

장기요양요원과 수급자의 법적 관계

- 장기요양요원과 수급자의 보호를 중심으로 - *

오 대 영**

국문초록

장기요양요원의 법적 지위를 규명하는 것은 장기요양보험제도의 지속가능성을 높이고, 장기요양급여의 질을 향상시키며, 지역사회 돌봄을 강화하는 데 있어 중요한 의미를 가진다. 장기요양요원을 둘러싼 여러 관계 중 수급자와의 관계에서는 역학관계가 일정하지 않다는 다중적 성격이 고려되어야 하고, 급여 제공 과정에서 돌봄을 필요로 하는 취약성을 지닌 수급자의 인권이 침해되는 일이 없어야 하며, 수급자에 의해 장기요양요원이 괴롭힘을 당하거나 권리를 침해 받는 일이 허용되거나 방치되어서는 아니 된다. 장기요양급여 제공 현장에서 마주치는 양 당사자인 수급자와 장기요양요원 중 어느 누구에 대한 보호를 소홀히 하거나 일방의 보호에만 치우친다면 장기요양보험 제도는 그 목적을 제대로 달성할 수 없기 때문이다.

주제어: 장기요양요원, 요양보호사, 다중적 관계, 수급자의 보호, 장기요양요원의 보호

* 이 글은 필자의 박사학위논문인 “장기요양요원의 법적 지위”(서울대학교, 2019. 8.)의 일부를 수정·보완하여 작성한 것으로, 2020년 5월 한국사회보장법학회 학술대회에서 발제한 글입니다.

** 변호사, 법학박사.

목 차

- I. 들어가며
- II. 장기요양요원의 법적 지위 규명의 필요성
- III. 장기요양요원과 수급자 사이의 관계
- IV. 나오며

I. 들어가며

돌봄¹⁾을 필요로 하는 사람은 어느 시대에나 존재해 왔다. 그리고 전통적으로 돌봄을 필요로 하는 사람에 대한 돌봄의 제공은 가족에게 맡겨져 있었다. 그런데 근대 의료·과학기술과 경제의 발전으로 인한 수명 연장으로 노인 인구가 급격하게 늘어나고 있고, 이러한 노인 인구의 증가는 역사상 유래를 찾기 힘든 새로운 현상이다. 노인 인구의 증가로 돌봄 수요가 급증하는 데 반하여 핵가족화와 가족 내에서 돌봄을 주로 담당해왔던

1) ‘care’, ‘caring’에 대해 철학 분야에서는 ‘보살핌’이라는 용어를 사용해 왔고, 보살핌을 주고받는 관계가 ‘보고 살피다’라는 의미를 담고 있어 care 관계의 전형인 어머니와 아이 관계의 ‘care’에 더 가까운 번역어라는 견해가 있다(허라금, “관계적 돌봄의 철학: ‘필요의 노동’을 넘어 ‘정치적 행위’로”, 『사회와 철학』 제35집, 2018, 70면). ‘보살핌’이라는 용어가 ‘care’에 내재된 인격적 특징 예를 들어 관심, 정성, 측은지심, 상호작용 같은 것들을 더 잘 포착하는 측면이 있다고 생각한다. 다만 여기에서는 국내의 관련 논의에서 주로 활용되는 용어인 ‘돌봄’을 사용하기로 한다. 한편 사회보장기본법이 2012. 1. 26. 법률 제11239호로 일부개정되면서 사회복지서비스의 내용으로 ‘돌봄’을 규정하고(제3조 제4호), 아이돌봄 지원법이 2012. 2. 1. 법률 제11288호로 제정되어 2012. 8. 2. 시행됨으로써 ‘돌봄’은 법률에서 사용되는 용어가 되었지만 그 의미에 대한 정의규정은 존재하지 않는다. 아이돌봄 지원법은 아이돌봄을 지원하여 ‘아이의 복지증진’ 및 ‘보호자의 일·가정 양립을 통한 가족구성원의 삶의 질 향상’과 ‘양육친화적인 사회환경 조성’을 목적으로 하고(동법 제1조), ‘아이돌봄서비스’란 아이의 주거지 등에서 개별적으로 제공하는 보호 및 양육 등의 서비스를 의미한다(동법 제2조 제3호). 아이돌봄에서의 ‘보호 및 양육’ 중 ‘보호’는 일반적인 돌봄의 내용을 구성할 것으로 보이지만 ‘양육’은 아이에게 특화된 돌봄의 내용으로 여겨진다.

여성의 사회 참여 확대²⁾로 인해 가족의 돌봄 제공자로서의 역할은 점점 약화되고 있다. 그에 더하여 결혼 및 출산율³⁾이 동반 하락하고 노인 1인 가구가 증가하면서 가족으로부터의 돌봄을 아예 기대하기 어려운 사람의 수도 증가하고 있는 상황이다.

이러한 상황 속에서 우리나라는 2008. 7. 노인장기요양보험을 도입함으로써 노인에 대한 돌봄을 보편적 제도로 하였다. 이전까지는 노인에 대한 사회적 돌봄은 일부 저소득층 노인에 대해서만 선별적으로 제공되고 있었는데, 사회보험인 노인장기요양보험을 도입함으로써 돌봄을 필요로 하는 노인이라면 즉 노령으로 인한 돌봄 필요가 인정되면 소득 수준에 관계없이 돌봄을 받을 수 있게 한 것이다. 이처럼 장기요양보험은 고령화에 대한 제도적 대응임과 동시에 더 이상 노인 돌봄의 책임을 개인과 가족에게만 부담시키지 않고 국가와 사회공동체가 공적으로 나누어 부담하겠다는 사회적 책임의 선언이기도 하다.

장기요양요원은 국가, 지방자치단체, 건강보험공단, 장기요양기관, 수급자 등 장기요양보험제도 내 여러 행위자들의 관계의 중심에 있다. 그럼에도 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 일자리는 저임금의, 고되고, 인정받지 못하는 좋지 않은 일자리로 자리매김하고 있다. 장기요양요원은 장기요양을 둘러싼 돌봄관계의 가장 취약한 고리에 해당하지⁴⁾, 동시에

2) 2020. 5. 기준 여성의 경제활동참가율은 52.0%이다(통계청, “성별 경제활동인구 총괄”, 2020). <http://kostat.go.kr/wsearch/search.jsp> (최종방문일: 2020. 5. 20.)

3) 가입여성 1명이 평생 동안 낳을 것으로 예상되는 평균 출생아 수를 나타내는 지표인 ‘합계 출산율’은 2012년 1.297에서 2018년 0.977로 떨어졌다(출처: e-나라지표). http://www.index.go.kr/potal/main/EachDtlPageDetail.do?idx_cd=1428 (최종방문일: 2020. 5. 20.)

4) 허남재·석재은, “제가 장기요양 돌봄노동의 특성과 돌봄관계에 대한 시민권적 접근”, 『노인복지연구』 통권 63호, 한국노인복지학회, 2014, 302면.

5) 서울시 어르신돌봄종사자 종합지원센터가 서울 소재 장기요양요원 3,456명을 상대로 조사한 결과에 의하면, 코로나19(Covid-19) 바이러스로 인한 위기상황 속에서 서울에서 근무하는 요양보호사의 20.7%가 코로나 사태로 인해 일이 중단되었고, 이들 중 70.6%는 무급으로 대기했다고 한다(경향신문, “일감 끊겨도 속수무책.. 암담한 요양보호사들”, 2020. 5. 18.).

http://news.khan.co.kr/kh_news/khan_art_view.html?artid=202005182125005&code=

장기요양제도의 필수불가결한 구성요소이기도 하다. 수급자에게 직접적으로 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원이 없이는 장기요양제도가 존립할 수 없다.

이러한 상황에서 장기요양요원의 법적 지위를 규명하는 것은 장기요양보험제도의 지속가능성을 높이고, 장기요양급여의 질을 향상시키며, 지역사회돌봄을 강화하는 데 있어 중요한 의미를 가진다. 장기요양요원을 중심으로 한 여러 관계 중 장기요양요원이 가장 많이 접하는 것은 직접 돌봄을 제공하는 수급자와의 관계이고, 이 둘 사이의 관계에서 많은 문제와 과제가 발생한다. 이하에서는 장기요양요원과 수급자의 관계를 중심으로 수급자의 보호 방안과 장기요양요원의 보호 방안에 대해 각각 살펴보고 이들에 대한 보호 강화를 통하여 더 좋은 돌봄이 제공되는 데 기여하고자 한다.

II. 장기요양요원의 법적 지위 규명의 필요성

1. ‘사회적 위험’으로서의 노령과 ‘사회적 필요’로서의 돌봄

노인장기요양보험의 수급자는 노인‘등’으로서 여기에는 65세 미만이라도 노인성 질병을 앓고 있어 일상생활에 지장을 받는 사람도 포함된다. 그렇지만 장기요양보험의 주된 수급자는 65세 이상의 노인이라고 할 수 있다. 장기요양요원의 법적 지위를 규명하기 위한 전제로서 노인장기요양보험이 보호하고 있는 노령으로 인한 돌봄 필요에 대해 살펴보기로 한다.

(1) 보편적 사회적 위험인 노령

사회보장에 대한 법체계의 기본이 되는 법률인 사회보장기본법은 제3조

제1호에서 ‘사회적 위협’의 종류를 예시하고 있는데 ‘노령’도 ‘사회적 위협’ 중 하나로 들고 있다. 이처럼 노령은 출산, 사망과 더불어 인간이라면 누구나 겪을 수 있는 보편적인 사회적 위협이다. 일반적으로 나이가 들어감에 따라 신체적인 능력과 면역력이 저하되기 때문에 노령은 다른 사회적 위협인 장애, 질병 또는 빈곤으로 이어지기도 한다.

그리고 ‘사회보험’이란 ‘국민에게 발생하는 사회적 위협을 보험의 방식으로 대처함으로써 국민의 건강과 소득을 보장하는 제도’를 의미하는데(사회보장기본법 제3조 제2호), 노령(또는 노인성 질병)으로 인해 일상생활을 독립적으로 하지 못하는 사회적 위협에 대해 보험의 방식으로 대처하는 것이 노인장기요양보험제도이다. 그런데 노인장기요양보험은 보험료를 납부하는 장기요양보험가입자 또는 그 피부양자 뿐만 아니라, 보험료를 납부하지 않는 의료급여법 제3조 제1항에 따른 수급권자도 보호대상으로 하고 {노인장기요양보험법(이하 “노인장기요양보험법” 또는 “법”이라고 한다) 제12조}; 국가와 지방자치단체가 이들 의료급여 수급권자에 대한 장기요양급여비용을 부담한다(법 제58조 제2항, 법 시행령 제28조 제1항). 이는 가입자로부터 보험료를 각출하고 그에 대한 대가로 급여를 제공하는 보험의 원리와 차이 나는 점이다. 이러한 점을 고려하여 장기요양보험에 대한 최초의 정부 입법예고안은 ‘노인수발보장법’이라는 명칭을 가지고 있었는데, 보험료 부담이 가능한 사람뿐만 아니라 보험료 부담능력이 없는 저소득층도 포괄하는 제도를 만든다는 취지에서 ‘보험’ 대신 ‘보장’이라는 용어를 사용한 것이었다. 다만 이후 입법 과정에서 노인장기요양보험이 주로 사회보험의 성격을 갖는다는 점에 착안하여 결국 ‘보장’ 대신 ‘보험’이라는 단어를 사용하는 것으로 결정되었고⁶⁾, 이러한 범명이 현재까지 이어지고 있다. 장기요양보험이 보험료를 납부할 능력이 없는 수급권자도 보호대상으로 한다는 점에서 노령이 보편적인 성격을 가진 사회적 위협이라는 사실을 다시금 확인할 수 있다.

한편 사회보장기본법은 사회서비스에 대해 정의하고 있는데, ‘사회서비

6) 이광재, 『노인요양보험제도의 이해』, 공동체, 2007, 107면.

스'란 '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 제도'를 의미한다(사회보장기본법 제3조 제4호). 장기요양보험은 국가·지방자치단체 및 민간부문의 도움이 필요한 노인등에게 복지, 보건의료 분야에서 재활, 돌봄, 정보의 제공, 관련 시설의 이용 등을 통하여 노인등과 그 가족의 삶의 질이 향상되도록 지원하는 제도이므로 위 정의에 따를 때 일응 사회서비스에도 해당하는 것으로 평가할 수 있다.

(2) 보편적 사회적 필요인 돌봄 - 돌봄을 받을 권리와 돌봄 책임

1) 인간의 보편적 경험으로서의 돌봄과 인간의 상호의존성(interdependence)

키티이(Kittay) 교수는 돌봄은 특정 의존집단에 한정된 욕구가 아니라 인간 누구나가 초기 양육기, 질병, 장애, 노령 등 지속적인 생애 과정에서 경험하는 보편적이고 본질적인 욕구이며, 인간 자체가 독립적인 존재라기 보다는 돌봄을 매개로 한 상호의존적이고 관계적인 존재라고 말한 바 있다.⁷⁾ 인간은 출생으로부터 이어지는 유아기에 부모, 가족 공동체 등의 돌봄을 필요로 하고(절대적 의존), 청소년기, 장년기에도 가족 또는 타인(사회)으로부터 돌봄을 받으며(특히 다쳤거나 아플 때), 노년기에 접어들면 다시 돌봄을 필요로 하는 단계에 이르게 되고 이들 중 일부는 다시 절대적으로 의존적인 상태가 된다. 이와 같이 인간은 완전히 무력하게 그리고 그들의 삶을 스스로 지탱할 수 없는 상태로 태어나서, 타인의 돌봄으로 생을 시작하고 마감한다.⁸⁾ 즉 돌봄은 특별히 취약한 인간만 겪는 예외적이고 특별한 현상이 아니라 인간 존재가 보편적으로 경험하는 것이며, 우

7) Kittay, 『Love's Labor: Essays on Women, Equality, and Dependency』, New York·London: Routledge, 1999(박기남, “돌봄 노동의 특성과 돌봄 노동자의 경험”, 김혜경 편, 『노인돌봄』, 양서원, 2011, 214면에서 재인용).

8) 트론토, 『돌봄민주주의』, 김희강·나상원 역, 아포리아, 2014, 32면, 240면.

리가 살아있다는 것 자체가 우리가 돌봄의 수혜자였음을 증명하는 것이다.⁹⁾

이와 같이 인간은 삶의 어떤 구간들을 누군가의 에너지와 시간이 소진되는 돌봄에 힘입지 않으면 지날 수 없는 취약하고 의존적인 존재이다.¹⁰⁾ 즉 인간이 서로 돌보지 않는다면, 상호 의존하지 않는다면, 인간사회는 존속할 수 없다. 의존은 제거되어야 할 나쁜 것이 아니라 인간 존재의 일부이며 이러한 관점에서 장기요양을 통해 노령기의 의존과 돌봄의 욕구를 충족시키는 제도가 설계 및 실시되어야 하는 것이다.¹¹⁾

2) 돌봄을 받을 권리의 근거와 내용, 돌봄 책임

헌법 제10조는 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가진다고 규정하고 있다. 인간이 존엄하다는 것은 단지 인간으로서 그리고 인간이라는 이유만으로도 가치 있고 존귀한 존재임을 의미하는 것이고, 인간은 인격적 존재로서 객체나 수단으로 취급되어서는 아니 된다는 것이 인간 존엄성의 핵심내용이다.¹²⁾ 그가 인격을 가진 인간임을 스스로 입증하지 않아도 사회는 그것을 인정해 주어야 한다.¹³⁾ 그리고 생명권은 인간의 존엄에 기초한 것이며, 헌법 제10조의 인간으로서의 존엄과 가치 규정에서 그 근거를 찾을 수 있다.¹⁴⁾ 그런데 인간의 존엄이 생명을 전제한 것이라면

- 9) 김희강, “돌봄과 돌봄 없는 정치이론”, 『한국정치학회보』 52집 2호, 한국정치학회, 2018(a), 207면.
- 10) 김희강, “돌봄: 헌법적 가치”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018(b), 12면.
- 11) 허남재·석재은, 앞의 논문, 286면.
- 12) 김희강(2018b), 앞의 논문, 7-8면.
- 13) 신권철, “정신질환자의 법적 지위: 배제에서 통합으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2012, 227면.
- 14) 양건, 『헌법강의』, 법문사, 2013, 316면. 한편 헌법재판소는 “생명에 대한 권리, 즉 생명권은 비록 헌법에 명문의 규정이 없다 하더라도 인간의 생존본능과 존재 목적에 바탕을 둔 선형적이고 자연법적인 관리로서 헌법에 규정된 모든 기본권의 전제로서 기능하는 기본권 중의 기본권이다. 모든 인간은 헌법상 생명권의 주체가 된다.”라고 하여(헌법재판소 2008. 7. 31. 2004헌바81 결정), 생명권의 헌법적 근

돌봄이 없이는 생명을 유지·존속하는 것이 누구에게도 불가능하기 때문에 돌봄을 받을 권리는 인간으로서의 존엄과 가치에 근거를 두고 있다고 할 수 있다.¹⁵⁾

그리고 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가지는데(헌법 제34조 제1항), ‘인간다운 생활을 할 권리’란 생존권적 기본권 중에서 가장 핵심적인 권리로서 바이마르 헌법의 ‘인간다운 생활’, 세계인권선언의 ‘인간의 존엄성에 상응하는 생활’, 즉 건강하고 문화적인 최저한도의 생활을 할 권리를 의미하고, 인간다운 생활을 할 권리를 가진다고 함은 각 국민의 최저한도의 생활을 보장할 의무를 국가가 지는 것을 말하며, 국가는 이러한 목적을 위하여 필요한 조치를 취할 책임을 진다는 의미이다.¹⁶⁾ 인간다운 생활을 할 권리는 사회적 기본권의 핵심이자 사회보장수급권의 연원이 되며, 헌법의 명문에 의하여 규정된 국민의 구체적인 권리인데¹⁷⁾, 돌봄은 돌봄을 요하는 사람이 인간다운 생활을 영위하기 위해 반드시 필요하므로, 인간다운 생활을 할 권리 역시 돌봄을 받을 권리의 근거가 된다.

돌봄을 받을 권리의 내용으로는 돌봄이 필요한 경우 적시에 적절한 돌봄을 받는 것이 포함된다. 돌봄은 신체적인 돌봄 뿐만 아니라 정신적, 정서적 돌봄도 의미한다. 광의의 돌봄에는 의료적인 돌봄(치료)을 받는 것도 포함될 것이다. 그리고 돌봄을 받을 권리를 향유하는 자에게는 돌봄을 거절할 권리도 부여된다고 보아야 한다. 치료나 서비스는 그것이 강제될 때 결코 수혜나 이익이라 간주하기 어렵다.¹⁸⁾ 존엄과 가치를 지는 인간은 원하지 않을 경우 돌봄을 거절할 수 있어야 하고, ‘돌봄을 받을 권리’가

거를 자연법에서 찾고 있다.

- 15) 김희강(2018b), 앞의 논문, 20면. 김희강 교수는 돌봄을 받을 권리는 인간으로서의 존엄과 가치와 등가의 기본권으로서 이를 헌법에 명문화하여야 한다고 주장하고 있다{김희강(2018b), 앞의 논문, 23-24면}.
- 16) 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2005, 799면.
- 17) 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2014, 113면, 129면.
- 18) 신권철, “정신보건법상 강제입원제도의 문제점과 개선방안 - 물화(物化)되는 인격적 주체성의 복원을 중심으로-”, 『서울法學』 제22권 제2호(Ⅱ), 2014, 673면.

‘돌봄을 받을 의무’를 의미하는 것은 아니기 때문이다.

한편 누군가에게 의존하는 일이 전혀 없이 자립할 수 있는 완벽한 자율적 존재는 존재하지 않으며, 모든 인간이 의존적 존재라는 ‘의존의 보편성’, ‘의존의 정상성’을 전제로 할 때, 우리는 돌봄을 받을 권리와 함께 돌봄의 의무와 책임이 있다.¹⁹⁾ 사회 구성원 모두에게 돌봄의 의무와 책임이 있다고 할 때 ‘광의의 돌봄 제공자’에는 국가, 지방자치단체, 사회공동체 등이 포함된다. 이때 돌봄관계에서의 권리의무는 반드시 쌍무적이지 않고 누군가는 내가 받은 것보다 더 많은 양의 돌봄을 주기도 하고, 누군가는 평생 돌봄을 받는 위치에 있을 수 있다.²⁰⁾

3) 노인의 돌봄을 받을 권리

누구나 삶의 여정 가운데 돌봄을 필요로 하지만, 노인은 나이가 들어갈수록 신체적·정신적 능력이 상실되어 결국 돌봄을 요하는 상태에 이르게 된다는 점에서 특수성이 있다. 노령으로 인한 돌봄 필요는 누구에게나 발생할 수 있는 것이므로 보편적 사회보장제도인 노인장기요양보험을 통해 대응하고 있는 것이다. 노인의 돌봄을 받을 권리는 공적으로는 대표적으로 노인장기요양보험을 통해 보호되며, 노인복지법 등에 따른 노인복지서비스를 통해서도 일정 부분 보호된다.²¹⁾ 2019년 노인장기요양보험법 제58조 제1항²²⁾에 따라 국가가 건강보험공단에 지원하는 노인장기요양보험 예

19) 석재은, “돌봄정의(Caring Justice) 개념구성과 한국 장기요양정책의 평가”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018, 66면.

20) 키테이, 『돌봄: 사랑의 노동』, 김희강·나상원 역, 박영사, 2016, 12면.

21) 노인복지법 제27조의2 (홀로 사는 노인에 대한 지원) ① 국가 또는 지방자치단체는 홀로 사는 노인에 대하여 방문요양과 돌봄 등의 서비스와 안전확인 등의 보호 조치를 취하여야 한다.

② 국가 또는 지방자치단체는 제1항에 따른 사업을 노인 관련 기관·단체에 위탁할 수 있으며, 예산의 범위에서 그 사업 및 운영에 필요한 비용을 지원할 수 있다.

③ 제1항의 서비스 및 보호조치의 구체적인 내용 등에 관하여는 보건복지부장관이 정한다.

22) 노인장기요양보험법 제58조 (국가의 부담) ① 국가는 매년 예산의 범위 안에서 당해 연도 장기요양보험료 예상수입액의 100분의 20에 상당하는 금액을 공단에 지

산은 9,960억 원이고, 노인돌봄서비스 예산은 1,124억 원이다.²³⁾

2. 노인장기요양보험법의 인간상

노인장기요양보험법은 독립적으로 자신의 일상생활을 영위할 수 있는 자립적 인간이 아니라 가장 일상적인 생활에 있어서도 타인의 도움을 필요로 하는 의존적(dependent) 인간을 전제로 한다. 어렸을 때에는 네 발로, 젊었을 때에는 두 발로, 늙어서는 세 발로 걷는 동물이 인간이라는 스펅크스의 문답 이야기에서 나타나듯, 인간은 일반적으로 출생 당시 생존을 위해 절대적으로 돌봄을 필요로 하는 상태에 있다가, 성장하여 어느 정도 자립적인 생활을 하고, 나이가 들면서 신체적 능력이 쇠퇴하여 타인으로부터의 돌봄을 필요로 하는 의존적 상태에 이르게 된다. 이와 같은 관점은 ‘이성적 존재로서 스스로의 결단과 자기 책임을 지는 인간’이라는 근대적 인간상이 근대법(헌법, 민법, 형법 등)에 수용되면서 형성된 ‘합리적 이성’에 의해 자기결정과 자기책임을 질 수 있는 평등하고 자유로운 인간’이라는 추상적인 법적 인간상²⁴⁾과 결을 달리 한다. 노인장기요양보험법의 인간상은 인간을 주체적이고 자립적이며 합리적인 인간이기 이전에 본래적으로 돌봄을 필요로 하는 존재로 보는 관점²⁵⁾과 연결되어 있다.

또한 노인장기요양보험법은 여전히 인간으로서의 존엄과 가치를 지니며 스스로 선택하는 주체적 인간도 전제로 하고 있다. 장기요양급여 제공의 기본원칙을 정하고 있는 노인장기요양보험법 제3조 제1항은 “장기요양급

원한다.

23) 이태일리, “[2019 예산안] 노인 중심 저소득층 지원 강화 ... 기초·장애인연금 인상”, 2018. 8. 28. <http://www.edaily.co.kr/news/read?newsId=02063126619311912&mediaCodeNo=257&OutLnkChk=Y> (최종방문일: 2020. 5. 20.)

24) 신권철, 앞의 학위논문, 145면. 참고로, 헌법재판소는 “개인 스스로 선택한 인생관·사회관을 바탕으로 사회공동체 안에서 각자의 생활을 자신의 책임 아래 스스로 결정하고 형성하는 성숙한 민주시민이 우리 헌법이 지향하는 바람직한 인간상”이라고 밝힌 바 있다(헌법재판소 2009. 11. 26. 2008헌바58 결정).

25) 김희강(2018a), 앞의 논문, 208면.

여는 노인등의 심신상태·생활환경과 노인등 및 그 가족의 욕구·선택을 종합적으로 고려하여 필요한 범위 안에서 이를 적정하게 제공하여야 한다.” 라고 하여 이른바 ‘개별성의 원칙’을 규정하고 있는데, 이는 노인이 욕구에 따라 선택할 수 있는(선택할 권리를 가지는) 주체적 인간임을 전제로 한다. 이러한 노인장기요양보험법의 인간상은 아래 제1조 목적에서도 찾아볼 수 있다.

“이 법은 고령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등에게 제공하는 신체활동 또는 가사활동 지원 등의 장기요양급여에 관한 사항을 규정하여 노후의 건강증진 및 생활안정을 도모하고 그 가족의 부담을 덜어줌으로써 국민의 삶의 질을 향상하도록 함을 목적으로 한다.”

이상을 종합하면, 의존성이 강해지는 노인에게 적절한 장기요양급여를 제공하여 인간으로서의 주체성과 존엄을 최대한 유지하도록 하는 것이 노인장기요양보험법의 목적이라고 볼 수 있다. 아울러 개인(가족)이 도저히 감당할 수 없고 더 이상 가족의 책임으로 맡겨 둘 수 없는 노인 돌봄(수발)의 책임²⁶⁾을 사회연대원리에 의하여 사회보험방식으로 분담하는 것도 노인장기요양보험법의 목적이다. 이러한 측면에서 노인장기요양보험법은 신적인 강인함과 인내를 가진 인간이 아니라 시인 도중환이 노래하듯이 “입술을 깨물며 다짐했던 것을 우리 손으로 허물기를 몇 번” 되풀이하는, “바위 위에 흔들리는 대추나무 그림자 같은 심사”를 가진, ‘유한하고 약한 인간’에 대한 체험적인 인식을 전제로 하고 있는 것이다.²⁷⁾

3. 장기요양요원의 법적 지위를 검토하는 이유

26) 개인적 돌봄의 한계에 대해서는 마이니치신문 간병살인 취재반, 『간병살인』, 남궁가운 역, 시그마북스, 2018. 참조.

27) 도중환, “풀잎 하나를 사랑하는 일도 괴로움입니다”, 『당신은 누구십니까』, 창작과 비평사, 1993.

노령으로 인한 돌봄의 수요는 보편적인 사회적 필요이고, 노인장기요양보험법은 스스로의 힘으로 일상생활을 영위하는 자립적인 인간상이 아니라 다른 사람의 돌봄을 필요로 하는 의존적인 인간상을 전제로 하고 있다는 점에 대해서 앞에서 살펴보았다. 이처럼 노인에 대한 돌봄이 필요하다면 실제 노인에게 돌봄을 제공하는 사람은 누구인가. 전통적으로 그 역할은 가족 또는 공동체가 담당하였지만, 앞에서 살펴본 여러 이유로 ‘돌봄의 결핍’ 또는 ‘돌봄의 위기’가 발생하고 있고, 이러한 상황 하에서 노인에게 필요한 지속적이고 반복적인 돌봄은 사회적 차원에서 제공되어야 하고 또 제공될 수밖에 없을 것이다. 이하에서는 사회적 돌봄을 직접 제공하는 장기요양요원의 법적 지위를 검토할 필요성에 대해 살펴본다.

(1) 장기요양보험제도의 지속가능성 측면

누구에게나 나이 들은 피할 수 없는 일이고 이러한 점에서 모든 인간은 잠재적인 장기요양 수급자라고 볼 수 있으며 인구의 고령화가 급격하게 진행되고 있으므로, 노인에게 장기요양급여(돌봄)을 제공하는 장기요양요원의 역할은 매우 중요하다. 장기요양급여는 물리적 지원뿐만 아니라 정서적 지원도 포함하며, 돌봄노동은 그 속성상 관계적 노동이라는 점에서 더욱 그러하다. 그리고 가장 직접적으로 돌봄을 수행하는 장기요양요원의 역할이 돌봄의 사회적 책임과 수급자의 돌봄을 받을 권리 보장에 있어 중요하다라는 점에 대해서는 다언을 요하지 않는다.

장기요양요원은 장기요양제도의 필수불가결한 중요한 요소인데, 이처럼 중요하지만 취약한 고리인 장기요양요원 시스템이 붕괴되어 장기요양요원의 수급이 원활하지 않게 되거나 현재와 같이 잦은 이직이 반복된다면²⁸⁾, 장기요양급여의 질이 하락할 뿐만 아니라 장기적으로는 장기요양제도의 기반이 허물어지는 결과가 발생할 수 있다.²⁹⁾ 크니진(Knijin)·크레머

²⁸⁾ 2012. 6. 한국노인복지중앙회 주관 공청회에서 발표된 전국 63개 장기요양기관 1,268명을 대상으로 한 요양보호사 이직의도 실태조사 결과에 따르면, 요양보호사의 2011-2012년도 평균 이직률은 41%로 높게 나타났다.

(Kremer)는 돌봄수혜자와 돌봄제공자의 욕구와 권리를 모두 충족시키는 포괄적 시민권(inclusive citizenship)을 보장하는 것이 복지국가의 주된 과업이라고 보고 있는데³⁰⁾, 장기요양의 필요를 충족시킬 때에는 돌봄수급자들의 필요뿐만 아니라 돌봄제공자들이 지속가능한 방식으로 돌봄을 제공할 수 있도록 보장하는 시스템이 갖추어져야만 한다.³¹⁾

(2) 장기요양급여의 질 측면

노인의 돌봄을 받을 권리, 인간다운 노후를 보장 받을 권리는 노인에게 장기요양급여를 제공하는 장기요양요원의 인간다운 근로조건과 근로환경이 형성되어야 실현 가능하다. 장기요양요원 특히 요양보호사에 대해 ‘국가가 공인한 파출부’라는 인식이 여전히 존재하는 상황에서 노인과 장기요양요원의 기본적 권리들이 온전히 보호되기는 요원한 일이다. 직접 대면하여 제공되는 장기요양급여의 특성상 수급자의 필요를 충족시키는 데 있어 급여제공의 최일선에 있는 요양보호사의 역할은 매우 중요하다.³²⁾ 돌봄서비스에서의 관계는 개인적 신뢰에 기반하기 때문에 그만큼 안정적 관계를 중요시하며³³⁾, 장기요양급여의 질은 급여 자체가 온전히 장기요양요원의 노동력에서 파생되므로 장기요양요원의 질이 곧 급여의 질이 된다.³⁴⁾ 특히 급여 제공 일정이 정해져 있고 시설 관리자에 의한 관리가 어

29) 실제로 장기요양위원회는 최근 5년간 요양보호사 증가추세를 고려할 때 2022년 요양보호사 35,000명이 부족할 것으로 예상한 바 있다(보건복지부, “제2차 장기요양 기본계획(2018-2022)”, 2018, 22면).

30) Knijn, T. and Kremer, M. (1997). 『Gender and the Caring Dimension of Welfare States; Towards Inclusive Citizenship』. Social Politics. 4. pp.328-362: 석재은, 앞의 논문, 60면에서 재인용.

31) 석재은, 앞의 논문, 64면.

32) 신태휴 외, “요양보호사의 전문성 인식이 서비스 질에 미치는 영향”, 『한국콘텐츠학회논문집』 제18권 9호, 2016, 298면.

33) 조남경, “사회서비스의 가치와 지향, 한계, 그리고 가능성: 이용자 중심성으로 본 사회서비스의 변화와 발전”, 『사회서비스연구』 Vol. 7 No. 1, 한국사회서비스학회, 2017, 56면.

34) 권현정 외, “요양보호사의 불안정 노동과 이직을 둘러싼 제도적 관계”, 『사회복지

는 정도 이루어지는 시설 장기요양기관에서의 시설 장기요양급여와는 달리, 급여 제공 일정, 내용이 미리 구체적으로 정해져 있지 않은 재가 장기요양급여는 급여를 제공하는 인력의 경험과 능력, 그리고 장기요양요원과 수급자 사이의 의사소통의 정도와 깊이에 따라 급여의 질이 좌우되는 성격이 강하다. 만약 장기요양요원의 임금수준이 낮고 고용형태가 불안정하여 장기요양요원이 자주 교체된다면 안정적이고도 양질의 장기요양급여 제공은 어려울 것이다. 요컨대 장기요양요원의 법적 지위 보장을 통해 노인장기요양보험제도의 성공적인 안착을 담보할 수 있는 것이다.³⁵⁾

(3) 지역사회돌봄 강화 측면

장기요양요원의 법적 지위는 지역사회돌봄 강화 측면에서도 중요하다. 『2017년 노인실태조사』에 의하면, 노인의 88.6%가 건강할 때 현재 집에서 거주하기를 원했고, 절반 이상(57.6%)의 노인이 거동이 불편해도 재가 서비스를 받으며 현재 살고 있는 곳에서 거주하는 것을 희망하고 있다. 건강보험공단이 직영하는 서울요양원은 보건복지부 ‘제2차 장기요양기본 계획(2018-2022)’에 따라 지역사회돌봄(Community care)³⁶⁾ 강화를 위한 통합재가급여시범사업(주야간보호통합형)을 2018. 7.경부터 실시하고 있는데 통합재가사업에서는 노인들의 삶의 질을 높이기 위하여 신체적, 정신적, 사회적 기능 상태와 욕구에 맞는 맞춤형 급여제공계획을 수립하고, 장기요양급여를 통해 시설이 아닌 지역사회에서의 생활(Aging In Place; AIP)을 지원한다고 밝힌 바 있다.³⁷⁾

정책』 제45권 제3호, 2018, 181면.

- 35) 김정희·김태동, “요양보호사의 근로자성과 법적지위 검토”, 『사회복지법제연구』 제9권 제1호(통권 제11호), 2018, 272면.
- 36) 지역사회돌봄을 강화하기 위해서는 ‘지역사회 통합 돌봄에 관한 법률’과 같은 새로운 통합적인 법률을 제정하거나 기존의 법률들에 대한 전면 개정을 하여 지역사회돌봄이 유기적으로 이루어질 수 있는 법적 기반을 마련하여야 한다는 주장에 관하여는 전우석, “커뮤니티 케어의 법적 논의에 관한 우려”, 『복지이슈 Today』 vol. 73, 서울시복지재단, 2019, 4면 참조.
- 37) 건강보험공단 보도자료, “국민건강보험공단 서울요양원 재가복지센터 개소”,

시설보호가 노인의 자율성과 독립성을 침해할 가능성이 높고, 사회적으로도 노인 인구의 급격한 증가에 대응하는 보호시설 공급의 증가가 어려워지며, 비용 측면에서도 시설보호에 더 많은 비용이 소요되기 때문에 지역사회돌봄이 강조되고 있지만, 지역사회돌봄이 제대로 이루어지기 위해서는 분절화된 급여의 전달체계의 연속성과 통합성을 기해야 하고, 중앙집중적으로 표준화된 급여가 아니라 지역사회별 특수성이 반영된 급여가 제공될 수 있도록 급여의 질을 유지하고 관리하려는 노력이 필요하다고 지적되고 있다.³⁸⁾ 지역사회돌봄을 강화하기 위해서는 지역사회에서 노인들에게 재가급여를 제공할 수 있는 재가 장기요양요원의 충분한 확보 및 이들이 제공하는 급여의 질 향상이 필수적인 전제가 된다. 따라서 지역사회에서 노인들이 계속적인 일상생활을 영위할 수 있도록 하기 위해서는 재가 장기요양요원을 통해 안정적이고 효과적으로 급여가 제공될 수 있어야 한다.

이상에서 장기요양보험제도의 지속적 발전과 장기요양급여의 질 향상, 지역사회돌봄의 강화를 위해 장기요양보험제도의 필수요소인 장기요양요원의 법적 지위에 대한 검토가 필요하다는 점을 살펴보았다. 장기요양요원의 법적 지위는 장기요양기관과의 관계, 수급자와의 관계, 국가 및 지방자치단체와의 관계로 나눌 수 있는데 본 논문에서는 장기요양요원과 수급자의 돌봄제공관계 속에서의 수급자의 보호, 장기요양요원의 보호에 관하여 구체적으로 살펴본다.

Ⅲ. 장기요양요원과 수급자 사이의 관계

1. 장기요양급여 제공관계의 다중적 성격

장기요양기관과 장기요양요원 사이에는 근로계약이 체결되고(노인복지

2018. 6. 8.

38) 김석준, 『고령사회와 노인장기요양시설』, 한국학술정보(주), 2009, 58면.

법 시행규칙 제29조 제1항 [별표 9] ‘재가노인복지시설의 시설기준 및 직원배치기준’ 4. 인력기준. 바., 동 규칙 제22조 [별표 4] ‘노인의료복지시설의 시설기준 및 직원배치기준’ 6. 직원의 배치기준 비고 8.), 장기요양요원은 장기요양기관의 근로자에 해당한다(대법원 2012. 11. 15. 선고 2011도9077 판결; 고용노동부, 요양보호사 근로자성 판단지침, 근로기준과-5241, 2009. 12. 9.). 장기요양기관은 수급자와의 사이에 계약당사자, 계약기간, 장기요양급여의 종류, 내용 및 비용 등이 포함된 장기요양급여 제공계약을 체결한다. 한편 장기요양요원과 수급자 사이에는 어떤 계약관계도 존재하지 않으며, 장기요양요원은 장기요양기관의 장기요양급여제공 계약상의 의무이행을 보조하는 이행보조자에 해당한다.

일반 근로계약 관계에서는 사용자(고용인)와 근로자(피고용인)라는 단일 관계를 통해 약자인 근로자의 권리 보호를 우선적으로 고려할 수 있다면, 돌봄은 훨씬 다중적인 관계여서 누군가의 보살핌에 의존하지 않으면 안 되는 약자와 누군가를 돌볼 힘이 있는 강자라는 관계가 사용자와 근로자의 관계 위에 중첩된다.³⁹⁾ 장기요양기관과 장기요양요원 사이에서는 특별한 사정이 없는 한 사용자인 장기요양기관이 강자, 근로자인 장기요양요원이 약자라는 등식이 성립할 수 있겠지만, 수급자와 장기요양요원 사이의 관계에서는 그 역학관계가 일정하지 않다. 일상생활을 스스로 수행할 수 없는 의존도가 높은 수급자의 경우 장기요양요원에 비해 열위에 있다고 할 수 있겠지만, 수급자가 장기요양요원보다 우위에 서서 업무외행위의 강요, 폭언, 성희롱 등을 하는 사례도 다수가 존재하기 때문이다. 즉 수급자와 장기요양요원 사이의 관계는 이 같은 복잡성을 띠며 이 때문에 장기요양요원의 근로계약에 따른 노무의 제공이라고도 볼 수 있는 장기요양급여 제공을 별도로 포착하여 그와 관련된 법률관계를 살펴볼 필요가 있는 것이다. 이하에서는 수급자 보호의 관점, 장기요양요원 보호의 관점에 따라 순차적으로 장기요양요원과 수급자 사이의 관계에 관하여 검토한다.

³⁹⁾ 허라금(2008), 앞의 논문, 244면.

2. 수급자의 보호

(1) 수급자의 권리 보호와 인권 침해

헌법 제34조 제1항, 제5항⁴⁰⁾은 노령이나 노인성 질병 등의 사유로 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인 등의 사회보장수급권을 인정하고 있으며, 이에 따라 노인장기요양보험법이 제정되었다. 즉 노인들은 인간다운 생활을 할 권리에 기한 사회보장수급권을 가지며, 일상생활을 혼자서 수행하기 어려운 노인등의 사회보장수급권을 보장하기 위해 노인장기요양보험법이 제정된 것인데, 이러한 점에서 장기요양보장의 한 주체인 장기요양요원은 수급자의 인권 내지 권리의 지원자로서 자리매김하게 된다.⁴¹⁾

장기요양요원은 급여를 제공함에 있어서 수급자의 인격을 존중하여야 함은 물론이고, 장기요양기관 또는 제3자에 의한 수급자의 권리 침해를 발견할 때에는 이를 신고하여 수급자를 보호하는 역할을 하여야 한다. 그리고 이러한 장기요양요원의 역할에 비추어 볼 때 장기요양요원이 수급자를 학대하는 등 자신의 수급자 인권 옹호자로서의 역할을 방기할 경우 그에 대한 비난가능성은 가중된다. 그러나 현실은 이러한 이론적 이상과는 다르게 전개되는 경우가 많다. 현장에서 돌봄의 의무는 돌봄대상자의 취약성으로 인해 쉽게 지배와 폭력으로 전환되는데, 돌봄의 의무가 있는 자에게는 그 대상자에 대한 지배와 권한도 법적으로 또는 사실적으로 주어지기 때문이다.⁴²⁾ 특히 시설 내 돌봄노동에 있어서는 돌봄대상자의 상황과 자신의 노동상황으로 인해 발생하는 돌봄노동자의 스트레스나 정신적 고통이 그 자신의 내부에서만으로 끝나지 않고, 그 돌봄 대상자에게도 다

40) 제34조

① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

41) 原田啓一郎, “介護人材不足と高齢者の介護保障”, 『法学セミナー』 no.767, 2018, 40頁.

42) 신권철, “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 『노동법연구』 제43호, 서울대노동법연구회, 2017, 63면.

시 환원되어 돌려지는 경우가 많다.⁴³⁾ 따라서 장기요양요원이 자신의 돌봄을 필요로 하는 수급자의 인권을 침해할 경우 그러한 침해의 재발을 막기 위해서라도 그 행위에 상응하는 제재가 필요하지만 강력한 제재를 가하는 것만으로는 충분하지 않으며, 그러한 인권침해가 발생하지 않도록 예방적으로 장기요양요원에게 충실한 인권교육을 실시하고 장기요양요원의 열악한 근무환경이 수급자에 대한 학대나 착취로 이어지지 않도록 근무환경 개선을 위한 조치를 취할 필요가 있다.

한편, 장기요양기관과 장기요양요원은 수급자가 시설 밖으로 나가 사고를 당하지 않도록 보호할 의무 등 수급자를 보호할 의무를 부담하는데, 이러한 의무 이행이 수급자의 인권과 충돌하는 상황이 발생할 수 있다. 신체구속이 그 예이다. 시설급여기관은 급여제공과정에서 수급자를 격리하거나 억제대 등을 사용하여 묶는 등 신체를 제한하여서는 아니 된다(급여기준 고시 제43조 제3항 본문). 다만, 수급자 또는 시설급여기관 종사자들의 생명이나 신체에 위협을 초래할 가능성이 현저히 높은 경우에 한해 수급자 본인의 치료 또는 보호를 도모하는 목적으로 신체적 제한이 행해질 수는 있고, 이 경우 시설급여기관의 장은 수급자 본인이나 가족에게 이 사실을 통지하여 동의를 받고, 수급자의 심신상태, 신체적 제한을 가할 시간, 신체적 제한을 가할 수밖에 없는 사유 등을 급여제공기록지에 자세히 기재·관리한다{장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 고시⁴⁴⁾(이하 ‘급여기준 고시’라고 한다) 제43조 제3항 단서}. 수급자의 폭력적인 행동으로 인해 수급자 또는 장기요양요원의 생명이나 신체에 위협을 초래할 가능성이 현저히 높은 경우에는 아주 제한적으로 위와 같은 절차를 철저히 준수하여 신체 제한 조치를 취하는 것이 가능하다고 규

43) 신권철(2017), 앞의 논문, 62면.

44) 대법원은 급여기준 고시 중 주·야간보호 급여를 제공하면서 입소시설 급여형태와 유사하게 수급자를 24시간 이상 보호한 경우 일체의 급여비용을 산정하지 않도록 한 부분(현행 급여기준 고시 제32조 제1항 본문)은 상위 법령인 노인장기요양법령의 관계 규정들과 결합하여 대외적으로 구속력이 있는 법규명령으로서의 효력을 가진다고 판단한 바 있다(대법원 2013. 4. 11. 선고 2012두2658 판결).

정되어 있기는 하지만, 이는 수급자의 신체의 자유, 인격권 등에 대한 심대한 침해를 야기할 수 있고 남용될 위험성이 크다는 점에서 활용이 엄격하게 억제되어야 할 것이고 남용을 막기 위해 사후통제 절차를 마련할 필요가 있다.⁴⁵⁾ 특히 수급자의 가족에게는 수급자에 대한 신체적 제한에 관해 동의할 법적인 권한이 없다. 그리고 이러한 신체적 제한은 수급자의 신체의 자유, 인격권 등에 대한 중대한 제한인데 급여기준 고시에서 상위 법령의 위임 없이 이를 규율하고 있는 것은 법률유보의 원칙 또는 포괄위임입법금지 원칙에 위반되어 위헌·무효인 것으로 판단된다. 또한 시설 장기요양기관의 인력배치기준⁴⁶⁾을 현실화하여 수급자에 대한 신체 제한 조치 없이 급여가 제공되도록 하여야 하며, 위 급여기준 고시 제43조 제3항 단서가 상정하고 있는 폭력성 등이 있는 수급자에 대한 급여제공에 관해서는 추가적인 급여비용을 지급하여 위와 같은 수급자에 대한 급여 제공을 위해 더 많은 장기요양요원을 고용할 수 있도록 하여야 할 것이다. 수급자의 신체의 자유, 건강권은 수급자의 기본적 권리이므로 수급자를 묶어 놓거나 수급자에게 약물을 주입하는 것은 원칙적으로 허용되어서는 아니 된다. 수급자의 신체를 묶거나 구속하는 것은 수급자의 신체의 자유와 비견될 수 있는 수급자의 다른 기본권의 침해를 막기 위해 반드시 필요한 경우에 한정되어야 하고 그 경우에도 본인 동의 등의 엄격한 절차를 준수하도록 하여야 할 것이다. 만약 본인의 동의를 얻기 어려운 상황이라면 법원이나 위원회 등 중립적이고 객관적인 기관에 의한 사전적, 사후적 절차 통제가 요구된다. 그리고 심각한 건강상 위험을 막기 위한 강제가

45) 일본 후생노동성도 가이드라인 ‘신체구속 제로로의 인도’를 발표하여 개호보협의 적용을 받는 시설에서 신체구속을 원칙적으로 금지하고 있다(요시무라 카츠미, 『일본의 개호복지』, 박성호 역, 제이앤씨, 2005, 94면).

46) 현행 노인요양시설 인력배치기준은 수급자 2.5명당 1명의 요양보호사를 배치하는 것으로 정해져 있다(노인복지법 시행규칙 [별표 4] 6. 직원의 배치기준). 이 기준은 요양보호사의 교대근무, 휴일, 휴무일을 고려하지 않은 것으로서 이를 고려하면 결과적으로 요양보호사 1명이 수급자 10명 이상을 감당하는 결과를 가져오게 된다(전찬희, “요양보호사의 노동인권 관련 고찰”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제 13권 5호, 한국콘텐츠학회, 2013, 239면).

허용된다고 할 때에도 그것이 강제인 이상 법률에 근거가 있어야 하고, 법률에 근거할 때에도 설명과 설득 과정이 있어야 한다.⁴⁷⁾

그리고 시설 장기요양기관이 수급자의 안전사고를 방지하기 위해 입구에 잠금 장치를 하는 등의 방식으로 수급자를 시설 내에 가두어 두는 것은 허용되는가. 장기요양기관이 수급자의 안전을 보호할 의무를 부담하고 이를 위반하여 수급자의 신변에 위해가 발생하였을 경우에는 형사상 업무상 과실치사상죄의 죄책을 부담하기는 하지만, 수급자의 안전을 보호한다는 구실로 수급자를 시설 내에 가두는 것은 수급자의 행동의 자유 침해를 야기하므로 허용될 수 없고 실제로 가둘 경우 형법상 감금죄(제276조)⁴⁸⁾가 성립할 수 있다. 판례는 정신병자라고 하여 감금죄의 객체가 될 수 없다고 볼 수 없다고 판시한 바 있으므로(대법원 2002. 10. 11. 선고 2002도4315 판결), 이러한 법리에 의하면 감금 사실을 인식하지 못하는 인지능력이 부족한 치매 노인에 대해서도 경우에 따라서는 감금죄가 성립할 수 있다. 따라서 수급자에 대한 보호는 수급자를 시설 내에 가두는 방식으로 행해서는 아니 되며, 시설 밖으로 나가는 사고를 막거나 치매 등으로 인지능력에 문제가 있는 수급자를 관리하는 것은 장기요양요원을 추가로 배치하고, 이를 위해 인력배치 기준을 실제 필요한 수준으로 상향하고

47) 신권철, “노인 돌봄과 학대의 법적 쟁점과 과제”, 『저스티스』 통권 제146-1호, 2015, 58면.

48) 감금죄는 사람의 행동의 자유를 그 보호법익으로 하여 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 또는 심히 곤란하게 하는 죄로서 이와 같이 사람이 특정한 구역에서 나가는 것을 불가능하게 하거나 심히 곤란하게 하는 그 장애는 물리적, 유형적 장애뿐만 아니라 심리적, 무형적 장애에 의하여서도 가능하고, 또 감금의 본질은 사람의 행동의 자유를 구속하는 것으로 행동의 자유를 구속하는 그 수단과 방법에는 아무런 제한이 없어서 유형적인 것이거나 무형적인 것이거나를 가리지 아니하며, 감금에 있어서의 사람의 행동의 자유의 박탈은 반드시 전면적이어야 할 필요도 없다(대법원 2002. 2. 11. 선고 99도5286 판결). 또한 감금죄가 성립하기 위하여 반드시 사람의 행동의 자유를 전면적으로 박탈할 필요는 없고, 감금된 특정한 구역 범위 안에서 일정한 생활의 자유가 허용되어 있었다고 하더라도 유형적이거나 무형적인 수단과 방법에 의하여 사람이 특정한 구역에서 벗어나는 것을 불가능하게 하거나 매우 곤란하게 한 이상 감금죄의 성립에는 아무런 지장이 없다(대법원 1998. 5. 26. 선고 98도1036 판결).

적정한 급여비용을 지급하는 방식으로 이루어져야 한다.

(2) 장기요양요원의 의무와 책임

수급자의 권익을 보호하기 위해 법은 장기요양요원에게 여러 가지 의무를 부여하고 있다. 이는 수급자와 장기요양요원 사이의 계약관계에 기하여 발생한 것이 아니라 법령에 기하여 발생하였다는 점에서 ‘법정의무(法定義務)’라고 부를 수 있다. 이하에서는 장기요양요원의 법정의무, 민·형사상 책임의 내용을 살펴보고, 수급자 인권 보호 및 급여의 질 향상을 위해 장기요양요원에 대한 교육 강화가 필요하다는 점을 밝힌다.

1) 장기요양요원의 법정의무

① 보호의무

보호의무는 계약관계에서 상대방의 생명·신체·재산 또는 기타의 법익을 침해하지 않을 의무로서, 안전배려의무는 계약의 부수적 의무인 보호의무에 포함시키는 것이 일반적이다. 그러나 사회보장 계약에 있어서는 보호의무와 급부의무를 구별하기 어려운 경우도 있고, 특히 시설급여의 경우 이용자를 시설에서 안전하게 보호하는 것은 주된 급부의무에 해당한다.⁴⁹⁾⁵⁰⁾ 다만 위에서 살펴본 바와 같이 수급자와 장기요양요원 사이에는 아

49) 박정연, “복지서비스의 민간공급에 관한 공법적 규율 - 노인요양서비스를 중심으로-”, 고려대학교 박사학위논문, 2015, 264면.

50) 수원지방법원은 파킨슨 병 및 치매 등을 앓던 乙이 甲이 운영하는 요양원에서 요양보호를 받고 있었는데, 乙이 요양원을 나와 배회하다가 요양원 근처 휴게소 주변에 있는 개울에서 넘어져 머리를 다치는 사고가 발생하여 119 소방대원에게 구조되어 치료를 받던 중 사망한 사안에서 甲은 장기요양급여계약에 따라 보호하게 된 乙을 안전하게 보호하고 요양할 의무가 있음에도, 乙에 대한 관리를 소홀히 한 과실로 乙이 요양원을 빠져 나와 주변을 배회하다 이 사건 사고를 당하여 결국 사망하였으므로, 甲은 이 사건 사고로 乙 및 乙의 처와 자녀인 원고들이 입은 손해를 배상할 의무가 있다고 판단하였다(수원지방법원 2012. 10. 17. 선고 2012나 9703 판결). 즉 치매 등으로 사리분별능력이 감퇴된 수급자에게 장기요양급여를 제공하는 단기보호, 주·야간보호, 시설급여 기관은 수급자가 임의로 기관 외부로 나가 사고를 당하는 일이 없도록 안전하게 보호할 ‘계약상 보호의무’를 부담한다.

무런 계약관계가 없으므로 장기요양요원은 장기요양급여제공계약의 부수적 의무로서 보호의무를 부담하는 것이 아니라 아래에서 보는 바와 같이 법이 정하는 바에 따른 보호의무를 부담한다.

그리고 장기요양요원은 성, 연령, 건강상태 및 장애, 경제상태, 종교 및 정치적 신념 등의 사유로 급여제공 과정에서 수급자를 차별 또는 학대해서는 아니 된다(급여기준 고시 제9조 제2항).

또한 장기요양기관 및 종사자는 노인장기요양보험법 제3조 제3항에 따라 수급자의 심신 상태나 건강 등이 악화되지 않도록 의료서비스와 연계하여 제공하여야 하고(급여기준 고시 제6조 제1항), 급여제공과정에서 수급자의 질병악화 등으로 의료기관의 치료 또는 의료적 처치가 필요하다고 판단하는 때에는 보호자 등에게 이를 알리고 필요한 조치를 하여야 한다(급여기준 고시 제8조 제2항). 이는 장기요양급여 제공원칙 중 ‘의료서비스와의 연계 원칙’이 구체화된 것이고, 생명과 신체를 돌보는 돌봄노동의 성격상 장기요양급여 제공자가 이행해야 할 의무라고 볼 수 있다.

만약 장기요양요원이 수급자의 질병악화 등으로 의료기관의 치료 또는 의료적 처치가 필요하다고 판단되는 상황에서 고의 또는 과실로 보호자 등에게 이를 알리지 않고 필요한 조치를 취하지도 아니하여 수급자에게 손해가 발생하였다면, 민사적으로 장기요양요원은 불법행위로 인한 손해배상책임, 장기요양기관은 이행보조자인 장기요양요원의 고의·과실로 인한 채무불이행 또는 불법행위로 인한 손해배상책임을 부담하게 될 뿐만 아니라, 형사적으로도 업무상 과실치사상죄의 책임을 질 수 있다.

② 비밀유지의무

장기요양요원은 장기요양급여 제공과 관련하여 지득하게 된 수급자에 대한 정보를 장기요양기관에게 보고하는 목적 이외에 다른 사적인 목적으로 유출하지 않을 의무를 부담한다(법 제62조 제1호). 급여기준 고시에서도 장기요양요원의 비밀유지의무에 대해 규정하고 있으며(제9조 제1항), 정보주체의 동의를 받지 않고 개인정보를 제3자에게 제공하는 행위는 개

인정보 보호법에 의해서도 금지된다(개인정보 보호법 제71조 제1호).

③ 장기요양급여제공내용 설명 및 안내 의무

장기요양기관 및 종사자는 장기요양에 필요한 사항이나 지식을 수급자 또는 그 가족 등에게 이해하기 쉽도록 설명하고 안내하여야 한다(급여기준 고시 제8조 제1항). 이는 수급자에게 정보를 제공함으로써 수급자의 선택과 참여를 지원하기 위한 것이다. 그러나 실제로 장기요양요원이 장기요양에 필요한 사항이나 지식을 설명하고 안내할 업무적 여유, 전문지식을 가지고 있는지 의문이다. 2017년 3월 1일부터 3-4등급 수급자의 1일 최대 방문요양 급여제공시간이 4시간에서 3시간으로 변경되면서 장기요양요원들은 4시간 동안 하던 일을 3시간에 소화해내야 해서 업무강도가 높아지고 수급자의 요구를 외면하지 못하는 장기요양요원은 3시간을 초과하여 무급으로 급여를 제공하며, 수급자들은 본인이 원하는 급여를 충분히 받지 못해 불만을 가지는 경우가 발생할 정도로⁵¹⁾ 장기요양요원은 급여제공 중 설명할 여유를 갖지 못하고 있으며, 장기요양요원에 대한 보수교육은 연간 8시간에 불과한데 이러한 상황 속에서 장기요양요원이 장기요양급여의 내용을 충분히 이해한 후 이를 설명하고 안내할 것을 기대하기 어렵기 때문이다.

④ 노인학대 신고의무

누구든지 노인학대를 알게 된 때에는 노인보호전문기관 또는 수사기관에 신고할 수 있는데(노인복지법 제39조의6 제1항), 장기요양요원이 직무상 65세 이상의 사람에 대한 노인학대를 알게 된 때에는 즉시 노인보호전문기관 또는 수사기관에 신고하여야 한다(동법 제39조의6 제2항 제6호). 일반인에 대해서는 신고 여부를 임의로 결정할 수 있도록 한 것과 달리 노인을 돌보는 장기요양요원이 직무상 노인학대를 알게 된 때에는 관련

51) 이근복, “요양보호사가 바라본 노인장기요양보험 10년 평가와 개선 요구”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 22면.

기관에 반드시 신고하여야 할 의무를 부과하고 있는 것이다. 신고의무를 위반하여 노인학대를 직무상 인지하였음에도 신고하지 아니한 경우 500만원 이하의 과태료가 부과된다(동법 제61조의2 제1항 제1호). 신고의무를 이행한 경우 신고인에 대해서는 보호조치가 이루어진다. 신고인의 신분은 보장되어야 하고, 그 의사에 반하여 신분이 노출되어서는 아니 되며(동법 제39조의6 제3항), 신고인의 신분 보호 및 신원 노출 금지 의무를 위반한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처해진다(동법 제57조 제4호). 그리고 장기요양기관은 소속 노인학대 신고의무자(장기요양요원)에게 노인학대예방 및 신고의무에 관한 교육을 실시하고 그 결과를 보건복지부장관에게 제출하여야 한다(동법 제39조의6 제5항 제3호). 즉 장기요양요원은 장기요양기관 또는 제3자에 의해 발생하는 노인학대에 대한 감시자이자 신고의무자로서 본인이 수급자인 노인을 학대하지 않는 것에 그치지 않고 노인학대의 예방 및 구제를 위한 적극적인 역할을 담당하여야 한다.

⑤ 부정행위 신고의무의 신설 필요성

노인돌봄서비스 종사자에 대해서는 서비스 수급자의 자격 변동 사실을 알게 되거나 서비스 수급자 또는 제공기관의 부정수급을 알게 되었을 때 이를 신고하게 하고 있다.⁵²⁾ 장기요양요원에 대해서도 수급자 또는 장기요양기관의 부정행위를 발견할 경우 이를 신고할 의무를 부과하여 장기요양보험제도의 건전성을 지키는 역할을 부여하는 것을 검토할 만하다.

이와 관련하여 법 제47조의2로 장기요양요원지원센터에 대한 신고 조항을 신설하여 장기요양기관이 노인장기요양보험법을 위반한 경우 장기요양요원이 이를 장기요양요원지원센터에 신고할 수 있도록 하고, 장기요양요원지원센터는 신고에 따라 위반 사실이 확인된 경우 즉시 그 사실을 건강보험공단 및 지방자치단체의 장에게 통보하고 필요한 경우 관계기관에 신고하도록 하는 조항을 추가하자는 주장이 제기되었는데⁵³⁾, 장기요양기

⁵²⁾ 보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 146면.

관 운영의 적법성과 투명성을 제고하고 장기요양보험제도의 건전성을 높이기 위해 위와 같은 조항의 도입도 검토해 볼 만하지만, 장기요양요원지원센터가 서울 지역 외에서는 실질적으로 운영되고 있지 않다는 점에서 한계가 존재한다. 서울특별시 강북구 장기요양요원 처우 개선 및 지위 향상에 관한 조례는 “구청장은 장기요양요원이 장기요양기관의 운영과 관련된 위법·부당 행위 및 그 밖에 비리 사실 등을 관계 행정기관과 수사기관에 신고하는 행위로 인하여 징계 조치 등 신분상 불이익이나 근무조건상 차별을 받지 않도록 조치하여야 한다.”라고 정하고 있는데(제7조 제3항), 지방자치단체의 장에게 이러한 조치의무를 지울 뿐 아니라 장기요양기관이 장기요양요원의 공익적 신고를 이유로 장기요양요원에게 불이익한 조치를 하지 못하도록 금지하고 이를 위반할 경우 처벌을 하는 입법이 필요하다.

2) 장기요양요원의 민·형사상 책임

① 민사책임 - 손해배상책임

장기요양급여 제공 중 장기요양요원이 수급자에게 인적·물적 손해⁵⁴⁾를 야기할 수 있는데 장기요양요원이 본인의 자력(資力)으로 그러한 손해를 전부 배상하도록 하면 보수 수준이 높지 않은 장기요양요원이 이로 인해 경제적 곤궁에 처할 수 있고, 일부 인적 손해는 수급자의 신체활동을 돕는 장기요양급여 제공 자체에 내재된 위험이라고 평가할 수 있으므로 이러한 위험으로부터 장기요양요원을 보호하기 위한 재정적, 제도적 지원장치가 마련되어야 한다.⁵⁵⁾ 이러한 지원장치는 수급자가 급여를 제공 받는

53) 윤지영, “노인장기요양보험법 개정현황과 과제”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017, 89면.

54) 필자가 2019. 5. 21. 오후 경기도 소재 재가노인지원서비스센터 담당자와 한 인터뷰 내용에 의하면 요양보호사가 수급자 소유의 귀한 그릇을 깨뜨려서 배상책임보험을 통해 손해를 배상한 사례가 존재한다고 한다.

55) 엄기욱·박인아, “노인장기요양기관 유형별 요양보호사의 부상 및 인권침해 경향이 이직의도에 미치는 영향 연구”, 『한국사회복지조사연구』 제43권, 2015, 167면.

과정에서 입은 피해를 전보 받는 데 도움이 되므로 수급자를 보호하는 것이기도 하다. 이러한 보호장치로서 장기요양기관은 종사자가 장기요양급여를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 수급자의 상해 등에 대비하여 법률상 배상하여야 하는 손해를 보상하는 보험(이하 ‘전문인배상책임보험’이라 한다)에 가입하여야 하는데 이에 대해서는 아래에서 다룬다.

㉞ 불이행 또는 불완전한 이행의 경우

장기요양급여제공계약 관계에서 급여 제공자의 채무불이행 여부를 판단하는 것은 쉽지 않은데, 급여의 질은 객관적으로 평가하기 어려우며, 단순히 급여에 불만이 있다는 사정만으로 그것을 불완전이행이라고 할 수는 없기 때문이다.⁵⁶⁾ 그리고 채무불이행이 인정된다고 하더라도 수급자가 급여 제공자를 상대로 계약상 책임을 물을 수 있는 것은 이행을 강제하거나 불완전한 이행에 대하여 추후보완을 청구하거나 계약을 해지하는 것인데, 장기요양급여제공계약의 특성상 당사자 사이의 신뢰관계가 파괴되면 급여 제공자의 이행을 강제하거나 추후보완이 이루어진다고 해도 이용자의 만족을 얻기 어렵고, 계약해지를 하더라도 수급자는 일상생활에 도움을 필요로 하는 상태에 있기 때문에 궁극적인 해결책이라고도 볼 수 없다.⁵⁷⁾ 또한 이행의 정도에 대한 객관적인 기준 설정이 어렵고 구체적인 이행의 양태에 대한 객관적인 입증도 쉽지 않으므로, 불완전한 이행이 발생한다고 하더라도 실제 손해배상소송에서 불완전한 이행에 따른 손해배상책임을 인정받는 것도 용이하지 않다. 뿐만 아니라 장기요양요원은 수급자와 계약관계에 있지 않기 때문에 불이행 또는 불완전한 이행이 수급자의 권리를 침해하여 불법행위에 이른 경우에만 이로 인한 손해배상책임을 지게 된다.

㉟ 주의의무 위반의 경우

56) 박정연, 앞의 논문, 260면.

57) 박정연, 앞의 논문, 260면.

장기요양요원이 주의의무⁵⁸⁾를 위반하여 수급자의 신체 또는 재산에 손해를 입힌 경우에는 그에 대해 불법행위로 인한 손해배상의무를 부담한다. ‘장기요양급여 이용 표준약관’(2014. 9. 19. 개정)은 장기요양요원의 고의나 과실로 인하여 수급자를 부상케 하는 등 건강을 상하게 하거나 사망에 이르게 하였을 때, 장기요양요원의 학대(노인복지법 제1조의2 제4호의 노인학대 및 동법 제39조의2의 금지행위를 말한다)로 인하여 수급자의 건강을 상하게 하거나 사망에 이르게 하였을 때를 배상책임 사유로 명시하고 있다{장기요양급여 이용 표준약관(방문요양) 제14조 제1항}.

이와 관련하여 판례상 인정된 주의의무의 내용을 살펴보면, 장기요양요원은 당뇨 등을 앓고 있어 피하출혈이 더 심하게 진행될 수 있는 수급자에 대해 넘어지거나 부딪쳐 부상을 입지 않도록 보다 주의를 기울여 관리를 행함으로써 그 부상을 줄이기 위하여 노력하여야 할 주의의무, 일상적인 요양관리를 행함에 있어 수시로 신체에 이상이 있는지 여부를 주의 깊게 살펴 이상이 있는 경우 의사의 진료를 받도록 하여야 할 주의의무(서울중앙지방법원 2006. 3. 2. 선고 2005나17784 판결⁵⁹⁾), 수급자의 낙상사고 등 안전사고 방지를 위해 필요한 조치를 취하여야 하고, 사고가 발생한 이후에는 수급자의 상태를 살펴 적절한 치료를 받도록 할 주의의무(인천지방법원 2010. 12. 16. 선고 2010가합2981, 2010가합10564 판결), 기왕증이 심한 고령의 환자에 대해서는 식사 시에도 쉽게 삼킬 수 있는 식사를 제공하거나, 다소 삼키기 어려운 식사를 제공하였다면 식사 중에 도움을 주거나 수발을 할 주의의무⁶⁰⁾(제주지방법원 2012. 9. 14. 선고 2011

58) 장기요양요원에게 요구되는 주의의무의 정도는 응급상황대처 및 응급상황 발견 후의 응급조치 등 의료종사자에게 요구되는 주의의무보다는 낮다고 보아야 하고, 장기요양요원은 일반적인 구급조치를 다하거나 의료기관 등에 신속하게 연락하여야 할 의무 등의 주의의무를 부담한다(방준식, “돌봄사업과 돌봄노동에 관한 법적 과제 - 노인요양서비스를 중심으로”, 『법학논총』 제29집 제2호, 2012, 39-40면).

59) 장기요양보험법 시행 이전의 판결이기는 하지만 이 판결의 취지는 시설 장기요양기관에서 근무하는 장기요양요원에게도 동일하게 적용될 수 있을 것이다.

60) 이러한 주의의무는 시설에서 기왕증이 심한 수급자에게 급여를 제공하는 장기요양요원에게 상당한 업무 부담을 줄 것으로 예상되고, 이러한 사정이 장기요양요원

가단10401 판결)를 부담하고, 위 의무를 위반하여 수급자에게 손해가 발생한 경우 손해배상책임을 지게 될 수 있다.

㊦ 구상권의 제한

장기요양기관은 장기요양요원의 수급자에 대한 가해 행위와 관련하여 이행보조자의 고의, 과실에 대한 채무자의 채무불이행 책임(민법 제391조, 제390조) 또는 불법행위 책임으로서의 사용자책임(민법 제756조 제1항)을 진다. 수급자는 장기요양요원의 귀책사유로 인한 사고 발생 시 장기요양요원보다는 자력이 더 많을 것으로 예상되는 장기요양기관으로부터 손해배상을 받으려고 하는 경우가 많을 것이다. 이에 따라 장기요양기관이 수급자 또는 그 가족에게 손해배상을 한 이후에는 장기요양요원에 대해 구상권을 행사하는 것을 생각해 볼 수 있을 것이나(민법 제756조 제3항), 판례는 “일반적으로 사용자가 피용자의 업무수행과 관련하여 행하여진 불법행위로 인하여 직접 손해를 입었거나 그 피해자인 제3자에게 사용자로서의 손해배상책임을 부담한 결과로 손해를 입게 된 경우에 사용자는 그 사업의 성격과 규모, 시설의 현황, 피용자의 업무내용과 근로조건 및 근무태도, 가해행위의 발생원인과 성격, 가해행위의 예방이나 손실의 분산에 관한 사용자의 배려의 정도, 기타 제반 사정에 비추어 손해의 공평한 분담이라는 견지에서 신의칙상 상당하다고 인정되는 한도 내에서만 피용자에 대하여 손해배상을 청구하거나 구상권을 행사할 수 있다.”(대법원 2014. 5. 29. 선고 2014다202691 판결; 대법원 1992. 9. 25. 선고 92다25595 판결⁶¹⁾; 대법원 1991. 5. 10. 선고 91다7255 판결 등)라고 하여 신의칙에 따라 구상권 행사를 제한하고 있다. 다만 아래에서 보는 바와 같이 장기요양기관이 전문인배상책임보험에 가입하도록 하고 있기 때문에 손해는 대부분 위 전문인배상책임보험에 따라 전보될 것으로 생각된다.

의 인력배치 기준이나 급여비용을 정하는 데에 반영되어야 할 것이다.

61) 이 판결의 원심인 부산고등법원 1992. 5. 20. 선고 91나9831 판결에서는 타인을 고용하는 사용자는 ‘위험책임 또는 기업책임’상 피용자에 대한 구상권의 행사가 제한받게 된다고 실시하고 있다(부산고등법원 1992. 5. 20. 선고 91나9831 판결).

하지만 장기요양기관이 전문인배상책임보험에 가입하지 않거나, 발생한 손해액이 전문인배상책임보험계약에서 정한 보장 범위를 초과하는 경우 위의 법률문제가 여전히 남는다.

㉔ 전문인배상책임보험에 의한 보장

장기요양기관은 전문인배상책임보험에 가입하여야 한다. 시설급여기관, 주·야간보호 및 단기보호기관은 퇴소자와 외박자를 제외한 수급자 전원에 대하여 적용되는 전문인 배상책임보험에, 가정방문급여를 제공하는 기관은 급여를 제공하는 종사자를 기준으로 전문인배상책임보험에 각 가입하여야 한다(급여기준 고시 제10조). 그리고 위 전문인배상책임보험 미가입 시에는 급여비용이 감액된다.⁶²⁾ 이러한 전문인배상책임보험 미가입 시 급여비용 감액 조치는 법률상 규정 없이 급여기준 고시에 근거하여 이루어지고 있었는데, 2019. 4. 23. 법률 제16369호로 노인장기요양보험법이 개정되면서 제35조의5로 전문인 배상책임보험 가입과 미가입 시 급여비용 감액 조치에 대한 근거조항이 추가되었다. 종래 장기요양기관의 전문인배상책임보험 미가입 시 급여비용 감액에 관한 내용이 행정규칙인 급여기준 고시에만 규정되어 있어 그 효력에 대한 문제제기가 있었는데 급여비용 감액에 대한 근거조항을 법에 추가하여 이와 같은 문제제기의 여지를 없앤 것이다.⁶³⁾

62) 장기요양기관이 수급자 전원에 대하여 전문인배상책임보험에 가입하지 아니한 경우 가정방문급여는 전문인배상책임보험 미가입 종사자가 제공한 급여에 대하여 해당일 급여비용의 90%를 산정하고, 시설급여기관, 주·야간보호 및 단기보호기관이 전문인 배상책임보험에 미가입한 경우 수급자 전원에 대하여 미가입 기간 동안의 급여비용의 90%를 산정하며, 위 시설급여기관 중 치매전담실이 있는 노인요양시설은 전문인 배상책임보험에 가입하지 않은 수급자가 있는 해당일 수급자에 한정하여 감액 산정한다(급여기준 고시 제68조).

63) 건강보험공단은 실제로는 배상책임보험에 가입하지 아니한 요양보호사 A, B가 급여를 제공하였음에도 마치 배상책임보험에 가입한 요양보호사 C가 급여를 제공한 것처럼 급여비용을 청구한 장기요양기관에 대해 장기요양급여비용 환수처분을 내렸다. 그러자 장기요양기관 운영자는 노인장기요양보험법에는 장기요양기관이 배상책임보험에 가입하여야 한다는 의무규정이 없으므로 위 환수처분이 법적 근거

위와 같은 전문인배상책임보험 관련 규율은 장기요양기관에게 전문인 배상책임보험 가입이 직접적으로 강제되는 것이 아니라 전문인배상책임보험에 가입하지 않는 경우 급여비용을 감액하는 간접적 강제 방식이기 때문에 장기요양요원 보호를 위해서는 충분하지 못한 측면이 있고, 배상책임보험의 최저보상한도와 담보내용을 구체적으로 정하지 않고 있기 때문에 배상책임보험계약의 내용에 따라 보장내용이 달라질 수 있는 문제점이 있다. 따라서 법령으로 장기요양기관에게 전문인배상책임보험 가입 의무를 지우고, 배상책임보험의 최저보상한도와 담보 범위에 대한 기준을 정할 필요가 있다.

가 없어 위법하다고 취소소송을 제기하였다. 이 사안에서, 서울행정법원은 법 제 39조 제1항은 보건복지부장관으로 하여금 급여종류 및 장기요양등급에 따라 급여비용을 정하여 고시하도록 규정하고, 같은 조 제3항은 구체적인 산정방법 및 항목 등에 관하여 필요한 사항을 보건복지부령으로 정하도록 규정하였으며, 구 시행규칙(2011. 8. 19. 보건복지부령 제74호로 개정되기 전의 것) 제32조는 재가급여 및 시설급여의 세부적인 산정기준은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 규정하였다고 전제한 후 이에 따라 마련된 ‘장기요양급여비용 등에 관한 고시’(보건복지부 고시 제2011-15호)는 장기 요양기관 종사자가 급여를 제공하는 과정에서 발생할 수 있는 수급자의 상해 등에 대비하여 법률상 배상하여야 하는 손해를 보상하는 보험에 가입하지 아니한 경우, 가입하지 아니한 기간에는 공단 부담금을 감산한다고 규정하면서 가정방문급여의 경우 배상책임보험 미가입 종사자가 제공한 급여에 대하여는 해당 급여비용의 10%를 감산하도록 규정하였는데(이하 “이 사건 규정”이라 한다), 이 사건 규정은 상위법령인 노인장기요양보험법으로부터 급여비용의 산정에 관한 권한을 위임받아 제정된 것이고, 그 내용도 요양기관에 배상책임보험 가입의무를 부과하는 것이 아니라 급여비용 산정 요소로 배상책임보험료를 포함시켜 보험 가입 여부에 따라 급여비용을 달리 산정하는 것에 불과하며, 이는 장기요양보험제도의 취지에도 부합하고, 노인장기요양보험법 제39조의 형식에 비추어 위임 한계를 벗어난 것으로 보이지도 아니하므로, 그 효력을 배척할 수 없다고 하면서 유효라고 판시하였다(서울행정법원 2013. 2. 1. 선고 2012구합12860 판결. 이 판결은 건강보험공단이 항소하지 않아 확정되었다). 위 판결에서는 급여기준 고시 제68조가 위임입법의 한계를 일탈하지 않았다고 판단하였는데, 급여 제공 과정에서 발생할 수 있는 손해로부터 장기요양요원을 보호하고 장기요양요원과 장기요양기관의 무자력으로 인해 손해의 전보를 받지 못하는 위험으로부터 수급자를 보호하기 위해서 배상책임보험 가입에 관한 사항을 행정규칙인 급여기준 고시가 아니라 법규명령으로 규정하는 것이 바람직한 것이다. 이러한 문제를 입법적으로 해결하고자 법령에 그 근거를 신설한 것으로 판단된다.

㉞ 면책사유

장기요양급여 이용 표준약관은 ① 자연사 또는 질환에 의하여 사망하였을 때, ② 장기요양기관이 선량한 주의의무를 다하였음에도 임의로 외출하여 상해를 당했거나 사망하였을 때, ③ 천재지변으로 인하여 상해를 당했거나 사망하였을 때, ④ 수급자의 고의 또는 중과실로 상해를 당했거나 사망하였을 때를 면책사유로 정하고 있다(방문요양, 방문목욕, 방문간호 표준약관 각 제14조 제2항, 시설급여, 주야간보호 표준약관 각 제18조 제2항, 단기보호 표준약관 제20조 제2항). 표준약관에 의한 장기요양급여제공계약 체결이 의무화 되어 있는 것은 아니지만 표준약관에서 들고 있는 면책사유들은 그 내용상 장기요양요원의 귀책사유가 없는 경우에 해당하므로 위와 같은 사유가 존재한다면 장기요양요원의 손해배상책임의 면책사유로 작용할 수 있을 것이다.

② 형사책임

장기요양요원이 주의의무를 위반하여 수급자가 상해 또는 사망에 이르게 한 경우 업무상 과실치사상죄 등 형사처벌의 대상이 될 수 있고, 고의적으로 노인에게 상해를 입힌 경우 최대 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처해진다(노인복지법 제55조의2). 업무상 주의의무 위반(과실)과 관련하여, 요양원을 운영하는 자는 치매 증상이 있는 입소자가 임의로 혼자서 밖으로 나가지 않도록 출입상황을 단속할 수 있는 사람을 출입구에 배치하거나 출입문에 피해자가 쉽게 열 수 없는 시정장치를 설치하거나⁶⁴⁾ 출입 시 경보음이 울리는 장치를 설치하는 등 피해자의 출입을 확인·단속하고 피해자의 안전을 위해 필요한 적절한 조치를 취할 업무상 주의의무를 부담하고, 이 의무 위반으로 인해 입소자가 사망한 경우에는 업무상과실치사의 죄책을 지고(청주지방법원 2013. 12. 13. 선고 2013고단

64) 이 판결에서는 시정장치를 설치하는 것을 주의의무의 한 내용으로 들고 있으나 출입문에 수급자가 쉽게 열 수 없는 시정장치를 설치하는 것은 감금죄의 성립이 문제될 수 있고, 위급한 상황 발생 시 수급자의 탈출을 방해할 수 있으므로 적절하지 않다.

1019 판결⁶⁵⁾), 요양원 운영자와 요양보호사는 치매 노인이 음식물을 제대로 삼키지 못한 채 사례가 들린 듯 기침을 하는 장면을 목격하면 완전히 회복되었는지를 확인하여야 할 주의의무를 부담하는데 단지 등을 몇 번 두드리주고 잠시 기침을 멈추었다는 이유로 식사 현장을 떠나는 등 적절한 조치를 취하지 않아 ‘이물질에 의한 기도폐색’으로 사망에 이르게 한 경우 업무상과실치사죄의 책임을 진다(의정부지방법원 2015. 10. 14. 선고 2014노2767 판결)는 하급심 판결례가 있으므로 장기요양요원은 수급자의 상태에 따라 시설 밖 출입 관리나 식사 과정에서 수급자를 보호할 주의의무를 준수하여야 한다. 그리고 장기요양요원이 급여를 제공하지 않았음에도 급여를 제공한 것처럼 허위 청구를 하여 급여비용을 편취한 경우에는 사기죄로 처벌을 받게 된다.⁶⁶⁾ 뿐만 아니라 장기요양요원이 업무상 알게 된 비밀을 누설한 경우 2년 이하의 징역 또는 2천만 원 이하의 벌금에 처해진다(법 제67조 제1항 제5호, 제62조).

(3) 장기요양요원에 대한 교육 강화 필요성

1) 보수교육

노인장기요양보험법은 장기요양요원의 보수교육에 관하여 필요한 사항은 대통령령으로 정하도록 위임하고 있고(제23조 제2항), 대통령령은 보수

⁶⁵⁾ 요양원 설립·운영자에게 금고 6월, 집행유예 1년의 판결이 선고되었다.

⁶⁶⁾ 재가장기요양기관인 노인복지센터 소속 요양보호사인 甲이 재가급여를 제공하고 그 내역을 장기요양급여제공기록지에 기재하여 위 복지센터에 제출하면, 위 복지센터는 위 기록지를 근거로 매월 초순경 국민건강보험공단 인터넷 홈페이지에 접속하여 전산으로 장기요양급여 비용을 일괄청구하고 그로 인해 甲은 매월 25일경 위 보험공단으로부터 그 비용을 송금받은 위 복지센터로부터 위 기록지에 근거하여 그 수당을 지급받고 있었는데, 甲이 실제로는 수급자의 주거지를 방문하여 재가급여 서비스를 제공한 사실이 없음에도 마치 정상적으로 제공한 것처럼 국민건강보험공단에 장기요양급여비용을 청구하여, 이를 알지 못한 위 보험공단 장기요양급여 담당자로부터 33,570원을 교부받아 편취한 것을 비롯하여 6회에 걸쳐 도합 201,420원을 교부받아 이를 편취한 사안에서, 울산지방법원은 甲에게 사기죄의 성립을 인정하고 벌금 50만 원을 선고하였다(울산지방법원 2013. 4. 25. 선고 2012고정1399 판결).

교육에 대해 아무런 규율을 하고 있지 않다. 다만 급여기준 고시에 보수교육에 대한 내용이 있는데, 방문요양 및 방문목욕 급여를 월 60시간 이상 제공하는 요양보호사가 공단 이사장이 지정하는 교육기관에서 직무교육을 이수한 경우 연 8시간에 한해 방문요양 급여제공 시간으로 인정할 수 있다(급여기준 고시 제11조 제3항). 장기요양기관은 해당 기관에서 방문요양 및 방문목욕을 월 60시간 이상 제공하는 요양보호사가 우선적으로 직무교육을 이수할 수 있도록 지원하여야 할 의무가 있고, 직무교육 이수 실적은 공단이 실시하는 장기요양기관 급여평가에 반영할 수 있다(장기요양급여 제공기준 및 급여비용 산정방법 등에 관한 세부사항 제8조 제1호). 2017년 요양보호사 직무교육 교과목은 ‘노인인권 및 학대예방, 요양보호사의 직업윤리, 성희롱 예방’ 2시간, ‘안전 및 감염관리’ 2시간, ‘노인 재활, 욕창관리’ 2시간, ‘치매 알아보기, 제도안내’ 1시간, ‘스트레칭, 근골격계질환 예방’ 1시간으로 구성되었다.⁶⁷⁾ 위와 같은 연 8시간의 직무교육은 요양보호사의 전문성을 증대시키기 위한 교육으로는 매우 부족하고, 직무교육의 양적, 질적 강화가 요구된다. 장기요양법령상 보수교육이 의무사항으로 되어 있지 않고 대통령령에서 법이 위임한 보수교육에 대한 사항을 아예 규율하고 있지도 않은 사실은 우리 장기요양제도에서 보수교육을 통해 장기요양요원의 역량을 향상시키고 이를 통해 궁극적으로 수급자에게 제공되는 급여의 질을 향상시키려는 노력이 충분하지 않았다는 것을 보여준다.

사회복지법인 또는 사회복지시설에 종사하는 사회복지사의 경우 연간 8시간 이상의 보수교육이 의무화되어 있고 이를 위반한 경우 500만 원 이하의 과태료를 부과하며(사회복지사업법 제13조 제2항, 제58조 제2항, 동법 시행규칙 제5조 제3항), 아이돌보미의 경우 보수교육을 연속하여 3회 이상 받지 아니한 경우 여성가족부장관이 3개월간의 자격정지에 처할 수 있게 하고 있는데(아이돌봄 지원법 제32조 제3호, 동법 시행규칙 제16조 별표5), 이에 비추어 보더라도 장기요양요원의 보수교육을 의무화하는 것

67) 건강보험공단, “2017년도 요양보호사직무교육 교재”, 2017.

을 고려할 필요가 있다.

그리고 사회보장 본래의 목적 달성을 위해서는 급여의 전달에서 대상자의 다양한 욕구를 분석하고 필요한 적절한 급여를 판단할 수 있는 전문성을 확보하는 것이 중요하며, 전문인력을 양성하고 이들을 적극적으로 활용하는 것은 사회보장의 증진을 위한 과제이기도 하다.⁶⁸⁾ 장기요양요원의 업무 숙련도가 높지 평가되지 않는 것은 장기요양요원의 전문성 증진을 위한 지원이 미비한 환경에도 그 원인이 있다. 장기요양요원의 전문성은 장기요양급여의 질과도 직결된다. 장기요양요원의 전문성, 숙련도를 높이고 장기요양요원이 제공하는 급여의 질을 향상시키기 위해서는 장기요양요원의 역량 강화에 실질적으로 도움이 될 수 있는 교육이 이루어져야 할 것인데, 연간 8시간의 보수교육은 지나치게 적을 뿐만 아니라 그마저도 임의적 사항으로 규정되어 있어 강제력이 없다. 장기요양요원의 전문성이 향상되어 수급자에게 더 나은 급여를 제공하면, 장기요양요원에 대한 사회적 인식이 개선되고 장기요양요원에 대한 처우 향상에도 긍정적인 영향을 미칠 것이다. 이러한 역량, 전문성 강화 교육을 개별 장기요양기관이 담당하도록 할 수 없기 때문에 국가, 지방자치단체 또는 공단의 주도 하에 장기요양 관련 전문가, 장기요양요원의 대표자, 수급자의 대표자가 참여하여 장기요양요원 역량 강화 교육 커리큘럼을 작성하고 교육체계를 만들 필요가 있어 보인다. 지방자치단체들의 장기요양요원 처우 개선에 관한 조례들은 대부분 처우개선 사업 중 하나로 ‘장기요양요원의 역량 강화를 위한 교육 및 훈련 사업’을 명시하고 있는데, 지방자치단체들이 이 조례에 근거하여 장기요양요원의 역량 강화를 위한 교육을 적극적으로 지원하는 것도 장기요양요원의 전문성 강화에 기여할 수 있을 것으로 보인다.

2) 인권교육

장기요양기관 운영자와 그 종사자는 대면 교육 또는 인터넷 교육을 통

68) 김상균, “사회복지개론”, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 사단법인 한국재가노인복지협회, 1997, 42-43면.

하여 매년 4시간 이상의 인권교육을 받아야 한다(법 제35조의3 제1항, 법 시행령 제14조의2, 법 시행규칙 제27조의2 제2항). 국가인권위원회는 2016. 10. 26. 보건복지부장관에게 장기요양기관의 인권교육을 강화할 필요가 있으므로 노인장기요양보험법에 인권교육에 관한 근거규정을 마련할 것을 권고했는데⁶⁹⁾, 그로부터 약 1년 6개월 후에 인권교육의 근거조항이 신설된 것이다. 인권교육에는 노인의 인권과 관련된 법령·제도 및 국내외 동향, 장기요양기관에서 발생하는 인권침해 사례, 장기요양기관에서 인권 침해가 발생했을 경우의 신고 요령 및 절차, 그 밖에 노인의 인권 보호 및 증진을 위하여 필요하다고 보건복지부장관이 인정하는 사항이 포함되어야 한다(법 시행규칙 제27조의2 제1항).

그리고 장기요양기관을 운영하는 자는 해당 기관을 이용하고 있는 장기요양급여 수급자에게 인권침해가 발생했을 경우의 신고 요령 및 절차에 대한 인권교육을 실시할 수 있다(법 제35조의3 제2항, 법 시행규칙 제27조의2 제3항). 인권교육의 실시 방법, 인권교육기관의 지정 절차 및 교육 경비 등에 필요한 세부적인 사항은 보건복지부장관이 정하여 고시하도록 되어 있다(법 시행규칙 제27조의2 제6항). 이에 따라 2019. 1. 7. 보건복지부고시 제2019-6호로 재가장기요양기관 대상 인권교육 및 교육기관 지정 등에 관한 고시(이하 “인권교육 고시”라고 한다)가 제정되었다. 인권교육 방법에는 집합 교육, 방문 교육, 인터넷 교육이 있는데, 인권교육 고시 제7조 제3항에 따라 법 제37조 제1항 제6호에 따른 노인학대⁷⁰⁾가 발생한

69) 국가인권위원회 보도자료, “노인 복지시설과 장기요양기관 인권교육 강화 제도적 기반 필요”, 2016. 10. 26. <https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&boardtypeid=24&boardid=612750> (최종방문일: 2020. 5. 20.)

70) 장기요양기관의 종사자 등이 수급자의 신체에 폭행을 가하거나 상해를 입히는 행위, 수급자에게 성적 수치심을 주는 성폭행, 성희롱 등의 행위, 자신의 보호·감독을 받는 수급자를 유기하거나 의식주를 포함한 기본적인 보호 및 치료를 소홀히 하는 방임행위, 수급자를 위하여 증여 또는 급여된 금품을 그 목적 외의 용도에 사용하는 행위, 폭언, 협박, 위협 등으로 수급자의 정신건강에 해를 끼치는 정서적 학대행위를 한 경우를 의미한다.

인권교육대상기관에 대해서는 방문 교육을 진행한다. 노인학대가 다시 발생하지 않도록 하기 위해 방문 인권교육을 실시하게 한 것이다.

장기요양요원에 의한 수급자의 인권 침해를 방지하기 위해 인권교육은 반드시 필요하며, 충실한 커리큘럼을 통한 철저한 교육이 이루어져야 할 것이다. 법은 처음에는 재가 장기요양기관 운영자 및 종사자에 대해서만 인권교육 의무를 부과하였다가, 이후 개정을 통해 시설 장기요양기관 운영자 및 그 종사자에 대해서도 인권교육 의무를 확대하였는데 이는 재가 장기요양기관과 시설 장기요양기관에 대한 인권교육 의무를 달리 부과할 이유가 없다는 점에서 바람직하다.

3. 장기요양요원의 보호

(1) 급여외행위 요구로부터의 보호

노인장기요양보험법은 ① 수급자의 가족만을 위한 행위, ② 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, ③ 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위는 급여외행위로서 장기요양요원의 업무 범위에서 제외된다는 점을 명시하고 있다(법 제28조의2 제1항).

법 개정을 통해 급여외행위가 법률에 명시되기 전에도 급여외행위는 법 시행규칙, 급여기준 고시에 유사한 내용으로 규정되어 있었는데, 이는 수급자 및 가족이 장기요양요원에게 급여외행위를 요구하는 일이 많이 발생하였기 때문이었다.⁷¹⁾ 이는 수급자 또는 그 가족의 장기요양요원에 대한 인식이 대신 집안일을 해 주는 사람 수준에 머물러 있고 장기요양요원이 수급자와 장기요양기관 사이의 장기요양급여제공계약에 기하여 장기요양기관이 고용하여 장기요양급여를 제공하도록 한 자격보유 인력이며 수급자 또는 그 가족이 지휘·명령권을 행사할 수 있는 수급자의 근로자가 아

71) 엄기욱·박인아의 연구에 따르면, 이용자나 그 가족으로부터 업무 이외의 개인적인 서비스를 요구받은 경험이 재가 요양보호사의 경우 34.5%, 시설 요양보호사의 경우 26%에게 있다고 조사되었다(엄기욱·박인아, 앞의 논문, 159면).

나라는 점을 분명하게 인식하고 있지 못한 데에도 원인이 있다. 그리고 개인사업자도 법에서 정하고 있는 물적·인적 요건을 갖추면 자유롭게 장기요양기관을 설립할 수 있도록 하였기 때문에 지나치게 많은 수의 장기요양기관이 난립하여 장기요양기관 간에 수급자의 확보를 위한 과도한 경쟁이 이루어지고 있으며 장기요양기관은 더 많은 수급자들을 모집하기 위하여 수급자 또는 수급자의 가족에게 급여 외의 업무를 제공하도록 권한은 실정이다.⁷²⁾ 장기요양요원이 수급자로부터 급여외행위를 요구받고 이에 대해 장기요양기관에게 보고 후 조치를 요청하였을 때 장기요양기관이 별도의 조치를 취하지 않거나 급여외행위를 지시 또는 방조한다면 이를 공단에 신고할 수 있고, 급여외행위를 수행하고 공단에 급여비용을 청구한 사실이 확인되면 지급한 급여비용의 환수 및 업무정지, 과징금 등 행정처분이 내려질 수 있지만(법 제37조 제1항 제4호, 제37조의2 제1항, 법 시행령 제15조 별표2), 이는 장기요양요원에 대한 급여외행위 요구를 방지할 수 있는 근본적인 해결책이라고 볼 수 없다.

이러한 상황 하에서 급여외행위 요구의 발생을 줄이기 위해서는 수급자에 대해 장기요양요원으로부터 급여를 제공 받을 때 급여의 범위에서 벗어난 부당한 요구를 하는 것을 금지하는 조항을 신설하고, 장기요양급여의 범위 및 장기요양요원의 역할, 부당한 업무행위 요구 시의 불이익에 대해 수급자 및 보호자에게 충분히 반복적으로 설명(교육)할 필요성이 있다. 보건복지부는 보호자들에게 수급자 가족을 위한 행위 등을 요구하지 못하도록 금지되어 있다는 점을 안내·교육하고 있다고 밝히고 있지만⁷³⁾, 장기요양급여제공계약 시에 서비스의 원칙들을 공지할 의무가 실제로는 잘 작동하지 않는다는 평가가 나오고 있다.⁷⁴⁾

그리고 2018. 11. 11. 노인장기요양보험법의 개정으로 장기요양요원이 수급자 및 그 가족으로부터 급여외행위의 제공을 요구받고 장기요양기관

72) 윤지영, 앞의 글, 83면.

73) 보건복지부, “보도설명자료”, 2018. 9. 10.

74) 허남재·석재은, 앞의 논문, 303면.

에게 고충의 해소를 요구할 경우 장기요양기관은 업무의 전환 등 대통령령으로 정하는 적절한 조치를 할 의무를 부담한다(법 제35조의4 제1항 제2호). 장기요양기관의 장은 장기요양요원에게 법 제28조의2의 각 호에 따른 급여외행위⁷⁵⁾의 제공을 요구하는 행위, 수급자가 부담하여야 할 본인 부담금의 전부 또는 일부를 부담하도록 요구하는 행위를 하여서는 아니 된다(법 제35조의4 제2항). 정당한 사유 없이 위 법 제35조의4 제2항을 위반한 자는 500만 원 이하의 과태료에 처해진다(법 제69조 제1항 제3호의2). 장기요양기관이 소속 근로자인 장기요양요원에게 급여외행위의 제공을 요구할 경우 경제적 종속관계에 있는 장기요양요원이 이를 거부하기 어렵다는 점과 장기요양요원이 수급자로부터 급여외행위의 제공을 요구 받고 장기요양기관에게 이 사실을 알렸을 때 장기요양기관이 장기요양요원에게 급여외행위의 제공을 요구 내지 유도하는 경우가 존재한다는 점을 고려한 타당한 입법으로 생각된다.

(2) 인권 침해로부터의 보호

1) 폭력, 폭언으로부터의 보호

시설급여의 경우 장기요양요원의 생명, 신체를 보호하기 위한 신체제한 조치의 가부에 대해서는 수급자의 보호 부분에서 다룬 바 있다. 재가급여의 경우에는 장기요양보험 관련 법령상 수급자의 폭력 또는 폭언으로부터 장기요양요원을 보호하기 위한 장치는 마련되어 있지 않았다. 그런데 2018. 12. 11. 노인장기요양보험법이 일부 개정되면서 장기요양요원이 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 폭언·폭행·상해 행위를 하는 경우로 인한 고충의 해소를 요청하는 경우 장기요양기관이 장기요양요원의 업무의 전환 등 적절한 조치를 할 의무를 부담하도록 하는 조항이 신설되었는데(법 제35조의4 제1항 제1호), 구체적인 내용은 앞의 급여외행위의 요구 부분에서 기술한 것과 같다.

⁷⁵⁾ 수급자의 가족만을 위한 행위, 수급자 또는 그 가족의 생업을 지원하는 행위, 그 밖에 수급자의 일상생활에 지장이 없는 행위가 이에 해당된다.

앞에서 살펴본 것과 같이 기존의 장기요양요원의 폭력, 폭언에 대한 보호조치가 충분하지 않기 때문에 건강보험공단과 정부는 수급자와 가족의 장기요양요원에 대한 다양한 형태의 폭력행위에 대한 엄중한 처벌과 제재가 이루어지도록 하여야 한다. 수급자의 행위가 폭행, 상해, 성폭력 등 형사범죄에 해당한다면 그에 따라 처벌이 이루어져야 한다.

그리고 폭력행위 발생을 막기 위해 수급자 및 그 가족에게 적극적으로 교육과 홍보를 하여야 한다. 노인돌봄서비스의 경우 이용자의 권리와 의무, 노인돌보미의 권리와 의무를 기재하고 이를 확인하였다는 의미로 이용자와 노인돌보미, 제공기관이 노인돌봄서비스 상호협력 동의서를 작성하게 하고 있는데⁷⁶⁾, 수급자에 대한 교육의 측면에서 이와 같은 장치의 도입도 고려해볼 만하다. 또한 이러한 사건이 발생할 경우 장기요양요원이 고용상 불이익에 대한 염려 없이 자신의 인권을 보호하고 주장할 수 있는 신고체계를 마련하여야 한다. 시설의 경우 입소자와 그 가족의 부당행위에 대해 유형별 양상과 그 원인을 파악하여 이를 예방하기 위한 방안과 부당행위에 대한 시설 내 내규를 마련하고, 직원 및 이용자 교육을 통해 보다 적극적으로 대처하는 노력이 필요하다.⁷⁷⁾ 보건복지부는 2006년 말부터 ‘노인복지시설 인권보호 및 안전관리지침’을 작성하여 노인복지시설에 거주하는 노인의 인권 침해 유형과 대응 방안에 대해 구체적으로 제시하고 있는데⁷⁸⁾, 시설 및 재가 장기요양요원의 인권을 보호하기 위한 지침도 마련하여 시행할 필요성이 있다.

미국에서는 2004. 8. 17. 캔자스 주 존슨 카운티 정신건강센터의 사회복지사인 테리 제너(Teri Zenner)가 가정방문 중에 고객에게 피살되는 사건이 발생한 후 사회복지사의 안전 보호 문제가 이슈화 되었고 위 사회복지사의 이름을 딴 테리 제너 사회복지사 안전보호법안(Teri Zenner Social Worker Safety Act)이 연방의회에 제출되었는데 그 내용은 아래와 같

76) 보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019, 268-269면.

77) 엄기욱·박인아, 앞의 논문, 167면.

78) 보건복지부 요양보험운영과, “노인복지시설 인권보호 및 안전관리지침”, 2017.

다.⁷⁹⁾ 폭력, 약물중독 또는 다른 위험한 환경에서 일하는 사회복지사와 다른 전문가들을 보호하기 위한 안전조치를 지원하기 위해 주(州)에 보조금을 지원하는 제도를 설립하고, 이러한 보조금을 ① GPS 추적장치, GPS 휴대전화와 같은 통신수단을 포함한 기관에서 요원의 위치를 확인하는 데 도움이 되는 안전장비의 구입 및 설치, 기술적 지원과 훈련, ② 자기 방어와 위기 관리를 위한 훈련, ③ 시설 안전 개선조치, ④ 자기 방어를 위한 페퍼 스프레이의 지급, ⑤ 언어 훈련을 비롯한 문화적 역량에 관한 훈련과 급변할 수 있는 상황의 탈피 전략에 대한 훈련, ⑥ 정신질환자 또는 행동장애가 있고 대처가 필요한 집단과 일하는 근로자를 돕기 위한 훈련, ⑦ 기타 장관이 결정한 안전 훈련에 관한 활동에 사용할 수 있게 하는 내용을 담고 있다. 장기요양요원이 수급자로부터 당하는 폭력에 대해 구체적인 입법조치를 검토함에 있어 위 테리 제너 사회복지사 안전보호법안의 내용을 참조할 만하다.

2) 성희롱으로부터의 보호

장기요양요원에 대한 수급자 또는 그 가족에 의한 성희롱이 빈발하고 있다.⁸⁰⁾ 이로부터 장기요양요원을 보호하기 위한 조치들에는 어떤 것이 있는지 검토해 볼 필요가 있다.

우선 ‘직장 내 성희롱’이란 사업주·상급자 또는 근로자가 직장 내의 지위를 이용하거나 업무와 관련하여 다른 근로자에게 성적 언동 등으로 성적 굴욕감 또는 혐오감을 느끼게 하거나 성적 언동 또는 그 밖의 요구 등에 따르지 아니하였다는 이유로 근로조건 및 고용에서 불이익을 주는 것

⁷⁹⁾ <https://www.congress.gov/bill/110th-congress/house-bill/2165> (최종방문일: 2020. 5. 20.)

⁸⁰⁾ 전국요양보호사협회의 보고서에 의하면 성희롱을 경험한 비율이 재가 요양보호사의 경우 16%, 시설 요양보호사의 경우 33%에 달했고, 가해자 1명으로부터 몇 회 정도 성희롱을 당했는지에 관하여 시설 요양보호사의 경우 1-2회가 55%, 5회 이상도 33%에 이르고, 재가 요양보호사의 경우에도 1-2회가 38%, 5회 이상도 38% 일 정도로 상승적인 성희롱이 다수 발생하고 있음을 확인할 수 있다(전찬희, 앞의 논문, 240면).

을 의미하는데{남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률(이하 ‘남녀고용평등법’) 제2조 제2호}, 수급자가 장기요양요원을 성희롱 한 경우 수급자는 사업주·상급자 또는 근로자에 해당하지 않으므로 남녀고용평등법상 직장 내 성희롱에는 해당하지 않는다.

그런데 남녀고용평등법은 고객 등에 의한 성희롱에 대해 제14조의2(고객 등에 의한 성희롱 방지)에서, 사업주는 고객 등 업무와 밀접한 관련이 있는 자가 업무수행 과정에서 성적인 언동 등을 통하여 근로자에게 성적 굴욕감 또는 혐오감 등을 느끼게 하여 해당 근로자가 그로 인한 고충 해소를 요청할 경우 근무 장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하여야 하고(제1항), 근로자가 위와 같은 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다(제2항)고 정하고 있다.

장기요양기관은 장기요양요원이 수급자로부터 성적 굴욕감 또는 혐오감을 주는 언동을 당하였을 경우 근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 할 의무를 지고, 이러한 피해를 주장한다고 하여 장기요양요원에게 불이익한 조치를 하여서는 아니 된다. 위 제14조의2 제1항을 위반하여 근무장소 변경, 배치전환, 유급휴가의 명령 등 적절한 조치를 하지 아니한 경우에는 300만 원 이하의 과태료에 처해지고(남녀고용평등법 제39조 제3항 제1의2호), 제2항을 위반하여 근로자가 고객 등에 의한 성희롱 피해를 주장하거나 고객 등으로부터의 성적 요구 등에 불응한 것을 이유로 해고나 그 밖의 불이익한 조치를 한 경우에는 500만 원 이하의 과태료에 처해진다(남녀고용평등법 제39조 제2항 제2호).⁸¹⁾

현실적으로 성희롱이 발생하였을 때에 장기요양요원이 이를 수급자의 보호자에게 이야기하면 자신의 집에서 그런 일이 일어났다고 언급되는 것

81) 이는 직장 내 성희롱 발생사실을 신고한 근로자 및 피해근로자들에게 불리한 처우를 한 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한 것(동법 제37조 제2항 제2호)과 균형이 맞지 않으며 직장 내 성희롱으로부터 근로자를 보호할 필요성과 고객에 의한 성희롱으로부터 근로자를 보호해야 할 필요성이 다르다고 할 수 없기 때문에 과태료만 부과하게 한 것은 타당하지 않다.

을 불편해 하고 장기요양기관을 아예 바꾸거나 장기요양기관에게 장기요양요원의 교체를 요구하고, 이를 장기요양기관에게 이야기하면 요령 있게 잘 피해가면서 일하라고 하며, 한 시설에서는 성희롱을 당한 요양보호사에게 남자 어르신 앞에서 어떻게 했기에 점잖으신 분이 그렇게 했느냐며 장기요양요원의 급여 제공의 자세를 거론한 사례까지 발생하고 있다.⁸²⁾ 서울시 실태조사에서도 성희롱 등이 발생할 경우 대처방식에 대해 응답자의 절대 다수인 70.9%가 참고 넘어간다고 답했고, 장기요양기관 차원에서 대응해 줄 것을 요구했다는 응답은 18.9%였으며, 자신이 직접 수급자나 그 보호자에게 시정을 요구했다는 응답은 7.1%에 불과했다.⁸³⁾ 장기요양기관 간 경쟁이 치열하고 수급자가 장기요양기관을 교체하는 것이 용이하기 때문에 성희롱이 발생하더라도 장기요양기관이 장기요양요원을 보호해 주지 못하고 있는 것이다. 또한 장기요양요원도 성희롱 문제에 대한 정보나 대처방법 등에 관한 교육을 받지 않은 상태에서 시간에 쫓기면서 일에 집중하다가 갑자기 성희롱을 당하게 되면 이를 대처할 경황이 없고 이에 대한 증거를 남기기도 어렵다는 점이 문제로 지적되고 있다.⁸⁴⁾

따라서 위의 남녀고용평등법상 조치 외에 수급자가 장기요양요원에게 성희롱 또는 폭력을 가하였을 때의 대응방안을 마련할 필요가 있다. 사회서비스기본법안(오세재의원 대표발의, 의안번호 2015886)⁸⁵⁾에서는 종사자에게 사회서비스 표준에서 정한 범위에서 벗어난 부당한 요구를 하거나 폭언, 폭행, 성폭력 또는 성적 수치심을 주는 성희롱 등에 해당하는 행위를 한 이용자에 대해서는 보건복지부장관, 관계 중앙행정기관의 장 및 지방자치단체의 장이 사회서비스 제공의 중단 등 적절한 조치를 취할 수 있다고 정하고 있다(제21조 제6항). 다만 수급자는 돌봄을 필요로 하는 취약성을 가지고 있어 장기요양급여의 제공이 제한될 경우 건강과 생활유지

82) 이견복, 앞의 글, 18면.

83) (사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태와 개선방안』, 서울연구원, 2013, 77면.

84) 이견복, 앞의 글, 18면.

85) 이 법안은 2020. 5. 29. 20대 국회 임기만료로 폐기되었다.

에 큰 어려움을 겪을 수 있고, 수급자의 정신건강상 문제로 이러한 문제 행동을 하는 경우도 있으므로 대응책의 마련은 신중하게 이루어져야 할 것이다.

그리고 앞서 사례에서 보았듯이 장기요양요원들이 교육의 부족으로 성희롱에 제대로 대처하지 못하는 일이 발생하지 않게 장기요양요원들에게 성희롱에 대한 대처방법 등이 포함된 적극적이고 정기적인 예방교육을 실시하고, 피해 장기요양요원을 대상으로 즉각적이고도 지속적인 상담 및 보호조치를 취하며, 수급자 및 그 가족들을 상대로 사전 성희롱 예방교육을 적극적으로 실시하는 것이 요구된다.⁸⁶⁾

한편, 2018. 12. 11. 노인장기요양보험법이 일부 개정되면서 장기요양요원이 수급자 및 그 가족이 장기요양요원에게 성희롱·성폭력 행위를 하는 경우로 인한 고충의 해소를 요청하는 경우 장기요양기관이 장기요양요원의 업무의 전환 등 적절한 조치를 할 의무를 부담하도록 하는 조항이 신설되었는데(법 제35조의4 제1항 제1호), 이에 대해서는 급여외행위 요구 부분에서 기술한 것과 동일하다.

3) 감정노동의 보호

앞에서 살펴본 부당한 업무 요구, 폭력, 폭언, 성희롱은 장기요양요원이 감정노동을 하는 상황 중의 하나라고도 볼 수 있다. 그럼에도 장기요양요원의 감정노동을 별도의 항으로 다루는 이유는 부당한 업무 요구, 성희롱, 폭력, 폭언에는 해당하지 않더라도 장기요양요원의 노동이 감정노동으로서 보호 받아야 하는 상황이 존재하고, 감정노동자를 보호하기 위한 관련 법령상의 별도의 보호조치에 대해서 검토할 필요성이 있기 때문이다.

먼저 감정노동의 정의를 살펴보면, 감정노동이란 “말투나 표정, 몸짓 등 드러나는 감정표현을 직무의 한 부분으로 연기하기 위해 자신의 감정을 억누르고 통제하는 일이 수반되는 노동”을 말하며, 주로 고객, 환자, 승객, 학생 및 민원인 등을 직접 대면하거나 음성대화매체 등을 통하여 상대하

⁸⁶⁾ 전찬희, 앞의 논문, 240면.

면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 고객응대업무 과정에서 발생한다.⁸⁷⁾ 서울시 공공부문 감정노동 보호를 위한 가이드라인 제3조에서는 감정노동이란 직업상 고객을 대할 때 자신의 감정이 좋거나, 슬프거나, 화나는 상황이 있더라도 기관에서 요구하는 감정과 표현을 고객에게 보여주는 등 고객응대 업무를 하는 노동을 말한다고 정의하고 있다.

즉 감정노동이란 서비스 이용자와의 상호작용에서 나타나는 긍정적인 감정표현의 노력, 부정적인 감정에 대한 관리와 통제가 필요한 노동을 의미한다.⁸⁸⁾ 그리고 위 서울시 가이드라인에서 명시하고 있는 것과 같이 감정 상태와 감정적인 표현을 억누르고 통제하는 일이 ‘기관의 요구’ 즉 ‘사용자의 요구’에 의해 일어나야만 감정노동에 해당한다. 감정노동은 감정의 통제가 사용자의 지휘·명령에 따라 이루어지는 종속노동의 맥락에서 문제되는 것이다.⁸⁹⁾

장기요양요원의 노동은 육체노동이면서 감정노동의 성격을 겸한다. 돌봄노동은 다른 노동과는 달리 돌봄을 제공 받고 제공하는 사람 사이의 관계가 중요한 노동이고, 수급자들의 욕구를 잘 파악하고 관계를 긍정적으로 만들어가기 위한 서비스 노동자들의 감정관리가 필요한 감정노동이며⁹⁰⁾ 돌봄은 독립적으로 일상생활을 영위하기 어렵거나 스스로 생활할 능력이 없는 사람들에게 여러 가지 보살핌을 제공하는 것으로 생물학적 욕구를 충족시키는 것뿐만 아니라 사회적·정서적 욕구 충족행위이기도 하므로⁹¹⁾, 이용자의 정서적 욕구를 충족시키는 돌봄노동은 감정노동의 성격을

87) 고용노동부, 『감정노동 종사자 건강보호 핸드북』, 한국산업안전공단, 2017, 4면.

88) 김송이, “돌봄서비스 노동자들의 노동 경험 연구: 감정노동과 관계적 노동 속성을 중심으로”, 『여성연구』 제82권 1호, 2012, 108-109면.

89) 이에 대해 방강수 박사는 감정노동자의 감정은 사용자의 사업 목적 달성을 위한 타인(사용자)을 위한 감정임에 비해 근로자가 아닌 독립사업자의 감정은 노무제공자 자신의 경제적 이익을 위한 것으로 자기를 위한 감정에 해당하고, 따라서 이러한 노무제공자의 감정과 노동법이 보호하고자 하는 감정노동에서의 감정은 구별되어야 한다고 보고 있다(방강수, “감정노동자의 법적 보호”, 한양대학교 박사학위논문, 2019, 32면).

90) 김송이, 앞의 논문, 107면.

91) 권나경·양난주, “노인과 요양보호사의 갈등에 관한 연구”, 『노인복지연구』 제73권

가지게 된다. 돌봄노동자는 돌봄수혜자를 만날 때 상호관계에서 발생하는 부정적이고 복합적인 감정을 제어하고 급여 제공자로서의 자신의 지위를 잊지 않도록 교육을 받게 되고⁹²⁾, 수급자와의 관계에서 항상 친절한 마음과 미소로 그들을 돌보아야 하기 때문에 장기요양요원들은 자신들의 희로애락을 조절하고 통제해야만 한다.⁹³⁾ 실제 한 조사에서 요양보호사들은 일하면서 가장 힘든 부분이 항상 친절하게 기쁜 마음으로 노인들을 돌보고 자신의 욕구보다는 그들의 욕구에 따라 움직여야 한다는 것이라고 진술하기도 하였다.⁹⁴⁾ 다만 대부분의 감정노동은 고객과 근로자 사이에 장기적인 관계가 형성되지 않는 일시적 성격을 가지지만, 돌봄노동은 관계가 지속적으로 발전하는 경향을 보인다는 점에서 일반적인 감정노동과 차이가 있으며, 이러한 지속적 관계성이라는 특징은 무상의 돌봄노동 뿐만 아니라 금전적 대가를 지급 받는 돌봄노동에서도 동일하게 나타난다.⁹⁵⁾ 이러한 돌봄노동의 지속적 특징으로 인해 수급자(고객)로부터 장기요양요원이 받는 피해는 반복적으로 누적될 수 있으므로, 장기요양요원을 수급자의 괴롭힘으로부터 보호하는 것은 중요한 의미를 지닌다.

감정노동의 보호에 대해서는 산업안전보건법령에서 규율하고 있는데, 산업안전보건법 제5조는 사용자에게 근로자의 신체적 피로와 정신적 스트레스 등을 줄일 수 있는 쾌적한 작업환경을 조성하고 근로조건을 개선할 의무를 부과하고 있다. 그리고 산업안전보건기준에 관한 규칙 제669조(직무스트레스에 의한 건강장해 예방 조치)는 사업주는 근로자가 신체적 피로와 정신적 스트레스 등이 높은 작업을 하는 경우에 법 제5조 제1항에 따라 직무스트레스로 인한 건강장해 예방을 위하여 여러 조치⁹⁶⁾를 하여야

3호, 한국노인복지학회, 2017, 143면.

92) 손기영 외, 『노인 돌봄 근로자 처우개선 방안 연구』, 노사발전재단·경기비정규직지원센터, 2018, 15면.

93) 김송이, 앞의 논문, 124면.

94) 김송이, 앞의 논문, 113면.

95) Susan Himmelheit, "Caring Labor", 『THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY』 561, January 1999, p.27.

96) 조치의 내용으로는 ① 작업환경·작업내용·근로시간 등 직무스트레스 요인에 대해

한다고 규정하고 있다.

그런데 위와 같은 사업주의 조치의무만으로는 고객에 의한 폭언 등 인격권 침해로부터 감정노동자를 보호하기에 충분하지 않으므로, 2018. 4. 17. 법률 제15588호로 일부개정 된 산업안전보건법은 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 예방조치, 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 발생 등에 대한 조치, 불리한 처우 금지를 규정하면서 감정노동의 사전·사후 보호조치를 모두 담고 있다. 사업주는 주로 고객을 직접 대면하거나 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률에 따른 정보통신망을 통하여 상대하면서 상품을 판매하거나 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 근로자(이하 “고객응대근로자”라고 한다)에 대하여 고객의 폭언, 폭행, 그 밖에 적정 범위를 벗어난 신체적·정신적 고통을 유발하는 행위(이하 “폭언등”이라고 한다)로 인한 건강장해를 예방하기 위하여 ① 폭언등을 하지 아니하도록 요청하는 문구 게시 또는 음성 안내, ② 고객과의 문제 상황 발생 시 대처방법 등을 포함하는 고객응대업무 매뉴얼 마련, ③ 위 고객응대업무 매뉴얼의 내용 및 건강장해 예방 관련 교육 실시, ④ 그 밖에 고객응대근로자의 건강장해 예방을 위하여 필요한 조치를 하여야 한다(산업안전보건법 제26조의2 제1항, 동법 시행규칙 제26조의2). 그리고 사업주는 고객의 폭언등으로 인하여 고객응대근로자에게 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우에는 ① 업무의 일시적 중단 또는 전환, ② 근로기준법 제54조 제1항에 따른 휴게시간의 연장⁹⁷⁾, ③ 폭언등으로 인한

여 평가하고 근로시간 단축, 장·단기 순환작업 등의 개선대책을 마련하여 시행할 것, ② 작업량·작업일정 등 작업계획 수립 시 해당 근로자의 의견을 반영할 것, ③ 작업과 휴식을 적절하게 배분하는 등 근로시간과 관련된 근로조건을 개선할 것, ④ 근로시간 외의 근로자 활동에 대한 복지 차원의 지원에 최선을 다할 것, ⑤ 건강진단 결과, 상담자료 등을 참고하여 적절하게 근로자를 배치하고 직무스트레스 요인, 건강문제 발생가능성 및 대비책 등에 대하여 해당 근로자에게 충분히 설명할 것, ⑥ 뇌혈관 및 심장질환 발병위험도를 평가하여 금연, 고혈압 관리 등 건강증진 프로그램을 시행할 것 등이 있다.

97) 이는 감정노동자의 스트레스를 즉각적으로 치유할 수 있도록 심리적 안정을 취할 수 있는 시간을 부여하라는 취지이다(방강수, 앞의 논문, 217면). 방강수 박사는 이 시간은 사용자의 보호조치가 필요한 시간이고, 감정노동자가 업무수행 중에 받

건강장해 관련 치료 및 상담 지원, ④ 관할 수사기관 또는 법원에 증거물·증거서류를 제출하는 등 고객응대근로자 등이 폭언등으로 인하여 고소, 고발 또는 손해배상 청구 등을 하는 데 필요한 지원 조치를 하여야 한다(산업안전보건법 제26조의2 제2항, 동법 시행령 제25조의7). 그리고 고객의 폭언 등으로 인한 건강장해 발생 시 업무의 일시적 중단 또는 전환, 휴게시간의 연장 등 조치를 하지 않을 경우 1천만 원 이하의 과태료(산업안전보건법 제75조 제4항 제1호의2), 고객응대근로자의 건강장해 발생에 대한 조치 요구를 이유로 한 해고, 그 밖에 불리한 처우를 한 경우 1년 이하의 징역 또는 1천만 원 이하의 벌금에 처하도록 제재규정(동법 제68조 제2호의2, 제26조의2 제3항)도 마련해 실효성을 높이고자 했다.

장기요양요원은 주로 고객을 대면하여 서비스를 제공하는 업무에 종사하는 고객응대근로자에 해당하므로 이들에게 산업안전보건법상 감정노동 보호 관련 조항이 적용된다. 따라서 장기요양기관은 산업안전보건법에 따라 장기요양요원이 수급자의 폭언등으로 인한 건강장해를 입지 않도록 예방하는 조치, 건강장해가 발생하거나 발생할 현저한 우려가 있는 경우 급여 제공 업무의 중단 등 필요한 조치를 취하여야 하고⁹⁸⁾, 장기요양요원의 이러한 조치 요구를 이유로 해고, 업무에서의 배제 등 불이익한 처우를 하여서는 아니 된다. 그리고 사용자는 근로자에 대해 안전배려의무를 부담하므로, 산업안전보건법에 안전보건조치에 관한 규정이 없는 경우에는 사용자의 안전배려의무에 근거하여 장기요양요원의 안전과 건강을 보호할 필요성이 있다.⁹⁹⁾

(3) 수급자에 대한 인권교육의 필요성

생한 위험 때문에 보장되는 것이므로 유급으로 처리되어야 한다고 보고 있는데(방강수, 앞의 논문, 218면), 이에 대해 찬동한다.

⁹⁸⁾ 사용자가 산업안전보건법 제26조의2 제1항에 따른 조치 의무를 이행하지 않을 경우 이에 대해 근로자가 사용자에게 대한 이행을 청구할 수 있다는 견해로는 방강수, 앞의 논문, 19면 참조.

⁹⁹⁾ 방강수, 앞의 논문, 247면.

법 제35조의3 및 동법 시행령 제14조의2는 장기요양기관의 설치·운영자, 장기요양요원에 대해 인권에 관한 교육을 받을 의무를 부여하고, 해당 장기요양기관을 이용하고 있는 수급자에게 인권교육을 실시할 수 있다고 규정하여, 수급자에 대한 인권교육 실시 여부에 대한 결정을 장기요양기관의 재량에 맡기고 있다. 그리고 동법 시행규칙 제27조의2 제3항에서는 장기요양기관 설치·운영자는 해당 기관을 이용하고 있는 수급자에게 장기요양기관에서 인권침해가 발생했을 경우의 신고 요령 및 절차를 교육할 수 있다고 규정하고 있는데, 수급자에 대한 인권교육의 범위가 수급자가 인권침해를 당한 경우의 신고 요령 및 절차에 한정되는지가 문제된다. 노인장기요양보험법은 인권교육의 내용에 대해 필요한 사항은 보건복지부령으로 정하도록 위임하고 있는데(법 제35조의3 제5항), 법 제35조의2 제2항은 수급자에게 인권교육을 실시할 수 있다고 규정하고 있을 뿐, 그 인권교육의 내용을 장기요양기관, 장기요양요원의 수급자에 대한 인권침해에 관련된 것으로 한정하고 있지 않으므로 법 시행규칙 제27조의2 제3항을 수급자의 장기요양요원에 대한 인권침해에 대한 교육을 배제하는 것으로 해석한다면 이는 법 제35조의3 제2항의 인권교육의 범위를 지나치게 좁히는 것이다. 이와 같은 논란을 없애기 위해 법 시행규칙 제27조의2 제3항에 수급자가 장기요양요원에 대해 인권침해를 가하는 경우에 관한 인권교육을 할 수 있도록 명시적으로 규율할 필요성이 있다. 그리고 수급자의 장기요양요원에 대한 성희롱, 폭언, 폭행, 괴롭힘 등을 줄이기 위해 수급자에 대해서도 인권교육 실시를 의무화하거나(이 경우 각 장기요양기관이 교육을 하기보다는 건강보험공단이나 지방자치단체 차원에서 교육을 실시하게 하는 것이 효과적일 것이라고 생각된다), 적어도 성희롱, 폭력, 폭언, 괴롭힘 등의 문제를 일으키는 수급자에 대해서는 장기요양요원 인권침해가 재발되지 않도록 인권교육 실시를 강화할 필요가 있다.

IV. 나오며

지금까지 수급자의 보호, 장기요양요원의 보호를 중심으로 장기요양요원과 수급자의 관계를 살펴보았다. 장기요양요원의 지위를 향상시키고 처우를 개선하는 것이 중요하지만 그 논의 과정에서 장기요양제도의 존재 목적인 수급자의 관점이 배제되어서는 아니 된다. 장기요양제도는 돌봄 제공을 통해 수급자의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하는 것을 존재의 목적으로 하므로, 장기요양요원의 권리 보장으로 인하여 수급자의 정당한 권리가 침해되는 일이 발생하지 않도록 유의할 필요가 있고, 장기요양요원의 보호 및 처우 개선을 통해 궁극적으로 수급자에게 보다 나은 돌봄이 제공될 수 있도록 하여야 한다. 마찬가지로 수급자에게 돌봄을 제공하는 과정에서 수급자에 의해 장기요양요원이 괴롭힘을 당하거나 인권이 침해되는 일이 허용되거나 방치되어서는 아니 된다. 장기요양급여 제공 현장에서 마주치는 양 당사자인 수급자와 장기요양요원 중 어느 누구에 대한 보호를 소홀히 하거나 일방의 보호에만 치우친다면 장기요양보험 제도는 그 목적을 제대로 달성할 수 없거나 그 지속가능성을 담보할 수 없기 때문이다.

장기요양은 개인에게 맡겨 둘 수 없고, 우리가 함께 책임져야 할 사회적 문제이다. 장기요양요원의 돌봄노동은 시장의 수요·공급에만 맡길 수 없다. 돌봄노동, 돌봄관계의 특징은 무엇인가. 그 특징은 일의 완성, 업무의 처리 등을 목적으로 하는 여타의 노동과는 달리 인간을 목적으로 하는 인간의 노동이라는 점이다. ‘인간을 인간으로 대접하는 것’, ‘생명을 생명으로 존중하는 것’이 돌봄의 중심과제가 되어야 한다. 이러한 과제는 돌봄을 필요로 하는 수급자뿐만 아니라 돌봄을 제공하는 장기요양요원에 대해서도 실현되어야 함은 물론이다.

참고문헌

- 권나경·양난주, “노인과 요양보호사의 갈등에 관한 연구”, 『노인복지연구』 제73권 3호, 한국노인복지학회, 2017.
- 권현정 외, “요양보호사의 불안정 노동과 이직을 둘러싼 제도적 관계”, 『사회복지정책』 제45권 제3호, 2018.
- 고용노동부, 『감정노동 종사자 건강보호 핸드북』, 한국산업안전공단, 2017.
- 김복기, “사회적 기본권의 법적 성격 - ‘인간다운 생활을 할 권리’를 중심으로 -”, 『사회보장법연구』 제3권 제1호, 서울대 사회복지법연구회, 2014.
- 김상근, “사회복지개론”, 『가정봉사원의 활동과 실제』, 사단법인 한국재가노인복지협회, 1997.
- 김석준, 『고령사회와 노인장기요양시설』, 한국학술정보(주), 2009.
- 김송이, “돌봄서비스 노동자들의 노동 경험 연구: 감정노동과 관계적 노동 속성을 중심으로”, 『여성연구』 제82권 1호, 2012.
- 김정희·김태동, “요양보호사의 근로자성과 법적지위 검토”, 『사회복지법제연구』 제9권 제1호(통권 제11호), 2018.
- 김철수, 『헌법학개론』, 박영사, 2005.
- 김혜경 편, 『노인돌봄』, 양서원, 2011.
- 김희강, “돌봄과 돌봄 없는 정치이론”, 『한국정치학회보』 52집 2호, 한국정치학회, 2018(a).
- _____, “돌봄: 헌법적 가치”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018(b).
- 도중환, 『당신은 누구십니까』, 창작과비평사, 1993.
- 박정연, “복지서비스의 민간공급에 관한 공법적 규율 - 노인요양서비스를 중심으로-”, 고려대학교 박사학위논문, 2015.
- 방강수, “감정노동자의 법적 보호”, 한양대학교 박사학위논문, 2019.
- 방준식, “돌봄사업과 돌봄노동에 관한 법적 과제 - 노인요양서비스를 중심으로 -”, 『법학논총』 제29집 제2호, 2012.
- 보건복지부, 『2019년도 노인돌봄서비스 사업안내』, 2019.
- (사)보건복지자원연구원, 『서울시 요양보호사 노동실태와 개선방안』, 서울연구원, 2013.

- 석재은, “돌봄정의(Caring Justice) 개념구성과 한국 장기요양정책의 평가”, 『한국사회정책』 제25권 제2호, 한국사회정책학회, 2018.
- 손기영 외, 『노인 돌봄 근로자 처우개선 방안 연구』, 노사발전재단·경기비정규직지원센터, 2018.
- 신권철, “노인 돌봄과 학대의 법적 쟁점과 과제”, 『저스티스』 통권 제146-1호, 2015.
- _____, “사업장 내 정신건강문제의 법적 고찰”, 『노동법연구』 제43호, 서울대노동법연구회, 2017.
- _____, “정신보건법상 강제입원제도의 문제점과 개선방안 - 물화(物化)되는 인격적 주체성의 복원을 중심으로-”, 『서울法學』 제22권 제2호(Ⅱ), 2014.
- _____, “정신질환자의 법적 지위: 배제에서 통합으로”, 서울대학교 박사학위논문, 2012.
- 신태휴 외, “요양보호사의 전문성 인식이 서비스 질에 미치는 영향”, 『한국콘텐츠학회논문집』 제18권 9호, 2016.
- 양 건, 『헌법강의』, 법문사, 2013.
- 엄기욱·박인아, “노인장기요양기관 유형별 요양보호사의 부상 및 인권침해 경험 이 이직의도에 미치는 영향 연구”, 『한국사회복지조사연구』 제43권, 2015.
- 요시무라 카즈미, 『일본의 개호복지』, 박성호 역, 제이앤씨, 2005.
- 윤지영, “노인장기요양보험법 개정현황과 과제”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
- 이건복, “요양보호사가 바라본 노인장기요양보험 10년 평가와 개선 요구”, 노인장기요양보험 전면개혁을 위한 대토론회 자료집, 2017.
- 이광재, 『노인요양보험제도의 이해』, 공동체, 2007.
- 전우석, “커뮤니티 케어의 법적 논의에 관한 우려”, 『복지이슈 Today』 vol. 73, 서울시복지재단, 2019.
- 전찬희, “요양보호사의 노동인권에 관한 고찰”, 『한국콘텐츠학회논문지』 제13권 5호, 한국콘텐츠학회, 2013.
- 조남경, “사회서비스의 가치와 지향, 한계, 그리고 가능성: 이용자 중심성으로 본 사회서비스의 변화와 발전”, 『사회서비스연구』 Vol. 7 No. 1, 한국사회서비스학회, 2017.

트론토, 『돌봄민주주의』, 김희강·나상원 역, 아포리아, 2014.

허남재·석재은, “재가 장기요양 돌봄노동의 특성과 돌봄관계에 대한 시민권적 접근”, 『노인복지연구』 통권 63호, 한국노인복지학회, 2014.

허라금, “관계적 돌봄의 철학: ‘필요의 노동’을 넘어 ‘정치적 행위’로”, 『사회와 철학』 제35집, 2018.

키테이, 『돌봄: 사랑의 노동』, 김희강·나상원 역, 박영사, 2016.

Susan Himmelheit, “Caring Labor”, 『THE ANNALS OF THE AMERICAN ACADEMY』 561, January 1999.

原田啓一郎, “介護人材不足と高齢者の介護保障”, 『法学セミナー』 no.767, 2018.

<Abstract>

The legal relationship between long-term care
workers and beneficiaries

— Focusing on the protection of long-term care workers
and beneficiaries —

Oh, Daiyoung*

Among many players engaged in the long-term care insurance scheme, a long-term care worker provides his/her care service to the elderly at the forefront of the scheme and stands at the center of various relationships surrounding the scheme. With the belief that it would be important to review (i) a long-term care worker's legal relationships with other players within the long-term care insurance scheme and (ii) the legal status of long-term care workers in order to ensure the sustainable development of the long-term care insurance scheme, this study has reviewed a long-term care worker's relationship with his/her beneficiary.

To look into a long-term care worker's caregiving work to older persons, it is not sufficient to take a look at a care worker's service only from the perspective of protecting a long-term care worker as an employee in the relationship with a long-term care institution (the care worker's employer). We also have to consider a long-term care worker's complex relationship with his/her beneficiary who needs to be taken care of by the care worker and thereby is at a vulnerable

* Attorney, Ph.D in law.

position, on the one hand, but who is also able to exercise the right to choose in regard to a long-term care worker and compels the care worker to do things beyond his/her scope of work, on the other hand.

In the course of providing benefits, the human rights of beneficiaries with vulnerabilities that require care shall not be violated, nor shall long-term care workers be allowed or neglected to be harassed or infringed on their rights by beneficiaries. This is because the long-term care insurance system cannot achieve its purpose properly if it neglects the protection of either beneficiary or long-term care worker who is the two parties to the site of providing long-term care benefits or is biased toward one-sided protection.

Key Words: Long-term care worker, care worker, multiple relationship, the protection of long-term care workers, the protection of beneficiaries