creative commons

COMMONS DEED

저작자표시-비영리-변경금지 2.0 대한민국

이용자는 아래의 조건을 따르는 경우에 한하여 자유롭게

- 이 저작물을 복제, 배포, 전송, 전시, 공연 및 방송할 수 있습니다.

다음과 같은 조건을 따라야 합니다:

저작자표시. 귀하는 원저작자를 표시하여야 합니다.

비영리. 귀하는 이 저작물을 영리 목적으로 이용할 수 없습니다.

변경금지. 귀하는 이 저작물을 개작, 변형 또는 가공할 수 없습니다.

- 귀하는, 이 저작물의 재이용이나 배포의 경우, 이 저작물에 적용된 이용허락조건을 명확하게 나타내어야 합니다.
- 저작권자로부터 별도의 허가를 받으면 이러한 조건들은 적용되지 않습니다.

저작권법에 따른 이용자의 권리는 위의 내용에 의하여 영향을 받지 않습니다.

이것은 이용허락규약(Legal Code)을 이해하기 쉽게 요약한 것입니다.

Disclaimer

dCollection

법학석사 학위논문

요양보호사의 근로조건

- 근로시간을 중심으로 -

2021년 2월

서울대학교 대학원

법학과 사회법 전공

신 가 영

요양보호사의 근로조건

- 근로시간을 중심으로 -

지도교수 이 철 수

이 논문을 법학석사 학위논문으로 제출함

2020년 11월

서울대학교 대학원

법학과 사회법 전공

신 가 영

신가영의 석사 학위논문을 인준함

2020년 12월

위 원 장 김 석 환 (인)

부위원장 오 대 영 (인)

위 원 이 철 수 (인)

국문초록

요양보호사의 근로조건

- 근로시간을 중심으로 -

서울대학교 대학원

법 학 과

신 가 영

2008년에 도입된 노인장기요양보험제도는 유래 없이 빠르게 진행되는 고령화 속도에 대처하기 위한 인프라 구축의 방안으로서 장기요양기관과 요양보호사의 양적 확충에 치중해 왔다. 제도 시행 초기의 이러한 방향성은 '공공부분의 노인돌봄'이라는 말이 무색하게 요양보호사의 열악한 근로환경과 이로 인한 낮은 수준의 돌봄을 일반화 시켰다.

이 연구의 목적은 요양보호사의 잦은 이직과 이탈을 초래하는 근로환경이 근로기준법상 근로시간제도로부터 어떠한 법적 평가를 받는지 규명하는 것이다. 요양보호사가 직면한 근로시간 문제가 근로기준법상 근로시간법규의 미준수로부터 발생하는 문제인지 노인장기요양보험제도 자체에 내재된 문제인지 준별함으로써 요양보호사의 근로환경 개선에 실질적인 근거가 될 수 있을 뿐 아니라 노인장기요양보험제도의 개선에 있어서도 정확하고 구체적인 방향성을 제시한다.

이에 따라 본 연구는 같은 요양보호사이지만 전혀 다른 근로환경에 놓인 시설 요양보호사와 재가 요양보호사의 특성에 주목하여 근로자성과 근로시간을 논의함에 있어서 각각 별도로 범주화하여 논의하였다.

우선 요양보호사의 근로시간을 논의하기 위한 전제로서 요양보호사의

근로기준법상 근로자성을 논의하였다. 간병인이 간접고용으로 인해 다면적 근로관계에 있어서 특정 사용자와의 근로자성 인정에 어려움이 있다면, 시설 요양보호사는 장기요양기관의 근로자로서 인정된다. 또한 재가 요양보호사의 근로자성에 대한 논란을 정리하되 장애인 활동지원사와 아이돌보미의 근로자성을 함께 검토함으로써 공적 방문돌봄 종사자의 법적 지위에 대한 일반론을 이끌어내었고 이들의 근로기준법상 근로자성을 규명하였다.

시설 요양보호사의 근로시간 문제는 근로기준법이 잘 준수되고 있는지의 문제이다. 근로시간 실태를 통해 시설 요양보호사의 이직 및 이탈의 원인이 되는 장시간 근로가 주된 근로시간 문제이며 이를 뒷받침하고 있는 현상이 교대제와 포괄임금제임을 인식하였다.

이에 따라 교대제와 포괄임금제의 근로기준법상 법정근로시간 및 휴게시간 준수 여부를 고찰하여 교대제 중 24시간 맞교대와 2교대가 법정근로시간을 위배하고 있음을 규명하였다. 또한 근로기준법과 판례를 통해 시설 요양보호사의 장시간 근로와 휴게시간 잠탈의 수단이 되고 있는 포괄임금제의 위법성을 고찰하였다. 그밖에 시설 요양보호사의 업무실태를 돌봄노동의 특성을 고려한 시각에서 파악함으로써 야간근로시간의 휴식시간 및 수면시간이 근로기준법상 휴게시간으로 인정되기 위한 요건을 갖추지 못하였음을 검토하였다.

한편 재가 요양보호사의 근로시간은 근로기준법상 법정근로시간과 휴게시간 규정이 재가 요양보호사에게 적용되는데 한계가 있다. 또한 실태의 측면에서 시설 요양보호사와 달리 단시간 근로로 인한 고용 불안정이 주된 문제가 되고 있다. 이러한 재가 요양보호사의 근로시간 문제의 특수성을 논의하기 위한 전제로서 재가 요양보호사의 업무로서 노인장기요양보험제도상의 방문급여의 개념과 내용 그리고 급여체계를 고찰하였다. 이를 통해 재가 요양보호사의 단시간 근로 및 이로 인한 저임금 문제는 장기요양제도에 내재된 문제로서 근로기준법을 통한 규율만으로는 재가 요양보호사의 근로시간 문제를 해결하는 데에 한계가 있음을

확인하였다.

구체적으로는 재가 요양보호사의 이동시간과 휴게시간에 대한 고려는 장기요양제도상에서 이루어져야 하는 문제임을 논증하였다. 이에 따라 이동시간이 근로시간으로서 인정되어야 하는 경우가 있음을 논증하고 이러한 내용이 장기요양제도상 반영되어야 함을 제시하였다. 또한 단시간의 돌봄 노동이라는 측면에서 휴게시간에 관한 규정 준수가 어려운 점을 인식하여 장애인 활동지원사와 아이돌보미에 대한 휴게시간 안착에 대한 연구를 재가 요양보호사의 제도 개선에 적용하는 시도를 해 보았다.

주요어 : 요양보호사, 근로시간, 근로자성, 노인장기요양보험법, 돌봄노동, 장기요양요원

학 번 : 2013-21257

목 차

제1장 서론 ····· 1
제1절 문제의 배경 ····· 1
제2절 연구의 목적과 체계 ····· 6

제2장 돌봄노동 제공자와 근로자성의 판단 ····· 8
제1절 유사 직군의 근로자성 ····· 8
Ⅰ. 공적 방문돌봄 종사자 ····· 8
1. 아이돌보미 ····· 10
(1) 제도 개관 ····· 10
(2) 근로자성 인정 여부 ····· 11
(3) 소결 ····· 15
2. 장애인 활동지원사 ····· 19
(1) 제도 개관 ····· 19
(2) 근로자성 인정 여부 ····· 20
(3) 소결 ····· 22
3. 생활지원사 ····· 23
(1) 제도개관 ····· 23
(2) 근로자성 및 근로형태 ····· 23
(3) 소결 ····· 25
4. 공적 방문돌봄 종사자의 일반적 특성에 따른 시사점 ····· 25
Ⅱ. 간병인 ····· 27
1. 개념 ····· 27
2. 방문 간병인의 노동법적 지위 ····· 28
3. 병원에서 일하는 간병인의 근로자성 ····· 31
(1) 문제의 소재 ····· 31
(2) 판례 ····· 32

(3) 행정해석 ····· 34
(4) 소결 ····· 35
제2절 요양보호사의 근로자성 ····· 37
Ⅰ. 요양보호사의 의의 ····· 37
1. 정의 ····· 37
2. 유형 ····· 38
Ⅱ. 요양보호사의 근로기준법상 근로자성 ····· 39
1. 근로계약 체결 의무 규정 ····· 40
(1) 내용 및 취지 ····· 40
(2) 위반 시 제재의 내용 ····· 41
(3) 포괄위임입법금지 원칙의 문제 ····· 42
2. 시설 요양보호사 ····· 42
3. 재가 요양보호사 ····· 43
(1) 문제의 소재 ····· 43
(2) 근로자성을 인정한 판례 ····· 44
(3) 고용노동부의 행정해석 ····· 46
Ⅲ. 소결 ····· 48

제3장 요양보호사의 근로시간 ····· 51
제1절 요양보호사의 근로시간과 개정 근로시간제도 ····· 51
Ⅰ. 근로시간의 개념 ····· 51
Ⅱ. 개정 근로시간제도 ····· 53
Ⅲ. 요양보호사 직군의 일반적 특성과 근로시간법제 ····· 54
1. 근로기준법상 여성의 야간근로 및 휴일근로 ····· 54
2. 고령 근로자의 보호 ····· 54
제2절 시설 요양보호사의 근로시간 ····· 55
Ⅰ. 문제의 소재 ····· 55
1. 법적 지위 ····· 55
2. 장시간 근로와 높은 이직률 ····· 56

Ⅱ. 시설 장기요양기관의 종류 ····· 57
1. 규정상 종류 ····· 57
2. 운영 주체별 종류 ····· 57
3. 요양병원과의 구별 ····· 57
Ⅲ. 교대근로 ····· 58
1. 실태 ····· 58
(1) 교대제의 유형 ····· 58
(2) 시설 요양보호사의 교대근로 실태 ····· 59
2. 근로기준법에 위반되는 교대근로 ····· 60
3. ‘24시간근무+2일휴무’ 근로형태와 탄력적 근로시간제 ····· 61
(1) 2주 이내의 탄력적 근로시간제 ····· 62
(2) 3개월 이내의 탄력적 근로시간제 ····· 63
(3) 소결 ····· 64
4. 인수인계 시간의 근로시간 산입 여부 ····· 64
(1) 문제의 소재 ····· 64
(2) 판례 ····· 65
(3) 소결 ····· 65
Ⅳ. 시설 요양보호사의 포괄임금제 문제 ····· 66
1. 실태 ····· 66
2. 이론 및 종전 판례의 태도 ····· 66
3. 시설 요양보호사의 포괄임금계약의 유효 요건 ····· 68
4. 소결 ····· 70
Ⅴ.야간근로 ····· 71
1. 실태 ····· 71
2. 근로기준법과 고시 내용의 충돌 여부 ····· 71
3. 야간휴게시간과 근로시간의 구별 문제 ····· 73
(1) 문제의 소재 ····· 73
(2) 경비원 등의 휴식시간에 대한 종전의 판례들 ····· 74
(3) 요양보호사의 야간휴식시간에 대한 법원의 태도 ····· 78

Ⅵ. 소결 ····· 81
1. 시설 요양보호사의 해석론적 현 위치 ····· 81
2. 행정적 제언 ····· 82
(1) ‘장기요양정보시스템’ 입력 업무인력 보강 ····· 82
(2) 야간근로 관련 요양보호사 배치 인원 보강 ····· 82
제3절 재가 요양보호사의 근로시간 ····· 83
Ⅰ. 재가 요양보호사의 고용불안 실태 ····· 83
1. 단시간 근로자로서 재가 요양보호사 ····· 83
2. 단시간 근로로 인한 저임금 ····· 85
3. 저조한 사회보험 가입률 ····· 85
Ⅱ. 재가 요양보호사의 업무로서의 재가급여 ····· 87
1. 재가급여의 개념 ····· 87
(1) 재가급여 우선의 원칙 ····· 87
(2) 방문요양과 방문목욕 ····· 87
2. 재가 요양보호사의 업무로서 방문요양급여 ····· 89
(1) 방문요양급여의 내용 ····· 89
(2) 방문요양 급여비용 산정 기준: 세 가지 요소 ····· 94
3. 급여제공방식 및 급여비용 산정 규정과 근로시간 ····· 97
(1) 상관관계 ····· 97
(2) 임금체불의 문제 ····· 99
(3) 급여계약이 해지된 경우 ····· 101
Ⅲ. 이동시간 ····· 103
1. 문제의 소재 ····· 103
2. 이동시간과 근로시간 개념 ····· 105
Ⅳ. 휴게시간 ····· 109
1. 문제의 소재 ····· 109
2. 장애인 활동지원사와 아이돌보미 ····· 110
3. 재가 요양보호사 ····· 111
Ⅴ. 수급자와 추가로 돌봄 계약을 체결하는 경우 ····· 112

1. 문제의 소재 ····· 112
2. 노인장기요양보험법상 쟁점 ····· 112
(1) ‘급여외행위’ 금지 규정 ····· 112
(2) 급여비용 본인 전부부담 규정 ····· 113
(3) 소결 ····· 114
3. 복수 사용자의 문제 ····· 115

제4장 결론 ····· 117

참고문헌 ····· 120

ABSTRACT ····· 125

제1장 서론

제1절 문제의 배경

노인장기요양보험법이 시행된 2008년도부터 12년 동안 한국은 고령화 사회에서 고령 사회로 진입했다.[1] 2025년에는 전체인구에서 65세 이상의 인구 비율이 20%를 넘는 '초고령사회'에 도달할 것으로 전망된다.[2] 유례없이 빠른 고령화 속도에 비해 이에 대한 제도적·재정적 대비책을 강구해온 역사는 매우 짧다.[3] 장기요양제도는 첫째, 강제가입을 원칙으로 국민의 보험료 납부를 재원으로 하며 소득과 관계없이 65세 이상의 노령 질환자를 대상으로 하는 보편적 노인돌봄제도라는 점과 둘째, 제도의 출범과 함께 '요양보호사'라는 돌봄을 제공하는 직군이 국가자격제도로서 창출되었다는 점에 그 특징이 있다.

돌봄노동은 개념상 무급돌봄노동과 유급돌봄노동으로 나눌 수 있다. 무급돌봄노동은 전통적으로 가정 내에서 노동력의 재생산을 위해 이루어지던 돌봄을 의미한다. 유급돌봄노동은 이러한 가정 내 돌봄이 돌봄의

---

1) UN에 따르면 65세 이상이 인구의 7% 이상인 경우 고령화 사회, 14% 이상인 경우 고령 사회이다. 노인장기요양보험법이 시행된 2008년 7월 당시 한국의 65세 이상 인구 비율은 10.10%였으며, 2020년도에는 15.7%가 되었다.

2) 강은나 외, 『2019년도 장기요양 실태조사』, 보건복지부·한국보건사회연구원, 2019, 32면.

3) 윤희숙 외, 『노인장기요양보험의 현황과 과제』, KDI, 2010, 5면. 2000~2018년간 우리나라 고령인구 비중은 1.98배나 증가하여 고령화 속도 측면에서 OECD 국가 중 최고 수준을 기록했다. 고령화 사회에서 고령사회로의 전환에 프랑스 및 미국이 각각 115년과 72년, 일본이 24년이 소요된 반면, 우리나라는 18년 만에 도달했다. 고령사회에서 초고령 사회로의 전환은 영국 44년, 프랑스 40년, 일본이 12년이 걸렸으나, 우리나라는 단지 8년 만에 진입할 예정이다(허문구, "고령화시대의 인구구조 변화와 지역성장 변동경로" 『산업경제이슈』 제69호, 산업연구원, 2019.10.).

사회화를 통해 타인의 노동력으로 대체된 것을 일컫는다.

기존의 노동법 논의는 노동력 재생산을 위해 여성이 맡은 돌봄 역할인 무급돌봄노동을 고려하지 않은 채 남성 중심의 임금노동만을 논의의 대상으로 삼아왔다.[4] 즉 임금노동과 가정 내 돌봄에 의한 재생산 간에 연관성이 있다는 것은 자명한 일이지만 노동법은 이 둘의 연관성을 포착하지 못했고 임금노동과 무급돌봄노동은 대립적인 관계로 고착화되었다.[5]

이러한 인식은 돌봄노동은 값으로 측정될 수 없다거나 종래의 상품노동과 달리 취급해야 한다고 하여 유급돌봄노동의 경제적 가치를 산정하기 위한 객관적 기준을 세우기 어렵도록 한다. 이에 따라 시장체계 속에서 유급돌봄노동은 여전히 가내 무급돌봄노동의 일부로서 여겨지는 경향이 있다.[6] 이러한 점은 근로기준법이 가사사용인을 적용제외하고 있는 점과 판례가 간병인의 근로자성을 병원에 대하여도 중개업체에 대하여도 인정한 적이 없다는 점으로부터 알 수 있다.

가정 내 이루어졌던 돌봄이 민간 돌봄 시장으로, 나아가 공적 돌봄 영역으로 포섭되면서 돌봄 노동자의 실체와 지위 또한 사적인 영역의 무급의 노동에서 민간 시장에 맡겨진 임금 노동으로, 그리고 공공 분야에서의 돌봄 서비스로 변천해왔다. 이러한 변천을 통해 노인돌봄을 담당해온 직군이 '요양보호사'라는 명칭을 갖기까지 마주해 온 노동법상·실태상의 현실의 변화가 그 나이테에 아로새겨져 있다고 할 수 있겠다.

또한 공적 영역에서의 돌봄노동은 돌봄 서비스 분야라는 하나의 일자리 창출의 영역으로 여겨진다. 즉 국가가 새로운 돌봄 서비스 영역을 만드는 것은 사적 돌봄의 공백을 메워야 하는 요청에 대한 역할 수행임과

---

4) 이철수·이다혜, "한국의 산업구조변화와 노동법의 새로운 역할", 『서울대학교 법학』 제58권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2017, 165면.

5) Nicole Busby, 『A Right to Care?: Unpaid Care Work in European Employment Law』, Oxford University Press, 2011, 73면.

6) 윤자영, "돌봄노동의 특성과 노동권", 서울대학교 노동법연구회 춘계학술대회 자료집, 2013, 31면.

동시에 일자리 창출의 의도를 가진다. 이에 대해 노동법은 정부의 정책이 단순히 일자리가 늘어나는 것에 그치지 않고 그것이 괜찮은 일자리(decent work)가 되도록 감시하는 규범적 역할을 해야 한다. 이러한 점에서 요양보호사의 근로조건 논의는 돌봄노동자에게 합당한 법적 지위에 기반한 양질의 근로조건을 조성하는데 있어서 길잡이의 역할을 해줄 수 있을 것이다.

노인 돌봄노동이 요양보호사가 담당하는 업무로서 공식화되기까지 거쳐 온 법적·실체적 변화에 대한 논의 중심에는 근로조건 문제가 있다. 돌봄노동의 관계적 특성상 돌봄 제공자의 근로조건은 단순히 돌봄노동자의 처우 문제가 아닌 좋은 돌봄 제공에 있어서 중요한 요인이다. 장기요양제도의 설계자가 노인돌봄을 공적 영역에서 제공하기로 의도했고, 노인돌봄 노동자를 요양보호사라는 국가자격을 갖춘 전문 인력으로 포섭함으로써 일자리 창출을 의도한 이상 요양보호사의 근로조건은 장기요양제도의 핵심 영역에 속한다.

근로조건의 한 요소로서 근로시간은 임금 산정의 주요한 기준이자 근로자의 연장근로·야간근로·휴게시간을 규율한다. 이는 근로자의 건강권을 보장함으로써 인권을 보호하려는 취지이다. 장시간 근로와 야간근로 및 교대근로는 요양보호사의 산업재해의 원인이 되는 작업조건으로서[7] 요양보호사의 근로시간 문제는 요양보호사 자신의 건강권 보장뿐만 아니라 돌봄노동의 특성에 기인하는 돌봄의 질 유지 및 개선의 측면에서도 중요한 고려 요소이다. 특히 보건 분야의 돌봄 종사자들의 장시간 근로, 교대근로 및 불규칙한 근로시간과 BMI(체질량지수)의 증가 간의 상관관계를 18년간의 데이터를 추적함으로써 규명한 연구에 따르면, 보건 분야 돌봄 근로자의 높은 이직률 문제는 장시간 근로로 인한 건강 악화와 연관이 있으므로, 이 직군의 근로자의 건강권을 보장해야 이직으로 인한 인력 교체 비용을 줄일 수 있다고 한다.[8]

---

7) 정혜선 외, 『시설 요양보호사의 직업건강 가이드라인』, 안전보건공단, 2012, 94-97면 참조.

문제는 요양보호사와 같은 보건 분야의 돌봄노동자의 근로시간과 휴게시간 보장을 통한 노동권 보장문제는 돌봄 대상자인 수급자의 생명권과 충돌되는 면이 있다는 점이다. 이러한 점이 요양보호사 등 돌봄노동자의 근로시간과 휴게시간의 법적 논의가 이루어지기 어려웠던 이유 중의 하나이다.

그동안 요양보호사의 근로조건에 대한 연구로는 실태 조사를 통한 요양보호사의 근로조건 전반에 관한 조사 및 연구들이 있다. '서울시 요양보호사 노동실태 및 개선방안 연구보고서'(2013), '장기요양기관 종사자 임금 및 근로환경 실태조사'(2014), '안산시 요양보호사 노동실태와 개선방안 연구'(2015) 그리고 최근의 것으로 보건복지부의 '2019 장기요양 실태조사' 등이 있다.

특히 본 연구에서는 요양보호사의 근로시간의 실태와 관련한 최근의 자료로서 보건복지부의 『2019년도 장기요양 실태조사』를 주요 참고자료로 삼는다. 노인장기요양보험법은 장기요양사업의 실태를 파악하기 위해 3년마다 장기요양사업에 대한 실태조사를 하고 결과를 공표해야 할 의무를 보건복지부 장관에게 부과한다(노인장기요양보험법 6조의 2). 이에 따라 규정이 시행된 2017년 이래, 2019년에 최초로 실시된 것이 보건복지부의 2019년도 장기요양 실태조사이다. 위 규정이 도입되기 이전에도 질 좋은 노인돌봄 제공을 위해서는 장기요양요원의 근로조건이 개선되어야 하며 이를 위한 제도적 기반으로 장기요양요원의 처우에 대한 실태조사가 필요하다는 문제의식은 꾸준히 제기되어 왔다. 이에 따라 요양보호사의 근로실태에 관한 조사가 지자체 별로 지역 차원에서 이루어져왔다.[9] 2019년도 장기요양 실태조사의 대상과 규모는 전국에 걸친 수

---

8) Amit Kramer · Jooyeon Son, "Who Cares About The Health Of Health Care Professionals? An 18-Year Longitudinal Study Of Working Time, Health, And Occupational Turnover", 『ILR Review』, 69(4), 2016.

9) 이들 실태조사는 장기요양기관 종사자 중에서도 요양보호사의 근로실태가 조사 대상이라는 점, 심층 인터뷰를 통해 요양보호사의 근로조건에 대한 현장의 목소리를 담았다는 점에 특징이 있다. 2014년 건강보험공단에서 실시한

급자 6,000명, 장기요양기관 2,000개소, 장기요양요원 4,000명을 대상으로 하여 그간 공공기관을 거치지 않고 직접 종사자들을 접촉하여 시행한 실태조사 중 가장 범위가 넓다.[10] 뿐만 아니라 조사 대상을 그 대상 또한 장기요양 직접 종사자 외에 '장기요양기관'과 '장기요양급여 수급자' 그리고 '이용자의 가족'까지 포함하여 장기요양제도의 이해관계자들의 특성을 다각적으로 분석하였으므로 노인장기요양보험제도 개선의 기초자료로서의 위상을 가진다고 볼 수 있다.[11]

학계에서의 요양보호사의 근로조건 논의는 노동법 관점에서 논의되기보다는 공공성 강화 또는 돌봄노동의 특성을 고려하는 측면에서 요양보호사의 처우개선 문제로 다루어져왔다. 이는 노동법상 문제라기보다는 장기요양제도 자체의 개선점에 관한 논의에 속한다. 즉 장기요양제도의 공공성 강화가 요양보호사의 근로조건 개선에 기여하는 바는 있지만 요양보호사의 근로조건이라는 노동법적 논의 내에서 그 개선 방안을 고찰할 때에는 공공성 강화라는 포괄적 시각보다는 근로자인 요양보호사와 사용자인 장기요양기관 간의 근로계약 관계가 논의의 출발점이 된다.

장기요양기관 종사자의 근로실태에 대한 조사 또한 근로실태에 대한 현장의 목소리를 담되 6개 장기요양 직접 서비스 인력 총 1,565명을 대상으로 함으로써 서울시, 안산시 등 지자체에서 실시한 경우보다 조사 범위가 넓었다. 이정석 외, 『장기요양기관 종사자 임금 및 근로환경 실태조사-만족도 및 처우개선 의견 중심으로-』, 국민건강보험공단 건강보험정책연구원, 2014.

10) 2013년 『서울시 요양보호사 노동실태 및 개선방안 연구보고서』는 재가 요양보호사 347부, 시설 요양보호사 435부의 설문지를 토대로 한 실태조사이며, 2015년 『안산시 요양보호사 노동실태와 개선방안 연구』는 재가 요양보호사 226부, 시설 요양보호사 250부의 설문지를 토대로 한 실태조사이다. (사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태 및 개선방안 연구보고서』, 2013., 손정순·남우근·최혜인·김진숙·문상흠, 앞의 보고서, 2015.
한편 전국의 요양보호사에게 실제로 지급된 임금액에 대한 공공데이터를 이용한 연구로, 경승구·장소현·이용갑, "공공데이터를 활용한 요양보호사 근로실태 및 임금 분석", 『한국콘텐츠학회논문지』, 한국콘텐츠학회, 제17권 제6호, 2017 참조.

11) 강은나 외, 앞의 보고서, 1면.

제2절 연구의 목적과 체계

이 연구의 목적은 요양보호사의 잦은 이직과 이탈을 초래하는 열악한 근로환경이 노동법상 근로시간제도로부터 어떠한 법적 평가를 받는지 규명하는 것이다. 요양보호사 저임금의 원인이 낮은 수가에 있다거나 요양보호사의 열악한 근로조건 개선을 위해서는 노인장기요양보험제도의 공공성을 강화해야 한다는, 즉 임금을 중심으로 한 노인장기요양보험법규 자체의 개선에 대한 논의는 그동안 많이 있어왔다. 요양보호사의 근로시간은 장시간 근로, 교대제 등 근로형태, 단시간 근로에 따른 불안정한 근로 문제, 휴게시간 문제 등을 포괄하는 노동법상 중요한 주제이다. 따라서 이제는 요양보호사가 직면한 근로조건 문제가 근로기준법상 근로시간법규의 미준수로부터 발생하는 문제인지 노인장기요양보험제도 자체에 내재된 문제인지 준별하는 연구가 필요한 시점이다. 이러한 준별은 요양보호사의 근로환경 개선에 실질적인 근거가 될 수 있을 뿐 아니라 노인장기요양보험제도의 개선에 있어서도 정확하고 구체적인 방향성이 된다.

다만 이 연구는 노인장기요양보험법 및 시행령이 규정하고 있는 장기요양요원 중에서도 요양보호사로 연구의 대상을 한정한다.[12] 장기요양요원 중 91.1%가 요양보호사로 장기요양요원의 대부분을 차지하고 있으며 요양보호사를 제외한 나머지 직군은 기존에 존재해온 자격제도의 규율을 받아왔지만, 요양보호사는 노인장기요양보험제도와 함께 국가자격제도로 새로이 도입된 직군이기 때문이다. 또한 본 논문은 노인장기요양제

12) 노인장기요양보험법 시행령은 노인장기요양보험법 제23조 제2항의 위임에 따라, 장기요양급여 종류별 장기요양요원의 범위를 요양보호사, 사회복지사, 간호사, 간호조무사, 치과위생사, 물리치료사, 작업치료사 등 총 7종의 직역으로 규정하고 있다(제11조).

도상의 급여제공을 수행하는 장기요양기관에 소속되어 활동하는 요양보호사로 연구 범위를 국한한다. 따라서 요양보호사 자격을 취득하였으나 요양병원 또는 개인으로부터 사적으로 고용되어 노인돌봄 등을 제공하는 간병인이나 가사 사용인 등은 본 논문에서 논의하는 '요양보호사'에 포함되지 않는다.

위와 같은 연구의 목적과 범위를 토대로 본 논문은 다음의 체계로 구성된다. 제2장에서는 요양보호사의 근로시간을 논의하기 위한 전제로서 시설 요양보호사와 재가 요양보호사의 근로기준법상 근로자성에 관한 논의를 검토한다. 우선 요양보호사와 비교선상에 있는 돌봄노동자인 아이돌보미, 장애인 활동지원사, 생활지원사 등 공적 방문돌봄 종사자 및 간병인의 근로자성을 논의한 다음 시설 요양보호사의 근로자성과 재가 요양보호사의 근로자성을 개별적으로 검토한다. 제3장에서는 앞서 규명한 요양보호사의 근로자성을 토대로 먼저 시설 요양보호사의 근로시간을 논의한다. 시설 요양보호사의 경우 장시간 근로의 세부 논점으로서 교대제, 포괄임금제, 야간근로를 중심으로 검토하여 근로기준법상 근로시간법제 위반 여부의 측면에서 논의한다. 다음으로 재가 요양보호사의 근로시간 문제에 있어서 고용불안 실태가 단시간 근로로부터 기인함을 검토한다. 그리고 재가 요양보호사의 업무인 방문급여의 내용과 체계를 다룬다. 이로써 재가 요양보호사의 근로의 모습을 파악하고 나아가 재가 요양보호사의 불안정 고용 상태를 야기하는 단시간 근로 문제 등의 근본적 원인이 재가급여제도 자체에 원인이 있음을 규명한다. 끝으로 결론에서는 요양보호사의 근로시간에 관해 앞서 논의한 사항들을 요약하여 근로시간 문제의 논의에 있어서 시설 요양보호사와 재가 요양보호사의 근로시간 문제가 각각 근로기준법 준수 차원 및 재가급여제도 차원에서 달리 논의되어야 함을 제시한다.

제2장 돌봄 제공자와 근로자성의 판단

제2장에서는 요양보호사의 근로시간을 논의하기 위한 전제로서 요양보호사의 근로자성에 관한 논의를 검토한다. 이에 따라 제1절에서는 아이돌보미, 장애인 활동지원사, 생활지원사 등 공적 방문돌봄 종사자의 근로자성과 간병인의 근로자성을 논의한다. 제2절에서는 시설 요양보호사의 근로자성과 재가 요양보호사의 근로자성을 개별적으로 검토한다.

제1절 유사 직군의 근로자성

Ⅰ. 공적 방문돌봄 종사자

대표적인 공적 방문돌봄 종사자로 아이돌보미, 장애인 활동지원사 그리고 재가 요양보호사가 있다. 이들은 모두 공공부문의 돌봄노동 종사자라는 점과 돌봄을 받는 사람의 주거지로 방문하는 형태로 돌봄을 제공한다는 점에 공통점이 있다.

아이돌봄지원사업과 장애인 활동지원서비스는 사회서비스이다.[13] 노인장기요양보험제도는 전 국민의 보험료를 재원으로 한 사회 보험 방식으로 제공된다. 65세 이상의 노인 또는 65세 미만의 자로서 대통령령으로 정하는 노인성 질병을 가진 자가 장기요양보험가입자 또는 그 피부양자 또는 의료급여수급권자 중 어느 하나의 자격을 갖추면 장기요양인정을

13) 사회서비스란 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 모든 국민에게 복지, 보건의료, 교육, 고용, 주거, 문화, 환경 등의 분야에서 인간다운 생활을 보장하고 상담, 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용, 역량 개발, 사회참여 지원 등을 통하여 국민의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도를 말한다(사회보장기본법 제3조 제4호).

신청할 수 있다(노인장기요양보험법 제2조 제1호, 제12조). 따라서 아이돌봄지원제도와 장애인활동지원제도에 비해 보편성이 크다. 돌봄의 직접 제공자인 요양보호사는 국가공인자격이라는 점과 전국적으로 444,525명의 요양보호사가 장기요양기관에서 종사하고 있다는 점에서 공적 영역에서의 돌봄 서비스 제공자 중에서도 규모가 큰 공적 돌봄 종사자라고 할 수 있다.[14]

재가 요양보호사의 근로형태는 아이돌보미 및 장애인 활동지원사와 그 모습이 유사하다. 고용노동부의 행정해석과 대법원 판결을 통해 재가 요양보호사의 근로기준법상 근로자성은 인정되었으나 근로조건의 구체적 모습으로 들어가 보면 고용안정, 임금, 근로시간 및 휴게시간과 관련하여 아이돌보미, 장애인 활동지원사와 비슷한 법적 문제에 봉착해 있음을 알 수 있다. 즉 재가 요양보호사, 아이돌보미 그리고 장애인 활동지원사 모두 관련 법규에서는 근로자성의 법적 지위가 인정되나 근로시간법제 등의 실질적 적용에 있어서는 근로자성이 부정되고 있는 모습을 보인다.

이러한 노동법의 적용 문제와 관련한 연구로서 2018년 개정된 근로시간법제가 공적 방문돌봄 종사자인 아이돌보미와 장애인 활동지원사의 근로시간 및 휴게시간에 잘 안착되도록 하여 근로조건을 개선하는 방안에 대한 연구가 있다.[15] 이 연구는 개정 근로시간제도가 1주 52시간의 상한을 둠에 따라 근로시간 문제가 더 이상 임금 및 초과근로에 대한 가산임금 산정의 전제가 되는 기준에 불과한 요소가 아니고 근로조건의 주요한 문제가 되었다고 인식하였다. 돌봄 종사자 특히 재가 돌봄의 경우 근로기준법에서 정한 휴게시간 규정이 적용되기 어려운 현식을 포착하여 개선 방안을 모색하였다. 이러한 연구는 요양보호사의 근로시간 논의에 있어서도 중요한 시사점을 제시한다. 이하 요양보호사와 유사한 근

14) 국민건강보험공단, “2019년 노인장기요양보험 통계연보”, 2010.
15) 강성태 외, 『근로시간 제도 현장안착 보완 방안 연구』, 고용노동부, 2019, 7면.

로실태에 직면한 아이돌보미와 장애인 활동지원사의 근로자성 논란을 고찰하겠다.

1. 아이돌보미

(1) 제도 개관

아이돌봄 지원법은 2012년 2월 1일에 제정되어 2012년 8월 1일부터 시행되어 왔다. 아이돌봄 지원법상 아이돌보미는 12세 이하 아동에게 돌봄을 직접 제공하는 공적 돌봄제공의 주체이다. 정부로부터 아이돌봄서비스 제공 기관으로 지정 및 위탁 받은 기관에 소속된다. 아이돌보미 자격은 시·도지사가 지정한 교육기관에서 교육과정을 이수함으로써 취득할 수 있다(제7조 제1항).

만 12세 이하의 자녀를 둔 가정은 중위 소득기준 150%를 기준으로 150% 이하의 가정은 소득에 따라 차등적으로 서비스 이용을 위한 비용을 지원받을 수 있으며 150% 소득기준을 충족하지 못하는 경우에는 전액을 지불하고 서비스를 이용할 수도 있다.[16]

돌봄 제공의 방식은 다음과 같다. 아이돌보미는 대상자의 주거지 등에서 개별적으로 보호 및 양육 등의 서비스를 제공한다. 아이에게 질병·사고 등이 발생한 경우 의료기관에의 이송, 안전하고 균형 있는 영양의 급식 및 간식 제공, 아이의 청결과 위생의 유지 등을 수행한다. 그 밖의 돌봄 내용 및 구체적 주의의무는 여성가족부령으로 규정한다(아이돌봄 지원법 제5조). 아이돌보미가 소속된 서비스제공기관은 여성가족부가 제시한 기준을 충족하고서 시·도지사·시장·군수·구청장의 지정을 받아야 한다(제11조 제1항).

아이돌봄 지원법 제1조에서 규정한 이 법의 목적에서 알 수 있듯이 국가가 가정의 아이돌봄을 지원함으로써 아이의 복지증진 및 보호자의

16) 아이돌봄 지원법 제20조, 아이돌봄 지원법 시행규칙 제14조.

일·가정 양립을 통한 가족구성원의 삶의 질 향상과 양육친화적인 사회환경 조성을 위해 아이돌봄은 공공부분의 돌봄서비스의 한 분야가 되었다.

(2) 근로자성 인정 여부

1) 사안의 배경

① 고용노동부의 회신 및 여성가족부의 가이드라인: 근로기준법상 근로자성 인정

고용노동부는 여성가족부의 질의에 대해 2013. 6. 19. 아이돌보미의 근로기준법상 근로자성을 부인하기 어렵다는 회신을 하였다. 이에 따라 여성가족부는 2013. 9. 1.부터 월 60시간 이상 활동하는 아이돌보미에 대해 4대 보험에 가입하게 하고 1년 이상 근무한 아이돌보미에 대해서는 퇴직금을 지급하도록 하는 가이드라인을 통보했다. 이에 따라 서비스기관은 아이돌보미에 대해 4대 보험을 가입하도록 하였고, 지급 수당에 대해 근로소득세를 원천징수하고 있다.

② 부당노동행위구제재심판정취소 사건: 노동조합법상 근로자성 인정

공공비정규직노동조합은 2015년에 건강가정연구개발원(위 광주고등법원 사안의 피고인 서비스제공기관 B 중 한 기관이다)에 단체교섭을 요구했다. 이에 대해 건강가정연구개발원은 노동조합 및 노동관계조정법상 사용자의 지위가 아니라는 이유로 응하지 않았다. 이후 공공비정규직노동조합은 부당노동행위를 이유로 전남지방노동위원회에 구제신청을 했다. 전남지방노동위원회 및 중앙노동위원회 모두 건강가정연구개발원의 부당노동행위를 인정하였다. 이에 대한 재심판정 취소의 소에서도 서울

행정법원 및 서울고등법원은 아이돌보미가 노동조합법상 근로자이며 피고 건강가정연구개발원은 노동조합법상 사용자에 해당한다고 판시하였다.[17]

2) 판례

아이돌보미가 근로기준법상 근로자에 해당하는지 여부에 대한 사안으로 1심에서 근로자성을 인정했다가 2심에서는 근로자성을 부정했고 현재 대법원 계류 중인 사안이 있다. 해당 사건에서 아이돌봄 지원법상 아이돌보미 A는 자신이 소속된 서비스제공기관 B[18]에게 자신이 서비스제공기관 B의 근로자이므로 근로기준법에 따라 2013년 1월부터 2016년 10월까지 발생한 연장·야간·휴일근로수당, 주휴수당, 연차유급휴가미사용수당을 지급할 것을 주장했다. 이에 대해 광주고등법원은 아이돌보미 A가 서비스제공기관 B의 근로기준법상 근로자에 해당하지 않는다고 판시하였다. 설사 근로기준법상 근로자에 해당한다고 할지라도 피고인 서비스제공기관 B는 건강가정기본법 제35조 제5항에 따라 광주광역시의 각 구에 설치된 건강가정지원센터의 운영을 각 구의 구청장으로부터 위탁받은 것에 불과하므로 아이돌보미 A와의 근로계약상 권리 및 의무가 귀속되지 않는다고 판시하였다(광주고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결).

① 사용종속성 판단에 관한 일반 법리

17) 서울행정법원 2016. 8. 25. 선고 2015구합79369 판결, 서울고등법원 2017. 7. 5. 선고 2016누62889 판결.

18) 위 사건의 피고인 서비스제공기관 B는 광주대 산학협력단, 건강가정연구개발원, 초당대 산학협력원, 가톨릭 광주사회복지회로서 건강가정기본법 제35조 제5항에 따라 광주 동구·서구·남구·북구·광산구건강가정지원센터 및 광주 YWCA, 사단법인 그루터기로부터 그 운영을 위탁받은 기관들이었다.

이 사안에서 광주고등법원은 근로기준법상 근로자인지 판단하는 기준은 계약의 형식보다 실질을 고려하여 근로자가 사업 또는 사업장에서 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공했는지를 기준으로 판단했다. 종속적인 관계가 있는지는 “업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무 수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근로시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 당하는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지와, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세를 원천징수하는지 등의 보수에 관한 사항, 근로 제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서의 근로자 지위 인정 여부 등의 경제적·사회적 여러 조건을 종합하여 판단하여야 하고, 이러한 사용종속성의 판단에 있어서는 노동관계법에 의한 보호필요성도 고려”해야 한다고 하여 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부에 대한 일반법리를 적용했다.[19]

② 사용종속성 인정의 근거가 될 수 있는 사실 관계

해당 판결에서 언급되었듯이 아이돌보미 A와 서비스기관 B 사이에는 ‘아이돌봄 지원사업 아이돌보미 근로계약서’라는 명칭의 표준계약서가 작성되었고, 위 표준계약서 상에 아이돌보미가 수행해야 할 기본 업무 내용이 명시되어 있었다. 여성가족부의 지침에 따라 서비스기관은 아이돌보미를 상대로 보수교육, 간담회, 월례회를 개최했다. 아이돌봄서비스 광역거점기관은 아이돌보미의 활동에 대해 모니터링을 실시했다. 서비스기

19) 심재진, “아이돌보미는 플랫폼노동을 수행하는 노무제공자인가?”, 『월간 노동리뷰』, 통권 제173호, 한국노동연구원, 2019, 96면.

관은 아이돌보미에게 문자메시지를 보내 교육 참석 요구, 돌봄 제공시 주의 사항 등의 내용을 공지했다. 아이돌보미는 자신의 아이돌보미 업무를 제3자에게 위탁할 수 없다. 서비스기관은 2013년 9월부터 월 60시간 이상 근무하는 아이돌보미를 4대보험에 가입시키고 1년 이상 근무한 아이돌보미에게 퇴직금을 지급했다. 이러한 사실관계는 아이돌보미가 서비스기관에 소속된 근로기준법상 근로자라는 주장의 근거가 될 수 있을 것이다.

③ 판례의 근로기준법상 근로자성 부정 근거

광주고등법원은 다음과 같은 이유로 아이돌보미 A의 근로자성을 부정하였다.

ⅰ) 표준계약서를 작성하는 것만으로는 아이돌보미에게 아이돌봄서비스를 제공할 의무가 발생하지 않는다. 서비스 신청 가정과 연계가 될 것인지 여부 또한 서비스기관의 재량이 아닌, 아이돌보미의 결정에 달린 것이므로 종속노동관계의 설정이라는 근로계약의 본질적 요소를 찾을 수 없다고 판단하였다.

ⅱ) 아이돌보미는 서비스기관에 출퇴근할 의무가 없으며 돌봄제공을 거부하더라도 이에 대해 제재할 권한이 없다는 점 및 아이돌보미가 돌봄서비스를 제공하다가 중단할 경우에도 서비스기관은 이에 대해 제재할 방법이 없다는 점 등을 이유로 종속노동의 핵심인 사용자에 의하여 근로시간과 근무장소가 지정되고 이에 구속을 받는 요소가 충족되지 않는다고 판단하였다.

ⅲ) 사용종속성과 관련이 있는 아이돌보미와 서비스기관 간의 구체적인 사실 요소들에 대하여도 광주고등법원은 근로기준법상 근로자성 인정의 근거로 삼을 수 없다고 판시하였다. 구체적으로는 표준계약서 상에 기본업무 내용이 기재되어 있는 것은 아이돌봄 지원법과 그 시행규칙

상의 내용을 그대로 기재한 것에 불과하다는 점, 아이돌보미의 활동일지 작성 의무 또한 법상 규정된 내용으로 수당 계산을 위한 기록일 뿐 서비스기관이 아이돌보미의 돌봄 제공을 감독하기 위한 것이 아닌 점, 서비스기관이 아이돌보미에게 공지 문자를 전송한 것은 여성가족부의 지침 및 지시내용을 그대로 전달한 것에 불과한 점 그리고 보수교육·간담회·월례회의 참석 권유에 강제성이 없었으므로 서비스기관이 아이돌보미에 대해 상당한 지휘·감독을 한 것이 아니라고 판단하였다. 따라서 아이돌보미가 서비스기관에 대해 종속노동관계에 있다고 볼 수는 없다고 판시했다. 4대 보험 가입 및 퇴직금 제도 시행은 여성가족부의 지침에 따른 것으로서 시혜적으로 이루어진 것이지, 이것을 아이돌보미의 근로자성 인정의 근거로 삼는 데에는 신중해야 할 것이라고 판시하였다. 또한 2015년 건강가정연구개발원(위 사건의 피고인 서비스제공기관 B 중 한 기관이다)에 의해 제기된 부당노동행위구제재심판정취소 사건에서 아이돌보미가 노동조합법상 근로자에 해당한다고 인정한 것이 당연히 근로기준법상 근로자성을 인정하는 것은 아니라고 판시하였다.

(3) 소결

1) 아이돌봄 지원법 제14조

아이돌봄 지원법은 서비스기관은 소속 아이돌보미와 표준계약서를 작성하여야 한다고 규정하여 서비스기관에 아이돌보미와의 계약 체결 의무를 부과한다(아이돌봄 지원법 제14조 제1항).[20] 광주고등법원은 특정

20) 아이돌봄 지원법 제14조는 2020. 5. 19. 개정으로 다음과 같이 개정되었다. 따라서 개정된 규정에 따라 아이돌보미와 '표준근로계약서'를 체결하는 주체는 '광역지원센터'이다(2022. 1. 1. 시행). 제14조(표준근로계약서의 작성) ① 광역지원센터는 소속 아이돌보미와 표준근로계약서를 작성하여야 한다. ② 표준근로계약서의 구체적 사항은 여성가족부령으로 정한다.

돌봄활동의무가 없는 표준계약서만으로는 근로제공의무가 인정될 수 없으므로 종속성이 인정되지 않아 아이돌보미의 근로기준법상 근로자성이 인정되지 않는다고 판시하였다. 이러한 법원의 입장은 서비스기관은 아이돌보미를 두어야 한다는 규정과(아이돌봄 지원법 제13조 제1항) 이에 더하여 서비스기관에 근로계약 체결 의무를 부여하여 근로자로서 아이돌보미의 법적 지위를 보장하도록 한 아이돌봄 지원법의 의도를 간과한 것으로 보인다. 또한 아이돌보미와 서비스기관 사이에 근로계약이 체결되었음에도 아이돌보미가 돌봄수행 여부를 거절할 수 있는 것은 아이돌보미가 방문을 위해 이동해야 하는 거리나 시간대 등의 사정으로 인해 돌봄 수행을 수락하기 어렵기 때문이다. 이러한 특성은 방문 돌봄노동의 열악한 근로실태로부터 야기되는 것이기도 하다. 따라서 아이돌보미가 돌봄수행을 거절할 수 있다는 이유로 아이돌봄 지원법 제14조상 계약의 근로계약으로서의 성격이 부정될 수는 없다. 또한 이것을 아이돌보미의 근로자성 부정의 근거로 삼기에도 부적절하다. 따라서 위 표준계약의 체결로 인해 근로계약관계가 성립된다고 볼 수 있다. 심재진 교수의 견해에 따르면 아이돌보미와 서비스기관 사이의 표준계약서에 따른 계약은 특수한 형태의 근로계약으로서 아이돌보미가 자신의 상황에 따라 근로제공기간을 선택할 수 있도록 조건부로 근로제공의무를 설정한 근로계약이다.[21]

한편 아이돌보미에 의한 아동 학대 사건을 방지하기 위하여 아이돌보미에 대한 자격 및 관리·감독을 강화하는 내용을 추가되도록 2020. 5. 19. 아이돌봄 지원법이 개정되었다. 이에 따라 광역지원센터의 설치에 관한 내용이 신설되어 시·도지사는 아이돌보미를 관리하기 위한 광역지원센터를 지정·운영할 의무를 진다(제10조의4 제1항). 광역지원센터는 아이돌보미 채용, 근로계약 체결 및 복무관리의 업무를 담당한다고 명시하였다(제10조의4 제2항 제1호). 종전의 아이돌봄 지원법 제14조상의 '표준계약서'는 '표준근로계약서'로 바뀌어 용어가 명확해졌으며 광역지원센터가

21) 심재진, 앞의 논문, 2019, 99면.

소속 아이돌보미와 표준근로계약서를 작성하여야 한다고 규정하였다(제14조).

이로써 그동안 논란이 되었던 아이돌보미와 서비스기관간의 근로관계 문제는 이제 개정된 아이돌봄 지원법을 통해 아이돌보미와 광역지원센터간의 근로관계 유무의 문제로서 논의될 여지가 있다. 개정법에 따르면 아이돌보미의 채용, 근로계약 체결 및 복무관리의 소관을 광역지원센터로 명시하였으므로 광역지원센터의 관리·감독을 통해 아동 학대라는 사회문제에 대처할 뿐 아니라 아이돌보미가 광역지원센터의 근로자로서 근로기준법의 적용을 받을 수 있는 근로자의 지위가 적어도 개정 아이돌봄 지원법 상에서는 더 명확해졌다고 평가할 수 있을 것이다.

아이돌보미에 의한 아동학대의 문제에서 볼 수 있듯이 질 좋은 돌봄 제공의 문제는 단순히 같은 비용으로 더 나은 상품이나 서비스를 선택하는 문제와 차원을 달리한다. 돌봄의 질은 수혜자의 생명권과 직결된 문제이기 때문이다. 아이돌봄 지원법상 아이돌보미의 근로자성을 보장하는 취지의 개정 내용은 아이돌보미의 근로조건이 돌봄의 질과 직결된다는 점에서 적절한 개정이라고 평가할 수 있을 것이다.

그러나 광주고등법원의 판결에서 볼 수 있듯이 판례는 계약의 형식보다는 실질적인 사용종속관계 여부를 통해 근로자성을 판단하므로 실제 사안에서 판례가 아이돌보미의 광역지원센터의 근로자성 인정할지에 대하여는 개정법이 시행되기 이전인 현재 시점에서는 확실치 않다.

2) 사용종속성과 관련이 있는 요소들에 대한 규범적 평가

광주고등법원은 서비스기관이 아이돌보미에게 지휘·감독을 한 것으로 평가될 여지가 있는 징표들에 대해 '아이돌봄 지원법과 그 시행규칙 상의 내용을 그대로 기재한 것'이거나 '여성가족부의 지침 및 지시내용을 그대로 전달한 것에 불과'하거나 '강제성이 없다'고 판단하여 상당한 지휘·감독을 부정하였다. 아이돌보미와의 관계에서 서비스기관의 독자적인

노동법상의 법적지위를 인정하지 않은 것으로 보인다. 그러나 지휘·감독의 내용이 법규나 지침에 근거하고 있다고 해서 지휘·감독을 부정할 수는 없다. 오히려 직무 내용과 관련하여 서비스 기관이 아이돌보미에게 구체적인 통제를 하는 것으로 평가될 수 있다.[22] 광주고등법원은 여성가족부가 서비스기관을 통해 아이돌보미에게 지휘·감독한 것인지 검토하지도 않았다.

심재진 교수의 견해에 따르면 판례는 표준계약서의 명칭이 '근로계약서'였던 것, 4대보험 및 퇴직금 제도를 도입한 것에 대하여는 근로자성 인정의 지표로 삼는 데에 부정적이었던 반면, 근로자성을 부정하는 지표들은 그 근거로 삼음으로써 법원의 시각이 편향되어있다. '상당한 지휘·감독'을 부정하는 요소가 되었던 '활동일지', '모니터링', '문자지시' 등의 정황이 오히려 상당한 지휘·감독이 있었음을 인정하는 정황이라고 한다.[23] 다만 아이돌보미 노동 형태의 특성상 소정근로시간 수나 소정근로일수를 알 수 없으므로 근로기준법상 주휴수당과 연차수당 규정이 적용되기 어려운 점은 인정하였다.

3) 여성가족부의 아이돌봄지침

한편 아이돌보미를 근로기준법상 근로자로 포섭하는 것과 별개의 논의로서 근로형태가 다변화되는 시류를 고려하여 근로기준법외에 다른 법리에 의한 보호가 가능한지를 모색하는 견해가 있다. 이 견해에 따르면 위 법원의 판결에 따라 아이돌보미가 근로기준법상 근로자에 해당하지 않음을 전제로 그 구제방안을 논의한다.[24] 위 견해에 따르면 아이돌보미는 근로기준법상 근로자에는 해당하지 않지만 헌법상 근로자이다.

---

22) 이소아, "아이돌보미 근로관계의 법적 검토", 『젠더법학』 제8권 제1호(통권 제14호), 한국젠더법학회, 2016, 72-75면.
23) 심재진, 앞의 논문, 2019, 100면.
24) 노호창, "아이돌보미의 근로기준법상 근로자성 여부와 헌법상 근로자로서의 보호 방법에 대한 단상", 『노동법학』 제71호, 한국노동법학회, 2019, 352면.

그 보호를 위한 다양한 방법 중 “노무제공자와 노무수령자 간의 법률관계를 규율하는 정부지침과 같은 소프트로(soft law)”를 통한 보호 방안을 제안한다. 여성가족부의 아이돌봄지침을 내용상 헌법상 기본권 침해의 내용이 있다든지, 민법상 선량한 풍속 기타 사회질서나 타 법령을 위반하는 사정이 없다면 일종의 소프트로(soft law)로서 규범성을 인정하여 위 지침에 따라 법률관계를 처리한 것을 법원에서 위법하다고 판단하는 데에 신중해야 한다는 것이다.[25] 이 견해에 따르면 아이돌보미가 근로기준법상 근로자는 아니어도, 여성가족부의 지침의 내용상 그 근로자성을 인정함에 준하여 보호해온 서비스기관과 아이돌보미 간의 법률관계를 쉽게 부정해서는 안 될 것이다.

2. 장애인 활동지원사

(1) 제도 개관

장애인 활동지원사업은 2007년부터 시행되었다. 장애인 활동지원사는 수급자의 가정 등에 방문하여 돌봄을 제공하는 자로서 장애인의 신체활동, 가사활동, 사회활동 등을 지원한다. 자격요건은 지정된 교육기관에서 총 40시간의 교육과정을 수료해야 하며 10시간의 현장 실습을 이수해야 한다(장애인활동 지원에 관한 법률 제27조 제1항, 장애인활동 지원에 관한 법률 시행규칙 제29조 별표3). 장애인 활동지원사는 활동지원기관에 소속되어 활동한다. 활동지원기관은 보건복지부령으로 정하는 시설 및 인력 기준을 갖추고 소재지를 관할하는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장으로부터 지정을 받아야 한다(장애인활동 지원에 관한 법률 제20조 제1항).

25) 노호창, 앞의 논문, 2019, 356면.

(2) 근로자성 인정 여부

1) 사안의 배경

장애인활동도우미의 근로자성에 대해 고용노동부는 “2008 장애인 활동보조지원사업 안내지침(2007.12, 보건복지부)에 따라 장애인복지회관과 장애인 활동보조도우미(장애인 활동보조인)가 채용계약을 체결하고 근무한 점, 장애인 복지회관에서 지급한 무선활동단말기를 통해 출·퇴근시간의 통제를 받은 점, 출·퇴근시간을 근거로 매달 시간급이 정산지급 된 점, 상습적인 지각 등 근무태도가 불성실한 경우에는 근무에서 배제되는 등 불이익 처분을 받을 수 있는 경우라면 근로기준법상 근로자로 보는 것이 타당”하다는 행정해석을 하였다(근로조건지도과-4919, 2008. 11. 5.).

2) 판례

대법원은 원심인 부산고등법원 2015. 7. 9. 선고 2013나21324 판결이 법인 A 소속 장애인 활동지원사들의 근로자성을 인정한 것과 법인 A는 부당한 활동제한조치 기간 동안 위 원고들이 지급받을 수 있었던 활동비 상당 금액을 임금으로 지급하여야 한다고 판단한 것은 정당하다고 판시하였다(대법원 2019. 4. 25. 선고 2015다228652 판결). 원심이 장애인 활동지원사들의 근로자성을 인정한 근거는 다음과 같다.

① 법인 A는 경상남도로부터 위탁받은 업무를 수행하는 기관으로서, 경상남도의 지침에 따라 소정의 교육을 마친 장애인 활동지원사들과 임금, 근로시간 등을 정한 ‘경상남도 장애인도우미뱅크 근로약정서’를 작성한 점,

② 장애인 활동지원사들에 대하여 적용되는 법인 A의 운영규정에 의

하면, 활동비 지급기준이 정해져 있고, 도움활동에 참여한 장애인 활동지원사에 대하여 근로기준법에 근거한 사회보험에 가입하는 것으로 되어 있으며, 법인 A는 장애인 활동지원사 활동에 대한 점검(모니터링)을 할 수 있고 장애인 활동지원사들에게 일정한 사유가 발생한 경우 장애인 활동지원사 제한기준에 따라 주의, 활동정지, 자격정지의 처분을 할 수 있는 것으로 되어 있는 점,

③ 법인 A은 일정한 자격이 있는 사람 중에서 장애인 활동지원사 활동을 위한 40시간의 교육이수를 한 사람을 채용하였고, 해당 원고들을 비롯한 장애인 활동지원사의 업무내용, 근무장소 및 근무시간은 기본적으로 법인 A와 서비스 이용자 간에 체결한 서비스이용계약 등에 따른 것으로 보이는 점,

④ 법인 A가 도우미의 근로시간 및 업무의 범위나 내용을 정하지 않는다는 점은 장애인 이용자의 요구나 필요에 따라 그 구체적인 내용이 정해지는 장애인 활동보조 서비스의 특성상 불가피한 것이지 장애인 활동지원사의 근로자성을 부인할 만한 근거가 된다고 보기 어려운 점,

⑤ 장애인 활동지원사는 활동내용을 서면으로 작성하여 법인 A에게 제출하거나 법인 A가 서비스 이용자들에 대하여 모니터링 절차를 통해 서비스가 제공되고 있는지 등을 확인함으로써, 법인 A는 장애인 활동지원사의 업무에 관하여 지휘·감독을 하는 것으로 보이는 점,

⑥ 장애인 활동지원사들은 피고 법인으로부터 기본급이나 고정급을 지급받지는 않았지만, 근무시간인 서비스 제공시간에 비례하여 일정 금전을 보수로 지급받았을 뿐 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 부담하지는 않은 점,

⑦ 장애인 활동지원사들이 기본급이나 고정급을 지급받지 않았고 법인 A의 인사관리규정 등의 적용을 받지 않았지만, 이러한 사정들은 최근에 증가하고 있는 비정규직 근로자에게 일반적으로 나타나는 현상으로 보이는 점 등

위와 같은 상황들을 종합하여 위 경남 지역 장애인 활동지원사들은 업무수행 전반에 있어 A 법인으로부터 상당한 지휘·감독을 받아 종속적인 관계에서 노무를 제공하는 근로자에 해당한다고 판단하였다.

(3) 소결

활동지원기관인 법인 A는 그 소속된 장애인 활동지원사에게 일정한 사유가 발생한 경우 운영기준상의 제한기준에 따라 주의, 활동정지, 자격정지의 처분을 할 수 있다. 이러한 법인 A의 운영규정에 따른 제재 권한은 법원이 장애인 활동지원사의 근로자성을 인정하는 근거 중 하나이다. 이 점이 아이돌보미에 관한 광주고등법원 2019. 6. 19. 선고 2018나23307 판결에서 인정된 사실관계와 다른 점이라고 할 수 있다. 광주고등법원의 아이돌보미 사안에서는 서비스기관이 아이돌보미가 돌봄 서비스를 도중에 중단해버린 경우 등에 대해 제재를 할 수 있는 권한이 없다는 사실관계가 사용종속관계를 인정할 수 없는 이유 중의 하나로 제시되었다.

또한 장애인 활동지원사들이 법인 A로부터 기본급이나 고정급을 지급받지 않으며 인사관리규정의 적용도 받지 않는 점에 대하여는 최근의 비정규직 근로자에게 나타나는 현상으로 판단하여 장애인 활동지원사의 근로자성을 부정하는 근거로 삼지 않았다.

그밖에 근로계약을 체결하는 점, 기관으로 출퇴근하지는 않지만 기관을 통하지 않고서는 각 제도상의 공적 방문 돌봄서비스를 제공하기 위해 서비스를 제공받는 자와 연결될 방법이 없는 점, 업무일지 등을 통해 모니터링을 받는 점 등 공적 방문돌봄 서비스로서 나타나는 공통적인 사실관계에 대해 부산고등법원 및 대법원은 장애인 활동지원사에 대하여 근로자성을 인정함으로, 광주고등법원은 아이돌보미에 대해 근로자성을 부정함으로 상반된 판단을 내리고 있다.

앞서 아이돌보미 사안에서 검토하였듯이 공적 방문 돌봄종사자의 근

로자성 인정문제는 노동자 보호를 위해 최소한의 기준이 되는 근로기준법상 근로시간제도의 규율을 받도록 함으로써 수혜자의 생명권과 직접적인 관련이 있는 돌봄의 질을 보장하기 위한 기본 전제가 된다. 따라서 장애인 활동지원사의 근로자성을 인정하는 위 대법원 판결은 타당하다고 할 수 있겠다.

3. 생활지원사

(1) 제도 개관

노인맞춤돌봄서비스 사업은 노인복지법 제4조 및 노인복지법 제27조의2를 근거로 한다. 일상생활 영위가 어려운 취약노인에게 적절한 돌봄서비스를 제공하여 안정적인 노후생활 보장, 노인의 기능·건강 유지 및 악화를 예방한다. 대상자는 만 65세 이상 국민기초생활수급자, 차상위계층 또는 기초연금수급자로서 유사중복사업 자격에 해당되지 않는 자(다만, 시장·군수·구청장이 서비스가 필요하다고 인정하는 경우 예외적으로 제공 가능)이다.

(2) 근로자성 및 근로형태

생활지원사는 노인맞춤돌봄서비스 사업의 수행기관과 근로계약을 체결한다. 근로형태는 기간제 근로자로, 1년 단위로 근로계약을 체결한다. 계속 근로한 총 기간이 2년 초과하여 기간제 근로자로 사용할 수 있다.[26] 생활지원사의 인건비로 기본급, 퇴직금, 4대보험 기관부담금 그리고 불가피한 경우에 한하여 1주 12시간을 한도로 예산 범위 내에서 야간근로수당, 연장근로수당, 휴일근로수당을 지급할 수 있도록 예산편성을

26) 기간제 및 단시간근로자 보호 등에 관한 법률(이하 기간제법) 제4조 제1항 제5호, 기간제법 시행령 제3조 제2항 제1호.

하고 있다.[27] 이와 같이 노인맞춤돌봄서비스 사업은 노인돌봄의 직접 제공자인 생활지원사를 수행기관의 근로자로 상정하고 있다. 따라서 생활지원사에게는 근로기준법상 근로시간 및 휴게시간 규정이 적용된다. 수행기관당 14명 이상의 생활지원사 인원을 예정하고 있으므로 5인 이하 근로자를 사용한 사업장에 대한 근로기준법 제외규정에 해당하지 않는다. 또한 2018년 7월 개정된 근로기준법에 따르면 제59조 근로시간 및 휴게시간의 특례 사업에서 사회복지사업이 제외되었으므로 생활지원사에게 주 12시간을 초과하는 연장근로를 하게 할 수 없으며, 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상의, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 부여해야 한다. 다만 노인맞춤돌봄서비스 사업의 수행기관의 규모가 주로 '상시 5명 이상 50명 미만'의 사업장에 해당될 것이므로 위 개정된 특례 조항은 2021년 7월 1일부터 적용될 것이다.

수행기관은 14명에서 18명의 생활지원사를 채용하며 대상자당 1명을 배치한다. 요양보호사 자격을 가지고 있는 경우 우대사항에 해당되나, '방문요양서비스 제공자와 겸직을 지양'하여 장기요양기관과 돌봄기관을 분리하여 예방적 돌봄을 강화함으로써 장기요양으로의 진입을 예방하려는 제도의 취지를 살린다. 즉 생활지원사는 방문요양을 제공하는 재가요양보호사를 겸직을 '지양'한다. 이러한 내용은 어디까지나 '노인맞춤돌봄서비스 사업안내'의 내용이므로 생활지원사에게 겸직금지의무를 부여한다고 보기에는 무리가 있다. 다만 수행기관과 생활지원사 사이에 별도의 합의가 있다면 요양보호사 자격증이 있는 생활지원사가 장기요양법상 방문요양을 제공하는 것을 제한할 수 있을 것이다.[28] 생활지원사는

---

27) 예산편성 및 집행기준 상의 기본급으로서 전담사회복지사(경력 4년 이상) 2,250,000원, 전담사회복지사(경력 1년이상~4년미만) 2,050,000원, 생활지원사 1,120,140원. 보건복지부, 『2020년 노인맞춤돌봄서비스 사업안내』, 2019, 109면. 이하 노인맞춤돌봄서비스의 생활지원사 내용은 보건복지부에서 발행한 『2020년 노인맞춤돌봄서비스 사업안내』를 참고하였다.

28) 최석환, "멀티잡 종사자의 노동법적 규제", 노동법연구 제47호, 서울대학교 노동법연구회, 2019, 221면.

주5일, 일5시간 근무한다.

생활지원사는 직접 서비스를 제공한다. 업무 내용은 안전지원, 사회참여, 생활교육, 일상생활지원으로 구분된다. 특이한 점은 생활지원사의 업무를 지원하는 '지원인력'을 따로 두고 있다는 점이다. 이들은 생활지원사를 지원하여 생활지원사와 동시에 업무를 수행한다. 다만 일상생활 지원 중 '이동·활동지원'은 단독수행 할 수 있다. 이러한 지원인력은 생활지원사와 달리 '사회서비스형 노인일자리'로서 근로계약 체결 등에 대한 별도의 내용이 없다.

(3) 소결

노인맞춤돌봄서비스의 직접 제공자인 생활지원사는 장기요양제도상 재가 요양보호사와 비교선상에 있는 직군이다. 생활지원사의 근로자로서의 지위를 명확히 하였고, 재가 요양보호사와 달리 시간제 근로로 인한 고용 불안정을 완화했다는 점에서 재가 요양보호사의 근로자로서의 지위보다 진보했다고 볼 수 있겠다. 그러나 생활지원사를 보조하는 시간제 지원인력을 별도로 둔 것은 불안정 고용 문제를 또 다른 직군에 전가했다는 점에서 그 한계점이 있다고 할 수 있겠다.

4. 공적 방문돌봄 종사자의 일반적 특성에 따른 시사점

공적 방문돌봄 종사자는 다음과 같은 일반적 특성을 가진다. 첫째 돌봄 종사자가 기관으로 출퇴근하지 않으며, 둘째 업무의 내용 및 임금 지급 기준 등이 근로계약이 아닌 법 제도상에서 정해져 있는 점, 셋째 기관을 통하지 않고서는 돌봄을 제공받는 주체와 연결될 수 없는 점, 넷째 돌봄업무의 구체적 내용이 법 제도상 비교적 상세하게 정해져 있고, 더 구체적인 돌봄의 내용은 돌봄노동의 특성상 방문돌봄 종사자와 돌봄을 제공받는 주체간의 협의에 따라 정해진다는 점 및 다섯째 고정급여가

정해져 있지 않고 방문하여 돌봄을 제공하는 시간에 따라 임금을 받는 점이다.

이에 따라 요양보호사의 근로자성을 논함에 있어서 공적 방문돌봄 종사자의 일반적 특성이 시사하는 것은 공공 부문의 돌봄종사자의 사용종속성 논의에 있어서 전통적인 공장근로자의 근로자성 판단 기준을 기계적으로 적용하는 것을 지양해야 한다는 것이다. 특히 서비스기관이나 활동지원기관 등이 지자체의 지정을 받아 운영함에 있어서 기관에 출퇴근하는 일반 사무직 직원에 대한 인사규정이나 징계규정이 돌봄 종사자에게 적용되지 않는 것이 곧바로 근로자성을 부정하는 근거가 되어서는 안 될 것이다.

한편 공공부문의 돌봄서비스 내에서 돌봄종사자의 처우에 대한 내용을 정하는 문제는 노동법상 근로자성 및 노동법 적용이라는 규범적 판단의 문제와 별개로 다루어져야 할 문제이다. 그러나 앞서 아이돌보미, 장애인 활동지원사, 생활지원사의 근로자성 논의에서 보았듯이 근로자성을 파악함에 있어서는 공공부문의 돌봄에 관한 법제도가 돌봄종사자의 법적 지위를 어떻게 규정하고 있는지에 따라 영향을 받을 수밖에 없는 것이 공공부문 돌봄제도의 특성이다. 따라서 요양보호사의 근로자성 및 노동법의 적용을 논의함에 있어서도 다음과 같은 공적 방문돌봄 종사자의 노동법적 특성을 고려해야 한다. 첫째 앞서 논의한 바와 같이 전통적 사용종속성 특징이 약화된 형태로 나타날 수 있다는 점이다. 다만 이런 업무의 특성은 상당부분 공공부문의 돌봄에 관한 법제도가 반영된 결과이므로 이러한 모습만을 가지고 근로자성을 쉽게 부인해서는 안 될 것이다. 둘째 제도에서 근로자성을 상정하고 있더라도 법정근로시간, 휴게시간, 휴가 등의 근로시간 문제가 수혜자의 생명권과 충돌되는 면이 있다는 점이다. 즉 경직된 근로시간법제를 엄격하게 적용하기 어려운 이러한 업무적 특성을 가지고 역으로 근로자성을 부정하거나 근로시간법제의 적용이 손쉽게 부정되어서는 안 될 것이다.

Ⅱ. 간병인

1. 개념

간병인은 법적 개념은 아니지만 제7차 한국표준직업분류에서 '병원, 요양소, 기타 관련기관 및 가정에서 환자들을 돌보는 업무를 수행하는 자'로 정의되며[29] 한국고용직업분류상 돌봄 서비스 종사자로서 요양보호사와 동일한 세분류 단위에 속한다.[30] 간병인은 민간영역에서 사적인 돌봄 노동을 제공하는 자라는 점에서 장기요양기관에 소속되어 급여를 제공하는 요양보호사와 구별된다. 주로 의료기관에서 간병 노동을 제공하는 자에게 간병인이라는 명칭이 사용되지만 간병인이라는 직종의 활동이 병원에만 국한되는 것은 아니어서 개인으로부터 고용되어 그 개인의 거주지 등에서 간병을 하는 사람도 간병인이라 할 수 있다. 이러한 방문 간병인은 노동법상 가사사용인의 지위를 가지므로 근로기준법 제11조 제1항 단서에 따라 근로기준법의 적용 범위에서 제외된다.[31] 병원에서 일하는 간병인의 경우 병원은 사업 또는 사업장이므로 근로기준법 제11조 제1항 단서는 적용되지 않는다.[32] 다만 병원에 직접 고용되는 형태 외에 직업안정법상 유·무료 직업소개사업(직업안정법 제18조 및 제19조),

---

29) 제7차 한국표준직업분류. kssc.kostat.go.kr(2012. 2. 8. 최종방문)

30) 고용정책기본법 제15조 제3항에 따른 한국고용직업분류(고용노동부 고시 제2017-72호). 한국고용직업분류상 돌봄서비스직은 2018년에 신설되었으며 세분류는 다음과 같다. 55 돌봄서비스직(간병, 육아), 550 돌봄 서비스 종사자, 5501 요양보호사 및 간병인, 5502 육아 도우미. 한편 한국표준직업분류는 돌봄직종을 돌봄전문직, 돌봄서비스직, 돌봄단순노무직으로 분류하여 돌봄서비스직을 수행하는 돌봄 및 보건 서비스 종사자로서 요양보호사와 간병인 등을 분류하고 있다.

31) 근로기준법 제11조 제1항 단서에서 규정하고 있는 가사사용인이란 개인이 조리, 청소, 간병, 육아 등 가사를 수행하는 데에 도움을 받기 위해 사용한 자이다. 임종률, 『노동법』 제14판, 박영사, 2016, 337면.

32) 임종률, 앞의 책, 337면.

근로자공급 사업(법 제33조), 파견법에 따른 근로자파견 사업(법 제2조의 2 7호) 등을 통해 취업하는 경우가 대다수이다.

2. 방문 간병인의 노동법적 지위

(1) 가사사용인

위에서 언급한 바와 같이 개인으로부터 고용되어 그 개인의 거주지 등에서 간병을 하는 방문 간병인은 가사사용인으로서 근로기준법 제11조 제1항 단서에 따라 근로기준법의 규율을 받지 않는다.[33] 근로기준법 제11조 제1항 단서 규정의 취지는 개인의 사생활의 영역에 대해 근로감독이 용이하지 않으며 사생활을 보호해야 한다는 견해 및 가사근로자를 고용하는 개인을 사용자로 보기 어렵다는 견해 등이 있다. 가사사용인이 사업 또는 사업장의 요건을 결여함으로 인해 근로기준법상 근로자성이 부정된다는 견해에 따르면 위의 단서 규정은 확인 규정에 불과하다. 한편 가사사용인이 근로기준법상의 근로자에 포함된다는 견해에 따르면 근로기준법의 적용에서 제외된 것은 입법정책적인 것이고 근로자성과는 별개의 문제라고 한다.[34]

이처럼 현행법상 방문 간병인이 노동법상 가사사용인의 법적 지위를 가진다는 것은 근로기준법상의 근로시간법제의 보호를 받을 수 없음을 의미한다. 즉 근로계약시 근로조건 명시의무, 서면 교부의무와 근로시간법제의 법정근로시간, 연장근로, 휴게시간, 유급주휴일, 연장근로, 야간근로 또는 휴일근로에 대한 가산임금, 여성 및 연소자의 근로시간에 대한

---

33) 또한 최저임금법, 근로자퇴직급여보장법, 남녀고용평등과일가정양립지원에관한법률시행령, 기간제법은 가사사용인을 규율 대상에서 제외한다. 산업재해보상보험법시행령에 따라 산업재해보상보험법은 “가구 내 고용활동”을 적용 대상에서 제외하고 있다. 하갑래, “가사근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 『노동법학』 제37호, 한국노동법학회, 2011, 214면.

34) 하갑래(2011), 앞의 논문, 221면.

보호규정에 대한 보호 규정들이 적용되지 않는다.[35]

한편 국제노동기구(ILO)는 2011년 제100차 국제노동기구 총회에서 제189호 '가사노동자의 양질의 고용에 관한 협약'(Domestic Workers Convention)을 채택하였다. 가사노동자에 대해 다른 근로자와 동등하게 근로조건에 대한 최소한의 보호를 할 것을 규정하는 이 협약은 가사근로자들을 위한 첫 번째 국제노동기준을 세운 것으로 평가된다.[36] 위 협약 제1조에 따르면 가사노동자는 '고용관계 속에서 가사 노동을 수행하는 사람'이다. 근로시간과 관련된 내용으로 협약 제10조에서 근로시간, 연장근로수당, 휴게시간, 주 1일 이상 휴일 및 유급연차휴가에 있어서 가사노동자가 일반 노동자와 동등하게 대우받아야 함을 규정한다. 이에 따라 주휴일은 적어도 24시간의 연속된 휴게시간이어야 하며 대기시간은 근로시간에 해당한다.

이러한 추세에 따라 국가인권위원회는 고용노동부장관에게 위 ILO의 제189호 협약에 가입할 것과 근로기준법 제11조 제1항 상의 가사사용인 적용제외 규정을 삭제할 것 및 근로기준법을 가사사용인에게 적용하기 어렵거나 근로기준법만으로는 가사사용인을 일반 근로자와 동등하게 보호받기 어려운 경우에는 관련 입법 조치를 취할 것을 권고하였다.[37]

이에 따라 2020. 7. 13. '가사근로자의 고용 개선 등에 관한 법률안'이 정부 입법안으로 국회에 제출되었다. 정부안은 기본적으로 가사서비스

---

35) 하갑래 교수는 근로기준법에서 가사근로자를 적용제외 하는 것을 비판한다. 다만 근로기준법을 가사근로자에게 전면적으로 적용하는 것은 적절치 않을 수 있으므로 근로시간과 관련하여는 '근로시간제한', '휴게', '연장·휴일·야간근로의 요건과 보상', '주휴일', '연차유급휴가', '출산 및 모성휴가' 등의 적용을 입법정책적으로 고려해 볼 수 있다고 제안한다. 하갑래(2011), 앞의 논문, 223면.

36) 신동윤, "가사사용인의 권익보호에 관한 한국과 ILO의 태도: 가사노동자들 협약 제189호를 중심으로", 『법학논고』 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013, 392면.

37) 국가인권위원회 상임위원회, "비공식 부문 가사근로자 보호를 위한 권고", 2016. 12. 23. 결정.

시장의 공식화를 통해 가사근로자의 근로조건을 규율하려는 의도를 갖고 있다. 이에 따라 고용노동부장관의 인증을 받은 가사서비스 제공기관에 소속된 가사근로자를 규율대상으로 하며 이외 인증을 받지 않은 알선기관을 통하거나 개인에게 고용된 가사근로자는 적용 대상이 아니다. 근로시간과 관련한 내용으로는 적용 대상 가사근로자에게 1주 15시간의 최소근로시간을 보장하여 고용 불안정 실태에 대응한다. 또한 근로기준법상 휴게시간, 휴일, 연차유급휴가 규정이 적용되지 않으며, 근로기준법에 준하는 유급휴일 및 연차유급휴가를 부여하도록 따로 규정하되 유급휴일과 연차에 대한 임금은 '실근로시간'을 기준으로 산정한다고 규정하는 등 인증기관에 고용된 가사근로자에 대한 근로시간 규정을 별도로 두고 있다. 그러나 이러한 정부안에 대하여는 가사서비스 기업에 고용된 가사근로자는 근로기준법에 의해 규율되어야 함에도 불구하고 위 정부법률안에 의해 오히려 근로기준법상 근로시간법제보다 완화된 규율을 받게 된다는 비판이 제기된다. 또한 개인에 의해 고용된 가사근로자는 여전히 법의 사각지대에 놓여있다.[38]

(2) 시사점

재가 요양보호사는 공인된 국가 자격을 취득한 전문인력이다. 노인장기요양보험법령에서 장기요양기관의 장을 사용자로 하여 근로계약을 체결하도록 규정하고 있으며 급여형태와 내용 규정 등을 통해 방문급여 제공 업무의 목록을 상세하게 규정하고 있으므로 개인에게 고용된 간병인과는 전혀 다른 법적 지위에 있는 것으로 볼 수 있다. 그러나 재가 요양보호사의 경우에도 근로기준법상 근로시간제도 중 휴게시간, 연장·휴일·야간근로, 수급자 간의 이동시간에 대해 임금이 지급되지 않는 점 등과 개인의 가정으로 방문한다는 점, 수급자 개인의 생활공간에서 급여를

38) 권오성·박소희, "가사노동자 보호에 관한 연구", 『노동법포럼』 제31호, 노동법이론실무학회, 2020, 159면.

제공하기 때문에 일정부분 수급자의 지휘·명령을 받는 것처럼 보인다는 점 등 업무적 형태의 특성으로 인해 근로시간제도를 적용하기에 용이하지 않은 면이 여전히 있다는 점에서 방문 간병인과 유사한 모습을 보인다.

나아가 재가 요양보호사가 수급자와 사적인 계약으로 추가의 간병 제공 계약을 체결하는 경우, 해당 재가 요양보호사는 소속된 장기요양기관의 근로자임과 동시에 방문요양 급여 수급자 개인의 간병인이라는 법적 지위를 동시에 지니게 되는데 이러한 경우 법정근로시간과 휴게시간 준수를 위한 근로시간을 산정할 때 재가 요양보호사로서 방문급여를 제공한 시간만을 기준으로 할 것인지, 간병인으로서 간병을 제공한 시간까지 포함한 시간을 기준으로 하여 근로자의 건강권 보호라는 근로시간제도의 취지에 충실할 것인지가 문제된다.[39]

3. 병원에서 일하는 간병인의 근로자성

(1) 문제의 소재

병원에 직접 고용되거나 파견업체를 통해 취업한 간병인은 적어도 근로자성 자체에 대한 논란은 없으나 간병협회, 간병사연합회, 직업소개소 등과 같은 노동력 중개기구를 통하는 경우 다면적 근로관계의 문제로서 노동력 중개기구와 병원 그리고 환자 중 누가 간병인의 사용자인지가 논란이 된다.[40]

아래에서는 간병인의 근로자성의 판단에 있어서 다면적 근로관계로서의 특성과 특수형태 근로관계로서의 특성을 고려해야 한다는 비판적 입장을 기본으로 하여 간병인의 근로자성에 대한 판례와 행정해석을 검토

39) 최석환, 앞의 논문, 2019, 243면.
40) 윤애림, “간병인의 근로자성과 노동법적 보호 방안”, 『노동법학』 제48호, 한국노동법학회, 2013, 280면.

하겠다. 간병인의 근로자성에 대한 판례와 행정해석의 입장과 근거들을 살펴본 뒤에는 장기요양보험법상 요양보호사에 시사하는 바를 제시하도록 하겠다.

(2) 판례

판례는 간병인의 노동력 중개기구에 대한 근로자성을 부인한 사안에서 근로자성 부인의 근거로서 ① 간병인협회의 가입과 탈퇴가 매우 자유로운 것으로 보이는 점, ② 간병인협회가 소속 간병인들의 업무 수행에 대해 구체적인 지휘·감독을 한 것으로 보기 어려운 점, ③ 간병인 스스로 다른 간병인을 통하여 업무를 대행하게 할 수 있고, 간병인협회에 자유롭게 대체인력의 공급을 요구할 수 있는 점, ④ 협회에는 간단한 내용의 협회 내규만이 있을 뿐 달리 간병인들에게 적용되는 취업규칙이나 복무규정 및 인사규정이 없는 점, ⑤ 간병인들에 대한 기본급 내지 고정급이 없고, ⑥ 4대 보험에도 가입되지 않은 점을 제시했다(대법원 2009. 3. 12. 선고 2009도311 판결).

또한 간병인의 병원에 대한 근로자성이 다투어진 별개의 사안에서 대법원은 간병인의 근로자성을 부정한 원심에 대해 심리불속행 기각 판결을 하였다. 원심인 서울고등법원 2009. 9. 18. 선고 2008누24011 판결은 간병인의 병원에 대한 근로자성을 부인한 근거로서 ① 병원 운영자와 간병인 사이에 근로계약이나 고용계약 등을 체결하지 않았고, 직원 채용시에 일반적으로 요구되는 신원보증서 등의 서류제출을 한 바도 전혀 없으며, 병원측에서 간병인 지원자들을 심사한다거나 사전교육을 하는 등 일반적인 직원 채용에 필요한 조치를 하지 않고 전문 직업소개소를 통하여 간병인을 소개받아 간병업무를 수행하도록 하여 온 점, ② 목욕, 식사, 체위 변경, 침상 정리, 식사량 확인, 체온 확인, 대소변량 및 색깔 확인 등 간병인의 업무 대부분은 원래 환자 또는 그 보호자가 하여야 할 일을 대신하는 것으로 병원이 입원한 환자들에게 당연히 제공하여야 하

는 용역은 아니므로, 비록 노인전문 병원으로 다른 병원에 비하여 간병인의 필요성이 크고, 간병인의 업무가 해당병원의 업무와 밀접한 관련이 있다고 하더라도, 간병인 병원 운영에 있어서 필요불가결한 인력이라고 볼 수는 없는 점, ③ 간병인은 환자에 대한 간병업무에 종사할 뿐 병원의 다른 업무에 배치된 바 없고, 해당 노인병원의 채용·인사·승진·근무시간·보수·징계 등에 관한 취업규칙 또는 인사규정의 적용을 받지도 않으며, 간병인이 업무를 태만히 하거나 업무상 부정한 행위를 하더라도 업무협약에 따라 직업소개소 측에 요구하여 간병인을 교체하는 등의 조치를 취하도록 하는 것 외에 직접 해당 노인병원의 복무질서위배 등을 이유로 간병인에게 징계처분 등을 할 수는 없는 점, ④ 병원측에서 간병인의 근무 병실과 근무시간을 지정하고, 출근부를 비치하여 출퇴근, 교대시간 준수 여부를 확인하며, 간병과 관련한 업무를 지시하고 간병인을 관리하였다고는 하나, 개별 환자들과의 약정에 의하지 않고 병실을 이용하는 여러 명의 환자를 동시에 간병하는 다인 간병의 특성상 병원 운영자가 간병인이 근무할 병실 및 근무시간을 미리 지정하는 것은 불가피하다고 할 것이고, 간병인의 업무수행이 병원 안에서 병원의 고객들인 환자들을 대상으로 이루어지는데다가 병원의 의료행위와도 밀접한 관련이 있는 것이어서 병원 시설을 관리하고 의료용역을 제공하는 병원 운영자로서는 원활한 업무협조와 환자들의 편의 등을 위하여 간병인에 대한 일정한 규제를 하지 않을 수도 없으므로, 위와 같은 행위를 원고들이 간병인의 업무수행과정에서 그 업무의 수행방법이나 내용에 관하여 구체적이고 직접적인 지시를 하거나 명령을 한 것으로 보기는 어려운 점, ⑤ 해당 노인병원이 환자들로부터 직접 간병료를 진료비와 함께 수취하였고, 참가인은 간병료를 납부한 환자의 수와 금액에 관계없이 근무 일수에 따라 매월 정액의 간병료를 원고들로부터 수령하였으나, 병원과 직업소개소 간의 합의에 의하여 병원측이 간병인 또는 직업소개소의 업무를 대행해준 것이어서, 위 사실만으로 간병인이 지급받은 간병료가 원고들에게 제공한 근로에 대한 대가인 임금에 해당한다고 보기는 어렵고, 그

밖에 병원측이 간병인에게 간병료 이외에 임금의 성격을 가진 금품을 제공하였음을 인정할 자료는 전혀 없는 점, ⑥병원이 간병인 대하여 직접 간병료를 지급한 경우에도 근로소득세를 원천징수하지 않았고, 간병인에 대하여 고용보험 등 이른바 4대 보험에 가입하지 않았으며, 간병인의 간병업무 수행과정에서 사고가 발생한 경우 병원측이 아닌 직업소개소 내지 간병인 본인이 실질적으로 그 책임을 부담하였던 점을 제시하였다.[41]

(3) 행정해석

고용노동부는 간병인이 간병사연합회의 근로자에 해당된다는 행정해석을 내린 적이 있다(근로기준팀-5557, 2006. 10. 10.). 해당 사안에서 간병인이 유료직업소개사업인 간병사연합회에 유료회원으로 등록되어 매월 회비를 납부한 점, 4대보험이 적용되지 않은 점, 대체근로가 불가능하지 않은 점 등은 간병인을 간병사연합회의 근로기준법상 근로자로 보기 어려운 요소들이지만 일용직 근로계약 체결, 작업지시, 근무장소의 제한, 출근부 작성 등 근로관계를 부인하기 어려운 요소가 많은 점을 고려할

41) 서울행정법원 2010.06.10. 선고 2010구합4209 판결 또한 "간병인의 근무장소, 보수, 근무시간 등은 이 사건 병원에서 일방적으로 정한 것이 아니라 참가인과 간병협회 원장과의 협의를 통하여 이루어진 것이고, 이 사건 병원에서 간병인에 대하여 구체적인 준수사항을 마련하여 지시를 하였다고는 하나, 간병업무는 병원에 입원한 환자들의 진료 및 치료와 밀접한 관련이 있는 것이어서 병원으로서는 입원 환자들의 진료 및 치료와 관련된 범위 내에서 간병업무가 원활하게 수행될 수 있도록 어느 정도 관여할 필요성이 있다고 보여지므로, 위와 같은 사정이 있다고 하여 참가인이 원고들을 포함한 간병인의 업무내용이나 업무 수행 방법에 관하여 구체적이고 직접적인 지휘, 감독을 한 것으로 보기는 어렵다고 할 것이다. 따라서 이 사건 병원에서 일하는 간병인인 원고들은 이 사건 병원의 운영자인 참가인에 대하여 사용종속관계하에서 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로기준법 제2조에서 말하는 근로자라고 할 수 없다."고 판시하였다.

때 간병인이 간병사연합회에 대해 근로자의 지위에 있음을 부인할 수 없다고 하였다.

또한 병원과의 위·수탁 계약 하에서 근로하는 간병인의 근로자성을 인정한 행정해석이 있다(근로개선정책과-2981, 2011. 9. 9.). 간호사 등 다른 근로자에게 적용된 취업규칙 인사·복무규정 등이 간병인들에게는 적용되지 않았고, 간병업무 수행 중 병원 측으로부터 구체적·직접적 지휘·감독을 받지 않았으며, 간병인들이 스스로 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 할 수 있었던 점, 유니폼 등 작업도구 중 일부를 간병인들이 자비로 부담한 점 및 4대 보험에 가입하지 않고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 납부한 점 등 근로자성이 부정될 만 한 요소들이 있었지만 "병원 측에 의해 간병인의 소정근로일, 근로시간, 간병해야할 환자 등이 결정되는 등 병원 측의 상당한 지휘·감독으로부터 완전히 자유롭다고 보기 어렵고, 간병인들에게 지급된 보수가 근로자체의 대상적 성격을 가진 것으로 보이며, 간병업무 제공으로 인한 이윤의 창출, 손실의 초래 등 위험을 간병인들이 아닌 병원 측이 안고 있으며, 과거 일부 간병인이 병원 소속 근로자로 근무하였을 당시와 그 신분만 변동되었을 뿐 동일한 장소에서 동일한 근로조건 하에 동일한 업무에 종사하는 등"의 이유로 병원에 대한 간병인의 근로자성을 인정하였다.

(4) 소결

간병은 의료의 영역에 가장 밀접해 있는 돌봄노동이다. 그럼에도 간병은 환자나 보호자 개인이 감당할 사적인 문제로서 전문적인 진료를 제공하는 의료 시스템에서 따로 분리되어 경시되어왔다.[42] 간병인의 채용 및 관리를 병원 외부 업체에 위탁하는 현상은 이러한 간병에 대한 기존의 인식에 기반 한 것이라고 볼 수 있다. 그러나 간병은 완전히 환자나 보호자 개인의 사적 문제로만 다룰 수 없는 면을 지닌다. 전문적인 의료

42) 아서 클라인만, 『케어』, 노지양 역, 시공사, 2020, 122면.

의 영역은 아니지만 여전히 환자의 생명과 건강에 직결된 나머지 부분을 간병인이 담당한다. 따라서 간병인은 필연적으로 병원의 지휘·감독을 받는 위치에 있다.[43] 간병과 간병인의 이러한 본질에도 불구하고 현실에서 간병인의 법적 지위는 모호하다.

윤애림 교수의 견해에 따르면, 급성기병원에서 활동하는 간병인 대부분이 민간 노동력 중개기구의 알선을 통해 일자리를 구하는 실태에 비추어 볼 때, 간병인의 노무제공 관계의 다음 두 가지 특징을 고려하여 간병인의 근로자성을 검토해야 한다. 첫째, '병원-노동력 중개기구-간병인-환자'의 '다면적 근로관계'가 형성되는 점과 둘째, 특수형태 근로관계로서의 특징이다. 첫 번째 특징으로부터 제기되는 논점은 다면적 근로관계상 근로계약관계와 사용종속관계가 분리되는 성격을 고려하지 않음으로 인해 간병인과 노동력 중개기구간의 근로관계와 간병인과 병원간의 근로관계를 각각 별개로 검토하면 간병인의 근로자성을 부정하게 된다는 것이다. 따라서 윤애림 교수는 판례와 행정해석이 이러한 다면적 근로관계의 특성을 전체적으로 조망하지 않고 간병인의 노동력 중개기구에 대한 근로자성이 문제된 사안에서는 '간병인과 노동력 중개기구'만을, 간병인의 병원에 대한 근로자성이 문제된 사안에서는 '간병인과 병원'만을 법적 평가의 대상으로 삼음으로서 결과적으로 간병인의 근로자성이 부정되었다고 한다. 두 번째인 특수형태 근로관계로서의 특징은 곧 간병인이 노동력 중개기구, 병원, 환자 그 누구와도 근로계약을 체결하지는 않았지만 보수는 지급받는 비전형성에 대해 어떠한 법적 평가를 할 것인지의 문제이다.

간병인을 노동력 중개기구의 근로자로 볼 수 없는 근거로서 대법원 판례가 제시한 내용 중 "간병인 스스로 다른 간병인을 통하여 업무를 대행케 할 수 있고, 협회에 자유롭게 대체 인력의 공급을 요구할 수 있는 점"은 근로자성을 부정할 수 있는 근거라기보다는, 불안정한 노동법상 지위로 인해 휴가 등의 근로시간법제의 보호를 받지 못한 채 교대근로

43) 윤애림, 앞의 논문, 286면.

를 수행하는 간병인의 근로실태로 인한 업무적 특성이다.[44]

제2절 요양보호사의 근로자성

Ⅰ. 요양보호사의 의의

1. 정의

요양보호사는 장기요양기관에 소속되어 노인 등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 수행하는 자이다(노인장기요양보험법 제2조 제5호). 노인장기요양보험법 및 시행령은 장기요양요원으로 간호사, 간호조무사, 물리치료사, 작업치료사, 사회복지사, 치과위생사 그리고 요양보호사를 규정하고 있다.[45] 따라서 위의 정의 규정은 요양보호사만을 대상으로 한 것이 아닌 장기요양요원에 전체에 대한 정의이다. 노인복지법은 노인복지시설의 설치 및 운영에 있어서 필수적으로 두어야 하는 인력으로서 요양보호사를 규정하면서 노인 등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 전문적으로 수행하는 자로 정의한다(노인복지법 제39조의2 제1항). 다른 장기요양요원과 구별되는 요양보호사 고유의 정의는 요양보호사가 수행하는 업무의 종류와 자격요건으로 파악할 수 있다. 따라서 요양보호사는 요양보호사교육기관에서 교육과정을 이수하고 시·도지사가 실시하는 요양보호사 자격시험에 합격한 자로서(노인복지법 제39조의2), 장기요양기관에 소속되어 노인 등에게 방문요양(신체활동 및 가사활동 등을 지원), 방문목욕, 주·야간보호, 단기보호, 시설급여를 직접 제공하는 전문 인력이다(노인장기요양보험법 시행령 제11조 제1항).

---

44) 윤애림, 앞의 논문, 288면.
45) 노인장기요양보험법 제23조 제2항, 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시 제11조의2 제1항.

2. 유형

요양보호사는 소속된 장기요양기관의 유형에 따라 시설 요양보호사와 재가 요양보호사로 나눌 수 있다. 노인장기요양보험법상 장기요양급여의 종류는 크게 재가급여, 시설급여, 특별현금급여로 나누어진다. 재가급여에는 방문요양, 방문목욕, 방문간호, 주·야간 보호, 단기보호, 기타재가급여가 있다(노인장기요양보험법 제23조 제1항 제1호). 시설급여는 시설요양기관에 수급자가 장기간 입소하여 신체활동 지원, 심신기능의 유지향상을 위한 교육훈련 등을 제공받는 장기요양급여이다(법 제23조 제1항 제2호). 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시(이하 '급여기준 고시')는[46] 시설급여를 제공하는 장기요양기관을 '시설급여기관', 재가급여를 제공하는 장기요양기관을 '재가급여기관'이라고 규정한다. 요양보호사는 시설급여의 제공을 수행하며, 재가급여 중에서는 방문요양, 방문목욕, 주·야간 보호, 단기보호를 수행한다.[47] 이러한 급여의 분류 체계에 따라 통상 재가급여기관과 근로계약을 맺은 요양보호사를 '재가 요양보호사'로, 시설급여기관과 근로계약을 맺은 요양보호사를 '시설 요양보호사'로 호칭한다.[48] 이러한 요양보호사의 유형에 따라 근로

46) 장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시의 약어인 "급여기준 고시"는 오대영 박사의 학위논문에서 차용하였다. 오대영, "장기요양요원의 법적 지위", 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2019, 35면.

47) 노인장기요양보험법 시행령 제11조 제1항.

48) '재가 요양보호사'는 법률 용어가 아니어서 요양보호사의 근로조건 논의에 있어서 위 용어를 사용하는 것이 적절치 않을 수도 있겠다(이영배, "요양보호사의 근로자성", 노동법학 제35호, 2010, 268면 참고). 하지만 근로조건 문제의 양상이 재가 요양보호사와 시설 요양보호사의 경우가 상이한 점으로 인해 그 법적 논의 또한 별도로 진행되어야 하는 경우가 있다. 이에 편의상 '재가 요양보호사' 용어를 사용하도록 하겠다. '재가요양'에는 재가요양시설 내에서 이루어지는 주·야간보호 및 단기보호가 포함되므로 재가 요양보호사가 방문요양만을 수행하는 것은 아니다. 즉 시설 요양보호사와 유사하게 재가시설

자성 인정 여부에 대한 논의의 모습은 달라진다. 시설 요양보호사의 경우 제도상 근로계약을 체결하도록 강제되어 있으며 시설 요양기관에서 장기요양기관의 장의 직접적인 지휘·명령을 받으므로 근로자성 인정에 어려움이 없다. 이러한 점은 재가 요양기관에 소속되어 주·야간 보호, 단기보호를 수행하는 재가 요양보호사의 경우에도 동일하다. 문제는 방문요양을 수행하는 재가 요양보호사의 경우이다. 수급자의 가정 등에 방문하여 급여를 제공하는 점, 재가 요양기관을 통해 수급자와 연결되어 종사하고 있을 때에는 해당 재가 요양기관의 근로자이나 담당하고 있는 수급자가 없는 경우 근로계약관계는 형식적으로만 존재할 뿐 사실상 실업 상태에 있게 된다는 점 등에서 근로자성 인정 여부의 논의는 다른 양상을 보인다. 이와 관련한 구체적인 논의는 요양보호사의 근로기준법상 근로자성 인정 여부와 관련한 고용노동부의 행정해석과 대법원 판례의 입장과 함께 검토하겠다.

Ⅱ. 요양보호사의 근로기준법상 근로자성

헌법 제33조 제1항은 “근로자는 근로조건의 향상을 위해 자주적인 단결권, 단체교섭권, 단체행동권을 가진다”고 규정한다. 이에 근거하여 노무제공자라면 모두 헌법상 근로자이며 헌법상 근로자성을 근거로 하여 근로기준법 등 전형적인 근로자에 해당되지 않는 근로자에 적절한 보호방안을 고안할 수 있다는 견해가 있다.[49]

장기요양요원인 요양보호사는 노동조합법상 근로자이다. 노동조합법은

에서 상주하며 전형적인 근로제공 형태를 띠는 재가 요양보호사가 있으므로 ‘방문요양보호사’ 용어가 더 상황을 정확하게 설명해주는 측면이 있다. 요양보호사의 근로자성에 대한 대법원 2011도9077판결에서도 ‘방문요양보호사’ 용어를 사용한 바 있다. 그러나 요양기관의 종류를 크게 시설급여기관과 재가급여기관으로 분류하고 있는 노인장기요양보험법의 개념 체계를 고려하여 ‘재가 요양보호사’ 용어를 사용하도록 하겠다.

49) 노호창, 앞의 논문, 2019, 354면.

근로자를 '임금·급료, 그 밖에 이에 준하는 수입으로 생활하는 자'로 정의한다(노동조합법 제2조 제1호). '그 밖에 이에 준하는 수입'은 종속성 없이 노무를 제공하여 그 대가로 얻는 수입도 포괄하므로 아이돌보미 사례처럼 사업주에의 종속성에 논란이 있어서 근로기준법상 근로자성 인정 여부가 문제되는 경우에도 노동조합법상 근로자성은 인정된다. 뿐만 아니라 근로의사를 가졌다면 실업자도 노동조합법상 근로자에 해당된다는 것이 지배적 학설이다.[50] 따라서 시설 요양보호사는 물론 요양기관에의 출퇴근 없이 수급자의 주거지 등에 직접 방문하여 급여를 제공하는 재가 요양보호사도 노동조합법상 근로자에 해당된다.

요양보호사는 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률상 근로자이다. 남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률은 근로자를 '사업주에게 고용된 자와 취업할 의사를 가진 자'로 정의한다(제2조 제4호). 고용보험법 제40조 제1항 제2호에 따르면 '취업'에는 "영리를 목적으로 사업을 영위하는 경우"까지 포함한다. 남녀고용평등법은 최광의의 근로자 개념을 규정하고 있다.[51] 따라서 요양보호사의 남녀고용평등법상 근로자성 또한 인정된다.

1. 근로계약 체결 의무 규정

(1) 내용 및 취지

시설급여를 제공하는 장기요양기관을 운영하려는 자와 재가급여를 제공하는 장기요양기관을 운영하려는 자 모두 지자체 장으로부터 지정을 받아야 한다. 장기요양기관으로 지정받기 위해서는 동법 시행규칙 제23조 제2항에 따른 시설 및 인력을 갖추어야 한다(노인장기요양보험법 제31조 제1항).[52] 시설급여를 제공하려는 자는 노인복지법 시행규칙 제22

50) 임종률, 앞의 책, 35면.
51) 임종률, 앞의 책, 36면.

조 제1항 [별표 4]에 따라 모든 종사자와 직접 근로계약을 체결해야 하며, 재가급여를 제공하려는 자 또한 노인복지법 시행규칙 제29조 제1항 [별표 9]에 따라 모든 종사자와 근로계약을 체결하여야 한다.[53] 따라서 장기요양기관의 장은 요양보호사와 직접 근로계약을 체결해야 한다. 만약 이러한 근로계약 체결 강제 규정이 없다면 장기요양기관이 근로자공급사업이나, 직업소개를 통해 요양보호사를 간접적으로 고용함에 따라 사적 노인 돌봄 시장에서 간병 노동자가 겪는 불안정한 고용 상황이 요양보호사에게도 되풀이될 우려가 있다. 장기요양기관이 안정적인 인력을 구성하여 양질의 노인돌봄을 제공하도록 하려는 의도한 규정으로 생각된다.

(2) 위반 시 제재의 내용

장기요양기관이 위 근로계약 체결 규정에 위배하여 요양보호사와 직접 근로계약을 체결하지 않고 제3자를 통해 간접적으로 채용하는 경우, 노인장기요양보험법 제31조 제1항의 장기요양기관으로 지정 받기 위해 필요한 인력 기준에 적합하지 않은 경우에 해당되어 그 지정을 취소하거나 6개월의 범위에서 업무정지 처분을 받을 수 있다(노인장기요양보험법 제37조 제1항 제2호).[54] 또한 노인복지법 제43조 제1항 제1호 및 법 제43조 제2항 제1호에 따라 1개월의 범위에서 사업의 정지 또는 폐지

52) 종래 재가 급여기관에 대해서는 지정제가 아닌 신고제로 규정되어 있었으나 지정제로 일원화 되어 개정되었다(2018. 12. 11. 개정).

53) 노인복지법 시행규칙 제22조 제1항 [별표 4] 제6호 직원의 배치기준 비고 8. 모든 종사자는 시설의 설치・운영자와 근로계약이 체결된 사람이어야 한다. 노인복지법 시행규칙 제29조 제1항 [별표 9] 제4호 바. 모든 종사자는 시설의 설치운영자와 근로계약이 체결된 사람이어야 한다.

54) 임의적 취소 사유. 필요적 취소 사유로는 거짓이나 그 밖의 부정한 방법으로 지정을 받은 경우, 미성년자 등의 사유로 결격사유에 해당하는 경우, 업무정지기간 중에 장기요양급여를 제공한 경우, 사업자등록이나 고유번호가 말소된 경우 등이 있다(노인장기요양보험법 제37조 제1항 단서).

처분을 받을 수 있다.[55][56]

(3) 포괄위임입법금지 원칙의 문제

직접 근로계약 체결 의무를 시행규칙 별표에서 규정하고 있는 것이 포괄위임입법금지 원칙, 법률유보의 원칙에 위배된다는 견해가 있다.[57] 법원이나 헌법재판소 판결에 의해 직접 근로계약 체결 의무 규정이 무효화 되거나 위헌 판결을 받을 소지가 있으므로 이 경우 요양보호사의 근로자로서의 법적 지위의 근거가 되는 규정이 없어지게 되어 혼선을 빚게 된다. 따라서 요양보호사와 장기요양기관 간의 근로계약관계를 명확히 하기 위해 노인장기요양보험법에서 근로계약체결의무를 규율할 필요가 있다.[58]

2. 시설 요양보호사

노인복지법 시행규칙에 따라 시설 요양기관의 장은 요양보호사와 근로계약 체결해야 한다. 시설 요양기관이라는 장소 내에서 제공하는 시설급여의 특성상 시설 요양보호사의 근로자성에 대한 논란의 여지는 적다. 따라서 시설 요양보호사는 장기요양기관의 근로자이다.

---

55) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 55면.

56) 한편 노인복지법은 노인의료복지시설 또는 재가노인복지시설을 설치하는 경우 '신고'할 것을 규정하고 있는데(노인복지법 제35조 제2항, 제39조 제2항), 장기요양기관에 대해 지정제를 규정하고 있는 노인장기요양보험법 제31조 제1항과의 관계에 비추어 볼 때 모순이 없도록 노인복지법 규정의 표현을 개정할 필요성이 있어 보인다.

57) 최호영, 장기요양기관 종사자 직접 근로계약체결에 관한 소고, 『사회보장법연구』 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 111면.

58) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 64면.

3. 재가 요양보호사

(1) 문제의 소재

앞에서 언급한 바와 같이 재가 요양보호사 중에서도 방문요양을 수행하는 재가 요양보호사는 형식적으로는 장기요양기관과 근로계약을 체결하나 방문요양 급여의 특성상 근로의 모습이 소위 호출 근로의 모습을 지닌다. 따라서 장기요양기관을 통해 수급자와 연결되지만 재가 요양보호사가 재가 요양기관으로 출퇴근할 필요성이 없고 수급자의 가정 등으로 직접 방문 하는 등 장기요양기관의 장이 아닌 수급자의 지휘·명령을 받고 있는 것처럼 보일 수 있다는 점 등으로 인해 노인장기요양보험제도가 운영되기 시작한 초기에 고용노동부가 재가 요양보호사의 근로자성을 부정한 적이 있다. 이는 근로기준법상 근로자 개념의 판단의 주요 기준인 '사용종속성' 유무의 문제로서 고용노동부의 행정해석 또한 대법원이 제시하고 있는 사용종속성 판단의 기준에 따라 재가 요양보호사의 근로자성을 판단한 것이었다. 이후 고용노동부의 행정해석은 재가 요양보호사의 근로자성을 긍정하는 것으로 입장을 수정하였다. 또한 대법원 판결을 통해 재가 요양보호사의 근로자성이 인정됨으로써[59] 요양보호사의 근로자성에 관한 논란은 일단락된 것으로 평가된다.[60] 그러나 재가 요양보호사의 근로자성 문제는 특수고용형태근로의 근로자성 문제처럼 사용종속성 즉 인적종속성 자체의 문제이긴 하나, 이에서 더 나아가 누가 재가 요양보호사의 사용자인가의 문제인지에 논의의 초점을 맞출 필요성이 있다. 이러한 관점에서 보면 재가 요양보호사의 근로자성이 인정됨에도 불구하고 근로기준법상의 보호로부터 누락된 부분 즉 예를 들어 수급자로부터 수급자로 이동하는 시간이 근로시간으로 보장받고 있지 못하는 점, 휴게시간을 보장받지 못하는 점 등 사용자인 장기요양기관의

59) 2012. 11. 15. 선고 2011도9077 판결.
60) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 64면.

장은 물론 국가, 수급자 그 누구에게도 근로기준법상의 책임을 물을 수 없는 영역이 있음을 알 수 있다. 즉 근로기준법 준수의 문제만으로는 해결할 수 없는 재가 요양보호사에 내재된 문제를 해결 및 보완하기 위한 방안을 고찰하기 위한 전제로서 재가 요양보호사의 근로자성에 대한 행정해석과 대법원의 태도를 검토하여 근로자성 인정의 지표로 인정되었던 부분과 그렇지 못했던 부분을 명확히 함으로써 재가 요양보호사의 근로자성 문제가 여전히 재가 요양보호사의 근로시간 문제에 영향을 미치고 있음을 고찰하겠다.

(2) 근로자성을 인정한 판례

대법원은 장기요양기관의 장이 재가 요양보호사의 퇴직 후 14일 이내에 퇴직금을 지급하지 않아 근로기준법 위반으로 기소된 사안에서 재가 요양보호사의 근로기준법상 근로자성을 인정하였다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도9077 판결). 따라서 해당 사건의 재가 요양보호사에게 근로기준법 제36조가 적용되어 사용자인 장기요양기관의 장은 재가 요양보호사의 퇴직일로부터 14일 이내에 임금 등을 지급하여야 하며 재가 요양보호사의 근로자성을 인정한 것을 전제로 하여 피고인에게 유죄판단을 한 원심이 정당하다고 판시하였다.

대법원이 이 사안에서 재가 요양보호사가 사용자의 상당한 지휘·감독을 받고 있으므로 근로기준법상 근로자성 판단 기준인 종속관계를 충족하고 있다고 판단한 근거는 다음과 같다. 첫째 노인장기요양보험제도상 재가 요양보호사가 개인적으로 수급자를 맡을 수 없고, 장기요양기관을 통하여서만 수급자를 맡을 수 있는 점, 둘째 이 사건의 장기요양기관이 수급자와 장기요양급여 계약을 체결하고 그 계약 내용에 따라 재가 요양보호사의 근무시간, 장소, 내용이 모두 정해지는 점, 셋째 재가 요양보호사가 근무시간을 변경하거나 휴가를 내기 위해서는 수급자와 협의하여 처리할 수는 없고 장기요양기관에 사전에 보고하여 조정해야 하는

점, 넷째 매일 근무시간 및 근무 내용을 기록한 근무상황일지를 작성하여 이를 매달 장기요양기관에 보고하도록 되어 있는 점, 다섯째 재가 요양보호사가 임의로 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없고, 장기요양기관에 보고하여 장기요양기관이 대체근무를 시키도록 되어 있는 점, 여섯째 급여제공시의 주의사항 등을 장기요양기관이 교육하도록 되어 있는 점, 일곱째 재가 요양보호사의 업무성격에 따라 기본급이나 고정급이 정해져 있지는 않지만, 시간당 일정액에 정해진 근무시간을 곱한 금액을 보수로 지급받을 뿐 이윤창출과 손실 등을 부담하는 것이 아닌 점이다.

위와 같은 대법원의 입장은 근로자성 판단에 관한 기존의 법원의 입장을 따른 것으로 보인다. 대법원은 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결에서 종합반 입시학원 강사의 근로자성을 인정하면서 "근로기준법상의 근로자 해당 여부는 계약의 형식이 고용계약인지 도급계약인지 보다 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속된 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단해야" 함을 전제로 다음과 같은 근로자성 판단 기준을 제시하였다. "업무 내용을 사용자가 정하고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행 과정에서 사용자가 상당한 지휘·감독을 하는지, 사용자가 근무시간과 근무장소를 지정하고 근로자가 이에 구속을 받는지, 노무제공자가 스스로 비품·원자재나 작업도구 등을 소유하거나 제3자를 고용하여 업무를 대행하게 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격인지, 기본급이나 고정급이 정하여졌는지 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공 관계의 계속성과 사용자에 대한 전속성의 유무와 그 정도, 사회보장제도에 관한 법령에서 근로자로서 지위를 인정받는지" 등이 그 기준이다.[61]

---

61) 이러한 기준은 대법원 1994. 12. 9. 선고 94다22859 판결에서 제시한 근로자

(3) 고용노동부의 행정해석

1) 2008년 및 2009년 고용노동부 행정해석

고용노동부는 2008년과 2009년에 재가 요양보호사의 근로자성을 부정한 적이 있다. 당시 고용노동부가 재가 요양보호사의 근로자성을 부정한 근거는 출·퇴근시간 등 근로시간이 정해져 있지 않았던 점, 업무수행 과정에서 구체적인 지휘·감독을 받지 않았던 점, 다른 요양보호사로 업무 대체가 가능했던 점, 요양보호사 개인의 호오에 따라 특정 수급자로부터의 서비스 신청을 거절할 수 있었던 점 등이었다(2008. 8. 19. 근로조건지도과-3266, 2009. 4. 30. 근로조건지도과-2479). 또한 위 근거에 더하여 요양보호사 개인의 근무 가능 시간에 따라 수급자의 수가 결정되는 점, 사업주의 업무 지시를 거부해도 별도의 제재가 없는 점, 개인 사업자로 등록돼 개인 사업자 소득세를 납부해 온 점, 4대 보험에 가입하지 않은 점 등을 근로자성 부정의 근거로 든 행정해석도 있다(가입지원팀-1745, 2009. 5. 7.).

이와 같이 고용노동부가 재가 요양보호사의 근로자성을 부정하는 근거로서 '구체적이고 직접적인 지휘·감독'을 받지 않은 점을 제시한 것은 근로자성 판단에 있어서 대법원이 2006년부터[62] 제시하고 있는 '상당한

성 판단 기준을 다음과 같은 면에서 수정·보완한 것으로 평가된다. 첫째 구체적이고 직접적인 지휘·감독에서 상당한 지휘·감독으로, 둘째 새로운 징표의 제시(독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 있는지, 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있는지), 셋째 기본급이나 고정급이 정해졌는지 여부나 근로소득세를 원천징수했는지 여부, 사회보장제도에 관해 근로자로 인정받는지 여부 등 사용자가 경제적으로 우월한 지위를 이용하여 임의로 정할 여지가 큰 표지는 근로자성 판단의 결정적 징표가 될 수 없는 점이 그것이다. 이영배, 앞의 논문, 284면.

62) 대법원 2006. 12. 7. 선고 2004다29736 판결.

지휘·감독'이라는 수정된 기준이 반영되어있지 않다는 점에서 재가 요양보호사의 근로자성 판단에 있어서 경직된 기준을 적용하였다고 볼 수 있다.

2) 고용노동부의 행정해석 변경

위와 같은 고용노동부의 요양보호사의 근로자성을 부정하는 행정해석은 요양보호사의 근로자성을 인정하는 보건복지부의 유권해석과 서로 배치되어 고용보험 가입시 혼란이 초래되었다.[63] 이로 인한 문의 및 민원이 증가하자 고용노동부는 2009. 12. 9. "요양보호사 근로자성 판단지침"을 내렸다(근로기준과-5241, 2009. 12. 9.). 지침의 내용은 재가 요양보호사의 근로자성을 긍정하는 것으로서 종전의 행정해석을 수정한 것이라고 볼 수 있다. 해당 지침에 따르면, 사용종속성의 기준에 관한 2006년 이후 변화된 대법원의 태도를 반영하였음을 언급하면서 근로자성의 긍정하는 지표로서 다음과 같은 사항들을 제시하였다. 첫째 장기요양기관의 장이 지정한 장소에서 지정된 시간에 근무하고, 근무시간을 변경하기 위해서는 장기요양기관의 장에게 사전에 통보하여 조정해야 하는 점 및 장기요양급여제공기록지 등을 통해 장기요양기관의 장에게 근무상황을 보고해야 하는 등 사용자의 상당한 지휘·감독을 받은 점, 둘째 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없는 점, 셋째 시간당 일정액에 정해진 근무시간을 곱한 금액을 보수로 지급받을 뿐 노무 제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있지 않은 점이다.

위 지침 이후 고용노동부 행정해석은 재가 요양보호사의 근로자성의 인정 근거로서 우선 사용자의 상당한 지휘·감독을 받고 있음을 나타내는 요소로서 첫째 노인장기요양보험법 시행규칙에 따라 근로계약서를 작성

63) 당시의 구체적인 상황에 대하여는 최영미, "공공연하게 시비 만드는 노동부-요양보호사 근로자성 부정의 경위", 복지동향, 2009 참고.

하는 점, 둘째 장기요양기관에서 수급자와 계약을 하고, 그 계약내용에 따라 요양보호사에게 근무시간 및 근무장소를 배정하고, 수시로 근무여부를 기관에서 체크하고 있는 점, 셋째 수급자에게 제공한 서비스에 대한 장기요양급여제공기록지를 작성하고 수급자의 확인을 받아서 기관에 제출하고 있는 점, 넷째 기관에서 수급자를 발굴하여 요양보호사로 하여금 해당 수급자의 자택에 가서 요양업무를 행할 것을 지시하고 요양업무를 수행함에 있어 유의사항 등을 교육하는 점, 다섯째 근무시간 및 근무지가 정하여지면 요양보호사는 임의로 다른 사람을 대체시킬 수 없고 기관을 통해서만 대체가 가능한 점 등을 제시했다. 그리고 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없다는 점, 시간당 일정액에 정해진 근무시간을 곱한 금액을 보수로 지급받을 뿐 노무제공을 통한 이윤의 창출과 손실의 초래 등 위험을 스스로 안고 있지 아니하다는 점을 제시함으로써(근로기준과-5761, 2009. 12. 30.), 종전의 재가 요양보호사의 근로자성을 긍정했던 지침이 제시한 기준에 더하여, 근로계약을 체결하는 점, 수시로 근무여부를 기관에서 체크하고 있는 점, 기관에서 수급자를 발굴하고 해당 수급자의 자택에 가서 요양급여를 제공할 것을 지시하는 점, 업무 수행과 관련한 교육을 실시하는 점, 재가 요양보호사가 임의로 다른 사람을 대체시킬 수 없고 기관을 통해서만 대체가 가능한 점을 새로이 제시하였다.[64]

Ⅲ. 소결

이처럼 요양보호사의 근로자성 여부는 사용종속성 판단의 문제로서 다루어진다. 그런데 재가 요양보호사가 장기요양기관을 통하여서만 수급자를 맡을 수 있고 개인적으로 수급자를 맡는 것이 불가능한 점, 장기요양기관이 수급자와 장기요양급여 계약을 체결하면 그 계약 내용에 따라 재가 요양보호사의 근무시간, 장소, 내용이 모두 정해지는 점 등 대법원

64) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 56면.

과 행정해석이 사용종속성이 인정되는 징표로서 규범적 판단을 한 재가 요양보호사의 근로의 모습은 장기요양기관의 장과 재가 요양보호사 사이의 근로관계의 실체이기에 앞서 노인장기요양보험제도에서 법령으로 규정하고 있는 내용이다. 즉 노인장기요양보험법상 재가 요양보호사는 장기요양기관을 통하지 않고서는 노인장기요양보험제도상의 급여제공을 이행할 수 없는 것은 제도의 기본 전제이다. 그밖에 시행규칙상 장기요양기관과 요양보호사 간의 근로계약서 작성이 강제되는 점, 장기요양기관과 수급자가 장기요양급여 계약을 체결할 경우 계약 기간, 장기요양급여의 종류, 내용 및 비용 등을 명시한 문서로 해야 하는데(노인장기요양보험법 시행규칙 제16조) 이러한 문서가 재가 요양보호사의 업무내용을 구성한다는 점에서도 알 수 있다. 또한 방문요양급여 제공 시간은 재가급여전자관리시스템(RFID)으로 출퇴근시간을 관리하는 점 등은 장기요양급여제공기록지(노인장기요양보험법 시행규칙 제18조)를 기록하고 수급자에게 제공하도록 하는 시행규칙으로부터 도출되는 내용이다. 즉 재가 요양보호사의 근로자성 문제는 공공부문의 사회서비스의 직접 제공자인 요양보호사의 근로의 모습을 제도적으로 상당부분 규율하고 있으므로 근로자성을 인정할 수 있는 징표들 또한 제도 내에서 발견할 수 있는 것이다.

요양보호사는 장기요양기관을 통해 수급자에게 장기요양급여를 제공한다. 장기요양기관은 수급자 모집 활동을 하며 대상자가 노인장기요양보험법상의 등급판정을 받는 절차를 밟도록 보조한다. 등급판정을 받으면 그 등급에 따른 장기요양급여를 제공하는데 그 직접적 제공자 중 한 주체가 요양보호사이다. 장기요양기관은 노인장기요양보험법 제23조에 따른 재가급여 또는 시설급여를 제공한 경우 국민건강보험공단에 장기요양급여비용을 청구해야 한다(노인장기요양보험법 제38조 제1항). 요양보호사는 장기요양기관을 통하지 않고서는 노인장기요양보험법상 급여를 제공할 방법이 없다. 요양보호사가 자신이 제공한 급여에 대한 대가를 청구함에 있어서도 장기요양기관을 통해서만 가능하다. 시행령에 따

라 장기요양기관은 요양보호사와 근로계약을 체결해야 한다. 구체적으로 재가 요양보호사가 재가기관과 근로계약을 체결하고 수급자와 연결이 되는 과정을 살펴볼 필요가 있다. 미리 재가기관과 근로계약을 체결한 뒤에 수급자와 연결되는 경우도 있겠지만 수급자 모집과 알선의 성격이 강한 재가기관의 특성상, 재가기관이 자신이 모집한 대상자 목록을 가지고 재가 요양보호사를 채용하는 광고를 낸 다음 이에 응하는 요양보호사와 근로계약을 체결하면서 수급자와 연결하는 경우도 있다. 만약 어떠한 사정으로 수급자가 당해 재가기관에서 더 이상 요양급여를 받지 않게 될 경우, 즉 재가기관과 수급자 간의 요양급여계약이 종료되어 재가 요양보호사도 더 이상 해당 수급자에게 급여를 제공하지 않게 된 경우 재가기관과 재가 요양보호사의 근로관계 상 공백이 생긴다.

재가 요양보호사의 근로자성은 더 이상 논란의 여지가 없다고 할 수도 있겠다. 하지만 근로자성이 논란된 경위를 통해 재가 요양보호사가 불안정한 근로조건에 처해있음을 유추해 볼 수 있다. 재가 요양보호사가 근로기준법상 근로자가 아니라는 행정해석이 비단 고용노동부가 근로자성 인정에 있어 협소한 기준을 갖고 있다거나, 일시적으로 혼선이 있었기 때문만이 아니다. 오히려 현재 “재가 요양보호사”라는 법적·제도적 개념을 구성하는 여러 요소들을 감안할 때에 필연적으로 발생할 수밖에 없는 문제이다. 그리고 이러한 재가 요양보호사의 개념 요소들은 노인장기요양보험법령에서 규율하고 있다는 점에서 노인장기요양보험법에 내재된 문제이기도 하다.

제3장 요양보호사의 근로시간

제3장에서는 요양보호사의 근로자성을 토대로 먼저 시설 요양보호사의 근로시간을 논의한다. 시설 요양보호사의 경우 장시간 근로의 세부 논점으로서 교대제, 포괄임금제, 야간근로를 중심으로 검토하여 근로기준법상 근로시간법제 위반 여부의 측면에서 논의한다. 다음으로 재가 요양보호사의 근로시간 문제에 있어서 고용불안 실태가 단시간 근로로부터 기인함을 검토한다. 그리고 재가 요양보호사의 업무인 방문급여의 내용과 체계를 다룸으로써 재가 요양보호사의 근로의 모습을 파악하고 나아가 재가 요양보호사의 불안정 고용 상태를 야기하는 단시간 근로 문제 등의 원인과 재가급여 체계간의 상관관계를 고찰한다.

제1절 요양보호사의 근로시간과 개정근로시간제도

Ⅰ. 근로시간의 개념

근로기준법은 근로시간의 개념을 따로 규정하지 않는다.[65] 근로시간에는 휴게시간이 포함되지 않는다(제50조 제1항, 제2항)는 것과 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 간주된다(제3항)는 내용을 규정하고 있을 뿐이다. 종전의 지배적 견해인 지휘·감독설에 따르면 근로시간이란 근로자가 사용자의 "작업상의 지휘·감독 아래 있는 시간" 또는 "근로자가 그의 노동력을 사용자의 지휘·감독 아래 두고 있는 시간"이다. 이에 대하여 업무적 보충설은 "사용자의 작업상의

65) 근로시간에 대한 강학상 개념으로서 근로기준법상 근로시간, 임금시간, 근로계약상의 의무가 있는 시간의 세 가지 개념으로 분류하는 견해가 있다. 이원희, "근로시간제에 관한 법적 연구-기초개념과 근로시간규제의 체계를 중심으로-", 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1992, 76면.

지휘·감독 아래 있는 시간 또는 사용자의 명시 또는 묵시의 지시·승인에 따라 그 업무에 종사하는 시간"으로 근로시간을 정의한다.[66]

판례는 근로기준법상의 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간으로 정의한다(대법원 1992. 10. 9. 선고 91다14406 판결). 근로시간과 휴게시간의 준별에 있어서 판례는 근로자가 작업시간의 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고, 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다고 한다(대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결 등). 근로계약에서 정한 휴식시간이나 대기시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니고, 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무 내용과 해당 사업장의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식이 방해되었다거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다고 한다(대법원 2018. 6. 28. 선고 2013다28926 판결).

한편 이론과 판례의 '근로를 제공하는 시간'이라는 표현이 현실적인 근로제공에 한정하는 의미가 아니므로 근로기준법 제50조의 명문이 없더라도 대기시간 등이 근로시간에 산입된다는 것과 휴게시간은 근로시간에 산입되지 않는다는 점은 당연하다.[67]

---

66) 임종률, 앞의 책, 439면.
67) 임종률, 앞의 책, 439면.

Ⅱ. 개정 근로시간제도

앞서 논의한 바에 따르면 요양보호사는 근로기준법상 근로자이다. 따라서 근로기준법의 근로시간에 관한 규정이 적용된다. 2018. 7. 1. 시행된 개정 근로기준법에 따라 근로시간 및 휴게시간 특례업종에서 사회복지사업이 제외되어 요양보호사도 1주 52시간 상한제의 개정 규율 안으로 들어오게 되었다. 이에 따라 요양보호사의 근로시간은 1일에 8시간을 초과할 수 없으며, 1주 40시간을 초과할 수 없다(근로기준법 제50조). 다만 당사자 합의에 따라 1주간 12시간까지 근로시간을 연장할 수 있다(제53조 제1항). 여기까지는 개정 전 내용과 같다. 다만 1주가 7일임을 명시하여 1주 최대 근로시간이 52시간임을 명확히 하였다(제2조 제1항 7호 신설).

이와 같은 1주 52시간 상한제는 사업장 규모별로 단계적으로 시행된다. 사회복지사업이 근로시간 및 휴게시간 특례업종에서 제외됨에 따라 요양보호사의 근로시간에 대해 사용자와 근로자대표 간의 서면 합의에 따라 12시간을 초과하여 연장근로를 하게 하거나 휴게시간을 변경할 수 없게 되었다.

다만 상시 30명 미만의 근로자를 사용하는 사용자는 2021. 7.부터 2022. 12. 31.까지 한시적으로 특별연장근로가 가능하여 근로자대표와 서면으로 합의하면 추가로 1주일에 8시간까지 근로시간을 연장할 수 있다(제53조 제3항). 따라서 상시 30명 미만 규모의 사업장에 속한 요양보호사라면 2022. 12. 31.까지는 사용자와 근로자대표 간에 서면 합의가 있을 것을 전제로 1주 60시간까지로 근로시간을 정할 수 있다. 그러나 2023. 1. 1.부터는 전면적으로 1주 52시간 상한제의 규율을 받게 된다. 단 이 경우에도 5인 미만 장기요양기관에는 근로시간 및 휴식 제도 대부분이 적용되지 않는다.

Ⅲ. 요양보호사 직군의 일반적 특성과 근로시간법제

요양보호사는 50대 이상의 연령대의 비율이 높은 직군이며, 여성의 비율이 높다. 2019년도 장기요양 실태조사에 따르면 장기요양기관에서 근무하는 장기요양요원 중 여성의 비율이 재가기관에서는 95.4%, 시설기관에서는 93.1%로 여성이 대다수이다. 요양보호사 자격은 50대, 60대, 70대의 보유율이 90% 이상으로 높게 나타난다. 재가기관의 경우 50대와 60대가 79.5%를, 시설기관의 경우 50대와 60대가 80.7%로 높은 비율을 차지한다. 재가기관의 경우 만 70세 이상 비율도 10.9%나 된다.[68] 따라서 요양보호사의 근로시간 논의에 있어서 여성과 고령자에 대한 고려가 필요하다.

1. 근로기준법상 여성의 야간근로 및 휴일근로

사용자는 18세 이상의 여성을 오후 10시부터 오전 6시까지의 시간 및 휴일에 근로시키려면 그 근로자의 동의를 받아야 한다(근로기준법 제70조 제1항). 근로기준법이 야간근로나 휴일근로에 있어서 여성 근로자를 보호하는 내용을 두고 있음을 알 수 있다. 그러나 현실적으로 요양보호사의 근로시간에 있어서 여성 당사자의 동의 여부가 문제되는 경우는 거의 없다.

2. 고령 근로자의 보호

한편 근로기준법상 근로시간법제는 고령근로자에 대한 보호규정은 따로 두고 있지 않다. 그러나 요양보호사의 고령자 비율이 높은데 비해 교대제로 인한 야간근로와 장시간 근로 비율은 연령대가 높아질수록 높아지는 경향이 있다. 예를 들어 이율경 박사는 '고령자 근로권' 개념을 제

68) 강은나 외, 앞의 보고서, 555-558면.

시한다. 이에 따르면 고령사회가 도래하면서 고령근로자가 열악한 근로환경에 처하게 되는 상황에서 고령자의 일자리를 양적으로 늘릴 뿐 아니라 양질의 일자리를 마련하기 위해 국가가 적극적으로 나서야 하는 필연적 상황에 대처하기 위한 법적 개념이다.[69]

제2절 시설 요양보호사의 근로시간

Ⅰ. 문제의 소재

1. 법적 지위

시설 요양보호사는 노인장기요양보험법 시행규칙에 따라 시설 장기요양기관의 장과 근로계약을 체결한다(노인장기요양보험법 시행규칙 제23조 제2항 제2호, 노인복지법 시행규칙 [별표 4]). 이처럼 장기요양기관의 장이 요양보호사를 직접 고용하도록 제도에서 규율하고 있으므로 간병인의 경우처럼 간접고용으로 인해 사용자로서의 책임을 지는 주체가 모호한 경우가 발생할 여지는 없다. 또한 시설 장기요양기관으로 출·퇴근하여 시설 장기요양기관의 장의 지휘·명령을 받으므로 재가 요양보호사의 경우처럼 사용종속성이 약화되어 보인다든지 급여체계상 근로기준법상 근로시간 규정의 적용 자체가 문제되는 것은 아니다. 따라서 시설 요양보호사는 근로기준법상의 근로자로서 근로기준법상 근로시간의 상한, 휴게시간, 유급휴일, 연장근로·야간근로·휴일근로에 대한 가산임금의 지급, 연차 유급휴가에 관한 규정의 보호를 받는다.

---

69) 이율경, “고령자 근로권의 보장에 관한 연구-정년제에 대한 비판적 고찰-”, 서울대학교 박사학위논문, 2016, 18면.

2. 장시간 근로와 높은 이직률

문제는 근로기준법상 근로자라는 법적 평가를 받음에도 불구하고 시설 요양보호사가 직면한 것은 근로기준법상 근로시간제도가 준수되지 않고 있는 근로실태이다. 교대제로 운영되는 시설기관의 특성상 교대제로 인한 상시적인 장시간 근로와 야간근로와 휴게시간 규정 미준수 등으로 인해 근로시간에 있어서 시설 요양보호사는 간병인과 다르지 않은 근로조건에 처해 있다.

특히 근로시간 규정 미준수 문제는 요양보호사의 잦은 이직의 요인이다. 교대제로 인한 야간근로, 장시간 근로 및 휴게시간과 유급휴일에 관한 규정이 지켜지지 않아 요양보호사의 근골격계 질환과 번아웃을 야기한다. 장기요양기관은 수급자 수에 대한 요양보호사의 배치기준을 준수해야 하므로 질병 등으로 인한 휴직이나 휴가를 부여하는 대신 새로운 요양보호사를 채용한다. 결국 요양보호사가 퇴직하고 쉬다가 다시 취업하는 일이 반복되며 요양보호사 자격증을 취득하였음에도 불구하고 노동법의 사각지대에 놓여있는 가사근로자나 간병인 등으로 이탈하는 경우도 생긴다.

시설 요양보호사의 잦은 이직과 이탈은 돌봄의 관계적 특성상 질 좋은 급여를 제공하는 데에 걸림돌이 된다. 잦은 이직으로 인한 요양보호사로서의 경력 단절은 노인장기요양보험제도로 하여금 경력이 풍부하고 실력이 뛰어난 인력을 확보하는 것을 어렵게 하기 때문이다.[70]

이하에서는 시설 요양보호사의 근로시간 실태를 제시한다. 이를 바탕으로 시설 요양보호사의 장시간 근로를 야기하는 교대제와 포괄임금제, 야간근로와 휴게시간 문제 및 휴가 문제를 근로기준법의 규율의 측면에서 논의하겠다.

---

70) 권현정 외, “요양보호사의 불안정 노동과 이직을 둘러싼 제도적 관계”, 『사회복지정책』 제45권 제3호, 한국사회복지정책학회, 2018, 7면.

Ⅱ. 시설 장기요양기관의 종류

1. 규정상 종류

장기요양기관 중 시설 장기요양기관으로 지정받을 수 있는 시설은 노인복지법상 노인요양시설 및 노인요양공동생활가정 두 종류이다(노인장기요양보험법 제31조 제2항, 시행령 제14조, 노인복지법 제34조). 노인요양시설은 입소정원이 10명 이상이며 노인요양공동생활가정은 입소정원이 5명 이상 9명 이하인 시설이다.

2. 운영 주체별 종류

장기요양기관의 운영주체는 2019년도 장기요양 실태조사 응답자 중 개인 운영이 75.7%로 가장 높으며, 비영리법인 21.8%, 영리법인 2.5% 순이다.[71] 한편 2013년도 서울시 요양보호사를 대상으로 한 실태조사에 따르면 시설 장기요양기관의 운영주체는 지자체 위탁이 47.0%, 개인 사업자 22.8%, 비영리법인 21.4%, 영리법인 8.8% 순이었다.[72]

3. 요양병원과의 구별

요양병원은 의료법상의 의료기관이다(의료법 제3조 제2항 제3호 라목). 의사와 간호사가 상근해야 하지만 요양보호사 등 간병을 위한 인력을 직접 채용할 것이 강제되지는 않는다. 입원하기 위해 별도의 자격심사가 필요하지 않다. 진료행위에 대한 금액 부담은 국민건강보험으로부터 지급되거나 보험급여의 대상이 아닌 치료행위나 간병비용 등에 대해

---

71) 강은나 외, 앞의 보고서, 419면.
72) (사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태 및 개선방안 연구보고서』, 2013, 24면.

서는 환자 개인이 부담한다. 시설 장기요양기관은 의료기관이 아니다. 노인장기요양보험법상의 기관이며 노인장기요양보험에서 급여비용을 지급한다. 노인요양시설의 경우 1명 이상의 의사를 배치해야 하지만 계약의사로도 대체가능하므로 의사가 시설 내에 상주하지 않는 경우도 있다. 다만 요양보호사는 입소자 2.5명당 1명을 직접 채용해야 한다.[73] 65세 이상의 노인 또는 노인성질환을 가진 65세 미만의 환자 중 장기요양등급판정을 거쳐 입소 자격을 얻어야 입소할 수 있다.

Ⅲ. 교대근로

1. 실태

(1) 교대제의 유형

시설 요양기관에서 제공하는 '시설급여'는 장기요양기관에 장기간 입소한 수급자에게 신체활동 지원 및 심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등을 제공하는 장기요양급여이다(노인장기요양보험법 제23조 제1항 2호). 필연적으로 시설 요양기관은 24시간 운영된다. 즉 연속적으로 장시간의 급여 제공이 이루어진다. 이러한 운영상의 특수성으로 인해 교대제 근로 유형이 활용된다.[74]

교대제의 종류는 어떠한 기준을 세우는지에 따라 매우 다양한 종류로 나뉜다. 사업장이 운영되는 시간에 따라 사업주가 몇 시간을 단위로 하여 몇 개 조를 운영할지 결정하기 때문에 교대제의 종류는 일률적인 기준으로 분류해서 논의하기에 무리가 있다. 시설 요양보호사가 종사하는 시설 장기요양기관은 24시간 운영되는데, 실태조사 보고서 등에서 시설 요양보호사의 교대근로를 논할 때에는 주로 하루 중 몇 번 교대하는지

73) 노인인복지법 시행규칙 제22조 제1항 [별표 4] 6. 직원의 배치기준.
74) 임종률, 앞의 책, 2016, 425면 참고.

에 따라 2교대, 3교대 등으로 표현하고, 몇 개 조로 나뉘어 교대하는지에 따라 2조, 3조, 4조 등으로 표현한다. 한편 하루 단위 내에 교대가 이루어지지 않고 24시간 마다 교대가 이루어지는 경우도 있다. 이를 격일제, 24시간 맞교대, 1일 맞교대로 부른다.[75]

따라서 시설 요양보호사의 근무 시간 유형에는 주간 근무(09:00~18:00) 및 저녁·야간 근무(18:00~09:00) 외에 '24시간 근무+2일 휴무(일명 퐁당당)', 24시간 격일제(일명 퐁당퐁당), 2교대, 3교대 등 교대 근무 유형이 포함된다. 이러한 요양보호사의 근무 시간 유형 중 교대근로는 야간근로와 연장근로 및 휴일근로를 수반한다. 교대제 유형 중 '24시간 근무+2일 휴무' 형태와 3교대를 제외한 24시간 격일제, 2교대의 경우 1주 52시간을 초과하여 '법정근로시간'을 초과하는 문제가 발생한다.

(2) 시설 요양보호사의 교대근로 실태

2019년도 장기요양 실태조사에 따르면 '요양보호사'의 주된 교대제 형태는 2교대, 3교대 및 '24시간 근무+2일 휴무'이다. 전체적으로 2교대가 39.7%로 가장 높다. 이외에 '24시간 근무+2일 휴무'가 24.0%, 3교대가 15.6%, 주·야간 근무자 별도 채용이 10.9%, 24시간 격일제가 5.6%, 기타 2.6%, 4교대 1.7% 순으로 나타났다.[76] '시설 요양보호사'의 교대제 형태 또한 시설의 규모 불문 2교대제의 비율이 가장 높아서 10~29명 45.1%, 30~49명 50.2%, 50명 이상 43.3%로 나타났다. 야간근로의 운영 형태는 66.3%가 교대제를 통해서 운영하고 있었으며, 17.2%가 야간근로 전담자 채용을 통해, 15.0%가 '교대제+야간근로' 전담자를 통해 운영하는 것으로 나타났다.[77]

---

75) 곽경민 등, 『좋은 교대제는 없다: 우리가 꼭 알아야 할 교대제 이야기』, 한국노동안전보건연구소, 2015, 107-108.

76) 교대제 근로를 하는 요양보호사 중에서는 2교대가 43.6%, 3교대가 32.5%, 24시간 근무+2일 휴무가 15.9%, 24시간 격일제가 4.7% 순으로 나타났다. 강은나 외, 앞의 보고서, 582면.

(사)보건복지자원연구원의 보고서에 따르면 이와 같은 교대제 형태의 비율은 시설 요양기관의 운영 주체가 누구인지에 따라 다르게 나타난다. 운영주체가 지자체 위탁시설인 경우 8시간 3교대제(71.9%)의 비율이 가장 높았고, 비영리법인인 경우 8시간 3교대제(34.8%), 12시간 2교대제(31.5%) 순으로 나타났으며, 개인사업자인 경우 24시간 격일제(54.5%)의 비율이 가장 높았으며, 영리법인 또한 24시간 격일제(39.5%) 비율이 가장 높았다.[78]

이하에서는 시설 장기요양기관에서 주로 사용되는 교대제 형태들을 중심으로 법정근로시간 위반 여부를 논의하겠다.

2. 근로기준법에 위반되는 교대근로

2019년도 장기요양 실태조사에 따라 파악된 시설 요양보호사의 교대근로 중 24시간 맞교대는 명백한 법정근로시간 위배로 평가되는 것이 일반적이나, 교대제 형태만 가지고 일률적으로 판단할 수는 없다.

한편 가장 높은 비율을 차지하는 2교대제 그리고 그 다음으로 높은 비율을 차지하는 '24시간 근무+2일 휴무'도 주당 근로시간이 52시간을 초과하는 경우가 생긴다.[79]

교대제 근로형태의 법정근로시간 위반 여부는 단순히 근로시간뿐만 아니라 휴게시간이 실질적으로 보장되고 있는지, 주휴일 보장 문제 및 야간근로자의 수면시간을 근로시간에서 제할 수 있는지의 문제와 관련하여 복합적으로 고찰해야 할 필요가 있고 각 시설 요양기관에서 실시되고 있는 교대제 형태만으로 근로기준법 위반 여부를 판단하기는 어렵다.

다만 24시간 맞교대는 사실상 법정근로시간을 상회할 수밖에 없는 교

---

77) 강은나 외, 앞의 보고서, 19-20면.
78) (사)보건복지자원연구원, 앞의 보고서, 35-36면.
79) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 84면.

대제로 평가된다. 야간 수면시간을 휴게시간으로 산정하여 총 소정근로시간이 법정근로시간 상한을 넘지 않도록 하는 경우도 있으나, 시설 장기요양기관의 계속적 돌봄을 제공해야 하는 업무적 특성상 야간 수면시간 등의 휴게시간 여부는 신중하게 판단되어야 한다. 24시간 근로를 한 후에 만 하루 동안 쉬기는 하지만 이 시간은 휴일이 아닌 24시간 근로시간동안 미뤄둔 휴식권과 수면권을 몰아서 사용하는 의미가 더 크다. 따라서 24시간 맞교대는 교대근로의 형태 중 인간의 수면권과 건강권 및 자유권을 가장 심각하게 제약하는 교대제라고 할 수 있다. 실제 24시간 맞교대 근로를 하는 시설 요양보호사 중 별도의 주휴일이나 연차를 제대로 보장받지 못하고 불가피하게 쉬어야 하는 경우 본인이 직접 일당을 지급하고 대체근로자를 구해야 휴일을 확보할 수 있는 경우가 빈번하다.

2교대제 또한 법정근로시간을 상회하는지와 관련하여 야간조를 맡은 시설 요양보호사의 경우 수면시간으로서 소정근로시간에서 제외된 시간이 실제사용자의 지휘·감독에서 벗어난 휴게시간인지 개별적 사안별로 검토하여 법정근로시간 위반 여부를 판단하는 것이 필요하다.

3. ‘24시간 근무+2일 휴무’ 근로형태와 탄력적 근로시간제

‘24시간 근무+2일 휴무’의 형태의 교대제는 그 휴게시간을 어떻게 설정하느냐에 따라 1주 52시간제에 저촉되는 것만은 피할 수 있다. 예를 들어 24시간 일을 하고 2일 쉬는 방식에서 24시간 중 8시간을 휴게시간으로 잡는다. 한 달이 30일이라면, 휴게시간을 제외한 근로시간인 16시간에 실제 근로한 날인 10일을 곱하면 총 160시간이 된다. 이를 4주로 나누면 1주에 40시간, 1일 8시간 근로한 것으로 된다.[80]

그렇다면 시설 요양보호사의 ‘24시간 근무+2일 휴무’ 형태가 근로기준법상 탄력적 근로시간제의 요건을 갖추어 적법할 수 있는지 살펴보도록

80) 손정순 외, 앞의 보고서, 2015, 57면.

하겠다. 탄력적 근로시간제는 미리 시행할 기간 등을 정해놓고 특정 주나 날에는 법정근로시간을 초과하여 근로할 수 있도록 하되 미리 정해놓은 단위기간 동안의 평균 근로시간이 1주 40시간을 초과하지 않으면 법정근로시간을 초과하지 않은 근로로 취급한다. 그 특정 주나 날에 초과한 근로시간에 대하여는 연장근로수당을 지급하지 않아도 된다. 근로기준법의 탄력적 근로시간제는 단위 기간의 길이에 따라 2주 이내의 것(근로기준법 제51조 제1항)과 3개월 이내의 것(근로기준법 제51조 제2항)으로 나뉜다.[81]

(1) 2주 이내의 탄력적 근로시간제

사용자는 취업규칙으로 2주 이내 일정 단위기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 40시간을 초과하지 않는 범위에서 특정한 주에 40시간을, 특정한 날에 8시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다. 단 특정한 주의 근로시간은 48시간을 초과할 수 없다(근로기준법 제51조 제1항). 이러한 경우에도 당사자 간에 합의하면 1주 간에 12시간을 한도로 근로시간을 연장할 수 있다(근로기준법 제53조 제2항).

2주 이내의 탄력적 근로시간제는 3개월 이내의 탄력적 근로시간제와 달리 12시간 초과 불가 내용이 없이 특정한 주에 48시간을 초과할 수 없다는 내용만 규정하고 있다. '24시간 근무+2일 휴무'의 근로형태는 제51조 제1항 단서 요건에는 부합한다. 그러나 단위기간을 2주 이내로 정해야 하므로, 애초에 '24시간 근무+2일 휴무'의 근로형태를 약속하고서 시설 요양기관에 입사하는 상황과 맞지 않다. 따라서 시설 요양보호사의 '24시간 근무+2일 휴무'의 교대제는 2주 이내의 단위기간 동안에만 시행되는 것이 아닌 한 제51조 제1항의 탄력적 근로시간제로는 정당화 될 수 없다.

81) 임종률, 앞의 책, 425면.

(2) 3개월 이내의 탄력적 근로시간제

사용자는 근로자대표와의 서면합의에 따라 3개월 이내의 단위기간을 평균하여 1주 간의 근로시간이 40시간을 초과하지 않는 범위에서 특정한 주에 40시간을, 특정한 날에 8시간을 초과하여 근로하게 할 수 있다. 단 특정한 주의 근로시간은 52시간을, 특정한 날의 근로시간은 12시간을 초과할 수 없다. 이러한 경우에도 당사자 간의 합의에 따라 1주 간에 12시간을 한도로 근로시간을 연장할 수 있다(제53조 제2항). 사용자와 근로자대표와의 서면합의에는 대상 근로자의 범위, 3개월 이내의 일정한 기간으로 정한 단위기간, 단위기간의 근로일과 그 근로일별 근로시간 및 그 밖에 대통령령으로 정하는 사항을 그 내용으로 포함해야 한다(근로기준법 제51조 제2항).

3개월 이내의 탄력적 근로시간제는 사용자가 일방적으로 취업규칙으로 정할 수 없도록 하며 특정한 날에 근로할 수 있는 최대한도를 12시간으로 제한하고 있다. 2주 이내의 탄력적 근로시간제에 비해 근로자의 생활을 불규칙하게 하여 건강권을 침해하는 정도가 심하기 때문이다.[82] '24시간 근무+2일 휴무'의 근로형태가 3개월 이내의 탄력적 근로시간제 규정으로 정당화 될 수 있을 것인가? 24시간 근로에서 휴게시간을 12시간 이상 부여하지 않는 한 특정한 날의 근로시간이 12시간을 초과하지 않을 것을 규정하고 있는 제51조 제2항 단서 규정 및 제53조 제2항에 따라 연장근로가 발생한다. 예를 들어 24시간 근무 중 8시간의 휴게시간을 부여하고 있는 경우 특정한 날의 근로시간이 16시간이므로 3개월 이내의 탄력적 근로시간제 규정에 따르면 4시간의 초과 근로가 발생한다. 그런데 근로기준법 제53조 제2항에 따르면 탄력 근로시간제의 경우에도 1주 간에 12시간을 한도로 근로시간을 연장할 수 있으므로 4시간에 대한 연장근로 수당을 지급하여 근로기준법 제51조 제2항 상의 탄력적 근로시간제를 운영할 수 있게 된다. 다만 사용자는 근로자 대표와 서면 합

82) 임종률, 앞의 책, 428면.

의를 해야 하며 이러한 서면 합의의 내용에는 탄력적 근로시간제가 적용되는 근로자의 범위, 단위기간, 근로일과 근로일별 근로시간이 정해져 있어야 한다.

(3) 소결

3개월 마다 새로이 탄력적 근로시간제를 연속적으로 시행할 수 있는지, 그럴 수 없다면 각 탄력적 근로시간제 사이에는 어느 정도의 간격이 있어야 하는가? 이러한 의문이 생긴다는 것은 이미 탄력적 근로시간제의 취지에 벗어난다는 반증으로서 시설 요양보호사의 교대근로에 적용하기 어려움을 뜻할 수도 있겠다. 따라서 시설 장기요양기관의 교대제는 적어도 3교대로 운영되어야 근로기준법상 법정근로시간에 위배되지 않을 수 있을 것이다.

4. 인수인계 시간의 근로시간 산입 여부

(1) 문제의 소재

근로기준법상 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하고 근로자가 작업시간의 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고, 실질적으로 사용자의 지휘감독 아래 놓여 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다(대법원 2017. 12. 113. 선고 2016다243978).

그런데 시설 요양보호사가 교대근로자와의 인수인계를 위해 정해진 시간보다 일찍 출근하거나 늦게 퇴근하는 경우 이러한 시간이 근로시간에 산입될 것인지가 문제된다. 이전 근무자는 근무시간 종료 이후 인수인계를 하며 교대자는 인수인계를 받기 위해 근무시간 이전에 미리 대

기하고 있어야 하는 것이 교대근로의 통상적인 모습이다. 이러한 인수인계 시간은 그동안 근로시간으로 합산되지 않고 소위 '공짜노동'으로 여겨져 왔다.

(2) 판례

시업시각 이전이나 종업시각 이후 시간대의 활동은 원칙적으로 근로시간에 산입되지 않는다. 그러나 이러한 업무활동이 본래의 업무수행과 밀접불가분한 관계에 있는 행위에 소요되는 불가결한 시간이라면 근로시간에 해당한다.[83]

시업시각 이전의 활동에 대하여 판례는 "작업 시작 전에 갖는 취업회의 내용인 갱내 근무자에 대한 보안교육이나 작업지시 및 작업조의 편성은 갱내 교대근무를 위한 필요불가결한 것으로서 사용자의 지휘・감독에 의한 구속 하에 행해질 수밖에 없으므로 실근로시간에 포함시키는 것이 타당하다"고 하였다(1993.9.28. 대법 93다3363). 또한 판례는 갱내에서의 작업준비 및 작업지시 또는 작업정리에 소요되는 1시간을 갱내 위험작업에 임한 시간이라고 인정하여 종업시각 이후의 작업정리 시간 또한 근로시간에 산입된다고 판시하였다(대법원 1993. 3. 9. 선고 92다22770).

(3) 소결

시설 요양보호사의 인수인계 시간 역시 실제 조회 등의 형식을 통해 이루어지는 등 사용자의 지위·감독권이 미치는 근로시간에 해당된다. 나아가 시업시각 이전 및 종업시각 이전의 업무활동시간에 대한 위 판례의 입장에 따르더라도 시업시각 이전에 미리 와서 대기하여야 하고, 종업시각 이후 다음 교대자에게 인수인계가 이루어져야 하는 시설 요양보

83) 조용만·김홍영, 『로스쿨 노동법 해설』, 2019, 199-200면.

호사의 교대근로에서 이루어지는 인수인계 시간은 근로시간에 산입되어야 할 것이다.

Ⅳ. 시설 요양보호사의 포괄임금제 문제

1. 실태

시설에서 종사하는 요양보호사의 포괄임금계약은 광범위하게 이루어져왔다. 2012년 국가인권위원회는 포괄임금제를 남용하여 장시간근로와 저임금을 유발하는 실태를 개선할 것을 권고하였다.[84] 이에 따라 2013년 보건복지부는 노인장기요양기관 표준근로계약서를 보급하여 위 표준근로계약서에서 요양보호사의 근로형태는 물론 근무시간 및 휴게시간을 상세하게 적도록 하고 있다. 임금 또한 기본급, 연장수당, 야간수당, 휴일수당으로 항목을 나누어 적도록 하여 요양보호사의 근로계약 조건을 개선함으로써 그동안의 포괄임금제 남용으로 인한 불이익에 제동을 가하고 있다.[85]

2. 이론 및 종전 판례의 태도

포괄임금제는 근로시간과 밀접한 문제이다. 근로계약 체결시 임금이 미리 명시되어야 하며(근로기준법 제17조 제1항 1호), 근로계약상 정해진 임금을 토대로 가산임금이 더해지는 것이 원칙이다. 그런데 가산임금 지급을 위한 근로시간을 매번 산정하기 번거롭다는 이유로 연장·야간·휴일근로가 근로계약 체결시부터 예정되어 있는 경우 기본임금을 미리 정

---

84) 국가인권위원회 상임위원회, “요양보호사 노동인권 개선 정책 권고”, 2012. 6. 14. 결정.

85) 보건복지부 보도자료, “노인장기요양기관 건강관리가이드라인 및 표준근로계약서 개발·보급”, 2013. 1. 17.

하지 않고 기본급에 가산임금을 합한 일정한 액수를 월급으로 정하는 것이 포괄임금제이다.[86] 즉 연장근로시간, 야간근로시간, 휴일근로시간을 따로 산정하지 않으며 그 가산임금 또한 별도로 계산하지 않는다는 점에서 근로기준법상 근로시간법제의 규율이 완화된 예로 볼 수 있다.

포괄임금제가 적법하기 위한 요건으로서 종전 판례는 근로시간의 산정이 어려울 것과 관계없이 "근로시간 및 근로형태와 그 업무의 성질 등을 참작하여 근로자의 승낙 하에 제 수당을 미리 기본임금에 합산한 일정액을 월 급여액으로 지급하는 내용의 계약을 체결하였다고 하더라도 단체협약이나 취업규칙에 비추어 근로자에게 불이익이 없고, 제반 사정에 비추어 정당하다고 인정"된다면 포괄임금제가 적법하다고 판시하였다.[87] 그러나 근로시간의 산정이 가능한 경우에도 포괄임금제를 허용하는 판례의 태도는 근로기준법을 형해화 시킨다는 비판을 받아왔다.[88]

이후 대법원은 "근로시간의 산정이 어려운 경우가 아니라면 달리 근로기준법상의 근로시간에 관한 규정을 그대로 적용할 수 없다고 볼 만한 특별한 사정이 없는 한 앞서 본 바와 같은 근로기준법상의 근로시간에 따른 임금지급의 원칙이 적용되어야 할 것이므로, 이러한 경우에도 근로시간 수에 상관없이 일정액을 법정수당으로 지급하는 내용의 포괄임금제 방식의 임금 지급계약을 체결하는 것은 그것이 근로기준법이 정한 근로시간에 관한 규제를 위반하는 이상 허용될 수 없다"고 판시하였다(대법원 2010. 5. 13. 선고 2008다6052 판결). 즉 판례의 견해에 따르면 포괄임금계약은 첫째 근로시간의 산정이 어려운 경우이면서 둘째 근로자에게 불이익이 없고 정당하다고 인정되어야 유효하다.[89]

---

86) 임종률, 앞의 책, 452면.
87) 대법원 1992. 2. 28. 선고 91다30828 판결.
88) 양승엽, "근로시간이 산정가능한 경우의 포괄임금제 인정 요건"-대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결-, 『월간노동리뷰』, 2016년 12월호, 106면.
89) 이에 대한 비판으로 임종률 교수는 '근로자에게 불이익이 없고 제반사정에 비추어 정당할 것이라는 기준'은 동어반복에 불과하다고 언급한다. 임종률, 앞의 책, 453면.

3. 시설 요양보호사의 포괄임금계약의 유효 요건

시설 요양보호사의 경우 근로계약 체결시 임금을 정함에 있어서 교대근로나 야간근로 등의 경우에 근로시간의 산정이 어려운지에 대한 별도의 고려 없이 포괄임금제에 따른 임금계약이 체결되는 경우가 드물지 않았다. 이러한 관행에 대해 제동을 걸었다고 평가받는 판결이 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결이다.

판례에 나타난 사실관계에 따르면, 이 사건 요양보호사들 B, C와 장기요양센터의 장 A는 근로계약을 체결함에 있어서 일체의 법정수당과 상여금 등이 포함된 월정액을 급여로 지급받기로 하는 포괄임금계약을 체결하였다. 이에 B와 C는 매월 110만원의 급여를 받았다. B와 C는 A가 운영하는 시설 장기요양기관에서 3교대로 근무하였다. 주간근무자는 08:30에 출근하여 18:30까지 근무하였으며 휴게시간은 1시간이었다. 휴게시간을 제외한 총 9시간 동안 주로 중증 치매환자인 요양대상자의 기저귀를 갈아주고 식사할 때 거들어 주며 목욕을 시켜주고 청소하고 약을 챙겨 주는 수발 업무를 하는 등 출·퇴근 시간 및 근로를 제공하는 장소가 정해져 있고 정해진 일과에 따라 상당한 밀도의 업무를 했다. 야간근로자는 18:30에 출근하여 다음 날 08:30까지 근무하였으며 요양대상자의 얼굴을 닦아주고 아침식사를 도와주는 등의 업무를 하였다. 야간근로자의 근로계약서 상 휴게시간은 4시간이었으나 야간에 요양대상자가 비상벨을 누르는 경우가 많아 잠을 자지 못하고 늘 대기상태에 있었다. 야간수면실은 4층 원장실을 통해 출입할 수 있고 수면실 내에 병실에 있던 것과 같은 간이침대 2개와 침구류가 있을 뿐이어서 요양보호사들이 위 야간수면실에서 수면을 취하기 어려웠다. 즉 야간근무시간에도 1시간을 넘는 휴게시간이 없이 육체적·정신적 부담이 상당한 것으로 보이는 사정이 있었다.

이 사건에서 제1심은 위와 같은 시설 요양보호사들의 근무형태가 근

로시간의 산정이 어려운 경우에 해당하므로 포괄임금제 약정이 유효하다고 판단하였다. 이를 전제로 검사가 제출한 증거들만으로는 미지급된 최저임금액이 있음을 인정하기 어렵다고 판단하여 무죄를 선고하였다(의정부지방법원 2014. 6. 19. 선고 2014노153 판결). 이에 대하여 2심과 대법원은 요양보호사들의 실제 근무형태를 구체적으로 살펴본 뒤 이 경우 근로시간의 산정이 어렵지 않다고 판단하였다. 위 사실관계에서 알 수 있듯이 1시간 정도의 휴게시간을 제외하고는 업무시간 내내 고강도의 업무를 수행했으므로 요양보호사의 근로시간이 출근 이후부터 퇴근 전까지로 보면 되기에 그 산정이 어려운 경우가 아니기 때문이다.

"포괄임금제 적용이 가능한 '감시 단속적 업무에 종사하는 자'의 경우도 근로기준법 제63조에 의하면 '사용자가 고용노동부장관의 승인을 받은 경우'에 한하여 근로시간, 휴게와 휴일에 관한 근로기준법 규정이 적용되지 아니하므로, 포괄임금제가 인정되기 위해서는 엄격한 요건"[90]이 필요한데 위 사안 시설 요양보호사의 경우 근로시간 산정이 어려운 경우에 해당하지 않는다고 판단하였다. 또한 당시 최저임금법상의 최저임금[91]에도 미치지 못하는 임금을 지급함으로써 요양보호사들에게 불이익이 있으므로 위 포괄임금계약은 무효라고 판단하였다.

이러한 대법원의 입장은 이전에는 광범위하게 허용되던 포괄임금제에 제동을 걸고 있는 판례의 입장이 시설 요양보호사의 사안에도 적용되고 있음을 보여준다. 특히 1심에서 3교대 근무를 수행하는 시설 요양보호사의 근로시간 산정이 어렵다고 판단한 반면, 2심 및 대법원은 이러한 시설 요양보호사의 교대근로형태에 따른 근로시간 산정 가부를 구체적으로 검토했다. 이에 따라 근로시간 산정이 가능한 시설 요양보호사의 근

90) 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결.

91) "최저임금법에 따라 고시된 시간당 최저임금은 2010. 1. 1.부터 2010. 12. 31.까지의 경우 4,100원(수습기간 중인 경우 3,690원), 2011. 1. 1.부터 2011. 12. 31.까지의 경우 4,320원(수습기간 중인 경우 3,888원), 2012. 1. 1.부터 2012. 12. 31.까지의 경우 4,580원인바"(의정부지방법원 2014. 6. 19. 선고 2014노153 판결)

로시간 및 그에 따른 임금 산정시 근로기준법상 근로시간 규정을 침탈하는 포괄임금계약은 무효라고 판단하였다.[92]

4. 소결

위에서 검토한 바와 같이 시설 요양보호사의 포괄임금제 문제는 근로시간 산정이 어렵거나 불가능한 경우가 아님에도 불구하고 포괄임금제를 통해 근로형태와 임금을 정함으로써 근로시간법제와 최저임금법제를 잠탈하는 결과를 가져온다. 야간에도 강도 높은 노동이 촘촘하게 이루어질 수밖에 없는 시설 요양기관의 특성은 근로시간 산정이 어려워 포괄임금제를 적용해야 할 이유가 될 수 없다. 오히려 시설 요양보호사의 건강권과 수급자의 생명권이 충돌되지 않도록 법정근로시간과 휴게시간 및 야간근로 규정에 의해 규율되어야 할 이유가 된다. 이러한 점에서 시설 요양보호사의 포괄임금계약이 무효라고 판단한 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결은 타당하다.

한편 대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결은 법원이 시설 요양보호사의 근로시간에 관한 구체적인 실태를 통해 돌봄노동의 특성을 반영한 판단했다는 점에서 의미가 있다. 우선 시설 요양보호사의 돌봄업무의 종류가 다양하고 업무시간 동안 끊임없이 이어지는 특색이 있으며 고강도의 업무라는 점을 인식하였다. 야간근로에 있어서도 근로자에게 부여된 4시간의 휴게시간이 사실상 휴게시간이라고 볼 수 없다고 판단한 것은 시설 요양보호사의 업무가 돌봄 장소인 시설에 있는 이상 휴게시간을 부여받기 어려운 특성이 있다는 점을 인식한 것으로 보인다. 또한 시설 요양보호사의 휴게시간 부여 여부를 단순히 근로계약서에 기재된 것으로 판단하지 않고 실질적으로 휴게시간이 준수될 수 있는 환경이 갖추어져 있는가를 검토하여 사용자에게 실제 휴게시간 부여 의지가 있는지를 판단 요소로 삼은 것 또한 의미 있는 부분이라 할 것이다.

92) 양승엽, 앞의 글, 107면.

Ⅴ.야간근로

1. 실태

2019년도 장기요양 실태조사에 따르면 요양보호사의 연령대가 높아질수록 야간근로의 비율도 높아지는 것으로 나타났다.[93] 근로기준법은 야간근로와 관련하여 사용자는 연소자와 임산부에게 원칙적으로 야간근로를 시키지 못한다(근로기준법 제70조 제2항). 18세 이상의 여성에게 야간근로를 시키려면 근로자의 동의를 얻어야 한다(제70조 제1항). 즉 근로기준법은 연소자, 임산부, 여성의 보호를 위한 야간근로에 대한 제한 규정을 두고 있으나 야간근로와 관련하여 고령자에 대한 보호 규정은 따로 두고 있지 않다.

2014년 국민건강보험공단의 조사에 따르면 노인요양시설 요양보호사의 67.2%, 노인요양 공동생활가정 요양보호사의 63.3%, 단기보호기관 요양보호사의 34.3%가 야간근로가 있다고 응답하였다. 월 평균 야간근로횟수는 노인요양시설이 9.5일, 노인요양 공동생활가정이 3.9일, 단기보호기관이 6.9일이다. 별도 휴식공간이 갖추어져 있는지는 노인요양시설은 63.2%, 노인요양 공동생활가정이 50.0%, 주·야간보호시설은 63.0%, 단기보호기관은 62.9%가 휴식공간이 있다고 응답했다.[94]

2. 근로기준법과 고시 내용의 충돌 여부

근로기준법에 따르면 연장근로의 경우 사용자는 연장된 근로시간에 대해 통상임금의 100분의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급해야 한

---

93) 60대와 70대 이상에서 저녁 야간 근무비율은 4.8%, 4.7%로 20대, 30대와 비교해 상대적으로 높게 나타났다. 강은나 외, 앞의 보고서, 580면.

94) 이정석 외, 앞의 보고서, 74면.

다. 휴일근로의 경우 8시간 이내의 휴일근로는 통상임금의 100분의 50 이상을, 8시간을 초과한 휴일근로에 대하여는 통상임금의 100분의 100 이상을 가산하여 지급해야 한다(근로기준법 제56조). 개정 근로기준법은 휴일노동의 가산수당 할증률을 명확화 하였다.

노인장기요양보험법은 장기요양기관이 국민건강보험공단으로부터 지급받은 장기요양급여비용 중 보건복지부장관이 정하여 고시하는 비율에 따라 그 일부를 요양보호사에 대한 인건비로 지출할 것을 규정하고 있다(제38조 제6항). 이에 따라 급여기준 고시에서 요양보호사에 대한 인건비 지출비율을 규정하고 있다(급여기준 고시 제11조의2). 요양보호사의 야간근로 및 휴일근로에 대한 인건비 산정에 대해서는 따로 규정하고 있지 않다. 다만 각 급여유형에 따라 급여가 야간 혹은 휴일에 이루어진 경우 급여비용을 가산하여 지급할 것을 규정하고 있다.[95] 급여비용이란, 공단이 심사하여 지급하기로 결정한 공단부담금과 본인부담금의 합계를 의미한다(급여기준 고시 제11조의2 제2항). 야간 및 휴일에 이루어진 급여에 대한 급여비용 할증 규정은 요양보호사의 야간근로 및 휴일근로에 대한 가산임금과는 별개의 문제로서 고시 상 규정된 급여비용 할증 비율과 상관없이 요양보호사의 야간근로 및 휴일근로에 대해서는 근로기준법상 규정을 따라야 한다.[96]

---

95) 급여비용이란, 공단이 심사하여 지급하기로 결정한 공단부담금과 본인부담금의 합계를 의미한다(급여기준 고시 제11조의2 제2항).

96) 따라서 위 고시에서 '18시 이후 22시 이전'에 급여를 제공한 경우에는 20%를, '22시부터 06시 사이', '공휴일'에 급여를 제공한 경우 급여비용의 30%를 가산하여 급여비용을 지급할 것을 규정하고 있는 것이 근로기준법에 따른 야간근로 및 휴일근로에 대한 50% 이상 가산임금 지급 규정에 배치되는 것으로 해석하는 것은 타당하지 않다. 손정순·남우근·최혜인·김진숙·문상흠, 『안산시 요양보호사 노동실태와 개선방안 연구』, 안산시·안산시비정규직노동자지원센터, 2015, 8면 참조.

3. 야간휴게시간과 근로시간의 구별 문제

(1) 문제의 소재

근로기준법은 근로시간의 개념을 별도로 규정하고 있지는 않지만, 근로시간과 구별 개념으로서 휴게시간을 규정하고 있다. 법정근로시간 산정에 있어서 휴게시간은 포함되지 않는다(근로기준법 제50조 제1항 및 제2항). 휴게시간은 근로자가 자유롭게 이용할 수 있다(근로기준법 제54조 제2항). 작업을 위하여 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간 등은 근로시간으로 본다(제3항).

즉 실제 업무에 임하고 있지 않아도 사용자의 지휘·감독을 받고 있다면 대기시간으로서 근로시간으로 간주되며 사용자의 지휘·감독을 받지 않고 시간을 자유롭게 이용할 수 있다면 휴게시간이다.[97] 사용자는 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 한다(근로기준법 제54조 제1항).

따라서 시설 요양보호사의 야간 휴식시간 또는 수면시간이 근로기준법상 휴게시간에 해당하는지 아니면 근로시간에 산입되어야 하는지 여부는 그 주어진 시간에 붙여진 명칭에 따라 정해지거나 관행으로 결정되는 것이 아닌 사용자의 지휘·감독이 미치고 있지 않아서 그 시간을 자유롭게 사용할 수 있는지를 기준으로 판단한다.

그런데 몇몇 심층 면접 연구에 따르면, 끊임없이 돌봄이 연속되는 시설 장기요양기관 업무의 특성상 시설 요양보호사에게 휴게시간에 대한 인식이 없거나[98] 24시간 교대제 근로에서 16시간 근로시간, 8시간 휴게시간으로 정하였으나 별도의 수면시설이나 휴게시설이 없는 등[99] 시설 장기요양기관에서의 휴게시간은 요양보호사 입장에서는 도저히 향유할

97) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 84면.
98) 권현정 외, 앞의 논문, 22면.
99) 손정순 외, 앞의 보고서, 2015.

수 없는 권리이자 시설기관 입장에서는 교대제 근로형태 운영에 있어서 법정근로시간 초과를 우회하기 위한 수단이 되고 있다.

한편 대전지방고용노동청 천안지청 또한 시설 요양보호사의 야간수면시간 전부와 식사시간 일부를 대기시간으로 판단하여 2018년 2월 경 '체불 임금 등·사업주 확인서'를 발급한 사례가 있다. 이는 노동계로부터 "노동부 진정단계에서 요양보호사 야간수면시간 전부를 대기시간으로 판단한 첫 사례"로 평가된다.[100]

이후 요양보호사의 야간근로 중 휴게시간에 대해, 의정부지방법원은 이것이 휴게시간인지 아니면 사실상 대기시간으로서 근로시간에 해당되는지에 대한 판단을 했다(의정부지방법원 2018. 6. 20. 선고 2017고정1336). 이하에서는 먼저 유사한 사안으로서 사용자의 지휘·감독으로부터 벗어나 자유롭게 휴식시간을 사용할 수 있는지를 기준으로 교대제 근로를 하는 우편물운송차량 운전직 종사자와 경비원의 야간휴게시간에 대해 휴게시간인지 대기시간으로서 근로시간에 해당하는지 판단한 사안들을 살펴보겠다. 다음으로 요양보호사의 야간휴게시간에 대한 의정부지방법원의 판례를 검토하겠다.

(2) 경비원 등의 휴식시간에 대한 종전의 판례들

요양보호사에 관한 사안은 아니지만 야간휴게시간에 사용자의 실질적인 지휘·감독이 미쳤는지에 따라 근로시간 여부를 판단한 사안들이 있어왔다.

1) 24시간 격일제 근무 우편물운송차량 운전직원에 대한 사안

우편물운송차량의 운전직에 종사하는 직원이 24시간 격일제로 근무한

100) 매일노동뉴스, "요양시설 요양보호사 휴게시간 임금공제 관행 사라질까", 2018. 2. 21.

사안에서 운전직 종사자들은 근무 도중 수시로 수면, 식사 등 휴식을 취해왔지만, 출근 이후 퇴근시까지 항상 사업장 내에서 노무제공을 위해 대기하는 상태에서 틈틈히 이루어진 것이지 일정한 수면시간이나 휴식시간이 보장되어 있어서 사용자의 지휘·감독으로부터 벗어나 자유로운 휴게시간으로 이용한 것이 아니라고 판단하였다. 따라서 위의 근무 도중 수시로 이루어진 수면, 식사 등 휴식시간은 근로시간에 포함된다고 판시하였다(대법원 1993. 5. 27. 선고 92다24509 판결).

2) 24시간 격일제 근무 아파트 경비원에 대한 사안

2006년 판결에서 대법원은 경비원들의 점심저녁식사시간 및 야간근무시간이 사용자의 지휘·감독으로 부터 완전히 해방되어 경비원들의 자유로운 이용이 보장된 식사시간 및 수면시간이 주어진 것으로 인정되는 경우에 한하여 그 시간만을 실제 근로시간에서 제외할 수 있으므로 경비원 근무수칙에 야간근로 중 수면 취하다 적발 시 조치에 따른다는 내용, 관리반장이 23시부터 5시까지 졸거나 수면 취하는 근무자 있는지 순찰하여 감시 감독한 적이 있다는 증언 등이 있다면, '휴식시간은 점심시간 1시간과 저녁시간 1시간이며, 야간에는 3~4시간 정도 숙면을 취하고 있는 실정'이라는 일부 경비원들이 작성한 확인서 내용만으로 6시간을 근로시간에서 제외한 원심의 조치에 위법이 있다는 판결이 있다.

또한 경비원에 관한 2017년 판결로서 사용자가 2006. 10. 경 감시 단속적 근로자에 대한 고용노동부장관의 승인을 받은 사안에서는, 아파트 경비원의 근무시간은 07:00부터 다음 날 07:00까지 24시간 근무였고 점심휴게시간 1시간(12:00~13:00), 저녁휴게시간 1시간(18:00~19:00), 야간휴게시간 4시간(24:00~04:00)이었다. 사용자는 이 휴게시간을 제외한 18시간을 기준으로 임금을 지급했다. 6일 중 4일은 야간휴게시간에 1시간씩 순찰업무를 수행했다. 대법원은 야간휴게시간인 24:00~04:00 사이에 대해, "가면상태에서 급한 일 발생 시 즉각 반응(별도 취침시간, 장소 없

음)"이라고 기재된 문서로 이루어진 특별지시가 있었던 점, 야간휴게시간에 경비실 내 조명 켜 놓도록 한 점, 야간휴게시간에 시행된 순찰업무가 경비원마다 매번 정해진 시간에 이루어지지 않았기 때문에 나머지 휴게시간의 자유로운 이용이 방해된 것으로 보이는 점 등을 종합해보면, 위 야간휴게시간은 자유로운 이용이 보장되는 휴식수면시간이 아닌, 혹시 발생할 수 있는 긴급 상황에 대비하는 대기시간으로 볼 여지가 충분하다고 판시하였다. 또한 불을 끄고 취침하는 경비원에 대해 입주민들의 민원이 계속 제기된 점, 순찰조장이 불을 끄고 취침하는 경비원이 있는지 가면 지침을 잘 지키는지 관찰하여 보고한 점, 입주민들의 민원사항이 경비원의 근무평가에 반영되었고 이러한 근무평가는 재계약 여부에 영향을 미친 점 등으로 비루어볼 때 경비원의 야간휴게시간에 사용자의 실질적인 지휘·감독이 있었다고 판시하였다. 또한 사용자 측은 2014 .2. 6. 경비원의 휴게시간 및 휴게장소에 대해 안내문을 통해 입주민에 고지했고, 2014. 2. 8. '휴게시간', '순찰중'이라는 푯말을 제작한 후 이를 경비실에 부착하도록 했으며, 2014. 2. 13. 경비원 휴게실이 설치되었으나, 2014. 2. 이전에는 입주민들에게 경비원들의 휴게시간을 제대로 알리지 않은 채 경비원들의 휴게시간을 보장하기 위한 별다른 노력을 기울이지 않았던 점을 인정하였다. 따라서 대법원은 위와 같은 정황들을 종합하여 위 야간휴게시간 중 상당시간은 실질적으로 사용자의 지휘·감독을 벗어나 자유로운 휴식수면시간의 이용이 보장되었다고 보기 어렵다고 판단하였다. 이 판례에 대하여는 "경비원의 휴게시간 판단에 대해 사용자의 실질적 지위 감독 여부에 중점을 두었다는 점, 휴게시간 여부에 사용자의 휴게시간 보장을 위한 노력 여부에 중점을 두었다는 점에서 의의가 크다"는 견해가 있다.[101]

3) 휴식시간이 휴게시간으로서 인정되기 위한 요건

---

101) 신수정, "감시단속적 근로자인 아파트 경비원들의 가면 휴게시간 -대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결-", 『월간노동리뷰』 2018, 69면.

이처럼 24시간 격일제 근무자로서 우편물운송차량 운전직 종사자의 대기시간과 감시단속적 근로자인 아파트 경비원의 야간 휴식시간에 대해 판례는 '실질적으로 사용자의 지휘·감독을 벗어나' '자유롭게' 휴식이나 수면을 취할 수 없으므로 근로시간에 포함되지 않는 휴게시간으로 볼 수 없다고 판시하였다.

오대영 박사 또한 근로기준법과 판례, 행정해석, 학설의 태도를 바탕으로 휴식시간이 휴게시간으로서 인정되기 위한 요건으로서 첫째 휴게시간이 미리 특정되어 근로자가 알고 있을 것, 둘째 이러한 휴게시간 중에는 근로자가 사용자의 지휘·감독에서 완전히 벗어나 자유로이 이용할 수 있도록 보장되어 있을 것을 제시하였다. 그리고 두 번째 요건은 구체적으로 사용자로부터 언제 업무 지시가 있을지 불명한 상태에서 기다리고 있는 시간이어서는 안되고 급한 일이 있을 경우 즉시 반응해야 하는 경우에 해당해서도 안된다는 기준을 제시한다. 이러한 기준에 따라 시설 요양보호사의 야간근로 및 휴식시간의 실태에 비추어 볼 때, 시설 요양보호사의 야간 휴식시간은 특별한 사정이 없는 한 장기요양기관의 지휘감독으로부터 완전히 벗어나 요양보호사가 자유롭게 이용할 수 있어서 근로시간에 산입되지 않는 휴게시간으로 볼 수 없다.[102]

위 판례들은 우편물운송차량 운전직 종사자 및 감시 단속적 근로자인 경비원에 대한 것들로서 이들의 대기시간 및 야간 휴식시간이 근로시간에 해당한다고 판단한 사안들이다. 직종과 업무의 내용에 따라 일률적으로 판단하기는 어렵겠지만 돌봄노동의 특성상 시설 요양보호사의 휴식권은 수급자의 생존권과 충돌하는 면이 있기 때문에 이러한 특성이 반영된 업무분담 및 휴식방식이 필요함에도 이러한 고려 없이 총 휴식시간만 정해놓은 경우가 대부분이다. 또한 근로의 모습이 휴식시간에 맞춰 업무를 조절하기가 어렵고 주·야간 불문 상시적으로 수급자의 요청에 반응해야 하므로 사용자의 지휘·감독권이 미치고 있는 것은 물론 사실상

102) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 86면.

업무의 이행이 연속되고 있다고 볼 수 있을 것이다. 따라서 시설 요양보호사의 야간근로에 있어서 야간 휴식시간은 휴식시간이 아닌 근로시간에 해당된다고 할 수 있다.

(3) 요양보호사의 야간휴식시간에 대한 법원의 태도

1) 사실관계

사용자 A는 상시근로자 14명을 고용하여 시설 요양기관을 운영하여왔다. 요양보호사 B와 요양보호사 C는 위 시설 요양기관의 근로자이다. 위 기관에 고용된 요양보호사의 야간휴게시간과 관련하여 1심 법원이 인정한 사실관계는 다음과 같다.

사용자 A와 요양보호사 B와 요양보호사 C의 근로계약서 상 근로시간은 오전 9시부터 다음날 오전 9시까지이다. 휴게시간은 총 7시간으로 야간에는 밤 10시 이후부터 다음날 오전 6시 사이에 5시간 이상으로 하되, 휴게시간을 자유롭게 이용할 수 있는 점 및 취침이 가능하다는 점이 근로계약서 상 기재되어 있었다. 교대제 형태의 야간근무조가 편성되어있기는 했으나 실제로는 근무표의 시간대별로 근무와 휴게가 번갈아가며 이루어지지는 않았다. 대신 입소자들의 방 앞에 모여 휴식 및 수면을 취하다가 입소자를 돌보아야 하는 상황이 발생한 경우 1인 또는 2인 이상이 함께 요양을 제공하거나, 입소자들의 방마다 구역을 나누어 각자 요양을 제공하였다. 실질이 이러했으므로 야간근무일지 또한 교대근로로서 시간대별로 작성되지 않았다. 아침에 일괄적으로 1인이 작성하여 나머지 요양보호사들은 서명만 했다.

또한 위 시설 요양기관에는 휴게공간이 따로 없었다. '휴게실'이라고 명패가 부착된 곳은 실제 탈의실로 사용되었다. 게다가 사용자 A는 수사기관에서 위 '휴게실'이 '인가 요건 상' 필요했기 때문에 형식적으로 명패를 부착해 둔 것이라고 진술 한 적이 있었다. 요양보호사들이 실제로

야간휴게시간에 휴식 및 취침한 장소는 입소자들의 방 앞이었다. 즉 근무 장소와 분리된 곳이 아니어서 휴식을 취할 만한 공간이 아니었다.

2) 법원의 판단

의정부지방법원은 위와 같은 점들에 비추어 볼 때 요양보호사들이 휴게시간에 업무에서 확실히 벗어날 수 없었다고 판단하였다.

위 요양기관의 건물은 밤 11시경 출입문이 닫혀서 야간휴게시간 동안 자유롭게 외출할 수 없었다. 지하 주차장을 통해 외출이 가능하였다고는 하나 이러한 사실에 대해 요양보호사들이 몰랐던 것으로 보인다고 인정하였다.

야간 업무의 내용 및 그 강도에 대하여, 야간에도 입소자들의 배변처리를 해야 했던 점, 소리를 지르면서 난동을 부리는 경우가 있었던 점 등 돌봄에 대한 수요가 적지 않았으며 이러한 상황이 요양보호사 1인만으로는 대응할 수 없는 경우도 있었던 점이 인정되었다. 이러한 야간의 업무 내용 및 강도 하에서 앞서 검토한 상황에서 알 수 있듯이 휴게장소가 따로 없었고 교대제 근로가 이루어지지 않았다.

법원은 이러한 상황에 대해 '잠재적인 업무 수행의 가능성'이 실현된 빈도가 잦았으므로 요양보호사들이 휴게시간의 자유로운 이용을 방해받았다고 판단하였다.

즉 요양보호사 B와 요양보호사 C가 입소자와 분리된 별도의 휴게장소 없이 교대제가 아닌 상시적인 근무형태로 근무했던 점, 그 업무 내용과 강도가 휴식 및 취침을 취하거나 자유롭게 근무 장소를 이탈할 수 없을 정도였던 점을 인정하였다. 근로계약서상 기재된 야간휴게시간의 이용을 방해받을 정도로 잠재적인 업무 수행의 가능성이 잦았다고 판단하였다.

따라서 사용자 A가 요양보호사 B와 요양보호사 C에게 연장 및 야간 근로수당을 지급해야 하며 위 체불임금에 대한 사용자 A의 고의 또한 인정하였다. 이에 따라 사용자 A가 위 두 명의 요양보호사에 대해 임금

약 3550만원을 지급하지 않은 것에 대해 벌금 300만원을 선고하였다.

3) 검토

위 사안에서 요양보호사 B의 근로기간은 2013. 12. ~ 2015. 2. 이다. 요양보호사 C는 2014. 1. ~ 2015. 3.이다. 그 근로형태가 24시간 격일제인지 '24시간 근무+2일 휴무'의 형태인지는 불분명하다.

사용자 A는 상시고용인원 14인의 시설 요양기관을 운영하였다. 5인 이상 30인 이하 사업장에 해당하므로 개정 근로시간법제인 1주 52시간 근로시간 상한제는 2021. 7. 1.부터 적용 받으며, 개정된 근로시간 및 휴게시간 특례 규정의 시행일은 2018. 7. 1. 이므로 위 사안에서 요양보호사들은 근로기준법 제59조 제1항 상 근로시간 및 휴게시간 특례의 적용을 받는다. 따라서 사용자와 근로자대표와 서면합의가 있는 경우 제53조 제1항 상 1주 12시간을 초과하여 연장근로하게 하거나 제54조에 따른 휴게시간을 변경할 수 있다.

위의 1심 판결은 "근로기준법상의 근로시간이라 함은 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간을 말하는바, 근로자가 작업시간의 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고 실질적으로 사용자의 지휘·감독하에 놓여있는 시간이라면 이는 근로시간에 포함된다고 할 것"이라고 하여 기존의 판례의 견해를 취하여 판단하였다.[103]

위 판례에서 나타나듯이 시설 요양보호사들은 야간근로를 하는 동안 시간대별로 돌아가면서 전담자가 있어서 별도의 휴게실로 가서 순번대로 휴식을 취할 수 있는 상황이 아니었다. 각자 맡은 구역을 야간근로시간 내내 담당한 것이었다. 또한 법원은 야간근로시 시설 요양보호사들이

103) 의정부지방법원 2018. 6. 20. 선고 2017고정1336, 대법원 2006.11.23. 선고 2006다41990 판결.

감당하는 업무의 내용과 강도 등을 살펴보아 사용자의 지휘·감독으로부터 벗어나 자유롭게 휴게시간을 사용할 수 없었다고 판단하였다.

판례의 이러한 판단은 시설 요양보호사의 야간근로 실태를 보다 구체적으로 검토하였다는 점에 의미가 있다. 또한 야간근로시간과 휴게시간을 준별하기 위한 기준을 시설 요양보호사에게도 적용함으로써 실 근로시간을 파악할 수 있게 되었다. 이에 따라 개정 근로시간제도의 근로시간 상한제도 준수의 취지가 시설 요양보호사에게도 좀 더 정확히 적용될 수 있게 되었다.

Ⅵ. 소결

1. 시설 요양보호사의 해석론적 현 위치

시설 요양보호사는 근로기준법상 근로자에 해당한다. 문제는 근로기준법의 법정근로시간과 휴게시간 규정이 제대로 준수되지 않는 점이다. 이상에서는 시설 요양보호사가 장기요양기관에서 종사하는 장기요양요원 중에서 가장 높은 비율로 교대제 근로, 야간시간 근로를 하고 있으며 이러한 장시간 근로 문제는 시설 요양보호사의 잦은 이직으로 이어져 돌봄의 질을 떨어뜨린다는 문제의식 하에 시설 요양보호사가 직면한 교대제와 포괄임금제의 근로기준법 위반 여부를 검토하였다. 또한 돌봄노동의 특성상 휴게시간이 제대로 지켜지기 어려우며 휴게시간 설정이 법정근로시간에 저촉되는 것을 우회하기 위해 이용되고 있는 실태에 주목하였다. 따라서 야간근로에 있어서 휴식시간으로 설정되었으나 근로기준법상 휴게시간인지 논란 관련 판례들을 검토하여 야간근로시간상의 휴식 및 취침시간이 근로시간으로 산입되어야 함을 확인하였다.

장기적으로 노인장기요양보험제도가 질 좋은 노인돌봄을 제공하기 위해서는 풍부한 경험과 실력을 갖춘 요양보호사를 확보하는 것이 관건이다. 그러나 오늘날 시설 요양보호사는 형식적으로는 공공부분의 돌봄 종

사자로서 근로자성이 인정되나, 실질적으로는 사적 돌봄 노동자인 간병인과 다름없는 장시간 근로의 열악한 근로조건에 처해있음을 알 수 있다.

또한 장시간 근로로 인한 잦은 이직과 이탈은 시설 요양보호사가 국민연금, 의료보험 등 사회보장제도의 사각지대에 있게 하여 50세-70세로 형성된 고령의 시설 요양보호사들이 결국 돌봄노동으로부터 은퇴해야 할 시점이 되었을 때 빈곤 노령층이 되는 악순환으로 이어질 우려가 있다.

2. 행정적 제언

(1) '장기요양정보시스템' 입력 업무인력 보강

컴퓨터 입력 업무 과다도 초과 근로의 원인 중 하나이다.[104] 한 참여관찰연구에 따르면 요양보호사는 업무시간 틈틈이 '장기요양정보시스템'에 접속하여 작성일지를 입력해야 한다.[105] 시설 요양기관의 특성상 요양보호사는 늘 수급자의 요구에 반응해야 하는 등 휴게시간과 업무시간이 혼재되어 있다. 각종 일지 작성업무는 요양보호사의 근로기준법상 휴게시간을 침범한다. 이로 인한 요양보호사의 피로누적 및 부재의 상황은 낙상사고 등의 위험이 있는 수급자에게도 돌봄의 공백으로 나타날 수 있다. 따라서 추가 인력 도입을 통해 요양보호사가 감당하고 있는 장기요양정보시스템 입력 업무를 경감할 필요가 있다.

(2) 야간근로 관련 요양보호사 배치 인원 보강

노인복지법 시행규칙 [별표4] '6. 직원의 배치기준'에서는 요양보호사 1

104) 이은주, 『나는 신들의 요양보호사입니다』, 헤르츠나인, 2019, 99면.
105) 권현정 외, 앞의 논문, 26면.

인당 2.5명을 규정하고 있다. 이 규정은 결과적으로 근로기준법상 법정근로시간과 충돌한다. 법정근로시간 및 연차와 휴가 규정을 준수하면 '요양보호사 1인당 2.5명' 기준을 항상 유지하는 것은 불가능하기 때문이다.[106] 이러한 노인복지법 시행규칙상 직원 배치기준과 근로기준법의 충돌 문제를 해결하기 위해서는 현실에 합당한 배치기준으로 인원을 보강하여 개정하거나 보충인력을 둘 수 있도록 개정할 필요가 있다. 또한 노인복지법 시행규칙의 배치기준 규정은 전체 운영시간을 기준으로 하므로 야간 운영시간만 따로 떼어 보았을 때에는 배치되는 인원이 1인당 2.5명 규정이 지켜지지 않는다. 이러한 경우 시설 요양기관이 여러 층으로 이루어져있을 경우, 한 층에 몇 명의 요양보호사가 배치되는지, 의료진이 함께 배치되어 응급의 상황에 원활히 대처할 수 있는지가 중요한 직원 배치의 기준이 된다.

또한 야간에는 치매 증상이 있는 경우 배회하는 증상이 더 강해지는 특성이 있고 침대에서 낙상 등의 부상의 위험이 상존하는 상황에서 대체인력 없이 휴게시간을 향유하는 것은 불가능에 가깝다[107]. 따라서 시설 요양보호사의 휴게시간 확보를 위한 대체인력을 제도적으로 도입할 필요성이 있다.

제3절 재가 요양보호사의 근로시간

Ⅰ. 재가 요양보호사의 고용불안 실태

1. 단시간 근로자로서 재가 요양보호사

단시간근로자란 1주간의 소정근로시간이 해당 사업장에서 같은 종류

106) 권현정 외, 앞의 논문, 25면.
107) 권현정 외, 앞의 논문, 27면.

의 업무에 종사하는 통상근로자의 1주간의 소정근로시간에 비하여 짧은 근로자를 말한다(근로기준법 제2조 제1항 8호; 기간제법 제2조 2호). '단시간 근로자' 개념은 동일한 사업장 내에 비교할 수 있는 통상근로자가 있는 경우를 전제로 한 상대적 개념이다. 따라서 소속된 요양보호사 대부분이 1일 3시간 또는 4시간 미만의 근로를 하는 재가 장기요양기관에서 통상근로자와의 비교가 불가능한 경우에 이러한 재가 요양기관에서 일하는 요양보호사가 근로기준법상 단시간 근로자로 평가될 수 있을 것인지가 문제된다. 노인장기요양보험제도상의 장기요양기관은 비록 각 요양기관이 별개의 사업장이지만 동일한 급여비용 및 임금체계 하에서 운영된다는 특수성이 있는 점과 근로기준법 및 기간제법이 단시간 근로자를 별도로 규정하여 보호하려는 취지를 고려한다면 동일 사업장 내에 비교할 만한 통상근로자가 존재하지 않더라도 재가 요양보호사를 근로기준법상 단시간 근로자로서 보호해야 필요성이 있다. 따라서 기간제법 6조에 따라 '소정근로시간'을 초과하여 근로하는 경우에 해당 재가 요양보호사의 동의를 얻어야 하며, 이 경우에도 1주간에 12시간을 초과하여 근로하게 할 수 없다(기간제법 제6조 제1항). 그리고 해당 재가 요양보호사는 자신이 동의하지 않은 초과근로를 거부할 수 있다(제2항). 소정근로시간을 초과하는 근로시간에 대하여는 통상임금의 100분의 50 이상을 가산해야 한다(제3항).

한편 초단시간근로자란 4주간을 평균하여 1주간의 소정근로시간이 15시간 미만인 근로자다. 초단시간근로자에 대해서는 주휴일과 연차휴가에 관한 규정을 적용하지 않는다(근로기준법 제18조 제3항). 퇴직급여법은 초단시간근로자에 대하여 퇴직급여제도를 설정할 의무가 없다고 규정하고 있다(퇴직급여법 제4조 제1항 단서).[108] 이에 따라 재가 요양기관이 주휴수당과 퇴직금 지급을 피하기 위해 재가 요양보호사의 주당 근로시간을 15시간 미만으로 강제하는 경우도 있다.[109]

---

108) 임종률, 앞의 책, 612-615면.
109) 한겨레, "방문요양보호사 절반은 100만원 남짓 월급으로 가족 부양", 2019.

2. 단시간 근로로 인한 저임금

2019년도 장기요양 실태조사에 따르면 요양보호사가 장기요양기관에서 일을 하는 주된 이유로 '정식 직장·직업으로 근무'가 49.1%로 가장 높게 차지했다. 그러나 위에서 살펴본 방문요양급여의 산정방식에 따르면 재가 요양보호사는 주로 단시간 근로 형태의 계약직의 지위를 가진다. 이에 따라 방문요양과 방문목욕의 월평균 임금은 각각 80.0만원, 70.0만원으로 시설기관의 월평균 임금과 비교해 낮게 나타나 재가기관에서 요양보호사로 종사하는 것이 생계 유지에 충분하지 않음을 알 수 있다. 재가기관 중에서는 단기보호(180.4만원)와 주·야간보호(178.9만원), 방문간호(153.5만원) 종사자의 월평균 임금이 높게 나타난 것으로 미루어 볼 때 방문요양을 수행하는 재가 요양보호사의 근로형태가 시간제 근로(호출근로)인 것이 결정적 요인임을 알 수 있다. 또한 최근 3개월간(2019년 6월~8월) 2개 이상의 기관에서 동시에 근무한 경험이 있는 경우의 비율이 장기요양요원 전체는 10.5%였는데 이 중 요양보호사가 11.4%로 장기요양요원의 다른 직종에 비해 여러 기관에서 동시에 근무한 경험이 가장 많았다.[110]

3. 저조한 사회보험 가입률

만 60세 이상이거나 1개월 동안 소정 근로시간이 60시간 미만인 사람은 국민연금 적용대상에서 제외된다. 3개월 이상 계속근로를 제공하는 자가 희망하는 경우와 둘 이상의 사업장에서 1개월 소정근로시간의 합이 60시간 이상인 자로 가입을 희망하는 경우 국민연금 가입 대상이다(국민연금법 시행령 제2조 제4호 나목 및 다목). 요양보호사의 58%가 가

05. 22.

110) 강은나 외, 앞의 보고서, 589면.

입/적용 대상이 아닌 것으로 나타났다. 특히 방문요양에 종사하는 재가 요양보호사의 경우 63.3%가 가입대상이 아니어서 그 비율이 시설 요양호사에 비해 높은 편이다.

건강보험 또한 1개월 동안 소정 근로시간이 60시간 미만인 사람은 적용이 제외된다. 요양보호사는 장기요양요원 중 다른 직종에 비해 건강보험가입률이 낮아서 71.1%이며, 요양보호사의 25.0%가 가입/적용 대상이 아니다.[111] 특히 방문요양과 방문목욕에 종사하는 재가 요양보호사의 가입률은 각각 63.1% 및 33.1%에 불과하다.

고용보험 또한 1개월간 소정근로시간이 60시간 미만인 단시간 근로자는 적용에서 제외되나 개월 이상 계속 근로를 제공하는 경우 고용보험의 가입대상에 해당한다(고용보험법 시행령 제3조 제1항). 고용보험 미가입률 또한 요양보호사가 가장 높게 나타났으며, 방문요양, 방문목욕에 종사하는 재가 요양보호사의 미가입률이 각각 13.6%, 18.7%로 높게 나타났다.

소정근로시간에 따른 적용 제외 규정으로 인해 요양보호사는 장기요양요원 중 다른 직종에 비해 사회보험 가입률이 낮다. 요양보호사 중에서도 방문요양, 방문목욕 즉 재가 요양기관에서 종사하는 요양보호사의 미가입률이 더 두드러진다. 이는 방문급여가 시간제 방식으로 제공되며 한 수급자당 하루 최대 3-4시간까지만 제공받을 수 있는 체계이기 때문인 것으로 보인다. 이처럼 재가 요양보호사는 단시간 및 초단시간 근로자로서 사회보험 적용의 사각지대에 놓여있다. 특히 70세 이상의 장기요양요원의 경우 국민연금 가입률은 0%, 건강보험은 39%, 고용보험은 51.2%에 불과하여 고령의 재가 요양보호사는 사실상 간병인과 같이 사회보험의 사각지대에 놓여있으면서 저임금을 받는다는 점에서 가장 불안정한 근로조건에 처해있는 돌봄노동 직군이라고 할 수 있다.

---

111) 강은나 외, 앞의 보고서, 22면.

Ⅱ. 재가 요양보호사의 업무로서의 재가급여

1. 재가급여의 개념

(1) 재가급여 우선의 원칙

장기요양제도는 수급자가 지역사회에서 가족과 함께 생활하면서 가정에서 장기요양을 받는 재가급여를 우선적으로 제공한다(노인장기요양보험법 제3조 제3항). 이에 따라 수급자 중 장기요양등급이 1등급 또는 2등급인 자는 재가급여 또는 시설급여를 이용할 수 있으나, 3등급부터 5등급까지는 재가급여만 받을 수 있다.[112] 수급자 본인에게 급여비용의 일부를 부담하도록 한 본인부담금도 재가급여는 해당 장기요양급여비용의 100분의 15를, 시설급여는 이보다 많은 100분의 20을 부담하도록 정하고 있다(법 제40조 제1항). 시설급여의 사회적 비용이 더 큰 점을 감안한 것으로 보인다.

(2) 방문요양과 방문목욕

재가급여 중 요양보호사가 수급자의 가정 등에 방문하여 제공하는 급여는 '방문요양'과 '방문목욕'이다.[113] 2019년도 장기요양 실태조사에 따

---

112) 예외적으로 3등급부터 5등급에 해당하는 자 중 다음 중 하나에 해당하여 등급한정위원회로부터 시설급여가 필요한 것으로 인정받은 자는 시설급여를 이용할 수 있다(급여기준 고시 제2조 제2항 단서).
1. 동일 세대의 가족구성원으로부터 수발이 곤란한 경우
2. 주거환경이 열악하여 시설입소가 불가피한 경우
3. 심신상태의 수준이 재가급여를 이용할 수 없는 경우

113) 이외 방문간호는 장기요양요원인 간호사 등이 수급자의 가정 등을 방문하여 이루어지며, 주·야간보호 및 단기보호는 수급자를 장기요양기관에 보호하여 이루어지는 재가급여이다(노인장기요양보험법 제23조 제1항 1호).

르면 장기요양급여 수급자가 이용하고 있는 급여유형 중 방문요양이 48.6%로 가장 큰 비율을 차지하며, 재가급여 이용자를 대상으로 한 설문조사에서, 지난 1개월 동안 이용한 적이 있는 급여유형 중 방문요양이 79.3%로 가장 높은 비율을 차지하였다. 장기요양요원이 근무하는 기관의 급여유형은 방문요양이 60.6%로 가장 많았다. 이처럼 방문요양은 노인장기요양보험제도의 주축이 되는 급여이며 전체 장기요양요원 중 90%내외를 차지하는 요양보호사의 주된 업무 형태이다.[114]

단 요양보호사가 방문요양급여 제공 중 수행한 목욕과 방문목욕은 구분되는 별개의 급여이다. 방문목욕은 방문목욕 차량을 이용하거나 목욕차량을 이용하지 않더라도 이동식 욕조, 가정 내 욕조 등을 이용하여 전신 입욕 등의 방법으로 이루어지는 재가급여의 한 종류이다. 방문목욕의 시간당 급여비용의 액수는 방문급여와 상이하다. 방문목욕은 반드시 요양보호사 2인에 의해 제공되어야 한다.[115] 방문요양과 방문목욕은 동시에 제공될 수 없다.[116] 다만 요양보호사 1인이 방문요양급여 도중 목욕서비스를 제공하는 것이 재가 요양보호사의 업무 범위를 넘는지에 대한 문제는 별개로 논의가 필요한 부분이다.

본 연구에서는 재가 요양보호사의 주된 업무인 방문요양급여를 중심으로 논의하겠다. 방문요양은 요양보호사가 수급자의 가정 등을 방문하여 신체활동 및 가사활동 등을 지원하는 장기요양급여로서(노인장기요양보험법 제23조 제1항 제1호 가목), 방문요양급여의 구체적인 내용 및 제공 기준 등은 보건복지부장관 고시로 규정하고 있다. 재가 요양보호사의 근로시간과 밀접한 관계가 있는 방문요양급여의 급여비용 산정기준과 각종 원칙을 살펴봄으로써 노인장기요양보험제도가 재가 요양보호사의 근로형태와 근로시간에 필연적으로 영향을 미치고 있는 점과 이로 인해 발생하는 근로시간과 관련한 노동법적 쟁점이 무엇인지 검토한다.

---

114) 강은나 외, 앞의 보고서, 4면.
115) 급여기준 고시 제24조 제1항 및 제2항.
116) 급여기준 고시 제14조 제1항.

2. 재가 요양보호사의 업무로서 방문요양급여

(1) 방문요양급여의 내용

1) 장소적 요소: '가정 등'

방문요양은 수급자의 가정에서 이루어진다. 장소적 요건인 수급자의 '가정 등'과 관련하여 수급자의 신체활동, 가사활동 또는 일상생활 지원과 직접적인 관련이 있는 병원동행, 식사준비를 위한 시장보기, 관공서 방문 등 특별한 사유가 있는 경우에는 가정이 아닌 곳에서도 급여 제공이 가능하나 수급자의 여행 또는 취미활동에 동행하는 것은 불가능하다.[117] 수급자가 병원에 입원한 경우 병원 입원실은 수급자의 일상생활 지원과 직접적 관련이 있는 곳이므로 장소적 기준은 충족하나 위 고시에서 수급자가 의료기관에 입원 중에는 장기요양급여를 제공할 수 없도록 명시하고 있다(급여기준 고시 제4조 제2호). 이는 장기요양급여 간의 중복제공을 금지할 뿐만 아니라, 공적 돌봄인 방문요양급여와 공적 의료보험제도가 중복되지 않도록 하기 위한 의도이다.[118] 간병인이 가정 내에서 간병노동을 하는 경우 뿐 아니라 병원에서 간병노동을 제공하는 경우에도 노동법상 가사 사용인의 지위를 가지는 것과 다른 점이다.

장소적 요소와 관련하여 오대영 박사는 장애인활동지원급여의 종류 중 하나인 활동보조의 한 내용으로 '이동보조'가 제공되고 있는 것과 비교하여 형평상 문제가 있다고 지적한다(장애인 활동 지원에 관한 법률

117) 급여기준 고시 제15조 제1항.

118) 원칙적으로 타 법령에 따른 사회복지시설에 입소중인 수급자는 장기요양급여를 받을 수 없다. 예외적으로 국가나 지자체로부터 보조금을 지원받지 않는 사회복지시설에 입소중인 수급자나 노인복지법 제32조에 따른 노인복지주택에 입소중인 수급자는 장기요양급여를 제공받을 수 있다(급여기준 고시 제4조 제1호).

제16조 제1항 1호).[119] 이처럼 장애인활동지원급여가 수급자의 이동권을 지원하는 취지에 따라 활동지원급여의 월 한도액이 최대 6,480,000원으로 장기요양법상 재가급여의 월 한도액이 최대 1,498,300원인 것과 비교할 때 급여 수준에 큰 차이가 있다. 이로 인해 가장 문제가 되는 점은 장애인활동 지원에 관한 법률에 따른 활동지원급여를 제공받던 수급자가 만 65세가 되었다는 이유만으로 활동지원급여를 신청할 자격을 상실하고[120] 장기요양법의 수급자가 됨으로써 하루 최대 4시간의 재가급여만 받게 되는 점이었다.[121] 이에 대해 국가인권위원회는 장애인이 장애특성과 환경에 따라 노인장기요양급여와 장애인활동지원 급여 중 필요한 것을 선택 할 수 있도록 관련법을 개정할 것을 권고한 바 있으며,[122] 중증장애인이 만 65세가 된 이후에도 활동급여 신청이 가능하도록 하는 개정안이 국회 본회의를 통과한 상황이다.[123]

2) 내용적 요소

① “가사 및 일상생활지원” 급여의 특수성

방문요양급여에는 구체적으로 신체활동지원, 인지활동지원, 인지관리지

119) 오대영, “장기요양요원과 수급자의 관계-수급자의 선택권과 급여외행위-”, 『사회보장법연구』, 제9권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2020, 7면.

120) 장애인활동 지원에 관한 법률 제5조 제2호 “노인장기요양보험법 제2조 제1호에 따른 노인등이 아닌 사람으로서 대통령령으로 정하는 연령 이상인 사람. 다만, 이 법에 따른 수급자였다가 65세 이후에 노인장기요양보험법에 따른 장기요양급여를 받지 못하게 된 사람으로서 보건복지부장관이 정하는 기준에 해당하는 사람은 신청자격을 갖는다.”

121) 경향신문, "돌봄서비스 하루 최대 24시간→4시간…65세 생일이 두려운 중증 장애노인들", 2020. 9. 28.

122) 국가인권위원회 상임위원회 결정, "장애인 자립생활 지원을 위한 장애인활동지원제도 개선 권고", 2016. 10. 6.

123) 더불어민주당 김성주 의원과 정의당 장혜영 의원이 각 대표발의한 법률안에 대한 대안이 2020. 12. 3. 국회 본회의를 통과하였다.

원, 정서지원, 가사 및 일상생활지원이 있다(급여기준 고시 제17조 제1항). 치매전문요양보호사에 의해 치매가 있는 수급자에게 제공되는 인지활동지원급여와 인지관리지원급여를 제외하면, 재가 요양보호사의 주된 업무는 신체활동지원, 정서지원 그리고 가사 및 일상생활지원이라고 할 수 있다.[124] 위 세 항목 중 신체활동지원과 정서지원은 수급자의 인적 특성이 명확한 항목이다. 그러나 가사 및 일상생활지원 항목은 수급자의 거주지 등 생활반경이라는 공간적 요소를 특성으로 한다. 이는 수급자의 생활반경 내에 있는 가족 등 제3자를 위한 가사 일이 재가 요양보호사의 업무에 혼재되어 있을 확률이 큼을 의미한다. 이에 따라 위 고시는 가사 및 일상생활지원은 수급자 본인만을 위해 제공해야 함을 명시하고 있고(급여기준 고시 제17조 제2항), 가정방문 급여비용의 산정은 수급자를 기준으로 적용하며 수급자 이외의 자에 대한 급여비용은 산정하지 않는다고 규정하여(급여기준 고시 제15조 제5항) 재가 요양보호사의 업무 범위를 수급자에 대한 것으로 한정하고 급여비용 역시 그에 한정하고 있다.

그러나 이는 결과적으로 가사 및 일상생활지원에 있어서 수급자에 대한 업무만을 구별하여 조절하는 것을 요양보호사와 수급자 간의 문제로 떠넘기는 결과가 된다. 수급자가 다른 가족과 함께 살고 있을 경우 가사 및 일상생활의 지원이라는 급여는 내재적으로 다른 가족들의 것까지 포함할 수밖에 없다. 따라서 동거가족이 있을 경우 급여비용 산정시 자동

---

124) 이러한 업무의 세부적인 항목은 노인장기요양보험법 시행규칙 [별지 제12호 서식]에서 규정하고 있다. 보건복지부, 『2019 요양보호사 양성 표준 교재』, 2019.

- 신체활동지원서비스: 세면도움, 구강관리, 머리 감기기, 몸단장, 옷 갈아입히기, 목욕 도움, 식사 도움, 체위 변경, 이동 도움, 신체기능의 유지·증진, 화장실 이용 돕기 등
- 일상생활지원서비스: 취사, 청소 및 주변 정돈, 세탁
- 개인활동지원서비스: 외출 시 동행, 일상 업무 대행
- 정서지원서비스: 말벗, 격려, 위로, 생활상담, 의사소통 도움

적으로 일정액을 증액할 것을 고려해 볼 필요가 있다. 다만 이 경우에도 재가 요양보호사의 가사에 대한 업무가 무한정 늘어나지 않도록 “급여외행위 제공 금지(노인장기요양보험법 제28조의2)” 규정은 종전과 동일하게 준수되어야 할 것이다. 한편 요양보호사는 급여제공시 수급자의 기능상태 및 욕구에 맞추어 제공하여야 한다.

② 소극적 요건으로서 “급여외행위” 규정

노인장기요양보험법은 방문요양급여의 소극적 요건으로서 수급자의 가족만을 위한 행위, 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위 및 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위를 규정한다(노인장기요양보험법법 제28조의 2). 28조의 2 제2항에서 그 밖에 급여외행위의 범위 등에 관한 구체적인 사항은 보건복지부령으로 정할 것을 규정하고 있으나 이와 관련한 보건복지부령은 아직 없는데, 오대영 박사는 이러한 소극적 규정이 장기요양요원과 수급자 간의 관계에서 수급자의 급여에 대한 “선택권”의 한계를 명시한 것이며 다만 위 규정만으로는 구체적인 판단이 어려우므로 구체적으로 어떠한 행위가 급여외행위인지 보건복지부령으로 세부기준이 세워져야 할 것이고 나아가 “유권적 판정례”가 만들어져야 명확해 질 것이라고 한다.[125]

방문목욕 급여와 구분되는 방문요양급여인 목욕서비스가 특정한 경우 급여외행위에 해당될 수 있을 것인지가 문제된다. 보건복지부가 발간한 2019 요양보호사 양성 표준 교재의 내용에 따르면 신체활동지원서비스의 한 내용으로 ‘목욕 도움’이 있다. 문제는 ‘목욕 도움’의 강도와 범주를 넘어서는 급여를 방문목욕급여를 별도로 신청하는 대신 방문요양을 제공하는 재가 요양보호사에게 요구하는 경우이다. 예를 들어 스스로 걷기 어려워 휠체어를 이용하거나 누워서 지내는 노인의 목욕을 방문요양을 제공하는 재가 요양보호사 1인이 수행하는 경우가 그렇다.[126] 급여기준

125) 오대영(2020), 앞의 논문, 20-21면.

고시는 방문목욕급여의 제공기준을 규정하고 있다. 이에 따르면 방문목욕급여는 요양보호사 2인 이상이 수급자의 가정을 방문하여 욕조를 활용한 전신입욕 등의 방법으로 제공해야 한다(급여기준 고시 제24조 제1항 및 제2항). 이처럼 방문목욕의 요건을 규정한 이상 방문요양급여 도중에 방문목욕급여까지 제공하여 재가 요양보호사에게 과중한 업무가 되거나 결과적으로 급여시간을 초과하는 경우를 방지하기 위해 그 급여외행위 여부가 보건복지부령으로 규율되어야 할 것이다. 이는 방문목욕급여 제공시 요양보호사 2인 이상이 제공하도록 규정하여 수급자의 안전을 보장하기 위한 취지에도 부합한다.

3) 인적 요소

재가 요양보호사는 장기요양기관의 장과 근로계약을 체결한다(노인장기요양보험법 시행규칙 제23조 제2항 제1호, 노인복지법 시행규칙 별표 9). 한편 수급자는 장기요양기관의 장과 급여제공계약을 체결한다. 즉 장기요양급여제공에 대한 채무는 장기요양기관이 부담하지만, 급여의 직접적 제공은 재가 요양보호사가 수행한다. 이때 재가 요양보호사는 장기요양기관의 이행보조자이다.[127] 공정거래위원회에서 제공하는 장기요양 급여이용 표준약관 제6조 제1항 제3호에 따르면 장기요양기관이 수급자의 동의 없이 기 배치된 장기요양요원을 임의로 변경했을 경우에 수급자에게 장기요양급여계약에 대한 해지권을 부여하고 있다. 이에 대하여는 장기요양요원과 수급자 간의 신뢰관계를 보호하려는 의도이자 장기요양요원의 안정된 고용상태가 급여의 질 보장으로 이어지도록 하는 의도로 평가하는 견해가 있다.[128] 그밖에 한 번에 급여를 제공받는 수급자는 한

126) 권나경·양난주, “노인과 요양보호사의 갈등에 관한 연구”, 『노인복지연구』 제73권 3호, 한국노인복지학회, 2017, 157면.
127) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 118면.
128) 정해빈, 노인장기요양보험법에 관한 소고-장기요양급여계약에 대한 통제를 중심으로-, 서울대 사회보장법연구회 세미나 발제문, 2020. 7. 18., 13-14면.

명이어야 한다. 예외적으로 동일가정에 거주하는 수급자 2인 이내에게 동시 또는 순차적으로 급여를 제공할 수 있다(급여기준 고시 제15조 제3항).

(2) 방문요양 급여비용 산정 기준: 세 가지 요소

1) 재가급여 월 한도액

노인장기요양보험제도는 노령 질환의 정도에 따라 등급을 부여하여 각 등급별로 급여 받을 수 있는 월 한도액을 정하고 있다(급여기준 고시 제13조). 방문요양급여는 이러한 '재가급여 월 한도액'의 범위 내에서 제공된다(법 제28조). 월 한도액을 초과한 비용은 수급자가 전부 부담한다(급여기준 고시 제13조 제6항).

등급	월한도액
1	1,498,300
2	1,331,800
3	1,276,300
4	1,173,200
5	1,007,200
인지지원	566,600

2) 방문요양 급여비용

장기요양기관이 수급자에게 시설 또는 재가 장기요양급여를 제공하고 그에 대한 비용을 공단에 청구하면, 공단은 이를 심사하여 공단부담금을 장기요양기관에 지급한다. 이러한 공단부담금에 본인부담금액을 합친 것이 '장기요양급여비용'이다. 방문요양에 대한 급여비용은 재가 요양보호

사가 수급자에게 방문요양 급여를 제공한 시간을 기준으로 산정한다. 급여기준 고시는 '1회 방문당 급여제공시간'을 30분을 최소단위로 하여 다음과 같이 책정하고 있다(급여기준 고시 제18조).

분류번호	분류	금액(원)
가-1	30분 이상	14,530
가-2	60분 이상	22,310
가-3	90분 이상	29,920
가-4	120분 이상	37,780
가-5	150분 이상	42,930
가-6	180분 이상	47,460
가-7	210분 이상	51,630
가-8	240분 이상	55,490

3) 방문요양 급여제공시간

① 급여제공시간과 근로기준법상 근로시간

방문요양 급여제공시간은 요양보호사가 수급자의 가정에 도착했을 때 개시된다.[129] 수급자의 가정에 도착한 이후 방문요양 필요한 서비스를 제공하기 위한 준비 및 마무리에 소요된 시간도 급여제공시간에 포함된다(급여기준 고시 제16조 제1항).

위 규정에 따르면 재가 요양보호사의 시업시각은 수급자의 가정에 도착했을 때이며 종업시각은 장기요양기관과 수급자 간의 계약에 따라 미리 약속된 급여제공시간이 종료할 때이다. 원칙적으로 시업시각 이전 및

129) 방문요양급여 제공 시간은 재가급여전자관리시스템(RFID)으로 관리된다. 재가 요양보호사는 수급자의 가정 등에 설치된 태그비콘에 자신의 휴대폰을 갖다 대어 찍는 방식으로 출퇴근 신고를 하는 셈이다.

종업시각 이후의 활동은 연장근로나 휴일근로로 인정되지 않는 한 근로시간에 산입되지 않는다.[130] 예외적으로 시업시각 이전 및 종업시각 이후여도 업무준비 및 정리시간이 본래 업무수행과 밀접불가분한 관계에 있는 행위에 소요되는 시간이라면 근로시간에 산입된다.[131] 따라서 재가요양보호사가 근로기준법상 근로시간제도의 보호를 받기 위해 근로시간을 계산할 때에는 급여제공시간을 기준으로 하는 것이 아니라 시업시각 이전 및 종업시각 이후 본 업무수행과 밀접불가분 관계에 있는 일을 수행하는 데에 들인 시간 또한 산입하여 계산하여야 할 것이다.

3시간 이상 및 4시간 이상에 해당하는 급여는 1등급 또는 2등급 수급자만 받을 수 있으며 5등급 수급자는 원칙적으로 방문요양급여를 제공받을 수 없다. 재가 요양보호사가 방문요양급여를 제공한 시간은 30분 단위로 산정되므로 예정된 시간보다 1분이라도 일찍 업무를 마치면 그 1분이 포함된 구간인 나머지 29분도 급여를 제공하지 않은 것으로 되는 문제가 있다.

② 방문요양급여가 야간에 이루어지는 경우

급여기준 고시에 따르면 방문급여가 18시 이후 22시 이전에 이루어진 경우에는 급여비용의 20%를 가산한다. 22시 이후 06시 이전에 급여를 제공한 경우에는 30%를 가산한다.[132] 근로기준법상 야간근로는 오후 10시부터 다음 날 오전 6시 사이의 근로를 말한다. 통상임금의 100의 50 이상을 가산하여 근로자에게 지급해야 한다(근로기준법 제56조 제3항).

야간근로에 관한 할증 규정은 강행규정이다. 위반 시 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하게 된다. 급여비용에서 요양보호사에 대한 인건비 지출비율만을 정할 뿐 요양보호사의 야간근로에 대한 가산

130) 임종률, 앞의 책, 440면.
131) 조용만·김홍영, 앞의 책, 199-200면.
132) 급여기준 고시 제20조 제1항 1호 및 2호, 제18조.

임금에 대한 규정 없이 바로 급여비용에 합산되어 인건비 지출 비율에 따라 임금으로 산정되는 것은 근로기준법의 강행규정성에 배치될 가능성이 있다.

③ 방문요양급여가 공휴일 및 근로자의 날에 이루어지는 경우

급여기준 고시에 따르면 방문급여가 공휴일이나 근로자의 날에 이루어진 경우 방문요양 급여비용의 30%를 가산한다.[133] 한편 근로기준법 제56조 제2항에 따르면 사용자는 휴일근로에 대해 8시간 이내의 휴일근로는 통상임금의 100분의 50을, 8시간을 초과한 휴일근로는 100분의 100을 지급해야 한다. 휴일근로에는 근로자의 날, 주휴일 등이 포함되나 공휴일이 당연히 포함되는 것은 아니다.[134] 이처럼 급여기준 고시는 휴일근로의 경우에도 급여비용에 대한 가산비율을 정하고 있을 뿐 요양보호사의 공휴일 및 근로자의 날에 이루어진 근로에 대해서는 규정하고 있지 않다. 장기요양기관이 건강보험공단으로부터 지급받는 급여비용의 전체에서 인건비 지출비율을 정하는 것만으로는 요양보호사의 휴일근로에 있어서 근로기준법이 준수되는지가 불분명하다.

3. 급여제공방식 및 급여비용 산정 규정과 근로시간

(1) 상관관계

방문요양 급여제공의 방식과 급여비용의 산정에 관한 규정이 곧 재가요양보호사의 근로형태 및 근로시간을 직접적으로 규율하고 있는 것은 아니다. 하지만 방문요양의 급여제공의 직접적인 주체가 재가 요양보호사라는 점과 재가 요양보호사가 급여제공이라는 업무를 수행한 시간을

133) 급여기준 고시 제20조 제1항 1호 및 3호, 제18조.
134) 임종률, 앞의 책, 451면.

기준으로 급여비용이 산정되는 점 그리고 이러한 급여비용을 공단으로부터 재가 요양기관이 지급받아 이에서 일정비율을 요양보호사의 임금으로 지출하는 점에서 재가 요양보호사의 근로형태 및 근로시간이 상당부분 방문요양 급여에 관한 규정에 의해 정해져 있다고 볼 수 있다.

실제로 2019년도 장기요양 실태조사에 따르면 재가기관은 계약직의 비율이 74.7%로 시설기관의 정규직 비율이 72.3%인 것과 대조적이다. 재가기관 중에서도 방문요양을 제공하는 요양보호사의 고용형태는 정규직이 20.2%, 전일제 계약직이 8.0%, 시간제 계약직이 71.8%로 시간제 계약직 근로형태가 다수를 차지한다. 이러한 점에 대하여 윤지영 변호사는 시간을 급여제공 단위로 삼는 수가산정 방식에 재가 요양보호사의 주된 근로형태가 '호출근로'가 된 원인이 있으므로 수가산정 방식을 근본적으로 바꿀 필요가 있음을 주장한다.[135] 이처럼 "시간"에 전적으로 의존한 수가 산정방식은 한편으로는 재가 요양보호사와 수급자 간에 급여의 내용과 수준을 조율하는 데에 갈등의 원인이 되므로 시간으로만 측정되는 방문요양급여가 구체적인 급여의 내용을 선택하고 이용할 수 있는 방식으로 설계되어야 한다는 견해도 있다.[136]

급여비용을 급여제공시간을 기본 단위로 책정하고 있는 고시 내용에 따르면 초과 근로하여 고시에서 정하고 있는 급여비용을 넘어서는 임금은 지급되기 어려움을 의미하기도 한다. 재가 요양보호사의 인건비는 장기요양기관이 지급받은 급여비용 중에서 지급되기 때문이다(노인장기요양보험법 제38조 제6항). 즉 재가 요양보호사의 돌봄 제공이 근로기준법상 근로시간에는 해당되지만 장기요양급여 제도상 급여시간으로 산정되지 않아 실제 제공한 노동과 받는 임금이 불일치하는 경우가 생긴다.

장기요양기관의 운영비용과 요양보호사의 임금은 장기요양급여비용으

135) 윤지영, "노인장기요양보험법 개정현황과 과제", 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 84면.

136) 권나경·양난주, 앞의 논문, 2017, 161면, 오대영(2020), 앞의 논문, 23면 재인용.

로 충당되며, 급여비용은 기본적으로 급여의 제공시간을 기준으로 산정한다. 급여기준 고시는 재가급여 중 가정방문급여의 급여제공 시간은 요양보호사가 수급자의 가정에 도착했을 때부터 필요한 서비스를 제공하기 위한 준비, 서비스의 제공 및 마무리에 소요된 총 시간을, 주·야간보호급여의 급여제공시간은 장기요양요원 등이 수급자의 가정에 도착했을 때부터 서비스 제공 후 다시 수급자의 가정에 도착한 시간까지로 규정하고 있다(급여기준 고시 제16조 제1항). 이러한 고시 내용은 요양보호사의 근로시간 산정과 임금 액수를 정함에 있어서 중요한 기준이 된다. 그러나 이것이 장기요양급여비용 산정방법에 관한 규정이 요양보호사의 근로기준법상 근로시간 산정에 관한 기준과 내용을 충족하고 있음을 의미하는 것은 아니다. 요양보호사의 근로시간 산정 및 임금지급은 근로기준법상 문제로서 급여비용 산정과 별개의 문제이지만 급여비용 산정 기준으로 인해 요양보호사의 근로시간 내의 근로에 해당됨에도 장기요양제도상 급여제공으로서 인정받지 못하는 공백이 생기는 경우가 있다.

(2) 임금체불의 문제

급여기준 고시에서 급여제공 시간을 30분 단위로 정하여서 발생하는 문제가 있다. 30분에서 1분이라도 전에 방문요양 종료 기록을 남기면 그 구간이 포함되어 있는 30분 전체가 급여를 제공한 시간으로 인정되지 않는다.[137] 이 경우 30분에는 미치지 않지만 실제로 근로를 제공한 시간에 대하여 따로 임금을 지급하지 않는다면 임금체불의 문제가 발생한다(근로기준법 제43조, 제109조).[138] 이러한 급여제공 시간 산정 기준은 재가 요양보호사 업무의 특성과 수급자와의 지속적이 관계로 인한 대가 없는 노동을 쉽게 거절할 수 없는 사정과 맞물려 상시적으로 요양보호사가 초과근로를 하게 되는 원인이 된다.

137) 급여기준 고시 제18조.
138) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 70면.

또한 미리 정해진 급여제공시간을 불가피하게 초과한 경우 이 초과분에 대한 임금을 받을 수 없는 문제는 장기요양보험제도가 급여 제공할 수 있는 하루 최대 급여 시간을 제한해 놓았기 때문에 발생하는 문제이기도 하다.[139] 급여기준 고시 제13조는 수급자가 등급에 따라 받을 수 있는 재가급여의 월 한도액을 넘어서는 금액은 전액 수급자가 부담해야 함을 규정하고 있다. 구체적으로 수급자의 요청과 요양보호사의 동의에 의해 추가 급여가 이루어지는 경우에는 수급자가 급여비용을 부담함에 별 문제가 없겠지만[140], 문제는 그러한 합의 없이 돌봄노동의 특성상 요양보호사가 급여제공시간을 초과하여 일을 하는 것을 감내하는 경우이다.

이러한 초과근로시간은 장기요양법상으로는 급여제공시간으로 인정되지 않는다 해도, 근로기준법상 임금산정의 기준이 되는 근로시간에 해당되며 법정근로시간 준수 여부의 기준이 된다. 또한 재가 요양보호사가 근로계약상 단시간 근로자로서 급여제공을 이행하는 경우 장기요양기관의 장은 단시간근로자에 대하여 근로기준법 제2조의 소정근로시간을 초과하여 근로하게 하는 경우에는 해당 재가 요양보호사의 동의를 얻어야 한다. 이 경우 1주간에 12시간을 초과하여 근로하게 할 수 없다(기간제법 제6조 제1항). 다만 재가 요양보호사는 사용자가 제1항의 규정에 따른 동의를 얻지 아니하고 초과근로를 하게 하는 경우에는 이를 거부할 수 있다(기간제법 제6조 제2항).

이처럼 돌봄노동의 특성상 초과근로가 어쩔 수 없이 발생할 수밖에 없다면 재가 요양보호사의 초과근로에 기댈 것이 아니라, 초과근로가 발생하는 원인을 찾아 제도적으로 보완하는 방법을 시도할 필요가 있어 보인다. 예를 들어 장기요양급여 수급자 중 독립적으로 이동이 가능한 수급자는 전체의 21.3%에 불과하며, 기어서 또는 보장구를 착용하여 이동가능한 수급자는 10.7%, 타인의 부축이나 휠체어 등의 도움이 필요한

139) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 83면.
140) 급여기준 고시 제13조 제6항 참조.

수급자는 49.9%, 거동이 불가능한 수급자는 17.9%로 분석된 점과[141] 집에서 생활을 하는데 경험하는 어려움으로는 일상적인 활동(29.1%) 다음으로 외출에 대한 어려움이 18.3%로 나타난 점을[142] 종합하여 볼 때 방문요양급여의 수급자는 상시적으로 외출 등 이동의 어려움에 직면해 있는 것으로 보인다. 외출의 경우 시간이 많이 소요되므로 재가 요양보호사가 초과근로를 하는 원인이 될 확률이 높다. 따라서 장애인활동 지원에 관한 법률과의 형평을 맞추어 '이동'에 관한 세부적 항목을 추가하는 등의 개선을 통해 재가 요양보호사의 초과근로를 예방할 수 있을 것이다.

(3) 급여계약이 해지된 경우

1) 문제의 소재

장기요양기관과 수급자간의 급여계약이 해지되었다고 해서 재가 요양보호사와 장기요양기관 간의 근로계약이 종료되는 것은 아니다. 그렇다면 장기요양기관으로 하여금 재가 요양보호사에게 일정 시간 이상의 근로시간을 확보해 주어야 할 의무를 지울 수 있을 것인가? 나아가 가령 재가 요양보호사가 1명의 수급자에게 방문요양을 제공하다가 장기요양기관과 수급자간의 급여계약이 해지되거나 종료된 경우 재가 요양보호사는 채무불이행을 이유로 손해배상을 청구하거나 사용자의 책임 있는 사유로 인한 의무불이행에 해당되어 장기요양기관이 재가 요양보호사에게 휴업수당을 지급해야 할 책임을 지는 경우가 있을 것인지가 문제된다.

2) 근로조건 명시의무와 사용자의 채무불이행 책임 여부

141) 강은나 외, 앞의 보고서, 6-7면.
142) 강은나 외, 앞의 보고서, 9면.

노인장기요양법에서 장기요양기관에게 수급자를 자신의 근로자인 재가 요양보호사에게 일정 이상의 근로시간을 확보해 주어야 할 의무를 규정한 내용은 보이지 않는다.

다만 사용자는 근로계약을 체결할 때에 근로자에게 임금, 소정근로시간, 휴일, 연차유급휴가, 그 밖에 대통령령으로 정하는 근로조건을 명시해야 하며(근로기준법 제17조 제1항), 임금의 구성항목·계산방법·지급방법, 소정근로시간, 주휴일, 연차유급휴가에 대하여는 서면으로 명시하고 교부해야 한다(법 제17조 제2항). 이를 위반할 경우에는 500만원 이하의 벌금형에 처한다(법 제114조 제1호). 나아가 해당 재가 요양보호사가 단시간 근로자에 해당되는 경우에는 근로계약기간, 근로시간·휴게, 임금의 구성항목·계산방법·지불방법, 휴일·휴가, 근무 장소, 해야 할 업무, 근로일 및 근로일별 근로시간을 서면으로 명시해야 한다(기간제법 제17조). 이를 위반할 경우에는 500만 원 이하의 과태료가 부과된다. 이에 따라 보건복지부에서 배부한 표준근로계약서는 요양보호사가 근로하는 요일과 시간을 명확히 정할 것을 안내하고 있다.[143]

이처럼 재가 요양보호사가 방문요양을 제공하는 요일과 시간 등은 서면으로 명시 및 교부되어야 하는 사항으로서, 명시 및 교부 자체가 미비한 경우를 이유로 근로계약 자체가 무효가 되는 것은 아니나, 맡고 있는 수급자가 없게 된 경우에 장기요양기관이 이러한 점에 대해 책임이 있거나 또 다른 수급자에게 방문요양을 제공할 수 있음에도 불구하고 전혀 노력하고 있지 않은 경우 재가 요양보호사는 근로계약상 채무 불이행으로 인한 손해배상을 청구할 수 있다. 또한 노동위원회의 구제절차 통해 손해배상을 청구할 수도 있다. 그밖에 근로계약을 해지할 수도 있을 것이다.[144] 다만 장기요양기관이 수급자 모집에 고충이 있는 점을 감

143) 보건복지부 보도자료, “노인장기요양기관 건강관리가이드라인 및 표준근로계약서 개발·보급”, 2013. 1. 17.
144) 하갑래, 『근로기준법』, 2020, 137면.

안하면 곧바로 장기요양기관에 귀책사유가 있다고 할 수는 없을 것이다.[145] 그러나 노인장기요양제도가 장기요양기관에 아무런 노력의무조차도 부여하지 않는 것은 재가 요양보호사로 하여금 여러 기관과 근로계약을 체결하여 사실상 호출근로자로서 근로하게 하여 근로기준법의 사각지대에 있게 하는 원인 중 하나라고 볼 수 있다.

3) 휴업수당

사용자의 귀책사유로 휴업하는 경우에 사용자는 휴업기간 동안 그 근로자에게 평균임금의 100분의 70 이상의 수당을 지급해야 한다(근로기준법 제46조 제1항). 여기서 귀책사유는 민법상 사용자의 책임 있는 사유 즉 고의·과실보다 더 넓은 개념이다. 수급자와 장기요양기관 간의 급여계약이 종료된 경우 이러한 종료가 사용자인 장기요양기관의 '세력 범위에서 발생한 경영장애'에 해당하는지 개별적으로 살펴보아야 할 문제이다.[146]

Ⅲ. 이동시간

1. 문제의 소재

재가 요양보호사가 하루 두 명 이상의 수급자를 방문하여 방문요양급여를 제공하는 경우에 필연적으로 발생하는 이동시간을 근로시간으로 인정하여 임금을 지급해야 할 것인지가 문제된다. 방문요양을 제공하는 재가 요양보호사의 근로제공은 주·야간 단기보호급여나 방문목욕급여와

145) 2019년도 장기요양 실태조사에 따르면, 기관 운영 어려운 사유를 묻는 질문에 조사대상 장기요양기관 중 72.3% 가 '수급자 모집이 어렵다'는 응답을 하여 가장 높은 비율을 차지했다. 강은나 외, 앞의 보고서, 18면.
146) 임종률, 앞의 책, 410면.

달리 재가요양기관이라는 장소 또는 목욕차량이라는 매개를 통해 이루어지지 않는다. 재가 요양보호사가 개별적으로 수급자의 가정 등에 방문하여 급여를 제공하는 형태이다.[147]

1등급을 받은 수급자가 아닌 한, 2등급 또는 3등급을 받은 수급자가 하루 최대 방문급여 받을 수 있는 시간은 3시간이다. 재가 요양보호사가 두 군데에 살고 있는 두 명의 수급자에게 급여를 제공한다고 할 때, 수급자 간의 이동 거리(시간)가 발생한다. 2019년도 장기요양 실태조사에 따르면 요양보호사의 49.9%가 생계를 위해 종사하고 있다.[148] 재가 요양보호사의 37%는 실태조사 장시 지난 1개월 동안 하루 두 군데의 수급자를 방문하여 방문급여를 제공하였다. 특히 연령대별로 3명 이상의 수급자를 방문하는 비율이 30대는 42.9%, 40대는 24% 비율로 높게 나타난다.[149] 즉 생계 유지를 위해 재가 요양보호사로서 종사하는 사람이 하루에 최소 한 번의 수급자간 이동을 하는 것이 재가 요양보호사가 필연적으로 겪게 되는 모습이다.

그러나 노인장기요양보험법령은 재가 요양보호사의 이동시간을 급여제공을 위해 필수적인 시간으로 전제하고 있지 않으며, 별도의 비용을 책정하고 있지도 않다. 만약 재가 요양보호사의 이동시간이 근로기준법상 근로시간으로 인정된다면, 이는 장기요양기관이 국민건강보험공단으

147) 본 논문에서는 '방문요양급여를 제공하는 재가 요양보호사'의 이동시간으로 논의의 범위를 국한하겠다. 주·야간 단기보호는 수급자가 재가 요양기관에서 급여를 받으므로 주·야간 단기보호 업무에 종사하는 재가 요양보호사의 근로형태는 시설 요양보호사의 근로형태와 유사하다. 방문목욕은 앞에서 언급하였듯이 재가기관의 목욕차량이나 기구 등을 이용하여 제공된다는 점, 2인 이상의 요양보호사가 수행한다는 점, 재가 요양보호사의 근로시간 산정시 방문목욕급여는 시간이 아닌 횟수로 산정된다는 점 및 급여기준 고시 제21조에서 방문요양과 방문간호에 대하여만 원거리교통비용을 규정하고 있을 뿐 방문목욕에 대하여는 규정이 없는 점 등 방문요양과 상이한 형태의 업무 방식을 가지는 것으로 보인다.

148) 강은나 외, 앞의 보고서, 562면.

149) 강은나 외, 앞의 보고서, 684면.

로부터 지급받은 급여비용의 일정비율을 요양보호사의 인건비로서 지출하도록 강제하고 있는 노인장기요양보험제도의 특성상 이동시간에 대한 별도의 보수 지급 규정을 두고 있지 않는 것은 결과적으로 노인장기요양보험제도가 근로기준법상 근로시간 및 임금제도와 충돌하게 되는 결과가 된다. 또는 이동시간에 대한 보수지급을 사용자인 장기요양기관의 장에게 떠넘기는 결과가 된다.

2. 이동시간과 근로시간 개념

1) 급여기준 고시

장기요양법령은 재가 요양보호사의 수급자 가정 등의 장소 간 이동시간에 대해 따로 규정하고 있지 않다. '원거리 교통비용'을 급여기준 고시에 규정하여 수급자의 실 거주지가 재가 요양기관으로부터 5km 이상인 경우 거리에 따른 금액을 지급할 것과 이러한 원거리 교통비용은 재가급여의 월 한도액에 포함되지 않는다고 규정되어 있을 뿐이다.[150]

그렇다면 장기요양법령에서 요양보호사의 인건비로서 따로 산정하고 있지 않은 이동시간이 노동법에서 어떠한 법적 의미를 지니는지 살펴보겠다. 즉 근로시간에 해당되는지 검토하여 이동시간에 대한 임금이 지급될 수 있을 것인지가 문제된다.

2) 비교개념

① 대기시간

150) 급여기준 고시 제21조 및 제13조 제2항 제1호. 다만, 원거리 교통비용이 발생하는 거리에 수급자가 거주할지라도 해당 재가 요양보호사가 이러한 수급자의 가족이거나 5km 이내에 거주하고 있는 경우에는 교통비를 따로 산정하지 않는다.

근로기준법 제50조 제3항은 근로시간을 산정하는 경우 작업을 위하여 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래에 있는 대기시간은 근로시간으로 간주한다고 규정한다. 대기시간과 휴게시간의 차이점은 지휘·감독의 여부로서 사용자의 영향력으로부터 벗어나 자유롭게 사용할 수 있는 시간은 대기시간이 아닌 휴게시간에 해당한다. 재가 요양보호사의 수급자 간의 이동시간은 사용자의 지휘·감독에 따라 다음 업무를 수행하기 위해 이동하는 시간이라는 점에서 사용자의 업무 지시에 반응하기 위한 태세를 갖추고 있는 대기시간과는 차이가 있다.

② 외근 간주시간제

근로기준법 제58조 제1항은 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로하여 근로시간을 산정하기 어려운 경우에는 소정근로시간을 근로한 것으로 간주하는 외근 간주시간제를 두고 있다. 다만, 이러한 업무를 수행하기 위하여 통상적으로 소정근로시간을 초과하여 근로할 필요가 있는 경우에는 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다(제2항). 해당 업무에 관하여 근로자대표와 서면합의를 한 경우에는 그 합의로 정한 시간을 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간으로 본다(제58조 제2항). 따라서 외근 간주시간제 하에서는 실 근로시간이 아닌 소정근로시간, 업무 수행에 통상적으로 필요한 시간, 노·사가 서면으로 합의한 시간 중 하나를 근로시간으로 간주한다.

따라서 외근 간주시간제의 적용을 받으려면 첫째 근로자가 출장이나 그 밖의 사유로 근로시간의 전부 또는 일부를 사업장 밖에서 근로해야 한다. 즉 외근을 하는 경우이어야 한다. 이 경우 출장 등 일시적인 필요에 의해 사업장 밖에서 근로하는 경우뿐만 아니라 '당초에 사업장 밖에서 근로하도록 되어 있는 상태적인 사업장 밖 근로'의 경우에도 적용될

수 있다.[151] 둘째 근로자가 외근을 함으로 인해 근로시간을 산정하기가 곤란해야 한다. 즉 외근을 하는 경우라 하더라도 근로시간을 산정하기 곤란한 경우가 아니라면 외근 간주시간제의 적용을 받을 수 없다.

재가 요양보호사는 상시적으로 장기요양기관 밖에서 근로를 수행하는 것이 예정되어 있다는 점에서 외근 간주근로제의 '외근을 하는 경우일 것'의 요건을 충족한다. 그러나 방문급여시간에 업무 수행을 위한 이동시간을 더한 총 근로시간을 산정하는 것이 곤란한 경우에 해당한다고 보아 나머지 요건을 충족한다고 볼 수 있는지는 단언할 수 없다.

만약 외근 간주시간제의 모든 요건을 충족하였다고 가정한다면 다음 세 가지 방식으로 근로시간을 간주할 수 있을 것이다. 첫째 재가 요양보호사가 장기요양기관의 장과 근로계약을 체결함에 있어서 소정근로시간에는 방문급여시간만 들어가는 것이 아닌 이동시간도 포함된 것으로 간주된다(제58조 제1항 본문). 그러나 이러한 간주규정은 재가 요양보호사와 장기요양기관의 장이 근로계약을 체결할 때 방문급여를 제공하는 시간만 고려하는 것이 아니라 이동시간도 고려한 근로계약을 체결하여야 의미가 있을 것이다. 둘째 재가 요양보호사가 업무 수행을 위해 통상적으로 소정근로시간을 초과할 수밖에 없는 경우 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간을 근로한 것으로 본다(제58조 제1항 단서). 셋째 근로자대표와 서면합의를 한 경우에는 서면합의에서 정한 시간을 그 업무의 수행에 통상 필요한 시간으로 간주한다(제58조 제2항).

재가 요양보호사가 근로계약을 체결함에 있어서 실제로 외근 간주시간제의 적용을 받을 수 있을지는 분명치 않으나, 적어도 외근 간주시간제를 검토함으로써 재가 요양보호사가 한 수급자에서 다른 수급자로 이동하는 데에 소요되는 시간이 근로기준법상 근로시간에 해당한다는 것을 더욱 명확하게 알 수 있다는 점에서 의미가 있다고 할 수 있겠다.

3) 판례

151) 고용노동부, 『유연근로시간제 가이드』, 2018, 62면.

판례는 근로기준법상의 근로시간이란 근로자가 사용자의 지휘·감독 아래 근로계약상의 근로를 제공하는 시간으로 정의한다. 근로시간과 휴게시간의 준별에 있어서 판례는 근로자가 작업시간의 도중에 현실로 작업에 종사하지 않은 대기시간이나 휴식·수면시간 등이라 하더라도 그것이 휴게시간으로서 근로자에게 자유로운 이용이 보장된 것이 아니고, 실질적으로 사용자의 지휘·감독 아래 놓여 있는 시간이라면 근로시간에 포함된다고 한다.[152] 근로계약에서 정한 휴식시간이나 대기시간이 근로시간에 속하는지 휴게시간에 속하는지는 특정 업종이나 업무의 종류에 따라 일률적으로 판단할 것이 아니고, 이는 근로계약의 내용이나 해당 사업장에 적용되는 취업규칙과 단체협약의 규정, 근로자가 제공하는 업무 내용과 해당 사업장의 구체적 업무 방식, 휴게 중인 근로자에 대한 사용자의 간섭이나 감독 여부, 자유롭게 이용할 수 있는 휴게 장소의 구비 여부, 그 밖에 근로자의 실질적 휴식이 방해되었다거나 사용자의 지휘·감독을 인정할 만한 사정이 있는지와 그 정도 등 여러 사정을 종합하여 개별 사안에 따라 구체적으로 판단하여야 한다고 한다.[153]

이론과 판례의 '근로를 제공하는 시간'이라는 표현이 현실적인 근로제공에 한정하는 의미가 아니므로 근로기준법 제50조의 명문이 없더라도 대기시간 등이 근로시간에 산입된다는 것과 휴게시간은 근로시간에 산입되지 않는다는 점은 당연하다.[154]

4) 독일의 근로시간 제도와 이동시간

근로기준법상 근로시간 개념은 근로계약 당사자 간의 채무이행과 관련하기보다는 근로자 개인의 보호를 위한 개념이다. 독일의 연방법원판

152) 대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결 등.
153) 대법원 2018. 6. 28. 선고 2013다28926 판결.
154) 임종률, 앞의 책, 439면.

례는 “근로시간법상 근로시간 개념과 임금지급의 대상이 되는 근로시간의 개념”의 구분을 명확하게 하고 있다.[155] 구체적으로는 “운전교대를 위해 차량에 함께 타고 있는 동승기사가 차량을 운전하고 있는 기사 옆에 앉아 있거나 혹은 취침 캐비넷에서 잠자는 시간이 근로시간법상 근로시간에 해당되지는 않는다 하더라도 이 시간에 대해 임금은 지급되어야 하는 것인지 여부가 다투어진 사건”으로서 연방노동법원은 위 시간이 설사 근로시간법상 근로시간에 해당되지 않는다고 할지라도 독일민법 제611조 제1항(고용계약상 보수지급 의무에 관한 조항)에 따라 임금지급의 의무가 있다고 판시하였다.[156]

Ⅳ. 휴게시간

1. 문제의 소재

사회복지사업이 근로시간 및 휴게시간 특례업종에서 제외됨에 따라 사용자와 근로자대표간의 서면 합의에 의하더라도 요양보호사의 휴게시간을 변경할 수 없게 되었다. 위 특례업종 규정은 부칙에 사업장 규모에 따른 단계적 시행 규정이 없으므로 2018. 7. 1. 부터 일률적으로 적용된다. 따라서 사용자인 장기요양시설의 장은 재가 요양보호사에게 근로시간이 4시간인 경우에는 30분 이상, 8시간인 경우에는 1시간 이상의 휴게시간을 근로시간 도중에 주어야 한다(근로기준법 제54조 제1항).

그러나 방문 돌봄의 특성상 재가 요양보호사에게 근로기준법상 휴게시간 제도를 일률적으로 적용하기 어려운 측면이 있다. 재가 요양보호사의 휴게시간제도 보장의 문제는 다음과 같은 점을 고려하여 논의되어야 한다. 첫째 재가 요양보호사의 휴식권 행사가 돌봄대상자의 생존권과 충

155) 박귀천, 제5장 독일의 근로시간 제도, 『근로시간 제도 현장안착 보완 방안 연구』, 고용노동부, 2019, 130면.
156) 박귀천, 앞의 글, 131-132면.

돌할 수 있다는 점이다. 둘째 휴게시간의 핵심 요건인 '사용자의 지휘·명령으로부터 자유로울 것'이 충족되기 어렵다는 점이다. 따라서 휴게시간 문제는 재가 요양보호사가 일률적으로 휴게시간의 적용을 받는 것이 현실적으로 어려울 뿐 아니라, 돌봄 대상자들의 돌봄의 사각지대에 놓일 우려가 있다는 점에서 노인장기요양보험제도상 실질에 맞는 휴게시간제도의 적용 방식을 고민해야 하는 문제이다.[157]

2. 장애인 활동지원사와 아이돌보미

고용노동부에서 발간한 『근로시간 제도 현장안착 보완 방안 연구』의 심층 면접 조사에 따르면 장애인 활동지원사와 아이돌보미에게 근로기준법상 휴게시간 규정을 전적으로 적용하는 것은 돌봄 공백을 야기할 뿐만 아니라 장애인 활동지원사와 아이돌보미가 선호하지 않는 것으로 나타났다. 장애인 활동지원사의 경우 휴게시간 없이 연속적으로 서비스를 제공하고 금전적으로 보상받기를 선호하였고, 아이돌보미의 경우에도 근로시간 감소로 인해 초단시간근로 형태로 종사하는 경우가 증가하는 가운데 휴게시간이 부여되면 그만큼 소득이 줄어들기 때문에 휴게시간 없이 연속적으로 돌봄을 제공하고 실근로시간에 대한 임금을 지급받을 것을 선호하는 것으로 나타났다.[158]

이러한 점을 고려한 대책으로서 장애인 활동지원사에 대하여는 휴게시간저축제의 도입, 대체인력 지원 등의 대안이 제시된다. 아이돌보미에 대하여는 영유아의 돌봄에 있어서는 애착관계가 특히 더 중시되므로 대체인력을 지원하는 방안은 선호되지 않고, 근로기준법상 예외규정을 신설하여 자율적으로 휴게시간을 정할 수 있는 방안이 제시되었다.[159]

---

157) 황경진, 제2장 현장의 근로시간 및 휴게시간 실태 -사회복지서비스업 및 선택적 근로시간제 도입기업을 중심으로-, 『근로시간 제도 현장안착 보완 방안 연구』, 고용노동부, 2019, 14면.

158) 강성태, 제6장 근로시간제도의 현안과 대안, 『근로시간 제도 현장안착 보완 방안 연구』, 고용노동부, 2019, 169-175면.

3. 재가 요양보호사

장애인 활동지원사와 아이돌보미 및 재가 요양보호사는 공적 방문돌봄 종사자로서 서로 유사한 법적 지위 및 근로형태를 지닌다. 앞서 재가 요양보호사의 휴게시간 문제를 논의함에 있어서 다음 두 가지가 고려되어야 한다고 제시하였다. 첫째 재가 요양보호사의 휴식권 행사가 돌봄대상자의 생존권과 충돌할 수 있다는 점이다. 이러한 점으로부터 재가 요양보호사에게 휴게시간이 적용될 수 있으려면 대체인력을 제공하는 것이 필수적임을 알 수 있다. 한편 재가 요양보호사가 한 번에 제공하는 돌봄 제공 시간이 최장 4시간에 불과하므로 기계적으로 휴게시간규정을 적용하기보다는 휴게시간을 적립하여 휴가로 사용할 수 있도록 하거나 사용하지 못한 휴게시간을 금전으로 보상하는 방안도 고려해 볼 수 있을 것이다. 둘째 휴게시간의 핵심 요건인 '사용자의 지휘·명령으로부터 자유로울 것'이 충족되기 어렵다는 점이다. 이는 재가 요양보호사의 근로형태가 '방문'을 전제로 하기 때문에 나타나는 문제이다. 수급자의 생활반경에 있는 이상 재가 요양보호사는 자유롭게 휴게시간을 사용하기 어려울 것이고 수급자의 개별적 상황에 따라 휴게공간의 편차가 클 것이다.

이처럼 재가 요양보호사를 비롯한 공적 방문 돌봄종사자는 근로기준법상 휴게시간을 적용하기 어려운 특성이 있다. 그러나 공적 방문 돌봄 종사자가 다시 휴게시간 특례제도의 적용을 받도록 하는 것은 바람직하지 않다. 한편 4시간 정도에 불과한 시간 내에서 휴게시간을 부여받는 것이 현실적으로 어렵고 오히려 초과근로의 원인이 될 수 있으므로 원칙적으로는 재가 요양보호사가 휴게시간을 사용할 것인지 선택하도록 하되 휴게시간을 사용하지 못하는 경우에는 금전으로 보상하는 방안을 생각해 볼 수 있을 것이다.

---

159) 강성태, 앞의 보고서, 2019, 175면.

Ⅴ. 수급자와 추가로 돌봄 계약을 체결하는 경우

1. 문제의 소재

재가 요양보호사의 복수의 근로계약 문제로서 재가 요양보호사와 수급자간에 장기요양급여 외에 장기요양 상의 급여 내용과 연장선상에 있는 내용의 돌봄을 제공하고 이에 대한 대가를 받는 계약을 추가로 체결하는 경우가 있다. 예를 들어 2등급을 부여받은 장기요양 수급자가 24시간 돌봄 제공을 받고자 하여 재가 요양기관으로부터 월 급여 한도액 내에 해당하는 방문급여를 제공받고, 나머지 시간에 대하여는 해당 재가 요양보호사와 별도의 협의를 통해 추가 돌봄노동을 제공받기로 하여 사실상 입주 간병인을 채용하는 경우가 그러한 경우이다. 재가 요양기관이 재가 요양보호사를 모집할 때 이러한 추가 계약에 대한 정보를 제공하는 경우도 있다.[160]

첫째 장기요양제도상 이러한 사적 계약이 허용될 수 있을지가 문제된다. 둘째 노동법상 근로시간과 관련하여 문제되는 것은, 장기요양보험제도상의 공적 돌봄 계약과 사적 돌봄 계약이 혼재되어 있는 경우 해당 재가 요양보호사는 어떠한 근로시간으로 기준으로 근로시간제도의 보호를 받을 수 있을 것인가이다.

2. 노인장기요양보험법상 쟁점

(1) ‘급여외행위’ 금지 규정

160) 실제 재가 요양기관에서 구인공고를 내는 경우 재가 요양기관이 지급하는 재가 급여에 대한 임금과 수급자가 추가로 부담하게 되는 임금을 합산한 월급을 명시하는 경우가 있다.

장기요양제도상 이러한 추가의 사적 돌봄 계약을 제한하는 규정은 없다. 다만 노인장기요양보험법은 종래 시행규칙에 규정되어있던 것을 실효적으로 요양보호사를 보호하기 위해 제28조의 2를 신설하여 급여외행위의 제공을 금지하였다. 따라서 급여외의 제공을 요구받는 경우 요양보호사는 장기요양기관의 장에게 고충의 해소를 요청할 수 있다(노인장기요양보험법 35조의4).

한편 재가 요양보호사가 자발적으로 간병 등의 계약을 추가로 수급자와 체결하는 것이 위 규정과 충돌하는지 여부가 문제된다. 수급자 또는 장기요양기관은 장기요양급여를 제공받거나 제공할 경우 수급자의 가족만을 위한 행위, 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위를 요구하거나 제공해서는 안된다(제28조의 2 제1항). 이 규정은 수급자에게 급여외행위를 요구하지 않아야 함을 규정함에 더하여 장기요양기관의 급여외행위 제공 금지를 규정하였다. 이는 장기요양기관이 요양보호사에게 급여외행위를 지시할 수 없도록 하는 내용이다. 이러한 내용이 재가 요양보호사와 수급자 간의 추가의 사적 돌봄 계약 체결을 금지하는가. 위 규정이 재가 요양보호사를 보호하기 위한 취지를 갖고 있음을 감안한다면 재가 요양보호사에게 추가적인 사적 돌봄 계약 체결을 하지 않을 의무를 지우는 규정은 아닌 것으로 보인다. 따라서 해당 요양보호사가 명시적으로 별도의 계약으로서 위 급여외행위 제공을 수락한 경우에는 문제될 것이 없어 보인다. 그러나 돌봄노동의 특성상 요양보호사로서의 급여행위와 간병인으로서의 계약상 돌봄제공의무의 경계가 불분명하여 연속선상에 있는 경우에 요양보호사는 위 급여외행위 제공 금지 규정을 주장할 수 있는 여지가 거의 없게 될 우려가 있다.

(2) 급여비용 본인 전부부담 규정

노인장기요양보험법은 수급자 본인이 급여비용을 전부 부담해야 하는

세 가지 경우를 규정하고 있다(노인장기요양보험법 제40조 제2항). 첫째 노인장기요양보험법의 규정에 따른 급여의 범위 및 대상에 포함되지 아니하는 장기요양급여이다. 둘째 수급자가 공단이 작성하여 송부한 장기요양인정서에 기재된 장기요양급여의 종류 및 내용과 다르게 선택하여 장기요양급여를 받은 경우, 그 차액이다(법 제17조 제1항 제2호). 셋째 법 제28조에 따른 장기요양급여의 월 한도액을 초과하는 장기요양급여이다. 이에 따라 급여기준 고시는 재가급여는 장기요양등급별 월 한도액 범위 내에서 이용하여야 하며, 월 한도액을 초과한 비용은 수급자가 전부 부담함을 명시하고 있다(급여기준 고시 제13조 제6항). 이 규정들만 본다면 수급자가 전액 부담하기만 한다면 수급자와 요양보호사의 사적 계약이 존재하든 존재하지 않든 추가적인 돌봄을 발생하는 것을 용인 및 예상하고 있는 것처럼 보인다. 게다가 규정에 따른 급여의 범위 및 대상을 벗어나는 행위도 '장기요양급여'에 해당함을 전제로 함으로써(노인장기요양보험법 제40조 제2항 1호) 법 28조의 2의 급여외행위 제공 금지 규정과 모순되어 보이기도 한다.

급여제공 과정에서 불가피하게 발생하는 추가적인 급여제공을 예외 없이 수급자의 전부부담으로 규정하는 것은 결국 요양보호사에게 지나친 부담을 지우는 일이다. 장기요양기관이 이러한 추가 급여제공을 포착하여 수급자에게 전부부담금을 청구하고, 이를 요양보호사의 추가 근로에 대한 임금으로 지급하게 하려면, 결국 수급자가 급여를 제공받는 전후로 명시적으로 요양보호사와의 협의를 통해 장기요양기관에 본인이 그 금액 전부를 추가로 부담하는 급여를 받을 의사를 표시하지 않는 이상, 요양보호사가 이러한 사정이 있음을 입증해야 하기 때문이다.

(3) 소결

결론적으로 노인장기요양보험법은 추가적인 급여제공행위가 발생할 경우 이를 수급인의 전부 부담금으로 규정하고 있을 뿐 구체적인 금액

기준이나 절차 등을 규정하고 있지는 않으며 요양보호사와 수급자 간의 사적 돌봄 계약을 규제하고 있지도 않다.

오대영 박사는 이러한 사적 계약이 장기요양 범위 내의 급여와 급여 외행위를 구분할 수 없게 할 뿐만 아니라 급여제공시간과 사적 계약에 따른 근로시간 또한 혼재되어 "장기요양급여 및 재정의 누수를 초래"할 위험이 있으므로 이러한 사적 돌봄 계약에 대한 제약을 검토할 필요가 있다고 주장하면서 다만 한정된 재정으로 운영되는 장기요양제도가 제공할 수 있는 급여시간은 한정되어있을 수밖에 없으므로 추가적인 돌봄이 필요한 현실을 고려할 때 타 노인돌봄서비스와의 연계 등 "돌봄의 사회화"의 확장을 제안한다.[161]

그것이 공적 돌봄이든 사적 돌봄이든 돌봄을 제공받는 입장에서는 자신에게 만족스러운 돌봄노동을 제공하는 사람으로부터 지속적인 돌봄을 받길 원하기 마련이다. 이는 돌봄노동이 정서적 특성을 지니기 때문이다. 다만 정서적 유대가 곧바로 좋은 돌봄을 의미하지는 않는다. 돌봄노동의 정서적 특성이란 돌봄노동을 주고받는 과정에서 정서적 유대가 생겨나는데 돌봄노동자의 숙련도 외에 이러한 정서적 유대가 돌봄의 질을 좌우함을 의미한다. 따라서 정서적 유대가 강화될수록 돌봄 노동자가 하향된 근로조건에 처하거나, 역으로 돌봄 수혜자가 종속적 위치에 처하게 되어 자신의 돌봄 받을 권리를 제대로 행사하지 못할 수도 있다. 재가요양보호사가 장기요양 수급자 추가로 사적인 돌봄계약을 맺는 것을 장기요양제도상 제한하거나 금지할 지는 돌봄노동의 이러한 정서적 특성을 고려하여야 할 것이다.[162]

3. 복수 사용자의 문제

재가 요양보호사가 동일한 수급자와 추가로 사적 계약을 체결한 경우

161) 오대영(2019), 앞의 학위논문, 142-143면.
162) 윤자영, 앞의 논문, 37면.

해당 요양보호사의 사용자는 누구인지가 문제된다. 재가 장기요양기관은 수급자와 재가급여를 제공하기로 계약한 범위 내에서만 요양보호사에 대해 사용자로서 지위에 있으며, 그 외의 범위에서는 요양보호사가 아닌 간병인으로서 수급자에게 돌봄 노동을 제공하므로 가사사용인의 지위에 있다고 할 것이다. 장기요양기관과 수급자가 체결한 계약의 내용상 재가급여를 제공하는 시간이 특정되어있을 것이므로 장기요양기관의 지휘·명령 또한 이 특정된 시간 내로 한정된다고 볼 수 있을 것이다.

이처럼 장기요양보험법상 공적 돌봄 계약과 사적 돌봄 계약이 혼재되어 있는 경우 해당 재가 요양보호사는 어떠한 근로시간을 기준으로 근로기준법상 근로시간제도의 적용을 받을 것인지가 문제될 것이다.

제4장 결론

2008년에 도입된 노인장기요양보험제도는 유래 없이 빠르게 진행되는 고령화 속도에 대처하기 위한 인프라 구축의 방안으로서 장기요양기관과 요양보호사의 양적 확충에 치중해 왔다. 제도 시행 초기의 이러한 방향성은 '공공부분의 노인돌봄'이라는 말이 무색하게 요양보호사의 열악한 근로환경을 초래하였고 이로 인해 낮은 수준의 돌봄을 일반화 시켰다.

이 연구의 목적은 요양보호사의 잦은 이직과 이탈을 초래하는 근로환경이 근로기준법상 근로시간제도로부터 어떠한 법적 평가를 받는지 규명하는 것이다. 요양보호사 저임금의 원인이 낮은 수가에 있다거나 요양보호사의 열악한 근로조건 개선을 위해서는 노인장기요양보험제도의 공공성을 강화해야 한다는, 즉 임금을 중심으로 한 노인장기요양보험법규 자체의 개선에 대한 논의는 그동안 많이 있어왔다.

이제는 요양보호사가 직면한 근로시간 문제가 근로기준법상 근로시간 법규의 미준수로부터 발생하는 문제인지 노인장기요양보험제도 자체에 내재된 문제인지 준별하는 연구가 필요한 시점이다. 이러한 준별은 요양보호사의 근로환경 개선에 실질적인 근거가 될 수 있을 뿐 아니라 노인장기요양보험제도의 개선에 있어서도 정확하고 구체적인 방향성을 제시한다.

본 연구는 같은 요양보호사이지만 전혀 다른 근로환경에 놓인 시설요양보호사와 재가 요양보호사의 특성에 주목하여 근로조건과 근로시간을 논의할 때 각각 별개로 범주화하여 논의하였다.

제2장에서는 요양보호사의 근로시간을 논의하기 위한 전제로서 요양보호사의 근로기준법상 근로자성을 논의하였다. 간병인의 경우 간접고용으로 인해 다면적 근로관계상 특정 사용자와의 근로자성 인정에 어려움이 있다면, 시설 요양보호사는 장기요양기관의 근로자에 해당된다. 또한

재가 요양보호사의 근로자성에 대한 논란을 정리하되 장애인 활동지원사와 아이돌보미의 근로자성을 함께 검토함으로써 공적 방문돌봄 종사자의 법적 지위에 대한 일반론을 이끌어내었고 이들의 근로기준법상 근로자성을 규명하였다.

제3장에서는 요양보호사의 근로기준법상 근로자의 법적 지위를 전제로 시설 요양보호사의 근로시간과 재가 요양보호사의 근로시간을 개별적으로 검토하였다. 시설 요양보호사의 근로시간 문제는 근로기준법이 잘 준수되고 있는지의 문제이다. 우선 근로시간 실태를 살핌으로서 시설 요양보호사의 이직 및 이탈의 원인이 되는 장시간 근로가 주된 근로시간 문제이며 이러한 실태를 뒷받침하는 것이 교대제와 포괄임금제임을 인식하였다. 이에 따라 교대제와 포괄임금제를 근로기준법상 법정근로시간 및 휴게시간 준수 여부를 고찰하여 교대제 중 24시간 맞교대와 2교대가 법정근로시간을 위배하고 있음을 검토하였다. 또한 근로기준법과 판례를 통해 시설 요양보호사의 장시간 근로와 휴게시간 잠탈의 수단이 되고 있는 포괄임금제의 위법성을 고찰하였다. 그밖에 시설 요양보호사의 업무를 돌봄노동의 특성을 고려한 시각에서 파악함으로써 야간근로시간의 휴식시간 및 수면시간이 근로기준법상 휴게시간으로 인정되기 위한 요건을 갖추지 못하였음을 고찰하였다.

재가 요양보호사의 근로시간에 있어서는 시설 요양보호사와 달리 단시간 근로로 인한 고용 불안정이 주된 문제가 되고 있다. 또한 근로기준법상 법정근로시간과 휴게시간 규정이 재가 요양보호사에게 적용되는데 한계가 있다는 점을 확인하였다. 이러한 점을 뒷받침하기 위해 재가 요양보호사의 업무로서 노인장기요양보험제도상의 방문급여의 개념과 내용 그리고 급여체계를 고찰하였다. 이를 통해 재가 요양보호사의 단시간 근로 및 이로 인한 저임금 문제는 장기요양제도에 내재된 문제로서 근로기준법을 통한 규율만으로는 재가 요양보호사의 근로시간 문제를 해결하는데에 한계가 있음을 확인하였다. 구체적으로는 재가 요양보호사의 이동시간과 휴게시간에 대한 고려는 장기요양제도상에서 이루어져야 하

는 문제임을 논증하였다. 이에 따라 이동시간이 근로시간으로서 인정되어야 하는 경우가 있음을 논증하고 이러한 내용이 장기요양제도상 반영되어야 함을 제시하였다. 단시간의 돌봄 노동이라는 측면에서 휴게시간에 관한 규정 준수가 어려운 점을 고찰하면서 장애인 활동지원사와 아이돌보미에 대한 휴게시간 안착에 대한 연구를 재가 요양보호사의 제도 개선에 적용하는 시도를 해 보았다.

사적 돌봄을 제3자에게 맡기는 일이 여전히 사적 영역 내에서의 일로 여기는 인식은 돌봄 노동자를 고용하는 일에 있어서 개인이 투입하는 기회비용보다 저렴한 비용만을 들일 것을 요구한다. 이러한 인식은 간병 노동자 등 사적 돌봄 노동자에게 근로자의 지위를 인정하지 않아 법정 근로시간과 휴게시간 등의 규율로부터 사각지대에 놓이게 하는 데에 일정부분 영향을 미쳤다. 또한 요양보호사의 근로조건에도 영향을 미쳐왔다. 비록 근로기준법상 근로자성이 인정되나 근로기준법상 법정근로시간에 위배되는 형태의 교대근로, 돌봄노동에 대한 고려 없이 형식적으로 주어지는 휴게시간 그리고 짧은 근로시간으로 인해 발생하는 불안정 고용상태 등이 그러하다. 그러나 노인돌봄은 이제 가정 내에서만 이루어지는 일이 아닌 사회 공동체가 함께 책임져야 할 일이 되었다. 요양보호사는 이러한 사회적 책임을 구체적이고 직접적으로 실현하는 주체이다. 따라서 시설 요양보호사에 있어서는 근로기준법상 법정근로시간 및 휴게시간 등이 준수되어야 할 것이며 재가 요양보호사의 경우는 급여비용체계상 근로기준법을 준수하기 어려운 부분이 있으므로 휴게시간 준수 및 이동시간과 연장근로에 대한 수당 지급이 가능하도록 노인장기요양보험 제도의 개선이 필요하다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

단행본

곽경민 등, 『좋은 교대제는 없다: 우리가 꼭 알아야 할 교대제 이야기』, 한국노동안전보건연구소, 2015.

이은주, 『나는 신들의 요양보호사입니다』, 헤르츠나인, 2019.

임종률, 『노동법』, 박영사, 2016.

조용만·김홍영, 『로스쿨 노동법 해설』, 오래, 2019.

하갑래, 『근로기준법』, (주)중앙경제, 2020.

번역서

아서 클라인먼, 『케어』, 노지양 역, 시공사, 2020.

논문

경승구·장소현·이용갑, “공공데이터를 활용한 요양보호사 근로실태 및 임금 분석”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제17권 제6호, 한국콘텐츠학회, 2017.

권나경·양난주, “노인과 요양보호사의 갈등에 관한 연구”, 『노인복지연구』 제73권 3호, 한국노인복지학회, 2017.

권오성·박소희, “가사노동자 보호에 관한 연구”, 『노동법포럼』 제31호, 노동법이론실무학회, 2020.

권현정·전현수·고재원, “요양보호사의 불안정 노동과 이직을 둘러싼 제도적 관계”, 『사회복지정책』 제45권 제3호, 한국사회복지정책학

회, 2018.
노호창, “아이돌보미의 근로기준법상 근로자성 여부와 헌법상 근로자로서의 보호 방법에 대한 단상”, 『노동법학』 제71호, 한국노동법학회, 2019.
신동윤, “가사사용인의 권익보호에 관한 한국과 ILO의 태도: 가사노동자들 협약 제189호를 중심으로”, 『법학논고』 제44집, 경북대학교 법학연구원, 2013.
신수정, “감시단속적 근로자인 아파트 경비원들의 가면 휴게시간 -대법원 2017. 12. 13. 선고 2016다243078 판결-”, 『월간노동리뷰』 2018.
심재진, “아이돌보미는 플랫폼노동을 수행하는 노무제공자인가?”, 『월간노동리뷰』, 통권 제173호, 한국노동연구원, 2019.
양승엽, “근로시간이 산정가능한 경우의 포괄임금제 인정 요건-대법원 2016. 9. 8. 선고 2014도8873 판결-”, 『월간노동리뷰』, 2016.
오대영, “장기요양요원의 법적 지위”, 서울대학교 대학원 법학과 박사학위논문, 2019.
오대영, “장기요양요원과 수급자의 관계-수급자의 선택권과 급여외행위-”, 『사회보장법연구』 제9권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2020.
윤애림, “간병인의 근로자성과 노동법적 보호 방안”, 『노동법학』 제48호, 한국노동법학회, 2013.
이소아, “아이돌보미 근로관계의 법적 검토”, 『젠더법학』 제8권 제1호, 한국젠더법학회, 2016.
이영배, “요양보호사의 근로자성”, 『노동법학』 제35호, 한국노동법학회, 2010.
이원희, “근로시간제에 관한 법적 연구-기초개념과 근로시간규제의 체계를 중심으로-”, 서울대학교 대학원 박사학위논문, 1992.
이율경, “고령자 근로권의 보장에 관한 연구-정년제에 대한 비판적 고찰-”, 서울대학교 박사학위논문, 2016.

이철수·이다혜, “한국의 산업구조변화와 노동법의 새로운 역할”, 『서울대학교 법학』 제58권 제1호, 서울대학교 법학연구소, 2017.
최석환, “멀티잡 종사자의 노동법적 규제”, 『노동법연구』 제47호, 서울대학교 노동법연구회, 2019.
최호영, “장기요양기관 종사자 직접 근로계약체결에 관한 소고”, 『사회보장법연구』 제3권 제2호, 서울대 사회보장법연구회, 2014
하갑래, “가사근로자의 법적 지위에 관한 연구”, 『노동법학』 제37호, 한국노동법학회, 2011.
허남재·석재은, “재가 장기요양 돌봄노동의 특성과 돌봄관계에 대한 시민권적 접근”, 『노인복지연구』, 통권 63호, 2014.
허문구, ″고령화시대의 인구구조 변화와 지역성장 변동경로″ 『산업경제이슈』 제69호, 산업연구원, 2019.10.

연구보고서, 학술대회 등

강성태·송강직·조용만·박귀천·황경진, 『근로시간 제도 현장안착 보완 방안 연구』, 고용노동부, 2019.
강은나·이윤경·임정미·주보혜·배혜원, 『2019년도 장기요양 실태조사』, 보건복지부·한국보건사회연구원, 2019.
국민건강보험공단, “2019년 노인장기요양보험 통계연보”, 2010.
(사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태 및 개선방안 연구보고서』, 2013.
손정순·남우근·최혜인·김진숙·문상흠, 『안산시 요양보호사 노동실태와 개선방안 연구』, 안산시·안산시비정규직노동자지원센터, 2015.
윤자영, “돌봄노동의 특성과 노동권”, 서울대학교 노동법연구회 춘계학술대회 자료집, 2013.
윤지영, “돌봄노동자 보호를 위한 입법 방향”, 서울대학교 노동법연구회 춘계학술대회 자료집, 2013.
윤지영, “노인장기요양보험법 개정현황과 과제”, 노인장기요양보험 전면

개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
윤희숙 외, 『노인장기요양보험의 현황과 과제』, KDI, 2010.
이정석·이호용·권진희·한은정, 『장기요양기관 종사자 임금 및 근로환경 실태조사-만족도 및 처우개선 의견 중심으로-』, 국민건강보험공단 건강보험정책연구원, 2014.
정해빈, “노인장기요양보험법에 관한 소고-장기요양급여계약에 대한 통제를 중심으로-”, 서울대 사회보장법연구회 세미나 발제문, 2020. 7. 18., 13-14면.
정혜선 외, 『시설 요양보호사의 직업건강 가이드라인』, 안전보건공단, 2012.
최영미, “공공연하게 시비 만드는 노동부-요양보호사 근로자성 부정의 경위”, 복지동향, 2009.

정부간행물, 보도자료, 기타

경향신문, "돌봄서비스 하루 최대 24시간→4시간…65세 생일이 두려운 중증 장애노인들", 2020. 9. 28.
고용노동부, 『유연근로시간제 가이드』, 2018.
국가인권위원회 상임위원회, “비공식 부문 가사근로자 보호를 위한 권고”, 2016. 12. 23.
국가인권위원회 상임위원회, “요양보호사 노동인권 개선 정책 권고”, 2012. 6. 14.
국가인권위원회 상임위원회, "장애인 자립생활 지원을 위한 장애인활동지원제도 개선 권고", 2016. 10. 6.
매일노동뉴스, "요양시설 요양보호사 휴게시간 임금공제 관행 사라질까", 2018. 2. 21.
보건복지부, 『2019 요양보호사 양성 표준 교재』, 2019.
보건복지부 보도자료, “노인장기요양기관 건강관리가이드라인 및 표준근로계약서 개발·보급”, 2013. 1. 17.

최영미, “공공연하게 시비 만드는 노동부-요양보호사 근로자성 부정의 경위”, 복지동향, 2009.
한겨레, "방문요양보호사 절반은 100만원 남짓 월급으로 가족 부양", 2019. 05. 22.
한국표준직업분류 https://kssc.kostat.go.kr:8443/ksscNew_web/index.jsp

2. 외국문헌

Amit Kramer · Jooyeon Son, "Who Cares About The Health Of Health Care Professionals? An 18-Year Longitudinal Study Of Working Time, Health, And Occupational Turnover", 『ILR Review』, 69(4), 2016.
Nicole Busby, 『A Right to Care?: Unpaid Care Work in European Employment Law』, Oxford University Press, 2011, 73면.

ABSTRACT

The Working Conditions for Long-term Care Workers

: A Focus on Working Hours

SHIN, Ga-Young
Department of Law
The Graduate School
Seoul National University

The long-term care insurance scheme, introduced in 2008, has focused on the quantitative expansion of long-term care institutions and care workers as a way to build infrastructure to cope with the unprecedented rapid pace of aging population. This direction in the early days of the introduction of the scheme caused the poor working environment of long-term care workers and consequent deterioration in the quality of care for the elderly, meanwhile the term "care for the elderly in the public sector" paled into insignificance.

This article aims to analyze the legal evaluation of the poor working environment of long-term care workers under the system of working hours in the Labor Standards Act. By discriminating whether the working hours problem faced by long-term care workers arises from noncompliance with the working hours law under the Labor

Standards Act or the long-term care insurance system itself, it can be a practical basis for improving the working environment of long-term care workers.

This study focuses on the difference between the characteristics of facility long-term care workers and in-home long-term care workers who are the same care workers but are having a completely different working environment. Accordingly, when discussing working conditions and working hours, they are separately categorized and discussed.

As a prerequisite for discussing the working hours of long-term care workers, the author first argues their legal status as an "employee" under the Labor Standards Act. While a private caregiver tends not to be recognized as workers with specific employers in a multifaceted working relationship due to indirect employment, a facility long-term care worker is recognized as an "employee" of long-term care institutions. Subsequently, the controversy over the legal status of in-home long-term care workers is summarized. By examining the employment status of personal assistants for disabled and child caregivers together, a general theory about the legal status of public visiting care workers is drawn, and whether they are "employees" under the Labor Standards Act is identified.

The issue of working hours for institutional long-term care workers is whether or not the Labor Standards Act is well observed. By examining the actual conditions of working hours, it is recognized that the main problem is long working hours, which are the cause of the turnover and departure of facility caregivers, and the shift system and the comprehensive wage system raise this situation.

Therefore, this paper examines whether the shift system and the comprehensive wage system comply with the legal working hours

and recess hours under the Labor Standards Act, and how the 24-hour shift and Two-shift system violates the legal working hours. In addition, through the Labor Standards Act and precedents, the illegality of the comprehensive wage system, which is a means of getting out of the laws regarding long working hours and rest time of facility care workers, is examined. Besides, by grasping the work of facility care workers from the perspective of taking care of the characteristics of care work, it is considered that the requirements for rest hours and sleeping hours during night working hours is not satisfied as rest hours under the Labor Standards Act.

On the other hand, the working hours of in-home long-term care workers are limited in that the statutory working hours and recess hours regulations are applied to in-home care workers under the Labor Standards Act. In addition, in terms of actual conditions, employment instability due to short-time work is a major problem, unlike facility care workers. As a prerequisite to examine the specificity of the working hours problem of in-home care workers, the concept, content, and system of visiting benefits in the long-term care insurance system for the elderly as a job of in-home care workers are reviewed. Through this, it was confirmed that the short-time work of in-home care workers and the resulting low-wage problem is an inherent problem in the long-term care system, and there is a limit to solving the working hours problem of in-home care workers only through the rules of the Labor Standards Act.

Specifically, it is argued that the consideration of travel time and rest time for in-home care workers is a problem that must be made in the long-term care system. Accordingly, it is argued that there may be cases where travel time should be recognized as working

time, and suggested that this should be reflected in the long-term care system. Considering the difficulty in complying with the regulations on rest time in terms of short-term care work, the author suggests to apply a study on the settlement of rest time for personal assistants for disabled and child caregivers to improve the system of in-home care workers.

Keywords: care worker, working hours, concept of employee, care work, Long-Term Care Insurance Act, long-term care worker
Student Number: 2013-21257