

## 중국의 사용자책임에 관한 연구 - 불법행위책임법 제35조를 중심으로 -

송수련\*

- 
- I. 서 언
  - II. 중국 불법행위책임법상 사용자책임의 개요
  - III. 중국 불법행위책임법 제35조의 성립요건
  - IV. 실무상 유의사항
  - V. 결 어
- 

주제어 : 사용자책임, 중국 불법행위책임법 제35조, 사용자, 피용자

### I. 서 언

한류의 영향으로 중국에 투자·과건된 기업과 개인의 수는 이미 상당하다. 이들 기업과 개인은 필연적으로 노동자를 고용하게 되며 이들 노동자(이른바 피용자)들은 기업 또는 개인(이른바 사용자)의 지휘와 감독에 따르게 되는데, 이 과정에서 피용자가 고객 등(이른바 제3자)에게 손해를 가하는 경우가 종종 발생된다.

문제는 사용자의 지휘와 감독에 따라 피용자가 사무에 종사한 결과로서 발생한 손해에 대하여 피용자에게 그 책임을 묻는 것이 타당한 것인가에 있다. 예컨대 중국의 한국인 유학생(이른바 피용자)이 중국기업(이른바 사용자)이 주최하는 행사

---

\* 숭실대학교 글로벌통상학과 초빙교수, E-Mail : punsudek@naver.com

장에서 아르바이트 중 고객(이른바 제3자)에게 손해를 가한 경우에, 한국인 유학생에게 이에 대한 전적인 책임을 부담시키는 것이 적절한지의 문제이다.

근대법은 자신의 과실에 대해서만 책임을 부담하는 자기책임의 원칙과 과실책임의 원칙을 취하였으므로 사용자에게 책임을 물을 수 없었다. 그러나 현대에는 분업이 활성화되고 전문성이 강조되면서 사용자로 하여금 자신의 직접적인 과실이 없더라도 피용자의 불법행위에 대한 책임부과의 필요성이 대두되었다. 그 결과 현재 여러 나라에서 사용자책임이 입법화되어 운용되고 있다.

중국의 경우에도 불법행위책임법을 제정하여 운영하고 있는데, 우리 민법과는 달리<sup>1)</sup> 사용자책임과 관련하여 노동계약과 고용계약으로 구분하여 규율한다. 즉 기업은 직원에 대하여 실질적인 지휘와 감독 그리고 관리와 통제를 행사하나, 개인은 기업과 비교하여 피용자에 대한 관리정도가 훨씬 미약할 수밖에 없기 때문이다. 따라서 기업과 피용자 간의 노동계약에 대하여는 불법행위책임법에 따른 책임은 물론 노동법과 노동계약법 등에 따른 책임을 엄격하게 부담시키는 한편, 개인과 개인 간의 고용관계에 대하여는 노동계약에 따른 책임보다 보다 완화된 불법행위책임법에 따른 책임을 부담시키며 계약법으로 보충한다.

그 결과 사용자책임의 적용대상과 책임범위가 비교적 명확한 노동계약의 경우와는 달리, 고용계약하에서는 사용자책임의 책임범위가 불분명할 뿐만 아니라 법률이 정치하지 않아서 사용된 용어에 대한 해석 등에 관하여 이견이 분분하다. 특히 개인의 경우에는 이러한 문제발생시의 대처에 미숙할 수밖에 없다. 그러나 이와 관련한 선행연구는 불법행위책임법에 관한 것이거나<sup>2)</sup> 불법행위책임법상의 책임 귀속원칙에서 책임주체 중 하나<sup>3)</sup>로서만 간략히 다루어질 뿐이다.

이에 이하에서는 중국의 불법행위책임법 제35조상의 사용자책임에 관한 법률적 연혁과 책임귀속원칙에 관하여 살펴본다(제2장). 이어 동법 제35조상의 성립요건을 고용관계와 사무집행관련성, 그리고 불법행위와 제3자의 손해로 나누어 살펴보고(제3장), 실무적 유의사항으로서 동법 제35조상의 용어해석과 사용자의 구상권 존부, 그리고 무상노동의 사용자책임 존부 및 사법해석과의 경합문제 등에 관하여 살펴본다(제4장). 마지막으로 본 연구를 요약·정리하는 것으로 마무리한다(제5장).

- 
- 1) 우리 민법은 제756조상의 책임이 이른바 기업책임으로서 중요한 기능을 한다. 다만 입법론적 측면에서 사용관계와 가사노동에 있어서의 관계를 구별하여 전자에 한하여 민법 제756조와는 별개의 입법으로 무과실책임을 인정하는 것이 타당할 것이다(김행남, “사용자 배상책임”, 사회과학연구 제8권, 한남대학교사회과학연구소, 1998. 12, p. 82).
  - 2) 김주, “중국의 불법행위책임법에 관한 연구”, 2010 세계법제연구보고서, 법제처, 2010. 10.
  - 3) 김성수, “중국 불법행위의 책임귀속원칙에 관한 연구 - 불법행위책임법(2009년)의 내용을 중심으로”, 중국법연구 제14집, 한중법학회, 2010. 12.

## II. 중국 불법행위책임법상 사용자책임의 개요

### 1. 중국 불법행위책임법상 사용자책임의 연혁

중국은 1949년 국가수립 이후에 고용관계(이른바 중국 불법행위책임법상의 노무관계)<sup>4)</sup>와 관련한 별도의 법제를 마련하지 않았다. 이는 국가수립의 근간인 공유제에 기인한 것으로, 공유제하에서는 사인이 노무를 제공하는 문제가 존재할 수 없기 때문이다. 이후 1970년대 말 사회주의경제의 발전을 위하여 국내체제의 개혁과 대외개방을 위한 정책들의 추진에 따른 사적인 고용관계가 출현하게 됨에 따라, 이에 관한 법률제정의 필요성이 대두되었다.

이에 1986년에 제정된 《중화인민공화국 민법통칙(中華人民共和國民法通則)》(이하 ‘민법통칙’이라 한다) 제43조는 “법인기업은 법정대표자 및 기타 사무인력(工作人員)의 경영활동(經營活動)에 대하여 민사책임을 부담한다”고 규정하여, 고용관계하에서 피용자<sup>5)</sup>의 불법행위에 대한 기업책임을 최초로 명문화하였다.<sup>6)</sup>

다만 동조를 사용자책임에 관한 규정으로 보기에 한계가 있다는 주장이 있다. 첫째, 민법통칙 제43의 적용대상이 법인기업으로 제한됨에 따라, 개인기업이나 개인에게는 적용될 수 없기 때문이다. 둘째, 통상의 대위책임이 피용자의 직접적인 업무 내지 업무와 관련한 행위까지 확대되어 인정되는 것과 달리, 민법통칙 제43조는 피용인의 경영활동에 한하여 적용되기 때문이다.<sup>7)</sup>

이러한 한계에 따라 민법통칙상의 규정만으로는 고용관계에 따른 여러 문제들을 해결할 수 없게 되자, 최고인민법원은 2003년에 《인신손해배상사건을 심리하는데 적용하는 법률의 약간의 문제에 대한 최고법원의 해석(最高人民法院關於審

4) 중국의 현행 불법행위책임법 제35조는 ‘노무관계(勞務關係)’라는 표현을 사용하나 우리 민법 제655조는 당사자 일방이 상대방에 대하여 노무를 제공할 것을 약정하는 것을 ‘고용’으로 규정하므로, 본고에서는 ‘노무’라는 용어 대신 ‘고용’이라는 표현을 사용한다. 단 법률을 인용하는 경우에는 ‘노무’라는 표현을 유지한다.

5) 중국은 법률의 발전과정에서 ‘사용자(雇主)’ 및 ‘피용자(雇員)’에 대한 표현을 달리하고 있는데, 대부분 학자들이 고용관계하 노동을 제공하는 일방을 ‘피용자’로, 노동을 사용하는 일방을 ‘사용자’라고 통칭한다는 점, 나아가 우리 민법 제756조가 ‘피용자’라는 표현을 사용한다는 점에서, 필요한 경우를 제외하고 본고는 ‘사용자’ 및 ‘피용자’라는 표현으로 통일한다.

6) 이러한 점에서 민법통칙 제43조가 건국 이후 사용자책임에 관한 최초의 성문법이라는 의견도 있다(張新寶, 中國侵權行爲法, 中國社會科學出版社, 1998年, p. 160).

7) 毛瑞兆, “論雇主的替代責任”, 政法論壇(中國政法大學學報), 第22卷 第3期, 2004年5月, p. 136.

理人身損害賠償案件适用法律若干問題的解釋》(이하 ‘인신손해 사법해석’ 또는 간단히 ‘해석’이라 한다)<sup>8)</sup>을 공표함으로써, 이들 문제를 해결하고자 하였다.

동 해석 제8조 제1항은 “법인(法人) 또는 기타조직의 법정대리인(法定代表人), 책임자(負責人) 그리고 사무인력(工作人員)이 사무집행(執行職務) 중 타인에게 손해를 가한 경우에, … 그 법인 또는 기타조직이 민사책임을 부담한다. …”할 것을 규정한다. 또한 동 해석 제9조 제1항은 “피용자(雇員)가 사무집행(從事雇傭活動) 중 타인에게 손해를 가한 경우에, 사용자(雇主)가 배상책임을 부담한다. …”고 규정한다. 나아가 동 해석 제13조는 “타인에게 무상으로 노무를 제공한 보조자(幫工人)는 보조업무(從事幫工活動) 중 타인에게 손해를 가한 경우에, 노무를 사용한 자(被幫工人)가 배상책임을 부담한다. …”고 규정한다.

이들 규정은 민법통칙상의 법적공백을 보충하고 판결의 개관적 통일성을 기하기 위한 최고인민법원의 사법해석권에 의한 것으로, 최고인민법원은 상술한 조항들을 통하여 사용자에게 대위책임을 부과할 수 있는 구체적인 근거를 마련하였다.

다만 일부 학자들은 동 해석 제8조상의 법인(法人)과 제13조상의 노무를 사용한 자(被幫工人)는 제9조상의 사용자(雇主)로서 포괄할 수 있다고 주장한다. 이에 대하여 최고인민법원의 제정의도에서 유추해 보건대, 최고인민법원은 사용자책임의 적용대상을 구분함으로써 그 책임의 범위와 정도를 달리하고자 의도한 것으로 보인다. 즉 제8조가 강조하는 것은 법인기업 또는 기타 비법인기업의 조직성으로, 등기(注冊登記)된 사용자를 뜻한다. 제9조가 강조하는 것은 유상의 고용관계로서, 미등기조직과 그 피용자, 개인사용자 및 그 피용자가 포함된다.<sup>9)</sup> 이와는 달리 제13조는 고용관계의 무상성을 강조한 것이다.<sup>10)</sup>

이에 따라 동 해석이 사용자의 책임범위를 확대하고 그 내용을 구체화하는데 일조한 것을 부정할 수는 없으나, 사법해석의 역할 자체가 재판실무를 위한 최고인민법원의 의견에 불과할 뿐이어서 한계를 가질 수밖에 없었다.

## 2. 중국 불법행위책임법상 사용자책임규정

중국은 2010년에 이르러서야 《중화인민공화국 침권책임법(中華人民共和國侵

8) 동 해석의 번역명은 ‘서울고등법원 2009.6.19. 선고 2006나30787 판결’에서 인용한 표현을 그대로 사용한다.

9) 예컨대, 농촌집체경영조직과 개인 간의 관계, 가정 또는 개인과 가사도우미간의 관계가 이에 해당된다.

10) 예컨대, 동네사람들 간에 또는 친구지간의 무상의 도움이 이에 해당된다.

權責任法》(이하 ‘불법행위책임법’이라 한다)이라는 단행 법률을 제정하였다.

동법은 제34조와 제35조를 통하여 사용자책임을 규정하는데 먼저 제34조는 “용인단위(用人單位)의 사무인력(工作人員)이 사무집행(執行工作任務) 중 타인에게 손해를 가한 경우에, 용인단위가 불법행위책임을 부담한다”고 규정한다.<sup>11)</sup> 이때 용인단위<sup>12)</sup>란 고용권리능력과 고용행위능력을 가진 기업으로서, 《중화인민공화국 노동법(中華人民共和國勞動法)》(이하 ‘노동법’이라 한다)이 규정하는 피용자와 고용계약을 직접 체결한 등기된 법인, 조합, 개인경제조직(자영업자)을 포함한다. 또한 사무인력이란 노동법이 규정하는 용인단위와 그 노동자를 의미한다.

나아가 동법 제35조는 “개인 간에 노무관계를 형성하여 노무를 제공한 일방이 노무로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 노무를 사용하는 일방이 불법행위책임을 부담한다. 노무를 제공한 일방이 노무로 인하여 자신이 피해를 입은 경우에 쌍방이 각자의 과실에 따라 상응하는 책임을 부담한다”고 규정한다.<sup>13)</sup> 따라서 유상 또는 무상관계의 개인사용자와 개인피용자 또는 등기되지 않은 조직과 그 조직원을 대상으로 한다.

즉 불법행위책임법은 사용자책임의 적용대상을 용인단위와 개인사용자로 구분하여 규율함으로써, 경제적으로 우월한 지위에 있는 용인단위에게는 노동법과 불법행위책임법을 통하여 보다 큰 책임을 부담하도록 규정하는 한편, 용인단위보다 경제적 약자인 개인사용자에게는 위험관리와 그 해결능력이 취약하다는 점이 고려되어 보다 작은 책임을 부담하도록 규정하였다는 점에서 의의를 가진다.

### 3. 사용자책임규정의 책임귀속원칙

불법행위의 성립요건은 손해의 발생·행위의 위법성·인과관계와 과실의 4가지를 든다. 다만 불법행위의 성립요건으로서의 과실은 책임귀속원칙에 따라 과실책임·과실추정책임·무과실책임·공평책임으로 나누어 적용가부가 달라지는데,<sup>14)</sup> 불법행위책임법은 책임귀속원칙으로서 무과실책임원칙을 규정한다.<sup>15)</sup>

11) 우리법하에서 ‘근로계약’에 해당한다.

12) ‘용인단위’란 한국의 사용자 및 고용주에 해당하는 개념이나(정상원 저, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 역, 중국노동법, 삼성경제연구소, 2008. 11. p. 47), 개인사용자와의 구분을 위하여 본고에서는 ‘용인단위’라는 법률표현을 유지한다.

13) 우리법하에서 ‘고용계약’에 해당한다.

14) 이와 관련하여 자세히는 김성수, 전계논문, 참조.

15) 이와 관련하여 자세히는 본고 제3장 ‘3. 피용자의 불법행위’에서 자세히 다룬다.

### 1) 무과실책임원칙의 의의

민법통칙 제106조 제3항 및 불법행위책임법 제7조는 ‘과실이 없어도 법률이 민사책임을 부담하여야 하다고 규정하는 경우에 민사책임을 부담’하도록 규정함으로써, 무과실책임을 인정한다. ‘무과실책임원칙(無過錯責任歸責原則)’이란 행위자의 주관적 과실존부와는 관계없이 행위자의 불법행위에 따른 손해가 발생하고 불법행위와 손해 간에 인과관계가 존재하면 민사책임을 인정하는 책임귀속원칙이다.

사용자에게 무과실의 책임을 묻는 것은 사용자와 피용자 간의 특수한 관계에 기인하는데, 노동계약 및 고용계약하에서 피용자는 사용자가 지휘·감독하는 방식과 내용에 따라 사무를 집행함으로써 사용자의 의사를 실현하게 된다. 그 결과 사용자는 자신의 의사가 실현되는 과정에서 발생하는 모든 문제들에 대하여 피용자에게 협조하고 나아가 보호할 의무도 부담하는 것이므로, 사용자는 자신의 의사에 관한 피용자의 행위에 대하여 사법상의 모든 책임을 부담하여야 한다.<sup>16)</sup>

따라서 피용자의 가해행위에 대하여 사용자는 자신의 고의나 과실이 없다는 이유로 면책을 주장하거나 책임의 감경을 항변할 수 없게 되고, 피해자도 가해자의 과실존부에 대하여 입증할 필요가 없게 된다. 다만 가해자는 과실존부에 대한 입증 책임을 면할 뿐이므로, 가해행위와 손해 그리고 양자의 인과관계에 대해서는 여전히 입증의 책임을 부담한다.<sup>17)</sup>

### 2) 무과실책임원칙의 특징

불법행위의 성립요건으로서 무과실책임은 다음과 같은 특징이 가진다.

첫째, 무과실책임원칙은 다른 책임원칙보다 더 많은 책임을 사용자가 부담하도록 하므로, 모든 불법행위에 대하여 무과실책임을 인정되는 것은 아니다. 즉 무과실책임원칙은 법률이 명시적으로 규정하는 경우에 한하여 적용되므로, 책임귀속원칙에 관한 일반규정만으로는 적용되지 않고 법률규정이 구체적으로 명시한 경우에 한하여 적용된다.

둘째, 가해자의 과실존부는 불법행위책임의 성립요건이 되지 않는다. 즉 무과실책임원칙은 가해자의 과실을 불법행위책임의 구성요건으로 하지 아니하므로, 가해자는 자기 과실이 없다는 것을 증명하는 것으로서 면책될 수 없다.<sup>18)</sup>

16) 이옥자, “무과실책임에 관한 연구 : 한·중 비교분석을 중심으로”, 박사학위 청구논문, 명지대학교 대학원, 2009. 8, pp. 57~58.

17) 김성수, 전제논문, pp. 27~28.

18) 김성수, 상제논문, pp. 28~29.

### Ⅲ. 중국 불법행위책임법 제35조의 성립요건

#### 1. 사용자와 피용자간의 고용관계

불법행위책임법 제35조는 “개인 간에(個人之間) 노동관계(勞務關係)를 형성하여…”라고 규정함으로써, 사용자책임의 전제조건으로 ‘고용관계’를 규정한다.

다만 고용관계의 존부를 판단하는 기준과 관련하여서는 두 가지 견해로 나뉘는데, 하나는 유효한 고용계약으로서 고용관계를 추단하고자 하는 것이고, 다른 하나는 사용자와 피용자 간에 통제관계, 즉 사용자의 피용자에 대한 지휘·감독권으로서 고용관계를 추단하고자 하는 것이다. 현재 중국법원은 이들 두 가지 견해 모두를 수용하고 있는데, 먼저 유효한 고용계약은 그 자체로 사용자와 피용자 간에 고용관계가 존재하는 것으로 추단하는 유리한 근거로 활용된다. 다만 고용계약만이 절대적인 기준으로 인정되는 것은 아니라는 점에 유의하여야 한다.

이는 유효한 고용계약을 체결하지 않았더라도, 사용자의 피용자에 대한 지휘·감독권의 존부로서 양자 간의 고용관계 존부를 판단할 수 있는 경우가 적지 않기 때문이다. 다만 현대사회에서의 업무는 세분화·전문화되는 추세에 있음에 따라, 많은 경우에 피용자는 전적으로 자신의 지식과 경험에 따라서 사무를 집행하는 것이 보편화되고 있다. 이 경우에 사용자는 피용자의 업무를 통제할 수 없는 경우가 대부분일 뿐만 아니라 사안별로 구체적인 정황이 상이할 수밖에 없다. 따라서 사용자의 통제력 존부로서 사용자책임을 판단하고자 하는 경우에는, 피용자에 대한 개괄적인 통제력을 행사하는 것, 즉 피용자가 사용자의 사실상 지휘·감독하에 있으면 그것으로 충분하다고 보아야 할 것이다.<sup>19)</sup>

따라서 고용관계는 고용계약에 의하여 성립되는 것이 일반적이지만 반드시 고용계약에 의하여 성립될 필요는 없으므로, 위임이나 조합 등의 형태도 가능하며, 보수의 유무, 기간의 장단도 문제되지 않는다.<sup>20)</sup> 다만 도급계약상의 수급인, 건설계약상의 도급업자, 위임계약·위탁계약·중개계약상의 수탁인 등은 법률적으로 독립적인 계약자이므로, 사용자책임의 대상에서 제외된다는 점에 유의하여야 한다.

19) 李燕芳, 前揭論文, p. 80.

20) 이혜진, “사용자책임과 구상권 및 역구상권에 관한 고찰”, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010. 8, p. 609.

## 2. 사무집행과의 관련성

불법행위책임법 제35조는 “... 노무로 인하여(因勞務) ...”라고 규정하므로, 사용자에게 책임을 묻기 위해서는 피용자의 가해행위가 노무관계하에서 발생한 행위로 인정될 수 있는지 여부가 중요한 의의를 가진다.

이와 관련하여 여러 학설이 대립하는데, 1설은 사용자 주관설로서 사용자의 의사로서 사무집행을 기준하므로, 피용자가 사용자의 지시에 따른 경우에는 사무집행으로 인정된다. 2설은 피용자 주관설로서 피용자의 의사로서 사무집행을 기준하므로, 피용자가 사용자를 위하여 사무집행한 경우에는 사무집행으로 인정된다. 3설은 객관설로서 사용자와 피용자의 주관적 의사와는 관계없이, 피용자의 행위가 외형적으로 사무집행으로 인정되는 경우에는 사무집행으로 인정된다.

1설은 사용자의 주관의사를 강조함으로써 사용자에게 권한의 남용과 배상의 거절을 용이하게 할 수 있다는 여지가 있다. 2설은 피용자의 주관의사를 강조함으로써 피용자의 직무범위를 임의적으로 확대함으로써 사용자로 하여금 예측불가능한 위험까지 부담시킬 수 있다는 문제가 있다. 즉 1설과 2설은 양당사자의 주관적인 사정을 고려하여야 하는 것인데, 이는 재판실무상 심리의 어려움을 가중시킬 가능성이 크다.

따라서 현재 중국법원은 피용자가 사용자로부터 위임받은 사무의 집행행위 및 그와 일체 불가분의 관계에 있는 행위 외에 피용자의 행위가 사무집행의 외형을 가지는 것이라고 대중이 인지하는 사무로서 직무행위를 인정하는 이른바 외형이론을 취한다. 이는 사무집행과의 관련성 범위를 넓게 해석하려는 의도이기도 하나, 행위외형을 규정하는 것 또한 모호하여 양당사자의 권리를 침해할 수 있다는 여지가 존재한다는 비판이 있다.<sup>21)</sup>

물론 사용자책임과 관련된 사건의 유형은 다양하여서 사무집행과의 관련성은 개별 사안마다 그 관련정도를 따질 수밖에 없다. 다만 외형이론의 등장 배경에서 본다면 외형이론은 피용자와 거래한 상대방 즉 피해자가 자력이 없는 피용자보다는 기업을 상대로 충분한 구제를 받게 하는 것에 그 목적이 있다고 할 것이다.<sup>22)</sup> 따라서 피해자를 두텁게 보호하고 나아가 입증책임을 경감시키는 한편 사용자가 면책을 주장하는 경우에는 법률상 규정된 사유를 엄격히 적용함으로써, 피해자가 충분히 구제될 수 있는지 여부로서 판단기준을 삼아야 할 것이다.

21) 李燕芳, 前揭論文, p. 80.

22) 이해진, 전제논문, pp. 611~612.

### 3. 피용자의 불법행위

사용자는 피용자의 사무집행이 제3자에게 손해를 가한 때 비로소 손해배상의 책임을 부담한다. 따라서 피용자의 직무행위가 불법행위에 해당하지 않는 경우에, 사용자는 배상책임을 부담하지 않는다. 따라서 사용자에게 책임을 묻기 위해서는 먼저 피용자의 직무행위가 불법행위에 해당하는지 여부를 판단하여야 하는데, 피용자의 직무행위 불법성은 불법행위책임법의 관련 조항을 참고하면 된다.<sup>23)</sup>

통상의 불법행위는 가해행위, 손해사실, 가해행위와 손해사실의 인과관계 및 행위자의 과실을 요건으로 한다. 이와 관련하여 불법행위책임법 제35조의 책임귀속 원칙에 대한 학설은 대립한다.

먼저 1설은 ‘과실추정책임의 원칙’으로, 손해가 발생한 사실 자체만으로 행위자의 과실이 존재하는 것으로 추정하고 이에 근거하여 행위자의 행위가 타인에게 손해를 가한 때에 자기가 과실 없음을 증명할 수 없으면 부담하여야 하는 책임귀속 원칙을 말한다. 즉 사용자에게 선임 및 감독에 상당한 주의의무를 다한 것을 입증하도록 함으로서, 피해자에게는 입증의 책임을 면제한다.<sup>24)</sup>

이와는 달리 2설은 ‘무과실책임의 원칙’으로, 피용자의 고용활동 중 자신의 불법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 경우에 행위자의 주관적 과실존부와 관계없이 그 불법행위에 대한 책임을 인정하는 책임귀속원칙을 말한다. 따라서 사용자는 자신의 선임 및 감독에 상당한 주의의무를 다하였다는 사실을 입증하더라도 면책될 수 없다.<sup>25)</sup>

생각건대, 먼저 중국의 사용자책임 책임구조에 관하여 판단할 필요가 있다. 즉 세계 각국이 규율하는 사용자책임의 책임구조는 대위책임주의를 취하는 입법과 자기책임주의를 취하는 입법으로 구별되는데, 중국의 경우에는 대위책임주의를 취한다.<sup>26)</sup> 대위책임주의는 피용자의 불법행위가 성립함을 전제로 하여, 사용자는 자

23) 李燕芳, 前揭論文, p. 80.

24) 동지, 김성수, 전계논문, p. 41; 楊立新, 侵權法論, 第二版, 人民法院出版社, 2004年, 152頁. 또한 張新寶, 《中國民法典·侵權行為編草案建議稿》理由概說, available at <http://www.docin.com/p-278354268.html>, 2011年10月, 35頁.

25) 동지, 김주, 전계논문, p. 15; 王利明 主編, 中華人民共和國侵權責任法釋義, 中國法制出版社, 2010年1月. 149頁; 梁慧星 主編, 侵權行為立法建議稿及說明, 法律出版社, 2004年, 6頁; 張新寶, 中國侵權行為法, 中國社會科學出版社 1998年版, 第162頁; 王洋, “《侵權責任法》第三十五條解讀”, 遼寧省沈陽市中級人民法院(<http://syzy.chinacourt.org>), 2014年10月10日.

26) 사용자가 책임을 부담하는 근거에 따라 자기책임과 대위책임으로 구분되므로 본고의 논의도 이에 관한 논의에서 시작되어야 하나, 이에 관한 선행연구가 적지 않다는 점(예컨대, 김형석, 사용자 책임의 연구, 박영사, 2013. 8; 성준호, “민법 제756조 사용자책임의 본질론 소

신의 과실이 없더라도 피해자에 대하여 손해배상의 의무를 부담한다고 규정하는 입법주의이다. 이러한 대위책임에 기초한 사용자책임은 사용자에게 면책의 가능성을 인정하지 아니하므로, 결국 무과실의 책임을 부담하도록 한다.<sup>27)</sup>

나아가 사용자의 무과실책임이 이미 현대 각국민법의 일반례가 됨에 따라<sup>28)</sup> 중국의 불법행위책임법의 신설시에도 이를 참고하였다는 점<sup>29)</sup> 등을 고려할 경우에, 동조는 무과실책임의 원칙을 취하는 것으로 이해함이 옳다. 이와 관련하여 張新宝 교수는 “중국에서 피용자가 업무상 행위로 제3자에게 손해를 가한 경우에, 피해자의 이익을 충분히 보호하는 한편 자력이 없는 약자(피용자)를 보호하기 위하여, 사용자는 무과실의 민사상 책임을 부담하여야 한다”고 하였다.<sup>30)</sup>

따라서 피용자의 주관적 과실유무와 관계없이 또한 사용자가 피해자에 대하여 부담하는 주의의무와는 관계없이, 피용자의 불법행위가 제3자에게 손해를 가한 사실이 존재하고 제3자의 손해와 피용자의 행위 간에 인과관계가 존재하는 경우에, 사용자는 배상책임을 부담하여야 한다. 다만 피용자의 직무행위가 타인에게 손해를 가한 사실이 인정되나 항변사유가 있는 경우에는, 피용자의 불법행위책임은 면책되므로 사용자의 배상책임 또한 면책된다.

한편 불법행위책임법 제35조상의 개인사용자에게도 동법 제34조상의 법인사용자와 동일한 무과실책임을 부담하게 하는 것은 너무 과도한 책임을 부담시키는 것이라는 지적이 있다.<sup>31)</sup> 그러나 중국의 불법행위책임법은 사용자의 책임을 강화하는 것이 국제적인 추세인 점을 고려하여, 개인간 고용관계에도 사용자에게 무과실의 책임을 부담시킨다.<sup>32)</sup>

다만 기업의 임원이 제3자에 가한 불법행위는 대위책임으로 인정되지 않는다는 점에 유의하여야 한다. 이는 기업의 임원은 기업 그 자체로 인정되기 때문으로, 기업의 임원이 피해자에 대하여 주의의무를 위반한 행위는 기업의 행위로 간주되어서 기업의 자기책임이 되기 때문이다<sup>33)</sup>

고”, 가천법학 제5권 제5호, 가천대학교 법학연구소, 2012. 11 등) 나아가 본고의 의도가 실 무적 유의사항에 초점을 두고 있다는 점에서 이 부분 논의는 생략한다.

27) 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구 : 역사적·비교법적 접근”, 서울대학교 법학 제53권 제3호(통권 제164호), 서울대학교 법학연구소, 2012. 9, pp. 420~421.

28) 이와 관련하여 자세히는 김성수, 전계논문, 각주 100 참조.

29) 동법 공식초안의 입장이 그러하다.

30) 張新宝, 前揭論文, p. 162.

31) 宋識經, “侵權責任法草案:四大懸念待解開”, 檢察日報, 2009年11月2日.

32) 김주, 전계논문, p. 15.

33) 張民安, 前揭論文, p. 153.

#### 4. 제3자 손해

손해의 발생은 불법행위책임이 발생하는 전제조건이므로, 손해가 없으면 배상도 없다. 이때 사용자책임은 그 밖의 불법행위책임(예컨대 후견인책임, 일시적 심신상실책임, 제조물책임 등)과 동일하나 손해의 발생에는 제한이 있다는 점에서 차이가 있다. 즉 피용자의 불법행위가 제3자에게 손해를 가한 경우에 한하여 사용자는 비로소 대위책임을 부담하는데, 이때 제3자의 손해에는 인신손해는 물론 재산손해<sup>34)</sup>도 포함된다.

이때 제3자의 범주에 가해자 이외의 사용자의 기타 직원이 포함되는지 여부가 문제될 수 있다. 초기의 보통법국가들은 동일 업종에 종사하지 않는 제3자에게 피용자의 불법행위에 기한 손해가 발생한 경우에, 사용자가 비로소 대위책임을 부담하도록 규정하였다. 그러나 최근에는 사용자의 기타 직원들에게까지 제3자의 범위가 폭넓게 인정되고 있는 추세에 있으나, 중국의 불법행위책임법은 이에 관한 명확한 규정을 마련하지 않아서 문제가 되고 있다.

생각건대 사용자의 대위책임은 사용자의 그 밖의 직원을 배제하지 않는 것으로 해석되어야 할 것이다. 물론 사용자의 기타직원은 업무상 산업재해에 대하여 배상을 청구할 수도 있으나, 산업재해상 배상청구의 근거와 구성요건, 입증책임 등은 사용자의 대위책임제도와 차이가 있다. 따라서 가해자 이외의 기타직원을 제3자로 인정함으로써, 피해자가 스스로 산업재해를 이유로 배상을 청구할지 또는 사용자 책임을 이유로 배상을 청구할지를 선택하도록 하는 것이 바람직하기 때문이다.<sup>35)</sup>

### IV. 실무상 유의사항

#### 1. 고용관계와 노동관계

인신손해 사법해석은 ‘고용관계’에 근거하여 ‘사용자(雇主)’와 ‘피용자(雇員)’라는 명칭으로 양당사자를 지칭하였다. 이와는 달리 불법행위책임법은 이들 명칭을

34) 인신손해와 재산손해의 구분하는 의의는 주로 손해정산과 배상의 차이에서 나타난다(강평 저, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 역, 중국민법, 삼성경제연구소, 2007. 10, p. 1063).

35) 李燕芳, 前揭論文, p. 80.

대신하여 ‘노동을 제공하는 일방(提供勞務一方)’ 및 ‘노동을 사용하는 일방(接受勞務一方)’이라는 명칭으로 양자를 지칭한다.

그 배경으로는 먼저, ‘사용자’ 및 ‘피용자’라는 명칭이 사유재산제하에서의 고용관계에 기초한 표현으로, 공유재산제를 근간으로 하는 사회주의국가로서는 이들 명칭을 사용하는 것이 적절하지 않다는 판단 때문이다.<sup>36)</sup>

둘째, 19세기 이후 사회법의 출현으로 고용관계는 근로관계(중국은 노동관계)로 발전되었다. 이에 따라 인신손해 사법해석은 제11조 제1항에서 고용관계에 따른 피용자의 인신손해에 대한 사용자의 책임을 규정하고, 제12조 제1항에서는 근로관계에 따른 노동자의 인신손해에 대한 용인단위의 책임을 나누어 규정한다.<sup>37)</sup>

이때 문제가 되는 것은 고용관계와 근로관계가 경합하는 경우의 법률문제이다. 이와 관련하여 최고인민법원은 최고인민법원의 홈페이지<sup>38)</sup>를 통하여 《고용관계와 노동관계의 경합문제(關於僱傭關係與勞動關係的競合問題)》라는 제하로 “인신손해 사법해석 제11조 제1항상의 고용관계란 협의의 고용관계를 의미하는 것으로, 《중화인민공화국 노동법(中華人民共和國勞動法)》(이하 ‘노동법’이라 한다) 및 《중화인민공화국 노동계약법(中華人民共和國勞動合同法)》(이하 ‘노동계약법’이라 한다)상의 노동관계는 포함하지 않는다. 이와는 달리 동 해석 제12조 제1항상의 노동관계는 노동법 및 노동계약법상의 노동관계를 의미한다. 이와 같이 동 해석 제11조 제1항과 제12조 제1항을 통하여 고용관계와 노동관계를 구분하여 규정하는 것은 피용자와 노동자가 사무집행 중 가한 손해에 대하여 주장할 수 있는 권리를 구분하기 위한 것이므로, 양자 간의 경합문제는 존재하지 않는다”고 입장을 밝힌바 있다.

다만 최고인민법원의 이러한 입장은 학자들이 통상적으로 지칭하는 의미와는 차이가 있어 유의할 필요가 있다. 즉 학계에서는 통상 광의의 의미로 고용관계를 이해·사용하므로, 학계에서의 고용관계란 노동법과 노동계약법상의 노동관계는 물론 협의의 근로관계도 포함하는 개념이기 때문이다.<sup>39)</sup>

이에 따라 불법행위책임법은 이러한 양자 간의 입장을 고려하여, ‘사용자’와 ‘피용자’라는 명칭 대신에 ‘노동을 제공하는 일방’ 및 ‘노동을 사용하는 일방’이라는 표현으로서 양당사자를 지칭하는 것으로 절충안을 마련하였다. 다만 이들 명칭은 절충안으로서의 표현일 뿐으로, 내용적으로는 ‘사용자’ 및 ‘피용자’와 차이가 없을

36) 鄭尙元, 勞動法與社會法理論探索, 中國政法大學出版社, 2008年, p. 2.

37) 王利明, 侵權責任法研究(下卷), 中國人民大學出版社, 2011年2月, p. 73.

38) <http://www.court.gov.cn>

39) 王先平, “到底是僱傭關係還是勞動關係”, <http://www.66law.cn>, 2014年04月29日.

뿐만 아니라 근로관계에 해당되지 않는 고용관계상의 당사자만을 포함한다는 점에 유의하여야 한다.

## 2. 사용자의 구상권 존부

불법행위책임법 제35조는 사용자 책임을 규정하므로, 사용자는 피용인이 사무집행 중 제3자에게 가한 손해에 대하여 대위 책임을 부담하여야 한다. 다만 동조는 피해자의 손해배상에만 초점을 맞추고 있을 뿐, 사용자의 합법적인 권익보장에 관하여는 침묵한다.

이와 관련하여 인신손해 사법해석 제9조 제1항은 “사용자가 연대배상 책임을 부담하는 경우에, 피용자에 대하여 구상권을 행사할 수 있다”고 규정함으로써, 사용자의 구상권 청구에 대한 법적 근거를 마련한 바 있으나, 이는 지나치게 원론적인 것에 불과하다는 문제가 있다.<sup>40)</sup> 즉 사용자가 연대책임을 부담한 경우에 한하여 구상권을 인정하는 것에 불과하므로, 그 밖의 경우에 사용자가 구상권을 행사할 수 있는지 여부는 여전히 불분명하기 때문이다.

그 결과 사법해석 제9조를 인용하여 사용자의 구상권을 인정하는 판결이 있는 반면<sup>41)</sup> 불법행위책임법 제34조 내지 제35조를 인용하여 사용자의 구상권을 인정하지 않는 판결도 있어서,<sup>42)</sup> 사용자의 구상권 존부에 대한 혼란을 가중되고 있다.

생각건대, 사용자의 구상권은 인정되어야 할 것으로 보인다.

먼저 불법행위책임법 제35조가 규정하는 고용관계는 당사자 일방이 노무를 제공하면 그 반대급부로서 상대방이 보수를 지급하는 채권적 쌍무계약이다. 그 결과 피용자는 사용자의 지시에 복종하여야 하나 그 관계는 당사자의 자유로운 의사에 의한 것으로서 평등한 인격자간의 권리·의무관계의 성격을 가지므로, 근로관계의 기본요소인 사용종속관계 내지 상하복종관계와는 차이가 있다. 그 결과 개인간 체결된 고용계약하에서 피용인은 고도의 독립성을 가지고 사용자의 사무를 집행하게 되므로, 사용자는 피용자에 대한 통제력에 한계를 가질 수밖에 없다.<sup>43)</sup>

나아가 불법행위책임법 제34조가 규정하는 용인단위와 노동자 간의 근로관계와

40) 曹艷春, 雇主替代責任研究, 法律出版社, 2008年, p. 289.

41) 《魏中建与高建军、黄红喜追偿权纠纷一审民事判决书》, 广东省深圳市宝安区人民法院(2014)深宝法民一初字第 921号.

42) 《兰州西城药业有限责任公司与王红治追偿权纠纷二审民事裁定书》, 甘肃省武威市中级人民法院(2015)武中民终字第 685号.

43) 王竹·鄒勛·廖力, “使用人承担替代责任后对被使用人的赔偿请求权研究”, 四川大学法律评论, 四川大学法学院, 2017年01期, pp. 53~58.

동법 제35조가 규정하는 개인간 고용관계와의 차이에 집중할 필요가 있다. 즉 근로계약하의 사용자는 일정규모 이상의 사업장을 운영하는 경우가 대부분으로, 노동자와 비교하여 절대적인 경제적·권력적 우위에 있게 된다. 이에 따라 용인단위의 구상권 청구는 엄격한 제한을 받을 수밖에 없다. 이와는 달리 고용계약하에서는 사용자와 피용자 간의 경제적 차이가 크지 않은 경우가 대부분일 뿐만 아니라 사용자가 피용자에 대한 통제권이 상당히 약화된 경우가 대부분이어서, 피용자의 과실에 의한 손해를 사용자에게 전적으로 부담시키는 것은 가혹하다. 따라서 고용관계하에서 불법행위책임법 제14조 제2항에 따른 구상권 인정은 당연한 것으로 보아야 할 것이다.

중국정부의 입장도 다르지 않은데, 전국인민대표대회 법무위원회 산하 민법실(全國人大常委會法制工作委員會民法室)은 《중화인민공화국 침권책임법 조문설명 및 입법이유와 유관규정(中華人民共和國侵權責任法條文說明、立法理由及相關規定)》<sup>44)</sup>을 통하여 “개인간 노무관계하에서 사용자의 경제적 상황이 어려운 경우에, 대외적인 책임을 먼저 부담하고 과실이 있는 피용자에게 구상권을 청구할 수 있다”고 함으로써, 사용자의 구상권을 인정한다.45)

다만 사용자의 선임, 지휘, 감독에 따라 피용자가 사무를 집행하는 과정에서 사용자의 선임, 지휘, 감독상의 과실로 피용자가 제3자에게 손해를 가한 경우에는, 사용자의 과실이 손해발생의 주요 원인이 되므로 사용자는 피용자에게 구상권을 청구할 수 없을 것으로 보인다.<sup>45)</sup>

### 3. 무상보조자의 불법행위책임법 적용 거부

인신손해 사법해석 제13조는 “타인을 위하여 무상으로 노동을 제공하는 보조자(幫工人)가 보조활동 중 타인에게 손해를 가한 경우에, 노동을 사용한 자는 배상책임을 부담한다”고 규정함으로써, 무상보조관계에 관하여 규정한다. ‘무상보조(義務幫工)’란 중국 특유의 표현법으로서, 개인간 무상으로 노동을 제공하는 것을 의미하며, 본디 규범된 법률용어는 아니다. 다만 불법행위책임법 제35조는 무상보조자에게도 동조를 적용할 수 있는지 여부를 명확히 규정하지 않음으로서, 동법의 제정 이후 사법해석 제13조의 적용가부가 문제되어 왔다.

44) 全國人大常委會法制工作委員會民法室：《中華人民共和國侵權責任法條文說明、立法理由及相關規定》，北京大學出版社 2010年版，第139頁。

45) 王竹·鄒勛·廖力，前揭論文，pp. 53~58.

이와 관련하여서는 두 가지 견해가 대립한다.

먼저 불법행위책임법은 ‘노무 제공’이 반드시 유상일 것을 전제하지 않으므로, 동법이 노동의 무상제공을 배제하는 것은 아니라고 한다. 따라서 ‘노무 제공’은 당연히 무상노동을 포함하는 개념이 되어서, 불법행위책임법의 유관규정을 적용하여야 한다고 한다. 이는 첫째, 비교법상 극히 일부 국가만이 고용관계의 전제로서 유상의 대가를 규정하기 때문이다.<sup>46)</sup> 둘째, 무상보조규정에 관한 별도의 법적근거가 없더라도, ‘노무 제공’에 관한 조문을 적용하는 것으로서 충분히 해결할 수 있기 때문이다. 셋째, 무상보조는 법률용어가 아니므로, 법률상 사용을 자제하여서 법률의 정치성을 실현할 필요가 있기 때문이다. 넷째, 입법자들은 무상보조에 관하여 침묵하므로, 그 함의를 추론해보면 독립적인 무상보조제도의 존재를 부정하는 것으로 보인다. 다섯째, 불법행위책임법 제35조은 적용범위에서 무상보조를 명확하게 배제하지 않았으므로 적용 가능한 것으로 보아야 한다.<sup>47)</sup>

한편 불법행위책임법상의 주요 규정은 유상의 노무관계만을 규율하는 것이므로, 무상의 보조관계는 포함되지 않는다는 주장이 있다. 다만 불법행위책임법은 사용자와 무상보조자의 책임관계에 관한 규정을 두고 있지 않으므로, 사법해석의 유관규정을 적용하여 심리할 수 있다고 한다.<sup>48)</sup>

생각건대, 동조가 노무의 무상제공을 배제하지 않는 이상, 노무를 제공하는 것에는 무상의 노동도 포함되어야 할 것이다. 특히 동조의 적용대상에서 무상노동을 제외하는 경우에, 사법해석의 유관조문을 적용할 수 있다는 의견에는 동의하기 어려운데, 이와 관련하여서는 아래 ‘사법해석과의 경합’에서 자세히 논의한다.

#### 4. 사법해석과의 경합

사법해석 제11조는 “피용자가 고용활동 중 인신손해를 입은 경우에, 사용자는 배상책임을 부담”하여야 하는 무과실책임원칙을 규정함에 따라, 피용자 자신의 인신손해에 대하여 사용자의 과실존부를 불문하고 배상책임을 부담시켰다.

그러나 불법행위책임법이 제정되면서 제35조 후단에서 “노무를 제공한 일방이 노무로 인하여 자신이 피해를 입은 경우에, 쌍방이 각자의 과실에 따라 상응하는 책임을 부담한다”고 규정하므로, 첫째 피용자 자신의 인신손해에 대한 사용자의

46) 蔡穎雯, 侵權法原理精要與實務指南, 人民法院出版社, 2008年, p. 488.

47) 王利明 主編, 中華人民共和國侵權責任法釋義, 中國法制出版社, 2010年1月, p. 120.

48) 奚曉明, 前揭論文, p. 262.

책임이 무과실책임에서 과실책임으로 전환되는 한편, 둘째 동조 전단과는 상이한 책임귀속원칙이 적용되게 되었다.

이는 민법통칙과는 달리 불법행위책임법은 하나의 특수불법행위에 여럿의 세분화된 유형을 인정하고 각각의 유형에 서로 다른 책임귀속원칙을 규정함으로써 탄력적으로 대응하도록 규정하기 때문이다. 즉 하나의 특수불법행위에 무과실책임·과실추정책임 및 과실책임 등을 함께 규정할 수 있게 되어서,<sup>49)</sup> 동법 제35조의 전단에서는 무과실책임을 규정하는 반면 후단에서는 과실책임을 규정한다.

한편 불법행위책임법이 제정되었음에도 불구하고 현행 재판실무상 여전히 많은 사건에서 불법행위책임법에 우선하여 사법해석 제11조가 적용되고 있다는 문제가 있다. 이는 기존의 판례를 변경하는데 따른 부담감과 이미 익숙해진 법률에 따른 판결을 선호하는 문화적인 영향과 함께, 노동계약과 근로계약의 법적효과가 완전히 상이하여서 양립할 수 없기 때문이라고 한다.<sup>50)</sup>

생각건대, 먼저 법적용 우선순위에 따르더라도, 첫째 불법행위책임법은 사법해석보다 늦게 신설됨으로서 신법우선의 원칙에 따라 우선 적용되어야 하며, 둘째 전국인민대표대회 당무위원회에서 제정한 법률로서 상위법우선의 원칙에 따라 당연히 우선 적용되어야 한다.

나아가 불법행위책임법의 법적공백을 인신손해 사법해석으로 보충할 수 있는지가 문제되는데, 불법행위책임법의 입법의도상 불가해보인다. 이와 관련하여 王利明 교수는 “인신손해 사법해석 제11조는 피용자가 고용활동 중 손해를 입은 경우에 사용자가 배상책임을 부담할 것을 규정하며, 이때 사용자의 과실은 성립요건이 되지 아니한다. 이와는 달리 불법행위책임법 제35조는 양당사자의 과실에 따라 각자 상응하는 손해를 부담할 것을 규정하므로, 동 해석의 내용이 변경된 것으로 보아야 한다. 따라서 유관사건에는 불법행위책임법의 해당 조문만을 적용하여야 한다”고 한다.<sup>51)</sup> 蔣穎雯 교수 또한 “불법행위책임법 제35조 후단은 사용자의 피용자에 대한 배상책임을 규정한 것으로, 인신손해 사법해석 제11조의 내용을 실질적으로는 변경한 것이다”라고 한다.<sup>52)</sup>

즉 피용자가 사무종사 중에 자신에게 발생한 인신손해에 대하여, 기존의 사법해석 입장은 ‘사용자책임’의 문제로 인식하여 사용자에게 그 책임을 부담시킨 반면 불법행위책임은 ‘자기책임의 원칙’에 따라 자신의 고의나 과실에 대하여는 자신이

49) 김성수, 전제논문, p. 35.

50) 王洋, “《侵權責任法》第三十五條解讀”, 遼寧省沈陽市中級人民法院(<http://syzy.chinacourt.org>), 2014年10月10日.

51) 王利明, 前揭論文, p. 119.

52) 王利明·周友軍·高聖平, 中國侵權責任法教程, 人民法院出版社, 2010年3月, p. 489.

그 책임을 부담하도록 규정하므로, 피용자의 인신손해에 대하여 사용자가 전체 손해에 대하여 배상할 필요가 없는 것으로 이해되어야 할 것이다.

## V. 결 어

오늘날의 산업구조상 사용자들의 피용자 고용은 불가피하다고 할 것인데, 이 경우에 피용자의 불법행위에 따른 책임을 실질적인 지휘·감독권을 가질 뿐만 아니라 경제적 강자인 사용자에게 묻는 것은 당연한 것이 되었다. 다만 개인 간의 고용계약하에서는 사용자가 피용자에 대한 지휘·감독권이 약화되는 경우가 많고 나아가 경제적 수준이 유사한 경우가 대부분이어서, 기업과 동일한 사용자 책임을 개인 사용자에게 묻는 것은 가혹하다는 의견이 대두되었다.

이에 중국은 불법행위책임법 제35조를 통하여 개인사용자의 책임을 경감시키는 방법으로 이러한 문제에 대한 해법을 모색하였으나, 중국법률의 부족한 정치성이 동조에도 그대로 드러남에 따라, 여럿의 오해와 논쟁을 야기하고 있다.

먼저 불법행위책임법은 기존에 통용되던 사용자와 피용자라는 표현 대신에 노동을 사용하는 자와 노동을 제공하는 자라는 표현을 사용하는데, 이는 표현상의 차이일 뿐 기존의 표현과 차이가 없다. 다만 근로계약상의 노동자(피용자)는 포함되지 않는다.

또한 사용자가 대위 책임을 부담한 이후에 피용자에 대한 사용자의 구상권 존부와 관련하여, 근로계약과는 달리 고용계약하에서의 사용자 지휘·감독권은 약화되는 경향이 강할 뿐만 아니라 피용자와의 경제적 차이가 크지 않은 경우가 대부분이므로, 사용자에게는 구상권의 청구가 허용되는 것으로 보아야 할 것이다.

또한 무상보조자에 대한 사용자 책임 존부와 관련하여, 불법행위책임법상 명시적으로 무상보조를 배제하지 않으므로, 동법 제35조를 통하여 무상노무에 대한 사용자 책임을 물을 수 있는 것으로 보아야 한다.

나아가 불법행위책임법의 제정 이전에 적용되었던 사법해석이 불법행위책임법의 법적공백을 보충하기 위하여 일부에서는 여전히 적용가능하다는 주장이 있으나, 상위법우선의 원칙과 신법우선의 원칙은 물론 불법행위책임법의 입법의도 등을 고려할 경우에, 사법해석의 적용 여지는 없는 것으로 보인다.

## 참 고 문 헌

- 강 평 저, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 역, 중국민법, 삼성경제연구소, 2007. 10.
- 김성수, “중국 불법행위의 책임귀속원칙에 관한 연구 - 불법행위책임법(2009년)의 내용을 중심으로”, 중국법연구 제14집, 한중법학회, 2010. 12.
- 김 주, “중국의 불법행위책임법에 관한 연구”, 2010 세계법제연구보고서, 법제처, 2010. 10.
- 김행남, “사용자 배상책임”, 사회과학연구 8권, 한남대학교사회과학연구소, 1998. 12.
- 김형석, “사용자책임의 입법주의 연구 : 역사적·비교법적 접근”, 서울대학교 법학 제53권 제3호(통권 제164호), 서울대학교 법학연구소, 2012. 9.
- \_\_\_\_\_, 사용자 책임의 연구, 박영사, 2013. 8.
- 성준호, “민법 제756조 사용자책임의 본질론 소고”, 가천법학 제5권 제5호, 가천대학교 법학연구소, 2012. 11.
- 이옥자, “무과실책임에 관한 연구 : 한·중 비교분석을 중심으로”, 박사학위 청구논문, 명지대학교 대학원, 2009. 8.
- 이혜진, “사용자책임과 구상권 및 역구상권에 관한 고찰”, 동아법학 제48호, 동아대학교 법학연구소, 2010. 8.
- 정상원 저, 노정환·중국정법학회·사법연수원 중국법학회 역, 중국노동법, 삼성경제연구소, 2008. 11.
- 蔡穎雯, 侵權法原理精要与實務指南, 人民法院出版社, 2008年.
- 曹艷春, 雇主替代責任研究, 法律出版社, 2008年.
- 李燕芳, 我國雇主替代責任法律問題探討, 福建廣播電視大學學報 總第118期, 2016年第4期.
- 毛瑞兆, “論雇主的替代責任”, 政法論壇(中國政法大學學報) 第22卷 第3期, 2004年5月.
- 全國人大常委會法制工作委員會民法室, 中華人民共和國侵權責任法條文說明、立法理由及相關規定, 北京大學出版社, 2010年.
- 宋識經, “侵權責任法草案:四大懸念待解開”, 檢察日報, 2009年11月2日.
- 王利明 主編, 中華人民共和國侵權責任法釋義, 中國法制出版社, 2010年1月.
- \_\_\_\_\_.周友軍·高聖平, 中國侵權責任法教程, 人民法院出版社, 2010年3月.
- \_\_\_\_\_, 侵權責任法研究(下卷), 中國人民大學出版社, 2011年2月.

王先平, “到底是雇佣關係還是勞動關係”, 2014年4月29日.

王洋, “《侵權責任法》第三十五條解讀”, 遼寧省沈陽市中級人民法院, 2014年10月10日.

王竹·鄒勛·廖力, “使用人承担替代責任后對被使用人的賠償請求權研究”, 四川大學法律評論, 四川大學法學院, 2017年01期.

奚曉明, 中華人民共和國侵權責任法條文理解与适用, 人民法院出版社, 2010年.

楊立新, 侵權法論 第二版, 人民法院出版社, 2004年.

張民安, “替代責任的比較研究”, 甘肅政法學院學報 總第106期, 2009年9月.

張新宝, 中國侵權行為法 .中國社會科學出版社, 1998年.

——, “《中國民法典·侵權行為編草案建議稿》理由概說”, 2011年10月.

鄭尚元, 勞動法与社會法理論探索, 中國政法大學出版社, 2008年.

## ABSTRACT

### **A Study on the Vicarious Liability of Employers in China – Focus on Article 35 of Tort Liability Law –**

Soo-Ryun SONG

With the development of market economy, it has been a legislative trend to establish a system for vicarious liability of employers. China also established Tort Liability Law of People's Republic of China in 2009 and ruled responsibility of the employers for the acts for their employees through Art. 35.

First, the employer's right to indemnity to an employee should be recognized, because employer's superintendence is much weak and economic power is similar between them.

Second, an employer should take a responsibility for an unpaid employee as vicarious liability, because the Law did not exclude them from employees.

Lastly, in case the Law conflicts with Interpretation of the Supreme People's Court on Certain Issues Concerning the Application of Law in Trying Cases Involving Compensation for Personal Damage, the Law should be regarded it has priority based on several related Principles.

Regarding these matters, this study guides you to an analysis of vicarious liability of employers in China, benefits with a view to the perfection of the vicarious liability regime.

Keywords: Vicarious Liability, Employer, Employee, Tort Liability Law