

2006년 2월

박사학위청구논문

스포츠법상 불법행위책임에 관한 연구

조선대학교 대학원

체육학과

이강욱

스포츠법상 불법행위책임에 관한 연구

A Study on Liability for Illegal Acts in Sports Law

조선대학교 대학원

체육학과

이강욱

스포츠법상 불법행위책임에 관한 연구

지도교수 정 명 수

이 논문을 이학박사 학위신청 논문으로 제출함.

2005년 10월 일

조 선 대 학 교 대 학 원

체 육 학 과
이 강 육

이강욱의 박사 학위논문을 인준함.

위원장	계명대학교	교수	인
위원	조선대학교	교수	인
위원	조선대학교	교수	인
위원	조선대학교	교수	인
위원	조선대학교	교수	인

2005년 12월 일

조선대학교 대학원

목 차

I. 서 론	1
1. 연구의 필요성	1
2. 연구목적	4
3. 연구의 범위 및 방법	4
1) 연구의 범위	4
2) 연구방법	6
4. 용어의 정의	6
1) 불법 행위(不法行爲)	6
2) 스포츠 사고	7
3) 민사책임	7
4) 형사책임	8
II. 스포츠법의 기본체계	9
1. 스포츠법의 개념	9
1) 스포츠법의 의의	9
(1) 좁은 의미의 스포츠법	11
(2) 넓은 의미의 스포츠법	12
(3) 사건(私見)	13
2) 스포츠법의 발전	14
(1) 우리나라의 스포츠법의 발전과 그 동향	14
(2) 외국의 스포츠법	26
(3) 스포츠 국제법	34

3) 스포츠법의 분류	35
(1) 스포츠 공법	35
(2) 스포츠 사법	38
(3) 스포츠 형사법	41
(4) 스포츠 국제법	42
(5) 스포츠 자치법규	49
2. 스포츠 기본권	51
1) 스포츠 기본권의 의의	51
2) 스포츠 기본권의 근거	53
(1) 포괄적 기본권으로서의 스포츠 기본권	53
(2) 기타 열거하지 아니한 기본권으로서의 스포츠 기본권	59
3) 사건(私見)	61
3. 스포츠법의 기본원리	63
1) 인과관계의 원칙	63
2) 위험의 수인 및 신뢰의 원칙	64
3) 과실상계의 원칙	65
4) 불가항력의 원칙	67
III. 스포츠 불법행위책임의 구조	69
1. 불법행위책임의 개념	69
1) 불법행위책임의 의의	69
2) 불법행위책임의 성립요건	71
(1) 위법성	74
(2) 고 의	84
(3) 과 실	86

2. 불법행위책임의 기능	99
1) 손해전보기능(損害填補機能)	99
2) 손실분산기능(損失分散機能)	102
3) 예방기능	105
4) 권리보호의 기능	105
5) 제재(制裁)기능	106
3. 불법행위책임의 분화	109
1) 민·형사책임의 분화	109
2) 민·형사책임의 접근	110
3) 민사책임과 형사책임의 관계	113
(1) 책임의 성질상의 관계	113
(2) 책임의 실제상의 관계	114
IV. 스포츠법상 불법행위책임	116
1. 불법행위책임으로서의 민사책임	116
1) 넓은 의미의 민사책임	119
2) 좁은 의미의 민사책임	125
2. 민사책임의 성립요건	125
1) 고의 또는 과실	126
2) 책임능력	128
3) 위법성(違法性)	128
4) 손해의 발생	129
3. 감독자의 책임	129
1) 감독자책임의 성립요건	130
(1) 고의 또는 과실	131

(2) 감독자책임의 효과	131
2) 사례와 판례	132
(1) 사 안(事案)	132
(2) 판시사항	132
(3) 판례분석	133
4. 사용자의 책임(使用者의 賠償責任)	133
1) 사용자책임의 성립요건	135
(1) 사용관계(使用關係)가 있을 것	135
(2) 피용자가 사무집행 중 일 것	135
(3) 피용자의 불법행위	136
(4) 사용자의 면책사유(免責事由)의 부재(不在)	136
(5) 사용자책임의 효과	136
2) 사례와 판례	137
(1) 사 안(事案)	137
(2) 판시사항	138
(3) 판례분석	138
5. 공작물 등의 점유자 및 소유자 책임	139
1) 공작물 책임의 성립요건	140
(1) 공작물로부터 손해발생	140
(2) 공작물의 설치·보존의 하자가 존재할 것	141
(3) 면책사유가 없을 것	141
(4) 배상책임자	141
2) 사례와 판례	142
(1) 사례: 임수혁선수 손해배상청구소송에 대한 민사조정	142
(2) 판례	142

V. 결론 및 제언 145

1. 결론 145

2. 제언 148

표 목 차

표 1. 1999년도까지의 스포츠법 연도별 연구 현황	17
표 2. 2000년부터 2004년 까지 스포츠법 연도별 연구 현황	18
표 3. 스포츠 관례 건수 및 종목·분야별 결과	19
표 4. 스포츠 경기 관련 중대사고	21
표 5. 스포츠 훈련 관련 중대사고	22
표 6. 형법과 민법상의 고의·과실의 정의에 대한 비교	98

그림 목 차

그림 1. 스포츠 사고의 분류	7
------------------------	---

ABSTRACT

A Study on Liability for Illegal Acts in Sports Law

Lee, Kang-Wook

Adviser : Prof. Jung, Myeong-Soo

Department of Physical Education.

Graduate School of Chosun University

With the increase in a desire for healthy life and a sense of enjoying human life, sports activity of modern society has become one of necessary social and cultural tools. However, since sports are in substantial characterized by accomplishment orientation, competitiveness, high-difficulty technique, and challenge to the limitation of human faculty, they have high probability of serious or inevitable accidents.

Under this circumstances, people's legal sense about their rights has been reinforced and victims increasingly seek their legal responsibility as a positive solution against offenders.

However, considering the inherent value and essential danger of sports and peculiarities of sport events, it is not appropriate to apply a solution to dispute by a civil or criminal suit which deals with crimes or accidents occurring in ordinary social relationship. For this reason, this study is intended to derive legal principles of protection and relief for victims and of reduction and exemption from responsibility for offenders in sport accidents caused by sports activity and participation on the assumption of comprehensive fundamental rights based on constitution and fundamental right of sports not listed. To achieve this goal, this study reviewed and analyzed domestic or international

literatures, theses, academic seminar materials, and books.

First, liability of illegal sports acts decides liability for the damage according to the following procedure based on the conformity rule of Art. 750 of the Civil Law. The objective of civil liability is to decide liability with its focus on victim's relief. To meet conditions of sports acts in terms of a principle of law, i) offender's deliberation and negligence of his/her harm shall be proved and ii) an act of actor with liability capacity, that is, an act of actor with discretion capacity constitutes an illegal act and has liable ability. When i) and ii) are met, the liability for damage is decided. If the act is very deliberate and harmful and has gross negligence, the scope of estimating damage shall be broadened.

Second, in case supervisors such as sports teachers, directors, and coaches, or sports clubs and schools teachers are negligent in their attention duties, it shall constitute violation of supervisor's attention duties, resulting in supervisor's liability as special illegal act in accordance with Article 755 of the Civil Law. In particular, illegal sports acts related to sports activity which occur by a person without liability capacity (a minor provided in Article 753 and the non compos mentis in Article 754 of the Civil Law) constitute this case.

Third, user's liability provided in Article 756 of the Civil Law defines a type of special illegal acts and acknowledges obligation to damage of sports coaches, government employees, and teachers as well as general company subjects, interpreting the scope of user's liability.

In case accidents happen because of the fault of sports coaches, government employees, or teachers, they shall be primarily liable. User's liability is based on the principle of compensation liability that since users benefit from certain business, they should accept damage, and the principle of damage liability that

a person making danger shall be responsible for the danger. But in case sports coaches work for public sports facilities or public schools, their liability shall be exempted in accordance with Article 756 of the Civil Law, and instead, state or public agencies shall bear compensation liability in accordance with Article 2 of the State Tort Liability Act.

Finally, Article 758, Section 1 of the Civil Law defines structure liability that in case the establishment or fail to maintain of structure causes damage to others, the possessor of the structure shall be primarily liable and its owner shall be secondarily liable. Imposing a heavy duty to maintain safe state or minimize danger of structure including sports facilities or stadiums upon managers(owner-possessor) is based on the principle of danger liability that acknowledges possessor's no-fault liability about sports facilities. By taking full and complete care of maintaining sports facilities or stadiums with high danger and maintaining a safe condition in an aspect of architecture or technology of sports facilities, it guarantees sound and positive sports activity, meets policy concern, and realizes ideal social community life in terms of relief from accidents. By defining a duty of strict attention and supervision, owners and managers of sports facilities will try to prevent danger and secure safety.

In sports-related crimes'accidents, the first important purpose is to find out legal liability and give relief and protect victims. However, offenders could get into social and economic danger due to increase in economic burden caused by liability for damage or be branded as a criminal in society. Such recognition may be a great obstacle to the development and promotion of sports, impair the value or essence of sports, and even contract sports participation or activity. It is sure that legal liability should be strictly applied by civil-criminal interpretation of law about deliberation, negligence, and

illegality in the level of the positive law in a constitutional state in order to secure social peace and public order and national, social, and individual benefit and protection of the law. However, from an angle of sports, given peculiarity and inherent danger of sports, the methods to reduce or exempt civil-criminal liability against tort need to be explored in order to minimize offender's economic damage, to secure his/her social and economic status, and to protect minimum human rights. The law principles of exemption are as follows.

i) The principle of accepting danger(accepted danger): To agree tacitly on usually predicted danger caused by the nature of sports events such as boxing, wrestling, judo, or taegwondo. In case actors observe required rules and work with ordinary attention, even if accidents or crimes infringe others' rights, legal liability shall not be charged. The principle of applying or limiting allowed danger is the principle of reliance.

ii) Force majeure: In case ordinary required attention or defense is fully given by sports rules and allowed ways, but it is not possible to avoid accidents, unless it breaks social acceptability and established rules and results in death or severe injury, it shall be accepted as special and essential danger and offenders shall be exempted from criminal liability but bear civil liability for damage.

iii) The principle of reliance: In participation in sports activity, sports participants(victims) or the third party predict or expect to act within the range of sports rules or methods. Harmful acts which happen in the conditions of keeping game rules and slight violations of rules anticipated in terms of the nature of games do not break social acceptability and established rules and are exempted from legal liability. Since sports imply danger, liability for accidents should be divided in the mutual optimum level based on the principle of reliance.

iv) The principle of self-fault: Offspring acts that one's benefit and protection of the law are infringed by self-fault. In case of one induces injury by oneself in clinging, using a ball or a tool, or tackling, unless it breaks social acceptability and established rules, one should be liable.

Finally, v) a cause to exempt illegality: In sports activity-related accidents, although rules or methods of sports events are well-observed, because of the nature of sports, accidents are not avoidable despite a justifiable act, the act comes to break estimated illegality which happens according to constitution condition and excludes its illegality exceptionally. For this case, the Civil Law has a provision of self-defense and emergent refuge(Article 761 of the Civil Law).

Accordingly, it is reasonable to invoke a cause to exempt illegality provided in Article 20 and 24 of the Criminal Law(justifiable acts, self-defense, emergent refuge, self-help, and victim's consent) and Article 761 of the Civil Law(self-defense and emergent refuge) and apply as the principle of offender's exemption). However, in case severe accidents(e.g., death), infringement by gross negligence, or physical and property loss greatly breaks social established rules and acceptability, it shall be bear civil-criminal liability.

I. 서론

1. 연구의 필요성

현대사회는 인간다운 삶을 향유하고자 하는 욕구의 확산으로 스포츠 활동에 대한 관심과 참여가 확대되어 가고 있다. 그에 따라 시민의 스포츠 활동이 보편화되고 다양화되어가고 있다.

인간의 스포츠 활동의 중요성에 발맞추어 1975년 유럽 스포츠 담당 각료회의에서는 Sports for all현장을 제정하였고, 동 헌장 제 1조에 의하면 “모든 개인은 스포츠에 참가할 권리를 갖는다.”라고 선언하고 있다. 한편 1978년 제20회 UNESCO총회에서 제정한 체육·스포츠 국제헌장 역시 동 헌장 제 1조에서 “체육·스포츠의 실천은 모든 사람들에게 있어서 기본적 권리이다.”라고 선언하여 모든 인류는 스포츠 기본권을 보유하고 있음을 확인하고 있다.

이와 같이 현대사회에서 스포츠의 활동이나 참여는 모든 사람이 누릴 수 있는 권리이고 스포츠 대중화와 생활화는 시민사회의 Mega-trend이다. 즉, 스포츠는 모든 사람이 즐기고 필요로 하는 삶의 보편적 필수도구로 인식되면서부터 스포츠에 대한 참여의 폭이 다양해지고 확대되어 가고 있어 스포츠가 생활의 중요한 부분을 차지하고 있고, 누구나 누려야 할 권리로서 인식되고 있다.

스포츠는 ‘모두를 위한 스포츠’ 또는 ‘평생스포츠’라는 슬로건아래 개인의 건강증진이나 취미차원에서 뿐만 아니라 급변하는 사회·문화환경에 대응하여 질적·양적으로 한 차원 높은 발전이 요구되고 있다. 최근의 스포츠 활동은 단순히 건강유지 및 증진 등 체력단련의 차원을 넘어, 개개인의 삶의 질을 향상과 사회적·심리적·생리적 욕구충족과 건전한 정신의 육성을 위한 중요한 매개체로서 인식되고 있다.

스포츠의 참여와 활동영역이 넓어지고 다양화면서, 스포츠종목의 특성과 내재된

위험으로 사건·사고의 개연성이 점점 커지고 있다. 즉, 여러 가지 사회공동체적 문화에서 필연적으로 그리고 그 역기능으로 중대한 사고가 발생하여 스포츠활동에 기인한 법률상의 제반문제가 발생되고, 때로는 그 법적 책임문제와 관련하여 사회적 이슈로 대두되기도 한다(장봉석, 2001). 즉 스포츠 불법행위도 다른 사건·사고와 마찬가지로 사안에 따라서는 책임문제가 제기되고 있다. 그러나 법적 책임문제의 대두는 스포츠의 활동과 적극적 참여를 직접적으로 위축시키는 심각한 현상을 야기하고 있기 때문에 스포츠 참여 및 활동과 관련한 사건·사고 즉 스포츠 불법행위를 두려워하는 형식적인 스포츠활동은 스포츠 본래의 가치를 훼손하는 것이다. 즉 스포츠 불법행위는 스포츠의 특수성에 의한 생래적·내재적 한계인 것이다. 스포츠의 인구가 증가하고 대중화·고도화됨에 따라 당연히 많은 스포츠 사고의 발생이 빈번하리라고 예측될 수 있다. 스포츠는 스포츠자체의 특수성으로 인해 사고는 불가피하다고 볼 수 있다. 그러나 스포츠 활동이 인간생활의 중심이 되기 위해서는 중대한 사고는 발생되어서는 안 되고, 또한 사고를 두려워해서도 안된다.

따라서 스포츠 활동으로 인한 제반 법적 문제를 통일적으로 이해하고 해결할 수 있는 이론적 체계의 수립이 필요하다. 사고방지를 위한 노력의 일환으로 사고시의 상황분석과 결과에 대한 법적책임의 문제는 물론 사후의 대책 즉 스포츠 보험체제(손주찬, 1989; 조규정, 2001; 원용수, 2005) 등이 어떻게 이루어져야 하는지에 대하여 문제가 된다. 또한 스포츠 불법행위에 대한 소극적이고 미봉적인 사후수습보다는 사고예방을 위한 각 방면의 적극적인 노력과 동시에 사고의 피해자에 대한 충분한 보상대책을 수립하지 않으면 아무리 훌륭한 스포츠정책을 수립한다 해도 그 정책은 불완전 할 수밖에 없다.

그러나 우리나라의 경우 헌법적 측면에서의 스포츠 기본권보장규정이나 스포츠 활동에 따른 불법행위에 대한 특별법 등이 사실상 전무한 상태이다. 우리나라의 경우 86아시안게임, 88서울올림픽, 97동계유니버시아드대회, 2002년 한·일 공동월드컵대회, 제14회 아시아경기대회 지원법 등 각종 국제대회를 유치하여 세계 제 10위권 이내의 스포츠 강국으로서의 위상을 떨쳤고, 스포츠 산업과 마케팅 분야에

서 세계 수준의 스포츠 선진국으로 부상한 일면이 있으나 스포츠에 대한 법률적·제도적 측면에서의 개선이나 정비 등은 이에 훨씬 못 미치고 있는 실정이다. 특히 스포츠법의 개념에 대한 연구는 물론 스포츠 불법행위로 인한 법적 책임 및 보상 체제에 관한 연구는 아주 미약할 뿐만 아니라 스포츠 사건·사고 즉 스포츠불법행위와 관련한 판례도 그리 많지 않다(대구고등법원 1997. 11. 28, 96 나 1864; 서울고등법원 1993. 3. 9, 92 나 13174 등 하급심판례).

반면에 외국에서는 스포츠 법학에 대한 학문적 연구가 오래 전부터 활발하게 전개되어 유럽에서는 이미 1950-60년대부터 스포츠와 법과의 관계를 연구하기 시작하여 이탈리아는 1950년대, 독일은 1960년대부터 스포츠법에 관련된 저작물이 나와 이에 대한 연구논문과 관련 판례도 상당히 많이 축적되어 있는 상황이다(김상겸, 2005).

그러나 스포츠가 대중화·고도화·조직화·상업화되면서 각종 스포츠불법행위(사건·사고)의 발생과 법적책임문제가 대두되고 있으며, 이러한 현실은 점차 증가 추세 있어 스포츠 불법행위를 실정법의 테두리 내에서 현실적 문제를 원만히 해결해야 하는 것이 복리국가로 지향하고 있는 국가의 의무이며 사회·문화적 권리로서 스포츠 기본권이다.

따라서 스포츠활동에 참여한 당사자나 선수 및 지도자 등 스포츠관련자와 단체들이 스포츠 불법행위와 관련한 법적인 제반문제에 있어서 자신들을 보호하고 법적분쟁에 능동적인 대응을 위하여 요청되는 기본법리의 제공이 필요하다. 또한 사고예방 및 방지를 위한 대처 능력을 갖춰 스포츠 불법행위로 인한 인적·물적 피해를 최소화하고, 피해자에 대한 충분한 보상 등 올바른 스포츠문화의 정착을 위하여 스포츠 불법행위책임을 중심으로 하여 스포츠현장에서 일어날 수 있는 법적분쟁에 대한 스포츠법상 책임론을 구체적이고 사실적으로 수립할 필요가 있다.

2. 연구목적

전술한 바와 같이 스포츠에 기인하는 법적분쟁 문제는 스포츠가 본질상 사건·사고의 개연성에 노출되었다는 점에서 너무나 당연하다. 특히 스포츠 활동 중에 심각한 중상이나 사망 등 중대한 사고가 빈발하고 있으며, 사고 후 가해선수와 피해선수간의 책임소재의 판단에 있어 다툼의 여지가 많다. 즉 발생한 사건·사고에 대한 원인 규명과 손해배상책임의 분담이라는 법률문제를 안고 있다.

이에 본 연구는 스포츠법의 개념정립을 바탕으로 스포츠 불법행위에 관한 가해자의 면책(免責)의 범위를 넓히고, 피해자의 권리보호와 충분한 구제를 위한 쌍방의 합리적 해결방안으로서 책임문제와 관련한 기본법리의 이론적 근거를 제시하고, 스포츠 불법행위와 관련한 외국을 포함한 우리나라의 판례를 분석함으로써 스포츠법의 개념과 스포츠 불법행위책임론의 기본틀을 정립하고자 한다.

이를 통하여 우리나라 스포츠 법학의 발전에의 기여하고 스포츠 관계자·지도자·선수 및 스포츠 활동 참여자들에게 스포츠 불법행위로 인한 법률적 문제인식과 쌍방의 합리적 판단에 기여할 수 있는 이론적 근거를 제시하여 우리나라 스포츠 활성화와 스포츠 문화의 발전, 스포츠 정책의 수립에 조금이나마 기여하는데 그 목적이 있다.

3. 연구의 범위 및 방법

1) 연구의 범위

이와 같은 목적을 달성하기 위하여 본 연구는 스포츠법의 기본구조와 스포츠활동이나 참여로 인하여 스포츠 현장에서 발생한 사건·사고 등 다양한 행태의 스포츠 불법행위에 대한 민사책임 문제를 헌법상 기본적 권리를 근거로 피해자의 구제

와 보호 및 가해자의 민사책임과 감경 및 면책이라는 측면에서 법리를 연구하는 것으로 범위를 제한한다.

각 장에서 다루고 있는 구체적 내용은 다음과 같다.

제 I 장에서는 연구의 목적 및 본 연구의 전개방향을 제시하고, 논문의 이해를 돕기 위한 법률용어의 정의를 기술하였다.

제 II 장에서는 스포츠법의 전체적 구조와 체계를 밝히기 위하여 스포츠법의 개념과 스포츠 기본권, 스포츠법의 기본원리를 고찰한다.

제 III 장에서는 본 연구의 중심과제로 스포츠 불법행위책임과 관련한 사건·사고에 적용하기 위한 이론 및 법적근거로 민법 제 750조의 불법행위법(책임)상 고의·과실·위법성의 개념을 스포츠 불법행위책임 법리로 추출(抽出)·차용(借用)하여 논리를 전개 하였다. 그리고 불법행위책임에 관한 법적 일반론으로서 불법행위법의 의의와 기능, 민사책임과 형사책임의 관계에서 민·형사 책임의 구별과 접근(조화 및 통합)에 관해 살펴보고, 불법행위책임의 일반적 성립요건으로 고의·과실·위법성에 대하여 각각의 개념과 위치 및 관계를 중심으로 민사책임을 고찰함으로써 발생하는 스포츠 불법행위에 의한 피해자의 구제와 보호 및 가해자의 면책의 법리를 제시한다.

제 IV 장에서는 스포츠 불법행위책임으로서 민사책임의 일반이론을 고찰하고, 감독자책임과 사용자 책임 및 공작물 등의 점유자·소유자책임으로 나누어 사례별로 판례를 평석(評釋)함으로써 법원의 태도를 고찰하였다.

제 V 장에서는 결론과 제언으로 우선 전체의 내용을 요약하고 스포츠 불법행위책임으로써 민사책임이론을 구성하였다. 그리고 제언으로써 본 연구와 관련하여 연구자가 연구에 미진한 부분과 후속연구로 뒤따라야 할 과제를 제시하였다. 스포츠 활동과 관련한 사전의 예방대책과 안전사고에 대한 대책의 강구와 사고 후의 보고 및 처리시스템의 총체적 방안책의 모색하였다. 그 방안으로써 피해자의 구제와 보호를 더욱 강화하기 위하여 손해배상에 관한 특칙이나 자동차사고손해배상책임에 관한 특별법과 유사하게 책임보험의 가입을 강제하는 특별법의 제정, 국민체육진

헌법의 수정 및 보완, 스포츠 기본권을 포함한 가칭 스포츠기본법의 제정에 대한 사건을 제시하였다.

2) 연구방법

본 연구는 스포츠 참여 및 활동과 관련한 각종 사건·사고에 관하여 국내·외 문헌을 중심으로 분석 및 해석을 하기 위하여 문헌연구를 실시하였다. 그리고 스포츠 활동과 관련한 스포츠 현장에서 발생하는 인적·물적 피해 등 스포츠 불법행위로 인한 책임을 민법 제750조상의 불법행위책임으로 이해하여 스포츠 불법행위 법리를 추출(抽出)·차용(借用)하여 구성하는 방법을 취하였다.

4. 용어의 정의

본 연구의 목적을 달성하기 위하여 다루어진 법률적 용어에 대하여 아래와 같이 정의한다.

1) 불법행위(不法行爲)

불법행위라 함은 법률의 근본목적에 어긋나고 법률질서를 깨뜨리는 행위로서, 법률이 그 본질상 이를 허용할 수 없는 것으로 평가하는 행위를 말한다. 즉, 고의 또는 과실로 타인의 재산권 및 재산권이외의 신체, 자유, 명예 또는 정신적 고통 등 보호법익을 침해하여 손해를 주는 위법한 행위를 말하는 것으로 행위자는 피해자에게 그 행위로 말미암아 생긴 손해를 배상하여야 한다(민법 제750조). 따라서 불법행위는 손해배상채무의 발생원인인 것이다(권용우, 1998).

2) 스포츠 사고

스포츠 활동 및 참가한 스포츠 관련인(스포츠 참가자, 지도자, 대회주최자 및 관련 연맹 또는 협회, 경기장관리자, 경기관람자 등) 스포츠활동에 참여하고 있는 동안에 스포츠 관련당사자 및 시설·설비 등에 따른 인적·물적 조건, 그리고 자연적·사회적 요인에 따른 환경적 요인 등에 의해 발생하는 모든 신체적·재산적 피해를 스포츠 사고라고 한다.



그림 1. 스포츠 사고의 분류

3) 민사책임

스포츠 활동과 관련하여 발생하는 사고는 고의 또는 과실에 의한 위법한 행위로 스포츠 관련인에 대하여 신체상·재산상의 보호법익의 침해(권리의 침해, 법률의 침해)의 경우에 손해가 발생하면 그 손해를 배상을 책임이 있는데 통상 일반인의

재산 및 신분 또는 거래관계 등 사인(私人)간의 생활관계는 사법인 민법에 의해 규율된다. 따라서 스포츠 사고에 의한 피해의 발생에 의해 당사자간에 일정한 행위를 요구하고 이를 이행하는 즉 채권·채무관계를 확정하여 발생한 피해에 대하여 손해를 전보를 확정하는 일련의 절차를 실체법인 민법 및 민사소송법에 의해 처리하는 절차를 민사상 책임이라 한다.

4) 형사책임

스포츠 활동 및 참여자는 스포츠 종목 자체에 내재되어 있는 본질적 위험과 특수성을 인지하고 자발적 참여의 경우가 보통이다. 그러나 스포츠 행위가 스포츠맨십과 페어플레이정신에 의해 규칙과 방법의 범위 내에서 행위였음에도 불구하고 불가피하고, 불가항력적인 사고가 발생할 경우는 통상 신뢰의 원칙과 사회적 상당성에 의하여 용인(容認)되면 위법성이 조각(阻却)되어 법적 책임이 면책된다. 형법 영역은 사회 안녕과 공공의 질서를 확보하기 위해 고의와 과실을 구별하여 고의의 경우는 공권력의 행사에 의한 형벌을 부과하고 과실은 법률에 특별한 규정이 있는 경우에만 예외적으로 처벌하고 있다(형법 제13조~제14조). 국가공권력을 발동하여 형벌을 부과한다.

그러나 스포츠 사고가 허용된 위험과 수인의 범위를 초과한 고의 또는 과실에 의한 사망 또는 중상해가 발생한 중대한 사고로 사회의 안녕과 공공의 질서를 침해한 반사회적, 반규범적행위에 대하여 국가형벌권을 실체법인 형법에 의해 확정하고, 확정 후 형사소송 관계 및 절차를 형사소송법에 의해 법적 책임을 묻는 일련의 관계를 형사 책임이라 한다.

II. 스포츠법의 기본체계

1. 스포츠법의 개념

1) 스포츠법의 의의

일반적으로 스포츠법이라 함은 스포츠에 내재하는 자치규범과 스포츠를 둘러싼 외부적인 법적 규범의 총체(연기영, 2004)라는 견해와 스포츠 경기 운영상 법규범에 해당하는 것과 사회전반에 스포츠에 대한 인식 고취와 스포츠 및 국민체육의 진흥을 위한 구체적인 시책 및 시설에 대한 법규범 등 스포츠에 직접적으로 관련된 법규와 스포츠에 직·간접적으로 관련되는 각종 법률 모두를 스포츠 법(원용수, 2005)이라는 견해 등 학자들에 의해 그 포섭의 범위가 약간씩 다르게 주장되고 있다.

오늘날 스포츠는 육체적인 건강의 증진과 취미의 영역에 머무르지 않고 스포츠 인구의 증가와 함께 스포츠의 상품화와 프로스포츠의 확대, 등 스포츠가 사회·경제적·국가적 측면에서 중요한 역할을 수행하게 되고 상업화, 직업화, 산업화되기에 이르렀다. 이렇게 스포츠는 오늘날 사회·경제적·국가적 측면에서 중요한 역할을 수행하게 되고, 스포츠산업과 정책에 엄청난 변화를 가져오고 있다. 그러나 스포츠가 단순한 취미활동이나 여가선용으로 활용된다면 그렇게 심각한 법률문제는 발생하지 않을 것이나, 스포츠가 사회적, 경제적, 문화적 영향을 받으면서 부가가치가 높아지고 스포츠를 둘러싼 갈등과 대립이 일어나고 있다.

이와 같이 스포츠는 국민생활의 중요한 부분을 차지하고 있으며 국가는 문화국가의 원리를 구현하기 위하여 스포츠 관계법을 제정할 책무를 부담하고 있다. 우리나라에서 스포츠에 관한 규율을 직접 또는 간접적으로 하고 있는 스포츠 관련법령은 대략 50여개 정도이다. 그리고 스포츠의 문제가 점차 증가함에 따라 스포츠

에 대한 국민들의 의식변화와 권익보호 의식고취로 스포츠와 관련된 법적 문제가 점차 증가함에 따라 스포츠 법의 중요성도 증가하고 있다. 더욱이 스포츠의 제반 문제들은 점차 법적인 분쟁의 대상으로 되고 있다.

스포츠 기본권의 보장과 스포츠행정에 관한 공법적인 문제, 스포츠 범죄와 형벌에 관한 형사법적인 문제, 스포츠의 국제교류와 분쟁에 관한 국제법적인 문제, 스포츠 관련 계약과 스포츠사고의 위험에 대한 책임 등에 관한 사법적인 문제들이 논의될 수 있다. 이러한 분쟁을 합리적으로 해결하기 위해서는 스포츠법의 정비와 스포츠법학의 연구가 절실히 필요한 것이다. 스포츠가 발전하고 스포츠를 통하여 문화국가¹⁾의 이념을 실현하기 위해서는 스포츠에 대한 제도적인 뒷받침이 중요하다. 따라서 국가는 스포츠 영역을 규율하는 기본법을 제정하고 올바른 스포츠법 정책을 펴 나아가야 할 것이다.

스포츠의 법 정책적인 방향을 설정하기 위하여 우선 현행 스포츠법을 연구하는 스포츠법학의 정립이 우선적인 과제이다. 스포츠법은 스포츠에 관한 법규의 총체라고 할 수 있다. 여기서 “스포츠”란 무엇인가? 이는 매우 다양하게 사용되는 용어이며, 사회·경제·문화의 영향 속에서 끊임없이 변화되어 오늘에 이르고 있다. 스포츠법학의 연구대상은 대단히 광범위하다. 스포츠 기본권의 보장과 스포츠 행정 및 정책에 관한 공법적인 문제, 스포츠관련 계약과 스포츠사고의 위험에 대한 책임 등에 관한 사법적인 문제, 스포츠 범죄와 형벌에 관한 형사법적인 문제, 스포츠의 국제교류와 분쟁에 관한 국제법적인 문제 등을 연구하는 종합법학적인 성격을 가지고 있기 때문이다(연기영,2004).

따라서 스포츠법학을 학문적으로 정립하기 위해서는 우선 스포츠법의 개념 정의가 중요하며, 스포츠실정법을 단지 스포츠법이라 이해하는 입장에서는 협의와 광

1) 헌법 제9조에서 그 근거를 제시하여 헌법에 규정한 문화국가는 공동체구성원이 스스로의 정체성을 확인하면서 민주주의와 법치주의의 헌법원리에 따라 공동체에서 생활할 수 있도록 하는 국가이고 문화국가에서 문화는 사회적 존재자로서의 인간이 추구하는 생활양태의 총합 내지 공동체의 정체성을 형성하는 요소로 기능하기 때문에 스포츠는 문화국가의 과제로서 장려·육성받을 수 있는 문화의 한 현상으로 바로 그러한 의미에서 문화의 한 모습으로 포섭(包攝)함이 옳다고 견해이다(강경근, 2005).

의로 스포츠실정법을 구분한다. 이하에서 좁은 의미와 넓은 의미의 스포츠법에 대한 개념 정의를 고찰하고 사건을 제시하고자 한다.

(1) 좁은 의미의 스포츠법

스포츠실정법을 단지 스포츠법이라 이해하는 입장에서는 협의와 광의로 스포츠실정법을 구분한다. 이 견해에 의하면 좁은 의미의 스포츠법의 개념은 경기규칙, 대회규정, 참가자격 등에 관한 규정과 같이 스포츠에 내재된 규범적 요소 즉 스포츠의 존재를 확립하고 스포츠의 질서를 유지하기 위한 스포츠에 내재된 규범의 총화로 스포츠 자치규칙 즉 스포츠 내부법이라 정의할 수 있다(손석정·이시영, 1997).

이와 같이 스포츠사회의 질서를 유지하고 스포츠경기를 공정하게 운영시키며 관련 선수에게 바른 경쟁을 하도록 기준을 제시하는 등의 규범적 요소를 담고 있는 것으로서 스포츠경기 운영상 범규범에 해당하는 것과 사회전반에서 스포츠에 대한 인식을 고취시키며 스포츠 및 국민체육의 진흥을 위한 구체적인 시책 및 시설 등을 내용으로 하는 법률 등 직접적으로 스포츠에 관련된 법규 등이 좁은 의미의 스포츠법이다.

좁은 의미의 스포츠법은 앞에서 언급한 바와 같이 다시 두 가지 측면에서 구분할 수 있다. 하나는 스포츠가 자체적으로 형성한 스포츠규칙으로 오늘날 각각의 스포츠종목에 광범위하게 통일적으로 적용되어지는 것으로 일종의 사법적인 측면의 스포츠법이 그것이다. 이와 같은 스포츠법의 영역은 국가의 실정법체계와 다른 차원의 것으로 관련 스포츠협회의 사적자치가 강하게 유지되어진다. 스포츠실정법이 갖는 의미는 스포츠현상에 대한 국가의 합법적 관여를 통하여 스포츠육성과 발전을 꾀하고 스포츠의 법률분쟁을 해결하기 위한 제도적 장치라는 것이다.

스포츠실정법은 스포츠에 관한 범규범으로 스포츠활동과 직접 또는 간접적으로 관련되는 각종 국가규범인 헌법, 민법, 형법, 국민체육진흥법, 체육시설의 설치·

이용에 관한 법률 등을 말한다(김상겸, 2005).

반면에 국가의 스포츠정책이나 스포츠 시설을 주요내용으로 하고 있는 스포츠법은 공법적인 측면의 스포츠법에 해당한다. 이는 국가정책적인 측면에서 스포츠를 다루고 있으며, 경우에 따라서는 스포츠에 관계된 자들의 고용관계, 스포츠단체의 국가에 대한 권리와 의무관계 및 영조물로서의 스포츠시설물의 설치·관리·보존 등 국가와 스포츠와의 관계를 망라하여 정한 것이 이에 해당한다.

이를 구체적으로 보면 스포츠경기 운영과 관련한 법규범에는 경기규칙, 대회규정 또는 선수자격, 심판의 자격 등을 기재한 것 등이 속하며, 스포츠정책 및 시설에 관한 법규범에는 국민체육진흥법(법률 제06968호, 2003.8.21 개정), 체육시설의 설치·이용에 관한 법률(법률 제06907호, 2003.5.29 개정), 자전거이용활성화에 관한 법률(법률 제4870호, 1995년 제정, 법률 제5685호 3차 개정)등이 있다.

(2) 넓은 의미의 스포츠법

넓은 의미의 스포츠법이라 함은 협의의 스포츠법과 국가법을 포함하는 것으로 이해한다. 즉 스포츠를 직접적으로 명문화하지는 않았지만, 스포츠에 직·간접적으로 관련되는 각종 법률, 예컨대, 스포츠상해와 관련하여 형법, 스포츠와 관련하여 형법상 소송을 제기해야 하는 경우의 형사소송법, 스포츠산업과 관련한 계약적 요소를 규정한 민법, 앞서 기술한 계약적 내용의 분쟁해결을 위한 절차상의 문제를 다룬 민사소송법, 공립학교 체육교사의 과실로 인하여 체육수업과 관련하여 학생에게 발생한 신체적인 상해가 발생한 경우 손해배상청구권 행사와 관련하여 국가배상법 등 현대사회의 실정법체계에서 모든 법률 등을 말한다. 따라서 스포츠법은 스포츠에 내재하는 자치규범과 스포츠를 둘러싼 외부적인 법적 규범의 총체라고 한다.(연기영, 2004).

이에 실정법의 체계에 따라 스포츠실정법을 분류하면 스포츠 공법, 스포츠 사법, 스포츠 형사법, 스포츠 국제법, 스포츠 자치법 등으로 파악할 수 있다.

(3) 사견(私見)

스포츠는 자체가 갖는 본질적 가치와 기능, 그리고 현대사회에서 사회적·문화적 도구로서의 위치와 인간의 다원적인 삶의 영위와 삶의 질 향상과 행복한 삶의 추구 등 인간의 존엄과 가치를 실현하는 데 스포츠의 순기능 측면은 대단히 크다고 이미 전술한 바 있다. 그러나 스포츠의 내재적·본질적인 위험과 스포츠 자체가 갖는 경쟁성·성취지향성 에 의한 불가항력적 사고의 특수성으로 사고의 개연성이 높고 또한 사망이나 중과실에 의한 중대한 사고 등 역기능적인 측면도 간과할 수 없는 측면이 있다.

최근 스포츠의 프로화·상품화·산업화·국제화에 의한 스포츠 패러다임의 변화가 급속히 진행되고, 스포츠 시설 및 제조물 등 물적 제반조건의 고도화·거대화 그리고 스포츠 환경과 공해 등의 상린권(相鄰權)²⁾ 등 스포츠 활동과 관련한 생활관계가 복잡해지고 갈등이 심화되면서 분쟁의 소지가 빈발하는 실정이다. 이는 통상 일상 생활관계의 법률문제와 동일한 법 현실에 놓이게 되었다.

따라서 국가는 실정법체계에서 스포츠의 영역 및 스포츠 제도와 정책과 관련한 법률적 분쟁에 대해서 통상 현 실정법체계에 의한 분쟁을 해결하고 있으나 장차 스포츠 영역의 확대와 주5일제 근무의 순차적 확대로 인한 여가인구의 증가와 잘 먹고 건강하게 삶의 유지한다는 웰빙문화의 열풍, 관람스포츠에서 직접 참여스포츠로 변화로 스포츠 소비가 증가될 것이 예상된다. 따라서 스포츠 상품 및 산업의 확대 등 스포츠 활동과 참여에 의한 제반 법률문제에 대비한 스포츠법 체계의 정비가 필요하다.

또한 스포츠법의 근간이 될 스포츠 기본법의 제정이 시급함을 주지시키고 현 실

2) 상린관계는 인접하고 있는 부동산의 소유자 상호간의 이용을 조절하기 위하여 민법은 그들 사이의 권리관계를 규정하고 있다(동법 제215 내지 255조 참조). 즉 스포츠 시설물이 가지는 권리를 어느 정도 제한하고 각 소유자에게 협력의 의무를 부담케 함으로써 인접 스포츠 시설물 상호간의 이용을 꾀하는 것이다(이상철, 2001).

정법의 법체계에서 스포츠의 본질과 특수성을 고려한 맞춤형 규정 및 조항을 추출하여 스포츠 법체계를 제정비하고 기존의 스포츠 관련법을 현실화하여 급변하는 스포츠 환경과 현상에 대비하고, 스포츠의 사회·경제·문화적 요구와 굴뚝 없는 고부가 가치로서의 스포츠 산업에 맞는 스포츠법의 장치나 입안에 따른 로드맵을 제시할 시기라고 판단된다.

이와 같은 필요성 등에 비추어 논자는 스포츠법을 스포츠와 관련한 활동 및 스포츠 환경 및 공해와 관련한 문제와 스포츠 산업에서 발생하는 제반 법률문제를 다루는 법이라고 넓은 의미로 정의한다.

2) 스포츠법의 발전

(1) 우리나라의 스포츠법의 발전과 그 동향

가. 우리나라의 스포츠법의 발전

우리나라의 스포츠 관련법은 스포츠를 어떻게 볼 것인가 여부에 의하여 그 범위를 확정할 수 있지만 법률과 명령규칙 등을 포함하여 약 50여 개에 이른다. 스포츠 관련법은 일반법과 특별법으로 나누어 볼 수 있다. 일반법으로는 국민체육진흥법, 체육시설의 설치 이용에 관한 법률 등이 있으며, 특별법으로는 스포츠법의 특색으로 볼 수 있는 한시법인 2002년 월드컵의 성공적 개최를 위한 2002년 월드컵축구대회지원법과 제14회 아시아경기대회지원법 등이 있다.

스포츠법과 관련하여 대표적인 법률인 국민체육진흥법 및 체육시설의 설치·이용에 관한 법률의 내용을 살펴보면 다음과 같다. 먼저 국민체육진흥법은 스포츠에 관하여 일반법으로서 기능하고 있는데, 동법 제1조는 “국민체육을 진흥함으로써 국민의 체력을 증진하고 건전한 정신을 함양하여 명량한 국민생활을 영위하게 하며, 나아가 체육을 통하여 국위선양에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 일반의

생활체육과 스포츠인에 의한 전문체육의 두 가지 목표를 추구하고 있다. 동법은 총39개의 조문으로 구성되어 있다. 스포츠시설과 관련해서는 체육시설의 설치·이용에 관한 법률이 있는데 동법 제1조는 “체육시설의 설치·이용을 장려하고 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 체육시설에 관한 국가기능의 효율성을 제고하고 있다(김은경, 2004).

이상의 법률 이외에 스포츠 관련법으로 “경륜 및 경정의 공정한 시행과 원활한 보급을 통하여 국민의 여가선용과 청소년의 건전육성 및 국민체육의 진흥을 도모하고, 지방재정확충을 위한 재원을 마련하며, 자전거 및 모타보트경기 수준의 향상에 이바지함을 목적”으로 하는 경륜·경정법(법률 제5655호), 경마의 공정한 시행과 원활한 보급을 통하여 마사의 진흥 및 축산의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 한국마사회법(법률 제6091호), 수상레저활동의 안전과 질서를 확보하고 수상레저사업의 건전한 발전을 도모함을 목적으로 하는 수상레저안전법(법률 제5910호), 자전거이용활성화에 관한 법률(법률 제5914호)과 사격 및 사격장단속법(법률 제5939호) 등이 있다.

또한 스포츠와 관련하여 한시적인 특별법으로는 2002년 개최되었던 월드컵축구대회를 지원하기 위하여 2003년 12월 31일까지 법률적 효력을 가지는 2002년 월드컵축구대회지원법(법률 제6127호)과 제14회 아시아경기대회지원법(법률 제5914호) 및 제18회 동계유니버시아드 대회 및 제4회 동계아시아경기대회지원법(법률 제5654호) 등이 있다.

스포츠 관련법 이외에도 일반 행정법제 중에서 스포츠관련 조문을 두고 있는 것으로 청소년기본법³⁾, 청소년보호법, 국민건강증진법, 장애인복지법 등이 있다. 또

3) 청소년기본법 제2조 제5호는 “청소년문화활동이라 함은 청소년이 예술활동·스포츠활동·동아리활동·봉사활동 등을 통하여 문화적 감성과 더불어 살아가는 능력을 함양하는 체험활동을 말한다”라고 규정하고 있다. 이는 현 실정법이 거의 모든 법에 체육이란 용어를 사용하고 있고, 일반적으로 체육과 스포츠를 혼용하고 있는데 청소년 기본법과 해양수산발전법(제 28조)에서 “스포츠”의 용어를 사용한 좋은 예로서 외래어 중 차용어이나 스포츠가 대중화되고 매스미디어의 발달로 스포츠가 세계의 공통어로서 국제화 시대에 발맞춰 구지 체육과 스포츠를 구별할 실익은 없다고 보며, 스포츠의

한 스포츠시설과 관련하여 도시계획법, 도시개발법, 국토이용관리법, 건축법과 하천법, 그리고 스포츠와 관련한 조세법 등이 있다.

이상과 같이 법률이나 명령(命令)·규칙(規則) 이외에도 스포츠관련법에는 실질적인 기능을 하는 규정이나 예규가 있다. 이에는 체육시설업자의 안전·위생교육에 관한 규정, “체육시설의 설치·이용에 관한 법률 시행규칙 제29조에 근거하여 안전·위생기준의 규정에 의한 코스관리요원·스키지도요원 및 스키구조요원의 교육에 관한 사항을 규정함을 목적으로 하는 코스관리·스키지도 및 지도요원 교육 규정 등이 있다. 이외에도 선수선발 및 등록에 따른 부작용과 사회적 물의를 사전에 방지하여 건전한 체육풍토를 조성하고 지방체육의 균형적인 육성·발전을 도모하기 위하여 선수선발 및 등록에 관한 일반지침 등이 있다(김상겸, 2005).

나. 우리나라 스포츠법 동향

국내의 스포츠법의 연구실태 및 동향으로는 스포츠 활동이 국민의 심신의 발달에 필수적이고 현대 사회생활의 풍부한 발전에 공헌하는 중요한 요소로서 국민에게 보장되어야 한다는 취지에 근거하는 것이지만, 스포츠 활동의 선택은 어디까지나 국민의 자유로운 의사에 의하고, 사회적 기본권으로서 스포츠는 국가가 국민의 자유로운 스포츠 활동에 필요한 조건정비를 행하고, 국민의 스포츠 참가에 공정한 기회를 보장함에 의의가 있다.

오늘날 스포츠를 연구하는 기관이나 관련단체 및 학자들은 스포츠의 문화적, 사회적, 교육적인 여러 기능을 학문적으로 규명하고, 모든 사람의 권리로서 보호할 것을 강조하고 있다. 그러나 스포츠법의 분야는 아직 독자적 영역을 구축하지 못했을 뿐만 아니라 아직까지 학문의 정체성이 부족하고 연구 실적이 미비하다.

우리나라에서는 스포츠와 법학 분야의 접목은 1979년도에 한국과 독일의 법학자들의 학문적 연구와 교류를 위해 창립된 한독법률학회에서 그 시원(始原)을 찾

생활화·세계화·국제화추세에 맞게 용어를 통일하는 것이 바람직하다고 판단된다.

을 수 있는데 88올림픽을 계기로 법과 스포츠에 관한 공동연구과제로 기획하여 세미나를 개최하였으나 아쉽게도 주목받지 못하였다. 그러나 스포츠계가 아닌 일부 법학자들의 스포츠와 법학의 접목(接木)의 시도는 그 의의가 대단히 크며 스포츠와 법학의 학문적 연구의 시도와 선진유럽의 스포츠법의 소개는 국내 스포츠계에 신선한 자극과 연구의 발판을 마련했다고 볼 수 있다. 그 이후 체육·스포츠법학을 본격적으로 연구하게 된 것은 1999년에 한국스포츠법학회의 창립으로 연구와 발전의 계기가 되었다.

본 연구는 선행 연구 자료를 분석하는데 이해와 구분의 명확함을 위해 1999년 한국스포츠법학회를 전후로 구분하여, 체육·스포츠법의 연도별 연구 현황을 조사한 결과 아래의 <표 1>에서와 같이 나타났다.

표 1. 1999년도까지의 스포츠법 연도별 연구 현황

분야 / 년도	1990	1991 - 1995	1996 - 1999	계
스포츠계	3	8	9	20
법학계	8	1	5	14
계	11	9	14	34

1999년도 한국스포츠법학회의 활동이전의 체육·스포츠법학 영역의 연구현황은 총 34편이었다. 국내 체육 스포츠학계의 학술지나 각 대학논문집에 발표된 논문은 12편이고 그 중 학위논문 6편(박사2, 석사4)과 관계서적 2편으로 연구초기에 체육·스포츠사고에 관련한 논문이 주류를 이루고 있으며 점차 체육·스포츠기본권, 스포츠 법, 사건·사고와 관련한 판례연구 등 연구 분야가 다양화되고 있으나 그 수준은 미미한 실정이다. 그리고 법학자나 법학전공자들의 체육·스포츠에 관련한 연구논문은 13편과 석사학위논문 1편으로 조사되었는데 스포츠와 헌법, 형법, 민법, 노동법 등, 법 이론과 스포츠의 특수성을 접목시켜 스포츠법의 이론적 토대의

근거를 제시하는 성과가 있었다. 다만 스포츠의 실제 현상 학습적인 측면에서 이 해나 고려가 부족하고 법 이론적 측면에서의 연구에 치우친 경향이나 스포츠계에 스포츠 기본권이나 스포츠 사건·사고 즉 스포츠 불법행위와 관련한 법적책임문제에 법학적 지식의 이론제공은 앞으로 체육·스포츠발전에 시사점이 크다.

조사결과에 나타났듯이 체육·스포츠법학분야의 연구 실적이 기초적 단계이고, 체육·스포츠 관련법의 이론적 정립은 물론 체육·스포츠 활동시 빈번한 사고의 발생에 대해 법적책임의 한계나 피해자의 구제측면에서 학문적 지식축적이 이루어 지지 않은 실정이다. 그러나 1999년 12월 동국대학교 법과대학의 스포츠법 연구센터 개원 기념으로 “스포츠의 법적 환경과 제 문제”로 학술대회 개최하고 이를 모태로 법과 체육·스포츠 학을 전공하는 교수, 행정가, 대학원생들을 중심으로 한국스포츠법학회를 창립하여 우리나라의 체육·스포츠법학 발전에 본격적인 연구와 다양한 연구영역의 확대의 계기를 마련했다.

그리고 한국스포츠법학회의 발족이후부터 2004년 현재까지 체육·스포츠 법학의 연도별 연구 현황을 조사해본 결과는 총 77편으로 아래의 <표 2>와 같다.

표 2. 2000년부터 2004년 까지 스포츠법 연도별 연구 현황

분야 / 연도	2000	2001	2002	2003	2004	계
스포츠계	6	4	7	6	4	27
법학계	30	3	8	1	8	50
계	36	7	15	7	12	77

총 77 편중 체육·스포츠학계에서 학술지나 학술대회, 각 대학 논문집에 발표된 논문은 27편으로 국내 체육·스포츠학계에서 학술지 및 논문은 21편이고, 학위논문 6편(박사1, 석사5)과 관계서적 3편으로 다소 적은편이다. 한편 법학계에서 학술발표 및 토론회를 통해 발표한 연구논문은 42편, 학위논문 2편(석사2), 관계서

적에 발표한 논문 2편과 연구발표 논문을 책으로 출판한 2편으로 총 50편으로 조사되었다(이강욱, 2004). 또한 스포츠 활동과 관련한 최초의 판례는 1962년도 대학교 체육입시의 채점에 관한 법적분쟁(서울고등법원, 62 가 124)이었고, 1962년부터 2004년까지 스포츠와 관련한 법적분쟁은 총 115건으로, 판례자료를 중심으로 고찰하면 다음의 <표 3>과 같다.

표 3. 스포츠 판례 건수 및 종목·분야별 결과

연도별 판례		건
1962년 ~ 1989년(약 28년간)		1 9
1990년 ~ 2004년(약 15년간)		9 6
1962년 ~ 2004년 까지 43년간		1 1 5
종 목 별		건 (%)
골 프		3 8건(49.35)
춤(무도)		8 건(10.39)
축 구		5 건(6.49)
야 구		4 건(5.19)
수영, 배구, 스키		각 3건(3.90)
스포츠 마사지, 당구		각 2건(2.59)
마라톤, 씨름, 태권도, 3단 넓이뛰기, 탁구, 해동검도, 활법, 기공, 카이로프락틱		각 1건(1.30)
전 체(18종목)		77건(100.00)
분 야 별		건 (%)
헌법 및 법률		4 8건(41.74)
불법행위		2 0건(17.39)
계약법		1 4건(12.17)
지적소유권		1 4 건(12.17)
형 법		8 건(6.96)
노동법		6 건(5.22)
행정법		5 건(4.35)
전 체(7개 분야)		115건(100.00)

초창기부터 1989년까지의 약 20여건에 불과하던 것이 1990년도 이후에 무려 5배정도 증가한 96건의 소송이 있었음을 파악할 때 스포츠와 관련한 사건·사고는 스포츠활동의 대중화와 활성화에 의한 자연적 증가도 있겠으나 한편으론 스포츠에 관련한 사건·사고에 관해서 국민들의 인권의식의 강화와 스포츠의 특수성과 본질에 따라 과거 인정적·관습적으로 다소 유연하고, 관대하게 협의에 의하여 처리하던 경향이, 스포츠에 의한 사건·사고(불법행위)라고 할지라고 적극적으로 사고의 책임을 추급(追及)하는 경향으로 급격한 변화를 보이고 있음에 주목해야 할 것으로 판단된다.

이와 관련하여 스포츠활동에 따른 사건·사고의 판례를 종합적으로 분석한 연구(주종미, 2005)에서 스포츠에 관련한 법적이슈와 법적소송의 경향을 파악하여 미래의 우리나라 스포츠법학에서 쟁점으로 부각할 가능성이 높으니 이슈와 사건·사고의 빈도가 높은 스포츠 종목과 스포츠법 분야를 예측한 논문으로써 스포츠법학의 연구방향과 법적분쟁에 대비한 스포츠 관련법과 스포츠 관련인의 법리의 이해와 적용을 강조한 연구는 가치 있고, 의미 있는 연구 성과물이라 아니할 수 없다.

또한 엘리트선수들을 대상으로 스포츠 훈련 및 경기 중 중대사고(사망, 폐질 등)에 대한 연구(손석정, 2005)로 과도한 훈련과 승부에 집착한 경쟁, 무모한 동작 등에 의한 사고의 위험성과 관련한 중대사고는 <표 4, 5>와 같다(손석정, 2005).

표 4. 스포츠 경기 관련 중대사고

년월	종목	사고자	사고내용
1959.11	럭비	S선수(25)신흥대	제12회 전국 럭비축구 선수권대회 대학부 결승전(서울운동장)에서 태클에 의한 부상으로 사망
1962.01	복싱	S선수(24)페더급	전국 중고학생 권투대회(서울운동장 특설링)에서 슈퍼미들급선수와와의 대전 중 10회 KO패 후 사망
1963.11	태권도	K선수(22) 공군	일본원정선수 환송 태권도대회(군산초교 강당)에서 대전 중 부상으로 사망
1965.11	육상	Y선수(19) 대성고	제11회 경부역전 마라톤대회에서 대회운영 차량의 전복으로 사망
1977.02	스키	J선수(19) 고성고	제58회 전국 동계체전 스키경기 남고부 대회전 경기(고성군 마산봉 슬로프)에서 코스 이탈로 나무에 머리를 부딪쳐 사망
1978.10	럭비	L선수(27) 경북FB	제58회 전국체전 일반부 준결승전(인천 동산고운동장)에서 태클에 의한 부상으로 사망
1981.04	사이클	P선수(20) 명지대	4.19 동아 사이클대회 골인지점(춘천)에서 심판 차의 뒷부분을 받고 사망
1982.11	복싱	K선수(23)	WBA라이트급 타이틀전에서 14회 KO패 후 뇌사 사망
1985.04	복싱	J선수(18)중대부고	제38회 전국 아마복싱 신인선수권대회 라이트웰터급 준결승(인천실내체육관)에서 다운되면서 뒷머리를 부딪쳐 사망
1985.10	경마	S선수(23)	경기 중(뚝섬 경마장) 낙마로 말에 깔려 사망
1988.08	복싱	K선수(17) 가야고	부산시 교육감기쟁탈 학생 중별선수권대회 라이트플라이급 경기 중 뇌 손상으로 사망
1990.07	카누	B선수(17)한광고	제5회 해군참모총장배 전국 카누 경기대회 남고부 카약 1인승 1천m에선 출전 중 배가 전복되면서 심장마비로 사망
1992.10	배구	K선수(22) 충주대	전국체육대회 선수 숙소에서 심장마비로 사망
1991.11	육상	J선수(18) 목포기계공고	부산~서울간 역전경주대회에 출전 중 교통사고로 사망
1993.10	피겨	J선수(여·11)	태릉 아이스링크 선수대기실에서 가스폭발에 의한 화상으로 치료 중 사망
1995.06	사이클	K선수(27) 경기도	제4회 문화체육부 장관기 생활체육 전국자전거대회에서 교통사고로 사망
1995.09	복싱	L선수(32)	일본프로복싱 밴터급 타이틀전에서 10회 판정패 후 사망
1997.05	복싱	L선수(18)경기체고	제9회 세계선수권대회 국가대표선발전 미들급 예선(잠실체육관)에서 RSC로 패한 뒤 사망
1998.02	복싱	Y선수(24)	서울시 아마복싱협회 주최 선수권대회(장충체육관)에서 뇌사사망
1998.04	태권도	J선수(13) 당진중	제26회 충남소년체전 평가전 중학부 라이트급 결승(천안농고체육관)에서 뒤 돌려차기에 얼굴을 맞고 사망
2002.04	축구	K선수(20) 송실대	춘계 대학선수 연맹전(속초)경기 중 심장마비로 사망
2002.09	무에타이	K선수(17) 화곡고	제4회 코리아오픈 무에타이 라이트급 예선경기에서 3회 쓰러져 사망
2002.11	아이스하키	C선수(21) 광운대	2002코리아 아이스하키리그에서 가슴에 퍽을 맞고 심장마비로 사망
2004.05	이종격투기	L선수(34)	종합격투기대회에서 눈 부상으로 시합중단 후 사망
2005.09	유도	K선수(18) 경신고	추계 중고유도 연맹전(제주 한라체육관) 남고부 100Kg급 3회전 경기 후 심판 판정을 기다리던 중 쓰러져 사망

표 5. 스포츠 훈련 관련 중대사고

년 월	종 목	사 고 자	사 고 내 용
1958.07	사이클	H선수(21) 대신고	서울 영등포구 도로상에서 훈련 중 트럭에 치어 사망
1966.06	수영	K선수(17)서울사대부고	학생 수영경기대회 대비 합동훈련 중 심장마비로 익사
1970.09	사이클	K선수(18) 경성고	전국체전대비 훈련 중(김포가도) 정지한 시내버스 뒤를 받고 사망
1972.06	육상	L선수(13) 동도중	서울대교 남쪽 도로에서 마라톤 연습 중 좌석버스에 치어 사망
1975.08	축구	J선수(22) 고려대	진해에서 전지훈련 후 귀경 중 버스전복 사고로 사망
1977.06	사이클	K선수(20) 전라고	체전대비 강화훈련 중 마주 오던 버스에 치어 사망
1978.02	야구	N선수(27)상업은행	서울남산 헬스클럽에서 서킷트훈련 중 심장마비로 사망
1982.07	축구	K선수(12)증산국고	서울소의국고에서 연습 경기 전 준비운동으로 운동장 뛰다가 심장마비로 사망
1983.09	사이클	J선수(21) 한체대	경기 남양주군 도로에서 훈련 중 군 트럭에 치어사망
1985.05	카누	J선수(여·18)경포여고	춘천 의암호에서 훈련 중 강풍으로 배가 뒤집혀 익사
1985.08	카누	K선수(18) 한광고	훈련 중 심장마비로 익사
1988.08	수영	K선수(18) 달성고	대구 평리중학교 수영장에서 훈련 중 심장마비로 익사
1989.09	승마	P선수(여·20)이화여대	국가대표선수로 영국 전지훈련 중 훈련장으로 가던 도중 교통사고 사망
1990.05	카누	J선수(여·17)부여여고	부여 옥산저수지에서 훈련 중 심장마비로 익사
1990.06	야구	H트레이너(28)쌍방울	선수단버스가 트럭과 정면충돌로 사망
1991.03	조정	H선수(17),K선수(17) 중대부고	서울 동작대교 남단 한강에서 연습 중 물에 빠진 K고 선수를 구하고 익사
1991.09	야구	L코치(42) 쌍방울	전주공설운동장 야구장에서 타격훈련 중 호흡장애로 사망
1992.05	조정	L선수(27) 고대대학원	서울원효대교 아래 한강에서 조정연습 중 전복으로 익사
1994.04	야구	K선수(15) 부산고	학교구장에서 투구 후 타자가 친 볼에 머리 맞고 사망
1996.03	유도	J선수(22)용인대	태릉선수촌에서 국가대표 2차선발전에 대비 체중조절 중 사망
1998.06	사이클	Y선수(18)경복체고	경남 밀양시 상동면 옥산리 국도에서 훈련 중 승용차에 치어 사망
1998.09	사이클	C선수(16)동대전고	북제주군 서부산업도로에서 동대전고 선수가 탄 차량전복으로 사망
1999.03	유도	L선수(여·18) 비봉종합고	경기도 비봉종합고 체육관에서 시합대비 체중감량 중 사망
1999.04	사이클	S선수(19), S선수(19) 광주실업고	광주시 삼화저수지 앞 도로에서 훈련 중 트럭에 치어 사망
2000.01	럭비	K선수(21) 공사	학교운동장에서 체력훈련 중 심장마비로 사망
2001.08	씨름	K선수(12) 문경초	광주시 공설운동장에서 전지훈련 중 코치에게 구타당한 후 사망
2003.04	레슬링	K선수(17)전북체고	제84회 전국체전 대비한 체중감량 중 사망
2003.04	카누	S선수(19) 부일전자디자인고	낙동강에서 카누연습 중 동료선수를 구한 뒤 탈진 사망
2003.05	경륜	L선수(22)경륜9기	부산 삼락체육공원 내 벨로드롬에서 훈련 중 낙차 사망
2004.07	럭비	N선수(15) 배재중	강화군 주문도리 해변에서 체력훈련 중 사망

위 연구는 안전사고의 대책 및 방안 그리고 스포츠와 관련한 중대사고 통계자료의 보관의 중요성과 담당기관 즉 문화관광부 체육국 또는 대한체육회에 사고조사 위원회와 같은 기관을 설치하여 각종 사건·사고에 대한 통계자료를 축적하고 또한 공정성과 객관성, 중립성을 지닌 스포츠계 및 법학계, 그리고 스포츠연맹이나 협회의 전문가로 구성된 위원회로 하여금 철저한 사고의 원인을 규명하고 사후 대책으로 참고하고 재발방지를 위한 대책수립을 위한 위원회의 설치의 중요성과 필요성을 최근 연구에서 역설하였다.

따라서 각종 스포츠 통계의 축적과 보존으로 사건·사고의 원인규명과 홍보에 주력하여 유사 사건·사고의 예방의 중요성을 인지시키고 있는 대단히 진일보한 제안이었고 스포츠 관련자와 스포츠 관련단체의 관심을 촉구하고 있다.

한국스포츠법학회는 이에 머물지 않고 꾸준한 활동을 보였는데 2000년 4월에 “프로스포츠와 법적 문제”를 주제로 제 2회 학술발표회를, 2000년 6월에는 “스포츠활동과 스포츠 선수에 대한 법적 보호”를 주제로 제 3회 학술발표회를, 2000년 12월에는 “스포츠 산업의 발전과 법적 대응”을 주제로 제 1회 스포츠 법 국제학술대회를 개최하였고, 2001년 3월에는 민족통일 체육연구원과 공동으로 “민족통일체육 기반조성의 과제와 전망”을 주제로 민족통일체육 대토론회를 여는 등 다양한 주제로 새로운 연구영역을 개척하고 확대하고 있다.

한편 한국스포츠법학회는 2005년 10월을 까지 3개의 국제학술대회를 포함한 총 12회의 학술대회세미나를 개최하여, 스포츠 계약, 스포츠 산업, 학교스포츠 활성화, 스포츠 분쟁해결방안, 스포츠기본법제정과 관련한 법 정책적 과제 등 스포츠와 관련한 문제나 정책 등 현안으로 떠오른 사회적 이슈에 관하여 시의 적절하게 다양한 분야와 연구주제로 학술대회나 세미나를 통한 연구논문의 발표로 스포츠법 분야에 학문적 역량을 축적하고, 아직 미개척분야인 스포츠계에 법 이론을 소개하고 제공함으로써 스포츠법학의 발전과 진흥에 커다란 획을 그었다고 확신한다. 또한 스포츠법학회는 2003년도부터 스포츠 외에 엔터테인먼트분야까지 학술연구를 확장하여 학회명칭을 한국스포츠엔터테인먼트법학회로 변경하여 급기야 2005년 7

월 사단법인으로 등록하여 명실 공히 한국스포츠법학연구의 튼실한 기반을 구축한 바 있고, 2005년 11월에 제14회 학술대회 겸 제3회 국제학술대회를 예정하고 있는데 이번 국제학술대회에서 최초로 아시아스포츠법학회창립대회를 가짐으로써 한국스포츠법연구와 발전은 물론 중국·일본·인도·베트남 등 아시아권 각국에 스포츠법의 비교와 연구로 우리나라 및 아시아스포츠법의 발전과 협력에 우리나라 스포츠엔터테인먼트법학회가 주도하여 이끈다고 하니 대단히 기쁘고 자랑스러운 일이 아닐 수 없다.

그러나 스포츠 법학의 태동이나 모태가 법학계의 중심으로 이루어진 점은 주지의 사실이나 스포츠법학회의 창립취지나 목적에서 “스포츠와 관련된 법률문제에 대한 연구를 수행함으로써 건전한 스포츠문화의 창달을 도모하고 스포츠과학 및 스포츠법학의 발전에 기여함을 목적으로 한다.”고 밝힌 바와 같이 분명히 스포츠계에 스포츠와 관련한 스포츠법적인 문제에 법학적 이론을 제공하고 스포츠와 관련한 사건·사고 즉 스포츠 불법행위의 분쟁해결에 공헌하고 기여한 바를 부인할 수 없을 것이다. 다만 스포츠법학회의 연구 및 활동이 법학계의 주도로 운영되고 있다는 점은 법학위주의 관점에서 스포츠와 관련한 법적문제와 스포츠관련 법률과 정책의 입안에 있어서 이해하고 해결함으로써 장래에 스포츠법의 기형적 발전이 예측되어 우려하지 않을 수 없다.

스포츠법학은 공법·사법 즉 형법과 민법 그리고 노동법 등 넓은 영역에서 공유되는 법 분야로 스포츠에 적용과 응용이 되는 것으로, 스포츠와 관련한 법적인 논의나 정책의 고려에 있어서 주목해야 할 것은 법의 영역에 우선하여 스포츠가 중요한 핵심적 위치임을 간과해서는 안 될 것이라고 판단된다. 그리고 스포츠의 본질과 각 각의 스포츠종목의 특수성은 스포츠계의 전문인(체육교수·스포츠 지도자·선수 등)의 참여와 공동연구에 의한 절대적 협력이 필요함을 제고하여 스포츠계와 학문적 교류와 학제간 연구(學制間 研究) 등 다양한 접근과 소통으로 스포츠 관련 법안의 제안이나 정책적 고려에 스포츠의 전문지식과 법학계의 법 이론의 접목시도로 스포츠영역과 법학영역의 합리적인 조화와 균형적 연구가 모색되어야 할

것이다.

본 연구와 관련 있는 선행연구를 학회지(스포츠법학회, 한국체육학회, 한국스포츠산업경영학회, 한국스포츠리서치, 한국사회체육학회, 등)와 학위논문 및 단행본을 조사 분석한 결과 대부분 법학계 위주의 연구가 주류를 이루어지고 있음을 알 수 있다. 다만 스포츠법학의 연구가 다양해지고 영역이 확대되고 있음에 다소의 위안이며, 기존의 연구가 법학중심으로 이뤄져왔으나, 2000년대를 기점으로 체육계에서도 스포츠법학분야에 관심을 갖고 스포츠법학을 교과에 편성하는 등 스포츠와 접목한 법학적 접근이 점진적으로 이뤄지고 있음은 늦었지만 발전적인 변화를 감지할 수 있어 다행스런 일이다.

스포츠계도 스포츠학문의 영역에 사회학·심리학·경영학(마케팅)·역학·생리학 통계학·철학 등을 포섭하여 스포츠학문영역으로 확대하고 연구해오듯 법학분야에도 학문을 확대하고 집중하여 현대사회의 과학화·산업화·상업화와 스포츠의 사회적·문화적 확대와 더불어 발생하게 될 스포츠와 관련한 사건·사고 등 즉 스포츠 불법행위책임에 대한 분쟁, 스포츠 산업 또는 경영(마케팅)에 관련한 비즈니스와 계약관계, 학교체육 및 엘리트체육과 생활체육 등 안전사고와 관련한 법적 책임문제, 스포츠 시설물과 관련한 관리자(점유자·소유자)의 책임 등의 법적인 책임이나 분쟁에서 스포츠 관련인의 권리의 보호와 피해자의 구제에 적극적이고 능동적인 대처할 수 있는 법적시스템을 마련하여 스포츠활동과 관련한 스포츠관계인이 스포츠와 관련한 사건 사고에서 자유스러울 수 있게 하여 즐겁고 활기찬 스포츠문화를 향유할 수 있도록 대비해야 시기이며, 또한 오늘날 스포츠에 대한 정책적 고려와 사회·문화적 경향을 고려할 때 스포츠에 관련한 정책을 입안하거나 관련법규를 제정에 있어서 스포츠인의 안목으로 대처하고 스포츠에 대한 인식변화에 대처할 수 있는 법적 지식과 학문적 정체성을 갖출 수 있도록 스포츠법의 지속적인 연구와 참여를 경주해야할 때라고 판단된다.

(2) 외국의 스포츠법

법은 인간의 사회생활을 규율하기 위하여 창조된 하나의 제도인 까닭에 국가 또는 사회생활과 밀접한 불가분의 관계를 가지고 발전하여 왔다. 또한 국가의 문화 또는 민적성에 기인하여 각각 특색 있는 발달을 하게 된다. 한 국가·민족의 문화는 다른 국가 민족에 영향을 주며 서로 교류하고, 때로는 융합하는 형상을 나타내기도 한다. 이에 따라 법문화도 상호간에 영향을 미치며 공통된 특색을 지닌 하나의 법문화권이 형성된다. 이러한 법의 계수(繼受)현상으로 법이 동일한 법통의 영역에 속하는 법문화권의 성격을 법계(法系)라 한다. 법의 발전은 법계를 통해서 이루어져 왔지만 특정한 국가·민족을 초월하여 법학에서 주류로 된 법계로 현재 영향력을 가진 법계로 대륙법계와 영미법계 그리고 사회주의 법계로 분류하고 있다(홍성찬, 1989).

따라서 외국의 스포츠법을 편리상 법학상의 법계의 분류에 따라 나누어 고찰한다.

스포츠 기본권을 헌법상 명문으로 규정하고 있는 나라는 대륙법계의 포르투갈, 스페인, 그리스 등이며, 사회주의 법계에서는 구 동독, 중국 북한 등이 있다. 이러한 스포츠 기본권에 대한 규정은 대륙법계나 영미법계의 복지국가헌법에서는 권리보장적 측면이 강한 반면, 사회주의헌법에서는 사회주의 국가목적에 위한 하나의 도구로서의 성격이 강하다고 할 수 있다.

가. 대륙법계 국가

대륙법계는 독일·프랑스를 중심으로 한 유럽대륙에서 발달한 법계로서 우리나라와 중국·일본도 이 법계에 속한다. 대륙법계는 영미법계의 불문법주의와는 달리 성문법 중심으로 되어 이론성·논리성이 우수하고 공·사법이 구분되어 있다(홍성찬, 전제서).

프랑스의 경우, 체육·스포츠와 관련된 입법적 개입은 일찍부터 이루어졌는데

1941년 5월 26일 법률, 그리고 1975년 10월 29일 「체육·스포츠 발전에 관한 법률」이 제정되었으나 모두 폐지되고 현재에는 1984년 7월 16일 「신체적 및 스포츠적 활동 조직과 진흥에 관한 법률」이 가장 기본을 이루고 있다. 이 법률은 모든 국민을 위한 체육·스포츠 활동의 발전을 위해 제정되었는데, 이는 국가나 지방공공단체의 교육·스포츠제도·정책, 학교나 기업에서의 체육·스포츠활동이 편성과 실시를 근본적으로 보장하기 위한 구체적이고도 종합적인 성격을 갖는다. 동 법 제1조는 “체육 및 스포츠활동은 개인의 균형, 건강, 성장의 중요한 요소이고 교육, 문화, 사회생활의 기본적 요소이다. 그(체육 및 스포츠 활동의) 발전은 일반 이익인 것이며 그 실현은 성별, 나이, 능력 또는 사회적 신분을 불문하고 모든 사람의 권리이다”라고 하며 또한 “국가는 체육 및 스포츠 교육과 훈련의 책임을 지며, 국가, 그리고 각종 스포츠 협회와 연맹으로 구성된 스포츠 조직은 지방자치단체, 기업 및 그 사회 기관의 협력 하에 체육 및 스포츠활동 그리고 전문 체육의 발전의 의무를 진다.”고 규정하고 있다.

이 법 또한 제정된 이래 수차례에 걸쳐 개정되었는데 그 중 가장 중요한 것은 1992년 7월 13일 법률에 의한 개정으로 프로 스포츠사에 대한 통제 강화, 스포츠 조직에 대한 특권 강화, 스포츠 시설의 인가, 중재절차의 제도화, 지방자치단체의 역할의 부분적 인정 등을 주요 내용으로 하고 있다.

포르투갈 헌법에서는 보건권의 내용과 함께 제시되어 있다. 제64조 제2항은 “위생보건권은 전반적인 무료보건소의 설립, 아동보호를 보장하는 경제 사회 및 문화적 조건, 생활 및 노동의 조건의 체계적 향상, 학교 및 국민 전반적인 체육 및 운동경기의 조성 및 국민위생교육의 계발을 포함한다.”고 규정하고 있다.

스페인 헌법에서는 스포츠가 사회보장제도의 일환으로서 국가의 책무를 규정한 제도보장의 형식으로 규정되고 있다. 스페인 헌법 제43조 제1항 “보건의 권리는 인정된다” 제2항 “예방적 조치 필요한 급부 및 의무에 의하여 공중의 건강을 조직하고 감수하는 것은 공권력의 책무이다.” 제3항 “공권력은 보건교육, 체육 및 스포츠를 촉진한다. 공권력은 여가의 적절한 활용에도 편의를 제공하여야 한다.”고

규정하고 있다. 제48조에서 “지역사회는 정치적, 사회적, 경제적 및 문화적 발전에 의 청소년의 자유스럽고도 효과적인 참가를 위한 조건을 조성하다.” 제50조 “공권력은 노인층의 시민에게 경제상의 만족을, 정기적으로 급부할 적당한 연금에 의하여 보장한다. 공권력은 가족의 의무와는 관계없이 건강, 주택, 교양 및 여가 등 특별문제를 담당할 사회적 서비스 제도에 의하여 국민의 복지를 향상시킨다.”고 명시하고 있다.

그리스 헌법은 제도보장의 형태로 규정하고 있으며 클럽형태의 스포츠단체에 대한 정부지원을 중심으로 이를 보장하고 있다. 그리스 헌법 제16조 제9항 “스포츠를 국가의 보호 하에 두며 국가에 의한 최소한의 감독을 받는다. 국가는 법률이 정하는 바에 따라 스포츠 클럽 형태의 단체에 대하여 재정지원과 통제를 하여야 한다. 지원을 받은 재정의 처분도 재정지원을 받은 단체의 목적에 따라 법률이 정한다.”고 규정하고 있다.

독일의 경우, 스포츠 분야는 관련 단체들에 의해 거의 자치적으로 운영되고 있다. 연방은 스포츠분야에 직접적인 개입을 하지 않고 전문 스포츠, 국제 스포츠 관계 및 청소년을 위한 스포츠에 대한 후원이나 스포츠시설 건설 등을 통하여 간접적으로 개입하고 있다. 반면에 각 주는 스포츠를 문화영역의 일부로 보고 기본법에 의거하여 각자의 문화적 권리를 전적으로 행사하기는 하지만 역시 스포츠 단체의 자치를 존중하고 있다. 이는 나치 하에서 베를린 올림픽에서와 같이 스포츠가 정치적 선전에 악용되었던 과거에 대한 반작용에 다름 아니다.

현재 독일은 16주로 이루어진 연방제 국가로 통일 후에도 교육, 예술, 스포츠 등의 문화에 관한 권한은 일반적으로 주에 있다. 연방정부는 스포츠활동의 자립성, 조성, 파트너십·협력의 3원칙을 인정하고 있고 스포츠 진흥법에 해당되는 연방법규는 존재하지 않는다. 따라서 스포츠진흥법규도 각 주에 따라 제정되고 있다. 1999년 현재, 16주 중 다섯 주가 스포츠 특별법을 가지고 있는데, 초기 법 제정 예로, 구서독의 Rheinland·Pfalz(1974년), Bremen(1974년), Berlin(1978년) 등의 주에서 1970년부터 소위 스포츠 진흥법이 제정하였다. 이들 법규는, 유럽심의

회(Council of Europe: CE)에서 채택된 유럽 ‘Sports for all 헌장’(1978년)의 취지를 반영하는 것으로 모든 이가 자유의사에 의해 스포츠에 참가하는 기회를 보장하고 그 조건 정비를 국가 또는 지방공익단체의 책무로 한다는 인식하에 모든 이의 스포츠활동을 장려하고 있다. 특히 유아, 고령자, 장애자가 한 사람이라도 이용할 수 있도록 하는 매려나 자연보호의 이익에 대한 배려 등 현대적인 과제를 문제삼고 있는 점, 그리고 공익단체와 스포츠 연맹의 협력관계가 강조되어 있는 점에서 그 특징이 있다. 또한 스포츠클럽 가입률이 높고 전통적인 스포츠 활동이 활발한 스포츠 선진국임을 알 수 있다.

또한 이들 진흥법 이외에 1991년 제18연방 임미시온⁴⁾(Immission) 방지법 실시령으로 스포츠시설 소음방지법이 제정되었다. 이 법률은 환경문제에 대해 높은 관심을 보이는 독일다운 개별법으로 대기오염, 소음, 진동 그 외 환경에 유해한 요소를 줄 수 있는 것을 방지하는 목적을 가진 법(제18연방 임미시온 방지법)에 스포츠 시설의 소음을 더해 기준치를 설정하여 주변환경을 보호하는 규정을 갖고 있다(손경한·김용섭, 2002).

일본의 경우, 스포츠진흥법이 스포츠에 관한 대표적인 법률이라고 할 수 있다. 현행 스포츠진흥법은 1961년 스포츠의 자주성·자유를 기준으로 스포츠 진흥의 지침과 필요한 시정·조치를 정한 것으로 지금까지 일본의 스포츠행정의 추진에 적지 않은 공헌을 해 왔다. 그러나 동 법은 법률의 목적, 스포츠의 정의, 시책의 방침, 스포츠 진흥을 위한 제조치, 스포츠진흥심의회 및 체육지도원, 국가 및 지방

4) Immission은 우리말로 생활방해 또는 공해를 의미하는데 매연·액체·소음·진동 기타 유사한 것이 다른 토지로부터 발산(發散)·유입(流入)하여 토지의 사용을 방해하거나 또는 거주자의 생활에 고통을 주는 것을 말한다. 영미법에서는 생활방해 불란서법은 근린폐해, 독일법은 임미시온, 일본 및 우리나라는 공해라는 의미로 쓰인다.(권영성, 1998).

이는 스포츠 시설의 소음이나 야간까지 행사의 진행, 또는 스포츠 시설건립에 의한 환경파괴, 골프장의 과다한 농약사용으로 인한 주변환경에 오염 등 과학화·산업화에 의한 유해(有害)한 피해나 간접은 스포츠의 활동의 생활화·대중화·활성화에 따른 현대사회에서 오는 불가피한 권리의 충돌의 문제로 스포츠의 외형적 발전과 진흥 뿐만 아니라 주변환경과 국민의 생활권과 환경·보건 등 기본권의 보장과 스포츠 활동과 관련한 포괄적 기본권의 보장과 조화와 균형에 따른 정책과 배려에 관심을 가질 때이다.

공공단체의 보조 등 스포츠진흥에 필요한 행정상의 노력목표를 정한다는 데에 주안점을 두고 있을 뿐 스포츠 기본권의 사회권적 성격은 인정하고 있지 않다. 따라서 국민의 스포츠 참가, 스포츠 기본권의 보장이라는 측면은 불충분하여 아래와 같은 비판을 받고 있다.

첫째, 동 법 제1조 제1항의 “이 법률의 운용에 있어서는 스포츠를 할 것을 국민에게 강제하거나 또는 스포츠를 전항의 목적 이외의 목적으로 이용해서는 안 된다.”는 규정이 자유권으로서의 스포츠 기본권을 정한 것인지가 명확하지 않다는 점이다.

둘째, 스포츠진흥법은 청소년스포츠와 직장스포츠에 대해서는 특정한 배려와 장려에 필요한 조치를 규정하고 있으나, 장애인, 부인이나 노인 등의 스포츠 참가에 관해서는 적절한 조치를 정하고 있지 않다는 점이다. 스포츠는 이미 청소년, 장년층의 특권이 아니므로 동 법에서도 평생스포츠의 관점을 도입할 필요가 있겠다.

셋째, 국민의 스포츠참가를 촉진하기 위해서는 특히 스포츠 시설, 용구의 충실, 기술지도원의 배려, 안전의 확보, 스포츠 지식과 정보의 제공 등이 요구되는데 동 법에서는 이러한 것들에 대하여 규정은 있으나 그 성격이 강령적인데 그치고 있다는 점이다. 예를 들어 제7조(스포츠행위의 실시 및 장려)에서 “~이들의 행동을 실시하도록 장려해야 한다,” 제8조(청소년 스포츠의 진흥)에서는 “~특별의 배려를 해야 한다”고 하는 노력 목표에 지나지 않는 규정을 두고 있다. 제20조에서는 국가의 보조의무를 구체적으로 규정하고 있으나 이것도 “예산의 범위에 있어서”라는 제한을 붙여 국가 또는 지방공공단체의 재량권에 맡기고 있다. 이들 외에도 제9조에서 16조에 걸쳐 이와 유사한 성격을 보이고 있다(손경한·김용섭, 2002).

나. 영미법계 국가

영미법계라 함은 영국법과 이를 계수(繼受)한 미국법을 의미한다. 영국법은 유럽 대륙법의 영향을 받지 안하고 독자적으로 생성·발전된 결과 독일·프랑스제국과

달리 이질적인 법계(法系)를 형성하였다. 이 영국법은 미국에 계수되어 다시 독립된 미국법으로 나타났다. 영미법에서는 법질서의 조직화·일반화보다 구체적인 사실을 존중하고 개개 사건의 판례로 이루어진 판례법이 중심이 되어 있고 체계적·일반적인 법전(法典)이 없는 것이 특색이다(홍성찬, 1989).

영국의 경우, 1930년대 들어 게임이나 스포츠에 관심을 가져 레크레이션적 신체 훈련도 보급되기 시작하였고 전문적 지도자의 양성이 이루어졌다. 1937년 「신체 훈련과 레크레이션에 관한 정부백서(Government White Paper on Physical Training and Recreation)」에 이어, 1944년 교육법(Education Act)은 국민의 교육·스포츠에 관한 내용을 정하는 조항을 두었는데 제41조에서는 의무교육을 마친 자에게 문화적 훈련이나 레크레이션 활동을 위해 시설의 이용을 원하는 자에게 응할 의무가 지방교육당국에 있음을 규정하고, 제53조 제1항에서 지방교육당국에게 레크레이션이나 신체적 훈련을 위한 시설을 보호하는 목적을 달성하기 위해 문교장관의 승인 하에 경기장, 체육관 등의 설립·유지·운영에 협조하거나 시행할 권한을 부여하고 있다.

1971년의 「스포츠 협회 설립법(Sports Council by Royal Chater)」에 의해 특별법인으로 설립된 새로운 스포츠협회의 정관은 서두에서 “스포츠와 신체적 레크레이션에 관한 중요사항은 우리나라 정부기관의 관심사이다”라고 규정하고 있는데, 이 스포츠협회는 환경성의 관할 하에 정부의 스포츠정책을 대행하고 국민간의 스포츠와 신체적 레크레이션에 대한 지식을 보급하고 활동을 장려함과 동시에 이를 위한 보조금의 교부나 시설의 정비 등을 추진함이 목적이다. 스포츠협회는 이제까지 민간의 자주적인 조직과 단체에 의해 이루어졌던 것에서 벗어나 조건·정비와 관련하여 행정이 적극적으로 개입할 의지를 표명한 것이다. 즉, 영국은 중앙의 스포츠협회 외에 지방의 스포츠협회가 연계를 통해 자치기관과 협동하며 기능하고 있다.

미국의 경우, 1978년 아마추어 스포츠법을 제정하여 미국 올림픽위원회의 목적, 권한, 비정치성 등을 정하는 외에는 별도로 취급하지 않고 교육, 노동 등 관련법에

정한 바에 따르고 있다.

연방제정법 중 스포츠진흥법에 해당되는 것으로, 우선 ‘아마추어 스포츠법(1978년 1월)두고 있다. 이 법은 ‘미합중국의 아마추어 스포츠활동을 추진·통합하여 아마추어선수의 권리를 확인시키고 국내통괄단체에 관한 논쟁 및 그 외의 목적 달성에 관한 논쟁을 해결하기 위한 법률’이라는 부제에서 알 수 있듯이, 미국 올림픽위원회(USOC)를 아마추어 스포츠를 통괄하는 중앙조직으로 하고, 아마추어 스포츠활동의 추진과 경기조직 간의 조정기관으로 인정하였습니다. 이에 따라 신USOC를 중심으로 한 미국 아마추어 스포츠기구가 통일, 완성된 것입니다. 또, 엘리트 스포츠를 대상으로 할 뿐만 아니라, 피지컬 휘트니스와 국민참가의 추진·원조, 여성 스포츠, 장애인 스포츠, 마이놀리티 스포츠의 장려·원조 등을 법인의 목적으로 한 점, 법인의 비정치성, 비영리성을 강조한 점, 올림픽 위원회의 명칭의 독점적 사용 등 다양한 규정을 두고 있다. 이 법률은 약간의 수정을 거쳐 현재 올림픽 아마추어 스포츠법으로 불리고 있습니다.

이 외에 스포츠 진흥에 커다란 영향을 준 법규로 주로 ‘시민의 권리에 관한 법률(1964년)’, ‘타이틀 나인(1972년)’ 및 ‘장애를 가진 미국인에 관한 법(1990년)’ 등 차별금지법등의 법률이 있다. 이 법률은 직접적인 스포츠 국가법은 아니지만, 각각 인종적 차별, 교육에서의 성차별, 장애를 가진 자에 대한 차별을 금지한 사회적으로도 대단히 중요한 연방법규로 특히 지금까지 체육·스포츠 참여를 제한당해 온 사람들의 참여기회를 눈에 띄게 확대한 규정이다.

또한 스포츠 관련 제정법에는 에이전트 관계법, 반 트러스트(trust)법, 방송관계법, 노동법, 세법, 도박에 관한 아마·프로스포츠 보호법이나 도핑에 관한 일련의 약물관련법 등을 들 수 있습니다. 또한 스포츠경기 시의 지나친 폭력행위에 대해서는 결국 성립되지는 않았으나, 선수의 형사상의 책임을 묻고 형벌에 따라 이를 규제하는 것을 목적으로 한 소위 스포츠 폭력법안(1980년)도 제출되어 있다(손경한, 김용섭, 2002).

이 외의 구미의 근대 헌법은 사상, 신앙, 학문, 예술, 기타 언론 등의 정신문화를

인간의 불가양(不可攘), 불가침의 권리 내지는 국민의 권리로서 보장하고 있다. 그러나 스포츠권과 같은 현대적 인권은 헌법적 차원에서보다는 법률적 차원에서 이를 수용하고 있다고 할 수 있다.

다. 사회주의 법계 국가

스포츠 기본권에 대한 규정은 사회주의헌법에서는 사회주의 국가목적에 위한 하나의 도구로서의 성격이 강하고, 대륙법계나 영미법계의 복지국가헌법에서는 권리 보장적 측면이 강한 반면, 할 수 있다.

구 동독 헌법에서는 건강권의 보장수단으로서 스포츠 기본권을 규정하고 있다. 제35조 제1항 “독일 민주 공화국의 모든 인민은 자신의 건강 및 노동력의 보호를 받을 권리를 가진다.” 제2항 “이 권리는 노동 및 생활조건의 계획적인 대선을 통해서 인민 보건의 유지, 포괄적인 사회정책, 체육학교 및 인민 스포츠 그리고 여행 등의 장려를 통해서 이루어진다.”고 명시하고 있다.

중국 헌법은 교육권의 일부로서 스포츠의 내용을 언급하고 있으며 사회주의 국가의 성격으로 권리보다는 의무의 성질을 갖는다. 중국 헌법 제13조는 “국가는 교육사업을 크게 발전시켜 인민의 문화적 과학적 수준을 제고한다. 교육은 프롤레타리아 계급의 정치에 봉사하고 생산 노동과 결합되어야 하며 교육을 받을 자가 덕육, 지육, 체육의 모든 면에서 발전을 이룩함으로써 사회주의적 자각을 갖고 교육을 갖춘 노동자가 되도록 하여야 한다.”고 규정하고 있다.

북한 헌법은 국가의 체육보급의무 및 체육의 목적을 나타내주고 있다. 북한 헌법 제47조는 “국가는 노동자들이 체력을 끊임없이 증진시킨다. 국가는 체육을 대중화하고 발전시켜 전체 인민을 노동과 국방에 튼튼히 준비시킨다.”고 명시하고 있다.

(3) 스포츠 국제법

스포츠경기나 행사가 국내에서 내국인을 대상으로 개최되는 것이 아니라 국제적으로 이루어질 때 이를 규율하는 모든 관계는 국제적인 관점 하에서 법률관계를 가지게 된다. 물론 국내법과 같이 일관성이 있는 통일적인 법규범을 스포츠영역에서 구축하기란 쉬운 일이 아니다. 국제질서라는 것은 각국의 이해관계가 상호간 조화를 이루었을 경우에 생겨나는 것이므로 스포츠에 관한 국제질서나 국가 상호간 합의를 이룬 스포츠규범의 생성을 위해서는 오랜 기간이 필요하고 그 노력 또한 필요하다.

국제올림픽위원회(IOC)와 FIFA 등 국제스포츠기구와 관련된 국제법규와 국제관습법이 포함된다. 국제올림픽위원회는 국제적으로 활동을 하는 대표적인 비영리 민간기구(NGO)이며 스위스법상 법인격을 부여받은 조직체인 올림픽운동단체의 집행기구이다. FIFA는 스위스 민법 제60조에 따라서 설립된 단체로서 각국의 축구 협회로 구성되어 있다. FIFA는 올림픽운동단체의 하계국제올림픽스포츠연맹중의 하나로서 올림픽 축구 경기 및 다른 국제축구경기대회에서 축구경기를 운영하는데 필요한 경기운영의 규칙, 선수자격에 관한 규칙, 운동경기 일정 확인, 심판 및 기타 임직원의 선출 등을 맡고 있다. 한국과 일본이 2002년 월드컵을 공동 개최하면서 구성된 한국월드컵조직위원회는 FIFA 및 일본월드컵조직위원회와 긴밀한 관계를 유지하고 있다. 앞으로 국제경기와 관련된 국제사법적인 분쟁과 국제스포츠기구의 조직 및 활동과 관련된 법규의 해석, 적용 등을 중점적으로 연구해야 할 것이다(연기영, 2004).

3) 스포츠법의 분류

스포츠가 국가와 사회·경제 및 문화의 전반적 분야에서 갖는 중요성과 가치는 시대와 장소를 불문하고 중요하고 스포츠가 갖는 영향력이나 파급효과가 대단히 크다. 오늘날 스포츠가 차지하는 비중을 스포츠의 관점에서 볼 때 스포츠의 지속적 발전과 육성 뿐 만아니라, 빈번하게 발생하는 법적 분쟁이 증가하여 법적 장치나 제도가 절실하게 되었다. 이를 위하여 국가는 스포츠관련 실정법의 제정을 통하여 스포츠영역의 전반을 보호하고 규율해야 한다. 따라서 스포츠 실정법이 갖는 의미는 스포츠현상에 대한 국가의 합법적 관여를 통하여 스포츠육성과 발전을 꾀하고 스포츠의 법률 분쟁을 해결하기 위한 제도적 장치라는 것이다.

스포츠 실정법에는 우선 스포츠 관련법률로 바꾸어 말하면 스포츠에 관한 법규범으로 스포츠활동과 직접 또는 간접적으로 관련되는 각종 국가규범인 헌법, 민법, 형법, 국민체육진흥법, 체육시설의 설치·이용에 관한 법률 등을 말한다(김상겸, 2005).

스포츠 실정법의 체계는 앞의 스포츠법의 개념에서 살펴본 바와 같이 스포츠 자치권의 행사로 제정된 스포츠규칙 내지 스포츠 내부법과 스포츠와 관련한 외부의 각종 법률 즉 국가법 체계에서 실정법으로 대별되는데 우리나라의 경우 스포츠와 관련된 실정법은 체계에 따라 스포츠 공법, 스포츠 사법, 스포츠 형사법, 스포츠 국제법, 스포츠 자치법규 등으로 분류 할 수 있다.

실정법의 전형적 분류체계와 동일한 체계로 스포츠법을 분류하여 스포츠 실정법을 구체적으로 고찰한다.

(1) 스포츠 공법

스포츠의 헌법적 규범과 스포츠에 대한 행정조직 및 행정작용을 규율하는 스포츠행정법분야가 헌법에는 스포츠기본권이나 스포츠에 관하여 직접적인 명문규정은

두고 있지 않다(박수혁, 1989).

그러나 헌법은 문화의 일부인 스포츠를 문화국가의 원리(권영성, 1998; 김갑수, 1993)에 의하여 보장하고 있다고 볼 수 있다. 즉 모든 국민에게 스포츠의 자유와 평등이 보장되고, 국가가 적극적으로 스포츠를 보호·육성·지원하기 위한 정책을 수립하여 인간다운 생활을 영위할 수 있는 환경을 만들어야 할 책무를 지고 있는 것이다. 국가정책으로서 스포츠의 발전과 장려, 스포츠의 대중화와 국제화, 스포츠 산업의 진흥 등에 관한 사항이 다루어지는 것은 당연하다.

스포츠는 입헌국가에서 인간의 존엄과 가치를 보장하기 위해 필요한 문화의 중요부분이다. 헌법 제 10조에 “모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다.”고 선언하고 있다. 그리고 스포츠 기본권을 헌법상의 기본권조항으로 행복추구권의 이라는 견해도 있다(권영성, 1998).

스포츠인의 자유로운 활동을 보장하는 헌법상 규정은 신체의 자유권에서 찾을 수 있다(헌법 제12조 제1항). 스포츠협회와 스포츠연맹 등 단체의 조직과 활동에 관하여는 집회결사의 자유권(헌법 제21조 제1항), 스포츠를 직업으로 하는 자에게는 직업선택의 자유권(헌법 제15조)과 근로의 권리 및 노동3권(헌법 제32조, 제33조)이 보장된다. 스포츠교육에 관하여는 교육을 받을 권리(헌법 제31조)가 보장된다.

또한 스포츠는 인간다운 생활을 할 권리(헌법 제34조 제1항), 보건권, 건강권(헌법 제36조 제3항)에 따라 인간의 무한한 잠재력을 향상시키고 심신단련과 건강증진의 수단으로 활용될 수 있다. 비록 헌법상 명문으로 스포츠기본권을 규정하지 않았다고 하여도 위와 같이 우리 헌법은 포괄적인 스포츠 기본권을 보장하고 있다고 해석할 수 있다.

또한 국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다(헌법 제37조 제1항)고 한 규정 역시 스포츠 기본권의 근거가 될 것이다. 그러나 스포츠기본권을 헌법에 적극적으로 규정하는 것이 필요하다고 판단된다.

스포츠 행정법은 스포츠 행정의 조직과 작용, 행정통제 내지 행정구체에 관한 법령을 말한다(김용섭, 1999). 정부조직법 제3조에서 문화관광부장관이 체육에 관

한 사무를 관장하도록 규정하고 있다. 연혁적으로 1980년대 이전에는 교육부(당시 문교부)에서 관장하면서 교육행정의 일부분으로 스포츠 행정을 지행하여 왔다. 그 후 1982년 체육부로 독립되어 1실 3국 8담당관 9과로 한 대규모 조직으로 출범하였다. 1988년 서울올림픽을 마치고 1990년에는 체육청소년부로 되어 3국 9과로 시작하여 1993년에는 문화체육부로 개편되어 나중에는 2국 7과로 축소되었으며, 1998년 이후에는 문화관광부로 초기에 체육국 산하에 4개과로 시작하여 현재 3개과(체육정책과, 체육진흥과, 체육교류과)로 축소되어 있는 실정이다.

스포츠를 관장하는 행정조직이 심한 조직변동을 겪었으며, 축소 일변도의 길을 걸어왔다고 볼 수 있다. 물론 체육활동은 민간스포츠단체를 통하여 자율적으로 이루어지는 것도 바람직한 측면이 있다. 그러나 스포츠가 차지하는 국민생활의 비중을 고려할 때 스포츠의 국가행정조직이 지나치게 축소되어 있으므로 스포츠를 사회적 기본권으로서 급부행정의 측면에서 조직의 확대가 필요하다고 생각된다.

스포츠 행정작용법에는 국민체육진흥법과 체육시설의 설치이용에 관한 법률이 가장 중요한 위치를 차지하고 있다.

국민체육진흥법은 “국민체육을 진흥함으로써 국민의 체력을 증진하고 건전한 정신을 함양하여 명량한 국민생활을 영위하게 하며, 나아가 체육을 통하여 국위선양에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하였다(동법 제1조). 이 법은 생활스포츠와 프로스포츠에 국가가 관여할 수 있도록 근거규정을 두고 있다.

즉 선수의 자격 및 경기단체(동법 제2조 4호, 10호), 선수의 보호와 육성(제. 15조), 체육진흥에 필요한 국가의 지원(동법 제17조), 국민체육진흥기금의 설치, 조성, 지원(동법 제18조-20조), 대한체육회와 국민체육진흥공단에 대한 정부의 감독(동법 제24조, 28조, 29조)등을 규정하고 있다.

‘체육시설의 설치 이용에 관한 법률’은 “체육시설의 설치, 이용을 장려하고 체육시설업을 건전하게 발전시켜 국민의 건강증진과 여가선용에 이바지함을 목적으로 한다.”고 규정하고 있다(동법 제1조). 동 법이 제정되어 종래에 여러 부처에 흩어져 있던 체육시설의 기능을 통합하여 민간체육시설을 등록시설업과 신고시설업으

로 구분하여 법적인 근거를 마련하였다.

스포츠시설을 설치하여 국민이나 주민의 건강증진과 여가선용을 위하여 스포츠 활동을 할 수 있는 환경을 조성하는 것이 국가나 지방자치단체의 고유한 책무이지만, 보충성의 원칙에 따라 민간체육시설업자에게 이를 대신하도록 하고 있다. 주요 내용으로는 전문 스포츠선수의 육성이나 전문체육시설 및 생활체육시설은 국가 또는 지방자치단체가 직접 설치, 운영하도록 하고 있고(동법 제5조), 생활체육시설은 지방자치단체가 전적으로 설치, 운영하도록 하고 있다. 그러나 국위선양을 위한 엘리트선수의 양성이나 국제경기를 치르는데 필요한 전문체육시설은 국가가 직접 설치, 운영하도록 하는 것이 바람직 할 것이다.

그밖에 경륜경정법, 수상레저안전법, 한국마사회법, 자전거이용활성화에 관한 법률, 사격 및 사격장단속법 등이 있다. 일반 행정관계법에 스포츠에 관련된 법으로는 청소년기본법, 청소년보호법, 국민건강증진법, 장애인복지법, 도시계획법, 도시개발법, 국토이용관리법, 자연공원법, 도시공원법, 건축법, 하천법, 조세법 등이 있다.

국제경기대회를 유치하여 지원하기 위하여 한시적으로 제정하여 시행되었던 법률도 있다. 2002년 월드컵축구대회지원법, 제14회 아시아경기대회지원법, 제18회 동계유니버시아드대회 및 동계아시아경기대회지원법 등이 있었다.

(2) 스포츠 사법

스포츠 단체법, 스포츠 계약법(契約法), 스포츠 사고법, 스포츠 보험법 등이 포함된다. 스포츠관련 산업에서나 프로선수와 그 소속사간의 법률관계 등은 실제로 계약의 형태로 이루어진다. 그러나 스포츠와 관련된 계약법상의 문제들은 규범적이고 종합적으로 체계화되어 있지 못한 것이 현실이다.

근래에 스포츠와 관련한 법률적인 문제가 대두되어 그 분쟁의 해결을 위하여 법적인 해결을 연구하는 분야가 많아졌다. 프로야구선수들의 선수협의회 결성과 그

에 부수하는 권리확보를 위한 스포츠분쟁이 여기에 속한다. 또한 선수계약의 법적 성질과 근로자로서의 선수의 법적 지위도 문제된다.

그밖에도 스포츠 시설이용계약, 스포츠 에이전트계약(김용섭, 2004; 김중·최재원, 1988), 스폰서 계약(김동훈, 2000) 등이 스포츠 계약법(나병진, 1999; 김보현, 2002)의 범주에 속한다고 볼 수 있다.

에이전트 계약은 원래 민법상의 계약유형의 분류상으로는 위임(委任)계약에 속한다. 위임계약이란 당사자 일방(위임인)이 상대방 즉 수임인(受任人)에 대하여 사무의 처리를 위탁하고 상대방이 이를 승낙함으로써 성립하는 계약이다(민법 제 680조).

위임인은 수임인의 능력과 인격을 신뢰하는 것이 보통이고 수임사무의 내용은 위임인의 대외적 신용·재산·생명 등과 관련되는 경우가 많으므로 수임인은 위임인의 이익을 위해 충실하게 사무를 처리해야 할 충실의무와 해당업무의 전문성에 상응하는 주의와 기술을 가지고 사무를 처리해야 할 주의의무가 가장 기초를 이룬다. 이를 구체화하여 민법은 위임계약에서의 양 당사자의 권리·의무를 정하고 있다.

최근 스포츠 계약법의 분야로 수영장, 테니스장, 헬스클럽, 스키장, 골프장 등 스포츠시설과 그 이용자가 증가함에 따라 스포츠시설이용계약을 어떻게 규율할 것인지가 중요한 관심사로 등장하고 있다. 스포츠시설을 이용하는 방법은 다양하다. 매일 또는 매월 이용요금을 내는 경우도 있고, 회원권을 취득하여 이용하는 경우도 있다. 특히 회원권은 그 값이 비싸기 때문에, 투자수단으로 이용되기도 하고 그 이용 및 처분과 관련하여 법적 분쟁이 발생하기도 한다.

우리나라에서는 스포츠시설이용계약에 관한 연구가 아직은 미미하나, 골프회원권에 관한 판례가 상당수 나오고 있다. 즉, “당초 해외에 거주하는 자에게 국내 회원권 보다 입회금을 할인하여 분양한 해외 회원권을 국내에 거주하는 자가 양수하여 명의를 개서하는 경우, 회원권의 현재 시중 거래가격을 기준으로 당초 할인을에 해당하는 차액을 추가 입회금으로 납부하도록 규정한 골프장의 회원관리규정이

유효하다”는 「골프회원권명의등재이행」 판례가 최근 법원의 경향임을 알 수 있다(대법원 2003. 8.19 선고, 2001다9014).

또한 “골프시설의 운영자가 골프회원에게 불리하게 변경한 내용의 회칙에 대하여 동의한다는 내용의 등록신청서를 제출하지 아니하면 회원으로 대우하지 아니하겠다고 통지한 것이 강요죄에 해당하며, 골프시설의 운영자가 일반회원들을 위한 회원의 날을 없애고 일반회원들 중에서 주말예약에 대하여 우선권이 있는 특별회원을 모집한 것이 일반회원들에 대한 배임죄를 구성하지 아니한다.”는 판례(대법원 2003. 9. 26 선고, 2003도763)등이 그것이다.

또한 스포츠경기 및 활동과 관련하여서는 스포츠 소음⁵⁾(이상영, 2000)과 스포츠 시설물(이상철, 2001: 이형규, 2000)로 인한 상린권(常隣權)·환경권침해⁶⁾에 대한 사법적 구제, 스포츠용구 내지 시설물의 위험성에 수반하는 제조물책임(연기영, 2005)·공작물 책임, 스포츠활동으로 인한 사고의 책임법적 구제, 스포츠보험 등이 법적인 문제가 될 수 있다.

스포츠사고에 대한 책임은 기본적으로 피해자의 구제라는 측면에서 생각해 볼 수 있다. 여기에는 운동선수, 관람객, 운동경기 주최자, 경기장 운영자 등의 스포츠 관련자 상호간의 문제를 정확하게 파악하고 이에 대한 법적 문제를 합리적으로 해결하는 것이 중요하다. 여기에서는 일반 민사책임과 마찬가지로 사고당사자간의 관계를 고려하여 계약책임과 불법행위책임으로 나누어 볼 수 있다.

5) 스포츠시설 및 활동과 관련한 소음의 문제로 임밋시온(Immission)이라고 하며, 우리말로 생활방해 또는 공해를 의미다. 매연·액체·소음·진동 기타 유사한 것이 다른 토지로부터 발산(發散)·유입(流入)하여 토지의 사용을 방해하거나 또는 거주자의 생활에 고통을 주는 것을 말한다. 영미법은 생활방해·불란서법 근린폐해·독일법은 임밋시온·일본 및 우리나라는 공해라는 의미로 쓰인다.(권영성, 1998)

6) 스포츠 시설의 소음이나 야간까지 행사의 진행, 또는 스포츠 시설건립에 의한 환경파괴, 골프장의 과도한 농약사용으로 인한 주변환경에 오염 등 과학화·산업화에 의한 유해(有害)한 피해나 간섭주는 스포츠 환경과 관련한 문제이다. 스포츠의 활동의 생활화·대중화·활성화에 따른 현대사회에서 오는 불가피한 권리의 충돌의 문제로 스포츠의 외형적 발전과 진흥 뿐만 아니라 주변환경과 국민의 생활권과 환경·보건 등 기본권의 보장과 스포츠 활동과 관련한 포괄적 기본권의 보장과 조화와 균형에 따른 정책과 배려에 관심을 가질 때이다.

스포츠사고에 있어서 이해관계 당사자간의 계약관계가 존재하는 경우에는 서로 직접적인 권리와 의무를 부담한다. 예외적으로 계약의무의 보호를 목적으로 계약 당사자 이외의 제3자도 보호되는 경우도 있다.

계약상의 주의의무를 위반한 당사자는 상대방에 대하여 민법 제390조에 따라 손해배상의무가 발생한다. 스포츠 사고로 인한 계약상의 손해배상 청구권은 주로 불완전이행이나 적극적 채권침해(債權侵害)의 법리에 의하여 인정될 것이다. 물론 경기단체가 계약당사자인 경우에는 민법 제391조에 의하여 운동선수는 이행보조자로서 채무불이행 책임을 진다.

스포츠경기에 있어서 고의 또는 과실로 인하여 타인의 생명·신체·건강·재산 기타의 권리를 침해한 경우에는 가해자는 민법 제750조에 따라 불법행위책임을 지도록 규정하고 있다. 스포츠사고와 관련하여 여러 가지 보험제도가 도입되고 있다. 운동선수와 스포츠인을 위한 개인책임보험, 상해보험을 비롯하여 프로스포츠인을 위한 건강보험, 연금보험, 실업보험 등의 사회보험이 있다.

(3) 스포츠 형사법

스포츠와 관련된 범죄행위와 형벌의 범규를 말한다. 타인의 고의 또는 과실에 의하여 스포츠와 관련하여 범죄행위가 발생한 경우 실정법상 처벌의 대상이 되는 경우가 있다. 여기에는 보호법익의 영역에 따른 분류로 개인적 법익침해범죄, 사회적 법익침해범죄, 국가적 법익침해 등의 범죄로 나누어 볼 수 있다.

경기규칙을 준수한 상태 또는 경기의 특성상 예견되는 경미한 규칙위반상태에서 일어난 법익침해는 허용된 위험 등의 법리에 의해 위법성이 조각(阻却)되어 면책되거나 감경된다. 도핑⁷⁾(Dopping)규제는 1962년부터 국제올림픽위원회(IOC)가 중

7) 현행 형사법체계에서 마약복용은 사회적 법익의 침해범죄로 법적책임을 부과하지만 경기능력을 높이기 위한 금지약물의 복용 즉 Dopping은 현행 형법상의 범죄성립요건 중 구성요건해당성이 없어 처벌 할 근거규정 없는 것으로 평가 된다. 다만 스포츠 자치법에 의한 자격제한·자격박탈·출전금지 등의 징계만 가능할 뿐이다.(이형국, 1989). 그 대표적인 예로 서울올림픽에서 육상 100m에서 금

심이 되어 많은 나라에서 법령으로 규제하고 있으나, 약물검사를 실시하고 자격제한 및 박탈 등의 징계만을 한다. 금지약물복용은 말 도핑을 제외하고는 형사처벌의 규정은 없다. 좀 더 강력한 도핑규제법이 필요하다고 생각한다.

(4) 스포츠 국제법

스포츠경기나 행사가 국내에서 내국인을 대상으로 개최되는 것이 아니라 국제적으로 이루어질 때 이를 규율하는 모든 관계는 국제적인 관점에서 법률관계를 가지게 된다. 물론 국내법과 같이 일관성이 있는 통일적인 법규범을 스포츠영역에서 구축하기란 쉬운 일이 아니다. 국제질서라는 것은 각국의 이해관계가 상호간 조화를 이루었을 경우에 생겨나는 것이므로 스포츠에 관한 국제질서나 국가 상호간 합의를 이룬 스포츠규범의 생성을 위해서는 오랜 기간이 필요하고 그 노력 또한 필요하다. 이 같은 국제적인 노력의 결정체의 예가 곧 IOC규정, Sports for All 헌장, FIFA규칙 등과 같은 것이다.

가. IOC(국제올림픽위원회)헌장

IOC규정은 올림픽헌장이라고도 하는데 1914년 프랑스 파리에서 열린 국제올림픽위원회(International Olympic Committee)에서 그 대강이 정해지고 그 후 1921년 스위스 로잔에서 열린 IOC총회에서 제정되고 공포된 것이다. 이는 올림픽경기대회의 개최에 관한 구체적인 사항을 정한 것으로 그전까지는 근대 올림픽의 창시자인 피에르 드 쿠베르탱(Pierre de Coubertin)남작의 의견과 IOC총회의 협의에 따라 안건을 처리해 왔으나, 이 규정이 생겨난 이후로는 본 법에 따라 올림

메달을 딴 캐나다 육상선수 벤 존슨이 근육강화제인 스테로이드를 복용한 사실이 도핑테스트에서 밝혀져 큰 화제였으며, 국내 스포츠계에 약물사용에 대한 강화와 규제의 필요성이 대두된 계기였다. 따라서 반도핑법은 형사법분야라기 보다는 스포츠 행정법분야에서 연구되어야 할 과제이다. 스포츠범죄의 특정부분에서 우리나라도 효율적인 도핑규제법이 필요함을 제기한 바 있다(최병문, 2000).

픽 개최에 관한 사항을 결정하기에 이르렀다. 이 규정은 1925년 이후 수차례 일부가 개정되어 현재에 이르렀다. 이 규정의 구체적인 내용은 다음과 같다.

제1장 기본원칙을 시작으로, 제2장 국제올림픽위원회, 제3장 국내올림픽위원회, 제4장 올림픽대회 및 제5장 올림픽대회 부칙 등 5장 60조로 되어 있다. 올림픽의 기본원칙을 요약하면 다음과 같다.

첫째, 올림픽운동의 목적은 청년들에게 아마추어 스포츠의 기초를 이루는 육체적 노력과 도덕적 자질을 일깨워주고, 동시에 4년마다 행해지는 이해관계를 떠난 우호적인 경기대회에 세계의 경기자를 모이게 함으로써 인류평화의 유지와 인류애에 공헌하는 데 있다(제1조).

둘째, 올림픽경기대회는 제1올림픽아드, 즉 계속된 4개년으로 일컬어지는 1기를 위한 제전이다. 근대의 제1올림픽아드 제전은 1896년 그리스 아테네(Athenae)에서 개최되었다. 만약 경기대회를 개최할 수 없었더라도 올림픽아드와 경기대회는 1896년부터 기산하여 순번을 정한다(제2조).

셋째, 올림픽경기대회는 4년마다 개최한다. 대회는 모든 나라의 올림픽 경기자들을 공정·평등하게 경기에 참가시킨다. 대회는 어느 국가 또는 개인에 대해서도 인종·종교 또는 정치상의 이유로 차별대우해서는 안 된다(제3조).

넷째, 올림픽경기대회를 개최하는 영광은 하나의 도시에 주어지는 것이지, 하나의 국가에 주어지는 것이 아니다. 올림픽경기대회가 열리는 도시의 선정은 IOC의 전권에 속한다(제4조). 그러나 1977년 IOC총회에서 '올림픽대회 개최의 영예는 개최되는 하나의 도시에 주어진다.'라는 기본원칙의 조항을 고쳐 '개최의 영예는 국가에 주어진다.'라고 하기로 합의를 보았고, 1988년 대회부터 적용하도록 조문을 개정하였다. 따라서 1988년 이후부터는 한 국가의 복수의 도시에서 개최할 수도 있게 되었다.

다섯째, 동계 올림픽경기대회는 하계 올림픽경기대회와 같은 해에 개최한다. 제1회 동계올림픽경기대회는 제8올림픽아드에 속하는 1924년에 개최되었다. 동계 올림픽대회는 이 해부터 기산하여 개최 순으로 순번을 정하며, 올림픽아드라는 말은

쓰지 않는다(제5조).

여섯째, 올림픽경기대회는 개인간의 경기이며 국가간의 경기가 아니다(제9조).

일곱째, 올림픽위원회의 독점적 권리에 대하여 명백하게 천명하고 있다. 즉, 올림픽경기대회는 이들에 관련되는 모든 조직 및 이용에 있어서의, 그리고 여하한 방법에 의한 전파 및 재생에 관한 모든 권한을 갖는 국제올림픽위원회의 독점적 소유물로 하고 있다. 국제올림픽위원회는 이들 권리에 관한 양여 및 허가를 인정할 수 있다. 또한 올림픽경기대회를 개최함으로써 얻어지는 모든 잉여금은 올림픽운동의 추진 및 스포츠의 발전을 위하여 충당함을 원칙으로 하고 있다.

IOC는 1974년의 총회에서 규정의 근본원칙을 대폭적으로 수정하여 제26조 참가자격에서의 ‘아마추어’라는 단어를 삭제하고 ‘올림픽경기자’로 바꾸었다. 동시에 그 자격 규정도 아마추어보다 완화되었는데, 참가선수는 그가 소속된 국내 또는 국제경기연맹의 승인 아래 일정한 경제적 보장을 받을 수 있게 되었다.

나. Sports for All 현장

1975년 3월 벨기에의 브뤼셀(Brussel)에서 열렸던 유럽지역 체육과 스포츠관계 장관회의에서 유럽지역의 『European Sport for All 현장』을 채택했던 것이 오늘과 같은 “Sports for All”의 용어를 공식문서에 사용한 첫 기록이 되었다. 이 현장에서는 스포츠 활동이 인간에게 신체적·정신적·사회적으로 매우 유익한 활동이기 때문에 모든 사회 구성원에게 스포츠 활동의 참여를 격려해야 한다는 것이다. 이 외에도 모든 사회구성원의 평등한 참가기회보장과 대중적인 체육활동, 그리고 질 높은 체육활동 참여를 위한 정부의 정책적 배려를 촉구하고 있다.

이 현장에 따르면 스포츠의 개념을 ‘여가로 행해야 할 자유이고 자발적인 신체적 활동’이라고 하며 거기에는 ‘고유의 스포츠와 동시에 어떤 종류의 노력을 필요로 하는 그 밖의 여러 가지 신체활동’을 포함하는 것으로 규정하고 있다. 여기에 덧붙여 스포츠활동에 포함되는 것을 네 가지로 분류하여 정하고 있다.

첫째, 경쟁적인 게임 및 스포츠(competitive games and sports), 둘째 야외활동(Out door pursuits), 셋째 예술적 활동(Aesthetic movement), 넷째 건강운동(conditioning activity)등이다.

이 sports for All 현장은 이상과 같이 비교적 스포츠의 범위를 넓게 파악하고 있다. 이는 모든 사람의 스포츠라는 개념을 구축하여 그 당시 유럽 전체 사회가 공업화, 도시화 및 자동화가 진행이 되어 감에 따라 인간의 생활조건이나 노동조건과의 관계에서 좀더 생존적인 취지로 스포츠를 실천하고자 하는 의미에서 이렇게 스포츠의 의미를 널리 이해하고 있는 것이다. 결국 일상적인 삶에서 여러 가지 형태로 마주 할 수 있는 스포츠의 실천적 요소를 부각시킴으로 해서 그것의 구체적 실천을 통해 모든 사람의 생존에 필요한 신체적·정신적 힘을 유지하고 인류를 지킬 수 있다는 데에 그 의의가 있다.

다. FIFA규칙

FIFA규칙은 스포츠국제조직인 국제축구연맹(The Federation Internationale de Football Association)에서 정한 축구에 관한 규정으로서 경기장에 관한 것을 정한 제1조부터 경기규칙인 코너킥을 정한 제17조까지를 일컫는 것이다.

FIFA의 성립과정에는 축구를 사랑하는 유럽인들의 노력이 나타나있다. 1886년 영국에서 4개 축구연맹이 모여 국제평의회를 조직하였다. 이 평의회는 의결을 거쳐야 축구 경기규칙 변경이 가능하도록 결정하였고 이 기구의 통제로 세계 축구 인구가 증가하였다. 1889년 영국에 인접한 덴마크·네덜란드에서 축구연맹을 결성하였고, 1895년 벨기에·스위스·이탈리아·독일(1900년)·헝가리(1901년)·노르웨이(1902년)·프랑스(1903년)·스웨덴(1904년)의 순서로 세계 각국이 축구연맹을 결성하였다. 그 후 경기인구 증가로 유럽 지역에서 국제축구경기의 인기가 높아졌고, 선수의 국적문제·경기규칙 등의 통일을 위해 국제적인 축구연맹 연합체가 필요해져 1904년 5월 21일 프랑스의 단체 설립 제창으로 네덜란드·덴마크

· 벨기에 · 스위스 · 스웨덴 · 스페인의 7개국 이 파리에 모여 각국 축구연맹을 국제적인 연합체로 조직하였다. FIFA의 본부는 스위스의 취리히(Zuerich)에 두고 있으며, 이 기구는 세계축구경기를 관장하는 일종의 국제단체이다. 그러므로 여기에서 만들어진 규칙이나 규정은 스포츠 국제법으로서의 자격을 가지고 있다(김은경, 2004).

라. CAS(The Court of Arbitration for Sport)

국제스포츠분쟁해결 기구로는 국제올림픽위원회(IOC)에 의하여 설립된 스포츠 중재재판소가 있다. 스포츠중재재판소는 국제올림픽위원회에 의해 1984년에 설립되었다. 사마란치 IOC 회장의 법률고문을 하고 있던 무바이에씨(전 IOC 부회장 / ICAS 이사장 / IOC 명예위원 / Senegal 최고재판소 명예장관)가 회장의 지시로 중재기구를 구상하였다. 당시 중국의 대표에 대해서 북경 정부와 대만 정부 중에서 어느 정부를 인정할 것인가의 문제가 제기되었다. IOC는 이 문제를 해결하는 것이 중요하고 그것을 공평하게 재판하는 것이 필요하다고 생각되었다. 또한 스포츠의 프로화가 진행되어 프로·아마추어 묻지 않고 전세계의 스포츠계가 올림픽출전에 있어서 선수자격 등이 문제되었다(강병근, 2004).

설립 당시에는 IOC의 직할기구이었지만, IOC가 제소할 수 있는 경우도 있기 때문에 좀 더 독립적인 조직으로 전환할 필요가 있다는 의견이 나왔다. 따라서 1994년에 국제스포츠중재 평의회(ICAS: International Council of Arbitration for Sport)가 설립되었다. 실질적으로는 ICAS의 운영자금은 IOC를 비롯한 ASOIF, AIOWF, ANOC 등 4개 단체로부터 제공되고 있으며, ICAS 멤버도 4개 단체로부터 추천된 사람들이 맡고 있다. ICAS는 형식적으로는 IOC로부터 독립된 사법부의 역할을 담당하며, 본부는 스위스 로잔에 두고 있다.(프랑스 파리협정)

CAS의 구성으로는 일반중재재판부와 항소중재재판부가 있다. 일반중재재판부는 선수거래계약, 프로그계약이나 초상권에 관련되는 문제 등을 취급하며, 중재내용이

나 사례는 공표되지 않는다. 이것은 스포츠계의 통상의 분쟁처리의 형태로 전형적인 ADR⁸⁾의 기능을 하고 있다.

항소중재재판부는 스포츠 단체의 결정에 대해서 경기자 혹은 경기단체가 제소하는 경우에 분쟁을 해결해 주는 곳이다. 주된 대상은 IOC와 국제스포츠연맹이고, 거의 모든 국제 스포츠 연맹은 항소 중재부의 관할을 인정하고 있다.

임시중재재판부는 올림픽이나 영연방 대회, 세계선수권대회, 월드컵축구대회 등을 위하여 임시로 설치되며, 모든 올림픽 출전 선수들은 임시중재재판소의 관할을 인정하는 것을 적은 서약서를 제출하고 있기 때문에, 분쟁이 일어날 경우에 CAS에 관정을 호소할 수 밖에 없다. 처음으로 설치된 것은 1996년 아틀랜타 올림픽이었다. 경기 기간 중에는 중재인이 항상 10명 정도가 임시 중재재판소의 멤버로서 대기하고 있고, 원칙적으로 24시간 이내에 판단을 내리게 되어 있다.

중재인의 구성은 200명 정도의 중재인의 명부를 갖추고 있고 ICAS에서 선정한다. 통상의 중재에서는 당사자가 3명의 중재인을 선택하고, 긴급한 경우에는 ICAS가 지명하게 되어 있다. 중재 판단의 내용도 원칙적으로 공개되지 않는다. 그러나 CAS는 전통적으로 스포츠계의 국제 재판소의 역할을 완수하고 있는 것이다. 항소 중재재판부의 판단의 내용은 원칙 공개이고, 재판소의 판례집과 같은 형태로 순서대로 공표하고 있다.

주요관할 사건으로 스포츠 중재에서 가장 많은 사건은 도핑 관련된 것이다. 나카노 올림픽의 케이스에서는 마리화나를 흡인한 선수에 대하여, IOC는 도핑이라고 하여 금메달 박탈을 결정한 바 있다. 이에 대하여 당해 선수가 CAS에 제소하였는데, CAS는 마리화나 흡인은 도핑에 해당하지 않는다고 판단하여 메달은 선수에게 반환한 바 있다. 도핑물질은 대회나 경기에 따라서 달라진다. 마리화나는 모든 경기에서 금지되는 도핑 물질이 아닌 것이다. 또 도핑 리스트에 모든 도핑 물질이

8) 사법적인 법원의 판결에 의하지 않고 분쟁을 해결하는 제도로는 협상, 알선, 조정, 중재 등이 있다. 이러한 제도의 활용을 통하여 스포츠분쟁시 갈등과 대립을 해소하고 사회통합을 이루는 순기능을 생각할 수 있다. 여기에는 사법형 ADR, 행정형 ADR, 민간형ADR 등의 유형이 있다. 스포츠분쟁 해결기구는 민간형으로 설립되는 것이 바람직하다(연기영, 2004; 양병희, 2004; 김상겸, 2004).

망라 되어 있는 것도 아니다. 아틀랜타 올림픽에서는 흥분 작용이 있는 물질을 사용한 선수의 동메달 박탈결정을 둘러싼 중재가 있었다. 이 물질은 구 소련 시대에 군에서 개발되어 흥분 작용은 있지만, 도핑 리스트에는 포함되어 있지 않았다. CAS는 화학적인 작용이 상당히 다르고 효능에 대한 확실한 자료도 당시에는 없었기 때문에 도핑에는 해당되지 않는다고 판정하여 메달은 반환되었던 것이다.

또 올림픽 등의 국제대회의 대표자격은 CAS가 전형적으로 예상하고 있는 분쟁은 아니다. 왜냐하면 대표자격은 국제스포츠연맹과 경기자 사이의 문제가 아니고, 각국의 올림픽위원회나 국내 스포츠연맹과 경기자 사이의 문제이기 때문이다. 다만 오스트레일리아에서는 올림픽대표 자격에 대해서도 CAS에서 판정하여 처리하게 되어 있다. 미국에서는 법률상으로 A.A.A.(미국중재협회)의 일반중재 사항으로 취급되어지고 있다.

선수자격의 문제로 우리나라의 경우는 국적 문제가 거의 없지만 다른 여러나라에서는 국적을 바꾸어 대표선수가 되는 경우가 상당히 있기 때문에 문제가 된다. 이 경우에 선수 자격의 유무에 대해서 분쟁이 발생할 수 있다.

이러한 주요관할사건은 국제스포츠현장에서 종종 문제로 대두되고 있으며 CAS에 의한 중재는 당사자의 합의나 스포츠단체의 규칙에 규정이 있고, CAS가 적당하다고 인정하면 여러 가지 스포츠관련의 분쟁을 해결하는 데 의견을 집중하고 있다. CAS의 판넬은 중재의 청구에 응해서 1인 또는 3인의 중재인으로 구성되며, 주요업무사항은 취소된 분쟁을 통상의 중재로 해결하는 것과 연맹, 협회, 그 외 스포츠단체에 있어서 규율위원회나 동일한 기관의 결정에 관한 분쟁(약물복용 관련의 분쟁을 포함함)을 해당 스포츠단체의 규약이나, 헌장, 당사자간의 특별합의가 있는 것에 대해서 공소중재의 절차로 해결하고, IOC, IF, NOC, 또는 IOC로부터 인지도된 협회, 올림픽 대회조직위원회 등의 요구에 의해 구속력이 없는 참고의견을 제공하는 것이다. 따라서 CAS의 스포츠문제에 있어서 분쟁해결의 근거는 올림픽헌장 제74조(일반중재)의하며, 올림픽 경기에 임하여, 또는 이와 관련하여 발생하는 모든 분쟁은 스포츠관련 중재규칙에 따라 CAS가 권리있음을 규정하고 있으며,

또한 반도핑에 관한 문제의 해결은 1차적으로 IOC, IF, NOC, 기타 단체가 당해 규정을 적용하여 내려진 결정하고 이에 불복시에는 CAS에 항소중재를 요청할 수 있다(강병근, 2004)

(5) 스포츠 자치법규

참가자격규정이든가 아마추어규정, 경기규칙, 대회규정 등이 이에 해당되는데 스포츠의 내부규율에 속하는 스스로 만든 법적 규율이 스포츠법의 한 기둥을 형성하고 있다. 이는 모든 스포츠 종목에 있어 광범위하게 전 세계적으로 통용되는 단일화된 규정형식으로 되어 있다. 스포츠협회에서 만들어진 규정은 그것이 국내적으로 적용되건 국제적으로 타당하건 간에 국제법의 성격을 지니는 것이 아닐 뿐만 아니라 국가법질서와 동등하거나 상위에 있는 것도 아니다. 국가적 법의 개입은 매우 제한적이며 스포츠협회나 단체의 독자적 활동에 있어 광범위하게 자치권을 인정하되 스포츠에 있어서 조직 자치도 국가적인 규범의 범위 내에 있어야 한다.

스포츠는 제도화된 규칙에 의하여 지배되는 활동이고, 규칙의 범위 내에서 모든 스포츠활동이 사회적으로 허용되고 있다면, 스포츠 사고에 대한 법적책임의 판단에 있어서 규칙은 중요한 의미를 갖게 된다. 스포츠 규범은 스포츠에 관여함에 있어서 요구되는 사회적 규범이며, 스포츠활동에 있어서 지켜야 할 바람직한 행동방식의 전체이다. 스포츠 규범에는 그 위반에 대한 제재가 완만한 스포츠의 매너 또는 에티켓 및 스포츠맨십, 그리고 페어플레이 등이 있고, 위반 시에 제재가 엄한 아마추어 규정이나 경기규칙이 있다. 스포츠의 매너와 에티켓은 사회에서의 예의 범절과 같은 것으로 관습적으로 형성되어 온 바람직한 행동양식으로 스포츠 활동 중에 다소 그것을 위반하였다 하더라도 용인되는 것이 일반적이다. 그리고 스포츠맨십과 페어플레이는 스포츠의 매너와 에티켓을 더욱 구체화시킨 것으로 스포츠맨십은 감정의 억제와 상대에 대한 배려를 그 내용으로 하고, 페어플레이는 스포츠맨십의 본질을 이루는 행동양식이라 할 수 있다.

경기규칙이란 경기의 방식을 규정한 것으로서, 경기가 공정하고 안전하게 실시되게 하기 위한 약속이다. 만약 이 규칙을 위반하면 불이익처분이라는 제재를 수반하는 법적인 성격을 띤 스포츠 규범이고, 그 내부에는 스포츠의 매너에 속하는 규칙이 성문화된 도덕적인 성격을 띤 것도 있다. 즉 경기규칙은 기술적인 규범과 도덕적인 규범을 포함하고 있다. 구체적인 규칙은 각 종목에 따라 다르나, 그 기능은 공통적이다. 스포츠에의 참가자를 공평히 취급하고, 경기가 공정하고 안전하게 선의의 경쟁을 하도록 하는 역할을 담당하고 있는 것이다. 따라서 규칙은 각 스포츠에서 시인되고 있는 수단과 방법이 되고 있다. 이러한 관점에서 스포츠사고와 관련한 법적책임의 문제에 있어서 규칙의 준수를 조건으로 하는 것이 적당하다. 그리하여 가해선수가 규칙을 위반하면 배상책임을 인정하고, 규칙을 지키면 면책이 되는 것을 원칙으로 하여야 한다. 단 스포츠는 적극성을 본질로 하는 것이므로 흔히 일어나기 쉬운 작은 규칙위반은 고려되어야 한다. 또한 스포츠규약이라 함은 관련 스포츠의 회원 및 그 스포츠에 참가하는 자간의 관계뿐만 아니라 관련 스포츠단체의 운영전반을 규율하는 자치적인 규범으로서 법령이 인정한 범위 내에서 그 효력이 인정되는 것을 말한다. 이 같은 자치적인 규범은 소속구단이나 관련 스포츠협회의 자율성으로부터 생성되는 것인데 이는 법인체의 법적 인정, 사적자치(私的自治)의 원칙, 신의성실의 원칙 및 그 외 사법상의 기본원칙 안에서 각 구성원에게 구속성이 부여되며 협회의 독자적인 기관구성과 구성원 사이의 법률관계를 구체적으로 규정하는 것이다. 결국 이 같은 자율성은 내용상 정관이나 부수규칙과 같은 독자적인 규범설정을 위한 권리뿐만 아니라, 구체적인 경우에 독자적으로 만든 규범의 적용 내지 실행을 통한 자치행정의 권리까지를 포함하는 것이다. 야구위원회 정관은 프로야구구단을 회원으로 하는 사단법인인 야구위원회의 조직 및 활동을 정하는 근본규칙 또는 이 규칙을 한국민법 제40조의 취지에 따라 기재한 서면을 말한다. 야구위원회와 구단을 통하여 일반적으로 선수에게 제시되는 스포츠규약은 관련 스포츠활동을 위한 제반 법률문제를 규정한다. 선수계약을 하는 경우에도 이 스포츠규약이 계약의 근거가 된다. 한편 선수계약은 다수의 선수들을

상대로 전형적인 서식인 선수계약서를 통하여 이루어지므로 약관에 해당되며, 약관규제(約款規制)법의 대상이 될 수 있다.

2. 스포츠 기본권

1) 스포츠 기본권의 의의

스포츠는 현대사회에서 문화의 일부분으로 삶의 질을 향상시키고, 풍요롭고 명량한 삶을 영위하는데 중요한 가치와 의미를 가짐을 알 수 있다. 그러면 스포츠가 현대국가에 실정법의 체계에 있어서 스포츠에 대한 자유로운 참가와 활동의 보장 및 인간다운 생활을 누리며, 인간의 존엄성과 가치를 확인하고 스포츠를 향유할 수 있는 주장을 국민 누구나 할 수 있는가의 문제가 스포츠에 대한 권리 즉 스포츠 기본권의 개념에 있어서 정립에 대한 의문에서 출발하고자 한다.

스포츠 기본권에 대한 국제적 근거로는 1968년 멕시코 올림픽대회 기간 중에 개최된 국제스포츠·체육회의에서 「스포츠 선언(Declaration on Sport)을 채택하고, 그 처음에 ‘스포츠를 행하는 만인의 권리에 대해’라고 규정하여 스포츠 기본권에 대한 최초의 단초(端初)를 제시하였고, 1975년 개최된 유럽회의(Council of Europe)에 속하는 각국의 스포츠담당각료회의에서 「Sport for All 헌장」이 채택되어 동 헌장 제1조에 ‘모든 사람은 스포츠에 참가할 권리를 가진다.’라고 규정하고 있다.

또한 1978년 제20회 유네스코 총회는 이러한 관점을 한층 진전시켜 「체육·스포츠에 관한 국제헌장」에서 ‘누구나 자유롭게 신체적, 지적, 도덕적인 능력을 발전시켜 보유할 수 있다’고 하는 인격존엄의 원칙을 전제로 동 헌장 제1조에서 “체육·스포츠의 실천은 모든 인간이 갖는 기본적 권리이다”라고 규정하고 동조 1항은 “모든 인간은 그 인격의 완전한 발달을 위해 불가결한 체육·스포츠의 기회에 대한 기본적 권리를 가지며, 체육 스포츠를 통하여 신체적·지적·도덕적 능력을

신장할 자유는 교육체계 및 사회생활의 다른 측면에 있어서도 보호되지 않으면 아니 된다”는 점을 강조하고 있다.

이와 같이 유럽 및 선진국에서는 스포츠를 인류 공유의 문화이고 인간의 기본적 권리로 격상하여 사고방식이 국제적으로 인식하고 있고, 체육·스포츠가 인간의 인격발달에 불가결한 요소임을 인식하여 체육·스포츠에 의한 신체적·지적·도덕적 능력 발달의 권리를 널리 사회생활영역에 있어서도 구체적인 권리로 보장하려는 것이라고 할 수 있다.

스포츠 문화가 눈부시게 발전하고 세계적으로 대중화되어 일상생활에까지 침투하자 스포츠의 사회적 기능, 문화적 기능에 대한 인식이 확대되고 심오해져 스포츠를 새롭게 기본적 인권으로 인식하여 그것에 알맞은 법적 보호가 요구되기 시작하였다. 기술적으로 발달한 현대 스포츠도 일상생활의 의무, 구속에서 해방되었다는 의미에서 개인적인 즐거움을 포함하는 자유로운 신체활동의 측면을 기본적으로 표방하면서 스포츠가 도시화된 사회생활 내에서 갖는 높은 문화적·교육적 기능을 인식하여 모든 사람들에게 자유와 권리라고 파악되기 시작하였다. 따라서 우선 스포츠는 모든 인간의 인격 발달과 표현에 불가결한 요소이며, 각 개인의 운동욕구를 충족시키고 체력과 건강의 증진에 도움을 주며, 스포츠는 일정 기술과 운동양식을 갖춘 자유롭고 창조적인 신체활동과 관련된 문화재이고 그것 자체가 문화활동이라는 인식에 이른 것이다.

우리나라는 스포츠 기본권에 대하여 “신체활동 그 자체로서 자아실현과 복리달성이 가능한 인간 활동에 관한 헌법상의 포괄적인 기본적 인권을 말하다.”라는 견해(신원식, 1994)로 사회적 기본권의 중시와 자연법사상 및 국제적 인권보장 등 포괄적인 개념으로 스포츠 기본권을 현대형 인권으로 국민생활과 밀접한 관련을 맺고 있다고 하겠다.

통상 권리라 함은 민법상 법이 인정하는 의사의 힘 또는 법률에 의하여 보호되는 이익이라고 한다. 바꾸어 말하면 국민이 인간으로서 향유하여야 할 것 가운데 헌법이 승인하고 있는 기본적인 권리로 보통 기본적 인권과 동일한 의미를 가진

다. 민주주의는 모든 사람의 인간으로서 존엄과 가치를 인정하고 있으며, 국민의 기본권 특히 자유권은 개인의 존중을 전제로 할 때에만 성립하는 권리이다. 우리 헌법도 국가는 국민의 불가침의 기본적 인권을 확인하고 보장할 의무를 진다고 규정하고 있다(헌법 제10조). 일반적으로 기본적 인권 즉 기본권은 실정법상의 권리로 인식되고 있고, 기본적 인권으로 자유권·참정권·수익권의 3권을 포함하여 국민에게 기본적 인권 즉 기본권을 최대한 존중 보장한다고 선언하고 있다(헌법 제10조, 동법 제37조 제1항).

이와 같은 스포츠에 대한 협의의 교육권적인 발상이나 단순히 유희론적인 관념, 협의의 건강권적 관념을 훨씬 뛰어넘어서 스포츠 문화의 광의의 인권적 인식에 입각한 획기적인 것이라 할 수 있다. 이러한 규정들을 근거로 최근 들어 스포츠 민주화를 위한 진보와 국민적 노력이 이루어지고 있으며 스포츠 진흥 내지 스포츠 기본권보장에 대한 입법이 행해져 국가 행정에서도 스포츠의 보호·조성 추진에 관한 시책이 적극적으로 진행되고 있는 추세다(변해철, 1999).

따라서 현실적으로 스포츠 기본권에 대한 독립된 조항을 두지 않았으나 국가의 기본법인 헌법상 권리로서의 내재하고 있는 스포츠의 위치와 개념의 근거를 찾을 수 있으며, 이를 근거로 스포츠 기본권을 확인하고 포섭할 수 있을 것으로 판단된다.

2) 스포츠 기본권의 근거

(1) 포괄적 기본권으로서의 스포츠 기본권

헌법에서 스포츠 기본권에 대한 직접적 규정은 없지만, 헌법의 규정에서 그 근거를 찾아 스포츠 기본권으로서의 위치를 확인하고 국민의 기본권차원에서 포괄적으로 접근하여 포섭(包攝)시키는 연구가 필요한 시점이다. 스포츠가 인간의 신체 활동에서부터 시발(始發)되고, 인간 활동의 한 유형이라는 점에서 헌법상의 기본권

조항에 연계가 가능하다고 볼 때 스포츠도 기본권으로서의 하나의 권리와 자유로서 그 근거를 찾아볼 수 있으며, 스포츠권의 성격에 따라 일반적으로 기본권의 체계상 자유권적 기본권과 사회권적 기본권으로 스포츠 기본권의 법리를 구성할 수 있다. 그리고 스포츠가 헌법적 가치를 갖는 기본권구성의 한 개념이라면 당연히 그 근거가 될 수 있는 헌법조항을 찾아 해석함이 당연한 귀결이다.

가. 자유권적 기본권으로서의 스포츠 기본권

스포츠가 개인의 운동욕구와 체력 및 건강증진 뿐 만 아니라 인간 개개인의 인격발달과 가치에 필요불가결한 요소이며, 자유롭고 창조적인 신체활동의 삶의 방식이고 사회 문화적 필수도구로 인식되면서 모든 사람에게 주어진 자유권적 기본권으로서의 가치와 의미를 부여할 수 있다. 자유권적 기본권으로서의 스포츠는 인간의 존엄과 가치를 직접적으로 실현하고 행복을 추구하는 자유와 권리로 구체적 내용은 스포츠의 참가 여부, 스포츠 활동의 참가 방법, 스포츠 활동내용으로 유형화 할 수 있으며 이는 천부적·초국가적 기본권으로서의 당연히 보장되는 내용이라 할 수 있다.

현행 헌법 제10조는 ‘모든 국민은 인간으로서 존엄과 가치를 가지며’라고 규정하고 있다. 인간으로서의 존엄과 가치는 모든 기본권의 이념적 전제인 동시에 모든 기본권의 목적이므로 이러한 목적을 달성하는데 필요한 자유와 권리는 무엇이든지 보장되어야 할 뿐만이 아니라 이러한 목적을 방해하는 것은 무엇이든지 금지되고 그 침해 행위는 헌법 제10조 제1문 전단에 위배된다. 근대 입헌주의 헌법은 인간의 자유와 권리의 침해를 방어하는 소극적 내용이 주된 초점이었다. 그러나 현대의 복지·사회국가의 헌법에 있어서는 인간의 존엄성을 유린하는 것은 물론이거니와 인간으로서의 존엄과 가치를 적극적으로 실현할 수 있는 정책을 수립하고 이를 수행해야 할 의무를 지고 있다고 할 수 있다. 이와 관련 스포츠는 인간 활동 그 자체로 직접적으로 인간의 존엄과 가치를 실현할 수 있는 인간의 전국가적, 천

부적 권리라 말 할 수 있다.

현행 헌법 제10조 제1문 후단은 ‘모든 국민은 행복을 추구할 권리를 가진다.’라고 하여 행복추구권을 규정하고 있다. 행복이라는 말은 생활환경이나 인생관 또는 가치관에 따라 다르게 규정되는 다의적 개념으로 이해할 수 있으며 ‘고통이 없는 상태에서 만족감을 느끼고 실현할 수 있는 권리’(권영성, 1998)라고 정의하고 있으며, 스포츠는 신체적 활동에 따른 여러 잇점 뿐만이 아니라 정신적 생활의 만족을 의미하는 것으로 스포츠 기본권이 논의될 수 있는 근거라 할 수 있다.

현행 헌법 제12조 제1항 1문은 ‘모든 국민은 신체의 자유를 가진다.’라고 규정하고 있다. 스포츠는 자유로운 신체적 활동을 본질적인 내용으로 하여 이루어진다는 점에서 신체활동의 자유에 스포츠활동도 포함된다 하겠다. 제15조는 직업선택의 자유와 근로의 조건과 관련된 규정으로 현대에 오면서 스포츠가 직업으로 자리 잡고, 프로스포츠가 활성화해가 되고 있으며, 제21조 제1항은 스포츠협회와 단체의 활동과 관련하여 집회결사의 자유를 규정하고 있다. 또한 스포츠활동은 인간이 자신의 삶을 보다 더 풍부하게 하는 활동으로 헌법 제37조 제2항의 규정은 국가의 통제·금지 등 국가로부터 강제되지 않는 자유를 의미한다. 즉 모든 사람의 스포츠 활동의 자유는 그 자신의 의사에 반하여 강제되지 아니하는 자유이다. 이와 같이 위에 열거한 규정들은 스포츠 및 스포츠단체를 결성하고, 운영·활동하는 자유가 포함되며, 나아가 스포츠단체의 자치도 그 범주에 속한다.

인류의 풍요로운 생존을 위해 우선 스포츠는 인간 활동의 한 유형이라는 점에서 헌법상의 기본권조항에 연계할 수 있다. 이런 점에서 스포츠의 헌법적 근거는 개인적·집단적 자유를 구성하고 있기 때문에 기본적으로 인간의 존엄과 가치에 속한다(권영성, 1998).

나. 사회권적 기본권으로서의 스포츠 기본권

오늘날 건강한 삶에 대한 욕구와 인간다운 삶에 대한 향유가 오늘날의 입헌국가

에서 모든 인간의 권리와 자유로 편입되고 현대사회의 기계화·산업화·과학화에 따른 인간의 삶의 패턴에 변화에 따라 사회적·문화적 삶의 방식의 유지와 존속은 스포츠에 대한 기능과 가치를 더욱 부각시키고 있다. 그러나 스포츠 시설이나 용구 즉 스포츠의 물적 조건의 설치 및 관리는 개인이나 사기업의 자력에 의하여 스포츠의 참여나 활동은 모든 국민이 누리는 인간다운 삶의 향유나 삶의 질 향상에 대한 욕구를 충족하기에는 경제적 비용에 대한 부담이 작용하여 스포츠에 대한 모든 국민의 권리와 자유의 측면에서 보면 다양한 스포츠 활동 및 참여를 기대하거나 보장한다는 것과는 거리가 멀다.

따라서 헌법 제34조 1항의 모든 국민에게 인간다운 삶의 보장하고 적정한 수준의 경제적·문화적 수요를 충족시켜 주는 것이 국가 및 지방자치단체·기타 공공단체의 적극적인 의무이며, 스포츠를 국민에 대한 급부행정과 사회적 정의로 포섭할 때 스포츠 기본권을 사회적 기본권으로 해석함이 타당하다고 판단된다.

현행 헌법 제31조 제1항은 ‘모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다.’고 규정하고 있다. 스포츠활동이 근대사회의 교육수단으로서 신체활동을 통한 바람직한 행동의 변화를 목적으로 하였고 현재에도 놀이교육 등 교육활동의 일부로서 스포츠의 중요성이 더해가는 현실이다. 따라서 교육을 받을 권리의 일부로서도 스포츠 기본권은 위치한다 할 것이다.

현행헌법 제32조 제3항은 ‘근로조건은 인간의 존엄성을 보장하도록 법률로 정한다.’고 규정하여 인간의 존엄성에 합치하는 근로조건을 보장하고 있다. 여기서 근로조건이라 함은 취업시간과 휴식시간, 안전시설 및 위생시설 등 노동계약에 의하여 근로자가 노동을 제공하는데 관한 조건을 말하는 것(김철수, 1998)으로 노동생산성 향상은 물론 근로자의 휴식과 인간관계의 개선을 위하여 스포츠활동의 보장이 요청된다 하겠다.

현행헌법 제34조 제1항은 ‘모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.’라고 하여 사회적 기본권의 이념을 규정하고 있다. 여기서 인간다운 생활이라 함은 인간다운 생존, 즉 인간의 존엄성에 상응하는 건강하고 문화적인 생활을 말하는 것

이다. 모든 국민이 현실적으로 인간다운 생활을 영위할 수 있도록 사회보장·사회복지 실현에 관한 국가의무에 대한 구체적 권리로 법률을 통한 일련의 사회보장수급권을 보장하고 있다. 건강하고 문화적인 생활수준은 이론적으로 특정의 시점에서 그리고 특정한 국가에서 일단 결정되어야 하며 결정될 수 있는 것인 바 스포츠권도 현재와 미래사회에서 건강하고 문화적인 생활의 한 요소로서 위치할 수 있고 이에 스포츠권의 근거가 되는 규정이라 할 수 있다.

현행 헌법 제34조 제3항은 ‘국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다’고 규정하고 있다. 원래 여자도 헌법 제11조 제1항의 평등의 원칙에 의해 남자와 같은 수준의 복지와 권익을 보장받는다. 그럼에도 불구하고 평등권에 관한 헌법 제11조와는 별도로 여자의 권익을 위해 노력해야 할 국가의 의무를 규정한 것은 지금까지 여자가 남자에 비해 상대적으로 그 권익을 보장받지 못했다는 인식에서 나온 것이다(김철수, 1998).

여성 스포츠와 관련 여권 신장을 위해 시설 및 장비 등과 같은 물리적 환경이 남녀에게 동등하게 개방되어지고 남성중심의 스포츠 프로그램에서 탈피하여 모든 스포츠 프로그램에 여성이 참여할 수 있도록 남성과 여성의 기능 수준을 최소화시키거나 경기방식을 개정하는 방안이 강구되어지고 있다. 이외에도 스포츠에서 존재하는 성에 따른 불평등한 보수구조나 인식체계를 개선함으로써 여성에 대한 스포츠활동의 보장이 실질적인 여권의 향상에 기할 것으로 보며 이에 스포츠 기본권 형성의 근거가 될 수 있을 것이다.

‘현행 헌법 제34조 4항은 노인과 청소년의 복지 향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다’고 규정하고 있다. 스포츠는 어느 한 시점에서의 권리의 형태가 아닌 전생애 동안에 걸친 시간적 영역을 가지는 것으로 성인체육은 물론이거니와 아동체육, 청소년 체육 그리고 노인체육을 포괄하는 생활체육이 강조되고 있다. 특히 청소년의 건전한 가치관의 형성과 건강한 체력을 유지키 위한 놀이문화 공간의 확보를 위한 노력은 절실한 문제로 스포츠 기본권 형성의 필요성을 더해주고 있다.

현행 헌법 제34조 제 5항은 ‘신체장애자 기타의 국가의 보호를 받는다.’고 규정

하고 있다. 이 조항은 생활 무능력자의 생활보호청구권을 규정하고 있는 조항으로 신체장애자 등 생활무능력자는 인간다운 생활을 보장받기 위하여 국가의 보호를 받을 권리가 있다. 여기서 말하는 국가의 보호는 주로 경제적 지원을 의미하는 것으로 인간다운 생활의 보장은 문화적인 생활을 영위할 수 있는 공간이나 시간의 제공까지를 포함하는 것으로 해석해야 한다. 이와 관련하여 장애자들을 위한 스포츠의 역할에 대한 이해가 날로 증대 되어 가고 있으며 적절한 프로그램의 개발, 지도자의 양성 등의 방법 등을 통해 실질적인 참가에 관심을 갖는 현재의 노력들이 장애자 체육과 관련하여 활발히 연구되고 있다.

현행 헌법 제36조 제3항은 ‘모든 국민은 보건에 관해서 국가의 보호를 받는다.’고 규정하고 있다.

스포츠는 그 자체 활동을 통한 인간의 무한한 잠재력을 향상시키고 자아실현을 가능하게 하는 등 심신단련과 건강증진의 수단으로 이용된다는 점에서 보건권⁹⁾·건강권을 규정하고 있다(김상겸, 2004). 보건에 관한 이 규정은 건강하고 위생적인 생활환경을 조성함으로써 모든 국민이 가정과 사회에서 질병의 노예가 되지 않고 개성을 신장시키며 행복을 추구할 수 있도록 적극적으로 보건 정책을 펴 나갈 국가의 의무를 수반하는 국민의 권리를 규정한 것이라 할 수 있다(신원식, 1994).

스포츠의 활동과 참여의 선택은 국민의 자유로운 의사에 따른 것이지만 사회권적 기본권으로서의 스포츠 기본권은 국가가 자유로운 스포츠 활동에 필요한 스포츠 시설의 구축과 관리는 국가의 적극적인 의무이지만 다만 국가 및 지방자치단체·기타 공공단체의 급부능력에 따른 사회 정책적 차원에서 보장 될 수 있는 프로그램적 권리의 성격을 포함하고 있다(권영성, 1998).

9) 보건권에 대하여 헌법재판소는 헌법 제36조 제3항에 규정에서 국가에 대하여 침해금지를 요구하는 소극적 의미뿐만 아니라, 보건을 유지하도록 국가에 적극적으로 요구하는 권리로 보고 있다(헌재 1998. 7. 16. 96 헌마 246; 권영성, 1998).

(2) 기타 열거하지 아니한 기본권으로서의 스포츠 기본권

현행 헌법 제37조 제1항은 ‘국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 않은 이유로 경시되지 아니한다.’고 하여 헌법에 열거되지 아니한 국민의 자유와 권리도 경시되지 않고 헌법상 보장된다는 취지를 규정하고 있다.

다만 제37조 제1항 즉 「헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리」의 규정은 어떠한 의미를 가지고 있는지? 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리란 구체적으로 어떤 것인지? 또한 기본권조항(헌법 제11조 내지 제36조)에서 미처 열거되지 못한 전혀 새로운 기본권들을 창조하는, 별개의 의미를 보유하는 조항인지? 에 대한 명확한 증거에 대하여 입법자가 침묵하고 있어 제37조 제1항의 해석과 구체적 내용에 대한 의미의 판단은 학자들의 헌법관에 따른 다양한 분석을 제시하고 있다.

권영성(1998)은 “헌법 제10조의 「인간으로서의 존엄과 가치」를 누리기 위하여 필요한 것임에도 불구하고 헌법에 규정되지 아니한 모든 자유와 권리로 못 박고서 포괄적 기본권으로서의 행복추구권의 내용을 구성하는 일종의 여집합으로서의 성격을 부여한다. 예의 「행복추구권=기본권목록+ 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리→인간의 존엄」이라는 도식이 성립하는 것이다.

김철수(1998)는 국가에 대한 관계에서 개인이 가지는 “불가침의 기본적 인권”의 내연과 외연을 확장하면서 동시에 그것으로써 국가작용의 범위와 방법 나아가 그 작동의 방향까지도 제시하고 있는 것이다. 헌법재판소가 제10조의 의미에 대하여 “국민의 기본권에 대한 국가의 적극적 보호의무는 궁극적으로 입법자의 입법행위를 통하여 비로소 실현될 수 있는 것이다.”라고 선언하고 있음에서 잘 나타난다(헌재 1997. 1. 16, 90, 헌마 136).

허영(1998)은 헌법에 “미처” 열거되지 아니한 자유와 권리도 “그것이 사회통합의 가치적인 원동력으로서의 의미”를 가진다면 마땅히 “인간의 존엄과 가치’의 구체적인 형태”라고 보아야 하며, 이 점에서 전자와 후자의 관계는 수단과 목적의 관계를 구성한다고 본다. 특히 그는 일반적 인격권의 설명에서 그것은 “헌법 제10

조와 제37조 제1항과의 상호관계에서 나오는 기본권”으로 이해하면서 “우리 헌법 질서와 기본권보장의 가치지표”로서의 제10조가 제37조 제1항에 의하여 구체화된 것이라는 의미로 해석하고 있다.

최대권(1997)은 어떠한 개인적 욕구나 가치가 사회생활과정 속에서 나름의 사회적·문화적 의미를 획득하고 일련의 정치과정을 통하여 공식적으로 자유와 권리로 인식되는 역사성과 동태성으로 해석한 생성중인 기본권(최대권, 1997)이라고 견해를 밝히고 있다(한상희, 1999).

헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리란 어떠한 자유와 권리인가? 그것은 헌법의 전체계적 해석을 통해서만 명백히 될 수 있다. 즉 헌법 제10조 제1문 전단은 「모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며」라고 하고 있다. 인간의 존엄성존중에 관한 이 규정은 모든 기본권보장의 궁극적 준거조항이고, 제11조 ~ 제36조는 제10조 제1문 전단을 실현하기 위한 구체적 수단조항이라 할 수 있다. 기본권보장의 목적은 「인간으로서의 존엄과 가치」의 존중과 보호이고, 인간으로서의 존엄과 가치는 제11조~제36조까지의 기본권보장에 의하여 실현된다. 그러나 인간으로서의 존엄과 가치는 제11조~제36조에 규정된 기본권만의 보장으로는 완전무결하게 실현되지 아니한다. 제11조~제36조에 규정되지 아니한 자유와 권리일지라도 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 실현하는 데 불가결한 것이 있다면, 그것도 실정헌법의 규정 여부에 관계없이 보장되는 것으로 보아야 한다. 헌법의 경우는 다행히 제37조 제1항에서 「국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.」라고 하여, 자유와 권리의 전국가성과 포괄성을 명문으로 확인하고 있다. 따라서 헌법의 구조상 헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리도 넓은 의미의 기본권으로서 보장된다고 보아야 한다.

헌법에 열거되지 아니한 자유와 권리로서 경시되어서는 아니 될 자유와 권리가 구체적으로 어떤 것이냐에 관해서는 제10조와 제37조 제1항의 통합적 해석을 통하여 규명되어야 할 것이다. 따라서 제10조 제1문 전단의 「인간으로서의 존엄과 가치」를 누리기 위하여 필요한 것이면, 그 모두가 경시되어서는 아니 될 그러한

자유와 권리라고 할 수 있다. 구체적으로는 생명권, 저항권¹⁰⁾, 신체를 훼손당하지 아니할 권리, 평화적 생존권, 일반적 행동의 자유, 소비자의 단결, 단체교섭 및 불량상품불매운동권과 같은 소비자의 권리(소비자기본권), 일조권, 휴식권, 수면권, 스포츠 기본권, 등등이라 할 수 있다. 이러한 자유와 권리는 인간으로서의 존엄과 가치를 누리기 위하여 필요한 것이며, 따라서 헌법에 열거되어 있지는 않지만, 인간으로서 존엄과 가치를 실현하기 위해 불가결한 포괄적 기본권으로서 천부적, 전 국가적 권리의 헌법에로의 진입을 가능케 하는 규정으로 이는 제37조 제1항에서 규정하고 있는 경시되어서는 아니 될 자유와 권리에 해당하는 것이므로, 헌법상 보장된다고 보아야 할 것이다(권영성, 1998).

3) 사건(私見)

현대사회의 기계화·산업화·과학화로의 급속하고 계속된 진행은 인간의 삶의 방식에 변화를 가져오면서 건강과 체력의 증진과 여가시간의 활용에 있어서 스포츠의 기능과 가치가 크게 부각되면서 스포츠선언과 Sport for all 현장, 체육·스포츠에 관한 국제현장에서 스포츠에 대한 인간의 권리임에 자연스럽게 국제적 승인이 주어지면서 인간의 놀이에 대한 구체화로서 스포츠의 자연스런 활동과 참여의 욕구가 인간다운 삶의 향유와 행복의 추구 또는 인간의 존엄과 가치라는 명제가 설정되면서 스포츠에 대한 권리와 자유가 자연스럽게 헌법국가에서의 기본권조항으로서의 위치와 가치가 부여되고 있는지의 문제로 무게중심이 옮겨진 듯 하다.

우리 헌법은 스포츠에 대한 직접적 규정을 갖고 있지 않다. 다만 국민의 자유와 권리로서 기본권을 헌법 제10조 이하에서 규정하고 있는데 현행 헌법 제10조의

10) 저항권이라 함은 입헌주의적 헌법질서를 침해하거나 파괴하려고 하는 국가기관 또는 공권력의 담당자에 대하여, 다른 법적 구제방법이 더 이상 없을 경우에, 주권자로서의 국민이 그 헌법적 질서, 특히 법치국가적 질서를 유지하고 회복하기 위하여 최후의 비상수단으로서, 그 국가기관이나 공권력의 담당자에 저항할 수 있는 권리를 말한다. 즉 국민의 기본적 인권을 침해하는 국가권력에 대하여 저항하는 권리로 실정법의 규정을 불분하고 국민주권의 원리에서 나오는 필연적인 자연법적인 요청이다(홍성찬, 1989; 권영성, 1998).

인간의 존엄과 가치, 후단의 행복추구권은 가장 궁극적인 준거조항으로 이하 제11조 내지 제36조에 인간의 기본권목록으로서 권리와 자유를 구체적으로 규정하여 국민의 기본권을 보장하고 있으며, 제37조 1항에서는 제11조 내지 제36조에서 미처 열거되지 아니한 기본권조항 외에 시대상황과 국제적 변화에 의한 승인에 탄력적으로 입법하기 위한 장치로 제10조의 기본명제와 동등한 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권과 같은 새로운 사회·문화적 개념에 대한 기본권의 창출조항으로서 법적 안정성과 보충성을 담보하고 있다.

스포츠 기본권은 스포츠에 자유스런 참가와 활동으로 인간의 권리와 자유로서 인간다운 삶과 삶의 질 향상에 기여하고 스포츠를 통한 사회·문화적 연대감과 국민의 정체성을 확인하는 권리로서의 성격도 갖는다.

따라서 스포츠 기본권은 자유권적 기본권과 사회권적 기본권의 성질을 갖는 포괄적 기본권으로서 국가는 국민의 스포츠를 통하여 인간다운 삶의 향유하고 삶의 질 향상을 위하여 스포츠의 자유스런 활동과 참여를 보장하고 인간의 존엄과 가치를 확보하고 행복을 추구함은 초헌법적, 전국가체계적 그리고 자연법 및 천부인권 사상에 최상의 기본권의 준거이며, 스포츠의 기본적인 본질과 가치는 신체활동의 자유로서 자유권적 기본권의 성격을 포섭하고 있으며, 현대 산업사회에 들어오면서 크게 부각되는 스포츠를 참여하고 활동할 수 있는 제 조건 즉 스포츠 시설의 조건정비는 국가의 급부능력과 사회정책차원에서 적극적으로 국가의 의무로 파악되는 사회권적 기본권으로 해석된다.

생각건대 스포츠 기본권은 헌법상의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 자유권적 기본권, 사회권적 기본권을 모두 포섭하여 국민과 스포츠 관련자에 대하여 스포츠의 자유스런 참여와 활동의 공정한 기회를 제공하고, 국민의 기본권으로서 적극적으로 보호되고 보장하는 종합적이고 포괄적인 기본권이라고 판단된다.

3. 스포츠법의 기본원리

1) 인과관계의 원칙

스포츠 사고가 발생하면 책임문제가 대두는데 지도상의 과실이나 시설결함이 사고발생과의 사이에서 사회적으로 통상 생각되는 인과관계를 밝히게 된다. 그래서 그 인과관계가 증거 상 증명될 때 비로소 구체적인 법적책임의 문제가 제기된다. 만일 사고의 원인이 되는 구체적인 과실이 있었다면 그 과실은 경험칙상 사고발생과의 사이에 통상적인 것이어야 과실에 의한 책임이 인정된다. 스포츠 사고에 있어서 시설결함에 의한 사고는 비교적 쉽게 인과관계의 증명이 되지만 스포츠 활동 중의 사고에 의한 당사자나 지도자의 지도상의 과실의 경우에는 인과관계를 증명하기에 매우 어려운 점이 있다.

형사상 책임문제에 있어서 스포츠 활동에 참여한 당사자간 또는 지도자 과실과 사고와의 사이에 인과관계를 확정하는 데에는 형사책임의 목적으로부터 판단하고, 과실과 사고발생과의 인과관계에 대해 증거를 엄격하게 확정하며, 증거상 명확하게 증명할 수 없는 것은 별하지 아니 한다는 것이 현재의 형사소송법상의 원칙이다.

민사책임문제에 있어서는 피해자 구제라고 하는 측면에서 광범위하게 인과관계를 인정하는 경향이며 형사책임처럼 엄격하게 증거 상 인과관계를 요구하는 것이 아니라 어느 정도의 개연성(蓋然性)이 증명되면 인정하는 것이 지배적 판단이다. 이에 대한 사례로서 “프로축구선수가 프로축구단 운영주와 입단계약을 체결함에 있어서 해외진출 시 위 구단이 해외 구단으로부터 지급받을 이적료의 절반을 나누어 갖기로 약정하고 이후 약정한 이적료를 지급받은 경우, 위 금원이 현 구단에 대한 입단 대가로서의 의미 뿐 만 아니라 해외 진출 후 귀국 시 현 구단에의 복귀에 대한 대가로서의 의미도 가지며, 해외구단으로 이적하면서 이적료를 분배받은 피고가 당초의 약정에 위배하여 귀국 시 다른 구단에 입단하였음을 이유로 프로축

구단 운영주인 원고가 피고를 상대로 이적료의 반환을 구한 사안에서 피고의 원고 운영 구단으로의 복귀 대가에 해당하는 부분을 재산적 손해로 인정하되 그 구체적인 손해액의 입증은 곤란하므로 제반 경위를 참작하여 손해액을 3억 원으로 산정한다.”는 판례(대법원 2004. 6. 24 선고, 2002 다 6951; 2002 다 6968)가 있다.

2) 위험의 수인 및 신뢰의 원칙

허용된 위험의 범리란 사회적으로 유익한 활동으로서 위험이 내포된 행위에 대해서는 행위자가 그 행위에 필요한 규칙을 준수하고 통상 주의력을 가지고 활동한 경우에는 사고로 인하여 타인의 권리를 침해했다고 할지라도 형사책임을 묻지 않는다는 원칙이다. 스포츠종목 자체에 위험한 요소를 다분히 포함하고 있는 레슬링, 유도, 복싱, 태권도, 기계체조, 수영, 등산 등의 사고에 대한 당사자 및 지도자에 대한 형사책임을 추구하는 경우에 허용된 위험의 법리가 적용된다. 허용된 위험에 대한 구체적 적용 및 한계를 짓는 원칙이 신뢰의 원칙이다.

신뢰(信賴)의 원칙은 행위자가 어느 행위를 행함에 있어서 피해자 또는 제 3자가 적절한 행동을 하는 것을 신뢰하는 것이 상당한 경우에는 그 결과가 잘못 발생했다고 할지라도 책임을 지지 않는다. 는 것이다(손해목, 1996). 특히 스포츠활동 중에서 위험의 요소가 많이 내포되어 있는 것은 스포츠를 행하는 자가 그 스포츠의 규칙·방법을 엄수하지 않으면 안 된다. 이러한 상황에서 불행하게도 사고가 발생했을 때에는 가해자에 대해 형사책임을 추구할 수 없는 것이다. 즉 스포츠 활동시의 사고의 당사자나 지도자와 피지도자의 관계에 있어서 사고의 책임문제에 있어서 신뢰의 원칙이 배려되지 않으면 안 된다. 또한 고려해야 할 사항은 위험의 배려의 문제이다. 위험한 스포츠에 있어서 그 위험을 상호적정수준에서 분배하고 그 분담된 부분을 각자 적절하게 이행하는 것이 필요하다. 지도자와 피지도자와의 관계에서 피지도자가 위험을 충분히 판단할 수 있는 연령과 기능을 갖춘 경우와

그렇지 못한 경우에 책임문제는 다르게 적용된다. 만일 지도자가 이 한계를 넘어서 계획을 세우고 이것에 의해서 사고가 발생했을 경우에는 과실 책임을 지지 않으면 안 된다.

3) 과실상계의 원칙

스포츠는 본래 경기자 스스로 위험성을 감수한다는 의지가 담겨져 있기 때문에 피해자의 자기 과실이 인정되는 경우가 많을 것이다. 스포츠 사고는 대부분이 스포츠의 본질적 위험에 따른 불가피적 사고나 본인의 기술미숙, 부주의 등에 의한 것이 주류를 이루고, 지도자의 지도상 과실이나 시설의 관리 및 하자 등은 극히 일부의 영향을 미치게 된다. 때문에 스포츠 사고가 발생했을 때 법적책임 문제 제기되지 않는 것은 이러한 이유라고 생각된다. 지도자가 주의·관리·감독의 의무를 게을리 하지 않는 것이 최상이겠지만 그것에는 한계가 있다. 지도자의 지도상의 과실과 피해자 자신의 과실이 경합한 사고가 발생할 경우에는 그 피해자 자신의 과실을 기여과실(寄與過失)이라고 하고, 이러한 기여과실이 있을 때에는 손해배상청구액을 과실상계(過失相計)로 참작하게 되어 있다. 민법 제 396조는 피해자의 과실이 있을 때 법원은 손해배상액을 정함에 있어 이를 참작토록 한다. 라고 규정하고 있으며 불법행위의 경우에도 이 조항을 준용(準用)한다(민법 제 763조). 피해자 자신의 과실을 판단할 때 고려되는 것은 피해자의 위험 판단능력이다. 일반적으로 피해자의 위험을 판단하는 능력은 피해자의 지능·성격·지식·행위의 성질을 구체적으로 고려한다. 즉 피해자의 위험회피능력과 손해배상책임의 관계, 위험회피능력과 과실상계에 대한 판례를 고찰하면 다음과 같다 (<http://cafe.daum.net/asports> 2005.11.20).

우선 판례의 동향은, 고등학교 1학년생이 스키 대회에서 경기의 계측계에 종사하던 중 밸런스를 잃어버려 코스를 벗어나 자세를 바르게 세울 수 없는 상태에서 돌진해 온 같은 학교 학생과 격돌했기 때문에 두개골골절 등의 증상을 입은 사고

에 있어서, 피해학생을 포함해 참가학생은 누구나 고등학교 1,2학년생이고 통상 심신의 발달 정도는 성인에 가까워 고등학교 1,2학년생에게 자기의 행동을 규제하고 행동하는 것을 기대할 수 있다고 진술하여 피해자의 위험회피능력과 위험회피의무를 인정하고 교장과 지도담당교사에게는 아무런 주의의무가 없다고 해서 손해배상의무를 부정한 경우도 있고, 일반적으로 초등학교 1학년생(5,6세)정도를 기준으로 해서 피해자의 사리변식능력 즉 위험회피능력을 인정하고 스포츠에 참가한 경우 자주적 참가인가 정규수업인가 과외교육활동인가를 불문하고 피해자측에게 40% 내지 50%의 과실상계를 인정하고 있다.

둘째로 피해자의 위험회피능력과 관련하여, 의료사고에서는 의사의 인품, 콘센트(설명 의무)에 의거한 자기결정능력, 자기 결정권이 중시되고 있지만 스포츠사고의 경우도 마찬가지로 피해자의 위험회피능력의 유무가 가해자에 대한 손해배상청구권의 여부 특히 과실상계를 판단하는 경우의 전제로 되는 요소가 된다. 그런데 피해자의 위험회피능력은 통상 성인을 판단하는 경우의 전제로 되는 요소가 된다. 그런데, 피해자의 위험회피능력은 통상 성인을 기준으로 하고 있지만, 교통사고나 스포츠의 사고의 경우 초등학교 1,2학년이 되면 위험회피능력이 있다고 여겨지고 있다. 그리고 피해자가 유치원이나 초등학교의 학생인 경우는 유아, 아동이 이상한 행동을 취하지 않도록 하는 것이 필요하다고 해서 보호자의 위험회피의무를 묻고 있다. 민법은 미성년자가 [책임을 인식하기에 충분한 능력]을 갖추지 않고 있을 때에는 손해배상책임은 없다고 하고 있다(민법 712조).

손해배상책임을 지는 것에 책임능력을 필요한 요건으로 하고 있는 전통적인 견해는 행위자에 대한 비난가능성에서 근거를 요구하고 있다. 비난가능성이란 가해자가 비난을 받을 만큼의 능력을 가지고 있을 것, 즉 결과를 예견하고 손해를 회피할 만큼의 판단력을 가지고 있는 것이다. 판례는 책임능력의 기준을 도덕상의 선악의 판단이 서는 연령보다도 높은 연령, 평균12세 전후를 기준으로 하고 있다. 가해자에 대한 비난가능성은 반대로 피해자측에게 비난가능성이 있는 경우에는 공평의 이론에서 과실상계로써 손해배상책임(배상액)의 감액 이유로써 평가되게 된다.

셋째로 위험회피의무와 발생한 손해에 대하여는 과실상계한다. 과실상계(민법 722조 2항)란 피해자측에게 과실이 있을 때에는 손해배상을 면제하거나, 손해배상액을 감액하는 것이다. 채무불이행(안전배려의무위반)에 의거한 손해배상에 있어서도 같은 취지의 과실상계의 규정이 있다(민법418조).

넷째로, 위험회피의무와 안전배려의무의 감면의 법리가 오늘날 중요한 법리로 정착되어 있다. 즉, 스포츠에 참가한 경우 정규수업인가, 과외수업인가를 불문하고 학교재해에서는 스포츠 대회 주최자, 학교의 경영자, 감독이나 담당직원은 안전배려의무를 지게 된다. 안전배려의무는 독일의 고용계약관계에 있어서의 보호의무(독일민법 제618조, 연방민사법 제79조)에서 시사를 받아 판례가 확립한 법리로써 스포츠사고, 학교재해에도 계약상의 의무로서 광범위하게 적용되고 있다. 따라서 피해자측에게 위험회피능력, 위험회피의무가 인정되는 경우는 과실상계를 받게 되어 배상액이 감면되게 된다.

4) 불가항력의 원칙

불가항력 및 불가피적 사고란 인간의 통상 주의력으로는 도저히 예측할 수 없는 사고를 말한다. 즉 미리 사고를 예측했다고 할지라도 그 위험이 언제, 어디서, 어떻게 발생할 가능성이 있는지 정확하게 예측할 수 없으므로 그 사고에 대해 효과적으로 위험에 대처할 수 상황으로 자연 현상적 사고가 발생함을 뜻한다(고기환, 2001).

위험요소는 스포츠의 본질이라고 할 수 있는데 많은 스포츠 종목들이 그 스포츠의 특성에 따라 독특한 위험을 내포하고 있고, 또 그 위험을 완전히 회피(回避)한다는 것은 그 스포츠의 본래의 의미를 상실되고, 이 위험을 완전히 제거한다면 스포츠의 본래의 의의가 몰각되고 말 것이다. 이를 스포츠의 본질적 위험이라고 하고 이 본질적 위험에 의하여 발생하는 사고를 불가피(不可避)적 사고라고 한다. 불가피적 위험은 통상 예측 가능하고 만일 이를 배제하면 본래의 의미가 상실되는

것으로서 그 시합에 참가하는 자는 이미 자신의 내부로부터 그 위험을 감수하고 있다고 볼 수 있다.

예를 들면 태권도, 레슬링, 복싱, 유도 등과 같은 투기종목 뿐만 아니라 어린이들의 놀이 속에서도 이러한 위험요소는 언제나 존재하고 있어 가해의 동의 내지는 승낙 하에 스포츠활동에 참가하며, 이 위험에 도전하고 이를 극복하는 것에 의하여 그 본래의 목적을 달성할 수 있는 것이다. 결국 법적인 의미에서 위험의 동의 내지는 위험부담의 합의로써 위험성이 조각되어 당해 스포츠사고에 대하여 스스로 책임을 져야 할 것이다. 그러나 비록 위험에 동의를 한 경우에도 동의는 어디까지나 스포츠의 본질적 위험의 범위 내에 속하는 것이어야 하는 것이며, 그 범위가 어느 정도의 것이어야 하는가는 각각의 스포츠종목의 특성과 시합의 목적과 내용에 구속되어야 할 것이다. 그리고 그 구속범위의 판단기준은 사회적, 보편적으로 용인(容認)되는 한도 내의 행위 즉 사회적 상당성을 초과한 행위와 그 결과에 대하여는 비록 스포츠활동 중 발생한 사고라고 할지라도 당연히 위법성은 조각되지 않으며 책임을 져야한다.

이에 대해 일본의 판례는 일반적으로 스포츠의 경기 중에 발생한 가해행위에 대하여는 각각의 스포츠의 규칙에 현저히 위반하는 것이 없고, 또 통상 예측된 동작에 기인하는 것인 때에는 그 스포츠의 경기에 참가한 자 전원이 그 위험을 미리 용인하고, 가해행위를 승낙하고 있는 것이라 해석하는 것이 상당하며, 이와 같은 경우에 가해자의 행위는 위법성을 조각하는 것이라고 해야 한다고 판시하였다(어머니배구사건, 동경지원). 우리나라의 경우에도 그 시합이 양 당사자간의 합의에 의한 경우 경기규칙에 좇은 운동경기 중 발생한 손해는 위법성이 없다는 판례(대법원판결, 1977. 9. 25. 77 도 1576)가 있다.

III. 스포츠 불법행위책임의 구조

1. 불법행위책임의 개념

1) 불법행위책임의 의의

통상 책임을 저야한다고 했을 때 책임은 형법상의 책임과 사법상의 책임으로 구분할 수 있으며, 가해자의 위법한 행위에 의해 타인에게 손해를 끼침으로 인해 배상할 책임이 발생함을 의미한다. 책임발생의 문제는 피해자측에 손해를 가한 행위자에게 배상시키기 위한 법적인 귀책(歸責)원리로 민법은 과실책임의 원칙에 의하여 불법행위책임을 규정하고 있다(민법 제750조).

일반적으로 불법행위란 법률의 근본목적에 어긋나고, 법률질서를 깨뜨리는 행위로서 법률이 그 성질상 허용할 수 없는 것으로 평가하는 행위로 정의하고 있고, 통설은 민법 제750조의 규정에 따라 불법행위는 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가하는 위법행위이며 가해자는 피해자에게 손해를 배상하여야 한다(권용우, 1998).

보통 채권·채무관계는 계약·사무관리¹¹⁾·부당이득¹²⁾에 의해 발생하는데 불법행위는 계약에 의한 법률행위 없이 타인의 위법한 행위에 의해 이익이 침해당함으

11) 법률상 또는 계약관계 없이 관리자가 타인을 위하여 사무를 처리해 줌으로써 관리자와 본인 사이의 법률관계 즉 법률행위가 발생하는 경우(민법 제734조~제740조)로, 사회생활에 있어서 사회연대·상부상조를 도모하기 위해 의무 없이 타인을 위하여 사무를 관리하는 것으로 예를 들면 스포츠 활동과 관련하여 급박한 사건·사고시 피해자의 후송을 위해 환자를 이송하거나 스포츠시설물의 관리나 보존의 하자(瑕疵)를 복구하는 경우에 이의 행위의 이행이 적법하고 중대한 과실이 없는 경우에 지출한 비용의 충분한 상환청구권이 인정되고, 그 관리가 적절하게 수행할 의무를 부과함으로써 본인과 관리자의 관계를 법률적으로 인정하는 채권관계(債權關係)이다.

12) 법률상 원인 없이 타인의 재산 또는 노무로 인하여 이익을 얻고 이로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 그 이익을 부당이득(민법 제741조)이라고 한다. 다만 선의의 자는 현존이익의 범위 내에서, 악의의 자는 그 받은 이익의 이자를 붙여 반환하고 손해가 있으면 이를 배상해야 한다(민법 제748조).

로써 생긴 손해의 배상책임에 의해 채권이 발생하는 경우임을 알 수 있다. 광범위한 불법행위법 중 핵심적인 위치를 차지하고 있는 과실책임주의 내용으로 한 민법 제750조는 고의·과실 위법행위 손해의 발생을 기본적 구성요건으로 제시하고 있고, 귀책사유(歸責事由)의 선결요건(先決要件)으로 책임능력 위법행위와 손해발생 사이에 인과관계를 부과하고 있다(김천수, 1997).

불법행위에서 의미하는 위법한 행위를 어떻게 파악할 것인가의 문제로 불법행위법을 입안한 초기 입법자들이 예견하고 의도한 불법행위의 태양(態樣)이 직접적으로 사람의 행위에 의한 가해행위(加害行爲)로 비교적 단순한 구조로 파악했으나 현대사회로 이행되면서 산업화·과학화·기술화에 의한 복잡하고 다양한 사회·경제구조의 변화로 훨씬 광범위하고 다양한 그리고 예기치 못한 형태의 불법행위의 등장으로 초기 민법의 예상했던 불법행위법에 의한 피해자보호나 구제측면에서 손해전보에 의한 배상책임에 다소 미흡하고 일정한 한계가 있음을 지적하지 않을 수 없다.

불법행위는 다음과 같은 과정을 거치면서 계속적으로 성립한다고 할 수 있다.

i) 어떤 행위에 대한 목적적 의사 ii) 그에 의한 「법익」 침해-위법행위 iii) 위법행위에 의한 손해의 발생 등이다. 다만 이 계속적 과정의 어느 부분까지를 가리켜 불법행위라고 부를 것인가는 편의상의 문제에 불과하다(김천수, 1997).

그러나 불법행위에 대한 개념이나 정의는 확정개념의 용어가 아니며 사회 경제의 발전 속도에 따라 변화되고 특히 현대사회는 기계화·과학화·위험시대라고 진단할 때 사람의 직접침해 뿐만 아니라 사람에 의하지 않은 침해나 간접적 침해의 발생이 빈발하므로 초기의 과실책임의 원칙에 의한 불법행위이론은 수정을 요구받고 있으며, 또한 새로운 유형의 다양한 침해 발생이 예견되고 있다.

따라서 과실 책임에 의한 불법행위책임(민법 제750조)뿐만 아니라 무과실책임 혹은 중간책임¹³⁾(동법 제758조)를 확대하여 피해자의 구제를 폭넓게 적용하고 위

13) 중간책임은 과실 없이 손해를 발생케 하는 새로운 유형의 불법행위의 침해에 대하여 과실책임을 부담시킬 수 없는 위험책임의 법리에 관하여 과실책임과 구별하는 개념의 법리이다. 이 법리는 과실의 개념을 객관적으로 판단함으로써 행위자의 주의의무를 확대시키는 경우로 과실책임과 위험책임 사이의 장점을 내포한 절충적 책임체계이며, 현대 산업사회에서 그 위치가 크다고 판단된다.

험책임¹⁴⁾이나 영미의 엄격책임¹⁵⁾ 및 징벌(懲罰)적 배상책임¹⁶⁾ 등을 우리 법 현실에 맞게 수용하고 입안함이 현대사회의 다양한 그리고 새로운 유형의 불법행위에 발생에 법이 따라가지 못하는 지체현상을 대폭 줄이고 피해자의 구제의 제1목적인 피해의 전보에 보다 충실한 대책이라고 판단된다.

2) 불법행위책임의 성립요건

불법행위(不法行爲)라 함은 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 행위」로서 기본적 질서에 위반한 행위로 법이 그 본질상 허용할 수 없다고 평가하는 행위이다. 우리민법은 불법행위에 관하여 고의 또는 과실로 인한 위

우리 민법은 다만 사용자의 배상책임(제756조), 책임무능력의 감독자의 책임(제755조), 공작물 책임(758조), 동물의 점유자의 책임(제759조)에 관여하는 중간책임이 인정되고 있으며 판례, 학설에 의하여 사실상 무과실 책임에 근접해 있다. 그러나 우리 민법상으로는 순수한 무과실책임에 관한 규정을 없다고 볼 수 있으며, 그렇다고 하여 과실책임과 무과실책임이 양극적으로 상이하다고는 볼 수 없고 가해자와 피해자 사이의 손해를 공평하게 분담시키기 위하여 인정되는 점에서는 본질상 다를 바가 없다.

- 14) 위험책임은 무과실책임 중에서 사회적으로 위험요소를 제공 혹은 지배함으로써 인해 자기 영역에서 타인에게 위험원의 방치나 위험을 야기하는 경우에 손해배상책임을 근거로 무과실 책임을 인정하는 법리이다. 현대 산업사회의 특징인 산업화 기술화 기계화 과학화로 인해 입증에 곤란한 새로운 유형의 침해(방사선 원자력, 환경오염, 가스사고 제조물 책임 등)에 대해서 다중의 피해를 줄이고 불가피한 위험을 내포한 산업에 확장시켜야 한다는 이론으로 과실책임주의의 수정한 현대적 책임사상을 수용한 입법으로 판단되며, 민법상 공작물소유자의 책임(민법758)이 대표적 입법 규정으로 본 연구와 관련이 깊은 스포츠 시설물로 공공기관이 관리하는 영조물과 사인이 관리주체인 스포츠시설물의 설치 보존의 하자로 인한 손해발생이 위험책임에 의한 무과실책임이 인정된다. 판례도 1960년대 후반부터 엄격히 손해배상을 인정함으로써 진보적 태도를 취하고 있다 (김문중, 1991; 김형배, 1997; 서광민, 1989; 연기영, 1986).
- 15) 영미에서는 과실 또는 행위자에 대한 도덕적 책임에 해석에 관해 사회가 각인에게 요구하는 행위기준으로 일탈을 의미한다고 보았으며 일탈은 이상적 행위로 나아가지 못했음을 뜻한다. 1868년 Rylands v. Fletcher 사건에서 일탈로부터 야기되는 모든 자연적 결과에 대해서 특별한 사정이 없는 한 책임을 져야 한다는 법리를 적용하여 엄격책임이 확립되는 단초가 되었고 그 이후 동물의 점유자 책임, 방화책임, 비정상적으로 위험한 물건이나 행위에 대한 책임 등에 엄격책임을 인정하여 19세기 후반 영국·미국의 판례에 받아들여졌고, 미국 보통법은 “사물 그 자체가 과실을 말한다.”는 원칙을 도입하여 엄격책임을 확대하여 제조물 책임과 의료과오의 영역에 확대하고 있다.(Rylands v. Fletcher, Exchequer Chamber, 1866)
- 16) 영·미에서는 가해자가 고의 또는 이와 같은 정도의 비난 가능한 상황에서 불법행위를 행한 경우에 그 가해자를 응징하기 위하여 실제 발생한 손해액 이상으로 배상액의 지급을 명하는 경우를 징벌적 손해배상이라고 한다. 이 제도는 종래의 손해전보기능보다는 무도한 행위를 한 자를 처벌하고, 장래에 있어서 그 자나 다른 자가 그와 유사한 행위를 하지 못하게 억제하기 위하여 인정하고 제도로 그 예로 고의적 불법행위, 제조물책임, 명예훼손, 음주운전, 억압행위 등에 있으며, 불법행위에 대하여 가장 강력한 억지 및 제재기능을 갖는 경우라고 판단된다. 다만 우리 민법은 이 제도에 대한 규정을 두고 있지 않으며, 판례도 부인하고 있다.(김재국, 1996; 윤정환, 1999).

법행위(違法行爲)로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다(민법 제750조).

즉 불법행위제도는 가해(加害)의 책임을 피해자에게 위법으로 야기(惹起) 시킨 손해를 배상하는 제도로 계약(契約), 사무관리(事務管理) 부당이득(不當利得)과 더불어 채권발생(債券發生)의 원인으로 민법 제750조 이하 제766조까지 기본규정을 두고 있으며 이를 불법행위법 이라한다.

이러한 불법행위에 대하여 책임을 지우기 위해서는 책임능력(責任能力)이 있을 것을 요하므로 (§753, 754) 일반불법행위의 성립요건으로서 i)가해자의 고의 또는 과실 ii)가해자의 책임능력 iii)가해행위의 위법성 iv) 가해행위로 인한 손해의 발생을 드는 것이 보통이고 또 위의 i) ii)의 요건을 주관적 요건으로 iii) iv)의 요건을 객관적 요건으로 들어 설명하는 것이 일반적이다. 위의 i)의 요건에 있어서 「가해자의 고의 또는 과실」이라 함은 먼저 가해자 자신의 행위일 것과 고의 또는 과실이 있었을 것의 둘로 나눌 수 있는 바, 이는 곧 가해자 자신의 고의 또는 과실이 있는 경우에만 책임을 지고 타인의 행위에 대해서는 책임지지 아니함을 의미하는 것이다(김민규, 1986).

민법은 예외 없이 가해자가 고의 또는 과실로 타인에게 손해를 가한 경우에 한하여 그 손해를 배상할 것을 규정하고 있다 즉 고의 또는 과실이라는 귀책사유(歸責事由)에 의해서 타인에게 손해를 준 경우에서만 가해자가 손해배상의 책임을 지는 과실책임주의를 취하고 있다. 그러나 법률의 지도원리가 개인의 자유를 보장하는 것만을 최고의 이념으로 삼는 것이 아니고, 사회공동생활의 전체적인 향상발전을 도모하는 것을 최고의 이념으로 하고 있는 점을 생각할 때, 불법행위도 사회에서 발생하는 손해의 부담을 (公平妥當)하게 분배하는 것을 지도원리로 하는 것이 불법행위법의 목적이라고 생각한다.

이러한 불법행위책임의 원리와 내용은 과실책임주의의 기본사상으로 근대법적 확신이었으며 개인에게 가능한 한 넓은 자유의 영역을 허용하여 개인에게 자유 활동 내지 자유경쟁을 보장해 온 곳도 사실이며 공익(公益) 및 사익(私益)간의 이해

관계를 조정하고 사회질서를 유지해온 공과가 인정되고 있다.

그러나 19세기 말에서 20세기 초에 걸쳐서 과학문명의 발달로 현대사회는 산업화·기계화·과학화에 의한 급속한 경제발전에 따른 위험원의 증가로 복잡하고 다양한 이해관계의 충돌과 갈등으로 여러 가지 유형의 사고가, 고의 또는 과실에 의한 타인에 침해 뿐 만아니라 고의·과실에 의하지 않고도 타인에게 손해를 발생시킬 수 있는 경우가 허다(許多)함으로 이러한 사고에 따른 피해자의 구제가 사회적으로 큰 문제로 대두되면서, 종래의 불법행위이론 즉 과실책임주의이론이 흔들리고, 크게 수정을 받고 있으며 예상치 못했던 방향으로 발전해 가고 있다. 따라서 과실책임주의 비판과 수정이 불가피한 현대사회의 불법행위론은 새롭고 광범위한 각종의 사고유형에 대처할 수 있는 법규정의 정비와 손질이 요청된다(이상욱, 1993).

특히 근래에 문제가 되고 있는 교통사고, 공해사고, 의료사고, 제조물에 의한 사고, 기업의 책임들의 문제, 특히 스포츠시설물 즉 스포츠와 관련한 영조물(營造物)¹⁷⁾이나 공작물 등의 점유자·소유자책임 등 무과실책임이론(민법 제758조의 규정)으로 해결하는 것이 훨씬 피해자구제에 타당하다고 판단된다.

무과실책임 혹은 중간책임(中間責任)은 스포츠사고의 민사상 책임부분에서(다음절에서) 논하게 되는 시설물의 설치·하자(瑕疵)의 책임, 시설물의 점유자(占有者)·소유자 등의 책임에서 스포츠시설물(공작물 또는 영조물)과 관련하여 살펴보고자 하며, 이하의 절에서는 불법행위의 성립요건으로 고의 및 과실 그리고 위법성을 중심으로 불법행위책임 이론을 고찰하고, 스포츠불법행위에 대한 민사책임을 규명하는데 적용 가능한 이론을 제시하고자 한다.

따라서 본 연구는 중심과제로 불법행위 중 스포츠 활동과 관련한 사건 및 사고의 의한 침해인 불법행위로 제한하여 스포츠 불법행위라 규정하고 범영역에서의 고의·과실에 의한 불법행위에 의한 주관적 성립요건과 객관적 성립요건의 위법성

17) 영조물이라 함은 국가 또는 지방공공단체에 의하여 일정한 행정목적에 제공된 인적, 물적 설비의 총합체를 의미한다. 실정법상 통일되어 있지 않으나 행정주체가 일정한 행정목적에 위하여 계속적으로 사용하는 인적, 물적 설비로써 본 연구와 밀접한 영조물로는 공공기관이 관리하는 스포츠 시설물로 체육관이나 스포츠 관련 시설물이 이에 해당된다. 최근에는 공용시설이란 용어로 대체하는 경향이다.

과의 관계에서 과실의 객관화나 유형화를 주장하는 최근의 이론(소성규, 1994). 과실의 개념을 주관적 과실설에서 객관적 과실설의 주장으로 과실의 객관화를 주장하고, 객관적 과실설에 의한 과실의 개념이 불법행위의 객관적 성립요건이 위법성의 의미와 혼돈 또는 모호성에 의한 교차현상(交叉現狀)이 나타나고 있어 불법행위에 관한 법리는 법학자와 판례에 의한 법 영역의 중점 연구 분야에 맡기고, 이하에서는 불법행위에 관한 이론을 중심으로 소개하고 이를 바탕으로 스포츠불법행위에 적용 타당한 이론을 추출(抽出)하는 데 중점으로 하고자 한다.

(1) 위법성

가. 의 의

인간은 사회생활을 영위함에 있어 이익의 충돌은 불가피하므로 공동생활 자체가 타인에 대한 가해가능성이 항상 잠재하고 있다고 볼 수 있다. 그 가해행위가 사회생활에서 허용될 수 있는 행위의 태양인지, 사회질서와 공공의 안녕을 해칠 가능성이 높아 허용될 수 없는 경우인지에 따라 평가나 의미가 달라질 것이 분명하다.

따라서 타인에 대한 가해행위가 법질서 상 용납될 수 없는 것으로 평가되는 경우에 그 가해행위는 위법성을 띤다고 할 수 있다.

민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 일반적으로 불법행위책임의 성립요건으로 고의 또는 과실을 주관적 성립요건으로 하고, 위법성을 객관적 성립요건으로 하고 있다. 그러나 위법성이 무엇을 의미하며 어떠한 경우에 위법성이 인정되는지에 대해서는 규정하고 있지 않다. 또한 어떠한 경우에 이러한 범규범위반이 인정될 수 있는지에 대해서는 알 수 없다. 따라서 객관적 성립요건으로 위법성에 대한 각 국의 입법례에서 위법성의 개념을 살펴보고 다음으로 우리민법 제750조의 위법성의 의미를 분석으로써 위법성의 의미와 성격을 이해하고 고찰하는데 유익하다

고 판단된다(이영만, 1993).

각국의 입법례는 위법성이라는 개념에 대하여 다소 차이를 나타내고 있다. 먼저 불란서민법은 제1382조에서 faute¹⁸⁾라는 포괄적인 개념을 사용하여 faute로 인하여 손해를 생기게 한 자로 하여금 그 손해를 배상할 의무를 부담케 하고 있는데, 이 faute의 개념에 대하여 학자들 간의 논의가 있으나 과실 뿐만 아니라 의무위반도 포함하는 개념으로 주관적·객관적 요소 모두 포함하는 개념이라고 한다.

그리고 독일의 경우는 불법행위의 객관적 성립요건으로서 권리침해, 보호법규위반, 선량한 풍속 위반을 두고 있으며, 스위스 채무법은 위법하게 타인에게 손해를 가한 자라고 하여 위법성(§41①), 선량한 풍속에 위반하여 고위로 손해를 가한 자라고 하여 선량한 풍속위반(§41②)을 들고 있고, 일본민법에서는 타인의 권리를 침해한 자라고 하여 권리침해(§709)를 요구하고 있다. 우리나라에서는 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자라고 하여 스위스채무법과 같이 위법성(§750)을 객관적 요건으로 규정하고 있다(김민규, 1995).

이와 같이 각국의 입법례는 다소의 차이는 있어도 위법성을 불법행위의 성립요건으로서 요구하고 있다. 그러면 위법성은 무엇을 의미하는지 그 본질론을 살펴볼 필요가 있다. 그런데 우리나라에서는 위법성을 본질적으로 구명(究明)하지 않고 실증적으로 연구해 온 것이 사실이다.

따라서 우리민법은 일반적 불법행위성립요건을 두어 어떠한 행위가 위법행위라는 것을 입법자가 직접 대답하지 않고 이를 법관의 재량에 맡기고 있어 구체적으로 검토하는 방법이 일반적인 현상이며 또 불가피한 일이기도 한 것이다. 왜냐하면 타인에 대한 가해가 모두 위법할 수는 없는 것이고 가해가 어떤 모습과 수단과 방법으로 행하여지느냐에 따라 위법한 가해가 될 수 있고 가해하지 않는 가해가 될 수도 있다고 보기 때문이다. 보통 우리의 법 현실에서 볼 때 위법이라 함은 법 내지 법질서에의 위반을 의미한다. 그 대상에 대하여는 법률상의 판단이며 그 판단은 사실에 관한 기술이 아니라 가치판단이라고 한다.

18) faute 과실 잘못 과오 등의 뜻으로 해석됨

이하에서는 불법행위책임의 객관적 성립요건인 위법성 즉 타인에 가해행위에 관해 법률적 가치판단으로서 판단대상(평가대상)과 판단기준(평가기준)에 대해 학설을 고찰하여 위법성의 본질을 고찰한다.

나. 위법성의 본질론

① 위법성의 평가기준에 의한 형식적 위법론 및 실질적 위법론

타인에 대한 가해행위가 법질서의 위반이나 사회질서의 위반이라고 평가(판단)하는 것과 같이 통상 위법을 말할 때에는 가해행위의 용태(容態)에 대하여 위법이나 아니냐에 가치판단을 하게 될 것이다(이은영, 2005).

종래 위법의 판단의 기준에 대한 두 가지 관점이 대립해오고 있는 데 우리민법과 형법에서 어떤 관점을 수용하고 있는지 고찰한다.

위법성의 판단기준(평가기준)을 법질서상의 법률의 위반으로 보고 법의 세계에서 위법이라는 평가의 기준을 찾으려는 입장이 형식적 위법론으로 다시 말해 결과불법론이라고도 한다. 타인의 생명·신체·건강·자유·소유권이나 그 밖의 권리를 침해한 경우, 그 침해결과를 야기한 행위는 위법성조각사유가 없는 한 위법하다고 보는 견해로 보호법익의 침해라는 결과 자체에 위법성이 인정한다(이은영, 2005)

결국 형식적 위법론(결과불법론)은 실정법의 법률규범의 위반이 위법이라고 판단의 함으로써 실정법의 위반을 충실히 반영하는 견해이나 가해행위에 대한 사회적 비난의 근거를 정확히 반영하지 못할 뿐 아니라 위법성을 너무 도식적으로 판단한다는 문제점이 지적되고 있다.

근래에는 사회의 공동생활을 실질적으로 해하는 반사회적·비사회적 행위도 실질적으로 위법이라고 판단하는 견해로 선량한 풍속 기타의 사회질서도 실정법규와 더불어 위법을 판단하는 기준을 찾으려는 입장이 실질적 위법론으로 다시 말해 행

위불법론이라고 한다(곽윤직, 1998).

행위불법론은 위법성의 평가에 있어서 어떠한 행위의 결과로서 보호법익의 침해가 있었는가, 그러한 침해는 범규범이 행위자에게 부과한 주의의무를 해태(懈態)함에 의하여 야기(惹起)된 것인가의 두 가지 측면을 고찰하는 견해이다.

행위불법론은 고의불법행위의 경우에 보호법익침해라는 결과 외에 고의라고 하는 행위자에 대한 비난가능성이 함께 고려되며, 과실불법행위의 경우에 보호법익 침해라는 결과보다 더 중요한 것은 그 결과가 주의의무위반으로 인하여 야기되었다는 점이다. 주의의무를 위반했다는 사실은 과실인정의 근거이기도 하며, 동시에 위법성인정의 근거이기도 하다. 주의의무란 법질서에 의하여 가해자에게 부과되었던 행위규범이며, 가해자가 그 행위규범에 위반하여 행위를 하였다는 점이 바로 위법성의 대상이 된다(이은영, 2005).

현재 위법성이론으로 실질적 위법론(행위불법론)이 통설로써 형식적 위법론이 주장하는 근거로 위법을 단순한 실정법규위반(實定法規違反) 또는 법률상 주어지는 권리의 침해로 한정한다면, 선량한 풍속 기타 사회질서의 위법을 권리가 침해된 경우에 피해자의 보호나 구제에 관한 손해배상청구권의 인정이 축소되어 국민의 법감정을 널리 반영하지 못하는 한계가 있다(이은영, 2005).

따라서 위법을 실정법 이전의 문제로 보아 실정법 이외에 선량한 풍속, 사회질서 등의 사회규범을 위법평가의 기준으로 판단하는 견해인 실질적 위법론(행위불법론)의 견해가 피해자의 구제를 폭넓게 확대하고 있고, 현대사회의 복잡하고 다양한 새로운 유형에 유연하게 대처할 수 있다고 판단되며, 위법성의 판단기준을 형식적 위법론과 실질적 위법론의 두 견해를 양립하는 2원적 구조(이원론)로 보아야 할 것으로 판단된다.

② 위법성의 평가로서의 주관적 위법론과 객관적 위법론

전술한바와 같이 위법이 실정법이나 사회질서의 위반을 의미한다. 통설적 견해

인바 그렇다면 무엇이 위법한 행위로 실정법이나 사회질서에서 용인되지 않는 것인지 다시 말해 위법의 대상이 무엇이나에 따라 두 가지 견해가 있다.

위법을 사람의 주관적인 의식에 바탕을 둔 이른바 용태만이 가치판단의 대상이라고 보는 주관적 위법론이다(곽윤직, 1998).

이 견해는 법을 본질적으로 사람에게 대한 명령 또는 금지라고 보는 것이며, 그러한 명령·금지에 대한 위반이 위법이라고 평가하고 있다.

반면에 객관적 위법론은 명령이나 금지는 책임능력 있는 사람의 의사에 대한 것이기 때문에 명령이나 금지의 위반은 사람의 의사에 관하여서만 있을 수 있고, 자연현상 및 책임능력자의 의사에 돌릴 수 없는 인간행동의 결과에 관하여는 있을 수 없으므로 사람의 의식이나 의사를 떠나서 객관적인 사실만이 위법의 대상이 된다는 입장이다. 따라서 법을 객관적 질서로서 파악하고, 이 객관적 법질서에 대한 위반이 있으면, 그것이 책임능력자의 행위이든 또는 책임무능력자의 행위이든, 모두 위법성을 가지게 된다는 견해로서 행위에 대한 객관적 평가에 위법판단의 대상을 두는 견해이다(곽윤직, 1998).

결국 법은 사람의 공동 질서를 보장하기 위한 최소의 준칙(準則)이며 사회질서 확보를 위한 최소한의 제약(制約) 또는 규칙(規則)으로 존재한다. 사회질서와 공공의 안녕의 확보를 위한 제약 즉 명령이나 금지는 법규범의 기능으로서 가치실현을 요구하는 명령적 기능을 갖으나 명령이나 금지의 제약을 하려면 무엇을 명령·금지를 해야 하느냐와, 왜 금지를 해야 하느냐가, 우선적으로 선결해야하는 문제로 어떤 것이 위법이나 아니냐하는 판단대상의 문제는 1차적으로 가치판단의 기준으로 평가적 기능이 우선하고 그 다음 2차적으로 위법한 것으로 평가되는 것에 관련하여 어떠한 용태가 요구 되는가 즉 판단기준으로서 위법한 행위의 태양에 대한 평가를 하는 것이 위법성의 평가대상과 판단기준을 적용함에 논리구조가 정연하다고 본다.

따라서 무엇이 위법으로 평가(판단)될 수 있는가 즉 무엇이 법질서에 의한 가치판단의 대상이 될 수 있는가는 법질서에 의하여 객관적으로 결정되어야 한다.

현재 형법학이나 민법학에서 객관적 위법론이 통설로 법률상의 가치판단의 대상이 될 수 있는 것과 위법이라는 평가를 받을 수 있는 것은 사람의 의사에 기한 용태에만 한정할 것이 아니며, 의사에 기하지 않는다고 생각되는 사람의 용태나 자연적으로 생기는 사태와 같은 것은 것도 그 대상에 광범위하게 포함하여 손해의 공평분담이라는 불법행위법의 목적을 달성 하는데에 객관적 위법론이 타당하다.

다. 민법 제750조의 위법성의 위치

우리나라 민법 제750조는 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다고 규정함으로써 불법행위책임이 성립하기 위해서는 가해행위가 위법행위일 것을 성립요건의 하나로 요구하고 있다.

현행 민법은 불법행위의 성립요건에 관하여 독일 민법과는 달리 일반조항주의를 채택하고 있다. 구민법 제709조에서는 불법행위의 성립요건에 대하여 “고의 또는 과실로 인하여 타인의 권리를 침해한 자는 이로 인하여 생긴 손해를 보상할 책임이 있다”고 규정하였다.

따라서 동조의 권리침해라는 요건에 의해서는 불법행위제도에 의한 피해구제의 범위가 너무 협소하게 된다는 점과 그러한 이유로 일본의 학설, 판례에 있어서도 권리침해가 위법성의 의미로 확대 해석되어 온 점을 고려하여 현행 민법은 권리침해 대신 위법성을 요건으로 규정한 것이다(김주수, 1997).

민법 제750조에 불법행위 성립요건으로서 위법성을 규정한 데는 이러한 연혁적인 사정이 있지만, 이러한 연혁적인 사정을 떠나서 생각하더라도 불법행위책임, 즉 손해배상책임의 요건으로서 위법성을 규정한 것은 당연하다고 볼 수 있다. 그런데 위법성을 요건으로 규정하면서 특별히 위법성의 성격이나 의미에 관해 추상적 일반조항의 규정형식을 취하고 있어서 이 위법성이 무엇을 의미하며 어떠한 경우에 위법성이 인정되는지에 대해서는 규정하고 있지 않다. 물론 위법성의 일반적인 법적인 의미에 따른다면 법규범 내지 법질서의 위반을 의미하겠지만, 구체적으로 어

떠한 경우에 이러한 범규범위반이 인정될 수 있는지는 알 수 없다(이영만, 1993).

따라서 어떠한 행위가 위법행위라는 것을 입법자가 직접 대답하지 않고 이를 법관의 재량에 맡기고 있는 입법에 있어서는 이와 같은 검토방법으로 사례별로 위법성을 구체적으로 검토하는 방법이 일반적인 현상이며 또 불가피한 일이기도 한 것이다. 왜냐하면 오늘날 사회·경제사정으로 보아 인간의 공동생활은 그 자체가 타인에 대한 가해가능성을 가지고 있으며, 타인에 대한 모든 가해가 위법할 수는 없는 것이고, 타인에 대한 모든 가해에 대하여 불법행위책임을 인정한다면 인간의 사회적·경제적 활동은 정지되고 말 것이기 때문이다. 또한 가해행위가 어떤 모습과 수단과 방법으로 행하여지느냐에 따라 위법한 가해가 될 수 있고 가해하지 않는 가해가 될 수도 있다고 보기 때문이다. 따라서 손해배상책임이 인정되어야 할 위법한 가해와 그렇지 않은 가해를 구별할 필요가 있을 것이다(서광민, 1987).

위법행위 내지 위법성의 의미에 관해 학설은 위법성의 발현형태(發現形態)를 두 가지로 분류하여 침해된 이익의 측면과 침해행위의 측면의 관점에서 개별적·실증적으로 파악(곽윤직, 1998)하고 있는데, 이와 같은 검토방법은 일본의 아치 영(我妻 榮)교수가 민법 제709조의 권리침해의 요건을 위법성으로 확대해석하면서 위법성 판단의 구체적 방법으로 제시한 피침해이익의 종류와 침해행위의 태양과의 상관관계에 의하여 판단할 것을 주장하면서 학계에서 지지 받은 견해(我妻 榮, 1989)를 우리 민법에 수용하면서 영향을 받은 것으로 생각된다(김주수, 1997).

구체적으로 살펴보면, 첫째는 침해된 이익으로 각종의 재산적 이익 바꾸어 말하면 소유권·제한물권·광업권·어업권·무체재산권(無體財產權)·채권 등의 침해의 경우와 비재산적 이익 즉 생명·신체·자유·명예 등 인격적 이익과 가족권의 침해의 경우에 있어서 위법성을 검토하고 있는데 열거한 것들의 침해의 경우는 원칙적으로 위법성이 인정된다. 또한 인격적 이익과 가족권의 침해는 재산권의 침해 외에 신체·자유·명예의 침해와 기타 정신상 고통을 가한 자도가 불법행위가 됨을 명백히 규정(민법 제751조)하고 있고, 신체의 침해도 불법행위가 됨을 규정하고 있다(동법 제752조).

둘째로 침해행위의 측면에서 위법성이 인정되는 경우는 형법범규위반, 단속범규위반, 사회질서위반, 부작위에 의한 불법행위와 권리남용(權利濫用) 등의 경우가 이에 해당된다. 이는 독일 민법에서 열거하는 권리침해(동법 제823조 제1항) 보호범규위반(동법 823조 제2항) 선량한 풍속위반(동법 제826조)의 규정을 영향을 받아 우리민법에서 받아들인 것으로 판단된다. 형법범규위반 및 단속범규위반의 경우에는 위법성인정에 별 문제가 없을 것이며(대판 1960. 10. 26, 다 177; 대판 1962. 11. 22, 62 다 579), 사회질서위반은 그 태양이 다양하고 예기치 못한 경우도 발생할 것임으로 구체적 판단이 선행되어야하고, 부작위에 의한 불법행위는 부작위가 위법이고 작위의무가 있을 경우에 위법성이 인정되고, 권리남용은 그 자체가 위법성을 가진다.

위에서 우리나라 종래의 학설(통설) 살펴본 바와 같이 가해행위의 위법성을 침해된 법익의 경우와 침해행위의 경우로 분류하여 개별적·실증적으로 검토할 뿐, 위법성의 개념에 대해 일반적, 이론적으로 밝히지 않고 있다. 다만 전술한 위법성 판단에 관한 제 이론에서 살펴본 바에 의하면 민법 제750조의 위법성의 개념에 대하여 기본적 입장에 보면 결과불법론에 입각해 있다고 판단되며, 권리나 법익의 침해에 관해서 결과불법론이라 판단되는 그 이유를 들면 다음과 같다.

첫째 결과불법론의 입장은 고의 또는 과실은 유책성 요소로, 위법성과는 별개의 요건으로 하고 있는데, 학설은 불법행위성립의 일반적 요건으로 위법성을 불법행위의 객관적 성립요건, 고의 또는 과실은 주관적 성립요건으로 파악하고 있어, 위법성과 고의·과실을 준별(峻別)하고 있다.

둘째 학설은 소유권 등의 절대권이나 생명, 신체 등의 인격적 법익에 대한 침해가 있으면 그러한 침해행위는 위법성조각사유가 없는 한 위법하다는 입장의 학설은 결과불법론과 같은 입장을 취하고 있다(이태재, 1998). 그런데 최근에 결과불법론과 다른 견해를 가진 주장이 제기되고 있다. 위의 위법성의 평가기준에서 전술한바 있는 행위불법론으로서, 위법성의 판단을 가해행위에서 찾아야 한다는 입장이다(서광민, 1989). 행위위법론은 결과불법론의 견해인 법익침해의 요소 외에

사회생활상 요구되는 주의의무의 위반 즉 사회의 공동생활을 실질적으로 해하는 반사회적 비사회적 행위도 실질적으로 위법이라고 판단하는 견해로 실질적 위법론으로 다시 말해 행위불법론이라고 한다(곽윤직, 1998).

따라서 불법행위책임론에서 위법성의 해석에 관한 학설의 견해를 파악할 때 침해 행위와 침해된 이익 즉 보호법익의 침해 및 침해행위에 대한 판단에 있어서 결과불법론의 입장을 견지해온 학설에 따르면, 실정법규위반 뿐만 아니라 사회생활상 요구되는 주의의무의 위반을 위법성을 인정하는 행위불법론도 현대사회의 다양성과 고도로 발달한 과학기술의 발달로 인한 예기치 못한 새로운 유형의 불법행위 등을 고려할 때 매우 효용가치가 있다고 판단된다.

결과적으로 불법행위책임에 대한 위법성의 판단기준과 평가에 있어서 결과불법론 및 행위불법론의 두 견해를 종합적이고 합목적적으로 접합하여 피해자의 구제와 손해배상의 전보(塡補)에 중점을 둠으로서 민법 제750조의 불법행위법의 일반규정이 탄력적으로 운영되고 법기술론적 정책적 고려에 의해 그리고 법관의 재량에 의해 불법행위책임을 보다 광범위하게 적용함으로써, 피해자를 두텁게 보호할 수 있다고 보며 도식적 형식적 규정보다는 사회·경제적 변화에 의한 불법행위의 새로운 유형에 대처하는 데 유용한 규정으로 민법 제 750조의 일반조항주의를 채택한 입법자의 의도와 이 조항의 특징임을 고찰할 수 있었다.

위법성성격과 의미를 파악하기위해 관련 제 학설과 민법 제750조의 분석을 통해 위법성의 지위를 다음과 같이 정리할 수 있다.

첫째, 민법 제750조는 추상적·일반적 규정형식을 취하고 있어서 위법성이라는 용어의 단순한 어의에 따른다면 법규범위반을 의미하겠지만 어떠한 경우에 위법성이 인정되고 위법성이란 무엇을 의미하는지에 대해서는 이 규정 자체로서는 파악할 수 없으며 또 일반적으로 밝힐 수도 없다.

따라서 결국 침해된 법익과 침해행위의 태양을 고려하면서 개별적으로 검토할 수밖에 없고 우리나라의 학설도 그러한 입장을 취하여 왔다. 다만, 상관관계이론에 대한 비판에서 살펴보았듯이, 이는 위법성판단의 일반적인 기준으로서 역할 하는

것이 아니라 위법성을 인식하기 위한 하나의 도구적 측면에서의 법 기술론으로서 의미를 갖는다고 할 것이다.

둘째, 민법 제750조가 규정하고 있는 위법행위와 관련하여 그 위법성을 판단함에 있어서는 고의에 의한 범익침해는 언제나 위법한 것이지만, 비고의적즉, 과실에 의한 침해행위는 이를 직접피해의 경우와 간접침해의 경우로 불법행위유형을 나누어 살피는 직접침해와 간접침해를 구분하는 이원설적 방법이 적절할 것이다.

따라서 소유권 등 절대권에 대한 직접침해의 경우에는 사회생활 상 필요로 하는 정도의 주의의무의 위반유무를 묻지 않고 바로 그 행위의 위법성이 인정된다고 할 것이다. 다만 사회생활 상 필요로 하는 정도의 주의의무를 다하고도 이러한 권리에 대한 직접침해를 하게 되는 경우는 실제로는 별로 없을 것이다.

셋째, 종래 우리나라에서는 위법성은 객관적 요건에 속하고, 고의·과실은 주관적 요건에 속하는 것으로 봄으로써 위법성과 고의·과실을 준별(峻別)하여 왔으나, 행위 불법론의 입장에서는 위법성판단에 고의·과실도 그 요소로서 관련시키고 있는 것이다.

따라서 행위 불법론에서와 같이 사회생활상 필요로 하는 정도의 주의의무위반의 경우에 위법성을 인정한다고 본다면 고의·과실은 종래 생각해 왔던 것처럼 위법성과 항상 준별될 수 있는 요건이 아니라는 것이다. 즉 과실로 인한 불법행위(또는 간접적 범익침해)의 경우에 있어서 사회생활 상 필요로 하는 정도의 주의의무위반이라고 하는 위법성 개념과 과실인정의 근거로서의 주의의무위반이라는 과실 개념은 서로 어떠한 관계에 있는가 하는 점이 문제된다(이영만, 1993).

생각건대, 결론적으로 불법행위법에 있어서 위법성은 고의·과실로 주의의무위반이나 행위무가치로서의 가해행위의 모습과 결과무가치로서의 피침해 이익의 중요성에 의해 결정되는 것이 합목적적이라고 할 수 있다.

(2) 고 의

고의(故意)란 가해자가 자기의 행위가 위법한 결과를 발생하리라는 것을 인식하면서 이를 인용(認容)하여 감히 행위를 하는 심리상태를 말한다.

고의를 일정한 결과발생의 의욕, 즉 일정한 결과를 발생케 하려는 의사를 가지고 행위를 하는 것이라고 새기는 의사주의와 그러한 의사가 없더라도 일정한 결과발생에 대한 인식을 가지고 그것을 인용하여 그 행위를 하는 때에는 고의를 인정하는 관념주의로 학설은 나뉘고 있는데 일반적으로 관념주의가 타당하며 통설(김기선, 1997)이며, 판례의 입장이다(대판 1991. 3. 8, 90 다 16771).

다만 고의의 요건으로 위법한 결과에 대한 사실의 인식만으로 고의의 성립이 가능한지와 사실의 인식 뿐 만아니라 위법성의 인식까지 필요한가에 논의의 쟁점이 있다.

형법에서는 고의의 개념에 관해서 원칙적으로 고의범은 처벌하고 과실의 경우에 법률의 규정이 있을 때에 예외적으로 처벌 하므로 써 구별을 하고 있으며, 또한 위법성의 인식이 필요 하느냐의 문제에 관해 전술한 바와 같이 학설의 견해를 달리하고 있는 경우가 있다(형법 제13조~ 제14조)

민법에서는 일반적으로 불법행위에 대한 고의는 위법의 인식 없이 정당한 행위라고 확신하였더라도 객관적으로 위법이라고 평가되는 사실이 발생한다는 인식만 족하다고 하는 관념주의를 취하고 있으며, 다만 민사책임인 손해배상책임의 범위와 배상액의 산정의 결정에 있어서 고의불법행위와 과실불법행위의 약간의 차이(민법 제393조 2항의 특별손해)를 규정하고 있고, 또한 불법행위책임에서 고의나 중과실이 아닌 경우에 한해서 배상의무자의 생계위협을 이유로 배상액경감을 허용하고 있다(민법 제765조). 따라서 고의와 과실은 의한 불법행위의 성립이후에 책임의 효과적 측면에서 구별의 실익이 있다(김대연, 1991).

가. 사실의 인식과 위법성의 인식과의 관계

고의에는 일정한 결과의 발생이라는 사실의 인식 외에 그것이 위법한 것으로 평가 즉 위법성의 인식까지 필요 하느냐가 문제이다. 이 문제는 주로 형법에서 논의되는 주요 쟁점사항이나, 민법의 불법행위에 대한 해석은 타인에게 손해를 주게 될 것이라는 것을 가해자가 인식했으면 고의가 성립하고, 그 가해가 위법인가의 여부에 대해서 주관적으로 인식하고 있을 필요는 없다는 견해로 학설과 통설이 일치하고 있다.

그러므로 불법행위에 관하여는 위법의 인식 없이 정당한 행위라고 확신하였더라도, 객관적으로 위법이라고 평가되는 사실이 발생한다는 인식만 있으면 고의가 성립된다고 본다(곽윤직, 1998).

나. 미필적 고의 및 인식 있는 과실의 구별실익

미필적 고의(未畢的 故意)라고 함은 일정한 결과가 발생할지도 모른다는 것을 인식하면서 위법한 결과가 발생한다면 발생해도 괜찮다고 인용하여 행위를 한 경우를 의미하고, 인식(認識) 있는 과실은 보통의 사정 아래에서는 일정한 결과가 발생할 수 있음을 인식하면서 자기의 능력, 기술 등으로 그러한 결과의 발생을 피할 수 있다고 믿고서 행위 한 경우를 말한다. 이와 같이 미필적 고의와 인식 있는 과실은 개념상 구별이 가능하다. 이런 구별이 형법에서는 고의범만이 원칙적으로 처벌(형법 제13조)하고, 과실범은 예외적으로 처벌(형법 제14조)되는 것이어서 미필적 고의와 인식 있는 과실의 개념상 구별실익이 크다(김대연, 1991).

그러나 민법이론에서 통설은 불법행위의 성립요건으로서 고의 또는 과실을 구별하지 않으므로 미필적 고의와 인식 있는 과실의 개념상 구별의 실익이 없다고 판단된다. 결국 미필적 고의와 인식 있는 과실은 결과발생의 가능성을 인식하고 있다는 점에서 양자는 공통점이 있다. 또한 판례는 미필적 고의에 있어서는 결과발

생의 가능성을 인식하면서도 그 결과발생에 대한 적극적인 의사태도를 인정할 수 있으므로 중한 고의의 책임을 저야 하는 것이고, 인식 있는 과실은 결과발생의 가능성은 인식하였으나, 그 결과의 발생을 부인한 소극적이 의사태도를 인정할 수 있는 것이므로 경(輕)한 과실의 책임을 부담하게 된다.

따라서 사실을 인식하면서 위법인 결과가 발생한다면 발생해도 괜찮다고 인용(認容)한 의사에 강한 비난의 평가를 하고, 인식 있는 과실에 관해서는 위법인 결과가 발생하지 않는다고 믿고 행위를 한 경우에, 가해자는 위법인 결과발생을 인용했던 것이 아니라서 그 '의사'의 악성(惡性)은 그다지 강한 것이라고는 할 수 없다고 판단하여 미필적 고의와 인식 있는 과실을 구별하고 있다(소성규, 1994).

(3) 과 실

통상적으로 과실의 개념은 고의 개념을 포섭한 넓은 의미의 과실을 의미한다. 민법 제750조에서 과실은 고의와 함께 불법행위성립의 주관적 요건으로 규정하고 있는데, 불법행위의 성립요건으로서의 과실이라 함은 자기의 행위에 의하여 일정한 결과가 발생할 것이라는 것을 인식 또는 예견할 수 있음에도 불구하고 통상 요구되고 있는 정도의 주의를 해태하였기 때문에 인식 또는 예견하지 못하고 어떤 행위를 하는 심리상태라고 정의하고 있으며, 통설의 입장이다(곽윤직, 1998).

이는 인간의 의사표출에 있어서 발현형식인 심리상태를 불법행위의 귀책사유의 근거(손해배상책임의 근거)로 하여 사적자치의 기본인 의사주의에 의한 인간의 활동의 자유를 충실히 반영한 결과라고 판단된다. 또한 과실에 관한 판례의 입장은 과실이란 어느 상황아래서는 일정한 행위 즉 작위(作爲) 또는 부작위(不作爲)를 했어야 하는데도 그것을 하지 않았다고 하는 행위의무의 위반 또는 객관적인 결과회피의무(結果回避義務) 위반행위이라는 견해를 들고 있다(김주수, 1997).

과실에 관해 심리상태로 볼 것인지 아니면 주의의무위반 즉 행위의무위반으로 볼 것인지가 문제이다. 심리상태라고 보는 통설의 견해는 결과발생을 예견할 수

있었음에도 불구하고 부주의로 예견하지 않았다는 것을 과실이라고 생각할 수 있기 때문에 예견가능성(豫見可能性)이 있는 결과에 관하여는 당연히 그 발생을 방지 내지 회피해야 할 행위의무(행위 또는 부작위의무)가 있다고 해석할 수 있고, 과실을 하나의 행위의무의위반이라고 보는 견해에 따른다면 결과의 발생을 회피하는 것이 가능하고 그 회피의무가 있다는 것이 사회적으로 정당시된 한도에서 그 의무에 위반하는 것을 곧 과실이라고 해석할 수 있다. 결국 양설은 주의의무의 내용 및 대상에 구별에 있으며, 주의의 내용은 심리상태이나 행위의무이나의 문제인 동시에 주의의 대상은 "결과의 예견가능성"이나 아니면 "결과의 회피의무"이나 하는 것이 문제로 귀착된다(김대연, 1991).

과실은 심리상태인가 행위의무위반인가의 문제로 전술한 것처럼 과실을 하나의 심리상태 즉 일종의 의사신장(意思伸張)의 흠결(欠缺)이라고 이해하는 것은 과실책임원칙의 자연스러운 해석일 것이다. 이것은 현행 민법이 그 제정과정에서 개인주의적 법사상의 색채가 농후한 당시의 독일 민법 제1초안의 영향을 강하게 받아 「위법성」 및 「손해의 발생」이란 객관적 요건과 고의 또는 과실이라는 주관적 요건을 상당히 명료하게 나누어서 생각한 것에서도 이해할 수 있다. 이에 대해 과실이란 어느 상황아래에서는 일정한 행위(작위 또는 부작위)를 하여야 할 것이기 때문에 그것을 하지 않았다는 일종의 행위의무의 위반이라는 견해가 있다(소성규, 1994).

이러한 관점에서 볼 때 민법 제750조에서 말하는 과실을 고의와 마찬가지로 심리상태로서 행위자의 내심적 사실(주의력이 산만해서 결과를 인식하지 못했던 사실)이라고 한다면 불법행위를 인정하여 손해배상을 명할 것인가의 여부에 대한 이익형량(利益刑量) 즉 다시 말하면 심리상태를 주관적 요건으로 하여 심리상태의 수치화나 측정은 불가능한 이유로 인하여 가능하게 하는 요건이 없어져버린다(이영만, 1993).

따라서 과실을 심리상태라는 사실개념이 아니고 행위의무위반이라고 함으로써 규범적 개념으로 전용(轉用)시킬 수 있다. 이렇게 되면 법관의 재량에 의하여 「의

무」를 설정하거나 하지 않거나를 할 수 있고, 또 설정한 의무의 내용을 법관이 자기의 재량에 의하여 결정할 수 있게 된다. 그리고 각 구체적인 사건에서 각각 행위의무를 설정한다는 방법을 통해서 적절한 불법행위법상 보호를 충분히 할 수 있게 될 것이다. 따라서 이 견해에 의하면 과실은 결과회피를 하기 위한 행위의무를 위반한 것이라야 할 것이다. 특히 후술하는 바와 같이 이 설이 객관적 과실을 전제로 해서 가해자의 개인적인 의사가 어떤 것인지에 관계없이 과실의 판단기준이 정하는 것이 실질적으로 실익이라고 봄이 타당하다(김주수, 1997).

생각건대 과실을 심리상태로 볼 것인가 결여(缺如)있는 행위로 볼 것인가의 차이는 실질적으로 그다지 큰 문제는 아니다. 왜냐하면 의사의 신장을 결한 심리상태라고 하더라도 현실적인 법적처리과정에서는 어떤 외부적인 용태(容態)를 단서로 하여야 한다. 또한 예견의무가 있었다 하더라도 거기서는 단순한 예견을 위한 예견, 인식을 위한 인식이 문제로 되고 있는 것은 아니다.

결국은 위법한 결과의 발생을 방지 내지는 회피한다고 하는 어떤 외형적 행위를 기대한 예견과 예견의무가 문제로 된다. 역으로 행위의무위반이라고 하여도 그것이 사람의 의식과 심리를 제외한 행위를 말하지는 않을 것이다. 따라서 과실은 심리상태임과 동시에 위법한 사실의 발생을 예견하고 방지하여야 할 주의의무를 태만히 한 것이라고 하여야 할 것이다.

우리 민법에서 불법행위에 대한 일반규정으로 민법 제750조의 단 1개의 조문에 의한 일반조항주의로 현대사회의 다양한 형태의 불법행위를 전부 포함하지 못하고 있으며, 손해배상의 요건의 판단을 법원의 재량에 맡겨 자의적 기준에 의한 판단에 흐를 수 있다는 비판이 발생할 수 있다고 판단되나, 그 역으로 다양한 유형과 새로운 행태의 불법유형을 형식적인 규정에 의해 판단하는 하는 것은 오히려 규정의 사문화가 될 가능성이 크고 새로운 유형의 불법행위에 대하여 입법이 따를 수 없어서 오히려 더 많은 피해자를 발생하여 피해자의 구제나 손해배상이 미흡할 수 있다고 판단된다(소성규, 1994).

따라서 불법행위요건 다시 말해서 새롭고 다양한 유형의 과실과 가해 및 위법행

위에 관해서 광범위한 범위를 가질 수 있어 사회현상에 뒤따라가는 입법의 지체를 어느 정도 보완할 수 있는 탄력성이 있고 피해자의 손해의 전보의 목적을 달성하면서 피해자를 두텁게 보호할 수 있는 장점이 많고, 손해배상의 요건의 판단을 될 수 있는 한 법관의 재량에 의하여 결정할 수 있게 하는 것이 바람직하다

가. 과실의 개념(지위)에 관한 제학설

일반적으로 과실이라 함은 「일정한 결과가 발생한다는 것을 알고 있었어야 함에도 불구하고 부주의(不注意) 즉 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태」라고 정의하고 있다(김현대, 1999).

다시 말해 과실은 사회생활상 부과되는 주의의무의 위반이라고 할 수 있으며, 주의의무는 법령, 관습법, 조리(條理)¹⁹⁾에 의하여 부과되며, 불법행위에 있어서 특정한 가해자가 주의의무를 위반하였는가 하는 판단은 보통 일반인의 능력을 기준으로 객관적·추상적인 관점에서 결정해야 할 것인가 또는 특정행위자의 능력 즉 가해자 개인의 주관적 사정만을 기준으로 주관적·구체적으로 결정할 것인가의 문제로 그 주의의 기준에 대하여 객관적 과실설(추상적 과실설)과 주관적 과실설(구체적 과실설)이 대립되고 있다(김대연, 1991).

① 객관적(추상적) 과실

불법행위책임에서 과실은 개개인의 일상평상시의 주의를 게을리 한 것 즉 과실에 요구되는 주의정도는 추상적으로 평균인·통상인·합리인(合理人)에게 요구되는 주의정도라 함으로써 소위 추상적과실 즉 객관적과실설을 취하고 있으며, 지금

19) 조리(條理)는 사물의 당연한 원리이다. 아무리 완벽한 성문법이라 하더라도 완전무결할 수는 없다. 따라서 법의 흠결(欠缺)이 있을 경우에는 조리에 의하여 보충하지 않으면 안 된다. 민법 제1조는 민사에 관하여 법률에 규정이 없으면 관습법에 의하고 관습법이 없으면 조리에 의한다고 하여 조리의 보충적 효력을 인정하고 있다.

까지 우리나라의 통설이며, 다수설이다(김기선, 1997).

객관적 과실에서 평균인의 해석은 구체적 사례에 있어서의 평균인을 의미하는 까닭에 과실의 인정에서는 그 사람의 직업이나 지위, 사건의 환경 등이 당연히 고려되며, 그 사고로부터 생기는 위험의 대소 내지 피침해 이익의 대소에 의하여 주의의무의 정도가 변화하게 되어, 예컨대 생명 신체에 직접 어떤 피해를 줄 위험이 큰 의사 운수사업자 식품제조판매업자 등은 무거운 주의의무를 진다는 것은 당연할 것이라고 한다.

한편 우리나라의 대법원 판례도 불법행위에 의한 손해배상의무의 전제가 되는 과실의 유무와 그 과실의 경중(輕重)에 관한 표준은 그 개인에 관한 구체적 사정에 의하여 결정하는 것이 아니고 일반적인 보통인 으로서 할 수 있는 주의의 정도를 표준으로 하여야 할 것이며, 위의 일반적 평균인이라 함은 추상적인 일반인을 말함이 아니고 그와 같은 업무와 직무에 종사하는 사람으로서는 보통 누구나 할 수 있는 정도를 표준으로 하여 그 과실유무를 논하고 위와 같은 주의를 심히 결여한 때에는 중대한 과실이라고 판시하여 객관적 과실설을 따르고 있다(이은영, 2005).

또한 불법행위로 인한 손해배상책임에 있어서의 과실이라 함은 통상적인 사람을 기준으로 마땅히 하여야 할 의무를 이행하지 아니한 경우를 가리킨다고 하여 다시 한 번 이를 확인하고 있다(대판 1979. 12. 26. 79 다 1843).

통설과 판례는 과실판단기준으로서 객관적 과실설(추상적 과실)을 채용하고 있는데, 그렇다고 한다면 자기의 주의능력이 통상인의 주의능력에 미치지 못하고, 자기 능력으로 손해를 회피하는 것이 도저히 불가능한 가해자가 왜 과실책임을 져야 되는가를 설명할 수 없는 논리구조의 모순이 비판되고 있으나 불법행위책임을 최대목적은 피해자의 손해의 전보임에 비추어 볼 때 피해자의 보호를 위하여 객관적 과실을 취하는 실제적인 그리고 정책적인 이유를 들고 있을 뿐이다(곽윤직, 1998; 加藤一郎, 1957).

② 주관적(구체적) 과실

과실이란 일정한 지식과 능력을 지닌 개인이 개별적인 상황 하에서 발생 가능한 결과나 그 행위의 불법을 알 수 있었음에도 불구하고 이를 인식하지 못하거나, 인식하였음에도 불구하고 이를 인용하지 아니 하고 규범에 반하는 행위를 하는 것이라고 보는 견해이다(김형배, 1986). 즉 과실을 행위자의 주의능력을 기준으로 해서 자기의 평상의 정신적 진장을 결한 것이라고 하여 구체적과실설을 구성하고 그 귀책근거를 의사책임에서 구하려는 소수의 견해로 최근 주장되고 있다(김윤구, 1984).

고의나 과실은 그 내용상 개인적인 것이므로 과실의 유무는 행위자 개인의 지식이나 능력과 개별적 상황에 따라 개인적 인식가능성 및 결정가능성 여하에 좌우되며, 과실을 인정하기 위해서는 가해자가 구체적 상황에서 법적으로 요구되는 객관적 주의의무를 그의 개인적 능력에 의하여 인식할 수 있고, 또 성취할 수 있는 경우이어야 한다. 법률이 정한 주의의 척도는 객관적이고 추상적인 것으로서 가해자의 개인적인 견해와 관습에 의하여 정하여지는 것이 아니라, 사회생활을 위하여 필요한 주의를 태만(怠慢)히 한 것에 대하여 당해 가해자에게 책임이 돌아가는 것은 그의 정신적 육체적 능력에 비추어 필요한 주의를 인식하고 지킬 수 있는 경우에 한하는 것이므로 과실은 유책성의 한 종류라고 한다.

과실의 전제조건으로서 책임능력의 존재를 요구하는 것은 귀책근거를 가해자에 대한 개인적 비난가능성(非難可能性) 즉 유책성(有責性)에서 구하는 것을 의미한다. 왜냐하면 책임능력이라 함은 미성년자(민법 제753조 참조)나 심신상실자(동법 제754조)와 같은 개인적 능력에 관련된 개념이기 때문이다(김석우, 1998).

③ 객관적 과실과 주관적 과실설의 비교

민법 제750조의 불법행위책임에서 성립요건으로 규정하고 있는 과실에 관하여 주의의무 등 행위의 태양에 관해서 객관적으로 파악할 것이냐, 주관적으로 파악할 것인가에 따라 양설이 대립하고 있다(김민규, 1995).

손해배상책임의 발생원인으로서 불법행위를 규정했던 초기의 입법은 모든 시민의 행동의 자유를 그 이념적 기초로 과실 없으면, 책임 없다고 하는 과실책임주의 원칙에 따라 자기의사 결정의 자유(사적자치의 원칙)에 의한 경제활동의 보장되어 그 결과 과실의 개념도 의사의 자유라는 유책성 관련 하에서 파악하였다.

과실책임주의에서 본다면 민법 제750조의 과실은 주관적 과실(구체적 과실)설에 따르고 있으며, 입법 당시의 의도에 부합된다. 왜냐하면 과실책임주의는 구체적 가해자가 손해발생을 방지할 수 있었음에도 불구하고 그것을 방지하지 않은 점에서 책임의 근거를 구하고 있기 때문이다.

그러나 현대사회의 과학화와 산업화에 의한 불법행위들이 다양화·복잡화 되는 등 입법당시에 예정했던 불법행위의 태양(환경오염·원자력·가스사고·제조물 책임·위험한 동물·공작물(工作物)의 책임과 본 연구자의 관심분야인 스포츠불법행위 등)과, 불법행위 자체의 성질이 달라져 과실책임주의와 주관적 과실에 의한 불법행위의 유책성을 구성하는 데에 불합리와 한계가 있음이 드러나고 있다.

따라서 과실에 대하여 주관적 과실설에 의한 손해배상책임의 법률관계를 규명하는 데에 논리적으로 구성하기 곤란한 경우가 발생하고, 고의와 과실을 주관적 성립요건으로 하면 과실의 책임은 주의의 정도를 개개인의 지식이나 능력에 행위의 비난가능에 책임(유책성)근거를 파악해야하나 위에 열거한 새로운 유형의 불법행위는 과실 없이 다중에게 손해를 발생시키는 경우도 있고, 불법행위자가 책임능력이 결여되었거나 행위자가 사람이 아닌 경우(환경오염, 과학기술의 발달 IT관련 산업 등)와 인과관계(因果關係)의 규명(糾明)이 곤란하여 유책성의 관철이 곤란하다. 따라서 현행 민법의 해석론으로 다수설과 판례의 입장인 객관적 과실설에 의

한 과실의 책임 즉 손해배상책임관례를 규율함이 현실적으로 타당하다고 본다(소송규, 1994).

과실의 판단에 있어서 책임능력과 과실의 존부(存否)는 일정한 객관적 기준에 의해 판단되는 것이 바람직하며, 현대사회의 새로운 유형의 불법행위에 대한 과실을 객관적으로 유형화하여 불법행위의 범위를 확대하여 피해자를 두텁게 보호하고 손해의 적정한 전보를 확보할 수 있는 정책적 고려로 판단된다(김주수, 1997).

다만 주관적 과실설의 입장에서 객관적 과실의 모순을 지적하고 있다. 불법행위 성립요건으로 과실을 주관적 요건으로 하면서 과실개념을 객관화함으로 인해 유책성(책임능력)과의 단절하여 고의불법행위에 대해서는 유책성을 요구하고 과실불법행위에 대해서는 객관적 용태(容態)만으로 족하다고 하고 있어 객관적 과실설과 주관적 과실설의 혼돈으로 체계상 일관성이 흔들리고 있고, 과실유무의 판단에 있어서 개인의 비난가능성을 구체적 사례의 표준인의 주의의무를 기준함으로써 불법행위자 개인의 행위에 관해 문제 삼지 않고 있는 점과, 행위자 개인의 주의의무능력이 구체적 평균인 보다 월등한 지식과 능력이 높은 경우에 그 행위자의 과실이 인정되어 유책성을 물어야 됴에도 불구하고 과실이 없는 경우로 판단되어 부당한 결과가 나타나는 법리적 모순이 있다고 비판을 하고 있다(김민규, 1995).

그러나 현대사회의 복잡한 유형의 불법행위와 위험야기요소들의 주의의무위반에 대한 가해자의 침해에 피해자의 손해배상의무를 부과하고 손해의 적정한 전보를 위한 책임능력제도와 객관적 과실설은 조화를 이루면서 그때 당시의 시대적 흐름과 요청에 따라 진화되고 발전되어 나가야할 바람직한 방향이다.

나. 과실의 종류

① 추상적 과실과 구체적 과실

가해자가 법규범상 자기에게 부과된 주의의무를 해태(懈態)함으로써 타인에게

손해를 입힌 경우에 과실이 인정된다. 과실을 행위자의 심리상태로 파악하고 행위자에게 결과발생에 대한 예견가능성과 회피가능성이 있는가를 기초로 판단하였다.

따라서 과실에 있어서 행위자에게 부과되는 주의의무의 정도는 일반인의 능력을 기준으로 객관적으로 결정할 것인가, 또는 특정행위자의 능력을 기준으로 주관적으로 결정되는가에 관하여 객관적 과실설과 주관적 과실설이 대립된다(이은영, 2005).

객관적 과실설에서 불법행위책임에 대한 과실에 관한 관점은 전술한 바와 같이 통상적인 사람을 기준으로 하여 마땅히 아여야 할 의무를 태만히 아였거나 또는 하여서는 아니 될 의무에 위반하여 그것을 행한 경우를 뜻하는 것이라고 이해하는 견해로 다수설(김증한, 1997: 이태재, 1998)과 판례(대판 1967. 7. 18, 66 다 1938; 대판 1994. 11. 8, 94 다 34036)의 입장이다.

과실의 유무와 과실의 경중(輕重)에 관한 판단에 있어서 통상적인 사람이라 함은 보통 추상적인 일반인을 말함이 아니고 행위시 즉 그때그때의 구체적 사례에 있어서의 표준인·평균인을 의미한다. 또한 통상인의 주의의무라 함은 당해 종류의 행위에 대해서 당해의 직업, 지위, 직무에 종사하는 사람으로서 보통 합리적인 간이 기울이는 것이 기대되는 정도의 주의 즉 선량한 관리자(善良한 管理者)의 주의를 표준으로 판단한다.

주관적 과실설에서 불법행위책임에 대한 과실에 관한 관점은 전술한 바와 같이 일정한 지식과 능력을 가진 개인이 일정한 상황 하에서 발생 가능한 결과나 그의 행태(行態)의 불법을 알 수 있었음에도 불구하고 알지 못한 것이라는 이해하고, 행위자에 대한 비난가능성 즉 유책성으로 판단하는 견해이다.

따라서 과실의 유무와 경중에 있어서 과실은 내용상 개인적인 것으로 행위자 개인의 지식과 능력과 개별적 상황에 따라 개인적인 인식가능성 및 결정가능성 여하에 따라 판단한다.

주관적 과실설에서 개인의 주의의무라 함은 개개인의 일상평상시의 주의를 게을리 한 것을 의미하며, 구체적 행위자의 주의능력을 기준으로 하여 당해인(當該人)

이 평상 자기의 사무를 처리하는데 있어서 사용하는 정도의 주의를 표준으로 판단한다(김형배, 1997).

② 경과실(輕過失)과 중과실(重過失)

민법에서는 과실은 부주의의 정도에 따라서 경과실과 중과실로 나누어진다.

경과실이란 통상적인 과실을 의미하는 것으로 다소간의 주의를 결한 경우로 예를 들면 선량한 관리자의 주의(민법 제374조), 또는 거래상 요구되는 주의를 태만히 하는 것(독일 민법 276조 1항 2문)으로 보통 과실이라고 할 때에 경과실을 뜻한다. 그리고 과실은 객관적 또는 추상적으로 정하고 있다. 즉 개별적인 지식이나 인식가능성을 전제로 하지 않고 인간의 거래범위 내에서 필요로 하는 정도의 인식을 표준으로 하는 것이다(소성규, 1994).

중과실은 주의의무를 현저하게 결한 경우로 판례의 태도는 통상인에게 요구되는 정도의 상당한 주의를 하지 않더라고 약간의 주의를 한다면 손쉽게 위법·유해한 결과를 예견할 수가 있는 경우임에도 불구하고 만연히 이를 간과함과 같은 거의 고의에 가까운 현저한 주의를 결여한 상태를 말한다(대판 1991. 4. 9. 90 다 11509호. 선고).

따라서 결과발생을 충분히 방지할 수 있었음에도 불구하고 이러한 주의를 태만한 정도의 주의위무위반이 있는 경우로서 중과실에 대해서는 일반적인 과실 즉 경과실에 비하여 형이 가중되는 경우가 있다.

형법상 중과실죄로서는 중실화죄(형법 제171조) 중과실교통방해죄(형법 제189조), 중과실치사상죄(형법 제268조) 중과실장물에 관한 죄(형법 제364조) 등이 있다. 중과실에 정의는 경과실의 경우와 달리 규정되어 있지 않다. 그러나 일반적으로 중과실이라 함은 현저하게 주의를 결(缺)한 경우로 즉 업무상 또는 거래상 필요한 주의로 누구에게나 명백하게 주의를 기울이지 않는 과실을 말한다고 하고 있다.

원래 과실은 부주의의 정도에 따라 경과실과 중과실로 나누어지는 문제이고 규범적 요소가 포함되어 있는 것은 아니었다.

따라서 양자의 차이는 질적인 것이 아니라 양적인 차이에 지나지 않는다. 경과실과 중과실의 구별은 이론적으로 밝힌다는 것은 곤란하며, 실제의 구체적인 경우에 판정하는 수밖에 없다. 민사책임의 성립요건으로서 과실이 있기만 하면 되므로, 일반적으로 과실이라고 하면 그것은 경과실을 의미한다. 따라서 앞에서 설명한 추상적 과실과 구체적 과실은 결국 추상적 경과실 구체적 경과실에 해당된다고 볼 수 있다. 민법이 특히 중과실을 요구하는 경우에는 중대한 과실이라고 한다(곽윤직, 1998; 민법 제109조 단서; 동법 제735조 등 참조).

③ 고의와 과실의 구별

민법 제750조의 불법행위 성립요건으로 고의 또는 과실을 일반적으로 객관적 위법요건으로 하고 있다. 불법행위가 가해자(加害者)의 고의에 기인(起因)한 경우와 과실에 기인한 경우에 책임의 성립이나 종류에 차이가 있으며, 형법의 범죄의 성립과 민법의 불법행위의 성립요건에 공통적으로 고의를 요건으로 두고 있고, 양 영역에서 고의의 개념의 구분이나 평가가 유사한 점도 있으나 결코 같지 않음을 발견할 수 있다(권용우, 53).

형법에서 고의는 죄의 성립요소인 사실을 인식하지 못한 행위는 벌하지 아니한다. 다만 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외적으로 과실범을 처벌하고 있다(형법 제13조 단서, 동법 14조). 즉 행위자에게 책임을 부담시키기 위한 하나의 조건으로서 범죄사실의 인식을 뜻한다(이재상, 2000).

민법은 고의에 대하여 법률에 규정하고 있지는 않으나 학설·판례에 의하면 가해자가 자기의 행위가 위법한 결과를 발생하리라는 것을 인식하면서 이를 인용하여 감히 행위를 하는 심리상태라고 한다(황적인, 1999).

형법에서는 불법행위의 성립요건으로서 원칙적으로 고의만을 처벌의 대상으로

삼고 과실은 규정이 있는 경우에 한해서만 예외적으로 처벌을 받게 되므로 형사책임에 있어서는 불법행위에 대한 고의와, 과실의 개념에 대한 구별의 실익이 있고 해석론에 있어서 의사주의²⁰⁾와 관념주의²¹⁾로 학설이 나뉘고 있다.

다만 미필적 고의(未畢的 故意)가 고의에 해당하는 의미인가, 과실에 해당하는 의미인가에 따라 형사책임이 달라지므로 이것 또한 구별의 실익(實益)이 존재한다.

또한 민사책임으로서의 불법행위성립의 주관적 요건으로서 고의와 과실을 같은 범주에 포함하여, 손해배상책임이라는 효과의 발생에 있어서 고의와 과실을 특별히 구별하지 않기 때문에 피해자가 손해배상을 청구하는 경우에도 고의 또는 과실에 의한 사실만으로 족하고 고의 또는 과실을 구별할 실익이 없다(권용우, 59).

민법 제750조는 불법행위의 성립요건으로서 고의와 과실을 들고 있다. 통설은 불법행위의 성립요건으로서 고의와 과실을 특별히 구별하고 있지는 않는다. 고의든 과실이든 행위자의 의사에 비난(非難)할 점이 있으면 그것으로 인하여 발생한 손해에 대하여 배상하게 된다. 따라서 원칙적으로 고의만을 처벌하는 형법의 경우와는 다르다. 그러므로 민법에서는 고의와 과실을 구별할 실익은 없게 된다. 그러나 최근에는 고의로 인한 불법행위와 과실로 인한 불법행위를 서로 별개의 불법행위의 유형으로 이해하려는 견해가 있으며 통설도 고의와 과실은 실제상의 효과에 차이가 생길 가능성이 있다는 점을 인정하고 있다

첫째, 고의의 경우에 한하여 불법행위의 성립이 인정되는 가해행위유형이 있다. 예를 들면 채권의 목적인 급부의 실현을 제3자가 방해하는 경우, 제3자가 채무자의 일반재산을 감소시켜 채권자의 이익을 침해하는 경우, 영업활동을 방해하는 경우 등이다. 그러나 이러한 경우에는 단순한 고의만으로는 불법행위는 성립하지 않고 가해자에게 해의(害意)와 양속위반(良俗違反)이 있어야 한다.

둘째, 손해배상의 범위가 고의인가 과실인가에 따라 다를 수 있다. 예를 들면 피

20) 의사주의- 고의를 일정한 결과발생의 의욕, 즉 일정한 결과를 발생케 하려는 의사를 가지고 행위를 하는 것이라고 새기는 견해.

21) 관념주의- 고의의 행위의 결과를 인식하는 것만으로 족하다고 해석하는 주의로 미리 결과를 의욕함을 요하지 않는 점에서 의사주의와 대립된다. 고의와 과실을 구별하는 데 있어서 형법학상 논란이 있으나 민법상으로는 고의와 과실을 동일한 평가를 함으로써 양자의 구별의 실익이 없다.

해자에게 있어서 특별하게 애착이 있는 기념품을 고의로 훼손한 경우에는 피해자는 고의의 가해자에 대해서 특별한 정신적 손해에 대해서도 손해배상을 청구할 수 있다.

셋째, 손해배상액의 산정에서 가해행위가 고의로 이루어진 경우에는 과실의 경우보다도 다액의 배상액이 산정되어야 할 것이다. 또한 과실상계(過失相計)에 대해서도 가해자에게 고의가 있는 경우에는 피해자의 과실을 거의 고려하지 않아야 할 것이다(소성규, 1994)

생각건대 민사책임은 형사책임과 같은 질적인 차이가 아니고 과실에서 중과실과 경과실과의 사이에 비난가능성에 대한 정도의 차이가 인정되는 것과 같이 고의와 과실의 비난성에 대한 정도의 차이의 문제와 손해배상의 산정에 있어서 범위를 달리 한다고 판단된다.

표 6. 형법과 민법상의 고의·과실의 정의에 대한 비교

구 분		내 용	법 규정
형 법	고의	법률에 위반되는 행위라는 것을 알면서 즉 범죄사실을 인식하고 구태여 결과를 야기시키는 행위가 고의에 의한 행위이다. 고의에 의한 행위가 과실에 의한 행위보다 책임비난이 크고 그 형도 중(重)하다는 것은 당연하다.	제13조
	과실	일시적으로 부주의한 과오로 인하여 범죄의 결과를 야기시키는 행위로 고의와 구별된다. 고의 없는 행위는 처벌하지 않는다. 다만 법률에 특별한 규정이 있는 경우에는 예외적으로 과실범을 처벌하고 있다	제14조.
민 법	고의	일정한 결과의 발생을 의욕하거나 또는 그것이 발생할 것을 인식 또는 예견하고 이를 용인(容認)하여 행동하는 주관적인 심리상태를 말한다.	제750조
	과실	자기의 행위가 위법인 가해행위가 된다는 것을 부주의로 인하여 몰랐을 때 성립한다.	제750조

2. 불법행위책임의 기능

1) 손해전보기능(損害填補機能)

현대에 있어서도 불법행위책임제도의 주요한 목적 내지 기능이 피해자에 대한 손해의 회복을 제1목적으로 하고 있다는 것은 이론의 여지가 없는 사실이다.

일반적으로 손해배상의 최고의 가치는 피해자에게 생긴 손해를 공평·정확하게 계산해서 피해자에게 전보하는데 있다고 한다. 즉 개인의 이익을 옹호하는데 있다고 한다. 물론 여기에서의 손해전보는 불법행위로 인해 피해자에게 생기는 모든 손해가 전보된다는 의미는 아니다. 현행 불법행위법이 유책성(有責性) 원칙을 취하고 있기 때문에 가해자에게 책임이 있는 것을 전제로 해서 발생한 손실을 피해자에게서 가해자에게 전가(轉嫁)하는 것이다. 따라서 가해자가 존재하더라도 가해자에게 과실이 없다면 피해자의 손실은 전보되지 않는다.

결국 피해자의 손해가 전보되는지의 여부는 가해자의 과실의 유무에 달려있다. 불법행위의 성립요건 중 피해자가 가해자의 과실을 입증할 수 없는 경우에 손실전가를 할 수 없음은 물론이다. 또 가해자에게 귀책사유(歸責事由)가 존재하는 경우에도 피해자에게 부주의가 인정되는 경우에는 손실의 일부는 과실상계(過失相計)²²⁾에 의하여 피해자가 부담하여야 한다(김천수, 1997).

그런데 현대사회에서 산업기술이 고도로 발달됨으로써 가해자 측에 과실이 없어도 손해가 발생하는 사례가 많이 되고 게다가 가해자 측에 과실이 있다고 생각되는 경우에 있어서도, 복잡하고 고도한 산업 활동에서 생기는 손해에 있어서 일반적인 피해자가 가해자의 과실을 입증한다는 것은 대단히 곤란 하다. 그로 인해 가해자에게 손실의 전가가 되지 않고 피해자의 모든 손실이 그대로 방치된다고 하는

22) 과실상계 : 불법행위의 가해자는 불법행위의 발생에 피해자 쪽에서도 책임의 일단이 있는 경우에 피해자의 부주의로 이미 발생한 손해를 크게 한 경우에 손해배상을 하는데 있어서 이런 사정을 참작할 필요가 있다. 민법은 손해배상금액을 감액해야 할 뿐만 아니라 경우에 따라서는 배상책임을 없게 할 수도 있다(민법 제396조)고 규정하고 있으며 불법행위의 경우에도 민법 제396조를 준용(準用)하고 있다(민법 제763조).

사태가 많이 발생하게 되었다.

즉 손해전보라는 관점에서 보면 불법행위제도는 더 이상 기능을 발휘할 수 없게 된 것이다. 판례와 학설은 과실요건에서 예견가능성을 용이하게 인정하거나 결과 회피의무(結果回避義務)를 고도화·엄격화하는 등의 방법을 통해, 더 나아가 과실을 추정하여 손해전보에서의 장해를 제거하려는 노력을 하기도 하지만 그러한 노력에도 한계가 있다. 어떤 종류의 위험은 과실을 요건으로 하지 않고도 손실의 전가를 할 수도 있다고 하기에 이르렀다. 그래서 무과실책임론(중간책임)과 유사한 위험원인 지배형인 위험책임 등 과실없이 다중의 피해자를 양산하는 현대 산업사회에서 피해자를 보호하고 기업이나 환경적 문제나 스포츠시설의 소유자·점유자에게 다시 말해 가해자에게 정당성을 부여하고 양당사자 즉 가해자에게는 면책의 법리나 감경의 사유의 논거와 피해자에게는 배상책임을 인정하는 양 당사자간에 윈-윈의 좋은 결과를 도출하기 위한 대책이나 법안의 모색이 필요함이 절실한 상황이다.

그러나 무과실책임(無過失責任)에 있어서도 그 유형이 다양하기 때문에 가해자에 대한 책임추급이라는 구조를 취함으로써 가해자를 특정하여 배상청구를 한다면 손해는 전보되지 않는다(김천수, 1997).

결국 과실책임, 무과실책임을 묻지 않고 가해자의 행위와 손해 사이에 인과관계가 존재하는 것이 손실전가의 요건이 되고 만다. 그렇지만 환경공해, 가스사고 원자력, 의료과오, 스포츠 시설물(공작물의 점유자·소유자의 책임)의 관리나 보존의 하자(瑕疵) 등 스포츠 종목의 특수성에 의한 사고 등의 현대적 사고에 있어서 인과관계의 입증은 결코 용이(容易)한 것이 아니다. 여기에서도 판례, 학설은 피해자의 인과관계 입증의 부담을 경감하기 위하여 개연성설(蓋然性說)이라든가 역학적 인과관계(因果關係)에 의한 입증(立證)방법 등을 주장하여 법률상 손실(損失)을 전가하는 데에는 인과관계의 엄격한 입증을 요하지 않지만 피해자에 대한 현실적인 입증부담은 여전히 무겁다. 또 가해자의 입증에 성공하였다 하더라도 가해자가 무자력(無資力)이면 손해는 전보될 수 없다는 문제도 있다(진송범, 1992).

이상 본 것처럼, 불법행위법의 제1목적, 기능이 손해전보라고 하지만, 불법행위 제도는 손해전보로서 여러 가지 제약(制約)을 가지고 있다. 과실과 인과관계의 존부(存否)문제로 당사자간에 다툼이 있는 한 개개의 케이스마다 최종적으로 법원이 그 요건의 유무를 판단해야 하고, 피해자로부터 가해자에게 손실을 전가시켜야 하는가를 결정해야 한다. 이러한 과정에 소요되는 비용은 대단히 높다. 단지 소송수행에 지출하는 금전적인 비용 뿐 만 아니라 손해전보를 얻기까지의 시간과 노력도 대단한 것이다. 따라서 위의 비용을 부담할 능력이 없는 피해자는 현행 불법행위 제도로서는 손해를 전보할 수 없게 된다(김천수, 1997).

따라서 스포츠 불법행위(신체적 침해, 스포츠시설물의 설치 및 관리의 하자 등의 책임, 감독의 주의의무 등)에 있어서 민·형사상의 책임의 귀책사유나 손해발생간의 인과관계의 구조를 스포츠의 현장에 적용하는 데에는 무리가 있으며, 현재 불법행위법상의 결과불법론(結果不法論)에 의한 책임을 추급하기에는 가해자에 너무 과중하고 행위불법론(行爲不法論)에 의해서 행위자 개개인의 스포츠 종목에서 기능과 실력의 차이에 의한 신체적 침해나 사고시에 고의 혹은 과실, 위법성의 판단이 대단히 어려워 스포츠의 전문가에 의한 법적 판단이나 감정 없이 법원의 법리 및 실체적 판단(實體的判斷)에 맡긴다면 스포츠의 본질이나 특성을 고려한 판단도 사고의 당사자가 결과의 책임을 승복하기에 무리가 있다고 판단된다. 그리고 불법행위의 주관적·객관적 성립요건의 필요·충분조건에서 과실과 위법성의 판단이나 의미가 현재 학설이나 통설의 경우에 과실과 위법성의 개념이 교차(交叉)되거나 혼돈상태에 놓여 있어 법 영역의 과실의 교차나 위법성에 과실의 개념을 포섭한 해석의 문제는 법 영역의 순수한 연구영역으로 계속 발전적하고 현대사회의 복잡한 산업 과학 사회문화 구조의 틀에 맞는 법리의 해석이나 판례를 통해 법감정의 의견이 통일되거나 정리되어 법의 관습성이나 판례의 축적으로 해결점을 찾을 것으로 본다.

이와 같이 불법행위제도는 다른 피해자구체제도와 비교할 때 손실전가의 용이(容易)라는 측면에서는 좋은 제도라고 말할 수 없다. 바꿔 말하면, 재해보험형의

피해자구제제도에서는 피해자가 제도가 예정하는 유형의 사고(예를 들면 노동재해, 자동차사고 등)로 손실을 받은 경우에는 손실의 원인을 만든 자의 특정과 그자에게 과실이 있다는 것을 확정할 수 없는 손해까지도 전보된다. 이러한 불합리를 스포츠불법행위도 기존의 민법의 불법행위론(책임)에 주장되는 과실개념의 유형화로 개념의 교차나 모호성을 보완하고 해결책을 찾는 노력을 스포츠영역의 불법행위(고의·과실에 의한 사고, 스포츠 시설물의 점유자 소유자 책임 등)에 적용 가능하다고 판단되며, 스포츠 불법행위의 유형을 스포츠종목마다의 각각의 특성과 본질의 개념으로 구체적이고 객관적인 불법행위의 유형을 제시함으로써 스포츠 현장에서 피해자의 구제나 보호뿐만 아니라 가해자의 면책이나 책임의 소재를 명확히 확정함으로써 양당사자의 보호나 구제에 충실할 수 있으며 스포츠의 본질과 특성을 해치지 않을 것이며, 현대사회의 인권의식의 강화와 사회분위기에서 자칫 피해발생에 해결방법으로 당사자간의 원만한 해결이 이뤄지지 않을 경우 법적소송에 의한 손해배상책임을 물을 경우 스포츠활동이나 스포츠게임이 법적다툼으로 선수 및 사제지간에 소송의 상대방으로 전락되는 상황이 없다고 볼 수 없고 이로 인한 스포츠 발전이나 진흥에 장애물로 인식되어 스포츠활동이나 참여 지도에 소극적이고 수동적으로 운영되어 스포츠의 진흥이나 발전의 저해는 물론 스포츠활동이나 참여를 위축시킬 것으로 본다(김천수, 1997).

따라서 스포츠불법행위에 대한 명확한 기준과 객관적인 유형을 제시하여 스포츠불법행위로 인한 피해자의 구제와 보호에 손실에 대한 배상이 전보될 수 있게 해야 한다고 본다.

2) 손실분산기능(損失分散機能)

손해전보가 불법행위제도의 최우선의 목적임이 틀림없다. 손해전보가 피해자중심으로 파악하는 기능이라면 가해자측의 중심으로 파악하면 가해자의 경제적 자력에 의한 피해에 대한 부담으로 손실전보기능을 보완하고 강화할 수 있는 기능으로

손실분산기능의 역할이 의미가 있다. 불법행위제도의 취지나 목적이 손해전보이지만 가해자의 경제적 자력이 없거나, 있다고 하더라도 손해전보에 의해 사회 및 경제생활을 영위하기 어려운 경제적 위치에 처한다면 피해자의 보호나 구제가 불법행위제도의 이상적 목적을 달성한다 해도 가해자측면에서 손실의 부담이 가혹하다 아니 할 수 없다. 이러한 문제점을 고려한 손실분산기능의 의의이며, 특징이라고 판단된다(김천수, 1997).

불법행위제도의 손해전보기능을 역으로 가해자의 측에서 보면 불법행위제도에 의해서 손실을 부담한다는 의미가 있다. 가해자의 과실로 인하여 피해가 발생했을 때에는 피해자보다는 가해자가 손실을 부담하는 것이 공평하다고 생각된다. 그러나 무과실책임의 경우에는 왜 가해자가 손실을 부담하는 것이 공평한가라는 문제가 발생하는데 이 경우로는 기업의 생산품, 제조물의 책임·환경침해·오염·공해·스포츠시설이나 대규모 스포츠행사나 이벤트 등의 현장에서의 소음피해 등이 이에 해당될 것으로 본다. 따라서 그 손실을 가해자에게 부담시키면 이 손실은 가해활동에 의해서 생산되는 제품 가격의 상승으로 연결되거나 또는 책임보험과 같은 것에 분산될 것이고 그 결과 가해자에게 손실이 집중되지 않음으로써 가해자의 경제적 지위를 급격하게 변경시키는 등의 사회적인 악영향이 줄어든다. 따라서 가해자에게 손실을 부담시키는 쪽이 피해자에게 부담시키는 것보다도 타당하다는 견해가 있다(김천수, 1997).

이와 같이 손실을 분산하는 것은 사회적 손실을 경감시켜주기 때문에 손실분산보다 용이한 손실보상제도가 바람직하다는 생각도 있지만 한편 손실이 넓게 분산되게 되면 개개의 가해자의 손실부담이 현저하게 가벼워짐으로써 사고에 의한 손실발생의 억지적 기능(抑止的 機能)을 줄게 된다고 하여 손실분산기능에 대해서 역기능을 비판하는 견해도 있다.(조정호, 1993).

불법행위제도는 귀책사유가 존재하면 피해자에게 생긴 손해를 가해자에게 전가하려는 것이기 때문에, 제도 그 자체 중에는 손실분산기능을 가지고 있지 않다. 따라서 불법행위법에만 의한다면 가해자 또는 피해자에게 손실이 집중될 우려가 있

다. 가해자의 위법행위가 불법행위의 성립요건을 충족시키고 있다는 것을 피해자가 입증한다면 그에 대한 손해는 전적으로 가해자가 질 것이나, 그러한 요건들을 피해자가 입증하지 못한다면 손해는 피해자가 감수하여야 하는 것이다. 그래서 가해자가 사업자일 경우에는 가해자는 사고로 인한 손해를 미리 예측해서 이것을 사업 활동비용으로서 계상(計上)할 수 있는 것이다.

예를 들면 제품가격에 부가해서 제품구매자 사이에 손실을 분산할 수도 있는 것이다. 그렇지만 가해자의 경쟁력과 시장의 상황에 따라 항상 손실을 제품비용에 부가할 수는 없다. 또한 불법행위제도가 책임보험과 결부되는 경우에는 가해자는 미리 책임보험에 가입함으로써 사고로 인한 손실을 보험집단 사이에 분산시킬 수도 있다. 가해자에게 과실이 있는 경우에도(고의, 중과실이 없는 한) 책임보험에 의해 해결할 수 있기 때문에 과실책임의 토대에서 보험에 의한 손실은 분산된다. 즉 불법행위제도는 책임보험(責任保險)과 결부됨으로써 손실분산기능을 충분히 할 수 있다. 그때 손실이 분산되는 것은 가해자로 될 가능성이 있는 자의 집단이다. 손실분산 그것 자체가 피해자구제제도의 주목적이라고 생각된다면, 할 수 있는 한 넓은 범위의 사람 사이에 분산하는 것이 바람직할 것이다. 그러나 누구에게 분산시키는가에 대해서는 제도의 다른 목적에 중대한 영향이 있고, 혹은 사람들의 정의감 내지 상식에 반하는 것도 있을 것이다.

예를 들면 자동차사고에서 생기는 손실을 자동차를 운전하지 않는 자 사이에 분산하게 되면 그와 같은 분산방식은 사고의 억지(抑止)에 연결되지 않거나 사람들의 정의감정에 반하는 것이 될 것이다. 게다가 손실을 분산하는 때는 그것을 위한 제도관리비용의 효율성도 고려해야만 한다(김천수, 1997).

불법행위제도와 책임보험이 결합한 손실분산방식에서는 사고의 원인이 될 가능성이 있는 자 사이에 분산이 행해지지만, 보험회사와 피보험자 사이의 개별보험계약을 통하여 출연을 할 수 있다. 손실분산기능만 본다면 다른 제도들이 불법행위 제도보다 더 우수하다고 보아야 하겠다.

3) 예방기능

불법행위제도는 가해자에게 손해배상책임을 지게 함으로써 가해행위를 억제하는 기능을 한다. 과실 책임은 타인의 권리를 침해하지 않도록 행동해야 할 의무의 이행을 부담하는 기능을 한다. 또한 무과실책임도 심리적 강제에 의한 예방기능을 갖는다. 불법행위제도는 이 예방기능을 통하여 사회통제의 한 수단이 될 수 있다. 그러나 이런 예방기능을 어디까지 전보기능의 부차적인 역할을 하는데 지나지 않는다고 하고 있으나, 앞으로는 더욱 중요한 기능으로 작용할 것으로 본다(진송범, 1992).

4) 권리보호의 기능

권리보호는 법질서의 중요한 사명이므로 불법행위제도에 의한 권리보호의 기능은 일정한 경우에는 제도의 목적으로까지 높일 필요가 있다. 다시 말하면 생명, 신체에 관한 권리와서와 같은 특별한 법적보호를 할 가치가 있는 권리로 예를 들면 스포츠선수나 스포츠 팀이나 단체에 소속되어 있는 경우 양 당사자간에 상대적(피해자)으로 대등한 관계가 아닌 불리한 위치에 놓임에 따라 불법행위로 인한 피해가 발생할 경우에, 고소·고발 또는 손해배상청구소송을 제기하는데 곤란할 경우가 있을 것이다. 스포츠의 특성과 본질을 고려한 스포츠불법행위로 인한 손해발생시에 피해자의 보호나 구제를 위한 보다 용이한 손해배상책임을 청구할 수 있는 특칙이나 약관(約款) 등 특별히 법적보호를 받을 수 있는 장치를 마련하여 생명신체에 관한 권리침해로 손해의 발생시 불법행위규범은 최소한도의 법적 보장을 받게 하는 것이다(소송규, 1994).

5) 제재(制裁)기능

손해배상제도는 단지 피해자에게 생기는 손해를 전보하는 기능만을 가지고 있는 기능이 아니고, 위법한 행위에 대해 손해배상책임을 부과함으로써 가해자에게 제재를 가하는 기능을 가지고 있다고 생각할 수 있다.

중전의 통설은 불법행위에 대한 법적책임을 구별하여, 형사책임은 불법행위에 대한 신체적 강제에 의한 제재나 예방 역할을 담당하여, 피해자를 보호하고 구제하는 데는 미흡하고 피해자의 경제적 손실에 대한 구제나 보상측면에서 손실전보나 손실분산기능의 민사책임으로 파악하여 민사책임과 형사책임을 엄격히 구분해 왔는데, 오늘날 많은 위험성을 가진 가해행위에 의해 대량으로 발생하는 인적·물적 손해에 대해서 중전의 전통적 기능만으로는 새로운 가해행위의 재발을 효과적으로 방지할 수 없게 되었다(조정호, 1993).

따라서 이러한 문제점을 보완하기 위해서는 오늘날에는 민사책임과 형사책임을 통합하여 설명하려는 추세이고 또한 민사책임에서도 제재적 기능과 가해행위 억제 기능을 강조하는 경향으로 손해배상책임에 있어 손해배상액을 실손해액보다 더 많이 부과하고 있고, 형사책임에서 자동차사고의 경우에 형사소송의 절차에서 형벌적 기능과 훈형(訓刑)적 기능의 책임을 묻는 경우에 피해자의 경제적 손실과 신속한 해결을 위해 형사소송과 결합한 민사조정제도²³⁾두어를 민·형사 책임의 통합 및 조화현상이 뚜렷이 나타나는 경향이며, 이는 피해자의 소송의 병행에 의한 시간적·경제적 손실의 부담을 줄이고 신속한 구제와 해결을 모색하고, 가해자나 제3자가 불법행위를 범하지 않도록 민·형사분야에서 법적인 장치를 마련함으로써 형법영역에서 뿐만 아니라 민법영역에서도 제재(制裁)나 억지적(抑止的) 기능과 예방기능을 담당할 수 있게 된다. 또한 불법행위제도의 제재나 억지, 예방을 위한 선진국의 사례를 살펴보면, 영미에서는 징벌적 손해배상제도를 두고 있는데 우리나라

23) 민사조정제도는 넓은 뜻으로 민사에 관하여 분쟁이 발생했을 때에 행해지는 조정을 말하며 법률 4202호로 민사조정법을 규정하고 있다.

라의 민·형사상 실정법체계에서 이 징벌적 손해배상제도의 장점을 벤치마킹한 제도나 장치를 마련한다면, 매우 바람직하고 효과적일 것으로 본다. 이 제도는 불법행위가 특히 비난을 받아 마땅하다고 여겨지는 경우에 그러한 행위자에게 실손해액 보다도 더 많은 다액의 배상금을 부과하여 가해자의 악의성에 대해 징벌함으로써 가해자 및 제3자가 그와 같은 행위를 하지 않도록 하는데 그 목적을 두고 있다(조정호, 1997).

그러나 우리나라 민법의 현실은 손해배상책임에 있어서 가해자의 고의와 과실을 구분하지 않고 동일가치로 평가하여 피해자에 대한 손해의 전보만을 실현하고 있다. 이러한 책임원리에 의한다면 지능적이고 계획적인 고의불법행위의 억제를 더 이상 기대할 수없게 되고, 또 불법행위의 종류에 따라서는 재산적 실손해의 배상만으로는 피해자의 구제에 충분하지 못한 경우가 있다. 또는 손해배상이 책임보험과 결부되는 경우에는 그러한 경향은 더욱 현저하게 나타나게 될 것이다. 따라서 이러한 문제점을 보완하기 위해서는 영미법에서의 징벌적 손해배상의 법리와 적용을 우리의 법현실에 도입하는 것이 불법행위의 예방, 억제에 효과가 뚜렷하게 나타날 것으로 예상된다(김천수, 1997).

결국 불법행위의 손해배상제도의 중심적 기능이 민사책임에 의한 손해전보나 제제기능 또는 억지기능의 중요성 뿐 만아니라, 제제기능의 강화와 억지적 기능의 보완작용으로 영미의 징벌적 손해배상제도의 도입의 필요성을 다음에 근거로 제시하고자 한다.

첫째, 형법상 책임측면은 현대사회의 다양화와 산업화에 의한 복잡하고 예상치 못한 불법행위범죄가 발생하기도 하고, 또한 발생을 예측하고 있다고 하더라도 중대한 고의나 과실에 의한 불법행위시 경한 불법행위까지 포함한 각각의 사건을 모두 형사상 절차를 따른다면 가해자나 피해자 모두의 경제적 시간적 손실과 형이 확정일 때 까지 피의자로서의 신분과 피해자의 신속한 보호가 늦어져 양당사자는 소송에 자유로울 수가 없는 위치임이 분명하다, 이와 같이 피해자의 신속한 구제와 가해자의 불리한 신분에서 빠른 신분의 확정은 양당사자 모두에게 경제적

· 시간적 이익이므로 징벌적 손해배상을 부과하여 불법행위의 억지하고 예방하는 기능으로 매우 효과적이다.

둘째, 민사상 책임측면은 손해배상책임은 보상적 작용으로써 손해전보나 분산기능으로서 역할로 법적책임을 다한다는 법정서가 팽배하다고 한다면 일정부분은 불법행위에 대한 제제나 억지 또는 예방기능의 역할을 담당하겠지만, 과학기술의 발달과 산업화와 현대사회의 다양성으로 인한 새로운 유형의 불법행위 즉 공해, 환경, 가스사고, 원자력, IT관련불법행위, 스포츠불법행위 등 고의·과실의 증거가 어렵고, 위의 불법행위에 의한 민사책임을 확정으로 손해액을 부담한다 해도 손해부담의 효과보다 오히려 불법행위를 행하여 얻는 이익이나 효과가 크다면 손해배상제도의 목적을 달성 하는 데는 무리가 있다(김천수, 1997).

스포츠불법행위를 구체적으로 나열하면 과도한 반칙, 응급조치나 안전사고에 대비한 보험가입 없는 스포츠행사, 금지약물의 복용, 승부의 조작, 심판의 매수, 투기경기에서의 고의적, 과도한 기술에 의한 중대한 사고 등에서 불법행위에 의한 민·형사책임을 묻는 경우라도 오직 승리에 집착하여 각종 불법행위를 자행하더라도, 민·형사 책임에 의한 경제적 신체적 손실을 부담보다는 위법한 행위로 얻게 되는 반사적 이익(反射的 利益)이 크다면 일반적 평균인이라도 후생경제학의 가격이론²⁴⁾에 따른 효용의 법칙에 의하지 않더라도 후자의 경우를 더 추구하고 선택할 것이라는 예상은 인간의 이기의 극치이며 인지상정일 것이다.

따라서 손해배상의 측면에서 보상적 작용과 훈형적 작용을 보충하고 피해자를 두텁게 보호하고 가해자나 제3자의 불법행위에 대한 제제 또는 억지작용으로 징벌적 배상제도를 도입하여 사회·경제적 정신적·신체적으로 과중한 부담을 지움으로써 불법행위의 획기적인 억제와 훈형적 기능으로서 가치 있는 제도임이 틀림없다.

24) 후생경제학의 가격이론은 예일대학의 Guido Calabresi의 견해로 기업의 경제활동에서 생기는 손해를 그 경제활동의 비용에 산입하면 경제활동의 주체는 그 비용을 회피하거나 감경하려고 하기 때문에 결과적으로 손해발생 예방을 위해 투자를 하거나 그 방식을 변경해서 손해발생을 방지하려는 노력을 하게 된다는 것이다. 스포츠불법행위로 인해 손해배상의 비용과 사고방지를 위한 비용을 비교해서 후자의 경우가 비용의 지출이 적다면 합리적으로 후자를 선택하는 즉 가격내지 시장 메커니즘을 통한 최적상태가 되어 사고의 억제에 기여하고 최근에 예방적 기능역할을 담당할 것이라고 주장하는 논문도 있다(김천수, 1997).

3. 불법행위책임의 분화

1) 민·형사책임의 분화

오늘날 불법행위는 국가에 의한 형벌권과는 달라서 개인의 법익침해로 인한 대개 인적 책임의 추구를 본래의 취지로 하고 있으므로 불법행위로 인한 손해배상청구권은 순전히 사법상의 권리이다. 그런데 불법행위는 동시에 범죄가 되는 수가 적지 않다. 즉, 어떤 불법한 행위가 행하여지는 경우에 그 행위자에 대한 법률적인 반응으로서는 형사상의 형벌과 민사상의 손해배상과의 둘이 있으니 전자를 「형사책임」 후자를 「민사책임」이라고 한다. 예컨대, 갑이 운전부주의로 을을 사망케 한 경우에 갑은 한편으로는 업무상과실치사죄가 성립하게 되어 형사책임을 지게 되며(형법 제268조), 다른 한편으로는 을의 직계존속, 직계비속 및 배우자에 대하여 손해배상의 책임을 져야 할 민사책임이 발생함과 같다(민법 752조).

이 두 책임은 오늘날의 법제에 있어서는 엄격히 준별(구별)되어 있으나, 역사적으로는 인류의 문화가 발달하지 못한 고대와 중세의 사회에서는 뚜렷한 구별이 없었다. 즉, 고대나 중세에 있어서는 민사책임과 형사책임은 일괄적인 하나의 법체제로 되어 있어 그 책임추궁의 방법으로 인정된 복수 안에 미분화상태로 되어 있었다.

불법행위에 대한 민사책임의 발전과정은 형법상의 응보주의와 그 근본 사상을 같이 하는 동해보복(Talio-동해형: 눈에는 눈, 이에는 이)사상이 속죄금으로 전화하는 가운데도 볼 수 있다. 즉 로마법에 있어서의 최초의 법전인 십이표법(*lex duodecim tabularum*)에서도 가해행위로 인한 손해와 같은 정도의 손해를 가해자에 대해서 보복하는 규정을 두었으나, 이러한 동해보복은 원시적인 단계의 복수의 유물이므로 복수에 내포된 참혹성을 없애기 위하여 재판관은 가해자로 하여금 이에 대치될 속죄금을 피해자에게 교부시킴으로써 피해자의 감정을 유화, 상실시키려고 하였으니, 이것이 민사책임인 금전배상의 형태로 발전되었던 것이다. 그러나

이 경우의 불법행위책임이 단순한 손해배상책임이 아니라 가해자의 처벌을 목적으로 하는 것이어서 오늘날과 같은 민사책임, 형사책임의 분화는 아니었다(권용우, 1995).

게르만법에 있어서도 불법행위에 대한 반응은 역시 복수였다. 그런데, 게르만의 사회에 있어서도 아주 제한된 경우를 제외하고는 불법행위는 모두 속죄금에 의하여 해결되었으며, 그 속죄금은 손해배상의 성질을 가진 벌금이었다고 한다. 이로 미루어 보아 여기에서도 민사책임과 형사책임은 미분화의 상태였음을 알 수 있다.

로마법이 계수되었던 근세초기에는 이미 사회의 중심세력인 국가권력이 굳어져서 형벌권은 국가가 이를 독점하게 되었으나, 불법행위제도가 순수한 사법적 제도로서 독립하는 데에는 긴 세월을 필요로 하였다. 즉, 독일 보통법학은 로마법을 계수한 후에도 로마법에 있어서의 여러 제도를 충실하게 모방하고 그에 따르려고 하였기 때문에 로마법의 사적 불법행위의 형벌적 효과는 상당한 기간 동안 그대로 유지되었다. 그러나, 그 후 자연법학파의 영향으로 보통법에소도 형벌적 효과는 사법상의 불법행위에 기인한 소권의 내용으로부터 점점 분리되어 갔고, 불법행위는 순수한 사법적인 손해배상채무의 발생원인으로서 확립되게 되었다. 이렇게 볼 때, 민사책임과 형사책임의 분화는 근대법에서 비로소 완성된 것임을 알 수 있다(권용우, 1998).

2) 민·형사책임의 접근

형사책임과 민사책임의 분리(分利) 또는 준별(峻別)이 근대법의 원칙으로 확립되어 불법행위의 억제 등 사회통제의 수단이라는 관점에서 형법은 형사벌(刑事罰)을 민법은 손해배상을 각각의 독립적 보호법익을 둠으로써 형사책임과 민사책임의 영역이 분리되어 있다. 그러나 아래에 열거하는 사실상의 관계를 상세히 고찰하면 민·형사 책임이 반드시 독립되어 있다고 할 수는 없다.

불법행위로 인한 분쟁시 화해(和解)²⁵⁾의 성립이나 민사책임의 완수 여부가 고소

의 취하(取下), 양형(量刑)의 경중(輕重)이나 기소, 불기소의 결정에 영향을 준다. 또한 오늘날 민사책임과 형사책임은 제도상 민사재판과 형사재판으로 분리, 처리되기 때문에 동일한 사실에 대해서도 양 재판 간에는 상위한 결과가 발생할 수 있다.

예를 들면 과실에 의한 인신침해는 민사책임 뿐만 아니라 형사책임의 성립요건이기도 하지만, 형사에는 과실이 없으면 무죄로 되면서 민사에서는 과실 있다 하여 배상책임을 인정한다든가 또는 명예훼손의 경우에 형사상은 명예훼손죄가 안되지만, 민사상으로는 명예훼손에 의한 손해배상이 인정되는 일이 있을 수 있고, 불법행위로 인한 형사사건의 경우에 변호사가 먼저 피해자 측과 민사화해를 시도하고 탄원서제출을 종용하는 것이라든지, 사실상 민사 분쟁을 해결하는 수단으로 고소·고발을 병행하여 활용하고 있는 것은 많이 보는 일이다(진송범, 1992)

따라서 불법행위에 대해서 보호법익인 공익과 사익을 동시에 침해한 경우에, 형법의 가해자의 재제의 의한 억지 또는 예방목적과 민법의 손해전보의 목적을 유기적(有機的) 관점(觀點)에서 민·형사책임을 조화하거나 통합을 시도함이 타당하다. 현대 산업사회의 많은 위험성을 가진 가해행위로 인한 대량으로 발생하는 인적·물적 침해에 대해서 이러한 가해행위억제를 강조하는 것이 법의 이념에 반한다고 할 수는 없으며, 행정처분이건 민·형사책임이건 법질서 전체에서 보면 다같이 위법행위자 자신이 지는 부담인 것이고, 그로 인하여 법질서를 유지하려는 점에는 차이가 없다. 형사책임과 민사책임은 사회적 통제의 법적 수단으로서 공통목적 하에 각기 그 기능을 발휘하지 않으면 안 되며, 다만 복잡하고 예기치 못한 오늘날 사회문제나 각종 불법행위의 대부분은 이들 법적 통제수단을 유기적으로 결합해서 행사하지 않으면 효과적인 해결이 어려워, 민·형사 책임의 준별에 의한 양 책임의 독자영역을 존치(存置)하면서, 양 책임의 조화 또는 접근이 바람직하다고 판단된다(이영만, 1993).

25) 당사자가 상호 양보하여 당사자 사이의 분쟁을 중지할 것을 약정함으로써 성립하는 계약의 일종이다(민법 제731~732) 화해계약의 효력으로서는 그 법률관계가 약정한대로 확정되며 법원은 소송의 정도여하에 불구하고 화해(和解)를 권고하거나 수명법관 또는 수탁판사로 하여금 권고하게 할 수 있다(민사소송법 제135조)

따라서 이러한 문제점의 해결을 위한 입법으로 1981년 1월 29일 법률 제3361호 소송촉진 등에 관한 특별법²⁶⁾을 제정하였는데 동법은 피해자에 대한 신속한 배상을 위하여 배상명령제도(동법 제25조 이하)를 두었다. 양 책임의 상호영향을 허용하는 대표적인 예는 교통사고처리특별법의 형사처벌면책에 관한 규정이다.

이 특별법은 과실에 의한 자동차사고에 있어서 피해자의 불처벌의 의사가 있거나 (이는 실제로 피해자에 대해 충분한 손해배상을 해 주었음을 의미) 또는 자동차사고자가 전액의 손해배상을 해 주는 책임보험에 가입된 경우에는 가해자에 대한 형사처벌의 공소제기(公所提起)를 금지한다(동법 제3조2항, 제4조). 그 결과 민사책임법에 의한 손해배상이 형사적 제재까지 면제시키는 효과를 된다(이은영, 1989).

즉 제 1심 또는 제 2심의 형사공판절차(刑事公判節次)에서 형법 제257조 제1항(상해 등), 제258조 제 1,2항(중상해 등), 제259조 제 1항(상해치사), 제262조(폭행치사상), 제26장(과실사상), 제38장 내지 제40장 및 제42장에 규정된 범죄에 관하여 유죄판결(有罪判決)을 선고하는 경우에 법원은 직권 또는 피해자나 그 상속인 등의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 손해 및 치료비 손해의 배상을 명할 수 있게 하고(동법 제25조 이하) 이에 민사판결(民事判決)과 같은 효력을 인정하였다.(동법 제34조). 동법률은 피해자 등의 실질적인 신속한 구제 내지는 민·형사책임의 접근을 시도한 획기적인 입법이다(진송범, 1992).

본 연구의 중심논점인 스포츠불법행위영역에서 부연하자면 스포츠영역에서 주5일제의 확대실시와 건강을 중시하는 웰빙 트렌드와 스포츠를 문화의 개념으로 인식하여 스포츠활동의 참여가 대중화되고 활성화되면 될 수록 다양한 형태의 스포

26) 소송촉진 등에 관한 특별법(1981년 제정) 즉 제 1심 또는 제 2심의 형사공판절차에서 형법 제257조 제1항(상해 등), 제258조 제 1,2항(중상해 등), 제259조 제 1항(상해치사), 제262조(폭행치사상), 제26장(과실사상), 제38장(절도와 강도의 죄) 내지 제40장(황령과 배임의 죄) 및 제42장(손괴의 죄)에 규정된 범죄에 관하여 유죄판결을 선고하는 경우에 법원은 직권 또는 피해자나 그 상속인 등의 신청에 의하여 피고사건의 범죄행위로 인하여 발생한 직접적인 물적 손해 및 치료비 손해의 배상을 명할 수 있게 하고(동법 제25조 이하) 이에 민사판결과 같은 효력을 인정하였다.(동법 제34조).

츠불법행위의 사고유형이 나타날 것이 예상 되는 바 불법행위로 인한 법적책임을 물을 때 민형사책임의 적용에 있어서 현실정법상의 범규정에 의한 절차를 따르겠지만 일반 불법행위를 다루는 것에서 독립하여 스포츠의 본질과 각 종목의 특성 그리고 스포츠의 다양성을 고려한 스포츠법이나 스포츠불법행위를 규정한 특별법의 장치마련이 스포츠의 진흥과 활성화에 부흥하고 사고의 당사자를 두텁게 보호구제하고 스포츠불법행위의 억지와 예방을 위하여 일반 불법행위법에 대체할 수 있는 특별법 또는 규정의 제정이 시급하다.

또한 반사회적 비행에 대해 제재하는 방법으로서 오로지 형사적 체계만이 존재해야 하는 것은 아니다. 형사적 요소를 포함하고 있는 문제에 관한 적합한 형사적 제재 방법이 없는 경우에는 민사적 방법을 통해서라도 제재를 가하여 다시는 그러한 비행이 발생되지 않도록 해야 할 필요가 있다. 이처럼 민사책임영역이 형사책임의 영역을 다소 보장하는 기능을 담당할 수도 있는 것이다(김천수, 1997).

3) 민사책임과 형사책임의 관계

(1) 책임의 성질상의 관계

역사적으로 고대와 중세의 사회에서는 뚜렷한 구별이 없었으나 근대 자연법학과의 영향으로 18세기 이후의 근대법에서 민사책임과 형사책임은 분리되었다. 민사책임과 형사책임은 반규범적 행위를 억제함으로써 사회질서를 유지하고자 하는 점에서 공통점을 갖으나 침해된 법익과 구제방법, 구제절차 등의 성질적·실체적 차이를 나타낸다(이은영, 1989).

형사책임은 행위자에 대한 응보 및 장래에 있어서의 그와 같은 범죄의 발생의 방지를 목적으로 하고, 행위자의 사회에 대한 책임을 묻는 이른바 공법적 제도이다. 이에 대하여, 민사책임은 과실책임주의의 원칙에 의해 피해자에게 생긴 손해의 전보를 목적으로 하고, 가해자에 대한 개인적 책임을 묻는 것이다. 즉, 이미 생긴

과거의 손해를 회복시키는 것을 목적으로 한다. 따라서 이는 사법적 제도이다.

형사책임은 행위자의 악성을 추급하고 그 도의적 책임을 묻는 것이므로, 행위자의 주관적 사정을 중시한다. 그래서 고의범만을 벌하는 것이 원칙이며, 과실범에 대한 처벌은 예외에 속한다. 이에 대하여, 민사책임은 피해자의 전보가 그 목적이므로 주관적 사정에 차이를 두지 않으며, 가해자의 고의, 과실을 구별하지 아니하고 그로 인하여 타인에게 준 손해를 배상하여야 하는 것으로 되어 있다.

형사책임에 있어서는 행위자의 악성, 위험성이 문제되는 데서 미수범도 처벌된다. 이에 대하여, 민사책임에 있어서는 현실의 손해를 발생케 하지 않는 미수는 문제가 되지 않는다.

형사책임에 있어서는 무과실책임을 인정하지 못한다. 이에 대하여, 민사책임에 있어서는 무과실책임을 인정할 수 있다(권용우, 1998).

이상과 같이 민사책임은 ‘손해가 없으면 배상도 없다’는 것이 과실책임원칙이므로, 손해배상은 어디까지나 손해의 「전보」에 주안(主眼)이 있는 것이고, 「제재」로서의 성질은 없다고 할 수 있다. 이와는 달리 형사책임에 있어서는 「제재」가 그 주안(主眼)으로 되어 있다. 그러나, 정신적 손해에 대한 배상(이적료)은 복수의 잔재를 남긴 것으로 제재의 성질을 가지고 있다. 우리 민법에서도 이를 인정하고 있다(동법 751조, 752조).

(2) 책임의 실제상의 관계

불법행위가 되는 행위 가운데에는 동시에 형사책임도 생기는 것이 적지 않으나, 양자는 서로 그 책임요건을 달리하고 있다. 그 결과, 일반적으로 말해서 형사책임은 원칙적으로 고의만을 벌하기 때문에 한정적인데 대하여, 민사책임은 피해자의 구제를 목적이므로 고의 또는 과실의 구별실익이 없고, 피해자의 구제중점의 시각에서 범위를 넓게 해석하고 인정하고 있다.

민, 형사책임의 분화에 대응하여 민사재판과 형사재판으로 완전히 분리된다. 그

결과, 동일한 사건에 관해서 양자의 재판에서 결과가 다르게 되는 수가 있다. 이러한 경우에 이것이 두 책임 사이의 요건의 차이에 기인되는 것이라면 문제가 없으나 본래는 같은 결과가 되어야 할 것임에도 불구하고 법관의 서로 다른 판단에 의하여 다른 결과가 되었다고 할 때에는 문제이다. 한 쪽의 판단이 잘못(오판)이라고 할 때에는 상소로 다룰 수 있게 되나, 양자의 판단이 같지 않고 다르다는 사실만으로 곧 상소의 이유가 되는 것은 아니다. 다만 한 쪽의 판단이 잘못(오판)된 것임을 추측자료에 불과하게 된다(권용우, 1998).

따라서 민사책임과 형사책임은 책임의 성질상·실제상의 관계에 있어서 서로 독자적 영역을 지니고 있다.

IV. 스포츠법상 불법행위책임

1. 불법행위책임으로서의 민사책임

현대사회에서 삶은 양(量)의 문제가 아니라 질(質)의 문제로 인식은 현대인의 삶의 가치의 변화를 예고한 것으로, 과학의 발달과 산업구조의 변화로 경제성장과 함께 노동시간의 축소로 사람들은 보다 편리하고 여유 있는 시간의 자유를 향유하기에 이르렀다 이러한 현대사회에 인간은 건강하고 보다 문화적인 생활에 변화를 가져오게 되면서 인간답게 삶을 누리기 위한 것에 관심이 높아졌다 이에 따른 삶의 질적 변화의 방법으로 문화, 예술의 보급과 레저 및 스포츠의 활동 등 다양하게 이루어지고 있다.

스포츠활동은 신체활동을 통하여 개인의 건강을 증진하고 취미활동의 일환으로 여가를 즐기므로써 정신건강에도 바람직한 역할을 할 뿐만 아니라 좋아하는 운동에 따라 동호인을 형성하여 사회적인 상호작용을 원활히 하게 함으로서 건전한 사회생활을 유도하는 소통의 도구로도 이용되고 있다 또한 문화적 규범이나 신념의 교화, 사회구성원으로서의 조화로운 통합 및 일체감을 증진시키는 사회통합기능, 민주시민정신 배양, 그리고 개인의 신분 및 지위변동을 향상시키는 사회이동에 기여한다(김범식, 1983).

스포츠는 누구나 참여하고 즐길 수 있다는 스포츠권의 확산과 인식이 대중화를 가져오는 계기가 되어 정부에서 엘리트체육과 학교체육 뿐만 아니라 생활체육을 위한 다각적인 정책을 추진하게 되었고 스포츠가 국가경제와 세계에 우리의 문화를 널리 알리는 하나의 산업이라는 인식을 심어 주었다. 최근의 스포츠 활동은 단순히 건강유지나 체력단련의 차원을 넘어, 개개인의 욕구를 나타내는 경향이 두드러진다.

즉 대중적으로 발전·보급되고 매우 고도화 된 스포츠의 기술을 추구하게 되고

스포츠의 참여와 활동의 영역이 넓어지고 중요성이 점점 커짐에 따라 이에 따른 여러 가지 사회공동체적 문화에서 필연적으로 그리고 부수적으로 스포츠 사고에 대한 다시 말해 스포츠활동에 기인한 법률상의 문제점(法律上の問題點)이 발생하게 되고 때론 사회적 이슈로 종종 법적 책임문제(法的 責任問題)가 수반된다(장봉석, 2001).

스포츠는 건강의 유지 및 증진 그리고 건전한 정신의 육성을 위한 의의 있는 활동이지만 그 역기능(逆機能)으로 많은 사고의 위험을 내포하고 있고 실제로 중대한 사고가 발생하기도 한다.

스포츠와 관련한 제반문제가 법적 분쟁(法的 分爭)의 대상이 된 것은 비교적 최근의 일이다. 그러나 스포츠 사고만을 두려워하는 형식적인 스포츠활동은 스포츠 본래의 가치를 무시하는 것이며 정해진 규칙 즉 룰 속에서 경쟁의 원리이자 스포츠의 특수성(特殊性)으로 스포츠의 생래적(生來的)이고 내재(內在)되어 있는 한계인 점을 간과해서는 안 될 것이다. 또한 스포츠 현장에서는 직접 스포츠활동에 참여하는 선수나 지도자 그리고 일반인들에게 스포츠 사고는 우연히 발생하기도 하고, 간단한 예방조치나 시설의 점검만으로도 사고발생을 줄일 수 있는 때 오히려 많다. 종래에는 스포츠 사고가 자기 자신의 과실(過失)이나 불가항력(不可抗力)으로 발생했다는 재배적이어서 불가피하게 수인(受因)했으며 건설사고의 재해나 자동차사고처럼 손해배상을 할 수 있는 사고와 달리 그 책임을 지도자나 다른 사람에게 청구하는 일이 거의 없었다.

그러나 최근에는 국민의 권리에 대한 의식이 높아지고 사회정서나 법감정이 적극적으로 법적책임을 추구하는 경향이 두드러지고 있다. 따라서 스포츠사고도 다른 사고와 마찬가지로 책임문제(責任問題)로 인식되면서 스포츠의 활동과 적극적 참여를 직접적으로 위축시켜 심각한 현상으로 받아들이고 있다. 스포츠의 인구가 증가하고 대중화, 고도화됨에 따라 당연히 많은 스포츠 사고의 발생이 빈번하리라고 예측될 수 있다.

그러나 우리나라 헌법적 측면에서 스포츠 기본권이나 스포츠의 영역에서 스포츠

사고에 대한 예방조치나 안전사고대책이나 법의 입안 등이 거의 없는 상태이다. 불행한 스포츠 사고나 불가피한 사고로 인해 고통 받는 사람에 대해서 충분한 대책이 이루어져야 하며 이것은 책임문제와 별도로 향후 스포츠 진흥과 활성화를 위해 적극적으로 고려되어야 할 사항이다. 스포츠 사고에 대한 소극적이고 미봉적(彌封的)인 사후수습보다는 사고예방을 위한 각 방면의 적극적인 노력과 동시에 사고의 피해자에 대한 충분한 보상대책을 수립하지 않으면 아무리 훌륭한 스포츠 정책을 수립한다 해도 그 정책은 불완전 할 수밖에 없다 스포츠는 스포츠자체의 특성과 특수성으로 인해 사고는 불가피하다고 볼 수 있으나 중대한 사고는 발생되어서는 안 되고, 또 사고를 두려워해서 스포츠활동을 위축되어서도 안 된다. 사고방지를 위한 노력의 일환으로 사고시의 상황분석과 결과에 대한 법적책임의 문제는 물론 사후의 대책 즉 보험체제(保險體制) 등이 어떻게 이루어져야 하는지에 대한 연구나 사례가 드물다.

특히 스포츠 사고에 대한 스포츠법에 대한 연구는 물론 사고로 인한 법적책임 및 보상 체제(報償 體制)에 관한 연구는 아주 미약하며 스포츠사고와 관련한 판례도 그리 많지 않다(대구고등법원 1997. 11. 28, 96 나 1864; 서울고등법원 1993. 3. 9, 92 나 13174 등 하급심판례).

스포츠는 본질적 특성과 각각의 종목별 특수성에 발생하는 생명, 신체에 대한 여러 가지 위험, 부실한 시설, 설비로 인한 각종의 인적, 물적 피해 등을 포함하는 것은 물론 경기에서 승리하기 위해 저질러지는 규칙위반, 금지약물의 사용, 경기규칙에 위배되는 불법경기도구의 제작, 경기를 빙자한 범죄행위 등 위법한 방법으로 저질러지는 신체에 대한 침해의 형태까지도 포함된다. 위에 나열한 대부분은 스포츠사고 중 형사적 책임을 물어 신체적 강제나 구속 등의 문제해결보다는 불법행위(不法行爲)에 의해 일어나는 것으로 손해배상청구에 의해 피해자의 구제중점인 민사상 책임에 해결점을 찾는 데 중점을 두는 경향이 두드러 지고 있다.

이에 법률 분쟁의 소지가 있는 제반 스포츠와 관련된 사고에 대해 연구 분석하여 스포츠관계자들에게 사전에 사고의 예방과 사후의 조치 등 인적·물적 피해를

최소화하고 사고와 관련한 법 이론과 법률적 사고를 인식시킴으로서 본 연구의 의의가 있을 것으로 사료되며, 따라서 본 연구는 스포츠 사고에 관한 민사법적인 기본법리(基本法理)와 책임문제(責任問題) 및 사고와 관련한 외국을 포함한 우리나라의 판례를 분석함으로써 스포츠 관계자, 지도자, 선수 및 스포츠 활동 참여자들에게 사고로 인한 법률적 문제인식과 쌍방의 합리적 판단에 도움 될 수 있게 이론적 근거를 제시하고 피해자의 보호영역을 확대하고 궁극적으로 스포츠의 발전과 진흥을 도모하는 데에 그 목적이 있다.

1) 넓은 의미의 민사책임

스포츠 활동과 관련한 사건·사고가 발생하는 민사책임의 문제는 원칙적으로 계약책임 즉 채무불이행책임(제390조)과 불법행위책임(제750조 이하)의 두 가지 측면에서 넓은 의미로 파악할 수 있다. 불법행위책임에 대한 구체적인 논의는 좁은 의미의 민사책임에서 고찰하기로 하고, 스포츠 활동과 관련한 사건·사고는 대부분 고의 또는 과실에 의하여 피해자에게 인적·물적 손해가 발생한 경우로 그 책임의 소재를 보호법익에 따라 민·형사 책임으로 확보하고 있는데 민사책임의 중점은 피해의 발생에 대한 구제를 제1목적으로 하고 있다.

(1) 채무불이행책임

채무불이행책임 이라함은 양 당사자간에 계약이 유효하게 성립하였으나 채무자의 계약위반으로 인하여 상실된 채권자의 이익을 전보해주는 손해배상책임을 말한다.

민법 제390조는 「채무자가 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 아니한 때에는 채권자는 손해배상을 청구할 수 있다. 그러나 채무자의 고의 또는 과실 없이 이행할 수 없게 된 때에는 그러하지 아니한다.」라고 규정하고 있는데, 이는 일반적으로

계약상의 주의의무를 위반한 당사자는 상대방에 대하여 손해배상의 의무가 발생한다는 것을 의미한다(장봉석, 2001).

예컨대 선수계약에 의하여 출장의무가 있는 선수가 출장을 게을리 하고 경기시간에 친구를 만나러 간 경우와 프로선수가 소속팀을 위하여 열심히 경기에 참여해야 함에도 불구하고 해당경기에 참여도 안하고 평소에 연습도 게을리 하여 자주 연습자체를 불참한다면 이 프로선수는 소속팀과의 선수계약에 대하여 자신의 채무를 적절한 이행을 하지 않은 경우로 이는 선수계약의 내용을 이행하지 아니하는 전형적인 채무불이행이다. 이러한 때에 선수계약의 내용을 이행하라는 강제이행의 방법은 관념적으로는 가능하나 실제로는 불가능하다. 스포츠행위는 그 급부를 행하는 자의 창의성과 구체적인 신체적 활동을 요하므로 강제적인 압력에 의하여 창출될 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 그러므로 선수계약에 위반하여 그 계약적인 내용의 수행을 게을리 하는 것에는 손해배상을 통하여 채권자가 구제를 받는 방법이 일반적이다(김은경, 2004).

가. 채무불이행의 성립요건

채무불이행이 성립하기 위해서는 채무불이행에 채무자의 고의 또는 과실과 같은 채무자의 귀책사유에 기인하는 것이어야 하고 그 채무불이행이 위법한 것이어야 한다. 즉 채무의 내용에 좇은 이행을 하지 않고 있다는 사실 내지 객관적 상태가 있다는 것과 그 외에 주관적·객관적 요건이 요구된다.

첫째, 주관적 요건으로서 채무불이행에 관하여 채무자의 고의 또는 과실 등의 책임 있는 사유²⁷⁾(귀책사유)가 있어야 하며 과실의 범위도 통상의 과실 보다 넓은 것으로 해석되어진다.

둘째, 객관적 요건으로는 채무불이행이 위법하여야 한다는 것이다. 우리 민법은 제750조의 불법행위책임에 관하여 위법성이 책임이 성립하기 위한 요건임을 명시

27) 채무자 자신 및 채무이행보조자의 고의(2005).

하고 있지만 채무불이행에 관하여는 그러한 명문의 규정이 없으므로 이의 인정여부에 대해 논란이 있으나, 현재의 통설(김상용, 1996)은 이를 긍정하고 있다.

채무불이행책임의 전제가 되는 채무의 내용으로 계약채무를 당사자가 합의한 급부의무와 그 급부의무의 이행에 귀속되는 주의·의무까지 그 내용으로 한다는 견해(장경학, 1994)가 채권자를 두텁게 보호할 수 있는 측면에서 파악할 때 타당하다고 본다.

판례는 몇몇의 계약 유형에 관하여 신의칙상 부수의무로서 보호 의무를 인정하고 그 위반의 경우 채무불이행책임을 인정한 경우(대판 1994. 1. 28, 93 다 43590)와, 보호 의무를 인정하면서 그 위반의 경우 불법행위책임을 인정한 사례(대판 1995. 8. 25, 94 다 47803)도 있는데 채무불이행의 부수의무의 내용 중 보호 의무에 관한 해석에 있어 판례의 태도는 아직 명확치 않다.

그리고 시합 중 운동선수에게 요구되는 채무에 좇은 이행이란 경기규칙을 준수하고 그 규칙을 일탈하여 상대방의 생명과 신체를 해하지 않을 의무를 의미한다고 할 것이다(장봉석, 2001).

나. 채무불이행의 종류

채무불이행에는 종류는 이행지체·이행불능·불완전한 이행이 있다.

첫 번째의 유형에는 이행지체가 있는데 이는 채무이행이 가능함에도 불구하고 채무자가 이행을 하지 않거나 자기 귀책사유로 이행을 못하게 되거나 하여 이행기를 경과한 경우이고, 이행지체에 대하여 채권자는 채무자에게 본래의 이행을 청구하는 외에 지체로 인한 손해배상을 청구할 수 있다.

또 다른 형태의 채무불이행으로서 이행불능은 채권이 성립한 후 채무자의 귀책사유로 이행이 불가능하게 된 경우를 말한다. 이 경우에는 채권자의 청구권은 소멸하고 손해배상을 청구할 수 있다.

그 외 불완전이행은 채무를 이행을 하였으나 채무의 내용에 좇은 완전한 이행이

되지 못한 불완전한 것을 말한다. 불완전이행이 발생한 후에 그 부분에 대하여 이행이 가능하다면 이는 이행지체의 문제로 해결하여 그 부분의 이행을 하고 지연배상이 청구될 수 있다.

경우에 따라서 채무를 이행함에 있어 급부의 수령 등 채권자의 협력이 필요함에도 불구하고 채권자의 입장에서의 협력행위가 없어 완전하게 채무의 이행을 할 수 없는 경우도 발생할 수 있는 데 이를 채권자 지체라고 한다. 이때에는 오히려 위의 경우와는 달리 채권자의 입장에서 지연책임을 져야 한다(김은경, 2004).

다. 채무불이행책임의 효과

채무불이행에 대한 구제방법으로 강제이행 및 손해배상이 있다. 우선 강제이행은 본래의 채권을 그대로 실현하는 것으로서 직접강제, 대체집행 및 간접강제가 있다. 스포츠의 경우에 있어 선수계약에 의해 선수에게 강제로 이행 하게 할 수 있는가는 의문이므로 선수계약의 내용을 이행하게 하는 강제이행의 실효성은 없다고 본다.

손해배상은 채무불이행으로 인한 손해의 배상을 청구하는 것을 말하는데 채무불이행으로 인한 손해는 채권자가 가지는 채권의 내용의 이행되어졌을 때에 가지는 법익에 관하여 받은 불이익으로서 채무이행이 있었다라면 받았을 이익과 불이행으로 인하여 받고 있는 불이익과의 차액을 배상하는 것이 원칙이다. 손해배상은 금전배상이 원칙이므로 실제로 발생한 손해를 산정하여 배상을 청구할 수 있다.

예컨대 선수계약에 의하여 출장의무가 있는 선수가 출장을 게을리 하고 경기시간에 친구를 만나러 간 경우에 이는 선수계약의 내용을 이행하지 아니하는 전형적인 채무불이행유형으로서 이러한 때에 선수에게 계약의 내용에 쫓은 성실한 이행 요구하거나 강제이행의 방법은 관념적으로는 가능하나 실제로는 불가능하다. 스포츠행위는 그 급부를 행하는 자의 창의성과 구체적인 신체적 활동을 요하므로 강제적인 압력에 의하여 창출될 수 있는 성질의 것이 아니기 때문이다. 그러므로 선수

계약에 위반하여 그 계약적인 내용의 수행을 게을리 하는 것에는 손해배상을 통하여 채권자가 구제를 받는 방법이 일반적이다(김은경, 2004).

라. 계약의 유형

스포츠가 매개가 되어 계약을 체결하는 유형에는 여러 가지가 있다. 우선 선수와 선수가 소속한 소속사 사이에서 스포츠행위를 급부로 하고 이에 대한 일정한 금전을 지급하기로 하는 내용을 반대급부로 하는 선수계약, 스포츠와 관련하여 후원자와 후원자 사이에서 체결되는 스폰서 계약, 선수인 위임인과 수임인 사이의 에이전트 계약 및 경기대회의 방송중계권을 위한 계약 등이 있을 수 있다.

① 선수계약

선수와 소속사간의 계약은 양자간 대가적 의미를 가지는 쌍무, 유상계약인 경우가 보통이어서 선수는 계약에 근거하여 스포츠행위를 제공하고 이에 대하여 소속사인 기업은 선수의 스포츠행위나 대중적 인기도를 통하여 기업의 이미지 제고라는 이익을 얻게 되는 것이다. 일반적으로 선수와 소속사 사이에서 체결되는 선수계약은 고용계약이나 노무계약의 형태로 보고 있다.

채무불이행의 양태는 스포츠행위를 제공함에 있어서 만족스럽지 못한 성적을 거둔다면 선수가 스포츠행위를 급부로 하는 선상에서 볼 때, 연습을 게을리 한다든지, 실전에서 의도적으로 부실한 경기에 임한다면 이는 채무불이행이 한 형태인 불완전이행의 가능성이 있을 수 있다.

예컨대 선수와 소속사 사이에서 입단계약이라는 선수계약을 체결했으나 선수가 이를 어기고 다른 기업과 입단계약을 체결한다면 이는 전형적인 채무불이행의 문제가 생긴다. 그러나 선수계약은 전술한 바와 같이 선수활동이라는 무형적 창조적인 행위를 목적으로 하는 계약이므로 강제집행을 통한 채무이행의 실현은 현실적

으로 어려울 것이고 오히려 손해배상책임을 물을 수 있는 채무불이행책임의 문제가 될 것이다.

② 스폰서 계약

스폰서계약이란 후원자는 계약의 상대방, 즉 피후원자인 선수나 스포츠단체에 금전이나 물질, 서비스의 제공 등으로 후원하고 이에 대하여 선수나 스포츠 단체는 자신의 스포츠활동, 능력 또는 대중적 인기 등의 자산을 후원자의 이미지 제고를 위하여 사용하게 하고, 후원자의 상품이나 자산을 직·간접으로 광고하여 소비자에게 더 가까워질 수 있도록 하는 필요행위를 할 것을 약정하는 유상·쌍무계약이다.

③ 에이전트계약

에이전트계약이란 선수와 에이전트 사이에서 체결되는 계약으로서 상호간 신뢰 관계를 바탕으로 선수와 에이전트 사이에서의 일정한 권리와 의무를 규정하는 계약이다. 이 계약에 의하여 에이전트는 선수를 위한 연봉협상 등의 성과를 제공하기도 하고, 선수의 이미지를 광고하려는 기업주와 광고계약을 체결하기도 하고 심지어는 선수의 개인적인 복지문제와 관련하여 일정한 재산상의 관리나 이미지 관리 등 포괄적인 위임업무를 행하고, 이에 대하여 선수는 에이전트계약상 정액 또는 정률제에 의하여 보수를 지급할 의무를 지는 유상, 쌍무계약이다.

④ 방송중계권에 관한 계약

스포츠는 많은 부가가치를 창출하는 것으로 현대에서는 엄청난 경제적인 가치를 지니는 것이다. 스포츠를 통한 부가가치 중의 하나가 스포츠경기에 대한 방송중계

권에 관한 계약이다. 여기서 스포츠경기에 대한 방송중계권에 관한 계약이라 함은 일정한 스포츠경기를 방송사가 전과라는 매개체를 통하여 중계할 수 있도록 하는 권리를 취득하기 위하여 방송사와 해당 스포츠연맹이나 단체 또는 경기주최자 사이에서 체결하는 일종의 라이선스 계약이다. 이는 방송사가 일정 경기에 대하여 방송중계를 할 수 있도록 허용하는 것을 주 내용으로 한다(장봉석, 2001).

2) 좁은 의미의 민사책임

스포츠 활동과 관련한 사건·사고가 발생하는 민사책임의 문제는 원칙적으로 계약책임 즉 채무불이행책임(제390조)과 불법행위책임(제750조 이하)의 두 가지 측면에서 넓은 의미로 파악할 수 있다. 좁은 의미의 민사책임은 후단의 불법행위책임에서 구체적으로 논의한다.

2. 민사책임의 성립요건

민법 제750조 규정에 의하면 「고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다」고 하여 고의 또는 과실로 인한 타인의 생명·신체·건강·재산 등 권리침해가 있는 경우 가해자의 불법행위책임을 인정하고 있다. 한편 동법 제753조와 동법 제754조는 미성년자와 심신상실자의 배상책임을 부정하고 있다. 따라서 일반 불법행위가 성립하기 위한 요건은 다음과 같다.

1) 고의 또는 과실

일반불법행위책임이 성립하기 위해서는 고의 또는 과실이 있어야 한다. 고의란 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알면서 감히 이를 행하는 심리상태를 의미하고, 과실은 일정한 결과가 발생하리라는 것을 알고 있어야 함에도 불구하고 부주의(不注意) 즉 주의를 게을리 하였기 때문에 그것을 알지 못하고서 어떤 행위를 하는 심리상태를 말한다(곽윤직, 1998).

일반적으로 불법행위책임의 성립에 있어 가해자의 가해행위가 고의에 기인한 것이냐 혹은 과실로 인한 것이냐는 손해배상의 산정범위를 결정하는 데에 있어 다소 차이를 보이는 것은 사실이지만, 불법행위책임의 성립요건으로서의 고의와 과실을 구별하는 실익은 거의 없다. 왜냐하면 불법행위책임은 형사법상의 책임에서 고의범과 과실범을 엄격히 구별하여 처벌하는 것과는 달리 손해의 적정한 전보(填補)를 그 목적으로 하고 있기 때문이다. 시합 중의 사고에서 나타나는 고의적 행위는 주로 경기과열과 흥분으로 인한 보복적인 반칙의 양상(樣相)으로 나타난다. 일본의 판례는 가해자의 고의의 인정에는 신중을 기해야 한다고 하고 있으며, 운동선수의 통상의 주의의무 위반으로서의 과실을 문제로 하여 당해 경기에서 시인(是認)되고 있는 수단과 방법을 준수하고 그것을 일탈하여 상대방의 생명·신체 등을 함부로 훼손하는 것은 인정되지 아니한다고 표명하고 있다. 따라서 과실의 유무가 실제 사고에 대한 배상책임의 성립여부에 있어 가장 중요한 문제로 제기된다. 불법행위책임에 있어서 과실의 인정여부는 가해자가 자신에게 사회생활상 부과된 통상의 주의의무를 게을리 함으로써 타인에게 손해를 입힌 경우에 인정된다고 함이 일반적이다. 그리고 주의의무는 법령(法令)·관습법(慣習法)·조리(條理) 등에 의하여 부과되는데 그 요구되는 의무의 정도에 관하여 일반인의 능력을 기준으로 결정하여야 한다는 객관적 과실설과 특정행위자의 주관적 사정을 기준으로 주관적으로 결정되어야 한다는 주관적 과실설의 대립이 있으나 다수설과 판례(대법원 판결 1967. 7. 18, 66 다 1938; 대법원 판결 1979. 12. 26, 79 다 1843)는 객관적 과

실설의 입장에 있다.

객관적 과실설의 입장에서라도 시합 중 운동선수 상호간에 어느 정도의 주의의무가 요구되어지며 구체적으로 어떠한 경우에 과실이 인정된다고 할 것인가의 문제는 스포츠의 본질이 갖는 특성으로 인해 이를 결정하기가 대단히 어려운 문제이지만, 결국 각 종목이 갖는 성격과 실제 경기 내용에 있어서의 위험성·개별성을 고려하여 객관적으로 판단해야 한다. 예컨대 시합중의 부상에 대한 예견가능성(豫見可能性)이 대단히 높은 투기종목인 태권도·유도·복싱·레슬링 등의 경우에 있어서 요구되는 신체사고에 대한 주의의무의 정도는 구기종목인 축구·농구·야구·배구 등에 비하여 비교적 낮은 주의의무가 요구되어진다고 할 수 있다. 한편 각각의 경기에는 그에 고유한 경기규칙이 있고 그러한 규칙은 스포츠시합에서 선수에 대한 제재의 역할 외에 사고발생에 대한 회피·억제의 역할도 함께 수행하고 있는 것이므로 이를 위반하면 일단은 그 행위에 고의 혹은 과실이 있는 것으로 생각할 수 있다. 그러나 위험요소를 포함하고 있는 스포츠의 본질상 모든 규칙위반이 과실 있는 행위로 인정되는 것은 아니며 그 반칙이 경기 중 흔히 발생하는 사소한 정도의 것일 때에는 좀더 신중한 고려가 요구된다. 그러므로 과실의 유무를 결정함에 있어서 규칙의 저촉여부를 동일하게 적용할 수는 없고, 경우에 따라 다르게 판단하여야 한다.

우리 민법은 과실책임주의가 원칙이므로 그 불법행위의 성립에 대하여 피해자가 가해자의 고의·과실 있음을 입증하여야 할 책임이 있다. 따라서 시합 중의 사고에 있어서도 피해선수가 가해선수에게 불법행위책임을 물을 경우에는 피해선수는 가해선수에게 고의·과실이 있음을 입증하여야 한다.

그러나 규칙이 위반하지 않더라도 신체사고 등은 일어날 수 있는 것이고 특히 투기(鬪技)종목에서는 이러한 사고의 위험은 항상 존재한다. 사소한 규칙위반에 의해서도 중대한 결과를 초래할 수도 있는 것이며, 더욱이 선수는 시합에 참여함에 있어 그 경기가 가지고 있는 위험을 감수하고 있다고 해석할 수 있으므로 가해선수의 주의의무 위반을 입증하기가 대단히 어려울 것이라는 점을 쉽게 예측할 수

있다. 따라서 불법행위책임은 피해선수의 구제라는 측면에서 볼 때 대단히 불충분할 수밖에 없을 것이다.

2) 책임능력

책임능력이란 자신의 행위에 대한 책임을 변식(辨識) 내지 변별(辨別)할 수 있는 정신능력(지능)을 의미하는 것으로서, 불법행위에 있어서는 이를 불법행위능력(不法行爲能力)이라고 한다. 우리 민법은 미성년자로서 그 행위의 책임을 변식할 지능이 없는 자(제753조)와 심실상실자(제754조)를 책임무능력자로 규정하고, 이러한 경우에는 이를 감독할 법적 의무 있는 자가 원칙적으로 그에 대한 배상책임을 지는 것으로 하고 있는데, 이는 우리 민법이 과실 책임주의를 취하여 행위에 대한 책임을 변식할 수 있는 정신능력을 고의·과실의 전제로 하고 있기 때문이다. 스포츠사고에 있어 그 경기에 참가한 선수 대부분은 이러한 책임능력이 있는 것으로 보아도 무방하리라 보지만 소년체전이나 장애인올림픽 등과 같은 경우는 책임무능력자·심신상실(心身喪失) 또는 심신미약(心身微弱) 등 일반적으로 책임능력이 인정되지 않는 선수들이 다수 참가하게 되므로 가해행위 당시를 기준으로 책임능력을 인정할 수 있는가 하는 것과 가해선수가 어떠한 심적 상태에 있었는지에 대한 문제를 다음에 살펴 볼 위법성의 문제와 함께 고려하여야 할 것이다.

3) 위법성(違法性)

불법행위가 성립하기 위해서는 가해자의 가해행위가 위법하여야 한다. 따라서 시합 중에 다른 선수에 대한 침해가 있는 경우에 그 행위가 위법한지의 판단은 결국 스포츠의 본질상 불가피한 침해로서 용인(容忍)될 수 있는 것인가, 아니면 사회 질서를 해치는 것으로 허용되어질 수 없는 것인가의 문제로 귀착(歸着)된다. 그러므로 비록 그것이 타인에게 손해를 가하는 행위라 하여도 법률에 의해 허용되거나

또는 사회적 타당성을 갖는 경우에는 정당행위(正當行爲)로써 위법성이 조각(阻却)된다. 판례는 운동경기가 쌍방향의에 의하여 개시 되었고 경기규칙에 쫓은 운동경기 중 사고가 발생한 경우라면 그 가해에 관하여 피해자가 일시적으로 승낙(承諾)한 것이라고 봄이 상당하다고 판시(判示)하였다(대법원 판결 1977. 9. 25, 77 도 1576).

4) 손해의 발생

불법행위책임이 성립하기 위해서는 고의·과실로 인한 위법행위로 인하여 손해가 발생하여야 한다. 여기의 손해에는 적극적 손해뿐만 아니라 소극적·정신적 손해(위자료)도 포함된다. 또한 현재이익과 장래에 발생할 이익도 포함한다. 불법행위로 인한 손해배상의 산정범위에 관하여는 채무불이행(債務不履行)으로 인한 손해배상책임의 범위와 동일하게 취급되므로(민법 제763조) 통상손해와 특별손해의 범위 내에서 결정된다.

3. 감독자의 책임

스포츠활동 중 선수 개인의 사고 뿐 만아니라 지도자의 교육상, 지도상의 고의, 과실에 의해 사고가 발생한 경우로서 민법 제755에 감독자책임을 규정하고 있다. 이는 자신의 고의, 과실에 의한 불법행위가 아님에도 책임을 묻는 민법상 특수불법행위(特殊不法行爲)로 이는 무능력자를 감독할 법정의무자(제 755조 1항) 및 이에 갈음하여 무능력자를 감독하는 자(동조 2항)로서, 여기서 감독할 법정의무자라 함은 미성년자에 대한 친권자, 후견인 및 금치산자에 대한 후견인을 말하고, 이에 갈음하는 감독자라 함은 계약, 관습 등에 기초하여 감독의무를 부담하는 자로 유

아의 양육자, 학교장, 유치원장 등이 이에 해당한다.

책임능력이 없는 미성년자(민법 제753조) 및 심신상실자(민법 제754조)가 사고에 의해 타인에 손해를 끼쳤을 때 배상책임이 없지만 이 경우 부모 등의 법정감독자가 손해배상책임을 지는 것은 당연하다. 어린아이를 지도하는 스포츠지도자, 스포츠클럽, 스포츠단체 및 학교나 유치원의 교사 등도 부모를 대신하여 무능력자를 감독하는 대리감독자로서, 감독자는 감독을 게을리 하지 않았음을 입증하지 못하면, 배상책임은 그대로 적용되며 스포츠활동 중 지도자의 교육상, 지도상의 고의·과실의 의하여 사고가 발생할 경우 스포츠지도자는 감독자의 의무를 위반한 것으로 본다.

1) 감독자책임의 성립요건

스포츠 지도자의 주의·관리의무를 게을리 하여 책임능력 없는 자에 의해 타인에게 사고가 발생했다면 지도자는 손해발생의 책임을 면치 못 할 것이다. 민법상 책임능력이라 함은 자신의 행위의 책임을 분별하기에 충분한 지능(곽윤직, 1998), 또는 그 행위가 법적으로 허용되지 않으며 만일에 그것을 감히 행한다면 법적책임을 지게 된다는 것을 인식하는 지능(김증한, 1988)으로 실제로 미성년자의 책임능력은 그 연령을 기초로 판단하는데 민법에서 일률적으로 규정하지 않고 있어 학설이나 판례에 의존하는 실정이다. 학설은 7세 내지 12세를, 판례는 12세 내지 14세 정도로 보고 있다(대판 1978. 11. 28, 78 다 1805).

지도자책임은 무과실책임으로 스포츠 활동시 사고자체의 불법행위에 대한 과실이 아니라 피감독자(彼監督者)에 대한 일반적 감독 및 교육을 게을리 한 과실로서 실질적으로 위험책임과 같은 성질을 가지고 있어 이 과실은 추정되므로 감독의무자가 그 감독을 게을리 하지 않았다는 것을 입증하지 않은 한 배상책임을 면할 수 없는 것이다(대판 1984. 7.10, 84 다카 474).

(1) 고의 또는 과실

형사상 책임은 일반적으로 고의에 의한 불법행위만을 처벌하고 과실의 경우엔 구성요건(構成要件)에 특별히 규정이 있는 경우만 처벌하고 있다(이재상, 2000).

그러나 민사책임의 본질은 피해자의 손해에 대한 배상책임으로 즉 피해자의 구제에 대한 손해의 전보(損害의 填補)가 목적이기 때문에 고의 및 과실여부를 구별할 실익은 없다. 스포츠 사고에서 지도자의 법적책임의 문제는 과실이라 할 수 있다. 지도자의 과실에 의해 어떤 사고가 발생할 경우 피해자가 손해배상을 청구하기 위해서는 피해자가 가해자나 지도자의 고의·과실을 입증해야 하는데 이것을 입증책임(立證責任)이라고 한다(오성락, 1997).

따라서 스포츠 사고로 피해자가 사망하거나 중상을 입은 경우에 지도자의 과실을 피해자측이 입증해야 하는데, 스포츠 사고가 당사자간의 과실이 아니라 지도자의 관리·감독상의 과실을 묻는 것으로 스포츠활동 자체의 위험성과 특수성을 내포하고 있고, 과실과 불가항력의 차이를 증거 상 확정하고, 입증하는 것은 대단히 곤란한 문제이다. 실제 소송에서 피해자측이 적어도 과실을 추정할 수 있는 사실을 증명하는 경우와 지도자가 자신이 과실이 없었다는 것을 증명하지 못하는 한 지도자를 과실의 사실추정(事實推定)에 의해 불법행위책임을 부과함으로써 지도자의 과실의 책임을 묻고 있다.(연기영, 2000).

(2) 감독자책임의 효과

스포츠 사고가 운동시 선수간의 고의·과실에 의한 위법행위는 민법 제750조의 일반불법행위의 성립으로 손해배상의 책임을 진다. 그러나 스포츠 지도자의 책임 있는 사유에 의한 사고는 지도자의 관리·감독의 부주의로 지도자책임(민법 제755조)이고, 지도자가 사용자(使用者)의 피용자(被傭者)로서 직무상 행위와 관련한 사고는 사용자책임(민법 제756조)을, 또한 지도자가 국·공립학교의 교원이나 지방

공공단체시설의 피용자인 경우에 그 지도자의 사용자인 국·공립학교 및 지방공공단체가 책임(국가배상법 제2조 1항)을 진다.

그러자 지도자의 고의 또는 중대한 과실로 인한 사고로 배상책임을 진 경우에 국가나 지방공공단체는 그 지도자에 대하여 구상권 행사(求償權行事)를 할 수 있다(동법 제2조 제2항).

2) 사례와 판례

체력검사를 하던 중 심폐정지(心肺停止)로 사망한 사고(1997. 3. 20, 68 다 1885.)

(1) 사 안(事案)

1994년 9월 16일 명서중학교 운동장에서 체력검사 실시하던 중 100m달리기, 던지기, 제자리멀리뛰기, 턱걸이, 윗몸일으키기, 1000m오래달리기를 실시하던 중 결승점 20m을 앞두고 쓰러져 체육주임교사가 인공호흡을 하는 등 응급조치를 취한 후 창원고려병원으로 후송하던 중 심폐 정지로 사망하였다.

(2) 판시사항

체육교사와 담당교사로서는 사전에 학생들을 상대로 신체 건강상태의 유무를 세밀하게 확인 점검하여 체력검사에 적합하지 않다고 판단되는 학생을 제외시키거나 참가 학생들에게 사전에 준비운동을 충분히 시키고 안전교육을 실시하는 등 불의의 사고에 철저히 대비하여 학생들을 보호 감독하여야 하나 교사들이 게을리 함으로써 김대성 학생이 사망하였다고 인정되어 손해 배상이 책임이 있다고 판단하였다. 김대성도 체력소모가 많은 오래달리기 등의 체력검사를 하게 될 경우에는

스스로 준비운동을 충분히 하고 달리는 중에도 자신의 신체상태에 주의를 기울여 자신의 안전을 도모하였어야 할 것임에도 이를 태만(怠慢)히 한 잘못이 있어 피해자측도 위 사고발생의 원인 이 되었다고 인정 과실비율을 50% 정도로 손해배상책임의 범위를 산정했다.

(3) 판례분석

위 사례를 보면 학교의 교장이나 체육교사가 학생을 보호감독 할 의무는 교육법에 따라 학생들을 친권자 등 법정감독 의무자에 대신하여 감독할 의무가 있음을 확인한 것이다. 이는 학교에서의 교육활동 및 밀접 불가분의 관계에 대해 보호감독 의무가 미친다고 보고 있다. 그러나 학교 내에서 전 생활관계에 있는 것이 아니라 학교에서의 교육활동 및 밀접 불가분의 관계에 있는 생활관계에 한하며, 그 의무 범위내의 생활관계라 하더라도 제반 사정을 고려하여 사고가 학교생활에서 통상 발생할 수 있다고 예측하거나 예측가능성이 있는 경우에 한하여 교장이나 체육교사는 보호 감독의무 위반에 대한 책임을 진다고 법원은 판시하고 있다.

스포츠활동을 지도하는 교사는 학생들의 건강상태, 준비운동, 시설점검, 안전교육 등 관리, 감독을 철저히 하여 불의의 사고에 대비하여야 할 것이며 이를 해태하였을 때에는 그 태만에 대한 과실이 인정되어 배상책임을 진다 이는 지도자책임의 관리, 감독의무의 범위를 넓게 해석하는 법원의 경향이다.

4. 사용자의 책임(使用者의 賠償責任)

스포츠 사고는 운동선수 상호간의 고의·과실에 의한 경우가 대부분이다 그러나 스포츠 사고가 활동 및 경기와 직접적 관계가 있는 문제 뿐 만 아니라 다른 외적 요인에 의해 사고가 발생할 경우도 있음을 상기할 필요가 있다 이러한 외적요인에

는 스포츠 사고가 스포츠지도자의 교육상·지도상의 과실에 기인하는 경우와 스포츠 경기장 소유자·점유자 등의 책임에 기인(起因)한 경우로 나누어 볼 수 있겠다.

사용자책임은 스포츠 경기나 활동 중 지도자의 역할과 법적책임관계를 말하는 것으로 지도자의 교육상·지도상의 과실로 인하여 사고가 발생한 경우 피해자가 입은 손해는 그 지도자를 고용한 사용자가 부담하여야 한다(장봉석 2001).

민법 제 756조는 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 한 자는 피용자가 그 사무집행에 관하여 제3자에 가한 손해를 배상할 책임이 있다고 규정하고 있다. 여기서 사용자라 함은 어떤 사무를 위하여 타인을 사용하는 자 또는 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자로써 단순히 영업 감독에 대한 명의보유 등과 같은 형식적 사용자 뿐 만 아니라 실질적으로 지도감독관계에 까지 포함하는 개념이다.

일반적으로 불법행위시 자기책임의 원칙과 과실책임주의 원칙에 따라 손해배상 책임을 지는 것이 민법의 규정인데 자기 자신의 고의·과실에 의하지 않은 타인의 행위에 의해 즉 피용자의 불법행위에 의해 타인에 손해를 입힌 경우에 민법이 사용자책임을 인정하는 이유는 사용자가 피용자를 사용하여 자기의 활동범위를 확장함으로써 상당한 이득을 얻고 있으므로 피용자가 그 사무를 집행에 관하여 타인에게 손해를 끼친 경우에는 사용자가 그 손해를 배상하는 것이 공평의 원칙에 부합한다. 이는 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 끼친 경우에 그 손해를 배상해야 한다면 피용자는 대체적으로 경제적 약자경우가 대부분 일 것이며 그 결과 피해자의 적절한 배상이나 구제가 불완전 할 것 이다. 따라서 사용자책임은 경제적 능력이 있는 사용자가 배상책임을 지게 함으로서 피용자가 그 사무를 집행함에 있어서 보다 적극적인 업무수행을 기대할 수 있으며 피해자를 두텁게 보호하는 기능을 한다.

사용자책임은 일반적인 기업 주체의 사용관계 뿐만 아니라 스포츠 지도자·공무원·교원에도 적용되어 배상의무를 인정한 특수불법행위(特殊不法行爲)의 유형으로 사용자책임을 넓게 해석한다. 스포츠지도자·공무원·교원의 과실에 의해 사고가 발생한 경우에는 일차적으로 스포츠지도자·공무원·교원의 책임이지만 사용자

가 그 사고에 대한 책임을 지는 것은 사용자는 그 사업에 의해 이익을 얻고 있기 때문에 이익을 얻는 사람은 손해도 감수하지 않으면 안 된다는 보상책임(補償責任)의 원리 및 위험을 만드는 사람은 그 위험에 의한 책임을 져야만 한다는 위험책임(危險責任)의 원리가 사용자책임의 일반적인 사고방식이다(심재영, 1993).

다만 스포츠지도자가 공공체육시설의 지도자이거나 공립학교의 교원인 경우에는 사용자책임에 관한 민법 제756조는 그 적용이 배제(排除)되고 국가배상법 제2조에 따라 국가 또는 공공단체가 배상책임을 부담한다.

1) 사용자책임의 성립요건

(1) 사용관계(使用關係)가 있을 것

사용자가 타인을 사용하여 어느 사무에 종사하게 하여야 한다. 사용관계는 사용자가 피용자(被傭者)를 선임하고 지휘·감독의 위치에 있고, 고용계약(雇傭契約)이 보통이지만 형식적이든 실질적이든 보수의 유무나 기간과 관계없이 사실상의 사용관계만 있으면 성립된다.

다음에 열거한 내용이 스포츠활동에 있어서 사용자관계로 볼 수 있다.

- ㄱ. 교원의 교과지도는 당연하고 클럽활동, 학교행사, 특별활동 등
- ㄴ. 학교 클럽활동의 지도를 위해서 교원이외의 사람을 감독·코치로 한 경우
- ㄷ. 지방공공단체가 시민스포츠의 지도나 일실적인 스포츠 강습회를 지도한 경우
- ㄹ. 스포츠단체가 주최하는 대회에서 지도자의 과실에 의한 사고의 경우(심재영, 1993).

(2) 피용자가 사무집행 중 일 것

피용자의 불법행위는 사무집행에 관한 것이며 제3자에게 손해를 가해야 한다.

스포츠 지도자의 스포츠활동 뿐 만 아니라 지도활동과 객관적으로 상당한 연관 관계가 있다면 사무집행으로 본다.

(3) 피용자의 불법행위

사용자 책임이 성립하려면, 피용자가 사무집행에 관하여 제3자에게 손해를 가한 경우라야 하는데, 이 요건은 피용자의 행위에 대하여 사용자로 하여금 책임을 지게 하는 기준으로 가장 중요한 요건이다

여기서 학설(이태재, 1998)과 판례(대판 65 다 825호, 1966. 10. 21. 선고; 동 65 다 1702호, 1967. 2. 7. 선고)에서 제3자라함은 사용자와 가해행위를 한 피용자를 제외한 모든 사람을 가르키는 것으로 일관하고 있다. 그러나 제3자에 대한 가해행위는 일반적으로 불법행위의 성립요건을 구비하여야 함은 물론이다(권용우, 1998).

(4) 사용자의 면책사유(免責事由)의 부재(不在)

사용자가 피용자의 선임 및 사무 감독에 상당한 주의를 한 때 또는 상당한 주의를 하여도 손해가 있을 경우에 이를 입증하면 그 책임을 면한다(민법 제756조 1항 단서).

그러나 학설·판례가 사용관계를 폭넓게 인정하고 또한 사용자의 면책도 좀처럼 허용하지 않는 편이며 거의 무과실책임(無過失責任)을 지우는 경향이다(대판 1969.1.21, 68 다 321).

(5) 사용자책임의 효과

피용자의 사무집행 중 불법행위에 의해 제3자에게 손해가 발생했다면 사용자는

배상책임이 있다. 또한 사용자에게 갈음하여 그 사무를 감독하는 자 즉 대리감독자(代理監督者)도 마찬가지다 다만 민법 제 756조 3항에서 전 2항의 경우에 사용자 또는 감독자는 피용자에 대하여 구상권(求償權)을 행사 할 수 있다. 라고 규정하여 피용자에 대한 구상권을 인정하고 있는데 피용자의 고의 또는 중대한 과실이 있는 경우에 한하여 구상권을 행사할 수 있도록 하는 것이 타당한 것으로 이는 사용자에게 무과실책임이지만 피용자 자신의 불법행위에 대하여 사용자가 배상책임이 있다면 타인의 출연에 의한 부당이득을 취하여 형평이 어긋난다는 취지이다. 그러나 스포츠사고에서 지도자의 과실이나 시설의 조건 등 환경적요인과 결합한 복잡한 문제가 있으므로 신중한 법 해석과 적용이 마땅하다(연기영, 2000).

2) 사례와 판례

야구장에서 퇴장하다 계단서 굴러 사망한 사례(서울지법 제11민사부 94 가합 116582.)

(1) 사 안(事案)

LG 스포츠는 한국야구위원회의 허가 없이 1루수 쪽의 관람석으로 통하는 30여 개의 출입문에 플래카드를 설치하였다. 플래카드는 각 출입문의 상단부 난간에서 바닥으로부터 1.43m지점 까지를 덮는 것이었다. 그런데 소외 망 S는 1994. 10. 18. 21시 50분경 한국시리즈 1차전 경기를 관람한 후, 위 경기장에서 퇴장하기 위해 39번 통로를 통하여 밖으로 나가려고 하던 중, 피고 LG스포츠가 설치한 플래카드 때문에 앞이 보이지 않자 전술한 플래카드를 위로 제친 후 아래로 내려가는 계단을 밟았으나, 그때 위 경기를 관람하고 나오던 관람객들이 한꺼번에 전술한 출구로 몰리는 바람에 뒤로 몰리게 되어 계단을 헛디딘 후 계단 밑으로 굴러 떨어

지게 되었고, 그 충격으로 두개골이 골절되면서 뇌간기능마비로 사망하였다.

(2) 판시사항

법원은 다음과 같이 판결하였다. 플래카드는 통행에 방해 되지 않도록 설치되거나 아예 설치되지 않아야 할 것인데 피고 LG 스포츠는 플래카드를 얇게 설치한 과실이 있고, 피고 한국야구위원회는 피고 서울시로부터 위 경기장 사용을 허가 받아 당시 위 경기장을 관리하는 자로서 이를 챙겨 시설이 안전하게 유지되게 하여야 할 주의의무(主意義務)를 태만(怠慢)이 한 과실이 있다 할 것이고, 이 사건 사고 발생의 한 원인이 되었으므로 피고들은 각자 위 사고로 인하여 위망인(亡人) 및 원고들이 입은 손해를 배상할 책임이 있다.

한편 위 망인은 당시 음주상태에 있었던 바, 법원은 사람이 밀치더라도 제대로 몸을 가누어 이 사건사고를 피하거나 손해발생을 줄일 수 있다 할 것인데 음주 등으로 인하여 제대로 하지 못한 과실을 인정하여 피해자의 과실을 70%를 인정해서 손해배상을 70% 감액하였다.

(3) 판례분석

위의 사례는 스포츠 경기나 활동 중 지도자의 역할과 법적책임관계를 말하는 것으로 지도자의 교육상·지도상의 과실로 인하여 사고가 발생한 경우 피해자가 입은 손해는 그 지도자를 고용한 사용자 책임이 있음을 확인한 판례이다.

사용자책임은 일반적인 기업 주체의 사용관계 뿐만 아니라 스포츠 지도자·공무원·교원에도 적용되어 배상 의무를 인정한 특수불법행위(特殊不法行爲)의 유형으로 사용자 책임을 넓게 해석한다. 스포츠지도자·공무원·교원의 과실에 의해 사고가 발생한 경우에는 일차적으로 스포츠지도자·공무원·교원의 책임이지만 사용자가 그 사고에 대한 책임을 지는 것은 사용자는 그 사업에 의해 이익을 얻고 있기

때문에 이익을 얻는 사람은 손해도 감수하지 않으면 안 된다는 보상책임(補償責任)의 원리 및 위험을 만드는 사람은 그 위험에 의한 책임을 져야만 한다.

따라서 스포츠 사고에서 사용자의 책임은 주로 스포츠 지도자의 지도상의 고의 또는 과실에 의한 경우가 대부분으로 사용자는 스포츠지도자나 관리자에 대한 선관의 주의의무의 책임을 이행하지 않으면 안된다.

5. 공작물 등의 점유자 및 소유자 책임

스포츠경기나 활동은 일반적으로 신체 뿐 만아니라 도구나 시설물 등을 이용하여 이루어진다. 대부분의 스포츠경기는 경기장이나 스포츠시설에서 치러지며 경기를 보다 효율적이고 안전하게 진행하는데 활용가치가 크다. 따라서 스포츠시설이나 경기장이 선수뿐 만아니라 대규모 관중들의 안전대책²⁸⁾과 응급조치 등 보호를 위해 시설물의 설치·보존의 하자에 따른 위험요소를 제거하고 경기에 따른 필요한 제반시설을 구비해야 함은 당연하다.

스포츠시설이나 경기장 또는 학교시설에서 스포츠활동이나 대회·강습회를 주최했을 때 대회 주최자는 물론 경기장소유자나 점유자는 시설물의 관리나 하자(瑕疵)에 세심한 주의의무가 필요하며 시설물의 관리나 하자에 의해 피해가 발생했을 때 그 피해에 대해 법적책임을 면치 못 할 것이다(민법 제758조 1항)

민법 제758조 1항은 공작물 등의 책임을 규정하고 있는데 즉 공작물의 설치 또

28) 최근 여자프로농구 우리은행과 금호생명의 경기 중 금호생명의 강현미선수가 심한 목 부상을 입었으나 의무요원도 배치하지 않았고, 구급차의 운전기사가 자리를 비워 신속한 응급조치와 빠른 이송이 되지 않는 등 경기 중 안전사고에 대한 예방 및 대책에 심각한 문제점을 지적하지 않을 수 없다(스포츠서울, 2003. 7. 18).

이 같은 사고는 끊이지 않고 발생(2000년 4월에 프로야구 임수혁선수, 2002년 숭실대 축구선수 김도연과 광운대 아이스하키선수 최승호가 경기 중 사망한 경우 등)하고 있으나 대회관계자나 협회 및 스포츠 시설물 점유자 소유자, 그리고 대한체육회의 총체적인 안전 불감증과 안전사각지대임을 여실히 보여주는 사건으로 이제는 정부차원의 경기장 안전대책대안 종합적인 정책을 모색할 시기라고 판단된다.

는 보존의 하자로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 공작물의 점유자가 일차적으로 배상책임을 지고, 다음으로 소유자가 배상책임을 지도록 하고 있다. 또한 제758조 1항의 단서에서 점유자가 손해방지에 필요한 주의를 해태하지 아니한 때에는 배상책임을 없다는 점유자의 면책규정(免責規定)을 두고 있다.

이는 스포츠시설 즉 공작물 등의 위험물 관리자에게 최대한 안전하게 유지하거나 최소한의 위험상태로 유지하도록 무거운 주의의무를 과하는 것은 공작물 등의 소유자책임을 위험책임의 원리에 의해 무과실책임을 인정하여 위험성이 큰 공작물의 관리와 하자에 충분하고 완전한 주의의무와 스포츠시설의 건축이나 기술면에서 안전한 상태를 유지해야 할 안전의무를 확보하고(연기영, 2000),

타인에게 손해를 입힌 경우에 배상책임을 인정하는 것은 건전하고 적극적인 스포츠활동의 보장과 정책적 배려에 합치하고 불의의 사고에 대한 구제측면에서 사회공동생활의 이상의 실현이며 스포츠시설의 소유자나 관리자에게 엄격한 주의·관리·감독의 의무를 강제함으로써 위험을 예방하고 안전대책을 확보하는데 의의가 크다.

1) 공작물 책임의 성립요건

(1) 공작물로부터 손해발생

공작물(工作物)이라 함은 인공적 작업에 의해 제작된 물건이나 시설물 일체를 말한다.

지상, 지하를 포함한 토지의 공작물과 건물 내부의 시설을 포함하는 넓은 개념이다. 스포츠시설로는 체육관·운동장·수영장·스키장·테니스장 등과 같이 토지에 접착하여 설치된 것과 그 시설과 일체를 이루는 설비 즉 철봉·그네·계단·엘리베이터 등도 공작물로 본다, 판례는 교정의 모래·미끄럼틀·축구골대 등도 포함한다(대판 1981 .3. 10, 80 다 2250).

(2) 공작물의 설치·보존의 하자가 존재할 것

하자(瑕疵)라 함은 그 물건이 본래 갖추고 있어야 할 성질이나 설비를 갖추고 있지 않은 것을 의미하며, 설치 또는 보존에 관한 공작물의 하자를 뜻한다. 하자의 유무에 대한 입증책임(立證責任)은 학설과 판례는 공작물로 인하여 손해가 발생한 경우에는 공작물의 하자 있음이 추정(推定)된다고 함으로써 입증책임을 공작물의 점유자 또는 소유자에게 전환하고 있다(곽윤직, 1998 ; 대판 1974. 11. 26, 74다 246). 즉 무과실책임(無過失責任)의 입장이다.

(3) 면책사유가 없을 것

공작물의 점유자(占有者)는 손해발생 방지에 필요한 주의를 게을리 하지 아니하였음을 입증하면 그 책임을 면할 수 있다. 그러나 소유자에게는 면책사유가 인정되지 않는 무과실책임이다.

(4) 배상책임자

점유자는 상당한 주의를 하였더라도 손해가 발생했다면 배상책임은 면책된다. 여기서 점유자(占有者)라 함은 공작물을 사실상 지배하는 자로 본다. 공작물의 소유자의 책임은 면책이 인정되지 않는 무과실책임(無過失責任)을 진다.

2) 사례와 판례

(1) 사례: 임수혁선수 손해배상청구소송에 대한 민사조정

프로야구 롯데소속의 임수혁이 2000년 4월 18일 잠실에서 LG와의 경기 도중 의식을 잃고 쓰러진 사건으로 현장에서 신속하고 적절한 응급조치 및 경기장 안전 대책(시설물의 점유자·소유자책임)과 함께 병원으로 빨리 후송되었다면 다른 결과가 나올 수 있었다는 아쉬움과 교훈이 남는 사고로 3년 6개월째 의식을 찾지 못하고 있는 임수혁 전 롯데 포수(34)와 가족이 사고발생 3년이 지나 손해배상 소송 법정기한 종료를 앞둔 지난 4월 롯데와 LG 구단을 상대로 민사조정신청을 제기하여 1차 변론이 2003년 10월 10일 서울지방법원 동부지원에서 열렸다.

재판부는 서류 검토 등을 거쳐 롯데와 LG 구단에 민사조정안을 받아들여 양측이 합의하는 방안을 찾을 것을 권유하고, 롯데와 LG구단에 50대 50의 비율로 부과한 조정안을 양측이 합의하도록 권유했으며, 받아들일 수 없다면 재판부에서 중재에 나서 비율을 조율할 수도 있다는 뜻을 전했다. 재판부의 재해보상조정안은 임수혁 등 신청인 6명에 대한 총 배상액 4억 2600만원으로 롯데가 '수용' 방침을 밝힌 반면 LG 측에서 '똑같은 비율의 보상액은 부당하다'며 받아들이지 않자 임수혁 가족은 곧바로 두 구단을 상대로 민사소송을 제기하였다(서울신문, 2003. 10. 11).

(2) 판례

경기장입구 차량통행방지용 시설설치의 하자로 사망한 사례(대판 1993. 3. 9 선고 ; 92 다 54715사건, 제2부 판결.)

가. 사안(事案)

경기장 앞 광장입구의 도로 위에 차량통행을 막기 위하여 바리케이트 2개를 설치하고, 그 사이에 2m 공간에 윗부분까지 한 줄의 쇠사슬로 연결해 놓았는데 피해자가 오토바이를 타고 그 사이를 통과하려다 쇠사슬에 목 부분이 걸려 넘어지면서 사망한 사고이다.

나. 판시사항

법원은 다음과 같이 판결하였다. 피고시 산하 종합 경기 관리소는 그가 관리하는 사이클 경기자의 진입로에 차량진입을 막기 위하여 그 경기장 앞 광장 입구의 포장된 도로 위에 폭 2m, 높이 1.2m정도의 쇠파이프로 된 바리케이트 2개를 중앙선 양쪽으로 설치하고 그 사이 2m 정도의 공간은 윗부분끼리 한 줄의 쇠사슬로 연결하였는데 위 쇠사슬은 반대편에서 멀리 바라보는 경우 그 뒤쪽에 보이는 경기장 벽의 밝은 바탕색 및 여러 개의 가로무늬 검은 선과 어울려 뚜렷하게 돋보이지 아니하여 신중하게 보지 않으면 마치 바리케이트만 설치된 것으로 착각할 수 있게 되어 있어서 멀리서 진행해오는 오토바이에게는 불의의 장애물이 될 수 있으므로 위 관리소로서는 위 쇠사슬이 눈에 잘 띄는 위험표지판을 메달아 놓는 등 사고방지를 위한 시설을 하여야 했다, 그러므로 위 사고는 피고가 점유하는 위 경기장 진입로 차단시설의 설치보존(設置保存)상의 하자로 인하여 발생하였다고 판단된다.

한편 법원은 위 망인으로서도 차량진입을 금지하는 바리케이트가 설치되어 있었으므로 진행을 멈추어야 하는데도 안전모도 쓰지 않고 위 차단 시설을 잘 살펴보지 않은 채 그대로 그곳을 통과하려고 한 사실을 인정하여 과실비율을 60% 인정하여 손해배상을 60% 감액하였다.

다. 판례분석

위의 사례는 스포츠 경기장의 소유자 및 점유자와 관중사이에 발생하는 사고에

관한 민사책임의 문제는 실질적으로 경기장 소유자 및 점유자와 관중 상호간의 직접적 계약관계는 없다. 그러나 다중이 모인 스포츠경기장 또는 시설은 관중들의 쾌적하고 안전한 시설에서 스포츠를 관람하고 참여하는 데 설치 관리 및 보존상 안전을 확보함이 원칙이다

민법 제 758조는 공작물의 점유자 소유자책임을 규정하고 있는데 일종의 특수 불법행위책임으로서 무과실 책임을 인정하고 있는데 이는 스포츠 관람자의 안전의 확보와 위험을 발생할 소지가 있는 시설물의 설치 관리상의 하자를 엄중한 책임을 부과한다.

위 사건은 경기장에 관중이 안전한 진입을 확보하고 다른 행인의 경기장의 출입을 통제할 목적으로 설치한 장애물이 경기장의 위험을 예방하고 안전을 확보하는 즉 제반시설에 적합하고 설치목적에 맞게 유지 관리함에도 불구하고 이를 소홀히 하여 지나는 행인이 장애물에 걸려 사망의 원인을 유발의 책임을 묻고 있다. 다만 면책조항이 있어 스포츠시설물 즉 공작물의 설치 보존의 하자 없음을 증명하면 책임을 면하는 규정을 두고 있으며, 관중 또는 경기와 무관하게 지나는 행인이라도 자기의 주의 의무를 게을리 하거나 술에 취하여 인지하지 못한 경우의 과실에 대하여 자기과실이 인정되면 과실이 상계되어 보호받지 못할 경우(민법 제 765조)도 있음을 주지할 필요성이 있다.

V. 결론 및 제언

1. 결론

본 연구는 스포츠법상 불법행위책임에 관한 연구를 구체화하고 사실화하기 위하여 스포츠 참여 및 활동과 관련한 각종 사건·사고에 관한 국내·외 문헌을 중심으로 분석 및 해석을 문헌연구를 통하여 실시한 결과로 다음과 같은 결론에 도달하였다.

첫째, 스포츠 불법행위에 대한 책임은 i)가해자의 고의 또는 과실이 입증되고 ii)책임 능력이 있는 자의 행위 즉 변칙 능력이 있는 자의 행위는 책임능력을 갖는다. i) ii)가 성립하면 손해배상책임이 확정된다(민법 제 750조).

둘째, 감독자 책임은 특수불법행위유형으로 스포츠지도자·감독·코치와 스포츠 클럽, 학교 등의 감독자가 선량한 관리자로서의 주의의무를 해태하여 의무를 위반하면 감독자 책임을 면치 못한다(민법 제755조). 또한 스포츠 불법행위가 책임능력이 없는 자, 즉 책임무능력자에 의해 손해가 발생했을 경우도 이에 해당한다(민법 제753조의 미성년자, 동법 제754조의 심신상실자).

셋째, 사용자 책임(使用者 責任)은 일반적인 기업 주체의 사용관계 뿐 만 아니라 스포츠지도자·공무원·교원에도 적용되어 배상의무를 인정한 특수불법행위책임의 한 유형이다(민법 제756조). 스포츠지도자·공무원·교원 등이 선관의 주의 의무를 위반한 경우 일차적으로 스포츠 지도자·공무원·교원이 책임을 지게 되지만, 사용자가 그 사고에 대한 책임을 지는 것은 사용자는 그 사업에 의해 이익을 얻고 있기 때문에 이익을 얻는 사람은 손해도 감수해야하는 법리다.

이 법리는 보상책임의 원리 및 위험을 만드는 사람은 그 위험에 의한 책임을 져야만 한다는 위험책임의 법리에 의한 것이다. 다만 스포츠 지도자가 공공체육시설의 지도자이거나 공립학교의 교원인 경우에는 사용자책임에 관한 민법 제756조는 그 적용이 배제되고 국가배상법 제2조에 따라 국가 또는 공공단체가 배상책임을 부담한다.

넷째, 공작물(工作物)의 설치(設置) 또는 보존(保存)의 하자(瑕疵)로 인하여 타인에게 손해를 가한 때에는 그 공작물의 점유자가 일차적으로 배상책임을 지고, 다음으로 소유자가 배상책임이 있다(민법 제758조 1항). 이와 같이 스포츠시설 또는 경기장 즉 공작물 등의 위험물 관리자(소유자·점유자)에게 동 공작물을 최대한 안전하게 유지하거나 최소한의 위험상태로 유지하도록 무거운 주의의무를 과하고 있다. 그 이유는 스포츠시설의 소유자·관리자에 대하여 이와 같이 엄격한 주의의무와, 관리감독의 의무를 규정함으로써 위험을 예방하고 안전을 확보하는데 의의가 크다.

다섯째, 가해자의 측면에서 스포츠의 특수성과 본질적 위험을 신중하게 고려하여 범죄자로 낙인(烙印)하는 사회인식을 불식시키고 건전하고 올바른 스포츠 문화와 발전을 도모하기 위해서는 스포츠 불법행위책임을 감경 또는 면책하는 방안을 모색하여 가해자의 경제적 손실을 최소화하고 사회·경제적 위치를 보장하여 주는 아래와 같은 균형법리도 요구되는 것이다.

i) 위험수인설(허용된 위험): 스포츠종목의 특성상 통상적으로 예측되는 위험 즉 위험요소를 내포(內包)한 복싱·레슬링·유도·태권도 등 스포츠 행위에 대해서는 그 위험을 받아들일 것을 묵시적으로 동의하는 것으로 행위자가 그 행위에 필요한 규칙을 준수하고 통상 주의력을 가지고 활동한 경우에는 사건·사고로 인하여 타인의 권리를 침해했다고 할지라도 법적책임을 묻지 않는다. 허용된 위험에 대한 구체적 적용 및 한계를 짓는 원칙이 신뢰원칙(信賴原則)이다.

ii) 불가항력: 스포츠의 규칙과 허용된 방법에 의한 행위로 통상 요구되는 주의와 방어에 성실한 주의를 했음에도 불구하고 불가피한 사고를 방지할 수 없는 경우에 그 행위가 사회적 상당성이나 사회상규를 벗어나지 않았고, 중대한 사건 사고 즉 사망 또는 중상해의 결과가 아닐 경우에 스포츠의 특수성과 본질적 위험으로 받아들이고 가해자는 형사책임은 면책되나, 손해발생의 배상책임 즉 민사책임은 면책되지 않는다.

iii) 신뢰의 원칙: 스포츠 활동 및 참여시 그 스포츠의 규칙·방법의 범위 내에서 행위 할 것을 스포츠 참가자 즉 피해자 또는 제 3자가 예측하고 기대하는 경우로 경기규칙을 준수하고, 경기특성상 예견되는 경미한 규칙위반의 상태에서 행한 가해행위는 사회적 상당성과 사회상규를 벗어나지 아니하는 행위로서 법적책임이 면책된다. 이는 위험한 스포츠에 있어서 그 위험을 각자 상호적정수준에서 분배(分配)하여 사고의 책임문제에 있어서 신뢰의 원칙이 배려되지 않으면 안 된다.

iv) 자기과실설: 자신의 과실에 의해 본인의 범익이 침해되는 자손행위라는 설로 경기 중 붙잡거나 공이나 기구의 사용 또는 태클시 자기의 상해유발 등은 자기 자신의 대한 범익 침해가 사회상규나 사회적 상당성을 벗어나지 않는 한 자기 자신이 감수(感受)해야 할 책임이다.

v) 위법성 조각사유: 스포츠활동과 관련한 사건·사고에서 스포츠종목의 특성과 각 종목의 규칙과 방법을 준수하고 정당한 행위임에도 불구하고 불가피한 사건·사고의 있어서 그 행위가 구성요건에 해당함으로써 생기는 위법성의 추정을 깨고 그 행위의 위법성을 배제하고 책임이 감경되거나 면책된다.(민법 제761조)

다만 스포츠불법행위에 대한 형사책임은 형법 제20조 내지 제24조(정당해위, 정당방위, 긴급피난, 자구행위, 피해자의 승낙)의 규정의해 가해자(加害者)의 면책(免責)의 법리(法理)로 원용(援用)함이 타당하다.

결론적으로 스포츠법상 불법행위에 대한 민사책임의 목적은 피해자의 구제를 중심으로 책임을 확정하는 법리로 스포츠와 관련한 사건·사고에 있어서 대한 법적

책임을 규명하여 피해자의 구제 및 보호의 법리가 스포츠법상 불법행위책임의 최우선 과제이며 목적이다.

따라서 법치주의에 의한 실정법체계상 고의·과실 및 위법성에 대한 민사적 법해석에 의한 법적책임은 엄격하게 적용하여 국가·사회·개인의 보호법익을 확보하여야 함은 물론이다.

2. 제 언

스포츠법상 불법행위책임에 관한 연구를 수행하는 과정에서 스포츠 기본법제정의 시대적 요구와 스포츠 보험의 필요성과 중요성에 대한 후속연구나 방안모색이 절실히 요구되며 그 구체적 내용은 다음과 같다.

첫째, 현재 산재(散在)되어 있는 스포츠 관련법을 종합적이고 체계적으로 보완하고, 스포츠기본권을 명문화하여 인간으로서의 존엄과 가치를 보장받으며 행복을 추구할 수 있게 하고, 스포츠 진흥을 위한 정책적 기본방향과 스포츠단체의 지위, 그리고 스포츠 안전과 각종 스포츠 사건·사고에 대비한 규정과 안전배려의무(安全配慮義務)등을 명시하여 스포츠 전반을 아우르는 스포츠 기본법의 제정이 요구된다.

둘째, 일정 규모의 스포츠 행사의 경우, 자동차사고 배상 책임보험의 경우처럼 손해배상책임을 의무화하여 스포츠활동의 적극적인 참여를 유도하고 스포츠활동과 관련한 우연한 그리고 불가피한 사고로부터 보다 안전하고 안정적인 스포츠 기본권이 향유되도록 함으로서 국민의 건강과 삶의 질 향상에 기여할 수 있도록 스포츠 책임보험을 제도화해야 한다.

셋째, 스포츠활동과 관련하여 불의의 사건·사고에 대비한 학교안전공제보험과 국민생활체육협의회에서 시행하고 있는 스포츠공제보험을 전국민에 확대한 스포츠

안전공제보험(安全控除保險)으로 통합을 제안한다.

넷째, 스포츠 시설의 설치·관리의 안전성을 담보하고 국민의 여가생활과 건강 증진에 크게 기여하고자 하는 취지의 체육시설물의 설치 이용에 관한 법률(동법 21내지 22조)에 의하면 체육시설업자의 보험가입은 의무화(동법 29조)되어 있다. 그리고 현재 국가 및 공공단체의 스포츠 시설(영조물)은 국가 배상법 제5조에 의하여, 그리고 민간인이 운영하는 스포츠시설(공작물)의 관리의 하자는 민법 제758조에 의한 무과실책임으로 스포츠시설의 이용자에 대한 손해배상책임에 의하여 보호되고 있을 뿐이다.

그러나 법률 제29조의 단서조항에 책임보험가입 대상을 소규모 체육시설업자 즉 체육도장업, 체력단련장, 에어로빅장의 경우에 보험가입의무를 면제하고 있고, 동법 시행규칙(동법31조)은 명칭을 책임보험(責任保險)이 아니고 손해보험(損害保險)이라 명시하여 제도의 취지나 목적을 약화시키고 있다. 뿐만 아니라, 소규모 시설이 대규모 시설보다 안전도가 불충분해서 사고빈도가 더 높고 사고가 발생시 소규모 시설업자의 경제적 자력(資力)이 불충분할 경우가 더 많기 때문에 피해자의 손해배상 확보가 용이(容易)하지 않을 수 있다. 따라서 피해자나 사업자의 이중의 손해가 발생할 우려가 더 큰 경우로 소규모 시설을 의무화하여야 할 것이다. 즉, 스포츠시설물에 대한 책임보험을 대형시설물 뿐만 아니라 소형시설물까지 강제하여야 한다.

다섯째, 안전사고 대책과 관련하여 정부·지방자치단체, 대회주관 및 스포츠 단체, 학교체육 및 생활체육관련 행사 등에 있어서 참가자와 스포츠 관계인에 대한 안전사고 예방을 위한 규정을 통하여 경기장 시설 및 환경에 대한 최소한의 안전 점검과 안전요원 배치, 응급조치시설(의사 및 구급차 등)확보 등을 의무화 하는 것이 필요하다.

참 고 문 헌

- 강경근(2005). “헌법에 있어서의 스포츠의 개념, 스포츠와 법 제6권,” 한국스포츠
엔터테인먼트법학회.
- 강병근(2004). “스포츠중재재판소(CAS)를 통한 스포츠분쟁의 처리, 스포츠와 법
제5권,” 한국스포츠법학회.
- 강대옥(1998). “위험책임론,” 전남대학교 대학원 박사학위논문.
- 강일원(2005). “학교사고로 인한 민사책임,” 중앙대학교 대학원 석사학위논문.
- 고기환(1997). 스포츠사고와 법률, 서울: 보경문화사.
- 고기환(2001). 체육법학, 서울: 산과들.
- 곽윤직(1995). 채권 각론(신정판), 서울: 박영사.
- 곽윤직(1998). 물권법, 서울: 박영사.
- 곽윤직(1998). 채권 총론, 서울: 박영사.
- 권복순(2003). “교내 스포츠사고에 대한 판례 분석,” 수원대학교 교육대학원 석사
학위논문.
- 권영성(1998). 헌법학원론, 서울: 법문사.
- 권용우(1995). 법과 생활, 서울: 신양사.
- 권용우(1998). 불법행위론, 서울: 신양사.
- 권용우(1998). 채권 각론, 서울: 신양사.
- 김갑수(1993). “문화국가의 원리에 관한 연구,” 고려대학교 대학원 박사학위논문.
- 김기선(1997). 한국채권법각론, 서울: 법문사.
- 김대연(1991). “불법행위책임의 본질에 관한 연구,” 숭실대학교 대학원 박사학위
논문.
- 김동훈(2001). “스포츠에이전트계약의 법적 고찰,” 스포츠와 법 제2권, 한국스포츠
법학회.
- 김동훈(2001). “스폰서계약의 법적 고찰,” 스포츠와 법 제2권, 한국스포츠법학회.

- 김문중(1991). “위험책임의 새로운 체계,” 사법행정 12월호.
- 김민규(1986). “불법행위책임요건에 관한 연구,” 동아대학교 대학원논문집.
- 김민규(1995). “불법행위법상 과실 책임체계에 대한 재구성,” 부산대학교 비교법학연구소.
- 김범식(1983). “스포츠를 통한 정치사회화가 국민정치태도에 미치는 영향,” 서울대학교 대학원 박사학위논문.
- 김보현(2002). “선수계약의 법리에 관한 연구,” 동아대학교 대학원 석사학위논문.
- 김상겸(2000). “스포츠권의 헌법적 보장,” 스포츠와 법 창간호, 한국스포츠법학회.
- 김상겸(2000). “헌법국가에서 스포츠의 보장,” 동국대학교. 비교법연구, 창간호, 비교법문화연구소.
- 김상겸(2001). “스포츠산업에 있어서 국가의 관여,” 스포츠와 법 제2권, 한국스포츠법학회.동국대학교.
- 김상겸(2002). “교육권과 학교스포츠,” 스포츠와 법 제3권, 한국스포츠법학회.
- 김상겸(2003). “스포츠 기본법제정을 위한 시론적 연구,” 스포츠와 법 제4권, 한국스포츠법학회.
- 김상겸(2005). “한국 헌법상 스포츠 기본법과 스포츠기본법,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠법학회.
- 김상겸(2004). “스포츠분쟁해결에 관한 헌법적 연구,” 스포츠와 법 제5권, 한국스포츠법학회.
- 김상겸(2005). “스포츠자치권과 스포츠기본법에 관한 연구,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회.
- 김상용(1996). 채권법각론, 서울: 박영사.
- 김석우(1998). 채권법각론, 서울: 박영사.
- 김선택(1997). “행복추구권과 헌법에 열거되지 아니한 권리로서 기본권에 대한 체계적 해석,” 안암법학, 창간호,
- 김성호(1991). “공무원의 위법한 직무행위로 인한 국가 등의 배상책임에 관한 연

- 구,” 경기대학교 대학원 석사학위논문.
- 김옥주(2002). “대학 운동선수들의 상해보험제도와 개선방안에 대한 연구,” 조선대학교 대학원 석사학위논문.
- 김용규(1973). “한국사회의 발전과 민사책임의 변천,” 경북대학교 법정대학논문집.
- 김용섭(2000). “스포츠와 관련된 헌법재판소의 결정,” 스포츠와 법 제2권, 한국스포츠법학회.
- 김용섭(2000). “스포츠행정법의 현황과 과제,” 스포츠와 법 창간호, 한국스포츠법학회.
- 김용섭(2005). “스포츠 에이전트의 법적 과제,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠법학회.
- 김용한(1988). 채권법각론, 서울: 박영사.
- 김윤규(1984). “민사불법론의 연구,” 중앙대학교 대학원 박사학위논문.
- 김은경(1999). “스포츠와 보험,” 한국외국어대학교 법학연구소.
- 김은경(2002). “스포츠와 민사책임,” 스포츠와 법 제3권, 한국스포츠법학회.
- 김은경(2004). 스포츠와 법, 서울: 보경출판사.
- 김의수(1989). 구급 및 안전관리, 사회체육지도자 연수교재, 서울대학교 사회체육지도자 연수원.
- 김일수(1992). 형법학원론, 서울: 박영사.
- 김재국(1996). “징벌적 손해배상” 호남민사법연구 제5집.
- 김종·최재원(1988). “스포츠 에이전트와 인도스먼트 유형 및 현황연구,” 한국스포츠사회학회, 제10호.
- 김주수(1997). 채권각론, 서울; 삼영사.
- 김증한(1997), 채권각론, 서울: 박영사,
- 김증한·안이용(1970), 신채권각론, 서울: 박영사,
- 김천수(1997). “불법행위의 억제를 위한 민사법적 고찰,” 전남대학교 대학원 석사학위논문.

- 김철수(1998). 헌법학개론, 서울: 박영사.
- 김충환(2002). “손해배상의 책임체계와 배상범위,” 충북대학교 대학원 석사학위논문.
- 김현진(2003). “스포츠사고의 법적책임과 구제에 관한 연구,” 경희대학교, 대학원 석사학위논문.
- 김현태(1999). 신고채권법각론, 서울: 일조각.
- 김형배(1980). “불법행위에 있어서 책임귀속의 근거와 손해배상의 범위,” 고대 법률행정논집 제18집.
- 김형배(1986). 민사법학연구, 서울: 박영사.
- 김형배(1990). “민사법의 위법성개념의 구조- 결과불법 행위불법 이원설의 검토-,” 고시계. 10월호.
- 김형배(1997). “불법행위법 개정안 의견서,” 민사법학. 제15호.
- 김형배(1997). 채권각론, 서울: 박영사.
- 나병진(1999). “스포츠계약에 관한 고찰,” 조선대학교 법학연구소.
- 류동균(2001). “스포츠의 법적 분쟁에 관한 연구,” 계명대학교 대학원 박사학위논문.
- 박동희(1977). 형법학총론, 서울: 박영사.
- 박수혁(1989). “스포츠 공법에 관한 소고,” 한독법학 제7호, 한독법률학회.
- 박영일(1993). “체육 스포츠사고의 법해석에 관한 연구,” 상지대학교 논문집.
- 박영철(1999). 스포츠법학: 스포츠판례를 중심으로, 서울: 동방도서.
- 방영철/홍순모(1999). 스포츠법학, 서울: 동방도서.
- 백광(1992). 스포츠 안전학, 서울: 나남사.
- 법원 행정처(1990). 하급심판 판결집 제1권.
- 변해철(1999). “스포츠분야에 있어서의 국가권력개입의 법적근거와 개입형태,” 한국외국어대학교 법학연구소.
- 변해철(1999). “헌법상의 스포츠권,” 외법논집 제7권

- 서광민(1987). “불법행위의 책임귀속구조에 관한 연구,” 고려대학교 대학원 박사학위논문.
- 서광민(1989). “위험책임의 요건과 그 인정방법,” 사법행정, 11월호.
- 서상옥(1996). “스포츠법학 적용 접근에 관한 연구 시론,” 한국사회체육학회지.
- 소성규(1994). “책임법 상 과실범리에 관한 연구” 한양대학교 대학원 박사학위논문.
- 손경한, 김용섭(2002). 문답 스포츠법, 서울: 법영사.
- 손석정(1997). 스포츠와 법, 서울: 도서출판 태근.
- 손석정(1997). “스포츠법에 관한 소고,” 스포츠과학, 제61호.
- 손석정(1999). “골프에 관한 판례 조사연구,” 한국스포츠산업경영학회.
- 손석정(2000). 스포츠 법학, 서울: 도서출판 태근.
- 손석정(2003). 체육·스포츠 판례 모음집, 서울: 도서출판 태근.
- 손석정(2005). “스포츠현장에서의 중대사고 고찰,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회.
- 손주찬(1989). “스포츠와 보험법”, 한독법학 제7호, 한독법률학회.
- 손주찬(2000). “스포츠 사고와 보험법의 과제”, 스포츠 법 창간호, 한국스포츠법학회.
- 손해목(1987). 형법총론, 한국사법행정학회.
- 손해목(1996). 형법각론 서울: 법문사.
- 송오식(1994). “불법행위의 귀책근거와 예방적 효과론,” 전남대학교 박사학위논문.
- 신동운(2001). 형법총론, 서울: 박영사.
- 신성휴, 한왕택(1993). 현대스포츠론, 서울: 성균관대학교 출판부
- 신용석(1984). 형법총론강의, 서울: 법문사.
- 신원식(1994). 기본권인 스포츠권에 관한 연구, 서울대 대학원 석사학위논문.
- 신현규(2001). “한국 체육·스포츠 법학의 변천사,” 한국체육사학회.
- 신현규(2003). “학교스키수업 중대사고 시 교원의 과실로 인한 형사책임 고찰,”

한국체육철학회.

신희준·백정웅(2004). 스포츠법, 서울: 법률서원.

심재영(1993). “체육·스포츠사고의 법적 책임과 구제에 관한 연구,” 한양대학교 박사학위논문.

심재영(2003). “스포츠사고의 형사상 위법성 조각사유,” 한국스포츠산업경영학회.

양병희(2004). “한국에서의 스포츠분쟁해결을 위한 ADR제도” 스포츠와 법 제5권, 한국스포츠법학회.

양창수(1985). “불법행위의 요건으로서의 위법성,” 월간고시 10월호.

어재수(1993). “불법행위책임이원설에 관한 연구,” 동국대학교 대학원 석사학위논문.

연기영(1986). “과실책임과 위험책임의 구조적 관계,” 재산법연구 제3권 1호.

연기영(2000). “스포츠 사고책임의 민사법적 제 문제,” 비교법연구, 동국대학교 비교법문화연구소.

연기영(2000). “스포츠법의 현황과 과제,” 스포츠와 법 창간호, 한국스포츠 법학회.

연기영(2005). “한국에 있어서 스포츠의 법정정책적 과제,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠 법학회.

연기영(2004). “스포츠분쟁해결기구의 설립방안,” 스포츠와 법 제5권, 한국스포츠 법학회.

연기영(2005). “스포츠산업의 발전과 제조물 책임,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회.

오성락(1997). 입증책임론, 서울: 일신사.

원용수(2005). “스포츠 계약과 보험과의 관계,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회.

유기천(1984). 형법각론 상, 서울: 일조각.

유동근(2001). “학교체육수업 안전사고 실태 및 법적사례 분석, 명지대학교 교육

대학원 석사학위논문.

유숙영(1990). “고의와 위법성의 인식의 관계,” 순천대학교 논문집.

유재남(1991). “안전배려의무의 법적 성질에 관한 연구,” 동아대학교 대학원논문
집.

유재남(1992). “민법상 안전배려의무에 관한 연구,” 동아대학교 대학원 석사학위
논문.

유진식(2002). “국공립학교 체육시설의 설치·관리의 하자로 인한 국가배상책임”
스포츠와 법, 제3권, 한국스포츠법학회.

유진식(2005). “스포츠사고와 국가배상책임,” 스포츠와 법 제 3권, 한국스포츠엔터
테인먼트법학회.

유태형(1977). “불법행위에 있어 위법성 개념의 변천동향,” 한양대학교 대학원 석
사학위논문.

육소영(2001). “학교로고의 무단사용과 지적재산권” 스포츠와 법, 제2권, 한국스포
츠법학회.

윤용석(1999). “불법행위책임의 면책사유,” 한국재산법학회.

윤용석(2002). “안전배려의무,” 한국재산법학회.

윤정환(1999). “징벌적 손해배상에 관한 연구,” 민사법학 제17호

윤형렬(1996). “채권법상 부수의무의 체계적 지위,” 민사법학 14호,

윤형렬(1996). “채권법상 부수의무의 체계적 지위,” 민사법학 제14호.

이강욱(2004). “스포츠 민사상 책임에 관한 고찰,” 한국스포츠티서치.

이상영(2001). “스포츠시설의 소음에 대한 규제와 책임에 대한 토론,” 스포츠와
법 제2권, 한국스포츠법학회.

이상욱(1993). “불법행위법의 현대적 과제,” 대구효성카톨릭대학 현대사상연구소.

이상철(2001). “스포츠시설업에 대한 법적규제,” 스포츠와 법 제2권, 한국스포츠법
학회.

이시영·손석정(1997). 스포츠법학의 활성화를 위한 일 연구, 성균관대학교 스포

츠과학연구소논집, 제2호.

- 이영만(1993). “불법행위법에 있어서 위법성에 관한 연구,” 연세대학교 대학원 석사학위논문.
- 이은영(2005). 채권각론, 서울: 박영사.
- 이재상(2000). 형법각론, 서울: 박영사.
- 이정식(2002). “민법상 학교사고에 대한 교사 등의 손해배상책임,” 국제헌법학회.
- 이주운(1998). “체육, 스포츠와 법에 관한 연구,” 교양교육논문집 제3권.
- 이준우(1990). “불법행위책임체계의 재구성에 관한 연구,” 단국대학교 대학원 박사학위논문.
- 이태재(1967). “타인행위에 대한 불법행위책임,” 한국사법행정학회.
- 이태재(1998). 채권각론, 서울: 진명문화사.
- 이현숙(1992). “미성년자의 불법행위에 대한 감독자책임,” 이화여자대학교 대학원 석사학위논문.
- 이형국(1988). “상해와 피해자의 승낙,” 숭실대학교 법학연구소.
- 이형국(1989). “스포츠에 있어서의 범죄와 그 형사책임,” 한독법학 제7호, 한독법률학회.
- 이형국(1997). 형법각론, 서울; 법문사.
- 이형규(2000). “스포츠시설업과 배상책임보험,” 스포츠와 법 창간호, 한국스포츠법학회.
- 임지봉(2001). “스포츠산업에 있어서 국가의 관여에 대한 토론,” 스포츠와 법 제2권, 한국스포츠법학회.
- 장경학(2001). 채권총론, 서울: 교육과학사.
- 장봉석(2001). “스포츠사고의 민사책임,” 전주대학교, 석사학위논문.
- 장재욱(2002). “학교스포츠사고와 학교 및 지도자의 민사책임,” 스포츠와 법 제3권, 한국스포츠법학회.
- 장재욱(2005). “스포츠법의 현황과 과제,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠엔터테인먼트인

먼트법학회.

장주호(2000). “우리나라 스포츠정책의 과제,” 비교법연구, 동국대학교 비교법문화 연구소.

전경운(2001). “스포츠시설의 소음에 대한 규제와 책임,” 스포츠와 법 제2권, 한국 스포츠법학회.

정동구(2001). “학교스포츠 활성화를 위한 정책적 과제,” 스포츠와 법 제2권, 한국 스포츠법학회.

정성근(1996). 형법각론, 서울: 법지사.

정승재(2004). “스포츠선수의 기본권 보장에 관한 연구,” 경희대학교 대학원 박사 학위논문.

정승재(2004). “스포츠자치권과 스포츠분쟁,” 스포츠와 법 제5권, 한국스포츠법학회.

정승재(2005). “스포츠선수와 직업의 자유,” 스포츠와 법 제6권, 한국스포츠엔터테인먼트법학회.

정억순(1996). “스포츠 인적 사고의 법적 책임,” 한림대학교 대학원 석사학위논문.

정영규(1996). “스포츠사고로 인한 손해배상책임,” 강릉대학교 대학원 석사학위논문.

정종규(1989). “학교사고의 법적 처리에 대한 사례연구,” 중앙대학교 대학원 석사학위논문.

조규정(2001). “운동선수의 보험인식과 태도에 관한 연구,” 성균관대학교 대학원 박사학위논문.

조정호(1993). “불법행위책임에 관한 고찰,” 영남대학교 사회과학연구소.

주종미(2005). “미래 한국스포츠가 직면해 있는 법적이슈와 연구과제,” 한국체육학회 제44권.

진계호(1985). 신고 형법총론, 서울: 대왕사.

진송범(1992). “불법행위의 효과에 관한 연구,” 전남대학교 대학원 석사학위논문.

- 최대권(1997). 헌법학강의. 서울: 박영사.
- 최병규(2001). “학교경영자 배상책임보험과 스포츠사고” 스포츠와 법, 제2권, 한국 스포츠법학회.
- 최병문(2000). “스포츠 형사책임론,” 스포츠와 법 창간호, 한국스포츠법학회.
- 최신법률용어사전(2000). 서울: 법진출판사.
- 최신석(1998). “스포츠부상의 법적 책임제한,” 인하대학교 사회과학연구소.
- 최윤정(1994). “일본에서의 스포츠권의 법리,” 숙명여자대학교 대학원 석사학위논문.
- 최환석(2003). “프로축구선수들의 에이전트에 대한 인식과 활용방안,” 계명대학교 대학원 석사학위논문.
- 최효섭(1991). “형법 제20조에 나타난 사회상규,” 동아대학교 대학원 석사학위논문.
- 하권익(1983). “스포츠 임상의학의 과거와 현재 그리고 미래,” 대한 스포츠 임상학회.
- 하봉채(1990). “불법행위 귀책사유로서의 과실,” 한양대학교 대학원 석사학위논문.
- 한상범(2000). “한국 스포츠법제의 정신과 정책방향,” 스포츠와 법 창간호, 한국스포츠법학회.
- 한상희(1999). “헌법에 열거 되지 아니한 권리,” 공법연구 제27집 제2호.
- 한성덕(1997). “스포츠 인적 사고의 민법 책임,” 경희대학교 체육과학연구소.
- 한승희((1999). 학교 안전사고에 대한 교사의 책임범위, 고려대학교 대학원 박사학위논문.
- 허영(1998). 한국헌법론, 서울: 박영사.
- 홍성찬(1989). 법학개론, 서울: 박영사.
- 황적인(1988). “운동경기에 따른 민사책임,” 한독법학 제7호, 한독법률학회.
- 황적인(1999). 현대민법론IV(채권각론), 서울: 박영사.
- 대한민국 현행법령·판례집 CD-ROM, (주) 엠텐, 2005.

대법원판례(2002). <http://www.scourt.go.kr>
대법원 판결. 2003. 9. 26, 선고, 2003 도763.
대법원 판결. 2004. 6. 24, 선고, 2002 다 6951; 2002 다 6968.
대법원 판결. 2003. 8. 19 선고, 2001 다 9014
대법원 판결. 1960. 10. 26, 다 177.
대법원 판결. 1962. 11. 22, 62 다 579.
대법원 판결. 1967. 7. 18, 66 다 1938.
대법원 판결. 1969 .1. 21, 68 다 321.
대법원 판결. 1973. 10. 10. 73 다 1253.
대법원 판결. 1974. 11. 26, 74 다 246.
대법원 판결. 1977. 9. 25, 77 도 1576.
대법원 판결. 1978. 11. 28, 78 다 1805.
대법원 판결. 1979. 12. 26, 79 다 1843.
대법원 판결. 1980. 5. 13. 79 다 1390..
대법원 판결. 1981. 3. 10, 80 다 2250
대법원 판결. 1984. 7. 10, 84 다카 474.
대법원 판결. 1989. 2. 28. 선고, 88 다카8682.
대법원 판결. 1991. 4. 9. 선고, 90 다 11509호.
대법원 판결. 1991. 3. 8, 90 다 16771.
대법원 판결. 1993. 3. 9 선고 ; 92 다 54715, 제2부 판결.
대법원 판결. 1994. 1. 28, 93 다 43590
대법원 판결. 1994. 11. 8, 94 다 34036.
대법원 판결. 1995. 8. 25, 94 다 47803
대법원 판결. 1997. 3. 20, 68 다 1885.
대법원 판결. 1998. 2. 10, 95다 39533.
서울고등법원. 1978. 6. 23 62 가 124 .

- 서울고등법원. 1988. 3. 3. 선고, 87 나3932.
- 서울고등법원. 1993. 3. 9, 92 나 13174.
- 서울민사지방법원. 1987. 7. 15. 선고, 87 가합 1745.
- 서울지방법원. 제11민사부 94 가합 116582.
- 대구고등법원. 1997. 11. 28, 96 나 1864.
- 수원지방법원. 1996. 4. 23. 선고, 95 가 합 25407.
- 헌법재판소. 1993. 5. 13. 92 헌마 80
- 헌법재판소. 1997. 1. 16, 90, 헌마 136
- 헌법재판소. 1998. 7. 16. 헌마 96
- 헌법재판소. 1999. 12. 23, 98, 헌마 14
- 스포츠서울, 1991. 7. 18.
- 서울신문, 2003. 10. 11.
- 加藤一郎(1957). 불법행위(법률학 전집), 동경:일본체육사 .
- 我妻榮(1989). 사무관리 부장이득 불법행위, 동경: 일본평론사.
- 賓野吉生(1983). 체육 스포츠법학의 제 문제, 동경: 전야서점.
- 판례시보(일본) 26호, 소화 36년 1월 24.
- 千葉正土(1993). “스포츠법학의 현상과 과제,” 법률시보.
- 일본스포츠법학회(1995). 스포츠분쟁과 사고, 동경: 조도전대학출판부.
- Appenzeller, Herb(1993). Managimg Sports and Risk Management Strategies, Charlottesville, VA; Carlonia Academic Press.
- Batonnier Rene Bondoux(1978). Law and Sport. Oly Rev nos 130-131: 494-502, Ag/Se.
- Chambless J. R. and Mangin C.(1973). Legal liabilith and the physical educator, Journal of Health. Physical Education, and Recreation 44: 42.
- Champion Walter, T(1993). Sports Law in a Nutshell, West Publishing.

- Clement, A(1993). Law in Sport and physical activity, Benchmark Press. Indianapolis
- Coakley, J. J(1981). The Sociological Perspective : Alternate Causations of Violence in Sport. Arena Review 5.
- Cox, R. H(1990). Sport Psychology. Dubague, IW : wm. C. Brown Publishers
- Dabid hoch(1985). What is Sport law? Some Introductory Remarks and Suggested Parameters For A Gorwing Phenomenon. Quest 37.
- Davis, Elaine C.(1970). "Tort Liability of Teachers and School Administrators" Educational Horizons 49:40-44 Winter.
- Doyice Cotten & T(1997). Jesse Wild, Sport Law for Sport Manager.
- Dougherty, N J & D. Auxter, A. S. Goldberger, G. S. Heinzmann, HA.
- Edwards, Newton(1971). Courts and the Public Schools, Third edition. Chicago: University of Chicago Press, Chapters 14 and 15.
- Findlay(1994). Sport, Physica Activity and Law, Human Kinetics Publishers.
- Gorge J. Annas(1984). Public Health And Law: The Case of Karen Silkwood. AM J Pub Health 74: 516-518 May.
- Glanville Williams, B.A. Hepple(1984). FOUNDATIONS of the LAW of TORT, London :Butterworths.
- Grayson, E(1988). Sport and the law and education. butterworths, London United-Kingdom.
- Hazard, William R(1971). Education and the Law. New York: Free Press, Chapter 7, "Tort Liability of Teachers and Schools," .
- Herriman, J & J. H. Comm.(1988). Sport law: A Social Perspective. Journal of Sport and Social Issues Volume 12. No 2.
- Hoffman, Earl(1970). "Classroom Teacher and School Law." Educational

Horizons 49:33-39 Winter 1970.

Jefferies, S. C.(1985), Sport law study guide. Human Kinetics publishers, Champaign III.

Kallen, Laurence(1971). Teacher's Rights and Liabilities Under the Law. New York: Arco Publishing Co., 1971.

Lauders, D. M.(1976). Social Problems in athletics : Essays in the Sociology of Sport. Urbana, IL University of Illinois Press

Lawyers Look at Sports Injuries. Physician and Sportsmed 7: 18-19 September 1979.

Leonard, W. M(1980). A sociological perspective of sport, Minneapolis MN:Burgess publishing company

Leonard, W. M(1988). A Sociological Perspective of Sport Minnesota, M N. Burges Publishing Company

McPherson, B. D, Curtis, J. E & Loy, J. W(1988). The Social Significance of Sport, Human Kinetics Illinois

M.D. Perry(1978). Physical Education Law. Utah 13,15 Spring.

L.M. Bondnar(1980). Women Sports And The Law. AM J Sports Med 8: 291-293 JI/Ag .

Mel Narol, "A Guide to the Legal Liability of Coaches for a Sports

Raymond L. Yasser(1985). Torts and Sport: Legal Liability in Professional and Amateur Athletics.

Rylands v. Fletcher(1866), Exchequer Chamber,
(Rylands v. Fletcher, Exchequer Chamber, 1866, L, R, I. Exch. 265)

Narol, M(1991). Sports participation with limited litigation: the emerging reckless disregard standard. Seton-Hall Journal of sport law 1(1), Newark. N.J.

- Schubert and Trentadure & Smith(1986). Sports law. West publishing.
- Sharp, L.A(1990). Sport law. National organization on legal problems of education, Topeka kansas.
- Turner & J. Neville(1986). Sports and the Law: A Guide to Recent Development. (11refs) Sporting Traditions. 3(1).
- Van Der Smissen, B.(1973). Legal liability of cities and schools for Injuries in recreation and parks, including physical education and athletics, Cincinnati, 1968, W. H. Anerson Co., Legal Publishers. suppl.
- Waicukanski, R.J(1982). Law and amateur sport. Indiana University Press, Broomington.
- Woodhouse, C(1993). Sport and law: the role of the lawyer in sport today. New Zealand law journal, Nov. Wellington.
- Woods, S. W(1971). The Violent World of the Athlete. Quest14.