

의료상 제조물사고의 형사책임 (Strafrechtliche Produkthaftung in der Medizin)

김 학 태*

I. 문제의 제기	객관적 주의의무
II. 각국의 판례비교	3. 생산자 및 유통판매자의 책임귀속
1. 독 일	
2. 일 본	IV. 제조물책임에 따른 형법적 귀속관계의 정당성 여부
3. 한 국	1. 새로운 형법적 대응방안의 도입
III. 형법에서의 제조물책임에 대한 이론적 쟁점	2. 법치주의 형법이념의 고수
1. 제조물책임에서의 인과관계	3. 형법에서의 제조물책임에 대한 평가
2. 제조물의 생산자 또는 유통자의	

I. 문제의 제기

책임(Verantwortung)¹⁾은 비단 현대사회의 특별한 현상이 아니라 인간사회의 보편적 의무로서 받아들여진다. 인류의 역사적 전개과정에서 저마다의 모든 사회는 각각의 문화와 종교를 통해 책임구조가 설정되었다. 사회적 분업의 기본적 형태와 더불어 사회적 역할의 인수와 또한 이의 책임분야에의 수용이 연결된다. 모든 지역과 시대에 따른 사회에서의 책임사

* 동의대학교 법학과

1) 형법에서 책임이라는 개념은 전통적인 의미로서 인간의 범죄행위에 대한 윤리적 비난의 근거로서 평가되는 'Schuld'의 의미 이외에, 범죄행위에 대한 형벌적용의 관점에서 예방목적에 고려하는 효율성의 관점에서 평가되는 'Verantwortung'의 의미로서 사용된다. 철학적, 사회학적 그리고 법적 문헌에서의 "책임"(Verantwortung)이라는 주체의 반영에 대하여는, Bayertz, (Hrsg.), Verantwortung - Prinzip oder Problem?, 1995 und W.L. Bühl, Verantwortung für soziale Systeme, Grundzüge einer globalen Gesellschaft, 1998를 참조

상의 보편성은, 전통적으로 사회와 연결되어 구조모습을 정해주는 많은 분야들, 특히 정치철학, 법 및 사회철학의 분야에서, 자명한 개념으로 이해된다. 서구사회에서 책임개념은 19세기 중반에 이르러서야 비로소 중심적인 의미를 가지게 되었다. 인간의 보편적인 자유와 권리, 그리고 사회라는 공동체와의 필연적인 관계성에서 책임개념이 정립되고 발전되어 왔다. 그러나 특히 주목할 것은 이 시대에 새롭게 발전된 사회학의 형성과 발전은 책임현상과 밀접하게 연관되어 전통적인 책임사상의 변화를 가져오게 하였다. 즉 19세기의 기술과 산업의 발달, 그리고 이러한 발달로 나타나는 사회적 현상구조의 변화와 이에 따른 사회의식의 변화는 전통적인 책임사상을 수정하게 만들었고, 법적 평가에 있어서도 적지않은 구조적인 변화를 함께 가져왔다.

이와 같은 발전에 발 맞추어, 그리고 더욱 강조하면 20세기와 21세기로 넘어가는 문턱에서 과학과 기술의 급속한 성장은, 책임의 사회적 분배의 모습에 또한 근본적인 변화를 요구하며, 그러한 모습은 무엇보다도 분배되는 책임의 크기에서 나타난다. 자연과 사회의 임의적인 처분가능성(Verfügbarkeit)의 성장과 일치되어 책임성(Verantwortlichkeit)에 대한 필요가 증가되어 나타난다.²⁾ 재앙이 단지 인간의 보기에는 피할 수 없는 것으로 보여지는 자연재앙(Naturkatastrophen)의 형태로 등장하는 한도에서, 책임성에 대한 문제는 기껏해야 신학적 논의의 차원에서의 신의 의지, 판단에 따른 문제로서 여겨졌다. 그러나 이와는 달리 과학기술의 발달로 야기되는 기술적인 재앙의 문제들은 다른 차원에서 평가된다. 이러한 차원에서는 개별적인 책임의 문제와는 달리 평가되어 결국 “인간의 책임”이라는 전체적인 의미에서의 책임평가만이 문제된다. 그리고 또한 이러한 책임평가는 과학과 기술의 진정한 투입(Einsatz)으로부터 귀결되는 위해(Gefahr)에만 국한되는 것이 아니라, 이의 단순한 영향의 가능성만으로도 위해 발생의 귀속평가가 근거 지워진다. 예전의 자연재앙은 그것이 인간의 개입을 통해서 피할 수 있거나 혹은 인간의 노력으로 줄일 수 있는

2) 이러한 변화와 발전에 대한 분석과 비판적 평가에 관하여는, W. Lübke, Verantwortung in komplexen kulturellen Prozessen, 1998 참조

한도 내에서는 더 이상 순수한 자연재앙으로 평가되지 않고 인간의 책임 귀속을 요구하게 된다.³⁾

형법에서의 책임귀속구조란 어떠한 요건 하에서 어떤 방식으로 행위자에게 행위의 대가를 전가시키는 것으로서, 근대사회의 이성적 인간상을 전제로 근대법체계가 형성된 이래 사회문화와 사회경제적 토대의 역사적 발전 상황에 따라 다양하게 전개되고 있다. 형법에서는 일정한 법익침해 및 법익침해의 위태화를 야기시킨 한 개인에게 일정한 형사책임을 귀속시키는 근본적인 구조가 전통적인 형법관에 따라 구축된 이래로 현대사회에서는 다양한 사회적 현실관계, 소위 '사회경제적 현상구조'에 따라 다양하게 변화의 과정을 겪어오고 있다. 근대이후 이성과 과학의 발달에 따라 근대법이 설정한 기본구조로서의 패러다임은 오늘날 21세기의 문턱에 들어선 지금 새로운 전환을 요구하고 있으며, 이로 인하여 형법에서도 최근에 새로운 논의가 제기되고 있다.⁴⁾

현대사회의 새로운 기술의 발달은 위해의 잠재요소들(Gefährdungspotentiale)을 생산하게 하고, 일정한 경우에는 개개인이 주의를 다하여 행위 한 경우에도 기술과 관련하여 발생한 손해는 피할 수 없게 되는 경우가 발생하게 된다.⁵⁾ 책임의 전통적인 방식에 따르면, 피해자

3) Ulfried Neumann, 김학태역, 과학기술발달의 조건하에서의 책임구조의 변화에 관하여, 법철학연구, 제3권 제1호, 2000, 317면 이하 참조

4) 새로운 논의의 중심에는 현대사회를 '위험사회'(Risikogesellschaft)라고 규정짓고, 이러한 사회구조에 따른 다양한 귀속구조의 변화를 요구한다. 독일의 사회학자 울리히 벡(Ulrich Beck)은 그의 저서 "위험사회(Risikogesellschaft)"에서 현대사회에서 심화되고 있는 여러 문제의 세계화 추세에 주목하여 현대를 '위험사회'라고 규정하였고, 역시 독일의 법사회학자인 니콜라스 루만(Nikolas Luhmann)도 그의 저서인 "위험사회학(Soziologie des Risikos)"에서 이러한 개념을 사용하고 있다. 현대산업사회에서는 알려지지 않은 커다란 위험과 자기파괴의 잠재력을 기술적인 발전의 부수결과로 가져왔고, 그 결과 이와 같은 위험사회 속에서 살아가는 개개인들은 항상 언제라도 현실화 될 수 있는 위험원에 대해 불안과 초조감을 갖고 살아간다는 것이다. 다시 말해 '위험사회'란 객관적 측면에서의 커다란 위험의 상존과 주관적인 측면에서의 불안의 일상화로 특징지어진다고 상세히는 Ulrich Beck, Risikogesellschaft, Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986. ; Nikolas Luhmann, Soziologie des Risikos, 1991 참조. 줄고, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 1면이하 참조

5) 개별적 위험의 상승과 더불어 동시에 일반적 위험을 주의 깊은 개개인의 행위를 통하여 감소하려는 개개인에 대한 압력이 상승한다. 이러한 모습으로부터 귀결되어 증가하는 과실범의 의미에 관하여는, Seebaß, Handlungstheoretische Aspekte der Fahrlässigkeit, in: Jahrbuch für Recht und Ethik 2(1994), 375면 이하. 기타 현대사회에서의 위험책임에

에게 발생된 손해를 그대로 감수케 하거나, 혹은 확실하지 않은 기술의 관여나 개입을 일방적으로 위법한 것으로 평가하는 양자택일의 방식을 따르게 된다. 전자에 의하면 피해자에게 부당한 결과가 될 것이고, 후자에 따르면 기술발달이 후퇴하는 결과가 될 것이다. 문제의 해결은 행위의 위법으로부터 책임을 별개의 것으로 풀어놓는 것에 있게 된다. 사회적으로 승인되고 따라서 합법화되어지지만, 그러나 위험한 기술(risikante Technologie)을 사회체제 내로 도입하는 것은, 결국 적법한 행위에 따라 발생하는 특정한 결과에 대한 책임성으로서의 위해책임을 발생시키게 된다.⁶⁾ 이미 전통적으로 책임부담을 근거 지우는 방식으로서의 위법행위와 단지 피해자에 의하여 스스로 극복되어질 손해를 발생시키는 우연사이에, 이제 다음의 방식이 새롭게 적용된다 : 구체적으로는 회피가능 하지만, 그러나 그것의 사회적 유용성 때문에 일반적으로 받아들여지는 위해(Gefährdung)가 적용되게 된다.⁷⁾ 위해책임(Gefährdungshaftung)의 도입에 따른 책임의 분배와 더불어 국가는 책임평가를 결정하는 부담을 떠맡게 되고, 이와 같은 방식의 도입에 따라, 개인의 사회적 존재로서의 확실성을 보장하는 책임을 부담하는 보장국가와 사회국가로의 발전의 현상이 두드러지게 나타난다.

이와 같이 현대사회의 새로운 책임귀속구조의 변화를 적절하게 보여주는 단적인 예로서 1990년 7월 6일 독일연방최고법원은 형법에서 획기적인 새로운 판결을 내렸다. 이른바 '피혁보호분무기사건'(Lederspray-Entscheidung)으로 이 판결이 가지는 의미와 가치는 형법에서의 새로운

대한 이론적 근거 및 이에 대한 비판에 관하여는 줄고, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 1면이하 참조

6) 위해책임을 전개에 관하여는, Ogorek, Untersuchung zur Entwicklung der Gefährdungshaftung im 19. Jahrhundert, 1975 참조

7) 언어적으로 허용된 위험(erlaubtes Risiko)과 위법한 위해(rechtswidrige Gefährdung)를 구별한다면 소위 위해책임(Gefährdungshaftung)의 문제가 나타난다. 루만(Luhmann)에 있어서 개념의 또 다른 구별에 따르면 "Risiko"를 자기 자신의 결정을 통해 발생하는 것으로, "Gefahr"를 외부에서 유래되어 야기되어 지는 손해로 구별한다. Luhmann, Risiko und Gefahr, 1990 : ders., Soziologie des Risikos, 1991, 그리고 이에 대한 다양한 개념의 사용을 개관한 글로는, Franz-Xaver Kaufmann, Der Ruf nach Verantwortung, Risiko und Ethik in einer unüberschaubaren Welt, 1992, 30면 이하 참조

패러다임의 변화라 할 수 있을 정도로 많은 반향을 불러 일으켰다. 형법적인 귀속관계는 일반적으로 행위자의 범죄행위에 따른 법익침해에 대한 귀속을 의미한다고 할 수 있다. 원칙적으로 범죄행위의 의미 및 이러한 행위에 따른 인과과정의 결과 특정한 법익침해의 결과 및 위태화에 대한 행위자의 인식을 필요로 하고, 예외적으로 이러한 인식이 결여된 경우에 법익침해의 결과발생에 대한 행위자의 주의의무 위반이 귀속될 수 있는 경우에 한하여 책임귀속을 인정할 수 있다. 이러한 전제에 따른다면 기업이 생산한 제품에 결함이 발생하여 이를 사용한 소비자에게 생명 또는 신체에 손상을 입힌 경우, 혹은 유통과정에서의 결함이 발생하여 위와 동일한 결과가 나타난 경우 상품의 제조자나 경영자 그리고 유통과정에 관여한 자에 대하여 형사법적인 책임귀속을 인정할 수 있는가의 문제에 대하여 매우 회의적으로 보여질 수 있으며, 그리고 만약에 이들에 대한 형법적인 책임귀속을 인정할 수 있다고 할 경우에도 어떤 요건 하에서 어느 정도의 책임귀속을 인정할 수 있는가의 매우 어려운 문제라 할 수 있다. 종전의 형법적에서의 지배적인 견해는 이러한 형법적인 제조물책임에 대하여 매우 회의적인 태도를 보이고 있었지만, 최근에 와서는 이러한 전통적인 입장에 대하여 변화된 새로운 입장들이 나타나고 있다.⁸⁾⁹⁾

8) 칼리에스(Callies)는 위험사회에서의 형법의 변화를 형법적 보호의 전치화와 예방적 기능의 확대라고 특징지운다. 그에 의하면 현대의 위험사회에서는 인간의 신체, 생명, 환경 등에 대하여 많은 새로운 위험들이 창출되고, 이러한 상황에서는 형법적 보호가 새로운 위험과 더불어 확장되고 전치화 되는 것이 당연하다고 한다. 결국 이러한 위험사회의 새로운 예방사상이 전통적인 법치국가 형법의 체계를 새롭게 구성하게 될 것이라고 주장하였다. Callies, Strafzweck und Strafrecht, 40 Jahre Grundgesetz, in: NJW 1989, S. 1340 참조

9) 알브레히트(Peter-Alexis Albrecht) 19세기의 자유주의적 국가이념으로부터 20세기의 사회 복지국가 이념으로 전개됨에 따라 형법의 기본원칙은 억압을 통한 조절모델(repressive Steuerungsmodell)에서 예방적 조절모델(Präventive Steuerungsmodell)로 변화되었다고 주장하였다. P.- A. Albrecht, Das Strafrecht auf dem Weg vom liberalen Rechtsstaat zum sozialen Interventionsstaat, - Entwicklungstendenzen des materiellen Strafrechts -, in: KritV 1998, S. 182ff. 참조. : 한편 1993년 스위스 바젤(Basel)에서 열린 국제형법학자대회에서 스위스의 저명한 형법학자인 스트라텐베르트(Günter Stratenwerth)는 현대의 위험사회에서는 전통적인 형법의 귀속구조로서가 아닌 새로운 형법적 변화가 필요하다고 강조하였다. Stratenwerth, Zukunftssicherung mit den Mitteln des Strafrechts, in: ZStW 105(1993), S. 679ff. : ders., Das Strafrecht in der Krise der Industriegesellschaft, 1993 참조. : 1995년 독일형법학자대회에서는 '기능주의와 전통유럽의 원칙적인 사상 사이의 형법의 문제'라는 주제로 이 문제에 관하여 본격적으로 논의하였다. 특히 이 대회에서는 형법의 기

본 연구는 이러한 맥락에서 각국의 판례에서 나타난 형법에서의 제조물책임에 관하여 살펴보고자 한다. 독일의 경우는 피혁보호분무기 사건, 콘터간사건, 목재보호재사건 등에서 독일연방법원이 인정한 형법에서의 제조물책임의 이론과 근거를 살펴보고, 일본의 경우는 모리나가분유사건과 가네미유중독사건, 그리고 우리나라의 판례 등을 살펴보고 이를 통하여 나타난 형법상의 제조물책임에 대한 형법이론적인 비판의 모습, 그리고 이에 따른 책임귀속구조의 변화의 가능성을 살펴본 후에 이를 토대로 형법에서의 제조물책임을 인정 할 수 있는 가능성에 대하여 살펴본다.

II. 각국의 판례비교

1. 독 일

1) 피혁보호분무기사건¹⁰⁾

독일연방최고법원이 형법적 제조물 책임을 인정한 피혁보호분무기사례는 다음과 같다 :

A회사는 신발과 가죽제품을 생산하는 기업이었다. 생산품 중에는 또한 가죽보호 및 광택용으로 사용되는 피혁보호스프레이 제품도 포함되어 있었다. 이 스프레이의 판매는 자회사인 B회사와 C회사가 담당하였다. 1980

능화를 통한 새로운 사회현상에 대응하여야 한다는 입장에서의 대표적인 형법학자인 야콥스(Günther Jakobs)와, 반대로 전통적인 법치국가 형법의 기본 이념을 간직해야 한다는 입장에서 뢰더슨(Klaus Lüderssen)이 상호 치열한 논쟁을 전개하였다. 이와 별도로 현대 위험사회에서의 형법적 귀속구조의 변화에 관하여 본격적으로 연구를 시작하게 된 것은 독일 프랑크푸르트 대학의 형법교수인 하쎄머를 중심으로 하여, 그의 제자들이 모여서 1990년부터 함께 공동작업을 하면서부터이다. 이들은 80년대 후반부터 제기되어 온 현대 위험사회에 관한 사회적인 변화와 이에 따른 형법상의 새로운 현상에 주목하고, 이들 문제에 관하여 심도 있는 연구를 시작하여, 이 대학의 하쎄머(Hassemer)교수를 중심으로 하여 그의 제자들인 헤어초크(Herzog), 프리트비츠(Prittwitz), 힐겐도르프(Hilgendorf)등이 연구조직을 구성하여 이에 참여하였으며, 그리고 쿨렌(Kuhlen), 쉴만(Seelmann) 노이만(Neumann) 등이 이러한 주제에 관심을 가지고 함께 논의에 가담하여 이 부분에서 많은 연구를 진행시켰다. 이에 관하여 자세히는 즐고, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 6면 이하 참조.

10) BGHSt 37, 106-135

년 늦가을부터 이들 회사에는 피혁보호스프레이 사용으로 나타나는 심각한 건강 침해 사례들, 예를 들면 기침, 기관지장애, 메스거움, 구역질, 오한, 발열 등의 증상이 보고되었다. 이들 중 일부는 장기간의 입원치료를 해야 했고 심지어는 생명에도 위태로운 증상들이 나타나 병원에서의 응급치료를 받아야만 했었다. 이러한 피해사고가 보고된 후 이들 기업은 자체적인 내부조사를 하여 생산처방을 변경하였지만 생산된 제품의 하자는 발견되지 못하였다. 회사 자체의 화학부서도 원인 규명을 위한 작업을 시도하였지만 아무런 성과를 보지 못하였다. 1981년 5월 12일 이러한 문제를 논의하기 위한 이사회가 열렸고, A회사의 대표인 甲, 乙, 丙과 화학담당책임자인 丁이 참석하였다. 이 자리에서 화학담당책임자 丁은 지금까지 연구조사에서 피혁보호스프레이의 독성분을 밝힐 만한 원인을 발견하지 못하였다고 보고하였다. 그리고 그는 외부기관에 계속해서 하자규명을 위한 연구를 의뢰할 것과 분무기 깡통에 사용상의 주의사항을 부착할 것을 제안하였다. 그러나 이 회의에서는 모든 제품을 수거하고 판매를 중지하는 극단적인 조치를 결정하지 못하였고, 다만 피혁보호스프레이를 사용하는 데 요구되는 주의사항에 대하여만 신중하게 할 것을 개선하는 데 그쳤다. 이러한 이사회 결정은 자회사인 B회사의 戊와 C회사의 己에게 전달되었다. 戊와 己는 자신들의 담당임을 그대로 실행하였고, 그 결과 소비자에게 계속해서 많은 건강침해 사례가 나타나게 되어 결국 연방 보건부가 개입하게 되었고, 급기야는 판매된 모든 제품을 다시 수거하게 되었다. 피고인들은 1심 재판에서 유죄판결을 받았다. 판결이유에서 재판부는 1981년 5월 14일 피혁보호스프레이 사용에 따른 건강침해의 사실이 밝혀진 이 후에 나타난 위해를 과실치상으로 인정하였다.

위 사례에 대하여 연방최고법원은 1심 재판부의 판결을 확인시켜 주었다. 연방최고법원의 판결에 따르면, 어떤 물질이 손해를 발생시키고 고려할 만한 기타 다른 발생원인이 배제된다면 인과관계의 성립을 인정할 수 있으므로, 피혁보호분무기의 특성에 따라 발생한 건강침해와의 인과관계가 인정된다고 하였다. 그리고 또한 연방최고법원은 생산자의 보증인적 지위를 인정하여 위험한 생산품을 유통시켰다는 위험한 행위에서 책임을

인정하였고, 위협의 발생이 있을 가능성이 있는 유통중인 피혁보호분무기를 수거할 의무가 이러한 생산자의 보증인적 지위에서 발생된다고 하였다. 이와 같은 이유로 연방최고법원은 피혁보호분무기 사례에 대하여 유죄판결을 하였으며, 형법적 제조물 책임에 대한 이론적 근거를 면밀하게 논증하였다.¹¹⁾

2) 콘터간사건(Contergan-Fall)

1950년대 말에 임산부들이 임신기간 중에 신경안정제의 일종인 콘터간이라는 약을 복용한 후 출산한 아이들 중에서 많은 아이가 팔이 짧은 기형아로 출산한 사건이다. 이 약이 판매되기 이전에는 이러한 기형아의 출산율이 약 백만 분의 일에 지나지 않았으나, 1958년부터 1962년 사이에 독일에서는 최소 900여건이 보고되어 결국 이 약의 판매중지 및 제조회사 직원들에 대한 형사소송이 진행되었다. 이 사건에 대하여는 민사소송도 진행되어 제조자가 1억마르크, 연방정부가 1억마르크를 출연하여 재단법인을 설립하는 것으로 마감되었다. 이 사건에 대한 형사소송에서 아헨지방법원은 콘터간 알약속의 탈리도미드라는 물질이 신생아의 기형을 야기시키는 가의 인과관계에 대하여, 자연과학적인 인과관계의 입증은 중요한 것이 아니라 법관의 주관적 확신인 규범적 인과입증으로 족하다고 판시하였다.¹³⁾

이에 대하여 아르민 카우프만(Armin Kaufmann)은 행위와 결과발생을 연결시켜주는 인과성의 문제는 단지 개연성만을 가지는 수치적 통계에

11) BGHSt 37, S. 106-137, in: NSTZ 1990, S. 588ff. : Kuhlen, Fragen einer strafrechtlichen Produkthaftung, 1989, S. 69ff. : Hilgendorf, Strafrechtliche Produkthaftung in der Risikogesellschaft, 1993, S. 128 : ders., Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft, in: NSTZ 1993, S. 10ff. : ders., Fragen der Kausalität bei Gemeinentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, in: NSTZ 1994, S. 561ff. : 페론(Perron), 조병선역, 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁분무기판결, 청주대학교 법학논집 제8집(1994), 217면 이하 등을 참조

12) LG Aachen, JZ 1971, 507, 510ff. in: Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 31ff.

13) 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1997, 48면

의하여 결정되는 것이 아니며, 또한 이를 입증할 자연과학적 법칙이 존재하지 않는 경우에 한해서 보충적으로 인과성을 긍정할 수 있는 일반적 인과성(generelle Kausalität)도 전문가집단에 의하여 보증된 경우에만 가능하고, 아울러 구체적 인과관계를 통하여 확정되어야 한다고 주장하였다.¹⁴⁾

3) 목재보호재사건(Holzschutzmittel-Fall)¹⁵⁾

목재보호재의 원료인 펜타클로르페놀(PCP)과 린단이라는 물질이 인체에 유해하다는 의혹이 70년대 이후 꾸준히 제기된 이래로, 1984년 '목재보호재피해자를 위한 이익단체'의 회원 2,100명은 목재보호재를 생산하고 판매한 전체 42회사를 검찰에 고발하였고, 프랑크푸르트 검찰은 이에 대한 수사 후에 1989년 A기업의 대표 갑과 을을, 그리고 B기업의 대표 병을 과실치상 및 고의에 의한 상해, 독극물유포로 기소하였다. 프랑크푸르트 법원은 1993년 피고인 갑과 을에 대하여 과실치상 및 과실에 의한 독극물유포로 1년의 자유형과 이에 대한 집행유예를 선고하였다. 법원은 A기업의 대표인 피고인들이 거래에 제공한 목재보호재 크실라데코(작용물질 PCP와 린단)와 크실라데코200이 29명에게 신체적 손상을 야기하였다는 것을 분명한 것으로 인정하였다.¹⁶⁾

이 사건에서 법원은 인과관계를 인정하기 위한 방법론적인 차이를 구별하였다. 자연과학적 인과관계와 형법적인 인과관계의 설정 방법은 구별되며, 자연과학적인 인과관계의 확정 사실에 근거하지만 법적인 인과관계의 확정은 자연과학적인 사실에 근거하는 것이 아니라 법적인 확신을 통하여 얻을 수 있다고 구별하였다.¹⁷⁾

14) Armin Kaufmann, Tatbestandsmäßigkeit und Verursachung im Contergan-Verfahren, in: JZ 1971, S. 569, 572ff.

15) OLG Frankfurt/Main vom 19. 12. 1991 in: Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 34ff.

16) 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1997, 53면

17) Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 35ff.

2. 일 본

1) 모리나가분유사건

이 사건은 1955년 모리나가회사가 생산한 유아용 분유의 원료 속에 비소가 포함되어 있었던 것이 원인이 되어 만 명 이상의 유아들이 비소에 중독되고 그 중 100명 이상이 사망한 사건이었다. 사건의 전말은 모리나가 우유공장에서 제조 판매한 유아용 분유에 비소가 들어있어서 그 것을 먹은 서부 일본 지역의 많은 어린이들이 비소에 의한 중독을 일으켰다. 이 비소중독 사건이 일어나게 된 이유는 식품첨가물로 사용되는 제2인산 소다에 비소가 포함된 유사품인 공업용약품을 사용하였기 때문인 것으로 밝혀졌다. 이 사건 직후 고열, 설사, 구토, 두통, 황달, 복통 등의 증세를 보인 환자가 나타나 13명이 사망하고 만 여명이 치료를 받게 되었다. 한편 사건이 난 후 14년이 지나서 많은 어린이들에게 보행불능, 언어장애, 피부종기, 난청, 약시 등이 후유증이 나타났다. 이 사건에 대하여 처음에는 후생성이 나서서 보상으로 해결할 것을 알선하여 소송에는 이르지 않았으나, 14년이 경과한 후에 분유를 먹은 자 중에서 더욱 심한 피해를 입은 자들이 밝혀져 분유회사와 국가를 상대로 한 소송이 제기되었고, 1974년 재판상 화해가 이루어져 소송은 일단락되고 피해자구제를 위한 재단 법인이 설립되었다.

2) 가네미油중독사건

1968년 제조기계에 사용된 PCB에 오염된 쌀기름을 먹은 1600명 이상의 사람들이 심한 중독으로 병에 걸려 그 중 51명이 사망한 사건이다. 이 사건에서 피해자들은 PCB제조업자, 쌀기름제조자, 그리고 국가를 상대로 소송을 제기하였고, 1심과 2심에서 쌀기름제조자의 책임은 당연히 인정되었지만, 쌀기름제조기에 사용된 PCB제조업자와 국가의 책임에 대해서는 심리법원마다 다르게 판시하였다. 그 이유는 PCB가 쌀기름에 혼입된 원인에 대한 분명한 판단이 밝혀지지 못했기 때문이었다. 그리고 PCB제조업자에 대한 소송은 최종적으로 1987년 최고재판소에 의하여 화해가 성립

되어, 그의 책임은 부정되었고 화해금을 지불하는 것으로 일단락 되었으며, 국가에 대한 소송은 취하되었다.¹⁸⁾

3. 한 국

1) 채혈병에 의한 쇼크사 사례(대법원 76.09.14 선고 76다1269)

이 사건은 서울적십자병원에서 수혈을 받으면서 수술을 받던 환자가 쇼크로 인하여 사망한 사건으로 사망의 원인이 수혈용 병의 독성물질에 의하여 감염되었다고 하여 채혈병회사를 상대로 불법행위에 의한 손해배상을 청구한 사건이다. 대법원은 피고회사가 제조 납품한 채혈병이 당초부터 오염되어 있었다고 단정할 증거가 없을 뿐더러 채혈병에서 검출된 대장균이 피해자를 사망케 한 쇼크를 일으킬 수 있는 것으로 단정하기에 미흡한 경우에는 위 채혈병 제조상의 잘못과 피해자의 사망 사이에 필연적인 인과관계가 증명되었다고 볼 수 없다고 판결하였다.

대법원의 판결이유를 살펴보면, 원심은 그 채택증거를 종합하여 피해자가 서울 적십자병원에서 수혈(동 병원 부속혈액원에서 피고회사가 제조하여 납품한 채혈병을 사용하여 채혈한 것에 의하여)을 하면서 고관절전치환 수술을 받고 쇼크로 인하여 사망한 사실을 인정하고 그 쇼크의 선행원인은 어떤 독성물질에 의한 것으로 추정되나 사후 부검에서 그와 같은 독성물질을 발견할 수 없었고, 다만 이 사건사고 50여일 후에 이르러 피고회사 납품 채혈병 중 8개(동 병원에서 이미 사용해버린 것으로 보인다)를 제외하고는 모두 수거된 것 중 2개의 채혈병에서 대장균류인 크레브젤라뉴모니아 및 엔트로박타고로이카 균이 검출 판명되었으나, 위 균은 인체에는 비병원성 균인 사실을 인정하는 동시에 피고가 납품한 채혈병 전부가 본래부터 오염되어 있었다거나 위와 같이 대장균이 발견된 2개의 채혈병도 당초부터 오염되어 있었다고 단정할 증거가 없다하고, 그렇다면 위 대장균이 위 피해자를 사망케한 쇼크를 일으킬 수 있는 것으

18) 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 한국형사정책연구원보고서, 1997, 46면

로 단정하기에 미흡한 이 사건에 있어서, 피고의 채혈병 제조상의 멸균 등의 시험을 하지 아니한 채 납품한 잘못과 피해자의 사망사이에 필연적인 인과관계가 증명되었다고 볼 수는 없다고 판단하였다.

2) 변압변류기사건(대판 1992.11.24 92다18139)

이 사건은 광석채굴회사에 설치된 변압변류기가 과열로 폭발하여 진화 작업중이던 회사직원 1인이 사망하고, 1인이 중화상을 입은 경우로 피해 회사가 변압변류기회사를 상대로 손해배상을 청구한 사건이다.

이에 대하여 법원은 변압변류기가 원고 주장에서처럼 내부구조상의 중대한 하자가 있어 사고가 발생한 것이라고 볼 수 없으며, 그 밖에 위 변압변류기의 구조 또는 제작과정에 중대한 하자가 있음을 인정할 아무런 주장 및 자료도 없다고 판단하였으나, 제품을 제조하여 판매하는 제조자는 그 제품의 구조, 품질, 성능 등에 있어서 현대의 기술수준과 경제성에 비추어 기대가능한 범위 내의 안전성과 내구성을 갖춘 제품을 제조하여야 할 책임이 있고, 이러한 안전성과 내구성을 갖추지 못한 결함 내지 하자로 인하여 소비자에게 손해가 발생한 경우에는, 계약상의 배상의무와는 별개로 불법행위로 인한 배상의무를 부담한다고 보아야 한다고 판결하였다. 한편 대법원은 변압변류기의 점진적인 절연열화를 최소화할 수 있는 방법이 있고 그러한 방법으로 절연열화를 최소화한 경우에 최소한의 내구년한이 기사용기간을초과한다면, 내구 년한 전에 발생한 절연파괴는 위와 같은 절연열화를 최소화하는 방법을 취하지 않은 구조 내지 제조상의 결함이 있는 것으로 추정할 수 있다고 하였다.

Ⅲ. 형법에서의 제조물책임에 대한 이론적 쟁점

(피혁보호분무기사건에 대한 독일연방법원의 판결을 대상으로)

형법에서의 제조물책임을 인정할 것인가의 문제는, 생산된 제조물이 최종 소비자의 생명이나 건강에 침해를 가져온 경우에, 발생된 법익침해에 대하여 제조물 생산자나 유통관계자에게 고의 또는 과실의 형법적 책임

귀속을 어떤 근거에서 인정할 수 있는가의 문제이다. 이 문제에 대하여는 크게 3가지의 쟁점이 제기될 수 있다.

첫째로 생산된 제조물의 최종소비자가 제품사용과 관련하여 발생한 법익침해의 결과는 제조물 생산자 또는 유통단계의 관련자의 행위로 귀속될 수 있는 인과관계를 인정할 수 있는가의 문제이며, 둘째로는 유해한 제품의 생산자나 유통자는 건강피해를 입은 제품사용자에 대하여 객관적으로 요구되는 주의의무를 위반한 것으로 평가될 수 있는가의 문제이며, 마지막으로 제품의 하자로 인하여 최종소비자에게 법익침해의 결과가 야기되는 경우 생산자와 유통관리자는 이를 방지하기 위하여 어떠한 정도의 의무있는 행위성이 요구되는가의 문제이다.

1. 제조물책임에서의 인과관계

피혁보호분무기 사건에서 독일연방법원은 제조물의 사용함으로서 발생한 소비자의 건강침해에 대한 인과관계의 문제에 관하여, 어떠한 원인에 의하여 구체적인 결과발생이 이루어졌다는 사실을 해명하지 못하였음에도 불구하고 인과관계를 긍정하였다. 다만 이를 긍정하는 근거로서 간접적인 정황증거들로부터 추론하여 인과관계를 인정할 수 있다고 주장하였다. 제조물의 하자가 어떤 구체적인 경로를 통하여 소비자의 건강침해로 연결되었음을 적극적으로 입증하는 방식을 택하는 대신에, 역으로 이와 같은 구체적인 자연과학적인 인과관계의 요소를 확정지을 수는 없지만, 법관의 증명력을 판단할 수 있는 간접적인 정황증거들 - 예를 들면, 피해자들이 동일한 제품을 사용하였고, 상해의 발생과 관련된 일련의 공통점을 인정할 수 있으며, 상해의 결과를 야기시키는 다른 원인을 발견할 수 없었으며, 소비자들이 대량으로 상해의 침해를 입었다는 결과를 주목할 수 있기 때문에 단순히 우연으로 볼 수는 없다는 점 등 - 을 인정하여 인과관계를 긍정하였다.¹⁹⁾

19) 발터페론(Walter Perron), 조병선역, 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁분무기판결, 청주대학교 법학논집 제8집(1994), 224면 이하 등을 참조

인과관계에 대한 문제는 일반적으로 일정한 행위로 인하여 일정한 법익침해의 결과가 발생하였다는 것을 인정할 수 있는 연관관계를 의미한다. 행위의 결과가 행위자에게 귀속될 수 있는 가를 주관적인 관점에서 평가하는 기준으로서의 행위자의 책임요소와 더불어, 인과관계는 객관적으로 평가되는 행위의 결과에로의 귀속을 인정할 수 있는 조건으로서, 이에 대한 판단의 기준은 종래의 인과관계의 학설에 따른 합법칙적 조건설과, 이러한 사실적 인과관계를 규범적 평가로 보충하기 위한 객관적 귀속이론이 지배적이라 할 수 있다.²⁰⁾ 이러한 입장에 따라서 인과관계의 문제를 검토해 보면, 우선 제조물의 하자가 일반적인 경험법칙에 의하여 판단해 보았을 경우 인정되는 지의 문제가 우선 전제되어야 할 것이고, 둘째로는 이러한 제조물의 하자로 말미암아 소비자가 제조물을 용법에 따라서 사용했을 경우 신체상의 침해가 야기 될 수 있음이 인정되어야 할 것이며, 그 밖에 여타의 다른 요소에 의한 신체상의 침해발생이 부정될 수 있을 정도의 연관성이 비중있는 것으로 평가되어야 할 것이다. 피혁보호분무기 사건에 대한 독일연방법원의 판단에 따를 때, 제조물의 하자에 따른 신체상의 침해발생의 가능성은 인정할 수 있지만 구체적으로 이러한 원인에 따라서 신체의 손상이 야기되었음이 객관적으로 입증되지 못하였고, 가능한 다른 원인들이 배제될 수 있을 정도로 제조물의 하자가 신체의 손상을 가져온 것으로서의 비중있는 인과성이 인정되지 못한 것으로 평가된다. 특히 이러한 일련의 인과관계 인정여부와 관련되어 문제가 되는 것은, 직접적인 입증자료를 통하여 인과성을 인정하지 않고 반대로 인과성이 부정되는 다른 원인을 찾아보기 어렵다는 이유로 인과관계를 긍정하였다는 점에서 법관의 주관적인 심증형성이 매우 불안정한 가정에 근거하고 있다는 점이며, 아울러 '의심스러운 경우에는 피고인의 이익으로' (in dubio pro reo)라는 형사소송법 상의 기본원칙이 적용되지 않는 점에 대하여도 비판적인 반론을 제기할 수 있을 것이다.²¹⁾

20) 이재상, 형법총론, 131면 이하; 임웅, 형법총론, 117면 이하; 박상기, 형법총론, 104면 이하; 손해목, 형법총론, 102면 이하; 이정원, 형법총론, 96면 이하; 이형국, 형법총론연구, 132면 이하; 진계호, 형법총론, 219면 이하; 김일수/서보학, 형법총론, 198면 이하

21) 전지연 교수는 인과관계의 인정여부에 대하여, 인과성 개념과 인과성 확정의 단계로

2. 제조물의 생산자 또는 유통자의 객관적 주의의무

피혁보호분무기 사건을 심리한 연방최고법원은 제조물의 하자에 의한 소비자의 생명과 건강에 대한 침해보고를 접수하고 1981년 5월 열린 비상대책회의에서 제품의 생산과 판매를 중단하지 않고 지속시킨 것은 의무반에 해당한다고 판시하였다.²¹⁾ 생산된 제품이 소비자의 건강과 생명을 해친다는 보고를 접수한 이후에 이에 대한 대책을 마련하기 위하여 소집된 회의에서, 생산과 유통의 책임자는 비록 제품의 어떤 하자로 인하여 그와 같은 피해가 발생되었는지에 관한 원인을 분명하게 발견하지 못했지만, 제품의 사용에 따른 소비자의 건강을 해치는 위험이 지속적으로 증대하였음을 고려할 때, 우선적으로 제품의 생산과 판매를 중단하고, 유통중인 제품의 위해성을 알려야 했으며, 아울러 조속히 제품을 회수하여 더 이상의 피해발생을 막아야 할 의무가 있는 바, 이러한 조치를 이행하지 않고 단지 주의사항을 제품의 표면에 부착한 정도로는 객관적 의무이행이 이루어졌다고 보기 어렵기 때문에, 연방법원의 판결은 정당한 것으로 인정될 수 있다고 판시하였다.

한편 연방최고법원은 대책회의 당시에 이미 시중에 유통되고 있었지만 아직 최종 소비자에게 판매되지 않았던 피혁보호분무기의 회수의무에 대하여, 선행행위에서 나오는 보증인적 지위를 근거로 한 작위의무의 위반을 근거로 제시하였다. 즉 이러한 경우에 생산자와 유통의 책임자는 모든 관련된 소매상에게 제품의 하자과 위험발생의 가능성을 경고하고, 제품의

나누어서 전자에 대하여는 형법상의 인과관계를 인정할 수 있는지의 판단문제로서 파악하고, 후자는 이러한 형법상의 인과관계가 개념적으로 인정되기 어려운 경우 형사소송법상의 인과관계를 확정지워주는 법관의 판단의 문제로서 설명한다. 이러한 입장에서 형법상의 제조물책임의 경우 인과관계의 문제를 최소한 합법칙적 조건설의 관점에서 파악할 것과 그리고 객관적으로 논증될 수 있을 정도의 법관의 판단의무를 제시한다. 이에 대하여는 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1997, 66면 이하 참조

21) BGHSt 37, 114ff. : 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1997, 127면 : 발터페론(Walter Perron), 조병선역, 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁분무기판결, 청주대학교 법학논집 제8집(1994), 227면 이하 등을 참조 : Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 50ff.

보상과 회수에 드는 모든 비용을 감수하고 이를 행하여야할 의무가 발생된다고 주장하였다. 이러한 주장에 따르면 의무위반적인 선행행위를 하여 타인의 법익에 대한 위험을 야기한 자는, 누구든지 그러한 위험을 관련자로부터 다시 제거하기 위한 모든 필수적인 기대되는 가능성을 모색하고 실행하여야 한다는 것이다.²³⁾

문제가 되는 것은 연방최고법원이 인정한 선행행위에 따른 보증인적 지위의 발생이, 사전행위가 위험할 뿐 아니라 객관적으로 의무위반인 행위라는 일반적인 입장과 일치하지 않는다는 점이다. 지금까지의 지배적인 견해는 객관적인 의무위반적인 선행행위에 의하여 보증인적 지위가 발생된다고 한다.²⁴⁾ 그러나 피혁보호분무기를 생산하고 판매중인 경우에는 이를 책임질 회사의 경영진들이 구체적인 피해발생의 원인을 밝혀내지 못한 시점이고 따라서 객관적인 위법행위에 대한 인식이 충분치 못한 시점이므로, 사전행위를 분명하게 객관적인 주의의무위반 행위로 평가하기 어렵다는 점이다. 이런 점에서 볼 때 이들의 선행행위는 산업생산제품들의 생산과 판매에 내재하고 있는 허용된 위험의 범주 안에 속한 것으로 평가될 수 있으며, 따라서 이를 회수하지 못한 주의의무 위반에 따른 형법적 귀속을 인정할 수 없게 된다. 그러나 연방최고법원은 이러한 이론적인 입장과는 반대로 피혁보호분무기 판결에서 구체적인 주의의무위반이 없더라도 소비자에 대한 위험이 객관적으로 비난받을 정도이면 충분하다는 견해를 제시하였다. 이러한 연방최고법원의 입장에 따르면 선행행위에

23) BGHSt 37, 114, 116ff.: 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1997, 129면 : 발터페론(Walter Perron), 조병선역, 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁분무기판결, 청주대학교 법학논집 제8집(1994), 228면 이하 등을 참조 : Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 52ff.

24) 이재상, 형법총론, 126면 : 박상기, 형법총론, 319면 : 배종대, 형법총론, 634면 : 안동준, 형법총론, 299면, 임웅, 형법총론, 530면 : 이정원, 형법총론, 419면 : 이형국, 형법총론연구, 413면 : 진계호, 형법총론, 194면 : 이에 비하여 적법한 선행행위에 기해서도 작위의무가 발생할 수 있다라는 주장은 오영근, 형법총론, 292면 : 한편 독일의 이론에서도 의무위반적인 선행행위만이 보증인적 지위에 따른 작위의무를 발생시킨다고 평가하는 입장이 다수의 견해이다. Bockelmann/Volk, S. 141 : Dreher/Tröndle, §13 Rn.11 : Eser, S. 63 : Jescheck/Weigend, S. 625 : Rudolphi, SK §13 Rn. 40 : Sch/Sch/Stree, §13 Rn. 35 : Wessels, Rn. 725

따른 보증인적 지위의 인정범위를 확대시켜 행위자의 형법적 귀속을 보다 쉽게 완화시켜주는 결과를 가져올 수 있게되므로 부당하다고 할 것이다.²⁵⁾ 선행행위가 적법한 경우에도 보증인적 지위가 발생한다고 하여 작위의무를 인정하게되고 이에 따라 행위자의 주의의무를 폭 넓게 인정한다면, 결국 귀속의 기준을 완화시키고 가벌성을 확대시키는 결과를 초래하며, 법치주의적 형법 이념을 해치게 되는 위험형법으로 전락시키게 된다.²⁶⁾

물론 합법적인 선행행위인 경우에도 형법적으로 중요한 경우에는 이러한 선행행위에 따른 보증인적 지위를 인정하여, 이러한 선행행위에 따른 제품의 보상 및 회수에 대한 의무를 인정하는 경우도 있을 수 있다. 그 이유는 이러한 잠재적인 위험성있는 물품들의 생산 및 판매가 후에 나타날 위험에 대한 보상 및 회수의 책임을 인정하는 것을 조건으로 허용된다는 것이라고 평가할 수 있으며, 이러한 한도 내에서 제품을 생산하고 판매한 책임자는 비록 적법한 선행행위의 경우에도 물품의 하자에 따른 위험성이 나타난 경우 이들 물품을 신속히 보상하고 회수할 의무가 부여된다고 할 것이다. 그러나 이와 같은 방식의 접근은 민사법적인 제조물책임의 원칙으로서 형법에 아무런 여과없이 그대로 적용할 수 없다는 한계를 가지며, 형법에서 주의의무의 범위를 제한하는 원리로 적용되는 허용된 법리의 원칙과도 배치되며, 또한 특정한 영역에서만 문제되는 것이 아니라 일반적인 생활의 전 영역으로 확대되어 적용되는 문제점을 가지게 된다 할 것이므로 구체적인 경우에 따라 개별적으로 판단할 문제라 할 수 있다. 본 피혁보호분무기 사례에 있어서는 제품사용자들에게 신체의

25) 이와 같은 근거에서 연방법원의 판결에 대한 비판적인 입장을 보이는 견해는, Beulke/Bachmann, Die Lederspray-Entscheidung - BGHSt 37, 106 in: JuS 1992, S. 739; Kuhlen, Zur Kausalitätsproblematik bei der strafrechtlichen Produkthaftung in: JR 1992, S. 30; Samson, Probleme strafrechtlicher Produkthaftung, in: StV 1991, S. 184; 전지연, 제조물의 하자에 의한 형사법상 책임에 관한 연구, 형사정책연구원 연구보고서, 1997, 130 참조; 발터페론(Walter Perron), 조병선역, 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁분무기판결, 청주대학교 법학논집 제8집(1994), 229면 이하 등을 참조

26) 현대사회의 변화에 따른 위험형법의 등장과 이에 대한 평가에 관하여는 줄고, 현대위험사회에서의 형법상 귀속구조의 변화, 비교형사법연구, 제3권 제1호, 21면이하 참조

손상이 발생하는 원인규명 및 대책회의 시점에서, 이들 제품의 하자에 의한 피해발생 여부가 단지 의심만이 추정될 뿐 인과적으로 분명히 밝혀지지 못한 상태이므로, 판매된 제품의 회수의무를 생산자에게 부여하여 이에 대한 의무위반으로서의 형법상의 책임귀속을 인정하기에는 무리가 있다고 볼 것이다.²⁷⁾ 또한 생산 및 유통판매의 책임자들이 모인 대책회의에서 이러한 신체손상이라는 심각한 결과를 예견하지 못하였기 때문에 제품의 사용에 따른 안전 및 주의사항을 단지 경고문으로 부착하였다는 점 등으로 미루어 볼 때, 이들에게 생산 판매된 제품의 회수의무를 부과하여 이에 대한 위반으로서의 형법적 책임귀속을 인정한다면 결국 형법의 보충성의 원칙에 반하게 되고, 형법적용의 근본원칙인 '최후수단으로서의 형법' (ultima ratio)이 아닌 '최유력수단으로서의 형법' (prima ratio)으로 전락시키게 되어 결과적으로 효과지향 형법²⁸⁾으로서의 기능을 강화시키게 될 것이다.

3. 생산자 및 유통판매자의 책임귀속

대상판례에서 보다시피 제조물의 하자로 인한 소비자의 생명이나 신체 침해에 따른 형법적 책임 귀속의 문제는 생산과 유통에 관련된 다수인의 복잡한 책임귀속 문제를 야기시킨다. 근대형법의 기본적인 책임귀속관계는 원칙적으로 개별행위에 따른 책임귀속을 인정하므로 관련된 다수인의 개별행위를 평가하여 책임귀속관계를 설정하여야 한다. 현행 형법 체계에서는 환경범죄의 경우 개별행위자 이외에 기업자체에 대하여도 형사책임을 별도로 인정하는 양벌규정을 두고있으나, 형법적 제조물책임에 있어서는 이와 같은 양벌규정이 없으므로 생산과 판매에 관여한 기업 내부자의

27) 하쎌머도 형법에서의 제조물 책임에 관한 그의 저서에서, 연방최고법원이 위험성있는 제품에 대한 제조자와 판매자의 회수의무를 인정하면서도 그 근거를 정확하게 논증하지 않고 있다고 비판한다. Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 59ff. 참조

28) 하쎌머도 이와 같은 유형의 형법적 귀속구조의 변화에 대하여 경고하고 전통적인 형법 본래의 이념과 원칙을 고수해야 한다고 주장한다. Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 5ff. 참조

개별행위자 책임만이 문제될 것이다. 제조물의 생산과 유통에 관여한 다수 행위자의 개별적인 책임범위의 확정은 이들에게 부여된 제조물과 연관된 권한과 책임의 영역에 의하여 합리적인 위험분배가 이루어져야 할 것이다.

피혁보호분무기 사례에서 연방최고법원은 우선적으로 직접 제조물의 생산에 관여한 행위자의 책임에 초점을 맞춘 것이 아니라 기업 경영자들의 책임인정에 주력한 것으로 평가된다.²⁹⁾ 법익침해의 결과를 야기한 직접적인 행위자에게 형법적인 책임귀속의 기준을 설정하고, 그 다음에 기업 내에서의 이들의 상관이나 감독자, 책임자 등에 대하여 공동정범이나 간접정범 또는 교사범 등의 공범의 성립을 평가하거나, 혹은 감독의무위반에 따른 과실범이나 부작위범의 성립을 평가하는 방식으로부터 탈피하여 최고경영자의 책임을 우선적으로 인정한 것은, 제조물의 하자로 인한 피해발생을 논의하기 위하여 소집된 비상대책회의에서의 물품의 보상과 회수 등에 관한 전면적인 대책을 이행하지 않은 점에서 책임귀속의 중요한 근거를 파악한 것으로 평가된다. 제조물의 하자로 인한 신체손상의 위험을 직접적으로 야기시킨 생산관련자로서의 최고책임화학자의 정범성을 부정한 것은 기업 내에서의 그가 가지는 권한과 역할의 평가, 그리고 단순히 그가 기업 내에서 생산 판매된 제품의 회수를 결정할 수 있는 지위에 있지 못하다는 점을 고려한 것으로 여겨지지만, 실제로 최고화학책임자가 제품의 사실적 특성을 가장 잘 알고있는 위치에 있으며, 또한 그의 전문적인 지식과 판단이 생산과 판매 및 제품의 회수여부를 결정함에 있어서 매우 중요한 역할을 차지한다는 점을 인정한다면, 그에 대한 정범성을 평가하거나 혹은 최소한 중범의 성립을 인정하였어야 할 것 이므로, 이런 점에서 법원의 판결은 정당한 것으로 인정되기 어렵다고 할 것이다. 아마도 구체적이고 사실적인 역할관계를 고려하였다기 보다는 단순히 기업 내에서의 결정권의 측면만을 파악하여 위험분배를 판단한 것으로 평가된다.

29) 발터페론(Walter Perron), 조병선역, 독일연방최고법원의 형법적 제조물책임에 대한 피혁분무기판결, 청주대학교 법학논집 제8집(1994), 230면 이하

그리고 또한 비판할 것으로 유통판매회사의 경영책임자에 대한 책임귀속을 인정한 점이다. 제조물의 하자로 인한 소비자의 신체에 대한 침해가 판매유통상의 영역에서 발생되었다면 이러한 과정에 있어서의 권한과 책임을 가지는 판매회사의 경영책임자의 책임귀속을 인정할 수 있지만, 생산과정에서 나타난 제조물의 하자로 말미암아 문제가 발생한 것이고, 또한 판매유통 책임자의 실질적 권한이 단순히 생산회사의 명령에 복종하는 정도에 그치기 때문에, 제품의 하자에 따른 회수 및 보상을 결정함에 있어서 아무런 중요한 역할을 기대하기 어려운 상황이라는 점을 고려해 볼 때, 이들의 의무위반에 따른 형법적 책임귀속을 인정한 연방최고법원의 판결은 납득하기 어렵다. 이러한 점에서 볼 때, 연방최고법원의 판결은 개별적 행위책임의 귀속원칙을 표방하는 형법의 기본적인 입장이 아닌 하나의 전체적인 총체적 귀속으로 문제를 해결하였다는 비판을 면하기 어렵다고 할 것이다.

끝으로 한가지 더 살펴볼 문제는, 제품의 하자로 인하여 소비자의 생명과 신체에 대한 침해가 발생된 문제를 해결하기 위하여 소집된 비상대책회의에서 제품의 회수를 결정하지 못한 판단을 내린 참여한 경영자들의 책임귀속관계를 어떻게 인정할 수 있는가의 문제이다. 제품의 회수를 결정하지 못하여 결과적으로 발생한 상해의 결과에 대한 책임귀속은 제품 회수라는 요구된 주의의무 이행이 실현될 수 있었음을 전제로만 인정될 수 있다. 본 사례에서 이러한 기대되는 주의의무에 따른 작위의 실현가능성(신체에 손상을 야기시키는 판매 중의 제품에 대한 회수행위)은 개별행위자의 행위영역 내에 포함된다고 보기 어렵다. 비상대책회의에 참가한 각각의 경영자들이 토론과 투표를 통해서 즉각적인 생산중단 및 판매중지, 그리고 이미 유통된 제품을 회수하도록 결정을 내리는 문제가 전체적인 기업의 입장에서 판단할 경우에는 실현 가능할 수 있을지는 몰라도, 이러한 결정으로 이끌지 못한 것에 대한 전체적인 책임귀속의 문제를 개별 참가자들의 개인적인 책임귀속으로 평가하는 것은 행위자의 개별책임귀속 원리를 강조하는 형법의 기본원칙과도 거리가 먼 연대책임의 방식³⁰⁾이라 할 수 있으며, 비상대책회의에서의 의사결정의 방식과 이에 대한 개

개인의 역할과 기능이 다수 참가자의 결정에 의하여 누적적 결과로서 이루어지는 방식이므로, 제품의 회수를 결정하지 못한 전체적인 잘못된 결정에 따른 책임귀속을 개개 참가자 각각에 마치 그가 혼자서 행한 행위로써 모두 귀속시키는 것은 형법적인 책임귀속구조와는 거리가 먼 잘못된 판단이라 할 수 있다.

IV. 제조물책임에 따른 형법적 귀속관계의 정당성 여부

1. 새로운 형법적 대응방안의 도입

독일의 법학자 힐겐도르프는 '위험사회에서의 형법적 제조물 책임'(Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft)이라는 주제로 출간된 그의 박사학위논문에서, 현대 위험사회의 개념적 모습을 울리히 벡(Ulrich Beck)의 이론을 토대로 하여 공법과 민법 그리고 형법 영역에서 분석하였다. 그에 의하면 현대 위험사회의 특징은 특히 과학기술 분야에 있어서의 원자력, 화학, 환경, 유전공학 등에서 새로운 위해(Grfahr) 내지 위험(Risiko)이 출현되어지는 모습이라고 강조하고, 이러한 위험들은 자연재해로부터 발생하는 것이 아니라 바로 인간의 행위결정에 의하여 만들어진다는 점을 강조하였다. 이와 같이 나타나는 새로운 위험을 규범을 통해서 대응하려는 시도가 나타나지만, 이러한 위험의 모습에는 자연재해와 마찬가지로 수많은 개개인이 관련되므로 전통적인 귀속원리에 따라 특정개개인의 행위로 귀속시키는 것이 불가능하기 때문에, 상호 조화하기 어려운 문제가 발생된다고 비판하였다.³¹⁾

이와 같은 문제점을 해결하는 방법으로 힐겐도르프는 현대 위험사회에서 나타나는 새로운 위험원에 대한 형법적 대응수단으로서의 추상적 위

30) 개인적 책임귀속의 이론적 기초, 그리고 현대 과학기술시대에서의 책임귀속 구조의 변화된 모습을 연대성의 원칙에 근거하여 설명한 문헌에 대하여는 자세히, 노이만 (Neumann, U.), 김학태역, 과학기술발달의 조건하에서의 책임구조의 변화에 관하여, 2000년 4월 25일 한국법철학회에서의 강연, 법철학연구 제3권 제1호, 313면 이하 참조

31) Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft, 1993, S. 26ff.

형법의 기능을 인정해야 한다는 주장하고, 또한 고의나 과실에 대한 형법 이론적 구조, 공법이론, 귀속이론 등의 엄격한 형법이론을 유연하게 풀어헤쳐서 현대 위험사회에 탄력적으로 적용하는 것이 매우 유용하다고 강조하였다. 형법적 제조물 책임의 문제에 관하여 힐겐도르프는 형법적 제조물 책임의 논의에 해당하는 경제형법에서의 일반적인 문제점을 검토하고, 민사법적인 제조물 책임과 형법적 제조물 책임의 역사적인 발전과정을 평가한 이후에, 이러한 주제에 대한 형법판례, 특히 피혁보호분무기사례(Lederspray-Entscheidung)가 전통적인 형법이론에 따른 귀속판단을 존중하는 지 여부에 대한 문제와 연결시켜 자신의 입장을 주장하였다.

그에 의하면, 제조물에 의하여 소비자 전체에 나타날 수 있는 새로운 위험의 형태는, 장소와 시간 그리고 관련되는 영역의 범위에 따라 한정되지 않으며, 특정 개개인에게 귀속되지도 않는 특징을 갖는다고 한다. 이러한 모습으로 말미암아 형법적 제조물 책임이 위험형법의 핵심적 모습을 띠게 된다고 주장하면서, 그러한 문제에 관하여는 전통적인 법치주의적인 형법이론의 영역에서 해결할 수 없다고 강조하였다.³²⁾

“피혁보호분무기 사건에 대한 연방최고법원의 판결에 따르면, 어떤 물질이 신체에 대한 손상을 발생시키고 이에 대한 고려할 만한 기타 다른 발생원인이 배제된다면 인과관계의 성립을 인정할 수 있으므로, 피혁보호분무기의 특성에 따라 발생한 건강침해와의 인과관계가 인정된다고 하였다. 그리고 또한 연방최고법원은 생산자의 보증인적 지위를 인정하여 위험한 생산품을 유통시켰다는 위험한 행위에서 책임을 인정하였고, 위험의 발생이 있을 가능성이 있는 유통중인 피혁보호분무기를 수거할 의무가 이러한 생산자의 보증인적 지위에서 발생된다고 하였다. 이와 같은 이유로 연방최고법원은 피혁보호분무기 사례에 대하여 유죄판결을 하였으며, 형법적 제조물 책임에 대한 이론적 근거를 면밀하게 논증하였다고 주장하였다.”³³⁾

32) Hilgendorf, Strafrechtliche Produzentenhaftung in der Risikogesellschaft, 1993, S. 43ff. : Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, in: GA 1994, S. 348

33) BGHSt 37, S. 106-137, in: NSZ 1990, S. 588ff. : Hilgendorf, Strafrechtliche Produkthaftung in der Risikogesellschaft, 1993, S. 128 : ders., Gibt es ein Strafrecht der Risikogesellschaft, in:

힐겐도르프는 피혁보호분무기 사례에서처럼 법치국가적 전통을 가지는 형법의 이론적 구조를 위험형법에 의하여 '유연화' (Flexibilisierung) 시킴이 얼마든지 가능하고 주장하였다. 따라서 위험형법이 어떤 특별한 것이 아니고 이러한 전통적인 형법의 구조에서도 존재할 수 있음이 가능하므로, 현대 위험형법의 구조가 형법적 귀속의 기준을 완화시키는 혼란을 가져 온다는 주장은 우려에 불과하다고 주장하였다.³⁴⁾

2. 법치주의 형법이념의 고수

이와는 반대로 현대 위험사회에서의 형법적 귀속구조의 변화의 필요성에 대하여 독일의 형법학자인 하세머(Hassemer, W.)는 매우 비판적으로 이를 평가하였다. 사회적 현상의 변화에 따라서 형법에서 귀속구조를 대폭적으로 변화시키게 되면 무엇보다도 형법상의 기본원칙을 훼손시키는 매우 중요하고 심각한 문제가 발생할 수 있다고 하면서 이의 도입을 반대하였다. 물론 그 역시 사회현상의 변화에 따른 법제도의 적용 가능성마저도 부인하는 것은 아니지만, 형법에서 나타나는 귀속구조의 변화시도는 그 정도가 형법의 본질적 이념을 무시하는 것으로 평가되고, 근본원칙들을 무력화시킬 정도로서 너무 과도하기 때문에 이에 대한 적절한 제한원리 및 다른 대안을 찾을 것을 강조하였다.³⁵⁾ 그에 의하면, 형법의 근본적이념과 원칙은 전통적으로 개인적 침해에 대하여만 귀속을 인정할 수 있다고 한다. 그러나 이에 반해 예를 들어 방화, 음주운전, 항공교통방해 등과 같이 불법내용이 명백한 위협을 야기시키는 정도로 분명하고도 강한 비중있는 것으로 인정될 때에는, 개개인의 이익과 관련된 위협으로서 귀속이 인정된다고 한다. 물론 최근에 환경, 노동, 경제, 생산, 여행 등의 분

NStZ 1993, S. 10ff. : ders., Fragen der Kausalität bei Gemeinentscheidungen am Beispiel des Lederspray-Urteils, in: NStZ 1994, S. 561ff.

34) Hilgendorf, Gibt es Strafrecht der Risikogesellschaft, in: NStZ 1993, 16 : 이에 대한 비판적 주장으로는, Kuhlen, Zum Strafrecht der Risikogesellschaft, in: GA 1994, S. 350ff.

35) Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 20ff. : ders., Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts, in: ZRP 1992, S. 383ff.

야에서 등장한 보편적 법익개념을 부정할 수 없으며, 또한 오늘 날 거의 모든 일상의 생활영역에서 생활모습이 복잡해지고, 현실적인 침해와 밀접하게 연관되는 수 많은 위험원이 발생되고 있다는 사실도 부정하지 않는다고 한다. 그에 의하면 이전에는 위험으로 인정되었던 것이 생활모습의 변화에 따라 오늘날에는 더 이상 위험한 것으로 평가되지 않는 경우나, 또는 과거에는 인식하지 못하였던 새로운 많은 위험요소들이 나타나고 있는 현상적 변화를 부정하지는 않는다고 한다. 그에 의하면 이러한 복잡한 사회현상은 개개인의 삶에 중요하게 작용하기 때문에 법적으로 보호하여야 할 여러 가지 제도를 새롭게 만들어 내거나, 종전의 의미를 바꾸어주기 때문에 보편적 법익개념이 등장하게 되고, 개인적 법익보다도 오히려 더욱 보호할 필요성이 높아지고 있음을 인정한다. 그러나 이와 같은 현상의 변화 때문에, 전통적으로 개인적 법익보호를 원칙으로 하여 체계가 구성된 형법의 핵심영역에, 사회적 제도를 위험으로부터 막기 위하여 자리바꿈을 시도한다는 것은 정당화될 수 없으며, 법익의 본질적 모습을 개인적 법익이 아닌 보편적 법익으로 바꾸어 대체시키는 것 또한 정당화될 수 없다고 주장한다. 형법의 기능화는 인간과 국가 그리고 사회의 제 관계의 모습을 오직 국가의 입장에서만 판단하여 적용시키려는 시도로서 정당화될 수 없으며, 현대사회의 복잡한 현상으로부터 사회제도를 보호하는 입장이라고도 할 수 없다고 주장한다. 현대의 사회적 변화는 분명 이에 대응할 새로운 법 적용을 요구하지만, 그러나 동시에 개인적이 아닌 보편적 혹은 국가주의적인 그리고 법적 근거와는 거리가 먼, 따라서 법적으로 근거지워지지 않는 책임평가를 수반하지 않는다는 점에서 문제이다. 오히려 그 반대로 개인보다는 사회, 불법보다는 장애, 침해보다는 위험, 규범의 정당성보다는 효율성의 문제들을 중요시하는 현대사회의 모습에서는, 형법의 인간적 전통과 규범적 전통이 인간의 문제를 다루고 해결함에 있어서 더욱 도움이 될 수 있다고 강조한다.³⁶⁾

36) Hassemer, Produktverantwortung im modernen Strafrecht, 1994, S. 21ff.

3. 형법에서의 제조물책임에 대한 평가

현대사회의 새로운 책임귀속구조의 변화는 형법적 영역에서도 책임귀속관계에서의 근본적인 패러다임의 변화를 요구하게 되어, 일응 어떤 하나의 적법행위의 결과에 대한 책임귀속을 인정하는 새로운 체계를 도입(위해책임, 또는 제조물책임)하는 방식으로 지속적으로 책임관계를 확대한다고 한다. 이처럼 현대사회가 펼치는 책임망은 점점 더 두터워지고, 동시에 항상 확대 일로에 있다고 할 수 있다. 그러나 이러한 변화의 내면에는 이와 같은 책임귀속구조의 확대가 동시에 책임을 평가하는 방법을 잘못된 방법으로 이끄는 경향을 함께 가지고 있다는 것이 앞에서 살펴본 제조물책임의 평가에서 나타났다고 할 수 있다. 책임의 고전적 주체는 자율적 이성을 가지는 인격자로서의 개개인이다. 칸트(Kant)에 따르면 “인격자”(Person)는 자신의 행위의 귀속이 인정될 수 있는 주체로서의 의미를 가진다.³⁷⁾ 민법에서의 책임평가는, 일찌기 “자연인”에 국한하여 제한한 것으로부터 벗어나 권리와 의무의 담당자로서(als Träger) 법인을 도입하였다. 단체의 책임을 인정하는 것은 현대사회에서 나타나는 책임평가구조의 필연적인 결과이고 광범위한 결정들이 오늘날 거의 전적으로 단체의 내부에서 이루어진다고 볼 수 있다.³⁸⁾ 다른 한편으로 법인의 결정에 있어서 개개인의 참여와 역할에 따른 기여는 거의 보여지지 않거나, 혹은 그 어떤 경우에도 법적으로 평가되지 않게 되고있다. 이와 같이 평가되는 단체의 민사책임의 필연성은 법인의 법적 모습을 통해서 이루어지게 되고, 법인의 기능은 법적 책임의 담당자로서 하나의 단체를 형성함에 있게 된다. 그러나 무엇보다도 새롭게 책임성평가의 확대되는 모습을 특징적으로 보여주는 것은, 법인에 대한 형법적 귀속적용의 확대로서, 형사책임을 도덕적 책임성(moralische Verantwortlichkeit)에 근거하고 있는 연결고리에서

37) Kant, Metaphysik der Sitten, AB 72

38) 오늘날 분업적으로 단체에서 이루어지는 결정들의 주된 의미에 관하여는, Franz-Xaver Kaufmann, Risiko Verantwortung und gesellschaftliche Komplexität, in: Bayertz(Hrsg.), 1995, 72면 이하, 92면 참조

풀어 져서 형사책임개념의 도구화 (Instrumentalisierung der Verantwortungskonzept)로 이끌어가고 있다는 점이다.

형법은 전통적으로 책임귀속의 개별화를 고수하여 왔고, 이것을 기준으로 책임귀속원리들을 발전시켜 왔기 때문에, 이러한 개별책임의 원리와 귀속의 기준을 벗어나게 된다면 형법의 본질을 벗어나게 되는 것이고, 형법의 역할과 기능을 기대할 수 없을 것이다. 이처럼 자유주의적-법치주의적 형법원리는 우리형법이 간직하고 있는 가장 중요한 기본이념으로서, 최근에 새롭게 등장하는 현대의 형법이론에서 주장하는 것과 같이 순수한 개념적 틀에 불과한 것으로, 혹은 껍데기에 불과한 기능만을 가지는 것으로 평가할 수 없을 것이다. 오히려 근대형법의 탄생배경에서부터 알 수 있는 것처럼, 국가형벌권의 자의적인 폭력으로부터 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위한 최고의 법원칙으로서의 의미로부터 출발하여, 오늘날에 이르기까지 이러한 의미에 따른 실질적인 기능을 수행하여 왔다고 할 수 있다. 개인 대 거대한 공동간의 관계설정은 출발부터 서로 양립될 수 있는 조건으로 이루어 질 수 없기 때문에, 이러한 자유주의적-법치주의적 형법이념의 존재가치가 더욱 더 필요하고, 결코 포기될 수 없다는 주장이 더욱 더 설득력을 가진다고 할 수 있다. 그리고 또한 현실적인 효율성이라는 매력적인 주장을 앞세우는 현대형법의 이론이 과연 그들이 주장하는 것처럼 실제적인 효과를 가져올 수 있는지도 미지수이다. 현대사회의 위험을 제거하기 위한 유일한 수단으로서 형법에서의 책임귀속구조의 변화를 필연적으로 요구하지만, 그러나 그들의 실효성이 의문시되는 상황에서는 개별책임에 따른 귀속원리를 간직하려는 전통적인 형법체계를 변화시킴으로서 뒤따르는 희생을 감수하기에는 무리라고 생각할 수 있다.

제조물책임에 대한 형법적 귀속을 인정하는 주된 이유가 주로 현대 위험사회의 위험을 제거하려는 효율성과 형법을 통한 사회적 현실문제에 대응하려는 입장으로 이해되고, 그리고 또한 형법의 이러한 경향은 사회적 문제를 효과적으로 해결한다는 가능성을 강조하지만, 구체적인 상황을 더 자세히 살펴보면 전통적인 법치국가 이념과 조화되지 못하는 문제점

을 야기시켜서, 개인귀속의 원칙, 책임원칙에 따른 형벌제한적 기능, *in dubio pro reo* ... 등의 기본이념과 상반되는 형법적 모습을 보여준다. 이러한 형법체계의 현대화 경향은 형법의 중심제도를 무력화시키고, 순수 상징적인 형사정책으로서의 경향을 가속화시키고 있으며, 전통적인 귀속 구조와는 거리가 먼 추상적 위험범이나 집행결핍의 현상을 가져오게 되며, 형사소송절차에서도 재판절차가 아닌 수사절차로 중심이 이동하는 많은 문제점을 가지게 된다. 형법이 살인, 상해, 사기 등의 범죄와 이에 따른 형벌의 필수적인 관계로 정립된 법체계라는 본질을 간직하는 한, 개개인의 귀속원리를 떠나서 생각할 수 없으며, 이러한 차원의 밖에 있는 경우에는 결코 형법이라고 할 수 없음이 단지 근시안적인 평가로만 여길 수 없다. 현대 사회의 새로운 현상문제를 해결하기 위하여 형법을 이러한 방향에 짜 맞추어 무리하게 적용하는 것이, 결코 법적으로나 사물의 이치에 따라서 볼 때도 옳다고 말할 수 없을 것이다. 현대의 새로운 사회적 문제는 법적으로 새로운 현대법적인 관계 및 구조로서 그 해결책을 강구하여야 할 것이다. 따라서 형법을 통하여 문제를 해결하는 것보다는, 민법영역이나, 시장원리, 피해자보호 등의 영역에서 문제해결을 시도하는 것이 오히려 더 좋은 방법이 될 것이다.³⁹⁾

결론적으로 현대의 새로운 사회현상의 변화에 따라 나타나는 새로운 위험현상에 대한 대응책으로 제기되는 형법에서의 제조물책임은 단기적으로 볼 때는 설득력있게 보이겠지만 기존의 형법적인 귀속원리를 부정하는 한도 내에서는 독자적인 근거를 인정할 수 없다. 인간의 자율적 이성에 따른 책임의 개별화 원리에 근거하지 않은 채로 오직 위험분배라는 현실적인 요청에 의하여 형법적 근본적인 귀속구조를 변화시킨다면, 형법은 자신의 독자적인 존재근거를 잃게되어 형법이 가지는 기능과 역할을 다할 수 없게 될 것이다.

39) Lüderssen, Die Krise des öffentlichen Strafanspruchs, 1989, S. 37ff.