

업무상 재해의 인정

김 교 숙*

<목 차>

- I. 서론
- II. 업무상 재해와 시민법상의 손해배상이론
- III. 업무상 재해와 노동법상의 근로관계이론
- IV. 업무상 재해와 사회보장법상의 생활보장이론
- V. 업무상 재해의 인정에 관한 제언

I. 서론

1. 업무상 재해의 개념

1) 업무상 재해¹⁾란 개념은 근대자본제사회가 등장함으로써 비로소 성립한 개념이다.²⁾ 따라서 고대나 중세사회에서는 업무상 재해란 관념이

* 부산외국어대학교 법학부 부교수.

- 1) 엄밀한 의미에서 산업재해란 용어보다는 업무상 재해가 더 적절한 용어라고 생각한다(古西信夫, “勞働災害としての國鐵三河島事件”, 『日本勞働法學會誌』 第43號, 1974.4, 131-132쪽 참조).
- 2) 김진웅, “현행노동재해보상제도의 구조와 법적성격”, 『노동법과 노동정책』(탄은김진웅박사화갑기념논문집), 일신사, 1985, 332쪽; 窪田隼人, “勞災補償の本質”, 『勞働災害補償法論』(窪田隼人教授環歴紀念論文集), 法律文化社, 1985, 3

2 比較法學 (第 14 輯)

발생할 수 없었다. 즉 중세 봉건제에서 근대자본제사회로 이행되면서 근로자는 계약에 의하여 사용자와 근로관계를 성립시켰고, 이러한 근로관계에서 재해가 발생한 경우에 재해를 입은 근로자(피재근로자)나 그 가족이 사용자에게 손해배상을 청구할 수 있게 됨으로써 비로소 업무상 재해가 법률문제로서의 성격을 가지게 되었다. 이와 같이 업무상 재해가 법적으로 중요시되었던 것은 1세기에 불과하지만 업무상 재해로 인한 보상에 관한 법제도 내지 법의식은 상당히 변천하였다.

2) 업무상 재해는 자본제경제의 근로관계에서 발생하는 필연적인 사회현상이다.³⁾ 즉 근로자는 노동력 이외에는 생활유지수단을 가지고 있지 않으므로 근로관계에의 편입이 현실적으로 강제되어 있다. 또한 사용자의 이윤극대화법칙 아래 근로자는 한편으로는 저임금·장시간근로·노동강화·노동밀도의 증대 등 만성적 피로축적에 의한 노동력의 파괴와 다른 한편으로는 사용자의 불변자본절약으로서 안전·보건시설을 갖추지 않는 등 열악한 노동환경을 요인으로 하여 언제나 업무상 재해에 노출되어 있고, 더욱이 독점자본경제 아래 사용자는 독점이윤획득을 목적으로 기술을 고도로 혁신하고 노무관리를 강화함으로써 업무상 재해의 대규모화, 하청·계열회사 근로자에의 산재전가현상, 신기술·새로운 원료사용에 따른 새로운 업무상 재해를 유발시키게 마련이다.⁴⁾ 따라서 모든 기업이 본질적으로 재해위험을 내포하고 있는 이상 근로자는 이러한 위험에서 벗어 날 수 없다.⁵⁾ 이러한 의미에서 업무상 재해는 개개 근로자의 의사나 행위에 관계없이 자본제경제의 근로관계에서 불가피하게 발생하는 사회현상이다.⁶⁾

쪽; 荒木誠之, 『社會保障の法的構造』, 有斐閣, 1983, 209쪽.

3) 이병태, 『노동법』 제5판, 중앙경제, 2003, 878쪽; 한용식, 『근로기준법』, 형설출판사, 1983, 267쪽; 靱井常喜, “災害補償と勞災保險法”, 『新勞働法講座』 第8卷, 有斐閣, 1971, 71쪽.

4) 林 迪廣, “災害補償責任の法的性質”, 앞의 『新勞働法講座』 第8卷, 21쪽; 片岡昇編, 『勞働法』, 靑林院, 1983, 275쪽.

5) 荒木, 앞의 책, 209쪽; 角田 豊, 『社會保障法』, 法律文化社, 1968, 177쪽.

3) 1960년대 이후 고도경제성장의 배후에 근로자의 생명·신체·건강뿐만 아니라 그 가족의 생활까지 위협하는 업무상 재해가 급증하였지만 그 동안 은폐 내지 축소되어 왔고, 근로자들 스스로도 업무상 재해의 예방에 대한 투쟁의식이 부족하였던 것이 사실이다. 따라서 고도경제성장 그 자체가 근로자들의 희생의 대가라 하여도 과언이 아니다. 업무상 재해의 왕국이란 불명예를 가진 우리나라는 2001년 한 해 동안 노동부가 공식 집계한 피재근로자 수가 무려 81,434명이었고 이 중 2,748명이 사망하였으며, 업무상 재해로 인한 경제적 손실액도 무려 8조 7,226억 원에 육박함으로써 국민경제 측면에서도 엄청난 손실을 야기하였다.⁷⁾ 이는 근로자들이 열악한 근로조건 아래 저임금·장시간의 노동을 강요당하고 있다는 노동현실을 반증한 것이다. 따라서 업무상 재해는 근로자의 생명·신체·건강뿐만 아니라 그 가족의 생활을 위협하는 현대적 의미에서의 생존권침해이다. 여기에서 업무상 재해를 사전에 예방하는 것이 무엇보다 중요하지만 피재근로자와 그 가족의 생존권을 보장하기 위하여 사후구제제도로서의 산재보상제도가 확립되어야 하는 것도 중요하다.

2. 문제의 소재

1) 근로자의 부상·질병 또는 사망 등이 업무상 발생하였는가 여부의 판단은 노사쌍방에 보상책임의 유무와 보험급여의 내용을 결정하는데 중요한 문제이고 특히 재해를 입은 근로자(피재근로자라 약칭함)나 그 가족에게는 생활보장에 직결하는 중요한 문제이다. 다른 사회보장제도가 충실하지 못한 우리 현실에서는 재해가 업무외의 재해로 판정이 되면 하등의 보호받지 못할 가능성도 있다. 재해가 업무상 발생하였는

6) 김진웅, 앞의 논문, 332쪽;窪田, 앞의 논문, 3쪽; 桑原昌宏, “勞災補償法論”, 『勞働法の基本問題』(沼田環歴紀念論文集下), 總合勞動研究所, 1974, 585쪽.

7) 노동부, 『노동백서』, 2002년판, 32쪽.

지의 여부는 현행 산업재해보상보험법상으로도 다음과 같은 중요성을 가지고 있다. 첫째, 보험자가 보험급여지급책임을 부담하느냐의 여부에 관한 문제이다. 즉 업무상 재해에 대하여는 보험자가 전적으로 그 지급 책임을 부담하지만 업무외의 재해에 대하여는 일체의 책임이 없다. 둘째, 업무상 재해에 대하여는 다른 사회보험급여에 비하여 상대적으로 높은 수준의 보험급여가 지급되고 있다. 셋째, 보험급여에 필요한 비용은 사업주가 보험료로서 이를 부담한다. 넷째, 요양기간 중에는 해고가 제한된다는 점 등을 지적할 수 있다.

2) 업무상 재해에 관하여 초기의 직접보상제도부터 현대 산재보험제도까지 동일하게 규정되어 있지만 산재보상법리의 변천에 따라서 그 내용도 변천하고 있다. 그러나 우리의 산재보험제도는 아직도 근로기준법상 사용자의 재해보상책임을 국가가 대위하여 보험방식에 의하여 보험급여를 지급하는 형태를 취하고 있기 때문에 피재근로자와 그 가족의 생활보장이라는 사회보장법상의 산재보험제도라고 하기에는 미흡한 제도라고 할 수 있다. 앞으로 산재보험법이 피재근로자와 그 가족의 생활보장을 위한 충분한 제도가 될 수 있도록 대폭 개정되어야 한다고 생각한다. 업무상 재해의 인정에 있어서도 시민법적인 논리조작이나 재해보상제도에 입각하여 파악하려는 경향이 있다. 이는 산재보험제도로서의 업무상 재해에 관하여 잘못 파악하고 있다고 지적할 수 있다. 업무상 재해의 인정은 산재보상의 본질론과 밀접한 관련을 가짐과 동시에 산재보상의 성립요건이라 할 수 있으므로 산재보상법리론의 구체적인 전개가 문제된다. 또한 산재보상제도가 사회보장법에 접근하고 있기 때문에 업무상 재해를 어떻게 파악하느냐에 따라서 다른 사회보험법과 구별할 수 있는 표지가 된다. 이하에서는 업무상 재해에 관한 법리론과 그 인과관계론의 변천에 관하여 살펴보고 이를 바탕으로 업무상 재해의 인정에 관하여 몇 가지 제언을 해 보기로 한다.

II. 업무상 재해와 시민법상의 손해배상이론

1. 시민법상의 산재보상법리의 변천

1) 과실책임으로서의 산재배상책임

1) 업무상 재해가 중요한 사회문제로 등장한 것은 산업혁명으로 인한 근대산업의 성립과 더불어 근로과정에서 피재근로자가 급격하게 증가한 것이 근본적인 원인이라 할 수 있다. 그러나 근대 자본경제에서는 업무상 재해에 대하여도 근대시민법의 기본원칙이 관철되었다. 즉 근대 시민법은 업무상 재해가 가지고 있는 근로관계에 고유한 사회적 현상 및 특질을 인정하지 않고 업무상 재해에 대하여도 일반적인 재산법상의 손해에 관한 법률관계로 파악하였다.⁸⁾ 따라서 사용자는 자기에게 과실이 없음을 항변·입증하면 산재배상책임을 면할 수 있었다. 여기에서 시민법이 사용자에게 인정한 주요한 항변으로 세 가지를 지적할 수 있다.

① 危險引受의 原理(doctrine of assumption of the risk)로서 이는 원고(근로자)가 업무상 재해의 위험(the risk)을 사전에 인수(assumption)하였다는 것을 피고(사용자)가 주장함으로써 사용자는 손해배상책임을 면한다는 원리이다. 사용자에게 이 항변이 인정되는 근거는 근로자와 사용자 사이의 자유로운 합의에 의하여 근로관계가 성립하기 때문에 사용자가 근로자를 고용할 때에 예견 가능한 위험을 승인한 근로자에게 배상청구권을 인정할 이유가 없다는 데에 있었다. 따라서 이 원리는 추상적 자유의사론이 철저하게 지배하였기 때문에 근로관계의 현실인 노동의 종속성을 전혀 파악하지 않았다. 그러므로 근로계약체결단계에서 사용자가 제시하는 조건을 현실적으로 수락할 수밖에 없는 근로자에게 이 항변은 합리적이라 할 수 없다.

8) 荒木誠之, 『勞災補償法の研究』, 総合労働研究所, 1981, 1쪽.

② 共同雇傭의 原理(doctrine of common employment)로서 이는 근로자가 제3자에게 가한 손해에 대하여 사용자는 대위책임의 법리에 의하여 손해배상책임을 부담하지만, 그 제3자가 사용자에게 공동고용(common employment)되어 있는 근로자인 경우에는 통상의 제3자와 구별하여 사용자에게 배상책임이 없다는 원리이다. 이 원리는 논리적으로는 위험인수의 원리와 결합하고 있지만, 그 사상은 근대기업의 근로관계적 특질과 결합하여 오히려 위험인수의 원리를 강화한 것이다. 또한 이 원리가 19세기 중엽에 확립되었던 것은 근대기업의 발달과 더불어 다수의 근로자를 고용시킴으로써 업무상 재해에 대한 사용자의 책임 한계를 설정해야 할 필요성에 그 바탕을 두고 있었지만 그 결과로서 피재근로자의 구제에 새로운 법적 장벽을 설정한 것이었다.⁹⁾

③ 寄與過失의 原理(doctrine of contributory negligence)로서 이는 원고(근로자)가 입은 재해가 자기의 과실(negligence)의 기여(contributory)에 의하여 발생하였다는 것을 피고(사용자)가 항변하고 법원이 이 항변을 인정하는 경우에 사용자는 배상책임을 면한다는 원리이다. 이 원리는 그 자체로서는 불합리한 것은 아니지만 업무상 재해의 특질을 무시한 채 용인하는 경우에 불합리한 것이 된다. 즉 근로자의 과실을 근로관계의 실태와 분리하여 추상적으로만 파악하면 사소한 과실도 사용자의 항변대상으로 되어 사용자의 배상책임을 면하게 하는 역할을 하게 된다.¹⁰⁾ 실제적으로도 이 항변에 의하여 근로자의 배상청구권이 제약을 받고 있었다.¹¹⁾

9) R.W. Rideout, *Principles of Labour Law*, 3rd ed, Sweet & Maxwell, 1979, p.366; W.S. Malone, M.L. Plant, J.W. Little, *Workers' Compensation and Employment Rights*, 2nd ed, West, 1982, p.3.

10) P.S. Atiyah, *Accidents, Compensation and the Law*, Weidenfeld & Nicolson, 1970, p.149; 野澤 浩, “勞災裁判における過失相殺の法理-勞働システムと労働者の過失”, 『季刊労働法』第113號, 1979.9, 22쪽 이하 참조.

11) 이 원리는 1945년 The Law Reform (Contributory Negligence) Act에 의하여 폐지될 때까지 남아 있었다(Munkman, *Employer's Liability at Common*

이상에서 살펴본 바와 같이 근대시민법은 업무상 재해에 대하여 그 사회적 특질을 고려하지 않고 사용자와 근로자의 자유로운 법률관계에서 발생하는 재해로 규율한 것은 마치 의사가 질병의 근원을 정확하게 파악하지 못하고 수술하는 것과 같은 잘못을 범한 것이라고 생각한다. 그리고 과실책임의 원칙에 의하면 설령 사용자에게 과실이 있다고 하더라도 피재근로자가 사용자의 과실을 입증할 수 없으면 패소할 수밖에 없으며 심지어 피재근로자가 소송을 제기하는 것 자체가 고액의 소송비용과 해고의 위험을 각오하여야 하기 때문에 피재근로자가 현실적으로 손해배상을 받을 가능성이 거의 없었다.¹²⁾ 또한 앞에서 언급한 사용자에게 허용되었던 항변들은 시민법상의 논리적인 산물이 아니라 공장제도의 출현과 업무상 재해의 급증으로 인하여 사용자의 부담을 경감시키기 위한 법적 수단으로 등장하였고,¹³⁾ 법원도 기업의 책임확대로 인한 산업발달의 장애를 제거해야 한다는 정책적인 의도로 사용자의 항변들을 인정하였던 것이다. 그러나 근로자들은 사용자에게 허용되었던 항변들에 대하여 업무상 재해의 사회적 구조에서 보아 합리성을 인정할 수 없을 뿐만 아니라 사회적 부정의로 파악하고, 노동운동을 전개하는 과정에서 사용자의 항변을 금지하는 입법을 획득하는 것이 노동조합의 목표이었다.¹⁴⁾

2) 과실책임완화로서 사용자책임제도로의 발전

근대산업의 발달로 업무상 재해가 증가함으로써 한편으로는 과실책임주의에 입각한 시민법상의 산재배상제도에 대하여 사회적으로 비판

Law, Butterworths, 1979, p.563; R.W. Rideout, op. cit., p.386; W.S. Malone, M.L. Plant, J.W. Little, op. cit., p.10 참조).

12) W.S. Malone, M.L. Plant, J.W. Little, op. cit., pp.2-26.

13) P.S. Atiyah, op. cit., p.150.

14) Sidney & Beatrice Webb, *The History of Trade Unionism*, re ed, Longmans, Green & Company, 1920, pp.364-366; H. Calvert, *Social Security Law*, 2nd ed, Sweet & Maxwell, 1978, p.308; P.S. Atiyah, op. cit., pp.341-342.

하게 되었고, 다른 한편으로는 근로자들의 자주적인 노동운동에 의하여 사용자의 재해책임을 촉구하게 되었다.¹⁵⁾ 여기에서 과실책임의 원칙을 완화하든지 아니면 이 원칙을 유지하면서 피재근로자의 구제를 확장시킬 수 있도록 법기술을 개선하려는 경향이 나타났다. 그러나 과실책임의 원칙이 사회적 지배력을 가지고 있음과 동시에 사용자의 이익과 관련되어 있는 경우에 이 원칙을 수정하려는 세력이 충분한 힘을 가지고 있지 않다면 그 수정은 미약한 것이 될 수밖에 없다. 여기에서 1837년에 과실책임주의의 완화를 바탕으로 한 사용자책임제도(employer's liability act, 1837)가 등장하였다.¹⁶⁾ 사용자책임제도는 업무상 재해에 관하여 사용자의 특별책임을 인정함으로써 비로소 업무상 재해에 내재하는 사회적 특질을 상당히 인정하였다.¹⁷⁾ 사용자책임제도는 산재보상법리의 변천과정에서 보면 시민법상의 배상적 성격을 완전히 벗어나지 못하였지만 재해보상제도 내지 노동자보상제도(Workmen's Compensation Act, 1897)로 접근하는 과도적 입법이라고 평가할 수 있다. 특히 보통법의 지배가 강하였던 영국이나 미국에서 사용자책임제도에 근거하여 재해보상제도가 성립하였다는 것은 결코 우연이 아니다.¹⁸⁾

2. 손해배상이론

1) 오늘날 산재보상을 시민법상 손해배상의 일종으로 파악하고 있는 학설은 거의 없지만 현대의 보상이론에 많은 영향을 주고 있음은 부인할 수 없다. 즉 이 이론은 산재보상제도의 형성기에 산재보상제도를 전

15) S&B. Webb, op. cit., pp.364-366; P.S. Atiyah, op. cit., p.341; H. Calvert, op. cit., p.308.

16) 사용자책임법의 제정에 결정적인 사건은 Priestley v Fowler (1837) 3 M & W 1이다(Brenda Barrett & Richard Howells, *Occupational Health and Safety Law*, 2nd ed, Cavendish Publishing, 2000, pp.34-37 참조).

17) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 11쪽.

18) 미국의 산재보상제도의 형성에 관하여는 Cihon and Castagnera, *Employment and Labor Law*, 3rd ed, West Educational Pub.Co, 1999, p.341ff 참조.

통적인 시민법질서체계와 그 법리론에 입각하여 파악하였다.¹⁹⁾ 그러나 노동운동과 노동입법이 발전함에 따라 근로관계법리가 형성되는 시기가 되면 산재보상을 시민법적으로 파악하려는 이론도 수정될 수밖에 없다. 물론 이 경우에 있어서도 사용자의 배상책임사상은 그대로 관철되고 있었다. 오늘날의 산재보험제도에서도 정도의 차이는 있지만 사용자의 배상책임사상은 남아 있다.²⁰⁾ 따라서 이 이론은 보상에 내포된 배상적 요소를 강조하고 있는 점에서 완전히 과거의 산물로 된 것이 아니라 오늘날에도 보상제도의 한 측면을 이루고 있다. 특히 이 이론은 오늘날에도 보상과 배상의 조정에 있어서 중요한 지위를 차지하고 있다.

2) 산재보상의 시민법이론으로서의 계약책임이론과 불법행위책임의 일종으로서의 무과실책임이론을 들 수 있는데, 양이론 모두 기본적으로는 배상책임을 사용자의 배상책임으로 파악한 점에서는 시민법이론의 영역에서 완전히 벗어나지 못하였다.²¹⁾

1) 계약책임이론

1) 이 이론²²⁾에 의하면, 사용자는 고용계약상 근로자의 안전을 배려해야 할 의무(안전배려의무)와 고용계약을 해제할 때에는 근로자를 원상태에서 해고해야 할 의무가 있기 때문에 업무상 재해에 의하여 근로자가 부상·질병·사망을 당한 경우에는 사용자가 근로자 자신의 과실이나 제3자의 과실, 우발사고, 불가항력 등에 의한 재해라는 것을 입증하지 못하는 한 사용자에게 손해배상책임이 발생한다고 주장한다.²³⁾

19) 김진웅, 앞의 논문, 352쪽 참조.

20) 업무상 재해보상보험법 제46조 및 제47조에서 장해특별급여와 유족특별급여를 규정하고 있는 것도 사용자의 배상책임을 전제로 한 것이다.

21) 保原喜志夫, “勞災補償の法理論”, 『季刊勞働法』 第99號, 1976.3, 150쪽 참조.

22) 계약책임이론에 관한 자세한 설명은 岡村親宜, “使用者・事業主の民事責任”, 『現代勞働法講座』 第12卷, 總合勞働研究所, 1983, 292-294쪽; 安西 愈, 『勞働災害の民事責任と損害賠償(上)』, 勞災問題研究所, 1981, 104쪽 이하 참조.

23) 花見 忠, “災害補償と民事責任”, 『勞働法大系』 第5卷, 有斐閣, 1968, 193-194쪽 각주 참조.

2) 이 이론의 결점으로는, 피재근로자의 과실이나 제3자의 행위 내지 불가항력에 의한 재해에 관하여 사용자의 책임을 인정하고 있지 않다는 점과 사용자가 근로관계상 우월적인 지위를 이용하여 배상책임을 면한다는 특약을 쉽게 체결할 수 있는 가능성 등을 지적할 수 있다.²⁴⁾ 따라서 계약책임이론이 재해보상에 관한 법리로서 채택되지 않았던 것도 이러한 결함에 의한 것이다.

2) 무과실책임이론

1) 이 이론은 추상적 자유의사론에 입각한 전통적인 과실책임주의에 비판을 가한 이론으로서 사회정책적 입법이 무과실책임을 규정하고 있는데 착안하여 시민법적 배상의 입장에서 그 이론적 기초를 시도하였다. 이 이론은 그 근거에 따라 보상책임주의, 위험책임주의, 원인책임주의 및 공평분담주의로 분류할 수 있지만,²⁵⁾ 개인 상호간에 발생한 손해의 전보에 관하여 타당한 책임분배를 고려한 것이다. 또한 이 이론은 산재보상을 주대상으로 하여 주장된 이론이 아니라 점차적으로 거대한 힘을 발휘하고 있던 근대기업의 경영주체적 지위에 바탕을 둔 이론으로서 산재보상문제도 이러한 기업책임에 포함된 데 불과하다.²⁶⁾

2) 그러나 이 이론에 대하여 다음과 같은 결점을 지적할 수 있다.

첫째, 재해보상의 정률 내지 정액에 관한 일반적인 현상을 설명할 수 없다는 점이다. 왜냐하면 보상이 무과실배상이라고 한다면 피재근로자는 손해 전부를 배상받을 수 있기 때문이다. 따라서 이 이론은 보상의 정률화 내지 정액화를 충분히 설명할 수 없고 기껏해야 정책적으로 보상액에 관한 분쟁회피로 파악하든지 아니면 과실책임에서 무과실책임으로 발전하는 과정에서 필연적으로 사용자의 재산적 부담을 경감시키기 위한 타협의 산물로 파악할 수밖에 없다.²⁷⁾ 여기에서 이 이론은 산

24) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 100쪽; 岡村親宜, 『勞災裁判の展開と法理』, 総合労働研究所, 1982, 80쪽; 安西 愈, 앞의 책, 136쪽 이하.

25) 朴윤직, 『채권각론』(민법강의 IV), 박영사, 2001, 466쪽 참조.

26) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 97쪽; 安西, 앞의 책, 96쪽 이하 참조.

재보상의 기초이론으로 한계가 있다.

둘째, 산재보상을 사용자의 피재근로자에 대한 배상으로 파악한다면, 보상관계는 민사상의 권리의무관계로서 당사자의 자치에 일임되어 있으므로 보상이행에 관한 분쟁도 민사소송절차에 의하면 충분하다. 그러나 산재보상제도는 사용자에게 공법상의 보상의무를 부과하고 있으므로 그 이행이 형벌 및 행정적으로 강제되어 있다. 따라서 이 이론은 보상의 공법적 의무에 관한 법적 근거를 충분히 설명할 수 없다. 즉 이 이론은 보상의 사법적 측면만을 파악하고 있기 때문에 보상의 공법적 측면에 관하여는 사회정책적인 요청에 바탕을 둔 부차적인 요소로 볼 수 밖에 없다는 단점이 있다.

셋째, 산재보상을 손해배상으로 파악하는 경우에 보상의 성질도 시민법상의 채무로 취급할 수밖에 없다. 이러한 채무가 보험제도와 결부하면 책임보험으로서의 성질을 가지게 되므로 사용자에게 보험가입이 임의적이었던 단계에서는 이 이론이 그대로 적용될 수 있지만, 보상제도가 사회보험화하여 사용자에게 보험가입이 강제되어 있는 오늘날에서는 이 이론은 사회보험화의 필요성과 그 법리적인 의의를 충분히 설명할 수 없다.

3) 비판

손해배상이론은 산재보상제도의 형성기에 사용자에게 손해배상책임을 인정한 점과 이에 바탕을 두어 산재보상과 손해배상의 조정에 관한 법리적 기초를 부여하였다는 점에서는 그 의의를 인정할 수 있지만 산재보상법리로서는 한계가 있다.²⁸⁾ 따라서 이 이론은 시민법의 모순점을 극복하면서 발전된 산재보상제도를 다시 시민법원리로 환원하여 규율하려는 시도 자체가 법의 현실을 무시한 이론이라 할 수 있고 또한 산

27) W.S. Malone, M.L. Plant, J.W. Little, op. cit., pp.28-30.

28) 良永 彌太郎, “勞災補償と損害賠償の新たな關係”, 『講座21世紀の労働法』第7卷(健康・安全と家庭生活), 有斐閣, 2000, 55쪽 이하 참조.

재보상을 일반 재산법상의 손해배상으로 파악함으로써 산재보상관계의 특질인 근로관계를 인정하지 않은 이론이라고 생각한다.²⁹⁾

3. 상당인과관계이론

1) 이 이론은 업무상 재해로 인정되기 위하여 업무와 재해 사이에 상당인과관계가 있어야 한다는 입장이다.³⁰⁾ 즉 산재보상제도는 법리적으로 손해배상책임제로부터 형성되어 왔고 또한 산재보상도 궁극적으로 손해전보의 한 형태이므로 업무상 재해가 성립하기 위하여 『업무와 재해 등에 의한 손해 사이에 상당한 인과관계』가 필요하다고 주장한다. 여기에서 『업무상』이라 함은 통상의 의미에서의 업무가 아니라 근로자가 근로계약에 기하여 사업주의 지배 아래 있는 상태(업무수행성)를 말하고, 업무와 재해 사이의 인과관계라 함은 재해 등의 원인사실에 매개되었던 인과관계(업무기인성)를 의미하므로 업무-원인사실 및 원인사실-재해발생이라는 이중의 인과관계로 구성되어 있으므로 업무와 재해 사이에 경험법칙상 상당한 인과관계가 있어야 한다고 주장한다.³¹⁾ 업무기인성을 제1차적인 기준으로 하고 있는 것은 보험급여와 민사배상 사이에서 손해전보로서의 실질적 동일성을 전제로 민사책임의 귀책구조를 유추하여 업무상의 개념을 파악하고 있기 때문이다. 그 결과 업무상 재해의 인정에 있어서 상당히 엄격하게 운영되고 있다.

2) 사용자의 책임귀속에 적합한 상당인과관계이론은 산재보상을 손해배상제도로 파악하려는 시민법의 지배적인 동향 아래 통설적인 지위에 있다.³²⁾ 아직도 업무상 재해보상보험법³³⁾이나 근로기준법³⁴⁾ 뿐만 아니

29) 김교숙, 앞의 논문, 91쪽.

30) 임종률, 『노동법』 제3판, 박영사, 2002, 445쪽; 이병태, 앞의 책, 883쪽; 김형배, 앞의 책, 382쪽; 김형배, 『근로기준법』 제8판, 박영사, 2000, 542쪽.

31) 日本労働省 労働基準局編, 『業務災害び通勤災害認定の理論と實際(上)』, 労働法令會, 1984, 73-80쪽.

32) 박상필, 『근로기준법강의』, 대왕사, 1987, 441쪽; 김치선, 『노동법강의』 재판, 박영사, 1981, 250쪽; 慶谷淑夫, “労働時間外の災害における労働者救済の法的

라 법원의 판례³⁵⁾는 상당인과관계이론에 바탕을 두어 업무상 재해를 협소하게 파악하고 다만 그 운용의 탄력화를 도모하려 하고 있다. 그러나 피재근로자와 그 가족의 생활보장을 목적으로 하고 있는 산재보험제 아래에서 아직도 업무상 인정기준을 시민법상의 상당인과관계이론에 입각하여 파악하는 것은 산재보험제의 목적이나 취지를 망각한 것이 아닌가 생각한다.

III. 업무상 재해와 노동법상의 근로관계이론

1. 재해보상제도의 형성

1) 앞에서 언급한 사용자책임제도는 대체로 과실책임의 원칙을 완화하거나 시민법상 사용자의 항변을 제한·배제하는 등 피재근로자의 배상청구를 보호한 점에서는 진일보하였지만 그러한 장점이 지대한 것은 아니었다. 즉 피재근로자는 법원에서 승소판결을 받지 않으면 배상을 받을 수 없다. 따라서 피재근로자는 소송을 제기하는 것 자체가 쉽지 않을 뿐만 아니라 소송지연으로 구제의 의의가 현저하게 줄어들고 더욱이 사용자는 근로자에게 사전의 합의에 의하여 업무상 재해에 대한 배상청구를 포기시킬 수도 있기 때문에 법의 실효성이 감소되었다.³⁶⁾ 이러한 사용자책임법이 불충분하게 되면 근로자측은 전통적인 손해배상

問題點”, 『法律のひろば』 第16卷 5號, 1983.5, 23쪽; 下井隆史, 『勞働基準法』, 日本勞働協會, 1985, 175-176쪽 참조.

33) 업무상 재해보상보험법시행규칙 제32조 내지 제39조 참조.

34) 근로기준법시행령 제40조 1항 별표 3 참조.

35) 대판 1999. 3. 9, 98두18206; 대판 1998. 12. 8, 98두12642; 대판 1994. 12. 2, 94누10122; 대판 1986. 8. 19, 83 다카1670.

36) 박상필, 『축조근로기준법해설』, 대왕사, 1986, 416쪽; 심태식, 『노동법개론』 제3전정판, 법문사, 1981, 381쪽; 김진웅, 앞의 논문, 339쪽; H. Calvert, op. cit., p.308.

제도에 의한 구제를 외면하고 새로운 원리에 의한 구제, 즉 업무상 재해에 대하여 소송절차에 의하지 않고 신속·확실하게 보상받을 수 있는 구제제도를 요구하게 되었다. 여기에서 영국의 노동자보상법,³⁷⁾ 독일의 연방배상책임법³⁸⁾ 내지 재해보상제도가 등장하게 되었다.³⁹⁾

2) 재해보상제도는 일반적으로 노동보호입법이나 노동조합운동과 밀접불가분의 관계를 가지면서 형성·발전되어 왔다. 즉 근로조건으로서의 재해보상제도는 한편으로는 노동보호입법에 의하여 정하는 것이 합리적일 뿐만 아니라 다른 한편으로는 노동조합운동에 의하여 영향을 받지 않을 수 없다.⁴⁰⁾ 다시 말하면 노동운동이 탄압된 시기에는 대체적으로 재해보상제도는 사용자의 은혜 내지 자선적인 제도에 불과하였고 단결권이 보장됨으로써 비로소 단결활동을 바탕으로 재해보상제도가 발전하였다.

3) 단결권의 보장과 재해보상제도 사이에 밀접한 관련성이 있음은 물론이다. 즉 자본주의경제사회에서 기업경영주체로서의 사용자와 그 지휘·명령 아래 생산활동에 종사하는 근로자 사이에 현실적인 결합형태, 즉 종속근로에 대한 현실적인 인식을 바탕으로 근로자는 단결하지 않으면 생활상의 필요를 충족시킬 수 없다는 단결권의 법리가 근로관계의 지배원리로 등장하면 산재보상에 관한 법률관계도 필연적으로 시민법상의 배상관계에서 벗어나 노동법상의 독자적인 관계로 발전할 수밖에 없다.⁴¹⁾ 그리하여 업무상 재해에 대한 법적 책임도 가해자의 시민법적 책임이 아니라 『사용자』의 사회적 책임으로 파악함으로써 설령 시민법

37) 이에 관하여 B. Barret & R. Howells, op. cit., pp.43 ff.

38) 독일은 1871년에 연방배상책임법에서 사용자의 무과실책임을 규정하였다. 이러한 의미에서 재해보상제도로의 접근이 영국보다 앞서 있었다(W.Gitter, *Sozialrecht*, C.H.Beck, 1981, s. 12).

39) 이에 관한 비교법적 고찰에 관하여는 김교숙, 앞의 논문, 29-45쪽 참조.

40) 재해보상이 근로조건인 하나이므로 노동조합의 목적인 근로조건 유지·개선에 당연히 포함된다.

41) 오늘날 법정보상액이 낮기 때문에 범외보상을 요구하고 있는 것도 노동법원리에 바탕을 둔 것이다.

에서는 가해자에게 면책사유가 있는 경우라 하더라도 노동법에서는 사용자가 재해보상책임을 부담하게 되었다. 따라서 단결권의 보장이 재해보상제도를 현실적으로 개선·향상하였을 뿐만 아니라 법리적으로도 양자 사이에 밀접한 관계가 있다고 생각한다.

4) 산재보상제도가 업무상 재해의 특수성을 기반으로 형성된 제도이므로 그 보상법리도 근로관계의 법적 구조에 바탕을 두어 고찰하여야 할 것이다. 즉 산재보상입법이 발전함으로써 산재보상과 손해배상 사이에는 현저한 차이가 있으므로 산재보상책임의 근거와 성격은 근로관계의 법적 구조와 관련하여 파악하여야 할 것이다. 이러한 견해가 산재보상의 근로관계이론이다.

2. 근로관계이론

1) 직업위험이론

1) 이는 시민법상의 손해배상이론과 구별하면서 산재보상에 관하여 독자적으로 전개한 이론이다. 근로자는 사용자의 기업활동으로 말미암아 필연적으로 언제나 재해를 입을 상태에 있으므로 업무상 재해를 근로자의 직업에 수반되는 위험으로 파악하여 그 위험이 업무상 재해로 현실화한 경우에 사용자는 기업경영에 의하여 그 위험을 발생시켰기 때문에 자기의 과실유무에 불구하고 피해근로자에게 보상하여야 한다는 이론이다.⁴²⁾ 이 이론은 업무상 재해를 기업활동과 불가분한 사회적 위험의 현실화로 파악함으로써 보상책임의 근거를 명확히 한 점에 그 특색이 있다. 특히 이 이론은 영국의 노동자보상법의 법리적 기초가 되었음을 알 수 있다.⁴³⁾ 미국에서도 연방대법원은 1917년에 *New York Central R.Co. v. White*, 243 U.S. 188, 278 S.Ct 247에서 직업위험이론

42) 김진웅, 앞의 논문, 354쪽; 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 101-102쪽; 保原喜志夫, “勞災補償責任の法的性格”, 앞의 『現代勞働法講座』第12卷, 258쪽.

43) R.W. Rideout, op. cit., p.370.

과 유사한 사고방식에 입각하여 판결하였다.⁴⁴⁾ 이 판결에 의하여 뉴욕 주의 강제보상법에 관하여 합헌성이 인정되었고, 또한 산재보상을 공공 복지란 관점에서 피재근로자의 소득능력상실에 대한 보상으로 파악한 점에서⁴⁵⁾ 보통법상의 배상관념에서 산재보상의 사회적 책임이란 관념으로 발전하였다.

2) 이 이론은 근로관계의 법리를 바탕으로 보상책임의 근거를 체계화한 점에서는 적극적인 의의를 인정할 수 있다. 그러나 이 이론은 사용자의 무과실책임에 바탕을 둔 정률보상에 관하여 충분한 설명이 없으므로 산재보상의 전체적인 성격을 명확하게 파악하지 못하였다. 이 이론은 보상의 정률성에 관하여 정책적인 것으로 파악하고 있다. 즉 보상책임이 사용자의 주관적인 책임이 아니라 객관적인 책임으로 되어 있기 때문에 사용자의 보상내용에 관하여 법관의 자의적인 판단을 피하기 위하여 일정률을 법률로 정해야 할뿐만 아니라 객관적 책임에 의하여 사용자의 부담을 경감시켜야 한다고 주장하고 있다. 또한 보상과 보험의 관계에 관하여는 보험에 의하여 사용자의 위험을 분산시킴과 동시에 근로자의 보상이 확보된다는 것을 지적하면서 보험제도에 관하여 보상제도의 보충으로 그 중요성을 인정하고 있지만 그 이상의 역할은 인정하지 않고 있다.⁴⁶⁾

2) 근로관계이론

산재보상제도는 업무상 재해의 특수성을 기반으로 형성된 제도이므로 그 보상법리도 근로관계의 법적 구조와 관련하여 파악하여야 한다는

44) W.S. Malone, M.L. Plant, J.W. Little, op. cit., pp.28-37.

45) 미국에서는 생산을 위하여 흘린 피는 소비자가 보상해야한다는 사고방식이 지배적이다. 즉 산재보상제도는 일시적으로는 기업이 그 비용을 부담하지만 최종적으로는 소비자가 그 생산물가격의 일부로서 지급하는 보상방식으로 파악하고 있다(W.S. Malone, M.L. Plant, J.W. Little, op. cit., pp.39-40 at p.44 at p.55; R.J. Myers, *Social Security*, R.D.Irwin. Inc., 1985, p.886).

46) 岩村正彦, 『勞災補償と損害賠償』, 東京大出版會, 1984, 285쪽.

이론으로서 근로관계의 법적 구조를 어떻게 파악하느냐에 따라 보상이론도 다양하다. 여기에서 대표적 학설인 계약강제설, 노동력보상설 및 안전배려의무설에 관하여 살펴보기로 한다.

(1) 계약강제설

1) 이 설은 산재보상이 국가권력에 의하여 직접 사용자에게 강제되어 있는 점에 착안하여 산재보상을 근로계약상의 의무로 파악하고 있었다. 이 설은 1945년 이전에 주장된 학설로서 당시의 재해부조가 범형식상으로 국가와 사용자의 공법관계로 되어 있는 점과 아울러 피재근로자가 사용자에게 대하여 부조청구권을 가지는 사법관계로 되어 있는 점을 고려하여 이를 통일적으로 이론화한 데에 그 특색이 있었다. 따라서 이 설에 의하면 재해부조는 한편으로는 국가로부터 사용자에게 부과된 공법상의 의무이행이고, 다른 한편으로는 재해부조의 지급관계는 사용자와 근로자의 사법관계이므로 근로자는 근로계약상의 부조청구권을 가진다고 주장하였다.⁴⁷⁾ 그리하여 사용자의 부조의무는 근로계약상의 보호의무(Fürsorgepflicht)에서 발생하는 것이 아니라 공법상의 의무에서 발생한다고 주장하였다.

2) 이 설은 사용자의 국가에 대한 공법적 의무를 청구권의 전제로 하고 있는 점에 특징이 있었다. 그러나 이 설은 보상의 공법적 의무에 관한 의의를 깊게 추궁하지 않았고 더욱이 보상의 사법적 청구관계를 공법적 의무이행의 반사적 측면으로 파악하려는 경향이 있었다.⁴⁸⁾ 물론 이 설은 시대적인 제약에도 그 원인이 있었지만 보상의 법적 성질에 관한 한 진일보하였다는 것은 부인할 수 없다.

(2) 노동력보상설

1) 이 설은 앞에서 언급한 직업위험이론을 노동법의 입장에서 더욱

47) 孫田秀春, 『現代勞働法の諸問題』, 勞働法令協會, 1954, 360쪽.

48) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 106쪽.

발전시킨 학설로서 산재보상을 훼손된 노동력의 가치를 전보하는 것이라고 주장한다.⁴⁹⁾ 즉 이 설은 사용자의 지배영역에서 발생한 위험이 현실화하여 업무상 재해가 발생한 경우에는 사용자에게 훼손된 노동력의 가치를 회복시킬 의무를 부과하는 것이 형평의 관념에 비추어도 타당하다고 주장한다. 이 설의 기본적인 사고방식은 직업위험이론과 유사하고 또한 재해보상의 근거를 사용자의 노동력통제에 입각하여 파악하고 있는 점에 그 특징이 있다. 그리고 이 설은 보상의 정률성을 단순히 정책적인 것으로 보지 않고 훼손된 노동력에 대한 사회적 가치의 보상으로 파악함으로써 보상청구권과 배상청구권의 경합을 이론적으로 부인하고 있는 점에도 그 특징이 있다.⁵⁰⁾

2) 이 설은 직업위험이론을 발전시켜서 산재보상법리를 손해배상의 관념으로부터 분리시켰다는 점과 보상의 정률성에 관하여 독자적인 견해를 제시하였다는 점에서 적극적인 의의를 인정할 수 있다. 그러나 이 설은 노동력훼손의 관념이 근로자의 권리와 어떻게 결부되어 있는가에 관하여 명확하지 않고 또한 국가가 보상관계에 적극적으로 개입하게 되는 계기에 관하여 설명이 불충분하다.

(3) 안전배려의무설

이 설은 근로관계도 일종의 채권관계로 파악하여 사업주는 근로자의 안전과 보건에 관하여 배려의무를 다하여야 하고 이 의무에 위반하여 업무상 재해가 발생한 경우에 산재보상을 하여야 한다는 주장으로서 이는 다시 근로관계의 부수적 의무설과 본질적인 의무설로 나누어진다.

49) 김치선, 앞의 『노동법강의』, 248쪽; 동 교수는 그 후에 이 설을 취하지 않고 산재보상의 기본적인 목적이나 기능은 피재근로자 및 그 가족의 생활보장에 있다고 주장하고 있다(동 교수, 『노동법총설』, 서울대학교 출판부, 1989, 263쪽 참조).

50) 吾妻光俊, 『演習勞働法』, 靑林書院, 1954, 161쪽; 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 105쪽.

가) 부수적 의무설

사업주의 안전배려의무는 채권관계인 근로관계에 부수하는 의무로 보고 있다.⁵¹⁾ 즉 사업주는 근로자에 대하여 우월적인 지위에 있으므로 근로관계에 부수하여 특히 강하고 다양한 종된 의무(Nebenspflicht), 고도의 배려의무(Rücksichtnahmepflicht), 감시감독의무(Obhutspflicht), 주의의무(Sorgfaltspflicht), 보호의무(Schutzpflicht) 등 부수적인 의무가 있다고 주장한다. 그러나 이 설은 근로관계를 시민법상의 채권관계로 파악함으로써 근로관계의 특수성과 업무상 재해의 특성을 충분히 파악하지 못한 학설이라고 생각한다.⁵²⁾

나) 본질적 의무설

이 설은 근로자가 제공하는 노동의 종속성을 업무상 재해와 관련시켜 파악하면서 근로자는 사업주에게 생명·신체·건강까지 파는 것이 아니라 기본적인 관점에서 사업주의 안전배려의무를 근로관계의 본질적인 의무로 파악하고 있다.⁵³⁾ 즉 사업주의 기업활동은 항상 업무상 재해가 발생할 위험이 있고 또한 사업주는 그 위험을 인식하고 이를 방지하기 위하여 구체적인 조치를 취하여야 할 지위에 있다. 이에 반하여 근로자는 스스로 안전설비를 갖추 수 있는 지위에 있지도 못하며 또한 종속적인 지위에서 자유로이 벗어날 수도 없기 때문에 필연적으로 업무상 재해를 당할 위험에 처해 있다. 여기에서 사업주의 안전배려의무는 생존권 및 노동기본권에 바탕을 둔 근로계약상의 책임이고 사회법상의 신의칙이 지배하는 근로관계의 본질적인 의무로 파악하고 있다.⁵⁴⁾ 이

51) 김형배, 앞의 『노동법』, 243쪽; 동 교수, 앞의 『근로기준법』, 156쪽; 이영희, 『노동법』, 법문사, 2001, 447쪽.
 52) 김교숙, “사업주의 안전배려의무”, 『노동법에 있어서 권리와 책임』(김형배교수화갑기념논문집), 박영사, 1994, 221쪽.
 53) 品田充儀, “使用者の安全・健康配慮義務”, 앞의 『講座21世紀の労働法』 第7卷, 117쪽; 桑原昌宏, “安全・衛生”, 앞의 『新労働法講座』 第8卷, 16쪽.
 54) 桑原昌宏, “労災豫防訴訟と労働環境論”, 앞의 『日本労働法學會誌』 第43號, 71쪽; 岡村, 앞의 “使用者・事業主の民事責任”, 302쪽.

설은 사업주가 근로자의 생명·신체·건강을 보호하기 위하여 필요하고 충분한 제반의 의무를 근로관계에 본질적으로 부담한다는 관점에서 안전배려의무의 실체를 정확하게 파악하고 있다고 할 수 있다. 그러나 업무상 재해 자체가 자본제사회의 근로관계에서 필연적으로 나타나는 사회적 필요악이므로 사업주가 근로관계의 본질적 의무로서 안전배려의무를 부담한다고 하더라도 업무상 재해를 완벽하게 방지한다는 것은 불가능하다. 근로기준법이 ‘안전·보건’에 관한 장을 삭제시킨 이유가 여기에 있다고 생각한다. 여기에서 현대적 의미에서의 생존권 침해인 업무상 재해를 사전에 방지하기 위하여 사업주뿐만 아니라 국가와 근로자도 안전배려의무를 부담하는 산업안전보건법으로 이행하는 계기가 되었고 또한 업무상 재해에 대한 사후구제인 산재보상제도도 산재보험 제로 이행하는 계기가 되었다.⁵⁵⁾

4) 비판

1) 이상에서 살펴본 바와 같이 근로관계이론은 그 이론을 구성함에 있어서 다소의 차이가 있지만 근로관계적인 측면을 기초로 하여 사용자의 산재보상책임의 근거와 성질을 논하고 있는 점에 공통점이 있다. 그러나 근로관계이론은 산재보상이 갖는 근로관계적인 측면에만 중점을 두어서 파악하고 있다. 따라서 이 이론은 오늘날 산재보상제도의 목적인 피해근로자 및 그 가족의 생활을 보장하기 위한 산재보상입법의 전개요인을 깊이 있게 추궁하지 못하였다는 비판을 면할 수 없다.

2) 근로관계이론에 바탕을 둔 재해보상제도도 사용자의 무과실책임을 근거로 보상액을 법으로 정하고 있지만 책임이론으로서의 제약을 면할 수 없다. 즉 재해보상제도는 사업주의 책임을 전제로 한 제도이므로 사업주에게 충분한 재산이 없으면 피해근로자가 보상을 받을 수 없을 뿐만 아니라 『업무상』의 여부가 사업주의 귀책요건이기 때문에 『업무상』의 인정이 엄격할 수밖에 없고 일단 『업무외』의 재해로 판정되면 피해

55) 김교숙, 앞의 “사업주의 안전배려의무”, 221쪽.

근로자는 하등의 보상을 받을 수 없다는 결점이 있다.⁵⁶⁾

3. 합리적 관련성이론

1) 이 이론에 의하면, 업무상 재해는 업무와 재해 사이에 합리적 관련성이 있고 또한 근로자 보호의 관점에서 재해보상을 하는 것이 합리적인가의 여부에 따라 판단되어야 한다고 주장한다.⁵⁷⁾ 이 이론은 보상책임과 배상책임의 이질성을 바탕으로 하고 있는 점에서 시민법상의 상당인과관계이론과 다르다. 그리고 이 이론에 의하면, 업무상 여부의 판단은 업무와 재해 사이의 인과관계에 중심이 있다고 하기보다는 오히려 업무상 재해에 대하여 어디까지 총자본에게 생활보장책임을 과하는 것이 합리적인가 하는 점에 따라 이루어져야 한다고 주장하고 있다.⁵⁸⁾ 오늘날 이 견해를 지지하고 있는 학자들도 많이 있다.⁵⁹⁾

2) 이 이론에 바탕을 둔 판례⁶⁰⁾는 『업무상』의 해석을 할 때에 개개의 근로관계에 기초를 둔 손실전보의 법리로 엄격하게 파악할 것이 아니라 근로관계와 관련한 재해를 근로자와 사용자의 어느 측에 부담시키는 것이 합리적인가를 비교하여 파악하여야 한다고 하고 있다. 이 이론에 의하면 『업무상』의 개념을 확대하는 것이 타당하고 또한 이에 의하여 산재보험의 급여대상이 확대되는 데도 부응할 수 있으며 생활보장이념에도 합치한다고 하고 있다. 그러나 이 이론에 의하면, 노사간에 첨예하게 대립되어 있는 업무상 재해의 인정에 관한 합리성의 판단기준에 대하여 명확성이 결여되어 있다는 것을 부인할 수 없다.⁶¹⁾

56) 김교숙, “산재보상제도에 관한 연구(1) — 독자성인 ‘업무상’의 의의를 중심으로 —”, 『법학연구』 제31권 제1호, 부산대학교, 1982. 12, 305쪽.

57) 岡村親宜・大竹秀雄編, 『勞災職業病』, エイデル研究所, 1984, 383쪽.

58) 窪田隼人, “災害補償の今後の問題”, 『現代労働問題講座』第6巻, 有斐閣, 1966, 312쪽.

59) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 163쪽.

60) 橋本勞基署長事件(大阪高判 1978. 11. 30, 勞判 309號).

61) 水野 勝, “業務上外認定の基準”, 『労働災害補償法論』, 法律文化社, 1985, 169쪽.

IV. 업무상 재해와 사회보장법상의 생활보장이론

1. 사회보험제도로의 변천

1) 앞에서 살펴본 바와 같이 재해보상제도는 피재근로자만을 보호대상으로 하고 있을 뿐 그 가족의 생활보장은 고려하지 않았다. 그러나 산업사회가 복잡해지고 다원화함으로써 업무상 재해가 필연적이기 때문에 보상제도의 초점은 개별적인 사용자의 보상책임제도로부터 사회보험제도로 전향함으로써 직접보상제의 결점을 시정하는데 두지 않을 수 없다. 즉 재해보상제도에서 사회보험제도로 발전하게 되면 사용자는 큰 부담없이 보험에 가입하여 업무상 재해로부터 피재근로자 및 그 가족의 생활을 용이하게 보호할 수 있을 뿐만 아니라 대규모의 업무상 재해로 인한 기업의 도산도 방지할 수 있다.⁶²⁾ 제2차 세계대전 이후 영국의 비버리지 보고서의 영향 아래 사회보장법이 발달함으로써 재해보상제도도 사회보장법체계의 일환으로 편입되어 업무상 재해의 위협으로부터 피재근로자 및 그 가족의 생활을 보장하는 산재보험제도로 변천하게 되었다.⁶³⁾ 독일도 1942년에 연방책임법제3편에 재해보험법이 삽입됨으로써 사회보험법의 일부분으로 규정되었고 1963년 재해보험신법(Unfallsversicherungs-Neuregelungsgesetz)에 의하여 개정을 거쳐 오늘에 이르고 있다.⁶⁴⁾ 산재보험의 법리가 산재보상제도의 중심역할을 하고 있으므로 산재보험제를 바탕으로 손해배상제 및 사회보험제(국민건

62) 김유성, 『한국사회보장법론』, 법문사, 1997, 238쪽.

63) W. Beveridge, *Social Insurance and Allied Services*, reprinted, Her Majesty's Stationery Office, 1958, sec. 79-80.

64) 영국이나 미국의 산재보상제도가 제2차세계대전 이후 상당히 변천되었는데 반하여, 독일은 사회보험으로 일관하여 온 점과 산재보험법을 노동법과 상대적으로 구별하여 사회보험법의 한 영역으로 취급한 점이 특징이라 할 수 있다(Vgl. W.Gitter, a.a.O., s. 21ff; W.Gitter, "Unfallversicherungsrecht", *Walfach Sozialrecht*(H.F.Zacher), C.F.Müller, 1981, s. 107ff).

강보험 내지 국민연금 등)와의 조정이 이루어져야 한다.⁶⁵⁾

2) 산재보험제도는 그 나라의 법제도·법사상 내지 노동운동의 동향 및 사회보장제도의 발전상황에 따라 차이가 있지만, 피재근로자와 그 가족의 생활보장이란 공통된 목적과 이념 아래 산재보험제의 구조나 내용에서 제도적으로 통일화하는 경향을 띠고 있다. 이와 같이 산재보험제도가 사회보장제도의 일환으로서 생활보장적 기능을 하게 된 것은 제2차 세계대전 이후 생존권 내지 노동권 등 생존권적 기본권의 구체화로서 산재보상법리를 구성하는 것이 가능하게 되었으며,⁶⁶⁾ 종래 단순히 정책적 목적 내지 부차적 기능으로 파악되었던 생활보장적 요소가 오히려 산재보상제도의 기본적이고 본질적인 요소로 부각되었다.⁶⁷⁾ 그러나 우리의 산재보험제도는 아직도 근로기준법상의 사용자의 재해보상책임을 국가가 대위하여 보험방식에 의하여 보험급여를 지급하는 형태를 취하고 있기 때문에 피재근로자와 그 가족의 생활보장이란 사회보장법상의 산재보험제도라고 하기에는 미흡한 제도라고 할 수 있다. 앞으로 산재보험법이 피재근로자와 그 가족의 생활보장을 위한 충분한 제도가 될 수 있도록 대폭 개정되어야 한다고 생각한다. 이하에서는 일반적으로 산재보상제도의 궁극적인 목적인 피재근로자와 그 가족의 생활보장이란 관점에서 그 법리론을 검토해 보기로 한다.

2. 생활보장이론

생활보장이론은 크게 단체부양이론, 노동권이론 및 생존권이론으로 대별할 수 있다.

65) 西村健一郎, “勞災職業病の變容と勞災保險”, 『講座社會保障法』第2卷(所得保障法), 法律文化社, 2001, 214-217쪽 참조.

66) 松岡三郎, “通勤途上災害の勞災保險法適用問題”, 앞의 『日本勞働法學會誌』第43號, 15-21쪽.

67) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 114-115쪽의 각주 27) 참조.

1) 단체부양이론

1) 이 이론은 산재보상의 사회법적 성격을 강조하고 있는 학설로서 근로자에게도 사회인으로서의 인간다운 생활이 근로관계에 의하여 유지될 것을 전제로 하여 생산조직이 피재근로자가 입은 손실을 전보할 책임이 있고 또한 생산조직의 주체가 부양받을 권리를 가지고 있으며, 그 부양관계는 봉건적·가족주의적 부양관계가 아니라 근로의 자유를 전제로 하는 근로계약관계에 입각한 사회적 부양이라고 한다.⁶⁸⁾ 그리고 근로관계의 내용이 현실적으로 근로자의 생활을 충분히 보장하고 있지 않는 이상 그 노동력을 사용하고 있는 기업경영자가 피재근로자를 부양하여야 하고 피재근로자는 기업의 단체적 부양에 바탕을 두어 배상을 청구할 수 있다고 한다.⁶⁹⁾ 더욱이 산재보상제도가 사회보장화함으로써 산재보상은 생산조직 전체의 연대책임으로 국가에 의하여 보장되어야 한다고 주장한다.⁷⁰⁾

2) 이 이론은 산재보상의 특질을 이론적으로 명확하게 파악하고 있을 뿐만 아니라 산재보상의 구조적 측면을 체계화하고 있지만 보상제도의 구체적인 문제에 관하여 해석론이 없기 때문에 산재보상법상의 문제가 어떻게 구체화되어 있는 지에 관하여 명확하지 못하다는 단점이 있다.⁷¹⁾

2) 노동권이론

1) 이 이론은 앞에서 언급한 노동력보상설의 사고방식을 더욱 발전시켜서 취업상태를 불가능하게 한데 대한 노동권의 주장을 산재보상의 근

68) 菊池勇夫, 『勞働法の主要問題』, 有斐閣, 1943, 263쪽.

69) 菊池교수는 “계약자유에 입법적으로 간섭하여 근로자를 보호하는 근거는 사회적 노동에 종사하는 노동자의 인간다운 생존을 보장해야 할 사회의 책임에 있다”고 하여 노동계약을 “생활필요를 충족하는 데 족한 보수를 지불할 것을 약속하는 契約”으로 정의하고 있다(동 교수, 앞의 책, 136참조).

70) 菊池, 앞의 책, 266쪽; 高藤 昭, “社會保障法における生存權原理と社會連帶原理”, 『現代の生存權』, 法律文化社, 1986, 3-27쪽 참조.

71) 荒木, 앞의 『勞災補償法の研究』, 108쪽.

거로 파악하는 견해로서 노동력의 훼손은 피재근로자의 생존권침해이므로 그 침해에 대하여 노동권보장에 기한 보상청구권이 인정되어야 한다고 주장한다.⁷²⁾ 이 이론은 노동권사상의 권리화로 인하여 근로계약상 당연히 사용자에게 보상책임을 인정한다는 사고방식에 입각하여 사용자의 보상근거를 노동권보장과 근로계약관계를 결부시켜 설명하고 있는 점에 특색이 있다.

2) 이 이론은 산재보상의 법적 구조와 제도적 특질을 파악함에 있어 일관성이 결여되어 있으며, 더욱이 노동권을 산재보상의 기초로 파악하는 경우에 유족이 산재보상을 청구할 수 있는 근거가 문제이다.

3) 생존권이론

1) 이 이론은 생존권이 헌법상 기본적 인권으로 보장됨으로써 산재보상제도를 생존권보장의 구체화로 파악하고 있다.⁷³⁾ 즉 헌법상 생존권보장은 일반국민의 생활위협에 대하여 최저한의 생활을 보장하는데 그 목적이 있으므로 생존권보장만을 강조하면 산재보상과 다른 사회보험 사이에 본질적으로 구별을 할 수 없고 또한 업무상 질병과 업무의 상병을 구별할 필요도 없다고 주장한다.⁷⁴⁾ 따라서 이 이론이 주장하는 바와 같이 산재보상의 근로관계적 특질을 도외시한다면 산재보상의 특질이 사라질 가능성이 있다.⁷⁵⁾ 또한 이 이론은 산재보상을 근로자의 생존권과 결부시키고 있으므로 재해가 업무상 발생한 것인 지의 여부를 보상요건으로 파악하고 있지 않는 점에 특색이 있다.⁷⁶⁾

2) 이 설은 산재보상의 법적 구조와 관련하여 전개한 것이 아니므로

72)窪田隼人, “災害補償と損害賠償”, 『季刊労働法』 第27號, 1958. 3, 24쪽.

73) 김형배, 앞의 『근로기준법』, 537쪽; 松岡, 앞의 “通勤途上災害の勞災保險法適用問題”, 16쪽.

74) W. Beveridge, op. cit., sec. 77-80.

75) 荒木誠之, 『労働條件法理の形成』, 法律文化社, 1981, 173쪽.

76) 高藤 昭, “勞災保險法における社會保障原理”, 『社會勞動研究』 第17卷 1・2號, 1971. 1, 1쪽 이하 참조.

설득력이 없다. 또한 업무상 재해를 일반 재해와 동일시하여 파악하는 것은 건전한 법감정 내지 사회적 정의에도 부합하지 않는다고 생각한다.⁷⁷⁾

4) 비판

이상에서 살펴본 바와 같이 산재보상의 권리를 생존권과 결부시키든지 노동권과 결부시키든지 간에 현대의 산재보상제도가 피재근로자와 그 가족의 생활보장적 기능을 가지고 있다는 점에 관하여는 이론이 없다. 그러나 산재보상의 사회보장적 기능만을 강조하여 손해배상적 기능과 근로조건적 기능을 고려하지 않고 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장하여야 한다는 소위 ‘산재보상의 사회보장화’⁷⁸⁾는 부당하다고 생각한다. 또한 산재보상이 개별기업의 사회적 책임이든 생산조직 전체의 사회적 책임이든지 간에 현대의 산재보상제도는 근로관계적 구조와 관련시켜서 산재보상제도를 파악하는 것이 산재보상이론의 중심과제라 할 것이다.⁷⁹⁾

3. 업무관련성이론

1) 이 이론은 산재보상의 본질을 피재근로자와 그 가족의 생활보장에 두면서 보상책임과 배상책임의 이질성에 착안하여 『업무상』 재해는 문자 그대로 업무와 재해 사이의 관련성이 있으면 충분하다는 입장이다.⁸⁰⁾ 여기에서 업무관련성은 재해위험원인에 매개되었던 업무와 재해

77) 김교숙, 앞의 “산재보상법리에 관한 연구”, 113쪽.

78) 이에 관한 논쟁으로서 高藤 昭 vs 西村健一郎, “勞災補償の社會保障化”, 『論爭勞働法』, 世界思想史, 1979, 294-329쪽 참조.

79) 岩村正彦, “勞災保險政策の課題”, 앞의 『講座21世紀の勞働法』 第7卷, 27쪽.

80) 水野 勝, “擴大化する勞災認定の動向と限界”, 『季刊勞働法』 第98號, 1975. 12, 17쪽; 松岡, 앞의 “通勤途上災害の勞災保險法適用問題”, 21쪽에서 “근로자의 생활보장법사상은 실질적으로 업무수행성과 업무기인성의 2요건을 해체함으로써 업무수행성을 업무관련성으로 파악하고 업무기인성의 업무관련성에 포

사이의 시간적 관련성과 공간적 관련성을 말하는데, 전자는 산재보상제도의 목적에 따라 널리 종속근로관계에 있는 근로자의 행동에 재해원인이 작용하였거나 작용하였다고 추정되는 관계를 말하고, 후자는 전자의 재해원인이 재해로서 현실화하였다고 추정되는 관계를 말한다. 이 설에 의하면 공간적 관련성은 종속근로관계에서 불가피한 재해위험원인으로서 업무상 인정의 제1차적 기준이 되고, 공간적 관련성이 인정되면 원칙적으로 시간적 관련성도 인정된다고 주장하고 있다.⁸¹⁾

2) 산재보상법리에 적절한 인과관계이론으로서서는 피재근로자와 그 가족의 생활보장을 목적으로 하고 있는 업무관련성이론이 타당하다고 생각한다. 다시 말하면 자본주의의 고도 발달로 인한 교통기관의 발달과 신종 직업병이 발생한 경우에도 업무와 관련성이 있으면 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장할 수 있고⁸²⁾ 또한 통근재해⁸³⁾나 증상이 서서히 나타나는 직업성질환뿐만 아니라 여러 직장을 근무한 근로자가 재해를 입은 경우에도 법률이 특별히 규정을 하지 있지 않더라도 당연히 업무상 재해로 인정할 수 있으므로 타당하다고 생각한다.⁸⁴⁾

팔시켜야 한다”고 하고 있다; 枳井常喜, “勞災問題と權利闘争の課題”, 『季刊勞働法』 第75號, 1970. 3, 60쪽.

81) 水野 勝, “業務上外の認定構造とその問題”, 『季刊勞働法』 第82號, 1971. 12, 27-30쪽.

82) 石田 眞, “作業關聯疾患”, 앞의 『講座21世紀の勞働法』 第7卷, 107쪽 이하 참조.

83) 선진국에서는 통근재해를 산재보험화하고 있다(김교숙, “통근재해의 산재보험화”, 『노동법학』 제6호, 한국노동법학회, 1996. 12, 331쪽 이하 참조).

84) 김교숙, 앞의 “산재보상법리에 관한 연구”, 121쪽; 이영희, 앞의 책, 564쪽; 保原喜志夫, “勞災認定の課題”, 앞의 『講座21世紀の勞働法』 第7卷, 69쪽 이하 참조.

V. 업무상 재해의 인정에 관한 제언

1) 산재보상의 법리는 그 형성·발전된 과정에서 보더라도 생활보장이론에 입각하여 국가가 현대적 의미에서의 생존권침해인 업무상 재해로부터 피재근로자와 그 가족의 생활을 제1차적으로 보장하여야 한다. 그렇다고 하여 직접 근로관계의 당사자인 사용자에게 재해보상이나 손해배상을 추궁하는 근로관계이론이나 시민법이론을 완전히 도외시할 수는 없다. 따라서 산재보상의 법리는 국가가 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장해야 한다는 생활보장이론을 기축으로 하고, 사용자에게도 재해보상이나 손해배상을 추궁하는 근로관계이론과 시민법이론을 수반하는 중층적인 구조를 취하고 있다고 보는 것이 타당하다고 생각한다.

2) 또한 산재보상제도가 다른 사회보험제도와 구별될 수 있는 표지는 『업무상』재해라는 점에 있다. 따라서 『업무상』재해의 인정에 있어서도 종래의 시민법상의 상당인과관계이론이나 노동법상의 합리적관련성이론에 입각하여 『업무상』재해의 범위를 협소하게 파악하는 것은 산재보상법리를 정확하게 파악하지 못한 인과관계이론이라 할 수 있다. 즉 시민법원리와 산재보상원리가 상이함에도 불구하고 동일한 상당인과관계이론으로 파악하는 것은 산재보상법리를 정확하게 파악하지 못한 인과관계이론이라 할 수 있다. 법률이나 판례는 아직도 상당인과관계이론에 입각하여 업무상 재해를 인정함으로써 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장한다는 산재보상제도의 목적이나 이념을 망각한 것이 아닌가 생각한다. 또한 합리적 관련성이론은 시민법원리와 산재보상법리를 이질적인 것으로 구별한 점에서는 수긍이 가지만 합리성의 판단기준이 명확하지 않기 때문에 확실로서는 곤란하다. 산재보상법리에 적절한 인과관계이론으로서의 피재근로자와 그 가족의 생활보장을 목적으로 하고 있는 업무관련성이론이 타당하다고 생각한다. 업무관련성이론에 의하면 자본주의의 고도 발달로 인한 교통기관의 발달과 새로운 생산수단의 도입에

따라 새로운 업무상 재해가 발생한 경우에도 업무와 관련성이 있으면 피재근로자와 그 가족의 생활을 보장할 수 있고 또한 통근재해나 직업성질환뿐만 아니라 여러 기업을 옮기면서 근무한 근로자가 입은 재해에 관하여도 법률에 특별히 규정하고 있지 않더라도 당연히 업무상 재해로 인정할 수 있으므로 타당한 견해라고 생각한다.

3) 업무상 재해의 인정 여부는 피재근로자 및 그 가족에게는 중요한 문제임에는 틀림이 없다. 특히 다른 사회보장이 충실하지 못한 우리 현실에서는 재해가 업무외의 재해로 판명되면 하등의 보호를 받지 못할 가능성도 있다. 업무상 재해의 인정에 관하여 법규정도 중요하지만 이 보다는 피재근로자의 권리의식이 더 중요하다고 생각한다. 즉 노동조합이 결성되어 있지 않는 중소기업 등에서는 근로자의 업무상 재해보상에 관한 지식이 불충분하고 또한 지식이 있어도 사용자의 압력에 의하여 업무상 재해를 신고할 수 없게 된다면 산업재해보상보험법이 피재근로자 및 그 가족의 생활보장을 위한 기능을 충분히 발휘할 수 없다. 이러한 현상을 제거하는 것이 업무상 재해의 인정에 관한 제일차적인 과제라고 생각한다. 이를 위하여 감독기관의 감독과 지도가 충실히 수행되어야 한다는 것은 말할 필요가 없다. 또한 근로자들도 노조활동을 배경으로 하여 산업안전보건위원회(산업안전보건법 제16조)를 통하여 업무상 재해의 적절한 처리를 실현시키려는 노력이 바람직스럽다고 생각한다.

4) 산재보상제도는 원래 피재근로자 및 그 가족의 생활보장을 위한 제도이므로 업무상 재해의 인정과 그 운영에 근로자의 참가가 바람직스럽다고 생각한다. 현행 산업재해보상보험법이 근로자의 참가를 인정하지 않는 데에는 여러 가지의 이유가 있다. 첫째, 산재보험의 재원이 사용자의 보험료부담에 의하여 조달되기 때문이고, 둘째, 산재보상은 기업의 법적 의무이기 때문에 근로자의 참가가 제도상으로도 적절하지 못하고, 셋째, 재해의 업무상 여부는 노사의 견해가 대립되어 있으므로 이해

관계 없는 기관에 위임하는 것이 좋다는 점 등을 지적할 수 있다. 이러한 여러 가지의 이유가 있지만, 산재보상에 내재하고 있는 생활보장적 성격에서 보면 산재보험운영에 수익자인 근로자의 참가가 오히려 자연스럽다고 할 것이다. 또한 산업안전보건법이 규정하고 있는 안전위원회·보건위원회 또는 안전보건위원회의 활용도 고려할 수 있다. 따라서 산재보험법을 이전의 시민법적 사고방식이나 재해보상제도의 감각으로 운영할 것이 아니라 근로자의 생활보장조치의 일환으로서 다른 사회보험제도와의 관련을 고려하면서 근로자의 적절한 참가방식이 검토되어야 한다고 생각한다.

5) 업무상 재해의 인정과 관련하여 재해가 발생한 근로조건·작업환경·노무관리에 대한 정확한 인식이 필요하다고 생각한다. 이 점에 관하여 근로자 측에서 직장의 근로조건·노무관리에 관하여 정확하게 파악하는 것이 중요하다고 생각한다. 위에서 언급한 근로자의 참가도 업무에 일상적인 상황을 파악하지 않고는 형식에 그칠 가능성이 있기 때문이다. 따라서 노동조합이 직장의 안전을 확보하기 위하여 그 활동을 활발히 하고, 사용자의 산업안전보건법 위반이 있으면 즉시로 시정을 촉구하고 더욱이 적극적으로 쾌적한 노동환경의 실현을 촉구함으로써 업무상 재해의 발생을 사전에 억제할 수 있고 또한 재해가 발생한 경우에도 그 업무상 재해의 여부에 관하여 근로자의 입장에서 명쾌하게 판단을 내릴 수 있을 것이고, 이를 바탕으로 하여 업무상 재해를 인정하면 업무상 재해의 인정여부에 관하여 무용한 분쟁을 회피할 수 있다고 생각한다.

6) 결론적으로 산재보상제도의 법리와 인과관계를 해석·적용·운용함에 있어서 시민법적인 사고방식이나 논리조작이 아니라 산재보상제도의 목적인 피해근로자와 그 가족의 생활을 보장이라는 생활보장이론이 중심이 되어야 하고 이에 손해배상이론과 근로관계이론이 부가되어야 한다고 생각한다. 이를 위하여 업무상 재해보상보험법이 단순히 근

로기준법상 사용자의 재해보상책임을 대위하는 단계를 넘어서 피재근로자와 그 가족의 생활을 충분히 보장할 수 있도록 개정되어야 하고, 산재보상제도가 다른 사회보험제도의 개척자역할을 할 수 있도록 운영·전개되어야 할 것이다.

논문주제검색키워드 : 업무상 재해, 산업재해, 산재보상, 산재보상법리, 업무상재해의 인정, 재해보상제도, 산재보험제도, 사회보험제도, 피재근로자와 그 가족의 생활보장, 산재배상책임, 재해보상책임, 생활보장책임, 시민법이론, 근로관계이론, 생활보장이론, 상당인과관계이론, 합리적관련성이론, 업무관련성이론, 안전배려의무; industrial accident, industrial accident compensation, legal principles of industrial accident compensation, civil legal theory, labor-relation theory, theory for guaranteeing the worker's living, proper causationism, reasonable relation theory, job-relation theory, duty to care safety.

<Abstract>

The recognition of the industrial
accidents

Kim, Gyo-Sook*

1. Industrial accidents refer to the employees' injury which results from the labor-relations between employers and employees in the capitalistic society. As all the industries contain the danger of the injury substantially, the worker cannot avoid it. Industrial accidents are social phenomena which inevitably occur due to the labor-relations of the capitalistic economic system regardless of the will or conduct of the individual workers. Therefore, the industrial accident should be regarded as the infringement of the injured worker and his family's right to live. The industrial accident also menaces worker's life, physical and mental health and his family's living in the modern capitalistic society. From this viewpoint, the industrial accident compensation system should be established as the *ex post facto* remedy system.

2. As this compensation system is no more than the reflection of the legal principles of this industrial accident compensation system, this thesis deals with the legal principles of the industrial accident compensation under the recognition that the legal principles of the industrial accident compensation should be correctly understood before the full comprehension of the industrial accident compensation

* Professor of Law, Pusan University of Foreign Studies

system. Firstly, this thesis takes into consideration the processes of the formation and development of the legal principles of the industrial accident compensation system. Generally speaking, the legal principles of the industrial accident compensation have been changed from ① the employer's liability of compensation to the worker's damage according to the common law; to ② the employer's liability of compensation to the injured worker only according to the labor law; to ③ groups of all industrial employer's full responsibility for living for the injured worker and his/her family members according to the social security law.

3. This thesis consists of as follows. 1) As the theories of the industrial accident compensation, ① civil legal theories, ② labor-relation theories and ③ theories for guaranteeing the worker's living have been reviewed and analyzed; 2) The nature of the labor-relations of the industrial accident compensation makes distinction between industrial accident compensation system and other social insurance systems. In this context, the legal principles dealing with whether the worker under question was working or not (on duty or not) at the time of the industrial accident were systematically reviewed.

4. Based on the legal principles of the industrial accident compensation mentioned above, this thesis takes into consideration some possible measures for the improvement of the Industrial Accident Compensation And Insurance Law in the future.