

## 돌봄사고 처리제도의 개선방안에 관한 연구\*

— 장기요양사고에 관한 한국·일본·독일을 중심으로 —

장 봉 석\*\* · 김 영 문\*\*\*

---

국문초록

---

본고는 장기요양보험제도 이후 지속적으로 발생·증가하고 있는 돌봄사고 특히 장기요양에서의 사고를 중심으로 돌봄의 개념과 유형, 돌봄서비스계약의 법적구조, 판례의 경향 등에 관하여 한국, 일본, 독일을 중심으로 고찰하고, 이에 대해 서비스제공에서 종사자 측에 부여된 의무의 범위 및 책임이라는 양 측면에서의 개선방안을 제시하였다. 즉, 돌봄계약에 따른 사고의 문제는 사회보장·사회복지가 차지하고 있는 기본권으로서의 헌법상 위치나 공공성, 보편성 등을 비롯한 여러 이념이나 개념 등과 조합해볼 때 단순히 사인(私人)간에 발생하는 것으로 취급할 수만은 없다는 본질적 한계를 가지고 있는 것으로서 여기에는 당사자 간의 자유로운 계약이라는 측면도 있는 반면, 국가나 지방자치단체 등에게는 이에 대한 궁극적 책임을 질 의무와 더불어 재해예방 및 그 위험으로부터 국민을 보호할 의무도 함께 있는 것이며, 이때의 국민은 사회보장·사회복지 영역에서 볼 때 이용자 뿐 아니라 서비스제공자도 포함되는 것이라고 보아야 한다는 것이다. 따라서 본고에서 고찰한 돌봄사고는 결국 어떻게 하면 보다 과학적·체계적으로 돌봄을 수행하게 하고, 그 과정에서 발생한 책임문제를 합리적으로 해결할 것인가에 관한 것으로서 매우 중요하다고 평가할 수 있다. 나아가 이는 계약형 복지사회로의 확대를 염두하고 있는 것으로서 한시라도 빨리 정책적·제도적 장치를 마련하는 것이 필요하다는 것을 의미한다고 할 것이다.

---

\* 본고는 사)복지마을 부설 사회보장연구소와 전북대학교 노동사회법센터의 지원을 받아 연구한 것임(과제번호 2020-105)

\*\* 법학박사, 사)복지마을대표이사, 사)치매케어학회장 (제1저자)

\*\*\* 전북대학교 법학전문대학원 교수 (교신저자)

**주제어:** 돌봄(요양), 돌봄사고, 장기요양, 사무프로세스, 사회복지장플랫폼,  
무과실책임, 대체적 분쟁해결제도, 사회복지장재해보험

---

목 차

- I. 들어가며
- II. 돌봄사고의 개념과 유형
- III. 돌봄서비스계약의 법적 구조
- IV. 판례의 경향
- V. 검토 및 개선방안
- VI. 맺음말

## I. 들어가며

2008년 7월 한국의 장기요양보험제도 시행은 노인복지분야를 중심으로 사회복지장·사회복지<sup>1)</sup> 전반에 많은 변화를 가져왔다. 이러한 변화로는 계약 방식에 의한 서비스제공과 이용자의 권리성 강화, 돌봄영역의 민간의존성 증대에 따른 개인이나 단체 사업자의 급증 등을 들 수 있다.<sup>2)</sup> 그런데 이러한 변화는 종래와는 달리 이용자와 공급자 간의 권리의무관계를 공적관계에서 사적관계로 바꾸어 놓았으며, 이는 돌봄사고에 대한 책임에 있어서도 마찬가지로 할 수 있다. 즉, 장기요양제도 시행 이후 이용자 수가 꾸준히 증가하면서 그에 따른 여러 문제도 발생하고 있는바, 그 중 하나가 시설에서 발생하는 사고와 그에 따른 책임의 문제라고 할 것인데, 「노

---

1) 본고에서 사회복지장·사회복지라는 용어를 혼용하고 있는 것은 양자에 관한 학설이 대립하고 있는 상황을 반영한 것으로서 부득이 한 것이며, 한편 필자는 이에 대해 위계상 사회복지장기본법이 사회복지관련법의 상위법으로서의 위치에 있는 것으로 보고 있다는 점을 분명히 밝혀둔다. 이하 필요에 따라 사회복지장, 사회복지라는 용어를 각각 또는 혼용하여 논의를 전개한다.

2) 장봉석, “사회복지서비스계약에 관한 연구”, 전북대학교(박사), 2015(a), 4-8쪽.

인장기요양보험법 시행규칙」 제16조에 따른 계약방식의 채택은 이에 따른 채무불이행이나 불법행위책임 등에 관하여 특별한 이론적·정책적 근거를 제시하지 않은 채 통상의 형법이나 사회복지관련법 등에서의 형사책임 내지 민사책임의 법리로 해결해오고 있는 상황이며, 이와 관련한 그 동안의 연구도 우리나라 내지 일본에서의 판례를 중심으로 돌봄사고의 유형이나 내용을 분석하거나, 이들 사례가 서비스제공자 측에 주는 의미가 무엇인지에 머물러 있는 등에<sup>3)</sup> 불과한 것으로서 이에 대한 직접적인 연구는 전무한 것으로 사료된다.<sup>4)</sup>

한편 「사회복지사업법」 제34조의3 제1항은 화재로 인한 손해배상책임 및 화재 외의 안전사고로 인해 생명·신체에 피해를 입은 보호대상자에 대한 손해배상책임을 배상하기 위해 손해보험회사의 책임보험에 가입하거나 「사회복지사 등의 처우 및 지위 향상을 위한 법률」 제4조에 따른 한국사회복지공제회의 책임공제에 가입하도록 명시하고 있는데, 같은 법 제2조 각 호 내지 제34조의3 제2항을 근거로 볼 때 「장애인활동지원에 관한 법률」은 적용대상이 되는 반면, 「사회복지사업법」이 「노인장기요양보험법」의 상위법으로서의 지위를 가진다고 보기도 어려우며, 다만 같은 법 제35조의5 제1항이 ‘장기요양기관은 종사자가 장기요양급여를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 수급자의 상해 등 법률상 손해를 배상하는 보험(전

3) 김상찬, “일본법상 요양간호업무의 법적 책임”, 한국법학회 법학연구(제23집), 2006; 윤태영, “고령자의 요양 중 사고에 대한 법적 책임”, 경찰법연구, 2019; 윤기혁·박경일, “한국 노인요양시설의 요양사고 판례분석 연구: 요양사고 유형, 쟁점 사항 및 예방 대책을 중심으로”, 사회복지정책, 2016; 長沼建一郎, 介護事故の法政策と保険政策, 法律文化社, 2011 등 참조.

4) 지난 10월 16일 문재인 대통령은 요양보호사, 장애인활동지원사 등 사회서비스원 소속 돌봄 종사자들과 영상 간담회를 통해 ‘사회서비스 헌법’ 제정 필요성, 돌봄의 공공성, 열악한 노동환경에서 저임금과 불안정한 고용형태에 해소 등을 위해 영상간담회를 가졌는데(파이낸셜 뉴스(2020. 10. 08), ‘文대통령, 요양보호사 만난다...“돌봄 공공성 강조”’, <https://www.fnnews.com>) 필자가 바라보는 이와 관련한 핵심쟁점은 돌봄종사자의 근로환경 및 처우개선과 법적 보호장치 마련으로 요약될 수 있다. 하지만 언론에 나타난 바와 같이 법적 보호장치 문제에 대해서는 정부나 현장 모두 그 중요성을 전혀 인식하고 있지 못하는 것으로 보인다.

문인배상책임보험)에 가입할 수 있다'고 하고 있고, 제2항은 '공단은 장기요양기관이 전문인 배상책임보험에 가입하지 않은 경우 그 기간 동안 제38조에 따라 해당 장기요양기관에 지급하는 장기요양급여비용의 일부를 감액할 수 있다'고 하고는 있지만 그것이 바로 민사책임의 법리가 적용되는 근거라고 할 수 있는 것인지, 아니면 「노인장기요양보험법 시행규칙」 제16조에 따른 계약에 관한 규정이 민사책임의 법적 근거가 될 수 있는 것인지 의문이며, 나아가 만일 이 규정이 근거가 된다고 하더라도 과연 장기요양기관 뿐 아니라 사회복지시설에서 발생하는 사고에 대한 책임을 일반적 민사책임의 법리에 따라 기관에게만 묻도록 하는 것이 타당한 것인지 등을 검토할 필요가 있다. 따라서 이에 대한 전반적 검토와 논의가 필요한 것으로 보이지만, 우선 그 범위를 장기요양보험으로 한정하여 돌봄사고의 개념과 유형, 돌봄계약의 법적 구조 및 사고에 관한 판례의 경향을 살펴보고, 사고책임에 대한 법·제도적 개선방안을 제시하고자 한다.

## II. 돌봄사고의 개념과 유형

### 1. 돌봄의 개념

돌봄사고가 무엇인지를 규정하기 위해서는 먼저 돌봄이 무엇인지 개념화 하는 것이 선행되어야 할 것인데<sup>5)</sup>, 이에 대해서는 여러 의견이 있지만 지금까지는 주로 간호학에서 다루어져 왔는데, 통상 '사람을 돕기 위해 계획된 직접적 또는 간접적인 양육행위·과정·결정'<sup>6)</sup>, '간호사와 대상자 사

---

5) 이는 마치 의료를 정의하는 것과 유사한 측면이 있는데, (이 개념에 대한 논고로는 김나경, “의료 개념의 다층적 이해와 법”, 의료법학, 2010, 75-112쪽 참조) 통상적으로는 의료계약을 중심으로 논의되어 오고 있으며, 여기에서 의료계약이란 ‘환자가 의사로부터 검사, 진찰 또는 치료를 받기 위해 의사 또는 의료기관의 개설자와 체결하는 계약’이라고 하고 있다.(김형배, 민법학강의 - 이론·사례·판례 -, 신조사, 2006, 1304쪽)

이에서 이루어지는 (전문적 활동을 기반으로 하는)인간관계로서 간호실무의 핵심 내지 도움을 받는 대상자가 스스로 건강문제를 해결하며 자활할 수 있도록 하는 체계적이며 일관된 도움<sup>7)</sup> 등으로 정의되고 있다. 하지만 이에 반해 본고에서 다루고자 하는 돌봄은 사회복지 특히 장기요양을 중심으로 하는 것으로서 간호 뿐 아니라 의료·복지·요양·작업치료·물리치료 등과 같은 다분야를 포섭하는 것으로 이해될 수 있는데, 이에 관한 연구 결과는 찾아보기 어려우며 다만 ‘돌봄정의(Care Justice)’라는 관점<sup>8)</sup>에서 다루고 있는 정도라고 할 것이다.

한편 최근 발의된 『노인복지법 전부개정(안)』 제3조 제2호는 ‘돌봄이란 노인이 일상생활에서 자립적으로 생활할 수 있도록 지원하는 일련의 활동을 말한다’고 하고 이어 제3호는, 요양이란 거동이 불편한 노인이 일상생활을 하는 것을 지원하는 일련의 활동을 말한다’고 하면서 돌봄과 요양을 구분하여 정의하고 있다.<sup>9)</sup> 그런데 이 문구만 보면 여기에는 주어가 빠져 있기 때문에 누가(who) 돌봄 내지 요양지원의 주체가 되는지 알 수 없다는 문제가 있다.(이에 대해서는 돌봄서비스계약의 법적 구조에서 다시 다룬다) 다시 말해서 앞서 본 바와 같이 간호학에서는 돌봄의 주체가 간호사라는 점을 명확히 알 수 있는데 반해, 돌봄이나 요양에서는 그 제공주체가 시설인지 또는 시설에서 근무하는 사회복지사나 요양보호사인지는 아니면 또 다른 종사자인지 불명확하다는 것이다. 더군다나 간호분야에서의 돌봄은 대상자가 스스로 건강문제를 해결하며 자활할 수 있도록 하는 체계적이며 일관된 도움으로서 ‘건강’이라는 부문에 한정하고 있지만, 노인복지법상에서는 ‘일상생활’이라고 하고 있기 때문에 여기에서 말하는 일상

- 
- 6) 김예정·최영희, “간호사와 환자의 상호작용에서 환자가 인지하는 간호(돌봄) 개념의 구성요소에 관한 연구”, 성인간호학회지(제2권 1호), 1990, 53쪽.
  - 7) 김예정·김문실, “간호학생이 지각하는 돌봄에 관한 연구”, 성인간호학회지(제5권 제1호), 1993, 5-6쪽.
  - 8) 석재은, “돌봄정의(Caring Justice) 개념구성과 한국 장기요양정책의 평가”, 한국사회정책, 2018, 57-91쪽; 최희경, “노인장기요양보험제도와 돌봄 정의”, 한국사회정책, 2018, 103-130쪽.
  - 9) 발의 2020. 07. 29, 의안번호 2491호, 노인복지법 전부개정(안).

생활이 도대체 무엇이나에 따라 지원 뿐 아니라 책임의 범위도 달라진다는 문제가 발생하게 되는 것이다. 또 한편으로는 굳이 돌봄과 요양을 구분할 법적 실익도 없어 보인다. 즉, 이 규정에 따른 돌봄과 요양의 차이는 그 대상자가 스스로 일상생활을 영위할 수 있느냐 그렇지 않느냐에 따른 것에 불과한 것으로 보이며, 예컨대 이 법 개정(안) 제29조 제1항 각 호에서도 재가노인돌봄기관과 재가노인요양기관을 구분하여 다루고 있는바, 돌봄과 요양이 무엇인지를 보다 명확히 하기 위한 전제로서 양자를 구분·정의한 것으로 보이지만 실제 기관이 수행해야 할 업무에서 어떠한 차이가 있는 것인지 알 수 없을 뿐 아니라 본고가 다루고자 하는 돌봄사고에 대한 법적 책임에서도 어떠한 각각의 다른 의미를 갖는 것이 아니라는 점이다.<sup>10)</sup> 또한 「노인장기요양보험법」 제28조의2는 ① 수급자의 가족만을 위한 행위 ② 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위 ③ 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위를 급여 외 행위로서 제공할 수 없도록 하고 있는데, 그렇다면 이 법에서 금지하고 있는 이 외의 모든 행위가 일상생활의 범주에 포함되며, 따라서 이 법에 따른 장기요양요원은 그에 대한 지원과 이로 인한 사고까지도 모두 책임져야 할 의무가 있는 것인지 문제가 발생하는 것이다. 따라서 우선적으로는 사회복지 내지 장기요양 분야에서의 돌봄 및 요양의 개념을 보다 명확히 하는 것이 필요할 것으로 판단된다.

그렇다면 이를 어떻게 정의할 것인가? 물론 돌봄이 무엇인지에 대해 정

10) 즉, 이를 비판적 관점에서 보면 굳이 무슨 이유로 노인복지법에 요양 즉, 노인장기요양보험에 관한 내용을 담으려고 하는 것인지 이해하기 어려운 부분이 있다. 다시 말해서 노인요양에 관해서는 노인장기요양보험법이라는 제도적 장치가 마련되어 있기 때문에 노인복지법과 노인장기요양보험법이라는 양 제도의 목적과 취지, 범위, 내용 등을 명확히 구분하여 별도로 다루는 것이 보다 타당하지 않은가 하는 것이다.(동지, 장봉석, “노인장기요양보험 시행 이후 노인복지법의 역할에 관한 소고”, 법학연구, 2011(b), 421-425쪽) 더군다나 돌봄과 요양을 구분하는 ‘자립’은 대단히 정책적·자의적인 용어로서 의료적 개입의 기준이 되는 ‘건강’ 내지 ‘세계보건기구(WHO)에서 말하는 건강의 정의’와는 상당한 차이가 있다는 점에서도 그러하다.

의하는 것이 거의 불가능하다는 입장도 있지만<sup>11)</sup> 이에 대해서는 우선 학문적으로는 양자를 각각 다룰 것이 아니라 간호학에서의 정의를 확대하여 돌봄이 요양이나 의료, 간호 등을 포섭하고 있는 것으로서 ‘돌봄이란 요양, 복지, 의료, 간호 등 부문에서 서비스제공자와 대상자 사이에서 이루어지는 관계로서 도움을 받는 대상자가 스스로 자신의 문제를 해결하며 자활할 수 있도록 하는 체계적이며 일관된 도움 또는 일련의 활동’으로 하고, 제도적으로는 광의로서 사회보장분야 특히 「사회보장기본법」상 사회서비스를 제공하는 기관으로서 하위법률인 「사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률」 제2조 제1호에 따라 ‘사회서비스를 제공하는 사회복지시설 및 보건의료서비스기관의 서비스제공자가 각 개별법률이 정한 목적과 범위에 따라 대상자의 가정이나 기관에서 이들의 자립적 생활이 가능하도록 지원하는 활동’으로, 협의로는 사회복지 및 장기요양분야에서 돌봄이나 요양서비스의 제공주체인 ‘사회복지시설 또는 장기요양기관의 서비스제공자(사회복지사·요양보호사·간호사·간호조무사·물리치료사·작업치료사·영양사·조리원·기사 등)가 각 개별법률이 정한 목적과 범위에 따라 대상자의 가정이나 시설에서 이들의 자립적 생활이 가능하도록 지원하는 활동’으로 개념화할 수 있을 것이며, 여기에서 다시 자립적 생활이란 신체활동지원·가사활동지원·개인활동지원·정서지원·의료 및 간호처치·기능훈련·응급활동 등 지원을 통해 대상자 스스로가 일상생활을 영위할 수 있도록 하는 것으로 유형화하고, 나아가 각 지원서비스의 내용과 범위를 정하는 것이 타당할 것으로 사료된다.

11) 홍성민, “독일 장기요양보험법상 보험사고와 법개정에 관한 소고”, 법제연구(제50호), 2016, 347쪽에서는 ‘일상생활 및 정상적인 수행 등 장기요양필요상태에 관한 사항은 사실상 사회적 현상으로 사회가 다양화해지는 오늘날 법치행정의 관점에서 그 구체적인 개념정의가 매우 곤란하다고 보는 입장도 수긍이 가며, 나아가 위와 같은 장기요양필요상태라고 하는 보험사고에 관하여 일반적 개념정의만을 규정하고 그 구체적 내용에 관해서는 시행령 등 하위규범에 위임함으로써 급속하게 변화하는 사회적·경제적·정치적 상황에 대응이 가능하도록 하기 위한 지속가능한 사회보장제도의 관점에서 어쩔 수 없는 선택이라고도 볼 수 있겠다’고 하고 있다.

한편 이에 대해 일본의 『개호보험법』은 ‘개호’의 개념에 대해 명확히 제시하고 있지 않으며, 다만 제7조 제1항이 요개호 상태를 정의하면서 ‘신체적 또는 정신적인 장애가 있어 입욕, 배설, 식사 등 일상생활 기본활동의 전부 또는 일부에 관해 후생노동성령으로 정한 기간 동안 지속적인 개호가 필요하다고 예상되는 상태’라고 하고 있고, 이어 같은 조 제6항의 ‘입욕, 배설, 식사 등의 개호와 기타 일상생활의 편의’, 제7항의 ‘육조를 제공하여 행하는 입욕개호’ 등 간접적으로 표현하고 있을 뿐이다.<sup>12)</sup>

이에 반해 독일은 본고의 취지에 따른 개념정의에 다소 충실한 것으로 보인다. 즉, 독일 사회법전 제11권<sup>13)</sup> 제14조 제1항은 장기요양 필요성의 개념에 대해 ‘건강상의 사유로 자립성이나 능력에 대한 침해 내지 장애가 있는 자로서 다른 사람의 도움을 필요로 하는 자를 말한다. 이에 대해서는 신체적, 지적, 정신적 장애 또는 건강상의 부담이나 필요를 스스로 보상하거나 극복할 수 없는 자이어야 한다. 장기요양의 필요 상태는 최소한 6개월 동안 지속되어야 하며, 제15조에 규정한 정도 이상이어야 한다.’고 하고, 이어 제2항은 ‘건강상 사유로 인한 자율성 또는 능력의 침해 내지 장애에 관한 기준은 다음 6개 영역에서의 기준으로 한다’고 하고 있으며 그 구체적 내용을 다음과 같이 열거하고 있다.

- 
1. 운동(이동)능력 : 체위변경, 안정적 자세유지, 이동, 거주지 내에서의 이동, 계단 오르내리기
  2. 인지 및 의사소통능력 : 주변인물에 대한 지남력, 장소적 지남력, 시간적 지남력, 주요 사건 등의 기억, 여러 단계의 일상생활활동, 일상

---

12) 개호보험법, 2002년 8월 2일 법률 제102호로 개정된 것. 한편 이러한 상황은 현재 제도 그대로 유지되고 있는 것으로 보이는데 이는 2016년 후생노동성이 발표한 『일본 개호보험제도에 관하여』라는 자료에서도 ‘개호’에 대한 정의가 전혀 나타나고 있지 않기 때문이다. 厚生労働省老健局, 日本の介護保険制度について, 2016年11月, 참조

13) Sozialgesetzbuch(SGB) - Elftes Buch(XI) - Soziale Pflegeversicherung (Artikel 1 des Gesetzes vom 26. Mai 1994, BGBl. I S. 1014), Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de).

생활에 관한 의사결정, 상황 및 정보의 이해, 위험인식, 기본적인 욕구표현 또는 전달, 필요성의 이해, 대화에의 참여

3. 행동 및 정신적 문제 : 행동장애(이상행동), 야간의 불안행동, 자해 및 자기공격적 행동, 파손행위, 타인에 대한 공격행위, 공격적인 언행, 돌봄이나 지원거부, 망상, 환각, 불안, 무기력, 우울증, 부적절한 행동, 기타의 요양과 관련한 부적절한 행동

---

  4. 일상생활관리 : 성기(회음부) 씻기 및 관리, 머리감기 및 관리, 샤워, 목욕, 옷 갈아입기(상·하의), 음식·음료준비 및 섭취(먹기, 마시기) 화장실·변기(화장실·변기의자)의 사용, 영구(장기유치용) 카테터 및 대·소변주머니 관리, 요실금·변실금에의 대처, 비경구영양관리(비위관영양관리), 18개월 이하 아동의 음식물 섭취에서의 발생하는 중대한 문제, 예외적으로 높은 수준의 집약적 지원을 필요로 하는 경우
  5. 질병이나 치료와 관련된 대응 및 부담
    - a) 약물, 주사, 정맥주사관리, 흡인 및 산소공급, 입원, 냉·온 요법, 연고바르기, 신체상태 측정 및 진단, 보조기구(보조장치) 등
    - b) 붕대교환, 상처관리, 구강관리, 일회용 카테터의 정기적 처리, 가정에서의 치료
    - c) 가정에서의 시간적·기술적 조치, 의사방문, 기타 의료 또는 치료 시설 방문, 장시간(장기간)을 요하는 의료 또는 치료시설 방문, 아동시설방문
    - d) 식이 또는 다른 질병이나 치료와 관련된 행동규칙의 준수
  6. 일상생활 및 사회참여 : 일상생활의 설계와 변화에의 적응, 휴식, 수면, 일과처리, 미래에 대한 계획, 접촉하는 사람과의 교류, 외부에서의 인간관계 관리
- 

나아가 제3항은 ‘자율성이나 능력의 저하로 인해 타인의 도움 없이는 더 이상 일상생활을 유지할 수 없는 경우’란 제2항에서 열거하고 있는 영

역의 기준을 고려하여 결정한다'고 함으로써 장기요양의 대상이 되는 범위를 보다 명확히 하고 있다.

특히 이러한 돌봄은 ① 원조(Unterstützung), ② 일부대행(teilweise Übernahme) ③ 전부대행(vollständigen Übernahme) ④ 지도(Anleitung) ⑤ 감독(Beaufsichtigung)으로서 모든 영역에 적용되는 것이 아니라 제2항에서 규정하고 있는 활동에 한정되는 것으로 해석할 수 있다.<sup>14)</sup> 왜냐하면 2015년 독일 장기요양보험법이 개정되기 전의 규정을 보면 제14조 제3항이 '돌봄이란 신체를 지지해주고, 일상생활상 수행해야 할 일을 부분적 또는 전적으로 지원해주며, 그와 같은 일을 스스로 행할 수 있도록 지도·감독하는 것을 말한다'고 하고 있었기 때문이며, 연방사회법원도 그러한 취지의 판결을 내려왔기 때문이다.<sup>15)</sup> 따라서 이 외의 돌봄은 장기요양영역에서 적용될 여지가 없으므로, 돌봄사고와 관련한 채무불이행이나 불법행위책임 여부를 따질 수 없게 될 것이다.

아무튼 이상의 내용으로 볼 때 '돌봄의 개념화'는 단순히 「노인복지법」상의 규정에 한정되는 것이 아니라 상위법인 「사회보장기본법」이나 「사회서비스 이용 및 이용권 관리에 관한 법률」 또는 최소한 「사회복지사업법」등에서부터 다루어져야 할 문제이며, 그것이 각각의 하위법률에서 정한 목적과 범위에 맞게 적용되어야 한다는 점 또한 알 수 있다.<sup>16)</sup>

다만 이러한 개념정의에도 돌봄이 무엇인지를 명확히 규명하는데 한계

---

14) 그러한 예로는 BSG, Urteil vom 28. 5. 2003 - B 3 P 6/02 R 참조.

15) BSG, Urteil vom 19.2.1998, B 3 P 6/97 R; Urteil vom 19.2.1998, B 3 P 7/97 R; Urteil vom 6.8.1998, B 3 P 17/97 R; Urteil vom 26.11.1998, B 3 P 2/98 R; Urteil vom 26.11.1998, B3 P 12/97 R; Urteil vom 26.11.1998, B 3 P 13/97 R; Urteil vom 18.3.1999, B 3 P 3/98 R; Urteil vom 29.4.1999, B 3 P 7/98 R; Urteil vom 10.2.2000, B 3 P 12/99 R; Urteil vom 30.3.2000, B 3 P 10/99 R; Urteil vom 28.6.2001, B 3 P 7/00 R; Urteil vom 1.9.2005, B 3 P 5/04 R; 홍성민, “앞의 논문”, 330쪽에서 재인용.

16) 사실 이는 비단 돌봄의 개념화에 한정되는 것이 아니라 사회복지장·사회복지체계 전체의 문제라고 할 수 있는바, 그러한 예에 대한 비판적 입장으로는 장봉석, “스마트도시에서 사회복지플랫폼 기반의 사회서비스 개선방안을 위한 법적 고찰 - 돌봄영역을 중심으로 -”, 전북대학교 법학연구, 2020(c), 387쪽 이하 참조.

가 있음을 인정할 수밖에 없는 측면이 있다는 점은 부인할 수 없다. 왜냐하면 앞서 언급한 의료에 있어서도 그 개념을 의료가 무엇인가보다도 의료행위나 의료계약에 초점을 맞추고 있는 것은 그 범위가 매우 다의적이며 광범위하기 때문에 행위나 계약의 주체 즉, 누가 의료서비스제공자인가로 한정하여 다룰 수밖에 없는 법·정책적 의도가 내재되어 있기 때문이라고 할 것인바, 이는 마찬가지로 돌봄에도 그대로 적용되는 것이지만 여기에는 누가 돌봄서비스제공의 주체가 되는가 뿐만 아니라 의료·간호·재활·치료·요양 등과 같은 유사개념에 대응하여 어느 영역까지를 돌봄이라고 할 것인가라는 정책적 내지 제도적 함의가 요구되는 것이기 때문이다. 하지만 반대로는 다른 개념과의 구별이나 돌봄 내지 돌봄책임의 주체 등을 분명히 하기 위해서라도 이러한 논의는 앞으로도 반드시 필요하며, 다양한 학술적·실천적 논쟁을 통해 극복해나가야 할 과제라고 사료된다.

## 2. 돌봄사고의 개념과 유형

앞서 언급한 정의를 기초로 할 때 돌봄사고란 단순하게는 ‘돌봄 내지 돌봄서비스 제공 중 발생한 사고’라고 할 수 있고, 이를 다시 본고의 연구범위로 한정하면 ‘장기요양 내지 장기요양서비스제공 중 발생한 사고’라고 할 것이다. 그런데 문제는 돌봄사고의 범위를 어디까지로 할 것인가이다. 즉, 서비스제공자와 이용자 사이에 발생하는 것으로 한정하여 구분할 수 있는가, 아니면 서비스제공자가 당사자에 포함되지 않는 경우라도 돌봄사고로 볼 것인가 등이다. 왜냐하면 예컨대 기관 내·외에서 발생할 수 있는 약물오남용, 이식(異食)이나 도식(盜食), 입소자(이용자)간의 다툼, 물건(소지품)의 손실 또는 망실 등과 같은 사고는 비록 돌봄시간 중(다시 말해서, 입소의 경우에는 24시간을 말하며 가정형 방문서비스의 경우에는 서비스제공시간 중을 의미한다)에 발생했다고 하더라도 반드시 종사자와 이용자 간에 발생한 문제로 한정되지만은 않는 경우도 있을 것이기 때문이다. 따라서 이에 관해서는 종사자 측의 정보제공의무, 신체적·정신적 상

태에 대한 적절한 파악 및 이에 따른 보호의무, 안전배려 및 조치의무(예견가능성), 사고 내지 위해방지의무(회피의무), 사고발생 시 적절한 조치의무 및 주된 의무에 수반하는 부수적 의무 등을 적절히 수행했는지 여부가 돌봄사고인지 아닌지를 가늠하는 중요한 기준이 될 수 있을 것이다.<sup>17)</sup>

이런 의미에서 돌봄사고는 기본적으로 ① 돌봄서비스 이용자(장기요양수급자) 측에 생명·신체·물건 등 인적 또는 물적 손해가 발생할 것 ② 돌봄서비스 제공 중 발생한 사고일 것(인적·시간적 요건) ③ 돌봄서비스를 제공하는 종사자에 고의·과실 등이 원인이 되어 발생한 사고일 것(인적·장소적 요건 및 인과관계) ④ 불법행위를 구성할 것이라는 요소를 필요로

17) 이에 대해 장봉석(a), “앞의 논문”, 129쪽 이하에서는 계약체결 이전 단계에서의 책임으로서 서비스이용자격 및 이용권의 제한, 급여내용 및 절차의 유휴화를, 계약체결 단계에서는 계약당사자의 보호, 광고 등 정보제공, 계약항목에서의 규제, 계약이행 및 종결단계에서는 사회복지서비스계약의 공·사법상 규제와 책임, 가정방문형 서비스에서 직접서비스제공자 및 사업자의 책임, 자원봉사자와 사업자의 책임, 계약의 종료와 사업자의 책임을, 마지막으로 분쟁해결의 방법으로 재판과 ADR(대체적 분쟁해결제도)에 대해 논하고 있고, 김상찬, “앞의 논문”, 137쪽 이하는 요양간호에서의 의무로서 의사의 지시에 따를 의무, 간호관단에서의 주의의무, 신체의 위생관리와 합병증의 방지, 위협예방, 관찰, 간시체제(看視體制), 환자의 호소에 대한 대응, 보고의무, 의사에의 연락의무, 병상 등의 안전관리, 보온·난방기구·설비 등의 관리의무, 감염방지, 자살사고 방지, 실상사고(입소자간의 다툼), 환자가 저지른 실화·방화사고 방지, 질식 등 방지, 도난사고 방지 등에 대해 다루고 있는 한편, 윤태영, “앞의 논문”, 59쪽 이하 및 윤기혁·박경일, “앞의 논문”, 95쪽 이하는 판례를 중심으로 하여 노인복지시설의 책임에 대해 논하고 있다. 이 외에 다른 관점에서 시설사고를 다루고 있는 것으로는 주찬희, “노인요양시설 안전문화 인식에 관한 탐색적 연구”, 한국사회복지행정학, 2017, 261-286쪽; 진영란·이효영, “노인요양시설 사건사고에 관한 미디어 내용 분석”, The Korean Journal of Health Service Management, 2013, 119-131쪽; 강정희, “노인요양시설 요양보호사의 낙상 관련 돌봄 경험에 대한 질적 연구”, 사회과학연구, 2016, 129-154쪽; 박경일·김정근, “노인요양시설 위험사고 발생가능성에 영향을 미치는 요인에 관한 탐색적 연구: 부산지역 요양보호사를 대상으로”, 한국노년학, 2014, 475-493쪽; 박경일·윤기혁, “노인요양시설의 리스크매니지먼트 시스템 구축과 수행활동에 관한 사례연구”, 한국사회복지행정학, 2014, 181-208쪽; 석나영, “요양병원 환자안전사고 관련 요인”, 경성대학교(석사), 2018; 윤숙희·김세영·오향련, “한국 노인요양시설 실무종사자들이 인식하는 환자안전문화와 환자안전도”, 한국간호행정학회, 2014, 247-256쪽 등이 있다.

하되, 앞서 언급한 종사자에게 부여된 여러 의무가 적절히 이행되었는지에 따라 그 여부가 결정된다는 것이다.<sup>18)</sup>

이에 대해 독일의 경우 서비스제공자 측의 계약으로 취득한 보호의무의 범위에 대한 척도는 이용자에 대한 보호필요성의 정도이며, 이러한 보호의무의 내용을 구체화하는 것은 사회법 제11권, 홈법(가정법; Heimgesetz (HeimG))<sup>19)</sup>, 그리고 연방요양보험조합연합회와 요양시설관리운영주체연합회 간의 운곽계약(Rahmenvertrag; 기본계약이라고도 한다)이다. 특히 홈법은 제3조 제1항에서 서비스제공자 측에 일반적으로 인정되는 전문지식의 수준에 따라 서비스를 제공하도록 하고 있는바, 상담(제4조), 운영요건(제11조), 표시의무(제12조), 기록 및 보관의무(제13조), 보안감시·명령 등에 대한 협력의무(제15조, 제17조, 제20조) 등에 관해 구체적으로 명시하고 있다.<sup>20)</sup>

한편 우리나라는 아직 돌봄사고와 관련된 판례가 그리 많지 않은 반

18) 長沼建一郎도 개호사고를 ‘개호서비스 제공 프로세스에서 발생한 사고로서, 요거호 고령자에게 인적 손해가 발생하였고 여기에 더해 개호서비스제공사업자 내지 종사자가 법적 책임을 물을 수 있는 상태’로 정의하고, 그 요건으로서 ① 요거호 고령자에게 인적 손해가 발생할 것 ② 개호서비스사업자 내지 종사자가 법적 책임을 물을 수 있을 것 ③ 개호서비스제공 프로세스에서 발생한 사고일 것이라고 하면서도 한편으로는 개호나 사고라고 하는 개념 자체가 다의적일 수밖에 없음을 지적하고 있다. 長沼建一郎, 前掲書, 9면; 87-96면. 이는 독일도 마찬가지로 ① 관리기준의 위반(Die Verletzung eines medizinisch - pflegerischen Standards sowie) ② 신체적 손상의 발생(der Eintritt eines Körperschadens) ③ 업무적 연관성(der Ursachenzusammenhang zwischen der Verletzung des Pflegefehlers und dem Körperschaden) 등이 입증될 것을 요구하고 있다. Schultze-Zeu·Manthei & Kollegen, <https://ratgeber-arzthaftung.de/de>.

19) Gesetzes vom 29. Juli 2009 (BGBl. I S. 2319); 한편, 독일 홈법을 바탕으로 일본의 개호계약규제에 대한 문제점과 방향 등을 다루고 있는 것으로는 倉田聡, “ドイツの介護保険法における介護契約規制”, 岩村正彦 編, 福祉サ-ゼス契約の法的研究, 信山社, 2007, 68-103면; 丸山絵美子, “ドイツホーム法2001年・2002年改正の紹介 - 私法的規制のあり方を中心に -”, 岩村正彦 編, 福祉サ-ゼス契約の法的研究, 信山社, 2007, 104-144면 참조.

20) 우리 노인장기요양보험법도 제35조 내지 제35조의5에서 장기요양기관의 의무에 대해 규정하고 있는데, 독일 홈법은 우리에게 비해 상당히 체계적이고 구체적이라는 측면에서 차이가 있다고 할 수 있다.

면<sup>21)</sup> 일본이나 독일<sup>22)</sup>은 다양한 사례가 축적되어 있는바, <표 1>과 같이 크게 시설사고와 가정사고로 구분할 수 있고, 각각의 사고는 다시 시설 내·외 사고, 가정 내·외 사고로 나눌 수 있다. 또한 사고의 종류에 따라 음식물사고(질식사고), 낙상, 추락, 익사, 자살, 타살, 감염사고, 행방불명(탈출), 송영 중 사고, 사무프로세스<sup>23)</sup>(주의의무 내지 안전배려의무)위반 등으로 유형화할 수 있으며, 이 외에도 약물오남용, 이식(異食), 도난, 입소자 간 다툼(폭행), 종사자로부터의 학대 등 발생가능성이 있는 사안을 정리할 수 있다.

- 
- 21) 우리나라의 노인요양시설 등 관련 판례로는 ① 대판, 2014. 05. 16. 선고 2011두 16841 ② 대판, 2018. 08. 01. 선고 2018다227865 ③ 대판, 2015. 08. 27. 선고 2012다118396 ④ 서울남부지법, 2014. 12. 18. 선고 2014고단3356; 서울남부지법, 2017. 07. 14. 선고 2016가단210836 ⑤ 의정부지법, 2014. 11. 18. 선고 2014고단 1480; 의정부지법, 2015. 10. 14. 선고 2014노2767 ⑥ 서울중앙지법, 2012. 11. 30. 선고 2012가합55971 ⑦ 청주지법, 2013. 12. 13. 선고 2013고단1019 ⑧ 부산지법, 2015. 01. 16. 선고 2014고합538 ⑨ 서울중앙지법, 2015. 08. 11. 선고 2014가합29822 ⑩ 울산지법, 2015. 09. 04. 선고 2015고단623 ⑪ 울산지법, 2013. 07. 18. 선고 2011가합2230 등이 있다. 한편 윤기혁·박경일, “앞의 논문”, 96쪽 이하에서는 7가지의 판례를 대상으로 ① 주의의무위반 ② 예견가능성 및 회피가능성 ③ 과실로 인한 손해발생(인과관계) ④ 불법행위의 관점을 기초로 그 내용을 분석하고 있다.
- 22) 독일에서도 돌봄(장기요양)과 관련하여 많은 사고가 발생하는 것으로 나타나고 있는바, 2002년 낙상(전도)사고로만 라인랜드-팔츠(Rheinland-Pfalz) 지역에서 254명의 사람들이 사망했고, 이들 중 70% 이상이 64세 이상인 것으로 보고되고 있다.(Roruch, Schmerzensgeldanspruch des Ehepartners aus ergegangenem Recht nach Sturz mit Todesfolge, 1. Zugriff am 30. Oktober 2010 unter [www.htw-saarland.de](http://www.htw-saarland.de); Andreas Jordan, Haftung bei Sturzfallen im Pflegeheim, GRIN Verlag, 2010, pp.6.
- 23) 사무프로세스란 사회보장플랫폼(SSP; Social Security Platform)상의 개념 중 하나로서 ‘최소한 돌봄영역에서 사회보장·사회복지가 갖는 휴먼서비스, 공공재 등과 같은 특성을 소프트웨어적 관점에 따라 정보 및 인간행동과 행동설계 내지 행위 패턴인식이라는 요소와의 1차적 결합을 통해 (일반)행정, 종사자, 이용자(수급자), 재정·재무 등 영역에 걸쳐 개괄적인 업무의 순서를 확립한 것을 말한다. Jang, Bong-Seok, “Concepts and Functions of Who and How in the Social Security Platform of the 7 Principle”, International Journal of Social Welfare(under examination), 2020, pp.2-3.

<표 1> 시설과 가정의 분류에 따른 돌봄(요양)사고의 유형

구분	장소	유형									
		질식	낙상	추락	익사	자살	타살	감염	탈출	송영	기타
시설 사고	시설 내	○	○	○	×	○	○	○	○	×	약물오남용, 이식 물건의 손·망실
	시설 외	×	○	×	○	○	○	○	×	○	
가정 사고	가정 내	○	○	○	×	○	○	○	○	×	입소자 간 다툼 기타
	가정 외	×	○	○	○	○	○	○	×	×	

이에 대해 노인요양시설의 위험유형을 ① 업무위험 : 낙상, 전도, 욕창, 기저귀 발진, 오연, 폭행(폭언), 가족불만, 화상, 전염, 기물파손, 자학행위, 입소자 학대, 고충처리 미흡, 오약, 성추행·성희롱, 이식, 교통사고 등 ② 경영위험 : 타시설과의 경쟁, 입소자 확보를 위한 무분별한 행동, 운영적자, 보험 미가입 또는 한도부족, 비민주적 시설운영, 폐쇄적 시설운영 등 ③ 사회적 위험 : 부적절한 범죄행위, 보조금 또는 부정수급의 부정행위, 직원에 의한 성추행·성희롱, 각종 보안데이터 누출, 고소·고발 사건 등 ④ 재해위험 : 시설노후, 태풍, 폭설, 폭우, 화재, 가스사고 등으로 구분하는 견해도 있는데<sup>24)</sup> 이러한 구분도 일면 타당하지만 돌봄사고라는 측면에서 볼 때 여기에 포함되지 않는 내용도 있다는 점에서 적용상 어려움이 있다고 사료된다.

다음으로 서비스제공시설의 유형에 따라 발생가능성이 있는 사고내용을 구분해 볼 수도 있을 것이다. 즉, 우리 장기요양의 경우 제공되는 급여는 크게 현물급여와 현금급여로 구분할 수 있고, 이중 현물급여는 노인요양원·노인요양공동생활가정 등 시설급여와 재가급여로 구분하고 있으며, 재가급여는 다시 단기보호, 주·야간보호, 방문요양, 방문목욕, 방문간호, 복지용구로 나뉘고 있는데, 여기에서 노인요양원과 노인요양공동생활 및 재가급여 중 단기보호는 24시간 시설 내에서 생활하는 형태이고, 주·야간보호는 주간 또는 야간(밤 10시까지) 동안의 시설 내 생활과 송영이 결합되어 있으며, 방문요양·방문목욕·방문간호는 가정방문형 서비스로 볼 수 있

24) 박경일·김정근, “앞의 논문”, 479쪽.

는바, 이에 따라 입소형, 주·야간보호형, 가정방문형으로 구분하여 정리해 볼 수 있다.

<표 2> 시설별 구분에 따른 사고유형

시설유형	발생가능성이 높은 사고유형
입소형	음식물에 의한 사고(질식), 낙상, 추락, 자살, 타살, 감염, 탈출(무단외출), 약물오남용, 이식, 소지품 손·망실, 입소자 간 다툼, 기타
주·야간 보호형	음식물에 의한 사고(질식), 낙상, 추락, 감염, 탈출(무단외출), 약물오남용, 이식, 소지품 손·망실, 입소자 간 다툼, 자살 또는 타살(그러나 주·야간보호시설의 특성상 자살이나 타살발생가능성은 그리 높지 않을 것으로 사료된다), 송영 중 사고, 기타
가정 방문형	음식물에 의한 사고(질식), 낙상, 추락, 자살, 타살, 감염, 약물오남용, 이식, 손·망실, 이용자와 종사자 간의 다툼, 외출(산책·병원이용 등) 중 발생한 사고로서 서비스제공자가 동행한 경우, 기타

이상에서 살펴본 바에도 불구하고 돌봄사고가 반드시 <표 1>과 <표 2>에 따른 유형으로 한정할 필요는 없을 것이지만 그럼에도 불구하고 요양기관에서 발생가능성이 높은 사고로서 실제 현장의 상황을 그대로 반영하고 있는 것이라고 할 수 있기 때문에 이러한 분류는 나름의 중요한 의미를 갖는 것으로 사료된다.<sup>25)</sup>

25) 일본의 경우 1999년 9월부터 2000년 1월까지 특별양호노인홈 및 유료노인홈 등 16개 시설을 대상으로 면접 조사한 결과 220건의 개호사고가 발생한 것으로 나타났다. 유형별로는 전도(낙상), 침대에서 떨어짐, 오인, 이식, 약물오인, 무단외출, 입소자 간의 다툼, 소지품의 파손·분실 등 다양한 것으로 조사되었다.(野崎和義, 福祉法學, ミネルヴァ書房, 2013, 23面); 한편 본고에서 가장 아쉬운 점은 시설에서 발생하는 사고에 대한 문제에 대응하기 위해 전문인배상책임보험, 화재보험, 영업배상보험 등에 가입하도록 하고 있는바, 한국노인복지중앙회·한국재가노인복지협회·한국노인장기요양기관협회·한국재가장기요양기관정보협회 등 장기요양관련 주요 단체와 계약을 체결했거나, 상당히 관련이 있는 민간보험회사(한국사회복지공제회·메리츠화재보험·삼성화재해상보험·경영지원인스·롯데손해보험 등)에서,

### Ⅲ. 돌봄서비스계약의 법적 구조

돌봄사고가 문제가 되는 것은 앞서 다룬 바와 같이 우리 사회복지서비스 이용에 관한 권리의무관계를 행정기관의 조치<sup>26)</sup>라는 공적관계에서 이용자와 공급자 간의 사적 계약에 의한 관계로 바꾸어 놓았는데, 이러한 계약방식의 채택은 서비스제공에서의 채무불이행이나 불법행위책임 등에 관하여 특별한 사정의 변화나 충분한 이론적·정책적·법적 근거를 제시하지 않은 채 종래의 국가배상책임<sup>27)</sup>과는 달리 이제는 당사자 간의 계약관계에 따른 민사책임의 법리로 해결하고자 하는데 있다. 즉, 우리나라의 경우 복지서비스이용관계에서 대표적으로 사용되는 계약방식으로는 노인장기요양보험법에 따른 노인장기요양보험방식과 어린이집·장애인활동지원서비스 등 이용에서의 바우처(voucher)방식을 들 수 있는데, 양자가 갖는 공통된 특징은 이용자가 직접 서비스제공기관에 서비스이용에 관한 신청을 하고 양자 간에 서비스이용기간이나 범위·내용 등에 관한 계약을 체결함으로써 서비스가 제공된다는데 있다.<sup>28)</sup> 다만, 서로 다른 점은 이용자적

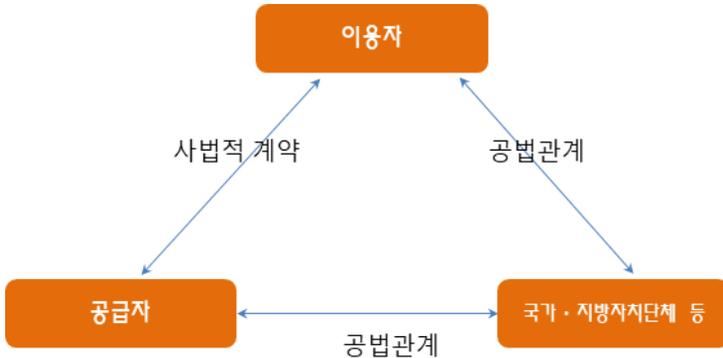
---

접수된 사고내역(발생건수, 사고유형)이나 보험금 지급내역에 관한 현황 및 연도별 추이 등을 포함하고 있지 못하다는 것이며(왜냐하면 후술할 사회보장재해보험을 설계하는데 있어 재정추계 등에 관한 명확한 근거를 제시할 수 있기 때문이다), 추후 관련연구에서는 이를 반영하는 것이 매우 중요한 것으로 사료된다.

- 26) 조치제도란 각각의 개별법률에서 정하고 있는 보호목적이나 보호대상에 따라 정부 또는 지방자치단체가 직권으로 서비스 제공여부를 결정하는 것으로서, 그 성격상 서비스제공기관에 대한 이용자의 신청이나 양자 간의 계약관계는 존재하지 않는다.(장봉석(a), “앞의 논문”, 3쪽, 70쪽)
- 27) 우리나라에서 이를 인정하는 것으로 보이는 판례로는 대판 2001. 01. 05, 선고 98다39060; 전주지법 2002. 08. 16, 선고 2001가합1019가 있으며, 일본의 경우에는 국가배상책임을 직접적으로 인정하고 있는 판례가 다수 있다.(社會保障·社會福祉判例大系3, 勞動旬報社, 1996, 334面; 廣島地福山支判昭五四·六·二二 등 참조)
- 28) 즉, 「노인장기요양보험법 시행규칙」 제16조 제1항은 ‘수급자와 장기요양기관은 장기요양급여 개시 전에 다음 각 호의 사항이 포함된 장기요양급여 제공계약을 문서(계약서)로 체결해야 한다. 이 경우 장기요양기관은 계약서를 2부 작성하여 1부는 지체 없이 수급자에게 발급하고 1부는 장기요양기관이 보관해야 하며, 계약을 변경하려는 경우에도 또한 같다’고 하고 있고, 「장애인활동지원에 관한 법률 시행

의 결정이나 비용지급방식 등에서 노인장기요양보험은 공단이 수행하는 반면, 바우처는 국가나 지방자치단체가 수행한다는 점에서 차이가 있다.<sup>29)</sup> 그런데 이러한 구조는 일본의 계약방식과 매우 유사하다.(바우처방식도 동일하다) 특히 우리 장기요양보험과 일본의 개호보험에서의 방식이 그러한데 이를 그림으로 나타내면 다음과 같다.

[그림 1] 우리 노인장기요양보험 및 일본의 개호보험 방식<sup>30)</sup>



위 그림에서 보는 바와 같이 이용자와 국가·지방자치단체·공단 등 간의 관계는 공법관계이며, 이는 공급자와 국가·지방자치단체·공단 등 간에도 마찬가지이다. 다만, 이용자와 서비스제공사업자인 공급자 간에서의 이용관계만 사법적 계약의 성격을 띠는 것으로 이해되고 있다.<sup>31)</sup> 이에 반해

---

규칙」 제13조 제4항에서도 ‘활동지원기관은 활동지원급여를 제공하기 전에 수급자와 다음 각 호의 사항이 포함된 활동지원급여 제공 계약을 체결하여야 한다’고 규정하고 있다.

29) 장봉석(a), “앞의 논문”, 71쪽; 한편 사회복지서비스의 이용방식에 대한 구체적 구조와 내용 등에 대해서는 69-74쪽 참조.

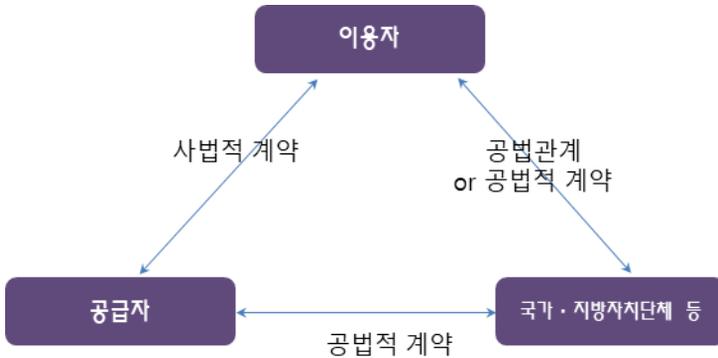
30) [그림 1] 및 [그림 2]는 장봉석, “노인장기요양보험제도와 현장과의 괴리에 관한 법학적 관점에서의 고찰 : 서비스제공사업자를 중심으로, 장기요양연구(제5권 제2호), 2017, 22쪽에서 인용하였음. 한편 우리 장기요양제도의 문제점과 개선방안에 대해서는 6-27쪽 참조.

31) 이는 의료계약에서도 마찬가지이다.

독일의 방식은 우리와는 다소 차이가 있다.

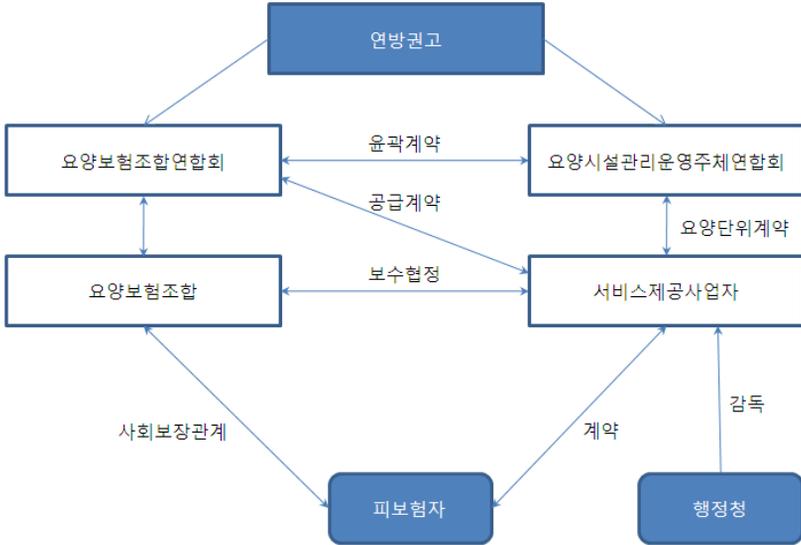
[그림 2]와 [그림 3]에서 보는 것처럼 독일의 장기요양보험방식이 우리와 다른 차이 중 하나는 공급자와 국가나 지방자치단체와의 관계가 공법적 계약관계를 바탕으로 한다는데 있다. 다시 말해서 독일은 연방의 권고를 기초로 요양보험조합연합회와 요양시설관리운영주체연합회 간에 요양에 관한 윤곽계약을 체결하며 이 계약은 요양보험조합과 허가를 받은 요양시설을 직접 구축하는 규범적 효력을 가진다는 점이다.<sup>32)</sup> 또한 요양보험조합연합회와 서비스제공사업자인 요양시설 간의 공급계약이 존재한다는 점이나, 이러한 공법적 계약관계를 기초로 하여 비로소 서비스제공사업자와 이용자 간의 계약관계가 형성된다는 점에서 차이가 있다.

[그림 2] 독일의 장기요양보험방식



32) 장봉석(a), “앞의 논문”, 186-188쪽에서 인용. 이는 돌봄사고의 개념과 유형에서 다른 바와 같다.

[그림 3] 독일 장기요양보험의 구조<sup>33)</sup>



물론 이러한 구조적 차이에도 불구하고 한국이든 일본이든 독일이든 간에 이용자와 서비스제공사업자 간에 체결되는 계약의 성격을 사법상 계약으로 이해하는 데는 이견이 없는 것으로 보인다. 다만, 우리나라와 일본은 돌봄계약에 관하여 서비스제공사업자와 이용자 간의 관계로 한정하고 있는 것으로 보이기 때문에 여기에서 발생하는 문제는 모두 양자 간에만 유효하며, 국가·지방자치단체 또는 공단 등에 책임을 물을 수 없게 된다. 하지만 독일의 경우 사회법 제11권이나 흠법 등 공법관계 외에도 미리 마련되어 있는 공법적 계약 즉, 윤곽계약이라는 기본적 구속 하에서 이용자와 서비스제공사업자 간의 계약이 체결되는 것이므로, 비록 그것이 사적 관계에 의한 계약이라고 하더라도 최소한 돌봄에 관한 채무불이행이나 불법행위책임의 원인이 이 윤곽계약이나 공급계약의 흠결로 인해 발생한 경우라면 요양보험조합연합회나 요양시설관리운영주체연합회 등이 이에 대한

33) 丸山絵美子, “前掲論文”, 86면 및 장봉석(a), “앞의 논문”, 186쪽에서 재인용.

책임을 지는 것으로 해석하는 것이 이론적으로는 가능해 보인다는 것이다.

한편, **별론으로** 이용자와 서비스제공사업자 간에 체결하는 계약에서 계약의 주체가 무엇인가 하는 점도 문제가 된다. 다시 말해서 이용자가 계약체결능력이 있는 때라면 이용자 본인이, 그러한 능력을 결여한 경우에는 성년후견인 등을 비롯한 법정대리인이 당사자가 된다는 데에는 이견이 없지만, 서비스제공사업자의 경우는 대단히 불명확하다는 것이다. 즉, 앞서 돌봄의 개념에서 살펴보았던 것처럼 간호돌봄의 경우에는 그 제공주체가 간호사임이 분명히 나타나지만, 사회복지분야는 그렇지 않다는 점이다. 이는 특히 계약의 경우에서 그대로 나타난다. 즉 의료계약은 의사라는 면허를 가진 자만이 계약의 주체가 되므로 이와 관련한 책임도 원칙적으로는 의사에게 귀속되는데 반해, 사회복지서비스계약은 사회복지사라는 자격을 가진 자만이 계약당사자가 되는 것은 아니라는 점이다.(물론 사회복지사업법이나 하위개별법률, 노인장기요양보험법 등에서는 대부분 그 책임을 법인의 대표이사나 시설장에게 부과하고 있다) 더군다나 사회복지서비스계약이 사회복지서비스제공기관과 이용자 간에 체결하는 계약이라는 점은 분명하지만 어느 범위까지를 제공기관이라고 할 것인지에 대해서도 명확하지 않은 부분이 있는바,<sup>34)</sup> 그 범위를 정하는데 있어서 어려운 점은 역시 사회복지서비스의 범주가 분명하지 않다는 데 있다. 다시 말해서 사회복지사업법상 사회복지사업을 수행하는 기관 내지 사회복지서비스를 제공하는 기관과 이용자 간의 계약이나 노인장기요양보험에서의 계약을 이 범위에 포함하는 것은 그나마 나올 것이지만, 사회복지사업법 등과는 무관하게 서비스이용자에 대해 그들의 생활·자립에 도움이 되는 서비스를 제공하는 관계(예컨대 자원봉사단체에 의한 사회복지서비스제공관계가 이에

34) 즉, 「사회복지사업법」 제2조 제6호는 사회복지시설을 사회복지사업을 목적으로 설치된 시설을 말한다고 하고 있는데, 여기에서의 사회복지사업은 같은 조 제1호가 ‘다음 각 목의 법률에 따른 보호·선도 또는 복지에 관한 사업과 사회복지상담, 직업지원, 무료 숙박, 지역사회복지, 의료복지, 재가복지, 사회복지관 운영, 정신질환자 및 한센병력자의 사회복지에 관한 사업 등 각종 복지사업과 이와 관련된 자원봉사활동 및 복지시설의 운영 또는 지원을 목적으로 하는 사업’으로 정의하고 있다는 점에서 그 범주를 정하기가 용이하지만은 않다는 것이다.

해당하며, 자원봉사 중 발생한 사고에 대해서는 어떻게 할 것인가가 문제가 되는데, 민법상으로는 호의관계<sup>35)</sup>에 관한 법리가 적용될 것이며, 한편으로는 「자원봉사활동기본법」 제14조 제1항에 따라 ‘국가와 지방자치단체의 자원봉사단체 및 자원봉사센터로 하여금 위험이 수반되는 자원봉사활동에 대한 안전교육 등 사전에 필요한 조치를 취하도록’ 할 수 있고, 제2항의 ‘자원봉사센터 또는 「비영리민간단체지원법」에 의하여 등록된 단체에 소속한 자원봉사자의 보호를 위하여 보험 또는 공제에 가입할 수 있도록’ 하고는 있지만 사인(私人)간의 순수한 호의관계로부터 발생한 사고에 대해서는 적용의 여지가 없다는 점에서 한계가 있으며, 따라서 이에 대해서도 별도의 고찰을 요한다고 할 것이다)도 여기에 포함될 수 있는가라는 문제가 발생한다는 것이다.<sup>36)</sup>

아무튼 이러한 사회복지서비스계약의 법적 구조 하에서 발생하는 돌봄 사고의 책임에 관한 문제를 어떻게 바라보고 해결해야 할 것인가가 중요한 논점이 되는데, 이하에서는 우리나라와 일본 및 독일의 주요판례에 대해 살펴보고 법적 개선방안에 대해 다루고자 한다.

#### IV. 판례의 경향

앞서 다룬 바와 같이 우리나라는 돌봄사고에 대한 판례가 그다지 많지 않은 반면, 일본이나 독일은 많은 사례가 축적되어 있다. 따라서 우선 우리나라의 판례에 대해 살펴보고 이어 일본과 독일의 사례를 바탕으로 돌봄사고에 대해 어떠한 경향을 보이고 있는지 고찰하되, 다만 본고의 핵심이 판례의 내용이나 분석이 아닌 책임의 문제를 다루고 있으므로 간략히 유형과 요지를 중심으로 살펴보도록 한다.

35) 호의관계의 내용에 대해서는 김형배, 앞의 책, 741쪽 참조.

36) 장봉석(a), “앞의 논문”, 121쪽에서 인용.

## 1. 한국

우리나라에서의 돌봄사고 관련 판례로는<sup>37)</sup> ① A 의료법인이 B사회복지법인과 B가 운영하는 C노인요양시설에서 응급환자가 발생하는 경우 A가 운영하는 병원으로 후송하여 진료를 받도록 하는 내용의 업무협약을 체결하였는데, C시설에 입원 중이던 K가 C시설에서 근무하고 있던 요양보호사의 잘못으로 골절상을 입고 업무협약에 따라 위 병원으로 후송되어 입원치료를 받다가 사망한 사안에서 A와 B 사이에 체결된 의료계약에 따른 K의 진료범위가 골절에 대한 치료를 위하여 필요한 전신에 대한 보존적 치료에 해당하는 기존장애에 대한 치료가 포함된다고 한 사례<sup>38)</sup> ② 요양원에 생활하고 있는 치매노인인 피해자 M이 밤늦도록 잠을 자지 않고 돌아다닌다는 이유로 침대를 붙잡고 있는 피해자의 몸을 잡고 강제로 침대에서 떨어내려다 이에 저항하며 바닥에 주저앉은 피해자의 얼굴과 등 부위를 손으로 1회씩 때리고 피해자의 팔과 지팡이를 잡고 목 뒤로 돌려 지팡이를 빼앗은 후 몸을 잡고 위로 들어 올린 다음 침대로 집어던져 그 충격으로 피해자에게 약 8주간의 치료가 필요한 골절(폐쇄성)상을 가한 요양보호사에 대해 노인복지법에 따른 상해죄를 인정한 사례<sup>39)</sup> ③ 요양원 운영자 피고인 M과 요양보호사 피고인 L이, 요양원에 입소한 치매 노인 K가 음식물을 제대로 삼키지 못한 채 사례가 들린 듯 기침을 하는 장면을 목격하고도 식사 현장을 떠나는 등 적절한 조치를 취하지 않아 ‘이물질에 의한 기도폐색’으로 사망에 이른 경우에 대해 업무상과실치사죄가 성립한다고 본 사례<sup>40)</sup> ④ 요양원을 총괄하여 관리·감독하는 자는 목에 이물질이 자주 걸리고 혼자 식사가 불가능한 중증 정신병 환자인 피해자 F에게 식사 제공 시 담당 요양보호사로 하여금 식사 전 과정을 지켜보며

37) 돌봄사고 판례의 구체적 내용 등에 대해서는 윤기혁·박경일, “앞의 논문” 97쪽 이하 참조.

38) 대판, 2015. 08. 27. 선고 2012다118396.

39) 서울남부지법, 2014. 12. 18. 선고 2014고단3356.

40) 의정부지법, 2015. 10. 14. 선고 2014노2767.

돌발상황에 대비하도록 해야 할 업무상 주의의무가 있고, 요양보호사는 피해자에게 직접 밥을 떠먹이는 업무를 수행하면서 식사가 끝날 때까지 자리를 지키면서 피해자의 상태를 계속 살펴야 할 주의의무가 있음에도 불구하고 피해자를 포함한 16명의 노인들에게 동시에 식사를 제공하는 등 피해자에 대한 상시 관찰을 하지 않고 돌발상황에 제대로 대응하지 못한다는 사정을 알면서도 이를 그대로 방치하였고, 요양보호사는 피해자가 음식물을 제대로 삼키지 못한 채 사례가 들린 듯 기침을 하는 장면을 목격하고도 약 3분 42초 동안 식사 현장을 떠나는 등 피해자에 대해 적절한 조치를 취하지 않은 등 업무상의 과실로 식사를 하던 피해자가 이물질에 의한 기도폐색으로 사망에 이르게 한 사건에서 형법상 업무상 과실치사죄를 인정한 사례<sup>41)</sup> ⑤ 피해자가 노인요양시설 내 목욕탕에서 목욕 후, 옷을 입던 중 미끄러져 고관절 골절상을 입었고, 병원에서 인공관절삽입술을 받았으나, 이후 심폐기능저하로 사망한 사건에서 노인요양시설과 복지시설배상책임보험계약을 체결한 손해보험사에 대해 손해배상책임을 인정한 사례<sup>42)</sup> ⑥ 노인의료복지시설을 설립·운영하던 중 치매환자인 피해자 B가 입소하였는데, B는 입소 전부터 수차례 집을 나갔다가 길을 잃었던 사실에 대해 알고 있었고, 한편 피해자는 요양원에 입소한 이후에도 혼자서 요양원 밖으로 나가려고 하다가 관리자들에게 2 내지 3차례 발견되기도 한바, 요양원의 책임자인 피고인은 피해자가 요양원 밖으로 혼자서 나가지 못하도록 출입상황을 단속할 수 있는 사람을 출입구에 배치하거나 출입문에 피해자가 쉽게 열 수 없는 시정장치를 설치하거나 출입 시 경보음이 울리는 장치를 설치하는 등 피해자의 출입을 확인·단속하고 피해자의 안전을 위해 필요한 적절한 조치를 취할 업무상 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리 하여 피해자가 요양원 밖으로 나가 주변을 헤매던 중 물에 빠져 사망에 이른 사건에서 업무상 과실치사죄가 성립한다고 본 사례<sup>43)</sup> ⑦ 병원에서 망상성 장애, 상세불명의 섬망 및 상세불명의 뇌기능

41) 의정부지법, 2014. 11. 18. 선고 2014고단1480.

42) 서울중앙지법, 2012. 11. 30. 선고 2012가합55971.

이상에 의한 정신장애 등의 진단을 받고 입원치료를 받아오던 중, 치매증상이 악화되어 요양시설에서 생활하던 피고인이 사물을 변별할 능력이나 의사를 결정할 능력이 미약한 상태에서 불상의 이유로 피해자를 살해할 것을 마음먹고 침대 위에서 잠을 자고 있던 피해자 몸 위에 올라 가 양손으로 피해자의 목을 강하게 눌러 그 무렵 피해자를 경부압박에 의한 질식으로 사망케 한 사건에서 형법상 살인죄를 인정한 사례<sup>44)</sup> ⑧ 피해자인 L은 약간의 치매증상과 함께 보행은 가능하지만 양쪽 무릎에 인공관절수술을 하여 거동이 불편한 상태로서 침대에서 떨어지는 낙상사고를 당했는데, 요양보호사는 낙상사고 발생 후 피해자가 목 뒤가 아프다고 하여 냉찜질을 해준 후 퇴근, 다른 요양보호사가 피해자의 상태가 악화된 것으로 판단하여 간호조무사에게 연락을 취하였고, 병원으로 이송, 보호자와 시설장 등에게 연락을 취하는 등의 조치를 취했지만 이후 외상성경막하 출혈로 인한 급성호흡부전의 결과 심정지가 발생하여 사망한 사건에서 피고인 시설장과 보험사에게 손해배상책임이 있다고 한 사례<sup>45)</sup> ⑨ 노인요양원에서 피해자 C의 기저귀를 교체하는 요양보호사는 치매환자이고 고령으로서 심신이 쇠약한 노인이 기저귀 교체에 협조하지 않을 경우라도 강제적인 방법으로 피해자를 힘으로 제압하려 하여서는 안 되고, 피해자를 설득하거나 다른 요양보호사의 도움을 받는 등 기저귀 교체과정에서 피해자가 다치는 것을 방지할 업무상의 주의의무가 있음에도 불구하고 이를 게을리한 채, 피해자를 강제적으로 제압하고 기저귀를 갈기 위해서 피해자의 손목을 멍이 들 정도로 힘껏 누른 채 기저귀를 교체한 업무상의 과실로 피해자로 하여금 손목 부분 타박상을 입게 한 사건에서 형법상 업무상 과실치상죄가 성립한다고 본 사례<sup>46)</sup> 등이 있다.

또한 ⑩ 중복장애 1급으로서 간질증세가 있는 장애인에 대해 시설의

43) 청주지법, 2013. 12. 13. 선고 2013고단1019.

44) 부산지법, 2015. 01. 16. 선고 2014고합538; 이 사건은 입소자 간에 발생한 사고라는 점에서 다른 돌봄사고 유형과는 차이가 있다.

45) 서울중앙지법, 2015. 08. 11. 선고 2014가합29822.

46) 울산지법, 2015. 09. 04. 선고 2015고단623.

간호사로서 항 간질약을 제때 복용하게 하여 간질이 발생하지 않도록 해야 할 업무상 주의의무가 있음에도 이를 게을리 하여 항 간질약을 제때 복용시키지 않은 과실이 있고, 관리자 등은 이러한 업무를 지도, 감독할 책임이 있음에도 이를 게을리 한 과실로 인해 간질중첩을 일으켜 우측상지와 하지의 강직증상 등 장애를 입게 한 사건에서 손해배상책임을 인정한 사례도 나타나고 있다.<sup>47)</sup>

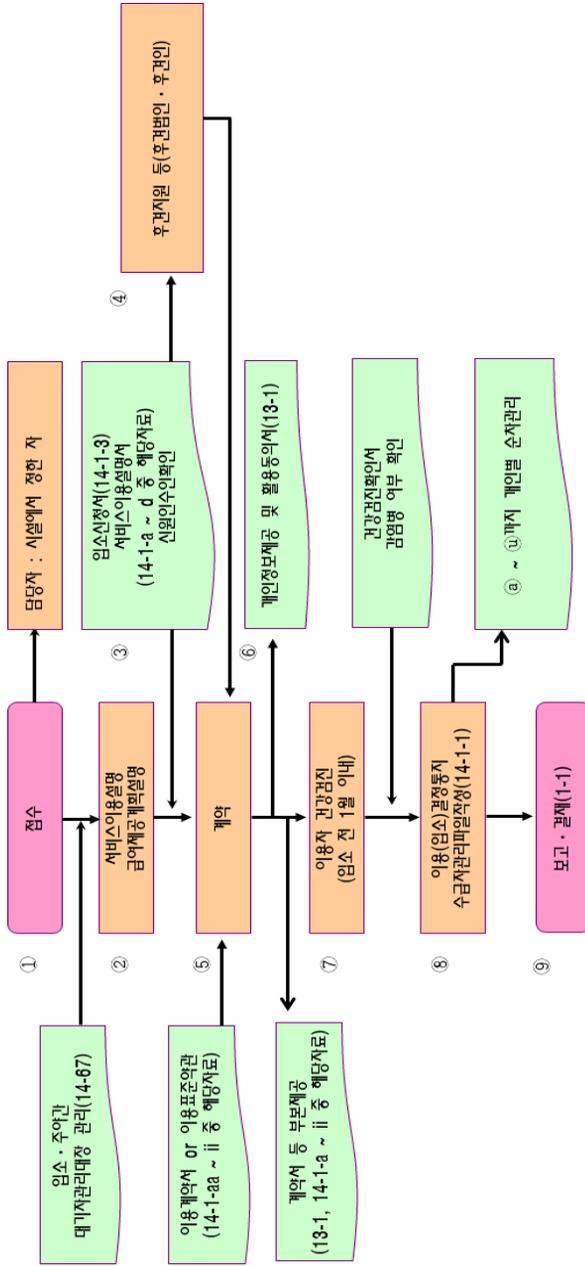
이상의 판례를 보면 사고유형별로는 낙상(⑤, ⑧), 학대로 인한 상해(②, ⑨), 음식물에 의한 사고(③, ④), 탈출(⑥), 입소자 간의 다툼(⑦), 사무프로세스 위반(⑩) 등으로 구분할 수 있다. 그런데 앞서 언급한 바와 같이 서비스제공자에게 부여되어 있는 정보제공의무, 적절한 파악 및 보호의무, 안전배려의무, 사고회피의무, 적절한 조치의무 및 부수적 의무 등 의무와 관련하여 보면 상당부분 사무프로세스 위반에 해당하는 것임을 알 수 있다. 즉, 사회복지나 장기요양의 경우 이용자와 종사자간의 서비스제공에서는 일련의 과정이 존재하는바 사회보장플랫폼에서는 이를 구체화(프로세스화)하고 있는데 그림으로 보면 다음과 같다.<sup>48)</sup>

---

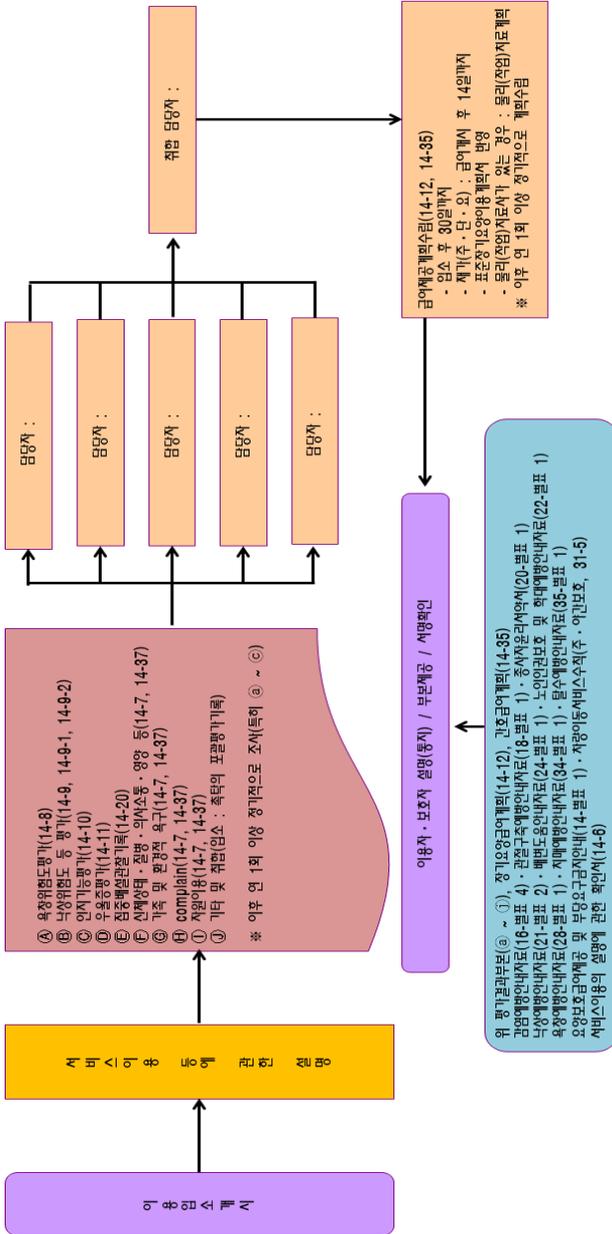
47) 울산지법, 2013. 07. 18. 선고 2011가합2230.

48) [그림 4]-[그림 7]까지는 장봉석, 노인복지시설 업무프로세스, (사)복지마을, 2016, 29-30쪽 및 장봉석·김석진, “사회보장플랫폼에 관한 고찰 - 돌봄영역에서의 행동설계 기반 플랫폼을 중심으로 -”, 사회보장연구, 2019, 128-129쪽에서 인용·개선했던 것임.

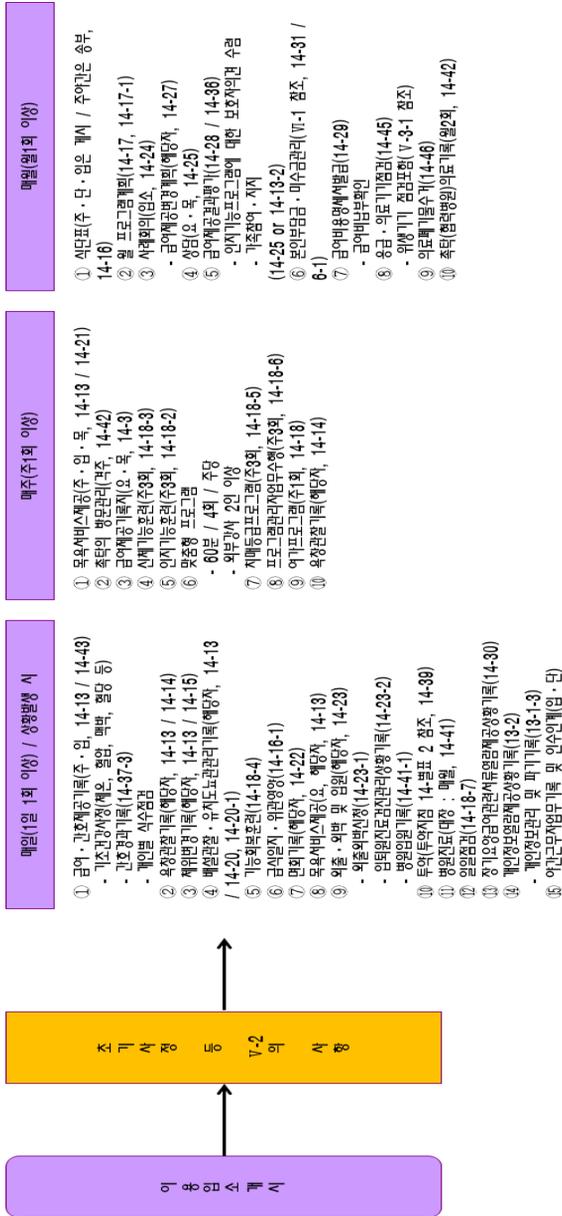
[그림 4] 설명, 계약 및 이용(임소) 전



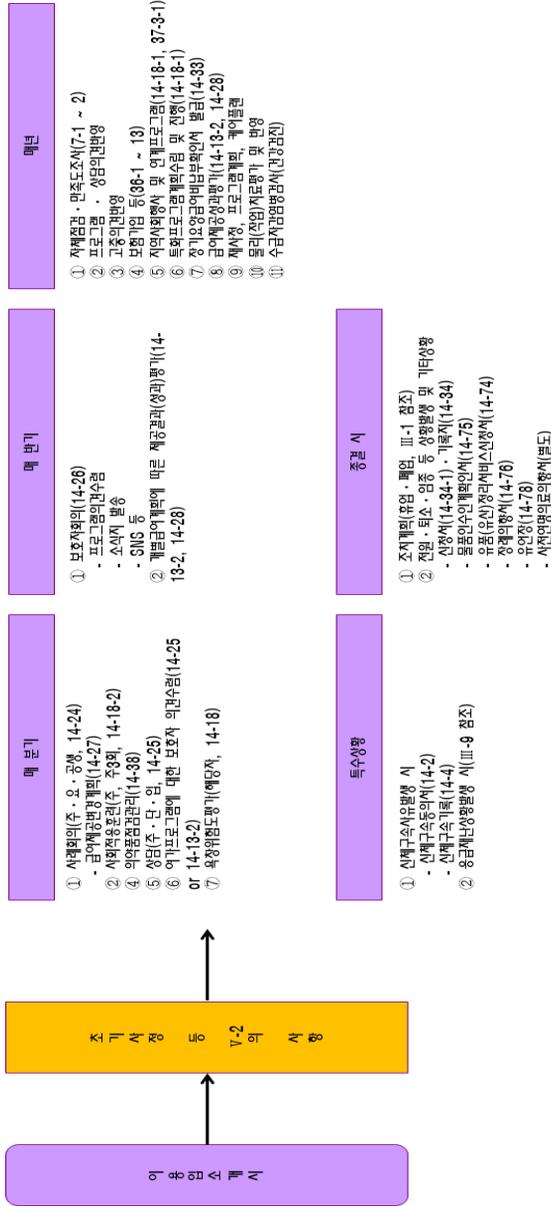
[그림 5] 이용개시 및 개시 후 14일까지



[그림 6] 서비스제공의 흐름(매일, 매주, 매월)



[그림 7] 서비스제공의 흐름(매 분기 등)



한편 일본의 경우 사무프로세스에 따른 각각의 세부적인 서비스제공순서를 제시하고 있는데<sup>49)</sup>, 예컨대 식사도움의 경우 설명 → 안전확인 → 서비스제공자의 청결확인 → 이용자의 세면이나 배설확인, 에이프런이나 타올 등 물품준비 → 식사장소환경 확인 및 정비 → 식사자세확보 → 배식 → 메뉴와 재료에 관한 설명 → 음식을 잘게 썰거나 으개는 것 등의 식사도움 및 수분공급 → 복약지원 → 식사 후 편안한 자세확보 → 이용자의 용모·기분 등 확인 → 에이프런·타올 등 처리 → 잔반처리 → 세척 등 뒤처리 → 서비스제공자 청결확인이 그러하다.<sup>50)</sup> 이렇게 각각의 서비스제공과정에 관한 사무프로세스와 함께 각 사무에 대한 구체적 서비스제공순서가 확립되어 있다는 전제 하에서 보면 돌봄에서 발생하는 사고는 이를 위반한 결과로 보이며, 따라서 양자를 결합한 사무프로세스를 확립·적용하고 이의 위반여부에 따라 돌봄사고의 법적 책임문제를 다루는 것이 보다 타당할 것으로 판단된다. 왜냐하면 비록 판례가 돌봄사고에 대한 서비스제공자 측의 고의·과실을 따지고는 있지만 보다 구체적으로 들여다보면 주어진 의무가 ④~⑦에서와 같이 무과실책임에 가까운 경우로서 ④·⑥·⑦은「노인장기요양보험법」상 기준에 따른 인력배치를 하였음에도 불구하고 발생한 사고에 대한 책임을 인정하고 있으며, ⑤도 충분한 주의의무가 있었더라도 피해가 발생한 경우로 볼 수 있기 때문이다. 그런데 이러한 법원의 판단은 일본의 사례와 크게 다르지 않은 즉, 일본 판례의 경향을 따르고 있는 것이라고 판단된다.<sup>51)</sup> 이의 개선방안에 대해서는 후술한다.

49) 물론 우리나라도 이와 같은 메뉴얼이 마련되어 있다. 보건복지부·국민건강보험공단, 「노인장기요양 방문요양·방문목욕 급여제공 메뉴얼」 및 「노인장기요양 주·야간보호 급여제공 메뉴얼」, 2014, 참조.

50) 厚生省令, 「訪問介護におけるサービス行爲ごとの区分等平について」(2005年 老計10), 介護保険法規委員会, 介護保険六法, 中央法規, 2007, 667面.

51) 대표적인 일본판례의 내용과 경향에 대해서는 장봉석(a), “앞의 논문”, 222-228쪽 참조.

## 2. 일본

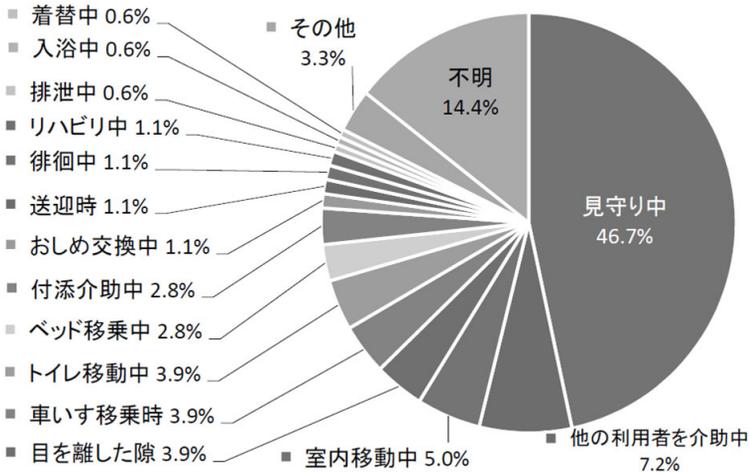
주지하다시피 일본은 우리보다 일찍 개호보험을 시행하였고 마찬가지로 계약<sup>52)</sup>에 의한 서비스제공을 원칙으로 하고 있는바, 많은 판례와 사례가 축적되어 있다. 하지만 본고에서 그 내용을 구체적으로 다루는 것은 큰 의미가 없는 것으로 판단되며<sup>53)</sup>, 따라서 이들의 경향에 대해 간략히 살펴 보면 다음과 같다.

일본은 매년 수백여 건의 개호사고가 발생하는 것으로 보고되고 있는데<sup>54)</sup> 먼저 2016년을 기준으로 후생노동성이 276건의 개호사고 유형을 분석한 결과 전도(轉倒)·낙상·골절이 65.6%, 오연(誤嚥)·오음(誤飲)으로 인한 질식(사례) 13.0%, 송영 중 교통사고 2.5%, 문에 몸을 끼인 사고 0.7%, 도식·이식 0.4%, 기타사고 5.8%이며 사고원인을 알 수 없는 경우도 12.0%에 이르는 것으로 나타났다.<sup>55)</sup>

일본의 공익재단법인 개호노동안정센터가 발표한 개호사고 중 전도·낙상 발생 시의 상황은 다음 그림과 같다.

- 
- 52) 일본은 통상 계약에 관하여 사전단계에서의 중요사항설명서와 계약단계에서의 이용(모델)계약서라는 두 가지를 함께 사용하고 있다.
- 53) 일본의 대표적인 개호소송의 내용과 의미 등에 대해서는 장봉석(a), “앞의 논문”, 222-228쪽 참조.
- 54) 2015년 11월부터 약 7개월 동안 발생한 사고만도 670여 건에 이르는 것으로 조사되었다. 公益財団法人 介護労働安定センター, 『介護サービスの利用に係る事故の防止に関する調査研究事業』報告書, 平成29年度老人保健事業推進費等補助金老人保健健康増進等事業, 2017, 6면.
- 55) 公益財団法人 介護労働安定センター, 前掲書, 3면; 한편 전도·낙상 발생 시 상황은 다음과 같다.

[그림 8] 전도·낙상발생 시의 상황<sup>56)</sup>



이들 사고에 대해 재판소는 사무프로세스에 따르지 않았거나<sup>57)</sup>, 통상의 정보제공의무 내지 안전배려의무나 적절한 조치의무 위반<sup>58)</sup>, 주된 의무에 따른 부수적 의무를 위반했다는 점<sup>59)</sup> 등을 이유로 시설 내지 종사자의 손해배상책임을 인정하고 있다.<sup>60)</sup> 이러한 책임은 종사자 측에 대한 매우 높

56) 公益財団法人 介護労働安定センター, 前掲書, 5面에서 발췌.

57) 横浜地裁川崎支部(2000. 02. 23) 판결로서 이는 시설에서 생활하던 이용자가 아침 식사 중 음식물을 잘못 삼켜 호흡곤란에 빠진 상황에서 우선 응급조치를 실시하고 소방서 등에 신고해야 함에도 불구하고, 신고 후 응급조치를 취함으로써 결국 사망에까지 이르게 했다는 이유로 서비스제공자 측의 과실책임을 인정한 사례이다. 長沼建一郎, 前掲書, 134-135面.

58) 名古屋地裁, 2004. 07. 30 판결; 福岡地裁, 2003. 08. 27 판결; 横浜地裁, 2005. 03. 22 판결; 大阪地裁, 2007. 11. 07 판결; 東京地裁, 2000. 06. 07 판결; 静岡地裁浜松支部, 2001. 09. 25 판결 등(이의 자세한 내용에 대해서는 長沼建一郎, 前掲書, 134-181面).

59) 동경地裁, 2003년 3월 20일 판결.

60) 한편 이와는 반대로 이용자 측의 청구를 기각한 사례도 있는데 東京地裁 2010. 07. 28 판결; さいたま地裁 2010. 03. 18 판결; 横浜地裁, 2000. 06. 13 판결; 神戸地裁, 2005. 03. 22 판결; 東京地裁, 2006. 05. 26 판결 등이 있다.

은 주의의무(요보호성)를 전제로 할 뿐만 아니라 손해발생에 대한 회피가능성 내지 예측가능성, 나아가 ① 정보제공의무로부터 ② 이용자 측의 신체적·정신적·사회적 상태 등에 대한 적절한 파악의무 및 보호의무 ③ 안전배려의무 ④ 사고회피의무 ⑤ 사고가 발생한 경우의 적절한 조치의무라는 사무프로세스와 더불어 ⑥ 주된 의무에 따른 부수적 의무의 준수여부를 판단의 기준으로 하고 있는 것으로 보인다. 따라서 앞서 언급한 무과실책임에 가까운 책임을 요구하기도 한다. 또한 전도·낙상 등의 경우에는 사후적 조치의무의 수행보다는 사전에 미리 사고위험을 예측·회피해야 하는 측면을 강조하는 반면, 음식물에 의한 사고는 식재료의 종류와 상태, 이용자의 음식섭취 가능여부에 따른 준비, 적절한 식사보조 등에 의한 사고의 회피가능성 뿐 아니라 사고발생 시 사무프로세스에 따른 적절한 조치의무까지를 요구하고 있다는 점에서 차이가 있음을 알 수 있다. 이는 앞서 다룬 우리나라 판례와 차이가 없으며 마찬가지로 시설 측에 대한 민·형사상 책임을 인정하고 있음을 알 수 있다.

### 3. 독일

독일은 요양에 관한 계약의 체결이나 해지 등에 관하여 쟁송이 발생한 경우 이를 사회법원에서 다루도록 하고 있을 뿐만 아니라, 요양보험조합연합회와 주 요양시설관리운영주체연합회가 공동으로 각 주에 한 개의 중재기관을 두도록 하고 법에서 정한 바에 따라 회부된 사항을 결정하도록 하는 등의 특징을 가지고 있다는 점에서 우리나라나 일본과는 차이가 있다.<sup>61)</sup>

돌봄에 대해서는 ‘자신을 돌보는 수준에서의 책임’을 부과하고 있는 한편<sup>62)</sup> 안전주의의무 등도 발생하는 것으로 보고 있는데, 돌봄사고(Unfall

61) 독일 『장기요양보험법』 제73조, 제74조 및 제76조.

62) Jorzig, Alexandra, Zur haftungsrechtlichen Problematik von Altenund Pflegeheimen, In: Pflegerecht 2003, pp.379.

im Pflegeheim)에 대한 대표적인 판례로는 베를린 사건(Berliner Fall)<sup>63)</sup>과 드레스덴 사건(Dresden Fall)<sup>64)</sup>을 들 수 있다.<sup>65)</sup> 이에 대해 법원은 일반적인 보호의무나 의료의무 외에도 이용자 측의 계약권과 이에 수반한 법적 권리, MDK(Medizinischer Dienst der Krankenversicherung)평가, 독일 장기요양품질개발 네트워크(Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege(Hrsg.))<sup>66)</sup>에서 정하고 있는 전도사고 예방을 위한 전문가 표준에 따랐는지 여부, 기록여부와 내용, 사고위험이 있는 이용자의 동의가 있는 경우에 한하여 예외적으로 인정되는 이른바 ‘자유를 박탈하는 조치’가 필요한지<sup>67)</sup> 등을 종합적으로 고려하여 서비스 제공자 측의 과실책임여부를 결정해야 한다고 하고 있다. 즉, 이 두 판결은 돌봄사고로 인한 손해배상판결 절차에서 어떤 사항들을 고려해야 하는지 보여주고 있는데, 요양계약을 통해 서비스제공자는 이용자 측의 신체적 건전성을 보호하기 위한 보호의무가 발생하고, 구체적인 위험상황의 발생으로 인한 주의의무가 증가한다는 것과 서비스제공자 측에 부여된 인정된 수준에 따라 서비스를 제공해야 한다는 점을 명확히 하였다.<sup>68)</sup> 특히

---

63) BGH, Urt. v. 28.4.2005 - III ZR 399/04 (KG), NJW 2005, 1937.

64) BGH, Urt. v. 14.7.2005 - III ZR 391/04 (OLG Dresden), NJW 2005, 2613.

65) 이 외에도 LG Mönchengladbach, 24.10.03, AZ: 2 S 81/03; OLG Frankfurt/M, Urteil vom 11.2.02, AZ: 22 U 98/99; BGH hat in seinem Grundsatzurteil vom 18.12.1990, AZ VI ZR 169/90; OLG München, Urteil vom 28.02.2006, AZ 20 U 4636/05; OLG Frankfurt hat in seinem Urteil vom 19.01.2006, AZ 1 U 212/04 등 참조.

66) 이에 대해서는 Andreas Buscher, Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP), Auszug aus der Veröffentlichung zum Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, einschließlich, Kommentierung und Literaturstudie, Osnabruck, Januar 2013; G. Meyer, S. Kopke, “Expertenstandards in der Pflege, Wirkungsvolle Instrumente zur Verbesserung der Pflegepraxis oder von ungewissem Nutzen?”, Z Gerontol Geriat 39:211 - 216, 2006 참조.

67) Almer, Sebastian, Die Sturzprophylaxe in der Pflege aus haftungsrechtlicher Sicht, 5. Zugriff am 20. Juli 2010 unter [www.aufschwungalt.de/Downloads/rm\\_almer.pdf](http://www.aufschwungalt.de/Downloads/rm_almer.pdf) 참조.

68) Andreas Jordan, pp.32.

이용자 측의 자유권을 강조하면서 어떠한 경우라도 이용자의 자유권을 침해해서는 안 되며, 사고의 상황이 불분명한 경우에는 누가 의무위반을 입증해야 하는지 재판에서 밝혀야 한다고 판시하고 있다. 따라서 원칙적으로는 이용자인 원고 측에서 이를 입증하되, 만일 그것이 서비스제공자 측의 업무라면 입증책임의 전환을 요청할 수 있게 되는 것이다. 결국 돌봄 사고가 발생했다고 하더라도 그것이 곧바로 서비스제공자 측의 과실이 되는 것은 아니며 구체적인 상황을 검토하여 판단해야 한다는 것으로서 이는 우리나라나 일본판례에서의 무과실책임이라는 경향과는 차이가 있는 것으로 보인다.

다만, 돌봄사고 등에 따른 손해배상책임에 대해서는 사회법 제10권(SGB X) 제116조에 따른 손해배상자에 대한 청구규정이 적용되는 것으로 하고 있는바, 제1항은 다른 법률 규정에 근거한 손해배상청구권은 동일한 유형의 손해배상을 치유하기 위한 사회보장혜택을 제공해야 하는 보험기관이나 사회보장기관으로 이전하도록 하고 있는 반면, 제2항은 제1항에 따른 법률상 손해배상청구권이 제한되는 경우로서 손해배상 또는 유족에게 배상하기 위해 필요치 않은 한 보험기관이나 사회복지기관으로 이전하도록 하고 있는 등 규정에 따르도록 하고 있다.

이 외에도 독일의 돌봄사고에 대해서는 시설상의 하자나 질식으로 인한 사고, 나아가 구상권에 관한 문제 등도 있을 것이지만 본고의 주제나 방향이라는 측면에서 볼 때 특별히 더 다룰 것은 아니라고 판단되며 따라서 이에 대해서는 향후 연구과제로 남겨둔다.

## V. 검토 및 개선방안

이상의 내용을 토대로 여기에서 검토해야 할 필요가 있는 점은 크게 중사자에게 부여된 각종 의무의 범위와 한계 그리고 사고발생에 대한 서비스제공자 측의 책임으로 구분할 수 있을 것인바, 각각 이에 대한 검토와

법적 개선방안에 대해 살펴보고자 한다.

## 1. 서비스제공에서 종사자 측에 부여된 의무의 범위 및 개선방안

언급한 바와 같이 돌봄계약으로 발생하는 종사자 측의 의무는 ① 정보 제공의무 ② 이용자의 신체적·정신적·사회적 상태에 대한 적절한 파악 및 이에 따른 보호의무 ③ 안전배려 내지 예방의무 ④ 안전한 환경의 확보의무 ⑤ 사고나 위해의 방지 의무(사고회피의무) ⑥ 사고발생 시 사무프로세스에 따른 적절한 조치의무 ⑦ 기록의무 ⑧ 주된 의무에 수반하는 부수적 의무라고 하는 것이 우리나라, 일본, 독일판례의 입장이다.

그런데 여기에서의 문제는 역시 돌봄의 범위나 내용이 어디까지인가 하는 점이며, 예측가능성 등도 마찬가지이다. 예를 들어 돌봄서비스제공자의 정당한 지시에 따르지 않아 사고가 발생한 경우, 법에서 정한 인력기준을 준수했을 뿐만 아니라 안전배려나 환경조성의무 내지 사고회피의무를 다했음에도 불구하고 예측할 수 없는 이용자 측의 행위로 인한 경우, 서비스제공자가 다른 이용자에 대한 돌봄업무를 수행하고 있는 상황에서 사고가 발생한 경우<sup>69)</sup> 등에 대해 서비스제공자 측의 책임을 물을 수 있는지 등인바, 이에 대해 우리나라나 일본의 판례는 대체로 서비스제공자 측의

---

<sup>69)</sup> 예컨대, 당시 주간보호센터에서 서비스를 받던 자는 중증의 노인성 치매로 인한 배회양상이 높은 상황이었으며, 약간의 실어증도 있는 상태에서 주간보호실에 설치되어 있는 창틀을 뛰어넘어 탈출, 이후 행방불명이 되었고 약 1개월 후 다른 지역에서 사체로 발견된 사건에서 피고(사업자) 측은 ① 본 시설이 법령 등에서 정한 기준에 따른 적정인원을 갖추고 사업을 실시하고 있었고 ② 사고 당시 2명의 시설종사자가 9명(남성 4명, 여성 5명)의 입욕서비스를 제공하고 있었던 상황으로서 ③ 이용자가 창문을 뛰어넘어 탈출할 것이라는 예견가능성은 희박하며 따라서 시설에게 그 책임을 묻는 것은 가혹하다는 주장에도 불구하고, 시설은 이용자가 탈출하지 못하도록 할 안전배려의무가 주어져 있고, 치매가 있더라도 신체적으로 건강한 노인이라면 인체는 84cm 정도의 창을 넘어 탈출하는 것은 가능하며, 따라서 이에 대한 예견도 가능하다고 할 것이므로 이를 대만히 한 시설은 이용자의 실종에 대한 과실이 있다고 하여 손해배상책임을 인정하였다.(단, 사망으로 인한 손해는 상당인과관계가 없다고 판시) 靜岡地裁浜松支部, 2001. 09. 25 판결, 長沼建一郎, “前掲書”, 166-167면에서 인용.

과실을 인정하고 있는 상황인 것이다. 더군다나 여기에서의 ‘과실’은 통상의 과실을 의미하기도 하지만 어느 측면에서는 이른바 ‘무과실에 가까운 책임(무과실책임)’을 요구받기도 한다. 특히 이러한 판례의 경향은 장기요양이 요구하는 ‘노후의 건강증진’<sup>70)</sup>, ‘자립적인 일상생활 영위’<sup>71)</sup>, ‘인간의 품위에 부합된 독자적·자율적 생활’<sup>72)</sup>과는 서로 완전히 상반된 위치에 있게 된다는 점에서도 문제이다. 다시 말해서 이용자의 건강을 증진하거나 자립적·독립적인 일상생활을 유지하기 위해서는 우선 돌봄의 보장성과 관련하여 급여의 종류나 내용 등을 어떻게 확대·보완·개선함으로써 이용자의 잔존기능을 유지·강화할 것인가 하는 점과 더불어 돌봄의 구체적 범위나 내용 및 한계는 어디까지인지가 포함되어야 하며, 반대로 이용자의 기능 유지·향상을 통해 최대한 자립적이고 독립적인 일상생활을 영위할 수 있도록 보다 적극적인 돌봄활동을 하기 위해서는 서비스제공자 측에 대한 충분한 법적 보호장치가 마련되어야만 비로소 가능해진다는 것이다. 따라서 비록 당해 법률에 신체적·정신적 내지 사회적 기능의 유지·향상을 목적으로 명시하고 있더라도 그에 대한 구체적 방안이나 장치가 마련되어 있지 않다면 서비스제공자의 안전배려 등과 같은 의무 측면만이 강조될 수밖에 없기 때문에 자립적·독립적인 일상생활의 유지와 같은 이념은 선언적 규정에 그치게 되고, 결국 무과실책임을 인정하게 되는 상황까지 이어지게 된다는 것이다. 따라서 강조하는 바와 같이 돌봄의 개념과 내용 및 범위, 서비스제공자 측에 부여된 여러 의무에 대한 명확한 법적 근거와 구체적인 사무프로세스를 마련하되, 반드시 장기요양 나아가 사회복지·사회복지현장을 대상으로 그 동안에 발생한 다양한 사례수집이나 실태 조사를 통해 이 문제에 대한 합리적 접근과 해결이 뒤따를 수 있도록 해야 할 필요가 있다는 것이다.<sup>73)</sup>

---

70) 「노인장기요양보험법」 제1조.

71) 일본 「개호보험법」 제1조.

72) 독일 「장기요양보험법」 제2조 제1항.

73) 이러한 문제에 대해 보여주는 사례로는 서울신문, “하루 8시간씩 목욕·대소변 수발... 온갖 갖은일 후 남은 건 최저임금”, 2020. 10. 12, <http://go.seoul.co.kr>.

## 2. 서비스제공자 측의 책임에 대한 개선방안

이에 대해서는 절차적 접근과 실제적 접근이라는 측면에서의 고찰을 요한다. 먼저, 절차적 측면에서 보면 독일과 같이 별도의 사회법원을 설치하는 방안을 검토할 수 있을 것이다. 즉, 독일은 사회법원에서 사회법<sup>74)</sup> 다시 말해서 우리의 의료나 사회복지관련법에 해당하는 분야를 전문적으로 취급하고 있으며 따라서 장기요양도 당연히 여기에 포함된다.<sup>75)</sup> 다만 우리나라의 경우 사회보장·사회복지에 관한 법체계가 일관적이지 않을 뿐만 아니라<sup>76)</sup> 어디까지를 이 영역에 포함시킬 것인가 하는 등 상당히 광범위한 부문에서의 논의와 연구를 요하는 것으로서 돌봄사고에 한정하여 다루고 있는 본고에서 구체적으로 논하는 것은 다소 무리가 있다고 판단된다.<sup>77)</sup>

다음으로는 대체적 분쟁해결제도(ADR; Alternative Dispute Resolution)의 도입이다. 즉, 이는 「소비자기본법」상의 소비자분쟁조정위원회나 「의료사고 피해구제 및 의료분쟁 조정 등에 관한 법률(의료분쟁조정법)」에 따른 한국의료분쟁조정중재원과 같은 성격을 지니는 것으로서 사회보장분쟁조정위원회와<sup>78)</sup> 같은 기구를 통해 돌봄서비스계약(사회복지서비스계약

74) 독일 사회법의 분류체계에 대해서는 Eberhard Eichenhofer, Sozialrecht 8. neubearbeitete Auflage, Mohr Siebeck, 2012, pp.95-96 참조.

75) 이에 대해서는 차성안, “독일의 사회법 분쟁해결과 사회법원의 역할”, 사회보장법학, 2019, 47-103쪽 참조.

76) 동지, 장봉석·남상간, 「사회복지법제와 노동법 그리고 복지법학, 이론·판례·사례 - 제2권 사회보험법론」, (사)복지마을, 2019, 52쪽 이하.

77) 즉, 우리 법·제도상 사회보장·사회복지가 무엇이며 그 범위는 어디까지인가라는 실제적 측면에서부터(즉, 우리 「사회보장기본법」만 보더라도 사회보장, 사회보험, 사회복지서비스 등이 혼재되어 있는데다가 독일의 경우에는 사회법원과는 달리 노동법원도 존재한다는 점에서도 그러하다) 여기에는 절차적 과정이나 사회법원에서 다룰 수 있는 소송의 종류·내용 등까지를 망라하는 접근과 실증이 요구되는 일이라고 판단된다.

78) 이 용어에 대해서는 보다 치열한 논의가 필요할 것으로 보인다. 왜냐하면 사회보장기본법상 사회보장의 범위가 대단히 광범위한 뿐만 아니라 개별법상 분쟁조정 절차 등이 마련되어 있는 경우도 많고, 그렇다고 사회복지분쟁조정위원회로 하는 것도 지나치게 범위가 한정되거나 오히려 모호할 수도 있으며, 돌봄(사고)분쟁조정위원회로 하는 것도 돌봄의 개념이나 범위에서 다른 바와 같이 논의의 여지가

포함하여)이나 사고로 인한 문제 등에 신속하게 대응하고, 이용자 측 뿐 아니라 서비스제공자 측의 권리보장도 함께 도모하는 방안이 모색될 필요가 있을 것이다.<sup>79)</sup>

한편 실제적 접근이라는 측면에서 보면 ① 입증책임의 전환 ② 무과실 책임에 따른 민·형사상 책임의 적용요건 강화 ③ 「국가배상법」상 손해배상책임의 인정 ④ 국가주도형 사회보장재해보험(이하 ‘사회보장재해보험’이라 한다)의 창설 등과 같은 방안이 제시되어질 수 있을 것인바 첫째, 서비스제공자의 채무불이행 내지 불법행위로 인해 손해가 발생한 경우 이용자 측은 청구권경합<sup>80)</sup>에 따라 어느 쪽이든 선택하여 소송을 제기할 수 있지만, 사회보장·사회복지의 이념이나 취지 및 공공성 등을 종합적으로 고려할 때 비록 이용자 측이 불법행위에 따른 손해배상을 제기했다고 하더라도 입증책임을 전환하여 채무불이행책임을 묻도록 함으로써 서비스제공자 측이 입증책임을 지도록 하는 것이 타당할 것으로 사료된다.<sup>81)</sup> 다만 이와 관련하여 보완되어야 하는 것이 바로 무과실책임에 따른 민·형사상 책임의 적용요건을 강화하거나 면책규정을 두는 것이라고 할 것이다. 즉, 앞선 논의에도 불구하고 무과실책임은 사실상 변론주의를 채택하고 있는 나라에서는 손해배상책임에 관한 입증책임을 전환시키는 결과를 초래하는 것으로서 결국 채무불이행책임과 거의 동일한 효과를 발생시킬 뿐만 아니라 서비스제공자 측에 심각한 법적·재정적 부담을 안겨줄 여지가 있다. 다시 말해서 명확한 사무프로세스나 후술하는 바와 같은 특별한 보호장치들이 마련되어 있지 않은 상태에서 구체적 사안과는 무관하게 과실책임과 무과실책임이 동일한 시점에서 검토되어지고 적용된다면, 서비스제공자 측은 앞서 다루었던 각종의 의무를 다했음에도 불구하고 민사상 책임은 물론 형사상 책임까지도 져야하는 상황에 몰리게 된다는 것이다.<sup>82)</sup> 따라서

---

남아있다는 점에서 그러하다.

79) 동지, 장봉석(a), “앞의 논문”, 177-178쪽.

80) 대판, 1966. 07. 19. 선고 66다994 등.

81) 동지, 장봉석(a), “앞의 논문”, 175쪽.

82) 실제 현장에서 일어나는 관련사건에 대한 이용자 측의 대응을 보면 우선 형사법

이에 대한 개선이 반드시 요구된다는 점을 강조하는 바이다.

셋째, 「국가배상법」상의 손해배상책임 인정에 관한 문제이다. 언급한 바와 같이 사회복지 분야에 대해서는 행정기관의 처분으로서의 조치적 성격을 지니는 것으로 이해되어 왔기 때문에 이와 관련한 재송도 행정소송 내지 국가배상법상의 소송에 의하는 것으로 보고 있었으며, 이러한 경향은 지금도 그대로 유지되는 부분이 있다고 할 수 있다.<sup>83)</sup> 하지만 「노인장기요양보험법」 등과 같이 계약에 의하도록 하고 있는 경우에는 이와는 다르며, 두 가지 관점에서의 검토를 요한다. 즉, 국가·지방자치단체 내지 공단(노인장기요양은 국민건강보험공단, 장애인활동지원의 경우에는 국민연금공단을 말한다)에게는 서비스제공사업자에 대한 지정·재지정·지정취소, 지도, 조사, 감독 및 과징금이나 행정처분과 같은 규제 등을 할 수 있는 권한이 부여되어 있고, 이용자 측에 대해서도 정보제공, 자격인정여부, 급여제한 등에 관한 권리·의무가 있으므로, 최소한 서비스제공자와 이용자 사이에 체결한 계약으로부터 발생한 채무불이행이나 불법행위가 공법관계(관리감독기구와 서비스제공자 간)에서의 하자나 흠결·과실 등을 원인으로 하는 경우라면, 이에 관한 재판은 행정소송이나 국가배상의 문제로 해결하는 것이 타당하다는 것이다. 또 한편으로는 이용자 측의 권리보호라는 관점에서 볼 때에도 비록 계약의 상대방이 서비스제공자라고 하더라도 장기요양과 같은 사회복지서비스에 있어서의 공적 메커니즘은 여전히 유효하게 작동하고 있는 것이므로 이에 대한 궁극적 책임은 여전히 국가나 지방자치단체 등과 같은 관리감독기구에 있다고 보아야 한다는 것이다.<sup>84)</sup>

마지막으로 이른바 「사회보장재해보험(Social Security Accident Insurance; SSAI)」의 창설을 제시할 수 있다. 즉, 국가·지방자치단체 등에 의해 설

---

적 절차를 거쳐 업무상 과실 여부를 따진 후 다시 민사재판으로 이어가는 형태를 띠는 경우가 많이 있는데, 이는 전문인배상책임보험과는 별도로 서비스제공자 측에 손해배상이나 위자료 등을 청구하기 위한 수단일 것으로 추측된다.

83) 예컨대 「노인복지법」상의 보건·복지조치, 「아동복지법」상의 보호조치, 「장애인복지법」상의 복지조치 등이 대표적이며, 따라서 이러한 조치에 따른 쟁송은 「행정소송법」이나 「국가배상법」에서 정한 바에 따르게 된다는 것이다.

84) 동지, 장봉석(a), “앞의 논문”, 176쪽.

계·운영되는 사회적 돌봄체계는 최소한 ‘사회보상’에 관한 이론이 적용될 필요가 있다는 것으로서, 이때의 사회보상은 ‘공동체의 이익에 기여하는 행위 중 이를 원인으로 개인에게 신체손상 등 피해가 발생하였거나 피해를 입힌 경우 국가가 이에 대한 책임을 기초로 일정한 보상을 하는 것’을 말하며<sup>85)</sup> 군복무나 공무 중 발생한 재해, 예방접종으로 인한 피해, 범죄 피해 등이 여기에 속한다. 특히 예방접종이나 범죄피해로 인한 보상은 국가가 일정한 강제력을 행사하는 것도 아닐뿐더러 나아가 범죄피해에 대한 보상이 공동체의 이익에 기여하는 것은 더더욱 아니다. 그럼에도 불구하고 여러 각국은 이에 대한 제도적 방안을 마련하고 있다는 점을 주목할 필요가 있다. 그런데 사회보장·사회복지 영역은 헌법상 보장된 기본권임과 동시에 당연히 공동체의 이익에 기여하는 행위로서 사회보상에 관한 이론이 충분히 적용될 여지가 있을 뿐 아니라 노인, 장애인, 아동을 비롯한 대상자 영역 나아가 돌봄의 구체적인 종류나 내용 등에 있어서도 매우 다양한 체계를 가지고 있으며, 나아가 우리나라만 보더라도 서비스 측면에서 상당히 높은 수준을 유지하고 있는데 반해, 이용자나 서비스제공자에 대한 법·제도적 보호장치는 한국·일본·독일을 막론하고 매우 미흡한 실정이라고 평가할 수 있기 때문에 이에 대한 법·제도적 개선이 반드시 요구된다고 보아야 한다는 것이다.

<표 3> 우리나라 의료·장기요양 및 사회복지분야에서의  
보험가입의무관련 규정 현황

구분	이용자 보호 측면	서비스제공자 보호 측면
의료	관련규정 없음	관련규정 없음
장기요양	입의가입 규정 있음	관련규정 없음
사회복지사업법상의 사회복지시설	의무가입 규정 있음	관련규정 없음

<sup>85)</sup> 전광석, 국제사회보장법론, 법문사, 2003, 401쪽. 한편 사회보상에 관한 구체적인 내용에 대해서는 401-425쪽 참조.

즉, 우리의 경우 장기요양을 포함한 사회복지 분야에서는 그나마 이용자 보호를 위한 보험가입을 명시하고 있지만, 의료분야는 이에 관한 규정조차도 없으며<sup>86)</sup> 서비스제공자 측 보호를 위한 제도적 방안은 전혀 고려되고 있지 않은 형편이다. 따라서 사회보상의 범위를 확장, 장기요양을 비롯한 돌봄에서 발생하는 문제나 사고 등에 대응·해결하기 위해서는 보험가입의무화에 관한 문제를 민간영역에 위임하거나 방임할 것이 아니라, 사회보험 형태를 띤 국가주도형의 사회보장재해보험을 창설, 의무가입을 강제하고 동시에 개선방안에서 다루었던 내용들을 포함하여 이용자의 권리보장 뿐 아니라 서비스제공자 측의 보호장치도 공고히 마련하는 것이 필요하다는 것이며 위의 여러 방안에도 불구하고 현실적인 측면에서 가장 타당해 보인다.<sup>87)</sup>

그렇다면 구체적으로는 어떻게 사회보장재해보험을 구축할 것인가에 대한 논의가 요구된다. 이에 대해서는 언급한 바와 같이 세계적으로 입법례를 찾아보기 어려운 상태에서 여러 방안을 생각해 볼 수 있겠지만, 우선은 ① 이용자 측에 대한 돌봄계약권과 법적 권리에 관한 사항 ② 서비스제공자 측의 서비스제공의무 내지 책임과 이에 따른 (사무프로세스를 포함한)구체적 내용 및 범위 ③ 민·형사상 책임과 면책에 관한 사항 ④ 대체적 분쟁해결제도(ADR) 및 쟁송의 실제적·절차적 접근과 해결에 관한 사항 ⑤ 국가나 지방자치단체를 비롯한 관리감독기구의 권한과 책임 등에

86) 이의 문제를 해결하기 위해 2018년 의료사고 배상책임보험가입 의무화가 추진되었으나 의료계의 반발로 무산된 바 있다. 헬스포커스, “의료사고 배상책임보험 의무가입? ‘글쎄’ 4일 국회토론회서 의료계 우려 나와...대불제도 있는데 중복”, 2018. 07. 04, [www.healthfocus.co.kr](http://www.healthfocus.co.kr).

87) 이에 대해 長沼建一郎(“前掲書”, 275面)은 일반적인 민간보험의 관점에서조차 ‘사업자 측의 배상책임보험 가입은 보험론에서 말하는 도덕적 해이(moral hazard) 즉, 보험이용에 의해 사고손해의 발생과 예방, 진압에 무관심하게 되는 정신적 경향이 가까지게 된다는 점에 유의할 필요가 있다’고 하고 있는데, 필자의 입장에서는 이에 동의하기가 매우 어렵다. 한편 본고와는 다른 측면에서 현재 사회보험방식의 한계를 지적하고 사회보장제도로서의 사회보험체계를 재구축해야 한다는 의견도 있는데, 이에 대해서는 伊藤周平, 介護保険法と権利保障, 法律文化社, 2008, 446面 이하 참조.

관한 사항 ⑥ 사회보장재해보험의 구조·(가입자)범위·인정범위·내용·급여에 관한 사항<sup>88)</sup> ⑦ 관리주체를 포함한 보험의 운영에 관한 사항 ⑧ 구상권이나 부당이득의 징수에 관한 사항 등이 포함되어야 할 것이며, 당연히 구체적 입법과정을 통해 보완, 개선하는 과정도 있어야 할 것으로 사료된다.

## VI. 맺음말

이상에서 살펴본 돌봄과 돌봄계약에 따른 사고의 문제는 사회보장·사회복지가 차지하고 있는 기본권으로서의 헌법상 위치나 공공성, 보편성 등을 비롯한 여러 이념 내지 개념 등과 조합해볼 때<sup>89)</sup> 단순히 사인 간에 발생하는 것으로 취급할 수만은 없다는 본질적 한계를 가지고 있다고 평가할 수 있다. 다시 말해서 사회보장·사회복지에는 당사자 간의 자유로운 계약이라는 측면도 있는 반면, 공법관계 내지 공법상 계약이라는 면에서 보면 국가나 지방자치단체 등에게도 이에 대한 공극적 책임을 질 의무와 더불어, 재해예방과 그 위험으로부터 국민을 보호할 의무<sup>90)</sup>도 공존하는 것이며, 이때의 국민은 사회보장·사회복지 영역에서 볼 때 이용자 뿐 아니라 서비스제공자도 포함되는 것이라고 해석해야 한다는 것이다.

따라서 본고에서 고찰한 돌봄사고는 계약의 성격이나 판례의 경향 등도 중요하지만, 결국 어떻게 하면 보다 과학적·체계적으로 돌봄을 수행하게 하고, 그 과정에서 발생한 책임문제를 합리적으로 해결할 것인가에 관한

---

88) 즉 사회보장·사회복지와 직접적 관련을 가지고 있는 영역 뿐 아니라 자원봉사 등도 고려될 필요가 있다는 것이다.

89) 이의 구체적 내용에 대해서는 장봉석(a), “앞의 논문”, 25-69; 장봉석·남상간, 『사회복지법제와 노동법 그리고 복지법학, 이론·판례·사례 - 제1권 총론, 기본법 그리고 공공부조법』, (사)복지마을, 2019, 20-52쪽 참조.

90) 즉, 헌법 제34조 제6항은 ‘국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다’고 하고 있는 것이다.

것으로서 중요한 의미를 갖는다고 할 것이다. 나아가 이는 계약형 복지사회로의 확대를 염두하고 있는 것으로서 한시라도 빨리 정책적·제도적 장치를 마련하는 것이 필요하다는 것임을 다시 한 번 강조하는 바이다.

\*투고일 2020.11.30. / 심사개시일 2020.12.15. / 게재확정일 2020.12.20.

## 참고문헌

### 1. 단행본

- 국민건강보험공단, 2014년 재가급여평가설명회자료집.
- 국민건강보험공단, 2017 노인장기요양보험 통계 연보.
- 김형배, 민법학강의 - 이론·사례·판례 -, 신조사, 2006.
- 보건복지부·국민건강보험공단(2014), 「노인장기요양 방문요양·방문목욕 급여제공 매뉴얼」.
- 보건복지부·국민건강보험공단, 「노인장기요양 주·야간보호 급여제공 매뉴얼」, 2014.
- 장봉석, 노인복지시설 업무프로세스, (사)복지마을, 2016.
- 장봉석·남상간, 「사회복지법제와 노동법 그리고 복지법학, 이론·판례·사례 - 제1권 총론, 기본법 그리고 공공부조법」, (사)복지마을, 2019.
- \_\_\_\_\_, 「사회복지법제와 노동법 그리고 복지법학, 이론·판례·사례 - 제2권 사회보험법론」, (사)복지마을, 2019.
- 전광석, 국제사회보장법론, 법문사, 2003.
- 公益財団法人 介護労働安定センター, 「介護サービスの利用に係る事故の防止に関する調査研究事業」報告書, 平成29年度老人保健事業推進費等補助金老人保健健康増進等事業, 2017.
- 社會保障·社會福祉判例大系3, 労働旬報社, 1996.
- 野崎和義, 福祉法學, ミネルヴァ書房, 2013.
- 伊藤周平, 介護保険法と權利保障, 法律文化社, 2008.
- 長沼建一郎, 介護事故の法政策と保險政策, 法律文化社, 2011.
- 厚生省令, 「訪問介護におけるサービス行爲ごとの区分等平について」(2005年 老計10), 介護保険法規委員會, 介護保険六法, 中央法規, 2007.
- Andreas Buscher, *Deutsches Netzwerk für Qualitätsentwicklung in der Pflege (DNQP), Auszug aus der Veröffentlichung zum Expertenstandard Sturzprophylaxe in der Pflege, einschließlich, Kommentierung und Literaturstudie*, Osnabruck, Januar 2013.
- Andreas Jordan, *Haftung bei Sturzfallen im Pflegeheim*, GRIN Verlag, 2010.
- BGH, Urt. v. 14.7.2005 - III ZR 391/04 (OLG Dresden), NJW 2005.

BGH, Urt. v. 28.4.2005 - III ZR 399/04 (KG), NJW 2005.

Bundesministerium für gesundheit, *Umsetzungsbericht des Beirats zur Überprüfung des pflegebedürftigkeitsbegriffs*, 20. Mai 2009.

Eberhard Eichenhofer, *Sozialrecht 8. neubearbeitete Auflage*, Mohr Siebeck, 2012.

Jorzig, Alexandra, *Zur haftungsrechtlichen Problematik von Altenund Pflegeheimen*, In: *Pflegerecht*, 2003.

## 2. 논문

강정희, “노인요양시설 요양보호사의 낙상 관련 돌봄 경험에 대한 질적 연구”, 사회과학연구, 2016.

고명식, “노인복지시설에 있어서 안전사고에 대한 손해배상책임의 법리”, 재산법 연구(제35권 제2호), 2018.

김나경, “의료 개념의 다층적 이해와 법”, 의료법학, 2010.

김상찬, “일본법상 요양간호업무의 법적 책임”, 법학연구(제23집), 한국법학회, 2006.

김애정·김문실, “간호학생이 지각하는 돌봄에 관한 연구”, 성인간호학회지(제5권 제1호), 1993.

김애정·최영희, “간호와 환자의 상호작용에서 환자가 인지하는 간호(돌봄) 개념의 구성요소에 관한 연구”, 성인간호학회지(제2권 1호), 1990.

박경일·김정근, “노인요양시설 위험사고 발생가능성에 영향을 미치는 요인에 관한 탐색적 연구: 부산지역 요양보호사를 대상으로”, 한국노년학, 2014.

박경일·윤기혁, “노인요양시설의 리스크매니지먼트 시스템 구축과 수행활동에 관한 사례연구”, 한국사회복지행정학, 2014.

석나영, “요양병원 환자안전사고 관련 요인”, 경상대학교(석사), 2018.

석재은, “돌봄정의(Caring Justice) 개념구성과 한국 장기요양정책의 평가”, 한국사회정책, 2018.

윤기혁·박경일, “한국 노인요양시설의 요양사고 판례분석 연구: 요양사고 유형, 쟁점사항 및 예방대책을 중심으로”, 사회복지정책, 2016.

윤숙희·김세영·오향련, “한국 노인요양시설 실무종사자들이 인식하는 환자안전 문화와 환자안전도”, 한국간호행정학회, 2014.

- 윤태영, “고령자의 요양 중 사고에 대한 법적 책임”, 경찰법연구(통권 30호), 2019.
- 장봉석, “노인장기요양보험 시행 이후 노인복지법의 역할에 관한 소고”, 법학연구, 2011(b).
- \_\_\_\_\_, “사회복지서비스계약에 관한 연구”, 전북대학교(박사), 2015(a).
- \_\_\_\_\_, “스마트도시에서 사회복지플랫폼 기반의 사회복지서비스 개선방안을 위한 법적 고찰 - 돌봄영역을 중심으로 -”, 전북대학교 법학연구, 2020(c).
- \_\_\_\_\_, “노인장기요양보험제도와 현장과의 괴리에 관한 법학적 관점에서의 고찰 : 서비스제공사업자를 중심으로, 장기요양연구(제5권 제2호), 2017.
- 장봉석·김석진, “사회보장플랫폼에 관한 고찰 - 돌봄영역에서의 행동설계 기반 플랫폼을 중심으로 -”, 사회복지연구, 2019.
- 주찬희, “노인요양시설 안전문화 인식에 관한 탐색적 연구”, 한국사회복지행정학, 2017.
- 진영란·이효영, “노인요양시설 사건사고에 관한 미디어 내용 분석”, The Korean Journal of Health Service Management, 2013.
- 차성안, “독일의 사회복지법 분쟁해결과 사회복지원의 역할”, 사회복지법학, 2019.
- 최희경, “노인장기요양보험제도와 돌봄 정의”, 한국사회정책, 2018.
- 홍성민, “독일 장기요양보험법상 보험사고와 법 개정에 관한 소고”, 법제연구(제50호), 2016.
- 倉田聡, “ドイツの介護保険法における介護契約規制”, 岩村正彦 編, 福祉サ-ゼス契約の法的研究, 信山社, 2007.
- 丸山絵美子, “ドイツホ-ム法2001年・2002年改正の紹介 - 私法的規制のあり方を中心に -”, 岩村正彦 編, 福祉サ-ゼス契約の法的研究, 信山社, 2007.
- G. Meyer, S. Kopke, “*Expertenstandards in der Pflege, Wirkungsvolle Instrumente zur Verbesserung der Pflegepraxis oder von ungewissem Nutzen?*”, Z Gerontol Geriat 39:211 - 216, 2006.
- Jang, Bong-Seok, “*Concepts and Functions of Who and How in the Social Security Platform of the 7 Principle*”, International Journal of Social Welfare(under examination), 2020.

### 3. 기타자료

서울신문, <http://go.seoul.co.kr>.

파이낸셜 뉴스, [www.fnnews.com](http://www.fnnews.com).

헬스포커스, [www.healthfocus.co.kr](http://www.healthfocus.co.kr).

厚生労働省老健局, 日本の介護保険制度について, 2016年 11月.

Almer, Sebastian, Die Sturzprophylaxe in der Pflege aus haftungsrechtlicher Sicht, 5. Zugriff am 20. Juli 2010 unter, [www.aufschwungalt.de/Downloads/rm\\_almer.pdf](http://www.aufschwungalt.de/Downloads/rm_almer.pdf).

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, [www.gesetze-im-internet.de](http://www.gesetze-im-internet.de).

Roruch, Schmerzensgeldanspruch des Ehepartners aus ergegangenem Recht nach Sturz mit Todesfolge, 1. Zugriff am 30. Oktober 2010 unter [www.htw-saarland.de](http://www.htw-saarland.de).

Schultze-Zeu·Manthei & Kollegen, <https://ratgeber-arzthaftung.de/de>.

<Abstract>

## A Study on the Improvement of Legal Treatment System for Care Accidents

— Focusing on Korea·Japan·Germany on long-term  
care accidents —

Jang, Bongseok\* · Kim, Youngmun\*\*

This paper studies the concept and type of care, legal structure of the care service contract, and trend of court precedents, especially focusing on the continuous and increasing accidents in care taking since the establishment of the long-term care insurance system focusing on Korea, Japan, and Germany. In response to the study, the paper offers improvement plans in both aspects of the scope of duties imposed on the service worker and the responsibility of the service provider. In other words, the problem of accidents caused by a care contract has an inherent limitation as it cannot be treated as a simple occurrence between individuals when social security and welfare are combined with various ideologies and concepts; including their position in constitution, publicity, and universality. Although in one aspect, it is a free contract between the parties, the state or local governments also have an obligation to take ultimate responsibility for the care service, disaster prevention, and public protection from the danger. Here, public includes not only the users but also service providers in the

---

\* Ph.D, in Law / Director of Bokjimaetul / Director of KSDC(Korean Society for Dementia Care Corporation)

\*\* Professor, Dr., Chonbuk National University, School of Law

perspective of social security and welfare. Therefore, the observation of the paper is significant as it explores how to improve care taking in a more scientific and systematic way, and how to reasonably solve the responsibility problem that occurs in the process. Furthermore, it considers the expansion of contract-type welfare society and stresses the necessity of rapid preparation of policy and institutional arrangements.

Key Words: Care, Care Accidents, long-term Care, Office Process (Social Security Platform; SSP), Faultless Liability, Alternative Dispute Resolution(ADR), Social Security Accident Insurance(SSAI)