

임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험 적용방안에 관한 연구*

– 민법적 ‘상당인과관계설(Adäquanztheorie)’의 적용과
사회법적 ‘중요조건설(Theorie der wesentlichen
Bedingung)’의 비교 관점에서 –

이 호 근**

국문초록

우리나라에서 2009년 제주의료원 간호사가 근로자로 근무 중 임신하였다가 선천성 심장질환아 ‘출생’이나 ‘유산’등으로 촉발된 “임신 태아의 건강손상 시 산재보험 적용방안”에 관한 논의가 11년 만에 일단락되었다. 지난 2020.4.29. 대법원의 『요양급여신청 반려처분 소송에 대한 판결(대법원 2016 두41071)』로 ‘해석론’ 적 해법은 결정적 분기점을 맞게 되었다. 대법원의 판결은 이 사안과 관련된 주요 쟁점의 하나로 모(母)가 업무를 수행하다가 임신 ‘중’엔게 된 질병의 이환으로 인하여 태아의 건강손상이 발생한 경우 유사사례로 독일의 법리에서 인정되었고, 법원이 원용한 바와 같이 이들이 ‘본성상 단일체 (natürliche Einheit)’로 보아 산재보험법상 업무상재해에 따른 보상대상이라고 판단하였다는 점에서 중요한 의미를 갖고 있다. 한편, 동 판결에도 불구하고 이 사안이 아직 관련 입법규정이 없는 여건에서, 해석론상 산재보험법상 ‘업무’와 ‘재해’ 그리고 ‘보상’의 관계를 실질적으로 포섭할 수 있는 적용의 법리와 그 입증(책임)의 문제는 여전히 쟁점으로 남아있다. 또한, 관련 법안들은 제20대 국회의 임기종료로 자동 폐기되어 법원의 해석론적 접근의 한계를 보완하고, 법적 안정성을 위하여 궁극적인 입법론적 해법이 요

* 이 논문은 2018년도 전북대학교 연구기반 조성비 지원에 의하여 연구되었음.
** 전북대학교 법학전문대학원 교수(사회법), E-mail : lhg618@jbnu.ac.kr

구되고 있어 이에 대한 구체적인 방안을 제시할 필요가 있다.

본 논문은 이런 문제의식에서 ‘임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험 적용방안’ 관련 기존 민법상 인과관계이론에서 발전한 ‘상당인과론(Adäquanztheorie)’과 달리, 독일과 오스트리아의 노동법과 사회법에서 폭넓게 적용되어오고 있는 이른바 ‘중요조건설(Theorie der wesentlichen Bedingung)’의 관점에서 동 사안을 새롭게 조명하는 동시에, 그간 논의되어 온 입법론적 방안도 ‘재정리’하여 제시하고자 한다. 민법상 상당인과관계설은 대개 책임을 충족시키는 인과관계에서 손해배상의 범위를 제한하는데 적용되는 데 비하여, 산재보험은 근로자의 행위가 업무행위로 산업재해보상보험법상 보호하고자 하는 위험영역의 범위 내에 있는가 하는 여부가 중점사항으로 기존 상당인과관계설의 한계와 문제점을 보완하여야 할 필요성이 있다. 대법원의 판결은 그러한 방향으로 나아가는 가능성을 보여주었다고 평가된다. 산재보험은 양 당사자간 법률관계 구조에서 도출되는 책임보험적 ‘귀책이론(Zurechnungstheorie)’과 달리, 사회법 ‘규범목적설(Normenzwecklehre)’에 따라, 1차적으로 사고의 인과관계(Unfallskausalität)에서 ‘업무’와 발생한 ‘손해와의 관계’에 대한 이른바 책임설정적 인과관계(haftungsbegründende Kausalität)와 2차적으로 손해의 인과관계(Schadenskausalität)에서 발생한 ‘손해’와 그에 대한 ‘보상’적 관계, 즉 책임충족적 인과관계(haftungsausfüllende Kausalität)로 구분할 수 있는데, 본 논문은 이를 손해배상 범리를 넘어 산재보험법의 특성과 법 규범목적에 맞는 손실보상적 관점에서 접근하여야 할 필요성을 강조하고자 한다. 본 연구는 특히, 임신근로자 태아의 산재보험 적용방안 판례의 사례에 비추어 업무상 재해에 대한 보상에 있어 추상적, 일반적 법 규범인 민법상 기존의 상당인과관계론을 넘어, 구체적, 개별적 법 규범으로서 사회법적 특수성에 부합하는 ‘중요조건설’의 적용방안과 그 의의 그리고 쟁점 등에 대해 비교 검토한다.

주제어: 산재보험법 인과관계론, 중요조건설 (Theorie der wesentlichen Bedingungen), 상당인과관계설 (Adäquanztheorie), 규범목적설 (Normenzwecklehre), 귀책이론(Zurechnungstheorie)

목 차

- I. 문제제기
- II. 상당인과관계설과 사회법상 ‘중요조건설 (Theorie der wesentlichen Bedingung)’의 의의
- III. 독일의 산재보험법 규정 입법례와 시사점
- IV. 산업재해보상보험법 재해보상 및 관련 급여규정 적용방안
- V. 맺는 말

I. 문제제기

우리나라에서 2009년 제주의료원 간호사로 근무 중 임신한 근로자들의 선천성 심장질환아 ‘출생’이나 ‘유산’ 등으로 촉발된 “임신 태아의 건강손상 시 산재보험 적용방안”에 관한 논의가 거의 지난 10여년 가까이 사회적 이슈가 되어 왔다.¹⁾ 이 주제는 먼저 본질적으로 통상적인 ① 산재보험 적용대상 근로자인 모(母)가, ② 유해한 작업환경에 노출되어, ③ 임신상태에서 태아가 건강손상을 입고 모체로부터 이탈 시 선천성 질환아로 출생한 경우 현행 산재보험 적용여부가 주목이 되었는데 대법원은 이에 대하여 피고 (근로복지공단)의 요양급여신청 반려처분 유지에 대한 상고를 기각하고, “산업재해보상보험법의 해석상 임신한 여성근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 ‘태아의 건강손상’은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향정도와 관계없이 산재보험법 제5조 제1호에서 정한 원고근로자의

1) 구미영, “태아에 대한 산재보험 적용 - 서울 행법 2014. 12. 19. 선고 2014구단 50654판결 -”, 『노동리뷰』 제121호, 한국노동연구원, 2015 및 양승엽, “업무상 원인으로 인한 장애아 출산과 산재보험의 적용 범위- 서울고등법원 2016. 5. 11. 선고2013누31307 판결”, 『노동법학』 제59호, 한국노동법학회, 2017 참조. 박귀천, “모의 업무에 기인한 태아의 건강손상에 대한 책임 - 생명, 젠더, 노동에 대한 질문”, 『법학논집』, 제22권 제2호, 통권 60호, 이화여자대학교, 2017, pp. 141-174 참조.

‘업무상 재해’에 포함된다고 봄이 타당하다”²⁾고 원고승소 판결을 함으로써 동 사안의 해석론적 접근에 중요한 분기점이 되었다. 동 판결에서 대법원은 “임신한 여성근로자에게 그 업무에 기인하여 모체의 일부인 태아의 건강이 손상되는 업무상 재해가 발생하여 산재보험법에 따른 요양급여수급관계가 성립하게 되었다면, 이후 출산으로 모체와 단일체를 이루던 태아가 분리되어 태어난 출산아의 선천성 질병 등에 관하여 요양급여를 수급할 수 있는 권리를 상실하지 않는다고 보아야 한다”³⁾고 판단하였다.

이와 유사하게 독일에서도 이미 지난 70년대 후반 헌법재판소(Bundesverfassungsgericht, BVG)의 결정을 통해 임신근로자 태아의 건강손상 시 산재보험 ‘적용’이 10년 가까운 논란 끝에 인정되었고, 이후 관련 산재보험법 규정 (§12)이 새롭게 제정되어, 관련 법적용이 되어 오고 있는 것이 중요한 비교 사례이다. 당시 독일 사회에서도 이 문제에 대한 법적 해석과 사회적 보호의 필요성을 두고 60년대 말 이후 거의 10년간 사회적 논의가 진행되었는데 태아의 ‘독립적인 수급권’을 인정하지 아니한 당시의 법 규정에 대해 최종적으로 독일연방헌재의 위헌결정으로 해당 법리 및 사회적 논쟁은 종식되고, 이후 관련 법의 개정과 함께 사회법전 제VII권 §12 (Versicherungsfall einer Leibesfrucht, 태아의 보험사고) 관련 규정의 제정을 거쳐 현재에 이르고 있다.

이런 배경 하에 우리나라에서 여러 가지 유사한 입법시도가 제18대 이래 제20대 국회까지 3기에 걸쳐 제기되어 왔으나, 2020.5.29. 제20대 국회 임기만료로 관련 법안⁴⁾이 자동 폐기되었고 관련 법안의 제정에 앞서, 대법원의 최종판결이 먼저 나오게 된 것이다. 그간 법안제정과 관련 그 필요성에 여야를 막론하고 광범위한 사회적 합의가 형성된 여건이라 할 수 있으며, 정부에서도 그 필요성을 인지하고 관련 법안을 준비하여 왔었다. 법원에서는 하급심(원고청구 인용)과 상급심(원고청구 기각)에서 각각

2) 대법원 2020.4.29. 2016두41071 판결, 요양급여신청 반려처분 취소 참조.

3) 같은 곳 참조.

4) 이용득의원 대표발의, 2019.3.28. 산업재해보상보험법 일부개정법률안, 의안번호 19433. 참조.

엇갈린 판결이 난 이후 대법원의 판단이 나오게 되어 이제 관련 법규정이 없이 대법원의 법 해석상 내려진 판단에 대한 적용 법리의 타당성과 관련 법제정이 남아 있는 상황이다. 본 연구는 필자가 참여한 정부의 관련 부처(여성부, 고용노동부 등) 등의 포괄적인 ‘모성보호’차원에서 진행된 산업안전 및 산재보험 관련 선행 연구에 더 잡아 진행된 후속연구이다. 특히, 본 연구주제는 선행연구와 비교하여 이제 구체적으로 ‘재해보상’차원에서 산업재해보상보험법의 적용방안에 관한 쟁점들을 다루고 있다. 특히 그 가운데 본 연구는 산재보험법에 관련 법 규정을 두고 있는 독일의 사회법 제VII권 산재보험법(Unfallversicherungsgesetz)상 쟁점이 된 관련 법 규정의 형성배경과 해석 및 주요 법리의 검토와 더불어 개별급여의 적용 방안 등을 중심으로 향후 예상되는 관련 입법안 논의시 우리나라 상황에 ‘참고’ 가능한 개별급여의 적용방안을 분석한 점에 선행연구와 차별성이 존재한다.

II. 상당인과관계설과 사회법상 ‘중요조건설 (Theorie der wesentlichen Bedingung)’의 의의

1. 상당성인과관계 (Adäquanztheorie)와 중요조건설 (Theorie der wesentlichen Bedingung)

본 연구는 임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험의 적용방안은 먼저, 일반적 차원의 모성보호차원과 재해근로자에 대한 보상차원에서 그 대상과 수준, 그리고 청구권과 수급권의 분리와 통합을 법 해석론적으로 연계한 독일의 입법례를 참조하여 임신근로자와 태아의 ‘자연적 동일체’설이 갖고 있는 산재보험급여 지급의 타당성과 합리성을 검토하고자 한다. 우리 대법원의 최종 판결의 핵심 쟁점도 바로 이러한 모와 태아의 자연적 동일체설을 따르고 있다. 반면, 이 판결은 이것이 업무상 재해로 인한 인

과관계를 당연시 하고 있어 본 연구가 주목하고자 하는 ‘업무’와 ‘재해’의 관계(1단계)와 ‘재해’와 ‘보상’의 관계(2단계)에 대한 인과관계의 규명에 있어 그간 적용되어 온 민법상 상당인과관계와 사회법상 이른바 중요조건설의 적용 필요성에 대한 논점은 해결되지 아니하고 남아있다. 특히, 항소심에서 고등법원이 초심판정을 뒤집었던 이유로 대법원 판결문은 다음과 같이 그 상고이유를 밝히면서 원심의 판단을 부인하고 있다. 즉, 판결문은 “피고가 2013.9.26. 원고들에게 “재해 발생일시를 특정하고, 산재보험 초진 소견서, 신청 상병을 확인할 수 있는 각종 검사자료 및 검사지를 제출하라고 자료보완을 요구하였다”고 하는데 “원고들은 2013.10. 경 피고에게 재해 발생 시점을 출산일이 아니라 ‘임신 중’이라고 특정하면서 ‘임신 중의 의무기록’과 ‘선천성 심장질환에 관한 의학자료’를 추가로 제출하였다. 그런데도 피고는 2013.11.6. 원고들에 대하여 “자료보완을 요청하였으나 산재보험 초진소견서가 제출되지 않아, 고객님의 상병명 및 요양기간 등 확인이 불가하다.”라는 이유로 ‘민원서류 반려처분’을 하였다”⁵⁾는 이유로 피고의 항소를 인용하였기 때문이다. 이와 관련 대법 판결은 원심의 판단근거인 “각 출산아의 선천성 질병은 출산아의 질병일 뿐 근로자인 원고들 본인의 질병이 아니므로 원고들의 업무상 재해로 포섭할 수 없다”⁶⁾는 동일체 분리의 논거와 “각 출산아의 선천성 질병을 산재보험법의 해석상 업무상 재해에 해당하는 것으로 보아 각 출산아를 산재보험급여의 수급권자로 볼 수 있는지는 별론으로 하고, 출산아와는 별도의 인격체인 원고들을 각 출산아의 선천성 질병관련 산재보험급여의 수급권자로 볼 수는 없다”⁷⁾는 원심의 독립적 수급권자로서 태아의 자격을 부정하는 논거를 그대로 수긍할 수 없다며 기각하고 있기 때문이다. 본 연구는 바로 그 점에서 대법 판결문이 임신근로자인 모와 태아의 건강손상을 업무상 재해로 인정한 전제에서, 현행법상 법적 미비로 인하여 ‘태아의 독립적인 수급권

5) 대법원 2020.4.29. 2016두41071 판결, 요양급여신청 반려처분 취소. p. 3 참조

6) 상동 같은 곳, p. 3. 참조,

7) 같은 곳, pp. 3-4. 참조,

자의 자격인정' 여부를 다투는 경우와 그에 앞서 업무상 재해여부 그 자체가 문제가 되는 상황까지를 포함하여 산재보상의 인정 판단에 이르는 '과정'의 논증을 비교 검토하고자 하는 것이다.

한편, 관련 입법의 필요성에도 우리가 그 준거나 비교대상으로 삼을 수 있는 관련 사례나 입법례가 많지 않고, 그마저도 우리에게 구체적인 시사점을 주기에 연관사항들에 대한 법리의 정확한 이해와 보다 체계적인 논의를 필요로 하고 있다. 독일에서도 이 사안은 '모가 임신근로자일 것', '임신중 업무상 재해해당여부' 그리고 '출산아의 건강이상' 등 법 적용요건 등을 두루 충족하여야 하는 사안의 특수성으로 인하여, 관련 사례가 그리 많지는 않지만, 꾸준히 이어지고 있고, ① 여성근로자에 대한 '모성보호'라는 일반적 차원, ② 태아의 보호라는 '생명권' 차원, 그리고 ③ 산재보험법적 '재해보상'이라는 차원 등에서 다양한 해석과 판결 그리고 급여지급관련 사례의 판결이 보고되고 있다. 흥미로운 것은 실제 관련 판례들이 급여지급과 관련, 생명권을 중심하는 남부 카톨릭 주에서의 판결과 그렇지 않은 지역의 판결이 비교되고 있고, 또한, 구 서독과 동독이 독일연방공화국 (BRD)으로 하나로 통일되면서 발생한 통합 법 적용 문제⁸⁾ 등의 쟁점도 나타나고 있음이 주목된다.

특히, 주목되는 점은 업무상 재해의 인정에서 민법에서 발전한 귀책이론 (Zurechnungstheorie)인 손해배상책임의 상당인과관계론 (Adäquanztheorie)과 달리, 사회법상 규범목적 (Normenzwecklehre)을 중시하는 손실보상차원의 '중요조건설 (Theorie der wesentlichen Bedingung)'의 적용여부가 중요한 비교 검토의 의의를 갖고 있다.⁹⁾ 중요조건설은 "어느 조건이 결과에 대하여 원인이 되기 위하여서는 그 조건이 다른 조건들과 비교하여 불

8) Gesetzliche Unfallversicherung - Unfallversicherungsschutz - ehemalige DDR - Berufskrankheit - Schädigung der Leibesfrucht durch berufliche Einflüsse auf die Mutter - kein §12 SGB 7 entsprechender sozialversicherungsrechtlicher Schutz, Sächsisches Landessozialgericht 6. Senat, 2016.10.19. 참조.

9) 이상광, "산재보상보험법의 인과관계에 관한 고찰 - 상당인과관계설과 중요조건설을 중심으로", 『사회법의 발전과 과제』, (주) 중앙경제, 2018, pp. 394-430 참조.

때 결과에 대하여 가지는 특별한 내적 관계로 인하여 결과 발생에 중요하게(wesentlich) 기여한 조건인가¹⁰⁾라는 관점에 원인관계와 그 보상대상 여부인가를 판단한다. 이 이론에 따르면 모든 조건을 동일한 가치가 있는 것으로 간주하는, 인과관계의 조건설(Adäquanztheorie)과는 달리, 결과발생에 기여한 조건들 중 “법적 관점에서 보아” 결과발생에 중요하게 작용한 조건만을 그 결과 발생에 대한 원인으로 보는 법리를 의미한다. 따라서, 결과발생의 원인을 사전적으로 (ex ante), 예견가능성 (Vorhersehbarkeit)에 기반하여 일반적, 통상 경험적이나, 추상적으로 보지 않고, 사후적으로(ex post), 각 사례의 구체적이며, 개인적 관점에서 인과를 규명하는 방법이다. 상당인과관계설은 ‘상당성 (Adäquität)’을 기준으로 그 조건을 결과발생에 귀책시킴에 반하여, 중요조건설은 ‘중요성 (Wesentlichkeit)’을 기준으로 그 조건을 결과발생에 귀속시킨다. 이상광교수는 중요조건설은 한마디로 상당인과관계설이 예정하고 있는 인식가능성 (Erkennbarkeit)과 예견가능성 (Vorhersehbarkeit)을 제거해버린 것이며, 이것은 “산재보험법상 인과관계고찰은 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 손해발생간의 인과관계고찰이 행위자에게 그 손해를 귀책시키는데 있지 않기 때문”¹¹⁾이며, 산재보험법에서는 규범목적이 “어느 사고 또는 어느 손해가 근로자를 보호하고자 하는 산재보상보험법의 위험영역 즉 위험범위 (Risikosphäre)에 있는가를 밝혀 그 근로자를 그 위험으로부터 보호하고자 하는데 있기 때문”¹²⁾이라고 밝히고 있다. 한편, 대법원의 판결은 재해의

10) 상동, 같은 곳, p. 414 참조. 이 개념은 독일제국보험청 (Reichsversicherungsamt, RVA)에 의하여 정립되고 제2차 세계대전 독일연방사회법원 (BSG)에 의하여서도 계수되었으며, 오스트리아의 행정법원 및 최고법원에서도 발전해 온 개념으로 민법의 손해배상법리와 달리 손실보상적 근거로 오늘날 독일과 오스트리아 사회법 판결의 중요한 법리로 자리 잡았다. 상동, 같은 곳 참조.

11) 상동, 같은 곳, p. 416. 참조.

12) 같은 곳, 참조. 물론, 이 중요조건설을 적용하는데 문제점은 인과관계 판단의 기준인 ‘중요성(Wesentlichkeit)’의 개념으로, 이것은 논리적 판단이 아닌, 일종의 가치

인정에서 보상의 결과를 도출하는 데 있어 해석론상 다소 추상적으로 “산재보험법의 해석상 임신한 여성근로자에게 그 업무에 기인하여 발생한 ‘태아의 건강손상’은 여성 근로자의 노동능력에 미치는 영향 정도와 관계 없이 산재보험법 제5조 제1호에서 정한 근로자의 ‘업무상 재해’에 포함된다고 봄이 타당하다”¹³⁾고 실시하면서도, 인과관계에 대한 위 두 개의 법리 중 어떤 법리에 근거하여 재해의 인정여부와 그 포섭이 어떻게, 어떤 절차와 방식에 의해 그리고 요양급여지급 대상이 되는지 결과도출까지 나아가는 지를 명확하게 밝히지는 않고 있다. 다만, 대법 판결은 “구체적 분쟁사건의 재판에서 법률 또는 법률조항의 의미·내용과 적용범위가 어떠한 것인지를 정하는 권한, 곧 법령의 해석·적용권한은 사법권의 본질적 내용이고 법률이 헌법규범과 조화되도록 해석하는 것은 법률해석·적용상 대원칙이라면서 어떤 법률조항에 대하여 여러 갈래의 해석이 가능할 때 법원으로서서는 가능하며 입법권을 존중하여 입법권자가 제정한 규범이 존속하고 효력이 유지될 수 있도록 헌법에 합치되는 해석, 즉 합헌적 법률해석을 선택하여야 한다”¹⁴⁾면서, 헌법 제32조 제4항 여성의 근로권의 특별한 보호, 제36조 제2항의 모성에 대한 국가의 보호의 의무와 성별에 의해 차별받지 아니할 헌법 제11조 평등권 등을 그 근거로 들고 있다. 동시에 “산업재해의 위험을 사업주나 근로자 어느 일방에게 전가하지 않고 공적 보험을 통해 분담하도록 하는 것이 산재보험제도의 목적에 충실한 해석인 점, 산재보험이 민사상 구제에서 사회보험으로 발전하게 된 계기, 민사상 불법행위책임 증명의 어려움, 사업주의 무자력, 구제기간의 장기화 등을 고려하면, 임신한 여성 근로자의 업무에 기인한 태아의 건강손상을 업무상 재해에 포함시켜 산재보험법의 적용을 받도록 하는 것이 근로자는 물론 사업주에게도 바람직하다”고 하며, 이 부분에서 재해와 보상의 규명에

판단 (Wertentscheidung)에 속한다. 그것은 ‘다른 조건들보다 중대한 의미 (von überagender Bedeutung)’로 이해되고 있는데, 이때 어느 것이 과연 중요한 것인가에 대한 논쟁이 대두될 수 있다.

13) 대법원 2020.4.29. 2016두41071 판결, 요양급여신청 반려처분 취소, p. 8 참조.

14) 같은 곳. 참조.

상당인과관계설 (Adäquanztheorie)보다는 산재보험법 특유의 규범목적설 (Normenzwecklehre)의 입장을 따르고 있음을 보여주고 있다.

한편, 독일에서 주로 판례에서 문제가 되는 사례들을 살펴보면 다음과 같다. 즉, 임신 중 태아의 건강 손상이 유전병이나 모가 아닌 ‘부’영향에 의한 것은 아닌지 여부, 모가 알코홀리즘에 빠진 상태에서 상당기간 태아의 이상 징후가 나타날 경우 모의 이러한 습관성 알코홀리즘과 모의 그에 대한 ‘부주의나 과실 (Fahrlässigkeit)’로 인한 것인지 등에 따라 업무상재해 인정여부를 다투는 사례¹⁵⁾들이 자주 보고되고 있는 대표적 사례들이다. 이러한 점은 관련 사례가 재해보상에 해당하는지를 법리적으로 다투는 단계에서 나타나는 인과관계의 규명과 그와 관련된 ‘입증책임 (Beweislast)’의 문제라 할 수 있다. 입증의 문제와 관련 일반적인 경우와 달리 업무와 재해의 엄밀한 ‘인과관계의 원리 (Kausalitätsprinzip)’보다는 상당한 ‘개연성 (Wahrscheinlichkeit)’이나 ‘중요조건 (wesentliche Bedingungen)’이 입증되면 족한 것으로 본다는 점이다.¹⁶⁾ 구체적인 사례에서는 이러한 점이 법리와 법 적용에 있어 중요한 사안들이다. 필자의 개인견해로는 우리나라의 제주의료원 간호사의 경우 서울대 산학협력단이 실시한 역학조사에서 인과관계가 인정된 사례로 그 정도의 입증이면 독일의 사례에 비추어 1심 행정법원의 판결과 같이 업무상 재해로 인정되었어야 한다고 본다. 문제는 항소심 고등법원은 1심의 판단과 달리, 법리를 다투는 것이 아니라 업무상 재해여부 인정여부와 달리 현행 우리나라 산업재해보상보험법상 여성근로자인 모와 별도의 생명체인 태아에 대한 급여의 지급권을 인정하는 법률규정의 ‘부재’를 들어 이를 인정하지 않았는데, 이를 대법원이 ‘해석론상’ 부당하다고 보았다는 점이다. 이 부분은 일응 관련 명시적인 입법례를 두고 있는 독일의 사례와 비교하여 법원 판결의 핵심적인 쟁

15) “Durchführung des Gesetzes über die Entschädigung für Opfer und Gewalttaten, VR DEU BMA 1982-03-01 VI a 2 - 52039”, 『Bibliothek BSG』, SozRA a 601 참조.

16) Schädigung der Leibesfrucht - Berufskrankheit - Halothan - Kausalität - Wahrscheinlichkeit, Hessisches Landessozialgericht 3. Senat, 1992.12.9. 참조.

점이라 할 수 있다. 거슬러 올라가면 관련 법의 규정여부 등 법 ‘형식’ 및 ‘절차’ 논리를 따르면 독일에서도 처음에 법원이 기존 산재보험법상 지급대상이 아니라고 판단한 판결에 대하여, 해당 원고가 법 규정에 대하여 이러한 법적 미비에 대하여 소송을 통해 마침내 연방헌재 (BVG)의 위헌결정¹⁷⁾을 받았고, 이후 관련 새로운 법 규정이 이루어지게 된 상황을 보더라도, 그러한 독일의 입법과정에 비하여 우리 법원의 해석이나 법 적용 과정에서 논란은 해석론 외에 궁극적으로 이를 입법론적 차원에서 해결하여야 하는 상황에 있다고 할 수 있다. 이 점은 형식적인 법 논리를 보완하는 적극적인 법 해석을 통해 법적 안정성을 해치지 않으면서도 관련 산재보험법 규정의 보다 현실에 부합하는 해석과 적용이 가능할 것으로 전망한다. 다행스럽게도 근 10년 가까이 사회적 쟁점이 되며 관련 법제도적 대응방안에 대한 사회적 합의가 형성된 여건이어서, 법원이 법형식론적 관점에만 머물지 않고, 구체적 사실관계에 근거하여 헌법상 기본권 측면과 사회보장법 측면에서 적극적인 판단을 하고 관련 재해보상이 이루어지게 된 것이다. 이러한 법 규정과 시행이 되고 있는 독일의 경우에도 이런 임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험적용이 사안이 업무상 재해여부와 역학조사까지 거쳐, 법원에서 급여의 사례로 인정되는 경우는 그리 많지 않다.

한편, 이 사안은 공교롭게도 현행 산재법상 모와 태아의 재해보상 인정 및 그와 관련된 지급되는 급여의 경우에 몇 가지 고려사항을 담고 있다. 우리의 경우 입법과정에서 급여와 관련 우리 산재보험법상 다양한 정의와 기준들이 이미 확고한 규정으로 존재하기 때문에, 이러한 특별한 사례에 대한 급여의 지급기준을 어떻게 판단하고 규정할 것인지의 문제가 남는다. 필자의 견해로는 원칙적으로 입법형식은 독일과 같이 산재보험법상 별도의 규정을 두는 방안 (일반적인 재해보상의 기준을 포괄적으로 규정한 산재보험법의 체계를 따르며, 그 정의와 급여지급대상에 대한 별도의 독립

¹⁷⁾ Einbeziehung des nasciturus in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung, BVerfG 1. Senat, 1977.6.22 참조.

규정을 두는 방안이 가장 타당하다고 여겨진다)을 업무상재해의 일반규정에 추가할 것인지, 독일과 같이 업무상재해의 일반규정과 병렬적으로 별도의 규정을 정하고, 급여지급은 일반규정을 준용토록 할 것인지를 선택하여야 할 것이다. 그런 경우에도, 우리나라의 기존 산재보험법상 다양한 급여의 정의, 지급대상, 기준 및 수준에 대한 규정이 이미 존재하므로 원칙적으로 이러한 규정을 준용하는 방안을 취하고, 부가적으로 필요한 경우에 이를 법리상 별도의 해석이나 적용이 필요한 부분에 한해서 시행령 등을 통하여 이를 규정해 나가는 방안이 합리적이라고 보인다. 즉, 독일의 사례를 참조하되 우리의 기존 산재법과 조응토록 관련 법 규정 및 시행령이 제정될 필요가 있다. 그렇기 때문에 임신 근로자 건강손상 시 산재보험 적용방안을 준비하며 입법레나 사례가 많지 않다하여, 개별적으로 기존 산재보험법과 별도의 급여기준을 설정하거나, 규정하는 것은 유사한 다른 경우에도 그런 방식으로 하여야 하는 문제가 대두될 수 있고, 예상되는 구체적인 사례에 비하여 관련 규정의 실질적인 효용도가 그리 크지 않을 것이라는 점에서 법 규정을 가급적 단순하고 명확히 하여야 할 필요가 있다. 또한, 우리나라 제주의료원의 사례와 독일의 산재보험법 규정의 해석과 적용의 가장 핵심적 쟁점의 하나는 입법규정이 미비한 상황에서 이를 업무상 재해로 인정하여야 한다는 점 외에, 그렇기 때문에 독일의 ‘자연적 통일체 또는 본성상 단일체 (natürliche Einheit)’설을 따라 급여지급을 할 경우에 근로자로서 업무상재해를 입은 모의 재해보상 대상여부와 그 내용, 그리고 출생한 자녀에 대한 급여의 수급권과 청구권문제를 명확히 하여야 할 것이다. 이 점은 독일의 입법레나 법 규정을 보면 임신근로자 태아의 건강손상 시, 모에게 발생하는 업무상 재해와 ‘마찬가지로 (원인요건)’, 태아에게도 본성상 단일체로 업무상 재해로 인정되어 ‘태아 (수급대상요건)’의 산재보험급여 수급권과 청구권을 인정하는 규정이라 할 수 있다. 따라서 개별급여의 지급방안과 관련하여, 급여청구와 수급권 주체문제에 대한 명확한 법리의 이해와 이에 근거한 법률안 마련이 요구되고 있다.

본고에서는 이러한 사항들에 대하여 검토하고자 한다. 그 주요 대상은 임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험법 적용을 전제로, 법 적용의 목적 및 취지, 법 적용 요건 및 방안, 입법 형식 등이다. 본고는 아울러, 차제에 더 나아가 그간 너무 협소하게 해석되어 온 기존 우리나라 산재보험법의 적용방안 개선에 대한 문제로 그간의 산재보험 적용의 법적 요건으로 간주되었던 사항들에 대한 재검토의 필요성을 제안하고자 한다. 먼저, ‘노동관계’와 엄격한 ‘업무상 상관관계’를 기준으로 ‘업무상 재해’의 법적요건을 판단하며, 우선적으로 사용자의 집단적인 책임보험으로서 간주되어 오던 산재보험이 본 사례와 같은 법적용의 확대방안에 대한 검토를 계기로, 점차 노동관계와 노동시장 내 고용형태의 다변화 그리고 전통적인 종속적 근로자와 자영인의 경계가 모호해져가는 상황에서, 그러한 기존 기준들을 확대하여 재해보상이 보다 포괄적으로 이루어질 수 있는 방식으로 산재보험의 단계적인 적용방안이 확대될 필요성이 있음을 강조하고자 한다. 그것은 첫째, 산재보험이 노동법적 관계, 즉 사용자의 집단적 책임보험 성격에서 점차 ‘사회보장법적 관계’로 확대되어야 할 필요성이 증가하고 있는 점에서 찾을 수 있다. 둘째, 이것은 산재보험의 법적 성격이 ‘손해배상’적 차원 외 사회보장법적 ‘손실보상’으로의 의의가 강조되어야 할 필요성을 의미한다. 셋째, 그 때문에 노동법적 대상인 근로자로부터 사회보험으로서 산재보험 적용대상은 ‘피보험자’ 더 나아가 ‘취업자(Beschäftigte)’로 그 개념이 확대되어야 할 필요성도 강조하고자 한다. 단, 본고에서는 논의의 집중을 위하여 이러한 법적 쟁점들을 현행 산재보험법 체계의 근원적인 변화를 의미하는 것으로 이는 다른 연구로 넘기고, 본고에서는 임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험적용 여부를 둘러싼 논의에 집중하고자 한다.

2. 기존 법 규정과 관련 논거 및 쟁점

국가는 모성의 보호를 위하여 노력하여야 한다 (헌법 제36조 제2항)는

것과 같이 ‘우리 헌법이 모성권 보호를 국가의 의무로 규정’하고 있는 이유는 임신과 출산, 양육이라는 재생산 과정 없이 공동체가 존속할 수 없으므로 임신, 출산, 양육에 필요한 보호를 개인에게 전가하지 아니하고 공공영역에서 마련해야 함을 강조하는 것이고, 또한, ‘우리 헌법은 여자의 근로는 특별한 보호를 받는다’고 선언(헌법 제32조 제4항)하고 있는데, 이는 임신과 출산과정에서 발생할 수 있는 업무상 유해요소로부터 여성과 태아가 충분한 보호를 받아야 함을 뜻한다.

그러나 모성보호와 여성근로에 대한 특별한 보호를 천명하고 있는 이러한 헌법 규정에도 불구하고, 노동자의 업무상의 재해를 신속하고 공정하게 보상하기 위하여 제정된 산업재해보상보험법에는 임신 중인 여성노동자에 대한 내용이 마련되어 있지 못하다. 이것은 현행 산업재해보상보험법이 근로자의 재해인정은 물론, 여성근로자에 대한 배려나 모성보호의 차원을 특별히 별도로 고려하지 아니하고 있음을 나타내고 있다고 할 수 있다. 현대 산업보건학계에서 유산이나 불임, 2세의 선천성 질환과 같은 생식보건의 문제가 쟁점이 되고 있는데, ‘생식독성을 일으키는 화학물질을 취급하는 사업장이 많고’, 다양한 분야의 산업현장에 만연한 ‘교대근무제’가 노동자의 생식기능에 나쁜 영향을 미치고 있어 특히 여성근로자에 대한 사회적 보호와 관련 법제도적 개선방안이 요구되고 있다. 생식보건의 문제는 우리 모두가 능히 예상할 수 있는 ‘안전보건상의 위험’에 해당함에도, 현행 산업재해보상보험제도는 그 위험에 적절히 대비하고 있지 못하고 있으며 본 연구의 중점 분석대상인 제주의료원 간호사의 경우와 같이 ‘2세의 선천성 질환’ 문제에 대하여는 사실상 아무런 대책을 갖고 있지 않다는 점은 매우 중대한 제도적 불비이고 입법의 흠결이다.¹⁸⁾

18) 상동 같은 곳, 참조

III. 독일의 산재보험법 규정 입법례와 시사점

1. 독일 사회법 제7권 제12조 태아의 보험사고 법 규정

독일의 사회법 제7권 산재보험 제12조 규정에 따르면 “임신 중 모친의 보험사고로 인한 태아의 건강손상도 보험사고에 해당된다. 태아는 피보험자와 동등하다. 모친의 직업병을 야기하기에 적합한 것으로 보이는 영향으로 인하여 태아의 건강이 손상되었다면 이는 보험사고로 간주될 수 있다.”고 규정하고 있다.

§ 12 SGB VII Versicherungsfall einer Leibesfrucht (태아의 보험사고)
- Versicherungsfall ist auch der Gesundheitsschaden einer Leibesfrucht infolge eines Versicherungsfalles der Mutter während der Schwangerschaft; die Leibesfrucht steht insoweit einem Versicherten gleich. Bei einer Berufskrankheit als Versicherungsfall genügt, daß der Gesundheitsschaden der Leibesfrucht durch besondere Einwirkungen verursacht worden ist, die generell geeignet sind, eine Berufskrankheit der Mutter zu verursachen.

이로서 산재보험의 피보험자인 모성 여성노동자뿐만 아니라 ‘태아’의 보험급여 청구권 및 수급권을 동일한 것으로 인정하고 있다.

이와 관련된 대표적인 판례는 1977년 독일연방헌법재판소(BVG)의 결정¹⁹⁾에서 그 근거를 찾을 수 있으며, 이후 대표적인 판례들이 축적되어 오고 있다. 독일은 관련 헌법재판소의 결정이후에 산재보험법 규정을 마련하여, 위 조항과 같이 태아의 산재보험급여 청구와 수급권을 인정하고 있다. 단, 이 규정이 전체적으로 확대되어 적용되는 데에는 신중한 경향을

¹⁹⁾ BVerfGE 45, 376, Beschluss des Ersten Senates vom 22. Juni, 1977 - BvL 2/74 - Unfallversicherung.

보이고 있는 점이 주목되며, 이것은 산재보험법적 보호와 보험 연대공동체로 성립되고 운영되는 사회보장법으로서 산재보험법과 관련 타 가입자의 형평성과 보험급여 지급의 보장성 균형을 이루고자 하는 것으로 볼 수 있다.

이 법 규정의 제정을 초래한 1977년 독일 연방헌법재판소의 판결내용을 분석하면 다음과 같다.²⁰⁾

(1) 개요

1969년 출생한 원고는 출생 후 6개월 만에 ‘태아풍진(Röteln-Embryopathie)’으로 진단되었는데 이 질병의 결과, 원고는 경련을 동반한 통증 그리고 정신적, 신체적 손상이 상당히 큰 뇌손상을 입었고, 평생 간병의 필요가 있게 되었다. 출생 아동의 이 질환은 소아병동에서 간호사로 근무 중이던 어머니가 임신 중 앓게 된 풍진병의 결과로 밝혀졌는데 공교롭게도 우리나라 제주의료원 간호사의 경우에 유사하게 생식 독성물질에의 노출로 인한 여성근로자의 산업안전보건 및 산재보험 사고였다 할 수 있다. 초심에서는 이 질병이 1968년 6월 20일 제7차 직업병령 (BGBl 1 S. 721)에 대한 관련 법규인 제국보험령 (RVO) §551조 37호 별표 1의 질병에 해당하는 지가 문제가 되었다. 먼저, 보험자는 태아는 법정 산재보험의 보호에 포함되지 않는다고 건강손상을 입은 태아에 급여지급을 거부하였으나, 1심 사회법원은 제국보험령 §539 1항 1호 규정과 제국보험령 §580, §581항을 ‘유추’적용하여 피고의 질환이 업무상 사고로 인해 손상된 사건이라고 보고 연금지급 대상임을 판결하였다. 그러나, 이와 반대로 항소심에서는 상급심인 라인란드 팔쯔 주 법원은 제국보험령에 대한 그와 같은 방식의 법 해석이나 유추적용 및 법리의 형성은 가능하지 않다고 보고, 기본법 §100조 1항에 따라 재판을 중지하고, 연방헌법재판소(BVG)에 “법정재해보험법의 신 개정법 (UVNG - 1963년 4월 30일: BGBl 1 S,

20) 동 사실관계의 해석은 K. Palsherm, Juris PK-SGB VII 2Auf.의 §12 SGB VII Versicherungsfall einer Leibesfrucht, 2014. pp. 1-11를 참조.

241)에 대한 제국보험령 §539조 및 548 이하 규정에 따라 보험보호에 임신부 피보험자의 미 출생 아동을 포함시키지 않은 것이 기본법과 합치하는지 판단을 구하였다.

(2) 판단

독일연방헌법재판소는 위 사안에 대하여 “어머니와 태아사이의 (해체 불가능한 생물학적) ‘본성상 단일체’로 만약 ‘태아’가 어머니의 임신기간 동안에 발생한 보험사고로 인해, 건강이 손상되었음에도 불구하고 법적인 산재보험을 통한 보상을 받지 못한다면 이는 기본법 §3조의 동등대우 및 기본법 §20조 제1항 사회국가 원칙에 위배된다.”고 판정하였다.

이와 관련 주무 행정부서인 독일연방노동사회부 (Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung)는 원고의 어머니 풍진질환이 피보험자 업무와의 관련성이 충분히 입증되지 않고²¹⁾, 미래 태아를 법정재해보험에 포함시키도록 ‘사회정책적’ 고려를 할 수는 있으나, 이를 위헌이라고 할 수는 없고, 이 문제는 기타 관련법으로 연방사회부조법(Bundessozialhilfegesetz), 모성보호법 (Mutterschutzgesetz), 재활급여조정법 (Gesetz über die Angleichung der Leistungen zur Rehabilitation vom 7. August 1974-BGBL 1 S, 1881), 장애인 사회보험 신개정법 (Neuregelung des Gesetzes über die Sozialversicherung Behinderter vom 7. Mai 1975 - BGBi. 1 S, 1061) 등으로 해결할 문제이지, 업무와 재해와의 인과관계를 근거로

21) 당시의 독일 연방노동사회부의 이러한 주장, 즉, 원고 어머니의 풍진 질환이 피보험자 업무와의 관련성이 충분히 입증되지 않아 급여지급대상이 될 수 없다고 한 반면, 본 연구에서 다루는 우리나라 제주의료원의 경우, ① 동일 사업장 내 반복적으로 발생한 유사사태가 다수이고, ② 역학조사를 거쳐 업무상 관련성이 입증되었다는 점, 즉 그것이 산모인 간호사의 생식 독성물질에 노출되어 발생한 업무상 재해에 해당한다고 본 점에서, 제주의료원 보험사고가 업무상재해로 인정되어야 할 당위성이 더 있었다고 보며, 대법원이 이것을 인정한 것으로 본다. 통상적으로 이런 경우 민법상 사용자를 상대로 한 손해배상청구 소송으로 대응하나, 독일은 이것을 사회법상의 산재사고로 인정하고, 관련 재해보상을 하는 법 규정을 마련 시행하고 있는 나라라는 점에서 특별한 시사점을 주고 있다.

운영되는 재해보험법의 대상은 아니라고 주장하였다. 동시에 어머니의 업무상 사고나 업무상 질병과 아동의 건강손상 사이의 인과관계는 통상적으로 의학적으로 입증이 어렵기 때문에, 재해보험 보호에 태아를 포함시키지 않은 것으로, 이것이 인간존엄 등 기본법 조항에 위배된 것이 아니며 급여지급에 부정적 입장을 밝혔다. 이러한 독일연방노동사회부의 관점은 전통적으로 산재보험법상 업무와 재해의 업무상 상관관계, 입증절차, 산재보험 급여수급 요건에 대한 법 형식적 요건을 우선시 한 입장이라고 할 수 있다. 동시에, 이러한 법리나 형식적 요건을 중심으로 한 법 해석과 달리, 미래의 태아를 법정재해보험에 포함시키는 여부를 ‘사회정책적’ 고려라 보고, 이를 법리와 달리 관련 급여지급의 필요성여부에 대해서는 인정할 수 있다는 태도를 보여 주목되었다. 반면, 우리나라의 1심인 행정법원의 판결과 달리, 고등법원의 입장도 이러한 법 형식과 법적 안정성을 우선시한 입장이라고 할 수 있다. 현재 우리나라 고등법원의 판결은 현행 산재보험법상 관련 급여규정의 부재 등 법 형식적 요건을 그 판결이유로 하고 있는 반면, 급여의 청구권과 수급권 주체 등의 문제는 명확히 하지 아니하고 있었다.

한편, 독일연방행정법원 (Bundesverwaltungsgericht)은 추방자의 ‘태아’는 추방 시에 이미 생성된 태아추방자로서 그에 대해 어떤 기본권 원칙도 다른 ‘법 적용영역’(Rechtsgebiete)에 적용될 수 없다고 보았던 선행판결의 입장에서 태아에 대한 권리인정에 대해 유보적 입장을 밝혔다. 이는 기본권과 관련 ‘속인주의 원칙’중심인 독일의 법체계 및 관련 해석을 반영하는 것이라 할 수 있는 데, 독립된 태아의 급여의 청구권과 수급권의 인정문제를 다루고 있다는 점에서 주목되나, 태아에 대한 기본권과 사회법적 권리를 행정법적 해석을 통해 우회적으로 인정하지 않는 태도를 보인 것이라 할 수 있다.

또한, 독일연방사회법원 (Bundessozialgericht)은 태아의 건강손상에 산재보험 보호를 확대하는 것에 대해 종전규정에 근거하여 부정적인 입장이었으나, 당시 현재결정시까지의 아직 판결을 내린 바는 없었고, 독일대법

원 (Bundesgerichtshof, BGH) 역시 쟁점이 되는 규정에 대한 판결을 내린 바가 없었다. 단, 연방대법원은 태아의 손해배상청구권은 민사적 관점에서 출생 전 손상을 입은 아동의 재해보험에 대한 보상청구권이 보장되어야 한다는 데 반대하지는 않고 있었다. 그러나 오늘날 관점에서 보면 이런 정도의 ‘태아’에 대한 민사상 손해배상청구권은 현재에도 대다수 국가에서 인정되는 정도의 범위라 할 수 있을 것이다.

한편, 독일헌법재판소는 위헌소송에서 태아의 산재보험 적용제외를 결 과한 관련 법률이 위헌이라 결정하였다. 독일 헌법재판소가 이와 관련 적 시한 법리는 독일 기본법 ‘인간의 존엄 (Menschenwürde)’, ‘모의 기본권 (Grundrecht der Mutter)’, ‘생명과 신체를 침해받지 않을 권리 (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit)’, ‘보편적인 평등의 원칙 (Allgemeine Gleichheitssatz)’ 및 ‘사회국가원리 (Sozialstaatsprinzip)’ 등이 었다. 다음이 독일연방헌법재판소의 결정 주요내용이다.

결정 주문(Entscheidungsformel)

Die Vorschriften des Dritten Buches der Reichsversicherungsordnung in der Fassung des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der gesetzlichen Unfallversicherung (Unfallversicherungs-Neuregelungsgesetz - UVNG) vom 30. April 1963 ... sind mit Art. 3 Absatz 1 des Grundgesetzes in Verbindung mit dem Sozialstaatsprinzip (Artikel 20 Absatz 1 des Grundgesetzes) insoweit unvereinbar, als sie das als Leibesfrucht einer versicherten Mutter geschädigte Kind nicht in die gesetzliche Unfallversicherung einbeziehen. (1963년 4월 30일 법정 재해보험법(재해보험-신개정법 - UVNG)의 신개정법에서, 제국보험령 제3 권의 규정이, 피보험자인 모의 태아로 건강손상을 입은 아동을 법정 재해보험에 포함시키지 않은 것은, 사회국가 원칙과 관련하여 기본법 제3 조 제1항과 합치하지 않는다)

독일 헌재 결정의 기본법 조항 중 관련 법 규정

Artikel 3

- (1) Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich.(모든 인간은 법 앞에 평등하다)
- (2) Männer und Frauen sind gleichberechtigt. Der Staat fördert die tatsächliche Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und wirkt auf die Beseitigung bestehender Nachteile hin.
- (3) Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden.

Artikel 20

- (1) Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat. (독일연방공화국은 민주적이며 사회적인 연방국가이다)
- (2) Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der vollziehenden Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.
- (3) Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden.
- (4) Gegen jeden, der es unternimmt, diese Ordnung zu beseitigen, haben alle Deutschen das Recht zum Widerstand, wenn andere Abhilfe nicht möglich ist.

이와 같은 독일연방헌법재판소의 위헌 결정을 근거로 결국 입법자들은 이 측면을 고려하여 종전 ‘제국보험령(Reichversicherungsordnung: RVO) 제3권 재해보험법’상 제555a조 제국보험 관련 규정을 만들었고(이후 사회법 규정의 제정과 함께 폐지), 이는 1996년에 제정, 1997년 1월 1일부터 발효된 연방사회법 제7권(7. Siebtes Buch Sozialgesetzbuch - Gesetzliche Unfallversicherung vom 7. August 1996 - BGBl. I S. 1254) 제12조에 명문화된 현재의 내용이 되었다.

입법과정에서 연방상원 (Bundesrat)은 이 규정의 보호범위를 임신기간 동안 어머니의 직업병을 야기 시킬 수 있는 다른 특별한 영향들²²⁾에까지 확대하자고 제안했다. 이는 직업병 목록에 포함되지 않는 몇몇 유해물질에 노출되는 경우 태아의 건강손상이 가능하다는 가정 때문이었다. 그럼에도 동 규정의 적용 범위를 이처럼 확대하자는 이 제안은 입법과정에서 채택되지는 못하였다.²³⁾ 이 연방상원의 확대적용 안에 대해 반대를 한 연방고용노동부의 입장은 태아의 보호가 모의 보험사고로부터 분리되어서는 안 되고, 태아는 독립적인 피보험자가 아니고, ‘단지 급여청구권에서 모와 동등한 처우가 되는 경우에 한해서만’ 태아의 보호가 인정될 수 있다’는 법체계상 (rechtssystematisch)의 해석에 근거를 둔 것이었다.²⁴⁾ 가장 핵심적 사항은 §12조의 태아가 그 자체로는 법인격 (권리능력)이 없음에도 불구하고, 보험사고에 대한 보호를 조건부로 보장하게 되었다는 점이다.

2. 독일 연방헌법재판소 (Bundesverfassungsgericht, BVerfG) 결정의 의의와 관련 제정 법 규정원칙

22) 여기에 추가로 속하는 것들은 Dimethylformamid, Ethoxymethonol, Ethoxyethylacetal 등 임신부 ‘위해물질 배출에 대한 기술규정 (TRSG 900, Technische Regel für Gefahrstoffe Ausgabe)’ B에 분류된 것으로 태아에 손상을 초래할 위험성이 있는 물질 등이다. 연방의회 회의록. 13/2333, p. 7 참조.

23) K. Palsherm, Juris PK-SGB VII 2Auf.의 §12 SGB VII Versicherungsfall einer Leibesfrucht, 2014. p. 2 참조

24) 상동 같은 곳 참조.

위와 같은 배경 속에 제정된 독일 산재보험법 제7권 제12조 규정은 어머니와 태아가 임신 중 그들 사이의 “본성적 단일체”로 보험사고에 있어 동일하게 위험에 노출되어 있다는 점을 전제로 한다. 그러므로 태아 역시 피보험자인 어머니의 산재사고로 인해 건강에 손상을 입은 경우 태아 자신은 산재보험에 가입되지 않았지만, 산재 보험을 통한 보상을 받게 된다. 산재보험 급여 청구가 가능한 셈이다. 산재보험법 제7권 제12조는 태아의 ‘특별한 보험사고’로 규정하고 있는데, 개념적으로 제8조의 산업재해 (Arbeitsunfall) 혹은 제9조의 직업병 (Berufskrankheit)은 원칙적으로는 이에 해당하지 않는다. 이는 태아의 건강손상이 어머니의 직업병 (제9조)으로 인해 발생한 경우에도 마찬가지이다. 그러나 독일은 산재사고에 대한 독자적인 인정요건과 관련 급여수급권의 근거규정 마련을 통해 급여화가 가능하게 하였다. 한편, 이러한 태아의 산재보험사고는 이에 대한 산재보험법상 급여규정이 있는 독일에서조차 이것이 우선 산재사고로 인정되고, 이어서 급여화가 되고 있는 사례는 실제로 많지는 않은 실정이다. 이는 많은 경우 인정요건의 진위를 다투는 소송 (예를 들어, 모나 부의 선천성 유전병으로 인한 질병여부, 모의 고의 또는 과실이나 부주의여부 등)이 많고 거기에서 1차적으로 걸러지고, 그 다음 급여지급 대상여부를 검토하게 된다는 점에서 법적 안정성 및 법적 유용성여부가 유지되고 있다.

먼저 법리적으로 ‘태아의 생명권의 인정과 함께 산재보험 청구권의 인정’은 다음과 같은 순서와 법 해석상 법적 규정에서 고려되는 점은, ① 태아의 권리능력을 모와 동일하게 인정할 수 있는가. ② 그 권리능력은 어느 시점부터 인정할 것인가, ③ 업무상 재해 (직업병으로 인한 업무상 질병으로 인정하여 그 청구권을 인정할 경우)를 어느 범위에서 인정할 것인가의 문제이다. 독일연방헌법재판소의 결정과 독일 산재보험법 규정으로 확립되어 적용되어오고 있는 태아의 보험사고에 대한 인정과 관련 모의 업무상 질병으로 인하여 특별한 영향을 받은 경우 이를 모와 태아가 ‘본성적 단일체’로 보아 모에 인정되는 보험급여 청구권과 수급권과 마찬가지로 태아에 대해 독립적인 보험급여 청구권이 인정되어야 할 것이다. 민

사와 형사상의 태아에 대한 생명권과 법인격을 인정하는 시점의 차이가 있으나 그러한 태아의 권리능력이 ①항의 ‘본성적 단일체론’에 의거하여 인정되는 한, 급여지급의 인정요건으로서 임신시 모의 유해인자 등에 노출되어 발생한 건강상의 손상이면 족할 것이고, 이러한 산재사고의 ‘인정요건’에 근거하여 민형사상의 정의와 비교하여 태아역시 ‘산재법적 수급권’을 갖는 독립적인 법인격체로서 건강손상이 발생한 출생 직후부터 모와 별도로 독립적인 급여청구권과 수급권을 갖는 것으로 보아야 하는데 어려움은 없을 것으로 보인다.

오히려 문제가 되는 것은 ③ 업무상 재해로 업무상질병 및 급여 ‘범위’를 어느 범위에 까지 인정할 것이라 할 수 있는데 여기에서는 업무상 재해로 인정을 전제로 기존 산재법상 급여정의와 지급기준이 존재하므로 이를 적용하거나 준용하면 될 것이고, 이 분야 입법례가 가장 명확한 독일 산재보험법의 입법례 및 법률규정을 참고로 관건이 되는 주요 급여 (요양급여, 장애급여, 유족급여 및 장의비와 장제비 등)을 참고로 할 수 있을 것이다. 특히 문제가 되는 급여액의 경우에도 연소득기준이 되는 ‘표준급여액 (Bezugsgröße)’에 상응하는 급여기준을 국내법의 관련 규정을 기준으로 하여 노동능력상실을 정하되, 독일의 입법례를 참고로 이를 연령별로 분리 적용하는 방안을 참고할 필요가 있다고 하겠다. 연소득과 표준급여액 상당 기준급여액은 고용노동부장관이 위 사항을 참고로 결정하여 고시하면 될 것이다. 무엇보다 우리나라의 경우 현행 ‘산업재해보상보험법’, ‘모자보건법’ 그리고 ‘산업안전보건법’상 임신 여성노동자의 업무에 따른 ‘태아의 건강손상에 대한 명문의 규정이 없는 상황’으로 입법론적 해법이 조속한 실정이다.

이 사건 원고들의 자녀가 심장질환을 갖고 태어난 것은 제주의료원에서 발생한 안전보건상의 위험에 해당하고, 그러한 위험을 사용자나 노동자 어느 일방에게 전가하지 않고 공적 보험을 통해 산업과 사회 전체가 분담토록 하는 것이 산업재해보상보험 제도의 목적에 충실한 해석이라 할 수 있으며 업무상 재해로 인정하는 규정을 신설할 필요가 있다.

여기에서 서울고법 판결의 주된 항소 기각사유는 동 사안에 대하여 무엇보다 ‘법형식적 차원’에서 현행 산재보험법상 바로 그러한 산재사고에 대한 명문의 규정과 관련 급여지급 규정이 부재하다는 것이었는데, 대법 판결문과 같이 이는 임신 근로자 태아의 건강손상 시 모와 태아의 산재보험법상 요구되는 사회적 보호의 필요성에 비추어 지나치게 법 형식만을 우선시 한 판단결과였다 할 수 있다. 대법은 그와 달리 그로 인하여 종전 또는 기존과 같이 임신근로자 태아의 건강손상 시 산재보험급여 청구할 근거가 전혀 없이, 그것이 임신 근로자인 모의 유해한 작업환경에서 초래된 건강손상임에도 산모는 물론 정신적, 신체적 건강이상을 안고 태어난 자녀에 대한 보호가 아예 불가능하다는 점을 고려하여 보다 적극적인 판결을 하였다.

필자의 견해로 이러한 적극적인 법 해석의 논거는 ① 산재보험법의 목적과 입법취지를 고려 (Normenzwecklehre) 하며, 임신근로자 자신에 대한 보호뿐만 아니라, 그가 임신 근로자로서 유해한 환경에 노출되어 초래된 태아의 건강손상에 대하여 민사법과 달리, ‘모’와 ‘태아’의 보호를 위한 사회법으로서의 산재보험법상 ‘사회적 보호의 필요성’이 존재함을 인정할 수 있고, 이에 대한 사회적 공감대가 높으며, ② 비교가 되는 독일의 경우에 동 사안과 유사사례가 이미 40년 전에 쟁점이 되어, 관련 보험사고의 경우에 산재보험규정이 마련되어 ‘외국에서 산재보험 급여화의 유사사례가 오랫동안 이루어지고 있다는 점을 참조’할 필요가 있고, ③ 이것이 절차적 요건을 통해 급여수급이 인정되어 ‘과잉침해의 우려가 없고’, ④ ‘법적 안정성을 침해할 이유가 되지 않는 반면, 오히려 사회통합에 기여’할 수 있다는 점 등을 종합적으로 감안한 보다 적극적인 법 실체적 판단이 요구된다는 점이다.

독일의 경우 우리와 다소 절차적인 면에서 차이가 있다면 이 나라는 연방헌재에서 관련 법적 보호의 필요성이 있었음에도, 관련 규정의 부재로 인하여 보호에서 당사자가 배제되는 상황으로 그러한 법적 미비와 하자가 있다는 점에 대해 위헌결정이 먼저 이루어지고, 이어 관련 법 개정을 통

해, 산재보험급여 지급규정이 마련되었다는 점에서 우리나라 제주의료원 사례보다는 법 절차적인 완결성이 존재한다고 하겠다. 원칙적인 수순이라면 우리의 경우에도 유사하게 관련 법원에서 소송 중 당사자의 신청에 의해서나 또는 당해 법원의 직권으로 현행 산재보험법 규정에 대해 위헌법률심사 청구가 이루어질 수도 있었을 것이다. 그러나 이러한 법적 미비와 법적 하자에 대한 법리 논쟁은 독일의 입법배경과 논쟁 그리고 구체적인 법률규정 등 강력한 시사점을 주는 유사사례가 존재하고, 입법자와 정책담당자 그리고 전문가 등이 모두 그러한 법 규정 마련의 필요성을 제기하고 있으며, 그것이 지나치게 엄격한 고용관계와 그 당사자만을 중심으로 판단해 온 기존 산재보험의 성격과 적용범위를 더 현실에 부합하도록 하는 등 ‘법적 유용성’제고 필요성이 오히려 시대정신에 부합된다고 본다. 그렇지 않으면 이러한 산재상황에서 그 모든 책임과 부담을 오로지 산재사고를 당한 임신 근로자인 모와 자녀가 져야한다는 현실을 고려하고, 현재 매우 취약한 상태로 다양한 산업안전과 산재로부터 방치되어 있는 모성에 대한 보호를 보다 더 강화하여야 할 시대적 요구를 감안한다면, 사회적 보호가 필요한 동 사안에 대하여 충분히 보다 적극적 법 해석과 그 적용이 가능하다고 할 수 있다. 아울러, 종전처럼 이 모든 것을 당사자의 민사소송방식 등으로 해결하기에는 소송에 드는 ‘비용’ 측면이나, 엄격한 인과관계를 전제로 하는 민사소송절차나 당사자의 ‘입증책임이나 부담의 문제’ 등 관련 수급권이 엄밀한 ‘인과관계론 (Kausalitätssprinzip)’에 의해서보다는, 사회법적으로 사안의 충분한 ‘개연성 (Wahrscheinlichkeit)’이 인정되면 사회보장 급여를 인정하여야 한다고 해석할 수 있는 논리적 귀결이 가능하다고 본다. 그러나 중요조건설을 따질 때 이러한 개연성은 단순한 가능성 (Möglichkeit)의 기준을 넘어 재해의 원인이 된 중요한 법적 원인이 무엇인지를 기준으로 판단한다. 즉, 산재보상보험법에서 인과관계 입증정도를 경감시키고 있는 것은 인과관계의 확실성을 입증하기란 매우 어려운 일로 입증정도를 어느 정도 경감시키지 아니하면 대부분의 사회급여 지급청구는 거부되기 때문인데, 그러하더라도, 입증 경감 정도는 ‘인과

관계 자체에 국한'되며, 사고발생 또는 사망, 부상, 질병 등 인과관계의 구성부분이 되고 있는 그 '연결고리에 관한 사실 여부 등의 문제'는 입증의 정도가 더 높아 확실성에 가까운 개연성의 입증이 요구된다.²⁵⁾ 이런 점에서 중요조건설은 상관관계인과설보다 경우에 따라서는 더 엄격한 판단기준이 될 수도 있다. 그러나, 산재보험법 보호 범위에 더 충실하게 부합하는 입장이라고 할 수 있다.

(1) 법 규정 원칙으로서 태아 보험사고 인정 요건²⁶⁾

독일 산재보험법 제12조 태아의 보험사고 (Versicherungsfall einer Leibesfrucht)의 전제 조건은 첫째 '태아의 건강손상'이다. 건강손상에는 육체적인 손상뿐만 아니라 심리적 정신적인 부분도 포함된다. 임신기간에 어머니에게 발생한 산재사고로 인한 직접적인 손상뿐만 아니라 간접적으로 영향을 받아 발생한 건강손상의 경우에도 전제 조건을 충족시킨다. 바로 법 규정의 두 번째 문단이 그것을 상정하고 있는데, 예를 들면 산업 재해로 인해서 뇌가 손상된 산모가 간질로 인한 발작을 일으켜 태아의 건강이 손상된 경우 또는 산업 재해를 겪은 후 산모가 치료를 받는 과정 (약물복용 혹은 치료를 받으러 가는 길에 - 제11조 1항)에서 태아에게 건강의 손상이 발생하는 경우가 있다. 특히, 산모에게 미치는 영향이 오직 태아의 건강손상만 발생시키고, 산모 본인에게는 아무런 영향을 주지 않는 경우에도 산모의 산재 보상을 위한 전제 조건은 충족된다. 왜냐하면 태아가 산모의 신체적 일부이고 그렇기 때문에 산모 본인도 손상을 입었다고 간주할 수 있기 때문이다. 일반적으로 태아의 출생 이후에 생긴 건강 악화 또는 간접적인 영향 또한 보상의 대상이 된다. 둘째, 독일 산재보험법 제7권 §12조의 보험사고는 어머니가 '임신 중에 발생'하여야 하고 이 '보험사고가 태아의 건강손상에 중요한 전제 조건 (원인)'이어야 한

25) 이상광, 앞의 논문, p. 426 참조.

26) Kreikebohm, Spellbrink, Waltermann (Hg.), Becksche Kurz-Kommentare, Kommentar zum Sozialrecht, 3 Auflage, C. H. Beck, 2013, p. 1959 참조.

다.²⁷⁾ 특히, 산재사고가 발생한 시기가 임신 중이었다는 점에는 ‘완전한 입증’이 필요하다. 이 경우에는 가능성만으로는 충분하지 않다. 예를 들면, ‘부’의 유전적인 손상에 의해 초래된 것이거나 (Verursachung durch genetische Schäden des Vater) 혹은 출생 이전에 어머니에게 발생한 영향 (예를 들면 전염병 혹은 감염, Infektion)으로 인해서 태아의 건강손상이 발생한 경우는 이 조항은 적용되지 않는다.²⁸⁾ 한편, 주목되는 것으로, 독일연방사회법원 (BSG)의 판례와 학설은 ‘출산과정’에서 건강이 손상되는 경우 역시 제12조의 건강손상에 포함된다고 본다. 왜냐하면 임신기간은 출생과정이 완전히 끝난 후에 종료되기 때문이다. 셋째, 태아의 건강손상과 어머니의 산재사이에 ‘인과관계’가 인정되어야 한다. 이는 ‘중요한 조건의 인과관계이론 (Die Kausalitätslehre von der wesentlichen Bedingung)’에 의한 것이다. 이 경우 인과관계의 인정을 위해서 완전한 증명 혹은 완전한 설득은 필요하지 않고, 오히려 충분한 ‘개연성’이 입증되면 된다. 넷째, 제12조 하단에 따르면 태아의 건강손상이 어머니에게 직업병을 유발하는데 일반적으로 적합한 ‘특별한 영향으로 인해서 발생한 경우’도 보상의 대상이 된다. 즉, 이와 관련 어머니가 실제로 직업병을 앓게 되었는지 아닌지는 전제 조건이 아니다. 일반적으로 직업병을 유발할 가능성만으로 충분하다.²⁹⁾

이렇게 볼 때 우리나라 제주의료원 간호사의 산재보험 청구권 신청은 이러한 보험사고의 법정 요건을 충분히 충족하는 사례에 해당한다고 할 수 있다.

27) Holtstraeter § 12 SGB VII, 1번.

28) K. Palsherm in JurisPK, § 12 SGB VII, 23번; Keller in Hauck/Noftz, SGB VII, § 12, 3f번.

29) Keller in Hauck/Noftz, § 12 SGB VII, 27, 28번.

IV. 산업재해보상보험법 재해보상 및 관련 급여규정 적용방안

독일의 산재보험법 관련 규정은 재해보상과 관련 향후 마련될 우리의 입법내용에 많은 시사점을 주고 있다. 그러나 독일 입법규정의 구체적인 내용을 살펴보면 이는 급여보상에 관한 독일 산재보험법상 전체적인 내용에 대한 안목과 이해를 전제로 한다. 이를 토대로 하여 이하에서는 독일의 사회법 산재보험법상 관련 법 규정을 비교 검토하고자 한다.

먼저, 요양급여 보상은 전제 조건에 해당하는 한 다른 보험사고의 경우와 동일하다. 제12조 첫 번째 문장에 따르면 태아는 피보험인과 동일하게 취급된다. 즉, 태아로 건강의 손상을 입은 아동은 법적 산재보험 기관을 상대로 ‘독립된 보상청구권’을 갖는다.³⁰⁾ 보험발생일은 출생일과 함께 시작된다.³¹⁾ 급여가운데 먼저, (장애)연금은 독일 사회법전 (SGB) 제7권 산재보험법 제72조 (Beginn von Renten: 연금의 개시) 제1항 2호에 따라 출생 다음날부터 지불된다. 출생 전 태아를 위한 가능한 치료는 어머니와 태아 사이의 유기적인 통일성 때문에 어머니의 보험사고로 인한 치료이고, 어머니의 보험사고가 아직 발생하지 않은 경우 그녀를 위한 예방적 치료로 간주된다.

휴업급여 (Verletztengeld)는 사회법전 제7권 제45조 (Voraussetzungen für das Verletztengeld: 휴업급여를 위한 전제) 전제 조건이 충족되지 않으므로 지불되지 않는다. 그러나 (산재보험이 아닌) 보험(의료보험)사를 상대로 ‘질병보상금’의 청구권을 가진다. 고려하여야 할 점은 우리나라에 적용 시에 건강보험법상 현물급여만이 주어지기 때문에 대체안이 검토될 필요가 있다. 한편, 만일 우리 산재보험의 급여 규정에 ‘모성보호 급여’를 신설하게 되면 그러한 모성급여 규정이 이 부분에 적용될 여지가 있다고 보인다. 또한, 연간소득의 계산시 아동인 수급자의 연간 근로소득은 제86

30) K.Palsherm in JurisPK, § 12 SGB VII, 30번.

31) Kreikebohm, Spellbrink, Waltermann(Hg.), Becksche Kurz-Kommentare, Kommentar zum Sozialrecht, 3 Auflage, C. H. Beck, 2013, p. 1959 주석 참조

조 (Jahresarbeitsverdienst für Kinder: 아동을 위한 연간 근로소득)에 따라서 계산된다. 아동인 기간 (15세 미만)에는 성인과 달리 근로능력의 상실만을 기준으로 하지 않고, 근로능력의 상실을 연령별로 별도로 정하고 있는데, 이것은 근로능력의 상실과 완전한 소득보전이 인정되는 성인과 달리 아동의 근로능력과 소득보전이 연령별로 다르다고 가정하고 있는 것이다. 이는 ‘준 비례성의 원칙’에 근거한 것으로 볼 수 있는데, 실제로 가능한 성인과 아동의 실질적인 근로능력 및 관련 근로소득을 산정한 것으로 합리적인 기준이라고 보인다. 이때 적용되는 표준급여액(Bezugsgröße)은 전년도 연금보험의 평균임금을 의미하며, 표준급여액은 연방노동사회부에서 마련, 연방 상원의 동의를 얻어 고시하고 있다. 이를 우리나라에 적용 시 이와 같이 전년도 연금보험 가입자 평균임금을 표준급여액 급여의 지급기준으로 매년 새롭게 산정하여 고용노동부 장관의 고시로 정하면 될 것이다. 산재보험사고 발생시점에 6세 미만의 피보험자의 경우에는 산재보험사고 발생시점에 기준이 되는 표준급여액의 25%가 지급되고, 산재보험사고 발생 시점에 기준이 되는 표준급여액의 33 1/3%이 지급된다. 그 이상의 경우에는 최저임금이나 최저생계비와 같이 연간근로소득의 하한이 적용되도록 하고 있다. 이런 보험급여의 기준은 소득활동능력 감소 시 산재보험법 제7권 제56조 (Voraussetzungen und Höhe des Rentenanspruchs: 연금수급권의 전제와 수준)에 따라 취업능력 감소의 정도를 결정하는 경험치 (berufliche Kenntnisse und Erfahrungen)를 참고하여 급여가 결정되며, 장애연금의 경우 제72조 1항 2호에 따라 ‘출생일 다음날’로부터 급여지급이 시작된다. 기타, 장애판정은 장애상태가 고정된 것으로 가정되는 시점으로 보는 일반 규정을 적용하면 될 것이다. 간병급여 (Pflegegeld)는 기타 간병 (제44조 1항: Pflege, 간병)이 필요시 보험급여가 지급된다. 동서독 통일로 구 동독지역과 서독지역 간에 급여의 차이가 아직 일부 지속되고 있다. 구 서독 지역의 간병비 (Pflegegeld)는 2015.7.1부터 2016.6.30.까지 월 330~1,318유로로 책정되었고, 2016.7.1.부터 2017.7.30.까지는 월

344~1,374유로이다. 반면, 구 동독지역의 간병비는 2015.7.1.부터 2016.6.30.까지 월 301~1,206유로, 2016.7.1.부터 2017.7.30까지는 월 319~1,278유로까지이다. 기타 급여는 의복과 시트류 마모를 위한 보상 그리고 맹인의 경우 제3자의 안내비용이 지급되며, 건강손상으로 인해 태아가 사산하거나, 출생 후 사망한 경우에는 조의금 그리고 장지까지의 운송비 (제63조: Leistungen bei Tod; 제64조: Sterbegeld und Erstattung von Überführungskosten)가 지급된다. 사망조의금 (Sterbegeld: 유족 급여)은 사회법전 제7권 제64조 1항과 사회법 제4권 제18조 1항에 규정된 표준급여액(Bezugsgröße)의 7분의 1을 지불하며, 장제비와 사망조의금 지급은 실제로 이를 지불한 사람이며, 통상 상속자나 부양의무자이다. 한편, 유산의 경우 ‘출생이후 사망’한 경우, 생존기간 동안은 위의 ‘건강 손상을 입은 경우’에 해당되는 보상이 이루어지고, 아동의 이후 사망이 ‘산재사고’로 인하여 (인과관계로) 발생한 경우 유족 급여와 장지까지의 운송비용을 지불하나, 유산의 경우 ‘태아’에게 보장되는 특별한 보험 상의 보호는 없다. 태아의 건강손상과 사산의 경우 태아가 어머니의 자궁 밖으로 나온 경우 보험 상의 보호가 시작되는데 유산의 경우 사산과 달리 이에 해당된다고 보기 힘들기 때문이다. 그러나 어머니의 유산이 산재사고로 발생하였다면 이는 ‘모’의 건강손상으로 분류될 것으로 추정된다.

<표> 독일 산재보험법(Unfallversicherungsgesetz, SGB VII)상 급여 지급기준과 근거 주요 사항

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
1. 요양급여 (Heilbehandlung)	- 치료 등을 위해 실제 지출된 비용 지급 * 근거: SGB VII § 27: Umfang der Heilbehandlung	- 태아의 건강손상이 모의 업무상 질병(직업병)을 초래하는 일 반적으로 적합한, ‘특별한 영향에 의해’ 초래된 경우, 업무상 질병으로 인정되기에 족하며, 모외 태아의 독립적 청구권이 인정, 요양급여 지급대상

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
2. 휴업급여 (Verletztengeld)	일반규정: - 기준소득* 금액의 80% - 사업주 등 임의가입자: 연간근로 소득 × 1/450 * 기준소득: 사고발생 전 12개월 동안 근로소득의 1/360 - 7주부터 최대 78주까지 지급 * SGB VII § 45: Voraussetzungen für das Verletztengeld	- ‘모’의 휴업급여는, 일반적인 경우와 같이, ‘모 스스로’의 업무상 재해로 인한 휴업시만 가능하며 태아의 건강손상과 관련 모의 급여지급은 적용근거가 없다. 단, 모성급여규정 신설시 그에 따라 지급 가능할 수 있다.
	1. 선천성 질환 자녀는 휴업급여 청구권이 있는가?	- 자녀 스스로에 대한 휴업급여는 지급 전제조건 미 충족으로 해당사항 없음
	2. 부모 중 1명이 선천성 질환 자녀를 양육하기 위해 휴업, 휴직, 퇴직을 한 경우 부모에 대한 보상이 있는가?(건강보험 상병수당 준용? / 있다면 어떤 보상 또는 급여가 지급되는가?)	- 자녀양육을 위한 보상은 건강보험법 ‘자녀의 질병 시 상병수당(질병보상금)’지급(독일 사회법 제V권 건강보험법의 제45조 ‘상병수당’규정상 가능하나 우리나라의 경우 건강보험법상 현금급여가 부재하여 근거규정 필요(모성급여규정 신설 또는 모자보호법상 모성급여규정 준용 등)
	3. 부모에게 2.에 해당하는 보상(급여)이 지급되면 어느 경우 지급되는지, 언제부터/언제까지 지급하는가?	- 3년 이내, 최대 78 주 한도 내에서 ‘자녀의 질병 시 상병수당’규정에 의거 돌봄을 위한 ‘상병수당(질병보상금)’ 지급가능
3. 장애급여 (Renten)	- 일시장애급여: 기준소득 금액 × 80% (휴업급여 청구권 종료 이후부터 지급) - 장애연금: 26주 이상 소득활동 능력 최소 20%이상 감소 시 지급 * 근거: SGB VII § 56: Voraussetzungen und Höhe des Rentenanspruchs	- 출생의 완료와 함께 태아의 독자적인 보험사고는 출생 다음 날부터 시작 된다 <아동의 연간근로소득> ·6세 미만: 표준급여액의 25% ·15세 미만: 표준급여액 33 1/3% ·15세 이상: 연 근로소득 하한

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
		액 규정 적용 지급대상 * 근거: SGB VII § 86: Jahresarbeitsverdienst für Kinder, 아동의 연 근로소득
1. 선천성 질환 자녀는 장애급여 청구권이 있는가?		- 태아의 건강손상이 모의 업무상 질병으로 인한 경우만, 태아의 독립적 청구권이 인정, 장애급여 지급대상
2. 어느 경우에 장애급여가 지급되는가?		- 노동능력 20%이상 상실시 지급. 복수의 장애사유인 경우 한개 사유의 노동능력 상실이 최소 10%이상일 것
3. 나이가 어린 영유아의 경우 장애 정도를 측정하기 어려운 연령인 경우 장애급여를 어떻게 지급하는가?		-평균적 아동 건강상태를 기준으로 연령별로 차등적 장애급여 산정
4. 장애급여를 지급하기 위해 측정하는 장애율은 언제 확정하는가?		-장애등급의 판정은 요양이 종료된 때에 증상이 고정된 상태에서 행하고(요양종료 시 증상이 고정되지 아니한 경우 26주 이내 증상이 고정될 수 있음) -26주 이상, 소득능력 20%이상 감소시 기준 적용
5. 장애급여는 언제부터 언제까지 지급되는가?		-장애율 확정 이후 시점부터 장애등급 지속 시까지
6. 장애급여를 연금으로 지급할 때 사망할 때 까지 지급하는가?		-연금지급 사망 시까지 지급
7. 장애급여를 계산할 때 적용되는 소득은 어떻게 계산하는가?		-연 근로소득 적용(사회법 제7권 제3관 연 근로소득, 제81조 ‘계산근거로서 연근로소득’ 참조)
8. 장애급여 소득 적용시 6세미만은 표준급여액 (Bezugsgröße)의 25%, 6-15세 미만까지는 표준급여액 33과 1/3%, 15세 이상은 연간근로소득 하한액을 적용하는데 이렇게 소득을 차등적으로 적용하는 이유는?		-15세를 기준으로 그 이전 아동은 경제활동인구에 미 포함. 연령구간별로 표준급여액 일정비율 적용, 15세 이상은 경제활동인구에 포함되나 정책적으로 연 근로소득 하한액을 적용 ‘추정’

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
<p>4. 유족급여 (Hinterbliebenenrenten)</p>	<p>- 배우자연금(3개월 연소득 30/100, 4개월 차 이후 연소득 40/100), 부모연금(의붓 및 간병부모 포함), 자녀연금(반 고아 연소득 20/100, 완전고아 30/100), 배우자보조금(보조금으로 연소득의 40/100지급 1회 지급) 등으로 구성</p> <p>- 모두 합산한 연금액은 연 근로소득 80%초과 불가(SGB VII § 70 (3))</p> <p>* 근거: SGB VII § 63: Leistungen bei Tod</p> <p>- 장의비: 사망시점 표준급여액(Bezugsgröße)의 1/7, 일시금 형식</p> <p>- 운구비용: 실비</p> <p>* 근거: SGB VII § 64: Sterbegeld und Erstattung von Überführungskosten)</p> <p>1. 선천성 질환 자녀가 사망한 경우 그 가족은 유족급여 청구권이 있는가?</p> <p>2. 유족급여 청구권은 가족의 어느 범위까지 청구할 수 있는가?(부모만 청구 가능한가? / 형제자매도 청구권이 있는지 등)</p>	<p>- 유족급여 지급대상</p> <p>- 사망시점 표준급여액(Bezugsgröße)의 1/7, 일시금 사망조의금(Sterbegeld), 장의비(Bestattungskosten), 운구비(Überführungskosten) 지급대상</p> <p>-태아의 건강손상이 모의 업무상 질병으로 인한 경우, 태아의 독립적 청구권이 인정, 유족급여 지급대상</p> <p>-유족연금은 배우자, 유자녀(고아연금)에게 지급되고, 피보험자와 생계를 같이 한 손 자녀 및 형제자매의 경우 고아연금수급자의 자녀로 간주. 연금 외 ‘사망조의금(Sterbegeld)’, ‘장의비(Bestattungskosten)’, ‘운구비(Überführungskosten)’ 등 유족급여는 부모, 형제자매도 수급 가능</p>
<p>5. 직업훈련급여 (Teilhabe zum Arbeitsleben)</p>	<p>-사회법 제7권 제35조와 사회법 제9권 제33조-39조에 의거 직업재활급여청구권을 갖는 것으로 보아야 할 것</p>	<p>- 직업재활급여지급 대상</p>

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
	1. 선천성 질환 자녀는 직업재활급여 청구권이 있는가?	-태아의 건강손상이 모의 업무상 질병으로 인한 경우만, 태아의 독립적 청구권이 인정, 직업훈련급여 지급대상
	2. 어느 경우에 직업재활급여가 지급되는가?	-사회법 제9권 제33조의 규정은 다음과 같이 지급요건을 규정. “(1) 직업생활 참여를 위해서 장애인 또는 장애의 위험이 있는 자의 직업능력이 이들의 작업능력에 따라 유지, 개선, 회복 또는 재생되고, 이들의 직업생활 참여를 최대한 지속적으로 유지하기 위해 필요한 급부를 지급”
	3. 장애인 특수학교를 다니는 아동에게 별도의 급여가 지급되는가? (아이에게 지급되지 않으면 부모에게 지급되는 급여가 있는가?)	-사회법 제9권 제33조의 규정
	4. 직업재활급여는 언제부터 언제까지 지급되는가? - 직업재활훈련이 언제부터 가능한가? - 독일은 장애인이 직업을 가질 수 있는 나이가 언제부터인가? 15세? / 18세?	-사회법 제9권 제33조 제5항은 “급부는 또한 실습이 필요한 기간 동안 지급된다.”고 규정 -동 제40조(초기과정 및 직업교육과정에서의 급부)에 근거 직업교육과정의 급부는 2년간 지급, 단, 시간제 근로자의 경우는 2년을 넘는 기간까지 지급 가능 -경제활동인구는 15세-64세. 장애인 직업개시 연령 15세
	5. 직업재활을 시행할 때 일반 산재노동자들과 동일하게 전환급여를 지급하는가?	-직업재활을 시행할 때 일반 산재노동자들과 동일하게 전환급여를 지급하는지와 관련 사회법 제9권 제5판 직업생활 참여를 위한 급부, 제33조 직업생활 참여를 위한 급부 (Leistungen

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
	6. 직업재활 동안 지급되는 전환급여를 계산할 때 적용되는 소득은 어떻게 계산하는가?	zur Teilhabe am Arbeitsleben) “(1) 직업생활 참여를 위해서는 장애인 또는 장애의 위험이 있는 자의 직업능력이 이들의 직업능력에 따라 유지, 개선, 회복 또는 재생되고, 이들의 직업생활 참여가 최대한 지속적으로 유지되기 위해서 필요한 급부가 지급된다고 규정 -가입자 전년도 평균임금을 노동보수 (연 근로소득) 기준
6. 간병(Pflege)	- 확정금액으로 지급, 연금형식 * 근거: SGB VII § 44: Pflege	- 어린 아동은 그 연령으로 인하여 어떤 경우에도 보살핌과 도움이 필요 손상을 근거로 한 예외적인 경우 그 필요성 증가 ·간병비는 월 300유로에서 최대 1,199유로까지 지급가능하며 지급되는 연금에 연동 지급대상
	1. 선천성 질환 자녀는 간병급여 청구권이 있는가?	- 태아의 건강손상이 모의 업무상 질병으로 인한 경우, 태아의 독립적 청구권이 인정, 간병급여 지급대상
	2. 어느 경우에 간병급여가 지급되는가?	- 피보험자가 보험 사고의 결과로 일상생활에서 통상적이고 규칙적으로 반복되는 일과에 대해 상당한 부분 도움이 필요할 정도로 자유로이 움직일 수 없다면 간병비가 지급. 간호 인력이 배치되거나 가내 요양이 제공
3. 선천성 질환 자녀의 부모에게 휴업급여가 지급되고 있는 경우 별도로 간병급여를 지급하는가?	- 부모 스스로의 업무상 재해와 그로 인한 휴업급여지급. 자녀의 간병급여는 월 300~1,199유로 한도 내 별도 지급대상 (사회법 제7권 제44조 제2항)	

급여 종류	급여산정 기준(방법)	‘태아’에 대한 적용여부 및 방법(특이사항)
	4. 부모가 양육 및 간병을 목적으로 아이를 간병하는 경우 부모에게 간병급여를 지급하는가?	- 어린 아동은 그 연령으로 인하여 어떤 경우에도 보살핌과 도움이 필요하며 손상을 근거로 한 예외적인 경우에는 그 필요성 증가
	5. 간병급여는 언제부터 언제까지 지급되는가?	- 입원치료 혹은 피보험자가 직업재활 시설이나 장애인용 작업장에서 머무르는 동안 간병비는 입소하는 달의 말까지 계속 지급되며 퇴소하는 달의 첫날부터 다시 시작된다. 중지할 경우 지속적인 부양이 침해를 받을 수 있다면 간병비는 전부 혹은 일부가 계속 지급될 수 있음(사회법 제7권 제44조 제3항)
	6. 간병급여를 계산할 때 적용되는 소득은 어떻게 계산하는가?	-간병비는 연 근로소득에 종속적인 현금급여의 조정대상이며 간병인력 사용비용이 간병비를 초과하면 적절하게 인상됨(사회법 제7권 제44조 제2항)

본 연구에서는 임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험 적용방안에 대해 국내에 관련 법안의 제정시에 해당 규정을 산재보험법에 두고 오랫동안 급여화를 해오고 있는 독일의 사례를 참고하여 시사점을 삼았다.

먼저, 독일의 사례와 법 규정이 시사하는 바는 다음과 같이 정리될 수 있다. 첫째, 산재보험사고의 보상과 관련 산재법상의 업무상 사고와 직업병의 원칙을 포괄적으로 넘어서는 보상방식에는 독일도 여전히 조심스러운 입장이다.³²⁾ 둘째, 그러나, 임신상태에서 직업병요인 등에 노출되어 건

32) 연방상원은 애초 §12조 조문의 첫 문단의 제안에서 “보험사고는 임신 중 모에 대해 산재, 직업병 또는 다른 특별한 직업상 영향의 결과 발생한 태아의 건강손상”이라는 포괄적인 정의 규정을 도입하고자 하였다. 그러나 이 안은 최종적으로 채택되지 않고, 최종 조문은 “보험사고는 임신 중 ‘모의 보험사고의 결과’ (필자의 강조)로 인한, 태아의 건강손상도 보험사고이다.”로 정해졌다. 이러한 연방노동사

강의 손상을 입은 태아에 대하여, 모에 해당되는 산재보험법상 보호가 적용되지 않는다는 것은, 기본법 제3조 (1)항의 평등조항과 사회국가원칙에 어긋난다는 점에서 위헌이라는 현재의 결정을 수용하여 태아에 대하여 모와 동일한 사회보험보호의 대상이 되도록 하였다. 이것은 독일의 산재법이 모와 독립적인 태아의 산재보험법상 수급권을 ‘동등하게’ 인정한다는 의미이다. 셋째, 독일의 이러한 입법규정과 사회적 보호 규정에도 불구하고 ‘업무와 업무상 사고 또는 직업병과의 상관관계를 기본’으로 하여 산재여부와 해당 보상기준을 적용하고 있다는 점이다. 연방헌법재판소(Bundesverfassungsgericht)의 결정과 같이 평등의 원칙과 사회국가원칙에 부합하도록 모의 임신 중 태아의 건강손상이 모에게는 적용되는 산재보험보호에서 배제되지 않도록 하는 동시에 연방의회의 제안과 같이 ㉠ 업무상사고, ㉡ 직업병 외에, ㉢ 추가적으로 법 시행령을 통해 구체화되는 산재보험보호의 방식에 대해서는 신중한 입장을 보였다는 점을 상기할 필요가 있다. 입법과정에서 연방상원(Bundesrat)의 이러한 주장은 법리적으로 보아 연방헌법재판소의 기본법 제3조 1항의 헌법불합치 결정 요건에 상응하지 않는 것으로 보고, 즉, 이것이 ‘모의 보험사고가 나타나지도 않거나’, 때에 따라서는 ‘전혀 나타날 수 없는 그러한 사례’에까지 태아의 건강손상 상태가 확대되는 부분에 대해 신중한 유보적 입장을 나타내었다. 무엇보다도 독일 정부(Bundesregierung)의 그런 입장은 ㉠ 업무상 재해와, ㉡ 피보험자, 그리고 ㉢ 궁극적인 보험급여 수급권자의 관계에 급여수급권에 대한 ‘법 체계상의 우려’를 고려한 것이고, 동시에 태아의 건강손상 원인이 모의 직업병에 의한 것이고, 다른 원인에 의한 것이 아니라는 것

회부의 핵심적인 주장논거는 ‘모’의 보험사고가 발생하지 않거나, 발생할 수 없는 부분에서 발생한 태아의 건강손상까지 이를 독립적으로 인정할 수 없다는 것이었는데, 결국 태아의 건강손상은 ‘모’의 보험사고와 분리되어서는 안된다는 논리였다. 그 이유는 그렇게 하지 않고 포괄적인 규정의 경우에 법 체계상 태아의 건강손상이 모의 보험사고로 인한 것인지, 아닌지를 가릴 수 없어 해결할 수 없는 ① 입증의 어려움이 예상되고, ② 아울러 감당할 수 없는 비용을 초래하게 될 것이라는 우려에서 연방상원의 원안였던 태아의 포괄적인 질병에 대한 확대 적용안은 채택되지 않았다.

에 대한 ‘입증의 어려움(Beweislast)’ 그리고 이런 요인에 대한 급여화시에 초래될 수 있는 ‘예상하기 힘든 비용의 결과’등의 문제 등을 두루 종합적으로 고려한 것이라 할 수 있다.³³⁾ 이런 배경 속에서도 독일 산재보험법이 상정하고 있는 급여는 모와 동등한 태아의 급여청구 및 수급권을 갖는다는 점이다.

V. 맺는 말

본 연구는 우선 왜 이 사건에서 임신 근로자 태아의 건강손상 시 이를 ① 업무상재해로 그리고 ② 누구의 권리로, ③ 어떻게 인정되어야 하며, 그 ④ 법적요건은 무엇인지를 검토하였다. 급여의 수급권과 태아의 청구권 분리가 허용되지 않는다고 본 2심 판단의 법 형식논리는 대법원의 최종 판결을 통하여 극복되었다. 대법원의 판결논거의 핵심은 산재보험법의 규범목적설 (Normenzwecklehre)이라 할 수 있다. 즉, 임신근로자 태아의 건강손상을 판단함에 민법상 손해배상에 대한 책임보험적 입장에서 업무와 재해의 발생 원인에 대한 ‘귀책이론 (Zurechnungstheorie)’에 형식적으로 치중하기보다는 산재보험의 특수성과 그 규범목적을 중시한 판례의 태도를 보였다. 이러한 대법원의 판례태도는 산재보험법의 특수성에 비추어 타당한 것이라 하겠다. 대법원이 실시한 헌법 §11조의 평등권, §32조의 근로권관련 모성의 특별한 보호, 그리고 §36조의 모성보호권 등은 그 타당한 근거들이다.

한편, 더 나아가, 업무와 재해 그리고 보상의 규명을 위하여 임신근로자 태아의 건강 손상이 산재보험의 업무상 재해로 인정되기 위하여 민법에서 발전한 기존의 손해배상법리를 넘어 사회법의 중요 법리로 자리잡은 중요조건설은 향후 사회법과 산재보험법의 주요 적용 법리로 하여야 할

³³⁾ K. Palsherm, jurisPK-SGB VII 2. Aufl. 2014 juris GmbH, pp. 2-3 참조 (www.juris.de),

필요가 있다. 왜냐하면, ‘상당인과관계설’은 민법에서 발전하여 산재보험법에 적용되고 있는 법리로 원칙적으로 과실책임주의에 기초하고 있고, 그 준거점이 되는 “상당성”의 평가는 과거로 돌아가서 (ex ante), 사회일반인, 통상경험의 관점과 예견가능성을 기준으로 하고 있으며, 이것은 추상적, 일반적 측면을 중요시하고 있다. 반면, 산재보험법에는 전통적 민법상 행위자 (채무자, 가해자)와 피해자의 대립되는 두 당사자 간의 법률관계 구조를 대신하여 산재라고 하는 사회적 위험에 처한 근로자를 그 위험으로부터 보호하기 위하여 위험공동체로부터 사회보험을 통하여 근로자를 보호하는 법률체계라 할 수 있다. 산재보험의 이러한 법률관계에는 상당인과관계가 전제한 손해배상의 관념 외에 ‘사회보장의 원리’가 지배하며 그 결과 손실보상이 지배원리로 자리잡고 있기 때문이다. 때문에 산재보상보험법에 있어서의 인과관계의 평가는 구체적개별적 측면을 중요시하며 산재보상보험법의 인과관계평가는 업무행위가 사고 또는 산재 (사망, 부상, 질병)에 대하여 법적으로 중요한 조건이었는가 여부에 따라 행하여져야 한다는 것이다. 2심 판단이 입법상 미비라는 점과 전자의 법리에 충실한 결과였다면, 대법원 판결은 해석론상 규범목적에 따르면서도 업무상 재해여부가 인정된 기반위에서 본성상 통일체로 간주하여 그 적용여부를 규범목적설에 근거하여 실시하고 있을 뿐, 태아의 모인 임신근로자의 업무상 재해여부를 산재보험법 특성에 맞도록 상당인과관계설에서 입증하기 어려운 쟁점이 되는 경우에 대한 법리로서는 여전히 미흡한 것으로 판단된다. 산재보험상 중요성의 판단은 조건간의 비교를 통해서가 아니라 어느 조건(행위)에 의한 결과 발생이 산재보험법이 보호하고자 하는 보호영역, 즉 위험영역에 귀속하는 가 여부, 산재보험법의 규범목적에 따라 행하여질 필요가 있으며, 그것은 사후적으로 (ex post) 개별적 구체적 측면을 모두 고려하여 내리는 순수한규범판단으로 일반적이 아닌 비전형적인 경우에도 업무행위와 산재 간에 인과관계가 인정되는 법리이다. 대법원의 판결은 임신근로자 태아의 산재보험적용관련 기존이 손해배상적 책임이론인 귀책이론보다는 산재보험법 입법목적과 헌법상 관련 규정을 근거로 하

는 규범목적설을 따랐다는 점에서 긍정적이거나, 향후 유사사례에 있어 사회법적 판단을 함에 있어 기존의 상당관계이론의 한계와 쟁점들을 극복하고 산재보험법의 특수성을 인정한 중요조건설의 입장에서 발전된 법리를 발전시킬 과제를 주었다고 할 수 있다. 또한 입법론적 관점에서 전술한 바와 같이 임신근로자와 태아의 사회적 보호 필요성에 비추어 모와 자녀의 동등한 수급권, 즉 평등권이라는 점에서 태아의 수급권 및 청구권이 인정되어야 한다고 주장하였다. 그러한 논거나 주요한 기준들에서 사회법적 관점에서 인간의 존엄(Menschenwürde), ‘모의 기본권 (Grundrecht der Mutter)’, ‘생명과 신체를 침해받지 않을 권리 (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit)’, ‘보편적인 평등의 원칙(Allgemeine Gleichheitssatz)’ 및 ‘사회국가원리 (Sozialstaatsprinzip)’ 등의 원리가 중시되어야 할 핵심 법리와 가치라 할 수 있다. 독일의 경우에도 이미 40년 전에 오늘의 우리와 동일하게 입법적인 미비의 문제를 바로 헌법재판소의 결정을 통해 이 사안을 해결한 중요한 사례로 여겨질 수 있을 것이다. 문제는 관련입법례와 법제도적 정비가 사실상 독일이 거의 유일하다는 점이다. 일부 임신부와 임신근로자의 보호 등이 문제가 된 외국 사례의 경우에도 주로 낙태와 유사산 등으로 인한 보상과 보호 등의 문제가 주된 대상인 반면 임신 ‘근로자’의 재해보상이 쟁점이 되는 사례는 드물다. 즉 그러한 법적 규정이든, 판례 든 해당 사안의 참고점이 될 수 있는 사례가 많지 않아 어떤 것이 우리의 구체적인 입법례로 삼을 수 있을 것인가는 논의가 필요할 것이다. 가까운 일본에서도 현재의 한국의 사례와 법적 다툼이 논의가 되고 있는 사례로 보고 있다는 점은 주목된다. 일본의 경우 이런 문제에 대해 아직까지 민사의 불법행위로 인한 손해배상의 차원에서 대응해오는 데 국한한 것으로 보인다. 이런 점에서 오히려 우리나라의 법적 쟁점과 관련 법제도적 대응방안이 일본이나 기타, 아직 명문의 입법적 해결방안을 갖고 있지 아니한 대부분의 다른 나라의 논의나 입법과정에 영향을 미치는 선도적 입법행위로서의 의의가 있을 것으로 전망된다. 무엇보다 기존 산재보험법의 법적 체계의 근간이 유지되는 틀에서도 얼마든

지 타당한 방식으로 관련 법적 대안마련이 가능하다고 본다. 그러나, 업무상 재해의 인정 개념을 지나치게 제한적으로 해석하거나, 주로 노동관계에서 비롯된 손해배상적 관점에서 산재보험을 정의하는 법리를 넘어, 산재보험법상 업무상 재해를 인정하는 법리를 엄격한 민사상 ‘업무상상관관계’의 법리를 사회법적 “중요조건설”법리로 확장을 모색할 필요가 있다.

또한, 무엇보다 본 연구에서는 산재보험의 입법론적 구체적인 적용방안을 제시하였다는데 그 의의가 있다. 즉, 업무상 재해로 인정을 전제로 쟁점이 될 산재보험 지급요건 및 적용방안을 구체적으로 제시하고자 하였다. 본고는 우선 첫째, 법적요건으로 ① 태아의 건강손상은 육체적 손상뿐만 아니라 심리적·정신적인 부분도 포함되며, ② 임신기간에 어머니에게 발생한 산재사고로 인한 직접적인 손상뿐 아니라 간접적으로 영향을 받아 발생한 건강손상의 경우에도 요건이 충족되고, ③ 보험사고는 어머니가 ‘임신 중에 발생’하여야 하고 이 보험사고는 태아의 건강손상에 중요한 전제 조건(원인)이어야 하며, 산재사고가 발생한 시기가 임신 중이어야 한다고 보았다. ④ 태아의 건강손상과 어머니의 업무상 재해 사이에 ‘인과관계’의 인정을 위해서 완전한 증명 혹은 완전한 설득은 필요하지 않고, 충분한 가능성이 입증되면 가능하며, ⑤ 태아의 건강손상이 어머니에게 직업병을 유발하는데 일반적으로 적합한 ‘특별한 영향으로 인해서 발생한 경우’도 보상의 대상이 되며, ⑥ 어머니가 실제 직업병을 앓게 되었는지 아닌지는 전제 조건이 아니며, 일반적으로 직업병을 유발할 가능성만으로 충분하다고 판단하였다. 둘째, 이에 근거하여 현행 법에 부재한 태아의 보상기준과 방법과 관련 독일의 입법례 등을 참조하여 ① 요양급여는 전제 조건에 해당 시 다른 보험사고의 경우와 동일하며, 태아로 건강손상을 입은 아동은 산재보험기관을 상대로 ‘독립된 보상청구권’을 갖고, ② 휴업급여는 전제 조건이 충족되지 않으므로 지불되지 않으나, 산재보험이 아닌 보험사를 상대로 ‘질병보상금’ 청구권을 가지며, ③ 급여는 아동수당 지급자의 연간근로소득에 따라 계산되고, ④ 산재보험사고 발생시점이 6세 미만인 피보험자는 산재보험사고 발생시점에 기준이 되는 표준급여액의

25%, 6세 이상~15세 미만인 피보험자는 표준급여액의 33 1/3% 지급, 15세 이상인 경우 연간근로소득의 하한액을 지급 방안으로 제시하였다. ⑤ 장애연금은 ‘출생일 다음날’로부터 급여지급이 시작되며, ⑥ 간병급여는 기타 간병이 필요시 보험급여를 지급하며, ⑦ 기타 급여는 의복과 시트류 마모를 위한 보상, 맹인의 경우 다른 사람의 안내를 위해 드는 비용 지급과 ⑧ 건강손상으로 태아가 사산하거나, 출생 후 사망한 경우 조의금과 장지까지의 운송비 및 사망조의금 지불규정 적용을 제안하였다. 셋째, 태아의 보호 적용 시기와 관련 ① 유산의 경우 ‘출생이후 사망’한 경우, 생존기간 동안은 위의 ‘건강 손상을 입은 경우’에 해당되는 보상이 이루어지고, ② 아동의 이후 사망이 ‘산재사고’로 인한 경우 유족급여와 장지까지 운송비용을 지불하나, 유산의 경우 ‘태아’에게 보장되는 특별한 보험 보호는 없다. 또, 넷째, 태아의 건강손상과 ‘사산’의 경우 ① 태아가 어머니 자궁 밖으로 나온 경우 보험 상의 보호가 시작되는데, 유산의 경우 이에 해당된다고 보기 어려우며, ② 유산이 산재사고로 발생하였다면 어머니의 건강손상으로 분류될 것으로 추정할 것을 제안하고 관련 법제도를 정비하여 산재보험 적용방안을 정비토록 제안하였다.

*투고일 2020.5.31. / 심사개시일 2020.6.15. / 게재확정일 2020.6.20.

참고문헌

- 구미영, “태아에 대한 산재보험 적용 - 서울행법 2014. 12. 19, 선고 2014구단 50654 판결”, 『노동리뷰』 제121호, 한국노동연구원, 2015.
- 권혁·강현주, 『모성보호법 체계 개편에 관한 연구』, 부산대학교 산학협력단, 2015.
- 김기선, “모성보호에 관한 유럽연합지침 개정안과 독일 내 모성보호에 관한 노동법 규정”, 『국제노동브리프』 Vol. 6, No. 11, 한국노동연구원, 2008.
- 김난주·박건표·박미연, 『근로자 모성보호 최근 연구 동향 및 시사점』, 한국여성정책연구원, 2016.
- 김영문·이호근, 『독일의 생물학적인자 및 유해작업관리에 관한 연구』, 산업안전보건공단 산업안전보건연구원, 2012.
- 김영택·이인선·정진주·유혜경, 『임신·출산 관련 산업안전보건 및 산재보험 정책의 개선방안』, 한국여성정책연구원, 2016.
- 김은경, “태아의 피보험적격 인정여부에 대한 보험법적 논의”, 『한국보험학회지』 제112호, 한국보험학회, 2017.
- 박귀천, “모의 업무에 기인한 태아의 건강손상에 대한 책임 - 생명, 젠더, 노동에 대한 질문”, 『법학논집』 Vol. 22, No. 2, 이화여자대학교, 2017.
- 박종희·권영준·김상호·김용하·김진수·문성현·박지순·오선균·원종욱·윤조덕·이정우·정창율, 『산재보험제도의 지속가능한 발전을 위한 정책과제 연구』, 연구기관: 사단법인 노동법이론실무학회, 고용노동부, 2012.
- 박종희·정영택·성주호·박은정·문성현, 『산재보험 제도개선 로드맵 마련을 위한 정책제언 - 적용, 재정·요율, 보상 부분 -』, 연구기관: 사단법인 노동법이론실무학회, 고용노동부, 2016.
- 박우진·임형준·원종욱·고상백·주영수·노재훈·오상용·권영준·황창국·임정욱, “일부 여성 특수고용 근로자의 업무상 손상 및 건강문제의 관련 요인”, 『대한직업환경의학회지』 21(4), 2009.
- 박은주, 『여성근로자의 산재보상에 관한 연구』, 근로복지공단 근로복지정책연구센터, 2012.
- 전진호·강동묵·김정원·김정연·정진주·안명옥, 『작업장에서의 임신부 보호방안』, 노동부, 2002.

- 양승엽, “업무상원인으로 인한 장애아 출산과 산재보험의 적용범위 - 서울고등법원 2016. 5.11, 선고 2015누31307 판결”, 『노동법학』, 제59호, 한국노동법학회, 2017.
- 이상광, “산재보상보험법의 인과관계에 관한 고찰 - 상당인과관계설과 중요조건설을 중심으로”, 이상광저, 『사회법의 발전과 과제』, (주)중앙경제, 2018.
- 이현주의, 『산업안전정책(산재보험) 특정성별 영향 분석평가 보고서』, 여성부, 2017.
- 정승래·박현진·장성록. “한국과 주요 외국의 안전보건교육제도에 관한 비교연구” 『한국안전학회』, 31(5), 2016.
- 정진주·김형렬·임준·정최경희. “산재보험 수혜의 성별 차이에 대한 시론적 연구” 『보건과 사회과학』, 30, 2011.
- 조흥학·이영섭·갈원모·강영식·허윤정, 『산업안전보건법 확대적용에 관한 연구』. 한국노동총중앙연구원, 2006.
- Hauck·Noftz, Sozialgesetzbuch VII, Gesetzliche Unfallversicherung Kommentar, K §2, 1997.
- John D. Meyer, et al. MD, MPH, Melissa McDiarmid, MD, MPH, DABT, James H. Diaz, MD, MPH, DrPH, Beth A. Baker, MD, MPH, and Melissa Hieb, DO, “Reproductive and Developmental Hazard Management”, 『ACOEM Task Force on Reproductive Toxicology』. 58(3), American College of Occupational and Environmental Medicine, 2016.
- DTV, 『Arbeitsgesetze』, 91. Auflage 2017, Beck-Texte im dtv, Stand: 1. Juli 2017, ISBN978-3-423-05006-7
- Mutterschutzgesetz, Gesetz zum Schutz von Müttern bei der Arbeit, in der Ausbildung und im Studium (Mutterschutzgesetz - MuSchG) vom 23. Mai 2017 (BGBl. IS. 1228), 『Arbeitsgesetze』, 91. Auflage, Beck-Texte im DTV, Stand: 1. Juli 2017.

국내 관련 판례

- 대법원 2020.4.29. 2016두41071 판결, 요양급여신청반려처분취소
서울고등법원 제11행정부 2016.5.11. 2015누31307 판결 요양급여신청반려처분

이호근: 임신 근로자 태아의 건강손상 시 산재보험 적용방안에 관한 연구 279

취소

서울행정법원 2014.12.19. 선고 2014구단50654 판결

국내 관련 입법(안)

이용득의원 대표발의 2019.3.28. 산업재해보상보험법 일부개정법률안(의안번호:19433)폐기

박주민의원 대표발의 2016.11.17. 산업재해보상보험법 일부개정법률안(의안번호 3695)폐기

황인자의원 대표발의, 2015.3.9. 산업재해보상보험법 일부개정법률안(의안번호 14382)폐기

이정미의원 대표발의, 2018.4.27 산업재해보상보험법 일부개정법률안(의안번호 2013285)

신창현의원 대표발의, 2018.5.4. 산업재해보상보험법 일부개정법률안(의안번호 13437)

김정재의원 대표발의, 2018.5.31. 산업재해보상보험법 일부개정법률안(의안번호 213872)

독일의 관련 현재결정 및 최근 판례

BVerfG, Beschluss vom 22.06.1977 - 1 BvL 2/74 (Einbeziehung des nasciturus in den Schutz der gesetzlichen Unfallversicherung), Rechtsprechung zu § 12 SGB VII

LSG Sachsen, 19.10.2016 - L 6 U 222/14 (Unfallversicherung - Beitrittsgebiet; Berufskrankheit; Nasciturus; Schädigung der ...)

LSG Baden-Württemberg, 28.07.2017 - L 8 U 2083/16 (Gesetzliche Unfallversicherung - Feststellungsberechtigung eines Arbeitsunfalls ...)

LSG Baden-Württemberg, 31.01.2007 - L 2 U 918/05 (Versicherungsfall der Leibesfrucht in der gesetzlichen Unfallversicherung)

LSG Baden-Württemberg, 18.05.2011 - L 6 U 366/09 (Gesetzliche Unfallversicherung - Unfallversicherungsschutz gem § 105 Abs 2 SGB 7 ...)

LSG Hessen, 15.06.2010 - L 3 U 22/07 (Gesetzliche Unfallversicherung -

- Arbeitsunfall - haftungsausfüllende Kausalität - ...)
- BSG, 07.09.2004 - B 2 U 1/03 R (Gesetzliche Unfallversicherung -
Übergangsleistung - Nichtanwendung der ...)
- BSG, 26.06.2007 - B 2 U 35/06 R (Gesetzliche Unfallversicherung -
Unfallversicherungsschutz - Haftungsbeschränkung ...)
- BSG, 26.06.2007 - B 2 U 17/06 R (Gesetzliche Unfallversicherung -
Haftungsbeschränkung - privilegierter ...)
- LSG Nordrhein-Westfalen, 10.01.2007 - L 17 U 117/06 (Unfallversicherung)
- LSG Niedersachsen-Bremen, 18.06.2002 - L 12 U 27/99
- Sächsisches Landessozialgericht 6. Senat, 19.10.2016, L 6 U 222/14
(Gesetzliche Unfallversicherung - Unfallversicherungsschutz -
ehemalige DDR - Berufskrankheit - Schädigung der Leibesfrucht
durch berufliche Einflüsse auf die Mutter - kein § 12 SGB 7
entsprechender sozialversicherungsrechtlicher Schutz)(Für eine
Schädigung der Leibesfrucht durch berufliche Einflüsse auf die Mutter
während der Schwangerschaft bestand nach dem Recht der DDR kein
§ 12 SGB VII entsprechender sozialversicherungsrechtlicher Schutz, so
dass eine nachträgliche Anerkennung einer Berufskrankheit ausscheid)
- Landessozialgericht Baden-Württemberg 2. Senat, 31.01.2007, L 2 U 918/05
(Gesetzliche Unfallversicherung - Versicherungsfall einer Leibesfrucht
- Berufskrankheit - Kausalität - Exposition der Mutter während
der Schwangerschaft - Gesundheitsschaden des Nasciturus -
Wahrscheinlichkeit - Maschinenbedienerin in der Texturierung)
- BVerfG 1. Senat 20.05.1987, 1 BvR 762/85 (Verfassungsmässigkeit des
Ausschlusses von der gesetzlichen Unfallversicherung eines nach
Eintritt der Berufskrankheit der Mutter gezeugten Kindes durch die
Regelung in RVO § 555a)
- BSG 2. Senat 20.05.1987, 2 RU 7/84 (Infektionskrankheit als Berufskrankheit
- Versicherungsschutz der Leibesfrucht (Nasciturus) - Erkrankung an
Röteln als Arbeitsunfall)
- BSG 2. Senat 30.04.1985, 2 RU 43/84 (Eine Schädigung während der Geburt

ist eine Schädigung “als Leibesfrucht” iS von § 555a RVO)

HessischesLandessozialgericht 3. Senat, L 3 U743/87 (Ursächlicher Zusammenhang - Schockerlebnis der Versicherten - Schädigung der Leibesfrucht)

Landessozialgericht Berlin 3. Senat, L 3 U 51/88 (Haftungsbegründende Kausalität - Leibesfrucht - Fehlbildung - medizinisch unbekannte Entstehungsgründe)

Landessozialgericht für das Saarland 2. Senat, 05.05.1992, L 2 U 3/91 (Schädigung der Leibesfrucht - Kausalität - angeborener Klumpfuß Zytostatika)

Hessisches Landessozialgericht 3. Senat, 09.12.1992, L 3 U 1152/86 (Schädigung der Leibesfrucht - Berufskrankheit - Halothan - Kausalität - Wahrscheinlichkeit)

<Abstract>

A study on how to apply the industrial accident insurance in the case of damage to the health of the fetus of a pregnant worker*

— From the comparing perspective of the civil law “adequacy theory (Adäquanztheorie)” and the social law “theory of major condition criteria (Theorie der wesentlichen Bedingung)” —

Lee, Hogeun*

In 2009, a discussion was made about the “application plan for industrial accident insurance when a pregnant woman suffers a health loss” triggered by a “birth” or “heritage” of a congenital heart disease child who was pregnant while working as a worker in Jeju Medical Center. Last on the 2020. 4.29. The “interpretational” solution has reached a decisive turning point with the Supreme Court's “Judgment on the Complaint Disposal of Nursing Care Application (Supreme Court 2016두41071)”. The Supreme Court's ruling was one of the main issues related to this issue, and it was recognized in German law as a similar case when a fetal health injury occurred as a result of a disease that a mother acquired while she was pregnant. As it was said, it is important in that they judged them to be compensated according to occupational accidents under the Industrial Accident Compensation

* This paper was supported by research funds of Jeonbuk National University in 2018.

** Ph.D, Professor. Jeonbuk National University Law School

Insurance Act in view of 'natürliche Einheit'. On the other hand, despite the ruling, in this situation, there are no relevant legislative provisions. The issue of proof (responsibility) remains an issue. In addition, related legislation is automatically abolished at the end of the 20th National Assembly, compensating for the limitations of the court's interpretative approach, and the ultimate legislative solution is required for legal stability.

Unlike the 'adequacy theory (Adäquanztheorie)', which developed from the existing causal theory of causality in relation to 'the application of industrial accident insurance when the health of a pregnant worker's fetus is damaged', this paper has been widely applied in German and Austrian labor law and social law. From the point of view of the so-called 'Theorie der wesentlichen Bedingung (theory of major condition criteria)', we intend to present the new issue by 'reorganizing' the legislative measures that have been discussed. While civil causality theory is applied to limit the scope of compensation in causality that usually fulfills liability, workers' compensation is a worker's act as a business activity, is it within the scope of the risk area to be protected under the Industrial Compensation Insurance Act? There is a need to supplement the limitations and problems of the existing causality as a key point. It is believed that the Supreme Court's ruling showed the possibility of moving in that direction.

Unlike the liability-insured 'writhing theory (Zurechnungstheorie)', which is derived from the legal relationship between the two parties, industrial accident insurance is primarily carried out in 'Unfallskausalität' in the causality of accidents (Unfallskausalität) according to the social norm 'standard purpose teaching

(Normenzwecklehre)’ The so-called responsibility-related causality (haftungsbegründende Kausalität) and the secondary ‘causality of damages’(Schadenskausalität) and the ‘compensation’relationship with it, that is, fulfillment of responsibility. It can be divided into causality (haftungsausfüllende Kausalität), and this paper intends to emphasize the need to approach this from a loss compensation perspective that fits the characteristics of the industrial accident insurance act and the purpose of the legal norm, beyond the compensation act.

In particular, this study goes beyond the existing theory of causality in the civil law, which is an abstract and general law norm, in terms of compensation for occupational accidents in light of the case of the industrial accident insurance application method of the pregnant worker's fetus. We would like to compare and examine the application method of ‘theory of major condition criteria (Theorie der wesentlichen Bedingung)’ and its significance and issues.

Key Words: causality theory of industrial accident insurance, theory of major condition criteria (Theorie der wesentlichen Bedingung), adequacy theory (Adäquanztheorie), standard purpose teaching (Normenzwecklehre), writhing theory (Zurechnungstheorie)