

유네스코 문화적다양성협약의 다른 조약들과의 관계: WTO의무 제한 가능성을 중심으로

박 명 규*

목 차

- I. 서론
- II. 문화적다양성협약(CCD) 제20에 대한 국내외 학설개관
- III. CCD 분쟁해결절차에서의 CCD의 위상
- IV. WTO법정이 적용해야할 법의 선택
- V. WTO 법의 해석
- VI. 결론

I. 서론

UNESCO(국제연합교육과학문화기구)가 주관한 문화적다양성협약(Convention on Cultural Diversity, 이하 CCD라고 약칭한다)은¹⁾ 2005년 10월 20일에 유네스코 제33차 총회에서의 동 협약의 채택여부를 가리기 위한 회원국 투표에서 148:2라는 압도적 찬성에 의해 채택되었다. 당시 우리나라는 찬성표를 던졌다. 그로부터 만 3년이 지난 2008년 12월 19일 현재 비준국수는 93개국 및 EC이다.²⁾ 우리나라의 경우 ‘스크린쿼터 문화연대’를 비롯한 문화계와 일부 학자들은 정부의 조속한 비준을 촉구하고 있으며, 정부도 그동안 비준을 검토하여 왔고,³⁾ 2009년 중에는 비준이 있지 않을까 예상되고 있다.

* 서강대학교 대학원 법학과 박사과정, 전)동아방송예술대학 연예산업경영학과 조교수

- 1) 공식명칭: “CONVENTION ON THE PROTECTION AND PROMOTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL EXPRESSIONS” 홈페이지 : http://portal.unesco.org/culture/en/ev.php-URL_ID=11281&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html (2008. 12. 17. 검색)
- 2) 회원국명단: <<http://portal.unesco.org/la/convention.asp?KO=31038&language=E>> (2008. 12. 17. 검색)
- 3) 박덕영, 우리헌법상 국제법 관련 조항의 상호관계, 2008 국제법학자대회 “국제법의 최근동향과 새로운 적용” 발표문, (2008.11.1), pp. 8-10.

스크린쿼터문화연대 등과 친문화주의자들은 CCD가 자유무역에 대한 균형자로서 우리나라의 문화와 문화적 표현을 보호하고자 하는 정책들 및 조치들을 지켜주기를 기대하고 있다. 특별히 스크린쿼터를 지켜주기를 크게 기대하고 있다.⁴⁾ 한편 외교통상부는 CCD에 의한 자유무역원칙의 훼손을 우려하는 것으로 보인다.⁵⁾ 이와 같은 국내의 문화-무역간 갈등은 국제사회의 친문화주의적 입장과 친무역주의적 입장 사이의 갈등과 유사하다. 서양의 경우 1, 2차 세계대전 무렵부터, 프랑스를 비롯한 유럽 국가들과 캐나다 등은 미국영화의 영향으로부터 그들의 문화를 지키기를 희망하였고, 그래서 GATT 1947과 WTO라는 국제통상법의 틀 안에서 문화가 다른 상품들 및 서비스들과 다르게 특별히 취급되어야 한다는 소위 ‘문화적 예외’(cultural exception)를 얻어내기 위해 노력하였다. 그러나 그와 같은 노력은 실패하였고, 친문화국가들은 WTO를 뛰쳐나와 WTO 밖에서 자국 문화들을 지키기 위해 ‘문화적 다양성’(cultural diversity)이

- 4) 이해영은 2005년 4월에 “한미 BIT와 또 대기중인 FTA의 경우 ... 집요하게 스크린쿼터제의 단계 축소 내지 최종철폐를 요구해온 미국의 입장에서 문화다양성 협정으로 인해 한국이 스크린쿼터 유지를 위한 새로운 국제법적 틀(tool)을 갖추게 되는 것은 건디기 어려운 일일 것이다.”고 하여 CCD가 FTA 협상에서 우리측의 문화보호에 곤장 힘이 되어 줄 것이라고 보고 있는 듯하다. 이해영, “문화다양성협약과 한국의 선택”, 2005.4.7. 국회의원회관 소회의실에서 열린 “문화다양성협약, 각국의 문화정책을 국제법으로 보장할 수 있는가” 세미나의 자료집, p. 14. 참조; 이해영은 또 2007년 3월 “문화다양성협약의 제6조에 의거 한국정부는 미국영화의 우월적 지위에 맞서 한국영화의 다양성을 보호, 증진하기 위해 필요한 규제조치 즉 스크린쿼터를 시행할 수 있는 권리를 갖는다.”고 언급하고 있다. CCD회원국이 CCD에 의해 그런 권리를 갖는 것은 사실이다. 하지만 이때에 유념할 것은 CCD가 그렇게 인정한다는 것이지, WTO법이, 또 거래의 상대방인 미국이 그것을 인정하는가는 다른 문제인 것이다. 이해영, “문화다양성협약과 한미FTA”, [국회] 문화다양성협약 발효기념 토론회- 문화다양성 협약 발효의 의의와 한국의 적극적 참여를 위한 방안 (2007. 3. 13), p. 20 참조; 또 이해영은 2007년 11월에 “문화다양성 협약은 한미FTA에 담겨있는 통상절대주의에 맞서 이를 견제하고 최소한의 ‘이익의 균형’이라도 확보해내기 위한 나름대로의 효율적인 방어기제가 될 수도 있다.”면서 한국의 문화주권을 강조하고 있다. 그런데 FTA는 한국의 문화주권을 옹호하는 것도 훼손하는 것도 아니다. FTA 내용은 협상에서의 우리정부의 판단과 선택에 의해 결정될 뿐이기 때문이다. 이해영, “문화다양성협약, 한미FTA 그리고 시민사회”, 국회 토론회 자료: 유네스코 문화다양성협약이 문화예술에 미치는 영향 (2007. 11. 28), p. 6. 참조.
- 5) 2005년 9월 5일자 유네스코뉴스에 의하면, 외교통상부 김은정 문화협력과 외무관은 “한국 정부는 문화다양성 보호 원칙을 지지하고 동 협약이 이번 총회에서 채택되기를 바라지만, 문화다양성 협약이 다른 통상 규범들과 충돌하지 않도록 예방해야 하며, 우리 문화산업의 해외 진출에 장애가 돼서는 안 된다”는 입장을 밝혔다. 또 외교통상부 김명준 통상분쟁해결과 외무관도 “문화다양성 협약이 통상관련 법적 안전성을 저해하지 않아야 하며, 다른 규범과 충돌되지 않아야 한다”고 의견을 피력했다. “문화다양성 협약 정책 토론회- 유네스코 총회 상정 앞두고 정부, 시민단체, 각계 의견 조율”, 유네스코뉴스 592호(2005. 9. 5.), p. 5. 참조.

라는 캐치프레이즈를 내걸었다. 그리고 최초의 국제문화법인 CCD를 마련하였으며 CCD가 WTO에 대한 균형자로서, 자국의 문화보호를 위한 정책들 및 조치들을 정당화해주고 지켜주기를 희망하고 있다. 한편, 미국 등 친무역국가들은 CCD가 위장된 보호무역주의의 수단으로 이용될 우려가 있다고 비판하였다.

이와 같은 갈등의 현장에서 중요한 것은, CCD가 다른 조약들과의 관계를 어떻게 설정하고 있으며, 그 영향력은 실제로 어떠한가이다. 다시 말하면 CCD는 자신의 위상을 스스로 어떻게 설정하고 있으며, 구체적인 상황에서, 예컨대 문화-무역 분쟁사건에서 구체적으로 어떤 영향력을 미칠 수 있는가를 아는 것이 중요하다. 이것은 CCD가 친문화주의자들의 희망 및 주장과 같이 문화적다양성을 지켜줄 수 있는 능력이 있는지 그 여부를 말해주기 때문이다. 그런데 그것은 동시에 친무역주의자들이 우려하는 바 자유무역을 제한할 가능성이 있는지 여부를 말해주는 것이기도 하다. CCD가 자유무역으로부터 문화를 지킨다는 주장과 CCD가 자유무역을 훼손할 가능성이 있다는 주장은 같은 현상에 대한 다른 표현이기 때문이다.

그런데 이와 같은 CCD와 다른 조약들과의 관계는 CCD의 충돌규칙인 제20조 ‘다른 조약들과의 관계’를 중심으로 주로 논의되고 있다. 그리고 해외 학자들간에 그리고 국내에서도 학설이 갈리고 있다. 학설의 차이만큼 우리 정부나 관련 기구 등에서도 중심을 잡기 어려울 것으로 추측된다. 그런데 CCD의 다른 조약들과의 관계, 곧 CCD의 위상에 대한 연구는 CCD의 충돌규정 자체에 대한 연구도 중요하지만, 다시 말하면 CCD 스스로 어떻게 선언하고 있는가를 알아보는 것도 중요하지만, 구체적인 어떤 다른 조약과의 충돌관계에서, 다시 말하면 그 어떤 조약의 입장에서 검토해보는 것이 매우 중요하다. 왜냐하면 다른 조약들에 어떤 영향을 미칠 수 있는가 아닌가는 상대방이 어떤 입장을 취하고 있는가에 따라 크게 달라지기 때문이다. 이 점은 매우 중요하다. CCD의 다른 조약들과의 관계에 대한 논의들이 혼돈스러운 것은 이 두 가지를 명확하게 구분하여 논의하고 있지 않기 때문인 것으로 보인다. 그래서 문화-무역관련한 충돌이 구체적으로 어떤 법정에서 일어나는지가 중요하다. 로마에서는 로마법을 따라야 하기 때문이다. 그리고 영향이 구체적으로 무엇을 의미하는가도 중요하다. 그러니까 CCD가 분쟁사건의 판단의 기준으로 직접 적용될 수 있는지, 다

시 말하면 그만큼 다른 조약들의 규칙들을 제한할 수 있는 것인지, 아니면 다른 조약들이 판단기준으로 적용될 때에 CCD가 그 다른 조약의 해석에 도움을 줄 수 있는 것인지의 여부이다. 그리고 후자의 경우도 CCD가 비엔나조약법협약(Vienna Convention on the Law of Treaties, 이하 VCLT라고 약칭한다) 제 31.3(c)조상의 ‘관계된 규칙’(relevant rules) 으로서 도움이 될 것인지, 아니면 그와는 다른 일반적인 정보의 원천으로서 도움이 될 것인지를 구분해보는 것도 유익하다. 또 CCD가 영향력을 미치기 위해서는 여러개의 장애물이 있을 수 있다는 점도 유의를 요한다. 그래서 CCD가 어떤 하나의 장애물을 넘었다 하여 곧 독립적이거나 종속적이라고 단정하는 것은 성급하다.

문화-무역관련 분쟁사건이 다루어질 법정으로는 CCD 분쟁해결절차와 WTO 분쟁해결절차를 생각해볼 수 있다. 각 법정의 재판권은 분쟁당사국의 조약가입 형태에 따라 달라진다. 예컨대 CCD 분쟁해결절차는 CCD 회원국이 아닌 국가를 법정에 불러올 수 없기 때문이다. 그리고 제소국 입장에서의 법정의 선택은 조약의 가입형태 외에 어떤 법정이 효과적인가에 대한 판단에 따라 달라질 것이다.

그래서 본고에서는 CCD의 다른 조약들과의 관계에 대하여, 다시 말하면 CCD가 자신의 위상을 스스로 어떻게 설정하고 있으며 또 다른 조약들의 주 타겟으로 생각되고 있는 WTO 법의 분쟁해결기구(이하 DSB라 약칭한다)가 CCD를 어떻게 대우할 것인지의 문제를, 1)CCD 제20조에 대한 국내외 학설 개관, 2)CCD 분쟁해결절차에서의 CCD의 위상, 3)WTO법정이 적용해야할 법의 선택, 4)WTO 법의 해석시의 CCD의 참고가능성 순으로 고찰하기로 한다.

II. 문화적다양성협약(CCD) 제20에 대한 국내외 학설개관

1. CCD 제20조 규정

CCD 제5장 ‘다른 조약들과의 관계’는 제20조 ‘다른 조약들과의 관계: 상호지지성, 보완성 및 비종속성’과 제21조 ‘국제적 협의와 조정’, 두 개의 조문으로 구성되어 있다.⁶⁾ 그런데 CCD 제20조는 애매하다. 제20.1조는 비종속성에 대한

6) 제20조 다른 조약들과의 관계: 상호지지성, 보완성 및 비종속성

일반적 선언을 규정하고 있다. 그런데 곧 제20.2조에서 이 광의의 진술을 수정하고 있는 것으로 보인다.⁷⁾ 이와 같은 상호 모순적인 표현으로 인한 애매함은 다양한 해석의 원인이 되고 있다. 제20.1조는 비종속성과 상호지지성을 강조한다. CCD 회원국은 CCD는 물론 다른 모든 조약들 하의 그들의 의무를 성실히 이행해야 한다. 그리고, 다른 조약들을 해석하고 적용할 때에 혹은 국제적 의무를 부담할 때에, CCD를 고려해야 한다.⁸⁾ 이와 같은 조항들은 국제협정들과의 관계에서의 동등성과 보완성을 강조한 것으로, CCD의 조항들이 예컨대 WTO 법들과 같은 다른 국제 협정들의 조항들과 기본적으로 대등하거나 혹은 그들을 압도(override)할 수 있음을 시사하고 있다. 하지만 이것은 다음의 제20.2조에 의해 부정되는 것으로 보인다. 제20.2조는, 이 협약 안의 어떠한 것도 그들이 회원국들(parties)인 어떤 다른 조약들 하의 권리들 및 의무들을 변경하는 것으로 해석되어서는 아니 된다고 규정하고 있다. CCD가 다른 조약들 하의 권리들과 의무들을 변경할 수 없다는 사실은 다른 조약에 대한 사실상의 복종을 의미한다고 주장될 수 있다.

2. 해외학설

CCD의 규정들이 이와 같이 애매해 보이므로 학자들 간에 의견이 크게 갈린

1. 회원국들은 이 협약 및 그들이 회원국들인 다른 모든 조약들 하의 의무들을 성실히 이행해야 한다는 것을 인정한다. 따라서 이 협약을 다른 어떤 조약에 종속시키지 않으면서, (a) 그들은 이 협약과 그들이 회원국들인 다른 조약들 간의 상호지지성을 촉진해야 한다; 그리고 (b) 그들이 회원국들인 다른 조약들을 해석하고 그리고 적용하거나 혹은 다른 국제적인 의무들을 부담할 때에, 회원국들은 이 협약의 중요 관련 조항들을 고려하여야 한다.

2. 이 협약 안의 어떠한 것도, 회원국들이 다른 어떤 조약의 회원국들인 경우에, 회원국들의 그 다른 조약들 하의 권리들 및 의무들을 변경하는 것으로 해석되어서는 아니된다.

제21조 국제적 협의와 조정

회원국들은 다른 국제토론장들(fora)에서 이 협약의 목적들과 원칙들을 증진할 것을 약속한다. 이 목적을 위하여, 회원국들은 이들 목적들과 원칙들을 유념하면서, 적당하게, 상호 협의하여야 한다.

- 7) CCD 제20.1조는 유럽의 입장을 제20.2조는 미국의 입장을 고려한 것으로 알려지고 있다. 이해영, “문화다양성협약, 한미FTA 그리고 시민사회”, 앞의 토론회 발표문(주4), p. 5. 참조.

- 8) 단, 유엔헌장의 경우는 예외이다. UN 헌장 art 103. “UN헌장의 의무와 다른 국제협정상의 의무가 상충하는 경우에는 이 헌장의 의무가 우선한다.”

다. Tomer Broude와⁹⁾ Michael Hahn¹⁰⁾ 등은 CCD 제20.1조가 비록 CCD의 비종속성을 천명하고 있지만 바로 뒤에 오는 제20.2조에서 이 광의의 비종속성 진술을 수정한다고 주장한다. Tomer Broude는, CCD 제20.2조의 표현이 제20.1조보다 현저하게 더 강하다고 주장했다. 그에 의하면 CCD 제20.2조는, 제20.1.(b)조에 표현된 바와 같은 ‘CCD를 고려할 의무’까지를 포함한 CCD의 그 어떤 것도 다른 조약들 하의 권리들과 의무들을 변경할 수 없다며, 수정불가 원칙을 강조한다.¹¹⁾ Michael Hahn도 제20.1조는 비종속성에 대한 일반적 주장을 하고 있으나 오직 동시에 혹은 나중에 체결된 조약들에 적용하기 위하여, 제2단락에서 이 광의의 진술을 수정했다고 본다.¹²⁾ Tania Voon은 CCD 제20.1조가 이 협약은 어떤 다른 조약에 종속하지 않는다고 말하고 있지만, 제20.2조가 이 협약 안의 어떠한 것도, 회원국들이 다른 어떤 조약의 회원국들인 경우에, 회원국들의 그 다른 조약하의 권리들 및 의무들을 변경하는 것으로 해석되어서는 아니된다고 규정한 것은 CCD가 CCD를 근거로 한 WTO 위반에 대한 방어를 제공하지 않을 수 있다는 것을 의미한다고 주장한다.¹³⁾ Anke Dahrendorf는 CCD 제20.2조가 일견 제20.1조의 부정을 암시하는 것을 인정한다.¹⁴⁾ 그는 또 예비초안의 조항을 들여다보면, CCD 제20조가 어떻게 해석되어야 하는지에 대한 초안 작성자들의 의향을 더 명확히 알 수 있다고 지적한다. 2004년 12월 예비초안의 19조 Option A에 의하면, 문화적다양성협약은 다른 조약들 하의 권리들과 의무들의 변경을 금지하지만, 문화적 표현의 다양성에 대한 심각한 손해 또는 위협의 경우에는, 협약의 조항들이 다른 조약들 하의 권

9) Tomer Broude, "Comment: Cultural Diversity and the WTO: A Diverse Relationship" in: ASI L Insight, (21 November 2005), Anke Dahrendorf, "Trade Meets Culture: The Legal Relationship between WTO Rules and the UNESCO Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Expressions," Maastricht Faculty of Law Working Paper, University of Maastricht, The Netherlands, (2006/11) p. 19. 각주 81에서 재인용.

10) Michael Hahn, "A CLASH OF CULTURES? THE UNESCO DIVERSITY CONVENTION AND INTERNATIONAL TRADE LAW", Journal of International Economic Law (September, 2006.) p. 515.

11) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 20.

12) Hahn, 앞의 논문(주10), p. 515.

13) Tania Voon, "UNESCO AND THE WTO: A CLASH OF CULTURES?" British Institute of International & Comparative Law Quarterly, (July, 2006). p. 640.

14) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 19.

리들과 의무들에 영향을 미칠 수 있도록 되어 있었다.¹⁵⁾ 그는 초안자들이 이 대안을 버린 사실은, 다른 조약들하의 권리들과 의무들을 수정해서는 안 된다는 의무를 강조하기 위한 것이라고 주장할 수 있을 것이라고 지적한다.¹⁶⁾

하지만 Dahrendorf는 CCD가 다른 조약들에 대해 종속하는가에 대하여는 부정적이다. 우선 그는 CCD의 이 조항에 관한 회원국들(parties)의 의향을 확인하기 위해서는 객관적인 해석자로서 국제관습법을 구성하는 VCLT 제31조, 제32조에 구체화된 해석의 규칙들에 의지해야 한다고 주장한다. 그래서 그 조약의 대상과 목적에 비추어 그 조약의 용어들의 통상의 의미에 따라 해석되어야 한다고 강조한다.¹⁷⁾ 그리고 그와 같은 해석의 결과로서, CCD의 다른 조약들에 대한 종속설을 부정한다. Anke Dahrendorf는¹⁸⁾ CCD 제20조가, VCLT 제30.2조에¹⁹⁾ 해당되는 그런 종류의 것인지, 말하자면 CCD가 다른 조약들에 종속한다는 것을 구체적으로 말하고 있는지를 결정하는 것은 어려운 문제이지만, 다음과 같은 이유들에서, 그런 것 같지는 않은 것 같다고 한다. 첫째, 그 조항의 용어들과 구조의 통상적 의미가 CCD와 다른 협정들과의 비종속성 및 상호지지성을 분명하게 강조하고 있는데, 이것은 CCD 제20조의 타이틀에 표현되어 있으며, 타이틀은 제20.2조를 포함한 전체 조문을 포괄한다는 것이다. 다시 말하면 제목이 그 조항의 주요 초점이라고 할 수 있는데, 非수정 (non-modification) 원칙을 언급하고 있지 않고, 오히려 상호지지성, 보완성 및 비종속성에 초점을 맞추고 있음을 지적한다. 둘째, 만약 제20.2조가 제20.1조를 압도하는 것을 의미했다면, 도대체 왜 비종속성이 제20.1조에 들어 있는지 그 이유를 알

15) PRELIMINARY DRAFT CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL CONTENTS AND ARTISTIC EXPRESSIONS TEXT REVISED BY THE DRAFTING, CLT/CPD/2004/CONF.607/6, Paris, 23 December 2004, p. 87. art 19 Option A. 이 제19조 Option A는 Composite Text 제19조 Option A와 동일하다. Composite Text art 19: PRELIMINARY REPORT OF THE DIRECTOR-GENERAL CONTAINING TWO PRELIMINARY DRAFTS OF A CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL CONTENTS AND ARTISTIC EXPRESSIONS, CLT/CPD/2005/CONF.203/6, Paris, 3 March 2005, p. 36.

16) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 21.

17) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 19.

18) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), pp. 20-21.

19) VCLT art 30.2: "어떤 조약이 전조약 또는 후조약에 따를 것을 명시하고 있거나, 또는 전조약 또는 후조약과 양립하지 아니하는 것으로 간주되지 아니함을 명시하고 있는 경우에는 그 다른 조약이 우선한다."

기 어렵게 된다고 지적한다. 또 CCD의 다른 조약들에의 종속성을 인정한다면 문화적 다양성을 보호, 증진하고자 하는 CCD의 목적 달성이 불가능해진다고 지적한다. CCD가 예컨대 WTO 법들에 대해 종속성을 인정하면 양자간 법적 충돌이 있을 수 없고, 그러면 문화-무역 분쟁사건의 경우에 국제공법의 관습적 충돌규칙들의 적용이 거부되고, 결국 CCD가 WTO의 협정들을 포함한 다른 모든 협정들에 종속하는 결과가 된다는 것이다. 다시 말하면 CCD가 WTO 규칙들과 동등한 관계임을 의미해야만, 문화적 생산품들을 위한 특별한 규칙들을 만든 CCD의 목적이 충족될 수 있다는 것이다. 그리고 이것은 CCD 제20조와 거의 동일한 조항을 가지고 있는 환경협정들을 살펴볼 때에 더욱 지지될 수 있는데,²⁰⁾ 오늘날까지 이들 협정들 중의 어떤 것도 분쟁으로서 WTO 패널 앞에 종속된 적이 없고, 그래서 다자간 환경협약의 WTO에 대한 관계에 대하여 아직 결론이 없는데, 이러한 모든 환경 협정들이 국제법의 충돌규칙들이 허용하는 경우에 WTO 의무들을 압도(override)하려고 의도하지 않은 것으로 보이지는 않으며, 패널이 이들 문제를 대면하기 전에는 이 문제에 대한 확정적인 답은 없을 것이라는 것이다. 마지막으로 그는, CCD 제20조는, 어떻게 해석되어야 하는지에 대해 두 가지 해석이 가능하여, 이 조항으로부터 명확한 결론이 도출될 수 없고, 그래서 어떤 협정이 압도할 것인지를 결정하기 위해서는 국제법의 충돌규칙들이 적용되어야 하는데, 바로 이런 경우에 다른 국제 협정들과의 관계를 구체화한 어떤 조약 상의 조항이 부재한 경우의 공백시의 값으로서(by default) CCD가 적용될 수 있기 때문이라고 한다. 그래서 결론적으로, 어떤 협정을 다른 협정에 종속시키지 않는다는 것은 그 협정에게, 충돌규칙들의 적용에는 종속하면서 다른 것들을 압도할 수 있는 능력을 주는 것이라며, 결과적으로 CCD는 현존 권리들의 변경 능력이 있음에 틀림없다고 주장한다.²¹⁾

한편, Ivan Bernier에 의해 다른 주장이 제기되었다. 그는 이런 유형의 조항은, 현존하는 회원국들(parties)의 권리들과 의무들을 순수하게 그리고 단순히

20) 생물다양성협약(CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY) art 22: "The provisions of this Convention shall not affect the rights and obligations of any Contracting Party deriving from any existing international agreement, except where the exercise of those rights and obligations would cause a serious damage or threat to biodiversity."

21) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), pp. 20-21.

게 확인하는 것으로 읽어야 한다고 주장했다.²²⁾ 그는, 다른 협정들과의 관계에서 그들의 법적인 위상을 명확히 하기 위해 여러 가지 국제협정들에서 사용되었던 다양한 접근법들을 참고함으로써 그의 주장을 지지한다. 그의 견해에 의하면 세가지 다른 유형의 모델 조항들이 있다: 1) 그 협정이 불일치하는 정도까지 압도한다고 규정하는 조항들²³⁾, 2) 다른 조약에 종속한다고 명기하는 조항들,²⁴⁾ 그리고, 3) 현존하는 회원국들(parties)의 권리들과 의무들이 변경되어서는 아니되지만, 그 협정을 다른 조약에 종속시키지 않는 것을 제시하는 조항들이²⁵⁾ 그것이다. CCD 제20조는 모델 조항들의 3번째 유형의 예이다. 그것의 기능은, 앞의 두 가지 접근들에서 표현된 순수한 압도(pure prevalence) 혹은 단순한 복종(mere subordination)과는 다른 것이다. Bernier에 의하면, 모델 조항들의 세번째 유형은, 동등한 관계를 설정하되 어떤 조약이 다른 조약과의 관계를 특정하지 아니하면 국제법의 default 값으로 적용될 수 있다고 한다.²⁶⁾ Bernier의 주장에 의하면 국제법의 충돌규정의 적용이 가능하다.²⁷⁾

이상과 같이 CCD 제20조의 표현을 두고 여러 가지 해석이 가능하므로, 그것이 어떻게 해석되어야 하는가에 대해 격렬한 논쟁이 있었는데, CCD의 이 조항에 대한 회원국들(parties)의 의향을 객관적으로 확인하기 위해서는 국제관습법을 구성하는 VCLT 제31조, 제32조에 구체화된 해석의 규칙들에 의지해야 한다. 그래서 그 조약의 대상과 목적에 비추어 그 조약의 용어들의 통상의 의미에 따라 해석되어야 한다.²⁸⁾

22) Ivan Bernier, On the Relation of a future International Convention on Cultural Diversity to other International Agreements, (16 October 2006), p. 4.

<<http://www.diversite-culturelle.qc.ca/fileadmin/documents/pdf/update0305.pdf>> (2008.12.17. 검색)

23) Bernier는 유엔헌장 art 103과 NAFTA art 103을 예로 든다. Bernier, Relation of Convention to International Agreements, p. 2. (Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 20 각주 83에서 재인용.)

24) Bernier는 예로서 캐나다가 이스라엘, 칠레, 코스타리카와 맺은 양자간의 FTA, 그리고 WIPO 실연 및 녹음 조약(WIPO Performances and Phonograms Treaty) art 1.1를 든다. Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 20 각주 84에서 재인용.

25) 생물다양성협약(CONVENTION ON BIOLOGICAL DIVERSITY) art 22, "생물학적 안정성에 관한 카르타헤나 의정서(CARTAGENA PROTOCOL ON BIOSAFETY) 전문, 식품 및 농업을 위한 식물 유전자 자원에 대한 국제협약(INTERNATIONAL TREATY ON PLANT GENETIC RESOURCES FOR FOOD AND AGRICULTURE) 전문.

26) Bernier, 앞의 논문(주23), p. 5. (Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 20 에서 재인용.)

27) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 20.

28) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 19.

3. 국내학설

학설이 갈리기는 국내의 경우도 마찬가지이다. 이근관, 서헌제, 박덕영, 박현석, 박경신, 이해영, 이한영 등이 학술논문 혹은 세미나 자료 등을 발표했는데, WTO의 규범들의 경우 규범적 밀도가 높아서, 자신보다 규범적 밀도가 상당히 낮은 CCD의 간섭이나 개입을 받지 않으리란 신중론에서부터²⁹⁾ 다른 조약들과의 관계에서 CCD가 WTO 법들에 비해 비록 열위에 있는 경우에도 WTO 법들의 해석에 참고되는 등 상당한 영향을 미칠 수 있을 것이라는 기대와³⁰⁾ CCD는 “한미 FTA에 담겨있는 통상절대주의에 맞서 이를 견제하고 최소한의 ‘이익의 균형’이라도 확보해내기 위한 나름대로의 효율적인 방어기제가 될 수도 있다.”는 의욕에³¹⁾ 이르기까지 다양하다. 그 중에서 박경신의 글이 주목을 끈다. 박경신은,³²⁾ 국제법들에 있어서의 다른 조약들과의 관계조항들을 동등성확인방식, 구법우선방식 및 신법우선방식으로 나누고,³³⁾ CCD는 제20.1조에서 동등성확인방식을 따르는 듯하면서 제20.2조에서는 구법우선방식을 따르고 있다고 한다.³⁴⁾ 그리고 “우선 1항에 따라 WTO가 WTO규정을 적용 해석할 때는 문화다양성협정의 조항들의 효력이 무시되지 않도록 WTO 규정을 적용 해석해야 할 의무가 발생하게 된다.”고³⁵⁾ 말하고, 그 이유로, 미국이 GATT 제

29) 이근관, “문화적 표현의 다양성 보호 및 증진에 관한 협약 예비초안에 관한 국제법적 검토·예비초안 제20조를 중심으로”, 유네스코 총회 상정에 즈음한 “유네스코 문화다양성 협약의 이해와 전망” 정책토론회 (유네스코한국위원회, 2005. 8. 25.) p. 40.

30) 박경신, “문화다양성협약과 WTO협정 사이의 상호지지적인 관계정립을 위하여- 관계정립조항의 세가지 모델”, 문화관광체육부 내부 토론회 자료, (2008.2.) p. 29.

31) 이해영, “문화다양성협약, 한미FTA 그리고 시민사회”, 앞의 토론회 발표문(주4), p. 6.

32) 박경신, 앞의 토론회자료(주30), pp. 17-22.

33) 이 3분법은 앞에서 설명한 Ivan Bernier의 3분법과 유사하다.

34) 구법우선의 원칙은 구법이 신법에 우선한다는 원칙이다. 여기에서는 현존의 모든 법들이 CCD에 우선한다는 것이다. 그런데 제20.2조가 대상으로 하는 법들은 미래의 조약들을 포함하거나 불명확하다고 말할 수 있다. 그래서 제20.2조를 구법우선의 원칙이라고 명명하는 것은 무리라고 사료된다.

35) CCD 제20.1조가 자신의 다른 조약들과의 관계에 대해 비종속성과 상호지지성을 규정하면, 그것이 이유가 되어 곧바로 WTO법정이 CCD를 존중해야 하는 의무가 발생하는지 의문이다. WTO법정이 CCD를 존중할 것인지 여부는 WTO법정의 규칙에 의해 결정될 것이기 때문이다. 법의 적용 및 해석의 문제는 어떤 법정에서, 왜 어떤 법이 적용되어야 하고, 왜 어떤 법이 참고되어야 하는가라는 식으로 고찰되어야 한다고 사료된다.

20.(a)조 및 GATS 제14(a)조의 공중도덕이 문화적인 정체성을 포함할 수 있다고 언급한 것을 예로 들면서 “미국이 이렇게 WTO 협정자체를 신축적으로 보고 있다면, 당연히 WTO협정문의 해석에 있어 분쟁당사국들 사이에 체결된 다른 협정들이 있다면 당연히 고려될 수 있다.”고 주장한다.³⁶⁾ “그러나, 동시에 2항에 따라 WTO협정상 의무의 권리와 의무는 존중되어야 한다.”고 말한다.

또한 박경신은³⁷⁾ “이와 같은 해석방법은, WTO협정 자체의 내용과도 합치한다.”고 주장한다. WTO분쟁해결양해(DSU) 제3.2조에 의해 국제공법의 해석규칙들이 적용되는데, VCLT 제31.3조에 따라서, 분쟁당사국들이 WTO협정들과 CCD를 모두 비준하였을 경우, WTO협정의 해석시에 “당사국들 사이의 관계에 적용될 수 있는 관련된 국제법 규범인 문화다양성협정을 고려해야 한다.”는³⁸⁾ 것이다. 그리고 이와 같은 입장에 대한 증거로 EU-Biotech,³⁹⁾ US-Shrimp,⁴⁰⁾ EU-Asbestos,⁴¹⁾ Korea-Beef⁴²⁾ 등을 예로 들고 있다.⁴³⁾

박경신은 또⁴⁴⁾ “열위에 있는 조약이 상대적으로 우위에 있는 조약의 해석에 영향을 끼칠 수 있다. 실제로 비엔나협정 제31조는 두 당사국사이의 조약을 해석할 때 두 나라의 관계에 연관된 모든 국제 규범들을 고려하여 해석할 것을

36) 미국이 공중도덕의 개념속에 문화적 정체성이 들어갈 수 있다고 본 것이 신축적인 해석인지 의문이다. 성질상 당연히 들어가는 것이라고 볼 수도 있기 때문이다. 미국이 WTO 규정들을 신축적으로 보고 있다면 CCD가 당연히 고려되어야 하는 것인지 혹은 다른 나라가 신축적으로 보면 안 되는 것인지 의문이다. 고려될 수 있으면 그것이 고려해야할 의무가 되는지도 의문이다.

37) 박경신, 앞의 토론회자료(주30), pp. 23-25.

38) VCLT 31.3가 말하는 관계규칙은 두 당사국 사이의 관계에 적용될 수 있는 것이라면 고려될 수 있는 것인지, 혹은 전체회원국에 의해 수용된 경우에만 고려될 수 있는 것인지가 검토되어야 한다.

39) European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products - Reports of the Panel, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R 29 September 2006, paras 7.70-7.95

40) United States - Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products - AB-1998-4 - Report of the Appellate Body, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998, paras 125-134.

41) European Communities - Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, Report of the Appellate Body, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001.

42) Korea - Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef - AB-2000-8 - Report of the Appellate Body, WT/DS169/AB/R, WT/DS169/AB/R, 11 December 2000.

43) 이와 같은 소송사건에서 참고된 국제법들이 VCLT art 31.3(c)에 의한 관계규칙들로서 참고되었는지, 아니면 마치 사전(dictionary)과도 같이 일반적인 정보의 원천(source)으로서 참고되었는지, 그 자격에도 주목할 필요가 있다.

44) 박경신, 앞의 토론회자료(주30), pp. 26-28 참조.

요구하고 있”다고 주장하고,⁴⁵⁾ 그에 대한 증거로서 다자간섬유협정(Multi Fibre Arrangement, 이하 MFA라고 약칭한다)의 GATT 1947 변경 사례를 들고 있다.⁴⁶⁾ 그는 또 MFA는 VCLT 제40조의 다자조약의 개정에도 그리고 제41조 일부회원국간 다자조약의 변경에도 해당되지 않고, 한편 MFA 제1.6조가 GATT하의 권리들 및 의무들에 영향을 미쳐서는 안된다고 언명하고 있어 VCLT 제30.2조에 해당되므로 GATT 조항들이 MFA에 우선한다고 해석되는데, “추후해석은 도리어 MFA 당사국들이 일률적인 GATT조항들에 대한 불만을 가지고 방직산업에서 만큼은 더욱 신축적인 통상규범을 정립하기 위하여 MFA를 체결하였음이 명백하고 이와 같은 MFA 당사국들의 의도는 문맥(context)상 읽혀지므로 비엔나 협정 제30조에 따라 GATT가 MFA에 우선하지 않는다고 해석하였고 MFA의 규정들은 모두 유효한 것으로 해석되었다.”고 주장하고 있다. 그리고 MFA와 GATT 사이의 해석이 CCD와 WTO법들간의 관계에서 재현되는 것이 가능하다고 보고 있다.⁴⁷⁾

그리고 박경신은 CCD의 다른 조약들과의 관계에 관한 그의 논의의 결론에 즈음하여, CCD 제20.1(b)조가 규정하고 있는, 다른 국제 조약들의 해석 및 적용시, 그리고 다른 국제적 의무에 들어갈 경우에 ‘CCD를 고려해야할 의무’를 들면서 다음과 같이 적고 있는데, 논쟁의 여지가 보인다.

1) 이와 같은 의무는 WTO분쟁해결기구를 포함해 분쟁당사국 양측 모두 문화다양성협약에 가입한 분쟁을 다루는 모든 협정의 해석기관들에게 적용된다.

45) VCLT 31조에서 말하는 ‘연관된 국제규범’은 VCLT 31.3(c)를 말한다. 그런데 그 국제규범이 두 나라 사이에 연관된 ‘모든’ 국제법규범들을 고려해야 하는지 의문이다. 다시 말하면 모든 회원국들(parties)에게 적용할 수 있는 것이 아니어도 되고, 당사국들 간에만 적용될 수 있어도 되는지 의문이다.

46) Henry R. Zheng, DEFINING RELATIONSHIPS AND RESOLVING CONFLICTS BETWEEN INTERRELATED MULTINATIONAL TRADE AGREEMENTS: THE EXPERIENCE OF THE MFA AND THE GATT, (Stanford Journal of International Law Fall, 1988), pp. 75-76.

47) MFA 사례와 관련하여 유의할 점은, 첫째, 당시 섬유산업의 구조적인 문제 때문에 섬유수출국들과 수입국들이 모두 MFA를 받아들일 수 밖에 없었던 특별한 상황하에 있었고, 둘째, MFA의 궁극적 목적이 섬유관련 자유무역의 실현이었다는 것이다. 그래서 당시 GATT에 대한 MFA의 우위가 받아들여진 것은 사실이지만, 그래서 그것이 CCD의 희망이라고 말할 수는 있겠지만, 향후 CCD와 관련하여 WTO법정에서 그런 결과가 나올 것인지는 분명치 않다고 생각된다.

2) 각 국제협약은 협약이 정한 유권기관에 의해 협약이 정한 절차를 통해 그 의미가 해석된다. 그러므로 WTO는 WTO의 분쟁해결국에 의해, 문화다양성협약의 경우 문화다양성협약이 정한 분쟁해결절차를 통해 분쟁이 해결된다. 위에서 언급했듯 국제법의 해석과 집행에 대해서는 궁극적인 집행력을 가진 최고사법기관이 없으므로 3) 당사국들이 국제법을 자발적으로 존중해주기 전에는 양립하는 국제협정간의 우열을 따지는 것은 무의미하다. 4) 그러나 문화다양성협약 제20.1조는 이와 같은 상황을 피하기 위해 WTO분쟁해결국이 문화다양성협약을 고려(take into account)하여 결정할 것을 요구하고 있고 물론 5) 분쟁당사국 모두 문화다양성협약에 가입하였다는 것을 전제로 제20조2항은 ‘기존협정상의 권리와 의무가 훼손되지 않는다’고 하여 문화다양성협약이 해석될 때 WTO협정상의 권리와 의무를 존중하여 해석되도록 하고 있는 것이다.⁴⁸⁾

그런데 위 1)번은 예컨대 문화-무역사건의 경우에, 그리고 양측 분쟁당사국들이 모두 CCD 회원국이며 동시에 WTO의 회원국인 경우에, CCD와 WTO의 분쟁해결기구 모두 CCD 제20.1(b)조의 ‘CCD 고려 의무’를 부담한다는 의미인 것으로 해석된다. 그런데 CCD를 고려할 의무는 기본적으로 CCD법정과 CCD 회원국들만 부담하는 것이다. 그리고 WTO 법정은 자신이 가진 규칙, 곧 DSU에 의해 판단하는 것이지, CCD가 자신을 고려해야 한다고 선언한다고 하여 곧 WTO법정에 CCD를 고려해야할 의무가 발생하는 것은 아니다. 한편 CCD회원국이 WTO의 회원국인 경우에는, 그 국가는 CCD회원국의 의무로서 WTO 안의 활동에서 CCD의 목적을 촉진해야할 의무를 진다. 하지만 이 경우도 WTO의 DSU의 규칙의 허용범위 안에서만 가능하다고 하겠다. 또 2)번은 그 의미가 불명확하나, 문화-무역 사건으로 CCD와 WTO 법들이 충돌하는 경우는, 또 양당사국이 모두 두 조약의 회원국인 경우, CCD 분쟁해결기구와 WTO의 DSB가 모두 관할권을 가지며, WTO의 DSB의 경우는 그들의 분쟁해결 절차인 DSU에 의하여 CCD를 어떻게 대우할 것인지, 다시 말하면 CCD의 적용여부, WTO법 해석시 CCD의 참고여부 등을 결정하게 된다. 또 3)번에서 조약들간의 우열을 따지는 것은 무의미하다고 하나, 조약들간의 충돌이 있는 경우 불가피하게

48) 박경신, 앞의 토론회자료(주30), pp. 28-29; 인용문중의 번호는 필자가 첨가한 것임.

우열을 논해야 하며, 스스로 우위를 주장하는 조약들도 있지만, 스스로 동등성 혹은 종속을 표방하는 조약들이 있고 또 충돌에 관한 국제공법의 일반적 원칙들이 있으므로, 충돌하는 두 조약들간의 관계를 논하는 것은 필요하고 또 가능하다고 판단된다. 4)번의 경우는 위 1)번에서 지적한 바와 같이, CCD 제20.1(b)조에 따라 CCD 법정과 CCD 회원국은 그런 의무를 지지만, 비회원국이나 WTO 법정은 기본적으로 그런 의무가 없다고 할 것이다. 5)번에서 박경신은, CCD가 해석될 때에 예컨대 WTO법들 하의 권리들과 의무들이 변경되지 않도록 CCD 제20.2조가 요구하고 있다고 지적하고 있는데, 그뿐만 아니라 이 조항은 예컨대 CCD와 WTO 법들간의 충돌이 문제되어 어떤 법을 적용할 것인지 선택해야 하는 경우에 혹시 누가 충돌시 양보하겠다고 미리 선언하고 있는지를 알아보는 것이 필요한데, 바로 그런 경우에도 유용한 규정이다.

이상의 고찰에서 얻을 수 있는 교훈은, CCD의 다른 조약들과의 관계조항이 가지고 있는 의미를 파악하기 위해서는 CCD의 다른 조약들과의 관계를 명확하게 파악하기 위해서는, CCD만을 바라보는 것으로는 부족하고, 1)CCD가 자신의 위상을 스스로 어떻게 정하고 있는가, 바꿔 말하면 다른 조약들을 어떻게 대접하겠다고 선언하고 있는가와 함께 2)상대방인 WTO 법들은 스스로의 위상을 어떻게 정하고, 다른 조약들을 어떻게 대접하겠다고 정하고 있는가, 그리고 3)국제공법의 충돌규칙은 어떻게 규정하고 있는가, 그리고 마지막으로 4)논평자는 지금, 판단 주체가 CCD 혹은 WTO 법정 중 누구인 경우를 말하고 있는가를 구분하여 고찰해야 한다는 것이다. 그래서 1)CCD 분쟁해결절차와 2)WTO 법정에서 CCD가 각각 어떻게 대접을 받을 것인지를 알아보기로 한다.

III. CCD 분쟁해결절차에서의 CCD의 위상

1. CCD 분쟁해결절차의 특징

CCD 제25조는 분쟁해결절차들을 규정하고 있다. CCD 분쟁해결절차의 특징은 한마디로 유연하여 강제적이지 않고, 간단하며, 영속기구가 없다. 그래서 취

약하다고 말할 수 있다. 첫째, 절차가 강제적이지 않다. 그것은 교섭, 주선, 중개 및 조정으로 이루어져 있는데 분쟁의 당사국들은 해결을 위한 조정위원회의 제안을 성실하게 ‘고려’(consider)하기만 하면 된다.⁴⁹⁾ 더구나 각 회원국들은 제 25.3조에 따라서 비준시에 조정절차를 인정하지 않는다고 선언할 수 있다. 이러한 선택적이탈(opt-out) 규정의 존재는 조정절차에 대한 매력을 감소시킬 것이다. Ivan Bernier & Hélène Ruiz-Fabri는 국제법의 다른 분야들에서의 경험은, 거기에 조정절차가 있는 경우, 정부들은 그런 절차들을 이용하여 충돌들을 해결하고자 하지 않는다는 것을 보여준다고 지적한 바 있다.⁵⁰⁾ 둘째, CCD 제25조와 부속서에 있는 분쟁의 조정에 관한 조항들은 WTO의 DSU에 들어 있는 조항들에 비하여 훨씬 덜 상세하여 간단하다. 그러므로, CCD에 의해 규정되어 있지 않은 절차적 측면에 대한 분쟁은 조정 위원회의 결정에 맡겨지게 된다.⁵¹⁾ 그런데 조정위원회에 의한 최종제안(final proposal)의 제출은 지연 가능성이 있으며, 제안이 나온다 하더라도, 관련 당사국의 의무는 오직 그것을 성실하게 고려하기만 하면 된다. 셋째, 영속적인 분쟁해결기구가 존재하지 않는다. 조정기구는 필요시 구성되었다가 해산된다. 그래서 만약 어떤 회원국이 CCD하의 권리들을 남용한다면, 오직 동료 회원국들이 문제를 제기할 수 있을 뿐이다.⁵²⁾ 결과적으로 당사국들(parties)은, 그들의 입장을 가장 잘 고려해줄 것으로 기대되는 구속력 있는 시스템 혹은 법정(tribunal)과 같은, 그들에게 더 이롭게 보이는 다른 절차를 찾으려고 노력할 것이다.⁵³⁾ 그래서 결론적으로, WTO와 CCD에 공히 회원국인 당사국들은 WTO 분쟁해결절차를 선택하는 것이 유리하다고 생각할 것이다. WTO 분쟁해결절차는 현존하는 모든 국제 분쟁해결 시스템 중에서 가장 생산적인 것으로 주장되고 있기 때문이다.⁵⁴⁾

49) CCD 부속서 Conciliation Procedure art 5. Decisions: 'The Conciliation Commission shall render a proposal for resolution of the dispute, which the Parties shall consider in good faith'.

50) Christoph Beat Graber, "THE NEW UNESCO CONVENTION ON CULTURAL DIVERSITY: A COUNTERBALANCE TO THE WTO?", Journal of International Economic Law, (Oxford University Press, September, 2006). p. 573.

51) CCD 부속서 Conciliation Procedure art 6.

52) Hahn, 앞의 논문(주10), p. 538.

53) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 14.

54) Bossche, The Law and Policy of the WTO, p. 173; Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 14.

이와 같은 효과적인 분쟁해결절차의 부재는 단점으로 지적된다. CCD는 협약의 일반적인 금지에 대한 위반을 효과적으로 규제할 방법이 없기 때문에, 협약이 스스로 선언한 목표들이 회원국가들에 의해 심각한 위협에 처할 수 있을 가능성이 존재하기 때문이다.⁵⁵⁾ 그러나 그것을 너무 비관적으로 생각할 필요가 없을 수도 있다. 우선, 협약에 의무들이 거의 없기에 분쟁들이 일어날 가능성이 적을 수 있기 때문이다. 생각건대 문화다양성에 관한 분쟁들은 아마도 CCD의 틀 안에서 일어나지 않고, 오히려 WTO 구조 안에서, 생길다면 생길 것이다.⁵⁶⁾

그런데 최근에 이한영은 향후 문화-무역 관련한 분쟁사건이 CCD 분쟁해결절차에 의존하게 될 가능성이 일정부분 존재한다고 주장했다. 하지만 무리인 것으로 사료된다. 이한영은 그 이유로⁵⁷⁾ 첫째, “만일 특정 당사국이 다른 당사국의 조치에 대해 WTO 협정 위반이 아니라 문화적다양성협약 위반에 해당된다는 논리를 기초로 문제해결을 시도한다면, 일견 그 특정 당사국은 합법적으로 문화적다양성협약에 따른 분쟁해결절차에 의존할 수 있는 기회를 확보할 수 있다고 보아야 한다.”며, 그래서 “합법적인 분쟁해결절차의 관할을 문화적다양성협약으로 몰아갈 가능성이 존재한다”고 주장한다. 그런데 이러한 주장은, 분쟁의 제소여부와 WTO DSB 혹은 CCD 분쟁해결절차 간의 법정 선택은 기본적으로 피해를 입었다고 주장하는 제소국에 의해 결정된다는 사실을 간과한 것으로 보인다. 우리가 검토하고 있는 사건은 문화-무역 분쟁으로, 제소국은 피소국의 문화 보호 조치에 의해 자국의 무역에 관한 이익이 침해되었다고 주장하는 경우이다. 무역에 관한 이익이 침해되었다고 생각하는 국가가, 이것의 시정을 요구하지 않는다면 혹 모르지만, 이것의 시정을 요구하면서, 곧 제소하면서, 현재 국제사회에 존재하는 가장 효과적인 분쟁해결절차인 DSU를 두고, 사실상 규범성이 없다고 지적되고 있는 CCD의 분쟁해결절차에 사건을 의탁한다는 것은 상상하기 어렵다. 다시 말하자면, 제소하지 않겠다면 어떤 법정이든 이용하지 않을 것이며, 제소하겠다면 DSB일 것이다. 그래서 CCD의 분쟁해결절

55) Hahn, 앞의 논문(주10), p. 538.

56) Graber, 앞의 논문(주50), p. 573; 유네스코 CCD와 WTO 시스템의 분쟁해결 절차들을 분석한 뒤에, WTO 회원국들은, CCD에 규정된 덜 정교한 절차들보다는 DSU의 분쟁해결 절차들에 의지할 것으로 보인다. Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 16.

57) 이한영, 유네스코 문화다양성협약의 쟁점 및 한계, 통상법률, 2008. 10.(통권 제83호) pp.10-11.

차에 의존할 기회는 사실상 매우 희박할 것이다. CCD의 분쟁해결절차가 취약하게 된 원인 중의 하나가, 문화-무역 분쟁들은 CCD의 틀 안이 아니라, WTO 구조안에서 생긴다면 생길 것으로 본 데 있었다는 것도 유념할 필요가 있다.⁵⁸⁾

이한영은 두 번째 이유로 DSU 제“23.1조가 문화적다양성협약에 근거하지만 공식절차가 아닌 비공식협의(informal negotiations or consultations)를 통한 회원국의 분쟁해결권리까지를 배척한다고 보기는 어렵다.” 그리고 “실제로 WTO 회원국들 간에는 거의 예외 없이 공식적인 제소절차 이전에 양자적(bilateral) 차원에서 비공식적 협의를 추진하며, 적지 않은 분쟁사안이 비공식적 협의과정에서 해소되는 것으로 알려졌다.”고 지적한다. 물론 WTO법과 관련된 분쟁을 당사국들이 그들 간의 협의를 통해서 우호적으로 해결하는 것을 막는 것은 비현실적일 것이다. 그리고 다자간 환경협약들(MEAs)과 WTO 법들사이의 충돌이 개입된 공식적인 분쟁이 아직까지 패널 앞에 제기된 적이 없다.⁵⁹⁾ WTO 회원 국가들은 MEA가 개입된 분쟁의 경우에 WTO의 DSB 앞에 가져갈 수 있는 그들의 권리를 사용하는 것을 원치 않는 것으로 보인다. 유네스코 CCD가 개입된 분쟁들에서도 같은 현상이 생길 것으로 추측해 볼 수 있다.⁶⁰⁾ 그러나 이것이, 당사국들이 그들의 사건들을 CCD 분쟁해결절차에 가지고 간다는 것을 의미하는 것은 아니라고 판단된다.

2. CCD 분쟁해결절차에서의 CCD의 위상

문화-무역관련 분쟁사건이 CCD 분쟁해결절차에 제소될 수 있다. CCD법정

58) Graber, 앞의 논문(주50), p. 573.

59) EC와 Chile 간의 UN해양법협약(UNCLOS)의 해석에 관한 Chile-Swordfish 분쟁은 패널의 구성 전에 중지되었다. EC에 의한 다음 협의요청서 참조: Request for Consultations by the European Communities Chile - Measures affecting the transit and importation of swordfish, (WT/DS193/1), filed on 19 April 2000; “No formal dispute involving a measure under a multilateral environmental agreement has so far been brought to the WTO. However, the complexity of the relationship between environmental and trade rules was highlighted in the “Chile-Swordfish” case.” The Doha mandate on multilateral environmental agreements (MEAs), Relationship between WTO and MEA rules.

http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_neg_mea_e.htm

60) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 11.

은 두 당사국 모두 CCD회원국일 경우에 재판권을 가진다. 그래서 예컨대 프랑스와 캐나다간에 문화적 표현들의 다양성과 관련하여 분쟁이 생긴 경우에, 그 사건을 다룰 수 있다. 그리고 CCD 회원국의 제소가 있어야 한다. 그런데 예컨대 캐나다와 미국 간에 생긴 분쟁의 경우에는 재판권이 없다. 미국은 CCD의 회원국이 아니기 때문이다. VCLT 제34조 ‘제3국에 관한 일반규칙’은 “조약은 제3국에 대하여 그 동의 없이는 의무 또는 권리를 창설하지 아니한다.”고 규정하고 있다. 그래서 CCD는 그리고 CCD 분쟁해결절차는 미국에 대하여 어떠한 강제도 할 수 없다.

CCD 분쟁해결절차를 통해서 다루어지는 예컨대 프랑스와 캐나다간의 분쟁과 같은 CCD 회원국간의 분쟁사건에서, CCD는 스스로 규정한 ‘다른 조약들과의 관계’에서의 지위를 누릴 것이다. 그러나 앞서 논의한 바와 같이 그 내용은 모순적이고 애매하다. 그리고 분쟁해결절차는 간단하고 유연하며 강제성이 없다. 그래서 결국 당사국들간의 대화에 맡겨질 것이다. 그래서 사건을 대화로 해결하고자 하는 경우는 굳이 CCD를 이용할 필요가 없을 것이며, 자신의 권리를 확실하게 지키고자 하는 국가는 WTO 법정에 제소할 것이다.

IV. WTO법정이 적용해야할 법의 선택

WTO 법정의 패널(panel)은 사건이 그들에게 부탁된 경우에 1) 재판권의 존부, 2) 충돌의 존부, 3) 적용할 법, 4) 적용된 법의 해석시 고려되어야 할 관계규칙 등을 확인할 것이다. 다시 말하면 CCD를 근거로 자국의 문화보호조치를 방어하고자 하는 국가는 위의 제1), 2) 단계를 지나 제3단계에서 CCD가 적용되어 WTO 규칙들을 제한하거나, 혹은 제4)단계에서 해석을 위한 참고자료로서의 자격을 얻어야 한다. 그래서 이와 같은 순으로 알아보는 것이 필요하다.

1. 패널(panel)의 재판권

만약 패널이 재판권이 없다면, 그래서 WTO 법정에서 송사가 이루어지지 않는다면, CCD는 WTO 법정에서 WTO 의무들을 제한하는 기회를 얻지 못하게

된다. WTO 분쟁해결기구인 DSU는 자신의 재판권(jurisdiction)에 대하여 말이 없다. 그런데 DSU에 의해 구성되는 패널과 상소기구의 권한은 DSU를 포함한 WTO 조약으로부터 나온다. 그래서 재판권에 관해 언급한 DSU의 규정들과 WTO 법들의 다른 관련 규칙들에 대한 해석이 필요하다.

WTO 패널이 실체적 재판권(substantive jurisdiction)을 가지기 위해서는 두 가지 쟁점에 대한 결정이 필요하다. 첫째, 분쟁의 두 당사국(parties)이 모두 WTO 회원국이어야 한다. 둘째, 권리주장이 WTO 법들과의 불일치에 기초하여야 한다. 그리고 WTO 분쟁해결 시스템의 가장 분명한 특징은 강제성과 배타성이다. 강제성은, WTO 회원국들이 WTO 불일치를 이유로 권리주장을 하는 경우, 어떤 다른 시스템도 배제하고, 그것을 WTO 분쟁해결기구에 가져와야 하는 의무를 지는 것을 말한다. 이와 같은 강제성은 DSU 제23.1조에서 도출된다.⁶¹⁾ 배타성은, WTO 협정의 위반의 교정을 구하기로 선택한 어떤 회원국은 WTO 분쟁해결시스템 외의 어떤 다른 수단을 통해 그렇게 할 수 없다는 것을 말한다. 그런데, 제23.2조의 배타적 성질은,⁶²⁾ 어떤 WTO 회원국들이 그들의 WTO 관련 분쟁을 예컨대 CCD의 분쟁해결절차와 같은 다른 법정에서 추구하는 것을 제한할 수 있을 것이다.⁶³⁾ 그러나 WTO 분쟁해결절차의 배타성이 문화-무역 분쟁을 WTO 법정 밖에서 해결하는 것을 제한하는가에 대해서는 좀 더 논의가 필요하다. 그것은 분쟁의 성격과 그것의 해결에 관해 제소하는 회원국이 취한 절차에 달렸다고 보아야 할 것이기 때문이다.⁶⁴⁾

61) DSU 제23.1조. 회원국들이 해당된 협정들(covered agreements) 하의 의무들의 위반 혹은 다른 이익들의 무효화 또는 침해, 또는 해당된 협정들의 어떤 목적의 달성에 대한 방해의 시정을 추구할 때에, 그들은 이 양해의 규칙들과 절차들에 의지해야 하며, 그것들을 준수해야 한다.

62) DSU 제23.2조. 이러한 경우들에, 회원국들은 DSU에 일치하는 분쟁해결 절차에 의지하지 아니 하고서는, 위반이 일어났으며, 이익이 무효화 또는 침해되었고, 혹은 해당된(covered) 협정들의 어떤 목적의 달성이 방해되었다는, 취지의 결정을 내려서는 안된다.

63) 예컨대 Marceau 는, 23조는 회원국들이 그들의 WTO 관련 분쟁을 다른 법정으로 가져가는 것을 막는다고 해석한다. Gabrielle Marceau 'Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties' (2001) 35(6) Journal of World Trade, p. 1081, 1101.

64) 먼저, WTO와 CCD에 공히 회원국인 A 국가가 두 조약에 공히 회원국인 B 국가의 어떤 조치에 대해 그것이 CCD를 위반했다는 근거로 이의를 제기한 경우를 가정해 볼 수 있다. 이 경우 이 론이 있을 수 있겠지만, 해당된(covered) 협정 하에서의 의무들의 위반 혹은 이익들의 무효화 혹은 침해의 시정을, 또는 해당된 협정의 어떤 목적의 달성의 방해의 시정을, DSU 제23.1조의

한편, WTO 분쟁해결을 담당하는 분쟁해결기구의 권한은 제한되어 있다. 즉, DSU 제3.2조는, 분쟁해결기구는 WTO 분쟁해결을 위해 권고하거나 판정할 때에, 해당된(covered) 협정에 규정된 권리들과 의무들을 증가시키거나 축소시켜서는 안 된다고 규정하고 있다.⁶⁵⁾ 해당된 협정들에서 규정된 권리들과 의무들을 가감해서는 안된다는 이 의무는, 패널과 항소기구 모두에게 해당된다.⁶⁶⁾ DSU의 이러한 규칙들은 DSU의 제11조에 규정된 패널의 기능을 제한한다. DSU 제11조는 패널의 기능을 규정하고 있는데, 자신이 담당한 사건의 사실들에 대한 평가와 그리고 해당된(covered) 협정들의 적용가능성 및 동 협정들에 대한 합치성에 대한 객관적인 평가가 그 중심이다.⁶⁷⁾

그런데, 만일 WTO 패널의 판정이 WTO 법 하의 권리들과 의무들을 수정하면 어떻게 될 것인지에 대해서는 논란이 예상된다. 이 경우 어떻게 될 것인지에 대한 의문은, WTO 협정 및 부속서들과 그리고 다른 국제협정, 예컨대 다자간 환경협정들(MEAs)과의 관계라는 맥락에서 다루어져 왔다. 이들 국제 조약들은 WTO 법과 일정부분 동일한 내용을 다룬다. 이들 조항들이 서로 충돌하는 부분에 대해서, 패널은 국제법의 충돌 규칙들을 적용할 것이다. 이들 충돌규

의미 안에서 추구하는 것이 아닐 것이다. 또 A국가는 B국가에 의해 부과된 문화정책조치에 관한 WTO분쟁을, 비록 그 조치가 WTO협정들과 불일치하는 것으로 보일지라도, 그 조치가 CCD의 목적들을 추구하였기에, CCD 하의 약속(commitments)을 지켜야 한다는 생각에서, WTO 법정에 고소하는 것을 삼가는 것을 가정해 볼 수 있을 것이다. 다른 한편, DSU 제23.1조를 근거로, WTO 회원국들이 WTO 분쟁해결절차의 공식적인 협의에 의지하지 않고 WTO 분쟁을 자기들끼리 우호적으로 해결하는 것을 막는 것은 지나친 것으로 보일 수 있고 비현실적일 것이다. 이상 Voon, 앞의 논문(주13), pp. 644-645.

65) DSU 제3조 일반규정: 제2항. 세계무역기구 WTO의 분쟁해결제도는 다자간 무역체제에 안전과 예견 가능성을 제공하는 데 있어서 중심적인 요소이다. WTO 회원국들은 이 제도가 커버된 협정들(covered agreements) 하의 회원국들의 권리들과 의무들을 보호하고, 국제공법의 해석에 관한 관례적인 규칙들에 따라 저들 협정들의 현존조항들을 명확히 하는 데에 기여함을 인정한다. 분쟁해결기구의 권고들과 판정들은 커버된 협정들에 규정된 권리들 및 의무들을 증가시키거나 축소시킬 수 없다.

66) DSU art 19.2

67) DSU 제11조: 패널들의 기능. 패널들의 기능은 분쟁해결기구가 이 양해 및 해당된 협정들에 따른 책임들을 수행하는 것을 지원하는 것이다. 따라서 패널은 자신이 담당한 사안에 대한 객관적인 평가를 해야 하는데, 그 객관적인 평가는 사건의 사실들에 대한 평가와 그리고 깊이 관련된(relevant) 해당된(covered)협정들의 적용가능성 및 동 협정들에 대한 합치성에 대한 평가를 포함하며, 그리고 패널은 분쟁해결기구가 해당된 협정들에 규정되어 있는 권고들을 행하거나 판정을 내리는데 도움이 되는 그 밖의 조사결과들(findings)을 작성한다.

칙들의 적용의 결과에 따라서, 패널들은 다른 조약의 회원국들(parties)이며 동시에 WTO 회원국들(members)인 국가들에 대한 관계에 있어서, 관련 WTO 조항들이 다른 협정의 조항들에 의하여 압도되었다는(overruled) 결론에 도달할 수 있을지도 모른다. 이러한 결론에 도달한다면 그러한 사실은, DSU 제3.2조와 제19조에서 분명하게 금지하고 있는 WTO의 권리들 및 의무들에 대한 변경을 의미한다.⁶⁸⁾

CCD가 개입된 분쟁해결을 위해 WTO 분쟁해결시스템에 의지하는 경우, WTO 규칙들과 다자간 환경협약들(MEAs)에 들어 있는 무역 조치들과의 관계는, WTO 규칙들과 CCD 조항들과의 관계를 예측하는 데에 참고가 될 수 있을 것이다. WTO의 ‘무역 및 환경 위원회’(Committee on Trade and Environment, CTE)는 WTO 규칙들과 MEAs에 들어 있는 조치들과의 관계에 대해 종종 논의해 오고 있었다.⁶⁹⁾ 그런데 2001년 WTO의 Doha 장관회의 선언 para. 31(i)에 있는 명령(mandate)에 의해 다시 강조되었다. 동 선언은 CTE로 하여금, 현존하는 WTO 규칙들을 WTO 회원국이면서 동시에 문제된 MEA의 회원국인 국가들간에 적용하는 문제에 대해 교섭하도록 명하고 있다.⁷⁰⁾

2006년에 WTO의 Doha 개발회의가 중단됨에 따라, 이 관계에 대한 WTO 회원국들의 입장은 합의되지 못했다. 하지만 CTE는 그의 1996년의 보고서에서, WTO 회원국으로서 동시에 MEA 회원국들(parties)인 국가들은, MEA에 따라 취해진 조치에 관한 그들의 분쟁을, WTO 하의 분쟁해결이 아닌 MEA 하에서 이용 가능한 분쟁해결 매카니즘을 통해 해결하도록 고려해야 한다(should)는 것을 인정했다.⁷¹⁾ 이러한 권고는 약하다고 볼 수 있기에 만약 어떤 WTO 회원국이 이 권고를 따르지 않는다면, 아무것도 그 국가가 WTO 불일치에 대한 그의 권리주장을 WTO 분쟁해결 절차에 제출하는 것을 막을 수 없을

68) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 16.

69) WTO의 CTE는 1994년 장관회의(Ministerial Decision)에 의해 창립되었다.

<http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/wrk_committee_e.htm>

70) MEA 회원국이 아닌 경우에는 교섭의 영향이 미치지 않는다. 참고:

WTO WT/MIN(01)/DEC/1 20 November 2001, MINISTERIAL CONFERENCE Fourth Session, Doha, 9 - 14 November 2001, MINISTERIAL DECLARATION, Adopted on 14 November 2001.

71) WTO WT/CTE/1, 12 November 1996, Committee on Trade and Environment REPORT (1996) OF THE COMMITTEE ON TRADE AND ENVIRONMENT, para 178.

것이다. 이 사실은 CTE에 의해, 도하 명령(Doha mandate)의 협상 중에 확인되었다. 그래서 법적 상태는 변경되지 않았다.⁷²⁾

하지만 그 동일한 보고서는 또한, WTO 회원국들이 MEA와 관련된 충돌에서 WTO 분쟁해결에 의지한 적이 아직까지 없다고 인정했다. CTE는 이런 상태가 계속될 것으로 보고 있다. 사실상, WTO와 MEA 사이의 충돌이 개입된 공식적인 분쟁이 패널 앞에 제기된 적이 없다. 칠레-황새치(Chile-Swordfish) 사건에서 ‘해양법에 관한 국제연합 협약’ UNCLOS의⁷³⁾ 해석에 관한 분쟁은 패널의 구성 전에 중지되었다.⁷⁴⁾ WTO 회원국가들은, MEA가 개입된 분쟁의 경우에 WTO DSB 앞에 가져갈 수 있는 그들의 권리를 사용하는 것을 원치 않는 것으로 보인다.⁷⁵⁾ 유네스코 CCD가 개입된 분쟁들에서도 같은 현상이 생길 것으로 추측해 볼 수 있다. 그럼에도 불구하고, 만약 WTO 회원이 굳이 WTO 분쟁해결기구 앞에 사건을 가져가기를 원한다면, 그 국가는 어떠한 법의 위반도 없이 그렇게 할 수 있을 것이다. 어쩌면 WTO 분쟁해결절차의 이점들 때문에 그렇게 될지도 모른다.⁷⁶⁾ WTO는 분쟁에서의 패자로 하여금 WTO에 불일치하는 조치들을 제거하도록 강제하기 위하여, 분쟁에서 이긴 당사국에게 패한 당사국에 대하여 무역보복(trade sanctions)을 부과할 수 있는 권리를 주기 때문이다.⁷⁷⁾

72) Hoffmann U., Specific Trade Obligations in Multilateral Environmental Agreements and Their Relationship with the Rules of the Multilateral Trading System—A Developing Country Perspective, UNCTAD Background Paper for the Conference “Sub-Regional Brainstorming Workshop on the Trade and Environment Issues Contained in Paragraphs 31 and 32 of the WTO Doha Ministerial Declaration” in Bangkok, July/August 2003,

73) United Nations Convention on the Law of the Sea 1982

74) EC의 Chile-Swordfish 사건에 대한 앞의 협의요청서(주59)

75) “No formal dispute involving a measure under a multilateral environmental agreement has so far been brought to the WTO. However, the complexity of the relationship between environmental and trade rules was highlighted in the “Chile—Swordfish” case.” The Doha mandate on multilateral environmental agreements (MEAs), Relationship between WTO and MEA rules. <http://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/envir_neg_mea_e.htm>(검색: 2008. 12. 17>

76) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 17.

77) DSU art 21, 22.

2. 법의 충돌

(1) 충돌 이론

문화-무역 분쟁사건의 경우에도 CCD와 WTO 의무들 간에 충돌이 없다면, CCD는 WTO 의무들에 영향을 미칠 수 없다. 그러므로 CCD 입장에서는 충돌이 있어야 하고, 그 충돌이 인정되어야 한다. 그런데 국제법에서 서로 다른 조약들 간의 규정들 간의 진정한(true) 충돌은 매우 드물게만 일어난다. 국제법에 의해 인정된 ‘非충돌 추정의 원칙’(presumption against conflicts) 때문이다.⁷⁸⁾ 이 비충돌 추정의 원칙은 국가들은, 후조약을 체결할 때에, 이전부터 존재하던 다른 조약으로부터 나오는 의무들과 권리들을 잘 알고 있다는 생각을 기초로 한다.⁷⁹⁾ 그래서 다른 규정이 없다면, 이들 의무들은 계속 존속하고, 그리고 준수되어야 한다.⁸⁰⁾ 그런데 CCD 제20.2조는 CCD회원국들의 다른 조약 하의 권리와 의무들에 대한 불변경을, 곧 존중을 선언하고 있다. 충돌을 부인하고 있는 것이다.

충돌의 전제조건은 두 당사국이 두 개의 조약에 모두 가입하고 있어야 하며, 두 개의 조약이 동일한 내용(the same subject matter)를 다루고 있어야 한다는 것이다.⁸¹⁾ 그리고 분쟁이 조약의 해석을 통하여 해결되지 않아야 한다. 국제법학자들은 충돌개념을, 협의(narrow)의 정의와 광의(broad)의 정의, 두 가지로 구분한다. 협의의 충돌개념에 따르면, 충돌은 조약의 규정들이 서로 상대를 배제하는 의무들을 규정하는 경우에만 발생한다.⁸²⁾ Jenks W.는 조약들 간의 갈등관계를 세가지 유형으로 구분하고, 조약들의 충돌은 서로 다른 협약하의 의무들의 동시 준수가 불가능한 경우에만 발생한다고 하였다.⁸³⁾ 그런데 WTO 법

78) International Court of Justice (ICJ)-Report of 1957, Right of Passage over Indian Territory (Portugal v. India), p. 142.

79) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 6.

80) VCLT art 26. 약속은 지켜야 한다, 모든 유효한 조약은 회원국들(parties)을 구속하며, 그들에 의해 성실하게 이행되어야만 한다.

81) Marceau, 앞의 논문(주63), p. 1084.

82) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 7.

83) “법을 만드는 조약들의 충돌은 서로 다른 협약하의 의무들의 동시 준수가 불가능한 경우에만 발생한다. 만약, 어떤 협약의 의무들이 다른 조약의 의무들보다 엄격하지만, 그것들과 불일

들은 의무들의 법인데 CCD는 권리들의 법이어서, 협의의 충돌개념을 채택하는 경우, CCD와의 충돌은 인정되지 않고, CCD는 영향을 미칠 수 없게 될 가능성이 많다.⁸⁴⁾ 그런데 패널이 광의의 충돌개념과 협의의 충돌개념 중 어떤 것을 가질 것인지는 분명치 않다. 따라서 패널들이 광의의 법적충돌개념을 적용하지 않고, 따라서 법적충돌의 존재를 인정하지 않는다면, 유네스코 CCD의 목적들은 존중받을 기회가 거의 없을 것이다. CCD가 적용되지 않는다면 WTO 법의 해석시에 WTO 법을 CCD의 견지에서 해석하는 것을 생각해 볼 수 있다. 하지만 문화적 상품과 서비스의 보호를 정당화 시켜주는 어떤 명백한 조항이 없기 때문에, 이 해석의 가능성은 제한적이다. 그래서 CCD를 근거로 한 문화 보호를 위해서는 법적 충돌에 관한 광의의 개념이 적용되어야 할 필요가 있다.

CCD와 WTO 법들의 규칙들 간에 충돌이 있는 경우에, 어떤 규칙을 적용할 것인지를 선택을 해야 하는데, 그 선택의 기준이 될 충돌규칙이 필요하다. WTO 법들과 CCD 조항 간의 충돌시에 충돌규칙을 이끌어낼 수 있는 연원들은 1) 유네스코 CCD의 충돌규칙, 곧 다른 조약들과의 관계, 2) WTO 법 및 부속서들의 충돌규칙, 곧 다른 조약들과의 관계, 그리고 3) 비엔나 조약법협약(VCLT)⁸⁵⁾ 과 국제법 이론(international jurisprudence)에 들어 있는 국제관습법의 충돌규칙들이다.⁸⁶⁾ 그런데 CCD의 관련 규정들과 WTO의 관련 규정들도 결국은 국제 관습법의 충돌규칙의 큰 틀 안에서 자리매김 된다. 따라서 동일한 내용에 관한 계승적 조약들에 관한 국제 관습법인 비엔나 조약법협약(VCLT) 제30조를 살펴보는 것이 필요하다. VCLT 제30조는 동일내용(the same sub-

치하지 않는 경우에는, 그리고, 어떤 조약의 의무들에 대한 준수가, 다른 조약에 의해 수여된 특권(privilege) 혹은 자유재량(discretion)의 행사를 삼가함으로써 순응하는 것이 가능하다면, 충돌이 없다.” Jenks W. “The Conflict of Law-Making Treaties” in: The British Yearbook of International Law (BYIL) 1953, p. 425.

84) WTO 법이 시장개방 의무를 부여하고 CCD가 시장접근제한 권리를 부여한 경우에, 관련 국가 A는 시장을 개방함으로써 WTO 법을 준수하고, 국가 B는 CCD 하의 시장접근제한 권리의 행사를 유보함으로써 CCD를 준수한 셈이 되어 두 조약을 모두 만족시킬 수 있다. 이 때에 협의의 충돌개념으로는 충돌이 부인되지만 광의의 충돌개념으로는 충돌이 인정된다.

85) 국제 학자들은 VCLT의 대부분은 국제관습법이 법전화된 것으로 본다. 단 예외는 Part V on the Invalidity, Termination and Suspension of the Operation of Treaties, beginning with Article 42 and ending with Article 72. 다음 참조: Villiger, M. E., Customary international law and treaties, Dordrecht, 1985, para. 454.

86) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 17.

ject matter)에 관한 계승적(successive) 조약들의 적용을 다루고 있다. ‘동일한 내용’의 개념은 논쟁되었으나, 엄격하게 해석하는 것으로 이해되고 있다.⁸⁷⁾ 하지만 규범들의 내용들이 정확하게 동일해야 하는 것은 아니다. 충돌을 갖기 위해 필요한 만큼 충분한 내용상의 중복(overlap)이 있고, 그리고, 이 충돌이 조약의 해석을 통해 해결되지 않아야 한다.⁸⁸⁾ 만약 두 조약 모두 물적관할권(in rem jurisdiction)을 가지고 있으면 동일내용으로 인정된다.⁸⁹⁾

박현석은 the same subject-matter를 엄격하게 해석할 것을 강조한다.⁹⁰⁾ 그는 VCLT 제30조를 거론하면서 “문화다양성협약과 WTO 협정들의 관계에는 이 조가 적용되지 않을 것으로 보인다. 무엇보다도 조약법협약 제30조는 ‘동일한 사항에 관한’ 일련의 조약들의 관계에 적용되는 규칙이며 여기서 ‘동일한 사항에 관한’이라는 문언은 엄격히 해석되어야 할 것이기 때문이다.”고 주장하면서 Ian Sinclair의 책을 근거로 들고 있다.⁹¹⁾ 그런데 Sinclair는 같은 페이지에서 동일한 내용의 엄격한(strict) 적용을 강조하면서, 예를 들기를 어떤 일반적인 조약(general treaty)이 어떤 선행 조약의 특정 조항의 내용을 간접적으로 침범(impinge)하는 사건은 해당되지 않는다고 한다.⁹²⁾ 그러나 CCD는 WTO 법

87) Sinclair S. J., *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, Manchester University Press, 1984, 2nd edition, p. 98.

88) 조약들에 대한 계약 회원국들(contracting parties)의 의지가 결정적이기 때문에, 충돌규칙들은 조약의 해석이 그 규범들을 화해시키는 것에 실패한 경우에, 사용되는 마지막 수단이다. J. B. Mus, *Conflicts between Treaties in International Law*, Netherlands International Law Review (1998), p. 217-219. 조약들을 상호 지원적인 방법으로 해석하는 것이 가능할 수 있다. 예를 들어, GATS 제14.(a)조의 공공질서의 개념을 문화적다양성을 보호하는 조치들을 포함하는 것으로 해석할 수 있다. 이상 Jan Wouters and Bart De Meester, "The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law", *Journal of World Trade*: 42(1) 205-240, (2008) p. 226 참조

89) Hartmann J. "Current Developments - Public International Law - The Gillon Affair" in: *International and Comparative Law Quarterly* 54 (3), 2005, p. 751.

90) 박현석, "UNESCO 문화다양성협약과 WTO 협정의 충돌문제", *국제법학회논총* 제51권 제1호(통권 제 104호) (대한국제법학회, 2006.6.), p. 50.

91) Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd ed., Manchester University Press, 1984), p. 98.

92) 그리고 이어서 그는 다음과 같이 말한다. “따라서 판결의 호혜적 집행(reciprocal enforcement judgments)에 관한 일반 조약은, 핵 에너지 영역에서의 제3 당사자 책임을 다루는 선행조약에 포함된 판결들의 집행과 관련된 특별한 조항들의 지속적인 적용가능성에 영향을 미치지 않을 것이다. 이것은 동일한 내용에 관한 계승적 조약들의 적용의 문제가 아니고, 다시 한 번, 일반 법은 특별법을 훼손하지 않는다는 법언의 고려를 포함한 조약의 해석의 문제이다.” 이상이

들이 다루고 있는 문화적 생산품들에 관한 특별법이며, 간접적으로 침범하는 것이 아니고 명시적으로 언명하고 있다. 따라서 CCD의 경우가 Sinclair의 기준에 벗어나는 것이 아니라고 사료된다.

Martti Koskenniemi는, 두 조약이 동일내용에 관련하고 있는지 알아보기 위해, 하나의 조약의 의무의 수행이 다른 조약의 의무의 수행에 영향을 주는가를 평가할 필요가 있다고 제안했다.⁹³⁾ WTO 법들은 국제무역을 그리고 CCD는 문화적 표현들의 다양성의 보호 및 증진을 다루지만 두 협약의 규칙들은 모두 문화적 상품들 및 서비스들에 적용된다. 예컨대 국립극장들에 대한 보조금과 같은 조치가 WTO의 ‘보조금 협정’⁹⁴⁾ 하의 의무에 속하고, 그리고 동시에 유네스코 CCD에 들어있는 권리에 속한다면, WTO 의무의 수행은 CCD에 의해 주어진 권리의 충족에 영향을 주게 된다. 두 조약 모두 동일한 내용, 곧 문화적 상품과 서비스의 무역을 다루고 있다.⁹⁵⁾ 그래서 VCLT 제30조를 살펴볼 필요가 있다.

제30조 동일한 내용(the same subject matter)에 관한 계승적 조약들의 적용

1. 국제연합헌장 제103조에 복종하며, 동일한 내용에 관한 계승적 조약들의 회원국들(state parties)의 권리들과 의무들은 아래의 조항들에 의거하여 결정된다.
2. 어떤 조약이 선행조약 또는 후조약에 복종할 것을 명시하고 있거나, 또는 그것들과 양립하지 아니하는 것으로 생각되지 아니함을 명시하고 있는 경우에는, 그 다른 조약의 조항들이 우선한다.
3. 선행조약의 모든 회원국들(parties)이 역시 후조약의 회원국들인데, 전조약이 제59조에 의거하여 종료되거나 시행정지되지 아니한 경우에는 선행조

Sinclair가 the same subject-matter에 관해 말한 전부이다.

93) Koskenniemi M., Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (A/CN.4/L.682), General Assembly of the United Nations, Geneva, 13 April 2006, p. 130.

94) 보조금 및 상계조치에 관한 협정(Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCM Agreement).

95) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 18.

- 약은 그 규정들이 후조약의 규정들과 양립하는 범위내에서만 적용된다.
4. 후조약의 회원국들이 선행조약의 모든 회원국들을 포함하지 아니하는 경우에는
- (a) 두 조약들의 회원국들 간에는 제3항에 있는 동일한 규칙이 적용된다.
 - (b) 두 조약들의 회원국(state party)과 그 조약들 중의 어느 하나의 회원국 간에는, 두 국가들이 모두 회원국들(parties)인 조약이 그들 상호간의 권리들과 의무들을 지배한다.
5. 제4항은 제41조를, 또는 제60조 규정에 따른 조약의 종료 또는 시행정지에 관한 문제를, 또는 어떤 국가가 어떤 조약을 체결 또는 적용할 때에 그 조약의 조항들이 다른 조약하의 다른 국가들에 대한 그 국가의 의무들과 양립하지 않음으로써 발생할 수도 있는 어떠한 책임문제들을 침해하지 아니한다.

VCLT 제30.2조는 문제된 두 조약의 충돌규칙에 대한 것이다. 제30.2조에 따라서 WTO 법들과 CCD의 관계를 검토한다면, 만약 둘 중의 하나가 다른 조약에 복종한다는 명시하거나, 혹은 둘 중 하나가 다른 조약들과 양립하지 않는 것으로 생각되지 아니함을 명시하는 경우에는 그 다른 조약이 우선한다. 그런데 CCD 제20.2조는 바로 이 VCLT 제30.2조의 변형인 것으로 보인다. CCD 제20.2조는 가볍게 다른 표현으로, 그러나 매우 정확하게 VCLT 제30.2조를 다시 말하고(estate) 있다.⁹⁶⁾

만약 CCD 제20.2조가 VCLT 제30.2조에 해당되는 경우가 아니라면, VCLT 제30.3과 30.4조를 살펴보게 되는데 이것들은 후법우선규칙들이다. 제30.3조는 전조약의 모든 회원국들이 모두 후조약의 회원국이 된 경우를 규정한다. 이 경우, 전조약의 조항들은 오직 후조약의 조항들과 양립하는 범위 내에서면 유효하다. 후법우선의 원칙(lex posterior rule)이다.⁹⁷⁾ 하지만, 이러한 경우는 WTO 법들과 CCD와의 관계에서는 일어날 가능성이 매우 희박하다. 미국 등이 CCD에 반대했기에, WTO의 모든 회원국들이 CCD의 회원국은 아니기 때문이다.

96) Hahn, 앞의 논문(주10), p. 544.

97) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 18.

제30.4조는 전조약의 일부 회원국들만 후조약의 회원국이 된 경우이다. WTO 법들과 CCD 간의 관계는 VCLT 제30.4조가 적용될 것이다. WTO의 다수 회원국들이 CCD의 회원국들이지만, 분명히 일부는 CCD의 회원국들이 아닐 것이기 때문이다. 그런데, VCLT 제30.4조의 적용은 제30.5조의 제한을 받는다. 제30.5조는, 전항의 조약 충돌규칙들의 적용은 세가지 조건을 충족시켜야 한다고 규정하는데, 요지는 일부 회원국들간의 조약변경 등으로 다른 회원국들의 권리들이나 의무들을 침해해서는 안 된다는 것이다.

그래서 이상의 구조에 따라서, 다음과 같은 순서의 분석이 필요하다. 첫째, VCLT 제30.2조에서 규정한 바와 같이, 두 조약의 충돌규칙들, 곧 WTO 법과 CCD 안에 들어 있는 다른 조약과의 관계를 조사할 필요가 있다. 그리고 어떤 하나의 조약이 다른 하나의 조약에 종속하도록 되어 있는지를 살펴보아야 한다. 둘째, 만약 첫 번째 단계에서 충돌이 해결되지 않는다면, VCLT 제30.3조와 제30.4조에서 규정한 후법우선의 규칙(*lex posterior rule*) 또는 국제관습법 충돌규칙으로 인정된 특별법 우선의 규칙 (*lex specialis rule*)이 적용되어야 한다. 셋째, 제3국의 권리들의 향수와 의무들의 이행에 대한 침해를 금지하는 VCLT 제41조 등 세가지 조건의 충족여부가 검토되어야 한다.⁹⁸⁾

(2) CCD와 WTO법의 충돌규칙

(가) CCD의 충돌규칙들 (다른 조약들과의 관계)

CCD의 다른 조약들과의 관계에서는 앞의 목차 2에서 자세히 다루었다. CCD 제20.1조는 상호지지성 및 비종속성을 표방하나, 제20.2조에서 다른 조약들 하의 권리들 및 의무들에 대한 불변경 원칙을 선언하고 있다. 양자가 모순되어 애매하다. 그런데 CCD 제20.2조를 잘 살펴보면 VCLT 제30.2조의 변형인 것을 알 수 있다. CCD 제20.2조는 가볍게 다른 표현으로, 그러나 매우 정확하게 VCLT 제30.2조를 다시 말하고(*restate*) 있다.⁹⁹⁾ 다시 말하면 종속성을 선언하

98) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 18.

99) Hahn, 앞의 논문(주10), p. 544.

고 있는 것으로 보인다.

(나) WTO 법들의 충돌규칙(다른 조약들과의 관계)

WTO 법의 협정들은 CCD와 달리, 부속서를 포함한 WTO 협정과 다른 국제 협정들과의 관계를 겨냥한 조항을 가지고 있지 않다. 해당된 협정들(covered agreements)은 어느 것도, WTO 법의 조항들과 다른 국제법과의 사이의 법적 충돌을 해결하기 위한 특별한 규칙들을 준비해두지 않았다.¹⁰⁰⁾

한편 WTO 분쟁해결양해(DSU) 제1.1, 7.1, 11, 17.6, 19.1조 등은 패널들과 상소기구로 하여금 DSU 부속서 1에 해당된 협정들(covered agreements)에 기초한 권리주장들 만을 듣도록 명백하게 제한하고 있다. 하지만 DSU는 패널들과 상소기구가 WTO 권리주장들을 해결하는데 있어 다른 국제법을 적용해도 되는지 여부에 대해 명백하게 구체적으로 밝히지는 않고 있다.¹⁰¹⁾ 결과적으로, WTO는 충돌규칙에 관해 무엇 무엇을 안 된다는 등의 적용제외를(contract out) 하지 않았고, 따라서 국제관습법의 충돌규칙들이 적용되어야 한다.¹⁰²⁾ 그런데 WTO 패널들이, 국제법의 충돌규칙들이 결정할 수 있는 결과를 인정하고 받아들일 수 있는 것인지가 문제이다. DSB 제3.2조가 패널들이 해당된 협정들에서 규정된 권리들과 의무들을 가감할 수 없다고, 패널들의 권한을 명백히 제한하고 있기 때문이다.¹⁰³⁾ 이와 같이 WTO 패널들의 권한이 제한되어 있기에, 어떤 WTO 회원국이 WTO 의무의 위반에 대한 권리를 주장하고, 피고 당사국이 다른 국제 협정, 예컨대 CCD를 WTO 의무 위반에 대한 정당화 사유로 제시하는 경우에, 패널들은 난처하게 될 것이다. 만약 국제관습법 충돌규칙 중 후법우선의 원칙(lex posterior rule)이 적용된다면, WTO 패널이 취할 수 있는 선

100) Agreement Establishing the WTO에 대한 부속서 1A에 대한 일반적 해석노우트는 GATT와 부속서 1A에 열거된 소위 해당된 협정들(covered agreements)간의 갈등만을 말하고 있다.

101) Voon, 앞의 논문(주13), p. 647.

102) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 22.

103) DSU art 3.2: WTO 분쟁해결제도는 다자간무역체제에 안정성과 예측가능성을 제공하는 중심요소이다. 회원국들은, 분쟁해결제도가 해당된 협정들(covered agreements)하의 회원국들의 권리들과 의무들을 보존하고, 국제법의 해석에 관한 관습법 규칙들에 따라 동협정의 현존조항을 명확하게 하는 역할을 하는 것을 인정한다. DSB의 권고들 및 결정들은 해당된 협정들에서 규정된 권리들과 의무들을 가감할 수 없다.

택으로 다음과 같은 두 가지 결론을 생각해 볼 수 있을 것이다. 첫째는, 후법우선원칙이 WTO 규칙들을 압도(prevail)하지 못한다. 곧 WTO 법이 적용된다. 그러므로 WTO 의무는 오직 WTO 틀 안에 있는 어떤 협정에 규정된 예외, 곧 영화특례 혹은 일반적 예외 등에 의해서만 정당화 될 수 있다고 판정하는 경우이다. 둘째는, WTO 의무는 후법우선원칙에 의해 압도되었다, 그래서 CCD의 권리가 우세하다고 판정하는 경우이다. 그런데 이 두 번째 경우가 문제이다. 왜냐하면 패널들은 해당된 협정들을 기초로 한 권리주장만을 들을 수 있으며,¹⁰⁴⁾ WTO 법칙들의 합치 여부만을 판단하며,¹⁰⁵⁾ 해당된 협정들 하의 권리들과 의무들을 가감할 수 없도록¹⁰⁶⁾ 그 권한이 제한되어 있기 때문이다. 그래서 패널이 적용할 만한 WTO 법이 없기에 non-liquet 상태, 곧 그 사건에 적용할 법이 없어 결정을 하지 못하는 상황에 이르게 된다.¹⁰⁷⁾

다른 국제법의 적용가능성에 대해 학자들의 의견이 갈린다. Marceau과 Trachtman 같은 학자들은 DSU 제3.2조의 두번째 문장을 들어 다른 국제법들의 적용이 불가하다고 본다.¹⁰⁸⁾ 반대로, Joost lyn은 다른 곳에서 만들어진 법을 적용하는 것은 WTO 하의 WTO 회원국들의 권리들을 감소하는 것이 아니라고 한다. 후조약의 체결에 의해, 처음부터, 이들 WTO 회원국들은 그 사건을 WTO 밖으로 끌어내기로 합의한 것이기 때문이라는 것이다.¹⁰⁹⁾ Tania Voon은, 분명한 지침이 없기에, 다양한 DSU 조항들을 이들 두 가지 접근법을 모두 지지하는 것으로 해석하는 것이 가능하다고 본다.¹¹⁰⁾ Anke Dahrendorf는, 만약 패널이 WTO 회원국들의 권리를 감소하는 것이 아니라는 lyn의 주장을 받아들인다 하더라도, 패널은 그렇게 할 권한이 없다고 지적한다. DSU 제3.2조는 WTO 분쟁해결제도는 다자간무역체제에 안정성과 예측가능성을 제공하는 데

104) DSU art 1.

105) DSU art 1, 11

106) DSU art 3.2

107) Marceau, 앞의 논문(주63), p. 1104.

108) Marceau, 앞의 논문(주63) pp. 1081, 1102-4; Joel Trachtman 'The Domain of WTO Dispute Resolution' (1999) 40(2) Harvard International Law Journal 333, 342; Joel Trachtman 'The Jurisdiction of the World Trade Organization' (2004)98 American Society of International Law Proceedings 139, 140-141.

109) Pauwelyn, 'The Role of Public International Law' p. 566.

110) Voon, 앞의 논문(주13), p. 648.

있어 중심요소라고 규정하고 있는데, 그와 같은 행위는 다자간 무역체제의 안정성과 예측가능성을 훼손하게 된다는 뜻이다.¹¹¹⁾ 생각건대, 이와 같은 경우에 국제적으로 공론된 CCD를 적용하는 것이 WTO 법들의 법적 안정성과 예측가능성을 훼손하는 것인지 의문이다. 하지만 DSU 제3.2조가 명백히 금하고 있는 행위를 패널 혹은 상소기구가 해도 되는지도 의문이다. Joost lyn은 WTO 회원국들이 그 사건을 WTO 밖으로 끌어내기로 합의한 것이라고 주장하지만, 그렇게 주장하려면 변경하고자 하는 합의의 내용이 더욱 분명하게 규정되어야 할 것이다. 그런데 CCD의 합의의 내용이 분명한지 의문이다.

그러나 현실적으로 중요한 것은 그것들이 실제로 WTO 법정에서 어떻게 해석될 것인가이다. 상소기구가 이전의 사건에서 보여준 국제법의 적용에 대한 일반적으로 조심스런 태도는¹¹²⁾ 상소기구가 WTO 조항들의 해석에 있어서 대체적으로 원문에 부여한 비중에서도 확인할 수 있는데, 이를 통해서 상소기구가 회원국들의 타협의 산물인 협정에 충실하려는 의지를 가지고 있음을 추론할 수 있다. 상소기구의 그와 같은 동향은 CCD 비준국 수가 증가하고, WTO 내에서 WTO 회원국들에 의해 문화적 생산품을 특별히 보호하자는 목소리가 커질 때에 비로소 수정될 수 있을 것으로 생각된다.

(3) 국제관습법의 충돌규칙의 적용

동일내용에 관한 국제법 규범들 간의 충돌들을 해결하기 위한 충돌규칙들로 중요한 것은 후법우선 규칙(*lex posterior rule*)과 특별법우선 규칙(*lex specialis rule*)이다. 후법우선의 규칙은 VCLT 제30조 ‘동일한 내용에 대한 계승적 조약들의 적용’에 편입되어 있다.¹¹³⁾ 특별법우선 규칙은 특별한 규칙들이 좀 더 일

111) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 23.

112) Appellate Body Report EC--Hormones, [123]-[124]; Appellate Body Report Argentina--Textiles and Apparel, [13], [69]; Appellate Body Report EC--Poultry, [2], [78]-[79], [81]; Appellate Body Report EC--Export Subsidies on Sugar, [310]-[313].

113) 비엔나 조약법 협약은 1969년 5월에 채택되었다. 특별법우선의 규칙은 VCLT 30조에 표현되어 있지 않다. 하지만, 그것은 법 이론(doctrine)으로서 널리 지지되고 있다. Sinclair, 앞의 책(주 87), p. 96; G. Hafner, Pros and Cons Ensuing from Fragmentation of International Law, Michigan Journal of International Law (2004), p. 861.

반적인 규칙들에 우선한다는 것을 말한다.¹¹⁴⁾ 이 규칙은 VCLT에 규정되어 있지 않다.

VCLT 제30조의 해석시 주의할 점으로 다음과 같은 것들이 지적되고 있다. 첫째, 제30조에 들어 있는 규칙들은 잔여 규칙들(residuary rules)이다.¹¹⁵⁾ 말하자면, 이들 충돌 규칙들은 오직 선택적이며, 그러므로 오직 조약들의 기안자들이 스스로 다른 조약들과의 관계를 분명하게 하지 않은 경우에만 적용된다.¹¹⁶⁾ 둘째, 이들 규칙들이 배타적인 것으로 생각되어서는 안 된다. 그들 대부분은 각각의 경우에 고려되어야 하는 요소들과 일치하여 적용된다면, 공존할 수 있다.¹¹⁷⁾ 셋째, 제30.3조에 나오는 양립가능성(compatibility)의 개념인데, 초안 위원회의 견해에 의하면, 후조약의 조항과 선행조약의 조항간에 단순히 차이가 있다고 해서, 필연적으로, 제3항 후미에서 말하는 양립불가(incompatibility)를 의미하지는 아니한다. 넷째, 어떤 조약이 선행 조약인가, 어떤 것이 후행 조약인가를 결정하는데 있어, 기준되는 날자는 텍스트(text)의 채택일¹¹⁸⁾이며, 발효일이 아니다. 마지막으로 ‘동일내용에 관련된’(relating to the same subject matter)은 엄격하게 해석되어야 하는 것으로 보인다.¹¹⁹⁾

114) M. Koskenniemi 는, 이 원칙은 국제 법학에서 오랜 유래를 갖고 있으며 이미 Grotius 에 의하여 표현되었다고 말했다. M. Koskenniemi, Fragmentation of International Law: the Function and Scope of the lex specialis Rule and the Question of 'Self-contained Regimes': an Outline, p. 4.

<http://untreaty.un.org/ilc/sessions/55/fragmentation_outline.pdf>

115) Sinclair, 앞의 책(주87), p. 97.

116) 박덕영은 “국내법상 인정되는 신법우선의 원칙, 특별법 우선의 원칙 등은 국제사회에서 국내법과 같은 기준으로 그대로 통용되지 않는다.” 고 적고 있다. 박덕영, “문화다양성협약, 각국의 문화정책을 국제법으로 보장할 수 있는가”, 국회문화관광위원회 세미나 자료. (2005. 4. 7.), p. 20.

117) Sinclair, 앞의 책(주87), p. 96.

118) 예컨대, 만약 소수의 국가들이, 많은 특권(privileges)과 면책(immunities)을 허락하는 영사협약(consular convention)을 체결하고, 그 국가들이 나중에 다른 국가들과 함께, 많은 회원국(parties)을 가진 더 제한적인 제도 regime 를 규정하는 영사조약을 체결한 경우에, 만약 상황들 혹은 해당 당사국들의 의향들이 그 선행조약의 효력을 정당화한다면, 그 선행조약은 그 당사국들간의 관계의 지배를 계속할 것이다. 이것은, 하나는 지역적 틀 안에서 채택된 그리고 다른 하나는 세계적 틀 안에서 채택된, 동일한 내용에 대한 두 개의 국제 협정이 공존하는 경우에 발생하는 문제의 유형에도 분명하게 관련된다. 좋은 예는 인권에 관한 유럽협정 the European Convention on Human Rights 과 UN의 인권에 관한 협약이다. Sinclair, 앞의 책(주87), p. 97.

119) Sinclair, 앞의 책(주87), pp. 97-98

(가) VCLT 30.2

VCLT 제30.2조는¹²⁰⁾ 두조약의 충돌규칙들의 관계에 대하여 후법우선 규칙을 정하고 있다. 이 규칙에 의하면, 먼저 어떤 조약이 다른 조약들에 종속할 것을 명백히 밝힌 경우, 다른 조약이 우선한다. 그리고 그 어떤 조약이 다른 조약들과 양립하지 아니하는 것으로 간주되어서는 안된다고 명백히 밝힌 경우에도 마찬가지이다.

그런데, 앞에서 논의한 바와 같이, CCD의 다른 조약들과의 관계는 일견 애매해보이지만 제20.2조를 자세히 분석해보면 제20.1조에서 언급한 비종속성을 부인하고 있음을 알 수 있다. 다시 말하면 CCD 제20.2조는 VCLT 제30.2조가 말하는 바, 다른 조약과 양립하지 아니하는 것으로 간주되지 아니함을 표현을 바꾸어 말하고 있는 것이다. 한편, WTO DSU에는 다른 조약들과의 관계에 대한 조항들은 없으나, 강한 배타성을 보이고 있다. 결론적으로 CCD가 WTO 법들에 종속한다고 판단된다. 하지만 이러한 해석이 부인된다는 가정 하에, 다음 조항인 VCLT 제30.3-4조 충돌 규칙들, 곧 후법 우선의 규칙(*lex posterior rule*)의 적용여부를 검토하기로 한다.¹²¹⁾

(나) VCLT 30.3 및 30.4

후법우선의 규칙(소위 신법우선의 원칙)은,¹²²⁾ 동일내용에 관한 계승적 조약

120) VCLT art. 30.2: 어떤 하나의 조약이 선행조약(*earlier treaty*) 또는 후조약(*later treaty*)에 따를 것을 명시하고 있거나 또는 선행조약 또는 후조약과 양립하지 아니하는 것으로 간주되지 아니함을 명시하고 있는 경우에는 그 다른 조약의 규정이 우선한다.

121) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 23.

122) 후법우선 규칙은 VCLT 제30.3-4조에 들어 있다. VCLT 30 동일내용에 관한 계승적 조약들의 적용: 3. 선행 조약의 모든 회원국들(*parties*)이 동시에 후조약의 회원국들인데, 선행조약이 제59조에 따라 종료되지 아니하거나 또는 시행정지 되지 아니한 경우에, 선행 조약은 그 규정들이 후조약의 규정들과 양립하는 범위 내에서만 적용된다. 4. 후조약의 회원국들이 선행조약의 모든 회원국들을 포함하지 아니하는 경우에는, (a) 두 조약 모두에 회원국인 국가들간에는 상기 3항과 같은 동일한 규칙이 적용된다. (b) 두 조약 모두에 회원국인 국가와 어느 한 조약의 회원국인 국가 간에는 그 양국이 다 같이 회원국인 조약이 그들 상호간의 권리들과 의무들을 규율한다.

들의 경우, 그들의 조항들이 양립하지 않는 만큼 후조약이 선행조약을 압도 (prevail) 한다는 규칙이다. CCD는 WTO 법들보다 나중에 나왔다. 그러므로 CCD가 WTO 법들과 양립하지 않는 만큼 WTO 법들을 변경한다고 일견 말할 수 있다. 제30.3조는 WTO 모든 회원국들이 CCD를 비준한 경우를 말한다. 이 경우에, 두 조약이 양립하지 않는 부분은 CCD가, 곧 후법이 우선한다. 그런데 미국과 이스라엘이 CCD에 반대했고, 나머지 모든 WTO 회원국들이 비준을 한 것도 아니므로, 이 경우는 해당되지 않을 것이다. 제30.4조는 WTO 회원국들중 일부만 CCD를 비준한 경우에 해당한다. 예컨대 미국, 프랑스, 캐나다 3국이 WTO 회원국인데, 그중 프랑스와 캐나다만 CCD를 비준한 경우이다. 이때에 프랑스와 캐나다는 두 조약 모두의 회원국이므로 두 국가간 분쟁의 경우는 제 30.4(a)에 해당되며, 제30.3조가 적용된다, 곧 두 조약이 양립하지 않는 부분은 CCD가, 곧 후법이 우선한다. 그러나 미국과 프랑스 혹은 캐나다 간에는, 미국이 CCD에 비준하지 않았으므로, 제30.4(b)에 해당되어, 미국과 프랑스 혹은 캐나다간의 분쟁시에는 그들이 공동으로 회원국인 WTO 법이 적용되게 된다.¹²³⁾
124)

그런데, 조약들의 선후관계의 판단의 기준이 무엇인가에 대해 주의를 요한다. WTO 설립협정은 1994년 4월 15일에 체결되고 1995년 1월 1일에 발효했다. CCD는 분명히, WTO 협정들보다 늦은 2005년 10월 20일에 체결되었고 2007년 3월 18일에 발효했다. 그러므로 협약이 동일내용에 대한 나중 규칙이며, 이것은, WTO 규정들에 대해 우선할 수 있음을 암시한다. 하지만 선후를 결정하는데 주의를 요하는 것들이 있다. 조약의 선후를 정하는 기준은 체결일이지, 비준일이 아니다.¹²⁵⁾ 서비스 영역에서의 MFN 원칙에 대한 예외는 미래에 만기가 되어 소멸된다.¹²⁶⁾ 그래서 CCD 체결일인 2005년 10월 이후와 MFN 예외가 폐

123) VCLT art 30.4(b).

124) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 23.

125) A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 75 및 183; 조약들의 체결시점에 관해서는 다음자료 참조: E. W. Vierdag, "The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and Related Provisions", *British Yearbook of International Law* (1988), pp. 75-111.

126) GATS art 2.2. 하지만 그들의 소멸(expiration)의 정확한 날자는 교섭들에 달렸고, 2005년 12월의 홍콩 장관회의는 이 소멸에 대해 합의하지 못했다. 이들 예외는 지금도 적용된다. 하지만 그것들이 현재의 협상 회의(도하라운드)의 종결 전에 결국 소멸되리라는 것은 분명하다.

지될 언젠가의 시점 사이에 만약 어떤 회원국가가 MFN 의무를 부담하지 않겠다고 선언한다면, 그래서 이 순간을 예외가 만들어진 MFN 규칙의 날짜로 본다면, CCD는 새로운 MFN 규칙에게 길을 비켜주어야 하는 선행규칙이 될 것이라고 주장될 수 있을 것이다. 하지만, 시간상 순서를 정의하는 기준은 텍스트의 채택일이지 그것의 발효일이 아니다. 그래서 서비스에 관한 MFN 규칙은 1994년에 채택되었으므로 선행규칙(older rule)으로 남는다.¹²⁷⁾

GATS 틀 안에서의 서비스 교섭이 진행중임도 기억해야 할 것이다. 많은 영역에서, 특별히 문화 영역에서, 특별한 시장접근과 내국민대우 약속들이 미래에 WTO 회원국들에 의해서 만들어 질 것이다. 그래서 후법이 될 것이다. 하지만 CCD의 체결이전에 이미 약속을 한 WTO 회원국들에게는 CCD가 후법이 될 것이다. 이 어려운 문제에서 후법우선의 규칙의 적용은 종종 CCD의 의무가 새로운 약속에 종속하게 될 것이며, 그리고 어떤 때는 그 반대가 될 것이라는 것을 의미할 것이다. 어떤 논자는 이 상황을 살아있는 혹은 계속하는 조약들(living or continuing treaties)이라고 설명하고, 그래서 시간상 고정된 순서가 있을 수 없다고 했다.¹²⁸⁾

(다) 특별법 우선 규칙

특별법우선 규칙(*lex specialis rule*, *lex specialis derogat generali rule*)은 후법우선의 규칙(*lex posterior rule*)과 달리 VCLT에 들어 있지 않다. 하지만 법이론(*legal doctrine*)과 그리고 국제사법재판소(ICJ)가 많은 사건들에서 이 규칙을 국제관습법으로 인정했다.¹²⁹⁾ 특별법우선 규칙은 어떤 규칙이 다른 것에 비하여 특별한 것으로 간주된다는 것을 전제로 한다. 그리고, 일반법은 가능한 최대한도로 적용되며, 오직 특별법의 특별한 규칙들만 그 일반 조약의 관련 조항들을 대체한다.¹³⁰⁾

127) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p. 227.

128) Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 406; Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p. 227.

129) Marceau, 앞의 논문(주63), Footnote 27.

130) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 24.

CCD는 문화 관련하여 일견 WTO 법들에 비해 특별법인 것처럼 보인다. 그래서 CCD를 근거로 하여 자국의 문화를 보호하기 위한 정책 또는 조치를 취한 국가들은 CCD가 특별법임을 근거로 하여, WTO 법에 우선하여야 한다고 주장할 수 있을 것이다. CCD의 규칙들은 WTO 법에 비하여, 문화적 상품 및 서비스 들에 관하여 훨씬 더 많이 전문화(specialize) 되어 있다. CCD의 대상은 오직 문화적 표현들의 다양성의 보호와 증진만을 다룬다. 반면 WTO 법은 모든 종류의 상품과 서비스 들의 무역을 위한 규칙들을 제공한다. 결론적으로, 특별법우선의 규칙은 CCD의 조항들이 관련 WTO 규칙들에 우선해야 함을 암시한다.¹³¹⁾

그런데 특별법우선규칙이 CCD와 WTO 법들 사이의 관계를 모두 쉽게 해결해주는 것은 아니다. 특별법우선 규칙과 후법우선 규칙과의 관계가 복잡하기 때문이다. CCD 제8조 '문화적 표현들을 보호하기 위한 조치들'과 제17조 '문화적 표현들에 대한 심각한 위협상황에서의 국제협력'에서 규정한 위협하에서 문화적 표현들을 보호하기 위한 권리가, 유사한 상품들은 그것들의 원산지가 어디든지 간에 비차별적 방법으로 대우해야 한다는 WTO 의무에 비해 좀 더 특별한 것으로 보일 수 있을 것이다. 그래서 이들 문화적 표현들을 보호하는 권리는 GATS의 MFN과 NT 규칙을 우세(prevail)할 것이다. 그런데, 특별법우선 규칙의 적용결과는 사실상 후법우선 규칙의 적용 결과이기도 하다.¹³²⁾ CCD가 GATS에 비해 후법이기 때문이다.

그런데 CCD가 WTO 법에 비해 항상 특별한 것도 아니다. 그러니까 CCD 채택 이전인 1994년 4월 15일에 유럽 공동체 국가들이 非유럽 극장서비스들¹³³⁾에게 GATS 하에서의 내국민대우(NT) 원칙을 적용하겠다고 한 구체적 약속은 CCD 제8조 '문화적 표현들을 보호하기 위한 조치들'에서의 권리들보다 더 특별할 수 있을 것이다. 그래서 예컨대 이 경우는 아직 고정된 시간 표지(time

131) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 24.

132) Pauwelyn, 앞의 책(주128), p. 409.

133) The schedule of specific commitments of the EU and its Member States: classification 10.A.3) (CPC 9619), WTO Doc. GATS/SC/31, 15 April 1994. 프랑스와 이탈리아는 보조금들과 기타 다른 직접적 및 간접적 지원의 경우에 NT 에 대한 제한을 채택할 수 있는 권리를 유보하였다.

label)가 없는, 살아있는 조약들의 경우이기에, 누군가 특별법우선 규칙을 후법우선 규칙 대신에 적용하기로 결정한다면, GATS하의 내국민대우 약속, 곧 특별법은 비록 그것이 CCD에 비하여 선행 약속이라 하더라도 CCD에 우선할 것이다. 하지만 만약, 누군가 특별한 내국민대우(NT) 약속에 어떤 고정된 날짜를 주면, 즉 구체적 약속의 양허표에 내국민대우(NT)가 포함된 순간, 선후법 비교 기준일은 체약일이기에 기준일이 1994년 4월 15일이 되어, 후법우선의 규칙을 적용할 수 있고, 적용해야 할 것이다. 왜냐하면 후법우선의 규칙과 특별법 우선의 원칙이 양립할 수 없는 경우에는, 후법우선의 규칙을 우선하는 것이 조약들의 회원국들의 암묵적 의지일 것이기 때문이다.¹³⁴⁾ 그러면 나중 협약 곧 CCD는 GATS 하의 선행 특별약속을 우선할 것이다.

CCD의 채택이후에 취해진 나중 약속들에 관하여 특별법 우선의 원칙의 적용도 혹은 후법우선의 규칙의 적용도, 문화적 다양성의 보호라는 시각에서 보는 바람직한 성과를 결과하지 않을 것이다. 그 특별한 약속들은 CCD보다 후조약이 되어 우선할 것이다. 더구나 그들은 CCD보다 더 특별하다. 그러므로 CCD는 항상 종속적(subordinate)이 될 것이다.¹³⁵⁾

(라) VCLT 30.5

이상에서 관습법적 충돌규칙들인 VCLT 제30.4조가 규정하고 있는 후법우선 규칙과 그리고 특별법우선규칙의 적용 결과를 살펴보았는데, 위의 두 규칙은, VCLT 30.5조가 규정하고 있는 다음과 같은 세개의 조건들을 충족시켜야 한다: (1)VCLT 제41조: 일부 회원국들 사이에서만 다자조약들을 변경하는 합의들, (2)VCLT 제60조: 조약 위반의 결과로서의 조약의 효력의 종료 또는 정지, (3)3 번째 조건: 다른 조약하의 다른 국가에 대한 의무들과 양립불가한 조항들을 가진 조약의 체결 또는 적용에 따른 일체의 책임문제이다. 그래서 CCD 규칙들이 후법우선규칙 혹은 특별법우선규칙에 의해서 WTO 의무를 압도(prevail)하는

134) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p.228. 의 각주 153 참조. 후법우선의 규칙과 특별법 우선의 규칙이 양립할 수 없는 해결들 이라면, 후법우선의 규칙이 우선해야 할 것이다. 그것이 회원국들의 암묵적 의지일 것이기 때문이다.

135) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p.228.

것으로 판정되는 경우에, 위 세가지 조건들을 충족시켜야 한다. 그런데 2)번은 국제관습법으로 인정되는 것이 아니어서, WTO 패널이 적용할 수 없는 것이다. 그리고 3)번은 조약의 체결 또는 적용에 따른 국가의 책임에 관한 것으로, 국가는 책임을 면할 수 없다는 것이며, 조약의 적용 자체를 막는 것은 아닌 것으로 이해된다. 그래서 1)번에 관해서만 알아보기로 한다.

(4) 일부회원국간 다자조약의 변경 합의(VCLT 30.5 셋째요건)

VCLT 제41조는 다자조약 체결국 중 일부 회원국들(parties) 사이에서만 그 다자조약을 변경하기로 하는 협정에 관한 것이다. 이 규칙은 예컨대 WTO 회원국들 중 일부 국가들이 그들끼리(inter se) CCD를 체결한 경우, CCD의 체결로 인하여, CCD에 참가하지 아니한 다른 WTO 회원국들에게 피해를 주어서는 안된다는 것이다. 이 규칙은 국제 관습법으로 인정되었으며, 후법우선규칙 및 특별법우선규칙에 더하여 충족되어야 한다.

VCLT 제41조를 충족시키기 위해서는 우선 WTO 협약과 부속서들이, 일부 회원국들 그들끼리만의(inter se) 조약변경 가능성을 스스로 규정하고 있든지, 아니면 적어도 그 변경 가능성을 금지하고 있지 않아야 한다. WTO 법들은 일부 회원국들간의 변경을 위한 규칙들을 정하고 있다. 지역협정에 관한, GATT 1994 제24조 ‘영토적 적용, 국경무역, 관세동맹 및 자유무역지역’ 과 GATS 제5조 ‘경제통합’이 그 예다. 하지만 이들 규정들은 무역자유화를 촉진하는 성질의 것들이다. 그런데 CCD는 문화적 다양성이 보호되어야 한다는 취지에서 자유무역을 제한하고자 한다. 그래서 무역자유화를 촉진하는 변경과 무역자유화를 제한하는 변경이 구분되어야 한다. 또 전자와 같은 종류의 변경은 WTO 협약과 그 부속서들에 의해 규정되어 있고, 후자와 같은 종류의 변경은 WTO 밖의 조약에 의해 규정된 것이다.¹³⁶⁾

VCLT 제41.1.(b)조는 조약의 변경이 규정되어 있지 않으나, 조약의 변경이 금지되어 있지 아니한 경우인데, WTO 법을 변경하기 위해서는 두 가지 조건들이 충족되어야 한다. (i)그 변경은 다른 회원국들(parties)에 의한 그들의 권

136) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 24.

리들의 향유와 의무들의 이행에 영향을 미쳐서는 안 된다. (ii) 그 일부 변경이 전체로서의 WTO 법들의 대상과 목적의 효과적 수행에 영향을 주어서는 안 된다.¹³⁷⁾ 차례로 검토하기로 한다. 우선, WTO 법들은 문화적 표현들의 보호 및 증진을 위한 WTO 법들의 그들끼리만의(inter se) 변경을 금하고 있지 않다. 그래서 다음 단계인 CCD 회원국들 사이에서만 WTO 의무들의 변경이 CCD 회원이 아닌 예컨대 미국 등의 WTO 법 하의 권리들 및 의무들에 영향을 미치는지 그 여부를 알아보아야 한다.

첫 번째 조건 VCLT 제41.(1)(b)(i)조는 예컨대 WTO 회원국들 중 일부인 캐나다와 프랑스가 CCD를 체결할 때에 CCD에 참가하지 아니하는 국가들, 예컨대 미국의 WTO 법들 하의 권리들과 의무들에 영향을 주어서는 안 된다고 요구하고 있다. 만약 CCD의 회원국가가, CCD 제6.2(d)조에 따라 자국 문화 산업에 보조금을 지급하면, 그 효과는 CCD의 회원국들(parties)에 제한되지 않고, CCD 회원국들이 아닌 WTO 모든 회원국들의 동종 문화산업에 영향을 미친다. 그래서 제3의 회원국들은 WTO 법들 하에서 주어진 권리를 향유하는 데에 방해받게 된다.¹³⁸⁾ 그래서 이와 같은 경우는 허용되지 않는다.

Joost lyn은 조약의 형태를 1)상호주의적 조약(reciprocal treaty), 2)상호의존적 조약(independent treaty), 3)완전한 조약(integral treaty) 이렇게 세가지로 분류할 수 있다고 주장한다.¹³⁹⁾ 그리고 그는, WTO 협약과 부속서들은 상호주의적 조약이라고 주장한다. 대부분의 WTO 법들은 양자적인(bilateral) 국가 대 국가 관계로 간단하게 정리해 볼 수 있다.¹⁴⁰⁾ 그러므로 WTO 협정 및 부속서들의 그들끼리(inter se)만의 변경들은, 제3회원국들(parties)의 권리에 영향을 미칠 가능성이 적다고 말할 수 있다.¹⁴¹⁾ 하지만 WTO 법은, 양자간 관계의 상대국에게 뿐 아니라, 모든 WTO 회원국들에게 권리들을 주는 규정들을 가지고 있다는 것을 기억해야 한다. 그것은 최혜국대우(MFN)와 내국민대우(NT)이다. MFN은 GATT 1994의 I.1조, GATS 2조, 그리고 TRIPs 협정의 3조에 들어 있

137) VCLT art 41.1(b)(ii)

138) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 24.

139) Pauwelyn, 앞의 책(주109), p. 549.

140) Pauwelyn, 앞의 책(주109), p. 549.

141) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 25.

고, NT는 GATT 1994의 3조, GATS 17조, 그리고 TRIPs 협정의 4조에 들어 있다.¹⁴²⁾

그래서 내국민대우(NT) 의무를 훼손하며, 일부국가들 간에 자국 산업에 대한 보조금을 줄 수 있는 규정을 허락하자마자, WTO의 일반적인 상호주의적 성격에도 불구하고, 제3회원국들의 권리들이 영향을 받는다. 그래서 그들끼리만의 협상에 따른 어떠한 거래도 관련된 영역에 이해관계를 가진 다른 모든 회원국들에게 영향을 미친다고 할 수 있다.¹⁴³⁾ 제3국들에게 영향을 미칠 수 있는 조치들로는 보조금들, 문화적 서비스의 수행에 대한 자국어 요건의 부과, 혹은 TV를 통해 보여지는 영화에 대한 스크린 쿼터 등을 들 수 있을 것이다.

두 번째 조건인 VCLT 제41.1(b)(ii)조는, 일부 회원국들 자기들 끼리만의 조약의 변경이 전체로서의 조약의 대상과 목적, 그러니까 WTO 법들의 대상과 목적의 효과적 수행을 훼손해서는 안된다는 것이다. 앞의 예에서 소개되었던 최혜국 대우(MFN) 혹은 내국민대우(NT) 의무의 훼손은, VCLT 제41.1(b)(ii)조에서 언급된 전체로서의 조약의 대상과 목적의 효과적 수행에 영향을 미친다고 할 수 있을 것이다. 비차별주의와 상호주의 원칙들은 WTO 시스템의 목적의 핵심이기 때문이다.¹⁴⁴⁾

우리는 지금 VCLT 제30.5조가 정하고 조건 중 하나인 VCLT 제41조의 조건에 대해 검토하고 있다. 제41조의 요지는, 다자조약의 일부 회원국들이 자리들 끼기만 조약을 변경하여 다른 회원국들에게 피해를 주어서는 안 된다는 것이다. 그런데 예컨대 캐나다와 프랑스가 자기들끼리만 CCD를 만들어, MFN과 NT 등 WTO 의무를 변경하는 경우, 그러한 조치들은 즉시 전체 WTO 회원국들에게 영향을 미치게 된다. 그러므로 VCLT 제41조의 조건을 충족시키지 못할 것이다.¹⁴⁵⁾ 국제법의 충돌 규칙들은, 대부분의 CCD 조항들은 WTO 의무들을 우선하지 못할 것이며, 그래서 결과적으로 WTO 법이 당사국들 간의 분쟁에 적용될 것이라는 것을 시사한다.¹⁴⁶⁾

142) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 25.

143) Voon, 앞의 논문(주13), p. 643.

144) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 26.

145) 동지 박현석, 앞의 논문(주90), p. 52.

146) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 26.

3. 적용할 법에 관한 소결

지금까지, 문화-무역 분쟁사건이 WTO 법정에 왔을 때에 패널이 적용할 법의 선택에 대해 알아보았다. 다시 말하면 패널이 CCD와 WTO 법 중에서 어떤 것을 선택해야 할 것인지를 결정하기 위해, 두 조약들의 충돌규칙들, 국제관습법의 충돌규칙들, 그리고 강행규범성 여부를 차례로 고찰하였다.

1) CCD의 충돌규칙은 일견 애매해 보였다. 제20.1조에서는 비종속성을 천명하였으나, 제20.2조에서는 다른 조약들을 수정하지 않는다하여, 비종속성을 부인하는 듯하였다. WTO의 DSU는 충돌규칙을 가지고 있지 않았으나, 매우 배타적이었다. 그래서 이들 조약의 규정만으로는 적용할 법을 확정할 수가 없었다. 그래서 VCLT 제30조를 검토해야 했다. 2)VCLT 제30.2조는 어떤 조약이 다른 조약에 종속함을 명시하거나, 또는 양립하지 아니한 것으로 간주되어서는 아니된다고 명시하는 경우에, 그 다른 조약에 종속한다고 규정하고 있다. 그런데, CCD 제20.2조는 바로 VCLT 30.2의 변형된 표현이었다. 그래서 종속성을 인정하고 있음을 알 수 있었다. 그래서 패널은 CCD를 버리고 WTO 법들을 적용해야 할 것이다. 하지만 이 논리가 부정된다고 가정하고 논의를 계속하였다.

후법우선 규칙에 관하여, 3)VCLT 제30.3조는 WTO 모든 회원국들이 CCD 회원국들인 경우에 해당하였다. 하지만 미국 등의 반대가 분명하여 적용이 불가하였다. 4)VCLT 제30.4조는 WTO 일부 회원국들이 CCD 회원국들인 경우로, 본 연구의 대상에 해당하였다. 제30.4조는 두가지 경우를 상정하고 있었다. 하나는 예컨대, WTO 만의 회원국인 미국과 두 조약 모두의 회원국인 캐나다 혹은 프랑스와의 분쟁의 경우였다. 이 경우에는 당연히 WTO 법들이 적용되었다. CCD는 적용될 수 없었다. 두 번째 경우는, 두 조약 모두의 회원국들인 예컨대 캐나다와 프랑스 간의 분쟁의 경우였다. 이 경우는 CCD가 일견 후법으로 보였으나 구체적인 사안에서 달라질 수도 있음을 알았다. 그래서 일반적으로 단정할 수 없었다.

특별법우선 규칙의 적용과 관련하여, CCD와 GATS는 모두 문화를 그 대상으로 하고 있었으며, CCD가 일견 더 구체적이어서 특별하다고 인정되었다. 그러나 구체적인 경우에 그 반대 경우도 있을 수 있었다. 그래서 일반적으로 단

정할 수는 없었다.

다자조약 일부 회원국들끼리만의 변경 등에 관하여, 5)VCLT 제30.5조는 전항의 경우에, 추가로 세가지 조건을 충족시켜야 한다고 규정하고 있다. 그중 첫 번째인 제41조가 문제였는데, 다자조약의 일부회원국들끼리 다자조약을 변경하는 다른 조약을 맺음으로써, 다른 회원국들에게 피해를 주어서는 안 된다는 것이었다. 그런데 WTO 법의 특성상, 일부 회원국들간의 그들끼리만의 조약변경은 즉시 전체 회원국들에게 영향을 미쳤다. 그러므로 용인될 수 없는 것으로 밝혀졌다. 그러니까, 예컨대 캐나다와 프랑스 간의 분쟁에서도 CCD가 적용될 수 없다.

마지막으로 CCD가 강행규정인지 의심해 볼 수 있다. 그러나 문화적 권리들은 국보의 심각한 훼손 등 극히 제한된 경우에만, 그 강행규정성이 인정될 수 있으며, 일반적인 경우 강행규정으로 인정될 수 없다. 인권이 적절한 방법에 의해 점진적으로 실현되듯, 문화적 권리들의 실현도 점진적으로 추구하고 있었다. 더욱이 CCD 자체가 강행규정성을 부정하고 있다.

이상 각 조약의 다른 조약들과의 관계 조항에 대한 검토에 의하면, CCD 제 20.2조는 VCLT 제30.2조의 변형으로서 다른 조약들에 대한 종속성을 일반적으로 인정하고 있다. 그러므로 CCD는 WTO 법들에 우선하지 못한다. 패널은 WTO 법들을 적용할 것이다. 그런데 이와 같은 논리가 부인되었다고 가정하고, VCLT 제30조 나머지 조항들에 의한 검토를 계속하였다. 예컨대 미국과 캐나다와 같은 경우는 VCLT 제30.4(a)조에 해당하여 WTO 법들이 적용되어야 했다. 그리고 예컨대 캐나다와 프랑스 간의 분쟁에서는 후법우선규칙 및 특별법 우선규칙의 적용결과 일견 CCD가 우선하는 듯하였으나 구체적인 사건에서 달라질 수 있었다. 그런데, CCD가 VCLT 제41.1(b)(i) 및 (ii)조를 위배함을 발견했으며, 따라서 CCD는 적용될 수 없었다. 이상 검토과정에서 CCD는 2차례 지지당하였다. 그래서 패널은 WTO 법들을 적용해야 하고, 그러할 것으로 예측된다.

V. WTO 법의 해석

이상의 연구에서 분쟁의 양측이 모두 WTO 회원국이며 일방만이 CCD 회원국인 경우에는 당연히 WTO 법이 적용되고, 양측모두 WTO와 CCD 회원국인 경우에도 WTO 법이 적용될 것이라는 것을 알았다. 적용할 법이 결정되었으므로 다음 과제는 WTO 법의 해석이다. 그런데 해석 단계에서의 첫 번째 문제는 WTO 법의 해석시에 CCD가 참고될 수 있는가, 있다면 어떤 자격으로서인가이다. 그리고 참고되는 경우, 분쟁의 양방이 예컨대 캐나다와 프랑스처럼 WTO와 CCD 모두의 회원국인 경우뿐 아니라, 미국과 캐나다처럼 일방이 CCD에 가입하지 않은 경우에도, 그리고 미국과 이스라엘의 경우처럼 양방이 모두 CCD에 가입하지 않은 경우에도 미칠 것이다.

WTO 법들 해석시의 CCD의 참고 가능성을 알아보기 위해 1)DSU 제3.2조 규정과 상소기구(AB)의 해석에 관한 입장, 그리고 2)VCLT의 해석 규칙과 해석시의 CCD 참고 가능성 순으로 알아보고자 한다. WTO 법들의 해석에 있어서 두 번째 문제는, WTO 법들에 들어 있는 문화 관련한 규정들이 어떻게 해석될 것인가이다. GATT, GATS 및 TRIPs 하의 의무들과 문화관련 예외들을 살펴볼 필요가 있다.

1. DSU 제3.2조 규정과 상소기구(AB)의 해석에 관한 입장

먼저 DSU 제1.1, 3.2, 7.1, 11, 17.6, 19.1조 등에 의하면, WTO 패널들의 재판권은 해당된 협정들, 다시 말하면 WTO 법들에 기초한 권리주장들(claims)에 한정된다.¹⁴⁷⁾ 그러므로, WTO 회원국들은 일반 국제법이나 혹은 다른 WTO 밖의 조약들에 의지하여 DSB에 권리주장을 할 수 없다. 또 DSU 제11조에 의하면, 패널은 분쟁의 사실부분에 대한 평가와 함께 관련 해당된 협정의 적용가능성 및 그 협정과의 합치성을 판단하도록 되어 있다. DSU 제3.2조에¹⁴⁸⁾ 의하

147) 해당된 협정들(Covered Agreements) 는 DSU 부속서 1에 있다.

148) DSU art 3.2: WTO 분쟁해결제도는 다자간무역체제에 안정성과 예측가능성을 제공하는 중심요소이다. 회원국들은, 분쟁해결제도가 해당된 협정들(covered agreements) 하의 회원국들의 권리들과 의무들을 보존하고, 국제법의 해석에 관한 관습법 규칙들에 따라 동협정의 현존조항을 명

면, WTO 분쟁해결제도의 소임중의 하나는 해당된 협정들(covered agreements)의 현존 조항들을 명백하게 하는 것인데, 조항들의 해석에 있어 국제 공법의 해석에 관한 관습적규칙들(customary rules)을 따르도록 정하고 있다. 그리고 분쟁해결기구의 권고와 판정은 해당된 협정 하에서 회원국들에게 주어진 권리들과 의무들을 증가시키거나 감소시켜서는 안 된다. 그래서 WTO 의무 위반에 대한 정당화로서 CCD를 원용하는 것은 불가능한 것으로 보인다.

그런데 1996년에 US-Gasoline 상소기구 AB는 WTO 협정들은 국제 공법으로부터 마치 병실처럼 극도로 격리되어(in clinical isolation) 임혀서는 안 된다는 것을 인정했다.¹⁴⁹⁾ DSU 제3.2조에 의하면, WTO 분쟁해결제도는 해당된 협정들(covered agreements)하의 회원국들의 권리들과 의무들을 보존할 뿐만 아니라, 또한 저들 협정들의 현존 조항들을 국제공법의 해석에 관한 관습 규칙들에 따라서 명확하게 하는 데 기여한다. 그렇다면 CCD에 의해 WTO 협정들의 조항을 명확히 한다면, 그것은 WTO 조항들을 수정하는 것이 아니라고 할 수 있을 것이다.¹⁵⁰⁾

2. VCLT 31: 해석의 일반규칙

VCLT의 조약 해석에 관한 규칙들은 제31-33조에 규정되어 있다. 그 중에서도 제31조 ‘해석의 일반규칙’, 제32조 ‘해석의 보충적 수단’은, 국제법 학설(international legal doctrine)과¹⁵¹⁾ 상소기구(AB)에¹⁵²⁾ 의해서 국제관습법 혹은 일반 국제법으로 선언되었다. VCLT 제31.1조에¹⁵³⁾ 의하면, 조약들은 조약의

확하게 하는 역할을 하는 것을 인정한다. DSB의 권고들 및 결정들은 해당된 협정들에서 규정된 권리들과 의무들을 가감할 수 없다.

149) Appellate Body Report, United States - Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R (20 May 1996), 16. DSU 3.2 에 의하면 분쟁해결 시스템은 협정들의 조항들을 국제공법의 해석에 관한 관습 규칙들에 따라서 명확하게 해야 한다.

150) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p. 233.

151) Villiger, 앞의 책(주85), Footnote 56.

152) Appellate Body Report United States--Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, (WT/DS2/AB/R), adopted on 20 March 1996, para. 16; Appellate Body Report Japan--Taxes on Alcoholic Beverages (WT/DS8/AB/R), adopted on 1 November 1996, para. 104.

153) 제31조 해석의 일반 규칙: 1. 조약은 그 조약의 문맥에서 그리고 그 조약의 대상(object)과 목적

특정 문맥(context)에서, 그리고 그것의 대상과 목적을 고려하며 조약의 용어들에게 주어진 통상의 의미에 따라서 성실하게 해석되어야 한다. AB는, 해석은 무엇보다 우선적으로 조약의 텍스트에¹⁵⁴⁾ 기초해야 하며, 그리고 조약의 모든 용어에¹⁵⁵⁾ 의미와 효과가 부여되어야 한다고 말했다.¹⁵⁶⁾ 조약해석의 주요 목적은 회원국들(parties)의 공통된 의향들을 확인하는 것인데, 위 규칙들은 그것을 잘 반영하고 있다. 회원국들의 공통된 의향을 존중한다는 의미에서, 조약 해석 시에 두 조약들의 조항들 간의 충돌을 가급적 회피하는 쪽으로 해석해야 한다는 주장이 제기되었다. 후조약들을 체결하는 국가들은, 선행조약들로부터 나오는 그들의 현존 의무들을 알고 있으며, 현존 조약들을 준수하기를 의도하는 것으로 간주되어야 하기 때문이다.¹⁵⁷⁾ 제31.2조에¹⁵⁸⁾ CCD와 관련된 것이 없다. 제31.3조에¹⁵⁹⁾ 의하면, 문맥(context)과 함께 고려되어야 하는 것들이 있는데, CCD는 VCLT 제31.3(c)조 ‘회원국들(parties)간의 관계들에서 적용될 수 있는 국제법의 중요한 관련 (relevant) 규칙들’에 해당될 수 있는 것으로 보인다.

(1) CCD의 VCLT 31.3(c) 해당여부

WTO 법과 다른 국제협정들의 관계에 대한 논쟁에서 VCLT 31.3(c)조에 특별한 주의가 요구된다. 이 규정은, WTO 패널에게 WTO 법들을 CCD의 견지에서 해석할 수 있는 가능성을 제공할지 모르기 때문이다.¹⁶⁰⁾ CCD 제20.1(b)조

(purpose)을 고려하며 그 조약의 용어들에 주어진 통상의 의미에 따라 성실하게 해석되어야 한다.

154) Appellate Body Report Japan-Alcoholic Beverages, para. 105-6.

155) Bossche, The law of the World Trade Organization p. 208.

156) Appellate Body Report European Communities--Customs Classification of Certain Computer Equipment, (WT/DS62/AB/R), adopted on 26 June 1998, para. 84.

157) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 27.

158) VCLT art 31.2: 조약의 해석 목적상 문맥은, 전문 및 부속서를 포함한 조약문에 추가하여, 다음의 것을 포함하여야 한다. (a)조약의 체결에 관련하여 모든 회원국들 간에 이루어진 그 조약에 관한 모든 합의, (b)조약의 체결에 관련하여 1 또는 그 이상의 회원국이 작성하고 그리고 다른 회원국들이 그 조약에 관련되는 문서로 수락한 문서.

159) VCLT art 31.3: 문맥(context)과 함께 다음의 것들이 고려되어야 한다. (a)조약의 해석 혹은 그 조약의 조항들의 적용과 관련한 회원국들(parties) 사이의 모든 추후의 합의들 (b)조약의 해석에 관한 회원국들의 합의를 확정하는, 그 조약 적용에 있어서의 추후의 관행 (c)회원국들(parties)간의 관계들에서 적용될 수 있는 국제법의 중요한 관련(relevant) 규칙들(any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.).

는 다른 조약들의 해석시에 CCD의 관련조항들을 참고할 것을 권장하고 있는데, 제31.3(c)조는 바로 그런 가능성을 보여주고 있기 때문이다. 그래서 CCD 원용자들이, 패널들과 상소기구로 하여금, CCD를 WTO 법들의 조항들의 해석 시 참고하도록 요구하는 것을 상상할 수 있을 것이다. 이 규칙이 실제로 적용 가능한지를 알아보기 위해, 제31.3(c)조의 두 가지 요건을 조사해 보아야 한다. 1)국제법의 중요한 관련(relevant)규칙들은 무엇을 말하는가, 그리고 2) 회원국들(parties)은 누구를 말하는가이다.

회원국들(parties) 간의 관계에 적용할 수 있는 국제법의 중요한 관련 규칙들은 국제법의 일반원칙들, 조약의 조항들, 그리고 국제관습법이다.¹⁶¹⁾ 이것은 조약의 체결당시에 이미 존재한 국제법의 규칙들만을 포함하는 것은 아니다. 체결당시에 이미 존재한 것들은 이미 VCLT 제32조에 열거된 보충적 해석의 수단에 의해 포함된다.¹⁶²⁾ 그래서 VCLT 제31.3.(c)조는 조약체결 다음에 생기고 해석시에 존재하는 국제법 규칙들에 대해 말한다. 이 유형의 해석은 발전적 해석(evolutionary interpretation)이라고 불리우고, 국제사법재판소(ICJ)와 법학학설(legal doctrine)에 의해 조약의 표현들의 의미를 해석하기 위한 유력한 도구(instrument)로서 확인되었다.¹⁶³⁾ CCD는 여기에 해당한다고 말할 수 있다.

다음은 회원국들(parties)의 의미이다. VCLT 제31.3(c)조는 "any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties." 라고 규정하며 관련된 회원국들(parties)에 대해 말을 하고 있다. 그래서 누구누구가 이 국제 규칙에 구속되어야 하는가가 문제이다. (1)해석되고 있는 조약의 모든 회원국들(members), 그러니까 여기서는 모든 WTO 회원국들을 말하는가, 혹은 (2)오직 분쟁의 당사국들을 말하는가, 두 가지를 생각해 볼 수 있다.¹⁶⁴⁾

160) 박현석은 “조약의 해석에 관한 일반규칙을 정하고 있는 조약법협약 제31조의 의미에서 문화다양성협약이 WTO 협정들을 해석할 때 그 문맥과 함께 참작해야 할 당사국간의 추후합의나 추후관행 혹은 국제법의 관계규칙에 해당하는지는 의심스럽다”고 지적한다. 그러나 더 이상의 논의는 없다. 박현석, 앞의 논문(주90), p. 50.

161) Sinclair, 앞의 책(주87), p. 119.

162) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 27.

163) Sinclair, 앞의 책(주87), p. 139.

164) 박경신은 “분쟁당사국인 두 국가가 WTO협정과 문화다양성협정을 모두 비준하였을 경우, WTO분쟁해결국은 WTO협정을 해석할 때 비엔나협정 제31.3조에 따라 당사국들 사이의 관계에 적용될 수 있는 관련된 국제법 규범인 문화다양성협정을 고려해야 한다는 것이다.”고 적고

VCLT 제2.1(g)조는 회원국(party)을 그 조약에 구속되기로 동의하였으며, 그리고, 그 조약의 효력의 대상이 되고 있는 국가라고 정의한다. 결국 VCLT 제 31.3(c)조의 회원국들(parties)은 WTO 모든 회원국을 말하고, 특정의 분쟁당사국들을 말하지 않는다.¹⁶⁵⁾ 이러한 해석은 EC-Biotech Products(GMO) 사건에 관한 2006년의 패널의 중간보고서에서 확인되었다.¹⁶⁶⁾ 동 사건에서 패널은 VCLT 제31.3(c)조를 적용할 때에, 다른 국제법 규칙들이 모든 WTO 회원국들(members) 사이의 관계들에서 적용 가능한 경우에만, 패널은 이들 규칙들을 고려할 수 있을 것이라고 말했다.¹⁶⁷⁾ 패널은 보강증거로서, EC-Chicken Cuts¹⁶⁸⁾ 사건에서의 AB에 의한 VCLT 제31.3.(b)조의¹⁶⁹⁾ 해석을 참조했다. AB는 그 보고서에서, WTO 맥락에서, VCLT 제31.3.(b)의 parties는 WTO 회원국들(members)을 의미하는 것으로 받아들여져야 하는 것으로 받아들인 것으로 보인다.¹⁷⁰⁾ 만약 VCLT 제31.3.(b)조가 이런 의미라면, 곧 parties의 의미가 WTO 전체 회원국이라면, VCLT 제31.3.(b)조는 바로 그 다음에 있는 제31.3.(c)조와 같은 맥락에 있다고 보는 것이 자연스럽기때문에, 패널은 제31.3.(c)조에도 이러한 추론을 채택할 것으로 예상된다. 그래서 모든 분쟁 당사국들이, 해석의 도구로 쓰이는 다른 국제법 규칙의 회원국들(parties)이라는 것만으로 충분하지 않을 것이다.¹⁷¹⁾ 그렇다면 WTO 회원국인 미국 등이 CCD에 반대하였기에 (모든

있다. 다시 말하면, WTO 협정의 모든 회원국들이 CCD의 회원국이어야 한다고 요구하고 있지 않다. 박경신, 앞의 토론회자료(주30), p. 23.

165) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 27; 참고로, 이 논문에서 일반적으로 '회원국'이라는 용어는 조약의 비준국 전부 또는 일부를 지칭할 때에 썼고, 특정 분쟁사건의 관련국가들을 지칭할 때에는 '당사국'이라는 용어를 사용했다. 영어의 party, parties 는 위 두 가지 경우에 혼용되고 있는 것 같다.

166) Interim Reports of the Panel European Communities - Measures affecting the Approval and Marketing of Biotech Products (WT/DS291-3/Interim), adopted on 7 February 2006, para. 7.68.

167) EC-Biotech, 위 패널보고서(주39), para, 7.68.

168) Appellate Body Report European Communities - Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts (WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R), adopted on 27 September 2005, para. 272/3.

169) VCLT 31.3(b): "There shall be taken into account, together with the context: [...] (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreements of the parties regarding its interpretation"

170) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 28.

171) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p. 234.

WTO) 회원국들(parties)의 요건을 갖추지 못한 셈이 된다. 물론 그것은 AB에 회부될 수 있으며, 다른 결과가 나올 수 있을 것이다.¹⁷²⁾

그런데, VCLT 제31.3(c)조는 '모든' WTO 회원국들(parties)이 공식적으로 분명하게(formally and explicitly) 동의해야 하는 것을 요구하지 않는다는 설이 있다. 그 설에 의하면 조약체결 후에 생기고 해석시에 존재하는 국제법 규칙들은 모든 WTO 회원국(parties)들의 공통의 의향들 혹은 이해를 표현해야 한다고 한다.¹⁷³⁾ 이 추론에 따르면, 모든 WTO 회원국들이 법적으로 구속되는 것이 요구되지 않는다. 다만 나중에 생긴 규칙들이 분쟁 당사국들만이 아닌 모든 WTO 회원국들에 의하여 최소한 암묵적으로라도¹⁷⁴⁾ 수용되거나 승인되었기만 하면 된다.¹⁷⁵⁾ 하지만 VCLT 제31.3(c)조는 '모든' WTO 회원국들(parties)이

172) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 28.

173) Pauwelyn, 앞의 책(주109), p. 575/6.

174) 국제법위원회(International Law Commission)가 "subsequent practice ... of all the parties" (모든 회원국들의 ... 후속의 관행)라는 구절을 "subsequent practice ... of the parties" (회원국들의 ... 후속의 관행)으로 변경하기로 결정한 사실은, 모든 회원국들이 그 관행을 수용했어야 한다는 것이 필요하지 않다는 것을 의미하지 않는다. 그것은 오직, 국가들이 그 원칙들을 수용했다 것으로 충분하다는 것을 그리고, 각각의 그리고 모든(each and every) 국가가 그 관행의 원칙을 분명하게 따랐다는 것이 필수적이 아니라는 것을 가리키는 것을 뜻했다. 특정 국제 협정들에 들어 있는 원칙들에 대한 국가들의 지지(adherence)는 당시까지의 반발의 부재에 의해 추정된다. 그래서 WTO 회원국이 협약에 들어 있는 원칙들에 동의하지 않는다고 분명하게 언급하지 않으면, 그리고 오직 그런 경우에만, 협약을 WTO 조항들의 해석을 위한 하나의 도구로 사용하는 것을 받아들일 수 없을 것이다.

175) Pauwelyn, 앞의 책(주109), p. 576; Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 28; GATT Panel Report, United States-Prohibition of Imports of Tuna and Tuna Products from Canada, 22 February 1982, BISD (1981), 29S/91 및 Panel Report, Canada-Patent Protection of Pharmaceutical Products, WT/DS114/R (17 March 2000), para. 4.31. 이러한 입장은 나중에 패널 보고서 EC-Biotech, 위 패널보고서(주39), paras 7.70-7.72 에서 확인되었다. 일부 필자들은, 어떤 특정 경우들에서 하나의 비WTO규칙이, 비록 그것이 모든 WTO 회원국을 구속하지 않는다 하더라도, 중요한 관련성을(relevant) 가질 수 있다고 주장한다. 논의 중인 규칙이 "국가들의 공동체의 당대의 관심들"(contemporary concerns of the community of nations)을 표현하는 경우가 그런 경우가 될 것이다. J. Pauwelyn, 앞의 책(주128), p. 576 및 M. Matsushita, T. J. Schoenbaum and P. Mavroidis, *The World Trade Organization, Law, Practice and Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2004), pp. 69-72. 더구나, 국제법위원회(International Law Commission)에 의해 국제법의 파편화를 조사하기 위해 만들어진 스터디그룹의 보고서는 비 WTO 규칙들은, 만약 분쟁의 모든 당사국들이 이 비WTO 규칙(예컨대 조약)에 구속되면, 해석을 위한 문맥(context)의 일부로서 참고될 수 있을 것이라고(should possibly be relied on)고 제안했다. 그렇다면 그 조약이 모든 WTO 회원국들을 구속하는 것이 필요하지는 않을 것이다. 그 스터디에 의하면, 분쟁의 당사국들(parties)이 그 다른 조약에 구속되는가 아닌가에 따라 결과적으로 다른 해석들

공식적으로 분명하게(formally and explicitly) 동의해야 하는 것을 요구하지 않는다는, 덜 엄격한 설에 의하더라도, CCD는 그 조건을 충족하지 못한다고 생각된다. 왜냐하면 모든 WTO 회원국들이, CCD의 규칙에 따른 실천(practice)을 수용한 것이 아니기 때문이다. CCD는 모든 WTO 회원국들의 합의를 얻지 못하였다. 특별히 미국과 이스라엘은 암묵적으로라도 승인하기는 커녕 이 국제협정의 탄생에 공개적으로 반대했다. 뿐만 아니라 미국은 반대투표를 명확히 한 성명(statement)을 협약을 다루는 위원회의 공식 기록에 넣도록 분명하게 요구했다. 그래서 CCD에 들어 있는 규칙들이 모든 WTO 회원국들의 공통된 이해를 반영하고 있다고 주장할 수 없다. 그래서 CCD는 WTO 조항들의 해석 시에 VCLT 제31.3(c)조를 근거로 한 참고 수단으로서 사용될 수 없을 것이다. 심지어 분쟁당사국들이 모두 CCD 비준국들이나 경우에도 마찬가지이다.¹⁷⁶⁾ 하지만 향후 어떤 다른 WTO 판례법(case law)이, 예컨대 CCD처럼 모든 WTO 회원국들이 CCD의 회원국들이 아닌 경우에도 WTO 법의 해석의 도구로서 사용될 수 있다고 그 가능성을 열어둘지도 모른다.¹⁷⁷⁾

DSU 제3.2조와 VCLT 제31.3(c)조를 근거로 하여 CCD가 WTO 조항과 함께 고려될 수 있다는 설도 있다.¹⁷⁸⁾ 이 주장은 그 이유로 US-Shrimp 사건의 상소 기구가, 분쟁 당사국조차 서명하지 않은 다자조약인 유엔해양법협약(UNCLOS)과 생물다양성협약 등을 참고한 것을 들고 있다.¹⁷⁹⁾ 하지만 이 주장자는, 상소 기구가 동 다자조약들을 법적 규칙이 아니라 마치 사전(dictionary)과도 같은 방식으로 사용한 것을 구분하지 않은 것으로 보인다. GMO 패널은 모든 WTO 회원국들(members) 사이의 관계에서 적용되지 않는 국제법 규칙들도, WTO 법들의 용어들(terms)의 해석을 위하여, 그들의 통상의 의미(ordinary mean-

이 가능하겠지만, 그것은 단지, 다른 조약들에 의해 밝혀진 본질적으로 다양한 회원국들의 의지를 존중할 필요를 반영하는 것이다(Koskenniemi, 앞의 보고서(주93), para. 472.). 하지만 이것은 ILC에 의하여 위임된 연구일 뿐이며, ILC의 공식진술(statement)이 아니라는 점이 주목되어야 한다. 여하튼, 강행규정(jus cogens)에 관한 논의는 별도로 하고, 그러한 규칙이 그것을, 암묵적으로 조차, 승인하지 아니한 WTO 회원국(예: 미국)을 상대로 한 사건에서 적용될 수 있는지는 매우 의심스럽다. Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p. 233 의 각주 174 참조.

176) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 28.

177) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), p. 233.

178) Graber, 앞의 논문(주50), p. 567.

179) US-Dhrimp, para 129.

ing)를 정의하기 위해서 사용될 수 있다고 했다. 이 경우, 이들 조약들은 법적 규칙들로 간주되지 아니하고, 마치 사전들(dictionaries)처럼 WTO 법들의 용어들의 통상적 의미가 무엇인지 증거를 제공할 것이다.¹⁸⁰⁾ 그러면 그의 정보제공 특성(informative character) 때문에 고려될 것이다.¹⁸¹⁾ 하지만 GMO 패널은 그 통상의 의미들 정의하기 위하여 그러한 국제조약들에 의지하지 않았다. 패널은 그 사건의 경우에 그렇게 하는 것이 필요하거나 적당하다고 판단하지 않았으며, 다른 요소들로부터 통상의 의미를 끌어낼 수 있었기 때문이다.¹⁸²⁾

또 US-Shrimp 사건의 상소기구 보고서는 1998년, 국제사법재판소(ICJ)의 Namibia 법적 결과들 권고의견¹⁸³⁾과 에게해 대륙붕사건¹⁸⁴⁾을 인용하면서, 모든 분쟁당사국들에 의해 비준되지 않았던 조약을, GATT 제20.(g)조의 자연자원(natural resources)이라는 용어를 해석하는데 참고하였다. 상소기구의 의견에서, 상소기구는 국가 공동체들의 현대적 관심들(contemporary concerns)을 반영하였다.¹⁸⁵⁾ 생물공학적(biotech) 생산품들에 대한 유럽의 금지들에 대해 심리중인 GMO 패널의 중간보고서에는 국가공동체의 다면적 의견을 경청하고 받아들여겠다는 자세가 반영되어 있었다.¹⁸⁶⁾

결론적으로 현재로서는 WTO 법들의 해석시에 CCD는, VCLT 제31.3(c)조에 의해 '회원국들 간의 관계에 적용될 수 있는 국제법의 중요한 관련(relevant)규칙'으로서 이용될 수는 없을 것으로 보인다. 미국 등이 CCD에 명백하게 반대함으로써 WTO 회원국 전원이 CCD를 비준하거나 적어도 암묵적으로라도 받아들인 것이 아니기 때문이다. 그러나 법적 문서는 아니지만, 마치 사전(dictionary)과도 같이 WTO 법들의 용어들을 해석하는 데에는 이용될 수 있을 것이다.

180) Wouster & Meester, 앞의 논문(주88), pp. 177-178.

181) EC-Biotech, 앞의 패널보고서(주39), para. 7.92

182) EC-Biotech, 앞의 패널보고서(주39), para. 7.95

183) Namibia (Legal Consequences), Advisory Opinion, 1971 I.C.J. Rep., 31.

184) Aegean Sea Continental Shelf Case, 1978 I.C.J. Rep., 3.

185) US-Shrimp, 앞의 상소기구보고서(주40), para. 129.

186) EC-Biotech, 위 패널중간보고서(주166).

3. WTO 법들 중의 문화관련 조항들의 해석

어떤 국가의 문화보호 조치들이 WTO 의무들로부터 예외로 취급되기 위해서는 CCD와 같은 독립적 규범에 의해 방어되든지, 아니면 WTO 법들 안에 들어 있는 문화관련 예외규정에 의해 방어되어야 할 것이다. 그런데 앞에서 우리는 CCD가 독립적인 방어 수단이 될 수 있는가에 대하여 자세히 알아보았다. 답은 부정적이었다. 패널들과 상소기구는 해당된 협정들(covered agreements)을 기초로 판정해야 하므로, 이제 여기에서는 해당된 협정들 안에 들어 있는 문화관련 규칙들이 어떻게 해석될 것인지, CCD와 어떻게 연결될 수 있을 것인지에 대한 연구가 필요하다.

문화와 관련된 조항들로는, 특례로는 GATT 제4조 극장영화 특례가 있으며, 일반적 예외로는 GATT에는 제20.(a)공중도덕, 제20.(d)국내법준수, 제20.(f)국가적 보물이 있고, GATS에는 제14.(a)공중도덕 및 공공질서, 제14.(c)국내법준수가 있다. 극장영화의 경우 확장해석의 여지가 없는 것으로 보인다. 공중도덕 및 공공질서는 찬반론이 있으나, US- Gambling Panel 도 구성요소로서 문화를 인정하였다. 국내법준수도 문화를 목적으로 한 법인 경우에 해당될 수 있다고 분석되고 있다. 국가적보물의 경우, 향후 발전적 해석이 가능할지 모르나 현재로서는 극히 제한된 경우에 해당된다고 학자들은 보고 있다. CCD의 출현을 계기로 하여 공중도덕, 공공질서, 국가적 보물 및 국내법준수 조항의 해석에 있어서, 문화 보호를 목적으로 한 정책 및 조치들이 정당화 될 수 있도록 하는 발전적 해석이 다소간 이루어 질 수 있을 것으로 기대된다.¹⁸⁷⁾ 그런데 주의할 것은 CCD의 위 조항들의 해석에 관한 도움은 법적 규칙으로서가 아니라 마치 사전과도 같은 정보 제공의 방식으로¹⁸⁸⁾ 혹은 유네스코 전체의 활동으로서¹⁸⁹⁾

187) 박경신은 GATT나 GATS의 해석에 있어서 CCD가 친문화적 해석을 할 수 있는 근거가 될 수 있을 것이라고 보고 있다. 그리고 예로서 GATT의 수입제한에 관한 해석, GATT의 MFN 관련한 수입품의 구분방법, 스크린쿼터의 기간 및 강도, 양자협상 및 지역적 협상의 MFN면제의 범위, 일반적예외의 해석 등을 들고 있다. 박경신, “문화다양성협정의 의의와 WTO협정, FTA 및 국내법과의 상관관계”, [국회] 문화다양성협약 발효기념 토론회- 문화다양성 협약 발효의 의의와 한국의 적극적 참여를 위한 방안 (2007. 3. 13), p. 6.

188) EC-Biotech, 앞의 패널보고서(주39), para. 7.92

189) Dahrendorf, 앞의 논문(주9), p. 34.

라는 점이다. 그런데 이와 같은 발전은 CCD 비준국들의 수의 증가와 회원국들의 적극적 활동에 크게 영향 받을 것이다.¹⁹⁰⁾

VI. 결론

CCD의 다른 조약들과의 관계를 명확하게 알기 위해서는, CCD 만을 바라보는 것으로는 부족하며, 구체적인 어떤 다른 조약과의 관계에서, 그리고 CCD와 충돌되는 어떤 다른 조약이 다투어질 어떤 구체적인 법정을 상징하고 연구를 하는 것이 꼭 필요하다. CCD의 다른 조약들과의 관계를 알아본 결과, 제20.1조는 상호지지성 및 비종속성을 표방하나 제20.2조가 다른 조약들에 대한 불변경 원칙을 선언하여 상호 모순되고 애매하였으나, 제20.2는 VCLT 제30.2조와 사실상 동형이어 결국 종속성을 선언하고 있음을 알았다. 그와는 별도로 미국 등이 배제된 일부당사국들 간의 다자조약을 변경하는 합의는 VCLT 제41.1(b)(ii)조에 저촉되어 WTO 법정은 CCD를 적용할 수 없었다. CCD를 VCLT 제31.3(c)에 의해 참고하는 것도 불가하였다. 그러나 정보원으로서는 참고될 수 있을 것이다.

이상의 결과만을 보면 문화를 보호하고자 나선 CCD의 모습이 다소 실망스럽게 비칠 수 있다. 그렇지만 CCD는 최초의 국제문화법으로서 그동안 공백상태에 있던 국제공법에 있어서의 문화법의 자리를 메운 것만으로도 큰 의의가 있으며, 그 외에도 많은 의미들을 가지고 있다고 본다. 하지만 그것은 본고의 범위 밖이어서 생략되었다.

[논문투고일(2008년 11월 30일), 논문심사일(2008년 12월 12일), 게재확정일(2008년 12월22일)]



주제어

문화(적)다양성협약, 충돌규칙, 분쟁해결양해, 비엔나 조약법협약, 동일내용에 관한 계승적 조약의 적용, 해석규칙, 분쟁해결절차

190) Graber, 앞의 논문(주50), p. 559; Hahn, 앞의 논문(주10), p. 235.

■ 참고문헌 ■

- 김대순, 국제법론, 제10판, (삼영사, 2005.)
- 김대순, 김민서 공저, WTO 법론, (삼영사, 2006)
- 김승호, WTO 통상분쟁 판례 해설(1), (법영사, 2007)
- 김승호, WTO 통상분쟁 판례 해설(2), (법영사, 2007)
- 김정건, 국제법, (박영사, 2004)
- 노명준, 국제환경법 (박영사, 1997)
- 박현석, “UNESCO 문화다양성협약과 WTO 협정의 충돌문제”, 국제법학회논총 제51권 제1호(통권 제 104호) (대한국제법학회, 2006.6.).
- 서헌제, “문화다양성협약과 국제통상법”. 국제거래법연구 제15집 제2호, (국제거래법학회, 2006).
- 이한영, 유네스코 문화다양성협약의 쟁점 및 한계, 통상법률, 2008. 10.(통권 제 83호).
- 박경신, “문화다양성협약과 WTO협정 사이의 상호지지적인 관계정립을 위하여 - 관계정립조항의 세가지 모델”, 문화관광체육부 내부 토론회 자료, (2008.2.)
- 박경신, “문화다양성협정과 WTO협정 사이의 관계”, 유네스코 총회 상정에 즈음한 “유네스코 문화다양성 협약의 이해와 전망” 정책토론회, (2005. 8. 25.)
- 박경신, “문화다양성협정의 의의와 WTO협정, FTA 및 국내법과의 상관관계”, [국회] 문화다양성협약 발효기념 토론회- 문화다양성 협약 발효의 의의와 한국의 적극적 참여를 위한 방안 (2007. 3. 13).
- 박노형, 문화다양성 협약의 제정에 관한 토론 자료, 국회의원회관 소회의실에서 열린 "문화다양성협약, 각국의 문화정책을 국제법으로 보장할 수 있는가" 세미나의 자료집 (2005.4.7.)
- 박덕영, “문화다양성 협약’초안의 주요쟁점사항에 대한 검토 -타조약과의 관계와 분쟁해결조항을 중심으로”, 국회의원회관 소회의실에서 열린 "문화다양성협약, 각국의 문화정책을 국제법으로 보장할 수 있는가" 세미나의 자료집. (2005.4.7.)

- 박덕영, 우리헌법상 국제법 관련 조항의 상호관계, 2008 국제법학자대회 “국제법의 최근동향과 새로운 적용” 발표문, (2008.11.1)
- 이근관, “문화적 표현의 다양성 보호 및 증진에 관한 협약 예비초안에 관한 국제법적 검토-예비초안 제20조를 중심으로”, 유네스코 총회 상정에 즈음한 “유네스코 문화다양성 협약의 이해와 전망” 정책토론회 (유네스코한국위원회, 2005. 8. 25.)
- 이해영, “문화다양성협약, 한미FTA 그리고 시민사회”, 국회 토론회 자료: 유네스코 문화다양성협약이 문화예술에 미치는 영향 (2007. 11. 28)
- 이해영, “문화다양성협약과 한국의 선택”, 2005.4.7. 국회의원회관 소회의실에서 열린 "문화다양성협약, 각국의 문화정책을 국제법으로 보장할 수 있는가" 세미나의 자료집
- 이해영, “문화다양성협약과 한미FTA”, [국회] 문화다양성협약 발효기념 토론회 - 문화다양성 협약 발효의 의의와 한국의 적극적 참여를 위한 방안 (2007. 3. 13)
- Aust, A., *Modern Treaty Law and Practice* (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, 4th ed.. Oxford: Clarendon Press, 1990.
- Damrosch, Loi F., Louis Henkin, Richard Crawford Pugh, Oscar Schachter, and Hans Smit, *International Law: Cases and Materials*, 4th ed. (St. Paul, MN: West Group, 2001).
- Matsushita. M., Schoenbaum, T. J. and Mavroidis, P., *The World Trade Organization, Law, Practice and Policy* (Oxford: Oxford University Press, 2004).
- Sinclair, Ian, *The Vienna Convention on the Law of Treaties* (2nd ed., Manchester University Press, 1984).
- Vierdag, E. W., "The Time of the Conclusion of a Multilateral Treaty: Article 30 of the Vienna Convention on the Law of Treaties and

- Related Provisions", British Yearbook of International Law (1988).
- Villiger, M. E., Customary international law and treaties, Dordrecht, 1985.
- Voon, Tania, Cultural products and the World Trade Organization, (Cambridge University Press, 2007).
- Broude, Tomer, "Comment: Cultural Diversity and the WTO: A Diverse Relationship" in: ASIL Insight, (21 November 2005).
- Broude, Tomer, "Conflict and Complementarity in Trade, Cultural Diversity and Intellectual Property Rights", Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (September, 2007).
- Broude, Tomer, "TAKING "TRADE AND CULTURE" SERIOUSLY: GEOGRAPHICAL INDICATIONS AND CULTURAL PROTECTION IN WTO LAW", University of Pennsylvania Journal of International Economic Law (Winter 2005).
- Dahrendorf, Anke, "Trade Meets Culture: The Legal Relationship between WTO Rules and the UNESCO Convention on the Protection of the Diversity of Cultural Expressions," Maastricht Faculty of Law Working Paper, University of Maastricht, The Netherlands, (2006/11).
- Graber, Christoph Beat, "THE NEW UNESCO CONVENTION ON CULTURAL DIVERSITY: A COUNTERBALANCE TO THE WTO?", Journal of International Economic Law, (Oxford University Press, September, 2006).
- Hahn, Michael, "The Convention on Cultural Diversity and International Economic Law", Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (September, 2007).
- Hahn, Michael, "A CLASH OF CULTURES? THE UNESCO DIVERSITY CONVENTION AND INTERNATIONAL TRADE LAW", Journal of International Economic Law (September, 2006.)
- Hartmann J., "Current Developments -- Public International Law -- The Gillon Affair" in: International and Comparative Law Quarterly

54 (3), 2005.

Khachaturian, Alex, "THE NEW CULTURAL DIVERSITY CONVENTION AND ITS IMPLICATIONS ON THE WTO INTERNATIONAL TRADE REGIME: A CRITICAL COMPARATIVE ANALYSIS", Texas International Law Journal, (Fall 2006).

Marceau, Gabrielle, 'Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions: The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and other Treaties' (2001) 35(6) Journal of World Trade.

Pauwelyn, Joost, Conflict of Norms in Public International Law (Cambridge: Cambridge University Press, 2003).

Schwarz, Suzanne Michele, TELEVISION WITHOUT FRONTIERS?, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, (Fall, 1991).

Smiers, Joost, Artistic Expression in a Corporate World: Do we need monopolistic control? 26 (Utrecht School of the Arts 2004).

Trachtman, Joel, 'The Domain of WTO Dispute Resolution' (1999) 40(2) Harvard International Law Journal.

Trachtman, Joel, 'The Jurisdiction of the World Trade Organization' (2004)98 American Society of International Law Proceedings.

Voon, Tania, "UNESCO AND THE WTO: A CLASH OF CULTURES?" British Institute of International & Comparative Law Quarterly, (July, 2006).

Voon, Tania, A NEW APPROACH TO AUDIOVISUAL PRODUCTS IN THE WTO: REBALANCING GATT AND GATS, UCLA Entertainment Law Review, Winter 2007.

Wouters, Jan and Meester, Bart De, "The UNESCO Convention on Cultural Diversity and WTO Law: A Case Study in Fragmentation of International Law", Journal of World Trade: 42(1) 205-240, (2008).

Zheng, Henry R., DEFINING RELATIONSHIPS AND RESOLVING

CONFLICTS BETWEEN INTERRELATED MULTINATIONAL TRADE AGREEMENTS: THE EXPERIENCE OF THE MFA AND THE GATT, (Stanford Journal of International Law Fall, 1988).

Bernier, Ivan and Fabri, Hélène Ruiz, Evaluation of the Legal Feasibility of an International Instrument Governing Cultural Diversity (2002).

Bernier, Ivan, ESTABLISHING A NEW INSTRUMENT ON CULTURAL DIVERSITY, Invitation Lecture (Korean National Press Centre, May 13, 2002).

Bernier, Ivan, On the Relation of a future International Convention on Cultural Diversity to other International Agreements, (16 October 2006).

Composite Text art 19: PRELIMINARY REPORT OF THE DIRECTOR-GENERAL CONTAINING TWO PRELIMINARY DRAFTS OF A CONVENTION ON THE PROTECTION OF THE DIVERSITY OF CULTURAL CONTENTS AND ARTISTIC EXPRESSIONS, CLT/CPD/2005/CONF.203/6, Paris, 3 March 2005.

Hoffmann U., Specific Trade Obligations in Multilateral Environmental Agreements and Their Relationship with the Rules of the Multilateral Trading System – A Developing Country Perspective, UNCTAD Background Paper for the Conference "Sub-Regional Brainstorming Workshop on the Trade and Environment Issues Contained in Paragraphs 31 and 32 of the WTO Doha Ministerial Declaration" in Bangkok, July/August 2003.

Koskenniemi M., Fragmentation of International Law: Difficulties arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission (A/CN.4/L.682), General Assembly of the United Nations, Geneva, 13 April 2006.



Abstract

UNESCO Convention on Cultural Diversity's
Relationship to Other Treaties:
Focusing on the Possibility of Convention's
Limiting the WTO Obligations

by Myung Kyu Park

(Graduate Student, college of Law, Graduate School of Sogang University)

This paper is about the possible impacts that the Convention on Cultural Diversity (CCD) can have on WTO laws. In other words, it is to know whether CCD can justify and protect a country's policies and measures that are taken by a party of CCD to protect its own against claims by other countries on the ground that the measures impinge their rights under the WTO laws. To have a solid understanding of CCD's relationship with other treaties, it is not sufficient to only look at those related provisions of CCD, but it is necessary to also look at how the dispute will be dealt by a certain dispute settlement procedure, for instance, the WTO Dispute Settlement Understanding. Thus my research goes in the following order; 1) an outline of explanations about CCD proposed by scholars, foreign and domestic, 2) the status of CCD in the context of the dispute settlement procedure provided by the CCD itself, 3) the selection of laws that WTO panel should apply, and 4) the interpretation of WTO laws.

As a result of the study, I found out that, though CCD Article 20.1 advocates mutual supportiveness and non-subordination, Article 20.2 declares it shall not modify rights and obligations under other treaties, thus it contra-

dicts Article 20.1. However, Article 20.2 was found to be homogenous to the Article 30.2. of Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) in that it acknowledges its actual subordination to other treaties. In addition, it was found that WTO panel cannot apply the rules of CCD to culture-trade disputes because CCD might affect enjoyment by other parties of their rights and impede the object and purpose of WTO rules, therefore it does not suffice the Article 41.1(b) of VCLT. When interpreting WTO rules, panel cannot consider CCD as a relevant rule between parties on the ground of Article 31.3(c) VCLT because not all WTO members have accepted CCD. However, it could be used as an information source.

In view of the results so far achieved, CCD, created to protect cultures, might look somewhat disappointing. Nevertheless, CCD, as the first international cultural law, has significant meanings, though it was omitted as it is not within the scope of this research.

▶ **Key words** Convention on Cultural Diversity, rules of conflicts, Dispute Settlement Understanding(DSU), Vienna Convention on the Law of Treaties(VCLT), application of successive treaties relating to the same, subject-matter, rule of interpretation, dispute settlement procedure