

# 유전공학에서의 손해배상책임\*

강봉석\*\*

## < 차례 >

### I. 들어가는 말

### II. 유전공학의 기회와 위협

1. 유전공학의 기회와 그 적용영역
2. 유전공학의 위협
3. 유전공학의 특수성

### III. 유전공학손해배상책임

1. 유전공학에 있어서의 손해전보법리
2. 독일에서의 손해배상이론구성
3. 우리 나라에서의 손해배상이론구성
4. 결어

## I. 들어가는 말

유전공학기술을 이용하면 어떤 유기체의 유전자를 일정한 목적을 가지고 변형시켜 그 유기체의 특성 내지 성질을 변경시킬 수 있으며, 혹은 유전자의 변경 또는 합성을 통하여 종래와는 다른 유기체를 생산할 수도 있다. 최근 이러한 유전공학기술분야의 급속한 발전은 인류의 미래문제 해결에 큰 기회를 제공하는 반면에 인류에게 유전공학기술의 허용에 관한 윤리적 문제를 제기할 뿐만 아니라 그로부터 생길 수 있는 위험은 인류와 그 환경을 위협하고 있다. 유전공학분야에서의 위험은 다른 기술분야와는 다른 유전공학기술의 특수성으로 인하여 종전의 위험과 다른 측면이 존재하고 있다. 더군다나 이러한 기술의 경우에는

\* 본 논문은 이화여자대학교 2000년도 교내연구비에 의한 것임.

\*\* 이화여자대학교 법과대학 조교수

모든 안전수칙을 준수하고 주의를 기울이더라도 그 기술에 잠재된 위험이 현실화될 수 있으므로, 유전공학기술의 안전을 담보하는 예방적 안전규정 이외에도 피해자의 구제를 위해서는 효과적인 책임규정을 마련하는 것이 필요하다. 이에 본 논문에서는 먼저 유전공학이 가져다주는 기회와 그에 내재하고 있는 위험에 관하여 살펴보고 난 후에, 유전공학적 사고로 인한 손해의 배상책임문제에 관하여 1990년에 제정된 독일 유전공학법의 규율내용을 검토해 보고 마지막으로 우리 손해배상법 체계 하에서 어떻게 손해배상이론을 구성할 수 있을 것인지에 관하여 알아보려고 한다.

## II. 유전공학의 기회와 위험

### 1. 유전공학의 기회와 그 적용영역

우리가 살고 있는 지구는 과잉인구로 말미암아 식량문제, 질병 및 환경오염문제로 신음하고 있는데, 이러한 인류의 문제해결에 유전공학기술이 큰 기여를 할 수 있다. 유전공학기술은 생명체의 형질과 기능을 결정해 주는 유전자를 조작하는 기술이기 때문에 생명체를 이용하는 모든 산업분야에 응용되고 있는데, 제약산업을 위시해서 발효산업, 식품산업, 농업, 환경, 보건의료 등 모든 생물산업 분야에 걸쳐 지대한 기술적 그리고 경제적 파급을 가져오고 있다. 이 중에서도 유전공학기술이 제일 먼저 응용되고 실용화된 분야가 제약산업인데, 실제로 유전공학기술을 이용하여 여러 가지 새롭고 희귀한 바이오 의약품을 생산해 내는

데 기여하고 있다<sup>1)</sup>. 이뿐 아니라 인류의 식량문제의 해결을 위하여 농업분야에도 유전공학기술이 큰 기여를 할 수 있다. 즉 유전공학기술을 이용하여 짧은 기간 안에 신품종의 개발을 할 수 있으며<sup>2)</sup>, 내한성 또는 내병성이 강하고 영양가가 높은 품종을 개발하여 식량증산에 기여할 수 있다. 또한 유전공학기술은 생물학적인 연구 뿐 아니라 응용생물학에도 적용될 수 있어서 질병, 특히 암이나 에이즈의 진단과 치료 등에 널리 이용될 수 있다. 즉 유전공학기술은 질병의 분자생물학적 연구에 응용되어 질병을 사전에 예방하고 조기에 진단하며, 질병을 근원적으로 치료해 나가는 의료기술의 혁신이 가능해 지고 있다. 특히 유전자의 결합에 의하여 생기는 유전병의 경우에 정상적인 유전자를 환자의 세포에 이식하는 유전자요법(gene therapy)이 발달하고 있다<sup>3)</sup>. 또한 유전공학의 영역에서의 기술들이 빠른 속도로 산업계에 적용되어 이와 관련된 생산이 급속히 팽창되어 경제적으로 중요성을 더해 가고 있으며, 각국 정부는 유전공학을 국가의 핵심기술로 삼아 유전공학적인 치료제나 면역제의 생산 등을 통해 수출과 경제성장을 촉진시키려고 하고 있는 실정이다.

## 2. 유전공학의 위험

이러한 유전공학의 긍정적인 가능성에도 불구하고 유전공학에는 인간과 관련종사자의 건강과 환경, 특히 동식물세계와 관련된 잠재된 위험

- 
- 1) 유전공학기술을 적용하여 처음으로 치료제로 또한 경제적으로 성공한 것이 E-Coli로부터 인간의 인슐린을 생산해 낸 것이다. 또한 유전공학기술에 의해 처음으로 개발된 백신은 B형 간염백신이다.
  - 2) 이른바 '포마토(pomato)'는 감자와 토마토의 세포를 융합시켜 얻은 신종식물이다.
  - 3) Bericht der Enquete-Kommission, 'Chancen und Risiken der Gentechnik' (1987), S. 178 ff.

이 도사리고 있다. 비록 그러한 위험이 일차적으로 환경에 향하여진 경우라고 할지라도 간접적으로는 인간의 건강을 위협할 수 있다. 이러한 위험들은 유전자연구소나 생산현장에서 병원체와의 접촉을 통하거나, 의도적인 또는 의도하지 않은 유전자변형생물체의 환경에의 방출을 통해 발생할 수 있다. 이러한 위험은 유전공학의 남용을 통해서 생길 뿐만 아니라 그 기술의 적용이 가져다주는 영향에 대한 지식의 결여로부터 생길 수 있다<sup>4)</sup>. 모든 유전공학기술의 응용이 그 자체 위험과 관련되어 있다고 할 수는 없지만, 개개의 유전공학적 실험의 경우 위험이 내포될 수 있으며 그러한 경우에는 적절하게 통제되어야 한다. 따라서 이러한 유전공학에 잠재하고 있는 위험성으로 인하여 유전공학적 작업의 안전성을 마련하고 그로 인한 손해발생시 손해배상에 관한 내용을 규율할 법적인 장치를 마련하는 것이 절실히 요구된다.

### 3. 유전공학의 특수성

새로운 기술에 대한 법적 규율은 규율하려고 하는 대상에 대한 정확한 인식의 바탕 하에 가능하다. 유전공학은 다른 기술과 대비해 볼 때 다음과 같은 특수성이 있다.

#### (1) 방출미생물의 비통제적 확산

먼저 의도적이든 의도가 없이 행해지건 미생물이 외부에 방출되면 물·공기·토양과 같은 환경매체나 인간·동물과 같은 전달체를 통하여 무한정 확산될 수 있으며, 이러한 무한대의 확산가능성으로 인

4) Nicklisch, Das Recht im Umgang mit dem Ungewissen in Wissenschaft und Technik, NJW 1986, S. 2288

하여 그로 인한 침해 또한 제한적이지 않다. 전통적인 기술과 대비해 볼 때 이러한 점은 결정적인 차이점이라고 할 수 있다. 예컨대 다리의 붕괴, 화학공장의 폭발 나아가 핵발전소의 사고의 경우에 그 손해가 비록 매우 클 수는 있지만 제한적이라고 할 수 있다. 반면 미생물은 방출되면 일반적으로 되돌릴 수가 없으며, 방출된 미생물이 자연환경에서 스스로 죽을 것이라고 반드시 신뢰할 수는 없으므로 생존한 미생물이 인간과 환경에 되돌이킬 수 없는 막대한 손해를 야기할 수 있다<sup>5)</sup>.

## (2) 유전자의 비통제적 교환

또한 한 생물체의 유전적 특성이 다른 생물체에 옮겨갈 수가 있다. 이와 같은 유전자교환이 일어나는 경우에는 의도하지 않았던 결과가 발생할 수 있으며 아직까지는 유전자교환의 발생과 빈도에 관한 지식이 부족한 가운데 있다<sup>6)</sup>.

## (3) 유전정보의 변동성

또한 유전자재결합, 돌연변이 등을 통하여 미생물의 확산과정에서 본래부터 존재하던 유전자정보의 변화가 생길 수 있다. 즉 자연환경에 방출되는 미생물이 많으면 많을수록 유전자재결합, 돌연변이 등을 통하여 그의 분자적인 그리고 기능적인 모습에 변화가 생길 개연성이 더욱 증가한다<sup>7)</sup>.

5) Klöpfer/Delbrück, Gentechnikrecht zum Schutze der Umwelt, UPR 1989, S. 281

6) Nicklisch, Rechtsfragen der modernen Bio- und Gentechnologie -Regelungsbedarf und Regelungsansätze, BB 1989, S. 2

7) Bericht der Enquete-Kommission, 'Chancen und Risiken der Gentechnik', S. 219

#### (4) 사후손해성

또한 유전자조작이 된 제품이나 생물체에 의해 인간이나 자연에 야기될 수 있는 위험은 많은 시간이 지난 후에, 또한 경우에 따라서는 제조된 장소나 실험장소와 멀리 떨어진 곳에서 발생할 수 있다. 이러한 장기효과(Langzeiteffekt)는 잠재적인 손해의 범위에도 영향을 미친다. 따라서 예컨대 병인(病因)성의 바이러스의 경우에 장기의 잠복기에 의하여 감염자의 수가 증가되고 그 질병이 인식되기 전에 그 바이러스가 더 확산될 수 있다<sup>8)</sup>.

#### (5) 부족한 지식

또한 가장 문제가 되는 것은 이러한 위험을 제거할만한 충분한 지식과 기술을 아직 가지고 있지 못하다는 것이다. 특히 의도적인 또는 의도하지 않은 미생물의 방출과 결부된 위험은 단지 부분적으로만 알려져 있고 그 이외에는 거의 알 수 없는 상태에 있다는 점이다<sup>9)</sup>.

### Ⅲ. 유전공학손해배상책임

#### 1. 유전공학에 있어서의 손해전보법리

유전공학적 작업과 관련된 위험은 그 유전공학적 작업에 종사하고 있

8) BT-Drucks 10/6775, S. 350

9) Nicklisch, Rechtsfragen der Biotechnologie, in: Nicklisch F./Schettler G. (Hrsg.), Regelungsprobleme der Gen-und Biotechnologie sowie der Human genetik(Heidelberg, 1990), S. 41

는 사람의 건강뿐만이 아니라 다른 사람의 건강, 나아가 동물과 식물을 비롯한 전체 환경(Umwelt)을 위협하고 있다. 그런데 유전공학과 관련된 모든 안전수칙을 준수하는 경우에도 유전공학적 작업으로 말미암은 손해를 완전히 예방할 수는 없기 때문에 유전공학적 사고가 발생한 경우 효과적인 손해전보법리를 마련하는 것이 필요하다. 유전공학영역에서의 손해배상법리는 한편으로는 손해를 입은 자의 이익을 고려해야 할 뿐 아니라, 다른 한편으로는 연구의 자유에 관한 연구자의 이익과 영업의 자유에 관한 산업계의 이익도 함께 고려할 필요가 있다<sup>10)</sup>.

유전공학적 사고가 발생의 경우에 그로 인한 손해배상을 청구하기 위한 법리로 먼저 계약상의 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 생각 해볼 수도 있지만, 유전공학적 작업의 사업자와 유전공학적 사고의 피해자와 사이에는 계약관계가 존재하지 않는 경우가 일반적이므로 별도로 논의의 실익이 없다 할 것이다. 그 다음으로는 피해자가 유전공학적 작업의 사업자에 대하여 불법행위에 기한 손해배상청구권을 청구할 수 있을 것이다<sup>11)</sup>. 그러나 효과적인 손해배상을 위해서는 과실책임의 원칙에 근거하고 있는 불법행위로 인한 손해배상책임법리로는 충분하지 않은 면이 있다. 왜냐하면 피해자가 유전공학적 작업에 대한 지식이 없는 경우가 대부분이고 살아있는 생물체를 대상으로 하는 작업이므로 가해자측의 과책(Verschulden)을 입증한다는 것이 많은 경우에 쉽지 않기 때문이다. 따라서 유전공학적 방법을 통하여 유전물질을 변화시킴을 통해 발생할 수 있는 손해에 대하여 기존의 과실책임의 원칙에 근거한

10) BT-Drucks 10/6775, S. 292

11) 이 경우 과실입증의 곤란과 관련하여 독일에서는 거래안전의무(Verkehrspflicht)이론이 발달하였다. 거래안전의무에 관하여는, v. Bar, Verkehrspflichten (Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1980); 김상용, 불법행위법, 법문사(1997), 52면 이하; 윤용석, "서독 불법행위법상의 소위 Verkehrspflicht에 관한 고찰", 부산대학교 법학연구 27권 1호(1984), 12면 이하 참조

손해배상책임의 법리 이외에 위험책임의 법리를 도입할 필요성이 있다. 이와 관련하여 특히 독일에서는 유전공학법이 제정되어 1990년 7월 1일부터 시행되었는데, 이 법은 유전공학적 작업에 관한 안전을 확보하기 위한 다양한 제도를 마련하고 있을 뿐만 아니라, 유전자변형유기체의 속성에 의해 손해가 발생한 경우 위험책임을 인정하는 규정을 두고 있다. 아래에서는 독일의 유전공학법의 내용을 유전공학적 사고로 인한 손해배상책임규정을 중심으로 살펴보고, 우리나라의 경우에 어떻게 손해배상의 이론을 구성할 수 있을 것인가에 관하여 살펴보고자 한다.

## 2. 독일에서의 손해배상이론구성

### (1) 유전공학법상의 위험책임규정

유전자조작에 의한 위험으로부터 생명과 건강·환경·재화를 보호하고 유전공학의 발전과 진흥을 위한 법적 테두리를 마련하기 위하여 1990년 6월 20일에 제정되고 동년 7월 1일부터 효력을 발한 독일 유전공학법<sup>12)</sup>은 제32조 이하에서 손해배상책임 관련규정을 두고 있는데, 즉 제32조 제1항은 “유전공학적인 작업에 근거하는 유기체의 특성으로 인하여 사람이 사망하거나 사람의 신체나 건강이 침해되거나 혹은 물건이 손상된 경우에는, 그 사업자는 이를 통하여 발생하는 손해에 대해 배상하여야 한다<sup>13)</sup>”라고 규정하고 있으며, 동조 이하에서 피해자의 입증의 곤란을 덜어 주기 위한 원인추정조항(제34조)과 정보제공청구권조

12) Gesetz zur Regelung von Fragen der Gentechnik vom 20. Juni 1990 (BGBl. I S. 1080)

13) “Wird infolge von Eigenschaften eines Organismus, die auf gentechnischen Arbeiten beruhen, jemand getötet, sein Körper oder seine Gesundheit verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Betreiber verpflichtet, den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.”



항(제35조), 손해배상한도의 규정(제33조), 손해배상의 담보를 위한 규정(제36조), 다른 책임규정과의 관련을 정한 규정(제37조) 등을 두고 있다. 제32조 1항의 문언(文言)을 통해 볼 수 있듯이 유전자조작작업에 근거한 유기체의 특성에 의해 침해가 발생한 경우에 손해배상책임의 원칙으로 유전공학법은 위험책임을 규정하고 있다<sup>14)</sup>. 이러한 위험책임은 현대사회에서 과학기술의 발전으로 생겨난, 통제가 어려운 새로운 위험에 대한 입법자의 전형적인 반응을 의미한다. 유전공학의 영역에서는 개발위험(Entwicklungsrisiken)에 대한 책임이 중요한데, 이는 현재의 과학수준으로는 유전자변형유기체의 위험을 확실하게 진단할 수 없으므로 유전공학에서는 개발위험이 본래적인 고유한 위험이기 때문이다. 그러므로 유전자조작 작업의 운영자는 작업시점의 과학과 기술의 기준에 따라 최대한의 주의를 다하여도 객관적이고 일반적으로 누구에 의해서도 인식되거나 회피될 수 없는 유전자변형유기체로부터의 손해에 대해서도 책임을 부담한다<sup>15)</sup>. 이러한 개발위험은 독일민법 제823조 1항의 불법행위책임에는 포함되지 않는다. 위험책임의 범위에서는 과책과는 관계없이 책임을 부담하므로, 손해의 예견가능성이 어떠한 역할도 하지 못하게 된다<sup>16)</sup>. 이러한 개발위험에 대한 책임인정으로 유해성의 인식과 그 판별시기에 관한 입증의 어려움이 덜게 되고 안전조치연구를 위한 강한 유인이 될 수 있다<sup>17)</sup>. 이러한 유전공학

14) 유전공학에서의 책임문제에 관하여 Eberbach/Lang/Ronellenfisch, *Recht der Gentechnik und Biomedizin*(1995); Hirsch/Schmidt-Didczuhn, *Gentechnikgesetz*(1991); ders., *Haftung für das gentechnische Restrisiko, VersR 1990, S. 1193 ff.*; Koch/Ibelgauf, *Gentechnikgesetz*(1994)

15) Eberbach/Lang/Ronellenfisch, a.a.O., vor §32 Rn. 10; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, *VersR 1990, S. 1194*; Koch/Ibelgauf, a.a.O., § 32 Rn. 17; Graf Vitzthum/Geddert-Steinacher, *Standortgefährdung, S. 118 ff.*

16) Graf Vitzthum/Geddert-Steinacher, a.a.O., S. 121; 이와 같이 유전공학법이 개발위험에 대해서도 책임을 지도록 규정하고 있는 것은, 제조물책임법이 개발위험에 대한 책임을 명시적으로 배제시킨 것과 다르며, 의약품법이 개발위험에 대해 책임을 인정하는 것과 동일하다.

17) Hager, *Das neue Umwelthaftungsgesetz, NJW 1991, S. 136*

법 제32조의 유전공학책임을 시설책임으로 보아야 하는지 아니면 행위책임으로 보아야 하는지에 관하여 견해의 대립이 있는데, 이에 관하여 유전공학책임은 환경책임의 경우와는 달리 시설책임이 아니라 간접적인 행위책임이 문제된다고 보는 것이 다수의 견해이다<sup>18)</sup>. 즉 일차적으로 유전공학인 작업으로 인해 위험원(Gefahrenquelle)으로서 손해를 야기하는 특성을 가진 유전자변형유기체가 존재하고, 이러한 유기체를 생산하고 방출하였다는 점이 책임법적으로 볼 때 중요한 연결점이라는 것이다<sup>19)</sup>.

## (2) 적용범위

유전공학법 제32조 1항의 위험책임은 유전공학적 작업에 근거하는 유기체의 속성에 의하여 법익침해가 발생한 경우에 적용되므로, 유전공학적 작업에서의 특별한 위험의 실현이 그 책임의 근거가 된다. 그러므로 법익침해가 유전공학적 작업에 근거하지 않은 경우, 예를 들면 반(反)돌연변이<sup>20)</sup>, 효과 없는 체세포의 유전자대체<sup>21)</sup>, 부정확한 유전자분석<sup>22)</sup> 등을 통하여 침해가 발생한 경우에는 적용되지 않는다. 그러므로 유전자변형유기체를 통하여 법익침해가 생겼지만, 그 침해가 유전자가 변화하여 생긴 것이 아닌 경우에는 제32조의 위험책임조항이 적용되지 않는다<sup>23)</sup>. 또한 유전공학위험책임이 위법한 행태를 요건으로 하고 있지

18) Deutsch, VersR 1990, S. 1041; Eberbach/Lange/Ronellenfisch-Landsberg/Lülling, GenTG vor § 32 Rn. 11; Hirsch/Schmidt-Diczuhn, GenTG § 32 Rn. 11

19) 이에 관하여 상세히는 강봉석, 전제서, 35면 참조

20) Rückmutation

21) unwirksamer somatische Gentransfer

22) ungenaue Genomanalyse

23) Deutsch, Haftung und Rechtsschutz im Gentechnikrecht, VersR 1990, S. 1042; Eberbach/ Lang/Ronellenfisch, a.a.O., §32 Rn. 24; Göben, Arzneimittelhaftung und Gentechnikhaftung als Beispiele modernen Risikoausgleichs (1995), S. 152; Koch/Ibelgaufits, a.a.O., §32 Rn. 25

않으므로, 사고의 경우뿐만 아니라 정상적인 운영의 과정에서 발생한 손해의 경우에도 배상책임에 포함된다. 그리하여 사업자는 그가 공법적인 규정들을 준수하였다고 항변할 수가 없다. 즉 공법적인 허가는 원칙적으로 행위를 정당화하거나 책임을 면제하는 효력이 없다. 또한 유전공학법은 유전자변형유기체를 사람에게 적용하는 것에 대해서는 명시적으로 배제하고 있으므로(제2조 2항), 인간유전학(Humangenetik)의 분야는 이 법의 위험책임의 적용대상이 되지 않는다<sup>24)</sup>.

### (3) 보호법의

유전공학법 제32조 1항은, 유전공학적 사고로부터 생길 수 있는 모든 손해로부터 사람들을 보호하는 것이 아니라, 동조는 일정한 보호법익을 열거하고 있다. 즉 다른 위험책임에 관한 규정들<sup>25)</sup>과 유사하게 생명·신체·건강 및 물질 재화를 그 보호법익으로 하고 있다. 그런데 유전공학법 제1조 1호가 동법의 보호목적에 관하여 동물·식물을 비롯한 그 밖의 환경을 그 침해로부터 보호하는 것도 포함시키고 있는데 반하여<sup>26)</sup>, 동

24) Göben, a.a.O., S.148; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, VersR 1990, S. 1194; 사람의 생식세포(Keimzelle)에 대한 유전자조작작업에 관해서는 1990년의 수정란보호법(胚芽保護法, Embryonenschutzgesetz)이 적용되는데, 이 법은 사람의 생식세포의 유전자정보를 인공적으로 변화시키는 것을 형벌로서 금지하고 있다(제5조 1항).

25) § 1 UmweltHG, § 1 I ProdHaftG, § 1 I HaftpflG, § 7 I StVG, § 33 I LuftVG, §§ 25 ff. AtomG

26) § 1[Zweck des Gesetzes]

Zweck dieses Gesetzes ist,

1. Leben und Gesundheit von Menschen, Tiere, Pflanzen sowie die sonstige Umwelt in ihrem Wirkungsgefüge und Sachgüter vor möglichen Gefahren gentechnischer Verfahren und Produkte zu schützen und dem Entstehen solcher Gefahren vorzubeugen und
2. den rechtlichen Rahmen für die Erforschung, Entwicklung, Nutzung und Förderung der wissenschaftlichen, technischen und wirtschaftlichen Möglichkeiten der Gentechnik zu schaffen.

법 제32조의 손해배상책임규정은 자연(Natur)과 경관(Landschaft)의 보호를 포함시키지 않고 있다. 민사법은 개인적인 관계에 대한 규율과 개인 사이에 야기된 손해의 복구에 맞추어져 있기 때문에, 위와 같은 손해를 포섭하기에는 적당하지가 않다<sup>27)</sup>. 왜냐하면 자연과 경관과 같은 문제된 법익에 소유권이 존재하지 않을 수 있으며, 따라서 자연과 경관이 소유권의 침해와 관련됨이 없이 유전자변형유기체에 의하여 손상 당할 수 있기 때문이다. 이와 같은 이른바 생태손해<sup>28)</sup>는 가해자와 피해자간의 두 사람의 관계가 문제되는 것이 아니라, 생태계의 유지와 보호라는 일반적 이익이 문제가 된다<sup>29)</sup>. 그러므로 이러한 생태손해에 책임법적인 손해배상청구권이 인정되는지 또한 인정된다면 어느 한도까지인지가 문제된다. 생태손해인가의 여부에 대한 판단은 손해배상법적인 관점에서 파악하는 것이 필요한데, 이러한 관점 하에서 생태손해란, 금전으로 평가될 수 없는 자연물에 대한 침해, 즉 재산적 이익의 침해가 아니라 무형의 자연보호이익(immaterielles Naturschutzinteresse)에 대한 침해를 의미한다<sup>30)</sup>. 그런데 민사법의 인적관련성과 법익관련성으로 인하여, 생태손해는 그 자체로는 민사법적인 손해배상법이 적용되지 않고, 그 한도내에서 유전공학책임법의 대상도 되지 않는

27) Diederichsen, Referat zum 56. Deutschen Juristentag, L 48; BT-Drucks 11/5622, S. 33; Eberbach/Lange/Ronellenfisch-Landsberg/Lülling, GenTG § 32 Rn. 159

28) 생태손해의 전형적인 예로서는 생활공간의 파괴, 야생 식물이나 작은 생명체의 축출, 생물학적 효력구조의 중단 등이 있다.

29) 생태손해(Ökologische Schäden)의 배상가능성 문제에 관하여는 Eberbach/Lange/Ronellenfisch-Landsberg/Lülling, GenTG § 32 Rn. 155 f.; Gassner, UPR 1987, S. 370 f.; Ladeur, NJW 1987, S. 1236 f.; Nicklisch, VersR 1991, S. 1097; Reh binder, NuR 1988, S. 105 ff.; Taupitz, JURA 1992, S. 115

30) Reh binder, NuR 1988, S. 106; Brüggemeier, KritJ 1989, S. 225; Eberbach/Lange/Ronellenfisch-Landsberg/Lülling, GenTG § 32 Rn. 156; Gassner, UPR 1987, S. 370

다<sup>31)</sup>. 따라서 이러한 종류의 손해는 일반적인 인격권 개념을 발전시키는 방법을 취하거나 특정한 환경법익을 인정하는 방법을 취하여 독일 민법 제823조 1항의 기타의 권리로 파악하여 민사법적인 방법으로 배상받는 것이 불가능하다. 단지 이러한 생태손해가 동시에 개인의 권리 침해를 야기하는 경우에 한해서만 간접적으로 책임법적인 적용이 가능하게 된다<sup>32)</sup>.

#### (4) 입증책임의 완화

유전공학의 영역에서는 대상의 특수성과 원인-결과 메카니즘의 특수성으로 인하여 인과관계 및 과실의 입증의 문제가 특별히 어려움을 띠고 있다<sup>33)</sup>. 따라서 피해자의 입증곤란을 덜어주기 위한 많은 시도가 행해졌는데 유전공학법은 그 중에 다음과 같은 제도를 두고 있다<sup>34)</sup>.

##### (a) 인과관계의 추정

유전공학법 제34조 1항은 피해자의 입증곤란을 덜어주기 위하여 제한된 인과관계의 추정을 규정하고 있다. 즉 손해가 유전자변형유기체에 의하여 야기되었다면 그 손해가 유전공학적 작업에 근거하는 유기체의 특성을 통하여 야기되었다고 추정된다는 것이다. 그렇지만 이 규정을 통하여서는 유전자변형유기체에 의해 발생한 손해가 그 유전공학적으로 변형된 속성에 의해 야기되었다는 입증책임만이 인과관계의 추정의 형태로 완화되는 것

31) Diederichsen, Referat zum 56. Deutschen Juristentag, L 49 f.

32) Brüggemeier, KritJ 1989, S. 224

33) 예컨대 화학공장에서의 폭발의 경우와는 달리 유전공학적 작업의 피해자는 자신의 피해가 유전공학적으로 작업된 재료에 근거하고 있을 것이라는 예상을 하기가 쉽지 않고, 더군다나 누가 그러한 재료를 방출한 것인가에 대해서는 전혀 예상할 수가 없게 된다. 만약 그러한 생물학적인 재료가 돌연변이에 의해 변화되는 경우에는 입증이 더욱 어려워지게 된다.

34) 이에 관하여는 강봉석, 전게서, 44면 이하 참조

이지<sup>35)</sup>, 손해가 유전자변형유기체에 의하여 발생한 것이라는 근본적인 문제에 대한 입증책임의 완화가 이루어지는 것은 아니다. 따라서 유전자변형 유기체와 손해사이의 인과관련성에 관하여는 일반적인 입증책임원칙이 적용되어 원칙적으로 피해자가 그 입증책임을 부담한다. 이를 통하여 양자 사이의 인과관련성이 인정되면, 이제는 그 손해가 유전공학적으로 변형된 유기체의 속성에 근거하고 있는 것인가 하는 문제가 생기는데, 바로 이 경우에 동법 제34조 1항이 적용되어 양자 사이의 인과관계가 추정되게 된다. 따라서 동법 34조 1항의 추정규정이 과연 피해자를 도움을 주는 지가 의문시된다. 왜냐하면 근본문제, 즉 손해가 유전자변형유기체에 의하여 야기되었는지에 대한 문제에 대해서는 피해자가 완전한 입증을 해야 하기 때문이다. 또한 동법 제34조2항은 손해가 그 유기체의 다른 특성에 기인한다는 개연성(Wahrscheinlichkeit)이 있으면 추정이 배제된다고 규정하여, 제 34조 1항의 추정을 실효 시킬 수 있는 가능성을 유전공학작업의 사업자에게 부여하고 있다. 이를 통하여 일반적으로 피해자보다 지식이 풍부한 사업자는 유전자의 변형과 손해의 발생간에 제34조 1항의 추정에 의하여 생긴 인과관련성을 다른 원인관련을 제시함으로써 실효 시킬 수 있다. 사업자가 동조 2항에 의하여 1항의 추정을 실효시키는데 성공하면, 피해자는 손해가 유기체의 유전자변형특성에 기인한다는 완전한 입증을 해야만 한다. 피해자가 이 입증에 성공하지 못하면 사업자는 동법 제32조의 책임을 부담하지 않게 된다.

### (b) 정보제공청구권

유전공학법 제34조가 규정하고 있는 인과관계의 추정은 위에서 본 바

---

35) Eberbach/Lange/Ronellenfitsch-Landsberg/Lülling, GenTG § 34 Rn. 9; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG § 34 Rn. 8, 9; Damm, Das Beweisrecht des Gentechnikgesetzes, NuR 1992, 1, 4; Nicklisch, Umweltschutz und Haftung srisiken, VersR 1991, S. 1096

와 같이 제한적으로만 피해자에게 도움을 줄뿐만 아니라, 피해자는 이러한 인과관계의 추정을 받기 위해서는 먼저 자신에게 유전공학법 제32조 1항에 의한 손해배상청구권이 존재하는가 여부에 대한 결정과 효과 있는 소송수행을 위하여 필요한 사실자료의 수집이 선행되어야 한다. 이러한 필요에서 유전공학법 제35조는 공평의 원칙에 근거하여 피해자에게 사업자와 해당관청에 대한 정보제공청구권을 인정하고 있다. 즉 동법 제35조 1항은 “인적 또는 물적 손해가 사업자의 유전공학적 작업으로 인한 것이라는 가정을 근거지우는 사실이 존재하면, 제32조에 따른 청구권의 존재여부를 확정하기 위하여 필요한 한도 내에서, 사업자는 피해자의 청구가 있을 경우 유전공학적 시설에서 수행되거나 방출된 유전공학적 작업의 종류와 그 경과에 대하여 정보를 제공할 의무가 있다”라고 규정하고 있다. 따라서 정보제공청구권을 행사하려면 먼저 청구권자는 먼저 구체적인 손해를 입었다는 사실과 나아가 그 손해가 유전공학적 작업에 기인한다는 가정을 근거 짓는 일정한 사실의 존재를 증명하여야 한다. 동조의 정보제공청구권이 다른 정보제공청구권과 다른 특색은, 정보제공의무자와 권리자 사이에 법적 관계를 조건으로 하지 않고 당사자 사이에 법적 관계가 존재하는지 여부에 대한 문제를 분명하게 하기 위하여 정보제공청구권이 인정된다는 점이다<sup>36)</sup>.

또한 유전공학법 제35조 2항은 “1항의 요건이 갖추어지면 신고·인가의 부여 또는 감독을 관할하는 해당관청에 대하여도 정보제공청구권이

36) 민사법의 여러 규정들에서 이미 규율되어 있는 정보제공청구권은 대체적으로 정보제공청구권자와 정보제공의무자 사이에 청구권이 발생하기 이전에 이미 법적관계가 존재하는 경우에 인정되고 있으므로 이러한 규정들은 피해자가 구체적인 경우에 필요한 정보를 획득하는 충분한 보장이 되지 못한다. Damm, ZRP 1989, S. 468; Eberbach/Lange/Ronellenfitsch-Landsberg/Lülling, GenTG § 35 Rn. 27; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG § 35 Rn. 3

존재한다”라고 규정하여, 피해자에게 사업자에 대한 정보제공청구권 이외에 신고·인가의 부여 또는 감독을 행하는 관청에 대한 정보제공청구권을 부여하고 있다. 유전공학적 작업은 관청의 인가와 감독 하에 놓여져 있기 때문에 인가 및 감독관청은 일반적으로 유전공학적 작업에 관하여 광범위한 정보를 소유하고 있다. 따라서 피해자는 사업자에게는 얻을 수 없는 정보, 예를 들면 유전자변형유기체의 작용방법에 대한 평가와 장기간의 경험 등에 관한 정보를 얻을 수 있다. 또한 사업자가 동법 제35조 1항에 의한 자신의 정보제공의무를 이행하지 않는 경우, 해당관청에 대한 정보제공청구권은 피해자에게 유용할 수 있다. 그런데 동법 제35조상의 정보제공청구권의 인정여부에 관한 판단에는 피해자 측의 이익뿐만 아니라 사업의 비밀보호이익과의 적절한 조정이 필요하므로<sup>37)</sup>, 유전공학법 제35조 3항은 정보제공청구권을 제한하고 있다. 동규정은 피해자의 가능한 한 포괄적인 정보를 제공받고자 하는 이익과 사업자의 가능한 한 사업의 비밀을 공개하지 않는 이익을 각 개별경우에 따라 구체적으로 고려할 수 있는 가능성을 제공하고 있다<sup>38)</sup>. 즉 동조 3항은 법률의 규정에 의하여 비밀유지가 요구되거나, 혹은 비밀을 유지하는 것이 사업자 또는 제3자의 우월적 이익에 상충하는 경우에는 정보제공청구권을 배제하고 있다.

#### (5) 손해배상책임의 내용

사업자는 자신에게 과실이 없는 경우에도 유전공학적 사고로 인하여 피해자에게 발생한 손해를 배상하여야 하는데(위험책임), 유전공학법은

37) Eberbach/Lange/Ronellenfitsch-Landsberg/Lülling, GenTG § 35 Rn. 18

38) BT-Drucks, 11/5622, S. 35; Eberbach/Lange/Ronellenfitsch-Landsberg/Lülling, GenTG § 35 Rn. 60; Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG § 35 Rn. 19



손해배상책임의 내용과 관련하여 여러 조문을 두어 규율하고 있다. 먼저 유전공학손해배상책임의 특색으로는 과실상계가 인정된다는 점이다. 즉 손해의 발생에 피해자의 과책이 함께 작용한 경우에는 배상범위의 산정시에 고려된다. 이와 같이 유전공학손해배상책임은 위험책임임에도 불구하고 과실상계를 인정하고 있다. 또한 피해자에게 위자료청구권이 인정될 수 있을 것인지에 관하여 다툼이 있는데<sup>39)</sup>, 위자료청구권의 인정은 입법론으로는 주장될 수 있지만 명문의 규정이 없는 현행 유전공학법의 체계상으로는 인정할 수 없다고 할 것이다. 따라서 피해자가 자신의 정신적 손해의 배상을 받기 위해서는 유전공학법 제32조 1항의 유전공학위험책임만을 주장해서는 부족하고 나아가 일반 과실책임의 원칙에 근거하고 있는 민법의 불법행위규정에 근거하여야 할 것이다. 나아가 유전공학법 제33조는 위험책임이라는 무거운 책임을 인정한 것에 대한 조정으로서 손해배상책임의 최고한도를 규정하고 있다. 즉 제1문은 유전공학적 작업에 기인하는 유기체의 속성의 결과로 손해가 발생한 경우 사업자는 동법 제32조의 경우에 피해자에게 1억 6천만 마르크의 최고한도까지 손해배상책임이 있다고 규정하고 있다. 또한 동일한 사건을 통하여 여러 명에게 지급해야 할 배상금액이 1문의 최고액을 초과하는 경우에는 지급해야 할 전체금액과 최고액과의 비례에 따라 개개의 배상액이 줄어들게 된다(동조 제2문). 이러한 책임의 최고한도의 설정은 전체위험을 개관할 수 있도록 하며, 제한되지 않은 책임으로부터 배상의무자를 보호하고, 사업자로 하여금 그 위험을 보험에 가입하기 쉽게 해 준다. 또한 이러한 책임한도의 설정을 통하여 실무에서는 피해자에게 충분한 배상이 보장되지 않는 상황이 거의 발생하지 않

39) 이에 관하여는 강봉석, 전거서, 52면 이하 참조

게 된다<sup>40)</sup>. 만약 피해자가 동법이 정한 손해배상의 최고한도를 넘는 손해를 입은 경우에는 과실책임의 원칙에 근거하고 있는 민법 제823조의 요건을 주장·입증하여 책임최고액의 제한이 없는 손해배상을 청구할 수 있을 것이다<sup>41)</sup>.

유전공학적 사고에 의한 손해의 배상책임에 관하여 유전공학법이 위험책임을 도입하였다고 하더라도 배상의무자가 지급능력이 없으면 위험책임을 통하여 피해자를 보호한다는 것이 의미가 없어지게 된다. 그리하여 유전공학법 제36조는 손해배상의 담보를 위하여 높은 안전단계의 유전공학적 작업을 하는 사업자에게 담보제공의무를 규정하고 있다. 담보제공의 방법으로 동조 2항은 보험회사에서의 책임보험, 연방이나 주의 면제나 보증, 또는 보험회사의 책임보험에 의한 담보제공과 같은 정도의 안전을 제공하는 금융기관의 면제나 보증과 같은 담보의 종류를 규정하고 있다. 이와 같은 유전공학법 제36조에 의한 담보제공의무와 관련하여 문제가 되는 것은, 담보제공의무가 동법 제32조에 의한 손해배상책임의 경우에 한정되는가 아니면 다른 손해배상청구권과도 관련되는가 하는 점이다. 이에 관하여 견해가 대립하고 있는데, 유전공학적 위험의 실현을 통해 발생한 손해가 어떤 청구권을 기초로 하고 있는가에 따라 결정되어서는 안 된다고 할 것이므로, 유전공학법 제36조는 동법 제32조에 의한 손해배상청구권뿐만 아니라, 불법행위법에 의한 다른 손해배상청구권의 경우에도 적용된다고 함이 타당할 것이다<sup>42)</sup>.

40) 그렇지만 이러한 책임의 최고한도를 유지해야 하는가에 관하여 견해의 대립이 있는데, 최근의 지배적인 학설은 위험책임에 책임의 최고한도를 설정하는 것에 대해 반대하고 있다. 이에 관하여 Kötz, AcP 170(1970), S. 36 ff.; v. Caemmerer, Reform der Gefährdungshaftung, S. 257; Larenz/Canaris, SchuldR II/2(13.Aufl.), § 84 I 1; Deutsch, Haftungsrecht(2.Aufl), Rn. 703 f.

41) BT-Drucks, 11/6778, S. 47; Eberbach/Lange/Ronellenfitsch-Landsberg/Lülling, GenTG § 33 Rn. 19

42) Hirsch/Schmidt-Didczuhn, GenTG § 36 Rn. 4

## (6) 다른 책임과의 관계

유전공학법상의 손해배상책임이 인정되는 경우에 다른 법이 정하고 있는 책임규정을 배제하는 것인지에 관하여 논의의 여지가 있을 수 있지만, 유전공학법 제37조는 유전공학위험책임과 다른 책임과의 관계에 관하여 원칙적으로 다른 규정에 의한 책임이 영향을 받지 않는다고 규정하고 있다. 유전공학적 작업에 기인한 침해로부터 생기는 손해는 다양한 책임의 영역에서 문제가 되지만, 다음에서는 의약품법 제84조 이하의 의약품책임, 제조물책임법 제1조의 제조물책임 그리고 민법 제823조의 과실책임과 유전공학법 제32조의 유전공학책임과의 관계에 한정하여 살펴보고자 한다. 먼저 유전자변형유기체를 포함하고 있는 의약품으로 인하여 손해가 발생한 경우 의약품법 제84조 이하의 책임규정과 유전공학법 제32조의 책임규정이 문제되는데, 의약품손해를 위하여는 의약품법 제84조가 상세한 위험책임을 규정하고 있으므로 유전공학법 제37조 1항은 명시적으로 유전공학법의 적용을 배제시키고 있다. 또한 유전자변형유기체를 포함하고 있는 제품을 통하여 손해가 발생한 경우 제조물책임법 제1조의 제조물책임규정과 유전공학법 제32조의 유전공학위험책임이 문제되는데, 이에 관하여도 유전공학법 제37조 2항은 제조물책임법의 적용을 규정하고 있다. 그런데 제조자가 제조물의 결함을 제조물의 출하당시의 학문과 기술수준에 의하여 인식할 수 없었으면 책임이 면제되는데(제조물책임법 제1조 2항 5호: 개발위험의 항변)<sup>43)</sup>, 만약 제조물의 결함이 유전공학적 작업에 기인하는 경우에는 이러한 개발위험의 항변이 인정되지 않는다<sup>44)</sup>. 그러므로 유전자변형제조물을

43) 즉 제조자는 개발위험의 항변을 할 수 있다.

44) 유전공학법 제37조 2항 2문: 왜냐하면 유전공학에서는 개발위험이 본래적이고 일차적인 위험이기 때문이다.

출하하는 것은 이러한 한도 내에서 다른 제조물의 출하보다 책임법적인 면에서 더 위험한 면이 있다<sup>45)</sup>. 그렇지만 유전자작업을 거쳐서 의약품이나 제품이 만들어지고 난 후, 그러한 의약품이나 제품이 아직 출시되기 전에는 의약품책임규정이나 제조물책임규정이 적용되는 것이 아니라 유전공학법 제32조의 책임규정이 적용되게 된다. 즉 기본적으로 유전공학법 제32조의 유전공학책임은 제품의 상품화 시점부터 제한되게 되는데, 왜냐하면 이 시점부터 의약품법 제84조 이하와 제조물책임법 제1조의 규정이 특별법(*leges speciales*)으로 취급되기 때문이다<sup>46)</sup>.

유전자변형 유기체의 특성을 통해 법익침해가 발생한 경우 피해자가 유전공학법 제32조 1항의 위험책임규정을 통하여 손해배상책임을 묻는 것은 입법의 취지상 당연한데, 나아가 손해배상책임의 일반조항이라 할 수 있는 민법 제823조의 불법행위책임을 묻는 것이 가능한가 하는 문제가 생긴다. 이 문제에 관하여 유전공학법이 위험책임을 인정하고 손해배상의 최고한도를 설정하고 있는 것은 하나의 입법적인 타협이라고 볼 수 있으므로, 피해자는 동법에 의하여서만 손해배상책임을 물을 수 있다고 볼 여지도 있지만, 유전공학법 제37조 3항은 명시적으로 “다른 규정에 의한 책임은 그대로 남는다”라고 규정하고 있다. 따라서 미생물의 유전자를 조작하거나 실험하는 과정에서 지켜야 할 안전조항이 위반된 경우에 거래안전의무의 위반(독일민법 제823조 1항)이나 보호법규의 침해(동조 2항)를 근거로 하여 피해자가 사업자의 과실을 입증하면 손해배상을 청구할 수 있는데, 이 경우에는 손해배상의 최고한도가 법정되어 있지 않으므로 발생한 전손해를 청구할 수 있으며 위자료청구권의 행사도 가능하게 된다<sup>47)</sup>.

45) Koch/Ibelgaufits, GenTG § 32 Rn. 129

46) Werner, Gentechnikhaftung(Tübingen, 1996), S. 123

47) Eberbach/Lang/Ronellenfisch, a.a.O., §37 Rn. 25; Deutsch, NJW 1976, S. 1138; 김상용, 전게서, 395면

### 3. 우리나라에서의 손해배상이론구성

유전자변형유기체의 특성을 통하여 법익침해가 발생한 경우, 우리나라에는 아직까지 독일의 유전공학법과 같은 특별법이 제정되어 있지 않고 있으므로 현행법의 체계 하에서 피해자의 손해배상에 관하여 이론구성을 할 수밖에 없다<sup>48)</sup>. 이 경우 현행법 하에서 다음과 같은 이론구성이 가능할 것이다.

#### (1) 계약책임적 이론구성

유전공학적 사고가 발생한 경우 유전공학적 작업의 사업자와 유전공학적 사고의 피해자와의 사이에 계약관계가 존재하는 경우에는 계약상의 채무불이행을 이유로 피해자가 손해배상을 청구할 가능성이 있지만, 일반적으로 유전공학적 작업의 사업자와 피해자와의 사이에 계약관계가 존재하는 것은 예외적인 현상이라고 할 것이다.

#### (2) 불법행위적 이론구성

따라서 유전공학적 사고가 발생한 경우에 피해자는 불법행위법에 근거하여 손해배상을 청구하는 것이 일반적일 것이다. 유전공학기술의 위험의 특수성에 비추어 독일의 경우처럼 우리나라도 유전공학법을 제정하여 유전공학적 사고에 관하여 무과실책임에 입각한 손해배상을 인정하는 것이 요청되지만, 그러한 입법이 없는 현재에서는 현행법의 테두리 내에서 피해자를 어떻게 구제할 것인지를 검토하여야 할 것이다.

48) 유전공학적 사고의 경우도 환경침해의 경우와 마찬가지로 현재 발생하고 계속되고 있는 침해나 장차 발생할 우려가 있는 침해를 예방하기 위하여 유지청구권을 인정할 필요성이 있지만 본 논문에서는 손해배상청구의 이론구성에 한정한다. 환경침해에 대한 유지청구권에 관하여는 전경운, 환경침해, 「주석민법」(채권각칙 VIII), 44면 이하 참조

## (a) 무과실책임의 인정여부

우리 현행법상 무과실책임을 인정하는 특별법의 규정들<sup>49)</sup> 중에서 유전공학적 사고와 관련이 있는 조항은 환경정책기본법 제31조, 토양환경보전법 제23조, 제조물책임법 제3조 등이 있는데, 이를 차례대로 살펴보면 다음과 같다.

## aa) 환경정책기본법 제31조의 적용여부

먼저 환경정책기본법 제31조 제1항은 "사업장 등에서 발생하는 환경오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 사업자는 그 피해를 배상하여야 한다"라고 하여 사업장 등에서 발생하는 환경침해로 인한 책임은 당해 사업자가 무과실의 손해배상책임을 지도록 규정하고 있다<sup>50)</sup>. 이러한 환경정책기본법의 규정이 유전자변형생물체의 특성에 의한 법익침해의 경우에도 적용될 수 있을 것인가는, 먼저 유전공학적 작업을 행하는 실험실·연구소 등이 동규정에 정하고 있는 "사업장 등"으로 이해될 수 있는가 하는 점과 유전공학적 실험과 유전자변형생물체의 방출 등에 의한 법익침해가 "환경오염"으로 이해될 수 있는가 하는 점과 관련이 있다. 먼저 동규정의 "사업장 등"의 의미는 오염물질이 배출시설이 설치되어 있는 공장, 사업장 기타 모든 설비를 말하며, 나아가 그 범위를 확대하여 자동차나 증기, 하수·폐수·분뇨종말처리장 또는 방지시설업소, 산업폐기물처리업소 등도 포함하는 견해가 일반적이지

49) 환경정책기본법 제31조, 토양환경보전법 제23조, 제조물책임법 제3조, 광업법 제91조, 유류오염손해배상보장법 제4조, 원자력손해배상법 제3조, 수산업법 제82조, 해양오염방지법 제4조의6 등

50) 동규정의 취지에 관하여 무과실책임을 환경정책의 기본원칙으로 한다는 것으로 해석될 뿐이지, 그 자체로서 아무런 실체법적인 효력을 가지지 못하므로 다른 특별법에 의한 구체적인 손해배상규정이 있어야 한다는 견해가 있으나(이은영, 채권각론, 개정판, 714면), 다수의 견해는 동규정을 직접적인 손해배상청구권의 근거로 삼을 수 있다고 한다.

만<sup>51)</sup>, 유전공학적 연구와 작업을 하는 실험실이나 연구소를 동규정의 사업장 등에 속하는 것으로 이해하는 것은 지나친 해석이라고 할 것이다. 또한 환경정책기본법은 “환경오염”에 관하여 “사업활동 기타 사람의 활동에 따라 발생하는 대기오염, 수질오염, 토양오염, 해양오염, 방사능오염, 소음·진동, 악취 등으로서 사람의 건강이나 환경에 피해를 주는 상태를 말한다”라고 규정하고 있는데, 유전자변형생물체의 특성에 의한 법익침해를 동규정의 환경오염으로 이해할 수 있는가에 관하여, 동법이 예정하고 있는 환경오염의 발생태양에는 포함되지 않지만 동규정을 확대해석하면 유전자변형생물체의 특성에 의한 법익침해에 포함시킬 수도 있을 것이다. 그런데 환경정책기본법 제31조 제1항은 환경오염피해로 인한 손해배상에 관하여 위험책임을 인정하고 있기 때문에, 동규정의 유추해석이 허용될 수 있을 것인지가 문제된다. 이에 관하여는 위험책임과 유추해석과의 관계에 대하여 검토할 필요가 있다.

일반적으로 위험책임의 발전은 두 가지의 특징적인 모습을 띠고 있는데 첫 번째는 위험책임의 형성이 판례를 통해서가 아니라 입법자에 의하여 이루어져 왔다는 점이며, 두 번째 특징은 입법자가 일반조항을 통해서가 아니라 특별법의 제정으로 위험책임의 요건들을 규정해 왔다는 점이다<sup>52)</sup>. 즉 입법자는 민법전에 위험책임에 관한 일반규정을 두는 방식을 취하지 않고 위험책임이 요구되는 분야의 각 개별법<sup>53)</sup>에 그 책임규정을 두는 위험책임에 관한 열거주의(Enumeration

51) 구연창, 환경보전법, 446면; 전경운, 전개논문, 128면; 이은영, 채권각론, 제3판, 951면

52) Kötz, Gefährdungshaftung, S. 1785; Kötz, AcP 170(1970), S. 14 참조

53) 예를 들면 의무책임법(Haftpflichtgesetz) 제1조, 원자력법(Atomgesetz) 제25조, 의약품법(Arzneimittelgesetz) 제84조, 제조물책임법(Produkthaftungsgesetz) 제1조, 환경책임법(Umwelthaftungsgesetz) 제1조, 유전공학법(Gentechnikgesetz) 제32조, 수관리법(Wasserhaushaltsgesetz) 제22조 등

sprinzip)<sup>54)</sup>에 의거하여 위험책임의 입법을 해 오고 있는데, 이는 두 가지 의미를 지니고 있다. 즉 위험책임의 입법은 항상 후발적이라는 점과 이미 존재하는 위험책임의 규정을 기존 文言과는 다른 새로운 위험에 확대해서 적용할 수 없다는 점이다. 즉 법률유보의 원칙과 유추해석금지 원칙이 적용된다. 그리고 현행 위험책임에 관한 특별법적인 규정을 살펴보면 위험성을 지닌 특정 시설이나 운영의 경우에만 매우 제한적으로 위험책임이 규정되어 있기 때문에, 그러한 법률을 통하여 규율되지는 않았지만 기존의 시설이나 운영보다도 더 위험하여 규율의 필요성이 있는 경우에도 위험책임의 입법이 이루어져 있지 않은 경우들이 있다<sup>55)</sup>. 또한 독일의 통설과 판례는 이미 존재하는 위험책임의 구성요건을 유추해석의 방법으로 적용하는 것에 대해 거부하고 있는데, 이는 위험책임이 과실책임의 예외라는데 근거를 두고 있다. 그리하여 독일연방대법원은 철도로 인한 책임을 스키리프트나 체어리프트에 적용하는 것을 거절하였고<sup>56)</sup>, 수도관의 파열로 인한 책임을 가스관이나 전기선로로 인한 손해에 유추적용하는 것에 대해서도 거부했다<sup>57)</sup>. 따라서 위험책임을 규정하고 있는 환경정책기본법 제31조 제1항의 규정을 동법이 예정하고 있지 않은 유전자변형생물체의 특성에 의한 법익침해에 유추적용하는 것은 허용되지 않는다고 보는 것이 타당할 것이다.

54) Deutsch, Unerlaubte Handlungen, Schadensersatz und Schmerzensgeld(3. Aufl. 1995), Rn. 363; Kötz, Deliktsrecht(7. Aufl. 1996), Rn. 334 ff. 참조

55) 이러한 문제들을 해결하기 위해 법원실무에서는 사고예방을 요구하는 정도의 거래안전의무의 부과를 통하거나 반증이 불가능한 정도로 과책을 추정하는 방법 등을 통하여 몇몇의 위험의 경우에 재판적 책임을 부여하고 있다. OLG Karlsruhe VersR 59, 862 = NJW 59, 1589 (스키의 경우); BGH VersR 63, 732; 63, 1049 (총사용의 경우); 이에 관하여 자세히는 Deutsch, VersR 1971, S. 2; Koziol, Bewegliches System und Gefährdungshaftung, S. 53 f.

56) BGH NJW 1960, 1345

57) BGHZ 55, 229; 54, 332



## bb) 토양환경보전법 제23조의 적용여부

토양환경보전법 제23조 제1항은 “토양오염으로 인하여 피해가 발생한 때에는 당해 오염원인자는 그 피해를 배상하고 오염된 토양을 정화하여야 한다”라고 하여 토양오염의 피해에 대하여 오염원인자가 무과실책임을 부담한다고 규정하고 있다. 또한 동조 제3항은 “토양오염물질울 토양에 누출·유출시키거나 투기·방치함으로써 토양오염을 유발시킨 자(제1호)나 “토양오염의 발생 당시 토양오염의 원인이 된 토양오염유발시설을 소유·점유 또는 운영하고 있는 자”를 오염원인자로 보고 있다. 이러한 토양환경보전법은 환경정책기본법(1990년)의 취지를 구체화하기 위하여 제정된 특별법이다<sup>58)</sup>. 이 규정과 관련하여 예컨대 유전자 변형생물체의 방출을 통하여 토양오염이 발생하고 나아가 이를 통하여 법익침해가 발생한 경우를 상정할 수 있는데, 이 경우 동규정이 적용되어 유전공학 사업자가 무과실의 손해배상책임을 부담하여야 하는 것이지가 문제된다. 동규정의 적용여부에 관하여 견해의 대립이 있을 수 있지만, 상기의 환경정책기본법 제31조의 적용여부에 관하여 언급한 것과 마찬가지로, 무과실책임규정의 유추해석을 인정하는 것은 타당하지 않으므로 동규정의 적용도 역시 부정되어야 할 것이다.

## cc) 제조물책임법 제3조의 적용여부

2002년 7월 1일부터 시행되고 있는 제조물책임법 제3조 제1항은 “제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 생명·신체 또는 재산에 손해(당해제조물에 대해서만 발생한 손해를 제외한다)를 입은 자에게 그 손해를 배

58) 환경정책기본법의 취지를 구체화하기 위하여 제정된 특별법은 토양환경보전법 뿐 아니라, 환경영향평가법(1993년), 소음진동규제법(1990), 대기환경보전법(1990), 수질환경보전법(1990), 해양오염방지법(1991), 오수분뇨및축산폐수의처리에관한법률(1991) 등이 있다.

상하여야 한다“라고 하여 제조물책임에 관하여 무과실책임을 인정하고 있다. 이 규정과 관련하여 먼저 유전자조작을 통하여 실험실에서 인공적으로 만들어진 생물체(유전자변형생물체)를 포함하거나 유전자변형생물로 구성된 물건을 동규정의 제조물로 볼 수 있을 것인지가 문제된다. 동법 제2조 제1호는 “제조물”을 정의하면서 “다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산을 말한다”라고 하고 있다. 따라서 유전자변형생물체도 법적으로 “동산”(민법 제99조 제2항)에 해당하므로 당연히 제조물책임법의 적용대상이 되는 제조물에 해당한다고 할 수 있다<sup>59)</sup>. 또한 동규정은 제조물의 “결합”을 통하여 법익침해가 발생하여야 한다고 정하고 있는데, 이러한 결합의 개념에 관하여서도 역시 제2조 제2호는 당해 제조물에 제조·설계 또는 표시상의 결합이나 기타 통상적으로 기대할 수 있는 안전성이 결여되어 있는 것을 말한다고 규정하고 제조·설계·표시상의 결합에 대하여 각각 구체적으로 정의하고 있다. 따라서 유전자조작과 관련하여 또는 유전자변형생물체를 포함한 물건을 제조함에 있어서 제조, 설계 표시상의 결합이 있고 이를 통하여 생명, 신체, 재산상의 손해가 발생한 경우에는 그러한 물건을 생산한 자는 무과실손해배상책임을 부담하게 된다. 그렇지만 동법 제4조는 일정한 경우 제조업자가 면책 받을 수 있는 일정한 면책사유에 관한 규정을 두고 있다. 그 중 제2호는 “제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학, 기술수준으로는 결합의 존재를 발견할 수 없었다는 사실”을 제조업자가 입증하면 손해배상책임을 면하게 된다고 규정하여, 제조업자에게 소위 “개발위험의 항변”을 인정하고 있다. 개발위험이란 제조물을 유통시킬 당시의 과학, 기술의 수준으로는 결합이 전혀 존재하지 아니한 제조물이 세월의 경과로 위험이 현실화되어 결합제조물이 되는 위험을 말한다. 이

59) 동지: 김민중, “제조물책임법의 입법화와 그 내용”, 『전북법학논집』(2000, 제1집), 44면

규정에 관하여는 국내제조업의 경쟁력을 감안할 때 개발위험의 항변을 인정할 필요성이 있다고 할지라도, 유전공학기술의 적용을 통하여 제조물을 생산하는 경우에는 그 제조물을 사용하는 자에게 미치는 생명, 인체 침해의 위험성이 다른 제조물과 달리 至大할 수 있으므로 개발위험의 항변을 이 경우에까지 인정하는 것은 문제가 있다. 이에 대하여 독일에서는 제조물의 일종인 의약품으로 인한 침해에 관하여 개발위험의 항변을 인정하지 않는 의약품법이 개발위험의 항변을 인정하고 있는 제조물책임법을 배제하여 적용되고<sup>60)</sup>, 또한 제조물책임법과 유전공학법과의 관계에 있어서도 유전자변형생물체를 포함하거나 이것으로 구성되어 있는 제품을 출시한 경우에는 유전공학법의 책임규정이 배제되고 제조물책임법이 적용되지만 개발위험의 항변은 인정되지 않는다고 규정하고 있다<sup>61)</sup>. 이러한 점은 의약품이나 유전자변형생물체를 포함한 제품의 위험성을 다른 제조물의 그것보다 크다고 보아 개발위험항변의 배제를 통하여 가급적 피해자에게 손해전보를 인정하려고 하는 입장이라고 할 수 있다. 따라서 우리 나라의 경우 유전자변형생물체를 포함한 제조물에 의하여 법익침해가 발생한 경우 제조물책임법 제3조의 책임규정이 적용될 수는 있지만 개발위험의 항변이 받아들여지면 제조업자가 책임을 면하게 되므로 피해자의 구제에 미흡하다고 할 것이다. 더군다나 동법 제4조 제3호는 제조업자가 “제조물의 결함이 제조업자가 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실”을 입증한 경우에도 면책된다고 규정하고 있는데, 이러한 면책사유가 규정되어 있는 것은 제조물책임의 무과실성의 의미를 삭감하는 조항이라 할 것이다<sup>62)</sup>.

60) 강봉석, 전제서, 62면 이하 참조

61) 유전공학법 제37조 제2항 제2문.

62) 따라서 제조물책임법 제3조의 책임규정은 무과실책임을 인정하는 조항이라고 하기보다는 입증책임이 전환된 규정이라고 보는 것이 타당할 것이다.

### (b) 민법 제750조에 의한 손해배상청구

앞에서 살펴본 바와 같이 유전공학적 사고의 경우 무과실책임의 법리를 일반적으로 적용하는 것은 실정법의 흠결 내지 불완정성으로 인하여 불가능하므로, 불법행위로 인한 손해배상의 원칙규정인 민법 제750조의 규정에 의거하여 피해자가 그 손해를 배상받는 것이 일반적일 것이다. 이 경우에는 유전공학 사업자의 과실을 어떻게 인정할 수 있을 것인가가 주로 문제되는데, 이에 관하여는 환경침해로 인한 피해자를 두텁게 보호하기 위하여 과실의 개념을 확장하여 사실상 무과실책임에 접근시키는 기존의 견해들이 도움이 될 것이다<sup>63)</sup>. 그러나 이러한 견해들은 해석론에 의하여 피해자의 구제를 확장시키는 시도들이므로 그 한계가 명백하지 않으며 법적 안정성이 결여된다는 문제점이 있다.

## 4. 결어

지금까지 우리나라에서 유전공학적 사고시 피해자가 그 손해를 배상 받을 수 있는 법리에 관하여 살펴보았는데, 먼저 현행 환경정책기본법과 토양환경보전법의 책임규정은 유추해석의 제한으로 적용이 불가능하며, 제조물책임법상의 책임규정의 적용도 여러 난점들이 있음을 알 수 있다. 또한 일반 불법행위법에 의하여 손해배상청구를 하는 것도 과실과 인과관계의 입증에 쉽지 않고, 유전공학적 작업이 정상적으로 운영된 경우에는 그 침해의 위법성이 없어 민법 제750조를 적용할 수 없는 등의 문제점이 발생한다. 그러므로 유전공학기술의 위험의 특수성을 고려해 볼 때 유전공학적 작업의 안전성을 확보하기 위한 규정과 유전공학적 사고시 위험책임을 인정하는 규정을 가진 특별법의 제정이 요청된다고 할 것이다.

63) 이에 관하여는 전경운, 전개논문, 88면 이하 참조

## 【 ZUSAMMENFASSUNG 】

## Schadensersatz in der Gentechnologie

Kang, Bong-Seok

Die Gentechnologie ist die bisher modernste Methode der Biotechnologie und wird heute, ähnlich der Mikroelektronik, als Schlüsseltechnologie zur Lösung der Probleme der kommenden Jahrzehnte betrachtet. Jedoch stehen diesen positiven Möglichkeiten der Gentechnologie auch potentielle Risiken gegenüber, die auf die Gesundheit der Bevölkerung allgemein und der mit der Gentechnik beschäftigten Personen sowie auf die Umwelt, vor allem auf die Tier- und Pflanzenwelt, zielen. Auch soweit die Risiken und Gefahren primär auf die Umwelt gerichtet sind, können sie mittelbar die menschliche Gesundheit bedrohen.

Für einen effizienten Schadensausgleich bietet die Verschuldenshaftung aber in dem gentechnologischen Bereich keinen angemessenen Lösungsansatz, da angesichts der Komplexität der Materie ein Verschuldensnachweis in sehr vielen Fällen vermutlich nicht geführt werden kann. Daher ist das Gentechnikgesetz am 1. Juli 1990 in BRD in Kraft getreten, das dafür eine Gefährdungshaftung (§32) vorschreibt. Darüber hinaus sind wegen der für die Gentechnik spezifischen Schwierigkeiten der Kausalitätsermittlung Ursachenvermutung (§34) und Auskunftsanspruch (§35) in das Gesetz eingeführt. Trotz der Haftu

ngsvorschrift im Gentechnikgesetz bleibt die Haftung aufgrund anderer Vorschriften unberührt.

Da es aber in Korea keine für die Gentechnik spezifischen Haftungsregelungen gibt, muss der Geschädigte der gentechnologischen Unfälle entweder die Verschudenshaftung nach §750f. greifen, oder muss er die Anwendungsmöglichkeiten anderer Gefährdungshaftungsregelungen erkundigen. Beide Möglichkeiten bietet aber keine Garantie für Befriedigung des Geschädigten. Für den angemessenen Schadensausgleich sind daher die spezielle Haftungsregelungen in dem gentechnologischen Bereich erforderlich.