

## 개발위험의 항변과 형법적 제조물책임 : 가습기 살균제 등 대량생산되어 사용되는 일상생활용품의 사례를 중심으로\*

김 호 기\*\*

### 국 | 문 | 요 | 약

대량생산되어 소비되는 일상생활용품에 결함이 있으나 제품 제조 당시에는 과학기술수준의 한계로 인하여 결함 여부를 인식할 수 없었던 경우, 설령 그것이 법익침해의 결과로 이어진다고 하여도 제조자를 작위범으로 형사처벌할 수는 없다. 이때에는 제조자에게 어떠한 주의의무 위반을 인정할 수는 없기 때문이다. 그러나 이와 같은 사례에서 제조자에게 그러한 결함이 현실화되어 법익침해의 결과가 발생하지 않도록 적극적으로 작위로 나아가야 할 형법적 의무를 부과할 것인지의 여부는 전혀 다른 문제로서 별도로 검토하여야 한다.

지금까지는 제조자에 대하여 형법적 제조물책임을 인정하는 근거로서 선행행위 이론과 거래안 전의무 이론이 주로 제시되어 왔다. 그런데 이 글에서 논의하는 사례, 즉 제조자에게 개발위험의 항변이 인정되는 사례에서는 우리나라의 제조물책임법이 형법적 작위의무의 발생근거가 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 제조물책임법 제4조 제3항은 제조자에게 제품을 제조, 판매한 이후에도 제품의 결함 여부를 지속적으로 감시하고 결함이 있음을 알게 된 경우 그것으로 인하여 손해가 발생하지 않도록 적절한 조치를 취할 의무, 즉 제조물계속감시 의무를 부과하고 있다. 그런데 제조물계속감시 의무가 제조물책임법에 규정되어 있기는 하지만, 그것이 소비자의 법익보호를 위하여 매우 중요한 의미를 지니고 있음을 고려한다면 이를 형법적 작위의무로 보는 것이 타당할 것이다. 다만 민사법적인 관점에서 논의되는 제조물계속감시 의무의 내용이 곧 형법적 제조물계속 감시 의무의 내용으로 인정받을 수는 없다는 점에 유의할 필요가 있을 것이다. 민사법적 제조물계속 감시 의무의 내용으로 논의되는 것 중에서 어느 것을 형법적 의무로 인정할 것인가의 문제는 자유주의적 법익보호 원칙이나 형법의 최후수단성 원칙 등을 고려하여 개별적으로 검토해야 하는 것이다.

❖ 주제어: 개발위험, 형법적 제조물책임, 가축분무기 판결, 제조물계속감시 의무

\* 논문심사를 통하여 다양한 개선점을 지적하여 주신 심사자 분들께 감사드립니다.

\*\* 부교수, 서울시립대학교 법학전문대학원

## I. 서론

대량생산과 대량소비가 일상화된 오늘날의 산업사회에서는 제품에 결함이 존재하고 이로 인하여 불특정 다수의 소비자들에게 법익침해의 결과가 발생할 가능성이 증가하고 있다. 그런데 국가기관이나 생산, 유통, 소비에 관여하는 자가 노력한다고 하여도 이러한 유형의 법익침해 내지 그 가능성을 완전히 예방하는 것은 불가능하다. 예컨대 일상생활용품은 대부분 표준화되고 규격화되어 기계화된 생산 시스템에 의하여 제조되고 있기에 일정한 수준 이상의 품질을 유지하고 있는 것이 일반적이지만, 생산공정이 언제나 100% 완벽하게 작동할 것을 기대할 수는 없으며 극소수 일지라도 결함 있는 제품이 제조될 가능성은 언제나 존재한다. 나아가 제조 당시의 과학기술 수준의 한계로 인하여 제품의 결함 내지 위해성을 사전에 인식할 수 없었던 경우도 존재할 수 있다. 제조자는 시장에서 경쟁우위를 확보하기 위하여 끊임없이 혁신을 추구하게 되며, 이 과정에서 새로운 기술, 새로운 원료를 사용하여 제조한 제품을 시장에 지속적으로 공급하게 된다. 그런데 제조 당시 제품의 위해성 여부를 판단하기에 충분한 정도로 과학지식이 축적되어 있지 않다면 — 제조자가 자신에게 부과된 모든 주의의무를 충실히 이행한다고 하여도 — 사전에 제품의 위해성을 알아내는 것은 사실상 불가능한 것이다.

민사법 영역에서는 특히 후자의 사유로 인하여 결함이 있는 제품이 제조, 유통될 위험을 개발위험으로 지칭하고 있다. 그리고 개발위험이 현실화되어 손해가 발생하는 경우 제조자가 그것에 대하여 배상책임을 부담하여야 하는가에 대하여서는 견해가 나뉘고 있으나, 다수의 국가에서는 이른바 개발위험의 항변을 인정하여 제조자의 책임을 면제해 주고 있다.<sup>1)</sup> 우리나라 제조물책임법도 제4조 제1항 제2호에서 “제조업자가 해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실”을 입증하는 경우 손해배상책임을 부담하지 않도록 규정함으로써 제조자에 대하여 개발위험의 항변을 인정하고 있다.

민사상 손해배상책임의 인정 여부와는 별개의 문제로서 개발위험이 현실화되어

1) 개발위험의 항변에 대한 세계 각국의 입법례에 대하여서는 최동식, “製造物責任法上 缺陷 概念과 開發危險의 抗辯”, 한양법학 14, 2003. 12, 143 이하 참조

법익침해의 결과가 발생한 경우 제조자에게 어떠한 형사책임을 부담시킬 수 있는지의 여부가 문제될 수 있다. 일단 이와 같은 유형의 사례에서 제조자에게 작위범으로서의 형사책임을 부담시킬 수는 없다는 점은 명백하다. 제조자가 고의, 과실과 같은 귀책사유에 기초하여 제품의 결함을 야기한 것으로 볼 수는 없기 때문이다. 따라서 이러한 유형의 사례에서는 제조자에 대하여 당해 제품의 결함으로 인하여 법익침해의 결과가 발생하지 않도록 조치를 취하여야 하는 적극적 작위의무가 인정되는지의 여부가 주된 논의대상이 된다.

종래 이 문제는 우리나라에서는 물론 독일에서도 형법적 제조물책임이라는 제목 하에 논의가 진행되고 있어왔다. 아래에서는 먼저 우리나라와 독일에서 진행된 기존의 논의를 간략히 검토하고, 민사법의 제조물책임 영역에서 인정되고 있는 개발위험의 항변과 관련된 논의가 제조자에 대한 형법적 작위의무 인정 여부와 관련하여 어떠한 의미를 갖고 있는지를 살펴본 후, 제품의 위해성이 사후적으로 밝혀진 경우 제조자에 대하여 형법적 결과발생 방지의무를 인정할 수 있는가의 여부, 제조자에게 부과되는 형법적 작위의무의 내용, 이러한 의무를 이행할 책임을 부담하는 주체 등과 관련된 문제들을 차례로 검토해보려고 한다.

## II. 제조자의 형법적 결과발생 방지의무 인정 여부에 대한 기존의 논의

### 1. 제품의 결함으로 야기된 법익침해에 대한 제조자의 책임과 개발위험의 항변

제조자가 주의의무를 충실히 이행하지 아니하여 결함 있는 제품이 생산, 유통되고 이로 인하여 소비자 기타 사회구성원의 법익이 침해된 때에는 제조자는 당연히 그에 대한 형사책임을 부담하여야 한다. 그런데 제조자가 고의로 결함 있는 제품을 생산하여 유통시키는 경우는 거의 존재하지 아니할 것이어서 형법적 제조물책임은 대부분의 경우 과실범의 성부와 관련하여 논의가 진행될 것이며, 주의의무 위반 여

부에 대한 심사가 제조자의 형사책임 여부를 검토하는 출발점이 될 것이다.

제조자가 그에게 부과된 주의의무를 올바르게 이행하였는지를 판단함에 있어서는 제조 당시의 과학기술지식이 판단의 준거가 될 것이다. 그런데 제조 시점의 과학기술 수준의 한계로 인하여 제조자가 제품의 위해성 여부를 알아낼 수 없었던 경우도 존재할 수 있을 것이다. 일반적인 관점에서 살펴본다면 이러한 유형의 제품의 결함으로 인하여 야기된 법익침해의 결과에 대하여 제조자가 당연히 책임을 부담하여야 하는 것은 결코 아니다. 이때에는 과실책임주의와 무과실책임주의 중에서 어느 것을 따르는가에 따라 제조자의 책임 인정 여부가 다르게 된다. 과실책임원칙에 기초하여 제조자의 책임 인정 여부를 검토하게 된다면 제조 당시 과학기술지식의 한계로 인하여 제품의 결함을 인식하거나 예견하는 것이 사실상 불가능하였던 사안에서는 제조자에게 책임을 부담시킬 수 없게 될 것이다. 그러나 이와는 달리 무과실책임주의에 의하는 때에는 제품의 사용과 손해의 발생 사이에 사실적 인과관계가 존재하는 이상 제조자에게 책임을 인정할 수 있게 된다. 다만 이때에도 정책적으로 제조자에게 개발위험의 항변을 인정함으로써 손해배상책임을 면제하여 주는 것도 가능하다.<sup>2)</sup> 장기적으로 사회 전체의 편익을 증대시키기 위하여서는 지속적으로 기술혁신이 이루어져야 하는데, 이를 보장하기 위한 정책적 수단으로서 제조자에게 개발위험의 항변을 인정하여야 한다는 주장이 제기될 수도 있으며, 소비자 보호의 필요성을 강조하여 개발위험이 현실화된 경우에도 제조자에게 그에 대한 책임을 부담시키는 것이 타당하다는 주장이 제기될 수도 있는데, 어느 주장을 택하는가에 따라 개발위험의 항변 인정 여부가 갈리게 될 것이다.<sup>3)</sup>

전통적인 책임주의 원칙이 널리 받아들여지고 있는 형법학에서는 개발위험의 항변이 인정되는 사례에서는 제조자에 대하여 작위범으로서의 형사책임을 인정할 수는 없다고 보게 될 것이다. 전통적인 책임주의 원칙에 의한다면 — 우리 헌법재판소의 판시<sup>4)</sup>에서도 나타난 바와 같이 — 형벌을 부과하기 위하여서는 행위자에 대한

2) 권오승 등, 제조물책임법, 법문사, 2003, 206

3) David G Owen, John E Montgomery, Mary J Davis, Products Liability and Safety: Cases and Materials, Foundation Press, 6th edition, 2010, 444 이하 참조. 개발위험의 항변은 영미권 국가에서는 기술수준의 항변(the state of the art defense)로 지칭되고 있다.

4) 헌법재판소 2009. 7. 30. 선고 2008헌가14 전원재판부 결정

비난가능성이 인정되어야만 하는데, 고의, 과실 등의 귀책사유 없이 행위한 경우에는 설령 사후적으로 보아 당해 행위로 인하여 위험이 창출된 것으로 판단된다고 하여도 행위자에 대한 비난가능성이 인정되지 않기 때문이다. 그러나 이때에도 제조자에 대하여 작위범이 아니라 (부진정)부작위범이 성립가능한지의 여부, 즉 제조자에게 사후적으로 밝혀진 제품의 결함으로 인하여 법익침해가 발생하지 않도록 할 형법적 결과발생 방지의무를 긍정할 것인지의 여부는 별도로 논의하여야 할 것이다. 이 문제는 특히 독일의 가죽분무기 사건(Lederspray Fall)을 중심으로 하여 많은 논의가 이루어진 바 있다.

## 2. 제조자에 대한 형법적 작위의무의 인정근거에 관한 이론

### 가. 선행행위 이론

독일에서는 오래 전부터 일정한 요건을 갖춘 선행행위로부터 형법적 작위의무가 발생하게 된다고 보아왔는데, 이러한 연장선상에서 제품의 제조자에 대하여서는 결함 있는 제품을 제조, 유통하는 행위에 근거하여 형법적 결과발생 방지의무를 인정할 수 있다고 보는 견해도 주장되고 있다. 예컨대 가죽분무기 사건에서 독일 연방대법원은 사용자의 생명, 신체 등을 침해할 수 있는 위험한 제품을 제조하여 시장에 공급하는 행위는 객관적 주의의무에 위반하는 행위에 해당하는데, 이러한 객관적 주의의무 위반행위에 근거하여 제조자에게 형법적 작위의무가 발생하게 된다고 판시하였다.<sup>5)</sup>

이 판결에서 독일 연방대법원은 제품의 위해성이 사후적으로 밝혀진 경우에도 당해 제품의 제조행위가 객관적 주의의무에 위반하는 행위에 해당한다고 판시함으로써 객관적 주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서 행위시점이 아니라 판단시점이 기준이 되어야 한다고 보았다. 그런데 이러한 독일 연방대법원의 판시는 종래 객관적 주의의무 위반 여부를 이른바 객관적 사후예측의 방법에 따라 행위 당시를 기준으로 판단하여야 한다고 보아 왔던 것과 전혀 다른 것이어서 다수의 학자로부터

5) BGH NJW 1990, 2560, 2563; 우리나라에서 독일 연방대법원 판시에 찬성하는 견해는 하태훈, “缺陷製造物로 인한 법익침해와 그 형사책임”, 형사법연구 제17호, 2002, 204

비판을 받게 되었다.<sup>6)</sup>

종래 객관적 사후예측의 방법에 의하여 주의의무 위반 여부를 판단함에 있어서 행위 시점이 기준이 되어야 한다고 보아왔던 것은 형법의 동기부여적 기능을 고려한 것이다.<sup>7)</sup> 행위자가 행위 당시 자신의 행위로 인하여 법적으로 허용되지 아니한 위험이 창출된다는 점을 인식하거나 예견할 수 있었음에도 불구하고 충분한 주의를 기울이지 아니하고 행위로 나아간 경우에만 비로소 형법의 동기부여적 기능이 실패하였다고 볼 수 있기 때문이다. 이와 같이 본다면 객관적 주의의무 위반 여부를 사후적으로 판단한 독일 연방대법원의 판시는 형법의 행위규범성을 무시하고 단순히 제조행위와 법익침해의 결과 사이의 사실적 인과관계 존부 여부에 따라 당해 행위가 형법적으로도 유의미한 행위인지의 여부를 판단하려는 것으로서 타당하다고 할 수 없는 것이다.<sup>8)</sup>

독일 연방대법원의 판시와는 달리 주의의무 위반 여부를 심사할 필요도 없이 결합 있는 제품의 제조 및 유통행위를 형법적인 작위의무를 발생시키는 선행행위로 볼 수 있다는 견해도 주장되고 있다. 제품의 제조행위는 일상생활에서 발생하는 것보다 더 높은 위험을 수반하는 행위에 해당하며, 이러한 행위는 설령 그것이 허용된 위험을 창출하는 데에 그치는 경우에도 형법적 작위의무의 발생근거가 될 수 있다는 주장인데<sup>9)</sup>, 이러한 주장의 이론적 근거로서는 상이한 논거가 제시되고 있다.

형평의 관점을 강조하는 견해도 주장된다. 가중된 위험을 발생시키는 행위를 통

6) Walter Stree, in: Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2006, 13/34 이하; Thomas Weigend, in: Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 12. Auflage, 2006, 13/46 등. 다만 가죽분무기 사건에서 선행행위에 의한 작위의무 발생을 부정하는 학자들은 대부분 후술하는 거래안전의무로부터 작위의무를 도출하려고 하고 있다.

7) 객관적 사후예측에 대한 상세한 설명은 Frank Zieschang, Die Gefährdungsdelikte, Duncker & Humblot, Berlin, 1998, 52 이하 참조

8) Bernd Schünemann, "Unternehmenskriminalität", in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München, 2000, 638 참조; 독일 연방대법원도 여타의 판결에서는 사회에서 통상 행하여지고 있고 일반 사회구성원에 의하여 승인된 행위유형으로부터는 형법적 결과발생 방지 의무가 발생하지 아니한다고 판시하고 있어왔다. 예를 들어 BGHSt 19, 152 이하 참조.

9) Lothar Kuhlen, "Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte-Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 1990~2 StR 549/89", NSiZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 1990, 569 이하

하여 이익을 얻는 자는 그에 상응하는 반대급부도 이행할 준비가 되어있어야 하는 바 제품의 제조 내지 유통 당시 제품의 위험성을 인식하는 것이 가능하였는가에 관계없이 언제나 제조자에 대하여 결과발생의 방지의무를 부담시키는 것이 타당하다는 주장<sup>10)</sup>, 자신의 활동영역을 확장하는 자는 그것으로부터 야기되는 위험에 대하여서도 책임을 부담하도록 하는 것이 타당하다는 주장<sup>11)</sup> 등이 그 예에 해당한다. 가중된 위험을 창출하는 선행행위로부터 형법적 작위의무가 발생할 수 있음을 인정하면서도, 그 근거를 설명함에 있어서는 제조자와 소비자 사이의 위험의 적정한 분배라는 관점이나 후술하는 거래안전의무 이론의 관점을 동시에 제시하는 견해도 주장되고 있다. 위해한 제조물로 인하여 발생하는 위험에 대하여서는 사회구성원 개개인이 스스로 적절히 대응할 수 있지 아니하므로 위험창출자인 제조자에게 그로 인하여 결과가 발생하는 것을 방지할 의무를 부담시켜야 한다는 것이다.<sup>12)</sup> “특정의 생활영역에서는 합법적 선행행위라도 형법적으로 중요한 행위의무의 근거가 될 수 있다는 점을 승인”해야만 한다는 주장도 근본적으로 위에서 제시한 견해들과 동일한 입장에 해당하는 것으로 볼 수 있을 것이다.<sup>13)</sup>

## 나. 거래안전의무 이론

가죽분무기 사건에 대한 원심판결에서는 선행행위 이론이 아니라 독일 민법의 불법행위법 해석론으로 발전하여 온 거래의무(Verkehrspflicht), 그 중에서도 특히 거래안전의무(Verkehrssicherungspflicht)에 기초하여 제조자에게 형법적 작위의무가 인정되는 것으로 보아야 한다고 판시하였는데, 오늘날에는 이러한 입장을 지지하는 학자들이 다수의 지위를 차지하고 있는 것으로 보인다.<sup>14)</sup>

10) Georg Freund, in: Münchner-Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2003, 13/113 이하

11) Otfried Ranft, “Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, Teil 1”, Juristen Zeitung, 42. Jahrg., Nr. 18 (18. September 1987), 864

12) Bernd-Dieter Meier, “Verbraucherschutz durch Strafrecht?—Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der Lederspray Entscheidung des BGH”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1992, 3196

13) 조병선, “企業刑事責任에 대한 比較法的 연구—특히 監督責任에 관한 독일과 일본의 판례에 대한 비교연구—”, 법학논집(청주대학교 법학연구소) 제21권, 2004, 145

14) 원심판결의 판시에 대하여서는 BGH NJW 1990, 2560, 2562 이하 참조. 민법적 거래안전의무로부

거래의무는 독일 민법 제823조 불법행위 규정을 해석, 적용하는 과정에서 오랜 기간 독일의 판례와 학설을 통하여 발전하여 온 것으로서 모든 사회구성원이 작위 또는 부작위로 나아감에 있어서 준수하여야 하는 주의의무를 의미한다.<sup>15)</sup> 그리고 거래의무의 구체적인 내용으로서의 거래안전의무는 위험원 내지 자신의 관리하는 영역을 적절히 관리하여야 할 주의의무로서 자신이 위험창출 주체인지의 여부 내지 위험창출 과정에서의 귀책사유 유무와 무관하게 타인에 대하여 어떠한 형태의 위험도 창출하지 않아야 할 의무를 의미한다.<sup>16)</sup> 독일 민법학에서는 기계설비나 건조물, 시설물 등을 적절히 관리할 책임이 있는 자는 물론 제품을 생산하여 유통시킨 자는 기계설비, 건조물, 제품 등의 결함이 자신의 귀책사유에 기하여 야기된 것인지를 묻지 아니하고 그로 인하여 타인에게 손해가 발생하지 않도록 할 의무, 즉 거래안전의무를 부담한다고 설명하고 있다.<sup>17)</sup> 독일 형법학에서도 이와 같은 독일 민법학의 거래안전의무 이론을 받아들여 제조기업을 동물, 건조물, 시설물 등과 동일하게 위험원으로 파악하고, 그것을 지배하는 지위에 있는 자에 대하여 제3자에게 법익침해가 발생하지 않도록 할 의무, 즉 위험원 감시의무가 부과된다고 설명하고 있다.<sup>18)</sup> 가축 분부기 판결의 하급심 판결이나 거래안전의무를 제조자에 대한 형법적 작위의무의 발생근거로 보는 학자들의 주장은 이러한 독일 민법학이나 형법학의 이론에 근거한 것으로 볼 수 있을 것이다.

거래안전의무에 주목하면서도 제품의 결함으로 인하여 법익침해가 발생하는 과

---

터 제조자에게 형법적 작위의무가 발생한다고 주장하는 문헌은 예를 들어 Harro Otto, “Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen”, in: Andreas Hoyer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag, Heidelberg, 2006, 341 및 그곳에 인용된 다수의 문헌 참조.

15) Gerhard Wagner, in: Münchner-Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 6. Auflage, 2013, 823/48 내지 823/297 이하

16) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/320 이하

17) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/321 이하

18) 위험원 감시의무를 설명함에 있어서 독일 민법 해석론으로 발전하여 온 거래안전의무가 그 기초가 된다는 점을 명시하는 문헌으로는 예를 들어 Wolfgang Wohlers, in: Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2010, 13/46 참조. 독일 형법학의 보증인지위의 발생근거에 관한 이론체계는 오래 전부터 독일 민법의 거래안전의무 이론으로부터 중대한 영향을 받고 있어왔다. 이에 대한 보다 상세한 설명은 Bernd Schünemann, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971, 281 이하 참조.

정에 대한 지배구조의 특수성을 강조하는 견해도 주장된다. 제조자는 어떠한 원료를 사용하여 어떠한 방법으로 상품을 제조할 것인가의 여부를 자유롭게 결정할 수 있으며, 소비자가 이에 대하여 어떠한 영향력을 행사할 가능성은 사실상 존재하지 않는다. 이러한 측면에서 본다면 시설이나 건조물 등을 독점적으로 관리하면서 사실상 지배하는 자와 제품의 제조자의 지위가 서로 다르지 않다. 따라서 시설이나 건조물 등의 관리자에게 결과발생 방지의무를 부담시키는 것과 마찬가지로 제품의 제조자에 대하여서도 형법적 작위의무를 인정하여야 하고, 제품에 법익침해의 위험성이 있음이 밝혀지게 되면 즉시 소비자에게 이러한 사실을 알리고 당해 상품을 회수할 의무가 있다고 보아야 한다는 것이다.<sup>19)</sup> 소비자의 제조자에 대한 신뢰의 측면을 강조하는 견해도 주장된다. 생산자와 제품사용자 사이에 존재하는 사회적 관련성은 중대한 정도로 비대칭적이고, 생산자와 사용자의 관계에서 보면 생산자는 제품의 안전성을 보증하여야 하고 사용자는 그것을 신뢰할 수밖에 없음을 고려한다면, 제품의 결함이 알려지고 난 이후부터 신뢰의 원칙에 기초한 제품사용자에 대한 배려라는 생산자의 거래안전의무에 의하여 보증인지위가 존재하는 것으로 보아야 한다는 것이다.<sup>20)</sup>

### 3. 제조자에 대한 형법적 작위의무의 인정근거에 관한 이론의 검토

가죽분무기 사건에서 독일 연방대법원이 사후적으로 위해성이 밝혀진 경우 제품의 제조행위를 객관적 주의의무 위반행위로 보아 그로부터 형법적 작위의무가 발생한다고 판시한 것은 이미 살펴본 바와 같이 행위규범으로서의 형법규범의 성질을 충분히 고려하지 않은 것이어서 타당하다고 할 수 없을 것이다. 나아가 가중된 위험을 발생시키는 행위를 독자적 카테고리로 설정하고 그것으로부터 형법적 결과발생 방지의무를 도출하려는 입장도 적절하지 아니한 것으로 생각된다. 법적으로 허용된 위험을 정상적인 위험과 가중된 위험으로 나누어야 하는 이론적 근거는 물론 양자 사이의 적절한 구별기준도 전혀 제시되지 않고 있기 때문이다.<sup>21)</sup> 형평의 관점에 기

19) Tomas Weigend, 각주 6의 주석서, 13/53

20) 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997, 121 이하 및 138 이하 참조.

초하여 결합 있는 제품의 제조행위를 형법적 작위의무의 발생근거가 되는 선행행위로 보아야 한다는 주장 역시 자유주의적 형법관에 비추어 타당성을 인정받기 힘들 것이다. 형법은 사회적으로 유해한 행위를 금지함으로써 법익을 보호하고 개인의 자유와 권리를 최대한 보장하기 위한 소극적 목적으로만 사용될 수 있을 뿐이며, 형평이나 공평의 이념을 실현하기 위한 도구로 사용할 수는 없다고 보아야 하기 때문이다. 소비자 보호의 필요성이라는 논거는 다른 논거와 결합하지 아니하는 이상 그 자체만으로는 단지 부분적으로만 그 타당성을 인정받을 수 있을 것이다. 피해자 보호의 필요성만을 강조하게 된다면 법익을 효과적으로 보호할 수 있는 지위에 있는 자 모두에 대하여 형법적 작위의무를 긍정하여야 할 것인데, 이것은 독일 형법 제 323조의c에 규정된 것과 같은 일반적 구조의무의 근거가 될 수는 있을 것이지만 지금 문제되고 있는 사례에서와 같이 특히 제조자에게 결과발생 방지의무를 부담시켜야 하는 이유를 설명하기에는 부족하기 때문이다.

선행행위 이론의 보다 근원적인 문제점은 그것이 개발위험의 항변을 인정하고 있는 우리나라의 제조물책임법의 취지에 반하는 결과를 가져오게 된다는 데에 있다. 제조물책임법은 무과실원칙에 입각하여 제조자에게 제조물의 결함으로 인하여 야기된 손해에 대한 배상책임을 부담하도록 하고 있다. 그런데 제조 당시의 과학기술로는 발견해내는 것이 불가능하였던 제품의 결함에 대하여서까지 언제나 제조자가 손해배상책임을 부담하게 된다면 이것은 곧 연구개발과 기술혁신을 저해하는 요소로 작용하여 사회전체적인 관점에서도 바람직하지 않은 결과를 야기하게 될 것이다.<sup>21)</sup> 이러한 사정을 고려하여 제조물책임법 제4조 제1항은 제조자는 “해당 제조물을 공급한 당시의 과학·기술 수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실”을 입증함으로써 법률이 정하는 손해배상책임을 면할 수 있다고 규정하여 제조자에게 개발위험의 항변을 인정하고 있다. 법질서의 통일적인 해석의 필요성에 비추어 볼 때 제조자에게 개발위험의 항변이 인정되는 때에는 당해 행위를 기초로 하여서는 민사상 손해배상책임은 물론 형사책임도 부담시킬 수 없다고 보아야 할 것이다. 이와 같이 보지 않는다면 개발위험의 항변 사유가 존재하는 경우 제조자는 제조행위에 근

21) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C. H. Beck, München 2003, 32/202 이하

22) 권오승 등, 각주 2의 책, 207 이하

거하여 민사상 손해배상책임은 부담하지 않지만 손해배상책임보다 훨씬 더 엄격한 요건 하에서 인정되는 형사책임을 부담하게 되는 불균형이 발생할 것임은 물론, 개발위험의 항변을 인정하는 제조물책임법의 취지에도 반하는 결과가 발생할 것이기 때문이다. 형법적 제조물책임의 근거를 제조행위라는 선행행위에서 찾으려고 하는 견해들은 제조 당시 과학지식에 비추어 제품의 위해성을 인식할 수 있었는지의 여부를 묻지 아니하고 제조행위라는 선행행위가 형법적 작위의무의 발생근거가 된다고 보고 있는바, 이러한 견해는 우리나라의 제조물책임법의 취지에 반하여 받아들이기 곤란한 것이다.

일상생활에서 무수히 많이 소비되는 대량생산제품의 경우 제품의 설계, 제조과정에 소비자 기타 일반 사회구성원이 영향을 미칠 가능성은 거의 존재하지 않는다. 그리고 전문지식이 없는 소비자가 모든 일상생활용품에 대하여 그것의 위험성 여부를 하나하나 심사하고 제품의 결함을 밝혀내어 적절히 대응할 것을 요구할 수도 없다. 이와 같은 사정을 고려한다면 제품으로 인하여 야기될 수 있는 위험의 창출 내지 실현과정은 제조자의 배타적인 지배 하에 있는 것으로 보는 것이 타당하며, 이에 상응하여 제조자가 제품의 결함으로 인하여 법익침해의 결과가 발생하는 것을 방지할 적극적 작위의무를 부담한다고 보는 것이 적절할 것이다. 그리고 이와 같은 관점에서 본다면 위험원에 대한 배타적인 지배를 근거로 하여 제조자에 대하여 형법적 작위의무를 인정하려고 하는 거래안전의무 이론의 주장내용이 원칙적으로 타당한 것으로 생각된다.

나아가 지금까지 제조물책임과 관련된 문제는 대부분 민사법적 손해배상의 문제로 다루어지고 있어왔고, 이에 상응하여 민사법 영역에서 제조물책임에 대한 매우 정밀한 법적 이론체계가 이미 형성되어 있다는 사정을 고려할 때에도 민사법적 제조물책임론과 분리된 독자적인 형법적 제조물책임론을 구성하는 것은 법률의 통일적 적용의 필요성이라는 측면에서도 바람직하지 않을 것으로 보인다. 형법적 제조물책임은 특별한 사정이 없는 한 민법적 제조물책임이 인정되는 사례 중에서도 특히 비난가능성이 높게 인정될 수 있는 사례에 한정된다고 보는 것이 타당한 것이다.

그러나 독일 형법학에서 주장되고 있는 거래안전의무 이론 그 자체를 우리나라 형법 해석의 기준으로 도입하는 것은 체계정합성의 측면을 고려할 때 적절하지 않

을 것으로 생각된다. 이미 지적한 바와 같이 거래의무 이론은 독일 민법 제823조를 해석하는 과정에서 독일 판례에 의하여 형성되고 오랜 기간 학설과 판례를 통하여 발전해 온 것으로서, 거래관계에서 준수하여야 하는 주의의무라는 형태의 매우 포괄적이고 추상적인 의미내용을 담고 있다.<sup>23)</sup> 그런데 형법적 결과발생 방지의무는 형벌권의 행사요건으로 엄격한 정의를 필요로 한다는 점을 고려한다면 위와 같은 추상적인 거래안전의무 이론을 형법적 결과발생 방지의무의 발생근거로 받아들이는 것은 부적절하다고 볼 여지가 크다. 그럼에도 불구하고 독일 형법학에서 독일 민법상 인정되어 온 거래안전의무를 형법적 작위의무의 발생근거로 받아들일 수 있었던 것은 민법 분야에서 그 의미내용을 구체화하기 위한 작업이 오랜 기간 충분히 이루어졌으며, 축적된 판례와 정교한 이론들을 통하여 그 범위와 한계를 비교적 명료하게 확정할 수 있다고 보았기 때문일 것이다.<sup>24)</sup> 그러나 독일에서와는 달리 우리나라 민법의 불법행위 해석에 있어서는 거래안전의무 이론은 이론적으로 일부 논의가 되고 있을 뿐이며<sup>25)</sup>, 거래의무 내지 거래안전의무라는 용어를 사용한 대법원 판례를 찾아볼 수도 없다. 이와 같은 우리나라의 현실에 비추어 본다면, 이를 형법적 작위의무의 발생근거로 받아들이는 경우 — 도대체 거래안전의무라는 용어를 우리 형법 해석론으로 받아들이는 법적 근거가 무엇인가에 대한 의문은 일단 논외로 한다고 하여도 — 그 인정범위가 매우 불분명하게 되는 문제가 발생하게 되는 것이다.

우리나라에서 제조물책임의 인정근거로서는 무엇보다도 먼저 실정법으로 명문화되어 있는 제조물책임법을 제시할 수 있을 것이며, 제조물책임법의 여러 규정이 형법적 제조물책임을 인정하기 위한 출발점이 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 그리고 제품의 결함이 사후적으로 밝혀진 경우 제조자에 대하여 형법적 결과발생 방지

23) 독일의 거래의무 이론은 1902년 독일 제국법원의 판결을 출발점으로 하여 무수히 많은 판결 및 학계의 논의를 형성되었다고 설명되고 있다. Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 812/48 내지 823/297 참조.

24) Wolfgang Wohlers, 각주 18의 주석서, 13/46에서는 형법적 작위의무로서의 위험원 감시의무의 인정범위가 민사법적 거래안전의무의 그것과 동일하다고 명시하고 있다.

25) 거래의무 내지 거래안전의무 이론은 일부 민법 교과서에서 소개되고 있기는 하지만 대다수의 교과서에서는 불법행위의 성립요건인 과실 내지 주의의무 위반을 설명하면서 이를 별도로 언급하고 있지는 아니한 것으로 보인다. 거래안전의무를 상세히 소개하는 민법 교과서로는 예컨대 김상용, 채권각론 제2판, 화산미디어, 2014, 615 이하 참조.

의무를 부담하도록 하는 보다 직접적인 근거도 곧 상세히 살펴보는 바와 같이 제조물책임법의 명문의 규정에서 찾을 수 있을 것이다.

### Ⅲ. 제조물책임법에 근거하여 인정되는 제조자의 형법적 작위의무의 내용

#### 1. 제조물책임법에 근거한 형법적 의무로서의 제조물계속감시의무

제조물책임법 제4조 제3항은 제조자가 “제조물을 공급한 후에 그 제조물에 결함이 존재한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함으로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 경우”에는 개발위험의 항변 사유 존재 등을 이유로 면책을 주장할 수 없다고 규정한다. 제조물책임법 제4조 제3항은 “그 기간을 제한하지 않고, 특히 결함의 존재를 알게 된 경우뿐만 아니라 알 수 있었을 때, 즉 과실로 알지 못한 경우에도 면책사유를 주장할 수 없다고 정하는 점에서 매우 특색”이 있는 규정에 해당하고, “독일의 제조물 책임법리에서 일반 불법행위법에 의하여 인정되나 그 범위에 대하여서는 극히 다양한 견해가 제시되고 있는 소위 제조물계속감시의무(Produktbeobachtungspflicht)가 법정된 것”이라고 평가되고 있다.<sup>26)</sup>

이 규정은 발생한 법익침해의 결과에 대한 책임을 제조자에게 귀속시키기 위하여 서가 아니라 제조자에게 일정한 작위의무를 부과하고자 마련된 것이라는 점에서 그

26) 양창수, “한국의 제조물책임법”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001. 7, 104 참조. 독일에서만이 아니라 미국에서도 제조자에 대하여 유사한 내용의 의무를 인정하는 것이 일반적이다. 예를 들어 미국법률협회(American Law Institute)가 채택한 제조물책임 제3차 리스테인먼트에서도 1950년대 이후 몇몇 주의 법원에서 제조자에게 제품 판매 후에도 소비자에 대하여 사후적으로 밝혀진 제품의 위험성 등에 대하여 경고할 의무를 부담시킨 이후 제3차 리스테인먼트에서는 사후적으로 제품의 결함이 밝혀진 경우 제조자에게 경고의무를 부과하는 조항을 채택하였다. 미국에서 제조자에게 부과되는 사후경고의무에 대한 일반적인 설명은 Kenneth Ross, David Prince, “Post-Sale Duties—The Most Expansive Theory in Products Liability”, Brooklyn Law Review, 74, 2008, 963 이하 참조

규범적 특징을 찾을 수 있다. 즉 당해 규정은 제품의 결함이 존재한다는 사실을 알 수 있었던 경우에도 제조자가 면책을 주장할 수 없다고 규정함으로써 제조자에게 제품의 결함 여부를 알아내기 위하여 노력할 의무를 부과하는 동시에, 제품의 결함으로 인하여 손해발생을 방지하기 위하여 적절한 조치를 취하지 아니한 경우 면책을 주장할 수 없다고 규정하여 제품의 결함이 발견된 경우 적극적인 조치를 취할 의무를 부과하고 있는 것이다. 이와 같이 당해 규정이 단순히 발생한 결과에 대한 평가규범으로서가 아니라 제조자에 대하여 일정한 작위의무를 부과하는 행위규범으로서의 의미도 갖고 있다는 점을 고려한다면 당해 규정은 제조자에 대하여 형법적 작위의무를 부과하는 근거규정으로서 기능할 수 있다고 보아야 할 것이다.

제조물계속감시의무를 인정하는 취지를 고려할 때에도 당해 규정을 형법적 작위의무의 발생근거로 파악하는 데에 아무런 무리가 없을 것으로 보인다. 독일에서는 제조자에 대하여 제조물계속감시의무를 부과하는 이유로서 제조자가 제품의 위해성 여부에 대한 정보를 수집, 평가하고 그 결과에 따라 필요한 조치를 취하기에 가장 적합한 지위에 있다는 점을 강조하고 있는데<sup>27)</sup>, 이러한 설명에 나타난 제조자의 지위는 형법학에서 작위의무 내지 부작위의무를 부담하는 주체에 해당하는 행위자 형상에도 부합한다. 형법학에서 행위자는 위험창출 및 위험실현 과정을 지배하는 자를 의미하는데<sup>28)</sup>, 제조자는 제품의 위해성 여부에 대하여 가장 많은 정보를 보유하고 있고 또 수집할 수 있음은 물론 일반적으로 수집한 정보를 평가하기 위하여 필요한 경험이나 전문지식을 가장 많이 보유한 자에도 해당하고, 평가를 통하여 제품의 위해성이 밝혀진 경우 그것이 현실화되지 아니하도록 적절한 조치를 취하기에 가장 적합한 지위에 있는 자로서 제품의 결함으로 인한 법익침해의 발생 여부를 지배하는 자에 해당하기 때문이다.

필요성의 측면에서 볼 때에도 제조물책임법에 규정된 제조물계속감시의무를 형법적 작위의무로 파악하는 것이 타당할 것으로 생각된다. 대량생산되어 사용되는 일상생활용품에 예견하지 못한 결함이 있는 경우에는 법익침해가 지극히 광범위하게 발생하게 된다는 점을 고려한다면 제품의 위해성 여부에 대하여서는 지속적으로

27) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/672

28) 행위자의 정의에 대하여서는 Claus Roxin, Täterschaft und Tatherrschaft, De Gruyter Recht, Berlin, 8. Aufl., 2006, 527 이하 참조

감시가 이루어져야만 하고 위해성이 밝혀진 경우 가능한 한 이른 시기에 법익침해의 결과가 발생하는 것을 방지하기 위하여 필요한 조치가 취해질 필요가 있다. 그런데 제조물책임법 제4조 제2항의 제조물계속감시의무가 이러한 요청에 대응하기 위한 핵심적 장치에 해당한다는 점을 고려한다면 이러한 의무는 형법적으로도 관철시킬 필요가 있다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>29)</sup> 독일 민법에서 제조물계속감시의무는 제조자에 대하여 부과되는 거래안전의무의 한 내용으로서 논의되고 있으며, 가죽분무기 사건에서 원심 법원은 바로 이와 같은 제조물계속감시의무에 기초하여 제조자에게 형법적 작위의무가 인정된다고 판시하기도 하였다.<sup>30)</sup> 그러나 우리나라에서는 제조물책임법이 제조물계속감시의무를 명문으로 규정하고 있는 이상, 독일 민법 해석론으로 발전한 거래안전의무 이론이 아니라 제조물책임법의 명문의 규정이 형법적 제조물계속감시의무의 발생근거가 된다고 보는 것이 타당할 것이다.

## 2. 형법적 의무로서의 제조물계속감시의무의 내용

### 가. 감시의무와 대응의무의 이분화

제조자에 대하여 형법적 제조물계속감시의무를 부과하는 근거를 제조물책임법의 명문의 규정에서 찾는다고 하여도, 그 구체적인 내용에 있어서는 독일 민법의 거래의무의 내용으로서 발전한 제조물계속감시의무의 내용과 크게 차이가 나지 않을 것이다. 독일 민법학에서 제조물계속감시의무의 구체적인 내용은 감시의무와 대응의무로 나누어 설명되고 있다. 감시의무는 제조자가 제품을 제조, 공급한 이후에도 지속적으로 제품에 대한 정보를 수집하고 수집한 정보에 비추어 제품의 위해성 여부를 판단할 의무를 의미한다면, 대응의무는 제품에 결함이 있음이 밝혀진 경우 소비자에게 그에 대한 정보를 제공하고 제품 판매를 중단하고 이미 판매된 제품을 회수하는 등의 조치를 취할 의무를 의미하는 것으로 설명된다.<sup>31)</sup>

29) 제조물의 결함에 대하여 제조자에게 민사법적 손해배상책임을 부담시키는 이외에 형사책임을 부담시켜야 한다는 데에 대한 상세한 설명은 전지연, “형벌론의 관점에서 본 형법적 제조물책임의 필요성”, 형사정책 제13권 제1호, 2001, 83 이하 참조.

30) BGH NJW 1990, 2560, 2562 이하

31) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/671

다만 이러한 논의들은 모두 민사법적 제조물계속감시의무의 내용을 설명하는 것으로서, 그것이 형법적 작위의무로 받아들여질 수 있을 것인가에 대하여서는 별도의 검토를 요한다. 민사법적 제조물책임의 구체적인 내용을 설명함에 있어서는 제품의 안전성에 대한 소비자의 기대라던가 이익형량 등과 같이 형벌권 발생근거로 받아들이기 힘든 논거들이 제시되고 있으며<sup>32)</sup>, 제조물계속감시의무의 내용 역시 제조자 등에게 손해배상책임을 인정하기 위한 근거로서 설명되고 있는 것이어서 그것을 곧바로 형법적 제조물책임의 내용으로 인정할 수는 없다고 보아야 하기 때문이다. 민사법적 제조물계속감시의무의 내용 중에서 어느 것을 형법적 작위의무로 인정할 것인가의 문제는 법익보호 원칙, 형법의 최후수단성 원칙 등과 같은 형법학의 원칙에 비추어 개별적으로 판단하는 것이 타당할 것이다.

#### 나. 감시의무

감시의무로부터 도출되는 구체적이고 개별적인 의무는 매우 다양한데, 제품의 실제 사용과정에서 발생하는 소비자의 불평이나 불만사항 등을 수집하는 것이 감시의무의 가장 중요한 내용에 해당한다. 이러한 정보를 수집함에 있어서는 별다른 비용이 소모되지도 않지만 제품의 위해성 여부를 판단함에 있어서는 매우 중요한 자료에 해당하기 때문이다.<sup>33)</sup> 감시의무가 제조물계속감시의무의 가장 기본적인 내용에 해당한다는 점을 고려한다면 이를 형법적 작위의무로서 긍정하는 것이 타당할 것이다.

감시의무는 적극적인 작위의무에 해당하는바, 그 올바른 이행을 위하여서는 제조자는 소극적으로 자신에게 제공되는 외부의 정보를 분석하는 데에 그치는 것이 아니라 제품의 위해성 여부에 대하여 정보를 수집하기 위하여 적극적인 활동을 하여야 한다고 보아야 할 것이다. 독일 연방대법원은 민법적 제조물계속감시의무의 내용으로서의 감시의무에는 당해 제품만이 아니라 유사한 성분으로 제조된 다른 제품의 위해성 여부에 대한 정보를 수집하고 분석할 의무도 포함되는 것으로 판시하고 있는데<sup>34)</sup>, 제품의 성질이나 잠재적 유해성 등을 고려하여 이러한 의무를 형법적 작

32) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/656 참조

33) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/673

34) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/674

위의무로 긍정하여야하는 경우도 존재할 수 있을 것이다.

수집된 정보를 기초로 하여 제품의 위해성 여부를 올바르게 판단하기 위하여서는 제조자는 충분한 과학적 지식을 습득하고 있어야 할 것이다. 즉 제조자는 제품의 결함 여부에 대한 정보만이 아니라 수집된 정보를 기초로 하여 제품의 유해성 여부를 판단하기 위하여 필요한 과학지식을 습득할 의무도 부담하는 것이다. 제조자가 어느 정도의 수준의 과학지식을 습득하여야 하는가와 관련하여서는 동종 업계에서 현재 통상적으로 사용하고 있는 수준의 과학지식을 습득하는 것으로 족하다는 견해가 제시될 수도 있으며, 현재 알려진 최고 수준의 과학지식을 습득할 것을 요구하는 견해가 제시될 수도 있을 것이다. 독일 연방대법원은 민법적 제조물계속감시의무의 올바른 이행을 위하여서는 제조자는 전문 학술문헌을 참조할 의무가 있으며, 생산하는 제품의 성질이나 기업의 규모 등에 따라서는 국내의 문헌만이 아니라 외국의 주요 학술문헌을 살펴볼 의무도 인정된다고 판시하고 있다.<sup>35)</sup> 독일 연방대법원이 전문 학술문헌이나 외국의 학술문헌까지도 참조할 것을 요구하고 있는 것은 제조자의 손해배상책임 인정가능성을 넓힘으로써 소비자 보호에 충실하려는 취지에 의한 것으로 생각된다. 감시의무의 이행정도와 관련하여 제시된 이와 같은 민법적 판단 기준을 형사책임 판단에 있어서도 그대로 사용가능한지에 대하여서는 더 나아간 논의가 필요할 것이지만, 대량생산되어 널리 사용되고 있는 일상생활용품으로서 인체에 유해하게 작용할 수 있는 전형적인 성분을 포함하고 있는 제품의 경우에는 긍정적으로 검토할 여지가 클 것으로 생각된다.

제조물계속감시의무의 내용은 당해 제품의 성질이나 소비자의 자기보호 가능성 등에 따라 다르게 판단되어야 할 것이다. 그런데 특히 제품에 사용된 성분이나 사용된 기술이 이전까지 사용된 바 없는 것이거나 잠재적으로라도 인체에 유해하게 작용할 수 있는 성질의 것이라면 제조자에게는 더 높은 수준의 감시의무를 이행할 책임이 부과된다고 보는 것이 타당할 것이다. 제조자는 소비자의 주목을 받고 시장에서 경쟁을 이겨내기 위하여 끊임없이 신제품을 개발하게 되는데, 이 과정에서 위해성 여부가 충분히 검증되지 아니한 성분이나 기술을 사용하여 제품을 제조, 유통시키는 사례가 발생할 수 있다. 이러한 경우 소비자는 아무런 대응수단을 갖추고 있

35) BGH NJW 1981, 1606, 1607

지 못한 상태에서 신제품으로 인하여 야기될 수 있는 법익침해의 위험성에 무방비하게 노출되어 있게 되는데, 위험창출자인 제조자에게 보다 높은 수준의 감시의무 이행을 요구하는 것이 타당한 것이다. 경우에 따라서는 관련 제품의 생산과정에서 준수하여야 하는 안전기준이 마련되어 있을 수도 있으나, 이러한 기준은 안전확보를 위한 필요최소한의 요청에 해당하는 것으로 보는 것이 타당할 것이다. 따라서 국가기관 등에서 제시한 안전기준을 준수하였다는 사정이 제조자에 대하여 감시의무 이행의 필요성을 면제시켜주는 것은 아니라고 보아야 할 것이다.<sup>36)</sup>

#### 다. 대응의무

제조물계속감시의무의 이행과정에서 제품의 위해성이 밝혀지게 되면 제조자는 그로 인하여 현실에서 법익침해가 발생하지 않도록 적극적인 대응조치를 취하여야 한다. 감시의무의 위반이 대부분 과실범을 성립시키게 될 것임에 반하여 대응의무의 위반이 있는 때에는 독일의 가죽분무기 판결에서와 같이 사안에 따라 고의범이 성립하는 경우도 있을 것이다.<sup>37)</sup> 대응의무의 구체적인 내용과 관련하여 우리나라의 제조물책임법은 “결함으로 인한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치”를 취할 것을 요구하고 있을 뿐 별다른 상세한 내용을 정해놓고 있지는 아니하다. 독일에서는 민법적 제조물계속감시의무의 구체적 내용으로서의 대응의무에는 설계 내지 제조과정을 변경하여 결함 있는 제품이 추가적으로 생산되지 않도록 할 의무, 제품의 결함에 대한 정보를 소비자 등에게 제공할 의무, 유통 중인 제품을 회수할 의무 등이 포함된다고 설명하고 있는데, 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무의 내용을 판단함에 있어서도 참조가능할 것이다.<sup>38)</sup>

다만 이미 지적한 바와 같이 민법적 제조물계속감시의무의 구체적 내용에 해당하는 개별적 의무를 형법적 작위의무로서 인정할 것인가를 판단함에 있어서는 신중한 접근이 필요하다는 점도 다시금 강조할 필요가 있을 것이다. 설계변경이나 제조과

36) Claus Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen—Der Aufbau der Verbrechenstheorie, C. H. Beck, München, 4. Aufl., 2006, 24/18 이하

37) BGH, NJW 1990, 2560, 2561 참조

38) Gerhard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/648

정의 변경을 통하여 결함 있는 제품이 추가적으로 제조, 유통되지 않도록 하는 것은 비교적 간단한 작업에 해당하지만, 기존에 유통 중인 제품을 사용하는 개별 소비자에 대하여 제품의 결함에 대한 정보를 제공하거나 유통 중인 제품을 회수하는 것은 막대한 비용이 소모되며 사실상 실현이 곤란할 수도 있다. 따라서 제조자에 대하여 이와 같은 의무를 부담시키는 것이 적절한가 내지 의무이행을 위하여 구체적으로 어느 정도 노력을 하여야 하는가를 판단함에 있어서는 보다 신중한 검토가 필요할 것이다.<sup>39)</sup>

소비자에 대한 정보제공의무는 제조자가 부담하는 가장 대표적인 대응의무의 내용에 해당하는바, 이러한 의무는 형법적 작위의무로 인정하는 것이 적절할 것이다. 정보제공의무의 올바른 이행을 위하여서는 제조자에게 어느 정도의 노력이 요구되는지의 여부가 문제될 수 있는데, 이 문제는 판매된 제품의 수량이나 소비자의 추적 가능성, 밝혀진 결함으로 인하여 야기될 수 있는 위험의 정도, 효과적인 정보제공에 소모되는 비용 등을 등에 따라 다르게 판단하는 것이 타당할 것이다.<sup>40)</sup> 최근 우리나라에서 형법적 제조물책임 인정 여부가 문제되고 있는 가슴기 살균제와 같이 대량생산되어 불특정 다수인에 의하여 사용되는 일상생활용품의 경우에는 예컨대 제품의 위해성에 대하여 단순히 제조자의 인터넷 홈페이지에 관련 정보를 게시하는 정도로는 부족하며, 보다 적극적인 조치를 취할 필요가 있다고 보아야 할 것이다. 그러나 제조자가 현재 제품을 사용하고 있는 소비자를 개별적으로 추적하여 제품의 위험성에 대하여 경고를 하는 것과 같은 높은 수준의 의무 이행을 요구하는 것은 사실상 곤란할 것으로 생각된다.

또 다른 전형적인 대응의무의 내용으로서는 제품회수의무를 들 수 있다. 제품회수를 위하여서는 특히 많은 비용이 소모되며, 실제로 시장에서 유통 중인 모든 제품을 회수하는 것도 불가능하여 이를 제조자에게 법적 의무로서 강제할 것인지가 논란이 될 수 있다. 우리나라에서는 예를 들어 자동차관리법, 식품위생법, 품질경영 및

39) 독일 민법학에서도 예컨대 제품회수의무를 대응의무의 내용으로 포함시킬 것인가에 대하여서는 찬반론이 다수 주장되고 있다. 이에 대하여서는 Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 823/677 이하

40) 미국에서 제조자에 대하여 사후경고의무를 부과할 것인가를 판단함에 있어서는 판매시장이 한정적이거나 소비자를 특정할 수 있는지의 여부, 판매된 제품의 수량, 판매자가 소비자와 지속적으로 접촉하고 있는지의 여부 등이 주된 고려대상이 되고 있다고 한다. Jill Wieber Lens, "Warning: A Post-Sale Duty to Warn Targets Small Manufacturers", Utah Law Review, 2014, 1023 이하 참조

공산품안전관리법, 전기용품안전관리법, 약사법 등과 같이 특정한 영역에 대하여서만 적용되는 다수의 개별법률에서는 물론 소비자기본법이나 제품안전기본법과 같이 소비자 기타 일반사회구성원의 법익을 보호하기 위하여 포괄적으로 적용가능한 법률에서도 제조자에 대하여 제품회수의무를 부과할 수 있도록 하는 법적 근거가 마련되어 있는바, 제품의 결함이 사후적으로 밝혀진 경우 제조자에 대하여 법적인 제품회수의무가 인정될 수 있다는 데에 대하여서는 의문이 없을 것으로 보인다.<sup>41)</sup> 다만 이를 형법적 작위의무로 인정하여야 하는지의 여부에 대하여서는 별도로 검토해 보아야 할 것이다.

독일에서는 가죽분무기 사건, 즉 유해한 분무기의 사용으로 인하여 다수의 소비자에게 상해의 결과가 발생하였고 제조 당시에는 그와 같은 유해성을 인식할 수 없었던 사례에서 제조자에 대하여 형법적 작위의무로서 제품회수의무를 부담시킬 것 인지의 여부가 논란이 된 바 있다. 문헌에서는 이를 부정하는 견해가 주장되기도 하였으나<sup>42)</sup>, 독일 연방대법원은 유해한 분무기를 회수할 형법적 작위의무를 긍정하였다. 분무기는 일상생활에서 흔히 사용되는 제품으로서 대량으로 생산·유통되는데, 유해한 분무기를 그대로 방치하게 되면 그로부터 불특정 다수의 소비자가 피해를 입을 위험성이 있음을 고려할 때 제조자에게 제품회수의무를 인정하는 것이 타당하다는 것이다.<sup>43)</sup> 제품의 사용법에 대한 기재사항을 변경하는 것과 같은 조치를 취하

41) 우리나라의 제품회수제도에 대한 개관은 심재한, “리콜 제도와 소비자보호”, 상사판례연구 제20권 제4호, 2007, 125 이하 참조.

42) 부정설에서는 부진정부작위범의 성립요건인 동가치성(Gleichstellung)의 의미가 동등한 당벌성이라는 규범적 관점에 의하여서가 아니라 형벌 부과 전제가 되는 사물논리적이고 선행법적인 구조에 기초하여 정의되어야 한다는 점을 강조한다(Bernd Schünemann, 각주 18의 책, 232). 그리고 결과발생의 원인에 대한 사실상의 지배 내지 그 가능성이 바로 이와 같은 형벌부과의 전제가 되는 사물논리적 구조에 해당한다고 주장한다(Bernd Schünemann, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979, 95 이하). 작위범의 경우에는 행위자가 자신의 신체거동을 통하여 결과를 발생시킬 것인가의 여부를 사실상 지배하고 있다는 점이 형벌부과를 정당화시켜주는 사물논리적 근거가 되며, 부진정부작위범의 경우에도 이와 동일하게 행위자가 적극적인 작위로 나아감으로써 결과발생을 방지할 수 있다는 점이 그에게 형벌을 부과하는 근거가 된다는 것이다(같은 책, 96 이하). 형법상 제조물책임과 관련하여 본다면 이러한 논리는 곧 제조자의 제품회수의무를 부정하는 결론으로 이어지게 된다. 제조물이 제조자가 지배가능한 영역을 벗어나서 유통 단계에 들어서게 된다면 제조자의 제품에 대한 사실상의 지배가능성은 소멸하게 되고, 그와 더불어 그에게 형벌을 부과할 수 있는 사물논리적 근거도 사라지게 되기 때문이다(같은 책, 100 이하).

는 것만으로는 이미 유통 중인 제품에 대하여서는 아무런 영향을 미칠 수 없는바, 유해한 분무기를 회수하는 것이 그로부터 발생하는 위험을 제거하기에 가장 적합한 조치에 해당한다는 점도 강조하였다.<sup>44)</sup> 나아가 독일 연방대법원은 회수에 막대한 비용이 소모되고 기업의 이미지에 손상을 줄 수 있으며 매출에 타격을 줄 것이라는 사정은 회수의무 발생에 영향을 줄 수 없다고 판시하였다. 이익교량을 해본다면 소비자의 건강 보호가 더 우선하여야만 하며, 만일 회수를 하지 아니하였을 때 소비자 들이 입게 되는 피해가 경미하다면 다르게 판단될 수도 있으나 이 사례에서는 분무 기로 인하여 생명에 대한 위험까지 발생하였음을 고려할 때 이익교량이 허용될 수 없다고 보았다.<sup>45)</sup> 제품회수의무 인정 여부를 둘러싸고 진행된 이와 같은 독일의 논의는 우리나라에서 제품의 위험성이 사후적으로 확인된 경우 제조자에게 부과되는 형법적 작위의무의 내용을 검토함에 있어서도 참고할 수 있을 것이다.

정부 기타 관계기관의 회수명령이 없으며 관련 법령에 의하여 판단할 때 아직까 지 법적 의무로서의 제품회수의무가 발생한 것으로 볼 수 없는 경우에도 제품의 위 해성이 의심되는 경우 제조자가 적극적으로 제품회수조치를 취하여야 하는지의 여 부도 문제될 수 있다. 정부 기타 관계기관의 회수명령은 사회구성원 일반의 생명, 신체 등을 보호하기 위한 최종적 수단에 해당하는 것으로 보아야 하는바, 이를 긍정 하는 것이 타당할 것이다. 독일 연방대법원도 정부기관이 회수 이외의 다른 조치만 으로도 충분하다고 판단하였다고 하여 그것만으로 제조자의 제품회수의무가 아직 발생하지 아니하였다고 볼 수는 없다고 판시한 바 있다.<sup>46)</sup> 제품의 위험으로 인하여 소비자의 건강이 침해되는 것을 방지할 의무는 관계당국이 어떠한 판단을 내리는가 에 관계없이 인정된다는 것이다.

43) BGH NJW 1990, 2560, 2564

44) BGH NJW 1990, 2560, 2564

45) BGH NJW 1990, 2560, 2564

46) BGH NJW 1990, 2560, 2564

## 라. 감시의무로부터 대응의무로 이행하는 시점 등

제조물계속감시의무의 이행과정에서 제품의 위해성에 대한 정보를 얻게 되면 그로 인하여 현실에서 법익침해가 발생하지 않도록 적극적인 대응조치를 취하여야 한다. 이때 어느 시점에 감시의무가 대응의무로 바뀌게 되는지가 문제될 수 있다.

과학기술 수준의 진보를 통하여 제품의 위해성이 자연과학적으로 명확히 입증되었고 제조자가 이러한 사실을 알게 된 경우에는 당연히 제조자에게 적극적인 대응조치를 취할 의무가 인정되는 것으로 보아야 할 것이다. 그러나 제품의 위해성을 자연과학적으로 엄밀하게 입증하기 위하여서는 오랜 시간이 요구되는 것이 일반적이어서 제품의 위해성이 자연과학적으로 명확히 입증되는 경우에 비로소 대응의무가 발생하게 된다고 본다면 상당 기간 소비자 기타 일반 사회구성원의 법익이 침해될 위험을 그대로 방치하는 결과를 가져오게 될 수 있다. 특히 당해 제품이 불특정 다수의 사회구성원에 의하여 일상적으로 사용되는 경우에는 더욱 그러하다.

그렇다면 자연과학적으로 명확히 입증되지 아니하였다고 하더라도 제품의 위해성을 추정하도록 하는 증거가 상당한 정도로 존재하는 경우에는 제조자는 단순히 감시의무를 부담하는 데에 그치는 것이 아니라 그에 대하여 적극적으로 대응할 의무를 부담하게 된다고 보는 것이 타당할 것이다. 목제보호제 사건(Holzschutzmittel Fall)에서 독일 법원 역시 제품의 위해성이 자연과학적으로 입증된 경우에 비로소 대응조치로 나아가야 한다고 본다면 소비자의 생명, 신체에 대한 법익을 보호하기에 충분하지 않다고 판시한 바 있다.<sup>47)</sup>

47) 목제보호제 사건에 대한 독일 연방대법원 판결은 BGH NStZ 1995, 590 이하 참조. 이 글에서 인용한 부분은 원심 판결의 판결문 내용이다. 이에 대하여서는 LG Frankfurt/Main, 25. 05. 1993-5/26 KLS 65 Js 8793/84 참조(이 판결은 원문의 일부가 Zeitschrift für Umweltrecht (ZUS), 1994, 제33권에 실려 있다고 하는데 입수하지 못하여 이 글에서는 <http://toxcenter.org>에서 다운받은 전문을 기초로 하였다. 다만 이 사이트에서 다운받은 본문에는 페이지가 표시되어 있지 아니하여 부득이하게 페이지를 표시하지 못하였다.(<http://toxcenter.org/klin-tox/recht/ffm-holzschutz-prozess.pdf> 2015년 12월 15일 최종확인) 이 판결에 대한 상세한 소개는 조병선, 각주 13의 글, 152 이하 참조

### 3. 제조자 이외에 제조물계속감시의무를 부담하는 주체의 확장 가능성

형법적 작위의무로서 제조물계속감시의무를 부담하는 주체로는 제일 먼저 직접 제품을 설계하고 성분의 배합비 등을 결정하여 제조한 자, 즉 협의의 제조자를 들 수 있을 것이다. 이러한 의미에서의 제조자는 제품의 위해성 발생 여부를 사실상 지배하는 자에 해당하기 때문이다. 그런데 현실에서는 협의의 제조자와 제품에 제조자로 표시된 자가 상이한 사례가 매우 많이 발견된다. 가습기 살균제 사건에서도 총 6종의 가습기 살균제에 대하여 제품회수명령이 내려졌는데, 그 중 5개의 제품이 협의의 제조자와 제조자로 표시된 자가 서로 달랐었다.<sup>48)</sup> 문제가 되는 것은 이때 협의의 제조자와 명목상의 제조자 사이에 누가 형법적 제조물계속감시의무를 부담하는 것으로 보아야 하는가이다.

제조물책임법 제2조 제3호는 표시제조업자, 즉 제조물에 성명·상호·상표 등을 통하여 자신을 제조자로 표시한 자 또는 제조자로 오인하게 할 수 있는 표시를 한 자도 제조업자와 동일하게 책임을 부담하도록 규정하고 있는바, 협의의 제조자와 명목상의 제조자 모두에 대하여 손해배상책임을 부담하도록 하고 있다. 그런데 민법의 목적과 형법의 목적이 서로 다르다는 점을 고려한다면, 이러한 제조물책임법 규정을 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무를 부담하는 주체를 판단함에 있어서도 그대로 적용하기는 곤란할 것으로 생각된다.

민사법적 손해배상책임과 관련하여서는 손해의 공평한 분담 내지 손해에 대한 효과적인 전보를 실현하기 위하여 불법행위 성부를 판단함에 있어서 원칙적으로 고의와 과실을 동일시하고 있으며<sup>49)</sup>, 교사범과 방조범도 공동불법행위자로 보아 연대하여 손해배상책임을 부담하도록 하고 있고<sup>50)</sup>, 나아가 과실에 의한 방조도 가능하다고 보고 있다.<sup>51)</sup> 제조물책임법이 협의의 제조업자 이외에 다양한 주체에 대하여서도 손해배상책임을 부담하도록 규정해 놓은 것도 이러한 연장선상에서 효과적인 손해배상을 위하여 배상책임의 범위를 한 층 더 넓히고 있는 것으로 이해할 수 있을

48) 2011년 11월 11일자 보건복지부 보도자료 “6종 가습기살균제, 수거 명령 발동” 참조

49) 민법 제750조 제1항 참조

50) 민법 제760조 제3항 참조

51) 대법원 2007. 6. 14. 선고 2005다32999 판결 참조

것이다. 제조물책임법이 표시제조업자에 대하여 협의의 제조자에 준하는 주의의무를 부과하는 취지에 대하여서는 OEM, ODM, PB 등의 방식으로 제품이 제조, 유통된 경우 제조업자로서의 신뢰를 형성하게 한 제품의 공급업자에 대하여 표현책임의 원칙에 따라서 제조물책임을 부담시킨 것이라고는 설명이 제시되고 있다.<sup>52)</sup> 독일 제조물책임법에도 유사한 규정이 존재하는데, 그 입법취지를 설명함에 있어서는 소비자 보호의 필요성이라는 관점도 제시되고 있다.<sup>53)</sup>

그러나 형사책임 여부의 판단함에 있어서는 이러한 민사법적 접근방법을 사용하기 곤란할 것이다. 형사책임을 검토함에 있어서는 행위책임의 원칙에 근거하여 정범과 공범, 즉 범죄수행에서 핵심적인 역할을 수행하는 자와 그렇지 아니한 자를 엄격히 구분하도록 하고 있음은 물론, 책임주의 원칙에 근거하여 결과발생에 대하여 귀책사유가 인정되는 경우에 한하여서만 형사책임을 부담시킬 수 있다고 보고 있기 때문이다. 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무를 부담하는 주체를 확정함에 있어서는 이러한 형법적 관점을 고려하여 개별적으로 판단하여야 하는 것이다.

일단 표시제조업자도 형법적 작위의무로서의 제조물계속감시의무를 부담한다고 보는 것 그 자체는 타당한 것으로 생각되지만, 표시제조업자에게 협의의 제조자와 동일한 내용의 형법적 작위의무를 부과할 수는 없다고 보아야 할 것이다.<sup>54)</sup> 사인간의 거래안전을 확보하기 위하여 발전한 표현책임의 법리가 국가 형벌권 행사를 정당화하는 이론적 근거가 될 수는 없으며, 이미 살펴본 바와 같이 소비자 보호의 필요성만으로는 제조자에게 형법적 작위의무가 인정되는 근거를 충분히 설명해낼 수 없기 때문이다. 이 문제는 위험창출 및 실현과정에 대한 사실상의 지배라는 형법적 관점에 비추어 판단하는 것이 적절할 것이다.

표시제조업자가 제품의 제조과정에 전혀 관여하지 아니하고 단순히 제품의 유통만을 담당하는 경우, 표시제조업자는 위험창출과정을 사실상 지배하는 자에도 해당하지 않으며 스스로 제품의 위해성 여부를 판단할 수 있는 전문지식을 보유하지 아

52) 권오승 등, 각주 2의 책, 181

53) Gehard Wagner, 각주 15의 주석서, 4ProdHaftG/22

54) 우리나라에서는 표시제조업자가 협의의 제조자에 준하는 의무를 부담한다고 설명하는 견해는 전지연, “형법적 제조물책임에서 주의의무위반과 신뢰의 원칙”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 제17권 제4호, 2007, 12 참조.

니한 경우가 대부분일 것이다. 따라서 이때에는 표시제조업자는 원칙적으로 제품 사용자들의 반응을 모니터링 하는 등의 방법으로 제품의 결함 여부에 대한 정보를 수집하고 이를 협의의 제조자에게 전달할 의무와 제품에 결함이 있음이 밝혀진 경우 소비자에게 그러한 정보를 전달하고 제품 판매를 중단하고 사안에 따라서는 제품을 회수하는 등의 조치를 취할 의무를 부담하게 되지만, 직접 최신의 과학지식을 조사하여 제품의 유해성 여부를 판단할 의무를 부담하지는 않는다고 보아야 할 것이다. 다만 일반 사회구성원에게 널리 알려진 유통업자가 제조를 의뢰하여 자체 상표로 판매하는 PB 상품(private brand)의 경우에는 제품의 판매 및 회수 등에 대하여 미칠 수 있는 광범위한 영향력 등에 상응하여 유통업자에 대하여 일반적인 표시제조업자에 대하여 요구되는 것보다 더 높은 수준의 형법적 제조물계속감시의무를 이행할 책임을 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다.<sup>55)</sup>

법률 제3조 제2항은 유통을 담당한 공급업자에 대하여 보충적인 배상책임을 부담하도록 규정하고 있다. 그런데 형법적 제조물계속감시의무의 부과가능성과 관련하여서는, 제품의 제조를 담당하는 자와 유통을 담당하는 자가 명확히 분리되어 있는 경우에는 특별한 사정이 존재하지 아니하는 한 유통에만 관여하는 자에 대하여서는 형법적 제조물계속감시의무가 부과되지 않거나 매우 낮은 수준의 제조물계속감시의무만이 부과될 수 있을 뿐이라고 보아야 할 것이다. 단순히 유통에 관여하는 자는 위험을 창출한 자에 해당하는 것으로 볼 수 없음은 물론, 제품의 제조과정에 사실상의 영향력을 행사하지 아니하는 이상 신뢰의 원칙에 비추어 볼 때 제조자가 야기한 위험에 대하여 어떠한 형사책임을 부담시키는 것은 적절하지 않기 때문이다.<sup>56)</sup> 제조물계속감시의무를 부과하는 경우에도 유통에만 관여한 자에 대하여서는 원칙적으로 제품의 유해성을 알게 된 경우 제품의 판매를 중단하는 것과 같은 소극적인 의무만을 부과하여야 하며, 특별한 사정이 없는 한 제품의 유해성 여부에 대한 정보를 수집하여 제조자에 대하여 전달하거나 유해성 여부를 스스로 판단하는 것과

55) 유명상표 하에 판매되는 제품의 경우 소비자와 제조자 사이에 일종의 의존관계가 형성된다는 점을 강조하여 유명상표 제품 제조자에 대하여 제조물계속감시의무를 인정하는 근거를 찾아내는 견해는 Bernd Schünemann, 각주 8의 글, 640 참조.

56) 이러한 원칙은 수입업자에 대하여서는 그대로 적용되기 힘들 것이다. 외국의 제조업자가 우리나라에서도 제조물계속감시의무를 이행할 것을 기대할 수는 없으나, 수입업자가 일정한 범위 내에서 제조물계속감시의무를 부담한다고 보는 것이 타당할 것이다.

같은 적극적 의무를 부과할 수는 없다고 보아야 할 것이다.<sup>57)</sup> 다만 PB 상품의 유통업자의 경우에는 이와는 다르게 취급할 필요가 있음은 이미 기술한 바와 같다.

## IV. 결론

오늘날의 시장경제체제는 제조자에게 끊임없는 혁신을 요구하고 있으며, 이로 인하여 신기술이 점점 더 빠르게, 점점 더 많이 등장하고 있고 신기술의 발견이 제품의 생산으로 이어지기까지의 시간적 간격도 점점 더 좁혀지고 있다. 그리고 이러한 사정을 고려한다면 제품의 결함이 사후적으로 밝혀지는 사례도 시간이 흐르면서 더 증가하게 될 것으로 예측된다. 그런데 신기술의 개발 및 적용이 사회 전체에 가져오게 될 편익을 고려한다면 개발위험을 제조자에게 모두 부담시키는 것이 적절하지 않을 것이다. 하지만 다른 한 편으로 본다면 충분한 검증과정을 거치지 아니한 새로운 원료, 새로운 기술을 사용하게 됨으로써 법익침해의 위험이 증가하고 그와 더불어 형법적 대응의 필요성도 함께 증가하게 된다는 점도 부인할 수 없다. 이러한 사회현상에 적절히 대응하기 위하여서는 개발위험을 적절하게 분산시키면서도 소비자 등 일반 사회구성원을 효과적으로 보호하기 위한 이론적 틀이 마련될 필요가 있을 것이다.

이와 같은 관점에서 본다면 제조물계속감시의무가 갖는 중요성은 민사법적 손해배상과 관련하여서만이 아니라 형사법적 시각에서도 강조될 필요가 있을 것이다. 신제품의 개발에 수반하는 위험에 대하여 언제나 제조자에게 모든 책임을 부담하도록 하는 것은 부당하지만, 일반 사회구성원이 신기술, 신물질 등으로 인하여 발생하는 피해에 무방비한 상태로 방치되지 않도록 하기 위하여서는 제품의 위해성 여부를 지속적으로 감시하고 위해성이 밝혀진 경우 적절한 조치를 취할 필요가 있다. 그리고 이러한 의무는 이전까지는 존재하지 아니하였던 위험을 창출한 주체에 해당하는 제조자가 부담하는 것이 적절할 것이다. 제조물책임법에서 논의되는 제조물계속

57) 이와는 달리 유통업자가 제품의 결함 여부에 대한 보고의무 등 광범위한 주의의무를 부담한다는 견해는 전지연, 각주 54의 글, 11 참조.

감시의무는 이와 같은 제조자의 위험에 대한 지속적 관리의무를 적절히 설명하고 있는 이론적 도구로서 민사법적 영역에서는 물론 형사법적 영역에서도 그 유용성을 인정받을 수 있는 것이다.

## 참고문헌

- 권오승 등, 제조물책임법, 법문사, 2003, 206
- 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원, 1997
- 양창수, “한국의 제조물책임법”, 서울대학교 법학 제42권 제2호, 2001
- 심재한, “리콜 제도와 소비자보호”, 상사판례연구 제20권 제4호, 2007
- 이상정, “제조물책임법과 개발위험의 항변”, 성균관법학 제19권 제2호, 2007
- 전지연, “형벌론의 관점에서 본 형법적 제조물책임의 필요성”, 형사정책 제13권 제1호, 2001
- 전지연, “형법적 제조물책임에서 주의의무위반과 신뢰의 원칙”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 제17권 제4호, 2007
- 전지연, “형법상 제조물책임에서 주의의무위반에 대한 비교법적 고찰”, 법학연구(연세대학교 법학연구소), 제18권 제4호, 2008
- 조병선, “企業刑事責任에 대한 比較法的 연구—특히 監督責任에 관한 독일과 일본의 판례에 대한 비교연구—”, 법학논집(청주대학교 법학연구소) 제21권, 2004
- 최동식, “製造物責任法上 缺陷 概念과 開發危險의 抗辯”, 한양법학 제14집, 2003. 12
- 하태훈, “缺陷製造物로 인한 법익침해와 그 형사책임”, 형사법연구 제17호, 2002
- Schünemann, Bernd, Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte: zugleich ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre, Göttingen 1971
- Schünemann, Bernd, Unternehmenskriminalität und Strafrecht, Carl Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1979
- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band I, Grundlagen-Der Aufbau der Verbrechenslehre, C. H. Beck München, 4. Aufl., 2006

- Roxin, Claus, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Band II, Besondere Erscheinungsformen der Straftat, C. H. Beck, München, 2003
- Roxin, Claus, Täterschaft und Tatherrschaft, De Gruyter Recht, Berlin, 8. Aufl., 2006
- Owen, David G, Montgomery, John E., Davis, Mary J., Products Liability and Safety: Cases and Materials. Foundation Press, 6th edition, 2010
- Zieschang, Frank, Die Gefährdungsdelikte, Duncker/Humblot, Berlin, 1998
- MünchKommBürgerlG, MünchKommBürgerlG, Schuldrecht, Besonderer Teil III, 6. Auflage, 2013
- MünchKommStrafgesetzbuch, 2003
- Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 3. Auflage, 2010
- Schönke-Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 27. Auflage, 2006
- Leipziger Kommentar, Strafgesetzbuch, 12. Auflage, 2006
- Schünemann, Bernd, “Unternehmenskriminalität”, in: Canaris u. a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof-Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV, München, 2000
- Meier, Bernd-Dieter, “Verbraucherschutz durch Strafrecht?—Überlegungen zur strafrechtlichen Produkthaftung nach der Lederspray Entscheidung des BGH”, NJW (Neue Juristische Wochenschrift), 1992
- Lens, Jill Wieber, “Warning: A Post-Sale Duty to Warn Targets Small Manufacturers”, Utah Law Review, 2014
- Otto, Harro, “Die strafrechtliche Verantwortung für die Verletzung von Sicherungspflichten in Unternehmen”, in: Andreas Hoyer u. a. (Hrsg.), Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70 Geburtstag, Heidelberg, 2006
- Ross, Kenneth, Prince, David, “Post-Sale Duties-The Most Expansive Theory in Products Liability”, Brooklyn Law Review, 74, 2008

- Kuhlen, Lothar, “Strafhaftung bei unterlassenem Rückruf gesundheitsgefährdender Produkte-Zugleich Anmerkung zum Urteil des BGH vom 6. 7. 1990~2 StR 549/89”, NStZ (Neue Zeitschrift für Strafrecht), 1990
- Ranft, Otfried, “Rechtsprechungsbericht zu den Unterlassungsdelikten, Teil 1”, Juristen Zeitung, 42. Jahrg., Nr. 18 (18. September 1987)

## Development Risk and Criminal Product Liability

Kim Ho-ki\*

A manufacturer can be held criminally responsible for injuries resulting from defects that were scientifically undiscoverable at the time the product was manufactured, because he in no way could know whether the product would be dangerous and therefore he did not mean to commit a crime. But post sales duties can still be imposed on manufacturers such as duties to observe whether the product has dangerous defects and, if found, to take proper measures to protect consumers.

To date, two different perspectives, namely *Ingerenz* and *Verkehrspflicht*, have been adopted to ground the criminal product liability. *Ingerenz* and *Verkehrspflicht* are theoretical tools that are developed and being used in the interpretation of the German civil and criminal law. But it would be better to derive the duty of a manufacturer to protect consumers and avoid a harmful result from the current Product Liability Act. According to the Product Liability Act, a manufacturer could not raise the state of the art defense if the manufacturer has discovered the defect in the product after supply but has failed to take appropriate measures that could have prevented injuries caused by the defect. Also, the Act imposes duties upon manufacturers to observe and take appropriate actions regardless of whether the defect was known to him at the time the product was manufactured. These duties of manufacturers should be acknowledged as special legal duties, the breach of which lead to the imposition of criminal sanction. But it does not necessarily mean that any breach of the duties triggers criminal liability. The

---

\* Associate Professor, Law School, University of Seoul

scope and limit of the “criminal” post-sale duties should be determined on the basis of the fundamental principles of criminal justice system such as the protection of the legal interests (Rechtsgüterschutz) and the ultima ratio principle.

❖ Keyword: development risk, criminal product liability, Lederspray Fall, Produktbeobachtungspflicht