

# 産災保險法制的 現況과 課題

- 業務의 概念과 因果關係를 中心으로 -

俞 聖 在\*

## 차 례

### I. 산재보험의 현황과 문제점

### II. '업무'의 개념

1. 문제제기
2. '업무'의 정의
3. 구체적 사례

### III. 인과관계

1. 의 의
2. 인과관계의 확정
3. 인과관계의 입증

### IV. 결 론

\* 中央大 法學科 教授, 法學博士

## I. 산재보험의 현황과 문제점

1953년 근로기준법이 제정되면서 산업재해에 대한 사용자의 무과실책임이 인정되게 되었다. 그러나 근로기준법에 의하여 사용자에게 무과실책임이 인정된다하여도 사용자에게 배상능력이 없으면 산재피해자는 보호를 받을 수 없게 된다. 이러한 문제점을 해결하기 위하여 마련한 제도가 산재보험이다. 산재보험은 국가가 직접 또는 간접적으로 관여하여 피해를 보상해 주는 공적 보험이다. 산재보험은 1963년 11월 5일 제정되고 1964년 1월 1일 시행된 『산업재해보상보험법』에 근거한 우리 나라 최초의 사회보험이다. 산재보험의 적용범위는 1964년 이 법이 처음 시행될 당시에는 상시 500인 이상의 근로자를 사용하는 사업장으로 제한되어 있던 것이, 2004년 현재 상시 1인 이상의 근로자를 사용하는 사업장으로 확대되었다.<sup>1)</sup>

이러한 양적 팽창에도 불구하고 법리적으로는 아직 해결되어야 할 과제들이 산적해 있다. 최근에는 비정규직 근로자와 특수형태취업종사자에 대한 산재보험의 적용확대여부,<sup>2)</sup> 일반 근로자의 통근행위와 노조전임자의 노동조합활동을 산재보험의 보호대상에 포함시킬 것인가 여부, 과로 및 스트레스와 관련된 질병(뇌혈관·심장질환)과 근골격계 질환에서의 인과관계 인정여부, 중복급여에 관한 문제<sup>3)</sup> 및 급여체계의 개선<sup>4)</sup>에 관한 문제가 쟁점이 되고 있다.

아래에는 이러한 쟁점들 중에서도 산재보험에 의한 보상여부를 결정짓는데 가장 기초가 되는 업무의 개념과 인과관계의 인정기준에 대하여 살펴보기로 한다. 업무의 개념과 관련해서는 산업재해보상보험법과 판례를 분석하여 업무성을 판단하기 위한 기준을 도출하고(Ⅱ. 2.), 이 기준을 토대로 통근행위를 업무에 포함시킬 수 있을 것인지 여부(Ⅱ. 3. (1))와 노조전임자의 노동조합

1) 2000년 7월 1일부터 의무가입사업장이 상시 1인 이상의 근로자를 사업장으로 확대되었다.

2) 이에 대하여는 윤조덕·김영문·이호근·권영준·김진수·최기춘·이홍무·이지은·안종순, “비정규직 근로자 산재보험 적용실태와 특수형태근로 종사자에 대한 적용확대”, 2004 참조.

3) 이에 대하여는 김진수, “사회보험의 중복급여체계 개선방안에 관한 문제”, 『산재보험 시행 40주년 기념 학술토론회』, 2004, 53면 이하 참조.

4) 이에 대하여는 전광석, 『한국사회보장법론』, 2003, 353면 이하; 김진수, “산재보험의 개선 및 발전에 관한 연구”, 『사회보장연구』 13권 제1호, 1997, 108면 이하 참조.

활동을 업무로 볼 수 있을 것인지 여부(Ⅱ. 3. (2))에 대하여 살펴보고자 한다. 인과관계와 관련해서는 인과관계를 책임설정적 인과관계와 책임충족적 인과관계로 나누고, 책임설정적 인과관계(Ⅲ. 2. (1))와 관련해서는 산업재해보상보험법의 입법취지와 목적에 비추어 현행 상당인과관계설의 문제점을 지적하고 이에 대한 대안을 제시하고자 한다. 책임충족적 인과관계(Ⅲ. 2. (2))와 관련해서는 인과관계의 경합문제과 후속손해에 대하여 살펴보기로 한다.

## Ⅱ. ‘업무’의 개념

### 1. 문제제기

산재보험은 업무상 사고와 질병에 대하여 적용된다. 즉, ‘업무’에 의한 사고와 질병에 대해서만 산재보험이 적용될 수 있기 때문에 ‘업무’의 개념은 산재보험의 적용에 전제가 되는 기초개념이다.<sup>5)</sup> 이러한 ‘업무’의 개념은 다른 법에서의 ‘업무’의 개념과는 무관하게 산업재해보상보험법의 목적과 취지에 맞게 형성되어야 할 것이다. 따라서 ‘업무’의 개념은 존재론적(ontologisch) 방법이 아니라 법률요건과 법률효과의 의미관련성을 강조하는 목적론적(teleologisch) 방법으로 형성되어야 할 것이다.<sup>6)</sup> 아래에서는 먼저 목적론적 접근방법에 따라 산재보험법상의 ‘업무’의 개념을 형성해 보기로 한다. 그리고 이를 토대로 ‘통근행위’와 ‘노조전임자의 노동조합활동’을 ‘업무’로 볼 수 있을 것인지에 대하여 검토해 보기로 한다.

### 2. ‘업무’의 정의

#### (1) 법규정

‘업무’의 개념이 산재보험의 적용여부를 결정짓는 중요한 개념임에도 불구하고 현행 산업재해보상보험법은 ‘업무’의 개념에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. ‘업무상 재해’에 대한 정의규정을 두고 있지만, ‘업무상 재해’에 관한 정의

5) 독일에서의 논의에 대하여는 Kater · Leube, Gesetzliche Unfallversicherung SGB VII, § 2 Rn. 29 ff. 참조.

6) 목적론적 개념형성방법에 대하여는 Wank, Die juristische Begriffsbildung, 1995 참조.

규정도 업무상 재해를 “업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·신체장해 또는 사망”이라고만 정의하고 있어, ‘업무’의 개념을 도출하는데 아무런 도움을 주지 못하고 있다.<sup>7)</sup> 근로기준법 및 근로기준법시행령 역시 ‘업무’의 개념에 대한 정의규정을 가지고 있지 않다. 산업재해보상보험법시행규칙 제32조 제1호가 업무상 재해의 인정기준과 관련하여 사고가 “근로자가 근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태에서 사고가 발생하거나 사업주가 관리하고 있는 시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인하여 사고가 발생하여 사상하였을 것”을 요구하고 있을 뿐이다.

## (2) 판례

판례가 ‘업무’의 개념을 어떻게 보고 있는지를 분석할 수 있는 단서는 노조 전임자의 산업재해보상보험법상의 지위에 관한 판결에서 찾아질 수 있다. 판례<sup>8)</sup>는 노조전임자가 노동조합 활동을 “회사의 노무관리업무와 밀접한 관련을 가지는 것으로서 사용자가 본래의 업무 대신에 이를 담당하도록 하는 것이어서 그 자체를 바로 회사의 업무로 볼 수 있고, 따라서 그 전임자가 노동조합 업무를 수행하거나 이에 수반하는 통상적인 활동을 하는 과정에서 그 업무에 기인하여 발생한 재해는 산업재해보상보험법 제4조 제1호 소정의 업무상 재해에 해당한다”고 하여 근로계약에 근거한 업무뿐만 아니라 이와 밀접한 관련을 가진 행위까지도 ‘업무’에 포함시키고 있다. 따라서 판례는 “사용자의 사업과는 무관한 상부 또는 연합관계에 있는 노동단체와 관련된 활동이나 불법적인 노동조합활동 또는 사용자와 대립관계로 되는 쟁의 단계에 들어간 이후의 활동 등”은 ‘업무’에 해당되지 않는 것으로 보고 있다.<sup>9)</sup> 반면 ‘업무상의 재해’를 “근로자가 사업주와의 근로계약에 기하여 사업주의 지배·관리하에서 근로

7) 업무상 재해에 대하여 산업재해보상보험법은 1981년 12월 17일 개정 전까지 동법 제 3조 제1항에서 업무상의 재해라 함은 “업무수행중 그 업무에 기인하여 발생한 재해를 말한다”라고 정의하고 있었다. 즉, 업무수행성과 업무기인성을 모두 요구하고 있었다. 그러나 개정된 법에서는 업무상 재해를 “업무상의 사유에 의한 근로자의 부상, 질병, 신체장해 또는 사망을 말한다”라고만 규정하여 업무수행성과 업무기인성을 명문으로 요구하고 있지는 않다.

8) 대판 1998. 12. 8. 98두14006. 동지(同旨): 대판 1994. 2. 22. 92누14502; 대판 1997. 3. 28. 96누16179 등.

9) 대판 1998. 12. 8. 98두14006. 동지(同旨): 대판 1996. 6. 28. 96다12733; 대판 1994. 2. 22. 92누14502.

업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해”라고 하여, ‘업무’로 인정되기 위해서는 ‘업무와 밀접한 관련’이 있는 것으로는 부족하고 ‘사업주의 지배·관리하’에 있어야 한다고 판결<sup>10)</sup>도 있다.

### (3) 학설

산재보험상의 ‘업무’의 개념에 대하여는 두 학설이 대립하고 있다. 하나는 업무의 개념은 “경영활동과 동의어로서, i) 사업주의 지배·관리영역내(支配·管理領域內)의 활동, ii) 사용자의 지시권에 따른 활동, iii) ‘사용자의 이익을 위한 활동’의 세가지 개념적 징표에 의해서 파악되어야 한다”고 보고, “개념의 체계적 정립과 기능을 위해서는 우선적으로 ‘사용자의 지배·관리영역내의 활동’의 징표에 의해 업무해당성을 파악하고, 사업장 이외에서는 ‘사용자의 지시권에 따른 활동’의 판단표지에 의해, 그 밖의 경우에는 잔여사안포섭규정(殘餘事案包攝規定)으로서 ‘사용자의 이익을 위한 활동’이라는 기준에 의해 업무해당성을 판단해야 한다”는 견해이다.<sup>11)</sup>

다른 하나는 업무의 개념을 산업재해보상보험법 제4조 제1항 제1문의 ‘업무상 사유’라는 표현에 충실하게 형성하려는 견해이다.<sup>12)</sup> 이 견해에 의하면 ‘업무’란 “근로계약에 기하여 사업주의 사업조직에서 제공하는 근로제공활동을 의미”하고, ‘업무상 사유’란 “이러한 업무행위 그 자체뿐만 아니라 그와 관련한 행위를 포함하는 의미로 이해”하여야 한다고 한다. 그리고 ‘업무와 관련된 행위’의 범위는 “직접적인 업무수행이라든가, 사용자의 시설관리책임이 성립하는 장소적 공간에서의 관점보다는 이와는 관계없이 시간적으로 업무 그 자체를 수행하기 전 혹은 후에 수반되는 내적 관련행위들을 의미하는 것으로 이해”하고, “근로자의 행위가 업무와 관련성을 가지고 있는가는 근로자가 행하는 행위의 목적성을 고려하여 판단하여야 한다”고 한다.

10) 대판 1997. 11. 14. 97누13009. 동지(同旨): 대판 1995. 9. 15. 95누6946; 대판1996. 2. 9. 95누16769; 대판 1996. 11. 15. 96누10843 등.

11) 김영문, “사업주를 위한 활동으로서의 업무의 개념과 통근재해”, 『비교사법』 제4권 1호 (통권 6호), 1997, 545면 이하.

12) 박종희, “통근상의 재해”, 『산재보험 시행 40주년 기념 학술토론회 - 산재보험의 과거, 현재 그리고 미래 -, 근로복지공단, 2004, 25면 이하.

#### (4) 사 건

##### 1) 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 의한 개념형성

위에서 살펴본 바와 같이 현행법은 ‘업무’의 개념에 대한 정의규정을 두고 있지 않다. 산업재해보상보험법 제4조 제1호가 업무상 재해에 대하여 정의하고 있으나, 이로부터는 어떠한 개념징표도 도출할 수 없다. 그리고 산업재해보상보험법상의 ‘업무’의 개념은 다른 법에서의 업무의 개념과 무관하게 동법의 목적과 취지에 맞게 형성되어야 할 것이다. 따라서 ‘업무’의 개념을 파악하기 위해서는 ‘업무상 재해’의 인정기준에 관한 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절을 분석할 필요가 있다. 물론 이들 규정들은 위임입법의 형식상 문제<sup>13)</sup>가 있어 그 법적 구속력을 인정하기 힘들지만 대체로 판례의 내용이 위 규정들의 내용에 크게 벗어나지 않고 있고 이를 분석의 기초로 삼고자 한다.<sup>14)</sup> 특히, ‘업무’의 개념은 업무기인성이 문제의 중심이 되는 업무상 질병에서보다는 업무수행성이 문제의 중심이 되는 업무상 사고에서 보다 큰 의미를 가진다. 따라서 아래에서는 업무상 사고에 있어서 업무상 재해의 인정범위에 관한 산업재해보상보험법시행규칙 제32조 및 제34조 내지 제38조를 분석해 보기로 한다.

##### 2) 보호범위의 확장

앞에서 살펴본 바와 같이 산업재해보상보험법시행규칙 제32조 제1호는 업무상 재해의 인정기준으로 사고가 “근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리에 수행하는 상태에서 사고가 발생하거나 사업주가 관리하고 있는 시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인하여 사고가 발생하여 사상하였을 것”을 요구하고

13) 1999년 12월 31일 개정 전까지 산업재해보상보험법 제4조 제1호는 업무상의 재해라 함은 “업무상의 사유에 의한 근로자의 부상·질병·신체장해 또는 사망을 말한다”고 하고 있어 업무상 재해의 인정기준을 정한 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 관한 위임규정을 두고 있지 않았다. 그러나 1999년 12월 31일에 개정된 법에서는 제4조 제1호에 “이 경우 업무상의 재해의 인정기준에 관하여는 노동부령으로 정한다”라는 제2문을 추가하여 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 대한 근거규정을 신설하였다. 그러나 산업재해보상보험법 제4조 제1호는 ‘업무상 재해’의 인정기준에 대한 구체적인 범위나 판단기준을 포함하고 있지 않아 포괄위임금지의 원칙을 위반하였다는 비판을 받고 있다. 이에 대하여는 아래 II. 3. (1) 3) 가. 참조.

14) 포괄위임금지의 원칙을 위반하였는지 여부의 문제는 권력분립주의와 의회주의 내지 법치주의에 바탕을 두는 것이기 때문에 그 내용이 정당한지 여부와는 직접적으로 관계가 없다(헌재결 1995. 11. 30. 93헌바32).

있다. 따라서 위의 두 경우는 의심의 여지없이 업무상 재해로 인정되게 된다.

문제는 위의 두 경우에 해당되지 않는다고 하여 언제나 업무상 재해로 인정 받을 수 없는 것은 아니라는 것이다. 왜냐하면 산업재해보상보험법시행규칙 제34조 내지 제38조는 위의 두 경우에 해당되지 않음에도 불구하고 업무상 재해로 인정될 수 있는 경우에 대하여 정하고 있기 때문이다. 예를 들어 사업장에서 작업시간 중에 ‘용변 등 생리적 필요행위’를 하고 있던 중 발생한 사고로 인한 사상은 “근로자가 근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태에서 발생한 사고”도 “사업주가 관리하고 있는 시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인하여 사고”도 아님에도 불구하고 동시행규칙 제34조 제1항 제2호는 이를 업무상 재해로 인정하고 있다. 또한 위의 두 경우 가운데 어느 경우에도 해당되지 않는 “휴게시간중에 사업장내에서 사회통념상 휴게시간 중에 할 수 있다고 인정되는 행위로 인하여 발생한 사고”로 인한 사상(死傷)을 동시행규칙 제35조의2는 업무상 재해로 인정하고 있다. 또한 사업장 밖에서 사업주에 의하여 지시된 구체적 행위뿐만이 아니라 이와 관련된 행위까지도 업무상 재해로 인정하고 있다. 예를 들어 출장의 지시를 받아 사업장 밖에서 업무를 수행하는 경우 산업재해보상보험법시행규칙 제36조 제1항은 지시 받은 구체적인 업무를 수행하는 행위로 인한 사고뿐만 아니라 출장중의 정상적인 경로(순로)에서 발생한 사고에 대하여도 업무상 재해로 인정하고 있다.

이를 통하여 확인할 수 있는 사실은 업무상 재해는 산업재해보상보험법시행규칙 제32조 제1호가 요구하고 있는 바와 같이 ‘근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태에서 발생한 사고’ 또는 ‘사업주가 관리하고 있는 시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인하여 사고’로 제한되지 않는다는 점이다. 즉, 산업재해보상보험법 제34조 내지 제38조는 ‘근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태에서 발생한 사고’ 또는 ‘시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인하여 발생한 사고’뿐만 아니라 이러한 요건을 갖추지 못한 사고의 경우에도 업무상 재해로 인정되는 경우가 있다.

### 3) 보호범위의 제한

위에서 살펴본 바와 같이 업무상 재해의 보호범위가 ‘근로계약에 의한 업무를 사업주의 지배관리하에 수행하는 상태에서 발생한 사고’ 또는 ‘시설물의 결함 또는 관리상의 하자로 인한 사고’로 제한되는 것은 아니다. 또한 사업장 내에서 발생한 사고로 인한 사상(死傷)이라고 하여 언제나 업무상 재해로 인정될

수 있는 것은 아니다.<sup>15)</sup> 예를 들어 휴가중인 근로자가 개인적 용무로 사업장을 방문하여 동료근로자를 만나던 중 발생한 사고로 인한 사상(死傷)의 경우에는 업무상 재해로 인정될 수 없다. 따라서 ‘시설물의 결함 또는 관리상의 하자’가 없는 사업장 내의 사상(死傷)들을 업무상 재해로 인정될 수 있는 행위로 인한 사상(死傷)과 업무상 재해로 인정할 수 없는 행위로 인한 사상(死傷)으로 구별하고, 사업주가 구체적으로 지시한 행위에 속하지 않는 사업장 밖에서 행한 관련행위로 인한 사상(死傷)의 경우에도 업무상 재해로 인정할 수 있는 경우와 업무상 재해로 인정할 수 없는 경우로 구별할 필요가 있다. 아래에서는 산업재해보상보험법의 목적으로부터 이러한 기준을 도출해 보고자 한다.<sup>16)</sup>

#### 4) 목적론적 접근

산업재해보상보험법과 근로기준법은 업무상 재해에 대하여 사용자의 무과실 책임을 인정하고 있다. 이는 사용자는 작업환경 및 작업방법에 대한 결정권을 가지고 있고, 근로자는 사용자가 결정한 작업환경과 작업방법에 따라 작업을 수행하도록 강요되기 때문에 근로자는 작업에 수반된 위험을 줄이거나 방지할 가능성을 가지고 있지 못하다는 데 근거한 것으로 보여진다.<sup>17)</sup> 따라서 이러한 산업재해보상보험법 및 근로기준법이 적용되는 범위는 이러한 상황에 처한 경우로 제한되어야 할 것이다. 그리고 이러한 상황을 ‘사용자의 지배·관리’라고 표현할 수 있을 것이다. 산업재해의 인정기준으로 일반적으로 사용되는 ‘사업장 내’ 또는 ‘사용자의 지시권’은 ‘사용자의 지배·관리’를 확인하기 위한 하나의 기준에 불과하다. 그러나 ‘사용자의 지배·관리’를 ‘사용자의 지휘·감독’과 같은 좁은 의미로 이해하여서는 안 된다. 즉, ‘사용자의 지배·관리’란 사용자가 근로자의 행동을 구체적으로 결정하고 지시할 수 있는 정도가 아니라 근로계약에 따른 의무 또는 사용자의 지시를 이행하기 위하여 불가피하게 처하게 되는 ‘시간적·장소적 선택의 자유가 박탈된 상태’라고 해석하여야 할 것이다. 이러한 기준에 의하면 사업장 내에서 발생한 사상(死傷)이라고 하여도 업무수행을 위하여 사업장 내에서 체류하면서 중간휴식을 취하는 경우에는 사용자의 지

15) 그러나 위 첫 번째 학설에 의하게 되면 사업장 내에서 발생한 모든 사상은 업무상 재해로 인정되게 된다.

16) 목적론적 개념형성에 대하여는 Wank, a.a.O.(註 6) 참조.

17) 무과실책임론에 대하여는 임정평, “무과실책임론의 현대적 의의”, 『단국대학교 법과대학 법학논총』 제18집, 1992, 89면 이하 참조.



휘·감독은 받지 않으나, 휴식 후의 작업을 위하여 부득이 사업장에 체류하여야 하는 경우로 업무상 재해로 인정되어야 할 것이다. 그러나 재택근무자와 같이 사용자가 업무의 시간과 장소에 대하여 제약을 가하지 않은 경우에는 근로계약상의 업무를 수행하는 행위로 인한 사상(死傷)의 경우에만 업무상 재해로 인정될 수 있을 것이다. 업무의 개념을 이렇게 정의하면 ‘업무상의 재해’를 “근로자가 사업주와의 근로계약에 기하여 사업주의 지배·관리하에서 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해”라고 정의한 판례<sup>18)</sup>와도 일맥상통하게 된다.

### 5) 소 결

산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절이 위임입법의 형식상 문제<sup>19)</sup>가 있어 그 법적 구속력을 인정하기 힘들지만 판례의 내용이 위 규정들의 내용에 크게 벗어나지 않는다는 점에서, ‘업무’의 개념을 이들 규정, 특히 업무상 사고에 있어서의 업무상 재해의 인정범위에 관한 산업재해보상보험법시행규칙 제32조 및 제34조 내지 제38조를 기초로 형성해 보았다. 분석결과 ‘업무’의 개념은 ‘사용자의 지배·관리’의 존재여부를 기준으로 판단하여야 한다고 본다. 산업재해의 인정기준으로 일반적으로 사용되는 ‘사업장 내’ 또는 ‘사용자의 지시권’은 ‘사용자의 지배·관리’를 확인할 수 있는 기준들 중의 하나이다. 그러나 필자가 의미하는 ‘사용자의 지배·관리’는 ‘사용자의 지휘·감독’과 같이 사용자가 근로자의 행동을 구체적으로 결정하고 지시할 수 있는 정도와 같은 협의의 ‘지배·관리’가 아니라, 근로계약상의 의무 또는 사용자의 지시에 따른 의무를 이행하기 위하여 처하게 되는 ‘시간적·장소적 선택의 자유가 박탈된 상태’와 같은 광의의 ‘지배·관리’를 말한다.

## 3. 구체적 사례

### (1) 통근재해

#### 1) 법규정

산업재해보상보험법시행규칙 제35조 제4항은 근로자가 출·퇴근하는 도중

18) 대판 1997. 11. 14. 97누13009. 동지(同旨): 대판 1995. 9. 15. 95누6946; 대판1996. 2. 9. 95누16769; 대판 1996. 11. 15. 96누10843 등.

19) 이에 대하여는 아래 II. 3. (1) 3) 가. 참조.

에 발생한 사고로 인하여 사상한 경우로서 ‘사업주가 소속근로자들의 출·퇴근용으로 제공한 교통수단의 이용중에 발생한 사고’와 ‘관리·이용권이 사상한 근로자에게 전담되어 있지 않은 사업주가 제공한 교통수단의 이용 중에 발생한 사고’에 대해서만 업무상 재해로 인정하고 있다. 즉, 위의 두 경우를 제외한 출·퇴근 중의 사고는 업무상 재해로 인정하지 않고 있다. 통근재해에 관한 산업재해보상보험법시행규칙 제35조 제5항은 1995년 4월 29일 시행규칙이 전면개정 되면서 신설된 규정이다.<sup>20)</sup>

이에 반하여 공무원연금법시행규칙 제14조는 “공무원이 통상적인 경로와 방법에 의하여 출·퇴근하거나 임지부임 또는 귀임중 발생한 교통사고·추락사고 기타 사고로 인하여 부상 또는 사망한 경우에는 이를 공무상 부상 또는 사망으로 본다”고 하고 있고, 사립학교교직원연금법은 제42조에서 급여의 종류와 사유 내지 급여액 및 급여의 제한에 대하여는 공무원연금법상의 규정을 준용하도록 하고 있다. 나아가 군인연금법 역시 ‘전공사상자처리규정’ [별표 1]에 의하여 통근재해를 업무상 재해로 인정하고 있다.

## 2) 판례

산업재해보상보험법 제4조 제1항에 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 대한 근거규정이 신설된 1999년 12월 31일 이전의 판례<sup>21)</sup>는 “산업재해보상보험법 소정의 업무상의 재해라 함은 근로자가 사업주와의 근로계약에 기하여 사업주의 지배·관리하에서 근로업무의 수행 또는 그에 수반되는 통상적인 활동을 하는 과정에서 이러한 업무에 기인하여 발생한 재해를 말하므로, 출퇴근 중의 근로자는 일반적으로 그 방법과 경로를 선택할 수 있어 사용자의 지배 또는 관리하에 있다고 볼 수 없고, 따라서 출퇴근 중에 발생한 재해가 업무상의 재해로 인정되기 위하여는 사용자가 근로자에게 제공한 차량 등의 교통수단을 이용하거나 사용자가 이에 준하는 교통수단을 이용하도록 하여 근로자의 출퇴근 과정이 사용자의 지배·관리하에 있다고 볼 수 있는 경우에 해당되어야 할 것이다”라고 하여 통근재해를 원칙적으로 업무상 재해로 인정하지 않았다. 그러나 판례는 통근재해에 있어 업무상 재해의 인정여부와 관련하여

20) 1999년 10월 7일 개정에서는 “사상한 근로자에 전담되어 있지 않은”을 “근로자 측에 전담되어 있지 않은”으로 변경하였다.

21) 대판 1999. 9. 3. 99다24744. 동지(同旨): 대판 1999. 12. 24. 99두9025; 대판 1997. 11. 14. 97누13009 등.

여 산업재해보상보험법시행규칙 제35조 제4항을 전혀 언급하지 않았다.

그러나 산업재해보상보험법 제4조 제1항에 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 대한 근거규정이 신설된 1999년 12월 31일 이후의 판례<sup>22)</sup>에서는 “산업재해보상보험법시행규칙 제35조 제4항은 근로자가 출·퇴근하는 도중에 발생한 사고로 인하여 사상한 경우에는 사업주가 소속근로자들의 출·퇴근용으로 제공한 교통수단의 이용 중에 발생한 사고일 것(제1호)과 사업주가 제공한 교통수단에 대한 관리·이용권이 근로자측에 전담되어 있지 아니할 것(제2호)이라는 요건에 해당되는 경우에 한하여 이를 업무상 재해로 보도록 규정하고 있는 바, …(중략)… 자신의 자가용승용차를 운전하여 가던 중 이 사건 사고가 발생하였다면, 이는 사업주의 지배관리를 벗어난 상태에서 관리이용권이 망인에게 전담되어 있는 교통수단을 이용하던 중 발생한 출·퇴근 중의 재해로서 업무상 재해로 볼 수 없다”고 하면서, 업무상 재해의 인정여부에 대한 판단기준으로 산업재해보상보험법시행규칙 제35조 제4항을 언급하고 있다.

이러한 차이는 산업재해보상보험법 제4조 제1항에 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 대한 근거규정이 신설된 1999년 12월 31일 이전까지 법원이 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절에 대한 법적 구속력을 인정하지 않은 데 기인한 것으로 보여진다.<sup>23)</sup>

### 3) 현행법의 문제점

#### 가. 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절과 포괄위임금지의 원칙

앞에서 살펴본 바와 같이 1999년 12월 31일까지는 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절은 법률에 근거규정이 없어 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하고 법규로서의 효력이 없어 법원이나 국민을 기속하는 법규로서의 효력을 인정받지 못하였다.<sup>24)</sup> 그러나 1999년 12월 31일 동법 제4조 제1항이 개정되면서 근거규정이 신설되었다. 그러나 신설된 규정은 ‘업무상 재해’의 인정범위를 예측할 수 있게 하는 내용을 전혀 담고 있지 않아, 포괄위임금지의 원칙을 위반하였다는 비판을 받고 있다.<sup>25)</sup> 헌법재판소는 포괄위임금지의

22) 대판 2002.9.4. 2002두5290.

23) 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절의 ‘포괄위임금지의 원칙’ 위반에 대하여는 II. 3. (1) 3) 가. 참조.

24) 대판 1995.2.14. 94누12982; 대판 1995.8.29. 95누5961 등.

25) 박종희, 전계논문(註 12), 29면 이하.

원칙을 “규정될 내용 및 범위의 기본사항이 구체적으로 규정되어 있어서 누구라도 당해 법률로부터 대통령령에 규정될 내용의 대강을 예측할 수 있어야 함을 의미하며, 이는 행정권에 의한 자의적인 법률의 해석과 집행을 방지하고 의회입법의 원칙과 법치주의를 달성하려는 데 그 의의가 있다”고 이해하고,<sup>26)</sup> “예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단할 것이 아니고 관련된 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합 판단하여야 하며, 각 대상법률의 성질에 따라 구체적·개별적으로 검토하여야 할 것”이라고<sup>27)</sup> 하고 있다.

예측가능성의 유무는 당해 특정조항 하나만을 가지고 판단하는 것이 아니고 관련된 법조항 전체를 유기적·체계적으로 종합하여 판단하여야 한다는 헌법재판소의 결정취지에 비추어 보더라도 산업재해보상보험법 제4조 제1호는 포괄위임금지의 원칙을 위반한 것으로 보여진다. 왜냐하면, 산업재해보상보험법 제4조 제1호는 舊의료보험법 제29조 제3항<sup>28)</sup>과 달리 해당법의 전반적인 체계나 주변규정들로부터 위임의 내재적 범위나 한계를 예측할 수 없기 때문이다.<sup>29)</sup>

26) 헌재결 1995. 11. 30. 93헌바32; 헌재결 1991. 7. 8. 91헌가4.

27) 헌재결 2003. 7. 24. 2002헌바82. 동지(同旨): 헌재결 1995. 11. 30. 93헌바32; 헌재결 1995. 11. 30. 93헌바32; 헌재결 1991. 2. 11. 90헌가27; 헌재결 1994. 7. 29. 92헌바49·52; 헌재결 1993. 3. 25. 98헌가11; 헌재결 1996. 8. 29. 94헌마113 등.

28) 舊의료보험법 제29조 제3항(현행 국민건강보험법 제39조 제2항)도 “요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등 요양급여의 기준은 보건복지부장관이 정한다”고 규정하고 있었다. 동 규정이 포괄위임금지의 원칙을 위반하였는지에 관한 판단과 관련하여 헌법재판소는 “한정된 재원으로 최적의 의료보험급여를 하기 위해서는 국민의 부담수준, 국가의 재정수준이라는 한계 하에서 여러 가지 측면을 고려하여 보험급여의 우선 순위를 정하게 되고, 사회적·경제적 여건에 따라 적절히 대처할 필요성이 있기 때문에 요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등을 미리 법률에 상세하게 규정하는 것은 입법기술상 매우 어렵다고 할 것이다. 그리고 의료보험법 제29조 제1항이 요양급여의 대상과 내용 및 그 실시를 명확하게 규정하고 있고, 심판대상법조항 자체가 위임내용을 요양급여의 방법·절차·범위·상한기준 등 요양급여의 기준이라고 특정하고 있으며, 같은 법 제30조가 요양급여의 기간을, 제32조가 요양기관의 지정을, 제34조가 요양급여비용의 본인 부담을, 제35조가 요양급여비용의 산정, 지급절차 및 업무의 위탁 등을 각각 명확하게 규정하고 있으며, 제5조에서는 요양급여의 기준과 비용에 관한 주요사항을 심의하고 보건복지부장관의 자문에 응하기 위하여 각계를 대표하는 위원으로 구성하는 의료보험심의위원회를 보건복지부에 둘 것을 규정하고 있다. 따라서 의료보험법의 전반적 체계와 위와 같은 규정들을 종합해 보면 그 내재적인 위임의 범위나 한계를 예측할 수 있으므로 심판대상법조항이 요양급여의 기준 등을 더 구체적으로 정하지 아니하였다고 하여 헌법 제40조, 제75조 및 제95조 규정에 의한 포괄위임금지의 원칙에 위반한 것으로는 볼 수 없다”고 하였다(헌재결 2000. 1. 27. 99헌바23).

29) 반면 요양급여의 산정기준을 노동부령으로 정하고 있는 산업재해보상보험법 제40조 제5항은 헌법재판소의 결정(헌재결 2000. 1. 27. 99헌바23)취지에 비추어 볼 때 舊의

결론적으로 산업재해보상보험법시행규칙 제3장 제3절은 1999년 12월 31일 근거규정이 신설되었음에도 불구하고, 동 규정은 포괄위임금지의 원칙을 위반하여 여전히 그 법적 구속력이 인정될 수 없는 행정청 내부의 사무처리준칙에 불과하다. 따라서 통근재해를 업무상 재해로 인정할 수 있는지 여부는 산업재해보상보험법시행규칙 제35조 제4항이 아니라 산업재해보상보험법 제4조 제1호의 해석에 의하여 결정되어야 한다.<sup>30)</sup>

#### 나. 공무원연금법과의 관계

위에서 살펴본 바와 같이 일반 근로자들을 적용대상으로 하고 있는 산업재해보상보험법과 산업재해보상보험법시행규칙은 원칙적으로 통근재해를 업무상 재해로 인정하지 않고 있는 데 반하여 공무원연금법과 군인연금법 및 사립학교교직원연금법은 명문의 규정을 통하여 통근재해를 업무상 재해로 인정하고 있다. 이러한 차별에 대하여 판례<sup>31)</sup>는 “공무원연금법상의 경우는 공무원이 상당한 액의 기여금을 불입하게 되는데 비하여 산업재해의 경우는 그와 같은 근로자의 부담이 없는 점 등, 그 성질을 같이 하는 것이 아니므로, 그 재해 기준을 같이 하지 않는다고 하여 헌법상의 평등의 원칙에 위배된다고 할 수도 없다”고 하였다. 그러나 공무원연금법 제65조 제2항 및 공무원연금법시행령 제66조에 의하면 공무상 재해에 관한 비용은 전액 국가 또는 지방자치단체가 부담하도록 되어 있기 때문에 대법원의 이러한 주장은 옳지 않다.<sup>32)</sup>

#### 4) 사 건

위(Ⅱ. 2. (4) 5))에서 살펴본 기준에 의한다면 일반적인 통근상의 재해는 업무상 재해에 해당하게 된다. 왜냐하면 사용자가 지정한 시간과 장소에서 노무를 제공하기 위해 받게 되는 시간적·장소적 제약상태, 즉 ‘사용자의 지배·관리’하에서 발생한 사고는 업무상 사고로 보아야 하기 때문이다. 이렇게 해석하여야 통근재해를 업무상 재해로 인정하고 있는 공무원연금법, 군인연금법 및 사립학교교직원연금법과도 균형을 이룰 수 있게 된다.

료보험법 제29조 제3항과 같이 포괄위임금지의 원칙에 위배되지 않는다고 판단된다.

30) 동지(同旨): 박종희, 전계논문(註 12), 27면 이하.

31) 대판 1995. 3. 14. 94누15523.

32) 동지(同旨): 김영문, 전계논문(註 11), 25면 이하, 박종희, 전계논문(註 12), 48면.

## (2) 노조전임자와 산업재해

### 1) 문제제기

노조전임자란 단체협약 또는 사용자의 동의에 의하여 “근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사”할 수 있는 자를 말한다. 이러한 노조전임자는 근로자로서의 신분을 그대로 유지하나, 근로계약상의 근로제공의무를 면제받고 있다. 노조전임자와 관련해서는 사용자의 임금지급의무, 노조전임자의 출·퇴근의무 및 노조전임자의 산업재해보상보험법상의 법적 지위가 문제된다. 아래에서는 노조전임자와 관련된 여러 문제들을 통일적이고 일관성 있게 해결하기 위한 대안을 찾아보고자 한다. 이를 위하여 먼저 노조전임자의 법적 지위에 관한 일반론을 살펴보고, 이를 토대로 노조전임자의 산업재해보상보험법의 지위에 대하여 살펴보기로 한다.

### 2) 노조전임자의 법적 지위

#### 가. 실정법

노동조합및노동관계조정법 제24조 제1항은 “근로자는 단체협약으로 정하거나 사용자의 동의가 있는 경우에는 근로계약 소정의 근로를 제공하지 아니하고 노동조합의 업무에만 종사할 수 있다”고 규정하고 있고, 제2항은 “제1항의 규정에 의하여 노동조합의 업무에만 종사하는 자는 그 전임기간동안 사용자로부터 어떠한 급여도 지급 받아서는 아니된다”고 규정하고 있다. 나아가 동법 제81조 제4호는 “노동조합의 전임자에게 급여를 지원”하는 것을 부당노동행위의 한 유형으로 보고 있다. 즉, 노조전임자는 근로계약상의 근로를 제공하지 않으면서도 근로자의 지위를 계속 유지할 수 있지만, 사용자는 이들에게 급여를 지급할 의무가 없고 지급할 경우에는 부당노동행위로 처벌된다(노동조합및노동관계조정법 제81조 제4호 및 제90조).<sup>33)</sup>

#### 나. 판례

판례<sup>34)</sup>는 “노동조합 전임자는 사용자와의 사이에 기본적 노사관계는 유지되

33) 1997년 3월 13일 전면 개정된 노동조합및노동관계조정법 부칙 제6조는 “제24조제2항 및 제81조제4호의 규정(노동조합의 전임자에 대한 급여지원에 관한 규정에 한한다)은 이를 2006년 12월 31일까지 적용하지 아니한다”고 하고 있다.

34) 대판 1996. 12. 6. 96다26671. 동지(同旨): 대판 1995. 4. 11. 94다58087; 대판 1995.

고 기업의 근로자로서의 신분도 그대로 가지는 것이지만, 휴직상태에 있는 근로자와 유사하여 근로계약상의 근로를 하지 않을 수 있는 지위에 있다”라고 하여 근로관계를 유지하면서도 근로자에게는 근로계약상의 노무제공의무를 면제하고, 사용자에게는 급여제공의무를 면제하고 있다.

그러나 판례<sup>35)</sup>는 노조전임자를 휴직상태에 있는 근로자와 유사하게 보아 노무제공의무가 없다고 보면서도 “노조전임자라 할지라도 사용자와의 사이에 기본적 근로관계는 유지되는 것으로서 취업규칙이나 사규의 적용이 전면적으로 배제되는 것이 아니므로 단체협약에 조합전임자에 관하여 특별한 규정을 두거나 특별한 관행이 존재하지 아니하는 한 출·퇴근에 대한 사규의 적용을 받게 되고, 일반적으로 근로자의 출근이 사용자가 지정한 근로장소에서 근로계약 소정의 근로를 제공하는 것을 전제로 하는 것이기는 하나, 노동조합의 업무가 사용자의 노무관리업무와 전혀 무관한 것이 아니고 안정된 노사관계의 형성이라는 면에서 볼 때는 오히려 밀접하게 관련되어 있으므로, 근로계약 소정의 본래 업무를 면하고 노동조합의 업무를 전임하는 노조전임자의 경우에 있어서 출근은 통상적인 조합업무가 수행되는 노조사무실에서 조합업무에 착수할 수 있는 상태에 임하는 것이라 할 것이다. 그러므로 만약 노조전임자가 사용자에게 대하여 취업규칙 등 소정의 절차를 취하지 아니한 채 위와 같은 상태에 임하지 아니하는 것은 무단결근에 해당한다 할 것이다”라고 하여 노조전임자의 출·퇴근의무를 인정하고 있다.<sup>36)</sup>

#### 다. 학 설

학설<sup>37)</sup>은 일반적으로 노조전임자를 휴직상태에 있는 근로자와 유사하다고

11. 10. 94다54566.

35) 대판 1995. 4. 11. 94다58087. 동지(同旨): 대판 1997. 3. 11. 95다46715; 대판 1993. 8. 24. 92다34926 등.

36) 그러나 판례(대판 2003. 12. 11. 2003두11384)는 노동조합의 전임자가 “상급단체의 행사에 참가하여야만 조합활동으로 인정되는 것은 아니고, 노조활동을 위하여 노동조합 단체들의 회의, 행사, 교육 등의 활동에 참가하는 것 역시 원고 회사 단체협약의 소정의 조합활동에 해당한다”고 보고 노동조합들의 임의적 단체인 노동조합협의회에서 주최하는 세미나에 참석하기 위하여 출근하지 못한 것은 무단결근에 해당하지 않는다고 보았다. 또한 판례(대판 1999. 11. 23. 99다45246)는 노조전임자의 사용자가 주관하는 교육에의 참가의무를 인정하지 않고 있다.

37) 강기탁, “노동조합 전임자의 법적 지위”, 『1999 노동판례비평』, 2000, 319면 이하; 김형배, 『노동법』, 2004, 720면; 이상윤, 『노동법』, 1997, 630면; 임종률, 『노동법』, 2004, 81면; 최홍엽, “노조전임자 관련 판례”, 『1997 노동판례비평』, 1998, 299면 이

보면서도 노조전임자의 출퇴근의무를 인정하고 있는 판례에 대하여 비판적 입장을 보이고 있다. 즉, 근로자에게 노무제공의무가 없다면, 노무제공의무에 수반되는 출근의무도 인정되지 않는다고 보고 있다.

### 3) 노조전임자의 산업재해보상보험법상의 지위

노조전임자의 산업재해보상보험법상의 지위에 대하여는 아무런 법규정이 없다. 판례<sup>38)</sup>는 근로자가 근로계약상 업무를 면하고, 노동조합의 업무를 전임하게 된 것이 사용자의 승낙에 의한 것이며, 재해발생당시 원고가 근로자의 지위를 보유하고 있었고, 질병이 노동조합업무수행 중 육체적 정신적 과로로 인하여 발병된 것이라면, 특별한 사정이 없는 한, 이는 산업재해보상보험법 제3조 제1항(현행 제4조 제1호) 소정의 업무상 질병으로 보아 동법 소정의 보험급여지급대상으로 해석함이 상당하다고 하고 있다.<sup>39)</sup>

한편 판례<sup>40)</sup>는 “사용자와 대립관계로 되는 쟁의단계에 들어간 이후의 노동조합활동 중에 생긴 재해는 업무상 재해로 볼 수 없으므로”라고 하여 쟁의 행위 기간중의 활동에 대하여는 산업재해보상보험법을 적용하지 않고 있다. 나아가 노동조합의 전임자인 근로자가 임금협상을 앞두고 노동조합 간부들의 단결과시를 위하여 노동조합이 근무시간 종료 후에 개최한 체육대회에 참가하여 경기 도중 부상을 당한 사안<sup>41)</sup>에서, “사회통념상 그 행사의 전반적인 과정이 사업주의 지배, 관리를 받는 상태에 있다고 볼 수 없어 그와 같은 부상은 노동조합업무의 수행 중 그 업무에 기인하여 입은 것이 아니라고 보아 산업재해보상보험법 제4조 제1호 소정의 업무상 재해에 해당하지 않는다”고 하였다.

하; 하경효, “노조전임자의 급여지급관행”, 『경영계』, 1996. 7, 14면.

38) 대판 1994. 2. 22. 92누14502. 동지(同旨): 대판 1996. 6. 28. 96다12733 등.

39) 서울행정법원은 2004년 8월 1일 택시회사 노조부위원장이 산별노조 주최 행사에 참여했다가 크게 다친 것을 업무상 재해로 인정해 달라며 근로복지공단을 상대로 낸 요양불승인처분 취소청구소송에서 “업무상 재해로 인정받으려면 행사의 성격이 사업주의 노무관리 업무와 ‘밀접한 관련성’이 있어야 한다”며 “산별노조 주최행사는 개별 사업자의 구체적인 노조업무와는 거리가 있고, 사업주 지시에 따라 행사에 참가한 것이 아니어서 관련성을 인정하기 어렵다”고 하여 산별노조의 경우에 대하여 달리 해석할 여지가 있음을 밝혔다(한겨레신문 2004년 8월 2일자 참조).

40) 대판 1997. 6. 10. 96누13866.

41) 대판 1997. 3. 28. 96누16179. 동지(同旨): 대판 1997. 6. 10. 96누13866; 대판 1994. 2. 22. 92누14502.



학설은 노조전임자의 노동조합 활동으로 인한 사상(死傷)은 물론,<sup>42)</sup> 쟁의 행위 기간중의 사상(死傷)에 대하여도 산업재해보상보험법을 적용할 것을 주장하고 있다.<sup>43)</sup>

#### 4) 사 건

업무의 개념을 ‘사용자의 지배·관리’를 중심으로 이해하고, ‘사용자의 지배·관리’를 근로계약에 따른 의무 또는 사용자의 지시를 이행하기 위하여 받는 시간적·장소적 자유를 제한받는 상태라고 이해하고 있는 필자의 입장에서는 노조전임자의 노동조합활동으로 인한 사상(死傷)을 업무상 재해로 인정할 수 없다. 왜냐하면 노조전임자는 근로계약상의 노무를 제공할 의무를 부담하고 있지 않기 때문이다. 또한 노동조합활동을 ‘사용자의 노무관리업무’와 밀접한 관련이 있는 행위로 보는 것은 사용자의 지배·개입을 금지하고 있는 노동조합및노동관계조정법 제81조 제4호와 노동조합을 근로자의 ‘자주적’ 단결체로 정의하고 있는 동법 제2조 제4호의 취지에 반하여 ‘업무’의 개념을 지나치게 확대한 해석이라고 판단된다.<sup>44)</sup> 나아가 노조전임자의 노동조합활동에 대하여 기업별 노동조합에서는 ‘업무성’을 인정하고, 산업별·지역별·직종별 노동조합에서는 ‘업무성’을 부정하는 것은 노동조합의 유형에 따라 노조전임자에 대한 산재보험의 적용여부를 차별하는 것으로 법정정책적으로 바람직하지 않다.

그러나 노조전임자가 근로자의 지위를 계속 유지하고 있다는 점에서 이들을 산재보험의 보호대상에서 배제하는 것 역시 옳지 않다고 본다. 따라서 노조전임자는 앞으로도 계속 산재보험의 가입대상으로 남아 있어야 하지만, 노조전임자의 산업재해보상보험법상의 보험료를 사용자에게 부담시켜서는 안될 것이다. 왜냐하면 산업재해보상보험법상의 보험료는 임금을 기준으로 산정하게 되어 있고(고용보험및산업재해보상보험의보험료징수등에관한법률 제13조 제5항), 노동조합및노동관계조정법 제24조 제2항과 동법 제81조 제4호는 노조전임자에 대한 급여의 지급을 금지하고 있어 노조전임자에 대하여는 사용자가 부담할 보험료가 없게 되는 불합리한 결과가 초래되기 때문이다.<sup>45)</sup>

42) 김형배, 전게서(註 36), 720면.

43) 최홍엽, 전게논문(註 36), 306면 이하.

44) 이러한 관점에서 볼 때 노조전임자의 출·퇴근의무도 부정되는 것이 타당하다.

45) 국민건강보험법(제31조의2)과 국민연금법(제75조 제2항)의 경우에는 보험료를 ‘임금’

물론 국민건강보험법 제63조 제2항의 경우와 같이 ‘노조전임자로 임명되기 전의 임금’을 바탕으로 보험료를 산정하는 방법도 가능하지만, 이 경우 노조전임자의 노동조합활동이 사용자의 업무에 포함되어야 비로소 산재보험의 보호 대상이 될 수 있는 데, 노조전임자는 휴직 중에 있는 근로자와 유사한 지위에 있는 자로 근로계약상의 노무제공의무를 부담하고 있지 않아 그의 활동을 ‘업무’로 보는 데 많은 어려움이 따른다. 따라서 노조전임자의 산업재해보상보험법상의 보험료는 노동조합에서 부담하는 것이 입법론적으로 바람직하다고 본다. 왜냐하면 이렇게 하여야 노조전임자의 노동조합활동을 ‘업무’로 인정하는데 어려움이 없을 뿐만 아니라, 노조전임자는 휴직 중에 있는 근로자와 유사한 지위에 있어 근로자는 노무제공의무와 출·퇴근의무를 면하고 사용자는 급여지급의무를 면한다는 법리와 조화를 이룰 수 있기 때문이다.

### Ⅲ. 인과관계

#### 1. 의 의

산업재해보상보험법상의 급여는 업무상의 사유에 의한 부상·질병·신체장애 또는 사망을 요건으로 하고 있다(동법 제1조 및 제3장). 이러한 산업재해보상보험법의 접근방법은 급여지급사유(질병·장애·사망)가 발생하면, 그 발생원인을 묻지 않고 급여를 실시하고 있는 국민건강보험법 및 국민연금법과 구별되어 진다.<sup>46)</sup> 따라서 산재보험에서는 건강보험이나 연금보험에서와 달리 인과관계가 중요한 쟁점이 된다. 인과관계는 행위와 사고 사이에 인과관계와 사고와 손해 사이의 인과관계로 구별할 수 있다. 통상 전자를 책임설정적 인과관계(haftungsbegründende Kausalität)라 하고 후자를 책임충족적 인과관계(haftungsausfüllende Kausalität)라 한다. 아래에서는 인과관계의 문제를 위 기준에 따라 분리하여 살펴보기로 한다.

---

이 아니라, ‘소득’을 기준으로 산정하고 있어, 노조전임자와 같이 휴직 상태에 있는 자에 대하여 사용자가 복리·후생적 차원에서 지급한 금품이 있으면 이를 기준으로 보험료를 부과할 수 있게 된다.

46) 물론 국민건강보험법과 국민연금법도 급여의 제한 및 조정에 관한 규정을 두고 있다(국민건강보험법 제48조 및 국민연금법 제4장 제6절). 이러한 급여의 제한 및 조정은 원칙적으로 급여의 지급이 인정되는 경우에 대한 예외를 규정한 것으로, 처음부터 일정한 요건을 충족하는 경우에 한하여 급여를 지급하는 것과는 구별되어 진다.

## 2. 인과관계의 확정

### (1) 책임설정적 인과관계

#### 1) 실정법

현행 산업재해보상보험법은 책임설정적 인과관계와 관련하여 ‘상당인과관계설’을 전제로 하고 있는 것으로 보여진다. 왜냐하면 현행 산업재해보상보험법 시행규칙 제32조 제2호가 업무상 재해로 인정되기 위한 요건의 하나로 “사고와 근로자의 사상간에 상당인과관계가 있을 것”을 요구하고 있고, 제39조 제1항 [별표 1] 『업무상 질병 또는 업무상 질병으로 인한 사망에 대한 업무상 재해인정기준』 제1호 가목 제2문에서 “업무수행중에 발병되지 아니한 경우로서 그 질병의 유발 또는 악화가 업무와 상당인과관계가 있음이 시간적·의학적으로 명백한 경우”에는 업무상 질병으로 본다고 규정하고 있기 때문이다. 또한 동 규칙 제34조 제1항 단서, 제35조 제3항 단서, 제37조 제1항 단서 및 제38조 제2항 단서에서 제34조 제1항, 제35조 제3항, 제37조 제1항 및 제38조 제2항에 의하여 업무상 재해로 인정되는 경우에도 ‘업무와 사고간에 상당인과관계가 없음이 명백한 경우’에는 산업재해보상보험법의 보호대상이 될 수 없다고 하고 있는 점에서도 그러하다.

#### 2) 판례

대법원은 업무상 재해에 해당한다고 하기 위해서는 “업무와 재해발생 사이에 상당인과관계가 있어야 하고”라고 하여 상당인과관계설의 입장을 취하고 있다.<sup>47)</sup> 그리고 판례<sup>48)</sup>는 업무와 재해 사이의 상당인과관계의 유무를 보통 평균인이 아니라 당해 근로자의 건강과 신체조건을 기준으로 판단하고 있다. 또한 판례<sup>49)</sup>는 산업재해보상보험법 제3조 제1항이 1981년에 개정되어 ‘업무수행성’과 ‘업무기인성’이라는 표현이 법규정에서 삭제되었음에도 불구하고 여전히 인과관계의 존재여부를 ‘업무수행성’과 ‘업무기인성’을 기준으로 판단하고 있다.

47) 대판 2001. 7. 13. 2000두9939; 대판 2003. 12. 26, 2003두 849; 대판 2004. 4. 9. 2003두12530 등.

48) 대판 1996. 9. 6. 96누6103; 대판 1992. 5. 12. 91누10466 등.

49) 대판 1991. 9. 10. 91누5433; 대판 1986. 12. 23. 86다카556; 대판 1986. 8. 19. 83다카1670.

### 3) 학 설

#### 가. 조건설(條件說)

‘조건설’이란 그 행위가 없었더라면 그 결과가 발생하지 않았으리라는 관계만 있으면 인과관계를 인정하려는 견해이다. 이런 의미에서 조건설을 일명 등가설(Äquivalenztheorie)이라고도 한다. 조건설은 논리적 또는 과학적 인과관계를 법학에 그대로 적용하기 때문에 인과관계의 범위가 지나치게 확대된다는 비판을 면할 수 없다.<sup>50)</sup>

#### 나. 상당인과관계설(相當因果關係說)

‘상당인과관계설(Adäquanztheorie)’이란 경험칙상 그러한 결과에 상당한 조건만이 원인이 된다고 하는 상당성의 척도에 따라 조건설에 의한 인과관계의 무제한한 범위를 구성요건 단계에서 제약하고자 하는 이론을 말한다. 따라서 결과귀속을 위해서는 그 행위에 의한 결과발생이 개연적(蓋然的)일 것을 요구하며, 행위와 결과 사이의 상당성(相當性)의 관계는 개연성의 관계를 의미하게 된다. 상당인과관계설은 다시 상당성의 판단기준을 어떻게 결정할 것이냐에 따라 학설이 대립하고 있다. 주관적 상당인과관계설<sup>51)</sup>은 행위 당시 행위자가 인식하였거나 행위자가 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 상당성을 판단하여야 한다는 학설이다. 객관적 상당인과관계설<sup>52)</sup>은 행위 당시에 존재한 모든 사정을 객관적으로 종합하여 법관이 상당성을 판단하여야 한다는 학설이다. 행위 당시에 존재한 사정을 사후에 판단한다는 의미에서 객관적·사후적 예측(objektiv-nachträgliche Prognose)이라고도 한다. 이에 대하여 절충적 상당인과관계설<sup>53)</sup>은 행위자뿐만 아니라 일반인 특히 그 중에서도

50) 판례도 “불법행위의 성립요건으로서의 인과관계는 현실로 발생한 손해를 누구에게 배상책임을 지울 것인가를 가리기 위한 개념이므로 자연과학의 분야에서 말하는 인과관계가 아니다”고 하였다(대판 1974. 12. 10. 74다1774).

51) v. Kries, “Über den Begriff der objektiven Möglichkeit und einige Anwendungen desselben”, Vierteljahrsschrift für wissenschaftliche Philosophie 12(1888), S. 221(이용식, “상당인과관계설의 이론적 의미와 한계 - 상당성의 본질 -”, 『서울대학교 법학』 제44권 제3호, 204면에서 재인용).

52) Rümelin, Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Zivilrecht, 1900, S. 19(이용식, 전계논문(註 51), 205면에서 재인용).

53) Traeger, Der Kausalbegriff im Straf- und Zivilrecht, 1929, S.159; Engisch, Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände, 1931, S.56(이용식,

가장 우수한 자(者)가 인식할 수 있었던 사정을 기초로 하여 상당인과관계를 판단하여야 한다는 학설이다. 절충적 상당인과관계설이 우리 나라의 통설<sup>54)</sup>과 판례<sup>55)</sup>의 입장이다. 상당인과관계설에 대하여는 ‘책임의 요건으로서의 상당인과관계’와 ‘책임의 범위결정을 위한 상당인과관계’ 및 ‘손해의 금전적 평가의 측면에서의 상당인과관계’를 구별하지 않음으로써 그 내용이 애매할 뿐 아니라, 책임의 귀속이론으로서도 적합하지 않다는 비판이 제기되고 있다.<sup>56)</sup>

#### 다. 중요조건설

‘중요조건설(Die Theorie der rechtlich wesentlichen Bedingung)’이란 어느 조건이 결과에 대하여 원인이 되기 위하여서는 그 조건이 다른 조건들과 비교하여 볼 때 결과에 대하여 가지는 특별한 내적 관계로 인하여 결과 발생에 중요하게(wesentlich) 기여한 조건이 되어야 한다는 학설이다.<sup>57)</sup> 이 학설은 산재보험의 인과관계와 관련하여 독일제국보험청이 정립하고 독일과 오스트리아에서 지금까지 통설과 판례로 인정되고 있는 이론이다.<sup>58)</sup>

상당인과관계설과 비교해 본다면 상당인과관계설은 일반적, 추상적 관점에서 인과관계를 평가하는 반면, 중요조건설은 개별적, 구체적 관점에서 인과관계를 평가한다. 그리고 전자는 행위시 예견할 수 있었던 상황을 기초로 판단하는 데 반하여 후자는 어느 조건이 결과발생에 대하여 가졌던 관계를 사후에 과거를

전계논문(註 51), 209면에서 재인용).

54) 김중환, 『채권총론』, 1983, 78면; 박윤직, 『채권총론』, 1984, 183면; 김용환, 『채권법총론』, 1983, 202면; 김현태, 『신채권총론』, 1964, 128면; 현승중, 『채권총론』, 1975, 160면.

55) 민사와 관련 해서는 대판 1960.12.8. 4293민상470; 대판 1977.8.23. 77나686, 산재보험과 관련해서는 대판 1996.9.6. 96누6103; 대판 1992.5.12. 91누10466 등 참조.

56) 상세는 김형배, 『민법학연구』, 1986, 326면 이하; 서광민, 『불법행위의 귀책구조연구』, 1983, 160면 이하; 이용식, 전계논문(註 51), 199면 이하; Lange, “Herrschaft und Verfall der Lehre vom adäquaten Kausalzusammenhang”, AcP 156, S.114 ff.; v. Caemmerer, Das Problem des Kausalzusammenhangs im Privatrecht, Gesammelte Schriften, Bd. I(1968), S.402 ff. 참조.

57) Brackmann·Krasney, Hanbuch der Sozialversicherung, Bd. 3, Gesetzliche Unfallversicherung, 1997, § 8 Rn. 323; Barta, Kausalität im Sozialrecht - Entstehung und Funktion der sog. Theorie der wesentlichen Bedingung, 2. Bd., 1983. 독일 연방사회법원(BSG) 역시 이 학설을 따르고 있다. BSGE 1, S. 72 ff.; 134, S. 40 ff.; 54, S. 184 ff. 참조.

58) 이에 대하여는 이상광, “산재보상보험의 인과관계에 관한 고찰”, 『사회법연구』 제1호, 2003, 3면 이하 참조.

되돌아보면서 판단한다. 즉, 중요조건설에서는 상당인과관계설이 전제로 하고 있는 인식가능성(Erkennbarkeit)과 예견가능성(Vorhersehbarkeit)을 전제로 하지 않는다.

#### 4) 산재보험과 인과관계

##### 가. 상당인과관계설의 한계

위에서 설명한 바와 같이 우리 나라의 판례와 통설은 민법에서는 물론 산재보험과 관련해서도 상당인과관계설의 입장을 취하고 있다. 그러나 일부에서는 산재보험에 상당인과관계설을 적용하는 것은 옳지 않다는 주장이 제기되고 있다.<sup>59)</sup> 산재보험의 인과관계를 상당인과관계설에 따라 결정하는 것에 반대하는 쪽에서는 중요조건설을 그 대안으로 제시하고 있다.

산재보험의 인과관계의 확정에는 상당인과관계설이 적합하지 않고 중요조건설이 적합하다는 학설에 의하면, “상당인과관계설은 과실책임주의를 기초로 하고 있는 배상책임의 제한이론으로서는 적합하나, 무과실책임주의, 위험책임주의의 배상책임 제한이론으로서는 무력하다”고 한다. 왜냐하면, 상당인과관계설은 ‘상당성’이 없는 결과는 행위자 마음대로 결과 발생을 피할 수 없고, 발생한 결과도 행위자 마음대로 변경시키거나 또는 영향력을 미칠 수 없다는 것을 전제로 하고 있기 때문이다. 즉, “산업재해보상보험법에 있어서의 인과관계의 고찰은, 산재가 특히 사고에 의하여 발생한 경우, 사고와 손해발생간의 인과관계를 객관적으로 파악하여 손해를 그 사고에 귀속시킬 뿐이며, 민법에서와 같이, 어느 행위자(채무자 또는 가해자)의 행위와 손해발생간에 인과관계의 고찰이 행위자에게 그 손해를 귀책 시키는데 있지 않기 때문”이라고 한다. 따라서 “사업주의 고의·과실(책임) 여부에 관계없이 산재보상보험법의 규범목적에 따라 사회보험의 방식으로 근로자의 손실을 보상하여 주는 산재보상보험법의 인과관계평가에 상당인과관계설을 적용하는 것은 부당”하다고 한다.

##### 다. 사 건

상당인과관계설은 과실책임주의를 기초로 하고 있는 민법에서 손해의 귀책을 판단하기 위한 기준으로서는 적합하나, 무과실책임을 전제로 하고 있는 산재보험의 인과관계를 판단하기 위한 기준으로는 적합하지 않다. 왜냐하면 산

59) 이상광, 전제논문(註 58), 3면 이하. 동지(同旨), 박종희, 전제논문(註 12), 44면.

재보험에서는 주관적 의사 또는 주의의무위반(추상적 과실위반)과 같은 비난 요소가 문제되지 않기 때문이다. 산재보험에서는 일반적, 추상적 관점에서 인과관계를 평가하는 상당인과관계설보다, 개별적, 구체적 관점에서 인과관계를 평가하는 중요조건설이 적합하다고 본다.<sup>60)</sup>

그러나 중요조건설을 따른다고 하더라도 어떠한 기준에 의하여 ‘중요성(Wesentlichkeit)’을 판단할 것인가라는 의문이 남는다. 중요조건설의 입장에서는 통상 규범목적을 기준으로 ‘중요성’을 판단하고 있다. 즉, ‘중요성(Wesentlichkeit)’은 ‘배상의무를 근거 지우는 규범의 보호목적(Schutzzweck der die Ersatzpflicht begründenden Norm)’을 토대로 확정되어야 한다는 것이다(규범목적설).<sup>61)</sup> 따라서 중요조건설에서의 중요성은 어느 조건이 결과 발생에 대하여 작용한 물리적 힘의 대소, 영향력의 대소, 시간적 전후 등을 의미하는 것이 아니다.<sup>62)</sup> 이 학설에 의하면 인과관계의 확정에서 가장 중요한 것은 배상책임의 기초를 이루는 규범의 보호목적과 보호범위(Schutzzweck und Schutzzumfang der die Schadenshaftung begründenden Norm)이며, 책임의 한계는 구체적 규범의 의미와 그 사정거리(Tragweite)에 의하여 해결되어야 하고 일반적인 인과공식(Kausalitätsformeln)에 의하여 결정되는 것은 아니라고 한다.

## (2) 책임충족적 인과관계

책임의 범위를 결정하는 책임충족적 인과관계는 사고와 손해 사이의 인과관계를 말한다. 이와 관련해서는 다수의 원인에 의하여 발생한 손해(인과관계의 경합)와 하나의 사고로 인하여 발생한 1차 손해를 원인으로 하여 발생한 2차 손해(후속손해)를 산재보험의 보호대상에 포함시킬 것인지, 보호대상에 포함한다면 그 범위는 어떠한지 할 것이냐가 문제이다. 전자의 대표적인 예로는 기존의 질병을 가지고 있던 자(者)가 과로 등 업무상의 원인에 의하여 그 질병이 악화된 경우를 들 수 있고, 후자의 대표적인 예로는 산재피해로 인한 고통으로 인하여 자살한 경우를 들 수 있다.

60) 동지(同旨): 이상광, 전계논문(註 58), 3면 이하.

61) 김형배, 『채권총론』, 1998, 255면 이하; 전광석, 전계서(註 4), 337면. Vgl. Huber, “Normzwecktheorie und Adäquanztheorie”, JZ 1969, S. 677 ff.; Wolf, Der Normzweck im Deliktsrecht, 1962.

62) Kater · Leube, Gesetzliche Unfallversicherung SGB VII, Vor § 7-13 Rn. 42 ff.

## 1) 원인의 경합

### 가. 문제의 제기

원인의 경합이라 함은 손해의 발생에 다수의 원인이 작용하였다는 것으로 각각의 원인과 손해 사이에 이미 인과관계가 인정되었다는 것을 전제로 하고 있다. 이때 사고와 손해 사이의 인과관계는 책임설정적 인과관계에서 적용되었던 것과 동일한 기준이 적용되어야 할 것이다.<sup>63)</sup> 문제는 복수의 원인이 모두 손해에 대하여 인과관계가 인정될 경우 업무로 인한 행위가 손해에 어느 정도 기여하여야 산재보험의 보호대상이 될 수 있다고 볼 것인가 이다. 왜냐하면, 산재보험에서는 민법의 경우<sup>64)</sup>와 달리 사고와 다른 원인이 경합하여 손해를 발생시킨 경우에도 각각의 원인이 결과 발생에 대하여 기여한 정도를 고려하여 보상액을 정하는 것이 아니라, 인과관계가 인정되기만 하면 사회급여가 전액 지급되기 때문이다. 따라서 산재보험의 인과관계에서는 근로자의 업무행위가 사고의 발생에 유일한 원인관계일 필요는 없다.<sup>65)</sup>

### 나. 학 설

원인이 경합하는 경우 업무로 인한 행위가 손해에 어느 정도 기여하여야 산재보험의 인과관계가 인정될 수 있는가에 대하여는 최유력원인설, 상대적 유력원인설 및 공동원인설이 대립하고 있다.

#### (가) 최유력원인설

‘최유력원인설’이라 함은 업무로 인한 행위가 손해의 발생에 대한 원인들 가운데 필연적이고, 최종적이고, 결정적이며, 가장 유력한 원인일 경우에 한하여 업무상 재해로 인정될 수 있다는 견해이다. 그러나 이 학설에 대하여는 가장 유력한 원인의 판단 자체가 현실적으로 곤란한 경우가 많을 것이고 현실적으로 가능하다고 하더라도 이 견해에 의하면 업무상 재해의 인정범위가 지나치게 축소될 위험이 있다는 비판이 있다.

63) 동지(同旨): Schmitt, SGB VII Gesetzliche Unfallversicherung, 1998, § 8 Rn. 117; BSG 11, S. 50(52); BSG 25, S. 49(50).

64) 민사법상의 손해배상청구권과 관련해서는 결과에 대한 인과관계가 인정되는 다수의 유책자(有責者)가 있는 경우에는 각 사유의 기여도를 고려하여 공평하게 손해를 분배하게 된다.

65) 동지(同旨): 이상광, 전계논문(註 58), 27면; 전광석, 전계서(註 4), 337면 참조.



(나) 상대적 유력원인설

‘상대적 유력원인설’이라 함은 업무로 인한 행위가 손해의 발생에 대한 다른 원인들과 비교할 때 상대적으로 유력한 원인으로 작용하는 경우에 한하여 업무상 재해로 인정될 수 있다는 견해이다. 상대적으로 유력한 원인인지 여부는 강약의 문제가 아니라, 경험적·과학적 지식에 비추어 재해의 발생이 업무에 수반되는 위험이 현실화된 것인지 여부를 기준으로 판단한다고 한다. 이 견해에 대해서도 ‘최유력원인설’과 동일한 비판이 제기되고 있다.

(다) 공동원인설

‘공동원인설’이라 함은 업무로 인한 행위가 다른 원인과 함께 손해에 대한 공동의 원인이 되기만 하더라도 업무상 재해로 인정하자는 견해이다. 이 견해에 대하여는 업무로 인한 행위가 손해에 대하여 1%인 경우에도 업무상 재해로 인정되어 산재보험의 보호범위가 지나치게 확대될 위험이 있다는 비판이 있다.

다. 법규정

산업재해보상보험법시행규칙 제33조 제1항은 근로자의 질병에의 이환이 동규정 각호의 요건에 해당되는 경우로서 그 질병이 “근로기준법시행령 제40조 제1항의 규정에 의한 업무상 질병의 범위에 속하는 경우에는 업무상 요인에 의하여 이환된 질병이 아니라는 명백한 반증이 없는 한 이를 업무상 질병으로 본다”고 하여 공동원인설의 입장을 취하는 것으로 보여진다. 한편 ‘뇌혈관 질환 또는 심장질환’, ‘물리적 인자로 인한 질병’ 및 ‘이상기압으로 인한 질병’에 관한 산업재해보상보험법시행규칙 제39조 제1항 [별표 1]은 ‘상대적 유력원인설’을 토대로 작성되었다고 한다.<sup>66)</sup>

라. 판례

대법원은 과로와 다른 원인이 함께 원인이 되어 질병이 발생한 사건<sup>67)</sup>에서 “업무상 재해라고 함은 근로자의 업무수행 중 그 업무에 기인하여 발생한 질

66) 산업재해보상보험법시행규칙 제39조 제1항 [별표 1]은 1993년 연세대학교 의과대학 뇌연구소가 작성한 『뇌 및 심장질환의 업무상 질병 인정기준』을 토대로 작성되었으며 동 보고서는 상대적 유력원인설을 토대로 하고 있다(동보고서 17면 참조).

67) 대판 2001. 7. 27. 2000두4538. 동지(同旨): 대판 2002. 5. 17. 2002두1052; 대판 2002. 11. 26. 2002두6811; 대판 2002. 5. 28. 2002두1014; 대판 2002. 2. 26. 2001두8230; 대판 2001. 7. 27. 2001두3907 등.

병을 의미하는 것이므로 업무와 사망의 원인이 된 질병 사이에 인과관계가 있어야 하지만, 질병의 주된 발생원인이 업무수행과 직접적인 관계가 없더라도 적어도 업무상의 과로나 스트레스가 질병의 주된 발생원인에 겹쳐서 질병을 유발 또는 악화시켰다면 그 사이에 인과관계가 있다고 보아야 할 것”이라고 하거나, 기존질환이 과로로 인하여 악화된 사건<sup>68)</sup>에서 “과로가 간경변이나 간암의 독립한 발생원인이라고 단정할 수는 없다 하더라도 적어도 B형간염을 간경변이나 간암으로 악화시키는 인자에 해당한다고 볼 여지가 있으므로, 이 사건에서 망인이 B형간염에 감염된 상태에서 충분한 휴식을 취하지 못하고 계속 과로함으로써 B형간염이 자연적인 진행속도 이상으로 악화되어 간경변, 간암으로 사망에 이르게 되었다고 추단할 수 있음”이라고 하여 ‘공동원인설’의 입장을 취하고 있는 것으로 평가되고 있다.

그러나 재요양과 관련해서는 판례<sup>69)</sup>가 “재요양의 요건으로서 의학상 상당인 과관계란 의학적 입장에서 볼 때 최초의 상병이 요양신청한 상병에 대하여 조건관계에 있을 뿐만 아니라, 경험칙상 상대적으로 유력한 원인이 되는 관계”가 있는 경우라고 하여 ‘상대적 유력원인설’을 취하고 있다.<sup>70)</sup>

#### 마. 사 건

다수의 원인이 작용하여 하나의 손해를 발생시킨 경우 민법에서는 책임의 정도에 따라 손해를 공평하게 분담하도록 하고 있으나, 산재보험에서는 사고 또는 질병에 대한 인과관계가 인정되면 설사 그 사고 또는 질병에 대한 인과관계가 인정되는 다른 원인이 존재한다고 하여도 이는 보상액의 산정에 전혀 영향을 미치지 않는다.<sup>71)</sup> 이처럼 피해의 충실한 구제를 기본이념으로 하고 있는 산재보험에서는 공동원인설이 타당하다고 본다. 그리고 ‘최유력원인설’이나 ‘상대적 유력원인설’이 주장하고 있는 바와 같이 ‘공동원인설’을 취한다고 하여도 산재보험의 보호범위가 지나치게 확대되지 않는다고 본다. 왜냐하면 원인의 결합이란 다수의 원인들이 이미 책임설정적 인과관계를 인정받았다는 것을 전체

68) 대판 2002. 2. 22. 2001두9301.

69) 대판 2002. 12. 10. 2002두8091. 동지(同旨): 대판 2001. 9. 26. 2001두6050 등.

70) 판례가 1차 요양의 경우에는 ‘공동원인설’을 취하면서, 재요양과 관련해서만 ‘상대적 유력원인설’을 요구하는 것은 일관성을 잃은 것으로 법적 안정성과 형평성을 위하여 시정되어야 한다고 본다.

71) 대판 1981. 10. 13. 81다카351. 이상광, 전계논문(註 58), 27면; 전광석, 전계서(註 4), 337면 참조.

로 하고 있기 때문이다. 즉, 이미 책임설정적 인과관계를 확인하는 단계에서 산재보험의 보호대상이 지나치게 확대되는 것이 방지될 수 있기 때문이다.

## 2) 후속손해(後續損害)

### 가. 문제제기

‘후속손해’라 함은 업무로 인한 행위와 손해 사이에는 인과관계가 인정되지는 않지만, 그 손해가 업무상 재해로 인하여 발생한 손해를 말한다. 따라서 손해와 업무로 인한 행위 사이에 인과관계가 인정되는 경우에는 ‘후속손해’라는 개념이 필요하지 않게 된다. 즉, 업무로 인한 스트레스 등을 이유로 자살한 경우의 사망은 ‘후속손해’가 아니라 1차 손해이고, 업무상 질병으로 인한 우울증을 이유로 자살한 경우의 사망이 ‘후속손해’이다.

### 나. 법규정

산업재해보상보험법시행규칙 제38조는 “업무상 재해를 당하여 요양중에 있는 근로자가 요양과 관련된 행위중에 발생한 사고로 인하여 사상한 경우로서 요양중인 행위와 사고간에, 사고와 새로운 사상간에 각각 상당인과관계가 있다고 인정되는 경우에는 이를 업무상 재해로 본다”고 하고 있다. 동시행규칙 제32조에서도 업무상 스트레스로 인하여 정신과 치료를 받은 자 또는 업무상 재해로 인하여 요양중인 자가 “정신장애로 인하여 정상적인 인식능력이나 행위선택능력 또는 정신적 억제력이 현저히 저하된 상태에서 자살행위로 인하여 사상하였다는 의학적 소견이 있는 경우”에는 업무상 재해로 인정하고 있다.

### 다. 판례

산재피해에 따른 고통으로 인하여 자살한 사건에서 대법원<sup>72)</sup>은 “근로자의 사망이 업무상 질병으로 요양중 자살함으로써 이루어진 경우 당초의 업무상 재해인 질병에 기인하여 심신상실 내지 정신착란의 상태에 빠져 그 상태에서 자살이 이루어진 것인 한 사망과 업무와의 사이에 상당인과관계가 있다고 할 것”이라고 하여 1차 손해와 사상간에 상당인과관계가 있으면 산재보험의 보호 대상으로 하고 있다.

72) 대판 1993. 12. 14. 93누9392. 동지(同旨): 대판 1993. 10. 22. 93누13797; 대판 1994. 1. 14. 93누14943.

## 라. 사 건

산업재해보상보험법시행규칙과 판례는 업무로 인한 손해와 1차 손해, 그리고 1차 손해와 후속손해 사이에 상당인과관계가 있으면 후속손해를 업무상 재해로 인정하고 있다. 그러나 후속손해에 대한 인과관계를 상당인과관계설에 의하여 판단하는 것은 바람직하지 않다고 본다.<sup>73)</sup> 왜냐하면, 후속손해는 행위자의 행위에 의하여 직접적으로 기도된 것이 아니라 행위자의 행위에 의하여 발생한 사고에 의하여 후속적으로 조건 지워진 것이어서 행위자의 예견가능성이 문제가 되지 않는데, 상당인과관계설은 행위자의 예견가능성을 전제로 하고 있기 때문이다.<sup>74)</sup>

후속손해에 대한 인과관계의 성립여부는 1차 손해와 후속손해 사이의 ‘위험성관련’의 존부를 기준으로 판단하는 것이 타당하다고 본다.<sup>75)</sup> ‘위험성관련’이란 1차 손해에 의하여 후속손해가 야기될 수 있는 가능성을 말한다. 이러한 ‘위험성관련’은 1차 손해와 후속손해 사이의 관계가 우연적이거나 1차 손해와 후속손해 사이에 후속손해를 발생시킬 가능성이 있는 다른 행위가 개입된 경우와 같은 특별한 경우를 제외하고는 일반적으로 긍정되어야 한다.

## 3. 인과관계의 입증

### (1) 입증책임자

산업재해보상보험법은 입증책임에 관한 명문의 규정을 두고 있지 않다. 따라서 소송법의 일반원칙에 따르는 것이 옳다고 본다. 우리 민사소송법은 변론주의를 취하고 있고, 행정소송법 및 행정심판법 역시 변론주의를 기본으로 하면서 직권주의를 보충하고 있다. 따라서 각 당사자는 자기에게 유리한 법규요건사실의 존부에 대하여 입증책임을 진다. 판례<sup>76)</sup>도 “업무와 재해 사이의 인과관계에 관하여는 이를 주장하는 측에서 입증하여야 할 것”이라고 하여 이러한 입장을 따르고 있다. 이러한 대법원의 입장은 정당하다고 본다.

73) 동지(同旨): 김형배, 전게서(註 56), 310면 이하.

74) 상당인과관계설에 대하여는 위 III. 2. (1) 3) 나. 참조.

75) 동지(同旨): 김형배, 전게서(註 56), 310면 이하.

76) 대판 2001. 7. 13. 2000두9939. 동지(同旨): 대판 2002. 3. 29. 2001두9554; 대판 2001. 7. 27. 2001두3907; 대판 2001. 3. 26. 2001두1116; 대판 2003. 12. 26. 2003두8449.

## (2) 입증의 정도

법학에서의 인과관계의 증명이란 의학적, 자연과학적 증명을 의미하는 것이 아니라 ‘고도의 개연성(hohe Wahrscheinlichkeit)’을 의미하고,<sup>77)</sup> 이때의 개연성이란 단순한 가능성(Möglichkeit)을 넘어 법관이 이에 대해 확신을 가질 수 있는 정도를 말한다. 그러나 이러한 민사법상의 이론을 산재보험에 그대로 적용할 경우 근로자들은 인과관계의 입증에 곤란을 겪지 않을 수 없게 된다. 따라서 우리 법원<sup>78)</sup>은 공해소송 및 의료소송<sup>79)</sup>와 더불어 산재보험과 관련해서는 “인과관계는 반드시 의학적, 자연과학적으로 명백히 입증하여야만 하는 것은 아니고 … (중략) … 제반 사정을 고려할 때 업무와 질병 또는 그에 따른 사망 사이에 상당인과관계가 있다고 추단되는 경우에도 입증이 있다고 보아야 할 것”이라고 하여 입증의 정도를 완화하고 있다. 이러한 대법원의 입장은 정당하다고 본다.

## IV. 결 론

산재보험은 1963년 제정되어 1964년부터 시행된 우리 나라 최초의 사회보험이다. 40년 동안 그 적용범위를 꾸준히 확대해 온 산재보험은 현재 그 적용범위가 상시 1인 이상의 근로자를 사용하는 사업장으로까지 확대되었다. 이러한 산재보험의 양적 팽창(量的 膨脹)에도 불구하고, 이 분야에 대한 법이론적 연구는 매우 부족한 상태이다. 이러한 이유에서 필자는 본 연구에서 이 분야의 논의가 효율적이고 활기차게 전개되기 위해 선결되어야 할 법체계의 정립과 관련된 주제를 중점적으로 살펴보았다. 그러한 시도의 하나로 산재보험의 적용을 위한 전제에 해당하는 ‘업무’의 개념에 대한 기존의 견해를 소개하고 필자의 견해를 제시하였으며, 산재보험의 적용요건에 해당하는 업무와 사고 사이의 인과관계(책임설정적 인과관계)와 사고와 손해사이의 인과관계(책임충족적 인과관계)에 대한 현행법의 문제점과 그에 대한 대안을 제

77) 오석락, 『입증책임론』, 1991, 233면 이하.

78) 대판 2000. 5. 12 선고, 99두11424. 동지(同旨): 대판 1997. 2. 28 선고, 96누14883 등.

79) 공해소송 및 의료소송과 산재보험에서의 입증책임의 완화정도의 비교에 관하여는 박해식·송평근·서태환·이선애, “업무상 재해의 인정기준으로서의 업무와 재해와의 인과관계”, 『2002 송무세미나 자료집』, 2002, 401면 이하 참조.

시하였다. 이를 요약하면 다음과 같다.

먼저 산업재해보상보험법상의 업무성(業務性)은 ‘사용자의 지배·관리’의 존재 여부를 기준으로 판단하여야 하며, 이때 ‘사용자의 지배·관리’란 ‘사용자의 지휘·감독’을 의미하는 것이 아니라, 근로계약상의 의무의 이행 또는 사용자의 지시에 따른 의무의 이행을 위하여 처하게 되는 ‘시간적·장소적 선택의 자유가 박탈된 상태’라고 보아야 할 것이다. 지금까지 ‘업무성’의 판단을 위하여 일반적으로 사용되던 ‘사업장 내’ 또는 ‘사용자의 지시’는 ‘사용자의 지배·관리’를 확인할 수 있는 기준들 중의 하나로 보아야 할 것이다.

인과관계와 관련해서는 먼저 인과관계를 ‘책임설정적 인과관계’와 ‘책임충족적 인과관계’로 나누어서 접근하는 것이 바람직하다고 본다. 그리고 업무와 사고 사이의 인과관계를 다루는 ‘책임설정적 인과관계’와 관련해서는 ‘상당인과관계설’을 취하고 있는 기존의 법규정과 판례는 무과실책임을 원칙으로 하고 있는 산재보험의 인과관계이론으로는 적합하지 않다고 본다. 무과실책임을 원칙으로 하고 있는 산재보험에서는 ‘중요조건설’이 타당하다고 본다. 또한 책임충족적 인과관계, 특히 원인의 경합과 관련해서도 이러한 산재보험의 특성을 고려할 때 ‘공동원인설’이 타당하다고 본다. 나아가 산재보험이 장기적으로 본래의 취지에 맞게 사후보상이 아닌 사전예방과 재활을 중심으로 운영될 수 있도록 법·제도를 정비하여야 할 것이다.

## Die Rechtslage und Perspektive von Unfallversicherung

Yu, Seoung-Jae\*

Die gesetzliche Unfallversicherung wurde durch das Unfallversicherungsgesetz vom 5. 11. 1963 eingeführt. Zusammen mit der 1963 geschaffenen gesetzlichen Krankenversicherung und der 1986 eingeführten gesetzlichen Rentenversicherung bildete die gesetzliche Unfallversicherung ein umfassendes System der sozialversicherung für einen Großteil der arbeitenden Bevölkerung. Die Versicherung erfolgte in öffentlich-rechtlicher Form. Die Entschädigung der Versicherten sollte von Amts wegen unmittelbar und schnell erfolgen.

Als Ergebnis dieser Untersuchung kann festgehalten werden, daß Maßgebend für den Versicherungsschutz die Herrschaft und die Verwaltung ist. Ob ein Tätigkeit unter die Herrschaft und die Verwaltung durchgeführt ist, ist entschieden nicht, ob die Tätigkeit unter die Anweisung oder die Aufsicht steht, sondern ob sie die Arbeitspflicht nach dem Arbeitsvertrag oder nach der Anweisung des Arbeitgebers anhaftet ist.

Durch die Darstellung wurde auch deutlich, daß Kausalität in der gesetzlichen Unfallversicherung die Theorie der wesentlichen Bedingung angemessen ist. Die Theorie der wesentlichen Bedingung ist darauf angelaget, die besonderen Umstände des Einzelfalles zu erfassen und zu bewerten. Sie steht insoweit im Gegensatz zur zivilrechtlichen Adäquanztheorie, die die Bedingungen danach beurteilt, ob sie erfahrungsgemäß unter gleichen Umständen bei anderen Personen den gleichen Erfolg herbeigeführt hätten. Die Kausalitätsbetrachtung ist in der gesetzlichen Unfallversicherung eine individualisierende und konkretisierende, die des Zivilrechts eine abstrahierende und generalisierende. Bei der Beurteilung, welche Bedingungen als wesentlich und deshalb als Ursache im Rechtssinn anzusehen sind, handelt es sich um eine Wertentscheidung, bei der die einzelnen Bedingungen unter Berücksichtigung auch des Schutzzweck der Norm qualitativ zu werten sind.

---

\* Professor, Department of Law, Chung-Ang Univ., Dr. jur.