

현안분석 2002-5

디지털경제법제③

전자거래의 유형에 따른 제조물결함사고에 대한 소비자보호

金濟完

한국법제연구원

전자거래의 유형에 따른 제조물결함사고에 대한 소비자보호

Products Liability and Consumer Protection against
Defective Products Distributed by Electronic
Transactions

研究者 : 金濟完(고려대 법대 교수)
Kim, Je-Wan

2002.

한국법제연구원

목 차

제 1 장 序 論	7
제 1 절 問題의 提起	7
제 2 절 研究의 目的과 範圍	8
제 2 장 現行 製造物責任法上 電子商去來 消費者保護에 있어서 問題點	11
제 1 절 序	11
제 2 절 責任의 客體 : 缺陷있는 製造物	11
1. 現行 製造物責任法上 製造物의 範圍	11
2. 컴퓨터 프로그램의 製造物性	13
3. 缺陷 있는 用役의 경우	41
제 3 절 責任의 主體 : 製造業者와 販賣業者의 責任	47
1. 製造業者와 販賣業者의 責任에 관한 立法例	47
2. 우리 法體系上 販賣業者의 損害賠償責任	49
3. 流通環境의 變化와 販賣業者의 責任	52
제 4 절 免責事由	58
제 3 장 現行 電子商去來消費者保護法上 消費者의 保護	61
제 1 절 序	61
제 2 절 電子商去來消費者保護法의 保護領域	61
1. 適用對象	61

2. 電子商去來消費者保護法の 消費者保護의 中心內容	62
3. 小結論	63
제 3 절 사이버몰과 通信販賣仲介業者	64
1. 意義	64
2. 사이버몰 運營者의 情報提供義務	64
3. 通信販賣仲介業者의 責任	65
제 4 절 消費者被害賠償保險	66
1. 無過失責任과 責任保險과의 關係	66
2. 電子商去來消費者保護法上 消費者被害補償保險	67
제 4 장 電子商去來의 類型에 따른 製造物責任	69
제 1 절 序	69
제 2 절 인터넷 사이버몰 運營者의 製造物責任	69
1. 製造物責任法上의 製造業者性	69
2. 流通業體自體商標商品과 製造物責任	70
3. 謝恩品·見本の 경우	74
4. 推薦商品의 경우	76
제 3 절 通信販賣仲介者의 製造物責任	77
1. 序	77
2. 인터넷 사이버몰의 通信販賣仲介者로서의 責任	77
3. 인터넷 競賣와 製造物責任	80
제 4 절 B2B 電子商去來와 製造物責任	81
1. 序	81
2. 製造物責任法의 適用 與否	82
3. 原材料 또는 部品의 경우	83

4. 免責 및 責任制限 特約	84
제 5 절 C2C 電子去來와 製造物責任	86
1. 序	86
2. 中古品の 供給과 製造物責任	86
제 6 절 온라인서비스提供者와 製造物責任	90
제 7 절 온라인게임과 製造物責任	90
1. 現況과 問題點	90
2. 法的 爭點	92
3. 小結論	98
제 8 절 사이버病院(遠隔診療)과 製造物責任	99
1. 序	99
2. 遠隔診療의 意義와 問題點	99
3. 醫療行爲와 製造物責任	101
4. 遠隔診療와 製造物責任	105
5. 小結論	108
제 5 장 電子商去來에 있어서 製造物責任 관련 消費者保護對策	109
제 1 절 序	109
제 2 절 製造業者의 責任保險加入의 間接的 強制	111
제 3 절 인터넷 사이버몰의 被害補償保險加入의 間接的 強制	111
1. 公正去來委員會의 保險加入 勸獎權의 限界	111
2. 消費者被害補償保險의 法的 性格과 保障範圍	113
3. 保險加入의 間接的 強制 手段	114
제 4 절 인터넷 사이버몰 利用 標準約款의 補完	114

제 5 절 虛偽·誇張된 表示·廣告의 規制	115
제 6 절 安全性에 대한 規定의 必要性	115
1. 序	115
2. 인터넷게임의 경우	116
3. 遠隔診療의 경우	117
4. 規定의 遵守 또는 違反의 效果	118
제 6 장 結 論	121
참고문헌	125

제 1 장 序 論

제 1 절 問題의 提起

지난 2002.7.1. 製造物責任法¹⁾이 시행됨에 따라 제조물의 결함으로 인한 사고의 경우 소비자보호에 획기적인 전기가 마련되었다. 한편 같은 날 “電子商去來등에서의消費者保護에 관한法律”²⁾도 시행되어, 전자거래에 있어서 소비자보호에 관한 법률적 기반도 마련되었다.

과거 제조물의 공급은 주로 제조업자나 유통업자에 의해 오프라인상으로 이루어지고 있었음에 비하여, 현대사회에 있어서는 제조물의 공급에 관하여 전자거래에 의해 온라인상으로 이루어지는 부분이 점차 증대하고 있고, 이와 같은 경향은 향후에도 가속화될 것으로 예상하여도 좋을 것이다. 이에 따라 제조물이 전자거래에 의해 공급된 경우 제조물의 결함으로 인한 사고에 있어서 어떻게 소비자를 보호할 것이냐의 문제가 법률가 및 실무가들에 있어서 중요한 과제로 대두된다고 할 수 있다.

그러나 이와 같은 과제를 해결하는데 있어서 우리 사회의 경우 그 기반이 충분한 것이라고 하기는 어렵다. 오히려 다음과 같이 상당히 취약한 측면을 가지고 있다고 할 수 있다.

우선 우리나라의 경우 제조물책임법이나 전자상거래라는 문제가 모두 비교적 최근에 도입되어 그 이론이 형성되어 가고 있는 단계라는 점을 지적할 수 있다.

제조물책임법의 경우, 뒤에서 살피는 바와 같이 실정법으로서의 제조물책임법이 제정되기 이전에도 우리 판례에서는 주로 불법행위책임술 근거로 하여 부분적으로 제조물책임술 인정하여 왔고, 제조물책임 이론이나 그 입법론에 관하여 많은 연구가 있었던 것은 사실이나, 법 제정 시행 후의 세부 쟁점들에 관한 논의나 이론은 아직 충분하지 못한 상태이다.

이와 같은 사정은 전자거래에 있어서의 소비자보호의 문제에 관하여도 마찬가지이다. 전자거래기본법과 관련 법률들이 제정 시행된 것도 비교적

1) 2000.1.12. 제정 법률 제6109호

2) 2002.3.30. 제정 법률 제6687호

최근의 일이고,³⁾ 특히 소비자보호에 관하여는 기본법이라 할 수 있는 電子商去來동에서의消費者保護에 관한法律이 지난 2002.7.1.에야 시행된 것이다.

제조물책임과 전자거래에 관한 법제도의 정비가 늦었다는 것 못지 않게 문제로 되는 것은 이 두 개의 법간의 관계이다. 즉, 우리 법 체계상 전자거래에 있어서 제조물결함사고에 대한 소비자보호의 문제를 해결하기 위하여는 위 2개의 기본 법률에 의해 규율되어야 하는데, 양자는 보완적으로 기능할 수도 있겠으나, 한편으로는 제정목적과 문제의 접근방향이 서로 다르기 때문에 해석 적용상 문제점과 혼란이 있을 수 있다는 점이다.

따라서 전자거래에 있어서 제조물결함사고에 대한 소비자보호의 문제를 살피는 데 있어서 이 두 개의 기본법률과 민법에 대한 보완적이고 조화로운 해석이 무엇보다도 중요하다. 특히 판매업자의 제조물책임을 제한적으로만 인정하고 있는 우리 제조물책임법에 있어서 전자거래동에서의 소비자보호에 관한 법률은 소비자보호를 위한 중요한 구제수단을 제공할 수 있을 것으로 생각되어, 이에 관한 심층적 연구가 요구된다.

제 2 절 研究의 目的과 範圍

이 연구에서는 전자상거래에 의하여 제조물이 공급된 후 제조물결함사고가 발생한 경우에 있어서의 소비자보호문제를 살펴보는 것을 목적으로 한다. 그런데 전자상거래는 다양한 유형을 가지고 있고, 그에 따라 법적 평가가 달라질 수 있는 것이므로, 이 글에서는 전자거래의 유형(B3C, B2B, B2C, C2C 등)에 따라 발생가능한 제조물책임사례 및 문제점을 검토하는 것으로 한다.

이를 위해 먼저 현행 제조물책임법상 소비자의 보호에 관한 원칙과 범위, 방법 등에 관하여 살펴보고, 電子商去來동에서의消費者保護에 관한法律(이하 전자상거래소비자보호법이라 약칭한다.)에 있어서의 소비자보호 관련 규정에 관하여도 살펴볼 필요가 있다.

3) 전자거래기본법은 1999.2.8.제정(법률 제5834호), 1999.7.1.시행; 전자서명법은 1999.2.5.제정(법률 제5792호), 1999.7.1.시행; 정보통신망이용촉진및정보보호등에 관한법률은 2001.1.16.제정(법률 제6360호), 2001.7.1.시행

이 글에서는 제조물책임법 시행을 전후하여 우리 사회에 발생하고 있는 구체적인 문제 또는 문제제기에도 관심을 두고, 이들에 대한 구체적 또는 試論的 해결방안을 모색해 보는 것으로 한다.

그리고 그 과정에서 소비자보호를 위해 적용될 수 있는 법규 및 법 이론을 위 2개의 기본법률과 물건의 정의, 매매, 도급 등에 관한 민법의 규정들, 중개상, 위탁매매인, 책임보험 등에 관한 상법의 규정들을 종합적으로 연구하는데 주안점을 두므로써, 각 법률간의 보완적이고 조화로운 해석적용가능성을 제시해 보고자 한다.

제 2 장 現行 製造物責任法上 電子商去來 消費者保護에 있어서 問題點

제 1 절 序

현행 제조물책임법에서는 責任의 客體로서의 缺陷있는 製造物(제2조 제1호, 제2호), 責任의 主體로서의 製造業者와 販賣業者(제2조 제3호, 제3조), 免責事由(제4조), 賠償義務者의 連帶責任(제5조), 免責約款의 制限(제6조), 消滅時效(제7조), 施行日 및 適用例(부칙) 등에 관하여 정하고 있다.

이중 전자상거래에 의한 제조물의 공급에 있어서의 제조물책임과 관련하여 소비자보호의 관점에서 특별한 논의가 필요한 부분은 책임의 객체, 책임의 주체, 면책사유 등에 관한 문제라고 생각되며, 이에 대해 이하에서 살펴하기로 하고, 나머지 문제에 관하여는 전자상거래의 유형에 따른 제조물책임을 검토하면서 필요한 부분에서 살펴보기로 한다.

제 2 절 責任의 客體 : 缺陷있는 製造物

1. 現行 製造物責任法上 製造物의 範圍

현행 제조물책임법상 제조물이란 “製造 또는 加功된 動産”을 의미한다(제조물책임법 제2조 제1호). 한편, 동산은 부동산, 즉 토지 및 토지정착물이 아닌 물건을 의미하고, 우리 민법상 물건이란 有體物, 電氣, 기타 관리할 수 있는 自然力을 의미한다(민법 제98조).

이와 같은 제조물의 개념이나 범위는 그 거래가 전자상거래에 의해 이루어진 경우라 하여 특별히 달리 정하고 있는 바는 없다. 그러나 전자상거래에 의해 이루어지는 거래 중에는 그 대상이 제조물책임법상 제조물에 해당하는지 여부가 논란이 되는 사안이 종종 있을 수 있는데, 컴퓨터 프로그램이 대표적인 예이다.

컴퓨터 프로그램은 오프라인상으로 거래되기도 하지만, 온라인을 통하여 다운로드, 파일송부 등의 방법으로 거래되는 경우가 빈번하다. 컴퓨터 프

로그램은 그 자체로서는 유체물이라고 할 수 없고, 無形의 知的 生産物이다. 그러나 컴퓨터 프로그램에 결함이 있어, 그로 인해 생명, 신체, 재산 등에 손해를 발생시키는 사고가 발생하는 경우⁴⁾를 얼마든지 상정할 수 있다. 이 경우 컴퓨터 프로그램의 제조자는 제조물책임을 부담할 것인가의 문제와 관련하여 우선적으로 쟁점으로 되는 것이 제조물책임법상의 製造物性이다.

이에 관하여 一見 컴퓨터 프로그램 그 자체는 무형의 지적 생산물에 불과하지만, CD-Rom 등의 형태로 만들어져 대량으로 소비자에게 공급된다면 이를 동산으로 볼 수 있고, 따라서 이 경우에는 제조물책임법의 적용 대상이 된다고 하는 견해가 있을 수 있다. 그러나 이와 같이 본다면, 有體物化하여 오프라인으로 프로그램이 거래되는 경우에는 제조물책임법이 적용되는 반면, 다운로드나 파일전송 등의 방식으로, 여전히 무형의 상태로 공급되는 전자상거래의 경우⁵⁾에는 제조물책임법이 적용되지 않는 것인가? 양자를 달리 규율하여야 할 근거 및 필요성이나 정당성을 찾기 어렵다는 문제가 있다.

나아가 컴퓨터 프로그램이 소비자에게 인도되는 것이 아니라 사용하는 것이 허락되는 경우도 문제가 된다. 즉, 프로그램 자체는 공급자가 보유하고 있으면서, 공급자의 사이트에 접속하여 ID와 비밀번호 등을 이용하여 사용하는 것이 허락되는 형태의 거래의 경우로서, 제조물책임법 제정과 관련하여 최근 민감한 문제가 제기되고 있는 온라인 컴퓨터게임 등이 그 예이다. 이 경우에는 컴퓨터 프로그램의 製造物性 뿐 아니라 供給이 있었는지 여부, 제조물의 공급이라고 보아야 할 것인지 또는 用役의 提供에 불과하다고 보아야 할 것인지 등이 문제로 된다.

우리 사회가 정보화 되어감에 따라 이와 같은 무형의 지적 생산물로서의 컴퓨터 프로그램의 중요성은 더욱 커질 것이고, 그 중요성이 커짐에 따라 프로그램에 결함이 있는 경우의 분쟁발생 가능성도 점점 커질 것이

4) 예컨대, 의료기계의 작동과 관련된 프로그램이 잘못되어 환자가 사망한 경우, 항공기의 자동운항장치의 프로그램이 잘못되어 항공기가 추락하는 사고가 발생한 경우, 會計관련 프로그램이 잘못되어 회사에 재산상의 손해를 입힌 경우 등을 들 수 있다.

5) 물론 전자상거래의 경우도 법률행위로서의 계약 자체가 전자적으로 이루어진 후, 그에 따른 의무 이행으로서의 급부는 오프라인상에서 이루어지는 경우도 있지만, 거래의 객체가 컴퓨터프로그램이라면 그 이행 자체도 전자적 방법에 의하여 이루어질 수 있다.

다. 지금까지는 거래의 대상 또는 권리보호의 대상으로서의 컴퓨터 프로그램 또는 디지털 정보 등에 관하여 주로 연구가 이루어져 왔으나,⁶⁾ 반대로 책임의 객체로서의 문제, 즉 컴퓨터 프로그램의 제조물책임법상 제조물 해당여부에 대한 심도 있는 논의가 필요하다고 생각된다.

전자상거래에 의해 거래되는 것은 유체물이나 컴퓨터 프로그램 등 무형의 지적 생산물에 한정되는 것은 아니다. 용역(service)의 거래도 전자거래에 의해 이루어질 수 있다. 의료서비스 분야에 있어서 遠隔地 診療(tele-medicine)나, 변호사에 의한 온라인 法律相談, 금융분야에 있어서 인터넷뱅킹, 사이버 주식거래 등도 활발히 이루어지고 있다. 이와 같이 의료기관이나 금융기관 등에서 온라인을 통하여 용역을 제공함에 있어서 용역 자체에 결합이 있는 경우 제조물책임법상의 책임을 물을 수 있는지가 문제된다.

이하에서 이들에 관하여 이론적 측면에서 살펴보고, 구체적인 문제점들에 관하여는 뒤에서 전자거래의 유형에 따른 제조물책임 문제를 검토하면서 다시 상세히 살펴보기로 한다.

2. 컴퓨터 프로그램의 製造物性

(1) 問題의 所在

컴퓨터프로그램의 경우, 일단 有體物이나 自然力이 아니므로, 物性이 인정될 수 있는 것인지가 문제된다. 컴퓨터 프로그램은 본질적으로 정보로서 경우에 따라 그 정보가 유체물의 형태로 용기에 담겨 거래될 수 있다는 측면에서는 유체물성이 인정될 수도 있다. 그러나, 제조물책임이 문제로 되는 것은 무체물로서의 정보 자체에 결합이 있는 경우이므로, 이와 같은 무체물이 제조물책임법상 제조물로 될 수 있는가에 문제가 있는 것이다.

이 문제를 해결하는데 있어 먼저 살펴보아야 할 것은 出版物의 제조물성 해당 여부이다. 컴퓨터프로그램이 문제되기 이전부터 출판물의 내용상

6) 오병철, 디지털 정보거래의 성립에 관한 연구(2001, 한국법제연구원); 현대호, "디지털시대에 있어서 데이터베이스의 법적 보호", 인터넷법률 6호(2001.5.) 등 참조.

결함이 있어 사고가 발생한 사안들을 중심으로 하여 情報나 기타 지적 생산물이 제조물책임법의 적용대상이 되는 것인지에 관하여 활발한 논의가 이루어져 왔는데, 대표적인 경우가 書籍이다. 책의 내용이 잘못됨으로 인하여 손해를 입게 된 경우 著者, 出版社, 판매업자 등을 상대로 제조물책임을 물을 수 있느냐의 문제이다. 책의 경우도 컴퓨터프로그램과 마찬가지로 유체물이기는 하나, 이는 책이라는 유체물의 물질적 결함으로 인해 문제가 발생한 것이 아니고, 책에 담겨져 있는 내용 내지 정보상의 문제가 있는 경우이므로, 같은 문제가 있는 것이다.

이하에서는 우선 출판물에 대한 제조물책임 적용 여부에 관한 이론을 살펴보고,⁷⁾ 다음에 컴퓨터 프로그램의 문제⁸⁾에 관해 정리해 보기로 한다.

(2) 出版物의 製造物責任 該當 與否

1) 序

출판물은 대표적인 지적 생산물로서 저자의 생각과 정보를 담고 있는 것인데, 그 생각과 정보는 저자 자신의 지적 오류에 의해 또는 출판과정상의 잘못으로 인해 사실과 다른 것일 수 있다. 이와 같은 경우 출판물의

7) 출판물에 대한 제조물책임 적용 여부에 관한 일반론으로는, Ausness, *The Application of Product Liability Principles to Publishers of Violent or Sexually Explicit Material*, 52 Fla.L.Rev. 603 (2000); Noah, *Authors, Publishers, and Product Liability: Remedies for Defective Information in Books*, 77 Or.L.Rev. 1195 (1998); Wolfson, *Express Warranties and Published Information Content under Article 2b: Does the Shoe Fit?*, 16 J.Marshall J. Computer & Info. L. 337 (1997); Day, *Publications That Incite, Solicit, or Instruct: Publisher Responsibility or Caveat Emptor?* 36 Santa Clara L.Rev. 73 (1995); Myers, *Note, Read at Your Own Risk: Publisher Liability for Defective How-to-Books.(Case Note)*, 45 Ark. L.Rev. 699 (1992) 등 참조.

8) 컴퓨터 프로그램, 특히 소프트웨어에 대한 제조물책임 적용 여부에 관한 일반론으로는, Note, *Strict Products Liability and Computer Software: Caveat Vendor*, 4 Computer/ L.J. 373 (1983); Note, *Computer Software and Strict Products Liability*, 20 San Diego L.Rev. 439 (1983); Note, *Easing Plaintiff's Burden of Proving Negligence for Computer Malfunction*, 69 Iowa L. Rev. 241 (1983); Gemignani, *Product Liability and Software*, 8 Rutgers Computer & Tech.L.J. 173 (1981); Note, *Negligence: Liability for Defective Software*, 33 Okla. L.Rev. 848 (1980) 등 참조.

내용을 신뢰하고 행동을 한 독자가 있을 수 있고, 그로 인해 독자가 생명 신체 재산상의 손해를 입을 수 있다. 이와 같은 경우에 저자나 서적의 출판사는 손해배상책임을 부담하는가?

이 문제는 소비자의 보호문제뿐 아니라 학문의 자유, 출판의 자유 등 다른 가치와도 관련된 문제라 하겠다.

2) 美國 判例의 檢討

출판물에 대한 제조물책임법 적용 여부 문제에 관한 대표적인 미국 판례로는 Winter v. G.P.Putman's Sons 사건⁹⁾을 들 수 있다. 이 판례는 서적에 관하여 제조물책임의 적용을 부정한 사례인데, 여러 가지 쟁점 사항에 대해 구체적 견해를 밝히고 있어 우리나라에 있어서도 서적의 제조물책임 여부에 관한 이론을 정립함에 있어서 단서를 제공해 줄 수 있을 것으로 생각된다.

가) 當事者 및 事案의 概要

이 사건의 원고는 버섯애호가이다. 원고는 피고가 출판한 '버섯백과사전'이라는 책을 사 읽고, 그 책에 수록된 정보를 믿고 버섯을 채취해 먹은 후 간이식이 필요한 정도의 중대한 질병을 앓게 되었다.

피고는 미국 출판사로서, 영국에서 출판된 책을 수입하여 배부하였는데, 그 과정에서 내용을 추가하거나 편집한 사실은 없다.

원고는 피고가 수입 판매한 서적이 독버섯 구별에 관하여 잘못된 정보를 포함하고 있다고 주장하면서, 제조물책임, 보증책임, 과실책임, 과실 있는 虛偽表示에 의한 책임(negligent misrepresentation) 등을 주장하였다.

이에 대해 피고는 1) 서적에 포함되어 있는 정보는 제조물책임법상 엄격책임의 목적이 되는 제조물(product)이 아니라는 점과 2) 나머지 주장들에 관하여는 서적의 출판자로서는 내용의 정확성을 조사하여야 할 법률상의 의무가 있다고 볼 수 없다는 점을 들어 다투었다.

9) United States Court of Appeals, Ninth Circuit, 1991. 938 F. 2d 1033

원심은 피고의 주장을 받아들였고, 항소심에서도 원고의 항소를 기각한 사안이다.

나) 製品으로서의 圖畫의 二側面

이 판례에서 전제로 삼고 있는 것은 일반적으로 도서의 경우 이를 두 부분으로 나누어 생각할 수 있다는 것이다. 물질적인 부분(material and print)과 그 안에 담겨져 있는 생각과 표현(idea and expression)이 그것인데, 전자는 제조물에 해당할 수 있지만 후자는 제조물이 아니라고 보는 것이다. 제조물책임법은 전자와 같은 유체물(tangible)에만 적용되는 것이고, Restatement상으로도 제조물책임의 대상이 유체물로 열거되어 있어 후자에까지 확대 적용되어야 할 법적 근거는 없다는 것이다.

결국 본 건에 있어서 결함이 있다면, 이는 유체물로서의 도서의 결함이라기보다는 유체물에 담겨져 있는 내용인 생각과 표현상 결함이 있는 것인데, 이는 제조물책임법의 적용대상이 아니라는 것이다.

다) 憲法上 基本權과의 比較衡量

다음으로 이 판례에서는 서적에 포함되어 있는 생각과 사상에 결함이 있어 그로 인해 손해를 입은 경우에도 엄격 책임을 부담하지 않는 이유에 관하여 논하고 있다. 이는 제조물책임법에서 보호하려고 하는 법익과 출판물에 대해 엄격 책임(strict liability)을 인정함으로써 잃게 되는 헌법상의 법익간의 비교형량의 문제이다.

제조물책임은 제조물의 결함으로 인한 비용(costs)은 이를 제조 판매한 기업에게 부담시키는 것이 사회적으로 최선의 방안이라는 이론에 기초하고 있는 것이고,¹⁰⁾ 결국 소비자가 제품의 결함으로부터 자신을 보호할 수 없는 고도의 기술사회에서 제조물의 제조 및 유통과정에서 발생하는 비용을 사회적으로 어떻게 평가할 것이냐의 문제가 된다는 것이다. 따라서 제조물책임법의 엄격 책임의 적용분야의 확대문제를 판단함에 있어서는 이와 같은 費用과 利益의 經濟的 分析(cost/benefit analysis)이

10) Prosser & Keeton on The Law of Tort, §98, at 692-93 (W. Keeton ed. 5th ed. 1984) 인용.

필요한 것인데, 생각과 사상의 문제에 대해 이를 적용함에 있어서는 다른 차원의 문제가 있다는 것이다.

즉, 미국의 경우 사상의 교환에 있어서의 자유는 규제될 수 없다는 점을 중요한 가치로 여기고 있다. 글이나 사상이라는 것은 '날개를 가지고 있어서' 이를 발표한 자가 통제할 수도 없고 또 어디로 갈 것인지를 알 수 없는 것임에도 불구하고, 그로 인한 위험성은 일반적으로 수인되고 있다는 것이다. 자신의 글이나 사상에 대해 과실 없이도 타인이 입게 된 손해를 배상하여야 한다면, 이는 사상과 이론을 다른 사람과 나누고자 하는 사람에 있어서는 심각한 장애가 되는 것이라면서, 교과서에 대해 제조물성을 부정한 *Walter v. Bauer* 판례¹¹⁾를 인용하고 있다.

제조물책임법이라는 것은 원래 비용이 소요되는 것으로서, 전형적인 제조물에 적용될 경우에도 새로운 기술의 도입을 저해하는 등 사회적 비용이 드는데, 이러한 비용은 감내할 수 있는 것이지만, 정신적 산물에 대해 제조물책임을 부담하게 될 경우 사회적으로 안게 되는 부담, 즉 최선의 사상과 이론을 접할 수 없게 된다는 비용은 전혀 차원이 다른 것으로서, 감내할 수 없는 비용이라는 것이다.

결국 제조물책임법을 서적에 대해 적용할 것인가의 문제는 이를 인정할 경우 제한되게 되는 헌법상의 기본권으로서의 사상, 학문, 표현의 자유, 언론 출판의 자유 등과 比較衡量하여 볼 때 이를 부정적으로 보아야 한다는 것이다.

라) 書籍의 性格에 따른 適用可能性 與否

이에 대해 원고측에서는 문제가 된 서적의 성격에 따라서는 이와 같은 헌법상의 가치들과 충돌하지 않는 경우가 있을 수 있고, 이 사안은 이에 해당하므로 이와 같은 헌법상의 기본권과의 비교형량을 이유로 하여 내용상 결함 있는 서적의 제조물성을 부정하여야 할 이유는 없다는 주장을 제기하였다.

11) 109 Misc.2d 189, 191, 439 N.Y.S.2d 821, 823 (Sup.Ct.1981) 교과서에 실린 과학실험을 하다가 학생들이 부상을 당한 사안에서 교과서의 제조물성을 부정한 사건이다.

즉, 원고에 의하면 서적 중에는 危險性이 내포된 活動을 함에 있어서 올바른 行動方式을 指示하는 성격의 책인 경우에는 제조물책임법이 적용되어야 한다는 것이다. 유사한 사례로 항공기의 운항에 있어서 航空地圖(aeronautical charts)가 잘못된 사안에 관하여 제조물책임의 적용을 인정한 몇몇 사건에 대한 판례들을 들고 있다.¹²⁾ 원고는 항공지도가 항공기의 운항에 있어서 필요한 정보를 제공하는 것으로서 위험한 활동함에 있어서 이용되기 위한 것이라면, 이 사건 버섯백과사전도 마찬가지라는 것이다. 따라서 이와 같은 道具的 性格이 강한 종류의 책¹³⁾에 관한 제조물성을 부정할 필요가 없다는 주장이다.

이에 대해 법원은 항공지도의 경우 고도의 기술적인 도구(highly technical tools)임을 인정하지만, 이 사건 버섯에 관한 책의 경우 그 자체가 도구라기보다는 도구를 어떻게 이용하느냐에 관한 내용을 담고 있는 것으로서, 제조물이라고 볼 수 없다고 판시하였다.¹⁴⁾

마) 기타 過失責任의 인정여부

서적의 내용에 잘못된 부분이 있을 경우에 이를 제조물로 보아 엄격 책임을 묻는 방안이 받아들여질 수 없다면, 다음으로 서적의 출판사 또는 저자가 과실이 있음을 전제로 한 손해배상책임을 인정할 수 있는가? 또는 책의 내용에 대한 보증책임을 있다고 보아 보증책임을 물을 수 있는가?

12) Brocklesby v. United States, 767 F.2d 1288, 1294-95 (9th Cir.1985); Salomey v. Jeppesen & Co., 707 F.2d 671, 676-77 (2nd Cir. 1983); Aetna Casualty & Surety Co. v. Jeppesen & Co., 642 F2d 339, 342-43 (9th Cir. 1981); Fluor Corp. v. Jeppesen & Co., 170 Cal.App.3d 468, 475, 216 Cal.Rptr. 68, 71 (1985)

13) 판결에서 이와 같은 도구적 성격이 강한 종류의 책을 "How To Exercise Properly Books"로, 사상과 표현의 자유 등과 관련될 수 있는 종류의 책을 "How To Live A Good Life Books"라고 표현하고 있다. 이에 관해 법원은 양자의 경계선을 명백히 설정할 수 없고, 나아가 전자의 경우에 한하여 제조물책임을 인정하려는 견해를 받아들일 수 없다고 밝히고 있다.

14) 항공지도의 경우 이는 마치 나침반에 비유될 수 있을 것이라고 보면서, 버섯백과사전은 이를 "나침반 또는 항공지도 그 자체"에 비유될 수 있는 것은 아니고, "항공지도나 나침반을 어떻게 이용할 것인가에 관한 책"과 비유할 수 있다고 설명하고 있다. 항공지도 자체는 제조물이 될 수 있지만, 항공지도를 이용하는 것에 관한 책은 순수하게 생각과 표현의 문제라는 것이다.

이 점에 관하여 이 판례에서는 출판사에 관하여만 언급하고 있는데,¹⁵⁾ 부정적으로 보고 있다.

먼저 과실책임에 관하여, 원고는 출판업자로서는 책의 내용의 정확성을 조사하여야 할 의무가 있다고 주장하나, 법원은 본 건의 경우는 물론이고 일반적으로도 출판업자가 그 직업의 본질상 그가 출판하는 서적의 내용의 정확성을 조사하여야 할 의무가 있다고 볼 수는 없다고 판시하고 있다.¹⁶⁾

다음에, 출판사로서 警告의 義務를 위반한 과실이 있는지에 관하여, 이 판례에서는 역시 부정적으로 보고 있다. 즉, 출판사로서는 1) 책에 포함되어 있는 정보가 완전하지 않고 따라서 독자로서는 이를 무조건 신뢰해서는 안된다는 경고 또는 2) 출판사로서는 책의 내용을 조사한 바 없고 따라서 그 내용의 정확성을 보증(guarantee)할 수 없다는 경고 등을 해야 할 의무가 있는가에 관한 문제이다. 이 판결에서는 전자의 경고의무에 관하여는 출판사로서는 서적의 내용의 정확성을 조사해 보지 않는 한 어떠한 정보가 잘못된 것인지 알 수 없어 구체적으로 어떠한 경고를 하여야 할 것인지 알 수 없는 것인데, 앞서 지적한 바와 같이 출판사로서 서적의 내용의 정확성을 조사하여야 할 의무가 있다고 보기 어렵다면 그 부정확성을 경고하여야 할 의무도 인정될 수 없다는 결론에 이른다고 보았다. 후자에 관하여는 출판사는 어차피 보증인으로서의 의무를 부담하는 것이 아니기 때문에 그와 같은 경고 자체는 불필요하고 무의미하다고 보았다.

본 건의 경우 사안과 직접 관련성은 없지만, 서적의 著者에게는 제조물 책임이나 과실책임이 인정될 수 있을까? 이 문제에 관하여는 부정적으로 생각되어야 할 것이며, 그 이유는 앞서 출판사의 무과실책임을 부정한 이

15) 본 건의 경우, 출판사는 외국의 책을 수입한 것으로서, 우리나라의 제조물책임법에 의한다면 법 제2조 3호 가목의 輸入業者로서 製造業者에 해당할 것이라는 사안의 특수성에 유의하여야 할 것이다.

16) 관련 판례로서 First Equity Corp. v. Standard & Poor's Corp., 869 F.2d 175, 179-80 (2d Cir. 1989); Jones v. J.B.Lippincott Co., 694 F.Supp. 1216, 1216-17 (D.Md.1988); Lewin v. McCreight, 655 F.Supp. 282, 283-84 (E.D.Mich. 1987); Alm v. Van Nostrand Reinhold Co., 134 Ill.App. 3d 716, 721, 89 Ill. Dec. 520, 524, 480 N.E. 2d 1263, 1267 (1985) 등 참조.

유와 동일하게, 헌법상 다른 가치와의 비교형량의 필요성을 들 수 있을 것이다.

바) 關聯 判例들

위 판례는 출판물의 제조물책임 적용 여부에 대한 leading case로 받아들여지고 있으며,¹⁷⁾ 다음과 같은 유사한 판례들이 많이 축적되어 있다.¹⁸⁾

- Way v. Boy Scouts of Am., 856 S.W. 2d 230(Tex. Ct. App. 1993)

한 소년이 보이스카우트 잡지 부록의 사격에 관한 내용을 읽은 후 사고로 사망한 사건으로서, 법원은 잡지에 실린 생각(idea)의 제조물성을 부정한 사례이다.

- Birmingham v. Fodor's Travel Pub., Inc., 833 P. 2d 70 (Haw. 1992)

해변에서 서핑을 하다가 바위에 충돌하여 부상을 당한 피해자가 그 해변이 안전하다는 내용의 여행가이드북을 출판한 출판사를 상대로 제조물책임 소송을 제기한 사건으로서, 법원은 여행가이드북이 제조물책임법상의 제조물이 아니라는 이유로 기각한 사례이다.

- Herceg v. Hustler Magazine, Inc., 565 F.Supp. 802, 803-4 (S.D.Tex. 1983)

에로 잡지에서 墮息을 통한 性的 興奮에 관한 내용을 읽고 흥내내다가 사망한 사안에서, 법원은 잡지의 내용은 Restatement § 402A에 해당하지 않는다고 판시한 사례이다.

17) The American Law Institute, *Restatement of the Law, Torts, Products Liability* (American Law Institute Publishers, 1998, 이하 Restatement라고 약칭한다.), § 19 comment d. 참조.

18) 그밖에 출판물의 제조물책임법 적용 여부에 대한 미국법원의 판례들에 대한 설명으로는, David A. Fischer, Michael Green, William Powers, Jr., Joseph Sanders, *Product Liability Cases and Materials* Third Edition(American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2002, 이하 Case and Materials라고 약칭한다.) 694~695쪽 참조.

- Walter v. Bauer, 439 N.Y.S.2d 821, 822-23(N.Y.Sup.Ct. 1981)

학생이 교과서에 실린 내용에 따라 과학실험을 하던 중 부상한 사건으로서, 법원은 서적의 의도된 용도(intended use)는 “읽는 것(reading, 閱讀)”이고 피해자인 원고는 “읽는 것”에 의해 부상을 당한 것이 아니라는 이유로 교과서가 결함 있는 제조물에 해당하지 않는다고 판시한 사례이다. 이 판례는 항소심에서 일부는 그대로 받아들여지고 일부는 수정되었다. 451 N.Y.S. 2d 533(N.Y.App.Div. 1982) 참조.

- Smith v. Linn, 563 A. 2d 123, 126(Pa.Super.Ct. 1989)

다이어트 책의 독자가 다이어트 합병증으로 사망한 사건에서, 법원은 책은 Restatement § 402A 상의 제조물에 해당하지 않는다고 판시한 사례이다.

- First Equity Corp. v. Standard & Poor's Corp., 869 F. 2d 175, 179-80(2d Cir. 1989)

재정에 관한 부정확한 출판내용을 믿고 투자한 투자자의 손해배상청구를 부정한 사례이다.

- Lewin v. McCreight, 655 F.Supp. 282, 283-84(E.D.Mich. 1987)

금속세공에 관한 책 내용에 따라 금속부식계를 배합하던 중 폭발사고로 부상한 사안에서 제조물책임을 부정한 사례이다.

- Alm v. Van Nostrand Reinhold Co., 134 Ill.App. 3d 716, 721, 89 Ill. Dec. 520, 524, 480 N.E. 2d 1263, 1267(1985)

작업도구를 만드는 방법에 관한 책에 따라 연장을 만들던 중 부상당한 사안에서 제조물책임을 부정한 사례이다.

- Gutter v. Dow Jones, Inc., 22 Ohio St. 3d 286, 291, 490 N.E.2d 898, 902(1986)

특정 會社債에 대한 부정확한 정보를 게재한 월스트리트저널紙에 대한 제조물책임을 부정한 사례이다.

3) 小結論

출판물에 대한 제조물책임의 적용 여부에 대한 미국의 위 판례를 통해 우리는 컴퓨터프로그램의 제조물책임 해당 여부 문제를 해결해 나가는데 있어서 몇 가지 시사점을 얻을 수 있을 것으로 생각된다.

知的 生産物에 있어서는 결합이 유형적 부분과 무형적 부분 중 어느 부분에 존재하는지 검토하여야 한다는 점, 제조물책임에 관한 한 헌법상 다른 가치와의 비교형량 등 政策的 考慮가 중요하다는 점, 그 지적 산물이 道具性을 가지느냐 또는 情報로서의 성격만을 가지느냐 여부에 따라 사안별로 결론이 달라질 수 있다는 점등이다.

(3) 컴퓨터 프로그램의 製造物責任 該當 與否

1) 序

출판물의 경우 제조물책임법 적용여부에 대해 대체로 부정적으로 이해되고 있는 반면, 컴퓨터 프로그램에 있어서는 서적에 비해 비교적 긍정적인 견해가 다수이다.

출판물에 관한 미국의 leading case라고 할 수 있는 위 Winter v. G.P.Putman's Sons에서도 傍論(in dictum)이기는 하나 제조물책임의 적용 여부에 관하여 컴퓨터 소프트웨어는 출판물의 경우와 다를 수 있을 가능성에 대해 언급한 바 있다.¹⁹⁾ 미국의 경우 컴퓨터 소프트웨어의 제조물성을 명시적으로 인정한 판례는 아직 찾을 수 없지만, 학설에서는 엄격책임을 인정하는 정책적 고려가 소프트웨어에도 그대로 적용되어야 한다든가,²⁰⁾ 대량생산되어 판매되는 소프트웨어에 대하여는 제조물책임이 인정되게 될 것으로 예상하거나,²¹⁾ 대량생산되어 공급되어지는 소

19) "...Computer Software that fails to yield the result for which it was designed may be another..."

20) Gemignani, Product Liability and Software, 8 Rutgers Computer & Tech.L.J. 173, 196~99 (1981) 참조.

21) Note, Strict Products Liability and Computer Software: Caveat Vendor, 4 Computer/ L.J. 373 (1983) 참조.

소프트웨어에 관하여는 소비자의 보호를 위하여 엄격책임의 이론이 유용한 이론이 될 수 있다거나,²²⁾ 제조물책임법상의 엄격책임이 컴퓨터 산업에도 그 적용범위가 확장되어야 할 필요성을 주장하는 등²³⁾ 대체로 정책적 입장이기는 하나 대량생산 공급되는 소프트웨어에 관한 한 제조물책임을 인정하여야 한다는 입장이 보인다.

한편, 디스켓이나 CD-Rom과 같이 일정한 저장장치에 담겨 형태가 있는 경우에는 동산으로 볼 여지가 있어 제조물에 해당하는 것으로 보되, 저장장치의 형태로 공급되지 않는 경우, 예컨대 인터넷을 통해 라이선스를 부여받고, 그 프로그램을 다운로드 받는 형태로 공급된 경우에 대하여는 부정적으로 해석되기도 한다는 점이 지적되고 있는데,²⁴⁾ 주로 논란이 있을 수 있는 것은 이 분야이다.

이하에서는 컴퓨터 프로그램에 대해 제조물책임을 인정할 것인지에 관하여 어떠한 이론적인 문제점이 있는지에 대해 정리해 보고, 우리나라의 제조물책임법상 적용가능성에 관해 논해보기로 한다.

2) 有體物性 문제

컴퓨터 프로그램의 제조물책임성과 관련하여 우선적으로 문제되는 점은 그 유체물성을 인정할 수 있는가에 있다. 컴퓨터 프로그램은 그 자체가 情報로서 無體性을 띠나, 일단 이것이 저장장치 내지 有體的媒體에 담겨져 거래되는 경우에는 유체물성을 인정할 수 있고, 그렇다면 제조물책임의 대상이 되는 것이 아니냐는 논의이다.

가) 컴퓨터프로그램의 物件性에 대한 擲逸의 學說

이에 대하여 독일에서는 컴퓨터프로그램의 物件性에 관한 학설의 대립이 있다.

22) Note, Negligence: Liability for Defective Software, 33 Okla. L.Rev. 848, 855 (1980) 참조.

23) Note, Computer Software and Strict Products Liability, 20 San Diego L.Rev. 439 (1983) 참조.

24) Staudinger/Oechsler, § 2 ProdHaftG Rz. 67. 權大祐, “製造物責任에서의 製造物과 缺陷의 概念”, 디지털경제시대의 소비자보호와 법(II)-전자상거래와 제조물책임(한국법제연구원, 2002.4.25.), 23쪽 및 脚註 22)에서 引用.

否定說에서는 컴퓨터 프로그램이 유체적 매체에 담겨져 있다 하더라도 無體의 精神的 財貨로서의 본질은 변화하지 않는다는 한다. 다시 말하면 컴퓨터소프트웨어는 그 樣態와는 무관하게 과제의 해결을 위한 技術的 手段에 불과하며, 그 활용은 전체적 體系環境에 종속되는 것인데, 이러한 컴퓨터소프트웨어의 속성은 書籍이나 音盤에서와 같이 直接的인 利益의 향유가 이루어지는 것이 아니라, 하드웨어장치에서 그 活用可能性을 고려한 Know-How와의 결합을 거쳐 비로소 효율성을 가지게 되는 것으로, 결국 컴퓨터소프트웨어의 고유한 無體的 價値는 그 활용의 Know-How와 연계된 機能性(Funktionalität)에 있다는 것이다.²⁵⁾ 따라서 유체적 매체는 컴퓨터프로그램에 있어서 본질적 요소는 아니라고 보며,²⁶⁾ 특히 이와 같은 점은 데이터의 원격처리기술이 발전함에 따라 유체적 매체는 물리적 기반에서 벗어나게 되는데서 잘 알 수 있고,²⁷⁾ 컴퓨터 프로그램의 법적 평가를 함에 있어서 매체에 비중을 두는 것은 바람직하지 않다는 것이다.

이에 대해 肯定說에서는 소프트웨어와 이를 저장하고 있는 媒體는 一體를 이루고 있어 분리될 수 없다는 不可分性을 그 본질로서 중시한다.²⁸⁾ 공급업자로서는 프로그램을 매체에 化體(Verkörperung)시키는 것은 기성화된 標準프로그램(Standardprogramm)을 판매하는 중요한 형식이 된다는 경제적 효율성의 측면에서, 취득자로서도 매체는 프로그램을 컴퓨터 작업에 설치·실행시키기 위한 기회를 줄 뿐 아니라 豫備複寫를 하거나 디스켓에 저장시켜 놓음으로써 그 프로그램을 장기간 반복적으로 사

25) 安法榮, “컴퓨터 프로그램의 權利對象性-獨逸聯邦法院(BGH) 判決例의 比較的 分析 檢討”(2000년 학술진흥재단연구보고서), 9~10쪽 참조.

26) 쉽게 설명하자면, 어떤 컴퓨터 프로그램이 CD-Rom에 담겨 있다 하더라도 결국은 driver를 통해 驅動하여야 의미가 있는 것이지, 이와 같은 환경 없이 CD-Rom 자체에 담겨 있다는 것으로 무슨 의미가 있겠냐는 것이다. driver를 통해 구동하는 단계로 가면, 결국은 무체의 정보로서의 본질을 그대로 보여주게 되는 것이다.

27) 부연하면, 동일한 프로그램을 공급받은 경우에, 이를 CD-Rom형태로 구입하였건, 인터넷상에서 라이선스를 부여받아 다운로드 받았건, 실질적으로 무슨 차이가 있어 법적으로 양자를 달리 평가하여야 하겠냐는 것이다.

28) 현실적으로 컴퓨터 프로그램과 매체를 분리할 수 없는 것은 마치 책과 그 내용, 음반과 음악을 분리해 이용할 수 없는 것과 마찬가지라는 것이다. 책은 “그 精神的 內容이 化體되어 있음으로써” 이용 가능해진다는 것이다.

용할 수 있다는 측면에서 의미가 있다는 것이다. 부정설에서는 컴퓨터란 '終局的으로 未完成的의 機械(nicht zu Ende konstruierte Maschine)'로서 프로그램에 의해 완비되는 것이므로, 컴퓨터의 操縱手段으로서(als Steuerungsmittel) 컴퓨터프로그램의 化體는 그 移轉의 手段으로서 뿐만 아니라 컴퓨터 기계의 實存과 그 應用活用の 불가결한 전제가 되는 것이라고 보고 있는 것이다.²⁹⁾

나) 컴퓨터프로그램의 物件性에 대한 獨逸의 判例

독일에서는 컴퓨터프로그램의 物件性에 관하여 판례의 입장이 다소 엇갈리는 것으로 보인다.

긍정설의 입장에서 서 있는 듯한 판례로는 BGH, Urteil vom 18. 10. 1989-VIII ZR 325/88³⁰⁾ 판결을 들 수 있다. 이 판례의 사안은 매수인(피고)이 36개월 할부로 컴퓨터프로그램을 매수한 후 매도인(원고)의 하드디스크에 있는 프로그램을 케이블연결로써 피고 컴퓨터의 하드디스크로 再錄(複寫·移轉: Überspielen)시킴으로써 공급을 한 사안에서, 피고가 3개월간 할부금을 지급한 후 할부거래법에 따라 철회권을 행사함에 대하여, 매도인인 원고가 계약 잔여기간의 할부대금 등의 지급을 구한 것이다. 쟁점중의 하나는 이 프로그램 매매계약이 할부거래법상 적용대상인 "契約이 動産의 引渡(Übergabe einer beweglichen Sache: § 1 AbzG)를 목적으로 하는 계약"에 해당하는가 하는 문제였다. 즉 매도된 프로그램이 貯藏된 디스켓의 引渡(Übergabe von Disketten)로써 이루어졌다면 이를 인정할 수 있을 것일텐데,³¹⁾ 이 사안의 경우에는 매수한 프로그램의 공급이 직접 케이블연결을 통해 원고 컴퓨터의 고정기억장치에서 피고 컴퓨터의 고정기억장치(하드디스크)로 재록되었다는 특수한 사정이 문제로 된 것이었다. 이에 대해 법원은 매수한 프로그램이 매도인의 고정기억장치에서 매수인의 고정기억장치로 직접 再錄되는 것은 단지 디스켓

29) 安法榮, 前掲論文, 11~13쪽 참조.

30) BGHZ 109, 97=JZ 1990, 236 ff m. Anm. v. Th. Hoeren=DB 1989, 2596 m. Anm. v. M. König.

31) 1987년 11월 4일 BGHZ 102, 135 판결. 安法榮, 前掲論文, 3쪽 脚註5) 참조.

이나 다른 데이터매체로 프로그램을 복사하는 “中間段階(Zwischenstadium)”가 결여된 것일 뿐, 표준소프트웨어 취득의 終局的 目的, 즉 컴퓨터의 固定記憶裝置(하드디스크)에 저장함으로써 취득자로 하여금 프로그램을 사용할 수 있도록 하는 것은 어느 경우에도 마찬가지로 달성되었다고 보아, 이 사안에 대해 할부거래법의 적용을 인정하였다.³²⁾ 이 판례에서 법원은 컴퓨터프로그램이 동산인지 여부에 대해 직접적으로 판단한 것은 아니지만, 진보된 기술적 가능성을 통해 직접적으로 초기 설치되는 것은 有體의 物件(körperliche Sache: §90 BGB)이라는 物件의 定義에 관한 民法 規定의 準用(entsprechende Anwendung)을 정당화할 수 있다고 보고 사안을 “동산의 인도를 목적으로 하는 계약”에 해당된다고 판시한 것이다.

否定說에 서 있는 듯한 판례로는 연방재정법원(BFH)의 판례들을 들 수 있는데,³³⁾ 이들 판례들은 租稅法的 觀點에서 標準소프트웨어의 매매계약은 “최소한 가장 본질적으로(mindestens weitaus primär)” 物件의 賣買로(als Sachkauf) 평가될 수는 없다고 판시하고 있는 것이다.³⁴⁾ 이 판례들에 대해 위 BGH판례에서는 양자가 서로 관점이 다른 것이므로 모순되는 것은 아니라고 보았다.

다) 컴퓨터프로그램의 製造物性 判斷에 있어서 有體的 媒體 要素의 排除

이상 살핀 외국의 학설과 판례 등을 통하여 얻을 수 있는 시사점은 우선 컴퓨터프로그램의 물건성을 논함에 있어서 그 프로그램이 유체물로서의 매체에 담겨져 있느냐 그렇지 않느냐에 따라 달리 취급하는 것은 정당성을 인정하기 어렵다는 점이다.

위에서 살핀 독일의 否定說에 의할 경우에 매체에 따른 차별적 평가를 배제하고 있음은 물론이고, 肯定說에서도 프로그램은 본질적으로 매체와

32) 이 판례에 대한 기타 상세한 내용에 관하여는 安法榮, 前揭論文, 2~6쪽 참조.

33) BFH, Urteil v. 3. 7. 1987-III R 7/86=BestBI II 1987, 728 ff.; BFH, Urteil v. 5. 2. 1988-III R 49/83=NJW 1988, 2504. 安法榮, 前揭論文, 4쪽 脚註11) 참조.

34) 安法榮, 前揭論文, 4쪽, 8쪽 참조.

의 불가분성을 강조하여 매체와 분리된 프로그램이란 관념에 불과한 것으로 보아 유체물성을 인정하는 것이므로 어떠한 方式으로 프로그램데이터를 이전 받았는가³⁵⁾ 經濟적으로 동일한 目的을 달성하는 한 다른 의미를 부여할 수 없다고 보고 있어³⁶⁾ 어느 설을 취하든 양자를 달리 취급할 근거를 찾기 어렵다.

제조물책임법의 적용 여부와 관련하여 생각할 때에도, 적어도 유체의 매체에 담겨져 있으나 여부가 적용 또는 배제의 기준이 되어서는 안된다고 생각된다. 유체의 매체에 담겨져 있는 경우에 한하여 제조물책임법이 적용되어야 한다는 설명을 위의 학설 등을 고려하여 추론해 보면 두 가지 가능성이 있을 것이다.

첫째는 컴퓨터 프로그램 자체를 무형의 지적 산물로 보고 다만 유체의 용기에 담겨지는 순간 유체물이 되어 제조물책임법이 적용될 수 있다는 설명일 것이고, 두 번째는 컴퓨터 프로그램 자체는 매체와의 불가분성이 있어 유체물이나 유체의 매체에 담겨져 공급되지 않는 경우는 공급받은 후 비로소 매체(하드디스크)에 결합되어 물건으로 기능하는 것이므로 "동산으로서 공급"되는 경우가 아니므로 제조물책임법이 적용될 수 없다는 설명이 그것일 것이다. 전자는 위 부정설을, 후자는 긍정설을 근거로 한 것이다. 그러나 이 두 가지 설명은 모두 적절하지 않을 것이다.

첫째의 설명에 대하여는 부정설의 논거 그대로 유체물에 담겨져 있다고 하여 그 본질이 바뀌는 것은 아니라는 점을 지적할 수 있을 것이고, 결합이 있는 경우에도 유체물 부분에서 결합이 발생한 것이 아니라 무형의 지적 산물 부분에 결합이 있는 것이어서 유체화 되는 때에 비로소 제조물책임법상 제조물에 결합이 있는 경우로 보는 것은 설득력이 없다는 점도 지적될 수 있을 것이다.

둘째의 설명에 대하여는 좀 더 세밀한 비판이 필요하다. 제조물책임법에 있어서 제조물이 공급되지 아니함을 입증하면 제조업자는 면책되는 것으로 하고 있다(제조물책임법 제4조 제1항 제1호). 그런데 컴퓨터 프로

35) 긍정설에 의하자면 유체의 매체에 담겨진 후 이전되든 무체의 형태로 이전된 후 매체에 담겨져 작용하든 매체가 필요한 것은 마찬가지라고 볼 것이다.

36) 安法兼, 前掲論文, 13쪽 脚註41) 참조.

그램이 케이블 등을 통하여 이전되었다면 이를 “제조물을 공급”한 것으로 볼 수 있는가가 문제로 되기 때문이다. 적어도 전송되는 순간에는 프로그램이 매체와 결합하고 있지 않아 물건성을 부정할 수도 있을 것이기 때문이다.

이 문제에 관하여는 미국에 있어서 전기에 대해 제조물책임이 인정되는지에 관한 논의에서 실마리를 찾을 수 있을 것으로 생각된다. 미국 판례에서는 전기의 경우에는 소비자의 계량기를 통과함으로써 제조물책임 대상이 된다고 한다.³⁷⁾ 따라서 계량기를 통과하여 소비자가 사용할 수 있게 되기 전에는 제조물책임을 인정하지 않는데, 따라서 고압선에 접촉하여 감전사고가 발생하는 사안들에 대하여는 제조물책임이 부정된다.³⁸⁾ 그 이유로는 전기가 계량기를 통과하기 전까지는 제조물책임법상의 “유통에 놓여진(placed in the stream of commerce)” “제조물(product)”이라고 하기 어렵다는 것이다.³⁹⁾ 나아가 전기는 제조물이라는 하나 계량기를 통과하기 전까지는 판매된 것이 아니므로 제조물책임이 적용되지 않는다는 이유로 설명하기도 한다.⁴⁰⁾ 한편 소수이기는 하나 전기는 제조물이 아니고 서비스라는 이유로 사고가 계량기를 통과한 후 발생하였건 통과하기 전에 발생하였건 제조물책임을 부정한 사례들도 있다.⁴¹⁾ 계량기

37) *Pierce v. Pacific Gas & Elec. Co.*, 212 Cal.Rptr. 283 (Cal.Ct.App. 1985); *Ransome v. Wisconsin Elec. Power Co.*, 275 N.W.2d 641 (Wis. 1979); *Williams v. Detroit Edison Co.*, 234 N.W.2d 702 (Mich.Ct.App. 1975); *Aversa v. Public Serv. Elec. & Gas Co.*, 451 A.2d 976 (N.J. Super.Ct.Law Div. 1982); *Elgin Airport Inn. Inc. v. Commonwealth Edison Co.*, 410 N.E.2d 620 (Ill.App.Ct. 1980); *Carbone v. Conn. Light & Power Co.*, 482 A.2d 722 (Conn.Super.Ct. 1984)

38) *Restatement §19 comment d.* 270, *reporter's note comment d.* 참조.

39) *Smith v. Home Light and Power Co.*, 734 P.2d 1051, 1055 (Colo. 1987); *Hedges v. Public Serv. Co.*, 396 N.E. 2d 933 (Ind.Ct.App. 1979); *Petroski v. Northern Ind. Pub. Serv. Co.*, 354 N.E. 2d 736 (Ind.Ct.App. 1976); *Fuller v. Central Me. Power Co.*, 598 A.2d 456 (Me. 1991); *Priest v. Brown*, 396 S.E.2d 638 (S.C.App. 1990)

40) *Monroe v. Savannah Elec. & Power Co.*, 471 S.E.2d 854 (Ga. 1996)

41) *Wyrulec Co. v. Schutt*, 866 P.2d 756 (Wyo. 1993); *Bowen v. Niagara Mohawk Power Corp.*, 590 N.Y.S.2d 628 (N.Y.App.Div. 1992); *Wood v. Public Serv. Co.*, 317 A.2d 576 (N.H. 1974); *Rodgers v. Chimney Rock Pub. Power Dist.*, 345 N.W.2d 12 (Neb. 1984)

통과 후에 제조물책임을 인정하는 미국 판례의 근거가 계량기 통과 전의 전기는 제조물이 아니라고 보는 것인지 또는 제조물이기는 하나 유통에 놓여지지 않았기 때문인지는 분명하지 아니다. 그러나, 그 결론이 무엇이든 중요한 것은 아니고, 이와 같은 논리, 즉, 적어도 전기가 소비자의 영역내에 들어와 사용할 수 있게 된 이후에는 제조물책임을 부담한다는 것만큼은 합리적인 것이라고 할 수 있다.⁴²⁾

한편 Restatement § 19(a)에 의하면, 제조물책임 원칙적으로 유체물에 한정하면서, 전기 등 기타의 경우에 "그 공급과 사용의 맥락상 유체물에 유추하기에 충분한 경우"⁴³⁾에는 제조물로 인정하는 것으로 하고 있다. 물론 전기의 경우를 컴퓨터 프로그램과 동일하게 취급할 수는 없을 것이다. 미국뿐 아니라 각국의 제조물책임법에서 전기의 경우에는 이를 명시적으로 적용대상으로 하고 있고,⁴⁴⁾ 우리나라의 경우 제조물책임법상 제조물이란 제조 또는 가공된 動産인데, 민법상 電氣는 명시적으로 물건으로 열거되어 있으므로 전기에 관한 한 제조물책임여부에 관하여 논란의 여지가 없는 것이어서, 제조물책임의 대상이 되는지 여부가 불분명한 컴퓨터 프로그램의 문제를 설명함에 있어서 미국에서의 전기에 관한 논의를 이용하는 것이 적절하지 않을런지도 모른다. 그러나 미국의 경우, 제2차 Restatement에서는 제조물책임의 대상으로 전기가 열거되어 있지는 아니하였는데, 제조물인지 여부가 문제되는 전기에 관한 사고가 늘어나면서 판례가 형성되고 제3차 Restatement에서는 전기에 대해 명시하기에 이른 과정에 주목하여야 할 것으로 생각된다.

각국의 제조물책임법은 전통적인 유통과 소비, 즉 유체물로서의 동산을 생산하여 매매계약을 통해 거래하는 사회상을 전제로 한 것이며, 무형의 지적 산물로서의 컴퓨터 프로그램이 현대사회에서 차지하는 막대한 비중은 물론이고 그 유통이 상당부분 전자상거래라는 형식에 의해 이루어진

42) Restatement § 19 comment d. 참조.

43) ... when the context of their distribution and use is sufficiently analogous to the distribution and use of tangible personal property...

44) EU의 Directive on Liability for Defective Products § 2; 영국의 Consumer Protection Act 1987 § 1(2)(c); 독일의 Produkthaftungsgesetz § 2; 프랑스의 제조물책임에 관한 민법개정안에 따른 § 1386의 3 등 참조.

다는 점을 충분히 예상할 수 없던 상황에서 논의 제정된 것이라는 점을 고려하여야 할 것이다. 그렇다면 전기에 대해 제조물책임이 인정되게 되는 과정에서의 논의는 현대사회에서 컴퓨터 프로그램에 대해 제조물책임을 인정할 것이냐 여부에 관한 논의에 중요한 시사점을 준다는 것을 부정할 필요는 없을 것이라고 생각한다.

다시 컴퓨터프로그램의 경우로 돌아와 생각해 본다면, 프로그램을 유체물로 보는 한 그것이 소비자에게 전송되어 사용이 가능한 상태로 되어 있는 경우에 그 공급과 사용의 맥락에서 프로그램을 유체의 매체에 담아 공급한 경우와 다를 바가 전혀 없으므로, 프로그램의 이전이 전송의 방식에 의해 이루어져 공급 당시에는 일시적으로 유체물이 아니라는 이유만으로는 이를 제조물책임에서 배제시킬 것은 아니라고 해석해 볼 수 있을 것이다.

3) 大量生産性 문제

컴퓨터 프로그램의 제조물성 인정 여부에 관하여 다음으로 생각해 보아야 할 점은 그 프로그램이 대량생산된 것이냐 특정인을 위하여 주문생산된 것이냐에 따라 달리 평가될 수 있는나의 문제이다.

앞서 지적한 바와 같이 소프트웨어가 대량으로 제작되어 공급되는 경우, 45) 이에 대하여는 제조물책임을 인정하여야 한다는 쪽으로 의견이 모여지는 것으로 추측된다.

문제는 대량생산이 아닌, 특정인을 위하여 개별적으로 개발, 공급된 프로그램의 경우도 제조물책임을 부담하는가 하는 점이고, 이에 대하여는 논란이 있는 것으로 보이는 바, 이하에서 이에 대해 살펴보고자 한다.

이 문제는 컴퓨터프로그램의 공급계약의 법적 성격과도 관련된다. 이는 이른바 製作物供給契約(Werklieferungsvertrag)이라고 할 수 있을 것인데, 이를 賣買契約으로 볼 것인지 또는 都給契約으로 볼 것인지에 관한 문제로부터 살펴보기로 한다.

45) 이 경우는 유체의 매체에 담겨져 공급되는 것이 대부분일 것으로 생각할 수 있으나, 반드시 그러한 것은 아니다. 개별적으로 개발 공급되는 경우도 유체의 매체에 담겨져 있을 수 있는 것이고, 대량생산되는 경우도 온라인상으로 공급될 수도 있다. 컴퓨터 프로그램에 대한 전자상거래가 활성화된다면 후자의 유형의 비중이 더 커질 것이다.

가) 製造物供給契約의 法的 性格

우리나라는 제작물공급계약에 관하여 별도의 규정이 없다.

독일의 경우는 "수급인이 스스로 조달하는 재료로 제작물을 완성할 의무를 부담하는 경우"로 제작물공급계약을 정의하면서, 이에 관하여 매매에 관한 규정을 적용하되, 非代替物에 관하여는 주로 도급에 관한 규정을 적용하는 것으로 하고 있었다(개정전 BGB § 651④).

이에 따라 독일에서는 제작물공급계약의 법적 성질에 관하여 그 제작물이 代替物인 때에는 매매로, 非代替物인 때에는 일종의 도급과 매매의 혼합계약이라고 보아 왔으며, 우리나라에서도 그 영향을 받아 대체로 같은 견해를 취하고 있다.⁴⁶⁾ 판례도 유사한 입장을 보이고 있다.⁴⁷⁾

비대체물에 관한 제작물공급계약을 매매로 볼 것이냐 도급으로 볼 것이냐의 문제를 논하는 실익은 주로 추가보수의 지급문제, 하자담보책임의 요건과 효과, 계약해제 및 그 효과로서의 정산관계에서 찾을 수 있을 것이다.

그러나 독일민법이 개정되면서, 이와 같은 통설의 견해에 대해서는 재고의 여지가 있을 것으로 생각된다. 독일 민법 제651조가 개정되면서 대체물과 비대체물의 차이가 크게 줄어들었기 때문이다. 즉, 제651조의 제목부터 "製作物供給契約(Werklieferungsvertrag)"에서 "賣買法の適用(Anwendung des Kaufrechts)"으로 바뀌면서, 제작물공급계약에 관해 원칙적으로 매매법을 적용하되, 비대체물인 경우에는 도급에 관한 일부 규정을 추가적으로 적용하는 것으로 하였다.⁴⁸⁾ 이는 개정전에 비대체

46) 金龍潭, 民法註解(XV), 431~432쪽 참조.

47) 1990.3.9. 선고 88다카31866; 1987.7.21. 선고 86다카2446 등 참조.

48) BGB § 651 Anwendung des Kaufrechts

Auf einen Vertrag, der die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen zum Gegenstand hat, finden die Vorschriften über den Kauf Anwendung. § 442 Abs. 1 Satz 1 findet bei diesen Verträgen auch Anwendung, wenn der Mangel auf den vom Besteller gelieferten Stoff zurückzuführen ist. Soweit es sich bei den herzustellenden oder zu erzeugenden beweglichen Sachen um nicht vertretbare Sachen handelt, sind auch die §§ 642, 643, 645, 649 und 650 mit der Maßgabe anzuwenden, dass an die Stelle der Abnahme der nach den §§ 446 und 447 maßgebliche Zeitpunkt tritt.

물에 대한 제작물공급계약에 관해 원칙적으로 도급에 관한 규정을 적용하도록 하였던 것에 비해 근본적인 입장의 변화가 있었던 것으로 볼 수 있으며, 비대체물에 대한 제작물공급계약에 관하여 부분적으로 도급적인 특질은 인정하지만 본질적으로는 매매라고 보고 있는 것이라고 해석할 수 있을 것이다.

나) 소프트웨어 開發·供給契約의 法的 性格

우리 나라의 大法院 判決에서는 소프트웨어의 開發·供給契約은 통상 도급계약의 형태로 이루어진다고 보고 있으면서, 기본적으로는 당사자의 의사표시의 해석에 따라야 한다는 입장을 취하고 있다.⁴⁹⁾ 한편 獨逸聯邦 法院에서도 컴퓨터소프트웨어의 供給契約的 製作(werkvertragliche Herstellung)과 기성의 표준소프트웨어의 이전(Überlassung vorgefertigter Standard-Software)으로 구분하고, 후자에 관하여 既成의 標準소프트웨어를 데이터매체에 수록하여 移轉하는 것은 製作節次의 實行契約(Lizenzvertrag)이나 發明(Erfindung)에 비교될 수 있는 것이 아니라 컴퓨터소프트웨어를 데이터매체에 수록하여 販賣하는 것으로 보고 있다.⁵⁰⁾

지금까지의 통설의 입장에 서서 소프트웨어의 공급 유형에 따라 계약의 유형을 분류한다면, 일반적으로 대량생산되어 불특정 다수인을 대상으로 공급되는 때에는 전형적인 매매계약이라고 볼 수 있고, 특정인과의 소프트웨어 개발 공급계약을 체결한 후 공급되는 유형은 다시 이를 나누어 프로그램이 대체물이라고 볼 수 있는 때에는 매매계약으로, 비대체물이라고 보아야 할 때에는 매매와 도급의 혼합계약으로 볼 수 있을 것이다.

그러나 소프트웨어는 일반적인 상품과는 다른 특성이 있다는 점에 유의한다면, 대체물-비대체물에 따른 분류는 그대로 적용하기에는 적절하지 않은 측면이 있다. 대체물과 비대체물을 구별하는 것은 어떠한 물건이 일반 거래상 물건의 개성이 중요시되느냐에 의한 것이고, 특정물-불특정물

49) 1998.3.13. 선고 97다45259; 1996.7.30. 선고 95다7932 등 참조.

50) 安法策, 前掲論文, 8쪽 참조.

이 당사자의 의사에 의한 주관적인 구별임에 비해 대체물-비대체물은 물건 자체의 성격에 따른 객관적 구별이다.⁵¹⁾

그런데 소프트웨어는 1) 사용으로 소모되지 않는 반면 이른바 進化的 商品으로서 시간과 환경의 변화에 따라 가치가 감소한다는 점 2) 하자가 있는 경우 전혀 손해가 발생하지 않을 수도 있는 반면 미세한 하자라도 큰 손해가 발생할 수 있다는 점 3) 무한한 복제가 가능함으로서 제3자에 의한 침해 문제가 크다는 점등이 통상적인 有體의 物件에서는 찾기 어려운 특성으로 지적되고 있다.⁵²⁾ 따라서 특정인과의 소프트웨어 제작 공급계약에 의해 제작된 소프트웨어에 관해 대체물 여부를 판단하기는 쉽지 않다. 고도의 개성을 가진 소프트웨어라 하더라도 쉽게 복제되어 대량 공급되어 개성을 잃게 될 가능성은 언제든지 있는 것이고, 최초에는 개성이 없는 소프트웨어였다 하더라도 쉽게 수정 또는 변환되어 비대체물로서의 성격을 가질 수도 있는 것이다. 물론 다른 물건의 경우도 대체물 비대체물 간의 전환이 전혀 불가능한 것은 아니지만, 소프트웨어의 경우 그 전환이 적은 비용으로 쉽게 이루어질 수 있고 환원 또한 가능하다는 특징이 있는 것이다.

나아가 앞서 지적한 바와 같이 우리나라의 통설에 영향을 준 것으로 보이는 독일에서의 제작물공급계약상 대체물-비대체물간의 구별에 따른 법적 성질의 결정론이 이제는 더 이상 유효하지 않거나 크게 완화되었다는 점까지 고려한다면, 소프트웨어 제작공급계약의 법적 성질을 판단함에 있어서 대체물-비대체물에 의한 구별에 얽매일 것은 아니라고 할 것이다.

소프트웨어 제작 공급계약의 법적 성격에 관해 판단하는 것은 간단하지 않은 문제이며, 프로그램의 著作權 문제까지 고려하여 심도 있는 연구가 필요하다고 생각된다. 한편 이어서 살피는 바와 같이 이 문제의 결론이 어떠한가에 의하여 제조물책임법 적용 여부가 직접적으로 결정되는 것은 아니라고 생각되므로, 이에 관한 연구는 별도의 과제로 남기기로 한다.

51) 郭滴直, 民法總則, 248쪽.

52) W. Kilian, a. a. O., S. 80 f.; E. Mackaay, Contracting for software in Canada, in: H.-L. Weyers(Hrsg.), Datenverarbeitungsprogramme als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 1992, S. 11 ff. 安佐榮, 前掲論文, 14쪽 및 脚註46) 참조.

다) 소프트웨어 供給의 類型에 따른 製造物性

다음에, 소프트웨어의 공급계약이 대량생산되어 공급되느냐 또는 개별 계약에 따라 공급되느냐에 따라 제조물책임 인정 여부가 달라지는지에 관해 정리해 보기로 한다.

제품이 대체물로서 대량생산된다는 것만으로는 제조물책임 인정 여부를 단정할 수는 없을 것이다. 이는 대체물-비대체물의 구별이 소프트웨어에 있어서는 부적절하거나 적어도 유용하지 않은 기준이기 때문이기도 하고, 대량생산되어 공급된다 하더라도 앞서 살핀 바와 같이 소프트웨어 자체가 제조물에 해당되느냐의 문제가 여전히 남아 있기 때문이다.

계약의 유형이 매매이나 도급이나의 문제도 이에 대한 기준이 되기 어렵다. 그 이유는 위에서 살피는 바와 같이 제조물책임법상으로는 제조물의 “營利의 目的에 의한 供給”이 책임의 요건으로 되는 것이지, 그 공급이 매매에 의해 이루어졌느냐 도급에 의해 이루어졌느냐 나아가 중여에 의해 이루어졌느냐에 따라 달라질 것은 없기 때문이다. 매매와 도급의 구별은 기본적으로 契約法的 概念임에 비해 제조물책임법상의 공급은 責任法的 概念이므로 양자가 직접적인 연관성을 가지는 것은 아니다.

물론 정책적인 측면에서 소프트웨어에 대해 제조물책임을 인정할 필요성이 가장 큰 것은 대량생산되어 매매에 의해 공급되는 유형일 것이다. 그러나 개별적인 개발 공급계약에 의해 소량으로 또는 비대체물로 공급되는 경우에도 영리적 목적에 의한 공급이었음이 인정되는 한 달리 취급하여야 할 이유는 없다. 다만 후자의 경우에는 당사자간에 直接的인 契約關係가 있으므로 책임법적 논리에 의해 해결하지 않더라도 계약법적 논리에 의해 소비자를 보호할 수 있다는 특징이 있으므로 전자에 비해 제조물책임법을 적용하여야 할 현실적 필요성이 상대적으로 적다는 점이 다를 뿐이다.⁵³⁾

53) 그러나 이에 관하여도 제3자가 피해자인 경우, 유통업체가 제조업체를 지배하는 경우 등에는 제조물책임법의 유용성이 다시 강조되게 된다. 이에 관하여는 판매업자에 대한 제조물책임법 적용 여부에 관한 뒤의 내용 참조.

4) 規範目的的 解釋

이상에서 살핀 바와 같이 컴퓨터 프로그램의 제조물책임 해당 여부에 관하여 살핀 때 그 프로그램이 유체의 매체에 담겨져 공급되는지 또는 온라인상으로 공급되는지 여부나 표준프로그램으로 대량생산된 것인지 또는 주문 생산된 것인지는 근본적인 판단기준이 되기 어렵다고 생각된다. 오히려 제조물책임법의 성격과 입법목적에 부합하는 방식으로, 달리 말하면 規範目的的으로 解釋될 필요성이 있다. 나아가 유사한 경우인 출판물의 제조물책임 문제에서 살폈듯이 헌법상 다른 기본권과의 비교형량 등도 고려하여 판단하여야 할 것이다.

제조물책임법상 제조물이란 제조 또는 가공된 동산을 말하고, 동산이란 민법상 유체물 기타 관리할 수 있는 자연력을 말하므로, 컴퓨터프로그램에 대해 제조물책임을 적용할 수 있느냐의 문제를 형식 논리적으로 보자면 우선 컴퓨터프로그램이 동산에 해당하느냐의 문제를 판단하여야 할 것이다. 그러나 규범목적에 고려하여 해석한다면 반드시 이와 같은 논리에 얽매일 필요는 없으며,⁵⁴⁾ 컴퓨터 프로그램이 민법상의 유체물에 해당하는지의 문제보다는 “컴퓨터프로그램의 공급에 대해 제조물책임법을 적용하는 것이 제조물책임법의 목적에 부합하는가”의 문제에 대해 구체적으로 판단하는 방식을 택하는 것이 오히려 타당할 수 있다는 것이다. 이와 같이 보아야 할 이유로는 다음과 같은 점을 지적할 수 있다.

가) 契約法과 責任法에서의 法理念의 差別性

우선, 계약법 영역과 책임법 영역에 있어서의 法理念의 差別性을 들 수 있다.

불법행위법의 경우 계약법과 달리 規定이 抽象的이고, 따라서 具體的 妥當性이 존중되어야 하며, 損害의 妥當·公平한 負擔이 특히 중요하다는 점이 지적되고 있는데,⁵⁵⁾ 같은 책임법 분야인 제조물책임법에 있어서도

54) 물론 컴퓨터 프로그램을 유체물로 보는 설을 채택한다면 더 이상의 논의는 불필요할 수도 있다.

55) 鄭濶直, 價權各論, 459~460쪽 참조.

이와 같은 원리는 그대로 유효할 뿐 아니라 어떤 의미에서는 더욱 강조되어야 하는 것이다.

제조물책임은 경제가 발전하고 새로운 유형의 재화와 용역이 거래되게 됨에 따라 늘 새로운 유형의 분쟁으로 나타나게 되며, 이와 같은 분쟁의 多樣性, 분쟁유형의 豫測困難性은 列舉的 形式의 입법 대신 抽象的 形式의 입법을 할 수밖에 없도록 하는 것이며, 그에 따라 새로운 유형의 분쟁이 발생한 경우 몇 개 안되는 추상적 형식의 법조문을 가지고 그 해석을 통하여 具體的 妥當性을 추구하고 실현하여야 하는 것이다.

전자거래에 의한 컴퓨터프로그램의 공급에 있어서 프로그램의 결함으로 인한 손해의 배상 문제는 그 전형적인 예가 될 수 있다고 생각한다. 제조물책임법 제2조 제1호를 해석함에 있어서는 계약서 조항이나 계약법 조문을 해석하는 경우보다는 훨씬 더 구체적 타당성을 존중하는 방식으로 규범목적적으로 해석되어야 하는 것이다.

나) 民法 제98조의 性格에 대한 再評價

다음으로, 물건의 정의에 관한 민법 제98조의 제조물책임과 관련한 사안에서도 동일하게 적용되어야 하는지에 대해서도 의문을 제기할 수 있다는 점이다.

물론 제조물책임법 제8조에서는 이 법에 정한 것을 제외하고는 民法의 規定에 의하도록 정하고 있고, 동산의 개념에 관하여 제조물책임법에서 달리 정한 바가 없으므로 당연히 민법상 물건의 정의에 관한 규정인 민법 제98조를 그대로 적용하는 것이 타당하다고 생각할 수도 있을 것이다.

그러나 물건의 정의에 관한 민법 제98조의 규정은 모든 영역에서 동일하게 적용되어야 하는 것인지에 대해서는 의문의 여지가 있다. 동 조항이 민법 총칙 부분에 있고, 민법총칙은 민법 뿐 아니라 민사 특별법 기타 다른 영역의 법률에 있어서도 공통으로 적용되어야 한다고 생각할 수 있지만, 민법총칙의 규정이 다른 모든 특별법분야에 그대로 적용되어야 하는 것은 아니다.⁵⁶⁾

56) 다른 특별법은 차치하더라도 민법총칙상의 규정들이 같은 민법 내에 있는 친족상속 편에 적용될 수 있는가 하는 문제도 있다.

특히 민법 제98조에 대하여는 이 규정이 과연 민법총칙에 포함되어야 하는 성격인가 또는 물권편에 규정되는 것이 타당한가의 논의가 있다. 이른바 物件에 관한 規定의 總則性의 문제이다. 이 규정은 독일민법 제1초안에서 유래한 것인데, 여기서는 이 규정을 물권편에 두었다가 제2초안 이래 이를 총칙편에 두었다. 반면 스위스민법에서는 제1초안을 따라 물권편에 두고 있다. 나아가 채권법에서는 현실적으로 이 규정의 공통적으로 적용될 필요성이 없으므로 이에 따라 민법 제98조의 성격에 관하여 학설의 대립이 있는 것이다. 물건은 물권의 객체이기도 하지만 다른 권리에 있어서도 간접적으로 관계가 되므로 총칙편에 둔 것이라는 견해와 이 조항은 물권법에서만 의미가 있을 뿐 채권법에서는 의미가 없어서 물권편에 두어야 할 성질의 것인데 단지 물건에 관한 다른 규정들과의 관계를 고려하여 편제상 총칙편에 둔 것이라는 견해가 그것이다.⁵⁷⁾ 전자의 견해에 있어서도 기본적으로 제98조가 權利의 客體 一般에 대한 규정은 아니라는 데에는 동의하고 있다.

더구나 민법 제98조는 權利의 客體로서의 物件에 관한 규정으로서, 責任의 對象으로서의 物件의 개념과는 일치하지 않을 수 있는 것이다. 즉 동 조항은 권리, 특히 소유권의 객체가 유체물, 전기, 기타 관리할 수 있는 자연력에 한정된다는 데에 주요 의미가 있는 것이지, 제조물책임법에 있어서의 제조 또는 가공된 동산의 개념을 설명함에 있어서는 그대로 적용되어야 할 필연성은 없는 것이다.

유사한 문제가 加工에 관하여도 있을 수 있다. 민법 제259조에서도 加工에 관하여 정하고 있다. 그러나 여기서의 加工의 개념이 제조물책임법상의 加工의 개념과 일치하는가? 달리 말하면 제조물책임법에서 加工에 관해 해석함에 있어서 제조물책임법 제8조에서 달리 정함이 없으면 민법 규정에 의한다고 하여 민법 제259조나 그 해석론을 그대로 적용하여야 하는가? 부정적으로 보아야 할 것이다.⁵⁸⁾ 민법 제259조의 加工의 개념은 所有權의 歸屬과 精算에 관한 규정으로 價値의 增大에 중점을 두고 있는 반면, 제조물책임법 제2조상의 加工은 責任의 歸屬要件으로 기능하는 것

57) 이에 대한 논의에 관하여는 金炳宰, 民法註解(II), 3-5, 27쪽 참조.

58) 權大祐, 前掲論文, 16~18쪽도 同旨.

으로서 危險性의 增大에 重點을 두고 있는 개념이어서 서로 그 規範目的이 다르기 때문이다.

그렇다면 규범목적적으로 해석할 때 컴퓨터프로그램은 제조물책임법의 대상이 된다고 볼 수 있을 것인가에 관하여 정리해 보기로 한다.

제조물책임법은 위험책임의 원리에 입각해 있는 책임법의 일종으로서, 제조물의 결함으로 인하여 소비자 또는 제3자가 피해를 입은 경우에 제조업자 또는 판매업자 등에 대해 당사자간의 계약관계의 유무나 공급자측의 과실을 불문하고 원칙적으로 손해배상을 인정함으로써 피해자를 보호하고 국민생활의 안전향상 나아가 국민경제의 건전한 발전에 기여한다는 규범목적성을 가지고 있는 것이다. 이와 같은 목적성을 생각한다면, 컴퓨터프로그램의 결함으로 인하여 손해가 발생한 경우를 일반적인 유체물로서의 소비재에 결함사고가 발생한 경우와 달리 취급하여야 할 이유는 없을 것이다. 컴퓨터프로그램은 현대인의 일상생활에 있어서 일반 소비재인 유체물들과 전혀 다른 점이 없는 것이다. 그러므로 비록 민법총칙상의 동산에 해당되는지 여부에 관하여는 논란이 있지만 그 결론 여하에 불구하고, Restatement에 나타난 전기의 사례에서의 논리와 같이 "그 공급과 사용의 맥락상 유체물에 유추하기에 충분한 경우"에 해당한다고 판단할 수 있을 것으로 보인다. 따라서 컴퓨터프로그램은 제조물책임법의 대상이 된다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

5) 컴퓨터프로그램의 製造物性 認定에 있어서의 기타 問題點

이상 살핀 바와 같이 컴퓨터프로그램에 대하여 이를 제조물책임법의 대상이라고 볼 경우에도 다음과 같은 문제점은 남는다. 따라서 컴퓨터프로그램에 대하여 제조물책임을 적용함에 있어서 이를 기계적으로 적용할 것은 아니며, 다음과 같은 문제점들을 고려하여 판단하여야 할 것으로 생각된다.

가) 憲法上 다른 基本權과의 衝突問題

우선, 헌법상 다른 기본권과의 충돌문제를 들 수 있다.

컴퓨터프로그램에 대해 무과실의 제조물책임을 적용할 경우, 헌법상의 기본권으로서의 표현의 자유, 사상의 자유, 출판의 자유, 학문의 자유 등

이 침해되는 것은 아닌가의 문제이다. 컴퓨터프로그램은 고도의 복잡성을 가지고 있어 결함이 있는 경우가 적지 않고, 특히 개발자에게 과실을 묻는 것이 적절하지 않은 경우가 많을텐데, 그 위험을 개발자에게 부담시킬 경우 헌법상 기본권이 침해되는 것은 물론 전전한 컴퓨터산업의 발전도 저해할 것이라는 우려가 있을 수 있다. 이 점은 앞서 살핀 바와 같이 출판물의 제조물책임법 적용 여부에서 살핀 바 있고, 이는 본질적으로 知的 生産物인 컴퓨터프로그램에 있어서도 그대로 유효한 문제이다.

따라서, 모든 소프트웨어에 관하여 제조물책임이 인정되는 것으로 보기는 어려울 것이다. 기본적으로 위와 같이 지적 생산물로서 인간의 정신생활상의 자유를 침해할 수 있는 사안에 관하여는 제조물책임법의 적용이 부정되어야 할 것이다.

그렇다면 적용대상을 어떻게 확정할 것인가의 문제가 남는다. 이에 대하여는 미국 판례에서 출판물에 대해 제조물책임을 인정한 일부 사례에서 원용한 논리인 道具性, 즉, 당해 출판물이 본질적으로 情報(information)나 생각(idea)이나 또는 道具(tools)이나의 구분이 유용한 기준이 될 수 있을 것으로 생각한다. 즉, 소프트웨어 중에서 기본적으로 정보로서의 성격을 가지는 것 또는 그 부분에서 결함이 발생한 경우⁵⁹⁾는 제조물책임법의 적용대상이 아니라고 보고, 다른 유체물을 대체하거나 그 자체로서 도구로 사용되는 성격을 가지는 경우⁶⁰⁾는 제조물책임법의 적용대상이라고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다.

나) 用役的 性格의 製作物供給契約

다음으로, 용역적 성격의 제작공급계약의 경우가 문제로 된다.

앞서 언급한 바 있는 비대체적 소프트웨어제작공급계약과 연관된 문제이다. 컴퓨터 프로그램을 제작 공급하는 경우는 프로그램을 제작하여 공급하는 경우에서 제조물책임법상 제조물의 공급과 다를 바가 없지만, 어떤 측면에서는 순수하게 용역적 성격이 강한 경우도 있을 수 있다.

59) 예컨대, 데이터베이스를 기본으로 한 프로그램을 들 수 있을 것이다.

60) 예컨대 각종 기계나 전자제품, 컴퓨터 등의 가동을 위한 소프트웨어, 계산 측정 기능의 소프트웨어, 보안 관련 소프트웨어 등을 들 수 있을 것이다.

뒤에서 살피는 바와 같이 제조물책임법에 있어서 용역(service)이 대상에서 제외되는 것은 일반적인 원칙중의 하나이다. 따라서 계약의 명칭 여하에 불구하고 용역적 성격을 가지는 공급계약은 제조물책임법의 적용 대상에서 제외된다고 보아야 할 것이다. 유의할 것은 여기에서의 용역이 도급과는 일치하지 않는 개념이라는 것이다. 앞서 지적했듯이 도급은 계약법적 개념으로 도급인이 특정한 일을 완성한 후 有形의 완성된 목적물을 인도하여야 할 경우도 있지만(이 경우는 제조물의 공급이 있다고 보아 제조물책임법이 적용될 수 있을 것이다.), 순수하게 無形의 일을 완성하는 것을 채무의 내용으로 하는 도급계약도 있을 수 있는 것이다.⁶¹⁾

다) 其他 考慮事項

그 밖에, 제조물책임법을 道具性을 가지는 소프트웨어에 적용함에 있어서, 일반적인 동산의 경우와는 다른 쟁점들이 있을 수 있다.

먼저 결함여부를 판단함에 있어서 어려움이 있을 수 있다. 프로그램을 제작함에 있어서 선택 가능한 여러 가지 solution이 존재할 수 있고 각각의 solution은 長短點이 있을 수 있으므로, 결함 여부, 즉, 통상적으로 기대할 수 있는 安全性을 결여한 것이냐를 판단하는 것은 구체적인 사안에 들어가면 간단하지 않은 문제일 것이다. 開發危險의 抗辯(제조물책임법 제4조 제1항 제2호) 문제도 일반 동산의 경우와는 다를 것이다.

다음으로, 소프트웨어는 그 자체가 완전한 상품으로 거래되기도 하지만, 다른 제조업체에게 공급되어 다른 물건의 부품으로 사용되는 경우도 있고, 특히 다른 소프트웨어의 제작에 사용될 수도 있다. 이 때에는 제조물책임법상 원재료 및 부품공급업자의 책임에 관한 문제가 있는데(제조물책임법 제 4조 제1항 제4호), 컴퓨터 프로그램의 복잡성과 사용환경과의 관계 등으로 인하여 부품을 사용한 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였는지 여부를 판단하는 것이 구체적인 사안에 있어서는 쉽지 않은 문제일 것으로 예상해 볼 수 있다.

또한 결함의 입증, 오사용 및 남용, 손해와의 인과관계 등 여러 가지

61) 독일민법상 도급계약의 목적에 관해 “물건(Sache)의 제작이나 변경”일 수도 있고, “노동이나 노무급부에 의하여 생기는 결과(Erfolg)”일 수도 있다고 명문으로 정하고 있다. BGB §631 참조.

쟁점에서 일반 동산의 경우와 다른 문제점들이 있을 수 있는 바, 이에 관하여는 뒤에서 유형별 고찰을 하는 과정에서 필요한 부분을 살펴보기로 하고 나머지 문제들에 관하여는 차후의 연구과제로 남기고자 한다.

3. 缺陷 있는 用役의 경우

(1) 問題의 提起

제조물책임의 객체와 관련하여 마지막으로 살펴보아야 할 것은 결합 있는 용역(service)에 의하여 소비자 또는 제3자가 손해를 입은 경우 제조물책임이 적용될 수 있는가의 문제이다. 이 문제는 지금까지는 주로 용역이 오프라인상에서 이루어지는 사안에서 문제가 되어 왔다. 하지만, 용역은 전자상거래에 의해 이루어질 수도 있으며,⁶²⁾ 이 때에도 똑같이 문제가 될 수 있다. 최근 우리사회에서 문제로 되는 것은 사이버병원, 인터넷 자금용, 사이버주식거래 등이 이에 해당될 것이다.

뒤에서 살펴는 바와 같이 결합 있는 용역에 관하여는 제조물책임이 적용되지 않는다는 것은 비교적 확립된 원칙인 것으로 보인다. 그럼에도 불구하고 결합 있는 용역에 대해 제조물책임이 인정되는지 여부에 대하여 다시 검토하여 보는 것은 의미가 있다.

우선 결합 있는 용역에 대해 제조물책임을 부정한 이유를 살펴보는 것은 消費者保護의 手段으로 제조물책임이 아닌 다른 어떤 법적 근거를 활용할 수 있을 것인가에 대하여 방향제시를 해 줄 수 있다. 우리가 제조물책임법에 관한 외국의 판례를 연구하면서 유의하여야 할 점도 이것이다. 특정한 유형의 사례에 대해 법원이 제조물책임을 부정하였다는 사실만으로는 그 유형의 사고에 대해 피해자에게 권리구제수단이 없다는 결론으로 직결되어서는 안될 것이다. 제조물책임을 부정하였다는 것은 무과실책임 내지 엄격책임을 부정하였음을 의미하는 것일 뿐, 과실책임, 보증책임 기타의 책임이 모두 부정되었다는 것을 의미하는 것은 아니어서, 상당히

62) 전자거래기본법상으로도 전자거래란 “財貨나 用役”의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말한다고 정의되어 있어, 용역의 거래가 전자상거래에 의하여 이루어질 수 있음을 분명히 하고 있다. 전자거래기본법 제2조 제4호 참조.

많은 사례에서 이와 같은 책임을 근거로 피해자의 구제를 인정할 가능성을 보여주고 있는 것이다.

따라서 여기서는 용역의 제조물책임성 부정에 관하여 주로 그 근거를 중심으로 하여 살펴보도록 한다.

(2) 各國의 立法

유럽연합의 지침이나 독일, 프랑스, 영국 등의 경우에는 이에 대해 직접적으로는 정하지 아니하고 제조물책임법의 적용대상을 제조 또는 가공된 동산에 한하는 것으로 정하여 용역이 제조물에 해당되지 않음을 간접적으로 밝히고 있을 뿐이다. 우리나라나 중국, 일본도 같은 태도를 취하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 미국은 Restatement에서 용역은 상업적으로 제공된 경우에도 제조물이 아니라고 밝히고 있다.⁶³⁾ 제조물책임법상 책임의 대상을 동산으로 한정하고 있는 대륙법계 국가의 경우에 비해 성문의 제조물책임법을 가지고 있지 않아 판례를 통하여 엄격책임의 인정범위를 형성하여 온 미국의 판례를 검토하는 것은 제조물책임에 있어서 용역의 제조물책임 부정의 논리를 파악하는데 더 효과적이라고 할 수 있다. 따라서 이하에서 미국의 판례를 중심으로 하여 살펴보기로 한다.

(3) 美國 判例의 檢討

미국법원은 상업적으로 제공된 용역에 대하여 엄격 책임으로서의 제조물책임을 부정한다는 점에 관하여는 확립되어 있다. 의료서비스,⁶⁴⁾ 법률서비스,⁶⁵⁾ 건축설계,⁶⁶⁾ 운송,⁶⁷⁾ 여행사 및 레저관련업체,⁶⁸⁾ 기계의 유지

63) Restatement § 19(b) Services, even when provided commercially, are not products.

64) Estate of Hannis v. Ashland State Gen. Hosp., 554 A.2d 574 (Pa. Cmwlth.Ct. 1989)

65) Lucas v. Hamm, 364 P.2d 685 (Cal. 1961); Denzer v. Rouse, 180 N.W. 2d 521 (Wis. 1970)

66) Snyder v. ISC Alloys, Ltd., 772 F.Supp. 244 (W.D.Pa. 1991)

67) Saddler v. Alaska Marine Lines, Inc., 856 P.2d 784 (Alaska 1993)

68) Pena v. Sita World Travel Inc., 152 Cal.Rptr. 17 (Cal.Ct.App. 1978):

보수,⁶⁹⁾ 기계의 설치 교환 서비스⁷⁰⁾ 등에 관하여 많은 판례가 축적되어 있다.

용역에 관한 제조물책임이 부정된다면, 다음으로는 제조물과 용역을 어떻게 구분할 것인가의 문제와 특히 용역의 제공에 있어서 제조물이 함께 공급된 경우(이른바 販賣用役混合去來, sales-service combination, sale-service hybrid transaction)에 제조물책임이 인정될 것인가의 문제가 남는다.⁷¹⁾ 용역에 관한 미국의 중요 판례는 주로 후자의 문제에 집중되어 있는데, 이는 혼합공급 사안에 있어서 오히려 제조물과 용역의 구별문제가 뚜렷이 쟁점으로 드러나기 때문이다. 이하에서 이러한 판례에 관하여 살펴본다.

1) Hoffman v. Simplot Aviation, Inc.⁷²⁾

가) 當事者 및 事案의 概要

원고는 피고회사에 1차 사고가 났던 경비행기의 왼쪽 랜딩기어 수리를 맡겼다. 피고회사는 수리 후 비행기를 원고에게 반환하였는데, 원고가 비행기를 운행하던 중 사고가 발생하여 상해를 입었다. 그 후 확인된 바로는 수리를 맡겼던 부위와 가까운 곳에 있는 볼트 하나가 녹슨 상태로 있었다는 것이고, 달리 사고와 인과관계가 있는 피고측 근로자의 행위는 없었다.

문제는 피고측에서 비행기를 수리 점검할 당시 볼트의 상태가 어떠한 것이냐에 있는데, 녹이 슬어 있었던 것은 사실이고, 따라서 사고의 우려

Ferrari v. Grand Canyon Dories, 38 Cal.Rptr. 2d 65 (Cal.Ct.App. 1995); Coleman v. Charlesworth, 608 N.E.2d 464 (Ill.App.Ct. 1992)

69) Micciche v. Eastern Elevator Co., 645 A.2d 278 (Pa. Super.Ct. 1994); Lally v. Printing Mach. Sales & Serv. Co., 572 A.2d 1187 (N.J.Super.App.Div. 1990)

70) Watts v. Rubber Tree, Inc., 853 P.2d 1365 (Or.Ct.App. 1993); Ramos v. Silent Hoist & Crane Co., 607 A.2d 667 (N.J.Super.Ct.App.Div. 1992)

71) Case and Materials, 720~721쪽 참조. 제조물과 용역의 구별에 관한 일반론으로는, Powers, Distinguishing Between Products and Services in Strict Liability, 62 N.C.L.Rev. 415 (1984) 참조.

72) Supreme Court of Idaho, 1975. 97 Idaho 32, 539 P.2d 584

가 있다는 증언이 있었으나 피고측에서는 이 비행기의 연한과 상태를 고려해 볼 때 녹슨 것은 사고와 별다른 관계가 없다며 책임을 부정하였다.

이 판결에서의 주요 쟁점은 1) 제조물에 관한 엄격책임이 용역의 분야에 까지 확대적용될 수 있느냐 하는 점과 2) 默示的 保證(默示的 擔保, implied warranty)에 관한 원칙이 용역부분에 적용될 수 있는가 등이다.

이 판결에서는 Restatement에 의한 엄격 책임이든 UCC에 의한 엄격 책임이든 용역부분에까지 확대 적용할 수는 없다고 보았다.

나) 用役에 대한 嚴格責任 否定的의 根據

먼저 용역에 대한 제조물책임에 관한 엄격 책임을 부정하는 이유로 이 판례에서는 여러 가지 논의가 있을 수 있음은 인정하면서, 가장 결정적인 것은 제조물의 공급(sales of products)과 용역(personal services)과의 근본적인 차이점에 있다고 지적하였다.

그 차이점은 용역의 경우 제조물의 공급과는 달리 대량공급되는 것이 아니어서, 過失의 立證에 관한 困難性의 문제가 없다는 것이다. 즉, 용역 거래에 있어서 소비자는 용역공급자와 직접적인 접촉을 하는 것이 보통이므로, 누가 작업을 하였는지, 그 용역공급자가 어떠한 작업을 하였는지를 알 수 있으므로, 엄격 책임을 확대 적용하여야 할 政策的 考慮가 불필요하다고 보고 있는 것이다.

다음에, 묵시적 보증책임에 관한 엄격 책임이 용역에 관하여 적용될 수 있는지에 관하여, 이 판례에서는 우선 묵시적 보증의 의미가 물건의 거래의 경우와 용역의 거래의 경우가 다르다는 점을 지적하였다. 즉, 물건의 거래에 있어서는 묵시적 보증이란 價値와 用途의 適合性에 관한 책임을 의미하는 것이지만, 용역의 거래에 있어서는 그 용역이 전문가의 방식으로 제대로 행하여지는 것(performed in workmanlike manner)을 의미한다는 것이다. 따라서 이를 위반한 경우에 한하여 過失責任을 물어야 한다는 것이다.⁷³⁾

73) “용역을 구입한 사람은 용역제공자에게 無誤謬性(infallibility)을 요구할 수는 없다. 다만 상당한 정도의 注意와 資格(reasonable care and competence)을 요구할 수 있을 뿐이다. 고객은 용역을 구입한 것일 뿐, 보험에 가입한 것은 아니기 때문이

다) 注意義務 違反의 判斷基準

결론적으로 이 판결에서는 과연 주의의무를 위반한 것인지 여부를 판단하여야 할 것이므로, 이 점에 관해 배심이 이루어졌어야 한다고 보았으며, 이 사건의 경우에는 당해 비행기가 가지고 있었던 본래의 위험성, 피고측에서 보유하고 있었던 또는 보유하고 있다고 주장하였던 전문성, 용도에 대한 피고측의 認知 여부, 비행기의 연한 및 사고 수리 내력 등을 고려한 원고측의 기여과실 내지 위험의 승인 여부 등 요소를 참작하여 주의의무를 위반한 것인지 여부를 판단하였어야 한다는 것이다.

2) Hoover v. Montgomery Ward & Co., Inc.⁷⁴⁾

가) 當事者 및 事案의 概要

이 사건에서 원고는 피고에게서 타이어를 교환 받았는데, 교통사고가 발생하였다. 원고는 피고의 타이어가 제대로 장착되지 않았음을 주장하였다. 법원에서는 엄격 책임의 적용을 부정하였고, 과실책임에 관하여 배심에서 과실을 부정하여, 원고가 항소하였고, 항소가 기각된 사안이다.

이 사건에서는 용역의 제공에 있어서 제조물이 함께 공급된 경우(sale-service hybrid transaction)의 엄격책임 인정 여부에 관하여 판시하고 있다.

나) 販賣用役混合去來의 嚴格責任 認定의 基準

이 판결에서는 이 사안이 이른바 Sale-service hybrid transaction 으로서 제조물책임을 묻기에 적합한 사안이 아니라고 보았다.

혼합거래에 있어서 용역제공자가 책임을 지는 것은 용역과 함께 제공된 제조물에 결합이 있는 경우에 인정된다는 것이다. 그 예로서 미용실에서 파마를 하였는데 파마藥에 결합이 있었던 경우 미용실이 책임을 진다

다(They purchased service, not insurance.)”라고 표현한, 용역에 있어서의 책임에 관한 leading case인 Gagne v. Bertan, 43 Cal. 2d 481, 275 P.2d 15 (1954) 판결을 인용하고 있다.

74) Supreme Court of Oregon, 1974. 270 Or. 498, 528 P. 2d 76.

는 판례를 들고 있다.⁷⁵⁾ 그 미용실이 비록 용역을 제공한 것이지만 용역과 동시에 제조물도 공급한 것이므로, 미용실이 결함이 있는 파마약을 판매한 자로서 책임을 지는 것이 분명하다면,⁷⁶⁾ 미용실에서 그 파마약을 계산대에서 판매하였던 파마를 해 주면서 판매하였던 달리 취급할 이유가 없다는 것이다. 따라서 판매용역혼합거래에 있어서는 일반적으로 결함 있는 제조물이 1) 용역업자에 의해 소비자에게 판매되었거나 2) 용역의 제공과정 중 소비된 경우에 제조물책임을 부담한다는 것이다.⁷⁷⁾

그밖에도 판매용역 혼합계약에 있어서 엄격 책임을 인정한 사례들은⁷⁸⁾ 모두 용역과 함께 제공된 "제조물"에 결함이 있는 사안이었다는 점을 지적하고 있다.

그런데 이 사안에 있어서 타이어 자체에는 결함이 없고, 타이어의 장착 과정에 결함이 문제로 되는 것이며, 결함으로 인해 危險性을 가지게 된 物件은 용역과정 중 제공된 물건인 "타이어"가 아니라 용역의 대상이었던 "자동차"라는 것이다. 따라서 이 사건은 혼합계약에서 용역제공자에게 엄격 책임이 인정된 다른 사례들과는 달리 엄격 책임이 인정될 수 없다는 것이다.

(4) 小結論

결함 있는 용역에 대하여 제조물책임을 인정되지 않는 이유는 용역의 경우 일반적으로 제공자와 소비자가 계약관계에 있고 직접적인 접촉을 하는 것이 일반적이므로, 피해자인 소비자의 입장에서 계약법상의 구제수

75) *Newmark v. Gimbel's Incorporated*, 54 N.J. 585, 258 A.2d 697 (1969)
76) 뒤에서 살펴는 바와 같이 미국의 경우 제조자 뿐 아니라 판매자도 원칙적으로 엄격 책임의 주체가 되므로, 판매자는 보충적인 책임만을 부담하는 우리나라의 경우와는 다를 수 있음에 유의하여야 한다.
77) Note, *Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-service Hybrid Transaction*, 24 *Hastings J.* 111, 116 (1972); Phipps, *When Does a "Service" Become a "Sale"?* 39 *Ins. Counsel J.* 274 (1972)
78) *Friend v. Childs Dining Hall Co.*, 231 Mass. 65, 120 N.E. 407 (1918); *State Stove Manufacturing Company v. Hodges*, 189 So.2d 113 (Miss. 1966); *Worrell v. Barnes*, 87 Nev. 204, 484 P.2d 573 (1971); *Carpenter v. Best's Apparel, Inc.*, 4 Wash.App. 439, 481 P.2d 924 (1971)

단이 있을 뿐 아니라 입증문제에 있어서도 일반적인 제조물과는 달리 큰 어려움이 없다는 점을 들 수 있을 것으로 정리된다.

따라서 용역의 경우는 원칙적으로 契約法上의 過失責任에 기하여 손해 배상을 청구하여야 할 것이다.

판매용역혼합계약에 있어서 일부 미국판례에서는 제조물책임을 인정하나, 이는 용역의 제공에 관련하여 제공되거나 사용된 제조물에 결함이 있는 경우에 한정되고, 이 또한 판매자에 대해 제조물책임을 인정하는 미국의 판례의 입장을 전제하는 것이라고 본다면, 우리나라의 제조물책임법을 적용함에 있어서는 판매용역혼합계약에 관하여 기본적으로는 과실책임에 기초하여 소비자를 보호할 수밖에 없을 것으로 생각된다. 그러나 다음에 살펴볼 바와 같이 현대사회에 있어서 판매자의 제조물책임을 보충적으로만 인정하는 것이 합당한 것인가 하는 문제는, 용역에 있어서도 사용된 제품의 제조업체의 신용보다는 용역제공자의 신용을 더 신뢰하여 용역이 이루어지는 거래에 있어서는 마찬가지로 해결하여야 할 과제이다.

제 3 절 責任의 主體 : 製造業者와 販賣業者의 責任

1. 製造業者와 販賣業者의 責任에 관한 立法例

(1) 우리 製造物責任法上의 責任의 主體

우리 제조물책임법상 제조물의 결함으로 인한 손해에 대하여 책임을 부담하는 주체는 제조업자로 되어 있는데(법 제3조 1항), 우리 제조물책임법상 제조업자란 ①제조물의 제조 가공 또는 수입을 업으로 하는 자 또는 ②제조물에 성명 상호 상표 기타 식별가능한 기호 등을 사용하여 자신을 제조물의 제조 가공 수입을 업으로 하는 자로 표시한 자 또는 그와 같은 자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자를 의미한다(법 제2조 3호).

따라서 우리 법에 의하면 판매업자는 원칙적으로 제조물책임의 주체가 아니다. 즉, 판매업자는 피해자로서 제조물의 제조업자를 알 수 없는 경우에, 제조물의 제조업자 또는 제조물을 그 판매업자에게 공급한 자를 알

거나 알 수 있음에도 불구하고 상당한 기간 내에 이를 피해자측에 고지하지 않은 경우에 한하여 補充的으로 責任을 진다(법 제3조 2항).

(2) 外國의 立法例

제조물의 결함으로 인한 손해에 관하여 판매업자가 책임을 지는 것인가의 문제에 관하여는 각국은 다른 입장을 취하고 있다.

미국의 경우, 제조물책임에 관한 Restatement에서 제조업자(manufacturers)는 물론이고 도매업자(wholesalers), 소매업자(retailers) 등 판매업자는 모두 제조물책임을 지는 것으로 하고 있다.⁷⁹⁾

반면, 유럽국가들의 경우 대체로 제조물책임법상 판매업자의 책임을 부정하고 있다.

제조물책임에 관한 EC지침에서도 우리와 같은 규정을 두고 있으며,⁸⁰⁾ 영국,⁸¹⁾ 독일⁸²⁾도 같은 취지로 정하고 있다. 다만 프랑스의 경우는 賣渡人, 賃貸人 기타 職業的인 供給者는 제조자와 동일한 조건하에서 제조물책임을 부담하는 것으로 정하고, 공급자는 자신이 법원에 소환된 때로부터 1년 이내에 구상권을 행사할 수 있도록 되어 있다.⁸³⁾ 중국의 경우도 피해자는 제조자와 판매자중 누구에 대하여도 손해배상을 청구할 수 있도록 하되, 판매자가 제조자의 책임에 속하는 것을 배당한 경우 구상권을 인정하고 있어, 기본적으로 프랑스와 유사한 입장을 취하고 있다.⁸⁴⁾ 일본의 경우 판매업자에 관한 규정을 두고 있지 않다.⁸⁵⁾

79) "One Who Sells or Otherwise Distributes" 이에 대한 자세한 설명은 Restatement § 20 참조.

80) Article 3. 3. Where the producer of the product cannot be identified, each supplier of the product shall be treated as its producer unless he informs the injured person, within a reasonable time, of the identity of the producer or of the person who supplied him with the product. (EC Directive On Liability for Defective Products, Council Directive 85/374 of 25 July 1985)

81) Consumer Protection Act 1987 Article 2. (3) 참조.

82) Produkthaftungsgesetz 1989 § 4 (3)항 참조.

83) Code civil § 1386-7 참조.

84) 產品質量法 제31조 참조.

85) 이상 각국의 제조물책임법에 관하여는 韓瑛熙, 製造物責任法論(大旺社, 1997), 569 쪽 이하 부록 II. 各國의 製造物責任法律 및 法案 부분 참조.

2. 우리 法體系上 販賣業者의 損害賠償責任

(1) 製造物責任 立法의 法理論的 背景

제조물책임법에서 판매업자의 책임이 인정되지 않는다고 하여 민법상의 책임이 부정되는 것은 아니다. 이는 제조물책임 입법의 배경을 살펴봄으로서 알 수 있다.

제조물책임법론의 출발점은 제품의 결함으로 인한 피해자인 최종소비자가 자신과 직접적인 契約關係가 없는 製造者에 대하여 어떠한 根據에서 손해배상을 청구할 수 있는가 하는 점이었다. 즉, 소비자로서는 계약의 상대방인 판매자에 대하여는 계약법상 일정한 책임을 물을 수 있겠지만, 판매자는 資力이 불충분한 경우가 대부분이어서 현실적인 손해의 전보를 위해 자력이 있는 제조업자에게 책임을 묻는 데에 논의의 초점이 맞추어 있었고, 판매자에 대한 손해배상의 문제는 주된 관심사항이 아니었다.

제조물책임이론에 관한 기본적인 접근방법은 ①계약법에 의한 접근방법 ②準契約에 의한 접근방법 ③불법행위법에 의한 접근방법 등으로 대별할 수 있다.

계약법에 의한 해결을 시도할 경우 여러 가지 장점⁸⁶⁾이 있을 수 있다. 그런데 소비자의 입장에서 판매자와는 계약관계가 있지만 판매자의 過失이 인정되지 않는 경우가 있고, 설사 판매자의 책임이 인정된다 하더라도 판매자는 보통 중소 상인으로서 資力이 충분하지 않은 것이 보통이어서, 소비자의 보호를 위하여는 결국 대기업체인 제조자에게 책임을 물을 필요가 있었다. 이에 따라 계약법적인 책임이라고 할 수 있는 瑕疵擔保責任, 債務不履行責任, 積極的債權侵害, 契約締結上的 過失 등의 논의를 통해 제조자에게 계약법상의 책임을 물으려 하였으나, 이와 같은 논의들은 모두 기본적으로 소비자와 제조자간에 直接的인 契約關係를 인정하기 어렵

86) 고의 과실의 입증책임이 상대방에게 있다는 점, 소멸시효기간이 길다는 점, 손해배상 이외에 보수 수리 등 여러 가지 다양한 구제수단이 가능하다는 점 등.

다는 문제점이 있었던 것이다. 이에 따라 계약법적인 해결을 시도하는 경우에는 직접적인 계약관계가 없는 제조자에게 소비자가 계약법적인 책임을 물을 수 있다는 근거로서 독일의 경우 ①第三者 保護效를 가진 契約 (der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte) 理論 ②第三者 損害 清算 (die Schadensliquidation im Drittinteresse) 理論 등이, 準 契約의 責任 (Quasivertragliche Haftung) 으로 책임을 귀속시키려는 근거로서는 ①表示 廣告에 기초한 信賴責任 (Vertrauenshaftung aufgrund der Werbeerklärung), ②一般原則으로서의 信義則에 기초한 保證責任 (Garantiehafung ohne Verschulden aus allgemeinem Vertrauensprinzip) 등이 제시되었던 바 있다.

불법행위법적인 접근방법으로는 사용자책임이나 공작물소유자의 책임규정에 대한 유추적용 시도 이외에도 ①일반불법행위책임 (BGB 823 Abs. 1), ②타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 경우의 손해배상책임 (BGB 823 Abs. 2) ③선량한 풍속 위반의 불법행위책임 (BGB 826) ④危險責任 등이 제시되었던 바 있으나, 모두 기본적으로 제품의 판매가 거래행위로 이루어진 것인데 이를 법률행위의 논리로 해결하지 아니하고 불법행위로 규율한다는 데에 근본적인 한계가 있었다.⁸⁷⁾

결국 기존의 계약법적 이론으로나 불법행위의 이론으로는 최종 소비자의 제조자에 대한 청구의 권원을 인정하는 데에 한계가 있음이 명백하여진 것이고, 그에 따라 민법에 대한 특별법으로서 제조물책임법이 제정되기에 이른 것이라고 이해할 수 있다.

따라서 判例를 통하여 포괄적으로 제조물책임이론을 형성하여 온 미국의 경우와는 달리, 기본법으로서 민법의 존재를 전제로 하고 민법에 의해 해결될 수 없는 製造業者의 責任 문제를 立法的으로 해결하기 위한 것으로 볼 수 있는 대부분의 유럽국가의 경우, 제조물책임입법에 있어서 핵심이 되는 내용은 당연히 제조업자의 책임귀속문제였던 것이고, 판매업자의

87) 독일에 있어서의 각 학설의 근거 및 문제점에 관한 상세한 내용에 관하여는 曹圭昌 (Cho, Kyu-Chang), Die Haftung des Warenherstellers gegenüber Endnehmern und Dritte (Inaugural-Dissertation zur Erlangung der Doktorwürde, Univ. zu Köln, 1982) 참조.

경우는 주된 관심사항이 아니었던 것이다. 이와 같은 점을 고려한다면 우리나라를 비롯한 많은 국가에서 판매업자의 책임은 기본적으로 책임을 부담하여야 할 제조업자가 불분명한 경우에 한하여 예외적으로 인정하고 있는 입장을 이해할 수 있을 것으로 생각된다.

(2) 우리 民法上 販賣業者의 責任

제조물책임법에서 이와 같이 판매업자의 책임을 예외적인 경우에만 인정하였다고 해서 민법상의 책임이 부정되는 것은 아니다. 판매업자는 매도인으로서 소비자와 직접적인 계약관계에 있기 때문에 계약법상의 책임을 면할 수는 없는 것이다.

우리 민법상 제조물의 결함으로 인하여 소비자가 손해를 입은 경우에 매도인으로서 판매업자가 부담하게 되는 책임에 관하여는 瑕疵擔保責任과 不完全履行(積極的債權侵害)을 생각해 볼 수 있을 것이다.

매도인의 하자담보책임으로서 판매업자에게 책임을 묻는 경우 무과실 책임이라는 점이 소비자에게 유리하다고 할 것이나, 이 경우 매수인인 소비자가 매도인인 판매업자에게 무과실책임으로 청구할 수 있는 손해배상은 신뢰이익의 배상에 한한다고 생각되고, 특히 제조물의 결함으로 인한 손해와 같은 소비자가 입은 전 손해의 배상을 청구할 수는 없다는 문제점이 있다.⁸⁸⁾

불완전이행의 문제로 손해배상을 청구하는 경우는 전 손해를 청구할 수 있다 할 것이나, 매도인인 판매업자에게 귀책사유가 요구된다는 점에서 소비자로서는 불리하다 할 것이다.

88) 목적물의 하자로 인하여 확대손해가 발생한 경우의 손해배상에 관하여, 프랑스, 이탈리아, 스페인 등은 하자담보책임의 문제로 해결하나 악의의 매도인에 한하여 전 손해를 배상하는 태도를 취하고 있고, 독일, 스위스 등의 경우에는 하자담보책임으로서의 손해배상은 인정하지 아니하고 매도인의 악의와 보증행위를 손해배상의 요건으로 하고 있어 일종의 채무불이행으로 인한 손해배상이라고 할 수 있는데, 결과적으로 어느 쪽이든 過失 없이 하자담보책임으로써 後續損害 내지 擴大損害를 포함한 전 손해를 당연히 배상하도록 하지는 않는다. 하자담보책임으로서의 손해배상에 관한 法制史的 比較法的 考察은, 曹圭昌, 『物件의 瑕疵擔保責任-現行法規정의 批判的 考察』, 法學論集 제21집(高麗大學校, 1983), 221쪽 이하 참조.

3. 流通環境의 變化와 販賣業者의 責任

(1) 流通環境의 變化와 販賣業者의 地位

1) 流通業의 製造業 支配

이상 살핀 바와 같이 제조물책임 이론과 입법의 과정을 돌이켜 보면, 제조물책임법은 변제능력이 있는 대형 제조업체가 변제능력이 부족한 소형 유통업자들을 통해 제조물을 공급하는 유통환경을 전제로 하고, 그 환경에서 소비자의 보호를 위하여 제조업자에게 책임을 귀속시키는데에 초점이 맞추어져 있었음을 알 수 있다. 우리 제조물책임법에서 제조업자의 책임을 규정하고 있고, 판매업자의 경우에는 예외적으로 책임을 부과하고 있는 것도 같은 맥락에서 이해할 수 있다고 생각된다.

그러나 현대사회에 있어서는 제조업자와 판매업자의 관계에 있어 큰 변화가 이루어지고 있다는 점에 유의하여야 할 것이다. 전통적인 의미에서 대형 제조업자들이 여전히 많은 제품을 제조 공급하고 있는 것은 사실이다. 하지만, 이와 함께 대형 유통업체들이 등장하고 있는데, 대형 유통업체에서는 대형 제조업체들의 제품만을 판매하는 것이 아니고 중소 제조업체들이 제작한 각종의 新商品과 中低價제품을 공급하기도 한다.

중소제조업체들은 대기업에 비해 자체 유통조직을 갖추기 어려운 관계로 신상품과 중저가품을 시장에 내 놓으면서 대형 流通業體의 流通組織과 信用度에 의지하는 것이다. 대형 유통업체에서 고객들이 이와 같은 신제품과 중저가품을 매수하게 될 때, 고객은 제조업체의 신용도만을 고려하는 것은 아니다. 오히려 어떤 의미에서는 유통업체를 더 신뢰하여, 그곳에서 유통되고 있으므로 그 제품을 구입하게 된다고도 할 수 있다. 대형 유통업체에서는 이와 같은 고객의 심리에 부응하여 상대적으로 유통마진이 더 높은 중소제조업체의 신상품과 중저가품에 대해 적극적인 홍보와 판매 확대전략을 구사한다.

2) 流通業體自體商標商品의 活性化

유통업체가 제조업체를 지배하는 현상은 궁극적으로는 기획상품 내지 유통업체자체상표상품(PB, Private Brand)의 활성화라는 결과에 이르게 된다.

즉, 유통업체는 최저의 가격으로 최상의 품질의 제품을 공급한다는 목적하에⁸⁹⁾ 중소 제조업체의 제조물에 대해 유통업체의 상표를 붙여 판매하는, 이른바 유통업체 기획상품 내지 PB(Private Brand)제품을 판매하기에 이르는 것이다. 그 결과 전통적인 대형 제조업체의 제품과 대형 유통업체의 제품은 시장에서 상호 경쟁적인 관계에 서게 된다. PB제품은 광고비, 판촉관리비 등의 비용부담이 적은 반면 유통마진을 줄일 수 있어, 상대적으로 특별한 기술력이나 브랜드가 요구되지 않는 일반 생활필수품영역, 예컨대 세제, 식품 등 영역에서는 유통업체의 제품이 강한 가격 경쟁력을 가지게 된다. 그리고 이와 같은 영역이 점차 증가하게 되는 현상을 선진국의 대형 유통업체에서는 쉽게 목격할 수 있고, 이러한 경향은 우리나라에서도 예외가 아닐 것으로 예상해 볼 수 있다.⁹⁰⁾

3) 電子商去來의 特殊性

이상 살핀 바와 같이 제조업체가 유통업체를 지배하던 상황에서 유통업체가 제조업체를 지배하는 상황으로 유통업의 환경이 근본적으로 변화하고 있는 것이다.

전자상거래의 경우도 예외가 아니며, 오히려 그 첨단에서 있다고 보아야 할 것이다. 제조업체에서 자체 인터넷 쇼핑몰을 운영하는 경우도 있

89) PB상품은 일반 제조업체 상표(NB: National Brand)상품과 동일한 수준의 기능과 품질을 유지하면서도 가격은 20~30%정도 저렴한 것으로 알려져 있다. 따라서 소비자에게 유리하고 특히 불황기에 활성화되는 측면이 있으며, 물가 안정에도 도움을 주는 측면이 있다고 보고되고 있다. 소비자보호원, PB(유통업체 자체상표: Private Brand)상품 판매실태 및 활성화 방안(소비자보호원 생활경제국 보고서, 1998.7.), <http://www.cpb.or.kr/textdata/HOMEPAGE/199807/0100049/070.html> 참조.

90) 우리나라의 경우 1996년 기준으로 PB상품이 총매출액에서 차지하는 비중은 백화점(일부 대형할인점 포함) 3.1%, 편의점 6.2%로서, 아직까지는 선진국(7.9~28.5%)에 비해 매우 낮은 수준인 것으로 보고되고 있다. 소비자보호원, 위 각주의 보고서 참조.

고, 독립된 인터넷쇼핑몰에서도 대형 제조업체의 제품을 취급하는 것은 사실이나, 당분간 전자상거래 활성화의 더 큰 가능성은 중소 제조업체의 신상품과 중저가제품에서 찾을 수 있다고 생각된다. 유통비와 광고비를 절감함으로써 상대적으로 가격경쟁력을 가질 수 있다는 전자상거래의 장점을 생각할 때 이는 충분히 예상해 볼 수 있는 일이다.

(2) 製造物責任法の 變化 必要性

이와 같은 변화에 따라 제조물책임법 및 이론 또한 변화가 요구된다. 이와 같은 변화와 관련하여 제조물책임 문제에 있어 유념하여야 할 점은 제조물책임 사고가 발생할 가능성과 소비자 보호의 필요성은 대형 제조업체의 제품에서보다 중소 제조업체의 제품의 경우가 훨씬 크다는 점, 따라서 대형 유통업체에 대한 제조물책임의 귀속 문제를 근본적으로 다시 생각해 보아야 한다는 점이다.

우선 대형제조업체들의 경우 제품의 결함이 발생할 가능성이 상대적으로 낮다. 상대적으로 높은 기술력과 경험을 갖추고 있을 뿐만 아니라 제품의 품질향상을 위해 연구개발에 투자하는 비용도 상대적으로 클 것이기 때문이다. 또한 일단 결함으로 인해 사고가 발생한 경우에도 소비자에 대한 손해배상이 문제될 가능성이 상대적으로 낮다. 결함이 확인된 경우라면 대형 제조업체에서 그 제품에 대해 자신들이 직접 판매한 것이 아니라는 이유로, 즉, 제조업체와 소비자간에 전통적인 의미에서의 '직접적인 계약관계'가 없다는 이유로, 손해배상책임을 부정할 가능성은 거의 없을 것이다. 자신들이 오랜 기간 쌓아 놓은 브랜드 명성이 훼손될 경우 제조업체로서는 치명적인 손해를 입게 되기 때문이다. 선진국과 비교할 때 아직 미진한 점이 있는 것은 사실이지만 우리나라의 경우에도 대형 제조업체들은 브랜드 명성의 유지를 목적으로 소비자에 대한 불만처리를 위해 자발적인 노력을 기울이고 있다고 할 수 있다. 마지막으로 일단 손해배상책임을 인정된 경우에도 대형 제조업체는 자력이 충분한 경우가 보통이어서, 피해자인 소비자가 손해배상금을 보장받지 못하게 되는 경우는 드물다고 할 수 있다.

이와 비교하여 볼 때, 중소 제조업체들의 상품의 경우, 특히 그것이 新製品이거나 중저가 제품인 경우, 안전성이나 소비자보호절차 및 변제능력의 점에 있어서 대형 제조업체에 크게 못 미치는 경우가 많을 것이다. 그런데 이와 같은 제품이 대형 유통업체의 신용과 결합하여 판매되었을 경우, 제조물책임에 대해 판매업자인 유통업자의 책임은 전통적인 제조업·유통업간의 관계에 대한 시각으로는 올바르게 조망하기 어려울 것이라고 생각된다.

우리 제조물책임법에 의할 경우, 이와 같은 제품으로 사고가 발생한 경우에, 유통업체로서는 제조물책임법 제3조 제2항에 따라 당해 제조물의 제조업자가 누구인지만을 피해자 또는 그 법정대리인에게 고지함으로써 책임을 면하게 된다. 결합이 인정되어 제조업자가 책임을 부담하지만 무자력으로 되는 경우에도 판매업자에게 책임을 물을 수가 없다. 다만, 피해자는 판매업자에 대해 앞서 지적한 바와 같이 瑕疵擔保責任이나 不完全履行責任을 물을 수 있을 뿐이나, 제조물책임에 있어서 주로 문제가 되는 生命·身體·財產상의 損害⁹¹⁾에 관한 한 판매업자에게 無過失責任을 묻기는 어렵다는 한계가 있다. 따라서 제조물책임법에 의하여 제조업자에 대한 책임의 근거를 설정한 것만으로는 전자상거래 등 변화된 유통환경에 있어서 소비자의 보호에 충분한 것이라고 보기 어렵고, 근본적으로는 판매업자에게 책임을 부과하여야 할 필요성이 커지고 있다고 할 것이다.

이상 살핀 바와 같은 현대 사회에 있어서 제조물의 유통환경의 근본적인 변화로 인한 문제점을 생각해 볼 때, 미국의 제조물책임에 관한 Restatement와 프랑스, 중국의 제조물책임입법에 있어서 제조물의 공급자에 대해 제조자와 동일한 책임을 부과하고 있는 것은 우리에게 시사해 주는 바가 크다고 생각한다.⁹²⁾

한편, 미국의 경우 Restatement에서는 판매자의 책임을 원칙적으로 인정하고 있음에 비해, 통일 제조물책임 모델법안(Model Uniform Pro-

91) 제조물책임법에서도 “당해 제조물에 대해서만 발생한 손해”는 손해의 범위에서 제외하는 것으로 정하고 있다. 제조물책임법 제3조 제1항 참조. 이는 소비자의 입장에서 매도인을 상대로 瑕疵擔保責任을 물음으로써 기존의 민법이론으로도 쉽게 해결될 수 있는 부분이기 때문일 것이다.

92) 한편, 판매업자의 제조물책임을 인정한 프랑스법에 대한 비판적 견해에 관하여는, 梁彰洙, “프랑스의 새로운 제조물책임법”, 민법연구 제6권 참조.

duct Liability Act)에서는 선의의 판매자의 책임을 감경하고 있으므로, 미국의 경우 각 州의 법에 따라 다름에 유의하여야 한다.⁹³⁾

통일 제조물책임모델법안에 의하면, 제조자가 아닌 판매자는 그 제조물에 대해 합리적인 주의를 다하지 못하여 소비자의 피해가 발생한 경우 이에 대해 책임을 진다(§ 105 A). 이는 성질상 過失責任이다. 다음으로, 만일 합리적인 주의를 하였었다면 제조물의 결함을 밝힐 수 있는 기회를 가지지 못한 판매자는 제조물책임을 지지 아니한다. 다만, ①제조자가 아닌 판매업자가 제조물에 관하여 명시적 보증(express warranty)을 하였을 경우(§ 105 B), ②피해자에게 적용될 州의 법이 제조업자에게 적용되지 아니하는 경우, 제조업자가 법적으로 파산하여 채무를 변제할 수 없을 경우, 제조업자에 대한 강제집행이 불능으로 될 개연성이 크다고 판단되는 경우 등(§ 105 C)은 예외이다. 이는 선의의 판매업자(innocent seller)⁹⁴⁾를 보호하면서도, 제조업자로부터 소비자가 피해를 실제적으로 배상 받지 못할 경우에는 판매업자가 책임을 면하지 못하도록 정하고 있는 것으로 정리해 볼 수 있을 것이다.

(3) 우리나라 流通業界의 製造物責任法에 대한 對應實態

판매업자에 대해 제조물책임을 적극적으로 인정할 것이나 또는 현행법의 입장과 같이 보충적으로 인정할 것이냐에 대하여 학계 및 법조계에 있어서 아직까지 뚜렷한 논의가 이루어지지 않고 있는 점에 비해, 오히려 당사자인 유통업체들은 제조물책임법의 시행에 대해 민감한 반응을 보이며, 이에 대비하기 위한 다양한 노력을 기울이는 것으로 보인다.

가장 민감한 반응을 보이는 업체는 홈쇼핑업체들이다.

사업의 특성상 전체상품의 90% 이상이 중소기업의 제품을 취급하고 있는 홈쇼핑업체들은 제조물결함사고가 발생할 경우 분쟁의 발생, 이미지의 추락 등 홈쇼핑업체에 미치는 파장이 클 것으로 판단하고, 안전관

93) Mark A. Kinzie·Christine F. Hart, Product Liability Litigation (West Legal Studies, 2001, 이하 Litigation이라 한다.), 165쪽 이하 참조.

94) 미국에서 innocent seller에 대한 판례 및 평석은, Malone v. Schapun, Inc., 965 S.W.2d 177 (Mo.Ct.App. 1997); Litigation, 166~170쪽 참조.

리, 품질검사, 협력업체에 대한 교육, 상품소싱의 강화, PL전담팀의 구성 등의 조치를 취하고 있는 것으로 보도된 바 있다.

나아가 몇몇 홈쇼핑업체는 PB상품은 물론 모든 취급상품에 대해 포괄적으로 적용되는 보험에 가입하거나, 협력업체들에 대해 보험가입을 강제하기도 하며, 제조물책임법의 기준에 부합하지 않는 협력업체를 배제시키는 등 강력한 조치까지 취하고 있는 것으로 알려져 있다.⁹⁵⁾

이에 비해 대형유통업체, 그 중에서도 특히 PB상품의 비중이 낮은 백화점이나 대형 양판점 등은 상대적으로 제조물책임에 대한 대응이 미약한 것으로 보인다. 이들은 주로 조리 및 가공식품 등의 위생관리와 표시 설명의무 및 협력업체의 A/S능력의 점검 등에 중점을 두고 대응하고 있는데, 유통업체가 과연 어디까지 책임을 부담하여야 하는지에 대해 확신을 가지지 못하고 있고, 이는 PL법상 유통업체가 책임져야 할 부분이 구체적으로 명시돼 있지 않아 유통업체의 피해가 더 커질 수 있다고 보고, 일단 보험에 가입을 하면서도 관련 업계와 공통된 의견을 마련해 관계당국에 전의할 계획도 가지고 있는 것으로 알려졌다.⁹⁶⁾

전자상거래업체의 경우는 제조물책임법에 관하여 주로 표시제조업자의 문제와 수입상품문제 그리고 설명의무 등에 관하여 관심을 가지고 대응하고 있는 것으로 보인다.⁹⁷⁾

이상 우리나라 유통업계의 제조물책임법에 대한 대응실태를 보면서 지적되어야 할 것은 우선 더 이상의 혼란을 막기 위해 유통업체의 제조물책임에 관하여 조속한 이론정리가 필요하다는 점이다. 그리고 유통업계에 있어서 주로 중소기업상품과 PB상품을 취급하는 업체에서 문제가 되며, 표시제조업자의 책임문제가 중요 쟁점이 될 것이라는 점을 알 수 있는데, 이는 위에서 살핀 유통업체의 책임성을 논의하면서 지적한 것들이 현실 경제계에 있어서도 그대로 반영되고 있다는 것을 의미한다고 하겠다.

95) "홈쇼핑, PL법 대비하자" 2002.5.29.자 파이낸셜뉴스; "홈쇼핑, PL법 '안전장치' 마련" 2002.8.5.자 한국경제신문 등 참조.

96) "유통업체 PL법 대응 안이하다" 2002.6.18.자 디지털타임스; "PL법 시행, 유통업체들도 대응책 마련" 2002.7.13.자 경향신문; "판매상품에 대한 사후서비스(AS) 능력을 확보하라" 2002.8.14.자 전자신문 등 참조.

97) "전자상거래 업체 대상 PL법 교육 열려" 2002.6.20.자 디지털타임스 참조.

제 4 절 免責事由

제조물책임법에 있어서는 제조업자의 免責事由에 관하여 4가지를 규정하고 있다. 즉, ①제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 경우 ②제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학 기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었던 경우 ③제조물의 결함이 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 경우 ④원재료 또는 부품의 공급자의 경우에, 이를 사용한 제조물제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 완제품의 결함이 발생한 경우 등이다(제조물책임법 제4조 제1항).

이와 같은 면책사유를 전자상거래와 관련하여 살펴보면, 첫 번째 항변의 경우에는 전자상거래에 있어서 몇 가지 특징이 있을 수 있으나,⁹⁸⁾ 나머지 항변들의 경우 전자상거래에 있어서 특유한 문제가 발생할 가능성은 많지 않다. 그 이유는 電子去來란 財貨나 用役의 거래에 있어서 그 전부 또는 일부가 電子文書에 의하여 처리되는 거래를 말하는 것으로(電子去來基本法 제2조 4호), 일반적인 거래와 비교하여 전자거래는 그 去來의 手段에 있어서 차이가 있는 것이지, 去來의 目的物 특히 그 목적물의 製造過程상에 어떠한 차이가 있는 것은 아니기 때문이다. 달리 말하면, 거래의 목적물을 기준으로 하여 볼 때 製造物責任法은 製造過程에 주로 관련된 법임에 반하여 電子去來 관련 法들은 流通過程과 관련된 법이라는 차이점이 있는 것이다.

그럼에도 불구하고 전자상거래를 통하여 제조물이 유통되는 것은 빈번한 일이고, 또한 이와 같은 전자상거래는 활성화될 필요가 있는데, 이 경우 전자상거래에 있어서 매도인이 제조업자가 아니라는 이유로 제조물책임을 면할 수 있는 것인가가 문제된다. 전자상거래의 경우에는 제조업자가 직접 전자상거래를 하는 경우도 있지만, 인터넷 사이버몰 등 판매업자가 매도인이 되는 경우가 대부분일 것이기 때문이다. 따라서 전자상거래

98) 예컨대 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에서는 사업자에게 거래에 관한 기록의 보존의무와 열람방법 제공의무를 부과하고 있어(제6조), 제조물책임이 문제될 경우 공급 여부에 관한 立證상 소비자에게 유리한 측면이 있다.

에 있어서 제조물책임분쟁이 발생한 경우에 있어서 사업자의 주된 항변사유는 자신이 제조물책임법상의 책임의 주체가 아니라는 항변일 가능성이 크다.

제 3 장 現行 電子商去來消費者保護法上 消費者의 保護

제 1 절 序

전자상거래에 의해 제조물이 공급되고, 그 결함으로 인하여 소비자나 제3자에게 피해가 발생한 경우에, 전자상거래소비자보호법에 의하여 보호될 수 있는 여지는 없는가? 이하에서는 전자상거래소비자보호법의 주요 내용을 살펴보면서 그 가능성을 검토해 보기로 한다.

제 2 절 電子商去來消費者保護法の 保護領域

1. 適用對象

전자상거래소비자보호법은 전자상거래 및 통신판매 등에 의한 재화 또는 용역의 공정한 거래에 관한 사항을 규정함으로써 소비자의 권익을 보호하고 시장의 신뢰도 제고를 통하여 국민경제의 건전한 발전에 이바지함을 목적으로 하는데(법 제1조), 사업자가 상행위를 목적으로 구입하는 거래에 대하여는 이를 적용하지 아니하며, 다만, 사업자라 하더라도 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조건으로 거래하는 경우에는 이 법이 적용된다(법 제3조 제1항).

제조물책임법과 전자상거래소비자보호법을 그 적용대상의 측면에서 비교해 보면, 우선 제조물책임법이 제조물의 공급에 관한 것이어서 용역은 제외되고 있음에 비하여 전자상거래소비자보호법은 용역의 거래도 보호대상으로 삼고 있는 점이 특징이다.

사업자에 관하여, 제조물책임법은 원칙적으로 사업자가 제조물을 공급받은 경우에도 적용되면서, 다만 면책특약상의 제한이 있음에 비하여, 전자상거래소비자보호법은 원칙적으로 사업자를 보호대상에서 제외하고 있는 점이 다르다.

2. 電子商去來消費者保護法の 消費者保護의 中心內容

(1) 財貨供給의 確實性 確保

전자상거래소비자보호법에 있어서 가장 중심이 되는 내용은 거래의 안정성을 확보하는 것으로서, 먼저 契約上 債務의 履行, 즉 재화의 공급이 확실히 이루어지도록 하는 데에 주안점을 두고 있다.

이에 따라 동법에서는 통신판매업자는 소비자가 정약을 한 날부터 7일 이내에 재화등의 공급에 필요한 조치를 취하도록 정하고 있고, 특히 통신판매업자가 이미 재화등의 대금의 전부 또는 일부를 받은 경우(이른바 “先拂式 通信販賣”)에는 대금의 전부 또는 일부를 받은 날부터 2영업일 이내에 재화 등의 공급을 위하여 필요한 조치를 하는 것을 원칙으로 하고 있다. 정약을 받은 재화등을 공급하기 곤란함을 알았을 때에는 그 사유를 소비자에게 지체없이 알리거나 기수령대금의 환급 또는 환급에 필요한 조치를 하여야 한다(법 제15조).

(2) 電子的代金支給에 있어서의 信賴性 確保

다음으로 전자상거래에 있어서는 전자적대금지급이 이루어지는 경우가 빈번한데, 그 신뢰성을 확보하는 것도 소비자보호의 중심내용이 된다.

이에 따라 동법에서는 전자적 대금지급 관련자에게 관련 정보의 보안 유지에 필요한 조치를 취할 의무, 소비자의 진정 의사 표시 확인상의 주의의무, 통지 및 열람의무, 표시 및 고지의무 등에 관하여 정하고 있다(법 제8조).

(3) 請約과 撤回上의 保護

전자상거래에 있어서 전자적 의사표시와 관련하여 조작의 실수 등에 의한 착오의 문제가 발생할 수 있는데, 동법에서는 이와 같은 경우 사업자에게 확인 및 정정에 필요한 절차를 제공할 의무를 부과하고 있다(법 제7조, 제14조).

다음에 전자상거래에 있어서는 충동구매로 인한 피해가 있을 수 있으므로 청약의 철회를 인정할 필요가 있는데, 동법에서는 청약의 철회 기간, 요건, 방식, 효과 등에 관하여 정하고 있다(법 제17조).

(4) 證據의 確保

전자상거래에 관하여 분쟁이 발생할 경우 소비자로서는 거래의 내역에 관한 입증에 필요하다. 그러나 소비자로서는 이를 입증하기 곤란한 경우가 많다. 이에 동법에서는 사업자는 전자상거래 및 통신판매에서의 표시 광고, 계약내용 및 그 이행 등 거래에 관한 기록을 상당한 기간 보존하여야 하고, 소비자가 쉽게 거래기록을 열람 보존할 수 있는 방법을 제공하여야 한다는 것으로 정하고 있다(법 제6조).

한편, 공급서의 송부제도를 두어, 재화를 공급하는 경우 청약철회 등에 필요한 서식이 포함된 공급서를 송부하도록 하고 있다(법 제16조).

(5) 其他

그밖에 전자상거래소비자보호법에서는 소비자의 정보에 대한 보호(법 제11조), 분쟁조정(법 제33조), 전속관할(법 제36조), 소비자에게 불리한 특약의 배제(법 제35조) 및 시정권고, 시정조치, 영업정지, 과징금, 벌칙 등에 관하여 정하고 있다.

3. 小結論

이상 살핀 전자상거래소비자보호법의 중심내용들을 종합해 보면, 이 법은 주로 契約法的 측면에서 전자상거래상 소비자를 보호하려는 목적을 가지고 있는 것으로 볼 수 있다. 이 점에서 責任法的 성격을 가지고 있는 제조물책임법과는 그 적용영역이나 규범목적에 달리 하는 것이라고 할 수 있다.

그런데 전자상거래에 의하여 제조물이 공급되고 그 결함으로 인하여 사고가 발생하는 경우에 관하여는 이와 같은 계약법적 측면은 크게 문제 되지 않는다. 전자상거래란 재화나 용역의 거래에 있어서 그 전부 또는

일부가 전자문서에 의하여 처리되는 거래를 말하는 것으로서, 이는 거래에 있어서의 手段에 차이가 있는 것일 뿐 그 내용 자체가 특수한 성격의 비전형계약인 것은 아니고, 거래의 원인이 된 법률관계인 계약의 종류에 따라 제조물책임문제가 좌우되는 것도 아니기 때문이다. 따라서 전자상거래에 있어서 제조물책임에 관한 한 제조물책임법이 기본법이 되는 것이고 전자상거래소비자보호법은 보충적인 의의를 가질 뿐이라고 할 수 있다.

다만, 전자상거래소비자보호법중에서 전자상거래에 있어서의 제조물책임과 관련하여 상당한 의미를 가질 수 있는 것은 다음에 살펴는 사이버몰, 통신중개업자의 의무와 책임에 관한 규정 및 책임보험관련규정 등이라고 생각된다.

제 3 절 사이버몰과 通信販賣仲介業者

1. 意 義

사이버몰이란 컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말하는 것으로서(법 제2조 제4호), 전자상거래가 이루어지는 중심공간이 된다. 동법에서는 사이버몰의 운영자의 의무 등에 관하여 정차고 있다.

통신판매중개라 함은 사이버몰의 이용을 허락하거나 그밖의 방법에 의하여 거래, 당사자간의 통신판매를 알선하는 행위를 말한다(법 제2조 4호).

2. 사이버몰 運營者의 情報提供義務

사이버몰의 운영자는 소비자가 사업자의 신원 등에 관하여 쉽게 알 수 있도록 상호 및 대표자 성명, 영업소 소재지 주소 및 연락처, 사업자등록번호, 이용약관 기타 사항을 표시하여야 할 의무를 부담한다(법 제10조).

또한 전자상거래를 행하는 사이버몰의 운영자는 청약술 받을 목적으로 표시·광고를 행하는 경우에 상호 및 연락처 등 공급자에 관한 필요한 정보를 제공하여야 하며, 계약내용에 관하여는 이를 서면으로 교부하여

야 한다(법 제13조). 여기에는 소비자피해보상, 재화 등에 대한 불만 및 소비자와 사업자간 분쟁처리에 관한 사항과 소비자의 구매 여부 판단에 영향을 주는 거래조건 또는 소비자의 피해 구제에 필요한 사항도 포함되어 있다. 동법 시행령에서는 "사업자가 법 제24조 규정에 의한 소비자 피해배상보험계약 등을 체결하였는지 여부 및 그 내용"을 서면교부대상으로 정하고 있다(시행령 제20조 4호).

이 규정은 제조물책임문제에 있어서 중요한 의미를 가진다. 인터넷사이버몰에 의한 제조물의 구매에 있어서 우리 제조물책임법은 판매자에 대하여는 보충적인 책임만을 인정하기 때문에 제조자가 누구인지에 대한 정보를 제공하는 것은 소비자로서 피해구제를 받는데 있어 첫 단계가 된다. 나아가 구매여부 판단에 영향을 미칠 거래조건이나 소비자피해구제사항에 관하여 정보를 제공하는 것은 적절히 활용될 경우 판매자의 책임이 보충적으로 되어 있는 우리 제조물책임법체계에 있어서 제조자의 무자력으로 인한 문제점을 예방할 수 있는 실마리를 제공해 줄 수도 있다.

3. 通信販賣仲介業者의 責任

통신판매중개업자의 책임에 관한 전자상거래소비자보호법규정도 전자상거래 제조물책임에 있어서 제조자의 무자력으로 인한 소비자의 피해문제와 관련성이 있다.

"통신판매중개"라 함은 사이버몰(컴퓨터 등과 정보통신설비를 이용하여 재화등을 거래할 수 있도록 설정된 가상의 영업장을 말한다.)의 利用을 許諾하거나 그 밖에 총리령이 정하는 방법에 의하여 거래 당사자간의 통신판매를 斡旋하는 행위를 말한다(전자상거래소비자보호법 제2조 제4호 참조).

이 법에 의하면, 통신판매중개자는 재화 등을 판매함에 있어서 자신이 책임이 없다는 사실을 미리 告知하여야 하는데, 미리 고지하지 아니한 채 통신판매의 중개를 한 경우에는 당해 통신판매와 관련하여 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 故意 또는 過失에 의해 소비자에게 발생한 재산상의 손해에 대하여 의뢰자와 連帶하여 배상할 책임을 부담한다(동법 제

20조 제1항), 한편 통신판매중개자는 통신판매의 중개를 의뢰한 사업자의 신원에 관한 정보를 열람할 수 있는 방법을 소비자에게 제공하여야 한다(동법 제20조 제4항).

문제는 재화등을 판매함에 있어서 통신판매자에게 책임이 없다는 의미에 관하여, 중개에 의하여 체결된 계약상 채무에 대한 채무불이행책임을 부담하는 것은 분명하다 할 것이나, 무과실책임인 제조물책임에 대하여도 통신판매중개자의 연대책임을 인정하는 방향으로 해석할 수 있는가 하는 점인데, 이에 대하여는 후술한다.

제 4 절 消費者被害賠償保險

1. 無過失責任과 責任保險과의 關係

제조물책임법의 성공적 정착을 위하여 필수적인 요소중의 하나는 적절한 責任保險과 結合하는 것이다. 무과실책임을 부담하게 될 경우 기업으로서의 위험의 분산이 필수적이며, 이는 책임보험제도에 의해 인수될 수 있는 것이어서, 책임보험과 불가분의 관계로 운영된다는 것은 무과실책임의 한 특징이다.⁹⁹⁾ 책임보험의 필요성은 기업의 입장에서는 자신의 과실 없이도 거액의 손해배상책임을 부담할 수 있다는 危險의 分散에 있지만, 소비자 내지 피해자의 입장에서는 損害賠償의 保障이라는 중요한 의미를 가지는 것이다.

따라서 무과실책임을 규정하는 특별법에 있어서는 책임보험의 가입을 강제하는 것이 보통이다. 우리나라에서도 자동차손해배상보장법의 경우 책임보험 또는 법에 정한 共濟에의 가입이 강제되어 있으며 이에 가입하지 않고 자동차를 운행한 경우 자동차의 보유자에 대하여 형사처벌을 한다(자동차손해배상보장법 제5조, 제38조 제2항 참조). 우리나라의 대표

99) 그 밖에 무과실책임의 중요한 특징은 손해배상의 액수 또는 최고한도액을 법정할 것 이나 의 문제들 들 수 있다. EC지침의 경우 책임한도액에 관하여 많은 논의가 있었지만, 최종적인 결론은 타협적인 것으로 되어 선택사항이 되었다. 韓瑛熙, 前掲書, 136 쪽 참조. 이에 따라 책임한도를 설정한 국가로는 독일, 그리스, 포르투갈, 스페인, 아일랜드 등이다. 이 점에 관한 각국의 입법에 관한 비교에 관하여는 같은 책 138쪽 <표 3-1> 참조.

적인 무과실책임법중의 하나인 原子力損害賠償法(법률 제4940호)에서는 원자력사업자는 원자력손해를 배상함에 필요한 조치(이른바 損害賠償措置)를 한 추가 아니면 원자로의 운전동을 할 수 없도록 하면서, 손해배상조치로서 原子力損害賠償責任保險契約, 原子力損害賠償補償契約의 체결 및 供託을 인정하고 있고, 이와 같은 손해배상조치를 취하지 않은 채 원자로를 운전한 경우는 역시 형사처벌 대상이다(원자력손해배상법 제5조, 제19조 참조).¹⁰⁰⁾

이에 비해 제조물책임법의 경우 제조자에게 책임보험에의 가입을 強制하도록 할 것인가의 문제는 간단하지 않다. 자동차의 운행이나 원자로의 운전에 비해 제조물의 제조는 사회에서 차지하는 비중이 비교할 수 없이 큰 것이기 때문에, 보험가입이 강제될 경우 전반적인 비용상승요인이 되어 경제에 미치는 영향이 적지 않을 것이기 때문이다.¹⁰¹⁾

우리나라의 제조물책임법 입법논의 과정에서도 무과실책임을 인정하는 다른 법들과 마찬가지로 제조자에게 책임보험 가입의무를 규정하도록 하자는 의견이 있었으나, 반영되지 않았다.

2. 電子商去來消費者保護法上 消費者被害補償保險

그런데, 전자상거래소비자보호법에서는 보험과 관련된 의미있는 규정을 두고 있다.

동법에서는 전자상거래 또는 통신판매에서의 소비자 보호를 위하여 관련 사업자에게 消費者被害補償保險契約를 체결하도록 권장할 수 있는 권한을 공정거래위원회에 부여하고 있다(법 제24조 제1항). 소비자피해보상보험계약은 이 법 위반행위로 인한 소비자 피해의 보상에 적절한 수준이어야 하고, 그 구체적인 기준은 대통령령으로 정하도록 되어 있다(제2

100) 우리나라의 원자력손해배상법과 국제협약 등에 관하여는, 朴基甲, 국제원자력손해배상법(I), 삼우사(2001, 국제법이론총서 No.4) 참조.

101) 실제로 제조업자로서는 책임보험료가 적지 않은 부담이 된다. 이에 따라 제조업체에서는 하도급업체에 대해 보험가입을 전가하는 것이 새로운 하도급위반유형으로 규제의 대상으로 떠오르고 있다고 한다. "제조물책임 하도급업체 전가 방지", 조선일보 2002.8.1.자; "PL법관련 하도급 불공정거래 엄중조치", 한국일보 2002.6.29.자 등 참조.

항), 나아가 소비자피해보상보험계약을 체결한 사업자만이 그 사실을 나타내는 표지를 사용할 수 있도록 정하고 있다(제5항, 6항).

전자상거래로 이루어진 물품의 결함으로 발생한 사고에 대한 제조물책임을 보장하는 내용의 보험계약의 가입을 이 규정들을 활용하여 사업자에게 권장 내지 간접적으로 강제할 수 있다면 우리 제조물책임법의 큰 문제중의 하나를 해결할 수 있는 것이라고 할 것이다. 이에 관하여는 후술한다.

제 4 장 電子商去來의 類型에 따른 製造物責任

제 1 절 序

여기에서는 앞서 지적한 문제의식을 바탕으로 전자상거래에 있어서 제조물결함사고가 발생한 때에 있어서 있을 수 있는 문제점을 전자상거래의 유형에 따라 各論的으로 살펴보는 것을 목적으로 한다.

우리 제조물책임법에 있어서 책임의 주체와 관련하여 전자거래에 있어서 발생할 수 있는 문제점으로는 우선 제조물책임의 주체 문제와 관련하여 인터넷사이버몰 운영자, 통신판매중개자, 인터넷경매인의 책임 등이 있다. 다음에 B2B 거래의 경우, C2C 거래의 경우 등에 관하여서도 제조물책임의 쟁점을 살펴보고자 한다.

다음에 제조물책임의 대상, 특히 용역문제와 관련하여, 인터넷서비스제공자, 인터넷게임업자 및 원격지의료 등에 있어서의 제조물책임의 문제점 등에 대하여 살펴보고자 한다.

제 2 절 인터넷 사이버몰 運營者의 製造物責任

1. 製造物責任法上의 製造業者性

인터넷 사이버몰을 통하여 소비자가 결함 있는 제품을 구입하고, 그로 인해 생명, 신체, 또는 당해 제조물에 대해서만 발생한 손해 이외의 재산상의 손해를 입은 경우, 인터넷 사이버몰의 운영자는 제조물책임의 주체가 되는가의 문제에 관하여 살펴보자.

인터넷 사이버몰 운영자로서는 자신이 제조한 물건이 아닐 경우 제조물책임법상 책임의 주체인 제조업자가 아니라는 항변을 할 것이고, 제조물의 제조업자가 누구인지에 관하여 피해자 또는 법정대리인에게 고지함으로써 책임을 면할 수 있을 것이다. 현행 제조물책임법상 이와 같은 항변은 받아들여질 수 있을 것으로 생각된다.

소비자로서는 인터넷 사이버몰에 대해 과실책임으로서의 불완전이행책임을 물을 수밖에 없는데, 인터넷 사이버몰의 입장에서 제품의 검수 등

에 선량한 관리자로서의 주의를 다하였음을 입증한다면 손해배상은 인정되기 어려울 것이다.

2. 流通業體自體商標商品과 製造物責任

(1) 表見製造業者로서의 責任

인터넷 사이버몰이 자체 기획하여 주문한 상품, 이른바 PB상품을 판매한 경우에 그 제조물의 결함으로 인한 사고에 대해 손해배상책임을 부담할 것인가의 문제에 관해 살펴보기로 한다.

우선 이 경우는 제조물책임법 제2조 제3호 나목 중에서 “제조자 등으로 표시한 자”에 해당될 가능성이 있다. 만일 인터넷쇼핑몰에서 당해 기획상품에 관하여 자신의 상호나 상표 또는 식별가능한 기호 등을 사용하여 자신을 製造者로 표시하였다면, 제조물책임을 면할 수 없을 것이다.

그러나 통상적인 경우 기획상품에 대해 자신을 製造者로 표시하는 경우는 드물고, 대부분 자신을 販賣者로 표시한 채 製造者를 별도로 명시하게 되는데, 이 경우 인터넷 쇼핑몰에서는 책임을 면할 수 있을까?

이는 제조물책임법 제2조 제3호 나목 중에서 “제조자 등으로 誤認시킬 수 있는 表示를 한 자”에 해당할 수 있는지의 문제라고 할 것이다. 이와 같은 자는 表見製造業者(apparent manufacturer)라고 칭할 수 있을 것이다.¹⁰²⁾

대형 제조업체에서 중소기업체를 제조원으로 하고 자신을 판매원으로 하여 자신의 상표와 제품명을 붙여 판매하는 경우에는 表見製造業者인지 여부의 문제를 차치하더라도 사회통념상 제조자임을 부정할 수 없을 것으로

102) 법 제2조 3호 나목에 있어서 ①제조자 등으로 표시한 자와 ②제조자등으로 오인시킬 수 있는 표시를 한자에 대해 이들을 제조업자로 인정하고 있는데, 넓은 의미로는 이들 모두를 表見製造業者라고 칭할 수 있을 것이다. 그러나 전자의 경우는 자신을 스스로 제조자로 표시한 것으로서 책임의 근거를 당사자의 명시적 묵시적 의사에 두고 있는 것으로 볼 수 있고, 후자의 경우는 책임의 근거를 信賴할 수 있는 外觀을 형성하였다는 점에 두고 있는 것이므로, 그 법적 성격은 다를 것이다. 이와 같은 점에 유념한다면 전자의 경우는 表示製造業者, 후자를 좁은 의미의 表見製造業者라고 구별하여 칭하여도 좋을 듯하다.

생각된다. 대형제조업체도 '제조'를 본업으로 하는 것이고, 제조원을 따로 둔 경우라 하여도 이는 자신의 제조 관련 업무 중 일부를 다른 회사에 맡긴 것에 불과하여 자신은 여전히 제조자로서의 성격을 잃지 않는 것으로 볼 수 있기 때문이다.

그러나 제조업체가 직접 운영하는 예외적인 경우를 제외하고 통상적인 의미에서의 인터넷 사이버몰은 이와는 다르다. 인터넷 사이버몰은 유통을 본업으로 하는 것으로서 특단의 사정이 없는 한 애당초 제조자로서의 성격을 가지지 아니하는 것이고, 기획상품을 주문하는 경우에도 제품에 대한 賣買로서의 성격이 강하기 때문이다. 따라서 기획상품에 대해 자신을 단지 판매자로 표시한 채 제조자를 별도로 명시하였다면 일단 제조자로 오인할 수 있는 표시를 한 경우에 해당될 수는 없을 것으로 생각된다.

그러나 만일 제품의 이름, 송기나 포장 사용된 상호나 상표, 디자인 등이 전반적으로 인터넷사이버몰의 것이 사용되고 있는 경우라면, 소비자로서는 인터넷 사이버몰이 제조한 것으로, 또는 적어도 인터넷 사이버몰의 책임하에 제조된 것으로 오인할 수 있을 것으로 볼 수 있어, 법 제2조 제3호 나목이 적용될 수 있을 것이라고 생각된다. 소비자의 입장에서 이 제품을 구매하여 소비하는데 있어서 전적으로 또는 부분적으로 인터넷 사이버몰의 신용도를 신뢰하였을 것이고, 인터넷 사이버몰로서는 이와 같은 信賴를 야기한 점에 관하여 책임을 부담하여야 할 것이기 때문이다. 이 경우 제품의 송기나 포장의 한 부분에 자신이 판매원임과 별도의 제조원이 있음을 표시하였다 하여 '오인시킬 수 있는 표시를 한 자'로서의 책임을 면할 수는 없을 것으로 보여진다.¹⁰³⁾

미국의 경우에도 표현제조업자¹⁰⁴⁾의 책임에 관하여 정하고 있는데, 자신을 그 제품의 제조자로 표시한 자(representing oneself as the manufacturer) 뿐 아니라 그 제품이 자신을 위하여 특별히 제조되었음

103) 법문상 "오인시킬 수 있는 표시를 한 자"에 대해 책임을 부과하는 것이 분명하고, 소비자가 실제로 오인을 하였느냐, 소비자로서 오인을 한 데에 과실이 있느냐 여부는 제2조 제3호 나목에 의한 책임의 성립에 영향을 주지 못하는 것으로 보아야 할 것이다.

104) 미국에서의 apparent manufacturer에 관해 "타인에 의해 제조된 제조물을 자신의 것으로 판매 또는 배포하는 자(one who sells or distributes as its own a product manufactured by another)"로 설명하고 있다. Reatement §14 참조.

을 표시한 자(representing oneself as one for whom the product has been specially manufactured)도 같은 책임을 부담하는 것으로 보고 있다.¹⁰⁵⁾

미국의 경우 표현제조업자의 책임에 관한 내용은 과거 제2차 Restatement 당시의 것으로서,¹⁰⁶⁾ 판매업자에 대하여 일반적으로 제조물책임을 부과하고 있는 현재로서는 큰 의미를 갖지 아니하나, 판매업자에 대한 책임을 제한적으로 인정하고 있는 우리에게는 시사하고 있는 바가 크다고 생각된다.

(2) PB商品의 類型에 따른 製造物責任

PB상품에 대해 소비자의 신뢰를 보호하기 위하여 제조물책임법을 적용하여야 할 필요성이 큰 것은 사실이나, 거래의 실상을 살펴보면 PB상품이라 하여도 성격이 서로 다른 여러 가지 유형이 있으므로, 유형별 검토가 필요하다.

현재 우리나라에서 주로 이루어지고 있는 PB상품의 제조 유통 유형은 대체로 ①유통업체가 자체 생산라인을 보유하여 기획, 생산 및 판매관리 의 전 과정을 담당하는 完全自體生産形 ②상품의 기획 및 디자인등은 유통업체가 담당하고 생산은 기존 제조업체에서 담당하는 企劃生産形 ③유통업체가 특정 제조업체와 협력관계를 맺어 그 업체에서 생산한 제품에 유통업체의 자체 상표만을 부착하여 판매하는 單純商標附着形 ④개별 유통업체가 해외 브랜드와 독점 계약을 체결, 완제품을 직수입하여 자사 유통망으로 독점적으로 판매하는 海外商標導入形 등이 있는 것으로 알려져 있다.¹⁰⁷⁾

이와 같은 유형별에 따라 유통업체의 제조물책임 적용문제에 관하여 살펴보면, 우선 완전자체생산형은 유통업체가 동시에 제조자이므로 제조물 책임법 제2조 3호 가목에서의 "제조물의 제조를 업으로 하는 자"에 해당

105) Restatement §14 comment c. 참조.

106) § 400 Selling as Own Product Chattel Made by Another 참조.

107) 소비자보호원, PB(유통업체 자체상표:Private Brand)상품 판매실태 및 활성화 방안(소비자보호원 생활경제국 보고서, 1998.7.) 참조.

할 것이므로, 제조물책임의 주체가 된다고 할 수 있고, 해외상표도입형은 같은 목의 “제조물의 수입을 업으로 하는 자”에 해당하여 역시 제조물책임법의 주체가 되는 데에 논란의 여지가 없을 것이다.

문제는 주로 기획생산형과 단순상표부착형에 있을 것이다.

기획생산형은 당해 제조물이 유통업자를 위하여 특별히 제조된 것이고, 이를 자신의 것으로 판매하는 경우에 해당할 것으로 보인다. 이 경우에는 유통업체가 제조물의 생산과정중 일부인 기획을 담당하였고 나머지 제조공정부분을 다른 업체에 맡긴 것이라고 본다면 가目에서의 제조자로 볼 수도 있고, 미국 판례상의 *apparent manufacturer*에 해당하는 것으로서 우리 제조물책임법상으로는 제2조 제3호 나目에서의 “제조물에 상표를 표시하여 제조자로 표시한 자”, 즉 표시제조업자에 해당하는 것으로 볼 수도 있을 것이다. 그러나 어느 경우이든지 제조물책임을 부담하는 것으로 보아야 할 것이다. 한편 당해 물건을 실제로 제조한 제조업자는 가目에서의 제조자로서의 책임을 면할 수는 없을 것이고, 법 제5조에 의해 양자는 부진정연대책임을 부담한다고 할 것이다.

단순상표부착형에 있어서 제조자와 유통업자간의 관계, 유통업자와 소비자간의 관계는 모두 매매로서, 특히 인터넷쇼핑몰의 경우에는 법 제3조 2항 소정의 판매업자로서의 보충적인 책임만을 부담하는 것으로 생각할 여지가 없는 것은 아니다. 그러나 앞서 지적한 바와 같이 이 경우는 법 제2조 제3호 나目에서의 “제조자로 오인시킬 수 있는 표시를 한 자”로 인정하여 제조물책임을 부과하는 것이 타당하다고 생각된다. 이 문제와 관련하여, 일반적으로 상표권자는 타인에게 상표를 사용하게 한 경우에도 제조물책임을 부담하지 않는 것으로 인정되고 있다. 상표권자에게 표현제조업자로서 책임을 물을 수 있지 않은가 생각해 볼 수 있으나, 상표권자는 근본적으로 상품을 제조하거나 공급한 것이 아니어서 책임을 묻기 어렵고, 다만, 상표권자가 그 상품의 기획, 제조, 공급과정에 실질적으로 관여한 경우에 한하여 책임을 지는 것으로 이해되고 있다.¹⁰⁸⁾

108) Restatement §20 reporters' note g. 참조.

3. 謝恩品·見本の 경우

인터넷 사이버몰에서 자체 기획하여 주문한 상품에 인터넷사이버몰을 제조자로 오인시킬 수 있는 표시를 하였으나, 이를 판매하지 아니하고 경품이나 사은품, 전본품 등으로 무상 교부하였는데, 그 상품의 결함으로 인해 사고가 발생한 경우 인터넷사이버몰의 운영자는 제조물책임을 부담하는가?

(1) 無償供給와 製造物責任

이 문제에 관하여는 무상배부가 제조물책임법상의 供給에 해당하는지를 살펴보아야 한다. 우리 제조물책임법에서는 제조업자는 제조물의 결함으로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우 손해배상책임을 지는 것으로 하고 있고, 다만 제조업자의 면책사유로서 “제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 경우”를 규정하고 있다(법 제4조 제1항 제1호).

제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 경우로는 대표적으로 당해 제조물이 盜品이나 遺失品인 경우를 들 수 있고, 그밖에도 대외적으로 판매하지 않고 창고 내에 보관하던 중 또는 판매하였으나 아직 인도하지 않고 있던 중에¹⁰⁹⁾ 결함으로 인한 사고가 발생하여 창고를 관리하던 제조업자의 직원이나 제3자 등이 피해를 입은 경우를 예로 들 수 있을 것이다.

무상으로 제조물이 교부된 경우는 공급이 있었던 것인지 여부에 대해 판단하기 쉽지 아니한 측면이 있다. 일단 무상계약인 贈與의 경우 대가적 균형의 회복을 주된 목적으로 하는 담보책임도 경감되어 증여자가 그 하자나 결함을 알고 수증자에게 고지하지 아니한 경우에 한하여 담보책임을 진다는 점을 고려한다면(민법 제559조), 대가적 균형의 회복에서 더 나아가 손해의 전보를 주된 목적으로 하는 제조물책임에 있어서는 더 더

109) 제조물의 공급 시기의 판단기준은 買賣契約를 締結한 때가 아니라 引渡(송고)하여 유통에 놓이게 된 때를 기준으로 하여야 할 것으로 생각된다. 아직 소비자에게 인도가 이루어지지 않은 경우에는 제조물의 결함이 있다 하여도 소비자가 그로 인한 위험에 노출되어 있는 것으로 볼 수 없기 때문에, 그와 같이 해석하는 것이 製造物責任法의 본질에 부합한다. 이에 관하여는 후술.

속 무과실책임을 인정하기는 어렵다고 보아야 하는 것이 아니냐고 생각할 수 있기 때문이다.

(2) 營利를 目的으로 한 供給

그러나 營利를 目的으로 하는 商人이 경품이나 사은품, 견본품 등을 제공하는 경우에는 당해 제품이 무상으로 공급되었다는 이유만으로는 그 결함에 대한 책임을 면한다고 보기 어려운 측면이 있다. 우선, 상인이 경품이나 사은품을 제공하는 것은 영업 활성화(promotion)를 위한 수단으로서의 성격이 강하므로,¹¹⁰⁾ 이는 상거래행위(commercial transaction)의 일환으로 이해되어야 하기 때문이다.¹¹¹⁾ 또한 무상계약의 경우 하자에 관하여 담보책임을 지지 않는다고 하여 당연히 제조물책임에 있어서 결함에 대한 손해배상책임도 면하는 것은 아니다. 계약에 있어서 물건의 瑕疵의 개념이 價値 또는 用途 適合性을 결여한 것인 반면, 제조물책임에 있어서 缺陷의 개념은 安全性을 결여한 것이라는 개념상의 차이 내지 제도의 목적상의 차이가 있기 때문에, 무상계약이어서 담보책임을 지지 않는 경우라 하더라도 안전성이 결여되었던 경우에는 제조물책임을 부담할 수 있다고 보아야 할 것이기 때문이다.

제조물책임에 있어서의 면책사유가 “賣渡되지 않은 경우”가 아니고 “供給되지 않은 경우”라고 정하고 있는 점에 유의하여야 한다. 제조업자가 제조물책임을 지는 것은 유상계약인 매매 교환 등으로 제공한 경우 뿐 아니라 증여 또는 매매 기타 거래에 부수되어 유상 무상으로 물건이 提供되는 일체의 경우를 포함된다고 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 법 제3조 제2항에서 판매업자의 책임에 관하여 정함에 있어서도 “판매한

110) 우리나라의 경우 인터넷을 통한 경품행사가 대부분 금전적인 거래 관계없이 회원 유치 등 목적으로 이루어지고 있어, 경품의 규제에 관한 고시(경품류 제공에 관한 불공정거래 행위의 유형 및 기준)상의 경품에 포함되지 않아 규제에 어려움이 있는 것으로 알려져 있는데, 인터넷 경품의 경우 단순히 금전적인 거래관계가 없다 하더라도 소비자에게 개인정보 제공(회원가입)을 조건으로 하는 것이 대부분이어서 사실상 영리적 목적이 있다고 보아야 할 것이다. 기타 경품의 문제점에 관하여는, 소비자보호원, 인터넷경품의 소비자문제와 개선방안(2000.11. 소비자보호원 사이버소비자센터 사이버조사거래팀 보고서) 참조.

111) Restatement §20 comment b. 참조.

자”로 표현하지 아니하고 “營利의 目的으로 판매·대여 등의 방법에 의하여 供給한 자”로 되어 있는 것도 같은 이유이다.

결국 제조물책임술 부담하느냐 여부는 당해 계약이 유상계약이나 무상 계약이냐에 따라 결정되는 것은 아니고, 영리의 목적으로 공급하였느냐 비영리목적으로 공급하였느냐에 따라 결정되어야 할 것으로 생각된다. 상인이 영업활성화를 위한 수단으로 무상배부한 경우는 특단의 사정이 없는 한 영리목적으로 공급한 것으로 보아 제조물책임의 대상이 된다고 보아야 할 것으로 생각한다.

다만, 영리목적으로 무상배부된 경우, 손해배상의 결정에 있어서 무상계약이었다는 점을 참작하여 公平의 原則에 의하여 배상액을 감액할 수 있을 것인지의 문제는 별도로 검토하여 볼 필요가 있을 것으로 생각된다.

4. 推薦商品의 경우

인터넷 사이버몰에서 특정 상품에 대해 추천상품, 우수상품 등으로 특별히 홍보를 한 경우, 그 제품의 결함으로 인하여 사고가 발생한 경우 인터넷사이버몰은 책임을 부담하는지에 관하여 살펴 볼 필요가 있다.

이 경우 원칙적으로 인터넷 사이버몰은 여전히 판매자에 불과할 뿐 제조업자라고 볼 수는 없으므로 제조물책임법을 근거로 하여서는 책임을 부과하기는 어려울 것으로 생각된다.

그러나 일정한 요건하에 민법상의 책임은 인정될 가능성이 있다. 홍보의 내용이 품질과 성능, 특히 안전성에 관하여 具體的으로 홍보를 한 경우에는 고객으로서 인터넷 사이버몰의 신용도에 의지하여 제품을 구매한 것으로 볼 수 있을 것이므로, 인터넷 사이버몰은 고객들의 그와 같은 신뢰에 대하여 책임을 부담하는 것이 정당할 것이다. 다만, 이 경우 확대 손해에 관한 배상책임은 과실책임으로 보아야 할 것이며, 인터넷 사이버몰로서는 홍보 추천의 과정상 過失이 있을 경우에 한해 손해배상책임을 부담하여야 할 것으로 사료된다.

추천상품에 관하여 명시적이건 묵시적이건 미국법상의 보증(warranty) 책임이론을 유추 적용하는 것도 생각해 볼 수 있으나, 우리 법과는 체계가 다르므로 좀 더 심도 있는 연구가 필요한 것이라고 생각된다.

제 3 절 通信販賣仲介者の 製造物責任

1. 序

앞서 지적한 바와 같이 전자상거래소비자보호법에서는 通信販賣仲介者에 관하여 규율하고 있다.

통신판매중개자와 관련하여 제조물책임 문제는 대체로 두 가지 유형으로 나누어 생각해 볼 수 있다. 첫째는 인터넷 사이버몰이 통신판매중개자로 되는 경우의 제조물책임문제와 순수한 통신판매중개업자로서의 인터넷경매에 있어서의 제조물책임 문제이다.

2. 인터넷 사이버몰의 通信販賣仲介者로서의 責任

인터넷 사이버몰이 제3자인 제조업자에게 사이버몰의 이용을 허락한 경우, 고객이 제품을 구입한다 하더라도 그 매매계약은 제조업자와 고객간에 체결되는 것이며 인터넷 사이버몰은 중개자의 지위에 서는 것에 불과하다.

그러나 이 경우에도 고객들로서는 그 제품을 인터넷 사이버몰이 직접 구입 판매하는 것이라고 오인할 우려가 많기 때문에 이에 대한 소비자 보호대책이 필요하다.

만일 인터넷 사이버몰이 제조업자에게 사이버몰의 이용을 허락한 경우에 자신이 책임이 없다는 사실을 고객에게 미리 고지하지 아니한 상태에서 “製造物の 缺陷으로” 사고가 발생하였다면, 인터넷 사이버몰은 제조물 책임을 부담할 것인가?

(1) 인터넷 사이버몰의 連帶責任

위에서 지적한 바와 같이 전자상거래소비자보호법에서는 통신판매중개자는 재화 등을 판매함에 있어서 자신이 책임이 없다는 사실을 미리 告知하여야 하는데, 미리 고지하지 아니한 채 통신판매의 중개를 한 경우 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 故意 또는 過失에 의해 소비자에게 발생

한 재산상의 손해에 대하여 의뢰자와 連帶하여 배상할 책임을 부담하는 것으로 정하고 있다(동법 제20조 제1항).

위 규정의 의미는 자신에게 책임이 없다는 취지의 고지를 하지 아니한 경우 인터넷 사이버몰은 중개자의 지위에서 벗어나 販賣者에 준하는 지위를 가지는 것으로서 연대책임을 부담하는 것을 의도하고 있는 것으로 생각되며, 제품의 製造業者로서의 지위에서의 책임까지 인정되는 것으로 볼 수는 없을 것으로 생각된다.¹¹²⁾ 뿐만 아니라 위 규정에서는 통신판매의 중개를 의뢰한 자의 고의 또는 과실로 인한 책임에 관하여 연대책임을 부담하는 것으로 정하고 있기 때문에, 무과실책임으로서의 제조물책임법상의 책임까지 통신판매중개자인 인터넷 사이버몰에 부과하는 취지는 아닌 것으로 해석되어야 할 것이다.

(2) 連帶責任의 適用範圍의 擴張

그러나 자신에게 책임이 없다는 취지의 고지를 하지 아니한 경우에, 만일 통신판매를 의뢰한 자의 “故意 또는 過失로 인한 缺陷”이 있었고, 그로 인한 사고가 발생하여 소비자에게 생명, 신체상의 손해가 발생한 경우는 어떠할까?

먼저 전자상거래동에서의 소비자보호에 관한 법률 제20조의 입법 의도에 관하여 살펴보아야 할 것이다. 이 조항의 의도는 인터넷 사이버몰이 타인에게 물의 사용을 許諾하고 자신에게 책임이 없음을 미리 고지하였다면, 이는 商法상 仲介人(상법 제93조) 또는 仲介代理商(상법 제87조)에 해당한다고 볼 수 있을 것으로서 이들은 매매계약의 당사자가 아니므로 상대방인 소비자와의 관계에 있어 계약상의 의무를 부담하지 아니하나, 만일 자신에게 책임이 없음을 고지하지 아니하여 소비자로서 인터넷 사이버몰이 당사자인 것으로 오신하여 계약을 체결한 경우에는 賣渡人 또는 委託賣買人(상법 제101조)과 類似한 地位를 가지는 것으로 규율하려는 것으

112) 그와 같은 고지를 하지 아니한 경우, 고객으로서는 특단의 사정이 없는 한 인터넷 사이버몰을 판매자로 신뢰하였을 것이고 제품의 제조업자로 신뢰하지는 아니하였을 것이기 때문이다.

로 생각해 볼 수 있다.¹¹³⁾ 이와 같이 불 경우 자신에게 책임이 없다는 취지의 고지를 하지 아니한 경우 인터넷 사이버몰로서는 상대방인 소비자에 대하여 직접 의무를 부담한다고 보아야 할 것이다.

문제는 전자상거래소비자보호법 제20조에서는 '재산상의 손해'에 대해서만 연대책임을 부과하는 것으로 정하고 있어서, 생명, 신체에 관한 손해도 이에 포함되는 것인지가 불분명하다는 점이다. 소비자의 권익 보호라는 이 법의 제정 목적과 관련하여 규범목적적 해석을 할 때, 논란의 여지는 있으나 생명 신체로 인한 손해도 이에 포함되는 것으로 해석해 볼 수 있을 것으로 생각한다. 즉, ①동법 제20조상의 재산상의 손해란 직접적으로 재산에 발생한 손해뿐 아니라 생명 신체에 손해가 발생함으로 인하여 배상하여야 할 금전배상도 포함되는 것으로 해석하는 방법, ②재산상의 손해에 관하여는 동법 제20조에 의하여, 생명 신체상의 손해에 관하여는 委託賣買人の地位에 관한 상법 제102조를 유추적용하여 각 책임이 인정되는 것으로 해석하는 방법 등을 생각해 볼 수 있을 것으로 보인다.¹¹⁴⁾

제조물의 매수인이 아닌 제3자가 피해를 입은 경우, 제3자에 대한 손해배상책임이 인정되는가의 문제에 관하여는 계약법적 이론으로는 앞서 지적한 제3자 보호효를 가진 계약의 이론이나 제3자 손해청산이론 등으로 설명할 수도 있겠으나, 결함 있는 제품을 유통시킨 점을 不法行爲로 보는 것이 적절할 것으로 생각된다.¹¹⁵⁾

113) 또는, 상법상으로는 중개인이 일방의 성명 또는 상호를 상대방에게 표시하지 아니하는 때에는 상대방은 중개인에 대하여 이행을 청구할 수 있는데(상법 제99조), 인터넷 사이버몰 운영자가 일방의 성명 또는 상호를 상대방에게 표시한 경우에도 자신에게 책임이 없다는 취지를 표시하지 아니하였다면 중개인인 사이버몰 운영자가 책임 부담하는 것으로서, 상법상의 중개인의 책임이 가중된 것으로 해석해 볼 수도 있을 것이다.

114) 동 조항의 문제점과 대안에 관하여는, 李丙儒, "인터넷 競賣에서 當事者사이의 法律關係", 인터넷 法律 10호(2002.1.), 179쪽 참조.

115) 따라서 제조업자와 함께 공동불법행위책임을 부담할 가능성이 있는데, 고의 과실이 있느냐 여부, 공동성이 있느냐 여부 등에 관하여는 좀 더 검토할 필요가 있다. 전자상거래소비자보호법 제20조상의 연대책임이 이와 같은 불법행위로 인한 손해배상책임도 포함하느냐의 문제도 연구되어야 한다.

3. 인터넷 競賣와 製造物責任

인터넷 競賣¹¹⁶⁾에 의하여 사업자가 아닌 개인간에 결합 있는 제조물이 공급된 경우, 매도인은 제조물책임법상의 제조자가 아니므로, 민법상의 과실책임을 부담함은 별론으로 하고 제조물책임법상의 책임은 부담하지 않을 것이다. 이 경우 인터넷 경매사이트의 운영자는 책임을 부담할 것인가?

인터넷 경매사이트의 운영자는 C2C 경매를 주선하는 한 제조업자도 판매업자도 아니므로 제조물책임법의 적용대상이라고 할 수 없을 뿐만 아니라, 계약의 당사자도 아니어서 결합으로 인한 손해에 관하여 민법상의 책임도 부담하지 않는다고 보아야 할 것이다.

다만 문제로 되는 것은 통신판매중개자의 책임에 관한 전자상거래소비자보호법 제20조에 의하여 책임을 부담할 수 있는가 하는 점이다. 인터넷 경매사이트 운영자는 통신판매중개자의 한 유형이라고 볼 수 있을 것인데, 통신판매중개자중 B2C의 개념에서 인터넷 사이버몰의 이용을 허락한 경우의 책임에 관하여는 앞서 살펴 본 바와 같이 책임을 부담할 수 있다.

그러나 인터넷 경매사이트의 운영자가 자신의 이름이나 계산으로 거래하지 아니하고 C2C의 개념에서 거래를 알선한 일반적인 인터넷경매의 경우에는 매도인이나 委託賣買人과 유사한 지위를 가지는 것이라고 볼 수도 없어, 제조물의 결합으로 인한 제조물책임법상 또는 민법상의 책임은 부담하지 않을 것으로 생각된다. 만일 책임이 없다는 사실을 미리 고지하지 아니하였다면 연대책임을 부담할 것인가의 문제가 남는다. 경매의 경우 경매인이 책임을 지지 않는다는 뜻을 미리 고지하는 것이 당연하겠지만, 설사 명시적으로 미리 고지하지 아니하였다 하더라도 C2C거래임을 분명히 하였거나 상대방으로서 이를 알 수 있었을 경우에는 C2C거래의 본질상 경매사이트 운영자가 목적물의 품질이나 안정성 등에 관하

116) 우리나라 인터넷 경매의 현황과 법률관계 등에 관하여는, 李丙僞, 前揭論文, 155쪽 이하 참조.

여는 책임을 지지 않는다는 취지도 당연히 포함되어 있는 것으로 해석하는 것이 타당하다고 생각된다. 따라서 C2C경매의 경우 특단의 사정이 없는 한 제조물의 결함으로 인한 손해배상에 관한 한 과실책임에 관하여도 책임을 부담하지는 않는 것으로 보아야 할 것이다. C2C거래에 관한 한 경매사이트의 이용자들로서는 경매사이트의 신용도를 신뢰한 것은 그 製品 자체의 安全性이라기보다는 代金の 支給, 物品의 供給 등에 있어서의 安全性이라고 보는 것이 타당하기 때문이다.

미국의 경우에도 제조물의 공급상의 편의를 제공한 것에 불과한 경매업자(auctioneer)의 경우에는 제조물책임을 부담하지 않는 것으로 보고 있다.¹¹⁷⁾

다만, 인터넷 경매사이트 운영자가 중개자로서의 주의의무를 다하지 못함으로 인하여 의뢰인에게 손해를 끼쳤을 때에는 委任契約上의 受任人의 善良한 管理者로서의 注意義務違反¹¹⁸⁾으로 보아 過失責任으로서의 債務不履行책임을 부과할 수는 있을 것이다.¹¹⁹⁾

제 4 절 B2B 電子商去來와 製造物責任

1. 序

다음에 B2B 전자상거래가 이루어진 경우의 제조물책임을 관하여 살펴 보자.

제조물책임법 이론이 논의되게 된 주목적이 사회적 경제적 약자로서의 소비자의 보호에 있었음은 두말할 필요가 없다. 그러나 기업간거래에 있어서도 제조물책임 분쟁은 적지 않은 부분을 차지하고 있고, 책임이 인

117) Restatement § 20 comment g. 참조.

118) 중개계약을 별도의 전형계약으로 하자는 법무부 민법개정시안에서도 중개인에게 선량한 관리자로서의 주의의무를 인정한다. 개정시안 제692조의5 참조(제681조 준용).

119) 예컨대 인터넷 共同購買의 경우, 사이트의 운영자가 過失로 인하여 결함있는 제조물의 공급자(예컨대 형식승인을 받지 않은 무허가 제조업자 등) 또는 결함 있는 서비스 제공자(예컨대 무면허 醫師)와의 공동구매계약을 체결하게 한 경우를 생각해 볼 수 있을 것이다. 다만, 어떤 경우에 過失이 있는 것으로 볼 것인지는 공동구매 중개자의 주의의무와 관련하여 좀 더 구체적으로 연구해 볼 필요가 있다.

청될 경우 손해배상금액은 막대하다. 우리나라에 있어서도 제조물책임법 적용초기부터 기업간 제조물책임분쟁이 큰 것으로 보도되고 있다.¹²⁰⁾

한편 전자거래의 활성화에 있어서 B2B거래도 중요한 부분을 차지하고 있을 뿐만 아니라, 우리나라의 경우에도 B2B거래가 상당부분을 차지하고 있다.

그럼에도 불구하고 한편으로는 제조물책임법은 소비자를 보호하는 법이므로 기업은 보호대상이 되지 않는다는 오해, 다른 한편으로는 기업도 아무런 차별성 없이 제조물책임법에 의해 보호를 받을 수 있다는 오해 등으로 인해 분쟁이 빈발하는 것이 현실이다. 이와 같은 사정을 고려한다면, B2B전자상거래에 있어서 제조물결함사고에 관하여 깊은 논의가 필요하다는 것을 알 수 있다.

문제는 제조물책임법의 입법목적이 주로 경제적 약자인 소비자를 보호하려는 데 있는 것이어서, 제조물의 결함으로 인하여 매수 기업에서 손해를 입게 된 경우 매도인에게 마찬가지로의 책임을 부과하는 것은 바람직하지 않다는 점이다. 기업간 거래의 경우 當事者의 對等性을 전제로 하고 있는 것이어서 私的 自治의 原則이 더 중시되어야 할 것이고 매수인에 대한 특별한 보호는 필요하지 않다고 볼 수 있기 때문이다. 이하에서 B2B 전자상거래에 의하여 결함있는 제조물이 공급된 경우에 발생할 수 있는 몇 가지 문제점에 관하여 살펴보도록 한다.

2. 製造物責任法의 適用 與否

제조물책임법에서는 피해자의 범위에 관하여 특별히 정한 바가 없어, 매수인이 기업인 경우에도 제조물책임법이 배제되는 것은 아니라고 보아야 할 것이다. 반면 전자상거래소비자보호법에서는 사업자가 상행위를 목적으로 구입하는 것에 관하여는 동법의 적용을 배제하되, 다만 사업자라 하더라도 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 거래조

120) 중소기업청과 전국 14개 PL분쟁조정센터에 따르면 총 1천3백53건의 PL 상담 가운데 기업간 거래과정에서 발생한 분쟁에 대한 상담이 2백건을 넘어선 것으로 나타났다. "기업간 PL분쟁 늘어난다. 중기청, PL센터 조사" 한국경제신문 2002.8.7.자 참조.

전으로 거래하는 경우에는 동법이 적용되는 것으로 정하고 있다(법 제3조). 한편, 동법 제4조에 의하면 전자상거래에 관하여 동법과 다른 법률의 규정이 경합하는 경우에는 동법을 우선 적용하되, 다른 법률을 적용하는 것이 소비자에게 유리한 경우에는 그 법을 적용하도록 되어 있다.

따라서 B2B거래에서 공급자가 제조업자인 경우에는 매수인이 사업자라 하더라도 제조물책임법이 적용된다고 보아야 할 것이다. 공급자가 제조업자가 아닌 인터넷 사이버몰인 경우에는 앞서 살핀 바와 같은 논리가 그대로 적용될 것이다. 그러나 전자상거래소비자보호법을 근거로 손해배상 책임을 인정하여야 할 경우에는 사업자가 사실상 소비자와 같은 지위에서 다른 소비자와 같은 조건으로 거래하는 경우에 한하여 인정될 것이다.

3. 原材料 또는 部品の 경우

B2B거래의 경우 공급한 제조물이 원재료 또는 부품으로서 매수인이 다른 제품을 제조하는데 사용하는 경우가 적지 않을 것이다. 이때 최종 제조물의 결함으로 인하여 제3자에게 손해를 가한 경우에, 최종 소비자는 원재료 또는 부품 공급자인 제조업자에 대하여 책임을 물을 수 있는가의 문제에 관하여, 제조물책임법에서는 면책사유를 정하고 있다.

즉, 원재료 또는 부품의 경우에는 당해 원재료 또는 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실을 입증함으로써 제조물책임법에 의한 책임을 면할 수 있다(법 제4조 제1항 4호). 이와 같은 입증을 하지 못하는 경우 원료 및 부품의 제조업자는 완성품 제조업자와 연대책임을 부담한다(법 제5조).

다음에, 원재료 또는 부품을 공급한 경우에는 손해와 관련하여서도 특수한 문제가 발생할 수 있다. 이른바 "당해 제조물에 대해서만 발생한 손해"(harm to the defective product itself)의 개념과 관련된 문제이다.¹²¹⁾ 법 제3조에 의하면 배상하여야 할 재산상의 손해에 관하여, 당해 제조물에 대해서만 발생한 손해는 제외하는 것으로 정하고 있는데, 그 제

121) 이른바 impaired property, physically injured property 등과 관련된 문제이다.

품이 원재료 또는 부품으로 사용된 후 결함이 발견되어 완성품에 손해가 발생하였거나 그로 인한 使用上 營業上의 損失 등이 발생한 경우 이를 제조물책임법에 의하여 배상하여야 할 손해의 대상으로 볼 수 있는가 하는 점이다.

제조물책임법에서 결함으로 인하여 당해 제조물에 대해서만 발생한 손해에 관하여 손해배상의 범위에서 제외하고 있는 이유는 계약법적으로 구제될 수 있기 때문이다.¹²²⁾ 원재료나 부품으로 사용되어 완성품으로 되었고, 원재료 또는 부품의 결함으로 인하여 완성품 전체에 대해 손해가 발생하였을 경우에 이를 “당해 제조물에만 발생한 손해”라고 볼 수 있는 것이나 의 문제에 있어서도 계약법적으로 구제될 수 있으나 여부에 따라 결정되어야 할 것으로 생각된다. 원재료 내지 부품이 완전 결합되어 하나의 물건으로 된 경우에는 그 완성물 자체의 손해는 당해 제조물에 발생한 손해라고 보아야 할 것이고,¹²³⁾ 따라서 이는 제조물책임의 대상이 아니고 하자담보책임의 대상이라고 보는 것이 타당할 것으로 생각된다. 그러나 그로 인하여 사용상 영업상의 손해를 입은 부분에 관하여는 당해 제조물 이외에 재산상의 손해가 발생한 경우(harm to the property other than the defective product itself)라고 보아 제조물책임법의 적용 대상이 되어야 할 것으로 생각된다.¹²⁴⁾

4. 免責 및 責任制限 特約

제조물책임법에서는 손해배상책임을 배제하거나 제한하는 특약은 무효로 하고 있다(법 제6조 본문). 이는 경제적 약자로서의 소비자를 보호하기 위한 것이다.

122) 제조물의 결함으로 인하여 당해 제조물에만 손해가 발생하고 다른 물건이나 신체 등에 피해를 가한 바가 없다면, 이는 安全性의 문제는 없는 것이고, 따라서 缺陷이라기보다는 瑕疵라고 보아야 할 것이어서, 매도인의 하자담보책임으로 무과실책임을 물을 수 있기 때문이다.

123) Restatement § 21 comment e. 참조.

124) 하자담보책임으로 책임을 지든지 제조물책임을 지든지 무과실책임이라는 점에서는 차이가 없다. 다만, 하자담보책임의 경우 계약당사자간에만 문제가 된다는 점이 다를 수 있고, 또한 제조물책임에 관하여 保險이 있을 경우 보험금의 지급사유가 되느냐 여부가 약관에 따라 달라질 수 있다는 점등에서 구별실익이 있을 것이다.

그러나 B2B거래의 경우에는 면책 동 약관이 制限的으로 有效한 것으로 보는 것이 보통인데, 우리 제조물책임법에서도 자신의 영업에 이용하기 위하여 제조물을 공급받은 자가 자신의 영업용재산에 대하여 발생한 손해에 관하여 그와 같은 특약을 체결한 경우에는 예외적으로 유효한 것으로 규정하고 있다(법 제6조 단서).

따라서 ①공급받은 자의 생명, 신체에 손해가 발생한 경우, ②공급받은 자가 영업에 이용한 것이 아니고 최종 소비자로서 이용한 경우, ③영업용으로 공급받은 제조물로 인하여 공급받은 자가 아닌 제3자의 생명, 신체, 재산에 손해가 발생한 경우 등에는 당사자간에 면책 또는 책임제한의 특약이 있다 하더라도 이는 효력이 없다 할 것이다.¹²⁵⁾ 다만, 공급받은 자의 영업용 재산 자체의 손해 뿐 아니라 그로 인한 사용상 영업상의 손실이 발생한 경우, 재산상의 손해 없이 영업상의 손해(economic loss)만이 발생한 경우¹²⁶⁾ 등에 관하여도 면책 동 약관이 유효한가의 문제는 논란의 여지가 있으나 법 제6조의 취지가 근본적으로 소비자를 보호하기 위한 것이라는 측면을 고려한다면 사업자간의 면책 및 책임제한 약관은 원칙적으로 유효한 것으로 보아도 좋지 않으나 생각된다.

사업자간의 면책 동 약관이 유효라고 볼 수 있는 경우에도 제조업자가 惡意였던 경우에는 효력이 없다고 보아야 할 것이다.¹²⁷⁾

125) 다만, ③의 경우 즉, 제3자가 손해를 입은 경우에는 면책약관이 절대적으로 무효인 것으로 볼 것이 아니고, 제3자에 대해 면책약관을 주장할 수 없는 것으로 보아야 할 것이다. 이 경우 면책약관의 효력은 양 사업자간에는 유효한 것으로서 당사자간 損害의 最終的 負擔에 관하여는 유효한 것으로 해석해 볼 수 있을 것이다. Restatement § 21 comment f. 참조.

126) 제조물의 결함이 있어 제조물이 정해진 效能을 발휘하지 못함으로 인해 영업상의 큰 손해를 입은 경우 등이 문제될 것이다. 이른바 效能不發揮(failure to function)의 문제이다. 제조물책임에 있어서 economic loss의 문제에 관하여는, Litigaion, 276~278 참조.

127) 담보책임의 경우 면책약관도 매도인이 알고도 고지하지 아니한 경우에는 효력이 없는 것으로 보고 있고(민법 제584조), 면책약관의 효력에 관하여 판례의 입장은 불법행위책임에 대하여도 적용되나 고의 또는 중대한 과실로 인한 불법행위의 책임을 추궁하는 경우에는 적용되지 아니한다는 경향인 점(1997.1.24. 선고 95다25237; 1991.4.26. 선고 90다카8098) 등을 고려할 때, 약의자에게는 면책규정이 적용되지 않는다고 보는 것이 타당하다고 생각된다.

기업간거래에 있어서 제조물책임 분쟁을 줄이기 위해서는 표준약관을 정하여 활용하는 것이 도움이 될 것으로 생각된다.¹²⁸⁾

제 5 절 C2C 電子去來와 製造物責任

1. 序

제조물책임법은 제조업자가 결함 있는 제조물을 공급한 경우의 책임에 관한 것이므로, 물건의 공급자가 제조업자가 아닌 경우에는 적용대상이 아니고, 판매자라 하더라도 영리의 목적으로 판매한 경우가 아닌 한 마찬가지로 적용대상이 아니어서, C2C거래의 경우 판매자의 제조물책임이 문제되지 않는다.

다만, 다음의 몇 가지 경우에 관하여는 관련 문제로서 검토하여 볼 필요가 있다.

2. 中古品의 供給과 製造物責任

C2C거래에 있어서는 일반적으로 중고품인 경우가 많다. 중고품의 결함으로 인하여 손해를 입은 경우, 중고품의 공급자는 제조물책임을 부담할 것인가? C2C거래에 있어서 매도인이 제조물책임을 부담하지 아니한다는 점은 앞서 지적한 바와 같다.

다만, 중고품이 B2C거래로 이루어진 경우, 즉 중고품판매업자에 의해 이루어진 경우는 영리의 목적으로 결함 있는 제조물을 판매한 것이므로, 제조물책임법 제3조 제2항에 의한 책임이 문제될 수 있는데, 이는 C2C 거래는 아니지만 편의상 여기서 살펴보기로 한다.

128) 중소기업청은 기업간 'PL에 관한 표준계약모델'을 개발해 보급하기로 했다. 이는 공정한 계약 없이 분쟁이 발생해 중소기업들이 피해를 입는 사례를 줄이기 위한 것으로, 개발부문은 완제품과 부품업체간 계약, 판매업자와 제조업자간 계약, 시공업자와 제조업자간 계약, 수입업자와 제조업자간의 계약 등이라고 한다. "기업간 PL분쟁 늘어난다. 중기청, PL센터 조사" 한국경제신문 2002.8.7.자 참조.

(1) 中古品の 特殊性

중고품에 있어서 제조물책임에 관하여는 다음과 같은 몇 가지 문제점이 있다.

첫째, 중고품의 경우 결함이 있다 하더라도 그 결함이 제조상의 결함인지 여부가 불분명한 경우가 있을 수 있다. 특히 중전 사용자가 제조물에 대해 변경을 가하여 결함이 발생한 경우, 중전사용자가 용법대로 사용하지 아니하거나 지시를 따르지 아니한 과실로 결함이 발생한 경우 등에서 제조업자의 책임이 입증책임과 관련하여 문제로 된다.

둘째, 중고품판매업자가 중고품을 매입한 후 일부 수선 가공을 하여 판매하였는데, 결함이 있는 경우이다. 만일 그 결함이 중고품판매업자의 수선 가공과정상 발생한 것이라면, 중고품판매업자가 책임을 부담하여야 할 것으로 생각된다. 법 제2조 3호의 제조물의 “加功”을 業으로 하는 경우로서 제조물책임법상 제조업자로 된다고 볼 수 있을 것이기 때문이다. 다만, 어느 정도까지가 加功이라고 볼 수 있는지에 관하여 명확한 기준을 제시하기 어려우나,¹²⁹⁾ 安全性の 측면에서 보아 製造에 準하는 加功行爲를 한 경우로 한정하여야 할 것으로 생각한다. 그러나 이 문제는 앞서 살핀 순수 용역이 제조물책임성이 부정된다는 점, 나아가 販賣用役混合去來 (Sale-service hybrid transaction) 문제까지 고려하여 신중히 판단되어야 할 것이다.

셋째, 제조상의 결함이 없지만, 내구연한의 경과나 고장 등으로 안전성이 결여되어 있음을 알지 못한 채 판매한 경우, 판매업자가 제조물책임을 지는지 여부도 문제될 수 있다. 안전과 관련된 법규에 반하거나, 기준 미달인 중고품을 低價에 판매하였을 경우에 주로 문제될 것이다.

넷째, 결함에 관한 입증책임의 부담에 있어서도 일반적인 제조물책임과는 달리 생각해 볼 측면이 있다. 사고 당시 결함이 존재하고 있었음을

129) 예컨대 중고자동차 판매업자가 구입한 차량에 대해 세차, 도색을 한 경우나 주요 소모품을 교체한 후 판매한 경우는 가공인가? 나아가 고장난 부분을 수리하여 판매한 경우는?

입증한다 하더라도, 중고품이라는 특성상 그 결함이 제조자의 제조상의 결함이었다고 단정하기 어려운 측면이 있는 반면, 피해자에게 결함의 존재 뿐 아니라 그 결함이 제조과정상 발생된 것까지 구체적으로 입증하도록 요구하는 것도 무리한 측면이 있기 때문이다.

다섯째, 表示上의 缺陷의 경우도 달리 취급하여야 할 것인지 문제된다. 경고문구가 종전 소유자의 중고품의 사용 유통 과정 중 멸실하였거나, 취급설명서 없이 판매되는 경우가 많은데, 이 경우 피해자의 입장에서는 적절한 경고나 정보제공을 받지 못하였다고 보아 표시상의 결함이 있다고 볼 여지도 있지만, 경고표시나 취급설명서가 소멸된 후 거래된 상황에서 제조업자에게 전적인 책임을 부과하는 것 또한 부당할 것이기 때문이다. 중고품판매업자로서는 표시와 관련하여 의무를 부담하는지, 부담한다면 어느 정도의 의무를 부담하는 것인지, 표시가 제대로 이루어지지 않은 경우의 책임은 제조물책임인지 또는 과실책임인지 등도 더 연구하여야 할 문제이다.

(2) 中古品에 대한 美國의 判例

판매업자에 대해 제조물책임을 인정하고 있는 미국의 경우에도 판례는 일부 예외적인 판례를¹³⁰⁾ 제외하고는 중고품판매업자의 엄격책임으로서의 제조물책임에 대해 대체로 부정적이다.¹³¹⁾

이에 따라 Restatement § 8에서도 중고품공급자의 제조물책임에 관

130) Turner v. International Harvester Co., 133 N.J.Super. 277, 336 A.2d 62 (1975); Hovenden v. Tenbush, 529 S.W.2d 302; Galindo v. Precision American Corp., 754 F.2d 1212 (5th Cir. 1985)

131) Tillman v. Vance Equipment Co., Supreme Court of Oregon, 286 Or. 747, 596 P.2d 1299 (1979); Bruce v. Martin-Marietta Corp., 544 F.2d 442 (10th Cir. 1976); Sell v. Bertsch & Co., 577 F.Supp. 1393 (D.Kan. 1984); Rix v. Reeves, 23 Ariz.App. 243, 532 P.2d. 185 (1975); LaRosa v. Superior Court, Santa Clara County, 122 Cal.App. 3d 741, 176 Cal. Rptr. 244 (1981); Tauber-Arons Auctioneers Co. v. Superior Court, 101 Cal.App. 3d 268, 161 Cal.Rptr. 789 (1980); Peterson v. Lou Bachrodt Chevrolet Co., 61 Ill.2d 17 329 N.E. 2d 785 (1975); Pridgett v. Jackson Iron & Metal Co., 253 So.2d 837, 841, 844 (Miss. 1971); Crandell v. Larkin and Jones Appliance Co., Inc., 334 N.E. 2d 31 (S.D. 1983)

하여 다음과 같이 구체적으로 정리하고 있다.¹³²⁾

즉, 중고품판매업자가 중고품의 결함으로 인해 책임을 부담하는 경우는 ①중고품의 결함이 중고품판매업자가 주의의무를 게을리함으로써 발생한 경우 ②중고품이 최초 제조당시 제조상의 결함이 있었는데 중고품판매업자가 이를 판매하는 과정 중에 구매자로 하여금 신상품과 비교하여 위험이 크지 않은 것으로 기대하도록 유도한 경우 ③중고품에 제조상의 결함이 있는데, 중고품판매업자가 재가공하여 판매한 것이거나 다른 재가공을 하는 중고품제조업자로부터 매입하여 판매한 경우 ④중고품판매업자가 안전과 관련된 규정을 준수하지 않은 경우 등으로 열거하고 있다.

(3) 우리 製造物責任法上 中古品供給業者의 責任

판매업자를 원칙적으로 제조물책임의 주체에서 제외하고 있는 우리 법의 경우는 중고품판매업자의 제조물책임을 인정하기가 더욱 어렵다. 법 제3조 제2항에 따르면 중고품판매업자는 제조업자가 누구인지를 고지하면 제조물책임을 면하기 때문이다.

따라서 중고품판매에 관하여는 원칙적으로 과실책임을 물을 수 있을 뿐¹³³⁾ 무과실책임으로서의 제조물책임을 인정하지 않는 것으로 보아야 할 것이다.

다만, 중고품의 개념에 관하여는 유의하여야 할 필요가 있다. 중고품이란 판매당시 그 이전에 소비자에 의해 구입되어 사용된 물건을 말하는 것이므로, 소비자에 의해 구입 사용된 바가 없이 공급업자간에 유통이 이루어지거나 그 과정 중 가치가 부분적으로 감소한 경우에는 이를 제조물 책임 문제에 관한 한 중고품으로 볼 수 없다는 점이다.¹³⁴⁾

132) 이른바 Liability of Commercial Seller or Distributor of Defective Used Products의 문제이다.

133) Restatement에서 책임을 인정하는 유형들도 결국 모두 중고품판매업자에게 과실이 인정되는 경우에 해당한다고 보여진다.

134) 예컨대 매장에 전시하였던 물건을 싸게 파는 경우는 중고품이라고 할 수 없다. Restatement는 중고품에 관하여 “공급 당시를 기준으로 그 이전에 유통과정에 있지 않은 구매자에게 판매되어(distributed to a buyer not in the commercial chain of distribution) 사용된 물건”으로 정의하고 있다.

제 6 절 온라인서비스提供者와 製造物責任

결함 있는 제조물이 전자상거래로 이루어진 경우에 온라인서비스제공자(Online Service Provider)는 계약의 당사자도 아니고 제조업자도 아니므로 제조물책임을 부담할 여지는 없을 것으로 생각된다.

다만, 온라인서비스제공자가 제공한 서비스 자체에 결함이 있어 이용자에게 손해가 발생한 경우에는 논란의 여지가 있다. 이 점은 서비스나 그에 부수하여 제공된 프로그램 등이 제조물에 해당하느냐의 제조물의 개념의 문제라고 할 것이다. 우리 제조물책임법은 원칙적으로 動産을 제조물로 보고 있으므로(법 제2조 제1호) 用役의 경우는 적용대상에서 제외되고 있고, 앞서 살펴 본 바와 같이 일반적으로도 서비스는 제조물책임의 대상이 아니라고 보나, 앞서 지적한 바와 같이 컴퓨터프로그램의 제조물성이 문제로 된다.

나아가 이를 시스템의 대여라고 보아 제조물의 영업상의 貸與者(법 제3조 제2항)로서 책임을 물을 여지가 있는지, 부수적으로 제공된 컴퓨터프로그램 등을 제조물로 볼 경우에 Sale-service hybrid transaction으로 보아 제조물책임을 부과할 수 있는지 등에 관한 논의가 필요하다. 그러나, 기본적으로는 온라인서비스제공자의 책임에 관하여는 過失責任에 기초하여 논의가 전개되는 것이 바람직할 것으로 생각된다.¹³⁵⁾

제 7 절 온라인게임과 製造物責任

1. 現況과 問題點

우리나라에 제조물책임법이 시행되게 되면서, 전자상거래 관련 분야에서 의외로 심각한 문제제기가 이루어지고 있는 분야는 온라인게임분야이다.

135) 그 밖에 관련문제로서 온라인서비스제공자의 책임에 관하여는, 司法研修院, 電子去來法, 347쪽 이하(權英俊 집필부분); 尹宜熙, 『情報通信社會에서의 인터넷서비스운영자에 대한 고찰』, 인터넷 法律 11호(2002.3.), 59쪽 이하; 權英俊, 著作權 侵害에 대한 온라인서비스 提供者의 責任, 서울대학교 석사학위논문(2000.2.); 廉東信, 『온라인서비스 提供者의 刑事法的 責任-獨逸 聯邦情報通信事業法을 中心으로』, 인터넷 法律 5호(2001.3.), 138쪽 이하 등 참조

온라인게임이 문제로 되는 것은 주로 청소년과 관련된 것인데, 청소년들이 인터넷에 중독되어 정상적인 일상생활이 불가능하게 되는 경우, 이를 온라인게임 프로그램의 결함으로 보아 이에 대해 제조물책임을 물을 수 있을 것인가 하는 것이다.

온라인게임 인구는 1999년에는 371만명, 2000년에는 721만명, 2002년에는 2,682만명으로 급격하게 늘어날 것으로 예상되고 있으며, 온라인게임 업체의 매출액 역시 1998년 61억에 비해 1999년에는 300억원에 달해 약 500%성장하였는데, 고부가가치 산업인 게임산업은 향후 더욱 큰 폭으로 성장할 것으로 예상되고 있어, 온라인게임을 둘러싼 제조물책임을 분쟁도 크게 증가할 것으로 예상해 볼 수 있다.¹³⁶⁾

온라인게임 중독은 의학적으로 상당히 심각한 정신질환이라고 볼 수 있어, 온라인게임 중독증이라고 판명될 경우 그에 대한 치료비 및 정신적손해배상은 물론이고, 치료가 어렵거나 불가능하다고 판명되는 경우, 피해자가 정상적인 사회활동을 하지 못함으로 인하여 입는 손해를 일실소득의 배상으로 지급하여야 할 것이므로, 제조물책임을 인정될 경우 온라인게임업체에서 입는 피해는 막대하다 할 수 있다.

게임중독증뿐 아니라, 온라인 게임 자체가 사람으로 하여금 고도의 신경질증을 요구하는 것이어서, 장시간 계속하여 게임을 할 경우 급격한 쇼크를 초래하여, 온라인게임을 하다 PC방에서 숨지는 사건이 간혹 발생하기도 하는데,¹³⁷⁾ 이와 같은 사망도 제조물책임사고에 해당할 수 있느냐의 문제로 될 수 있다.

온라인게임은 그 이용자뿐 아니라 제3자 및 사회에 끼치는 악영향도 적지 않아, 게임상의 아이템과 게임 계정의 음성적 거래와 해킹,¹³⁸⁾ 사

136) 이하 온라인게임의 실태 등에 관한 구체적 자료는, 온라인게임 서비스제공 및 이용 실태 조사결과, 소비자보호원(생활경제국 거래 개선팀, 2000.7) 참조.

137) PC방에서 하루 10여 시간씩 온라인 게임을 하던 K씨(37세)는 지나친 게임몰두로 인해 피로가 누적되어 사망하였다고 한다. 2000.3.9.자 동아일보 참조.

138) 고등학생들이 PC방에서 해킹프로그램을 이용하여 온라인 게임상 타인의 ID를 알아낸 후, 접속하여 아이템을 훔쳐 다른 사람에게 판매한 혐의로 경찰에 불구속 입건된 일이 있다고 한다. 2000.3.11.자 한국일보 참조. 기타 인터넷게임 아이템의 형법적 문제에 관하여는, 변종필, "인터넷게임 아이템과 재산범죄" 인터넷법률 5호(2001.3.), 26쪽 이하 참조.

기,¹³⁹⁾ 이를 둘러싼 청소년간의 폭력¹⁴⁰⁾ 등 범죄도 적지 않게 발생하고 있고,¹⁴¹⁾ 게임 자체의 폭력성으로 말미암아 청소년들의 인격성장에 큰 장애가 된다는 문제점이 지적되고 있는데,¹⁴²⁾ 이와 같이 폭력성에 중독된 청소년 또는 그 피해자들이 온라인게임업체를 상대로 제조물책임을 물을 수 있겠는가 하는 문제도 있다.

우리나라에 있어서도 제조물책임법의 시행을 앞두고 온라인게임업체에서는 이에 관하여 민감한 반응을 보이고 있으며, 온라인게임에 대한 사전 동금심의의 강화와 함께 우리나라의 온라인게임사업의 발전을 저해하는 중요한 규제라고 인식하고 있는 것으로 보인다.¹⁴³⁾

2. 法的 爭點

(1) 製造物에 해당하는지 여부

온라인게임에 대해 제조물책임법이 적용될 수 있는지에 관하여 우선 문제로 되는 것은 온라인게임프로그램이 제조물책임법의 적용대상인 제조물

139) 중학생들이 가솔비용을 충당키 위해 리니지 게임 채팅창에 아이템을 판매한다는 광고를 올리고 약 100명으로부터 돈을 온라인 입금 받는 수법으로 약 1,200여 만원을 편취하여 경찰에 검거된 사건도 있었다고 한다. 2000.5.25. EBS 뉴스 참조.

140) 온라인게임내에서 무기를 빼앗았다는 이유로 집단폭행당한 뒤 현금 200만원 가치의 아이템을 빼앗긴 일도 있었다고 한다. 2000.3.11.자 한국일보 참조.

141) 그 밖에 사이버공간의 범죄문제에 관하여는, 김성천, "인터넷상의 범죄와 형법의 적용", 인터넷법률 9호(2001.11.), 32쪽 이하; 이승호, "사이버 명예훼손의 처리과정에서 제기되는 법적 과제", 인터넷법률 10호(2002.1.), 5쪽 이하; 이광진, "인터넷 시대에서의 표현의 자유", 인터넷법률 8호(2001.9.), 68쪽 이하; 김형준, "사이버와 형법의 대응", 인터넷법률 10호(2002.1.) 24쪽 이하; 원형식, "사이버공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위", 인터넷법률 10호(2002.1.), 39쪽 이하; 정완, "사이버공간에서의 성폭력 실태와 그 대응책", 인터넷법률 10호(2002.1.), 57쪽 이하 등 참조.

142) 특히 PK(Player Killing)의 경우, 폭력성의 영향은 심각한 것으로 알려져 있다. PK(Player Killing)란 이른바 成長게임에서 승패와 관계없이 상대방의 아이템을 빼앗기 위해 이유 없이 다른 이용자의 캐릭터를 죽이는 살인행위를 말하는데, 이를 통해 청소년은 자신의 이익을 위하여는 살인도 할 수 있다는, 지극히 위험한 인식에 대해 무감각하게 될 뿐 아니라, 타인의 PK로부터 자신을 보호하기 위해 아이템의 음성적 거래나 해킹, 나아가 오프라인에 있어서의 폭력, 강도까지도 행하는 경우가 적지 않은 것으로 알려져 있다.

143) 이에 대한 기사로는, "(박도제의 게임경제학) PL법 적용여부 관심 불러", 내외경제 2002.7.9.자 내외경제; "온라인게임업체 제조물책임법에 무방비", 2002.6.14. 중앙일보 등 참조.

에 해당하느냐의 문제이다.

앞서 살펴 본 바와 같이 컴퓨터프로그램이 제조물책임법상 제조물에 해당하는지 여부에 관하여는 결국 그 프로그램이 지적 생산물 내지 정보로서의 성격을 가지고 있는지 또는 도구의 성격을 가지는지에 따라 판단하는 것이 타당할 것으로 생각된다.

게임프로그램이 고도의 지적 창작물로서의 성격을 가지고 있는 것은 사실이지만, 다음과 같은 점을 고려한다면, 도구로서의 성격이 더 강하다고 생각된다.

첫째, 소비자의 입장에서 게임프로그램의 정보적인 성격은 무의미하다. 소비자로서는 그 게임프로그램이 어떠한 설계와 조작과정을 거쳐 만들어졌는지에 관심이 없고 또 관심을 가질 필요도 없다. 소비자의 관심사항은 그 프로그램의 情報性이 아니라 機能性인 것이고, 그 기능성만을 이용한다.

둘째, 게임프로그램은 소비자가 直接 使用하여 效用을 취한다. 게임프로그램을 구입 또는 이용하는 사람은, 극히 예외적인 경우를 제외하고는 이를 직접 이용하여 즐기는 과정에서 효용을 취하는 것이지, 그 프로그램을 통하여 간접적으로 다른 만족을 얻는 것이 아니다.

셋째, 무엇보다도 현대사회에 있어서 게임프로그램은 社會通念상 “놀이 도구”임을 부정할 수 없다는 점이다.

이와 같은 점은 유체의 매체에 담겨져 공급되는 되는 경우에 더욱 뚜렷하나, 게임프로그램이 온라인상으로 이용되는 경우라 하여 달리 취급하여야 할 정책적인 필요성이 없다. 오히려 앞서 살펴본 바 Restatement에 있어서의 “그 공급과 사용의 맥락상 유체물에 유추하기에 충분한 경우”에 해당할 수 있는 것이라고 보여진다.

따라서 온라인게임 프로그램의 경우, 유체물이 아니라는 이유로 제조물 책임을 부정할 수는 없을 것으로 생각된다.¹⁴⁴⁾ 그러나 온라인 게임프로그

[144] 일본의 경우, 소비자보호단체인 일본전국소비자단체연락회 제조물책임법 용부즈회의에서 제조물책임법시행 7년을 맞아 2002.7.5일 제조물책임법 개정안을 정부에 제출하였는데, 그 주요내용중 ‘제조 또는 가공된 동산’이라고 돼 있는 제조물 개념 규정을 ‘유체물·무체물을 불문하고 유통에 놓인 모든 동산과 부동산’으로 수정해 컴퓨터 소프트웨어·농수축산물 등을 제조물책임법의 적용 범위에 포함시키는 내용이 포함되어

램이 제조물책임법상 제조물에 해당한다 하여 곧바로 책임을 부담한다는 것은 아니고, 다음에 살펴는 바와 같이 많은 쟁점들이 있음에 유의하여야 한다.

(2) 缺陷·損害·因果關係

온라인게임과 관련하여 주로 문제가 되는 소비자의 피해로는 게임中毒症, 性格障礙, 疲勞로 인한 事故와 疾病 등을 들 수 있다. 이중 특히 게임중독증과 성격장애는 정신질환으로서, 그 원인이 복합적일 수 있다는 점, 정신과질환으로서의 인정 여부와 노동능력상실의 정도를 객관적으로 판단하기 쉽지 않다는 점등에서 일반적인 제조물결함사고와는 다른 양상을 보일 수밖에 없다.

1) 損害로서의 게임中毒症·性格障礙

먼저 이와 같은 게임中毒症, 性格障礙 등을 정신질환으로서 손해를 입은 것으로 볼 수 있는지에 관하여 살펴본다. 이 문제는 정신과의학자들에 의해 상세히 밝혀져야 할 문제이나, 긍정적으로 판단될 수 있을 것으로 생각한다.

가상의 세계에 오래 머무르는 사람은 실공간에서의 생활에 있어서 부적응을 겪는 경우가 많은 것으로 알려져 있다. 오랜 기간동안 사이버게임을 하면서 성장해 온 사람들은 가상의 세계와 실제의 세계를 동일시하는 경향이 있으며, 가상의 공간에서 입은 피해를 현실의 피해와 동일시하여, 게임공간에서의 재산이나 명예, 생명 등의 침해를 받는 경우 극심한 상실감과 피해의식에 빠지게 된다.¹⁴⁵⁾ 더욱 위험한 것은 이와 같은 상실감과

있다. "일본 PL법 제정 7년째, 더 강력하게 개정 움직임", 한겨레신문 2002.8.20.자 참조.

[145] 해외의 사례로서, 가상사회형 게임 이용자가 두명의 상대 여성 캐릭터를 게임내에서 강간하고, 그 후 이들 두 여성의 캐릭터를 강제로 성관계를 맺도록 한 사건도 있었다. 이에 대해 강간에 해당하느냐의 문제에서부터 명예훼손, 폭행죄 등이 문제되었으나, 이를 처벌할 규정이 없다는 점 때문에, 게임사가 동 사용자를 추방하는 것으로 종결된 일도 있다고 한다. 2000.3.2.자 일간스포츠 참조. 사이버상의 성폭력에 관하여는, 이순형, "사이버성폭력의 실태와 그 대응책(주제발표)", 사이버성폭력의식과 실태조사(정보통신윤리위원회, 2000.5.31.) 참조.

피해의식은 타인에 대한 보복의식으로 연결되게 된다고 한다는 점이다. 나아가 사이버세계에서의 폭력성이 실제 세계에서 폭력성으로 轉移되게 된다는 것이다. 특히 청소년의 경우 이와 같은 현상이 일어날 가능성이 많다.¹⁴⁶⁾

이상과 같은 점들을 고려하면 게임中毒症, 性格障礙 등을 정신질환으로서 손해를 입은 것으로 보는데 어려움은 없을 것으로 생각된다.

2) 缺陷

문제는 결함 여부를 어떻게 판단할 것인가 하는 점이다. 인터넷게임에서 주로 문제될 수 있는 결함은 設計上의 缺陷과 表示上의 缺陷이다.

게임중독증을 초래할 수 있는 중독성, 성격장애를 초래할 수 있는 폭력성, 선정성, 범죄성 등의 측면에서 특정한 게임프로그램의 內容이나 構成이 통상적으로 기대할 수 있는 안전성에 미치지 못하는 것으로 판단된다면, 이는 설계상의 결함이 있는 것으로 판단될 수 있다.

문제는 게임은 도덕교과서가 아니고 흥미를 위한 도구에 불과한 것이어서, 본질적으로 어느 정도의 폭력성과 선정성 등은 불가피함을 부정할 수 없으므로, 결함을 인정하는 구체적 기준을 어디에 둘 것인지 판단하기 어려운 것이다.

일반적으로 설계상의 결함이란 합리적인 비용으로 처리할 수 있는 合理的 代替設計(reasonable alternative design)가 가능하고, 이를 채택하였다더라면 위험을 방지하거나 줄일 수 있었음에도 그와 같은 합리적 대체설계를 채택하지 않은 경우를 말한다.¹⁴⁷⁾ 이른바 "危險과 效用의 衡量(risk-utility balancing)"에 의해 설계상의 결함 여부가 판단되는 것인데, 어떠한 대체설계가 가능하였다는 점만으로는 설계상의 결함이 당연히 인정되는 것은 아니고 그 대체설계를 채택할 경우의 효용의 감소 정도를 비교형량하여 판단하여야 한다는 것이다. 한편 제조물의 공급당시

146) 사이버 범죄의 심리학적, 사회학적 측면에 관하여는, 이순형, "온라인게임의 청소년범죄에 대한 심리적 고찰"; 박순진, "사이버 범죄에 대한 사회학적 고찰" (이상은 온라인게임 서비스제공 및 이용실태 조사결과, 소비자보호원(생활경제국 거래개선팀, 2000.7)에 전문가 의견으로 첨부되어 있음.) 참조.

147) Restatement, § 2 (b) 참조.

에 이와 같은 합리적 대체설계가 가능하였었다는 점은 피해자측에서 입증책임을 부담한다.¹⁴⁸⁾

인터넷게임에 있어서도 이와 같은 형량을 거쳐 설계상의 결함 여부가 판단되어야 한다.

이와 같은 형량을 통하여 설계상의 결함이 인정되지 않는 경우, 표시상의 결함에 관해 판단해 보아야 한다. 인터넷게임과 관련하여 표시상의 결함을 인정하는데 주로 문제가 되는 것은 危險의 明白性과 公知性이다. 문제가 되는 게임을 사용하는 자는 그 폭력성이나 선정성을 명백히 알고 있는 상태에서 이를 계속 사용하는 것이고, 나아가 일반대중에게도 널리 알려져 있는 것인데, 이에 대해 별도의 경고가 필요한 것인가의 문제이다.

일반적으로 위험성이 명백하고 공지되어 있는 경우에는 별도의 경고가 필요하지 않다고 보나,¹⁴⁹⁾ 이 문제는 다시 설계상의 결함과 관련된다. 소비자는 제조자의 경고를 간과하는 경우가 있기 때문에 마찬가지로 명백하고 공지된 위험에 관하여도 간과할 수 있는 것이고, 따라서 이러한 상황에서는 보다 안전한 대체설계를 하여야 하는 것이 아니냐는 문제로 돌아가는 것이다.¹⁵⁰⁾

3) 因果關係

인터넷게임으로 인한 중독이나 성격장애는 소비자의 誤·濫用(misuse)에 기인하는 경우가 대부분일 것이다. 그렇다면, 이와 같이 피해자측의 남용이 있었던 경우 설사 결함이 인정되는 때에도 손해의 발생과의 인과관계를 부정하거나 책임의 감면을 주장할 수 있을 것인가?

일반적으로 설계상의 결함이나 표시상의 결함은 소비자의 豫測可能한 危險(foreseeable risks of harm)을 전제로 하는 것이기 때문에, 소비자가 오남용을 하였을 경우에는 인과관계가 부정되거나 과실상계의 대상이 된다고 보고 있다. 그러나 그와 같은 오남용까지도 예측할 수 있었

148) Restatement, § 2 comment d, f 등 참조.

149) Restatement, § 2 comment j 참조.

150) Restatement, § 2 comment l. 참조.

을 경우에는 이를 예방하기 위하여 합리적 대체설계를 하여야 한다는 문제가 있다는 점을 유의하여야 한다.¹⁵¹⁾

다음에, 소비자로서 특정 인터넷게임의 위험성을 알면서도 이를 계속 이용하여 정신질환 등이 발생한 경우, 이를 피해자에 의한 危險의 引受(assumption of risk)로 보아 인터넷게임사업자의 책임을 부정할 수 있는가?

위험의 인수에 관하여, 英美法上으로는 明示的 危險의 引受(express or coneractual assumption of risk)와 默示的 危險의 引受(implied assumption of risk)가 있다. 제조물책임에 관한 한 명시적 위험의 인수는 사업자의 책임을 면하는 사유가 될 수 없다. 왜냐하면, 피해자가 스스로 위험을 인수하겠다는 명시적 약정은 면책특약의 제한(우리 제조물책임법의 경우 제6조)에 의해 무효로 된다는 문제가 있기 때문이다. 문제는 묵시적 위험의 인수로 인정되는 경우이다. 반면 미국판례에서는 묵시적 위험의 인수는 엄격책임분야에 있어서 책임의 감면사유로 인정하고 있다.¹⁵²⁾ 우리 제조물책임법상 면책특약이 명시적인 것에 한하는지 또는 묵시적인 것도 포함하는지는 분명하지 않다. 그러나 위험을 스스로 인수하겠다는 의사가 더욱 분명한 명시적 위험의 인수를 한 경우가 피해자에게 더 유리하다는 결론은 쉽게 수긍하기 어려운 것으로 생각된다. 우리나라에 있어서는 명시적으로 위험을 인수한 경우이든 묵시적으로 인수한 경우이든 이를 約定上의 責任의 減免事由로 볼 것이 아니고, 제조물결함사고에 있어서 피해자가 손해의 발생 또는 확대에 기여한 것으로 보아 過失相計사유로 삼는 것이 바람직하지 않을까 생각된다.

(3) 責任의 主體

인터넷게임의 제조물책임에 있어서 책임의 주체에 관해 문제로 될 수 있는 것은 게임 製作業者와 게임業體(서버)가 다른 경우이다.

우리 제조물책임법에 있어서는 제조자가 아닌 공급업자에 대해 보충적인 책임만을 인정하고 있고, 그로 인한 문제점은 앞서 살핀 바와 같다.

151) Restatement, § 2 comment p. 참조.

152) Cases and Materials, 578~581쪽 참조.

이는 인터넷게임에 있어서도 동일하다. 오히려 그 문제점은 일반적인 공급업자의 경우보다 더 클 것으로 예상된다. 유통의 제조에 대한 우월성이 강하기 때문이다.

따라서 이 경우에는 표시제조업자의 책임 등을 적용함에 있어서 프로그램제작업체뿐 아니라 게임업체에 책임을 부과하는 방향으로 적극적으로 해석되어야 한다고 생각한다.

다음에 문제로 될 수 있는 것은 제조물책임에 있어서의 産業責任문제이다.

게임중독증이나 성격장애에 이르게 된 경위를 살펴볼 때, 하나의 게임 또는 한 게임업체만을 계속적으로 이용하여 이와 같은 정신질환에 이르게 된 경우는 드물 것이다. 오히려 많은 종류의 다양한 또는 유사한 게임을 이용한 결과인 경우가 대부분일 것이다. 이 경우에 피해자가 이용한 게임업체는 모두 제조물책임을 부담하는가? 나아가 다수 게임업체가 책임을 부담한다고 할 경우, 그 책임은 어떻게 분담되는가?

이에 관하여 미국판례에서는 이른바 産業責任(enterprise liability)을 인정한다. 피고 기업이 원고 피해자에게 손해를 가한 제조물을 만들지 않았다는 것을 증명하지 못하는 한 피고는 市場占有率에 상응하는 責任(market-share liability)을 진다는 이론이다.¹⁵³⁾ 이에 대하여는 그 정당성은 물론이고, 책임의 성질, 조사하여야 할 시장의 범위, 점유율의 조사기간 등 세부적인 쟁점에 관하여도 논란이 있는 것은 사실이다. 우리나라의 경우 다수책임자가 존재할 경우의 연대책임에 관하여 정하고 있기는 하나(법 제5조), 인터넷게임으로 인한 중독증 성격장애 등과 같이 다수의 원인에 의해 장기적인 사용으로 인해 발생하는 책임에 있어서는 고려해 볼 수 있는 이론일 것으로 생각된다.

3. 小結論

이상 살핀 바와 같이 온라인게임업자의 제조물책임에 관하여는 게임프로그램이 제조물책임의 대상이나 문제의 관하여는 이를 적극적으로 보

153) 이에 관하여는, 梁彰泰, "미국의 제조물책임법", 저스티스 27권 1호(1994.7.) 참조.

고, 다만, 합리적 대체설계에 관한 危險과 效用의 衡量, 경고의무의 적절성 문제, 인과관계와 책임감면사유 등을 중심으로 實證的인 연구가 필요하다고 생각된다.

제 8 절 사이버病院(遠隔診療)과 製造物責任

1. 序

최근 의료법이 개정공포되었는데,¹⁵⁴⁾ 사이버병원과 관련하여 의미 있는 규정들이 신설되었다.

개정 의료법에서는 정보통신기술발달에 따라 의사, 치과의사 또는 한의사는 전자처방전을 교부할 수 있도록 하고, 진료기록을 전자문서로 작성, 보관할 수 있도록 하였고(법 제18조의2 및 제21조의2), 의사, 치과의사 또는 한의사가 컴퓨터, 화상통신 등 정보통신기술을 지원하는 원격의료제도를 도입하게 된 것이다(법 제30조의2 신설). 이로써 우리나라에 있어서도 원격진료(遠隔醫療, tele-medicine)의 법적 근거가 마련된 것으로 평가할 수 있다.

2. 遠隔診療의 意義와 問題點

원격진료란, 컴퓨터 기타 정보통신기기를 이용하여 의사와 환자간에 쌍방향의사소통 및 정보전달을 통하여 원격지에서 진단, 자문, 치료, 의료정보의 전달, 건강교육 등 의료서비스가 제공되는 것을 말한다.¹⁵⁵⁾

원격진료가 이루어지게 되는 배경으로는 의료인력의 부족, 의학기술에 의한 장비의 고급화와 그로 인한 장비의 집중화, 인구의 노령화로 인한 노인환자들의 증대, 정보통신기술의 발달 등을 들 수 있다.

154) 2002.3.30. 법률 제6686호, 2003.4.1. 시행

155) 원격진료의 일반론에 관하여는, 서울대학교 의과대학 가정의학교실 원격진료 홈페이지 <http://mydoctor.snu.ac.kr/tcare/>; 메디빌 홈페이지 http://www.medivill.com/H_Library/HL_03_00.asp; 건강포탈사이트 페이지원 홈페이지 <http://www.hidoc.co.kr/index1.jsp>; Bashshur R, Sanders J, Shannon G. Telemedicine Theory and Practice (Springfield, IL:Charles C Thomas: 1997) 등 참조.

그밖에 醫藥分業制度도 전자처방전의 활성화를 통하여 원격진료의 한 부분의 발전의 계기가 된다고 할 수 있다.

한편 원격진료문제는 通商法的 측면도 가지고 있어, 의료서비스에 대한 통상압력중의 하나로, 2001년 11월 카타르 도하에서 개최된 제4차 WTO 각료회담에서는 뉴라운드(공식명칭은 도하개발아젠다)의 출범을 결의하는 선언문이 만장일치로 채택되었는데, 그 중점 중의 하나가 원격진료를 통한 국경 없는 의료서비스를 시행한다는 것이다.¹⁵⁶⁾

원격진료는 가장 간단하게는 問診분야에서 시행되고 있으나, 觸診과 打診¹⁵⁷⁾ 등 진단분야 일체에 적용될 수 있고, 병원과 약사간의 원격진단서의 발급은 일상화되고 있으며, 그밖에 원격방사선, 원격병리 등 모든 분야로 원격진료의 적용분야가 확대되어 가고 있는 추세이다.

원격진료는 진료를 위한 시간 장소적 제약을 최소화함으로써 원격지에 있는 사람,¹⁵⁸⁾ 거동이 불편하거나 많은 노력이 요구되는 고령자 등에게 좋은 서비스를 제공해 줄 수 있으며, 병원의 장소적 제약의 극복에 따라 고액 의료장비를 구비하여 보다 나은 서비스를 제공할 수 있고, 결과적으로 의료비용을 절감하는 데에도 도움이 된다.

그러나 원격진료는 나름대로의 문제점을 가지고 있는데, 그중 가장 첨예한 문제가 의료사고가 발생하였을 경우 책임 문제이다. 특히 통신상의 오류 등으로 의료사고가 발생한 경우 책임의 소재를 밝히기가 어려울 뿐 아니라 의사에 대해 책임을 물을 수 있을 것인가가 문제로 되는 것이다. 그밖에 의료계약의 성립문제로부터 전자처방전의 유출에 의한 개인정보의 보호문제, 의료 관련 전자문서의 위조 변조 문제, 설명의무의 완화 여부, 인터넷을 통한 의료기관의 정보성 광고의 허용여부 문제, 진료거부 인정문제 등 각종의 법률문제가 발생한다.¹⁵⁹⁾

156) 상세한 내용은, 대한의사협회, 2002.2.18. "WTO DDA(도하개발아젠다) 초청강연회" 자료집 참조.

157) 사이버장갑, 사이버청진기 등을 이용한 촉진과 타진이 가능하다.

158) 극단적인 예는 우주비행사들이다.

159) 원격진료에 있어서 소비자보호 관련 문제에 관하여는, 소비자보호원, 사이버병원관련 법률적 문제와 소비자보호(2001.8. 사이버소비자센터 보고서) 참조.

여기서는 원격진료과정 중 의료사고가 발생한 경우의 제조물책임 문제에 관하여 살펴보고자 한다.

3. 醫療行爲와 製造物責任

(1) 問題의 所在

원격진료에 있어서의 제조물책임문제를 살핌에 있어서 전제가 되는 것은 오프라인상의 의료서비스에 있어서 제조물책임이 인정되느냐의 문제이므로, 먼저 이 문제에 관하여 간략히 살펴보기로 한다.

앞서 지적한 바와 같이 일반적으로 서비스, 특히 전문인에 의한 서비스에 관하여는 무과실책임으로서의 제조물책임이 인정되지 아니하고, 결국 과실책임을 물을 수밖에 없는 것이 원칙이다.

다만, 그럼에도 불구하고 의료서비스분야에 있어서 제조물책임법이 문제로 되는 것은 의료서비스와 함께 調劑藥이 공급되었다거나 의료서비스의 시행과정 중 의료장비가 사용되었던 경우에, 이와 같은 약이나 의료장비를 제조물책임법상 책임의 대상인 동산으로 보고 의료인을 그 공급자로 보아 제조물책임을 물을 수 있는 것이 아니냐는 문제가 남기 때문이다.

따라서 이하에서는 의약품이나 의료장비의 결함이 있을 경우를 중심으로 하여 제조물책임에 관한 일반론을 정리해 보도록 한다.

(2) 미국 判例의 態度

1) 缺陷의 種類에 따른 特殊性

미국의 판례에 있어서, 의료행위와 더불어 제공된 조제약(prescription drug)이나 의료장비(medical device)에 결함이 있는 경우, 일반적인 동산과 마찬가지로 엄격책임을 물을 수 있는가에 관심을 두고 있다.

의약품의 경우 주로 부작용이 문제로 된다. 그런데 부작용이라는 것은 제품 자체의 문제점인 경우도 있지만 환자의 체질적 특성이나 건강상태 등 여러 가지 복합적 요인에 의해 영향을 받는 경우가 대부분이어서, 설계상의 결함 여부를 판단하기 어려운 경우가 많다.

미국의 판례에서는 이와 같은 사정을 고려하여 의약품에 있어서는 결함의 판단에 관하여 일반적인 제조물과는 다른 취급을 하고 있다. 우리나라의 제조물책임법에서는 의약품이라 하여 달리 취급하고 있는 명문 규정은 없으나, 미국의 판례, Restatement는 향후 우리나라에서의 판례 형성에 좋은 시사점을 제시해 줄 수 있을 것으로 보인다.

가) 製造上의 缺陷

미국 판례상 의약품에 제조상의 결함이 있는 때에는 일반적인 동산들과 같이 취급한다. 이물질이 혼합되어 있는 경우가 대표적인 예로서, 제조업자는 제조물책임을 부담하게 된다.¹⁶⁰⁾

나) 設計上의 缺陷

미국 판례상 어떤 의약품이 부작용이 있음이 밝혀졌다고 하여 곧바로 설계상의 결함을 인정하지는 않는다. 어떤 의약품이전 특정 사안에 효능을 발휘하는 경우가 있고, 그 한도내에서는 의약품으로서 의미가 있는 것이기 때문이다. 따라서 미국에서는 그 의약품을 사용함으로써 기대할 수 있는 치료의 이익(therapeutic benefits)과 예견할 수 있는 부작용의 위험(risks of harm)을 비교형량하여 결함 여부를 판단한다.¹⁶¹⁾ 즉, 위험성이 치료이익을 크게 상회하는 경우에 설계상의 결함으로 판단하는 것이다. 이와 같이 양자를 비교형량하였을 때, 합리적인 의료인이라면 이 의약품을 처방하지 않았을 것으로 볼 수 있는지 여부가 판단의 기준이 된다고 보고 있다.

주로 문제가 되는 경우는 부작용이 있었는데 약의 효능은 없음이 밝혀진 경우이다. 예컨대 A제약회사에서 조산을 예방하기 위해 임신기간을 연장시키는 약을 발명하였고, 이 약은 심장발작의 부작용이 있었다고 가정하자. 이 약을 복용한 후 심장발작을 일으킨 사안에서, 만일 이미 이 약의 효능에 대해 부정하는 논문이 발표된 상황이었다면, 설계상의 결함은 인정된다고 보는 것이다. 이 약이 의약품안전청의 승인을 받은 것만

160) Restatement §6. (b) (1) 참조.

161) Restatement §6. (b) (2), (c) 참조.

으로는 면책을 주장하지 못한다. 이는 정부기준의 준수에 관한 앞서 살핀 이유 때문이다.

다) 表示上의 缺陷

의약품의 제조물책임에 있어서 가장 문제가 되는 것은 표시상의 결함으로, 주로 지시 및 경고의무위반이 문제로 된다.

미국 판례상 의약품에 있어서 경고의무는 의료인에 대한 경고의무와 환자 내지 소비자에 대한 경고의무로 나누어 규율하고 있음이 특징이다.

① 醫療人에 대한 警告義務(warnings to prescribing and other health-care provuders)

의약품의 특징중의 하나는 소비자가 직접 사용하는 경우보다는 의료인의 처방에 의해 사용되는 경우가 많다는 것이다. 따라서 의약품의 부작용을 예견할 수 있을 경우 그 대상은 원칙적으로 의료인이어야 한다는 것이고, 의료인에 대해 충분한 경고를 할 경우 원칙적으로 경고의무를 다한 것으로 되어 표시상의 결함은 인정되지 않는 것이 원칙이다.¹⁶²⁾ 이를 미국 판례에서는 “知識이 있는 媒介者의 原則(learned intermediary rule)”이라 한다.¹⁶³⁾

의료인에 대한 경고는 처방을 하는 의사에만 한정되는 것은 아님에 유의하여야 한다. 직접 처방을 하지 않는 의료인들(처방을 하지 않았으나 진료에 관계된 다른 의사, 간호사 등)에 대한 경고의무도 인정된다.¹⁶⁴⁾ 즉, 제약업체로서는 환자를 접촉하고 있어 환자에 대한 약해를 방지하기 위해 당해 의약품의 위험성을 알아야 할 기타 의료인들이 있는 경우에는 이들에 대해서도 경고의무를 부담하는 것으로 보고 있다.

162) Restatement §6. (b) (3), (d) (1) 참조.

163) Learned Intermediary Rule에 대한 논의는, Thompson, The Drug Manufacturer's Duty to Warn-To Whom Does it Extend? 13 Fla.St.U.L.Rev. 135 (1985); Comment, Pharmaceutical Manufactures and Consumer-Directed Informaion-Enhancing The Safty of Prescription Drug Use, 34 Cath.U.L.Rev. 117 (1984); Comment, Products Liability: The Continued Viability of the Learned Intermediary Rule as it Applies to Product Warnings for Prescription Drugs, 20 Univ. Rich.L.Rev. 405 (1986) 등 참조.

164) Restatement §6. *comment d.* 참조.

②患者에 대한 直接 警告(direct warnings to patients)

미국의 판례에서는 예외적으로 의약품의 위험성에 관하여 제약업체가 환자에게 직접 경고하여야 하는 경우를 인정하고 있다.¹⁶⁵⁾ 지식이 있는 매개자의 원칙이 적용되는 이유는 근본적으로 의약품은 조제를 하는 의사가 환자 개인에 대한 충분한 조사를 하고 자신의 지식에 따라 적합히 조제를 해 준다는 것을 전제로 하는 것인데, 이와 같이 특정 환자에 대해 충분한 개인적인 조사가 이루어지는 것이 전제되지 않는 경우라면 이 원칙이 적용될 수 없는 것이고, 따라서 제약업체로서는 일반적인 제조업체와 같이 소비자에 대해 직접적인 경고의무를 부담한다고 보는 것이다.

대표적인 경우가 집단 예방접종이다. 이 경우에는 접종하는 의사가 피접종자 개개인에 대해 일일이 검사를 할 수 없기 때문이다.

의약품이 의사의 처방 없이 소비자에게 공급될 수 있는 경우, 즉, 그 의약품의 환자에의 적합성 여부가 의사에 의해 관리될 수 없는 모든 경우에는 직접경고의 원칙이 적용된다고 할 수 있는 것이다.¹⁶⁶⁾

결국 우리나라에 있어서는 전문 의료인에게 판매되는 의약품과 처방 없이 판매되는 의약품을 구분하여 경고의무를 달리 할 필요가 있음을 알 수 있다.

의약품이 廣告되는 경우에 관하여는 미국에서 많은 논란이 있다.¹⁶⁷⁾ 이는 의약품의 광고에 관하여 법에서 부작용에 대한 충분한 경고를 하도록 정하고 있기 때문인데, 이와 같이 광고상 경고가 강제되는 의약품에 대하여는 의료인에 대한 경고를 충분히 하는 것만으로는 부족하고 광고내용 자체에서 충분한 경고를 하여야 하므로, 광고의 내용이 부작용의 경고 측면에서 부족할 때에는 표시상의 결함을 인정하여야 하지 않느냐는 주장이 강하다.

165) Restatement §6. (b) (3), (d) (2) 참조.

166) 따라서 의약품일이 불완전한 우리나라의 경우, learned intermediary rule이 적용될 수 있는 영역은 미국과는 상당히 다를 수 있음에 유의하여야 한다.

167) Tamar V. Terlian, Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertisement, 25 Am. J. L. & Med. 149, 157 (1999) 참조.

2) 醫療人的 過失과의 關係

제조물책임법은 제조물의 결함에 관하여만 적용되고 용역의 제공에는 적용되지 않는다는 것이 일반적인 원칙이다. 따라서 의료행위중 사고가 발생한 경우, 의사로서는 과실에 의한 책임 또는 설명의무위반으로 인한 책임은 부담할 수 있으나, 의료서비스에 결함이 있었다 하여 무과실의 손해배상책임을 부담하지는 않는다.

따라서 의약품이나 의료기구가 사용된 의료행위에 있어서 의사의 과실을 입증하기 어려운 경우 환자로서는 의사의 책임보다는 계약업체나 의료기구제조업체의 책임을 문제삼을 가능성이 더 크다.

결국 환자로서는 의약품의 결함을 주장하게 될 것이고, 앞서 지적한 바와 같이 주로 경고의무가 제대로 이행된 것인가가 문제로 될 것인데, 이때에는 계약업체나 의료기구제조업체로서는 조제한 의사에 대해 경고의무를 다하였음을 입증함으로써, 의사의 과실을 밝히는 수밖에 없을 것이다.

경우에 따라서는 경고가 불충분하다고 인정됨과 동시에 의사로서도 충분한 주의를 다하지 못하였음도 인정될 수 있을 것이다. 이 때에 양자는 부진정연대책임을 부담하여, 환자로서는 어느 쪽에든지 손해배상액 전액을 청구할 수 있을 것이고, 먼저 배상한 측에서는 상대방에 대해 공평의 원칙에 따른 구상권을 행사할 수 있을 것으로 생각된다.

4. 遠隔診療와 製造物責任

의료인의 제조물책임에 관한 이상의 원칙은 원격진료에 있어서도 기본적으로 그대로 적용되어야 할 것이다. 의사는 용역으로서의 의료서비스 자체에 관하여는 과실책임을 부담할 수는 있으나 무과실책임으로서의 제조물책임은 부담하지 않는다. 다만, 원격의료에 있어서 사용된 전자통신장비에 결함이 있을 경우가 문제될 것이고, 또한 완전한 원격의료로 가는 중간형태로서 원격의료로서 진단을 행하고 구체적인 치료행위는 현지의 의사가 담당하는 형태 등에 관하여 약간의 특징이 있을 수 있다.

원격진료에 있어서 고유하게 제조물책임이 문제되는 것은 의약품의 결함인 경우보다는 원격진료에 사용된 기구에 결함이 인정되는 것일 것이

다. 이에 관하여 앞서 살핀 바와 같이 의약품이나 의료기구는 결함의 판단에 있어서 같은 법리가 적용된다. 문제는 원격의료에 사용된 정보통신수단은 주로 컴퓨터프로그램이거나 이를 포함하고 있는 경우가 대부분일 텐데, 이를 동산으로 볼 수 있느냐에 있을 것이나, 앞서 살핀 바와 같이 컴퓨터프로그램이 정보성을 가지기보다 도구성을 가진다고 판단될 경우에는 이를 동산으로 보아야 할 텐데, 원격의료에 사용되는 컴퓨터프로그램은 전형적으로 도구성이 강한 프로그램이라고 생각되어, 제조물책임의 객체로서의 동산에 해당된다고 보아야 할 것이다.

다음에 원격진료의 유형에 따라 문제점을 지적해 본다.

가장 초보적인 형태의 원격진료로서 蓄像問診의 경우에는¹⁶⁸⁾ 이용되는 정보통신기구의 기능이 시정각적인 것에 한정되기 때문에 그 결함으로 인한 사고가 발생할 가능성이 크지 않다.

주로 문제가 될 수 있는 것은 遠隔檢査의 경우이다. 가정에 비치된 단말기를 통해서 혈압, 맥박, 혈중산소포화도, 심전도, 혈당, 비만도 등이 측정되어 그 결과가 담당 의사에게 전송되는 것은 화상문진 보다는 한 단계 더 나아간 원격의료라고 할 것이다.¹⁶⁹⁾ 그런데 이와 같은 원격 검사가 질병의 징후를 살피는 데에 그치지 아니하고 그 결과만을 토대로 특정의 진단이나 투약을 하게 될 경우에 만일 전송수단에 결함이 있어 검사 결과상 오류가 발생한다면가 또는 전자처방전 등 투약과정에서 오류가 발생할 가능성은 상존한다.

이 경우 단말기 등 정보통신기구의 제조상의 결함에 의한 것이 입증된다면, 그 제조업자가 제조물책임을 부담한다고 보아야 할 것이고, 의료인은 책임을 지지 않을 것으로 생각된다.

사용된 정보통신기구가 설계상의 문제점 있는 경우에 관하여는, 앞서 살핀 원칙에 따라 그와 같은 설계상의 문제점이 있는 것을 알았더라면 통

168) 서울대학교 병원 가정의학과에서는 원격진료시스템을 개발하여, 현재 전국의 일반 가정에 ISDN 통신망을 통하여 원격진료를 실시하고 있다. 환자의 PC와 원격진료센터 내의 화상진료시스템이 ISDN등으로 연결되어, 환자와 전문의가 서로의 화상을 보면서 환자의 건강상태를 문진할 수 있으며, 처방전달도 가능하다.

169) 현재 우리나라에서는 메디빌, 페이지 원 등에서 서비스를 행하고 있다.

상적인 의사로서는 이를 사용하지 않았을 것으로 판단되는 정도에 이를 경우에 이를 설계상의 결함으로 인정하여야 할 것이고, 이에 대해 제조업자가 책임을 부담한다고 보아야 한다.

표시상의 결함은 원격진료에 있어서도 가장 민감한 문제이다. 기구의 사용방법에 관하여 제대로 설명 및 경고가 이루어지지 아니하여 사고가 발생한 경우, 이에 대해 표시상의 결함으로 제조물책임이 부과될 것인데, 문제는 제조업계가 의사에게 그 경고를 다함으로서 면책되느냐 하는, learned intermediary rule의 적용 여부가 문제로 된다.

제조업체에서 의사에 대해 충분한 설명을 하였고, 이에 대해 의사측에서 환자에게 설명을 제대로 하지 않은 경우는 의사가 과실책임을 부담하게 될 것이다.

그러나 문제는 의사에게 충분한 설명을 함으로서 제조업자는 책임을 면하는가 하는 점일 것이다. 이에 관하여는 앞서 살핀 바와 같이 learned intermediary rule은 의사가 환자 개개인에 대해 충분한 개인적인 접촉을 함으로서, 그 환자를 가장 잘 알고 있는 의사가 처방을 한다는 데에 기초하고 있는 것이어서, 그와 같은 전제조건을 가지지 못한 경우에는 이 법칙이 적용될 수 없고, 제조자는 환자에 대해 직접적인 설명의무를 부담한다고 보아야 한다. 원격진료에 있어서는 어떠한가? 후자에 가까울 것으로 생각되며, 제조자는 의사에게 행하는 설명과는 별도로 그 기구의 직접 사용자인 환자에 대하여도 충분한 설명과 경고의무를 하여야 할 것으로 보인다. 이와 같은 경고가 불충분한 경우, 표시상의 결함이 인정되어야 한다.

일반적인 진료와 원격진료의 중간형태로서 진단을 원격진료로 행하고 구체적인 치료행위는 현지의 의사가 담당하는 형태에 있어서는 양자 모두 순수한 용역을 제공한 것으로 보아, 제조물책임의 문제는 원칙적으로 발생하지 않고, 양자가 모두 과실책임으로 부진정연대책무를 부담한다고 생각된다. 다만, 한쪽 당사자는 자신의 과실이 없음을 입증하여 책임을 면할 수 있을 것이다.

5. 小結論

원격진료에 있어서는 이상 살핀 바와 같이 의사는 과실책임술, 의료기구의 제조자는 일반 제조물보다는 다소 경감된 내용의 제조물책임술 부담한다고 보아야 한다.

문제는 의료사고가 발생할 경우 피해자가 입는 손해는 대단히 큰 경우가 많음에 비해, 의료기구의 제조업자는 그와 같은 손해를 감당할 자력이 없는 경우가 많아 소비자의 보호에 문제점이 발생할 수 있다는 점이다. 특히 의료기구는 특성상 해외에서 수입하는 경우가 많은데, 우리 제조물책임법에서는 수입업자를 제조업자로 보아 책임의 주체로 삼고 있는데, 이와 같은 경우에는 특히 책임의 주체의 변제자력에 문제가 발생할 가능성이 높은 것이다.

그렇다고 하여 의사에게 무과실책임술 인정하는 것은 적절하지 않다고 생각된다. 이 문제에 관하여는 뒤에서 살피는 바와 같이 궁극적으로는 의사 및 의료기구 제조업자 등에 대해 責任保險 가입이 직접적 간접적으로 강제되는 것이 효과적인 소비자보호방책이 될 것이라고 생각된다.

제 5 장 電子商去來에 있어서 製造物責任 관련 消費者保護對策

제 1 절 序

이상에서 전자상거래에 있어서 제조물책임과 관련하여 유형별로 문제점을 살펴보았다. 우리나라 제조물책임법에 있어서 전자거래와 관련하여 가장 문제로 되는 것은 판매업자가 원칙적으로 책임의 주체에서 제외되는 데에 있으며, 이는 신상품 증거가체품을 중심으로 이루어지는 전자상거래에 관한 한 소비자 보호에 큰 문제가 있을 수 있음을 알 수 있었다. 이와 같은 문제점과 관련된 부분에 한정하여 전자상거래에 있어서 제조물책임 관련 소비자보호대책을 責任保險과 明示 및 告知義務 등을 중심으로 살펴보고자 한다.¹⁷⁰⁾

앞서 지적한 바와 같이 무과실책임 영역에 있는 제조물책임법은 책임보험가입이 강제되는 것이 바람직하다. 그러나 현행 제조물책임법에서 책임보험의 가입이 강제되고 있지 않으므로 문제가 발생하는 것인데, 이에 관하여는 法經濟學的 分析이 중요한 방향제시를 해 줄 수 있을 것이다. 제조물책임의 문제도 따지고 보면, 우리 사회에서 제조물의 결함으로 인한 사고가 발생한 경우, 누구를 통제하는 것이 결함을 예방하고 또 적절한 손해배상을 하는데 가장 경제적인 것이냐 하는 데에서 출발점을 찾을 수 있는 것이다. 그렇다면 앞서 지적한 바와 같이 현대사회에 있어서 유통구조의 기본적인 변화, 그리고 오락, 의료서비스영역을 비롯한 광범위한 부분에 있어서의 전자거래의 활성화라는 변화를 고려할 때, 가장 합리적

170) 제조물책임의 문제 이외에 전자거래에 있어서의 소비자보호의 문제는 주로 去來의 安全性과 個人情報保護 등에 초점이 맞추어져 있다. 전자거래 一般에 있어서의 소비자보호문제에 관하여는, 司法研修院, 電子去來法, 245쪽 이하; 朴熙主, “電子去來에 있어서의 消費者保護”, 인터넷 法律 10호(2002.1.), 103쪽 이하; 오병철, “전자상거래에 있어서의 소비자보호 : OECD 소비자보호 Guideline과 우리 법규와의 비교”, 法學研究9輯(경상대학교, 2000.2.), 41쪽 이하; 李銀榮, “전자상거래와 소비자법”, 比較私法5권2호(동권9호, 2000), 109쪽 이하; 姜馨燦, “EU의 電子商去來 消費者保護 관련 指針에 대한 考察”, 通商法律32號(2000.4.), 6쪽 이하; 宋五植, “電子去來와 消費者保護”, 民事法學17號(1999), 453쪽 이하 등 참조.

인 문제해결방안으로 책임보험 가입의 직접적 간접적 강제가 대안의 하나로 제시되는 것은 지극히 당연한 것이다.

특히 소비자의 보호의 측면에서 볼 때에는 가능한 한 책임보험의 가입이 이루어지는 것이 바람직하다는 점은 재론의 여지가 없다.

전자상거래와 관련하여 생각해 볼 때, 우리 제조물책임법의 특성상 판매업자가 책임의 주체에서 배제되고 있는 반면, 전자상거래의 경우 소비자로서는 판매업자인 인터넷 사이버몰의 신용도를 믿고 중소 제조업체의 신상품, 중저가상품을 구매할 가능성이 많아 제조물책임분쟁의 발생가능성이 크고 피해자의 손해의 보장이 약하다는 문제점에 관하여는 앞서 지적한 바와 같다. 따라서 현 법제하에서 피해자의 보호와 궁극적으로는 전자상거래의 활성화를 위하여 판매업자와 제조업자중 최소한 한 쪽은 책임보험에 가입하도록 하는 것이 바람직하다고 할 것이다.¹⁷¹⁾ 따라서 현 상황에서는 ①제조업자에게 책임보험의 가입을 강제할 수는 없고 또 위에서 지적한 바와 같이 경제적 측면에서의 문제가 있으므로, 차선책으로 인터넷 사이버몰을 통하여 제조업자의 책임보험가입을 사실상 간접적으로 강제하는 방법과 ②판매업자에게 보험가입을 강제하는 방법 등을 생각해 볼 수 있다.¹⁷²⁾

한편 전자상거래와 관련된 제조물책임문제에 있어서 용역의 경우와 같이 무과실책임으로서의 제조물책임이 인정되지 않거나, 온라인게임과 같이 책임인정과정상 여러 가지 복잡한 법적 문제점이 있는 분야가 많이 있는데, 이와 같은 경우에는 안전과 관련된 규정의 정비가 소비자보호를 위하여 중요하다고 생각되어 이에 대하여도 살펴보기로 한다.

171) 책임보험이 가입되지 않은 제조물이 유통되는 것은 마치 무보험차량이 영업을 하고 있는 것과 마찬가지로 위험한 일이다.

172) 전자거래에 있어서 보험과 관련된 문제에 관하여는, 崔秉珪, “電子商去來와 保險”, 經營法律10輯(99.12), 405쪽 이하 참조. 제조물책임에 있어서 보험과 관련된 문제에 관하여는, 池壽鎔, “製造物責任保險”, 소비자문제연구 14호(1994.12.); “製造物責任의立法과 保險의 義務化 方案”, 손해보험 317호(1995.3.); 宋泰會, “製造物責任의立法方向과 賠償責任保險”, 보험조사월보 199호(1994.9.); 鄭益洙, “製造物責任保險 活性化方案”, 손해보험 303호(1994.1.); 徐圭錫, 製造物責任保險研究(학문사, 1980) 등 참조.

제 2 절 製造業者의 責任保險加入의 間接的 強制

소비자보호를 위하여 가장 바람직한 것은 모든 제조업자가 위험의 분산을 위해 자발적으로 책임보험에 가입하는 것일 것이고, 이와 같은 책임보험에 가입하지 아니한 제조업자에 대하여는 인터넷 사이버몰에서 제품을 취급하지 않는 것일 것이다. 그러나 현행 법체계에서는 이를 강제할 수는 없다.

그러나 明示 및 告知義務를 효과적으로 활용한다면, 무보험 제품이 거래되는 것을 최소화할 수 있을 것으로 생각된다.

앞서 지적한 바와 같이 전자상거래소비자보호법에서는 사업자의 명시 의무와 고지 의무에 관하여 정하고 있는데, 이는 주로 사이버몰 운영자의 인적사항에 관한 것(제10조)과 거래조건에 관한 것(제13조)이다.

전자상거래에 있어서 제조물책임과 관련하여 소비자를 보호하기 위해서는 재화 등 거래사전에 관한 정보의 명시 내역에 제조업자의 책임보험가입 여부 및 보험사, 증권번호, 배상한도액 등을 포함시켜 소비자들이 계약의 체결 전에 이를 확인할 수 있도록 하는 것이 바람직할 것이다. 앞서 지적한 바와 같이 최근 제정된 시행령에서는 이를 포함시키고 있는데, 그 구체적 내용은 공정거래위원회에서 고시로 정하여질 것이다(동법 제13조 제3항).

특정 제품에 대한 책임보험 미가입사실이 사이버몰운영자에 의해 고지될 경우, 소비자로서는 구매 결정시 이를 고려할 것이고, 이는 결과적으로 제조업자의 책임보험가입을 간접적으로 강제하여 소비자의 손해배상의 보장에 도움이 될 것이다. 인터넷 사이버몰로서도 제조물책임의 분쟁에 휘말릴 여지가 줄어들게 되어, 상당한 부담을 덜 수 있는 것은 물론이다.

제 3 절 인터넷 사이버몰의 被害補償保險加入의 間接的 強制

1. 公正去來委員會의 保險加入 勸獎權의 限界

앞서 지적한 바와 같이 전자상거래소비자보호법에서는 전자상거래에서의 소비자보호를 위하여 관련사업자에게 소비자피해보상보험계약을 체결

할 것을 勸奨할 수 있는 권한을 공정거래위원회에 부여하고 있다.

그런데 이 규정은 ①보험가입을 권장할 수 있을 뿐 강제할 수 있는 것은 아니라는 점,¹⁷³⁾ ②보험의 수준이 “이 법 위반행위로 인한 소비자피해”의 보상과 결제수단 발행자의 신뢰성 확보에 적절한 수준이면 되는 것으로 정하고 있어(동법 제24조 제2항) 무과실에 의한 제조물책임으로 인한 손해배상이 이에 포함되는 것인지가 불분명하다는 한계점이 있다.

이 조항을 근거로 무과실에 의한 제조물책임까지 보장되는 책임보험의 가입을 권장할 수 있을까? 보상의 범위에 관하여 시행령에 직접 규정한 바는 없다. 다만, 전자결제수단발행자의 피해보상보험은 권장사항이 아니고 의무사항이므로 이에 관하여는 시행령에 규정되어 있는데, 전자결제수단발행자의 신뢰성 확보에 적절한 수준이라 함은, ①소비자 피해보상보험 계약 동의 피보험자는 전자결제수단의 구매자이고, ②소비자 피해보상보험계약 동의 계약금액은 전자결제수단 발행자가 발행하는 전자수단 발행금액의 100분의 70 이상의 금액이며, ③계약 기간은 전자결제수단의 상법상 채권 유효기간 이상이어야 하는 것으로 정하고 있다(동시행령 제28조). 전자결제수단발행자가 가입하는 보험에 관하여는 이와 같이 피보험자, 계약금액, 계약기간 등을 규정함으로써 족할 수 있다. 그러나 인터넷사이버몰의 운영자가 보험에 가입하는 경우에는 운영자가 법률상 배상책임을 부담하는 때에 한하여 이를 보장하는 성격의 보험만으로는 부족하다. 제조업자가 무자력 또는 무보험인 경우 및 제조업자의 신원이 밝혀지기는 하였으나 제조업자가 사망 또는 파산 등으로 소멸한 경우에도 이를 보장하는 성격의 보험에 가입되어야만 소비자의 입장에서 실질적 보장이 이루어지는 것이라고 생각한다.

173) 전자상거래소비자보호법과 같은 날 공포된 방문판매등에관한법률(법률 제6688호)에서는 소비자피해보상보험계약의 체결에 관하여 다단계판매업자는 의무화되어 있으며(동법 제34조 제1항), 방문판매, 전화권유판매, 계속거래의 경우에는 권장할 수 있는 것으로(제2항) 정하고 있다. 전자상거래소비자보호법에서도 제8조제4항의 규정에 의한 전자결제수단의 발행자는 소비자피해보상보험계약이 강제되고 있다(법 제24조 1항 단서 참조).

2. 消費者被害補償保險의 法的 性格과 保障範圍

이와 같은 내용을 보장하는 경우 보험의 성격은 엄밀한 의미의 責任保險은 아니고, 損害保險의 일종에 해당될 것이다.¹⁷⁴⁾

일반적으로 무과실책임영역에서 소비자보호와 사업자보호를 위해 가입하는 보험은 책임보험이라 할 것이나, 전자상거래소비자보호법에서는 전자상거래에서의 소비자보호를 위하여 관련사업자에게 가입을 권장할 수 있는 보험은 “소비자피해보상보험”으로 되어 있다. 그리고 앞서 지적한 전자결제수단발행자가 가입해야 하는 보험의 경우도 피보험자를 소비자로 할 것을 규정한 점을 고려한다면, 공정거래위원회에서 사이버몰 운영자가 법률상 배상책임이 없는 경우에도 제조업자의 사망 무자력 등의 경우에 소비자에게 보험금이 지급되는 내용의 소비자피해보상보험을 가입하도록 권장하는 것은 위법이 아닐 것으로 생각된다.

이와 관련하여 사이버몰 운영자에게 권장되는 보험의 범위에 관하여 정부에서 어떠한 입장을 취하고 있는지는 시행령에서 간접적으로 추론해 볼 수 있다. 시행령 제28조 제3항에서는 사이버몰운영자가 법 제24조 제5항에 따라 보험가입의 표시를 할 수 있는 기준에 관하여 정하고 있는데, ① 소비자 피해보상보험 계약 등의 피보험자가 재화 등의 구매자일 것 ② 소비자 피해보상보험 계약 등의 계약금액은 재화등의 매매금액 이상으로 하고, 계약기간은 7일 이상의 기간으로 할 것 ③사업자는 소비자 피해보상보험 계약 등을 체결한 사실을 매매대금결제에 앞서 계약 사실을 증명할 수 있는 서면(전자문서를 포함한다)을 첨부하여 소비자에게 통지할 것 등으로 규정하고 있다. 피보험자를 구매자로 하였다는 점, 계약금액을 매매대금 이상으로 하였다는 점등을 고려할 때에는 엄밀한 의미의 책임보험에 한정하지 않는 것으로 볼 수 있으나, 계약금액이 어느 정도이어야 하는지 구체적으로 정하지 아니하였다는 점, 계약기간을 단기로 한 점등을 고려한다면 앞서 지적한 충분한 보장의 손해보험을 염두에 두고 있는 것이라고 단정하기는 어렵다. 그러나 이는 보험가입을 표시할 수 있는 자

174) 責任保險에 관하여는, 鄭燦亨, 商法講義(下), 616쪽 이하 참조.

격에 관한 규정일 뿐이므로, 이를 근거로 가입을 권장하는 보험의 보장 범위가 제한된다고 해석할 필연성은 없을 것이다.

3. 保險加入의 間接的 強制 手段

손해보험적 성격의 소비자 피해보상보험을 가입하도록 권장할 뿐 아니라 사실상 간접적으로 강제하는 것은 필요하고도 타당할 것으로 보이며, 이 또한 명시적무를 통해 가능할 것이다.

전자상거래소비자보호법 제10조에 의하면 그밖에 소비자 보호를 위하여 필요한 사항으로 대통령령이 정하는 사항을 명시적무의 대상으로 정하고 있으므로, 인터넷 사이버몰이 소비자피해보상보험에 가입하였는지 여부 및 그 보험의 보장범위를 대통령령에서 명시대상으로 정하면 될 것이다.

또한 인터넷 사이버몰의 소비자피해보상보험에 가입한 경우에는 그 사실을 나타내는 표지를 사용할 수 있는 바(동법 제24조 제5호), 이 경우에도 가입한 보험의 종류에 따라 달리 표지하도록 한다면,¹⁷⁵⁾ 간접적으로 보험의 가입이 강제될 수 있을 것이다.¹⁷⁶⁾

제 4 절 인터넷 사이버몰 利用 標準約款의 補完

위와 같이 전자상거래를 통하여 제조물을 공급하려는 제조업자 및 인터넷 사이버몰 운영자의 보험가입을 간접적으로 강제하는데 있어서, 인터넷 사이버몰 이용표준약관(공정거래위원회)이 개정되어 인터넷 사이버몰의 2차적인 책임 및 보험가입 관련 규정이 보완다면 소비자보호에 있어서 결정적인 도움이 된다.¹⁷⁷⁾

175) 좁은 의미에서 전자상거래등에서의 소비자보호에 관한 법률에 위반하여 소비자가 입은 피해의 보상에 관한 보험(예컨대 전자상거래책임보험이라고 칭할 수 있을 것이다.)과 제조업자가 배상하지 못하는 경우 인터넷 사이버몰이 2차적인 책임을 부담하고 이에 관한 보상에 관한 보험(예컨대 전자상거래종합보험 또는 전자상거래피해자보상보험이라고 칭할 수 있을 것이다.)을 구분하여 표지하도록 하자는 것이다.

176) 통신판매업체 등은 협회 차원에서 단체보험을 가입하고 있어, 스스로 책임보험의 필요성을 현장에서 느끼고 있는 것으로 평가할 수 있다. “통판협, 손보사 3곳과 PL단체보험 협정” 디지털타임스 2002.8.12.자 참조.

177) 인터넷 사이버몰 이용 표준약관상 예컨대 다음과 같은 조항을 두자는 것이다.

이 점에 관하여는 경제적인 측면에서의 정책적 고려와 보험상품의 개발 등 실무적인 문제가 있으나, 제조물책임법 환경하에서 전자상거래의 안전성과 활성화를 위하여는 조속한 시일 내에 정비될 필요가 있을 것으로 생각한다.

제 5 절 虛偽·誇張된 表示·廣告의 規制

그밖에 전자상거래와 관련하여 제조물책임사고의 발생을 예방하기 위하여 필요한 것 중의 하나는 허위 과장광고에 대한 적절한 규제라고 할 것이다. 이 점에 관하여는 표시·광고의공정화에관한법률이 제정되었고, 공정거래위원회의 중요한표시·광고사항 고시 등에 의해 규율되고 있으나, 제조물책임법 제정이라는 환경변화에 따른 대응이 필요할 것이다.¹⁷⁸⁾

제 6 절 安全性에 대한 規定의 必要性

1. 序

앞서 살핀 바와 같이 인터넷게임, 원격진료 등 전자상거래에 있어서 제조물책임법이 직접적으로 적용되기 관한하거나 적용상 어려움이 있는 분야에 있어서는 소비자의 보호가 기존의 민법상 과실책임이론에 의해 해결되는 방법밖에 없다.

이와 같은 분야에서는 민법상 과실책임이론을 적용하여 소비자를 보호하는데 있어서 가장 큰 어려움은 가해자측의 행위의 위법성 및 과실을 밝히는 일이다. 이와 같은 분야는 새로운 사회현상인 관계로 위법성 및 과실을 인정하는 한계가 뚜렷하지 못하여 이를 판단하기 어렵다는 문제점이 있다.

제00조 (제조물책임보험) ①“플”은 제조물책임보험에 가입된 제품만을 공급합니다.

②“플”은 공급된 제조물이 제조물책임보험에 가입되지 않았거나 보험이 실효된 경우 금 000원의 한도 내에서 2차적인 책임을 부담합니다.

③“플”은 전항의 책임을 보장하기 위하여 소비자피해보상보험에 가입합니다.

178) 그밖에 인터넷상의 표시 광고의 문제점에 관하여는, 鄭坡雨, “인터넷 廣告의 法的 問題點과 그 解決方案”, 인터넷 法律 5호(2001.3.), 68쪽 이하; 金聖虎, “인터넷배너 廣告의 연계(triggering)에 대한 法的 問題”, 인터넷 法律 11호(2002.3.), 100쪽 이하 등 참조.

따라서 소비자의 보호를 위하여는 구체적인 안전관련 규정이 신설되거나 정비될 필요가 있다. 인터넷게임이나 원격진료와 관련하여 안전관련규정이 신설되거나 정비될 경우, 이를 준수하지 않은 사안에 대하여는 제조물책임 또는 과실책임을 묻기 용이하게 될 것이고, 한편으로는 이들 규정이 사업자에게는 행위의 구체적인 준칙으로 작용할 수 있기 때문에 책임의 인정 여부 및 범위를 정하는데 있어 도움이 될 수 있을 것이다.

이와 같은 규정은 단지 정부가 제정한 법률, 시행령, 시행규칙, 고시 등에 한정되어야 하는 것은 아니다. 관련 전문기관이나 소비자단체에서 권장사항으로 정하는 가이드라인도 중요한 기능을 할 수 있다. 이와 같은 가이드라인은 그 자체가 법규는 아니고 주의의무위반 여부를 판단하는 직접적 기준이 되는 것은 아니지만, 법원에서 주의의무위반 또는 결함여부를 판단하는데 있어서 중요한 참고자료가 될 수 있을 것이다.

2. 인터넷게임의 경우

인터넷게임의 경우에는 폭력성, 사행성 등 내용상의 문제점, 과다접속 사용에 의한 중독을 막기 위한 사용시간의 제한과 주기적인 경고, 특히 미성년자의 이용제한 등에 관하여 구체적인 기준이 마련되는 것이 바람직할 것이다.

이 점에 관하여 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(법률 제6585호 일부개정 2001.12.31.)에서는 정보통신부장관은 정보통신망의 이용촉진 및 안정적 관리·운영과 이용자의 개인정보의 보호 등을 통하여 정보사회의 기반을 조성하기 위한 시책을 마련하여야 한다고 정하고 있고(법 제4조 제1항), 정보통신망을 통하여 유통되는 음란·폭력정보 등의 유해한 정보로부터 청소년을 보호하기 위한 시책을 마련하여야 하도록 하고 있으며(법 제41조), 특히 청소년유해매체물의 표시에 관하여 정하고 있다(법 제42호).

청소년보호법(법률 제6479호, 일부개정 2001.5.24.)에서도 청소년유해매체물에 관하여 규정하면서(법 제2조), 매체물의 범위(제7조), 청소년유해매체물의 심의기준(제10조) 및 결정절차(8조), 등급제도(제9조), 표

시의무(제14조), 판매금지(제17조), 청소년유해매체물의 고시(제22조) 등에 관하여 정하고 있다.

그러나 현재의 이와 같은 규정이 인터넷게임의 문제점을 해결하는데 충분하지는 의문이다. 우선 현재까지의 규정들은 청소년들만을 보호대상으로 하고 있고 성인은 제외되어 있으며, 폭력성과 음란성을 중심으로 규제하고 있을 뿐 중독성의 문제에 관하여는 적절한 대책이 없다. 또한 표시의무도 인터넷게임의 중독성의 위험 등에 관한 경고로는 충분하지 않은 것으로 보인다. 보다 근본적으로는 인터넷게임의 안전성을 프로그램기획 단계에서부터 규제할 수 있는 구체적인 가이드라인이 되지 못한다는 문제점을 가지는 것이다.

따라서 인터넷게임에 관하여는 정부 또는 민간단체에서 구체적인 안전 가이드라인을 제정하는 것이 필요할 것이다. 정부가 구체적인 규정을 제정하는 데에는 입법절차상의 각종 어려움이 있을 뿐 아니라 행정규제기본법에 의한 규제완화문제가 걸림돌이 될 수 있으므로,¹⁷⁹⁾ 민간단체에 의한 가이드라인의 제정이 효과적일 것으로 생각된다. 이 점에 관하여 정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률 시행령 제20조에서는 청소년 보호를 위한 학부모·교사 또는 민간단체 등의 자율적인 감시·상담·피해구제활동의 촉진 및 지원활동을 하여야 하는 것으로 되어 있는데, 이는 민간단체가 인터넷게임의 안전성을 위한 가이드라인을 제정하고 정부가 이를 지원할 수 있는 근거가 될 수 있을 것으로 생각된다.

3. 遠隔診療의 경우

원격진료에 관하여는 의료용구의 안전기준에 관한 규정의 정비가 필요하다.

179) 실제로 사업자측에서는 PL법의 시행으로 오히려 규제가 완화되어야 한다고 주장하기도 한다. 전경련은 PL법 시행에 따라 제품 결함으로 피해가 발생할 경우 사업자가 손해배상 책임을 져야 하면서도 사전적으로 형식 승인, 안전검사, 표시·광고 규제 등을 받아야 하기 때문에 시장 수요의 변화에 신속하게 대응하지 못하고 기업 경영활동에 창의성을 발휘하기 어렵다고 지적한 바 있다. “전경련, ‘PL법 중독규제 대폭정비 시급’” 내외경제신문 2002.8.7.자 참조.

의료용구는 약사법에 의하여 규율되고 있는데, 약사법에 의하면 의료용구의 제조를 업으로 하고자 하는 자는 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 식품의약품안전청장의 허가를 받아야 하고(약사법 제26조 제1항), 허가를 받고자 하는 품목이 신약 또는 식품의약품안전청장이 지정하는 의약품 또는 의료용구인 경우에는 안전성·유효성에 관한 시험성적서·관계문헌 기타 필요한 자료를 보건복지부령이 정하는 바에 의하여 제출하여야 한다(제6항).

이에 따라 의료용구의허가등에관한규정,180) 의료용구의지정등에관한규정,181) 의료용구의안전성·유효성심사에관한규정182) 등이 식품의약품안전청에 의해 제정되어 적용되고 있다.

이와 같은 식품의약품안전청의 규정들이 의료용구의 안전성에 관한 규제를 하고 있기는 하나, 이들은 전통적인 의미의 의료용구를 전제한 규정들이어서, 원격진료에 이용되는 정보통신기구로서의 의료용구에 관하여 규율하기는 충분하지 않은 것으로 생각된다.

4. 規定의 遵守 또는 違反의 效果

이상과 같은 각종 안전관련규정이 제정 또는 정비되었을 경우에, 제조업체로서 이를 준수하는 경우도 있고 위반하는 경우도 있을 것이다. 그 효과는 민사책임과 관련하여 어떠한지에 관해 살펴본다.

우선, 제조업자가 규정을 준수하였다 하여 제조물책임법에 있어서 결함을 부정할 수 있는 것은 아니다. 제조물책임법에서는 제조업자의 면책사유로서 “제조물의 결함이 제조업자가 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실”을 입증하는 경우를 들고 있는데(법 제4조 제1항 제3호), 이 규정은 오해의 소지가 있으므로 유의할 필요가 있다. 즉, 이 규정이 ‘제조업체로서 법령상의 기준을 준수하기만 하면 결함이 있더라도 면책된다’는 취지로 잘못 해석되어서는 안된다는

180) 식품의약품안전청 고시 제2000-46호, 2000.9.22. 개정

181) 식품의약품안전청 고시 제2000-37호, 2000.8.1. 개정

182) 식품의약품안전청 고시 제2001-65호, 2001.10.29.

것이다. 이 규정은 법령이 정하는 기준을 맞추느라고 어쩔 수 없이 결함이 야기된 경우 면책될 수 있다는 취지이지, 법령상의 기준을 맞춘 경우에는 어느 경우에도 면책되는 것은 아니라는 것이다. 결국 법령상의 기준은 그 분야에서 요구되는 최소한의 기준에 불과한 것이고, 경우에 따라서는 법령상의 기준보다 더 높은 기준의 안정성이 거래상 요구되는 경우가 많은데, 이 경우 더 높은 기준이 적용된다는 것으로 이해하여야 한다.

반대로, 규정을 위반한 경우에는 어떻게 되는가? 그 규정이 안전과 관계되는 것인 한, 이를 위반한 경우에는 당해 제조물이 결함이 있는 것으로 인정되어야 한다.¹⁸³⁾

과실책임에 있어서는 제조물책임의 경우와 다를 수 있다. 과실 여부를 판단함에 있어서는 규정의 준수 여부가 문제로 되는 것이 아니라, 주의 의무를 다하였느냐 여부가 문제로 되므로, 판단 기준이 서로 다르기 때문이다.¹⁸⁴⁾

183) 미국 판례에 있어서 정부규정 준수 및 위반의 효과에 관하여는, Restatement § 4 (1) (2); Litigation, 182~185쪽 등 참조.

184) 예컨대 응급상황 기타 특수한 사정이 있을 경우에는 규정을 준수하지 아니하였다 하여 과실이 있는 것으로 판단할 수 없을 것이다. Restatement § 4 comment d. 참조.

제 6 장 結 論

이상에서 전자상거래를 통하여 공급된 제조물에 결함이 있어 손해가 발생한 경우의 법률관계에 관하여, 컴퓨터 소프트웨어의 제조물성, 판매업자의 책임문제 등을 중심으로 법리를 살펴보고, 전자상거래의 유형별로 제조물책임법상 있을 수 있는 문제점들을 各論적으로 정리해 보았다.

소비자보호관련 다양한 법률의 시행에 있어서, 그 성공적 정착을 위하여는 개개 법률의 합리적 해석 적용 못지 않게 중요한 것이 각 법률 상호간에 유기적인 관계의 정립과 피해자에 대한 손해배상 보장제도, 효과적이고 경제적인 피해 구제 절차의 완비 등이라고 할 것이다.

특히 제조물책임법에 관하여 이 법이 가지는 책임법으로서의 법적 성격을 고려한 규범목적적 해석이 중요하다고 생각된다. 그와 같은 맥락에서 민법 및 전자상거래소비자보호법과의 관계가 이해되어야 한다.

전자상거래에 의하여 공급된 제조물의 결함으로 인한 사고에 있어서 기본적으로 적용되어야 하는 법은 제조물책임법이라고 할 것이고, 제조물책임법의 규범의 추상성으로 인하여 발생하는 해석과정 중 민법을 적용할 경우에는 규범목적에 따라 책임법적 측면에서 해석되어야 한다. 전자상거래소비자보호법은 원칙적으로 제조물책임문제에 관한 기본법이 될 수는 없으나, 우리 제조물책임법이 가지는 소비자보호상 문제점을 해결하는 보충적 수단을 제공해 줄 수 있다는 데에서 그 의미를 찾을 수 있을 것이다.

전자상거래에 의하여 공급된 제조물의 결함으로 인한 사고에 관하여 소비자를 보호하기 위하여는 다음과 같은 관련법의 해석적용 또는 입법상의 보완이 필요하다고 생각되어, 결론에 갈음하여 정리해 본다.

첫째, 전자상거래에 있어서 판매업자의 제조물책임에 관하여는 적극적으로 인정하여야 할 것으로 생각한다.

이에 관하여는 다른 의견이 있을 수 있고 또한 우리 제조물책임법에서는 판매업자의 제조물책임에 관하여 보충적으로 인정하고 있기는 하나, 변화하는 유통환경에 있어서 판매업자에게 책임을 부과하는 방향으로 운영되는 것은 소비자의 보호를 위하여 반드시 필요한 것이라고 생각한다.

이와 관련하여 사건은 최소한 제조업자의 무자력의 경우에는 판매업자가 보충적인 책임을 부담하는 방향으로 법개정이 이루어지는 것이 타당할 것으로 본다. 그러나 제조물책임법의 시행 초기인 현재의 상황으로서는 법개정이 이루어지기는 쉽지 않을 것으로 생각된다. 하지만 그 대안으로서, 인터넷쇼핑물표준약관, 표시의무의 이행, 소비자피해보상보험과 관련된 시행령·시행규칙 등의 정비를 통하여 유사한 효과를 얻을 수 있을 것으로 본다.

둘째, 무형의 지적산물로서의 컴퓨터프로그램에 관하여 책임법적 측면에서의 재평가가 필요하다.

컴퓨터프로그램과 관련된 기존의 이론이나 법규정들은 주로 권리의 대상으로서의 측면에 치우쳐 있고, 책임의 객체로서의 연구는 상대적으로 미흡한 것이 현실이라고 생각된다. 그러나 컴퓨터프로그램, 특히 도구적 성격이 강한 컴퓨터프로그램은 정보화사회의 발전에 따라 생활필수품으로서의 의미를 가지게 되며, 그에 따라 제조물책임법이 적용되어야 할 중요 분야로 되는 것이다. 책임법적 측면에서 컴퓨터프로그램을 규율하는 것은 우선 상품화되는 컴퓨터프로그램에 대한 기본적인 안전기준을 마련하는 방법에 의하여 그 책임의 요건과 효력에 관한 세부 이론이 형성되어갈 수 있을 것으로 생각된다.

셋째, 전자상거래에 의한 용역 거래와 관련하여, 용역은 제조물책임법의 대상이 되지 않는다는 일반론만으로는 소비자를 보호하기에 충분하지 않은 것으로 생각된다.

전자상거래에 의한 용역의 제공은 비대면거래의 특성을 가지고, 제공되는 용역이 定型化되고 있다는 점, 나아가 용역제공의 수단으로 제공되는 프로그램이나 장비의 결함으로 인하여 손해가 발생할 수 있다는 점, 과실의 입증상의 어려움에 관하여 소비자로서는 일반 대면거래로서의 용역의 거래와는 다르고 오히려 제조물의 공급과 유사하다는 점등을 고려한다면, 일반 제조물의 공급과 같은 법리로 규율할 필요성이 존재한다고 생각된다.

그러나 용역의 거래가 제조물책임의 범위에서 제외된 현행 제조물책임법하에서 함부로 그 적용범위를 확대해석할 수는 없는 것이다. 따라서 이에 대한 보완책으로 전자상거래에 의하여 공급되는 용역의 유형에 따라

감독관청에 의한 안전관련 규정, 사업자단체에 의한 안전관련 자치규정, 또는 소비자보호단체에 의한 안전관련 가이드라인의 제정이 필요하다고 생각된다.

이를 위하여 전자상거래에 의한 용역거래에 있어서 발생하는 소비자피해의 사례유형과 그 보호과정상 법적 문제점에 관한 조사연구가 중요하다고 생각된다. 특히 새로이 문제로 제기되고 있는 인터넷게임중독, 인터넷경매 등과 관련된 문제는 그 실증적 조사연구 없이는 적절한 법리형성이 불가능한 것이라고 생각된다.

넷째, 무과실책임 분야로서의 제조물책임법은 보험과의 불가분의 관계에 있고, 어떠한 보험이 운용되는가는 특히 전자상거래에 의한 제조물결함사고에 있어서 소비자보호문제와 직결된다.

따라서 개발되는 보험상품의 보장범위, 가입이 강제 또는 권장되는 보험의 내용은 단순히 책임보험적인 측면에서 결정될 것은 아니라고 본다. 사업자의 배상책임을 대신하는 측면보다는 소비자의 손해를 현실적으로 전보하는 측면에서 보험이 운용된다면, 현행 제조물책임법의 문제점을 상당부분 보완할 수 있을 것으로 생각된다.

제조물책임법 문제는 새로이 형성되어가고 있는 분야로서, 소비자보호를 위한 구체적 법이론을 발전시키기 위하여는 총론적이나 법이념적인 측면에서의 추상적 연구만으로는 충분하지 않다. 오히려 현 상황에서 시급히 요구되는 것은 전자상거래에 의한 제조물책임문제를 유형별로 검토하고, 各論에 대한 學際間 研究 및 實證的 研究를 행하는 것이라고 할 것이다. 이를 향후 과제로 남기고자 한다.

참고문헌

< 국내문헌 >

- 강성진, "EU의 電子商去來 消費者保護 관련 指針에 대한 考察", 通商法律32號, 2000.4.
- 경익수, "製造物責任保險 活性化方案", 손해보험 303호, 1994.1.
- 권영준, "著作權 侵害에 대한 온라인서비스 提供者의 責任", 서울대학교 석사학위논문, 2000.2.
- 김범철, "제조물책임법에 관한 연구", 법조 통권 521호, 2000.2.
- 김성천, "인터넷상의 범죄와 형법의 적용", 인터넷법률 9호, 2001.11.
- 김계완, "전자상거래에 있어서 제조물책임에 관한 사업자의 항변사유", 인 권과 정의 311호, 2002.7.
- _____, "제조물책임법의 시행과 기업·법률가의 과제", Jurist 381호, 2002.6.
- 김형준, "사이버와 형법의 대응", 인터넷법률 10호, 2002.1.
- 박기동, "미국의 제조물책임과 사실추정의 법리", 판례실무연구Ⅲ, 1999.
- 박연철, "제조물책임에 있어서의 결함의 의미 등", 판례연구 13집, 2000.
- 박희주, "電子去來에 있어서의 消費者保護", 인터넷 法律 10호, 2002.1.
- 변중필, "인터넷게임 아이팅과 재산범죄", 인터넷법률 5호, 2001.3.
- 사법연수원, 電子去來法, 2001.
- 서규석, 製造物責任保險研究, 학문사, 1980.
- 송오식, "電子去來와 消費者保護", 民事法學 17號, 1999.
- 송태희, "製造物責任의 立法方向과 賠償責任保險", 보험조사월보 199호, 1994.9.
- 안법영, "컴퓨터 프로그램의 權利對象性-獨逸聯邦法院(BGH) 判決例의 比較的 分析 檢討", 2000년 학술진흥재단연구보고서.
- 양창수, "프랑스의 새로운 제조물책임법", 민법연구 제6권, 2001.
- _____, "한국의 제조물책임법", 서울대 법학 제42권 2호, 2001.

참고문헌

- _____, "미국의 제조물책임법", 저스티스 27권 1호, 1994.7.
- 염동신, "온라인서비스 提供者의 刑事法的 責任 -獨逸 「聯邦情報通信事業 法」을 中心으로", 인터넷 法律 5호, 2001.3.
- 연기영, "제조물책임법의 제정과 기업의 대책", 비교사법 제6권 1호, 1999.
- 오병철, 디지털 정보거래의 성립에 관한 연구, 한국법제연구원, 2001.
- _____, "전자상거래에 있어서의 소비자보호 : OECD 소비자보호 Guide-line과 우리 법규와의 비교", 法學研究 9輯, 경상대학교, 2000.2.
- 원형식, "사이버공간에 있어서 우리나라 형법의 적용범위", 인터넷법률 10호, 2002.1.
- 윤선희, "情報通信社會에서의 인터넷서비스운영자에 대한 고찰", 인터넷 法律 11호, 2002.3.
- 이광진, "인터넷 시대에서의 표현의 자유", 인터넷법률 8호, 2001.9.
- 이병준, "인터넷 競賣에서 當事者사이의 法律關係", 인터넷 法律 10호, 2002.1.
- 이순형, "사이버성폭력의 실태와 그 대응책(주제발표)", 사이버성폭력의식 과 실태 조사, 정보통신윤리위원회, 2000.5.31.
- 이승호, "사이버 명예훼손의 처리과정에서 제기되는 법적 과제", 인터넷법률 10호, 2002.1.
- 이영애, "제조물책임법리의 동향", 민사재판의 제문제 제8권, 1994.
- 이은영, "전자상거래와 소비자법", 比較私法 5권 2호 통권 9호, 2000.
- 정 완, "사이버공간에서의 성폭력 실태와 그 대응책", 인터넷법률 10호, 2002.1.
- 조규장, "物件의 瑕疵擔保責任-現行法規정의 批判的 考察", 法學論集 제 21집, 高麗大學校, 1983.
- 지수현, "製造物責任保險", 소비자문제연구 14호, 1994.12.
- _____, "製造物責任의 立法과 保險의 義務化 方案", 손해보험 317호, 1995.3.
- 최병규, "제조물책임보험의 현황과 활성화방안연구", 비교사법 제6권 1호, 1999.
- _____, "電子商去來와 保險", 經營法律 10輯, 1999.12.

- 한국법제연구원, 디지털경계시대의 소비자보호와 법(II)-전자상거래와 제조물책임, 2002.4.25.
- 한국소비자보호원, 인터넷경품의 소비자문제와 개선방안, 소비자보호원 사이버소비자센터 사이버조사거래팀 보고서, 2000.11.
- _____, PB(유통업체 자체상표:Private Brand)상품 판매실태 및 활성화 방안, 소비자보호원 생활경제국 보고서, 1998.7.
- _____, 온라인게임 서비스제공 및 이용실태 조사결과, 생활경제국 거래개선팀, 2000.7.
- _____, 사이버병원관련 법률적 문제와 소비자보호, 사이버소비자센터 보고서, 2001.8.
- 한봉희, 製造物責任法論, 大旺社, 1997.
- 현대호, “디지털시대에 있어서 데이터베이스의 법적 보호”, 인터넷법률 6호, 2001.5.

< 외국문헌 >

- 升田 純, 製造物責任法の 制定まで, 新現代損害賠償法 講座 3, 日本評論社, 1997.
- Ausness, The Application of Product Liability Principles to Publishers of Violent or Sexually Explicit Material, 52 Fla.L.Rev. 603, 2000.
- Cho, Kyu-Chang(조규창), Die Haftung des Warenherstellers gegenüber Endnehmern und Dritte (Inaugural-Disser-tation zur Erlangung der Doktorwürde, Univ. zu Köln, 1982).
- Comment, Pharmaceutical Manufactures and Consumer-Directed Informaion-Enhancing The Safty of Prescription Drug Use, 34 Cath.U.L.Rev. 117, 1984.
- Comment, Products Liability: The Continued Viability of the Learned Intermediary Rule as it Applies to Product

참고문헌

- Warnings for Prescription Drugs, 20 Univ. Rich.L. Rev. 405, 1986.
- David A. Fischer, Michael Green, William Powers, Jr., Joseph Sanders, Product Liability Cases and Materials Third Edition(American Casebook Series, West Group, St. Paul, Minn., 2002).
- Day, Publications That Incite, Solicit, or Instruct: Publisher Responsibility or Caveat Emptor? 36 Santa Clara L. Rev. 73, 1995.
- Epstein, Richard A., Modern Product Liability Law, Westport, Quorum Books, 1980.
- Gemignani, Product Liability and Software, 8 Rutgers Computer & Tech.L.J. 173, 196~99, 1981.
- James A. Henderson, Richard N. Peason, John A. Siliciano, The Tort Process, Aspen Law & Business, 1999.
- Mark A. Kinzie·Christine F. Hart, Product Liability Litigation, West Legal Studies, 2001.
- Myers, Note, Read at Your Own Risk: Publisher Liability for Defective How-to-Books.(Case Note), 45 Ark. L.Rev. 699, 1992.
- Noah, Authors, Publishers, and Product Liability: Remedies for Defective Information in Books, 77 Or.L.Rev. 1195, 1998.
- Note, Computer Software and Strict Products Liability, 20 San Diego L.Rev. 439, 1983.
- Note, Easing Plaintiff's Burden of Proving Negligence for Computer Malfunction, 69 Iowa L.Rev. 241, 1983.
- Note, Negligence: Liability for Defective Software, 33 Okla. L.Rev. 848, 1980.

- Note, Products and the Professional: Strict Liability in the Sale-service Hybrid Transaction, 24 Hastings J. 111, 116, 1972.
- Note, Strict Products Liability and Computer Software: Caveat Vendor, 4 Computer/L.J. 373, 1983.
- Phipps, When Does a "Service" Become a "Sale"? 39 Ins. Counsel J. 274, 1972.
- Polinsky, A. Mitchell and Rogerson, William P., 'Product Liability, Consumer Misperceptions, and Market Power', 14 Bell Journal of Economics, 1983.
- Powers, Distinguishing Between Products and Services in Strict Liability, 62 N.C.L.Rev. 415, 1984.
- Spence, A. Michael, 'Consumer Misperception, Product Failure and Product Liability', 44 Review of Economic Studies, 1978.
- Tamar V. Terrian, Direct-to-Consumer Prescription Drug Advertisement, 25 Am. J. L. & Med. 149, 157, 1999.
- The American Law Institute, Restatement of the Law, Torts, Products Liability, American Law Institute Publishers, 1998.
- Thompson, The Drug Manufactier's Duty to Warn-To Whom Does it Extend?, 13 Fla.St.U.L. Rev. 135, 1985.
- Viscusi, W. Kip, 'The Dimensions of the Product Liability Crisis', 20 Journal of Legal Studies, 1991.
- Welling, Linda, 'A Theory of Voluntary Recalls and Product Liability', 57 Southern Economic Journal, 1991.
- Wolfson, Express Warranties and Published Information Content under Article 2b: Does the Shoe Fit?, 16 J.Marshall J. Computer & Info. L. 337, 1997.