

遺傳工學法上 리스크 判斷의 餘地

- 독일에서의 논의를 중심으로 -

조인성*

차 례

- I. 들어가는 말
- II. 判例를 통한 리스크 判斷의 餘地
- III. 리스크 判斷의 餘地の 憲法的 背景
- IV. 遺傳工學法上 리스크 判斷의 餘地에 대한 正當性
- V. 遺傳工學法上 리스크 判斷의 餘地에 대한 基本權의 意味
- VI. 맺는 말

I. 들어가는 말

독일 유전공학법(GenTG¹⁾) 제11조 제1항 4호에 의하면 “유전공학시설의 설치 및 운영을 위한 허가는 4. 필요한 안전등급을 위해 과학과 기술의 수준(Stand der Wissenschaft und Technik)에 의해 필요한 예방수단(Vorkehrung)이 강구되었고, 그에 따라서 제1조 1호²⁾에서 언급된 법익에 해를 끼치는 작용을 기

* 영산대학교 법과대학 교수

1) 독일은 1990년 6월 20일 유전공학기술의 규율에 관한 법률(Gesetz zur Regelung der Gentechnik; Gentechnikgesetz - GenTG)을 제정하였다(BGBl. 1990 I S. 1080; BGBl. 1993 I S. 2066; BGBl. 2002 I S. 3220; BGBl. 2005 I S. 186; 최근 개정 BGBl. 2006 I S. 534).

대할 수 없음이 보장된 경우 발령되어야 한다”³⁾ 고 한다. 또한 동법 제16조 제1항 2호에 의하면 “환경방출을 위한 허가는 2. 과학과 기술의 수준에 의해 필요한 모든 안전예방수단(Sicherheitsvorkehrung)이 강구되어지는 것이 보장된 경우 발령되어야 한다”⁴⁾ 고 규정하고 있다. 이렇듯 유전공학법 제11조와 동법 제16조는 허가요건으로서 危險防止(Gefahrenabwehr)와 리스크 事前配慮(Risikovorvorsorge)⁵⁾를 위한 의무를 명하면서 여러 가지 不確定法概念(unbestimmter Rechtsbegriff)들을 사용하고 있는 것이다. 독일의 다수의 학설과 판례에 의하면 법률요건에 이러한 不確定法概念이 사용된 경우에는 하나의 올바른 결정의 원칙(Prinzip der einzig richtigen Entscheidung)만이 가능하다고 한다. 따라서 원칙적으로 다른 法概念과 마찬가지로 제한 없는 司法審査의 대상이 되었다.⁶⁾ 다만 아주 제한된 영역에서, 즉 한계상황(Grenzfälle)⁷⁾에서만 행정청의 判斷의 餘地(Beurteilungsspielraum)를 인정하여 사법의 행정에 대한 統制密度(Kontrolldichte)의 축소를 정당화했다. 이러한 判斷의 餘地の 전형적인 사례로 인정⁸⁾한 것은 교육적인 가치결정⁹⁾으로

2) 유전공학법 제1조 1호에 의하면 “이 법률의 목적은 1. 윤리적 가치, 인간의 생명과 건강, 그 영향권 내의 환경, 동물, 식물 그리고 물질 재화의 고려 하에 유전공학적 절차 및 산출물의 해로운 작용(schädliche Auswirkung)을 보호(schützen)하고 그러한 위험(Gefahren)의 생성을 사전배려(Vorsorge)하는 것이다.”

3) “Die Genehmigung zur Errichtung und zum Betrieb einer gentechnischen Anlagen ist zu erteilen, wenn 4. gewährleistet ist, dass für die erforderliche Sicherheitsstufe die nach dem Stand der Wissenschaft und Technik notwendigen Vorkehrungen getroffen sind und deshalb schädliche Einwirkungen auf die in § 1 Nr. 1 bezeichneten Rechtsgüter nicht zu erwarten sind”

4) "Die Genehmigung für eine Freisetzung ist zu erteilen, wenn 2. gewährleistet ist, dass alle nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen getroffen werden"

5) 독일 유전공학법 제1조의 의미에서 “위험방지”는 이른바 “리스크 사전배려”(“가능한 위험”)를 포함하고 있다고 보호목적과 관련하여 일반적으로 인정되고 있다고 한다. 이러한 견해에 관해서는 Joachim Lege, Das Recht der Bio-und Gentechnik, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrecht, 2003, S. 693 참조.

6) BVerwG vom 26. 6. 1980, BVerwGE 60, 254, 255; vom 4. 2. 1982, BVerwGE 65, 19, 22 f.

7) “판단의 여지”는 바호프(Otto Bachof), “한계상황”은 울레(Carl Hermann Ule)에 의하여 처음으로 사용되었다.

서 시험 및 시험유사적인 결정, 공무원법에 있어서 상급자의 하급자에 대한 판단¹⁰⁾, 합의제 행정기관에 의하여 내려진 전문적인 결정¹¹⁾, 예측결정¹²⁾ 등이다.¹³⁾ 특히 본 논문에서 다루는 유전공학분야에서의 장래 리스크 判斷(Risikobeurteilung) 등과 같은 미래지향적인 예측(Prognose)결정은 과거사실에 대한 소극적 판단인 진단(Diagnose)을 내용으로 하는 사법적 판단의 대상으로 삼기에는 부적절한 영역이라고 한다.¹⁴⁾ 따라서 이들 판단에 대해서는 행정기관의 判斷의 餘地를 인정해 그 판단을 존중해 주어야 할 것이라고 말한다. 이와 같이 부분적인 생활영역에서 행정청의 判斷의 餘地들을 인정한 것은 법률요건 상에 사용된 不確定概念이 法概念으로서 단 하나의 올바른 결정을 허용하며 따라서 완전한 司法審査의 대상이 된다는 기본원칙을 상당히 완화한 것이라고 볼 수 있다.

그런데 독일에서 그나마 제한적으로 인정된 행정청의 判斷의 餘地의 이론은 최근의 연방헌법재판소의 1991년 4월 17일 두 판결¹⁵⁾을 통하여 사법시험 및 의사 시험에 있어서 시험결정에 대한 행정청의 判斷의 餘地를 제한하여 현저하게 수정될 운명에 놓였다. 두 판결을 통해서 司法의 行政에 대한 統制密度의 축소를 다시 매우 수정한 것이다. 이 가운데 사법시험 판결에 따르면 시험결정에 있어서 전문적이고 학술적인 평가와 시험에 특수한 가치평가로 구분하여 우선 시험의 전문적이고 학술적인 평가에 있어서는 법원은 전문가의 도움을 얻어 판결을 내려야 하며 여기서 발생할 수 있는 실무상의 어려움은 기본법 제19조 제4항¹⁶⁾에 의하여

8) 당시까지 판례를 요약한 것으로는 BVerwG vom 26. 6. 1990, GewArch 1990, 355 참조.

9) vom 15. 10. 1990, NVwZ 1991, 271; BFH vom 23. 8. 2001, NVwZ-RR 2002, 157.

10) BVerwG vom 26. 6. 1980, BVerwGE 60, 245.

11) vom 25. 6. 1981, DVBl. 1982, 29.

12) BVerwG vom 27. 11. 1981, NJW 1982 1168.

13) *Michael Ronellenfitsch*, in: Wolfram Eberbach/Peter Lange/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), *Recht der Gentechnik und Biomedizin*, Loseblattsammlung, Heidelberg, Stand: Juni 2003, § 11 Rn. 204ff; *정하중*, 행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계, 공법연구 제23집 3호, 1995. 6, 141면 이하 참조.

14) *장태주*, 행정법개론, 2005, 105면.

15) BVerfGE 84, 34 und 59.

16) 아래 주 4) 참조.

보장된 사법심사를 제한하기 위한 충분한 이유가 되지 못한다고 한 반면에, 시험 결정에 있어서 시험에 특수한 가치평가에는 행정청의 判斷의 餘地를 인정하였다.

그러나 상술한 연방헌법재판소의 견해와는 달리 전문지식에 의한 행정청의 判斷의 餘地가 유전공학법에 있어서는 여전히 인정될 수 있다고 하는 견해¹⁷⁾도 발견된다. 어쨌든 독일에서 해당 유전공학법 문헌¹⁸⁾의 지배적인 견해에 의하면, 상술한 유전공학법 제11조 제1항에 따른 유전공학시설의 허가와 동법 제16조 제1항에 의한 유전자변형생물체의 환경방출에 대한 법원의 결정은 다음과 같은 점을 전제로 하고 있다고 한다. 그 전제는 바로 관할권이 있는 행정청에게 과학과 기술의 수준에 의해 필요한 안전예방수단에 관하여 일반적으로 리스크 判斷의 餘地가 인정된다는 것이다.¹⁹⁾ 이와 관련하여 프라이부르크 행정법원(VG Freiburg)의 견해에 의하면 필요한 안전등급을 위해 과학과 기술의 수준에 의해 필요한 예방수단이 강구되었고, 그 때문에 유전공학법 제1조 1호에서 언급된 법익에 해를 끼치는 작용을 기대할 수 없음이 보장된 경우인지의 여부는 감수할 수 있는 리스크와 감수할 수 없는 리스크로 구분될 수 있는 2단계 시스템에서 설명될 수 있다고

17) Michael Ronellenfitsch, a.a.O., § 11 Rn. 208.

18) 遺傳工學施設의 作業에 대하여는 *Michael Ronellenfitsch*, a.a.O., § 11 Rn. 208f.; *Ralph A. Kroh*, Risikobeurteilung im Gentechnikrecht, DVBl. 2000, S. 102, 105 f.; *Michael Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, § 16 Rn. 46; *Bernd Bender/Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000, S. 552 참조.

環境放出에 대하여는 *Michael Kniesel/Wolfgang Müllensiefen*, Die Entwicklung des Gentechnikrechts seit der Novellierung 1993, NJW 1999, S. 2564, 2568; *Hans-Georg Dederer*, Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme, Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, 1998, S. 327; *Michael Kloepfer*, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998, § 16 Rn. 46 참조.

리스크評價의 司法統制 일반에 대하여는 *Christian Tünnesen-Harmes*, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000, S. 109ff.; *Arnim Karthaus*, Die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit, ZUR 2001, S. 61, 62 참조.

19) BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1233 f.; OVG Berlin, NVwZ 1995, S. 1023, 1024 f.; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Hamburg, ZUR 1994, S. 322 f.; VG Berlin, ZUR 1996, S. 41, 43; VG Freiburg, ZUR 2000, S. 216, 217.

한다.²⁰⁾ 동 판결에서 법원은 유전공학작업의 안전기술등급에 관하여 전면적인 司法審査를 할 수 없다는 決定特權(Entscheidungsprärogative)을 행정청에게 인정하였다.²¹⁾ 연방행정법원도 행정청의 判斷의 餘地를 명백히 인정하였다.²²⁾

그러나 독일에서 최근 어떤 논문은 判斷의 餘地의 인정과 관련하여 이러한 지배적인 견해의 입장에 대하여 단호하게 반대²³⁾하거나 비판하고 있는 점을 참고로 하여, 본 논문은 그 근거를 충분히 가지고서 이러한 지배적인 입장을 재검토할 계기로 삼고자 한다.²⁴⁾

본 논문은 유전공학법상 리스크 判斷의 餘地에 관하여 독일의 경우를 중심으로 다음과 같이 구성되어 있다. 먼저 유전공학법상에서 리스크 判斷의 餘地를 인정한 판례의 논증을 기술한다(아래 II. 참조). 다음으로는 리스크 判斷의 餘地에 관한 헌법적 문제를 간단히 살펴본다(아래 III. 참조). 세 번째로는 리스크 判斷의 餘地를 인정한 사례들의 근거와 관련하여 행정의 최종결정권에 대한 근거가 유전공학법에 있어서 비판적으로 고찰된다(아래 IV. 참조). 마지막으로 유전공학법상 결정의 基本權關聯性이 리스크 判斷의 餘地의 인정을 배제할 수 있는지 여부의 문제를 살펴보려고 한다(아래 V. 참조). 따라서 본 논문에서는 독일에서의 유전공학법상

20) Urteil vom 23. 6. 1999 - 1 K 1599/98, S. 14 f. (2. Instanz: VGH Bad.-Württ., Urteil vom 5. 5. 2001, DVBl. 2001, 1463).

21) Ebenso VG Freiburg, Beschluss vom 30. 11. 1998 - 1 K 1703/99; VG Karlsruhe, Beschluss vom 19. 9. 1997 - 7 K 873/97.

22) *Michael Ronellenfitsch*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Die Entwicklung des Gentechnikrechts - 2. Teil, in: VerwArch 93 (2002), 439 (450).

23) *Matthias Kapteina*, Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, 2000, S. 174 f. und 178; 유전공학법상의 判斷餘地에 관하여 또 다른 비판적인 고찰에 대하여는 *Guy Beaucamp*, Zum Beurteilungsspielraum im Gentechnikrecht, DÖV 2002, S. 24ff.; *Karl-Heinz Ladeur*, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge bei der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen nach dem Gentechnikgesetz, NUR 1992, S. 254, 258 f.; *Ivo Appel*, Anmerkung: Vereinfachte Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen?, ZUR 1999, S. 41, 43 참조.

24) 본 논문의 집필에 있어서는 *Guy Beaucamp*의 논문인 Zum Beurteilungsspielraum im Gentechnikrecht, DÖV 2002에 주로 의존하였음을 밝힌다. *Guy Beaucamp*, a.a.O., S. 24ff.

리스크 判斷의 餘地를 둘러싼 학설·판례상의 논쟁을 비판적으로 고찰한 후 향후 한국에서의 이 분야의 연구에 작은 보탬이 되고자 하는 데 그 연구목적이 있다.

II. 判例를 통한 리스크 判斷의 餘地

법원의 견해에 의하면 독일 유전공학법 제6조 제2항 및 이미 언급한 동법 제 11조 제1항과 제16조 제1항에 규정된 “과학과 기술의 수준”이라는 표현의 사용은 행정기관에의 判斷授權(Beurteilungsermächtigung)을 함축하고 있다고 한다.²⁵⁾ 판례는 법률요건에 不確定法概念이 사용되는 경우에 여전히 하나의 올바른 결정의 원칙을 고수하면서 아주 제한된 영역에서 산재적으로 判斷의 餘地를 인정하였다. 이에 대해 학설의 다수는 판단여지가 인정된 판례를 뒷받침하기 위하여 不確定法概念의 적용에 있어서 하나의 올바른 결정의 원칙을 유지하면서, 행정청의 判斷의 餘地는 이러한 不確定法概念에 내재하는 것이 아니라 입법자의 수권에 근거하고 있는 判斷授權으로 이해하였다.²⁶⁾ 행정청은 유일하게 적법하다고 판단되는 결정에 도달하기 위하여 주어진 법률요건의 의미를 철저히 파악하여야 하나 판단의 餘地 또는 한계상황들에 있어서는 의심이 발생할 수 있다. 判斷의 餘地란 그 의심이 근거가 있고 행정청에 의하여 내려진 결정이 타당하다면 법원이 행정청의 결정을 적법하다고 승인하는 데에 있다. 다수설은 判斷의 餘地의 문제는 구체적인 경우에 마지막 인식에 대한 권한의 문제이고 이는 그 때 그 때 적용되는 실체법상의 수권문제라고 하였다. 법적용에 있어서 마지막 인식의 권한은 원칙적으로 법원에 있으나 예외적으로 행정에게 있을 수 있으며 이로부터 행정과 사법간의 권한배분의 문제가 발생된다고 한다. 참고로 상술한 유전공학법 제6조 제2항에 의하면 “운영자는 리스크 評價(Risikobewertung)의 결과에 상응하게 과학

25) 평가특권(Einschätzungsprärogative)에 관해 말한 것으로는 BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1233; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Freiburg, ZUR 2000, S. 216, 217 참조.

26) 정하중, 행정법총론, 법문사, 2005, 196면 이하 참조.

과 기술의 수준에 의해 요구되는 예방수단을 강구해야 하는데, 이는 제1조 1호에서 언급된 법익을 가능한 위험으로부터 보호하기 위함이며, 그러한 위험의 발생을 예방하기 위한 것이다”²⁷⁾ 라고 규정하고 있다.

그런데 유전공학법상 규정의 규범구조는 원자력법(AtomG²⁸⁾) 제7조 제2항 3호에 상응²⁹⁾하기 때문에, 이와 관련한 원자력법상 결정³⁰⁾ 결과에 있어서 유전공학법상 행정법원의 統制密度는 유전공학법에서도 마찬가지로 축소될 수 있다고 한다. 참고로 원자력법 제7조 제2항 3호에 의하면 “허가는 3. 시설의 설치 및 가동을 통한 손해(Schäden)에 대해 과학과 기술의 수준에 의해 필요한 事前配慮(Vorsorge)를 강구한 경우에만 발급될 필요가 있다”³¹⁾고 한다. 독일 연방행정법원은 미래예측의 대상이 되는 원자력법 제7조 제2항 제3호 규정의 위험의 판결권에 대하여 행정법원의 통제는 “위험의 조사와 그 평가에 대한 학문상 대립문제의 판단, 그리고 그로부터 도출되는 위험에 대한 행정청의 관정을 그 스스로의 평가로 대치하는 것을 의미하지는 않는다.” 그러므로 “행정법원은 허가관청에 대해 자의가 배제된 조사를 바탕으로 이루어진 판단에 대하여 이를 단지 그 적법성 여부만 심사할 수 있을 뿐이지 그 스스로의 판단을 그에 대치할 수는 없다고 할 것이다” 라고 하

27) “Der Betreiber hat entsprechend dem Ergebnis der Risikobewertung die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik notwendigen Vorkehrungen zu treffen und unverzüglich anzupassen, um die in § 1 Nr. 1 genannten Rechtsgüter vor möglichen Gefahren zu schützen und dem Entstehen solcher Gefahren vorzubeugen.”

28) 독일은 1959년 12월 23일 핵에너지의 평화적 이용과 그 위험보호에 관한 법률(Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren; Atomgesetz - AtomG)을 제정하였다(BGBI. 1959 I S. 814; BGBI. 1985 I S. 1565; 최근 개정 BGBI. 2002 I S. 3322, 3342).

29) BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1233; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Hamburg, ZUR 1994, S. 322 f.

30) 예컨대 BVerwGE 72, 300 (316 f.); 106, 115 (120 f.); 이러한 판례에 대한 비판적 견해는 *Precht Fischer*, Umweltschutz durch technische Regelungen, 1989, S. 102 und 144 f.; *Erhard Denninger*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt-und Technikrecht, 1990, S. 188 참조.

31) “Die Genehmigung darf nur erteilt werden, wenn 3. die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderliche Vorsorge gegen Schäden durch die Errichtung und den Betrieb der Anlage getroffen ist.”

여 행정청의 判斷의 餘地를 인정하였다.³²⁾

더 나아가 행정청은 과학적 분쟁문제를 판단하고 그 프로젝트와 관련한 리스크를 평가하기 위하여 조직적이고 인적인 관점에서 더 나은 조직을 갖추고 있다고 했다.³³⁾ 입법자는 행정청에 유전공학시설과 유전자변형생물체의 환경방출을 허가할 때 그들의 감정서를 고려³⁴⁾해야 하는 생물학적 안전을 위한 중앙 위원회(Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit, ZKBS)와 함께 다른 전문가위원회(sachverständiges Gremium)를 조직했다고 한다.³⁵⁾ 여기에서 행정청에 부여된 判斷의 餘地는 개별법에 규정된 행정기관의 지위와 구성에 근거하고 있다고 한다. 행정기관은 관련된 사안에 필수적이고도 명확한 전문지식을 소유하고 있으며 또한 그의 구성원은 그가 속한 사회적 집단을 대표하고 있으며 합의에 따라 다른 행정기관으로부터 독립적이고 지시에 무관한 결정을 내릴 수 있기 때문에 마지막 인식에 대한 권한이 주어진다 하겠다. 그러나 법원의 리스크 評價는 전문성의 결여로 행정청의 가치판단을 대신할 수 없다고 했다.³⁶⁾ 오히려 법원은 判斷의 餘地의 법적 한계의 통제에 대하여만 제한하게 해야 한다고 했다.³⁷⁾ 다시 말해서 법원은 행정청 결정의 절차하자, 리스크 調査와 리스크 評價의 하자 또는 자의적 자유(Willkürfreiheit) 등을 심사할 수 있을 뿐이라는 것이다.³⁸⁾ 요컨대 행정청의 判斷餘地가 인정된다고 하여 처음부터 법원의 사법심사대상에서 제외되는 것은 아니며, 判斷餘地에도 일정한 한계가 있다는 것이다.

32) 김해룡, 행정상의 미래예측(Prognose)의 법리 - 독일의 경우를 중심으로 -, 공법연구 제 21집, 1993, 356면 이하 참조; BVerwGE 72, 300 f..

33) BVerwGE 72, 300 (317).

34) Vgl. §§ 11 Abs. 8, 16 Abs. 5, 4, 5 GenTG.

35) BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1233 f.; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; VG Berlin, ZUR 1996, S. 41, 43.

36) BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1234; OVG Berlin, NVwZ 1995, S. 1023, 1024 f.; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Berlin, ZUR 1996, S. 41, 43.

37) BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1234.

38) OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Berlin, ZUR 1996, S. 41, 43; VG Freiburg, ZUR 2000, S. 216, 217.

Ⅲ. 리스크 判斷의 餘地의 憲法的 背景

행정의 수많은 不確定法概念(unbestimmter Rechtsbegriff)에 대한 리스크 判斷의 餘地는 두 가지의 헌법적 근거로부터 정당성이 필요한 예외로서 간주되어야 한다.³⁹⁾ 그 하나는 이러한 법형상(Rechtsfigur)이 기본법(GG) 제20조 제3항에서의 행정의 법률구속을 완화시킨다는 것이고⁴⁰⁾, 다른 하나는 행정법원의 통제범위가 - 기본법 제19조 제4항의 원칙적인 권리보호보장에 반하여 - 후퇴된다는 것이다.⁴¹⁾ 입법은 실제로 어떤 법적 요건의 구성에 있어서 부득이 不確定法概念을 사용하는 형식으로 국민생활관계를 규율하는 경우가 흔하다. 이러한 법규범의 적용에 있어서는 행정청이나 사법부에 의한 해석의 기능이 중요한 의미를 지니게 된다고 할 것이다.⁴²⁾ 참고로 기본법 제20조 제3항에 의하면 “입법은 헌법질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다.”⁴³⁾ 또한 기본법 제19조 제4항에 의하면 “공권력에 의하여 그 권리를 침해당한 자에게는 권리구제절차가 열려 있다.”⁴⁴⁾ 원칙적으로 연방헌법재판소의 견해⁴⁵⁾가 그러하듯이 행정결정은 비록

39) BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569; *Michael Kloepfer*, a.a.O., § 8 Rn. 51; *Christian Hofmann*, Der Beitrag der neueren Rechtsprechung des BVerfG zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, NVwZ 1995, S. 740, 742; *Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2000, S. 52; *Hartmut Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000, S. 135; *Klaus Grupp*, Behördliche Beurteilungsspielräume im "schlanken Staat", Klaus Grupp/Michael Ronellenfitsch (Hrsg.), Planung-Recht-Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, 1999, S. 139, 146.

40) *Schmalz*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1998, Rn. 120 ff.; *Klaus Grupp*, a.a.O., S. 139, 143; *Precht Fischer*, a.a.O., S. 114; *Matthias Kapteina*, a.a.O., S. 151.

41) BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569; *Rainer Wahl*, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrolldichte - Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, NVwZ 1991, S. 409, 410; *Hartmut Maurer*, a.a.O., S. 146.

42) *김해룡*, 전제논문, 339면 이하 참조.

43) “Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.”

그 결정이 不確定法概念의 해석에 근거할 지라도 전체적 범위에서 그 법적합성이 심사 된다.⁴⁶⁾ 그 때문에 행정청의 결정자유영역(Entscheidungsfreiraum)의 인정은 그 결정과 관련성이 있는 법규범을 그에 상응하는 수권의 해석 과정에서 끌어낼 수 있다는 것을 전제로 한다(이른바 規範的 授權理論)⁴⁷⁾. 연방헌법재판소의 판결에 의하면 입법자는 꼭 해야만 하는 계획을 결정하지 않고 행정부에게 함축적으로 권한을 배분해야 한다. 따라서 그러한 수권이 헌법적으로 무난하다면, 법원은 그 수권을 존중해야 한다.⁴⁸⁾ 그러한 권한배분의 기준점은 - 해석할 수 있는 규정의 문언, 연혁 그리고 의미뿐만 아니라 - 법률의 조직적이고 절차관련적인 규율에 관한 체계적 고찰 또는 심지어 규율될 수 있는 전문분야의 특성까지를 제공할 수 있다.⁴⁹⁾

IV. 遺傳工學法上 리스크 判斷의 餘地에 대한 正當性

사법통제 되는 判斷의 餘地를 행정에게 인정할 수 있는 추상적인 조건에 대한 합의는 존재하지 않고 있다.⁵⁰⁾ 그럼에도 불구하고 적어도 행정이 不確定法概念을 최종적으로 책임진다고 해석될 필요가 있다는 일련의 사례들은 보다 더 낮은

44) "Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen."

45) BVerfGE 61, 82 (111); 64, 261 (279); 84, 34 (49 f.); 88, 40 (56); BVerfG, NJW 1993, S. 917, 918; BVerfG, NJW 2001, S. 1121, 1123.

46) BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 5. Aufl., 2000, Art. 19 Rn. 47; Hartmut Maurer, a.a.O., S. 148.

47) BVerfGE 61, 82 (111); 88, 40 (56); BVerfG, NJW 2001, S. 1121, 1123; BVerwGE 72, 38 (53 f.); 72, 195 (199); 81, 12 (17); BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569; Hartmut Maurer, a.a.O., S. 134 f.; 독일의 이른바 규범적 수권이론을 우리나라에 소개한 논문으로는 정하중, 전계논문, 163면 이하 참조.

48) BVerfGE 88, 40 (61); BVerfG, NJW 2001, S. 1121, 1123.

49) Rainer Wahl, a.a.O., S. 409, 411; BVerfG, NJW 2001, S. 1121, 1123 f; Guy Beaucamp, a.a.O., S. 25 ff.

50) Rainer Wahl, a.a.O., S. 409 f.

추상적 단계에서 인정된다. 그러나 다른 한편으로 그러한 사례들의 정확한 수와 분류에 관해서는 의견이 다양하다.⁵¹⁾ 여기에서는 다양한 분류작업에 몰두하지 않아야 한다. 오히려 무엇보다도 먼저 중심적인 사례들의 경우들을 유전공학법에 적용할 수 있는 지 여부에 대하여 평가할 때에는 그 사례들의 근거가 중요하다. 여기에서는 행정법원이 유전공학계획의 허가라는 분야에서 행정기관에게 리스크 判斷(Risikobeurteilung)에 대한 최종책임을 소송상 부여했는지 여부에 관한 지식을 얻는 것을 목적으로 한다(아래 IV. 1. 참조). 다음으로 보다 더 상세하게 고찰하는 것은 유전공학법에 관한 결정에 의해서 명백하게 모델로서 이용되었던 원자력법상 행정의 評價特權(Einschätzungsprärogative)에 관한 것이다(아래 IV. 2. 참조). 이와 같이 행정기관의 判斷의 餘地에 대한 논쟁을 평가할 경우 - 행정법원의 司法審査와 비교하여 - 명확하게 더 제한적인 연방헌법재판소⁵²⁾의 입장을 함께 관련시키는 것이 의미가 있다. 지금까지 학설의 지원 하에 행정법원에 의하여 부분적으로 인정되어온 행정청의 판단특권은 연방헌법재판소의 판결에 의하여 현저하게 제한된 것이다.⁵³⁾

1. 리스크 判斷의 餘地가 認定되는 事例들의 論據

일반적으로 판례와 학설에 의하면, 행정청의 判斷의 餘地는 시험성적의 평가(Prüfungsentscheidung)⁵⁴⁾의 경우와 공무원에 대한 근무평정(beamtenrechtliche Personalbeurteilung)⁵⁵⁾의 경우에 평가될 수 있다고 한다. 이러한 사례들의

51) Peine 교수는 가능한 판단의 여지의 일반적인 유형은 부족한 실정이라고 말하고 있다(Peine, a.a.O., S. 53).

52) BVerfGE 84, 34 (50)와 Hartmut Maurer; a.a.O., S. 137의 평가 참조.

53) 정하중, 전제논문, 176 이하 참조; Guy Beaucamp, a.a.O., S. 25 ff.

54) 최근 판례의 예로는 BVerwG, NVwZ 1999, S. 74f.; BVerwGE 99, 74 (76f.); 104, 203 (205ff.) 참조; Hartmut Maurer; a.a.O, S. 138 f.; Ralph A. Köh, a.a.O, S. 102, 103; Ipsen, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000, S. 144; Matthias Kapteina, a.a.O, S. 157; Martin Ibler, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999, S. 413 und 426.

55) 최근 판례의 예로는 BVerwG, NVwZ-RR 2000, S. 619, 620; BVerwG, NVwZ 1999,

정당성은 중심적인 공통점을 제시하고 있다. 두 사례의 경우에 결정적인 역할을 하는 것은 시험법상 또는 공무원법상 전문용어 하에서 가져올 수 있는 실제적 상황은 법원에 의해서 어떤 일을 마치 자기 스스로가 한 것처럼 그대로 이해될 수 없다는 점이다. 즉 법원은 상황의再現이不可能(Unwiederholbarkeit)하여 사법심사가 제한되는 이러한 결정의 사례들은 이른바 비대체적인 결정(unvertretbare Entscheidung)이라고 불린다. 여기에는 고도의 개인적이고 인격적인 사안에 관련된 결정들이 속한다. 시험의 경우 상술한 법원의 상황재현의 문제는 일반적으로 수많은 시험감독관이 수많은 수험생을 평가하고 수험생 상호간을 비교하여 평가기준을 형성한다는 것 때문에 수포로 돌아가게 된다.⁵⁶⁾ 또한 연방헌법재판소에 있어서도 확실하지만 - 물론 행정법원과 비교하여 보다 더 미흡한 - 시험법상 判斷自由餘地(Beurteilungsfreiräume)를 인정하기 위하여 다른 수험생들과의 기회균등은 근본적인 논쟁을 하였다.⁵⁷⁾ 더구나 법원은 일정한 전문영역의 경우 시험감독관으로서의 혼한 활동에서 결과한 시험경험을 창조할 수 없다.⁵⁸⁾ 마찬가지로 법원에 의해서 인사판단을 마치 자기 스스로가 한 것처럼 그대로 이해한다는 것, 즉 그 결정의 대체성의 문제는, 판단하는 상급공무원과는 달리 판단을 받을 수 있는 하급공무원과 오랜 시간을 보낼 수 없기 때문에, 능력평가, 인사고과 그리고 승진결정 등에 있어서 법관에게는 성공하지 못한다.⁵⁹⁾

이미 언급한 사례의 상태가 표현하는 상황적 일회성(situative Einmaligkeit), 즉 상황재현의 불가능성은 - 일반적으로는 施設許可法⁶⁰⁾이지만 - 유전공학적 프로젝트의 허가의 경우에는 존재하지 않는다. 오히려 신청서류와 절차의 진행에

S. 75, 76; BVerwGE 99, 371 (377); BVerwG, NJW 1993, S. 2546 참조; *Hartmut Maurer*, a.a.O., S. 138; *Matthias Kapteina*, a.a.O., S. 157.

56) BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569.

57) BVerfGE 84, 34 (50, 52); 84, 59 (77); 88, 40 (57); 찬성하는 견해로는 *Hartmut Maurer*, a.a.O., S. 140; 반대하는 견해로는 *Martin Ibler*, a.a.O., S. 374ff.

58) BVerfGE 99, 74 (77).

59) *Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2000, S. 178; *Precht Fischer*, a.a.O., S. 83.

60) *Precht Fischer*, a.a.O., S. 82f.

따른 ZKBS의 전문가적 입장을 토대로, 법원은 행정청의 결정의 성과를 원칙적으로 심사할 수 있다. 그 때문에 시험 및 인사판단에 관한 사례들의 論據는 유전공학법을 위해서 효과적이라고 볼 수 없다.

유전공학법상 허가절차에 있어서 지시로부터 독립적인 위원회로서 이미 언급한 ZKBS의 참여는 행정법원이 일정한 조건하에 마찬가지로 判斷自由餘地를 판정하는 전문가위원회 결정의 - 논쟁이 없는 것은 아니지만⁶¹⁾ - 사례들을 비교해 보는 것을 납득시킬 수도 있다고 한다.⁶²⁾ 이와 관련하여 가장 유명한 실례는 청소년에게 유해한 서적과 미디어에 대한 연방심사청(Bundesprüfstelle)의 경우이다.⁶³⁾ 법원으로부터 자유로운 判斷의 餘地에 대한 근거로서 한편으로 이러한 전문가위원회의 다양한 구성과 다른 한편으로 그의 특별한 전문지식을 들 수 있다.⁶⁴⁾ 후자의 징표, 즉 특별한 전문지식은 마찬가지로 ZKBS에 적합한 반면, 전자의 다양한 구성은 적합하지 않다.⁶⁵⁾ 무엇보다도 ZKBS는 일종의 전문가위원회라고 볼 수 있다.⁶⁶⁾ 사실 유전공학법 제5조 제1항 2호에 의하면 중요한 사회집단의 몇몇 대표들(경제, 노동조합)은 영향을 미치지만, 전문가와 관련하여 위원회 목소리의 단지 약 33% 이상을 마음대로 할 수 있을 뿐이다. 참고로 유전공학법 제4조 제1항에 의하면 ZKBS라는 명칭 하에 관할권 있는 연방상급행정청에 전문가로 구성된 위원회가 설립되는데, 이러한 위원회는 유전공학시설에서의 유전공학 작업을 위한 위원회와 환경방출 및 유통을 위한 위원회로 구성되어 있다. 또한 동법 제5조 제1항 2호는 “유전공학시설에서의 유전공학작업을 위한 위원회의 구성원은 다음과 같다. 2. 노동조합, 작업의 보호, 경제, 환경보호, 소비자보호 그리고 연구가 요구되는 조직 등의 영역에서 각 1명의 전문가.”라고 규정하고 있다. 또한

61) 이러한 사례들에 비판적인 견해로는 예컨대 *Hartmut Maurer*, a.a.O, S. 141.

62) 예컨대 BVerfGE 72, 195 (200); BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569; BVerfGE 99, 371 (377f.); *Hartmut Maurer*, a.a.O, S. 138.

63) BVerfGE 39, 197 (203f.); 77, 75 (78); 91, 211 (215f.).

64) BVerfGE 39, 197 (204); 77, 75 (78); 91, 211 (215f.); *Peine*, a.a.O, S. 54; *Jarass*, a.a.O, Art. 19 Rn. 48.

65) *Matthias Kapteina*, a.a.O, S. 175.

66) *Arnim Karthaus*, a.a.O., S. 61, 62 und 65.

ZKBS는 비록 위원회는 그 입장이 유전공학법 제10조 제7항, 제12조 제4항, 제16조 제5항에 의해서 고려되어야 할지라도 단지 자문할 뿐이지 결코 결정하지 않는다고 볼 수 있다.⁶⁷⁾ 참고로 유전공학법 제10조 제7항에 의하면 “허가에 대해 결정을 내리기 이전에 관할 관청은 관할 상급연방행정청에 대해 계획된 유전공학작업에 대한 안전기술상의 등급과 필요한 안전기술상의 조치를 위해 제5조에 의한 위원회의 견해를 수렴한다. 제5조에 의한 위원회는 자기의 견해를 즉시 제출한다. 그 견해는 결정할 때에 고려되어야 한다. 관할 관청이 결정을 함에 있어서 제5조에 의한 위원회의 견해와 일치하지 않는다면, 이에 대한 근거는 서면으로 제시해야 한다.” 또한 동법 제12조 제4항에 따르면 “안전등급 2의 경우에, 유전공학작업이 이미 위원회에 의해 등급이 매겨진 유전공학작업과 비교될 수 없다면, 관할 관청은 관할 상급연방행정청에 대해 계획된 유전공학작업에 대한 안전기술상의 등급과 필요한 안전기술상의 조치를 위해 제5조에 의한 위원회의 견해를 수렴한다. 제5조에 의한 위원회는 자기의 견해를 즉시 제출한다. 그 견해는 결정할 때에 고려되어야 한다. 관할 관청이 결정을 함에 있어서 제5조에 의한 위원회의 견해와 일치하지 않는다면, 이에 대한 근거는 서면으로 제시해야 한다.” 마지막으로 동법 제16조 제5항에 의하면 “허가를 승인하기 전에 제5a조에 의한 위원회는 신청을 제1조 1호에서 언급된 법익을 위협할 수 있는 위험과 관련하여 조사하고 평가하며, 제1항의 경우에는 계획된 안전조치를 고려하여 조사하고 평가하며, 첨가적으로 권고한다. 제10조 제7항 3문과 5문은 동일하게 적용된다.” 따라서 다양한 구성의 결여와 결정결과에 대한 ZKBS의 단지 간접적인 영향 때문에 또 다른 자문회의 결정의 경우에 判斷의 餘地에 관한 유추를 할 수 없다고 보아야 할 것이다.⁶⁸⁾

유전공학법상 判斷의 餘地의 근거에 관하여 똑같은 정도로 거의 유용하지 않는 것으로는 확실하게 계획적인 행정결정을 법원통제로부터 자유롭게 하는 사법부의

67) *Arnim Karthaus*, a.a.O., S. 61, 63 und 65; *VG Freiburg*, ZUR 2000, S. 216, 217f.; *Ralph A. Kroh*, a.a.O., S. 102, 105.

68) 원자력법상 전문가위원회의 비교 가능한 고려에 대해서는 *Precht Fischer*, a.a.O., S. 89f. 참조; 일반적으로 환경법상 전문위원회의 참여에 대해서는 *Michael Kloepfer*, a.a.O., § 8 Rn. 49. 참조.

고려가 알려지고 있다.⁶⁹⁾ 즉 이미 언급한 유전공학법 제11조 제1항 그리고 제 16조 제1항의 결정적 규정은 羈束決定(gebundene Entscheidung)으로 형성되어 있어서 Ladeur⁷⁰⁾에 의해서 논쟁된 계획형량에 대한 유추는 확신할 수 없다.⁷¹⁾

2. 遺傳工學法과 原子力法의 比較

이미 언급한 바와 같이(위의 II. 참조), 원자력법과 비교는 유전공학법 제6조 제2항, 제11조 제1항 그리고 제16조 제1항의 경우 判斷의 餘地의 인정을 위한 중요한 논증의 초석을 제공하고 있다.⁷²⁾ 언급한 유전공학법 규범과 원자력법 제 7조 제2항 3호가 서로 공통점으로 하는 것은 양자가 “과학과 기술의 수준”이라는 표현을 사용하고 그에 따라 비록 실제로 시험을 필한 것은 아닐지라도 환경보호를 위해 과학적 지식에 의해서 필요로 하는 것으로 보이는 진보적 절차를 투입할 것을 요구한다는 점이다.⁷³⁾ 독일 연방행정법원은 미래예측의 대상이 되는 위험의 판정기준에 관하여는 “행정청이 그 허가를 함에 있어서 구체적인 건설 목적물의 건설과 가동에 있어 야기될 수 있는 모든 위험을 다 조사해야 한다. 이러한 판정기준이 되는 원자력법 제7조 제2항 3호에서 규정하고 있는 학문 및 기술의 수준의 의미는 “관련 기술에 관한 일반적으로 인정된 규율(die allgemein anerkannte Regeln der Technik)에 의할 것이 아니라, 기술의 현재적 수준(Stand der Technik)에 의거하여 판단해야 함을 뜻한다. 즉 행정관청은 제기된 모든 기술적 발전수준(또는 결과)에 대해 고려해야 할 의무가 있다.” “이에 있어서는 허가관청은 하나의 지배적인 학설을 따를 것이 아니라 그에 관한 모든 학문적 지식을 이에 동원하

69) 예컨대 BVerwGE 72, 38 (52ff.) (병원수요계획); BVerwG, NJW 1989, S. 3233, 3235 (여객운송법에 의한 교통수요의 평가); BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 569.

70) *Karl-Heinz Ladeur*, a.a.O., S. 254, 261.

71) *Hans-Georg Dederer*, a.a.O., S. 279; *Matthias Kapteina*, a.a.O., S. 139f.; *Christian Tünnesen-Harmes*, a.a.O., S. 131.

72) BVerwG, NvwZ 1999, S. 1232, 1233; OVG 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Hamburg, ZUR 1994, S. 322f.; *Ralph A. Kroh*, a.a.O., S. 102, 103.

73) BVerfGE 49, 89 (136); *Michael Kloepfer*, a.a.O., § 3 Rn. 75.

지 않으면 안 된다.” 그리고 “최신의 학문적 지식에 의하여 (그것이 비록 소수적 결론이라 할지라도) 필요한 것으로 평가될 경우에는 그 필요한 예방조치를 해야 한다. 이는 바로 필요로 하는 예방수단이 현실적으로 가능한 기술수준 내에 한정되지 않음을 의미한다” 라고 관시하여 행정청의 미래예측에 대한 사법부의 절차적·내용적 통제의 범위를 제시하였다.⁷⁴⁾ 사실 유사한 문언이 존재하지만, 그러나 입법자를 통한 기술개괄조항(Technikgeneralklausel)의 사용은 사법으로 하여금 행정청에게 判斷의 餘地를 인정하게 야기하는 것이 결코 아니다 라고 비판적으로 지적하고 있다. 그래서 연방행정법원의 견해에 의하면 비록 기술의 수준과 과학의 수준이 그들의 조사를 위해 개별적으로 고려되어야 할지라도, 연방임미시온방지법(BImSchG) 제5조와 동법 제6조에 의한 허가요건은 制限 없는 司法審査를 받는다고 한다.⁷⁵⁾ 또한 과학의 수준에 의하여 대체할 수 없는 해로운 영향이 특히 자연 살림에 위협이 된다면 식물보호수단의 허가를 배제한 식물보호법(PflSchG) 제15조 제1항 3b호의 경우, 행정기관의 評價特權(Einschätzungsprärogative)은 거부되었다.⁷⁶⁾ 즉 여기에서 그러한 수권은 문언에서도 규정의 의미에서도 끌어낼 수 없다고 한다. 여기서 마지막 언급한 결정은 유전공학법에 대해 특별한 관련성을 가지고 있다. 왜냐하면 유전공학법 제16조 제1항 3호와 동조 제2항은 원자력법 제7조 제2항 3호보다 오히려 식물보호법 제15조 제1항 3b호와 더 강한 언어적 유사성을 갖고 있기 때문이다.

判斷의 餘地에 관해서 원자력법을 유전공학법에 유추할 것인가를 용인할 것인지에 대한 두 번째 중요한 논거로서는 행정청의 전문지식과 관련한 공통점을 들고 있다.⁷⁷⁾ 원자력법과 유사한 유전공학법의 경우 행정청의 입장에서 전문지식을 결집하는 것이 적합해 보인다. 이러한 영역에서 모든 중요한 행정청의 결정은 ZKBS를 통해 동반된다.⁷⁸⁾ 환경방출과 유통에 대한 결정의 경우 유전공학법 제

74) 김해룡, 전제논문, 357면 이하 참조; BVerwGE 72, 300 f.

75) BVerwGE 55, 250 (253f.); 일반적으로 임미시온방지법의 불확정법개념에 대해서는 Jarass, BImSchG, 4. Aufl., 1999, § 48 Rn. 18 참조.

76) BVerwGE 81, 12 (17).

77) Christian Tünnesen-Harmes, a.a.O., S. 112f.

14조 제1항에 의한 허가는 관할 상급연방행정청에 의해서 중심적으로 발령되고 농업경제와 산림경제를 위한 생물학적 연방시설, 환경연방청 등⁷⁹⁾과 함께 보충적 전문행정청이 자문적으로(beratend) 이러한 결정절차에 개입하게 된다.

이와 관련하여 법원에게는 행정과 비교하여 필요한 전문성이 결여되어 있다는 지적⁸⁰⁾이 의미하는 바는 법원이 개별 규율대상의 복잡성과 분쟁성에 관하여 이를 자기 마음대로 창조할 수는 없다는 것이다. 다시 말해서 일반적으로 판사는 전문가 감정의 경우에 필요한 정보를 조정해야 할 의무가 있다는 것이다.⁸¹⁾

물론 행정기관의 判斷餘地의 정당화를 위해서는 단지 전문가위원회의 참여만으로 충분하지는 않다.⁸²⁾ 원자력법의 경우 보충적으로 가정적인 분야에서 일어나는⁸³⁾ 리스크의 전문가적 평가가 중요하다고 여기는 전문분야의 특성이 다시 덧붙여져야 한다.⁸⁴⁾ 원자력법과 유전공학법 사이에서는 그러한 측면에서 첫눈에 전체적으로 비교해볼 수 있다. 왜냐하면 원자력발전시설의 설치 초기에서처럼 유전공학의 분야에서 실현된 손해의 사례가 부족하기 때문에 처음에 발생한 리스크에 대한 경험이 없기 때문이다.⁸⁵⁾

그러나 두 규율 분야의 더 상세한 고찰은 중요한 차이점을 부각시키고 있다. 우선 최고로 예상되는 손해의 크기는 일치하지 않고 매우 다르다. 유전자변형생

78) *Ralph A. Kroh*, a.a.O., S. 102, 105.

79) 개별적인 것은 유전공학법 제16조 제4항 참조.

80) BVerwG, NVwZ 1999, S. 1232, 1234; OVG Berlin, NVwZ 1995, S. 1023, 1024f.; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 40; OVG Hamburg, ZUR 1995, S. 93, 94; VG Berlin, ZUR 1994, S. 41, 43; 원자력법에 대해서는 BVerwGE 72, 300 (317) 참조.

81) BVerwGE 81, 12 (17); Hartmut Maurer, a.a.O., S. 148; 시험사례의 경우에는 BVerfGE 84, 34 (55)와 BVerwG, NVwZ 1999, S. 187 참조.

82) 전문가위원회의 결정의 마치 자기 스스로가 한 것처럼 그대로 이해할 가능성, 즉 대체가능성에 대해서는 BVerwG, NVwZ 1991, S. 568, 570; *Christian Tünnesen-Harmes*, a.a.O., S. 112.

83) *Rainer Wahl*, a.a.O., S. 409, 410.

84) BVerwGE 49, 89 (138); BVerwGE 72, 300 (316f.); *Hartmut Maurer*, a.a.O., S. 148.

85) *Hans-Georg Dederer*, a.a.O., S. 327; *Rainer Wahl*, a.a.O., S. 409, 410.

물체의 의도하지 않은 확산은 원자력발전소의 사고와 달리 직접적으로 건강 또는 생명위험을 불러일으키지 않고 일반적으로 장기손해를 야기하지 않는다.⁸⁶⁾ 게다가 의미 있는 차이점은 기존시설의 숫자에 있다. 가동 중인 독일 원자력발전소는 약 20개인 반면⁸⁷⁾, 유전공학시설은 약 3500개이고 환경방출은 약 600번 있었다.⁸⁸⁾ 따라서 원자력법과 비교하여 유전공학법상 허가절차는 거의 집단현상으로 기술된다. 1:200이라는 관계는 독일뿐만 아니라 다른 연구중심 산업국가에도 해당될 수도 있다. 이러한 숫자상 차이는 부분적으로는 개별적으로 차이가 있는 투자액수로 환원할 수 있다. 원자력발전소의 설치에 대형 콘체론에 의해서 조달될 수 있는 투자를 요구하고, 게다가 국가의 보장을 필요로 하는 반면에, 유전공학적 프로젝트는 중소기업의 프로젝트주체에 의해서 지불될 수 있다.⁸⁹⁾ 국가적 기술 축진은 원자력 분야에서 불가결하다고 알려진 반면, 유전공학 분야에서는 강제적으로 필요한 것으로 보이지 않는다.⁹⁰⁾ 더 나아가 평균적인 유전공학 계획의 더 적은 복잡성은 가동수명을 인식할 수 있다. 원자력발전소의 경영자는 약 40년까지의 가동수명을 고려하는 반면에, 유전공학적 프로젝트는 수년을 목표로 삼아 투자할 수 있다.⁹¹⁾

이미 언급한 두 규율 분야 사이의 차이점은 각각의 과학적인 지식에 대한 영향이 없이 남아있는 것은 아니다. 그 사이 전 세계적으로 가동되거나 이미 종료된 수많은 유전공학적 프로젝트는 안전성과 가능한 효과라는 관점에서 충분한 경험을 축적하여서, 수많은 과학적 분쟁문제에 답변할 수 있게 되었다. 여기에서 고려해야 할 점은 일반적인 리스크 평가(Risikoabschätzung)의 처리를 용이하게 하는 예컨대 옥수수, 콩, 유채, 여러 야채종류 등 단지 소수의 경작 작물은 유전자 변형 형태로 환경방출 된다는 것이다. 그로 인하여 수많은 초기 가정적 리스크는

86) Hans-Georg Dederer, a.a.O., S. 97.

87) Bernd Bender/Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel, a.a.O., S. 455.

88) 2001년 4월 현재 데이터; 로버트-코흐-연구소의 인터넷 사이트 <http://www.rki.de> 참조.

89) Dolata, Die Bio-Industrie, in: Emmrich (Hrsg.), Im Zeitalter der Bio-Macht, 1999, S. 247, 255.

90) Dolata, a.a.O., S. 247, 255f.

91) Bernd Bender/Reinhard Sparwasser/Rüdiger Engel, a.a.O., S. 457.

보다 더 평가될 수 있었다고 한다.

요약컨대 개별 전문분야의 특성에 있어서 그의 숫자, 비용 그리고 리스크에 관한 유전공학적 계획(gentechnische Vorhaben)은 원자력법상 시설보다 임미시 온방지법상 시설의 경우에 더 먼저 비교할 수 있는 것으로 보인다. 따라서 이러한 관점에서 判斷의 餘地의 인정은 유전공학법상 확신할 수 없다고 알려지고 있다.

V. 遺傳工學法上 리스크 判斷의 餘地에 대한 基本權의 意味

행정의 評價特權(Einschätzungsprärogative)의 거부를 위한 논거로서 유전공학법상 결정의 基本權關聯性은 補充的으로 인용된다. 다시 말해서 경영자의 측면에서는 기본법 제5조 제3항과 동법 제12조 제1항을 근거로 하고, 잠재적 당사자의 측면에서는 동법 제2조 제2항 1문을 근거로 한다는 것이다.⁹²⁾ 참고로 기본법 제5조 제3항에 의하면 “예술과 학문, 연구와 교수는 자유이며”⁹³⁾ 또한 동법 제12조 제1항에 의하면 “모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유로이 선택할 권리를 가진다.”⁹⁴⁾ 라고 한다. 아울러 동법 제2조 제2항 1문에 의하면 “누구든지 생명권과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 가진다.”⁹⁵⁾ 라고 규정하고 있다. 이러한 고찰은 연방헌법재판소가 통제로부터 자유로운 행정의 決定餘地(Entscheidungsspielräume)를 허용할 경우의 審査基準(Prüfungsmaßstab)과 관련된다. 연방헌법재판소는 자신의 일련의 판결을 통하여 행정법원에 의하여 인정된 행정청의 判斷의 特權을 행정결정의 基本權關聯性의 관점에서 위헌으로 판정하였다.⁹⁶⁾ 연방헌법재판소는 基本權이 判斷의 餘地를 制限할 수 있다는 점

92) *Matthias Kapteina*, a.a.O., S. 175 f.

93) "Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei."

94) "Alle Deutschen haben das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen."

95) "Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit."

96) 정하중, 전제논문, 176면.

을 여러 차례 확인했고, 사실 개별 기본권의 의미와 개별 기본권침해의 강도에 의존했다.⁹⁷⁾ 예컨대 시험결정은, 특정한 경우에 수험생이 매우 노력한 職業에 접근하는 것을 거절하기 때문에, 심하게 기본권을 침해하게 된다는 것이다.⁹⁸⁾ 이러한 점은 시험법상 判斷의 餘地의 內容의 限界를 갖게 하는데, 이러한 대체가능하고 합법적으로 근거가 있는 해결을 오류라고 평가해서는 아니 된다.⁹⁹⁾ 또 다른 실례로는 연방 청소년유해도서심사위원회(Bundesprüfstelle)의 判斷의 餘地를 制限할 수 있는 기본법 제5조 제3항의 예술의 자유를 들 수 있다.¹⁰⁰⁾ 연방헌법재판소에 의하면 “행정법원은 기본법 제5조 제3항에서 보호하고 있는 저자나 출판사의 예술의 자유와 청소년의 보호라는 법익을 상호 형량 하여야 하며 유해성 판정이 예술의 자유와 합치하는 지의 여부의 심사를 단지 심사위원회가 判斷의 餘地를 갖는다는 이유로 포기하여서는 아니 된다” 라고 판시하였다. 다시 말해서 연방헌법재판소는 동 판결에서 외설적 소설을 청소년에 유해하다고 판정한 동 심사위원회의 판정을 청소년보호라는 공익과 출판사의 예술의 자유라는 법익을 충분히 형량하지 않았다고 취소하였던 것이다.¹⁰¹⁾

만약 이러한 준거를 유전공학법상 判斷의 餘地에 옮겨 놓으면, 과연 유전공학법상 허가가 관련 基本權을 얼마나 심하게 축소할까 라는 문제가 제기될 수 있다. 다시 말해서 단지 基本權關聯性만으로는 判斷의 餘地의 거부를 위해 결정적이지 아닐 수 있다. 이러한 점에 대해서는 이미 기본법 제2조 제1항에 의한 타인의 권리, 헌법질서, 도덕률이라는 한계 내에서 인격의 자유로운 발현이라는 기본권에 대한 지적이 명확하게 하고 있다. 즉 이는 헌법상 보장된 자유가 추상적이고 제한되지

97) BVerfG, NJW 1991, S. 1471, 1474; BVerfGE 84, 34 (54 f.); 84, 59 (77 f.); 88, 40 (59); BVerfG, NJW 2001, S. 1121, 1124; Jarass, a.a.O., Art. 19 Rn. 48; Conrad Pfaundler, Der atomrechtliche Gefahrenbegriff - ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum?, UPR 1999, S. 336, 338.

98) Christian Hofmann, a.a.O., S. 740, 744.

99) BVerfGE 84, 34 (55); 연방헌법재판소의 입장에 따른 연방행정법원의 경우로는 예컨대 BVerwG, NVwZ 1999, S. 74 참조.

100) BVerfG, NJW 1991, S. 1471, 1474.

101) 정하중, 전제논문, 공법연구 제23집 3호, 176면 이하 참조.

않은 ‘자연적 자유’가 아니라, 법적 자유, 즉 제한된 그러나 그 한계 내에서는 보호된 자유임을 나타내고 있는 것이다. 참고로 동법 제2조 제1항에 의하면 “누구든지 타인의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 발현할 권리를 가진다” 라고 규정되어 있는 것이다.

비록 보다 더 이전에는 드물었지만 유전공학법상 허가를 거절할 경우에는 신청자의 직업 활동의 자유 이외에, 특히 의미 있는 연구의 자유는 부정적으로 근거 삼게 된다. 여기에서는 마찬가지로 무제한인 예술의 자유를 끌어내는 것에 비교해 보는 것과 기본권효력을 고려하여 判斷의 餘地의 한계를 인정하는 것의 병행은 대체될 수 있을 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 상술한 시험법(Prüfungsrecht)의 경우¹⁰²⁾뿐만 아니라 심사위원회(Bundesprüfstelle)의 결정¹⁰³⁾과 관련해서도 의미 있는 것으로 간주되지 않았던 完全한 司法統制는 필요하지 않는 것으로 보인다.¹⁰⁴⁾

다른 한편으로 사회적으로 적합하다고 받아들이는 잔여리스크(Restrisiko)를 증가하는 유전공학적 프로젝트에 의해서 야기된, 참여하지 못한 제3자에 대한 생명 또는 건강 위험은 증명될 수 없었기 때문에, 발령된 유전공학법상 허가의 기본권효력은 낮다고 평가되어야 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 판례에 의하면 더 나아가 유전공학적 환경방출실험을 통한 재산권 침해도 배제될 수도 있다.¹⁰⁶⁾ 따라서 유전공학법상 결정의 基本權關聯性으로부터 파생된 논증은 다만 부분적으로만 설득력이 있다고 볼 수 있다.¹⁰⁷⁾

102) BVerfGE 84, 34 (55); 84, 59 (77).

103) BVerfG, NJW 1991, S. 1471, 1474.

104) 반대 견해로는 *Matthias Kapteina*, a.a.O., S. 175 참조.

105) VG Hamburg, ZUR 1994, S. 322 f.; *Hans-Georg Dederer*, a.a.O., S. 97, 329 und 331.

106) OVG Berlin, ZUR 1999, S. 37, 41; OVG Berlin, ZUR 1999, S. 50, 51; VG Berlin, ZUR 1994, S. 41, 43; OLG Stuttgart, ZUR 2000, S. 357, 358; *Michael Kniesel/Wolfgang Müllensiefen*, a.a.O., NJW 1999, S. 2564, 2568.

107) *Guy Beaucamp*, a.a.O., S. 28 ff.

VI. 맺는 말

본 논문은 유전공학법상 리스크 判斷의 餘地에 관하여 독일의 경우를 중심으로 먼저 리스크 判斷의 餘地에 관한 판례의 논증 및 헌법적 문제를 간단히 살펴본 다음, 유전공학법상 행정의 최종적인 결정권한에 대한 근거를 判斷의 餘地에 대하여 인정된 사례들의 근거와 관련하여 비판적으로 고찰하고, 마지막으로 유전공학법상 결정의 基本權關聯性이 리스크 判斷의 餘地의 인정을 배제하는지 여부를 문제 삼았다. 이렇게 독일에서의 유전공학법상 리스크 判斷의 餘地를 둘러싼 학설·판례상의 논쟁을 비판적으로 고찰한 것은 이미 지적한 바와 같이 향후 한국에서의 이 분야의 연구에 작은 보탬이 될 것이다.

요컨대 독일 유전공학법 제11조 제1항과 동법 제16조 제1항은 허가요건으로서 危險防止와 리스크 事前配慮를 위한 의무를 명하면서 여러 가지 不確定法概念을 사용하고 있다. 독일의 다수의 학설과 판례에 의하면 법률요건에 不確定法概念이 사용된 경우에는 하나의 올바른 결정의 원칙만이 가능하다. 따라서 원칙적으로 다른 法概念과 마찬가지로 제한 없는 司法審査의 대상이 되었다. 다만 아주 제한된 영역에서 즉 한계적인 상황에서만 행정청의 判斷의 餘地를 인정하여 사법의 행정에 대한 統制密度의 축소를 정당화했다. 이와 같이 부분적인 생활영역에서 행정청의 판단여지들을 인정한 것은 법률요건 상에 사용된 不確定概念이 法概念으로 단 하나의 올바른 결정을 허용하며 따라서 완전한 사법심사의 대상이 된다는 기본원칙을 상당히 완화한 것이라고 볼 수 있다. 그런데 判斷의 餘地의 이론은 연방헌법재판소의 1991년 4월 17일 두 판결을 통하여 시험결정에 대한 행정청의 判斷의 餘地를 제한하였다. 이 판결에 따르면 시험의 전문적인 평가에 있어서는 법원이 전문가의 도움을 얻어 판결을 내려야 하나, 시험결정에 있어서 시험에 특수한 가치평가에는 행정청의 判斷의 餘地를 제한적으로 인정하였다. 그러나 연방헌법재판소의 견해와는 다르게 전문지식에 의한 判斷의 餘地가 유전공학법에 있어서는 고려될 수 있다고 하는 견해도 있다. 독일에서 해당 유전공학법 문헌의 지배적인 견해에 의하면, 유전공학법 제11조 제1항 4호에 따른 유전공학시설의

허가와 동법 제16조 제1항 2호에 의한 유전자변형생물체의 환경방출에 대한 법원의 결정은 다음과 같은 점을 전제로 하여 출발하고 있다고 한다. 즉, 관할권이 있는 행정청에게 科學과 技術의 水準에 의해 필요한 안전예방수단에 관하여 리스크 判斷의 餘地가 인정된다는 것이다.

그러나 본 논문은 이러한 지배적인 견해의 입장을 비판적으로 반대하고 있고, 또한 그 근거를 충분히 가지고서 이러한 지배적인 입장을 재검토할 계기를 만들어 주고 있다. 여기에서는 무엇보다도 먼저 행정법원이 유전공학계획의 허가라는 분야에서 행정기관에게 리스크 判斷에 대한 최종책임을 소송상 부여했는지 여부가 중요하다. 이 점과 관련하여 우선 이미 언급한 判斷의 餘地를 인정받은 시험결정사례의 상태가 표현하는 상황재현의 불가능성은 유전공학적 프로젝트의 허가의 경우에는 존재하지 않는다고 볼 수 있다. 일반적으로 관례와 학설에 의하면, 행정청의 判斷의 餘地는 시험성적의 평가의 경우와 공무원에 대한 근무평정의 경우에 평가될 수 있다고 한다. 두 사례의 경우에 결정적인 역할을 하는 것은 시험법상 또는 공무원법상 전문용어 하에서 가져올 수 있는 실제적 상황은 법원에 의해서 어떤 일을 마치 자기 스스로가 한 것처럼 그대로 이해될 수 없다는 점이다. 즉 법원은 상황의 再現이 不可能하여 사법심사가 제한되는 이러한 결정의 사례들은 이른바 비대체적인 결정이라고 불린다. 그러나 오히려 법원은 신청서류와 절차의 진행에 따른 ZKBS의 전문가적 입장을 토대로 행정청의 결정의 성과를 원칙적으로 심사할 수 있을 것이다. 또한 본문에서 언급한 바와 같이 유전공학법상 허가절차에 있어서 지시로부터 독립적인 위원회로서 이미 언급한 ZKBS의 참여는 행정법원이 일정한 조건하에 마찬가지로 判斷自由餘地를 판정하는 전문가위원회 결정의 - 논쟁이 없는 것은 아니지만 - 사례들을 비교해 보는 것을 납득시킬 수도 있다고 한다. 이와 관련하여 가장 유명한 실례는 청소년에게 유해한 서적과 미디어에 대한 연방심사청(Bundesprüfstelle)의 경우이다. 법원으로부터 자유로운 判斷의 餘地에 대한 근거로서 한편으로 이러한 전문가위원회의 다양한 구성과 다른 한편으로 그의 특별한 전문지식을 들 수 있다. 후자의 징표, 즉 특별한 전문지식은 마찬가지로 ZKBS에 적합한 반면, 전자의 다양한 구성은 적합하지 않다고 볼

수 있다. 무엇보다도 ZKBS는 일종의 전문가위원회라고 볼 수 있다. 사실 유전공학법 제5조 제1항 2호에 의하면 중요한 사회집단의 몇몇 대표들(경제, 노동조합)은 영향을 미치지만, 전문가와 관련하여 위원회 목소리의 단지 약 33% 이상을 마음대로 할 수 있을 뿐이다. 따라서 다양한 구성의 결여와 결정결과에 대한 ZKBS의 단지 간접적인 영향 때문에 자문회의 결정의 경우에 判斷의 餘地에 관한 유추를 할 수 없다고 보아야 할 것이다.

다음으로 보다 더 상세하게 고찰하는 것은 유전공학법에 관한 결정에 의해서 명백하게 모델로서 이용되었던 원자력법상 행정의 評價特權(Einschätzungsprärogative)에 관한 것이다. 이미 언급한 바와 같이 원자력법과 비교는 유전공학법 제6조 제2항, 제11조 제1항 그리고 제16조 제1항의 경우 判斷의 餘地의 인정을 위한 중요한 논증의 초석을 제공하고 있다. 언급한 유전공학법 규범과 원자력법 제7조 제2항 3호가 서로 공통점으로 하는 것은 양자가 “과학과 기술의 수준”이라는 표현을 사용하고 그에 따라 비록 실제로 시험을 필한 것은 아닐지라도 환경보호를 위해 과학적 지식에 의해서 필요로 하는 것으로 보이는 진보적 절차를 투입할 것을 요구한다는 점이다. 그런데 과학의 수준에 의하여 대체할 수 없는 해로운 영향이 특히 자연 살림에 위협이 된다면 식물보호수단의 허가를 배제한 식물보호법 제15조 제1항 3b호의 경우, 행정기관의 評價特權은 거부되었다. 즉 여기에서 그러한 수권은 문언에서도 규정의 의미에서도 끌어낼 수 없다고 한다. 여기서 언급한 결정은 유전공학법에 대해 특별한 관련성을 가지고 있다. 왜냐하면 유전공학법 제16조 제1항 3호와 동조 제2항은 원자력법 제7조 제2항 3호보다 오히려 식물보호법 제15조 제1항 3b호와 더 강한 언어적 유사성을 갖고 있기 때문이다. 또한 유전공학법과 원자력법이라는 두 규율 분야의 더 상세한 고찰은 중요한 차이점을 부각시키고 있다. 상술한 바와 같이 개별 전문분야의 특성에 있어서 그의 숫자, 비용 그리고 리스크에 관한 유전공학적 계획은 원자력법상 시설보다 그 허가의 경우에 행정정의 判斷의 餘地가 인정되지 않는다고 하는 임미시온방지법상 시설의 경우에 더 먼저 비교할 수 있는 것으로 보인다. 여기에서 마지막으로 확인할 수 있는 것은 判斷의 餘地에 관한 판례를 유전공학법에서는 확신할 수 없다는 점이다. 왜

나하면 특히 원자력법과 유전공학법상 규율대상에 있어서 그 주된 비교가능성은 존재하지 않기 때문이다.

참고문헌

- 김해룡, 행정상의 미래예측(Prognose)의 법리 - 독일의 경우를 중심으로 -, 공법연구 제21집, 1993.
- 장태주, 행정법개론, 현암사, 2005.
- 정하중, 행정법에 있어서 재량과 판단여지 그리고 사법심사의 한계, 공법연구 제23집 3호, 1995. 6.
- 정하중, 행정법총론, 법문사, 2005.
- Appel, Ivo*, Anmerkung: Vereinfachte Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen?, ZUR 1999.
- Beaucamp, Guy*, Zum Beurteilungsspielraum im Gentechnikrecht, DÖV 2002.
- Bender, Bernd /Sparwasser, Reinhard /Engel, Rüdiger*, Umweltrecht, 4. Aufl. 2000.
- Bull*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 6. Aufl., 2000.
- Dederer, Hans-Georg*, Gentechnikrecht im Wettbewerb der Systeme, Freisetzung im deutschen und US-amerikanischen Recht, 1998.
- Denninger, Erhard*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an die Normsetzung im Umwelt-und Technikrecht, 1990.
- Dolata*, Die Bio-Industrie, in: Emmrich (Hrsg.), Im Zeitalter der Bio-Macht, 1999.
- Fischer, Precht*, Umweltschutz durch technische Regelungen, 1989.
- Grupp, Klaus*, Behördliche Beurteilungsspielräume im "schlanken Staat", Klaus Grupp/Michael Ronellenfitsch(Hrsg.), Planung-Recht-Rechtsschutz, Festschrift für Willi Blümel zum 70. Geburtstag am 6. Januar 1999, 1999.
- Hofmann, Christian*, Der Beitrag der neueren Rechtssprechung des BVerfG

- zur Dogmatik des Beurteilungsspielraums, NVwZ 1995.
- Ibler, Martin*, Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht, 1999.
- Ipsen*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2000.
- Jarass*, BImSchG, 4. Aufl., 1999.
- Kapteina, Matthias*, Die Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen, 2000.
- Karthaus, Arnim*, Die Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit, ZUR 2001.
- Kloepfer, Michael*, Umweltrecht, 2. Aufl., 1998.
- Kniessel, Michael/Müllensiefen, Wolfgang*, Die Entwicklung des Gentechnikrechts seit der Novellierung 1993, NJW 1999.
- Kroh, Ralph A.*, Risikobeurteilung im Gentechnikrecht, DVBl. 2000.
- Ladeur, Karl-Heinz*, Gefahrenabwehr und Risikovorsorge bei der Freisetzung von gentechnisch veränderten Organismen nach dem Gentechnikgesetz, NUR 1992.
- Lege, Joachim*, Das Recht der Bio-und Gentechnik, in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrecht, 2003.
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 13. Aufl., 2000.
- Peine*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5. Aufl., 2000.
- Pfaundler, Conrad*, Der atomrechtliche Gefahrenbegriff - ein unbestimmter Rechtsbegriff mit Beurteilungsspielraum?, UPR 1999, S. 336, 338.
- Ronellenfitsch, Michael*, in: Eberbach, Wolfram/Lange, Peter/Ronellenfitsch, Michael (Hrsg.), Recht der Gentechnik und Biomedizin, Loseblattsammlung, Heidelberg, Stand: Juni 2003.
- Michael Ronellenfitsch*, Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Die Entwicklung des Gentechnikrechts -

2. Teil, in: *VerwArch* 93, 2002.

Schmalz, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl., 1998.

Tünnesen-Harmes, Christian, Risikobewertung im Gentechnikrecht, 2000.

Wahl, Rainer, Risikobewertung der Exekutive und richterliche Kontrollpflichten – Auswirkungen auf das Verwaltungs- und das gerichtliche Verfahren, *NVwZ* 1991.

<Zusammenfassung>

Risikobeurteilungsspielraum im deutschen Gentechnikrecht

Cho, In Sung

Der Beitrag ist folgendermaßen aufgebaut: Zunächst sollen die Begründungen der erwähnten Judikate dargestellt werden (II.). Anschließend ist die verfassungsrechtliche Problematik von Beurteilungsspielräumen zu skizzieren (III.). Im dritten Schritt wird die Begründung für die Letztentscheidungskompetenz der Verwaltung im Gentechnik unter Einbeziehung von Begründungsansätzen für andere anerkannte Fallgruppen des Beurteilungsspielraums einer kritischen Betrachtung unterzogen (IV.). Abschließend soll es um die Frage gehen, ob die Grundrechtsrelevanz gentechnikrechtlicher Entscheidungen die Annahme eines Beurteilungsspielraums ausschließt (V.).

Mit überwiegender Zustimmung der einschlägigen Literatur gehen die Gerichtsentscheidungen zur Genehmigung gentechnischer Anlagen (§ 11 GenTG) und zur Freisetzung gentechnisch veränderter Organismen (§ 16 GenTG) einmütig davon aus, dass der zuständigen Behörde in bezug auf die nach dem Stand von Wissenschaft und Technik erforderlichen Sicherheitsvorkehrungen ein Beurteilungsspielraum zukommt. Der Beitrag lehnt diesen Standpunkt der wohl herrschenden Meinung dezidiert ab und gibt Anlass, ihn auf seine Stichhaltigkeit zu überprüfen.

Die situative Einmaligkeit, die die genannten Fallkonstellationen auszeichnet, liegt bei der Genehmigung gentechnischer Projekte nicht vor. Auf der Basis der Antragsunterlagen und der im Laufe des Verfahrens eingeholten sachverständigen Stellungnahmen der ZKBS und anderer Stellen können die Gerichte vielmehr grundsätzlich das Zustandekommen der Behördenentscheidung überprüfen. Deshalb lassen sich die Begründungsansätze aus den Fallgruppen

Prüfung und Personalbeurteilung nicht für das Gentechnikrecht fruchtbar machen.

Wegen der fehlenden pluralistischen Zusammensetzung und des nur mittelbaren Einflusses der ZKBS auf das Entscheidungsergebnis kann eine Analogie zum Beurteilungsspielraum bei anderen Gremienentscheidungen nicht gezogen werden.

Zusammenfassend bleibt zur Eigenart des jeweiligen Sachbereichs festzuhalten, dass gentechnische Vorhaben von ihrer Zahl, ihren Kosten und ihren Risiken her eher mit Anlagen des Immissionsschutzrechts vergleichbar erscheinen als mit atomrechtlichen Anlagen. Aus dieser Perspektive erweist sich die Annahme eines Beurteilungsspielraums im Gentechnikrecht folglich als nicht überzeugend.

Abschließend ist festzuhalten, dass die Rechtsprechung zum Beurteilungsspielraum im Gentechnikrecht nicht zu überzeugen vermag, insbesondere weil die behauptete Vergleichbarkeit der Regelungsgegenstände des Atom- und des Gentechnikrechts nicht vorliegt.

주 제 어 : 유전공학법, 리스크 판단의 여지, 과학과 기술의 수준, 판단수권, 불확정법개념, 생물학적 안전을 위한 중앙 위원회, 평가특권

Keywords : Gentechnikrecht, Risikobeurteilungsspielraum, Stand der Wissenschaft und Technik, Beurteilungsermächtigung, unbestimmter Rechtsbegriff, Zentrale Kommission für die Biologische Sicherheit(ZKBS), Einschätzungsprärogative