

제조물책임법상 제조물의 개념*

- 미국 제조물책임 리스테이트먼트와 비교하여 -

김천수**

* 이 논문은 작년(2003년) 한국상품학회의 가을 국제학술대회에서 발표된 논문으로서(한국상품학회, 2003년 가을국제학술대회 학술발표논문집 「브랜드 가치와 PL법」, 175~196면 참조) 학회지 게재를 보류하고 있던 것을 약간 수정하여 이제야 게재하게 된 것이다. 본인은 제조물책임법의 각 쟁점을 차례로 미국 제조물책임 리스테이트먼트(1998)와 비교하여 검토하는 논문을 계획한 바 있는데, 이는 그 첫 번째의 논문이다. 특히 제조물책임법 분야의 종래 여러 문헌에서 나타나는 현상으로서 다른 저자의 기존 국내 문헌 내지 특정 외국의 문헌에서 소개된 내용을 ‘ 옮겨 적는 ’ 방식으로(경우에 따라서는 인용조차 없거나 있어도 부실하여 사실상 표절의 모습으로) 다수 외국의 논의를 나열하고 자신의 연구 성과 내용에 대한 언급이 적거나 거의 없어서 외국 법제 내지 논의의 충실한 소개 또는 국내 논의의 활성화 내지 심화라는 학술적 가치가 薄弱한 논문작성의 모습은 지양되어야 한다. 그러한 방식으로 외국 법제 내지 논의를 轉載하는 것은 잘못 이해 내지 표현된 첫 문헌의 誤謬가 여러 논문에 輾轉流通되어, 스스로 연구할 처지가 못되어 국내 문헌을 통해 외국 법제나 논의를 입법 내지 정책 결정에 반영하는 입법 내지 정책결정 담당 판료 기타 관계인들이 그 국내문헌 내용의 誤謬 내지 虛構에도 불구하고 마치 다수 연구자가 한 목소리로 인정하고 있으므로 틀림없이 진실일 것이라는 誤信을 갖게 하는 危險이 있는 것이다. 외국 논의와 자료에 대한 직접적인 문헌을 스스로 탐구하여 경우에 따라 종전의 문헌과 다른 내용을 소개하게 되면, 입법 내지 정책결정의 단계에서 전자 내지 후자의 誤謬로 인한 誤信의 가능성을 현저하게 줄일 수 있을 것이다. 이 논문은 미국의 논의를 위 리스테이트먼트의 내용을 중심으로 직접 충실하게 분석하여 이를 토대로 현행 제조물책임법을 검토하겠다는 계획의 일환으로 이루어진 것이다. 위 한국상품학회의 학술대회에서 같은 제목인 제조물의 개념에 대한 두 논문, 즉 위 리스테이트먼트 중심의 비교법적 고찰을 한 논문과 유럽 중심의 비교법적 고찰을 한 논문이 각각 발표되었는데 이 논문은 전자의 것이고, 후자를 발표한 박동진 교수는 그 발표문을 “제조물책임법상 제조물의 개념”이란 제목으로 비교사법 제10권 4호(2003 12)의 279면 이하에 게재하였다.

** 성균관대학교 법과대학 교수

- I 서론
- II 제조물 개념과 관련된 제조물책임법과
미국 제조물책임 리스테이트먼트의 각 규정 개관
 - 1 제조물책임법 제1조와 제2조
 - 2 미국 제조물책임 리스테이트먼트 제5조 내지 제8조 및 제19조
- III 미국 제조물책임 리스테이트먼트 제19조에 대한 상론
 - 1 제조물의 개념에 대한 종래의 정의
 - 2 유체동산
 - 3. 기타 논의 대상
- IV 우리 제조물책임법상 제조물에 관한 논의
 - 1 서설
 - 2 요건 1. 제조 또는 가공되었을 것
 - 3 요건 2. 동산일 것
- V 결론

I. 서론

경제적 약자의 보호를 위한 법리의 하나인 제조물책임이론이 국내 학계에서 무성하게 논의되어 왔고 그 법리의 일부가 판례에서 수용되어 왔지만, 국제적인 조류에 비하여 그 보호의 역사가 일천하고 그 보호의 범위 또한 미진하여 입법의 필요성이 제기되어 온지 수십년만에 우리도 그 입법에 이르렀다. 즉 2000. 1. 12. 공포되어 2년 반의 유예기간을 거친 후인 2002 7 1자로 시행에 들어간 제조물책임법이 바로 그것이다. 이는 미국에서는 이미 관련 판례¹⁾가 나온 지 100여년이 지난 시점이라는 점

1) 영국의 *Winterbottom v Wright* 사건(10 M & W 109, 152 Eng Rep 402)에서 설정된 privity rule이 배제된 것을 제조물책임 인정의 효시로 파악할 수 있을 것이다. 미국 뉴욕 주의 *Thomas v Winchester* 6 N Y 397 (1852) 사건에서 imminent danger rule로써 privity rule의 적용이 배제되었으며, 같은 *MacPherson v Buck Motor Co.*, 217 N. Y. 382, 111 N Y 1050(1916) 사건에서는 imminent danger rule이 확대 적용되었다 이처럼 미국에서의 제조물책임 인정은 19세기 말로 거슬러 올라갈 수 있다 물론 privity rule을 원용하는 피고의 항변을 받아들이는 *Losee v Clute* 51 N Y 494 (1873) 사건도 있는 바, 19세기 말의 미국 판례는 아직 제조물책임이 정착된 것은 아니었다. Dan B. Dobbs, *Torts*

에서 만시지탄의 일이지만 제조물의 피해자를 보호하는 법률을 가지게 된 점은 환영할 일이며, 이제 위 법률에 대한 해석 및 입법적 논의를 거쳐 보다 현실 적합성 있게 보완하는 일이 남아 있다고 하겠다.

미국법률협회(American Law Institute)는 1964년 Restatement Second of Torts에 “사용자나 소비자의 재산적 손해(physical harm)에 대한 제조물(product)의 판매자의 특별책임”이라는 표제의 제402조의A를 채택하였다. 이는 위 협회가 결함상품의 판매자에 대한 엄격책임을 당사자관계(privty)에 무관하게 인정한 최초의 것으로서 의미가 있는바, 그 주된 주장은 당사자관계의 법리를 배제하여 사용자나 소비자가 과실불법행위의 요건을 입증하지 않아도 제조자에게 소송을 제기할 수 있다는 것이었다. 하지만 위 조문은 설계결함이나 경고결함²⁾에 대하여 당시로서는 본격적으로 논의되지 않았던 관계로 언급하지 않고 있었다.³⁾

그 이후에 미국의 판례에서 제조물책임의 법리는 비약적으로 발전되어 왔고, 1964년 Restatement Second of Torts 기초자들이 인식하지 못했던 쟁점들이 소송상 제기되었는바, 가령 설계결함 및 경고결함의 책임에 적용되는 일반적 기준, 처방약품의 설계결함에도 제조물책임이 인정되는지의 문제, 다른 원인에 의한 손해를 제조물결함이 확대시켰으나 이 손해 확대부분의 산정이 불가능한 경우의 문제 등이 그 대표적인 예들이다. 그리하여 1964년 Restatement Second of Torts에서 제조물의 판매업자⁴⁾

and Compensation, 2nd Ed., West Publishing Co., 1993, pp 496, 609f. 참조.

- 2) 주지하는 바와 같이 제조물책임의 결함은 세 유형으로 구분하는 것이 일반적이나, 설계와 달리 결함 있는 물건이 제조된 경우인 제조결함(manufacturing defect), 설계대로 제조하였지만 결함이 있는 경우인 설계결함(design defect), 제조 당시 불가피한 결함이지만 시판시에 이에 대한 경고를 게을리한 경우인 경고결함(instruction defect, warning defect) 또는 시판결함(marketing defect) 등이 그것이다.
- 3) 이하는 American Law Institute, *Restatement of the Law, Torts, Products Liability*, American Law Institute Publishers, 1998, pp 3f (이하에서 이를 본문에서 지칭할 때에는 ‘미국 제조물책임 리스테이트먼트’ 또는 ‘동 리스테이트먼트’라고 하고 각주에서는 ‘ALI, op cit., p__’로 인용하며, 그 조문을 본문에서 조문을 표시할 때에는 ‘미국 제조물책임 리스테이트먼트 제__조’로 표시하고 각주에서는 同書의 요구에 따라 ‘*Restatement Third, Torts: Products Liability* §__’로 인용하기로 함).
- 4) 1964년 Restatement Second of Torts에서와 달리 1998년 Restatement of the Law, Torts, Products Liability에서는 책임의 주체 앞에 commercial이라는 수식어가 눈에 띈다 ‘commercial’이라는 수식어를 ‘영업’을 의미하는 것으로 파악하여 ‘commercial seller’를 ‘판매업자’이라고 번역한다 distributor의 경우도 마찬가지이다.

책임에 관한 내용을 전면적으로 깊게 분석하여 나온 미국 제조물책임 리스테이트먼트(Statement of the Law, Torts, Products Liability)는 4개 장 21개 조문으로 매우 상세하게 되어 있다. 판매 시점의 제조물결함에 입각한 제조물판매업자의 책임에 관한 제1장(§§1~8), 판매 시점의 제조물결함에 입각하지 않는 제조물판매업자의 책임에 관한 제2장(§§9~11), 승계인 및 표현제조자 등의 책임에 관한 제3장(§§12~14), 인과관계·항변·용어정의(제조물·판매유통인·손해) 등에 관한 제4장(§§15~21) 등으로 구성되어 있으며, 제1장은 제조물 일반에 적용되는 책임법리에 관한 제1절(topic)과 부품·의약품·의료기구·식품·중고품 등 특수한 제조물이나 그 시장에 관한 제2절로 구분되어 있다.

문제의 물건이 제조물인지 여부의 문제가 중요함은 이론의 여지가 없다고 하겠다. 미국의 경우 1960년 초부터 1980년 초 사이에 특히 더욱 그 제조물의 개념은 중요했다고 한다.⁵⁾ 1960년 이전 미국 법원들은 원피고 사이에 당사자 관계가 없으면 결함 제조물로 야기된 손해에 대하여 엄격불법행위책임을 인정하지 않았으며, 1980년 초 미국 제조물책임 소송은 그 중심이 제조결함에서 설계 내지 경고 결함으로 옮겨져 후자의 경우 위험-유익 형량이 중요하여 제조물인지 여부의 쟁점의 실질적 중요성은 감소하게 되었다는 것이다.⁶⁾ 하지만 엄격책임을 부과할 것인지 여부가 의미가 있는 한 제조물의 개념은 여전히 중요성을 가지며 제조물개정에 관한 각주의 제정법들 역시 제조물의 범주화에 대한 중요성을 부각시키고 있다는 것이다.⁷⁾

결함으로 손해를 야기한 물건이 우리 제조물책임법의 적용 대상이 되는가의 여부는 역시 무과실책임이 부과되는가의 문제를 결정짓는다는 점에서 매우 중요한 쟁점이며, 同法の 책임을 묻기 위한 최우선의 쟁점이라고 하겠다. 제조물 개념에 관하여 소위 포괄적 규정만을 두고 있는 우리 제조물책임법의 입법방식에서 더욱 그 개념에 대한 해석이 중요하다고 하겠다.

이하에서는 미국법률협회가 1998년 발간한 제조물책임 리스테이트먼트에서 모아진 미국의 논의와 비교하는 작업을 통하여, 우리의 제조물책임법의 주요 내용을 분석하면서 해석론과 입법론을 전개하는 일환으로 우선 제조물의 개념을 살펴보기로 한다.

II. 제조물 개념과 관련된 제조물책임법과 미국 제조물책임

5) ALL, op. cit., p. 267

6) Ibid, p. 268

7) Ibid

리스테이트먼트의 각 규정 개관

1. 제조물책임법 제1조와 제2조⁸⁾

제1조는 “이 법은 제조물의 결함으로 인하여 발생한 손해에 대한 제조업자 등의 손해배상책임을 규정함으로써 피해자의 보호를 도모하고 국민생활의 안전향상과 국민경제의 건전한 발전에 기여함을 목적으로 한다”고 하여 同法の 목적을 설정하고 있다. 同法은 제조물과 생산물 중 ‘제조물’이라는 용어를 선택하였다.⁹⁾ 그리고 제2조의 제1호에서는 同法の 적용을 받는 제조물의 개념을 정의하고 있는바, “다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는 경우를 포함한 제조 또는 가공된 동산”이라고 개념을 규정하고 있다. 제조물 개념에 관한 제조물책임법의 규정은 위 제1호의 개념 규정이 전부이다.

2. 미국 제조물책임 리스테이트먼트 제5조 내지 제8조 및 제19조

미국 제조물책임 리스테이트먼트는 제조물의 개별 유형에 따른 특별규정을 먼저 두고 그 뒤에 제조물 개념에 대한 일반규정을 두고 있다. 동 리스테이트먼트 제5조 내지 제8조에서 특수 제조물에 대한 책임의 법리를 규정하고 있다. 즉 ‘부품(product components)’에 관한 동 제5조는 결함부품으로 만들어진 제조물이 야기한 손해에 대하여 당해 부품의 판매업자 및 유통업자가 어떠한 경우에 책임을 지는가에 대하여 규정하고 있다. 동 제6조는 ‘전문의약품 및 의료용구(prescription drugs and medical devices)’¹⁰⁾로 인한 책임 특유의 법리를 규정하고 있다.¹¹⁾ 동 제7조는 판매업자 기타 유통업자의 책임이 인정되는 ‘식품(food products)’의 결함 특히 유해성분

8) 이하에서 법률의 표시가 없는 조문의 표시는 제조물책임법의 조문이다.

9) 상품학에서는 ‘물(物)’과 ‘품(品)’을 구분하여 전자는 원형(原形) 그대로를 의미하므로 제조(製造)와 물(物)의 결합은 모순이라고 한다. 하지만 법학에서 제조물이라는 표현은 이미 굳어진 것이고, 물(物)이라는 표현도 광의의 그것으로 품(品)도 포함하는 것이라고 볼 수 있으므로, 그 용어를 다시 바꿀 필요는 없다고 하겠다.

10) 이에 관하여는 김천수, “의료용구사고와 제조물책임 - 우리 제조물책임법과 미국 리스테이트먼트의 비교를 중심으로 -”, 의료법학 제3권 2호(2002), 58면 이하 참조

11) 가령 이 고유의 법리가 적용되는 보호 법익은 인신에 한정되며 기타 재산적 법익은 일반 법리의 적용을 받는다는 점, 전문가의 처방이 개입되는 제조물이라는 점에서 소위 learned intermediary rule이 적용된다는 점 등이 그 특색이다.

(harm-causing ingredient)으로 인한 결함에 대하여 특별한 규율을 하고 있다. 동 제 8조는 '중고품(used products)'의 판매업자나 유통업자에게 귀속되는 결함책임을 규율하고 있다. 이상의 특수제조물의 규정들은 제조물의 개념 자체를 비교 연구하는 이 논문의 주제에는 직접 연관되는 내용이 아니고 이들 특수제조물의 특별법리에 관한 것이어서 더 깊은 분석은 이 논문에서는 생략하고 해당 주제에 관한 차후의 논문으로 미룬다. 결국 동 리스테이트먼트에서 제조물 개념에 관한 일반 규정은 동 제19조이다.

동 리스테이트먼트는 제조물의 일반적인 개념을 제19조에서 아래와 같은 내용으로 규정하고 있다.

제19조 (제조물의 정의) 이 리스테이트먼트의 적용을 받는 제조물은 다음과 같다.

(a) 제조물이란 사용 내지 소비 용도로 영업상(commmercially) 유통된 유체동산(tangible personal property)¹²⁾이다. 부동산(real property)과 전기와 같은 기타의 물건(items)은 그들 유통 및 사용의 관계(context)가 이 리스테이트먼트에서 언급되어 있는 법리를 적용하기에 적합할 정도로 유체동산의 그것과 유사한 경우에는 제조물이다.

(b) 서비스(services)¹³⁾는 영업상 제공되었더라도 제조물이 아니다.

(c) 인간의 혈액 및 조직(human blood and human tissue)은 영업상 제공되었더라도 이 리스테이트먼트의 법리가 적용되지 않는다.

III. 미국 제조물책임 리스테이트먼트 제19조에 대한 상론

12) personal property란 역사적으로 본래, personal action(인적 소송)에 의해 구제를 받는 재산권을 가리키며, 물건 자체의 회복을 인정하는 real action(물적 소송)에 의해 구제를 받는다고 하는 real property(물적 재산권) 이외의 재산을 말한다. 오늘날은 이보다 넓게, chattel personal(부동산에 관계가 없는 인적 재산) 외에 chattel real(부동산에 관한 인적 재산)을 포함하여, 전자는 다시 movables(동산)인 유체물물을 말하는 corporeal personal property와 chose in action(채권) 및 incorporeal personal property(무체재산)으로 나누어지며, 이 가운데 특히 동산만을 가리키는 경우도 있다. 田中英大, 英美法辭典(東京大山版會, 1991) 참조.

13) 이 services를 일본에서는 역무(役務)로 번역하나, 이 역무의 뜻도 노역(勞役)의 일이라고 풀이되어 결국 노무(勞務)와 같은 의미라고 하겠으며, 그렇다면 노무로 번역하는 것도 가능하지만, 후술하는 바와 같이 일정 단계까지의 전기를 “a service”라고 판시하는 미국 대다수 주 판례의 태도에서 이 용어에는 역무나 노무와 또 다른 함의가 있다고 여겨져서 이 논문에서는 우선 서비스라고 표현하기로 한다.

1. 제조물의 개념에 대한 종래의 정의¹⁴⁾

동 리스테이트먼트가 완성되기 얼마 전에 미국의 많은 주에서 엄격제조물책임의 법리를 성문화하거나 개정하는 입법이 이루어졌으며, 이들 제정법 가운데 많은 것이 제조물(product) 용어를 정의하고 있다. 가령 메릴랜드 주의 경우, 이를 “유체 상품(tangible article)으로서 부착물(attachment), 부속품(accessories) 및 부품(component parts) 그리고 이에 딸린 상표, 경고문, 지시문 및 포장 등을 포함한다”고 규정한다.¹⁵⁾ 오하이오 주의 경우, 이를 “유체동산을 구성하는 물건(object), 물질(substance), 혼합물(mixture) 또는 원료(raw material)로서 다음의 요건을 충족하는 것: (1) 인도가 가능할 것, (2) 무역(trade)이나 상거래(commerce)를 위해 생산, 제조 또는 공급되었을 것, (3) 영업상 또는 개인적 용도를 위한 매매 또는 임대를 목적으로 할 것.”¹⁶⁾ 이와 아주 대조적으로 테네시 주는 매우 넓은 정의를 내리고 있다: “생산된 유체물(tangible object) 또는 상품(goods).”¹⁷⁾ Model Uniform Product Liability Act는 제조물을 “내재적 가치를 보유하는 물건(object)으로서 조립완제품이나 부품(들)로서 인도가 가능하고 무역이나 상거래를 위해 생산되었을 것”으로 정의하며, “인간 혈액 및 그 성분(components)을 포함하는 인간의 조직이나 기관은 이 용어에서 배제된다”고 한다.¹⁸⁾

미국 각주의 법원은 제조물을 다양하게 정의하고 있는 바, 각 판례상 나타난 표현들로는 “인간의 공업과 기술로 만들어진 것 일체”¹⁹⁾, “유형적인 상품으로서 제조공정의 결과물이며 궁극적으로 소비자에게 인도될 물건”²⁰⁾, “상품(goods)은 … 특정

14) 이하는 ALI, op, cit, p 271의 Comment a. History 부분에서 인용함. 기타 문헌으로 Ibid., p. 273의 제3단락에 소개되어 있는 Cantu, The Illusive Meaning of the Term “Product” Under Section 402A of the Restatement (Second) of Torts, 44 Okla L Rev 635 (1991) 등 참조

15) Md Code Ann, Cts s& Jud. Proc §5-115(Supp 1993)

16) Ohio Rev Code Ann §2307.71 (Anderson 1991)

17) Tenn. Code Ann §29-28-102 (1980)

18) MUPLA §102(C), 44 Fed. Reg. 62714 (1979)

19) Wyrulec Co v Schutt, 866 P.2d 756, 760 (Wyo 1993)

20) Pierson v Sharp Memorial Hosp., 264 Cal Rptr, 673, 675 (Cal Ct App. 1989)

(identification)의 시점에 이동이 가능한 모든 것²¹⁾, “매도인으로부터 상대방에게 인도된 시점에 동산(personalty)인 품목 또는 상품(good)”²²⁾ 등이 있다.

2. 유체동산²³⁾

동 리스테이트먼트 법리의 적용을 받는 제조물은 원칙적으로 유체동산이어야 한다.²⁴⁾ 부품은 제조물이며,²⁵⁾ 이는 판매 기타 유통이 별도로 분리된 상태에서 이루어졌건 다른 부품과 조립된 상태에서 이루어졌건 불문한다.²⁶⁾ 조립품 자체도 제조물이다. 원료(raw materials)도 제조물인바,²⁷⁾ 그것이 제조되었건²⁸⁾ 가공되었건²⁹⁾ 천연

21) UCC §2-215(1)의 개념을 채택하여 내린 정의이다 Hines v. JMJ Constr Co, No, CV92-506329, 1993 WL 7269 (Conn Super Ct, Jan 11,1993)

22) Indiana Products Liability Act(Ind Code Ann. §34-1-20A-2A-Z (Burns 1986))에 대한 해석이다 Alexander v Beech Aircraft Corp, 952 F2d 1215, 1220 (10th Cir. 1991)

23) Ibid., pp. 268f

24) 부동산이나 무체재산(intangible personal property)도 포함되기도 하나 이는 예외적인 경우이다

25) 불법행위 리스테이트먼트 제2판에서는 제조물의 부품 판매업자에게 제조물책임 규정을 적용할 것인가에 대하여 참묵하고 있었지만, 각주 법원은 일치하여 부품도 엄격제조물책임의 적용을 받는 제조물로 간주하고 있다 Estate of Carey v Hy-Temp Mfg, Inc., 702 F.Supp 666(ND Ill 1988)(Illinois 법이 적용되었음)(부품제조자는 그가 만든 부품이 알고 있는 용도로 사용함에 있어서 결함이 있다면 책임이 인정될 수 있다고 판시) 등 참조 (ALI. op. cit, pp 273f에 인용된 판결들 참조)

26) 가령 부품이 분리된 상태로 선적되어 나중에 제조자나 최종소비자가 보다 큰 제조물로 조립되어야 하는 경우에도 부품제조자는 엄격책임을 면하지 못한다 관련 판례로 Pust v Union Supply Co., 561 P.2d 355, 361 (Colo Ct.App 1976) 및 Komanekin v Inland Truck Parts, 819 F Supp 802, 810 (E D Wis 1993)(Wisconsin 주 법 적용) 등 참조 그리고 부품이 인도된 이후에 중대하게 변경되었어도 그 변화가 손해의 원인이 되는 결함을 창출한 것이 아니면 부품제조자는 엄격책임을 면하지 못한다 관련 판례로 Michalko v Cooke Color and Chem Corp, 451 A 2d 179, 186 (N J 1982) 및 Dennis v. Ford Motor Co, 332 F Supp 901 (W D Pa.1971)(Pennsylvania 주법 적용) 등 참조 Ibid, p 274에서 재인용

27) 대부분 주의 법원이 손해가 당해 원료의 특정가능한 결함으로 발생한 경우에 그 원료를 엄격제조물책임이 적용되는 제조물로 취급한다 관련 판례로 Menna v Johns-Manville Corp, 585 F Supp 1178 1183 (D.NJ 1984)(New Jersey 주 법 적용) 및 Hammond v North Am. Asbestos Corp, 435 NE2d 540, 544 (Ill App.Ct 1982) 등 참조 Ibid, pp 274f

상태로 수집되어 판매 내지 유통되었건³⁰⁾ 불문한다.

살아 있는 동물도 제조물인가에 대한 판례는 주마다 다르다.³¹⁾ 하지만 살아있는 동물이 영업상 판매되었는데 죽은 채로 인도되었고 이것이 다른 재산이나 인체에 해를 끼친 경우에 도 동 리스테이트먼트의 적용을 받는다.

한편 인간의 혈액이나 장기는 동 리스테이트먼트 적용을 받지 않는다.³²⁾ 대부분의 주법에서 인간의 혈액이나 장기 판매자의 책임은 과실책임으로 규정하며, 인간의 혈액이나 장기는 제조물이 아니라고 하거나 아니면 그들의 공급은 서비스라고 한다.³³⁾

에서 재인용

28) 예컨대 금속판(sheet metal) 등에 관한 판결로 *Hastings v Dis. Tran. Prods, Inc.*, 389 F Supp. 1352 (WD La 1975) (Louisiana 주 법 적용) 등 참조 Ibid, p 275 참조.

29) 가령, 가공된 목재(processed lumber)에 관한 판결로 *Housman v C A Dawson & Co.*, 245 NE2d 886 (Ill.App.Ct 1969) 등 참조. Ibid., p. 275에서 재인용.

30) 예컨대 세척되지 않은 자갈, 농산물 등.

31) 소수의 주는 애완동물이 판매 시점에 사망한 경우 그 사망으로 인한 손해에 대하여 엄격 불법행위책임을 부과한다 관련 판례로 *Beyer v Aquarium Supply Co.*, 404 N.Y.S.2d 778, 779 (N.Y.Sup.Ct 1977) 등 참조. 그에 비하여 불구의 상태 내지 특성이 그 동물에게 본래 내재되어 있거나 또는 놀라거나 무는 경향과 같이 시간의 경과에 따라 가변적이면 살아 있는 동물의 공급자에게 엄격책임을 묻지 않는다 관련 판례로 *Kaplan v. C Lazy U Ranch*, 615 F.Supp 234 (D.Colo.1985) (Colorado 주법 적용) (말에서 떨어진 목장 고객이 '안장이 설치된 말'은 제조물이라는 주장을 하였지만 법원은 이를 배척하였다 원고측 주장에 따르면 안장이 설치되는 시점에 말이 가슴을 팽창하였다가 나중에 다시 수축하여 안장이 헐거워졌다는 것이다.) 등 참조 가축이 제조물인가에 대한 몇 안 되는 판결 가운데 하나로 *Anderson v Farmers Hybrid Cos.*, 408 NE2d 1194 (Ill App Ct 1980)이 있다 이 사건에서 암돼지가 다른 돼지들을 감염시켜서 죽여야 했다는 원고의 주장에 대하여 엄격책임의 적용이 부인되었다 암돼지가 인도되는 시점에 그 성질(nature)이 명료하게 될(fixed) 수 없었기 때문에 제조물일 수 없다는 것이 그 이유이었다 Ibid, pp. 275f 참조

32) 혈액이나 혈액으로 만든 제품에서 소송상 문제로 되는 경우는 대부분 이들이 간염 바이러스나 에이즈 바이러스에 감염된 경우이다

33) 과거에는 인간의 혈액 및 조직 모두 엄격책임이 인정되는 제조물로 간주되었다고 한다 관련 판례로 *Rostocki v Southwest Florida Blood Bank Inc.*, 276 So 2d 475 (Fla 1973) 참조 하지만 최근 각주의 법과 판례는 이들의 유용성에 대한 공공적 관심이 이들의 공급에 내재하는 위험을 능가한다는 입장을 취한다 그래서 거의 모든 주가 이들 공급자의 책임을 입법을 통해 제한한다 Ibid, p 276 참조.

제정법이 이 문제를 규정하지 않는 주의 경우 판례가 가령 간염 바이러스나 에이즈 바이러스의 감염 등 오염에 의하여 야기된 손해에 엄격책임은 부적합하다고 한다.³⁴⁾ 이러한 언급들이 혈액이나 장기 자체가 아닌 혈액으로 만든 제품(blood-related products)도 적용되는 것인지 일견 불명료하지만 그 comment c³⁵⁾를 보면 그러한 제품도 마찬가지로 취급됨을 전제로 하고 있다.³⁶⁾ 따라서 동 리스테이트먼트 제19조 (c)의 인간의 혈액에는 혈액을 만든 제품을 포함하고 있다고 해석되는 것이다.

3. 기타 논의 대상

(1) 유체동산에 담긴 정보

미국에서 무체재산(intangible personal property) 가운데 논의되는 것으로 유체동산인 책 등에 담긴 정보의 결함과 전거나 X-ray와 같은 무형의 에너지(forces)의 결함에 대한 것이 있다. 전자에 대하여 미국 대부분의 주가 엄격제조물책임을 부인하고 있다.^{37/38)} 한편, 미국 캘리포니아 주법을 적용한 제9 순회법원은 방론에서 컴퓨터 소프트웨어가 엄격불법행위제조물책임을 적용되는 제조물이 될 수 있음을 시사했다.³⁹⁾ 많은 주석가들이 이에 대하여 논의하였고 소프트웨어가 제조물로 취급되어야 한다고 주장해왔다.⁴⁰⁾ Uniform Commercial Code 하에서 대량 유통된 소프트웨어는 물건으로

34) 가령 *Kirkendall v Harbor Ins Co.*, 887 F.2d 857 (8th Cir 1989)(Arkansas 주법 적용) 등 참조 Ibid, pp 276f.에서 재인용

35) Ibid, pp 276f

36) 동 comment에서 소개하고 있는 각 주법들이 blood products를 blood과 함께 열거하여 규정하고 있다.

37) 이러한 문제에 대한 리딩 케이스가 *Winter v G P Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033 (9th Cir 1991) (California 주법 적용)이다. 이 사건에서 원고인 버섯광이 피고가 발행한 책인 "The Encyclopedia of Mushrooms"의 정보를 믿고 버섯을 채취하여 먹은 뒤 심하게 앓았다. 원고는 그 출판사를 상대로 결함제조물에 의한 손해의 배상을 청구하였다. 1심 of 피고 승소 판결이 항소심에서도 인정되었다. 책 속의 정보는 제조물이 아니라 관념(idea)이라는 이유였다. 기타 관련 판례에 대하여 Ibid, pp. 277f. 참조.

38) 경기장 입장권의 판매에 대하여 이는 제조물책임을 의미에서의 제조물의 거래가 아니라 판결로 *Kennedy v Providence Hockey Club, Inc.*, 376 A.2d 329 (R.I. 1977) Ibid, p 278에서 재인용.

39) *Winter v G P Putnam's Sons*, 938 F.2d 1033, 1035 (9th Cir 1991) 참조

간주되나,⁴¹⁾ 특별히 당해 소비자를 위하여 개발된 소프트웨어는 서비스라는 것⁴²⁾이 동 리스테이트먼트 주석자의 입장이다.

다만 일부 주의 법원이 지도나 해도(海圖)의 잘못된 정보에 대하여 엄격제조물책임을 부과하였다. 그 이유는 이들이 사용되는 측면은 그 유형적 특성(physical characteristics)이지 그들에 담긴 관념(ideas)이 아니라는 것이다.⁴³⁾ 나아가서 이들은 비행기 조종사가 전적으로 신뢰하는 것으로 이는 결국 사고로 직결된다는 점이 관련 판결들에서 지적되었다. 잡지 부록과 해도를 구분함에 있어서 Texas 주의 판결⁴⁴⁾ 방론에서 언급한 바에 의하면, 당해 해도는 사고 시점에 비행기의 운행에 유형적으로(physically) 이용되었던 것이고 파손된 나침반이나 고도계와 마찬가지로 그 부정확한 자료는 당해 사고를 직접 야기한다는 것이다.⁴⁵⁾ 이에 대하여 동 리스테이트먼트 주석자는 부실표시(misrepresentation)의 법리를 적용하는 것이 보다 타당하다고 한다.

(2) 무형의 에너지

전기에 대하여 미국 대부분 주의 법원들은 소비자의 계량기를 통과하여 그의 구역(premises)으로 들어간 때에 비로소 제조물이 된다고 판시해 왔다.⁴⁶⁾ 그 이전의 전기 공급 시스템은 제조물을 공급하는 것이 아니라 서비스를 제공하는 것이라고 하거나,

40) Gemignani, Product Liability and Software, 8 Rutgers Computer & Tech L.J. 173, 196-99 (1981) 등 관련 문헌에 대하여 ALI, op cit, p 278 참조.

41) Systems Design v Kansas City Office, 788 P2d 878 (Kan.Ct.App.1990) 등 관련 판례에 대하여 ALI, op cit, pp. 278f. 참조.

42) Data Processing Serv, Inc. v. L.H. Smith Oil Corp., 492 N.E.2d 314 (Ind.Ct.App.1986) 및 Note, Computer Software as a Good Under the Uniform Commercial Code: Taking a Byte Out of the Intangibility Myth, 65 B.U. L. Rev. 129 (1985) 등 관련 판례 및 논문에 대하여 ALI, op. cit, p 279 참조.

43) Aetna Cas. & Sur. Co. v Jeppensen & Co., 642 F.2d 339, 341-42 (9th Cir.1981) 등 관련 판례에 대하여 ALI, op cit, p. 279 참조.

44) Way v. Boy Scouts of America, 856 S.W.2d 230, 238-39 (Tex.Ct App 1993)

45) 기타의 관련 판례에 대하여 ALI, op. cit., p. 279 참조

46) Pierce v. Pacific Gas & Elec. Co., 212 Cal.Rptr 283 (Cal Ct App.1985) (동 판결은 전기가 그 본질상 엄격제조물책임의 의미에서의 제조물일 수 없다는 주장을 배척하였다) 등 관련 판례에 대하여 ALI, op. cit., pp 279f 참조

그 이전의 전기는 아직 거래(stream of commerce)에 들어간 것이 아니라고 한다. 일부 주에서는 후자의 분석을 채택하여 전기는 인도 전에도 제조물이나 계량기 통과 이전에는 아직 판매나 유통되지 않는 것이라고 한다.⁴⁷⁾ 이들 사건의 대부분이 전선(power line)에 우연히 접촉하여 상해를 입은 경우들이다.⁴⁸⁾ 동 리스테이트먼트 주석자는 이러한 판례의 논거가 설득력을 갖는지에 대하여는 별론으로 하고 인도 전후를 구분하는 것은 합리적이라고 한다. 인도 이후의 사례로서 전형적인 경우란 전압이 예견할 수 없을 정도로 떨어지거나 올라가서 인신 내지 재산 손해가 야기된 경우이다.⁴⁹⁾ 한편 인도 전의 고압 전기 사건에서 고압전기의 공급에 불가피하게 수반되는 잠재적 위험을 주장하는 원고에 대하여, 미국 각주 법원은 고압전기 관련 사건에서 전기설비에 대하여 엄격제조물책임에 입각한 엄격책임이나 또는 과도위험행위의 법리⁵⁰⁾에서의 엄격책임도 인정하지 않았다. 동 리스테이트먼트도 이러한 입장과 다른 입장을 취하지 않는다고 한다. 그리고 공전(空電/spray voltage)⁵¹⁾을 제조물로 인정

47) *Monroe v. Savannah Elec. & Power Co.*, 471 S.E.2d 854 (Ga.1996) ALI, op. cit., p. 280에서 재인용.

48) *Smith v. Home Light and Power Co.*, 734 p.2d 1051, 1055 (Colo.1987) 등 관련 판례에 대하여 ALI, op. cit., p. 280 참조.

49) 동 주석자는 이를 설계로부터 물리적으로 이탈함으로써 인한 엄격책임의 법리로 규율함이 보다 타당하다고 한다 즉 결함의 유형 가운데 제조결함을 언급한 것이라고 하겠다.

50) "abnormally dangerous activities" 불법행위 리스테이트먼트 제2판의 제520조 참조

51) 대기 속의 방전현상(放電現象)에 의해서 발생하며, 무선을 수신할 때 잡음으로 들리는 저주파 전파. 공중전기(空中電氣)라고도 한다 발생원이 되는 방전현상에는 번개·천둥을 수반하는 번개방전이 가장 두드러지고, 이 밖에 운간방전(雲間放電)이나 선구방전(先驅放電)도 있으며, 모두 특유한 파형을 가진다 번개방전에서 발생하는 전파는 주파수가 규칙적인 인공전파와는 완전히 달라, 단파에서 장파에 걸치는 전파가 복잡하게 겹친 잡음 전파이다. 수 kHz 범위의 전파는 발생원에서 위쪽으로 향해 거의 지구자기력선(地球磁氣力線)을 따라 반대쪽 반구(半球)에까지 이르고, 다시 반사되어 두 반구 사이를 몇 번이나 왕복하는 일도 있다 이때 파장이 긴 파동일수록 느리게 전파되며, 이것을 수신하여 음(音)으로 바꾸면 휘파람 소리처럼 들리므로 휘슬러 공전이라 한다. 대도시에서는 강력한 무선전파 발생원이 근처에 있고, 전철·고압선·뮌트겐 등에 의한 인공전파도 있기 때문에 발생원이 가까운 공전이 아니면 가정용 라디오에 직접 잡음을 일으키지 않으나, 지방은 방송국에서 멀리 떨어져 있고, 또 인공전파의 발생원도 적기 때문에 멀리서 발생한 공전에 의해서도 잡음이 들릴 때가 많다 공전에 의한 통신의 방해 여부는 도달하는 전파의 세기와 공전의 세기 비율(신호 대 잡음비)에 의해 결정되는데, 공전에 비해서 전파가 강세이면 방해를 받지 않는다 공전의 전파상황을 조사하면 전리층이나 그 위에 있는 자기권(磁氣圈)의 상태

한 것인가에 대하여 미국 각주 법원의 태도는 일치하지 않는다. 이를 제조물로 인정한 판결은 공전이 소비수준으로 강압되어 소비자의 계량기를 통과했다는 점에서 이는 거래의 과정에 들어왔다는 것이다.⁵²⁾ 하지만 동 리스트이트먼트의 주석자는 이를 자연으로부터의 부산물(natural byproduct)로서 거래에 투입되지 않은 것이라는 입장이 다.⁵³⁾

의료용 X-ray는 서비스로 취급되어 엄격제조물책임의 법리가 적용되지 않는다.⁵⁴⁾ X-ray나 방사선 치료에 의하여 야기된 손해에 관한 소송은 X-ray 자체가 결함이 있다는 주장이 아니라 방사선 기사가 X-ray를 부적절하게 취급했다는 주장에 기초한다. 미국 각주 법원은 원고가 X-ray 기타 방사선치료에 결함이 있거나 방사선 기사의 행위에 과실이 있음을 입증하지 못하면 책임을 부인했다.⁵⁵⁾

(3) 부동산(real property)⁵⁷⁾

미국에서는 부동산의 개발이 제조물책임에 관한 실무나 학계의 심각한 논의를 촉발하는 영역이 하나이다. 전통적으로 미국 각주 법원은 개발된 부동산의 매도인에게 제조물책임의 부과를 부인하였다.⁵⁸⁾ 집을 짓고 파는 주택건축업자는 제조물의 대량 생

를 연구할 수 있다 <http://kr.encycl.yahoo.com/final.html?id=16788&from=enc>

52) Public Serv Ind, v. Nichols, 494 N.E.2d 349, 355 (Ind Ct App 1986). 그리고 공전의 제조물성을 묵시적으로 인정한 Schriener v Pennsylvania Power & Light Co, 501 A.2d 1128 (Pa Super.Ct.1985) 참조 ALI, op cit, p 280에서 재인용.

53) 이와 같은 입장의 판례로 Kolpin v. Pioneer Power & Light Co, 453 N.W.2d 214 (Wis.App 1990) 등이 있다 ALI, op. cit., pp. 280f 참조

54) Dubin v Michael Reese Hosp, 415 N.E.2d 350 (Ill 1980) 등 관련 판례에 대하여 ALI, op. cit., p.281 참조

55) 이는 X-ray를 방사하는 기계 자체의 결함에 대한 언급은 아니다 이 기계의 결함에 대하여 제조물책임의 법리가 적용됨은 물론이다.

56) 이는 의료공급자에 대한 엄격책임 부과를 거부하는 미국 법원의 전통적인 입장에 따른 것이라는 분석이 동 주석자의 지적이다

57) real property란 오늘날 전통적인 역사적 개념보다 확대되어, 부동산 자체, 부동산에 대한 물권적 권리, 또는 부동산으로부터 발생하는 물권적 권리를 의미하거나, 그러한 권리를 총칭하는 용어로 사용된다 田中英夫, 英美法辭典(東京大出版會, 1991) 참조. 이 논문에서는 편의상 부동산이라고 번역한다

산자의 유형에 해당하지 않고 또한 기상이나 지진에 의하여 발생하는 위험을 제어하거나 담보할 능력이 매수인보다 낮다고 추정할 수 없다는 점이 지적되었던 것이다.

그런데 최근 미국 각주 법원은 여러 경우에 개발된 부동산의 매도인을 제조물매도인으로 취급하였다. 건축업자가 다양한 기구나 제조된 장비를 포함하는 건물을 매도한 경우, 그 건축업자는 그러한 장비의 제조 및 유통업자와 함께 그 장비에 관한 한 제조물 매도인으로 인정된다. 이는 그 설치된 장비가 다른 법률적 목적으로 부동산의 부속물(attachment)이 되어 그 구성부분(part)이 된 경우에도 마찬가지이다.

미국의 많은 주 법원에서는 결합 제조물이 부동산의 개발에 포함되었어도 그 제조물로서의 성질은 그대로 유지되며 그 제조자나 공급인은 엄격책임을 진다고 한다.⁵⁹⁾ 그 논거로는 그러한 제조물이 분리될 수 있다는 점을 드는 판례⁶⁰⁾와 제조물책임부과의 목적에서 찾는 판례⁶¹⁾로 나뉜다. 이에 반하여 부동산의 일정한 구성부분에 대하여 제조물성을 부인한 예도 있다.⁶²⁾

더구나 건물이 대지 안 또는 밖에서(on-or off-site) 조립식으로 건축되어 제조된 경우에 건축업자는 건물 자체에 대하여 제조물 매도인으로 취급될 수 있다. 미국 각주 법원은 주택이 대규모로 지어진 경우에 건축물의 건축상 결함에 대하여 엄격책임을 부과한다.⁶³⁾ 이는 특히 조립식 주택 기타 건축물의 건축상 결함 또는 불안정한 설계에 대하여 그러하다.⁶⁴⁾ 한편 1979년의 미국 Model Uniform Product Liability Act 제102조 (A) (1)은 조립 주택(modular homes) 등 표준화된 주택의 대량 생산·판매업자인 경우에만 건축·판매업자의 엄격책임을 인정한다.⁶⁵⁾ 나아가 표준화의 정도가 낮은 건축물의 결함에 대하여도 표준주택의 법리를 확장한 판결이 많다.⁶⁶⁾

58) 많은 주가 이러한 입장을 견지하고 있다. 관련 판례는 ALI, op. cit., p 281 참조

59) 관련 판결에 대하여는 ALI, op cit, p 283 참조

60) 가령 Pamperkun v. Interlake Cos., Inc., 634 So 2d 1137 (Fla Dist Ct App.1994)

61) 가령 Trent v. Brasch Mfg. Co., 477 N.E.2d 1312 (Ill.App Ct 1985)

62) 관련 판례는 ALI, op. cit, p 283 참조

63) 이들의 선도적 판결인 Schupper v Levitt & Sons, Inc., 207 A 2d 314 (N J 1965) 및 기타 관련 판결에 관하여 ALI, op cit, pp 281f 참조

64) Kaneko v Hilo Coast Processing, 654 P.2d 343 (Haw.1982) 등에 대하여 ALI, op cit, p 282 참조

65) 44 Fed. Reg. 62, 714, 62, 717-19 ALI, op cit, p 282에서 재인용

한편 California 주에서는, 판례 다수가 토지의 함몰 또는 침식에 대하여 개발업자의 엄격책임을 묻은 바 있어서⁶⁷⁾, 건축물이 아닌 토지 자체의 결함에 대하여 토지 개발업자에게 엄격책임이 인정될 수 있다.

(4) 서비스와 제조물의 구별

미국의 각주 법원은 일치하여 영업상 제공된 서비스를 제조물로 취급하는 것을 거부한다. 따라서 의사나 변호사 등 전문직에 의하여 제공된 경우에도 마찬가지이다.⁶⁸⁾

동 리스테이트먼트도 서비스는 설사 영업상 제공되어도 동 리스테이트먼트가 적용되는 제조물이 아니라고 한다. 이는 영업상 유통된 제조물과 직접 관련된 서비스라도 마찬가지이다.⁶⁹⁾ 가령 타인이 소유하고 운전하는 기계를 검사, 수리 및 관리하기로 하는 계약을 체결한 자는 제조물 관련 서비스의 제공자이지 제조물의 제공자는 아니다. 제조물 수리업자가 낡은 부품을 새 부품으로 교체한다면 그 교체는 당해 부품의 매매이나, 그 수리 자체는 서비스이다.⁷⁰⁾ 소방복을 개선함에 있어서 재료가 투입되었고 그 재료에 결함이 있다면 엄격책임이 인정된다고 판시한 사례도 있다.⁷¹⁾

IV. 우리 제조물책임법상 제조물에 관한 논의⁷²⁾

66) *Patitucci v. Drelich*, 379 A.2d 297, 298 (N.J.Super.Ct. Law Div. 1977) 등 판결과 Bearman, Caveat Emptor in Sales of Realty—Recent Assaults Upon the Rule, 14 Vand. L. Rev. 541 (1961) 등 관련 문헌에 대하여 ALI, op. cit., p. 282 참조.

67) *Avner v. Longridge Estates*, 77 Cal.Rptr. 633, 639 (Cal Ct.App.1969) 등 ALI, op. cit., pp. 282f. 참조

68) 관련 판례에 대하여는 ALI, op. cit., pp. 283f 참조

69) 관련 판례는 ALI, op. cit., p. 284 참조

70) 매매와 서비스 두 요소를 결합한 영업상 거래에 대하여는 동 리스테이트먼트 제20조 (c) 참조.

71) Ohio 주 대법원의 판결이다. 관련 판례 및 문헌에 대하여 ALI, op. cit., p. 284 참조

72) 이 논문은 제조물책임법 해석 및 적용에 관한 논의를 중심으로 하고 있으므로, 이하에서 소개 및 검토의 대상이 되는 국내문헌은 우리 제조물책임법이 발효된 2002년 이후의 것으로서 '製造物の概念'에 관한 것에 한정함을 원칙으로 한다. 그 이전의 문헌 역시 同法

1. 서설

제조물책임법은 소위 포괄적 입법방식을 채택하여 모든 제품에 적용되는 단일 법률로서, 同法 제2조가 ‘제조물’이라는 용어를 정의함으로써 제조물책임의 법리가 적용되는 목적물을 한정하고 있다고 하겠다. 同條는 제조물을 동산에 한정하고 있다. 그 동산은 제조나 가공된 것이어야 하며, 다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하고 있는 것이어도 무방하다고 규정한다.

인간이 생산해 내는 재화나 가치에 대한 경제학적 관점에서의 유형화 예는 아래의 클라크(C. G. Clark)에 의한 산업분류에서 찾을 수 있다.

해석의 자료로서 높은 가치를 가지고 나아가서 입법론을 전개함에는 매우 중요한 자료로서의 가치를 여전히 갖고 있지만, 이미 많이 소개 내지 검토되었다고 보고, 또한 그 수량이 매우 많아서 위와 같이 하기로 한다. 그리고 이하에서는 각 쟁점에 대한 국내 논의의 흐름을 파악하는 것이 국내 문헌 소개의 기본 목적이므로, 2002년 이후의 문헌 가운데에서도 ‘製造物の概念’에 관한 저자 자신의 見解가 적절한 論據 제시를 하면서 明示의로 表明된 것에 한정하여 소개한다. 이하에서 소개할 문헌으로는 권대우, “제조물책임에서의 제조물과 결함의 개념”, 「디지털경제시대의 소비자보호와 법 (II): 전자상거래와 제조물책임」(한국법제연구원, 2002), 11면 이하, 김재완, “제조물책임법의 시행과 기업·법률가의 과제”, Jurist 제381호(2002), 24면 이하; 김천수, “의료용구사고와 제조물책임 -우리 제조물책임법과 미국 제조물책임 리스테이트먼트의 비교를 중심으로-”, 의료법학 제3권 2호(2002), 58면 이하; 박동진, “제조물책임법상 제조물의 개념”, 비교사법 제10권 4호(2003), 279면 이하, 신순식, “한의 의료와 제조물 책임”, 의료법학 제3권 2호(2002), 88면 이하; 안법영, “독일 의약품법과 제조물책임법 -결함 있는 의약품에 대한 제조물책임법의 적용을 위한 소고-”, 의료법학 제3권 2호(2002), 135면 이하, 연기영, “의약품사고와 제조물책임”, 의료법학 제3권 2호(2002), 13면 이하; 윤진수, “한국의 제조물책임 -판례와 입법-”, 법조 제51권 7호(2002), 44면 이하, 이상정, “제조물책임법 제정의 의의와 향후 과제”, 저스티스 제68호(2002), 5면 이하, 최병규, “제조물책임의 법제 및 보험에 대한 고찰”, 인권과 정의 제315호(2002), 56면 이하, 최승재, “제조물책임법의 적용대상의 확정에 관하여”, 인권과 정의 제315호(2002), 44면 이하, 한국소비자보호원, 「제조물책임법 해설 및 사례」(한국소비자보호원, 2002), 한봉희, “새롭게 맞게 된 제조물책임법 시대”, Jurist 제381호(2002), 17면 이하 등이 있다. 본인의 게으름으로 확보하지 못하여 직접 인용하지 못한 문헌들로는 김인학, 우리나라 제조물책임법에 관한 연구(대전대학교, 2002), 김종열, 제조물책임법(법률서원, 2002), 박경재, 우리나라 제조물책임법에 관한 연구(동의대학교, 2002), 송오식, “제조물책임법상 책임의 주체와 제조물의 범위”, 무등춘추 제7호(2002), 117면 이하, 안법영, “의료와 제조물책임”, 고려법학 제40호(2003), 173면 이하 등이 있다. 그리고 최근 제조물책임법을 해석하고 입법론을 제시하고 있는 석사학위 논문으로 문상혁, 제조물책임법에 관한 연구(성균관대학교, 2003)이 있다.

제1차 산업에는 농업·임업·수산업·목축업·수렵업 등이 포함되며, 제2차 산업에는 제조업·광업·건설업·전기수도가스업이, 그리고 제3차 산업에는 상업·운수통신업·금융업·공무·가사·자유업 등이 포함되어 있으며, 이 분류법은 주로 세 가지 점에 의거하고 있다고 한다. 첫째, 제1차 산업의 생산물은 주로 생활필수품이기 때문에 그 수요가 확실히 비탄력적이라는 점, 다시 말하면 소득증가율만큼 수요가 증대되지 않는다는 사실이다. 둘째, 제1차 산업은 생산량이 증대함에 따라 생산물단위당 생산비가 증가하는 이른바 수확체감의 법칙이 적용되는 데 반해 제2차 산업은 반대로 수확체증의 법칙이 적용되고 있다는 점이다. 셋째, 제1차·제2차 산업의 생산물은 운반이 가능하기 때문에 이를테면 국제무역의 대상이 될 수 있는 데 반해서 제3차 산업의 생산물은 원칙적으로 그것이 불가능하다는 점이다.⁷³⁾

제조물에 대한 제조물책임법의 정의는 위의 산업 분류에서 제2차 산업에서 생산된 물건에 한정되는 것이며, 그 가운데에서 부동산 등 개별 품목에 대하여 제외할 것인가의 논의가 있으며, 나아가서 제1차 산업 및 제3차 산업 등에서 획득 내지 창출된 재화나 가치에 제조물책임의 법리를 적용할 것인가의 논의가 있는 것이다. 이하에서는 同法 제2조의 제조물 개념의 요건 내용을 상술하며 제조물성의 인정 여부가 논의되는 개별 대상들을 먼저 “제조 또는 가공”이란 요건[요건1]에, 나머지를 “동산”이라는 요건[요건2]에 비추어 정리한다.

2. 요건 1: 제조 또는 가공되었을 것

(1) 제조와 가공의 개념

제조물은 製造나 加工된 물건이다. 국어사전에서 ‘제조’란 “원료에 인공을 가하여 정교품을 만드는 것”으로,⁷⁴⁾ ‘가공’이란 “(천연물 또는 원재료·반제품 등을) 인공을 가하거나 품을 들여서 질을 높이거나 새로운 제품으로 만드는 것”으로 풀이되고 있다.⁷⁵⁾ 한편 학자들은 제조란 일반적으로 부품이나 원재료에 인공을 가하여 새로운 제품을 만드는 행위로 생산보다는 좁은 개념으로 보고, 가공이란 물품의 본질을 변하지 않고서 부품이나 원재료의 가치를 증대시키는 행위로 본다.⁷⁶⁾ 이러한 정의로도 양자의 구분이 여전히 불명료하나, 제조물책임법은 제조와 가공을 구분하고 있지만 항상

73) 야후경제용어사전 참조<<http://kr.biz.yahoo.com/eglossary/43/4331.html?p=제1차>>

74) 야후 국어사전 참조<<http://kr.kordic.yahoo.com/result.html?p=%C1%A6%C1%B6>>

75) 야후 국어사전 참조<<http://kr.kordic.yahoo.com/result.html?p=%B0%A1%B0\F8>>

76) 이상정, 전제논문, 8면 등 참조

양자를 병렬하여 사용하고 있고⁷⁷⁾ '제조상의 결함'이나 '제조업자'의 용어를 정의함에 있어서도 제조와 가공을 병렬하고 있으므로, 제조와 가공의 개념의 범위를 명료하게 구분하여 해석되어야 할 실익은 없는 입법상황이다. 국회재정경제위원회의 '결합제조물책임법심사보고서'에서는 제조를 제조물의 설계·가공·검사·표시를 포함한 일련의 행위이며,⁷⁸⁾ 가공은 동산을 재료로 하여 그 본질을 유지하면서 새로운 속성을 부가하거나 그 가치를 더한 것이라고 한다.⁷⁹⁾ 즉 제조를 가공을 포함하는 개념으로 하는 위 보고서의 내용을 받아들인다면 제조는 가공의 상위개념으로서 양자를 병렬하고 있는 제조물책임법의 표현은 부적절한 것이라고 하겠다.

전술한 바와 같이 양자의 구분이 제조물책임법 해석 및 적용에 대하여 실익이 없다면, 입법론적으로는 제조라는 용어로 통일하고 제조의 용어 정의에 양자를 포괄하는 방식으로 하는 것이 바람직하다고 하겠다. 양자를 병렬하고 있는 의미를 살려서 굳이 구분한다면, 제조는 원료를 가지고 새로운 물건을 만들어내는 행위로서 가공을 제외한 인공행위라고 말할 수 있으며, 가공이란 제1차 생산품뿐만 아니라 제2차 생산품에 대하여 인공을 가하여 그 경제적 가치를 높이거나 그 기능을 변경시키는 행위라고 정의할 수 있을 것이다. 결국 제조·가공은 원료에 대하여 인공을 가하여 가치·기능의 변화라는 측면에서 '새로운' 물건을 만드는 인공행위로서 그 핵심에는 新規性이라고 하겠으며 그 신규성의 판단은 사회통념에 맡기는 수밖에 없을 것이다.⁸⁰⁾

제조·가공의 개념적 징표인 新規性의 또 다른 접근은 제조업자의 가중된 책임을 그의 위험증가행위에서 구하는 견해⁸¹⁾에서 찾을 수 있다. 제조 등의 행위의 개념 표지로서 전술한 신규성이란 위 견해에 의하면 危險增加로 대체될 수 있다. 하지만 위험증가를 너무 지나치게 강조하면 본 논문의 입장, 즉 제조물책임의 논거를 위험 분산의 기능에서 구하는 것과 모순될 가능성이 있음에 유의해야 할 것이다.⁸²⁾

제조나 가공행위는 통상 대량생산을 전제로 하는 것으로 오해할 수 있다. 하지만

77) 가령 제조물책임법 제2조 제1호, 同條 제2호 가목, 同條 제3호 가목

78) 제조는 생산보다는 좁은 개념이라고 한다.

79) 한국소비자보호원, 전제서, 26면 이하 참조

80) 이 신규성은 특허법에서의 그것보다 넓은 개념이라고 하겠다

81) 권대우, 전제논문, 16면 이하, 김제완, 전제논문, 24면 등

82) 이처럼 가공·미가공의 구분은 입법 취지와 목적에 대한 시각에 의하여 영향을 받을 것이다. 한봉희, 전제논문, 20면 참조

同法은 그 적용대상에 대하여 제조·가공의 大量性을 전제로 하지 않고 있다. 다만 소위 損害 分散의 기능을 수행할 수 있는 제조업자인가의 여부를 기준으로 하여 同法의 적용 여부를 결정해야 할 것이다.⁸³⁾

(2) 제1차 산업의 재화는 제외

미국 동 리스테이트먼트는 제19조에서 사용 내지 소비 용도로 영업상 유통된 유체 동산이면 특별한 제외규정이 없는 한 제조나 가공의 유무를 묻지 않고 제조물로 본다. 농림수축산물인 제1차 산업의 생산품에 대하여 제외하는 규정이 없는 동 리스테이트먼트로서는 이들도 제조물로 보는 것이다. 나아가서 동 제7조는 식품을 제조물로 다루고 이를 특별 규율하고 있는데, 이는 가공의 개념에 포함되는 것에 한하는 것인지의 여부에 대하여 검토가 필요하다. 즉 단순한 제1차 산업의 생산품을 포장한 것도 포함되는지의 여부가 법문만으로는 명료하지 않다.

하지만 우리 제조물책임법에는 이러한 특별규정이 없으므로, 同法 제2조의 제조와 가공이라는 요건으로 인하여, 농업·임업·수산업·목축업·수렵업 등 제1차 산업에 의한 재화 그 자체는 미가공 상태라면 同法의 적용에서 제외된다고 해석될 수밖에 없다.⁸⁴⁾ 하지만 유의할 것은 이들 제1차 생산품에 대하여 제조와 가공이 행해지면 同法의 적용을 받는 것이다. 이들 제1차 산업 재화의 경우에는 가공 여부가 문제될 것인바, 가공과 미가공의 구별에 대하여 사회통념에 따라 판단해야 한다는 견해도 있다.⁸⁵⁾ 나아가서는 가공의 개념에 수산물의 양식, 농산물의 재배 등도 포함시키는 견해도 있다.⁸⁶⁾ 결국 제조물책임법리의 적용 취지, 특히 위험을 창출하고 이익을 얻는 자에게 손실을 전가함이 정당하다는 점, 손해의 위험을 영업 비용으로 분산하는 능력이 기업자에게 보다 높게 인정된다는 점 등에 비추어 이러한 이념에 부합하는 재화라면 제조·가공의 개념을 확대하여 이들에 대하여도 同法의 적용을 긍정하는 방향을 해석되어야 할 것이다. 하지만 가공의 개념을 가공이라는 제한을 둔 입법취지를 무의미하게 할 정도로

83) 이러한 전제에서라면, 수공업품 및 예술작품에 대하여 제조물책임법의 적용을 긍정하는 한국소비자보호원, 전게서, 30면의 언급은 타당하다고 하겠다

84) 이와 같이 해석하는 것이 국내 문헌의 일치된 해석이다 권대우, 전게논문, 21면, 윤진수, 전게논문, 58면, 이상정, 전게논문, 9면; 한국소비자보호원, 전게서, 27면 등 참조.

85) 한국소비자보호원, 전게서, 28면.

86) 박동진, 전게논문, 299면

확대하는 것은 해석론으로는 수용되기 어렵다고 하겠다. 즉 단순한 재배·양식·배양 자체를 가공으로 하기는 어렵다. 입법론적으로는 궁극적으로 농산물을 포함시키기 위하여 제조·가공이라는 제조물의 개념적 징표를 포기해야 할 것이다.⁸⁷⁾

문제는 이들 제2차 생산품이라도 단순히 포장을 하기만 하면 제조물이 되는가의 여부이다. 국회재경위 결합제조물책임법심사보고서의 설명, 즉 제조란 설계·가공·검사·표시를 포함한 일련의 행위라고 하는 설명에서 표시에 해당하는가의 여부이다. 위와 같은 입법취지에 비추어서 보면, 그 행위자나 판매 내지 유통자에게 손해분산의 기능이 인정되면 넓게 해석하여 단순 포장도 포함시키는 것이 바람직하다고 하겠다. 하지만 이는 입법론으로 타당할 뿐이고, 여전히 제조·가공을 제조물의 개념 표지로 하고 있는 현행법의 해석으로 단순 포장을 제조·가공의 개념 범위에 포함시키는 문리상 무리가 있다고 하겠다.⁸⁸⁾ 그리고 표시상 결합에서의 표시란 먼저 표시상 결합이 인정된 물건이 제조물이어야 한다는 것에 유의해야 한다.

이들 제2차 생산품에 대한 유전자 조작이 가공에 해당함은 물론이다. 문제는 그로 인한 결함의 존재에 대한 입증이다. 이러한 경우에 개발위험의 항변이 허용된다면 소비자의 보호에는 매우 중대한 위협이 될 것이다.⁸⁹⁾ 이 항변의 문제점 등은 별도의 논문에서 다룬다.

(3) 기타 제조·가공이 문제되는 경우들

(가) 혈액 등

미국 동 리스테이트먼트에서는 혈액·장기 및 그 관련 물질에 대하여 명시적으로 동 리스테이트먼트 법리 적용 대상에서 제외한다. 우리 제조물책임법은 이에 대한 명문의 규정을 두고 있지 아니하다. 민법상으로도 외계의 일부가 된 혈액 등은 물건성을 띤다. 그렇다면 제조·가공이라는 개념 표지만 인정되면 제조물이 된다고 하겠다.⁹⁰⁾ 혈액의 경우 그 가공의 여부를 판단하는 것은 쉽지 않다. 우선 혈액제제에는 전혈제제, 성분제제, 혈장분장제 등이 있으며 전혈제제라고 하여도 제1차 생산품의 경우와는

87) 이상정, 전개논문, 10면도 농산물에의 제조물책임법 적용에 대하여 긍정적이다

88) 같은 취지로 권대우, 전개논문, 17면 이하.

89) 권대우, 전개논문, 20면은 이러한 항변으로 책임을 묻지 못할 가능성을 높게 본다.

90) 같은 취지로 권대우, 전개논문, 18면 이하

달리 응고 내지 부패의 방지를 위한 일정한 처리를 한다면 가공된 동산으로 인정될 수 있다.⁹¹⁾

(나) 동물 및 미생물

우리 민법상 동물도 물건이나 제조물로서의 제조는 물론이고 가공이 인정되는 경우도 거의 없을 것이다. 한편 동물점유자의 불법행위책임 규정이 있는 우리로서는 이에 대한 제조물책임의 법리를 인정할 실익은 그다지 크지 않을 것이다. 광견병 등 질병에 걸린 동물을 방출하여 야생화시킨 경우에 대하여 동물점유자책임이 부인되더라도 일반불법행위책임의 요건인 유책성 및 위법성이 인정될 수 있을 것이다. 방출한 자가 누구인가의 입증의 어려움이 있음은 물론이다. 한편 이들에 대하여 제조물책임이 인정될 수 없음은 제조·가공이라는 제조물 개념 표지 때문이다.⁹²⁾ 따라서 품종 개량 등에서 製造·加工의 전술한 개념적 징표가 인정되면 제조물책임이 인정될 것이다.⁹³⁾ 다만 미생물의 경우에는 제조·가공의 경우가 많을 것이다.⁹⁴⁾ 특별한 목적으로 배양된 미생물을 제조물로 볼 것인가에 대하여 이를 긍정하는 견해⁹⁵⁾도 있다. 하지만 단순 검사를 위한 배양의 경우까지 제조로 볼 수 있는지에 대하여는 의문이며, 동물의 번식과 미생물의 배양이든지 자연의 발달과정을 이용한 것은 식물의 재배와 다를 것이 없다고 하겠다. 역시 제조·가공의 전술한 개념 표지가 있는지 여부의 문제이다.

(다) 광물

전술한 클라크의 분류에 의하면 채굴된 광물은 제2차 산업 생산물이다. 하지만 이러한 단순 채취에 제조·가공이라는 제조물 개념 표지가 인정될 수 있을지는 명료하지 않다. 채굴행위를 새로운 가치를 부여한 행위로 볼 것인가의 문제이다. 물론 제련과정을 거친 것이라면 의문의 여지없이 제조물이다. 결국 단순 채굴된 광물이 제조물

91) 이에 대하여 최승재, 전게논문, 48면은 혈장분획제제만 제조물에 포함시키는 것으로 보인다. 박동진, 전게논문, 300면은 전혈제제도 결국 제조물로 보는 견해라고 하겠다.

92) 이에 대하여 원칙적으로 제조물에 포함시키는 견해로 박동진, 전게논문, 304면.

93) 이러한 예에 대하여 권대우, 전게논문, 20면 참조.

94) 권대우, 전게논문, 20면 참조.

95) 권대우, 전게논문, 20면. 같은 취지로 박동진, 전게논문, 304면.

인가의 판단은 결국 제조물책임 법리의 취지에 해당하는 경우인지의 여부에 따라 가공이라는 개념 표지를 통해 제조물로의 인정여부를 결정함이 바람직할 것이다. 그러한 취지에 해당하는가의 판단은 여기서는 보류한다. 이러한 점은 제1차 산업의 생산물과 같다고 하겠다.⁹⁶⁾

3. 요건 2: 동산일 것

(1) 물건성이 있을 것

(가) 물건의 개념

민법 제98조상의 물건에는 무체물인 자연력도 관리가능하면 포함된다. 이러한 물건의 개념은 제조물의 개념에도 통용된다고 해야 할 것이다. 따라서 제조물책임법리의 적용 여부에 있어서 특별한 논의 없다면 이러한 무체물도 제조물이 되는 것이다.⁹⁷⁾

(나) 서비스는 제외

미국 동 리스테이트먼트 역시 이를 명문으로 제외하고 있다. 우리 민법의 물건의 개념이나 제조물책임법상의 제조물 개념 자체에서도 이러한 서비스는 제외될 수밖에 없다. 문제는 그러한 서비스를 제공함에 소요된 제조물의 결함으로 인하여 확대 내지 부가적 손해가 발생한 경우이다. 이에 대한 당해 제조물 제조업자의 책임은 별론으로 하고, 그러한 결함 제조물을 이용하여 서비스를 제공한 자의 책임에 대하여 우리의 현행 법체계는 과실책임의 그것밖에 없다고 하겠다.

제조물의 수리·설치상의 하자는 제조물의 결함이 아니므로 제조물책임법이 적용되지 않음은 물론이다.⁹⁸⁾ 제조물의 제조·가공과 제조물의 수리·설치라는 행위상의 상이함으로 비로소 동법 적용이 배제되는 것이 아니다.⁹⁹⁾

(다) 예외·부품이나 원료

96) 같은 취지로 한국소비자보호원, 전거서, 33면

97) 같은 취지로 윤진수, 전개논문, 44면, 한국소비자보호원, 전거서, 27면

98) 같은 취지로 권대우, 전개논문, 15면 참조.

99) 한국소비자보호원, 전거서, 34면의 관련 언급은 본 취지와 달리 그러한 오해를 받기 쉽다

同法 제2조는 “다른 동산이나 부동산의 일부를 구성하는” 것을 제조물의 개념에 포함시키고 있다. 유의할 것은 제조물이 어느 동산이나 부동산의 구성부분이 되어 독립성을 잃은 것이라도 그 특정부분에 결합이 인정된다면 이는 제조물책임법의 적용대상이 되는 제조물로 된다는 점이다. 즉 제조물이라고 하여도 그로 인한 손해 발생의 시점에 민법상의 물건성을 상실하였어도 다른 물건의 구성부분이 되어 물건성을 상실하기 전에 “제조 또는 가공된 동산”이었다면 同法の 제조물에 포함되는 것이다. 문리적으로 접근하면 제조물이라는 용어를 물건의 한 종류로 보고 민법상의 물건 요건이 구비될 것을 요구한다면 제2조의 용어 정의는 분명히 모순이라고 하겠으나¹⁰⁰⁾ 위와 같이 목적론적 해석을 하여야 할 것이다. 물건으로서의 독립성이란 그 소멸로 인하여 당해 부분을 특정할 수 없다는 물리학적 개념은 아니라, 단지 그 소멸 이후의 분리로 인한 재화 가치의 현저한 손상이라는 경제학적 개념인 것이다. 따라서 제조물책임법에서의 제조물이란 민법의 물건의 개념보다 넓다고 하겠다.

하지만 부품·원료 자체가 제조 내지 가공된 것이 아니면 제조물에서 제외됨은 전술한 바와 같다. 그리고 同法 제4조의 면책사유 규정에 따라, 주문자의 지시와 결합 사이의 인과관계를 입증하면 원료·부품의 제조업자는 제조물책임을 면한다.¹⁰¹⁾

(2) 부동산의 제외

同法 제2조에 의하여 제조물에서 부동산이 제외된다고 하겠다. 입법과정에서 부동산 가운데 특히 분양공급주택 등의 경우에 포함시키자는 논의가 있었음에도 불구하고¹⁰²⁾ 이를 포함시키지 않았다는 점에서 입법자의 의사는 분명히 부동산을 제외하는 것이라고 하겠다. 하지만 역시 同法の 입법취지상 제조자에게 결합으로 인한 손해 위험을 분산하는 기능을 담당하게 함이 바람직하다는 점에서 이를 포함하는 방향으로 同法の 개정이 있어야 할 것이다. 기존의 매도인이나 수급인의 담보책임 법리로 해결

100) 즉 “일부를 구성”한다는 것이 독립성을 상실한 구성부분이 된다는 것으로 해석되면 그 표현과 “제조 또는 가공된 동산”은 병존할 수 없는 것이다. 후자는 독립성이 인정되는 물건이기 때문이다. 이러한 점에서 同法の 입법에 이러한 민법상 물건의 요건에 관한 논의가 정확하게 반영되지 않은 것이라고 하겠다.

101) 이 경우에는 완성품 제조업자의 책임이 인정될 것이다. 한편 이러한 입증이 없는 경우 부품·원료 제조업자와 완성품 제조업자의 연대책임이 인정된다는 견해로 한국소비자보호원, 전게서, 29면

102) 국회 재정경제위원회에서의 심사보고서 참조 윤진수, 전계논문, 58면에서 재인용

되지 아니하는 확대 내지 부가적 손해에 대하여 과실책임의 법리로는 소비자 내지 피해자의 구제에 한계가 있음은 부인할 수 없다는 점에서 그러하다.

유의할 것은 同法 제2조 제1호의 “부동산의 일부를 구성하는” 것에 대한 해석이다. 즉 이 문구는 부동산의 구성부분 가운데 “제조 또는 가공된 동산”이라는 성질¹⁰³⁾이 인정되면 그것도 제조물이라는 것이다. 이러한 경우에 그 제조물에 대한 同法上の 책임은 당해 구성부분의 제조업자에게 부과되어야 할 것이다. 결합이 있는 구성부분으로 개발되었거나 건축한 부동산의 소비자가 그로 인한 확대 내지 부가적 손해를 개발업자 내지 건축업자에게 묻는 책임법리는 현재로서는 과실책임의 그것 밖에 없다고 하겠다.

민법 제99조가 부동산으로 보는 토지의 정착물을 위의 “부동산의 일부를 구성하는” 것으로 볼 것인가의 문제가 있다. 토지에의 定着性이 부인되는 것은 그 자체로서 독립된 동산으로서 제조물책임법의 적용대상이 됨은 물론이다. 하지만 토지에의 定着性이 인정되어도 등기나 명인방법 등의 방법으로 獨立性이 인정되는 것은 토지와 별개의 물건이며 이를 민법은 제99조에서 不動產으로 분류하는 것이다. 그렇다면 제조물책임법 제2조 제1호의 “動產”에 포함되지 못한다고 할 것인가에 대하여 의문이 있다. 왜냐하면 定着性뿐만 아니라 獨立性도 부정되어 그야말로 토지의 一部를 구성하는 것¹⁰⁴⁾에는 同法에 의하여 제조물책임법이 적용되지만, 獨立性이 인정되는 定着物에 대하여는 독립성이 부정되는 정착물과는 달리 同法의 적용을 확실히 부정해야 할 특별한 이유가 없기 때문이다. 따라서 토지와 물리적 區分이 불가능할 정도로 特定性이 없는 定着物이 아니며, 건축의 일정한 단계에서 사회통념상 별개의 물건으로 인정되는 建物이 아닌 한, 토지의 정착물은 그 제조자가 損害分散 機能을 보유하고 있는지의 여하에 의하여 제조물책임법의 적용을 받는 제조물인가의 여부가 결정되어야 할 것이다.¹⁰⁵⁾ 가령 대량이 아닐지라도 계속 반복적으로 제조하여 공급하는 동종의 물건들에 대하여는 제조물책임의 법리가 적용되어야 한다고 하겠다. 따라서 포장·담장·교량·철탑의 경우에도 이러한 기준에 의하여 제조물책임법의 제조물이 될 수도 있

103) 이러한 성질을 인정하면 그 부분의 독립성을 인정한다는 것 아닌가 하는 의문이 있을 수 있다. 하지만 그 성질이 구성부분이 되기 이전에 있었으면 된다는 의미로 해석하면 될 것이다.

104) 배관자재, 조명설비, 승강기, 창호 등.

105) 같은 취지로 특별한 권리의 객체가 되기 위한 요건과 책임관계의 규율을 전제로 하는 경우를 구분하는 견해로 박동진, 전제논문, 293면 이하.

으므로, 확일적으로 제조물에서 배제할 것은 아니다.¹⁰⁶⁾ 다만 이러한 경우에 공작물 책임에 관한 민법 제758조가 적용되는 경우도 있을 것이며 이러한 경우에는 공작물 제조업자와 공작물 점유자 또는 소유자는 연대하여 책임이 진다고 하겠다.

한편 동산 가운데 부동산과 같은 등기나 등록의 공시방법을 갖춘 경우에 이를 부동산으로 보아 제조물책임법의 적용을 부정할 것인가에 대하여 의문이 있을 수 있다.¹⁰⁷⁾ 하지만 이들을 부동산으로 취급하는 물권법의 취지와는 달리, 제조물책임법의 취지를 전술한 바와 같이 손실의 분산 기능을 수행함에서 찾는다면, 이들 동산에 대하여도 제조물책임법이 적용된다고 해야 할 것이다.¹⁰⁸⁾

(3) 기타 논의

(가) 무형의 에너지

우리 민법은 관리가능한 자연력도 물건으로 보고 있지만, 그러한 자연력이 제조물이 되려면 제조물책임법상 제조·가공이라는 제조물 개념 표시가 있어야 할 것이다.¹⁰⁹⁾ 전기에 대한 미국의 논의처럼¹¹⁰⁾ 계량기 통과와 전후가 우리의 해석론에 고려될 수 있는지는 검토가 필요하다. 우리의 경우에는 流通이라는 개념 표시를 적극적으로 요구하지 않으므로 그 통과 전후가 제조물책임의 법리를 적용하는 관건으로서의 의미는 없다고 하겠다. 계량기를 통과한 전기는 물론이며 그 이전의 전기 피해자라고 하여도 그 전압이나 전류상 결함이 인정되면 제조물책임법상의 구제를 받아야 할 것이다. 다만 미국에서 논의되는 空電은 우리의 경우에는 同法 제4조의 면책사유에 해당할 것이며, 그로 인한 손해의 문제는 공전이 유입된 전도체의 결함 문제일 것이기에 대하여는 별론으로 한다. 停電으로 인한 손해는 제조물책임의 영역 문제가 아니라 단순한 채무불이행책임의 문제라는 지적¹¹¹⁾에 유의해야 하며, 그 정전에 대한 전

106) 한국소비자보호원, 전계서, 31면은 이들도 제조물책임법이 적용되지 않는 부동산의 정착물로 예시하고 있다.

107) 같은 의문을 제기하는 견해로 박동진, 전개논문, 290면 이하

108) 권대우, 전개논문, 15면 이하도 항공기에 대하여는 이와 유사한 취지라고 하겠다.

109) 윤진수, 전개논문, 58면은 포함된다고 본다.

110) ALL, op. cit., 279f 참조.

기공급자의 책임에 관한 한 그 지적은 타당하다고 하겠다.

(나) 중고품 및 폐기물

제조물로서의 성질은 중고품이나 폐기물이 되었더라도 유지되는 것이다. 특히 폐기물이라고 하여도 재활용될 가능성이 있어 제조물책임법의 적용이 가능하다.¹¹²⁾

중고품 및 폐기물의 결함으로 인한 손해배상책임에 제조물책임법이 적용되는가의 논의는 원제조자의 책임이 그대로 인정되는가의 논의이어야 그 고유한 의미를 갖는다. 중고품이나 폐기물을 다시 가공하여 유통시킨 자라면 그 제조·가공된 동산의 제조업자에 해당하는 것이어서 일반론의 적용을 그대로 받는다. 문제는 원제조업자의 책임이 인정되는가의 여부이다. 그에 대한 제조물책임의 인정여부는 그 문제의 결함이 제조업자에게 귀책될 同法 제2조의 결함인가의 여부¹¹³⁾ 그리고 同法 제4조 제1항 제1호의 면책사유¹¹⁴⁾가 존재하는가의 여부에 의하여 결정될 것이다. 특히 제조결함의 경우에는 소비자들의 오남용이나 수리업자의 잘못에 기인하는 것일 가능성이 있어서, 결함의 존재를 입증해야 하는 피해자로서는 신문에 비하여 피해구제의 어려움이 인정된다. 同法 제4조 제1항 제1호가 적용되는 전형적인 경우가 폐기물이다. 결함 폐기물을 습득하여 사용하다 피해를 입은 소비자에 대하여 제조업자는 同호의 규정에 따라 자신의 공급하지 않았음, 즉 폐기한 물건임을 입증하여 면책될 수 있다.

(다) 정보

우리의 민법이나 제조물책임법상의 관련규정의 해석상 설사 유체동산에 담긴 정보라고 하여도 그 정보 자체는 우리 민법상의 물건이 아니며 제조물책임법상의 제조물로 볼 수 없다고 하겠다. 관리가능한 자연력의 범위를 해석론상 이러한 정보에게까지 확대하려면 이렇게 무리하게 확장해석해야 할 특별한 사정이 인정되어야 할 것이다. 제조·가공이라는 개념 표시 혹은 독립성이라는 성질이 문제가 되었던 경우와는 달리

111) 권대우, 전계논문, 19면, 최승재, 전계논문, 50면 등 참조

112) 이러한 경우에 재활용 과정에서 제조·가공을 하는 재활용품 생산업자의 책임을 인정하는 견해로 권대우, 전계논문, 23면 참조 이들 책임과 원제조업자의 책임이 경합되는 경우도 있을 것이다

113) 여러 소비자를 거치는 과정에서 주의사항 등을 표시한 사용설명서나 부착물 등이 분실되거나 훼손되는 경우가 많아 특히 표시상 결함의 존부에 대한 다툼이 있을 수 있다.

114) 제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 사실을 입증한 경우

근본적인 물건성의 의심을 받는 정보의 경우에는 입법론적인 해결을 모색해야 할 것이다. 특히 컴퓨터 프로그램 등 소프트웨어의 경우에 제조물책임법리의 취지가 인정되는 면이 매우 강하다고 하겠으며, 전술한 바와 같이 미국의 많은 주석가들이 소프트웨어를 제조물로 취급해야 한다고 주장한다.¹¹⁵⁾ 우리의 민법 및 제조물책임법의 해석론으로는 소프트웨어 자체를 제조물로 취급할 수 없다고 하겠다.

하지만 전술한 바와 같이 誤記가 있는 地圖·海圖 그 자체는 결합제품이라고 하는 미국 일부 주의 태도는 타당하다고 하겠다. 이러한 예와 같이 일견 정보의 오류에 불과한 것으로 보이지만 그러한 오류 있는 정보를 담고 있는 물건의 제조·설계상 결합으로 인정될 수 있는 것들이 있다. 이러한 경우 그 정보 자체를 제조물로 본 것이 아님은 물론이다. 오기가 포함된 지도나 해도 자체가 결합 있는 물건인 것이다. 이러한 지도·해도의 경우와 마찬가지로 결합 정보를 담고 있는 디스켓 자체를 결합 제조물로 볼 수 있는가의 문제이다. 전술한 바와 같이 지도나 해도는 그들 정보를 관념적으로 사용하는 것이 아니라 그 지도·해도의 유형적 특성을 사용한다는 점에서 그러한 결합 제조물로 인정되는 것이다. 따라서 소프트웨어를 담고 있는 디스켓의 사용 역시 그러한가 판단이 있어야 한다. 생각건대, 지도나 해도상의 정보는 가시적인 것으로 그러한 가시적·유형적 정보를 사용한다고 한다면 소프트웨어는 그러하지 않다는 점이다. 양자의 차이가 단지 양적인 것인가 아니면 질적인 것인가에 대하여 논의의 여지가 있겠다. 질적인 것이라면 이러한 디스켓과 지도·해도는 구분되어야 하며, 양적인 것에 불과하다면 양자를 구분하지 않는 입론도 가능한 것이다. 눈에 띄지 않는 제조·설계상 결합의 경우에도 결합 자체가 물건성을 띠어서가 아니라 결합을 싣고 있는 것이 물건이므로 결합물인 것이다. 마찬가지로 정보 결합을 싣고 있는 것을 정보 자체로 볼 것인가 아니면 그 정보를 담고 있는 물건으로 볼 것인가는 구분되어야 한다. 후자로 본다면 소프트웨어의 결합도 그 디스켓의 결합으로 보아 제조물책임법상의 책임을 그 제조업자에게 물을 수 있다고 하겠다. 민법 및 제조물책임법의 개정을 통한 해결 이전에도, 우선 이러한 우회적인 해석을 통해 제조업자에 대한 제조물책임을 물을 수 있도록 함이 타당하다고 하겠다.¹¹⁶⁾ 이러한 해석이 정보 자체를 물건으로

115) ALI, op cit, p 278 참조

116) 결론을 같이 하는 견해로 권대우, 전개논문, 21면도 “· 일정한 저장장치에 담겨 경우, 즉 형태가 있는 경우에는 … 제조물에 포함되는 것으로 보여진다”고 한다 이밖에 최병규, 전개논문, 71면 등이 있다 이에 대하여 반대하는 입장에서 이들의 경우 과실책임의 부과로 충분하다는 견해로 이상정, 전개논문, 11면 참조.

보는 해석이 아님은 물론이다 따라서 인터넷상 공급되는 소프트웨어와 같이 정보 자체만이 거래되는 경우에는 이를 제조물에 편입시킬 논리가 마땅하지 않다.¹¹⁷⁾ 이는 입법으로 해결되어야 할 문제이다.¹¹⁸⁾

이러한 논리를 출판물의 정보에는 적용할 수 없다고 하겠다 즉 지도·해도상의 유형적 특성 및 프로그램 등 소프트웨어는 그 정보 자체를 직접 이용하는 것이다. 하지만 도서 등출판물의 정보에 있어서는 용익의 대상은 그 정보 자체가 아니라 그 관념적 내용이며 용익의 방법도 직접적이 아니라 간접적이라고 하겠다. 따라서 이들 정보의 결함을 출판물 결함으로 인정하는 것은 적절하지 못하다고 하겠다. 내용상의 잘못이 학문의 자유가 허용하는 범위내의 것이면 더욱이 결함도 아니다.¹¹⁹⁾

(라) 의약품 및 의료용구

의약품 및 의료용구도 역시 제조·가공된 물건이다. 의약품의 제조·설계상 결함으로 인한 책임에 대하여는 제조물책임법의 적용이 우선하나, 그 표시상 결함에 대하여는 약사법의 관련 규정이 경합 적용되는 것이다. 특히 의약품 등의 제조성 및 가공성의 문제는 이 논문에서 어설프게 언급하고 넘어갈 정도로 간단한 것이 아니다. 이들 결함의 책임에 대한 보다 상세한 논의는 독립된 논문에서 다루어야 하므로 여기서는 생략한다.¹²⁰⁾

117) 그 제공된 정보를 사용을 위해 어차피 저장장치를 이용해야 한다고 하지만 그 저장장치 자체가 소프트웨어 공급자가 제공한 것이 아니므로 이를 논거로 그러한 정보를 제조물로 보기는 어렵다고 하겠다 같은 취지로 권대우, 전개논문, 22면 참조.

118) 소프트웨어에 대하여 보다 적극적으로 제조물로서의 성질을 긍정하는 견해로, 최승재, 전개논문, 50면 이하 참조

119) 권대우, 전개논문, 22면 참조

120) 기존의 관련 문헌으로, 김천수, “의료용구사고와 제조물책임 -우리 제조물책임법과 미국 제조물책임 리스테이트먼트의 비교를 중심으로-”, 의료법학 제3권 2호(2002), 58면 이하; 신순식, “한의 의료와 제조물 책임”, 의료법학 제3권 2호(2002), 88면 이하; 안법영, “독일 의약품법과 제조물책임법 -결함 있는 의약품에 대한 제조물책임법의 적용을 위한 소고-”, 의료법학 제3권 2호(2002), 135면 이하; 연기영, “의약품사고와 제조물책임”, 의료법학 제3권 2호(2002), 13면 이하; 안법영, “의료와 제조물책임”, 고려법학 제40호(2003), 173면 이하 등 참조

V. 결론

이상에서 제조물의 개념에 대한 일반론적인 검토를 하였다. 몇몇 특수 물건에 대하여는 별도의 논문에서 상세하게 검토되어야 함을 지적하여 두었다. 제조물의 개념 표지로 물건성 외에 미국은 영업상의 유통을, 우리는 제조 및 가공을 요구한다. 하지만 우리는 미국의 유통이라는 표지를 同法 제4조의 면책사유에서 수용하고 있다. 하지만 미국은 제조 및 가공이라는 표지를 동 리스테이트먼트 전체에서 수용하지 않고 있다. 양자의 차이는 개별 물건에 대한 제조물책임법을 적용함에 있어서 나타남은 전술한 바와 같다. 우리 제조물책임법상 제조 및 가공이라는 제조물개념 표지를 해석론상 어느 정도로 인정할 것인가에 대하여는 보다 구체적인 검토가 필요하지만, 제조물 개념을 통한 제조물책임법 적용 여부의 문제가 결정되어야 하는 경우에 결국 그 적용 여부에 대한 최후의 결정을 함에 있어서 제조물책임법의 입법취지를 고려해야 할 것이다.¹²¹⁾ 이러한 취지에 부합하는 물건이라면 제조와 가공의 개념을 보다 넓게 해석하여 이에 제조물책임의 법리를 적용하는 것이 바람직할 것이다.

나아가서 입법론적으로 이 제조·가공이라는 표지를 그대로 유지할 것인가에 대하여는 입법취지를 살리는 데에 장애요소가 된다고 하겠으며 이를 삭제하거나 수정하는 방향으로 나아가야 할 것이다. 귀책사유에 관한 제조물책임의 고유법리를 인정함이 제조 및 가공을 통한 위험증가 요소에서 찾을 것이 아니라¹²²⁾ 그야말로 손해의 분산

121) 제조물 책임을 엄격불법행위책임으로 구성하는 논거로 동 리스테이트먼트는 (1) 생명과 건강에 대한 일반적 관심, (2) 제조자가 제품 구입을 권유(invitations and solicitations)한다는 점, (3) 위험을 창출하고 이익을 얻는 자에게 손실을 전가함이 정당하다는 점, (4) 손해의 위험을 영업 비용으로 분산하는 능력이 기업자에게 보다 높게 인정된다는 점, (5) 지위 및 교섭능력의 차이로 말미암아 소비자는 제조자에게 전적으로 의존하지 않을 수 없다는 점, (6) 피해자로 하여금 유통과정을 소급해서 결함의 원인을 추적하여 과실불법행위를 입증할 것을 요구하는 것이 어렵다는 점, 그리고 (7) 그렇게 하여 당해 제조물이 당해 유통과정에 포함되는 것인지 입증할 것을 요구하는 것이 어렵다는 점 등을 든다. ALI, op cit., p 272 참조

122) 제조물책임을 ‘소비자의 안전’이라는 측면에서 접근하면 위험을 고양시킨 요소가 제조물 책임법 적용에 필요할 것이다 그 적용 대상을 “인위적인 조작이나 처리가 이루어지고 유통되는 동산”에 한정된 것이라는 분석은 이러한 측면에서 同法을 접근하는 것이라고 하겠다. 소비자보호원, 전거서, 26면.

이라는 기능에서 찾아야 할 것이다.¹²³⁾



● 김천수

제조물책임(Products Liability) 제조물의 개념(Concept of Products)

123) '제조물책임의 법리가 적용되는가의 여부'는 '제조물(product)이 관련된 것인가의 여부'가 아니라 '피고가 손실을 분산하고 피해를 예방하는 데에 최적의 지위에 있는가의 여부'에 따라야 판단되어야 한다는 견해(J J Phillips, Products Liability, West Group, 1998, p 3)가 있으며 이는 타당하다고 하겠다

[Abstract]

THE SCOPE OF CONCEPT OF "PRODUCTS" IN THE KOREAN PRODUCTS LIABILITY ACT IN COMPARISON WITH THAT IN THE AMERICAN PRODUCTS LIABILITY RESTATEMENT

Kim, Cheon-soo*

This paper includes the comparison of the concept of the word "products" in the Korean Products Liability with that of Products Liability Restatement published by American Law Institute 1998. The establishment of the concept is the prerequisite for application of the Act. As far as the concept is concerned, the Act should be reformed. Especially the requirement that the products should be one manufactured or processed should be left out. The requirement does not suit the legislative intent of the Act, that is to make the damages dispersed socially. The intent could be kept when we require the feasibility of the producer of the products to apply the Act to the defect in his products. Many kinds of objects is analysed under the intent in this paper. The result is to broaden the scope of the concept.

* Professor of Law in Sungkyunkwan Univ.