

# 장애인차별금지법 제정의 의의와 과제

*The meaning and main contents of the act to prohibit discriminating against people with disabilities*



남 찬 섭  
대통령자문 빈부격차·차별시정위원회, 행정관

지난 3월 6일 국회를 통과하고 4월 10일 공포된 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(법률 제8341호)는 장애계의 오래 숙원을 달성한 역사적인 법이자 우리 사회의 인권을 한단계 성숙시킬 중요한 계기가 될 것이다.

장애인차별금지법은 직접차별, 간접차별, 정당한 편의 제공거부, 광고에 의한 차별 등 4대 차별행위를 금지하고 있으며, 이 4대 차별행위를 고용, 교육 등 6대 영역에 대해 적용하고 있다. 또한, 여성장애인과 장애아동, 정신적 장애인에 대해서는 별도의 규정을 두고 있다. 그리고 국가인권위원회 내에 장애인차별시정소위원회를 두도록 하고 악의적인 차별에 대해서는 법무부장관의 시정명령도 규정하고 있다. 장애인차별금지법은 분명 하나의 중요한 계기이지만 그것이 실효성을 발휘하기 위해서는 법 내용과 관련된 여러 쟁점들을 사회적 합의를 통해 풀어나가는 과정이 필요하다.

## 1. 서론

지난 2007년 3월 6일 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 “장차법”)이 국회를 통과하였고 4월 4일 대통령 서명식을 거쳐 4월 10일 법률 제8341호로 공포됨으로써 이제 그 시행을 1년 앞두고 되었다. 무릇 모든 법률이 그러하지만 장차법 역시 이것이 제정되는 과정에서 수많은 이해관계자들이 서로 다른 의견을 제시하는 많은 논의과정을 거쳐 제정되었다. 특히 이 과정에서 장애계가 보여준 일치단결한 모습은 시민운동 전반을 통틀어서도 찾기가 쉽지 않은 훌륭한 모습이었다. 이런 점에서 장차법은

장애계의 승리임과 동시에 우리 사회 민주화의 성숙과 인권의 향상에 기여할 중요한 밑거름이 될 것이다. 별도 장차법을 운영하는 나라는 미국(1990), 호주(1992), 영국(1995), 홍콩(1995), 스웨덴(1999), 독일(2002) 등을 들 수 있으며 아프리카의 일부 국가들도 별도 장차법을 운영하고 있는 것으로 알려져 있는데, 우리나라의 장차법은 아시아권만 보면 홍콩 다음의 두 번째에 해당하는 것이다(일본은 1990년대부터 논의가 있으나 아직 제정에 이르지 못한 상황이다). 지난 2006년 12월 13일에는 유엔총회에서 장애인권리협약이 통과된 바 있어, 이번의 장차법 제정은 세계적 흐름에도 부합하는 중요하고도

의미 있는 성과라 할 수 있다.

하지만, 장차법이 제정되었다고 해서 문제가 다 해결된 것은 아니다. 이는 무엇보다 장애를 사유로 한 차별에 대한 태도가 사람마다 다르기 때문이다. 물론 장차법이 제정되었으므로 그것이 가장 중요한 기준이 되기는 하겠지만 생활의 많은 영역에서 발생할 수 있는 각종 차별에 대한 생각은 이해관계에 따라 그리고 놓인 처지에 따라 달라질 수밖에 없다. 이런 서로 다른 생각들은 장차법이 운영되는 환경을 구성하게 되고 장차법은 이 환경이 주는 제약 내에서 운영된다. 그리고 환경이 주는 제약과 장애인 차별에 대한 서로 다른 생각은 장차법을 둘러싼 쟁점으로 나타나며 이 쟁점은 제도 시행 후에도 계속 제기될 가능성이 높다. 장차법은 크게 법의 적용대상, 법이 정하는 금지대상 차별의 범위, 차별 시정장치의 네 가지 부분으로 구성되는데, 장차법의 쟁점들은 이들 모든 내용에 걸쳐 다 존재한다. 이 글에서는 장차법의 주요 내용을 살펴보면서 그것에서 제기될 수 있는 쟁점을 살펴보고 이어 향후 과제를 생각해 보기로 한다.

## 2. 본론

### 1) 법의 적용대상

장차법의 적용대상은 자명하다고 생각하기 쉬우나 사실은 그렇지 않다. 장차법은 여러 차별사유 가운데 장애라는 차별사유에 특화된 법

으로 장애를 사유로 한 차별행위를 금지하려는 법이다. 그런데 우리나라 장차법은 사실 그 명칭이 “장애인”차별금지법이다. 영국은 이 법의 명칭이 Disability Discrimination Act(DDA)로 “장애”차별금지법이다. 호주나 홍콩도 모두 “장애”차별금지법이다. 그런데 그 중에서 영국은 용어정의에서 “장애인”을 정의하고 있다. 호주나 홍콩은 “장애”를 정의하고 있다. 미국은 이 법이 Americans with Disabilities Act(ADA)로 우리 식으로 말하면 “장애인”차별금지법이지만 용어정의에서는 “장애”를 정의하고 있다. 우리나라는 장애와 장애인을 모두 정의하고 있다. 즉, 장차법이 차별사유로서 “장애”를 대상으로 한 것인지 아니면 그러한 차별에 놓일 가능성이 높은 “장애인”을 대상으로 한 것인지는 간단하게 결정될 수 있는 문제가 아닌 것이다. 장차법의 적용대상과 관련해서는 그것이 사회적 모델의 실현에 얼마나 도움이 될 것인가의 측면에서 바라볼 필요가 있다. 그리고 이와 관련해서는 사회적 장벽을 표현하는 문구의 포함여부와 다양한 차별의 포함가능성 정도, 진정장애인 자격 요구여부가 중요하다.

우선, 사회적 장벽을 표현하는 문구의 포함여부부터 살펴보자. 우리나라 장차법에서는 장애를 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태”로 정의하고 있다(법 제2조 제1항). 여기서 “일상 또는 사회생활”이라는 것이 사회적 장벽을 표현하는 문구이다. 흔히 이런 문구가 장애의 정의에 포함되는 것이

사회적 모델을 실현하는 데 도움이 된다고 생각하기 쉽다. 하지만 이 문구가 장애의 정의에 직접적으로 들어가게 되면 법적인 논리에서는 모순이 발생하게 된다. 즉, “일상 또는 사회생활에 제약이 초래되는 상태”는 그 자체가 장차법이 금지하려는 차별이며 법이 금지하려는 차별을 법이 대상으로 하는 사유에 원래부터 존재하는 것으로 정의해버리는 것은 모순이 되기 때문이다<sup>1)</sup>. 이처럼 사회적 장벽을 표현하는 문구를 제도의 장애개념에 직접 포함시키는 것이 모순을 낳게 되는 것은 이것이 장애가 가진 특성(characteristics)과 장애에 대한 처우(treatment)를 혼합하기 때문이다<sup>2)</sup>. 사실 사회적 모델은 장애를 설명하는 것이며 이론적인 차원에서 개념을 규정하는 것이고, 실제 제도에서 필요로 하는 장애정의에 대해서는 별 다른 지침이 되지 못하는 경향이 있다<sup>3)</sup>. 향후 장차법상 장애개념과 관련하여 이 사회적 장벽을 표현하는 문구의 삭제 여부를 진지하게 고려해 볼 필요가 있다.

그리고 이와 관련하여 또 한 가지 고려할 점은 장애와 장애인의 정의를 장차법에서 동시에 규정하는 것이 바람직한가의 문제이다. 이것은 곧 다양한 차별의 포함가능성 정도와 관련된 것인데, 장차법에서는 과거 장애경력과 미래 장애가능성, 장애로 추측되는 경우의 포함여부의 문제 제로 나타난다. 만일 장차법에서 장애개념을 현재의 장애로만 한정한다면 과거 장애경력(예컨

대, 한센병력자나 정신질환 경력 등)으로 인해 고용상 차별을 받는 문제 등에는 대처할 수가 없게 된다. 따라서 장차법이 사회적 모델을 실현하려면 현재는 존재하는 장애가 아니지만 차별을 일으킬 가능성이 있는 과거 장애경력이나 미래 장애, 장애로 추측되는 경우 등을 포함하는 것이 좋다. 그런데 문제는 이것이 장애인이라는 개념과 모순된다는 것이다. 장애인은 인간을 가리키며 인간으로서의 장애인은 어떤 특성을 항상적으로 가진 상대적으로 고정된 존재이다. 현재 존재하는 것도 포함하지만 현재 존재하지 않는 것도 포함하는 가능성의 속성을 가진 장애를 정의하면서 이를 기초로 항상적·고정적 존재인 장애인을 동시에 정의하는 것은 모순된다. 외국의 법률들이 장애인이면 장애인, 장애인 장애, 둘 중 하나만 정의하고 있는 것은 이런 사정과 무관치 않다고 보인다. 우리나라의 장차법에서도 장애인과 장애 둘 중 하나에 대해서만 정의하는 것이 바람직하다고 판단되며 그 경우 장애인보다는 장애를 정의하는 것이 더 나을 것이다. 장애인을 정의하게 되면 이는 아무래도 장애를 제한적으로 규정하는 결과로 이어질 가능성이 높으며 장애를 정의하게 되면 그 개념을 넓게 규정할 가능성이 높아진다. 이와 관련하여 우리나라 장애인복지법의 정의에서 주안점을 두고 있는 것은 엄밀히 말해 “장애인”이며 장애인복지법에서의 “장애”는 장애인을

정의하기 위해 부수적으로 규정되는 것이라는 사실을 유의할 필요가 있다. 이는 장애인복지법이 혜택을 배분하는 데 목적을 두고 있는 법이기 때문이다. 반면에 장차법은 혜택배분이 목적이 아니라 차별금지가 목적이다. 흔히 장차법의 장애개념도 장애인복지법의 장애개념과 비슷해야 한다고 생각하는 경향이 있는데, 이는 장애인복지법이 정의하고 있는 개념이 사실은 장애인이라는 점과 장애인복지법의 목적이 혜택 배분에 있는 것이라는 점을 간과한 데서 생기는 것이다.

진정장애인 자격 요구여부는 신체적·정신적 손상이나 기능상실이 어느 정도의 기간이 존재해야 하는 것인지 그리고 그러한 손상이나 기능상실이 개인에게 어느 정도의 제약을 초래해야 하는 것인지와 관련된 것이다. 우리나라 장차법은 손상이나 기능상실이 “장기간” 존재해야 하며 또 개인에게 “상당한” 제약을 초래할 것을 요구하고 있다. 즉, 기간규정과 제약규정이 모두 엄격한 셈인데 이런 식으로 진정장애인 자격을 엄격히 요구하는 것은 영국과 미국도 그러하다. 하지만 호주나 홍콩의 장차법은 기간규정과 제약규정이 없으며 아일랜드의 고용평등법도 장애개념에서 이런 기간규정과 제약규정을 두고 있지 않다. 즉, 호주나 홍콩, 아일랜드는 신체적·정신적 손상이나 기능상실이 있는 것만 요구하며 이것이 장기간 존재하는 것이어야 한다거나 또 이것이 개인에게 상당한 제약을 초

래하는 것이어야 한다는 등의 추가 요구가 없다는 것이다. 대체로 보아 기간규정과 제약규정을 엄밀히 해놓고 있는 미국이나 영국보다 그런 규정을 두고 있지 않은 호주나 아일랜드가 사회적 모델을 실현하는 데 더 유리하다는 것이 일반적인 평가인 것 같다<sup>4)</sup>. 물론, 이 기간규정과 제약규정은 장애에 대한 한 사회의 태도가 집약적으로 표현되는 것이므로 단기간에 변화하기는 어렵겠지만 향후 장차법의 실효성 있는 운영을 위해서는 반드시 논의되어야 하고 진지한 재검토가 이루어져야 한다.

장애개념과 관련하여 마지막으로 언급해 둘 것이 있다. 이것은 장차법상 장애개념이 제한적으로 규정되어야 한다고 주장하면서 그 근거로 흔히 제기되는 것들인데 이들은 대체로 다음 네 가지로 구분할 수 있다. 첫째는, 장애개념은 권리구제수단과 연동된 것이므로 시정명령권 도입시 장애개념은 제한될 필요가 있다는 논리이다(권리구제수단 연동론). 둘째는 현행 장애인복지법상 장애개념과 일관성을 유지할 필요가 있다는 논리이며(정책일관성 유지론), 셋째는 장애개념이 지나치게 넓은 경우 오히려 중산층 장애인이 더 많은 이익을 볼 수도 있어 형평성 시비가 발생할 수 있다는 논리이고(불형평성 발생론), 넷째는 장애개념이 지나치게 넓은 경우 장애가 없거나 장애정도가 매우 경미한 사람이 장차법을 악용 또는 남용할 우려가 있다는 논리이다(제도악용론). 결론부터 말하면 이들 논리

1) 남찬섭, “장애인차별금지법 제정경과와 의의,” 장애인복지학회 월례발표회 발표논문, 2007.  
 2) Theresia Degener, “Definition of Disability,” E. U. Network of Experts on Disability Discrimination, 2004.  
 3) Deborah Mabbett, *Definition of Disability in Europe: A Comparative Analysis*. European Commission, 2002.

4) Degener, 2004, op cit.; Samuel Bagentos, “Comparative Disability Employment Law from an American Perspective,” *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol 24, 2005, pp. 649~667.

는 하나같이 장차법의 성격을 이해하지 못하고 있거나 이해하려 하지 않는데서 제기되는 논리이다.

우선, 권리구제수단 연동론은 언뜻 보면 그럴 듯 하지만 사실은 장차법의 본질을 호도하는 논리이다. 장차법이든 다른 사유에 관련된 차별금지법이든 그 법이 규정하는 권리구제수단이 그것 외의 다른 무엇과 연동된다면 그것은 본질적으로 그 법이 금지하는 차별행위의 심각성과 연동되는 것이지 그 법이 권리를 보장하려는 대상의 범위와 연동되는 것이 아니다. 만일 권리구제수단의 강도가 강하다고 하여 법의 대상을 좁힌다면 이는 그 법의 권리구제수단이 직접적으로 작용을 가할 가해자는 문제 삼지 않으면서 엉뚱하게도 피해자에게 법 시행에 따른 부담을 떠넘기는 처사가 될 것이다. 이것이 제도의 본질을 잘못 파악하는 것입은 다음의 간단한 예를 생각해보면 쉽게 알 수 있다. 즉, 예컨대 가정폭력방지법에서 권리구제수단이 강하게 규정되면 가정의 개념은 좁혀져야 한다는 주장이 제기되었다고 가정해 보자. 아마 그런 주장을 하는 사람도 없겠지만 그 주장이 논리적으로 성립하

지 않는다는 사실은 누구라도 금방 알 수 있을 것이다<sup>5)</sup>.

다음으로 정책일관성 유지론 역시 장차법과 일반 장애인정책의 차이를 제대로 이해하지 못한 데서 오는 발상이다. 일반적으로 장애개념은 장차법이 가장 넓고 여타 사회정책은 그보다 제한적인데, 이는 제도운영 목적의 차이에서 기인한다<sup>6)</sup>. 사회정책은 혜택배분이 목적이므로 대상자를 미리 확정해야 하지만 장차법은 혜택배분이 목적이 아니라 차별행위의 시정이 목적이므로 대상자를 지나치게 좁히면 제도도입의 의의 자체가 사라지게 된다. 다만, 장차법과 사회정책 간 장애정의의 충돌이 있을 수 있으나 이는 장애개념 범위의 차이에서 오는 충돌이라기 보다는 두 제도가 가진 장애에 대한 철학적 전제의 차이에서 오는 충돌이라고 보아야 한다. 따라서 이는 장차법상 장애개념을 좁힌다고 해결되는 문제가 아니다. 그런데, 장차법에서도 장애정도나 유형을 판단해야 할 사례가 있을 수 있다. 이는 아마도 주로 정당한 편의의 구체적 내용과 관련하여 그럴 것이다. 하지만 이 경우에는 기존 장애기준을 원용해도 되는 문제이며

이것 때문에 장차법의 장애개념을 장애인복지법과 맞추어야 하거나 장애개념을 제한적으로 규정해야 할 필요는 없다.

불형평성 발생론 역시 장애인복지법과 장차법의 제도적 차이를 간과한 데서 오는 오류이다. 장애인복지법은 혜택배분을 목적으로 하므로 자원이 희소한 상황에서는 욕구가 더 큰 장애인에게 혜택을 배분하는 것이 매우 중요하지만 장차법은 기회균등을 목적으로 하는 제도이므로 중증이든 경증이든 기회가 박탈되었다면 똑같이 개입해야 한다. 이 역시 앞에서 든 가정폭력방지법의 예를 생각하면 쉽게 오류임을 알 수 있다. 만일, 가정폭력방지법을 시행하여 중산층 가정이 더 많은 혜택을 보는 상황이 일어났다고 해서 이를 해결하기 위해 가정의 개념을 좁게 규정하려 한다면 이는 아마도 누구에게도 납득되지 않을 것이다<sup>7)</sup>.

제도악용론 역시 유사한 이유에서 논리적으로 성립할 수 없는 이야기이다. 제도 시행 초기에 진정건수가 증가할 수 있으나 이는 제도의 첫 시행에 따른 조정과정이라고 보아야지 이를 제도악용 내지 제도남용으로 보는 것은 제도 자체의 건전한 발달에 관심이 없는 무책임한 태도이다. 또한 제도의 악용이나 남용을 막는 차원이라면 이는 장애개념이 넓은가 좁은가와는 원칙적으로 관계가 없다. 제도를 악용할 것이라면

이것이 장애개념이 좁다고 일어나지 않고 장애개념이 넓다고 일어날 것인가? 제도악용문제는 장애개념이 아니라 제도운영의 인프라를 충실히 하여 해결할 일이다.

## 2) 금지대상 차별의 범위

금지대상 차별의 범위는 장차법을 통해 금지하려는 차별행위의 종류와 그러한 차별금지가 적용되는 영역에 의해 결정된다. 따라서, 금지대상 차별의 범위는 곧 장차법의 실질적 내용을 구성하는 부분이다. 현재 제정된 장차법에서는 금지대상 차별행위로는 직접차별, 간접차별, 정당한 편의 제공 거부, 광고에 의한 차별의 네 가지를 규정하고 있으며, 차별영역으로는 ① 고용, ② 교육, ③ 재화와 용역의 제공 및 이용, ④ 사법·행정절차와 서비스 및 참정권, ⑤ 모·부성권 등, ⑥ 가족·가정·복지시설, 건강권 등의 여섯 가지 영역을 규정하고 있고, 그 외에 차별행위에 관련된 것으로서 괴롭힘도 금지하고 있고 또 장애인 관련자<sup>8)</sup>에 대한 차별행위도 금지하고 있으며, 차별영역과 관련된 것으로서 장애여성, 장애아동, 정신적 장애인에 대해서는 별도의 규정을 두고 있다. 즉, 장차법은 4대 행위와 6대 영역을 규정하고 있으며, 장애인 관련자에 대한 차별과 괴롭힘, 장애여성·

5) 그런데, 장애개념을 금지대상 차별의 범위와 연동된다는 주장은 어느 정도 설득력이 있다. 특히, 장애개념과 금지대상 차별범위가 다 같이 넓은 경우 제도 시행 초기에 비용이 많이 소요될 가능성이 있다. 하지만, 이러한 가능성을 인정하더라도 이 주장 역시 장차법의 실효성을 위해서는 수용되기가 곤란하다. 첫째, 장애개념이 넓어지더라도 그것은 흔히 말하는 중증장애인을 포함하는 방향보다는 경증장애인을 포함하는 방향이 될 가능성이 높고, 경증장애인은 비용소요가 있는 정당한 편의의 제공이 거의 필요 없는 경우가 많다. 따라서 장애개념의 확대와 비용증가를 직접 연관시키는 것도 자세히 따져보면 반드시 그렇지는 않다고 할 수 있다. 둘째, 금지대상 차별범위를 좁히는 것은 단기적인 비용은 줄일지 몰라도 중장기적으로는 오히려 비용소요를 더 크게 만들 수 있다. 즉, 장차법은 다양한 영역에 적용되어 예컨대 장애인의 교육수준 향상 → 인적자본 향상 → 고용증가 → 장애인의 소득증가 → 장애인 대상 공공부조 비용 감소 → 세금부담 감소와 같은 연쇄효과를 낼 수 있는데 차별범위를 좁히면 그만큼 이러한 연쇄효과와 작동범위가 좁아져 제도의 실효성이 떨어지고 따라서 중장기적으로도 비용감소가 일어나지 않을 수 있는 것이다. 이에 대해서는 본문에서 다시 다룬다.

6) Mabbett, 2002, op cit.

7) 하지만, 마벳(Mabbett)은 장차법을 기회균등추구형과 결과의 평등 추구형의 두 가지로 구분하고, 영국은 결과의 평등 추구형에 가깝다고 말하면서 이 경우에는 장애개념이 다소 제한적으로 규정될 수 있다고 말한다. 이 주장은 Mabbett, 2002, op cit. 참조. 마벳의 이러한 주장에 대해서는 좀 더 세밀한 검토가 필요할 것으로 본다.

8) 장애인 관련자란 장애아동의 보호자 또는 후견인, 그 외 장애인 돕기 위한 자를 말한다(법 제4조 제1항 제5호).

장애아동·정신적 장애인을 별도 규정하고 있는 것이다.

금지대상 차별행위와 관련해서는 직접차별도 논란의 소지가 있지만 간접차별이 더욱 논란의 소지가 크다. 성차별의 경우에도 간접차별은 그 존부를 입증하기가 어려운 것이 사실이며 이는 장애차별의 경우에도 그러할 것이다. 간접차별은 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의해 불리하게 대하지 않지만 장애를 고려하지 않는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우(법 제4조 제1항 제2호)를 말하는데 여기서 장애를 고려한다는 것이 정확히 어떤 것을 의미하는지가 논란이 될 수 있고, 또 불리한 결과가 초래된다는 것이 무엇을 의미하는지가 논란이 될 수 있다.

장애를 고려한다는 것은 장차법의 취지에 비추어 볼 때 장애인이 가진 특성 등을 고려한다는 의미이고 장애인이 무능력하다거나 비생산적이라고 해석되어서는 안 되겠지만, 장차법의 장애개념이 상당히 제한적으로 규정되어 있고 또 장애인복지법상의 장애인개념과 유사하게 되어 있어서 스스로 능력을 발휘하는 존재라기 보다는 장애인복지법상의 혜택을 받아야 하는 존재로 해석될 소지도 있다. 또 장애인이 가진 특성을 고려한다고 해석하더라도 어떻게 하는 것이 특성을 고려하는 것인지가 불분명하여 이와 관련한 논란도 발생할 수 있다.

불리한 결과와 관련해서는 그것이 다양한 영

역에서 일어날 수 있고 또 각 영역과 사례에 따라 차이가 있겠으나 가장 중요하게는 의무고용률과 관련하여 논란이 발생할 소지가 있다. 현재 우리나라 의무고용률은 2%인데 이는 의무고용제도가 도입되던 당시의 장애인구 비중에 비추어서는 어느 정도 합리성을 가질 수 있었다<sup>9)</sup>. 하지만 2005년도 실태조사에서 장애인구는 214만 9천명으로 전체 인구의 4.59%로 나타났으며, 15세 이상 경제활동장애인은 90만 3천명으로 같은 해 전체 국민 경제활동인구 2,423만 7천명의 3.88%로 나타났다. 또한 15세 이상 취업장애인은 69만 5천명으로 전체 취업자 2,324만 6천명의 2.99%에 이르렀다<sup>10)</sup>. 따라서 현재 정부가 정책적으로 채택하고 있는 의무고용률은 장애인구 비중의 증가를 고려하지 않은 기준으로 해석될 수 있다. 또한, 의무고용률이 계속 달성되지 않을 경우 의무고용에 관련된 정부정책 전반이 간접차별의 혐의를 받을 수도 있다. 반면에 기업입장에서는 의무고용제도가 시행되고 있는 터에 장차법이 또 다시 시행되어 이중부담이라고 주장할 수 있다. 하지만 개별기업 입장에서는 장애인고용이 증가하면 부담금 납부가 감소하고 장려금을 받을 수 있어 오히려 이익이 될 수 있기 때문에 반드시 이중부담이라고만 할 수는 없다. 그러나 어떤 경우든 장차법과 의무고용제도 간의 관계 간접차별 및 비용의 문제와 관련하여 큰 쟁점으로 부상할 가능성이 높다고 하겠다.

차별금지를 위한 법 가운데 장차법이 가진 독특한 점은 정당한 편의 제공 거부가 차별행위로 규정되어 있다는 점이다. 정당한 편의<sup>11)</sup>는 장애인이 능력을 발휘할 수 있도록 그의 특성 등을 고려하여 제공되는 각종 편의를 말한다. 장차법 제정을 둘러싸고 정부와 장애계가 논의를 벌일 때에도 가장 많은 논란의 대상이 되었던 것이 이 정당한 편의에 관한 것이었고 기업측에서도 이와 관련된 비용부담을 가장 우려하고 있다. 그리하여 현재 장차법에는 정당한 편의의 제공에 관한 조항은 모두 단계적으로 시행토록 하였고 단계적 시행의 구체적 사항은 모두 시행령으로 위임되어 있다. 앞으로 시행령 준비과정에서 구체적 내용을 어떻게 규정할 것인가가 큰 쟁점으로 부각될 것이다. 정당한 편의는 우선 그 구체적 내용과 범위를 정해야 하고 또 정당한 편의를 제공해야 할 의무를 질 주체의 범위도 정해야 한다. 현재로서는 이들이 정해지지 않았기 때문에 정확한 비용추계는 사실상 불가능한 상황이다. 다만, 외국의 연구 사례를 보면 생각만큼 큰 비용이 드는 것은 아닌 것으로 나타나고 있다. 영국의 한 연구를 보면, 장애인 고객을 위해 매장이 제공한 정당한 편의의 설치비용은 월평균 최대 12,000파운드

였고 운용비용은 월평균 최대 2,443파운드인 것으로 나타난 바 있다<sup>12)</sup>. 또한, 미국에서 실시된 한 조사에 의하면 기업이 제공한 정당한 편의의 49.1%는 그 편의제공 첫 일년간 비용이 전혀 들지 않았고, 비용이 든 경우에도 74.8%의 정당한 편의는 500달러 이하의 비용이 소요된 것으로 나타났다<sup>13)</sup>. 국내 연구의 경우에는 비단 정당한 편의 제공에만 관련된 것은 아니지만 장차법 시행으로 인한 비용 편익 분석에서 총비용은 1,300억원인 반면 총편익은 12조 7천억원(7% 할인율 가정)으로 나와 비용-편익비가 96.8%에 이르는 것으로 추정된 바 있다<sup>14)</sup>.

그런데 이들 연구는 모두 고용영역에 주로 초점을 맞추고 있어 다른 영역에 관해서는 비용추정을 하고 있지 않다. 현재 장차법은 고용 외에도 교육, 건축물, 이동편의 등의 영역에도 적용되도록 되어 있기 때문에 이와 관련해서도 비용과 편익의 추계가 필요하다. 이 작업은 쉬운 일은 아닐 것인데 이를 위해서는 다음의 사항을 고려할 필요가 있다. 우선 교육과 관련해서는 그에 소요되는 비용의 대부분이 사실상 교육영역에서의 정당한 편의 제공과 거의 동일하다는 점이다. 즉, 장애인 교육을 위해 학습기자재나 교재 등을 마련하는 데 드는 비용은 그 자체가

11) 이것은 영어로는 "reasonable accommodation" 또는 "reasonable adjustment"인데 미국에서는 주로 전자를 사용하며 후자는 영국에서 주로 사용된다. 흔히 "합리적 배려"라고 번역되었으나 장차법에서는 "정당한 편의"라는 용어로 표현되었다.

12) Nigel Meager et al., *Costs and Benefits to Service Providers of Making Reasonable Adjustments under Part III of the Disability Discrimination Act*, Department of Work and Pension, 2002.

13) Helen A. Scharzt, et al., "Workplace Accommodations: Empirical Study of Current Employees," *Mississippi Law Journal*, vol. 75, no. 4, 2006, pp. 1~31.

14) 유동철, "장애인차별금지법의 잠재적 비용-편익 분석: 고용영역을 중심으로," 「한국사회복지학」, 제57권 제2호, pp. 297~320.

9) 우리나라 장애인구는 1990년에 2.23%였고 1995년에 2.37%였다.

10) 변용찬 외, 「2005년도 장애인실태조사」, 한국보건사회연구원, 2006; 통계청, KOSIS (경제활동인구조사, 2005년).

정당한 편의인 것이다. 따라서 교육영역에 있어서는 전반적인 예산의 증액이 곧 정당한 편의의 비용이라 할 수 있다. 다음으로 건축물이나 이동편의의 경우 이것이 작업장에 설치될 때 그것은 단순히 건물이나 이동에서의 편의만을 의미하는 것이 아니라 작업상의 편의도 의미하므로 비용 편의의 관계가 “일대일”이 아니라 “일대다”라는 점이 고려되어야 한다.

정당한 편의의 제공과 관련해서는 그 비용을 지나치게 과장할 필요는 없다. 정당한 편의의 비용을 지나치게 과장하면 정당한 편의의 제공 범위를 축소하려 하게 되는데 이는 장기적으로 장차법의 실효성 자체를 떨어뜨리게 된다. 장차법은 다양한 영역에서 정상적으로 작동될 때 사실은 중장기적으로 편익을 더 크게 할 수 있다. 장애를 사유로 한 교육영역에서의 차별이 감소하면 이는 곧 장애인의 인적자본의 향상을 가져오게 되고 이는 다시 장애인의 고용을 증가시키게 되며 이렇게 되면 장애인들의 소득이 증가하여 가난한 장애인을 돕느라 납부해야 하는 세금이 감소할 수 있게 되는 것이다. 그런데 이 연쇄적 결과를 무시하고 단기적으로 비용이 소요된다고 하여 장차법의 적용범위를 지나치게 좁히면 장차법을 시행해도 그것이 중장기적으로 연

쇄적 효과를 가져오지 못하기 때문에 오히려 중장기적인 비용이 증가하게 된다.

### 3) 권리구제 장치

장차법 제정 당시부터 권리구제장치와 관련해서는 장애인차별시정기구를 어디에 둘 것인가, 이 장애인차별시정기구에 어느 정도의 권한을 부여할 것인가 하는 시정기구의 위상 및 권한이 큰 쟁점이 되었다. 장애계는 국무총리 산하의 별도 시정기구를 설치하고 이 시정기구에 시정권고만이 아니라 시정명령까지도 부여해야 한다고 주장하였다<sup>15)</sup>. 하지만 정부는 2004년 10월에 결정된 차별시정기구 일원화 원칙<sup>16)</sup>에 따라 별도 시정기구 설치는 불가하며 시정명령 도입도 어렵다는 입장이었다. 현재 장차법은 이 두 입장을 절충한 형태를 취하고 있다. 즉, 장애인차별시정기구는 국가인권위원회 내에 소위원회로 설치토록 하고(법 제40조) 이 소위원회는 시정권고까지만 행사할 수 있으며, 시정명령이 필요한 경우에는 법무부장관이 시정명령을 내리도록 되어 있다(법 제43조). 즉, 차별시정기구 일원화 원칙을 유지하여 장애인차별시정기구를 국가인권위원회 내에 설치하고, 시정명령

은 도입하되 시정명령의 주체는 국가인권위원회가 아니라 법무부장관으로 정해진 것이다. 이른바 시정기구 일원화, 시정권한 이원화이다.

차별피해를 당한 사람은 차별피해의 구제를 위해 차별시정기구에 진정을 제기하여 그 차별시정기구가 정하는 규정에 따라 피해구제를 위한 절차를 밟아나갈 수도 있고, 차별시정기구를 거치지 않고 곧바로 법원에 손해배상을 청구할 수도 있으며 차별행위가 악의적인 경우에는 법원에 형사처벌을 요청할 수도 있다. 위에서 말한 시정기구의 위상 및 권한 문제는 이러한 절차 중 차별시정기구에 진정을 제기함으로써 밟아나갈 절차에 관련된 것이다. 삼권분립체제 하에서 권리구제의 최종담지자는 원칙적으로 사법부(법원)이다. 그런데 차별시정기구를 사법부와 별도로 설치하는 것은 법원을 통한 권리구제가 절차가 복잡하고 비용이 소요될뿐더러 시간도 오래 걸리고 소송에서 이기더라도 실제 발생한 차별행위의 시정보다는 손해배상금을 받는 것으로 끝나는 경우가 많기 때문에, 법원을 통하기 이전에 피해자와 가해자 간에 원만하고도 좀 더 신속한 화해·조정을 도모하기 위한 목적에서이다. 우리나라의 경우에 이러한 기능을 하는 차별시정기구로는 국가인권위원회가 대표적인데, 장애계는 이 국가인권위원회가 장애차별에 대해서는 사실상 원만하고 신속한 조정에 큰 성과를 거두지 못하였으므로 이를 보완하기 위해 원만하고 신속한 조정을 위해 좀 더 강력한 시정명령까지 부여해야 한다고 주장했던 것이다. 장애계의 주장도 타당한 면이 없

지 않지만 시정명령은 행정명령의 성격을 갖기 때문에 그 자체가 법원의 심사대상이 되고 법원이 만약 차별시정기구와 다른 결정을 내리게 되면 차별시정기구는 사법부와 별도로 기능하는 것이 어렵게 되고 종국적으로는 차별시정기구가 사법부의 판단에 종속되어 결국에는 원래 목적인 화해·조정기능마저 어려워질 수 있다. 그리고 행정처분의 성격을 갖는 시정명령을 차별시정기구가 행사할 수 있게 할 것인가의 문제는 차별시정기구의 위상 자체와도 연관된 문제여서 신중한 접근을 요하는 문제이다. 어떻든 현재 장차법은 차별시정기구는 시정명령을 행사하지 않지만 법 자체에는 시정명령권이 도입되어 있고 그 행사주체는 법무부장관이다. 그런데 이처럼 권한행사 주체가 이원화됨으로써 피해자의 입장에서는 신속한 권리구제가 오히려 더딜 소지가 있으며 권한 이원화로 인해 차별시정기구 일원화 원칙이 좋지 않은 영향을 받을 수도 있다. 이 문제는 비단 장차법에만 한정된 것이 아니며 우리 사회에서 차별시정기구 일원화가 갖는 의미가 무엇인지, 차별문제에 대해 시정명령권을 도입하는 것이 갖는 의미가 무엇인지에 대해 진지한 검토를 거쳐 향후에도 지속적으로 고민해야 할 문제이다.

차별시정기구를 거치지 않고 법원에 곧바로 소를 제기하여 권리구제를 요청하는 경우에는 중요한 것이 민사상 손해배상과 별칙, 그리고 그러한 권리구제절차를 밟아나감에 있어서 차별행위의 존부를 둘러싼 입증책임의 문제이다. 당초 장애계는 통상적인 손해배상 외에 징벌적

15) 이 경우 장애계가 주장하는 별도 시정기구란 국가인권위원회와 별도로 설치되는 시정기구를 의미한다. 시정기구 위상 및 권한에 관련된 장애계의 주장으로는, 박종윤, “실효성 있는 장애인차별 해소 방안,” 장애인차별금지법제정추진연대, 「차별사례를 통해 본 실효성 있는 장애인차별해소방안에 관한 토론회」, 2006, pp. 77~146; 박은수, “장애인차별금지법에 있어서의 시정명령 도입 가능성,” 장애인차별금지법제정추진연대, 「힘 있는 장애인차별금지법 만들기, 장애인차별금지법 공청회 자료집, 2003; 안선영, “장애인차별금지법의 효과성 확보를 위한 기구,” 장애인차별금지법제정추진연대, 「장애인차별금지법, 이념과 철학 기초 다지기Ⅲ : 차별금지법과 장애인차별금지법, 그리고 독립적인 실행기구」, 장애인차별금지법 공청회 자료집, 2003 등 참조.

16) 차별시정기구 일원화 원칙은 참여정부 출범 초기부터 오랜 논의를 거쳐 2004년 10월 21일 결정된 것인데 이 결정에 따라 남녕고 옹평등위원회의와 남녀차별개선위원회의의 기능이 국가인권위원회로 일원화된 바 있다.

성격의 손해배상의 도입을 주장하였고, 가해자의 재산상 이익을 피해자의 손해액으로 추정하는 재산상 이익의 손해추정 규정, 입증책임의 전환 등을 도입할 것을 주장하였다. 현재의 장치법에는 징벌적 성격을 손해배상은 도입되어 있지 않으며, 입증책임의 전환은 입증책임의 배분으로 다소 완화되었다. 하지만 재산상 이익의 손해추정 규정은 그대로 도입되었으며, 정부와의 논의과정에서 법원의 구제조치가 추가로 규정되었다. 그리고 벌칙은 당초 장애계가 주장했던 것보다는 좀 더 완화되어 규정되었다. 하지만 전반적으로 법원의 권리구제수단은 통상적인 예에 비추어보면 비교적 강하게 규정된 것으로 보인다.

### 3. 결 론

장치법은 본문에서 언급한 것 외에도 자기결정권, 복합차별에 관한 조항, 정당한 사유, 진정 직업자격, 가족 및 가정의 개념, 공공기관의 범위 등과 관련하여 여러 가지 쟁점들을 안고 있다.

제도는 일단 도입되고 나면 마치 살아 있는 생명체처럼 자체의 동력을 가지고 움직이게 된다. 물론 그 과정에 수많은 사람들의 서로 다른 이해관계가 작동하게 된다. 제도가 어떤 식으로 살아 움직일 것인가는 그 사회가 가진 문화적 토양과 제도적 토대 등에 의해 한계지워진다. 이 제약요소를 어떻게 해석하고 그 속에서 일어나는 여러 가지 일들을 어떻게 받아들일 것인가는 현재로서는 아직 열려 있지만 본문에서 살펴본 몇 가지 중요한 내용들과 관련해서는 이미 그 쟁점 틀이 어느 정도 형성되고 있다. 이 쟁점을 어떻게 풀어갈 것인가는 장치법의 실효성에 중요한 영향을 미친다. 장치법의 실효성에 대해서도 사람마다 견해가 다를 수 있겠으나 한 가지만은 분명한 것 같다. 이 제도가 도입된 이후 중기적으로도 그 연쇄효과를 긍정적으로 가져오지 못한다면 그것은 실효성을 상실한 것이다. 이런 식의 실효성 상실에는 아무도 동의하지 않을 것이다. 단기적인 비용을 지나치게 과장하거나 그에 집착하는 태도보다는 제도의 효과성을 좀 더 길게 보고 제도를 키워나가려는 태도가 중요하다. **본문**