

아주
법학

산재보험법상의 휴업급여의 법리

Legal Theory of Wage Replacement Benefits in
Industrial Accident Compensation Insurance Act

황 윤 희



수원 신한노무법인대표/ 법학박사/ 아주대 법학전문대학원 겸임교수

산재보험법상의 휴업급여의 법리*

황 운 희



수원 신한노무법인대표/ 법학박사/ 아주대 법학전문대학원 겸임교수

@@@@

차례	I. 문제의 소재
	II. 근로기준법상의 휴업보상과의 관계
	III. 휴업급여의 지급과 그 효과
	IV. 휴업급여의 법리
	V. 결론

I. 문제의 소재

산업재해보상보험(이하 “산재보험”이라 줄여 씀)법의 주요 사업은 근로자의 업무상 재해를 신속하고 공정하게 보상하는 산재보험 사업과 재해근로자의 재활 및 사회 복귀를 촉진하기 위한 보험시설 설치·운영 사업, 그리고 재해 예방과 근로자의 복지증진 사업이 있다. 이 중에서 가장 기본이 되는 산재보험 사업은 근로기준법의 재해보상제도를 사회보험

* 이 글은 2009년도 노동부 정책연구사업으로 연구된 「휴업급여제도의 개선방안(이승길·이상국·황운희·이희자·안말수)」에서 필자가 담당하였던 제5장(무소득자 등의 요양시 휴업급여의 지급의 문제)의 일부 내용을 수정·보완한 것이다.

화 한 것이다. 산재보험 사업은 업무상 재해를 당한 근로자나 그 유족의 생활보호를 위하여 산재보험급여를 지급하는 것이다. 산재보험급여는 근로자의 업무와 관련되는 사고나 질병으로 상실된 노동력의 회복을 위하여 치료 등을 행하는 요양급여와 상실된 노동력으로 인하여 감소된 소득을 보장하는 금전급여, 그리고 피재근로자의 직업재활에 소요되는 직업재활급여로 구분된다. 상실된 노동력에 대한 소득보전급여는 휴업급여, 장해급여, 유족급여, 상병보상연금 등이 있다. 이 중에서 휴업급여는 근로자가 업무상 사고나 질병으로 요양 중이라 근로제공이 불가능하여 임금이 지급되지 않기 때문에 요양기간 중의 생활보장을 위하여 지급하고 있다.

산재보험법 제52조는 휴업급여에 대하여 “업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 근로자에게 요양으로 취업하지 못한 기간에 대하여 지급하되, 1일당 지급액은 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액으로 한다.”고 규정하고 있다.

한편 아직도 산재보험이 적용되지 않는 사업장에 적용되는 근로기준법 제79조의 휴업보상 규정은 “사용자는 제78조에 따라 요양 중에 있는 근로자에게 그 근로자의 요양 중 평균임금의 100분의 60의 휴업보상을 하여야 한다.”고 규정하고 있다. 이에 따르면 휴업급여는 “업무상 요양 중에 있는 근로자”에게는 취업 여부와 관계없이 지급되어야 하는지, 아니면 “요양으로 취업하지 못한 기간”에 대해서만 지급되어야 하는지 의문이다. 이와 같은 논란을 잠재우기 위하여 이하에서는 휴업급여와 휴업보상과의 관계 및 휴업급여의 지급과 그 효과를 조명한 후에 휴업급여의 법리를 구명하기로 한다.

Ⅱ. 근로기준법상의 휴업보상과의 관계

1. 휴업급여의 발전

휴업급여란 근로자가 업무상 사유에 의한 부상이나 질병으로 요양을 받음으로써 취업이 불가능하여 그 취업하지 못한 기간에 대하여 지급되는 1일당 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액을 말한다. 업무상 사고나 부상으로 요양 중인 근로자는 노동력이 온전하지 못하여 취업이 어렵기 때문에 임금 소득이 없어 생활이 어려워진다. 이에 재해근로자와 그 가족의 생활을 보장하기 위하여 휴업급여를 지급하고 있다. 휴업급여는 상실된 노동력의 회복을 위한 요양급여와 함께 재해근로자의 요양 중에 지급되는 가장 기본적인 보험급여이다.

휴업급여는 산재보험법이 시행되기 이전에는 근로기준법의 재해보상제도에 의하여 사용자가 직접 보상하였다. 그러나 사용자의 보상능력도 문제지만 보상능력이 있어도 보상의지가 없으면 재해근로자는 현실적으로 보상받기가 쉽지 않았다. 이와 같은 문제점을 개선하여 근로기준법상의 재해보상 책임을 사회보험화 한 것이 산재보험이다. 근로기준법은 1953년에 시행되었지만 산재보험법은 1963년 11월 05일(법률 제1438호)에 제정·공포되어 1964년 07월 01일부터 시행되었다. 이후 사회 환경 변화에 따라 점진적으로 발전하였으며, 특히 2007. 12. 14. 개정 때에는 기본휴업급여의 규정(제52조¹⁾)을 그대로 두면서, 가벼운 부상이나 질병의 경우 요양기간 중의 취업 촉진을 위한 부분휴업급여(제53조), 저소득 근로자의 요양기간 중의 생활보호를 강화하기 위하여 지급률을 상향 조

1) 2007. 12. 14. 개정법에서 휴업급여의 종류가 다양하게 도입되어, 편의상 이하에서는 동법 제52조의 휴업급여 규정을 '기본휴업급여'라 한다.

정한 저소득 근로자의 휴업급여(제54조), 취업 연령이 지난 61세 이후부터는 지급률을 감소시킨 고령자의 휴업급여(제55조), 재요양 기간 중에는 재요양 당시의 평균임금으로 휴업급여를 지급하는 재요양 기간 중의 휴업급여(제56조), 등을 신설하여 재해근로자의 취업가능성, 소득수준과 연령 등에 따라 지급수준을 달리하여 규정하였다.

2. 근로기준법의 휴업보상과의 비교

산재보험은 근로기준법상의 사용자 재해보상책임을 사회보험화 한 것이다. 그러나 사회보험인 산재보험 적용 사업장이 아닌 경우에는 근로기준법의 재해보상 규정이 적용된다. 근로기준법 제79조는 “사용자는 제78조에 따라 요양 중에 있는 근로자에게 그 근로자의 요양 중 평균임금의 100분의 60의 휴업보상을 하여야 한다.”고 규정하고 있으며, 이 규정은 지금도 존재의 필요성이 있으며, 휴업보상 규정을 산재보험법의 휴업급여와 비교하면 다음과 같은 차이가 있다.

1) 보상수준

근로기준법의 1일 휴업보상금액은 평균임금의 100분의 60으로 일률적이다(법 제79조 제1항).

그러나 산재보험법의 기본휴업급여는 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액으로 근로기준법의 보상기준보다 높다(법 제52조). 저소득 근로자의 휴업급여는 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액을 최저보상기준금액과 비교하여 평균임금의 100분의 80-90에 상당하는 금액이 지급되지만, 휴업급여 지급액이 최저임금보다 적을 때에는 최저임금으로 지급한다(법 제54조).

그리고 고령자의 경우에는 61세부터는 1일당 휴업급여 지급액을 매년

4/70씩(최고 20/70) 감액하여 지급한다(법 제55조).

2) 부분휴업

근로기준법은 재해근로자가 휴업보상을 받을 기간에 임금의 일부를 지급받은 경우에는 사용자가 평균임금에서 그 지급받은 금액을 뺀 금액의 100분의 60의 휴업보상을 한다(법 제79조 제2항).

산재보험법의 휴업급여는 그 취업한 날 또는 취업한 시간에 해당하는 그 근로자의 평균임금에서 그 취업한 날 또는 취업한 시간에 대한 임금을 뺀 금액의 100분의 90에 상당하는 금액을 지급할 수 있다. 그러나 최저임금액을 1일당 휴업급여 지급액으로 하는 경우에는 최저임금액(별표 1 제2호에 따라 감액하는 경우에는 그 감액한 금액)에서 취업한 날 또는 취업한 시간에 대한 임금을 뺀 금액을 지급할 수 있다. 단시간 취업하는 경우 취업하지 못한 시간(8시간에서 취업한 시간을 뺀 시간을 말한다)에 대하여는 산정된 1일당 휴업급여 지급액에 8시간에 대한 취업하지 못한 시간의 비율을 곱한 금액을 지급한다(제 53조).

3) 보상기간의 제한

근로기준법은 휴업보상 기간에 대한 제한이 없으나, 산재보험법의 휴업급여는 요양으로 취업하지 못한 기간이 3일 이내인 경우에는 행정절차의 번거로움 때문에 지급하지 아니한다(법 제52조 단서). 이때 재해근로자는 근로기준법상의 휴업보상을 청구할 수 있으며, 휴업 1일당 휴업보상액은 평균임금의 100분의 60이다.

4) 중증 요양자의 보호

근로기준법은 중증 요양 근로자에 대한 별도의 보상제도가 없으나, 산

재보험법은 중증 요양자의 경우 요양기간이 2년 이상 되어도 치유되지 않고 상병상태가 폐질등급에 해당하면 휴업급여보다 높은 수준의 상병보상연금을 지급한다(법 제66-68조).

5) 보상책임 제한

근로기준법은 근로자의 중대한 과실에 의한 업무상 부상 또는 질병에 걸린 경우 사용자가 그 과실에 대하여 노동위원회의 인정을 받으면 휴업보상 책임이 면제되나(법 제81조), 산재보험법은 근로자의 중대과실로 인한 재해라도 휴업급여를 지급하지 않거나 제한하지 않는다.

6) 일시보상

근로기준법은 근로자가 요양을 시작한지 2년이 지나면 부상 또는 질병이 완치되지 아니하여도 사용자는 그 근로자에게 평균임금 1,340일분의 일시보상을 하여 그 후에는 휴업급여를 포함한 근로기준법에 따른 모든 보상책임을 면할 수 있다(법 제 84조).

그러나 산재보험법은 요양기간이 2년을 초과하여도 휴업급여의 지급 요건에 해당되면 기간의 제한 없이 휴업급여가 지급된다. 다만 외국인 근로자가 업무상의 사고나 또는 질병으로 요양하다가 치유되기 전에 출국하기 위하여 보험급여의 일시지급을 신청하는 경우에는 출국하기 위하여 요양을 중단하는 날 이후에 청구 사유가 발생할 것으로 예상되는 휴업급여를 포함한 보험급여를 한꺼번에 지급할 수 있다(법 제76조).

7) 일용근로자의 보상기준

근로기준법은 일용근로자의 평균임금은 노동부장관이 정하도록 규정하고 있지만(령 제3조), 아직까지 노동부 장관은 이를 규정하지 않고 있

어, 근로기준법 제2조 제1항 제6호의 기준에 따라 재해발생일 이전 3월간의 임금총액을 그 기간의 총일수로 나누어 산정된 금액을 평균임금으로 하여 휴업급여를 지급한다.

산재보험법은 휴업급여를 비롯한 보험급여 산정에 있어 일용근로자의 평균임금은 일당에 통상근로계수를 곱하여 산정하며(법 제36조 제5항 및 령 제24조), 진폐 등 직업병 재해자의 경우 평균임금을 직업병에 걸린 근로자의 평균임금은 직업병이 확인된 날²⁾이 속하는 분기의 전전분기 말일 이전 1년간 그 근로자와 임금 수준이 비슷한 근로자의 월평균 임금총액을 합산한 금액을 그 기간의 총일수로 나눈 금액을 평균임금으로 하여 휴업급여를 지급한다(령 25조 제2항).

8) 최고보상제도

휴업급여의 지급기준인 평균임금의 수준에 대하여 근로기준법은 아무런 제한이 없으나, 산재보험법의 휴업급여는 평균임금에 대하여 최고보상기준³⁾으로 상한선을 두어 소득재분배 기능과 사회적 형평성을 제고하고 있다(법 제36조 제7항).

9) 평균임금 증감 기준

근로기준법은 평균임금의 증감기준을 재해근로자가 소속한 사업 또는 사업장에서 같은 직종의 근로자에게 지급된 통상임금의 1명당 1개월 평

2) ‘직업병이 확인된 날’은 그 직업병이 보험급여의 지급 대상이 된다고 확인될 당시에 발급된 진단서나 소견서의 발급일로 하며, 다만 그 직업병의 검사·치료의 경과 등이 진단서나 소견서의 발급과 시간적·의학적 연속성이 있는 경우에는 그 요양을 시작한 날로 한다. 동법시행령 [별표 3] 제5호에 따른 소음성 난청의 경우에는 소음에 노출되는 업무를 하지 않게 된 날로 한다.(동법시행령 제25조 제3항)

3) 최고보상기준의 문제점은 황운희, 「산재보험 최고보상기준에 대한 상고」, 『노동법논총』제17집, 한국비교노동법학회, 2009, 436-737면 참고.

금액이 100분의 5이상 변동된 때이나(령 제5조 제1항), 산재보험법은 매년 전체 근로자의 임금 평균액의 증감률에 따라 평균임금을 증감하되, 그 근로자의 연령이 60세에 도달한 이후에는 소비자물가변동률에 따라 평균임금을 증감한다(법 제36조 제3항).

10) 불복절차

근로기준법은 휴업급여에 대하여 이의가 있는 자는 노동부장관에게 심사나 중재를 신청할 수 있으며, 이에 불복하는 경우에는 노동위원회에 심사나 중재를 신청할 수 있다(법 제88-89조). 노동부 및 노동위원회의 심사·중재는 행정처분이 아니므로 법적구속력이 인정되지 않는 권고적 성질을 갖고 있으며, 불복할 경우에는 행정소송이 아니라 민사소송을 제기하여야 한다.⁴⁾

그러나 산재보험은 휴업급여에 이의가 있는 자는 근로복지공단에 심사 청구할 수 있으며(법 제103조), 이에 불복하는 경우에는 산업재해보상보험재심사위원회에 재심사를 청구할 수 있고(법 제106조), 이에 불복하는 자는 행정소송을 제기할 수 있다. 그러나 이와 같은 절차를 거치지 않고 바로 행정소송을 제기할 수도 있다. 또한 휴업급여에 이의가 있는 자는 감사원법 제43조 제1항 “감사원의 감사를 받는 자의 직무에 관한 처분이 나 그 밖의 행위에 관하여 이해관계가 있는 자는 감사원에 그 심사의 청구를 할 수 있다”의 규정에 의하여 감사원에 심사청구를 할 수도 있다.⁵⁾

4) 근기 01254-8562, 1990. 06. 19; 근기 01254-459, 1992. 03. 30; 근기 01254-8560, 1990. 06. 19.

5) 황운희, 「산업재해보상보험 미지급보험급여의 상속 범리에 관한 연구」(박사학위논문), 아주대학교 대학원, 2007, 230-232면 참고.

〈표 1〉 휴업보상(근로기준법)과 휴업급여(산재보험)의 비교

	휴업보상	휴업급여
보상수준 (1일 휴업급여)	-평균임금의 100분의 60	-기본휴업급여: 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액 -저소득 근로자의 휴업급여: 임금수준에 따라 평균임금의 100분의 90 또는 최저 보상기준 금액의 100분의 80에 상당하는 금액(최저임금미달 시 최저임금액) -61세 이후부터는 1일당 휴업급여 지급액의 4/70씩(65세 이후는 20/70) 감액지급
부분휴업	-평균임금에서 지급받은 금액을 뺀 금액의 100분의 60	-평균임금에서 그 취업한 날(취업한 시간)에 대한 임금을 뺀 금액의 100분의 90에 상당하는 금액 지급이 원칙
보상기간제한	-제한 없음.	-취업 못한 기간이 3일 이내는 지급 제한
중증 요양자 보호	-규정 없음	-상병보상연금 지급
보상책임 제한	-근로자의 중대한 과실에 의한 업무상 재해는 노동위원회의 인정으로 휴업보상 책임 면제 가능	-보상책임 제한 없음
일시보상	-평균임금 1,340일분의 일시보상 지급으로 모든 보상책임 면제	-외국인 근로자가 요양 중 출국위한 보험급여의 일시지급 신청은 가능
일용근로자 보상기준	-근로기준법의 평균임금 산정기준 적용	-일당에 통상근로계수를 곱하여 산정
최고보상제도	-제한 없음	-최고보상기준 적용
평균임금 증감 기준	-동종의 근로자의 통상임금의 변동률 100분의 5 이상	-매년 전체 근로자의 임금 평균액의 증감률 기준
불복절차	-노동부장관에게 심사나 중재 신청 ⇒ 노동위원회에 심사나 중재 신청	-행정소송을 제기 -근로복지공단예 심사청구 ⇒ 산업재해보상보험재심사위원회에 재심사 청구 ⇒ 행정소송을 제기 -감사원 심사청구

Ⅲ. 휴업급여의 지급과 그 효과

1. 휴업급여의 지급요건

1) 산재보험 적용 사업장의 근로자

산재보험법의 휴업급여는 산재보험법이 적용되는 사업장의 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 취업하지 못한 기간에 대하여 지급된다. 산재보험법은 근로자를 사용하는 모든 사업(장)에 적용하지만, 위험률·규모 및 장소 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업에 대하여는 적용을 제외시키고 있다. 산재보험은 사회보험으로 사업장이 당연 적용 대상 사업장이면 사업주가 근로복지공단에 보험관계의 성립신고 여부와 관계없이 당연히 적용된다.

“근로자”란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말한다. 근로자가 아닌 자는 산재보험급여를 지급받을 수 없지만 산재보험법은 사회보험으로서의 특수성을 감안하여 예외적으로 동법이 적용되는 사업(장)의 현장실습생을 동법상의 근로자로 간주하고 있다.(법 제123조), 또한 동법의 적용 대상이 아닌 해외파견자(법 제122조), 중·소기업 사업주(법 제124), 특수형태 근로종사자(법 제125조)에 대하여 임의가입 형태로 동법을 적용하고 있다.

2) 업무상 사유에 의한 부상 또는 질병

휴업급여는 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 근로자라야만 지급받을 수 있다. 업무상 사유로 부상을 당한 경우는 산재보험법 제37조 제1항 제1호에서 자세하게 규정하고 있으며, 업무상 질병은 동 제2호에서 규정하고 있다. 이와 같은 사고나 질병은 업무와 재해 사이에 상당

인과관계가 있어야 한다. 근로자의 고의·자해행위나 범죄행위 또는 그것이 원인이 되어 발생한 부상·질병은 업무상의 재해로 보지 아니한다.

3) 요양 중

휴업급여는 ‘요양으로 취업하지 못하는 기간’에 대하여 지급한다. 따라서 요양은 휴업급여의 전제조건이다. 요양급여의 범위는 진찰 및 검사, 약제 또는 진료재료와 의지(義肢) 그 밖의 보조기의 지급, 처치, 수술, 그 밖의 치료, 재활치료, 입원, 간호 및 간병, 이송 등이다.

‘요양’이라 함은 업무상 부상 또는 질병으로 인한 입원요양, 통원요양, 재가요양 등 부상이나 질병의 치유를 목적으로 하는 의료 서비스의 주체인 의사나 한의사, 약사 등으로부터 진료 또는 지도를 받는 것을 말한다.⁶⁾ 휴업급여는 그 부상이나 질병이 완치되거나 더 이상 치료효과를 기대할 수 없고 그 증상이 고정된 상태에 이를 때까지 계속하여 지급하고 있다.

그리고 휴업급여는 재요양기간에도 지급된다. 재요양이란 상병에 대한 요양은 종결되었으나 그 상병이 재발하거나 또는 그 상병에 기인한 합병증에 대하여 실시하는 요양이다.

4) 취업을 할 수 없는 기간

휴업급여는 업무상 사고나 요양으로 취업하지 못한 기간에 대하여 지급한다. 여기서 “취업하지 못한”의 의미는 일반적으로 근로할 수 없는 상태를 말하며 반드시 재해 이전에 종사하던 근로를 제공할 수 없는 경우만을 말하는 것은 아니다. “취업”은 종속 노동으로서 근로관계뿐만 아

6) 한국사회보험연구소, 『산재보험급여체계의 합리적 개선방안에 관한 연구(노동부 용역보고서)』, 2005, 288면.

니라 자영업도 포함되어 생업의 범주로 볼 수 있는 범위까지 포함하는 것이므로,⁷⁾ 근로자가 재해 당시의 소속 사업장 및 직종뿐만 아니라 다른 사업장 또는 자영업을 포함하여 소득을 목적으로 하는 경제활동에 종사하는 것을 말한다.⁸⁾ 그러나 임금 지급 없이 판공비나 출장비만 지급받는 경우에는 취업으로 보지 아니한다.⁹⁾

휴업급여는 재해근로자가 요양으로 인하여 근로제공을 못하여 사업주로부터 임금을 지급받을 수 없기 때문에 지급되므로, 재해근로자의 실제 취업여부와 노동력의 상실은 휴업급여 지급의 중요한 판단기준이 된다.¹⁰⁾ 요양 중에 사망한 경우 사망 당일도 요양으로 인하여 취업하지 못한 기간에 해당한다.¹¹⁾

그리고 요양으로 취업할 수 없는 기간이 4일 이상이어야 한다. ‘4일 이상의 요양을 요하는 경우’라 함은 일반적으로 입원·통원을 불문하고 처치·수술 기타의 치료, 약제 또는 진료 재료와 의지 기타 보철구의 사용, 의료시설에의 수용, 개호, 이송, 치료를 위한 투약 등 부상이나 질병을 치유하는데 걸리는 기간이 4일 이상인 경우를 말한다.¹²⁾

3일 이내에 치유되는 경우에는 휴업급여를 지급하지 아니한다. 여기서 3일 이내에 치유되는 휴업기간은 그 부상이나 질병의 상태가 중하지 아니하여 3일 이내에 치유되는 경우를 말하며, 요양으로 휴업한 총기간이

7) 보상 6602-758, 2003. 05. 24.

8) 근로복지공단, 『사이버 직무교육교재 산재보험보상』, 2004, 62면.

9) 아파트 입주자 대표자는 자영업자도 아니며 종속 노동의 관계로 이해할 수 있는 고용관계는 더욱 아닌 것으로 아파트입주자 대표회의 회장이 받는 판공비의 성격은 노무제공의 대가가 아니라 아파트 입주민의 관리 및 아파트 관리 사무소 직원과 기타 유관기관과의 관계유지관리를 위한 소요비용이고 출장비 역시 실비변상적인 것이므로 취업으로 보지 아니한다.(보상6602-758, 2003. 05. 24.).

10) 한국사회보험연구소, 전게서, 289면.

11) 보상 6602-1138, 1999. 10. 26.

12) 안전정책과-4229, 2004. 07. 29.

3일 이내를 말하는 것은 아니다. 중증 부상이나 질병으로 요양하다가 사망한 경우에는 비록 요양기간이 3일 이내라도 휴업급여는 지급된다.

5) 부분휴업급여의 지급요건

부분휴업급여는 요양 중 취업사업과 종사업무 및 근로시간이 정해져 있어야 하며, 취업을 하여도 부상·질병 상태의 치유 시기가 지연되거나 악화되지 아니할 것이라는 의사의 소견이 있어야 한다. 그리고 취업 전에 취업사업장의 명칭, 취업기간, 종사업무의 내용, 근로시간 및 임금 등을 적은 서류와 취업가능여부 및 취업에 따른 부상·질병 상태의 악화여부 등에 대한 의학적 소견서를 첨부하여 근로복지공단에 청구하여야 한다.

그러나 재해자가 이와 같은 요건을 갖추고 번거로운 사전 청구 절차를 거쳐 부분취업을 하기도 쉽지 않을 것이지만, 전일을 휴업하여도 평균임금의 100분의 70을 지급받을 수 있는데, 평균임금에서 취업하여 발생한 임금을 뺀 금액의 90%를 받기 위하여 요양기간 중에 취업을 선택할지도 의문이다.

2. 휴업급여의 지급기준

휴업급여는 재해근로자의 평균임금을 기준으로 지급한다. 휴업급여의 지급기준을 평균임금을 기준으로 하는 것은 기본급 비중이 낮고 각종 수당 등 부과급여의 비중이 큰 우리나라의 임금구조 아래에서는 휴업급여 지급액이 통상임금보다 높거나 비슷하여 재해자가 요양기간을 연장시키면서 직장복귀를 기피하는 부작용이 있다는 비판이 있다.¹³⁾

13) 김강식, 『한국 산재보험제도의 개선방안』, 『경영연구』제8권 제1호, 2001, 42면; 이완영, 『산재보험제도의 문제점 분석』, 『경영연구』(제8권 제1호), 2002, 43면.

부분휴업급여나 저소득근로자 및 고령자의 경우 휴업급여의 지급률을 달리하기는 하지만 이때도 평균임금은 휴업급여의 지급기준이 된다. 기본휴업급여의 1일당 지급액은 요양으로 인하여 취업하지 못한 기간에 대하여 재해근로자의 평균임금의 100분의 70에 상당하는 금액이다.

요양 기간 중에 취업한 경우에 지급하는 부분휴업급여는 취업한 날 또는 취업한 시간에 해당하는 근로자의 평균임금에서 취업하여 발생한 임금을 뺀 금액의 90%를 지급한다.

저소득 근로자의 휴업급여는 재해근로자의 평균임금의 100분의 70에 상당하는 1일당 휴업급여 지급액이 최저 보상기준 금액의 100분의 80보다 적거나 같으면 그 근로자에게는 평균임금의 100분의 90에 상당하는 금액을 1일당 휴업급여 지급액으로 하며, 그 근로자의 평균임금의 100분의 90에 상당하는 금액이 최저 보상기준 금액의 100분의 80보다 많은 경우에는 최저 보상기준 금액의 100분의 80에 상당하는 금액을 1일당 휴업급여 지급액으로 한다. 그리고 이에 따라 산정한 휴업급여 지급액이 최저임금액보다 적으면 그 최저임금액을 그 근로자의 1일당 휴업급여 지급액으로 한다.(법 제54조).

고령자의 휴업급여는 휴업급여를 받는 재해근로자가 61세가 되면 그 때부터 매년 1일당 휴업급여 지급액의 4/70씩 감액하여 65세 이후에는 20/70를 감액하여 지급한다. 다만, 61세 이후에 취업 중인 자가 업무상의 재해로 요양하거나 61세 이전에 업무상 질병으로 장해급여를 받은 자가 61세 이후에 그 업무상 질병으로 최초로 요양하는 경우 요양을 시작한 날로부터 2년간은 이 규정을 적용하지 아니한다.(법 제56조).

3. 상병보상연금과의 관계

요양급여를 받는 근로자가 요양을 시작한지 2년이 지난 날 이후에도,

그 부상이나 질병이 치유되지 아니한 상태가 계속되며, 그 부상이나 질병에 따른 폐질(廢疾)의 정도가 대통령령으로 정하는 폐질등급 기준에 해당하고, 요양으로 인하여 취업하지 못하였을 경우¹⁴⁾에는 휴업급여 대신 상병보상연금을 지급한다(법 제66조).

휴업급여가 요양으로 인한 단기적 소득불능에 대한 보전급여라면 상병보상연금은 요양이 종결되지 아니하고 요양기간이 2년 이상 되어 그 정도가 폐질등급에 해당되어 장기간에 걸쳐 취업활동이 어려워 재해근로자와 그 가족의 생계를 보장하기 위한 급여이다.¹⁵⁾

4. 다른 보상이나 배상과의 관계

1) 재해보상과의 관계

산재보험법 제80조 제1항은 수급권자가 보험급여를 받았거나 받을 수 있으면 보험가입자는 동일한 사유에 대하여 「근로기준법」에 따른 재해보상의 책임 면제를 규정하고 있다. 그리고 근로기준법 제87조는 보상을 받게 될 자가 동일한 사유에 대하여 「민법」이나 그 밖의 법령에 따라 재해보상에 상당한 금품을 받으면 그 가액의 한도에서 사용자의 보상책임 면제를 규정하고 있다. 그런데 산재보험법의 최고보상기준제도에 의하여 평균임금이 최고보상기준금액을 초과하는 재해근로자는 평균임금액과 최고보상기준금액과의 차액분에 대하여 사용자에게 청구할 수 있는지 의문이다. 그러나 이는 부정되어야 할 것이다. 산재보험법은 “휴업급여를

14) 그간 판례(대판 2002. 01. 25. 2001두9073 등)는 “상병보상연금 지급에 있어서는 요양으로 인하여 현실로 취업하지 못하고 있는 기간에만 지급한다.”는 휴업급여에 서와 같은 제한이 없으므로 설령 상병보상연금 수급권자가 취업을 하고 있다고 하더라도 이를 이유로 상병보상연金的 지급이 거부될 수는 없다”고 하여, 2010. 01. 27. 개정법에서 이 규정을 명문화 하였다.

15) 김수복, 『산재재해보상보험법』, (주)중앙경제, 2008, 502면.

받을 수 있는 경우”까지 그 면책을 인정하고 있으며, 산재보험의 휴업급여는 근로기준법상의 휴업보상보다 지급률도 높을 뿐만 아니라 관례는 산재보험법상의 모든 보험급여는 근로기준법상의 당해 재해보상에 상당하는 것이므로 그 성질이 동일하다고 본다.¹⁶⁾

그러나 부상이나 질병으로 인하여 취업하지 못한 기간이 3일 이내이면 휴업급여가 지급되지 않기 때문에 사용자가 직접 보상하여야 하며, 이때는 평균임금이 최고보상기준금액을 초과하여도 재해근로자의 평균임금으로 휴업보상을 하여야 할 것이다.

2) 손해배상 등과의 관계

수급권자가 동일한 사유에 대하여 산재보험법에 따른 보험급여를 받으면 보험가입자는 그 금액의 한도 안에서 「민법」이나 그 밖의 법령에 따른 손해배상의 책임이 면제되고, 그 반대로 수급권자가 동일한 사유로 「민법」이나 그 밖의 법령에 따라 이 법의 보험급여에 상당한 금품을 받으면 근로복지공단은 그 받은 금품을 대통령령으로 정하는 방법에 따라 환산한 금액의 한도 안에서 보험급여를 지급하지 아니한다.(법 제80조 제2-제3항).

그리고 동일한 사유에 대하여 재해근로자가 산재보험법에 따라 휴업급여를 이미 지급받은 경우에 휴업급여액을 일실회의의 배상액에서 공제할 때에는 그 손해의 성질이 동일하여 상호보완적 관계에 있는 것 사이에서만 이루어질 수 있으므로, 재해근로자가 수령한 휴업급여액이 법원에서 인정된 소극적 손해액을 초과하더라도 휴업급여는 휴업기간 중의 일실회의에 대응하는 것이므로 휴업급여는 그것이 지급된 휴업기간 중의 일실회의 상당의 손해액에서만 공제되어야 한다.¹⁷⁾

16) 대판 1981. 10. 13. 80다2928.

5. 소멸 시효의 특성

휴업급여의 소멸시효도 다른 보험급여와 같이 3년이다.(법 제112조). 휴업급여의 소멸시효는 업무상 사고나 부상으로 요양을 받으면서 취업하지 못한 날의 다음 날부터 매일매일 진행된다. 그러나 휴업급여는 다른 보험급여와는 달리 업무상 사고나 질병의 요양신청이 승인된 이후에 청구하는 것이 일반적이며, 만일 요양신청이 거부된 경우에 휴업급여를 신청하면 지급원인이 없어 반려하는 것이 일반적이다. 따라서 요양신청이 거부되어 행정소송이 진행될 경우 휴업급여의 소멸시효 기산점이 문제된다. 이와 관련하여 대법원 전원합의체 판결은 “근로자가 입은 부상이나 질병이 업무상 재해에 해당하는지 여부에 따라 요양급여 신청의 승인, 휴업급여청구권의 발생 여부가 차례로 결정되고, 따라서 근로복지공단의 요양불승인처분의 적법 여부는 사실상 근로자의 휴업급여청구권 발생의 전제가 된다고 볼 수 있는 점 등에 비추어, 근로자가 요양불승인에 대한 취소소송의 판결확정시까지 근로복지공단에 휴업급여를 청구하지 않았던 것은 이를 행사할 수 없는 사실상의 장애사유가 있었기 때문이라고 보아야 한다.”¹⁸⁾고 하였다.

IV. 휴업급여의 법리

1. 의의

근로기준법 제79조 제1항은 “사용자는 요양 중에 있는 근로자에게 휴업보상을 하여야 한다.”고 규정하고 있으나, 산재보험법 제52조는 “휴업

17) 대판 2006. 09. 28. 2004다48768; 대판 1993. 12. 21. 93다34091.

18) 대판 2008. 09. 18. 2007두2173.

급여는 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 근로자에게 요양으로 취업하지 못한 기간에 대하여 지급 한다.”고 규정하고 있다.

‘요양으로 취업하지 못한 기간’에는 업무상 재해로 인하여 요양 중인 재해근로자가 요양이 없었다면 취업할 수 있었던 기간은 당연히 해당될 것이다. 그런데 요양이 없어도 취업이 불가능한 경우 즉, 요양기간 중에 단기의 근로계약이 종료된 경우나 근로능력이 없어 더 이상의 취업이 기대되지 않는 노령자, 근로자가 교도소 등에서 수감되어 신체의 자유를 구속당하는 경우에도 요양이라는 사실의 존재만으로 휴업급여를 지급하여야 할 것인가?

이와 같은 문제는 산재보험급여의 법적 성격을 어떻게 규명하는가에 따라 견해가 달라질 수 있다. 산재보험급여의 생활보장측면을 강조한다면 요양으로 인한 소득활동의 참여가능성 여부를 떠나서 요양기간 중에는 휴업급여가 지급되어야 할 것이다. 반면에 단기적 노동불능에 대하여 상실된 노동력의 손해전보적 측면을 강조한다면 휴업급여를 지급하지 않아도 될 것이다.

2. ‘요양으로 취업하지 못한 기간’의 의미¹⁹⁾

1) “요양 중에 있는 근로자”의 보상

휴업급여는 업무상 “요양 중에 있는 근로자”에게 지급해야 한다는 것이 이 견해이다. 근로기준법 제79조 제1항은 “사용자는 제78조에 따라 ‘요양 중에 있는 근로자’에게 그 근로자의 요양 중 평균임금의 100분의 60의 휴업보상을 하여야 한다.”라고 규정하고 있다. 따라서 ‘요양 중에 있는 근로자’는 요양기간 중의 취업가능성이나 임금상실여부와 관계없이

19) 이하는, 보상 6602-560(1998 07. 09.)의 질의서 내용을 근거로 재구성하였다.

휴업급여를 지급받을 수 있다는 것이다. 이에 따르면 요양 중에 있는 근로자는 교도소에서 수감 중인 경우와 같이 요양이 아니라도 취업할 수 없는 경우까지도 휴업급여를 지급해야 한다.

그러나 업무상 요양 중이라도 근로능력이 없어 취업이 기대되지 않는 노령자에게도 휴업급여를 지급한다는 것은 논리적 모순이며 일반인의 상식에도 벗어나는 과도한 사회보장이라는 비판이 있다.²⁰⁾ 업무상 재해에 대한 사업주의 배상책임 원리를 강조한다면 업무상 재해 직전이나 또는 요양기간 중에 임금소득 창출능력이 전제된 경우에만 휴업급여가 지급되어야 할 것이다. 따라서 요양 중에 취업이 기대되지 않는 경우까지도 휴업급여를 지급하는 것은 사업주가 보험료의 전액을 납부하는 산재보험에 서는 그 논거를 찾기가 쉽지 않다.

2) “취업기회 상실”의 전보(填補)

휴업급여는 계속하여 근로관계가 유지되던 근로자가 업무상 사고나 질병으로 요양 기간 중의 임금 상실에 대한 보상은 물론이고, 요양 직전에 취업은 하였으나 업무상 재해가 없었어도 계속하여 근로관계가 유지되기 어려운 일시적 취업자도 요양으로 인하여 다른 취업의 기회나 취업 이외의 다른 사회활동을 할 수 없으므로 휴업급여가 지급되어야 한다는 것이다. 그러나 근로능력이 없어 취업이 기대되지 않는 노령자나 또는 요양 중에 교도소에서 수감되어 신체의 자유를 구속당한 경우에는 비록 요양을 받지 않아도 임금소득을 얻을 수 있는 기회가 없으므로 휴업급여가 지급될 수 없을 것이다.

휴업급여의 지급취지에 충실하자면 요양기간중의 임금상실에 대해서만

20) 노사정위원회, 『산업재해보상보험제도 개선방안 논의자료』, 2007, 688면; 이정우, “산재보험제도 휴업급여의 개선방안에 관한 연구”, 『사회보장연구』제23권 1호, 2007, 101면.

휴업급여가 지급된다고 보는 것이 타당하다. 그런데 산재보험급여는 민사상의 손해배상적 성격을 완전히 배척할 수 없는 한계가 있다.²¹⁾ 민사상의 일실회익은 특별한 사정이 없는 한 불법행위 발생 당시 피해자의 수입을 기준으로 산정한다. 사람은 누구나 특별한 사정이 없는 한 성별과 연령에 따라 보통 노임 정도의 수입을 얻는 것으로 본다.²²⁾ 따라서 요양기간 중에 현실적인 임금상실이 없어도 재해근로자가 사업주를 상대로 요양기간 중의 일실회익에 대하여 손해배상을 청구할 수 있다. 이에 따라 사업주가 손해배상을 하고 난 이후에 근로복지공단에 휴업급여 상당액에 대하여 수급권을 대위 행사하는 경우에 이를 막을 수 있는 방법이 없는 한계가 있다.

3) 소득상실의 전보

휴업급여는 근로자가 업무상 요양 중에 있다고 하여 지급되는 것이 아니며, 또한 비록 요양 중에 있어도 요양 직전에 임금 소득의 발생이 없었거나 또는 요양으로 인한 소득상실이 없었다면 휴업급여는 지급될 수 없다는 것이 이 견해이다. 휴업급여는 요양으로 인한 소득상실의 보전급여이므로 현실적으로 재해근로자가 요양이 아니었다면 취업하여 임금소득을 창출할 수 있었으나, 요양으로 인하여 취업하지 못하였기 때문에 소득공백이 발생하여 재해근로자와 그 가족의 생활이 곤란하여 그 소득공백을 보전해주는 것이 휴업급여라는 것이다.²³⁾ 휴업급여는 요양

21) 산재보험의 법적 성격에 대해서는 황운희, 『산업재해보상보험 미지급보험급여의 상속 법리에 관한 연구(박사학위논문)』, 55-61면 참조.

22) 대판 1966. 11. 23, 66다1504.

23) 우리나라의 대부분의 산재보험법 관련 문헌은 휴업급여의 취지를 이와 같이 설명하고 있다.(김수복, 전제서, 404면; 김우기, 『산업재해보상보험법상해』, 중앙경제사, 1988, 104면; 근로복지공단, 『사이버 직무교육교재 산재보험보상』, 59면; 문원주·조석련, 『산업재해보상보험법』, 법원사, 1992, 397면; 박승두, 『사회보장법』, 중앙경

직전에 임금 소득이 있던 자가 요양기간 중에는 정상적인 근로제공이 어렵게 되었지만 치료 이후에는 정상적인 근로가 가능할 것으로 예상되는 자를 대상으로 하여 요양기간 동안 상실된 소득을 보전하는 단기성 보험급여라는 것이다.²⁴⁾ 이에 따르면 업무상 요양이 아니라도 취업할 수 없었던 경우 즉, 근로능력이 없는 노령자나 교도소에서 수감 중인 재해 근로자는 당연히 휴업급여 청구권이 없다. 학생이나 군인이 휴일을 이용하여 건설현장에서 일시적으로 취업하다가 업무상 재해를 당한 경우에도 약정된 근로계약기간에 한해서는 근로제공을 못하기 때문에 휴업급여가 지급되지만, 약정된 근로계약기간이 종료된 이후인 근로무기간이나 학업 기간에는 휴업급여를 지급하지 않아도 된다.

3. 외국의 입법례

독일의 사회법전 제7권의 산재보험법 제45조는 휴업급여의 전제조건으로, “노동불능 또는 요양이 시작되기 직전에 근로소득, 사업소득, 질병보조금, 휴업급여, 질병부가보조금, 전환급여, 생활비, 단기근로자보조금, 동절기 수당, 실업급여, 실업보조 또는 모성수당에 대한 청구권이 있는 경우”로 규정하고 있다. 휴업급여는 의료적 재화를 보완하는 급여로서 산재사고로 인한 노동불능으로 야기된 근로소득 또는 사업소득의 탈락을 보상하여야 한다. 이로써 피보험자와 그 가족의 생계가 보장된다. 휴업급여는 법적 의료보험의 질병보조금과 같이 구체적인 임금 또는 소득 대체기능을 한다.²⁵⁾ 따라서 휴업급여는 업무상 재해로 인하여 치료를 받

제사, 1997, 460면, 이상국, 『산업재해보상보험법』, (주) 청암미디어, 2001, 441면, 조보현, 『산업재해보상보험법』, 홍익재, 2000, 291면; 한국사회보험연구소, 전개서, 289면. 이완영, 전개논문, 43면; 김강식, 전개논문, 42면; 이정우, 『산재보험제도 휴업급여의 개선방안에 관한 연구』, 『사회보장연구』제23권 1호, 2007, 84면.

24) 이정우, 전개논문, 101면.

고 있는 동안 임금대체를 위하여 지급되고 업무상 재해 직전에 소득활동에 참가하던 자만이 수혜대상이 된다.²⁶⁾ 그러나 수급자가 자유형 집행기간 동안 산재 사고를 당한 경우에는 자유형 집행기간에 대해 노동불능으로 인하여 그에게 탈루된 정기적인 임금액에 따라 휴업급여를 산정한다.²⁷⁾

일본의 노동자재해보상보험법(勞働者災害補償保險法)은, “노동자가 업무상의 부상 또는 질병에 의한 요양을 위하여 노동을 할 수 없기 때문에 임금을 받지 못하는 날의 제4일째부터 휴업급부를 지급하나(제14조 제1항), 노동자가 감옥, 노역장 기타 이에 준하는 시설에 구금되어 있는 경우와 소년원 기타 이에 준하는 시설에 수용되어 있는 경우에는 휴업보상급부를 행하지 아니한다.”고 규정하고 있다(제14조의2). 이에 대한 구체적 기준을 동법 시행규칙 제12조의4에서 다음과 같이 규정하고 있다. “징역, 금고 혹은 구류형의 집행으로 인하여 혹은 사형선고를 받아 감옥에 구치되어 있는 경우, 노역장 유치를 선고받아 노역장에 유치되어 있는 경우 또는 감치재판(監置裁判)의 집행을 위하여 감치장(監置場)에 유치되어 있는 경우, 소년법 제24조의 규정에 의하여 보호처분으로서 소년원 혹은 아동자립지원시설에 송치되어 수용되어 있는 경우 또는 매춘방지법 제17조의 규정에 의하여 보도처분(補導處分)으로 부인보도원(夫人補導院)에 수용되어 있는 경우에는 비록 업무상 요양 중이라도 휴업급부를 지급하지 아니한다.”

이와 같은 규정은 노동자가 감옥 등에 감금 또는 수용되었을 경우에는 업무상의 사유에 의해서 부상·질병의 요양이라는 사정이 없었어도, 이미 노동자는 신체의 자유를 구속당하여 노동제공이 불가능하여 임금소

25) 근로복지공단, 『독일 산재보험법 해설서』, 2005, 353면.

26) 이현주 외 5인, 『주요국의 산재보험 급여체계 비교연구』, 한국노동연구원, 2003, 54면.

27) 근로복지공단, 『독일 산재보험법 해설서』, 377-378면.

득을 얻지 못하는 상태에 있었던 것이다. 이러한 경우에도 휴업보상급부를 지급하는 것은 ‘노동자가 업무상의 사유에 의해 부상 또는 질병의 요양으로 인한 노동불능일 경우’에 대해서 급부를 행하는 휴업보상급부 제도의 본래의 취지에 적합하지 않다. 노동자 본인의 범죄행위로 인한 결과로 감옥에서의 감금 등은 일종의 자초행위의 결과인 노동불능에 대해서까지 사업주의 비용부담에 의해 급부를 행하는 것은 타당하지 않고, 더욱이 건강보험법, 선원보험법 등에서도 유사한 경우에는 보험급부를 지급하지 않고 있는 점으로 고려해서 1986년 개정법에서 이 규정이 도입되었다.²⁸⁾ 따라서 개정법 시행일 이전부터 계속하여 징역형의 집행으로 인해 감옥에 구치되어 있는 경우 개정법의 시행일 전 날의 휴업급부는 지급되지만 시행일 이후부터는 휴업급부가 지급되지 않고 있다.²⁹⁾

미국의 워싱턴 주(州)는 의사가 작성한 보고서에서 근로자가 사업장으로 복귀할 만한 상태가 아님을 증명하는 한 계속해서 휴업급여를 지급받을 수 있다. 즉, 사업주가 의뢰하여 근로자에 대한 소득능력을 파악하기 위해 검진을 실행한 의사가 사업주가 제안한 직무를 수행할 수 있는 육체적 능력이 근로자에게 있다고 판단하여 근로자가 그 직무에 복귀할 때까지 휴업급여는 계속하여 지급된다. 또한 의사가 근로자의 부상이 완전히 치유되지 않았다고 판단하는 상황에서 근로자가 일을 그만두거나 근로자가 직장에 복귀하지 않는 것이 좋겠다고 의사가 판단한 상황에서 근로자가 일을 그만둔 경우에도 휴업급여는 계속 지급된다. 하지만 근로자가 자발적으로 퇴직을 하였고 더 이상 노동시장에 머물지 않는다고 판단할 경우 휴업급여는 중단된다.³⁰⁾

28) 勞働省 勞働基準局 勞災管理課, 『(三訂新版) 勞働者災害補償保險法』, 勞務行政研究所, 1992, 349면.

29) 發勞徴 제23호·起發 제174호, 1987. 03. 30. (근로복지공단, 『노재보험법 해석총람』, 2004, 637면).

30) 이현주 외 5인, 전계서, 108면.

스위스는 휴업급여의 산정기초가 되는 보험적용 소득은 재해발생 이전의 소득과 법적 청구권을 가지는 미지급급여를 합산한 금액이다. 그리고 휴업급여는 개인별로 근로능력의 상실수준에 따라 차등적으로 지급된다. 근로능력을 50%이상 상실한 경우에는 휴업급여 전액이 지급되며, 근로능력을 25%이상 50%미만으로 상실한 경우에 휴업급여는 그 절반의 수준으로 지급되고, 근로능력이 25%미만의 경미한 상실의 경우에는 휴업급여가 지급되지 않는다.³¹⁾

4. 행정해석

행정해석도 의학적으로 적극적인 치료를 요하지는 않으나, 경과 관찰이 필요한 경우 등 재가요양을 요한다는 주치의사의 소견서가 제출되면 의학적인 타당성을 판단하여 재가요양의 승인이 결정되면 재가요양 기간에 대하여 산재보험법상 소정의 휴업급여를 지급받을 수 있다고 한다.³²⁾

그리고 업무상 재해로 인하여 요양을 받던 자가 요양을 중지하였다면 재가요양이 필요하다는 의학적 소견이 있는 경우를 제외하고는 요양 중에 있는 자로 볼 수 없고³³⁾, 당초 부상 부위가 완치되고 취업 가능한 상태에 장기간에 걸쳐 1개월에 2~3일정도 간염에 대한 통원 치료만 하였다면 휴업급여를 지급할 수 없으나³⁴⁾, 업무상 재해로 인한 요양기간과 개인질병 치료기간이 중복된 경우에는 휴업급여를 지급해야 한다.³⁵⁾

학생, 공익근무요원, 군인이 시간제 또는 일용근로자로 임금을 목적으로 근로를 제공하다 업무상 재해를 입은 경우에도 산재보험법상 휴업급

31) 한국사회보험연구소, 전게서, 113면.

32) 재보 01254-18824, 1991. 12. 28.

33) 보상 1458.7-2012. 1984. 01. 24.

34) 보상 32540-12423 1987. 08. 04.

35) 재보 01254-642, 1991. 01. 17.

여 지급은 사회통념상 합리적으로 판단하여 요양기간 중 취업을 기대할 수 있는 기간에 대해서 지급하는 것이 타당하다고 한다.³⁶⁾

그러나 휴업급여는 취업할 수 있음에도 불구하고 요양으로 인하여 취업할 수 없는 자에게 보상적인 차원에서 지급하는 금품으로 보아야 하기 때문에, 74세의 고령자가 재요양 사유에 해당되어 요양급여를 지급받는다 할지라도 취업할 수 있다고 보기 어렵기 때문에 당연히 휴업급여를 지급해야하는 것이라고 볼 수는 없으며, ³⁷⁾ 근로자가 교도소에 수감된 때에는 요양을 하기 위하여 취업하지 못하는 것이 아니고 근로자가 범죄를 범하여 신체의 자유가 국가에 의하여 제한되어 취업하지 못하는 것이므로 휴업급여는 지급할 수 없다고 한다.³⁸⁾³⁹⁾

5. 판례

우리나라 판례는 “업무상 부상으로 요양 중에 있는 근로자와 그 가족의 최저생활을 보장하기 위하여 평균임금의 100분의 60에 상당하는 금액을 하루분의 휴업급여로 지급할 것을 규정한 구 산재보험법 제9조의4 소정의 ‘요양으로 인하여 취업하지 못한 기간’이라 함은, 근로자가 업무

36) 보상 6602-560, 1998 0.7. 09.

37) 노동부, 산재68607-307, 1996. 09. 17.

38) 보상 1455-13763, 1976. 08. 05; 보상 6604-1991, 2002. 08. 21.

39) 요양급여도 상병근로자가 산업재해보상보험법 제9조에 의하여 치료기간 중 범죄를 범하고 형이 확정 되어 복역 중인 경우에 당해 상병 근로자가 구 행형법(현재는 ‘형의 집행 및 수용자의 처우에 관한 법률’로 대체됨) 제26조에 의한 교도소 내 의 무실에서의 국비로 치료를 한 경우에는 타법에 의한 요양을 받은 것이므로 산재보험법상 요양비를 지급할 수 없으며, 구 행형법 제28조 및 제29조에 의거 당해 상병근로자가 자비로 치료할 경우에는 산재보험법 제9조의 3 제1항 단서의 “부득이한 경우”에 해당되므로 이 경우에는 요양비를 지급할 수 있으며, 상병근로자가 복역을 마치고 출소 후 계속 치료를 요할 때는 당초의 상병이 완치된 것이 아니므로 치료기간 연장승인을 하여야 할 것이라 한다.(보상 1455-13763, 1976. 08. 05.)

상 부상으로 요양을 하느라고 근로를 제공할 수 없었기 때문에 임금을 받지 못한 기간을 의미하는 것이라고 해석되므로, 근로자가 의료기관에서 업무상 부상을 치료받은 기간뿐만 아니라 근로자가 자기 집에서 요양을 하느라고 실제로 취업을 하지 못하였기 때문에 임금을 받지 못한 기간도 포함된다고 보아야 할 것이다. “라고 하였다.”⁴⁰⁾ 따라서 “근로자가 입은 업무상 부상의 정도, 부상의 치유과정 및 치유상태, 요양방법 등에 비추어 근로자가 요양하느라고 취업을 하지 못한 것이 아닌 경우에는 실제로 취업을 하지 못하였다고 하더라도 그 기간에 대하여 휴업급여를 지급할 수는 없다.”⁴¹⁾고 한다.

그리고 재해근로자가 교도소에 수감되었던 기간에 대한 휴업급여 청구 사건에서, “‘요양으로 취업을 하지 못한 기간’이라 함은 근로자가 업무상 부상 또는 질병으로 요양을 하느라고 근로를 제공할 수 없었기 때문에 임금을 받지 못한 기간을 의미하는 것으로, 근로자가 자신의 범죄행위로 인하여 교도소 등에 수감된 경우에는 가사 요양이라는 사정이 있었더라도 휴업급여 본래의 취지에 부합되지 않으므로 교도소에 수감되어 취업을 하지 못한 기간은 실제로 요양을 받았다거나 요양을 요하는 상태였는지 여부와 관계없이 요양으로 인하여 취업을 하지 못한 기간에 해당하지 아니한다고 봄이 타당하다.”고 하며, 그 이유를 “근로자 자신의 범죄행위로 인하여 교도소에 수감된 경우에는 가사 요양이라는 사정이 없었다고 하더라도 애당초 신체의 자유가 제한된 결과 취업을 할 수 없는 상태에 있었을 뿐만 아니라 또한 범죄행위로 인하여 취업을 하지 못한 기간에 대하여 휴업급여를 지급한다는 것은 사업주의 비용부담으로 요양 중에 있는 근로자의 최저생활을 보장하려는 휴업급여 본래의 취지에 부합되지

40) 대판 1989. 06. 27, 88누2205.

41) 대판 2002. 07. 12, 2002두3997; 부산고판 2001. 08. 24, 2000누4057; 서울행판 2006. 06. 23, 2005구단10722.

않는다.”⁴²⁾고 한다.

또한 “치료받으면서 취업하는 것이 가능함에도 이 요양기간에 대한 휴업급여를 청구함은, 원고가 요양 때문에 취업할 수 없을 정도의 상태에 있었다고 보기 어렵고, 가령 원고가 그 주장처럼 그 기간 동안 현실적으로 취업하지 못하였다 하더라도, 원고가 요양으로 인하여 그와 같이 취업하지 못한 것이라고 인정하기에 부족하다”고 하였다.⁴³⁾

6. 소결

산재보험법은 근로자가 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸려 “요양으로 취업하지 못한 기간”에 대하여 휴업급여를 지급하도록 규정하고 있다. 휴업급여는 재해근로자가 업무상 사고나 질병으로 단기적 노동 불능에 대한 대체급여로서 요양기간 중의 재해근로자 및 그 가족의 생활을 보장하기 위한 것이다. 휴업급여의 지급사유가 되는 “요양으로 인하여 취업하지 못한 기간”이란 원칙적으로 취업 중이던 근로자가 요양 때문에 취업하지 못하여 임금소득이 상실된 기간으로 보아야 할 것이다. 휴업급여는 근로자가 업무상 재해로 인하여 요양을 받지 않았다면 취업하여 임금 소득을 창출하였을 것이라는 전제하에 지급하는 보험급여이기 때문이다.⁴⁴⁾

그리고 산재보험급여의 민사상의 손해배상적 성격을 완전히 배척할 수 없는 한계를 감안한다면, 단기간의 근로계약으로 요양 중에 근로계약이 종료된 경우에도 실질적인 임금상실은 없었지만, 새로운 취업의 기회가 제한되거나 취업 이외의 다른 사회활동을 제한을 받는 것이므로 휴

42) 대전지판 2006. 03. 14. 2005구단321.

43) 부산고판 2001. 08. 24. 2000누4057

44) 근로복지공단, 『산재보험법령 직무교육교재』, 2008, 322면.

업급여는 지급되어야 할 것이다.

V. 결 론

산재보험법의 휴업급여는 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 근로자가 “요양으로 취업하지 못한 기간”에 대하여 지급한다. “요양으로 인하여 취업하지 못한 기간”이란 취업 중이던 근로자가 요양 때문에 취업하지 못하여 임금소득이 상실된 기간으로 보아야 할 것이지만, 산재보험급여의 민사상의 손해배상적 성격을 완전히 배척할 수 없는 한계를 감안한다면, 단기간의 근로계약으로 요양 중에 근로계약이 종료된 경우에도 실질적인 임금상실은 없었지만, 새로운 취업의 기회가 제한되거나 취업 이외의 다른 사회활동을 제한을 받는 것이므로 휴업급여는 지급되어야 할 것이다.

산재보험법이 적용되지 않는 사업(장)에 적용되는 근로기준법의 휴업보상 규정은 1953년 제정된 이후 현재까지 “요양 중에 있는 근로자”에 대하여 지급하도록 규정하고 있어, 휴업보상은 “업무상 요양 중에 있는 근로자”는 취업 여부와는 관계없이 지급되어야 한다는 오해를 할 수 있다. 이러한 오해를 불식시키기 위해서는 근로기준법의 휴업보상 규정도 지급사유를 ‘요양으로 인하여 취업하지 못한 기간’으로 개정하여 산재보험법의 휴업급여 지급사유와 일치시켜야 할 것이다.

참고문헌

- 근로복지공단, 『노재보험법 해석총람』, 2004.
- 근로복지공단, 『독일 산재보험법 해설서』, 2005.
- 근로복지공단, 『사이버 직무교육교재 산재보험보상』, 2004.
- 근로복지공단, 『산재보험법령 직무교육 교재』, 2008.
- 김강식, 「한국 산재보험제도의 개선방안」, 『경영연구』제8권 제1호, 2001.
- 김수복, 『산업재해보상보험법』, (주)중앙경제, 2008.
- 김우기, 『산업재해보상보험법상해』, 중앙경제사, 1988.
- 문원주·조석련, 『산업재해보상보험법』, 법원사, 1992.
- 박승두, 『사회보장법』, 중앙경제사, 1997.
- 이상국, 『산업재해보상보험법』, (주) 청암미디어, 2001.
- 이완영, 「산재보험제도의 문제점 분석」, 『경영연구』제8권 제1호, 2002.
- 이정우, 「산재보험제도 휴업급여의 개선방안에 관한 연구」, 『사회보장연구』제23권 1호, 2007.
- 이현주 외 5인, 『주요국의 산재보험 급여체계 비교연구』, 한국노동연구원, 2003.
- 조보현, 『산업재해보상보험법』, 홍익재, 2000.
- 한국사회보험연구소, 『산재보험급여체계의 합리적 개선방안에 관한 연구(노동부 용역보고서)』, 2005.
- 황운희, 『미지급 사회보험급여 연구』, 한국학술정보(주), 2008.
- 황운희, 「산업재해보상보험 미지급보험급여의 상속 법리에 관한 연구(박사학위논문)」, 아주대학교 대학원, 2007.
- 황운희, 「산재보험 최고보상기준에 대한 상고」, 『노동법논총』(제17집), 한국비교노동법학회, 2009.
- 勞働省 勞働基準局 勞災管理課, 『(三訂新版) 勞働者災害補償保險法』, 勞務行政研究所, 1992.

접수: 2010.06.21. / 심사: 2010.06.26. / 게재확정: 2010.06.27.

Legal Theory of Wage Replacement Benefits in Industrial Accident Compensation Insurance Act

Wang Woonhee

Industrial Accident Compensation Insurance Act's Wage Replacement Benefits is paid to worker of occupational accidents or diseases for "Term which isn't worked as Medical Care".

"Term which isn't worked as medical care" is a term that worker, who is employed doesn't earn wage income for Medical Care.

But Industrial Accident Compensation Insurance benefit has a limit that it can't fully exclude the characteristic of civil compensation for damages.

Thus, it doesn't actually have a loss of wages that employment contract of a short-term worker terminate in medical care, yet Wage Replacement Benefits should be paid to the worker as he or she is restricted to new opportunity of work or other social activities.

Compensation for Suspension of Work of Labor Standards Act provides to be paid to "a worker in Medical Care" from Occupational accidents or diseases.

According to that, the worker can misconceive Wage Replacement Benefits is paid to "a worker in Medical Care" regardless of work.

To eliminate this confusion, it should be revised Compensation for Suspension of Work of Labor Standards Act's payment reason is also 'Term which isn't worked as medical treatment'

Key Words Industrial Accident Compensation Insurance Act, Wage Replacement Benefits, Medical Care, work, Labor Standards Act, Compensation for Suspension of Work