

아이돌보미 근로관계의 법적 검토

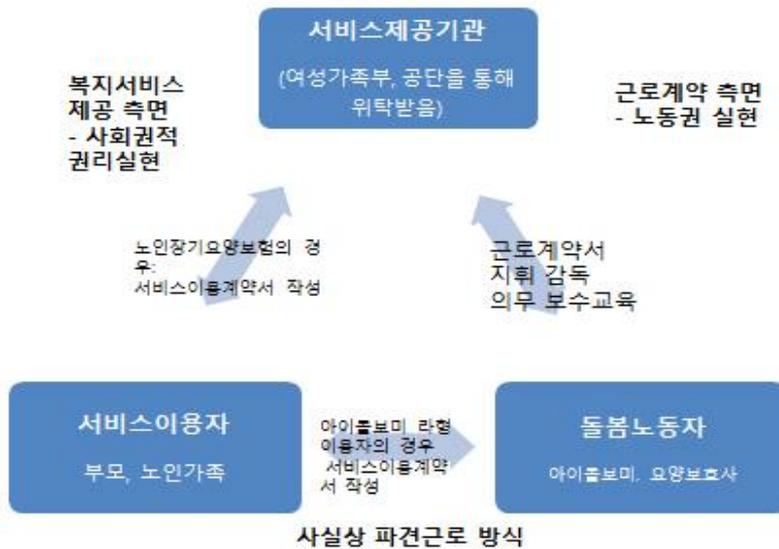
- 이 소 아(공익변호사와 함께하는 동행)

1. 들어가며

요양보호사(노인 및 만성질환자 돌봄), 장애인활동보조인, 아이돌보미 등 종전에 가족들(그중에서도 주로 딸, 며느리 등 여성)의 의무로만 여겨졌던 돌봄문제 이제 사회가 함께 고민하고 짚어지고 가는 복지문제로 바뀌고 있다. 이러한 돌봄 서비스 제공을 위한 복지의 문제는 ①복지서비스 제공 측면의 법률관계와 ② 이 서비스를 실제로 구현하기 위해 채용되는 돌봄노동자에 대한 법률관계로 나뉘게 되며, 이 둘의 관계는 정부 예산의 문제(돌봄노동자의 시급, 시간외 수당), 적절한 돌봄노동 관리 문제(사고 발생 시 배상책임, 서비스 이용자로부터의 부당한 대우, 반대로 돌봄노동자의 인권 교육) 등을 이유로 이해관계가 달라지는 경우가 있다.

그러나 개인적인 경험으로 미루어보건¹⁾ 인권적인 측면에서 검토해보건, 개별 노동자들의 근로자로서의 지위가 안정되지 않고서는 제대로 된 복지서비스가 제공될 수 없다고 확신하였다. 아래에서는 요양보호사와 비교하여 아이돌보미가 근로기준법상의 근로자라는 점에 대하여 밝히겠다.

< 그림 1. 관계도 >



1) 본인은 2013년부터 친정 부모님의 돌봄을 위해 노인장기요양보험법상의 서비스를 이용하고 있으며, 아이돌봄서비스는 아니지만(소득분위가 높아 혜택을 받을 수 없었음) 사촌언니를 통하여 18개월의 아기를 키우고 있다. 또한 2015년경부터는 광주 아이돌봄 노조위원장과 여러 차례 면담을 가져왔다. 그 과정에서 개별 돌봄 근로자들에게 안정적인 근로관계가 부여되지 않고, 사고 등 여러 가지 책임에 대하여 4대보험법상의 보호가 이루어지지 않을 경우 결국 그로 인한 피해는 이용자들에게 미칠 수 밖에 없음을 체감하였다.

2. 아이돌보미의 정의, 유형 및 담당 기관

1) 정의

아이돌봄 지원법은 “가정의 아이돌봄을 지원하여 아이의 복지증진 및 보호자의 일·가정 양립을 통한 가족구성원의 삶의 질 향상과 양육친화적인 사회환경 조성을 목적(아이돌봄 지원법 제1조)”으로 2012. 2. 1. 제정되어 2012. 8. 1.부터 시행되었다. 이 법은 2015. 12. 한 차례 개정되었으나 그 개정의 골자는 작년 하반기부터 연이어 보도 되고 있는 아동학대문제와 관련하여 아이돌보미에게도 아동학대 금지 의무를 부과하기 위한 근거규정을 마련하기 위함이다.

위 법에서 말하는 “아이돌봄서비스”란 아이의 주거지 등에서 개별적으로 제공하는 보호 및 양육 등의 서비스를 말하며, “아이돌보미”란 법률에 따른 일정한 자격을 갖춘 사람으로서 지정된 서비스제공기관을 통하여 아이돌봄서비스를 제공하는 사람을 말한다.

2) 유형

아이돌보미는 소득분위에 따라서 가~라형으로, 시간제 여부에 따라 시간제 및 종일제로 구분되며 소득분위 및 시간제 여부를 함께 고려하여 서비스이용자의 본인부담부분이 결정된다.

<표 1. 아이돌보미 유형에 따른 서비스 이용단가(2015년 기준)²⁾>

유형	소득기준 (전국가구 평균소득)	시간제 (시간당 6,000원) ³⁾		영아종일제(월 120만원, 200시간 기준)			
		정부지원	본인부담	12개월 이하		13~24개월	
				정부지원	본인부담	정부지원	본인부담
가형	50%이하	4500	1500	84만원	36만원	78만원	42만원
나형	50-70%	2700	3300	72만원	48만원	66만원	54만원
다형	70-100%	1500	4500	60만원	60만원	54만원	66만원
라형	100% 초과	-	6000	48만원	72만원	42만원	78만원

3) 담당 기관 근거법령

아이돌봄 지원법 제3조, 제4조는 국가와 지방자치단체에게 아이돌봄 지원의무를 규정하면서, 아이돌보미의 직무에 대한 구체적인 기준(제5조), 아이돌보미 교육 내용에 대한 기준 및 교육기관 지정(제7조 제2항, 제9조) 등에 대하여는 여성가족부 장관에게 부령으로 위임하고 있다.

2) 광주서구건강가정지원센터 <2015. 아이돌봄지원사업 안내> 배포자료 참조

3) 2015년 기준

한편, 아이돌보미 서비스 제공과 관련하여 가장 실질적이면서 막대한 영향을 미치는 서비스제공기관을 지정하는 권한은 시도지사, 시장, 군수 구청장에게 위임되어 있으나, 기관의 시설 인력 기준에 대해서는 여성가족부령에서 정한 기준을 통과하도록 규정되어 있다(법 제11조)

그렇기에 사실상 현장에서 아이돌봄서비스는 각 지방자치단체별로 여성가족부령의 기준을 통과한 단위에 대해 사업을 위탁하는 방식으로 진행하고 있으며, 많은 경우 아이돌봄서비스를 특화한 기관이 아닌 한부모가정지원사업 등을 병행하는 건강가정지원센터에서 위탁받아 사업을 수행하고 있다.

3. 아이돌보미의 근로자성과 관련한 법리 검토

가. 관련 법령

근로기준법상 “근로자“란 직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자를 말하며(제2조 제1항 제1호), “임금“이란 사용자가 근로의 대가로 근로자에게 임금, 봉급, 그 밖에 어떠한 명칭으로든지 지급하는 일체의 금품(제2조 제1항 제5호)을 말한다.

나. 판례의 태도

판례는 근로기준법상의 근로자에 해당하는지 여부를 판단함에 있어서 아래와 같은 기준을 두고 있다.

“그 계약의 형식이 민법상의 고용계약인지 또는 도급계약인지에 관계없이 그 실질에 있어 근로자가 사업 또는 사업장에 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 사용자에게 근로를 제공하였는지 여부에 따라 판단하여야 할 것이고, 위에서 말하는 종속적인 관계가 있는지 여부를 판단함에 있어서는, 업무의 내용이 사용자에 의하여 정하여지고 취업규칙 또는 복무(인사)규정 등의 적용을 받으며 업무수행과정에 있어서도 사용자로부터 구체적, 개별적인 지휘·감독을 받는지 여부, 사용자에 의하여 근무시간과 근무 장소가 지정되고 이에 구속을 받는지 여부, 근로자 스스로가 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 업무의 대체성 유무, 비품, 원자재나 작업도구 등의 소유관계, 보수의 성격이 근로 자체의 대상적 성격이 있는지 여부와 기본급이나 고정급이 정하여져 있는지 여부 및 근로소득세의 원천징수 여부 등 보수에 관한 사항, 근로제공관계의 계속성과 사용자의 전속성의 유무와 정도, 사회보장제도에 관한 법령 등 다른 법령에 의하여 근로자로서의 지위를 인정받는지 여부, 양 당사자의 경제·사회적 조건 등을 종합적으로 고려하여 (근로계약 여부를) 판단하여야 한다(1994.12.9, 대법원 선고, 94다22859, 판결 참조).”

판례는 요양보호사의 근로자성이 문제된 사안에서는 “① 관계 법령상 요양보호사가 개인적으로 요양대상자를 맡을 수 없고, 이 사건 회사와 같은 기관을 통하여서만 요양대상자를 맡을 수 있는 점, ② 이 사건 회사가 요양대상자와 요양계약을 체결하고 그 계약 내용에 따라 요양보호사의 근무시간, 장소, 내용이 모두 정해지는 점, 요양보호사가 근무시간을 변경하거나 휴가를 내기 위해서는 요양대상자와 협의하여 처리할 수는 없고 회사에 사전에 보고하여 조정하여야 하는 점, 매일 근무시간 및 근무 내용을 기록한 근무상황일지를 작성하여 이를 매달 회사에 보고하도록 되어 있는 점, 요양보호사가 임의로 제3자를 고용하여 업무를 대행케 하는 등 독립하여 자신의 계산으로 사업을 영위할 수 없고, 회사에 보고하여 회사가 대체근무를 시키도록 되어 있는 점, 요양보호 시의 주의 사항 등을 회사가 교육하도록 되어 있는 점, ③ 요양보호사의 업무성격에 따라 기본급이나 고정급이 정하여져 있지 않지만, 시간당 일정액에 정해진 근무시간을 곱한 금액을 보수로 지급받을 뿐 이윤창출과 손실 등을 부담하는 것이 아닌 점 등을 종합하여 이 사건 회사의 요양보호사는 업무수행 전반에서 회사로부터 상당한 지휘·감독을 받아 종속적인 관계에서 노무를 제공하는 근로자에 해당한다고 판단한 후 피고인을 유죄로 인정하였다. 앞서 본 법리에 비추어 살펴보면 이러한 원심의 위와 같은 판단은 정당한 것으로 수긍이 가고 거기에 상고이유의 주장과 같은 근로기준법상의 근로자에 대한 법리오해 등의 위법이 없다 ” 고 판시하였습니다.(대법원 2012.11.15. 선고 2011도9077 판결 참조)⁴⁾

4) 이외에 근로관계상 지휘 감독 관계, 종속 관계가 있었는지 여부가 문제되었으나 결국 근로자임을 인정한 사례로는 아래와 같은 것들이 있다.

계약의 형식이 근로계약이 아닌 도급계약인 경우라 하더라도 그 실질을 따진 경우

“대학입시학원 종합반 강사들의 출근시간과 강의시간 및 강의 장소의 지정, 사실상 다른 사업장에 대한 노무 제공 가능성의 제한, 강의 외 부수 업무 수행 등에 관한 사정과 그들이 시간당 일정액에 정해진 강의시간수를 곱한 금액을 보수로 지급받았을 뿐 수강생수와 이에 따른 학원의 수입 증감이 보수에 영향을 미치지 아니하였다는 사정 등에 비추어 볼 때 위 강사들이 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 하면서, 비록 그들이 학원 측과 매년 ‘강의용역제공계약’ 이라는 이름의 계약서를 작성하였고 일반 직원들에게 적용되는 취업규칙 등의 적용을 받지 않았으며 보수에 고정급이 없고 부가가치세법상 사업자등록을 하고 근로소득세가 아닌 사업소득세를 원천징수당하였으며 지역의료보험에 가입하였다고 하더라도 위 강사들의 근로자성을 부정할 수 없다”고 하였고(2006.12.7, 대법원 선고, 2004다29736, 판결 참조)

화물차운전자의 근로자성이 문제된 사안에서 “화물 운송업을 영위하는 회사와 ‘화물자동차 운전 용역(도급) 계약’ 을 체결한 운송기사가 위 회사로부터 제공받은 트레일러를 운전하여 운송 업무를 수행하던 중 운전 부주의로 사망한 후, 망인의 배우자가 유족급여 및 장의비 지급을 청구하였으나 근로복지공단이 망인이 근로자가 아니라 사업주에 해당한다는 이유로 거부한 사안에서, 위 회사가 망인이 수행하여야 할 구체적인 업무의 내용을 지정하고 운행일보 등의 제출을 요구하는 방식으로 운송기사의 업무 내용을 결정하고 그 업무 수행 과정에서 상당한 지휘·감독을 한 점, 운송 업무에 사용되는 화물차량이 위 회사의 소유이고 그 운행에 수반되는 대부분의 비용을

4. 아이돌보미가 근로자임을 나타내는 여러 가지 근거들

가. 아이돌보미와 서비스기관 사이 표준계약서 작성(근로계약서)

1) 아이돌봄 지원법 및 시행규칙에서는 그 법령 자체에서 서비스기관과 돌보미 사이에 표준계약서를 작성하도록 규정하고 있고, 현장에서 이 표준계약서는 ‘아이돌봄 지원사업 아이돌보미 근로계약서’라고 기재되어 있다.

아이돌봄 지원법

제14조(표준계약서 작성) ① 서비스기관은 소속 아이돌보미와 표준계약서를 작성하여야 한다.

② 표준계약서의 구체적 사항은 여성가족부령으로 정한다.

시행규칙

제11조(표준계약서 기재사항) 법 제14조제1항에 따른 표준계약서는 아이돌봄서비스의 기간 및 내용, 수당, 아이돌보미 계약 해지 등 아이돌봄서비스 제공에 필요한 사항을 포함하여 여성가족부장관이 정한다.

2) 계약서⁵⁾의 구체적인 내용을 살펴보면 계약당사자로는 서비스제공기관과 아이돌보미를 기재하고, 활동기간, 활동장소, 활동 내용, 근무시간, 수당, 수당지급일 및 지급방법, 아이돌보미 활동서약서 세부사항을 준수할 것 등을 기재하고 있다.

그러므로 이 위 법 제14조 및 표준계약서의 내용 자체만을 놓고 보아도, 아이돌보미는 임금을 목적으로 사업장에 근로를 제공하는 자로서 근로자에 해당한다고 볼 것이며 아

위 회사가 부담한 점, 사실상 제3자에 의한 업무 대행 및 운송기사의 다른 사업장에 대한 노무제공 가능성이 제한된 점, 망인이 매월 지급받는 보수는 기본급이나 고정급이 아니라 운반물량에 의하여 정산한 금액이기는 하나 이러한 성과급 형태의 금원은 노동의 양과 질을 평가하는 것이라 할 수 있어 근로의 대가인 임금의 성격이 반드시 부정된다고 볼 수 없는 점 등에 비추어, 망인은 임금을 목적으로 종속적인 관계에서 운송회사에게 근로를 제공한 근로자에 해당한다.“고 판시하기도 하였다(2010.5.27, 대법원 선고, 2007두9471, 판결 참조).

또한 근로자가 자신이 소유하는 차량에 관하여 사용자와 사이에 월 임대료를 정하여 차량임대계약을 체결하고 계속하여 사용자에게 종속적인 관계에서 그 차량을 이용하여 물품을 운송하는 형태로 근로를 제공한 사안에서는 “원심은 판시와 같은 이유를 들어 피해 근로자들은 피고인이 운영하는 공소외 1주식회사에 대하여 종속적인 관계에서 자신들의 소유인 차량을 이용하여 근로를 제공하고 이에 대하여 위 회사로부터 실비변상적인 성격의 금원을 포함한 포괄적인 형태의 임금을 받아온 근로기준법상의 근로자에 해당한다고 봄이 상당하다.”(대법원 2013. 4. 26. 선고 2012도5385 판결 참조).고 판시한 바도 있다.

5) 이 계약서

이돌보미의 사용자는 서비스제공기관이 된다.

나. 아이돌보미의 근무내용과 종속성

법령에 근거하여 작성하고 있는 표준계약서가 아니라고 하더라도 아이돌보미는 아래에서 보는 바와 같이 그 직무내용 및 성격상 사용주로부터 상당한 관리감독을 받고 있음을 알 수 있다.

1) 즉, 아이돌보미들은 「아이돌봄지원법」에 근거하여 여성가족부장관이 정하는 기준에 따라 그들이 갖추어야 할 자격과 해야할 직무 내용에 대하여 구체적인 통제를 받도록 되어 있다.

제5조(아이돌보미의 직무) ① 아이돌보미는 여성가족부장관이 정하는 기준에 따라 아이의 안전한 보호 및 돌봄 업무를 수행하여야 한다.

② 아이돌보미는 다음 각 호의 업무를 수행한다.

1. 아이에게 질병·사고 등이 발생한 경우 의료기관에의 이송
2. 안전하고 균형있는 영양의 급식 및 간식 제공
3. 아이의 청결과 위생의 유지
4. 그 밖에 여성가족부령으로 정하는 사항

③ 아이돌보미의 구체적 주의의무는 여성가족부령으로 정한다.

④ 아이돌보미는 보호자의 육아 방침을 존중하여야 하며, 응급조치 등과 관련하여 보호자와 협의하여야 한다.

제7조(아이돌보미의 자격) ① 아이돌보미가 되려는 사람은 제9조에 따른 교육기관에서 교육 과정을 수료하거나 대통령령으로 정하는 일정 자격을 갖추어야 한다.

② 제1항에 따른 아이돌보미의 교육과정, 교육내용 등에 필요한 사항은 여성가족부령으로 정한다.

2) 위 법령에 근거한 여성가족부의 시행규칙 및 「아이돌봄지원사업 안내지침」⁶⁾에 따르면 직무내용, 자격, 근무기간, 임금, 계약해지 등이 명시되어 있으며, 근무기간, 근무내용, 수당 등이 명시된 근로계약서의 작성, 사용자의 근무 장소 및 시간을 포함한 전반적 근무 활동에 대한 지시의 명확성 및 종속성, 근무와 관련한 활동일지 작성 등 사용주로부터 상당한 관리감독을 받고 있다는 사실을 쉽게 알 수 있다.

아이돌봄 지원법 시행규칙

6) 이 안내지침은 해마다 약간의 내용이 바뀌긴 하나, 그 세부적인 모든 내용들이 아이돌보미 사업을 위탁받아 진행하는 기관들의 행위 지침이 되고 감사 기준이 된다는 점은 다르지 않다.

제2조(아이돌보미의 직무 등) ① 「아이돌봄 지원법」(이하 "법"이라 한다) 제5조제2항 제4호에서 "여성가족부령으로 정하는 사항"이란 다음 각 호의 사항을 말한다.

1. 아이돌봄서비스 제공 기간 중 일지 작성
2. 아동학대 발견 시 아동보호 전문기관 등에 신고

여성가족부 2015년도 아이돌봄지원사업 안내 지침

아이돌보미 활동

○ 서비스 제공기관에서 선발 한 자 중 소정의 양성교육과정 및 현장실습을 수료한자에 한해 **아이돌보미 등록 및 근로계약서**([서식 7호] 참조) 작성 후 활동

□아이돌보미 직무

○ 아동의 안전한 보호 및 돌봄 업무 수행

- (시간제) 부모가 올 때 까지 임시보육, 놀이 활동, 식사 및 간식 챙겨주기, 보육시설, 학교, 학원 등·하원, 준비물 보조 등

* 종합형 : 아동과 관련한 가사 추가

- (영아종일제) 이유식 먹이기, 젖병 소독, 기저귀 갈기, 목욕 등 영아 돌봄과 관련된 활동 전반 (건강, 영양, 위생, 교육 등)

* 보육교사형 : 보육교사 자격증 소지자의 영아 교육 서비스 제공

* 시간제 및 영아종일제 돌봄에 가사활동은 제외됨.

○ 아동의 건강관리 및 응급조치 등 안전배려

- 서비스대상 아동 보호자의 육아방침을 존중하고, 식사와 간식은 부모가 조리 하거나 지정한 음식 제공 이용자에게 아동이 접근할 수 없는 안전한 장소에 응급조치를 위한 비상약품 등을 비치할 것 요청

- 질병·사고 또는 재해 등으로 인하여 위급상태가 발생한 경우 즉시 응급의료 기관에 이송

- 식중독 및 전염병으로 의심되는 증상 발견 시 즉시 부모에게 연락하고 병원방문 등 진료 조치하고 서비스제공기관에 보고, 해당 서비스제공기관은 시·군·구 및 관할 보건소에 보고

- 직무를 수행하면서 아동학대범죄를 알게 된 경우나 그 의심이 있는 경우에는 아동보호전문기관 또는 수사기관에 신고하여야 함(아동학대범죄의 처벌 등에 관한 특례법 10조)

○ 기타

- 이용가정의 가족문제에 대한 건강가정지원센터 갈등개선 프로그램 연계 서비스 대상 또는

인근가구 중 생계곤란 등의 위기상황에 처한 가구를 발견하는 경우 읍·면·동 또는 시·군·구에 신고하여 긴급지원 등 복지서비스를 받을 수 있도록 조치

서비스제공기관 역할

아이돌보미 관리

○ 아이돌보미 모집 및 DB관리(연중 수시 모집·채용)

- 아이돌보미 모집 계획, 일정 등을 관내 양성교육기관, 광역거점기관에 통보

* 등록 아이돌보미 현황, 연계 중지, 활동 포기, 활동 취소 등 변경 사항은 광역거점기관 통보 (매월)

- 신규 채용시에는 표준 근로계약서 작성·보관·배부

* [서식 7호] 활용하여 추가내용 포함할 수 있음.

○ 아이돌보미 활동 일지 및 활동상황 점검

○ 선발한 아이돌보미 활동 희망자, 경력자 등의 교육수요 파악 및 교육 신청 및 경력자 보수 교육 실시

○ 아이돌보미 간담회, 월례회의 실시(간담회 실시 후 회의록 작성·비치)

- 월례회의 연 6회 이상, 간담회 분기별 1회 이상(필요시 수시 개최 가능)

○ 아이돌보미 급여 지급 및 보험 가입

소속 아이돌보미에 대한 4대 보험을 관련 법령에 의한 해당 보험의 가입 기준에 따라 처리 (가입 희망하는 돌보미 활동 시간 보장 노력)

○ 돌보미 활동상황 점검 및 서비스 관리

- 돌보미 활동일지와 실제 활동 일치 여부 등 아이돌보미 의무이행 해태, 부정행위 등에 대비한 관리

3) 아이돌보미들은, 아이돌보미 사업 초기에는 출근과 퇴근시에 문자로 센터에 업무보고를 하였고, 현재에는 센터 소유의 사내 인트라넷을 통하여 매일 일지를 전자문서로 작성하여 제출하고 있다. 그리고 아이돌보미 자신이 직접 이용가정을 고를 수 있는 것이 아니고(그렇게 하는 것을 금지하고 있다), 센터를 통하여 아이돌봄 서비스가 필요한 가정이 공고되면 이에 대해 돌보미들이 지원하여 배정하는 방식으로 돌보미가 가정을 변경하고 싶거나 이용자가 돌보미를 변경하고 싶을 경우 모두 센터를 통하도록 운영되고 있다.

다. 아이돌보미 이용료의 지급 및 부담금 지급 과정

아이돌보미 서비스 이용료는 위에서 살펴본 바와 같이 소득분위에 따라 달라지는데, 어떤 경우든(설사 전액 서비스 이용자가 부담하는 경우라도) 서비스 이용요금을 센터(서비스 제공기관)에 매월 선지급한다. 이는 아래에서 언급할 영아종일제 이용가정에 대해서만 사실상 작성을 강요하도록 하고 있는 ‘서비스 이용계약서’에 기재되어 있는 내용이다.

만일 아이돌보미들이 서비스제공기관의 사실상의 관리감독을 받지 않는다고 한다면, 이용자인 부모들이 이용요금을 서비스제공기관에게 선급해야 할 의무가 있을 필요도 없을 것이다.

라. 채용 과정 및 대체 인력

아이돌보미가 채용되는 과정을 보더라도 서비스제공기관(센터)이 사실상 지휘감독을 하고 있음이 드러난다. 센터는 인터넷을 통하여 아이돌보미 채용공고를 내는데, 구직자들이 인터넷으로 신청하여 센터의 서류심사를 통과한 다음 개별 면접을 거쳐야 채용이 결정된다. 또한 돌보미가 자신의 일정으로 일하기 어려울 때 센터가 대체인력을 통하여 업무대체하고 있는 점 등에 비추어 보면 사용자인 센터의 상당한 지휘·감독아래 종속적인 관계가 있다고 보아야 한다.

마. 근로시간과 임금

아이돌보미의 급여는 여성가족부가 사전에 고시한 시급(2015년 시간당 6,000원)에 따라 결정되며, 노무 제공에 따른 이윤창출과 손실 초래의 위험을 부담하지 않고, 시급의 결정권도 없다. 따라서 아이돌보미는 임금을 목적으로 근로를 제공하는 근로자로서 근로기준법의 보호를 받아야 한다.

바. 고용노동부의 질의 회신 - 아이돌보미의 근로자성 인정

이러한 내용은 여성가족부가 2013. 6. 19. 아이돌보미 사업을 진행하면서 아이돌보미의 근로자 여부와 관련하여 질의한 것에 대한 고용노동부의 질의회신에도 잘 나타나있다⁷⁾.

“1. 아이돌보미의 근로자 여부에 대한 질의 회신입니다.

7) 여성가족부는 고용노동부의 회신에 따라 아이돌보미의 수입에 대하여 근로소득에 대해 원천세를 부과하고 서비스제공기관에 대해 4대보험에도 가입하도록 하고 있음.

.....

2. 귀 질의의 아이돌보미의 근로자성 여부와 관련하여 아이돌봄 사업 현황 등을 근거로 살펴보면, ① 돌보미는 일정 자격을 갖춘 자에 대한 서류심사 면접을 거쳐 돌봄서비스를 제공하는 서비스 제공기관에 선발되어 직무교육을 받고, ② 기관과 서비스 기간 및 내용, 수당 등을 정한 계약서를 체결하여 업무내용을 정하며, ③ 서비스 이용자의 요청에 따라 기관이 배정하는 근로시간 장소가 지정되고 지정된 근로시간 장소에 대하여는 임의로 다른 사람으로 대체할 수 없는 것으로 보이며 ④ 돌봄서비스 제공 시간 전후 기관에 근무 상황을 보고 하고 월별 활동 내용에 대해 활동일지를 작성하여 기관에 제출하는 점 등으로 보아 기관의 상당한 지휘 감독을 받는 것으로 보임 ⑤ 또한 지급받는 급여는 서비스 제공에 따른 일정 지급기준에 따라 산출된 금액을 지급받을 뿐 노무 제공에 다른 이윤창출과 손실 초래의 위험을 부담하지 않는 점 등을 종합적으로 고려할 때, 귀 질의의 아이돌보미는 달리 볼 사정이 없는 한 근로기준법상 근로자성을 부인하기는 어렵다고 할 것입니다.”

사. 보론① - 교통비/ 초과 근무수당 미지급

위와 같이 아이돌보미는 근로기준법상 보호받아야 할 근로자임에도 불구하고 현재 여성가족부 및 센터 등은 아이돌보미의 근로자성을 부인하면서 아이돌보미들이 근로자로서 마땅히 지급받아야 할 퇴직금, 초과 근무수당, 주휴수당, 해고예고수당, 연차수당, 휴일 수당, 연장수당 지급을 거부하면서 각 지방 고용노동청에 민원이 빈발하였다(첨부 표 2 참조).

센터들이 드는 주된 근거는 자신들은 여성가족부에서 배정받은 예산에 근거한 사업을 할 뿐 실제 사업자가 아니라는 것이 근거이고, 여성가족부는 뚜렷한 반박을 하고 있지는 않으나 아이돌보미 지원사업에 충분한 예산을 배정받지 못했기 때문인 것으로 추측하고 있다. 한편, 아이돌보미의 근로자성을 인정하는 것 여부와 아이돌보미서비스의 전달체계가 어떠한지 여부는 별개의 문제임에도, 여성가족부 장관은 2015. 10. 정기국회 여성가족부 국정감사에서 의원들이 아이돌보미의 근로자성을 인정하는 것과 관련한 문제를 지적하자 “조금 다른 돌봄하고 차이가 생기는데 장기적으로 해결해야 될 제안으로 제가 고용노동부장관님께 말씀을 드린 게 타 부처 돌봄은 바우처 제도로 하고 있고 유일하게 여성가족부의 돌봄만 바우처 제도가 아닌 제도라서 생기는 그런 간극도 좀 있었습니다. 그래서 장기적으로 그런 부분에 대해서 좀 협업을 하자라는 그런 얘기를 나누고 있습니다” 라고 하며 아이돌봄 서비스도 다른 복지 서비스와 마찬가지로 바우처 방식으로 변경하는 것을 고려하고 있다는 취지로 말하여 사안의 본질을 파악하지 못하고 있음을 알 수 있었다.⁸⁾

8) 2015년도 국정감사 여성가족위원회(2015. 10. 12.) 회의록 69쪽

아. 보론②- 이용자와 돌보미 사이 서비스이용계약서 작성 강요 : 센터의 책임 회피

더욱 큰 문제는 영아종일제 이용가정의 경우에만 이용자(센터가 아니라)와 돌보미가 직접 서비스이용계약을 체결하도록 하여, 아이에게 사고가 발생한 경우 서비스 기관이 직접 책임을 지는 것이 아니고 돌보미가 배상책임보험에 가입하고 돌보미가 직접 이용자와 합의하여 문제를 해결하도록 하고 있는 것이다.

이는 근로자인 돌보미의 지위를 불안정하게 만드는 것임과 동시에, 이용자 편에서도 아이를 안심하고 맡길 수 없도록 하는 것이다.

4. 요양보호사와 비교

가. 노인장기요양보험법상 요양보호사의 정의

노인장기요양보험법 제2조 제5호에서는 “장기요양기관에 소속되어 노인 등의 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 업무를 수행하는 자”를 장기요양요원으로 규정하면서 제11조에서 「노인복지법」 제39조의2에 따른 요양보호사 자격을 가진 자를 장기요양요원으로 인정하도록 규정 한다.

나. 노인장기요양의 관장기관

장기요양보험사업은 보건복지부장관이 관장하며(노인장기요양보험법 제7조 제1항), 보험자가 공단이며, 수입이 있는 국민들이 의무적으로 가입하도록 규정하고 있다(같은 조 2항, 3항)

다. 서비스 제공방식의 차이

1) 장기요양제공기관은 노인장기요양급여를 제공하는 기관이며, 노인장기요양인정자⁹⁾

9) 노인장기요양보험법 제23조 및 관련 시행규칙에서 장기요양등급에 따라 제공될 급여의 구체적인 내용에 대해 규정하고 있다.

제23조(장기요양급여의 종류) ① 이 법에 따른 장기요양급여의 종류는 다음 각 호와 같다.

1. 재가급여

가. 방문요양 : 장기요양요원이 수급자의 가정 등을 방문하여 신체활동 및 가사활동 등을 지원하는 장기요양급여

나. 방문목욕 : 장기요양요원이 목욕설비를 갖춘 장비를 이용하여 수급자의 가정 등을 방문하여 목욕을 제공하는 장기요양급여

다. 방문간호 : 장기요양요원인 간호사 등이 의사, 한의사 또는 치과의사의 지시서(이하 "방문간호지시서"라 한다)에 따라 수급자의 가정 등을 방문하여 간호, 진료의 보조, 요양에 관한 상담 또는 구강위생 등을 제공하는 장기요양급여

라. 주·야간보호 : 수급자를 하루 중 일정한 시간 동안 장기요양기관에 보호하여 신체활동 지원 및

가 (자신의 등급에 따라) 장기요양제공기관에 요양급여신청을 하면, 장기요양기관에서는 법령의 기준에 따라 장기요양급여를 제공해야 한다(의무임)¹⁰⁾. 즉 장기요양보험 이용자는 법에서 정한 여러 가지 급여를 서비스 기관을 통해 직접 지급받는다(가족요양의 경우 비용을 지원받는 예외가 있긴 있다).

2) 이에 반해 아이돌보미의 경우 이용자는, 아이돌보미 서비스 이용을 위한 비용의 지원을 신청할 수 있다. 즉 아이돌보미는 돌봄서비스라는 급여를 직접 지급받는 것이 아니라 서비스 이용료 지원을 받는 것이다.

아이돌봄 지원법

제20조(비용의 지원 등) ① 국가와 지방자치단체는 여성가족부령으로 정하는 일정소득 이하 가구의 아이돌봄서비스 비용의 전부 또는 일부를 지원할 수 있다.

② 제1항에 따른 비용은 가구의 소득수준과 거주 지역 및 부모의 취업 등을 고려하여 차등 지원할 수 있다.

③ 아이돌봄서비스의 비용은 서비스의 종류, 해당 지역의 사정 등을 고려하여 여성가

심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등을 제공하는 장기요양급여

마. 단기보호 : 수급자를 보건복지부령으로 정하는 범위 안에서 일정 기간 동안 장기요양기관에 보호하여 신체활동 지원 및 심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등을 제공하는 장기요양급여

바. 기타재가급여 : 수급자의 일상생활·신체활동 지원 및 인지기능의 유지·향상에 필요한 용구를 제공하거나 가정을 방문하여 재활에 관한 지원 등을 제공하는 장기요양급여로서 대통령령으로 정하는 것

2. 시설급여 : 장기요양기관이 운영하는 「노인복지법」 제34조에 따른 노인의료복지시설 등에 장기간 동안 입소하여 신체활동 지원 및 심신기능의 유지·향상을 위한 교육·훈련 등을 제공하는 장기요양급여

3. 특별현금급여

가. 가족요양비 : 제24조에 따라 지급하는 가족장기요양급여

나. 특례요양비 : 제25조에 따라 지급하는 특례장기요양급여

다. 요양병원간병비 : 제26조에 따라 지급하는 요양병원장기요양급여

②제1항 제1호 및 제2호에 따라 장기요양급여를 제공할 수 있는 장기요양기관의 종류 및 기준과 장기요양급여 종류별 장기요양요원의 범위·업무·보수교육 등에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정한다.

③장기요양급여의 제공 기준·절차·방법·범위, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

10) 제35조(장기요양기관의 의무 등) ① 장기요양기관은 수급자로부터 장기요양급여신청을 받은 때 장기요양급여의 제공을 거부하여서는 아니 된다. 다만, 입소정원에 여유가 없는 경우 등 정당한 사유가 있는 경우는 그러하지 아니하다.

②장기요양기관은 제23조제3항에 따른 장기요양급여의 제공 기준·절차 및 방법 등에 따라 장기요양급여를 제공하여야 한다.

시행규칙

제13조(장기요양급여의 신청) ① 수급자는 법 제23조제1항에 따른 장기요양급여를 받으려면 장기요양기관에 별지 제6호서식의 장기요양인정서를 제시하여야 한다. 다만, 장기요양인정서를 제시하지 못하는 경우에는 장기요양기관은 공단에 전화나 인터넷 등을 통하여 자격을 확인할 수 있다.

족부장관이 정하여 고시한다.

제22조(비용 지원의 신청) ① 보호자는 제20조제1항에 따른 아이돌봄서비스의 비용 지원을 신청할 수 있다.

3) 많은 복지영역이 장기요양보험과 같이 민간위탁/바우처 방식으로 돌아가면서 복지 영역의 도덕적 일탈 문제, 기업화 문제, 국가의 의무를 민간에 지운 다음 관리감독 문제 등이 대두된 것으로 알고 있다. 재가복지센터, 어린이집 문제가 그렇다.

이에 반해 아이돌봄 사업은 정부가 직접 관리감독을 하고 비용을 보조한다는 점에서 긍정적인 측면이 있다고 생각한다. 그런데 여성가족부 장관은 2015. 10. 국회 여성가족위원회 국정감사 중 아이돌보미의 근로자성과 관련한 문제를 단순히 다른 복지 서비스가 바우처 방식으로 운영되고 있고 아이돌보미는 바우처 방식이 아니기 때문에 생기는 문제로 인식하면서 바우처 방식으로 단계적으로 변경해나갈 여지가 있는 것과 같은 뉘앙스로 이야기 한 바 있다¹¹⁾. 이로 인하여 정부와 공공이 책임져야 할 보육문제가 또 다시 민간으로 위탁되는 악순환이 반복되는 것이 아닌지 우려된다.

라. 장기요양기관과 이용자의 법률관계

노인장기요양보험법 시행규칙에서는 장기요양기관이 직접 수급자(이용자)와 장기요양급여 제공계약을 체결하도록 규정하고 보험에 가입하도록 규정하여 돌봄 과정에서 발생하는 여러 가지 사고에 대비하여 장기요양기관이 직접 책임을 지도록 하는 근거를 마련하고 있다.

노인장기요양보험법 시행규칙

제16조(장기요양급여 계약 등) ① 수급자와 장기요양기관은 장기요양급여 개시 전에 다음 각 호의 사항이 포함된 장기요양급여 제공계약을 문서(이하 "계약서"로 한다)로 체결하여야 한다. 이 경우 장기요양기관은 계약서를 2부 작성하여 1부는 지체 없이 수급자에게 발급하고 1부는 장기요양기관이 보관하여야 하며, 계약을 변경하려는 경우에도 또한 같다.

1. 계약 당사자
2. 계약기간
3. 장기요양급여의 종류, 내용 및 비용 등
4. 비급여대상 및 항목별 비용

② 장기요양기관은 제1항에 따른 계약을 체결할 때에는 수급자 또는 그 가족에게 제공하려는 장기요양급여의 제공계획 및 비용(비급여대상 및 항목별 비용을 포함한다) 등 장기요양급여 제공과 관련된 사항을 설명한 후 동의서를 받아야 한다.

③ 장기요양기관은 계약을 체결하거나 계약서의 내용을 변경한 경우에는 지체 없이

11) 2015년도 국정감사 여성가족위원회(2015. 10. 12.) 회의록 69쪽

별지 제11호서식 및 별지 제11호의2서식의 장기요양급여 계약통보서를 팩스나 공단이 운영하는 전자문서교환방식을 통하여 공단에 통보하여야 한다.

마. 장기요양기관과 요양보호사의 법률관계

장기요양기관과 요양보호사의 법률관계에 대하여 직접적으로 언급하고 있지는 않으나 노인장기요양보험법 제31조 제1항, 제32조 제2항¹²⁾에서 장기요양기관으로 지정받기 위해 보건복지부령으로 정하는 시설인력기준을 충족하도록 규정하고 있고, 이에 근거한 동 시행규칙 제24조¹³⁾ 및 「별표 1 재가장기요양기관(방문간호 및 기타재가급여)의 시설·인력기준」 제3호 바목에 따르면 “모든 종사자는 기관의 장(법인의 대표자)과 근로계약이 체결된 자이어야 한다.”고 규정되어 있다.

이에 따라 장기요양기관은 요양보호사와의 사이에 근로계약을 체결하고 근로계약서를 작성함은 물론 갑근세, 4대보험을 의무적으로 가입하고 있다.

12) 제31조(장기요양기관의 지정) ① 장기요양기관을 설치·운영하고자 하는 자는 소재지를 관할 구역으로 하는 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장으로부터 지정을 받아야 한다. <개정 2013.8.13.>

②제1항에 따라 장기요양기관으로 지정받고자 하는 자는 보건복지부령으로 정하는 장기요양에 필요한 시설 및 인력을 갖추어야 한다.

제32조(재가장기요양기관의 설치) ① 제23조제1항제1호의 재가급여 중 어느 하나 이상에 해당하는 장기요양급여를 제공하고자 하는 자는 시설 및 인력을 갖추어 재가장기요양기관을 설치하고 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 이를 신고하여야 한다. 신고를 받은 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 신고 명세를 공단에 통보하여야 한다. <개정 2013.8.13.>

②제1항 전단에 따라 설치의 신고를 한 재가장기요양기관은 장기요양기관으로 본다.

③의료기관이 아닌 자가 설치·운영하는 재가장기요양기관은 방문간호를 제공하는 경우 방문간호의 관리책임자로서 간호사를 둔다.

④제1항에 따른 시설 및 인력기준, 그 밖에 필요한 사항은 보건복지부령으로 정한다.

13) 시행규칙 제24조(재가장기요양기관의 시설기준 등) ① 법 제32조제1항에 따라 재가장기요양기관을 설치·운영하려는 자는 별지 제21호서식의 재가장기요양기관 설치신고서에 다음 각 호의 서류를 첨부하여 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장에게 제출하여야 한다. 이 경우 2명 이상이 공동으로 재가장기요양기관을 설치·운영하려는 경우에는 각 구성원의 연명으로 신고서를 제출하여야 한다.

4. 일반현황·인력현황 및 시설현황을 적은 서류 각 1부

② 법 제32조제4항에 따른 시설 및 인력은 다음 각 호와 같다. <신설 2015.12.31>

1. 법 제23조제1항제1호가목, 나목, 라목 또는 마목의 급여를 제공하려는 자: 「노인복지법 시행규칙」 별표 9에 따른 시설 및 인력

2. 법 제23조제1항제1호다목 또는 바목의 급여를 제공하려는 자: 별표 1에 따른 시설 및 인력

5. 마무리

아이돌보미는 근거 법률을 보아도, 채용 과정 및 업무 지시 과정을 보아도 모두 사용자인 센터에 종속되는 근로자다.

아이돌보미와 요양보호사는 센터가 채용하고 제3자(가정)에게 서비스를 제공한다는 구조적인 면에서, 센터가 모집하고 관리 감독하며 일정한 보수 교육을 계속한다는 업무적인 측면에서 같은 근로자이다.

요양보호사들의 경우 이미 대법원 판례를 통하여 거듭 근로자성을 인정받았는데도, 아이돌보미의 경우 재원이 확보되지 않았다는 핑계로 그들의 근로자성을 부인하여 지위를 불안하게 하고 있다. 아이돌보미들이 처음 아이돌봄 사업에 지원한 것은 국가가 자신들의 지위를 보장해줄 것이라는 믿음이 있었기 때문이고, 서비스 이용자들 역시 국가가 보장하는 사람들이니 믿고 아이를 맡길 수 있을 것이라는 신뢰 때문이다.

그런데 아이돌보미의 근로자성을 부인하는 것은 이러한 믿음의 근본을 부수는 일이고 이것이 우리 아이들의 안정적인 돌봄에 영향을 미칠까 우려스럽다. 하루 속히 아이돌보미의 근로자성이 확인되어 문제가 종결되기를 바란다.

< 첨부 >

<표 2>. 2012년 4. 1.-15. 8. 아이돌보미 관련 진정사건(25건, 67명)¹⁴⁾

접수구분 (퇴직금/미지급/ 임금체불)	진정인 수	사건 개요	처리 결과
서울지방노동청			
임금미지급	1	중랑구건강가정지원센터. 임금 870,390체불 (2012. 10. 30. 접수)	불기소(공소권없음)의견 송치 -임금지급완료된 후 취하서 제출됨(2012. 12. 14. 종결)
퇴직금 미지급	3	중랑구건강가정지원센터. 퇴직금 총 6,355,190원 체불 (2014. 11. 11.접수)	권리구제 행정종결 -미지급 퇴직금 지급완료 (2012. 11. 26. 종결) -복부지청
퇴직금 미지급	1	중랑구건강가정지원센터. 퇴직금 총 2,067,231원 체불 (2015. 3. 19. 접수)	권리구제 행정종결 -미지급 퇴직금 지급완료(2015. 4. 15. 종결) -복부지청
퇴직금 미지급	5	중랑구건강가정지원센터. 퇴직금 총 14,265,926원 체불 (2015. 4. 15. 접수)	행정종결(권리구제) -미지급 퇴직금 지급완료 -복부지청
각종 수당 미지급	1	중랑구건강가정지원센터. 각종수당(금액 미상) 미지급 (2015. 07.24. 접수)	행정종결(권리구제) -진정인이 차후 재진정을 하겠다고 취하서 제출여 사가인 조사 전 종결

			-북부지청
해고예고수당 미지급	1	금천구건강가정지원센터. 해고예고수당 미지급(2015. 1. 2. 접수)	행정종결 -진정인에게 출석요구 했으나 2회 불출석하여 근로감독관집무규정 제40조에 의거, 진정인에게 회신 후 종결처리함(2015. 1. 22. 종결) -관악지청
주휴수당 미지급	1	도봉구건강가정지원센터. 2012. 5부터 2014. 4까지의 임금 중 주휴수당 합계 6,652,000원 미지급	서울지방고용노동청 서울북부지청에서 임금지급 시정결정→건가센터에서 결정유예 요청→서울북부지청에서 시정지시 철회→진정인 2차 출석 요구 -북부지청
주휴수당 미지급	1	도봉구건강가정지원센터. 2012. 5부터 2015. 4까지의 임금 중 주휴수당 합계 3,342,610원 미지급	
광주지방노동청			
임금	1명	광산구건강가정지원센터. 해고예고수당의 지급을 요구하였으나 진정을 취하함	내사종결 (위반없음 및 진정취하) -광주청
임금	1명	광주서구 건강가정지원센터. 주휴수당, 연장, 휴일근로 가산수당, 근로자의 날 휴일 근로 가산수당 지급 요구	2015. 8. 12. 광주지방검찰청에서 수사지휘→근로자성 불인정, 내사종결 -광주청
임금	1명	익산시건강가정지원센터. 임금 미지급건에 대해 지급 요구하였으나 신고인 2회 불출석으로 종결	내사종결(2회불출석) -익산지청
퇴직금 및 임금	1명	군산건강가정지원센터. 퇴직금, 연차휴가 미사용 수당 지급 요구	내사종결(위반없음) -군산지청
대구지방노동청			
퇴직금 미지급	1명	구미시건가센터에서 근로하다 2015. 1. 1. 퇴직한 임윤숙이 2015 2. 6. 퇴	2015. 3. 26. 퇴직금 821,910 지급 진정취하 종결
임금체불	2명	2011.11.28.부터 현재까지 대구시 수성구 건가센터에서 근무 중인 진정인 2명은 연장근로수당, 주휴수당, 연차수당 지급을 요구하며 2015. 1. 28. 진정사건 제기	-아이돌보미에 대한 근로자성 여부판단이 필요함에 따라 2015.3.19. 대구지검 최수봉에 수사지휘건의 -2015. 8. 근로기준법상 근로자로 인정되기 어렵다고 진정인에게 통보
충부지방 고용노동청			
임금체불	2명	2012. 임금체불	시정완료(의정부지청)
임금체불	1명	2013. 임금체불	취하종결(충부청)

퇴직금 체불	1명	2014. 퇴직금체불	시정완료(의정부지청)
임금체불	1명	2014. 임금체불	취하종결 -의정부지청
임금체불	1명	2015. 임금체불	취하종결 -중부청
임금체불	1명	2015 임금체불	취하종결 -부천시청
임금 및 퇴직금 체불	7명	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 및 퇴직금 제출	진행 중 -경기지청
	1	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 및 퇴직금 제출	진행 중 -경기지청
	8	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 및 퇴직금 제출	진행 중 -경기지청
	1명	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 및 퇴직금 제출	진행 중 -경기지청
임금 및 퇴직금 체불	7명	2015. 7. 임금 및 퇴직금 체불	진행 중 -안양지청
	4명	2015. 임금 및 퇴직금 체불	진행 중 -안양지청
	1명	2015. 임금 및 퇴직금 체불	취하종결 -안양지청
임금체불	8명	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 체불	진행 중 -성남지청
임금체불	1명	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 체불	진행 중 -성남지청
임금체불	1명	2015. 임금(주휴,연장·야간·휴일·연차수당) 체불	진행 중 -성남지청

14) 이 표는 2015. 9. 정기국회 국정감사 당시 남윤인순 의원실에서 각 고용노동 지청을 통하여 수집한 자료를 바탕으로 임순영 보좌관에 의하여 작성된 것을 참조하였다.