

노동정책연구
2015. 제15권 제3호 pp.91~119
한국노동연구원

연구논문

감염병을 이유로 하는 해고의 정당성

박은정*

이 연구에서는 감염병을 이유로 하는 해고의 정당성에 관하여 살펴보고자 하였다. 통상적으로 이 주제는 후천성면역결핍증과 관련하여 논의되고 있고, 한국을 비롯하여 많은 국가들은 후천성면역결핍증환자를 보호하고자 하는 입법적 노력을 하고 있다. 그러나 후천성면역결핍증환자뿐만 아니라 다른 감염병에 걸린 사람들도 부당한 해고 및 차별로부터 고통을 받고 있다. 따라서, 이 연구에서는 질병과 관련된 해고 사건에 대한 대법원 판례를 검토하여 법원이 제시하고 있는 해고의 기준을 살피는 한편, 최근 갑작스럽게 유행하여 많은 피해를 낳았던 중동호흡기증후군과 같은 예기치 못한 감염병에 걸린 사람들이 고용상 부당한 처우를 받지 않도록 할 수 있을 것으로 예상되는 기존의 법제 및 최근 이루어지고 있는 입법 발의안 등을 확인, 검토하였다. 아울러 감염병을 이유로 하는 해고의 정당성 판단 기준과 관련하여 우리나라의 판례와 입법에 중요한 시사점을 줄 수 있을 것으로 생각되는 미국의 연방대법원 판례도 검토하였다.

핵심용어 : 감염병, 감염병을 이유로 하는 해고, 에이즈, 감염병예방법, 해고의 정당성

논문접수일: 2015년 8월 18일, 심사의뢰일: 2015년 8월 21일, 심사완료일: 2015년 8월 29일

* 인제대학교 사회과학대학 법학과 부교수(ejpark91@inje.ac.kr)

I. 서론

2015년 5월 이후 우리나라에서 신종감염병이 유행하기 시작한 이후 노동상담게시판에서는 이 신종감염병으로 인한 해고, 휴업이나 휴직에 관한 내용을 적잖게 발견할 수 있다. 2015년 6월 19일 발의되어 국회 보건복지위원회 전체 회의에 상정된 “감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 개정안” 가운데에는 국가 및 지방자치단체로 하여금 자가 또는 감염병 관리시설에 감염병 의심자로 격리 조치된 자에 대하여 생활지원금을 지급하는 등의 생활보호조치를 취할 것과 함께, 사용자로 하여금 감염병 방역조치로 인하여 결근을 하게 된 근로자에 대하여 임금 기타 근로조건이나 신분상 불이익을 주지 않도록 하는 내용이 포함되어 있을 만큼 중동호흡기증후군과 같은 감염병이 근로자들의 근로조건과 고용안정성에 중요한 영향을 미쳤던 것으로 보인다.

문제는 이러한 감염병이 해고의 사유가 될 수 있는가 하는 것이다. 한때는 신종감염병으로 인한 입원 및 격리자가 천 명을 넘어선 적도 있는데, 이들 중 일부는 근로자로서 정부 당국의 감염병 관련 조치에 따라 상당 기간 입원 및 격리되었을 때, 근로를 제공하지 못한 것이 징계나 해고의 사유가 될 수 있을 것인가? 이번 신종감염병 이전부터 후천성면역결핍증(이하, 에이즈)과 같은 감염병은 국가적 관리대상이 되면서 근로자인 환자에게 대한 부당한 차별의 명시적 또는 암묵적 이유가 되어 오고 있기도 한데, 그에 대하여 법은 어떻게 대응할 수 있는가?

이 글은 신종감염병의 유행에 따른 근로자들의 고용불안정을 기화로, 감염병을 이유로 하는 해고의 정당성과 법적 대응에 관하여 논해보고자 한다. 이것을 위해 우선 감염병을 이유로 하는 해고의 성질 및 관련 판례를 확인하는 한편, 관련 법제 및 최근 상정된 법률 개정안들에 대해서도 검토해 보도록 하겠다.

II. 감염병을 이유로 하는 해고의 성질 등

1. 감염병을 이유로 하는 해고의 성질

일반적으로 해고는 근로자 측의 귀책사유가 있거나 경영상 이유가 있는 등 근로관계를 계속할 수 없을 사정이 있을 때 사용자의 일방적 의사표시에 의해 이루어지는 근로관계의 종료를 의미한다. 근로기준법 제23조 제1항에서는 “정당한 이유”가 없는 해고를 제한하고 있는데, 정당한 이유가 무엇인가에 대해서는 해고가 이루어지는 사안마다 다를 수 있다. 대법원은 판례는 정당한 이유에 관하여 “해고는 사회통념상 고용관계를 계속할 수 없을 정도로 근로자에게 책임 있는 사유가 있는 경우에 행하여져야 그 정당성이 인정”된다는 원칙을 갖고 있지만,¹⁾ 근로기준법 제24조에 따른 경영상 해고의 경우 근로자의 귀책사유가 없더라도 긴박한 경영상의 필요 등 요건을 갖춘 경우 정당한 이유가 있는 해고로 인정될 수 있음은 주지의 사실이다.²⁾ 그리고 단체협약이나 취업규칙에 해고 사유로 규정되어 있더라도 그 사유가 바로 정당한 이유가 되는 것은 아니고, 근로자 측의 귀책사유가 있는 해고의 경우에는 대법원 판례가 실시하고 있는 바와 같은 “사회통념상 근로관계를 계속할 수 없”는 사정이 존재해야 함은 물론이다.³⁾ 따라서, 판례의 입장에 기초하여, 정당한 해고를 위한 전제조건으로서 “사회통념상 근로관계를 계속할 수 없는” 사정은 근로자 측에 있는 것이 원칙이라고 할 수 있지만, 예외적으로 근로기준법에서는 사용자 측의 긴박한 경영상 필요에 의한 해고를 인정하고 있으므로, 근로자 측의 귀책사유에 의한 해고와 경영상 해고를 구분할 수 있다. 한편, 근로자 측의 귀책사유는 근로자에게

1) 대법원 2014. 12. 24. 선고 2012다116864 판결, 대법원 2013. 10. 31. 선고 2013두 13198 판결 등.

2) 대법원 2015. 5. 28. 선고 2012두25873 판결, 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다 20875,20882 판결 등.

3) 대법원 2014. 11. 13. 선고 2014다20875,20882 판결, 대법원 2006. 11. 23. 선고 2006다48069 판결 등.

근로계약관계를 유지할 수 없을 정도의 근로능력 상실 등 근로자의 일신상 사유에 의한 근로계약상의 의무 불이행이 있을 수 있고, 사용자가 설정한 기업 내 규범을 위반하는 등 기업 내 질서를 위반하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 해고를 통상해고 및 징계해고로 구분하고 단체협약이나 취업규칙에서 정하는 징계해고사유에 해당하여 징계절차에 따라 이루어지는 해고를 징계해고로 구분하기도 하지만,⁴⁾ 이러한 구분이 의미가 있는지에 대해서는 의문이다. 판례도 해고의 유형을 구분하지 않고, 설사 취업규칙이나 단체협약에서 징계의 사유를 별도로 규정하고 있는 경우라 할지라도, 그것이 사회통념상 근로관계를 계속할 수 없는 사정으로 인정되지 않는다면 사용자는 근로자를 해고할 수 없다. 또한 통상해고에 해당하는 사유도 징계사유로 규정되어 있다면 징계해고가 될 수 있고, 통상적으로 징계해고사유에 포함되는 어떤 사유에 대하여 단체협약이나 취업규칙 등으로 정하고 있지 않다면 그것은 통상해고가 될 수도 있다. 즉 양자의 구분은 절대적이지 않고, 한편으로 해고는 사용자의 일방적 의사표시에 의한 근로관계의 종료이므로 사실상 징계가 아닌 해고는 존재할 수 없기도 하다.⁵⁾ 근로자의 감염병을 이유로 하는 해고 또한, 근로자의 근로능력이 저하를 이유로 하는 통상해고가 이루어질 수도 있고, 근로자의 근로능력 저하로 근무실적이 악화되었다면 근무실적이 낮은 근로자들에 대한 징계해고사유가 있을 때 징계해고가 이루어질 수도 있을 것이다(물론 그러한 해고가 언제나 정당하다는 의미는 아니고, 사유적 측면에서 그러하다는 말이다).

다만, 위와 같은 해고는, 그것이 통상해고이든 징계해고이든, 근로자에게 일정한 해고의 원인이 존재함을 바탕으로 한다. 감염병으로 인한 해고의 정당성을 판단함에 있어서 가장 큰 문제는 여기에 존재한다고 생각하는데, 감염병에 걸린 근로자를 해고하는 것은 크게 두 가지 정도의 경우로 구분해서 생각해볼 수 있을 듯하다. 첫째는 감염병에 걸린 근로자가 감염병으로 인하여 근로계약상의 의무를 이행할 수 없게 된 때이고, 둘째는 근로자의 감염병이 다른 근로자

4) 노동법실무연구회(2010), 『근로기준법주해』, 박영사, pp.75~76 참조.

5) 임종률(2015), 『노동법』, 박영사, p.523. 이하에서는 해고의 유형을 다만 해고의 사유에 따라 업무능력결여, 적격성 결여, 계약상 의무 위반, 사생활상의 비행, 징계사유에 해당하는 비행 등으로 구분하고 있다.

6) 해고유형의 구분 실익에 대한 논의는 방준식(2012), 「징계해고규제법리의 재검토」, 『강원법학』 35, 강원대학교 법학연구소, p.189 이하를 참조할 수 있다.

들을 감염시키거나 혹은 감염병을 가진 근로자의 업무가 공개적 서비스의 제공을 필요로 하는 것이어서 제3자를 감염시킬 우려가 있는 때이다. 첫째는 근로자에게 발생한 사유로 인한 해고이고, 둘째는 근로자로 인하여 발생하게 될 사유로 인한 해고라고 할 수 있다. 이러한 경우들에 대하여 근로자는 책임이 있는 것일까? 즉 감염병에 감염된 것, 감염된 질병이 감염력을 가지고 있다는 것이 근로자에게 귀책사유가 있는 것이고, 따라서 근로자는 해고될 만한 “정당한 이유”를 갖게 되는 것일까? 어떤 형태와 사유로든 감염병으로 인한 해고가 이루어지는 경우, 해고의 주된 원인은 근로자가 감염병에 감염되었다는 사실로부터 출발한다. 그러나 해고라는 결과는 근로자가 감염병에 감염되었다는 사실이 아니라, 감염되었으므로 발생하게 된 사후적 사실에 기초를 두고 있다. 감염병에 감염되었더라도 근로를 수행함에 아무런 지장이 없거나, 감염병이 치료된 후 더 이상 감염력을 갖고 있지 않음에도 불구하고, 감염병에 걸렸(었)다는 이유로 이루어지는 해고는 정당한 이유가 없는 해고가 된다. 해고를 통상해고 또는 징계해고로 구분하는 입장을 취하더라도, 결국 문제가 되는 것은 감염병에 감염된 근로자의 근로계약상 의무의 이행 여부, 단체협약이나 취업규칙 등에 정해진 사내 규율 준수 의무의 이행 여부, 그러므로 “사회통념상 근로관계를 계속할 수 없”는 사정이 존재하고 있는지 여부일 것이다.

2. 관련 판례

미디어매체를 통해서 후천성면역결핍증환자에 대한 차별이나 해고에 관한 사례를 접할 수 있기는 하지만,⁷⁾ 대법원 판례 가운데 후천성면역결핍증 등 근로자의 감염병을 이유로 근로자를 해고한 것의 정당성을 판단하고 있는 경우를 잘 발견할 수 없다.⁸⁾ 그러므로 감염병이 아닌 질병으로 인한 해고의 정당성을 다투는 사례들로 대상을 확대시키지 않을 수 없는데, 대부분의 사례는 근로자

7) 「에이즈환자, 병원 치료도 차별받는다」(미디어오늘 2014. 12. 23. 장슬기 기자, 검색일 2015. 7. 20); 「(마이너리티 일자리 보고서(5)) 에이즈판정서=해고통지서, 환자 절반이 실직」(조선일보, 2009. 11. 30. 박시영 기자, 검색일 2015. 7. 20.) 등 포털사이트 검색엔진을 통해 에이즈, 해고, 차별이라는 키워드로 검색되는 기사 및 사례는 매우 다양하다.

8) 판례는 주로 대법원 종합법률정보시스템(<http://glaw.scourt.go.kr>)에서 검색.

가 업무외 질병으로 휴직을 한 후 휴직기간이 만료되었음에도 복직원을 제출하지 않아 단체협약이나 취업규칙 관계 규정에 따라 해고한 것의 정당성을 판단하거나, 또는 업무상 부상 또는 질병을 위해 휴업한 기간 또는 근로기준법 제23조 제2항이 규정하는 해고금지기간 내에 해고한 것의 정당성을 판단하는 경우들이다.

이와 같이 법제 또는 노사자치규범 의무 위반을 이유로 이루어진 해고의 정당성 판단 이외 질병을 이유로 하는 해고는 근로자의 질병이 업무에 영향을 미침으로써 근로자가 근로계약상의 근로제공의무를 이행하지 못하는 경우가 있을 수 있다. 이러한 경우에는 주로 근로자의 근로계약상 의무 위반을 이유로 하는 해고로 다루어지게 되는데 다음과 같은 사례들이 있다.

가. 건강진단 불합격이 근로계약의 자동종료사유가 되는지 여부

선원법 제87조 제1항은 선박소유자로 하여금 「의료법」에 따른 병원급 이상 의 의료기관 또는 해양수산부령으로 정하는 기준에 맞는 의원의 의사가 승무에 적합하다는 것을 증명한 건강진단서를 가진 사람만을 선원으로 승무시켜야 할 의무를 규정하고 있다. 이에 따라 선원법 시행규칙 제53조는 선박에 승무하려는 사람에 대한 일반건강검진 및 특수건강검진을 규정하고 있고, 별표에서 건강진단 합격판정기준을 규정하고 있다. 이러한 건강진단 합격판정기준에 미달하여 선박에 승무할 수 없게 된 선원과의 근로계약은 건강진단 불합격판정으로 인하여 자동으로 종료되는지 여부가 문제되었던 사건에서, 대법원은 “선원이 선원법시행규칙 [별표 3] 선원건강진단판정기준표에서 규정하고 있는 건강진단 합격판정기준에 미달하여 선박에 승무할 수 없게 되었다는 사정만으로는 선원근로계약이 자동 종료된다고 볼 수 없다”라고 판결한 바 있다(대법원 2001. 6. 12. 선고 2001다13044 판결). 선원이 해당 업무에 종사할 수 없게 되었다 하더라도 적법절차에 따라 해고되기 전까지는 근로자로서의 지위를 유지하면서 근로계약상의 급여청구권 등을 행사할 수 있다는 것이었다.

이 판결을 통해 확인할 수 있는 것은, 근로자가 질병으로 인하여 직무상 요구되는 일정한 신체적 조건을 충족할 수 없다고 할지라도 그것이 자동적인 근로계약 종료 사유가 되지 않는다는 것이다. 근로자의 일신상 사유로 인하여 근

로계약을 종료시키고자 하는 경우에도 사용자는 근로기준법에 따라 해고의 정당한 이유와 적법한 절차를 거쳐야 하는 것이다.

나. 업무상 재해 후 후유장애로 업무수행이 어려운 경우 해고할 수 있는지 여부

근로기준법 제23조 제2항에서는 “사용자는 근로자가 업무상 부상 또는 질병의 요양을 위하여 휴업한 기간과 그 후 30일 동안 또는 산전(産前)·산후(産後)의 여성이 이 법에 따라 휴업한 기간과 그 후 30일 동안은 해고하지 못한다.”고 규정하고 있다. 이러한 해고금지기간이 지난 후 근로자가 업무상 부상 또는 질병으로 인하여 근로능력을 상실했을 때 사용자는 근로자를 해고할 수 있는지 여부가 문제된다. 즉 근로자의 업무상 부상에 관한 요양종결에 따라 상당한 신체 장애가 남아 있는 상태에서 그 근로자가 종전과 같은 작업강도를 지닌 업무를 수행할 수 없는 경우 근로자를 해고할 수 있는지 여부가 문제되었던 사건에서 대법원은 “(근로자가 이전과 같은 업무를 계속 담당할 경우에) 장애부위가 악화될 가능성도 배제할 수 없는 사정이고 보면, (근로자)에게 이와 같은 신체 장애가 있어 종전의 담당업무를 수행할 수 없거나 부적합하게 되었음을 이유로 한 (사용자)의 (근로자)에 대한 이 사건 장애해고는 정당하다 할 것이고, 이러한 경우 해고시기가 근로기준법 제27조(현행 제23조) 제2항 소정의 해고금지기간에 해당하지 않는 한 해고를 하기에 앞서 반드시 장애근로자에 대하여 일정 기간 유예기간을 두고 배치전환 등을 하여 근무하도록 하면서 관찰하여야 하는 것은 아니라 할 것이다”라고 판결한 바 있다(대법원 1996. 11. 12. 선고 95누 15728 판결).

이 판결을 통해 확인할 수 있는 것은 근로자가 장애로 인해 이전과 같은 업무를 수행할 수 없거나 부적합하게 되었다면, 사용자에게는 근로자를 해고할 정당한 이유가 발생한 것으로 볼 수 있다는 것이다. 특히 이 사건에서는 근로자가 장애로부터 벗어나 이전과 같은 업무를 수행할 수 있는지 여부를 확인하기 위하여 일정 기간 유예기간을 두고 배치전환 등을 통해 근무하도록 관찰할 의무까지 사용자가 부담하는 것은 아니라는 점을 밝히고 있다.

이러한 판례의 입장은 근로자의 근로능력이 상실되었을 때 곧 사용자는 근로

자를 해고할 수 있는 것으로 보일 수 있지만, 다른 사건들에서 대법원은 “사용자의 일방적 의사표시로 취업규칙의 규정에 의하여 종업원과의 근로계약관계를 종료시키는 경우 그것이 정당한 것으로 인정되기 위하여는 중국적으로 근로기준법 제27조(현행 제23조) 제1항에서 말하는 '정당한 사유'가 있어야 할 것이고, 이 사건과 같이 종업원이 취업규칙에서 정한 '신체 장애로 인하여 직무를 감당할 수 없을 때'에 해당한다고 보아 퇴직처분을 함에 있어서 그 정당성은 종업원이 신체 장애를 입게 된 경위 및 그 사고가 사용자의 귀책사유 또는 업무상 부상으로 인한 것인지의 여부, 종업원의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 종업원이 사고를 당할 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 종업원이 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도 신체 장애를 입은 종업원의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당 업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 종업원의 적응노력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하여 합리적으로 판단하여야 할 것이다.”고 판단함으로써 근로자의 근로능력 상실에도 불구하고 사용자가 해당 근로자를 해고할 수 있는지 여부는 근로자에 대한 배치전환이 가능했는지 여부 등을 종합적으로 고려할 것을 요구하고 있다(대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결. 참조판결로서 대법원 1993. 7. 13. 선고 93다3721 판결 등 참조). 즉, 위 가.에서와 같이 근로자에게 근로를 수행할 수 없는 일신상의 사유가 발생하였다더라도 그것이 곧 근로자와의 근로계약관계를 자동적으로 종료시킬 수 있는 사유가 되는 것은 아니고, 사용자에게 근로자를 해고할 정당한 이유가 있는 경우에만 적법한 절차를 거쳐 해고할 수 있음을 분명하게 알 수 있다.

다. 신체 및 정신상 질환으로 직무를 감당할 수 없을 때 징계조치한다는 취업규칙에 따라 해고할 수 있는지 여부

근로자에게 신체 및 정신상 질환이 있어 직무를 감당하기 어렵다고 판단할 때 징계해고한다는 취업규칙이 있을 때, 그 취업규칙에 따라 사용자는 근로자를 해고할 수 있을 것인지가 문제된다. 같은 내용이 단체협약이 있는 경우에도 마찬가지이다. 이와 관련하여 중앙노동위원회 재심판정사건을 참조할 수 있는

데, 직접제조생산공정업무를 담당하다 산재를 입고 장해5급판정을 받은 후 사용자에게 정리반이나 경비직으로 근무하고 싶다는 의사표명을 하였지만, 사용자는 회사 내 근무할 수 있는 적합한 업무가 없다는 이유로 배치전환을 거부하고 근로자의 장해로 인한 업무능력과 회사사정을 고려하면서 취업규칙상 “신체 및 정신상 질환으로 직무를 감당할 수 없다고 인정된 자”를 징계조치할 수 있다는 것에 근거하여 근로자를 해고하였다. 이에 대하여 중노위는 위 나.의 대법원 1996. 12. 6. 선고 95다45934 판결과 같은 논지를 서술하면서 취업규칙에서 위와 같이 규정하고 있으므로 해고가 정당한 것이 아니라, 기존 업무를 수행할 경우 장해가 악화될 가능성이 있다는 점, 근로자를 배치전환할 적절한 업무가 없다는 점을 이유로 해고의 정당성을 인정하였다(중노위 2005. 6. 20. 선고 2004부해1027 판정).

이와 같은 중노위의 판정은 기존 대법원 판결의 입장을 유지하는 것이고, 또한 취업규칙에 “신체 및 정신상 질환으로 직무를 감당할 수 없다고 인정된 자”를 징계해고할 수 있도록 규정하고 있다는 사실 만으로 그 해고가 정당하게 되는 것이 아니라 근로기준법상 정당한 해고의 요건을 충족하였을 때 비로소 가능하게 되는 것임을 확인하고 있다.

라. 취업규칙상 정해진 휴직기간을 초과하여 근무하지 못할 경우 해고할 수 있는지 여부

한편, 취업규칙상 업무 외 질병 휴직기간을 규정하고 있을 때, 근로자가 휴직기간을 초과하여 근무하지 못했고, 향후에도 일정 기간 업무공백이 불가피하다면 사용자는 근로자를 해고할 수 있는지도 문제될 수 있다. 근로자가 심장 수술을 받게 되어, 수술받기 한 달 전부터 자신의 업무에 지장이 없도록 타 직원으로 하여금 근무를 대신할 수 있도록 인원보충을 요구하였지만 사용자는 아무런 대책을 마련해주지 않았고, 심장 수술 이후에도 몸 상태가 좋지 않아 병가를 신청하였지만 사용자는 이를 승인해 주지 않은 채 휴직으로 처리하였으며, 이후 취업규칙상 “질병 등으로 병세가 악화될 염려가 있어 근무가 어려울 시 휴직기간을 1개월”로 정하고 있는 상황에서 휴직기간이 1개월을 경과하였고, 향후에도 8주간의 장기요양을 필요로 했던 사건에서 중노위는 “근로자가 업무의

질병으로 근무하지 못한 기간이 약 24일에 이르고, 그 이후 또 다시 1월 이상의 병가를 재신청하였을 뿐 아니라, 진단서상에서는 위 상병으로 향후 8주간의 안정 가료를 요한다고 되어 있는 점 등에 비추어 볼 때, 이 사건 근로자가 업무의 질병으로 취업규칙에 정한 휴직기간 1개월을 초과하여 근무하지 못하였을 뿐 아니라, 향후에도 일정 기간 이상의 업무공백이 불가피할 것"이라고 판단하면서 해고의 정당성을 인정하였다(중노위 2007. 7. 16. 선고 2007부해395 판정).

이 사례는 근로자가 취업규칙상 정해진 휴직기간을 초과하여서도 근로를 제공할 수 없는 경우에는 사용자에게 근로자를 해고할 정당한 이유가 인정된다고 보고 있다. 취업규칙상 정해진 휴직기간이 적절인가에 대한 의문이 제기될 수 있는데(위 판정례에서도 중노위는 1개월로 정해진 휴직기간이 “사회상규상 지나치게 가혹한 측면”이 있다고 말하고 있다), 그럼에도 불구하고 근로자가 근로계약상의 의무를 이행하지 못하는 사정이 인정되는 한편 근로자가 근로를 제공하지 못할 경우 사용자의 업무에 차질이 발생하는 경우에는 사용자는 근로자를 해고할 수 있다고 본 것이다(위 사건 근로자는 아파트 보일러 관리기사로서 근무형태가 다른 근로자 1인과 24시간 격일제 근무였고, 이 근로자가 근로를 제공하지 못할 경우 다른 근로자가 이 근로자의 업무까지 모두 수행해야만 했다). 중노위가 휴직기간을 규정하고 있는 취업규칙의 정당성을 별도로 판단하지 않은 것은 의문이기도 하지만, 앞서 검토한 대법원 판결의 취지에 비추어 볼 때 2인의 격일제 근무에서 1인이 근로를 제공하지 못하게 될 정도로 근로자의 근로 제공에 중대한 문제가 발생했을 때 해고가 정당하다고 본 것으로 이해할 수 있다.

마. 소 결

이와 같이 근로자가 질병으로 인해 근로를 제공하지 못하면 곧 정당한 해고 사유로 인정되는 것은 아니다. 대법원 판례가 판시하고 있는 바와 같이, 근로자가 질병에 걸리게 된 경위 및 그 질병이 사용자의 귀책사유 또는 업무상 재해로 인한 것인지의 여부, 질병의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 질병에 걸리게 될 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용, 근로자가 그 잔존노동능력으로 감당할 수 있는 업무의 존부 및 그 내용, 사용자로서도

질병에 걸린 근로자의 순조로운 직장 복귀를 위하여 담당 업무를 조정하는 등의 배려를 하였는지 여부, 사용자의 배려에 의하여 새로운 업무를 담당하게 된 근로자의 적응노력 등 제반 사정을 종합적으로 고려하지 않으면 안된다. 이러한 고려 요소들은 질병에 걸린 근로자를 해고하기 위한 정당한 이유를 찾는 과정에서 고려되어야 하고, 설사 근로자를 해고할 정당한 이유가 발견되더라도 취업규칙이나 단체협약에서 해고의 절차를 정하고 있는 경우에는 그에 따라, 별도로 정해진 해고의 절차가 없더라도 근로기준법에 따른 해고예고 및 해고사유와 시기 등의 서면통지절차를 거쳐야 비로소 적법한 해고가 이루어진다고 말할 수 있다.

3. 감염병 관련 법제

가. 감염병의 예방 및 관리에 관한 법률(감염병예방법)

감염병과 관련된 일반법제로는 감염병예방법이 있다. 이 법에서는 감염병을 제1군감염병, 제2군감염병, 제3군감염병, 제4군감염병, 제5군감염병, 지정감염병, 세계보건기구 감시대상 감염병, 생물테러감염병, 성매개감염병, 인수(人獸)공통감염병 및 의료관련감염병으로 구분하면서, 특히 국내에서 새롭게 발생하였거나 발생할 우려가 있는 감염병 또는 국내 유입이 우려되는 해외 유행 감염병 등을 제4군 감염병으로 지정하여 최근 유행한 중동호흡기증후군(MERS)을 포함시키고 있다(2015년 7월 6일 개정법률 제2조 제5호 머목). 특히 국가 및 지방자치단체는 감염병환자 등의 인간으로서의 존엄과 가치를 존중하고 그 기본적 권리를 보호하며, 법률에 따르지 아니하고는 취업 제한 등의 불이익을 주어서는 안 될 것을 명시하는 한편(법 제4조 제1항), 최근의 개정을 통해 몇 가지 국민의 권리와 국가 및 지방자치단체의 의무를 신설하였다. 신설된 국민의 권리는 ① 감염병으로 격리 및 치료 등을 받은 경우 이로 인한 피해를 보상받을 권리(법 제6조 제1항), ② 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응방법을 알 권리(법 제6조 제2항), ③ 의료기관에서 감염병에 대한 진단 및 치료를 받을 권리(법 제6조 제3항), 이에 대응하여 국가 및 지방자치단체는 ① 감염병 발생 상황, 감염병 예방 및 관리 등에 관한 정보와 대응방법을

신속하게 공개하여야 하고(법 제6조 제2항), ② 국민이 의료기관에서 감염병에 대한 진단 및 치료를 받은 경우 이에 소요되는 비용을 부담하여야 한다(법 제6조 제3항).

한편, 이러한 감염병환자에 대한 보호의 내용이 근로자인 감염환자에 대한 고용보장이나, 감염병으로 인한 치료 또는 격리기간 중의 임금에 관한 권리보장으로까지 연장되고 있지는 못하다. 근로자인 감염병환자의 고용상 권리는 현재 국회에 상정되고 있는 “감염병의 예방 및 관리에 관한 법률 개정안”들의 내용 가운데에서 찾아볼 수 있다. 2015년 6월 24일 보건복지위원회에 상정된 개정법률안의 내용 몇 가지를 확인해 보면 다음과 같다.

| | |
|----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| □ 이복희 의원 등 10인 발의안(2015. 6. 19.) | |
| 신설 | 제70조의6(근로자의 불이익 방지) 사용자는 신종 감염병 방역조치로 인하여 불가피하게 결근 등을 하게 된 근로자에 대하여 임금 기타 근로조건이나 신분상 불이익을 주어서는 아니 된다. |
| □ 박인숙 의원 등 13인 발의안(2015. 6. 18.) | |
| 신설 | 제47조의2(격리조치에 관한 특례) ① 「근로기준법」 제2조에 따른 사용자는 제47조에 따른 방역조치로 인하여 격리된 감염병환자 또는 감염병의사환자에게 휴가를 주어야 한다. ② 제1항에 따른 휴가는 유급으로 한다. |
| 개정 | 제68조(국가가 보조할 경비) 국가는 다음 각 호의 경비를 보조하여야 한다. 1. 제4조제2항제13호에 따른 한센병의 예방 및 진료 업무를 수행하는 법인 또는 단체에 대한 지원 경비의 일부 2. 제47조의2에 따른 유급 휴가 기간의 임금의 일부 3. 제65조 및 제66조에 따라 시·도가 부담할 경비의 2분의 1 이상 |
| □ 이명수 의원 등 12인 발의안(2015. 6. 12.) | |
| 신설 | 제41조의4(사업주의 협조의무) ① 사업주는 근로자가 감염병환자등으로서 이 법에 따라 입원 또는 격리되는 경우 「근로기준법」 제60조 외에 그 입원 또는 격리기간 동안 유급휴가를 주어야 한다. ② 사업주는 제1항에 따른 유급휴가를 이유로 해고나 그 밖의 불리한 처우를 하여서는 아니 되며, 유급휴가 기간에는 그 근로자를 해고하지 못한다. 다만, 사업을 계속할 수 없는 경우에는 그러하지 아니하다. ③ 국가는 제1항에 따른 유급휴가 기간에 상응하는 고용유지비용을 예산의 범위 내에서 지원할 수 있다. ④ 제3항에 따른 고용유지비용의 지원 범위, 신청 및 지원 절차 등 필요한 사항은 대통령령으로 정한다. |

위와 같은 개정입법발의안에서는 감염병을 이유로 근로자가 근로를 제공하지 못하였을 때 사용자로 하여금 해당 근로자에게 해고 등 불이익한 조치를 취할 수 없도록 하는 한편, 감염병으로 인하여 입원 또는 격리되는 경우 국가가 해당 근로자에 대한 임금을 보전해줄 수 있도록 하는 입법적 근거를 마련하는데 초점을 맞추고 있다.

지금까지의 판례의 경향을 살펴보았을 때 근로자가 감염병으로 일정 기간 근로를 제공할 수 없게 된다면 사용자는 취업규칙·단체협약의 정함 또는 사용자의 경영상 사정에 따라 근로자를 정당하게 해고할 가능성을 갖는다. 그러나 그러한 감염병이 완치될 수 있거나, 완치되지 않는더라도 근로를 수행함에 별다른 문제를 일으키지 않거나 또는 감염병의 의심이 있어 법에 따라 일정 기간 이상 격리조치되어야 함에도 불구하고 단지 일정 기간 근로를 제공할 수 없게 되었다는 이유로 해고될 위험에 노출되는 것은 감염병으로부터 보호되어야 할 피보호자로서의 근로자가 감염병에 걸리게 되는 피해자가 되는 동시에 감염병을 이유로 해고되는 피해자가 되는 이중의 피해를 입는 결과를 초래한다. 예컨대 최근의 신종감염병의 유행처럼 국가가 신종감염병 유행을 차단하는데 실패함으로써 감염병에 감염된 피해자가 감염병에 걸려 상당 기간 치료를 받거나 감염의심자로 분류되어 상당 기간 격리조치되어 근로를 제공하지 못하게 되는 경우, 그러한 근로제공불이행의 책임이 온전히 근로자에게만 있다고 보기 힘들다. 현재 감염병예방법 개정을 둘러싼 입법적 시도는 이러한 점을 반영한 것이라고 할 수 있다.

나. 후천성면역결핍증 예방법(에이즈예방법)

후천성면역결핍증(이하, 에이즈)이 죽음에 이르는 병으로 전 세계적 화두가 되었던 1980년대 제정된 에이즈예방법은 제정 당시에는 주로 에이즈 예방과 HIV보균자(감염인) 및 에이즈환자(후천성면역결핍증환자)⁹⁾를 국가적으로 관

9) HIV보균자란 에이즈를 일으키는 바이러스에 감염되기는 하였지만 증상이 나타나지 않은 상태에서 사용되는 용어이고(엄밀하게는 바이러스에 감염된 것이기 때문에 ‘보균자’라는 용어는 옳지 않지만 통례적으로 보균자라는 용어를 사용한다), 에이즈환자는 증상이 발현되기 시작한 이후에 사용되는 용어이다. 우리나라의 에이즈예방법에서는 전자를 ‘감염인’, 후자를 ‘후천성면역결핍증환자’로 정의하고 있는데, 법률용어로서 혼동을 일으킬 우려가

리하기 위해 만들어졌다(1987년 11월 28일 제정, 1988년 1월 28일 시행). 제정 초기 이 법은 감염자를 보호하기 보다는 감염병 관리 측면에 초점을 맞추었는데, 이후 몇 차례 개정 과정을 거쳐 현재에는 “사용자는 근로자가 감염인이라는 이유로 근로관계에 있어서 법률에서 정한 사항 외의 불이익을 주거나 차별대우를 하여서는 아니 된다.”는 조문을 구성하고 있다(법 제3조 제5항, 2008년 3월 21일 신설). 법률에서 정한 불이익이란, 공중(公衆)과 접촉이 많은 업소에 종사하는 사람 등에 대한 에이즈 정기검진 또는 수시검진(법 제8조), 감염인(10)에 대한 취업제한(법 제18조), 감염인의 타인에 대한 전파매개행위 금지(법 제19조) 등이다. HIV보균자 및 에이즈환자에 대한 차별금지조항은 세계보건기구(WHO) 및 국제노동기구(ILO)가 권장하는 감염인의 근로권 보장에 관한 기본원칙을 규정할 필요에 따른 것으로서, 사용자가 근로관계에 있어서 HIV보균자 및 에이즈환자에 대하여 불이익을 주거나 차별대우를 하지 아니하도록 하는 선언적 의무규정이다. 즉 이 조항을 위반한 것에 대한 제재 규정은 별도로 없다.

다. 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(장애인차별금지법)

2007년 제정된 장애인차별금지법이 금지하는 차별행위의 사유가 되는 “장애”를 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태”로 정의하고 있다. 이러한 장애를 이유로 정당한 사유 없이 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하는 등의 차별은 금지되고(법 제4조 제1항), 뿐만 아니라 차별의 원인이 2가지 이상일 때 그 주된 원인이 장애라고 인정된다면 그것은 이 법이 금지하는 차별로 간주되며(법 제5조), 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 하는 차별도 금지된다(법 제6조).

장애인차별금지법을 감염병을 이유로 하는 해고와 관련된 법제로 거론하는 이유는, 에이즈와 같은 감염병이 “장애”에 해당할 수 있기 때문이다. 영국의 장애인차별금지법에서는 에이즈를 장애의 한 종류로 규정하고 있고, 미국 연방대

있어 본문에서는 법률용어 대신 일반적 통례에 따른 용어를 사용하였다.

- 10) 위 각주 2)에서 말한 바와 같이 HIV보균자와 에이즈환자는 다르다고 할 수 있는데, 에이즈예방법에서는 에이즈환자에 대해서만 취업제한 등을 하는 것이 아니라 감염인 전체에 대해 법적 제한을 구성하고 있다.

법원 판례는 결핵이나 에이즈와 같은 감염병이 장애에 해당함으로써 차별의 근거로 삼을 수 없음을 밝힌 바 있다(자세한 내용은 후술한다). 장애인차별금지법이 규정하는 “장애”란 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실”이 “장기간”에 걸쳐 나타남으로써 “개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래”하는 결과를 나타내는 것이다. 감염인의 감염병이 감염력에 의한 공중전파 등을 이유로 법률에 따라 취업이 제한되거나 하지 않는다면, 그 감염병은 치료되기까지 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실”을 일으켜 “개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래”하는 것이고, 만약 그 감염병이 현재의 의학상 치료될 수 없는 것이라고 한다면 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실”이 “장기간”에 걸쳐 나타남으로써 “개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래”한다. 우리나라의 법 해석상 과연 감염병이 장애인차별금지법에서 제한되는 차별의 금지사유로서 “장애”에 해당할 것인지를 검토한 예는 아직 없지만, 후술할 국제 사회의 동향에 비추어 본다면 불가능하지 않다고 생각된다.

다른 법에도 불구하고 특히 장애인차별금지법의 장애로 이해하고자 하는 이유는, 이 법에서는 차별의 가해자에 대한 손해배상책임(법 제46조), 형사적 제재(법 제49조), 국가인권위원회의 장애인차별시정권고를 이행하지 않는 자에 대한 법무부장관의 직권시정명령권(법 제43조) 및 시정명령 불이행에 대한 과태료처분(법 제49조) 등 이 법의 실효성을 담보하기 위한 제재를 다양한 방법으로 규정하고 있기 때문이다. 에이즈예방법이 규정하고 있는 감염인에 대한 선언적 규정으로 확보할 수 없는 강제력을 이 법으로 실현할 수 있고, 감염병예방법 개정안들이 법제화되지 않더라도 일자리에서의 감염인에 대한 차별을 이 법을 통해 금지할 수 있기 때문이다.

라. 소 결

위와 같은 법에서는 감염인에 대한 차별을 규정하고 있기는 하지만, 감염병의 전파를 예방하기 위해 감염력을 가진 감염인이 대중과 쉽게 접촉할 수 있는 경우에는 취업을 제한하거나 사용자로 하여금 일정한 조치를 취할 수 있도록 할 필요가 분명히 존재한다.

예컨대 산업안전보건법은 “감염병, 정신병 또는 근로로 인하여 병세가 크게

악화될 우려가 있는 질병”에 걸린 근로자의 근로를 금지하거나 제한할 의무를 사업주에게 부과하고 있고(산업안전보건법 제45조 제1항), 식품위생법은 감염병환자의 조리사 또는 영양사 면허취득을 금지하고 있으며(식품위생법 제54조 제2호), 영유아보육법에서는 “감염병에 감염 또는 감염된 것으로 의심되거나 감염될 우려가 있는 영유아, 어린이집 거주자 및 보육교직원”을 즉시 휴직시키거나 면직시키는 등의 조치를 취할 의무를 어린이집 원장에게 부여하고 있다(영유아보육법 제21조 제1항, 시행규칙 제33조). 결핵예방법에서는 전염성결핵환자에 대하여接客업이나 그 밖에 사람들과 접촉이 많은 업무 등 대통령령이 정하는 업무에 종사하는 것을 정지 또는 금지시킬 의무를 특별자치시장·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장에게 부여하고 있다(결핵예방법 제13조). 이러한 조치는 물론 감염병의 확산 방지 및 공중의 안전을 위해 불가피하게 요구된다고 할 수 있다. 그러나 감염병에 걸렸거나 의심이 되는 경우 근로자의 취업을 금지하거나 휴직·면직시킬 수 있는 것은 위와 같이 법적으로 허용되는 경우에만 가능하고, 별다른 법규정이 없는 경우에는 그러하지 않음은 물론이다.

이와 같이 법률로 명시되지 않은 경우에는 감염병 감염인임을 이유로 취업을 거부한다거나, 해고한다거나 기타 불이익한 조치를 취할 수 없지만, 문제는 그러한 취업거부나 불이익으로부터 근로자를 보호하는 명시적 규정이 없거나 있더라도 선언적 규정에 불과하기 때문에, 결국 감염병을 이유로 하는 해고는 근로기준법 제23조 제1항에 기초한 “정당한 이유”가 있는 해고로서 앞서 살펴본 판례의 경향과 같은 결론을 취하게 된다.

4. 해외 동향

감염병 문제에 대한 눈을 국제사회로 돌려 보면, 감염병으로 인한 해고 등 근로자에 대한 불이익한 처분과 관련하여서는 특히 후천성면역결핍증환자에 대한 해고나 차별의 문제에 집중된 상황이다. ILO도 후천성면역결핍증에 관한 첫 국제 기준인 2010년 HIV와 AIDS권고(The HIV and AIDS Recommendation, 2010(No. 200))를 채택하고, 일자리에서의 HIV보균자 및 에이즈환자에 대한 차별을 방지하는 수단을 회원국들이 강구할 것을 요청하였다. 물론 이것은 회

원국의 자발적 참여를 권고하는 것일 뿐이지만, ILO가 후천성면역결핍증이라는 감염병에 대한 첫 국제 기준을 마련한 것은, 감염병환자에 대한 보호가 미흡하고 그들이 일상적 차별에 노출되어 있다는 문제를 공식화하였다는 의미를 갖는다. 한편, 미국의 임의적 퇴직급여 및 의료보장법이라고 할 수 있는 Employee Retirement Income Security Act(소위 ERISA법이라고 한다)에서는 근로자의 건강과 생명보험 등의 복지 프로그램을 이유로 해고, 정직, 및 기타 불평등한 대우를 할 수 없음을 규정(제510조)하고 있으므로 AIDS 감염인에게 부여되는 높은 의료비용을 이유로 해고나 정직 등의 불이익 조치를 취할 수 없다.¹¹⁾ 미국도 감염병 일반에 대한 근로자 보호 법제는 존재하지 않지만, 매우 중요한 시사점을 던져줄 수 있는 1998년 연방대법원 판결이 있다. 이 판결은 통해 HIV 보균자 및 에이즈환자를 미국장애인법(The Americans with Disability Act)상 “장애”로 간주하여 해당 환자들을 장애인차별금지법의 적용 대상으로 보았고, 이후 미국장애인법을 개정하는 기초로 삼기도 하였다.¹²⁾ 영국도 2005년 장애인차별금지법(Disability Discrimination Act 2005)을 개정하여, 장애의 개념에 HIV보균자 및 에이즈환자를 포함하였다(Disability Discrimination Act 2005(C.13) 제18조). 일본은 1997년 12월에 신체장애복지법상 장애인에 에이즈환자를 포함시켰다.

국제 동향 가운데 특히 관심을 기울이고 싶은 것은, 미국 연방대법원이 감염병을 장애의 한 종류로 인정하고 있는 부분이다. 영국 등 일부 국가들은 장애인차별금지법에서 직접 에이즈를 장애의 한 종류로 규정하고 있는 것과는 달리, 우리나라와 같이 이 문제를 장애의 문제로 볼 수 있는지에 대한 해석상 다툼이 미국에서 있었고, 연방대법원은 이를 긍정한 것이기 때문이다. 비록 이것이 감염병 일반에 대한 것은 아니지만, 해석의 기초를 이룰 수 있다는 의미에서 중요한 시사점을 갖는다고 생각하여 아래에서 School Bd. of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273 (1987)(이하, School Bd. of Nassau County 사건)¹³⁾과 Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624 (1998)(이하, Bragdon 사건)¹⁴⁾의 논리를 검토

11) 정정훈(2009), 「AIDS와 노동권」, 공익인권법재단 공감의 워크숍 자료.

12) Bragdon v. Abbott, 524 U.S. 624(1998).

13) 판례 원문 출처: <http://caselaw.findlaw.com/us-supreme-court/480/273.html>(검색일 2015. 7. 22).

해 보고자 한다.

가. School Bd. of Nassau County 사건

1) 사건 요지

이 사건은 결핵으로 치료를 받았던 여성이 공립초등학교로부터 결핵 감염을 이유로 해고된 후, 해당 공립학교 관할 지방교육위원회를 상대로 장애인차별을 이유로 소송을 제기한 것이다. 교육위원회 담당자는 이 여성을 해고한 것이 “그녀가 무엇을 잘못했기 때문”이 아니라, “결핵의 지속적 재발” 때문이라고 했다. 이 사건 당시 기초가 된 법은 1973년 재활법(the Rehabilitation Act of 1973)이었고,¹⁴⁾ 여기에서 법원은 다음과 같이 말하고 있다.

“대부분의 경우, 질병으로 어려움을 겪고 있는 어떤 사람이 (재활법) 제504에서 규정하는 “(법이 규정하고 있는) 장애인”인지 여부를 결정하게 위하여 지방법원 (district court)은 의학적 상태를 알려주는 상당한 의학적 판단에 기초하여 개별화된 조사 및 적절한 사실조사를 (a) 위험의 성질(즉 어떻게 병이 옮겨지는가), (b) 위험의 기간(얼마나 오래 동안 감염력이 유지되는가), (c) 위험의 심각성(제3자에 대한 잠재적 위해는 무엇인가), (d) 질병이 전염될 것이고 다양한 정도의 위해를 초래할 확률 등에 대하여 해야 한다. 이러한 조사를 하려면 법원은 통상 공공건강 기관의 상당한 의학적 판단에 의존해야만 한다. 그리고 이러한 조사에 비추어 법원은 어떤 “합리적인 노력”이 그러한 조사를 위한 기준에 따라 사용자에 의하여 이루어질 수 있는지를 결정해야 한다.”

이러한 법원의 판단은 특히 감염병을 이유로 하는 근로자에 대한 불이익한 처우의 정당성은 철저히 전문성을 갖춘 의학적 판단에 기초해야 함을 보여주는 것인데, 이에 앞선 문제는 감염병이 ‘장애’인가 하는 점에 있다. 우선, 재활법의 관련 규정은 다음과 같다.

14) 판례 원문 출처: <https://www.law.cornell.edu/supct/html/97-156.ZS.html>(검색일 2015. 7. 22).

15) 현행 미국장애인법(the Americans with Disabilities Act)은 1990년에 제정되었다. 이 법이 제정되기 이전까지 장애인의 권익을 보호하기 위한 대표적인 법률이 1973년 재활법이다.

The Rehabilitation Act of 1973

제7조 제6항 “장애인”이라는 말은 (A) 개별적 장애가 고용상 상당한 장애를 구성하거나 초래하는 정신적 또는 육체적 장애가 있고 (B) 이 법 제1장과 제3장에 따라 제공되는 직업재활서비스로부터의 고용가능성 면에서 수혜를 받을 것을 상당히 기대할 수 있는 사람을 의미한다.

제504조 제7조 제6항에 규정된 미국의 장애인은 장애만을 이유로 연방의 재정적 지원을 받는 어떤 프로그램 또는 활동이 배제되거나, 수혜가 거절되거나, 차별 받아서는 안 된다.

그러므로 만약 이 사건의 여성의 결핵이 장애에 해당하게 된다면, 제504조에 기초하여 차별을 주장할 수 있게 되는 것인데, 여기에서 연방대법원은 이 장애인의 의미를 다양한 판결에서 재정의하였고, 그것을 종합하여 브레넌 대법관¹⁶⁾은 결핵에 걸린 이 사건의 여성이 장애인으로 간주될 수 있다고 판단하고 있다. 왜냐하면 그녀가 감염된 결핵이라는 질병의 결과 발생한 그녀의 신체적 손상은 입원이 필요할 정도로 심각하므로, 그녀의 삶의 주요한 활동 가운데 하나 또는 그 이상이 그 손상으로 인하여 심각하게 제한되기 때문이라는 것이다.

이 사건에서 교육위원회 측은 이 여성을 해고한 것이 그녀가 결핵으로 육체적 능력을 상실해 나갈 것이기 때문이 아니라, 다른 사람의 건강에 위해를 끼칠 수 있기 때문이라고 항변하였지만, 연방대법원은 질병의 전염력이 질병의 물리적 효과와 의미 있게 구분되는 것은 아니라고 판단하였고, 사용자에게 타인에 대한 질병의 효과와 환자에 대한 질병의 효과를 구분짓게 하는 것 그리고 이러한 구분을 차별적 처우를 정당하게 하는 데 이용하도록 하는 것은 부당하다고 판단하였다.

그렇다면 여기에서 이 여성을 초등학교 선생님께서 재직할 수 있도록 할 수 있겠는가하는 문제가 남는데, 이 문제에 대한 판단을 위해서 처음에 인용했던 것과 같은 네 가지 요소에 대한 확인을 요구한 것이다.

16) School Bd. of Nassau County 사건의 주심재판관으로서 다수 의견을 대표하였다. School Bd. of Nassau County 사건은 연방대법관 9명 중 7명(브레넌, 화이트, 마샬, 블랙먼, 파월, 스티븐스, 오코너)이 다수의견을 이루었고, 2명(렝퀴스트, 스칼리아)이 반대하였다.

2) 의미

이 사건은 장애의 개념을 넓게 이해한 판결로서 중요한 의미를 지닌다. 2008년 미국장애인법 개정법에서는 “School Board of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273(1987) 사건에서의 연방대법원의 논증 – 1973년 재활법상 장애 정의에 관한 3번째 요건을 넓게 해석한 – 을 재확인”한다고 하여, School Bd. of Nassau County 사건이 미국 장애인차별금지법과 관련된 장애의 개념을 폭넓게 이해했던 것으로서 중요한 의미를 지님을 보여주고 있다. 특히 “사용자에게 타인에 대한 질병의 효과와 환자에 대한 질병의 효과를 구분짓게 하는 것 그리고 이러한 구분을 차별적 처우를 정당하게 하는데 이용하도록 하는 것은 부당하다”고 판시한 부분은 감염병의 전염력을 이유로 감염병에 걸린 근로자를 차별적으로 해고할 수 없는 중요한 논리가 아닐까 생각한다. 또한 그 장애의 정도가 근로자가 근로를 수행할 수 있는지 여부를 판단하기 위해 (a) 위험의 성질, (b) 위험의 기간, (c) 위험의 심각성, (d) 질병이 전염될 것이고 다양한 정도의 위해를 초래할 확률에 대한 의학적 조사를 개별적 사안에 따라 요구하고 있다는 점도 시사적이다.

나. Bragdon 사건

1) 사건 요지

Bragdon 사건은 HIV에 감염되었지만 에이즈 증상을 나타내지 않고 있던 애보트라는 사람의 치료를 미국의 한 치과의원이 거부함에 따라, 애보트가 이 치과의원을 상대로 미국장애인법 위반을 근거로 1998년 소송을 제기한 사건이다. 1998년 6월 연방대법원은 이 사건이 미국장애인법상 장애인 차별에 해당하고, 치과의원의 치료거부는 장애인 차별에 해당한다는 판결을 내렸고, 이에 따라 같은 해 연방의회는 미국장애인법을 개정하여 HIV 보균자 및 에이즈환자에 대한 법적 보호를 강화하고 있다. 미국장애인법상 장애인의 정의는 다음과 같다.¹⁷⁾

17) 미국장애인법 원문은 <http://www.eeoc.gov/laws/statutes/ada.cfm> 참조.

The Americans with Disability Act(Amendment)

SEC. 12102. [Section 3] 이 장에서 사용하는 용어의 의미는 다음과 같다.

(1) “장애”란 한 개인과 관련된 다음과 같은 것을 의미한다.

- (A) 한 개인의 생활상의 주요한 활동 중 하나 이상을 상당한 정도로 제한하는 신체적·정신적 손상
- (B) 그러한 손상이 있다는 기록 또는
- (C) 그러한 손상이 있는 것으로 간주되는 것

(2) ‘생활상의 주요한 활동’과 관련하여

(A) 일반적으로

(1)항의 목적을 위해 생활상의 주요한 활동에는 스스로 돌봄, 육체적 업무를 수행함, 보기, 듣기, 먹기, 수면, 걷기, 서기, 들어 올리기, 굽히기, 말하기, 호흡하기, 배우기, 읽기, 집중하기, 생각하기, 대화하기 그리고 일하기를 포함하지만 이것들로 국한되지는 않는다.

(B) 신체상의 주요한 기능

(1)항의 목적을 위해 생활상의 주요한 활동에는 주요한 신체 기능의 수행 또한 포함하고, 면역체계, 통상적인 세포의 성장, 소화기, 장기, 신경계, 뇌, 호흡기, 순환기, 내분비계 그리고 생식기의 기능을 포함하지만 이것들로 국한되지는 않는다.

(후략)

Bragdon 사건에서 연방대법원이 HIV 감염을 “육체적 손상”으로 인한 장애로 본 이유는, 이것이 혈액 및 림프계에 즉각적이고 계속적이며 해로운 영향을 미치는 생리학적 장애로 간주되기 때문이다. HIV에 감염된 사람은 자녀를 임신하고 출산하는 “생활상의 주요한 활동”에 영향을 받게 되고, 이러한 출산과 성적 활동은 삶에 필수적 요소라는 것이다. 따라서 HIV 보균자 및 에이즈환자는 위 미국장애인법 제2조 (1)항의 (A)에 해당되는 것으로 보고 있다. 한편 연방대법원은 HIV 보균자의 경우에는 타인의 건강과 안전에 대한 직접적 위협을 일으키지 않는다고 판단하기도 하였다.

2) 의미

Bragdon 사건이 비록 고용상 차별에 관한 것은 아니었지만, HIV 감염을 장애로 보면서 그에 대한 부당한 차별을 미국장애인법상 금지되는 장애인에 대한 차별로 인식함으로써 고용분야에서도 HIV 감염을 이유로 하는 부당한 차별을 장애인차별로 금지할 수 있게 되었다.

미국장애인법에 따라 고용상 금지되는 차별행위들은 (1) 채용지원자나 종업원을 채용기회나 지위에 불리하게 영향을 미치는 방식으로 제한하거나 분리하거나 분류하는 것, (2) 직접 수행하지 않더라도 차별적 효과를 갖는 계약을 체결하는 등 관계를 맺는 것, (3) 차별적 효과가 있거나 동일한 통제 하에 있는 다른 사람에 대한 차별을 심화하는 효과를 야기하는 기준 등의 관리수단을 사용하는 것, (4) 장애인과 관련을 맺고 있다는 이유로 유자격자를 배제하거나 기타 방법으로 동일한 고용기회나 편익을 거절하는 것, (5) 사업운영에 부당한 부담(undue hardship)을 초래하지 않음에도 불구하고 유자격 장애인이 갖고 있다고 알려진(known) 신체적·정신적 제약요소에 대하여 합리적인 편의(reasonable accommodation)를 제공하지 않거나 제공하지 않아서 초래되는 결과를 이유로 고용기회를 제공하지 않는 것, (6) 장애인을 배제하거나 배제하는 경향이 있는 자격기준, 시험 기타 선발기준을 담당직위의 직무와 관련되고(job-related) 사업상의 필요(business necessity)와 부합되지 않음에도 불구하고 사용하는 것, 또는 (7) 고용관련 시험을 선택하고 시행함에 있어서 시험결과가 당해 시험이 검증하려고 하는 개인의 자질을 나타내는 지각능력의 손상과 같은 장애가 시험결과에 영향을 미치도록 하는 것 등이다.¹⁸⁾

미국장애인법에서는 HIV 보균자 또는 에이즈환자를 명시하고 있지는 않으므로, 해석상 다양한 종류의 감염병과 관련하여 그것이 “장애”의 정의를 충족함으로써 감염병을 가진 사람이 장애인으로서의 자격을 갖게 된다면 미국장애인법의 적용을 받을 수 있을 것으로 보인다.

Ⅲ. 감염병을 이유로 하는 해고의 정당성

이상에서 감염병과 관련된 우리나라의 판례, 법제 그리고 미국의 판례에 대하여 검토해 보았다. 현재 논의되고 있는 감염병예방법 개정안의 근로자 보호

18) 42 U.S.C. § 12112 (b). 국가인권위원회 차별조사국(발간연도 미상), 『미국 장애인법 개설』 (www.humanrights.go.kr/common/fildn_new.jsp?fn=02_04.pdf), p.10에서 번역된 문장을 인용함.

를 위한 법제안들이 감염병예방법에 반영될 수 있다면, 감염병을 이유로 하는 근로자에 대한 해고 문제에 유의미한 효과를 거둘 수 있을 듯하다. 그러나, 에이즈예방법의 경우와 같이, 그것들이 강제력을 갖지 못하고 감염병을 이유로 근로자를 해고하는 사용자에게 단지 선언적 권고 수준으로만 그치게 된다면 전 시적 법제에 불과하게 될 것이다.

그러므로 현행 법 체제 내에서 감염병에 걸린 근로자와 “사회통념상 근로관계를 계속할 수 없”는 사정이 존재하는지 여부를 판단해 보기 위해 ① 감염병으로 격리/입원됨으로써 근로를 제공하지 못하게 된 결과 근로계약상 근로제공 의무를 이행하지 못한 것을 이유로 하여 해고가 이루어지는 경우, ② 감염병에 걸린 후 치료는 종료되었지만 후유장애가 남아 근로의 완전한 이행이 불가능하게 됨으로써 해고가 이루어지는 경우, 또 ③ 감염병의 감염력이 다른 근로자 또는 제3자에게 행사될 위험이 있어 그 위험을 예방하기 위하여 해고가 이루어지는 경우로 구분해서 살펴보고자 한다. 이와 다른 경우의 수도 있을 수 있지만, 감염병을 이유로 발생하는 해고의 많은 경우가 위 ① 내지 ③에 해당할 것이라고 여겨지기 때문이다.

1. 감염병으로 격리/입원된 경우

감염병예방법 개정을 위해 상정된 법률안이 주목하고 있는 바와 같이, 감염병은 한 개인의 문제가 아니다. 특히 감염병예방법이 제4군감염병으로 지정하고 있는 감염병은 국내에서 새롭게 발생하였거나 발생할 우려 등이 있는 것으로서 근로자가 개별 건강에 주의를 기울였더라도 충분히 대처할 예측가능성이 없다고 할 수 있다. 본문에서 검토했던 감염병예방법 개정법률안들은 이 점에 주목하고, 감염병의 예방 및 방역대책을 세워야 할 국가 및 지방자치단체의 의무에 따라 국가적 관리대상인 감염병에 감염된 근로자들이 감염병으로 격리 또는 치료를 받게 될 경우 해당 근로자를 해고할 수 없도록 하거나, 근로자가 근로를 제공하지 못하게 된 것에 대한 보상을 국가로 하여금 책임지도록 하고 있는 것이다. 현행 감염병예방법은 국민이 감염병으로 격리 및 치료 등을 받은 경우 이로 인한 피해를 보상받을 수 있도록 하고 있으므로(2015년 7월 6일 개

정) 근로자인 국민이 근로를 제공하지 못한 것에 대하여서는 현행 법상으로도 보상조치가 가능하다. 이 보상조치는 격리 또는 입원으로 근로를 제공하지 못함에 따른 임금상실분을 보전받을 수 있는 권리를 형성시킬 것으로 보이지만, 사용자와의 관계에서는 근로의 불이행이라는 근로계약의무 위반의 문제가 남게 된다. 그러므로 이목희 의원 등이 발의한 감염병예방법 개정법률안과 같은 입법적 조치가 요구된다.

그러나 이러한 입법적 조치가 없다고 하더라도 사용자는 근로자를 당연해고할 수 있다고는 할 수 없고, 대법원 판례가 판시하고 있는 바와 같이, 근로자가 질병에 걸리게 된 경위 및 그 질병이 사용자의 귀책사유 또는 업무상 재해로 인한 것인지의 여부, 질병의 치료기간 및 치료 종결 후 노동능력 상실의 정도, 근로자가 질병에 걸리게 될 당시 담당하고 있던 업무의 성격과 내용 등을 고려하지 않으면 안된다. 특히 근래의 신종감염병과 같이 국가가 국민에게 충분한 정보를 제공하지 않음에 따라 근로자에게 그것을 예방할 수 있었을 충분한 기대가능성이 없었던 경우에는 사용자에게는 근로자의 격리 또는 입원에 따른 근로제공불이행에 대한 수인의 의무가 있다고도 생각한다.

2. 감염병에 걸린 후 후유장해가 남은 경우

감염병의 치료는 끝났지만 감염병으로 인한 후유장해가 남을 수 있다. 후유장해가 근로자의 근로능력에 아무런 영향이 없는 종류의 것이거나 경미한 장애라면 근로자의 근로제공에는 아무런 문제가 없을 것이므로, 여기에서 말하고자 하는 후유장해는 근로자의 근로능력에 일정한 영향을 미치는 후유장해를 의미한다.

후유장해로 근로능력을 전부 상실한 경우, 근로자는 더 이상 근로를 제공할 수 없으므로 근로계약의 이행 불능에 따라 정당한 근로계약의 해지 사유가 발생한다고 생각한다. 특히 이 감염병이 업무상의 재해에 해당하지 않는 것이라면, 사용자로서는 아무런 법적 책임을 지지 않고 근로계약을 해지할 수 있다고 생각한다. 그런데 여기에서 ‘근로능력의 전부 상실’이라는 것의 의미를 이해하는 범주가 개개인마다 다를 듯하다. 어느 정도의 근로능력 상실이 ‘전부 상실’

인가하는 것이다. 또한, 아래에서 말하게 될, 근로능력의 ‘일부 상실’의 경우도 마찬가지이다.

근로능력을 일부 상실한 경우에는 사용자는 근로자와의 근로계약을 당연히 해지할 수 없고, 해당 근로자를 쉬운 업무, 상실된 근로능력을 요구하지 않는 업무 등으로 배치전환함으로써 해당 근로자와의 근로계약을 유지하여야 할 것으로 생각한다. 근로능력의 일부 상실은 근로계약의 불완전한 이행이므로, 불완전한 이행을 보완할 수 있는 적절한 조치를 사용자는 고려해야 하는 것이다. 근로자를 배치전환할 업무가 없거나 하는 경우에는 근로능력의 전부 상실에 준하여 판단해야 할 것으로 보인다. 그런데 여기에서도, 어느 정도의 근로능력 상실을 ‘일부 상실’로 보고 근로자를 배치전환하는 등의 노력을 사용자가 기울여야 할 것인가에 대한 의문이 남을 수 있다.

근로자가 근로능력을 일부 또는 전부 상실할 경우, 통상적으로 장애판정을 받을 수 있을 것인데, 이 장애판정의 종류 내지는 등급에 따라 그것의 기준을 생각해볼 수도 있겠다. 그러나 중요한 것은 그 보다는 근로자가 제공해야 할 근로의 종류 및 내용과 근로자에게 남은 후유장해를 개별적이고 객관적·구체적으로 평가하여 근로능력의 상실 여부를 판단해야 한다고 생각한다. 기존의 판례들에서는 취업규칙의 정함이나 근로제공이 불가능한 기간의 장단(長短)에 따라 해고의 정당성을 판단하기도 하였다. 그러나, 취업규칙에서의 해고 및 징계사유에 대하여 당연히 정당성이 부여되는 것은 물론 아니고 ‘정당한 해고’를 위한 정당성을 갖춰야 하는 한편, 근로제공이 영구적으로는 아니지만 상당한 기간 동안 불가능한 경우라도 무급휴직제도의 활용 등 대안적 해결방법이 존재하는 경우 상당기간 근로제공의 불가능성이 정당한 해고의 기초를 이루지 않는다고 생각한다.

3. 감염력이 있는 감염병을 가진 경우

감염병이 당장의 근로능력에는 영향을 미치지 않더라도 감염력을 갖고 있어 동료 근로자나 제3자에게 감염병을 감염시킬 위험을 갖고 있는 경우, 사용자는 그것으로 이유로 근로자를 해고할 수 있을 것인가가 문제될 수 있다. 이때에는

감염병에 관한 법제에 기초하여, 법으로 취업을 제한하거나 일정한 불이익을 부과할 수 있도록 하고 있는 경우가 아니라면 근로자를 해고할 수 없다고 보아야 하겠지만, 그러한 법제의 유효성과 함께 아직 알려지지 않은 감염병의 경우의 처리 등이 문제될 것이다.

질병의 감염력이라는 것은 보통의 일반인의 통념과 전혀 다를 수 있다. 예컨대 에이즈를 일으키는 HIV가 처음 인지되어 세간의 관심이 쏠렸을 때 사람들은 HIV 보균자와 함께 있는 것만으로도 전염이 된다고 오해하기도 하였다. 결핵균을 보균하고 있는 경우도 마찬가지이고, 최근의 중동호흡기증후군을 일으킨 바이러스에 대해서도 그 전염성을 두고 여러 가지 오해와 억측이 난무하기도 하였다.

이 문제에 대해서는 미국의 판례가 중요한 시사점을 보여주는 것으로 보인다. 앞서 언급했던 바와 같이 School Board of Nassau County 사건에서 연방대법원이 “사용자에게 타인에 대한 질병의 효과와 환자에 대한 질병의 효과를 구분짓게 하는 것 그리고 이러한 구분을 차별적 처우를 정당하게 하는 데 이용하도록 하는 것은 부당하다”고 판시한 부분은 감염병의 전염력을 이유로 감염병에 걸린 근로자를 차별적으로 해고할 수 없는 중요한 논리라고 생각한다. 한편, 전염력과 관련하여서도 미국 연방대법원은 “의학적 상태를 알려주는 상당한 의학적 판단에 기초하여 개별화된 조사 및 적절한 사실조사를 (a) 위험의 성질(즉 어떻게 병이 옮겨지는가), (b) 위험의 기간(얼마나 오랫동안 감염력이 유지되는가), (c) 위험의 심각성(제3자에 대한 잠재적 위해는 무엇인가), (d) 질병이 전염될 것이고 다양한 정도의 위해를 초래할 확률 등에 대하여” 전문 의학인이 할 것을 요구하였다.

감염력이 있는 감염병에 걸린 근로자가 근로를 제공할 수 있는지 여부는 위와 같은 전문가의 조사 및 판단에 기초하여야 할 것이고, 감염병예방방법의 개정이 논의되고 있는 현재 감염병으로 인한 근로자의 처우에 대한 실효성 있는 규정과 함께 위와 같은 기준을 참고하여 근로자에 대한 취업제한 등의 조치가 이루어질 것을 요구해야 할 것으로 생각한다.

IV. 결 론

이 글은 근래의 감염병을 기화로 하여 이것이 근로자들에게 이루어지는 부당한 차별이나 해고에 초점을 맞추고, 특히 감염병을 이유로 해고가 이루어지는 경우 그것의 정당성을 기존 법제와 판례에 비추어 해석해보고자 하였다. 이 문제에 대하여 입법적 노력이 강구될 정도로 감염병, 특히 전례 없는 신종 감염병은 근로자들의 고용안정에 중요한 영향을 미칠 수 있다고 생각하였기 때문이다.

현행 법제와 해석 및 판례로부터 출발하더라도 감염병을 이유로 하는 해고는, 법에 의하여 취업이 제한된다거나 하는 경우를 제외한다면, 정당성을 상실하는 차별적 해고일 가능성이 크다. 하지만 이것을 일반적인 해고의 법리에 기초한 해석으로 접근하기에는 불충분해 보인다. 근로자의 고용안정성이 근로관계 종료의 합리성에 기초한 해고의 정당성을 판단하는 법원의 해석에 의해서 확보되는 것은 최후적 일이기 때문이다. 해석의 논리도 그리 충분하다고는 볼 수 없는데, 본문에서 형식적이거나 미국의 판례를 인용한 것은 이 해석의 논리를 보충할 단서를 찾기 위함이기도 하였다. 감염병을 질병으로 인식하는 것이 의학의 논리라면, 감염병을 장애로 간주하는 것이 법학의 논리가 아닐까 생각한다. 다만, 감염병에 걸린 상황 일반을 장애로 간주하는 것은 어려울 것이고, 그것이 장애와 같은 실질을 갖추었을 때 비로소 감염병을 장애로 간주할 수 있을 것이다. 그러므로 에이즈와 같은 감염병 이외 다른 감염병이 과연 장애로 간주될 수 있을 것인가 하는 문제가 여전히 남는다. 선행연구가 거의 없는 상황에서 이 글은 감염병이 장애인인가 아닌가 하는 문제보다는, 감염병을 이유로 하는 해고의 정당성에 관하여 논해보고자 한 것이었으므로 이 문제에 대해서는 심도 있게 다루지 못하였다. 이 글의 한계이다.

참고문헌

- 노동법실무연구회(2010). 『근로기준법주해』. 박영사.
- 임종률(2015). 『노동법』. 박영사.
- 방준식(2012). 「징계해고규제법리의 재검토」. 『강원법학』 35, 강원대학교 법학
연구소.
- 국가인권위원회 차별조사국(발간연도 미상). 『미국 장애인법 개설』.
- 정정훈(2009). 『AIDS와 노동권』. 공익인권법재단 공감의 워크숍 자료.
- 웹사이트
- 우리나라 판례 : 대법원 종합법률정보(glaw.scourt.go.kr)
- 최근 입법정보 : 국회의안정보시스템(likms.assembly.go.kr)
- 미국 판례 : Cornell University Law School(www.law.cornell.edu)
FindLaw®(www.findlaw.com)
- 미국 법령 : U.S. Equal Employment Opportunity Commission(www.eeoc.gov)

abstract

The Fairness of Dismissal on the Ground of Infectious Disease

Park EunJeong

This paper is about the fairness of dismissal on the ground of infectious disease. Usually the discussion on this subject has been related to AIDS, and many countries, including Korea, have the act for protecting PWAs(person with AIDS) against discrimination and unfairness. But, not only PWAs but also individuals infected by other diseases have suffered from unfair dismissal and discrimination. So in this paper I tried to review the cases of the Supreme Court to know when the dismissal on the ground of infectious disease can be fair, the laws related to infectious disease to check how individuals infected by unpredicted infectious disease like MERS can be protected against unfair treatment in their employment, and the case law of the Supreme Court of the US to prepare the standpoint of judgement for the fairness of dismissal on the ground of infections disease.

Keywords : infections disease, the dismissal caused by infections disease, AIDS, Infectious Disease Control and Prevention Act, the fairness of dismissal on the ground of infectious disease