

# 가사근로의 노동법적 포섭\*

박 제 성\*\*

## I. 가사근로의 노동법 적용배제

노동관계법령 또는 사회보장관계법령에서는 ‘가사근로’ 및 ‘가사근로자’ 대신 ‘가사사용인’ 또는 ‘가구 내 고용활동’ 또는 ‘가사서비스업’<sup>1)</sup> 등의 표현을 사용하고 있다. 법령에서 가사근로를 지칭하는 용어를 사용하고 있는 경우는 거의 대부분 법의 적용 범위에서 제외하는 것을 목적으로 한다. 대표적인 것이 근로기준법이다. 근로기준법 제11조는 가사사용인을 적용 범위에서 제외하고 있다. 근로기준법은 노동관계를 규율하는 ‘기준’이 되는 법, 즉 일종의 준거법이므로, 다른 노동관계법에서도 가사사용인에 대하여 법 적용을 제외하는 근거가 된다.

〈표 1〉 가사근로자 적용 배제 조항이 포함된 노동관계법령

근로조건 관련	근로기준법	제11조(적용 범위) ① 이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사(家事) 사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.
	최저임금법	제3조(적용 범위) ① 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업과 가사(家事) 사용인에게는 적용하지 아니한다.

\* 이 글은 황덕순 외(2015), 『가사서비스 공식화에 따른 경제적 효과 분석』의 일부를 발췌·재정리한 것이다. 사례조사를 토대로 한 연구이지만 간담회에서 토론된 녹취 내용을 있는 그대로 실는 것은 최소화하고, 녹취내용을 축약하여 재구성하였다.

\*\* 한국노동연구원 연구위원(jeseongpark@kli.re.kr).

1) 고용보험법 시행령 제2조 제1항 제3호에 제시되었던 표현인데, 2015. 7. 1자로 시행된 법령개정에 따라 현행 시행령에서는 ‘가구 내 고용활동 및 달리 분류되지 아니한 자가소비 생산활동’이라는 표현으로 대체되었다.

〈표 1〉의 계속

근로조건 관련	임금채권보장법	제3조(적용 범위) 이 법은 「산업재해보상보험법」 제6조에 따른 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 국가와 지방자치단체가 직접 수행하는 사업은 그러하지 아니하다.
차별금지 관련	기간제 및 단시간 근로자 보호에 관한 법률	제3조(적용범위) ① 이 법은 상시 5인 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다. 다만, 동거의 친족만을 사용하는 사업 또는 사업장과 가사사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.
	남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률	제3조(적용 범위) ① 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 대통령령으로 정하는 사업에 대하여는 이 법의 전부 또는 일부를 적용하지 아니할 수 있다.  시행령 제2조(적용범위) ① 「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」(이하 “법”이라 한다) 제3조제1항 단서에 따라 동거하는 친족만으로 이루어지는 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)과 가사사용인에 대하여는 법의 전부를 적용하지 아니한다.
사회보장 관련	산업재해보상 보험법	제6조(적용 범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 위험률·규모 및 장소 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업에 대하여는 이 법을 적용하지 아니한다.  시행령 제2조(법의 적용 제외 사업) ① 「산업재해보상보험법」(이하 “법”이라 한다) 제6조 단서에서 “대통령령으로 정하는 사업”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)을 말한다. 4. 가구내 고용활동
	근로자퇴직 급여보장법	제3조(적용범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 동거하는 친족만을 사용하는 사업 및 가구 내 고용활동에는 적용하지 아니한다.
	고용보험법	제8조(적용 범위) 이 법은 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장(이하 “사업”이라 한다)에 적용한다. 다만, 산업별 특성 및 규모 등을 고려하여 대통령령으로 정하는 사업에 대하여는 적용하지 아니한다.  시행령 제2조(적용 범위) ① 법 제8조 단서에서 “대통령령으로 정하는 사업”이란 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사업을 말한다. 3. 가구 내 고용활동 및 달리 분류되지 아니한 자가소비 생산활동*

\* 개정된 고용보험법 시행령이 2015. 7. 1. 자로 시행되기 전의 법령에는 ‘3. 가사서비스업’이라고 표현되어 있었음.

## II. 가사근로의 정의

가사근로 및 가사근로자에 대해서 노동관계법 및 사회보장관계법에서 전면적으로 적용이 배제되고 있음에도 불구하고, 위 법령들은 누가 그런 범주에 속하는지를 따로 정의하지 않고 있다. 가사근로의 정의는 학설 및 판례에 의한 해석론에 맡겨져 있다.

### 1. 학설

학설에서는 가사사용인의 정의에 대해서 “사업에 사용되어 오로지 또는 주로 사업주의 가사(조리, 청소, 간병, 육아)에 종사하는 자”라고 해석하는 견해,<sup>2)</sup> “가사사용인은 가정부, 간병인 등과 같이 가정의 집안일 즉 가사에 사용되는 자로서 작업의 종류, 성질 등을 감안하여 구체적인 근로실태에 따라 판단되며, 근로계약의 당사자가 누구인지는 고려되지 않는다”라고 하는 견해,<sup>3)</sup> “가사사용인은 입주하여 가족의 일환으로서 생활시간과 근로시간이 구별할 수 없는 정도여야 한다고 좁게 해석함이 옳으나 법문상으로는 파출부 등 시간제근로자도 포함될 가능성이 있다”라고 지적하면서 엄격하게 한정하는 입법이 필요하다고 주장하는 견해,<sup>4)</sup> 또는 “개인 가정의 이익을 위하여 일하는 자이므로 한 가정이 아니라 아파트 등 공동주택의 유지나 관리와 같이 다수 가정의 공통이익을 위하여 일하는 자는 가사사용인이 아니다.”라고 해석하면서 또한 “회사업무와 가사업무를 겸하고 있는 경우에는 고용주체, 업무의 주된 내용, 보수결정의 방법 등 실질적 관계를 종합적으로 고려하여 판단하여야 한다.”라는 견해<sup>5)</sup> 등이 있다.

참고로 『가사근로자의 인간다운 노동에 관한 ILO 제189호 협약』(2011)은 가사근로를 “하나 이상의 가계에서 또는 가계를 위해 수행되는 노동”으로 정의하고, 가사근로자는 “고용관계 안에서 가사근로에 종사하는 사람”으로 정의하면서, 다만 “직업적인 토대 없이 가끔 또는 단속적으로만 가사근로를 수행하는 자”는 가사근로자가 아니라고 정의하고 있다.<sup>6)</sup>

2) 임종률(2015), 『노동법』 제13판, 박영사, p.333.

3) 하갑래(2011), 「가사근로자의 법적지위에 관한 연구」, 『노동법학』 제37호, p.213.

4) 박홍규(2005), 『고용법, 근로조건법』 제2판, 삼성사, p.268.

5) 김유성(2005), 『노동법 I』, 법문사, p.52.

6) 번역은 이병희 외(2012), 『비공식 취업 연구』, 한국노동연구원, p.242에 따랐다.

## 2. 판례

판례에서는 아직 가사사용인을 직접 정의한 것이 보이지 않는다. 간접적으로 관련되는 판례를 찾아보면 우선 일당제나 시간제 파출부가 직업안정법상 ‘직업’에 해당한다는 판례가 있다.<sup>7)</sup> 판례에 의하면, 직업안정법 제19조 제1항<sup>8)</sup>에서 말하는 ‘직업’은 반드시 일정한 직장에서 계속적으로 일하거나 생계유지를 위하여 하는 것에 한정할 필요는 없고 임금을 목적으로 하는 이상 일시적이거나 시간제로 일하는 경우도 포함하는 것이므로, 일당제 혹은 시간제 파출부도 위 규정 소정의 직업에 포함된다고 한다. 파출부의 일을 “임금을 목적으로 하는” 것이라고 인정하고 있다는 점에서 파출부를 ‘근로자’로 해석하고 있다고 볼 수 있다. 직업안정법에는 ‘근로자’의 정의 규정이 없지만, 판례는 근로기준법상 근로자로 보고 있다.<sup>9)</sup> 다만, 파출부가 근로자에 해당한다고 하더라도 소개자의 근로자인가, 가정의 근로자인가, 누구의 근로자인가 하는 문제는 여전히 남는다.

또 다른 판례로는 간병인은 간병인협회의 근로자가 아니라는 판례가 있다.<sup>10)</sup> 판례에 의하면, 간병인들의 간병인협회 가입 또는 탈퇴가 자유롭고, 협회가 간병인들의 업무수행을 구체적으로 지시하였다고 보기 어렵고, 간병인 스스로 다른 간병인을 통하여 업무를 대신하게 할 수 있고, 협회에는 간단한 내용의 협회 내규만이 있을 뿐 달리 간병인들에게 적용되는 취업규칙이나 인사규정이 없으며, 간병인들에 대한 기본급 내지 고정급이 없고, 4대 보험에도 가입되지 않은 점 등에 따라 간병인들은 간병인협회의 근로자로 볼 수 없다고 한다.

또한 간병인과 병원 사이의 근로계약관계에 대해서도 현재까지의 판결은 부정적인 입장이다. 예를 들어 공동간병 시스템(여러 명의 간병인이 여러 명의 환자를 공동으로 보살피는 시스템)에서의 간병인과 병원 사이의 근로계약관계가 다투어진 가은병원 사건에서 행정법원<sup>11)</sup>과 서울고등법원<sup>12)</sup>은 근로계약관계의 존재를 부정한 바 있다.

7) 대법원 1997. 2. 28. 96도3034 판결. 파출부로서의 구직을 원하는 부녀자로부터 회비 명목으로 소개알선료를 받고, 파출부를 고용하고자 하는 사람으로부터도 역시 회원등록비 명목으로 소개알선료를 받으며 일당 고용관계의 파출부를 알선·소개한 행위를 직업안정법 소정의 유료직업소개사업을 한 것으로 본 사례.

8) 직업안정법 제19조(유료직업소개사업): ①유료직업소개사업의 허가는 소개대상이 되는 근로자가 취직하고자 하는 장소를 기준으로 하여 국내유료직업소개사업과 국외유료직업소개사업으로 구분하여 하되, 국내유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 시·도지사의 허가를, 국외유료직업소개사업을 하고자 하는 자는 노동부장관의 허가를 받아야 한다. 허가받은 사항을 변경하는 경우에도 또한 같다.\*

\* 판결 당시(1997. 2. 28.)의 법 조문임. 현행 법 조문에는 유료직업소개사업이 ‘허가’ 사항이 아니라 ‘등록’ 사항으로 되어 있다는 것이 달라진 점임.

9) 대법원 2010. 10. 28. 2010도9240 판결 등.

10) 대법원 2009. 3. 12. 2009도311 판결.

11) 서울행정법원 2008. 7. 22. 2008구합7694 판결.

### 3. 권리제한형 규정에 정의 규정이 부재하는 문제점

위에서 본 바와 같이 근로기준법을 비롯하여 중요한 노동관계법과 사회보장관련법은 가사근로자, 즉 가사사용인에게 적용되지 않는다. 법에서 명문으로 적용을 제외하고 있기 때문이다. 그런데 어떤 법에서도 “가사사용인”의 의미를 정의하고 있지 않다. 이런 입법 기술(記述)은 상당히 문제점이 많다. 권리보장형 규정에서는 개방형으로 하는 것이 관련자의 권리 보장에 더 유리할 수 있기 때문에 큰 문제가 없을 수 있지만, 가사사용인의 경우와 같은 권리제한형 규정에서는 권리를 제한한다는 바로 그 이유 때문에 대상자를 엄격하게 규정할 필요성이 더 크다.

## Ⅲ. 적용배제의 문제점

가사사용인 적용배제 조항으로 인하여 침해되는 권리의 범위가 노동관계법령 전반에 걸쳐 있는 만큼 가사사용인 적용배제 논리의 타당성이 면밀하게 검토되어야 한다.

### 1. 가사근로의 비사업성 또는 가사사용인의 비근로자성을 이유로 한 적용배제의 문제점

가사사용인에 대하여 근로기준법을 적용하지 않는 것은 무엇보다도 가사를 근로기준법상의 ‘사업’으로 보기 어렵기 때문이라고 해석하는 견해가 있다.<sup>12)</sup> 이 견해는 가사사용인이 근로기준법상의 근로자가 아니라고 직접 주장하지는 않는다. 그러나 근로기준법에서 정의하는 근로자는 “직업의 종류와 관계없이 임금을 목적으로 사업이나 사업장에 근로를 제공하는 자”를 말하므로, 가사가 사업이 아니라면 가사사용인도 근로자가 아니게 된다. 그러므로 이 견해에 의하면 근로기준법 제11조는 당연한 사실을 확인한 것이 된다.

하지만 만약 이 견해대로 한다면, 근로기준법 제11조의 가사사용인 관련 규정을 삭제한다 하더라도 가사사용인에게는 근로기준법이 적용되지 않는 결과가 초래된다. 왜냐하면 가사사용인은 근로기준법상의 근로자가 아니기 때문이다. 이러한 결과는 이론적으로도 타당하지 못하며, 정책적으로도 바람직하지 않다. 근로기준법에서 말하는 근로자란 기본적으로 지시종속관계에서 근로하는 자를 말하는 것이기 때문에, 가사사용인도 지시종

12) 서울고등법원 2009. 9. 18. 2008누24011 판결.

13) 김유성(2005), 앞의 책, p.51.

속관계에서 근로하는 한 근로자성을 부정할 이유는 없다.

나아가 사업의 의미에 대해서도 정의하는 규정이 없고, 그래서 무엇이 사업인지에 대해서 논란이 제기되는 상황에서, 가사는 사업이 아니라는 결론은 성급하다 할 것이다. 근로기준법 제11조 제1항은 “이 법은 상시 5명 이상의 근로자를 사용하는 모든 사업 또는 사업장에 적용한다.”라고 규정한 후, “다만, 가사사용인에 대하여는 적용하지 아니한다.”라고 해서 가사사용인을 별도로 거론하고 있다. 만약 가사사용인을 사용하는 것이 사업에 해당되지 않거나 가사사용인을 사용하는 장소가 사업장이 아니라면 앞 부분의 문장만으로 적용이 배제될 것이므로 개념조차 규정되지 않은 가사사용인을 별도로 거론할 필요가 없을 것이다.

판례나 학설의 태도를 보더라도 가사업무를 사업에서 배제하는 데 대해 여운을 남기고 있음을 알 수 있다. 사업에 해당되기 위해서는 사회통념상 유기적인 관계를 가지고 업으로서 계속적으로 행하여질 것이 요청된다고 해석하는 것이 보통이다.<sup>14)</sup> 즉, 개인이 자기 집을 고치기 위해 목수를 고용하거나 정원사로 하여금 정원을 손질하게 하는 것처럼 일회적, 일시적 사업은 근로기준법 적용대상이 아니지만, 일회적 일시적인 사업이라고 하더라도 업으로서 사업을 계속하려는 의도가 있으면 근로기준법 적용대상이라는 것이다.<sup>15)</sup>

한편, 산업재해보상보험법(제6조)은 “대통령령으로 정하는 사업”을 법의 적용범위에서 제외하고 있는데, 동법 시행령(제2조)은 이에 따라 “가구내 고용활동”(제1항 제4호)을 그 사업의 하나로 규정하고 있다. 또한 고용보험법(제8조)도 마찬가지로 “대통령령으로 정하는 사업”을 법의 적용범위에서 제외하고 있는데, 2015. 7. 1. 자로 시행된 현행 동법 시행령 제2조에서도 산업재해보상법 시행령의 경우와 똑같이 “가구내 고용활동”(제1항 제3호)을 그 사업의 하나로 제시하고 있다. 그런데 고용보험법 시행령이 위와 같이 개정되기 전(즉 2015. 6. 30. 이전)의 동일 조항(시행령 제2조 제1항)에서는 “가사서비스업”(제3호)을 그 사업의 하나로 제시하고 있었다. 이것은 곧 가사근로도 사업에 해당될 수 있음을 전제로 한 것이다.

이와 비슷한 예는 다른 법에서도 발견된다. 외국인근로자의 고용 등에 관한 법률은 “외국인근로자를 고용하고 있거나 고용하려는 사업 또는 사업장”에 적용되며(제3조), 외국국적동포의 특례고용허가제에 따라, “서비스업, 제조업, 농업 또는 어업으로서 정책위원회가 산업별 특성을 고려하여 정하는 사업 또는 사업장”의 사용자는 외국국적동포를 고용할 수 있다(법 제12조 제1항). 이에 근거하여 외국인력정책위원회에서 의결하고 고용노동부 장관이 공표하는 특례고용허가제 고용허용 업종에는 “가구내 고용활동”이 포함된다.

14) 김형배(2010), 『노동법』 제19판, 박영사, p.339.

15) 임종률(2015), 앞의 책, p.333; 대법원 1994. 10. 25. 94다21979 판결.

이러한 점들을 종합해 볼 때 가사사용인의 근로가 “사업 또는 사업장”에서 이루어지는 것이 아니어서 근로기준법상 근로자가 아니고 따라서 근로기준법이 적용되지 않는다는 주장은 근거가 약하다고 할 것이다. 요컨대 근로기준법 제11조는 가사근로의 특수성을 고려하여 정책적으로 법의 적용을 제외한 것으로 해석해야 한다. 그렇게 해석하는 것이 정책적 환경의 변화에 따라 가사사용인에게 노동관계법을 적용할 수 있는 가능성을 확보해 준다는 점에서도 바람직하다고 할 것이다.

## 2. 사생활 보호 필요성을 이유로 한 적용배제의 문제점

가사사용인에 대해서 근로기준법을 적용하지 않는 이유를 사생활 보호에서 찾는 견해들이 많다. 이 견해는 가사사용인이 근로자가 아니라면 적용 제외 규정을 둘 필요도 없으므로 근로기준법 제11조는 가사사용인의 근로자성을 전제한 위에서, 가사근로는 개인의 사생활과 관련되어 있어 성질상 국가의 규제와 행정감독이 곤란하거나 사생활 보호의 필요성으로 인해 법을 적용하는 것이 부적절하다는 사정 등 가사근로의 특수성을 반영하여 정책적으로 근로기준법의 적용을 제외한 것이라고 해석한다.<sup>16)</sup>

하지만 사생활 보호와 근로조건의 보호를 위한 감독이 서로 배타적이라고만 보기가 어렵고, 사생활의 본질적인 내용을 침해하지 않으면서 행정적인 감독을 할 수 있는 방안을 강구할 수 있기 때문에, 이러한 견해도 온전히 타당하다고 하기는 힘들다. 가사근로관계는 비록 개인의 가정 내에서 이루어지는 관계이기는 하지만, 부부관계나 부자관계와 달리 임금을 목적으로 타인의 지시 아래 근로를 수행하는 관계라는 점에서 분명히 구별된다. 특히 오늘날에는 개인의 사생활이라는 이유로 가정폭력에 공권력이 개입하는 것을 꺼리던 과거의 태도를 비판하는 목소리가 높다.

그런 점에서 본다면, 사생활을 이유로 법의 적용을 제외하는 것은 다분히 전근대적인 태도라는 비판을 면하기 어려울 것이다. 적용배제 조항은 근로기준법 제정 당시부터 존재했는데 가사사용인이 하인 또는 유사가족의 일원으로 여겨지던 과거의 관행과 인식을 바탕으로 한 것으로 보인다. 그러나 오늘날에는 자신을 서비스 이용자 가족의 일원으로 여기는 가사근로자는 더 이상 찾기 어려우며, 일정한 대가를 목표로 가사서비스를 제공하여 생계를 유지하는 계약적 관계로 인지하고 있다.

가사근로자의 실태에 대해 조사한 연구에 따르면,<sup>17)</sup> 인력중개업체를 통하여 계약이 체

16) 대부분의 학설들이 이러한 입장을 취하고 있으며, 김유성(2005), 앞의 책, p.52에서도 가사가 사업이 아니라는 이유와 더불어 사생활 보호 필요성을 이유로 들고 있다.

17) 윤자영 외(2011), 『가사사용인의 근로실태 및 보호방안』, 국회입법조사처 정책연구 용역보고서, 참조.



결되거나 병원이나 아이돌보미서비스 기관 등 시설의 감독 하에 간병, 보육서비스가 제공되는 경우가 점점 더 많아지고 있다. 따라서 이러한 중개업체나 서비스제공기관을 활용한다면 사생활의 본질적인 내용을 침해하지 않으면서 노무관리 관련 행정부담을 지우거나 근로감독을 할 수 있는 방안을 모색할 수 있을 것이다.

가사근로가 수행되는 곳이 개인의 사적 공간인 까닭에 근로감독이 어렵다는 항변은 다른 5인 미만 사업장에 대한 법 적용과 비교했을 때 형평에 맞지 않는다. 근로기준법이나 남녀고용평등법(「남녀고용평등과 일·가정 양립 지원에 관한 법률」의 약칭) 등에서는 사업주의 인식 및 영세성으로 인한 지불능력 문제, 노무관리의 어려움 등을 이유로 일부 규정만 적용하는 정책을 취하고 있다. 일부 적용 정책에도 불구하고 해당 노동관계법의 준수율이 매우 낮은 편이지만, 이를 이유로 5인 미만 사업장에 대하여 노동관계법 적용을 전면 배제해야 한다는 주장은 보이지 않는다.

오히려 5인 미만 사업장에서의 실효성 있는 노동관계법 적용을 위한 근로감독 강화방안 등에 대한 연구가 나오는 상황이다. 따라서 다른 5인 미만 사업장과 달리 개별 가정에 대해서만 근로감독의 어려움을 이유로 노동관계법 적용을 전면 배제하는 것은 합리적 근거를 찾기 어렵다.

### 3. 여성차별적 범규 및 여성근로정책에서의 문제점

통계청의 지역고용조사 결과에 따르면 가사·육아도우미 중 여성의 비중이 98.4%(<sup>18</sup>)로 가사서비스 분야는 여성근로자의 비중이 압도적인 여성 집중 직종이라 할 수 있다. 여성 집중 직종인 가사서비스 분야 종사자에 대해서만 노동관계법 및 사회보장법의 적용을 전면 배제하는 것은 여성근로자의 권리 향유 기회를 박탈한다는 점에서 여성차별적인 법률에 해당할 수 있다.<sup>19)</sup>

또한 고용정책 및 여성일자리 정책의 측면에서 가사근로자를 노동법과 사회보장법의 보호 영역으로 포섭해야 한다는 것도 적용배제 조항 폐지론의 논거 중 하나이다. 비공식 취업 여부를 판단하는 중요 지표 중 하나가 사회보험 가입 여부인데, 가사·육아도우미 영역의 4대 보험 가입률은 6.2%에 불과하다. 유치원교사, 보육교사, 의료서비스직, 가사·육아도우미 등 전체를 포괄한 돌봄서비스 직업의 가입률이 70.0%라는 점과 비교해 보면, 돌봄서비스 직업 내에서도 가사·육아도우미의 비공식성 문제가 뚜렷하게 드러남을

18) 황덕순(2012), 「돌봄서비스 분야의 비공식 취업 실태와 공식화를 위한 정책과제」, 이병희 외, 앞의 연구, p.48.

19) 노동법 전반적인 차원에서의 문제에 대해서는 정형옥(2006), 「노동법 적용대상의 성별 효과 : 남성 우선보호와 여성적용배제」, 『여성학논집』 제23집 제1호, 이화여자대학교 한국여성연구원, pp.109~139 참조.



알 수 있다.<sup>20)</sup> 실업대책이라는 측면에서 일자리의 비공식성을 지속적으로 줄이고, 여성에게 저임금의 허드렛일이 아닌 양질의 일자리를 제공하려면 가사근로(자)를 노동관계법의 보호 영역으로 포함시키는 것이 우선적인 과제이다.

#### IV. 가사근로의 노동법적 포섭을 위하여<sup>21)</sup>

가사근로자는 더 이상 “하인도 아니고, 가족 구성원도 아니며, 이등(second class) 근로자도 아니다.”<sup>22)</sup> 가사노동을 시장의 유급노동에 맡기는 것은 과거처럼 일부 부유층이나 질병과 출산 등 특별한 상황에 국한된 현상이 아니다. 오늘날에는 여성의 직업활동 확대에 따라 일반 가정에서도 가사노동을 시장으로부터 유상으로 조달하는 일이 일반화되고 있다. 이러한 변화는 가사노동이 과거처럼 비공식적이고 인간적인 관계에서 처리하는 문제가 아니라 공식적이고 제도적으로 처리하기에 적합한 문제가 되었음을 의미한다. 즉 가사노동은 이제 “규율친화적인 노동”<sup>23)</sup>이 된 것이다. 그것은 곧 가사근로를 노동법의 적용 범위 안으로 포섭하는 일이 긴요한 과제가 되었다는 것을 의미한다.

가사근로를 노동법의 적용 범위 안으로 끌어 들이는 방식은 우선 크게 두 가지로 대별할 수 있다. 첫째는 근로기준법 등 노동관계법의 적용 제외 규정을 그대로 둔 채 별도의 입법을 강구하는 방안이고, 둘째는 적용 제외 규정을 삭제하여 원칙적으로 가사근로에 대해서도 노동법이 전면 적용되는 것을 전제로 해서 별도의 입법을 강구하는 방안이다. 별도의 입법 없이 적용 제외 규정만 삭제함으로써 근로기준법 등의 전면 적용을 의도하는 것은 현실성이 너무 떨어지므로 논외라고 할 것이다.

첫 번째의 방안은 ‘가사근로에 관한 특별법’에서 규정하지 아니한 사항에 대해서는 일반법인 근로기준법이 법의 적용을 차단하기 때문에 특별법에서 필요한 모든 사항을 일일이 규정해야 하므로 특별법에 가해지는 부담이 너무 커질 우려가 있고, 특별법에서 빠지면 노동법 전체에서 적용이 배제되기 때문에 권리 보장에 미흡하다는 문제점이 제기될 수 있다.

20) 황덕순(2012), 앞의 글, p.59.

21) 이에 관한 전반적인 논의에 대해서는 강성태(2012), 「돌봄노동과 노동법의 보호」, 이병희 외, 앞의 연구, pp.210~248 참조.

22) ILO 사무총장이었던 후안 소마비아(Juan Somavia)가 가사근로협약 채택과 관련하여 했던 발언이다. 강성태(2012), 위의 연구, pp.237~238에서 재인용.

23) 강성태(2012), 위의 연구, p.211.

따라서 두 번째 방법으로 규율하는 것이 가사근로자의 근로자성을 명확히 하여 일반 근로자에 준하는 근로조건의 수준으로 보호하는 한편 현실적으로 적용하기 힘든 규정은 적용하지 않거나 실제로 필요한 부분은 신설함으로써 가사근로자 보호를 위한 가장 현실적인 방법이 될 수 있다.

지금까지 검토된 가사근로자 보호 방안 중에는 가사근로자의 특수성을 고려하여 이들에게만 특별히 적용해야 하는 내용도 있고 다른 근로자에게는 적용되지만 가사근로자에게는 적용하기 어려운 규정도 있다. 별도의 입법이란 가령 근로기준법 안에 특칙의 장을 따로 마련하는 방식과 별도의 법률을 제정하는 방식 모두를 포함할 수 있는데, 후자의 방안이 좀 더 현실적일 것이다. 근로기준법은 역시 ‘기준’이 되는 법이므로 예외나 특칙은 최소화하는 것이 바람직하기 때문이다. 요컨대, ‘가사근로에 관한 특별법’을 만들되, 이 특별법에 규정되지 않은 사항에 대해서는 근로기준법이라는 일반법이 적용될 수 있도록 적용 제외 규정을 삭제하여 통로를 개방하는 방식이 가장 바람직하다.

가사근로자에게 특별 적용이 예상되는 사항으로는 가령 다음과 같은 것들을 생각해 볼 수 있을 것이다. 이하의 예시는 벨기에 근로계약법과 프랑스의 가사근로 단체협약에서 가져온 것이다. 벨기에는 우리의 근로기준법에 해당하는 ‘근로계약법’에서 개별적 근로관계 일반을 규율하면서 제5장에 “가사근로자의 근로계약”이라는 장을 마련하여 가사근로자에게만 적용되는 특별 사항들을 규정하고 있다. 프랑스는 1999년에 ‘전국가사근로단체협약’을 체결하였다. 이 단체협약은 사용자단체인 전국개인사용자연합(FNPE)과 3개의 서비스 노동조합(CGT, FO, CFDT) 사이에 체결된 것으로서, 2000년에 행정명령에 의하여 효력확장 적용된다. 즉, 사용자(개인적으로 가사근로자를 고용하여 사용하는 자)가 사용자단체(FNPE)에 가입했는지 여부를 불문하고, 또 근로자가 협약 당사자 노동조합에 가입했는지 여부를 불문하고, 모든 가사근로자와 그 사용자에게 적용된다.<sup>24)</sup>

첫째, 사용자는 가사근로자가 근로를 이행하는 데 필요한 의복을 가사근로자에게 지급해야 하며, 위생과 편의의 관점에서 볼 때 적절한 조건에서 근로가 수행될 수 있도록 배려해야 하며, 가사근로자의 개인 물품을 안전하게 보관할 수 있는 수단을 가사근로자에게 제공해야 한다(벨기에 근로계약법 제110조).

둘째, 사용자가 입주가내근로자를 동반하지 않고 다른 곳으로 일시적으로 이사를 하는 경우, 입주가내근로자는 사용자에게 서비스를 제공하는 상태로 남아 있는 한, 현금의 보수 외에도 이사 전에 향유하고 있었던 현물의 이익들 또는 그것에 상응하는 일당 형식의 수당에 대한 권리를 갖는다(벨기에 근로계약법 제111조).

24) 프랑스는 노동법전에서 가사종사자를 근로자로 간주하고 있다. 그러므로 단체협약은 특별규정의 효력을 갖는 셈이며, 단체협약에서 따로 규정하지 아니한 사항에 대해서는 노동법전이 적용된다.

셋째, 질병이나 사고로 인하여 근로를 수행할 수 없는 경우, 가사근로자는 근로의 불능이 발생한 첫째 날로부터 기산하여 7일의 기간 동안 통상적인 급여를 받을 권리를 가지며, 이 7일의 기간 이후의 7일 동안은 그 급여의 6할을 받을 권리를 갖는다(벨기에 근로계약법 제112조).

넷째, 사용자는 근로를 수행할 수 없게 된 입주가내근로자에게 통상의 숙소 및 적절한 치료를 필요한 만큼의 기간 동안 보장해야 한다(벨기에 근로계약법 제114조).

다섯째, 실근로시간은 아니지만 근로에 임할 준비를 하고 있어야 하는 시간은 ‘임석시간’으로서 실근로시간의 3분의 2로 계산한다(프랑스 단체협약 제15조).

여섯째, 사용자의 사유로 인한 부재시 근로계약으로 특정한 범위 안에서 휴무일을 정할 수 있으며 이 휴무일은 비임금일이다. 근로계약에 특정한 바가 없다면, 연차휴가일수의 범위 안에서는 휴무일을 휴가일로 지정할 수 있으며, 그 범위를 초과하는 휴무일은 임금이 지급된다(프랑스 단체협약 제17조).

일곱째, 사용자는 도덕적 폭력으로부터 가사근로자를 보호할 의무가 있다(프랑스 단체협약 제26조).

여덟째, 이 밖에도 연장근로, 연차휴가, 휴식 및 휴일 등에 관해서도 특칙을 마련하는 것이 가능하다. 이미 ILO 가사근로협약에서도 “회원국은 국내법령이나 단체협약에 따라 그리고 가사근로의 특성을 고려하여 가사근로자와 통상 근로자 사이에 통상적인 근로시간, 연장근로에 대한 보상, 일간 및 주간 휴식시간, 연차유급휴가 등에 관한 평등 대우를 보장하기 위한 조치를 취해야 한다”(제10조)라고 규정하고 있다. **KLI**