

商品生産者の 責任 (Ⅱ)

李 好 珽

<目 次> V. 商品生産者及 最終消費者間의 直接的 契約關係

V. 商品生産者及 最終消費者 間의 直接的 契約關係

1 序 說

最終消費者에 대한 商品生産者의 直接的인 契約的構造의 責任關係를 인정하는 것은, 生産者의 標識가 있는 商品(benannte Ware)의 賣買의 경우에는 最終買受人이 生産者의 商品을 취득함으로써 生産者와 最終消費者 사이에 일정한 社會的 關係가 성립한다는 일적부터 存在한 觀念에 맞을 것이다.

RG는 이미 1915년에 商品이 元來의 包裝下에 있고 또한 그 위에 商品生産者가 표시되어 있다는 事實로부터 生産者가 消費者에 대하여 商品의 正常的 製作에 대한 責任을 負擔하는, 生産者와 消費者 間의 直接的 契約關係를 導出할 수는 없겠으나 관하여 생각을 해본 끝에, 이러한 결과를 否定하였다.⁽⁵¹⁾ 그 理由로서 이러한 直接的契約의 請約으로 評價될 수 있는 製作者의 適當한 意思表示가 없다는 점을 들고 있다. 물론 RG도 商品上에 商品의 瑕疵에 대하여 責任을 負擔하겠다고 하는 生産者의 意思表示가 明示的으로 表示되어 있는 경우에는 生産者와 消費者 間의 直接的인 契約的責任關係를 인정한다.

2 商品上의 商品生産者名의 表示

生産者의 標識가 있는 商品의 경우에 消費者가 입은 損害에 대하여 生産者의 直接的契約責任을 인정할 수 있기 위해서는 商品生産者가 그의 商品에 그의 이름을 밝히는 行爲(Benennung)가 特別한 責任契約(Haftungsvertrag) (生産者와 消費者間의)의 締結을 위한 請約으로 評價될 수 있어야 한다.

어떤 行爲가 일정한 效果意思의 表示로 즉 意思表示로 評價될 수 있으나 어떠한 문제

筆者 : 서울大學校 商科大學 附設 韓國經營研究所 研究員, 서울大學校 商科大學 助教授.
 (51) RGZ 87. 1ff

에 관하여는 去來慣行의 規定力(normierende Kraft der Verkehrssitte)이 特別한 意味를 갖는다. (52) 문제는 하나의 社會的典型行爲(Sozialtypisches Verhalten)로서의 商品上의 生産者의 表示속에 去來慣行上 特정한 意思表示 즉 商品上의 生産者의 名稱表示가 商品에 의하여 消費者가 입은 損害에 대하여 生産者가 損害賠償責任을 負擔하겠다는 意思의 表示를 인정(發見)할 수 있느냐이다. 이 문제를 肯定的으로 解決할 수 있기 위해서는 生産者名의 表示 一般속에 生産者의 이러한 意思表示가 있느냐 없느냐를 明白히 하여야 하며, 다음에 이러한 意思表示는 最終買受人에게 향하여진 것이냐 아니냐를 檢討하여야 하며, 끝으로 이러한 意思表示의 具體의 內容이 어떤 것이냐를 確定하는 일이 중요하다. (53)

(가) 法的意味를 가진 陳述로서의 生産者名의 表示의 內容과 法的 性質決定

商品上의 生産者名의 表示 또는 商標등에 의하여 法的으로 意味가 있는 言明이 公然하게 生産者에 의하여 행하여 진다는 것은 쉽게 알 수 있다. 生産者名의 表示나 商標는 商品이 特정한 企業에 의하여 製造되었다는 것 (商品의 特정한 企業으로부터의 由來)을 保證하고 또한 이러한 商品들은 均일한 性質과 品質을 가지고 있다는 것을 밝혀주는 使命을 가진다. (54) 또한 이러한 生産者의 標識는 現代의 商品市場에 있어서는 무엇보다도 직접 最終買受人에게 呼訴하여 商品을 그의 商品으로서 認識시키는 可能性을 生産者에게 付與하는 目的에 이바지한다는 事實로부터, 이러한 生産者標識는 最終買受人에게 대하여 하나의 特정한 宣言을 명백히 한 것이라고 하는 結論이 導出될 수 있다. 그 다음에 문제되는 것은 그 宣言의 內容이 무엇이냐의 把握과 이 宣言이 法律行爲의 性格을 가지고 있느냐이다.

(a) 生産者가 商品 위에 그가 生産者임을 表示한 경우에, 이것은 우선 다음과 같은 陳述만을 意味한다. 즉 『나는 이 商品을 製造하였다』. 그러나 이 陳述은 『나는 이 商品을 올바르게(ordnungsgemäß) 製造하였다』라는 意味로 理解할 수 있을 것이다. 換言하면 이러한 陳述에 의하여 商品生産者는 最終買受人(消費者)에게, 그는 商品生産者로서의 社會的機能으로부터 나오는 任務(Aufgabe)와 責務(Obrigkeit)를 올바르게 履行하였다는 것을 表示하려고 하였다고 理解할 수 있다.

(b) 이러한 陳述 내지는 言明의 法的性質을 적절하게 決定하기 위해서는 먼저 商品生産者가 그에게 속하는 機能을 적절히 履行하였다는 말이 商品買受人에게 무엇을 意味하느냐를 생각해 볼 필요가 있다. 이 문제는 現代의 市場에 있어서 어떠한 任務나 責務가 商

(52) Müller, S. 305

(53) Müller, S. 305

(54) Müller, S. 306

品生産者の 社會的機能으로부터 나오느냐에 달려 있다. 有標商品の 生産者の 機能은 다음과 같은 말로써 가장 잘 要約될 수 있을 것이다. 즉 原則的으로 生産者는 商品에 關係하는 모든 사람을 排除하고 그 혼자서 商品의 內容과 品質·모양을 決定하고 또한 商品의 正常性에 대한 檢査의 獨占的可能性을 가진다. 또한 대부분의 경우 生産者가 商品의 最終賣買價格을 決定한다.⁽⁵⁵⁾ 그는 이러한 경우에 同時에 非有標商品에 있어서는 典型的으로 個個 商人의 個人的領域에 속하는 一連의 諸機能을 引受한다. 다른 말로 表現한다면 商品 生産者의 全能은 最終買受人(消費者)이 좋은 혹은 나쁜, 값이 싼 혹은 비싼, 有害한 혹은 無害한 商品을 購入할 수 있느냐 없느냐를 오로지 生産者의 손에 달리게 하는 結果를 가져온다. 現代社會에 있어서는 『消費者는 임금님』式의 消費者意識의 鼓吹, 消費文化의 讚美마위가 發達한 商品宣傳技術에 의하여 謳歌되고 있지만, 實은 消費者는 임금님이기는 커녕 오히려 그 地位가 決定的으로 低下되어 企業에 從屬되고 벌써 商品에 관하여 아무런 發言權도 選擇權도 못 가지는 것이 嚴然한 現實로 되어 있다.⁽⁵⁶⁾

(c) 이로부터 商品의 消費者가 生産者는 生産者名의 表示를 通하여 한 言明에 의하여 그는 그의 生産者의 機能(Herstellersfunktion)을 適切히 履行하였으리라고 信賴한 경우에 이것이 무엇을 意味하느냐가 明白해진다. 商品의 法的去來에 參加하는 良識있는 사람들은 必然的으로 商品生産者의 言明에 관하여 이것은 어떤 法的拘束에 향해진 것이라고 理解하는 것이 보통이며, 이러한 消費者들의 생각은 商品生産者와 最終買受人들의 市場行態(Marktverhalten)에 의하여 確認되고 있다. 즉 商品生産者는 商品의 宣傳이나 기타의 行動을 通하여 最終買受人에게 직접 그의 商品을 愛用해 줄 것을 呼訴하며, 商品生産者는 最終買受人에 대한 直接的인 商品供給者인 양 行動하며, 最終買受人을 곧 그의 『顧客』으로 생각한다. 最終買受人도 이러한 商品生産者의 말을 믿고 그들의 商品을 買受·消費한다.

去來價行은 商品上의 生産者의 標識 속에 나타난 生産者의 言明속에서 生産者의 法的拘束(商品의 瑕疵나 有害性으로 인하여 消費者가 입는 損害에 대한 責任)을 향한 意思表示를 보며, 生産者가 最終買受人에 대하여 生産者機能의 正常的履行의 義務를 引受할 것을 要求한다.⁽⁵⁷⁾ 現在의 通說的인 民法解釋學에 의하면 他人에 대한 어떤 個人的 이러한 義務負擔은 原則的으로 契約에 의하여 成立한다.⁽⁵⁸⁾ 生産者의 言明을 最終買受人에 대한 生

(55) Müller, S. 307

(56) 渡邊洋三, 日本における民主主義の 狀態(岩波新書) 10~11面 참조.

(57) Müller, S. 308

(58) Larenz, I. S.31; Enneccerus-Lehmann, S. 115; Fikentscher, S. 61; Esser, S. 13.

產者의 法的拘束力 있는 義務負擔의 設定에 향해진 것이라고 본다면, 이러한 聲明은 하나의 契約의 請約의 性質을 가진 것이라고 하지 않으면 안된다.⁽⁵⁹⁾

(d) 이러한 理論構成이 實務一般을 위하여 換言하면 實際의인 문제를 解決하는데 有用하나 어떠냐가 문제된다. 지금까지의 推論은 『一般的인 去來觀念』은 商品上의 生産者名의 表示 속에 生産者의 法律行爲의인 義務負擔意思의 表示가 포함되어 있는 것으로 보고 있다는 結論을 가져 온다. 原則적으로 一般的인 法的去來에의 參加者로서 이러한 去來觀念을 알고 있는 生産者는 그의 生産者名의 表示를 이러한 意思表示로 理解하고 있으며 따라서 이러한 생각을 肯定하고 있다고 볼 수 있다.⁽⁶⁰⁾ 그러나 그렇다면 生産者가 그는 法的으로 拘束되기를 원치 않았다고 즉 그에게는 意思表示를 한다고 하는 意識(Erklärungsbewußtsein)이 없었다고 主張하는 경우에는 克服할 수 없는 困難이 일어나지는 않겠느냐라는 疑問이 있을 수 있을 것이다. 그러나 이 點에 관하여 獨逸의 RG의 一連의 判決은 意思表示意識의 缺如의 主張이 信義誠實에 反하는 경우에는 이러한 主張을 拒否하고 있고⁽⁶¹⁾ BGH도 이에 따르고 있다.⁽⁶²⁾ 물론 生産者에게 이러한 意識 즉 義務負擔의 意思가 없었고, 이러한 義務負擔意思의 缺如를 뒷받침해 주는 諸事情이 있는 경우에는 이러한 意思의 欠缺을 主張하여 責任을 免할 수 있을 것이다. 문제가 될 수 있는 것은 生産者가 그의 生産者名의 表示를 責任을 負擔하겠다는 意思의 表示로 解釋하는 去來觀念의 存在를 알지 못하였다고 主張하는 경우이다. 그러나 이러한 抗辯의 可能性은 商品去來의 參加者인 生産者는 이것을 알고 있지 않으면 안된다 (또는 틀림없이 알고 있을 것이다)라는 去來觀念이 強하여 질 수록 차츰 희박해진다. 生産者로서 그의 生産品을 市場에 내보내는 者에게 대해서는 義務負擔意思의 存在를 쉽게 肯定할 수 있을 것이다. 商品生産者는 그의 行爲의 社會的 意味를 理解하고 意識하고 있었다고 인정할 수 있다. 그가 外的 諸事情을 들어 그에게 義務負擔意思가 없었다는 것을 證明할 수 없는 限, 그의 行爲가 하나의 義務負擔意思의 表示로서의 意味를 가지고 있다는 것을 몰랐다는 抗辯은 절대로 인정할 수 없을 것이다.⁽⁶³⁾ 물론 商品生産者가 商品의 最終消費者가 認識할 수 있는 方法으로 그의 商品에 대하여 어떠한 責任도 지지 않겠다는 뜻을 表示한 경우에는, 商品生産者에게 責任을 負擔시킬 法律政策的 要請은 조금도 存在하지 않는다. 왜냐 하면 이러한 경우에는 消費者가 商品의 危險

(59) Müller, S. 308

(60) Müller, S. 308

(61) Müller, S. 309

(62) BGHZ 6, 378; BGHZ 11, 1 ff; 20, 149; BGHZ 21, 319 ff.

(63) Müller, S. 310

을 意識的으로 引受하기 때문이다.

나머지 경우에 있어서는 法的去來에 있어서 意思表示로서의 意味 以外的 意味를 가질 수 없는 行爲는 行爲者가 法的效果意思의 缺如를 내세운다 하더라도 하나의 意思表示로서의 性質을 잃지 않는다. 따라서 商品生産者는 原則的으로 商品上의 生産者 名의 表示는 消費者에 대하여 그의 商品의 正常性에 대하여 責任을 지겠다는 意思表示로 받아 들여진다는 結果를 甘受하지 않으면 안된다고 보는 것이 妥當하다.⁽⁶⁴⁾ 물론 前述한 바와 같이 消費者가 認識할 수 있는 方法으로 責任을 지지 않겠다는 意思를 表示한 경우에는 이러한 責任負擔의 效果는 發生하지 않는다.

(나) 最終消費者에 의한 請約의 承諾

商品上의 生産者名의 表示 속에 契約의 請約이 包含되어 있다고 본다면, 契約의 成立을 인정하는 데는 아무런 困難도 없다. 즉 이러한 請約에 대한 最終買受人의 承諾은 商品의 賣買契約를 締結할 때에 행하여진다고 볼 수 있기 때문이다. 이러한 承諾은 商品生産者에게 직접 表示할 필요는 없다.⁽⁶⁵⁾ 따라서 生産者의 標識가 있는 商品(benannte Ware)의 賣買에 있어서는 두 개의 契約이 成立한다. 즉 그 하나는 商品의 最終買受人과 商品販賣人(中間商人)間의 賣買契約과 또 하나는 最終買受人과 商品生産者 間의 第2의 責任契約이다⁽⁶⁶⁾.

3. 責任契約의 內容

商品生産者와 最終買受人 間의 이러한 契約의 內容에 관해서는 먼저 契約이 最終買受人에 대하여 商品生産者로 하여금 生産者機能의 正常的履行에 대한 責任을 지도록 하는데 有用한 點으로부터 出發하여야 한다. 그의 生産者로서의 機能은 本質的으로 商品을 生産하고 이것을 販賣하기에 알맞게 하기 위하여 필요한 一連의 任務를 遂行하는 데 있다. 商品生産者가 擔當하는 活動은 物件을 製作하는 企業家로서의 活動과 製作物을 파는 賣渡人으로서의 活動이다. 보다 嚴密히 말한다면 商品生産者의 活動은 그 實質的內容에 있어서는 製作物供給契約(Werklieferungsvertrag)⁽⁶⁷⁾의 對象인 給付와 거의 같다. 따라서 製作物

(64) Müller, S. 310

(65) Müller, S. 311

(66) Müller, S. 311

(67) 製作物供給契約에 관하여 法文社刊「法律學辭典」(850面)은 다음과 같이 說明하고 있다. “當事者의 一方이 相對方의 注文에 응하여 自己의 材料로 製作한 物件을 供給하고 相對方이 이에 대하여 報酬를 支給하는 契約. ……製作의 경우에는 都給의 性質을 가지며, 製作物의 所有權을 報酬를 받고 移轉하는 경우에는 賣買의 性質을 가진다. 따라서 都給과 賣買의 混合契約이며, 製作에 관하여는 都給의 規定을 適用하고, 供給에 관하여는 賣買의 規定을 適用하여야 할 것이라고 한다.”

供給契約에 있어서 製作者는 製作物의 瑕疵에 대하여 어떠한 範圍 안에서 責任을 負야 하느냐에 관하여 適用되는 原則이 商品生産者와 最終買受人 間에 締結된 責任契約에 관하여도 適用된다고 보는 것이 妥當할 것이다. 즉 商品生産者는 最終買受人에 대하여 製作物供給契約에 관하여 適用되는 原則에 따라 商品에 관한 責任을 負야 한다. 이러한 結果는 去來界가 商品生産者의 商品上의 生産者名의 表示에 대하여 인정하고 있는 一般人的 觀念에도 合致한다. 生産者名의 表示는 消費者에게 『당신들 消費者는 나 生産者로부터 商品을 산다』고 하는 感情을 불러 일으키기 때문이다. 그러므로 마치 商品의 最終買受人이 직접 商品生産者로부터 商品을 산 것 처럼 商品生産者가 最終買受人에게 대하여 原則적으로 責任을 지게 하는 것은 妥當한 態度라고 할 수 있다.

商品生産者와 最終買受人 間의 責任契約을 製作物供給契約에 準해서 取扱한다면 商品의 瑕疵에 대한 責任은 都給法에 있어서의 物件의 製作者(受給人)의 責任과 賣買法에 있어서의 物件의 賣渡人의 責任에 관한 規定에 의하여 決定될 것이다⁽⁶⁸⁾.

4. 責任의 範圍

여기서는 어떠한 要件下에서 商品生産者가 商品의 最終買受人에 대하여 責任契約關係에 基해서 後者が 입은 損害에 대한 責任을 負야 하느냐에 관하여 考察하기로 한다.

(가) 積極的債權侵害

(a) 商品의 瑕疵나 有害성이 生産者 혹은 그의 履行補助者의 非難받을 行爲에 의하여 招來되었다면 積極的債權侵害로 된다.⁽⁶⁹⁾

賣買法에 있어서는 積極的債權侵害로 因한 責任은 瑕疵擔保責任에 의하여 排除되느냐 않느냐가 문제될 수 있는 바, 排除되지 않는다고 보아야 할 것이다⁽⁷⁰⁾. 民法 第 580條 以下の 瑕疵擔保責任은 原則적으로 賣渡人의 給付(財産權의 移轉)와 買受人의 給付(代金の 支給)間의 對價的均衡을 確保하는 作用을 한다⁽⁷¹⁾. 買受人은 瑕疵없는 完全한 物件에 대하여 約定된 代金を 支給한다. 單일 物件이 完全하지 않다면 賣渡人의 給付와 買受人의 反對給付 間에 對價的均衡이 破壞된다. 瑕疵擔保責任은 이것을 是正하기 위한 制度이다. 瑕疵擔保責任에 있어서는 賣買代金과 賣買目的物間의 均衡의 破壞가 문제되므로 賣渡人의 有責行爲(故意·過失)는 이러한 對價的不均衡의 是正手段인 瑕疵擔保責任의 法的基礎는

(68) Müller, S. 312; (註 67) 참조.

(69) 積極的債權侵害에 관하여는 拙稿, "賣買目的物의 瑕疵로 因한 損害의 賠償" [法政] 第 20卷 第 11號, 1965年, "賣買의 目的物에 瑕疵가 있는 경우의 賣渡人의 責任", [經營實務] 서울商大 韓國經營研究所刊, 第 2卷 第 4號, 1968年 참조.

(70) Larenz, II, S. 55; Esser, S. 500; 前掲 拙稿 참조.

(71) 前掲拙稿; 北川善太郎, "瑕疵擔保責任" ([契約責任의 研究所收]), 참조.

아니다. 다시 말하면 瑕疵擔保責任은 賣渡人의 無過失責任이다.⁽⁷²⁾

그러나 積極的債權侵害로 인한 責任은 이와는 方向(目的)을 달리하고 있다. 이 責任은 雙務契約에 있어서의 對價的 不均衡을 匡正하는 것을 目的으로 하는것이 아니라, 給付의 交換과는 직접 關係가 없는 有責的契約侵害에 대한 責任이다.⁽⁷³⁾ 여기서의 責任의 基礎는 債務者의 有責行爲이다. 瑕疵擔保責任과 積極的 債權侵害 사이의 이러한 責任의 基礎의 相異性和 責任要件의 相異性으로부터 瑕疵擔保責任에 관한 規定은 積極的 債權侵害의 一般의 法原理의 適用을 排斥하는 것이 아니라는 것이 明白해진다⁽⁷⁴⁾.

(b) 積極的債權侵害에 있어서의 責任의 範圍

(i) 商品이 잘못 만들어져 瑕疵있는 경우의 積極的債權侵害

잘못 만들어져 瑕疵있는 物件(不完全品)에 의하여 損害가 發生한 경우에는 이러한 瑕疵 있는 商品을 製造하거나 또는 그것을 市場에 내 보낸 것이 生産者나 그의 履行補助者의 有責行爲에 基因할 때에는 積極的債權侵害가 成立한다. 이 경우에 생각할 수 있는 難點은 積極的債權侵害의 문제를 惹起하는 行爲가 商品生産者와 最終買受人間의 責任契約締結以前에 이미 存在한다는 點에 있다. 그러나 商品生産者는 最終消費者와의 契約에 의하여 商品生産者로서의 機能으로서 그가 負擔하는 任務의 誠實한 遂行의 義務를 引受하려고 하였다 고 생각할 수 있다. 商品生産者의 責任의 引受는 必然的으로 契約締結以前에, 즉 最終買受人이 商品을 買受하기 以前에 存在하는 商品生産者로서의 機能의 誠實한 履行에 관한 것이라고 보지 않으면 안된다.⁽⁷⁵⁾ 왜냐 하면 만일 그렇게 생각하지 않는다면 商品生産者와 最終買受人間의 責任契約를 인정함으로써 最終買受人을 保護하려는 試圖는 전혀 幻想的인 것으로 되어 버리기 때문이다. 일반적으로 生産者의 活動의 중요한 部分은 契約締結前에 행하여지는 것이 事物의 自然이기 때문이다. 商品生産者가 契約에 의하여 最終買受人에게 契約締結以前의 그의 行爲에 대하여 責任을 진다면 그는 民法 第391條에 의하여 그의 履行補助者의 行爲에 대하여도 또한 責任을 지게 된다. 왜냐 하면, 第391條에 의하여 履行補助者의 故意·過失은 債務者本人의 故意·過失과 同一視되기 때문이다.

商品生産者의 積極的債權侵害로 인한 責任은 不法行爲責任보다 훨씬 무겁다. 不法行爲 責任에 있어서는 民法 第756條 第1項 但書에 의하여 被用者의 選任 및 事務監督에 相當

(72) 金會漢·安二濤, 「債權各論」(上) 224 面, 郭潤直, 「債權各論」(上), 221 面

(73) 北川善太郎, 「積極的債權侵害論」 「契約責任의 研究」 참조.

(74) Müller, S. 314; Enneccerus-Lehmann, S. 453; Fikentscher, S. 367; 北川善太郎, 前掲 手 論文, 前掲 拙稿 참조.

(75) Müller, S. 315

한 注意를 한 때 또는 相當한 注意를 하였더라도 損害가 있을 경우에는 商品生産者는 責任을 免할 수 있지만, 積極的債權侵害(債務不履行의 한 形態로서의)에 있어서는 商品生産者는 第 391 條에 의하여 그의 履行補助者의 有責行爲에 대하여 免責可能性없이 全責任을 져야 하기 때문이다. 또한 第 391 條의 意味에 있어서의 履行補助者로 인정되는 者들의 範圍는 第 756 條의 被用者의 範圍보다 훨씬 넓다. 債務者(여기서는 商品生産者)에 대하여 아무런 社會的 從屬關係에 서지 않는 者, 예컨대 商品生産者로부터 生産品의 檢査를 委託 받은 獨立的인 研究機關 같은 것은 第 756 條의 被用者일 수는 없지만, 履行補助者로 될 수는 있다.

(ii) 商品이 잘못 製造되어 瑕疵가 있는 경우가 아니라 正常的으로 製造된 商品이 有害性を 內包하고 있는 경우의 積極的債權侵害

商品의 製造過程에 잘못이 있어서 商品의 有害성이 結果된 것이 아니라 正常的으로 製造된 商品이 消費者에게 損害를 줄 危險을 內包하고 있는 경우가 있다(예컨대 피부에 대한 化粧品の 副作用 같은 것을 생각해 보라). 이러한 商品에 의하여 消費者가 損害를 입은 경우에도 積極的債權侵害가 문제될 수 있다.

이 경우에는 有害한 生産品의 販賣와 關聯하여 商品生産者가 最終買受人에게 負擔하는 諸義務가 상세히 檢討되어야 한다. 最終買受人이 生産品의 有害성을 알았고 또한 이것을 알면서 샀을 때에는 原則적으로 商品生産者側의 契約義務違反은 생각할 수 없다. 왜냐하면 最終買受人은 賣買를 할 때 有害의 危險을 意識하면서 引受하였기 때문이다. 예컨대 어떤 사람이 그가 사려고 하는 農藥이 害蟲을 죽일 뿐만 아니라 그가 기르고 있는 꿀벌도 죽이게 되리라는 것을 알면서 農藥을 사서 뿌렸기 때문에 꿀벌이 죽었다면 農藥의 生産者는 買受人(消費者)에게 有害한 商品을 引渡하였다고 하여 契約義務違反의 非難을 받지 않을 것이다.

根本적으로 본다면 이러한 商品의 生産者의 義務는 最終買受人(消費者)에게 商品의 有害성을 알려 주어야 하는 解明義務(Aufklärungspflicht)로 나타난다.⁽⁷⁶⁾ 商品生産者는 그의 生産品의 有害성을 調査하여 이것을 最終消費者에게 알려 줄 義務가 있다. 商品生産者가 이러한 調査를 다른 獨立한 研究所등에 依頼했었다면 이러한 研究所등은 民法 第 391 條의 履行補助者로 되며, 商品生産者는 이들의 有責行爲에 대하여도 責任을 지게 된다. 어떠한 商品生産者는 그의 生産品의 危險성을 最新의 研究方法에 따라 모

(76) Müller, S. 316

은 手段을 다하여 調査하여야 하며, 消費者가 그 商品을 使用하거나 消費할 때 일어날 수 있는 危險에 관하여 完全히 알 수 있을 정도로 消費者에게 알려 주어야 한다. 예컨대 商品 生産者는 消費者에게 그의 生産品은 引火의 危險이 있다는 것을 注意 주어야 하며 또한 이러한 危險의 強度에 관하여도 자세히 說明해 주어야 한다.⁽⁷⁷⁾ 그 組立이 完全한 運轉의 安全을 保障할 수 없는 連結車(트레일러)의 製作者는 이러한 組立上의 缺陷과 그 結果에 대하여 買受人에게 注意를 주어야 한다.⁽⁷⁸⁾ 商品生産者가 만일 이러한 注意를 주었다면 이러한 商品의 引渡는 契約義務의 違反으로 볼 수 없다.

문제되는 것은 生産品의 有害성을 100% 確實하게 確認할 수 없는 경우이다. 大部分의 商品에 있어서는 오직 損害發生의 可能性만이 存在한다. 예컨대 머리염색약은 피부에 해를 줄 수도 있다. 그러나 이것은 머리염색약을 使用하는 경우에 언제나 『必然적으로』 일어나는 結果는 아니다. 이러한 物件들은 그의 損害發生의 蓋然성이 특히 클 수도 작을 수도 있다. 그러나 일단 損害가 事實上 發生한 경우에는 損害發生의 蓋然성이 적었다고 해서 損害가 적어지는 것은 결코 아니다. 이러한 觀點에서 본다면 매우 적은 危險의 可能性에 대하여도 最終買受人에게 解明하여야 하는 義務를 商品生産者에게 負擔시키는 것이 妥當하다. 解明義務의 限度에 관해서는 商品生産者는 商品의 危險性과 相當因果關係下에서 일어날 수 있다고 생각되는 모든 損害에 관하여 解明할 義務를 負擔한다고 보아야 할 것이다.⁽⁷⁹⁾

이와 關聯하여 생각하여야 할 것은 商品生産者는 그의 商品에 의하여 消費者에게 일어날 損害의 危險이 消費者에게 이미 알려져 있다고 어느정도로 期待할 수 있느냐의 문제이다. 이 문제는 「케이스·바이·케이스」로 解決하여야 한다. 商品의 有害성이 『去來上 잘 알려져 있는』(verkehrsbeant) 경우에는 消費者가 商品의 危險性을 알고 있었을 것이라고 인정할 수 있을 것이다. 그리고 生産品의 消費에 의하여 消費者에게 일어날 수 있는 危險에 대한 責任을 生産者以外の 다른 사람이 引受하여야 하는 경우에는 生産者의 解明義務는 인정할 수 없을 것이다. 예컨대 外國에서와 같이 醫師의 處方에 의하여서만 藥을 살 수 있는 경우에는 藥의 使用과 그 副作用과 같은 損害의 危險에 대한 責任은 醫師에게 돌아간다.⁽⁸⁰⁾ 그러나 우리 나라와 같이 醫師의 處方없이도 얼마든지 藥을 살 수 있

(77) BGH, BB 1959, 1186. 이 判例에서 말하는 解明義務는 不法行爲에 관한 것이지만, 契約의 경우도 마찬가지라고 보아야 할 것이다.

(78) BGH, BB 1952, 587

(79) Müller, S. 317

(80) Müller, S. 318

는 곳에서는 藥의 生産者는 藥의 使用으로부터 發生할 수 있는 損害의 危險性에 대한 解明義務를 負擔한다고 보아야 하며, 이 義務를 게을리하였다면 生産者는 절대로 責任을 免할 수 없다고 理解하여야 한다.

積極的債權侵害의 責任은 生産品의 有害性에 대한 商品生産者의 解明義務의 懈怠와 發生된 損害間에 因果關係가 있을 때에만 成立한다(民法 第 393 條 참조). 그리고 損害를 입은 消費者가 生産者 以外의 다른 經路를 통하여 商品의 危險을 알았음에도 不拘하고 이것을 消費하였을 때에도 商品生産者의 責任은 成立하지 않는다고 하여야 한다.

5. 商品生産者의 無過失責任

積極的債權侵害의 原理에 의하여 商品生産者의 責任을 인정함으로써 消費者는 크게 保護를 받긴 하지만, 여기에는 限界가 있다. 왜냐하면 積極的債權侵害로 인한 責任은 過失責任이기 때문이다.⁽⁸¹⁾ 그러나 商品의 消費者가 입는 損害중에는 過失責任主義에 의해서는 賠償받을 수 없는 경우가 많다. 그것은 生産者가 아무리 注意를 다 한다 하더라도 瑕疵 있는 物件이 나올 可能性을 完全히 除去할 수 없을 뿐만 아니라, 또한 商品의 有害性을 超現代的인 科學的調查方法으로써도 確證할 수 없는 경우가 많기 때문이다. 이러한 諸般事情은 消費者가 損害를 입은 경우에는 生産者에게 過失이 없는 경우에도 責任을 인정하는 것이 妥當하지는 않겠느냐라는 문제를 우리에게 提起한다.

(가) 保證에 基한 責任

이미 言及한 바 있듯이 商品生産者와 最終買受人 間의 契約을 製作物供給契約의 原理에 따르게 하는 것이 가장 適切하다고 한다면, 瑕疵擔保責任에 관한 規定이 商品生産者의 責任에 대해서도 適用될 是 二말할 나위도 없다. 그러나 民法 第 580 條以下에 規定된 瑕疵擔保責任만으로는 最終買受人의 損害를 救濟해 주기에 不充分하기 적지 않다. 第 580 條, 第 581 條에 의하면 瑕疵 있는 物件의 買受人은 賣渡人에 대하여 損害賠償請求權, 契約解除權, 代物請求權등을 가지는데, 最終買受人이 商品의 瑕疵 또는 有害性 때문에 損害를 입은 경우에 그 全損害를 瑕疵擔保責任의 內容인 損害賠償請求權에 의하여 救濟받을 수 있는 是 二는 문제이다. 瑕疵擔保責任에 있어서의 損害賠償의 範圍에 관하여 現在 우리나라에서 主張되고 있는 有力한 學說로는 信賴利益說⁽⁸²⁾과 信賴利益·履行利益併行說⁽⁸³⁾이 있는

(81) 郭潤直, 「債權總論」 147 面; 加藤一郎, 「民法教室」 債權編 233 面; 北川善太郎, “積極的債權侵害論” 참조.

(82) 郭潤直, 「債權各論」(上) 224 面

(83) 金曾漢·安二濤, (上) 225 面

바, 그 어느說에 의하든 이 損害賠償請求權은 瑕疵로 인한 商品의 價値減少(Minderwert der Sache)만을 「카버」할 수 있을 뿐이고, 商品에 의하여 最終買受人의 다른 財産이나 生命・身體・健康등의 法益에 擴大된 損害는 救濟할 수 없다⁽⁸⁴⁾. 賣渡人과 買受人의 給付相互間의 對價의均衡을 維持함을 使命으로 하는 無過失責任인 瑕疵擔保責任으로 이러한 損害의 賠償까지 賣渡人에 要求하는 것은 無理가 아닐 수 없다. 그러면 商品의 瑕疵나 有害性에 의하여 消費者가 입은 擴大된 損害에 대한 救濟手段으로서 우리는 어떤 것을 생각할 수 있느냐.

이 문제에 관하여 Müller는 瑕疵擔保責任이 이러한 損害의 救濟手段으로서는 無力하다는 것을 指摘하고 다음과 같은 그의 見解를 披瀝하고 있다.⁽⁸⁵⁾ 물론 獨逸民法上の 瑕疵擔保責任(獨民法 第 459 條以下)의 內容과 우리 民法上の 그것이 完全히 같지는 않다는 것은 周知의 事實이다. 그러나 Müller의 理論은 우리 나라에 있어서의 문제를 解決하는데 크게 敎示的인 價値를 가지고 있다고 여겨지므로 여기서 간단히 살펴 보기로 한다.

Müller는 獨逸民法 第 459 條 以下와 第 480 條에 規定된 瑕疵擔保에 基한 請求權(Sachmängelansprüche)은 原則적으로 最終買受人의 利益을 滿足시켜 주기에는 不充分함을 인정한다. 왜냐 하면, 獨逸民法은 賣買의 目的物에 瑕疵가 있는 경우에는 買受人에게 契約解除權(Wandelung) 또는 代金減額請求權(Minderung)만을 인정하는 바, 이러한 權利는 瑕疵로 인한 物件의 價値減少만을 메꾸어 줄 수 있을 뿐이고 賣買目的物에 의하여 買受人의 다른 財産이나 生命・身體등의 다른 法益에 發生한 이른바 擴大된 損害는 「카버」하지 못하기 때문이다. 그런데 한편 獨逸民法 第 463 條는, 賣買目的物이 賣買契約當時에 賣買人에 의하여 保證된 品質을 缺如하거나 또는 賣渡人이 瑕疵를 惡意로 告知하지 않았을 때에는 買受人은 契約解除 또는 代金減額以外에 Nichterfüllung (保證의 不履行)으로 인한 損害의 賠償을 請求할 수 있다고 規定하고 있는데, 이 損害賠償請求權은 保證된 品質의 缺如로 賣買의 目的物에 의하여 買受人의 다른 法益이 侵害됨으로써 買受人이 입은 損害의 賠償을 포함한다고 主張한다. 즉 第 463 條의 『不履行으로 인한 損害賠償』(Schadenersatz wegen Nichterfüllung)은 賣渡人이 品質保證의 嚴守를 履行하지 않은 경우 다시 말하면 賣買의 目的物이 賣渡人이 保證한 品質을 갖추고 있지 않은 경우에 成立하는 것이며, 이 損害賠償請求權은 이러한 保證의 不履行으로 인하여 發生하는 結果를 「카버」하여야 하며, 賣渡人은 마치 保證이 嚴守되었더라면 있었을 財産狀

(84) 前掲 拙稿 참조

(85) Müller, S. 318

態에 買受人을 있게 해 주지 않으면 안된다고 한다. 따라서 商品의 消費者가 商品生産者가 保證한 品質을 缺如하고 있는 商品에 의하여 그의 財產·生命·身體등의 法益에 損害를 입었을 때에는 商品生産者는 이러한 損害를 賠償해 주지 않으면 안된다고 한다.

Müller의 이러한 見解는 우리 民法의 解釋論으로서도 매우 有益하게 받아들여 질 수 있다고 생각한다. 즉 商品生産者가 商品에 관하여 一定한 品質을 商標나 宣傳등에 의하여 保證하고 있는 경우에, 만일 이러한 品質의 缺如로 消費者가 損害를 입는 때에는 消費者는 商品生産者에 대하여 瑕疵擔保責任以外에 이러한 保證의 不遵守를 理由로 損害의 賠償을 請求할 수 있다고 보는 것이 妥當할 것이다.

(나) 그러면 어떤 경우에 商品生産者側의 品質保證(Zusicherung der Eigenschaft)이 있다고 볼 수 있느냐. 이 문제에 관하여는 商品의 宣傳이 중요한 意味를 가진다. 商品生産者가 商品의 宣傳이나 또는 商品에 貼付된 商標·說明書등에 의하여 消費者들에게 商品의 品質에 관한 陳述을 하고 消費者가 이것을 진지하게 信賴하였던 경우에는 언제나 品質의 保證이 있었다고 보아야 할 것이다.⁽⁸⁶⁾ 이 경우 우리는 商品生産者의 商品宣傳行爲가 消費者에 의하여 진지하게 받아들여질 수 있는 것이냐 아니냐를 注意깊게 檢討하여야 한다. 만일에 宣傳이 消費者에 의하여 眞實한 것으로 받아들여질 수 없는 것인 때에는 品質의 保證이 있었다고 볼 수는 없을 것이다.⁽⁸⁷⁾ 예컨대 「이 향수는 당신들에게 上流社會의 고상한 향기」를 풍기게 해 줄 것입니다」라는 香水製造業者의 말을 그럴듯하게 믿는 사람은 아마도 하나도 없을 것이다. 또는 「텔레비」에 깨끗하게 면도한 젊은 男子가 登場하여 「이 ××안전면도날은 당신의 얼굴을 베는 일은 절대로 없습니다」라고 면도날의 宣傳을 하는 경우, 이것을 眞正으로 믿는 사람은 없을 것이다. 따라서 이러한 種類의 宣傳은 品質의 保證으로 評價될 수는 없다. 이에 反하여 「이 電氣다리미는 完全히 自動적으로 調節되므로 세탁물을 태우는 일은 절대 없습니다」라고 한 경우에는 保證으로 보지 않으면 안된다. 獨逸의 BGH는 最近의 判例⁽⁸⁸⁾에서 直接的으로 消費者에게 향하여진 宣傳의 眞實性에 대한 消費者의 信賴는 商品生産者의 消費者에 대한 直接的責任에 의하여 保護하는 것이 妥當하다고 判示하고 있다고 한다.

(다) 消費者를 두텁게 保護하려면 『品質의 保證』이라는 概念을 넓게 解釋할 필요가 있다. 品質의 保證의 有無는 一般的으로 妥當한 契約解釋의 諸原則에 의하여 決定된다.

(86) Müller, S. 321

(87) Müller, S. 321

(88) BGHZ 40, 87 (108)

契約當事者の 諸利益을 合理的으로 考慮하고 契約의 內容과 目的에 비추어 이러한 保證(明示的이든 默示的이든)이 契約當事者에 의하여 意欲되었으나 어떠한을 決定하여야 한다. 商品의 買受人이 商品의 使用에 있어서 중요한 일정한 品質을 직접 自身이 檢査할 수도 없고 또한 契約當事者들이 期待한 商品의 使用에 대하여 品質이 現實的으로 중요한 意味를 가져서, 이러한 品質이 갖추어진 경우에만 그들이 商品을 살 정도로 決定的意味를 가지는 경우에는 적어도 이러한 品質은 默示的으로 保證되었다고 解釋하지 않으면 안될 것이다. 따라서 이러한 品質의 缺如가 買受人에게 증대한 損害를 끼쳤을 때에는 이러한 品質의 保證이 있었던 것으로 보아 商品生産者의 責任을 肯定하여야 한다.⁽⁸⁹⁾

6. 商品生産者의 責任이 너무 무거워지지 않느냐라는 憂慮의 杞憂性

積極的 債權侵害와 品質의 保證의 制度에 의하여 上述한 바와 같이 商品生産者의 責任을 크게 擴張하는 것은 商品生産者에게 너무 苛酷할 뿐만 아니라 産業에 대한 하나의 桎梏으로 作用하지는 않겠느냐라는 憂慮가 있을 수 있다. 高度로 發達한 技術的이고 化學的인 生産品이 消費者에 대하여 損害의 危險을 內包하고 있는 것은 不可避한 일인데, 이러한 損害의 危險에 대한 責任을 모두 商品生産者에게 뒤집어 써주는 것은 一見 苛酷한 것처럼 보인다. 그러나 商品生産者는 이러한 損害의 危險을 經濟的으로 適切하게 分散시킴으로써 실제로 무거운 責任에서 벗어 날 수 있다. 즉 損害의 危險은 根本的으로 生産物의 內在的構成部分이고, 生産自體에 隨伴되는 것이므로, 이것을 生産費의 構成部分으로 計算하여 生産費에 포함시킬 수 있다. 다시 말하면 危險의 計算上 價値를 全生産品에 割當할 수 있다. 또한 商品生産者는 危險을 保險制度를 利用함으로써 벗고 保險料를 生産費속에 포함시킬 수도 있다. 앞으로 보다 많은 保險制度의 利用이 期待되는 所以다. 실제로 이러한 方法에 의하여 商品生産者가 危險을 分散·轉換시키는 일은 많이 행하여지고 있으며, 商品의 모든 買受人이 商品價格속에 포함된 이러한 危險을 分擔하고 있다는 것은 널리 알려진 事實이다. 事實上 商品에 의한 損害의 危險은 全生産物에 割當·分散되어 있으며 結果的으로 그 責任은 生産費를 좀 올림으로써 모든 商品去來參加者들이 負擔하게 되어 있다. 따라서 積極的債權侵害나 品質의 保證등의 制度에 의하여 商品生産者에게 責任을 지우더라도 그가 감당할 수 없을 정도의 것은 아니리라고 본다. 더우기 消費者保護의 實을 거두기 위해 不實하고 不誠實한 商品生産者가 倒産한다고 하더라도 어쩔 수 없는 일이 아니겠는가.

(89) Müller, SS. 322-323

7. 除斥期間

商品生産者에 대한 最終買受人의 損害賠償請求權의 消滅時效 내지는 除斥期間에 관하여 간단히 살펴 보기로 한다. 商品生産者의 責任은 前述한 바와 같이 賣買契約에 있어서 賣渡人의 責任에 대하여 適用되는 原則들의 支配를 받기 때문에, 賣渡人의 責任에 대하여 適用되는 消滅時效나 除斥期間에 관한 規定들이 檢討되어야 한다.

(가) 保證品質의 缺如를 理由로 하는 損害賠償 請求權의 除斥期間

獨逸民法 第 477 條에 의하면 第 463 條의 損害賠償請求權은 保證된 品質이 缺如된 경우에는, 賣買目的物의 引渡時부터 6 月이 經過하면 消滅時效에 걸리게 되어 있다. Müller 는 商品生産者의 責任에 대하여 第 477 條를 準用하는 것이 妥當하다고 主張하며, 『引渡時』라는 말을 最終買受人이 商品을 檢査할 수 있는 事實上的 可能性을 取得한 時點으로 解釋하고 있다.⁽⁹⁰⁾

그러나 우리 民法에는 賣渡人이 買受人에게 保證한 品質이 缺如된 경우에 賣渡人은 買受人에 대하여 어떠한 內容의 責任을 지느냐 또한 이 責任의 消滅時效 내지는 除斥期間은 얼마냐에 관하여 獨逸民法 第 463 條, 第 477 條와 같은 明文의 規定은 없다. 그러나 우리나라에 있어서도 賣渡人이 目的物에 관하여 그것이 存在한다고 保證한 性質을 缺如하기 때문에 目的物의 使用價值 또는 交換價值가 減少된 경우에 賣渡人의 瑕疵擔保責任이 成立한다고 보는 것이 支配的인 學說이며⁽⁹¹⁾ (다만 通說이 이 경우의 損害賠償의 範圍에 관해서 생각하고 있는바가 本稿에서 筆者가 商品이 生産者가 保證한 品質을 缺如하는 경우에 인정하는 損害賠償의 範圍와 一致하는지는 매우 疑問이다), 前記의 獨逸民法上的 制度는 우리 民法上的 瑕疵擔保制度和 近似性을 띠고 있고, 또한 뒤(나)에서 說明하는 바와 같이 瑕疵擔保責任의 除斥期間을 짧게 정하고 있는 理由가 이 문제에도 그대로 該當하므로, 瑕疵擔保責任의 除斥期間에 관한 民法 第 582 條를 保證品質의 缺如로 인한 商品의 最終買受人(消費者)의 損害賠償請求權에 類推適用하는 것이 妥當하리라고 생각한다. 따라서 最終買受人이 그 商品의 瑕疵나 有害성을 안 날로부터 6 月內에 商品生産者에 대하여 損害賠償請求權을 行使하지 않으면 안된다고 解釋하여야 한다. 즉 商品生産者의 責任은 6 月의 除斥期間이 經過하면 追窮할 수 없게 된다.

(나) 積極的債權侵害로 인한 損害賠償請求權의 除斥期間

積極的債權侵害로 인한 損害賠償請求權의 消滅時效 내지는 除斥期間의 문제는 어떠냐.

(90) Müller, S. 325

(91) 金會漢·安二濬, (上) 241 面; 郭潤直, 238 面; 松坂佐一, 「民法提要」 債權各論 77 面 참조.

積極的債權侵害와 疵擔保는 전혀 그 性質을 달리하는 것이다. 前者는 一種의 債務不履行責任이고 後者는 義務違反을 前提로 하는 債務不履行責任이 아니라 하나의 法定責任이다. 그러나 우리 民法이나 獨逸民法등은 「로마」法과 「게르만」法の 模範에 따라 瑕疵擔保責任에 관하여 除斥期間 내지는 消滅時效期間을 매우 짧게 정하고 있는데, 이렇게 짧게 정하고 있는 理由는 積極的 債權侵害로 인한 損害賠償請求權에 대해서도 그대로 適用된다고 할 수 있다. 즉 여러 나라의 民法이 瑕疵擔保責任에 있어서의 消滅時效期間 내지는 除斥期間을 짧게 정하고 있는 理由는 첫째로 너무 오랜 期間이 經過하면 物件의 瑕疵를 調査·確定하는 것이 거의 不可能해지며, 둘째로 오랜 期間이 지난 다음에 이러한 瑕疵를 문제삼는 것을 許容한다면 去來가 크게 沮害를 받게 되기 때문이다. 셋째로 商品을 얼마 동안 使用한 후에는 一定한 瑕疵가 처음부터 存在한 것이냐 아니면 買受人의 不當한 取扱에 의하여 후에 發生한 것이냐를 確認하는 것이 매우 어렵기 때문이다. 우리 民法 第582條의 除斥期間이나 獨逸民法上の 瑕疵擔保責任의 消滅時效期間이 短期인 것의 妥當性의 根據를 相當한 時日이 經過하면 物件의 品質에 관한 立證이 困難해진다는 點에서 찾는다면, 物件의 品質이 중요한 意味를 가지는 모든 請求權에 관하여 瑕疵擔保責任의 消滅時效期間 내지는 除斥期間에 관한 規定을 類推適用하는 것이 妥當한 것이다⁽⁹²⁾. 따라서 商品生産者에 대한 最終買受人의 積極的債權侵害로 인한 損害賠償請求權에 있어서는 商品의 品質이 언제나 本質的인 것이기 때문에 이 請求權에 관하여도 民法 第582條의 6月의 短期除斥期間을 適用하는 것이 妥當하다고 본다.

(92) Müller, S. 327

<Auszug>

Haftung des Warenherstellers II

HO-CHUNG LEE*

5. Unmittelbare Vertragsbeziehung zwischen Warenhersteller und Endverbraucher.

Es ist richtiger, ein unmittelbares, vertraglich strukturiertes Haftungsverhältnis zwischen Warenhersteller und Endkäufer anzunehmen, um den Endkäufer (Endverbraucher) der Ware zu schützen.

Die Annahme, daß der Warenhersteller bereits durch seine Benennung auf der Ware das Angebot zum Abschluß eines besonderen Haftungsvertrages abgibt, entspricht wohl der Verkehrssitte oder der Verkehrsanschauung der Allgemeinen.

Sieht man in der Benennung des Warenherstellers auf der Ware eine Vertragsofferte, so macht das Zustandekommen des Vertrags keine Schwierigkeiten: Der Endkäufer nimmt dieses Angebot beim Abschluß des Kaufvertrags einer benannten Ware an. Damit kommen bei dem Kauf einer Ware zwei Verträge zustande: einmal ein Kaufvertrag zwischen Endkäufer und Einzelhändler und außerdem ein zweiter Haftungsvertrag zwischen Endkäufer und Warenhersteller.

Durch diesem Haftungsvertrag soll der Warenhersteller die Pflichten übernehmen, den dem Endkäufer erleideten Schaden zu ersetzen.

Man kann die positive Vertragsverletzung, die Haftung wegen Nichterfüllung der Zusicherung der Eigenschaft und die Sachmängelhaftung als die rechtlichen Gründe der Haftung des Warenherstellers nehmen.

* Member of The Institute of Management Research, Seoul National University.
Assistant Professor, College of Commerce, Seoul National University.