



저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:



저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.



비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.



변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 [이용허락규약\(Legal Code\)](#)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

[Disclaimer](#)

박사학위논문

학교안전사고의 민사적 구제에 관한 연구

A Study on the Civil Remedies
for Safety-Related Accident in School

제주대학교 대학원

법 학 과

조 두 환

2014년 8월

학교안전사고의 민사적 구제에 관한 연구

지도교수 김 상 찬

조 두 환

이 논문을 법학 박사학위 논문으로 제출함

2014년 6월

조두환의 법학 박사학위 논문을 인준함

심사위원장 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

위 원 _____

제주대학교 대학원

2014년 8월

A Study on the Civil Remedies for Safety-Related Accident in School

Cho, Doo Hwan

(Supervised by Professor Dr. Kim, Sang Chan)

A thesis submitted in partial fulfillment of the requirement
for the degree of Doctor of Law

2014. 8

Department of Law
GRADUATE SCHOOL
JEJU NATIONAL UNIVERSITY

<국문초록>

학교안전사고는 주로 아동이나 학생들이 교육활동을 하는 과정에서 예측불가능한 상태에서 필연적으로 발생한다. 또한 학교안전사고의 당사자가 대부분 미성년자인 학생이나 교사, 또는 학교법인 등의 관계자이므로 책임소재가 분명하더라도 교사·학생·학부모 간의 윤리적인 관계에 기초하여 교육적 차원에서 접근하다 보니 그 책임추궁이 쉽지 않은 특징을 가지고 있다. 우리나라의 안전사고로 인한 아동 사망률은 OECD국가 중 최고수준에 이르고 있다. 집단따돌림 등 학교폭력도 꾸준히 증가하고 있으며 이로 인한 피해학생의 심리적 고통과 후유증도 심각한 실정이다. 자살이라는 극단적인 생각을 하는 학생도 많은 것으로 나타나고 있어 교사 등 학교 측의 보호·감독의무 내지 안전배려의무가 어느 때보다도 중요시되고 있다.

외국의 경우를 살펴보면, 학교 측의 안전배려의무를 강조하고 있음을 알 수 있다. 독일에서는 민법에 안전배려의무를 명문으로 규정하고 있고, 프랑스나 일본의 경우에도 판례로 안전배려의무의 법리를 확립하고 있다. 피해 구제에 있어서 독일의 경우 교원에게 과실이 없더라도 학교안전사고가 구조적으로 발생한다는 점을 감안하여 특별희생보상의 법리를 도입하여 무과실책임으로 보상하고 있다. 또한 학교재해보상법을 제정하여 유치원생, 초·중·고등학교, 대학교 학생들에게 적용하여 학생사고보험으로 전액 보상하고 있다.

이러한 세계적 추세에 맞추어 우리나라에서도 학교안전사고의 구제를 위하여 학교안전사고보상법과 학교폭력대책법 등 특별법을 제정하여 시행하고 있다. 그러나 학교안전사고보상법은 피해보상에만 치우친 나머지 사고예방에 대해서는 소홀하다. 또한 사회보장적 성격의 법취지와는 달리 실제 급여지급에 있어서는 법정의 요양급여, 장애급여, 간병급여, 유족급여만 지급하고 정신과 치료비나 위자료는 지급하지 않고 있으며, 학교안전사고에 대한 보상이 보상심의회에 자의적인 판단에 의하여 결정될 우려가 있는 등 많은 문제점을 가지고 있다. 학교폭력대책법은 학교안전공제회에서의 선 치료비 지원 등 장점도 가지고 있으나, 피해보상범위는 법률에서 정한 요양급여에 해당하는 직접적인 손해에 한정되고 있으며, 일실수익, 위자료, 간병비, 교통비, 물적 손해, 사망·장해로 인한 손해 등을 포함하지 않는 등 피해구제에

한계가 있다.

이와 같이 학교안전사고에 관한 특별법상의 피해구제에 한계가 있기 때문에, 피해자가 특별법상의 공제급여 결정에 불복하는 경우 결국 민사소송을 제기할 수밖에 없게 된다. 이 경우 학교안전사고가 민법 제750조의 일반불법행위, 제755조의 감독자책임, 제756조의 사용자책임에 해당한다면 가해자인 학교측에 그 책임을 물을 수 있을 것이다. 학교안전사고가 불법행위에도 해당되고 채무불이행에도 해당된다면 청구권경합이론에 의하여 양 책임을 모두 물을 수도 있다. 종래 우리나라의 판례는 학교안전사고에 대해 일반적으로 불법행위이론으로 구성하여 책임을 묻고 있다. 그러나 불법행위의 성립요건에 해당하는 않는 경우에는 계약책임을 물을 수밖에 없게 된다. 이 경우 채무불이행책임으로 구성하려면 계약관계가 존재해야 하고, 이 때 학교재학관계를 계약관계로 볼 수 있는지가 문제된다.

그래서 이 논문에서는 학교안전사고에 대한 민사법적 구제의 범리에 있어서 채무불이행으로 구성할 때, 학교재학관계를 재학계약으로 볼 수 있을 것인지에 대하여 살펴보았다. 특히 재학계약의 범리, 재학계약에서 발생하는 교사의 안전배려의무, 학교의 설립자나 경영자의 안전배려의무 등에 관한 학설과 판례를 살펴보고 안전배려의무 위반을 이유로 계약책임을 물을 수 있는지에 대하여 검토하였다.

학교재학관계에 관하여는 학설이 대립하고 있으며, 우리 판례의 경우 사립학교에 대해서만 사법상의 계약관계로 보고 있고, 국공립학교에 대하여는 아직 명확한 판례가 없지만 국공립학교, 사립학교를 불문하고 학교재학관계는 재학계약으로 보아야 한다. 그리고 재학계약은 교육활동을 주된 채무로 하고 신의칙에 근거한 보호의무 또는 안전배려의무를 부수적 의무로 하는 비전형계약이며, 공법적 성질과 사법적 성질이 혼합된 특수한 신종계약으로 보아야 할 것이다.

모든 학교안전사고에 대하여 불법행위책임으로 구성하여 구제를 받는 것은 쉬운 일이 아니므로, 학교안전사고가 발생하면 모든 사고에 대하여 학교의 설치·경영자가 책임지는 체계가 필요하다. 학교교육은 국가와 지방자치단체, 혹은 이의 위탁을 받은 학교법인이 책임지고 실시해야 하는 국민복지적 차원의 활동이기 때문에 학교안전사고의 발생시 국가 등 학교설립·경영의 주체가 최종적으로 배상책임을 부담하도록 해야 한다. 일본의 경우에도 재학관계를 계약관계로 파악하여 학교는 교육활

동과 관련하여 학생의 생명·신체·건강상의 안정에 대하여 배려할 의무가 있다고 하고, 이러한 안전배려의무를 명문으로 규정하지는 않지만 교육조리에 의해 인정하고 있다. 이러한 맥락에서 해석론으로 학교재학 관계에 대하여 국공립학교나 사립학교를 불문하고 학교측과 학생 간에 재학계약을 체결한 것으로 보아, 학교는 학생들에 대해 안전배려의무를 부담하고, 만약 학교측이 이러한 안전배려의무를 위반하면 채무불이행책임을 진다고 해석해야 한다.

외국의 경우 학교안전사고에 대해서 사고발생의 원인이 국가의 책임임을 인정하고 예방이나 손해배상의 해결을 사회보장적 측면에서 접근하는 경우가 많다. 공교육이 일반화된 현대사회에서 학교안전사고는 산업재해와 유사한 측면이 많아서 학교안전사고를 학교재해라고 보는 시각도 있다. 학교안전사고의 개념을 넓게 인정하고 법정사고보험으로 안전장치를 마련하여 학교설립자나 경영자에게 무과실배상책임을 인정하는 것이 바람직하다. 학교안전사고보상법상의 학교안전공제제도는 이러한 보상체계의 시초단계라고 볼 수 있는 바, 이를 더 확대해 나가야 할 것이다.

학교안전사고는 피해자에 대한 금전적인 보상이나 배상도 중요하지만, 보다 중요한 것은 사전에 안전사고를 예방하는 것이라 할 수 있다. 그러한 점에서 학교안전사고보상법이나 학교폭력대책법 등 특별법에서 학교안전사고의 예방에 노력할 것을 규정하고 있는 바, 이 규정이 의미하는 바는 크다고 생각된다. 특별법상 피해구제나 보상은 더욱 확대해 나가야 하지만, 이와 더불어 학교안전사고의 예방측면에 제도적·재정적 지원을 아끼지 말아야 할 것인데, 이에 관해서는 향후의 과제로 남겨둔다.

주제어 : 학교안전사고, 학교폭력, 채무불이행책임, 재학계약, 안전배려의무

목 차

제1장 서론	1
제1절 연구의 목적	1
제2절 연구 범위와 방법	4
1. 연구 범위	4
2. 선행연구 검토 및 연구방법	6
제2장 학교안전사고의 개념과 현황	8
제1절 학교안전사고의 의의	8
1. 학교안전사고의 개념과 교육적 의미	8
(1) 학교안전사고의 개념	8
(2) 학교안전사고의 교육적 의미	10
2. 학교안전사고의 특징과 유형	12
(1) 학교안전사고의 특징	12
(2) 학교안전사고의 유형	15
(3) 검토	17
3. 사고유형에 따른 안전의무	17
(1) 정규수업 중의 사고	17
(2) 학교행사 중의 사고	22
(3) 동아리활동 중의 사고	23
(4) 휴식시간, 방과후 사고	24
(5) 집단따돌림	26
(6) 검토	28
제2절 학교안전사고 발생실태와 피해보상 현황	29
1. 발생실태	29
(1) 원인별 발생건수	29
(2) 시간대별 발생실태	30

2. 피해보상 현황	31
(1) 연도별 보상건수와 공제급여 지급 추이	31
(2) 급여종류별 지급실태	33
(3) 학교 급별 공제급여 지급액	33
3. 검토	34
제3절 학교폭력사고 발생실태와 피해보상 현황	35
1. 발생실태	35
(1) 피해 유형	35
(2) 발생시간 및 장소	36
(3) 피해의 심각성	38
2. 치료비 등 신청 및 지급현황	40
3. 검토	40
제3장 주요국가의 입법례와 판례의 동향	41
제1절 미국	41
1. 입법례	41
2. 판례의 동향	45
제2절 영국	49
1. 입법례	49
2. 판례의 동향	50
제3절 프랑스	52
1. 입법례	52
2. 판례의 동향	56
제4절 독일	57
1. 입법례	57
2. 판례의 동향	63
제5절 일본	65
1. 입법례	65

2. 판례의 동향	70
제6절 정리 및 시사점	75
제4장 특별법에 의한 구제의 한계	79
제1절 학교안전사고보상법	79
1. 주요 내용	80
(1) 학교안전사고의 예방 및 공제회 운영	81
(2) 공제급여 지급요건	84
2. 공제급여 보상의 한계	90
(1) 피해보상 범위와 대상	90
(2) 과실상계	92
(3) 구상권	95
제2절 학교폭력대책법	99
1. 주요 내용	100
(1) 피해학생의 보호	100
(2) 자치위원회의 분쟁조정	104
2. 피해구제의 한계	106
(1) 피해보상 범위	106
(2) 분쟁조정	108
(3) 피해학생과 가해학생의 관계	113
제3절 소결	115
제5장 민법에 의한 구제법리 재검토	116
제1절 불법행위에 의한 손해배상	120
1. 일반불법행위책임	120
(1) 일반불법행위의 성립요건	120
(2) 학교안전사고에 대한 손해배상책임의 주체	124
(3) 학교측의 보호·감독의무의 범위	128
2. 감독자책임	129

3. 사용자책임	132
제2절 채무불이행에 의한 손해배상	134
제3절 채무불이행책임과 불법행위책임의 비교·검토	138
1. 학교안전사고에의 양 책임의 적용	138
(1) 손해배상청구권의 소멸시효	139
(2) 위자료 청구권	140
(3) 사용자의 면책가능 여부	140
(4) 고의·과실의 증명책임	141
2. 청구권경합의 문제	142
제4절 판례의 동향	145
1. 학교측의 책임을 긍정한 사례	145
2. 학교측의 책임을 부정한 사례	155
3. 검토	162
제5절 민사적 구제법리 재검토	165
1. 재학계약의 법리	165
(1) 특별권력관계에서 계약관계로의 전환	166
(2) 재학계약의 법적 성질	168
(3) 재학계약의 당사자	172
(4) 재학계약의 성립과 종료	174
(5) 재학계약에 근거한 손해배상책임	177
2. 안전배려의무의 법리 확장	178
(1) 안전배려의무의 근거	178
(2) 학교측의 안전배려의무	188
3. 소결	192
제6장 결론	198
참고문헌	204
ABSTRACT	221

제1장 서론

제1절 연구 목적

우리나라 헌법은 교육 받을 권리를 기본권으로 인정하면서 동시에 의무로 규정하고 있다(헌법 제31조). 국민의 일정연령에서는 모두 학교라는 공간에서 교육활동을 수행하게 된다. 따라서 학교가 학생들의 성장발달과정에서 수행하는 역할은 매우 중요하다. 학생들은 하루의 대부분을 학교에서 지내고 있는데, 학생들의 심신 미성숙으로 인하여 항상 사고위험에 노출되어 있다. 특히 인구가 밀집된 수도권이나 주변 신도시 지역에서 학생 수의 증가와 주변 환경이 복잡함으로 안전사고는 꾸준히 증가하고 다양화하는 추세에 있다.

교육활동은 상대적으로 위험성을 수반하게 된다. 체육실기, 실험실습 등과 같은 정규수업이나 운동회 등과 같은 단체활동은 안전사고의 발생빈도를 높이고 있다. 또한 청소년기의 활동성으로 인하여 장난이나 폭행 등 예기치 않은 사고가 발생할 수 있는 잠재성도 가지고 있다. 최근에는 학생들의 자율성과 개성을 강조하는 교육방식과 현장체험학습을 강화하는 방향으로 교육활동을 전개되어 사고발생 가능성이 더욱 높아지고 있다. 학교와 학생이라는 집단적 사회구성원의 특성상 일단 사고가 발생하면 대형화 될 수 있는 특징이 있다. 대표적인 사례가 최근 발생한 진도 세월호 침몰사건, 경주 수련원 사고, 태안 해병대 캠프 사고라고 할 수 있다. 따라서 학교의 설립·경영자 및 교사는 학생의 학교안전사고를 예방하거나 피해를 최소화하기 위한 노력을 기울여야 한다.

학교안전사고는 당사자들에게 많은 정신적·육체적 피해를 준다. 예를 들어 가장 빈번한 학교폭력 등과 같은 학교안전사고의 경우가 대표적이라고 할 것이다. 이에 첫째, 순간의 부주의와 과실 때문에 발생하는 학교안전사고는 사후 법리적 책임 여부를 불문하고 피해 학생에게는 일정기간 학습권의 침해와 치명적인 신체적 피해를 수반하는 경우가 많다. 둘째, 학교안전사고로 인한 피해학생의 보호자는 신체적·정신적 피해에 대한 법적 배상을 요구할 것이다. 그 과정에서 실질적 배상이

미흡한 경우 학교 및 교사와의 갈등과 불신을 초래하기도 한다. 실제 현장에서 학교안전사고로 인한 소송이 증가하고 있다. 셋째, 교사는 소송과 행정적 제재로 인하여 경제적인 부담과 더불어 교육활동의 자유로운 수행에 대한 심적 제약을 가지게 된다. 이러한 현상은 교사에게 도덕적 부담, 경제적 문제와 더불어 신분적 불안감까지 감당하게 하는 종합적인 문제를 발생시키고 있다. 더욱, 심각한 것은 학교안전사고를 두려워한 나머지 가급적 실험·실습이나 야외현장학습, 체육실기, 방과후 특기적성교육의 시행 등을 회피하는 원인이 되기도 한다.

학교안전사고는 미연에 방지하는 가장 합리적이고 최선의 방안이다. 학교안전사고 예방을 위하여 법적, 제도적 장치가 합리적으로 마련되어야 한다. 하지만 현실적으로 사고예방을 위한 완벽한 제도는 존재하지 않으며, 사고발생은 필연적이다. 사고가 발생하면 발생원인과 과정 등을 검토하여 피해자나 가해자에게 최선의 해결방안을 제시하여야 한다. 이것은 차후에 동일한 사고 내지 유사한 사고발생의 예방에도움이 된다. 학교안전사고의 예방 및 보상에 관한 법률의 제정은 학교안전사고의 예방대책과 더불어 사고발생시 적절한 치료와 보상을 위한 법적 근거가 마련되었다는 점에서 의미 있는 것으로 평가된다. 그러나 안전공제제도를 통한 사후 피해보상에 치중하고 있어 안전사고의 예방조치로서 규정은 미흡한 실정이다. 아동·청소년이 국가로부터 인간으로서 누려야 할 가장 기초적인 권리라고 볼 수 있는 생존 및 보호권리가 학습권 등 다른 권리에 우선하여 보장받지 못하고 있다. 다른 선진국에 비해서도 안전 관련 정책이 수행되지 못하고 있다고 할 수 있다. 또한 피해보상의 범위에 한계가 있어 결국은 민사소송으로 해결하는 사례도 있다. 학교안전영역의 과제는 다양하고, 아동·학생의 생명과 안전에 관한 문제를 종합적으로 검토하고 해결해야 할 필요성은 공히 사회적 과제로 대두되고 있다.¹⁾

본 논문은 학교안전사고의 예방도 중요하지만, 사후 구제방안을 중심으로 법적 쟁점을 검토하고자 한다.

첫째, 기존에 미흡하게 다루어졌던 학교안전공제회의 피해보상제도의 개선방안과

1) 백종인, “학교안전사고 구제에 관한 법적 고찰(한국과 일본에서의 제도적 내용을 중심으로)”, 「한국동북아논총」, 제12권 제3호, 한국동북아학회, 2007. 9, 342면; 永井憲一, 「憲法と教育人權」, 日本評論社, 2006, 159面.

학교폭력 피해학생의 신속한 구제방안을 검토한다. 동 법률에서 문제시되는 학교폭력 피해자의 보상제도에 대한 개선방안은 매우 미흡한 상태라고 할 것이다. 학교안전공제회의 보상에는 일정부분 한계가 있어 피해가 소액일 때에는 공제급여수령으로 만족할지 모르지만, 사망하거나 중상해 등 대형사고가 발생할 경우 공제급여결정에 불복하여 결국 민사소송을 제기한다는 것은 자명하다.

둘째, 피해학생이 민사소송을 제기하는 경우를 상정하여 민법에 의한 구제법리의 재해석을 통해 피해자보호를 위한 법적인 문제를 살펴보고자 한다. 손해배상의 주체와 책임범위는 사고의 유형, 사고원인이 학교측의 안전의무위반에 의한 것인지, 당해 학교가 국공립학교 또는 사립학교인지, 사고발생이 교육활동과 연관성 정도에 따라 달라진다. 따라서 손해배상책임의 근거와 법리는 무엇이며, 교사 등 학교측의 보호·감독의무의 범위와 책임 등에 대하여 규명할 필요가 있다.

셋째, 학교안전사고는 일반적으로 불법행위의 법리를 적용하고 있다. 그러나 불법행위로 구성하는 경우 피해자 구제에 미흡한 점이 있으므로 재학관계를 재학계약으로 구성하는 법리를 살펴보고자 한다. 그리고 프랑스, 독일 및 일본에서 논의되고 있는 근로계약상의 안전배려의무의 개념과 발생배경 및 적용실태를 살펴보고자 한다. 안전배려의무에서 주목할 부분은 법적 지위에 관한 것이다. 즉 안전배려의무의 불이행책임이 불법행위책임으로 귀속되는지, 민법 390조에 따른 손해배상을 발생시키는 채무불이행의 영역에 속하는 지가 관건이다. 본 논문에서는 학교와 학생 사이에 재학계약이 존재하는 것을 전제로 학교측은 안전배려의무를 부담하고, 이를 위반하여 학생이 피해를 당한 경우 채무불이행책임으로 구성하여 피해학생 구제에 만전을 기하는 방안을 모색하고자 한다.

본 연구에서는 학교안전사고와 관련된 법리와 판례분석을 통하여 학교측의 법적 책임을 규명하고, 피해학생의 손해를 최대한 배상하기 위한 해결방안을 모색하는데 연구의 목적이 있다. 그리고 학교안전사고에 대한 피해구제에 대한 문제점을 도출하는 틀에서 그치지 않고 문제점을 중심으로 새로운 몇 가지의 해석론을 제시하고자 하였다. 그리고 학교안전사고로 발생할 수 있는 분쟁에 도움이 될 수 있는 정책적인 검토를 포함시켜 본 논문의 목적을 뒷받침하려고 한다.

제2절 연구 범위와 방법

1. 연구 범위

본 연구의 틀은 학교에서 발생한 안전사고의 범위와 당사자의 책임 그리고 사후 구제방안의 관련 법률을 제한적으로 검토하는 것으로 확정한다.

첫째, 학교안전사고의 범위는 초·중등학교에서 일어나는 학생의 안전사고를 주로 고찰한다. 그러나 일부는 유치원이나 대학교에서 발생하는 사고도 포함하고자 한다. 학교 내외에서 교육활동 중에 발생하는 학교폭력은 경우에 따라서 학교안전사고에 포함될 수도 있으므로 연구대상에 포함한다. 그러나 교원의 고의에 의한 학생체벌 사고²⁾나 학생의 교사에 대한 폭행,³⁾ 교직원이나 외부인이 학교에서 사고를 당한 경우는 제외한다.

둘째, 학교안전사고에 있어서 교육활동과 관련하여 교사의 주의의무(보호·감독의 무) 위반이라는 책임문제가 가장 핵심부분이다. 이와 직·간접적으로 관계되는 법리는 연구대상에 포함하였으나, 사고의 발생실태도 미비하고 법리의 쟁점이 적은 공작물이나 영조물 등 학교시설물 설치·관리의 하자로 인한 사고는 연구대상에서 제외하였다.

셋째, 학교안전사고와 관련된 법은 특별법과 일반법으로 나눌 수 있다. 특별법으로는 학교안전사고의 예방과 보상에 관한 법률과 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률이 있다. 일반법으로 국공립학교에 적용되는 국가배상법, 사립학교에 적용되는 민법이 있다. 다만 국가배상법은 민법의 특칙으로서 그 법리는 어디까지나 민법의 손

2) 현행 초·중등교육법은 2011년 3월 18일의 개정을 통하여 간접체벌까지 금지하는 조항을 두고 있다. 즉 초·중등교육법시행령 제31조 제8항은 「학교의 장은 지도를 할 때에는 학칙으로 정하는 바에 따라 훈육·훈계 등의 방법으로 하되, 도구, 신체 등을 이용하여 학생의 신체에 고통을 가하는 방법을 사용해서는 아니 된다」라고 하고 있다. 그런데 본 조항의 해석과 관련하여서는 간접체벌을 허용하는 것으로 보는 견해도 있지만 조문만의 해석상으로는 체벌을 완전히 금지하는 것으로 볼 수 있다. 향후 이 조항의 해석은 전적으로 법원의 판결에 의지할 수밖에 없는 상황이다.

3) 종래에 교사의 학생에 대한 폭행이 문제되었지만, 최근에는 오히려 학생·학부모의 교사에 대한 폭행이 더 이슈화 되고 있다. 교사에게 폭행당한 학생은 2009년 18명, 2010년 28명, 2011년 27명, 2012년 23명으로 줄었고, 2013년 1학기에는 3건으로 집계되었다. 반면, 학생에게 폭행당한 교사는 2010년 45명에서 2011년 59명, 2012년 139명, 2013년 1학기에만 81명으로 조사되어 해마다 증가하고 있다(새누리당 김세연 의원 국정감사자료, 2013. 10. 13).

해배상 관련규정이 적용되고 있으며, 소송실무에 있어서도 민사소송으로 다루고 있다. 판례는 “공무원의 직무상 불법행위로 손해를 받은 국민이 국가 또는 공공단체에 배상을 청구하는 경우, 국가 또는 공공단체에 그의 불법행위를 이유로 손해배상을 구함은 국가배상법이 정한 바에 따른다 하여도 이 역시 민사상의 손해배상책임을 특별법인 국가배상법이 정한데 불과하다”⁴⁾고 하고 있다. 이와 같이 국공립학교는 국가배상법이 적용되고 사립학교는 민법이 적용된다는 차이가 있어 국가배상법의 범리는 연구대상에서 제외하고자 한다.

본 논문은 다음과 같이 구성하고자 한다.

제1장은 연구 목적과 범위 및 방법을 서술하고자 한다.

제2장은 학교안전사고의 의의, 학교안전사고의 발생과 보상현황, 학교폭력의 발생과 보상현황을 고찰하는 등 학교안전사고의 전반에 대해 개괄한다.

제3장은 비교법적 고찰로 미국 등 주요 선진국에서 시행하는 학교안전사고에 대한 대책과 처리에 대한 법제와 학설 및 판례 등을 고찰하고 우리나라에 대한 시사점을 도출하고자 한다.

제4장은 학교안전사고 피해 구제에 관한 특별법인 「학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률」 및 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」에 의한 피해자 구제의 내용, 특히 학교안전공제회의 피해보상과 학교폭력대책자치위원회 분정조정 내용 등을 중심으로 살펴본다.

제5장은 특별법에 의해서도 완전한 피해보상이 불가능한 경우 피해자는 최종적으로 민사소송을 통하여 구제받을 수밖에 없다. 손해배상의 근거로 불법행위책임과 채무불이행책임에 대하여 살펴보고 판례를 통해 학교안전사고의 배상을 소구하는 모습을 살펴보고자 한다. 그리고 민법에 의한 구제 범리를 해석론을 통해 재검토함으로써 피해학생의 피해구제를 원활히 도모할 수 있는 방안을 제시하고자 한다.

제6장은 결론부분으로 논문에서 고찰되어진 중요한 사항들을 요약·정리하고 우리나라의 관련 제도에 대한 시사점을 도출하고자 한다.

4) 대판 1972. 10. 10. 69다701.

2. 선행연구 검토 및 연구 방법

학교안전사고와 관련한 선행 연구자료를 살펴보면, ①교사의 입장에서 교권보호를 중시하고 교사의 주의의무에 대한 법적 책임을 회피하기 위하여 표준화된 매뉴얼을 개발하는데 중점을 두고 접근한 것⁵⁾ ②학교안전사고를 발생유형별로 분류하여 민법 이론과 판례를 소개하여 교원 등 학교측의 책임법리를 제시하는데 중점을 두고 접근한 것⁶⁾ ③학교안전공제회를 중심으로 민사법 측면이 아닌 행정조직법, 행정작용법, 행정구제법 차원에서 개념적으로 접근한 것⁷⁾이 있다. 그리고 학교안전공제회의 보상은 구제제도의 한 방법으로 간략하게 소개하면서 학교안전사고에 대해서 안전배려의무를 중심으로 채무불이행책임의 법리로 구성하려고 시도한 논문도 있다.⁸⁾

이들 연구는 모두 피해구제에 대한 법리적용에 있어 구체적인 방법론이나 피해자 구제를 용이하게 하기 위한 법리접근은 미흡해 보인다. 또한 아쉬운 점은 학교안전공제회가 학교안전사고의 피해보상에 대하여 중대한 역할을 하고 있음에도 불구하고 저평가하거나 이에 대한 관심과 연구가 부족하다는 것이다.

본 논문은 다음과 같은 몇 가지 방법론으로 수행한다.

첫째, 국내외의 문헌조사 방법을 기초로 한다. 국내외 학교안전사고와 관련된 논문과 연구서를 수집하여 학교안전사고의 구체적, 개별적 사례에서 적용되는 피해구제이론을 분석하고자 한다. 통계자료는 학교안전공제회나 교육부, 국회 및 관련 기관, 단체 등의 홈페이지 등 인터넷사이트 자료를 주로 활용한다. 기타 부족한 자료는 담당자를 통해 전화 또는 e-mail 질의 등의 방법으로 구하고자 한다.

둘째, 비교법 연구를 한다. 학교안전사고와 학교폭력을 규제하고 있는 가장 선진적인 국가인 미국, 영국, 프랑스, 독일, 그리고 일본 등의 제도를 검토하는 것을 선행하고자 한다. 비교법 연구는 각국의 독창적인 특징을 가지는 법리를 우리나라 제

5) 오석규, “학교사고의 법적 책임에 관한 연구(판례를 중심으로)”, 홍익대학교대학원 박사학위논문, 2010.
6) 강일원, “학교사고로 인한 민사책임”, 중앙대학교대학원 박사학위논문, 2005; 김도형, “학교사고에 의한 손해배상책임에 관한 연구”, 경성대학교대학원 박사학위논문, 2009; 김진욱, “학생의 안전사고에 대한 학교의 민사책임에 관한 연구”, 원광대학교대학원 박사학위논문, 2012.
7) 서우석, “학교안전사고에 대한 법적 책임과 권리구제에 관한 연구”, 군산대학교대학원 박사학위논문, 2012.
8) 김규홍, “학교의 안전사고에 관한 계약책임(학교의 안전배려의무에 의한 재구성을 중심으로)”, 창원대학교대학원 박사학위논문, 2009.

도와 비교 검토함으로써 합리적이고 타당한 제도를 탐구하고자 하는 것이다. 장래 발생할 문제의 가능성에 대하여 정확한 예측은 어렵지만 그 위험성을 저감하는 방안은 존재한다. 그 위험성을 최소화 할 수 있는 방법 중 하나가 유사한 상황에 있는 다른 국가의 경험을 비교법적으로 고찰하는 것이다. 학교안전사고에 관한 배상 책임 제도를 운영하고 있는 다른 국가의 입법례를 면밀히 분석해 본다면 일정한 시사점을 도출할 수 있을 것이다. 학교안전사고에 대한 손해배상의 범리에 대해 서로 비교·고찰하여 피해구제의 개선방안을 모색하고자 한다.

셋째, 법해석 연구 방법에 기초한다. 관련 규범의 의미와 내용을 명확히 하여 현행 법률이 갖고 있는 한계점을 파악하고 개선점을 모색하고자 한다.

넷째, 정책학적 연구 방법에 입각한다. 외국의 제도에 대한 연구를 통하여 우리나라 학교안전사고의 피해구제에 대한 정책적 시사점을 구하려는 접근을 시도하고자 한다. 특히 학교안전사고와 학교폭력과 관련된 특별법의 입법취지 분석 및 개정방향에 대한 정책적 접근을 시도한다.

마지막으로 법사회학적인 방법을 채용하여 현실을 파악하고 평가하고자 한다. 학교에서 발생한 문제는 학교 내에서 교육적으로 해결해야 한다는 인식과 관행이 있으며, 학교안전사고의 책임을 둘러싼 분쟁이 발생할 경우에는 주로 사건의 정황과 판례에 의존하고 있다. 연역적으로 판례의 추이와 동향을 파악함으로써, 새로운 법리모색이 가능하기 때문에 학교안전사고의 피해자 구제 방안 마련을 위해서 판례를 분석하고자 한다.

제2장 학교안전사고의 개념과 현황

제1절 학교안전사고의 의의

1. 학교안전사고의 개념과 교육적 의미

(1) 학교안전사고의 개념

학생들은 하루 중 활동시간의 대부분을 학교에서 보내고 있고 그 생활 중에 일어나는 여러 가지 유형의 사고를 한마디로 명확하게 정의한다는 것은 결코 쉬운 일이 아니다. 종래 학교안전사고는 ‘학교사고’, ‘학생사고’, ‘학교재해’ 등으로 혼용되어 왔다. 이 중 ‘학교사고’는 학교를 배경으로 한 학생을 피해자로 하는 사고, 학교의 교육현장에서 생긴 학생을 피해자로 하는 사고, 학교의 관리책임하에 발생된 학생을 피해자로 하는 사고, 학생을 배경으로 하여 우연히 생기는 사고 등으로 다의적으로 폭넓게 해석하였다.⁹⁾ ‘학생사고’는 사고의 피해자가 학생인 경우를 한정하여 강조하는 의미로 사용되었으며,¹⁰⁾ ‘학교재해’는 사고를 당한 학생의 보상구제 차원에서 학생의 인권보장을 파악하려는 의도에서 사용되었다.¹¹⁾ 이러한 개념들을 종합적으로 고려해 보면, 대체로 학교안전사고라 함은 ‘학교의 교육현장에서 생긴 학생을 피해자로 하는 사고’, ‘학교 교육의 장 및 그것과 밀접한 관계를 가지는 장면에서 학생에 대하여 생긴 인신피해’, ‘학교의 관리책임하에 발생된 학생을 피해자로 하는 사고’로서 다의적으로 폭넓게 사용해 왔다.¹²⁾

그러다가 2007년 「학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률」이 제정되면서 실정

9) 표시열, 「교육법(이론·정책·판례)」 박영사, 2008, 192면; 織田博子, 「新損害賠償法講座4・学校事故」, 日本評論社, 1997, 321面. 학교사고를 사고의 형태에 따라 학교폭력사고, 학생체벌사고, 학생안전사고의 세 가지 유형으로 분류하는 견해도 있다(오석규, 전개논문, 8면 이하).

10) 伊藤進, 「学校事故の法律問題」, 三省堂, 1983, 1面.

11) 永井憲一, 前掲書, 159面.

12) 김상찬·조두환, “학교안전사고에 따른 손해배상의 법리”, 「법과정책」 제16집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010. 2, 21면; 하운수, 「학교생활과 법」, 세종출판사, 2007, 297면; 심병연, “학교사고와 손해배상”, 「판례연구」, 전주지방변호사회, 1998. 12, 344~345면; 하운수, “학교사고로 인한 손해배상책임”, 「경성법학」 제4호, 경성대학교 법학연구소, 1995. 8, 125면.

법적인 개념이 정립되었다. 동법 제2조에서는 학교안전사고라 함은 “교육활동 중에 발생한 사고로 학생·교직원 또는 교육활동 참여자의 생명 또는 신체에 피해를 주는 모든 사고 및 학교급식 등 학교장의 관리·감독하에 속하는 업무가 직접 원인이 되어 학생·교직원 또는 교육활동참여자에게 발생하는 질병”을 의미한다고 정의하고 있다. 일본의 「독립행정법인스포츠진흥센터법」 제15조는 학교사고란 학교관리하에 아동·학생 등의 재해에 관하여 …라고 규정하고 있고, ‘학교관리하’란 “아동·학생 등이 수업 받는 경우, 과외지도를 받는 경우, 학교에서 휴식을 취하는 경우 기타 학교장의 지시·승인에 의하여 학교에 있는 경우, 통상의 경로와 방법으로 통학하는 경우”를 말하며, 학교안전사고의 발생률이 높은 체육활동도 포함된다.¹³⁾

한편 학교폭력이란 일반적으로 교내뿐만 아니라 학교 주변까지 포함하는 범주에서의 “학생이 당하는 모든 피해”로 정의되고 있다.¹⁴⁾ 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률」 제2조 제1호에 따르면, 학교폭력이란 “학교 내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버 따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위를 말한다”라고 정의하고 있다.¹⁵⁾ 여기서 학교란 유치원, 초·중등교육법 제2조에 따른 초등학교·중학교·고등학교·특수학교 및 각종학교 등을 말한다(동법 제2조 제1호).

「학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률(이하 ‘학교안전사고보상법’이라 한다)」과 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률(이하 ‘학교폭력대책법’이라 한다)」의 관계는 「학교폭력대책법」에서 학교폭력을 별도로 정의하고 처리절차와 책임주체를 규정하고 있으며, 학교폭력대책법 제16조의 위임규정에 따라 학교안전사고보상법에서 학교폭력의 피해를 보상하고 있으므로 학교폭력대책법은 학교안전사고보상법의 특별법적 관계라고 할 수 있다.¹⁶⁾ 학교폭력 중 교육활동중의 아닌 시간대에 발생한 사고는 학교안전사고가 아니다. 따라서 학교안전사고와 학교폭력은 일정부분 겹친

13) 永井憲一, 前掲書, 159面.

14) 김준호, “학교폭력의 정의 및 그 현상”, 「학교폭력 예방과 상담」, 학지사, 2006. 1, 13면.

15) 일부 논문(김도형, 전개논문. 오석규, 전개논문)에서 ‘학교폭력사고’라는 용어를 사용하고 있는데, 「학교폭력대책법」상 학교폭력의 개념에 사고의 의미가 포함된 것으로 해석되므로 이 논문에서는 학교폭력사고란 용어를 사용하지 않는다.

16) 학교안전공제중앙회, 「학교폭력 지급기준 제정안 마련 연구」, 2014. 4, 39면.

다고 할 수 있다.¹⁷⁾

기존의 학교안전사고에 대한 논의와 법률상 개념 및 일본에서의 논의 등을 종합해보면 학교안전사고는 학교의 교육활동과 밀접한 관련이 있으며, 의도적이거나 또는 의도적이 아닌 외부의 작용이나 예측할 수 없는 돌발사태 또는 독극물 등에 의하여 사망하거나 인체손상을 초래하는 현상이라고 정의할 수 있다. 일반적으로 학교안전은 좁은 의미로 보면 폭력 등으로부터 안전하게 학교생활을 영위할 수 있는 것을 말하나, 광의적으로 보면 교육권에 따라 학습권과 수업권을 가지고 생활할 수 있게 하는 것을 방해하는 인적·물적 위해요소를 모두 제거하는 것이다. 이러한 의미에서 학교안전사고는 천재지변, 교육시설의 설치·보존상의 하자 또는 학생이나 교원의 과실로 인하여 학교교육과정에 의한 수업과 특별활동, 기타 교육계획에 의한 교내외 활동 중에서 발생한 학생 및 교원의 신체상 상해 또는 정신적 손해를 입힌 사고를 포함하는 것으로 정의하고자 한다.

검토 방향이나 연구목적에 따라 교육활동 관련성 정도에 따라 학교안전사고의 범위가 다양하게 시도될 수 있을 것이고 비판대상이 될 수도 있을 것이다. 이 연구에서는 가능한 교사 등 학교측의 학생들에 대한 교육활동과 관련한 주의·감독의무 내지 안전배려의무를 위반하는 경우 피해학생의 손해를 충분한 배상하기 위한 논의를 중심으로 전개하기로 한다.

(2) 학교안전사고의 교육적 의미

학교안전사고의 피해자는 정신적으로 미성숙하고 신체활동이 왕성한 성장기에 있는 아동 및 청소년이라는 특성을 갖는다. 그리고 예외가 있겠지만 대개의 경우 많은 인원의 학생이 한정된 공간 내에서 교육을 받는 집단학습생활 속에서 발생한다.¹⁸⁾ 또한 학교규모가 커지고 도시화가 진행됨에 따라 학교 외의 사회적 환경의 변화 등과 관련되어 발생하는 경우도 많다. 따라서 개인적인 차원에서 사고를 방지

17) 학교안전사고와 학교폭력의 구성요건

구분	학교안전사고	학교폭력
객관적 구성요건	상해사고와 질병	상해사고
주관적 구성요건	고의·과실	고의

18) 鎬山建, “学校事故なぬぐる法律問題”, 「判例タイムズ」 第201号, 判例タイムズ社, 1983, 48面.

하기 보다는 국가적 차원에서 학생의 생활학습조건을 제대로 마련하는 대책이 적극적으로 마련되어야 한다. 학교안전사고가 단지 우발적으로 발생한다고 단정할 수 없는 이와 같은 이유로 인해 학교안전사고가 지닌 교육적인 측면의 의미를 살펴보고자 한다.

첫째, 학교안전사고는 아동 및 청소년의 인권침해라고 볼 수 있다. 인권은 생명, 자유, 재산을 내용으로 하는 고유한 천부인권을 의미한다. 학교안전사고로 인한 피해는 성장발달과정에서 오는 육체적·정신적인 침해이기 때문에 일반적인 의미로서의 인권 침해 그 이상의 의미를 갖는다.

둘째, 학교안전사고는 국민의 기본권의 하나인 교육받을 권리(헌법 제31조)의 침해라고 보아야 한다. 학교는 학생의 교육권을 보장하고 교육을 실시하는 장소이다. 따라서 학교는 교육활동과정에서 학생의 신체·건강을 안전하게 지켜야 하며 여기에는 그 손상된 부분을 배려할 책임도 포함된다. 즉 학교설치자는 교육의 운영, 학교의 시설 설비의 정비, 교사의 적정한 배치나 근무조건 등 교육조건 정비의무를 충실히 이행함으로써 학생의 안전교육권을 보장해야 한다.

셋째, 학교안전사고는 교육활동 자체에 구조적인 위험성을 내포하고 있다. 학교는 성장과정에 있는 청소년들이 다양한 집단생활을 영위하는 곳으로서 신체사고가 발생할 가능성이 높다. 게다가 학생은 위험을 변식할 만한 지능의 부족, 반항심, 왕성한 신체활동 등의 특성으로 인해 학습활동에 불가피하게 위험을 수반하게 된다. 그리고 사회가 복잡·다양화 해질수록 학교현장수업의 개방화와 학생들의 뚜렷한 개성화 추세에 힘입어 학생에게 꼭 필요한 교육은 그것이 비록 위험을 수반하는 학습활동이라고 할지라도 수행하지 않을 수 없다. 따라서 학교교육활동에는 학교가 ‘위험성을 내포한 시설’인 동시에 ‘교육활동 자체의 위험성’으로 인해 필연적으로 사고가 발생한다.

넷째, 학교안전사고는 처리과정에서 교육에 부정적 영향을 미치게 된다. 손해배상을 둘러싸고 피해자 측이 민사손해배상책임으로 소송을 제기한 경우 교장이나 교사의 고의·과실의 책임을 묻는 경우가 많은데, 이로 말미암아 교권이 실추되고 교사의 사기가 저하된다. 그 결과 학생에 대한 교사의 주의의무 내지 안전배려의무가 가중되는 경향이 생기기 때문에, 교사는 책임을 회피하기 위하여 위험성이 내포된

교육활동을 꺼리고 안전성 확보에만 주력하게 된다. 이는 학생의 자주적인 활동을 제약함으로써 적극적·창의적인 교육활동이 위축되는 결과를 초래할 수 있다. 또 방과후 행하여지는 동아리활동을 지도·감독하거나 학생들을 인솔하는 행사를 회피하는 등 학생과의 접촉을 꺼리는 경향이 생기게 되어 학생들의 인격형성에도 부정적 영향을 미친다.¹⁹⁾

이와 같이 학교안전사고는 단순한 우발적 사고로 처리해서도 안되고 책임 소재를 밝히는 과정 또한 일반 사고와 달리 고려해야 할 사항들이 있음을 알 수 있다. 그럼에도 불구하고 교육활동에 관여한 교원이나 교육활동을 기획, 입안한 교장 등 외형적으로 사고발생에 가장 근접한 입장에 있던 사람에게 거의 모든 사고에 대하여 책임을 추궁할 수 있도록 되어 있고, 심지어 학생간 사고에도 교사의 주의의무 위반을 근거로 교사 개인에게 직접 손해배상을 할 수 있다.²⁰⁾ 더욱이 현실에서는 대부분의 학교안전사고가 교사의 고의나 중과실에서 기인하는 것이 아니라 학생간 또는 학생 스스로 자초한 사고임에도 그 책임을 교사에게 우선적으로 부과하는 것이 관행처럼 되고 있다. 교육활동 자체에 위험이 내포된 특성을 감안하여 교원에게 고의나 중과실이 있고 그것이 피해의 직접 원인이 된 경우 등과 같이 교원 개인에게 책임을 묻는 것이 타당한 경우를 제외하고는 교원의 과실에 의한 사고는 학교설치자에게 책임을 묻는 것이 바람직하다.²¹⁾

2. 학교안전사고의 특징과 유형

(1) 학교안전사고의 특징

학교안전사고는 교육활동과 관련되며, 다양한 집단학습생활 중에 발생한다는 점, 당사자인 학생은 미성년자라는 점, 교사·학생·학부모간의 윤리적 관계를 기초로 한다는 점에서 여타 불법행위와는 상이한 다음과 같은 특징을 가지고 있다.²²⁾

19) 伊藤進, 前掲書, 4~9面.

20) 대판 1972. 10. 10. 69다701.

21) 서우석, 전계논문, 73면.

22) 이정식, “학교사고와 학교설치자 등의 손해배상책임”, 「세계헌법연구」 제7호, 국제헌법학회 한국학회, 2002. 12, 330면; 황홍규, “학생사고와 학교·교원 등의 법적 책임”, 「교육법학연구」 제13권, 대한교육법학회, 2001. 12, 197~226면.

첫째, 학교안전사고는 피해의 책임소재와 범위가 불분명한 경우가 많다.²³⁾ 사고유형에 따라 피해학생과 가해학생, 가해학생의 친권자, 학생과 교사·학교장과의 관계, 학생과 국가·지방자치단체 및 학교설립자와의 관계 등 여러 가지 법률관계가 예상되기 때문이다. 가해자가 명확한 경우에도 교육적 차원에서 접근하다 보니 좀처럼 책임추궁이 어렵다.²⁴⁾ 또한 배상능력이 없는 경우도 상당수에 이르기도 한다.

둘째, 학교안전사고는 예측 불가능한 상태에서 지속적으로 발생한다. 교육활동에 따른 사고를 방지하는 방법은 역설적으로 교육활동을 하지 않는 것이다. 그러나 헌법상 국민의 기본권인 교육받을 권리를 충족시키고 국가의 교육의무를 이행하며 사회의 지속적인 발전을 위하여 교육활동은 불가피하다. 즉 회피의 방법을 통해서 해결할 수 없다는 점이 학교안전사고의 딜레마라 할 수 있다. 학교는 분별력이 부족한 어린이와 혈기왕성한 청소년들이 집합하는 장소이다. 일반 교과시간이나 교육과정상 위험을 내포한 수업시간, 휴식시간 등에 교사의 입장여부를 불문하고 학교안전사고의 위험은 늘 잠복해 있다. 반면, 교원 1인당 학생 수는 주요 선진국에 비해 많은 편이다.²⁵⁾ 따라서 교사의 주의·감독범위에는 한계가 있으며, 학교안전사고 전반에 대해 교원에게 책임을 묻는다는 것은 문제라고 할 수 있다.

셋째, 교사의 지도·감독의무의 범위가 다양하다. 학교측의 학생들에 대한 지도·감독의무는 학교 급별로 학생들의 발달단계의 차이로 인해 그 범위와 책임이 달라진다. 유치원생은 신체적·인지적인 면에서 미숙한 상태에 있어 성인의 보호가 필요하고, 초등학생도 본인 행동의 위험성에 대한 지각능력이 부족한 상황이므로 교원들의 세심히 배려가 필요하다. 특히 중·고등학생들은 신체·정신적으로 혈기왕성하며, 주장이 강하여 상호 의견대립 하는 상황이 많다. 그런데 주의의무를 강화하

23) 정제영, “학교폭력 관련 갈등해결을 위한 정책적 방안”, 「2013 학교폭력 분쟁조정 세미나 발표자료」, (재)청소년폭력예방재단, 2013. 6, 49면.

24) 이대성, “판례를 통해서 본 학교폭력사고에 대한 교사의 법적 책임”, 「법학교육연구」 제24권 제1호, 대한교육법학회, 2012. 4, 105면.

25) 교육부의 2012년도 교육통계연보에 따르면, 2010년도 기준 우리나라 교원 1인당 학생 수를 OECD 평균과 비교하면 아래와 같다.

구분	유치원	초등학교	중학교	고등학교	전체
OECD 평균	14.4	15.9	13.7	13.8	13.8
한국	17.1	21.1	19.7	16.0	18.0

면 교육의 자주성과 교육활동이 저해되는 현상을 초래한다.²⁶⁾

따라서 학생들의 자주성을 최대한 확보하면서 사고를 방지할 수 있는 것이 중요하다. 교사의 주의·감독의무가 감경 또는 면제될 수 있는 경우는 가해학생의 판단능력을 어느 정도 인정하는가에 달려 있다. 성장 발달과정의 학생에게 완전한 판단능력의 확보를 기대하는 것은 일반적으로 인정하기 어려우므로 교사의 주의·감독의무를 완전히 배재할 수는 없다. 그러나 교육활동 정비조건 등의 완비여부, 인솔학생의 인원, 사고발생상황 등 여러 조건을 참작하여 평가했을 때 교사에게 감독의무를 지우기에 합당하지 않은 경우 주의·감독의무가 배제된다고 보아야 할 것이다.

넷째, 사고당사자인 학생은 민법상 만 19세 미만으로 제한능력자이다. 또한 미성년자가 책임능력을 갖추었는지에 대해 판례는 대체로 12세까지는 책임능력을 부정하고,²⁷⁾ 15세 이상인 경우에는 책임능력을 인정하고 있다.²⁸⁾ 이와 같은 이유로 인해 학교안전사고의 책임이 가해자에 대한 지도·감독책임이 있는 부모나 교원들에게 전이되는 문제를 낳게 된다. 이러한 특징을 충분히 고려하지 못한다면 학교안전사고의 적절한 책임법리를 형성할 수 없을 것이고, 법원에 제소된 경우에도 적절한 법적 판단을 기대할 수 없게 된다. 따라서 일반적인 손해배상책임법리와는 달리 학교안전사고 특유의 손해배상법리를 형성하게 되고, 과실의 전제가 되는 교사의 주의의무에 많은 영향을 미치게 된다.²⁹⁾

마지막으로 교육조건 정비와 관련된 사고이다. 고등학교이하각급학교설립·운영규정 제2조에 의하여 학교설치자에게는 강한 교육조건 정비의무가 있다. 지방교육자치에 관한 법률 제2조는 “지방자치단체의 교육·과학·기술·체육 그 밖의 학예에 관한 사무는 특별시·광역시 및 도의 사무로 한다”고 하여 교육·학예에 관한 사무는 지방자치단체에 위임하고 있다. 사립학교법 제3조는 “학교법인이 아닌 자는 다음 각 호의 1에 해당하는 사립학교를 설치·경영할 수 없다”고 하여 학교설치자는

26) 인천지판 1998. 12. 10. 97가단15127.

27) 대판 1971. 5. 6. 71다59; 대판 1962. 5. 17. 62다44.

28) 18세의 책임능력을 인정(대판 1990. 4. 24. 87다카2184; 대판 1989. 5. 9. 88다카2745; 대판 1984. 7. 10. 84다474), 17세 5개월의 책임능력을 인정(대판 1962. 2. 28. 4294민상1036), 16세 11개월의 책임능력을 인정(대판 1975. 1. 14. 74다1795)한 사례가 있다.

29) 배병일·배상철, “학교사고에 있어 교사의 주의 의무”, 「사회과학연구」 제16집 제2권, 영남대학교사회과학연구소, 1997. 2, 41면.

국립학교는 국가, 공립학교는 지방자치단체이며 사립학교는 법인이라고 하겠다. 교육조건 정비의무는 학교장(이사장)의 영조물에 대한 책임으로서 학교건물 등의 안전시설에서 오는 사고가 여기에 해당한다.

(2) 학교안전사고의 유형

학교안전사고의 유형분류 이유는 학교의 지배하에 놓여 있는 학생이 입은 손해가 누가 책임질 것인가가 중요하기 때문이다. 가해자 규명의 문제와 가해자 사이에서도 누가 손해배상책임을 부담할 것인가의 문제가 발생하고 있다.

학교생활은 다양한 영역에 걸쳐 있으므로 사고도 다양한 형태로 발생한다. 학교안전사고의 유형분류로는 ①사고형태, 발생원인, 시간, 장소, 피해내용에 따른 유형으로 대별하는 견해³⁰⁾ ②책임소재, 사고형태, 시간, 장소, 피해내용에 따라 분류하는 견해³¹⁾ ③교육활동성의 관련성 정도, 교원의 입장여부, 사고발생 주체(원인행위자) 등 따라 나누는 견해³²⁾가 있다. 이 분류를 세분하면 다음과 같다.

①사고형태별 분류로는 체벌 등 교원과 학생간의 사고, 싸움 등 학생들 간의 사고, 학생의 자초에 의한 사고, 학교시설·설비 등의 하자로 인한 사고이다.

②발생원인별 분류로는 교육활동에 부수하여 발생한 사고, 교원의 능동적인 가해행위에 의한 사고가 있다.

③발생시간별 분류로는 수업시간 중에 발생한 사고, 자율학습시간 중에 발생한 사고, 휴식시간에 발생한 사고, 등·하교시간, 방과후 동아리활동 시간에 발생한 사고가 있다.

④발생장소별 분류로는 교실 내에서 발생한 사고, 학교 내의 교실 외(교정, 옥상), 학교 밖에서 발생한 사고가 있다.

⑤피해내용별 분류로는 부상사고, 질병사고, 폐질사고, 사망사고가 있다.

⑥교육활동의 관련성 정도에 의한 분류로는 정규 교육활동 중의 사고, 비정규 교

30) 강일원, 전계논문, 22~24면.

31) 김도형, 전계논문, 15~16면; 하운수, 전계논문, 127~128면.

32) 이정식, “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 「사회과학논총」 제18집, 명지대학교 사회과학연구소, 2002. 8, 203면; 황홍규, 전계논문, 199~200면.

육활동 중의 사고, 정규 일과 전후에 학교에서 발생한 사고, 등·하교 중의 사고가 있다.

⑦교원의 입장여부에 의한 분류로는 입장 중의 사고, 비입장 중의 사고가 있다.

⑧사고발생주체(원인행위자별)에 의한 분류로는 학생자신에 의한 사고, 교원에 의한 사고, 다른 학생에 의한 사고, 학교시설·설비에 의한 사고, 학교급식에서 의한 사고, 학교구성원 이외의 제3자에 의한 사고가 있다.

이상의 분류유형들을 분석하면, 결국 학교안전사고 발생시 손해배상의 주체를 규명하여 피해학생을 구제하는 것이 중요하므로 교육활동의 관련성과 책임소재에 따라 2가지로 대별하는 것이 중요한 의미가 있다.³³⁾

첫째, 교육활동과 관련하여 발생하는 사고는 대체로 정규수업이나 교육활동에 내재하는 위험이 현재화하는 교육내재형 사고와 휴식시간, 방과후의 사고처럼 교육활동과는 직접 관계없이 발생하는 교육외재형 사고로 구분된다.³⁴⁾ 이에 따른 분류는 불법행위 주체에게 요구되는 주의의무와 안전배려의무의 정도를 판단하는 기준이 된다.³⁵⁾

둘째, 책임소재에 의한 분류는 예방대책을 수립하는데 고려사항이 될 수 있으며, 사후적 법적 책임의 근거를 결정하는데 중요한 기준이 된다. 이는 학교설립·경영자나 교원의 학생에 대한 안전배려의무(위험발생 방지 의무) 위반의 문제로 다루게 되며, 이는 다시 학생에 대한 주의의무를 위반한 경우와 학교시설물의 설치·관리의 하자에 의한 경우로 나누어진다.³⁶⁾ 교원의 능동적인 가해행위에 기한 사고는 민법 제750조의 일반불법행위책임이나 국가배상법 제2조의 적용을 받게 된다. 상기 학교안전사고의 유형들은 개별적인 학교안전사고의 성격을 규정하고 보상 또는 배상을 실시하는 중요하고도 세부적인 기준이 되기 때문에 의미가 있다고 하겠다.

33) 김상찬·조두환, 전계논문, 23면.

34) 이정식, 전계 “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 223면.

35) 고영아, “학교안전사고와 손해배상책임”, 「재산법연구」 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009. 2, 384면.

36) 김대규·김진욱, “학생의 안전사고에 대한 학교의 민사책임”, 「법학연구」 제45집, 한국법학회, 2012. 2, 90면; 김달효, “학교 안전사고에 대한 대법원 판례 분석”, 「수산해양교육연구」 제19권 제2호, 한국수산해양교육학회, 2007. 8, 170면.

(3) 검토

학교안전사고의 특징을 요약한다면 학교안전사고의 당사자는 학생으로서 책임소재가 불분명한 경우가 많고 가해자가 명확한 경우에도 책임추궁이 어려우며, 지속적인 사고발생 가능성, 학생들에 대한 학교와 교사들의 지도·감독상의 범위와 책임에 차이가 있으며, 초·중등학생은 제한능력자로서 손해배상책임의 문제가 따르며, 교육조건 정비의무와 관련된다는 것이다. 학교안전사고의 유형분류는 분류의 목적과 기준에 따라 여러 가지로 나눌 수 있으나, 본 연구는 피해학생을 구제하는데 목적이 있으므로 교육활동의 관련성과 책임소재에 따라 분류하는 것이 의미가 있다고 하겠다.

3. 사고유형에 따른 안전의무

학교안전사고의 사례는 매우 다양하기 때문에 과실의 내용(주의의무의 종류·정도)도 개별적, 구체적으로 결정된다. 과실의 전제가 되는 주의의무의 수준은 몇 가지 요소에 의해 유형화하는 것이 가능하다. ①재학생의 연령, 발육정도 및 교육단계 ②사고발생의 장소 및 시간(특히 학교행사, 방과후 및 동아리활동 등이 한계사례로서 논하여진다. 또한 학교 이외의 장소에서 학교교육활동과 밀접한 관계가 있는 경우 학교안전사고의 범주에 포함시킨다) ③교육내용의 성질(실험·실습과 체육실기 등 위험정도가 높은 활동, 야외 동아리활동) ④교사와 학생 또는 학생간의 사고인지 여부 등에 의하여 주의의무의 정도가 좌우된다. 교사에 대한 주의의무는 “고도의 주의의무”와 “만전을 기할 의무”를 전제로 하기 때문에 상시입회·감시의무까지 인정하지는 않는 것과 학생들에게 사전에 “조언·지도하고 주의를 환기시킬 정도”로 충분하다는 것까지 다양하다.³⁷⁾ 교사의 안전의무의 내용·정도는 학교교육과 관련하여 발생하는 사고유형에 따라 각각 다르다.³⁸⁾ 이하에서는 교육활동의 밀접도에 따라 유형별로 교사의 주의의무 내지 안전의무에 대해 살펴보려고 한다.

37) 배성호, “학생 사이에 발생한 학교사고와 책임의 귀속”, 「법조」 제56권 제8호, 법조협회, 2007. 8, 48면.
38) 織田博子, 前掲書, 320~321面.

(1) 정규수업 중의 사고

정규수업 중 발생한 학생 사이의 사고에는 ①담당교사가 현장에서 학생을 지도하는 도중에 발생한 것과 ②담당교사의 부재중에 발생한 것이 있다. ①유형의 사고에는 통상의 교실수업 중에 발생한 사고와 관찰실습 등 교실 이외에서 행해진 수업에서 발생한 사고가 있다. 교실수업 중에 담당교사는 학생을 장악, 감독하여야 할 의무가 있으므로 교실 내에서 학생의 동태를 제대로 파악하지 아니하여 사고가 발생한 경우에는 담당교사 과실이 인정될 것이다. 그러나 수업의 성질상 개별지도³⁹⁾ 또는 시험 중 부정행위를 하는 학생에게 주목⁴⁰⁾하고 있는 등 교사가 특정 학생에게 주의를 기울여야 하는 상황에서 발생한 사고에 대하여는 전체의 동정에 주의하지 않았다 하더라도 교사의 과실을 인정할 수 없을 것이다.⁴¹⁾ 정규수업 중 교사의 주의의무의 정도는 과외활동 등 임의활동에 비해서 고도의 주의의무라고 할 수 있다.

1) 교육지도 수준

수업진행에 있어 교사 등이 지도서 또는 지도수준에 따르는지 여부는 교사 등의 안전의무준수 여부를 판단하는 중요한 요소가 된다. 일반적으로 담당교사가 지도서 등에 따르지 않고 위험성을 높이는 지도를 한 경우 안전의무위반이 된다. 일본 판례는 시립중학교에 재학하는 학생이 체육수업 중 A교사의 지도하에 다이빙연습을 하다가 수영장 바닥에 부딪쳐 사지가 마비된 사고의 손해배상청구 사건에서, “본 사건의 다이빙 방법은 뛰어오면서 다이빙대를 박차고 오르는 방법으로서 뛰어 오르는 방향을 잘못 잡으면 위험해지기 때문에 담당교사에게는 뛰어 오르는 위치, 미끄러지지 않고 뛰어 오를 수 있는 장소의 확보, 충분한 깊이의 수영장의 선정, 지도의 목적에 대한 충분한 설명, 위험제거를 위한 적절하고도 신중한 지도를 해야 할 주의의무가 존재함에도 불구하고 이러한 구체적인 지도를 해태한 과실이 있다”고 하였다.⁴²⁾

39) 중학교의 제도수업 중 셀룰로이드 자를 반으로 꺾다가 그 조각이 인접한 학생의 눈에 날아가 맞은 사건 (宇都宮地判 1963. 9. 30. 判例体系(第2版) 17(不法行為等), 401面).

40) 神戸地判 1976. 9. 30. 「判例時報」 第856号, 76面.

41) 고영아, 전계논문, 393면.

42) 最判 1987. 2. 6. 「判例時報」 第1232号, 100面.

다만 지도서 등은 교사의 안전의무를 판단할 때 유력한 기준이지만, 절대적인 것은 아니라는 점에 유의할 필요가 있다. 지도서에 따르더라도 학생의 능력이나 구체적 상황으로 보아 그것이 위험회피를 위한 적절한 조치라고 인정되지 않는 경우에는 안전의무위반을 인정하여야 할 것이다. 이러한 점에서 고등학교 3학년생의 체육수업으로서 실시된 8단의 인간피라미드 쌓기 연습중에 피라미드가 붕괴하여 아래에 깔린 학생이 부상을 입은 사고에서, 인간피라미드는 학습지도요령에 기재된 체조, 스포츠로 분류된 것으로 당연히 지도되어야 할 체육수업 내용에 해당한다고 하면서도, 당해 학교에서의 과거의 실적(과거의 체육대회에서 7단 쌓기에도 실패한 바 있다) 등을 고려하여 8단의 인간피라미드의 선택에 대한 지도교사의 안전의무위반을 긍정하고 있는 사례⁴³⁾는 주목할 만하다. 반대로 지도서에 따르지 않고 수업을 실시하더라도 위험성을 높이지 않는 경우,⁴⁴⁾ 또는 학생의 능력으로 보아 지도서에 따라서 지도하더라도 효과나 위험감소를 인정할 수 없는 경우⁴⁵⁾에는 과실이 없다고 할 것이다. 결국 지도서 등은 일반적인 기준이기 때문에 담당교사가 수업에 대하여 부담하는 구체적 조치의 타당성 여부를 판단하기 위해서는 학년, 연령, 능력 등 여러 가지 상황을 가미해서 그 조치의 위험성과 상관관계에서 판단해야 한다.⁴⁶⁾

2) 지도상의 안전의무

교육지도상의 의무는 교과수업 시간과 직접 관련되는 사항에 대하여 교사가 취해야 하는 행동이다. 신체활동이 활발한 체육시간에는 학생의 건강상태 파악, 지도요원 배치, 운동종목에 대한 학생들의 숙달정도까지 파악하는 등 신체적 경험 수준을 고려해야 할 세심한 주의의무가 교원에게 인정된다. 판례는 국공립고등학교 체육시간에 체육교사의 지도하에 시험을 보던 중 학생이 상해를 입게 된 상황에서, “사고당시 아침부터 비가 내렸고 쌀쌀하여 대다수의 학생이 체육시험을 볼 것이라고는 생각하지 못하여 체육복도 준비해 오지 못한 상태에서 체육교사가 갑자기 체육시험을 본다고 하여 개인적으로 준비운동을 한 후 체육시험을 실시하다가 피해학생이

43) 福剛地判 1993. 5. 11. 「判例時報」 第1461号, 121面.

44) 東京地判 1981. 6. 29. 「判例時報」 第1027号, 90面.

45) 大分地判 1985. 5. 13. 「判例時報」 第1184号, 102面.

46) 서우석, 전개논문, 8면.

상해를 당하였다면 해당 교원의 책임을 지는 교육위원회에게 손해배상책임이 있다”고 하였다.⁴⁷⁾ 학생들의 신체적 조건 또는 상태가 특정 운동종목을 실시하기에 적합한가를 점검하거나 경기할 때 양편 학생들의 숙달정도나 체격 등이 비슷한지 확인해야 한다.⁴⁸⁾ 교사는 이과실험수업, 기술·가정과의 실습수업 등과 같이 학생의 신체, 생명의 안전을 해할 위험성이 있는 경우, 학생에 대하여 사전에 충분한 지시, 주의 등 적절한 지도를 해야 한다.

교실 외에서 행해지는 관찰실습 등에서는 학생들이 광범위하게 분산되어 주의해야 할 범위가 넓어지기 때문에, 통상의 실내 수업과는 다른 특별한 배려가 필요하다.⁴⁹⁾ 자습시간 중 발생한 사고는 대체교사 배치문제나 학생에 대한 지시·주의의무, 위험물의 관리의무 등이 문제가 된다. 학년·연령이 높아서 자율적 행동에 맡겨도 좋을 경우에는 사전에 구두로 지시·주의를 하는 것으로 안전의무를 다한 것으로 생각할 수 있지만, 저학년은 통상의 지시·주의만으로는 부족하고 대체교사를 추가 배치하는 등의 조치를 취해야 한다.⁵⁰⁾

3) 통지의무

학교측은 교육현장에서 학생들에게 해를 입힐 수 있는 위험한 요인이라고 판단되면 학생은 물론 학부모에게도 반드시 통지해야 하는 의무를 부담한다. 통지의무는 사고발생 이전에는 예방을 위하여, 사고발생 이후에는 재발방지를 목적으로 교사가 취해야 할 행동이다.⁵¹⁾ 우리나라 판례에서는 제시된 바가 없으나 미국에서는 과거에 발생한 사고를 학생과 학부모에게 경고했었는가의 여부도 사고발생 예측가능성의 중요한 판단기준으로 적용된다. 즉 외부인이 운동장에서 학생을 강간한 사건에서 학교측에 통지의무를 다하지 못한 과실이 인정되었다. 그 이유는 사고발생 15일 전에도 동일한 사고가 발생하였으나, 학교에서는 그러한 상황을 학부모와 학생들에게 경고해 주지 않았기 때문이다.⁵²⁾

47) 청주지판 1987. 7. 9. 86가합309.

48) 最判 1983. 7. 8. 「判例時報」 第1089号, 44面.

49) 배성호, 전계논문, 50면.

50) 서우석, 전계논문, 15면.

51) 한승희, “한·미 학교안전사고 판례연구”, 「교육법학연구」 제11권, 대한교육법학회, 1999. 12, 261면.

52) Joseph Beckham, J.D., Meeting Legal Challenge, Lancaster: Technomic Publication, 1996, pp.168~169; Fazzolari By and Through Fazzolari v. Portland School Dist, 717 P.2d 1210(Or App. 1986),

교사는 학생의 평소소행을 관찰하여 위험이 있을 것이 예견되면 법정감독자인 학부모에게 알려 비행을 방지하도록 하도록 해야 할 의무를 부담한다.⁵³⁾ 일본에서는 초등학교 3학년생의 소녀가 수업도중 인접한 자리에 있는 소년의 연필에 눈을 찔린 사안에서 “가해자는 평소부터 사회생활의 기본적인 틀이 잡혀져 있지 않고 피해자에게 짓궂은 장난을 반복하였으며, 교사도 질책하였으나 효과가 없었다면, 친권자에게 협력을 구하거나 자리를 교체하는 등의 수단을 강구하여야 할 의무가 있음에도 불구하고 이를 위반하였다”고 하여 교사의 과실을 인정하였다.⁵⁴⁾ 담당교사나 양호교사는 사고발생으로 학생의 신체에 이상이 있는 경우 적절한 응급조치를 취하고, 상황에 따라서 의사의 진단을 받게 하는 등 사후조치를 취해야 할 의무가 있다. 또한 학생의 일반적 생활관계의 측면에서 안전배려의무를 부담하는 친권자에게 사고 상황을 통지하고 적절한 조치를 취하도록 하여 피해확대를 방지하는 것도 중요한 의무라고 할 수 있다.⁵⁵⁾

사고통지의무는 학설과 판례에 의해 일반적으로 승인되고 있지만, 담당교사의 통지의무 발생요건으로 예견의 내용과 정도에 대해 견해가 나누어진다.⁵⁶⁾ 이에 ① 피해발생에 대해 교사의 적극적인 예견가능성을 요구하는 견해⁵⁷⁾ ②적극적인 위험발생에 대한 예견가능성은 없으나 피해발생 개연성을 부인할 수 없는 경우 통지의무를 인정하려는 견해⁵⁸⁾ ③사고종류와 태양, 예상되는 장해의 종류와 정도, 사고후 학생의 행동, 피해학생의 연령, 판단능력 등 모든 사정을 종합해서 판단해야 할 것을 전제로 피해학생이 보호자에게 이상증상을 알릴 수 있는 능력을 가지고 있는 경우에는 통지의무가 없다는 견해⁵⁹⁾ ④예견가능성을 전제로 교사에게 조사의무를 지우려는 견해가 있다. 통지의무 발생시점을 판단하기는 어렵지만, 사고발생 당시에 어떠한 증상도 나타나지 않는 경우에 문제된다. 따라서 ①에서와 같이 적극적인 위험에 대한 예견가능성까지 요구하는 것은 과도하고 ②에서와 같이 반드시 위험발생

53) 윤인태, “학교사고의 손해배상책임”, 「판례연구」 제9집, 부산판례연구회, 1998. 12, 289면.

54) 神戸地判 1976. 9. 30. 「判例タイムズ」 第352号, 283面.

55) 윤인태, 상계논문, 287면.

56) 奥野久雄, “学校事故に関する考察”, 「谷口知平先生追悼論文集」 第3卷, 信山社, 1994, 390面.

57) 最判 1987. 2. 12. 「判例タイムズ」 第625号, 117面.

58) 東京高判 1983. 12. 12. 「判例時報」 第1096号, 72面.

59) 最判 1987. 2. 13. 「民集」 第41卷 第1号, 95面.

을 예견할 수 없는 경우까지 통지의무를 부담하는 것은 손해배상책임의 전제로서 곤란하다고 할 수 있다. ③의 견해는 피해학생이 보호자에게 자신의 이상을 호소할 능력을 가지고 있는 점을 고려하면, 외관상 이상이 없으며 피해학생이 이상을 감지하여도 굳이 보호자에게 호소하지 아니할 특별한 사정이 없는 한 통지의무가 없다고 해야 할 것이다. 다만, 학생이 이상증세를 교사에게 설명한 경우 학부모에 대한 통지와 더불어 사후조치의무도 발생한다고 보아야 한다. 교사는 사고발생 당시 외관상 나타나지 않은 상해에 대해서도 학생에게 증상을 묻는 등 추가 피해를 예방하기 위해 노력해야 할 조사의무를 진다.⁶⁰⁾

(2) 학교행사 중의 사고

학교행사는 교육활동에 있어서 정규수업과 동일한 위치에 있는 학교교육의 일환이므로 교사 등 학교측의 안전의무도 정규수업 중의 안전의무와 거의 동일하다. 다만 학교행사는 전형적인 교육활동과는 달리 일시적 요소가 강하고 여름학교나 수학여행 등과 같이 교외에서 많이 실시되기 때문에, 학생들의 위험에 대처하는 정도가 미흡하고 사고발생예측이 어렵다. 따라서 교사 등이 부담하는 안전의무는 정규수업의 경우보다 가중된다.

학교행사에 수반되는 학생간 사고는 정규수업 중의 경우와 기본적으로 동일하더라도 학교에 의한 구속정도에 따라 차이가 있다. 학교행사 중에는 학생의 자주적 행동의 측면 또한 존재하기 때문에 인솔교사가 그 행동에 수반되는 위험을 전면적으로 통제하는 것은 불가능하다. 이런 이유로 학교행사 중에도 자주적 행동과 연관된 사고는 구체적인 사고발생의 위험을 예견할 수 있거나 예견가능한 경우에 한하여 교사의 주의의무를 묻거나 위험방지조치의 정도를 완화하는 것이 법리에 적합하다.⁶¹⁾ 교사 등 학교측에서는 사전조사의무, 사전지시·주의의무, 감시·구조체제 마련 등 준비단계에서의 주의의무부터 현장에서의 지시·주의의무, 입회·감시의무와 같은 실시단계에서의 주의의무, 사고발생시 구호조치의무까지 여러 종류의 의무가

60) 강일원, 전계논문, 160~161면.

61) 이정식, 전계 “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 228면.

있다. 이러한 의무를 게을리 하면 교사 등 학교측의 안전의무위반이 인정된다.⁶²⁾

판례는 교사의 학생에 대한 보호·감독 범위 및 손해배상책임의 인정기준에 대하여 고적답사를 겸한 졸업여행 중 숙소에서 휴식시간에 학생들 사이의 폭력사고로 말미암아 한쪽 눈을 실명한 사안에서, “학교측의 안전교육이나 사전지시에 따르지 않고 돌발적으로 벌어진 사고로서 예측가능성이 없었다”는 이유로 교사에게 보호·감독의무위반의 책임을 물을 수 없다고 판시하였다.⁶³⁾

(3) 동아리활동 중의 사고

동아리활동은 학생의 자발적인 활동을 통하여 자주성·사회성을 함양하고 개성을 신장하는데 의의가 있다. 이러한 특징을 고려하면 특별활동교사 등에 부과된 안전의무는 정규수업이나 학교행사 중의 안전의무와는 다르게 판단해야 한다. 동아리활동 중의 사고는 당해 특별활동 자체에 내재하는 위험이 현재화되어 발생하는 사고가 아니라, 교육활동과는 무관하게 학생의 의사적 작용에 의하여 생기는 사고, 즉 교육활동 외재형사고이기 때문에 지도교사가 사고발생을 일반적으로 예견하기는 곤란하다. 따라서 사고발생을 예견할 수 있는 특별한 징표가 없는 한 학교측의 예방의무는 없다고 할 것이다.⁶⁴⁾ 그러나 학교교육의 연장선상에 있기 때문에 동아리활동 지도교사들은 원칙적으로 학생의 학년·연령에 따른 판단능력, 당해 학생의 지능이나 활동에 내재되어 있는 위험성에 따른 적절한 안전지도를 할 의무를 진다.

동아리활동 사고에서는 지도교사 등의 입회, 감시, 지도의무가 문제되는 경우가 많다. 과외동아리활동 사고에서는 지도교사가 입회하고 있었다면 위험이 감지되거나 사고발생을 예방할 수 있는 개연성이 높다는 점에서 결과회피 의무로서의 입회 의무가 문제된다. 과외동아리활동은 학생의 자주성이 존중되어야 하는 특성으로 인해 통상경험에 비추어 사고발생 개연성을 구체적으로 예견할 수 있는 특단의 사정이 없는 한 지도교사가 개개의 활동에 입회, 감시, 지도할 의무까지 부담하는 것은 아니다.⁶⁵⁾

62) 서우석, 전계논문, 11면.

63) 대판 1999. 9. 17. 99다23895.

64) 배성호, 전계논문, 51면; 織田博子, 前掲書, 334~335面.

65) 이정식, 전계 “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 229면.

이와 관련하여 몇 가지 해석론이 제기되기도 하였다. 첫째, 과외동아리활동에 직접 기인하는 위험성이 존재하고 그러한 위험성에 의하여 사고가 발생한 경우 그 위험을 방지해야 할 입회·감시의무도 있다는 견해이다.⁶⁶⁾ 둘째, 과외동아리활동에는 원칙적으로 입회의무가 없다는 것이 사법적 해석이라고 보아야 한다.⁶⁷⁾ 즉 과외동아리활동에는 일반적으로 위험성이 있는지 여부와는 별도로 구체적 결과의 예견가능성 유무를 근거로 판단해야 한다는 것이다. 셋째는 사고발생의 구체적인 예견가능성을 요구하는 취지의 일반론을 언급한 것에 불과하다는 견해이다.⁶⁸⁾ 판례는 과외동아리활동이 어떠한 사고가 발생할 위험성을 구체적으로 예견할 수 있는 특별한 사정이 없는 경우에는 지도교사에게 입회·감시의무가 없다고 하고 있다.⁶⁹⁾ 동아리활동은 학생의 자주적 활동이기 때문에 적절한 사전지시·주의의무가 모두 이루어지고 있는 한, 원칙적으로 지도교사 등이 연습 등에 입회해서 지도·감독해야 할 의무는 없지만, 지도교사가 직접 지도할 경우에는 회원의 안전에 대해 주의의무를 부담하게 된다. 판례도 지도교사가 인솔하여 등산을 실시하는 경우에 어느 정도 학생의 자주성에 위임될 수 있는 부분이 있는 일상의 동아리활동과 달리, 지도교사가 전면적으로 책임을 부담하고, 나아가 지도교사의 주의의무는 일반적인 등산에 비하여 고도화된다고 하였다.⁷⁰⁾

(4) 휴식시간, 방과후 사고

휴식시간에 학생들은 수업의 정리, 준비 등 각자 자유롭게 지내지만 교육활동이 완전히 종료되지 않았으므로 휴식시간은 교육활동과 질적, 시간적으로 밀접한 관계를 가진다.⁷¹⁾ 그렇다면 휴식시간 중의 사고는 교육활동에 내재하는 위험이 현재화한 것은 아니지만, 교육활동과 밀접한 관계에 있는 행위로부터 발생하기 때문에, 교

66) 채우석, “학교의 스포츠와 국가배상책임”, 「스포츠와 법」 제11권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2008. 2, 172면; 伊藤進, 「判例タイムズ」 第492号, 判例タイムズ社, 1983, 30面.

67) 石井彦寿, 「法曹」 第39卷 第3号, 1989, 93面.

68) 鍋山健, “学校における部活動中の事故と不法行為責任”, 「裁判実務大系」 第16卷, 青林書院, 1987, 207面.

69) 대판 2001. 4. 24. 2001다5760·5777; 대판 1998. 4. 10. 97다52103; 最判 1983. 2. 18. 「判例時報」 第1074号, 52面.

70) 서우석, 전계논문, 13면; 奥野久雄, 前掲論文, 395面.

71) 윤인태, 전계논문, 294면.

사 등은 휴식시간 중에 통상 발생할 수 있는 학생의 위험행동을 예측하고 이를 방지하기 위한 조치를 취할 의무가 있다.⁷²⁾ 그런데 휴식시간·방과후의 사고는 교사 등의 직접적인 지도·감독을 떠난 시간대에 발생하며, 교육활동 자체에 내재된 위험이 발현되는 것은 아니어서 교사 등의 안전의무 범위에서 생긴 사고인지 여부가 문제된다.⁷³⁾

일본의 판례는 수업시간 개시 후 담임교사가 입실하기 전에 학생이 다른 동급생이 던진 플라스틱 조각에 맞아 다친 사안에서, 그 학생이 플라스틱 조각을 던지는 것과 같은 행동에 이를 것을 예측할 수 있다고 하여 교사의 과실을 인정한 사례가 있고,⁷⁴⁾ 계단에서 초등학교 6학년생 2명이 손을 잡아 당겨 넘어뜨린 사고에서는 통상 예측할 수 없는 행동에 의한 것이라고 판단하여 과실을 부정한 사례도 있다.⁷⁵⁾ 일본 판례에서는 “학교의 교육활동 및 이것과 밀접한 관계있는 생활관계”, “학교에서 교육활동 내지 이것에 준하는 활동관계”에 한해서 교사 등의 감독의무가 미친다는 전제하에 휴식시간·방과후의 사고에 대하여 교사 등의 안전배려의무 위반을 부정하는 경향이 짙다.⁷⁶⁾ 우리나라 판례는 고등학교 2학년 학생이 점심시간에 장난으로 급우가 앉아 있던 의자를 걸어서 급우로 하여금 상해를 입게 한 사건에서, 점심시간은 오후수업을 하기 위하여 쉬거나 수업의 정리, 준비 등을 하는 시간이므로 교육활동과 밀접한 관계에 있어 교장이나 교사의 보호·감독의무가 미치지만, 가해자가 충분한 분별능력이 있었고, 성격이 온순하며, 피해자와도 친한 사이였으므로 돌발적이거나 우연한 사고로서 구체적 위험성이 없다고 하여 교사의 과실을 부정하였으며,⁷⁷⁾ 중학교 1학년생이 휴식시간에 급우를 폭행한 사안에서 가해자의 성행, 피해자와의 관계, 사고발생의 때와 장소 등을 감안하여 담임교사의 과실을 부정하였다.⁷⁸⁾

이와 같이 휴식시간대에 통상 예측할 수 없는 것에 대하여 발생한 사고, 즉 이상

72) 고영아, 전계논문, 396면.

73) 배성호, 전계논문, 51면.

74) 大阪地判 1980. 9. 29. 「判例時報」 第1004号, 91面.

75) 東京地判 1990. 11. 25. 「判例地方自治」 第47号, 38面.

76) 이에 대한 자세한 내용은 윤인태, 전계논문, 294~297면 참조.

77) 대판 1993. 2. 12. 92다13646.

78) 대판 1997. 6. 13. 96다44433.

한 장난, 유희, 싸움, 폭행으로 인하여 사고가 발생한 경우에는 그와 같은 가해행위가 행하여 질 것을 특별히 예견할 수 있었는가 하는 것이 문제가 된다. 평소 사고가 끊임없이 일어나는 위험한 놀이가 목격된다든지, 피해학생으로부터 도움 요청을 받았던 경우, 이전에 피해학생이 소송을 제기했던 경우와 같이 위험발생에 대한 특별한 예견가능성이 있는 때에는 교사 등이 사고회피의무를 부담하는 것은 당연하다. 이 경우에도 정규수업 또는 동아리활동 중의 학생간 사고와는 달리 학생에게 위험한 행위를 하지 않도록 지시·주의를 하였다면 안전의무위반은 아니라는 것이 일본과 우리나라의 대부분 판례의 경향이다.⁷⁹⁾ 방과후 사고는 원칙적으로 정교교육이 종료된 후의 사고이기 때문에 교사의 보호·감독의무가 미치는 범위여부가 문제되는데, 우리나라와 일본의 대부분 판례는 교사의 과실을 부정하고 있다.⁸⁰⁾

(5) 집단따돌림

집단따돌림, 집단괴롭힘, 왕따는 한 집단 내에서 다수의 집단구성원들이 가해자가 되어 특정인을 의도적, 계획적으로 소외시키거나 심리적, 혹은 신체적으로 괴롭히는 것으로 이해되고 있다. 일본 문부성에서는 이지메(いじめ)에 의한 피해는 학생 상호간의 악의적인 장난, 단순한 폭행과는 질적으로 다르며, 중대하고 심각한 손상을 수반하는 것이라고 한다.⁸¹⁾ 학생간의 싸움과 단순한 폭행은 우발적으로 발생하는 것이 많아, 교장이나 교사가 예측할 수가 없기 때문에 학교측에 책임을 묻기 어렵다. 판례는 “수업시간 중에 친구가 집단따돌림을 당하고 있는 것에 격분하여 집단따돌림을 한 학생 1명을 칼로 찔러 사망하게 한 사건에서 학교에게 예측가능성이 없다”는 이유로 책임을 부정하였다.⁸²⁾

집단따돌림은 당사자들이 특정되어 있고 장기간 집요하게 행하여지는 특징을 갖는다. 이 때문에 학교측은 일상적인 학생의 동향을 주의 깊게 관찰해서 적절한 피해방지 조치를 취해야 한다. 이 경우 담임교사 등이 가해학생을 훈계하기 위하여

79) 배성호, 전계논문, 51면; 織田博子, 前掲書, 335~336面.

80) 대판 1996. 8. 23. 96다19833. 東京地判 1985. 5. 31. 「判例タイムズ」 第577号, 60面.

81) 伊藤進, “公立中学生いじめ自殺: いめき市立中事件”, 「学校事故賠償責任法理」, 信山社, 2001, 107面.

82) 서울지법남부지판 2003. 9. 25. 2002가합13943.

어떠한 손해방지 조치를 취하여야 하는지가 문제된다. 구체적으로 피해학생과 가해 학생의 성격, 집단따돌림의 성질과 정도 등에 의해 달라질 수 있지만, 문제의 행동이 발생할 때마다 구두로 훈계하는 정도로서는 부족하고 적극적인 조치가 요구된다. 집단따돌림은 피해학생에게 중대한 정신적 손해를 주기 때문에 집단따돌림 사건에서는 우선 당해 행위가 집단따돌림인지 여부에 관한 사실인정이 문제된다.⁸³⁾

그런데 집단따돌림이 인정되더라도 어떤 경우에 학교측의 과실이 인정되는지가 문제된다. 학설은 교사의 학생에 대한 보호·감독의무 또는 안전배려의무와 관련하여 집단따돌림 피해는 교육활동에 내재하는 위험이고 교사의 전문적 안전의무가 문제되는 영역이라고 보는 견해⁸⁴⁾와 교육활동과 밀접한 관계에서 발생하는 교육외재형 사고로서 특별한 사정이 있는 경우에만 예견의무가 문제될 뿐이라는 견해⁸⁵⁾가 대립되고 있다. 그리고 집단따돌림으로 인한 사고가 만연하고 있다는 현실을 전제로 한다면, 교육담당자로서는 집단따돌림을 구체적으로 인식·예견할 수 없다고 하더라도 집단따돌림 유무를 조사하고 해결방법을 모색하는 의무를 해태하여 피해가 발생하면 그 자체만으로 과실이 있다는 주장도 있다.⁸⁶⁾ 생각건대 집단따돌림은 교육활동과 직접 관련된 사고는 아니고 교육외재형 사고로서의 특징을 가지므로 교육 전문가로서의 입장에 있는 교사 등이 예견가능 하였는가를 과실의 중요한 판단요소로 삼을 수밖에 없다.

집단따돌림으로 인한 자살에 있어서는 교사 등 학교측의 안전배려의무 위반과 학생의 자살과의 사이에 상당인과관계가 인정될 수 있는지, 즉 집단따돌림이 있다는 예견가능성이 있더라도 자살하는 것까지의 예견가능성이 있는지 여부가 문제된다.⁸⁷⁾ 학설은 악질적이고 중대한 집단따돌림에 대하여 예견가능성이 있었을 경우에는 인과관계를 인정할 수 있다는 견해가 우세하며, 이 경우의 손해는 통상손해로 본다. 교사 등의 과실과 집단따돌림에 의한 자살과의 인과관계도 문제인데, 일본 법

83) 伊藤進, “公立中学生いじめ自殺”, 「学校事故賠償責任論」, 信山社, 2000, 105面.

84) 市川須美子, “福島地裁いじめ支部いじめ自殺判決の意義と問題点”, 「ジュリスト」 第976号, ジュリスト社, 1991, 34面.

85) 伊藤進, 「学校事故賠償責任法理」, 信山社, 2000, 108面.

86) 芝池義一, “国家賠償法における過失の二重性”, 「民商法雑誌」 第112号, 1995, 376面.

87) 남준희, “집단따돌림으로 인한 학생의 자살과 교사 등의 책임”, 「법학연구」 통권 제28집, 전북대학교 법학연구소, 2009. 7, 138면.

원은 대부분 집단따돌림과 자살사이의 인과관계를 부정⁸⁸⁾하고 있으나, 인정하는 판결도 있다.⁸⁹⁾ 우리나라 판례도 책임을 부정한 사례⁹⁰⁾와 책임을 긍정한 사례⁹¹⁾가 있다. 최근 집단따돌림에 의한 자살사고가 다수 보도되어 사회문제화 된다는 점을 고려하면, 교사 등 학교측에게 집단따돌림이라는 인식이 있다면 자살은 예견가능한 피해라고 할 수 있을 것이다. 그렇지 않는 단계에서도 자살은 집단따돌림 피해의 한 내용이기 때문에 후자의 견해가 타당하다.⁹²⁾

(6) 검토

교원 등의 학생에 대한 보호·감독의무는 학교 내에서 학생의 전 생활관계에 미치는 것이 아니라 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한정되며, 이 점에서 친권자 등의 법정감독자가 미성년자의 생활관계 전반에 걸쳐 감독의무를 부담하는 것과 다르다. 학생들의 자발적인 동아리활동이나 사적인 모임은 교육활동과 무관하며, 방과후의 활동에 대한 교원 등의 보호·감독의무는 원칙적으로 발생하지 않는다. 그러나 동아리활동이라도 학교교육활동의 일환으로 이루어지는 경우에 지도교사를 비롯한 학교측은 학생을 지도·감독하고 사고발생을 예방할 주의의무가 있다. 교육활동은 학교 밖의 과외활동이나 학교행사의 형태로 이루어지기도 하므로 학교측의 보호·감독의 범위는 반드시 장소적으로 한정되는 것은 아니다.

집단따돌림의 경우 교사가 피해학생의 자살 이전에 피해학생을 상대로 한 집단따돌림이 행해지고 있었거나, 가해학생들에게 유사한 비행전력이 있음을 인지하고 있었음에도 불구하고 미온적으로 대응한 경우 교사의 보호감독의무 위반이 인정된다.

88) 鹿兒島地判 2002. 1. 28. 「判例時報」 第1800号, 108面; 福岡地判 2001. 12. 18. 「判例時報」 第1800号, 88面; 東京高判 1994. 5. 20. 「判例タイムズ」 第874号, 69面; 岐卓地判 1993. 9. 6. 「判例時報」 第1487号, 83面; 東京地判 1991. 3. 27. 「判例時報」 第1378号, 26面; 最判 1977. 10. 25. 「判例タイムズ」 第355号, 260面.

89) 東京高判 2002. 1. 31. 「判例タイムズ」 第1084号, 103面; 福島地いわき支判 1990. 12. 16. 「判例タイムズ」 第746号, 116面.

90) 부산지판 2006. 7. 13. 2005가합19104.

91) 서울고판 2004. 8. 11. 2003다71916.

92) 서우석, 전계논문, 17면.

집단따돌림으로 피해학생이 자살한 경우에는 사회통념상 허용할 수 없는 악질, 중대한 따돌림이 계속되고 그로 인해 피해학생이 육체적·정신적으로 궁지에 몰린 상황에 있었음을 예견하였거나 예견할 수 있었을 경우에는 피해학생이 자살에 이른 상황에 대한 예견가능성이 있는 것으로 보고 있다.

제2절 학교안전사고 발생실태와 피해보상 현황

우리나라의 아동·청소년기의 안전사고 발생실태는 OECD 국가 중 최고수준이다. UNICEF(국제아동기금)가 발표한 2001년 ‘부유국 아동상해사망’ 보고서에 따르면, 우리나라는 OECD국 가운데 상해, 사고로 인한 아동사망률이 인구 10만명당 25.6명으로 가장 높고 스웨덴(5.2명), 영국(6.1명), 일본(8.4명) 등 선진국에 비해 4~5배 높은 것으로 나타났다.⁹³⁾

학교안전사고 문제는 학령기 아동·청소년이 신체적·정신적으로 가장 활발하게 성장하는 시점에 발생하는 침해행위로써 신체 성장을 저해할 뿐만 아니라, 이로 인한 정신적 충격은 평생에 걸쳐 영향을 받게 되며, 이들이 성인이 되었을 때 국가가 부담해야 할 사회적 비용은 더욱 커질 것이다. 따라서 학교안전사고의 실태를 파악하여 이에 대한 대책을 마련하는 것이 중요하다. 최근에는 학생들의 자율성과 개성을 강조하는 교육방식과 현장체험학습을 강화하는 방향으로 교육활동을 전개함으로써 교사, 학생들이 학교안전사고에 더욱 노출되고 있다. 학교안전사고는 원칙적으로 학교폭력도 포함된다. 학교안전공제회에서는 가해자가 뚜렷한 학교폭력은 원칙적으로 보상하지 않지만, 가해자가 분명하지 않은 학교폭력은 일부 보상하고 있다.⁹⁴⁾

1. 발생실태

(1) 원인별 발생건수

93) 김영한, “학교 안전을 위한 국가적 노력과 과제”, 「교육정책포럼」 통권 제206호, 한국교육개발원, 2010. 8, 5면.

94) 오석규, 전계논문, 79면.

(기간 : 2012. 1. 1 ~ 12. 31)

원인/급별	유치원	초등학교	중학교	고등학교	특수학교	평생교육 등	계
학생부주의	455	2,678	2,070	1,612	51	44	6,910
기타(지병 등)	182	1,098	1,561	1,236	16	16	4,109
시설관리	-	2	1	2	-	-	5
일반폭행	3	2	-	-	-	-	5
계	640	3,780	3,632	2,850	67	60	11,029

학교안전사고의 사고원인별 발생건수와 비율을 살펴보면,⁹⁵⁾ 교육과정상 위험요소를 내포한 사고도 있으나, 주의산만이나 장난 등 학생 자신에 의한 사고가 63%로 다수를 차지하고, 학교시설물의 설치, 유지관리의 하자로 인하여 발생하는 사고는 적은 편이다. 발생건수는 사리분별이 미약한 초등학교가 34%, 중학교 33%, 고등학교 26%, 유치원 6%로 나타났다. 학교안전사고는 학교교육활동과 관련하여 발생하고 가해자와 피해자인 학생이 미성년자이기 때문에 교원 등 학교측은 그 책임에서 벗어나기 쉽지 않다. 따라서 학생들을 대상으로 안전사고 예방교육과 교사의 지도·감독이 절대적으로 필요하다.

(2) 시간대별 발생실태

연도	휴식 시간	체육 시간	수업 시간	일과 시간	등하교 시간	방과후 시간	실험·실 습시간	기타	계
2009년	25,052	25,651	4,496	7,533	3,490	1,881	756	628	69,487
2010년	29,013	24,461	8,860	6,361	5,086	2,063	547	1,105	77,496
2011년	31,834	26,729	10,130	7,243	5,696	2,801	667	1,368	86,468
누계	85,899	76,841	23,486	21,137	14,272	6,745	1,970	3,101	233,451
비율	36.80	32.91	10.06	9.05	6.11	2.89	0.84	1.34	100

최근 3년간 학생들의 교육활동 시간별로 발생한 실태⁹⁶⁾는 다음 수업을 위하여 잠시 쉬거나 수업의 정리, 준비 등을 하는 시간으로서 교육활동과 질적·시간적으로 밀접 불가분의 관계에 있는 수업 직후 휴식시간 중에 발생한 사고가 전체의 36.80%를 차지하고 있다. 그 이유는 이전 시간의 수업으로 인해 긴장감이 완화된 학생들의 주의력이 떨어질 가능성이 높기 때문인 것으로 보인다. 두 번째로 높은 시간

95) 서울특별시 학교안전공제회(<http://schoolsafety.or.kr>) 2013. 11. 11. 검색 자료.

96) 민주당 안민석 의원 국정감사 요구자료, 2013. 8. 22.

대는 체육수업 시간으로 전체의 32.91%로 나타났다. 체육수업 시간에는 교과목의 특성상 격렬한 동작이 수반되고 상대방과의 빈번한 신체접촉, 준비운동의 미흡이나 수행종목에 대한 기술부족 및 지나친 의욕, 기구나 기자재 결합 등의 이유로 학교 안전사고 위험성이 높다. 전반적으로 교육활동 중에 학교안전사고가 꾸준히 증가하고 있는 것은 주목할 만하다. 교육활동에는 정규 수업 외에도 꾸준히 증가하는 수련활동, 현장체험학습, 봉사활동 등이 포함되는데, 이러한 교과활동은 장시간에 걸쳐 이루어지는 특성이 있기 때문에 학생들의 주의력이나 교원의 관리·감독 등이 소홀해지기 쉽다.

교육활동 시간별 사고발생 실태를 종합하면 학교안전사고의 대부분은 교원의 관리·감독이 소홀해지기 쉽고, 짧은 시간에 많은 학생이 동시 다발적으로 활동하는 휴식시간과 신체근육을 많이 활용하는 체육시간에 발생하고 있다. 이와 관련하여 실험·실습시간 중의 발생빈도가 제일 낮는데, 그 이유는 실험·실습 중에 발생하는 사고는 인체에 심각한 위험을 초래하기 때문에 관련된 교원, 학생들이 위험성을 주지하고 사고발생을 미연에 방지하기 때문인 것으로 보인다.⁹⁷⁾ 그러나 학교안전사고가 발생할 가능성은 늘 잠복해 있기 때문에 교사 등 학교측의 지도·감독의 사각지대는 항상 존재하게 되며, 학교안전사고를 원천적으로 예방할 수 있는 방법을 모색하기는 쉽지 않다.

2. 피해보상 현황

(1) 연도별 보상건수와 공제급여 지급 추이

(단위 : 건, 백만원)

구분	2010년	2011년	2012년
지급건수 (증가율)	56,427(6.0)	59,012(4.6)	70,040(18.7)
보상금액 (증가율)	22,834(16.3)	23,059(1.0)	27,649(19.9)

2010년도 이후 학교안전사고 발생건수와 보상금액은 매년 지속적으로 증가하고

97) 김충목·서우석, “학교안전사고의 권리구제에 관한 연구”, 「법학연구」 제52집, 한국법학회, 2013. 12, 67면.

있다.⁹⁸⁾ 그 원인은 교육활동 측면에서 정부의 창의적 체험활동 활성화 시책과 더불어 교육활동에 대한 다양한 요구 등으로 인해 체험과 현장학습이 증가함에 따른 것으로 보인다. 2009년 교육과정 개편(교육과학기술부 고시 제2009-41호)으로 ‘창의적 체험활동’이 신설된 이후 각급 학교 단위에서 야외 체험활동이 급증하였는데, 2013년 8월 교육부 조사결과, 2013학년도에 초·중·고교에서 계획하고 있는 학교 밖 체험활동은 약 2만건으로 나타나고 있다.⁹⁹⁾ 학교 밖에서 이루어지는 체험활동은 ①수련활동(청소년 시기에 필요한 기량과 품성을 함양하는 교육적 활동으로 수련프로그램을 가지고 청소년지도자와 함께 행하는 1박2일 이상 실시되는 교육활동) ②수학여행(공동체의식과 건전한 국가관을 배양하고 전인적인 인격과 품성을 함양하며 꿈과 끼를 함께 키우기 위하여 학교단위에서 실시하는 집단적 숙박여행) ③숙박형 현장체험활동(일정기간 숙박을 하면서 이루어지는 숙박활동¹⁰⁰⁾) ④당일형 현장체험활동(하루에 이루어지는 비숙박 체험활동¹⁰¹⁾) 등으로 다양하다.

그리고 「학교안전사고보상법」 시행으로 학교장은 모든 사고를 의무적으로 통지하도록 제도화된 것과 학교안전공제회의 보상범위가 확대되고 대형사고가 증가됨에 따라 보상건수와 보상액이 꾸준히 증가하는 것으로 보인다. 또한 공제제도에 대한 홍보와 사회적 관심이 공제급여청구 증가와 비례하는 것으로 해석되므로 학교안전사고의 피해학생들을 보상하기 위해서는 향후 공제제도의 홍보가 더욱 필요하다.¹⁰²⁾

98) 학교안전공제중앙회(<http://www.ssif.or.kr>) 2013. 11. 20. 검색 자료.

99) <2013년 초·중·고 학교 밖 체험활동 계획>

시도	서울	부산	대구	인천	광주	대전	울산	세종	경기
프로그램수	3,071	1,280	1,026	647	501	534	315	72	4,700
시도	강원	충북	충남	전북	전남	경북	경남	제주	계
프로그램수	388	553	994	1,165	1,052	1,392	1,772	495	19,957

(학교안전사고보상법 일부개정법률안(김상희 의원 대표발의, 김희정 의원 대표발의) 교육문화체육관광위원회 검토 보고 자료. 2014. 2. 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp>) 2014. 4. 20자 검색).

100) 스키캠프, 영어캠프, 래프팅 등의 수상체험, 진로캠프, 농·어촌 봉사활동, 학생회 임원수련회, 신입생 오리엔테이션, 교외 사제동행, 취업캠프, 과학캠프, 청소년단체캠프, 통합캠프 등.

101) 등반대회, 걷기대회, 대학탐방, 일일 직업체험, 사생대회, 백일장대회, 농·어촌 체험, 봉사활동, 동아리 활동(청소년단체 활동 포함), 문화·체육 체험활동, 박물관 관람 등.

102) 송효근, 「학교안전사고 발생 및 공제급여 지급현황」, 한국교육개발원 교육통계자료, 2010. 8, 33면.

(2) 급여종류별 지급실태

(단위 : 백만원)

연도	종별	요양급여	장해급여	유족급여	간병급여	위로금	보전비용 등	계
2010년	건수 (비율)	56,318 (99.81)	47 (0.08)	17 (0.03)	-	-	45 (0.08)	56,427 (100)
	금액 (비율)	16,075 (70.40)	4,311 (18.88)	1,547 (6.77)	-	-	901 (3.95)	22,834 (100)
2011년	금액 (비율)	58,912 (99.81)	51 (0.08)	8 (0.03)	-	-	41 (0.08)	59,012 (100)
	금액 (비율)	17,070 (74.03)	3,803 (16.49)	878 (3.81)	-	-	1,307 (5.67)	23,059 (100)
2012년	금액 (비율)	69,919 (99.83)	59 (0.08)	12 (0.02)	1	3	46 (0.07)	70,040 (100)
	금액 (비율)	20,350 (73.60)	4,662 (16.86)	1,305 (4.72)	4 (0.01)	120 (0.43)	1,208 (4.37)	27,649 (100)

요양급여가 지급되는 비교적 경미한 사고는 매년 증가하고 있으며, 장애급여를 지급한 사고도 전체 비중은 높지 않으나 증가 추세를 보이고 있으므로¹⁰³⁾ 사고발생 원인을 파악하여 지도함으로써 사고발생을 예방할 필요가 있다. 학교안전공제회가 지급하는 비급여항목에 대한 치료에 지급하는 보상금 지급기준은 건강보험공단이 지급하는 급여항목에서 제외되는 대표적인 항목인 물리치료(체외충격과, 도수치료)의 경우 치료비 지급 규정이 미비해 각 시·도안전공제회의 판단에 따라 전부 또는 일부를 지급하거나 아예 지급하지 않는 시·도가 있어 학교안전사고에 대한 구제기능으로 미흡하고, 형평성에도 맞지 않다.

(3) 학교 급별 공제급여 지급액

(기간 : 2012. 1. 1 ~ 12. 31)

구분	유치원	초등학교	중학교	고등학교	특수학교	평생교육 등	계
사고건수	640	3,780	3,632	2,850	67	60	11,029
지급금액 (백만원)	59	1,160	1,751	1,406	46	19	4,441

2012년도 학교 급별 사고발생 건수를 보면, 초등학교, 중학교, 고등학교, 유치원 순으로 나타나고 있다. 반면 사고발생 건당 평균 공제급여 지급액은 고등학교, 중학교, 초등학교, 유치원 순으로 나타나고 있다.¹⁰⁴⁾ 따라서 기초적인 안전사고 예방교육

103) 전계 국정감사 요구자료.

104) 서울특별시 학교안전공제회(<http://schoolsafety.or.kr>) 2013. 6. 25. 검색 자료.

은 조기에 실시하되 고학년으로 갈수록 대형사고 예방대책이 강구되어야 할 것으로 판단된다.¹⁰⁵⁾ 특수학교의 사고건수가 일반학교와 비교하여 적은 것은 학생수가 상대적으로 적기도 하지만, 교사 등 학교측에서 안전사고에 대해서 더욱 세심히 배려하기 때문으로 보인다.

3. 검토

이상에서 학교안전사고의 발생실태와 보상현황을 살펴보았다. 학교안전사고는 대부분 정상적인 교육활동을 수행하는 도중 발생하고 있다. 사고발생률이 가장 높은 시간대는 수업 직후 잠시 쉬거나 수업의 정리·준비 등을 하는 교육활동과 질적·시간적으로 밀접 불가분의 관계에 있는 휴식시간이다. 다음으로 정규 교육활동이 이루어지는 체육시간, 야영훈련 등 실외에서 활동하는 시간으로 나타났다. 사고원인은 학생들 사이의 장난이나 주의산만에 기한 학생 스스로의 사고가 절대 다수를 차지한다. 대부분의 사고가 우발적으로 발생한다는 것을 의미하는데 가해자가 학생 본인이거나 급우인 경우가 대부분이며, 가해학생도 고의성이 없는 경우가 많음을 의미한다. 학교안전공제회의 피해보상 현황을 보면 매년 공제급여액이 증가하고 있는 추세이다. 이는 교육부의 정책으로 다양한 창의형 체험학습이 증가함에 따라 사고도 꾸준히 증가하였기 때문으로 보인다. 또한 학교안전공제회의 보상범위 확대도 그 요인으로 보인다. 학교 급별로는 사리분별이 미약한 초등학교에서 많이 발생하고 있으므로 교사들의 각별한 주의를 필요하다. 학교안전공제회의 보상금 지급기준은 항목이 법정되어 있으며 피공제자의 치료에 실제로 지급된 비용 중 피공제자 또는 보호자 등이 부담한 금액만을 지급하고 장래 소요될 것으로 보이는 치료비 등은 지급대상이 아니다. 따라서 피해의 완전한 보상은 어렵다고 할 수 있다.

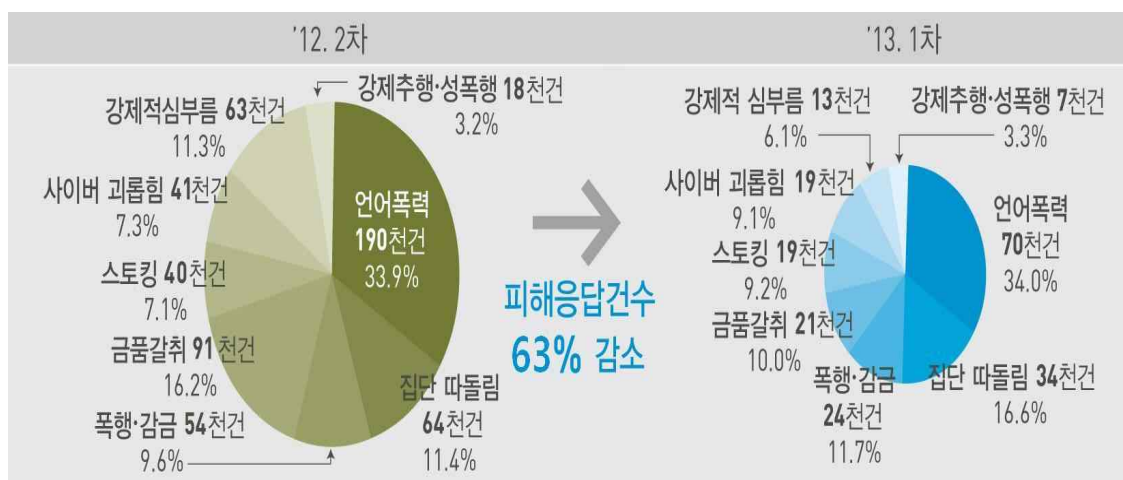
105) 송효근, 전계자료, 34면.

제3절 학교폭력 발생실태와 피해보상 현황

1. 발생실태

(1) 피해 유형

최근 교육부 조사결과 학교폭력 유형별 응답 현황에 따르면,¹⁰⁶⁾ 언어폭력피해 응답건수가 2012. 2차 조사시 190천건(33.9%)에서 2013. 1차 조사결과 70천건(34.0%)으로 가장 많이 나타나고 있다. 강제적 심부름(80.2%↓), 금품갈취(77.2%↓) 등 쉽게 드러나는 유형의 폭력이 크게 감소했고, 집단따돌림(46.2%↓), 사이버 괴롭힘(54.1%↓) 등 조직화되고 은밀해지기 쉬운 유형의 폭력은 상대적으로 적게 감소했다. 최근 학생들의 스마트폰¹⁰⁷⁾ 사용이 늘면서 SNS 등을 통한 단체채팅방 강제 초대, 악성 댓글, 사진합성 등 사이버폭력 발생 비중이 2012년 7.3%에서 2013년 9.1%로 높아지고 있다.

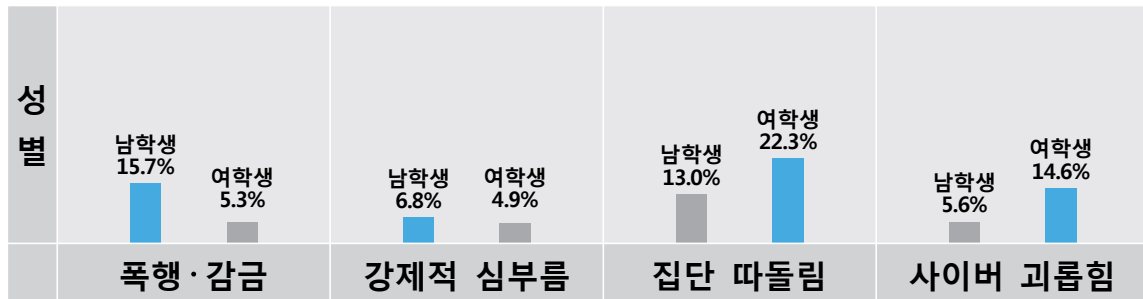


106) 2013. 7. 23. 교육부 보도자료(2013년 제1차 학교폭력 실태조사 결과)

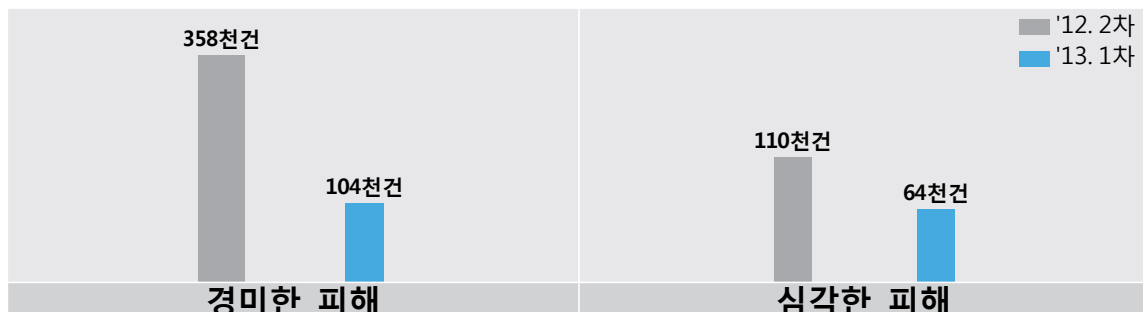
'12년 2차	구분	'13년 1차
초4~6, 중·고 전체학생(약 514만명)	대상	초4~6, 중·고 전체학생(약 519만명)
약 379만명 참여, 참여율 73.7%	참여	약 424만명 참여, 참여율 81.7%
'12.8.27~10.12 / 온라인 조사	기간/방법	'13.3.25~4.30 / 온라인 조사

107) 청소년 스마트폰 이용률은 2011년 40.0%에서 2013년 80.7%로 높아지고 있다(통계청, 2013년 청소년 통계).

폭행·감금과 강제적 심부름은 남학생이 많고, 집단따돌림과 사이버 괴롭힘은 여학생이 높게 나타나고 있다.



발생빈도나 지속정도가 경미한 피해¹⁰⁸⁾ 건수가 2012. 2차 조사시 358천건에서 2013. 1차 조사결과 104천건으로 크게 감소(70.8%↓)한 반면, 심각한 피해¹⁰⁹⁾는 2012. 2차 조사시 110천건에서 2013. 1차 조사결과 64천건으로 상대적으로 적게 감소(42.2%↓) 했다.

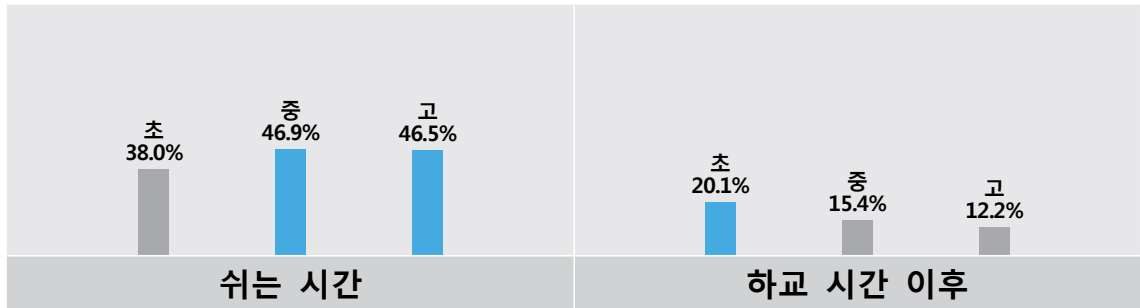


(2) 발생시간 및 장소

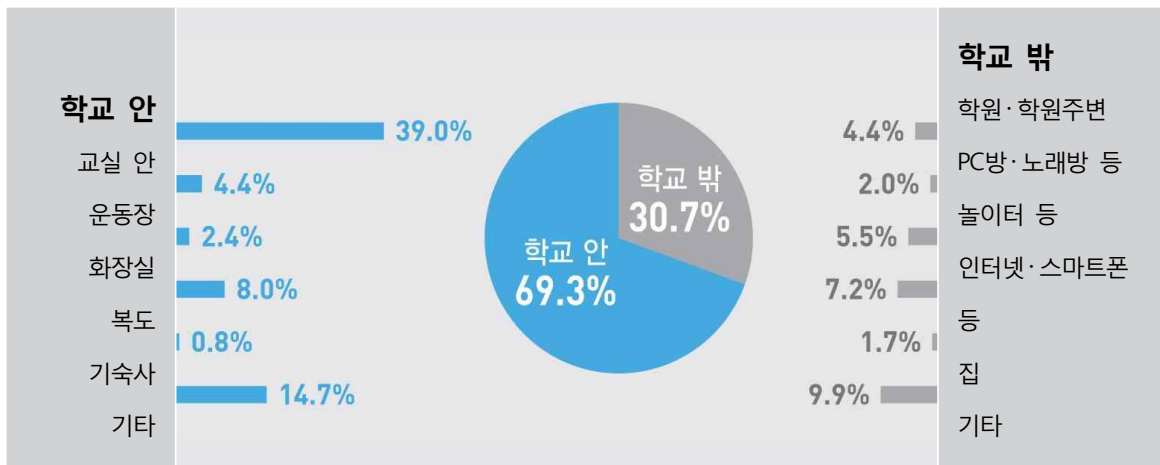
발생시간대는 학교 안에서 쉬는 시간 42.7%, 하교 이후 17.1%, 점심시간에 10.0% 정도 발생하고 있으며, 수업시간 8.0%, 등하교시간 7.7% 등으로 나타나고 있다. 쉬는 시간에는 중·고등학교의 발생 비율이 높고, 하교시간 이후에는 초등학교의 발생 비율이 높게 나타나고 있다.

108) 빈도(6개월에 1~2회)나 지속정도(1개월 이내)가 상대적으로 낮은 피해.

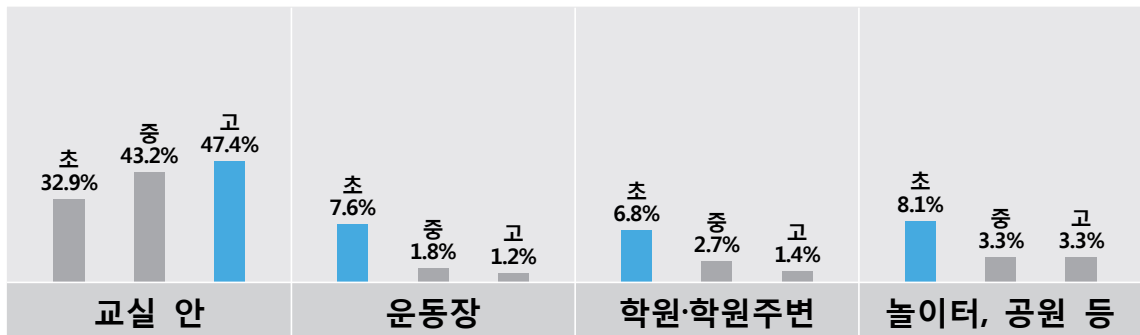
109) 빈도(1주일에 1~2회)나 지속정도(4개월 이상)가 상대적으로 높은 피해.



발생 장소는 학교 안에서 69.3%, 학교 밖에서는 30.7%를 차지하며, 교실 39.0%, 복도 8.0% 등 학생생활공간에서 주로 발생하고 있다.



교실 안에서 발생하는 비율은 학교 급이 높을수록 높고, 운동장, 학원, 놀이터에서 발생하는 비율은 학교 급이 낮을수록 높게 나타나고 있다.



(3) 피해의 심각성¹¹⁰⁾

1) 피해학생의 심리적 고통 증가

2012년도 기준 최근 1년간 학교폭력 피해율은 12.0%로 나타나 2011년 18.3%에 비해 감소한 것으로 조사되었다. 하지만 2006년 이후 학교폭력 피해율과 비교하여 살펴보면 아직도 심각한 수준임을 알 수 있다. 또한 2011년에 비해 2012년에는 학교폭력피해 후 고통정도는 33.5%에서 49.3%로 높아져 극단적인 고통을 받는 청소년들의 비율은 과거에 비해 더욱 증가하였다.¹¹¹⁾ 이는 학교폭력이 양적으로는 다소 감소하였으나, 학생들의 질적인 체감도는 오히려 심각해졌음을 의미한다. 학교폭력 피해 후유증, 청소년 자살, 범죄로 인한 심리적 고통이 고질적인 문제로 연결될 수 있기 때문에 학교폭력의 실상에 대한 경각심을 가져야 한다.

2) 학교폭력 피해로 인한 자살 생각

학교폭력을 경험한 학생들 중 44.7%가 폭력의 고통으로 인해 자살을 생각해 본 적이 있는 것으로 응답했다. 즉, 학교폭력 피해자 10명 중 4.5명은 피해 후 자살을 생각해본 경험이 있다. 이는 2011년 31.4%에 비해 13.3% 증가한 수치로 최근 자살이라는 극단적인 생각을 하는 청소년들이 점차 많아지고 있음을 알 수 있다. 따라서 적극적인 사회안전망 확충이 시급히 요구된다.¹¹²⁾

110) (재)청소년폭력예방재단에서는 2012.년 12월부터 2013년 1월까지 전국 초등학교 4학년부터 고등학교 2학년 5,530명을 대상으로 설문조사를 실시하였다(청소년폭력예방재단, 전국 학교폭력 실태조사 발표, 2013. 4. 22).

111) 학교폭력 피해학생의 고통 정도

구분	전혀 고통스럽지 않았다.	고통스럽지 않았다.	보통이다	고통스러웠다	매우 고통스러웠다.	합계
2011	10.2%	26.4%	29.9%	15.8%	17.7%	100%
2012	10.2%	8.3%	32.3%	31.1%	18.2%	100%

112) 2012년 학교폭력으로 인한 자살 생각

항목	전혀 없었다.	일 년에 1~2번	한 달에 1~2번	일주일에 1~2번	하루에 1번 이상	합계
빈도(명)	363	119	84	57	33	656
비율(%)	55.3	18.2	12.8	8.7	5.0	100

3) 심리적 후유증의 장기화

재학 기간 중 학교폭력 경험이 있다고 응답한 학생(1,264명) 중, 학교폭력 피해를 처음 당한 시기는 ‘초등학교 5학년’이 17.8%로 가장 높게 나타났다. 초등학교 저학년(1~3학년) 때 학교폭력 피해를 입은 학생은 30.5%, 초등학교 고학년(4~6학년) 때 피해를 경험한 학생은 47.8%로 초등학교 시기에 피해를 당한 경우가 전체의 78.3%로 분석되었다.¹¹³⁾ 학교폭력으로 인한 후유증은 장기화되어 학교생활 적응에 부정적인 영향을 끼칠 수 있으므로, 초등학교 때부터 학교폭력 예방에 대한 대책 마련이 시급함을 시사한다.

4) 피해 후 도움 요청 학생 현황

학교폭력 피해학생 중 도움요청 유무에 대해 질문한 결과 ‘아무런 도움을 요청하지 않았다’가 33.8%로 나타났다. 도움 요청 대상은 부모인 경우가 24.0%, 선생님인 경우가 26.6% 등으로 조사되었다.¹¹⁴⁾ 도움의 효과성을 묻는 질문에 ‘그렇다’, ‘매우 그렇다’라고 응답한 학생은 27.9%, ‘전혀 그렇지 않다’, ‘그렇지 않다’라고 응답한 학생은 41.8%로 나타났다. 학교폭력 후 도움을 요청하지 않은 학생들이 여전히 존재하며 도움을 요청하더라도 피해학생들에게 실질적인 도움이 되지 않는다는 것을 알 수 있다. 이 설문에서는 구체적으로 어떠한 상황에 처한 피해학생이 도움요청을 하지 않았는지에 대한 조사 및 분석이 없다. 따라서 피해자의 특성, 피해자와 가해자 간의 관계, 피해자가 처한 환경(피해학생과 부모와의 관계, 교사, 친구들과의 관계) 등을 여러 모로 포착하여 피해자의 도움여부와 연계하려는 노력이 필요하다.

113) 처음 학교폭력을 당한 시기

항목	초1	초2	초3	초4	초5	초6	중1	중2	중3	고1	고2	전체
빈도(명)	118	101	163	182	222	192	157	68	23	16	8	1,250
비율(%)	9.4	8.1	13.0	14.6	17.8	15.4	12.6	5.4	1.8	1.3	0.6	100

114) 학교폭력 도움 요청 방법

항목	도움 미요청	부모님께 알림	선생님께 알림	친구에게 알림	학교폭력전문기관이나 청소년 상담실에 알림	117에 신고	합계
빈도(명)	210	149	166	62	16	19	622
비율(%)	33.8	24.0	26.6	10.0	2.5	3.1	100

2. 치료비 등 신청 및 지급현황

2012. 4. 1.부터 ~ 2012. 8. 30까지 학교폭력으로 인한 치료비, 심리상담에 소요된 비용의 신청 및 지급현황은 다음과 같다.¹¹⁵⁾

<신청 현황>

구분	2012이월			2013년 신규신청			합계		
	치료	상담	소계	치료	상담	소계	치료	상담	계
건수	18	8	26	96	36	132	114	44	158
금액 (천원)	86,746	17,167	103,913	119,324	34,135	153,459	206,070	51,302	257,372

<지급 현황>

구분	지급			부지급			합계		
	치료	상담	소계	치료	상담	소계	치료	상담	계
건수	99	27	126	8	5	13	107	32	139
금액 (천원)	112,952	21,608	134,560	21,597	14,485	36,082	134,549	36,093	170,642

3. 검토

학생폭력 발생현황은 꾸준히 증가하고 있는 상태이며 그 유형도 매우 다양하다. 피해학생의 심리적 고통과 후유증이 증가하고 있으며 심지어 자살이라는 극단적인 생각을 하는 학생도 많다. 피해학생의 보호체계에도 문제점이 있어 이에 대한 대책이 시급하다. 가해자의 재발방지와 사회안전망 확충이 필요하다. 피해보상 중에서 치료비보상액이 가장 높게 나타나기 때문에 피해학생의 치료비를 신속하게 지급할 수 있도록 하는 동시에 보상범위도 확대해야 한다. 보상금은 치료비와 상담비에 국한되며 일시보호에 필요한 비용을 신청한 사례가 없으므로 이에 대한 적극적인 홍보가 필요하다. 정신적 피해가 증가하는 추세를 반영하여 상담 및 정신과치료 등의 보상범위를 확대하는 방향으로 지급기준도 마련되어야 한다.

115) 학교안전공제중앙회, 「학교폭력 지급기준 제정안 마련 연구 공청회 자료」, 16면. 일시보호는 신청자는 전무한 실정이다.

제3장 주요 국가의 입법례와 판례의 동향

제1절 미국

1. 입법례

미국은 세계에서 거의 유일하게 전국적(연방 차원의) 교육시스템을 가지지 않는 나라이다.¹¹⁶⁾ 미국연방헌법 수정 제10조는 “이 헌법에 의하여 합중국에 위임되지 아니하고 이 헌법이 각 주에 금지하지 아니한 여러 권리는 각 주나 인민에게 유보된다.”고 규정함으로써, 교육에 대한 전권(plenary authority)은 주에 귀속되고 있다.¹¹⁷⁾ 또한 미국의 50개 주의 헌법은 모두 주정부의 교육책무에 대한 규정을 두고 있다.¹¹⁸⁾ 이처럼 교육에 관한 권한은 법제상으로는 주정부에 귀속되어 있으나, 교육에 관한 권한의 많은 부분은 학교구(School District, 學校區)에 위임되어 있기 때문에 실질적인 교육에 대한 운영권은 각 지역단위에 있다.¹¹⁹⁾ 학교구의 운영기구는 지방교육위원회(Local Board of Education)로 불리우는 합의제기관이다.

공립학교설립자인 학교구는 그 재산관리 면에서는 판례상 일반민사상 불법행위책임을 부담하지만 교육활동에 관하여는 전통적인 Common Law상의 정부면책의 원리(doctrine of governmental immunity)¹²⁰⁾에 의하여 손해배상책임을 지지 아니하였다.¹²¹⁾ 이는 한때 학교안전사고의 책임규명에 있어서 교사를 비롯한 교육당국이 내세울 수 있는 중요한 방어기제였다. 비록 교사와 행정가가 소송제기의 대상이 되고 있지만 이 개념이 불법행위책임으로부터 학교구와 주를 면책시켜 주는 정책으로

116) James W. Guthrie & Rodney J. Reed, Educational Administration and Policy-Effective Leadership for American Education, 1986, p.65

117) Ibid, p.67

118) 석인선, “미연방헌법상 교육권의 기본권성”, 「한국교육법연구」 제8집 제2호, 한국교육법학회, 2005, 12, 238면.

119) 류방란, 「외국의 교육안전망 사례; 스웨덴·독일·영국·미국」, 한국교육개발원, 2007, 246면.

120) 이는 「국왕은 악을 행하지 않는다(the king can do not wrong)」라는 고대의 개념이다.

121) 김진욱, 전제논문, 19면; M. Chesten Molt & J. Phillip Linn, School Law for Teachers, The Interstate Printers & Publishers, 1963, pp.242~245

해석되어 왔다.¹²²⁾ 스마일리의 소송사건(Smiley v. Hart City Bd of Educ)¹²³⁾은 이 원리에 의해 교육위원회의 책임이 면제되었다. 이 사건은 아침에 학교에서 공놀이를 하다가 구덩이에 빠져 상해를 입은 피해학생측이 구덩이를 메워놓지 않은 과실이 교육위원회에 있다고 소송을 제기한 것인데, 법원은 해당 주의 정부면책의 원리에 어떠한 배상도 하지 않는다고 판시하였다. 최근에는 정부면책의 원리 또는 주정부 면책의 원리의 경우 학교측이 보험에 가입하면 포기로 간주되기도 한다.¹²⁴⁾ 또한 많은 주들이 학교안전사고에 있어 학교의 면책을 인정하지 않거나 적용범위를 축소하고 있다. 이와 관련하여 테네시주의 딘의 소송사건((Dean v. Weakley County) 사건에서 법원은 교사나 학교측이 학생의 보호·감독에 있어서 상당한 주의를 하지 않는 경우에는 공무원 면책의 원리가 적용되지 않는다고 판시하였다.¹²⁵⁾

뉴욕, 워싱턴, 캘리포니아 등 여러 주에서는 특별법으로 학교구의 사용자책임을 규정하고 있었으나, 대다수 주에서는 Common Law의 원칙에 따라서 학교안전사고에 관한 교원개인의 책임을 과실책임으로 추급하여 왔다. 학교안전과 관련하여 법원은 학교는 학생의 안전을 위한 전문적인 교사와 행정관계자가 있다고 하여 친권 위임설에 따라 학생에 대한 교육, 감독, 안전의 보장이라는 3가지 의미를 부여하였다. 일반배심원에 의한 과실의 인정기준은 학교안전사고의 경우 ‘부모에 갈음하는 입장’으로 통상 ‘신중한 사람의 위험의 예견가능성(foreseeability)’에 두었다.¹²⁶⁾ 특히 Sheehan v. St. Peter's Catholic School 사건에서 미네소타주 대법원은 학생에 대하여는 통상적 주의를 필요하고 다른 학생의 행동으로 인하여 발생하는 학생의 상해를 예방하는 것은 학교의 의무라고 판시하고 있는데, 아동은 위험가능성을 생각하지 않는 경향을 가지고 있다는 것에 주목하였다.¹²⁷⁾

영미법에서 예견가능성의 요건은 손해의 유형(type of loss)과 사고의 종류(kind

122) 한승희, 전개논문, 248면.

123) Hudgins Jr HC & Richard S Vacca, Law and Education, Virginia The Mile Company Law Publishers, 1985, p.94; Smiley v. Hart City Bd of Educ, 518 S W 2d 785, Ky 1975.

124) Guthrie v. NC State Ports Authority, 307 NC 522, 1983.

125) Dean v. Weakley County, No. W2007-00159-COA-R3-CV, 2008 WL 948822.

126) 이우영, “영미 불법행위법상의 예견가능성법리”, 「서울대학교 법학」 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008. 9, 285면.

127) 291 Minn. 1, 188 N.W. 2d 868.

of accident)를 대상으로 하며, 원고가 증명하여야 한다.¹²⁸⁾ 원고는 합리적으로 예견 가능한 유형의 손해를 입었다는 것 이외에도 손해를 야기한 사고가 피고의 과실에 의하여 창출된 위험의 범위 안에 있다는 것, 다시 말하면 과실행위로 인한 사고는 합리적으로 예견가능한 결과이어야 한다는 것을 증명하여야 한다.¹²⁹⁾ 비교법적으로 이해할 때 영미법상 예견가능성이 인정된 판례 및 학설상의 예들은 우리 민법상 통상손해로 인정된 것들이고, 통상의 예견가능성이 부정된다고 보는 판례 및 학설상의 예들은 우리 민법상 예견가능성의 존재를 주장·증명해야 배상가능한 특별손해라고 보는데 무리가 없다.¹³⁰⁾ 미국에서는 제2차 세계대전 이후 학교의 규모가 커지고 사고도 급증함에 따라 1961년 New York, Connecticut를 포함한 5개 주에서 교원배상부담면제법이 제정되었다. 이것은 유책으로 판결된 교직원이 지불해야 할 배상금 등을 학교교육위원회에서 대신 부담하도록 하는 내용이다. 이와 같은 입법에는 논란도 있으나 교원단체뿐만 아니라 교육위원회연합회 등에서도 권장하고 있어 점차 확산되고 있으며, 학부모가 상해보험으로 학교안전사고보험에 가입하는 사례가 많아지고 있다.¹³¹⁾ 미국의 경우 주 입법부 및 법원은 교사와 그 외 교육관계자들의 불법적인 행위에 대해 교육위원회와 교육기관의 관리운영기구에게 책임이 부과되도록 적용해야 하는지 여부에 대해 합의를 보지 못하는 실정이다.

미국에서는 학교안전사고 문제를 대체로 보건문제와 함께 다루고 있으며 이를 위해 여러 종류의 서비스와 상담 등이 이루어지고 있다. 예견대, 사고에 의한 신체적 부상과 같은 것을 포함하여 잘못된 행위 등으로 인하여 독성화학약품에 중독되거나 치명적인 질병에 감염되는 것도 안전사고의 문제이며, 나아가 보건에 관한 문제로 다루고 있다. 미국의 최근 보건교육(health education)의 추세를 보면 개인의 사고예방 및 대처능력을 함양하는 것에 역점을 두고 있다.¹³²⁾ 2000년도에 미국 전체 공립 학교에서 실시하는 안전교육 내용 및 방법에 대한 조사에서 50% 이상의 학교에서 사고발생에 영향을 미치는 요인으로 가족, 친구, 마스크를 따로 설정하여 교육하고

128) Alastair Mullis & Ken Oliphant, Torts, 3rd Ed., Palgrave Macmillan, 2003, pp.153~154.

129) 이용인, “민법 제393조와 불법행위법에서의 예견가능성”, 「재산법연구」 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007. 2, 281; Jolley v. sutton London Borough Council(2000) 1 WLR 1082.

130) 이우영, 전계논문, 287면.

131) 김도형, 전계논문, 88면.

132) 김도형, 전계논문, 85면; 박재윤, 「외국의 학교안전사고 대책과 사례」, 한국교육개발원, 2001, 21면.

있다. 특히, 친구의 영향에 대해서는 90% 이상의 학교에서 학생들의 인식을 강화하는 것뿐만 아니라, 상황대처에 대한 기술을 습득하도록 안전교육을 실시하고 있다.¹³³⁾ 이 중에서 학교안전사고와 관련된 것을 보면 다음과 같다.¹³⁴⁾

첫째, 가장 기본적인 대책은 충실한 보건교육이라 할 수 있다. 보건교사의 1차적인 목표는 학생들로 하여금 발생할 가능성이 있는 문제들을 인식시키고 사고에 대한 대처능력을 향상시키는 것이다.

둘째, 학교안전문제를 포함한 보건문제에 관한 법적인 원칙을 정립하는 것이다. 학교안전사고가 발생했을 경우에 적절히 대응하는 절차와 기준에 관한 법적 해석, 원칙을 정립하는 일은 대단히 중요하다.

셋째, 보건과 안전에 관련된 인적 지원을 충실히 하는 것이다. 특히 적정수의 보건교사 등을 확보하여 학생들의 건강점검과 더불어 각종 안전사고에 대비한다.

넷째, 운동경기와 관련하여 안전사고에 대한 특별한 대책이다. 선수 선발과 훈련 등에 있어서 관련 담당자는 체육에 관련된 의학 전문가의 검토를 받게 된다.

다섯째, 사고방지를 위한 활동과 응급의료제도의 정립이다. 이는 타인의 고의에 의한 피해를 비롯하여 천재지변으로 인한 사고의 방지와 이에 대한 응급의료시스템에 의한 것이다.

여섯째, 학교기반 진료체제의 보급이다. 이는 학생들에게 보건과 안전에 관한 실질적인 문제들에 대한 지식과 기능, 태도를 길러주는 것이다.

일곱째, 보건, 안전문제로 인하여 매년 지출되는 금액은 막대하다. 따라서 보건, 안전을 저해하는 행위에 대한 연구와 상담활동이 중요하게 되며 상담활동은 학교, 가정, 지역사회 수준에서 이루어지고 있다.

미국에서는 계약법상 안전배려의무와 유사한 법리는 존재하지 않는다. 다만 ‘고용의 과정(in the course of employment)’ 및 ‘고용으로부터 발생한(arising out of the employment)’ 부상·질병에 대해서는 각 주의 근로자재해보상법제도¹³⁵⁾에 근거하여

133) Kann et al., Health Education; Results and from the School Health Policies and Programs Study 2000. Journal of School Health, 2001, 71(7), p.266

134) 김도형, 전개논문, 86~87면.

135) 미국의 근로자재해보상법제도에 대해서 자세한 내용은 Jack B. Hood/Benjamin A. Hardy, Jr. / Harold S. Lewis, Jr., Worker's Compensation and Employee Protection Laws. 4th ed., Thomson /West, 2005. 참조.

급부가 진행된다.¹³⁶⁾ 종래 산업재해가 발생했을 경우 사용자는 근로자에 대하여 보통법상 불법행위책임을 부담하지 않았다. 그리고 법원은 공동고용의 룰(fellow servant rule),¹³⁷⁾ 위험의 인수(assumption of risk),¹³⁸⁾ 기여과실(contributory negligence)¹³⁹⁾ 등에 의하여 구제가 불가능하다고 하였다. 최근에는 이러한 룰이나 원칙은 피해근로자의 생존권보장의 필요성, 근로자재해보상법상 사용자의 무과실책임원칙¹⁴⁰⁾ 등에 의해 의의를 상실하였다. 즉 근로자재해보상법에서는 사용자의 고의·과실을 불문하고 적용되며, 산업재해의 구제는 배타적 구제라는 것, 동법에 있어 보통법상 불법행위에 기한 손해배상청구는 배제된다는 것 등의 이유로 사용자의 안전배려의무는 인정해야 한다고 한다.¹⁴¹⁾

2. 판례의 동향

미국도 우리나라와 동일하게 학교안전사고에 대한 책임소재의 판단기준은 불법행위이론에 근거하고 있다. 교사에게 학교안전사고의 책임을 묻는 경우 감독의무, 주의의무가 대부분이며, 수업시간에 적절한 지도를 하였는가, 또는 사고가 발생하기 전 또는 그 후에 학부모에게 통지하였는지가 거론되고 있다.¹⁴²⁾

(1) Armlin v. Board of Education of Middleburg Central School District

5학년인 Kathy는 체육시간에 링에서 내리는 동작을 성공적으로 해 왔고 다른 학

136) 최영진, “근로계약상의 부수적 의무에 관한 고찰(영국, 독일, 미국을 중심으로)”, 「한양법학」 제19권 제3집, 한양법학회, 2008. 10, 73면.

137) 산업재해가 동료의 과실에 기인한 경우 피해근로자는 사용자에게 대해서 법적 책임을 물을 수 없다는 법원칙을 말한다.

138) 근로자가 그 직무에는 위험이 수반하는 것을 알고 근로관계를 형성했을 경우 위험을 수용했다고 여겨져 피해근로자는 사용자에게 대해서 법적 책임을 물을 수 없다는 것이다.

139) 피해근로자에게도 해당 산업재해에 대해 과실이 있었을 경우 해당 과실을 분담하고 있는 사용자에게 대해서는 손해배상청구가 완전히 부정된다는 법리를 말한다.

140) 법정제학 관점에서는 ‘상당한 주의(due care)를 기울여 원인 제공한 손해를 회피하려고 해도 할 수 없는 경우에 그 원인 제공자가 그 손해에 책임을 부담하는 것을 말한다(Richard A. Posner, Economic Analysis of law, 5th ed., 1998, p.192).

141) 최영진, 상계논문, 73~74면; Jack B. Hood / Benjamin A. Hardy. Jr. / Harold S. Lewis. Jr., op. cit., p.26.

142) 김진옥, “전계논문, 19~24면; 김도형, 전계논문, 88~93면.

생들 앞에서 시범을 보이기도 했다. 사고 당일 Kathy는 링을 하다가 등으로 착지하여 상해를 입게 되었다. 착지를 할 때에 옆에 두 명의 보조자(spotter)가 있었으나 그 잘못된 착지를 중단시킬 수는 없었다. 원고측은 교사와 학교구를 상대로 소송을 제기하였다.

법원에서는 교사의 교육지도상의 과실이 인정되며 따라서 교사의 사용자인 학교구는 피해학생측에 손해배상을 해야 한다는 판결을 내렸다.¹⁴³⁾ 교사의 과실은 구체적으로 체육시간에 해당 운동종목에 관하여 어떠한 사범 동작도 보이지 않았고, 보조자들은 해당 운동종목에 대하여 어떻게 행동해야 하는지를 교육받지 못하였다. 그리고 주 체육교과목 계획서에는 “교사는 체육장비와 학생이 보이는 곳에 있어야 한다”고 명시되어 있음에도 불구하고 교사는 학생들이 연습하는 것이 보이는 곳에 있지 않았다. 이 사건에서는 학생이 이전에 익숙하게 해 왔던 운동종목이었는데도 불구하고 사고가 난 것으로 교사는 그로 인한 위험을 예측하기 어려웠을 것이다. 그러나 교육활동 시간에는 교사의 충분한 주의의무와 보호·감독의무가 요구되기 때문에 사고발생의 ‘예측가능성’ 보다는 교사의 의무이행 여부가 판결기준에 우선적으로 적용되었다.

(2) Miller v. Yoshimoto

집으로 귀가하던 원고 Helen M. Miller는 학교 부지 내에서 날아오는 돌에 맞아 상해를 입었다. Helen M. Miller는 돌을 던진 소년들 중 두 명을 알아보고 던지지 말 것을 요청했다. 그러나 그 소년들은 계속해서 Helen M. Miller와 그의 친구에게 투석하였고 Helen M. Miller는 Richard Yoshimoto가 건물위에서 던진 돌에 눈을 맞아 안구가 돌출되었고 인공 안구를 삽입해야 하는 상해를 입었다.

이 중학교에서는 학생들의 80%는 학교버스로 20%는 도보로 통학을 하는데, 교장(Harry Ono)은 오후 2시 10분에서 2시 35분 사이에 필요한 장소에 감독자를 배치하였다. 이 판례에서 중요한 것은 ‘적절한 감독’(adequate supervision)의 의미이다.

하와이 주 대법원은 “합리적인 감독의 의무란 위험하거나 위험할 것 같은 특별한

143) Dailey, Bob, "Gymnastics Safety and the Law", ERIC Document, No ED218235, 1981, p.37; 36 App Div 2d 877. 320 NYS 2d 402, 1971.

것 같은 상황에서 특별히 요구되는 감독이 아닌 이상, 학생들에게 일반적인 수준의 감독으로 충분하다. 즉, 귀가하는 학생에게 돌을 던져서 상해를 입히는 사고가 발생하리라는 것은 예측하기 어렵기 때문에 이처럼 우발적인 사고에 대해서는 감독자에게 책임이 없다”고 하였다.¹⁴⁴⁾

(3) Miles v. School District No 138 of Cheyenne County

네브라스카 출신의 17세 고등학생인 Jodeen Miles 작업시간 중 안전실습에 반하는 방법 즉, 작동하는 기계에 손을 넣어 나무 조각을 제거하려다 두 손가락이 절단되었다. 피해학생 측에서는 교사가 적절한 감독을 하지 않은 과실이 있다고 주장하며 소송을 제기하였다. 법원에서는 피해학생 본인의 과실 즉 기여과실을 인정하여 교사의 책임은 없는 것으로 판시하였다. 교사는 전기도구의 안전한 이용을 시범 보였고, 학생들에게 안전 팜플렛을 읽도록 배포했고, 안전한 검토를 했으며, Jodeen이 안전하게 기계를 작동했는지 확인하였다. 상해를 입은 당시 교사가 직접 감독을 하지 않았는지의 여부에 대한 문제가 있지만, 법원은 Jodeen이 연령과 성숙함을 갖춘 학생이라면 그러한 상황에서 일상적인 주의를 기울이지 않은 과실이 있다고 하였다. 따라서 법원은 Jodeen의 주장을 기각하고 그녀의 기여과실은 불운한 사고로 그녀가 입은 상해의 근접 원인이었다고 판결하였다.¹⁴⁵⁾

(4) Williams v. Coulmbus Bd of Education

교장은 방과후에 세 명의 남학생에게 별로 교실에 남아 있도록 지시하였는데, 이들은 교실에서 여자 중학생을 강간하였다. 이 사건에서 법적 쟁점은 교사의 지시로 남아 있던 학생이 다른 학생에게 해를 입힌 경우 교사에게 책임이 있는가 여부이다. 당시 남학생들은 다른 학생들에게 위협하다는 것을 제시할만한 과거 기록이 전혀 없었다. 법원은 “학생들의 이전 기록에 근거해서는 학생들의 행동을 예견할 수

144) Connors, Eugene, T, "Educational Tort Liability and Malpractice", ERIC Document, NO ED 216450, 1981, p.62; 56 Hawaii 333. 536 P.2d 1195. 1975.

145) Louis Fischer, David Schimmel and Cynthia Kelly, Teachers and the Law, NY Longman Inc, 1987; 281 N W 2d 396, Neb 1979.

없었으며 교장에게 합리적으로 강간을 예상하고 여학생을 보호하도록 기대할 수는 없다. 학교측의 지도·감독의 수준이 예견가능한 위험의 정도와 직접적으로 상관관계가 있어야 한다”고 하였다.¹⁴⁶⁾ 우리나라의 경우 남녀공학인 중등학교가 많지 않아 교내에서 학생간 성폭행사고가 발생할 확률은 적다고 할 수 있으나 사고예방 차원에서 주지해야 할 유형이다.

(5) Jefferson County School District R-1 v. Justus

1학년 학생이 학교버스를 놓쳐 자전거로 귀가하던 중 상해를 입었다. 학칙상 자전거로 등하교하는 것은 고학년(4~6학년)에게 허용된 것이며, 특정한 날에 학교버스를 타지 않는 경우에는 집에서 학교측으로 통고하기로 되어 있었다. 피해학생측에서는 학교측에 주의의무의 과실이 있다고 주장하며 소송을 제기하였다. Colorado 주 대법원은 “학교측이 학생들에게 자전거로 귀가하는 것을 막아야 할 주의의무는 없으며, 학부모가 학교측에 알리지 않고 학교규칙을 어긴 경우에는 학교측의 주의의무가 없다”고 하였다.¹⁴⁷⁾

(6) Fazzolari By and Through Fazzolari v. Portland School District

학교일과가 시작되기 전에 학교 운동장에서 외부인에 의해 학생이 강간당하는 사건이 발생하였다. 사고발생 15일 전에도 운동장에서 동일한 사고가 발생하였다. 피해학생 측에서는 그러한 상황을 학부모와 학생들에게 경고해 주지 않아 학교측에서 통고의무를 위반한 것이라고 손해배상을 청구하였다. 이 사건에서 법적 쟁점은 학교일과가 시작되기 전에 교내에서 외부인에 의해 발생한 사고에 대해 학교측의 감독책임이 있는지 여부였다. 주 대법원은 “학교측이 이전에 강간 사건이 있었음을 알면서도 경고하지 않았고 따라서 범죄적인 위험상황으로부터 학생에 대해 보호조치를 취하지 않은 과실이 인정된다”고 판시하였다.¹⁴⁸⁾ 이 판례에서는 사고의 예측가능성은 과거에 그와 유사한 사고가 발생한 사례가 있었는가를 판단기준으로 삼았다.

146) Joseph Beckham, op. cit., p.165; 610 N E 2d 1175, Ohio App 1992.

147) Michael W La Morte, School Law, MA Allyn and Bacon, 1993, p.409; 725 P.2d 767, Colo 1986.

148) Joseph Beckham, op. cit., pp.168~169; 717 P.2d 1210, Or App. 1986.

제2절 영국

1. 입법례

영국에서는 1947년에 국왕소송절차법(The Crown Proceedings Act)인 국가배상법이 제정되었으나, 지방자치법(교육위원회)에서는 19세기 말에 Common Law상의 사용자책임을 인정하여 왔다. 이는 공립학교의 교육활동은 국왕면책이 적용되는 ‘왕권의 유출물(an emanations of Crown)’에 해당되지 않는다고 생각하였기 때문이다. 학교에서 학생들의 안전보호를 위한 주의의무는 Common Law로 정해져 있으며, 이것은 부모를 대신하는 지위에 있는 자인 교장과 교사들에게 부여되어 있다. 교사 등의 주의의무는 무한한 것도 아니고 구체적으로 특정된 것도 아니다. 다만, 학생들의 부모가 자녀들에게 깊은 주의를 기울이고 있는 것과 마찬가지로 학생들에게 주의를 기울여야 한다는 것이며, 일반적으로 판례에 의해 표준화되어 있다.¹⁴⁹⁾

지방자치단체의 배상책임은 일종의 대위책임(vicarious liability)으로서 교원개인에 대해서도 연대책임을 물어 소송을 제기할 수 있으나 실제로는 지방자치단체에 대한 책임추급이 많다.¹⁵⁰⁾ 지방자치단체가 사용자책임을 지는 것은 직원의 ‘고용의 범위 내’의 것이며 명백히 위법한 체벌 등 ‘고용의 범위 외’의 행동에 대해서는 교원의 개인책임(personal responsibility)으로 추급하게 되지만 이를 구별하기란 매우 어렵다. 1959년 항소 판결에서 “휴식시간에 14세의 여학생이 교사들에게 줄 차를 교무실로 가져가던 중 복도에서 충돌하여 화상을 입은 사고에 대하여 이는 ‘교육의 범위 내’에 속하며, 교원들에게는 과실이 없다”고 하였다.¹⁵¹⁾ 교원의 과실이나 주의의무에 관한 법원의 판례는 미국과 동일하지만 특히 다음과 같은 점을 실시하고 있다.

교장이나 담임교사 또는 관계있는 교직원인 학생이 등교하면 하교할 때까지 학생들이 위험으로부터 부상당하지 않도록 보살펴야 한다. 그리고 수업이나 기타 이용되는 시설, 설비, 기구, 자료 등으로 인하여 상해를 입지 않도록 보관이나 안전장

149) 김도형, 전계논문, 94면.

150) 강일원, 전계논문, 30면.

151) 김도형, 전계논문, 95면; G. R Barnell, Teachers and the Law, Methen, 4th ed., 1975, p.239

치, 기타 적절한 처리를 하면서, 사전에 안전한 이용을 위한 주의를 환기시키고, 가능한 범위에서 타당한 감시를 하는 등의 감독의무가 있다는 것이다. 감독의무는 교외 수업이나 교사가 인솔하는 소풍·수학여행 등의 경우에도 당연히 적용된다.¹⁵²⁾

학교교육활동에는 필연적으로 위험이 따르므로 교사 등 학교측에서는 학생들을 대상으로 사전에 위험요소를 파악하고 안전을 배려할 의무가 있다. 안전배려의무란 사용자는 근로자가 노무제공을 위하여 사용자가 설치한 장소, 설비 및 기구 등을 사용하거나 또는 사용자의 지시에 따라서 노무를 제공하는 과정에서 근로자의 생명·신체 등을 위험에서 보호하도록 배려해야 하는 의무를 말한다.¹⁵³⁾ 영국에서 안전배려의무는 종래 불법행위법상의 과실(negligence)을 인정하기 위해 주의의무로 인정되어 왔으며, 산업재해에 관한 민사소송은 이러한 과실의 법리에 따라 판단되었다. 하지만 1950년대 후반부터 법원은 안전배려의무를 근로계약상의 묵시적 의무라고 인용하였다.¹⁵⁴⁾ 그리고 1959년 항소법원은 근로자는 불법행위와 안전배려의무 위반 중 어느 쪽을 원인으로 해도 소송을 제기할 수 있다고 하였다.¹⁵⁵⁾ 하지만 안전배려의무 위반 보다는 불법행위에 근거하여 소구하는 것이 손해배상액, 시효 등에 있어 유리할 것이라고 하여 후자에 기초하여 소송을 제기하는 경우가 많다는 견해가 있다.¹⁵⁶⁾

2. 판례의 동향

(1) 유리지붕 위에서 떨어진 초등학생 사망사고

런던의 한 초등학교에서 5세 10개월 된 남자어린이가 방과후 오후 4시에 장난감을 가지고 운동장에서 놀다가 운동장의 지붕에 던져진 장난감을 찾으려 기둥을 타고 올라가다가 유리지붕이 깨지면서 떨어져 중상을 입고 사망했다. 어린이의 부모

152) 강일원, 전계논문, 31면; 고기환, 전계서, 335면.

153) 김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의(제12판)」, 신조사, 2013, 880면; 임종률, 「노동법(제6판)」, 박영사, 2007, 336면; 이병태, 「최신 노동법」, 중앙경제, 2007, 628면.

154) Lister v. Ramford Ice and Cold Storage Co.Ltd [1957] A. C.555 (HL).

155) Matthews v. Kuwait Bechtel Corp. [1959] 2Q.B.57 (CA).

156) 최영진, 전계논문, 70면; S.Deakin-G.S.Morris, Labour Law, 3th ed., Butterworths, 2001, p.319; P. James-D. Lewis, "Health and Safety at Work", Labour Law in Britain, Basil Blackwell, 1986, p.465

는 어린이들이 쉽게 올라갈 수 있는 위험이 있는데도 위험방지조치를 하지 않았고, 어린이들이 운동장에서 놀고 있었는데도 감독교사를 배치하지 않았다는 점은 학교측의 주의의무태만이라고 하면서 과실책임을 묻는 소송을 제기했다. 이에 대하여 법원은 심리를 진행하는 동안 이 학교 교장인 알렌여사가 어린이들의 안전을 위해 세심한 신경을 썼다는 사실을 인식하게 되었다. 특히 이 학교는 5세 미만의 어린이들도 수용하는 보육학급이 있었으며, 대개 오후 3시 50분에 수업이 끝나지만 보육학급 어린이들에 한해서는 반드시 부모나 보호자로 하여금 어린이들을 데려가게 하였다. 그러나 의무교육인 유아학교 이상의 어린이들에게는 그럴 필요가 없어 운동장에서 놀면서 부모를 기다리게 하였다. 또한 알렌교장은 수도의 지붕에 올라가는 어린이들을 발견하면 가벼운 처벌을 주어 규율을 지키게 하였다.

이와 같은 사실에 의해 법원은 학교측이 일반적 주의의무를 다했다고 인정하여 부모의 제소를 기각하였다.¹⁵⁷⁾ 판결이유는 5세 어린이들은 보육학교 어린이와 같이 눈을 떼지 않는 감독이 필요하다고 생각할 수 없으며, 어린이들은 성장해 감에 따라 자율성이 길러져야 한다는 것이다. 영국에서는 수업중에 일어나기 쉬운 사고, 즉 이과의 실험·실습, 체육, 공작, 가정실습 등에서 사전에 안전한 주의의무를 다하지 않아 발생한 사고는 반드시 과실책임을 추궁하고 있다.

(2) 수업 중 화학약품 취급부주의에 의한 화상사고

중학교에서 가성소다에 대한 경금속산화물의 반응실험을 위한 수업 중에 한 학생이 실험에 관한 교사의 지시를 알아듣지 못하고 교탁 가까이로 가다가 여학생의 눈과 귀에 가성소다액을 엇질러 크게 다치게 하였다. 이에 대하여 법원은 교사가 수업시간 전에 화학약품의 위험성에 대해 가르쳤다는 진술과 증언을 이유로 그 교사는 발생할지도 모르는 위험을 미연에 방지하기 위한 사전 주의의무를 다하였기 때문에 과실책임을 면한다고 판시하였다.¹⁵⁸⁾

157) 고기환, 전게서, 335~336면 참조.

158) 김도형, 전게논문, 95면; Gauerke, W. E, School Safety Parrols and the Law, School Executive, 1957, p.77

(3) 게임 중 나무토막에 맞아 실명한 사고

15세의 소년이 나무토막을 던지고 받는 게임을 하다가 그 나무토막에 눈을 맞아 반맹의 상해를 입었다. 소년의 부모는 담임교사의 감독 불충분으로 인한 과실책임을 물어 소송을 제기하였는데, 고등법원에서 담임교사는 대체로 10분마다 교실을 순회하였으며, 사고는 담임교사가 순시하는 시간과 시간 사이에 발생했다는 것을 확인하였다. 그래서 교사는 어버이에 준하는(in loco parentis) 일반적인 주의의무를 다하였다는 것이 인정되어 과실책임이 없다고 판시하였다.¹⁵⁹⁾

제3절 프랑스

1. 입법례

프랑스에서는 미성년자의 행위로 인한 손해는 민법전(Code civil) 제1384조 제5항에 의해 부모에게 과실의 추정을 인정하여 책임지우며, 교사에게도 부모의 책임과 동일하게 ‘타인의 행위의 책임’이라는 유형 안에서 “교사는 학생이 감독시간 안에 야기한 손해에 대하여 배상책임을 진다”라고 규정하고 있었다.¹⁶⁰⁾ 이는 교사를 부모의 대위자로 생각한 사교육 법제에 상응하는 것이었다. 그러나 공교육 법제가 확립되지 않은 상황에서 민법전의 규정이 교원에게 개인적 민사책임을 부담시키는 것은 가혹하다는 여론이 강하게 나타났다.¹⁶¹⁾

1890년대에 이르러 두 개의 초등학교 안전사고의 처리를 둘러싼 각 언론을 통한 논의와 초등학교 교원조합운동 등에 의하여 마침내 1899년 7월 20일 민법 원칙을 수정하게 되었다. 이 법에서 공립학교 교원의 민사책임을 국가가 부담함으로써 교원은 제소당할 여지가 없게 되어 사용자책임의 경우보다 더 두터운 보호를 받게 되었다. 이러한 규정은 1937년 다시 보충하여 직무와 관련된 사고로 인한 학생의 피해는 국가가 손해배상책임을 진다고 하였다. 국가의 민사책임은 이전의 민법상의

159) 한국교원단체총연합회, 「교권사건사례집」, 1991, 32면.

160) 김도형, 전계논문, 97면.

161) 강일원, 전계논문, 26면; R. Pieroi, Le statut de l'instituteur public (Bibl de droit public t 106), L. G. D. J., 1972. pp.146~151

과실책임과 다를 바 없으나 국가가 교사에게 구상권을 행사하는 범위는 직무와 무관한 사적 과실(faute de personnel)에 한정하였다. 반면 교사의 공무과실(faute de service)의 경우는 객관적인 결함에 의한 무과실적 행정배상책임이 발생한다는 법리가 확립되었는데 국가는 민사책임을 부담하고 교사의 책임은 발생하지 않는 것으로 하였다.¹⁶²⁾ 국공립학교의 시설하자에 기한 무과실적 배상책임은 설치자인 시·도·국가에 부과되지만, 학교관리상의 하자에 기한 때에도 행정배상책임이 인정되고 있다. 이는 오늘날 ‘학교의 조직편제상의 결함’에 기한 위험책임적인 국가배상책임으로서의 위치를 점하고 있다. 1931년 이후의 학교안전사고의 구제에 관한 행정관례법의 동향¹⁶³⁾은 주목할 수 있으나, 과실의 개념을 다양하게 조작하여 민사·행정상의 배상책임을 다루는 데는 의문이다. 프랑스의 배상법제에 있어서 아무런 과실도 없는 불가항력인 사고나 우발적 사고의 경우에는 국가의 민사책임이나 행정배상책임이 발생하지 않는다. 그래서 학교보험의 필요성에 대한 공감대가 형성되어 1943년 8월 10일에 법률로 “강제학교보험제도”를 제정하였으나 시행되지 않았다. 다만 학교측의 권유로 학교안전사고 공제보험이나 학부모협회의 단체보험에 가입하거나, 학교의 권한으로 체육경기나 수학여행시 사고에 대비한 보험에 가입하는 경우는 있었다.¹⁶⁴⁾

프랑스에서의 안전배려의무(obligation de sécurité)는 계약이 존재하는 경우에 채무자가 계약의 목적인 주된 급부를 초월하여 채권자의 안전을 확보해야 하는 의무를 말한다.¹⁶⁵⁾ 의료계약이나 경비계약처럼 안전배려의무가 계약상의 주된 급부를 이루고 있는 경우도 있지만, 문제가 되는 경우는 주로 부수의무로서의 안전배려의무이다. 안전배려의무는 민법에 명문으로 규정되지는 않았지만, 피해자를 계약적인 측면에서 보호하기 위하여 학설과 판례로 인정하게 되었다. 종래 프랑스에서는 노동계약의 내용에 고용주의 노동자에 대한 작업 중 안전배려의무가 포함되지 않았음을

162) 강일원, 전계논문, 26면; Ministère de l'Éducation Nationale, Les accident Scolaires, S. E., v. p. e. v., Paris, 1972, pp.146~151

163) 김도형, 전계논문, 99면; J. Minot, Gestion des établissements scolaires du second degré (Coll. L'administration nouvelle), Barger-Leverault, 1974, p.344

164) 김도형, 전계논문, 99면; Ministère de l'Éducation Nationale, op. cit., p.74

165) 최창렬, “안전배려의무의 체계”, 「성균관법학」 제16권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2004. 12, 145면.

이유로 노동자의 신체적 손해에 대한 배상문제를 민법 제1382조¹⁶⁶⁾ 및 제1383조¹⁶⁷⁾에 의거하여 불법행위책임으로 해결하는 것이 법원의 태도였다.¹⁶⁸⁾ 이에 따라 대다수의 피해자 또는 피해자 가족은 사고발생에 직접 개입하지 않은 고용주의 ‘과실 또는 부주의’를 증명하여야 했는데, 증명의 어려움 때문에 배상받지 못하는 사례가 많았다. 이런 부당한 결과를 해소하기 위해 학자들은 노동계약의 내용에 대한 새로운 분석론을 제시하였다. 이들은 “고용주는 분명히 임금채권의 채무자이며, 아울러 피용자의 안전까지 계약상으로 보장해야 한다. 즉, 사고발생시 고용주는 자신의 안전배려의무의 불이행이라는 사실로부터 책임져야 하며, 피용자는 고용주의 과실을 증명할 필요 없이 계약에 근거하여 배상받을 수 있을 것이다”라는 이론을 전개하였다.¹⁶⁹⁾

그러던 중 1911. 11. 21일자 판결¹⁷⁰⁾에서 프랑스 파기원(Cour de cassation, 破棄院)은 여객의 해상운송 계약에서 처음으로 안전배려의무 위반을 근거로 부상당한 승객에 대한 배상책임을 인정하였다. 계속되는 법원의 판결¹⁷¹⁾을 통해 안전배려의무는 계약서에 명시하지 않아도 운송계약의 내용에 당연히 포함되어야 할 법원칙으로 정립되었다. 이로써 운송인의 계약상 안전배려의무는 프랑스 민법에서 가장 특징적인 계약책임법리 중 하나인 결과채무(obligation de résultat)적 성격을 띠게 되었다.

물론 1911년 당시에는 계약상 채무자 과책의 내용을 결정하는 결과채무와 수단채

166) Code civil, art 1382 : 타인에게 손해를 야기하는 인간의 모든 행위는 자신의 과책(faute)으로 그 손해가 발생한 자로 하여금 이를 배상하도록 의무를 지운다. 이하 프랑스민법 조문의 번역은 프랑스 민법전(Code civil français), 명순구 역, 법문사, 2004를 참조함.

167) Code civil, art 1383 : 모든 사람은 그의 행위로 인하여 야기된 손해뿐만 아니라 자신의 태만 또는 부주의로 인하여 야기된 손해에 대해서도 책임을 져야 한다.

168) Code civil, art. 1384 ① 모든 사람은 자기 자신의 행위에 의하여 야기된 손해뿐 아니라 그의 책임 아래 있는 자의 행위 또는 자신의 관리 아래에 있는 물건으로 인하여 야기된 손해에 대해서도 책임을 진다. 물론 이 당시에는 프랑스민법 제1384조 제1항이 물건으로 인한 일반책임을 명시한 독자적인 규정으로서 인식되지 못하였기 때문에, 이에 근거한 불법행위책임을 묻지 못하였다. 이 책임에 관하여는 명순구, “생명 없는 물건으로 인한 민사책임 : 민법전 제1384조 제1항의 적용요건을 중심으로”, 「저스티스」 제27권 제2호, 한국법학원, 1994. 12, 참조.

169) 남궁술, “법규범의 발전과 판례(프랑스민법상 안전배려의무와 정보제공의무의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로)”, 「민사법학」 제28호, 한국민사법학회, 2005. 6, 310면; B. Starck & H. Roland & L. Boyer, Obligations, 2. Contract, Paris, Litec, 4^e éd, 1993, n° 1062; Saleilles, Les accidents du travail et la responsabilité civile, 1897; Sainctelette, Responsabilité et garantie, 1884.

170) Civ. 21 nov. 1911, D. 1913.I.249 note Sarrut, S. 1912.I.73 note Lyon-Caen.

171) 1913년 1월 27일 파기원 판결(Civ., 27 janv. 1913, S. 1913.I.177, note Lyon-Caen; D. 1913.I.149); 1932년 12월 6일 파기원 판결(Civ., 6 dé. 1932, D. P. 1933.I. 137 et note Josserand) 등.

무(obligation de moyens)라는 용어 및 그 구별이 아직 정립되지 못하였다. 그러나 1928년 데모그(Demogoug)가 처음으로 수단채무 개념을 민법 제1137조¹⁷²⁾에서, 결과채무 개념을 민법 제1147조¹⁷³⁾에서 유추하여 양 채무의 구별을 주장하였을 때, 운송인의 계약상 안전배려의무는 결과채무의 한 예였다.¹⁷⁴⁾ 안전배려의무를 결과채무로 이해하면 여객은 여객운송 중에 상대방의 과실을 증명할 필요 없이 여객운송 중에 자신이 부상당한 것만 증명하면 여객운송인이 제3자나 피해자 자신의 행위 또는 불가항력에 의한 것임을 증명하지 못하는 한 손해배상책임을 부담하게 되므로 그 실익은 크다고 볼 수 있다. 그 후 안전배려의무 적용범위가 확대됨에 따라 결과채무뿐만 아니라 수단채무에도 적용되게 되었다.

프랑스 민법상 채무불이행책임을 구성하기 위해서는 유효한 계약관계의 존재를 전제로 하기 때문에 계약체결전의 과실에 의한 손해배상에 대하여는 불법행위책임으로 구성하고 있다. 반면 계약의 존속기간 중에 안전배려의무의 위반으로 인한 책임은 채무불이행으로 다루고 있다. 다만, 채무자의 안전배려의무 위반으로 인한 채권자의 신체적 완전성을 침해하고 있는 경우나 직무상의 주의의무를 위반하고 있는 경우에는 프랑스 민법 제1382조에 근거한 불법행위책임을 추궁할 수 있다.¹⁷⁵⁾ 이와 관련 프랑스 법원은 계약책임과 불법행위책임의 경합에 대해 명확한 입장을 밝히지 않다가 1922년 파기원이 “채무의 이행에 있어서 채무자의 과실로 발생한 손해에 대하여는 제1382조 또는 제1383조의 불법행위책임규정을 적용할 수 없다”라는 비경합 원칙을 판시¹⁷⁶⁾한 이래 계약이행 중에 발생한 채권자의 완전성이익의 침해에 대하여 대체로 채무불이행책임으로 구성하고 있다.¹⁷⁷⁾ 따라서 청구인은 계약과 관련된

172) Code civil, art 1137 ① 목적물의 보존의무를 부담하는 자는 당해 합의가 당사자 일방의 이익만을 내용으로 하는 것이든 당사자 쌍방 모두의 이익을 내용으로 하든지 간에, 당해 목적물에 대하여 선량한 관리자의 주의를 기울여야 한다.

173) Code civil, art 1147 채무자는 경우에 따라서는 불이행이 자기에 귀속될 수 없는 외래원인으로 인한 것임을 증명하지 못하는 한 비록 자신에게 어떠한 악의가 없었다 하더라도 채무불이행 또는 이행지체로 인한 손해를 배상하여야 한다.

174) 남궁술, 전계논문, 314면; G. Viney, *Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité conditions*, Paris, LGDJ, 1982, n° 520; B. Starck & H. Roland & L. Boyer, *op. cit.*, n° 1065 이하 참조.

175) 최창렬, 전계논문, 145면; H L, et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil, t. II 1er vol Obligation*, 8e éd, Montchrstien, 1991, 966 et s.

176) A. Weill & F. Terré *Droit civil : les obligations*, 3^e ed., Paris, Dalloz, 1980, n° 759. Civ. 11 janv. 1922, D.P.1922.I.16, S.1924.I.105, note Demogoug 참조.

177) G. Viney, *op. cit.*, n° 216; B. Strack, *Droit Civil, Obligations*, 2. Contract, 34^e éd., 1989, n^{os} 1749 et S.

경우 채무불이행책임에 기하여, 그렇지 않은 경우 불법행위책임에 근거하여 소를 제기하게 된다. 운송계약에서 출발한 계약상 안전배려의무는 점차 회전목마와 같은 야외 놀이기구 사용계약, 스키장의 리프트이용계약, 목욕탕, 수영장, 승마장, 호텔, 레스토랑 등의 이용관계처럼 일방당사자의 안전이 타방당사자에 의하여 확보되어야 하는 대부분의 계약에 확대적용 되었다.¹⁷⁸⁾

오늘날 안전배려의무는 계약책임과 불법행위책임의 구별을 초월하는 경향이 나타나고 있는데, 특히 「교통사고에 관한 1985년 7월 5일 법률(Badinter법)」과 「제조물책임과 관련한 1998년 5월 19일 법률」의 제정 이후 현저하다. 왜냐하면 양 법 모두 계약관계에 있는 피해자뿐만 아니라 제3의 피해자에게도 구별 없이 적용되고 있기 때문이다. 따라서 본래의 계약상 안전배려의무는 그 의미가 축소되었지만, 법적 성격을 떠나 판례를 통해 형성된 안전배려의무의 법리는 안전사고 피해자 구제라는 사회적 공헌은 물론이고 법원이 사인간 계약의 내용구성에 간섭했다는 점에서 현대계약이론의 형성에 지대한 영향을 미치고 있다.¹⁷⁹⁾

2. 판례의 동향

(1) 수업 중 펜촉으로 눈을 찔려 실명한 사고

초등학교에서 6세 여학생이 옆자리에 앉은 남학생으로부터 펜촉으로 눈을 찔려 실명한 사고가 발생하였다. 이 사안에서 법원은 “교사가 평소에 가해자인 남학생의 난폭한 행위를 인지하고 있었다면 그 학생에 대하여 펜글씨 시간에 특별히 감독할 의무가 있다”라고 하면서 교사의 과실을 인정하였다. 따라서 프랑스에서는 국가 또는 지방자치단체는 국공립학교의 조직편제에 관한 학생의 보안의무를 가지고 있으며 이를 위반했을 경우 행정법상의 국가배상책임이 있다.¹⁸⁰⁾

(2) 교실의 난로불 화상으로 인한 사망사고

178) 최창렬, 전계논문, 144~145면.

179) 남궁술, 전계논문, 320면; Y. Lambert-Faivre, “Fondement et réime de l’obligation de séurité”, Dalloz Chronique, 1994, p.81 이하.

180) 고기환, 전계서, 338면 참조.

초등학교 9세의 여학생이 교실에 피워둔 난로불로 인해 옷에 불이 붙어 화상을 입고 마침내 사망하였다. 법원은 “국가가 법규에 의하여 난로에 보호망을 설치하도록 하지 않았고, 또 보호망이 없기 때문에 난로는 아직도 어린 학생들의 손이 닿는 곳에 있어 항상 위험한 상태를 야기하고 있다. 따라서 이 사고는 국가의 임무가 범한 과실에 기인된 것이다. 국가는 학생이 어떠한 위험에서도 다치지 않도록 학교시설을 설치·감독할 의무가 있으며, 행정은 이와 같은 의무에서 벗어남이 없이 국가의 책임을 다해야 할 성질의 과실을 범했다”라고 판시하였다.¹⁸¹⁾

제4절 독일

1. 입법례

독일에서 행정작용으로 인하여 국민에게 손해를 주었을 때 그 손실을 보상하는 법제도는 위법한 행정작용에 기초를 둔 손해배상의 법체제와 행정의 적법한 행위에 기초를 둔 손실보상의 법체제가 각각 다르게 발전하여 왔다. 독일에서 국가배상책임의 원칙은 바이마르 공화국 헌법 제131조에 의하여 처음 채용되었다. 1949년의 서독기본법 제34조는 공공의 직무집행에 관한 국가배상책임을 규정하였는데, 이러한 원칙을 채용한 것은 다음과 같은 의미가 있다. 즉 공무원 개인의 책임은 국가배상책임이 생기지 않는 경우에만 추급되는 것이며, 적어도 국가에 사용자 책임이 있는 한 공무원 개인은 면책됨을 의미하나 다른 한편으로 국가배상책임에 있어서는 공무원의 과실이 요건이 되는 것으로 과실 있는 직무위반이 존재하는 것을 전제로 하는 것이다.¹⁸²⁾ 더구나 독일에서는 1973년에 연방정부의 국가책임법개혁위원회가 「국가책임법」 초안을 발표하여 제1조 제1항에서 “공권력이 사람의 권리를 침해한 경우에 그 주체, 피해자에 대하여 배상책임을 진다”라고 하였다.¹⁸³⁾ 학교안전사고에 있어서 국가배상책임이 인정되는 것은 사고가 교장이나 교사 등 학교직원에게 의한

181) C. E, 21 mai 1931, Sebault, R. P. 560

182) 고기환, 전계서, 339면.

183) 강일원, 전계논문, 28면; Hans Heckel & P. Seipp, Schuldrechtskunde, Lucherhand, 4 Aufl, 1969, S. 139.

과실이 인정되는 직무의무위반이 초래한 경우에 한정된다. 또한 이것은 학교안전사고에 대한 국가배상책임의 원칙을 적용함에 있어 다음과 같은 문제에 직면하게 된다.

첫째 국가배상책임이 과실을 요건으로 하는데서 일어나는 소송상의 문제이다. 이러한 문제는 학교안전사고의 피해자가 이 원칙 아래서 손해배상을 받아내기 위해서는 과실을 증명해야 하므로 교원은 경우에 따라서는 무리하게 사고책임을 추궁 당하게 되어 불쾌하게 되는 반면, 법원도 피해자보호를 위해서는 가벼운 과실을 가지고 과실로 인정해야 한다는 문제점이 있다. 둘째, Hans Heck의 교육법적 견해에 의하면 학교는 ‘특별히 위험성이 있는 시설’이며 더구나 ‘공공의 생활복지의 중요하고도 독점적인 시설’이라는 점을 감안해야 한다고 하였다. 교원에게 과실이 없더라도 학교안전사고는 발생하며 피해는 구제되지 않는다는 것이다. 이러한 문제를 해결하기 위하여 특별희생보상 법리의 적용을 시도하게 된 것이다.¹⁸⁴⁾

특별희생보상 이론은 국가활동에 의하여 생긴 무과실의 손해에 대해 공법상 손실보상에 관한 판례법리를 적용하여 국가에게 보상의무를 부담시키는 것을 말한다. 스포츠·체육사고에 관한 1964년에서 1967년 이래의 판례에서 특별희생보상의 법리에 의한 구제는 학교안전사고에도 적용되기 시작하여 무과실국가책임의 실질을 가지게 되었다. 즉 학교안전사고의 경우 보통 정도를 넘어 학생에게 가혹한 부담을 지우는 결과를 초래한 경우에 교사에게 직무상 의무위반이 없어도 특별희생보상의 관점에서 손실보상을 하는 것이다.¹⁸⁵⁾

더욱이, 독일의 판결 동향으로 보아 특별희생보상청구권이 안정적인 것이라고는 볼 수 없기 때문에, 일반적인 위험책임을 학교에 대해서도 입법화하는 것이 정당하다고 하였다. 이 입법론은 그 후 1971년 3월 18일 독일연방 전체에 적용되는 특별법인 「학교재해보상법(Reichsversicherungsordnung : RVO)」을 제정하였다.¹⁸⁶⁾ 이는 기존에 기업체와 직업교육에만 적용되어 오던 법정사고보험을 일반학교와 대학생, 유치원생에까지 보장되도록 확장시킨 것이다. 학교안전사고로 인한 대인사고는

184) 강일원, 전제논문, 28면; Ibid.

185) 강일원, 상제논문, 29면.

186) 강인수·손세환, 「교권사건판례집」, 한국교원단체총연합회, 1991. 42면.

학교재해보상법(RVO)에 근거한 학생사고보험(Schülerunfallversicherung)에서 전액 부담하고 있으며(RVO 제547조 이하, 제556조 이하, 제657조, 제636조), 보험료는 주와 지방자치단체의 조세에서 부담하고 있다.¹⁸⁷⁾ 학생사고보험의 주체는 통상 지방자치단체사고보험연합(Gemeindeunfallversicherungsverbände) 또는 자체사고보험을 가진 지방자치단체이다(RVO 제657조 제1항 제5호). 그리고 직무책임은 학교안전사고시 사고보험의 급부의무에 의해 이행된다(RVO 제636조). 직무상 손해배상책임소송은 손해에 대해 책임 있는 근무자의 감독책임자를 상대로 제기한다. 즉 교사에 의한 손해발생시에는 통상 주를 상대로 제기하며, 실제로는 법규 또는 주교육부의 명령에 따른 관할행정청에서 소를 수행한다.¹⁸⁸⁾

독일의 채무불이행규정과 불법행위규정은 성립요건을 개별적으로 규정¹⁸⁹⁾하는 열거적 요건주의¹⁹⁰⁾를 취하기 때문에 다양하고 복잡한 생활관계를 규율하는데 한계가 있다. 학설과 판례는 법의 흠결을 보충하는 측면에서 발전하여 왔는데,¹⁹¹⁾ 완전성이익의 보호와 관련하여 안전배려의무(Fürsorgepflicht)가 더욱 두드러진다. 완전성이익의 침해에 대한 채무불이행법리의 구성은 적극적 채권침해로서 처리하고 있다. 불법행위법상으로는 거래안전배려의무라는 개념을 학설·판례가 인정하고 있다.¹⁹²⁾

안전배려의무는 역사적 발전과정에서 볼 때 사용자가 피용자에게 부담하는 고용

187) 김진욱, 전제논문, 28면.

188) 이에 따르면 학교행정청(das Staatliche Schulamt)에서 수행한다(이시우, “독일학교의 기본구조와 학교 분쟁해결을 위한 법적 제도에 관한 연구”, 「교육법학연구」 제14권 제2호, 대한교육법학회, 2002. 12, 136면). 예를 들면 Die Anordnung des Hess. Kultusministers über die Vertretung des Landers Hessen im Geschäftsbereich des Hess. Kultusministers v. 4. 10. 1978, StAnz S.2087.

189) 제823조 제1항 : 고의 또는 과실로 타인의 생명, 신체, 건강, 소유권, 기타의 권리를 위법하게 침해한 자는 그 타인에 대하여 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 의무가 있다.

제823조 제2항 : 타인의 보호를 목적으로 하는 법률에 위반한 자도 동일한 의무를 진다. 그 법률의 내용상 유책성이 없이도 그 법률에 위반할 수 있는 경우에는 유책성이 있는 경우에만 손해배상의무가 발생한다.

제826조 : 선량한 풍속에 반하는 방법으로 타인에게 고의로 손해를 가한 자는 그 타인에 대하여 손해를 배상할 의무가 있다.

190) 개별적 성립요건주의는 일정한 종류의 법익에 대한 일정한 형태의 가해를 일반적으로 규정하는 방식으로 로마법을 위시하여 고대법에서 널리 취하여졌었고 오늘날에는 독일민법과 영미법에서 취하여지고 있다(서광민, “우리 불법행위법의 구조적 특징과 그 문제점”, 「서강법학연구」 제9권, 서강대학교 법학연구소, 2007. 6, 2면).

191) Ulrich Huber, Leistungsstörung, Gutachten und Vorschläge Überarbeitung des Schuldrechts BD. 1, 1981. S.701.

192) 송오식, “사용자의 안전배려의무”, 「법률행정논총」 제23집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2003. 6, 139면.

계약상의 의무라는 점에 대해서는 이견이 없다. 안전배려의무는 계약법상 상대방의 완전한 이익을 보호하기 위하여 학설·판례에 의해 인정되었지만, 민법전 편찬에 따라 제618조¹⁹³⁾와 제619조¹⁹⁴⁾에 제도화되었다.¹⁹⁵⁾ 제618조는 특칙이 없는 한 모든 종류의 고용·노동관계에 적용된다.¹⁹⁶⁾ 도급계약에 대해 판례는 도급인의 수급인에 대한 안전배려의무를 제157조, 제242조(신의칙 규정)에 의해서가 아니라 직접 제618조를 유추적용하여 인정하고 있다. 그러나 도급인의 안전배려의무는 수급인의 독립적 지위를 고려하여 고용계약에 비해 경감된 기준에 의해 판단한다.¹⁹⁷⁾ 위임에 있어서도 보수지급의 합의가 있으면 고용계약과 같은 성질의 급부가 이루어지며 제618조를 유추적용하게 된다.¹⁹⁸⁾

제618조에 기한 안전배려의무는 제619조에 의하여 강행적인 사법상 계약의무이기 때문에 의무이행에 관한 한 채권법상의 다른 규정보다 우선 적용된다. 이는 고용계약을 근거로 하는 사용자의 의무이지만 임금지급의무와는 별개로 독립하여 존재한다. 즉 고용계약상 쌍무관계에 있는 것은 아니고 신의칙(제242조)에서 근거를 찾고 있는데, 법률에 있어서의 구체화가 바로 제618조라는 것이다.¹⁹⁹⁾

제618조에 의한 안전배려의무에 관한 견해는 첫째, 안전배려의무는 고용계약상 근로자의 인격과 단절될 수 없는 중요한 의미를 가지는 것으로써, 안전배려의무가 이행되지 않는다면 노무급부거절권을 행사할 수 있는 주된 급부적 성격을 갖는다는 견해,²⁰⁰⁾ 둘째, 고용계약에 기한 부수의무(Nebenpflicht)의 하나로서 파악하는 견

193) 독일민법 제618조(안전배려의무) ①사용자는 그가 노무의 실행을 위하여 제공하여야 하는 장소, 장비나 기구를 설치 및 유지하고 또 자신의 명령 또는 지시하에 행하여지는 노무급부를 지휘함에 있어서, 노무급부의 성질상 허용되는 한도에서, 노무자가 생명과 건강에 대한 위험으로부터 보호되도록 배려하여야 한다. ②노무자가 가족공동체에 받아들여진 때에는, 사용자는 거실과 침실, 식사 및 노동시간과 휴식시간에 관하여 노무자의 건강, 풍기 및 종교를 고려하여 필요한 시설과 규율을 행하여야 한다. ③사용자가 노무자의 생명 및 건강에 관하여 부담하는 의무를 이행하지 아니하는 때에는, 그의 손해배상의무에 대하여 불법행위에 관한 제842조 내지 제846조의 규정이 준용된다.

194) 독일민법 제619조(보호의무의 강행성), 제617조 및 제618조에 의하여 사용자가 부담하는 의무는 계약에 의하여 사전에 배제하거나 제한할 수 없다.

195) 양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2008, 395면.

196) Soergel-Siebert, Buergerliches Gesetzbuch, Bd. III. 11. 1980, Anm. 175 zu §611.

197) Soergel-Kraft, BGB, §618 Rdnr3; MünchKomm-Lorenz, §618, Rdnr8; Staudinger-Oetker, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, §618, Rdnr3.

198) MünchKomm-Lorenz, a.a.O; Soergel-Kraft, BGB, a.a.O.

199) Medicus, Schuldrecht II §97 III3; Soergel-Kraft, BGB, §611, Rdnr. 174; §618 Rdnr. 1; Soergel-Siebert, BGB Anm. 1 zu §618

200) K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, BdII, Halbband 1, Besonderer Teil, 13AufI, 1986, S. 326.

해,²⁰¹⁾ 셋째, 임금지급의무에 병행하는 제2의 주된 의무(Zweite Hauptpflicht)로 파악하는 견해²⁰²⁾ 등이 있다. 그러나 대체적으로 독일에서는 보호의무를 지지하는 실정법의 근거로 제618조를 자주 인용하고 있다. 독일민법 제618조 제3항의 취지에서 본다면, 안전배려의무 위반으로 인한 손해배상의무는 불법행위에 관한 제842조(인신 손해에서의 배상의무의 범위)에서 제846조(피해자의 공동과책)까지의 규정을 준용한다고 하고 있으므로, 안전배려의무 위반이 고의·과실로 발생되었을 경우에 불법행위가 된다는 것으로 파악된다.²⁰³⁾ 즉 제618조 위반이 제823조 제2항에서 불법행위구성요건의 하나로 정하고 있는 보호법규 위반은 아니라는 것이 통설이다. 따라서 계약상의 의무위반이 곧 불법행위로 평가되는 것이 아니라 안전배려의무 위반이 불법행위 요건을 충족할 때에는 동시에 불법행위가 성립하게 된다.²⁰⁴⁾

독일 민법 제618조는 안전배려의무 위반의 효과에 대하여는 규정하지 않고 학설과 판례에 맡겨두고 있다. 첫째, 노동자의 생명·건강에 대한 위험이 존재하는 경우 통설·판례는 피용자의 안전배려의무 이행청구를 인정하고 있다.²⁰⁵⁾ 그러나 소송에 의한 실현에는 시간이 걸리기 때문에 주로 감독관청에 대한 제소 등 공법적인 수단에 의하게 된다.²⁰⁶⁾ 둘째, 사용자가 제618조에 기한 의무를 이행하지 않는 경우 피용자는 노무급부를 거절할 수 있다. 이 경우 사용자측의 협력행위가 없는 것으로 간주되어 사용자는 수령지체에 빠지고 대가인 노무의 급부가 없더라도 임금을 계속 지불해야 한다(제615조).²⁰⁷⁾ 셋째, 피용자에게 손해가 발생한 경우, 사용자는 적극적 채권침해의 관점에서 손해배상책임을 부담한다. 손해배상청구권은 단기소멸시효(제196조 제8호, 제9호)에 따르지 않고 통상의 30년의 소멸시효(제195조)에 따른다.

손해배상책임의 요건은 사용자 또는 그 이행보조자²⁰⁸⁾가 안전배려의무에 유책하

201) Soergel-Kraft, BGB, a.a.O.

202) Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 7Aufl, Berlin/New York : Walter de Gruyter 1985. S. 540

203) 김용호, “산업재해에 있어서의 안전배려의무”, 「법학논총」 제35권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2011. 6, 374면.

204) 이정식, “안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 「법학논문집」 제22집, 중앙대학교 법학연구소, 1997. 12, 390면.

205) Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, 11, Aufl., Anm. 20 §618; Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. II 11, Aufl., Anm 36ff §618.

206) 최창렬, 전계논문, 143면.

207) 송오식, 전계논문, 141면; Soergel-Kraft, BGB, §618 Rdnr22; Staudinger-Oetker, §618 Rdnr59.

208) 사용자가 이행보조자의 과실에 대하여 안전배려의무 위반을 인정한 판례로는 RGZ 77, 408; RGZ 127, 218 등이 있다.

게 위반할 것과 의무위반과 손해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 한다. 사용자가 위험방지조치를 신뢰할 수 있는 사람에게 위임한 것을 증명하더라도 책임을 면하지 못한다. 사용자 과책유무의 판단은 작위·부작위 의무가 사용자에게 요구되었는지 여부이다.²⁰⁹⁾

안전배려의무 위반과 손해발생 사이의 인과관계 증명에 관하여 민법 제282조, 제285조의 유추적용을 부정하는 견해는 피용자는 ①안전배려의무 위반의 존재 ②손해의 발생 ③양자 사이의 인과관계 및 사용자의 고의·과실을 증명해야 한다고 한다. 반면 유추적용인정설은 피용자가 ①하자의 존재(비정상적인 위험한 상태의 존재)와 ②사물의 자연적인 경과나 경험칙에 비추어 이 하자로 인해 손해가 발생한다는 것을 증명하면 충분하다는 것이다.²¹⁰⁾ 따라서 피용자는 발생한 손해가 구체적으로 당해 하자로 인해 발생하였음을 증명할 필요가 없으며, 사용자가 손해배상책임을 면하려면 자기 또는 이행보조자의 귀책사유 부존재와 하자가 손해의 원인이 아니라는 것을 반증하여야 한다.²¹¹⁾ 종래에는 전자가 통설이었으나 오늘날에는 제618조가 사회적 보호법규로서의 성격임을 감안하여 유추적용을 긍정하고 있다.²¹²⁾ 증명책임에 대한 견해의 공통점은 노동자가 사용자나 이행보조자의 안전배려의무의 위반사실과 손해발생과 안전배려의무 사이의 인과관계를 증명해야 한다는 것이다. 판례는 증명책임에 관하여 유추적용을 인정하지 않지만, 노동자의 증명책임을 현저하게 경감하는 방향으로 해석하고 있으므로, 유추적용인정설과 결과적으로 큰 차이가 없게 된다.²¹³⁾

한편 독일에서는 계약적 채권관계에서 발생하는 본래의 급부의무와는 달리 독립된 존재로서 일방당사자가 상대방의 생명, 신체, 재산 또는 기타의 법익을 침해하지 않아야 할 보호의무를 인정하고 있다.²¹⁴⁾ 급부의무는 채권자의 이행청구, 채무자의 이행, 채무의 소멸이라는 과정을 통하여 실현되고, 보호의무는 채무자가 보호의무위

209) Soergel-Kraft, BGB, §618 Rdnr24; Staudinger-Oetker, §618 Rdnr44.

210) 송오식, 전계논문, 142면.

211) 최창렬, “안전배려의무에 관한 연구”, 「부동산법학」 제16집, 한국부동산법학회, 2004. 6, 120면.

212) 송오식, 전계논문, 142면; Musielak, Die Grundlagen der Beweislast im Zivilprozeß, S.185; Staudinger-Oetker, BGB, §618 Rdnr46.

213) Vgl RGZ 138, 37.

214) Henß, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Maim, 1987, S.109.

반으로 발생한 손해에 대하여 배상책임을 진다는 데에 실질적 의의가 있다.²¹⁵⁾

보호의무를 채무불이행책임의 유형으로 적용하려는 시도는 적극적 계약침해론에서 시작되었다. 보호의무는 계약상 부수의무의 유형으로 파악한다.²¹⁶⁾ 부수의무 및 보호의무를 인정하는 것은 계약책임을 급부의무에 한정하는 독일민법 제241조의 입장에서 보면 계약책임을 확대를 의미한다.²¹⁷⁾ 보호의무를 불법행위법상의 의무와 구분하는 이유는 불법행위 성립에 있어 개별요건주의를 취하고, 사용자책임에 있어서도 면책가능성이 인정되어 피해자 구제에 한계가 있기 때문이다. 보호의무를 부수의무와 별개로 보면 안전배려의무와 보호의무를 구분하게 된다. 안전배려의무는 형식적으로 독일민법 제618조에, 실질적으로 근로계약의 특수성에 근거한다. 보호의무는 형식적으로 독일민법 제242조에, 실질적으로 계약교섭 당사자간의 신뢰관계에 근거를 둔다.

안전배려의무는 노동계약 내지 이와 유사한 계약에 한정되며 채무자는 사용자에게 한정된다. 보호의무는 특별한 계약유형에만 한정되지는 않으며, 계약당사자 쌍방이 서로 보호의무를 부담한다.²¹⁸⁾ 안전배려의무는 유효한 계약체결시 또는 착수한 이후부터 인정되며, 보호의무는 계약교섭 단계부터 계약존속 중의 단계를 거쳐 계약종료 후의 단계에도 존속한다.²¹⁹⁾ 이행청구권은 안전배려의무에 있어서는 원칙적으로 인정되지만 보호의무에 있어서는 부정된다. 양자의 공통점은 계약해제권의 인정 및 손해배상청구권이 모두 적극적 채권침해의 법리에 따르는 것이다. 이러한 점을 고려하면 안전배려의무는 계약법 규범이 전면적으로 적용되지만, 보호의무에 대해서는 그렇지 않다.²²⁰⁾

2. 판례의 동향

215) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 877~881면. 보호의무와 안전배려의무의 구별에 대해서는 공순진, “보호의무 위반에 기한 계약체결상의 과실책임”, 『재산법연구』 제7권 제1호, 한국재산법학회, 1990, 12, 128면 이하.

216) 최영진, 전거논문, 71면.

217) 이정식, 전거 “안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 390면.

218) C. W. Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, Festschrift für K. Larenz zum 80 Geburtstag, 1983, S27 u. S. 91ff.

219) 송오식, 전거논문, 144면.

220) 공순진, 상거논문, 129면.

(1) 특별희생보상을 긍정한 사례

사고 당시 14.5세였던 원고가 중학교 체육시간에 교사의 지시에 따라 피구를 하던 중 힘 세고 운동을 잘하는 학생이 던진 공에 비활동적인 원고가 머리를 맞고 눈의 망막이상으로 수술을 받은 사례이다. 원고는 지방자치단체의 학생사고보험으로 보장받을 수 있었으나, 보장조건이 한정되어 있어 피고 주(州)를 상대로 소를 제기하여 공무책임에 따른 손해배상책임을 주장하였다. 1심 법원은 기각하였으나, 고등법원은 체조시간의 예기치 못한 부상으로 시력이 1/4로 영구 감소된 사건을 특별희생으로 보아 청구를 인용하였다.²²¹⁾

(2) 특별희생보상을 부정한 사례

특별희생보상을 부정한 연방법원(1967)의 판례를 보면 다음과 같다. 학교생활의 위험은 일반생활의 위험과 다를 것이 없는 것으로 “학생 앞에 놓여 있는 학교생활의 위험은 그들이 감당해야 한다” 따라서 교육에 있어서는 강제 종두(種痘)와 다르므로 “신체상의 침해를 공공을 위해 수행토록 명령한 결정적인 근거가 존재한다고 할 수 없다” 또 이 사건에 있어서 체육으로 원고가 입은 피해는 예상되는 것이 아니었으며, 원고가 한 운동은 “일반적인 생활상의 위험 그 범주 안에 있는 것이다” 따라서 특별희생보상청구권이 원고에게 귀속된다고 할 수 없다.²²²⁾ 결국 연방법원은 이 사건에 대하여 학교교육에는 특별한 위험이 없으므로 고권적 행위는 성립되지 않으며, 특별희생보상청구권도 해당되지 않는다는 결론을 내리게 된 것이다.

(3) 법정사고보험으로 보상한 사례

① 연방일반대법원은 2004년 3월 30일 판결에서 쉬는 시간에 학생이 학교운동장에 있는 한 무리의 학생들을 향해 던진 불꽃놀이에 의해 동급생이 부상을 입었다면 이는 우연한 것이 아닌 학교관련 사고로 평가될 수 있다는 결정을 하였다.²²³⁾

221) 1 U 283/62; NJW 1967, S. 632ff.

222) 강인수·손세환, 전게서, 42면; 고기환, 전게서, 340~341면.

223) BGB v. 30.03.2004 - VI ZR 163/03.

②연방일반대법원은 2003년 2월 11일 연방일반대법원은 교사가 자리를 비운 사이 피고(15세)가 알루미늄 구슬을 원고(16세)에게 던지고 교사의 책상위에 있던 쇠톱을 쥐고 테니스 라켓 휘두르듯 하였는데, 이 때 톱날이 떨어져 책상에 부딪히고 원고에게 적중되어 원고는 우안의 시력을 상실하였고, 그의 생업능력은 영속적으로 30% 감소된 경우인데, 학교안전사고로 인정되어 원고는 매월 사고연금을 받고 피고로부터는 위자료를 청구할 수 있다고 판결하였다.²²⁴⁾

③2002년 11월 26일 연방일반대법원은 학교부지 밖의 스키 활강장에서 이루어진 체육수업 시간에 17세 고등학생이 사고를 당한 사안과 관련하여 학교수업이 학교자의 의지에 따라 학교 밖 스포츠시설에서 학교수업으로 이루어진 경우, 수업과 관련된 학생들의 활동에서 생긴 학교안전사고로 간주될 뿐 아니라, 독일사회법 제7권 제106조 제1항 제3호의 책임특권의 범위에 속하는 스포츠시설의 직원들이 하는 체육수업을 위한 모든 준비와 체육수업의 운영은 학교시설에 속하는 요소로 고려되어야 한다고 판결하였다.²²⁵⁾

④연방사회법원은 1979년 12월 18일 판결에서는 전 시간의 수업에서 다른 학생들로부터 비웃음을 당하고 교사로부터 그 상황에 보호 없이 홀로 방치된 경우, 창문으로 학생이 뛰어내린 것이 사고보험에 의해 보호되는지에 관하여 한 학생의 행동양식이 전 시간의 수업에서 일어난 사건의 흥분으로 인한 일시적 정신적 장애의 형태로 나타난 반응에 본질적으로 더 잡은 것이라면, 인과관계가 인정된다고 하였다.²²⁶⁾

제5절 일본

1. 입법례

일본에서는 교육활동 중 발생한 사고에 대하여 민법상의 불법행위책임이나 계약법상의 채무불이행책임 및 국가배상법에 기하여 피해를 구제하여 왔다. 즉, 교직원

224) BGB v. 11.02.2002 - VI ZR 34/02.

225) BGB v. 26.11.2002 - VI ZR 449/01.

226) BSG 2. Senat, 2 RU (77/77).

이 직무수행에 있어서 고의 또는 과실로 인해 학생에게 손해를 끼친 경우에는 학교 설치자가 책임을 진다. 그리고 어린이 및 학생 사이에 발생한 사고는 가해자측 학생의 책임능력 유무에 따라 본인·부모·교원 등에게 책임이 지워진다.

일본에서 학교안전사고의 보상은 「독립행정법인일본스포츠진흥센터법(獨立行政法人日本スポーツ振興センター法)」(2002년 12월 13일 제정, 법률 제162호)에서 규정하고 있다.²²⁷⁾ 이 법은 스포츠의 진흥 및 아동, 학생 또는 유아의 건강증진을 도모하기 위해 설치한 스포츠 시설의 적절하고 효율적인 운영, 스포츠 진흥을 위해 필요한 지원, 초등학교, 중학교, 고등학교, 중등교육학교, 고등전문학교, 특별지원 학교 또는 유치원의 관리하에 있는 학생 등의 재해에 관한 필요한 급부, 그 밖에 스포츠 및 학생 등의 건강의 증진에 관한 조사연구 및 자료의 수집 및 제공 등을 행함으로써, 국민의 심신의 건전한 발달에 기여한 것을 목적으로 한다(제3조).

이 법은 시행령과 시행규칙을 통해서 학교안전사고에 대한 예방조치 및 사고처리에 대한 자세한 원칙과 절차를 규정하고 있다.²²⁸⁾ 센터 운영은 국가와 학교설립자 및 보호자가 부담하는 공제금으로 충당하며, 센터와 학교설립자가 재해공제 급부계약을 맺어 학생 등의 재해시 의료비, 위로금 등을 지급한다.²²⁹⁾

일본의 경우에는 학교안전사고는 ‘재해(災害)’라는 용어로 통일된다.²³⁰⁾ 이 재해는 학교관리하의 부상, 질병, 장애, 사망(돌연사 포함)이 포함된다. 그러나 비상재해라는 개념의 풍수해, 지진 등은 일본의 생활보호법에 의한 의료부조에서 담당한다. 재해공제급부의 계약체결에 있어 아동, 학생 등의 재해에 대한 학교설치자의 손해배상책임이 발생한 경우에 센터가 재해공제급부금의 한도에서 학교설치자의 책임을

227) 이 법 시행이전에 「일본체육학교건강센터법(日本体育学校健康センター法)」(1985년 12월 6일 제정, 법률 제92호)이 시행되고 있었는데 동법 제정시 부칙 제9조에 의해 폐지되었다. 이에 대해서는 이종규, “한국과 일본의 학생안전사고관리 및 보상제도 비교”, 「보험학회지」 제68집, 한국보험학회, 2004. 8, 45~46면 참조.

228) 박재윤, 전개논문, 34~40면.

229) 이종규, 전개논문, 45~46면.

230) 独立行政法人日本スポーツ振興センター法

第三条 独立行政法人日本スポーツ振興センター(以下「センター」という。)は、スポーツの振興及び児童、生徒、学生又は幼児(以下「児童生徒等」という。)の健康の保持増進を図るため、その設置するスポーツ施設の適切かつ効率的な運営、スポーツの振興のために必要な援助、小学校、中学校、高等学校、中等教育学校、高等専門学校、特別支援学校又は幼稚園(第十五条第一項第八号を除き、以下「学校」と総称する。)の管理下における児童生徒等の災害に関する必要な給付その他スポーツ及び児童生徒等の健康の保持増進に関する調査研究並びに資料の収集及び提供等を行い、もって国民の心身の健全な発達に寄与することを目的とする。

면제시키는 특약을 체결하는 것은 가능하다(제16조). 면책특약의 내용은 다음과 같다.²³¹⁾

첫째, 국가배상법에 의해 손해배상을 받았을 경우나 다른 법령에 의한 급부지급시 그 가액의 한도에서 지급하지 않는다. 둘째, 비상재해시 보호를 요하는 아동, 학생의 의료비는 보상하지 않는다. 셋째, 고등학생이나 고등전문학생의 고의 범죄행위(자살 등), 고의 부상 및 질병에 의한 손해는 지급하지 않는다. 넷째, 고등학생이나 고등전문학생의 중과실로 인한 재해의 경우 장해위로금 또는 사망위로금은 감액한다. 일본스포츠센터가 제3자(학교설치자도 포함)의 가해행위로 인한 재해에 대해 급부를 행한 때는 급부금액 한도에 있어서 피해 아동, 학생의 손해배상청구권 취득이 가능하지만, 가해자가 학교설치자인 경우 면책특약을 정하면 센터가 급부한 가액한도에서 손해배상책임이 면제된다. 일본에서는 학교측에게 아동, 학생에 대한 안전배려의무와 감독자책임을 엄중히 묻는 의미에서 거의 모든 학교안전사고를 우선 국가에서 보상하고 있다.

일본민법은 채무불이행 및 불법행위에 관하여 각각 제415조와 제709조에서 규정하고 있는데, 양자 모두 개별요건주의를 취하고 있는 독일과는 달리 일반요건주의를 취한다는 점에서 우리 민법과 유사하다. 종래 산업재해에 대한 손해배상을 재판 실무에서 불법행위책임으로 처리하였기 때문에 피해자는 증명책임에서 불리한 입장에 놓이게 되었다.²³²⁾ 그리하여 일본민법은 독일민법 제618조의 안전배려의무 규정을 두고 있지 않지만, 사용자의 고용계약상 산업재해에 의한 채무불이행책임을 인정하기 위한 안전배려의무의 개념이 하급심에서부터 인정되다가²³³⁾, 마침내 1975년 최고재판소에서 안전배려의무 위반에 대하여 채무불이행책임을 인정하는 판결을 선고하였다.²³⁴⁾ 이 판결에서는 ①국가가 공무원에 대하여 안전배려의무를 부담한다는 점과 ②안전배려의무를 국가가 공무수행을 위해 설치해야 할 장소, 시설 혹은 기구 등의 설치 관리 또는 공무원이 국가 혹은 상사의 지시하에 수행하는 공무관리

231) 김도형, 전제논문, 111면.

232) 白羽祐三, “安全配慮義務法理とその背景(2)”, 「法学新報」 第96卷 第1・2号, 1990, 20~27面.

233) 福岡地裁小倉支判 1972. 11. 24. 「判例タイムズ」 제289号, 273面; 東京地判 1972. 11. 30. 「判例タイムズ」 제288号, 267面.

234) 最判 1975. 2. 25. 「民集」 第29卷 143面.

에 있어서 공무원의 생명 및 건강 등을 위험에서 보호하도록 배려해야 할 의무라고 정의하고 있고 ③이 의무는 어떠한 법률관계에 의하여 특별한 사회적 접촉관계에 들어선 당사자 간에 당해 법률관계의 부수적 의무로서 신의칙상 부담하는 의무라고 하고 ④손해배상책임의 소멸시효기간이 10년이라고 하여 채무불이행책임에 의하여 처리할 것을 명시하고 있다.²³⁵⁾ 이와 같은 안전배려의무는 일본 민법전에 명문규정이 없음에도 불구하고 판례에 의해 형성된 의무로서 일본의 손해배상법에 확고히 정착하게 되었다. 안전배려의무의 법적 성질에 대한 다수설은 부수의무가 아니고 민법상 고용계약과 원리를 달리하는 노동계약상의 본질적 의무라고 한다.²³⁶⁾ 그리고 계약당사자가 부담하는 안전배려의무 내지 보호의무는 노동관계에서의 안전배려의무와 동일하다는 견해,²³⁷⁾ 안전배려의무를 본래의 급부의무와 구별하여 근로계약상의 안전배려의무를 인정하고 사법상의 채무구조론으로 재구성하는 견해²³⁸⁾도 있다. 안전배려의무는 노동재해, 직업병에서 주로 인정하고 있지만 학교안전사고, 자동차 사고 등의 영역에서도 인정하고 있다.²³⁹⁾

일본에서 학생이 안전하게 교육을 받을 권리는 헌법 제13조, 제25조 및 제26조에 서 찾을 수 있다. 특히 제26조의 교육을 받을 권리는 단순히 학습의 자유만이 아니라 건강하고 안전하게 교육을 받을 권리를 요구할 수 있는 생존권으로서의 교육권 (생존권적 학습권)의 보장 즉, 교육인권으로 이해되고 있다.²⁴⁰⁾ 한편 일본 교육기본 법 제10조 제2항은 교육행정주체에게 이러한 권리보장을 위해서 안전한 교육조건을

235) 최창렬, 전제 “안전배려의무의 체계”, 147면.

236) 桑原昌宏, 「産業災害と日本の労働法」, 法律文化社, 1971, 233면.

237) 北川善太郎, 注釈民法(10), 有斐閣, 1987, 366~367면; 我妻栄, 「債權各論(中卷二)」, 岩波書店, 1981, 585면 以下.

238) 안전배려의무를 급부의무로서의 안전확보의무와 부수적 의무인 보호의무로 이분하여, 고용계약에서 양자가 병존한다는 주장(宮本健臧), 안전배려의무가 계약내용이 되는 경우 급부의무로 되고, 계약상 급부의무는 아니지만 보충적 계약책임으로서 신의칙상 안전배려가 의무로서 부과되는 경우를 보호의무라고 하는 주장(下森定), 안전배려의무는 손해배상을 채무불이행으로 구성할 때 전제로 되는 선재의무로 보면서, 다시 안전배려의무를 통상의 안전배려의무와 절대적 안전배려의무로 나누고 전자는 피고가 추상적 경과실의 부존재를 증명하여 면책되는 것에 비하여, 후자는 무과실의 증명으로는 족하지 않고 불가항력 또는 이에 준하는 증명이 필요하다는 주장(国井和郎) 등이 있다(宮本健臧, “雇傭・労働契約における安全配慮義務”, 「安全配慮義務の形成と展開(下森定 編)」, 日本評論社, 1988, 193면 以下. 下森定, “國家の安全配慮義務”, 「安全配慮義務法理の形成と展開」, 日本評論社, 1988, 240면).

239) 송오식, 전제논문, 147면.

240) 結城忠, “学校事故をめぐる責任法制(1)”, 「教職研修」, 2009. 5, 136면. 永井憲一, 「教育法学」, 1993, エイデル研究所, 239면. 兼子仁, 「教育法」, 有斐閣, 1989, 228면 참조.

정비할 의무를 부담시키고 있다.²⁴¹⁾ 이러한 교육조건정비 법제상의 요청 이외에 학교보건법에서도 학교안전관리, 안전점검의 법제화 과정에서 모호하였던 문제, 즉 학교안전의 책임주체와 학교안전기준의 내용을 명확히 해야 한다는 사회적 요청이 있어 왔다.²⁴²⁾

일본에서는 교사의 안전배려의무에 대하여 명문규정은 없지만, 학교교육의 본질에서 당연히 인정된다는 것이 일반적이다.²⁴³⁾ 일본 헌법 제26조가 보장하는 건강하고 안전하게 교육받을 수 있는 권리²⁴⁴⁾에 상응하는 구체적인 내용이 안전배려의무라고 해석한다.²⁴⁵⁾ 교육활동의 중심을 차지하는 정규수업의 경우 아동, 학생들은 교사의 지시에 따라 강제수업을 받기 때문에 교사는 아동, 학생에 대해 고도의 안전배려의무를 부담한다.²⁴⁶⁾ 관례도 학교법인으로 하여금 재학계약상의 의무로 교육활동을 안전하게 실시하는 것을 포함한다고 한다.²⁴⁷⁾ 교사의 안전배려의무를 수업진행 단계에 적용하여 검토해 보면, 유의할 점을 지적할 수 있다. 사고가 발생한 경우 교사가 평소 어느 정도 이러한 사항에 유의하고 있었는지가 재판결과를 좌우하게 된다.

①수업계획의 수립 : 교사는 학생의 발달단계와 능력에 맞는 수업계획을 세워야 한다. 일본에서는 학습지도요령을 기준으로 교사의 과실을 판단하는 경우가 많은데, 체육실기 종목이 학습지도요령에 근거하여 수업에 채택된 경우 수업계획서상의 안전의무위반이 되지 않는다.

②준비단계 의무 : 수업 전에 교사가 취해야 할 주의의무로서 수업계획의 설계시 안전확보, 실험·실습장소나 운동장의 안전확보, 아동, 학생의 신체적 상황이나 능력과약, 사고발생에 대비한 구조체제가 취해지고 있었는지 등을 묻게 된다.

③수업지도의 단계에서의 의무 : 학생능력을 감안한 지도가 이루어지고 있었는지 여부이다.

④전말보고의무 : 학교안전사고로 아동, 학생의 상해 또는 사망시 학교설치자는 상

241) 牧征名, 「教育權と教育の自由」, 新日本出版社, 1990, 238~239面.

242) 喜多明人・橋本恭宏, 「学校安全法-子どもを守る安全指針-」, 不磨書房, 2005, 11~12面.

243) 菱村幸彦, “部活中の事故の責任はどこまで”, 「教職研修」, 2009. 7, 120面.

244) 中村睦男・永井憲一, 「生存權・教育權」, 法律文化社, 1989, 295面.

245) 結城忠, 上掲論文, 136面.

246) 織田博子, “学校事故”, 能見善久ほか編, 「論点体系判例民法7」, 第一法規, 2009, 139面 以下.

247) 最判 1992. 10. 6. 「判例時報」 第1454号, 87面.

황을 파악하고 본인 또는 보호자에게 발생원인, 발생상황, 사후조치 등을 조사·보고해야 한다. 이 의무는 피해의 확대방지와는 무관하지만, 보호자측이 학교측에게 사고발생원인과 사고회피를 위한 조치를 강구하였는지 등에 대하여 조사·설명을 요구할 경우에 문제된다.²⁴⁸⁾

전말보고의무는 재학계약을 위임유사의 계약이라고 보는 경우 당연히 학교설치자의 위임에 따른 의무라고 할 수 있다. 또한 신의칙상 학교측은 피교육자인 학생 및 그 보호자에게 사고전말 보고의무를 부담하는 것으로 해석할 수 있다. 이와 관련하여 하급심은 이 의무의 불이행을 이유로 학부모가 손해배상을 청구한 사안에서, “본 건과 같은 중대사고가 발생할 경우, 본 건의 수학여행의 경위를 충분히 검토·조사하여 그 문제점을 명확히 함과 동시에 이후 학교행사를 기획·운영하는데 있어서도 도움이 되도록 하는 것은 학교로서 당연하고, 유족이 바란다면 알고 있는 정보를 제공해야 할 것으로 생각되는 바, 유족이 요구하는 정보제공이 조기에 이루어지지 않은 것은 적절한 대응이라고 생각할 수 없으며, 학교가 책임회피적 태도를 계속 취하는 것은 원고들의 심정을 상하게 하지만, 피고들의 행위가 도의적 의무의 범위를 넘어서 법적인 의무에 위반하고 있다고 할 수 있는지는 의문”이라고 하였다.²⁴⁹⁾ 그러나 법적 책임과는 별도로 사고발생에 대비하여 응급처치할 수 있는 연락체계를 구축하고,²⁵⁰⁾ 교무실에 비치하는 것 등이 필요하다. 교사의 안전배려의무는 교육전문가로서의 의무이기 때문에 일반인에 비하여 가중되며 구체적 사안에 따라 달라진다. 첫째 아동이나 학생의 나이, 판단력과 신체적인 능력, 둘째 교육활동의 종류와 수준, 셋째 당해 행위의 시간·장소·양태 및 교사의 입장여부 등에 따라 안전배려의무가 개별적·구체적으로 확정된다.²⁵¹⁾

2. 판례의 동향

(1) 낙뢰 사건

248) 강일원, 전계논문, 54면.

249) 織田博子, 前掲 「新損害賠償法講座4·学校事故」, 273面; 高知地判 1995. 10. 17.

250) 市川須美子, 「学校教育裁判と教育法」, 三省堂, 2007, 81面.

251) 結城忠, 前掲論文, 136面.

과외 활동 중 자연재해로 인한 사고가 발생할 수 있는데, 학교측에 손해배상책임을 물을 수 있는가에 관하여 최고재판소는 축구시합 중에 발생한 낙퇴에 의하여 고등학생이 다친 사고에 대하여 인솔자 겸 감독인 교사에게 낙퇴사고 발생의 위험이 닥칠 것을 예견했어야 할 의무가 있다고 판시하였다.²⁵²⁾

(2) 체육수업 중 학생이 공에 맞아 부상당한 사건

초등학교 6학년 학생이 체육수업 중에 축구공에 맞아 부상당한 사건에서 교사는 아동들이 밀집한 상태에서 공을 서로 차려고 하거나 가까운 거리에서 강하게 차지 않도록 적절하게 밀집상태를 해소하든가 서로 공을 빼앗아 차려고 하는 것을 중지시키는 등 사고발생을 미연에 방지할 주의의무가 있다고 주장하면서 손해배상을 청구한 사안이다.

법원은 “축구시합 중 1개의 공을 여러 명이 따라가 그 중 먼저 도달한 학생이 차는 것은 늘상 있는 일이고, 이러한 경우 어느 학생이 찬 공이 다른 학생에게 맞을 우려가 있다고 하여 이것을 금지하거나 시합을 중지한다면 축구는 성립할 수 없는 것이므로 이러한 행위를 위험한 것이라고 하여 금지하는 것은 타당하다고 할 수 없고 따라서 담당교사가 이를 사전에 제지하지 아니하였다고 하여 과실이 있다고 하기는 어렵다”고 판시하였다.²⁵³⁾

(3) 자습시간 중 학생간 장난으로 연필심에 눈을 찔려 시력이 저하된 사건

담임교사가 있는 자습시간 중 초등학교 3학년 학생이 연필을 빼앗으려다 연필심 부분에 오른쪽 눈을 찔려 시력이 현저히 저하된 사건이다.

법원은 “이 사건 사고는 담임교사의 지배, 감독하에 있는 정규수업 시간에 교실내에서 발생하였고, 저학년의 초등학생은 수업중에도 자기 자리를 마음대로 떠나거나 연필을 빼앗거나 지우개를 던지는 등 장난을 할 우려가 있으며, 특히 자습중에는 아동이 해방적인 분위기에 적어 마음대로 행동하기 쉽고 이 사건 사고 당시에 도 잠

252) 最判 2006. 3. 13. 「判例時報」 第1929号, 第41面.

253) 神戸地判 1978. 6. 19. 「判例タイムズ」 第371号, 130面.

시 소란스러운 상태가 되었으므로 교실내에 있는 담임교사는 이 같은 불상사를 예견하고 아동에게 주의를 주어 사고를 미연에 방지하여야 함에도 불구하고 자기 자리에서 주간보고를 작성하는 것에만 전념하여 주의를 하지 아니하였기 때문에 이 사건 사고에 이르렀다고 할 것이므로 과실이 있다”고 판시하였다.²⁵⁴⁾

(4) 학생간 장난으로 의자를 빼버리는 바람에 다친 사고

HR시간에 책상과 의자의 수량을 조사할 때 일어나 있던 학생이 다시 의자에 앉으려는 순간 다른 학생이 장난으로 의자를 뒤에서 빼버리는 바람에 바닥에 넘어져 다친 사건이다.

법원은 이 사안에서 “담임교사는 기립한 학생을 보면서 수를 세고 있었고 수량조사에 소요된 시간도 5분 정도에 불과하였으며, 대상이 중학교 1학년생인 것을 고려하면, 수량조사 실시 전 또는 실시 중에 학생에게 장난을 하지 않도록 일반적 주의를 주어야 할 의무가 있다고는 볼 수 없다”고 판시하였다.²⁵⁵⁾ 또한 담임교사가 위생 검사를 할 때 한 학생이 마음대로 일어나 동급생의 발을 걸어 넘어뜨려 상해를 가한 사안에서, “가해 학생이 사고 이전부터 난폭한 행동을 하였다는 것이 인정되지 않는 이상 학생이 지시에 반하여 자리에서 일어날 것을 예견할 수 있었다더라도 결과적으로 다른 학생에 대하여 폭행으로 나아갈 것까지 예견할 수는 없었다고 할 것이므로 학생들에게 일반적인 주의를 준 이상 특히 가해학생에게 난폭한 행동을 하지 않도록 주의할 의무는 없다”고 하였다.²⁵⁶⁾

(5) 유아가 보육원에서 토사물로 인하여 기도가 막혀 사망한 사건

유아 A가 Y가 경영하는 보육원에서 보육중에 토사물로 인하여 기도가 막히게 되었고, A의 이상을 발견한 Y가 부모에게 인공호흡을 시키고 A의 부모인 X에게 전화를 걸어 단골의사를 문는데 그쳤고, X가 보육원에 구급차를 불렀으나 A가 사망한 사건이다.

254) 仙臺地判 1980. 12. 15. 「判例タイムズ」 第433号, 124面.

255) 静岡地判 1989. 7. 13. 「判例タイムズ」 第712号, 79面.

256) 東京地判 1993. 7. 20. 「判例タイムズ」 第835号, 223面.

이 사안에서 도쿄지방법판소는 “A의 이상을 발견한 Y는 응급조치를 취하는 한편 바로 의사 등 전문가에게 구명조치를 맡겨야 할 의무가 있으므로, 구급차를 부르지 않는 행위는 주의의무를 위반하였지만, 본건에서 A의 기도가 완전히 막혀 A의 사망 사이의 상당인과관계를 인정할 수 없다”고 판시²⁵⁷⁾하여 Y의 채무불이행책임 및 불법행위책임을 부정하였다.

(6) 방과후 학교에서 학생간 폭력사건

초등학교 6학년 학생이 방과후 그룹을 지어 싸움하다가 다친 사건에서 법원은 “학교에서는 하교 전에 학급마다 종회를 열어 학생들의 생활태도를 반성하게 하고 남녀학생간에 융화에 주의를 기울이고 있는 점, 싸움이 발단이 된 급식준비 중의 언쟁이 담임교사가 알지 못하는 사이에 행해진 점, 싸움도 교직원의 눈에 띄기 어려운 장소를 선택하여 은밀하게 이루어진 점 등을 인정한 다음 싸움의 중간에 교사가 말다툼을 하고 있는 것을 목격하고 귀가하라고 주의를 주자 학생들이 일단 중지하려는 기미를 보이자 재차 주의를 주지 아니하였더라도 교사에게 과실이 없다”고 판시하였다.²⁵⁸⁾

(7) 여학생이 남학생의 장난으로 다친 사건

초등학교 6학년 여학생이 방과후 귀가하기 위하여 교실에서 나오는 순간 동급생인 남학생의 장난으로 다리에 걸려 넘어지는 바람에 부상당한 사안에서 법원은 “안전배려의무는 어떤 법률관계에 기하여 특별한 사회적 접촉관계에 있는 당사자 사이에서 당해 법률관계의 부수의무로서 당사자 일방 또는 쌍방이 상대방에 대하여 신의칙상 부담하는 의무로서 일반적으로 인정되는 것이다. 교사는 이 사건 사고 이전부터 원고가 남학생으로부터 집중적, 계속적으로 폭행을 당하거나 짓궂은 장난을 당하고 있는 사실을 알고 있었을 뿐만 아니라 가해학생이 1개월 전에 경고까지 받은 사실을 인정한 다음 교사의 과실이 있다”고 판시하였다.²⁵⁹⁾

257) 東京地判 1992. 6. 19. 「判例時報」 第1446号, 85面.

258) 大判地判 1975. 3. 3. 「判例時報」 第781号, 93面.

259) 浦和地判 1985. 4. 2. 「判例タイムズ」 第552号, 126面.

(8) 공립중학교 이과 실험 중 발생한 사건

공립중학교에서 C교사는 수업시간에 시험관에 과산화수소를 가열하여 산소를 추출하는 실험을 하였다. 이 때 C교사는 석면금망을 이용한 가열이 늦어서 수업시간 내에 실험을 끝내는 것이 무리라고 생각하여 불꽃을 작게 하면 금망이 없어도 실험에 지장이 없다고 판단하고 금망 없이 실험을 하였다. 중학교 1학년생인 A가 소속되어 있는 반에서도 실험 중에 산소의 기포가 늦게 형성되자 시험관의 위치를 알코올램프 아래쪽에 직접 닿게 하여 한 번에 실험을 성공하였다. C교사는 그 반에서 두 번째 실험을 하기 위하여 그룹별로 지도하기로 하고 실험받침대를 옮겨 놓았다. 그런데 두 번째 실험을 시작할 때 시험관이 폭발하여 유리파편이 사방으로 튀었고 A를 포함한 6명의 학생이 부상을 입었다. 특히 A는 좌측 시력이 0.08정도 되는 상해를 입게 되자 안전배려의무 위반으로 사용자인 피고 B에게 국가배상책임을 청구하였다.

이에 법원은 “C교사는 피고인 학교설치자의 안전배려의무의 이행보조자로 해석되며, C교사의 안전배려의무 위반은 피고인의 안전배려의무 위반을 구성한다고 해석하여 피고인 국가는 교사의 사용자로서 A에게 발생한 손해배상책임을 진다. 피고는 중학교를 설치하고 학생을 입학시키기 위하여 교육법규에 준하여 시설 및 설비를 제공하고 교사로 하여금 소정의 교육과정을 실시할 의무가 있고, 학생인 원고는 해당 학교에서 교육을 받는 관계에 있기 때문에 일정 법률관계에 근거하여 특별한 사회적 접촉에 들어선 당사자 간에 있어서 해당 법률관계의 부가의무로서 상대방에 대하여 신의칙상 의무로서 피고는 원고에 대하여 학교교육의 장에서 원고의 생명·신체·건강에 대한 안전배려의무를 진다고 해석하는 것이 상당하다. 또한 학교설치자인 피고의 안전배려의무는 학교장 아래 그 감독하에 있는 교사를 포함하여 직원 전체에 해당하는 것이며, 학교설치자의 지배관리와 함께 교육업무에 관련하여 학생에 대한 위험발생을 미연에 방지하기 위해 진력해야 하는 주의의무를 가지며, C교사는 이러한 주의의무를 이행할 때에 이행보조자의 입장에 있는 것이라고 해석하는 것이 상당하다. 그리고 안전배려의무는 위반여부를 판단함에 있어서, 본 건 실험은 위험성을 수반하는 것으로 시험관의 파열 등의 사고도 예상되지 않는 것은 아니라

고 인정되기 때문에 담당교사로서 사고발생을 미연에 방지하도록 배려해야 할 의무가 있는 것이 당연하다. 구체적 내용으로 사전에 학생들에게 적절하게 안전한 실험 방법을 지도할 의무, 적절한 실험기구를 준비할 의무, 실험을 행할 때 학생을 적절하게 지도·감독할 의무 등이 인정된다. 또 본 건 실험 중 과산화수소가 든 실험관을 침착하게 가열할 필요성이 있고 이를 위해 C교사는 교과서에 기입된 대로 시험관과 알코올램프 사이에 석면금망이 설치되어 있었다라면 사고가 발생하지 않을 가능성이 높다고 인정되기 때문에 석면금망 설치를 하지 않은 것과 사고간의 인과관계도 인정된다”고 판시하였다.²⁶⁰⁾

이 사건은 교사가 기본적인 안전규칙을 지키지 않아 사고가 발생한 것이다. 판례는 학교설치자에게 안전배려의무가 있으며 교사는 그러한 안전배려의무를 이행하는 보조자로 해석하고 있다. 교사의 행동이 사고발생의 결정적인 원인을 제공하였더라도 그 책임은 학교설치자인 국가가 교사의 사용자로서 책임진다고 하였다.

제6절 정리 및 시사점

미국에서는 학교안전사고에 대한 교원과 과실의 인정기준은 통상인의 예견가능한 위험을 방지하지 못한 감독의무 불이행만을 인정하였다. 최근에는 학교안전사고가 급증함에 따라 교원배상부담면제법을 제정하여 교직원의 손해배상을 학교교육위원회에서 부담하고 있으며, 학부모가 학교보험에 가입함으로써 피해구제를 담보하고 있다. 미국에서는 학교안전사고를 예방하기 위하여 학교보건문제와 연계하여 막대한 예산을 투입하고 있는 등 범사회적으로 관여하고 있다. 계약법상 안전배려의무와 유사한 법리는 존재하지 않지만, 산업재해가 발생한 경우 근로재해보상법에 의해 보상하고 있다.

영국에서는 미국과 마찬가지로 전통적인 불법행위법리에 의해 손해배상을 하고 있다. 최근에는 산업재해에 관한 소송에서 불법행위책임과 안전배려의무 중 선택하여 소송을 제기하고 있는데, 불법행위보다 안전배려의무 위반으로 소송하는 것이 손해배상액, 시효 등에 있어 유리하다고 생각하기 때문이다.

260) 이정식, 전제 “학교사고와 학교설치자 등의 손해배상책임”, 380~382면; 靜網地判 1988. 12. 20. 「判例時報」 第1345号, 127면.

프랑스에서는 공립학교 교원의 민사책임을 국가가 배상하고 있으며, 불가항력이나 우발적인 사고에 대해서는 보험가입을 권유하고 있다. 한편 학교안전사고의 구제수단으로 안전배려의무의 법리가 중요하게 작용하고 있다. 그것은 계약책임과 불법행위책임을 구별하는 경향으로 나타나고 있는데, 결국 학설과 판례가 형성한 안전배려의무의 법리는 사회제반에서 발생한 안전사고 피해자의 구제라는 사회적 공헌과 함께 국가기관인 법원이 사인간 계약내용의 구성에 간섭했다는 점에서 현대 계약이론의 발전에 큰 영향을 미친 것으로 평가된다.

독일에서는 과실을 요건으로 하는 소송상의 문제를 극복하고 교원의 과실이 없더라도 학교안전사고가 구조적으로 발생한다는 점을 감안하여 특별희생보상의 법리를 도입하여 무과실책임으로 보상하고 있다. 또한 학교는 특별히 위험성을 수반한 시설로 보아 학교재해보상법을 제정하여 초·중·고등학교, 대학교, 유치원생에게 적용하여 학생사고보험으로 전액 보상하고 있는데, 보험료는 주와 지방자치단체에서 부담하고 있다. 또한 사용자의 안전배려의무를 명문으로 규정하여 노무자의 신체·생명의 침해로부터 두텁게 보호하고 있다. 고용관계는 그 본질상 단순한 노무와 보수의 교환관계가 아니라 그 이상의 인적 결합관계가 성립한다고 보아야 한다. 안전배려의무는 근로계약상 사용자의 부수적 의무로서 인정되고 있으며, 신의칙에 근거를 두고 있다.

일본에서는 불법행위책임이나 채무불이행책임, 국가배상법에 의해 피해를 구제하여 왔다. 그러다가 2002년 스포츠진흥센터법을 제정하여 센터와 학교설립자가 재해공제 급부계약을 체결하여 학생들의 재해시 의료비, 위로금 등을 지급하고 있다. 국가는 재해공제급부 경비를 보조하고 있어 학교안전사고의 피해를 보상하고 있다. 이는 학교측에게 학생에 대한 감독자책임과 안전배려의무 위반의 책임을 엄하게 묻는다고 해석할 수 있다. 한편 종래에는 산업재해에 대하여 재판실무상 불법행위책임으로 처리하고 있었기 때문에 피해자가 입장에서는 가해자 과실을 증명하기 어려웠다. 따라서 법원에서는 피해자 구제를 위하여 명문으로 인정되지는 않지만 안전배려의무의 개념을 도입하고 채무불이행책임을 인정하는 판결을 내리게 되었다. 학교안전사고에 대하여도 학교와 학생 사이에 발생하는 계약에 기초한 채무불이행책임으로 손해배상법리를 구성하는 사례가 많이 나타나고 있다. 재학관계를 계약관계

로 파악하여 학교는 교육활동과 관련하여 학생의 생명·신체·건강상의 안전에 대하여 배려할 의무가 있다는 것이다. 이 같은 안전배려의무에 대한 규정은 없지만 교육조리에 의해 인정되고 있다. 안전배려의무에 의한 채무불이행책임을 묻는 것은 불법행위책임에 의한 것보다 소멸시효나 증명책임면에서 일반적으로 유리하다고 보고 있다. 이와 같이 프랑스와 일본에서는 학설과 판례를 통하여 안전배려의무의 그 규범성을 확립해 나가고 있다.

학교안전사고에 있어서 그 피해자가 어느 정도의 만족할 만한 피해 구제를 받고 있는가에 대한 각국의 비교는 손해배상제도를 살펴보는 것만으로는 어렵고 그 국가의 사회보험이나 책임보험, 상해보험 등의 실태도 참고하여야 할 것이다. 각국의 판례 동향에서 학교에 대한 배상책임 추급이 피해자 구제에 있어 상당한 비중을 차지하고 있음을 알 수 있다. 즉, 외국은 학교안전사고에 대해서 사고발생 원인이 국가 책임임을 인정하고 예방이나 손해배상의 해결을 국가차원에서 책임지는 경우가 많다. 이러한 보장을 위해서는 학교안전사고의 개념을 산업재해와 유사한 면으로 보고 법정사고보험으로 안전장치를 마련하여 교사나 학교설립·경영자에게 무과실책임을 지우는 것이 바람직하다. 그런 가운데 학생들의 교육받을 권리와 아동·청소년의 인격성장 권리가 충족되어 학교안전사고로부터 자유로운 교육환경이 조성되어야 한다.

이와 관련하여 학교안전사고를 둘러싼 당사자들에 대한 몇 가지 이해에서 인식의 대전환을 모색하여야 한다.

첫째, 학교안전사고에 대해 설치·경영자가 책임지는 체제가 필요하다.

학교안전사고의 피해자에게는 충분한 보상과 치료를 보장하면서 동시에 교사도 과실로 인한 사고로부터 과생되는 법률적·경제적 책임에서 자유로워야 한다. 피해 학생은 보상의 수혜자가 아니라 피해예방 차원에서 보호받아야 하는 대상이라는 인식을 바탕으로 예방교육을 강화하거나 교육시설물의 안전성을 강화하는 것도 중요하다. 학교교육은 국가와 지방자치단체 및 그의 위탁을 받은 사립재단이 책임지고 실시해야 하는 국민복지적 차원의 활동이다. 학교안전사고의 피해자 구제를 원만하게 하고 교원들에게는 교육전문가로서의 안전배려의무 이행을, 교육행정 당국에는 교육조건 정비의무를 충실히 이행하게 하기 위하여 학교설립·경영의 주체가 최종

적으로 배상책임을 부담하여야 할 것이다.

둘째, 학교안전사고는 사회보장적 차원에서 접근해야 한다. 학교는 미성숙한 학생들이 집단으로 다양한 활동을 하는 장소이기 때문에 늘 사고발생의 가능성을 안고 있으며, 그런 점에서 여타 사회적인 공간과는 다른 특수성이 있다. 이러한 점을 고려해 보면, 공교육이 일반화된 현대사회에서 학교안전사고는 산업재해와 유사한 측면이 많다. 따라서 학교안전사고로부터 피해를 당한 학생의 인권보장을 사회 일반적 재해에 대한 시민인권보장 또는 노동재해에 있어서의 인권보장 등과 같은 관점으로 접근하여 학교재해라는 견해도 있다. 오늘날 사회보장적 차원에서 접근하고 있는 업무상 재해보상제도도 종래에는 근로자 개인의 과실 또는 부주의에서 발생하는 것으로 보아 민사상 손해배상제도를 통해 해결하였다. 그러다가 증명의 어려움과 구조적 위험을 받아들여 사용자의 무과실책임을 인정하고 나아가 사회보장제도로서의 사회보험 형식으로 변화한 것이다.²⁶¹⁾ 따라서 학교안전사고에 대해서도 공익적 차원에서 국가가 포괄적으로 책임지는 것이 당연하다. 우리나라도 사회적 보상체계로써 학교안전사고를 다룰 여건이 성숙하였다고 생각한다. 귀책사유 있는 특정인의 책임을 상호부조로써 보장하는 공제제도를 운영하는 것에 그치지 말고 사회적으로 존재하는 위험은 사회보장 차원에서 대안을 모색해야 한다.

셋째, 피해학생에 대한 구제의 법리를 재확립해야 한다. 학교안전사고에 대한 책임범위는 사례에 따라 달라지므로 명확한 책임소재를 밝히는 것은 어렵다. 또한 교육활동은 그 자체에 항상 위험이 내포되어 있으며 동시에 전문영역이기 때문에 피해를 입은 학생들이나 그 친권자가 교원의 고의·과실을 증명한다는 것은 쉽지 않다. 따라서 피해의 충분한 구제를 위해서는 과실책임주의 기준을 완화하거나 무과실책임주의로서의 확장이 필요하다.

261) 김진, “학교사고 보상제도에 대한 대안적 접근, 「학교안전공제회 무엇이 문제인가」”, (사)참교육학부모회, 2003. 9, 35~36면.

제4장 특별법에 의한 구제의 한계

학교는 인적 구성과 물적 설비로 이루어지므로 학교안전사고도 크게 나누어 인적 구성의 면(학교관계자의 고의 또는 과실)과 물적 설비의 면(학교시설의 설치 또는 보존의 하자)로부터 생기는 것으로 구분한다. 양자가 경합하는 경우에는 그 중 어느 하나를 주장하면 된다. 학교안전사고로 인한 피해자는 ①학교안전사고보상법 ②학교폭력대책법 ③국공립학교의 경우에는 국가배상법 ④배상책임보험 ⑤민법 제750조에 의한 학교나 교사의 주의의무위반 ⑥민법 제755조에 따른 감독자책임 ⑦민법 제756조에 의하여 피용자인 지도교사 등의 불법행위에 대하여 학교가 부담하는 사용자책임 ⑧민법 제758조에 의해 학교가 부담하는 공작물책임 ⑨안전배려의무에 기한 학교 설립·경영자의 채무불이행책임 등을 근거로 손해배상을 청구할 수 있다.

본 장에서는 특별법인 학교안전사고보상법과 학교폭력대책법에 의한 피해구제제도와 법률상 문제점과 개선방안을 고찰한다.

제1절 학교안전사고보상법

학교안전사고보상법의 제정 이전에는 학교안전사고로 인한 피해를 보상하기 위하여 1991년 「교원지위 향상을 위한 특별법」 제5조²⁶²⁾에 따라 ‘학교안전관리공제회’를 설립·운영하도록 규정하고 있었다. 동법에 의해 학교안전사고 관련 법률을 제정하기로 하고서도 10여년간 추진되지 못하고 민법 제32조에 근거하여 각 시·도교육청에 ‘학교안전공제회’를 설립·운영하고 있었다. 종래 사단법인 학교안전공제회²⁶³⁾는 시·도마다 기금조성방법, 회원의 범위, 보상기준, 급여지급한도 등에서 각

262) 1991. 8. 31. 의원입법으로 제정(법률 제4376호).

제5조(학교안전사고로부터의 보호) ① 각급학교 교육시설의 설치·관리 및 교육활동중에 발생하는 사고로부터 교권 및 학생을 보호함으로써 교원의 직무수행의 안정을 기하기 위하여 학교안전관리공제회를 설립·운영한다. ② 학교안전관리공제회에 관하여는 따로 법률로 정한다.

263) 학교안전사고보상법이 제정되기 이전의 학교안전사고와 학교안전공제회 제도의 개선에 관한 연구로서는 김도형, “학교안전사고 보상제도의 법제화에 대한 소고”, 「경성법학」 제16집, 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2007. 7, 253~227면; 박인현, “학교안전사고법 제정방향과 과제”, 「교육법학연구」 제15권 제2호, 대한교육법학회, 2003. 12, 1~34면; 하운수, “학교안전사고의 법적 책임과 교권보호”, 「교육법학연구」 제9호, 대한교육법학회, 1997. 12, 97~132면; 황홍규, 전개논문, 197~226면 참조.

각 다르고, 법률적인 재정지원의 뒷받침 없이 상호부조 형태로 운영됨으로써 적절한 보상에 미흡하였다.²⁶⁴⁾ 이에 따라 학교안전사고로부터 학생을 안전하게 보호하고 적정보상을 실시하며, 교원에게 돌아오는 정신적 고통과 경제적 부담으로 인한 교육활동위축을 예방하고, 교원이 안심하고 교육활동에 전념할 여건을 마련하는 등 실질적인 학교안전망을 구축할 필요성이 강하게 제기되어 2007년 9월 1일 학교안전사고보상법이 제정되었다.²⁶⁵⁾

학교안전사고보상법은 교육감, 학교장 등에게 학교안전사고의 예방에 관한 책무를 부과하고, 학교안전사고가 발생한 경우 교육감, 학교장 등이 학교안전사고 발생에 책임이 있는지를 묻지 않고 피공제자에 대하여 공제급여를 지급함으로써 실질적인 학교안전망을 구축함을 입법취지로 한다. 이를 반영하여 학교안전사고보상법은 학교안전사고를 예방하고 학생·교직원 및 교육활동참가자가 학교안전사고로 인하여 입은 피해를 신속·적정하게 보상하기 위하여 학교안전사고보상공제 사업을 실시하는데 필요한 사항을 규정함을 목적으로 한다(법 제1조). 동법은 교육활동 중에 학생 등 교육활동참가자에게 발생한 피해에 대하여 과실증명의 어려움, 구조적 위험의 내재 등으로 전통적인 과실책임법리에 입각한 손해배상책임이 아닌 무과실책임에 기초한 공적 사회보험의 방식인 학교안전공제제도를 도입하였다.²⁶⁶⁾ 이는 학교안전사고의 보상범위를 확대한 측면에서 매우 긍정적으로 평가된다.²⁶⁷⁾

1. 주요 내용

학교안전사고보상법의 내용상 특징을 살펴보면 다음과 같다. 첫째, 학교안전사고 예방대책의 명문화를 통해 사전예방을 강화하였고, 둘째, 학교안전공제회를 설립하

264) 종전의 학교안전공제회는 1991년 3월 교육부로부터 설립인가를 받은 공익적 상호부조 성격의 비영리 사단법인으로서, 회원가입형태가 임의가입으로 운영되다 보니 초·중등고등학교는 거의 가입된 반면, 유치원은 열악한 재정형편상 55% 정도만이 가입하고 있는 실정이었다(정정일, “학교폭력에 의한 사고로 인한 손해배상책임”, 「민사법학」 제33호, 한국민사법학회, 2006. 9, 312면).

265) 학교안전사고보상법의 입법과정에 대한 상세한 내용은 김종길·엄기형, “정책의제 설정과정 분석(학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률 입법과정 사례를 중심으로)”, 「교육정치학연구」 제20집 제4호, 한국교육정치학회, 2013. 12, 247면~253면 참조.

266) 손민호·표시열, “학교안전사고 관련 법리 검토와 판례분석”, 「교육법학연구」 제25권 제3호, 대한교육법학회, 2013. 12, 118면; 송대현, “현행 학교안전공제회의 문제점과 우리의 대안적 법제화(발표자료)”, 「학교안전공제회 무엇이 문제인가」, (사)참교육학부모회, 2003. 9, 4면.

267) 김상찬·조두환, 전계논문, 21면; 백종인, 전계논문, 341면.

여 제3자(가해자)의 행위로 인하여 피해가 발생한 경우 안전공제에서 두텁게 보호하고 있으며, 셋째, 예산의 범위 내에서 학교안전사고 및 재해예방에 따른 비용과 공제급여 지급에 소요되는 비용 등을 지원할 수 있는 근거를 마련하였으며, 넷째, 당사자간에 분쟁이 발생한 경우 소송제기 전 이를 조정할 수 있는 전문성을 가진 분쟁조정기구(학교안전보상재심사위원회)를 규정하였다.²⁶⁸⁾ 조정은 비공개를 원칙으로 하기 때문에 비밀이 유지되며, 조정절차는 전적으로 분쟁당사자와 조정인에 의해서 통제된다. 소송이나 중재에서는 과거에 일어난 사실을 바탕으로 법률과 계약 조항을 적용하여 권리와 의무를 선언하지만, 조정에서는 분쟁당사자의 미래의 행동에 초점을 둔다.²⁶⁹⁾

(1) 학교안전사고의 예방 및 공제회 운영

교육활동 중에 발생하는 학교안전사고를 예방하기 위하여 교육부장관 등으로 하여금 학교안전사고 예방을 위하여 필요한 대책을 마련하게 하고 학생 등에 대하여는 예방교육을 강화하고 있다(제5조). 교육부장관 및 교육감은 학교안전사고의 예방을 위한 예산을 우선 지원하는 등 필요한 조치를 취해야 하고 교육감 또는 학교장은 소관 국가안전관리기본계획에 따라 학교시설에 대한 안전점검을 실시하여야 하며, 학교장은 학교안전사고를 예방하기 위하여 학생 및 교직원에게 안전교육을 실시하도록 하고 있다(제8조).

학교안전사고로 인하여 학생, 교직원, 교육활동참여자의 생명·신체에 한 침해가 이미 발생한 경우에 치료비, 소득상실 등 주로 재산적 손해를 제거하기 위한 사후적인 보호수단으로서의 보상은 중요한 의미를 지닌다.²⁷⁰⁾ 하지만 생명과 신체라는 기본권적 법익은 여타 기본권들의 전제이자 기초이며, 그 성질상 한번 침해되면 침해의 정도에 따라서는 원상으로 회복하는 것이 불가능하거나 회복되더라도 후유증

268) 오창수, 「각종사고와 손해배상」, 제주대학교 법률상담센터, 2010. 250~251면; 백종인, 전계논문, 344~347면.

269) 사법연수원, 「ADR」, 2010, 83면; 김경배, 「국제무역분쟁과 ADR」, 무역경영사, 2005, 126면; Susan M. Lesson, Bryan M. Johnston, Ending It: Dispute Resolution in America, Anderson Publishing Co., 1988, p.133

270) 김상철, “학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률의 일 고찰(학교안전사고 예방을 중심으로)”, 「경희법학」 제48권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2013. 9, 307면.

이 남기 때문에 실효적 보호를 위해서는 예방책이 우선적으로 강구되어야 한다.²⁷¹⁾ 학교안전사고보상법에는 학교안전사고의 예방을 위한 조항이 있으나, 구체적인 내용은 부족한 것으로 보인다. 학교안전사고의 사전예방은 사고원인이 될 수 있는 교육시설 등에 대한 안전점검 등 물적 조치와 교육당사자들에 대한 안전교육의 실시 등과 같은 인적 조치로 나누어 살펴볼 수 있다. 물적·인적 조치의 실시는 타인의 기본권 제한을 수반할 수도 있으므로 법률에 근거하여 예방조치를 규정하여야 한다.²⁷²⁾

교육감은 관할 관할구역별로 학교안전공제회를 설립하여(제15조) 학교안전사고보상공제 사업을 실시하도록 하고(제11조), 유치원, 초·중등학교의 학교장, 평생교육시설의 장 등은 학교안전공제의 가입자가 되도록 하며, 외국인 학교는 임의 가입자로 하고 있다(제12조). 교육부장관은 학교안전사고 예방사업 및 학교안전사고보상공제 사업의 효율적 수행을 위해 학교안전사고 예방정책의 수립을 위한 조사·연구 등의 업무를 수행하는 학교안전공제중앙회를 설립하도록 하고(제28조, 제29조), 학교안전공제중앙회의 재정은 학교안전공제회가 출연하는 분담금²⁷³⁾ 및 그 밖의 수입으로 충당하도록 하고 있다(제32조). 학교안전공제회에서는 교육활동이 광범위하고 다양해짐에 따라 학교안전공제만으로 모든 사고를 담보하기에 한계가 있어 이를 보완하는 별도의 공제사업을 시행하고 있다.

271) 헌법재판소 1997. 1. 6. 90헌마110 결정, 재판관 김진우, 이재화, 주승형의 위헌의견; 대판 2009. 11. 19. 2009도6058 전원합의체 판결 [성폭력범죄의처벌및피해자보호등에관한법률위반(특수강간) 등] 대법관 김영란의 반대이견 “국가의 국민의 생명·신체에 대한 보호의무는 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 불가침의 기본적 인권을 보장할 국가의 의무를 규정하고 있는 헌법 제10조, 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리에 대해서도 그 경시를 금지한 헌법 제37조 제1항, 범죄피해자의 국가구조청구권을 규정하고 있는 헌법 제30조 등의 내용으로부터 도출된다. 따라서 국가는 범죄로부터 생명·신체를 훼손당한 범죄피해자를 보호할 의무가 있고, 특히 국가의 보호를 필요로 하는 청소년들에 대해서는 그 보호의무가 강화된다. 이는 우리 헌법이 제27조 제5항에서 범죄피해자의 재판절차진술권과 제30조에서 범죄피해자에 대한 국가의 구조의무를 규정하면서 동시에 제34조 제4항에서는 국가는 …… 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다”고 규정하여 특별히 청소년에 대한 보호의무를 천명하고 있는 데에서도 잘 알 수 있다.

272) 손민호·표시열, 전개논문, 111~112면.

273) 교육부에서 고시(교육부고시 제2013-249호, 2013. 10. 25)한 2014년도 공제료는 아래와 같다.

학교급별	유치원	초등학교	중학교	고등학교	평생교육시설	특수학교	방송통신중·고
1인당 공제료	1,770	2,420	4,980	5,970	5,970	학교급별	590

<공제사업 현황>274)

구분	가입자	피공제자	보상대상	공제료	보상한도
학교배상책임공제	학교의장(교육감 일괄 가입)	학생, 교직원, 교육활동참여자	제3자에 대한 손해배상	1인당 270원	「어린이놀이시설 안전관리법」 제21조의 어린이놀이시설 하자로 인한 피해, 급식과태료도 보상 대인·대물 : 1인당 1억원, 1사고당 20억원 사망·장해 : 8천만원 한도 부상 : 1천5백만원 한도에서 치료에 소요된 실비
청소년활동안전공제 ²⁷⁵⁾	청소년수련시설의장	청소년수련시설사용자	수련시설장의 책임하의 활동 중 사고	학생 1인당 90원, 학생이 아닌자 1인당 40원	학생 : 학교안전공제 제도의 지급수준에 의하여 보상(요양, 장해, 간병, 유족급여, 장의비) 학생 이외의 자 : 청소년활동진흥법 제25조의 규정(사망·후유장해 8천만원, 상해 1천5백만원)보다 높은 2억원을 보상
	청소년단체의장 ²⁷⁶⁾	청소년활동 참여자	청소년단체장 책임하의 활동 중 사고	청소년1인당 1,980원 청소년지도자 1인당 2,400원	청소년 : 요양급여 2천만원, 장해·유족급여 2억원, 장의비(평균임금 100일분) 청소년지도자 : 요양급여 2천만원, 장해·유족급여 2억5천만원, 장의비(평균임금 100일분)
기숙사안전공제 ²⁷⁷⁾	기숙사를 운영하는 학교장	기숙사입사학생	기숙사에서 발생한 사고로 기숙사생의 생명과 신체의 피해	학생 1인당 3,600원	학생 : 학교안전공제 제도의 지급수준에 의하여 보상(요양, 장해, 간병, 유족급여, 장의비)

특히, 청소년활동 안전공제사업은 사고보상범위를 확대한다는 점에서 학교안전공제의 취지에 맞는 사업 영역이라고 할 수 있다. 학교배상책임공제사업 또한 학교

274) 학교안전공제중앙회(<http://www.ssif.or.kr>) 2014. 4. 23. 검색자료.

275) 수련시설 공제사업 가입 및 보상현황

(단위 : 명, 천원)

구분	2012년		2013년	
	가입인원 / 공제건수	가입금액 / 공제금액	가입인원 / 공제건수	가입금액 / 공제금액
단체	230,785 / 131	461,571 / 42,720	258,899 / 151	517,799 / 73,198
수련시설	1,097,566 / 116	98,781 / 18,714	1,039,411 / 161	93,547 / 24,106

(학교안전사고보상법 일부개정법률안(김상희 의원 대표발의, 김희정 의원 대표발의) 교육문화체육관광위원회 검토 보고 자료, 2014. 2. 국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp>) 2014. 4. 20. 검색자료).

276) 청소년활동안전공제에 가입한 단체는 대한적십자사(RCY) 등 32개 단체에 이르고 있다(학교안전공제중앙회(<http://www.ssif.or.kr>) 2013. 11. 10. 검색자료).

277) 학교안전공제중앙회에서 실시하던 사업 중 학생기숙사 안전공제는 학교안전사고보상법 시행령 개정(대통령령 제23688호, 2012. 3. 30)으로 2013년 3월 1일부터 교육활동시간의 범위에 학교기숙사에서의 생활 시간도 포함되었기 때문에 시·도안전공제회에서 공제급여를 지급하고 있으며, 공제중앙회에서는 그 전에 발생한 사고에 대해 보상하고 있다.

단위의 안전의식을 강화함으로써 시설물 관리나 학교교육활동에 대한 세심한 노력과 관심을 환기해 줄 수 있다는 점에서 바람직하다.²⁷⁸⁾

그러나 학교안전공제회는 학교안전사고의 예방정책을 위한 사전적인 조사·연구 기능을 중점적으로 수행하는 기관이지만, 주된 사업이 사후보상에 치우쳐 있어 사고원인의 조사나 연구, 그리고 관련 교육과 사고를 방지하기 위한 지원업무 등에는 상대적으로 소홀하다. 최근 3년간 학교안전공제중앙회 학교안전공제및사고예방기금은 2011년도 97,504백만원, 2012년도 99,750백만원, 2013년도 89,762백만원인데, 예방사업회계를 공제급여회계와 별도 항목으로 구분하지는 않으며, 연구용역비로 매년 1억원 정도 편성하고 있다.²⁷⁹⁾ 학교안전공제회는 새로운 사업 확대보다는 학교안전사고에 대한 심층적이고 세부적인 분석을 기반으로 거시적 종합계획을 수립하는데 역점을 두어야 한다. 즉, 안전사고예방 및 효율적 보상정책 수립을 의미하는 것이다.²⁸⁰⁾ 안전공제중앙회와 시·도안전공제회 사이에 합리적인 역할분담도 필요하다. 안전사고예방을 위한 정책수립에 관한 조사·연구 기능은 중앙공제회에서 진행되어야 한다. 수익사업이라고 할 수 있는 안전공제사업은 공제중앙회에서 시·도안전공제회로 이전하여야 한다.²⁸¹⁾

(2) 공제급여 지급요건

학교안전공제회의 보상 대상이 되는 교육활동이라 함은 학교의 교육과정 또는 학교의 장이 정하는 교육방침과 계획에 따라 학교의 안팎에서 학교장이 관리·감독하에 실시되는 수업·특별활동·재량활동·과외활동·수련활동 또는 체육대회 등의 활동(제2조 제4호 가목), 등·하교 및 학교장이 인정하는 각종 행사 또는 대회 등에 참가하여 행하는 활동(제3조 제4호 나목), 그 밖에 대통령령이 정하는 시간 중의 활동으로서 가목 및 나목과 관련된 활동(제2조 제4호 다목)의 어느 하나에 해당하는

278) 서우석, 전계논문, 159면.

279) 학교안전중앙공제회 예방사업부 표석환 팀장의 e-mail 답변자료(2014. 5. 15)

280) 서우석, 전계논문, 159~160면.

281) 같은 견해; 서우석, 전계논문, 160면.

활동²⁸²⁾을 말한다. 학교안전사고는 교육활동 중에 발생한 사고로서 학생·교직원 또는 교육활동참여자의 생명 또는 신체에 피해를 주는 모든 사고 및 학교급식 등 학교장의 관리·감독에 속하는 업무가 직접 원인이 되어 학생·교직원 또는 교육활동 참여자에게 발생하는 질병으로서 대통령령이 정하는 것²⁸³⁾을 말한다(제2조 제6호).

따라서 학생이 피공제자(학생·교직원 또는 교육활동참여자) 이외의 제3자에게 가한 생명이나 신체적 피해, 질병, 재산상의 손해 등은 학교안전사고에 기인한 것이 아니기 때문에 공제급여 지급대상이 아니다. 피공제자에게 이 법에 의한 공제급여를 받았거나 받을 수 있는 경우에는 배상책임이 있는 다른 학생·교직원 등은 그 금액의 범위 안에서 다른 법령에 의한 손해배상책임을 면하도록 하고 있다(제45조 제1항). 또한 수급권자가 다른 법령에 따라 이 법의 공제급여에 상당하는 보상 또는 배상을 받은 경우 공제회는 그 보상 또는 배상의 범위 안에서 이 법에 따른 공제급여를 지급하지 아니한다고 규정하고 있다(제45조 제2항). 따라서 교직원과 유치원 교사가 공무상 재해를 입은 경우 공무원연금법, 사립학교교직원연금법에 의해 보상 받을 수 있고 그 법의 적용을 받지 못하는 교직원과 유치원 교사는 사용자가 산업 재해안전보상보험에 가입한 경우 지급사유가 발생하면 보상을 받을 수 있다.²⁸⁴⁾ 그 외 특별히 위에 열거된 법률의 적용을 받지 못하는 교직원과 유치원 교사는 교육활동 중 학교안전사고를 당하였다면 보상대상이 될 수 있다.²⁸⁵⁾

일반적으로 학교안전사고의 보상요건은 i)급격성, ii)우연성, iii)외래성, iv)사고원인의 독립성, v)신체상해의 발생 등이라고 할 수 있다. 공제급여를 받기 위해서는 발생한 사고와 교육활동과의 인과관계가 인정되어야 한다. 따라서 교사가 교육

282) 동법 시행령 제2조(교육활동과 관련된 시간) 「학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제2조 제4호 다목에서 “대통령령이 정하는 시간”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 시간을 말한다. 1. 통상적인 경로 및 방법에 의한 등·하교 시간 2. 휴식시간 및 교육활동 전후의 통상적인 학교체류시간 3. 학교의 장의 지시에 의하여 학교에 있는 시간 4. 학교장이 인정하는 직업체험·직장견학 및 현장실습 등의 시간 5. 기숙사에서 생활하는 시간 6. 학교 외의 장소에서 교육활동이 실시될 경우 집합 및 해산 장소와 집 또는 기숙사 간의 합리적 경로와 방법에 의한 왕복 시간.

283) 동법 시행령 제3조(학교장의 관리·감독하의 질병) 법 제2조 제6호에서 “대통령령이 정하는 것”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 질병을 말한다. 1. 학교급식이나 가스 등에 의한 중독 2. 일사병(日射病) 3. 이물질의 섭취 등에 의한 피부염 5. 이물질과의 접촉에 의한 피부염 6. 외부 충격 및 부상이 직접적인 원인이 되어 발생한 질병.

284) 김용수, “학교안전사고와 학교안전공제회의 공제급여에 관한 연구”, 「변호사」 제40집, 서울지방변호사회, 2010. 1, 76~78면; 서울특별시 학교안전공제회(<http://schoolsafety.or.kr>).

285) 학교안전중앙공제회, 「학교안전공제 업무편람(학교사용자용)」, 2008. 10, 24면.

계획에 의하지 않고 학교장의 승인 없이 야외활동을 하였다면 교육활동으로 볼 수 없다. 학부모가 학생을 인솔하여 실시한 현장학습은 교육활동으로 인정하기 어려우며, 학부모를 교육활동참여자로 볼 수도 없으므로 보상대상이 아니며, 단순히 학교 운영위원회에 참석한 경우도 마찬가지이다.²⁸⁶⁾

쉬는 시간에 발생한 학교폭력도 보상대상이 아니다. 2011년 중학교 1학년에 재학 중이던 양모군은 6교시 수업을 마치고 쉬는 시간에 다른 학생과 시비가 붙어 양군은 왼쪽 눈을 주먹으로 맞아 전치 10주의 상해를 입었다. 양군의 부모는 “쉬는 시간에 교실에서 상해를 입은 것은 학교안전사고에 해당하고 공제회가 공제금을 지급해야 한다”고 주장하며 서울특별시 학교안전공제회를 상대로 소송을 제기한 사례에서, 재판부는 “학교안전사고에 해당하기 위해서는 교육활동 중에 발생한 사고이어야 하고, 교육활동에 해당하기 위해서는 장소·시간·내용적 요건이 모두 갖춰져야 한다”며 “학교 내에서 휴식시간에 발생한 사고로 교육활동의 장소와 시간적 요건을 모두 갖추고 있으나, 교육활동 중 발생한 사고에 해당하지 않아 내용적 요건을 갖추지 못했다”고 판시하였다.²⁸⁷⁾ 학부모가 교육계획에 따라 교사를 대신하여 지도할 것을 학교장으로부터 요청 받고 현장학습을 하던 중 발생한 사고라면 보상을 받을 수 있다.²⁸⁸⁾

학교 외에서 다양한 방법으로 교육활동을 수행하는 수련활동, 수학여행, 현장학습 등은 예기치 못한 학생들의 행동, 주변 환경 등 여러 위험요소가 있다. 학교측은 청소년수련시설과 계약체결시 혹시 발생할 수 있는 사고에 대비하여 충분한 보상을 받을 수 있는지 사전에 점검해야 할 것이다. 수련원에서 발생한 사고는 먼저 학교와 수련원의 계약관계를 살펴보아야 한다. 계약의 내용이 수련원측에서 시설제공과 교육과정 편성, 교육실시를 담당하는 것이었다면 수련원측의 책임으로 보아야 할 것이다. 수련원의 시설 제공, 수련원 책임의 교육과정 편성, 수련원의 교육실시와 같은 내용으로 계약이 체결된 상태에서 사고가 발생하였다면 수련원측의 책임으로 보아야 한다. 그러나 수련원이 시설만 제공하고 교육과정 편성과 교육은 학교측에

286) 전계 업무편람, 25면.

287) 서울중앙지판, 2013. 7. 23. 2012가합39825.

288) 상계 업무편람, 26면.

서 실시한 경우 시설물의 하자, 급식 등 수련원 운영의 잘못으로 인한 것은 수련원 측에서, 그 외 교육활동 중 일어난 안전사고는 학교측의 책임으로 보아야 할 것이다.²⁸⁹⁾

수련원측은 청소년활동 중 발생할 수 있는 사고에 대비하여 청소년활동진흥법²⁹⁰⁾에 의거 영업배상책임보험²⁹¹⁾에 가입하여야 하며, 학교장이 아닌 수련시설장의 책임 하의 활동, 즉 교육활동 이외에 수련원에서 활동 중 발생한 사고에 대한 보상관계는 관련 법률에 의해 수련원이 가입한 개별보험으로 처리해야 할 것이다.²⁹²⁾ 그런데, 청소년활동진흥법 시행령 제25조 제1항에는 건축 연면적이 1천 제곱미터 이하인 청소년문화의 집은 보험가입 대상에서 제외하도록 하고 있다. 배상책임보험에 가입의무를 부과하는 가장 중요한 목적은 손해배상책임의 이행을 확보하고 피해를 배상하기 위한 것이라는 점에 비추어 볼 때, 수련원에서의 사고발생 가능성이 반드시 그 규모와 일치하는 것이 아니라는 점에서 문제가 있다. 또한 배상책임 능력면에서 영세업자가 대규모 업자에 비해 상대적으로 자력이 불충분하기 때문에 오히려 영세업자의 손해배상책임을 담보하기 위해서는 보험가입을 의무화할 필요가 있을 것이다.

이러한 점에서 건축연면적이 1천 제곱미터 이하인 청소년문화의 집을 의무가입 대상에서 제외한 것은 입법취지에 반한다고 할 것이다. 특히 문제가 되는 것은 해병대 캠프²⁹³⁾ 등을 빙자한 무허가단체에 위탁하여 수련하는 경우 영세성으로 인해

289) 서우석, 전제논문, 120면.

290) 제25조(보험가입) ①제9조의2에 따라 숙박형 등 청소년수련활동 계획을 신고하려는 자, 수련시설 설치·운영자 또는 위탁운영단체는 청소년활동의 운영 또는 수련시설의 설치·운영과 관련하여 청소년활동 참가자 및 수련시설의 이용자에게 발생한 생명·신체 등의 손해를 배상하기 위하여 보험에 가입하여야 한다.

291) 동법 시행령 제13조(보험가입) ②법 제25조 제2항의 규정에 의한 보험금액은 다음 각호의 기준에 해당하는 금액 이상의 것이어야 한다. 다만, 지급보험금액은 실손해액으로 하되 사망의 경우 실손해액이 2천만원 미만인 경우에는 2천만원으로 한다. 1. 사망의 경우에는 8천만원 2. 부상의 경우에는 별표 2에서 정하는 금액 3. 부상의 경우 그 치료가 완료된 후 당해 부상이 원인이 되어 신체장해(이하 "후유장해"라 한다)가 생긴 때에는 별표 3에서 정하는 금액 4. 부상자가 치료중에 당해 부상이 원인이 되어 사망한 경우에는 제1호 및 제2호의 금액을 합산한 금액 5. 부상한 자에게 당해 부상이 원인이 되어 후유장해가 생긴 경우에는 제2호 및 제3호의 금액을 합산한 금액 6. 제3호의 금액을 지급한 후 당해 부상이 원인이 되어 사망한 경우에는 제1호의 금액에서 제3호의 규정에 의하여 지급한 금액을 공제한 금액

292) 서울특별시 학교안전공제회(<http://schoolsafety.or.kr/gmb/faq.html>).

293) 2013년 7월 태안 안면도 사설 해병대캠프에서 5명의 아이들이 희생되면서 학교 현장에서의 안전사고로부터 어린 생명을 지키기 위한 방안이 마련되어야 한다는 목소리가 커지고 있다. 유족들과의 합의에 따라 학교안전사고보상법에 '학교안전의 날'을 지정하기로 합의했으나, 아직도 시행되지 않고 있다.

보험에 가입하지 않을 뿐만 아니라, 가입하더라도 보상금액이 적어 사고발생시 문제가 된다. 국회 교육문화체육관광위원회 유기홍의원(민주당)이 교육부로부터 제출 받은 '2013학년도 17개 시·도 수련활동 및 현장체험학습 실시 현황' 분석자료에 따르면 제주도내 초·중등학교에서 실시한 수련활동과 현장체험학습 중 58%인 202건이 미인증 시설을 이용한 것으로 나타났다.²⁹⁴⁾ 이와 같이 의무보험 가입대상이 아닌 수련시설이나 무허가단체를 이용한 행사에서 안전사고가 발생한 경우 학교안전공제회에서 피해학생들의 신속한 구제를 위해 학교안전사고보상법 제34조에 해당하는 급여를 우선 지급하고 수련시설이나 무허가단체로부터 구상권을 행사하는 것이 타당할 것이다.

한편 대학교는 학교안전공제회의 가입 대상이 아니므로 대학생의 사고는 보상하지 않는다.²⁹⁵⁾ 따라서 많은 대학교에서는 학교경영자 배상책임보험을 가입하고 있다. 학교경영자 배상책임보험은 학교경영과 관련하여 소유·사용·관리하는 시설이나 학교업무와 관련된 지역에서 학교업무의 수행으로 기인된 우연한 사고로 제3자(학생포함)에게 부담하게 되는 법률적 배상책임을 보험자(보험회사)가 대신 배상해주는 보험이다. 학교업무는 교육에 직접적으로 관련된 업무 및 학교시설의 관리에 따르는 부수적인 업무도 포함하며, 학교내에서의 업무뿐만 아니라 수학여행, 견학, 실습 등 학교 밖에서의 교육과 관련된 업무도 포함된다.²⁹⁶⁾ 이와 관련 지난 2014. 2. 8. 발생한 부산외대 학생회 주관으로 신입생 오리엔테이션에 참가하였다가 경주 마우나오션리조트 체육관 붕괴참사로 학생 9명과 128명이 다친 사안에서, 보험회사인 동부화재는 "리조트 붕괴 사고로 학교 관계자가 형사처벌을 받은 사실이 없고, 학교가 사고를 예견할 수 있었던 것도 아니어서 학교측은 손해배상 책임이 없다"고 주장했다. 또 설령 학교측의 손해배상책임이 인정된다 하더라도 유족이 마우나오션리조트로부터 법률상 손해액 이상으로 배상금을 지급받았으므로 보험금 지급의무가 없다고 덧붙였다. 신입생 오리엔테이션이 학교장 허가나 교직원의 인솔 없이 진행

294) 제민일보, 2013. 11. 1. 기사.

295) 2014. 4. 16자로 부좌현(새정치민주연합) 의원이 대학은 학교안전사고 예방과 보상공제사업의 사각지대에 놓이게 되는 결과를 초래하고 있으므로 대학을 임의가입자로 하는 내용의 법률개정안을 대표발의(의안번호 101960) 하였다(국회 의안정보시스템, <http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp>. 2014. 4. 25. 검색자료).

296) 김대규·김진욱, 전계논문, 102면.

된 행사라는 점도 지급 거부 이유로 들었다. 동부화재는 “해당 보험은 학교 안에서 일어날 수 있는 위험을 담보하고, 사고에 대한 학교측의 직접적인 과실이 없어 약관상 면책에 해당한다”고 했다. 이어 동부화재는 “사망한 학생 1인당 코오롱으로부터 5억9천만원의 배상금을 받은 상황에서 법률상 배상책임은 중복 보상하지 않는다”고 설명했다. 배상책임 보험금은 사망자의 잔여 수명과 직업 등을 고려해 산출하는데 이 금액은 사망자 1인당 3억8천만원인 것으로 전해졌다. 동부화재는 사망자들이 코오롱으로부터 받은 액수는 이 액수를 초과했기 때문에 면책이 아니더라도 보험금을 지급할 수 없다는 논리를 폈다.²⁹⁷⁾

학교안전사고보상법에 의해 보상받을 수 없는 경우에 대비하여 여행자보험에 가입한 경우는 여행자보험에서 우선 보상하고 추가로 지급해야 할 부분 중 공제급여 지급대상이 되는 부분은 공제회에 지급을 청구할 수 있다.²⁹⁸⁾ 2014. 4. 16. 진도 앞 바다에 침몰한 세월호 사고는 학생들의 교육활동에 해당하는 수학여행 중에 발생하였으므로 학교안전사고에 해당하며 원칙적으로 학교안전공제회 보상대상이다. 물론 제44조 제1항제2호의 규정에 따른 공제회 면책규정 적용여부는 별개이다. 교육부에서는 수학여행시 사고에 대하여 학교안전공제회에서 보상하므로 시·도교육청으로 여행자보험의 가입을 금지토록 하는 내용의 공문을 약 2년 전에 발송했다고 한다.²⁹⁹⁾

학교안전공제회의 공제급여결정에 불복이 있는 자는 학교안전공제회에 두는 학교안전공제보상심사위원회에 심사청구를 할 수 있도록 하고(제57조), 학교안전공제보상심사위원회의 결정에 불복이 있는 자는 학교안전공제중앙회에 두는 학교안전공제보상재심사위원회에 재심사를 청구할 수 있다(제61조). 그리고 재심사청구 또는 공제급여와 관련된 소송을 제기하지 아니하거나 제기된 재심사청구 또는 소송을 취하한 때에는 공제회와 심사청구인 간에 당해 결정의 내용과 동일한 합의가 성립된 것으로 본다(제64조).

297) 연합뉴스(<http://www.yonhapnews.co.kr>) 2014. 5. 14. 기사.

298) 김용수, 전계논문, 78면.

299) 전계 e-mail 답변자료.

2. 공제급여 보상의 한계

(1) 피해보상 범위 문제

학교안전사고보상법 제35조 제1항은 “공제회는 공제급여의 종류별로 제36조에서 제40조의 규정에 따라 공제급여액을 결정한다”고 규정한다. 그리고 제36조 내지 제40조에서 공제급여 종류를 요양급여³⁰⁰⁾, 장해급여³⁰¹⁾, 간병급여³⁰²⁾ 그리고 유족급여로 등 그 종류별로 수령권자, 급여범위와 지급기준을 규정한다. 장해급여, 간병급여, 유족급여, 장의비는 국가배상법 수준으로 보상금액을 산정하여 지급하고 있으나, 그 중 요양급여에 관한 제36조는 학교안전사고로 인하여 피공제자가 부상을 당한 경우 피공제자 또는 그 보호자 등에게 요양급여를 지급하되, 그 요양급여는 피공제자가 입은 부상 또는 질병의 치료에 소요된 비용 중 국민건강보험법에 따라 피공제자 또는 보호자 등이 부담한 금액으로 하도록 규정하고 있으며, 국민건강보험에서 불인정하는 일부 비급여항목 치료비를 지급하고 있다.

이러한 규정들과 판례³⁰³⁾에 따르면 장래 소요될 것으로 예상되는 치료비 및 보조기 구입비, 간병비는 지급대상이 아니다. 피공제자나 그 보호자 등에 대한 위자료도 마찬가지이다.³⁰⁴⁾ 한편으로 학교안전공제회의 국민건강보험 비급여항목에 대한 보상

300) 학교안전사고로 인하여 피공제자가 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 지급(동법 제36조).

301) 요양을 종료한 후에도 장해가 있는 때에 지급(동법 제36조).

302) 치료 후에도 의학적으로 상시 또는 수시로 간병이 필요한 경우 지급(동법 제37조).

303) 구 학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제36조 제2항은 “요양급여는 학교안전사고로 인하여 피공제자가 입은 부상 또는 질병의 치료에 소요된 비용 중 국민건강보험법 제41조의 규정에 따라 피공제자 또는 그 보호자 등이 부담한 금액으로 한다고 규정하고 있으므로, 요양급여는 피공제자의 치료에 실제로 소요된 비용 중 피공제자 또는 그 보호자 등이 부담한 금액만을 지급대상으로 하는 것이지 장래 소요될 것으로 예상되는 치료비 및 보조기 구입비까지 지급대상으로 하는 것이 아니다”라고 하여 일반 손해배상과는 달리 법정된 금액만을 요양금액으로 함을 명시하였고, 간병비에 대하여도 구 학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 개정되기 전의 것) 제36조 제2항은 “요양급여는 학교안전사고로 인하여 피공제자가 입은 부상 또는 질병의 치료에 소요된 비용 중 국민건강보험법 제41조의 규정에 따라 피공제자 또는 그 보호자 등이 부담한 금액으로 한다”고 규정하고, 구 국민건강보험법(2011. 12. 31. 법률 제11141호로 전부 개정되기 전의 것) 제41조는 “제39조 제1항의 규정에 의한 요양급여를 받는 자는 대통령령이 정하는 바에 의하여 그 비용의 일부(이하 ‘본인일부부담금’이라 한다)를 본인이 부담한다”고 규정하고 있으므로, 학교안전사고보상법 제36조 제2항에 따른 요양급여의 범위에는 구 국민건강보험법 제39조 제1항에서 정한 요양급여의 대상인 항목에 대한 치료비 중 본인일부부담금만 포함된다. 따라서 간병비는 구 국민건강보험법 제39조 제1항에서 정한 요양급여의 대상이 아니므로 학교안전사고보상법에 따른 요양급여의 범위에 포함되지 않는다(대판 2012. 12. 13. 2011다77238).

304) 초등학교 4학년인 방씨의 아들은 2009년 9월 복도를 뛰어가다 같은 학교 5학년생인 라모군과 얼굴을 부딪쳤고, 라군은 코뼈가 부러지는 등의 부상을 입었다. 라씨의 부모는 방씨를 상대로 손해배상 청구소

금 지급기준은 비급여항목 중 대표적인 것으로 물리치료(체외충격파, 도수치료)의 경우 규정의 미비로 인해 각 시·도안전공제회의 판단에 따라 전부 또는 일부를 지급하거나 아예 지급하지 않는 시·도가 있어 학교안전사고에 대한 보상기능으로는 미흡하다.³⁰⁵⁾ 따라서 안전공제중앙회 차원에서 일정한 기준을 마련하여 시·도별로 동일한 규정을 적용할 필요가 있다.

학교안전사고의 보상범위는 학교안전사고의 정의를 어디까지 포함하느냐에 따라 달라진다. 학생 상호간의 장난이나 학교폭력도 교육활동 중에 발생한 것이라면 학교안전사고의 범위에 포함될 수 있으며, 공제급여 지급을 배척하는 규정이 없으므로 원칙적으로 공제급여 지급대상이 된다고 하겠다. 그러나 가해자의 존재만으로 공제급여청구를 제한하고 있는데, 사고피해자를 신속하고 효율적으로 구제해야 하는 학교안전사고공제회의 기본취지에 어긋나므로, 가해자가 있는 사고라도 교내에서 발생하였다면 공제급여청구를 제한하지 않아야 한다.³⁰⁶⁾

피공제자가 자해·자살(다만, 학교안전사고가 원인이 되어 자살한 경우에는 공제급여의 전부를 지급)한 경우에는 공제급여의 지급을 제한하고 있는데(제43조 제1항 제1호), 이는 학교안전사고를 전적으로 책임지고자 하는 의지가 박약한 입법으로 보인다.³⁰⁷⁾ 일본의 경우 「독립행정법인일본스포츠진흥센터법 시행령」 제3조 제7호는 고등학교 및 고등전문학교의 학생이 자기 고의의 범죄행위나 고의에 의한 부상, 질병 또는 사망 시(자해·자살)에는 재해공제급부를 행하지 않는다고 규정하고 있다.³⁰⁸⁾ 이를 반대해석하면, 고등학교 및 고등전문학교 이외의 유치원 및 초·중등학

송을 냈고, 사고에 대해 방씨의 아들이 70%의 책임을 져야 한다는 판결이 내려지면서 방씨 등은 치료비 외에 위자료까지 합산해 라군에게 140만원을, 라씨의 부모에게 60만원을 지급했다. 방씨가 “아들이 경과실로 인해 사고를 냈고, 학교안전사고로 인해 돈을 지급했으니 지연손해금을 포함한 220여만원을 달라”며 서울시 학교안전공제회를 상대로 소송을 낸 사건이다(대판 2013. 12. 16. 2012다75642).

305) 민주당 박홍근 의원은 “학교안전공제회로부터 제출받은 ‘비급여 치료에 대한 보상금 지급사례’에 따르면 건강보험공단이 지급하는 급여항목에서 제외되는 대표적인 항목인 물리치료의 경우 광주인 경우는 비급여항목이라도 지급하고, 전남은 지급하지 않는 등 치료비 지급 규정이 제각각인 것으로 나타났다”며, “학교에서 벌어지는 안전사고에 대한 복잡한 예외규정을 두어서 지역마다 보상기준을 달리하는 것은 문제”라며 추후 “법률개정과 공제기금 확대를 통해 학교안전사고에 대한 보장범위를 확대”해야 한다고 제안(연합뉴스, 2013. 10. 14).

306) 서우석, 전개논문, 160~161면.

307) 박진애, “학교사고에 대한 지방자치단체의 책임”, 「성균관법학」 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008. 12, 451면.

308) 独立行政法人日本スポーツ振興センター法施行令 第三条

7. センターは、高等学校(中等教育学校の後期課程及び特別支援学校の高等部を含む。以下同じ。)及び高等専門学校(災害共済給付については、災害共済給付契約に係る生徒又は学生が自己の故意の犯罪行為により、又は故意

교 학생이 고의의 범죄행위로 인한 부상, 질병 또는 사망에 이른 경우에는 재해공제급부를 지급받을 수 있다. 결국, 가해학생의 주관적 고의에 의해 유발된 학교폭력행위로 인해 발생한 부상, 질병 또는 사망 및 자해·자살인 경우 고등학교 미만인 학생은 공제급부 규정에 의해 보상받을 수 있게 된다. 이 규정의 취지는 고등학생의 경우에는 자살에 대한 의미를 알고 판단할 수 있는 성숙한 정신연령에 도달했다는 의미로 받아들여질 수 있다. 우리나라도 일본의 경우처럼 학교 급별에 따라 일부 보상하는 시스템을 검토해야 할 것이다. 또한 학교안전사고가 원인이 되어 자해·자살한 경우가 어떤 경우인지 불명확하기 때문에 판례의 사례를 수집해 입법화하는 것이 바람직하다.

(2) 과실상계

과실상계란 사고를 당한 학생에게 일정한 책임이 있을 경우 그에 대한 책임을 물어 일정비율의 보상금을 부담하게 하는 제도이다. 학교안전사고보상법에서 공제급부를 제한할 수 있는 근거는 제43조³⁰⁹⁾인데, 여기에는 피공제자의 공제급여에 대한 과실상계 규정은 없다. 그런데 교육과학기술부(학교안전공제정책심의위원회)에서 제작·배포한 「학교안전공제회 공제급여 지급기준(2007. 10. 17. 제정, 2009. 7. 30. 개정)」³¹⁰⁾ 제9조에는 법률적으로 제한한 내용 이외에 교육활동 중에 필연적으로 나

に、負傷し、疾病にかかり、又は死亡したときは、当該負傷、疾病若しくは死亡又は当該負傷をし、若しくは疾病にかかったことによる障害若しくは死亡に係る災害共済給付を行わない。(http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/strsearch.cgi 2013. 9. 24. 검색자료).

309) 제43조(공제급여의 제한) ①공제회는 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 이 법에 따른 공제급여의 전부 또는 일부를 지급하지 아니할 수 있다. 다만, 제3호에 해당하는 경우에는 공제급여를 지급하지 아니한다. 1. 피공제자의 자해·자살. 다만, 학교안전사고가 원인이 되어 자해·자살한 경우에는 공제급여의 전부를 지급한다. 2. 학교안전사고로 인하여 피해를 입은 피공제자 또는 그 보호자 등이 정당한 사유 없이 요양기관의 지시를 따르지 아니하여 피공제자의 부상·질병 또는 장애의 상태가 악화되었거나 요양기관의 치료를 방해한 것이 명백한 경우 3. 학교안전사고와 관련하여 제36조 내지 제40조의 규정에 따른 공제급여를 받을 권리가 있는 자(이하 "수급권자"라 한다)가 「자동차손해배상 보장법」의 규정에 따른 손해배상을 받은 경우

②공제회는 제12조 단서의 규정에 따라 공제회에 가입한 공제가입자가 교육부령이 정하는 기간 이상 제49조의 규정에 따른 공제료를 체납하고, 그 체납이 피공제자의 귀책사유로 인한 경우에는 그 금액을 모두 납부할 때까지 공제급여를 지급하지 아니할 수 있다.

310) 제9조(과실상계) ①법 제34조의 공제급여에 대하여 피공제자 측의 과실이 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 때에는 그 비율에 따라 과실상계할 수 있다. 1. 법률, 교칙의 위반 또는 교직원의 명시적 지도·감독을 따르지 아니하여 일어난 사고 및 제2호의 원인인 경우에도 그 결과가 중대한 사고의 경우 : 30~50% 범위 내 2. 상당한 주의를 기울였어야 함에도 불구하고 그러하지 아니하여 일어난 사고의 경우 : 20~30%

타날 수 있는 부주의와 과실에 대해 상계하도록 규정하였다.³¹¹⁾ 동 과실상계 기준에 의하면 10%~50%까지의 과실상계를 인정하고 있었다. 법률, 교칙의 위반 또는 교직원의 명시적 지도·감독에 따르지 않은 경우 30%~50%까지 과실상계를 적용하므로 지나치게 엄격할 뿐만 아니라, 초·중등학교 학생들에게 적용하기에 부적합하다고 볼 수 있었다.³¹²⁾

이와 관련하여 법원의 판례³¹³⁾는 “피공제자인 학생의 과실을 이유로 과실상계 할 수 있다고 보는 학교안전공제회의 공제급여 지급기준은 학교안전사고보상법 및 그 시행령상 근거가 없어 적용될 수 없다”라고 하였다. 이 판결은 학생의 과실로 학교안전사고가 발생하더라도 과실상계를 적용하지 않거나 그 비율을 최소화하는 것이 학교안전공제제도의 취지라는 점을 강조한 것이다.³¹⁴⁾ 상기 판결로 「학교안전공제회 공제급여 지급기준」이 효력을 잃게 되자 동법 시행령을 개정하여 과실상계 규

범위 내 3. 일반인이라면 기울일 수 있는 통상의 주의의무를 다하지 아니하여 일어난 사고의 경우 : 10~20% 범위 내

②제1항의 규정에도 불구하고 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우에는 과실상계하지 아니할 수 있다. 다만, 과실상계가 필요하다고 인정되는 경우에는 10~20% 범위 내에서 과실상계 할 수 있다. 1. 초등학교 2학년 이하의 학생인 피공제자의 경우 2. 인지능력의 현저한 부족, 신체적 결함 등의 원인으로 피공제자에게 과실 책임을 묻는 것이 부적당하다고 판단되는 경우

311) 김대규·김진욱, 전계논문, 101면.

312) 서우석, 전계논문, 162면.

313) ○○중학교 레슬링부 학생인 A가 2008. 1. 11. 16:22경 ○○중학교 체육관에서 소년체육대회에 대비하여 합동훈련을 하던 중 상대선수와 스파링하는 과정에서 엉치걸이 기술이 풀리면서 상대선수와 함께 넘어져 머리가 매트에 닿아 목이 꺾이는 사고로 인하여 경추골절, 사지마비, 저산소성 뇌손상을 입었다. 이 사고로 ○○중학교장이 가입한 서울특별시 학교안전공제회를 대상으로 공제급여를 청구한 사안에서 법원은 「학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률」은 학교안전사고로 인하여 입은 피해를 신속·적정하게 보상하기 위하여 보상공제사업의 실시에 관하여 규정하고 있고, 공제급여의 지급 대상인 학교안전사고를 학교측의 책임이 인정되는 사고로 규정하지 않고, 교육활동 중에 학생·교직원 또는 교육활동참여자의 생명 또는 신체에 피해를 주는 모든 사고로 규정하고 있는 점, 공제급여의 제한사유로 피공제자의 자해·자살로만 규정하고 있을 뿐 피공제자의 과실을 제한사유로 규정하고 있지 않고 있는 점 등에 비추어 보면, 같은 법 및 그 시행령은 사고에 관한 학교장이나 교사, 감독자 등의 법률상 손해배상책임의 인정 여부를 떠나 피공제자에게 과실이 있는 경우라도 모든 학교안전사고로 인하여 피공제자가 입은 피해를 신속하고 적정하게 보상하기 위함에 그 목적이 있다고 봄이 상당하므로, 학교장이나 교사, 감독자 등의 법률상 손해배상책임이 인정되지 아니하는 경우에도 공제급여를 지급하여야 하고, 피공제자인 학생의 과실을 이유로 과실상계할 수 있다고 보는 학교안전공제회 공제급여 지급기준은 같은 법 및 그 시행령상 근거가 없는 것으로 적용될 수 없다”고 하면서 향후 치료비 2억5천여만원, 향후 개호비 3억1천여만원 등 9억여원의 공제급여를 지급하라고 판결하였다(서울동부지법 2010. 5. 28. 2009가합4532).

314) 사용자의 안전배려의무가 계약상의 본질적인 급부의무라고 하는 독립적의무설(노동계약설)에 의하면, 노동자의 과실을 이유로 하는 상계도 제한하며, 사용자의 안전배려의무를 이유로 손해배상을 청구하는 경우에 노동자의 증명책임은 경감되도록 하고자 한다(최창렬, 전계 “안전배려의무에 관한 연구”, 106면).

정을 신설하였는데³¹⁵⁾, 요양급여를 제외한 장해급여, 간병급여 및 유족급여를 산정할 때에는 피공제자에게 과실이 있으면 이를 상계할 수 있도록 하고 있다(동법 시행령 제19조2 제2항). 과실상계는 초등학교 4학년 이상의 학생을 대상으로 지급액의 100분의 50 이하의 범위에서 할 수 있다(학교안전사고보상법 시행규칙 제2조의3 제2항). 그러나 ‘100분의 50 이하의 범위’라는 규정이 너무 자의적으로 해석될 수 있다. 따라서 과거의 「학교안전공제회 공제급여 지급기준」과 같이 사안에 따른 과실상계 비율을 명시할 필요가 있다. 구체적으로는 과실상계 적용비율을 5개 구간³¹⁶⁾ 정도로 세분화하여 자의적 해석의 소지를 축소해야 한다.

대법원은 “학교안전공제제도는 학교안전사고로 인하여 피공제자가 입은 피해를 사회보장 차원에서 직접 전보하는 성질을 가지고 있는 것으로서 불법행위로 인한 손해를 배상하는 제도와 그 취지나 목적을 달리하며, 법률에 특별한 규정이 없는 한 학교안전사고보상법에 의한 급여지급책임에는 과실책임의 원칙이나 과실상계의 이론이 적용되지 않는다”고 하였다.³¹⁷⁾ 또한 민사상 손해배상 사건에 있어 기왕증이 손해의 확대 등에 기여한 경우에 공평의 견지에서 법원이 손해배상액을 정하면서 “과실상계의 법리를 유추적용하여 그 손해의 확대 등에 기여한 기왕증을 참작하는 법리가 학교안전사고보상법에 따른 공제급여에도 그대로 적용된다고 볼 수는 없다”고 하였다.³¹⁸⁾

과실상계의 적용여부에 의해 피해자가 체감하는 보상의 효과는 크게 달라진다. 그럼에도 불구하고 과실상계의 모든 부분을 법률에 근거하지 못하고 시행령과 시행규칙에 위임하고 있다. 이로 인해 공제급여 지급권자의 자의적 법해석의 위험이 높아져 피해학생의 권리를 본질적으로 침해할 우려가 있다는 점에서 법률유보의 원칙에 위배된다고 하겠다.³¹⁹⁾ 따라서 공제급여에 대한 과실상계를 허용하기 위해서는 시행령이나 시행규칙이 아닌 법률에 근거규정을 마련하여야 한다. 공제금 재원이 부족하면 정책적으로 국가나 지방자치단체에서 지원할 수 있으며, 그것이 현실적으로

315) 2012. 3. 30자로 학교안전사고보상법 시행령을 개정(대통령령 제23688호) 하여 2012. 4. 1자부터 시행하였다.

316) 예컨대, 10% 이하, 11%~20%, 21%~30%, 31%~40%, 41%~50%로 구분할 수 있겠다.

317) 대판 2012. 12. 13. 2011다77238.

318) 대판 2012. 12. 13. 2011다11961.

319) 손민호·표시열, 전계논문, 120면.

불가능할 경우 자체 수익사업에서 충당하는 방안을 모색해 볼 수 있다. 예컨대, 타 보험사와 연계하는 보험상품의 개발, 학교시설에 대한 소방·전기 등의 안전점검 대행, 소독·청소 등의 환경개선 업무 등을 통한 수익사업을 적극 발굴할 수도 있다. 요금 이슈가 무상복지인데, 사리분별 없는 학생의 신체상해에 소요되는 치료비 등을 과실상계 하는 것은 국민의 법감정에 맞지 않다고 생각한다.

과실상계는 요양급여에 대해서는 적용하지 않으므로 과실상계 적용대상인 장애급여, 유족급여, 간병급여가 차지하는 비율이 2012년도 기준 21.59% 정도 차지하고 있어 공제회 운영에 크게 부담을 줄 정도는 아니라고 생각된다.³²⁰⁾ 일본에서는 고등학생 이상부터 과실상계를 적용하는데, 책임능력을 고려한 것으로 생각된다. 우리도 단계적으로 피공제자의 과실상계에 대해 일본의 「독립행정법인일본스포츠진흥센터법」과 같이 고등학생의 중과실로 인한 부상, 질병에 의한 장애, 또는 사망과 관련된 공제급부에 한정하여 적용³²¹⁾하다가 학교안전공제및사고예방기금을 확충하여 장기적으로는 과실상계 규정을 삭제해야 한다.

(3) 구상권

학교안전공제회는 피공제자의 고의 또는 중대한 과실로 인하여 학교안전사고가 발생한 경우에 공제회는 구상권을 행사할 수 있다(동법 제44조 제1항 제1호). 여기에서 중과실의 의미를 어떻게 해석할 것인지에 따라 교원들의 법적 책임이 달라진

320) 연도별 공제급여 지급 추이

(단위 : 백만원)

연도	종별	요양급여	장애급여	유족급여	간병급여	위로금	보전비용 등	계
2010년	금액	16,075	4,311	1,547	-	-	901	22,834
	(비율)	(70.40)	(18.88)	(6.77)	-	-	(3.95)	(100)
2011년	금액	17,070	3,803	878	-	-	1,307	23,059
	(비율)	(74.03)	(16.49)	(3.81)	-	-	(5.67)	(100)
2012년	금액	20,350	4,662	1,305	4	120	1,208	27,649
	(비율)	(73.60)	(16.86)	(4.72)	(0.01)	(0.43)	(4.37)	(100)

(학교안전중앙공제회(<http://www.ssif.or.kr>) 2013. 8. 15. 검색자료)

321) 独立行政法人日本スポーツ振興センター法施行令 第三条第八号

8. センターは、高等学校及び高等専門学校の災害共済給付については、災害共済給付契約に係る生徒又は学生が自己の重大な過失により、負傷し、疾病にかかり、又は死亡したときは、当該死亡又は当該負傷をし、若しくは疾病にかかったことによる障害若しくは死亡に係る災害共済給付の一部を行わないことができる。

(<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/strsearch.cgi> 2013. 9. 24. 검색자료)

다. 민법, 상법, 그 밖의 특별법에서 중과실을 규정하고 있는데 중과실의 의미는 각 규정의 입법목적에 따라 개념의 범위가 다르다. 민법과 상법에서의 중과실은 주로 “거래통념상 요구되는 주의의무에 현저히 위반되는 것으로 공평의 관점에서 제3자를 보호할 필요성이 없는 것으로 보는 것이 상당한 상태”를 의미한다.³²²⁾ 공무원의 직무상 불법행위에서의 공무원 개인이 책임을 지는 중과실의 의미는 이와 다르다. 대법원은 유치원 교사의 개인책임을 부인한 사례³²³⁾에서 공무원의 중과실은 “공무원에게 통상 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라도 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법, 유해한 결과를 예견할 수 있는 경우임에도 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태”를 의미한다고 하였다. 학교안전사고에 있어서도 교원의 중과실의 의미 역시 이와 동일하게 판단될 수 있을 것이다.³²⁴⁾ 이처럼 학교안전사고보상법상 중과실의 의미를 공무원의 중과실로 파악하는 한 교원의 학생지도상의 위축을 방지하고 피해자를 두텁게 보호할 수 있을 것이다.

학교안전사고보상법상 피공제자의 중과실을 구상권 행사의 요건으로 하는 것은 중과실의 개념에 어느 정도 불명확성이 있다는 점을 인정할 수 있다 하더라도 구체적인 사례를 통해 형성된 판례³²⁵⁾의 해석에 따라 그러한 불명확성이 일정 부분 해소될 수는 있을 것이다.³²⁶⁾

학교는 그 특징상 구조적으로 특별히 위험성이 있는 시설물이며, 학생들은 정신적·신체적으로 미성숙하다는 점, 학생들은 장난 등 신체접촉을 통해 소통하고 사회성을 기른다는 점 등을 고려해 볼 때 고의사고 유발자에 대한 구상권은 인정하더라도 중과실까지 구상권을 인정하는 것은 문제이다.³²⁷⁾ 따라서 제44조 제1항 제1호의 “피공제자의 고의 또는 중대한 과실”을 삭제하고 “피공제자의 고의”로 개정해야 할 것이다.

322) 대판 2013. 2. 14. 2010다91985.

323) 대판 1996. 8. 23. 96다19833.

324) 손민호·표시열, 전계논문, 119면.

325) 교사의 중과실을 인정한 사례로 공립 초등학교 6학년생이 과학담당교사의 허락을 받지 않고 몰래 과학실에 들어가 화산분출실험을 하던 중 폭발사고가 발생하여 사망한 사고에 대하여 지방자치단체가 손해배상을 한 후 과학담당교사와 교장에게 구상권을 행사한 사안에서 과학교사의 중과실을 인정하고 교장에게는 경과실만을 인정하였다(청주지판 1999. 1. 27. 98가합1154).

326) 손민호·표시열, 상계논문, 119면~120면.

327) 같은 견해; 김대규·김진욱, 전계논문, 101면.

한편 학교안전사고보상법과 유사한 것으로 산업재해보상보험법이 있다. 산업재해보상보험법은 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하고, 이에 필요한 보험시설을 설치·운영하며 재해예방 기타 근로자의 복지증진을 위한 사업을 행함으로써 근로자보호에 기여함을 목적으로 한다.³²⁸⁾ 그 취지는 산재근로자의 소득상실보전과 적정한 요양·재활서비스를 제공함으로써 산재근로자의 직업활동과 사회복귀활동을 촉진하는 등 사회안전망 체계를 구축하는 것이다.³²⁹⁾ 학교안전사고보상법은 산업재해보상보험법을 부분적으로 모방하였는데 양 법률의 차이점은 아래와 같다.

〈학교안전사고보상법과 산업재해보상보험법상 보상제도 비교〉³³⁰⁾

구분	학교안전사고보상법	산업재해보상보험법
연혁	손해배상책임을 분산하기 위한 잠정적 유책행위자들의 사적 공제조합	상호부조를 위한 피해자들의 사적 공제조합
보상방식	사회보험방식	사회보험방식
보상관계의 당사자	학생 등 교육활동종사자와 국가	피재근로자와 국가
적용범위	법률에 규정된 학교	법률에 규정된 사업장
책임주의	강제적용방식	강제적용방식
보상내용	무과실책임	무과실책임
보상기준	요양급여, 장애급여, 간병급여, 유족급여, 장의비	요양급여, 장애급여, 간병급여, 유족급여, 장의비
보상 담당조직의 성격	특수법인(학교안전공제회)	공법인(근로복지공단)
중앙회와 시·도안전공제회의 관계	상호 대등한 별개 특수법인	1개의 단일 공법인
보상에 대한 불복방법	심사·재심사·민사소송	심사·재심사·행정소송
구상 가부	피공제자에 대한 구상 가능 제3자에 대한 구상 가능	피보험자에 대한 구상 불가능 제3자에 대한 구상 가능
구상 요건	피공제자의 고의·중과실 제3자의 고의·과실	제3자의 고의·과실

위에서 살펴보듯이 양 법률은 사회보험으로서 유사한 보상구조와 체계를 갖고 있

328) 산재보험제도는 현대산업사회에서 빈번히 발생하는 산업재해를 구제하기 위하여 기업과 산업재해간의 인과관계를 인정하고 사회보험방식에 의하여 보험급여를 지급하는 것으로 그 본질적인 성격이 업무상 재해를 입은 근로자의 생존권의 확보에 있는데 반하여, 손해배상제도는 과실책임주의를 근간으로 하는 근대시민법 원리의 손해배상이론을 전제로 하고 있으므로 피재근로자가 동일한 산업재해로 인한 손실 또는 손해에 대하여 이중으로 진보를 받더라도 이는 그 책임의 본질과 법적 성격을 달리하는 산재보험 수급권과 손해배상청구권이 정하는 책임의 범위에서 국가와 사용자가 스스로의 책임을 부담하는 것일 뿐, 그 조정과정으로서 공제절차가 요청되는 것은 아니다(헌재 2005. 11. 24. 2004헌바97).

329) 이경희, “사회안전망 구축과 사회법(사회안전망 실현을 위한 산재보험법의 대응 과제)”, 「법학연구」 제51집, 한국법학회, 2013. 9, 51면.

330) 김상철, 전계논문, 303면.

다. 보험급여의 종류나 지급요건에 있어서도 거의 동일하다. 다만, 산업재해보상보험법은 보상방식에 있어 정률보상방식을 채택하고 있으나³³¹⁾ 학교안전사고보상법은 실손해보상제도를 채택하고 있다. 학교안전사고보상법의 입법취지가 시민법상의 손해배상제도가 아닌 사회보장제도라는 점을 인식하지 못하였기 때문에 동법 시행령 제15조에서 장해급여나 유족급여 산정에 있어 국가배상법을 적용하도록 규정한 것이다.³³²⁾

산업재해보상보험법에서는 피보험자에 대한 구상이 불가능하다. 산업재해보상보험법 제54조(제3자에 대한 구상권) 제1항 본문은 “공단은 제3자의 행위에 의한 재해로 인하여 보험급여를 지급한 경우에는 그 급여액의 한도 안에서 급여를 받은 자의 제3자에 대한 손해배상청구권을 대위한다”고 규정하고 있다.³³³⁾ 근로자가 동일한 사업주에 의하여 고용된 동료 근로자의 행위로 인하여 업무상 재해를 입은 경우, 그 동료 근로자가 산업재해보상보험법 제54조 제1항 본문에서의 ‘제3자’에 해당하는지에 대하여 대법원은 “산업재해보상보험법 제54조(제3자에 대한 구상권) 제1항 본문에서의 ‘제3자’라 함은 피해(被災)근로자와 산업재해보상보험관계가 없는 자로서 피해근로자에 대하여 불법행위 등으로 인한 손해배상책임을 지는 자를 말하나, 근로자가 동일한 사업주에 의하여 고용된 동료 근로자의 행위로 인하여 업무상 재해를 입은 경우에 그 동료 근로자는 보험가입자인 사업주와 함께 직·간접적으로 피해근로자와 산업재해보상보험관계를 가지는 자로서 위 ‘제3자’에서 제외된다”라고 판시하고 있다.³³⁴⁾

동일한 논리로 학교와 학생간에는 재학계약이 성립하는 것으로 간주하여 구상권을 삭제하는 방향으로 나아가는 것이 법체계에 부합한다고 할 수 있다. 여의치 않

331) 정률보상방식이란 재해를 당한자의 연령, 직종, 제반조건을 고려하지 아니하고 재해발생 당시의 ‘평균 임금’을 기초로 법령에서 정하는 기준에 따라 획일적으로 산정·보상하는 방식을 말한다. 이는 보험료를 기초로 보험급여를 지급해야 한다는 한정보상주의 관점에서 요구되는 보험기술적 수단으로 인정된다.

332) 김상철, 전제논문, 304면.

333) 산업재해보상보험의 경우 사회보험으로 분류되고 무과실책임에 기초한 원인지초보상체제로 볼 수 있겠으나, 불법행위법리가 포기된 것은 아니다. 제3자에 의한 재해인 경우 결과적으로 제3자가 그 피해비용을 부담하는 것이고 따라서 불법행위가 원인지초보상 보다는 우선시되는 결과가 되었다(장덕조, “보상체제로서의 불법행위와 책임보험(새로운 보상제도의 연구에 기초하여)”, 「서강법학연구」 제9권, 서강대학교 법학연구소, 2007. 6, 35~36면).

334) 대판 2007. 1. 25. 2006다60793.

은 기금의 사정 등 정책상 부득이 구상권이 필요한 경우에도 구상권 행사요건을 강화해야 한다. 학교안전사고 내지 학교폭력의 경우 가해학생의 보호자가 경제적으로 어려운 환경에 처해 있는 경우에 현실적으로 어느 정도까지 구상권을 행사할 수 있을지도 의문이다.³³⁵⁾

제2절 학교폭력대책법

학교폭력이 본격적인 사회적 문제로 공론화되고 세간의 집중적인 관심을 받게 된 것은 1995년도부터이다. 이후 정부차원의 대책이 수립되고 학계나 민간단체에서 학교폭력 실태 및 대처방안에 대한 수많은 연구들이 진행되었다. 이러한 노력의 결과 2004년 1월 29일 학교폭력대책법이 의원입법으로 제정되었고, 동법 시행령이 7월 30일 제정되었다.³³⁶⁾

학교폭력대책법은 제1조에 “학교폭력의 예방과 대책에 관하여 필요한 사항을 규정함으로써 피해학생의 보호, 가해학생의 선도·교육 및 피해학생과 가해학생간의 분쟁조정을 통하여 학생의 인권을 보호하고 학생을 건전한 사회구성원으로 육성”할 것을 목적으로 하고 있다. 학교폭력대책법은 제정 이후 몇 차례의 개정이 있었는데, 2011년과 2012년에 연이은 중고등학생 자살사건이 발생하면서 또다시 학교폭력에 대한 대책마련이 시급해졌다. 정부는 2012년 2월 학교폭력 근절 종합대책을 발표하였고, 그 동안 국회에서 심의되었던 개정법률안의 내용을 취합하여 2012년 3월 21일 학교폭력대책법을 개정하여 5월 1일부터 시행되었다.³³⁷⁾ 학교폭력대책법은 일반 법인 민법의 특별법적 성격과 형사사법이 아닌 교육행정법적 성격 및 실체법이면서 절차법적 성격을 모두 갖고 있다.³³⁸⁾

이하에서는 학교폭력대책법의 내용 중 피해학생에 대한 보호규정과 치료비 등 지

335) 학교안전공제회에서 구상권을 행사한 사례는 전무하다고 한다(전개 e-mail 답변자료).

336) 원혜옥·김자영, “학교폭력 피해청소년 보호조치의 문제점 및 개선방안(보호자의 배상책임을 중심으로)”, 「피해자학연구」, 제17권 제1호, 한국피해자학회, 2009. 4, 291면. 조병인 외, 「학교폭력 예방을 위한 법·제도적 정비방안 연구」, 한국교육개발원, 2006. 12.

337) 총 11차례의 개정 중 정부조직법 등 타법 개정으로 인한 개정을 제외하고 2008년(법률 제8887호)과 2009년(법률 제9642호), 2011년(법률 제10642호), 2012년(법률 제11223호, 법률 제11388호) 개정이 대표적이라고 할 수 있다(이승현, 「학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안」, 「형사정책연구」 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012. 6, 162~163면).

338) 학교안전공제중앙회, 전개 「학교폭력 지급기준 제정안 마련 연구」, 30~32면 참조.

원, 분쟁처리 등 피해구제제도와 그 한계를 중심으로 살펴보고자 한다.

1. 주요 내용

(1) 피해학생 보호

학교폭력대책법은 학교폭력을 “학교내외에서 학생을 대상으로 발생한 상해, 폭행, 감금, 협박, 약취·유인, 명예훼손·모욕, 공갈, 강요·강제적인 심부름 및 성폭력, 따돌림, 사이버따돌림, 정보통신망을 이용한 음란·폭력 정보 등에 의하여 신체·정신 또는 재산상의 피해를 수반하는 행위”로 규정하고 있다(제2조 제1호).³³⁹⁾ 기존에 학교폭력을 ‘학생간’에 발생한 행위만을 대상으로 하였기 때문에, 가해자나 피해자 중 일방이 근로청소년 등 학생이 아닌 경우에 학교폭력대책법이 적용되지 않아 소년법에 의해 가해학생을 보호처분 또는 형사처분하거나 민법에 의해 손해배상을 청구할 수밖에 없다는 비판이 제기되어 왔다.³⁴⁰⁾

개정법에서는 이러한 문제를 해결하기 위해서 학교폭력의 범위를 확대하여 ‘학생을 대상으로’ 발생한 행위로 규정하여 학교밖 청소년 등에 의한 폭력도 지원받을

339) 2010년도 학교폭력대책자치위원회에서 심의된 유형별 학교폭력의 유형별 현황은 다음과 같다.

유형	심의 건수(%)	가해 학생 수		
		남	여	계
상해	305(3.9%)	460(85.5%)	76(14.5%)	536(2.68%)
폭행	5,119(65.4%)	8,862(70.0%)	3,788(30.0%)	12,650(63.4%)
감금	7(0.1%)	9(60.0)	6(40.0%)	15(0.07%)
협박	177(2.3%)	257(55.0%)	210(45.0%)	467(2.34%)
약취/유인	21(0.3)	14(35.0%)	26(65.0%)	40(0.2%)
명예훼손 및 모욕	104(1.3%)	178(64.9%)	96(35.1%)	274(1.23%)
공갈	15(0.2)	17(89.4%)	2(10.6%)	19(0.09%)
강요 및 성추행	148(1.9%)	288(89.4%)	34(10.6%)	322(1.61%)
따돌림	206(2.6%)	561(56.0%)	440(44.0%)	1,001(5.01%)
정보통신망상의 음란/폭력	39(0.5%)	66(64.7%)	36(35.3%)	102(0.5%)
금품갈취	1,367(17.4)	2,148(63.1%)	1,256(36.9%)	3,404(17.0%)
기타	315(4.0)	880(78.6%)	239(21.4%)	1,119(5.6%)
계	7,823(100%)	13,740	6,209(31.2%)	19,949(100%)

(자료 : 교육과학기술부, 「국회입법조사처 제출자료」, 2012. 7)

340) 김영천·김정현, “현행 학교폭력 관련법제의 문제점 및 개선방안”, 「법교육연구」 제7권 제2호, 한국 법교육학회, 2012. 12, 38면; 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 「소년보호연구」 제15호, 한국소년정책학회, 2010. 12, 94~95면.

수 있게 하였다. 또한 구법에서는 2명 이상의 학생들이 특정인이나 특정집단의 학생들을 대상으로 지속적으로 신체적 또는 심리적 공격을 가하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 행위를 ‘따돌림’이라고 규정하고 있었다(제2조 제1호의2). 최근에 발생한 학교폭력 중 따돌림과 관련된 사안들이 주로 스마트폰, 카페와 카카오톡 등 소셜네트워크서비스(SNS), 문자메시지 등을 통한 가상공간에서 이루어지고 있고, 가해학생들이 별다른 죄의식을 느끼지 않고 교사나 학부모들도 이를 제재하기가 쉽지 않다. 이러한 점에 착안하여 개정법은 인터넷, 휴대전화 등 정보통신기기를 이용하여 학생들이 특정 학생들을 대상으로 지속적·반복적으로 심리적 공격을 가하거나, 특정학생과 관련된 개인정보 또는 허위사실을 유포하여 상대방이 고통을 느끼도록 하는 행위도 ‘사이버따돌림’으로 보아 처벌하도록 하였다(제2조 제1호의3).³⁴¹⁾

학교폭력대책법에서는 학교에 학교폭력대책자치위원회(이하 “자치위원회”라 한다)를 두도록 하고 있다(제12조). 자치위원회는 학교폭력의 예방 및 대책수립을 위한 학교체제 구축, 피해학생의 보호, 가해학생에 대한 선도 및 징계, 피해학생과 가해학생과의 분쟁조정, 그리고 책임교사 또는 학생회의 대표가 건의하는 사항 등을 심의한다(제12조 제1항). 교육부가 NEIS의 자료를 집계한 자치위원회의 학교폭력 심의건수는 2009년 총 5,605건에서 2010년 7,823건으로 전년도 대비 40%가량 증가하였으며, 학교폭력 가해학생은 2009년에 14,605명, 2010년에는 19,949명으로 2009년에 비해서 37%정도 증가하였다. 자치위원회 학교폭력 심의건수는 중학교가 가장 많으며 중학교의 자치위원회의 학교폭력 심의건수는 2009년 3,846건에서 2010년도 5,376건으로 40%정도 증가하였다.³⁴²⁾ 이러한 자치위원회는 학교폭력사건을 교육적인 차

341) 이승현, 전개논문, 169~170면.

342) 학교폭력대책자치위원회의 심의 건수

구분	학교	심의 건수	가해 학생(명)	피해 학생(명)
2009년	초	151	325	273
	중	3,846	10,627	9,030
	고	1,608	3,653	2,405
	계	5,605	14,605	11,708
2010년	초	231	657	294
	중	5,376	14,179	10,363
	고	2,216	5,113	3,091
	계	7,823	19,949	13,748

(자료 : 교육과학기술부, 「국회입법조사처 제출자료」, 2012. 7)

원에서 처리할 수 있는 가장 실질적인 기구라고 볼 수 있다.³⁴³⁾ 만약 일선학교에서 자치위원회를 소집하여 사안을 다루지 않았다면 사안의 경중을 불문하고 법률위반이 되기 때문에, 감독기관은 정기적으로 자치위원회의 운영을 관리하여야 한다. 학교폭력을 제외한 학생 비행 건은 학교자치기구인 선도위원회를 통해 해결하여야 한다.³⁴⁴⁾ 선도위원회는 초·중등교육법 제18조, 동법 시행령 제31조에 의거 학교폭력을 제외한 학생의 제반 비행에 대한 징계를 담당하는 학교자치기구이며 교원으로 구성되어 있다. 학교폭력과 관련한 사안에 대하여는 자치위원회에서 학생을 징계하거나 조치할 수 있으므로 징계학생에 대하여 별도의 선도위원회를 소집할 필요가 없다.³⁴⁵⁾

학교폭력이 발생하여 자치위원회를 개최하는 경우에도 형사법의 적용 여지는 항상 염두에 두어 언제든지 형사사건으로 전환될 수 있음을 분명히 인식해야 한다.³⁴⁶⁾ 자치위원회는 위원장 1인을 포함하여 5인 이상 10인 이하의 위원으로 구성하며, 위원의 과반수는 학부모 대표로 구성된다(제13조 제1항). 위원은 해당 학교의 교감, 학생지도생활 경력이 있는 해당 학교의 교사, 학부모 대표, 판사·검사·변호사, 해당 학교를 관할하는 경찰서 소속 경찰공무원, 의사자격이 있는 사람, 그 밖에 학교폭력 예방 및 청소년보호에 대한 지식과 경험이 풍부한 사람 중에서 학교의 장이 위촉한다(동법 시행령 제14조 제1항).

학교폭력이 발생하여 가해학생 및 피해학생에 대한 적절한 조치와 손해배상에 관련된 분쟁을 조정하기 위해서는 학교폭력사건에 대한 충분한 정보가 자치위원회에 전달되어야 한다. 학교폭력 사건이 발생하였을 때 가해학생과 피해학생에 대한 조사권한은 전문상담교사와 보건교사 그리고 학교폭력문제를 담당하는 책임교사로 구성된 전담기구에 있다고 할 수 있다.³⁴⁷⁾ 즉, 학교의 장은 학교에 상담실을 설치하고

343) 이동명·김후년, “학교폭력법에 의한 징계절차에 관한 연구(가해학생에 대한 교육적 접근을 중심으로)”, 「법과정책」 제18집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012. 8, 360면; 김현철, “학교폭력 예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안: 시론적 고찰”, 「법교육연구」 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010. 6, 71면.

344) 김용수, “학교폭력분쟁조정과 학교폭력대책자치위원회의 역할 활성화에 대한 연구”, 「변호사」 제39집, 서울지방변호사회, 2009. 1, 213면.

345) 김용수, 상계논문, 213~214면.

346) 박찬걸, 전계논문, 108면.

347) 이동명·김후년, 전계논문, 360면.

전문상담교사를 둔다(제14조 제1항). 전문상담교사는 학교폭력에 관련된 피해학생 및 가해학생과의 상담결과를 학교의 장 또는 자치위원회에 보고하여야 한다(제14조 제2항). 그리고 학교폭력 사태를 인지한 경우 지체 없이 전담기구 또는 소속 교원으로 하여금 가해 및 피해사실 여부를 확인하도록 하고(제14조 제3항), 전담기구는 학교폭력에 관련된 조사결과 활동결과를 학교의 장 및 자치위원회에 보고하여야 한다(제14조 제4항).

자치위원회는 피해학생의 보호를 위하여 필요하다고 인정하는 때에는 피해학생에 대한(수개의 조치를 병과하는 경우 포함) 보호조치를 학교의 장에게 요청할 수 있다. 예외적으로 학교의 장은 피해학생 보호를 위하여 긴급하다고 인정하거나 피해학생이 긴급보호를 요청하는 경우에는 자치위원회의 요청 전에 심리상담 및 조언(제16조 제1항 제1호), 일시보호(제16조 제1항 제2호), 치료 및 치료를 위한 요양(제16조 제1항 제3호), 학급교체(제16조 제1항 제4호), 그 밖에 피해학생의 보호를 위하여 필요한 조치(제6호)를 할 수 있으며, 이 경우 자치위원회에 즉시 보고하여야 한다(제16조 제1항). 자치위원회는 학교의 장에게 보호조치를 요청하기 전에 피해학생 및 그 보호자에게 의견진술 기회를 부여하는 등 적절한 조치를 거처도록 하고(제16조 제2항), 학교의 장은 피해학생의 보호자의 동의를 받아 7일 이내에 해당조치를 이행하여야 하고 이를 자치위원회에 보고하여야 한다(제16조 제3항). 보호조치는 피해학생의 보호 및 이후 학교생활의 적응을 위한 것이므로 가급적 피해학생과 학부모 의사를 충분히 반영하여 결정하여야 한다.³⁴⁸⁾ 학교의 장은 피해학생 보호자의 동의를 얻어야 당해 보호조치를 취할 수 있다.

가해학생의 보호자는 피해학생의 보호를 위해 심리상담·조언, 일시보호 및 치료·치료를 위한 요양에 소요되는 비용까지 부담하고, 피해학생의 신속한 치료를 위하여 학교의 장 또는 피해학생의 보호자가 원하는 경우에는 학교안전사고보상법 제15조에 따른 학교안전공제회 또는 시·도교육청이 우선 부담하고 이후 가해학생 보호자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다(제16조 제6항). 학교의 장 또는 피해학생의 보호자는 필요시 학교안전사고보상법 제34조의 공제급여를 학교안전공제회에 직

348) 이영돈, “학교폭력 피해학생의 보호에 관한 법제도적 고찰”, 「법교육연구」 제7권 제2호, 한국법교육학회, 2012. 12, 128면.

접 청구할 수 있다(제16조 제7항).

(2) 자치위원회의 분쟁조정

학교폭력 관련 당사자들이 서로 양립할 수 없는 목표를 가지고 첨예하게 대립하는 것이 학교폭력 분쟁이다. 이러한 분쟁을 해결하기 위하여 소송에 의하지 아니하고 중립적인 제3자의 주선에 따라 분쟁 당사자 간의 타협과정을 통해 화해에 이르는 제도가 분쟁조정이다.³⁴⁹⁾ 학교폭력의 분쟁조정은 분쟁당사자의 조정신청 → 분쟁조정 개시(5일 이내) → 분쟁조정 일시·장소 통보·자치위원회의 조사 → 분쟁조정(당사자 간의 자발적인 합의 권고, 조정자의 조정안 제시) → 분쟁종료(분쟁조정 1개월 이내의 조정 성립 또는 불성립) → 분쟁조정 결과처리(합의서 작성 및 교육감에게 보고) 등의 절차를 통해 처리된다.³⁵⁰⁾

분쟁당사자는 당해 분쟁사건에 대한 조정권한이 있는 자치위원회 또는 교육감(동법 제18조)에게 ①분쟁조정 신청인의 주소 및 성명 ②보호자가 있는 경우 그 주소 및 성명 ③신청사유 등이 기재된 신청서를 작성하여 분쟁조정을 신청할 수 있다(동법 시행령 제25조). 자치위원회 또는 교육감은 이러한 분쟁조정 신청을 받을 날부터 5일 이내에 분쟁조정을 개시하여야 한다(동법 시행령 제27조 제1항). 그러나 자치위원회 또는 교육감은 ①분쟁당사자의 일방이 분쟁조정을 거부한 경우 ②피해학생 등이 관련된 학교폭력에 대하여 가해학생을 고소·고발하거나 민사소송을 제기한 경

349) ADR(Alternative Dispute Resolution)은 소송에 갈음하는 재판외 분쟁해결방식, 소송에 갈음하는 분쟁해결제도, 재판외 분쟁해결절차, 재판외 분쟁해결제도, 소송대체적 분쟁해결절차, 판결이외의 분쟁해결, 대체적분쟁해결제도 등 다양하게 불리고 있다(김상찬, 「ADR」, 도서출판 온누리, 2012, 11~12면; 김용길, “지적재산권분쟁의 재판외 분쟁해결제도에 관한 연구(조정과 중재를 중심으로)”, 「중재연구」 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009. 3, 71~72면; 신군재, “한국에서 ADR정착화를 위한 상설ADR기관의 활성화 방안(대한상사중재원을 중심으로)”, 「중재연구」 제16권 제2호, 2006. 8, 184면; 이시윤, 「신민사소송법(제7판)」, 박영사, 2013, 15~16; 호문혁, 「민사소송법(제11판)」, 법문사, 2013, 5면; 송상현·박익환, 「민사소송법(신정6판)」, 박영사, 2011, 7면; 양병희, 「민사소송법강의(제4판)」, 삼지원, 2011, 17~18면; 정동윤·유병현, 「민사소송법」, 법문사, 2010, 17면; 최석범, “국가주도형 ADR과 민간주도형 ADR에 관한 연구”, 「중재연구」 제20권 제3호, 2010. 12, 74면; 함영주, 「신속하고 효율적인 대체적분쟁해결제도의 활성화를 위한 연구」, 법무부, 2008. 1. ADR은 1960년대 후반부터 미국에서 논의가 시작되어 종래에 존재하지 않았던 각종 ADR제도가 분쟁해결에 이용되고 있는 추세이다(Jacqueline M. Nolan-haley, Alternative Dispute Resolution in a nutshell, West Publishing Co., 1992, p.4; Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H Rogers, Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Process, Little Brown & Co., 1992, pp.6~11).

350) 김용수, 전제 “학교폭력분쟁조정과 학교폭력대책자치위원회의 역할 활성화에 대한 연구”, 221면.

우 ③분쟁조정 신청내용이 허위임이 명백하거나 정당한 이유가 없다고 인정되는 경우에는 분쟁조정의 개시를 거부 또는 중지할 수 있다(동법 시행령 제28조 제1항).

분쟁조정기간은 1월을 넘지 못하며(동법 제18조 제2항), 분쟁조정에는 ①피해학생과 가해학생간 또는 그 보호자간의 손해배상에 관련된 합의조정과 ②그 밖에 자치위원회가 필요하다고 인정하는 사항을 포함한다(동법 제18조 제3항). 예컨대 학교폭력 피해자가 가해자에 대한 전학 또는 징계 등을 원하거나 신고의무 불이행으로 인하여 발생한 분쟁 등 다양한 사례가 있을 수 있다.

자치위원회는 분쟁조정을 위하여 필요한 경우 관계기관의 협조를 얻어 학교폭력과 관련한 사항을 조사할 수 있다(동법 제18조 제4항). 자치위원회가 분쟁조정을 하고자 할 때에는 이를 피해학생·가해학생 및 그 보호자에게 통보하여야 한다(동법 제18조 제5항). 자치위원회 또는 교육감은 ①분쟁당사자 간에 합의가 이루어지거나 자치위원회 또는 교육감이 제시한 조정안을 분쟁당사자가 수락하는 등 분쟁조정이 성립한 경우 ②분쟁조정 개시일로부터 1개월이 지나도록 분쟁조정이 성립하지 아니한 경우에는 분쟁조정을 종료하여야 한다(동법 시행령 제28조 제2항).

자치위원회 또는 교육감은 분쟁조정이 성립된 때에는 ①분쟁당사자의 주소와 성명 ②조정대상 분쟁의 내용(분쟁의 경위 및 조정의 쟁점 : 분쟁당사자의 의견을 포함) ③조정결과 등을 기재한 합의서를 작성하여 자치위원회는 분쟁당사자에게, 교육감은 피해·가해학생 소속 학교 자치위원회 및 분쟁당사자에게 통보하여야 한다(동법 시행령 제29조 제1항). 합의서에는 자치위원회가 조정한 경우에는 분쟁당사자와 조정에 참가한 위원이, 교육감이 조정한 경우에는 분쟁당사자와 교육감이 서명·날인하여야 한다(동법 시행령 제29조 제2항). 그리고 자치위원회의 위원장(학교의 장)은 분쟁조정결과를 교육감에게 보고하여야 한다(동법 제19조, 동법 시행령 제29조 제3항). 시·도교육청 관할구역 안의 소속 학교가 다른 학생간에 분쟁이 있는 경우에는 교육감이 해당학교의 자치위원회 위원장과의 협의를 거쳐 직접 분쟁을 조정하고(동법 제18조 제6항), 관할구역을 달리하는 시·도교육청 소속 학교의 학생간에 분쟁이 있는 경우에는 피해학생을 감독하는 교육감이 가해학생을 감독하는 교육감 및 관련 해당학교의 자치위원회위원장과의 협의를 거쳐 직접 분쟁을 조정한다(동법 제18조 제7항).

2. 피해구제의 한계

(1) 피해보상 범위

학교폭력으로 인한 피해는 가해학생의 보호자가 부담하는 것이 원칙이며, 학교안전공제회에 의한 피해금 지원은 피해학생의 신속한 치료를 위하여 필요한 경우에 예외적으로 적용된다. 학교안전공제회가 학교폭력 피해금을 지원한 때에는 가해자(학부모)에게 지원한 금액을 구상하게 된다. 피해학생의 보호조치에 소요되는 비용은 심리상담 및 조연비용, 일시보호비용, 치료 및 치료를 위한 요양비에 한정되기 때문에 보상범위가 협소하다. 학교폭력 피해의 치료기간을 최장 3년으로 제한하고 있어 학교안전사고(치료기간 제한 없음)에 비해 피해자 구제에 미흡하다. 특히 집단따돌림 등으로 인한 정신과치료는 일반적으로 장기간에 걸쳐 이루어지기 때문에 비용문제가 크게 대두될 수밖에 없음에도 불구하고 근거 규정의 미비로 보상대상에서 제외되고 있다. 경우에 따라 지급하더라도 시·도안전공제회 간 보상실무에서 차이가 발생하고 있다.³⁵¹⁾ 그리고 현행 제도는 치료비 지원에 국한하기 때문에 가해자가 경제적 능력이 부족하거나 신원불상인 경우 피해구제가 불가능하여 학교설치자 및 학교장에 대한 부담으로 작용하는 등 제도의 실효성이 의심되고 있다. 2012년도에 서울특별시에서 학교폭력의 피해 지원금으로 50억원을 서울특별시 학교안전공제회에 지원하였으나 집행액은 0.4%에 불과한 실정이며, 일시보호는 보상사례가 전무하다.³⁵²⁾ 일반적으로 학교폭력의 피해 학부모는 전손해(치료비+위로금=합의금)의 보상을 기대한다.³⁵³⁾ 그러나 학교폭력으로 인해 병원에서 치료받은 경우 국민건강보험법의 지급대상이 아니므로 피해자에게 치료비 전액이 청구되지만 학교안전공제회에서는 그 치료비가 국민건강보험이 적용되었을 때 본인이 부담해야 하는 금액만을

351) 학교안전공제중앙회, 전개 공청회 자료, 19면.

352) 학교안전공제중앙회, 상계 공청회 자료, 1면.

353) 청소년폭력예방재단에서 2013. 12. 01~2014. 04. 30(5개월) 기간 동안 “선치료비 지원기준 마련을 위한 실태조사 및 기준마련 정책 연구”를 위하여 교직원, 교육부 학교폭력대책과, 교육청 장학사, 공제회직원, 학부모 단체 등 3,475명을 대상으로 설문조사한 결과 학교폭력 피해보상범위 확대의 필요성에 대해 보통 이상이 92%, 필요 이상이 78%로 보상범위 확대의 필요성에 대하여는 대체적으로 동의하는 것으로 나타났다(학교안전공제중앙회, 상계 공청회 자료, 29면).

지급하게 되어 기대에 못 미치고 있다.³⁵⁴⁾

이와 같이 학교폭력의 협소한 보상범위를 확대하기 위해서는 치료비용의 범위를 가해자·피해자간 합의에 도달할 수 있는 수준인 법원의 손해배상 판결금액 수준으로 확대해야 한다. 다시 말하면, 학교폭력 피해보상 범위를 확대할 경우 일실수익(학교폭력으로 인한 휴업손해), 위자료(본인, 가족의 정신적 고통), 간병비(치료를 위해 간병에 소요된 비용), 보호자 식대, 교통비(치료를 위해 지출한 교통비), 물적 손해(물품파손, 금전갈취 등), 사망·장해로 인한 피해 등도 포함하여야 한다.³⁵⁵⁾ 이에 따른 문제를 해결하기 위하여 치료비(법정제도)와 기타손해(임의제도)를 구분하여 운영하는 방안이 있을 수 있다. 그러나 이 제도의 시행을 위한 문제점으로 ①법률의 근거 없이 임의제도 운영은 불가하다는 점 ②정량손해(치료비, 심리상담비, 일시보호비)는 진료비계산서나 영수증으로 확인 가능하지만, 정성손해(일실수익, 위자료, 부대비용, 물적 피해)는 인정범위나 과실상계비율 등 금액산정에 주관적 판단이 요구됨으로 합의금액 산정이 어렵다는 점 ③합의금액 산정을 위한 책임주체의 부재 ④가해자·피해자간 합의가 사실상 불가능하다는 점 ⑤제도의 이원화는 학부모에게 혼선을 초래하고 ⑥공제회 업무 가중으로 난맥이 우려되고 ⑦고액의 합의금 산정시 도덕적 해이가 우려된다는 점이다.³⁵⁶⁾ 만일 임의제도로 운영하게 된다면 일실수익·위자료·간병비 사망·장해 등은 계량화하기 어려운 부분임으로 피해금액 산정을 위해 별도의 심사기구가 필요하다. 이 경우 가칭 학교폭력피해비용보상심사위원회를 교육부장관이 설립한 학교안전공제중앙회에 설치하는 방안을 생각할 수 있다.

학교폭력 피해의 실질적인 지원을 위해서는 범죄피해자보호기금을 활용하는 방안도 고려할 수 있다. 범죄피해자 보호법 제3조에 의한 범죄피해자보호기금의 적용요

354) 서울특별시 학교안전공제회(<http://schoolsafety.or.kr/gmb/faq.html>) 2013. 5. 5. 검색 자료. 김용수, 전개 “학교안전사고와 학교안전공제회의 공제급여에 관한 연구”, 77면.

355) 비급여항목에 관한 법원과 공제회 인정범위 차이

구분	상급병실	치아보철	정신과치료	간병비	식대	기타 비급여
법원	병실사정 포함 일부 인정	기대여명까지 1대당 10년 인정	필요시 인정	인정	인정	필요시 폭넓게 인정
공제회	병실사정 제외 (예외적 인정)	2회 인정	규정 없음	불인정	불인정	제한적 인정 추세

(학교안전공제중앙회, 전개 공청회 자료, 37면)

356) 이에 대해 자세한 사항은 학교안전공제중앙회, 전개 「학교폭력 지급기준 제정안 마련 연구」, 218~219면 참조.

건은 ‘범죄피해로 인해 사망하거나 장애 또는 중상해를 입은 경우에 피해구조를 받을 수 있다’고 하여 학교폭력으로 일정한 장애가 발생한 경우 구조금에 의한 지원이 가능할 것으로 보인다.³⁵⁷⁾ 또한 범죄피해자보호기금법 시행령 제5조(기금의 용도)에 ‘학교폭력대책법에 따른 학교폭력 관련 상담소 및 보호시설 운영’을 추가함으로써, 학교폭력 피해구제를 위한 기금마련도 용이해질 것이다. 나아가 학교폭력을 사회적으로 해결하기 위해 지방자치단체가 필요한 재원을 의무적으로 조달해야 한다.³⁵⁸⁾

(2) 분쟁조정

조정(mediation)은 당사자 간의 분쟁이 합의에 이르지 않는 경우 중립적인 제3자가 당사자의 동의를 얻어 협상에 개입하여 분쟁당사자들이 분쟁해결에 도달할 수 있도록 도와주는 절차이다.³⁵⁹⁾ 학교폭력이 발생하여 학교 내에서 원만히 해결되지 않고 형사고소를 하는 경우 사건이 종결되기까지 장기간 동안 가해학생은 물론 피해학생도 불안정한 위치에 놓이게 된다.³⁶⁰⁾ 자치위원회를 통한 분쟁조정은 일반소송과 비교하면 절차가 신속하고 간단하여 소송으로 인한 비용과 시간의 절약, 비밀보호 외에도 분쟁당사자들의 자발적인 타협을 통해 합리적인 문제해결을 도모할 수 있다는 장점이 있다.³⁶¹⁾ 그러나 현행 자치위원회의 분쟁제도는 몇 가지 문제점을 내포하고 있다

첫째, 교육적 측면에서의 절차와 분쟁조정이라는 준사법적 절차³⁶²⁾를 자치위원회

357) 이승현, 전계논문, 179면.

358) 박부희, “학교폭력 대처방안에 대하여”, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률, 피해학생 보호하고 있는가?, 학교폭력 사후대책 마련을 위한 토론회, 2010. 12. 7, 62면; 이덕난, “학교폭력 피해학생 보호를 위한 입법정책의 방향”, 「교육법학연구」 제22권 제2호, 대한교육법학회, 2010. 12, 164면.

359) Mediation is the non-binding intervention by an impartial third party who helps the disputants negotiate an agreement(Christian BÜhring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business(Second Edition), Kluwer Law International, 2006, p.176; Christopher W. Moore, “The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict”, 2d. ed. Jossey-Bass Publishers, 1996, p.6.

360) 이영돈, 전계논문, 2012. 12, 142면.

361) 이승현, 전계논문, 181면. 조정의 장단점에 대하여 자세한 내용은 김상찬, 전게서, 90~91면 참조. 이와는 반대로 행정부가 분쟁해결의 주체로 나서면, 권리와 의무의 내용이 온전히 실현되지 못하게 되어 권력분립과 법치주의의 면에서 문제가 제기되고 있다는 견해로는 호문혁, 전게서, 7~8면 참조.

362) 분쟁조정제도를 ‘준사법적 절차’로 보고 있는 견해는 이승현, 전계논문, 124면. 한편 김현철, 전계논문, 74면에서는 ‘사법적 절차’라고 하고 있다.

의 임무(제18조 제1항)로 규정하고 있는 것은 문제다.³⁶³⁾ 자치위원회가 분쟁해결의 중심에 있지만 분쟁조정이라는 준사법절차를 수행할 역량이 있는지 문제이며, 그 절차를 수행한다고 할지라도 분쟁당사자들에게 조정에 대한 권위를 가지게 할 수 있는지도 의문스럽다. 그리고 가해학생이나 피해학생 중 어느 일방을 교육, 보호·감독하는 위치에 있는 학교는 기본적으로 조정기관으로서의 적격성이 부족하다고 할 수 있는데, 학교폭력의 경우 학교장이나 교사의 책임도 문제될 수 있기 때문이다.

판례는 “지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는데, 이러한 보호·감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 감독하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것은 아니지만, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 속하고, 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 제반사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에는 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다”고 하여 학교폭력 가해학생들의 부모의 과실과 담임교사, 교장의 과실이 경합하여 피해학생의 자살 사건이 발생하였다는 이유로 부모들과 지방자치단체에 공동 불법행위자로서의 손해배상책임을 인정하고 있다.³⁶⁴⁾

이처럼 해당학교 소속의 교사들이 자치위원회 위원으로 임명되는 경우 분쟁조정 당사자에 해당할 수 있는 위원들이 분쟁조정의 담당자가 되는 상황이 발생할 수 있기 때문에 사안에 따라서는 분쟁조정의 중립성³⁶⁵⁾이 훼손될 수도 있다.³⁶⁶⁾ 분쟁조정이 되더라도 가해자가 일정 금액을 지급하고 서로 화해하는 등의 방법은 사고로 인한 피해가 경미한 경우에 매우 효과적이다. 그러나 피해자에게 신체손상이 있을

363) 같은 견해; 김영천·김정현, 전계논문, 50면.

364) 대판 2007. 4. 26. 2005다24318; 대판 2007. 6. 15. 선고 2004다48775.

365) 조정의 ‘mediation’은 중간이 되다(to be in the middle)인 ‘mediates’에서 유래된 것에서 알 수 있듯이 중립성이 핵심요소라고 할 수 있다(Ray August, International Business Law(Fourth Edition)-Text, Cases, and Readings-, Prentice Hall, 2004, p.119).

366) 도중진, “회복적 사법으로 본 학교폭력의 분쟁조정”, 「2013 학교폭력 분쟁조정 세미나 발표자료」, 청소년폭력예방재단, 2013. 6. 19, 109면; 김용수, “학교폭력예방및대책에관한법률 및 시행령의 문제점과 개정방안”, 「변호사」 제41집, 서울지방변호사회, 2011. 1, 226면.

경우, 피해자의 배상요구액이 많을 경우, 분쟁당사자로 학교측이 포함될 경우, 경찰에 고소되었을 경우, 언론에 노출되었을 경우에는 합의될 가능성이 낮아 대부분 사법적인 절차로 이행하게 된다.³⁶⁷⁾

학교폭력자치위원회의 심의건수는 2009년에 5,605건, 2010년에 7,823건으로 전국의 초·중등학교 수가 1만여개인 점을 감안하면 학교당 연간 평균 1회에도 미치지 못하는 등 활동이 저조하다.³⁶⁸⁾ 자치위원회 구성에 있어서도 위원으로 판사·검사·변호사·의사 등이 위촉되는데 그들의 업무특성상 회의참석 여부가 불투명할 뿐만 아니라, 자치위원회 실무업무는 위원으로 임명되는 교사가 전담할 가능성이 높는데, 해당 교사는 수업·행정 등의 사무로부터 해방되어 전적으로 자치위원회의 업무에만 전념할 수 없을 것이므로 형식에 그칠 가능성이 높다. 이와 같이 자치위원회의 분쟁조정은 실효성도 없이 자치위원회에게 부담만 주는 제도라고 할 수 있다.³⁶⁹⁾ 따라서 자치위원회는 피해학생의 보호와 가해학생에 대한 ‘선도 및 징계의 기능’ 등을 전담하고, 자치위원회의 기능 중 ‘피해학생과 가해학생간의 분쟁조정’은 학교폭력대책법의 입법취지를 감안하여 지역교육청 단위로 중립적인 분쟁조정전문기관을 설치하여 전담해야 할 것이다.³⁷⁰⁾

분쟁조정에 있어서는 전문적 능력이 요구되므로 조정위원은 심리학자, 교육학자, 법학자, 법조인 등의 전문가로 구성할 필요가 있다. 이와 더불어 로스쿨에서 ADR클리닉, ADR세미나, ADR워크숍 등의 다양한 강좌개설을 통해 학생들에게 분쟁해결에 접근하는 방법의 다양성을 교육해야 한다.³⁷¹⁾ 또한 ADR경연대회³⁷²⁾ 등을 개최하여 로스쿨 학생들의 관심과 참여를 이끌어 냄으로써 ADR전문가 양성에 필요

367) 장맹배, “학교폭력 분쟁조정 결과에 영향을 미치는 요인 연구”, 가톨릭대학교대학원 박사학위논문, 2011, 94~95면.

368) 교육과학기술부, 「국회입법조사처 제출자료」, 2012. 7.

369) 김현철, 전개논문, 80면.

370) 같은 취지: 도중진, 전개발표자료, 111면; 김용세, 「피해자학(제4판)」, 형설출판사, 2010, 216면; 오경식, “학교폭력 예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 「소년보호연구」 제12호, 한국소년정책학회, 2009. 6, 184면.

371) 정선주, “법학전문대학원체제에서 ADR의 활성화를 위한 제언”, 「중재」 제325호(2008년 봄호), 대헌상사중재원, 2008. 2, 6~7면.

372) 미국변호사협회에서는 로스쿨 학생들을 위한 각종 지원제도를 마련하고 있는데, 대표적으로 전국 로스쿨 대학생들의 분쟁조정 경연대회(Law Student National Representation in Mediation Competition)를 개최하거나 분쟁조정 논문상(James B. Boskey Law Student Essay Contest on Dispute Resolution)을 수여하는 프로그램을 운영하기도 한다.

한 기초를 다질 수 있을 것이다.³⁷³⁾ 그리고 조정인 인력풀제를 운영하여 분쟁당사자들의 신뢰를 확보해야 한다.³⁷⁴⁾

둘째, 동법 제18조 제2항의 분쟁조정기간은 1개월을 넘지 못하도록 하고 있는데, 1개월의 기간이 너무 짧다는 문제가 있다. 특별한 경우 동조 제4항에 따라 자치위원회가 관계기관의 협조를 얻어 관련사항을 조사할 경우도 1개월의 분쟁조정기간에 포함하는 것도 문제이다. 학교폭력 분쟁조정의 평균 소요기간은 80일로 나타나고 있다.³⁷⁵⁾ 따라서 자료조사에 소요되는 기간은 분쟁조정기간에서 제외하거나 분쟁조정기간을 80일 정도로 늘리는 것이 바람직하다.

셋째, 동법 및 동법시행령에 분쟁조정의 효력에 대한 규정이 존재하지 않는데, 그 이유는 학생간에 발생한 분쟁을 사법기관에 고소·고발하거나 민사소송을 제기하기 전에 자체적으로 해결해 보자는데 근본취지가 있기 때문이다.³⁷⁶⁾ 일반적으로 분쟁조정자가 제시한 합의안이 성립된 경우 기판력이나 집행력은 인정되지 않고 민법상의 화해계약의 효력(민법 제732조)이 생긴다.³⁷⁷⁾ 이 확정효에 의하여 당사자간의 권리의무가 확정되어 그것과 모순되는 주장을 실제법상 봉쇄하게 되므로 그러한 권리의무를 전제로 하는 청구가 소송상 이루어진 경우에는 적어도 그 확정효에 의하여 배제되는 것은 가능하다.³⁷⁸⁾ 이에 대해 개별 법령에서는 조정이 성립된 경우 그 효력에 관하여 ‘재판상 화해’와 같은 효력이 있다고 규정하거나 ‘민법상 화해’와 동일한 효력을 부여하고 있다.³⁷⁹⁾ 국가배상심의회의 배상결정을 재판상 화해로 간주하는 국

373) 정선주, 전계논문, 9면.

374) 김용섭, “행정법상 분쟁해결수단으로서의 조정”, 「저스티스」 제81호, 한국법학원, 2004. 10, 38면.

375) 장맹배, 전계논문, 74면. 우리나라 주요 행정형 ADR기관 현황에서는 위원회에 따라 조정시한은 14일~180일로 다양하다(김상찬, 전게서, 20면; 함영주, 전계 용역보고서, 45~49면).

376) 교육인적자원부, 「학교폭력예방및대책에관한법률과 동법시행령 해설」, 2004, 2면; 오경식, 전계논문, 201면.

377) 김용길, 전계논문, 72면.

378) 김상찬, 전게서, 147면.

379) 화해에는 사법상 화해와 재판상 화해가 있다. 사법상 화해에는 당사자가 서로 양보하여 당사자 간의 분쟁을 종료할 것을 약정하는 것이고(민법 제751조 이하), 재판상 화해에는 제소전 화해(민소법 제385조 이하)와 소송상 화해(민소법 제22조)가 있다(자세히는 전병서, 「기본강의 민사소송법(제2판)」, 홍문사, 2009, 444면 이하 참조). 대체로 최근에 만들어진 분쟁조정위원회는 ‘당사자 간의 합의와 동일한 효력’을, 과거에 만들어진 위원회의 경우에는 ‘재판상 화해와 같은 효력’을 인정하고 있다(남진권, “우리나라의 행정형 조정에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 「법학논총」 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008. 6, 61면). 반드시 옳은 분석이라고는 할 수는 없지만 최근의 추세를 반영한다고 할 수 있다.

가배상법 제16조에 대하여 위헌결정을 내린 취지³⁸⁰⁾를 생각하면 자치위원회 조정의 효력에 대하여 재판상 화해와 같은 효력을 가지게 하려면, 적어도 그 ADR기구가 독립성과 중립성이 보장되어 준수법기구적 성격을 가져야 한다.³⁸¹⁾ 따라서 민·형사상 이의를 제기하지 않고 합의를 권유해 볼 수 있는 소년법상 화해권고제도³⁸²⁾의 기능을 학교폭력 문제해결에도 적용하여 ‘재판상 화해’와도 같은 법적 효력이 인정되도록 명문화하는 것이 바람직하다.³⁸³⁾

넷째, 동일한 사건에 대하여 시·도학생징계조정위원회(가해)와 학교폭력대책시·도지역위원회(피해)로 이원화되어 있는 재심기구를 일원화할 필요가 있다. 자치위원회의 조치에 대해 가해학생은 자신에 대한 전학과 퇴학조치에 대해 조정위원회에 재심 청구할 수 있다. 반면, 피해학생은 자신에 대한 보호조치는 물론 가해학생에 대한 선도 조치에 대해 지역위원회에 재심을 청구할 수 있다. 이는 재심절차를 다양화해 사안별로 전문성 있는 재심기관에 맡겨 학교폭력사건을 신속하게 해결하겠다는 취지이다. 하지만 재심절차의 이원화는 혼란을 가중하고 있다. 즉 가해학생에게 내려진 조치에 대해 가해학생이 재심을 청구하거나 행정심판을 제기한 상태에서 피해학생도 가해학생에 대해 더 무거운 제재를 요구하며 재심을 청구하는 사례가 발생하고 있다.³⁸⁴⁾ 재심이 동시에 제기된 경우 모순된 결과가 나올 수 있고 행정심판과 재심이 동시에 제기된 경우에는 절차의 우선순위 문제가 발생하고 있다. 따라

380) 헌법재판소 1995. 5. 25. 91헌가7결정 참조.

381) 김상찬, 전거서, 82면.

382) 2007년 개정 소년법에서는 회복적 사범의 일환으로서 화해권고제도를 도입하였다(제25조의3). 즉 소년부 판사가 소년의 비행 교정 및 피해자보호를 위해 필요하다고 인정되면 소년에게 피해변상 등 피해자와의 화해를 권고할 수 있다. 따라서 가해소년의 품행교정 및 피해자의 보호라는 두 가지 목적을 위하여 활용될 수 있다. 이는 화해권고제도가 가해자인 소년을 위한 구제제도일 뿐만 아니라 피해자의 피해변상을 위한 제도임을 의미한다(한인달, “한국의 개정 소년법의 주요내용과 동향”, 「비교형사연구」 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008. 12, 384~385면). 또한 제25조의3 제3항은 피해자와의 화해가 이루어지면 보호처분결정시 이를 고려할 수 있도록 규정하고 있는 바, 이는 가해소년과 피해소년이 화해를 하면 그 사항이 보호처분결정시 참작되어 원래의 결정 내용보다 가볍게 이루어 질 수 있음을 의미한다(이승현, “한국 소년사법에서 피해자 배려의 문제(화해권고제도를 중심으로)”, 「소년보호연구」 제13호, 한국소년정책학회, 2009. 12, 146면).

383) 같은 취지; 이승현, 전거 “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안”, 182면.

384) 고등학생 A군은 같은 반 B군을 상습적으로 괴롭혀 온 사실이 드러나 자치위원회로부터 전학조치를 받았다. A군은 전학만은 면해 보려고 조정위원회에 재심을 청구했고 학급교체라는 완화된 조치를 다시 받아냈다. 하지만 얼마 후 A군은 지역위원회로부터 전학조치가 퇴학조치로 상향됐다는 통보를 받고 망연자실했다. 피해학생 B군이 A군의 전학조치가 미흡하다며 지역위원회에 재심을 청구했던 것이다. 학급교체조치와 퇴학조치라는 상반된 재심결과를 받은 A군은 결국 퇴학조치를 내린 재심에 대해 행정심판을 청구했다(법률신문(<http://www.lawtimes.co.kr>) 2014. 5. 26. 검색 자료).

서 재심기관을 일원화할 필요가 있다.

재심기관의 단일화로 인해 재심을 청구하지 않은 학생의 재심절차 참여보장이 용이해져서 중립적인 입장에서 판단할 수 있으며, 재심불복에 대한 행정심판도 단일기관에서 진행하는 효과를 거둘 수 있다. 이 경우 지방자치단체 혹은 시·도교육청에 학교폭력조정위원회 또는 학교폭력분쟁조정센터를 신설하여 통합·운영하는 것이 바람직하다.³⁸⁵⁾ 또한 지역위원회 산하 실무위원회를 학교폭력·청소년·분쟁조정 전문가로 구성해 역량을 강화함으로써 재심안건 처리에 대한 전문성과 신속성을 보완해야 한다.³⁸⁶⁾ 학교폭력사안 중 경미한 것은 해당 지역교육지원청 또는 지역협의회에서, 전학·퇴학 등 중대한 사안은 시·도학생징계조정위원회에서 처리하도록 하여 재심기간을 단축하는 방안도 고려할 수 있다.

(3) 피해학생과 가해학생의 관계

학교폭력대책법은 법의 목적에서 ‘피해자 보호’를 우선하고 있으나 피해학생의 직접적인 보호조치와 관련된 조문은 2개에 불과하다(제16조 및 제16조의2). 학교폭력의 예방 및 재발방지를 위해서는 가해학생에 대한 엄중한 조치도 필요하지만, 선도·교육도 중요하다. 응보 중심의 형사사법제도는 가해학생과 피해학생간의 관계회복을 어렵게 만든다.³⁸⁷⁾ 가해학생에 대한 엄격한 처벌이 학교폭력을 예방하고 피해회복에 도움이 되는지에 대하여 고려할 것이 있다.

첫째, 피해학생과 그 보호자는 학교폭력의 재발방지와 피해회복을 통한 학습권 보장을, 가해학생과 그 보호자는 형사처벌의 회피와 손해배상의 원만한 해결 및 불안한 지위에서의 조기 해방 등을 통한 학습권 보장을 원한다.³⁸⁸⁾

둘째, 현행법상 가해학생과 피해학생의 관계회복을 위한 조치로 서면사과가 있다(동법 제17조 제1항). 징계성 조치의 성격을 갖는 서면사과는 일부 가해학생의 경우에 진정성이 결여되어 형식적인 조치에 그칠 수 있다. 서면사과가 양심의 자유를

385) 같은 견해; 김현철, 전계논문, 80면.

386) 물론 학교 교원들은 전문성 확보를 이유로 교육현장 문제를 민관기관 중심으로 일원화 하는 방안에 대해 충분한 논의가 필요하다는 유보적 입장을 취할 수도 있다.

387) 이영돈, 전계논문, 134면.

388) 김용수, 전계 “학교폭력예방및대책에관한법률 및 시행령의 문제점과 개정방안”, 230면.

침해할 소지가 있으므로 삭제해야 한다는 주장도 있다.³⁸⁹⁾ 나아가 가해학생이 피해 학생에 대한 폭행사실 자체를 인정하지 않는 경우에는 서면사과가 형사처벌 및 민사상 손해배상청구의 증거자료로 활용될 수 있다는 점도 문제된다.³⁹⁰⁾ 가해학생이 진정한 반성 없이 학교에 복귀하면 피해학생과 가해학생의 불편한 관계는 지속되고 피해학생의 학습권에 지장을 초래한다. 최근에는 학교폭력에 대한 무관용 원칙(zero tolerance)³⁹¹⁾은 응보적 정의는 실현할 수 있겠지만, 일시적인 통제와 감시로 학교폭력을 억누를 뿐, 근본적 해결책은 아니라는 비판이 나오면서 회복적 정의가 힘을 받고 있다.³⁹²⁾ 그 이유는 가해학생을 엄벌한다고 해서 피해학생의 감정이 치유되는 것이 아니라는 점과 가해자와 피해자간의 화해의 장을 마련하는 것이 보다 효과적이고 실질적 배상에도 유리하다는 점이다.³⁹³⁾ 회복적 사법은 자율성³⁹⁴⁾, 갈등해소, 배상, 회복 등을 핵심요소로 한다.³⁹⁵⁾

회복적 사법(restorative justice)의 기원은 1974년 캐나다 온타리오(Ontario)주의 키치너(Kitchener) 지역에서 청소년 범죄를 대상으로 실험되었던 피해자·가해자 화해프로그램(Victim-Offender Reconciliation Program, VORP)이 1978년 미국 인디애나주(Indiana) 엘카트(Elkhart) 지역에 소개되면서 미국 전역으로 확산되어 약 300여개 이상의 프로그램이 작동하고 있다.³⁹⁶⁾ 일본에서는 회복적 사법을 적극적으로

389) 김용세, 전게서, 216면; 이승현, 전계 “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안”, 176면; 김용수, 전계 “학교폭력예방및대책에관한법률 및 시행령의 문제점과 개정방안”, 223면.

390) 김영천·김정현, 전계논문, 46면.

391) 무관용 원칙이란 일반적으로 학생의 연령이나 과거의 행동전력 등과 무관하게 학교 내 폭력을 비롯한 사소한 학내 규정 위반도 좌시하지 않고 예외 없이 처벌할 것을 규정하는 정책을 말한다. 미국의 각 주정부에서는 1988년 일리노이주의 초등학교에서 발생한 총기난사 사건, 1989년 캘리포니아주에서의 총기난사 사건, 1990년대에 발생한 콜럼바인 고등학교 총기난사 사건(2명의 가해학생이 13명을 살해하고 21명을 부상시킴) 이후 무관용 원칙을 채택, 도입하였다(고성혜, “미국의 학교안전사고가 주는 교훈”, 「교육정책포럼」 통권 제206호, 한국교육개발원, 2010. 8, 24면).

392) 정재준, “학교폭력 방지를 위한 한국·일본의 비교법적 연구”, 「법학연구」 제53권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2012. 5, 102면.

393) Ann L., Pappoport, “Restorative Practices”, Delaware Valley Schools Adopt New Discipline Approach, 2005. 1, p.71.

394) 회복적 사법의 맥락에서 논의되고 있는 자율성이 윤리적인 동기에 기초한 자율성인지 논란이 있다. 이와 관련하여 독일의 원상회복 대체초안 교수팀(AE-WGM)은 자발성을 행위자가 형사절차에서 이익을 받을 것인가 또는 불이익을 받을 것인가를 고려하여 이러한 두 가지 가능성 중에 하나를 확정하는 것으로 족하다고 이해하고 있다. Jürgen Baumann u.a., Alternative Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), C. H. BECK·München, 1992, S.40에서는 이러한 의미의 자율성을 “제재원리와 소송법적으로 수정된 자율성원칙”(das Sanktions-und verfahrensrechtlich modifizierte Freiwilligkeitsprinzip)이라고 표현하였다.

395) 도중진, 전계발표자료, 111면; The Oxford Handbook of Criminology, 2008, p.444.

로 채택하지는 않지만, 1990년대 후반에 소개된 이후 2003년 12월 내각의 청년육성 추진본부의 결정에 의해 「청소년 육성대강」에서 추진사업으로 선정하여 적용하고 있다.³⁹⁷⁾ 우리나라는 2007년 소년법이 개정되면서 회복적 사법이 도입되었으나 학교 현장에서 제대로 시행되지 못하고 있다. 최근 대안학교로 검토되고 있는 위스쿨³⁹⁸⁾에서 “회복적 정의”의 구현을 위한 중재프로그램을 시험적으로 운영하고 있다.³⁹⁹⁾

학교폭력 분쟁조정은 학교폭력의 개념정의 규정상 민·형사 사건을 포괄하는 조정제도라는 점, 손해배상청구나 고소·고발 차원보다는 피해학생에 대한 재발방지와 불법을 인식시킬 필요가 있다는 점 등을 감안할 때, 형사조정(화해) 까지도 포함된 회복적 조정의 개념으로 이해해야 한다. 이는 민사조정과 형사조정의 법적 성격(당사자 처분권의 인정여부 및 인정범위) 및 그 적용여부(예컨대 민사조정의 경우에는 손해배상액의 감액을 합의조정 할 수 있지만, 형사조정의 경우 무죄에 관한 합의조정이 가능한지 등)가 다르기 때문에 결국 회복적 분쟁조정기관의 분쟁조정결과에 대한 법적 구속력 인정여부 등에 직결되는 문제이다.

제3절 소결

이상에서 살펴본 바와 같이 학교안전사고에 대한 피해구제에 있어서 특별법들은 나름대로의 역할을 정리하고 피해구제에 일정부분 기여하고 있는 것으로 보인다. 그러나 문제점도 있다는 것을 알 수 있다. 이하에서는 피해자 구제를 위한 특별법의 한계와 이를 해소하기 위한 방안을 정리하고자 한다.

먼저 학교안전사고보상법의 공제급여의 한계는 피해보상 범위와 대상의 제한, 과실상계 규정, 불안한 구상권의 문제라고 할 수 있다.

첫째, 피해보상 범위와 대상의 제한이다. 학교안전사고보상법이 규정하는 요양급

396) 정재준, “미국의 학교폭력 방지대책”, 「서울대학교 법학」 제53권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 3, 555면; Mark S. Umbreit, Robert B. Coates, and Betty Vos, “Impact of Restorative Justice Conference with juvenile offenders”, Center for Restorative Justice & Peacemaking, 2000. 11, p.2.

397) 向井紀子·大月晶代, “修復的司法(少年司法との関契を中心)”, 「レファレンス」 2005年 10月号, 2005. 10, 88~89面.

398) 위탁형 대안학교 ‘위(Wee) 스쿨’은 학교폭력이나 학교 부적응 등 위기 학생을 위해 도입된 기숙학교로 학력이 인정되는 공교육과 전문적인 치료·상담 등이 이루어짐으로써 교육과 생활보로를 동시에 만족하는 치료형 대안학교이다(정재준, 상계논문, 558면).

399) 정재준, 전제 “학교폭력 방지를 위한 한국·일본의 비교법적 연구”, 102면.

여는 피공제자가 입은 부상 또는 질병의 치료에 소요된 비용 중 국민건강보험법에 따라 피공제자 또는 보호자 등이 부담한 금액으로 하고 있다. 장래 소요될 것으로 예상되는 치료비, 보조기 구입비, 간병비 및 피공제자나 그 보호자 등에 대한 위자료는 지급대상이 아니므로 일반 손해배상과는 달리 피해보상이 미흡하다. 그리고 국민건강보험공단의 비급여항목의 치료에 지급하는 보상금 지급기준이 미비해 각 시·도안전공제회의 판단에 따라 지급여부를 결정하는 실정이므로 시·도별로 동일한 규정을 적용해야 한다. 또한 가해자가 있는 사고라도 교내에서 발생하였다면 법 취지에 맞게 공제급여를 지급해야 한다. 피공제자가 자해·자살한 경우에는 공제급여지급을 제한하고 있는데 일본과 같이 학교 급별에 따라 일부 보상해야 하며, 학교안전사고가 원인이 되어 자해·자살한 경우가 어떤 것인지 구체적으로 입법화하는 것이 바람직하다.

둘째, 과실상계 적용의 문제이다. 과실상계에 대해 과거의 「학교안전공제회 공제급여 지급기준」과 같이 구체적인 사안에 따라 과실상계 비율을 세부적으로 명시할 필요가 있으며, 최저비율과 최고비율의 구간을 최대 10% 이내로 규정하여 자의적 해석의 소지를 줄여야 한다. 또한 과실상계의 내용을 법률에 근거하지 못하고 시행령과 시행규칙에 위임하는 것은 법률유보의 원칙에 위배되기 때문에 법률에 명시해야 한다. 피공제자의 과실상계에 대해 단계적으로 일본과 같이 고등학교에 한정하여 적용하다가 학교안전공제및사고예방기금을 확충하여 장기적으로는 과실상계 규정을 삭제해야 한다.

셋째, 불안한 구상권의 문제이다. 학교교육활동의 특성상 안전사고는 필연적으로 발생하기 때문에 고의사고 유발자에 대한 구상권 인정은 타당할지 몰라도 과실로 인한 사고까지도 구상권을 행사할 수 있다는 것은 문제이다. 따라서 제44조 제1항 제1호의 “피공제자의 고의 또는 중대한 과실”을 삭제하고 “피공제자의 고의”로 개정해야 할 것이다. 여의치 않은 기금의 사정 등 정책상 부득이 구상권이 필요한 경우에도 구상권 행사요건을 강화해야 한다. 장기적으로는 사회보험으로서 학교안전사고보상법과 유사한 보상구조와 체계를 갖고 있는 산업재해보상보험법에서와 같이 피보험자에 대한 구상권을 삭제하는 방향으로 나아가는 것이 법체계에 부합한다.

한편 학교폭력대책법의 한계로는 피해보상 범위의 협소, 분쟁조정기능의 미흡, 가해 학생과 피해학생간의 회복적 관계의 미흡 등이라고 할 수 있다.

첫째, 보상범위가 협소하다. 학교안전공제회가 학교폭력 피해학생에게 지급하는 금액은 피해학생의 보호조치에 소요되는 심리상담 및 조언비용, 일시보호비용, 치료 및 치료를 위한 요양비에 한정되기 때문에 피해자 입장에서는 완전한 보상이라고 할 수 없다. 또한 학교폭력 치료기간을 최장 3년으로 제한하고 있어 피해자 구제에 한계를 보이고 있으며, 치료의 성격상 장기적이면서 고액비용이 소요되는 정신과 치료비에 대해서는 관련 규정의 미비로 시·도공제회마다 지급액에서 차이를 보이고 있다. 그리고 학교폭력의 피해 학부모는 완전한 보상 내지 배상을 기대하지만, 학교폭력의 치료비는 국민건강보험법상 지급대상이 아니므로 학교안전공제회에서는 치료비가 국민건강보험이 적용되었을 때 본인이 부담해야 하는 금액만을 지급하게 되어 기대에 못 미치고 있다. 이와 같은 학교폭력의 협소한 보상범위를 확대하기 위해서는 치료비용의 범위를 가해자·피해자간 합의에 도달할 수 있는 법원의 손해배상 판결금액 수준으로 확대해야 한다. 그 방안으로는 치료비(법정제도)와 기타손해(임의제도)를 구분하여 운영하는 방안을 생각할 수 있다. 기타손해에 대해 임의제도로 운영하게 된다면 일실수익·위자료·간병비, 사망·장해 등은 계량화하기 어려운 부분임으로 피해금액의 산정을 위해 가칭 학교폭력피해비용보상심사위원회를 학교안전공제중앙회에 설치하는 방안을 모색할 수 있다. 이와 함께 범죄피해자보호기금을 활용하는 방안도 모색할 수 있으며, 궁극적으로 학교폭력의 사회적 해결을 위한 재원을 국가나 지방자치단체가 조달하도록 의무화해야 한다.

둘째, 자치위원회 분쟁조정 한계이다. ①자치위원회는 준사법적인 절차인 분쟁조정을 수행할 능력이 있는지 의문시 되며, 분쟁당사자가 될 수도 있는 교사들이 자치위원회위원이 될 수 있기 때문에 분쟁조정기관으로서의 적격성이 부족하다. 따라서 자치위원회의 기능 중 ‘피해학생과 가해학생간의 분쟁조정’은 전문적인 분쟁조정전문기관에서 다루어야 한다. ②분쟁조정기간은 1개월 이내로 짧다는 문제가 있음으로 분쟁조정기간을 80일 정도로 늘리거나 자료조사에 소요되는 기간은 분쟁조정기간에서 제외하는 것을 고려해야 한다. ③분쟁조정의 효력을 ‘재판상 화해’와도 같은 법적 효력이 인정되도록 규정하는 것이 바람직하다. ④재심청구기관의 이원화

로 혼란을 초래하고 있으므로 지방자치단체 혹은 시·도교육청에서 학교폭력조정위원회 또는 학교폭력분쟁조정센터를 신설하여 통합·운영하는 방안을 모색해야 한다.

셋째, 피해학생과 가해학생의 관계회복이 미흡하다. 서면사과는 일부 가해학생의 경우 진정성이 결여된 형식적 조치에 그칠 수 있으므로 폐지해야 한다. 또한 학교폭력에 대해 고소·고발보다는 피해학생의 재발방지를 위한 회복적 사법제도를 도입해야 한다.

이상에서 살펴본 바를 요약하면 학교안전사고의 공제급여는 과실상계 적용에 있어서 공제심의회의 자의적 해석이 가능하며 보상액이 법정되어 있어 요양급여, 장해급여, 간병급여, 유족급여, 장의비를 제외한 일실수익, 정신과 치료비, 위자료, 간병비, 교통비 등은 피해학생이 지급받지 못한다는 문제가 있다. 또한 장래 소요될 것으로 예상되는 치료비 및 보조기 구입비는 지급대상이 아니다. 학교폭력의 경우도 상담심리 및 조언비용, 일시보호비용, 치료 및 치료를 위한 요양비용으로 되어 있는데, 실제 치료비용의 일부만 보상하고 위자료, 일실수익 등이 보상범위에서 제외되어 보상범위가 협소한 실정이다. 피해액이 적으면 몰라도 피해자의 사망하거나 대형사고 등으로 중증 상해가 발생한 경우 피해자는 공제급여 지급결정에 승복하지 못하고 최후의 수단으로 완전배상을 구하는 민사소송을 제기하게 된다.⁴⁰⁰⁾

400) 학교안전공제회를 키워드로 하여 판례를 검색한 결과 학교안전공제회를 상대로 한 손해배상소송은 36건으로 나타나고 있다(http://www.lawnb.com.lib.jeju.ac.kr:8010/case/case_list.asp 2014. 6. 14. 검색자료). 이는 학교안전공제제도가 완전한 보상체계가 아니라는 것을 반증하고 있는 것으로 보인다.

제5장 민법에 의한 구제법리 재검토

제4장에서 특별법인 학교안전사고보상법에 의한 공제급여 지급과 학교폭력대책법에 의한 학교폭력의 피해자 구제에 대해 살펴보았다. 학교안전사고나 학교폭력에 대한 보상 내지 배상조치를 학교안전사고보상법에 입법화하여 공제제도를 두고 있는데, 학교안전공제회에서 지급하는 보상액은 완벽하지는 않지만 나름대로 학생의 피해구제에 기여하고 있다고 보인다. 그러나 앞에서 살펴본 바와 같이 학교안전사고보상법과 학교폭력대책법은 법의 규정과 적용에 있어서 아직은 미흡한 점이 많기 때문에 피해보상에 한계를 보이고 있는 실정이다. 학교안전사고에 관한 민사책임의 법적 구성의 문제는 주로 교사 등 학교측의 과실에 대한 증명책임의 문제와 관련하여 어느 쪽이 피해학생에게 유리한 것인가를 밝히는데 귀착된다고 할 수 있다. 학교안전사고의 구제에 대해 어떠한 법리를 적용해야 하는가는 교육제도상 중요한 과제이다. 학교안전사고의 배상·구제문제는 교육조건과 관련된 것이지만, 중요한 것은 이러한 문제가 일반적으로 교육내용이나 교육방법에 영향을 준다는 것이다. 따라서 학교안전사고의 구제법리 형성에 있어서 피해학생에 대한 구제범위의 확대와 더불어 교육이념 실현에 대한 것도 고려해야 한다.

제5장에서는 학교안전사고에서 주로 손해배상의 근거로 민법의 주요 법리로서 불법행위책임과 채무불이행책임에 대하여 살펴보고 판례를 통해 학교안전사고의 배상을 소구하는 모습을 살펴보고자 한다. 또한 학교안전사고의 책임을 불법행위와 재학계약에 근거한 채무불이행으로 구성하는 경우의 법률관계를 살펴보고 이를 비교·검토해 보고자 한다. 동시에 학교안전사고의 사전적 예방과 사후적 구제라는 목적을 동시에 달성할 수 있는 방법론으로 이른바 고용계약에서 시작되어 숙박계약, 여행계약, 체육시설물 이용계약 등 여러 분야에 적용영역을 확장해 가고 있는 안전배려의무에 대하여 고찰하고 학교안전사고에도 확장·적용하여 피해학생 구제를 용이하게 하기 위한 법리를 모색해 보고자 한다.

제1절 불법행위에 의한 손해배상

고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다(민법 제750조). 일반적으로 불법행위(Torts)의 요건으로 ①가해자의 고의 또는 과실 ②가해자의 책임능력 ③가해행위의 위법성 ④가해행위에 의한 손해발생(손해발생+인과관계)을 들고 있다.⁴⁰¹⁾ ① ②는 가해자를 표준으로 판단하는 주관적 요건이고, ③ ④는 객관적 요건이다.⁴⁰²⁾ 불법행위로 인한 법률효과로서 손해배상청구가 인용되기 위해서는 원고는 귀책사유, 위법성, 손해, 인과관계를 증명할 책임을 부담한다.⁴⁰³⁾ 책임능력은 일반인에게는 갖추어져 있는 것이 보통이고 단지 그 부존재가 면책사유의 문제로 되기 때문에 고의·과실과는 달리 피해자가 가해자의 책임능력까지 증명할 필요는 없고, 가해자가 불법행위책임을 면하려면 스스로 자신이 책임무능력자라는 사실을 증명하여야 한다.⁴⁰⁴⁾ 학교안전사고에 있어서 불법행위의 성립요건으로서 ①학교안전사고가 고의 또는 과실에 의해 발생하였을 것 ②가해자에게 책임능력이 있을 것 ③가해행위가 위법할 것 ④학교안전사고와 가해행위 사이에 인과관계가 존재할 것 등이다. 특히 학교안전사고에 있어서 민법 제750조의 일반불법행위책임은 가해자의 고의·과실책임과 민법 제755조에 의한 법정감독자와 대리감독자의 과실책임을 들 수 있다.

1. 일반불법행위책임

(1) 일반불법행위책임의 성립요건

1) 가해자의 고의 또는 과실

고의란 자신의 행위로 인하여 타인에게 위법한 침해가 발생하리라는 것을 인

401) 김준호, 「채권법(제5판)」, 법문사, 2014, 826면; 窪田充見, 「不法行為法」, 有斐閣, 2007, 35面.

402) 송덕수, 「신민법강의(제6판)」, 박영사, 2013, 1649면; 정기웅, “불법행위 성립요건으로서의 과실의 개념과 불법행위 책임체계에서의 지위”, 「비교사법」 제18권 제3호, 한국비교사법학회, 2011. 9, 817면; 김증한·김학동, 「채권각론」, 박영사, 2006, 779면.

403) 광윤직, 「채권각론(제6판)」, 박영사, 2009, 392~409면.

404) 오지용, 「불법행위의 법리」, 진원사, 2010, 35면; 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009, 625면.

식⁴⁰⁵⁾하면서도 감히 이를 행하는 심리상태이며, 과실은 일정한 결과가 발생할 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의로 말미암아 인식하지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태를 말한다.⁴⁰⁶⁾ 행위자의 과실준부 판단의 기준이 되는 주의의무는 통상인을 기준으로 하는 추상적 과실과 행위자 개인의 주의의무를 기준으로 하는 구체적 과실로 구분된다. 과실은 본래 행위자의 주의력을 문제 삼는 구체적 과실이어야 할 것이나, 그렇게 되면 사회의 보통사람으로서의 주의를 할 것으로 예상하고 행동하는 피해자는 가해자의 개인적인 주의능력에 따라 배상받지 못하게 되어 피해자의 보호에 충분치 못하고 손해배상 취지인 공평·타당한 부담에도 맞지 않기 때문에 추상적 과실이라고 판단하고 있다.⁴⁰⁷⁾

2) 가해자의 책임능력

민법은 미성년자로서 그 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 자와 심신상실자를 책임능력이 없는 것으로 하고 이 경우에는 그 감독자가 원칙적으로 책임을 지도록 하고 있다. 과실책임을 지우려면 당연히 행위자가 어떤 행위의 결과를 예견하고 회피하기 위하여 필요한 일정한 판단능력을 가지고 있을 것이 전제되어야 한다. 책임능력이란 그의 행위가 도덕적으로 허용되지 않는 행위로서 비난을 받게 되는 도덕적 책임이 생긴다는 것을 인식하는 것만으로는 부족하고 나아가 그 행위의 결과가 위법한 것으로서 법률상 비난받고 어떠한 법적 책임이 생긴다는 것을 인식하는 정신능력을 말한다.⁴⁰⁸⁾

민법에서 미성년자의 법률행위에 의사능력⁴⁰⁹⁾의 유무를 따지지 않고 법률적으로

405) 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식만 있으면 족하고 그 외에 그 것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식되는 것을 필요로 하는 것은 아니다(헌재 2011. 10. 25. 2009헌바234; 대판 2002. 7. 12. 2001다46440; 1991. 3. 8. 90다16771).

406) 김준호, 전계서, 828면; 지원립, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014, 1667면; 김상용, 전계서, 605면.

407) 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 이른바 추상적 과실만 문제되는 것이고 이러한 과실은 사회평균인으로서의 주의의무를 위반한 경우를 가리키는 것이지만, 여기서의 ‘사회평균인’이라고 하는 것은 추상적인 일반인을 말하는 것이 아니라 그때 그때의 구체적인 사례에 있어서의 보통인을 말하는 것이다(대판 2001. 1. 19. 2000다12532).

408) 송덕수, 전계서, 1655면; 이창현, “민법 제755조의 개정에 관한 연구”, 「민사법학」 제53호, 한국민사법학회, 2011. 3, 43면; 곽윤직, 전계서, 393면; 김증한·김학동, 전계서, 802면; 森島小夫, 「不法行為法講座」, 有斐閣, 1987, 138~139면.

409) 의사능력의 유무는 구체적인 법률행위와 관련하여 개별적으로 판단되어야 하므로, 특히 어떤 법률행위가 그 일상적인 의미만을 이해하여서는 알기 어려운 특별한 법률적인 의미나 효과가 부여되어 있는 경우 의사능력이 인정되기 위해서는 그 일상적인 의미뿐만 아니라 법률적인 의미나 효과에 대하여도 이

취소할 수 있도록 하면서도 불법행위의 책임에 관하여 이와 같이 다루는 것은 책임능력이 행위능력에 비하여 그 요구되는 지능의 정도가 낮아도 무방하고, 불법행위는 법률행위와 달라서 각 경우 개별적으로 책임의 유무를 판정하는 것이 적당하기 때문이다.⁴¹⁰⁾ 미성년자가 책임능력을 갖추었는지에 관한 연령의 기준은 없다.⁴¹¹⁾ 판례는 대체로 12세까지는 책임능력을 부정하고,⁴¹²⁾ 15세 이상인 경우에는 책임능력을 인정하고 있다.⁴¹³⁾ 그러나 13세와 14세의 미성년자에 대해서는 긍정하는 판례⁴¹⁴⁾도 있고 부인하는 판례⁴¹⁵⁾도 있어 일관성이 없는 실정이다.

3) 가해행위의 위법성

위법성은 인간의 행위가 법질서에 반하여 용인될 수 없다는 가치판단을 받는 것을 말한다. 따라서 가해행위가 법질서에 어긋나고 사회통념상 용인될 수 있는 한계를 벗어난 경우에는 그 가해행위에 대한 위법성이 인정된다.⁴¹⁶⁾ 그리고 위법성은 관련 행위 전체를 일체로만 판단하여 결정해야 하는 것은 아니고, 문제가 되는 행위마다 개별적·상대적으로 판단하여야 한다. 구체적으로 어떤 행위가 위법인지 여부는 당해 행위에 의하여 침해된 법익의 성질에 의하여 결정된다.⁴¹⁷⁾ 판례는 가해행위

해할 수 있을 것을 요한다(대판 2009. 1. 15. 2008다58367).

410) 박종두, 「채권법각론(제3판)」, 삼영사, 2010, 440면.

411) 미성년자의 책임능력에 관한 입법례로 우리 민법은 지능주의를, 독일은 연령주의를 취하고 있다. 독일 민법 제828조는 18세 이상의 자는 완전한 책임능력자이고, 만 7세 미만의 자는 완전한 책임능력이 없는 절대적 책임무능력자이며, 7세 이상 18세 미만의 자는 구체적인 불법행위의 경우마다 때로는 책임능력이 인정되고, 때로는 책임능력이 인정되지 않는 상대적 책임무능력자로 규정하고 있다(김창구, “미성년자의 불법행위에 대한 감독자 책임”, 「재산법연구」 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011. 2, 307면; 송오식, “책임능력 있는 미성년자의 감독자의 책임”, 「법학논총」 제25집, 전남대학교 법학연구소, 2005. 1, 83면).

412) 대판 1971. 5. 6. 71다59; 대판 1962. 5. 17. 62다44.

413) 18세의 책임능력을 인정(대판 1990. 4. 24. 87다카2184; 대판 1989. 5. 9. 88다카2745; 대판 1984. 7. 10. 84다474), 17세 5개월의 책임능력을 인정(대판 1962. 2. 28. 4294민상1036), 16세 11개월의 책임능력을 인정(대판 1975. 1. 14. 74다1795)한 사례가 있다.

414) 대판 2000. 4. 11. 99다44205; 대판 1992. 11. 8. 91다376990; 대판 1991. 11. 8. 91다32473; 대판 1669. 7. 8. 68다2406.

415) 대판 1997. 6. 13. 96다44433; 대판 1997. 5. 24. 77다354; 대판 1992. 5. 22. 91다37690; 대판 1978. 11. 28. 78다1805; 대판 1978. 7. 11. 78다729; 대판 1977. 5. 24. 77다354.

416) 위법성 판단기준은 실정법을 기준으로 한다는 설(형식적 위법론)과 실정법과 선량한 풍속 기타 사회질서를 기준으로 하여 객관적·실질적으로 판단되어야 한다는 설(실질적 위법론)이 있다. 후자가 통설인데 이 견해는 위법을 실정법 이전의 문제로 보아 실정법 이외에 선량한 풍속 등의 사회규범을 위법평가의 기준으로 보고 있다(이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2007, 801면; 곽윤직, 전거서, 398~399면).

417) 즉 물권이나 인격권과 같은 절대권을 침해하는 행위는 일응 위법한 것으로 평가되지만, 채권과 같은

의 위법성 여부는 침해행위의 태양과 침해된 법익의 성질을 상관적으로 검토하여 개별적·상대적으로 정한다.⁴¹⁸⁾ 손해의 발생 및 그 범위에 대한 증명책임은 피해자인 원고가 부담한다. 판례는 손해의 발생이 추정되어도 그 금액에 대한 증거가 없어 이를 확정할 수 없으면 그 배상청구를 인용할 수 없다고 한다.⁴¹⁹⁾

(라) 가해행위와 손해간의 인과관계

민법은 독일민법 제823조 제1항 및 제2항과 제826조처럼 불법행위 성립에 대해 개별요건주의를 취하지 않고, 일반요건주의⁴²⁰⁾를 취하고 있다. 그리고 불법행위 성립요건은 의용민법 제709조에서처럼 권리침해를 요구하지 않고 ‘고의 또는 과실로 인한 위법행위’와 ‘손해발생’ 사이에 인과관계이다.⁴²¹⁾ 즉, 우리 민법에서는 특정법익에 대한 직접적인 침해 내지 가해가 없이도 불법행위가 성립할 수 있다.⁴²²⁾

인과관계는 손해배상책임의 발생 내지 성립의 문제인지, 아니면 손해배상책임의 범위의 문제인지에 대해 구별하여 살펴볼 필요가 있다. 판례는 손해배상책임의 성립 문제와 손해배상책임의 범위 문제를 구별하지 않고 상당인과관계가 있는지 여부를 기준으로 하고 있다.⁴²³⁾ 그러나 최근에는 가해행위로 인한 손해배상책임 성립요건으로서의 인과관계와 손해배상범위 확정에 있어서의 인과관계를 구별하여 논함이

상대권을 침해하게 되는 경우에는 제3자가 채권의 실현을 방해할 적극적인 의도로서 침해행위를 할 경우에만 위법하게 되는 것이다(지원립, 전게서, 1683면).

418) 대판 2010. 7. 15. 2006다84126; 대판 2003. 7. 25. 2001다60392; 대판 2003. 6. 27. 2001다734; 대판 2001. 5. 8. 2000다35955; 대판 2001. 2. 9. 99다55434.

419) 대판 1977. 9. 25. 77도1576; 대판 1960. 7. 28. 4292민상961.

420) 불법행위 성립요건에 관하여 일반적 규정을 두고 있는 입법례로는 프랑스 민법(Code civil) 제1382조~1883조, 스위스 채무법(OR) 제41조, 오스트리아 민법(ABGB) 제1295조, 이태리 민법(Codice civile) 제2043조 등을 들 수 있다. 이와 같은 입법방식은 자연법학과의 영향을 받아 프랑스 민법이 채택하였고 그 밖의 국가들이 이를 본받았다(Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996, p.619).

421) 의용민법(依用民法) 제709조는 불법행위 성립요건과 관련하여 「고의 또는 과실로 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 발생한 손해를 배상할 책임이 있다」고 규정하고 있다. 민법 제정당시 일본의 지배적인 견해, 즉 일본민법 제709조에 있어서의 권리침해라는 요건에 의해서는 피해구제의 범위가 너무 협소하게 되기 때문에 이를 위법성의 의미로 확대해석해야 한다는 당시 일본의 판례와 학설을 수용하여 권리침해 대신에 위법행위라는 문구를 삽입한 것이다(서광민, 전게논문, 3면).

422) 예컨대, 모래채취업자가 하천의 골재채취허가를 받고 골재를 채취한 후 골재를 채취로 생긴 웅덩이를 메우지 않고 방치한 결과 나중에 하천에서 수영하던 동네 아이들이 빠져 사망한 경우처럼 진행되는 위법행위가 나중에 어떠한 손해를 초래한 경우(간접손해)에도, 「고의 또는 과실로 인한 위법행위」와 손해 발생 사이에 인과관계가 있기 때문에 불법행위가 성립할 수 있다(대판 1993. 9. 14. 93다15328).

423) 대판 2007. 7. 13. 2005다21821; 대판 2007. 7. 13. 2005다23599; 대판 [전합] 1994. 2. 8. 93다13605; 대판 1993. 8. 27. 93다22357; 대판 1992. 5. 22. 91다37690; 대판 1991. 11. 8. 91다32473.

타당하다는 주장이 강하게 제기되고 있다.⁴²⁴⁾ 이와 같이 손해배상책임 성립요건으로서의 인과관계와 손해배상범위 확정인 인과관계를 달리 다루어야 한다는 주장은 불법행위의 성립에 관하여는 제750조가 규정하고, 불법행위로 인하여 발생한 손해배상책임의 범위에 관하여는 제763조(제793조를 준용)가 이를 규정하여 양자를 별도로 규정하기 때문이라고 한다.⁴²⁵⁾ 인과관계의 증명책임은 피해자가 부담한다.

(2) 학교안전사고에 대한 손해배상책임의 주체

1) 가해학생 및 법정감독자

학교안전사고의 가해자가 학생인 경우 당해 학생은 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 가해를 가한 자로서 민법 제750조에 의해 손해배상을 지게 된다. 가해학생이 책임능력이 없는 경우에는 가해 학생에게 손해배상책임을 지울 수 없기 때문에 민법 제755조에 의해 가해학생의 법정감독자인 학부모나 대리감독자인 교사가 원칙적으로 책임을 지게 된다.⁴²⁶⁾ 그런데, 가해자인 미성년자가 민·형사상 책임이 있지만 실제적인 손해배상능력이 없기 때문에 피해자는 가해자의 친권자인 부모를 상대로 손해배상을 청구하는 것이 보통이다.⁴²⁷⁾ 가해학생이 책임능력 있는 경우에 친권자는 배상책임이 없지만, 판례⁴²⁸⁾에 따르면 이 경우에도 부모는 친권자로서 일반적 지도·교양의무를 다하지 못한 것이 되어 자녀의 불법행위와 상당인과관계가 있는 때에는 지도·교양의무를 해태한 과실이 있는 자로서 민법 제750조에 의해 불법행위책임을 지게 된다(일반불법행위책임설 또는 민법 제750조 적용설). 즉, 부모들은 그 자녀를 학교에 보냄에 있어 학교의 질서와 규율을 지키고 교원의 지도에 따르며, 다른 학생에게 손해를 입히는 일이 없도록 또한 자신의 안전에 스스로 충실하도록 평소 가정에서 교육을 충실히 할 의무를 지니고 있다.⁴²⁹⁾

424) 지원림, 전계서, 1720면; 송덕수, 전계서, 1666면.

425) 김상용, 전계서, 644면.

426) 민법에 규정된 법정감독자는 친권자(제909조, 제913조), 친권대행자(제910조, 제948조), 후견인(제928조, 제945조)을 들 수 있다.

427) 김도형, 전계 “학교안전사고 보상제도의 법제화에 관한 소고”, 255~256면.

428) 대판 1994. 2. 8. 93다13605; 대판 1993. 8. 27. 93다22357; 1992. 5. 22. 91다37690; 1991. 11. 8. 91다32743; 1991. 4. 9. 90다18500; 1990. 4. 24. 87다카2184; 1989. 5. 9. 88다카2745; 1975. 1. 14. 74다1795.

429) 김상찬·조두환, 전계논문, 30면; 이정식, 전계 “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 216면.

가해자의 친권자에게 책임을 물을 수 있는 근거로서는 ①부모 등 보호자는 자녀 또는 아동이 바른 인성을 가지고 건강하게 성장하도록 교육할 권리와 책임을 가진다는 교육기본법 제13조 제1항 ②친권자는 자를 보호하고 교양할 권리의무가 있다는 민법 제913조 ③친권자는 그 자를 보호 또는 교양하기 위하여 필요한 징계를 할 수 있고 법원의 허가를 얻어 감화 또는 교정기관에 위탁할 수 있다는 민법 제915조를 들 수 있다.⁴³⁰⁾ 다만, 이 경우에는 제755조의 경우와는 달리 피해자가 감독의무자의 감독의무 위반사실 및 그 사실과 손해발생 간의 인과관계를 증명하여야 한다.

그런데 법정감독의무자라 하더라도 가족상의 공동생활을 영위하는 때에만 책임을 부담하므로 민법 제837조에 의해 이혼 후 양육을 부담하지 않는 친권자는 감독자책임을 지지 않는다는 견해⁴³¹⁾가 있다. 다만 책임무능력자를 방치하거나 부적당한 자에게 맡겨 놓은 경우에는 책임을 진다고 한다. 이에 대해 감독자책임은 무과실책임에 접근해 있는 제도로서 법정감독자책임을 위의 견해와 같이 축소할 경우 그 제도의 목적을 달성할 수 없으며, 위 견해는 단서를 폭넓게 해석함으로써 이론상 일관성이 없기 때문에 법정감독자의 책임을 가족공동생활을 하는 경우에 한정하여서는 안되며, 타인에게 양육을 맡긴 경우에도 생긴다고 해석해야 한다는 견해⁴³²⁾가 있다. 사건으로는 후자의 견해가 옳다고 생각한다.

2) 교사 및 교장

헌법 제31조가 국민의 기본적 인권의 하나로 인정하는 ‘교육을 받을 권리’의 내용 가운데는 학생이 학교교육을 받는 과정에서 생명이나 신체의 건강 등을 위협받지 아니한 채 안전하게 교육을 받을 권리가 내포되어 있다고 볼 수 있다. 이에 대응하여 교사는 교육활동에서 발생할 수 있는 사고의 위험으로부터 피교육자인 학생의 안전을 보호하고 동료학생을 비롯한 타인에게 가해행위를 하지 않도록 지도·감독할 의무가 있다고 할 수 있다.⁴³³⁾ 초·중등교육법 제20조 제4항에는 “교사는 법령이

430) 정상현, “책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임의 근거 재해석”, 「법조」 제539권, 법조협회, 2001. 8, 113면.

431) 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997, 689면.

432) 이은영, 전게서, 844면.

433) 엄동섭, “학교폭력에 따른 교사 등의 민사책임(집단따돌림을 중심으로)”, 「법교육연구」 제7권 제2호, 한국법교육학회, 2012. 12, 65면; 김도형, 전게 “학교사고에 의한 손해배상책임에 관한 연구”, 348~349면.

정하는 바에 따라 학생을 교육한다”는 규정만 있을 뿐, 직접적인 보호·감독에 관한 규정을 두고 있지는 않기 때문에 교사 등이 일반적으로 학생을 보호·감독할 의무가 있는지가 문제된다. 이에 대해 판례는 “학교의 교장이나 교사의 학생을 보호·감독할 의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 감독하여야 할 의무”라고 하고 있다.⁴³⁴⁾ 따라서 그 의무는 교육관계 법령의 정신 내지 입법취지로부터 교사의 직무상 당연히 발생하는 것으로 본다.⁴³⁵⁾ 일본의 경우에도 학교교육법에 교사 등의 보호·감독의무에 관한 직접적인 규정이 없다고 하여 같은 근거로 이를 인정하고 있다.⁴³⁶⁾

한편, 사교육을 담당하는 학원의 설립·운영자도 수강생을 관리·감독할 의무가 있다고 한 판례는 “유치원이나 교사 등의 보호·감독의무가 미치는 범위는 유치원생이나 학생의 교육활동과 밀접 불가분의 관계에 있는 관계로 한정되고 사고의 예상가능성은 학생의 연령, 사회적 경험, 판단능력, 기타의 제반 사정을 고려하여 판단하여야 한다. 이와 같은 논리는 학원의 설립·운영자 및 교습자의 경우에도 적용된다”고 하였다.⁴³⁷⁾ 학교안전사고가 교사 자신의 고의 또는 과실로 인하여 발생한 경우에 사립학교의 교사는 자신에게 경과실만 있는 경우에도 손해배상책임을 부담해야 한다. 왜냐하면 불법행위에서 보통 과실이라고 할 때에는 추상적인 경과실을 말하기 때문이다.⁴³⁸⁾ 그러나 국공립학교의 경우에는 학설이 나뉘어져 있다.⁴³⁹⁾ 공무원 개인의 책임에 관하여는 ①국가 또는 지방자치단체 외에 공무원 개인도 책임을 진다는 긍정설 ②고의 또는 중과실의 경우에만 책임을 진다는 제한적 긍정설 ③헌법 제29조 제1항 본문 및 국가배상법 제2조와 관련하여 공무원 개인은 책임을 지지 아니한다는 부정설로 분류되고 있다.⁴⁴⁰⁾

434) 대판 1996. 8. 23. 19833; 대판 1995. 12. 26. 95다313; 대판 1994. 8. 23. 93다60588; 대판 1993. 2. 12. 92다13646.

435) 윤인태, 전계논문, 282면; 加藤一朗, 「不法行為」, 有斐閣, 1997, 161면.

436) 兼子仁, 前掲書, 508~509면; 上井長久, “学校事故に関する裁判の動向と問題点 : その損害賠償責任について”, 「ジュリスト」 第589号, ジュリスト社, 1975, 36면 참조.

437) 대판 2008. 1. 17. 2007다40437.

438) 박윤직, 전계서, 476면.

439) 윤양수, 「행정법일반이론」, 제주대학교출판부, 2009, 515~516면; 박윤직, 「채권각론」, 박영사, 2003, 476면.

440) 헌법 제29조 제1항 후단 “이 경우 공무원 자신의 책임은 면제되지 아니한다”고 하는 것을 국가 등의 구상에 응하는 것을 책임으로 보아, 어떤 경우에도 공무원인 교사가 직접 피해자인 학생에게 배상책임을 부담하지 않는다고 한다.

판례는 “공무원의 위법행위가 고의·중과실에 기한 경우에는 비록 그 행위가 그의 직무와 관련된 것이라고 하더라도 그와 같은 행위는 그 본질에 있어서 기관 행위로서의 품격을 상실하여 국가 등에게 그 책임을 귀속시킬 수 없으므로 공무원 개인에게 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담시킨다. 다만, 이러한 경우에도 그 행위의 외관을 객관적으로 관찰하여 공무원의 직무집행으로 보여질 때에는 피해자인 국민을 두텁게 보호하기 위하여 국가 등이 공무원 개인과 중첩적으로 배상책임을 부담하되 국가 등이 배상책임을 지는 경우에는 공무원 개인에게 구상할 수 있도록 함으로써, 궁극적으로는 그 책임이 공무원 개인에게 귀속되도록 하려는 것이 봄이 합당하다”라고 하여 공무원의 책임을 제한적으로 인정하는 절충적 입장을 취하였다.⁴⁴¹⁾

사립학교 교장의 책임이 교사와 책임과 다른 점은 사립학교 교장은 민법 제756조 제2항의 사용자에 갈음하여 그 사무를 감독하는 자인 대리감독자에 해당되므로 사용자책임을 질 수 있다는 점이다. 대리감독자는 단순히 형식적인 대표자가 아니라 “객관적으로 보아 현실적으로 사용자에 갈음하여 사업을 감독하는 자”를 의미한다.⁴⁴²⁾ 여기에서 ‘현실적으로’의 의미는 “감독행위자의 실재를 의미하지 아니하고 객관적 당위로서 요구되는 감독의 태양이 현실적, 구체적이어야 한다는 것을 말하는 것”이다.⁴⁴³⁾ 국공립학교의 교장의 경우 국가배상법이 우선 적용될 뿐만 아니라 민법 제756조 제2항의 ‘사무’의 집행에는 국가 또는 지방자치단체의 공권력의 행사는 포함되지 않는다고 할 것이므로 본 조항은 적용되지 않는다.⁴⁴⁴⁾

3) 학교의 설치자

학교안전사고에 대한 교사 등의 과실이 인정되면 국공립학교인 경우 설치자인 국가 또는 지방자치단체가 국가배상법 제2조 제1항에 의하여 책임을 지게 된다. 사립

441) 김상찬·조두환, 전계논문, 29면; 대법원은 이전의 모든 판결에서 피해자의 선택적 청구를 부정하였으나, 본 판결에서는 ①공무원에게 고의·중과실이 있는 경우에는 선택적 청구를 긍정하고, ②공무원에게 고의·중과실이 없는 경우에는 선택적 청구를 부정하여 종전의 판례를 변경하였다(대판 1996. 2. 15. 95다38677).

442) 대판 1998. 5. 15. 97다58538; 대판 1992. 7. 28. 92다10531.

443) 鍋山健, “学校事故をめぐる法律問題”, 「判例タイムズ」 第501号, 判例タイム社, 1983, 44面.

444) 윤경, “학교사고에 대한 학교측의 손해배상책임”, 「민사소송」 제6권, 한국민사소송법학회, 2002. 8, 242면.

학교의 경우에는 학교법인이나 경영자 개인이 민법 제756조에 의해 사용자로서 책임을 부담하게 된다. 사용자인 학교의 설치·경영자는 교원의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에 손해배상 책임을 면할 수 있다(민법 제756조 제1항). 문제되는 것은 사립학교의 설립자가 대리감독자를 선임·감독하는데 과실이 없는 경우, 대리감독자가 그 사무를 감독함에 과실이 있었다면 사립학교의 설립자가 직접 책임을 지는지 여부이다. 과실책임을 엄하게 인정한다면 사립학교의 설립자는 대리감독자인 교장 등 관리자의 선임·감독에 있어서 그의 과실에 대해서만 책임을 진다고 해석해야 할 것이다. 그렇게 되면 피해자인 학생은 충분한 배상을 얻지 못하는 경우가 있어 가혹하며, 학교설립자에게 부당한 이익을 주는 결과가 되므로 교장 등의 관리자의 과실은 학교설립자의 과실로 보는 것이 타당하다.⁴⁴⁵⁾

(3) 학교측의 보호·감독의무의 범위

학교에서 학교관계자, 즉 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 진다. 그러한 보호·감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 보호·감독하는 의무이다. 학교에서 교장, 교사의 보호·감독의무의 성질은 원칙적으로 친권자 등 법정감독의무자를 대신하여 부담하는 의무와 동일하다. 그러나 친권자 등이 부담하는 보호·감독의무는 학생의 전 생활영역에 미치는 것에 비하여 교사의 의무는 교육활동에 부수하여 발생한다는 점에서 그 의무와 범위, 정도는 친권자 등에 비하여 상대적으로 좁다고 할 수 있다.⁴⁴⁶⁾ 대법원은 “교장이나 교사의 학생에 대한 보호·감독의무는 학교 내에서의 학생의 전 생활에 미치는 것이 아니고, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무범위 내의 생활관계라고 하더라도 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 제반사정을 고려하여 사고가 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다”고 하여

445) 박윤직, 전계서, 「채권각론」, 518면.

446) 오창수, 전계서, 245면.

확보한 입장을 취하고 있다.⁴⁴⁷⁾

가해학생의 부모 등 법정감독의무자의 책임은 교장, 교사 등 대리감독의무자의 책임과 다르게 보고 있다. 가해학생의 성벽, 사고 전후의 언동, 소지품, 교우관계 등 제반사정으로부터 곧바로 당해 가해행위를 예견할 수 없더라도 어떤 가해행위가 있을 수 있다는 추상적 위험성을 예견할 수 있다면, 부모로서는 일반적, 포괄적으로 주의, 지도, 인격교육, 가정환경정비 등 사고방지를 위한 적절한 노력을 하지 않은 이상 그 결과인 가해행위가 교사의 감독하에서 발생하였다고 하여 면책된다고 볼 수는 없기 때문이다. 판례는 일반적, 추상적 감독의무의 위반만을 들어 친권자의 과실을 인정하고⁴⁴⁸⁾ 나아가 친권자의 감독의무 위반과 손해배상 사이에 인과관계를 인정하고 있다.⁴⁴⁹⁾ 학교관계자(교장, 교사 등)의 학생에 대한 보호·감독이란 가해학생에 대한 보호·감독을 말하는 것이므로 가해학생이 대학생이라면 보호·감독을 지도·감독으로 대체할 수 있을 것이다.⁴⁵⁰⁾

2. 감독자책임

우리 민법은 미성년자로서 자기의 행위의 책임을 변식할 능력이 없는 자 또는 심신상실자처럼 책임무능력자가 제3자에게 가해행위를 함으로써 입힌 손해에 대하여 이들은 배상책임이 없다고 하고 있다(제753조·제754조). 이런 경우에 대비하여 그들의 법정 의무 있는 감독자 또는 감독의무에 갈음하는 자로 하여금 불법행위로 인한 손해배상책임을 지도록 규정하고 있다(제755조 제1항, 제2항).⁴⁵¹⁾ 민법은 책임능력을 불법행위의 성립요건으로서 소극적으로 규정하고 있는데, 이는 책임능력 없는

447) 대판 2008. 5. 8. 2008다5417; 대판 2007. 6. 15. 2004다48775; 대판 2007. 4. 26. 2005다24318; 대판 2002. 12. 10. 2000다55126; 대판 2000.4. 11. 99다44205; 대판 1999. 9. 17. 99다23895; 대판 1997. 6. 27. 97다15258; 1997. 6. 13. 96다44433; 대판 1997. 2. 14. 96다38070; 대판 1996. 8. 23. 96다19833; 대판 1993. 2. 12. 92다13646.

448) 대판 1993. 8. 27. 93다22357.

449) 대판 1992. 5. 22. 91다37690.

450) 윤경, 전계논문, 243~244면.

451) 민법 제750조가 규정하고 있는 일반불법행위의 성립요건과는 달리 제755조에서 제760조까지는 무과실 책임주의 또는 이를 이탈한 책임주의를 규정하고 있는데, 이를 특수불법행위라고 한다(박종두, 전계서, 431면; 김상용, 전계서, 601면). 특수불법행위 규정들은 통일적 기준을 들기는 어려우나 대체로 피해자를 두텁게 보호하기 위해 제750조에 대한 특칙을 정하고 있다(김준호, 전계서, 822면).

자의 행위에 대하여 불법행위책임을 인정하지 않고 있음을 근거로 책임능력도 불법 행위 요건의 하나로 인정하는 것이다.⁴⁵²⁾

감독의무자의 과실에 대한 증명책임은 피해자로부터 감독의무자에게로 전환되어 있다. 이 경우 감독의무자의 면책증명이 거의 인정되지 않는 현실에 비추어 감독자의 책임은 실질적으로 무과실책임에 접근하게 된다.⁴⁵³⁾ 그런데 감독의무자는 감독의무를 게을리하여 이왕에 손해가 발생한 경우에 그는 자신이 감독의무를 게을리하지 않았더라도 손해가 발생하였으리라는 것을 증명하여 책임을 면할 수 있는지가 문제이다.⁴⁵⁴⁾ 사용자책임에 관하여는 명문으로 이를 인정하고 있는(제756조 제1항 단서) 반면, 감독자책임에 관해서는 규정이 없다. 학설은 나뉘는데, 제1설은 제756조 제1항 단서를 유추적용하여 감독자책임은 증명책임이 전환된 것이라 하더라도 기본적으로는 과실책임이며, 감독의무 위반과 손해 사이에 인과관계가 없다는 이유로 그 책임을 면한다고 해석한다.⁴⁵⁵⁾ 제2설은 제755조에서 제756조 제1항의 단서와 같은 내용을 규정하지 않는 것은 감독의무자의 감독의무 위반이 있으면 그것이 손해발생과 인과관계에 있는지 여부를 묻지 않고 책임을 지우겠다는 입법자의 의도가 있는 것으로 보아 면책을 부정한다.⁴⁵⁶⁾

이에 대해 절충설로서 법정감독의무자에 관해서는 면책을 부정하고 임의감독자에 관하여는 면책을 인정함이 타당하다는 견해⁴⁵⁷⁾가 있다. 첫째, 법정감독자의 경우에 면책을 허용한다면 피감독자의 위법행위와 손해 사이에 인과관계 및 감독자의 감독의무 위반과 손해 사이의 인과관계 두 가지가 모두 존재하는 경우에 피해자의 손해배상청구를 인용한다는 이론구성이 되어 부당하다. 법정감독자책임은 어디까지나 피감독자의 위법행위로 말미암은 손해를 그의 감독자로서의 위치에서 대신 배상해

452) 박종찬, 「불법행위법」, 강원대학교출판부, 2011, 32면; 광윤직, 전게서, 「채권각론」, 393면.

453) 책임무능력자의 감독자의 책임(제755조), 사용자의 배상책임(756조), 공작물의 점유자의 책임(제758조), 동물의 점유자의 책임(제759조)에서는 각각 감독자, 사용자, 점유자의 과실이 추정된다. 따라서 이들이 그 책임을 면하려면 발생한 손해가 자신의 과실에 기인한 것이 아니라는 것을 증명해야 하는데, 만약 그 증명을 하지 못한 때에는 패소하게 된다는 점에서 실제로는 무과실책임에 가까운데 이를 중간책임이라 한다(이은영, 전게서, 844면; 송오식, 전계 “책임능력 있는 미성년자의 감독자의 책임”, 91면).

454) 박종찬, 상계서, 57면.

455) 김준호, 「민법강의(제20판)」 법문사, 2014, 1834면; 광윤직, 전게서, 「채권각론(제6판)」, 414면; 김증한·김학동, 전계서, 812면.

456) 송덕수, 전계서, 1671면.

457) 이은영, 전계서, 846~847면.

준다는 데에 기본취지가 있기 때문이다. 둘째, 임의감독자의 경우에 감독소홀과 손해발생 사이에 인과관계가 있는 경우에 한하여 책임을 지우는 것이 타당하므로 인과관계의 부존재를 증명하여 면책하는 것이 허용되어야 한다. 임의감독자가 면책되는 경우에도 법정감독자는 책임을 지게 되므로 피해자보호에 소홀하지는 않을 것이다. 사건으로는 절충설에 동의한다.

한편 책임능력 있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자(친권자)의 책임에 관하여가 문제된다. 책임능력은 행위능력과는 다른 개념으로 미성년자는 행위무능력자이지만, 책임능력이 없다고 할 수는 없기 때문에 일정한 경우 책임능력이 인정되고 있다. 그런데 미성년자는 책임능력이 있더라도 배상할 자력이 없는 것이 일반적이어서 피해자가 현실적으로 배상받기가 어렵다고 할 수 있다. 그래서 이를 극복하기 위한 방법으로 판례는 제755조 확대적용설⁴⁵⁸⁾을 적용한 판결⁴⁵⁹⁾과 감독의무자에게 일반불법행위책임을 인정하는 판결⁴⁶⁰⁾로 나뉘어 있었으나 그 후 전원합의체 판결⁴⁶¹⁾에 의하여 전자가 폐기되고 후자로 통일되었다. 후자의 판결의 요지는 책임능력 있는 미성년자의 불법행위로 인한 손해가 그 미성년자의 감독의무자의 감독의무위반과 상당인과관계에 있으면 감독의무자는 제750조에 의한 일반불법행위책임을 지고, 이 경우 그러한 감독의무 위반사실 및 손해발생과의 상당인과관계의 존재는 이를 주장하는 자(피해자)가 증명해야 한다는 것이다.⁴⁶²⁾

이 문제와 관련하여 신원보증인책임설⁴⁶³⁾이 주장되기도 하는데, 자녀의 잘못에 대하여는 부모에게 책임이 있다고 보는 전통적인 법감정에 그 실질적인 근거를 두고, 법적 근거로는 민법 제913조의 친권자의 의무조항을 들어 친권자는 신원보증인의 지위에서 가해자와 연대하여 배상책임을 져야 한다고 보는 견해이다. 이는 결과적으로 감독자의 책임은 타인에 대한 책임으로부터 자기의 고유한 책임으로서의 성질

458) 제755조의 책임은 가해자가 책임무능력자이어서 불법행위책임을 지지 않을 때 감독의무자나 대리감독자가 보충적으로 책임을 지는 것이 아니라 감독의무자 등과 병존적으로 책임을 지는 것으로 보아 가해자가 책임능력이 있어 불법행위책임을 지는 때에도 감독의무자 등도 함께 제755조의 책임을 진다는 설이다(김형배·김규완·김명숙, 전계서, 1690~1691면).

459) 대판 1984. 7. 10. 84다카474.

460) 대판 1975. 1. 14. 74다1795 등.

461) 대판 [전합] 1994. 2. 8. 93다13605.

462) 박종찬, 전계서, 60면.

463) 김형배·김규완·김명숙, 전계서, 1690면.

을 가지는 내용으로 변화했다고 이해할 수 있다.⁴⁶⁴⁾

3. 사용자책임

타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자 및 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 경우에 그 피용자의 선임 및 사무감독을 게을리하지 않았음을 증명하지 못하면, 손해를 배상할 책임을 진다(민법 제756조 제1항, 제2항).⁴⁶⁵⁾ 또한 사용자가 피해자인 제3자에게 손해를 배상한 때에는 피용자에 대해서 청구할 수 있도록 규정하고 있다(민법 제756조 제3항). 이와 같이 고용주가 그의 피용인과의 고용관계에서 불법행위법상의 작위 또는 부작위에 의한 책임을 지게 되는 것을 사용자책임이라고 한다.

근대법의 책임이론의 원리로 확립된 과실책임주의(Verschuldenprinzip)는 타인의 행위에 대하여 제3자가 책임지지 않으며, 또한 자신의 행위일지라도 고의·과실이 있는 경우에만 손해배상책임을 진다.⁴⁶⁶⁾ 피용자의 불법행위에 대하여 사용자에게 책임을 지우는 실제적 근거는 피해자보호⁴⁶⁷⁾에 있는데 이익이 있는 곳에 손해도 귀속되어야 한다는 보상책임의 원리에 기초한다는 것이 통설⁴⁶⁸⁾과 판례⁴⁶⁹⁾의 입장이며, 위험을 창출한 자는 그 위험에 따른 책임을 부담해야 한다는 위험책임의 원리를 들기도 한다.⁴⁷⁰⁾ 피해학생은 일반적으로 자력이 부족한 피용자인 교사를 상대로 손해

464) 법무부, 「민법(재산편) 개정 자료집」, 2004. 11, 1090면 이하, 제755조 참조.

465) 사용자책임은 사용자의 피용자에 대한 선임·감독상의 과실을 요하므로 순수한 무과실책임이 아니며, 사용자의 과실은 직접적으로 피용자가 피해자에게 행한 가해행위에 대한 과실이 아니므로 과실책임도 아니다. 그러므로 사용자책임은 중간책임이다(김상용, 전게서, 683면). 이에 대해 판례가 ‘사무집행에 관하여’의 의미를 상당히 넓게 해석함과 아울러 사용자관계를 넓게 인정하고 있으며, 실무상으로도 선임·감독의 주의의무를 다하였다는 사용자의 항변을 거의 인정하지 않음으로써 실질적으로는 무과실책임에 가깝다(지원림, 전게서, 1538면; 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구(역사적 비교법적 접근)”, 『서울대학교 법학』 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 9, 466면).

466) 이 원칙을 ‘caum sentit dominus’ 라고 하는데, 이에 대하여는 K. Larenz-Canaris, Schuldrecht, BT. II/2, 13.Aufl., Verlag C. H. Beck, 1994, §75 I 2 a) 참조.

467) 한삼인·정두진, “사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미”, 『법학연구』 제22권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2011. 6, 183면.

468) 김준호, 전게 「민법강의(제20판)」, 1908면; 김상용, 전게서, 690면; 김중환·김학동, 전게서, 416면.

469) 대판 1985. 8. 13. 84다카979; 대판 1981. 7. 28. 81다281; 대판 1974. 5. 28. 73다935; 대판 1968. 5. 28. 68다508.

470) 박규용, “사용자책임의 요건으로서 사용자관계와 사무집행관련성”, 『법학연구』 제52집, 한국법학회, 2013. 12, 112~113면; 田山輝明, 『不法行為法』, 青林書院, 1999, 157面; 대판 1961. 11. 23. 4294민상 745.

배상을 청구하기 보다는 학교설치자·경영자를 상대로 하는 것이 보다 충분한 배상을 받는데 유리하다.⁴⁷¹⁾

국공립학교의 경우는 특별법인 국가배상법이 적용되어 국가 또는 지방자치단체가 손해배상책임을 지고 민법상의 사용자책임에 관한 규정은 적용되지 않는다.⁴⁷²⁾ 사립학교의 경우 피용자인 교사의 불법행위에 대하여 사용자인 학교설립자 또는 학교법인이나 그 대리감독자인 학교의 장이 감독책임을 부담한다. 책임능력 없는 미성년자의 불법행위에 대하여는 민법 제755조에 기하여 친권자 또는 후견인 등의 법정감독자 또는 대리감독의무자에게 배상책임을 추급할 수 있다. 따라서 교장과 교사에게 책임무능력자의 대리감독자책임이 성립하는 경우를 전제로 하여 민법 제756조의 사용자책임의 요건을 구비하면 당연히 학교 설립·경영자 등에게도 배상책임을 인정된다.⁴⁷³⁾ 판례는 피감독자의 불법행위에 대해 대리감독자에게 책임을 지우기 위해 대리감독자로서의 불법행위에 관한 일반적인 성립요건을 갖추었는지에 대한 심리확정함이 없이 대리감독자의 사용자인 학교설립자에 대하여 곧바로 제756조의 사용자책임을 인정해서는 안된다고 하고 있다.⁴⁷⁴⁾ 이처럼 대리감독자에 의한 학교설립자의 책임을 상당정도 제한적으로 보고 있다. 대법원은 사용자와 대리감독자 간의 책임문제에서 사용자책임을 부정하고 대리감독자책임을 인정하는 경우도 있고,⁴⁷⁵⁾ 대리감독자의 책임을 먼저 판단한 후에 사용자책임을 인정한 경우도 있고,⁴⁷⁶⁾ 그 외 다수의 판결은 대리감독자의 일반불법행위 성립요건을 먼저 판단하고 사용자의 책임여부를 결정하기도 한다.⁴⁷⁷⁾

교사에 의한 불법행위가 발생한 경우, 사용자책임을 성립하기 위해서는 당해 교사가 학교와 사용관계로서 종속되어 있을 것, 교사로서 수업 등 학교의 교육활동 중

471) 범경철, “스포츠시설 소유자의 법적책임”, 「스포츠와 법」 제10권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2007. 8, 107면.

472) 오창수, 전계서, 248면.

473) 고영아, 전계논문, 391면; 판례는 제755조의 배상책임을 있다고 하여 대리감독자 또는 대리감독자의 사용자에 갈음한 감독자에게 당연히 제756조에 의한 사용자책임을 있다고 볼 수는 없으며, 책임무능력자의 가해행위에 대하여 그 대리감독자에게 고의 또는 과실이 인정됨으로써 별도의 불법행위의 일반요건을 충족한 때에만 대리감독자의 사용자 또는 사용자에 갈음한 감독자는 사용자책임을 지게 된다고 하고 있다(대판 1981. 8. 11. 81다298).

474) 대판 1997. 6. 13. 96다44433.

475) 대판 2007. 11. 15. 2005다16034.

476) 대판 2007. 6. 15. 2004다48775.

477) 대판 2002. 12. 10. 2000다55126.

에 생긴 손해일 것 등의 요건이 필요하다.⁴⁷⁸⁾ 이상의 사용관계로부터 다음과 같은 경우 교사의 과실로 인한 사고에 대하여 사용자가 배상책임을 부담하게 된다.

① 학교동아리나 운동부 활동의 지도를 위하여 교원 이외의 자를 감독·코치로 위촉한 경우 일시적이거나⁴⁷⁹⁾ 보수의 유무에 관계없이 학교의 지휘·감독관계⁴⁸⁰⁾에 있으면 사용자관계가 인정된다. 그러나 학교 소속의 지도자라 하더라도 지휘·감독을 벗어난 경우 사용자책임을 부정된다.⁴⁸¹⁾

② 교원의 수업지도 외에 동아리활동, 체육활동, 특별활동, 학교행사 중의 사고도 포함된다.⁴⁸²⁾ 스포츠활동에서 교사의 교육, 지도활동은 당연한 것이지만, 부수적인 활동일지라도 사회상식상 통례로써 관련된 행위를 하는 경우는 직무의 집행인 교육활동이기 때문에, 체육교사가 아닌 일반 교사가 운동부를 지도하고 여름 수영학교장이 감독을 하고 있어도 직무집행의 범위에 포함된다.⁴⁸³⁾

③ 스포츠단체가 주최하는 경기에서 주최자측 지도자의 과실로 인한 사고는 스포츠단체가 부담한다. 그러나 인솔교원의 지도상의 과실은 그 교원의 책임이다.⁴⁸⁴⁾

제2절 채무불이행에 의한 손해배상

채무불이행책임이란 채무자가 채무의 내용에 따른 이행을 하지 않음으로 인하여 채권자에게 발생한 손해를 배상할 의무를 지우는 책임체계를 말한다. 민법 제390조

478) 김상찬·조두환, 전제논문, 36면; 장재욱, “학교스포츠사고와 학교 및 지도자의 민사책임”, 「스포츠와 법」 제3권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2002. 4, 91~92면.

479) Musielak, GrundKurs BGM, 5. Aufl., 1997, Rdnr, 878

480) 김상명, “사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구”, 「법과정제」 제19집 제2호, 제주대학교 법과정제연구소, 2013. 8, 47면.

481) 대학교 소속 코치가 시체육회로부터 전국체전에 출전할 대표선수들의 코치로 선발되어 합동강화훈련을 지도하다가 대표선수로 선발된 같은 대학교 학생이 훈련 중 사고를 당한 사건에서 “대학교측은 코치의 위 합동강화훈련 중의 지도행위에 대해서는 지휘·감독권이 없으므로 그 사고에서 국가는 위 체조코치의 사용자라 볼 수 없다”고 하였다(대판 1999. 10. 12. 98다62671).

482) 대판 2002. 5. 10. 2002다10585; 대판 2004. 4. 11. 99다44205; 대판 1997. 6. 27. 97다15258; 대판 1997. 6. 13. 96다44433; 대판 1995. 12. 26. 96다313; 대판 1994. 8. 23. 93다60588; 대판 1993. 2. 12. 92다13646.

483) 연기영, “스포츠에 있어서 민사책임에 관한 연구”, 「비교사법」 제6권 제2호, 한국비교사법학회, 1999. 12, 510면.

484) 보이스카웃 인솔교사로서는 하천폭포와 같이 사고위험이 많은 곳에서는 가급적 야영훈련을 피해야 하고 그런 장소에서 훈련을 하더라도 보이스카웃 연맹수칙에 따른 인원점검 등을 철저히 하여 안전수칙을 어기는 행동을 하지 않도록 조치하여야 할 의무가 있음에도 불구하고, 훈련을 한 후에 피해자가 다른 대원들을 이탈, 위 폭포에서 목욕하다가 익사하였다면, 이는 인솔교사의 직무상의 과실에 기인한 것이므로 그 사용자인 피고 학교법인에게 배상책임을 있다(대판 1980. 5. 27. 80다551).

는 “채무자가 채무의 이행에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의나 과실 없이 행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니하다”고 규정한다. 채무불이행은 불법행위와 더불어 손해배상청구권의 대표적인 발생원인이다. 판례도 “채무자가 채무를 이행하지 아니할 의사를 명백히 표시한 경우 채권자는 신의성실의 원칙상 이행기 전이라도 이행의 최고 없이 채무자의 이행거절을 이유로 계약을 해제하거나 채무자를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다”고 판시⁴⁸⁵⁾함으로써, 이를 긍정하고 있다.

민법은 제393조 내지 제399조에서 채무불이행으로 인한 손해배상의 방식, 범위, 제한사유 등에 관하여 정하고, 이들을 불법행위의 경우에 준용하는 방법을 택하고 있다. 제393조 이하의 규정은 원칙적으로 손해배상에 관한 일반법으로서의 의미가 있으며, 불법행위 외의 원인으로 인한 손해배상에 대하여도 준용 내지 적어도 유추 적용될 수 있다. 배상되어야 할 손해에 대하여 민법 제393조 제1항은 “채무불이행으로 인한 손해배상은 통상의 손해를 그 한도로 한다”라고 하고 있다. 동조 제2항은 특별손해에 대해서 예외적으로 배상될 수 있음을 정하고 있다. 이러한 규정은 우리 민법이 완전배상주의가 아닌 제한배상주의를 취하고 있음을 밝힌 점에 의미가 있다.⁴⁸⁶⁾

채무불이행책임은 계약으로부터 발생한 채무의 불이행(계약위반)을 요건으로 하는 계약책임이라고도 한다. 채무불이행책임의 성립요건은 채무의 불이행, 채무자의 귀책사유의 존재, 손해발생 및 인과관계의 성립이다. 불이행에는 이행지체, 이행불능, 불완전이행이 있다. 급부불능에 대해 채무자의 귀책사유가 있어야 한다. 채무자는 채무불이행책임을 면하기 위해서 이행지체와의 균형을 고려하여 이행불능에 대한 귀책사유의 부존재를 증명할 책임이 있다.⁴⁸⁷⁾ 채무불이행의 주된 법률효과는 강제이행과 손해배상청구권의 발생이다. 채무자가 의무를 위반한 3가지 유형 중 학교 안전사고와 관련되는 문제는 불완전이행 또는 적극적 채권침해에 의한 채무불이행 책임이다.⁴⁸⁸⁾

485) 대판 2007. 9. 20. 2005다63337.

486) 우리 민법은 완전배상주의를 취하는 독일민법과는 태도가 다르고, 프랑스민법이나 영미법상의 원칙에 가깝다고 할 수 있다(양창수·김재형, 「계약법」, 박영사, 2010, 425면).

487) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 945면.

민법 제390조에서 말하는 채무의 내용에 포섭되는 의무로서는 급부의무 이외에 부수의무가 있다. 급부의무는 계약상의 합의에 의하여 채무자가 부담하는 의무 중 급부를 목적으로 하는 의무를 말한다. 부수의무는 채무자가 급부의무에 부수하여 완전한 채권의 만족을 위해 부담시키는 의무로서 대개 채무자의 주의의무인 경우가 많다. 급부의무와 부수의무는 그것이 계약상의 채무로서 어떤 위치를 차지하고 있는가 하는 점에 초점을 맞춘 개념이다.⁴⁸⁹⁾ 반면, 보호의무나 안전배려의무 같은 개념들은 그 내용이 인체나 재산에 대한 보호라든가 안전배려라는 점에 착안하여 명칭을 붙인 것들이다.

학교안전사고의 경우 채무불이행책임이 성립하기 위해서는 ①피해학생 및 부모와 학교설치자 사이에 재학계약이 존재할 것 ②학교설치자가 피해학생에 대하여 안전배려의무를 충실히 이행하지 아니하였을 것(고의 또는 과실의 존재) ③재학생에게 학교안전사고로 손해가 발생하였을 것 ④학교설치자 또는 이행보조자의 과실과 손해사이에 인과관계가 존재해야 할 것 등이 충족되어야 한다. 이와 같은 책임요건은 불법행위 요건과 유사하기 때문에 학교와 학생 사이의 재학관계라는 특수영역에서는 학교설치자 또는 교사 등의 안전배려의무 위반이라는 유책성을 요건으로 한다. 안전배려의무 위반은 고의·과실과 위법성 요소를 충족하기 때문에 채무불이행에 의하거나 불법행위에 의하거나 손해배상의 효과면에서는 비슷하다. 최근 계약책임법의 발달로 주된 급부 외에도 부수의무가 확장되고 있다는 점을 고려하면 양 책임법 영역 사이에 큰 차이는 없을 것으로 판단된다.

학교안전사고의 책임에는 판례가 주로 민법상 또는 국가배상법상의 불법행위책임을 묻고 있으며, 특히 불법행위책임론에 의한 것이 제일 많은 실정이다. 그런데 학교안전사고에 대해 불법행위로 취급하는 것이 과연 바람직한 것인가의 문제를 제기할 수 있다. 불법행위책임은 피해자와 가해자와의 관계를 전제로 할 뿐이고 학생과 학교·교사라는 특수 관계, 즉 교육관계가 존재하는 것을 전제하는 것이 아니다.⁴⁹⁰⁾ 학교안전사고에 있어서는 학교설립자·경영자 등과 함께 학생 사이에는 교육

488) 김규홍, 전계논문, 28면.

489) 예컨대 경호계약에서는 보호의무라든가 안전배려의무가 급부의무가 될 것이다. 그러나 숙박계약이나 여행계약에서는 보호의무나 안전배려의무가 부수적 의무로 될 것이다.

490) 이정식, 전계 “학교사고와 학교설치자 등의 손해배상책임”, 376면.

관계가 존재한다는 것을 고려할 필요가 있다.

학교 설립자·경영자 등의 친권자에 대한 채무불이행책임이 구성될 수 있는지의 여부는 양자의 관계를 법률적으로 어떻게 파악하느냐와 관련된다. 친권자에게는 자녀를 감독·양육할 의무가 있고, 이 의무에 기하여 사립학교 설립자·경영자 등과 자녀의 사이에 교육을 매개체로 하는 위탁관계 내지 제3자를 위한 계약이 있다고 생각할 수 있다.⁴⁹¹⁾ 재학계약⁴⁹²⁾이란 학교와 학생이나 학교와 학생의 교육을 위탁하는 법정 의무를 지는 보호자나 친권자가 교육위탁계약을 체결하는 것을 말한다. 사법상 계약이란 “복수의 당사자가 권리의 발생과 변동에 관하여 합의를 함으로써 성립하는 법률행위”라 할 것이다. 학생의 지위를 계약의 개념을 바탕으로 하여 접근하기 위한 도구개념으로서의 재학계약이란 “계약당사자인 학생측과 학교측이 교육 및 학습 등에 관한 권리의 발생과 변동에 관하여 합의를 함으로써 법적 구속력을 발생시키는 행위”라고 할 수 있다.⁴⁹³⁾ 그러므로 본 계약이 체결되면 학교 설립자·경영자 등은 규칙에 따라 교육을 실시하고 성실한 의무로써 학생들에게 교육활동을 실시하고 학생을 보호·감독할 의무를 부담한다. 재학계약은 학생이 재학하고 있는 기간 동안 채권관계⁴⁹⁴⁾가 이행되어야 하며, 기간의 경과, 즉 졸업과 함께 계속적 채권관계가 소멸한다고 본다.

재학계약은 학교설치자는 학생에 대하여 생명·신체·재산 등에 침해가 발생하지 않도록 안전시설을 하거나 기타의 조치를 강구하는 등 보호하고 배려할 의무를 전제로 하고 있다. 이 의무는 교육의 급부라는 주된 의무는 아니지만, 신의칙에 근거하여 발생하는 부수적 의무이다. 일본에서는 학교측의 학생에 대한 안전배려의무를 긍정하는 판결이 증가하고 있다.⁴⁹⁵⁾ 학교안전사고에 관한 손해배상책임을 채무불이

491) 伊藤進, 前掲「学校事故の法律問題」, 60面.

492) 在学契約이란 용어를 사용한 예로는 中野進, 「在学契約上權利と義務」, 三省堂, 1999, 94面; 織田博子, 「在学契約と安全配慮義務」, 「民法における責任の横断的考察」, 第一法規, 1997, 270面 참조.

493) 임중수, “재학계약관계로 본 학생의 법적지위”, 「교육법학연구」 제23권 제2호, 대한교육법학회, 2011. 12, 174면.

494) 교육계약의 중핵은 교육역무, 즉 교육이라고 하는 지적노무의 제공이므로 교육의 성질상 교육자와 피교육자의 신뢰관계를 중시하고 계속적 채권관계로서의 특색이 있다(加藤永一, “学校教育契約”, 「現代契約法大系 第7卷」, 有斐閣, 1984, 260~261面).

495) 静岡地沼津支判 1989. 12. 20. 「判例時報」 第1346号, 134面; 長崎地判 1983. 1. 21. 「判例時報」 第1075号, 146面; 東京地判 1980. 5. 25. 「判例タイムズ」 第401号, 110面; 長野地判 1979. 10. 29. 「判例タイムズ」 第401号, 110面; 大阪地判 1968. 5. 2. 「判例時報」 第524号, 57面.

행책임으로 구성하면 배상책임의 주체를 학생에 대하여 교육상의 의무를 지고 있는 학교설립자·경영자 등으로 할 수 있어, 교사의 개인적 책임을 문제시 할 필요가 없다.⁴⁹⁶⁾

제3절 채무불이행책임과 불법행위책임의 비교·검토

채무불이행책임과 불법행위책임은 서로 일정한 점을 공유하기도 하면서 각각의 특성을 나타내기도 한다. 양자 모두 위법행위에 의해 손해배상이 발생한다는 점에서 공통성을 가지며, 손해배상의 범위 역시도 원칙적으로 일치한다(제393조, 제763조). 그러나 채무불이행책임이 계약이란 특단의 신뢰관계로 맺어진 자 사이에 발생하는 특정한 급부义务的 위반에 기초하고 있는데 비해 불법행위책임은 아무런 관계 없이 타인의 재산적, 인격적 이익을 침해하는 행위로 인해 발생한다.⁴⁹⁷⁾ 즉 채무불이행도 손해배상의 효과를 발생시키나, 이는 어디까지나 급부장애로 인한 제2차적 급부로서의 손해배상을 결과하는 것일 뿐, 불법행위처럼 직접적으로 손해배상의 효과를 발생시키는 것은 아니다. 이처럼 불법행위는 그 자체로 손해배상을 지향하는 것이다.⁴⁹⁸⁾ 손해배상청구권이 성립하기 위해서는 채무불이행책임이든 불법행위책임이든 일정한 요건이 필요하다. 즉 ①귀책사유(고의·과실 또는 채무불이행) ②권리의 침해(위법성), ③손해의 발생 ④침해행위와 손해발생 간의 인과관계)가 그것이다.

1. 학교안전사고에서 양 책임의 적용

학교안전사고로 인한 손해는 스스로 감수해야 함이 원칙이고 발생한 손해를 타인에게 전가하기 위해서는 별도의 책임성립요건이 요구되는데 우리 민법에서는 손해배상책임을 인정하기 위해서 원칙적으로 고의·과실을 전제로 하는 유책주의를 취하고 있다.⁴⁹⁹⁾ 학교안전사고의 민사책임을 채무불이행책임 또는 불법행위책임으로

496) 伊藤進, 前掲 「学校事故の法律問題」, 25~59面.

497) 吉寸良一, 「不法行為法(第3版)」, 有斐閣, 2006. 273面.

498) 백경일, 「채권각론요의(제2판)」, 리슈미디어, 2011, 435면.

499) 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 「비교사법」 제11권 제4호, 한국비교사법연구회, 2004. 12, 297~298면.

구성하든 모두 학교측의 고의·과실로 인한 주의의무 위반⁵⁰⁰)으로 학생에게 신체·생명·건강 등에 손해를 가하여야 하고, 양자 사이에 상당인과관계를 요한다는 점에서는 차이가 없다. 그러나 각각의 법규정과 법리에 따라 해당요건에 관한 증명책임을 부담하는 자가 누구인지, 사용자인 학교설치자의 면책가능성이 있는지, 손해배상청구권의 소멸시효가 어떠한지 등에 관한 차이가 있다. 이하에서는 채무불이행책임과 불법행위책임의 차이를 살펴보기로 한다.

(1) 손해배상청구권의 소멸시효

채무불이행에 의한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 채권을 행사할 수 있는 때로부터 10년(민법 제162조 제1항)이다. 이에 반하여 불법행위로 인한 손해배상청구권의 소멸시효기간은 그 손해 및 가해자를 안 날로부터 3년(민법 제766조 제1항), 또는 불법행위를 한 날로부터 10년이다(동조 제2항). 불법행위책임에 관하여는 3년의 단기 소멸시효가 있기에 계약책임에 의한 경우가 소멸시효가 길어 학교를 졸업하더라도 소를 제기할 수 있으므로 권리구제에 더욱 유리하다. 민법상 채무불이행에 의한 계약책임과 불법행위책임 중에서 전반적으로 채무불이행에 의한 계약책임을 적용하는 것이 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻는 것보다 대체로 피해자에게 유리한 점이 많다고 본다. 따라서 소멸시효기간에 관하여는 채무불이행책임으로 구성하는 것이 채권자인 피해학생에게 유리하다.⁵⁰¹⁾

민법 제755조 제1항에서 말하는 피해자측이 ‘손해 및 가해자를 안 날’이라 함은 단순히 손해발생과 가해자를 안 날이 아니라, 그 가해행위가 위법행위로서 과실이 있고 가해행위와 손해발생 사이에 상당인과관계가 있다는 사실 등 불법행위 사실요건에 대하여 현실적이고 구체적으로 인식하여 손해배상을 청구할 수 있다는 것을 안 날로 보는 것이 대법원의 일관된 입장이다.⁵⁰²⁾ 그런데 소멸시효가 완성되었다 하

500) 학교측은 재학계약에 의한 부수의무로서 신의칙상 인정되는 안전배려의무를 부담하는데 채무불이행의 측면에서 보면 불완전이행이 되고, 불법행위 측면에서 보면 과실이 된다고 할 수 있으므로, 학교안전사고에 있어 채무불이행으로 구성할 때의 불완전이행과 불법행위로 구성할 때의 과실과는 실제로는 큰 차이가 없다는 주장에 대하여는 윤인태, 전계논문, 127면 참조.

501) 김상찬, “의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 1994, 83면.

502) 대판 2006. 2. 23. 2005다67193; 대판 1997. 12. 26. 97다28780; 대판 1996. 8. 23. 95다33450; 대판 1995. 2. 10. 94다30263; 대판 1994. 4. 26. 93다59304; 대판 1982. 3. 9. 91다카500; 대판 1979. 6. 26. 79다586

더라도 이를 원용하는 것이 신의칙에 반하거나 권리남용에 해당할 때에는 소멸시효 주장을 받아들일 수 없다고 하는 소멸시효남용금지이론이 독일과 일본에서 활발하게 논의되고 있다.⁵⁰³⁾ 이러한 소멸시효남용금지이론은 학교안전사고에 대한 소송을 불법행위로 구성하든 채무불이행으로 구성하든 상관없이 고려해야 할 것이고 그 적용에 있어서도 차이가 없다.⁵⁰⁴⁾

(2) 위자료 청구권

채무불이행으로 인한 손해배상은 통상손해를 그 한도로 하고 특별손해는 채무자가 그 사정을 알았거나 알 수 있었을 때에 배상책임을 진다(민법 제393조). 이 조문은 불법행위에 의한 손해배상에 관해서도 준용되므로(민법 제763조), 손해배상의 범위에 관하여 양자 사이에는 차이가 없다. 정신적 손해에 대한 위자료청구권에 관하여 불법행위에 있어서는 명문규정을 두어 인정하고 있으나(민법 제751조·752조), 채무불이행에 있어서는 규정을 두고 있지 않다. 학설은 채무불이행에 있어서도 이를 인정하면서, 그것은 민법 제393조 제2항의 특별손해에 대한 배상청구권으로 이해하기도 한다.⁵⁰⁵⁾ 판례도 채무불이행의 경우에 위자료청구권을 인정하고 있어,⁵⁰⁶⁾ 결국 어느 쪽으로 구성하든 실질적으로 배상범위에는 차이가 없게 된다.

(3) 사용자의 면책가능 여부

피용자가 사용집행에 관하여 과실이 있으면 사용자는 그 불법행위로 인한 손해배상책임을 지게 되고(민법 제753조 제1항 본문), 채무이행 과정에서 이행보조자의 과실이 있으면 채무자 본인의 책임으로 귀속된다(민법 제391조). 불법행위에 있어서는 사용자가 피용자의 선임 및 그 사무감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의

등 참조.

503) 김상찬, 「의료와 법」, 도서출판 온누리, 2008, 55면; 박윤직, 「민법주해(18)」, 박영사, 2005, 409면 이하; 最判 1976. 5. 25. 「判例時報」 第819号, 1976, 41面; MünchKomm§194Nr, 11ff; Staudinger-Schmidt, §242 Rz. 535ff.

504) 김상찬, 「의료법과 의료소송」, 도서출판 온누리, 2013, 106면.

505) 박윤직, 「채권총론」, 박영사, 2003, 178면.

506) 대판 2007. 1. 11. 2005다67971; 대판 1996. 12. 10. 96다36289; 대판 1971. 2. 9. 70다2826.

를 하여도 손해가 있을 경우에는 그 증명이 가능하면 면책되나(민법 제756조 제1항 단서), 채무불이행에는 그러한 규정이 없다. 따라서 교장이나 교사 등의 과실로 인한 학교안전사고에 대하여 그 책임을 묻는 경우에 채무불이행책임으로 구성하면 학교설치자인 국가 및 지방자치단체 또는 학교법인에게 면책가능성이 없지만, 불법행위책임으로 구성하면 이들 사용자에게 면책가능성이 있게 된다. 이러한 점에서는 학교안전사고에 대해서 채무불이행책임으로 묻는 것이 이론상으로는 피해자에게 유리하지만, 실제 판례에 있어서는 사용자의 면책을 거의 인정하지 않고 있어,⁵⁰⁷⁾ 이 점에 대해서도 양자의 차이가 없다. 다만 독일에서는 민법 제831조의 사용자책임에 있어서 상급자가 하급자에 대해 적절한 선임·감독의 주의를 다하고 사용자가 상급자에 대해서도 적절한 선임·감독의 주의를 다하는 때에는 사용자의 면책을 인정하고 있다.⁵⁰⁸⁾

(4) 고의·과실의 증명책임

증명책임은 ‘민사소송의 척추(Rückgrat des Zivilprozesses)⁵⁰⁹⁾’라고 일컬어지듯이 증명책임을 누가 부담하느냐에 따라서 소송의 승패가 달라질 수 있으므로 학교안전사고에 있어서 어느 쪽으로 법리를 구성할 것인가 하는 것은 대단히 중요한 문제이다. 채무불이행의 경우에는 채무자인 학교설치자 및 교사는 손해배상책임에서 벗어나려면 자기에 귀책사유(고의, 과실, 의무위반)가 없음을 스스로 증명하여야 한다는 것이 일반적이다. 불법행위책임의 경우에는 피해자(학생 및 학부모)가 가해자(학교 및 교사)에게 고의·과실이 있었음을 증명하여야 할 책임을 진다.⁵¹⁰⁾ 이 점에서 계약에 의한 채무불이행 책임을 묻는 것이 채권자에게 유리하다.

여기서 채무불이행에 있어서의 증명책임에 관하여 좀 더 검토할 필요가 있다. 기

507) 대판 2003. 10. 9. 2001다24655; 대판 1991. 1. 11. 90다8954; 대판 1985. 8. 13. 84다979; 대판 1971. 10. 11. 71다641; 대판 1969. 1. 28. 68다578.

508) 김형석, 전계논문, 450면; Palandt-Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., 2012, § 831 Rn. 11; Jauernig-Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., 2011, § 831 Rn. 13.

509) 김상찬, 전게서 「의료법과 의료소송」, 107면; 이시운, 전게서, 505면; Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., München, 1965, § 6 I.

510) 백경일, 전게서, 439면; 박윤직, 전계 「채권각론(제6판)」, 549면; 장재욱, 전계논문, 93면; 奥野久雄, “学校教育契約”, 「法律時報」 第56卷 第3号, 法律時報社, 1987, 37面.

존의 판례가 안전배려의무 위반에 따른 책임체계에 대하여 불법행위책임으로 구성 하던 것을 최초로 채무불이행책임으로 인정한 사례가 숙박계약에 대한 1994년 판결 이다.⁵¹¹⁾ 여기에서 주목할 것은 안전배려의무는 과실책임의 영역에 있다는 것을 보 여주고 있는데, 안전배려의무 위반을 채무불이행으로 보는 경우에도 이행불능, 이행 지체와는 달리 불완전이행⁵¹²⁾에 해당하는 것으로 간주하여 이행의 불완전성에 대한 증명책임을 채권자에게 전가하고 있다는 것이다.⁵¹³⁾

의료계약에서도 마찬가지이다. 의사가 환자에게 부담하는 진료채무의 성질은 결과 채무가 아니라, 수단채무라고 보아야 한다.⁵¹⁴⁾ 환자측이 불완전이행의 사실을 증명 하려면 그 전제로서 완전한 진료채무의 내용 주장·증명하지 않을 수 없다. 결국 채무불이행책임으로 구성하는 경우 본래 채무이행 사실의 증명책임을 채무자가 부 담한다는 원칙론은 불완전이행의 경우에 채권자가 채무이행의 불완전성을 구체적으 로 주장·증명해야 한다고 보아야 한다. 따라서 채무불이행으로 구성하여 의사쪽 진료채무의 불완전성을 증명하는 것은 의료사고의 민사책임을 불법행위로 구성하여 의사쪽의 과실을 증명하는 것과 큰 차이가 없게 된다.⁵¹⁵⁾

2. 청구권경합의 문제

불법행위에 의한 손해배상책임과 계약의 불이행, 즉 채무불이행에 의한 손해배상

511) 대판 1994. 1. 28. 93다43590.

512) 채권이 이행불능(履行不能) 또는 이행지체(履行遲滯) 등의 소극적 사유에 의해 침해된 것이 아니라 이행이라는 적극적 행위를 통하여 침해되는 것이므로 이를 적극적 채권침해라고도 한다. 상한 음식을 제공하여 배탈이 나게 한 경우, 수선을 잘못하여 오히려 더 큰 결함이 발생하게 된 경우, 의뢰한 조사보고서가 잘못 작성된 경우, 의료과오(醫療過誤)의 경우 등이 그 예이다. 불완전이행은 민법에 명문의 규정이 없으나 이를 인정하는 데에 이론(異論)이 없다. 다만 그 인정근거에 대하여는 일반적인 채무불이행(민법 제390조)의 유형의 하나로 보는 견해와 본래의 채무에 따르는 부수적 의무의 위반으로 보는 견해 등이 있다.

513) 윤용석, “안전배려의무”, 「재산법연구」 제19권 제1호, 한국재산법학회, 2002. 6, 98면.

514) 일반적으로 계약의 내용이 객관적으로 달성되어야 할 목적(예, 물건의 인도)에 해당하는 경우에는 결과 채무로, 원하는 목적의 달성보다는 그 목적달성을 위한 최대한의 협력에 비중을 두는 경우(예, 의사의 진료행위)에는 수단채무로 파악한다. 양 채무의 구별실익은 수단채무 위반의 경우, 채권자가 채무자의 선량한 관리자로서의 주의의무 위반을 증명하여야 계약상 책임을 채무자에게 지울 수 있고 반대로 결과채무 위반의 경우, 채무자가 자신의 채무불이행의 결과가 외래원인에 의한 것임을 증명하여야 그 책임이 면제된다는데 있다(남궁술, 전계논문, 314면).

515) 김상찬, 전계서, 「의료법과 의료소송」 110면; 박윤직, 전계 「채권각론(제6판)」, 550면; 김상찬, 전계논문, 82면.

책임은 모두 위법행위에 의한 책임이라는 점에서 공통점을 가지고 있기에 학교안전 사고의 피해학생에 대하여 양자의 관계를 어떻게 정립할 것인가가 문제이다. 원래 계약책임은 계약에 의하여 서로 채권·채무의 관계에 있는자들 사이에서 발생하는 문제인데 비하여 불법행위책임은 그러한 특수한 관계의 유무와는 무관하게 어떤 사람들 사이에서 언제든지 발생할 수 있다. 이들 양자의 관계가 문제가 되는 것은 동일한 당사자 사이에서 하나의 사실에 의하여 양자의 책임요건이 모두 갖추어지게 되는 경우이다.⁵¹⁶⁾

이와 같이 불법행위책임과 계약책임이 동시에 발생하는 경우 양 청구권을 모두 인정할 것인가 아니면 그 중 하나만 인정할 것인가가 논의의 대상이다. 청구권의 행사와 관련하여 학설은 청구권경합설, 법조경합설 및 청구권규범통합설로 나뉘고 있다. 통설인 청구권경합설은 계약책임과 불법행위책임은 각기 독립된 책임이므로 원고는 손해배상청구권을 선택적으로 청구할 수 있다.⁵¹⁷⁾ 피해자는 불법행위로 인한 손해배상청구권의 행사 후 다시 채무불이행으로 인한 손해배상청구권을 행사할 수 있으며, 그 반대도 가능하다.

반면 법조경합설은 양 청구권이 형식적으로 경합하더라도 실제로는 마치 일반법과 특별법의 관계에 있으므로 특수한 관계인 계약책임이 적용되고 불법행위책임은 배제된다는 견해이다.⁵¹⁸⁾ 이에 따르면, 청구권경합설은 일정한 권리나 법익의 침해를 불법행위 성립요건으로 하는 독일이나 일본과 같은 법제하에서나 가능하다고 한다.⁵¹⁹⁾ 청구권규범통합설은 피해자가 상호 관련 있는 두 가지의 책임을 물을 수 있는 경우에는 그에게 종합된 하나의 청구권만을 갖게 된다는 견해이다.⁵²⁰⁾ 이 때 양 책임의 규범통합은 요건규범은 제외하고 효과규범만의 통합을 인정하는 것이 타당하다고 한다.⁵²¹⁾ 이는 실체법상의 청구권개념과 소송상의 청구권개념을 하나로 통일

516) 이덕환, 「채권각론」, 을크미디어, 2010, 633면.

517) 오시영, 「채권각칙」, 학현사, 2010, 753면; 김상용, 전게서, 599면; 윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2009, 471면; 곽윤직, 전계 「채권각론(제6판)」, 386면.

518) 김중환·김학동, 전게서, 755면; 加藤一郎, 「不法行為」, 有斐閣, 1997, 50면.

519) 우리 민법하에서 불법행위는 인체나 물건과 같은 권리 내지 법익이 침해된 경우에만 성립하는 것이 아니고 「고의 또는 과실로 인한 불법행위」에 해당하므로 채무불이행으로 손해가 발생하면 인체나 물건과 같은 법익에 대한 침해를 초래하는 채무불이행만이 불법행위에 해당하는 것은 아니다(서광민, 전계 논문, 4면).

520) 이은영, 「채권총론(제4판)」, 박영사, 2009, 378면.

521) 송덕수, 전계서, 1648면.

하려는 견해이다.⁵²²⁾ 청구권경합설과 법조경합설은 기본적으로 실체법상의 권리마다 하나의 소송물을 인정하는 구소송물론에 기초하고 있는 반면, 청구권규범통합설은 소송물을 일정한 급부를 청구할 수 있는 법률상 지위로 이해하는 신소송물에 따라 손해배상청구권은 하나이며, 다만 그 손해배상청구권의 기초가 되는 규범이 경합할 뿐이라는 이론구성을 하기도 한다.⁵²³⁾ 따라서 청구권의 실질적인 경합은 일어나지 않고 다만 조문상으로만 경합하고 있다고 본다.⁵²⁴⁾

대법원은 “채무불이행책임과 불법행위책임은 각각 요건과 효과를 달리하는 별개의 법률관계에서 발생하는 것이므로 하나의 행위가 계약상 채무불이행의 요건을 충족함과 동시에 불법행위의 요건도 충족하는 경우에는 두 개의 손해배상청구권이 경합하여 발생한다고 보는 것이 당연할 뿐만 아니라, 두 개의 청구권의 병존을 인정하여 권리자로 하여금 그 중 어느 것이든 선택하여 행사할 수 있게 하는 것이 피해자인 권리자를 두텁게 보호하는 길이다”라고 판시⁵²⁵⁾하여 청구권경합설의 입장에서 있음을 보여주고 있다. 또한 대법원은 “불법행위책임이 일반적인 사회생활에서 아무와의 사이에서도 발생할 수 있는 배상관계라고 할지라도 구체적인 배상관계는 특정한 당사자인 가해자와 피해자 사이에서 발생한 생활관계로서 마치 계약책임이 특정한 당사자인 채권자와 채무자 사이에서 발생한 생활관계인 것과 다를 바 없으며, 단지 그 배상청구권의 발생근거가 계약상의 의무위반이 아니라 법률에 규정된 위법행위라는 데에 계약책임과의 차이가 있는 바, 계약상 의무위반의 법률관계가 위법행위의 법률관계에 대하여 반드시 특별·일반의 관계에 있다고 단정할 수는 없는 것이다”라고 판시⁵²⁶⁾하여 법조경합설의 견해를 받아들일 수 없는 이유에 대해 밝히고 있다.

청구권규범통합설은 경청할 만하나 구체적 사례에 있어서 획일적 기준을 제시하기 어렵고, 법조경합설에 대하여는 계약책임이 일반적으로 불법행위책임에 비해 채

522) Dieter Medicus, Schuldrecht I : Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 1992, S.166.

523) 김상용, 전계서, 599면.

524) 이덕환, 전계서, 633면.

525) 대판1997. 4. 25. 96다53086; 대판 1993. 4. 27. 92다56087; 대판 1989. 4. 1. 88다카11428; 대판 [전합] 1983. 3. 22. 선고82다카1533; 대판 1980. 11. 11 80다1812; 대판 1977. 12. 13 75다107; 대판 1967. 7. 22. 67다2251; 대판 1962. 12. 5. 67다2551; 대판 1962. 6. 21. 62다102; 대판 1959. 2. 19. 4290민상751 등.

526) 대판 1983. 3. 22. 선고 82다카1533전합.

권자에게 유리할 수 있으나 항상 그런 것은 아니다. 또한 채무불이행과 불법행위책임은 그 요건과 효과를 각각 달리 하는 별개의 법률관계라고 볼 것이므로,⁵²⁷⁾ 사건으로는 양자의 관계는 청구권경합으로 보는 것이 합리적이고 채권자에게 청구권의 근거를 선택할 자유를 주는 것이 채권자 보호에도 유리하므로 청구권경합설이 타당하다고 생각된다.

제4절 판례의 동향

학교안전사고가 발생한 경우 누구에게, 어느 정도로, 어떤 법률적 근거에 의해서 그 책임이 따르게 되는가에 대해서는 법령에 명확하게 규정되어 있지 않다. 그러므로 구체적 사례에 나타난 판례 분석을 통해 법적 책임 관계를 제시할 필요가 있다. 학교안전사고가 발생하는 경우 반드시 책임문제를 수반하게 되는데, 대체로 상해를 입은 학생측은 사고 당시 학교관리 하에 있었다는 사실과 법정대리감독자로서 요구되는 주의의무 위반을 들어 책임을 교사에게 묻는 경우가 많다. 따라서 교육활동 중에 안전사고가 발생한 경우 교사의 과실 인정여부에 대한 근거로서 판례에서 구체적으로 나타난 교사의 보호·감독의 범위와 사고의 예견가능성을 중심으로 피해자 구제에 대한 법리를 살펴보고자 한다.

1. 학교측의 책임을 긍정한 사례

(1) 타격연습 중 타자에 던진 공에 맞아 부상한 사건

지방자치단체 소속의 A고등학교장은 A고등학교에 배정된 학생들의 체력테스트 및 팀적응 훈련을 위하여 원고 B 등 13명에게 합숙훈련에 참가하게 하였다. 원고 B는 합숙훈련 중이던 2008. 11. 18. A고등학교 운동장에서 L과 조를 이루어 실시한 타격연습에서 L에게 야구공을 던지던 중, L이 방망이로 친 야구공을 피하지 못하여 자신의 귀에 맞게 되었고, 외림프 누공으로 인한 좌측 전농이라는 상해를 입게 되

527) 채무불이행으로 인한 손해배상을 구하는 경우에 외견상 불법행위의 성립요건이 충족되지만, 양 책임의 요건으로서 위법성의 의미가 다르기 때문에 언제나 동시에 불법행위의 성립이 긍정되는 것은 아니다 (지원림, 전게서, 1664면).

었으며, 그 후 청력회복 가능성이 없다는 소견을 받았다.

이 사안에서 부산지방법원은 “원고 B는 중학교 3학년에 불과하여 운동능력이나 분별능력이 충분하였다고 볼 수 없는 점, 타격훈련시 보조선수와 타자 사이에 간격이 12~13m 정도로 가까웠던 점, 비록 안전그물망을 설치하고 그 뒤에서 보조선수가 공을 던지게 하더라도, 타격한 공이 보조선수의 몸에 맞는 사고가 발생할 위험성은 충분히 예측 가능하였다고 봄이 상당하다. 따라서 위 학교 교장인 C나 야구감독인 D에게는 원고 B에게 타격훈련 중에도 타구에 대비하여 귀를 보호할 수 있는 헬멧을 반드시 착용하도록 지도·감독함과 아울러, 타자에게 공을 던진 후 즉시 안전그물망 뒤로 몸을 피하도록 지도·감독할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 한 잘못이 있었다고 할 것이다. 부산광역시는 소속 공무원인 C와 D의 직무집행상의 과실로 말미암아 원고 B와 그의 부모들인 나머지 원고들이 입게 된 손해를 배상할 의무가 있다. 이 사건 사고 당시 공을 던지는 보조선수도 헬멧을 쓰라는 감독의 지시가 있었음에도 원고 B가 헬멧을 착용하지 아니한 사실을 인정할 수 있고, 타격연습에서 공을 던지는 보조선수로서는 스스로 헬멧을 착용하고, 공을 던진 후에도 타구에 주의를 기울이면서 즉시 안전그물망 뒤로 몸을 피하는 등의 방법으로 공에 맞지 않도록 할 주의의무가 있음에도 불구하고 원고 B는 이를 게을리 한 잘못이 있어, 원고의 과실비율은 60%로 봄이 상당하다”고 판시하였다.⁵²⁸⁾

이 판결은 운동선수로서 운동능력이나 분별능력이 부족하고 훈련시설의 여건 등을 감안하여 사고발생의 위험성을 충분히 예측할 수 있었음에도 불구하고 안전보호장구를 착용하거나 사고를 방지하기 위한 지도·감독을 게을리 한 교장이나 감독에게 직무상 과실로 말미암아 학교설치자인 지방자치단체에 책임을 물은 사례이다.

(2) 축구부 합숙훈련 중 급성심장사로 장해를 입은 사건

갑 중학교 입학예정자인 을이 축구부 동계훈련에 참가하여 합숙훈련을 받던 중 발생한 급성심장사로 장해를 입었다.

이 사안에서 대법원은 “원고가 이 사건 사고 발생 당시 12세 8월에 불과하였던

528) 부산지판 2013. 6. 13. 2012가합46029.

점, 원고는 2007. 2. 19. ○○중학교가 일주일간 경주에서 실시한 봄방학 동계훈련에 참가하였는데, 매일 새벽 6시에 기상하여 밤 10시에 취침하면서 축구부의 훈련일정에 따라 새벽과 오전, 오후로 나누어 훈련을 받거나 연습경기에 참가하면서 축구부 감독과 코치의 전적인 지도·감독하에 생활하게 되어 있었던 점, 이 사건 사고가 발생한 봄방학 동계훈련은 한겨울에 부모들의 지도 없이 멀리 떨어진 지방에서 인솔교사인 축구부 감독과 코치 2명의 지도로 13세 정도에 불과한 원고를 비롯한 1학년 입학예정자 18여 명과 재학생 30여 명 등 48여 명의 축구부원이 훈련을 받았는데, 축구와 같은 과격한 운동부 훈련의 경우 부상 발생 가능성이 크므로 보건교사 등 응급구조조치가 가능한 인솔자가 동행하는 등 좀 더 주의 깊게 축구부원들의 건강상태 등을 점검할 필요가 있는 점, 병원의 진단 및 소견에 따르면 훈련 중 발생한 급성심장사는 스트레스 또는 과로와 관련이 있다는 것이고, 원고에게 이 사건 사고 이전에 심장과 관련된 특이체질이나 기왕증이 있었던 것으로 보이지 않는 점 등을 고려하면, 이 사건 사고는 ○○중학교가 합숙훈련 과정에서의 훈련일정과 응급구조체계 미비 등으로 인하여 훈련에 참가한 학생을 보호·감독할 의무를 위반하여 발생한 것이라고 봄이 상당하다. 또한 사건 사고 발생 당시 원고가 동국대학교 경주병원에 후송되기까지 인솔교사인 축구부 감독이나 코치들이 심폐소생술 등의 적절한 응급조치를 취하지 않았던 사실을 알 수 있는바, 이러한 사정까지 더하여 보면 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍할 수 있고, 거기에 과실책임이나 상당인과관계에 관한 법리를 오해하거나 논리와 경험의 법칙에 반하여 자유심증주의의 한계를 벗어난 잘못이 없다”고 판시하였다.⁵²⁹⁾

이 판결은 운동부원들을 훈련하는 과정에서 응급구조조치가 가능한 보건교사를 대동하는 등 세심하게 축구부원들을 보호·감독하지 못한 책임을 묻는 사례이다.

(3) 고교 입시내신을 위한 체력검사 중 학생이 사망한 사건

창원의 M중학교는 1994년 9월 16일 학교운동장에서 고교입시 내신을 위한 체력검사를 시행하였다. 체력검사 종목은 100m 달리기, 던지기, 제자리 멀리뛰기, 턱걸

529) 대판 2013. 9. 13. 2013다37722.

이, 윗몸 일으키기, 1,000m 오래달리기 등 6종목의 검사로 이루어지고 각 종목마다 20점씩 배당하여 120점을 총점으로 평가한 후 120점 중 72점 이상이면 내신점수 만점인 20점을 부여하도록 하였다. 김○○은 오전에 측정한 종목만으로도 총점 80점을 얻어 내신점수 만점인 20점을 받을 수 있었으나, 담임교사가 만점을 받은 학생도 만점을 받지 못한 학생을 위해 오래달리기에 같이 뛰어줄 것을 요청하였다. 이에 김○○은 별도의 준비운동 없이 15:40경 25명씩 조를 지어 1,000m 달리를 하다가 결승점 약 20m를 남기고 쓰러져 체육 및 양호교사 등이 인공호흡을 하는 등 응급조치를 취한 후 창원 고려병원으로 후송하던 도중 심폐정지로 사망하였다.

이 사안에서 대법원은 “체력검사종목 중 1,000m 달리기는 전신운동으로 체력소모가 많고 그 체력검사 도중 호흡곤란과 혈압의 급격한 상승으로 인하여 신체에 이상을 초래할 위험성이 큰 종목이다. 이에 체력검사를 실시하는 교사들은 사전에 체력검사에 임하는 학생들에게 준비운동을 충분히 시키고 안전교육을 실시하는 등 불의의 사고에 철저히 대비하여 학생들을 보호·감독할 의무가 있다. 학교 운동장에서 고등학교 입시내신을 위한 체력검사를 실시하던 중 발생한 사고는 교육활동과 밀접 불가분의 관계에 있으므로 이에 대하여는 교장이나 교사의 일반적인 보호·감독의무가 미친다. 한편 김○○로서도 스스로 준비운동을 철저히 하고 달리는 중에도 자신의 신체상태에 주의를 기울여 자신의 안전을 도모해야 할 것임에도 이를 태만히 한 잘못이 있으므로 그 과실상계의 비율은 50%정도로 봄이 상당하다”고 판시하였다.⁵³⁰⁾

이 판결은 학교운동장에서 고등학교 입시내신을 위한 체력검사를 실시하던 중 발생한 사고는 교육활동과 밀접 불가분의 관계에 있으므로 이에 대하여 교장이나 교사의 일반적인 보호·감독의무가 미친다고 한 사례이다.

(4) 학원의 휴식시간에 밖에서 교통사고로 사망한 사건

○○○은 초등학교 1학년인데 학원 수강 중 쉬는 시간에 학원 밖으로 나갔다가 교통사고로 사망하였다.

530) 대판 1997. 2. 14. 96도38070.

이 사안에서 대법원은 “유치원이나 교사 등의 보호·감독의무가 미치는 범위는 유치원생이나 학생의 생활관계 전반이 아니라 유치원과 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계로 한정되고, 또 보호·감독의무를 소홀히 하여 학생이 사고를 당한 경우에는 그 사고가 통상 발생할 수 있는 것에 한하여 교사 등의 책임을 인정할 수 있으며, 그 예상가능성은 학생의 연령, 사회적 경험, 판단능력, 기타의 제반사정을 고려하여 판단하여야 한다. 이러한 범리는 사교육을 담당하는 학원의 설립·운영자 및 교습자의 경우라고 하여 다르지 않을 것인 바, 대체로 나이가 어려 책임능력과 의사능력이 없거나 부족한 유치원생 또는 초등학교 저학년생에 대하여는 보호·감독의무가 미치는 생활관계의 범위와 사고발생에 대한 예견가능성이 더욱 넓게 인정되어야 한다. 특히 유치원생이나 그와 비슷한 연령, 사회적 경험 및 판단능력을 가진 초등학교 저학년생을 통학차량으로 운송하는 방식을 취하고 있는 경우에는 그 유치원·학교 또는 학원의 운영자나 교사 등으로서는 보호자로부터 학생을 맞아 통학차량에 태운 때로부터 학교 등에서의 교육활동이 끝난 후 다시 통학차량에 태워 보호자가 미리 지정한 장소에 안전하게 내려줄 때까지 학생을 보호·감독할 의무가 있는 경우로 보아야 한다”고 판시하였다.⁵³¹⁾

이 판결은 초등학교 1학년인 학원 수강생이 쉬는 시간에 학원 밖으로 나갔다가 교통사고로 사망한 사안에서 공교육을 담당하는 교사 등과 마찬가지로 사교육을 담당하는 학원의 설립·운영자나 교습자에게도 보호·감독의무 위반을 인정한 사례이다.

(5) 수업중인 교실에서 가해학생이 피해학생을 칼로 찔러 사망하게 한 사건

소외 A는 2002년 4월 15일 점심시간에 망인이 학교운동장 구석에서 소외 A의 친구인 B를 폭행하는 것을 목격하였고, 점심시간 후 5교시 수업이 시작된 직후인 13시 55분경 집에서 칼을 가져와 망인을 찌르겠다는 생각을 하고, 수업을 진행하던 담당교사에게 배가 아파 양호실로 가겠다고 교실을 나와 집으로 가던 중 교장 C를 만났으나 아무런 제지를 받지 아니하고 집으로 가서 부엌칼(25cm)을 가지고 학교로

531) 대판 2008. 1. 17. 2007다40437.

돌아온 후, 6교시 수업중이던 망인의 교실로 들어가 등을 찌르고 망인이 도망가자 등과 목부위를 2~3회 더 찔렀다. 망인은 당시 수업을 진행하던 담당교사 D의 뒤에 숨고 담당교사 D가 소리를 지르며 제지하자 소외 A는 잠시 멈칫하였으나, 순간 망인이 튀어나와 소외 A에게 발길질을 하였고, 흥분한 소외 A는 망인을 몇 차례 더 찔렀고 망인은 병원으로 후송 중 저혈량성 쇼크로 사망하였다.

이 사안에서 대법원은 “이 사건 사고는 학교에서의 교육활동 중인 수업시간에 발생한 것이므로 교장이나 교사의 일반적 보호·감독의무가 미친다고 할 수 있다. 또한, 학교폭력이 상당히 사회문제화 되고 있는 현실 속에서 학교를 설립하여 운영하는 지방자치단체인 피고 및 그 소속 교사들은 어느 특정 개인의 폭력성 여부를 떠나 폭력행위가 학교 내에서 발생하지 않도록 함으로써 학생들을 보호할 주의의무가 있다. 평소 망인은 학생들을 상대로 폭력을 행사하고 금품을 빼앗는 등의 행동을 하여 많은 학생들이 피해의식을 느껴왔고 교사들도 이를 알고 있었으므로 실효성 있는 대책을 강구하지 않으면 또 다른 폭력이 행해지리라는 것은 예견이 가능한 상태였다는 점, 망인과 그 친구들이 사고 당일 휴식시간 및 점심시간에 여러 학생들에 대한 폭행을 한 것이 결국 이 사건 사고의 직접적인 원인이 되었다는 점, 이 사건 사고는 학교 수업시간 중에 담당교사가 수업을 진행하는 면전에서 일어났다는 점 등을 종합하여 보면, 이 사건 사고가 피고나 그 소속교사들의 예견가능성의 범위를 벗어난 영역에서 발생하였다고 보기는 어렵다. 따라서 피고 서울특별시는 국가배상법 제2조에 의하여 망인의 가족들인 원고들의 손해를 배상할 책임이 있으며, 망인의 과실은 40%로 한다”고 판시하였다.⁵³²⁾

이 판결은 학교를 설립하여 운영하는 지방자치단체와 그 소속 교사들은 폭력행위가 학교 내에서 발생하지 않도록 함으로써 학생들을 보호할 일반적 주의의무가 있다고 판단하고 지방자치단체의 손해배상책임을 인정한 사례이다.

(6) 학교폭력으로 피해학생이 자살한 사건

피해학생이 만 12세 전후의 초등학교 6학년의 가해학생들로부터 수개월에 걸쳐

532) 대판 2007. 6. 15. 2004다48775.

이유 없이 폭행 등 괴롭힘을 당하여 왔다. 그 결과 충격 후 스트레스장애 등의 증상에 시달리다 자살에 이르게 되었다.

이 사안에서 대법원은 “초등학교 내에서 발생한 폭행 등 괴롭힘이 상당기간 지속되어 그 고통과 그에 따른 정신장애로 피해학생이 자살에 이른 경우, 다른 요인이 자살에 일부 작용하였다 하더라도 가해학생들의 폭행 등 괴롭힘이 주된 원인인 이상 상당인과관계가 인정된다. 민법 제755조에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 법정감독의무자의 보호·감독책임은 미성년자의 생활전반에 미치는 것이고, 법정감독의무자에 대신하여 보호·감독의무를 부담하는 교사 등의 책임은 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것이 아니라 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 이와 같은 대리감독자가 있다는 사실만 가지고 곧 친권자의 법정감독책임이 면탈된다고 할 수 없다.

지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교장이나 교사의 보호·감독의무는 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측가능성이 있는 경우에 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다. 따라서 학교폭력 가해학생들의 부모의 과실과 담임교사, 교장의 과실이 경합하여 피해학생의 자살 사건이 발생하였으므로 부모들과 지방자치단체는 공동불법행위자로서 손해배상책임이 있다”고 판시하였다.⁵³³⁾

이 판결은 학교폭력 가해학생들의 부모의 과실과 담임교사, 교장의 과실이 경합하여 피해학생의 자살사건이 발생하였다는 이유로 부모들과 지방자치단체에 공동불법행위자로서 손해배상책임을 인정한 사례이다.

(7) 청소시간에 학생간의 다툼으로 학생이 사망한 사건

서울특별시 ○○중학교(공립) 교실에서 청소시간에 담임교사가 잠깐 자리를 비운 사이 학생들끼리 싸우다가 한 학생이 사망하였다. 이에 가해자 부모가 피해자측에 손해배상금 4천만원을 우선 변제하였다. 그리고 가해자측이 담임교사의 감독의무

533) 대판 2007. 4. 26. 2005다24318.

태만으로 인해 사고가 발생하였으므로 서울특별시와 공동책임을 져야 한다고 대법원에 소송을 제기하였다.

이 사안에서 대법원은 “청소시간 중 담임교사의 부재시 학생간에 다투어 사고를 초래한 경우 학교측(담임교사)은 다툼을 한 학생들에 대한 감독을 게을리 한 책임이 있으므로, 가해자측과 교원의 사용자인 서울특별시는 공동불법행위자로서의 손해배상책임이 있으며 가해자와 서울특별시의 과실비율은 60:40으로 봄이 타당하다”고 판시하였다.⁵³⁴⁾

이 판결은 부모들의 법정감독의무의 해태의 과실과 담임교사의 보호·감독의무의 해태로 인한 과실이 경합하여 책임을 인정한 사례이다.

(8) 중학생이 수업시간에 같은 반 학생을 폭행한 사건

제주시 ○○중학교에 재학중인 가해학생 김○○은 넓이뛰기 운동선수로서 같은 반의 피해학생 김○○가 수업시간에 떠들고도 반성함지 않고 대항한다는 이유로 오른발로 김○○의 배를 1회 걷어차 책상위에 넘어뜨리고 일어서는 그의 얼굴을 1회 때려 그의 왼쪽 머리부분을 교실 게시판에 부딪치게 한 뒤 계속하여 오른발로 그의 배를 1회 걷어차 옆으로 쓰러지게 하면서 그의 머리부분을 유리창 대리석 창대에 부딪치게 하여 전치 3주의 상처를 입게 하였다.

이 사안에서 대법원은 “손해배상 사건에 있어서 과실상계 사유에 관한 사실인정이나 그 비율을 정하는 것은 그것이 형평의 원칙에 비추어 현저히 불합리하다고 인정되지 아니하는 한 사실심의 전권사항에 속한다. 민사재판에 있어서 형사재판에서 인정된 사실에 구속을 받는 것은 아니라 하더라도 이미 확정된 관련 형사사건의 판결에서 인정된 사실은 특별한 사정이 없으면 유력한 증거자료로 보아야 한다. 책임능력이 있는 미성년자의 불법행위로 인하여 손해가 발생한 경우에도 그 발생된 손해가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 상당인과관계가 있으면 감독의무자는 일반불법행위자로서 손해배상의무가 있다.

같은 만 14세 8개월의 중학교 3학년생으로서 주거지에서 부모와 함께 살고 있고

534) 대판 1994. 8. 23. 93다60588.

경제적인 면에서 전적으로 부모에게 의존하면서 부모의 전면적인 보호·감독 아래 있어 그 부모의 영향력은 책임무능력자에 가까우리만큼 크다 할 것인데, 갑이 교실에서 피해자의 배를 발로 걷어차는 등으로 상해를 입혔다면, 그 부모들로서는 갑에 대하여 타인에게 불법행위를 함이 없이 정상적으로 사회에 적응할 수 있도록 일반적 일상적인 지도·조언 등 감독교육의 의무를 부담하고 있다고 할 것인데도, 이를 게을리하여 결과적으로 위 사고를 일으켜 피해자에게 손해를 가하였다 할 것이고, 갑의 감독의무자로서 위와 같은 감독의무를 해태한 과실과 손해발생 간에는 상당인 과관계가 있다고 할 것이므로, 갑의 부모들은 갑의 책임과는 관계없이 피해자에 대한 손해배상책임을 부담하여야 한다”고 판시하였다.⁵³⁵⁾

이 판결은 부모와 동거하면서 경제적으로 부모에게 전적으로 의존하면서 생활하고 있는 책임능력 없는 미성년자에 대해 법정감독자인 부모에게 책임을 묻고 있는 사례이다.

(9) 대학생 MT중 학생간 장난으로 사망한 사고

소외 망 이○○는 여학생으로 축구동아리에 가입하였고, 회원들은 2박 3일간의 일정으로 영종도에 있는 을왕리 해수욕장으로 MT를 갔다. 남학생들인 소외 1과 구○○은 소외 1이 허리를 굽혀 자신의 우측 어깨를 망인의 복부에 대고 위로 올리며 망인의 머리가 자신의 등에 닿고 다리가 배에 오는 자세로 어깨에 맨 채로 바닷물 속으로 약 15m 정도를 걸어 들어가 수심이 약 60cm 정도 되는 곳에 이르러 자신의 허리와 어깨를 앞으로 조금 숙인 자세에서 망인을 바닷물에 떨어뜨려 망인의 등부터 바닷물에 닿으며 떨어지게 하였다. 망인은 바닷물에 빠진 후 바닷가로 걸어나오자마자 극심한 통증을 계속하여 호소하였고, 며칠 후 외상성 박리성대동맥류파열로 인한 과다출혈로 사망하였다.

이 사안에서 인천지방법원은 동아리 지도교수인 피고 1에 대하여 “학생의 교육활동 및 교육활동과 밀접한 관련이 있는 행사에 참석한 학교 책임자는 그 행사에 참여한 학생들이 행사기간 중 통상 발생할 수 있다고 예측되거나 또는 예측가능한 사

535) 대판 1992. 5. 22. 91다37690.

고로 인한 손해를 미연에 방지하도록 학생들을 지도·감독할 의무가 있다고 할 것이고, 위와 같은 의무는 그 실체 및 활동이 인정된 동아리의 지도교수로 된 자라면, 지도교수로서 반드시 그 행사에 참석할 의무가 없는 경우라고 하더라도 부정할 수는 없다 할 것이다. 위 인정 사실에 의하면, 소닉은 학과 내의 학생들 간의 친목도모 및 각종 교내 행사에서 활동하기 위하여 결성된 '동아리'로서 학과장도 그 실체 및 활동을 인정하고 있었으므로 소닉의 활동은 학생들의 교육활동의 일환으로 볼 수 있다.

그런데 이 사건 사고 당시 사람을 등에 메고 바닷물에 던질 경우 그 충격으로 떨어지는 사람이 다치거나 심하면 사망할 수도 있다는 사실은 보통 사람이라면 누구나 예견할 수 있다고 보여지며, 더구나 피고 1은 전날 밤에 소닉의 회원들에 의해 바닷물에 던져진 경험이 있으므로 이러한 위험성을 능히 예견할 수 있었다고 보이는바, 일반적으로 MT 기간 중에는 평소보다 학생들의 기분이 들뜨고 해이해지기 쉬운 상황이어서 이러한 경우 학생들이 장난을 치거나 돌발적인 행동을 할 가능성이 많으므로 학생들이 과도한 장난을 치거나 위험한 행동을 하지 않도록 철저하게 교육을 하는 한편, 그 현장에서도 적절한 지도·감독을 하여야 할 것임에도 불구하고, 피고 1은 사전에 안전교육을 시키지도 않고, 인접한 바닷가에 앉아 있으면서도 소외 1의 행위를 제지하지 않는 등 그 지도·감독 의무를 게을리 하였고 그와 같은 과실로 이 사건 사고가 발생하였다고 할 것이므로, 피고 1은 불법행위자로서, 피고 학교법인은 피고 1의 사용자로서 망인과 그 친족관계에 있는 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다”라고 판시하였다.⁵³⁶⁾

이 판결은 대학내 동아리 MT행사는 단순히 동아리 회원들간의 친목도모의 성격을 넘어 교육활동과 밀접 불가분의 관계에 있으므로 동아리 지도교수가 학생을 지도·감독하는데 과실이 있었다면 그로 인해 발생한 피해자의 손해를 배상할 책임이 있다고 한 사례이다.

536) 인천지판 2004. 7. 14. 선고 2004가합816.

2. 학교측의 책임을 부정한 사례

(1) 학생간에 장난에 의한 사건

초등학교 5학년인 원고 C학생이 교실 앞 복도를 걸어가면서 복도 코너에 이르러 맞은편에서 달려오던 G학생의 머리에 얼굴 안면부를 부딪쳐 코뼈가 부러지고 하악 좌, 우측 중절치가 파절되거나 균열되는 상해를 입었다.

서울중앙지방법원은 “G는 학교생활을 하면서 다른 학생들에게 상해를 가하거나 피해를 입히지 않도록 행동할 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리하여 이 사건 사고를 일으킨 점이 인정된다. 한편 G는 초등학교 4학년 학생으로서 자신의 행위로 인한 법률상 책임을 변식할 능력이 없으므로 그 부모들은 보호·감독자로서 주의의무를 해태하지 아니하였음을 증명하지 못하는 이상 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다. 피고들은 이 사고가 학교 점심시간에 발생했으므로 보호·감독 의무자는 부모가 아니라 학교 교사라고 주장한다. 그러나 민법 제755조에 의하여 책임능력 없는 미성년자를 감독할 친권자 등 법정감독의무자의 보호·감독책임은 미성년자의 생활전반에 미치는 것이고, 교사 등이 이러한 법정감독의무를 대신하여 보호·감독의무를 부담하는 경우에도 이와 같은 대리감독자가 있다는 사실만 가지고서 곧 친권자의 법정감독책임이 면탈된다고는 볼 수 없다. 또한 피고들은 이 사고가 학교안전사고보상법상 학교안전사고에 해당하여 원고들은 학교안전공제회로부터 공제금을 지급받을 수 있으므로 피고들은 그 범위 내에서 손해배상책임을 면한다고 주장한다. 그러나 원고들이 학교안전공제회로부터 공제금을 지급받을 수 있다고 하더라도 피고들의 손해배상책임이 면제되는 것은 아니다. 다만 원고 C 역시 복도에서 달려오는 학생을 피하거나 피할 수 있도록 주위를 살펴야 함에도 이를 소홀리 하였고 이러한 점은 사고의 발생 및 확대에 영향을 주었다고 보이므로 피고들의 책임은 70% 정도로 제한함이 상당하다”라고 판시하였다.⁵³⁷⁾

이 판결은 책임무능력자인 미성년자의 대리감독자책임을 부정하고 법정감독자인 부모의 책임을 물은 사례이다.

537) 서울중앙지판, 2011. 6. 9. 2009가단464332.

(2) 중학생이 휴식시간에 동급생을 폭행한 사건

원고는 피고인 지방자치단체에 소속된 ○○중학교 2학년 8반에 재학중이던 1996년 12월 14일 10:00경 체육시간이 끝나고 교실로 들어와 쉬는 시간에 같은 반 학생인 A군으로부터 폭행을 당하여 좌측 안와골절상을 입게 되었다. 폭행을 당한 이유는 원고가 체육시간에 학교 담을 넘어 나갔다 들어오다가 들키는 바람에 체육교사로부터 같은 반 학생들이 단체로 벌을 받아 화가 났기 때문이라는 것이다. 이에 피해자측은 단체기합을 줄 경우 양갈음의 가능성이 있으므로 이를 특별히 지도했어야 하는 담당교사의 과실을 물어 체육교사 등의 사용자에게 손해배상을 청구하였다.

대법원은 “지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는 것이지만, 이러한 보호·감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 감독하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 미치는 것이 아니고, 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무범위 내의 생활관계라 하더라도 교육활동의 때와 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에 한하여 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다”고 판시하였다. 538)

이 판결은 체육교사로부터 단체기합을 받았다는 이유로 그 직후의 휴식시간에 피해자를 폭행한 경우 가해자의 성행, 피해자와의 관계, 단체기합의 정도 등에 비추어 체육교사 또는 담임교사 등에게 사고에 대한 예측가능성이 없었다고 하여 책임을 부정한 사례이다.

(3) 졸업여행 중 숙소 내에서 학생들 사이의 폭력사건

○○중학교 3학년 학생들이 고적답사를 겸한 졸업여행을 떠나기 전날 학생주임과 각 반의 담임교사가 안전교육을 실시하였고, 당일 출발에 앞서 학교장이 훈화를 통

538) 대판 2000. 4. 11. 99다44205.

하여 들뜬 마음에 사고를 내지 않도록 주의를 환기하였음에도 불구하고 학교측의 안전교육 및 사전지시를 따르지 않고 몇 명의 학생들이 학생 숙소 방안에서 장난으로 다투었다. 그 과정에서 한 학생이 실명하는 신체적 상해가 일어났다.

이 사안에서 대법원은 “지방자치단체가 설치·경영하는 학교의 교사는 학생들을 보호·감독할 의무를 지는 것이지만, 이러한 학생에 대한 보호·감독의무는 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것이 아니고 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무범위 내의 생활관계라 하더라도 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계 기타 여러 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측가능성이 있는 경우에 한하여 교사가 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다”고 판시하였다.⁵³⁹⁾

이 판결은 교사에게 사고가 예측되거나 예측가능성이 없는 경우에는 교사에게 주의·감독의무 위반책임을 물을 수 없다고 한 사례이다.

(4) 씨름부 학생끼리 장난하다가 상해를 입은 사건

D고등학교 1학년이면서 씨름부 학생들이 체육교사의 지도아래 씨름훈련을 마치고 샤워를 하고 있었다. 이 날은 씨름대회 준우승 기념회식이 있을 예정이어서 평소보다 연습을 일찍 마쳤으며 씨름부 학생들의 기분이 무척 좋았다. 샤워 순서를 기다리던 중 피고 남○○와 원고 장○○군은 서로 씨름기술을 구사하여 장난을 하는 과정에서 피고 남○○가 원고 장○○의 허리를 잡아 “하나, 둘, 셋”하고 장○○을 씨름연습장에 던져 몸무게가 81kg이 넘는 원고가 몸의 균형을 잃고 머리부터 바닥에 떨어지면서 강한 충격을 받아 척추손상 등의 상해를 입었다.

이 사안에서 대법원은 “학교법인이 설치·경영하는 학교의 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는 것이나 이러한 교사의 감독의무는 학교 내에서의 학생의 전 생활관계에 한하며, 그 의무 범위 내의 생활관계라 하더라도 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성이 있는 경우에 한하여

539) 대판 1999. 9. 17. 99다23895.

교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다고 할 것이며, 그 예측가능성에 대하여는 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다. 동 사안에서 가해자들의 분별능력과 성행, 피해자와의 관계 등을 고려할 때, 씨름연습이 평소보다 빨리 끝나고 회식이 예정되어 있어 학생들의 정신상태가 해이해지기 쉬우며, 그로 인해 학생들이 장난 등 돌발적인 행동을 할 가능성이 많다고 하여 지도교사 등이 씨름연습장에서 두 사람이 함께 한 사람을 집어 던지는 등으로 신체에 커다란 충격을 줄 수 있다는 위험한 장난을 하리라는 구체적인 위험성이 있다거나 예견가능 하였다고 보여지지는 않기 때문에 그 사고는 돌발적이거나 우연한 사고라고 보아 교사 등에게 보호·감독의무 위반의 책임을 지울 수 없다”고 판시하였다.⁵⁴⁰⁾

이 판결은 학생들 사이에 일어난 사고에 대해 교장 또는 교사의 보호·감독의무 위반으로 인한 손해배상책임의 범위 및 그 판단기준을 정한 것으로 구체적인 위험성이 없거나 예견불가능한 사고에 대해서는 교사 등의 보호·감독의무를 지울 수 없다고 한 사례이다.

(5) 대학생이 학내에서 인라인스케이트를 타다가 사망한 사건

2003년 3월 21일 16:20경 ○○대학교 인라인스케이트 동아리인 혼줄 드래기에 가입한 학생이 인라인스케이트를 타고 경사도 14%인 학내 아스팔트 왕복 4차로를 시속 30km의 속도로 내려오다가 중심을 잃고 넘어지면서 뇌진탕으로 사망하였다.

이 사안에서 대법원은 “위 동아리는 학생들의 순수한 자치조직으로서 스케이트를 통해 생활체육의 활성화와 학생상호간의 교류와 친목도모에 그 목적을 두고 있는 점, 위 동아리의 재정은 회원들의 회비 등으로 운영되며, 학교로부터 별다른 재정지원은 없었으며, 학교측에서의 지도교수도 없었다는 점, ○○대학교는 학교의 기본기능 수행을 방해하는 개인 또는 집단행위와 교육목적에 위배되는 활동을 규제하는 외에는 학칙에 의해 최대한 학생들의 자율을 보장해 주고 있으며, 학교내의 각 동아리들은 연합회를 구성하여 스스로 회칙을 마련하는 등 자율적인 자치활동을 하고

540) 대판 1995. 12. 26. 95다313.

있는 점 등을 고려하면, 이 사건사고의 원인이 된 위 인라인스케이트 동아리활동은 ○○대학교의 교육활동이나 이와 밀접한 생활관계 내에 있는 것으로 보기는 어렵고, 또한 인라인스케이트는 다양한 장소에서 많은 동호인이 쉽게 이용하고 있는 여가 스포츠 활동으로서 안전장비를 착용하는 경우에는 큰 부상위험은 없는 운동인 점에 비추어 인라인스케이트를 타는 행위 자체나 나아가 더 구체적으로 이 사건 도로에서 동아리 회원들이 정해진 시간대에 인라인스케이트를 타는 행위가 생명·신체에 절박하고 중대한 위험을 발생하는 행위라고 인정되지 않으므로, 대학측에서 인라인스케이트 주행을 금지하거나 제한하여야 할 의무가 있다고 할 수 없다.

이 사건 사고가 주차금지구역에 주차된 트럭을 피하는 과정에서 발생하였다고 볼 수 없고, 또한 주차금지구역을 지정한 목적은 원활한 차량소통을 위한 것이지 인라인스케이트를 주행을 보장하기 위한 것도 아니며, 단속시간이나 단속방법에 비추어 ○○대학교측이 차량의 견인을 요구하거나 기대할 수 없는 상황이었으므로 원고 주장의 주차단속의무 위반과 이 사건 사고 사이에는 상당인과관계를 인정할 수 없다”고 판시하였다.⁵⁴¹⁾ 이 판결은 교육활동과 무관한 학생자치기구인 동아리활동으로 인한 사고에 대해 학교측의 과실이 없다고 한 사례이다.

(6) 교실에서 아크릴판을 던져 급우의 눈을 다치게 한 사건

1992년 10월 12일 07:40경 서울 ○○초등학교 6학년 교실에서 황○○ 학생이 실과수업 교재인 아크릴판을 발견하고 학생들에게 누구 것이냐고 물어보자 노○○이 자신의 것이라고 말하고 자신이 가지러 갈 테니 던지지 말라고 하였음에도 황○○은 이를 원고의 뒤에 서있던 노○○을 향하여 던졌던 바, 위 아크릴판이 원고 오른 쪽 눈에 맞는 바람에 원고로 하여금 우안 천공성 각막열상 등을 입게 하였다.

이 사안에서 대법원은 “초등학교의 교장이나 교사는 학생을 보호·감독할 의무를 지는 것이나 이러한 학생에 대한 보호·감독의무는 학교 내에서의 학생의 모든 생활관계에 미치는 것은 아니고 학교에서의 교육활동 및 이에 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무의 범위 내의 생활관계라고 하더라도 사고가 학교

541) 대판 2005. 7. 28. 2005다22411.

생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 또는 예측가능성(사고발생의 구체적 위험성)이 있는 경우에만 교장이나 교사는 보호·감독의무 위반에 대한 책임을 진다고 할 것이고, 그 예측가능성에 대하여는 교육활동의 때, 장소, 가해자의 분별능력, 가해자의 성행, 가해자와 피해자의 관계, 기타 여러 사정을 고려하여 판단할 필요가 있다.

가해자와 피해자가 초등학교 6학년생들로서 비록 책임을 변식할 지능을 갖추지 못하고 있다고 하더라도 초등학교 6학년 정도라면, 대체로 학교생활에 적응하여 상당한 정도의 자율능력, 분별능력을 가지고 있다고 보아야 할 것이고, 가해자의 성격도 친구들과 잘 사귀고, 책임감이 강한 학생이었으며 피해자와도 원만한 사이였고, 이전에는 교실에서 학생들 사이에 아크릴판을 던지는 등의 장난 등은 없었던 경우, 호기심이 많은 학생들이 장난 등 돌발적인 행동을 할 가능성이 많다고 하여 자율학습이 시작되기 전에 교실에서 주인을 찾아주려는 마음에서 실과수업교재인 아크릴판을 던지는 등으로 인하여 잘못되면, 신체에 커다란 충격을 줄 수 있는 위험한 행위를 하리라는 구체적인 위험성이 있다거나 담임교사 등이 이를 예측하였거나 예측 가능 하였다고 보여지지는 아니하다면, 특별한 사정이 없는 한 돌발적이거나 우연한 사고에 대해서까지 교사 등에게 보호·감독의무 위반의 책임을 지울 수는 없다”고 판시하였다.⁵⁴²⁾

이 판결은 초등학생들 사이에서 일어난 교내 사고에 대한 교장 또는 교사의 보호·감독책임의무 위반으로 인한 손해배상책임의 범위 및 그 판단기준을 정한 것으로 구체적인 위험성이 없고 예견불가능하고 돌발적이거나 우연한 사고에 대하여는 교사 등에게 보호·감독의무 위반의 책임을 지울 수 없다고 한 사례이다.

(7) 여학생이 집단따돌림으로 자살한 사건

중학교 3학년 여학생인 망인은 2001. 3월경을, 병, 정과 그룹을 형성하면서 친구로 지내 왔으나 을이 집단을 주도하면서 망인을 집단에서 배척하였다가 다시 집단에 끼워주는 것을 되풀이하였고, 이로 인하여 유서를 남기고 자신의 아파트 16층에서

542) 대판 1997. 6. 27. 97다15258.

투신자살 하였다. 그간 망인은 담임교사와 자주 상담하였으나 주로 공부에 관하여만 상담하였을 뿐 교우관계에 관한 어려움을 이야기 한 일은 없었다.

이 사안에서 대법원은 “집단따돌림으로 인하여 피해학생이 자살한 경우 자살의 결과에 대하여 교장이나 교사의 보호·감독의무 위반의 책임을 묻기 위하여는 피해학생이 자살에 이른 상황을 객관적으로 보아 교사 등이 예견하였거나 예견할 수 있었음이 인정되어야 한다. 다만, 사회통념상 허용될 수 없는 악질, 중대한 집단따돌림이 계속되고 그 결과 피해학생이 육체적 또는 정신적으로 궁지에 몰린 상황에 있었음을 예견하였거나 예견할 수 있었던 경우에는 피해학생이 자살에 이른 상황에 대한 예견가능성도 있는 것으로 볼 수 있을 것이나, 집단따돌림의 내용이 이와 같은 정도에까지 이르지 않은 경우에는 교사 등이 집단따돌림을 예견하였거나 예견할 수 있었다고 하더라도 이것만으로 피해학생의 자살에 대한 예견이 가능하였던 것으로 볼 수는 없으므로, 교사 등이 집단따돌림 자체에 대한 보호·감독의무 위반의 책임을 부담하는 것은 별론으로 하고 자살의 결과에 대한 보호·감독의무 위반의 책임을 부담한다고 할 수는 없다”고 하면서 3학년 여학생이 급우들 사이의 집단따돌림으로 인하여 자살한 사안에서, 따돌림의 정도와 행위의 태양, 피해학생의 평소 행동 등에 비추어 담임교사에게 피해학생의 자살에 대한 예견가능성이 있었다고 인정하지 아니하여 자살의 결과에 대한 손해배상책임은 부정하면서, 다만 학생들 사이의 갈등에 대한 대처를 소홀히 한 과실을 인정하여 교사의 직무상 불법행위로 발생한 집단따돌림의 피해에 대하여 지방자치단체의 손해배상책임을 긍정하였다.⁵⁴³⁾

이 판결은 이른바 집단따돌림의 의미를 정의하고 집단따돌림으로 인하여 피해학생이 자살한 경우 여러 가지 정황에 맞추어 보아 담임교사에게 피해학생의 자살에 대한 예견가능성이 없었다고 하여 자살의 결과에 대한 손해배상책임은 부정하면서, 다만 학생들 사이의 갈등에 대한 대처를 소홀히 한 과실을 인정하여 교사의 직무상 불법행위로 발생한 집단따돌림의 피해에 대하여 지방자치단체의 손해배상을 긍정한 사례이다.

543) 대판 2007. 11. 15. 2005다16034.

3. 검토

이상에서 학교안전사고와 학교폭력 관련 판례를 통해서 살펴본 교사의 법적 책임의 근거와 구제이론에 대한 시사점을 정리하면 다음과 같다.

첫째, 사고위험의 소지가 있는 수업시간 중에 발생하는 사고의 판결기준은 교육활동시 통상 요구되는 교사의 주의의무 이행여부이다. 초·중등교육법 제20조 제1항 내지 제3항에 의해 교원은 학생을 교육한다고 규정하고 있고, 교육의 전제는 학생의 안전에 있으므로 교원은 학교의 교육권이 미치는 범위에서 학생을 보호하고 감독할 의무를 진다. 책임무능력자의 대리감독자로서 교사의 보호·감독의무의 범위는 가해학생의 책임변식능력에 따라 변화하였다. 즉 교사의 보호·감독의무의 범위는 유치원이나 초등학교 저학년과 같이 자신의 행위의 위험성에 대한 변식능력이 부족할수록 더 넓어지고, 반대로 상급학교로 진학하여 학생의 행위변식능력이 커질수록 줄어든다. 교원이 보호·감독의무를 소홀하여 사고가 발생하면 민법 제755조 제2항에 따라 법정감독의무자인 보호자를 대신하여 감독하는 대리감독자로서 배상 책임을 질 수 있다.

민법 제755조에서 책임무능력자의 감독자로서의 부모의 책임은 그 미성년자에게 책임이 없음을 전제로 하여 이를 보충하는 책임이고, 감독의무자 자신이 감독의무를 해태하지 아니하였음을 증명하지 아니하는 한 책임을 면할 수 없는 것이나, 부모가 그 자녀를 보호·교양할 의무는 포괄적·윤리적 의무이기 때문에 감독의무를 해태하지 아니하였다는 것을 증명하기는 사실상 어렵다. 따라서 책임무능력자인 자녀가 타인에게 손해를 입한 경우에는 감독의무자로서 부모의 책임을 면할 수 없다고 보아야 할 것이다. 반면에 가해학생이 책임능력이 있어 그 스스로 불법행위책임을 지는 경우에도 부모가 당해 미성년자의 감독의무자의 의무위반과 자녀의 불법행위로 인한 손해가 상당인과관계가 있는 때에는 지도·교양의무를 해태한 과실이 있는 자로서 공동불법행위의 책임을 지게 된다. 결국 미성년자인 자녀가 학교뿐만 아니라 어느 곳에서든지 간에 학교폭력으로 타인에게 손해를 입힌 경우 이에 대한 손해배상책임은 일차적으로 그 부모에게 돌아간다고 할 수 있다. 대리감독자로서의 교사의 책임은 책임무능력자의 가해행위의 결과에 대한 책임으로 친권자인 부모가

지는 책임보다 그 책임을 묻기 위한 요건이 상대적으로 제한적이다. 따라서 법원도 민법 제755조에 의한 책임의 범위가 너무 넓기 때문에 이를 포괄적으로 인정할 경우 학교운영이나 교직수행 자체가 위협받을 수 있으므로 이를 인정함에 있어 매우 신중한 입장을 보이고 있다.

둘째, 교원의 보호·감독의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독의무자에 대신하여 보호·감독하여야 하는 의무로서 학교 내에서의 전 생활관계에 미치는 것이 아니고 학교에서의 교육활동 및 이와 밀접한 불가분의 관계에 있는 생활관계로 한정된다. 특히 집단따돌림 현상이 심각한 사회문제가 되고 있는 현실에서 집단따돌림으로 인한 학생의 피해에 대하여 교사 등의 보호·감독의무를 폭넓게 인정하고 그 위반에 대한 학교측의 책임도 긍정하여야 할 사회적 요청 내지 필요성도 크다고 할 것이다. 그렇다고 하여 객관적으로 악질적이고 중대한 집단따돌림의 존재여부를 인정하기 곤란한 경우에도 피해학생의 주관적인 의사가 작용하여 자살의 결과에 이른 경우까지만 교사의 보호·감독의무 내지 안전배려의무 위반의 책임을 묻는 것도 적절치 않다고 본다. 그러나 집단따돌림과 자살 사이의 인과관계를 전통적인 인과관계이론에 기초하여 엄격히 해석함으로써 집단따돌림으로 인한 피해구제에 소극적이라는 아쉬움도 있다.

셋째, 학생간 사고에 있어서 학교안전사고에 대한 판결기준은 구체적 사고발생의 예측가능성 여부이다. 교육활동 및 이와 밀접 불가분의 관계에 있는 범위 내 생활관계라 하더라도 여러 가지 상황을 고려하여 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측가능성이 있는 경우에 한하여 교사는 책임을 진다. 대체적으로 학교일과 시작 전이나 쉬는 시간 내지는 점심시간 등에 일어난 돌발적인 학생간 사고에 대해서 교원에게 법적 책임을 지우고 있지 않다. 다만 교원에게 요구되는 주의의무 소홀로 인한 과실이 사고를 초래할 경우에는 교원은 사고에 대한 법적 책임을 져야 한다. 이 경우 예측가능성이 중요한데, 우연히 발생한 사고인가, 예측가능한 필연적인 사고인가의 여부를 판단하는 일은 교육활동의 때, 장소, 학생의 연령, 가해자의 분별능력, 사회적 경험, 가해자의 성향, 가해자와 피해자의 관계 등 사건의 구체적인 내용구성에 따라 각각 판결을 달리하고 있음을 알 수 있다. 판례들은 교사의 주의의무의 한계를 설정하는 개념으로서의 예측가능성은 사고발생에

대한 구체적 위험성을 인식할 수 있었는가 라는 것이라고 하여 교사의 주의의무의 범위를 좁혀 보려는 의지가 숨어 있음을 엿볼 수 있다.⁵⁴⁴⁾

학교폭력의 경우 단순히 우발적인 사고까지도 교사, 교장, 학교설립의 주체에게 보호·감독 의무를 확대한다면, 결국은 학교 본래의 교육적 기능을 상실하고 학생들의 보호·감독의무에만 전념해야 한다는 결과를 가져올 수 있다. 이에 따라 법원은 이 책임을 인정하는 경우에도 학교의 교육활동과의 밀접한 관련성, 사고발생의 예측가능성과 사고예방의 기대가능성 등이 존재할 때에만 교사의 학생에 대한 지도·감독의 책임을 인정하고 있다. 실제로 학교폭력과 관련하여 학교 내의 교육활동 또는 이와 밀접한 생활관계에서 일어난 학교폭력, 학교폭력사실을 알았거나 알 수 있었음에도 충분한 보호·감독의무를 이행하지 않은 경우에는 교사의 민법상 손해배상책임을 인정하고 있다.⁵⁴⁵⁾ 학교측의 안전보호의무위반의 유무를 판단함에 있어 악질적이고 중대한 집단괴롭힘은 그 자체로써 필연적으로 피해학생의 심신에 중대한 피해를 초래하기 때문에, 집단괴롭힘이 피해학생의 심신에 중대한 위해를 미치는 것이라는 인식이 가능하다면 족하고 반드시 피해학생이 자살할 수 있다는 것까지 예견가능성을 가질 필요는 없다. 즉 집단괴롭힘에 의한 자살피해의 과실의 인정에 있어서는 결국 예견의 대상이 집단괴롭힘 그 자체라는 것이다. 그렇지 않고 자살 그 자체가 예견의 대상이라고 한다면 대부분의 집단괴롭힘에 의한 자살사고에서 학교측의 과실은 부정될 것이기 때문이다. 악질적으로 중대한 집단괴롭힘과 사회통념상 허용될 수 없는 육체적·정신적 고통을 초래할 수 있는 집단괴롭힘의 경우에는 특별한 사정이 없는 한 자살은 집단괴롭힘 피해의 일내용으로 볼 수 있고, 통상 발생가능한 손해라고 할 것이다. 이에 대하여 경미한 집단괴롭힘이 자살의 원인 중 하나인 경우에는 사실적 인과관계는 인정할 수 있지만, 그 자살은 특별손해이며, 예견가능성에 의하여 판단하면 될 것이다.

학교안전사고에 대한 구체이론은 아직까지 불법행위의 법리를 적용하는 것이 대부분이다. 그러나 최근에는 우리나라에도 몇 개의 판결을 통해 채무불이행으로 구

544) 대판 2007. 11. 15. 2004다16034; 대판 2000. 4. 11. 99다44205; 대판 1999. 9. 17. 99다23895; 대판 1997. 6. 27. 97다15258; 대판 1995. 12. 26. 95다313.

545) 대판 2007. 4. 26. 2005다24318; 대판 2007. 6. 15. 2004나48775.

성하여 안전배려의무의 위반을 묻고 있는 사례⁵⁴⁶⁾가 있어 주목할 만하다. 불법행위법의 특징은 일반적이고 추상적인 규정을 판례가 발전시켜 나가기 때문에 판례가 중요한 법원이라고 할 수 있다. 학교안전사고에 대한 구체적인 사례를 체계화하여 대부분 불법행위책임으로 구성하는 법리를 채무불이행책임으로 구성하여 피해자에게 증명책임을 완화하는 것이 필요하다. 이에 대하여는 후술하기로 한다.

제5절 민사적 구제 법리의 재검토

지금까지 우리 판례는 학교안전사고는 주로 불법행위책임으로 이론구성 하고 있다. 그런데 불법행위책임으로 구성하면 피해자는 가해자의 고의·과실과 인과관계 등을 주장·증명해야 하는데 이 증명은 그리 쉽지 않다. 아울러 소멸시효기간에 있어서도 피해자에게 일반적으로 불리하게 작용한다. 그러나 손해배상책임을 채무불이행으로 구성하는 경우 그 의무의 범위, 내용을 확정 또는 확장할 수 있고, 그 결과 손해에 대한 귀책 근거를 명확히 하여 피해자의 증명책임 부담을 덜어줄 수 있다.⁵⁴⁷⁾ 또한 소멸시효도 10년이나 되어 계약상 의무를 부담한 채무자(가해자)에게 더 엄격하고 채권자(피해자)에게 더 유리하게 된다.⁵⁴⁸⁾ 그렇다면 학교와 학생 사이에서 발생하는 계약에 기초한 채무불이행으로 인하여 발생하는 손해배상책임을 근거는 어디에 있는가. 이하에서는 재학계약의 법적 성질, 재학계약으로부터 발생하는 책임은 어떤 것인지에 대하여 살펴보고, 안전배려의무 위반의 결과에 대해 채무불이행책임으로 이론구성 할 수 있는지에 대해 살펴보려 한다.

1. 재학계약의 법리

학교와 관련한 법률관계로는 재학관계를 따져 볼 수 있다. 학생은 학교에 입학하여 교사에게 교육을 받게 되는데, 교육활동 중에 학생측(학생·학부모)과 학교측(국가, 지방자치단체, 학교법인) 사이에 맺게 되는 법률관계를 재학관계라고 한다.⁵⁴⁹⁾

546) 대구고판 1997. 6. 13. 96나1987.

547) 김상찬·조두환, 전계논문, 38면; 学校事故研究会, 「学校事故の事例と裁判, 学校事故全書」, 総合労働研究所, 1997, 276面.

548) 송덕수, 전계서, 1648~1649면; 백경일, 전계서, 2011, 439면.

재학관계는 헌법 원리상 학생의 학습권을 보장하는 법률관계에서 학생 및 보호자측의 교육요구권을 권리주체로 높였다는 점에서 의의가 있다. 학생 및 학교설치자간에는 대등한 권리와 의무가 존재한다는 점, 학교교육은 교육을 시행하는 자의 지배적 권능이 아니라는 점을 고려한다면, 재학관계는 권력관계가 아닌 대등한 당사자 사이의 재학계약 관계이어야 한다.

재학관계는 크게 세 가지 관점에서 살펴볼 수 있다. 학생측과 학교측의 관계를 불평등한 공법상 특별권력관계로 보는 견해, 평등한 사법상 계약관계로 보는 견해 및 특수한 교육법상 특수한 계약으로 보는 견해가 있다. 학생의 안전사고에 대한 손해배상을 논의함에 있어 학생과 학교측의 법률관계와 학생이 재학하는 동안 학생과 학교측이 갖는 권리와 의무를 검토할 필요가 있다.

(1) 특별권력관계에서 계약관계로의 전환

전통적인 특별권력관계는 법규정이나 당사자의 동의 등 특별한 공법상 원인에 의하여 성립되고, 행정목적에 필요한 한도 내에서 그 특별권력주체에게는 포괄적 지배권이 인정되고, 상대방인 특별한 신분에 있는 자가 이에 복종하는 관계를 말한다.⁵⁵⁰⁾ 대표적인 예로는 국가와 공무원의 관계, 국공립학교와 학생의 재학관계, 교도소와 수형자의 재소관계 등이 있다. 특별권력관계에서는 법률유보·법률우위의 원칙과 사법적 통제가 배제된다.

특별권력관계론에 의하면 국공립학교의 재학관계를 영조물⁵⁵¹⁾ 이용관계로 파악하고 있다. 재학관계에 특별권력관계를 적용하여 정의하면, 교육목적을 위하여 교육기본법, 초·중등교육법, 고등교육법 등의 법적 원인에 기하여 성립하고 필요한 범위에서 포괄적 지배와 복종을 내용으로 하는 것이다.⁵⁵²⁾

우리 대법원도 학교와 학생의 관계에 공법상 특별권력관계 이론을 적용한 바 있다.⁵⁵³⁾ 이후 헌법재판소도 국립학교와 학생과의 관계를 계약관계가 아닌 특별권력관

549) 송병춘, “재학계약에 관한 연구”, 「교육법학연구」 제15권 제2호, 대한교육법학회, 2003. 12, 113면.

550) 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2013, 108~109면.

551) 오토 마이어(O. Mayer)는 영조물이란 “공적 목적에 제공된 인적·물적 시설의 총합체”라고 한다.

552) 정현승, “국·공립학교에서 재학관계의 법적 고찰”, 「교육법학연구」 제15권 제2호, 2003. 12, 237면.

553) 교장이 학생에 대하여 가지는 규율권...(중략)…, 교육과 학교의 관리라는 특수목적 위하여 필요한 한

계이며, 이로 인한 공법상의 영조물을 이용하는 관계임을 밝히고 있다.⁵⁵⁴⁾ 그 외 입학
 학과 졸업,⁵⁵⁵⁾ 시험과 성적,⁵⁵⁶⁾ 학칙,⁵⁵⁷⁾ 징계,⁵⁵⁸⁾ 등에 관련된 사례에서 재량성이 인
 정되며, 그 재량의 범위에서 사법심사의 배제를 광범위하게 인정하고 있다.

그런데, 특별권력관계론의 발상지인 독일에서는 종래 재학관계를 특별권력관계로
 보았으나, 근래에는 특별권력관계가 아니라는 것이 통설과 판례의 입장이다.⁵⁵⁹⁾ 일
 본에서도 1960년대 이후 국공립학교의 재학관계에 대해 특별권력관계이론은 학계와
 법원의 비판을 받고 있으며, 사립학교의 재학관계와 본질적으로 동일한 교육법상의
 재학관계로 보는 견해가 유력하다.⁵⁶⁰⁾ 우리나라에서도 최근에는 특별권력관계라도
 일반권력관계와 본질적인 차이를 인정하지 않으려고 하며, 특별권력관계이론 자체
 도 부정되거나 수정되고 있다.⁵⁶¹⁾ 재학관계에도 법치주의 원리가 적용되며, 다만 학
 교라는 특수한 부분사회에서 교육목적의 달성을 위하여 일반행정법 관계와 다르게
 광범위한 재량권이 인정될 뿐이라고 한다.⁵⁶²⁾ 국공립학교의 학생과 학교와의 관계도
 법적 성격을 개별적·실질적으로 분석하면 권력관계가 아니라 사립학교와 동일한
 계약관계라고 한다.⁵⁶³⁾

학교와 학생은 대등한 권리 주체이고 학생의 자유로운 의사에 의하여 학교교육에
 참가한다고 보면 일방당사자가 우월한 지위에 선다거나 특별히 사법관계와 비교하

도에서 학교장이나 학교 관리자에게 포괄적인 지배권이 부여되어 이들 사이에는 특별권력관계가 형성
 된다고 보아야 할 것이며, 이 특별권력관계는 국가의 공법적 질서에 의하여 특히 부여되는 것이니만큼
 공법상의 특별권력관계라고 할 것이다(대판 1962. 5. 3. 4294민상970).

554) 국립대학인 서울대학교는 특정한 국가목적(대학교육)에 제공된 인적·물적 종합시설로서 공법상의 영
 조물이다. 그리고 서울대학교와 학생과의 관계는 공법상의 영조물 이용관계로서 공법관계이며, 서울대
 학교가 대학입학고사 시행방안을 정하는 것은 공법상의 영조물 이용관계 설정을 위한 방법, 요령과 조
 건 등을 정하는 것이어서 서울대학교 입학고사에 응시하고자 하는 것은 사람들에게 대하여 그 시행방안
 에 따르지 않을 수 없는 요건·의무 등을 제한·설정하는 것이기 때문에, 그것을 제정·발표하는 것은
 공권력의 행사에 해당한다(헌재 1992. 10. 1. 92헌마68).

555) 대판 1982. 7. 27. 81누398; 대판 1982. 11. 9. 82다422, 82다카1023; 대판 1962. 6. 29. 62누9.

556) 헌재 1997. 12. 19. 97헌마317; 헌재 1997. 7. 16. 97헌마38; 대판 1994. 9. 10. 94두33; 헌재 1992. 10. 1.
 92헌마68·76; 대판 1968. 10. 22. 68누61·79.

557) 대판 1997. 9. 9. 97다20007.

558) 대판 1993. 5. 12. 92누2233.

559) Monika Franke, Grundrechte des Schülers und Schulverhältnis, Luchterhand, Frankfurt Main 1974,
 SS. 6f; Löhning, Der Vorbehalt des Gesetzes im Schulverhältnis, Duncker & Humblot, Berlin, SS.
 84ff.

560) 原龍之助, 「公物營造物法」, 有斐閣, 1990, 411~412面; 兼子仁, 前掲書, 400~411面.

561) 김남진·김연태, 「행정법 I (제17판)」, 법문사, 2013, 123면.

562) 송병춘, 전계논문, 114면.

563) 김동희, 전계서, 111면.

여 특별권력관계로 파악할 필요는 없다.⁵⁶⁴⁾ 사립학교는 물론이고 국공립학교와 학생측의 법률관계도 계약의 측면에서 접근하여야 한다. 즉 계약관계는 사적자치의 원리가 적용되며, 이를 통하여 국민의 교육을 받을 권리가 실현되고 학생의 안전권 보장을 위해서도 사법적 구제가 가능한 계약관계로의 전환이 요구된다.

(2) 재학계약의 법적 성질

1) 사법상 계약을 부인하는 견해

우리나라는 종래 재학관계에 대해 국공립학교는 공법상 계약관계로, 사립학교는 사법상 계약관계로 다루어져 왔다. 공법상 계약은 계약당사자가 반드시 국가 또는 지방자치단체일 것을 요구하는 것은 아니며, 공무원수탁사인도 계약당사자가 될 수 있다. 공법상 계약과 사법상 계약의 구분은 계약체결의 자유, 내용형성의 자유, 계약효과의 제한, 쟁송절차 등과 관련하여 의미를 갖는다.⁵⁶⁵⁾

재학관계를 공법관계로 본다면 교육은 국가 내지 학교라는 행정주체가 일방적으로 제공하는 것이다. 학생의 교육받을 권리나 학교의 교육의무는 오로지 법률에 의해 설정되는 것이고, 학교는 법률이 위임한 범위에서 교육급부의 제공이라는 권력적 사실행위 또는 법률행위를 하는 것으로 파악한다.⁵⁶⁶⁾ 학교에서 발생한 손해에 대해 국공립학교에서는 국가배상법이, 사립학교에서는 민법상 손해배상규정이 각각 적용되어 차이를 보인다. 이와 같이 실정법상으로는 학교계약을 공법상 계약과 사법상 계약으로 나누는 견해는 일응 타당한 것처럼 보인다. 사립학교도 국공립학교와 마찬가지로 공교육 역무를 분담하는 교육연구시설로서 행정청의 교육과정 및 인사에 대한 통제권과 학교측의 학생에 대한 포괄적 지배권능이 인정된다. 따라서 교육주체가 국가·지방자치단체 또는 학교법인인지, 교육시설이 공물 또는 사유재산인지에 따라 재학계약의 성질을 다르게 취급할 것은 아니라고 한다.⁵⁶⁷⁾ 이는 일본의 경우와 달리 우리나라에서는 재학계약에 대한 논의가 활발하지 못한 가운데 국공립

564) 그러나 학교는 교육이라는 특수한 목적을 수행하는 기관이므로 특별권력관계 이론을 전면적으로 배제할 수는 없을 것이라는 견해에 대해서는 임종수, 전계논문, 169면 참조.

565) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2014, 497면.

566) 송병춘, 전계논문, 114면.

567) 송병춘, 상계논문, 122면.

학교, 사립학교의 이원적 파악을 거부하고 공히 공법상 계약관계로 파악하고 있는 견해이다.

헌법 및 교육관련 법령상 의무를 사립학교가 대신 수행하는 관점에서 본다면, 사립학교라 하더라도 국가의 수권에 의한 고권적 관계(학위수여, 성적평가, 징계 등)는 공법관계로 볼 수 있다는 것이다.⁵⁶⁸⁾ 국공립학교 및 사립학교에 공교육 차원에서 교육기본법, 초·중등교육법 등 교육관련법의 원리가 동일하게 적용된다는 점에서 재학계약을 사법상 계약으로 보기 어렵다고 한다.⁵⁶⁹⁾ 이 견해는 계약관계란 공법적 요소와 사법적 요소가 혼재되어 있는 계약, 헌법과 교육기본법 등에 의하여 근거하고 제약되는 계약, 일종의 부합계약으로 계약상대방의 선택과 계약내용의 결정이 자유롭지 않은 집단적·획일적 성질을 지닌다는 것이다. 즉, 국공립학교와 사립학교를 구분하지 않고 학생과 학교사이에 모두 재학계약이라는 특수한 계약관계를 형성한다는 것이다. 그러나 사립학교의 교육관계 역시 공법관계라고 한다면 사립학교의 교장은 공무수탁사인이 되며,⁵⁷⁰⁾ 국공립학교의 장과 마찬가지로 학생·학부모에 대하여 행정청의 지위에 선다는 결론에 이르게 되므로 타당하지 않다.⁵⁷¹⁾

일본에서도 재학계약은 대등한 당사자간의 계약이 아니기 때문에 공법상 계약이거나 적어도 사법상 계약은 아니라는 견해가 있다.⁵⁷²⁾ 나아가 재학계약을 특수한 교육법 관계라는 견해도 있는데, 이는 공법과 사법을 초월한 사회법으로서의 교육법이 적용되기 때문이라고 한다.⁵⁷³⁾ 그러나 이와 같이 해석하면 민법상 사적자치의 원칙을 교육의 특수성을 이유로 공법상 원리와 혼용하는 오류를 범할 수 있다고 한다.⁵⁷⁴⁾

2) 사법상 계약으로 인정하는 견해

568) 임종수, 전계논문, 170면.

569) 하윤수, “재학계약론에 관한 고찰”, 「경성법학」 제12호, 경성대학교 법학연구소, 2003. 12, 227면. 정현승, 전계논문, 243면.

570) 사립학교 교사의 교육활동을 ‘공무수탁사인’의 법리를 적용하여 국가의 행위로 간주하여야 학교안전사고 예방이 제고되고 사고발생 이후에도 교사와 학생 모두를 보호할 수 있다는 견해는 서우석, 전계논문, 157~158면 참조.

571) 송병춘, 전계논문, 133면.

572) 織田博子, 前掲 “在学契約と安全配慮義務”, 263面.

573) 兼子仁, 前掲書, 406面.

574) 임종수, 전계논문, 184면.

재학계약을 사법상 계약으로 인정하는 견해는 국공립학교와 사립학교를 구별하지 않는다는 것을 전제로 한다. 재학계약은 공법적 요소가 포함되어 있지만, 자유로운 의사에 기한 교육의 자율성과 사사성(私事性)을 기본으로 하고 있고, 학교교육은 기본적으로 비권력 작용이고 상호 대등한 관계이므로 사법상 계약이라고 한다.⁵⁷⁵⁾

일본에서는 첫째, 학생은 자유의사에 기초해 특수한 단체적 제약인 학칙 등을 준수하며 학교의 교육을 향유하는 관계, 즉 학생신분의 취득관계는 특수한 사적계약의 법리로 다루어진다는 견해⁵⁷⁶⁾가 있다. 둘째, 현대의 일반적인 공교육 체제에서 교육법에 의해 재학계약의 내용이 수정⁵⁷⁷⁾되고 규제받는 것은 사실이지만, 이로 인해 사법상의 계약내용과 다른 교육법상의 계약이라고 할 이유는 없으며, 국공립법원에서의 진료계약과 같이 경제적 측면만으로 볼 수 없는 계약도 사법이론에서 처리하고 있다는 점 등에 비추어보면 사법상 계약으로 보아도 충분하다는 견해⁵⁷⁸⁾도 있다.

교육관계는 본질적으로 지배·복종 관계가 아니고 재학관계 역시 학교와 학생·학부모를 당사자로 하는 권리·의무관계로서 비록 교육의 공급자와 수급자의 지위를 형성하지만, 양자는 대등한 관계이므로 사법상 계약으로 인정하는 것이 학생의 권리구제 측면에서 합리적이라는 것이다.⁵⁷⁹⁾ 학생의 안전과 관련한 기본권의 효과적인 보장을 위해서는 권리보장의 최후 보루인 법원에 의한 사법적 구제를 필요로 한다.⁵⁸⁰⁾ 우리나라에서는 사립학교의 경우 학교에서 학생과 체결한 계약을 재학계약으로 판시⁵⁸¹⁾하고 있다. 또한 헌법재판소도 학교의 공권력을 부정하거나 사법상 계약이라고 하고 있다.⁵⁸²⁾

575) 임종수, 전계논문, 187면.

576) 織田博子, 前掲 “在学契約と安全配慮義務”, 264面.

577) 계약자유가 본래 법질서의 한계 내에서 인정되는 만큼, 계약의 증가가 그에 대한 본질을 변경시키는 것은 아니다. 따라서 본질이 변한 것으로 오해할 수 있는 ‘수정’이라는 표현은 적절하지 않는 견해는 송덕수, 전계서, 1281면 참조.

578) 織田博子, “在学契約と安全配慮義務”, 「民法における責任の横断的考察」, 第一法規, 1997, 266~267面.

579) 임종수, 전계논문, 186면; 中野進, 前掲書, 96面.

580) 송병춘, 전계논문, 118면.

581) 사립학교의 재학관계는 사립학교측과 학생 사이에 형성된 재학계약상의 법률관계이고, 사립학교측이 학생모집을 위해 공고한 입시요강은 위와 같은 재학계약상의 법률관계를 형성하기 위한 방법, 요령, 조건 등을 정하는 것이다(대판 2006. 9. 9. 2004나18859). 학교법인과 학생간에 발생하는 법률관계는 학생이 학교법인의 학칙과 규정 등을 승인하는 것을 내용으로 한 사법상의 재학계약관계이다(서울고법 1989. 10. 20. 89나19110).

3) 검토

재학계약에 대하여 많은 논의가 있어온 일본에서도 재학계약의 성질에 대하여 학설이 난무하여 공법상 계약인지, 사법상 계약인지 명확히 구분하기 어려운 실정이다.⁵⁸³⁾ 이와 같은 사정은 우리나라도 마찬가지이다. 행정주체와 사인간의 계약이 공법상 계약인지 불분명한 경우에는 계약내용이 법률로 규정되고 있는 사항인지 여부와 그 법률의 성격, 계약이 직접적으로 행정사무수행에 기여하는지 아니면 간접적으로 행정사무수행에 기여하는지 여부, 계약의 전체적인 성격 등을 고려하여 객관적으로 판단해야 한다.⁵⁸⁴⁾ 결국 재학관계를 재학계약으로 보되, 순수한 민법상 계약이 아니라 교육법적 성격을 고려한 특수한 계약으로 보는 것이 현재의 공교육체제, 교사의 교육권, 학생 및 학부모의 교육권 및 인권보호 차원에서 타당하다고 사료된다.⁵⁸⁵⁾

대체로 일본에서도 재학관계를 공교육기관과 사학 법인간에는 공교육이라는 점에서 본질적인 차이가 없음으로 교육법상의 특수한 재학계약관계로 보는 경향이 점차 강해지고 있다고 한다.⁵⁸⁶⁾ 재학계약을 교육법상 특수한 계약으로 본다면 학칙은 계약내용을 정하는 문서로 이해될 수 있다. 생각건대, 재학계약은 교육활동을 주된 채무로 하고, 시설제공 등은 종된 급부이며, 신의칙에 근거한 보호의무 또는 안전배려의무를 부수적 의무로 하는 비전형계약이라 할 수 있고, 공법적 성질과 사법적 성질이 혼합된 특수한 신종계약으로 보아야 할 것이다.⁵⁸⁷⁾

582) 학교법인이 운영하는 사립대학교와 그 학생과의 관계는 사법상 계약관계이고, 사립대학이 학칙을 제정하는 것도 사법적인 행위라 할 것이므로 이를 헌법소원의 대상이 되는 공권력의 행사라고 볼 수 없다(헌재 2000. 10. 11. 2000헌마595). 대학교와 그 소속 학생의 관계는 학교법인이 인적, 물적, 수단을 포함한 교육시설로써 학생들에 대하여 교육을 실시하는 것을 본질로 하는데…<중략>…, 학생은 그 학교법인이 일방적으로 정한 학칙과 규정 등에 기속되는 것을 내용으로 한 사법상의 계약관계라고 할 것이다(헌재 2004. 8. 26. 2003헌마770).

583) 織田博子, 前掲 “在学契約と安全配慮義務”, 263面.

584) 홍정선, 전계서, 459면.

585) 정현승, 전계논문, 243면.

586) 정현승, 전계논문, 244면.

587) 사회의 진보에 따른 신종계약의 출현에 관해서는 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011, 212면 이하 참조. 하윤수, 전계 “재학계약론에 관한 고찰”, 227~228면에서는 재학계약의 성질을 교육법계약으로 보면서도 기간을 정한 계속적 채권계약, 위임 또는 준위임에 유사한 계약으로 보고 있다.

(3) 재학계약의 당사자

재학계약은 학교측과 학생측을 당사자로 하여 이루어진다고 보는 것이 일반적이다. 학교측의 당사자는 학교설치자를 의미하는데, 국공립학교는 국가 및 지방자치단체, 사립학교는 학교법인을 말한다. 학교는 법인격이 없으며, 교장이나 교사는 학교설치자의 피용자 내지 이행보조자에 불과하므로 그 당사자가 아니라는 것이 판례의 일관된 입장이다.⁵⁸⁸⁾

이에 반해, 재학계약의 일방 당사자인 학생측에 대해서는 해석상 다양한 견해가 제시되고 있다. 초·중등학생은 대부분 미성년자이므로 미성년자에 대한 법률관계의 특성을 고려하여 다루어야 한다. 미성년자를 고려하는 이유를 보면, 미성년자 행위에 대한 사회적 관용의 측면,⁵⁸⁹⁾ 미성년자에게 성숙을 위한 경험의 기회를 부여해야 한다는 점⁵⁹⁰⁾ 등을 들 수 있다. 재학계약에 있어서 계약을 체결한다는 의식이 명료하지 않아 당사자 확정을 대한 해석의 논의가 필요하다.

첫째, 학생을 당사자로 보는 견해에 따르면, 친권에의 복종 여부 또는 보호자의 등록금 부담 여부에 관계없이 학교로부터 직접 급부를 받는 학생과의 계약이라는 것이다.⁵⁹¹⁾ 이 견해는 계약체결의 절차 내지 방식에 따라 다시 ①학생이 단독으로 계약을 체결한다는 견해 ②학생이 보호자의 동의를 얻어 계약을 체결한다는 견해 ③학생을 대리하여 보호자가 계약체결 한다는 견해로 나누어진다.

둘째, 보호자를 당사자로 보는 견해에 따르면, 학생은 계약의 제3자로서 수익자의 지위를 갖는다. 부모는 친권자이기 때문에 자를 보호하고 교양할 의무가 있고, 필요한 경우에는 자녀를 징계하거나 재학계약을 체결할 수 있게 된다.⁵⁹²⁾ 일본에서는 재학계약 체결을 일종의 감호교육권의 행사로 보고, 의무교육에 있어서 보호자는 반

588) 교장이 학사업무를 처리할 수 있다고 해서 곧 교장에게 민사소송의 당사자적격이 있다고 단정할 수는 없다(대판 1982. 8. 24. 81다1355; 대판 1975. 12. 9. 75다1048).

589) 김천수, “영미 불법행위상 책임요건에 관한 연구(과실불법행위의 의무론을 중심으로)”, 「성균관법학」 제22권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2010. 4, 52면; Kionka, Torts, Thomson-West 4th Ed. 2005, p.65~66.

590) 김천수, 상계논문 52면; 이는 Caroline Forell의 견해로서 해당문헌은 Dan B. Dobbs, The Law of Tort volume 1, West Group, 2001. p.296, FN. 7 참조

591) 강일원, 전계논문, 46면; 織田博子, 前掲 “在学契約と安全配慮義務”, 270面.

592) 임종수, 전계논문, 177면; 송병춘, 전계논문, 139면.

드시 자녀를 취학시켜야 할 의무가 있다고 한다.⁵⁹³⁾ 우리 민법 제5조 제1항에 따르면 “미성년자가 법률행위를 하려면 원칙적으로 보호자의 동의를 얻어야 하고, 단순히 권리만을 얻거나 의무만을 면하는 행위는 그러하지 아니하다”고 규정하고 있다. 재학계약은 권리와 의무가 공존하는 계약으로 미성년자인 학생은 단독으로 계약의 당사자가 될 수 없다는 것이다. 또한 초·중등교육법 제3조에서는 보호자에게 학생을 취학시킬 의무를 부여하고 있기 때문에 학생은 직접 계약의 당사자가 될 수 없다고 한다.⁵⁹⁴⁾ 학생을 당사자로 하면 책임능력도 일률적으로 획정할 수 없어 법적 안정성에 문제가 있으며, 반드시 학생을 계약당사자로 해야 학생의 권리가 더욱 보장되는 것도 아니다. 계약당사자를 보호자로 해석하면 학생을 수익자로 하는 제3자를 위한 계약으로 구성할 수 있으므로, ‘계약의 제3자 보호효’에 의하여 피해학생은 직접 계약의 당사자인 학교측에 대하여 손해배상청구권을 행사할 수 있게 된다.

생각건대, 의사능력 있는 연령의 학생에게도 보호자가 보호·감독권의 행사로 학생을 위한 재학계약을 체결할 수 있다는 점을 인정한다면, 의사능력 유무에 의해 계약당사자가 달라진다는 것은 설득력이 없다. 따라서 학생을 재학계약의 당사자로 보는 것이 계약주체의 법적 안정성을 위해서도 타당하다. 의사능력 있는 학생은 보호자 동의를 얻어 계약체결이 가능하고⁵⁹⁵⁾, 의사무능력자인 경우 보호자가 학생을 대리하여 계약체결 하는 것으로 구성할 수 있다. 또한 고등학교는 의무교육도 아니고 고등학생 연령대는 성인에 준하는 판단력과 의사능력도 가지고 있으므로⁵⁹⁶⁾ 고등학교 입학은 학생 본인을 계약당사자로 보아야 한다.

재학계약체결에 따른 의무를 학교측에서 위반했을 경우 학생에게 채무불이행에 기한 손해배상책임을, 친권자 등 보호자에 대하여는 불법행위에 기한 손해배상책임을 부담한다. 다만, 의무이행청구권의 근거가 보호자를 계약당사자로 해석하는 경우 직접 계약상의 청구권이 인정되는 반면, 학생을 계약당사자로 해석하면 감호권 또는 대리권에 의해 청구권이 인정되는 차이가 있다.

593) 織田博子, 上掲論文, 270面.

594) 임종수, 전계논문, 177면.

595) 加藤永一, 前掲論文, 261面.

596) 中野進, 前掲書, 112面.

(4) 재학계약의 성립과 종료

국공립학교와 사립학교에 있어 재학관계는 학교의 교육활동영역과 관련하여 그 성질상 본질적인 차이가 없다.⁵⁹⁷⁾ 교육기본법과 초·중등교육법 등에는 재학계약을 전제로 하는 규정은 찾아볼 수 없다. 그렇지만 국공립학교, 사립학교를 불문하고 학교재학관계를 재학계약으로 보아야 할 것인데, 이러한 재학계약을 어떤 종류로 보아야 할 것인가가 문제이다.

첫째, 우리 민법상 재학계약은 위임계약 또는 준위임의 성질을 지닌다(민법 제681조).⁵⁹⁸⁾ 미국에서 학교와 학생간의 법적 관계에 대하여 전통적으로 논의되어지는 학설은 특권설(Privilege), 친권위임설(In Loco Parentis), 계약설(Contract) 등이 있다.⁵⁹⁹⁾ 친권위임설은 부모가 자녀에 대해 보호·감독해야 하는 역할을 학교측에게 위임하는 것이라고 이해하고 있다.⁶⁰⁰⁾ 일본 판례도 재학계약에 대한 일관된 경향은 없으나 최고재판소는 위임계약설에 근거하여 판결⁶⁰¹⁾한 바 있다.

계약은 둘 이상의 서로 대립하는 의사표시의 일치에 의하여 성립하는 법률행위로서, 당사자 쌍방의 권리와 의무에 변동을 가져오는 법률요건이다.⁶⁰²⁾ 판례는 “계약이 성립하기 위해서는 당사자 사이의 의사의 합치가 있을 것이 요구되고, 의사의 합치는 당해계약의 내용을 구성하는 모든 사항에 관하여 있어야 하는 것은 아니지만, 그 본질적 사항이나 중요사항에 관하여는 구체적인 의사의 합치가 있거나 적어도 장래에 구체적으로 특정할 수 있는 기준과 방법 등에 관한 합의가 있어야 한다”고 한다.⁶⁰³⁾ 계약은 일반적으로 청약과 승낙으로 이루어진다. 청약은 상대방의 승낙이 있으면 곧바로 계약을 성립시킬 수 있도록 한 일방적, 확정적 의사표시이다.

청약의 유인은 합의를 구성하는 의사표시가 되지 못하므로 피유인자가 그에 대응

597) 伊藤進, 前掲 「学校事故の法律問題」, 144面.

598) 김상찬·조두환, 전계논문, 37면; 하운수, 전계 “재학계약론에 관한 고찰”, 228면.

599) 이에 대해 상세한 내용은 정현승, 전계논문, 245~246면 참조.

600) 친권위임설(The doctrine of in loco parent)은 교사와 학생간의 관계를 정립하는데 유효하다. 미국의 네브라스카주 법원의 친권위임설에 대한 개념은 “공립학교에 다니는 학생들의 일반적인 교육과 통제는 교육위원회, 교육장, 교장, 교사의 손에 달려 있는데, 이 통제는 보건, 적절한 환경, 필요한 규율, 도덕성의 향상, 기타 전반적인 분야에까지 미친다”고 한다(Ker Alexander & M. David Alexander, American Public School Law, West Publishing Co., 1992, p.282).

601) 最判 1987. 2. 13. 「民集」 第41卷 第1号, 97面.

602) 송덕수, 전계서, 1304면; 김형배·김규환·김명숙, 전계서, 1207면.

603) 대판 2006. 11. 24. 2005다39594; 대판 2001. 3. 23. 2000다51650.

하여 의사표시를 하더라도 계약은 성립하지 않고 유인자가 승낙의 의사표시를 함으로써, 비로소 계약이 성립하는 것이다.⁶⁰⁴⁾ 학생모집은 청약의 유인⁶⁰⁵⁾으로서 계약이 성립하지 않았기 때문에 모집단계에서 설명 등은 계약약관과는 무관하다. 그러나 학생모집 단계에서의 설명이 입학 후 이행되지 않고 신의칙에 반하는 경우 학생은 손해배상을 청구할 수 있다.⁶⁰⁶⁾ 입학원서제출은 청약이고, 합격발표는 정지조건부 승낙이다. 각종 납입금과 학교에서 요구하는 구비서류가 완료되었을 때 조건이 성취된 것으로 본다. 입학식 절차까지 완료해야만 재학계약이 성립하는 것은 아니라고 할 것이다.

둘째, 의사실현에 의하여 성립하는 계약관계로 해석할 수도 있다. 민법은 제532조에서 「청약자의 의사표시나 관습에 의하여 승낙의 통지가 필요하지 아니한 경우에는 계약은 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 있는 때에 성립한다」고 규정하고 있다. 승낙의 의사표시로 인정되는 사실이 의사실현이다. 의사실현이 의사표시인지에 관하여는 견해가 대립하고 있다. 첫째, 의사표시와 같이 일정한 효과의사를 외부에 표시할 목적으로 행하여진 것으로 볼 수 없는 행위이지만, 그것으로부터 일정한 효과의사를 추단할 수 있는 행위라고 하여 의사표시와 구별되는 행위라고 한다.⁶⁰⁷⁾ 둘째, 의사실현은 추단적 의사표시라고 한다.⁶⁰⁸⁾ 생각건대, 의사실현의 경우에 비록 명시적인 표시행위는 없지만, 자기결정에 기한 법률관계의 형성은 존재한다. 따라서 분명한 묵시적 의사표시로 보아야 한다. 그렇게 보지 않으면 계약의 개념정의도 유지할 수 없게 된다. 승낙의사가 내포되어 있거나 묵시적으로 표시되었다고 볼만한 의사실현행위로는 재학계약에 의하여 취득하게 될 권리행사나 의무이행에 관한 준비행위가 있겠다.

재학계약을 의무교육과 의무교육이 아닌 경우로 나누어 살펴본다. 초·중등교육법 제17조에 의하여 보호자에게 취학명부가 통지되어 그 의무를 이행함으로써 청약이

604) 대판 2007. 6. 1. 2005다5812·5829·5836.

605) 하운수, 전계 “재학계약론에 관한 고찰”, 236~237면.

606) 대학편입학생 모집시 설명 등에 의해 시험에 합격하면 당연히 석사과정에 진학할 수 있다고 믿은 학생이 석사과정의 모집정지에 의해 손해배상을 청구한 사건에서, 석사과정 진학을 취학계약시의 특약으로 인정할 수 없지만, 계약법을 지배하는 신의칙의 적용으로서 손해배상을 명하였다(東京高判 1977. 10. 6. 「判例時報」 第870号, 45面).

607) 박윤직, 전계 「채권각론(제6판)」, 472면; 이은영, 전계 「채권각론(제5판)」, 95~96면.

608) 지원림, 전계서, 1326면; 김상용, 전계서, 59면.

성립하고 계약의무가 있는 학교측에서 입학절차를 이행하는 것이 승낙에 해당하는 의사실현행위가 된다. 의무교육이 아닌 고등학교는 학생측이 입학신청서를 제출하는 것을 청약으로 볼 수 있고, 학교측은 입학허가라는 승낙통지를 할 수도 있으며, 의사실현행위로 그칠 수도 있다.⁶⁰⁹⁾ 여기에서 입학허가의 용어에 문제의 소지가 있다. 허가는 법규에 의한 일반적인 상대적 금지를 특정한 경우에 해제하여 적법하게 일정한 행위를 할 수 있게 하는 행정행위를 말한다.⁶¹⁰⁾ 교육의 성질을 따져보면, 위험방지라고 하는 통제목적은 위해 잠정적으로 금지되어 있는 행위가 아니라, 오히려 권리로 보장된 것으로 법리에 맞지 않다. 때문에 ‘입학허가’라는 용어를 지양하고 재학계약이 대등성과 평등성을 전제로 하는 것이므로 ‘입학승인’으로 바꿀 필요가 있다.⁶¹¹⁾

셋째, 재학계약을 사실적 계약관계로 해석할 수도 있다. 사실적 계약관계는 일정한 경우에 청약과 승낙이 아니라 당사자의 사실적 행위 내지 용태, 즉 급부의 사실상의 제공과 사실상의 청구에 의해 계약이 유효하게 성립한 경우와 마찬가지로의 법률효과가 생긴다는 것이다.⁶¹²⁾ 학교측이 제공하는 교육급부는 생활필수적인 생존배려영역에 해당하고, 대량으로 맺어지는 급부이므로 약관의 형식인 학칙으로 단일화, 정형화하여 재학계약이 성립한다고 본다. 사실적 계약관계를 긍정하는 견해는 묵시적 의사표시의 추정이 부자연스럽고 사무관리나 부당이득의 법리에 의한 처리도 적절하지 않은 때에는 사실적 계약관계이론이 필요하다고 한다.⁶¹³⁾ 부정하는 견해는 당사자 일방의 독점계약을 인정하고 타방 당사자의 자발적 의무부담 의사가 없음에도 불구하고 이에 구속시키는 것은 민법학의 체계를 크게 훼손하고 있다고 한다.⁶¹⁴⁾

생각건대, 행위무능력자가 보호자의 동의 없이 체결한 재학계약의 의사표시를 취소할 수 있을 것인지가 문제된다. 취소권을 부여하여 학생을 보호하는 것이 바람직한가의 문제인데, 공교육체제에서는 그러한 취소가 일반적으로 미성년자인 학생에

609) 임종수, 전계논문, 181~182면.

610) 김동희, 전계서, 284면.

611) 하윤수, 전계 “재학계약론에 관한 고찰”, 236면. 사건으로는 생소하지만 ‘입학승낙’이라는 표현을 고려하는 것도 검토할 만하다.

612) 송덕수, 전계서, 1319면.

613) 박윤직, 전계 「채권각론(제6판)」 52면.

614) 송덕수, 전계서, 1321면; 이은영, 전계 「채권각론(제5판)」, 108~109면.

게는 이익이 되지 못하기 때문에 실질적으로 의미는 없다고 하겠다. 그러나 경우에 따라서는 반드시 필요할 수도 있는 취소권을 원천적으로 봉쇄하는 사실적 계약관계론을 재학계약에 적용하는 것은 타당하지 않다고 생각한다. 재학계약은 교육급부의 법률행위에 대하여 위임, 사실행위에 대하여는 준위임에 유사한 계약을 주된 내용으로 해서 그것에 부수하는 재학생이라는 신분계약을 수반하는 계속적 계약이라고 할 수 있다. 따라서 기간을 정한 계속적 채권계약인 재학계약은 채권의 목적을 달성하면 계약이 종료된다. 재학계약에 있어서 최종 목적은 졸업이기 때문에 계약은 졸업에 의해 종료된다.

(5) 재학계약에 근거한 손해배상책임

학교는 최소한 학생이 안전하게 학업에 열중할 수 있는 여건을 갖추어야 하며,⁶¹⁵⁾ 이를 방해하는 제반요소를 제거하여야 할 의무와 함께 교육을 실시할 급부의무를 부담한다.⁶¹⁶⁾ 따라서 이러한 급부를 이행하지 않았거나 이행할 수 없게 된 경우 재학계약의 당사자(학생 또는 학부모)는 그와 같은 계약관계에 기초하여 학교를 상대로 손해배상을 청구할 수 있다.⁶¹⁷⁾ 다시 말하자면 재학관계를 계약관계로 파악하는 입장에서는 학교가 부담하는 피해학생에 대한 의무, 즉 교육에 있어서 학생의 생명·신체·건강상의 안전에 관하여 배려할 의무에 대한 해태에 그 귀책사유가 있다 하여 채무불이행책임으로 손해배상을 청구할 수 있다는 것이다.⁶¹⁸⁾

학교안전사고의 손해배상책임에 대한 법적 성격은 재학계약을 어떤 관점에서 해석하느냐에 따라 접근방법이 달라진다. 우선, 국공립학교는 학생의 재학관계를 영조물이용관계로 보기 때문에 공법상 특별권력관계로 보아 안전사고발생시 국가배상법상 불법행위책임을 물을 수 있다. 사립학교의 경우 재학계약을 사적 계약관계로 보기 때문에 학교안전사고에 대한 책임을 채무불이행책임으로 보게 된다.⁶¹⁹⁾ 그런데

615) 大阪地判 1968. 5. 2. 「下民集」 第16卷 第4号, 4面.

616) 김상찬·조두환, 전계논문, 37면; 山形地判 1977. 3. 30. 「下民集」 第14卷 第1号, 74面.

617) 고영아, 전계논문, 400면; 奥野久雄, 前掲 “学校教育契約”, 37面.

618) 김규홍, 전계논문, 29~30면; 学校事故研究会, 「学校事故の事例と裁判, 学校事故全書」, 統合労働研究所, 1977, 276面.

619) 정현승, 전계논문, 249면.

학교안전사고는 우발적인 경우가 많고, 재학관계는 피교육자의 의사가 매우 중요하다. 따라서 학교안전사고에 대한 책임을 국공립학교·사립학교를 막론하고 불법행위책임이 아닌 채무불이행책임으로 접근하는 것이 재학관계를 계약관계로 보는 법리에도 적합하고 학생의 권리구제에도 유리할 것이다.⁶²⁰⁾

재학관계를 계약관계로 파악하는 경우 학교설립자는 주된 급부로 교과지도, 생활지도, 진로지도 등의 의무를 지며, 종된 급부로 교육정보 및 교육시설 제공의무, 그 밖의 부수적 주의의무로서 학생의 요구를 고려할 의무를 진다.⁶²¹⁾ 또한 특수불법행위책임과 별도로 계약상대방인 소속 학생에 대하여 안전한 시설과 설비의 확보, 안전 확보를 위한 교사의 감독의무 이행, 학생의 사고회피능력 제고를 위한 안전교육 이행 등의 안전배려의무를 부담한다.⁶²²⁾ 이러한 안전배려의무 위반을 이유로 채무불이행책임을 물을 때 부수적 급부의무로 구성하든 부수의무 내지 보호의무로 구성하든 손해배상청구권을 인정함에는 이론이 없다.⁶²³⁾

이하에서는 안전배려의무의 법리를 검토하고 학교측이 부담해야 하는 안전배려의무의 구체적 내용에 대하여 살펴보고 학교안전사고에도 확장·적용함으로써, 피해 학생 구제를 용이하게 하고자 한다.

2. 안전배려의무의 법리 확장

(1) 안전배려의무의 근거

우리나라에서는 아직까지 안전배려의무의 법적 성격 및 그 근거에 대한 이론이 미약하다. 그렇기 때문에 안전배려의무를 불법행위책임으로 구성할 것인지, 채무불이행책임으로 구성할 것인지, 아니면 산업안전보건법상의 법정의무로 파악할 것인지가 대립된다.⁶²⁴⁾ 산업재해에 따른 사용자의 민사책임에 대해서는 전통적으로 불법행위책임으로 구성하여 오다가 최근에 채무불이행책임으로 구성하려는 경향을 보이

620) 정현승, 전계논문, 250면.

621) 송병춘, 전계논문, 124면.

622) 김상찬·조두환, 전계논문, 38면; 하윤수, 전계 “재학계약론에 관한 고찰”, 239면.

623) 최창렬, 전계 “안전배려의무의 체계”, 159면.

624) 김용호, 전계논문, 375면.

고 있다. 안전배려의무 위반에 대하여 채무불이행책임으로 이론 전개하는 주요 목적은 피해자의 권리구제에 있어 불법행위책임보다 효과적이기 때문이다.

이에 대해 채무불이행에 기한 안전배려의무가 인정되는 경우에는 불법행위의 요건도 충족되므로 불법행위로 처리하면 충분하다는 견해가 주장된다.⁶²⁵⁾ 이 견해에 따르면 불법행위법 영역을 넘어선 안전배려의무를 인정하는 경우 그 실질적 근거가 충분히 밝혀지지 않은 까닭에 불법행위법과의 한계설정이라는 해결하기 어려운 문제를 남기게 된다고 한다. 나아가 안전배려의무는 불법행위법상의 주의의무와 실질적인 차이가 명확하지 않을 뿐만 아니라 채무불이행책임 구성에 의한 과실의 입증책임 전환도 실제상으로는 효과가 크지 않으므로 손해배상청구권의 소멸시효기간의 불완전한 연장이라는 것 이외에 별다른 실익이 없다고 비판하는 견해도 있다.⁶²⁶⁾

이하에서는 안전배려의무 위반에 따른 책임을 불법행위와 채무불이행 중 어떠한 책임으로 구성할 것인지에 대해 그 간의 학설과 판례를 중심으로 검토하기로 한다.

1) 학설

가. 부수의무 내지 보호의무설(고용계약설)

안전배려의무⁶²⁷⁾는 계약당사자가 원칙적으로 자유·평등한 계약당사자를 지배하는 신의칙상의 의무로서 고용계약상의 부수적 주의의무, 보호의무에 근거한다는 견해이다.⁶²⁸⁾ 이 설에 의하면 계약관계에 의하여 상호 접촉하는 특별한 관계에 들어선 경우에 당사자는 상대방의 생명·신체·건강 내지 재산 등의 법익이 그 계약관계에 기한 위협에 의하여 침해되지 않도록 배려하여야 하는 의무를 부담한다는 것으로, 주로 민법학자들에 의해 지지되는 견해이다.⁶²⁹⁾

625) 伊藤浩, “在学契約に付随する安全配慮義務”, 「ジュリスト」 第984号, ジュリスト社, 1991, 187面; 新美育文, “安全配慮義務の存在意義”, 「ジュリスト」 第823号, ジュリスト社, 1984, 90面.

626) 山本隆司, “学校事故と安全配慮義務”, 「法律時報」 第55卷 第1号, 1983, 208面.

627) 송오식, 전계 “사용자의 안전배려의무”, 152면; 이은영 교수는 근로자의 안전한 작업조건 아래 작업할 권리에 상응하는 사용자의 의무가 안전배려의무이며, 안전배려의무라는 용어는 일본법학 특유의 채무불이행책임과 결합된 용어이므로 사용을 피하는 것이 좋다고 한다(이은영, “산업재해와 안전의무”, 「인권과 정의」 제181호, 대한변호사협회, 1991. 9, 26면).

628) 곽윤직, 전계 「채권각론(제6판)」, 246면; 이은영, 전계 「채권각론(제5판)」, 503면; 我妻栄, 前掲書, 586面.

629) 최창렬, 전계 “안전배려의무의 체계”, 152면.

부수의무는 급부의무인 주된 채무의 내용을 실현하기 위하여 적절한 배려와 주의
를 베풀어야 하는 의무로서, 급부의무의 발생, 이행, 소멸의 과정을 통하여 급부에
실현되는 계약이익의 유지나 보호를 목적으로 하는 것이다. 보호의무는 급부의무와
함께 채권관계 상호간의 이른바 현상이익 내지 완전성이익을 보호하기 위하여 요청
된다.⁶³⁰⁾ 보호의무는 채권관계의 존재를 전제로 하는 것이 아니라 양 당사자간의 특
수한 사회적 접촉에 의하여 발생하는 것이기 때문에 부수적 의무가 아니고 신의칙
에서 구한다.

나. 독립적 의무설(노동계약설)

안전배려의무는 급부의무에 부수하는 것이 아니라 현대의 노동시장 등에서 노동
자의 생명·신체 등을 위협에 노출시키는 필연성이 있는 점에 비추어 사용자에게는
고용계약상의 보호의무보다도 질적으로 고도의 의무이다. 즉 노동자 개인의 부주의
까지도 예측하여 불가항력 이외의 사고가 발생하지 않도록 만전의 조치를 취해야할
의무를 부담하는데, 이는 계약상의 본질적인 급부의무라고 한다.⁶³¹⁾ 이 견해는 주로
노동법학자들에 의해 주장되는데, 노동법학에서 특수한 근로계약상의 안전배려의무
에 관심이 집중되는 결과 기타 계약유형의 안전배려의무와 계약책임론 일반에 있어
서 안전배려의무론의 위치에 관한 채무구조에는 관심이 적다고 평가된다.⁶³²⁾

안전배려의무는 그 근거가 헌법 제25조의 생존권 및 제27조의 노동권의 보장 아
래서 노동자의 생존권 확보의 이념에 의하여 신의칙상 노동자의 생명·신체·건강
상의 침해를 방지하여야 할 규범적 의무가 요청된다는 점에 있다고 본다. 이 견해
는 사용자의 안전배려의무가 본질적 의무이므로 사용자의 책임을 배제하는 합의는
허용되지 않고 노동자의 과실을 이유로 하는 상계도 제한하며, 사용자의 안전배려
의무를 이유로 손해배상을 청구하는 경우에 노동자의 증명책임을 경감하는 방향으
로 접근하고 있다.⁶³³⁾ 대체로 안전배려의무는 계속적 채권관계에서 문제되고, 그 의

630) 김덕중. “민법상 안전배려의무의 범리에 관한 고찰(판례를 중심으로)”, 「법학연구」 제24집 제3호, 원
광대학교 법학연구소, 2008. 9, 102면.

631) 김형배·김규완·김명숙, 전거서, 879~880면; 平田秀光, “産業災害における安全保護義務再論(一)”, 「勞
働判例」 第295号, 1978, 7면; 岡村親宜; “産災における企業責任論”, 「季刊労働法」 第82号, 1971, 59면;
桑原昌宏, 前掲書, 233면.

632) 下森定, 前掲論文, 237면.

633) 최창렬, 전거 “안전배려의무에 관한 연구”, 106면.

무의 근거는 인적 급무의무를 지배하는 신의성실의 원칙에 있다고 한다.

다. 안전배려의무 2분설

안전배려의무는 계약관계에서의 채권자와 채무자간의 의무라고 하면서 그 적용영역이 고용계약이나 근로계약의 범주를 초월하여 확장되고 있는 현실을 고려하여, 부수의무 내지 보호의무로서의 성격을 갖는 안전배려의무와 고용계약에서 안전배려의무를 급부의무로서의 성격을 갖는 안전확보의무로 2분하여 파악하는 견해이다.⁶³⁴⁾ 이는 수단채무와 결과채무의 구분을 고려한 것이다. 보호의무로서의 안전배려의무는 채무자가 상당한 위험방지조치를 하여야 할 선관의무인 수단채무를 부담하여야 할 통상의 의무라고 한다. 반면 안전확보의무는 계약적 접촉에 의한 사고발생 위험성이 현저하게 높은 것에 주목하여 상대방의 안전확보 그 자체를 의무내용으로 하는 급부의무로서 만전의 사고방지 장치를 강구하여야 할 결과채무에 속하는 절대적 의무이다. 이 견해가 의도하는 것은 안전배려의무의 효과를 사후적 구제로서의 손해배상에 그치지 않고 사전적 구제로서 노무급부거절권 및 안전배려의무의 이행청구권을 인정하려고 하는 점이다.

통상의 안전배려의무에서는 채권자가 구체적인 안전배려의무의 존재와 그 위반사실 등을 주장 증명해야 하고 채무자는 무과실의 증명으로 족하지만, 안전확보의무에서는 채권자가 단지 추상적인 안전배려의무의 존재와 그 위반사실 및 손해발생 사실만을 주장하면 되고 채무자가 면책되기 위해서는 불가항력 또는 이에 준하는 사유가 입증되어야 한다.⁶³⁵⁾ 특히 고용계약에서의 안전배려의무는 사용자가 생산시설이나 기계설비 등 작업환경으로부터 노무자를 안전하게 보호하기 위하여 적극적인 조치를 강구해야 하는 성질을 가지고 있다고 본다. 전자에 속하는 것으로 의료계약, 재학계약, 임대차계약 등이 있고, 후자에 속하는 것으로 고용계약, 운송계약, 그리고 결합상품에 의한 사고관계가 있다.

634) 송오식, 전제 “사용자의 안전배려의무”, 153면; 宮本健臧, 前掲論文, 193面 以下. 下森定, “契約責任(債務不履行責任)の再構成”, 「現代民法学基本問題(中)」, 第一法規, 1983, 163面 以下.

635) 이정식, 전제 “안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 402면.

라. 검토

급부의무를 위반한 경우에는 순수하게 채무불이행책임으로 취급할 수 있지만, 보호의무를 위반한 경우에는 채무불이행책임과 불법행위책임이 경합하고, 양 책임을 이익형량화 하여 법적 효과를 도출할 수 있다.⁶³⁶⁾ 계약관계가 존재하지 않는 타인에게 안전배려의무를 위반하여 손해를 입힌 경우에는 일반적으로 업무상 주의의무 위반으로 인정하여 불법행위책임으로 해결한다. 계약체결상의 과실로 인하여 거래상 상대방에게 안전배려의무 또는 사회생활상 주의의무를 위반한 경우에도 통설은 불법행위책임으로 파악하고 있다.⁶³⁷⁾

채무불이행책임은 계약의 주된 급부의 불이행에 대한 손해배상을 위한 제도이며, 부수적 의무인 보호의무 위반으로 인한 신체손해는 포함되지 않기 때문에, 채무의 내용에 보호의무가 포함되지 않는다고 보면 계약존속 중에 안전배려의무를 위반하는 경우 불법행위책임으로 구성한다. 이와 관련하여 계약체결에 의해 추구되는 이익과 관계없는 일반적인 보호법익(완전성이익)에 대한 침해는 채무의 개념에 인위적으로 확정할 필요가 없다고 하여 보호의무를 채무의 개념에서 제외하는 견해가 있다.⁶³⁸⁾ 이 견해에 따르면, 안전배려의무의 적용범위를 너무 확대하면 채무불이행책임의 범위가 지나치게 확대되고 불법행위책임의 영역과의 한계가 모호해지기 때문에 일정한 범위에서 제한할 필요가 있다고 한다. 즉, 사회생활상 안전배려의무는 계약관계 없는 제3자와의 관계뿐만 아니라 계약관계에 있는 자에 대한 관계에서도 급부의무와 관계없이 발생되기 때문에 계약상대방이라 하더라도 안전배려의무 위반으로 인한 손해는 불법행위책임으로 묻는 것이 적절하며, 채무불이행으로 다루는 것은 적절하지 못하다는 것이다. 일본의 경우에는 불법행위책임이 성립하기 위해서 권리침해가 있어야 하므로 산업재해를 당한 근로자들에게 요건의 성립이 보다 용이한 채무불이행책임을 추궁하는 수단으로 안전배려의무가 소송상 의의를 가지고 있다. 그러나 우리나라의 불법행위의 성립요건은 권리침해가 아니라 객관적 위법성이므로 안전배려의무 위반에 해당하는 사례에서도 불법행위적 구성을 취하면 충분하

636) 前田達明, “債務不履行責任の構造”, 「判例タイムズ」 第607号, 判例タイムズ社, 1986, 3면.

637) 이은영, 전계, 「채권각론(제5판)」, 546면.

638) 김용호, 전계논문, 389면; 이은영, 전계 「채권총론(제4판)」, 195~197면.

고, 일본처럼 굳이 채무불이행책임으로 구성할 필요가 없다고 한다.⁶³⁹⁾ 따라서 안전배려의무는 채무불이행책임을 추궁하기 위한 도구개념이 아니라 산업안전에 관한 노사당사자의 다양한 권리의무로 구체화 되어야 한다고 보고 있다.

반면 안전배려의무를 채무불이행책임으로 구성하는 다수 견해는 채무내용에 계약의 주된 내용인 급부의무 이외에 부수의무 내지 보호의무가 포함된다고 보고 부수의무 내지 보호의무에 근거하는 안전배려의무 위반을 채무불이행책임으로 파악한다.⁶⁴⁰⁾ 따라서 일반적인 보호의무가 주된 채무의 실현과정에서 생명, 신체, 재산의 침해를 회피해야 할 소극적 의무임에 반하여, 안전배려의무는 채무자의 생명, 신체, 재산의 침해를 적극적으로 방지해야 할 의무로 본다. 보호의무는 채권관계를 전제로 하는 것이 아니라 당사자 간의 특수한 사회적 접촉에 의해 발생하기 때문에 부수적 의무로 보아서는 아니 될 것이다. 채권관계의 당사자들이 서로 상대방의 정당한 이익을 배려하여야 할 의무가 발생하고, 이러한 상호배려의무가 개별적인 채권관계에서 구체화된 것으로 보아야 한다.⁶⁴¹⁾

한편, 안전배려의무는 사고발생의 위험을 제거하고 방지해야 할 의무라는 점에서 재학계약에도 그 법리를 일반화시켜 적용하는 것이 가능하다고 본다. 따라서 계약당사자간의 안전배려의무를 신의칙에 기한 부수의무 내지 보호의무로 한정시킬 필요가 없다. 다시 말해, 노동계약과 같이 안전성 확보가 특히 필요하여 급부의무로 인정되는 안전확보의무와 기타의 사회적 접촉과정에서 부수의무 내지 보호의무로 인정되는 안전배려의무로 나누어 그 효과를 달리할 필요가 있다.⁶⁴²⁾ 안전성 확보가 부수적 급부의무의 내용으로 된 경우에는 손해배상책임 이외에도 급부의 거절이나 이행청구권과 같은 효과를 인정할 수 있다. 이에 반해 안전배려의무를 부수의무나 보호의무로 보는 경우에는 그 효과로서 단지 손해배상청구권만 인정된다. 양자를 비교하면 손해배상책임 이외에 급부거절권 및 이행청구권까지도 인정되는 전자의

639) 이은영, 전계논문, 20면.

640) 박윤직, 전계 「채권각론(제6판)」, 246면; 남효순, “민법 제655조의 주해”, 박윤직 집필대표 「민법주해(9)」, 박영사, 2007, 351면; 한편 “보호의무는 불법행위영역에서 다루어져야 하고, 안전배려의무는 부수의무의 한 형태로 분류해야 한다”는 취지의 양창수 교수의 견해는 양창수, “제390조의 주해”, 박윤직 집필대표, 상계서, 345~350면 참조.

641) 지원림, 전계서, 1483면.

642) 김덕중, 전계논문, 103면.

경우가 피해자 구제의 측면에서 더욱 타당하다고 생각된다.⁶⁴³⁾

2) 판례의 동향

우리 판례는 종래 안전배려의무의 법리를 적극적으로 수용하지 않고 보호의무위반과 관련하여 대부분 민법 제750조상의 불법행위책임을 적용하였다. 그러다가 1994년 숙박업자의 안전배려의무를 채무불이행책임으로 인정한 이래 그 동안 불법행위책임으로 구성하던 사용자의 보호의무를 대부분 계약책임으로 묻고 있다. 우리 판례는 안전배려의무라는 용어를 명시적으로 사용하면서 안전배려의무 위반에 대한 책임 여부를 고용계약관계, 여행계약관계, 숙박계약관계, 임대차계약관계 등 4가지 유형으로 논하고 있다. 이 중 고용계약관계와 숙박계약관계에서는 안전배려의무 위반 판례가 빈번하게 형성된 반면, 여행계약관계는 단 한 건에 불과하다. 안전배려의무의 개념에 관해 적극적인 정의를 내리는 판례도 존재하지만, 일본의 리딩 케이스에서 보여주는 바와 같은 일반적인 정의를 내리고 있지는 않다. 따라서 우리 판례가 독자적인 영역을 구축하는 안전배려의무를 인정하고 있는지에 대해서는 확신을 가질 수 없다. 이하에서는 그 동안의 축적된 판례를 바탕으로 안전배려의무 법리를 규명하고 학교안전사고에의 적용 가능성을 검토해 보고자 한다.

가. 고용계약에서의 안전배려의무

도급인은 수급인이 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하고 필요한 조치를 취할 의무를 부담하며, 이러한 보호의무는 신의칙상 인정되는 부수적 의무이다.⁶⁴⁴⁾ 안전배려의무는 원칙적으로 계약당사자 사이에서 발생하지만 직접적으로 계약관계가 없더라도 실질적인 계약관계에 있다면 그 당사자 사이에서도 발생한다. 안전배려의무 위반에 대한 책임은 채무불이행책임도 되고 불법행위책임도 된다고 하여 피해자에게 청구권 경합을 인정하고 있다.⁶⁴⁵⁾

643) 같은 견해; 최창렬, 전제 “안전배려의무에 관한 연구”, 110면.

644) 대판 1997. 4. 25. 96다53086.

나. 숙박계약에서의 안전배려의무

안전배려의무 위반에 따른 책임체계에 대하여 기존의 판례들은 불법행위책임으로 구성하였으나, 최초로 채무불이행책임으로 인정한 사례가 1994년 판결⁶⁴⁶⁾이다. 여관에 투숙한 고객이 화재로 사망한 사건에 대하여 대법원은 “숙박업자는 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며,⁶⁴⁷⁾ 이러한 의무는 신의칙상 인정되는 부수적인 의무이다. 숙박업자가 이러한 안전배려의무를 위반하여 고객의 생명·신체를 침해하여 투숙객에게 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 부담한다. 이 경우 피해자로서는 구체적 보호의무의 존재와 그 위반사실을 주장·입증하여야 하며, 숙박업자로서는 그 채무불이행에 관하여 본인에게 과실이 없음을 주장·입증하지 못하는 한 그 책임을 면할 수 없다”라고 판시하였다.⁶⁴⁸⁾ 이 판결에서 피해자가 채무불이행책임을 주장한 이유는 실화책임에 관한 법률이 가해자에게 중대한 과실이 없으면 불법행위로 인한 손해배상책임을 묻는 것이 어려우나, 보호의무 위반으로 인한 채무불이행책임을 경우에는 채무자의 통상의 과실이 있는 경우에도 손해배상이 인정될 수 있기 때문이다.⁶⁴⁹⁾

이러한 대법원 판결의 태도변화는 안전배려의무 위반 사례의 경우 계약책임규범을 적용함으로써 피해자를 합리적으로 구제할 수 있음을 인정한 것으로 주목할 만하다.⁶⁵⁰⁾ 이 판결에서의 쟁점은 첫째, 안전배려의무의 부수의무성을 다소 명확하게 설명하고 있다. 둘째, 안전배려의무는 과실책임의 영역에 있다는 것을 보여주고 있

645) 윤용석, 전계논문, 97면.

646) 대판 1994. 1. 28. 93다43590.

647) 여기서 의미 있는 표현은 숙박계약은 일시 임대차로서 임대차계약을 띠고 있지만, 목적물인 객실 및 관련 시설은 숙박업자의 지배 아래 있기 때문에 목적물의 안전관리책임은 숙박업자에게 있다는 것이다. 이 표현은 “어떤 자의 생활영역에서 특별히 위험한 상황이 초래되거나 그 위험상황이 지속되는 경우에 그 자는 위험이 실현되지 않도록 특별한 주의를 해야 한다”는 독일에서의 안전배려의무의 원리를 도입하고 있다(윤용석, 전계논문, 98면).

648) 대판 1994. 1. 28. 93다43590.

649) 김상용 교수는 판례평석에서 “채권자의 인신 및 재산상의 손해발생방지를 위한 채무자의 보호의무를 부수적 의무로 파악한 것은 재고의 여지가 있다”고 비판하고 “투숙객의 화재에 의한 사망은 급부실현과는 직접 관련이 없는 채권자의 인신에 대한 손해발생방지의무이기 때문이다”라고 하였다.(김상용, “채무자의 보호의무 위반으로 인한 불완전이행의 성립”, 「사법행정」 제403호, 한국사법행정학회, 1994. 7, 48면).

650) 최창렬, 전계 “안전배려의무의 체계”, 156면.

는데, 안전배려의무 위반을 채무불이행으로 보는 경우에도 그것은 불완전이행에 해당하는 것으로 간주하여 이행의 불완전성에 대한 증명책임을 채권자에게 전가하고 있다.⁶⁵¹⁾

다. 여행계약에서의 안전배려의무

대법원은 여행계약에서도 여행업자는 안전배려의무를 부담한다고 하면서 이를 위반한 책임을 채무불이행책임으로 구성하였다. 판례⁶⁵²⁾에서 여행업자에게 안전배려의무를 지우는 주요 이유는 여행업자가 전문적 지식을 가진 자로서 우월적 지위에 있기 때문이라고 하였다. 여행업자가 국외여행 시에 그 인솔을 위하여 두는 관광진흥법 제16조의3 소정의 국외여행인솔자는 여행업자의 여행자에 대한 안전배려의무의 이행보조자로서 여행자의 안전을 확보하기 위하여 적절한 조치를 강구할 주의의무를 진다고 하여 이행보조자의 안전배려의무를 인정하였다. 이 판결에서는 여행업자가 안전배려의무를 지는 이유를 실시하고 있으며, 여행업자의 여행보조자에게도 안전배려의무를 지우고 있다.⁶⁵³⁾

라. 체육시설물 이용계약관계

법원은 골프연습장에서 성명불상자가 친 골프공에 의한 실명사고와 관련하여 “골프연습장 이용계약은 일종의 일시 사용을 위한 것인데 임대차계약으로서 운영자는 골프연습장 시설을 제공하여 고객으로 하여금 이를 사용·수익하게 할 의무를 부담하는 것에서 더 나아가 고객의 안전을 배려하여야 할 보호의무를 부담하며, 이러한 의무는 신의칙상 인정되는 부수적인 의무로서 운영자가 이를 위반한 경우에는 비록 본래의 계약상 의무인 시설제공의무를 다하였다고 할지라도 소위 불완전이행에 해당하므로, 그로 인하여 고객의 생명·신체를 침해하여 손해를 입힌 경우에는 채무불이행책임을 부담한다”고 판시⁶⁵⁴⁾하여, 안전배려의무의 인정근거와 위반시 채무불

651) 윤용석, 전계논문, 98면.

652) 대판 1998. 11. 24. 98다25061.

653) 윤용석, 전계논문, 99면.

654) 서울중앙지판, 2007. 6. 29. 2006가합43014. 이 밖에 골프장 낙뢰사고에 관한 판결로는 전주지판 2002. 3. 22. 2000가합7461이 있다.

이행이 된다는 점을 밝히고 있다. 안전배려의무는 비록 그 용어에서의 통일성을 기하고 있지는 않지만, 계약관계 내지 사회적 접촉이 있고 위험의 관리와 관련된 경우 그 적용영역에 해당된다고 볼 수 있다.⁶⁵⁵⁾

3) 검토

계약당사자 간에는 계약체결 또는 계약이행에 있어서 당초 예상했던 범위를 초월하여 이익이 침해되는 경우가 발생한다. 채권자와 채무자에 대한 관계라는 것은 분명하지만, 손해발생의 회피방법을 예견할 수 없는 경우라고 할 수 있다.⁶⁵⁶⁾ 이 경우 불법행위법리를 적용할 것인가, 아니면 채무불이행법리를 적용할 것인가가 문제될 수 있다. 이른바 적극적 채권침해나 불완전이행이라든가 계약체결상의 과실 등의 문제로서 청구권 경합문제를 낳게 되는데 안전배려의무의 경우도 여기에 해당된다.⁶⁵⁷⁾

우리나라 판례에서는 안전배려의무에 대한 일반적인 정의를 하지 않기 때문에 그 개념과 적용범위가 명확하지 않다.⁶⁵⁸⁾ 또한 개별 사건의 경우에 적극적인 논증 없이 안전배려의무는 당연히 존재하는 것으로 실시하고 있어서 안전배려의무를 타 영역에도 확장할 수 있는지에 대하여 혼란을 초래하고 있다.⁶⁵⁹⁾ 안전배려의무를 재학계약의 부수의무 내지 보호의무로서 신의칙상 인정되는 것인지, 아니면 헌법상의 생존권확보의 이념에서 도출되는 본질적인 의무로 볼 것인지도 문제된다. 안전배려의무에 대한 우리 판례는 일본의 경우와 달리 소멸시효, 입증책임, 위자료청구, 이행보조자의 과실 등 쟁점에 대한 언급은 없지만, 안전배려의무가 계약관계에서 발생하는 신의칙상의 보호의무로서 채무불이행적 접근이 가능하고, 그 적용영역이 점차 확장되어 가고 있는 점에서 동일하다. 따라서 산업재해와 구조적으로 유사한 학교 안전사고에 대해서도 이를 확장·적용하는 것이 필요하다.

655) 김덕중, 전계논문, 94면.

656) 김규홍, 전계논문, 184면.

657) 김규홍, 상계논문, 185면.

658) 윤용석, 전계논문, 100면.

659) 김덕중, 전계논문, 89면; 윤용석, 상계논문, 85면.

(2) 학교측의 안전배려의무

1) 교사의 안전배려의무

학생은 학교측의 수업계획에 따라 교사의 지도와 통제하에 수업을 받는다. 그러므로 교사 등은 수업으로 인해 학생들에게 발생할 가능성이 있는 위험을 예견하고 회피하기 위한 조치를 취해야 한다. 교육활동은 일정 정도의 위험성을 내재하고 있는 경우라도 허용되기 때문에(때로는 적극적으로 요청되는) 활동의 가부 판단에는 그 활동의 위험성과 교육효과의 상관관계를 고려하여야 한다. 위험요소가 높은 교육활동이 허용된 경우에 회피조치의 당부가 안전배려의무 판단의 중심이 된다.⁶⁶⁰⁾ 수업계획에 필요한 정책이나 실시에 최선을 다하더라도 제거할 수 없는 위험은 주의의무의 한계로서 교사 등에게 책임을 추궁하지 못하게 된다.⁶⁶¹⁾

안전배려의무는 계약상대방의 생명·신체·재산 등을 위험으로부터 안전하게 유지·관리하는 것으로 신의칙에 의해 발생하는 부수적 의무에 해당한다.⁶⁶²⁾ 이 의무의 내용은 일률적으로 결정되는 것은 아니다. 구체적 내용은 문제된 사태의 발생장소, 시간, 관계당사자의 대응, 학교설치자 내지 교사의 학생에 대한 관리, 지배의 내용과 정도, 교육활동의 위험도와 학생의 기능, 체력, 기타 구체적 상황을 고려하여 구체적·개별적으로 검토되어야 한다.⁶⁶³⁾ 결국에는 당해 활동, 시설의 위험성 정도나 대상이 되는 학생의 연령, 판단능력 등의 제반요소에 의하여 판단하여야 할 것이며, 불법행위책임으로 구성하는 경우와 다르지 않다.⁶⁶⁴⁾ 이러한 의무는 채무불이행을 이유로 손해배상책임이 인정되는 것이기 때문에 계약관계나 이에 준하는 법률관계의 존재가 전제되어야 한다. 그러나 일정한 관계가 없더라도 교사에게는 일반적으로 학생들의 안전을 보호·감독할 안전배려의무가 부과되어 있으므로, 학교측이 부담하는 불법행위책임에 의한 주의의무와 안전배려의무는 내용적으로 거의 유사하다.

660) 織田博子, 前掲書, 321面.

661) 김상찬·조두환, 전계논문, 39면.

662) 김준호, 전계 「채권법(제5판)」, 10면; 광윤직, 전계 「채권각론」, 429면.

663) 福岡高判 1988. 2. 27. 「判例時報」 第1320号, 104面.

664) 윤인태, 전계논문, 301면.

안전배려의무와 관련한 우리나라의 판례 중에는 “공립고등학교의 체육교사 지도 하에 체육시간에 공 던지기를 연습하던 학생이 야구부원이 던진 공에 맞아 다친 사안에서, 야구부원을 지도·감독하는 야구코치와 위 학생들을 지도하는 체육교사에게 야구부원에게 미리 운동장에서 위 학생들의 연습조에 끼어들어 공을 던지지 못하도록 주의시키는 않아서 사고발생을 초래한 직무상의 과실이 있다”고 판단하였다.⁶⁶⁵⁾ 또한 공립고등학교 소속 학생이 학교측과 외부스포츠센터와 사이에 시설물이용계약에 따라 학교 밖 수영장에서 수영수업 중 물속으로 뛰어들다가 수영장 바닥에 머리를 부딪쳐 경추손상을 입은 사안에서 “학교측 B는 학생들의 생명·신체를 침해하지 않도록 배려할 의무를 부담하게 되므로 이에 위반하여 학생의 생명·신체를 침해하지 않도록 배려할 의무를 부담하게 되므로 이에 위반하여 손해를 입힌 경우 불완전이행으로 인한 채무불이행책임을 진다”고 판시⁶⁶⁶⁾ 하였다. 이 판결에서는 학교설립자와 학생들 사이에서는 입학이라는 행위를 통하여 계약적인 관계가 형성되고, 그러한 계약관계를 통하여 학생들은 교육을 받을 권리를 취득하는 대신 학교측의 교육연구목적 달성을 위한 관리권에 복종하게 되며, 위와 같은 교육을 받을 권리에는 교육여건 정비, 기회 등을 적극적으로 보장받을 권리뿐만 아니라, 안전하게 교육을 받을 권리도 내포하고 있다고 판단하고 있다.

일본에서는 교사에게 다소 엄격한 의미의 안전배려의무가 강조되는데, 판례에 따르면 고교생이 마라톤대회 경기 중 심부전으로 사망한 사건에서 “학생의 주행상태를 살펴보기 위하여 배치된 교직원에게는 피해학생이 넘어진 장소처럼 배치장소 부근에서 보이지 않는 마라톤 코스상의 장소에 대해서도 넘어진 자, 낙오자의 유무를 조사·확인할 의무가 있으며, 이것을 게을리 하여 본건 사고의 발견을 지연시킨 것”은 안전배려의무를 위반한 것이라고 하고 있다.⁶⁶⁷⁾ 또한 안전배려의무와 관련하여 공무원의 직무범위에 대한 해석을 넓게 인정하기도 한다. 우리나라는 학생의 과외활동에 대한 국가의 배상책임은 매우 엄격하게 해석하고 있는 반면에 일본의 경우 모든 사례에서 적극적이라고는 할 수 없어도 적어도 과외활동에 대한 직무범위

665) 춘천지판 1987. 6. 26. 86가합177.

666) 대구고판 1997. 6. 13. 96나1987. 다만 이 사안에서 학교설치자인 지방자치단체에 대한 소멸시효 완성을 이유로 원고의 청구는 기각되었고 상고장 각하로 확정되었다.

667) 김상찬·조두환, 전계논문, 38~39면; 静岡裁判所富士支判 1986. 10. 4. 「判例時報」 第1309号, 131面.

를 넓게 인정하여야 한다는 견해가 강조되고 있다. 즉 방과 후에라도 정규활동이라고 한다면, 직무행위로 보아야 하고, 이에 따른 교사의 안전배려의무가 발생한다고 한다.⁶⁶⁸⁾

2) 학교 설립·경영자 등의 안전배려의무

학교안전사고로 인한 피해 학생의 손해를 채무불이행책임으로 구성하기 위해서는 학교 설립·경영자에게 안전배려의무가 존재한다는 것을 전제로 한다. 국공립학교의 경우에는 기본적으로 학교와 학생간의 재학관계가 학교배정, 입학허가 등 행정처분에 의한 계속적인 영조물이용관계로서 공법상 특별권력관계로 이해되어 왔기 때문에 안전배려의무 위반에 대한 채무불이행의 인정여부는 사법상 계약관계가 존재하지 않는 경우에도 사법규정이 적용될 수 있는지가 문제된다.⁶⁶⁹⁾

일본에서는 교육활동과 관련한 사고에서 학교설치자의 배상책임에 대해 대체로 채무불이행의 법리로 구성하고 있다.⁶⁷⁰⁾ 이에 대하여 앞에서 우리나라에서의 재학관계는 재학계약으로 보되, 교육활동을 주된 채무로 하고, 보호의무 또는 안전배려의무를 부수적 의무로 하는 비전형계약이며, 공법적 성질과 사법적 성질이 혼합된 특수한 신종계약으로 본다 하겠다. 따라서 국공립학교, 사립학교를 불문하고 학교설치자는 보호의무 또는 안전배려의무를 부담한다고 할 수 있다.⁶⁷¹⁾

판례는 방과후에 외부인이 철조망을 뚫고 학교구내로 들어와 학생을 칼로 찔러 살해한 사건에서, 대법원은 “학생이 교육을 받을 권리에는 학교내에서 안전하게 교육을 받을 권리도 포함된다 할 것이고 이를 위하여 학교측에 부과되는 보호의무의 범위는 통상의 교육활동 및 이와 밀접한 관계에 있는 학생활동에 관련하여 통상 발

668) 채우석, 전계논문, 175면.

669) 김상찬·조두환, 전계논문, 40면; 이정식, 전계, “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 200면.

670) 일본의 판례는 “안전배려의무는 어느 법률관계에 기하여 특별한 사회적 접촉관계가 있는 당사자 사이에서 당해 법률관계의 부수적으로서 당사자의 일방 또는 쌍방이 상대방에 대하여 신의칙상 부담하는 의무로서, 일반적으로 인정되어야 하는 것(最判 1975. 2. 25. 「民集」 第29卷, 143面)이라고 판시했고, 그 후 국가공무원에 대한 안전배려의무를 인정(最判 1981. 2. 16. 「民集」 第35卷, 56面)한 이래, 고용계약 이외에 의료사고, 학교사고, 자동차사고 등 다양한 영역에서 인정하고 있다(이정식, 전계 “학교사고와 학교설치자 등의 손해배상책임”, 377면).

671) 국공립학교에서의 재학관계는 입학허가라는 행정처분에 의해 재학관계가 발생하게 되며, 공무원인 교사 등은 특별한 공법관계에 놓여 있는 학생에 대하여 신의칙상 요구되는 안전배려의무를 부담한다는 견해는 남준희, 전계논문, 135~136면 참조.

생활 것을 예측할 수 있는 사고에 대한 보호·감독의무라 할 것이므로 방과후 1시간이나 지난 상태에서 외부학생들이 철조망을 뚫고 학교구내에 몰래 들어와 지나가던 학생을 칼로 찔러 살해하였다면 이는 통상의 교육활동 또는 이와 밀접한 관계가 있는 학생활동과 관련하여 일어나 사고로는 볼 수 없을 뿐더러 학교측에 통상의 교육활동과 관계없이 학교구내에서 발생할지도 모르는 모든 사고를 미연에 방지하기 위하여 학교경계에 높고 견고한 담장을 설치하고 경비원 또는 교사로 하여금 순찰하게 하거나 학생들의 귀가과정에서 일어난 모든 사고의 방지를 위하여 제반조치를 강구하여야 할 주의의무까지 있다고 볼 수 없다”고 판시⁶⁷²⁾ 하였다. 이 판결은 학교측에 학생의 안전배려의무가 있음을 전제로 채무불이행책임으로 피해구제 법리를 구성하였던 것으로 보인다. 또한 고등학교의 체육시간에 3단높이뛰기 시험을 보던 중 학생이 넘어져서 상해를 입은 사건에서 “학교의 설치운영에 대한 책임을 지고 있는 교육위원회는 학교시설의 완비, 교사의 배치, 인적·물적 시설의 관리, 근무조건 정비 등 교육외적 환경을 구비함은 물론 적어도 정규교육활동 중에는 학생들이 안전하게 교육을 받을 수 있도록 할 안전보지의무가 있다고 할 것이므로 정규체육시간에 3단높이뛰기 시험을 보다가 학생이 상해를 입은 경우 손해를 배상할 책임이 있다”고 판시⁶⁷³⁾하고 있다.

이와 같이 우리 판례가 학교안전사고의 피해책임에 대해 명확하지는 않지만, 채무불이행법리로 구성하려는 시도가 있음을 알 수 있다. 그런데, 아직 사고에 의한 손해가 발생하지는 않았지만, 사고우려가 있는 경우에 학생이 학교의 설립·경영자에게 사전예방조치로 안전배려의무의 이행을 요구할 수 있는지에 대한 판례는 찾아볼 수 없다.⁶⁷⁴⁾ 안전배려의무가 비록 재학계약의 부수의무인 점을 고려하더라도 안전배려의무의 내용이 특정되어 있는 경우에는 구체적인 안전조치의 이행을 청구할 수 있다고 보아야 한다. 학교의 시설·설비의 불비나 하자로 인하여 신체에 위험이 미칠 가능성이 있는 경우, 학생은 학교측에 대하여 안전한 시설·설비를 구비하도록

672) 대판 1989. 10. 6. 89나23478.

673) 청주지판 1987. 7. 9. 86가합309.

674) 판례는 안전배려의무의 위반효과로서 손해배상청구권만을 인정하고 있으며, 더 나아가 노무급부거절권이라든가 이행청구권의 문제에 대해서는 다루고 있지 않다(송오식, 전제 “사용자의 안전배려의무”, 159면).

하거나, 교육활동시 위험성이 있는 시설·설비를 사용하지 않도록 요구할 권리가 있다고 하겠다.

3. 소결

학교안전사고에 대한 구제에 있어서, 학교안전사고보상법이나 학교폭력대책법 등 특별법에 의한 구제에는 한계가 있으므로, 피해범위가 크거나 확대될 경우 결국 민법상의 불법행위나 채무불이행에 의한 손해배상책임을 물을 수밖에 없다. 학교안전사고가 발생한 경우, 불법행위책임과 채무불이행책임 중 어느 것으로 볼 것인지에 대하여 청구권규범통합설, 법조경합설, 청구권경합설 등이 있는 바, 피해학생의 보호에 유리한 청구권경합설이 타당한 것으로 생각된다. 따라서 양 책임의 속성을 채권자의 권리로 인정하여 피해자가 그 중에서 유리한 쪽을 선택하여 손해배상을 청구할 수 있도록 하여야 한다. 이것이 피해학생을 두텁게 보호하고자 하는 손해배상법의 형평과 정의에도 부합하기 때문이다.

일본에서는 학생이 교육을 받을 권리는 교육인권으로 이해되고 있다. 일본 교육기본법은 교육행정주체에게 안전한 교육조건을 정비할 의무를 부담하게 하고 있다. 학교는 최소한 학생이 안전하게 학업에 열중할 수 있는 여건을 갖추어야 하며, 이를 방해하는 제반요소를 제거하여야 할 의무와 함께 교육을 실시할 급부의무를 부담한다. 따라서 이러한 급부의무를 이행하지 않는다거나 이행할 수 없게 된 경우 재학계약의 당사자인 학생 또는 학부모 등은 그와 같은 계약관계에 기초하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이와 같이 손해배상책임을 재학계약상의 채무불이행으로 구하는 경우 그 의무와 범위, 내용을 확정할 수 있고, 그 결과 손해에 대한 귀책사유를 명확히 하여 친권자나 학생을 입증상의 부담에서 해방시킬 수 있다고 한다. 다시 말하자면 재학관계를 계약관계로 파악하는 입장에서는 학교가 부담하는 피해학생에 대한 의무, 즉 교육에 있어서 학생의 생명·신체·건강상의 안전배려의무에 대한 해태에 그 귀책사유가 있다 하여 채무불이행책임으로 손해배상을 청구할 수 있다는 것이다.⁶⁷⁵⁾

675) 김규홍, 전계논문, 29~30면.

학교안전사고에 대해 채무불이행책임으로 이론을 전개하는 주된 목적은 채무불이행책임으로 하는 것이 고의 및 과실의 증명책임⁶⁷⁶⁾을 사용자에게 전환하고 피해자의 증명책임의 부담을 경감한다는 점, 그리고 10년의 소멸시효기간 등을 통하여 피해자에게 보다 유리하다는 점 등 피해자의 효과적인 권리구제에 있다.⁶⁷⁷⁾ 즉, 피해학생(채권자)측이 학교측의 안전배려의무 위반의 존재 및 그 의무에 위반한 사실에 대하여 주장·증명책임을 지고, 학교측(채무자)측에서 안전배려의무 위반에 대한 귀책사유 부존재(항변사실)를 주장·증명하지 못하는 한 책임을 면하지 못한다. 이 경우 위험한 결과발생의 예견가능성에 대한 증명책임은 구체적인 예견가능성이 불가능하다고 주장하는 것이 귀책사유 없음을 항변하는 것이므로 가해자가 부담하여야 할 것이다.⁶⁷⁸⁾

학생의 생명·신체 등 완전성이익에 대한 침해가 본질적으로 불법행위책임에 해당하지만, 재학계약이 체결된 것으로 보면 그에 상응하는 책임이 따르게 된다. 요컨대, 재학계약으로부터 학교측은 안전배려의무를 부담하고, 이를 위반할 경우에는 피해학생은 채무불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있게 된다. 재학계약 관계상 학교안전사고 발생 이전에 학교측이 안전배려의무를 이행하지 않는 경우에는 소극적인 측면에서 안전배려의무의 이행청구권을 행사할 수 있다. 학교안전사고가 발생되었다면 안전배려의무 위반에 따른 손해배상청구권에 의한 법적인 보호가 가능하게 되고, 특히 손해배상과 관련하여 학교측이 귀책사유인 예견 및 예견가능성과 인과관계의 부존재를 증명하지 못하는 한 계약상의 안전배려의 작위의무에 따르는 채무불이행으로 그 손해를 배상할 책임을 져야 한다.⁶⁷⁹⁾

안전배려의무는 학생이 사고발생 이전에 학교측에게 학교교육환경의 보장을 요구할 수 있는 권리이고 또 학교안전사고가 발생할 경우 사후적 구제의 목적도 달성할 수 있는 근거가 된다.⁶⁸⁰⁾ 피해에 대한 구제는 사전적 예방과 사후적 구제로 나눌 수 있는데, 하나 뿐인 인간의 생명과 신체는 사후적 구제가 아무리 완벽하다고 하더라도

676) 증명책임의 분배에 관하여 자세히는 권혁재, 「요건사실 증명책임」, 진원사, 2010, 80~89면 참조.

677) 김용호, 전계논문, 375면.

678) 김상찬·조두환, 전계논문, 37면; 장재욱, 전계논문, 94면.

679) 김용호, 전계논문, 391면.

680) 최영진, 전계논문, 74면.

도 한번 훼손되면 후유증 등으로 완전한 회복이 불가능하기 때문에 사전적 예방을 더욱 중시해야 할 것이다. 독일에서는 손해배상제도의 목적으로 예방적 기능이 전보적 기능보다 우선하거나 적어도 동등한 위치를 차지해야 한다고 한다. 그리고 예방적 기능을 손해배상의 독자적 기능으로 강조하여 전체사회의 복지를 위해 손해악기 사건이 방지되어야 한다는 점을 강조하고 있다.⁶⁸¹⁾ 따라서 채무불이행으로 처리해야만 안전배려의무의 이행청구권이나 급부거절권 등의 효과에 의하여 사고를 예방할 수 있는 가능성이 있게 된다. 학교안전사고와 같이 집단적 손해의 가능성이 큰 경우에는 이러한 예방적 기능은 더욱 강조되고 확대되어야 할 것이다.⁶⁸²⁾ 그러나 우리나라의 안전배려의무 위반에 대한 현행 민법의 해석론이나 소극적인 판례의 태도를 고려하면, 피해자 구제에 효과적으로 대처할 수 없는 실정이다. 이와 같은 실정이므로 안전배려의무에 대한 이론적 체계를 거의 같이 하고 있는 독일과 프랑스, 일본의 경우를 참고하여 이를 토대로 우리나라의 판례를 분석해 보면 안전배려의무를 확장할 수 있다.

독일은 안전배려의무에 관하여 가장 전형적인 규정을 두고 있다. 독일민법 제618조 등에서 고용 내지 근로계약에서 사용자의 안전배려의무를 명문화하여 확대 적용하고 있다. 대체로 계약관계 또는 일상생활의 특별한 사회적 접촉 속에서 발생하는 완전성이익의 침해로 인한 피해자보호를 위하여 입법이나 법해석 또는 판례를 통하여 안전배려의무의 개념과 범리를 정립하여 일정범위 내에서는 계약책임으로 구성하고 있다.⁶⁸³⁾ 안전배려의무는 고용계약의 본질로부터 유래한 것이라고 인정하여 그 위반을 계약상의 의무불이행이라고 한다. 이는 노무자를 경제적 우위에 있는 사용자로부터 보호할 것을 목적으로 하는 사회정책적 규정이다.⁶⁸⁴⁾ 독일의 안전배려의무

681) Schilcher, Ziele, Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadensersatzrechts, European Tort Law-Liber amicorum for Helmut Koziol, 2000, S.282; Kötz, Ziele des Haftungsrechts, Festschrift für Steindorf, 1990, S.644 참조. 이와는 반대로 손해배상법이 예방적 경향에 대해 의도적으로 소극적 입장을 취하고 있다는(Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd I Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl, 2000, §30 II S.171ff.) 점을 들어 독자적 손해배상법의 기능으로 보지 않는 견해도 있다.

682) 집단적 손해(Massenschäden)란 법률적 개념은 아니어서 정의되어 있지 않지만, 보통 다수당사자의 법익과 권리가 관계된 손해악기 사건을 의미한다고 본다. 그리고 책임법은 개인적 관계를 전제로 하여 규율된 것으로 집단적 손해의 문제를 해결하는 데에도 동일한 원칙에 의해서 해결하는 것이 필요한지에 대한 논의에 대하여는 V. Bar, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahme zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, Gutachten für den 62. Deutschen Juristentag, 1998. 참조.

683) 김규홍, 전제논문, 180~181면.

의 원리는 “어떤 자의 생활영역에서 특별한 위험상황이 초래되거나 그 위험상황이 지속되는 경우에 그 자는 위험이 실현되지 않도록 특별한 주의를 해야 한다”는 것이다. 따라서 어떤 법률 관계이든지 상관없이 위험원을 지배·관리하거나 할 수 있는 지위에 있는 자에게 안전배려의무를 부담시켜야 한다.

독일에서는 사용자책임에 있어서 사용자에게 면책가능성을 인정하고 있기 때문에 불법행위법에 의해서는 피해자 구제가 불가능한 경우에도 계약상의 안전배려의무를 인정하게 되면 피해자를 두텁게 보호할 수 있다는 견해가 유력하다.⁶⁸⁴⁾ 불법행위법의 단점인 사용자책임에 있어서의 면책가능성과 단기소멸시효 및 증명책임의 문제 등으로는 손해배상에 한계가 있기 때문이라는 것이다. 학교안전사고의 경우 대부분 계약책임과 불법행위책임이 경합되는 경우가 많다. 이 경우 불법행위책임 보다 채무불이행책임으로 법리를 구성하는 것이 피해자에게 유리하다는 것이다.

우리나라와 유사하게 민법에 포괄적 일반규정을 두고 있는 프랑스와 일본의 경우는 일찍이 학설과 판례로 안전배려의무의 법리를 적극 채용하고 있다. 프랑스는 민법 제1147조와 제1384조의 해석을 통하여 학설과 판례로 운송계약을 시발로 점차 의료계약, 경비계약 등 일반당사자의 안전이 타방당사자에 의해서 확보되어야 하는 대부분의 계약에 확대적용 되었다. 프랑스 법원은 계약의 이행 중에 발생한 채권자의 완전성이익의 침해에 대하여 대체적으로 채무불이행책임을 부과하고 있다. 따라서 청구인은 계약과 관련된 경우 채무불이행책임에 의거하여, 그렇지 않은 경우 불법행위책임에 의거하여 소를 제기해야 한다.

일본민법은 채무불이행 및 불법행위 모두 포괄적 일반요건주의를 취하고 있는 점에서 우리 민법과 유사하다. 일본에서는 학설로 독일의 채무구조론 및 적극적 채권 침해법리 등을 인정하다가 판례도 산업재해에 대하여 안전배려의무를 인정하였다. 이와 같은 안전배려의무는 일본민법전에 명문규정이 없음에도 불구하고 학설과 판례에 의해 형성된 의무로서 근로계약, 도급계약, 의료사고, 학교사고 등에도 확대인정하는 등 손해배상법에 확고히 정착하게 되었다.

684) 최영진, 전제논문, 71면.

685) Medicus, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1995. p.362; K. Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987, p.225

우리나라는 안전배려의무에 관한 명문 규정도 없으며, 학설과 판례에 의지하는 실정이다. 사용자는 노무자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강 등의 인격권에 대해 피해를 입지 않도록 인적·물적조치를 강구하여야 할 의무를 부담한다는 데에 학설은 일치하고 있다. 다만, 안전배려의무에 대하여 대부분 부수적 의무나 보호의무론의 일례로 언급하고 있고 그 용어도 통일되지 않은 실정이다. 그러나 보호의무나 안전배려의무 등으로 불리우는 부수의무와 관련된 사안들이 여러 계약에서 판례를 통해 나타나고 있으며, 부수의무가 계약상 의무임을 인정하는 태도를 보이고 있다. 우리의 판례는 사용자의 안전배려의무를 “근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구해야 할 의무를 부담하고 이러한 의무위반으로 인해 피용자가 손해를 입은 경우에 배상책임이 있다”고 판시⁶⁸⁶⁾하여 불법행위책임으로 파악하고 있다. 우리나라의 경우 숙박계약, 여행계약, 등에서 판례가 안전배려의무의 원리를 취하고 있지만 위험책임의 원리를 도입하고 있지는 않다.⁶⁸⁷⁾

계약당사자 일방이 부담하는 안전배려의무를 채무구조론적인 측면에서 계약목적에 기초를 둔 주된 급부의무로서의 안전배려의무와 신의칙에 기초를 둔 부수의무 내지 보호의무로서의 안전배려의무로 이분화한다면 실익이 없다. 그러나 법률효과는 명백한 차이가 있으므로 양자의 의무위반은 채무불이행으로 구성하는 것이 타당하다. 판례는 안전배려의무 불이행으로 인한 손해배상책임을 채무불이행으로 처리하지 않고 사전예방적 측면이 전혀 고려될 수 없는 불법행위책임규범을 따르고 있다. 따라서 민법의 해석론이나 법형성적 기능을 하는 판례에서 안전배려의무의 법리를 적극 도입·확장하여 안전배려의무 위반을 계약책임 규범으로 처리하여 조금이라도 피해확생을 두텁게 보호하는 것이 바람직하다.

판례들은 계약상 부수의무(보호의무·안전배려의무 등)의 존재 및 그 위반에 대한 입증책임을 피해자에게 지우고 있다. 계약관계에 진입하면 가해자는 피해자에 대하여 안전배려의무를 부담하게 된다. 가해자가 그러한 의무를 다하지 못하여 피

686) 대판 1998. 11. 27. 97다10925.; 1989. 9. 8. 88다33190; 대판 1982. 12. 18. 82다카562.

687) 윤용석, 전계논문, 100면.

해자에게 손해가 발생했다면 가해자는 적극적으로 안전배려의무를 다하였다는 것을 입증하지 못하는 한, 손해배상을 진다고 해석해야 한다. 입증책임 분배에 있어서 법원의 신의칙에 기한 적극적인 규범형성이 아쉬운 대목으로 전향적인 판례형성이 필요하다. 그리고 독일민법 제618조와 같이 안전배려의무에 관하여 민법전에 명문으로 입법화할 필요가 있다. 학교안전사고로 손해를 입은 학생을 구제하는 데에 중요한 수단으로 작용할 수 있는 안전배려의무에 대한 민사책임의 본질에 대하여는 차후로도 더욱 정밀한 연구가 필요하다.

제6장 결론

우리나라에서 안전사고로 인한 아동사망률은 OECD국가 중 최고수준에 이르고 있으며, 학교안전사고와 학교폭력도 꾸준히 증가하고 있다. 따라서 교사 등 학교측의 학생에 대한 보호의무 내지 안전배려의무는 가중된다고 하겠다. 학교안전사고로 인한 피해학생 및 그 보호자는 손해배상을 요구하는 과정에서 실질적 배상이 미흡한 경우 학교 및 교사와의 갈등과 불신을 초래하기도 하는데 이는 교육적 차원에서 결코 바람직하지 않다. 헌법상 국민의 기본권인 교육받을 권리를 충족시키고 국가의 교육의무를 이행하며 사회의 지속적인 발전을 위하여 교육활동은 불가피하다. 그런데 학교교육활동에는 구조적인 위험성이 내포되어 필연적으로 사고가 발생한다. 즉 회피의 방법을 통해서 해결할 수 없다는 점이 학교안전사고의 딜레마라 할 수 있다. 학교안전사고는 예방하는 것이 가장 합리적이고 최선이지만, 현실적으로 사고예방을 위한 완벽한 제도는 존재하지 않는다. 따라서 피해학생에 대한 신속한 구제와 충분한 보상 내지 배상이 필요하다. 본고는 이러한 인식의 출발점에서 학교안전사고의 구제제도에 대하여 주요 선진국의 입법례와 판례를 비교법적 관점에서 고찰하였다. 그리고 우리나라 특별법상 보상제도의 문제점과 개선방안을 살펴 보았다. 피해자는 특별법에 의한 보상 내지 배상에 불복하는 경우 최후의 권리구제 수단인 민사소송을 제기하게 되는데, 손해배상의 근거인 불법행위책임과 채무불이행책임의 적용 법리를 검토하였다.

본 논문을 요약 정리하면 다음과 같다.

첫째, 학교안전사고보상법과 학교폭력대책법은 학교안전사고에 대해 국가적 차원에서 접근하였다는데 의미가 있으며, 나름대로 역할을 정립하고 피해구제에 있어 일정부분 기여하고 있는 것으로 보인다. 그러나 법의 규정과 적용에 있어서 미흡한 점이 많기 때문에 피해보상에 한계를 보이고 있다. 학교안전사고보상법은 피해보상에만 치우친 나머지 사고예방에 대한 선언적인 내용이 많다. 학교안전사고보상법의 공제급여의 한계는 피해보상 범위와 대상의 제한, 과실상계 규정, 불안한 구상권의 문제라고 할 수 있다. ①학교안전사고보상법이 규정하는 요양급여는 피공제자가 입

은 부상 또는 질병의 치료에 소요된 비용 중 국민건강보험법에 따라 피공제자 또는 보호자 등이 부담한 금액으로 하고 있다. 장래 소요될 것으로 예상되는 치료비, 보조기 구입비, 간병비 및 피공제자나 그 보호자 등에 대한 위자료는 지급대상이 아니므로 일반 손해배상과는 달리 피해보상이 미흡하다. 그리고 국민건강보험공단의 비급여항목의 치료에 지급하는 보상금 지급기준이 미비해 각 시·도안전공제회의 판단에 따라 지급여부를 결정하는 실정이다. 학생이 자해·자살한 경우에 공제급여 지급을 제한하고 있으며, 학교안전사고가 원인이 되어 자해·자살한 경우에 대해 법으로 명시하고 있지 않다. ②과실상계를 적용하고 있으며, 그 내용도 법률에 근거하지 못하고 시행령과 시행규칙에 위임하고 있어 공제심의회의 자의적 해석의 위험이 있다. ③피공제자의 과실로 인한 사고까지도 구상권을 행사할 수 있다는 것은 문제이다. 학교폭력대책법의 한계로는 피해보상 범위의 협소, 분쟁조정기능의 미흡, 가해학생과 피해학생간의 회복적 관계의 미흡 등이라고 할 수 있다. ①학교안전공제회가 학교폭력 피해학생에게 지급하는 금액은 피해학생의 보호조치에 소요되는 심리상담 및 조언비용, 일시보호비용, 치료 및 치료를 위한 요양비에 한정되기 때문에 피해자 입장에서는 완전한 보상이라고 할 수 없다. 또한 학교폭력 치료기간을 최장 3년으로 제한하고 있으며, 정신과 치료비에 대해서는 관련 규정의 미비로 시·도공제회마다 지급액에서 차이를 보이고 있다. ②자치위원회는 분쟁당사자가 될 수도 있는 교사들이 자치위원회위원이 될 수 있기 때문에 분쟁조정기관으로서의 적격성이 부족하며, 재심청구기관의 이원화로 혼란을 초래하고 있다. ③피해학생과 가해학생의 관계회복이 미흡하다. 이와 같이 특별법에 의한 구제에는 한계가 있다.

둘째, 피해학생이 민사소송을 제기하는 경우 가해 당사자에 대한 민법 제750조의 일반불법행위 성립요건이나 제755조의 감독자책임, 제756조의 사용자책임 등 특수 불법행위의 성립요건에 해당하는 경우에는 손해배상책임을 물을 수 있다. 또한 민법 제390조의 학교 설립·경영자의 채무불이행책임 등을 근거로 손해배상을 청구할 수도 있다. 종래 우리나라의 판례는 학교안전사고를 대부분 불법행위책임으로 묻고 있다. 그러나 최근에는 우리나라에도 몇 개의 판결을 통해 채무불이행으로 구성하여 안전배려의무의 위반을 묻고 있는 사례가 있어 주목할 만하다. 학교안전사고는 대부분 계약책임과 불법행위책임이 결합되는 경우가 많은데, 청구권경합이론에 의

하여 피해자가 그 중에서 유리한 쪽을 선택하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이것이 피해학생을 두텁게 보호하고자 하는 손해배상법의 형평과 정의에도 부합하기 때문이다. 학교안전사고 관련 교사의 법적 책임의 근거와 판례에서 나타난 구제이론에 대한 시사점은 다음과 같다. ①교육의 전제는 학생의 안전에 있으므로 학교안전사고의 판결기준은 교육활동시 통상 요구되는 교사의 주의의무 이행여부이다. 대리감독자로서의 교사의 책임은 책임무능력자의 가해행위의 결과에 대한 책임으로 친권자인 부모에게 책임을 묻기 위한 요건보다 상대적으로 제한적이다. ②교원의 보호·감독의무는 교육활동 및 이와 밀접한 불가분의 관계에 있는 생활관계로 한정된다. 특히 집단따돌림으로 인한 학생의 피해에 대하여 교사 등의 보호·감독의무를 폭넓게 인정하고 그 위반에 대한 학교측의 책임도 인정하여야 할 필요성이 크다고 할 것이다. ③학교안전사고에 대한 판결기준은 구체적 사고발생의 예측가능성이다. 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 하는 것이 예측되거나 예측가능성이 있는 경우에 한하여 교사는 책임을 진다.

셋째, 학교안전사고를 채무불이행으로 구성하기 위하여 재학계약의 법리를 적극적으로 도입할 필요가 있다. 교육활동은 전문적 영역으로 피해학생이 교원이나 학교측의 고의·과실을 증명하는 것은 쉽지 않다. 학교안전사고 특유의 법리를 채무불이행의 법리로 구성하면 증명책임의 전환, 소멸시효기간 등을 통하여 일반적으로 불법행위보다 피해학생의 권리구제에 유리하다. 중요한 것은 채무불이행책임을 구성하려면 계약관계가 존재해야 한다. 학교재학에 관하여 판례는 사립학교에 대해서만 사법상 계약관계로 보고 있고, 국공립학교에 대하여는 공법상의 영조물이용관계로 보고 있다. 모든 학교안전사고를 불법행위책임으로 구성하여 구제받는 것은 쉽지 않다. 따라서 학교안전사고에 대하여 학교의 설치·경영자가 책임지는 체제가 필요하다. 학교교육은 국가와 지방자치단체, 혹은 이의 위탁을 받은 사립재단이 책임지고 실시해야 하는 국민복지적 차원의 활동이다. 이러한 맥락에서 국공립학교와 사립학교를 불문하고 학교재학관계는 재학계약을 체결한 것으로 보아야 할 것이다. 재학계약은 교육활동을 주된 채무로 하고 신의칙에 근거한 보호의무 또는 안전배려의무를 부수적 의무로 하는 비전형계약이며, 공법적 성질과 사법적 성질이 혼합된 특수한 신종 계약으로 보아야 할 것이다.

학생의 생명·신체 등 완전성이익에 대한 침해가 본질적으로 불법행위책임에 해당하지만, 재학계약이 체결된 것으로 보면 그에 상응하는 책임이 따르게 된다. 요컨대, 재학계약으로부터 학교측은 안전배려의무를 부담하고, 학교측이 이를 위반하면 채무불이행책임을 진다고 해석해야 한다. 피해학생(채권자)이 학교측의 안전배려의무 위반의 존재 및 그 의무위반 사실에 대하여 주장·증명책임을 지고, 학교측(채무자)에서 안전배려의무 위반에 대한 귀책사유의 부존재(항변사실)를 주장·증명하지 못하는 한 책임을 면하지 못한다. 위험한 결과발생의 예견가능성에 대한 증명책임은 구체적인 예견가능성이 불가능하다고 주장하는 것이 귀책사유 없음을 항변하는 것이므로 가해자가 부담하여야 할 것이다.

넷째, 학교교육활동에 있어 학생에 대한 안전배려의무가 강조되어야 한다. 안전배려의무는 학생이 사고발생 이전에 학교교육환경의 보장을 요구할 수 있는 권리이고 또 학교안전사고가 발생할 경우 사후적 구제의 목적도 달성할 수 있는 근거가 된다. 하나 뿐인 인간의 생명과 신체는 그 사후적 구제가 아무리 완벽하다고 하더라도 한번 훼손되면 후유증 등으로 완전한 회복이 불가능하기 때문에 사전적 예방을 더욱 중시해야 할 것이다. 독일에서는 손해배상제도의 목적으로 예방적 기능이 전보적 기능보다 우선하거나 적어도 동등한 위치를 차지해야 한다고 한다. 그리고 예방적 기능을 손해배상의 독자적 기능으로 강조하여 전체사회의 복지를 위해 손해악기 사건이 방지되어야 한다는 점을 강조하고 있다. 따라서 채무불이행으로 처리해야만 안전배려의무의 이행청구권 등의 효과에 의하여 사고를 예방할 수 있는 가능성이 있게 된다. 학교안전사고와 같이 집단적 손해의 가능성이 큰 경우에는 이러한 예방적 기능이 더욱 강조되고 확대되어야 할 것이다. 그러나 우리나라의 안전배려의무 위반에 대한 현행 민법의 해석론이나 소극적인 판례의 태도를 고려하면, 피해자 구제에 효과적으로 대처할 수 없는 실정이다.

우리나라는 안전배려의무에 관한 명문규정이 없이 학설과 판례에 의지하고 있다. 사용자는 노무자가 노무를 제공하는 과정에서 생명·신체·건강 등의 인격권에 대해 피해를 입지 않도록 인적·물적조치를 강구하여야 할 의무를 부담한다는 데에 대해 학설은 일치하고 있다. 다만, 안전배려의무에 대하여 대부분 부수적 의무나 보호의무론의 일례로 언급하고 있고 그 용어도 통일되지 않은 실정이다. 그러나 보호

의무나 안전배려의무 등으로 불리우는 부수의무와 관련된 사안들이 여러 계약에서 판례를 통해 나타나고 있으며, 부수의무가 계약상 의무임을 인정하는 태도를 보이고 있다. 판례는 사용자의 안전배려의무를 “근로계약에 수반되는 신의칙상의 부수의무로서 피용자가 노무를 제공하는 과정에 생명·신체·건강을 해치는 일이 없도록 물적 환경을 정비하는 등 필요한 조치를 강구해야 할 의무를 부담하고 이러한 의무위반으로 인해 피용자가 손해를 입은 경우에 배상책임이 있다”고 판시하여 불법행위책임으로 파악하고 있다. 우리나라의 경우 숙박계약, 여행계약 등에서 판례가 안전배려의무의 원리를 취하고 있지만 위험책임의 원리를 도입하고 있지는 않다.

계약당사자 일방이 부담하는 안전배려의무를 채무구조론적인 측면에서 계약목적에 기초를 둔 주된 급부의무로서의 안전배려의무와 신의칙에 기초를 둔 부수의무 내지 보호의무로서의 안전배려의무로 이분화한다면 실익이 없다. 그러나 법률효과는 명백한 차이가 있으므로 양자의 의무위반은 채무불이행으로 구성하는 것이 타당하다. 판례는 안전배려의무 불이행으로 인한 손해배상책임을 채무불이행으로 처리하지 않고 사전예방적 측면이 전혀 고려될 수 없는 불법행위책임규범을 따르고 있다. 따라서 민법의 해석론이나 법형성적 기능을 하는 판례에서도 안전배려의무의 법리를 적극 도입·확장하여 안전배려의무 위반을 계약책임 규범으로 처리하여 피해학생을 두텁게 보호하는 것이 바람직하다.

판례들은 계약상 부수의무(보호의무·안전배려의무 등)의 존재 및 그 위반에 대한 입증책임을 피해자에게 지우고 있다. 계약관계에 진입하면 가해자는 피해자에 대하여 안전배려의무를 부담하게 된다. 가해자가 그러한 의무를 다하지 못하여 피해자에게 손해가 발생했다면 가해자는 적극적으로 안전배려의무를 다하였다는 것을 입증하지 못하는 한, 손해배상을 진다고 해석해야 한다. 입증책임 분배에 있어서 법원의 신의칙에 기한 적극적인 규범형성이 아쉬운 대목으로 전향적인 판례형성이 필요하다. 근본적으로는 독일민법 제618조와 같이 민법전에 안전배려의무를 명문으로 입법화할 필요가 있다. 그나마 2013년 법무부 민법개정시안 제655조의2에 안전배려의무를 추가한 것은 매우 다행스러운 일이라고 하겠다. 학교안전사고로 손해를 입은 학생을 구제하는 데에 중요한 수단으로 작용할 수 있는 안전배려의무에 대한 민사책임의 본질은 앞으로도 더욱 정밀한 연구가 필요하다.

다섯째, 학교안전사고는 사회보장적 차원에서 예방이나 손해배상을 국가가 포괄적으로 책임져야 한다. 이러한 보장을 위해서 학교안전사고의 개념을 넓게 인정해야 한다. 그런 가운데 학생들의 교육받을 권리와 아동·청소년의 인격성장 권리가 충족되어 학교안전사고로부터 자유로운 교육환경이 조성되어야 한다. 학교안전사고의 피해자에게는 충분한 보상과 치료를 보장하면서 교사도 과실로 인한 사고로부터 파생되는 법률적·경제적 책임에서 자유로워야 한다. 현대의 공교육 체제에서 학교안전사고는 산업재해와 유사한 학교재해라는 인식도 필요하다. 업무상 재해보상제도 종래에는 근로자 개인의 과실 또는 부주의에서 발생하는 것으로 보아 민사상 손해배상제도를 통해 해결하였다. 그러나 증명의 어려움과 구조적 위험을 받아들여 사용자의 무과실책임을 인정하고 나아가 사회보장제도로서의 사회보험 형식으로 변화한 것이다. 학교안전공제제도는 이러한 보상체계의 시초단계라고 볼 수 있다. 그러나 학교안전공제회에서 모든 손해를 보상할 수는 없는 것이 현실이므로 피해학생의 충분한 구제를 위해서는 과실책임주의 기준을 완화하거나 무과실책임으로 확장이 필요하다. 그 근거는 재학계약상의 안전배려의무라고 할 수 있다. 본 연구에서 제시한 법리가 학교안전사고로 인한 피해학생의 구제에 일조하기를 기대한다.

마지막으로 학교안전사고에서 보다 중요한 것은 사전에 안전사고를 예방하는 것이다. 그러한 점에서 학교안전사고보상법이나 학교폭력대책법 등 특별법에서 학교안전사고의 예방에 노력할 것을 규정하고 있다. 특별법상 피해구제나 보상은 더욱 확대해 나가야 하겠지만 이와 더불어 학교안전사고의 예방측면에 제도적·재정적 지원을 아끼지 말아야 할 것인데, 이에 관하여는 향후 과제로 남겨둔다.

참고문헌

I. 국내문헌

<단행본>

- 강인수·손세완, 「교권사건판례집」, 한국교원단체총연합회, 1991.
- 고기환, 「체육·스포츠 안전사고 법이론과 판례」, 도서출판 흥경, 2005.
- 곽윤직 집필대표, 「민법주해(9)」, 박영사, 2007.
- 곽윤직, 「민법주해(18)」, 박영사, 2005.
- _____, 「채권각론(제6판)」 박영사, 2009.
- _____, 「채권각론」 박영사, 2003,
- _____, 「채권총론」, 박영사, 2003.
- 권혁재, 「요건사실 증명책임」, 진원사, 2010.
- 김경배, 「국제무역분쟁과 ADR」, 무역경영사, 2005.
- 김남진·김연태, 「행정법 I (제17판)」, 법문사, 2013.
- 김동희, 「행정법 I」, 박영사, 2013.
- 김상용, 「채권각론」, 화산미디어, 2009.
- 김상찬, 「ADR」, 도서출판 온누리, 2012.
- _____, 「의료법과 의료소송」, 도서출판 온누리, 2013.
- _____, 「의료와 법」, 도서출판 온누리, 2008.
- 김용세, 「피해자학(제4판)」, 형설출판사, 2010.
- 김주수, 「채권각론」, 삼영사, 1997.
- 김준호, “학교폭력의 정의 및 그 현상”, 「학교폭력 예방과 상담」, 학지사, 2006.
- 1.
- _____, 「민법강의(제20판)」, 법문사, 2014.
- _____, 「채권법(제5판)」, 법문사, 2014.

김증환·김학동, 「채권각론(제7판)」, 박영사, 2006.

김형배·김규완·김명숙, 「민법학강의(제12판)」, 신조사, 2013.

류방란, 「외국의 교육안전망 사례 ; 스웨덴·독일·영국·미국」, 한국교육개발원, 2007.

박재윤, 「외국의 학교안전사고 대책과 사례」, 한국교육개발원, 2001.

박종두, 「채권법각론(제3판)」, 삼영사, 2010.

박종찬, 「불법행위법」, 강원대학교출판부, 2011.

백경일, 「채권각론요의(제2판)」, 리슈미디어, 2011.

법무부, 「민법(재산편) 개정 자료집」, 2004. 11.

사법연수원, 「ADR」, 2010.

송덕수, 「신민법강의(제6판)」, 박영사, 2013.

송상현·박익환, 「민사소송법(신정6판)」, 박영사, 2011.

송효근, 「학교안전사고 발생 및 공제급여 지급현황」, 한국교육개발원 교육통계자료, 2010. 8.

양병희, 「민사소송법강의(제4판)」, 삼지원, 2011.

양창수, 「독일민법전」, 박영사, 2008.

양창수·김재형, 「계약법」, 박영사, 2010.

오시영, 「채권각칙」, 학현사, 2010.

오지용, 「불법행위의 법리」, 진원사, 2010.

오창수, 「각종사고와 손해배상」, 제주대학교 법률상담센터, 2010.

윤양수, 「행정법일반이론」, 제주대학교출판부, 2009.

윤철홍, 「채권각론」, 법원사, 2009.

이덕환, 「채권각론」, 율곡미디어, 2010.

이병태, 「최신 노동법」, 중앙경제, 2007.

이시윤, 「신민사소송법(제7판)」, 박영사, 2013.

이은영, 「채권각론(제5판)」, 박영사, 2007.

_____, 「채권총론(제4판)」, 박영사, 2009.

임종률, 「노동법(제6판)」, 박영사, 2007.

- 전병서, 「기본강의 민사소송법(제2판)」, 홍문사, 2009.
- 정동윤·유병현, 「민사소송법」, 법문사, 2010.
- 조병인 외, 「학교폭력 예방을 위한 법·제도적 정비방안 연구」, 한국교육개발원, 2006. 12.
- 지원림, 「민법강의(제12판)」, 홍문사, 2014.
- 표시열, 「교육법(이론·정책·판례)」 박영사, 2008.
- 하윤수, 「학교생활과 법」, 세종출판사, 2007.
- 학교안전공제중앙회, 「학교안전공제 업무편람(학교사용자용)」, 2008. 10.
- _____, 「학교폭력 지급기준 제정안 마련 연구 공청회 자료」, 2014. 4. 11.
- _____, 「학교폭력 지급기준 제정안 마련 연구」, 2014. 4.
- 한삼인, 「계약법」, 화산미디어, 2011.
- 함영주, 「신속하고 효율적인 대체적분쟁해결제도의 활성화를 위한 연구」, 법무부, 2008. 1.
- 호문혁, 「민사소송법(제11판)」, 법문사, 2013.
- 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2014.

<논 문>

- 강일원, “학교사고로 인한 민사책임”, 중앙대학교대학원 박사학위논문, 2005.
- 고성혜, “미국의 학교안전사고가 주는 교훈”, 「교육정책포럼」 통권 제206호, 한국교육개발원, 2010. 8.
- 고영아, “학교안전사고와 손해배상책임”, 「재산법연구」 제25권 제3호, 한국재산법학회, 2009. 2.
- 공순진, “보호의무 위반에 기한 계약체결상의 과실책임”, 「재산법연구」 제7권 제1호, 한국재산법학회, 1990. 12.
- 김진, “학교사고 보상제도에 대한 대안적 접근, 「학교안전공제회 무엇이 문제인가」”, (사)참교육학부모회, 2003. 9.

- 김규홍, “학교의 안전사고에 관한 계약책임(학교의 안전배려의무에 의한 재구성을 중심으로)”, 창원대학교대학원 박사학위논문, 2009.
- 김달호, “학교 안전사고에 대한 대법원 판례 분석”, 「수산해양교육연구」 제19권 제2호, 한국수산해양교육학회, 2007. 8.
- 김대규·김진욱, “학생의 안전사고에 대한 학교의 민사책임”, 「법학연구」 제45집, 한국법학회, 2012. 2.
- 김덕중, “민법상 안전배려의무의 법리에 관한 고찰(판례를 중심으로)”, 「법학연구」 제24집 제3호, 원광대학교 법학연구소, 2008. 9.
- 김도형, “학교사고에 의한 손해배상책임에 관한 연구”, 경성대학교대학교 박사학위논문, 2009.
- _____, “학교안전사고 보상제도의 법제화에 관한 소고”, 「경성법학」 제16집 제1호, 경성대학교 법학연구소, 2007. 7.
- 김상명, “사용자책임의 성립과 책임제한에 관한 연구”, 「법과정책」 제19집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2013. 8.
- 김상용, “채무자의 보호의무위반으로 인한 불완전이행의 성립”, 「사법행정」 제403호, 한국사법행정학회, 1994. 7.
- 김상찬, “의료사고의 민사적 책임과 분쟁해결의 법리”, 건국대학교대학원 박사학위논문, 1994.
- 김상찬·조두환, “학교안전사고에 따른 손해배상의 법리”, 「법과정책」 제16집 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2010. 2.
- 김상철, “학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률의 일 고찰(학교안전사고 예방을 중심으로)”, 「경희법학」 제48권 제3호, 경희대학교 법학연구소, 2013. 9.
- 김영천·김정현, “현행 학교폭력 관련법제의 문제점 및 개선방안”, 「법교육연구」 제7권 제2호, 한국법교육학회, 2012. 12.
- 김영한, “학교 안전을 위한 국가적 노력과 과제”, 「교육정책포럼」 통권 제206호, 한국교육개발원, 2010. 8.
- 김용길, “지적재산권분쟁의의 재판외 해결제도에 관한 연구(조정과 중재를 중심

- 으로)”, 「중재연구」 제19권 제1호, 한국중재학회, 2009. 3.
- 김용섭, “행정법상 분쟁해결수단으로서의 조정”, 「저스티스」 제81호, 한국법학원, 2004. 10.
- 김용수, “학교안전사고와 학교안전공제회의 공제급여에 관한 연구”, 「변호사」 제40집, 서울지방변호사회, 2010. 1.
- _____, “학교폭력분쟁조정과 학교폭력대책자치위원회의 역할 활성화에 대한 연구”, 「변호사」 제39집, 서울지방변호사회, 2009. 1.
- _____, “학교폭력예방및대책에관한법률 및 시행령의 문제점과 개정방안”, 「변호사」 제41집, 서울지방변호사회, 2011. 1.
- 김용호, “산업재해에 있어서의 안전배려의무”, 「법학논총」 제35권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2011. 6.
- 김종길·엄기형, “정책의제 설정과정 분석(학교안전사고 예방 및 보상에 관한 법률 입법과정 사례를 중심으로)”, 「교육정치학연구」 제20집 제4호, 한국교육정치학회, 2013. 12.
- 김진욱, “학생의 안전사고에 대한 학교의 민사책임에 관한 연구”, 원광대학교대학원 박사학위논문, 2012.
- 김창구, “미성년자의 불법행위에 대한 감독자 책임”, 「재산법연구」 제27권 제3호, 한국재산법학회, 2011. 2.
- 김천수, “영미 불법행위상 책임요건에 관한 연구(과실불법행위의 의무론을 중심으로)”, 「성균관법학」 제22권 제1호, 성균관대학교 법학연구소, 2010. 4.
- 김충묵·서우석, “학교안전사고의 권리구제에 관한 연구”, 「법학연구」 제52집, 한국법학회, 2013. 12.
- 김현철, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 개선방안 : 시론적 고찰”, 「법교육연구」 제5권 제1호, 한국법교육학회, 2010. 6.
- 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구(역사적 비교법적 접근)”, 「서울대학교 법학」 제53권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 9.
- 남궁술, “법규범의 발전과 판례(프랑스민법상 안전배려의무와 정보제공의무의 발전에 있어서의 판례의 역할을 중심으로)”, 「민사법학」 제28호, 한국민사

- 법학회, 2005. 6.
- 남준희, “집단따돌림으로 인한 학생의 자살과 교사 등의 책임”, 「법학연구」 통권 제28집, 전북대학교 법학연구소, 2009. 7.
- 남진권, “우리나라의 행정형 조정에 의한 분쟁해결제도의 문제점과 활성화 방안”, 「법학논총」 제32권 제1호, 단국대학교 법학연구소, 2008. 6.
- 남효순, “민법 제655조의 주해”, 광윤직 집필대표 「민법주해(15)」, 박영사, 2007.
- 도중진, “회복적 사법으로 본 학교폭력의 분쟁조정”, 「2013 학교폭력 분쟁조정 세미나 발표자료」, 청소년폭력예방재단, 2013. 6. 19.
- 박규용, “사용자책임의 요건으로서 사용관계와 사무집행관련성”, 「법학연구」 제52집, 한국법학회, 2013. 12.
- 박동진, “손해배상법의 지도원리와 기능”, 「비교사법」 제11권 제4호, 한국비교사법연구회, 2004. 12.
- 박부희, “학교폭력 대처방안에 대하여”, 학교폭력예방 및 대책에 관한 법률, 피해 학생 보호하고 있는가?, 학교폭력 사후대책 마련을 위한 토론회, 2010. 12. 7.
- 박인현, “학교안전사고법 제정방향과 과제”, 「교육법학연구」 제15권 제2호, 대한교육법학회, 2003. 12.
- 박재윤, “외국의 학교안전사고대책”, 「새교육」 제502호, 한국교육신문사, 1996. 4.
- 박진애, “학교사고에 대한 지방자치단체의 책임”, 「성균관법학」 제20권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2008. 12.
- 박찬걸, “학교폭력대책법에 대한 비판적 검토”, 「소년보호연구」 제15호, 한국소년정책학회, 2010. 12.
- 배병일·배상철, “학교사고에 있어 교사의 주의 의무”, 「사회과학연구」 제16집 제2권, 영남대학교사회과학연구소, 1997. 2.
- 배성호, “학생 사이에 발생한 학교사고와 책임의 귀속”, 「법조」 제56권 제8호, 법조협회, 2007. 8.

- 백종인, “학교안전사고구제에 관한 법적 고찰(한국과 일본에서의 제도적 내용을 중심으로)”, 「한국동북아논총」 제12권 제3호, 한국동북아학회, 2007. 9.
- 범경철, “스포츠시설 소유자의 법적책임”, 「스포츠와 법」 제10권 제3호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2007. 8.
- 서광민, “우리 불법행위법의 구조적 특징과 그 문제점”, 「서강법학」 제9권, 서강대학교 법학연구소, 2007. 6.
- 서우석, “학교안전사고에 대한 법적 책임과 권리구제에 관한 연구”, 군산대학교 대학원 박사학위논문, 2012.
- 석인선, “미연방헌법상 교육권의 기본권성”, 「한국교육법연구」 제8집 제2호, 한국교육법학회, 2005. 12.
- 손민호·표시열, “학교안전사고 관련 법리 검토와 판례분석”, 「교육법학연구」 제25권 제3호, 대한교육법학회, 2013. 12.
- 송대현, “현행 학교안전공제외의 문제점과 우리의 대안적 법제화(발표자료), 「학교안전공제회 무엇이 문제인가」”, (사)참교육학부모회, 2003. 9.
- 송병춘, “재학계약에 관한 연구”, 「교육법학연구」 제15권 제2호, 대한교육법학회, 2003. 12.
- 송오식, “사용자의 안전배려의무”, 「법률행정논총」 제23집 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2003. 6.
- _____, “책임능력 있는 미성년자의 감독자의 책임”, 「법학논총」 제25집, 전남대학교 법학연구소, 2005. 12.
- 신군재, “한국에서 ADR정착화를 위한 상설ADR기관의 활성화 방안(대한상사중재원을 중심으로)”, 「중재연구」 제16권 제2호, 2006. 8.
- 심병연, “학교사고와 손해배상”, 「판례연구」, 전주지방변호사회, 1998. 12.
- 양창수, “제390조의 주해”, 곽윤직 집필대표 「민법주해(9)」, 박영사, 2007.
- 엄동섭, “학교폭력에 따른 교사 등의 민사책임(집단따돌림을 중심으로)”, 「법교육연구」 제7권 제2호, 한국법교육학회, 2012. 12.
- 연기영, “스포츠에 있어서 민사책임에 관한 연구”, 「비교사법」 제16권 제2호, 한국비교사법학회, 1999. 12.

- 오경식, “학교폭력 예방을 위한 법제도적 분석과 개선방안”, 「소년보호연구」 제12호, 한국소년정책학회, 2009. 6.
- 오석규, “학교사고의 법적 책임에 관한 연구(판례를 중심으로)”, 홍익대학교대학원 박사학위논문, 2010.
- 원혜욱·김자영, “학교폭력 피해청소년 보호조치의 문제점 및 개선방안(보호자의 배상책임을 중심으로)”, 「피해자학연구」 제17권 제1호, 한국피해자학회, 2009. 4.
- 윤 경, “학교사고에 대한 학교측의 손해배상책임”, 「민사소송」 제6권, 한국민사소송법학회, 2002. 8.
- 윤용석, “안전배려의무”, 「재산법연구」 제19권 제1호, 한국재산법학회, 2002. 6.
- 윤인태, “학교사고의 손해배상책임”, 「판례연구」 제9집, 부산판례연구회, 1998. 12.
- 이경희, “사회안전망 구축과 사회법(사회안전망 실현을 위한 산재보험법의 대응 과제)”, 「법학연구」 제51집, 한국법학회, 2013. 9.
- 이대성, “판례를 통해서 본 학교폭력사고에 대한 교사의 법적 책임”, 「법학교육연구」 제24권 제1호, 대한교육법학회, 2012. 4.
- 이덕난, “학교폭력 피해학생 보호를 위한 입법정책의 방향”, 「교육법학연구」 제22권 제2호, 대한교육법학회, 2010. 12.
- 이동명·김후년, “학교폭력법에 의한 징계절차에 관한 연구(가해학생에 대한 교육적 접근을 중심으로)”, 「법과정책」 제18집 제2호, 제주대학교 법과정책연구소, 2012. 8.
- 이승현, “학교폭력예방 및 대책에 관한 법률의 개정내용 및 개선방안”, 「형사정책연구」 제23권 제2호, 한국형사정책연구원, 2012. 6.
- _____, “한국 소년사법에서 피해자 배려의 문제(화해권고제도를 중심으로)”, 「소년보호연구」 제13호, 한국소년정책학회, 2009. 12.
- 이시우, “독일학교의 기본구조와 학교분쟁해결을 위한 법적 제도에 관한 연구”, 「교육법학연구」 제14권 제2호, 대한교육법학회, 2002. 12.
- 이영돈, “학교폭력 피해학생의 보호에 관한 법제도적 고찰”, 「법교육연구」 제7

- 권 제2호, 한국법교육학회, 2012. 12.
- 이용인, “민법 제393조와 불법행위법에서의 예견가능성”, 「재산법연구」 제23권 제3호, 한국재산법학회, 2007. 2.
- 이우영, “영미 불법행위법상의 예견가능성법리”, 「서울대학교 법학」 제49권 제3호, 서울대학교 법학연구소, 2008. 9.
- 이은영, “산업재해와 안전의무”, 「인권과 정의」 제181호, 대한변호사협회, 1991. 9.
- 이정식, “안전배려의무의 법리에 관한 고찰”, 「법학논문집」 제22집, 중앙대학교 법학연구소, 1997. 12.
- _____, “학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임의 법리와 주의의무”, 「사회과학논총」 제18집, 명지대학교 사회과학연구소, 2002. 8.
- _____, “학교사고와 학교설치자 등의 손해배상책임”, 「세계헌법연구」 제7호, 국제헌법학회 한국학회, 2002. 12.
- 이종규, “한국과 일본의 학생안전사고관리 및 보상제도 비교”, 「보험학회지」 제68집, 한국보험학회, 2004. 8.
- 이창현, “민법 제755조의 개정에 관한 연구”, 「민사법학」 제53호, 한국민사법학회, 2011. 3.
- 임중수, “재학계약관계로 본 학생의 법적지위”, 「교육법학연구」 제23권 제2호, 대한교육법학회, 2011. 12.
- 장덕조, “보상체계로서의 불법행위와 책임보험(새로운 보상제도의 연구에 기초하여)”, 「서강법학연구」 제9권, 서강대학교 법학연구소, 2007. 6.
- 장맹배, “학교폭력 분쟁조정 결과에 영향을 미치는 요인 연구”, 가톨릭대학교대학원 박사학위논문, 2011.
- 장재욱, “학교스포츠사고와 학교 및 지도자의 민사책임”, 「스포츠와 법」 제3권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2002. 4.
- 정기웅, “불법행위 성립요건으로서의 과실의 개념과 불법행위 책임체계에서의 지위”, 「비교사법」 제18권 제3호, 한국비교사법학회, 2011. 9.
- 정상현, “책임능력있는 미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임의 근거 재해석”,

- 「법조」 제539호, 법조협회, 2001. 8.
- 정선주, “법학전문대학원체제에서 ADR의 활성화를 위한 제언”, 「중재」 제325호(2008년 봄호), 대한상사중재원, 2008. 2.
- 정재준, “미국의 학교폭력 방지대책”, 「서울대학교 법학」 제53권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2012. 3.
- _____, “학교폭력 방지를 위한 한국·일본의 비교법적 연구”, 「법학연구」 제53권 제2호, 부산대학교 법학연구소, 2012. 5.
- 정정일, “학교폭력에 의한 사고로 인한 손해배상책임”, 「민사법학」 제33호, 한국민사법학회, 2006. 9.
- 정제영, “학교폭력 관련 갈등해결을 위한 정책적 방안”, 「2013 학교폭력 분쟁조정 세미나 발표자료」, (재)청소년폭력예방재단, 2013. 6.
- 정현승, “국·공립학교에서 재학관계의 법적 고찰”, 「교육법학연구」 제15권 제2호, 2003. 12.
- 채우석, “학교의 스포츠와 국가배상책임”, 「스포츠와 법」 제11권 제1호, 한국스포츠엔터테인먼트법학회, 2008. 2.
- 최석범, “국가주도형 ADR과 민간주도형 ADR에 관한 연구”, 「중재연구」 제20권 제3호, 2010. 12.
- 최영진, “근로계약상의 부수적 의무에 관한 고찰(영국, 독일, 미국을 중심으로)”, 「한양법학」 제19권 제3집, 한양법학회, 2008. 10.
- 최창렬, “안전배려의무에 관한 연구”, 「부동산법학」 제16집, 한국부동산법학회, 2004. 6.
- _____, “안전배려의무의 체계”, 「성균관법학」 제16권 제3호, 성균관대학교 법학연구소, 2004. 12.
- 하윤수, “재학계약론에 관한 고찰”, 「경성법학」 제12호, 경성대학교 법학연구소, 2003. 12.
- _____, “학교사고로 인한 손해배상책임”, 「경성법학」 제4호, 경성대학교 법학연구소, 1995. 8.
- _____, “학교안전사고의 법적 책임과 교권보호”, 「교육법학연구」 제9호, 대한

- 교육법학회, 1997. 12.
- 한삼인·정두진, “사용자책임의 본질과 그 면책의 법적 의미”, 「법학연구」 제 22권 제1호, 충남대학교 법학연구소, 2011. 6.
- 한승희, “한·미 학교안전사고 판례연구”, 「교육법학연구」 제11권, 대한교육법학회, 1999. 12.
- 한인달, “한국의 개정 소년법의 주요내용과 동향”, 「비교형사연구」 제10권 제2호, 한국비교형사법학회, 2008. 12.
- 황홍규, “학생사고와 학교·교원 등의 법적 책임”, 「교육법학연구」 제13권, 대한교육법학회, 2001. 12.

II. 외국문헌

<일 본>

- 加藤一朗, 「不法行為」, 有斐閣, 1997.
- 兼子仁, 「教育法」, 有斐閣, 1989.
- 吉寸良一, 「不法行為法(第3版)」, 有斐閣, 2006.
- 牧柁名, 「教育權と教育の自由」, 新日本出版社, 1990.
- 北川善太郎, 「注釈民法(10)」, 有斐閣, 1987.
- 市川須美子, 「学校教育裁判と教育法」, 三省堂, 2007.
- 我妻栄, 「債權各論(中卷二)」, 岩波書店, 1981.
- 永井憲一, 「教育法学」, エイデル研究所, 1993.
- _____, 「憲法と教育人權」, 日本評論社, 2006.
- 窪田充見, 「不法行為法」, 有斐閣, 2007.
- 原龍之助, 「公物營造物法」, 有斐閣, 1990.
- 伊藤進, 「学校事故の法律問題」, 三省堂, 1983.
- _____, 「学校事故賠償責任法理」, 信山社, 2000.

- 田山輝明, 「不法行為法」, 青林書院, 1999.
- 中野進, 「在学契約上権利と義務」, 三省堂, 1999.
- 中村睦男・永井憲一, 「生存権・教育権」, 法律文化社, 1989.
- 織田博子, 「新損害賠償法講座4・学校事故」, 日本評論社, 1997.
- 学校事故研究会, 「学校事故の事例と裁判, 学校事故全書」, 総合労働研究所, 1997.
- 喜多明人・橋本恭宏, 「学校安全法-子どもを守る安全指針-」, 不磨書房, 2005.
- 加藤永一, 「学校教育契約」, 「現代契約法大系 第7巻」, 有斐閣, 1984.
- 結城忠, 「学校事故をめぐる責任法制(1)」, 「教職研修」, 2009. 5.
- 鍋山健, 「学校における部活動中の事故と不法行為責任」, 「裁判実務大系」 第16巻, 青林書院, 1987.
- _____, 「学校事故をめぐる法律問題」, 「判例タイムズ」 第501号, 判例タイムズ社, 1983.
- 宮本健臧, 「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.
- 麦村幸彦, 「部活中の事故の責任はどこまで」, 「教職研修」, 2009. 7.
- 岡村親宜, 「産災における企業責任論」, 「季刊労働法」 第82号, 1971.
- 白羽祐三, 「安全配慮義務法理とその背景(2)」, 「法学新報」 第96巻 第1・2号, 1990.
- 山本隆司, 「学校事故と安全配慮義務」, 「法律時報」 第55巻 第1号, 1983.
- 市川須美子, 「福島地裁いめき支部いじめ自殺判決の意義と問題点」, 「ジュリスト」 第976号, ジュリスト社, 1991.
- 新美育文, 「安全配慮義務の存在意義」, 「ジュリスト」 第823号, ジュリスト社, 1984.
- 奥野久雄, 「学校教育契約」, 「法律時報」 第56巻 第3号, 法律時報社, 1987.
- _____, 「学校事故に関する考察」, 「谷口知平先生追悼論文集」 第3巻, 信山社, 1994.
- 伊藤進, 「公立中学生いじめ自殺: いめき市立中事件」, 「学校事故賠償責任法理」, 信山社, 2001.
- _____, 「公立中学生いじめ自殺」, 「学校事故賠償責任論」, 信山社, 2000.
- _____, 「在学契約に付随する安全配慮義務」, 「ジュリスト」 第984号, ジュリスト社, 1991.

- 前田達明, “債務不履行責任の構造”, 「判例タイムズ」 第607号, 1986.
- 芝池義一, “国家賠償法における過失の二重性”, 「民商法雑誌」 第112号, 1995.
- 織田博子, “在学契約と安全配慮義務”, 「民法における責任の横断的考察」, 第一法規, 1997.
- _____, “学校事故”, 能見善久ほか編, 「論点体系判例民法7」, 第一法規, 2009.
- 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号, 1978.
- 下森定, “契約責任(債務不履行責任)の再構成”, 「現代民法学基本問題(中)」, 第一法規, 1983.
- _____, “国家の安全配慮義務”, 「安全配慮義務法理の形成と展開」, 日本評論社, 1988.
- 向井紀子・大月晶代, “修復的司法(少年司法との関契を中心)”, 「レファレンス」 2005年10月号, 2005. 10.
- 鎬山建, “学校事故なぬくる法律問題”, 「判例タイムズ」 第201号, 判例タイムズ社, 1983.

<구미>

- A. Weill & F. Terré Droit civil : les obligations, 3e ed., Paris, Dalloz, 1980.
- Alastair Mullis & Ken Oliphant, Torts, 3rd Ed., Palgrave Macmillan, 2003.
- Ann L., Pappoport, "Restorative Practices", Delaware Valley Schools Adopt New Discipline Approach, 2005.
- B. Starck & H. Roland & L. Boyer, Obligations, 2. Contract, Paris, Litec, 4e éd, 1993.
- B. Strack, Droit Civil, Obligations, 2. Contract, 34e éd., 1989.
- C. W. Canaris, Schutzgesetze-Verkehrspflichten-Schutzpflichten, Festschrift für K. Larenz zum 80 Geburtstag, 1983.
- Christian Bühring-Uhle, Arbitration and Mediation in International Business(Second Edition), Kluwer Law International, 2006.
- Christopher W. Moore, "The Mediation Process: Practical Strategies for Resolving Conflict", 2d. ed. Jossey-Bass Publishers, 1996.

- Connors, Eugene, T, "Educational Tort Liability and Malpractice", ERIC Document, NO ED 216450, 1981.
- Dailey, Bob, "Gymnastics Safety and the Law", ERIC Document, No ED218235, 1981.
- Dan B. Dobbs, The Law of Tort volume 1, West Group, 2001.
- David Schimmel and Cynthia Kelly, Teachers and the Law, NY Longman Inc, 1987.
- Dieter Medicus, Schuldrecht I : Allgemeiner Teil, 6. Aufl., 1992.
- Esser-Schmidt, Schuldrecht Bd I Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl., 2000.
- Fikentscher, Wolfgang Schuldrecht, 7Aufl, Berlin/New York : Walter de Gruyter 1985.
- G. R Barnell, Teachers and the Law, Methen, 4th ed., 1975.
- G. Viney, Traité de droit civil, les obligations, la responsabilité conditions, Paris, LGDJ, 1982.
- George M Johnson, Education Law, Michigan State University Press, 1969.
- H L, et J. Mazeaud, Leçons de droit civil, t. II 1er vol Obligation, 8e éd, Montchrstien, 1991.
- Hans Heckel & P. Séipp, Schuldrechtskunde, Lucherhand, 4 Aufl., 1969.
- Henß, Obliegenheit und Pflicht im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Maim, 1987.
- Hudgins Jr HC & Richard S Vacca, Law and Education, Virginia The Mile Company Law Publishers, 1985.
- J. Minot, Gestion des établissements scolaires du second degré (Coll. L'administration nouvelle), Barger_Leverault, 1974.
- Jack B. Hood/Benjamin A. Hardy. Jr. / Harold S. Lewis. Jr., Worker's Compensation and Employee Protection Laws. 4th ed., Thomson /West, 2005.
- Jacqueline M. Nolan-haley, Alternative Dispute Resolution in a nutshell, West

- Publishing Co., 1992.
- James W. Guthrie & Rodney J. Reed, Educational Administration and Policy-Effective Leadership for American Education, 1986.
- Jauernig-Teichmann, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl., 2011.
- John K. Sykes, Construction Claims, London Sweet & Maxwell, 1999.
- Joseph Beckham, J.D., Meeting Legal Challenge, Lancaster: Technomic Publication, 1996.
- Jürgen Baumann u.a., Alternative Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), C. H. BECK · München, 1992.
- K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd II Halbband 1, Besonderer Teil, 13 Aufl, 1986.
- K. Larenz, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 14. Aufl., 1987.
- K. Larenz-Canaris, Schuldrecht, BT. II/2, 13.Aufl., Verlag C. H. Beck, 1994.
- Kann et al., Health Education; Results and from the School Health Policies and Programs Study 2000. Journal of School Health, 2001.
- Ker Alexander & M. David Alexander, American Public School Law, West Publishing Co., 1992.
- Kionka, Torts, Thomson/West 4th Ed. 2005.
- Kötz, Ziele des Haftungsrechts, festschrift für Steindorf, 1990.
- Louis Fischer, David Schimmel and Cynthia Kelly, Teachers and the Law, NY Longman Inc, 1987.
- Mark S. Umbreit, Robert B. Coates, and Betty Vos, "Impact of Restorative Justice Conference with juvenile offenders", Center for Restorative Justice & Peacemaking, 2000. 11.
- Medicus, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl., 1995.
- Michael W La Morte, School Law, MA Allyn and Bacon, 1993.
- Ministere de l'Education Nationale, Les accident Scolaires, S. E., v. p. e. v., Paris, 1972.

- Monika Franke, Grundrechte des Schülers und Schulverhältnis, Luchterhand, Frankfurt Main 1974.
- Musielak, GrundKurs BGM, 5. Aufl., 1997.
- P. James-D. Lewis, "Health and Safety at Work", Labour Law in Britain, Basil Blackwell, 1986.
- Palandt-Sprau, Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Aufl., 2012.
- R. Pieroi, Le statut de l'instituteur public (Bibl de droit public t 106), L. G. D. J., 1972.
- Ray August, International Business Law(Fourth Edition)-Text, Cases, and Readings-, Prentice Hall, 2004.
- Richard A. Posner, Economic Analysis of law, 5th ed., 1998.
- Russel Caller, ADR and Commercial Disputes, London Sweet & Maxwell, 2002.
- S.Deakin-G.S.Morris, Labour Law, 3th ed., Butterworths, 2001.
- Schilcher, Ziele, Aufbau und Prinzipien einer Neuordnung des Österreichischen Schadensersatzrechts, European Tort Law-Liber amicorum for Helmut Koziol, 2000.
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. III. 11. 1980.
- Stephen B. Goldberg, Frank E.A. Sander, Nancy H Rogers, Dispute Resolution: Negotiation, Mediation, and Other Process, Little Brown & Co., 1992.
- Susan M. Lesson, Bryan M. Johnston, Ending It: Dispute Resolution in America, Anderson Publishing Co., 1988.
- The Oxford Handbook of Criminology, 2008.
- Ulrich Huber, Leistungsstörung, Gutachten und Vorschläge Überarbeitung des Schuldrechts BD. 1, 1981.
- V. Bar, Empfehlen sich gesetzgeberische Maßnahme zur rechtlichen Bewältigung der Haftung für Massenschäden?, Gutachten für den 62.

Deutschen Juristentag, 1998.

W Fikentscher, Schuldrecht, 7. Aufl., 1985.

Y. Lambert-Faivre, “Fondement et réime de l’obligation de séurité” , Dalloz
Chronique, 1994.

Zweigert-Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 3. Aufl., 1996.

Ⅲ. 인터넷 사이트

고등교육통계조사(<http://univ.kedi.re.kr>)

교육부(<http://www.moe.go.kr>)

국가법령정보센터(<http://www.law.go.kr>)

국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/jsp/main.jsp>)

법률신문(<http://www.lawtimes.co.kr>)

서울특별시 학교안전공제회(<http://schoolsafety.or.kr>)

연합뉴스(<http://www.yonhapnews.co.kr>)

일본법령데이터 제공시스템(<http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>)

청소년폭력예방재단(<http://www.jikim.net>)

학교안전공제중앙회(<http://www.ssif.or.kr>)

한국교육개발원(<https://www.kedi.re.kr>)

ABSTRACT

A Study on the Civil Remedies for Safety-Related Accident in School

Cho, Doo Hwan

Department of Law

Graduate school

Jeju National University

Directed by professor Kim, Sang Chan

Safety-related accident in school occurs inevitably in unforeseeable circumstances while children or students are engaged in educational activities. In addition, even in case matter of responsibility is clear as majority of the persons directly involved in safety-related accident in school are minor student or teacher or school authorities, such accident has a characteristic that calling to account is not easy as we usually access the accident from educational dimension based on the ethical relationship among teacher · student · parents. Child mortality of our country caused by safety accident is reaching the highest level among the OECD countries. School violence such as bullies etc., is also increasing steadily and suffered students' psychological distress and psychological aftereffect resulted from the aforementioned are also increasing, so responsibility for protection · supervision of school including teachers is being emphasized than ever before as many students are considered to be falling into the extreme thought of suicide.

Evidences show that foreign countries are putting emphasis on school's duty of safety consideration. Duty of safety consideration is expressly stipulated in the civil law in Germany and France and Japan are also establishing the

principle of duty of safety consideration as a precedent. And those countries access from the aspect of social security considering that safety-related accident in school under public education system has many aspects similar to industrial accidents. With respect to the remedies for damage, Germany compensates it as a liability without fault by introducing legal principles of compensation for special sacrifice considering that safety-related accident in school occurs structurally without teacher's mistake. Germany is also providing full compensation through student accident insurance by enacting School Accident Compensation Act and applying it to kindergarteners, elementary · middle · high school and university students.

Keeping in tune with such a global trend, Korea has also enacted and enforced special laws such as School Safety Accident Compensation Act and Act on the Countermeasures against School Violence for remedies of safety-related accident in school. As the School Safety Accident Compensation Act is heavily weighted in compensation for damages, however, the act neglects prevention of accidents. Unlike the intent of the law having the characteristics of social security, the law regulates to pay only legal medical care expenses, disability benefit, personal care benefit and bereaved family's benefit in the actual payment of benefits without paying medical expenses for psychiatry or consolation money, and there are also many problems with laws such as a concern that compensation for safety-related accident in school may be decided by compensation council's arbitrary decision.

Also, Act on the Countermeasures against School Violence has an advantage such as advance support for medical expenses from School Safety and Insurance Federation, but the act also has a problem that victim cannot receive sufficient compensation for medical expenses as the range of compensation for damage is limited to the direct damages corresponding to the medical care expenses stipulated in the law, and remedies for damages are limited as the act does not

include damages caused by lost income, consolation money, nursing fees, transportation expenses, property damage, death · disability etc.

As there is a limit in remedies for damages on the special laws concerning safety-related accident in school, there is no way but to bring a civil action if victim protests against a decision of deducted salary on the special laws. In such a case, if the safety-related accident in school falls under the purview of general tort in the Article 750, supervisor's obligation in the Article 755, employer's obligation in the Article 756 of the Civil Law, it would be able to make school, the assailant take legal responsibility for the accident.

And if safety-related accident in school pertains to both tort and default on an obligation, it is able to hold school responsible for both responsibilities based on the theory of competition of claims. conventionally, the precedent of our country has made school take legal responsibility for safety-related accident in school by constructing with the theory of tort. In case of not pertaining to the requisites for establishment of tort, however, there is no way but to hold school accountable for contractual liability. In such a case, contract relation shall exist to construct liability of default on obligation, and whether or not attendance in school can be considered a contract relation comes into question.

Thus, this thesis looked into whether to consider attendance in school as a contract of attendance when constructing as default on an obligation in legal principles of civil remedies for safety-related accident in school. This study especially looked into the legal principles of contract of attendance and theories and precedents on teacher's duty of safety consideration, school founder's or managers' duty of safety consideration occurring with respect to the contract of attendance, and considered whether or not it is possible to make school take contractual liability on the ground of violation of the duty of safety consideration.

First of all, theories are conflicting with respect to the attendance in school

and the precedent of our country acknowledges contract relation under private law only for private schools and there is no specific precedent over national/public schools, but attendance in school shall be considered a contract of attendance irrespective of national/public or private schools. And contract of attendance is an untypical contract that lays down educational activities as main obligation and duty of protection or duty of safety consideration based on the principles of faith as collateral duties, which shall be considered a special and new contract that characteristics of public and private laws are mixed.

It is not easy to receive remedies by constructing all safety-related accidents in school as torts liability law, so a system that makes founder · manager of a school assume the responsibility for all the accidents in case safety accident occurs in school is necessary. As school education is an activity on the level of national welfare that the state, a local government or a commissioned school foundation shall carry out assuming the responsibility, main agent of school foundation·management such as state shall take the final liability of compensation if safety-related accidents occur in school.

In this context, it shall be considered that a contract of attendance is concluded between school and student with respect to attendance in school by the theory of interpretation regardless of national/public or private schools, and school shall take the duty of safety consideration for students and in case school violates such duty of safety consideration, it shall be interpreted that the school shall assume the liability of default on obligation.

In foreign countries, there are many cases that the state acknowledges that the cause of accident occurrence is the government's responsibility with respect to safety-related accidents in school and takes responsibility for prevention or solution of compensation for damages. For such guaranty, it is desirable to acknowledge the concept of safety-related accident in school widely and make school founder or manager take the liability of compensation without fault by

preparing a safeguard with a legal accident insurance by considering school safety accident similar to the industrial accident.

Understanding school attendance as a contract relation and thinking that school is liable for considering safety of students' life · body · health related to their educational activities, Japan does not regulate such duty of safety consideration in express terms but is acknowledging the duty by the ordinance of education.

Next, it is required to access safety-related accident in school in a dimension of social security. In modern society that public education is generalized, many aspects of safety-related accident in school are similar to industrial accidents, so there is a perspective that considers safety-related accident in school as a school disaster. Therefore, it is necessary for the state to treat safety-related accident in school by assuming the whole responsibility for the accident. As compensation system of School Safety and Insurance Federation on the Act on the Compensation for School Safety Accident can be considered an inception stage of such compensation system, it is required to expand such compensation system more.

Financial indemnification or compensation for victims of safety-related accident in school is important, but what is more important is to prevent safety accident in advance. In that sense, as special laws such as School Safety Accident Compensation Act or the Act on the Countermeasures against School Violence regulate to take efforts for prevention of safety-related accident in school, what such regulation means is considered big and significant.

It is necessary to expand remedies or compensation for damage on the special laws, but institutional · financial support for prevention of safety-related accident in school shall be liberal along with the foregoing, and this study leaves it as a future assignment.

Key words : safety-related accident in school, school violence, contractual liability, contract of attendance, duty of safety consideration