

노동정책연구
2009. 제9권 제4호 pp.225~259
© 한국노동연구원

연구논문

사상병시 소득보장제도에 관한 비교법적 고찰* - 독일과 일본을 중심으로 -

정진우**

계약법의 일반원칙에 의하면, 사상병(私傷病) 때문에 근로불능이 된 근로자는 임금청구권이 당연히 상실된다. 그러나 근로자가 사상병으로 인하여 소득을 상실하는 경우에도, 근로자와 그 가족의 생활을 유지하기 위해 상실된 소득을 보상하는 것이 생활보장 측면에서 바람직하다. 그러나 우리나라는 사상병에 대한 치료급여는 제공하고 있지만, 사상병으로 인한 소득상실에 대해서는 어떠한 배려도 하고 있지 않다.

한편 독일과 일본은 오래 전부터 근로자의 사상병에 대한 소득보장제도를 운영하여 왔다. 그런데 이 두 나라는 이 문제에 대하여 상이한 접근방법을 취하고 있다. 독일은 주로 노동법(사법)에 의한 해결방식을 취하고 있는 반면, 일본은 사회보험법(공법)에 의한 해결방식을 취하고 있다. 이 글에서는 좋은 대조를 이루고 있는 양 제도를 비교 고찰함으로써 사상병시 소득보장에 관한 법제를 우리나라에 도입하는 데 있어 시사점을 얻고자 한다.

핵심용어 : 사상병시 소득보장제도, 상병수당, 근로불능, 임금계속지불법, 대기기간

논문접수일: 2009년 7월 21일, 심사의뢰일: 2009년 8월 3일, 심사완료일: 2009년 10월 20일

* 이 논문의 내용은 노동부의 공식 견해와는 무관한 개인적 연구임을 밝혀 둔다. 그리고 귀중한 논평을 해주신 익명의 두 심사자와 본고를 작성하도록 독려하여 주시고 많은 아이디어를 주신 고려대학교 박지순 교수님께 진심으로 감사드린다.

** 노동부 서기관, 고려대학교 법과대학 박사과정(jjjw35@hanmail.net)

I. 들어가며

장기적이고 지속적인 근로관계에서 근로자가 ‘질병 또는 부상’(이하 ‘상병’이라 한다) 때문에 근로를 제공할 수 없게 되는 것은 근로자에게 언제라도 발생할 수 있는 일이다. 계약법의 이론에 의하면, ‘업무상 외의 상병’(이하 ‘사상병’이라 한다)으로 인한 근로불능은 근로자측에 기인하는 근로의무의 급부장해로서, 일반적으로 근로자측에 귀책사유가 있는 것은 아니지만, 동시에 예외적인 경우를 제외하고는 사용자에게 귀책사유가 있다고도 말할 수 없다. 그 때문에 사용자는 근로자에 대해서 채무불이행 책임을 물을 수 없는 반면, 근로자의 근로미제공 기간 중 임금지불의 의무를 면하게 된다(민법 제537조 참조)¹⁾. 그 결과 근로자는 단체협약이나 취업규칙 등에서 별도로 정하고 있지 않는 한, 근로불능 기간의 소득(임금) 상실로 인해 근로자 자신은 물론 부양가족들의 생계가 위협받게 되는 상황에 처하게 된다. 따라서 근로자가 사상병 때문에 근로제공이 불가능할 경우 그 기간의 생계를 어떻게 보장하여야 하는가를 고찰하는 것은 노동법과 사회보장법 영역에서 중요한 과제라 할 수 있다.

그러나 우리나라에서는 그 중요성에도 불구하고 상병수당제도 등 사상병시 소득보장제도에 대한 학문적 관심이 매우 낮은 실정이다. 특히 규범적 관점에서 근로자의 사상병시 소득보장을 어떻게 확보할 것인지에 대한 논의는 전무한 실정이다²⁾. 따라서 사회법의 영역에서 사상병에 걸린 근로자의 소득을 어떤 방식으로 보장해야 하는가를 고찰하는 것은 더 이상 늦출 수 없는 시급한 과제라고 말할 수 있다.

1) 水島郁子, 「疾病労働者の處遇」, 『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, p.133.

2) 상병수당에 대하여 법학적 관점에서의 논의는 없지만, 사회복지학의 관점에서는 개괄적으로나마 검토된 것으로 다음과 같은 연구가 보인다. 조원탁, 「한국의료보험의 상병수당제도 도입에 관한 연구」, 『한국사회복지학회 학술대회 자료집』, 한국사회복지학회, 1995; 곽순근, 「상병수당 도입시 재정지출 규모 검토」, 『건강보험동향』 제7호, 사회보장연구센터, 2000; 최인덕·김진수, 「상병수당제도 도입방안 연구」, 『사회보장연구』 제23권 제2호, 한국사회보장학회 2007.

여기에서는 이 문제의식에 대한 대답을 얻기 위해서, 사상병시 소득보장제도를 운영하고 있는 국가 중 주로 노동법에 의한 해결을 취하고 있는 독일과 사회보험법에 의한 해결을 취하고 있는 일본을 대비하여 고찰함으로써, 사상병시 소득보장에 관한 법제도를 우리나라에 도입하는 데 있어 그 시사점을 얻고자 한다.

II. 사상병시 소득보장의 필요성

사상병은 근로관계와는 관계없이 일반적으로 발생할 수 있는 생활상의 위험으로서 원칙적으로 근로자측에 기인한다고 볼 수 있는 노무급부상의 장애이다. 근로자가 이러한 사상병에 걸릴 경우, 당해 근로자에게는 사상병의 치료비용을 부담하는 문제뿐만 아니라 근로불능으로 인하여 소득을 상실하는 문제가 동시에 발생하게 된다. 이 경우 치료비용은 일찍이 우리나라를 포함한 대부분의 국가에서 공통적으로 의료보험에 의하여 처리되고 있다. 이에 반해 사상병 기간 동안 소득보장의 문제는 사회보장 방식으로 처리하는 국가가 있는가 하면 주로 노동법 방식으로 처리하는 국가가 존재하는 등 그 처리 유형이 동일하지 않다. 사상병시 소득보장제도를 갖고 있지 않는 우리나라의 경우 이 문제를 해결하는 방법은 두 가지를 생각할 수 있는데, 하나는 사회보장수급권으로 이해되고 있는 헌법상의 사회적 기본권에 관한 일반규정(제34조 제1항)을 근거로 국가가 사상병시 소득보장에 관한 사항을 법률에 규정하는 방식으로 해결하는 방법³⁾이고, 다른 하나는 노동법의 영역에서 사용자에게 사상병시 근로자에 대한 소득보장을 의무지우는 방식으로 해결하는 방법이다.

첫 번째 방식은 국민건강보험법에 상병수당을 법정급여로 규정하는 방식에 의하여 해결할 수 있을 것으로 생각된다. 그런데 우리나라 국민건강보험법은

3) 헌법 제34조제1항의 인간다운 생활을 할 권리는 사회보장을 청구할 수 있는 사회보장수급권으로 이해될 수 있는데, 헌법재판소에 따르면 이 사회보장수급권은 그에 관한 수급요건, 수급자의 범위, 수급액 등 구체적인 사항이 법률에 규정됨으로써 비로소 구체적인 법적 권리로 형성된다고 한다(2003. 5. 15. 2002헌마90; 2004. 10. 28. 2002헌마328 등).

제45조에서 상병수당을 부가급여(임의급여)로 규정하고 있으나, 동법 시행령에서 부가급여를 출산 전 진료비로만 한정하고 있어 사실상 상병수당제도를 실시하고 있지 않다. 이는 우리나라 건강보험이 제도 도입 당시부터 ‘저부담 저보장’을 제도 운영의 기초로 삼으면서, 많은 재원이 요구되고 시급성은 상대적으로 떨어지는(대국민 수용성이 상대적으로 낮은) 상병수당을 법정급여(강제급여) 형태로 도입하는 데 부담을 느꼈기 때문인 것으로 생각된다. 그러나 상병수당제도 자체에 대해서는 그 도입 명분을 부정할 수 없었기 때문에 임의급여 형태로나마 실시 근거를 법률에 규정해 놓고 본격적인 제도 도입은 재원상황 등을 보아가며 그 시기를 정할 수 있도록 시행령으로 위임해 놓았다고 말할 수 있다.

한편 두 번째 방식인 노동법에 의한 처리방식은, 근로관계에서 근로자가 노무제공을 하지 않았을 때 ‘임금 미지불의 위험을 사용자가 부담해야 하는가 아니면 근로자가 부담해야 하는가’라는 문제와 관련하여 검토될 필요가 있다. 먼저 노무급부 불이행의 원인이 근로자에게 책임이 있을 때에는 해당 근로자에게 임금청구권이 당연히 존재하지 않게 된다. 하지만 그것이 사용자의 귀책 있는 사유로 이행할 수 없게 된 때에는 민법 제538조 제1항(채권자 귀책사유로 인한 이행불능)의 규정에 의해 근로자의 임금청구권이 긍정된다. 또한 사용자의 귀책사유로 휴업한 때에는 근로기준법 제46조 제1항(휴업수당)의 규정에 의하여 사용자는 그 기간 동안 근로자에게 휴업수당(평균임금의 100분의 70 이상)을 지급하여야 한다. 그리고 업무상 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 근로자에게는 산업재해보상보험법 제52조(휴업급여)에 의하여 요양으로 취업하지 못한 기간 동안 휴업급여(1일당 평균임금의 100분의 70)가 지급된다. 그러나 노무급부 불이행에 대하여 근로자와 사용자 쌍방에 귀책사유가 없을 때에는 민법 제537조(채무자위험부담주의)의 규정에 의해 근로자의 임금청구권이 부정된다. 근로자가 사상병에 걸린 경우는 근로자와 사용자 쌍방에 귀책사유가 없는 경우에 속한다고 볼 수 있으므로, 결국 우리나라에서 근로자가 사상병에 걸린 경우에는 근로자는 사용자를 상대로 임금을 청구할 법적 근거가 없게 된다.

이상에서 살펴본 바와 같이 우리나라에서 근로자가 사상병으로 휴업하는 경우 그 기간 동안 소득을 보장하는 제도는 노동관계법, 사회보험법 어느 쪽에서

도 마련되어 있지 않은 상태이다4).

그런데 근로자에게 사상병이 발생하면 당해 근로자는 치료 및 회복을 위하여 불가피하게 휴업을 하여야 하는 경우가 종종 발생한다. 이 경우 우선적으로 치료에 필요한 의료의 제공이 필요하지만, 이와 동시에 근로자가 요양(치료)에 전념하도록 함으로써 근로능력의 조기회복을 도모하고 휴업에 의한 소득상실로 빈곤에 빠지지 않도록 휴업기간 중의 임금상실을 일정한 범위에서 보장하는 것 또한 매우 중요하다고 할 수 있다.

이러한 사고에 기초하여 근로자의 사적 영역에 원인을 가지는 상병(사상병)에 대한 소득보장제도가 대부분의 선진국에서 오래 전부터 발달해 왔다. 일찍이 ILO도 ‘사회보장(최저기준) 협약’(제102호 협약, 1952년) 제3절(제13조~제18조)·제7절(제66조~제67조) 및 ‘요양과 상병 급여 협약’(제130호 협약, 1969년) 제3절(제18조~제27조)에서 상병에 기인하면서 근로소득의 정지를 수반하는 근로불능의 근로자와 경제활동참가자에 대하여 상병수당(Sickness Benefit)을 정기적으로 지급할 것을 규정하여 왔다5).

한편 우리나라의 개별 기업 수준에서는 대기업 정규직 근로자를 중심으로 사상병으로 휴업하는 근로자에 대하여 기업복지 차원에서 단체협약이나 취업규칙 등으로 유급상병휴가를 부여하는 규정을 정하여 실시하고 있다6). 그러나 이와 같은 개별 기업 차원의 접근방식은 그 급여수준이 기업에 따라 차이가 크고, 게다가 중소기업 근로자나 비정규직 근로자 등은 대부분 그 급여의 지급 대상

4) 공무원은 개인적 질병이나 부상이 발생할 경우 연 60일의 범위 내에서 병가를 낼 수 있다(국가공무원복무규정 제18조 제1항 제1호). 그리고 신체·정신상의 장애로 장기요양을 요할 때 1년 이내의 기간 동안 휴직할 수 있다(국가공무원법 제71조 및 제72조). 병가기간 중에는 봉급의 전액(제수당을 포함한다)을 지급받지만 신체·정신상의 장애로 인한 장기요양을 위하여 휴직한 공무원에게는 그 기간 중 봉급의 70%를 지급한다. 다만, 결핵성 질환으로 인하여 휴직한 경우에는 그 기간 중 봉급의 80%를 지급한다(공무원보수규정 제28조 제1항). 따라서 공무원은 업무상 외의 질병이나 부상이 발생하여 휴직할 경우 최장 14개월 동안 상병수당에 해당하는 것으로 봉급의 100% 또는 70%를 지급받을 수 있다.

5) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>.

6) 우리나라 기업이 지출하는 유급상병휴가(업무상 상병으로 인한 유급휴가를 포함) 비용을 추정한 연구에 의하면, 2006년 현재 7,570억 원으로 추계되어 대기업 정규직 근로자를 중심으로 적지 않은 기업들이 유급상병휴가를 실시하고 있는 것으로 추정된다(고경환 외, 『2006년도 한국의 사회복지지출 추계와 OECD국가의 가족정책 비교』, 한국보건사회연구원, 2008, p.110).

에서 제외된다는 문제가 있다. 따라서 ‘법제도’ 차원에서 사상병시 소득보장제도를 도입함으로써 기업복지의 사각지대에 놓여 있는 저소득 취약근로자까지도 사상병으로 인한 경제적 위험으로부터 보호할 수 있는 방안이 마련될 필요가 있다⁷⁾.

Ⅲ. 독일의 사상병시 소득보장제도

독일에서 근로자의 사상병으로 인한 휴업 중의 소득보상은, 근로자에게 귀책사유가 없는 경우에 임금계속지불법(Entgeltfortzahlungsgesetz, 일반적으로 ‘EFZG’라 약칭한다)에 의해 업무상 상병 여부에 관계없이 휴업 개시 후 사용자로부터 일정기간 계속 지불되는 임금과, 동 기간 후 근로자의 귀책사유에 관계없이 의료보험에 의해 일정기간 지급되는 상병수당금(Krankengeld)의 형태로 구분되어 이루어지고 있다.

그런데 종래 독일에서 사상병에 걸린 근로자의 소득보장은 사회보험법에 의해 이루어지고 있었다. 그러나 제1차 세계대전 후의 경제공황의 영향을 받아 질병금고의 재정이 악화된 것을 계기로 1930년대 초에 노동법에 의한 해결이 취해지게 되었고, 그 후 사회보험법에 의한 해결과 노동법에 의한 해결이라는 분열적 해결(gespaltente Lösung)의 시기를 거쳐, 결국 노동법에 의한 해결로 귀착되어 현재에 이르고 있다. 이것은 상병근로자에 대한 소득보장의 책임이 의료보험의 보험자로부터 사용자로 전가된 것을 의미하는 것이지만, 그렇다고 사회보험법에 의한 해결방식이 완전히 없어진 것은 아니며, 이에 의한 해결방식은 여전히 부분적으로 남아 있다⁸⁾. 임금계속지불법이 적용되지 않는 경우, 즉 장기간의 치료를 요하는 질병에 있어 6주를 초과하는 기간의 소득보장, 고용된 후 4주에 도달하기 전의 소득보장, 그리고 사상병에 대하여 근로자에게 귀책사

7) 현재는 법제도적으로 사상병시 소득보장제도가 마련되어 있지 않아, 유급상병휴가를 보장하고 있지 않은 기업의 근로자는 사상병이 발생할 경우 연차유급휴가를 사용하거나 소득보장 없이 병가를 사용하는 수밖에 없다.

8) 水島郁子, 「ドイツにおける疾病被用者の所得保障の轉換」, 『姫路法學』 제25·26호, 1999, p.256.

유가 있는 경우의 소득보장은, 사회법전 제5편(의료보험)의 규정에 따라 보험 급여로서 지급되는 상병수당 급여에 의해 이루어지고 있다.

이하에서는 독일에서의 사상병시 소득보장제도의 양대 축이라 할 수 있는 임금계속지불법과 상병수당에 대해서 자세히 살펴보기로 한다.

1. 임금계속지불법

가. 임금계속지불법의 제정 배경

독일의 노동법은 19세기 이후, 근로자를 크게 블루칼라 근로자(Arbeiter)와 화이트칼라 근로자(Angestellte)로 구분하여 많은 분야에서 다른 법규제를 하여 왔는데, 이것은 상병휴업시의 사용자로부터의 임금지불에 대해서도 마찬가지였다. 화이트칼라 근로자의 경우는 이미 19세기 말부터 법규제가 존재하고 있었는데, 화이트칼라 근로자 중 상업근로자의 경우는 상법전(HGB) 제63조에 의해, 공업근로자에 대해서는 영업법 제133조c에 의해, 특수한 업종의 화이트칼라 근로자에 대해서는 특별법에 의해, 기타 화이트칼라 근로자에 대해서는 민법전 제616조 제2항에 의해 각각 상병휴업시에도 6개월까지 계속하여 100%의 임금이 지불되는 식으로 소득이 보장되어 있었다⁹⁾.

이에 반해 블루칼라 근로자의 경우는 일찍이 단체협약이 일부 존재하고 있는 것에 불과하였고, 1950년대에 와서야 비로소 법규제가 이루어지게 되었다. 그 계기가 된 것은 1956년 10월 24일부터 1957년 2월 14일에 걸쳐 금속산업에서 발생한 대규모 파업이었는데, 그 결과로 같은 해 6월 26일 ‘블루칼라 근로자 상병법’(Arbeiterkrankheitsgesetz)이 제정되었다. 단, 지불기간은 상병휴업의 3일째부터였고(최초의 2일간은 미지급기간), 지급액은 임금의 90%까지였다. 그 후 1961년 7월 12일의 법 개정으로 지급임금액이 100%로 인상되었고, 지급 시기는 의사에 의해 근로불능이 확인된 날의 익일부터로 변경되었다(최초의 1일은 미지급기간). 그리고 1969년 7월 27일의 ‘블루칼라 근로자의 임금계속지불법’(Lohnfortzahlungsgesetz, 일반적으로 ‘LFZG’라 약칭한다)에 의하여 상병휴업 1일째를 임금 미지급기간으로 규정하던 조항이 삭제됨으로써, 블루칼라 근

9)鈴木宏昌他,『病氣休暇制度に關する調査研究』,日本勞働研究機構, 1998, p.198.

로자와 화이트칼라 근로자의 법적 규제는 거의 동일하게 되었다¹⁰⁾.

나아가 1994년 5월 26일에는 그동안 근로자집단별로 구분·분산되어 있던 상병시 임금지급에 관한 여러 개의 법규정이 하나로 통합됨으로써, 마침내 모든 근로자에게 공통적으로 적용되는 ‘임금계속지불법’(EFZG)이 제정되기에 이르렀다.

나. 임금계속지불법의 취지

임금계속지불제도는, 이행불능에 대해서 양 당사자에게 귀책사유가 없는 경우 채권자(근로자)는 반대급부청구권(임금청구권)을 잃는다(민법전 제326조 제1항)고 규정하고 있는 민법상의 위험부담원칙의 예외를 이루는 것이다. 근로계약에서 민법의 원칙을 관철하면, 근로자가 일상생활을 하는 가운데 상병 발생으로 노무제공이 불가능할 경우 당해 근로자는 그 기간 동안 임금청구권을 상실하기 때문에 불안정한 처지에 놓여진다. 임금계속지불법은, 근로자가 이와 같은 사회적 위험으로부터 보호될 필요가 있고, 근로자의 건강이나 생활에 대해서 배려할 책임(배려의무)을 지고 있는 사용자에게 이 위험을 부담시킬 필요가 있다는 사고에 기초하고 있다.

또한 사상병으로 인한 휴업 중의 소득보상의 방법으로서, 일반적으로 사회보험이라는 방식과 사용자의 임금계속지불이라고 하는 방식이 있는데, 독일에서는 양자가 병존하고 있고 최초의 단계를 후자에 맡기고 있다. 이것은 사용자에게 근로자의 개인적 질병에 대한 비용을 부담하게 함으로써 사용자로 하여금 근로자의 건강관리에 대한 관심을 갖도록 하는 유인을 제공한다¹¹⁾.

다. 임금계속지불 청구권의 발생요건

임금계속지불법은 근로자의 임금계속지불 청구권과 관련하여 다음과 같이 규정하고 있다. 첫째, 근로자는 자기에게 귀책사유가 없는 상병(Krankheit)¹²⁾에

10) Ahrens, “Tarifvertragliche Regelung zur Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall: Das Beispiel der niedersächsischen Metallindustrie”, NZA 1997, S.301 참조.

11) 鈴木宏昌他, 앞의 책, pp.200~201 참조.

12) Krankheit는 직역하면 질병으로 번역되지만, 의미상으로 상병에 해당되기 때문에 여기에

기인하여 휴업하는 경우, 6주까지는 근로불능이었던 시간에 대한 임금청구권을 잃지 않는다(제3조 제1항). 둘째, 이 임금청구권이 발생하기 위해서는 유예기간(Wartezeit)으로서 4주간의 중단 없는 근로관계의 존속이 필요하다(제3조 제3항). 셋째, 지급되는 임금액은 통상의 근로시간에 대해 지급받는 임금의 100%이다(제4조 제1항)¹³⁾. 여기에서 임금계속지불 청구권의 발생 요건으로서 다음과 같은 사항이 도출될 수 있다. 즉, i) 근로관계가 존속할 것, ii) 상병이 있을 것, iii) 객관적으로 근로가 불능일 것, iv) 상병과 근로불능 사이에 인과관계가 있을 것, v) 근로불능에 대해서 귀책사유(고의 또는 중과실)가 없을 것이 그것이다. 이하에서는 이들 각각의 요건 및 이 청구권의 행사와 관련된 보고·증명 의무를 살펴보기로 한다.

1) 근로관계의 존속

먼저 근로관계가 성립되어야 한다. 임금계속지불법에서는 직업훈련관계도 근로관계로 간주된다(제1조 제2항). 그리고 동법 제3조 제3항에 의거하여 임금계속지불 청구권은 근로관계가 중단 없이 4주 이상 지속된 이후에야 발생한다. 이 시기에 도달하기까지의 기간에 상병이 발생할 경우 근로자는 자신의 의료보험자로부터 상병수당급여를 받을 수 있다¹⁴⁾. 한편 근로자가 근로 개시 후 최초의 4주 동안에 상병에 이환되면 그는 이 청구권을 5주째부터 갖게 된다(상병이 지속되는 한). 새로운 근로관계가 종료된 근로관계에 이어서 바로 또는 짧은 간격을 두고 계속될 경우에는 새로운 유예기간(Wartezeit)은 요구되지 않는다¹⁵⁾.

서는 상병으로 번역하여 사용하기로 한다.

13) 1996년의 ‘성장 및 취업 촉진을 위한 노동법(노동법상의 취업촉진법)’에 의해 임금계속지불법이 공포됨으로써, 개인적 질병에 의해 근로불능이 된 근로자의 결근기간 중 계속지불되는 임금수준이 통상임금의 100%에서 80%로 인하되게 되었다(법 개정의 주된 이유로서는, 상병휴업의 소득보상제도가 남용되고 있다는 전제 하에 이것을 개선하려고 하는 것과 사용자의 고비용 부담을 경감하려고 하는 것이 제시되었다). 그러나 1998년 집권한 슈뢰더 정권은 같은 해 12월 19일 사회적 공정의 이념을 실현(근로자의 권리를 확보)하기 위해 콜 정권하에서 이루어진 법 개정을 원래대로 되돌려 놓았다(1999년 1월 1일 시행). 그 조치의 일환으로서 상병에 이환된 근로자에 대해 지불하여야 할 임금이 통상임금의 100%로 상향조정되었다(이상은 Hanau/Adomeit, *Arbeitsrecht*, 14.Auf., 2007, Rn.151; Igl/ Welti, *Sozialrecht*, 8.Auf., 2007, S.108 참조).

14) Brox/Rüthers/Henssler, *Arbeitsrecht*, 16.Auf., 2004, Rn.383.

15) Löwisch, *Arbeitsrecht*, 8.Auf., 2007, Rn.1065-1066.

2) 상 병

상병의 개념은 법률상 정의되어 있지 않다. 근로자의 상태가 상병에 해당하는지 여부에 대한 판단은, 근로불능의 증명시 의사의 진단서가 필요하다는 점에서 의학적 진단이 그 기초로 된다고 볼 수 있다(제5조 제1항 참조). 판례는 의학적 의미에서의 상병은 치료를 필요로 하고 치료가 가능한 모든 신체적 또는 정신적 이상 상태라고 이해하고, 법률적 의미에서의 상병도 이와 동일하게 해석하고 있다¹⁶⁾.

한편, 다수 학설은 상병의 원인을 문제 삼지 않는다. 즉 자살미수, 약물중독, 알콜의존증 등에 의해 야기된 정상이 아닌(이상) 상태도 상병에 해당된다고 해석한다. 단, 이러한 상병에 대해서는 귀책사유의 유무로 청구권 존부의 판단을 하는 경우가 많으며, 상병이 존재한다고 바로 청구권이 긍정되는 것은 아니다¹⁷⁾.

3) 근로불능

임금계속지불 청구권의 발생을 위해서는 근로자에게 상병이 있는 것만으로는 충분하지 않고 근로불능인 것이 필요한데, 근로불능의 개념은 판례상 확립되어 있다¹⁸⁾. 즉 상병으로 인하여 근로자가 계약상의 노무급부 의무를 이행하는 데 방해를 받고 있거나 자신의 건강상태를 악화시키는 위험 하에서만 근로가 가능한 경우에 그 상병은 근로불능의 원인이 된다. 근로불능의 개념이 판례상 확립되어 있다고는 하지만, 상병의 내용 또는 정도는 개인에 따라 다르고, 또 근로자에게 의무지워진 노무의 내용도 다종다양하기 때문에 근로불능인지 아닌지의 판단에 있어서는 결국 개별적인 검토가 중요하다. 그러나 개별적 검토에 의해서도 근로불능인지 아닌지의 양자택일의 판단이 곤란한 경우가 많고 근로불능과 근로가능 간에 회색지대가 있는 것은 부정할 수 없다¹⁹⁾.

한편 상병 중인 근로자가 비록 시간적으로 제한된 범위 내에서 노무급부 의

16) BAG 17.11.1960, AP Nr.21 zu HGB §63; BAG 1.6.1983, AP Nr.52 zu LohnFG §1; BAG 29.2.1984, AP Nr.64 zu BGB §616; BAG 7.12.2005, AP Nr.34 zu TVG Tarifverträge §1.

17) BAG 30.3.1988, AP Nr.77 zu LohnFG §1.

18) BAG 14.1.1972, AP Nr.12 zu LohnFG §1.

19) Thiele, Anm. zu BAG AP Nr.42 zu BGB §616.

무를 이행할 수 있다고 할지라도, 원칙적으로 그에게 부분적 노무를 이행할 의무는 존재하지 않는다. 부분적 임금계속지불을 전제로 하는 부분적 근로불능의 개념은 1985년의 취업촉진법과 관련하여 검토되었지만, 실효성 등에 대한 의문 때문에 도입되지는 않았다²⁰⁾.

4) 인과관계²¹⁾

근로불능은 상병에 의해 발생된 것이지 않으면 안 된다. 나아가 상병이 근로불능의 유일한 원인인 것이 필요하다²²⁾. 따라서 임금계속지불 청구권이 발생하는 것은 근로자에게 상병이 없었으면 당해 근로자가 임금청구권을 가지고 있었을 경우로 한정된다. 기타의 경우, 예를 들면 파업, 직장폐쇄 등과 같은 노동쟁의 기간이나 노사 간에 합의된 사업장의 휴일 중에는 임금계속지불 청구권이 발생하지 않는다.

이에 반해 휴가기간 중의 상병은 예외적으로 취급된다. 연방휴가법(Bundesurlaubsgesetz, 일반적으로 'BUrlG'라 약칭한다) 제9조는, 휴가의 목적이 휴양인 점을 감안하여 근로자가 의사에 의해 근로불능이라고 진단된 경우에는 그 기간은 연차유급휴가에 산입되지 않는다고 규정하고 있다. 따라서 이 경우에는 상병이 근로불능의 유일한 원인으로 간주된다.

5) 귀책사유의 부존재

임금계속지불 청구권이 발생하는 것은 근로자에게 귀책사유가 없는 경우로 한정된다. 임금계속지불법상 귀책사유가 정의되어 있지 않지만, 관례와 학설은 주관적 요소로서 자기의 이익에 대해 사려분별이 있는 자에게 기대되어야 할 행위에 중대한 위반이 있는 것을, 객관적 요소로서 그 위반의 결과가 사용자에게 전가될 경우 부당하다고 평가될 것을 각각 제시한다²³⁾. 주관적 요소는 '중대한' 위반이라고 이해되고 있고, 중과실과 고의가 이것에 해당하는 것으로 해석

20) Brox/Rüthers/Henssler, 앞의 책, Rn. 384-385.

21) 水島郁子, 「ドイツにおける疾病時の賃金継続支払」, 『季刊労働法』 제172호, 1994, p.153 참조.

22) BAG 8.3.1973, AP Nr.29 zu LohnFG §1, BAG 7.9.1988, AP Nr.79 zu LohnFG §1.

23) Schmitt, Lohnfortzahlungsgesetz, 1992. S.54.

되고 있다²⁴⁾. 객관적 요소에서는 근로시간 외의 시간에 자유롭게 행동하는 근로자에 대해 사용자가 어느 정도 위험을 부담할 것인가가 문제된다. 기본적으로 사용자는 자신이 예측할 수 있는 상병에 대하여 위험을 부담한다고 이해되어야 할 것이다.

6) 보고 및 증명의무

임금계속지불법 제5조 제1항은 근로자의 신고의무와 증명의무에 대하여 규정하고 있다. 근로자는 사용자에게 근로불능의 사실과 그 예상되는 기간을 지체 없이 보고하여야 한다(제1문). 근로불능이 3일을 초과하는 경우에는, 근로불능의 사실과 예상기간이 제시되어 있는 의사의 진단서를 늦어도 다음 근무일까지 제출할 의무가 있다(제2문). 근로자가 이 의무를 준수하지 않는 경우에는 증명책임이 분배되어 근로불능 진단서에 의해 발생하는 사실상의 추정이 소멸하게 된다. 이 경우 근로자가 근로불능에 대하여 다른 방법에 의해 증명할 수 없을 때에는 임금계속지불청구권을 행사할 수 없다. 다만, 임금계속지불 청구권의 발생 여부가 근로불능 증명서의 제출 여부에 의해 결정되는 것은 아니며, 근로자가 증명서를 제출할 때까지 사용자가 임금의 계속지불을 거부할 수 있는데 지나지 않는다(동법 제7조 제1항 참조)²⁵⁾.

한편 근로자가 자신의 귀책사유로 보고의무와 증명의무를 위반한 경우, 사용자는 의무이행을 독촉할 권한을 가진다. 근로자가 이 의무를 반복하여 위반하게 되면 당해 행위를 이유로 해고가 문제될 수 있다²⁶⁾.

라. 임금계속지불 청구권의 법적 효과

1) 계속 지불되는 임금

임금계속지불법 제4조 제1항은 계속 지불되는 임금에 대하여 다음과 같이 규정하고 있다. “본법 제3조 제1항에서 제시된 기간에 대해서는 근로자에게 자신에게 기준이 되는 통상의 근로시간에 대한 임금이 지불되어야 한다.” 따라서

24) Schmitt, 앞의 책, S.55.

25) Brox/Rüthers/Henssler, 앞의 책, Rn.391.

26) Brox/Rüthers/Henssler, 앞의 책, Rn.392.

상병시에 계속 지불되는 임금(임금계속지불 기간 중 근로자가 노무를 제공하였다더라면 수령하였을 금액)이다. 다시 말해서 실제의 임금(real Arbeitsentgelt)이 계속 지불되어야 하는데, 이 실제의 임금은 계약서만이 아니라 오히려 계약 당사자의 실제 의사의 표명이라 할 수 있는 ‘살아있는 권리관계(gelebten Rechts Verhältnis) 의미로서의 근로계약’에서 도출될 수 있다. 따라서 근로계약서보다 증가된 근로시간이 규칙적으로 요구되어 왔다면, 이것이 계약상 의무지워진 노무급부의 표명이 된다²⁷⁾.

그리고 기본급 이외의 수당도 원칙적으로 지불되어야 하지만, ‘초과근로수당, 월격지수당, 오염작업수당 및 그것과 동등한 급부’는 예외적으로 지불대상으로부터 제외된다²⁸⁾. 이들 수당은 실제의 노무급부에 밀접하게 관련되어 있고 또 비용변상적 측면을 가지므로 노무급부가 이루어지지 않은 경우까지 이를 지불하게 되면, 근로불능이 된 근로자를 오히려 유리하게 대우하는 것이 될 수도 있기 때문이다²⁹⁾. 또 근로자는 근로불능에 의하여 불필요하게 된 비용(예컨대, 잡비)에 대해서는 보상청구권을 가질 수는 없다(제4조 제1a항). 그 외에 근로자의 상병 중에 사업장에서 조업이 단축되는 경우에는 근로자에게 계속 지불되어야 할 임금도 이에 따라 감액된다(제4조 제3항).

2) 기 간

상병을 이유로 근로불능이 된 근로자는 근로불능 기간에 임금에 대한 청구권을 최장 6주간 잃지 않는다(제3조 제1항 제1문). 근로자가 기초적 질병이 동일한 질병에 재차 이환된 경우에 대해서는 다음과 같이 규정하고 있다(제3조 제1항 제2문). “근로자가 동일한 질병을 이유로 새롭게 근로불능이 된 때에는, i) 새로운 근로불능이 되기 전 적어도 6개월간 동일한 질병을 이유로 한 근로불능이 존재하지 않은 경우이거나 ii) 동일한 질병에 의한 최초의 근로불능의 개시로부터 12개월의 기한이 경과한 경우에 한하여, 당해 근로자는 새로운 근로불능에 대해서 제1문의 규정에 의한 청구권을 그 후 다시 최장 6주간 갖게 된다.”

한편, 6주를 초과하는 임금계속지불 청구권이 민법전 제326조 제2항으로부

27) Brox/Rüthers/Henssler, 앞의 책, Rn.393.

28) Schmitt, 앞의 책, S.96, Löwisch, 앞의 책, Rn.1088 참조.

29) Schmitt, 앞의 책, S.95.

터 발생할 수 있다. 즉 사용자가 상병에 대해 책임을 지는 경우, 예를 들면 위법한 초과근로에 의해 근로자에게 육체적 또는 정신적 부담을 주고 이것에 의해 그가 피로하여 쓰러진 경우, 당해 근로자는 근로능력이 회복될 때까지 임금청구권을 갖게 된다³⁰⁾.

2. 상병수당

독일의 상병수당급여제도는 1883년에 제정된 근로자 의료보험법에서 최초로 법정 최저급부로서 설계되었다³¹⁾. 현재는 사회법전 제5편에 근거하여 종전과 마찬가지로 상병에 의해 근로불능이 된 근로자에게 의료보험제도로부터 현금급부인 상병수당금이 지급된다(제44조 제1항).

그런데 상병수당은 임금계속지불법상의 임금지급 요건과는 달리, 근로자의 귀책사유에 의해 임금계속지불 청구권이 배제되는 때에도 근로자에게 상병수당금의 청구권이 발생한다. 이 상병수당은 근로자가 고의로 상병을 초래한 경우, 근로자 자신이 저지른 범죄나 고의적인 경범죄를 통해 상병을 초래한 경우, 또는 성형수술, 문신, 피어싱이 문제가 되는 경우에만 그 급부가 거부된다(사회법전 제5편 제52조)³²⁾. 한편 12세 미만의 자녀가 상병에 이환되어 그 자녀를 돌보기 위해 휴업한 경우에도, 1인 자녀당 연간 10일(피보험자가 혼자서 양육하고 있는 경우에는 20일) 한도로 상병수당금이 지급된다(사회법전 제5편 제45조)³³⁾.

피보험자³⁴⁾가 병원에서 질병금고의 비용으로 입원치료하거나 의학적 재활급부(사회법전 제9편 제45조 제1항 제1호)에 참가하는 경우에도 일반적인 근로불능의 하위유형(Unterfall)으로서 당해 피보험자는 상병수당에 대한 청구권을 가진다³⁵⁾. 단, 피보험자가 사용자로부터 보수를 받는 범위에서는 상병수당에 대

30) Löwisch, 앞의 책, Rn.1086.

31) 松本勝明, 『ドイツの社會保障 — 医療保險』, 信山社, 2003, pp.16~17.

32) Löwisch, 앞의 책, Rn.1080.

33) 古瀬徹·塩野谷祐, 『先進國の社會保障④ — ドイツ』, 東京大學出版會, 1999, p.221 참조.

34) 독일의 의료보험의 피보험자는 강제피보험자, 임의피보험자 및 가족피보험자로 구성된다. 강제피보험자에는 근로자 외에 실업자, 자영농림업자 및 그 가족종사자, 예술가·저술가, 양성직업훈련생, 장애인 작업소에서 일하는 장애인, 대학생(14학기 이내, 30세까지로 한정), 재활급부의 수급자, 공적연금의 수급자 등이 포함된다(松本勝明, 앞의 책, p.2).

한 청구권이 정지된다³⁶⁾.

상병수당은 먼저 근로불능으로 인하여 발생된 보수의 감소를 벌충하는 기능을 한다. 또한 상병수당에는 상병에 걸린 피보험자가 완치될 때까지 그에게 직장을 유지시켜 주는 기능이 부여되어 있다. 상병수당 급여액은 근로불능이 되기 전 4주간에 통상적으로 받은 임금의 70%로서 당해 피보험자의 실수령임금(Nettoarbeitsentgelt)의 90%를 초과할 수 없다(사회법전 제5편 제47조 제1항)³⁷⁾.

그리고 상병수당은 원칙적으로 기간의 제한 없이 지급된다. 다만 급부청구권의 중단에 관한 사항이 규정되어 있다(사회법전 제5편 제48조 제1항 제1문). 즉 동일한 상병에 대해서는 근로불능이 개시된 날로부터 계산된 각 3년 동안 최장 78주간 상병수당이 지급된다. 3년이 지난 후 새롭게 상병수당금을 청구하기 위해서는, 최근 6개월 이상 동안 상병으로 인하여 소득불능상태에 있지 않았고 소득활동을 하였거나 취업알선에 응할 수 있는 상태에 있었어야 한다는 엄격한 전제조건이 충족되어야 한다(사회법전 제5편 제48조 제2항). 이것에 의하여 장기간의 근로불능상태에 있는 자는 상병수당의 청구권이 배제되는데, 이는 상병수당이 단기간의 임금대체라는 본래의 기능에 반하여 연금보험과 같은 장기급부가 되는 것을 방지하기 위해서이다³⁸⁾.

그런데 상병에 의한 휴업에 대하여 근로자에게 귀책사유가 없는 경우 최초의 6주간은 임금계속지불법에 의해 사용자로부터 임금이 계속 지불되기 때문에 이 기간은 상병수당 지급기간에 산입되지 않는다. 즉 근로자가 임금계속지불법에 의해 임금을 받고 있는 동안은 상병수당 지급청구권이 정지하므로, 결국 그 후의 78주가 상병수당의 지급기간이 된다(사회법전 제5편 제44조 내지 제49조 참조). 한편 근로자의 대부분의 상병기간은 6주를 초과하지 않을 것으로 추정되기 때문에 그만큼 상병수당의 역할은 그다지 크지 않을 것으로 판단된다³⁹⁾. 이것은 상병건수, 상병근로자수 측면에서는 사상병에 대한 소득보장이 주로 사

35) Igl/Welti, 앞의 책, S.105.

36) Igl/Welti, 앞의 책, S.106.

37) 1996년 11월 1일의 법 개정(1997년 1월 1일 시행) 이전에는 근로불능이 되기 전 4주간에 통상적으로 받은 임금의 80%이었다.

38) Igl/Welti, 앞의 책, S.106.

39) 독일에서 근로자가 실제로 취득하는 연간 상병휴가일수는 약 23일로 조사되고 있다(鈴木宏昌他, 앞의 책, p.203).

용자에 의해 이루어지고 있는 것을 의미한다.

상병에 대한 개념은 의료보험을 규정하고 있는 사회법전에서도 임금계속지불법과 마찬가지로 입법적으로 정의되어 있지 않다. 그러나 판례는 종전부터 상병의 개념을 임금계속지불법과 마찬가지로 치료를 필요로 하고 치료가 가능한 비정상적인 신체적·정신적 상태라고 설명하고 있다⁴⁰⁾. 치료의 필요성에 대해서는 건강이 악화될 가능성이 명백한 경우뿐만 아니라 그러한 가능성이 보이는 경우에 대해서도 치료의 필요성을 인정하는 등 그 개념을 매우 넓게 해석하고 있다⁴¹⁾.

한편, 상병 때문에 기존의 업무를 계속 수행할 수 없거나 또는 상태를 악화시키는 위험 하에서만 당해 업무를 수행할 수 있는 자는 사회법전 제5편 제44조 제1항이 의미하는 근로불능에 해당된다⁴²⁾. 그리고 피보험자가 현재의 건강상태에서 종전의 직무와 다른 직무를 수행할 수 있다고 하여 상병수당금 지급이 제한되는 것은 아니다⁴³⁾. 그와 동시에 상병과 부족한 근로능력 사이에 인과관계가 존재하는 것이 근로불능으로 인정되기 위한 전제조건이다. 그러나 상병수당의 청구권은 피보험자에게 근로불능이 없었다면 당해 피보험자가 보수를 받았을 것이라는 것을 전제조건으로 하지 않는다⁴⁴⁾.

이상에서 살펴본 바와 같이, 상병수당의 지급요건은 원칙적으로 근로관계의 존속을 전제하지 않고 귀책사유 유무 또한 묻지 않으며 상병을 근로불능의 유일한 원인으로 요구하지 않는 점에서 임금계속지불법상의 지급요건과 차이를 보이고 있지만, 상병과 근로불능의 개념, 인과관계의 존재를 필요로 하는 점에 있어서는 양자 간에 차이가 없는 것으로 이해된다.

40) BSGE 26, 240(242); 59, 119(121) 등 참조.

41) Sticken, *Die Entwicklung des Krankheitsbegriffs der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1985, S.149 f 참조.

42) Igl/Welti, 앞의 책, S.105.

43) BSGE 26, 288 참조.

44) Igl/Welti, 앞의 책, S.105.

IV. 일본의 사상병시 소득보장제도

일본에서 상병수당제도는 1926년 건강보험법 제정 당시부터 법정급부로 규정되어 실시되어 왔다. 건강보험의 적용사업장에 고용되어 있는 자로서 사상병에 이환된 건강보험의 피보험자(근로자)는 법률상 건강보험제도로부터 상병수당금을 1년 6개월까지 지급받을 수 있다⁴⁵⁾. 그러나 사용자는 독일과 달리 법률상으로 근로자의 사상병시 근로자에게 임금을 지불할 의무를 지지 않는다. 근로자가 사상병을 이유로 근로제공의무를 면제받는 것에 대해서 사용자가 임금지불의무를 면제받을 수 있는지의 여부는 당사자의 합의에 맡겨져 있다. 일본에서는 실제로 대기업을 중심으로 상당수의 기업이 사상병에 대한 대응책으로서 유급상병휴가제도를 운영하고 있다⁴⁶⁾.

1. 상병수당금의 지급요건 및 지급수준

건강보험법 제99조 제1항에 의하면, 피보험자가 요양을 위하여 근로에 종사하는 것이 불가능할 때에는 그 날로부터 기산하여 4일째부터 근로불능 기간 동안 상병수당금으로서 1일당 표준보수일액⁴⁷⁾의 60%에 상당하는 금액이 지급된다. 상병수당금은 사상병의 요양 때문에 근로불능이 된 것에 의한 수입의 상실

45) 건강보험법 시행 당시에는 건강보험법의 강제피보험자는 공장법과 광업법의 적용을 받는 사업장에 사용되는 일부 근로자로 한정되어 있었고, 지급기간은 180일간에 불과하였다. 그러나 1961년에 국민개보험체제가 실현되면서 건강보험법의 적용범위가 사업장 구분 없이 사실상 모든 사업장(5인 미만 사업장 제외)으로 확대되고, 1977년에는 상병수당의 지급기간이 1년 6개월로 연장되기에 이른다(厚生省保険局 編, 『健康保險三十年史』, 全國社會保險協會連合會, 1958, p.30 이하 참조).

46) 일본의 병가휴가제도에 대한 실태는, 鈴木宏昌他, 앞의 책, p.29 이하 참조.

47) 표준보수일액은 표준보수월액의 30분의 1에 상당하는 금액인데, 표준보수월액은 건강보험법이 등급별로 정하고 있는 금액으로서 본인의 소득수준에 따라 해당 월액이 결정된다. 단, 월액에 최저 및 최고의 한도를 정하고 있으므로 저임금자에게는 최저수준을 끌어올리고 고임금자에게는 상한을 설정하는 효과가 발생한다. 이는 근로자의 소득보장을 일정한 폭에서 보장하기 위한 조치이다(荒木誠之, 『社會保障法讀本[第3版]』, 有斐閣, 2002, p.35 참조).

또는 감소를 보전하고 생활보장을 함으로써 근로능력을 조기에 회복하는 것을 주된 목적의 하나로 한다⁴⁸⁾. 상병수당금의 지급요건은 피보험자가 요양을 위하여 근로불능이 된 사실이다. 이하에서는 지급요건을 구성하는 요양 및 근로불능의 요소에 대하여 각각 고찰한 후, 상병수당금의 지급수준을 검토하기로 한다.

가. 요양 및 그 대상이 되는 상병

건강보험법상의 ‘요양을 위하여’가 의미하는 범위는 당초에는 ‘보험급여로서 받는 요양을 위하여’라고 해석되었지만, 그 후 해석이 변경되어 ‘보험급여로서 받는 요양을 위하여’로 한정되지 않고 ‘그렇지 않은 요양을 위하여’도 포함하는 것으로 확대되었다⁴⁹⁾. 예를 들면, 자비에 의한 상병의 요양, 보험의(保險医) 이외의 자에 의한 진료 등과 같이 보험급여로서 받는 요양이 아니더라도 상병수당이 지급되는 경우가 있을 수 있다. 그러나 ‘요양’의 전제로서 건강보험에 의한 보장의 대상이 되는 상병(건강보험법상의 보험사고로서의 상병)의 존재가 요구되기 때문에 무엇이 요양의 급여대상이 되는 상병인가를 확정할 필요가 있다.

요양의 급여대상이 되는 상병의 범위는 의학적인 정의와는 반드시 동일하지 않고 건강보험법의 시행 당초부터 점차적으로 확대되어 오고 있다⁵⁰⁾. 건강보험법 시행 당초에는 상병이라 하더라도 근로능력에 전혀 관계가 없는 상병은 제외되었지만, 1941년에 이르러 근로능력과 직접 관계가 없어도 피보험자의 건강유지와 증진을 위해 진료가 필요하다고 인정되면 상병의 범위에 포함되는 것으로 변경되었다. 따라서 현재는 ‘보험의료기관 및 보험의 요양담당규칙’ 제12조에 의해 선천성, 후천성을 불문하고 일반적으로 의사 또는 치과의사로부터 진료의 필요가 있다고 인정되는 상병은 요양급여의 대상이 된다⁵¹⁾. 단, 단순한 미용 목적의 수술, 건강진단 등에 대해서는 요양급부가 이루어지지 않는다⁵²⁾. 따

48) 法研 編, 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』, 法研, 2003(이하에서는 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』이라고 인용한다), pp.743~744.

49) 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.746.

50) 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』, pp.450~453.

51) 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.450.

52) 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.451.

라서 피보험자가 이와 같은 수술 등을 위하여 휴직하는 경우는 보험급여의 대상이 되는 상병을 이유로 한 근로불능으로 인정되지 않으며, 그 결과 상병수당금을 지급받을 수 없게 된다.

나. 근로불능

행정해석 및 재결례에 의하면, 근로에 종사할 수 있는지의 여부에 대한 판단은 반드시 의학적 기준에 의할 필요는 없다. 이 판단은 “피보험자가 종사하는 업무의 중별을 생각하여 그 본래의 업무를 감당해 낼 수 있는지의 여부를 기준으로 사회통념에 근거하여” 이루어진다⁵³⁾. 따라서 근로불능에 관해서는 근로불능의 판단기준이 되는 업무 및 요구되는 근로불능의 정도가 문제로 된다.

1) 근로불능의 판단기준이 되는 업무

행정해석에 의하면, 근로불능을 판단하는 기준이 되는 업무는 피보험자의 ‘중전의 업무’이다. 중전의 업무에 대한 대체적 성격을 갖지 않는 부업 내지 내직 등의 노무에 종사하거나, 상병수당금의 지급이 있을 때까지 일시적으로 경미한 다른 노무에 종사하는 것에 의해 임금을 얻을 수 있는 경우와 기타 이에 준하는 경우는 일반적으로 여전히 근로불능상태에 있는 것으로 이해된다⁵⁴⁾. 즉 다른 경미한 업무에 근무할 수 있는 정도의 상병이라 하더라도 중전의 업무에 종사할 수 없으면 근로불능으로 해석된다⁵⁵⁾. 이와 같은 판단기준이 적용되는 것은 휴직 후의 직장복귀가 원칙이기 때문일 것으로 추측된다. 그리고 이 판단기준의 귀결로서 상병의 정도가 동일하더라도 근로자가 종래 근무하고 있던 업무의 내용·종류에 의해 근로불능의 판단이 달라질 수 있게 된다.

그러나 재결례에서는 중전의 업무가 근로불능의 판단기준으로서 반드시 철저히 관철되고 있는 것은 아니다. 예를 들면, “당해 상병이 치료된 후 다시 중전의 업무에 종사하는 것이 주관적으로도 객관적으로도 명백히 가능한 경우는

53) 1956.1.19, 厚生省保險局保險課長 回答 제340호, 1954. 9. 13, 裁決.

54) 2003. 2. 25, 厚生厚生省保險局長 通知 제0225007호·社會保險廳運營部医療保險課長 通知 제4호.

55) 『健康保險法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.752.

별도로 하고, 그 이외의 자에 대해서는 일반적 업무에 종사할 수 있는지의 여부를 기준으로 하여 판단하여야 한다”고 판단한 재결례가 있는데⁵⁶⁾, 여기에서는 근로불능의 판단기준으로서 ‘일반적 업무’에의 종사 가능 여부가 제시되고 있다. 그러나 ‘일반적 업무’에 대한 구체적 내용은 제시하고 있지 않다. 즉, ‘일반적 업무’가 당해 사용자의 지휘 하에서 제공되던 종전의 업무에 한정되는 것인지, 아니면 보다 폭넓게 노동시장에 존재하는 일정한 업무를 고려하는 것인지 분명하지 않다.

또 종전의 업무에 복귀하기 전에 재활을 겸하여 경미한 업무에 종사하는 경우에 대해서도 재결례의 판단이 통일되어 있다고는 말하기 어렵다. 재결례 중에는, 종전의 업무에는 종사할 수 없지만 경미한 업무에는 종사 가능한 근로자에 대해서 근로불능을 인정한 것⁵⁷⁾과 인정하지 않는 것⁵⁸⁾이 있다. 특히 후자 중에는, “상병 요양 후의 근로는 바로 중노동에 종사하지 않고 경미한 업무로부터 서서히 업무 강도가 높은 노동으로 이행해 가는 것이 통상적이다”고 판단한 재결례가 있는데⁵⁹⁾, 이 재결례가 의도하는 경미한 업무가 종전의 업무의 일부를 의미하는 것인지, 아니면 그것과는 다른 노동을 의미하는지는 명확하지 않다.

이상과 같이 재결례 중에는 종전의 업무와 다른 노동 또는 종전의 업무의 일부가 판단기준으로서 이용되고 있는 예가 존재한다. 따라서 행정해석과 재결례 사이에는 근로불능의 판단기준이 반드시 통일되어 있다고는 말할 수 없다.

2) 완전한 근로불능의 요구

법률의 문언으로만은 명확하지 않지만, 근로불능으로 인정되기 위해서는 근

56) 1989. 12. 20, 裁決(당해 사건의 근로자의 본래의 업무는 제강소에서의 전로(轉爐)내 지금(地金) 절단업무이었다); 1987. 6. 30, 裁決(당해 사건의 근로자의 본래의 업무는 버스 운전이었다).

57) 1999. 5. 31, 裁決. 본 사건에서 승무원인 근로자는 의사로부터 경작업을 포함한 재활을 지시받은 기간에 대하여 상병수당금의 지급을 인정받았다.

58) 당뇨병 및 뇌경색에 이환된 기업의 대표이사에 관한 사건으로서 경노동이라면 근로가 가능하다고 보고 이를 근거로 근로불능을 인정하지 않은 1990. 9. 30 裁決과, 측량조수에 관한 사건으로 그의 종전의 업무 중 가벼운 업무라면 근로가 가능하다고 보고 이를 근거로 근로불능을 인정하지 않은 1981. 3. 31 裁決 등이 있다.

59) 1981. 3. 31, 裁決.

로로부터 완전히 벗어나 결근하여야 한다⁶⁰). 다시 말해서 근로불능은 어디까지나 일(日)을 단위로 하여 판단되는 것이고, 노동자재해보상보험의 휴업보상급부(노동자재해보상보험법 제14조 제1항 단서)와 같이 반일 출근하고 반일 휴무하는 식의 부분적 근로불능에 대한 부분적 보상의 사고는 일본의 상병수당금 제도에는 존재하지 않는다⁶¹). 따라서 일본의 건강보험법에서는 근로능력의 부분적 감소 또는 부분적 근로불능의 인정이라고 하는 문제는 발생하지 않는다.

따라서 조금씩 근로하면서 업무에 복귀하는 경우에 ‘본래의 업무를 감당하고 있다’고 말할 수 있는 것인지, 근로시간 단축이 임금에 영향을 미치는 경우에는 소득보장이 필요하지 않을까 등의 의문이 존재한다. 상술한 근로불능에 대한 판단기준의 불명확성과 함께, 현행법상으로는 단계적인 직장복귀를 행하는 경우에 있어서 상병수당 수급권의 판단에 불명확한 점이 다소 존재한다고 말할 수 있다.

다. 지급수준

상병수당금의 지급액은 피보험자의 보수에 비례한다. 보수비례제로 할지 정액제로 할지는 논란이 있을 수 있지만, 일본에서는 상병수당금은 생계비에 충당하기 위해 임금에 대신하여 지급되는 것이라는 관점에서 평상시의 임금에 대응해 지급하는 방법이 타당하다고 보아 보수비례제 방식을 취하였다⁶²).

지급수준은 1926년 건강보험법 제정 당시부터 1일당 표준보수일액의 100분의 60에 상당하는 금액으로서 현재까지 변동 없이 그대로 유지되어 오고 있다. 이 지급수준의 규정은, 1923년에 건강보험법을 입안할 목적으로 실시된 중요공업지역에서의 근로자 가계조사 결과, 보수의 약 7할 정도가 생활필수비에 충당되고 근로자 가정에서는 다른 가족구성원도 근로하여 수입을 얻는 경우가 많다는 사실을 토대로, 그 당시 보수의 약 6할이 피보험자 및 그 가족의 생활필수비로 추정된다는 것을 그 근거로 삼았다⁶³). 그런데 이것이 현재의 국민의 생활

60) 通達 및 裁決例는 근무시간의 일부나 반일 근무를 행한 경우에는 근로불능을 인정하지 않는다(1954. 12. 9, 保文初 제14236호; 1957. 1. 19, 厚生省保險局保險課長 回答 제340호; 1959. 1. 23, 裁決; 1968. 3. 28, 裁決).

61) 西村健一郎, 『社會保障法』, 有斐閣, 2003, p.177.

62) 『健康保險法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.744.

상황에 합치한 수준인가는 논란의 여지가 있다⁶⁴⁾.

2. 상병수당금의 지급기간

상병수당금은 근로불능의 일로부터 기산하여 4일째부터 지급된다. 근로불능의 최초 3일간은 이른바 대기기간(Wartezeit)이다⁶⁵⁾. ‘대기’는 근로불능의 일로부터 3일간 연속하여 비로소 완성되는 것이고, 근로불능의 일을 합산하여 3일이 된다고 해서 대기가 완성되는 것은 아니다⁶⁶⁾. 그러나 동일한 상병 때문에 3일간 연속하여 근로에 종사할 수 없었지만 4일째 출근하고 5일째에는 동일한 상병 때문에 근로에 종사할 수 없었던 경우에는 대기는 이미 완성되어 있고, 그 5일째부터 상병수당금이 지급된다⁶⁷⁾.

그리고 상병수당은 동일한 상병 및 그것에 의해 발병한 질병에 대해서 지급 개시일로부터 기산하여 1년 6개월을 한도로 지급된다(건강보험법 제99조 제2항). 기간의 계산에 대해서는 민법에 의한다(민법 제143조).

지급기간은 상병수당금의 지급 개시일로부터 기산된다. 후술하듯이 상병수당금은 사용자가 보수의 전부 또는 일부를 지불하는 경우에는 지급이 정지 또는 감액된다. 이 경우에는 보수가 정지되는 날 또는 보수의 지급액이 상병수당 급여액보다 적게 되어 상병수당금이 지급 개시되는 날이 기산일이 된다⁶⁸⁾.

상병수당금의 지급기간의 경과에 관하여 중요한 것은 ‘동일한 상병’의 내용이다. 행정해석에 의하면, ‘동일한 상병’이란 ‘1회의 상병으로 치료될 때까지’를 의미한다. 여기에서 치료의 인정은 반드시 의학적 판단에만 의하지 않고 사

63) 『健康保險法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.744.

64) 日本労働組合總連合會, 『平成2年~3年度 政策·制度要求と提言』, 連合總合生活開發研究所, 1992, p.98 참조.

65) 대기기간(3일간)을 설정한 이유에 대해 행정당국의 해설서는 다음과 같이 설명하고 있다. “대기기간을 설정한 이유는 근로자의 거짓 상병을 방지하기 위해서인 것으로 말해진다. 즉, …… 대기기간인 3일 동안은 전혀 수입이 없으므로 수입 상실을 감수하면서까지 상병이 있다고 속이는 자는 없을 것으로 예상되기 때문이다.”(『健康保險法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.748).

66) 西村健一郎, 앞의 책, pp.177~178.

67) 1957. 1. 31, 厚生省保險局調査課長 通知 제2호의2.

68) 1950. 3. 14, 厚生省保險局保險課長 回答 제571호; 1951. 1. 24, 厚生省保險局保險課長 回答 제162호.

회통념에 근거하여 이루어진다. 사회통념상 치료가 인정되었으나 상당기간 근로 후에 동일한 상병이 재발된 경우에는 별개의 상병으로 간주된다⁶⁹⁾. 그리고 1년 6개월의 기간 내에 근로가능으로 되어 근로하게 되었으나 얼마 지나지 않아 재차 그 상병이 악화되어 근로불능이 된 경우에는 1년 6개월의 지급기간이 만료되기까지는 상병수당금이 지급된다고 해석되고 있다⁷⁰⁾.

3. 상병수당금과 보수의 조정

건강보험법 제108조 제1항의 규정에 의하면 사용자로부터 보수의 전부 또는 일부가 지급되는 기간에는 상병수당금이 원칙적으로 지급되지 않는다. 단, 지급받는 보수의 액이 상병수당금의 액을 하회하는 경우에는 그 차액이 지급된다. 출산수당금에 대한 보수(임금)와의 조정도 동일하다. 이 규정은 상병에 의하여 상실되는 보수에 대한 보장이라는 상병수당금의 목적에 따라, 사용자로부터 보수의 전부 또는 일부가 지급되는 동안은 이중으로 보수를 보장할 필요가 없다는 사고에 근거한다⁷¹⁾.

따라서 사용자가 피보험자의 휴업 중에 지불하는 어떠한 금전이 보수에 해당 하는지가 문제로 되는데, 건강보험법에서의 보수란 그 명목을 불문하고 근로자가 근로의 대상으로서 받는 모든 것을 가리킨다고 해석되고 있다⁷²⁾. 즉 사용자가 ‘일정한 급여규정 등에 의하여’ 병가 중에 지급하는 것은 모두 보수에 포함된다. 또한 금전의 명목은 불문하기 때문에 사용자가 단체협약에 근거하여 지불하는 위로금⁷³⁾, 사상병수당금⁷⁴⁾ 등도 보수로서 조정대상이 된다. 그러나 지급규정 없이 ‘단지 관례로서 사용자의 의사에 의하여’ 휴업수당, 위로금 등의 명목으로 지급되는 경우에는 보수에 해당되지 않는 단순한 은혜적 급부이고 제

69) 1954. 3. 19, 厚生省保険局保険課長 回答 제3027호; 1955. 2. 24, 厚生省保険局保険課長 回答 제1731호.

70) 1957. 9. 2, 厚生省保険局調査課長 通知 제123호.

71) 『健康保険法の解釋と運用[平成15年改正版]』, p.815.

72) 1953. 5. 18, 厚生省保険局保険課長 回答 제2592호.

73) 1950. 2. 22, 厚生省保険局保険課長 回答 제376호; 1957. 8. 6, 厚生省保険局保険課長 回答 제6737호.

74) 1964. 12. 21, 厚生省保険局調査課長 通知 제46호.

108조에 의한 조정대상이 되지 않는다는 것이 행정해석의 입장이다⁷⁵⁾.

V. 독일과 일본의 비교법적 분석

1. 사상병휴업시 소득보장 방법 : 사법에 의한 해결과 공법에 의한 해결

근로자가 개인적 상병 때문에 근로불능이 된 것을 이유로 결근한 경우, 계약법의 일반원칙에 의하면 임금청구권은 당연히 상실된다. 그러나 근로자가 사상병으로 인하여 소득을 상실하는 경우, 근로자와 그 가족의 생활을 유지하기 위해 이 상실된 소득을 어떠한 형태로든 보상하는 것이 생활보장 측면에서 바람직하다. 독일과 일본은 이에 대한 접근방법에 있어서 대조적이라고 말할 수 있을 정도로 상이한 접근방법을 취하고 있다.

먼저, 일본에서는 업무상 상병 때문에 결근하고 그 기간 임금을 지불받지 못한 근로자에 대해서는 사용자에 의해 휴업보상이 이루어진다(노동기준법 제76조). 그러나 현실적으로는 노동자재해보상보험법에 근거하여 근로자에게 휴업보상급부가 지급되고(제14조), 그것에 의해 사용자는 보상의 책임을 면한다(노동기준법 제84조). 한편 사상병을 이유로 결근한 근로자에 대해서는 건강보험으로부터 상병수당금이 지급된다(건강보험법 제99조). 일본에서 사상병은 근로관계의 특유한 위험인 업무상의 상병과는 달리 근로자 여부에 관계없이 일반적으로 발생할 수 있는 생활상의 위험이라는 점에 기초하여 이에 이환된 근로자의 소득보장은 사회보험제도에 맡겨져 있고 사용자로부터의 급부는 예정되어 있지 않다.

이에 반해 독일에서는 결근에 대해서 업무상 상병에 의한 것이든 사상병에 의한 것이든 일정 기간 사용자로부터 임금이 계속 지불된다. 즉 근로자가 상병 때문에 근로불능이 되어 결근한 경우, 임금계속지불법에 근거하여 사용자를 대상으로 임금계속지불 청구권을 행사할 수 있다. 결근한 근로자에게는 동법에 의해 결근기간 중(단, 최장 6주) 100%의 임금이 지급된다. 6주를 경과하여도

75) 1935. 4. 20, 厚生省社會局規準課長 通知 제123호.

근로불능의 상태가 계속되거나 임금계속지불법상의 요건을 결하는 경우(예를 들면, 상병의 원인이 근로자의 귀책사유에 의한 경우나 근로관계가 4주간 존속하지 않은 경우)에는, 의료보험의 피보험자인 근로자에게 의료보험으로부터 상병수당금이 지불된다(사회법전 제5편 44조). 이와 같이 독일은 외양적으로 공법적 해결방식과 사법적 해결방식이라는 두 가지 방식을 취하고 있지만, 근로자의 상병 중 6주 이하의 상병이 다수를 차지하고 있는 점을 감안할 때, 독일에서 사상병에 이환된 근로자의 소득보장을 담당하는 것은 기본적으로 사회보험 제도가 아니라 근로계약관계에 있는 사용자라고 말할 수 있다.

요컨대, 사상병 근로자의 소득보장의 문제를 해결하는 데 있어 일본은 사회보험법(공법)에 의한 해결방식을 취하고 있는 반면, 독일은 주로 노동법(사법)에 의한 해결방식을 취하고 있다.

한편, 독일에서 질병근로자에 대한 소득보장의 문제가 사회보험법에 의한 해결로부터 노동법에 의한 해결로 전환한 계기는 의료보험의 재정 악화를 개선한다고 하는 재정적 이유에 의한 것이었다⁷⁶⁾. 그리고 현재까지 노동법에 의한 해결방식이 취해지고 있는 것은, 사회보험법에 의한 선택을 취할 경우 근로자에게 보장되는 금액이 낮아질 것에 대한 근로자측으로부터의 반대와 이 방식이 의료보험 재정의 과탄으로 연결될지 모른다는 사회적 우려에 의한 것이라고 생각된다. 결국, 독일에서 근로자의 사상병에 대한 소득보장의 문제를 노동법에 의하여 해결해야 하는지, 아니면 사회보험법에 의하여 해결해야 할지는 법이론상의 문제라고 하기보다는 누구에게 부담시킬 것인가라는 정책적인 문제였다고 말할 수 있다.

2. 대기기간의 유무

대기기간을 며칠로 할 것인가는 어려운 문제이다. 일본의 건강보험법은 근로자가 상병휴업을 남용하는 것을 방지하기 위하여 3일간의 대기기간을 설정하고 있다. 이에 반해 독일에서는, 정부와 사용자측에서 상병휴업이 남용되고 있

76) Schulin, "Gedenken über die Roller der Arbeitgeber bei der sozialen Sicherung der Arbeitnehmer", *Arbeitsrecht in der Bewahrung(Festschrift Kissel)*, 1994, S.1063.

다는 점을 이유로 2일간의 대기기간을 설정할 것을 요구하여 왔지만, 이러한 요구는 학자와 노동조합측의 반대로 입법에는 반영되지 않고 현재에 이르고 있다.

그런데 독일의 경우 임금계속지불법에 설정 대기기간이 도입된다고 하더라도 그 기간 동안 의료보험으로부터 상병수당급여는 받을 수 있으므로 대기기간 제도의 도입에 의해 다소의 소득 감소(100%→70%)는 발생할 수 있지만, 일본과 같이 대기기간 동안 무급휴가가 되는 것은 아니다. 따라서 독일에서의 대기기간의 도입을 둘러싼 논의는 일본과는 그 전제조건을 달리하는 것이라 할 수 있다.

한편, ILO 협약(제102호 제18조, 제130호 제26조)은 근로소득 정지 후 최초 3일간은 상병수당급여를 지급하지 않을 수 있다고 규정하고 있다⁷⁷⁾.

3. 소득보장의 수준 : 최소보장과 적정보장

일본과 독일 모두 급여방식에 있어서는 소득비례급부에 의한 정률제 방식을 취하고 있다. 이 점에서 양국의 사상병시 소득보장제도는 생활의 실태에 대응한 보장을 제공한다고 하는 목적을 공유하고 있다고 말할 수 있다. 그러나 급여 수준에서는 커다란 차이가 노정되고 있다. 일본에서는 건강보험법상의 상병수당급여 형태로 근로자와 그 가족의 생계비에 충당할 수 있을 정도의 수준으로서 종전 소득의 60%가 지급되고 있다. 반면에 독일에서는 6주까지는 종전 소득의 100%를 지급함으로써 근로자와 그 가족에게 상병 이전과 동일한 수준의 생활이 가능하도록 하고 있고, 그 이후는 종전 소득의 70%를 지급함으로써 생계비에 충당할 수 있는 수준의 급여를 지급하고 있다. 요컨대, 일본의 제도는 사상병 기간 동안의 생계비의 보장을 목적으로 하고 있고, 독일의 제도는 6주 동안은 근로기간과 동일한 생활수준의 보장을, 그 이후는 생계비의 보장을 목적으로 하고 있다.

이와 같은 차이는 상병시 소득보장제도가 보장하여야 한다고 생각되고 있는 생활수준이 일본과 독일에서 다른 것을 배경으로 한다. 즉 독일의 상병시 소득

77) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>.

보장제도가 기본적으로 노동법에 의한 해결을 통해 근로불능 이전의 소득수준을 보전할 수 있도록 함으로써 빈곤예방으로부터 나아가 평상시의 생활이 가능한 한 유지되도록 하는 것을 목적으로 하고 있는 데 반해, 일본의 상병시 소득보장제도는 사회보험법에 의한 해결을 통해 근로기간과 동일한 수준의 생활보장을 해야 할 필연성이 인정되지 않게 되고, 그 결과 생계비에 국한된 생활보장, 즉 빈곤예방을 그 목적으로 하고 있다. 이 때문에 독일의 상병시 소득보장제도가 일본의 그것에 비해 상당히 높게 설정되어 있는 것이다.

한편, ILO 협약에서는 상병수당급여를 종전소득과 가족수당 합계액의 최소한 45%(제102호 협약 제66조) 또는 60%(제130호 협약 제21조) 수준에서 지급하도록 규정하고 있다⁷⁸⁾.

Ⅵ. 우리나라에서의 사상병시 소득보장제도 도입방안

1. 사회보험법에 의한 해결방식

상병은 그 원인에 따라 업무상의 상병과 사상병으로 대별될 수 있다. 전술한 바와 같이, 전자가 근로관계에 특유한 위험인 것에 반하여, 사상병은 근로관계와는 무관하게 일반적으로 발생할 수 있는 생활상의 위험이다. 사상병의 원인으로부터 판단컨대, 사상병에 걸린 근로자에 대하여 그 소득보장을 사용자에게 부담시키는 것은 반드시 타당하다고 할 수 없다. 다시 말하면, 사회 전체에서 위험을 분담하는 사회보험법에 의한 해결이 노동법에 의한 해결보다 사회적으로 공정하다고 할 수 있다⁷⁹⁾. 그러나 사회보험법에 의한 해결방식에 문제가 없는 것은 아니다.

첫째, 사회보험법에 의한 해결을 취할 경우 그 재원의 많은 부분이 사용자뿐만 아니라 근로자의 보험료에 의해 충당되게 된다⁸⁰⁾. 그리고 사상병 근로자가

78) <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>.

79) Schulin, 앞의 논문, S.1064.

80) 현재 단체협약이나 취업규칙 등에 의해 유급상병휴가제도를 운영하고 있는 대기업 근로자는 그동안 동 제도 운영에 따른 경제적 부담을 전혀 지고 있지 않았지만, 상병수당체

증가하면 의료보험으로부터의 급부가 증가하는데, 이것은 결국 보험료의 인상으로 연결될 것이다. 사회보험법에 의한 해결을 취하면 노동법에 의한 해결을 취하는 경우에 비해 근로자의 보험료 부담이 증가되는 것은, 독일에서 1969년에 종전의 사회보험법과 노동법으로 이원화된 처리방식에서 노동법에 의한 처리방식으로 일원화(‘블루칼라 근로자 임금계속지불법’ 제정)되었을 때 보험료가 22% 인하된 것에서 이미 실증되고 있다⁸¹⁾.

둘째, 사회보험법에 의한 해결은 상병기간 중의 근로관계의 성격을 변용시킨다. 노동법에 의한 해결을 취하는 경우에는, 상병근로자의 노무제공의무가 면제되는 것을 제외하면 그때까지와 다르지 않는 근로관계가 계속되게 된다. 그에 반해 사회보험법에 의한 해결을 취하는 경우에는, 지급되는 것이 임금이 아니라 사회보험법상의 수당이기 때문에 근로자에게 지급되는 금액은 대체로 근로기간 중에 통상적으로 받는 임금보다 줄어들게 된다.

2. 노동법에 의한 해결방식

노동법에 의한 해결을 취하는 경우, 근로자의 사상병휴업으로 인한 치료비, 업무공백 등의 면에서의 사용자의 비용부담을 매개로 사용자로 하여금 근로자의 기초질환 등 업무상 외의 상병까지를 관리하도록 하는 효과가 있다. 그러나 노동법에 의한 해결방식에는 다음과 같은 문제가 수반된다고 말할 수 있다.

첫째, 사용자에게 부담시키는 것의 근거를 무엇에서 찾을 것인가 하는 점이다. 독일에서 오랫동안 이에 대한 근거는 근로계약상의 배려의무에 있다고 설명되어 왔다. 그러나 금일에 이르러서는 근로관계는 채권채무관계라고 보아 더 이상 배려의무로는 설명될 수 없다고 비판되고 있다⁸²⁾. 근로관계와는 무관한

도를 도입할 경우 이에 따른 의료보험료 인상분의 반액을 자신들이 부담하게 됨에 따라 상병수당제도의 도입에 반대할 가능성도 없지 않아 있다. 하지만 대기업의 근로자들이 단지 이를 이유로 상병수당제도의 도입을 반대하기에는 그 명분이 미약하기 때문에 제도 도입의 실질적인 장애요인으로 작용하지는 않을 것으로 보인다.

81) Schulin, 앞의 논문, S.1064.

82) 종전에는 근로관계를 인격법적 공동체관계(personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis)로 이해하는 것이 독일의 통설이었다. 이 주장의 본질은 근로관계가 단순히 노동과 임금의 교환으로 그치는 것이 아니라 인적관계로부터 신의칙 이상의 성실의무가 생긴다는 것이다. 그 결과, 사용자는 근로자를 보호·배려하고 근로자의 이익을 침해하지 않을 충실

것에 원인이 있는 사상병의 경우라도, 그 사상병에 이환된 근로자에게 귀책사유가 없으면 당해 근로자는 사용자에게 사상병시의 임금을 청구할 수 있다고 생각할 여지가 있지만, 단지 그 자가 근로관계에 있다는 이유만으로 사용자에게 대하여 임금을 청구할 수 있다고 하는 것은 현재의 사법이론으로는 설득력이 다소 부족하다.

둘째, 노동시장 측면에서의 문제이다. 사상병 근로자에 대하여 사용자에게 임금계속지불을 의무지우는 것은 기업의 인건비의 증대로 연결된다. 독일의 경우 현재 임금계속지불법에 의하여 일정 기간 동안 사상병시의 임금계속지불이 사용자에게 의무지워져 있는데, 이것이 독일 기업의 인건비가 다른 나라에 비하여 높은 수준에 있는 하나의 요인이라고 말할 수 있고, 나아가 이것은 근로자의 고용에 대해서도 좋지 않은 영향을 주고 있을 것이라고 추측된다.

3. 제도 도입시 법적 고려사항

우리나라의 경우에도 독일과 같이 노동법을 통해 사상병시 소득보장제도가 도입되게 되면 사용자의 인건비 부담은 필연적으로 증대될 것이다. 특히 중소기업은 적지 않은 재정적 부담을 안게 될 것이다⁸³⁾. 또 인건비 부담의 증가는 신규채용에 부정적인 영향을 초래할 가능성이 있고, 특히 질병에 이환될 위험성이 높은 근로자가 채용단계에서 배제되는 경향이 강화될 가능성도 부정할 수 없다. 이것은 이미 독일에서 1930년과 1931년에 근로자의 상병시 소득보장을 사용자에게 의무지운 긴급명령이 발해진 결과 사용자의 인건비가 증가되고 이에 따라 다수의 실업자가 발생한 역사적 경험으로부터 예측될 수 있다⁸⁴⁾. 이 점에서 사용자에게 의한 소득보전 방식은 사용자측, 근로자측 모두에게 바람직하지 않은 방향으로 기능할 가능성이 크고, 그 결과 입법의 실현가능성 또한 낮을

의무, 즉 배려의무를 지게 된다. 그러나 이 인격법적 공동체관계론에 대해서는 1970년대에 이르러 많은 학설에 의해 비판을 받게 되었고, 현재는 학설의 다수가 근로관계를 ‘채권법상의 성격을 가진 교환관계’로 이해하고 있다(졸저, 『산업안전보건법의 국제비교연구』, 한국경영자총협회, 2009, pp.80~81 참조).

83) 독일의 경우, 소규모 기업(30인 미만의 근로자를 사용하는 기업)에 대해서는 경비보상제도를 마련하여 이들 기업의 재정적 부담을 경감시켜 주는 조치를 취하고 있다(임금계속지불을 위한 사용자경비보상법(AAG)).

84) Wank, *Arbeiter und Angestellte*, 1992, S.153 참조.

것으로 생각된다. 따라서 사상병시 소득보장은 사회보험방식인 상병수당제도를 통해 도입하는 것이 보다 현실적이라고 말할 수 있다.

또한 사상병시 소득보장제도는 그 대상을 근로자로 한정할 것인지, 아니면 자영업자도 포함할 것인지가 문제가 될 수 있다. 현실적 필요성으로 볼 때는 자영업자도 사상병시 소득보장의 대상에서 제외될 이유는 없다고 생각되지만⁸⁵⁾, 자영업자의 경우 보험료 부과소득의 포착이 커다란 장애가 된다. 보험료 부담에서 벗어나기 위한 소득의 과소신고가 문제로 될 수 있기 때문이다. 따라서 상병수당제도를 도입할 경우 그 급여대상을 임금근로자로부터 단계적으로 적용하는 것이 제도 도입의 수용성 및 조기정착 측면에서 유리할 것으로 판단된다.

다음으로 사상병시 소득보장에 있어서 대기기간을 설정할 것인지의 여부가 논란이 될 수 있다. 대기기간이라는 무급기간을 두는 것에 의해 확실히 근로자의 사상병휴가의 남용적 취득 및 남용적 취득자의 임금수령을 방지할 수 있을 것이다. 그러나 사상병에 실제로 이환된 근로자에게 있어서는 문제가 크다고 할 수 있다. 즉 대기기간을 동반하는 사상병휴가는 이유 여하를 불문하고 대기기간 동안 무급휴가가 되기 때문에, 근로자가 단기간의 사상병에 이환되었을 때 당해 근로자는 임금지급을 단념하는 사상병휴가를 취득할 것인지, 아니면 자기의 연차유급휴가를 사용할 것인지를 선택에 몰리게 된다. 즉 대기기간 설정에 의해 단기간 사상병의 위험이 개별 근로자에게 전가되게 된다. 따라서 대기기간은 이를 도입하더라도 최소한의 기간으로 설정하는 것이 타당할 것으로 생각된다⁸⁶⁾.

한편 사상병시 소득보장제도를 도입할 경우, 기본적으로 소득비례급부를 제공하게 될 것으로 예상되는바, 상병수당금의 급부수준을 구체적으로 어느 수준으로 할 것인지가 문제로 될 수 있다. 즉 인간다운 생활을 영위하기 위한 최소한의 생계비의 보장을 목적으로 할 것인지(최소보장원칙), 아니면 빈곤 예방에

85) 영세자영업자의 경우 질병으로 인한 소득 중단시 노출되는 사회적 위험에 있어 임금근로자보다 그 강도가 더 클 수 있다.

86) 스웨덴은 근로자의 유급상병휴가의 남용적 사용을 방지하기 위하여 대기기간을 설정하고 있지만 이를 최소화하여 1일로 한정하고 있다. 전체적으로는 대기기간을 3일로 하고 있는 국가가 많다.

서 벗어나 정상시의 생활수준을 유지하는 것을 목적으로 할 것인가(적정보장원칙)의 문제이다. 우리나라의 경우 제도를 처음 도입하는 만큼 도입시에는 제도 도입에 따른 저항을 최소화하기 위해서 전자의 방식, 즉 일정한 수준의 생계를 보장하는 수준에서 출발하는 것으로 하고, 단계적으로 보장수준을 높여가는 것이 보다 현실적 적합성을 가질 것으로 생각된다. 그리고 너무 높은 급부수준은 상병수당 수급자의 근로복귀의 유인을 약화시킬 가능성이 있는 만큼, 이 점 또한 고려되어야 할 것이다. 다만, 근로자의 피부양자 수를 고려하여 급여수준을 차등화하는 것이 합리적인 것으로 판단된다.

그리고 상병수당의 제도화 및 재원조달 방식과 관련해서는, 현행 국민건강보험법에 상병수당이 부가급여(임의급여) 형태이기는 하지만 이미 명문화되어 있는 점을 고려하여, 국민건강보험법에서 상병수당을 임의급여 형태에서 법정급여 형태로 개정하고 건강보험료에 상병수당 보험료를 포함하는 방식으로 건강보험료를 인상하여 재원을 조달하는 것이 가장 현실적인 방안이라고 판단된다. 이와 같이 상병수당제도를 기존의 건강보험에 편입하는 방식은 새로운 관리조직을 만들 필요 없이 현행 관리조직(국민건강보험공단)을 활용함으로써 관리비용을 절감할 수 있는 장점 또한 있어 사회적 합의 도출을 보다 용이하게 할 것으로 생각된다⁸⁷⁾.

VII. 글을 맺으며

위에서 살펴본 바와 같이 독일과 일본은 일찍이 사상병이라는 위험으로부터 사회적 보호를 하기 위해 사상병시 소득보장제도를 도입·운영함으로써 사상병에 이환된 근로자에게 의료서비스뿐만 아니라 휴업기간의 소득을 보전해 주고 있다. 그러나 사상병시 소득보장에 대한 접근방법에 있어서 독일과 일본은 사법상의 처리와 공법상의 처리로 많은 차이를 보이고 있다.

한편, 우리나라 건강보험법은 사상병 자체의 치료비용에 대한 급여는 제공하

87) 최인덕·김진수, 앞의 논문, p.235 참조.

고 있지만, 사상병 발생으로 인한 소득의 상실 또는 감소와 같은 경제적 부담에 대해서는 제도적으로 어떠한 장치도 마련하고 있지 않다. 물론 그것이 반드시 일본과 같이 사회보험법상의 급여를 통해서 해결되어야 하는 것은 아니다. 이러한 사회적 비용을 독일과 같이 기업에 부담시키는 것도 가능할 것이기 때문이다. 그러나 우리나라 근로기준법 등 노동관계법은 사용자에게 이 부담을 부과하고 있는 것도 아니다. 결국 우리나라에서는 사상병시 소득보장 문제가 법적으로 전혀 보장되어 있지 않고 단체협약이나 취업규칙에 맡겨져 있다고 말할 수 있다. 환언하면, 이 문제는 노사의 역관계와 사용자의 호혜의지에 달려 있는 것이다. 그 결과 노동조합이 조직되어 있지 않거나 사용자의 복리후생에 대한 의지가 약한 기업체⁸⁸⁾의 근로자는 사상병이 발생하는 경우 장단기를 불문하고 소득상실의 위험에 사실상 무방비로 노출되게 된다. 가장 우선적으로 사회보장의 대상이 되어야 할 근로자계층이 사회보장의 대상에서 제외되어 있는 것이다.

한편, 우리나라에서 기업복리후생의 수혜대상이 되고 있지 못하는 근로자계층은 일반적으로 사상병휴가의 사유가 발생할 경우 근로기준법상의 연차유급휴가를 적립하여 사용하고 있는 것이 현실이다. 그리고 사상병휴가 제도를 운영하고 있는 기업에서도, 근로자들은 사상병휴가 이용시 수반될 수 있는 여러 가지 불이익(승진·승급의 지연, 휴가기간의 근속연수예의 불산입 또는 부분산입 등)과 장기간의 사상병휴가가 퇴직사유가 되는 것 등을 염려하여 실제로는 사상병휴가를 자유롭게 이용하지 못하고 있을 것으로 추측된다. 다시 말해서, 우리나라 기업에서 임의적으로 실시되고 있는 사상병휴가는 사용자의 은혜적인 색채가 강하고 권리성이 약하여 근로자의 적극적인 권리행사가 이루어지지 못하고 있는 것이다⁸⁹⁾. 따라서 모든 근로자에게 사상병휴가 중의 소득보장과 이것의 이용으로 인한 불이익취급 금지가 법률에 의해 제도적으로 보장된다면, 근로자들이 사상병휴가의 이용을 자신의 권리로서 인식하게 되어 해당 사유 발

88) 우리나라의 경우 기업규모가 작을수록 노조조직률이 낮고 사용자의 복리후생에 대한 인식 또한 낮은 현실을 감안하면, 대부분의 중소기업은 단체협약이나 취업규칙에 사상병에 대한 소득보장제도를 마련하고 있지 않을 것으로 추정된다.

89) 이 점에서 노동조합도 그 책임으로부터 자유롭지 못하다. 우리나라의 노동조합은 그동안 임금교섭에만 집중해 왔고 상병휴가의 제도화나 그 운용에는 그다지 관심을 보이지 않아 왔다. 이에 반해 독일, 프랑스, 스웨덴 등 유럽 제국에서는 상병휴가의 제도화와 운용의 충실성에 대해 노동조합의 강한 요구와 관심이 있었다(鈴木宏昌他, 앞의 책, p.33 참조).

생시 사상병휴가를 종전보다 자유롭게 취득할 수 있는 기반이 조성되고, 나아가 연차유급휴가제도 또한 그 자체의 목적 및 역할을 다해 갈 수 있을 것으로 기대된다.

본고에서는 독일과 일본의 사상병시 소득보장제도에 대한 구체적 소개를 목적으로 현행 법제의 내용에 초점을 맞추어 양국의 제도를 살펴보았다. 그 결과 양국에서의 제도 도입 과정상의 법적 논점, 제도 도입 후의 평가 등에 대해서는 부분적으로밖에 분석하지 못하였다. 그러나 아직 우리나라에 사상병시 소득보장제도가 도입되지 않은 점을 감안한다면, 제도 도입 과정에서의 법적 쟁점과 노사의 입장, 제도에 대한 평가 등을 구체적으로 검토하는 것 또한 의미 있을 것으로 생각된다. 이에 대한 본격적인 검토는 추후의 연구과제로 삼고자 한다.

참고문헌

- 고경환 외. 『2006년도 한국의 사회복지지출 추계와 OECD국가의 가족정책 비교』. 한국보건사회연구원, 2008.
- 곽순근. 「상병수당 도입시 재정지출 규모 검토」. 『건강보험동향』 2000년 제7호. 사회보장연구센터, 2000.
- 정진우. 『산업안전보건법의 국제비교연구』. 한국경영자총협회, 2009.
- 조원탁. 「한국의료보험의 상병수당제도 도입에 관한 연구」. 『한국사회복지학회 학술대회 자료집』. 한국사회복지학회, 1995.
- 최인덕·김진수. 「상병수당제도 도입방안 연구」. 『사회보장연구』 23(2). 한국사회보장학회, 2007.
- 荒木誠之. 『社會保障法讀本[第3版]』. 有斐閣, 2002.
- 鈴木宏昌他. 『病氣休暇制度に關する調査研究』. 日本勞働研究機構, 1998.
- 厚生省保險局 編. 『健康保險三十年史』. 全國社會保險協會連合會, 1958.
- 西村健一郎. 『社會保障法』. 有斐閣, 2003.

日本労働組合總連合會. 『平成2年~3年度 政策・制度要求と提言』. 連合總合生活開發研究所, 1992.

松本勝明. 『ドイツの社會保障 — 医療保險』. 信山社, 2003.

水島郁子. 「疾病労働者の處遇」. 『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.

_____. 「ドイツにおける疾病被用者の所得保障の轉換」. 『姫路法學』 제25·26호, 1999.

_____. 「ドイツにおける疾病時の賃金繼續支拂」. 『季刊労働法』 제172호, 1994.

古瀬徹・塩野谷祐. 『先進國の社會保障④ — ドイツ』. 東京大學出版會, 1999.

法研 編. 『健康保險法の解釋と運用[平成15年改正版]』. 法研, 2003.

Ahrens. “Tarifvertragliche Regelung zur Entgeltforzahlung im Krankheitsfall : Das Beispiel der niedersächsischen Metallindustrie.” *NZA*, 1997.

Brox/Rüthers/Henssler. *Arbeitsrecht*. 16.Aufl., 2004.

Hanau/Adomeit. *Arbeitsrechts*. 14.Aufl., 2007.

Igl/Welti. *Sozialrecht*. 8.Aufl., 2007.

Löwisch. *Arbeitsrecht*. 8.Aufl., 2007.

Schmitt. *Lohnfortzahlungsgesetz*, 1992.

Schulin. “Gedenken über die Roller der Arbeitgeber bei der sozialen Sicherung der Arbeitnehmer.” *Arbeitsrecht in der Bewährung(Festschrift Kissel)*, 1994.

Sticken. *Die Entwicklung des Krankheitsbegriffs der gesetzlichen Krankenversicherung*, 1985.

Wank. *Arbeiter und Angestellte*, 1992.

국제노동기구 홈페이지 <http://www.ilo.org>.

abstract

A Comparative Study on the Income Security System of the Sick or Injured Workers

Jinwoo Jung

According to general principles of Contract law, workers incapacitated due to personal sickness or injury, lost claim for his wages, of course. When the workers lost their income due to sickness or injury, however, it is desirable to compensate for lost income to maintain the family's life in terms of living guarantee. But in Korea, there is no consideration for the loss income due to sick or injury, only the treatment service for sickness or injury is offered.

On the other hand, in Germany and Japan, the income security system of the sick or injured workers has been operating for a long time. But two countries are taking different approaches to this problem. While Germany solves the problem by the labor law, Japan solves its problem by the social insurance law.

In this study, we compare and consider the two systems with a good contrast - Germany and Japan. Furthermore we would like to get a lesson for the case of Korea from it.

Keywords : income security system of sick or injured workers, sickness benefit, incapacitated worker, Continued Wage Payment Law, term of wait.