

安全配慮義務의 體系

崔彰烈*

I 序論	體系
II. 外國에서의 安全配慮義務의 法理	1. 安全配慮義務의 法的 性質
1. 獨逸	2. 責任體系의 地位
2. 佛蘭西	3. 損害賠償의 請求要件
3 日本	4. 安全配慮義務에 관한 民法改正案
4. 小結	IV 結 論
III 우리나라에서의 安全配慮義務의	

I. 序論

근로계약관계에서 생명이나 신체에 위협을 초래하는 각종 질병이나 부상 및 사망 등의 재해가 발생한 경우에 노무자는 민법상의 손해배상을 청구할 수 있다. 이러한 민법상의 손해배상책임을 인정하기 위한 전제로서 사용자에게 노무자의 생명이나 신체의 안전을 위협으로부터 보호해야 할 의무가 존재해야 하는데 이를 안전배려의무(Fursorgepflicht)라고 한다. 이와 같은 안전배려의무를 인정함으로써 노무자가 사고발생 이전에 사용자에게 안전한 근로환경의 보장을 요구할 수 있게 된다. 이와 같이 노동관계에서의 안전배려의무는 노무자가 노무제공을 위하여 사용자가 설치한 장소·설비·기구 등을 사용하거나 사용자의 지시에 따라서 노무를 제공하는 과정에서 노무자의 생명과 신체 및 재산 등을 위협으로부터 사용자가 보호하여야 할 포괄적인 의무를 말한다. 오늘날 이러한 안전배려의무는 노동관계에서 뿐만 아니라 도급계약, 운송계약, 의료계약, 숙박계약 등 일정한 법률관계에 의하여 사회적 접촉이 이루어지는 곳에서 상대방의 안전을 보호해야 할 의무로 확대되어 인정되고 있다.

이러한 안전배려의무에 관하여 우리 민법은 명문의 규정을 두고 있지는 않지만 학설과 판례에 의해서 그 의무의 존재가 인정되고 있다.¹⁾ 그리고 최근의 민법개정안에

* 東國大學校 法科大學 助敎授, 法學博士

서도 고용계약에 관한 규정으로 사용자의 안전배려의무에 관한 규정을 신설하고 있다.²⁾ 그러나 민법개정안의 내용도 추상적인 수준에서의 선언적인 내용만을 담고 있기 때문에 개정안대로 통과되더라도 안전배려의무의 구체적인 내용에 관하여는 그 동안 축적된 판례와 학설의 전개를 바탕으로 새롭게 규명되어야 할 필요가 있다. 이하에서는 먼저, 독일과 불란서, 일본 등의 외국에서의 안전배려의무에 관한 규율방식에 살펴본 연후에 우리 나라에서의 안전배려의무의 법리에 관하여 살펴보고자 한다. 그리고 나서, 최근의 민법개정안의 내용도 아울러 검토해 보고자 한다. 이상과 같은 점들을 검토함에 있어서 안전배려의무가 민법상의 책임체계에서 어떠한 위치를 차지하는가와 피해자의 권리구제에 얼마나 효과적으로 대응할 수 있는지의 관점에서 살펴보고자 한다. 그리고 사회적 접촉관계에서 발생하는 모든 문제를 동일한 기준에 의해서 처리할 것인지, 아니면 생명이나 신체의 위험을 초래할 영역에 대하여 그 요건이나 효과에 있어서 달리 취급할 필요가 있는지의 관점에서 검토하고자 한다.

II. 外國에서의 安全配慮義務의 法理

1. 獨逸

독일은 안전배려의무에 관하여 민법에 가장 전형적인 규정을 두고 있다. 즉, 독일민 제617조에서 제619조까지 안전배려의무에 관한 상세한 내용을 규정하고 있다. 특히, 독일민법 제618조 1항에서는 “노무청구권자는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 기구를 설치 및 유지하고 또 자신의 명령 또는 지시하에 행하여지는 노무급부를 지휘함에 있어서 노무급부의 성질이 허용하는 한도에서 노무자가 생명과 건강에 대한 위험으로부터 보호되도록 하여야 한다.” 라고 규정하고, 제619조에서는 “제617조 및 제618조에 의하여 노무청구권자가 부담하는 의무는 계약에 의하여 사전에 배제하거나 제한할 수 없다” 라고 하여 위 규정의 강행규정성을 인정하고 있

1) 金亨培, 「債權總論」, 博英社, 1992, 254面; 李銀榮, 「債權各論」, 博英社, 2004, 503面, 李尙遠, “日本最高裁判所判例를 통하여 본 安全配慮義務의 法理와 이에 대한 反論”, 判例月報 第231號 (89.12), 判例月報社, 11面, 柳在南, “民法上 安全配慮義務에 관한 研究”, 東亞大 博士學位論文, 1992, 355面; 羅鉉台, “民法上安全配慮義務에 관한 研究”, 全南大 博士學位論文, 1994, 146面, 李正植, “安全配慮義務의 法理에 관한 研究”, 法學論文集 第22집, 中央大 法學研究所, 1997, 385面, 大判 1989. 8. 8, 88다카33190; 大判 1994. 1. 28, 93다43590 등.

2) 民法改正案 제655조의 2(使用者의 安全配慮義務) 使用者는 勞務提供에 관하여 勞務者의 安全을 配慮하여야 한다.

다.

이와 같은 안전배려의무에 관한 독일민법 제618조는 모든 종류의 고용관계에 적용된다.³⁾ 그리고 도급계약에서도 독일민법 제618조의 유추적용이 인정된다. 다만, 수급인이 계약에 의해 도급인의 영역 내에서 또는 도급인의 설비를 사용하여 작업을 하는 경우에 도급인이나 그의 이행보조자가 계약상의 의무에 반하여 위의 영역이나 설비에 관하여 실시가능한 위험방지조치를 취하지 않는 경우에 한하여 적용된다. 그러나 수급인의 독립적인 지위를 고려하여 고용계약의 경우보다 경감된 기준에 의해서 판단된다.⁴⁾ 위임의 경우에 있어서도 보수지급의 합의가 있어 고용계약에서와 같은 급부가 이루어진 경우에는 독일민법 제618조가 유추 적용될 수 있다.⁵⁾

독일민법 제618조에 의한 안전배려의무는 고용계약을 근거로 하는 사법상의 계약의 무이지만 궁극적인 근거는 고용계약상의 쌍무관계에 기초한 것이 아니라 독일민법 제242조의 신의칙에 근거한다고 보고 있다.⁶⁾ 한편, 독일민법 제618조가 독일민법 제823조(불법행위구성요건)의 보호법규는 아니라고 보고 있다. 따라서 계약상의 의무위반이 곧 불법행위로 평가되는 것은 아니다. 단, 안전배려의무가 불법행위의 요건을 충족할 때에는 불법행위가 성립하게 된다.

안전배려의무의 위반에 대한 효과로서 이행청구권이 인정된다는 것이 학설과 판례의 주류적인 흐름이다.⁷⁾ 이를 부정하는 근거는 노무자에게 취로(就勞)청구권(Beschäftigungsanspruch)이 인정되지 않은 것을 들고 있으나, 현재에는 한정적이라고 해도 사용자의 노무수령의무와 노무자의 취로청구권을 인정하고 있기 때문에 근거가 박약하다고 보여진다. 그러나 소송에 의한 이행청구권의 실현은 너무나 많은 시간이 소요되기 때문에 근로계약의 해약이나 영업감독관청에의 고발이라는 공법적인 수단이 더 큰 의미가 있다. 사용자가 독일민법 제618조를 이행하지 않는 경우에 노무자는 노무의 급부를 거절할 수 있다. 그 근거에 관하여 쌍무계약에서의 동시이행항변권을 들기도 하지만⁸⁾ 사용자의 안전배려의무와 노무자의 급부의무는 쌍무계약상의 건련관계

3) 공법상의 고용관계에도 적용되지만 공무원관계에 관하여는 적용될 수 없다는 것이 독일제국법원의 판례였으나 연방공무원법 제79조에 공법상의 안전배려의무가 명문화됨으로써 유책한 배려의무위반의 경우에 손해배상청구권이 인정되게 되었다(大内俊身, “國家公務員に對する國の安全配慮義務”, 法律のひろば 第28卷 6號, 昭和50(1975), 37頁).

4) Soergel-Giebert, BGB, Anm 3 zu §618

5) Soergel-Giebert, a a O., Anm.4 zu §618

6) Soergel-Giebert, a a O., Anm.1 zu §618.

7) Staudinger, BGB, Anm.40 zu §618.

8) Gunter Kuchenhoff, Leistungsstörung im Arbeitsverhältnis, Arbeit und Recht, 1965, S. 139.

에 있지 않기 때문에 유치권에 의해 급부를 거절할 수 있다고 본다.⁹⁾ 사용자가 안전배려의무를 이행하지 않기 때문에 노무자가 급부거절권을 행사한 경우에, 노무자의 급부실현에 필요한 사용자의 협력의무를 이행하지 않는 것으로 보아 수령지체에 빠지므로, 노무자는 대가인 노무의 급부를 제공하지 않더라도 임금청구권을 계속 보유하게 된다.¹⁰⁾ 사용자의 안전배려의무 위반에 의해 노무자에게 손해가 발생한 경우에 독일 민법 제618조에 근거하여 계약책임상의 손해배상청구권이 인정된다. 다만, 독일민법 제618조 3항에 의거하여 불법행위에 관한 제842조 내지 846조가 준용되고 있다.

2. 佛蘭西

프랑스에서의 안전의무(obligation de sécurité)는 계약인 존재하는 경우에 발생하는 여러 가지 의무 중에서 채무자가 계약의 목적인 주된 급부를 초월하여 채권자의 안전을 확보해야 하는 의무를 말한다. 의료계약이나 경비계약처럼 안전의무가 계약상의 주된 급부를 이루고 있는 경우도 있지만, 문제가 되는 경우는 주로 부수의무로서의 안전의무이다. 프랑스 민법상 안전의무에 관하여 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 피해자를 계약적인 측면에서 효율적으로 보호하기 위하여 학설과 판례를 통하여 인정되게 되었다. 고용계약에서 계약책임설에 기초한 안전의무를 처음 주장된 것은 1883년 Sauzet에 의해서 였으나¹¹⁾, 당시에는 판례에 의해서 받아들여지지지는 않았다. 그 후 불란서에서는 공업화에 의해서 노동재해가 격증된 것처럼 교통기관의 발달에 의한 교통사고가 증가함에 따라 여객 운송계약에서 처음으로 안전의무를 인정하게 되었다. 즉, 1911년 불란서 파기원은 여객의 해상운송에 관한 사건에서 “운송계약의 이행은 여객 운송인에 있어 여객을 목적지까지 무사하게 운송할 의무를 포함한다.” 라고 함으로써 안전의무를 처음으로 인정하게 된 것이다.¹²⁾

판례를 통하여 안전의무가 인정된 것은 처음에는 여객의 해상운송에 관한 것이었으나 점차 육상, 해상 및 공중의 모든 여객운송계약에 대하여도 인정하게 되었다.¹³⁾ 여객운송계약에 그치지 않고 회전목마와 같은 야외 유희물이나 스키장의 리프트이용계

9) Alfred Söllner, Das Zurückbehaltungsrecht des Arbeitnehmers, in Zeitschrift für Arbeitsrecht, 1973, S 17

10) Staudinger, a a O., Anm.59 zu §618

11) M. Sauzet, De la responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels, Rev. crit lég et jurispr 1883, p 596 et s. p. 677 et s.

12) Cass civ 21 nov 1911, S 1912 1 73.

13) Cass.civ. 27 janvier. et 21 avril 1913, S 1913 1 177

약도 일종의 여객운송계약으로 간주되어 안전의무의 존재가 긍정되었고, 더 나아가 목욕탕, 수영장, 승마장, 호텔, 레스토랑 등의 이용관계처럼 일방당사자의 안전이 타방당사자에 의해서 확보되어야 하는 모든 계약에서 안전의무를 인정하기에 이르렀다. 안전의무를 처음 인정할 때에는 결과채무와 수단채무의 구별이 존재하지 않았으나, 1923년 Demogue가 결과채무와 수단채무의 구별을 제창한 후 전형적인 결과채무로서 안전의무가 제시되었다. 안전의무를 결과채무로 이해하게 되면 여객은 여객운송 중에 상대방의 과실을 입증할 필요 없이 여객운송 중에 자신이 부상당한 것만 입증하면 여객운송인이 제3자나 피해자 자신의 행위 또는 불가항력에 의한 것임을 입증하지 못하는 한 손해배상책임을 부담하게 되므로 그 실익은 현저히 크다고 볼 수 있다. 그 후 안전의무의 적용범위가 확대됨에 따라 결과채무 뿐만 아니라 수단채무에도 적용되게 되었다.¹⁴⁾

불란서 민법에서 채무불이행책임을 구성하기 위해서는 유효한 계약관계의 존재를 전제로 하기 때문에 계약채결전의 과실에 의한 손해배상에 대하여는 불법행위책임으로 구성하고 있다. 과거의 판례 가운데에는 계약책임을 인정하는 경우도 있었지만¹⁵⁾, 오늘날에는 불법행위책임으로 구성하는 것으로 확립되었다고 볼 수 있다.¹⁶⁾

이에 비하여 계약의 존속 중에 안전의무의 위반으로 인한 책임은 채무불이행책임으로 다루고 있다. 다만, 채무자의 안전의무위반으로 인한 채권자의 신체적 완전성을 침해하고 있는 경우나 직업인으로서의 직무상의 주의의무를 위반하고 있는 경우에는 불란서 민법 제1382조에 근거한 불법행위책임을 추궁할 수 있다고 볼 수도 있다.¹⁷⁾ 그러나 1922년 불란서 파기원이 “원칙적의 채무의 이행에 있어서 채무자의 과실로 발생한 손해에 대하여는 제1382조 또는 제1383조의 불법행위책임규정을 적용할 수 없다.”라고 비경합원칙을 판시¹⁸⁾한 이래로, 당사자간에 계약관계가 체결되어 있고 계약의 이행 중에 발생한 채권자의 완전성이익의 침해에 대하여 대체적으로 채무불이행책임을 부과하고 있다.¹⁹⁾ 한편, 불란서 민법에서 계약책임을 인정하는 것보다 불법행위책임상의 과실추정규정이 적용되는 것이 피해자에게 유리하다고 본다.²⁰⁾ 그러므로 계

14) Cass. civ. 20 mai 1936. 1. 88

15) Cas req 13 nov. 1945, JCP 1946. II 3040.

16) Cas civ. 1, 7 nov 1961, D. 1962 J 146.

17) H. L. et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II 1er vol Obligation, 8e éd. Montchrestien, 1991, 966 et s

18) Cass. civ. 11. janv. 1922, D. P. 1922 1. 16.

19) B. Strack, Droit Civil, Obligations, 2. Contract, 34^e éd., 1989, n^{os} 1749 et s.

20) H. L. et J. Mazeaud, op cit, n^{os} 617 et 395.

약의 이행과정에서 채무자가 지배하고 있는 무생물(無生物)에 의해서 채권자가 신체상의 침해를 당한 경우에 불란서 민법 제1384조 1항을 원용하여 불법행위책임을 물을 수 있는가에 관하여, 초기의 판례는 이를 인정한 경우도 있으나 오늘날에는 계약책임만을 인정하는 청구권비경합의 원칙이 지켜지고 있다고 할 수 있다.²¹⁾ 또한 동물의 소유자나 사용자가 자신이 사용하는 중에 동물에 의해서 손해가 발생한 경우에 불란서 민법 제1385조에 근거하여 불법행위책임을 물을 수 있는가에 관하여도, 판례는 불법행위책임을 인정하지 않고 대체적으로 수단채무로서의 안전의무를 인정하고 있다.²²⁾

불란서 민법에서 계약의 종료 후에 상대방의 완전성이익에 대한 침해에 대하여 불법행위책임규정이 적용된다. 그런데 급부의 하자로 인하여 확대손해가 발생하여 타방 당사자가 손해를 입은 경우에는 계약관계가 종료되었다고 하더라도 불법행위책임을 부담하는 것이 아니라 안전의무 위반으로 인한 계약책임을 부담한다고 한다. 왜냐하면 매매와 임대차와 같이 담보책임에 관한 명문의 규정을 두고 있는 경우에는 원래 하자 담보책임은 급부 목적물의 하자로 인하여 확대된 손해의 담보를 목적으로 하는 것은 아니지만, 계약상 부수적으로 인정되는 안전의무위반을 이유로 하는 계약책임을 인정하게 되기 때문이라고 한다.²³⁾

3. 日本

1) 安全配慮義務의 法理의 發展

일본에서는 1960년대 이후 고도성장에 따른 대량생산, 대량소비시대가 도래함으로써 노무자의 산업재해가 빈번하게 발생함에 따라 노무자의 생명 및 건강의 침해를 방지할 목적으로 노동안전위생법이 제정되었다. 그러나 이윤추구를 우선으로 하는 기업이 충분한 위험방지책을 강구하지 않았고 근로기준감독관이나 안전위생전문관의 부족으로 인한 감독 소홀로 사전적 재해예방은 충분히 이루어지지 않았다. 또한 사후적인 피해구제에 있어서도 1947년 제정된 노동기준법과 산업재해보상보험법 등이 있었으나 보상범위에 있어서 정액화된 일부보상에 그쳐 완전보상을 받지 못하였다. 결국 피해자는 민법상의 손해배상책임을 추구할 수 밖에 없는 데 종래의 산업재해사건에 대한 재판실무에 있어서 불법행위책임으로 처리하고 있었으므로 피해자가 사용자의 고의 과실을 입증해야 했으므로 피해자는 불리한 입장에 놓이게 되었다.²⁴⁾ 그리하여 사용자

21) B. Strack, op cit, n° 1749 et s.

22) Cass civ 13 janv 1969 D. 1969. 237.

23) H L. et J Mazeaud, op cit, n° 566-2.

의 고용계약상의 산업재해에 의한 채무불이행책임을 인정하기 위한 안전배려의무의 개념이 하급심에서부터 인정되다가²⁵⁾, 마침내 1975년 일본 최고재판소에서도 안전배려의무 위반에 관하여 채무불이행책임을 인정하는 판결을 선고하였다.²⁶⁾ 이 판결에서는 ① 국가가 공무원에 대하여 안전배려의무를 부담한다는 점과, ② 국가가 공무수행을 위해 설치해야 할 장소, 시설 혹은 기구 등의 설치 관리 또는 공무원이 국가 혹은 상사의 지시하에 수행하는 공무의 관리에 있어서 공무원의 생명 및 건강 등을 위협에서 보호하도록 배려해야 할 의무라고 국가의 안전배려의무를 정의하고 있고, ③이 의무는 어떠한 법률관계에 의하여 특별한 사회적 접촉관계에 들어선 당사자간에 당해 법률관계의 부수적 의무로서 신의칙상 부담하는 의무라고 하고, ④손해배상책임의 소멸시효기간이 10년이라고 하여 채무불이행책임에 의하여 처리할 것을 명시하고 있다. 이 후에도 일본에서는 우리와 마찬가지로 민법상의 명문규정을 두지 않음에도 불구하고 판례에 의하여 안전배려의무를 확고하게 인정하고 있다.²⁷⁾

2) 安全配慮義務의 法的 性質

(1) 保護義務說

계약상 당사자가 상대방의 생명, 신체와 재산에 대하여 부담하는 보호의무와 노동계약상의 안전배려의무를 구별하지 않고, 안전배려의무는 계약상 계약당사자가 원칙적으로 자유·평등한 계약당사자를 지배하는 신의칙상의 의무로서 고용계약상의 부수적 주의의무, 보호의무에 근거하는 것이라고 파악하는 견해이다.²⁸⁾

(2) 生存權說

안전배려의무는 급부의무에 부수하는 것이 아니라 현대의 노동시장 등에서 노무자의 생명, 신체 등을 위협에 노출시키는 필연성이 있는 점에 비추어 사용자에게는 고용계약상의 보호의무보다도 질적으로 고도의 의무, 즉 개개의 노무자의 부주의까지도 예측하여 불가항력 이외의 사고가 나지 않도록 만전의 조치를 강구하여야 할 의무를 부담하게 되고, 이는 계약상의 본질적인 급부의무라고 한다.²⁹⁾ 노동법학에서는 특수한

24) 白羽祐三, 「安全配慮義務法理とその背景(2)」, 法學新報96卷1・2號, 1990, 20-27頁.

25) 福岡地裁小倉支判 1972. 11. 24, 判例タイムズ 第289號, 273頁, 東京地判 1972. 11. 30, 判例タイムズ 第288號, 267頁.

26) 1975. 2. 25 民集 29. 2. 143(陸上自衛隊八號駐屯地方第九武器隊事件).

27) 日最判 昭和55(1980). 12. 18 民集34. 7. 888, 日最判 昭和59(1984). 4. 10 民集38. 6. 557 등.

28) 我妻 榮, 「債權各論 中卷 二」, 岩波書店, 昭和56(1981), 586頁.

근로계약상의 안전배려의무에 관심이 집중되는 결과 기타 계약유형의 안전배려의무와 계약책임론 일반에 있어서 안전배려의무론의 위치에 관한 채무구조에는 관심이 적다고 평가된다.³⁰⁾

(3) 安全配慮義務 2分說

안전배려의무는 계약관계에서의 채권자와 채무자간의 의무라고 하면서 그 적용영역은 본래의 적용영역이던 고용계약의 범주를 초월하여 이제는 적용영역이 확대되어 가는 현실이므로 고용계약에서 급부의무로서의 성격을 갖는 안전확보의무와, 기타 영역에서의 부수의무 내지 보호의무로서의 성격을 갖는 안전배려의무로 2분하여 파악하는 견해이다.³¹⁾ 즉, 결과채무와 수단채무의 구별을 참고하여, 안전확보의무에서는 계약적 접촉에 의한 사고발생의 위험성이 현저하게 높은 것에 주목하여 상대방의 안전확보 그 자체를 의무내용으로 하여 만전의 사고방지장치를 강구하여야 할 결과채무에 속하는 절대적 안전배려의무이지만, 보호의무로서의 안전배려의무는 채무자가 상당한 위험방지조치를 하여야 할 선관주의의무인 수단채무를 부담하여야 할 통상의 안전배려의무라고 한다.

한편, 수단채무와 결과채무의 구별에 주목하여 의무자가 상당한 방지조치(이 경우 의무위반은 선관주의의무 위반임)를 하면 족한 통상의 안전배려의무와, 계약의 내용 및 계약적 접촉에 있어서 사고발생의 위험성이 현저하여 상대방의 안전을 확보해야 하는(이 경우의 의무는 결과책임에 유사한 의무임) 절대적 안전배려의무로 나누어 후자의 경우에는 무과실의 입증으로는 부족하고 불가항력 또는 이것에 준하는 사유의 입증 필요하다는 주장³²⁾도 이분설의 범주에 속한다.

3) 安全配慮義務의 責任體系

29) 桑原昌宏, 「産業災害の日本の労働法」, 法律文化社, 昭和46(1971), 233頁, 平田秀光, 「産業災害における安全保護義務再論(一)」, 労働判例 第295號, 昭和53(1978), 7頁, 岡村親宜, 「産業における企業責任論」, 季刊労働法 第82號, 昭和46(1971), 59頁.

30) 下森 定, 「國の安全配慮義務」, 「安全配慮義務法理の形成と展開(下森 定編)」, 日本評論社, 昭和63(1988), 237頁.

31) 宮本健藏, 「雇傭・労働契約における安全配慮義務」, 「安全配慮義務法理の形成と展開(下森 定編)」, 日本評論社, 1988, 193以下, 下森 定, 「契約責任(債務不履行責任)の再構成」, 「現代民法學基本問題(中)(内山・黒木・石川還曆記念)」, 第一法規, 昭和58(1983), 163頁 以下.

32) 國井和郎, 「安全配慮義務についての覺書(下)」, 判例タイムズ 第364號, 昭和53(1978), 72頁.

(1) 債務不履行責任說

안전배려의무위반으로 인하여 손해가 발생한 경우에 채무불이행에 기한 손해배상청구권이 발생한다고 본다.³³⁾ 이 학설에서도 불법행위책임과의 경합을 인정하지만, 채무불이행책임만을 인정하는 비경합설도 주장된다.³⁴⁾ 안전배려의무가 채무구조론상 어디에 위치하는가에 대하여 본래의 급부의무라고 하는 견해도 있지만 급부의무와는 다른 것으로 인정하는 것이 일반적이다.

(2) 不法行爲責任說

안전배려의무는 채무가 아님에도 불구하고 무리하게 채무불이행으로 구성하는 것은 채무불이행의 개념을 무리하게 확대시키는 것이므로, 오히려 불법행위법을 유연화하여 불법행위책임으로 구성해야 한다고 주장한다. 계약책임설에서 안전배려의무를 급부의무로 구성하여 이행청구권과 급부거절권을 인정할 수 있다고 하나, 불법행위책임으로 구성해도 이는 가능하다고 한다. 즉, 이행청구권은 노무자보호를 위해 인정해야 하는 불법행위법상의 차지청구권(差止請求權)에 해당하는 권리라고 설명한다. 급부거절권에 대하여는 채무불이행책임설에서 합의된 급부의무로 파악하는 것은, 지나치게 의제적(擬制的)이고 합의에 의해서 제한이 허용될 수 있다고 비판한다. 그리고 취로청구권이 인정되면 노무자가 급부를 거절해도 의무위반이 없고, 위험부담에 유사한 경우로서 사용자측의 과실을 이유로 임금채권에 관한 채권자주의로서 해결이 가능하다고 한다.³⁵⁾ 그리고 채무불이행책임으로 구성하는 것이 피해자구제에 입증책임이나 소멸시효에서는 유리하다고 하나, 유족고유의 위자료청구권 등에서는 불리하게 된다고 한다.

(3) 第3責任說

안전배려의무를 계약상의 의무와 불법행위법상의 의무로도 인정하지만 안전배려의무가 어떤 의무에 포함되어야 하는가를 굳이 논의할 필요도 없고 더구나 그 적용범위에 관한 문제는 책임의 성질결정으로 판단할 것이 아니라는 입장이다. 따라서 이러한 의무가 당면하는 법률문제 내지 이익대립상황에서 가장 적절한 방법은 문제의 해결을 예정하는 규범이 무엇인가를 탐구하고 그것에 의한 해결이 바람직하다고 한다.³⁶⁾

33) 下參 定, 前掲論文(國の安全配慮義務), 239頁, 高橋 貞, 前掲書, 平成4(1992), 143頁.

34) 川島武宜, “契約不履行と不法行為との關係について”, 「民法解釋學の諸問題」, 弘文堂, 昭和24(1949), 8頁 以下.

35) 平野裕之, 利益保障の二つの體系と契約責任論, 明治大法律論叢 60卷2・3號, 1888, 533頁

36) 新美育文, “「安全配慮義務の存在意義」再論”, 法律論叢 第60卷 第4・5合併號(島田正郎教授退任

한편 채무구조론의 관점에서 보면, 보호의무는 급부 이익과 관계없이 계약 상대방이 갖는 법익이나 재화에 손해가 발생하지 않도록 할 것을 내용으로 하는 의무로서 주로 완전성이익의 보호를 목적으로 한다는 점에서 급부의무와 다르다 이는 신의칙을 근거로 하며 「특별한 사회적 접촉관계」에 들어섬으로써 발생한 상대방의 인격이나 재산에 대한 영향가능성의 증대와 그에 수반된 당사자간의 신뢰관계를 이론적 근거로 한다 이러한 보호의무는 계약 당사자의 쌍방에게 부과됨과 동시에 일정범위 내에서는 계약 당사자 이외의 제3자도 보호의무의 채권자나 채무자가 된다 또한 계약체결전의 단계에서부터 계약존속중의 단계를 거쳐 계약종료후의 단계에까지도 존속한다. 그리고 보호의무위반의 효과는 원칙적으로 손해배상청구권에 한하며 이행청구권이나 급부거절권은 인정되지 않는다. 보호의무에 기한 손해배상청구권은 일반적으로는 적극적 채권침해의 규제에 따른다. 그러나 보호의무는 급부의무와는 많은 점에서 차이가 있으며 완전성이익의 보호를 목적으로 한다는 점에서는 불법행위책임과 동일하다 또 계약적 접촉관계에 기하여 신뢰관계를 기초로 하는 점에서 계약책임도 불법행위책임도 아닌 신뢰책임이라는 제3의 책임영역으로써 양자의 중간영역에 속한다고 할 수 있다 이러한 보호의무의 특수성으로 인하여 계약법규범을 전면적으로 적용할 필요는 없고, 적절한 불법행위규범은 유추적용할 수 있다고 한다.³⁷⁾

4) 安全配慮義務의 適用領域

일본에서 안전배려의무가 논의되는 영역은 주로 ①고용계약, ②도급계약, ③학교사고, ④의료사고, ⑤특별권력관계에서의 사고, ⑤ 기타 사고(매매 건물임대차 등의 채무자가 하자있는 목적물을 급부한 경우나 유아가 백화점의 에스컬레이터에 끼인 사고) 등이다. 안전배려의무가 채무불이행책임으로 인정되기 위해서는 계약관계 혹은 이에 준하는 법률관계가 필요하고, 이러한 관계가 인정되지 않는 경우에는 불법행위책임을 추궁하는 것이 바람직하다. 또한 이와 같은 법률관계에 있다고 하더라도 모두를 동일한 차원으로 보기 보다는 ①본래 불법행위규범에 의할 경우, ②안전배려의무자체가 계약의 목적으로 되어 있는 경우, ③주된 급부의무의 이행에 수반하여 안전배려의무가 문제되는 경우, ④상대방의 급부수령에 수반하여 안전배려의무가 문제되는 경우 등 각각의 근거나 구조등이 다양하므로 그 법적 성질이나 효과에 대하여 다원적으로 설명

記念論文集), 明治大學法學部, 昭和63(1988), 583頁

37) 宮本健藏, “安全配慮義務と保護義務 - 西ドイツ法と比較して-”, 私法 第48號, 昭和61(1986), 210頁.

하는 견해가 많다.³⁸⁾

4. 小結

안전배려의무는 산업사회의 발달과 관련하여 생명이나 신체의 완전성이 침해될 위험이 높은 영역에서 채무자가 채권자의 안전을 보호하기 위해서 인정되어온 개념이다. 민법상의 계약책임이나 불법행위책임을 추궁하는 것이 피해자구제에 충분치 못함을 인식하여 주로 학설과 판례를 통하여 인정되다가, 이를 명문을 둔 경우와 판례를 통하여 그 규범성을 확립해 나가는 경우로 나누어 볼 수 있다. 전자에 해당하는 것이 독일 민법의 경우로서 그 제617조에서 619조에 사용자의 안전배려의무에 관하여 상세하게 규정하고 있다. 이러한 안전배려의무는 모든 종류의 고용계약 뿐 아니라 도급 및 위임 계약의 경우에도 적용될 수 있으며, 더 나아가 독일민법 제619조에서 사용자에게 의한 사전배제약정(事前排除約定)을 금지하는 강행규정으로 규정되어 있다는 점이 특징적이다. 독일에서는 이러한 안전배려의의를 인정하는 결과 이행청구권, 노무급부거절권, 손해배상청구권이 인정되고 있다. 불란서에서는 19세기 후반부터 고용계약상의 계약책임에 기초한 안전의무가 꾸준히 제기되다가, 1911년 프랑스 파기원(破棄院)이 여객의 해상운송계약에서 안전의무를 인정한 후, 점차 육상 및 공중의 모든 운송계약 뿐만 아니라 의료계약 기타의 영역에서도 적용되고, 결과채무 뿐만 아니라 수단채무에도 적용되는 것으로 판례를 통하여 확립되었다. 일본은 우리와 마찬가지로 민법에 명문의 규정을 두고 있지는 않지만, 1975년의 육상자위대사건을 통하여 안전배려의무를 채무 불이행책임으로 인정한 이래로 판례를 통하여 확고하게 안전배려의무를 인정하고 있다. 오늘날에는 다양한 종류의 법률관계에서의 안전배려의무에 관하여 법적 성질은 동일한지의 여부, 또 어떠한 요건이 필요하고 효과에 있어서도 어떠한 차이가 있는지의 여부 등에 관하여 학설과 판례를 통하여 발전되고 있다고 하겠다.

Ⅲ. 우리나라에서의 安全配慮義務의 體系

1. 安全配慮義務의 法的 性質

1) 學說

38) 星野雅紀, “安全配慮義務とその適用領域について”, 「安全配慮義務法理の形成と展開(下森 定編)」, 日本評論社, 昭和63(1988), 34頁.

(1) 保護義務說

안전배려의무는 계약상 계약당사자가 원칙적으로 자유·평등한 계약당사자를 지배하는 신의칙상의 의무로서 고용계약상의 부수적 주의의무, 보호의무에 근거하는 것이라고 파악하는 견해이다.³⁹⁾ 이 설에 의하면 계약관계에 의하여 상호 접촉하는 특별한 관계에 들어선 경우에 당사자는 상대방의 생명·신체·건강 내지 재산 등의 법익이 그 계약관계에 기한 위험에 의하여 침해되지 않도록 배려하여야 하는 안전배려의무를 부담하게 된다는 것이다.

(2) 獨立的 義務說

보호의무설이 채무자가 본래의 급부의무를 실현하는 과정에서 상대방의 생명이나 신체, 재산에의 침해를 회피해야 할 의무임에 대하여 안전배려의무는 채권자가 채무자의 생명, 신체의 안전을 적극적으로 배려해야 할 의무라고 한다. 대체로 안전배려의무는 주로 계속적 채권관계에서 문제되고 그 의무의 근거는 신의성실의 원칙에 있다고 본다. 생명이나 건강 등의 안전배려 자체를 계약목적으로 하는 의료행위의 경우에는 급부의무이나, 음악회나 미술전을 개최하는 자가 관객의 안전을 배려할 의무를 급부의무의 내용으로 하지 않으면서 계약내용의 실현중에 부수적으로 실현하여야 할 경우에는 부수적 주의의무라고 한다.⁴⁰⁾

(3) 安全配慮義務 2分說

안전배려의무를 급부의무로서의 성격을 갖는 안전확보의무와, 부수의무 내지 보호의무로서의 성격을 갖는 안전배려의무로 2분하여 파악하는 견해이다.⁴¹⁾ 즉, 안전확보의무에서는 계약적 접촉에 의한 사고발생의 위험성이 현저하게 높은 것에 주목하여 상대방의 안전확보 그 자체를 의무내용으로 하여 만전의 사고방지장치를 강구하여야 할 결과채무에 속하는 절대적 안전배려의무이지만, 보호의무로서의 안전배려의무는 채무자가 상당한 위험방지조치를 하여야 할 선관주의의무인 수단채무를 부담하여야 할 통상의 안전배려의무라고 한다. 전자에 속하는 것으로는 고용계약, 운송계약 그리고 결합상품에 의한 사고관계가 있고, 후자에 속하는 것으로는 의료계약, 학생들의 재학

39) 郭潤直, 前掲書, 296面, 金曾漢, 「債權各論」, 博英社, 1988, 301面, 李銀榮, 前掲書, 424面; 崔相鎬, 「安全配慮義務에 관한 研究」, 「한터李喆源教授華甲紀念論文集」, 1993, 114面.

40) 金亨培, 前掲書, 254-255面

41) 柳在南, 前掲論文, 353-354面.

계약, 임대차계약 등이 있다.

2) 檢討

채권이란 채권자가 채무자에 대하여 일정한 행위(급부)를 청구할 수 있는 권리를 말한다. 이러한 채권에 상응하여 채무자가 채권자에 대하여 부담하는 의무를 채무라고 한다. 이러한 채무에는 급부의무(Leistungspflicht)와 부수의무(Nebenpflicht)와 보호의무(Schutzpflicht)가 있다.⁴²⁾

급부의무는 주된 급부의무(Hauptleistungspflicht)와 부수적(종된) 급부의무(Nebenleistungspflicht)로 나눌 수 있다. 계약의 목적인 물건의 소유권이나 점유권 등을 이전해야 하는 것이 주된 급부의무이고, 거기에 관련된 보증서나 설명서 등을 인도해야 할 의무가 부수적 급부의무이다. 주된 급부의무의 위반에 대하여는 이행청구권, 손해배상청구권, 계약해제권 등이 발생하며 쌍무계약에서 대가적 건련관계에 설 수 있는 효과가 생긴다. 그러나 부수적 급부의무의 위반에 대하여는 원칙적으로 계약해제권이 인정되지 않고⁴³⁾, 쌍무계약에 있어서 대가적 건련관계에 서지 않는다는 점에서 차이가 있다. 주된 급부의무는 계약유형적(契約類型的)인 의무인 점에서 부수적 급부의무와 다르다. 예를 들면, 매수인의 대금지급의무나 임차인의 차임지급의무 등이 주된 급부의무이다. 이들의 의무가 존재하지 않는다면 매매계약이나 임대차계약은 중여계약이나 사용대차계약으로 인정된다. 이처럼 주된 급부의무는 계약유형의 특징을 표현하고 있고 이것이 존재하지 않은 경우에는 당해계약은 다른 계약유형에 속하게 된다. 급부의무의 내용은 법률행위(계약)에 의한 경우에는 계약자체에 의하여 파악하고 계약내용이 불확실한 경우에는 사실인 관습, 임의법규, 조리 등에 의해서 보충된다. 또한 법률의 규정에 의한 경우에는 법률의 규정에 의해 정해지는데 이 때의 급부의무를 1차적 급부의무라고 하고, 1차적 급부의무(primäre leistungspflicht)에 장애가 있어 지연배상이나 전보배상을 하게 되는 데 이를 2차적 급부의무(sekundäre leistungspflicht)라고 한다.

부수의무(Nebenpflicht)는 급부의무인 주된 채무의 내용을 실현하기 위하여 적절한 배려와 주의를 베풀어야 하는 의무로서, 급부의무의 발생, 이행, 소멸의 과정을 통하여 급부에 실현되는 계약이익의 유지나 보호를 목적으로 하는 것이다. 그리고 이는 급부의무의 성질에 따라서 결정되며 신의칙을 그 근거로 한다. 그러므로 채권관계가 계속적인 성질의 것이거나 인적 신뢰가 중요한 요소로 작용하는 경우에는 부수의무가 더

42) 柳在南, 前掲論文, 197面 以下 參照

43) 金亨培, 前掲書, 57-58面.

속 요청된다고 한다. 그리고 이 부수의무가 급부의무로 상승되어 이행의 소(강제이행)를 제기하는 것이 가능하게 된 것이 바로 부수적 급부의무이다 따라서 부수의무에는 이행청구권이 인정되지 않는다.

보호의무(Schutzpflcht)는 부수의무가 급부이익(Leistungsinteresse)의 보호를 위한 채무자의 의무로서 급부의무에 부수하는 의무임에 대하여, 보호의무는 급부의무와 함께 채권관계의 당사자 상호간의 이른바 현상이익(Erhaltungsinteresse) 내지 완전성이익(Integritätsinteresse)을 보호하기 위하여 요청되는 의무이다. 즉 채권자나 채무자가 서로 상대방의 생명·신체·재산적 이익 등을 침해하지 않도록 하는 의무이다. 그리고 보호의무는 채권관계의 존재를 전제로 하는 것이 아니라, 양당사자간의 특수한 「사회적 접촉」(sozialer Kontakt)에 의하여 발생하는 것이기 때문에 부수적 의무가 아니고, 그 근거를 신의칙(민법 제2조 1항)에서 구한다. 급부의무를 위반한 경우에는 순수하게 채무불이행책임으로 취급할 수 있지만, 보호를 위반한 경우에는 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합하고, 어떠한 법규의 적용도 가능하며, 양책임을 이익형량하여 법적 효과를 도출할 수 있다는 점이다.⁴⁴⁾

보호의무를 채무의 이행과정과 관련하여 ①단계: 주된 급부 결과를 합의를 기초로 실현해야 하는 주된 급부의무로서의 보호의무(경비계약, 유아보호계약), ②단계: 급부 결과는 완전성이익보호자체를 대상으로 하지는 않으면서도 계약목적에 적합하게 이용하기 위해서는 완전성 이익의 보호가 필요한 부수적 급부의무로서의 보호의무(운송계약, 진료계약, 숙박계약, 재학계약, 운동시설이용계약), ③단계: 완전성이익보호가 계약목적달성을 위한 필요조건으로 되지 않으면서도 급부 결과를 실현할 목적으로 행해지는 거래적 접촉에 있어서 발생할 수 있는 완전성이익의 침해로부터 상대방의 보호를 도모해야 하는 보호의무(안전배려의무에 해당하는 보호의무), ④단계: 특별한 사실적 접촉에서 생기는 완전성이익에 대한 침해에 대한 보호의무(계약체결상의 과실책임)의 4가지로 나누어 3단계까지의 보호의무는 계약이행과의 관련성이 있기 때문에 계약책임이 적용되고, 4단계의 보호의무는 계약과의 접점을 빠뜨렸기 때문에 본질적으로는 불법행위책임의 문제로 처리해야 한다는 견해가 있다.⁴⁵⁾

안전배려의무는 본래 노동계약관계에서 발전한 것이지만 사고발생의 위험을 제거하고 방지해야 할 의무라는 점에서는 반드시 노동계약과 그에 유사한 법률관계에 한정

44) 前田達明, “債務不履行責任の構造”, 判例タイムズ 第607號, 昭和61(1986), 3頁

45) 潮見佳男, “契約責任の構造と展開”, 民商法雜誌 第102卷 4號, 有斐閣, 平成3(1991), 148-150頁, 奥田昌道, “安全配慮義務”, 「損害賠償法の課題と展望(石田喜久夫・西原道雄・高木多喜男先生還暦記念論文集(中))」, 日本評論社, 平成2(1990), 27頁.

할 필요는 없으며 사회적 접촉관계에 들어간 상대방의 생명, 신체의 안전을 보호해야 한다는 점에서 다른 계약관계에도 안전배려의무의 법리를 일반화하여 적용하는 것이 가능하다고 본다. 다만 노동계약과 같이 안전성확보가 특히 필요하여 부수적 급부의무로 인정되는 안전배려의무(이하에서는 안전확보의무라고 함)와, 기타의 사회적 접촉관계에서 부수의무 내지 보호의무로 인정되는 안전배려의무(이하에서는 기타의 안전배려의무라고 함)를 나누어 그 효과를 달리하는 2분설의 견해가 더 설득력이 있다고 본다.⁴⁶⁾ 즉, 이분설에서는 기타의 안전배려의무에서는 손해배상청구권만 인정되지만, 안전확보의무에서는 사후적 구제로서의 손해배상청구권과 아울러 사전적 구제로서 급부거절권 및 이행청구권을 인정할 수 있게 된다. 이와 같은 2분설에 대하여 계약을 유형에 따라 노동계약의 영역인지에 따라 급부의무인가 보호의무인가를 파악한다고 비판하면서, 오히려 계약의 내용에 따라 안전배려의무가 본래의 계약상의 합의사항인지에 따라 파악해야 한다는 지적⁴⁷⁾도 있다. 그러나 노동계약은 안전확보의무가 인정되는 대표적 유형이지 노동계약이나 아니냐에 따라 안전배려의무의 유형을 나누는 것은 아니라고 본다. 따라서 급부의무의 내용에 따라서 계약의 내용으로 포함시킬 수 있는지에 따라 판단하여 안전확보의무인지 기타의 안전배려의무인지를 파악하여야 할 것이다. 이는 부수의무나 보호의무에 기인하는 안전배려의무 전체에 대하여 노무급부거절이나 이행청구권을 부정하는 다수적 견해에 대비하여, 특히 안전확보의무의 경우에 한정하여 노무급부거절권과 이행청구권을 인정하는 실익이 있다고 본다.

2 責任體系的 地位

1) 債務不履行責任說

채무의 내용에 계약의 주된 내용인 급부의무 외에 부수의무 내지 보호의무가 포함된다고 보는 다수설의 입장에서는 안전배려의무위반을 채무불이행책임으로 파악한

46) 고용계약 이외에도 보호의무는 인정되지만, 고용은 계속적인 노무의 제공을 본질로 하므로 노무자는 필연적으로 신체적·정신적인 위험에 노출된다는 점이 다른 계약에서는 찾아볼 수 없는 점이라 할 수 있다는 점, 노무자는 사용자의 계속적인 지휘·감독을 받으므로 노무자는 사용자에게 대하여 종속관계에 놓이게 되므로 노동자의 인격권이 침해될 가능성이 높은 만큼 고용계약에서는 사용자의 보호의무가 성립하게 되는 더욱 강화된다는 점을 근거로 고용계약에서는 고용계약 내지는 노무의 본질상 보호의무가 계약상의 의무를 지고 채무불이행책임을 져야 한다고 보는 견해도 이분설과 패를 같이하는 태도로 보인다(南孝淳, “民法655조 注解”, 「(郭潤直 編輯代表) 注解民法(債權8)」, 博英社, 2000, 351面).

47) 羅鉉台, 前掲論文, 128面.

다.⁴⁸⁾ 즉 채권관계에서 채무라 함은 주된 의무인 급부의무 외에 그 이행을 위해 요구되는 부수의무와 보호의무를 포함하는 것으로 보아, 이와 같은 부수의무 내지 보호의무에 근거하는 안전배려의무위반은 채무불이행책임을 추궁할 수 있다고 한다.

2) 不法行爲責任說

계약관계가 존재하지 않는 타인에게 안전배려의무를 위반하는 손해를 입힌 경우에 업무상 주의의무인 직업상 주의의무위반으로 인정하여 불법행위책임을 인정하는 것이 타당하다고 한다.⁴⁹⁾ 즉, 계약체결에 의해 추구되는 이익과 관계없는 일반적인 완전성 이익에 대한 침해는 의무의 개념으로 인위적으로 확장할 필요는 없다고 하여 보호의무를 채무의 개념에서 제외하므로 보호의무위반은 불법행위에 의하여 규율하게 된다. 일본의 경우에는 불법행위책임을 성립하기 위해서 권리침해가 있어야 하므로 산업재해를 당한 근로자들에게 요건의 성립이 보다 용이한 채무불이행책임을 추궁하는 수단으로 안전배려의무가 소송상 의의를 가지고 있지만, 우리나라에서는 불법행위의 경우에 권리의 침해가 아니라 객관적 위법성을 요건으로 하므로 안전배려의무의 위반에 해당하는 사례에서도 불법행위적 구성을 취하면 족하므로 일본의 경우처럼 굳이 채무불이행책임을 구성할 실익이 없다고 보아, 안전배려의무는 채무불이행책임을 추궁하기 위한 도구개념이 아니라 산업안전에 관한 노사당사자의 다양한 권리의무로 구체화되어야 한다고 보는 견해이다.⁵⁰⁾

3) 判例

우리 판례는 안전배려의무 내지 보호의무의 위반과 관련하여 대부분 민법 제750에 의한 불법행위책임을 적용하였으나, 1994년 숙박업자의 안전배려의무를 채무불이행책임을 인정한 이래 채무불이행책임으로 인정하는 경우가 주류를 차지하고 있다. 불법행위책임을 인정한 경우로는, “근로자로 하여금 인체에 유해한 강렬한 소음이 발생하는 착암기 등을 사용하여 밀폐된 굴진막장에서 작업하게 하는 사업주로서는 근로자의 생

48) 郭潤直, 「債權總論」, 博英社, 1994, 165面, 金亨培, 前掲書, 254面, 南孝淳, 前掲書, 351面, 柳在南, 前掲論文, 352面; 羅鉉台, 前掲論文, 129面

49) 李銀榮, 前掲書, 424面; 崔興燮, “契約以前段階에서의 責任과 民法 제535조의 意味”, 「韓國民事法の 現代의 意味(然藍裴慶淑教授華甲紀念論文集)」, 然藍裴慶淑教授華甲紀念論文集編纂委員會, 1991, 555面, 金裕盛, “使用者의 安全配慮義務(下) - 새로운 職業病을 中心으로-”, 司法行政第33卷 6號(1992. 6.), 韓國司法行政學會, 64面.

50) 李銀榮, “産業災害와 安全義務”, 人權과 正義 第181號(1991. 9.), 20面.

명 및 건강 등을 업무상 질병 등 산업재해의 위험으로부터 안전하게 보호하도록 배려해야할 주의의무를 부담한다고 할 것인 바, 산업재해예방을 위하여 필요한 주의의무를 다하지 못한 피고회사로서는 근로자인 원고가 위 질환에 대하여 근로기준법이나 산업재해보상보험법 등에 의해 보상을 받을 수 있음은 별론으로 하고 사업주로서의 불법행위책임을 면할 수 없다.” 고 판시한 예가 있다. 51)

그 후 숙박계약에 관하여 대법원은 1994년 판결⁵²⁾을 통해 숙박업자에게 투숙객의 안전을 배려해야할 보호의무를 위반하였다고 하여 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 인정하였다. 즉, “공중접객업인 숙박을 경영하는 자가 투숙객과 체결하는 숙박계약은 숙박업자가 고객에게 숙박을 할 수 있는 객실을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용할 수 있도록 하고 고객으로부터 그 대가를 받는 일종의 일시사용을 위한 임대차계약⁵³⁾으로서, 여관의 객실 및 관련시설, 공간은 오로지 숙박업자의 지배하에 놓여 있는 것이므로 숙박업자는 통상의 임대차와 같이 단순히 여관의 객실 및 관련시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에 한 걸음 더 나아가, 고객에게 위험이 없는 안전하고 편안한 객실 및 관련시설을 제공함으로써 고객의 안전을 배려해야 할 보호의무를 부담하며, 이러한 의무는 숙박계약의 특수성을 고려하여 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 숙박업자가 이를 위반하여 고객의 생명·신체를 침해하여 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다.” 라고 판시하고 있다. 이 판결에서는 여관에 투숙한 고객이 여관이 화재로 인하여 사망한 사건으로 불법행위법상으로는 여관주인에게 중과실이 없는 한 실화책임이 인정되지 않으나, 안전배려의무위반을 이유로 한 채무불이행책임을 인정함으로써 피해자 보호를 도모하고 있다. 이러한 대법원의 태도는 안전배려의무 위반의 경우에 채무불이행책임을 인정함으로써 피해자를 합리적으로 구제할 수 있음을 인정한 것으로서 주목할 가치가 있는 판결이라고 하겠다.

또 “여행업자는 상대방인 여행자에 대하여 기획여행계약상의 부수의무로서, 여행목적지, 여행일정, 여행서비스기관의 선택 등에 관하여 미리 충분한 조사·검토하여 전문업자로서 합리적인 판단을 하고, 또한 계약 내용의 실시에 관하여 조우(遭遇)할지

51) 大判 1989. 8. 8, 88다카33190.

52) 大判 1994. 1. 28, 93다43590.

53) 그러나 통상의 임대차계약과 관련하여서는 임대인의 임차인에 대한 의무는 특별한 사정이 없는 한 단순히 임차인에게 임대목적물을 제공하고 임차인으로 하여금 이를 사용·수익하게 함에 그치는 것이고, 더 나아가 임차인의 안전을 배려하여 주거나 도난을 방지하는 등의 보호의무까지 부담한다고 볼 수 없다고 판시하고 있다(大判 1999. 7. 9, 99다10004.)

모르는 위험을 미리 제거할 수단을 강구하거나 또는 여행자에게 그 뜻을 고지하여 여행자가 스스로 그 위험을 수용할지 여부에 관하여 선택의 기회를 주는 등의 합리적 조치를 취할 신의칙상의 주의의무를 진다고 할 것이고, 한편, 여행업자가 사용한 여행약관에서 그 여행업자의 여행자의 책임의 내용 및 범위 등에 관하여 규정하고 있다면 이는 앞서 본 안전배려의무를 구체적으로 명시한 것으로 보아야 한다고 할 것이다.” 라고 판시하여⁵⁴⁾ 여행계약에서의 안전배려의무를 인정하고 있다.

더 나아가 계약관계는 없으나 실질적인 사용관계가 있는 경우에도 안전배려의무를 인정한 판례도 등장하고 있다. 즉, “건축공사의 일부분을 하도급 받은 자가 구체적인 지휘·감독권을 유보한 채 재료와 설비는 자신이 공급하면서 시공부분만을 시공기술자에게 재하도급하는 경우와 같은 노무도급의 경우에, 그 도급인과 수급인의 관계는 실질적으로 사용자와 피용자의 관계와 다를 바 없으므로, 그 도급인은 수급인이 노무를 제공하는 과정에서 생명, 신체, 건강을 해치는 일이 없도록 환경을 정비하고 필요한 조치를 강구할 보호의무를 부담하며, ... 만일 실질적인 사용관계에 있는 노무 도급인이 고의 또는 과실로 이와 같이 보호의무를 위반함으로써 그 노무수급인의 생명, 신체, 건강을 침해하여 손해를 입한 경우에 노무도급인은 노무도급계약상의 채무불이행책임과 경합하여 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담한다.” 라고 판시하고 있다.⁵⁵⁾ 이 판결에서는 안전배려의무위반으로 인한 채무불이행책임을 부담하는 것이 원칙이지만, 산업안전보건법이 적용되는 경우에는 이러한 법령에 따른 안전조치의무를 위반함으로써 불법행위책임도 함께 성립함으로써 두 책임이 병존하며, 그 중 하나를 선택하여 청구할 수 있음을 판시하고 있다고 하겠다.⁵⁶⁾ 이러한 명백한 계약관계가 없는 경우에도 실질적 사용관계가 있는 경우에 안전배려의무를 인정하는 대법원의 태도는 건설기계 조종사를 지휘·감독할 사용자의 지위에 있는 사업신고대표자에게도 안전배려의무를 인정함으로써 계속 유지되고 있다.⁵⁷⁾

4) 檢討

완전성이익에 대한 보호의무는 이행과정과 관련하여 급부의무일 때도 있고 계약상의 부수의무일 때도 있으며, 계약과는 상관없는 사실상의 접촉에서 발생하는 경우도

54) 大判 1998. 11. 24, 98다25061

55) 大判 1997. 4. 25, 96다53086.

56) 尹 瓊, “建設機械管理法上 事業申告者は 連명신고자가 雇傭한 조종사에 대하여 安全配慮義務가 있는지 여부”, 大法院判例解説 第42號(2002. 下)(2003. 7.), 法院行政處, 462面

57) 大判 2002. 11. 26, 2000다7301.

있다. 따라서 보호의무위반을 일률적으로 파악할 것이 아니라 계약관계나 이에 준하는 관계를 전제로 한 부수적 급부의무로부터 발생하는 안전배려의무는 채무불이행책임으로 보아야 할 것이지만, 보호의무로부터 발생하는 안전배려의무는 채무불이행책임과 불법행위책임의 중간책임으로서 채무불이행책임에 관한 규정을 유추적용해야 할 것이다. 부수적 급부의무위반으로 인한 안전배려의무는 채무불이행책임의 유형중에서는 불완전이행에 해당된다고 볼 수 있다.

안전배려의무위반에 대하여 채무불이행책임을 인정하는 것이 불법행위책임을 추궁하는 것을 배제하는 것은 아니고, 오히려 두개의 처리방법을 병존시키는 것으로서 피해자구제에 유리하다고 본다. 따라서 안전배려의무의 적용이 인정되는 경우에도 불법행위의 요건을 충족하는 경우에는 이를 근거로 하는 손해배상청구권의 경합청구가 인정된다고 보아야 할 것이다. 따라서 유족의 위자료 청구권과 같이 불법행위책임을 추궁하는 것이 피해자에게 유리한 경우에는 그 불법행위책임을 먼저 물을 수 있다고 볼 것이다. 또한 안전배려의무의 적용이 부정된 경우에도 사용자의 불법행위법상의 손해배상책임의 요건을 구비하면 그 책임을 추궁할 수 있다고 할 것이다. 피해자는 동일한 사실관계에 기한 책임원인을 안전배려의무 위반에 의한 채무불이행이행과 불법행위법에 기한 주의의무위반으로 구성하여 양자를 예비적 혹은 선택적 병합으로서 소구(訴求)할 수 있는 것이다.

3. 損害賠償의 請求要件

안전배려의무를 인정하게 되면 불법행위책임으로 구성하든 채무불이행책임으로 구성하든, 채무불이행책임 중에서도 부수적 급부의무로 구성하든 부수의무 내지 보호의무로 구성하든 손해배상청구권은 인정함에는 이론이 없다. 손해배상청구권이 발생하기 위해서는 ①계약 내지 계약유사의 법률관계의 존재, ②안전배려의무의 위반, ③귀책사유, ④위법성, ⑤손해의 발생, ⑥인과관계의 존재 등의 요건이 갖추어야 한다. 이러한 안전배려의무의 손해배상청구권과 관련하여 청구권경합, 이행보조자, 위자료청구권, 입증책임, 소멸시효의 문제 등 다양한 논의가 제기되지만, 여기에서는 채무불이행 책임설에 의할 때 유리한 점으로 지적되는 입증책임의 문제와 소멸시효의 문제점만을 살펴보기로 한다.

1) 立證責任

입증책임이라고 함은 소송상 어떤 사실의 존부가 확정되지 않아 진위불명(眞僞不明)(non liquet)인 경우에 당해 사실이 존재하지 않는 것으로 취급하여 법률판단을 함으로써 패소 판결을 받게 되는 위험 내지는 불이익을 말한다. 입증책임은 요건사실의 입증이 곤란한 경우에 누가 그 불이익을 부담할 것인가를 떠나서는 실질적인 의미를 잃게 되기 때문에 이를 정하는 것을 입증책임의 분배라고 한다. 그런데 입증책임의 분배에 관하여 명문의 규정이 없기 때문에 학설에 의해 정하게 되는데 규범설중 법률요건분류설에 의해 판단하는 것이 판례 및 다수적인 견해이다. 즉, 권리의 발생사실은 이를 주장하는 자가 입증해야 하고, 권리의 장애·저지·멸각사실은 상대방이 입증하여야 한다는 것이다. 그러나 일정한 경우에는 입증책임을 완화하거나 전환함으로써 법률요건 분류설의 한계를 극복하려는 다양한 시도가 전개되고 있다⁵⁸⁾

안전배려의무위반으로 인한 손해배상책임을 추궁하기 위한 요건의 입증책임은 누가 부담하는가의 문제는 안전배려의무를 인정하는 핵심적인 취지중의 하나이다. 이에 관하여 독일에서는 안전배려의무에 관하여 독일민법 제618조의 규정의 사회적 보호법규로서의 성격을 감안하여 노무자의 입증책임을 감경(減輕)하는 방향으로 해석하고 있다. 즉, 노무자는 사용자나 그의 이행 보조자가 유책하게 안전배려의무를 위반했다는 것, 안전배려의무위반과 손해의 발생 사이에 인과관계의 존재를 입증해야 한다는 것을 전제하면서도, 노무자는 사물의 자연적 경과에 의하여 실제로 발생한 손해를 야기하기에 상당한 질서의 위반의 상태가 사고 이전에 존재하였다는 것만 입증하면 족하고, 구체적 사건에서의 실제로 발생한 손해가 당해 질서위반으로부터 발생했음을 입증할 필요는 없다고 한다.⁵⁹⁾ 따라서 사용자는 자기 또는 이행보조자가 귀책사유가 없다는 것과, 질서위반의 상태가 손해의 원인이 아니라는 것을 입증하여야 한다.

노무자가 채무불이행사실과 그 전제로서 채무의 내용에 대한 입증책임을 부담한다는 것에 대하여는 일치되나, 노무자의 입증책임의 정도 및 범위와 관련하여 견해가 대립한다. 첫째는, 안전배려의무란 당해 구체적 상황 아래에서 내용을 달리하는 것이므로 채권자인 노무자는 구체적인 안전배려의무의 존재와 그 불이행에 관한 입증책임을 지고, 사용자는 항변으로서 귀책사유의 부존재에 대한 입증책임을 부담한다는 구체적 입증설의 입장이다.⁶⁰⁾ 둘째, 이분설에 입각하여 안전확보의무에서는 사고발생의 위험성이 현저히 높기 때문에 노무자는 추상적인 안전확보의무의 존재 및 손해의 발생만

58) 李時潤, 「新民事訴訟法」, 博英社, 2004, 446面

59) Hans-Joachim Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozess, Berlin, 1975, S.184ff.

60) 李尙遠, “産業災害訴訟에 있어서의 法理構成에 관한 몇가지 問題 -企業責任論, 作爲義務 그리고 安全配慮義務-”, 法曹 第38卷 12號(通卷399號)(1989. 12.), 法曹協會, 14面.

을 입증하면 되지만, 기타의 안전배려의무의 위반시에는 구체적인 안전배려의무의 존재와 그 위반사실을 입증하여야 한다고 보는 견해도 있다.⁶¹⁾ 셋째, 이분설에 대하여 입증책임의 분배를 사고발생의 위험성이라는 기준에서 파악하는 것은 적당하지 않고, 증명의 곤란이라는 측면에서 파악해야 한다고 한다. 왜냐하면, 사고발생의 위험이 높은 안전확보의무위반의 경우라도 증명이 곤란하지 않는 경우가 있을 수 있기 때문이라고 한다. 따라서 기술의 진보와 예견불가능한 직업병 등이 증가하고 있는 현실을 감안하여 항공기사고와 같이 입증에 고차의 전문지식을 요하거나 자료조사가 필요한 경우에는 추상적 입증설에 의하고 기타의 경우에는 구체적 입증설에 의해야 한다는 입장이다.⁶²⁾

생각건대, 안전확보의무에서는 채권자인 노무자는 추상적인 안전배려의무의 존재와 그 불이행 및 손해의 발생을 입증하는 것으로 충분하지만, 기타의 안전배려의무의 경우에는 구체적인 안전배려의무의 존재 및 그 불이행 및 손해의 발생을 입증하는 것이 필요하다는 이분설의 태도가 타당하다고 본다. 사고발생의 위험이 아니라 입증의 곤란성을 기준으로 입증책임을 분배해야 한다는 비판도 있으나, 사고발생의 위험성이 현저하여 인정되는 안전확보의무의 영역과 기타의 안전배려의무의 영역은 안전배려의무의 개념과 취지를 달리 파악하고 있고, 그러한 의무의 존재에 관한 사실확정이 되지 않아 전위불명인 경우에 패소판결의 위험을 누가 부담하는가의 문제가 입증책임의 문제로 사고발생의 위험성을 기준으로 파악하는 것이 타당하다고 본다.

2) 消滅時效

(1) 消滅時效期間

안전배려의무를 채무불이행책임으로 구성하는 실익은 입증책임의 경감 등에 있어서의 잇점도 강조되지만, 소멸시효기간이 불법행위책임에 비하여 길다는 점에 있다. 즉, 채무불이행책임의 소멸시효기간이 10년인 것이 비하여, 불법행위책임의 소멸시효기간은 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년, 불법행위를 한 날로부터 10년의 소멸시효에 걸리기 때문이다. 그러나 안전배려의무는 법적 결합관계가 없는 불법행위에서와는 달리 계약 또는 이에 유사한 법률관계로부터 발생한다고 본다면 가해자를 알 수 없는 경우는 거의 없기 때문에 반드시 유리하다고 만은 볼 수 없다.

61) 柳在南, 前掲論文, 358面.

62) 羅鉉台, 前掲論文, 141面.

이에 관하여 피해자를 더 보호하기 위해서 채무불이행책임에 관한 소멸시효규정을 적용하자는 견해⁶³⁾과, 안전배려의무는 법률관계의 부수의무로 보는 이상 시효는 일반 채무와 같이 10년의 소멸시효에 걸린다는 견해⁶⁴⁾, 피해자보호의 측면과 사고의 사전 예방적 측면을 고려하여 채무불이행책임으로 구성하여 채권의 소멸시효규정인 민법 제162조 1항의 규정을 적용해야 한다는 견해⁶⁵⁾ 등, 근거는 조금씩 다르지만 채무불이행 책임에 의한 10년의 소멸시효규정을 적용해야 한다는 것이 다수적인 태도이다.

생각건대, 안전확보의무의 경우에는 급부의무가 손해배상채무로 변한 것이므로 일반채권의 소멸시효와 같이 10년의 소멸시효에 해당한다고 보아야 할 것이고, 기타의 안전배려의무의 경우에는 채무불이행책임과 불법행위책임의 중간적 성격을 갖는 것이므로 독자적인 소멸시효규정을 인정하는 것이 바람직하나 명문의 규정이 없으므로 결국 채무불이행책임에 관한 규정을 유추적용할 수밖에 없다. 이렇게 함으로써 신의칙상의 부수의무 내지 보호의무로부터 인정되는 안전배려의무의 영역에 있어서도 피해자보호의 측면과 사고의 사전예방적인 측면이 고려될 수 있을 것이다.

(2) 消滅時效의 起算點

민법상 소멸시효는 권리를 행사할 수 있을 때로부터 진행하는 바(제66조), 안전배려의무위반으로 인한 손해배상청구권의 소멸시효는 언제부터 진행하느냐가 문제가 된다. 일회적 사고의 경우에는 채무불이행시를 기산점으로 하고, 계속적 사고에서는 사상(死傷) 시점을 기준으로 한다는 견해⁶⁶⁾, 계속적 사고에 있어서 최초의 사고발생시를 기준으로 하면 피해자에게 불리하므로 누적된 전체를 하나의 사고로 보아 일회적 사고나 계속적 사고 모두 사고발생시를 기준으로 한다는 견해가 있다.⁶⁷⁾

살피건대, 안전배려의무라는 채무는 보통의 채무와는 달리 그 불이행에 의해 사고가 발생하여야 비로소 그 내용이나 위반여부가 확정되는 특징이 있는 것이므로, 통상적인 채무의 경우처럼 이행청구권과 관련하여 소멸시효의 기산점을 파악할 수는 없고, 사고 발생시로부터 소멸시효의 기산점을 파악하는 것이 타당하다고 본다. 이 경우에 위험의 존재를 확인되어 이행청구권이 구체화된 시점에서 소멸시효의 기산점이 진행

63) 羅鉉台, 前揭論文, 143面.

64) 李尙遠, 前揭論文(日本最高裁判所判例를 통하여 본 安全配慮義務의 法理와 이에 대한 反論), 21面.

65) 柳在南, 前揭論文, 300面.

66) 柳在南, 前揭論文, 311面.

67) 羅鉉台, 前揭論文, 143面.

한다면, 위험을 감수하고 묵묵히 사업주의 위험제거태만을 인내하고 지냈던 노무자에게 오히려 불리하게 취급하는 것이 되어 부당하다고 본다. 또한 계속적 사고의 경우에는 퇴직시라기보다는 전체의 손해발생이 종료된 시점에서 소멸시효가 진행된다고 보아야 할 것이다. 왜냐하면, 누적된 손해를 전체적으로 하나로 보아서 사고발생이 완료된 시점으로 보아야 할 것이기 때문이다. 손해가 발생한 경우에 소멸시효가 진행된다고 본다면 손해가 발생하더라도 현재화(現在化)되어 객관적 인식가능성이 없으면 손해배상청구권의 전제로서 손해의 발생이 없다고 평가하여 소멸시효는 진행하지 않는다. 소멸시효가 진행하기 위해 권리를 행사할 수 있는 때라고 하는 것은 법률적 장애가 없는 것을 의미하고 사실상의 장애가 없는 것은 포함되지 않는다.⁶⁸⁾ 따라서 사실적 장애가 있더라도 시효는 진행할 수 있다고 보아야 한다.

4. 安全配慮義務에 관한 民法改正案

1) 內容과 形成經緯

최근 민법 재산법 분야의 개정에 관한 정부안이 확정되어 국회 법제사법위원회에서 심의중에 있다. 민법개정안은 민법 제3편 2장 8절 고용계약에 관한 절에 “제655조의 2(사용자의 안전배려의무) 사용자는 노무제공에 관하여 노무자의 안전을 배려하여야 한다.” 라는 명문규정을 신설하는 것으로 되어 있다.

처음 이 조문을 신설하고자 한 취지는 독일 민법 제618조 및 네덜란드민법 제1638조 X조를 고려하여 안전배려의무에 관한 기본조문으로 도입하자는 것이었다.⁶⁹⁾ 이와 조항을 두는 것이 계약의무로서 해석상 인정될 수도 있으나 민법에 명문화하는 것에 의미를 두고 있다. 그리하여 제시된 제1차가안은 “제655조의 2(사용자의 안전배려의무) ①사용자는 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 기구를 설치·유치하고(또한 자신의 명령 또는 지시하에 행하여지는)노무를 지휘함에 있어서 (노무급부의 성질상 허용되는 한도에서) 노무자(피용자)를 (생명과 건강에 대한) 위험으로부터 보호하여야 한다(안전보호를 위한 배려를 하여야 한다). ②전항의 사용자의 의무는 사전에 이를 계약으로 배제할 수 없다.” 라고 제시되었다. 제①항은 독일민법 제618조 1항과 거의 유사한 내용으로 되어 있고, 제②항은 독일민법 제619조의 내용처럼 안전배려의무를 강행규정화하는 내용이었다.

68) 郭潤直, 民法總則, 博英社, 1990, 559面, 李英俊, 民法總則, 博英社, 1989, 759面.

69) 民法改正特別分課委員會 第2小委 第13次會議(2000. 1. 14) 會議內容

이와 같은 제1차가안 ①항에 대하여 다른 나라는 우리나라의 근로기준법⁷⁰⁾이나 산업안전보건법⁷¹⁾ 같은 규정에서 상세한 규정을 두고 있지 않기 때문에 민법에 구체적이고 상세한 규정을 두고 있으나, 우리의 경우에는 그렇지 않기 때문에 추상적인 일반규정을 두자는 것으로 바뀌었다. 그리고 제1차가안 제②에 대하여 제①항이 구체적인 내용이 없는 추상적이기 때문에 제2항을 두어 강행규정화하는 것은 이상하자는 지적과, 특약으로 안전배려의무를 배제하는 특약을 체결할 때도 있을 수 있다는 지적에 의하여, 이 조문은 실제적 의미가 큰 조문은 아니며 근로기준법과 민법이 같이 나아간다는 선언적 의미를 갖는 조문이므로 제2항이 없어도 무리는 없다는 다수의견에 의하여 제②항을 삭제하기로 하였다.⁷²⁾ 그리하여 작성된 제2차가안은 “제655조의 2(사용자의 안전배려의무) 사용자는 노무제공에 관하여 노무자의 안전을 배려하여야 한다.”로 결정되었고, 이 안은 정부안으로 확정되어 국회에 제출되어 있다.

2) 檢討

민법에 사용자의 안전배려의무에 관한 규정을 신설하고 있지만 이는 그 동안 형성된 안전배려의무의 법리에 관한 새로운 내용을 담고 있다기 보다는 지극히 일반적이고 추상적인 내용으로 실제적인 의미가 있는 조문이라기 보다는 근로기준법과 민법이 같이 나아간다는 선언적 의미를 갖는 규정이라고 할 수 있다. 그런데 독일민법 제618조 1항을 토대로 한 제1차가안 제①항이 수정된 이유가 근로기준법이나 산업안전보건법상의 규정을 들고 있는데, 독일민법 제618조도 추상적으로 평가되고 있는데 그보다도 더 추상화된 민법개정안이 확정되었다는 점에서 선언적 의미 이상의 실질적 의미를 찾기 어렵다고 보인다. 즉, 독일에서는 초기에는 사용자의 고용계약상의 안전배려의무를 추상적으로 규정한 제618조의 해석이 논의의 중심이었지만 산업안전관련법령이 상세히 정비됨에 따라서 더 이상의 상세한 논의는 지향하고 산업안전법령이 규정하는 사용자의 산업안전의무의 구체적인 내용에 대한 천착으로 논의의 중점이 이동하였다. 그리하여 사용자의 안전배려의무는 포괄적인 산업안전법령의 구체화를 지도하는 입법적인 지침이나 노사관계의 당사자로서 사용자, 근로자, 노동조합의 자율적인 규범을 정립하는 이론적인 근거로 기능하게 되었다.⁷³⁾ 또한 사용자의 안전배려의무를 강

70) 勤勞基準法 제76조(안전과 보건), 제96조(취업규칙의 작성·보관), 제103조(설비와 안전위생).

71) 産業安全保健法 제5조(사업주의 의무), 제23조(안전상의 조치), 제24조(보건상의 조치), 제25조(근로자의 준수사항), 제26조(작업 중지 등)

72) 民法改正特別分課委員會 第2小委 第29次會議(2000. 9. 23.) 會議內容.

73) 金裕盛, 前掲論文, 63面.

행규정화 함으로써 민법규정에 명문화함으로써 의미를 살릴 수 있는 제1차가안 제②항마저도 삭제됨으로써 개정안의 실질적 의미는 상당히 퇴색되었다고 보여진다.

다만, 안전배려의무의 책임체계적 지위와 관련하여 이를 고용계약상의 사용자의 의무로 규정함으로써 그 위반으로 인한 손해에 대하여 채무불이행책임을 추궁할 수 있는 근거로서의 의미는 있다고 본다. 그러나 기존의 대법원 판례에서 안전배려의무에 관하여 채무불이행책임을 인정한 이래 여행계약이나 하도급계약 등에서 안전배려의무 위반으로 인한 채무불이행책임을 인정하고 있는 점에 비추어 새로운 내용은 아니라고 할 것이다.

결국, 민법개정안에서 사용자의 안전배려의무에 관한 내용을 신설하고 있지만 실질적인 내용은 해석론에 일임하고 지극히 추상적인 내용으로 규정함으로써, 명문의 규정이 없는 상태에서의 현재의 학설과 판례를 통해 축적된 논의에 새로운 규준으로서의 역할은 요원한 것 같다. 또한 고용계약상의 사용자의 안전배려의무에 관하여만 규정하고 있으므로, 위임이나 도급계약, 운송계약 의료계약 등의 기타 영역에서의 안전배려의무에 관하여도 기존의 학설과 판례의 논의가 그대로 유효하다고 볼 것이다.

IV. 結 論

안전배려의무는 우리 민법상 명문의 규정은 없지만 어떠한 법률관계에 기하여 사회적 접촉관계에 들어간 당사자간에 있어서 당사자의 일방 또는 쌍방이 상대방의 생명이나 신체의 안전을 확보해야 할 신의칙상 부담하는 포괄적인 의무이다. 안전배려의무는 처음에는 노동계약이나 이에 수반한 산재사고에서 노무자들의 생명이나 신체의 안전을 보호하기 위해 인정되다가, 점차 도급계약에서의 산재사고, 운송계약에서의 사고, 의료계약에서의 의료사고, 학교사고⁷⁴⁾, 자동차사고, 제조물책임과 매매계약⁷⁵⁾, 임대차

74) 학교사고에 관하여 안전배려의무가 인정되기 위해서는 학교 설립자와 학생들 사이에 계약적 관계가 인정되어야 한다. 사립학교에서는 그러한 관계를 인정할 수 있고, 국공립학교에 있어서 어떠한 법률관계를 인정할 수 있는지는 별론으로 하더라도 실질적으로 본다면 학교 설립자와 학생들의 관계는 사립학교와 다르지 않다. 그런데 일본의 하급심 판례에서 나타나는 것을 보면 대부분 불법행위규범에 의해서 해결된다고 한다. 판례에서 보면, 학교교육의 일환으로 행하여지는 수업은 물론이고, 소풍, 여행, 클럽활동, 그리고 자습시간이나 휴식시간 중에도 학생의 신체의 안전을 보호하고 감독할 일반적인 주의의무를 진다고 한다. 학교교육의 장소에서 학교의 감독아래서 교사에게 주의의무가 있다고 하여 학교측의 배상책임을 인정하고 있다고 한다. 이 때 교사가 지는 안전을 보호하고 지휘·감독하는 의무는 이른바 학생들의 안전하게 교육받을 권리에 대응하여 학교측에게 원칙적으로 과하여지는 일반적인 주의의무이다. 그런데 불법행위책임

계약, 숙박계약, 행사주최자의 책임⁷⁶⁾, 국가와 공무원과 같은 특별권력관계에서의 사고 등과 같이 다양한 영역에까지 책임추궁을 위한 전제로서 인정되게 되었다.

이러한 사고에 대하여 외국에서도 초기에는 주로 불법행위책임으로 처리하다가 점차 채무불이행책임으로 처리하고 있는 상황이다. 안전배려의무의 법적 성질에 관하여 안전배려의무가 논의되는 모든 영역에 대하여 동일한 근거로 설명하기보다는, 안전확보의 필요성이 커서 부수적 급부의무가 되는 안전확보의무와, 부수의무 내지 보호의무에 기초한 기타의 안전배려의무로 나누어 보는 것이 타당하다고 본다. 그리하여 전자의 경우에는 그 피해의 구제방법으로서 손해배상청구권 이외에 급부거절권과 이행청구권을 인정할 수 있으나, 후자의 경우에는 손해배상청구권만을 인정되는 것이다. 전자의 경우에 급부거절권이 인정되는 이유는 수인한도를 넘는 위험을 피하고자 급부의무를 거절하는 것은 인격권 내지 신의칙에 비추어 인정될 수 있기 때문이다. 그리고 안전확보의무에서는 그 의무를 이행하지 않아서 생명이나 신체에 위험이 존재하는 경우에 이를 제거해달라는 이행청구권을 인정함으로써 노무자의 생존권과 직결되는 노동현장에서의 사고예방대책을 강구하게 할 수 있다.

아울러, 안전확보의무위반으로 손해가 발생한 경우에는 불완전이행에 따른 채무불이행책임으로 파악하여야 하고, 기타의 안전배려의무의 경우에는 채무불이행책임과 불법행위책임의 중간적 성격을 갖는 것이므로 채무불이행에 관한 책임을 유추적용해야 할 것이다. 이와 같이 안전배려의무를 채무불이행책임을 적용 또는 유추적용함으로써 입증책임에 있어서 채권자인 노무자는 생명이나 건강을 사상하게 한 사고에 대한 귀책사유를 입증할 필요 없이 안전배려의무의 존재 및 그 불이행 사실을 입증하고, 사용자가 귀책사유의 부존재(불가항력)를 입증하여야 한다. 더 나아가 노무자는 안전확보의무에서는 추상적이고 포괄적인 안전확보의무와 그 불이행을 입증하는 것으로 충분하지만, 기타의 안전배려의무의 경우에는 구체적인 안전배려의무의 존재 및 불이행 사실을 입증하여야 할 것이다.

추궁을 위한 이러한 일반적인 주의의무의 내용은 안전배려의무의 경우와 거의 동일하므로 재학관계에서의 안전배려의무는 재학관계에 내재하는 본질적인 의무라고 하는 견해가 있다(李淳東, “安全配慮義務”, 裁判과判例 4輯, 大邱判例研究會, 1995, 175面).

75) 세관장이 공매한 배드멘트 채에 의한 상해사고, 석재절단용 커터에 의한 상해사고, 가스목욕탕의 판매설치업자의 매수인에 대한 위험고지의무 등에 있어서도 매도인은 매수인에 대하여 그 생명, 신체 등을 침해하지 않도록 배려할 의무를 부담한다(李鎭盛, “宿泊業者의 安全配慮義務”, 實務研究資料 1권(1997 3), 大田地方法院, 132面).

76) 모터레이스 참가자가 레이스 도중 넘어진 사고, 골프대회 중 주최자에게 고용된 자가 골프타구에 맞은 경우에도 주최자의 안전배려의무를 인정한다(李鎭盛, 前揭論文, 135面)



❶ 최창렬

안전배려의무(obligations of safety consideration)

신의칙(principle of good faith)

손해배상책임의 성질(character of the responsibility of damages)

불법행위책임(responsibility of a tort)

채무불이행책임(non-performance of liability)

[ABSTRACT]

A Study on System of Safety Obligations

Choi, Chang-Ryeol*

In general, the civil law assumes free formation of representations based on the private autonomy of the main constituents of equal and independent rights. When industrial accidents take place in the progress of industrial society, civil damages may be claimed post factum, but they need to be prevented by demanding employers to guarantee a safe working environment protecting workers' life and physical safety from risks.

Likewise, the obligations of safety consideration are comprehensive ones recognized to remove the dangers of workers' life, bodies and properties arising in a course of employees using the installed equipment or appliances, or providing labor in accordance with instructions. The obligations of safety consideration initially discussed at labor contracts, but gradually entered into social relations such as undertaking contracts, transportation contracts, medical contracts and accommodation contracts and the like, are inclusive ones to for one or mutual parties secure the other party's life or physical safety.

Then these obligations are not statutorily provided, so arguments have been initiated as to what is the basis to accept such obligations. For the basis of the responsibility, the prevailing tendency is that civil law scholars largely understand them as depending on incidental obligations admitted at the principle of good faith in case of special social contact relations, while labor law scholars mainly understand them as fundamental ones based on the survival rights of workers in the Constitution.

* Professor of law School in Dongguk University

However, it will be thought valid not to explain them with the same grounds to all areas such obligations of safety consideration, but to divide them into that based on survival rights in case of high risky areas like labor contracts, and that based on the incidental ones in the principle of good faith in case of general social contact relations.

Relieves to damages in the obligations to secure safety, claims of indemnifications, refusals of labor benefits, and claims of performances can be accepted, but those in the obligations of safety consideration, only claims of indemnifications are considered to be accepted. The reason for refusal rights of labor benefits in the obligations to secure safety is that refusing the obligations of benefits may be admitted based on personality rights. Thus, even refusing labor benefits does not assume the responsibility of non-performance, does nor lose claims of wages. In the obligations to secure safety, accepting performance requests to remove any life or physical risks if any, demands preventive measures of accidents at the labor scene directly linked to workers' survival rights.

And it is discussed to see the character of the responsibility of damages due to the breach of the obligations of safety consideration as the responsibility of a tort, or that of non-performance of liabilities. Regarding this matter, the responsibility of damages due to the breach of the obligations to secure safety should be understood as that of non-performance by the incomplete performance of liabilities, and in case of general obligations of safety consideration, it is between that of non-performance and that of a tort, so that of non-performance of liabilities will have to be analogically applied. Thus in the obligations to secure safety, workers suffice to prove abstract obligations to secure safety, and its non-performance,, but in those of safety consideration, concrete existence and non-performance facts will have to be proved.