 생물체 형태에 대한 특허 인정 여하에 대하여 명확히 밝히고 있지 않다. TRIPs협정상 특허의 예외와 관련해서 주목할 것은 인간·동물 또는 식물의 생명 또는 건강의 보호에 반하는 발명이 특허의 대상에서 제외될 수 있다는 점이다. 이는 유전자(gene) 또는 DNA가, 협정에서 명시적으로 언급되고 있지 않지만, 특허의 대상이 되지 않음을 시사한다.⁶²⁾ 또한 당사국들은 미생물 이외의 동·식물, 본질적으로 생물학적인 식물 또는 동물의 생산을 위한 공정 등을 특허 대상에서 제외할 수 있도록 재량을 가지고 있는바, 그 결과 미생물 등이 특허 대상이 될 수 있는 여지가 있다.

생물체에 대한 특허 부여는 공중 건강 측면에서 중대한 결과를 갖는다. 현실적으로 문화적 요소 등의 다양한 이유로, 국가별로 다양한 특허제도가 탄생되었으며, 유일하고 독특한 시스템이 운영되고 있다. 이러한 다양성은 특허 대상을 어떻게 하는가에 차이를 초래할 수 있다. 그 결과 현실적으로 생물체(예컨대, 유전자)의 특허성 인정 여하에 대한 다양한 이견이 존재하고 있다.⁶³⁾ 이러한 이견은 유전자 검사에의 접근과 유전자 검사비용을 증가시키기 때문에 생명공학기술을 이용하는 기업의 예견가능성을 떨어뜨리고, 연구 및 개발 노력 및 비용을 증가시킨다.⁶⁴⁾ 이례적으로 높은 연구 및 개발 비용은 실패 가능성을 증가시키며 발명을 저해하는 결과를 초래한다.

2) 출처 공개

나고야의정서는 유전자원 이용의 감시차원에서 지정된 점검기관(checkpoints)으로 하여금 적절히 유전자원의 출처를 수집하거나 접수할 수 있도록 하고 있다.⁶⁵⁾ 문제는

61) Molly Jamison, "Patent Harmonization in Biotechnology: Towards International Reconciliation of the Gene Patent Debate", *Chi. J. Intl.*, Vol. 15(2015), p. 699.

62) 당사국은 유전자(gene) 또는 DNA를 일반적 예외 사유(예컨대, 공서양속을 보호하기 위하여 필요한 경우)에 해당한다는 이유로 특허 대상에서 제외하거나 유전자의 사용이 본질적으로 생물학적인 식물 또는 동물의 생산을 위한 공정으로 보아 제외할 수 있을 것이다. Eve Heafey, "Access and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: Intellectual Property-Friend, Not Foe", *Chi. J. Intl L.*, Vol. 14(2014), pp. 505-506.

63) 예컨대, 미국은 식물 변종에 대하여 특허를 부여하고 있음에 반하여, 유럽국가들은 유럽특허협약(European Patent Convention)에 따라 식물 변종을 특허 대상에서 제외하고 있다. 또한 자연적으로 발생하는 물질이 어느 정도 특허 보호를 받는지는 국가마다 다르다. Gerald Moore and Witold Tymowski, 앞의 책(주 35), pp. 94-95. 미국은 고립된 유전자 서열(gene sequences)에 대한 특허를 무효화하고 있음에 반해, 유럽연합, 호주 등은 이러한 특허를 허용하고 있다. Molly Jamison, 앞의 논문(주 61), p. 705.

64) Molly Jamison, 앞의 논문(주 61), p. 705.

65) 나고야의정서(주 1), 제17조 제1항(a)(i).

이 규정이 신규성, 진보성, 산업상 이용 가능성이 있을 경우 특허가 부여되도록 해야 한다는 TRIPs협정 제27조 제1항과 충돌할 소지가 있다는 것이다.⁶⁶⁾ 또한 비밀이기 때문에 상업적 가치가 있는 정보(예컨대, 자원 수집 장소)의 비공개 보호조항⁶⁷⁾과 충돌할 수 있다. TRIPs협정에 따른 특허 요건에 추가 요건을 부가하여 발명에 이용된 유전자원의 출처를 공개하지 않았음을 이유로 특허권 부여를 거부하는 것은 발명자의 권리를 과도하게 침해하는 것이 될 수 있기 때문이다.⁶⁸⁾ 출처 공개의무가 강행규정일 경우 그 충돌 가능성은 그 만큼 커지는바, 나고야의정서는 해당 조항에서 당사국에게 유전자원의 출처를 공개하지 아니할 경우 특허를 거부할 것을 요구하고 있지 않을 뿐만 아니라 '적절한(appropriate)'이라는 문구를 포함하여 강제성을 누그러뜨리고 있다.

출처 공개 여부와 관련한 논의는 주로 공개의 대상범위와 결과(그 법적 효과)에 집중되고 있다.⁶⁹⁾ TRIPs협정 당사국은 특허 신청인에게 기술분야의 전문가에 의해 발명이 실시될 수 있을 정도로 충분히 명확하고 완전하게 발명을 공개하도록 요구하며, 출원일 또는 우선권 주장이 있을 경우 우선권 주장일 당시에 발명자가 알고 있는 발명의 최적 실시형태를 제시하도록 요구할 수 있다(제29조 제1항). 이에 따르면 신청인은 유전자원의 이용에서 나온 발명품에 대한 특허 신청을 위해 해당 당사국의 특허법상의 공개 요건(예컨대, 기존 물질, 발명자의 신원, 발명을 수행하는 최상의 방식)을 충족해야 할 것이다. 그러나 생명공학 분야에서 미생물과 생물학적 물질을 서면 형식으로 설명하기가 어렵기 때문에 충분하고 명백하게 공개한다는 것은 쉬운 일이 아닐 것이다. 여기에 더하여 공개 대상 범위에 유전자원의 원천(source), 원산지(origin), 사전통지승인의 증거, 공정하고 공평한 이익 공유의 증거 등이 포함되는지는 문제를 어렵게 만든다. 출처나 법적 기원(legal provenance), 준수 등에 대한 증명서⁷⁰⁾의 이용은 더 어려운 문제를 발생한다. 증명서의 이용은 설계에 따라 국제통상 문제를 야기할 수 있다. 증명서가 유전자원의 이전·수출에 첨부될 수 있는 문서라는 점을 고려할 때 GATT/WTO체제 관련 규정(최혜국대우원칙, 내국민대우원칙)이 적용될 수 있으며, 경우에 따라 무역에 대한 기술장벽에 관한 협정(TBT협정)상 기술규정에 해당될 수 있기 때문에 당사국은 국제무역에 불필요

66) 박종원, 앞의 책(주 18), 69면.

67) 나고야의정서(주 1), 제19조 제2항(b).

68) Jorge Cabrera Medaglia, "The Relationship between the Access and Benefit Sharing International Regime and Other International Instruments: the World Trade Organization and the International Union for the Protection of New Varieties of Plants", *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, Vol. 10(2010), p. 32.

69) 출처 공개와 관련한 논의는 Jorge Cabrera Medaglia, 앞의 논문(주 68), pp. 31-32.

70) 나고야의정서는 국제적으로 인정된 의무준수 인증서(certificates of compliance)의 존재를 염두에 두고 그 안에 포함되어야 할 최소한의 정보를 규정하고 있다. 제17조 제1항(a), 제4항.

한 장애가 되지 않도록 적용하는 등 TBT협정 관련 규정도 살펴보아야 할 것이다.

출처 공개대상 범위보다 더 예민하고 복잡한 문제는 특허 신청과정에서 이러한 출처 공개요건을 의무화하는 것이 TRIPs협정과 배치되는 것이 아닌가하는 논란이다. 이 논란은 특허의 효력과 결부되기 때문에 뜨거운 쟁점이 될 수밖에 없다. 이러한 출처 공개요건을 충족하지 못하였을 경우 자칫 특허 자체가 무효화될 수 있기 때문이다.

출처 공개 요건의 부가가 TRIPs협정과 충돌하는지 여하에 대하여는 견해가 대립되고 있다. 출처 공개요건이 TRIPs협정과 충돌하지 않는다는 견해도 있으나⁷¹⁾ 출처 공개요건이 지적재산권의 보호를 위한 추가적인 요건으로 이해될 경우 TRIPs협정과 충돌할 가능성이 존재하는 것이다.

현재 출처공개의 강제 여부에 대해서는 완전한 합의가 이루어져 있지 않다. 국가별로도 출처 공개의 강제 여부 및 그 정도가 다른 것이 현실이다.⁷²⁾ 이러한 논란에 대해서 세계지적재산권기구(WIPO)에서도 쉽게 결론을 내리지 못하고 있다.

3. 유엔해양법협약

(1) 관련 규정

유엔해양법협약은 생물다양성과 유전자원에 대하여 침묵하고 있다. 다만 유엔해양법협약이 인정하고 있는 해양과학조사(marine scientific research) 활동이 해양유전자원과 관련될 수 있다. 유엔해양법협약은 해양과학조사의 일반 원칙으로서 해양과학조사는 오로지 평화적 목적을 위해서, 그리고 해양환경의 보호와 보전을 위해 채택된 모든 관련 규정을 준수하면서 수행되어야 한다고 천명하고 있다.⁷³⁾ 나아가 해양과학조사가 해양환경이나 그 자원의 어느 한 부분에 대한 어떠한 권리 주장의 법적 근거가 될 수 없다는 점을 밝히고 있다.⁷⁴⁾ 당사국들에게는 과학자료 및 정보의 교류와 해양과학조사로부터 얻은 지식의 이전을 적극적으로 증진할 것이 요구된다.⁷⁵⁾

71) Jorge Cabrera Medaglia, 앞의 논문(주 68), p. 31.

72) 2008년에 개정된 중국 「專利法(전리법)」 제26조 제5항에 따르면 유전자원에 의존하여 완성된 발명의 경우 신청인은 신청문건에 유전자원의 직접적인 출처와 원시적인 출처(원산지)를 설하여야 하며, 원시적인 출처를 설명할 수 없을 경우에는 그 이유를 설명하여야 한다. 류예리, “나교야의정서 발효에 따른 중국의 정책과 법제 동향 분석”, 세계농업 제194호(2016. 10), 7면. 흥미롭게도 유럽연합(EU) 국가들은 출처 공개를 반기는 반면, 미국은 출처 공개가 특허제도에 불확실성을 제공한다면서 반대하고 있다. Eve Heafey, 앞의 논문(주 62), p. 516.

73) 유엔해양법협약(주 4), 제240조.

74) *Id.* 제241조.

한편, 유엔해양법협약은 심해저에서의 해양과학조사에 관하여 별도의 규정을 두고 있다. 이에 따르면 심해저에서의 해양과학조사는 평화적 목적과 인류 전체의 이익을 위하여 수행되어야 한다.⁷⁶⁾ 주목할 점은 유엔해양법협약은 상업적 목적으로 이루어지는 해양과학조사와 그렇지 않은, 직접적이든 잠재적이든 상업적 적용을 전제하지 않는 해양과학조사를 구별하는 규정을 두고 있지 않다는 것이다. 이와 관련해서 실제 논란이 될 수 있는 것은 해양 생물탐사(bioprospecting)이다. 해양 생물탐사 개념은 모호하고,⁷⁷⁾ 해양과학조사와의 경계는 불분명하다. 그 결과 해석 여하에 따라 어려운 문제를 야기한다. 예컨대, 해양 생물탐사가 해양과학조사라고 이해된다면, 생물탐사의 결과물은 제13부(해양과학조사)의 규율을 받게 될 것이다. 그 결과 해당 당사자에게는 지식 이전의무가 부과되며, 그 탐사는 해양환경이나 그 자원의 일부에 대한 어떠한 권리 주장의 법적 근거가 될 수 없다. 그러나 해양 생물탐사가 해양과학조사와 무관할 경우에는 공해상에서 이루어진 생물탐사의 결과물은 취득한 사람에게 자유롭게 귀속될 것이다. 심해저에서의 해양 생물탐사가 평화적 목적과 인류 전체의 이익을 위하여 수행되어야 하는 해양과학조사 인지는 여전히 불분명하다.

유엔해양법협약은 이원지역(예컨대, 심해저, 공해 남극)의 해양유전자원이 인류 공동의 유산의 일부인지, 공해의 자유에 속하는 영역인지 답을 하고 있지 않다. 유엔해양법협약은 심해저의 생물자원에 대해서는 침묵하는 대신에 광물자원에 초점을 맞추고 있다. 그 결과 생물자원에 적용되는, 국제적으로 통용되는 법적 체제는 지극히 불분명한 상태이다. 이 분야는 현재 어느 한 협약이나 문서가 해결책을 제시할 수 없고, 유엔해양법협약을 위시하여 생물다양성협약 및 나고야의정서, 지적재산권 관련 협정 등이 단편적으로 적용되어야 한다. 어느 문서도 이원지역의 해양생물자원에 대한 해결책을 제시하지 않고 있으며, 이 지역에서 이루어지는 생물탐사와 같은 행위를 규율하는 포괄적인 메커니즘을 제공하고 있지 않기 때문이다.⁷⁸⁾

75) *Id.* 제244조.

76) *Id.* 제256조, 제257조.

77) 생물탐사란 샘플링을 포함하여 상업화에 이르는 일체의 연구·개발 과정을 의미한다는 견해가 있다. Erica Wales, "Marine Genetic Resources: The Clash Between Patent Law and Marine Law", *Nat. Resources & Env't*, Vol. 29-WTR(2015), p. 46. 이에 따르면 상업화된 제약, 농업, 산업, 화학 공정과 제품에 사용될 수 있는 샘플로부터 유전자원을 탐색, 수집, 추출하는 행위 등을 광범위하게 포함된다. Emily J. Stolfer, "Bioprospecting Legislation in the United States: What We Are Doing, What We Are Not Doing, and What Should We Do Next", *Clev. St. L. Rev.*, Vol. 65(2016), p. 103. 그러나 생물탐사의 결과물이 상당히 불분명하다는 점을 고려할 때 상업적 목적의 생물탐사가 이러한 행위로 볼 수 있는지는 반드시 분명한 것이 아니다.

78) Eve Heafey, 앞의 논문(주 62), p. 508.

(2) 나고야의정서와 관계

나고야의정서는 해양유전자원에 대한 접근 및 이익 공유와 관련하여 유엔해양법협약 또는 관련 국제관습법상 발생하는 권리·의무와 충돌하지 않도록 이행되어야 한다. 말하자면 나고야의정서는 유엔해양법협약에 의하여 확립된 국가 관할권이 미치는 지역과 이원지역을 구별하는 관할 틀을 존중해야 할 것이다. 한편, 유엔해양법협약상 당사국은 심해저와 배타적경제수역 바깥 수역에서 해양과학조사를 수행할 권리를 가진다.⁷⁹⁾ 그러나 유엔해양법협약이 유전자원이나 생물다양성에 대한 문제에 대하여 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 그 적용 과정에서 양 조약을 상호보완적으로 이행하는 데에 어려움이 발생한다. 관할권 지역에서 이루어지는 해양유전자원에 대한 접근 및 이익 공유를 위한 나고야의정서에 따른 절차와 요건(예컨대, 사전통지승인, 상호합의조건)과 상업적 목적으로 이루어지는 해양과학조사를 위한 유엔해양법협약상 동의 간에는 충돌이 예상된다.

이원지역에 존재하는 해양유전자원 지위와 이에 적용될 수 있는 체제에 대해서는 더 큰 불확실성과 논란이 제기된다. 그 논란의 중심에 이원지역에 존재하는 해양유전자원과 관련한 접근 및 이익 공유 문제가 있다. 나고야의정서는 국가 관할권 내의 유전자원을 다루고 있다. 이는 이원지역 유전자원에 대한 이익 공유 문제를 정면으로 다루고 있지 않다는 것을 의미한다. 나고야의정서는 공간적 범위에 대해서 명시적으로 결론을 내리고 있지 않다. 생물다양성협약 제15조는 특정 국가가 보유하고 있는 유전자원을 전제하고 있으므로,⁸⁰⁾ 이원지역에 있는 유전자원은 의정서의 적용 대상에 해당하지 않는 것으로 해석된다. 이원지역에서의 해양유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제가 확립되어 있지 않기는 유엔해양법협약도 마찬가지이다.

생명공학기술과 산업기반을 갖추고 있는 선진국들은 일반적으로 해양생물자원에 먼저 접근·전용하는 국가에게 소유권을 부여하는, 전통적인 재산법상의 이른바 “포획의 법칙(rule of capture)”을 선호할 가능성이 높다. 이들은 해양생물자원은 공해의 일부분으로 이해되어야 하고, 해양생물자원에 대한 조사는 해양과학조사로서 공해의 자유에 따라 규율되어야 하며, 그 결과 이익 공유의무는 없다고 주장할 것이다. 이에 반하여 개도국들은 해양생물자원은 인류의 공동유산으로서 그로부터 파생된 제품 또한 인류의 공동유산이기 때문에 그 이익을 인류는 공평하게 공유하여야 한다고 주장할 가능성이 높다.⁸¹⁾ 그 기저

79) 유엔해양법협약(주 4), 제143조 제1항.

80) 생물다양성협약 제15조 제1항은 “국가가 자국의 자연자원에 대한 주권적 권리를 가지고 있음에 비추어 유전자원에 대한 접근을 결정하는 권한은 해당 국가의 정부에 있으며 유전자원에 대한 접근은 국가입법에 따른다”고 규정하고 있다.

81) Eve Heafey, 앞의 논문(주 62), p. 508; Erica Wales, 앞의 논문(주 77), p. 46.

에는 어느 국가도 관할권을 가지고 있지 않은 지역에 대해서는 인류의 이익을 위해 자원의 평화로운 개발이 이루어진다는 이해가 있다.

V. 상호보완성의 강화

유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제와 충돌 가능성이 있는 다른 국제규범 사이의 관계에 대한 명시적인 언급은 생물다양성협약 제16조 제5항,⁸²⁾ 제22조, 나고야의정서 전문,⁸³⁾ 제4조, 식물유전자원조약 전문, 제1조⁸⁴⁾ 등에서 발견된다.⁸⁵⁾ 그러나 그 관계 설정은 모호한 부분이 있어 실제 적용에 있어서 간단치 않은 문제를 야기한다. 그 결과 당사국들은 불명확성과 도전에 직면하게 된다. 말하자면 나고야의정서는 다른 국제협약, 예컨대 식물유전자원조약, TRIPs협정, 유엔해양법협약 등과 적용 범위, 방식, 절차, 내용 등에서 차이가 있거나 중첩되는 부분이 있어 충돌가능성이 제기된다. 나고야의정서의 탄생 때부터 당사국들은 이러한 점을 예견하였는바, 다른 국제협약 및 문서와의 일반관계를 규정하고 있는 전문 및 제4조와 식량농업식물유전자원의 중요성에 관한 특별고려를 언급하고 있는 제8조 등이 그 좋은 증거라고 할 수 있다.

나고야의정서가 다른 조약과 충돌할 경우 예측가능성이 줄어들고 적용상 혼란이 발생하는 등의 이유로 의정서체제가 효과적으로 작동하기 어렵다. 이러한 관점에서 그 충돌가능성을 해소하거나 완화하는 것이 중요하다. 그 해결 방법이 상호보완성을 강화하는 것이라고 할 수 있다.

이러한 점을 고려하여 특히 나고야의정서 제4조 제3항에서는 “이 의정서는 의정서와 관련이 있는 다른 국제문서들과 상호보완적인 방식으로 이행되어야 한다”고 규정함으로

82) 생물다양성협약은 특허와 다른 지적재산권 문제가 협약의 시행에 영향을 미칠 수 있음을 인식하고 각 당사국으로 하여금 이러한 권리들이 협약 목적에 보완적(supportive)이고 반하지 않도록 국내법과 국제법에 따라 협력할 것을 명하고 있다.

83) 의정서 전문에서는 식물유전자원조약의 접근 및 이익 공유의 다자체제와 식량농업식물유전자원에 관한 유엔식량기구 식량농업식물유전자원위원회(Commission on Genetic Resources for Food and Agriculture: CGRFA)의 기본적 역할에 대한 특별한 인식이 언급되고 있다.

84) 제1조에서는 생물다양성협약과의 조화를 강조하고 있다. 식물유전자원조약이 발효된 이후에 나고야의정서가 채택되었기 때문에 조문 자체에 나고야의정서와의 관계에 대한 직접적인 언급은 있을 수 없었지만, 나고야의정서가 생물다양성협약의 후속협정으로서 유전자원에 대한 접근과 이익 공유라는 생물다양성협상의 목적을 보다 구체화하기 위해 채택되었다는 점에서 식물유전자원조약과 생물다양성협약과의 조화는 식물유전자원조약과 나고야의정서의 조화를 꾀하는 것으로 보아도 무방할 것이다.

85) 이와 달리 TRIPs협정에서는 다른 국제협약과의 관계에 관한 규정을 포함하고 있지 않다.

써 상호보완성을 강조하고 있다.⁸⁶⁾ 상호보완이라는 표현은 의정서 전문을 위시하여 제4조 제2항에서도 언급되고 있는바, 상호보완이라는 개념은 제4조 전체에 흐르는 가장 핵심적인 개념이라고 할 수 있다. 그러나 이러한 규정이 담고 있는 ‘상호보완적’이라는 표현은 상당히 모호하다. 현실적으로는 재산권의 보호가 우선시 되는 경향이 있어 재산권 보장을 강조하는 규범과 상호보완성을 갖는 것이 말처럼 쉽지가 않아 보인다.

상호보완적이라는 것은 조약 간에 상하관계를 창설하는 것이 아니라 신의성실의 원칙에 따라 서로 협의하여 각 조약상 권리 및 의무를 침해하지 않으면서 해당 조약의 목적을 실현하는 것이라고 할 수 있다.⁸⁷⁾ 이러한 관점에서 앞에서 살펴본 논의를 바탕으로 상호보완성을 강화하기 위한 몇 가지 대안을 제시하면 다음과 같다.

1. 특허 대상의 통일

생물체에 대해 특허를 부여할 것인지에 대해서는 다양한 이견이 존재하고 실제 국가별로 다양성이 존재하고 있다. 그 결과 특허제도에 대한 불확실성이 증가하고 혼란이 예상된다. 이에 특허 대상을 통일할 필요성이 제기된다. 그렇다면 그 통일은 어떻게 이를 것인가? 우선 TRIPs협정의 개정을 생각해 볼 수 있다. 예컨대, 명시적으로 생물체 형태에 대한 특허가 금지되도록 하는 것이다. 그러나 지적재산권의 보호에 우선순위를 두고 있는 당사국들이 이러한 개정에 대해 동의할 가능성은 많지 않아 보인다. 이러한 개정 노력은 이전에도 있었지만 번번히 실패하였다. 이러한 개정 방안은 WTO의 입법 기능의 흠결로 가까운 미래에 실현될지도 미지수이다. 오히려 나고야의정서 당사국들의 합의나 관련 규정의 개정이 현실성이 있는 대안이 될 수 있다.

2. 출처 공개

국가별로 유전자원의 출처 공개와 관련해서 범위, 결과, 실제 운영 등에서 차이가 있다. 이러한 국가간 차이는 지적재산권의 원활한 국제거래에 장애가 될 수 있다. 무엇보다도 출처공개에 강제 여부는 그 충족 여하에 따라 특허 자체의 운명이 좌우될 수 있기 때문에 이해관계자에게 초미의 관심사가 되고 있다. 이러한 충돌가능성의 존재는 특허 시

86) 상호보완성의 강조는 WTO 부속협정이 무역과 환경 관련 협약간의 관계를 밝히는 과정에서도 많이 발견되고 있다.

87) 오선영, 앞의 논문(주 50), 225면.

시스템에 불확실성을 제공할 것이다. 이러한 관점에서 그 충돌가능성을 해소하거나 완화하는 작업이 필요하다. TRIPs협정체제와 나고야의정서체제의 어디에도 출처 공개요건을 두지 않는 것은 양체제의 정면 충돌을 막고, 출처 공개의무가 가져올 당장의 갈등을 회피할 수 있으나 상호보완적 관계를 강화할 기회를 상실하게 할 것이다.

출처 공개요건은 WTO체제하의 지적재산권 시스템과 나고야의정서상의 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제 사이의 상호보완적 관계를 강화하는 방향으로 설계되어야 할 것이다. 출처 공개는 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유와 관련한 나고야의정서 규정의 준수를 지원할 것이 분명하다. 무엇보다도 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유를 요구하는 나고야의정서체제에 일치되게 취득되었는지 모니터링이 가능하다.⁸⁸⁾ 그렇다고 출처 공개요건이 지적재산권 보호를 위한 강제적이고 추가적인 요건으로 설계된다면 TRIPs협정과 충돌할 가능성이 커진다. 이러한 관점에서 그 충돌가능성을 해소하거나 줄이기 위해 대안으로 이른바, 약한 형태의 출처 공개가 검토될 수 있다.⁸⁹⁾

특허 요건은 단순히 특허 신청을 위해 필요한 형식적 요건(예컨대, 발명자의 이름과 주소)과 특허의 유·무효와 관련있는 실체적 요건으로 구분되어 설정될 수 있다. 출처 공개요건을 충족하지 않을 경우 부여된 특허를 취소하거나 출처 공개가 사기적 의도로 이루어진 경우 부여된 특허를 무효화하는 방안은 특허제도의 불확실성을 증폭하고, 연구 및 개발과 그에 따른 발명의 출원을 억제함으로써 TRIPs협정과 긴장과 대립을 고조시킬 수 있다. 그러나 출처 공개요건을 형식적 요건으로 이해한다면 TRIPs협정과 양립할 수 있는 여지는 커진다.⁹⁰⁾ 이는 미국이나 유럽연합(EU)이 선호하는 방식이라고 할 수 있다. 마침 TRIPs협정이 당사국으로 하여금 지적재산권의 취득 또는 유지의 조건으로 합리적인 절차 및 형식의 준수를 요구할 수 있도록 하고 있기 때문에(제62조), 이러한 요건 설정은 충분히 가능한 선택이라고 할 수 있다.

많은 당사국들의 가입과 당사국들의 높은 경제적 관련성을 고려할 때 지적재산권 체제에 출처 공개의무를 포함하는 것은 광범위한 통합을 촉진하고 출처 공개 수단의 광범위

88) 이에 반해 출처 공개요건은 특허제도에 불확실성을 제공할 뿐만 아니라 연구 및 개발과 그에 따른 발명의 출원을 억제한다는 비판이 있을 수 있다. 출처 공개요건에 대해 비판적인 입장은 Dominic Keating, 앞의 논문(주 28), pp. 543-544.

89) 이러한 대안에 대하여는 목적을 촉진하는데 효과적이지 않고 특허 시스템에 불확실성을 제공할 것이라는 비판이 있을 수 있다. Jorge Cabrera Medaglia, 앞의 논문(주 68), p. 31.

90) 지적재산권 보호의 실체적 요건으로 하는 경우라도 이러한 요건의 이행이 나고야의정서와 같은 국제협약의 의무를 관리하는데 필요한 요건으로 정해진다면 TRIPs협정과 양립 가능하다는 견해가 있다. Eve Heafey(주 62), p. 514. 같은 맥락에서 유전자원의 출처 공개를 확실히 담보하기 위한 목적의 적절하고 효과적이며 비례적인 조치로서 국내 이행입법을 통하여 유전자원의 출처를 제공하지 아니할 경우 특허를 거부하는 내용의 강력한 규정을 담지 아니하는 한, TRIPs협정 위반이 되지는 않을 것으로 보인다는 견해가 있다. 박종원, 앞의 논문(주 18), 70면.

한 이행을 촉진함으로써 WTO체제와 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유체제의 상호보완적 관계를 강화할 것으로 보인다. 이러한 차원에서 특히 신청에 유전자원의 출처의 공개의무를 포함하기 위한 TRIPs협정의 개정을 검토해 볼 수 있다. 그러나 국제적으로 생물다양성의 보호보다 지적재산권의 보호가 우선시되고 있는 상황에서 그 개정이 지극히 불투명하다고 할 수 있다. TRIPs협정은 유전자원에 대한 접근 및 이익 공유를 규율하는데 적합한 수단이지 않고 나고야의정서 요건을 이행하기 위해 TRIPs협정을 개정하는 것이 반드시 필요한 것은 아니라는 점 등을 고려할 때 TRIPs협정의 개정보다는 나고야의정서의 개정이 보다 현실적이라고 생각된다.

나고야의정서를 개정할 경우에는 출처가 공개되지 않은 경우의 법적 효과를 분명히 확립하여야 할 것이다. 예컨대, 출처 공개의무를 실제적 또는 단순한 형식적 요건으로 할 것인지, 의무의 비준수가 누구든지 또는 침해 당사자만이 다룰 수 있는지 등을 결정해야 할 것이다. 출처 공개요건을 촉발시키는 시점(예컨대, 문제가 되는 발명의 수행이나 복사를 위해 필요한 때인지)을 정하는 것도 중요한 문제이다.⁹¹⁾ 또한, 출처의 증명에 관한 적절한 규정의 개발이 필요해 보인다. 이 때 WTO 규범에 어긋나지 않고, 상호보완적인 방법으로 그리고 비차별적인 방식으로 설계함으로써 국제무역 규범과 조화를 이루어야 한다.⁹²⁾ 이러한 개정방향은 출처 공개를 목적으로 한 증명서의 사용을 촉진할 것이다. 나고야의정서나 TRIPs협정의 충돌가능성으로부터 발생하는 분쟁을 해결하기 위한 절차나 분쟁해결기구를 마련하는 것도 검토할 만하다.

3. 적용 대상의 명확화

파생물이라는 용어는 나고야의정서 본문 어디에도 나타나지 않은 채 개념 정의를 하고 있는 제2조에서만 언급되고 있다.⁹³⁾ 그러나 파생물은 ‘생명공학기술’⁹⁴⁾과 ‘유전자원의 이용’⁹⁵⁾이라는 개념 정의에 등장하고 있으며, 의정서 여러 곳에 직·간접적으로 등장하

91) Eve Heafey, 앞의 논문(주 62), pp. 515-516 참조.

92) Jorge Cabrera Medaglia, 앞의 논문(주 68), p. 32.

93) 의정서상 ‘파생물(derivative)’은 “유전의 기능적 단위를 포함하지 않더라도 생물자원 또는 유전자원의 유전자 발현 또는 대사작용으로부터 자연적으로 생성된 생화학적 합성물”을 말한다. 나고야의정서(주 1), 제2조(e).

94) 의정서상 ‘생명공학기술(Biotechnology)’은 “특정 용도로 산출물 또는 공정을 개발하거나 변경하기 위하여 생물학적 체계, 살아있는 유기체, 또는 그 파생물을 이용하는 모든 기술적 응용”을 말한다. *Id.* 제2조(d).

95) ‘유전자원의 이용(Utilization of Genetic Resources)’을 “생물다양성협약 제2조에서 정의하는 생명공학기술의 적용을 통한 것을 포함하여, 유전자원의 유전적 그리고/또는 생화학적 구성 성분에 관한 연구·개발을 수행하는 것”으로 정의하고 있다. *Id.* 제2조(c). 의정서에서는 ‘이용(utilization)’이라는 개념을 정의하면서 연구·개발만을 언급하고 있으며, 연구·개발의 유형도 제시하고 있지 않다.

는 ‘이용’이라는 용어와 관련이 있다. 적용 범위를 규정하고 있는 제3조가 파생물을 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 포함되지 않는다고 할 수 있으나 생물다양성협약상의 ‘유전자원’과 ‘유전물질’에 대한 개념 정의에 따르면⁹⁶⁾ 유전의 기능적 단위를 가지지 않은 것은 유전자원에 해당하지 않지만, 의정서가 유전의 기능적 단위를 포함하지 않는 ‘파생물’ 개념을 정의하고, ‘생명공학기술’이 파생물을 이용하는 기술적 응용을 포함하는 것으로 정의함과 아울러, ‘유전자원의 이용’의 개념을 정의하면서 생명공학기술의 적용을 통한 것을 포함한다고 규정하고, 공정하고 공평한 이익 공유를 규정하고 있는 제5조에서 후속하는 응용 및 상용화뿐만 아니라 유전자원의 이용에 따라 발생하는 이익에 대해 언급하고 있다는 점은 파생물이 나고야의정서의 이익 공유의무의 적용 대상이라는 점을 시사한다.⁹⁷⁾

그러나 범위(제3조)에 명시적으로 파생물이 포함되어 있지 않기 때문에 파생물이 적용 대상에 포함되는지에 대해서는 지속적인 분쟁의 대상이 될 수 있다. 파생물이 나고야의정서의 적용대상이 된다고 이해할 경우 식물유전자원조약상 다자체제가 적용되는 대상 작물의 파생물에 대하여는 나고야의정서가 적용될 수 있기 때문에 법적 안정성을 확보한다는 차원에서 적용 범위를 분명히 하는 것이 중요해 보인다. 나고야의정서가 발효되었다고는 하더라도 이 문제는 향후 협상 과제에 포함될 가능성이 많다. 파생물이 나고야의정서 적용범위에 포함되는지 여부를 분명히 하는 것은 단순히 논란을 종식시킨다는 의미를 넘어서서 식물유전자원조약 등과의 상호보완성을 제고한다는 의미를 갖는다.

4. 다자시스템의 활용

나고야의정서 제10조는 향후 세계다자이익 공유체제를 고려하기 위한 법적 기반을 마련하고 있다. 즉 각 당사국은 월경성 상황(transboundary situation)⁹⁸⁾에서 발생하는 또는 사전통지승인의 부여 또는 취득이 불가능한 유전자원 및 유전자원 관련 전통 지식 이용으로부터 발생하는 이익의 공정하고 공평한 공유 문제를 해결하기 위한 세계다자이익 공유체제(Global Multilateral Benefit-sharing Mechanism)의 필요성과 양식

96) 생물다양성협약 제2조에 따르면 ‘유전자원’이란 “실제적 또는 잠재적 가치가 있는 유전물질”을 의미하며, ‘유전물질(genetic material)’이란 “유전의 기능적 단위를 포함하는 식물, 동물, 미생물, 또는 그 밖의 기원의 물질”을 의미한다.

97) Thomas Greiber *et al.*, 앞의 책(주 13), p. 67.

98) 월경성 상황이란 “동일한 유전자원이 2개 당사국 이상의 영토 내에서 현지 내(*in situ*) 자원으로 확인되는 경우”를 의미하고 전통지식에 있어서도 역시 “유전자원 관련 전통지식이 여러 당사국 내의 하나 또는 그 이상의 토착지역공동체가 공유하는 경우”를 의미한다. 나고야의정서(주 1), 제11조.

을 고려해야 한다. 이러한 체제를 통해 유전자원 및 유전자원 관련 전통 지식 이용자가 공유하는 이익은 생물다양성 보전 및 그 구성 성분의 지속가능한 이용을 세계적으로 지원하는데 사용되어야 한다.⁹⁹⁾ 이 조항은 유전자원에 대한 접근과 이익 공유가 양자간 방식으로 해결되지 못하는 특수한 상황을 고려한 포괄조항(catch-all)이라고 할 수 있다.¹⁰⁰⁾ 말하자면 세계다자이익 공유체제는 양자간 유전자원에 대한 접근과 이익 공유체제를 대체하는 것이 아니라 보충하는 체제라고 할 수 있다.¹⁰¹⁾

여기에는 3가지 상황이 언급되고 있다: ① 유전자원과 관련 전통지식이 국경을 초월하여 산재해 있는, 이른바 월경성 상황의 경우, ② 사전통지승인의 부여가 불가능한 경우, ③ 사전통지승인의 취득이 불가능한 경우. 의정서 제10조는 당사국에게 내용적 고려보다는 “필요성과 양식”을 고려해야 하는 의무를 부과하는 데 그치고 있으며,¹⁰²⁾ 당사국에게 이러한 체제를 설치할 의무를 부과하거나 그 설치 시한을 정하고 있지 않기 때문에 그 실제적 내용이 모습을 드러내고 결실을 맺는 데에는 상당한 진통이 예상된다. 사실상 당사국들은 세계다자이익 공유체제의 범위에 대해 완전한 합의를 이루고 있지 못하다.

세계다자이익 공유체제를 설계함에 있어서는 유전자원조약상의 다자체제가 크게 고려될 수밖에 없다. 당사국의 주권이 미치지 않는 분야의 현지의 보전, 이원지역 문제를 다루고 있으며, 다자체제가 기존 국제사회에서 틀을 잡고 운영되고 있는 상황에서 이를 무시하기는 어려울 것이다. 유전자원조약에서 채택하고 있는 다자체제와 유사한 이익 공유 시스템의 도입이 유력한 대안이 될 수 있다. 그 핵심은 접근의 용이와 재정메커니즘(예컨대, 기금, 신탁계정)의 설치라고 할 수 있다.

5. 해양생물자원에 대한 고려

유엔해양법협약이 유전자원에 대한 문제에 대하여 명시적으로 언급하고 있지 않기 때문에 그 적용 과정에서 나고야의정서와 상호보완적으로 양 조약을 이행하는 데에 어려움이 발생한다. 그 결과 당사국들은 불명확성과 도전에 직면하게 된다. 해양생물자원은 유전자원 중 일부를 구성하기 때문에 나고야의정서체제에서 다룰 수 있지만 해양생물자원 고유의 특성을 지니고 있어 특수한 규율이 요구된다고 할 수 있다. 이에 나고야의정서의

99) *Id.* 제10조.

100) Thomas Greiber *et al.*, 앞의 책(주 13), p. 26.

101) Elisa Morgera *et al.*, 앞의 책(주 13), p. 197.

102) 의정서 제10조는 당사국에게 이러한 체제를 설치할 의무를 부과하고 그 설치 시한을 정하고 있지 않고 다만 당사국으로 하여금 “필요성과 양식을 고려”하도록 할 뿐이라는 점에서 본질적으로 절차적 성격을 띠고 있다. Elisa Morgera *et al.*, 앞의 책(주 13), p. 198.

특별 문서라고 할 수 있는 유엔해양법협약에서 다루는 것을 우선 검토할 필요가 있다. 이러한 관점에서 해양유엔해양법협약 관련 규정의 이행을 위한 협정(이행협정)의 제정도 매력적인 대안으로 다가온다.¹⁰³⁾ 그러나 워낙 당사국들의 이해관계가 복잡하게 얽혀 있어서 유엔해양법협약체제에서의 논의가 생각만큼 간단치 않아 보인다. 이에 생물다양성의 보전과 유전자원의 지속한 이용에 초점을 맞추는 나고야의정서체제에서의 논의가 보다 수월해 보인다.

VI. 맺는 말

나고야의정서는 유전자원에 대한 접근, 유전자원 관련 기술의 이전, 그리고 유전자원의 이용으로부터 발생하는 이익을 공정하고 공평하게 공유할 수 있게 함으로써 생물다양성의 보전과 그 구성 요소의 지속가능한 이용에 기여하는 것을 목적으로 하고 있다.¹⁰⁴⁾ 나고야의정서는 유전자원 소재국(주로 개도국)과 이용국(주로 선진국) 사이의 갈등을 해결하기 위하여 채택된 것이다. 그 해결 방법은 유전자원 제공국과 이용국 사이에 이익을 공유하는 것이다.

선진국들은 TRIPs협정에 포함된 최소한의 특허 기준을 적용하여 유전자원을 재산권화하려고 하고 있다. 이에 반해 세계의 많은 유전자원을 보유하고 있는 개도국들은 이러한 유전자원에 대해 주권을 주장하려고 한다. 이러한 양 극단의 권리 주장은 유전자원의 최적의 이용과 보전에 장애가 되고 있다. 이러한 양측의 입장을 절충하는 것이 유전자원에의 접근을 보장하고 그에 따라 발생한 이익을 공평하게 공유하는 것을 보장해주는 것이라고 할 수 있다. 이러한 관점에서 나고야의정서는 유전자원에 대한 접근과 이익 공유체제를 확립하였는바, 이는 기존의 유전자원에 대한 자유이용, 무상접근 관행에 제동을 건 것으로서, 현실적 타당성을 갖는다고 평가할 수 있다.

그러나 이러한 체제에는 모호한 부분과 함께 다른 협약(예컨대, 식물유전자원조약, TRIPs협정, 유엔해양법협약)과의 관계를 명확히 설정하지 않아 중첩되는 부분이 발견된

103) 이행협정은 이들 자원에 대한 이익 공유와 관련해서 이익 공유 메커니즘(예컨대, 기금)의 설치와 그 방식을 정해야 할 것이다. 특히 그 방식을 둘러싸고, 현재로서는 다자체제가 선호될 가능성이 높지만, 다자체제를 선택할지, 양자체제를 선택할지에 대한 검토가 이루어질 것이다. 여기에 더하여 해양과학조사와 생물탐사의 구별, 해양유전자원을 규율하기 위한 기구, 정보센터(clearinghouse) 등의 설치에 대한 검토도 필수적이다. Erica Wales, 앞의 논문(주 77), p. 46.

104) 나고야의정서(주 1), 제1조.

다. 이러한 문제는 나고야의정서만이 아니라 다른 관련 협약들도 마찬가지이다. 그 결과 당사국들의 예측가능성이 줄어들고 적용상 혼란이 발생한다. 이는 의정서체제가 효과적으로 작동하지 않고 다른 협약들과의 시너지 효과를 기대하기 어렵다는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 나고야의정서는 그 문제를 예견하고 제4조에서 다른 협약들과의 일반관계를 두고 있으며, 그 해결 방법으로 상호보완성이라는 개념을 제시하고 있다. 그러나 이러한 규정이 담고 있는 '보완적'이라는 표현은 상당히 모호하다. 현실적으로는 재산권의 보호가 우선시 되는 경향이 있어 재산권 보장을 강조하는 규범과 상호보완성을 갖는 것이 말처럼 쉽지가 않다. 상호보완적이라는 말은 희망사항일 뿐 국제사회에서는 오히려 긴장관계가 나타나는 경향이 있다. 그 해결 방법은 상호보완성을 강화하는 것이라고 할 수 있다.

상호보완성을 강화한다는 것은 조약 간에 상하관계를 창설하지 않고, 각 조약상 권리 및 의무를 침해하지 않으면서 해당 조약의 목적을 실현토록 함으로써 시너지를 발생케 하는 것을 의미한다. 이러한 관점에서 상호보완성을 강화하기 위한 몇 가지 대안을 제시한다면 생명체에 특허를 부여할 것인지, 출처 공개를 요구할지 등에 대한 이견의 통일, 파생물이 적용 대상에 포함되는지 여하에 대한 명확한 입장 표명, 이원지역이나 월경성 상황에 다자체제의 활용, 해양생물자원에 대한 고려 등을 들 수 있다.

〈참고문헌〉

I. 국내문헌

박종원, 유전자원과 전통지식 법제 연구, 한국법제연구원, 2013.

오선영, “식물유전자원의 ABS체제 - 나고야의정서와 ITPGRFA조약의 관계를 중심으로 -”,
환경법연구 제36권 제2호(2014. 8).

오윤석, “식량농업식물유전자원에 대한 국제조약의 분석”, 국제법학회논총 제53권 제2호
(2008).

류예리, “나고야의정서 발효에 따른 중국의 정책과 법제 동향 분석”, 세계농업 제194호
(2016. 10).

II. 국외문헌

Elisa Morgera et al., *Unraveling the Nagoya Protocol*, Brill, 2014.

Gerald Moore and Witold Tymowski, *Explanatory Guide to the International
Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture*, IUCN, 2005.

Thomas Greiber et al., *An Explanatory Guide to the Nagoya Protocol on Access
and Benefit-sharing*, IUCN Environmental Policy and Law Paper No. 83,
2012.

Ved P. Nanda & George Pring, *International Environmental Law & Policy for
the 21st Century*, Transnational Publishers, Inc., 2003.

Charles R. McManis and Eul Soo Seo, “The Interface of Open Source and
Proprietary Agricultural Innovation: Facilitated Access and
Benefit-Sharing under the New FAO Treaty”, *Wash. Y. J. L. & Pol’y*,
Vol. 30(2009).

- Dominic Keating, "Access to Genetic Resources and Equitable Benefit Sharing Through an New Disclosure requirement in the Patent System: an Issue in Search of an Forum", *J. Pat. & Trademark Off. Soc'y*, Vol. 87(2005).
- Emily J. Stolfer, "Bioprospecting Legislation in the United States: What We Are Doing, What We Are Not Doing, and What Should We Do Next", *Clev. St. L. Rev.*, Vol. 65(2016).
- Erica Wales, "Marine Genetic Resources: The Clash between Patent Law and Marine Law", *Nat. Resources & Env't*, Vol. 29-WTR(2015).
- Eve Heafey, "Access and Benefit Sharing of Marine Genetic Resources from Areas beyond National Jurisdiction: Intellectual Property-Fried, Not Foe", *Chi. J. Int'l L.*, Vol. 14(2014).
- Jorge Cabrera Medaglia, "The Relationship between the Access and Benefit Sharing International Regime and Other International Instruments: the World Trade Organization and the International Union for the Protection of New Varieties of Plants", *Sustainable Dev. L. & Pol'y*, Vol. 10(2010).
- Molly Jamison, "Patent Harmonization in Biotechnology: Towards International Reconciliation of the Gene Patent Debate", *Chi. J. Int'l*, Vol. 15(2015).
- Tullio Scovazzi, "Open Questions on the Exploitation of Genetic Resources in Areas Beyond National Jurisdiction", *Am. Soc'y Int'l L. Proc.* (2013).

The Relationship Between the Access and Benefit Sharing International Regime and Other International Legal Norms

Kim, Hongkyun*

<Abstract>

The objective of the Nagoya Protocol is the fair and equitable sharing of the benefit arising from the utilization of genetic resources, thereby contribution to the conservation of biological diversity and the sustainable use of its components.

The Nagoya Protocol was adopted to resolve the conflict between provider countries(mostly developing countries) and user countries (mostly developed countries). The solution is for the provider countries and user countries to share the benefit of utilization of genetic resources.

Developed countries want to turn genetic resources into property by applying minimal patent standards under the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights(TRIPs). On the other hand, a handful of developing countries that possess the genetic resources want to emphasize their sovereign rights.

Such discrepancy blocks the optimum use and preservation of genetic resources. Thus, we can only reach the goal of fair and equitable sharing of the benefit of genetic resources by compromising the two different views. In this respect, the Nagoya Protocol is realistic and valid as it has established access to genetic resources and equitable benefit sharing(ABS) which means the blockage of existing practices that let others take advantage of the resources without paying the price.

However, ambiguity still exists in this system and some critics have also found some parts of the Nagoya Protocol overlapping with other agreements such as the International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture(ITPGRFA), TRIPs, and the United Nations Convention on the Law of the Sea(UNCLOS). This problem does not sole belong to the Nagoya Protocol. Other relevant international agreements also bear the problem of ambiguity. As a result, there is less predictability, and confusion arises whenever we attempt to apply the agreements. This means the system of the protocol is not functioning efficiently and that it is hard to create synergy. In order to solve this problem, the Nagoya Protocol suggests the concept of “mutual supportiveness” among international agreements and instruments. However, this idea is very ambiguous. Since the property rights is generally considered more important, it is hard to think that the protocol could be “supportive” to any other norms emphasizing the property rights. The concept of “supportiveness” is an ideal goal which does not work effectively in the real world.

The right solution then is to strengthen this supportiveness. This means to make synergy by realizing each agreements' purposes without invading another's rights and obligations and also without creating hierarchy among the agreements. One suggestion is to unify the different views on whether to

* Professor, School of Law, Hanyang University

grant patents on living organisms and to demand the disclosure of sources. Another suggestion is to clearly provide whether the derivatives are also subject to the protocol's application. Other suggestions include creating a multilateral system for trans-boundary situations or areas beyond national jurisdiction, and finally considering marine genetic resources.

Key words :Nogoya Protocol, Genetic resources, Access and Benefit Sharing(ABS), ITPGRFA, Plant genetic resources for food and agriculture, TRIPs, UNCLOS, MATs, PIC, Multilateral system, Disclosure of source, Mutual supportiveness