

LMO 피해자 보호를 위한 현행 책임법상의 한계와 책임법제정의 필요성*

전 경 운**

차 례

- I. 들어가며
- II. 바이오안전성의정서와 추가의정서의 채택경위
- III. LMO 피해자 보호를 위한 현행 책임법과 그 한계
- IV. 독일 유전공학법상의 유전공학 위험책임
- V. LMO 책임복구법(안)의 입법방향과 주요내용
- VI. 마치며

[국문초록]

생명공학기술(Biotechnology)은 인간에게 유익하기도 하지만, 인간과 환경에 대한 위험성도 내재하고 있으므로 유전자변형생물체(Living Modified Organisms)로 인하여 인간과 환경에 대해서 발생한 손해를 배상케 할 법적 규율이 필요하다. 특히 바이오안전성의정서(The Cartagena Protocol on Biosafety) 제27조가 규정하고 있는 책임과 복구의 근간을 구성할 '나고야-쿠알라룸푸르 책임복구 추가의정서'(Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety), 약칭하여 'LMO 책임복구추가의정서'가 2010년

* 이 논문은 2009년 10월 LMO 책임복구 국제규칙의 채택에 따른 법적 정책적 대응방안(한국생명공학연구원)이라는 연구보고서의 본인 집필부분을 2010년 10월 추가의정서의 타결에 따라서 대폭 수정, 보완한 논문임을 밝혀 둔다.

** 경희대학교 법학전문대학원 교수

10월 타결되었다. 추가의정서에 의하면 유전자변형생물체(LMO)에 의한 피해의 민사책임과 관련하여 당사국은 피해를 규율하는 내용을 국내법으로 정하도록 하고 있는데, 이 국내법을 적용할 때에는 기존법을 그대로 적용하거나 아니면 개발하도록 하고 있다(추가의정서 제12조).

그런데 유전자변형생물체로 인한 환경침해로 피해에 적용될 수 있는 민법 제750조는 근본적으로 과실책임의 법리에 의함으로 LMO 피해로 인한 피해자보호에 한계가 있으며, 또한 환경정책기본법 제31조의 사업장 등의 무과실책임의 규정은 원칙적으로 LMO로 인한 피해를 예상해서 규정한 것도 아니라고 할 것이다. 그리고 유전자변형생물체를 포함한 제조물에 의하여 법익침해가 발생한 경우 제조물책임법 제3조의 무과실책임이 적용될 수 있지만, 개발위험의 향변이 인정되어서 피해자 보호에는 한계가 있다. 그러므로 유전자변형생물체에 의한 피해발생시 적용될 법률을 독일 생명공학법상의 위험책임을 참조하여, 우리나라도 이에 관한 법률을 제정할 필요성이 있다고 할 것이다.

I. 들어가며

1. 서

생명공학 내지 유전공학(Gentechnik)은 미생물학·생화학·세포생물학(Zellbiologie)으로 발전된 분자생물학(Molekularbiologie)의 방법의 집적으로서, 이러한 방법을 가지고서 유전물질(유전정보(Erbinformation) 또는 유전자(Gen))을 유리시키거나 그의 구조를 규명할 수 있다. 이러한 생명공학의 본질적인 특징은 유전자를 일정한 목적을 가지고서 변형시키거나 유전자를 의도한 대로 서로 새롭게 組合시킬 수 있다는 것이다.¹⁾ 이때 유전자란 어떤 유기체의 특성(Eigenschaft)을 결정하는 인자로서, 이러한 유전자는 생식세포를 통하여 대대로 전하여져서 특정유기체의 특성을 계속적으로 유지하는 것이다. 그러므로 이 유전자에 변형을 가함으로써 그 유기체의 특성 내지 성질을 변경시킬 수 있게 되고, 또한 유전자의 변경 또는 합성에 의하여 종래와는 전혀

1) Dietrich Broks/Andreas Pohlmann/Mario Senft, Das neue Gentechnikgesetz, 1991, S. 1.

다른 유기체를 생산할 수도 있게 된다. 이와 같은 유전자를 유리하거나 그의 구조를 규명함을 통하여 본질적으로 유전자를 일정한 목적을 가지고서 변형시키거나 서로 새롭게 조합할 수 있는 분야를 유전공학이라고 한다.²⁾

생명공학기술(Biotechnology)은 나노기술, 정보통신기술, 원자력기술, 우주공학기술과 함께 급속하게 발전한 현대공학기술의 하나로서 첨단기술분야이고 고부가가치를 생산할 수 있는 신기술분야라는데 아무런 이의가 없다. 생명공학 또는 생물공학이라는 명칭으로도 불리우는 유전공학은 재조합 DNA에 관한 연구성과가 발표된 이래, 이러한 기술은 유전자구조의 해석·유전자 발현의 조절기구·생물에 있어서 種間의 유전자발현의 차이와 같은 기초적인 면과 미생물의 개량으로 유용 미생물로의 전환·백신의 생산·유용물질의 생산 등의 응용면에서 커다란 발전에 기여하였다.³⁾⁴⁾

이러한 생명공학기술은 오용을 통하여 전 인류가 파멸에 이를 수 있는 위험이 자체에 내포되어 있으므로, 그 잠재적 위험성이 원자력기술에 못지 않다고 평가되고 있다. 이에 따라 유전공학적 연구의 초기에는 유전공학의 잠재적인 生物學的 危險(biohazard)에 관한 논쟁을 상당히 격렬하게 불러 일으켜서 실험을 하기 위한 가이드라인을 만들게 되었고, 또 일반 시민도 유전공학적 연구의 방향결정에 참여할 것을 요구하게 되었다. 그러나 그 동안 유전공학의 발전과 함께 연구의 결과나 경험 그리고 어떤 종류의 위험성 평가의 실험보고에 의해서 일정한 유전공학적 실험의 安全性을 인정받게 되었으나, 遺傳子 操作이 주는 영향은 생물학적 위험에 그치지 않고 새로운 과학관·윤리관에 까지 영향을 미치게 되었다.⁵⁾

2) 김상용, 유전공학 위험책임, 고시계 1996. 4, 111면.

3) 정동효, 유전공학(1), 선진문화사, 1994, 27면.

4) 지난 세기동안 유전공학은 엄청난 속도로 발전하여 왔는데, 멘델이 유전의 법칙을 발표한 것이 140년 전, 염색체안에 유전물질이 들어있다는 것이 알려진 것은 100년전, DNA가 유전의 핵심물질임이 증명되고 그 구조가 밝혀진 것이 50년전, 유전정보 해독기술과 유전자조작기술이 개발된 것은 25년전, 인간게놈프로젝트가 거의 완료된 것이 약 10년전으로 유전공학은 끝없이 발전하고 있다.

5) 전경은, 유전공학의 위험성에 대한 규제법과 책임법 제정의 방향, 비교사법 제8권 1호, 2001. 6, 406면.

2. 생명공학의 위험성

최근에 들어와서 급속도로 발전되기 시작한 생명공학에 근거하여서 인간은 보다 풍요로운 삶을 살 수 있는 기회를 갖게 되기도 하였지만, 한편으로는 인간과 환경에 위험을 초래할 가능성도 높아지게 되었다.

생명공학의 유익성⁶⁾은 일반적으로 인정이 되지만, 그러나 한편으로는 생명공학의 도입과 동시에 그 위험성에 대하여 논의되기 시작하였다. 개개의 유전자를 서로 결합시키고 박테리아에 전용할 가능성을 언급한 1973년 Gordon회의에서는 유전공학 분야의 학자들이 국제적인 회의에서 일정한 실험과 결합된 위험이 평가될 때까지는 특정한 실험에 대한 유예를 준수할 것을 주장하였다.⁷⁾

그리고 1975년 Asilomar회의에서는 재조합된 유기체와 결합된 건강위험잠재원이 평가되고 유전공학적 실험의 수행에서 안전조치를 준수할 것이 제안되었다. 유전공학의 잠재적인 위험은 i) 유전자와 Vektor의 결합을 통하여 非病因性的의 有機體에서 병인성의 유기체가 생성될 수 있으며, ii) 박테리아 유전자와 바이러스 유전자의 새로운 조합을 통하여 바이러스가 통제불능으로 확산될 수 있고 동시에 바이러스 감염을 일으킬 수 있다는 것과, iii) 항생물질을 자연적인 방법으로는 얻을 수 없는 박테리아종류가 항생물질에 대한 저항유전자와 결합을 통하여 확산될 수 있다는 것에 있

6) 먼저 생명공학의 유익성에 대해서 살펴보면, 생명공학기술은 그 응용분야가 다양하고 분야간의 기술 융합이 가능함에 따라, 생명공학의 발달에 의하여 인간과 환경에 유익을 가져다 줄 수 있는 분야는 의학, 제약, 화학, 농업, 식품, 환경분야 등을 들 수 있다(이종영, 생명공학과 법, 환경법연구 제24권 1호(한국환경법학회), 2002. 9, 144면). 의약품분야는 생명공학이 가장 활발히 연구되고 있는 분야로서 유전자 조작으로 생산된 약품으로 치료 가능한 병이 점차로 증가하고 있고, 유전병치료 등 각종 질병의 치료에 기여하고 있다. 농업분야에서는 농작물의 육종과 품질개량으로 식량을 양산하게 되어서 인류의 식량난의 해결에 기여하고 있다. 실제 농업 분야에서 해충-제초-추위 및 건조와 같은 성장에 불리한 환경에 저항하는 유전자변형농산물이 이미 널리 상용화되고 있다. 환경분야에서는 공장 폐수에 함유된 중금속 물질을 미생물을 통하여 회수할 수 있는 기술이 개발되었을 뿐만 아니라 폐수 중의 각종 유해성분을 미생물이 분해하여서 폐수나 토양의 정화에 크게 이바지하고 있다. 이와 같이 생명공학기술은 기존의 공업이나 산업과는 달리 무형의 가치가 투입되어 고부가가치를 창출하는 미래지향적인 지식집약산업으로 새로운 산업 중에서도 가장 성장성이 높다고 평가되는 기술이다. 이에 따라 세계 주요국가 및 기업은 경쟁적으로 생명공학기술에 우선적으로 투자하고 육성하려고 있으며, 특정제품의 개발성공이 바로 세계시장을 석권할 수 있는 속성을 지니고 있다.

7) Dietrich Broks/Andreas Pohlmann/Mario Senft, a. a. O., S. 11.

다.8) 이러한 잠재적인 위험은 유전자 조합이 있는 후 오랜 시간후에 나타나기도 하는데, 이러한 위험을 제거할 충분한 지식과 기술을 현재상태로서는 충분히 갖고 있지 못하다는 것이 문제이다. 또한 유전공학적 技術의 濫用에 의해서도 위험이 발생할 수 있다. 즉 유전공학의 위험은 유전자조작을 통하여 개인이나 집단의 전체에 예상하지 못한 질병을 일으킬 가능성이 있다는 것과 환경에 치명적인 피해를 일으킬 수 있다는 것이다.9) 다시 말하면 유전공학의 위험성은 인간의 건강이나 생태학적인 기본질서를 해칠 위험이 있는 치명적인 물질이나 유기체를 유전공학적 방법으로 제조할 수 있다는 것이다. 실제 생명공학기술은 그 잠재적 위험성이 원자력기술의 그것과 못지 않다고 평가되고 있으므로, 생명공학기술의 오용을 통하여 전 인류가 파멸에 이를 수 있는 위험이 그 자체에 내포하고 있다고 할 것이다.

이와 같이 생명공학은 인간에게 유익하기도 하지만, 인간과 환경에 대한 위험성도 내재하고 있으므로 유전공학적 작업에 있어서 안전성을 확보할 필요가 있으며 인간과 환경에 대해서 발생한 손해를 배상케 할 법적 규율이 필요하다고 할 것이다. 특히 바이오안전성의정서(The Cartagena Protocol on Biosafety) 제27조가 규정하고 있는 책임과 복구의 근간을 구성할 '나고야·쿠알라룸푸르 책임복구 추가의정서'(Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety), 공식 명칭 'LMO 책임복구추가의정서'(이하 추가의정서)가 2010년 10월 타결되었다. 추가의정서에 의하면 유전자변형생물체(LMO)¹⁰⁾에 의한 피해의 민사책임과 관련하여 당사국은 피해를 규율하는 내용을 국내법으로 정하도록 하고 있는데, 이 국내법을 적용할 때에는 기존법을 그대로 적용하거나 아니면 개발하도록 하고 있다(추가의정서 제12조). 그러므로 유전자변형생물체에 의한

8) A. a. O., S. 11.

9) Office of Technology Assessment Congressional Board of the 97th Congress, Impacts of Applied Genetics Micro-Organisms, Plants and Animals, 1981. 4, 완역판, 遺傳工學의 現在와 展望(신광출판사, 1984), 199면.

10) 유전자변형생물체란 인위적으로 유전자를 재조합하거나, 유전자를 구성하는 핵산을 세포 또는 세포내 소기관에 직접 주입하는 등 현대 생명공학기술로 만들어낸 생물체를 뜻한다. 유전자조작식품(GM FOOD) 뿐만 아니라 다양한 유전자변형 식물과 동물, 미생물까지 총칭한다. 일반적으로 GMO(Genetically Modified Organism)라고 불리지만, 바이오안전성의정서에서 공식적으로 채택한 명칭은 LMO(Living Modified Organism)이다.

피해발생시 적용될 현행 국내법의 내용과 그 한계를 살펴보고, 유전자변형생물체에 대한 책임법제정시의 그 중요내용을 독일의 유전공학법 등을 참조해서 살펴보고자 한다.

II. 바이오안전성의정서와 추가의정서의 채택경위

1. 바이오안전성의정서의 채택경과

바이오안전성확보를 위한 논의는 1970년대 초부터 생명공학기술(Biotechnology)의 산물인 유전자변형생물체(LMO)의 안전성문제가 제기됨으로서 시작되었다. 생명공학기술의 안전성에 대한 우려는 국제적 차원에서 안전성확보를 위한 제도적 기반정립에 관한 논의를 유도했다. 그 중 유엔환경계획(UNEP)은 대표적인 국제기구로서 1988년부터 실무그룹회의를 통해 논의를 해 오다가 1992년 5월 ‘생물다양성협약(Convention on Biodiversity: CBD)¹¹⁾을 채택하게 되었다. 생물다양성협약은 1992년 6월 브라질의 리우데자네이로에서 ‘유엔환경개발회의(UNCED)’에 의해 채택된 ‘의제 21(Agenda 21)’을 계기로 1993년 12월 발효되었다. 이는 바이오안전성에 관한 카르타헤나의정서(The Cartagena Protocol on Biosafety)의 모체가 되었다.¹²⁾

생물다양성협약 제19조 제3항에서는 “협약당사국은 생물다양성의 보전과 지속가능한 이용에 악영향을 미칠 수 있는 생명공학기술에 의한 유전자변형생물체(LMOs)의 이동, 취급 및 사용과 관련하여 특히, 사전통보합의 등을 포함한 적절한 절차를 규정하는 의정서 제정의 필요성을 고려하도록 규정”하고 있다. 이에 따라 제1차 생물다양성협약 당사국회의(Conference of Parties: COP-1)를 개최하여 의정서 필요성과 양식 작성을 위한 특별전문가회의를 결정하였다. 그 후 4차례의 생물다양성협약 당사국회

11) 1992년 리우회의에서 체결되어 1993년 12월에 발표된 생물다양성협약은 특정한 종을 보호하기 위한 것이 아니라, 생물의 다양성을 보호하기 위한 것으로서, 생물다양성 보전과 지속가능한 이용 그리고 유전자원의 이용에서 발생하는 이익의 공평한 배분 등을 도모하는 것을 목적으로 삼고 있다(홍준형, 환경법, 박영사, 2001, 21면).

12) <http://www.biosafety.or.kr>

의(COP), 전문가 패널회의, 전문가 그룹회의, 의정서 실무그룹회의를 거쳐 2000년 1월 29일 유전자변형생물체(LMO)로 인한 인간의 건강 및 환경보전에 미칠 위해를 사전에 방지하기 위한 국제협약으로 바이오안전성에 관한 카르타헤나의정서(The Cartagena Protocol on Biosafety)가 채택되었다.

즉 생물다양성협약의 부속합의서인 '바이오안전성의정서'¹³⁾¹⁴⁾는 1999년 콜롬비아 카르타헤나에서 열린 생물다양성협약 특별회의에서 초안이 제출됐지만, 미국 캐나다 등의 반대로 연기되었다. 1999년 2월 콜롬비아 카르타헤나에서 개최되었던 제6차 의정서 작성을 위한 실무그룹회의와 특별당사국총회에서 주요 쟁점사항인 사전예방원칙의 적용, 사전통보승인(AIA) 적용범위 및 절차, 위해성 평가 및 관리체계, 정보공유 등 일부내용에 대해서는 합의가 도출되었다. 그러나 식품·사료·가공용 유전자변형 생물체(LMO) 등 농산품과 LMO 상품을 포함하도록 하지는 EU 및 개도국의 주장과, LMO의 정의를 환경으로 도입되도록 의도된 생명체에 한하여만 제한하자고 하는 미국 등 LMO 농산물의 수출국 그룹인 마이애미 그룹의 침예한 대립으로 의정서 채택에 실패하였다. 또한 LMO가 환경으로 유입되어 피해를 야기할 경우 누가 보상할 것인가의 책임(liability) 문제, LMO의 수입에 따른 전통적 농작물의 경쟁력 쇠퇴와 같은 잠재적인 사회·경제적인 영향을 최소화하는 방법 및 의정서와 WTO협정들과의 관계 등에 대하여도 합의가 이루어지지 않았다.¹⁵⁾

하지만 2000년 1월 캐나다 몬트리올에서 개최된 특별당사국총회에서 바이오안전성의정서는 채택되었으며, 2000년 5월 케냐 나이로비에서 개최되었던 제 5차 협약당사국총회에서는 총 68개국이 의정서에 서명하였다. 의정서는 LMO의 잠재적 위해성에 대한 과학적 불확실성에도 불구하고, 사전예방원칙(Precautionary principle)에 입각하여 LMO의 국가간 이동시 안전을 확보할 수 있는 절차를 규정한 새 천년 최초의 국제환경협약으로 50개국 비준후 90일후에 발효되도록 되어있다(바이오안전성의정서 제37조).

13) 그간 '생명공학안전성의정서'로 통용되어 온 의정서의 명칭은 정부에서 '바이오안전성의정서'로 사용하기로 하였다.

14) 이 협약의 배경 및 경과 등에 대해서는, 정상기, '생물안전성(biosafety)'에 관한 최근의 국제동향과 우리의 법적 과제, 연세법학연구 제5집 2권, 1998, 74면 이하 참조.

15) <http://food.consumernet.or.kr/board/read.php?table=News&no=357>

이렇게 채택된 바이오안전성의정서는 50번째 국가가 비준서를 기탁하면 90일 후부터 효력이 발생하게 되는데, 태평양 도서국가인 팔라우가 2003년 7월 14일 비준서를 기탁함에 따라 9월 11일부터 의정서가 발효되었다. 우리나라는 2007년 10월 2일에 비준서를 기탁하여, 2008년 1월 1일부터 효력을 갖게 되었다. 그리고 바이오안전성의정서의 국내 이행법률로서, '유전자변형생물체의 국가간이동 등에 관한 법률'이 제정되었는데, '유전자변형생물체의 국가간이동 등에 관한 법률'은 바이오안전성에 관한 카르타헤나의정서의 시행과 유전자변형생물체의 개발·생산·수입·수출·유통 등에 관한 안전성의 확보를 위하여 필요한 사항을 정함으로써 유전자변형생물체로 인한 국민의 건강과 생물다양성의 보전 및 지속적인 이용에 미치는 위해를 사전에 방지하고 국민생활의 향상 및 국제협력을 증진함을 목적(동법 제1조)으로 제정되었다.¹⁶⁾

2. 추가의정서의 채택경위와 내용

1) 채택경과

바이오안전성의정서 제27조(책임과 피해배상)에서는 “의정서 당사국회의의 역할을 수행하는 당사국총회의 제1차 회의에서 책임 및 피해배상문제에 관련하여, 이들 문제에 관한 국제법상의 현행절차를 분석하고 고려하여, 유전자변형생물체의 국가간 이동에 의해 초래될 손해에 대한 책임과 피해배상분야에 있어 적절한 국제규정과 절차를 마련하기 위한 작업과정을 채택하고, 이러한 과정을 4년 이내에 마칠 수 있도록 노력한다”고 하여서 유전자변형생물체로 인하여 발생할 수 있는 손해에 대한 책임법체계를 마련하도록 하였다. 즉 바이오안전성의정서 제27조에서는 의정서가 발효된 4년 이내에 LMO의 국가간 이동에 의해 초래되는 손해에 대한 책임 및 복구 분야에서 적절한 ‘국제규칙과 절차’를 숙고하기 위한 작업과정을 완료하기 위해 노력할 의무를 당사국총회에 부여하였다.¹⁷⁾ 이에 따라 2008년 5월 독일 본에서 개최된 바이오안전성의

16) 바이오안전성의정서와 ‘유전자변형생물체의 국가간이동 등에 관한 법률’의 자세한 내용은 전경운, 환경사법론, 집문당, 2009. 319-327면 참조.

17) 최승환, LMO 책임복구 추가의정서(안): 평가와 전망, BIOSAFETY, 제11권 제2호(통권 제43호), 2010. 9, 26면.

정서 제4차 당사국총회에 이르기까지 다섯 차례에 걸친 'LMO 책임복구 전문가 작업 반회의'를 통해 국제책임복구규칙을 제정하기 위한 논의가 이루어졌으나, 책임의 주체, 적용범위, 재정보증 등에 관한 선진국과 개도국간, LMO 수출국과 수입국간의 의견대립으로 성과를 이루지 못하였다.¹⁸⁾

그러므로 2008년 5월의 제4차 당사국총회에서의 합의에 따라 설치된 프렌즈그룹(Group of the Friends of the Co-Chairs)¹⁹⁾은 2009년 2월에 멕시코의 멕시코시티에서 제1차 프렌즈그룹 회의를, 2010년 2월에 말레이시아의 푸트라자야에서 제2차 프렌즈그룹 회의를, 그리고 2010년 6월 말레이시아의 쿠알라룸푸르에서 제3차 프렌즈그룹 회의를, 그리고 2010년 10월 일본 나고야에서 개최된 제4차 프렌즈그룹 회의를 통하여, 모든 쟁점을 타결한 후 채택된 'LMO 책임복구 추가의정서(안)'을 2010년 10월 11일부터 15일까지 일본 나고야에서 개최된 바이오안전성의정서 제5차 당사국총회에 제출하였고, 법률초안그룹의 문구조정작업을 거쳐 'LMO 책임복구 추가의정서' Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety가 10월 15일 당사국총회 전체회의에서 채택되었다. 추가의정서는 2012년 3월 6일까지 회원국의 서명을 받아 40개국이 서명한 시점으로부터 90일 후부터 발효될 예정이다. 추가의정서가 6년 이상 진행된 협상 끝에 어렵게 채택된 이유는, 대다수의 개도국과 LMO 수입국은 LMO의 국가간 이동에 따른 피해발생 또는 충분한 피해발생 가능성에 대해 사전적인 대응조치를 운영자 또는 국가책임기관이 취하도록 해야 하며, 피해를 야기한 당사자가 오염자부담원칙에 따라 배상책임을 지도록 하는 법적 구속력이 있는 국제규칙이 필요하다는 입장을 견지한 반면에, LMO 수출국은 LMO의 국제무역을 촉진하기 위해 규제수위를 최대한 낮추기 위해 개도국 등의 주장에 반대하여 왔기 때문이라도 한다.²⁰⁾

18) 이에 대해서 자세한 것은, 최승필, 바이오안전성의정서의 추가의정서로서 손해배상에 관한 문제, 한국 환경법학회 제105차 정기학술대회(2011. 5. 13) 발표자료집, 79-81면 참조.

19) 프렌즈그룹 회의는 책임복구규칙을 채택하기 위한 일정의 촉박성 때문에 모든 당사국들이 참여하는 작업반회의보다는 지역별 대표국가들로 구성된 프렌즈그룹 회의를 활용하는 것이 보다 적절하다는 스위스의 제안이 반영된 결과이다(최승환, LMO 책임복구 추가의정서의 주요내용과 평가, BIOSAFETY, 제11권 제3호(통권 제44호), 2010. 11, 40면).

20) 최승환, LMO 책임복구 추가의정서의 주요내용과 평가, 전계논문, 41-46면.

2) 추가의정서의 내용

추가의정서는 전문과 21개조로 구성되어 있다.²¹⁾²²⁾ 추가의정서에 의하면 LMO에 의한 '피해'란 '인체건강에 대한 위해를 고려하고 생물다양성의 보전과 지속가능한 이용에 대해 미치는, 인간이 야기한 기타 변이(variation)나 자연적 변이를 고려하여, 책임기관에 의해 인정된 확립된 기준을 고려하여 측정가능하거나 달리 관찰될 수 있고 중대한²³⁾ 부정적 영향을 의미한다'(추가의정서 제3조 제2항(b))고 규정하고 있으며, 책임의 주체로서는 운영자(operator)로 규정하여, '운영자는 LMO를 직접 또는 간접으로 통제하는 모든 인(person)을 의미한다. 여기서 인에는 적절하고 국내법에 의해 결정되는 바와 같이, 면허소유자(permit holder), LMO를 시장에 유통시키는 자, 개발자, 생산자, 통고자, 수출업자, 수입업자, 운송업자 또는 공급업자를 포함할 수 있다'(추가 의정서 제2조 제2항(c))고 하고 있다.

LMO 피해에 대한 책임과 복구에 있어서 면제에 관해 '당사국들은 자국의 국내법에 a) 자연재해 또는 불가항력, b) 전쟁행위 또는 내란이라는 두가지 면제사유를 규정할 수 있다'(추가의정서 제6조 1항)고 하면서, 제2항에서는 '당사국들은 그들이 적절하다고 간주하는 기타 면제 및 경감사유를 국내법에 규정할 수 있다'(추가의정서 제6조 2항)고 하여서 기타 면제사유에 대해서도 국내법에 규정할 당사국들의 재량적 권한을 인정하고 있다. 그 외 추가의정서는 타결시한의 촉박함과 각 당사국의 이견으로 인하여 책임과 관련한 중요한 사항에 대하여 국제적 통일규범을 마련하지 못하고 국내법

21) 추가의정서의 조항별 내용을 보면, 제1조 목적, 제2조 용어의 사용, 제3조 적용범위, 제4조 인과관계, 제5조 대응조치, 제6조 면제, 제7조 시효, 제8조 재정적 한계, 제9조 구상권, 제10조 재정보증, 제11조 국제불법행위에 대한 국가책임, 제12조 이행과 민사책임의 관련성, 제13조 평가 및 재검토, 제14조 의정서 당사국회의의 역할을 수행하는 당사국총회, 제15조 사무국, 제17조 서명, 제18조 발효, 제19조 유보, 제20조 탈퇴, 제21조 정본이다.

22) 이에 대해서 자세한 것은, 최승환, LMO 책임복구 추가의정서의 주요내용과 평가, 전계논문, 41-45면 참조.

23) 부정적 영향의 중대성에 대해서 추가의정서 제2조 3항은 다음과 같이 정의하고 있다. '중대한(significant) 부정적 영향이란 a) 합리적 기간동안 자연적 회복을 통해서 제거되지 않을 변화로 이해될 장기적 또는 영구적 변화, b) 생물다양성의 구성요소에 부정적으로 영향을 미치는 질적 또는 양적 변화의 정도, c) 재화와 용역을 제공하는 생물다양성 구성요소의 능력감축, d) 의정서 문맥에서 인체 건강에 대한 부정적 영향의 정도와 같은 요소들에 입각하여 결정되어야 한다'고 규정하고 있다.

으로 정하도록 하고 있는데, i) 인과관계의 입증(추가정서 제4조),²⁴⁾ ii) 청구권의 시효(추가정서 제7조), iii) 재정보증(추가정서 제10조), iv) 이행과 민사책임과 관련하여, 피해를 규율하기 위한 일반 및 절차에 관한 민사규범의 마련으로 기존 국내법의 적용 또는 별도의 입법여부에 관한 사항(추가정서 제12조) 등이다.

특히 민사책임은 추가정서를 채택하는 과정에서 가장 논란이 많았던 핵심쟁점 중의 하나였는데, 추가정서 제12조는 ‘당사국들은 피해를 규율하는 절차규칙을 국내법에 마련한다’(추가정서 제12조 1항). ‘이 의무를 이행하기 위하여 당사국들은 본 추가정서에 따른 대응조치를 제공하고, 적절한 경우 민사책임에 관한 적용가능한 일반규칙과 절차를 포함한 기존 국내법을 적용하거나, 특히 이러한 목적을 위한 민사책임절차규칙을 적용 또는 개발하거나, 또는 양자의 혼합을 적용 또는 개발할 수 있다. 당사국들은 민사책임에 관한 자국 국내법에 본 추가정서 제2조 제2항 (c)호의 피해에 연류된 물적 또는 인적 피해에 관한 적절한 절차규칙을 제공할 목적으로 민사책임에 관한 적용가능한 일반규칙과 절차를 포함한 기존 국내법을 적용하거나, 특히 이러한 목적을 위한 민사책임절차규칙을 적용 또는 개발하거나, 또는 양자의 혼합을 적용 또는 개발한다’(추가정서 제12조 2항). ‘상기 제1항과 제2항에서 언급된 민사책임법을 개발할 경우, 당사국들은 특히 다음 요소들을 적절하게 취급한다: 피해, 엄격 또는 과실책임을 포함한 민사책임 기준, 적절한 경우 책임의 집중, 제소권(추가정서 제12조 3항).²⁵⁾

위에서 보듯이 추가정서를 통해 LMO 피해에 적용될 민사책임에 관한 구속력 있는 국제규정이 채택되지 못하였으므로, 당사국들은 민사책임에 관한 절차규칙과 그 내용을 국내법을 적용하거나 개발해야 하게 되었다. 이에 따라 국제적으로 통일된 민사책임규정이 없으므로 상이한 민사책임규정의 적용에 따른 국제통상분쟁 등은 앞으로 증가하리라 예상된다.

24) 추가정서는 피해를 입증하기 위해서는 ‘해당 LMO와 피해간에 국내법에 따라 인과관계가 수립된다(추가정서 제4조)’고 하고 있다.

25) 이 중 제2항과 제3항의 구속력여부에 대해 논란이 많았고, 모두 구속력이 있는 문구 ‘shall’로 합의한 후 채택되었다고 한다(최승환, LMO 책임복구 추가정서의 주요내용과 평가, 전계논문, 45면).

III. LMO 피해자 보호를 위한 현행 책임법과 그 한계

1. 유전자변형생물체에 의한 피해의 유형

현재 유전공학기술에 의하여 생산되는 유전자변형생물체(LMO)를 보면, 유전자변형 농작물(감자, 콩, 옥수수, 밀 등), 유전자변형식물(채소, 과일, 화훼식물), 유전자변형 동물(인공장기생산용 형질전환 동물 등), 유전자변형미생물 등이 있고, 이들을 기초로 하여서 의약품·식품·사료·환경정화용 각종의 미생물·각종의 제품 등이 만들어지고 있다.

이에 따라 유전공학에 의한 유전자변형생물체의 위험성의 유형을 보면, 첫째로 유전자변형생물체의 환경에 대한 방출과 출시로 인해서 유해한 유전자변형생물체가 환경개체인 대기·수질·공기를 오염시키고 이를 통하여 인간과 재화에 치명적인 피해를 발생시키는 경우는 생각해 볼 수 있다. 둘째로 유해한 유전자변형생물체가 인간 제조물을 통하여 인간과 환경에 피해를 발생시키는 경우를 생각해 볼 수 있는데, 실제 유전자변형생물체가 현실에서 각종의 제조물의 제조시에 이용되고 있는 실정이다.

추가적정서는 결국 LMO 피해에 대한 민사책임의 법리설정 등에 대해서 각국의 국내법에 의하거나 새로운 입법을 하도록 결정이 되었다. 우리나라의 경우 현행법상 생명공학기술이나 유전자변형생물체에 관한 손해배상책임을 별도로 규정하고 있지는 않다. 그러므로 이하에서는 현행법상 유전자변형생물체에 의하여 피해를 당한 경우에 피해자의 피해를 구제받기 위한 사법상의 책임문제를, 현행의 환경침해책임 및 제조물책임과 관련하여서 검토해보고 그 한계를 살펴보고자 한다.²⁶⁾

26) LMO를 생산 또는 공급한 자와 이를 사용한 자 사이에 계약관계가 있고, 전자의 고의 또는 과실로 인하여 피해가 발생한 경우에 계약상의 책임을 물을 수 있으나, LMO에 의한 피해는 불특정 다수의 사람 또는 지역에서 발생하는 경우, 즉 계약관계가 없는 자들 사이에서 발생하는 경우가 일반적인 것으로 예상됨으로써 계약책임에 의할 수 있는 경우는 흔치 않다고 할 것이다.

2. 유전자변형생물체의 방출과 출시로 인한 환경침해책임

1) 피해발생의 유형

유전공학기술이 알려진 이래 유전공학작업에 기하여 유전자변형을 가장 많이 하는 대상은 박테리아 유전자와 바이러스 유전자의 변형을 통하여 인간과 환경에 유익한 바이러스와 박테리아를 만들어내는 실험 내지 작업이 가장 많이 이루어지고 있다고 할 것이다. 이에 따라 유전공학적으로 변형된 박테리아나 바이러스의 방출과 출시를 통하여 실제 일어날 수 있는 인간과 환경에 대한 위험은 경우에 따라서는 도저히 예측할 수 없는 범위에 까지 이를 수도 있을 것이다.

그리고 유전공학적으로 변형된 유기체의 방출과 출시로 환경오염이 일어난 경우에 유전공학적으로 변형된 바이러스나 박테리아를 매연, 열기체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 불가량물질로 볼 수 있느냐가 문제인데, 전통적인 의미에서 환경오염을 일으키는 불가량물질로 박테리아나 바이러스 등을 그 적용범위에 예상해서 포함시켰다고 할 수 없을 것이지만, 먼지 등의 경우에 의한 환경오염은 불가량물질에 포함된다 고 볼 수 있을 것이다. 그러므로 바이러스나 박테리아에 의한 대기오염이 일어난 경우에 결국은 바이러스나 박테리아가 먼지 등과 결합하여 위험을 발생시킨다는 점에서 바이러스나 박테리아에 의한 대기오염의 경우에도 환경침해의 법리가 적용될 수 있다고 할 것이다. 또한 환경침해는 과학기술의 발전에 의하여 그 유형이 다양화되는 것을 고려한다면, 기술의 발전에 따른 환경침해의 범위는 확충될 수 있다고 보여진다.

2) 민사법상 피해발생시의 피해자가 취할 수 있는 법적 조치

만일 인간에 유해한 유전자변형 박테리아나 바이러스 등의 생물체가 환경에 방출되거나 출시되어 대기·수질·공기를 오염시키고 인간과 재화에 피해를 발생시킨다면 피해자는 어떠한 민사상 법적조치를 취할 수 있는가를 생각해 보면 다음과 같다.

환경침해로 인한 피해자의 구제와 관련하여서 우리 민법과 여타의 법률의 규정을 보면, 매우 다양한 민법규정과 특별법 규정이 관련되게 된다. 먼저 유해한 유전자변

형생물체에 대해서 민법 제214조나 제205조 등에 기하여 방해의 제거나 예방을 청구할 수 있다²⁷⁾고 할 것이다. 그리고 피해가 발생한 경우에 피해에 대한 손해배상청구를 할 수 있는 환경책임법(Umwelthaftungsrecht)으로서는, 먼저 민법 제750조가 가장 기본적인 규정으로서 적용이 되며, 공동불법행위와 관련하여서 민법 제760조가 적용이 될 수 있다. 특별법으로서는 환경정책기본법 제31조에서 사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 무과실책임을 지도록 규정하고 있으며, 토양환경보전법에서는 토양오염에 의한 손해에 대해서 오염원인자에게 무과실책임과 정화책임을 규정하고 있다(동법 제23조). 또한 수산업법 제80조에서는 산업시설 기타 사업장의 건설 또는 조업이나 선박, 해양환경관리법 제2조 제10호에 해양시설과 해저광구의 개발 등에 의한 수질오염으로 인하여 면허받은 어업에 피해가 발생한 때에는 그 오염발생시설의 경영자는 관계법령이 정하는 바에 따라서 피해자에게 배상할 무과실책임을 지도록 규정하고 있다.

그 외에 환경침해로 인한 피해는 보통 피해자가 다수이고 가해자의 확정과 가해자 간의 분담책임의 곤란, 가해자에 대한 피해자의 열등한 지위, 인과관계의 입증의 곤란 등으로 인하여 환경소송에 의해서는 해결이 곤란한 경우가 많다. 그리하여 일종의 준사법적인 분쟁해결기능을 가진 행정위원회에 의해서 환경침해 피해를 소송외적 방법으로 해결하려는 취지에서 환경분쟁조정법이 제정되어 시행되고 있다. 이에 따라 환경분쟁조정위원회의 斡旋·調停·裁定에 의하여 환경침해로 인한 피해에 대해서 신속하고 간단한 해결을 피해자에게 제공하고 있으므로 환경분쟁조정위원회에 피해발생의 분쟁조정을 신청할 수도 있을 것이다.²⁸⁾

3) 일반불법행위에 의한 환경침해책임

가. 서

유전자변형생물체에 의하여 환경침해로 인한 발생한 피해에 대하여 가해자의 불법행위책임을 묻는 경우에 피해자는 가해자의 환경침해에 대한 고의·과실, 위법성, 침

27) 대판 2007. 6. 15, 2004다37904,37911.

28) 이에 대해서 자세한 것은, 전경운, 環境紛爭調整制度의 현황과 문제점, 환경법연구 제26권 3호, 2004. 9, 219-241면 참조.

해와 손해발생간의 인과관계 등을 모두 입증해야 하는데, 이러한 입증에 있어서 다른 불법행위에서와 같이 피해자에게 입증할 것을 요구하는 경우에는 피해자는 거의 환경침해로 인한 피해의 배상을 받을 수 없게 된다. 그래서 이러한 불합리를 개선하고자 학설과 판례에 의해서 환경침해로 인한 피해배상에서의 특수한 법리가 개발되어서 인정되고 있다. 그러므로 환경침해로 인한 손해배상청구에서 인정되는 특수한 법리에 대해서 살펴보는 것이 필요하다고 할 것이다.

나. 침해자의 고의·과실

불법행위로 인한 책임은 過失責任을 原則으로 하기 때문에 피해자가 먼저 가해자의 고의·과실을 입증하지 않으면 안된다. 이 때 과실책임의 원칙을 환경침해로 인한 손해배상의 문제에 그대로 적용하게 되면 불합리한 결과가 나타나게 된다. 즉 일반적으로 과실은 相當한 防止設備를 하여야 할 의무에 위반하여 오염물질을 배출한 경우에 인정되게 된다. 그러므로 상당한 방지설비가 있거나 기술적·경제적으로 방지가 불가능한 경우에는 일응 과실이 없다고 할 수 있게 된다. 이렇게 과실의 문제를 보게 되면 被害者의 保護가 충분치 않아서 문제가 발생한다. 이러한 이유로 물론 무과실책임을 인정할 필요성이 생기나 무과실책임을 인정되지 않는 경우에는 어떻게 할 것이냐가 문제이다.²⁹⁾ 따라서 환경침해로 인한 피해자를 두텁게 보호하기 위해서 判例나 學說은 豫見可能性說을 인정하여 과실의 개념을 확장하여서 사실상 무과실책임에 접근하는 해석론을 전개한다.

豫見可能性說은 손해의 발생에 관하여 豫見可能性이 있으면 조업정지 등을 통하여 손해회피조치를 취함으로써 손해발생을 방지할 수 있다는 점에서 예견가능성을 과실의 중심내용으로 하는 견해이다. 즉 예견가능성설은 행위자가 그의 행위의 유해한 결과를 사실 인식하였으나, 모든 주의시에도 유해한 결과를 회피할 수 없고 행위자가 환경위험적인 활동을 포기할 때에만 회피될 수 있는 경우에도 과실이 인정된다는 견해로서, 손해발생행위가 계속되고 있는 때에는 당연히 예견할 수 있었던 것이므로 과실을 인정하게 되고, 경우에 따라서는 최소손해 이외에는 모두 과실에 의한 것이 될 것이다. 이 때 豫見可能性의 유무는 관계된 행위자를 표준으로 하여 현실로 예견할

29) 박윤직, 채권각론(신정판), 박영사, 1995, 782면.

수 있었는가의 여부를 따지는 것이 아니고, 동종의 사업을 하는 자가 통상 갖추고 있는 전문적 지식을 표준으로 하여 판단하여야 한다고 한다.³⁰⁾ 이러한 예견가능성설은 피해자보호에 충실한 이론이 될 것이나 또한 사실상 無過失責任을 인정하는 이론으로서 과실의 옷을 입은 무과실책임이 될 것이다. 이러한 예견가능성설이 오늘날의 통설³¹⁾이라고 볼 수 있고, 판례의 입장이기도 하다.³²⁾

다. 침해행위의 위법성

違法性이라 함은 가해행위가 법질서에 반하는 것을 말하는데, 실정법 내지 선량한 풍속 기타 사회질서 위반 등을 의미하는 것으로서, 환경침해의 문제에 있어서 위법성은 민법 제217조와의 관계에서 살펴볼 필요가 있다.³³⁾ 환경침해 내지 오염물질의 배출은 그 자체로서 바로 위법한 것이 아니라 가해행위가 사회적으로 인용할 수 있는 한도를 넘는 경우에 비로소 위법하게 된다는 수인한도론이다.

수인한도론이라 함은 환경침해의 위법성에 관한 통설적인 견해로서, 인간이 사회생활을 영위해 나가기에 있어서 타인에게 손해나 불편을 끼치는 경우가 있을 수 있기 때문에 어느 정도까지는 이를 서로 인용하지 않으면 안되고, 그것이 인용해야 할 일정한 범위·한도를 넘어설 때에만 위법성을 띠게 된다는 것이다. 이러한 수인한도론은 바로 제217조에서의 忍容義務와 관련하여서 발생된 이론으로서, 즉 앞에서 고찰한 인용의무의 범위내에서의 침해는 인용하여야 하고 인용의무의 범위를 넘어서는 침해는 위법한 침해가 된다는 것이다.

이러한 수인한도론은 判例³⁴⁾와 通說의 입장으로서, 구체적으로 수인한도를 결정하는 사정은 피침해이익의 종류 및 정도, 침해행위의 공공성, 피해의 지역성, 손해방지

30) 편집대표 金曾漢/李勇雨 집필, 전계서, 77면.

31) 박윤직, 전계서, 782면; 구연창, 公害判例의 연구, 晴軒金曾漢博士華甲紀念論文集(현대민법학의 제문제, 1981), 594면.

32) 大判 1973. 10. 10. 73다1253 판결에서 “실사 피고공장이 그 공장설립 당시나 그 가동에 있어서 현대 과학이 가능한 모든 방법을 취하여 손해를 방지하는 시설을 갖추고 있다하여 피고가 원고에게 가한 불법행위에 과실이 없다 말할 수는 없다”고 판시하여서 예견가능성설을 취하고 있다고 할 것이다.

33) 박윤직, 전계서, 782면.

34) 대판 1974. 6. 11. 73다1691; 대판 1978. 12. 26. 77다2228; 대판 1982. 9. 14. 80다2859; 대판 1989. 5. 9. 88다카4697; 대판 1991. 7. 23. 89다카1275 등.

를 위한 가해자의 조치, 손해의 회피가능성, 공법상의 규제기준의 준수여부, 토지이용 관계 등을 종합적으로 고려해야 한다고 하고 있다. 그러나 수인한도론은 기본적으로 민법 제217조 등의 인용의무가 환경침해로 인한 불법행위책임에서 어떠한 의미를 갖는지를 논하는 것으로서 수인한도의 구체적인 내용은 제217조의 해석과 관련되어서 논의되어 져야 할 것이다.³⁵⁾

라. 가해행위와 손해발생 사이의 인과관계

환경침해로 인한 불법행위책임의 인정에서 가장 어려운 것은 가해행위와 생명·신체·물건의 손해발생 사이의 因果關係의 立證이다.³⁶⁾ 왜냐하면 환경침해로 인한 피해의 발생은 간접적 피해로서, 침해행위가 있고 그 침해행위가 환경매개체인 물·공기·대기에 확산되어 다시 생명·신체·물건에 대하여 손해를 발생시키는 체계를 갖고 있기 때문에, 피해자는 가해자의 행위가 오염물질배출과 인과관계가 있다는 사실 및 피해자의 손해가 그 오염물질과 인과관계가 있다는 사실을 입증하여야만 한다. 그러나 대부분의 피해가 적법한 기업활동에 수반하여 부차적으로 발생하고, 이러한 인과관계의 입증에서 가해자의 기업활동에 대한 정보에 접근하기 어려운 피해자로서는 입증하기가 어렵다. 또한 오염물질이 장기간에 걸쳐 미량으로 배출되고 또 그것이 環境媒介體인 물·공기·토양을 통하여 피해자에게 도달되기 때문에, 그 사이에 자연현상이나 그 밖에 중립적 원인자가 가세하여 추가적인 작용을 할 가능성이 있다. 또한 가해자가 다수인 때에는 이들 중 누구의 침해행위에 의하여 손해가 발생했는지를 판단하기가 복잡하고 어렵기 때문에 인과관계를 입증하기가 대단히 곤란하다.

그러므로 이러한 환경침해로 인한 불법행위책임에서 피해자에게 인과관계의 입증을 일반불법행위와 같은 수준으로 요구하게 되면 피해자는 立證困難으로 소송자체를 포기하거나 가해자측의 화해압력에 쉽게 따르기가 쉬울 것이다. 특히 환경소송에서

35) 일본에서 발전된 환경침해로 인한 불법행위의 違法性 判斷에서 독자적으로 논하는 受忍限度論은 일본 민법이 독일민법 제906조나 한국 민법 제217조와 같은 규정이 없으므로 이러한 법의 흠결을 메우기 위한 해석론으로 제기된 것이 수인한도론이 아닌가 한다.

36) 그러나 고정적인 소음이나 진동 및 일조방해 등과 같은 상린관계적인 분쟁의 경우에는 가해자가 특정되어 있고, 가해자와 피해자의 거리도 가깝기 때문에 因果關係의 立證에 큰 어려움이 발생하지 않는다.

인과관계를 입증하기 위해서는 고도의 자연과학적 지식이 요구되는데, 피해자는 이러한 전문지식을 갖추지 못한 것이 통례이고, 또한 전문가의 도움을 받을 수 있는 충분한 자력도 없는 것이 보통이다. 그리고 이러한 피해자를 도와줄 수 있는 공적 조사기관도 제대로 마련되어 있지 않으며, 일반적으로 가해자의 협력을 기대하기도 곤란하다.³⁷⁾ 그러므로 민사소송법상의 立證責任分配原則을 유지하면서 피해자를 두터이 보호할 수 있는 방안이 모색되지 않으면 안되는데, 이를 위하여 개연성설을 비롯한 각종의 인과관계의 입증완화를 위한 다양한 이론과 판례가 발전하게 되었다.

먼저 蓋然性說이 학설에서 주장되어 판례에서 인정되고 있는데, 통상의 민사소송에 있어서 어떤 사실의 증거가 있다고 하기 위해서는 인과관계에 관한 판사의 優越한 蓋然性(überwiegende Wahrscheinlichkeit)이 아니라 '합리적인 의심을 침묵시키는 높은 개연성'³⁸⁾ 내지 '인간의 경험에 의해서 예외없이 유효함'³⁹⁾을 요구하는데, 그러나 많은 환경소송에서는 다른 불법행위소송에서의 한정적인 손해원인과는 달리 환경오염물질로부터 발생된 손해가 단지 개연성적 진술(Wahrscheinlichkeitsaussagen)로서만 인과관계를 입증할 수 있다는 것이다.

개연성이론 그 자체는 확고하게 정립되었다고 할 수는 없으나, 불법행위로 인한 손해배상에 있어서 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 책임을 부담시킬 것인가를 가리기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니라 法官의 自由心證에 의하여 얻어지는 확신에 의하여 얻어지는 인과관계를 말하는데, 이러한 확신은 통상인의 일상생활에 있어서 그 정도의 판단을 얻을 때에는 의심을 품지 않고 안심하고 행동할 것이라는 정도를 말한다고 할 것이므로 이러한 취지에서 볼 때 개연성이론은 인정될 수 있고, 환경소송에서 인과관계의 입증의 곤란은 우연한 것이 아니라 현재의 학문수준에서 피할수 없는 것이기 때문에 개연성이론은 인정되어야 할 것이다.⁴⁰⁾

한국의 대법원은 초기에는 환경소송에서 蓋然性理論을 인정하지 않았으나,⁴¹⁾ 1974

37) 洪準亨, 전거서, 154면.

38) Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 24. Aufl.(1993), S. 179.

39) Richard Zöller, Zivilprozessordnung, 20., Aufl.(1996), §286 Rdnr. 13.

40) Günter Hager, Umweltschäden –ein Prüfstein für die Wandlungs- und Leistungsfähigkeit des Deliktsrechts, NJW 1986, S. 1968.

년 한국전력사건⁴²⁾에서 개연성이론을 인정한 이래 대법원의 확고한 태도가 되었다고 볼 수 있다. 한국전력사건에서 대법원은 “개연성이론 그 자체가 확고하게 정립되어 있다고는 할 수 없으나 결론적으로 말하면 공해로 인한 불법행위에 있어서의 인과관계에 관하여 당해 행위가 없었더라면 결과가 발생하지 아니하였으리라는 정도의 개연성이 있으면 족하다는 다시 말하면 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 상당정도의 가능성이 있다는 입증은 함으로써 족하고 가해자는 이에 대한 반증을 한 경우에만 인과관계를 부정할 수 있다고 하는 것으로 이는 손해배상을 청구하는 원고에 입증책임이 있다는 종래의 입증책임원칙을 유지하면서 다만 피해자의 입증의 범위를 완화 내지 경감하는 반면 가해자의 입증의 범위를 확대하는 것을 그 골자로 하고 있는 것으로 이해된다. 이런 시점에서 볼 때 위 개연성이론을 수긍 못할 바 아니다”라고 하여서 蓋然性理論을 정면으로 취급하여서 이를 인정한 판례로서 그 의의가 매우 크다고 할 것이다.⁴³⁾

마. 손해

환경침해도 인한 불법행위가 성립하기 위해서는 가해자의 침해행위로 인하여 피해자에게 손해가 발생하여야만 한다. 그리고 그 손해는 현실적으로 발생한 것에 한하여 배상이 된다. 이때 손해는 재산적 손해이든 비재산적 손해이든 간에 구별하지 않으며, 배상의 방법에 있어서는 금전배상을 원칙으로 한다(민법 제763조·제394조). 그리고 손해배상의 범위는 통상손해를 한도로 하며, 특별한 사정으로 인한 손해는 가해자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 한하여 손해배상을 청구할 수 있다(민법 제393조).

41) 대판 1973. 11. 27. 73다919에서 “원심은 본건과 같은 소위 공해사건에 있어서는 문제의 가해행위와 피해와의 간에 인과관계의 유무를 인정함에 있어서 일반불법행위와는 달리 일반적으로 충분한 인과관계의 입증 없이도 족하고, 다만 일정한 사유만 있어서 인과관계를 추정할 수 있는 개연성만 있으면 일응 입증이 있는 것으로 소송상 추정되어서 소위 입증책임의 전환이 있다는 전제하에 위 적시한 같은 판결을 하였으나, 우선 본건과 같은 소위 공해사건에 있어서의 이와 같은 입증에 관한 특별취급에 관한 위 전제는 본원이 인정할 수 없다”고 하여서 개연성이론을 부정하고 있다. 그러나 이 판결이 개연성이론을 부정한 것이 아니라는 견해도 있다(최석, 공해와 因果關係, 법과 공설(한국법학교수회편, 1974), 149면).

42) 大判 1974. 12. 10. 72다1774.

43) 이러한 개연성이론에서 한발 더 나아가서 新蓋然性說 등이 주장되고 있는데, 이에 대해서 자세한 것은, 전경은, 환경사법론, 전개서, 153-138면 참조.

4) 환경정책기본법 제31조에 의한 무과실책임

가. 환경정책기본법 제31조의 내용: 事業場 등의 無過失責任

환경정책기본법 제31조 제1항은 '사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다'고 하여서 사업장 등에서 발생하는 환경침해로 인한 책임은 당해 사업자가 과실과 관계없는 無過失의 損害賠償責任을 지도록 규정하고 있다. 이는 舊환경보전법 제60조 제1항에서 '사업장 등에서 발생하는 오염물질로 인하여 사람의 생명 또는 신체에 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다'고 규정하여서 생명·신체에 대한 피해, 즉 인체손해에 한해서만 무과실책임을 인정하던 것을 환경정책기본법 제31조는 보호법익을 생명·신체에 한정하지 않고, 환경침해에 대한 무과실책임을 생명·신체 뿐만 아니라 재산적 손해에 까지 확대되어 규정하게 되었다. 그리고 환경정책기본법 제31조 제2항은 '사업장 등이 2개 이상 있는 경우에 어느 사업장 등에 의하여 제1항의 피해가 발생한 것인지를 알 수 없을 때에는 각 사업자는 연대하여 배상하여야 한다'고 하여서 가해자 불명의 선택적 인과관계의 경우에 피해자의 인과관계의 입증책임을 덜어주고 있다.

환경정책기본법 제31조에 의해서 무과실책임을 지는 자는 사람의 생명·신체나 재산에 피해를 발생시키게 한 사업장 등의 사업자를 말하고, 이 때 事業場이라 함은 배출시설이 설치되어 있는 공장, 사업장을 말하는데, 동조에서는 '사업장 등'이라고 하여서 사업장에 한하지 아니하고 그 범위는 확대되어 자동차나 중기, 하수·폐수·분뇨종말처리장 또는 방지시설업소, 산업폐기물처리업소 등도 이에 포함되는 것으로 여겨진다.⁴⁴⁾ 환경오염이란 환경정책기본법 제3조 제4호에 의하면 '환경오염이란 사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동·악취 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다'고 규정하고 있다.

44) 구연창, 環境保全法, 삼영사(1981), 446면.

나. 환경정책기본법 제31조의 문제점

이러한 환경정책기본법 제31조의 사업장 등의 환경침해로 인한 무과실책임은 몇 가지 문제점을 가지고 있다.

첫째로 환경정책기본법 제31조의 규정은 一般條項의 형태로서 구성요건적 내용을 포괄적으로 규정하고 있으므로 사업자 등에서의 사업자 등, 환경오염, 피해의 발생으로서 손해의 종류와 내용 등의 구성요건의 구체적인 기준이 불확실하다. 또한 환경침해의 특질에서 비롯되는 인과관계의 입증완화를 위한 고려 등의 규정도 결여되어 있다. 그러므로 이 규정의 입법취지는 무과실책임을 환경정책의 기본원칙으로 한다는 것으로 해석될 뿐, 그 자체로서는 實體法的 效力을 갖지 못하므로 다른 특별법에 의한 구체적인 손해배상규정이 입법되어야 그 실효성이 확보된다는 견해가 있다.⁴⁵⁾ 그 이유로서는 환경정책기본법은 환경침해의 행정적 규제에 관한 기본법이고, 동법 제5절은 「분쟁조정 및 피해구제」라는 표제하에 제30조·제32조에서 국가 및 지방자치단체는 환경보전과 환경오염으로 인한 피해구제를 위하여 필요한 조치를 하도록 규정할 뿐, 구환경보전법 제60조 제3항⁴⁶⁾과 같은 구체적인 규정이 흠결되어 있기 때문이라고 한다. 그러나 이러한 견해는 환경정책기본법 제31조의 일반적인 문제점을 정당하게 지적하고 있으나 부가적으로 특별입법이 없으면 손해배상책임을 귀속시킬 수 없는 정책선언적 규정으로 파악하는 것에는 의문이 제기된다.⁴⁷⁾ 왜냐하면 구환경보전법 제60조가 그 보호법익을 사람의 생명 또는 신체에 발생한 피해에 국한하고 있었지만 환경정책기본법 제31조는 생명·신체뿐만 아니라 재산적 손해에 까지 확대한 것 외에는 근본적인 차이점을 발견할 수 없으며, 이러한 의미는 입법자의 의사에 의해서도 확인되고 있다.⁴⁸⁾ 그리고 최근의 대법원 판결⁴⁹⁾에서는 환경정책기본법 제31조 제1항에 대하여 실체법적 효력을 명시적으로 인정하였는데, “사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 경우에는 당해 사업자는 귀책사유가 없더라도 그 피

45) 이은영, 채권각론(개정판), 박영사(1995), 714면.

46) 구환경보전법 제60조 제3항 “제1항의 규정에 의한 피해의 배상에 관하여 이 법에 의한 것을 제외하고는 민법의 규정에 의한다. 다만 민법 이외의 법률에 다른 규정이 있을 때에는 그 규정에 의한다.”

47) 안법영, 환경오염사고와 위험책임, 환경오염의 법적 구제와 개선책(한림과학원총서 47, 1996), 303면.

48) 李相敦, 環境政策基本法과 環境對策個別法, 사법행정, 1992/3, 38면.

49) 대판 2001. 2. 9, 99다55434.

해를 배상하여야 하고, 환경오염에는 소음·진동으로 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 것도 포함되므로, 이 사건 원고들의 손해에 대하여 피고는 그 귀책사유가 없더라도 특별한 사정이 없는 한 이를 배상할 의무가 있다고 할 것이다"라고 하여서, 환경정책기본법 제31조 제1항의 실체법적 효력을 명시적으로 인정하였다. 물론 이러한 규정에 근거하여서 特別立法을 하는 것이 배제되어 있는 것은 아니고, 오히려 특별입법을 하는 것이 시급히 요구된다고 할 것이다.

둘째로 환경침해로 인한 손해중 忍容義務가 있는 손해, 즉 민법 제217조에 의해서 지역 통상적 이용으로 인한 침해 및 경미한 침해에 대해서는 인용의무가 설정이 되고, 이러한 인용의무는 환경침해로 인한 불법행위이론의 위법성에 영향을 미쳐서 수인한다론을 형성시킨다. 그러나 무과실책임, 즉 위험책임은 단순히 과실없이 손해를 배상하는 책임이 아니라 무과실책임에는 위법성도 필요하지 않게 된다.⁵⁰⁾ 그러므로 민법 제217조의 인용의무가 위험책임에서는 위법성이 요구되지 않으므로 인용의무의 설정에 관한 민법 제217조가 적용되지 않는다. 다시 말하면 사업장 등의 환경침해로 인한 책임에서는 경미한 침해 또는 토지 통상적 이용으로 인한 침해도 배상하여야 한다는 것이 된다. 이는 시설의 설치 인가나 허가상의 모든 요건을 준수한 정상경영으로 인해서도 환경침해가 발생할 수 있고 발생한다는 환경침해의 특질을 생각해 볼때 사업자인 가해자에게 너무나 과도한 책임을 인정하게 된다. 이러한 정상경영을 행한 사업자의 과도한 책임을 방지하기 위해서 독일의 환경책임법(UmweltHG)은 제5조에서 물건의 이용이 비본질적(unwesentlich)이거나 장소적 관계에 비추어 기대할 수 있는 정도로만 침해된 때에는 배상의무는 배제된다고 하여서 정상경영에 대한 배려를 하고 있다.

셋째로 불가항력에 의한 손해에 대한 면책규정이 없으므로 불가항력에 의한 손해도 배상되어야 하는 것으로 생각이 된다. 不可抗力(höhere Gewalt)이란 일반적으로 그 발생을 역시 최고도의 주의에 의해서도 예견할 수 없었거나 방지할 수 없었던 외

50) 危險責任은 과실을 요건으로 하지 않는 책임(verschuldensunabhängige Haftung)이다. 물론 과실없는 모든 책임을 위험책임으로 볼 수 있는 것도 아니다(犧牲責任(Aufopferungshaftung)도 과실과 위법성을 요하지 않는다). 그리고 위험책임은 過失 뿐만 아니라 違法性도 排除되는 것으로 특징지워진다(Karl Larenz, Die Schadenshaftung nach dem Wasserhaushaltsgesetz im System der zivilrechtlichen Haftungsgründe, VersR 1963, S. 596; Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Band II/2, 13. Aufl., S. 610; Erwin Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld, 3. Aufl., Rn. 326).

부로부터 기인하는 사건을 의미하는 것으로 이해할 수 있는데, 불가항력은 운영외적인 것으로서 예를 들어, 태풍·낙뢰·눈보라·새떼의 비상과 같은 자연재해, 제3자 개입에 의한 태업 또는 파업 등을 말한다.⁵¹⁾ 그러므로 사업장 등의 환경침해로 인한 무과실책임에서 이러한 손해가 배상되어야 하는지는 의문이다.⁵²⁾ 물론 위험책임의 본질로부터 불가항력에 의한 손해의 발생을 일정부분 배제할 수도 있겠으나, 근본적으로 불가항력에 의하여 발생한 손해의 책임배제를 규정하는 것이 타당할 것이다.⁵³⁾ 그러나 현재의 과학기술의 수준에 의해서는 인식할 수 없는 손해발생경과를 가진 개발위험(Entwicklungsrisiko)은 불가항력에 포함되지 않고 면책되어서는 안될 것이다.

넷째로 토양환경보전법 제23조는 토양오염에 대하여, 수산업법 제76조에서는 제한된 범위내의 수질오염에 대하여, 원자력손해배상법 제3조 제1항에서는 원자로의 운전 등으로 인한 원자력손해에 대하여, 유류오염손해배상보장법 제4조 제1항에서 유류오염손해에 대하여 무과실책임을 규정하고 있다. 하지만 환경정책기본법 제31조 제1항에서 사업장 등의 무과실책임을 규정함으로써 피해자는 토양오염, 유류오염, 원자력손해 등을 입은 경우에 이들 법률에 의하는 것이 아니라, 법리적으로는 이들 손해도 대부분 사업장 등에서 발생했을 것이므로 환경정책기본법 제31조에 의하여 손해배상을 청구하면 된다는 것이 된다. 즉 개별분야에서의 특수한 환경침해로 인한 특별법에 의한 무과실책임을 인정하는 위와 같은 특별법의 규정을 무용지물로 만들 수 있는 것이 환경정책기본법 제31조인 것이다.

다. 유전자변형생물체에 의한 피해에 환경정책기본법 제31조의 적용여부

첫째로 사업장 등의 개념에 유전공학작업을 행하는 시설 등을 사업장으로 볼

51) Alexander Reuter, Das neue Gesetz über die Umwelthaftung, BB 1991, S. 147.

52) 독일의 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz) 제4조, 수질관리법(Wasserhaushaltsgesetz) 제22조 제2항, 항공교통법(Luftverkehrsgesetz) 제33조, 원자력법(Atomgesetz) 제25조 등에서는 불가항력에 의한 면책을 규정하고 있다.

53) 독일 제조물책임법(Produkthaftungsgesetz)에서는 불가항력에 의하여 발생한 손해에 대한 책임배제사유를 명문으로 규정하지 않고 있는데, 불가항력에 의한 손해발생에 대해서는 제조자가 항변할 수 있다고 한다(Hans Claudius Taschner/Erwin Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl.(1990), ProdHaftG §1 Rdnr. 110). 이는 근본적으로 제조물책임은 제조물의 결함으로부터 발생해야 하기 때문에, 이로부터 불가항력에 대한 명문규정이 없더라도 불가항력에 의하여 발생한 손해에 대해서는 책임이 배제되는 것으로 해석할 수 있을 것이다.

수 있는나의 문제가 제기될 수 있는데, 유전공학적 연구와 작업을 행하는 시설 등도 동법 제31조상의 사업장으로 보는 데에는 크게 문제가 없을 것으로 보여진다.

둘째로 유전공학적으로 변형된 유기체의 방출과 출시로 환경침해가 일어난 경우에 유전공학적으로 변형된 바이러스나 박테리아를 매연, 열기체, 음향, 진동 기타 이와 유사한 불가량물질로 볼 수 있는나가 문제이다. 그러나 앞에서 본 바와 같이 환경침해를 일으키는 불가량물질로 박테리아나 바이러스 등을 포함시켜서 유전자변형 바이러스나 박테리아에 의한 대기오염 등의 경우에도 동법 제31조를 적용할 수 있지 않을까 한다. 또한 환경오염은 과학기술의 발전에 의하여 그 유형이 다양화되는 것을 고려한다면, 기술의 발전에 따른 환경오염의 범위는 확충될 수 있다고 보여지며, 그 외에 바이러스나 박테리아에 의한 수질오염이 일어난 경우에 동법 제31조가 적용될 수 있다고 할 것이다. 하지만 이러한 제31조의 적용범위의 확장 내지 유추적용과 관련하여서 위험책임규정의 확대 내지 유추적용은 허용되지 않는다는 입장도 있다.⁵⁴⁾

5) 환경침해책임 법리 적용의 한계

유전공학적으로 변형된 박테리아나 바이러스의 방출과 출시로 인한 환경침해로 인한 피해에 적용될 수 있는 민법 제750조는 근본적으로 과실책임의 법리에 의함으로 (물론 그 요건에 대한 입증책임 등이 판례와 학설에 의하여 완화되지만) LMO 피해로 인한 피해자보호에 한계가 있다고 할 것이다. 그리고 환경정책기본법 제31조에 의한 사업장 등의 무과실책임의 법리에 의할 때에는, 만일 동법 제31조의 법문에 충실하게 그 적용을 한다면 어찌면 피해자보호에 충분하지만, 다른 한편에서는 침해와 손해발생간의 인과관계만 있으면 피해의 배상이 인정된다고 볼 수 있으므로 과잉의 보호를 한다고 할 수도 있다. 추가의정서는 LMO 피해에 대한 책임과 복구에 있어서 면제에 관해 ‘당사국들은 자국의 국내법에 a) 자연재해 또는 불가항력, b) 전쟁행위 또는 내란이라는 두가지 면제사유를 규정할 수 있다(추가의정서 제6조 1항)고 하면서, 제2항에서는 ‘당사국들은 그들이 적절하다고 간주하는 기타 면제 및 경감사유를 국내법에 규정할 수 있다(추가의정서 제6조 2항)고 하여서 기타 면제사유에 대해서도 국내법에

54) 강봉석, 유전공학에서의 손해배상책임, 환경법연구 제24권 1호, 2002. 9, 276-279면.

규정할 당사국들의 재량적 권한을 인정하고 있다. 그 외 환경정책기본법 제31조의 사업장 등의 무과실책임의 규정은 원칙적으로 LMO 피해를 예상해서 규정한 것도 아니라고 할 것이다.

3. LMO 피해로 인한 제조물책임

1) 피해의 유형

현재 유전자변형농작물(감자, 콩, 옥수수, 밀 등), 유전자변형식물(채소, 과일, 화훼 식물), 유전자변형동물(인공장기생산용 형질전환 동물 등), 유전자변형미생물 등을 기초로 하여 의약품·식품·사료·등의 각종의 생산품 등이 만들어지고 있다.

이에 따라 유해한 유전자변형생물체가 들어간 제조물을 통하여 인간과 재화에 피해를 발생시키는 경우를 생각해 볼 수 있다. 특히 각종의 유전자변형생물체가 들어간 식품이나 의약품 등에 의한 피해발생가능성이 실제 우리나라에서는 많이 논의되고 있는 실정이다.

2) 일반불법행위에 의한 제조물책임

製造物責任이란 제조물에 통상적으로 기대되는 안정성을 결여한 缺陷으로 인하여 소비자나 이용자 또는 기타의 자가 인적·재산적 손해를 입은 경우에, 제조업자 등에게 지우는 손해배상책임을 말한다.⁵⁵⁾ 피해자가 제조업자에게 일반 불법행위법상의 過失責任의 法理(제750조)에 의하여 제조물책임을 묻기 위해서는 그 요건으로, 제품에 缺陷이 있고, 그에 관하여 제조자의 過失이 있고, 또한 제품의 결함과 손해발생 사이에 인과관계가 있다는 사실을 모두 입증하여야 한다.

가. 제품의 缺陷

제품의 결함이란 제품이 생산될 당시의 학문과 기술에 수준에 상응하는 안전성을

55) 대판 1999. 2. 5, 97다26593.

결여한 것이 결함이다. 즉 물품을 제조하여 판매하는 제조자는 그 제품의 구조·품질·성능 등에서 현대의 기술수준과 경제성에 비추어 기대가능한 범위내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조하여야 할 책임이 있고, 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 경우에는, 제품에 결함이 있는 것으로 추정된다.⁵⁶⁾

결함의 유형화는 반드시 필요한 것은 아니나, 결함의 이해 및 그 준부의 판단을 위해서 결함의 종류를 분류해 볼 필요성이 있다. 결함의 유형으로는 構造上の 결함, 製造上の 결함, 指示上の 결함, 개발위험의 결함 등이 있으나, 유전자변형생물체에 의한 피해는 대부분 개발위험의 경합인 경우가 많을 것이다. 개발위험의 결함은 제품의 유통시점에 있어서 과학과 기술수준으로는 제품에 내재하는 결함을 발견하는 것이 불가능한 위험을 말한다. 대체로 제조자에게 개발위험의 항변을 인정하고 있는 것이 현재의 추세이다(개발위험의 항변). 개발위험, 즉 개발도상의 결함(Entwicklungsfehler)은 제조물을 유통시킬 때 최신의 학문과 기술의 수준에 의해서도 예방할 수 없었던 제조물의 위험을 말한다. 이러한 개발위험은 2가지 유형으로 나누어 볼 수 있다.⁵⁷⁾ 첫째로 최신의 학문과 기술의 수준에 의해서도 아무도 알수 없었던 위험, 즉 ‘인식할 수 없는 위험’(nicht erkennbare Gefahren)은 개발위험이다. 둘째로 위험제거의 불가능성(Unmöglichkeit der Gefahrbeseitigung)으로서의 개발위험이다. 제조물의 설계 및 구조에서 종종 문제되는 위험으로서, 사실 위험을 알았고 인식했으나 유통시의 학문과 기술의 수준에 의해서는 이러한 위험을 막는 것이 가능하지 않은 위험이다. 이러한 제조물의 예로는 부작용을 수반한 의약품 등을 생각할 수 있다. 이러한 위험은 ‘개발도상의 공백’(Entwicklungslücke)으로도 언급된다. 개발도상의 공백을 가진 제조물에서는 제조물이용시의 남아있는 위험에 대한 충분한 지시·경고가 중요한 문제로 대두된다. 만일 개발도상의 공백으로 인하여 제조물에 최소한의 안전이 결여된다면 그 제조물은 거래에 유통되어서는 안된다. 또한 최소한의 안전이 결여된 제조물에 대해서는 제조물 위험에 대한 경고나 지시(Instruktion)로서 극복되지 않는다. 하지만 제조물의 최소한의 안전(Mindestsicherheit)이 확보되고 개발도상의 공백에 대한 충분한 지시·경고가 행해졌으면, 개발도상의 공백에는 제조물책임을 발생시키는 결함이 없다고 보아야

56) 대판 1992. 11. 24. 92다18139.

57) Produkthaftungshandbuch/Graf von Westphalen, Bd. 2, 2. Aufl., 1999, §24 Rdnr. 82-89.

한다.⁵⁸⁾ 그리고 미진한 위험인식(Unterentwickeltes Gefahrenbewußtsein)의 경우에는 개발위험이라고 볼 수 없다. 즉 제조물의 위험이 인식되었고 학문과 기술의 수준에 따라서 이러한 위험을 방지할 수 있으나, 제조물의 유통시에 이러한 안전설비를 하는 것이 월등한 안전기대하에서만 설치가 가능하기 때문에(예를 들어, 승용차의 구입시 측면에어백의 설치), 이를 행하지 않은 것을 개발위험이라고 할 수는 없다. 다시 말하면 승용차에 측면에어백을 설치하지 않은 것을 개발위험이라고 할 수는 없다. 이러한 경우는 통상적인 안전기대에서 안전조치의 필요성이 결여되어 있기 때문이다. 즉 일정한 안전설비가 높은 가격으로 인하여 또는 편리성을 이유로 거부된 경우에도, 제조물의 기본적 안전이 보장되는 한, 제조자는 기본적 안전을 넘어서 안전설비나 장치를 할 의무를 부담하지는 않는다는 것이다.⁵⁹⁾

나. 입증책임

제조물책임을 묻기 위해서는 제품에 缺陷이 있고, 그에 관하여 제조자의 過失이 있고, 또한 제품의 결함과 손해발생 사이에 인과관계가 있다는 사실을 모두 입증하여야 한다. 그러나 오늘날 같이 제조물의 생산과정이 복잡해지고 분업에 의한 생산이 이루어지는 경우에, 피해자가 제조물의 결함과 제조자의 과실을 입증한다는 것은 대단히 어려운 문제이다.

결함과 과실의 입증에서 독일에서 발전된 危險領域說이 우리나라에서도 인정되는 데, 위험영역설에 대해서 살펴보면 다음과 같다. 민사소송에서 입증책임에 대한 독일의 통설과 판례는 규범설(Normentheorie)에 의하는데, 이에 의하면 피해자는 청구권의 근거가 되는 규범의 요건사실을 모두 입증해야 한다. 즉 독일민법 제823조 제1항에 의한 손해배상청구권시 피해자는 전체불법행위구성요건에 대한 입증책임을 부담한다. 제823조 제1항에 의한 손해배상청구권은 가해자가 위법하고 책임있는 행위에

58) Hans Claudius Taschner/Erwin Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl., 1990, S. 67.

59) 그 외 생산물관찰의무가 인정되어, 제조자는 제조물이 유통되고 있는 경우에는, 유통되고 있는 제품의 결함유무에 관하여 계속적으로 관찰하여야 하며, 관찰을 하였다면 그 제품을 회수할 수 있었을 것임에도 불구하고 관찰의무를 게을리하여, 결함있는 제품으로 이용자가 피해를 입은 경우에도 제조자는 제조물책임을 지게 된다.

의하여 제823조 제1항에 의해서 보호되는 타인의 법익을 침해하고 발생한 손해와 가해행위 사이에 인과관계가 있는 경우에 인정된다. 이에 따르면 제조물책임소송에서 피해자는 제조물의 결함, 결함있는 제조물에 대한 제조자의 고의·과실, 제823조 제1항에 의하여 보호되는 권리나 법익의 침해 및 법익침해를 통한 손해의 발생, 결함과 손해발생사이의 인과관계에 관한 입증책임을 부담한다.⁶⁰⁾ 그러나 제조물소송에서 피해자가 이 모든 요건을 입증해야 한다면, 제조자의 생산과정에 대해서 전혀 알 수 없는 피해자로서는 도저히 극복할 수 없는 어려움에 부딪힐 것이다.

하지만 독일 연방대법원은 닭페스트 사건(Hühnerpest-Fall) 이래, 적어도 살충제사건(Derosal-Fall) 이래 제조자가 그의 객관적 의무위반과 과책에 대해서는 면책의 입증책임을 부담한다고 보았다.⁶¹⁾ 닭페스트사건(Hühnerpest-Fall)⁶²⁾에서 “공업생산물의 규정에 맞는 사용을 한 자가 결함있는 제조물로 인해 독일민법 제823조 제1항에 의하여 보호되는 법익이 침해를 받았다면, 그 결함을 발생시키지 않았다는 경과를 설명하고, 그에게 과책이 없다는 것을 설명해야 할 의무는 제조자의 일이다”라고 하여서, 입증책임의 전환을 인정하였다. 이 사건에서는 입증책임전환의 적용범위가 제조자의 과책(주관적 주의)에만 관계되는지 아니면 객관적 주의의무(외부적 주의)까지 포함되는지는 명확하지 않았다. 하지만 살충제사건(Derosal-Fall)⁶³⁾에서는 ‘입증책임의 전환은 주관적 의무위반(과책)에서 그치는 것이 아니라 객관적인 의무위반(objektive Pflichtwidrigkeit)에 까지 미친다’고 하여서, 제조물의 결함으로 손해가 발생된 것이 입증되면 제조자는 객관적 의무위반 뿐만 아니라 과책에 대해서도 면책의 입증을 해야만 한다고 하였다.⁶⁴⁾ 물론 제조자는 의무위반과 제조물결함 사이에 인과관계가 없다는 입증책임도 부담한다.

독일 연방대법원은 이러한 입증책임의 전환을 위험영역설(Sphärentheorie)에 근거하고 있다.⁶⁵⁾ 제조자는 제조물의 계획과 생산 및 제조물의 통제를 그의 영역에서 조

60) Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, 1990, Teil II Rdnr. 109.

61) Rainer Huth, a. a. O., S. 111.

62) BGH 51, 91; BGH NJW 1969, 269.

63) BGHZ 80, 186, 196f.; BGH NJW 1981, 1604.

64) Staudinger Komm/Johannes Hager, a. a. O., §823, Rdnr. F43.

65) Walter Rolland, a. a. O., Teil II Rdnr. 112.

직하므로 사실관계를 해명할 수 있는 모든 정보와 인식가능성은 제조자의 영역에서 일어나게 된다. 그리고 피해자는 제조물의 기술적 과정과 기업내부적인 조직과, 특히 제조물의 제조과정 등에 대해서 매우 제한적으로만 사실관계의 해명을 위한 가능성을 가지고 있을 뿐이다. 이에 프릴스(Prölss)는 진위불명인 사건경과가 손해배상을 청구당한 자의 위험영역(Gefahrenbereiche)에 있는 경우에는 그에게 증명되지 않은 책임을 부담시키는 것이 정의의 요청에 따르는 것이라고 보았다.⁶⁶⁾ 즉 피해자는 제조자의 위험영역을 조사할 수 없고, 따라서 제조자의 영역에서 발생한 것은 피해자에 의해서 증명될 수 없다. 그럼에도 불구하고 피해자에게 이러한 사건경과가 해명되지 않은 것에 대한 위험을 부담시키면, 가해자가 자신에게 불리한 사실관계를 해명한다는 것은 기대할 수 없기 때문에 피해자는 자신의 손해배상청구권을 기대할 수 없고, 따라서 법의 보호를 받을 수 없게 된다. 실제 제조물이용자는 제조물의 계획과 생산에 아무런 영향을 미치지 못하며, 오로지 제조물결함의 희생자일 뿐이며, 제조물생산시 전체 기술적·경제적 조직과 판매는 제조자의 영역에 놓여있다. 즉 전체 생산위험은 제조자에게 귀속되므로 입증책임을 전환하는 것이 타당하는 것이다.⁶⁷⁾

이러한 위험영역설을 우리 판례도 받아들여, 우리 판례는 제품에 결함이 있는 것으로 인정된 때에는 특별한 사정이 없는 한 제조업자에게 과실이 있는 것으로 보아 사실상 제조업자의 과실을 추정하는 경향에 있다. 즉 제조자의 귀책사유에 관한 입증책임을 전환하여 일단 제조물에 결함이 있으면 제조자의 귀책사유를 추정하여 제조자가 적극적으로 과실없음을 입증하지 못하는 한, 제조자가 불법행위책임을 지도록 하는 事實上의 推定을 인정하기도 한다. 또 한편으로는 피해자의 제조자 과실의 입증책임을 蓋然性 정도로 경감하기도 하고, 제조자의 면책입증을 어렵게 하는 방법으로 피해자를 보호하기도 한다.

피해자의 입증과 관련하여 제조자의 과실을 사실상 추정하고 또 인과관계의 입증을 경감시킨 판례를 보면,⁶⁸⁾ 양계업을 하는 A가 B로부터 사료를 구입하여 닭에게 급

66) Jürgen Prölss, Die Beweislastverteilung nach Gefahrenbereichen, VersR 1964, S. 903f.

67) 이러한 위험영역설에 대해서, 위험영역설은 그것이 입증책임의 영역에서 주장되었던 혹은 그것이 책임의 법률요건을 한계짓고 해석하기 위해 적용되었던지에 관계없이 그 이론 자체에서 만든 개념, 즉 입증책임전환을 가능하게 하기 위해 요구되는 위험영역을 정확하게 한계지를 수 없다는 비판 등이 제기된다.

식을 하였는데, 며칠 후부터 닭이 심한 중독증상을 일으켜서 산란율이 급격해 저하되었고, 이에 A가 B를 상대로 사료의 제조상의 과실을 들어 불법행위로 인한 손해배상을 청구한 사안에서, 위 사료는 불순물이 함유된 것으로 보여져 제조과정에 과실이 있고, 이로 인하여 그 손해가 발생하였다는 인과관계는 입증되었다고 판단하였다.⁶⁹⁾ 한편 TV 폭발사건⁷⁰⁾에서 피해자의 입증의 정도를, 소비자 측에서 그 사고가 제조업자의 배타적 지배하에 있는 영역에서 발생한 것(제조업자가 제조한 TV 자체에서 발생한 것)임을 입증하고, 그러한 사고가 어떤 자의 과실 없이는 통상 발생하지 않는다고 하는 사정을 증명하면, 제품에 결함이 있고, 그 결함에 제조자의 과실이 있으며, 손해의 발생에 인과관계가 있는 것으로 추정하는 것이 입증책임의 분배상 타당하다고 보았다. 그러므로 제조업자가 책임을 면하기 위해서는 TV폭발이 제품의 결함이 아닌 다른 원인에 기인한 점과 제품에 결함이 있다고 하더라도 과실이 없음을 입증하도록 하여, 피해자의 입증책임을 완화하였다.

다. 효과

제조업자가 손해배상책임을 진다. 피해자는 제품의 결함으로 인해 발생한 확대손해에 대하여 제조업자에게 손해배상을 청구할 수 있다(제750조). 피해자가 제품을 직접 구입하였는지의 여부는 문제되지 않는다. 그 밖에 부품공급자에게 과실이 있는 때에는 그도 원칙적으로 책임이 있으나, 원료나 부품이 크게 가공되거나 또는 제품의 유기적 일부로 되어 있는 때 혹은 제조자의 책임 아래 생산하고 있는 하수급인인 때에는 책임이 없는 것으로 해석된다.

68) “배합사료와 기초사료에 어떠한 불순물이 함유되었고 또 그것이 어떤 화학적 영양학적 내지는 생리적 작용을 하여 이를 사료로한 닭들이 난소협착증을 일으키게 되고 산란율을 급격 현저하게 저하케한 것 인지는 구체적으로 밝혀지지는 않았어도 위 사료로서 사양시험을 한 결과 똑같은 시험결과를 보였고 급식방법이나 계사관리 또는 사료보관에 어떤 이상이 없었고 사양시험에 제공했던 사료들이 변질되거나 부패한 것도 아니고 또 이진 사료를 급식할 무렵 닭들에 시주한 뉴켈슬 예방주사의 시주방법이나 약품에 아무런 하자도 없어 적어도 그 사료에 어떤 불순물이 함유된 것이 틀림없어 제조과정에 과실이 있었고 이로 인하여 원고가 사육하던 닭들이 위와같은 현상을 초래하게 된 경우에는 그 사료 제조 판매자에게 불법행위의 책임이 있다”(대판 1977. 1. 25, 75다2092).

69) 대판 1977. 1. 25, 77다2092.

70) 대판 2000. 2. 25, 98다15934.

4) 製造物責任法에 의한 제조물책임

가. 제조물의 개념

제조물의 개념에 관하여 제조물책임법⁷¹⁾ 제2조 1호는 “다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함하는 製造 또는 加工된 動産”이라고 규정한다.⁷²⁾ 가령 채혈된 혈액이 그대로 수혈되는 경우에 이는 제조물이 아니지만, 그 혈액에 항응고제가 첨가되는 등 가공처리를 거친 경우에 그 혈액제제는 제조물이다.⁷³⁾ 그리고 유전공학적인 방법으로 개량된 수피 잣소, 새끼를 보다 많이 낳을 수 있도록 품종 개량된 돼지, 유전자변형농작물, 유전자변형식물, 유전자변형동물, 유전자변형미생물 등은 제조 또는 가공의 개념에 포함될 수 있을 것이다.⁷⁴⁾ 이에 따라 이들을 기초로 하여 만들어진 의약품·식품·사료·환경정화용 각종의 미생물·각종의 제품 등은 동법이 적용되는 제조물이라고 할 수 있다.

나. 책임의 주체

제조물책임의 주체는 결함 있는 제조물을 제조한 자(製造者)에 한정되는 것이 아니

71) 우리나라에서의 제조물책임법은 2000년 1월 제정되고, 2002년 7월 1일부터 시행되었다. 이러한 제조물책임법은, 소비자피해 구제를 위해 제조물에 결함이 있으면 제조업자의 과실유무를 묻지 않고 배상 책임을 지우는 무과실책임의 도입과 이를 통한 제품의 안전성 제고를 목적으로 도입되었다.

72) 2000년 11월 독일 제조물책임법 개정전에는 동법 제2조 제2문에서 “1차적 가공을 거치지 않은 토지, 축산, 양봉과 수산의 농업경제적 생산물(농업적 자연생산물)은 동법의 적용이 제외된다. 수렵물도 마찬가지이다”라고 하여서 미가공된 농업적 자연생산물과 수렵물을 제조물책임법이 적용되는 제조물의 개념에서 제외를 하였다. 원래 1985년의 제조물책임에 관한 유럽공동체의 입법지침에서는 미가공된 농업적 자연생산물과 수렵물을 제조물로 인정할 것인지의 여부는 각 국가의 선택사항으로 규정하고 있었는데(Art 15 Abs. 1 EG-Produkt haftungsR), 독일은 이를 제조물책임법이 적용되는 제조물로 인정하지 않았었다. 그러나 1990년대 후반 전 유럽을 휩쓴 광우병의 영향으로 1차 농산물과 수렵물의 안전에 대한 소비자의 신뢰회복에 대한 필요성이 강하게 제기되었고, 이에 따라 1999년 5월의 ‘유럽공동체의 제조물책임에 관한 개정입법지침’(Richtlinie 1999/34/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte)에 따라서 위의 내용이 2000년 11월 독일 제조물책임법의 개정을 통하여 삭제되었다. 그러므로 지금은 미가공된 농업적 자연생산물과 수렵물도 독일 제조물책임법이 적용되는 제조물이 된다. 예를 들어, 미가공된 버섯, 딸기, 물고기 등도 동법 제2조상의 제조물이다.

73) 박동진, 제조물책임법상 제조물의 개념, 비교사법 제10권 4호, 2003. 12, 300면.

74) 상계논문, 304면.

라, 수입업자나 공급업자도 이에 포함될 수 있다. 즉 제조물의 제조·가공 또는 수입을 업으로 하는 자(수입업자)와 제조물에 성명·상호·상표 기타 식별 가능한 기호 등을 사용하여, 자신을 수입업자로 표시한 자 또는 수입업자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자(表示製造者)도 제조물책임을 진다(동법 제2조 3호). 그런데 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에는, 제조물을 영리 목적으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 공급하는 자(供給業者)도 배상책임을 진다(동법 제3조 2항). 다만 그 공급자가 상당한 기간 내에 그 제조업자 또는 공급한 자를 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지한 때에는 책임을 지지 않는다(동법 제3조 2항).

그리고 동일한 손해에 대하여 배상할 책임이 있는 자가 2인 이상인 경우에, 그들은 연대하여 그 손해를 배상할 책임이 있다(동법 제5조)

다. 제조자의 무과실책임과 면책사유

제조물책임법은 製造物의 缺陷으로 인하여 생명, 신체 또는 재산에 손해가 발생한 경우에 제조업자 등에게 손해배상책임을 지움으로써, 제조물책임을 무과실책임⁷⁵⁾으로 규정하고 있다(동법 제3조 제1항). 즉 제조물에 결함이 있으면 그 결함에 제조자의 과실의 유무에 관계없이 제조자는 무과실책임을 부담한다. 그리고 제조물의 결함으로 인해 발생한 확대손해에 대해서만 제조자 등이 배상책임을 지는 것이며, 당해 제조물에 대해서만 발생한 손해는 제조물책임이 아니라, 민법의 규정에 의해 처리된다(동법 제8조). 제조물책임법은 인과관계의 입증에 관하여 규정하고 있지 않다. 그런데 판례는 동법 시행 전부터 인과관계의 입증책임을 완화하고 있다.⁷⁶⁾

제조업자의 면책사유에 대해서는 동법 제4조 제1항에서 규정하고 있는데, 제조업자 등은 당해 제조물을 공급하지 않은 사실(동법 제4조 1항 1호), 당해 제조물을 공급한 때의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실(개발 위험의 항변)(동법 제4조 1항 2호), 제조물의 결함이 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실(동법 제4조 1항 3호), 원재료 또는 부품의 경우에 당해 원재료 또는 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지

75) 제조물책임법에 의한 제조물책임의 법적 성질에 대해서는, 전경운, 독일 제조물책임법의 주요내용과 동향에 관한 일고찰, 법과 정책연구 제10집 제3호, 2010. 12, 1265-1267면 참조.

76) 대판 2000. 2. 25, 98다15934 등.

시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실을 입증함으로써 제조물책임을 면할 수 있다(동법 제4조 1항 4호). 물론 제조업자 등이 제조물을 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함에 의한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 않은 경우에는 면책을 주장하지 못한다(동법 제4조 2항). 이러한 제조자의 면책사유를 규정한 이유는, 피해자와 제조자 사이에 위험의 정당한 분배를 위해서이다.⁷⁷⁾

제조자의 면책사유와 관련하여, LMO 피해와 관련하여 의미있는 것은, 첫째로 개발 위험, 즉 개발도상의 위험(Entwicklungsrisiko)으로서, 제조자가 제조물을 유통시킬 시점의 과학과 기술의 수준으로는 결함을 인식할 수 없었던 경우에는 제조자는 면책된다는 것이다. 제조물책임법 제4조 제1항 2호의 개발위험인가의 여부의 결정적인 기준은 손해에 원인이 된 제조물을 유통시킬 당시에 결함이 있었지만 제조자가 결함을 인식하지 못하였다는 것이다. 물론 이때 결함의 인식가능성여부는 제조물을 유통시킬 당시의 최신의 학문과 기술의 수준(Stand der Wissenschaft und Technik)에 의해서 평가하게 된다. 학문과 기술의 수준은 학문과 기술의 영역에서 일반적으로 승인되어 있고 일반적으로 사용할 수 있는 전문지식을 말한다. 이에 따라 학문분야와 기술분야를 합산한 해당 제조물에 대한 전문지식에 대하여, 개별제조자의 주관적 인식가능성은 문제되지 않고, 객관적으로 학문과 기술의 수준이 평가된다.⁷⁸⁾ 국제적으로 제조물을 제조·판매하는 경우와 같은 경우에는 학문과 기술의 수준은 개별 국가의 범위를 벗어나서 세계적인 범위에서 존재하는 학문과 기술의 수준에 의하여 객관적으로 평가된다. 그러므로 제조물을 유통시킬 당시에 학문과 기술이 충분히 발전하지 못하여 제조물의 잠재적 위험성을 인식하지 못한 경우에만 제조자의 책임이 면책되게 된다.⁷⁹⁾

77) Hans Claudius Taschner/Erwin Frietsch, a. a. O., ProdHaftG §1 Rdnr. 51.

78) BT-Drs. 11/2447, S. 15; Produkthaftungshandbuch/Graf von Westphalen, a. a. O., §72 Rdnr. 80.

79) 제조물의 생산과정 및 실제 사용을 위한 시험기간 동안에 해당 제조물 관련 학문과 기술의 수준의 발전을 관찰하고 그것을 제조물에 반영하는 것은 당연히 제조자에게 기대되어질 수 있는 것이다. 또한 개발위험의 항변은 제조물을 유통시킬 당시에 제조물의 결함이 있었던 경우이다. 그러면 제조물을 거래에 유통시킬 당시에는 결함이 없었고 단지 제조물을 유통시킨 이후에 학문과 기술의 수준이 발전하여 결함있는 것으로 된 경우에는 어떻게 하여야 하는가가 문제이다. 제조물을 사용하는 중에 추후에 학문과 기술이 발전하여 결함이 인식된 경우에도 개발위험의 항변을 인정하는 제조물책임법 제1조 제2항 제5문에 의하여 제조자는 보호될 수 있을 것이다(BT-Drs. 11/2447, S. 16). 물론 이러한 경우에는 불법행위적 제조물책임으로 제조물관찰의무위반의 문제가 있을 수 있다.

이러한 제조자의 개발위험의 항변은 제조상의 결함(Fabrikationsfehler)에 대해서는 인정되지 않고 제조물의 구조상의 결함(Konstruktionsfehler)에 대해서만 인정된다는 것이 독일 연방대법원의 판례에 입장이다.⁸⁰⁾ 물론 개발위험은 제조상의 결함 및 지시상의 결함과 관련해서도 인정될 수 있다는 견해가 있지만,⁸¹⁾ 일반적인 견해는 제조물 책임법상의 개발위험의 항변은 제조물의 구조상의 결함과 관련해서 인정된다고 보고 있다.⁸²⁾ 그 외에 개발위험과 관련하여 위험제거의 불가능성으로의 개발위험에 대해서는 거론하고 있지 않다. 즉 제조물의 위험성에 대해서 제조물을 유통시킬 당시에 인식했으나 그 당시의 학문과 기술의 수준에 의해서는 그 위험을 막는 것이 가능하지 않은 경우인, 개발도상의 공백(Entwicklungslücke)에 대해서는 위 규정이 언급하고 있지 않다.⁸³⁾ 이와 같은 개발도상의 공백이 있는 경우에는, 그 해당 제조물의 최소한의 안전이 확보되고, 개발도상의 공백에 의한 위험에 대해서 충분한 지시·경고가 행해지면 제조물책임은 발생되지 않는다고 할 것이다. 물론 전체적으로는 결함의 종류와 제조물의 지시(Produktdarbietung)에 의해서 제조자의 책임이 좌우될 것이고, 이것은 개별적인 법원의 결정에 맡겨져 있다고 할 것이다.⁸⁴⁾

둘째로 제조물책임법 제4조 제1항 제3호에서 ‘제조물의 결함이 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실’을 입증한 경우에는 제조자는 면책된다고 하고 있다.⁸⁵⁾⁸⁶⁾ 즉 법령기준을 준수함으로써 결함이 발생했다는 것을 제조자가 입증하면 면책되게 된다. 그런데 소비자기본법 제8조 제1항에 의하면, 국가는 사업자가 소비자에게 제공하는 물품 등으로 인하여 소비자의 생명·신체 또는

80) BGH VersR 1995, 924; BGHZ 129, 353.

81) Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, a. a. O., S. 645.

82) Volker Emmerich, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Aufl., 2006, §23 Rdnr. 17; Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 31. Aufl., 2006, §46 Rdnr. 44; Peter Marburger, Grundsatzfragen des Haftungsrechts unter dem Einfluß der gesetzlichen Regelungen zur Produzenten- und zur Umwelthaftung, AcP 192(1992), S. 10.

83) Hans Claudius Taschner/Erwin Frietsch, a. a. O., ProdHaftG §1 Rdnr. 100.

84) A. a. O., ProdHaftG §1 Rdnr. 100.

85) 이에 대해서는 자세한 것은, 홍명수, 경제법 II, 경인문화사, 2010, 659-671면 참조.

86) 독일 제조물책임법 제1조 제1항 제4호에서는 제조자가 제조물을 유통시킬 당시의 강제적 법령(zwingenden Rechtsvorschriften)을 준수함으로써 이를 통하여 결함이 발생된 경우에는 제조자의 책임이 면책된다고 하고 있다.

재산에 위해를 방지하기 위하여, 물품 등의 성분·함량·구조 등 안전에 관한 중요한 사항 등의 기준을 정하여야 한다고 한다. 그리고 중앙행정기관의 장은 국가가 정한 기준을 사업자가 준수하는지 여부를 정기적으로 시험·검사 또는 조사하여야 하고(동법 제8조 제2항), 사업자의 책무로서 소비자기본법 제20조 제1항에서 사업자는 동법 제8조 제1항의 기준에 위반되는 물품 등을 제조·수입·판매하거나 제공하여서는 아니된다고 하고 있다. 이를 보면, 제조물의 안전기준은 국가가 설정하고, 이를 제조자가 준수하도록 하고 있다. 이에 따라 제조물책임법에 의하여 법령기준을 준수함으로써 결함이 발생했다는 것을 제조자가 입증하면 면책되게 됨으로, 소비자기본법상 국가의 제조물안전기준의 설정이 법령기준이 될 수 있고, 소비자기본법의 준수에 의한 제조물의 결함이 발생하게 되면, 제조자는 제조물책임법에 의한 책임을 면하게 된다는 문제점이 있다.

라. 기타

제조물책임법에 의한 손해배상청구권은 피해자 또는 그 법정대리인의 손해 및 책임의 주체를 안 날부터 3년 간 행사하지 않으면 시효로 인하여 소멸한다(동법 제7조 1항). 한편 제조업자가 손해를 발생시킨 제조물을 공급한 날부터 10년 내에 행사하여야 하지만(동법 제7조 2항 본문), 신체에 누적되어 사람의 건강을 해하는 물질에 의하여 발생한 손해 또는 일정한 잠복기간이 경과한 후에 증상이 나타나는 손해에 대해서는 그 손해가 발생한 날부터 기산한다(동법 제7조 2항 단서). 이 중 3년의 기간은 소멸시효기간이고, 10년의 기간은 제척기간이라고 할 것이다. 그 외 동법에 의한 손해배상책임을 배제하거나 제한하는 특약은 무효로 한다(동법 제6조 본문). 다만 자신의 영업에 이용하기 위하여 제조물을 공급받은 자가 자신의 영업용 재산에 대하여 발생한 손해에 관하여 그와 같은 특약을 한 경우에는 유효하다(동법 제6조 단서).

5) 제조물책임법의 한계

유전자조작을 통하여 인공적으로 만들어진 유전자변형생물체를 포함하거나, 유전자변형생물체로 구성된 물건을 제조물책임법 제2조 제1호상의 제조물로 볼 수 있는

지의 여부가 문제이나, 동법 제2조 제1호는 제조물을 '다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다'라고 하고 있으므로, 유전자 변형생물체도 동산에 해당하므로 당연히 제조물책임법의 적용대상이 된다고 할 것이다.⁸⁷⁾ 이에 따라 제조물책임법상 제조물책임은 유전자변형생물체의 결함으로 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 무과실책임을 인정할 수 있으므로, 유전자변형생물체가 들어간 제조물로부터 피해를 당한 자는 제조업자 등에게 무과실책임을 물을 수 있으므로, 피해자보호에 일정부분 기여할 수 있으며, 또한 부분적으로는 생명공학기술의 상업화를 저지하는 기능을 갖고 있다고 할 수 있다.⁸⁸⁾

하지만 제조물책임법 제4조 제2호는 '제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학과 기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실'을 제조업자가 입증하면 손해 배상책임을 면한다고 규정하여, 제조업자의 개발위험의 항변을 인정하고 있다.⁸⁹⁾ 따라서 유전자변형생물체를 포함한 제조물에 의하여 법익침해가 발생한 경우 제조물책임법 제3조의 무과실책임을 적용될 수 있지만, 동법 제4조 제2호에 의한 개발위험의 항변이 인정되어서 피해자보호에는 한계가 있고 미흡하다고 할 것이다. 특히 생명공학기술이 신기술이라는 특성상 생명공학기술이 개발위험에 해당하는 것으로 받아들여지면, 제조업자는 제조물책임을 면하게 되어 피해자의 구제가 어렵게 될 것이다.⁹⁰⁾

IV. 독일 유전공학법상의 유전공학 위험책임

1. 서

독일에서는 유전공학이 급속하게 발달함에 따라 유전공학에 의한 인간과 환경에

87) 강봉석, 전계논문, 280면.

88) 김성천, 유전자변형생물체와 제조물책임 문제에 대한 고찰, Biosafety, 제7권 1호, 2006. 2, 40면.

89) 독일은 제조물책임법과 유전공학법과의 관계에서, 유전자변형생물체를 포함하거나 이것으로 구성되어 있는 제품을 출시한 경우에는 유전공학법의 책임규정이 배제되고 제조물책임법이 적용된다고 하면서도, 개발위험의 항변은 인정되지 않는다고 규정하고 있다(독일 유전공학법 제37조 2항 2문).

90) 김성천, 전계논문, 38면.

대한 안전조치의 강구와 이로 인한 피해배상에 관하여 법적 규정을 마련할 필요성을 1970년대 초반부터 인식되기 시작하여서, 각고의 노력 끝에 1990년초에 遺傳工學法(Gentechnikgesetz)⁹¹⁾을 제정하였다. 독일에서 제정된 유전공학법은 앞으로 우리나라에서 유전공학의 위험성으로부터 인간과 환경을 보호하기 위한 효과적인 책임법을 제정하는데 있어서 중요한 참고가 될 수 있으므로, 이하에서는 독일 유전공학법상의 위험책임의 중요내용에 대해서 소개하기로 한다.

2. 위험책임

독일 유전공학법의 목적은 유전공학적 과정과 생산물에 의하여 발생할 가능성이 있는 위험으로부터 인간의 생명과 건강·동물·식물 및 기타의 환경과 물적 재화를 보호하고 그러한 위험의 발생을 예방하는데 있으므로, 유전공학적 시설이나 작업으로부터 발생한 위험에 대한 효과적인 책임법을 규정하는 것도 유전공학법의 하나의 목적이 된다. 이에 따라 유전공학법 제32조에서 제37조까지 특별한 책임법규정을 포함하고 있다.⁹²⁾

이러한 규정들 중에서 독일 유전공학법 제32조 제1항이 중심적인 규정으로서 “유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 특성의 결과로 사람이 사망하거나 신체 또는 건강이 침해되거나 물건이 훼손된 때에는 사업자는 그로부터 발생한 손해를 배상할 책임이 있다”고 하여서 사업자의 과실이 필요하지 않는 위험책임을 규정하고 있다. 이러한 위험책임은 잠재적인 손해원인 그들의 유전정보가 변형된 결과 손해에 원인이

91) 정식 법명은 “유전공학 문제의 규율을 위한 법(Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik: Gentechnikgesetz)”이다.

92) 유전공학법에서 위험책임규정이 확립되기 전까지는 유전공학 작업으로 인한 피해에 대하여 독일민법상의 일반적인 불법행위법리에 의해 피해구제를 받을 수 밖에 없었다. 이러한 過失責任의 法理에 의할 때 실제에 있어서 피해자가 가해자인 유전공학 사업자의 과실을 입증한다는 것은 거의 불가능하였다. 그래서 유전공학법에 의한 위험책임이 인정되기 전에도 위험책임의 법리를 적용하고자 하는 견해가 있었다. 즉 유전공학적 작업에 의해서 만들어진 유기체(대부분은 미생물)를 동물에 포함시켜, 동물보유자의 위험책임을 규정하고 있는 독일민법 제833조를 적용하고자 하였다. 그러나 통설적인 견해는 미생물은 동물로 볼 수 없다고 보았다(Broks/Pohlmann/Senft, a. a. O., S. 27). 한편으로는 유전공학적으로 변형된 유기체가 물의 물리적, 화학적, 생물학적 성질을 변경시켰을 때에는 수질관리법(Wasserhaushaltgesetz) 제22조에 의한 危險責任이 인정될 수 있었다(A. a. O., S. 27).

되는 유기체(Organismen)에 의해서 책임이 연결된다.⁹³⁾ 이러한 유기체는 유전공학법 제32조 1호에 의하면 스스로 증식하고 유전공학적 재료로 전용될 수 있는 생물학적 개체를 말한다.

그리고 손해가 발생한 장소나 어떠한 유전공학적 계획(방출 또는 유전공학적 시설에서 유전공학적 작업)에 의해서 손해가 발생하였느냐는 중요하지 않다. 특히 유전공학법 제32조 제1항의 위험책임에 있어서 손해발생이 유전공학법 또는 다른 공법적인 규정에 따라서 허용되는 적법한 운영에 의하든 위법한 운영에 의하든 상관이 없다.⁹⁴⁾ 하지만 유전정보의 변형은 유전공학법이 적용되는 유전공학적 작업을 통하여 결과되어져야만 한다. 왜냐하면 인체유전학(Humangenetik)의 영역은 유전공학법에 의해서 적용되지 않으므로 인간과 胚子(Embryonen)에 대한 유전공학적 방법의 적용은 유전공학책임으로 부터 배제되기 때문이다. 또한 아직 유전공학적 변형이 시작되기 전에 유기체로부터 발생한 손해는 마찬가지로 유전공학법 제32조 제1항의 책임에서 배제된다. 그렇지 않으면 유전공학법의 위험책임은 생물공학 전체영역으로 확장될 것이기 때문이다.

1989년 연방정부의 유전공학법의 초안에서는 불가항력(höhere Gewalt)으로 인한 손해를 책임배제사유로 규정했으나⁹⁵⁾, 유전공학법은 이와는 달리 손해발생이 불가항력에 기인한 경우에도 책임이 배제되지 않는다.⁹⁶⁾ 그러므로 유전공학 사업자는 그의 유전공학적 계획의 안전을 위하여 가능한한 광범위한 방법으로 모든 종류의 비일상적인 결과에 대비해서 안전이 보장되도록 필요한 예방조치를 취해야만 한다. 또한 유전공학적으로 변형된 유기체에 의한 위험은 최선의 안전조치로서도 예상할 수 없는 그곳에 유전공학의 특수한 위험이 있기 때문에 유전공학에 따른 위험책임은 개발위험(Entwicklungsrisiko)에 대한 책임도 포함한다.⁹⁷⁾ 그러므로 유전공학적으로 변형된 유기체를 통하여 손해가 발생하면 비록 유전공학작업 당시의 과학과 기술의 수준에 따라

93) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, Gentechnikgesetz, 1991, §32 Rdnr. 4.

94) Broks/Pohlmann/Senft, a. a. O., S.117.

95) Deutscher Bundestag Drucksache 11/5622, Entwurf eines Gesetzes zur Regelung von Fragen der Gentechnik, S. 15.

96) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, a. a. O., §32 Rdnr. 27.

97) A. a. O., §32 Rdnr. 13.

서 최대한의 주의의무에도 불구하고 손해결과의 발생을 객관적으로 아무도 알 수 없었던 경우에도 유전공학 사업자는 책임을 지게 된다. 개발위험책임의 인정으로 인하여 유해성의 인식과 그 판별시기에 관한 입증의 어려움을 덜어주게 되고 안전조치연구를 위한 강한 유인이 될 수 있다.⁹⁸⁾ 이는 독일 제조물책임법(Produkthaftungsgesetz)에서 개발위험의 책임에 대하여 생산자가 면책되는 경우(§1 Abs. 2 Nr. 5 ProduktHG)와 다르며, 의약품법(Arzneimittelgesetz)에서 개발위험에 대하여 책임을 인정하는 것(§84 Arzneimittelgesetz)과 동일하다.

이러한 유전공학법상의 유전공학 사업자의 위험책임은 행위책임(Handlungshaftung)이며 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz)에서와 같은 시설책임(Anlagehaftung)은 아니다.⁹⁹⁾ 그러나 한편 사업자가 유전공학적으로 변형된 유기체를 임의로 거래에 가져 오든 또는 유기체가 유전공학적 시설로부터 흘러나오든 본문과 규범목적에 따르면 하등의 상관이 없다. 그러므로 유전공학법 제32조 제1항의 책임은 비록 수질관리법(Wasserhaushaltsgesetz) 제22조와 연방광산법(Bundesberggesetz) 제114조에서와는 달리 직접적으로 法文(Gesetzestext)으로 부터 도출되는 것은 아니지만 행위책임이자 시설책임으로 볼 수도 있을 것이다.¹⁰⁰⁾

3. 인과관계의 추정과 정보청구권

유전공학법은 동법 제34조 제1항에서 피해자를 위하여 제한된 인과관계의 추정(Kausalitätsvermutung)을 규정하고 있다. 피해자가 손해가 유전공학적으로 변형된 유기체를 통하여 야기되었다는 것을 입증하면, 관계된 손해가 유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 특성에 의하여 발생되었다는 것이 추정된다(§34 Abs. 1 GenTG). 그러나 사업자가 그러한 손해가 유전공학적으로 변형된 유기체에 귀속시킬 수 없거나 문제되는 유기체의 다른 성질(예를 들어, 자연적인 성질)에 기인한다는 개연성(wahrscheinlich)이 있다는 사실을 입증하면 추정은 깨어진다(§34 Abs. 2 GenTG).

98) Hager, Das neue Umwelthaftungsgesetz, NJW 1991, S. 136.

99) Deutsch, Haftung und Rechtschutz im Gentechnik, VersR 1990, S. 1041; Eberbach/Lange/Ronellenfisch, a. a. O., vor §32 GenTG, Rdnr. 11.

100) Larenz/Canaris, a. a. O., S. 642.

그러므로 사업자는 완전한 반대입증을 행할 필요는 없고 오로지 추정의 기초에서 벗어나면 된다.¹⁰¹⁾ 사업자가 유전공학법 제34조 제1항의 법적인 추정을 실효시키는데 성공하면, 피해자는 손해가 사업자에 의해서 책임있는 손해의 원인인 유기체의 특성에 기인한다는 완전한 입증을 하여야만 한다.

그리고 유전공학법은 동법 제35조에서 사업자와 해당관청에 정보청구권(Auskunftsansprüche)을 규정하고 있다. 독일민법 제242조의 신의성실의 원칙으로부터 판례에 의해서 발전된 정보청구권은 피해자가 구체적인 경우에 필요한 정보를 얻는데 충분한 보장을 제공하지는 못한다.¹⁰²⁾ 즉 독일민법 제242조에 기인하여 일반적인 정보청구권이 주어지지 않기 때문에 정보청구권이 피해자를 위하여 특별히 규정되게 되었다. 실제 그의 손해의 원인이 유전공학적으로 변형된 유기체로부터 왔다고 여기는 피해자에게는 이러한 유기체로 부터 손해가 야기되었다는 것을 입증하는 것은 종종 대단히 어렵다. 이러한 경우에 유전공학법 제34조에서 규정하는 인과관계의 추정은 단지 소송상에서 제한적으로 도움을 줄 수 있을 뿐이고, 이러한 인과관계의 추정을 받기 전에, 특히 피해자에게는 유전공학법 제32조 제1항에 의한 청구권이 존재하는지의 여부결정과 효과있는 소송의 수행을 위하여 필요한 사실자료의 수집이 문제이다. 일반적으로 피해자에게는 그의 피해의 인과관계 연결을 위해 필요한 유전공학적 작업에 대한 지식이 결여되어 있기 때문이다. 이러한 피해자의 소송수행에서의 어려움을 덜어주고자 유전공학법 제35조는 사업자와 해당 관청에 대한 정보청구권을 인정하고 있다.

유전공학법 제35조 1항에 의하면 “사람이나 물건의 손해가 사업자의 유전공학적 작업에 기인한다는 가정(Annahme)을 설정하는 사실이 있으면 제32조에 의한 청구권이 존재하는지의 여부를 확정하기 위하여 필요로 하는 한 사업자는 피해자의 청구에 의하여 유전공학 시설에서 수행되거나 방출에 기초가 되는 유전공학적 작업의 종류와 경과에 대하여 정보를 줄 의무가 있다”고 규정하여서 피해자의 사업자에 대한 정보청구권을 규정하고 있고, 제2항에서는 “제1항 1문의 요건 아래서 신고, 인가의 수여 또는 감독을 담당하고 있는 관할 관청에 대하여서도 필요한 정보를 청구할 수 있다”고 규정하고 있다.

101) Broks/Pohlmann/Senft, a. a. O., S. 117.

102) Eberbach/Lange/Ronellenfisch, a. a. O., §35 GentG Rdnr. 15.

그러므로 유전공학법 제35조에 의한 정보청구권은 먼저 정보를 요구하는 자가 손해를 입었다는 것을 입증하여야 한다. 또한 더하여 손해가 적어도 유전공학적 작업에 기인한다는 가정을 설정하는 일정한 사실이 있어야만 한다.¹⁰³⁾ 즉 피해자는 단순한 주장이나 단순한 불확정적인 혐의 이상의 것을 제출하고 입증하여야만 한다. 이것은 유전공학적 작업이나 방출을 하는 사업자가 필요로 하는 범위를 넘어서서 정보청구권의 부담을 지지 않기 위해서 필요하다. 그러므로 정보에 대한 모든 사람의 주장(Jedermann-Recht)은 배제되고, 허용되지 않는 모색적 증명(Ausforschungsbeweis)을 위해서도 정보청구권은 인정되지 않는다.¹⁰⁴⁾

정보청구권을 위한 요건이 존재할 때에 또한 유전공학법 제32조에 따른 손해배상 청구권의 확정을 위해서 필요로 하는 범위에서만 사업자는 정보를 줄 의무가 있다. 즉 정보청구권은 그 자체가 목적이 아니고 피해자에게 필요한 소송수행을 위하여 필수적인 사실자료의 획득을 경감하는 그 범위에서만 제한된다. 그리고 정보청구권은 유전공학법 제32조의 책임구성요건에만 관련이 된다. 유전공학책임이 처음부터 배제되면 유전공학법 제35조에 따른 정보청구권이 존재하지 않는다. 또한 일반적인 불법행위에 의한 청구권의 범위에서는 인정되지 않는다.¹⁰⁵⁾

이때 피해자는 사업자에 의해서 행하여진 유전공학적 작업의 종류와 경과에 대한 정보의 제출(Abgaben)이 필요한 주의로서 행하여지지 않았거나 틀리게 행하여 졌다는 추측을 위한 근거를 가지고 있으면, 독일민법 제259조 제2항과 관련한 유전공학법 제35조 제1항 2문에 따라서 사업자에게 양심에 따라서 그가 할 수 있는 한 그렇게 완전히 정보를 제출했다는 선서의 효과가 있는 보증을 주도록 요구할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 틀린 선서의 효과가 있는 보증의 교부는 독일형법 제156조에 따라서 처벌이 된다.

위와 같은 사업자에 대한 정보청구권 이외에 피해자는 신고, 인가의 수여 또는 감독을 행하는 관청에 대하여서도 정보청구권을 가진다. 이러한 관청에 대한 정보청구권은 피해자의 위치에서 다음과 같은 효과를 가질 수 있다.¹⁰⁷⁾ 첫째로 해당 관청은 사업자에

103) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, a. a. O., §35 Rdnr. 8.

104) Broks/Pohlmann/Senft, a. a. O., S. 120.

105) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, a. a. O., §35 Rdnr. 10.

106) Broks/Pohlmann/Senft, a. a. O., S. 121.

107) A. a. O., S. 121.

게서 얻을 수 없는 정보, 예를 들어 유전공학적으로 변형된 유기체의 작용방법에 대한 평가나 장기간의 경험 등을 얻을 수 있다. 둘째로 사업자가 그의 정보청구권을 이행하지 않을 때 해당 관청에 대한 정보청구권은 유용한 것으로 나타나게 된다.

피해자는 사업자와 해당 관청에 대한 이러한 정보청구권을 통하여 관계된 사실의 완전한 모습을 얻을 수 있고, 이에 따라서 그의 행동을 결정할 수 있게 된다. 그러나 이러한 정보청구권은 유전공학법 제35조 3항에 따라서 비밀유지가 법률의 규정에 따라서 요구되거나, 비밀유지가 사업자 또는 제3자의 이익에 우월한 때에는 정보제공청구권이 배제된다(§35 Abs. 3 GenTG).

4. 다른 책임과의 관계

독일 유전공학법과 의약품법(Arzneimittelgesetz)에 의한 책임의 구별은 유전공학법 제37조 제1항에서 규정하고 있다. 유전공학법 제37조 제1항에 의하면 유전공학적으로 변형된 유기체가 의약품의 구성요소가 되어 있는 경우에 그 의약품으로 인한 인적 손해에 대해서는 유전공학법이 적용되지 않는다고 규정하고 있다. 이미 의약품손해(Arzneimittelschäden)를 위해서는 의약품법 제84조 이하에서 상세한 위험책임을 규정하고 있기 때문이다.¹⁰⁸⁾

또한 유전공학적으로 변형된 유기체가 포함되거나 그러한 것으로 구성된 생산물을 통하여 손해가 발생한 경우와 유전공학법 제16조 제2항에 의한 인가를 근거로 하여 또는 다른 법적 규정에 의한 허가나 인가를 근거로 하여 이러한 생산품이 출시된 경우에도 유전공학법에 의한 책임은 배제된다(§37 Abs. 2. S. 1 GenTG). 이러한 경우에는 제조물책임법(Produkthaftungsgesetz)에 따라서 책임을 지게 된다. 물론 제조물책임법 제1조 제2항 5호에 의해서 생산자는 결함이 생산물을 거래에 가져올 당시의 학문과 기술의 수준에 의해서 알 수 없었다는 항변을 할 수 있으나, 이러한 책임의 배제사유는 유전공학작업에 기인하는 생산물결함에는 적용되지 않는다(§37 Abs. 2 S. 2 GenTG). 아울러 농업적 생산물(landwirtschaftliche Produkte)의 하자가 유전공학작업에 기인하는 경우에는 농업적 생산물에 대해서도 제조물책임법이 적용되

108) A. a. O., S. 123.

게 된다(§37 Abs. 2 S. 2 GenTG). 이것으로서 유전공학의 가장 중요한 활동분야의 하나가 위험책임의 영역에 포함되게 된다.¹⁰⁹⁾

그리고 기타의 관계되는 책임구성요건, 특히 독일민법 제823조 이하에 의한 책임 등은 유전공학법 제37조 3항에 의해서 배제되지 않으므로 이러한 책임구성요건은 유전공학책임과 경합적으로 또는 보충적으로 적용될 수 있다.¹¹⁰⁾

5. 기타

1) 손해배상의무자와 청구권자

손해배상의무자는 유전공학법 제3조 9호에 규정된 사업자(Betreiber)이다. 사업자는 손해발생시의 사업자가 아니라 유전공학적으로 변형된 유기체의 이용에 책임이 있는 손해 야기시의 사업자가 배상의무자이다.¹¹¹⁾ 그리고 이 사업자와 관련하여 유전공학으로 가공된 제품의 생산자는 유전공학 사업자에 포함되지 않는다.¹¹²⁾ 왜냐하면 가공된 제품의 생산자는 제조물 책임을 지기 때문이다.

동일한 손해의 배상을 위하여 다수의 배상의무 있는 사업자는 유전공학법 제32조 제2항에 따라서 연대책무자로서 책임을 진다.

유전공학 위험책임에 있어서 피해자는 유전공학법 제32조 제1항에서 거명하는 법익 중의 하나가 직접적으로 침해된 자이다. 이에 반해서 다른 사람의 법익의 침해의 결과로 손해를 입은 경우에 이러한 자의 손해는 기본적으로 배상을 받을 수 없는 순

109) A. a. O., S. 123.

110) 유전공학적으로 변형된 유기체를 통하여 물(Gewässer)이 오염된 경우에 유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 성질에 의해서 손해가 발생되었음에 관계없이 수질관리법 (Wasserhaushaltgesetz) 제22조의 책임이 고려될 수 있다. 마찬가지로 유전공학적으로 변형된 유기체가 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz) 제1조의 부칙(Anhang) 1에서 거명하는 시설중의 하나에 의해서 유래한 경우에는 환경책임법 제1조에 따른 책임이 적용될 수 있다. 이때 일반불법행위에 의한 책임과 수질관리법 제22조에 의한 책임은 책임최고액제한이 없다는 점에서 특별한 의미를 가질 수 있다. 또한 일반불법행위에 의한 과실책임의 요건이 갖추어지게 되면 피해자는 위자료에 대한 청구권을 가질 수 있게 되므로 특별한 의미를 가질 수 있게 된다(Eberbach/Lange/Ronellenfitch, a. a. O., §37 GenTG. Rdnr. 26).

111) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, a. a. O., §32 Rdnr. 17.

112) Eberbach/Lange/Ronellenfitch, a. a. O., §32 GenTG Rdnr. 56.

수한 재산적 손해이다.¹¹³⁾ 그리고 유전공학작업에 참여하고 손해를 입은 작업자(Arbeiter), 종업원(Angestellte), 방문자, 객원연구자(Gastwissenschaftler)도 유전공학법 제32조 제1항의 의미에서 배상권자에 속한다. 이러한 범위에서의 인적인 보호범위의 제한은 입법자에 의해서 기도되지 않았고, 오히려 이러한 사람은 유전공학적 작업에 공간적인 근접성으로 인하여 특히 더 위협할 수 있는 자들이다.¹¹⁴⁾

그러나 사업자인 다수의 사람에 의해서 유전공학적 작업이 이루어지는 경우에, 이들은 공동사업자(Mitbetreiber)로서 다른 사업자에 대하여 손해배상청구권이 인정될 수 없다. 공동사업자는 위험원을 유지하고 지배하는 자이기 때문이다.

2) 손해배상책임의 내용

유전공학법에 의한 책임의 범위는 동법 제32조 제4항에서 제7항까지 규정하고 있다. 사망의 경우에 손해배상청구권은 치료의 비용을 포함하고(§32 Abs. 4 S. 1 GenTG), 또한 배상의무자는 장례비도 배상하여야만 한다(§32 Abs. 4 S. 2 GenTG). 그리고 유전공학법 제32조 제4항 3문에서는 부양의무자의 사망으로 부양에 대한 권리를 박탈당한 제3자를 위하여 피사망자가 추정생존기간중 부양의 의무를 졌을 한도에서 제3자의 부양료에 대한 손해배상청구권을 인정하고 있다. 이때 제3자가 침해시에 포태되었으나 아직 출생하지 아니한 때에도 배상의무는 발생한다(§32 Abs. 4 S. 4 GenTG). 이러한 유전공학법 제32조 제4항 3문과 4문의 규정은 독일민법 제844조 제2항을 복사한 것이다.

또한 유전공학법 제32조 제4항 1문에 의하면 피사망자가 질병을 앓고 있는 동안에 생업능력(Erwerbsfähigkeit)이 상실되거나 감소됨으로써 또는 필요한 것(Bedürfnisse)의 증가로서 입게 된 재산상의 불이익도 배상되어야 한다고 규정하고 있다. 생업능력의 침해로 인한 손해배상은 기본적으로 사실상 손해가 발생한 한도에서만, 즉 피사망자가 가해가 없었더라면 그의 생업능력에 의해서 획득하였을, 가해의 결과로서 수입결손이 발생한 범위에서 배상되어야만 한다.¹¹⁵⁾ 그러므로 배상되는 재산상의 불이익

113) A. a. O., §32 GenTG Rdnr. 57.

114) A. a. O., §32 GenTG Rdnr. 58.

115) Broks/Pohlmann/Senft, a. a. O., S. 118.

을 위하여 피해자의 사망시까지 사실상 발생한 생업능력의 감소가 구체적으로 조사되어야만 한다.

유전공학법 제32조 제5항에서는 신체와 건강의 침해시의 손해배상범위를 규정한다. 치료비 이외에, 다른 한편으로는 피해자의 영업능력의 감소나 상실로 또는 필요한 것의 증가로 인하여 발생한 재산상의 불이익도 배상되어야 한다고 규정하고 있다. 생업능력의 상실이나 감소로 또는 필요한 것의 증가로 인한 손해배상 및 유전공학법 제32조 제4항 3문과 4문에 의하여 제3자에게 주어지는 손해배상은 금전정기금(Geldrente)에 의한 지불을 통하여 배상이 될 수 있다(§32 Abs. 6 GenTG).

이러한 유전공학 위험책임에 따른 책임은 유전공학법 제33조에 의하면 “유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 성질의 결과로 손해가 발생되면 사업자는 동법 제32조의 경우에 피해자에게 최고액 1억 6천만 마르크까지 배상을 한다”고 규정하여서 배상 책임의 최고한도를 규정하고 있다. 그리고 동일한 사건으로 인하여 여러명이 배상을 받으므로 지급해야 하는 배상금액이 최고액 1억 6천만 마르크를 초과하면 지급해야 하는 전체금액과 최고액과의 비례관계에 따라서 개개의 배상액이 줄어들게 된다(§33 S. 2 GenTG). 물론 손해가 사업자의 위법하고 유책한 행위로 인하여 발생이 되면 유전공학법 제32조에 의한 청구권 이외에 독일민법 제823조에 따라서 책임최고액의 제한이 없는 손해배상을 청구할 수 있다. 이는 유전공학법 제37조 제3항에서 다른 규정에 의한 책임은 영향을 받지 않는다고 규정하여서 이를 분명히 하고 있다.

3) 담보제공의 의무

유전공학적 작업에 기인하는 일정한 법익에 대한 손해배상에서의 위험책임의 도입은 청구권의 실현을 담보하는 것은 아니다. 이를 위하여 유전공학법 제36조에서는 일정한 유전공학적 의도를 가진 사업자는 연방정부가 제정하는 명령(Rechtsverordnung)의 자세한 기준에 따라서 담보제공(Deckungsvorsorge)을 할 의무가 있다고 규정하고 있다.

유전공학법 제36조 제1항에서는 안전단계 2에서 4의 유전공학적 작업이 수행되어야 하는 유전공학적 시설을 운영하는 사업자나 방출을 하려는 사업자는 유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 성질을 통하여 야기되는 손해의 담보를 위하여 준비를

행할 의무가 있다고 규정하고 있다. 그러나 안전단계 1의 유전공학작업이 수행되어지는 유전공학작업 시설의 사업자에게는 이러한 담보제공의무가 면제가 된다. 이는 손해발생의 가능성이 희박한 경우에 담보제공의무를 부담시키는 것이 정당하지 않기 때문이다.

6. 소비자, 농업종사자, 환경보호를 위한 2004년 유전공학법의 개정

1) 개정경과

독일 유전공학법은 1990년에 제정된 후 몇 번에 걸쳐서 개정되었으나, 2004년에 의미있는 개정이 있었다. 2004년 11월 독일 연방의회는 유전공학법 개정을 의결하여, 2005년 2월부터 개정된 내용은 그 효력을 발생하게 되었다. 2004년 개정의 주안점은 농업과 소비자들을 위해서, 보호, 투명성 그리고 법적 안전에 관한 법적장치의 마련이 그 주목적이라고 할 수 있다.

2) 개정의 주요내용

가. 공존을 통한 비전유공학농업의 보호

2004년 개정된 유전공학법 제1조 제2호에서는 동법의 목적으로, “생활필수품과 동물사료인 생산물은 전통적, 생태적으로 생산되거나 유전공학적으로 변형된 유기체의 투입에 의하여 생산되거나 거래에 유통될 수 있는 가능성은 보장되어야 한다”고 하여서, 유전공학적으로 변형된 유전자조작작물(mit Gen-Pflanzen)이건 그렇지 않은 작물(ohne Gen-Pflanzen)이건 모두 재배가 가능하다고 규정하고 있다. 이를 통하여 유전자변형생물체의 사용에 있어서 소비자와 생산자 사이의 공존 및 선택의 자유를 실현하고자 하고 있다.

이에 따라 유전자조작작물의 재배를 금지하는 것은 이 법을 근거로 다만 개별적으로 가능하게 된다. 즉 일정한 유전자조작작물(Gen-Pflanzen)이 어떤 지역에서 공존가능하지 않다고 확정되면 그 재배는 유전공학법 제16b조 제1항에 의하여 거부될 수 있다.

그러므로 이러한 규정을 통하여 유전공학으로부터 자유로운 생산(gentechnikfreie Produktion)을 보호하게 된다.¹¹⁶⁾

나. 현위치등록을 통한 투명성확보

개정된 유전공학법 제16a조에서는 유전자변형생물체를 재배하는 유전자지역(Gen-Flächen)을 명백히 밝히도록 하기 위해서 현위치등록(Standortregister)이라는 제도를 만들어서 유전자작물을 재배하는 지역을 명백히 밝히도록 하고 있다. 개정된 유전공학법 제16a조 제3항에서는 “유전자변형생물체의 계획된 재배는 그 경작자에 의하여 이르면 그 재배 9월전에, 늦어도 그 3월전에 관한 연방상급행정기관에 통지하여야 한다”고 하고 있다. 그리고 동법 제16a조 제2항에서는 실험적인 환경방출시에 “운영자는 유전자변형생물체의 허가받은 환경방출의 사실상의 수행시에 그 환경방출 2주전 늦어도 3일전에 관한 연방상급행정기관에 통지해야 한다”고 하고 있다. 이러한 등록은 동법 제16a조 제4항에 의하면 인터넷을 통하여 공지되게 된다.

다. 유전자작물을 통한 손해

유전공학법 제14조 1항에 의하여 유전자변형생물체는 허가받은 경우를 제외하고는 시장에 출시해서는 안된다. 환경방출을 통해서 발생하는 손해에 대해서는 사업자가 위험책임을 지게 된다(§32 GenTG). 그리고 유전공학적으로 변형된 농작물로 인하여 손해를 입게 되면, 유전공학법 제36a조에 의하여 유전자-농부(Gen-Bauern)를 원인으로 간주하여 그에게 위험책임을 물을 수 있다. 이는 전통적 방법으로 농사를 짓는 농업종사자나 바이오-농업종사자(Bio-Bauer)는 유전공학적으로 변형된 농작물의 재배를 통하여, 자기들이 수확한 수확물이 유전공학적으로 변형된 농작물에 의하여 오염되어 손해가 발생할 수 있으며, 판매상 어려움에 부딪힐 수 있기 때문이다.¹¹⁷⁾

라. 유전자-농업종사자에 대한 규정

개정된 유전공학법 제16b조 4항에서는 “유전자변형생물체를 포함하거나 그것으로

116) 조인성, 독일 유전공학법의 최근 동향, 환경법연구 제27권 1호, 2005. 6, 262면.

117) 조인성, 전계논문, 265면.

구성된 산출물을 가지고 영업목적으로 위해서 그것을 취급하는 자는 신뢰성, 지식, 숙련도 그리고 장비를 보유해야 한다”고 하면서, 제16b조 5항에서는 “유전자변형생물체를 포함하거나 그것으로 구성된 산출물을 유통시키는 자는 인가의 규정들을 포함하는 생산정보를 전달해야 한다”고 하여서, 유전자기업(Gen-Firmen)이 유전자작물-농부에 대해서 일정한 정보를 전달하도록 하고 있다.

그리고 제16b조 3항에서 1호에서는 연방정부는 최소간격, 품종선택, 무성하게 자라 퍼지는 것의 예방 또는 자연적 꽃가루 차단 이용 등을 통해서 유전자변형 농산식품의 확산을 방지하려고 한다. 또한 유전공학적으로부터 자유로운 농업의 보호를 위하여, 우수생산물생산(gute fachliche Praxis)이라는 기초기준규정의 확정을 통하여, 위와 같은 조치를 통하여 유전공학적으로 자유로운 농업이 실제로 보호될 수 있을 때에만, 유전자변형 농산식품의 재배를 가능하도록 하고 있다. 한편 제16b조 6항에서는 “연방정부는 우수생산물생산의 기본원칙, 신뢰성, 지식, 숙련도 그리고 장비 등에 관한 특성 및 그 증거 그리고 생산정보의 내용 등을 연방참사원의 동의를 얻어 법규명령을 통하여 제정한다”고 하고 있다.

V. LMO 책임복구법(안)의 입법방향과 주요내용

1. LMO 책임복구법(안)의 입법방향

추가개정서 제12조에서는 LMO 피해를 규율하는 법을 국내법에서 마련하도록 하면서, 기존 국내법을 적용하거나 개발하도록 하고 있다. 그런데 LMO 피해에 대해서 기존 국내법만을 적용하는 경우에 위에서 살펴본 바와 같이, 피해자보호를 위해서 적용될 수 있는 현행의 각종의 환경책임규정과 제조물책임법의 규정을 통하여서는 피해자 보호가 충분히 이루어질 수 없다고 할 것이다. 그러므로 현실적인 방안은 유전자변형 생물체의 특수성을 반영한 별도의 손해배상책임체계를 도입하는 것이다. 현재 각국에서는 유전자변형생물체로 인한 피해자 보호를 위한 별도의 책임법체계를 도입하고자

하는 논의가 활발하고, 가장 대표적으로 독일에서는 앞에서 고찰한 바와 같이 유전공학법을 입법해서 위험책임을 인정하고 있다. 그러므로 향후 우리나라에서도 유전자변형생물체의 결함이나 하자에 의한 손해배상책임을 기존의 민법이나 제조물책임법에 의존하기 보다는 독일 유전공학법과 같은 유전자변형생물체의 특수성을 반영한 별도의 위험책임을 법리를 입법하는 것이 타당할 것이다.

그리고 추가의정서의 이행법률로서, LMO 책임복구법을 제정한다면 바이오안전성의정서의 이행법률로 제정된 '유전자변형생물체의 국가간 이동 등에 관한 법률'를 개정하여 유전자변형생물체로 인한 책임과 피해배상에 대해서 규정하는 것이 좋을 것이라 생각된다. 물론 우리나라에서 책임법규정을 입법할 시에는 독일유전공학법상의 위험책임을 규정할 때 일부 참고하는 것도 좋으리라 생각되지만, 독일의 엄격한 위험책임에 관한 규정이 실제 어느 정도 반영될 수 있는지는 미지수라고 할 것이다. 하지만 현재의 입장에서 그 입법(안)에 포함되어야 할 주요내용을 간추려 정리해 보면 다음과 같다.

2. LMO 책임복구법(안)의 주요내용

1) 위험책임을 입법

유전공학적으로 변형된 유기체를 통하여 인간과 환경에 피해가 발생한 경우에, 피해의 배상을 받을 수 있는 가칭 LMO 책임복구법(안)에서는 당연히 고의·과실을 요건으로 하지 않는 위험책임을 입법해야 할 것이다. 독일은 유전공학법 제32조 이하에서, 유전공학적 시설이나 작업으로부터 발생할 수 있는 인간과 환경에 대한 위험에 대하여 위험책임을 일찍이 입법을 하였고, 추가의정서 제6에서도 자연재해 또는 불가항력, 전쟁행위 또는 내란 등의 면책사유를 규정할 수 있다고 한 것은, 위험책임을 입법을 전제로 한 내용이라고 볼 수 있다. 만일 과실책임을 전제로 했다면 이러한 면책사유의 규정은 문제시 되지 않을 것이기 때문이다.

2) 책임의 배제와 제한

추가개정서에 의하면, 개발위험의 면책여부는 국내법에서 규정할 당사국의 재량사항으로 인정하였는데(추가개정서 제12조 2항), 하지만 새롭게 제정될 LMO 책임복구법(안)의 위험책임은 개발위험으로 인한 손해¹¹⁸⁾는 배상되어야 할 손해로 되어야 할 것이다. 만일 개발위험의 항변을 인정한다면, 유전공학적으로 변형된 유기체로 인한 피해에 대해서 위험책임을 특별히 입법할 필요성도 없고, 또한 피해자보호에 있어서 문제가 발생할 것이기 때문이다. 즉 유전공학적으로 변형된 유기체에 의한 위험은 최선의 안전조치로서도 예방할 수 없는 그곳에 유전공학의 특수한 위험이 있기 때문에 유전공학에 따른 위험책임은 開發危險에 대한 책임도 포함하여야 한다. 그러므로 유전공학적으로 변형된 유기체를 통하여 손해가 발생하면 비록 유전공학 작업 당시의 학문과 기술의 수준에 따라서 최대한의 주의의무에도 불구하고 손해결과의 발생을 객관적으로 아무도 알 수 없었던 경우에도 책임을 지게 된다. 개발위험책임의 인정으로 인하여 유해성의 인식과 그 판별시기에 관한 입증의 어려움을 덜어주게 되고 안전조치연구를 위한 강한 유인이 될 수 있다. 이는 제조물책임법에서 개발위험의 책임에 대하여 생산자가 면책되는 경우와 다르며, 독일 의약품법에서 개발위험에 대하여 책임을 인정하는 것(§84 ArzneimittelG)과 동일하다.

추가개정서 제6조 제1항은 자연재해 또는 불가항력, 전쟁행위 또는 내란 등의 면책사유를 국내법에서 규정할 수 있다고 하고 있다. 하지만 불가항력에 의한 손해는 배상되어야 할 손해인지는 좀 더 논의를 해보아야 한다고 할 것이다. 참고로 1989년 독일연방정부의 유전공학법의 草案에서는 不可抗力으로 인한 손해를 책임배제사유로 규정했으나, 독일 유전공학법은 이와는 달리 손해발생이 불가항력에 기인한 경우에도 책임이 배제되지 않는 것으로 하였다. 이러한 독일의 입법은 유전공학 사업자 등에게 모든 종류의 비일상적인 결과에 대비해서 안전이 보장되도록 필요한 예방조치를 취하도록 하고 있으나, 우리나라에서도 불가항력에 의한 피해를 배상시켜야 할 지는 좀 더 논의를 해보아야 한다고 할 것이다.

118) 현행 제조물책임법 제4조 1항 2호(‘제조자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실’)에서는 개발위험을 면책사유로 인정하고 있다.

그러나 경미한 침해(비본질적인 침해)나 장소적 관계에 비추어 인용가능한 정도의 침해에 의한 손해는 배상이 배제되어야 할 것이다. 위험책임에서는 가해행위의 위법성을 요하지 않으므로, 이에 따라 위법성의 문제로 다루어지는 수인한도론이 적용되지 않으므로 이에 대한 명문의 규정을 두어야 할 것이다.

3) 인과관계의 입증완화에 대한 규정과 정보청구권

추가개정서 제4조는 LMO와 피해간의 인과관계는 국내법에 의한다고 하고 규정하고 있다.¹¹⁹⁾ LMO 피해로 인한 손해배상청구에서, 유전자변형생물체의 작용방법에 대한 인간의 지식의 한계와 손해경과가 장기간에 걸쳐서 행해질 수가 있고, 또한 다수의 원인자가 가공할 수 있으므로, 피해자가 인과관계의 입증에 많은 어려움이 있는 것으로 예상된다. 이에 따라 인과관계의 입증에서 피해자의 어려움을 들어주고자 인과관계의 입증완화를 위한 규정을 신설하는 것은 필히 요구된다고 할 것이다.

독일 유전공학법은 동법 제34조 1항에서 피해자를 위하여 제한된 因果關係의 推定을 규정하고 있다. 피해자가 유전공학적으로 변형된 유기체를 통하여 손해가 야기되었다는 것을 입증하면, 관계된 손해가 유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 특성에 의하여 발생되었다는 것이 추정된다(§34 Abs. 1 GenTG)고 하고 있다. 이러한 규정 예에 따라서 우리나라에서도 인과관계의 추정규정을 두어야 한다는 논의가 있으나, 이는 타당하지 않고 인과관계의 추정 규정이 아니라 개연성이론¹²⁰⁾을 입법해야 하는 것이 타당할 것이다. 실제 독일에서도 환경책임법 제정과정에서 인과관계의 추정이 아니라 개연성이론을 입법하자는 주장이 있었으나, 개연성설은 혐의책임이 짊어지므로

119) 추가개정서 논의과정에서 인과관계의 입증책임을 피해자에게 부과하는 안, 피청구인에게 부과하는 안, 국내법에 위임하는 안으로 논의가 진행되었는데, 프렌즈그룹 회의와 제4차 당사국총회에서는 인과관계의 입증의 문제를 국가들 간의 상이한 법제를 고려하여 국내법에 위임하는 안을 채택하였다고 한다(최승환, LMO 책임복구 추가개정서의 주요내용과 평가, 전계논문, 44면).

120) 환경소송에서 인과관계의 증명은 과학적으로 엄밀한 증명을 요하지 않고 침해행위와 손해와의 사이에 인과관계가 존재하는 相當한 程度의 가능성이 있다는 입증을 함으로써 족하고, 가해자는 이에 대한 反證을 한 경우에만 인과관계의 존재를 부인할 수 있다고 하는 것이다. 즉 피해자인 원고는 인과관계의 존재의 蓋然性을 立證하면 충분하고 피고는 反證으로서 인과관계가 존재하지 않음을 증명하는 경우에만 책임을 면한다는 이론이다.

타당하지 않다는 입장과 독일의 학설과 판례에서 일반적으로 인과관계의 입증과 관련하여 개연성설을 정면으로 배제해온 입장과 상통하게 개연성설에 아니라 인과관계의 추정에 대해서 규정을 두었다. 하지만 독일의 하나의 환경법전의 총칙시안 제121조 1항에서는 因果關係의 立證의 緩和를 규정하는데, 피해자는 독일 민사소송법 제286조 1항에 의한 완전한 입증(Vollbeweis)을 할 필요는 없고 환경침해와 손해사이의 ‘완전히 우월한 개연성’(ganz überwiegende Wahrscheinlichkeit)의 입증으로 족하다고 규정하고 있다. 이러한 입증정도의 감소는 영미법의 영역에서는 사실 광범위하게 퍼져있지만, 이러한 입증정도의 감소와 결합된 혐의책임(Verdachtshaftung)의 위험성으로 인하여 독일법에서는 지금까지 압도적으로 거절되어 왔었다. 하지만 우리나라에서는 통설과 판례¹²¹⁾에서 환경침해 등으로 인한 손해배상에서 인과관계의 입증과 관련하여 개연성설을 정면으로 받아들이고 있으므로 개연성설을 입법하는 것이 타당하고 당연할 것이다.

그리고 피해자에게 개연성에 의한 인과관계의 입증과 손해배상청구권의 행사를 용이하게 하기 위하여 사업자 등과 행정관청에 대한 정보청구권과 열람청구권을 규정할 필요성이 있다. 독일 유전공학법 제35조에서는 피해자에게 유전자변형생물체의 손해 발생적합성의 입증과 그의 손해배상청구권의 행사를 용이하게 하기 위하여 피해자에게 사업자 및 일정한 관청에 대하여 정보청구권(Auskunftsansprüche)을 규정하고 있다. 이는 피해자가 발생한 손해가 유전공학적으로 변형된 유기체로 인한 것이라는 개연성적 진술을 함에 있어서 필요한 자료 등이 거의 모두가 가해자인 사업자 등의 지배영역내에 있으므로 피해자에게 접근할 수 있는 법적 수단을 마련할 필요성이 인정되기 때문이다. 즉 피해자는 사업자 등에게 손해배상청구권을 하기 위하여 필요한 경우에 정보청구권을 행사할 수 있도록 해야 하며, 제공한 정보의 내용이 부족한 경우에는 사업자의 자료에 대한 열람청구권을 행사할 수 있도록 해야 할 것이다. 이때 물론 정보청구권이나 열람청구권은 기업이나 제3자에게 중대한 이익에 부합될 때에는 인정하지 않도록 해야 할 것이며, 또한 정보청구권의 행사가 무차별적으로 행사되지 않도록 하기 위하여, 손해가 관련된 사업자 등에 의하여 발생하였다는 것을 입증한 경우에 행사되도록 하여야 할 것이다.

121) 대판 1974. 12. 10, 72다1774 등.

4) 담보제공의무

재정보증에 관해 추가의정서는 ‘당사국들은 재정보증에 관한 국내법에 규정할 권리를 보유한다’(추가의정서 제10조 1항)고 규정하고 있는데, 실제 유전공학적으로 변형된 유기체에 의한 피해의 배상은 경우에 따라서는 막대한 금전에 이를 수 있으므로, 발생할 수 있는 막대한 손해배상금의 이행을 담보하기 위한 제도적 장치를 규정할 필요성이 있다. 즉 유전자변형생물체에 의한 피해 대한 손해배상에서의 위험책임의 도입은 청구권의 실현을 담보하는 것은 아니기 때문이다. 손해배상의 담보를 위하여 독일 유전공학법 제36조에서는 일정한 유전공학적 의도를 가진 사업자는 연방정부가 제정하는 명령의 자세한 기준에 따라서 담보제공(Deckungsvorsorge)을 할 의무가 있다고 규정하고 있다. 이러한 담보제공은 독일 유전공학법 제36조에 의하면 보험회사에서의 책임보험, 연방이나 주의 면제나 보증, 보험회사에서의 책임보험에 의한 담보 제공과 동일한 안전을 제공하는 금융기관의 면제나 보증 등을 통하여 행하여진다.

하지만 이러한 담보제공의무에 대해서 실제 규정을 한다고 할 때에 업계측의 많은 저항에 부딪힐 것으로 예상된다. 실제 2000년에 제정한 제조물책임법에서도 제조자의 손해배상의무를 담보하기 위하여 제조자가 책임보험 등에 강제부보하도록 하자는 논의가 있었지만 입법은 되지 않았고, 제조자의 담보제공의무에 대해서는 전혀 규정을 두고 있지 않다. 실제 담보제공의무를 입법한다고 할 때에 사업자 등의 담보제공의무는 피해자 보호의 관점에서는 반드시 규정되어야 할 것이지만, 또한 업계측에서의 경영상의 부담을 이유로 완강한 저항이 예상된다 할 것이다.

5) 기타

가. 손해배상의 방법

손해배상은 우리 민법이 금전배상을 원칙(민법 제394조·제763조)으로 하고 있으므로, 금전배상을 원칙으로 하되, 배상금액에 비하여 과도한 비용을 요하지 아니하고 원상회복을 할 수 있는 경우에는 피해자가 원상회복을 청구할 수 있도록 하는 것이 타당할 것이다. 우리나라의 광업법 제93조 제1항에서도 이와 같은 규정을 두고 있다.¹²²⁾

나. 기술적 표준의 제정 필요성

유전공학 시설 및 유전공학적으로 변형된 유기체로부터 발생할 수 있는 인간과 환경에 대한 위험을 방지하기 위하여 '유전공학시설 및 연구에서의 안전성확보를 위한 실험지침'을 우선 만들어서 시행하는 것이 필요하다고 보여진다. 생명공학육성법 제 15조에서도 정부는 유전공학 안전성확보를 위한 실험지침을 만들어 시행하도록 하고 있고, 또한 OECD 가입에 대비하여 유전자재조합실험지침을 만들기도 하였으므로, 우선 당장 '유전공학시설 및 연구에서의 안전성확보를 위한 실험지침'을 제정하여 시행하는 것이 유전공학 위험성의 안전성확보 및 피해의 발생의 방지를 위해서 법의 제정보다 먼저 행해져야 할 시급한 문제라고 생각된다.

IV. 마치며

바이오안전성의정서 제27조(책임과 피해배상)에 근거한 추가의정서가 각국의 노력 끝에 제5차 당사국 총회에서 합의되었다. 이에 따라 유전자변형생물체로 인한 국제 책임법 체계가 마련되었지만, 전반적인 윤곽만 그리고 있을 뿐, 그 중요한 내용은 각국의 국내법에서 마련하도록 하면서, 기존 국내법을 적용하거나 새로운 법을 개발하도록 하고 있다. 아직 추가의정서가 국내에 효력을 갖기 위해서는 얼마간의 시간이 경과해야 하지만, LMO 피해와 관련하여 현행 책임법은 피해자 보호에 부족한 감이 없지 않다. 그러므로 이제 본격적으로 LMO 피해로 인한 피해자 구제법안을 논의하여 그 결실을 보아야 할 때가 왔다고 생각된다.

생명공학산업의 건전한 발전을 위해서는 LMO의 국가간 이동 등에 따른 피해를 사전에 효과적으로 방지하고 사후에 적절히 구제할 수 있는 책임법체계를 채택·시행하는 것이, 국내의 소비자의 신뢰를 확보한다는 의미에서 중요하다고 할 것이다.

그리고 생명공학은 인간과 생명체의 본질을 파헤치는 기초학문이면서 엄청난 산업성을 가지는 특성이 있다. 이에 따라 생명공학산업은 21세기에 가장 유망한 산업으로

122) 이에 관해서 자세한 것은, 전경운, 광해로 인한 손해배상책임, 명지법학 제2호(2002), 104-105면 참조.

서 다른 분야에 비해 투자비용도 상대적으로 적고 환경 친화적으로 운용될 수도 있는 지식산업이어서 우리나라에서 앞으로 비중을 많이 두어야 할 산업분야이다. 이에 따라 LMO 피해에 대한 위험책임의 도입은 신중히 접근해야만 할 것이다. 즉 생명공학에 대한 적절한 법적 규율은 생명공학의 발전을 저해하지 않는 범위내에서 그 위험성을 규제하는 것이 필요할 것이다. 이에 따라 LMO 피해에 대한 법적 규율을 하는데 있어서 법이 정상적인 과학기술의 발전을 저해하지 않도록 신중히 접근하고, 의견수렴에 있어서도 생명공학에 관여하는 과학자들의 의견을 충분히 청취·수렴해야 한다고 생각된다.

논문투고일 : 2011. 11. 4.	심사일 : 2011. 11. 18.	게재확정일 : 2011. 11. 21.
----------------------	---------------------	-----------------------

참고문헌

<국내문헌>

- 구연창, 環境保全法, 삼영사, 1981.
- 곽윤직, 채권각론(신정판), 박영사, 1995.
- 연기영, 생산물손해배상책임법, 육서당, 1999.
- 전경운, 환경사법론, 집문당, 2009.
- 정동효, 유전공학(I), 선진문화사, 1994.
- 홍준형, 환경법, 박영사, 2001.
- 강봉석, 유전공학에서의 손해배상책임, 환경법연구 제24권 1호, 2002. 9.
- 김상용, 유전공학 위험책임, 고시계 1996. 4.
- 김성천, 유전자변형생물체와 제조물책임 문제에 대한 고찰, Biosafety, 제7권 1호, 2006. 2
- 박동진, 제조물책임법상 제조물의 개념, 비교사법 제10권 4호(통권 23호), 2003. 12.
- 안법영, 환경오염사고와 위험책임, 환경오염의 법적 구제와 개선책(한림과학원총서 47), 1996.
- 이종영, 생명공학과 법, 환경법연구 제24권 1호, 2002. 9.
- 전경운, 광해로 인한 손해배상책임, 명지법학 제2호, 2002,
- 전경운, 유전공학의 위험성에 대한 규제법과 책임법 제정의 방향, 비교사법 제8권 1호, 2001. 6.
- 전경운, 環境紛爭調整制度의 현황과 문제점, 환경법연구 제26권 3호, 2004. 9.
- 전경운, 독일 제조물책임법의 주요내용과 동향에 관한 일고찰, 법과 정책연구 제10집 제3호, 2010. 12.
- 정상기, '생물안전성(biosafety)'에 관한 최근의 국제동향과 우리의 법적 과제, 연세법학 연구 제5집 2권, 1998.
- 조인성, 독일 유전공학법의 최근 동향, 환경법연구 제27권 1호, 2005. 6,

최승환, LMO 책임복구 추가의정서(안): 평가와 전망, BIOSAFETY, 제11권 제2호(통권 제43호), 2010. 9.

최승환, LMO 책임복구 추가의정서의 주요내용과 평가, BIOSAFETY, 제11권 제3호(통권 제44호), 2010. 11.

<외국문헌>

Dietrich Broks/Andreas Pohlmann/Mario Senft, Das neue Gentechnikgesetz, 1991.

Dirk Looschelders, Schulrecht Besonderer Teil, 4. Aufl., 2010.

Gert Landsberg/Wilhelm Lütling, Umwelthaftungsrecht, 1991.

Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 30 Aufl., 2006.

Hans Brox/Wolf-Dietrich Walker, Besonderes Schuldrecht, 31. Aufl., 2006.

Hans Claudius Taschner/Erwin Frietsch, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, 2. Aufl., 1990.

Hirsch/Schmidt-Didczuhn, Gentechnikgesetz, 1991.

Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts Besonderer Teil, Bd. II, 13. Aufl., 1994.

Münchener Komm./Ursula Stein, Bürgerliches Gesetzbuch, 3. Aufl., 1997.

Othmar Jauernig, Zivilprozessrecht, 24. Aufl., 1993.

Produkthaftungshandbuch/Ulrich Foerste, Bd. 1, 2. Aufl., 1997.

Produkthaftungshandbuch/Graf von Westphalen, Bd. 2, 2. Aufl., 1999,

Richard Zöller, Zivilprozessordnung, 20., Aufl., 1996.

Rolf Schmidt, Schuldrecht Besonderer Teil II, 2009,

Volker Emmerich, BGB-Schuldrecht Besonderer Teil, 11. Aufl., 2006.

Walter Rolland, Produkthaftungsrecht, Teil II, 1990.

Wolfgang Fikentscher/Andreas Heinemann, Schuldrecht, 10. Aufl., 2006.

Claus-Wilhelm Canaris, Die Produzentenhaftpflicht in Dogmatischer und

rechtspolitischer Sicht, JZ 1968, 500.

Heinrich Honsell, Produkthaftungsgesetz und allgemeine Deliktshaftung, JuS 1995, 211.

Peter Marburger, Gebrauchs- und Betriebsanleitungen im Produkthaftungsrecht, in: Michael Kloepfer(Hrsg), Gebrauchs- und Betriebsanleitungen in Recht und Praxis, 2007, 54.

ders, Die haftungs- und versicherungsrechtliche Bedeutung technischer Regeln, VersR 1983, 597.

[Abstract]

The Limitation of Liability Laws on the Protection of Victims
of Living Modified Organisms, and the Necessity of
Enactment of Liability Laws

Chun, Kyoung Un

Biotechnology is helpful for human beings, but at the same time is likely to be harmful to them and environments. Accordingly, it needs to enact laws for indemnifying for living modified organisms (LMO)-related damage to human beings and environments. In this regard, 'Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary on Liability and Redress to the Cartagena Protocol on Biosafety' has been established in October 2010 in order to execute the article 27 of 'Cartagena Protocol on Biosafety.' The protocol stipulates that the countries directly involved in LMO should enact domestic laws regarding damage caused by LMO in order that the civil responsibility may be assumed for it. The domestic laws should be applied within laws in force or should be newly enacted.

In South Korea, Article 750 of Civil Code may be applied to environmental damages caused by LMO. However, there is a limit as to what the article protects the victims of environmental damages caused by LMO inasmuch as it is based on the principles of fault liability. Article 31 of Framework Act on Environmental Policy stipulates strict liability of business places, but is not focused on LMO-related damages. Strict liability, stipulated in Article 3 of Product Liability Act, may be applied to cases where products including MLO harm the benefit and protection of the law. However, there is a limit as to what it protects victims due to the plea of developmental risks. In the case of Germany's Biotechnology Act, strict liability is applied to damages caused by MLO. Hereat, there needs to refer to it in enacting the relevant law.

주 제 어 생명공학기술, 유전자변형생물체, 바이오안전성의정서, 나고야·쿠알라룸푸르 책임복구
추가정의서, 환경침해 피해, 제조물책임, 위험책임, 독일 유전공학법

Key Words Biotechnology, Living Modified Organisms, The Cartagena Protocol on Biosafety,
Nagoya-Kuala Lumpur Supplementary on Liability and Redress to the Cartagena
Protocol on Biosafety, Environmental Damage, Product Liability, Strict Liability,
Germany's Biotechnology Act