

商品生產者의 責任 (I)

李 好 斑

<目 次>

- I. 問題의 設定
- II. 商品生產者의 不法行爲責任
- III. 最終消費者에 대한 商品生產者의 責任을 認定하여야 할
必要性
- IV. 商品 生產者와 中間商人間의 契約의 테두리 안에서 消費
者의 損害를 決濟하려고 하는 試圖

I. 問題의 設定

〔事例 1〕 BUICK MOTOR CO.는 그가 製作한 自動車를 自動車小賣商에게 팔고, 後者는 다시 이것을 M에게 팔았는 바, 그 自動車의 바퀴에 缺陷이 있었기 때문에 M이 運轉中 自動車事故가 일어나 M이 負傷을 입었다.⁽¹⁾

〔事例 2〕 1955 年 8 月에 硝素가 含有된 森永乳業株式會社의 粉乳를 먹은 乳兒의 中毒이 日本의 中國・四國地方에 集團的으로 發生하여 100 人 以上이 死亡하고 萬餘名이 罷病한 소킹한 事件이 發生한 바 있다.⁽²⁾

위의 事例에서 본 바와 같이 商品의 瑕疵 즉 缺陷으로 인하여 消費者가 損害를 입은 경우에, 消費者를 保護할 必要性은 크다. 우선 이 경우에 생각할 수 있는 消費者의 法的 救濟手段으로서는 消費者와 商品의 直接賣渡人(生產者와 消費者間에 介在하는 中間商人 (Zwischenhändler))間의 賣買契約에 基한 救濟方法 즉 賣渡人の 擔保責任 및 債務不履行責任(특히 積極的 債權侵害) 등을 들 수 있을 것이다. 그러나 現代의 商品市場을 支配하고 있는 特殊現象중의 하나는, 여기서 去來되는 商品의 壓倒的 大部分이 그 위에 直接 生產者の 이름을 表示하거나 또는 消費者로 하여금 生產者が 누구이냐를 알 수 있도록 하는 어면 標識를 갖추고 있으며, 消費者들은 商品上에 表示된 이러한 生產者の 信用을 믿어서

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 專任講師.

(1) "MACPHERSON v. BUICK MOTOR CO". Court of Appeal of New York, 1916. 217 N.Y. 382, 111 N.E. 1050, L.R.A.F. 1916 F.에서 引用.

(2) 加藤一郎, "森永 粉乳中毒事件の 補償" (『債不法行爲法の 研究』所收)에서 引用,

直接 生產者의 生產品을 購入한다는 意識을 가지고 그의 生產品을 買受・消費하고 있다는 것이다. 또한 一般的으로 消費者는 生產者로부터 直接 商品을 購入하는 것이 아니라 消費者와 生產者사이에 介在하는 中間商人으로 부터 商品을 買受・消費하고 있지만, 中間商人은 生產者의 商品의 分配者로서의 社會的 役割만을 가질 뿐이며, 生產者가 製作한商品을 開包하지 않은채 原包裝下에서 消費者에게 販賣하는 것이 一般的 現象이다. 따라서 商品에 物質的 缺陷이 있어서 消費者가 損害를 입었더라도 보통의 경우에 있어서는 中間商人에게 故意・過失이 없으므로 그에게 賣買契約에 立脚하여 瑕疵있는商品을 賣渡한데 대한債務不履行責任을 追窮하여 損害賠償을 請求할 수는 없다. 消費者는 賣渡人에게 瑕疵擔保責任을 물을 수는 있겠지만, 이 制度로써는 消費者가 그의 生命・身體・財產등에 대해서 입은 損害는 完全히 메꾸어질 수 없다. 더욱이 小賣商人은 零細한 경우가 많은 反面에 또한 瑕疵있는商品으로 인한 損害는 [事例 2]에서도 본 바와 같이 엄청나게 큰 경우가 많으므로, 설사 消費者가 입은 損害를 賣買契約에 基하여 中間商人으로부터 賠償받을 수 있는 경우라도 商人이 無資力하여 實事上 賠償을 받지 못하게 될 念慮가 크다. 이러한 實事에留意할 때, 우리는 消費者를 保護하기 위하여 商品의 最終消費者에 대하여 直接 賣買契約關係에서 있지 않는 生產者의 損害賠償責任을 肯定하는 方向으로 努力하여야 할 必要性을 切感하지 않을 수 없게 된다.

실제로 商品生產者는 어떤 範圍안에서 그의 商品이 消費者에게 惹起시킨 損害에 대하여 責任을 지느냐의 問題는, 獨逸, 美國등의 外國의 實務에서 자주 문제되고 있으며, 이에 관하여 比較的 많은 判例가 있다. 그러나 이 問題圈에 대한 學者들의 文獻은 獨・美등에 있어서도 별로 없으며, 獨逸에 있어서의 指導的인 債權法教科書들도 이 問題를 論하고 있지 않다.⁽³⁾ 이웃이나인 日本에서는 判例도 별로 없는 것 같다.⁽⁴⁾ 우리 나라에 있어서는 이에 관한 判例도 거의 없는 것 같으며, 文獻은 絶無한 형편이다. 그러나 不誠實한 生產

3) 一例로서 債權法의 標準的 教科書인 Enneccerus-Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 15. Bearb. 1958; Esser, *Schuldrecht*, 2. Aufl. 1960; Larenz, *Schuldrecht* I (7. Aufl.), II (6. Aufl.), 1964에도 이 문제에 관한 言及이 없다.

4) [事例 2]의 森永粉乳事件의 경우에는 厚生省이 幹施하여 委員會를 만들고, 여기서 補償案을 作成하였다. 補償案은 森永側의 過失의 有無에는 직접 헛치하지 않고 道義上 補償을 하여야 한다고 하고, 森永은 自發的으로 死者 1人에게 15萬圓을 支給한 것以外에 다시 10萬圓을 支給하여야 한다고 하였다. 被害者側에서는 不足하다고 主張하는 者도 있었으나 森永은 10萬圓을 追加 支給을 하고 事件은 大體로 落着되었다. 이 밖에, 點眼藥때문에 눈을 다친 者가 製藥會社에 대하여 賠償을 請求하여 5萬圓의 賠償이 인정된 事件이 있다. (昭和 30年 7月 14日 東京地方裁判所判決) 日本에서도 商品生產者の 責任에 관한 判例는 거의 없는데, 學者들은 被害者들이 斷念하고 있기 때문에 아닌가 보고 있다. (加藤一郎, 民法教室 債權編 203面)

者들에 의하여 人間의 生命・身體・財產에 危害를 加할 위험이 있는 粗製品들이 범람하는 우리 나라에 있어서는 특히 消費者를 適切히 保護하기 위하여 消費者에 대한 生產者의 責任의 問題를 探究해 볼 價值는 外國의 경우에 比較하여 크면 커지 절대 못하지는 않다고 생각한다.

本論文에서는 특히 商品上에 生產者의 同一性을 表象하는 標識(生產者名, 商號, 商標等)가 있는 商品의 瑕疵로 인하여 消費者(最終買受人)가 그의 生命・身體・財產등의 法益에 損害를 입은 경우에, 生產者에게 어떤 範圍안에서 그리고 어떠한 理論構成으로 損害賠償責任을 負擔시키는 것이 妥當하나 라는 問題에 範圍를 限定하여 考察해 볼까 한다.

이 경우에 우선 生產者의 不法行爲責任을 생각할 수 있다. 瑕疵있는 商品을 製造하거나, 이러한 商品이 市場에 나오게 된데 대하여 生產者에게 責任(過失)이 있어서 不法行爲의 要件을 充足시킬 때에 生產者가 不法行爲에 基하여 消費者에게 損害賠償責任을 負擔하게 됨은 당연하다. 그러나 後述하는 바와 같이 不法行爲 制度만으로써는 消費者의 損害를 全部 커버하기에는 不充分하다. 이 論文에서는 이 點을 우선 밝히고, 獨・美(主로 獨逸)의 學說・判例를 分析・檢討해 보고 이를 參考로 하여 生產者의 責任에 관하여 우리 나라에서도 妥當할 수 있는 理論構成을 試圖해 보기로 한다.

II. 商品生産者の 不法行爲 責任

商品生産者와 最終消費者의 中間에 一連의 商人 혹은 적어도 한 명의 商人이 介在하기 때문에 最終消費者와 生產者사이에 直接的인 賣買契約이 存在하지 않는 경우—이 경우가 壓倒的이다—를 中心으로 보기로 한다.

商品에 缺陷이 있기 때문에 消費者が 損害를 입었을 때에는 自然히 生產者の 不法行爲責任을 생각하게 된다. 즉 不法行爲의 要件을 갖추는 경우에는 生產者は 그의 商品이 消費者에게 加한 損害에 대하여 賠償 責任을 져야 함은 明白하다. 그러나 문제는 不法行爲制 度에 의하여 妥當한 損害의 填補가 達成될 수 있느냐 어려느냐이다.

(1) 民法 第 750 條에 基한 生產者の 責任

(가) 損害의 發生

民法 第 750 條에 의한 責任을 生產者에게 인정하려면, 生產者가 그의 行爲에 의하여 最終消費者에게 損害를 發生시켰어야 한다.⁽⁵⁾

(5) 金曾漢, 安二瀧, 『新債權各論(下)』 785 頁 以下. 加藤一郎, 『不法行爲』(法律學全集 22 卷 有斐閣) 148 頁 以下 參照.

(14) 生產者의 注意義務違反(生産者の故意・過失)

(i) 生產者의 不法行爲가 成立하기 위해서는 生產者에게 有責의 注意義務違反이 있어야 한다. 즉 生產者에게 故意 또는 過失이 있어야 하는 것이 原則이다. 이것이 이른바 過失責任의 原則이다.⁽⁶⁾. 故意라 함은 一定한 結果가 發生할 것을 알면서 감히 어떠한 行爲를 한다고 하는 心理狀態이며, 過失이라 함은 그 結果가 發生할 것을 알아야 함에도 不拘하고 不注意 때문에 그것을 알지 못하고 어떤 行爲를 한다고 하는 心理狀態이다. 따라서 生產者가 故意 또는 過失로 瑕疵있는 商品을 製作하였거나 이러한 商品을 市場에 내보냈을 때만 生產者의 不法行爲가 成立한다.

[設例 2]의 MACPHERSON v. BUICK MOTOR CO.의 判決에서 Cardozo 大法官은 車輪은 被告인 BUICK MOTOR CO.에 의하여 製造된 것이 아니라 다른 製造業者로부터 被告가 사들인 것이지만, 被告가 合理的인 檢查를 하였다면 그 車輪의 缺陷을 發見할 수 있었음에도 不拘하고 檢查를 하지 않기 때문에 發見하지 못하였다고 하는 事實이 明白하고 또한 被告는 檢查의 義務를 당연히 負擔한다고 보는 것이妥當하다고 하는 理由를 들어서 檢查하지 않은데 대한 被告의 過失을 인정하고 그의 不法行爲責任을 肯定하였다.

그러나 實際問題로서 生產者의 過失을 發見하는 것은 容易한 일이 아니다. 生產者들이 生產過程과 個個의 生產品을 檢查하기 위하여 매우 用意周到하게 組織된 檢查機構를 갖추고 있는 경우에一大企業과 中企業에 있어서는一般的 現象이다—生產者들에게 有責의 過失이 있다는 것을 證明하기란 不可能에 가까운 일이다. 왜냐하면 그 生產者는 이러한 品質檢查機構를 設置·維持함으로써 瑕疵있는 製品이 生產되어 市場에 나가는 것을 防止하기 위하여 필요한 일을 다한 것으로 되고 따라서 過失은 인정할 수 없게 되기 때문이다.⁽⁷⁾ 특히 大企業들은 企業組織의 合理化·科學化를 위하여 不斷한 努力を 傾注하고 있으므로 瑕疵있는 商品의 製作이 그들의 生產組織의 瑕疵(Organisationsmängel)에 起因하는 것으로 보고 生產者에게 責任을 負擔시킬 可能性마저도 減少되고 있다. 보통 商品生產者들은 科學的인 研究所나 研究集團으로 하여금 새로운 生產品을 檢查시키고 또한 그 使用適性을 檢查시키고 있다. 이것으로써 生產者는 그의 注意義務를 다한 것으로 되며, 이러한 檢查機構가 製品의 有害性을 發見하지 못하였더라도 原則적으로 生產者를 非難할 수는 없게 되어 있다. 물론 生產者가 研究所나 研究集團의 選定을 잘 못한 경우에는 그의 過失을 인

(6) 金曾漢, 安二瀧, 749面以下, 加藤一郎, 62面以下 참조.

(7) Müller, Klaus, *Zur Haftung des Warenherstellers gegenüber dem Endverbraucher*, AcP Bd. 165, S. 289.

정할 수 있지만, 이러한 可能性은 생각할 수 있어도 實際上은 거의 생각할 수 없다.

上述한 바로 짐작할 수 있드시 商品에 의하여 損害를 입은 消費者가 民法 750條에 基하여 損害賠償을 請求할 可能性은 매우 制限되어 있다.

(2) 民法 第 756 條에 基한 生產者의 被用者에 대한 使用者責任

民法 756 條 1 項은 “他人을 使用하여 어느 事務에 從事하게 한 者는 被用者가 事務執行에 關하여 第三者에게 加한 損害를 賠償할 責任이 있다. 그러나 使用者가 被用者의 選任 및 事務監督에相當한 注意를 한 때 또는相當한 注意를 하여도 損害가 있을 境遇에는 그 러하지 아니하다.”라고 規定하고 있다. 따라서 生產者에게는 過失이 없었더라도 有害한商品이 被用者(勞動者)의 有責의 行爲에 의하여 製作되었을 때에는 民法 756 條에 의하여 使用者로서의 生產者의 責任이 문제된다.

(가) 被用者의 概念

被用者は 使用者에 대하여 社會的 從屬關係에 서는 者로서 使用者の 指示에 服從하는 者이어야 한다.⁽⁸⁾ 따라서 受給人과 같이 都給人으로부터 一應 獨立하여 그 業務를 행하는 者는 被用者라고는 할 수 없다.⁽⁹⁾ 이러한 事實의 確認은 우리들의 研究對象에 대하여 意味가 있다. 즉 生產者가 어떤 獨立的인 科學研究所나 研究集團에 生產品의 開發이나 檢查를 依頼했을 경우에는 生產者는 756條에 의하여 그들의 有責의 行爲에 대하여 責任을 지지 않는다. 이 경우 生產者는 그의 過失로 不實한 研究所나 研究集團에 위의 일을 맡겼을 때에만 生產者自身의 過失을 理由로 750 條에 의하여 責任을 지는 일이 있을 수 있을 뿐이다.

(나) 被用者에 의한 違法한 損害의 發生

上述한 바와 같은 ‘指示拘束’(Weisungsgebundenheit)下에 있는, 被用者の 有責의 行爲로 인하여 消費者에게 損害가 發生한 경우에 使用者인 生產者는 責任을 지게 되는데, 實際問題로서 그 生產品이 大工場에서 製造된 경우에 消費者가 具體的인 生產品의 行程을 追證하는 것, 그리고 例컨대 어떤 勞動者가 나사못을 잘못 끼었다든가 또는 누구か 摘發해 낸瑕疵品을 發送했느냐를 밝히는 것은 거의 不可能하다. 그래서 獨逸의 Reichsgericht(RG)는 消費者는 그에게 損害를 發生시킨 原因이 生產者の 被用人중의 누구에겐가는 있다는 것을 證明하기만 하면 된다는 原則을 세웠다.⁽¹⁰⁾ 따라서 消費者가 이러한 證明을 했을 때에는

(8) Esser, S. 879; Enneccerus-Lehmann, S. 980; Larenz II, S. 419; Fikentscher, *Das Schuldrecht*, 1965, S. 592.

(9) 金曾漢, 安二濱, 799面; 加藤一郎, 170面.

(10) RGZ 87, 1 (4); Esser, S. 883.

發生한 損害의 原因이 그의 被用者에게 있지 않다는 것 또는 적어도 일정한 被用人的 有責의 行爲에 起因하는 것은 아니라는 것을 證明할 責任은 生產者가 負擔하며, 이 證明에 成功하지 못하면 그는 756 條 1 項 但書에 規定된 免責事由를 提示하지 않으면 責任을 免할 수 없다.

(나) 使用者の 免責事由

756 條 1 項 但書에 의하면 使用者は “使用者가 被用者の 選任 및 그 事務監督에 相當한 注意를 한 때” 또는 “相當한 注意를 하여도 損害가 있을 境遇”에는 그 責任을 免할 수 있다. 이러한 免責의 可能性은一般的으로 實際的 結果에 있어서는 756 條에 의한 使用者(商品生產者)의 責任의 거의 完全한 排除를 意味한다. 이미 言及한 바와 같이 生產者들은 生產組織의 合理化·科學化를 위하여 끊임없는 努力を 기우리고 있는데, 이러한 科學的인 機構完全主義와 合理化 完全主義(Organisations-u. Rationalisierungsperfectionismus)는 使用者가 756 條에 의한 責任을 免하는 것을 容易하게 한다. 오늘날에 있어서는 大企業은 물론 웬만한 中企業조차도 生產過程의 安全性과 合理性을 계속 監視하고 改善하는 것을 任務로 하는 機構를 갖추고 있으며 또한 主로 外國의 경우지만, 生產過程에 있어서 조금이라도 重要性을 가진 諸機能職에 選任(雇傭)되려면 일정한 專門的試驗에 合格하거나 적어도 專門的 教育過程을 履修한 者이어야 한다는 것이一般的 現象이다. 또한 勞動者들은 그들의 任務에 熟達하기 위하여 점점 더 높은 程度의 職業教育과 補習教育課程에 參加하지 않으면 안되게 되어 있다. 이러한 모든 事情은 生產者가 그의 거의 모든 勞動者의 選任·監督에 대하여 ‘抽象的으로’ 免責事由를 主張하는 것을 可能하게 한다. 즉 使用者は 이미 制度的으로 모든 被用者들이 注意깊게 選任·指導 및 監督되고 있다는 事實과 잘 짜여진 經營組織을 갖춤으로써 被用者들에 의하여 有害한 商品이 製造되는 것을 防止하기 위하여 去來上 要求되는 程度의 注意를 다 하였다는 事實을 證明할 수 있고 따라서 被用者の 行爲에 대한 使用者로서의 責任을 免할 수 있다. 要컨대 商品生產者들은 오늘날에 있어서는 被用者の 注意깊은 選任·監督을 確保해 주는 經營機構를 指摘함으로써 모든 被用者에 대하여 責任을 免할 수 있게 되어 있다. ⁽¹¹⁾

실제로 이러한 經營組織이例外的으로 瑕疵·缺陷이 있거나 혹은 最新의 經營科學의 知識의 水準에 未達하는 것일 때에는, 生產者는 損害賠償責任을 져야 한다. 즉 이른바 ‘機構의 瑕疵’가 있는 때에는 그는 責任을 免할 수 없다. 그러나前述한 바와 같이 企業組織

(11) Müller, S. 291.

이高度로科學化·合理化되어 있는現代의產業社會에 있어서는 이러한 경우는 희귀한例外에不過하다.

물론現在의 우리 나라에 있어서는企業家들이不誠實하여, 利潤의追求에만汲汲한나머지有害한商品의製造를防止할수있는施設이나被用者들이無責任하게瑕疵있는商品을만들어내는것을監視·抑制할수있는機構를갖추는데別關心이없고또한先進外國의경우와는달라서勞動者들의資質을確保해주는制度도未備한狀態이므로被用者(勞動者)들의有責의行爲로인하여有害한商品이製造·供給되었을경우에,生產者가756條1項但書에의하여責任을免할可能性은外國에比하여적다고할수있다. 그러나우리나라에있어서도이러한現象은過渡期的인것이며早晚間이점에관해서는外國과같은狀況에놓이게될것이다.

III. 最終消費者에 대한商品生產者の責任을 인정하여야 할必要性

위에서본바와같이,商品生產者の過失또는그의被用者에대한選任·監督上の過失을證明하는것이매우어렵게되어있기때문에,商品의瑕疵로인하여消費者가입은損害는不法行爲制度에의해서는充分히救濟될수없다. 그러나商品上에生產者の標識가있고이것에의하여消費者가生產者の信用을믿고商品을購入·消費함에즈음해서商品의缺陷으로,損害를입는경우에商品生產者에損害賠償責任을인정하는것이妥當하다는事實은쉽사리首肯할수있을것이다.本節에서는商品生產者에게責任을인정하여야할社會政策의내지는法律政策의根據에관해서論議해보기로한다.

(1) 商品生產者와消費者間의關係

現代의消費財市場은이른바‘Markenartikel’(有標商品)의現象에의하여支配되고있다.一般的市場行態에의하면,商品上의生產者の標識(生產者名의直接的인表示 또는生產者の同一性을認識케하는表象)는消費者들에게生產者와直接的關係를맺고있다는感情을낳게하는機能을가지고있다.⁽¹²⁾왜냐하면生產者は商品上의標識를通하여消費者에게그의顧客이되어줄것을직접呼訴하기때문이다. 또한新聞·放送·TV·映畫등의「매스·미디어」를通한廣告에의하여,建物이나商店의플라카트에의하여,또는內容說明書의配付등의方法에의하여,生產者は最終消費者에게그의商品을宣傳·推薦하며그들에게自己商品의利點을밝혀주고그의商品을사쓸것을呼訴한다. 그리하

(12) Müller, S. 292.

여 消費者가 商品을 사는 경우에는 먼저 그의 눈길은 보통 商品이나 그 包裝에 매우 매력적으로 붙여진 生產者 的 이름이나 혹은 그의 商標에 돌려지며, 그리하여 그는 商品生產者 的商品을 샀다고 생각하게 되며, 商品을 직접 그에게 賣渡한 中間商人의 存在는 그 背後로 後退하게 된다. 또한 商品의 包裝은 여러가지로 商品의 說明이나 生產者 的商品에 대한 保證를 包含하고 있기 때문에 이러한 印象은 더욱 굳어진다. 이러한 모든 現象은 生產者 的 標識를 갖추고 있는 商品의 最終消費者的로 하여금 商品生產者 的 直接的 顧客과 같이 느끼게 만든다. 大多數의 商品生產者들도 商品의 消費者들을 그들의 ‘顧客’으로 부르고 있다. “A 화장비는 당신의 피부를 곱게 해 줍니다.” 라든가 “당신의 消化는 우리의 B 消化劑에 맡기십시오.” 따위의 生產者들의 宣傳은 그 例라고 할 수 있다.

一般人の 意識속에서 이러한 商品生產者—最終消費者的 ‘顧客關係’가 強하게 意識되면 될수록 最終消費者와 中間商人間의 關係는 한층 더 그 意味가 褪色될 수 밖에 없다. 事實上 모든 消費層에 呼訴하여야 하는 宣傳에 있어서는, 生產品은 百貨店이나 小賣店 어디서나 同質의 것으로 購入할 수 있다는 것을 顧客에게 밝히는 것이 필요하다. 이것은 商品의 賣買가 小賣商人에 대한 信賴의 문제가 아니라 生產者에 대한 그것이라는 것을 意味한다.

小賣商人은 消費者的 눈에는 生產者 的 商品의 分配者로서의 社會的 役割만을 가진 存在로 비칠 뿐이다.⁽¹³⁾ 商品이 開包되지 않은 채 原包裝下에 있는 경우에만 나무랄데 없는 것이라는, 消費者の 見解는 이것을 象徵하는 것이다. 消費者は 中間商人이 變更을 加하지 않고 商品이 工場을 떠날 때의 狀態대로 商品을 갖기를 원한다. 이로써 中間商人이 商品을 檢查할 可能性은 거의 살아진다. 中間商人은 生產者 的 ‘延長된 팔’(verlängerter Arm)⁽¹⁴⁾에 不過하다.

(2) 最終消費者的 心理的 意識

最終消費者が 生產者 的 標識를 갖추고 있는 商品을 살 때에는 그 自身을 直接 生產者 的 顧客으로, 다시 말하면 生產者와 直接的 紐帶에 의하여 結合된 것으로 느낀다. 오직 消費者—이른 바 임금님인 顧客(König Kunde)—의 幸福을 위하여 生產을 하고 있다는 生產者들의 宣傳에 끊임없이 接하고 있는 買受人們은 商品生產者들이 商品上에 그들이 製作者라는 것을 밝힘으로써 “나는 이 商品을 당신 즉 임금님인 顧客를 위하여 適切하게 (ordnungsgemäß) 生產하였읍니다.”라는 意思表現한 것으로 생각하게 되는 것은 明白한 일이다. 그리고 買受人們은 消費財市場에 관한 그의 經驗에 의하여, 그가 物件을 직접 사는 小賣

(13) Müller, S. 293.

(14) Müller, S. 294.

人은 商品에 대하여, 거의 영향을 미칠 수 있는立場에 있지 못하다는事實을 알고 있으며, 生產者와 그의 말을信賴하고서商品을 사기로決定한다.

이와 같이一般的으로生產者の標識를 갖추고 있는商品의賣買에 있어서는商品生產者が 그가商品을 만들었다는것을商品上에表示함으로써 그의商品의最終買受人에 대하여그의商品에 대한保證를 한것이라고여기는意識이널리普及되어있는데, 이러한事情은商品生產者에게最终買受人の損害에 대한責任을負擔시키기위한根據로서法律政策的으로매우意味있는것이다. 이와같이法律政策의見地에서볼때에는商品生產者에게責任을인정하는것이妥當하다는것은明若觀火하다. 그러나商品生產者에게責任을負擔시키는것이바람직스럽다는法律政策의判斷만으로는,問題는전부解决되는것은아니다. 이러한責任을現行의法制度의태두리와關連하여어떠한論理의理論構成에의하여根據지울것이나라는法解釋學(Rechtsdogmatik)上의課題는조금도解决될것이아니다. 次節以下에서商品生產者的責任을肯定하기위하여外國에서試圖되고있는諸理論構成에관하여紹介·檢討해보고, 이것을길잡이로하여우리나라에서도妥當할수있는理論構成을探究해보기로한다.

IV. 商品生產者와中間商人間의契約의태두리안에서消費者의損害를決濟하려고하는試圖

最終消費者의損害는生產者の不法行為法上의損害賠償責任만으로서는充分히메꾸어질수없다는점에관해서는위에서詳論한바있다. 따라서自然히生產者の責任을契約法上의原則에基하여構成할수있느냐의與否를探究해보게된다. 이경우에商品生產者와中間商人의契約의태두리안에서消費者의損害의填補를內容으로하는契約上의請求權을인정함으로써문제를解決하려는理論構成과商品生產者와最终消費者間의直接的인契約法의責任關係를인정함으로써문제를解決하려는試圖의兩者를생각할수있다. 本節에서는우선前者에속하는理論構成들에관해서살펴보고,後者のtheory構成에관해서는次節(V)에서檢討하기로한다.

前者의理論構成에속하는것으로“第三者의利益에있어서의損害의賠償論”“第三者를保護하는效力을가진契約”, 그리고“中間商人이가지는擔保責任에基한請求權의讓渡”등을들수있는바여기서는이러한諸制度의內容을우선檢討해보고이러한制度들이우리의문제를解決하는데얼마나도움을줄수있는가를살펴보겠다.

(1) 第三者利益에 있어서의 損害의 賠償論

(가) 概念과 內容

獨逸의 學說과 判例는, 契約違反의 경우에 契約當事者는 오직 그自身이 입은 損害에 대한 損害賠償權을 主張할 수 있다는 原則을 벗어나서, 일정한 경우에는 契約違反으로 인하여 契約當事者以外의 第三者가 입은 損害도 그自身의 損害로서 主張할 수 있는 權利를 契約當事者에게 인정하고 있다.⁽¹⁵⁾ 이것이 이른바 “第三者의 利益에 있어서의 損害의 賠償” (Schadensliquidation im Drittinteresse) 또는 “第三者의 損害의 主張(또는 請求)” (Geltendmachung des Drittschadens)⁽¹⁶⁾ 다.

第三者의 利益에 있어서의 損害賠償論이 처음으로 主張된 것은 間接代理에 의하여 契約이 締結된 경우에 있어서 였다. 獨逸의 RG 는 일찍부터 間接代理人은 契約의 範圍안에서 그의 本人(Auftragsgeber 즉 間接代理人에게 一定한 事項의 處理를 委任한 者)이 입은 損害를 主張할 수 있다고 하였다.⁽¹⁷⁾ 例를 들어 說明해 보기로 한다.⁽¹⁸⁾ 間接代理人 A 가 그自身의 이름으로 本人 C 의 委託에 基하여 C 의 計算下에 어떤 物件을 相對方 B 로 부터 샀다. 이 경우에 B 와 C 사이에는 아무런 直接的 法律關係도 存在하지 않는다. 그러나 B 가 그 物件의 引渡를 遲滯한 경우에는 損害는 契約當事者이며 賠償權利者인 A 에게 發生하지 않고, A 는 C 의 計算下에서 契約을 締結하였으므로 C 에게 發生한다. 이러한 경우에 만일 C 는 B 는 契約當事者가 아닌 第三者 C 의 損害를 賠償하지 않으면 안되며, 間接代理人 A 는 C 의 利益을 위하여 B 에게 損害賠償을 請求할 수 있다고 한다. 이러한 경우에 만일 C 는 契約當事者가 아니라고 해서 B 가 損害賠償責任을 지지 않고 C 는 損害를 甘受하는 수 밖에 없다고 하면, 그 結果는 매우 不當하다고 하는 것이 間接代理의 경우에 이 理論을 인정하게 된 根據일 것이다.

RG 는 이러한 結論에 대하여 별로 이렇다 할 根據를 提示하고 있지 않지만, 學者들은 이 理論의 根據를 다음과 같이 說明하고 있다. 契約上의 義務의 內容을 이루고 있는 紿付가 오로지 第三者의 利益에 奉仕하는 것인 때에는 必然的으로 契約에 의하여 保護되는 利益은 바로 이 第三者의 그것이 아니면 안된다. 그리고 그의 利益이 契約에 의하여 保護된다면, 그 當然한 歸結로서 紿付障礙(契約違反)로 인하여 第三者가 損害를 입었으면 이

(15) Esser, S. 179; Larenz I, S. 174; Enneccerus-Lehmann, S. 83; Blomeyer, Allgemeines Schuldrecht, 3. Aufl. 1964, S. 198 ff; Fikentscher, S. 425.

(16) Taegert, Geltendmachung des Drittschadens, 1938.

(17) RGZ 40, 187; 58, 39; 62, 331; 90, 240 등.

(18) 이 例는 Larenz, I.S. 174 에서 引用한 것이다.

것은 賠償되지 않으면 안된다고 한다. 즉 “利益의 轉嫁는 또한 損害의 轉嫁를 가져 온다.” (Interessenverlagerung führt also zur Schadensverlagerung.).⁽¹⁹⁾ ‘利益의 轉嫁’와 ‘損害의 轉嫁’라는 두 觀點은 第三者의 利益에 있어서 損害의 賠償論의 更 한층의 理論的 發展에 대하여 決定的인 意味를 가진다. 이 理論이 適用되고 있는 경우로는 위에서 言及한 間接代理의 경우 以外에도 둘이 있다. 즉 그 하나는 어떤 法律의 特別規定에 의하여 그러한 損害의 危險이 他人에게 轉嫁되었기 때문에 (例: 獨民 447條), 契約當事者가 契約上의 義務의 違反에 의하여 損害를 입지 않고 他人이 損害를 입게 되는 경우이다. 獨逸民法 447條에 의하면 賣渡人이 買受人の 請求에 따라 賣買目的物을 履行場所로 送付한 경우에는 賣渡人이 그 物件을 運送人에게 引渡한 때에, 危險이 買受人에게 移轉하게 된다. 이 경우에 運送人이 負擔하는 運送物(賣買目的物)에 대한 契約上의 注意義務는 必然的으로 運送契約의 當事者인 賣渡人の 利益範圍에 향해진 것이 아니라 危險의 移轉을 받은 者 즉 買受人の 이러한 契約上의 義務에 의하여 保護되는 利益은 買受人(運送契約의 當事者가 아닌 第三者)의 利益이다. 그러므로 紿付障礙 즉 運送人の 義務不履行으로 인하여 買受人이 입은 損害는 이러한 利益에 基하여 賠償되어야 한다.⁽²⁰⁾ 여기에 있어서도 “利益의 轉嫁는 損害의 轉嫁를 가져 온다.”는 公式이 適用된다.

이러한 思想은 다음과 같은 경우에도 看取된다. 즉 契約相對方의 保管下에 있으나 第三者의 所有인 物件에 대한 契約上의 注意義務(例컨대 A가 C所有의 物件을 B에게 任置한 경우에 B의 物件에 대한 契約上의 注意義務)가 문제되는 경우에는, 이 義務는 第三者(즉 C)의 利益範圍에 향하여지게 된다. 注意義務違反에 의하여 第三者에게 損害가 發生한 경우에는 그의 利益을 위하여 賠償되지 않으면 안된다.⁽²¹⁾ 獨逸의 Bundesgerichtshof(BGH)는 바로 이러한 경우에 관하여 損害의 賠償을 하나의 假定의인 契約解釋으로부터 (aus einer hypothetischen Vertragsauslegung) 導出하고 있는데⁽²²⁾ 이에 대해서는 批判이 加하여지고 있다. 즉 學者들은 BGH의 理由說明과 利益의 轉嫁=損害의 轉嫁의 思想과의 關係가 明確히 밝혀져 있지 않다고 批判하고 있다.⁽²³⁾

우리가 이 理論을 適用함에 있어서는 다음과 같은 點을 깊이 생각하지 않으면 안된다. 즉 “第三者的 損害의 賠償”(Drittschadensliquidation)의 根據를, 契約에 의하여 保護되는

(19) Müller, S. 295.

(20) Müller, S. 296.

(21) Müller, S. 296.

(22) BGHZ 15, 228.

(23) Müller, S. 296.

利益은 第三者의 利益이라는 思想으로부터 導出하는 경우에는, 우선 契約에 의하여, 그에 의하여 어떤 利益이 保護되느냐가 確定되어야 한다는 것이다.⁽²⁴⁾ 第三者의 利益에 이바지하는 可能한 附隨義務(Nebenpflicht)만이 문제되는 경우에는, 우선 補充的인 契約 解釋의 方法에 의하여 이 附隨義務가 契約의 範圍안에 包含되어 있느냐 아니냐를 檢討하지 않으면 안된다. 이것은 곧 우리들의 研究를 위하여 큰 意味를 가진다.

(나) 最終消費者의 損害에 대한 適用可能性

最終消費者가 商品에 의하여 입은 損害가 위에서 言及한 세 개의 事例群(Fallkategorie) 중의 하나에 해당하는 경우에는 獨逸의 判例는 第三者의 利益에 있어서의 損害의 賠償의 理論에 依據하여 賠償을 인정하였다.⁽²⁵⁾ 즉 목수가 缺陷이 있는 「플로오링」마루用 木材를 사다가 他人의 建物을 짓는데 使用한 경우에는, 그는 이로 인한 建物主의 損害의 賠償을 請求할 수 있다고 하였다. 왜냐하면 그는 이 경우에 建物主의 間接代理人으로서 建物主의 計算下에 行動하였기 때문이다.⁽²⁶⁾

또 하나의 경우로는 編紡工場이 滑油를 사다가 使用하였던 바, 이것이 編紡工場이 加工하는 他人의 編絲에 斑點을 생기게 한 경우에 이 滑油가 문제되었다.⁽²⁷⁾ 이 事件에서는 第三者(編絲의 所有者)의 利益에 있어서의 損害의 賠償이 許容되었다. 왜냐하면 他人의 編絲는 滑油의 買受人(編紡工場)의 特別한 保管下에 있었고 따라서 滑油의 賣渡人の 注意義務는 編絲에 관계되기 때문이다.

BGH는 위에서 言及한 세개의 Fallkategorien 중의 하나의 範圍안에서 發生한 것이 아닌 最終消費者의 損害에 대해서는 第三者의 利益에 있어서의 損害賠償의 法理를 適用하기를 明白히 拒絕하고 있다.⁽²⁸⁾ 이러한 BGH의 態度는 納得하기 어렵다는 批判을 받고 있다.⁽²⁹⁾ BGH는 商品生產者와 中間商人間의 契約은 最終消費者의 第三者的 利益이 保護되어야 한다는 方向에로의 補充的 解釋을 위한 아무런 基點도 提示하고 있지 않다고 하는 點과 또한 특히 이 契約에는 第三者の 損害의 賠償論의 古典的 前提인 「損害의 轉嫁」가 存在하지 않는다는 點을 強調하고 있다. BGH는 「損害의 轉嫁」를 概念上 損害는 반드시 第三者에게만 發生 할 수 있고 契約當事者에게는 일어날 수 없다고 하는 데에서 求하고

(24) Müller, S. 297.

(25) Müller, S. 297.

(26) RG, DR 1941, 637; RGZ 125, 76.

(27) BGH, DB 1959, 1083.

(28) BGHZ 40, 91ff.

(29) Müller, S. 297.

있으며, 第三者의 損害는 契約當事者の 損害에 갈음하여 發生하는 것이어야 한다고 한다. 그리고 BGH는 이러한 要件은 本事件에는 存在하지 않는다고 한다. 왜냐하면 中間商人이 生產者로부터 商品을 買受하여 이것을 다시 消費者에게 轉賣한 경우에는, 第一買受人(商人)도 第二買受人(消費者)과 마찬가지로 損害를 입을 수 있기 때문이라고 한다. 그러나 BGH의 이러한 생각은 正當하다고 볼 수 없다.⁽³⁰⁾ 損害가 商品의 使用에 의하여 비로소 惹起될 수 있는 경우들에 있어서는 中間商人은 商品을 오직 轉賣하려고만 할 뿐이고 그것의 使用을 전혀 생각하고 있지 않기 때문에, 中間商人의 損害의 可能性은 事實上排除된다. 損害가 消費에 즈음하여서만 일어날 수 있는 경우들에 있어서는 論理必然的으로 한개의 商品(eine Wareneinheit)은 오직 한개의 損害(ein Schaden)만을 惹起시킨다. 商品에 의하여 消費者가 損害를 입는 事件에 있어서 “第三者의 利益에 있어서의 損害賠償”을 인정할 것이나 아니나의 문제에 관하여 決定的 意味를 가지는 것은, 오히려 生產者와 中間商人의 契約을 總體的으로 評價할 때 生產者가 負擔하는 正常的 紙付(ordnungsgemäße Leistung)의 義務가 오로지 中間商人의 利益을 滿足시키는데 그치는 것이나 혹은 또한 消費者의 利益도 保護하는 것이나이다. 通常의 商人이 商品을 購入할 때에는 原則적으로 그가 去來하는 顧客의 利益을 考慮한다는 事實은 疑心할 수 없다. 오늘날에 있어서는 中間商人은一般的으로 商品의 正常性을 직접 檢查할 可能성을 가지고 있지 않다는 점을 考慮한다면, 生產者와 中間商人間의 供給契約(Liefervertrag)속에 顧客의 利益을 끌어 드리는 것은, 後의 中間商人과 消費者間의 轉賣契約의 範圍內에서 中間商人에게 委託된 正常的 紙付에 대한 顧客의 利益을 考慮하기 위한 唯一한 方法이다. 그리고 商品 生產者도 또한 이러한 事實을 是認하고 있다고 볼 수 있다.

그러나 BGH의 態度에 대한 이러한 批判을 받아 들여, 이 理論의 適用範圍를 위와 같이 擴大한다 하더라도, 이러한 “第三者의 利益에 있어서의 損害賠償”的 理論構成은 本論文에서 다루고 있는 문제, 즉 生產者의 標識를 갖춘 商品에 대한 生產者의 責任을 둘러싼 問題를 解決할 수 있는 適切한 方法이라고는 생각할 수 없다. 그 理由는, 첫째로 獨逸의 判例에 의하여 發展된 이 理論은 오로지 物的損害(Sachschäden)에 대해서만 適用되기 때문이다.⁽³¹⁾ 이러한 結果에 관해서 BGH는 이렇다 할 說明은 하고 있지 않다고 한다.⁽³²⁾ 따라서 이 理論에 의할 때에는 消費者의 損害의 完全한 救濟는 期待할 수 없게 된다. 둘째

(30) BGH의 見解에 대한 批判은 主로 Müller의 前揭論文 S. 298 ff에 의한 것임을 밝힌다.

(31) Müller, SS. 298, 299.

(32) Müller, S. 299.

로 이 理論은 最終買受人(消費者)에게 매우 不利한 結果를 가져 올 수 있다. 즉 生產者의 責任은 結局 商品生產者와 中間商人間의 契約的 意思(合意)에 依存하는 것이므로, 兩者の 意志에 의하여 排除될 수 있다.⁽³³⁾ 最終買受人은 이러한 事情에 영향을 줄 수 있는 可能性은 갖지 못하며, 또한 그것을 알 수도 없다. 셋째로 특히 獨逸에 있어서는 獨逸民法 477 條 以下의 買受人の 擔保請求權(Gewährleistungsansprüche)의 短期消滅時效期間은 대부분의 경우에 이러한 請求權의 行使를 不可能하게 한다. 왜냐하면 이러한 請求權은 商品生產者와 中間商人間의 契約으로부터 나오므로 時效期間은 商品을 中間商人에게 引渡한 時點을 起算點으로 하여 計算하지 않으면 안되는데, 대부분의 경우에는 商品이 最終消費者의 손에 到達하기 前에 이 消滅時效期間은 經過해 버리게 되기 때문이다. 이러한 여러 理由때문에, “第三者의 利益에 있어서의 損害賠償”의 制度는 最終買受人の 損害에 대한 生產者의 責任을 基礎짓기 위하여 어느 정도의 有用性은 있지만, 이것이 의하여 生產者의 責任의 문제의 完全한 解決을 期待할 수는 없다고 하는 批判을 받고 있다.

(2) 第三者를 保護하는 效力を 가진 契約

獨逸에서는 契約當事者가 아닌 第三者에게 契約의 基礎에 基하여 損害賠償의 可能性을 附與하기 위하여 第三者를 위한 契約의 하나의 特殊形態인 “third者를 保護하는 效力を 가진 契約”(Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte)의 理論이 主張되고 있다.⁽³⁴⁾ 여기서는 獨逸의 判例學說에 의하여 發展된 이 理論의 内容을 살펴 보고, 商品生產者와 最終消費者의 關係에의 그 適用可能性을 論해 보기로 한다.

(가) 内 容

RG는 일찍부터⁽³⁵⁾ 賃貸借契約의 範圍안에서 賃借人の 家計안에 居住하는 者들도 賃貸人에 대하여 賃貸인이 負擔하는 紙付를 適切하게 提供하라고, 특히 積極的 債權侵害에 의하여 그들의 健康이나 所有權을 侵害하지 말라고 하는 請求權을 가진다고 하는 見解를 主張하였다. 그 理由로서 契約當事者(賃貸人과 賃借人)들은 이러한 者들을 위해서도 賃貸借契約을 締結하였으므로, 이들은 獨逸民法 328條(우리 民法 539條에 해당)에 의하여 純粹 賃貸人에 대하여 請求權을 取得한다고 主張한다. 이 밖에도 RG는 音樂演奏나 講演등을 위한 「홀」의 賃貸借에 관해서도 賃貸借契約은 演奏나 講演의 모든 聽衆들을 위하여 締結된 것이라고 하고, 賃貸人の 瑕疵있는 紙付로 聽衆들이 損害를 입은 경우에는 그들은 賃

(33) Müller, S. 299.

(34) Müller, S. 300 ff.

(35) RGZ 91, 24 RG., Warn. 1921 Nr 96; RGZ 102, 232.

貸人에 대하여 損害賠償을 請求할 수 있다고 하였다.⁽³⁶⁾ 또한 手工業者가 都給人의 住居를 修理해 줄 義務를 負擔하는 都給契約은, 都給人의 모든 家族을 위해서도 締結된 것으로 보고 있다.⁽³⁷⁾ BGH도 이에 따르고 있다.⁽³⁸⁾ BGH는 契約에 있어서의 第三者에의 授惠(Drittbegünstigung)는 ‘默示的으로’ 約定된 것이 아니라, 补充的 契約解釋에 의하여 契約 속에 들어있는 것으로 인정(hineininterpretiert)되지 않으면 안된다고 한다. 이 경우 BGH는 RG보다도 더 強力하게 第三者の 權利는 紿付義務 自體에 관한 것이 아니라 紿付義務者가 負擔하는 債權者를 害하지 않을 義務 즉 ‘保護義務’(Schutzwicht)에 관계되는 것이라고 強調하고 있다.⁽³⁹⁾ 그리하여 學者들은 “第三者에게 紿付를 하여야 하는 契約”(Verträge auf Leistung an einen Dritten, 이른바 真正한 第三者를 위한 契約)이 아니라 “第三者를 保護하는 效力を 가진 契約”(Verträge mit Schutzwirkung für Dritte)라고 부르고 있다.⁽⁴⁰⁾

判例에 의하여 展開된 이 制度는 學者들에 의하여 廣汎한 支持를 받고 있다.⁽⁴¹⁾ 특히 Gernhuber는 契約上의 保護範圍에로의 第三者の 編入을 补充的 契約解釋에 基하여서가 아니라, 이러한 内容을 가진 慣習法規에 基하여 인정하려 하였으며, 또한 保護받을 權利가 있는 第三者の 範圍를 債權關係에 의하여 紿付에 結付된 危險이 第三者에게도 적어도 債權者에게와 마찬가지 정도로 強하게 存在하는 경우와 債權者領域의 不充分한 保障과 結付된 危險이 第三者에게도 關係되는 경우에까지 擴大하려고 한다.⁽⁴²⁾

어떠한 要件下에서 이러한 保護받을 權利가 第三者에게 附與되느냐는 매우 明白하다. 즉 첫째로 第三者와 債權者가 특히 밀접한 關係에 있고 따라서 紿付의 不適當한 提供이 第三者를 債權者自身과 마찬가지의 損害의 危險앞에 露呈시키는 경우이다. 이것은 貸貸借契約의 例에서 明白하다. 즉 貸借人の 家計안에서 生活하고 있는 者(貸借人の 家族)들을 貸借人과의 밀접한 關係에 있기 때문에, 단일 貸貸人이 注意義務를 違反한 경우에는 貸借人과 마찬가지로 損害의 危險에 直面하게 된다. 둘째로 獨逸의 判例는 이 要件에 附加하여, 債權者가 人的關係에 基하여 第三者에 대하여 하나의 特別한 配慮義務(Fürsorgepflicht)

(36) RGZ 160, 155.

(37) RGZ 127, 222.

(38) BGH, NJW (*Neue Juristische Wochenschrift*) 1954; 874; BGH, NJW 1959, 1676; Esser, S. 409.

(39) BGH, NJW 1959, 1676.

(40) Esser, S. 409; Larenz I, S. 125.

(41) Esser, S. 409; Ennecker-Lhemann, S. 149; Fikentscher, S. 143; Lanzen I, S. 126 f; Blomeyer, S. 259.

(42) Gernhuber, Glaubiger, Schuldner und Dritte, JZ (*Juristenzeitung*), 1962, 553 ff; Blomeyer, S. 259.

를 지고 있을 것을 要求한다.⁽⁴³⁾ 즉 債權者가 第三者에게 自己自身에 대한 것과 마찬가지로 契約의 保護的 效果를 附與하고 있어야 한다.

(나) 商品生產者와 消費者間의 關係에 대한 適用可能性

第三者를 保護하는 效力を 가진 契約의 理論을 適用하기 위하여 要求되는 上述한 要件들이 中間商人과 商品의 最終買受人間의 關係속에 存在하느냐 않느냐를 먼저 문제삼아 보기로 한다.

첫째로 獨逸의 判例는 債權者와 第三者 사이에 밀접한 人法的 關係가 存在하고 이 關係에 基하여 前者が 後者에게 일정한 注意義務를 負擔하고 있을 것을 要件으로 한다. 그러나 실제로 商人(商品 生產者의 債權者)과 最終消費者的(第三者)사이에, 第三者の 權利를 인정하기 위하여 判例가 要求하는 밀접한 關係가 存在한다고는 하기 어렵다. 물론 中間商人은 그의 顧客(消費者)에 대하여 注意義務를 負擔하기 하지만, 이것은 前記한 判例의 경우와는 달라서 하나의 人法的 信賴關係에 基한 것은 아니다.⁽⁴⁴⁾

둘째로 判例는 第三者가 保護받을 權利를 인정받으려면, 第三者에 대한 損害의 危險이 債權者에 대하여 債務者가 約付를 提供하고 있는 동안에 (während der Leistungserbringung) 存在하지 않으면 안된다(例컨대 賃貸人の 約付提供中에 賃借人の 家族이 侵害받은 경우와 같이). 그러나 우리의 경우에 있어서는 消費者的 損害는 商品生產者가 그의 債權者(즉 中間商人)에게 오래 前에 그의 約付(商品의 引渡)를 完了하였고, 또한 中間商人이 이 約付를 다시 處分한 경우 즉 商品을 다시 消費者에게 讓渡한 경우에 비로소 일어난다. 따라서 消費者的 損害가 債務者(商品生產者)의 約付提供中에 債權者(中間商人)와 第三者(消費者)의 밀접한 關係에 基하여 發生한 것이라고는 조금도 말할 수 없다.⁽⁴⁵⁾ 이러한 事實에 비추어 볼 때, 第三者를 保護하는 效力を 가진 契約의 理論에 立脚하여 消費者가 商品生產者로부터 직접 損害賠償을 받을 수 있는 可能性은 거의 期待할 수 없다고 하지 않을 수 없다.

물론 商品注文契約의 範圍안에서 消費者가 여기서 문제되는 保護받을 權利를 가지게 되는 일이 있다고 하는 것은 BGH의 判例⁽⁴⁶⁾가 인정하고 있다. 즉 本事件에서는 어떤 工場主가 商品製作者로부터 防鏽劑를 注文해다가 그의 女職工에게 使用시켰던 바, 그 防鏽

(43) RGZ 91, 24; 102, 232; BGHZ 33, 247; JZ 1961, S. 169.

(44) Müller, S. 302.

(45) Müller, S. 302.

(46) BGH, Vers. R, 1962, 82 ff.

劑가 引火質이었기 때문에 그녀는 火傷을 입었다. 이 事件에서는 이 第三者(女職工)를 保護하는 契約의 法理가 全的으로 承認되었다. 즉 債權者(工場主)와 第三者인 女職工 사이에는 밀접한 關係 즉 雇傭契約關係가 存在하고, 이러한 關係에 基하여 債權者は 女職工에 대하여 人法的인 配慮義務를 負擔하고 있고(獨民 618 條, 우리 나라의 勤勞基準法 참조), 女職工은 債權者에게 향해진 債務者(引火質의 防銷劑의 生產者)의 紙付가 아직 債權者의 保護範圍안에 있는 동안에, 그 紙付의 瑕疵(防銷劑의 引火性)에 의하여 損害를 입었다고 하여, 女職工이 引火質의 防銷劑의 生產者에게 직접 損害賠償請求를 하는 것을, 第三者를 保護하는 效力を 가진 契約의 原理에 基하여 인정하였다. 그러나 나머지의 대부분의 경우에 있어서는 “第三者를 保護하는 効力を 가진 契約”의 制度는 判例에 의하여 發達된 理論의 태두리 안에서는, 商品 生產者の 責任을 인정함으로써 消費者를 保護하려고 하는 우리의 課題를 解決하는데 效果的인 方法은 못된다.⁽⁴⁷⁾

(3) 中間商人이 가지는 擔保責任등에 基한 請求權의 讓渡

獨逸에서는 最終消費者를 商品 生產者와 中間商人間의 契約에 基하여 保護하기 위한 또 하나의 可能성을, 中間商人이 商品生產者에 대하여 가지는 擔保責任에 基한 請求權(Gewährleistungsansprüche)과 積極的債權侵害로 인한 請求權을 最終消費者에게 讓渡하는 것을 인정함으로써 찾아 보려는 學說이 있다.⁽⁴⁸⁾ 그러나 이 見解에 의할 때에는, 契約當事者(여기서는 中間商人)에게 發生한 損害의 賠償請求權만이 最終消費者에게 讓渡될 수 있으며 또한 讓渡에 의하여 이러한 請求權의 内容이 變更될 수도 없다.⁽⁴⁹⁾ 이러한 請求權은 最終消費者에게 讓渡되어 그의 手中に 있는 경우에도 中間商人에게 發生한 損害의 賠償을 内容으로 하는 것이다. 이 請求權이 이것을 넘어서 契約에 參與하지 않은 者 즉 第三者로서의 最終消費者의 損害를 카버한다면, 이것은 이미 그 構造上 第三者의 利益에 있어서의 損害賠償이 될 것이다.⁽⁵⁰⁾

(4) 要 約

以上에서 考察한 바와 같이, 最終消費者를 商品生產者와 中間商人間의 契約의 保護範圍에 끌어 드림으로써 保護하려는 試圖는, 商品에 의하여 最終消費者가 입은 損害에 대한 生產者の 法律政策上 安當視되는 責任을 인정하기 위한 理論構成으로서는 不完全하다고 하지 않을 수 없다.

(47) Müller, S. 303.

(48) Staudinger Ostler, Rn 97a zu § 433.

(49) Esser, S. 413; Enneccerus-Lehmann, S. 316; Larenz, I, S. 344; Blomeyer, S. 270; Fikentscher, S. 287.

(50) Müller S. 303.

<Auszug>

Haftung des Warenherstellers

HO-CHUNG LEE*

1. Fragestellung

In dieser Abhandlung handelt es sich um die Haftung des Warenherstellers oder die Produzentenhaftung. Hier geht es um das Problem, in welchem Umfange der Warenhersteller für den Schaden einzustehen hat, den seine Ware dem Verbraucher verursacht. Dafür kann man an die Deliktshaftung des Warenherstellers als den rechtlichen Schutzmittel für den Verbrauchers der Waren denken. Aber diese Deliktshaftung ist nicht reicht, den Verbraucher zu schützen. In dieser Artikel wurde zanächst versucht, daß die Deliktshaftung nicht reicht ist, um den Schaden des Verbrauchers zu decken. Und dann wurde weiter versucht die in Korea gültig anwendbare theoretische Konstruktion mit Hilfe von Analysis und Untersuchung der in Ausland, besonders in Deutschland entwickelten Theorien und Rechtssprechung zu finden.

2. Deliktshaftung des Warenherstellers

Wenn das Verhalten des Warenherstellers die Deliktstatbestände erfüllt, so muß er für den Schaden, der dem Verbraucher durch seine Ware verursacht wurde, eintreten. Die Deliktshaftung nach § 750 des koreanischen Zivilgesetzbuches setzt zunächst voraus, daß die Verletzung der Sorgfältspflicht dem Warenhersteller vorgeworfen werden muß. Aber besonders sorgfältig organisierte Kontrollinstanzen zur Überprüfung der laufenden Produktion und des einzelnen Produktionsstückes machen es in der Regel unmöglich, ein vorwerfbare Ver-

* Member of The Institute of Management Research, Seoul National University. Instructor, College of Commerce, seoul National University.

schulden des Herstellers nachzuweisen. Wie oben erwähnt, durch die Delikthaftung kann der Schaden des Verbrauchers nicht genügend gedeckt werden.

3. Schutzwürdigkeit des Verbrauchers

4. Konstruktion, im Rahmen des Vertrages zwischen Warenhersteller und Zwischenhändler den Schaden des Endverbrauchers zu liquidieren.

Da die Haftung des Warenherstellers für den Schaden des Verbrauchers nicht über deliktsrechtliche Ansprüche zu erreichen ist, bleibt zu prüfen, ob sie über vertragliche Grundsätze konstruiert werden kann. Man kann versuchen, entweder im Rahmen des Vertrags zwischen Warenhersteller und Zwischenhändler (Händler zwischen Warenhersteller und Konsumenten) Vertragsansprüche anzuerkennen, die die Liquidation des Schaden des Konsument zum Inhalt haben, oder ein unmittelbares vertragrechtliches Haftungsverhältnis zwischen Warenhersteller und Endverbraucher anzunehmen.

Hier geht es zunächst um die erste Konstruktion.

Zu dieser Konstruktion gehören "Schadenliquidation im Drittinteresse", "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" und "Abtretung der Gewährleistungsansprüche des Zwischenhändlers".

In diesem Abschnitt werden die Inhalte, Anwendbarkeit auf Schaden des Endverbrauchers von dieser Theorien behandelt. Und es wird sich klarmachen, daß nach dieser Konstruktion der Schutz des Verbraucher nicht zufriedigend erreicht werden kann.