

「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」의 차별금지 형성방안에 관한 연구

A Study on the Methods to Create Non-discriminations in
Relation to the Act on the Prohibition of Discrimination
Against persons with Disabilities, remedy against
infringement of their rights, Etc

정 영 진*
Jung, Young-Jin

목 차

- I. 서론
- II. 장애인차별금지법의 이론적 배경
- III. 장애인차별금지법, 법제의 실효성 논의
- IV. 장애인차별금지법의 차별금지 형성방안
- V. 결론

국문초록

본 연구는 장애인인권법인 「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」의 차별금지 형성을 위한 법사회학적인 탐구이다.

「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」(이하, 「장애인차별금지법」이라 칭함)의 효과성에 관한 법사회학적 접근은 결국 그 법제의 사회적 정합성을 해석

논문접수일 : 2018.01.30.

심사완료일 : 2018.02.21.

게재확정일 : 2018.02.21.

* 법학박사·사회복지학 박사과정 수료(대구대학교 대학원), 제주대학교 강사

하여 그 확보방안을 찾는 것이다. 따라서 법제 구성 내용의 핵심적인 사항별로 실효성을 좌우하는 요소를 추출하고, 그 요소별 확보기준은 헌법상 기본권보장의 정치철학적 이념, 장애인론에서 제시한 장애인인권정책의 목표, 그리고 「국제장애인인권권리협약」의 권고기준과 인권선진국의 관련법제의 선례를 기준으로 그 차별금지적 기능발휘 여부점검에 따른 그 보장방안을 탐구하였다. 「장애인차별금지법」의 효과성은 이 법의 차별금지적 형성효과가 사회적 약자인 장애인의 불균형적으로 저열한 사회적 권력관계를 시정할 수 있는지의 여부이며, 나아가 장애인에게 부당한 차별이 있을 경우 그 결과로서 초래된 권리침해를 확실하게 구제할 수 있는 법제적 수단과 방법을 확보하고 있는지에 좌우된다.

위와 같은 연구방향에 따라 첫째, 모든 장애차별의 가능성에 대처할 수 있는 「장애인차별금지법」이 되기 위한 기초로서 장애정의는 사회적 관점에 입각하여 규정되어야 하고, 둘째, 장애인의 고질적인 차별적 사회 환경을 차별금지적으로 시정하기 위해서는 국가의 적극적인 개입에 의한 편의제공이 정당하게 이루어져야 하며, 셋째, 장애인에게 불법적인 차별행위로 인한 장애인의 권익이 침해되면 그에 대한 철저한 응징과 피해에 대한 확실한 보상이 이루어지고, 그 차별이 악의적이고 엄중하면 징벌적 제재가 부가되어야 하며, 행정적·사법적 권리구제절차에는 장애인계의 입장이 반영되어야 한다. 넷째, 장애인인권보장의 법제적 장치가 확보되었다 해도 그 법 운영주체가 이에 합당한 역량을 발휘할 수 없다면 그러한 법제적 인권보장의 장치는 효과적일 수 없다. 따라서 장애인차별전담기구의 독립적 위상의 확보 또한 필수적이다. 다섯째, 일반적으로 법제의 실효성은 법제구조의 체계성을 통하여 원활하게 발휘된다. 특히, 장애인법제의 영역을 양분하는 「장애인복지법」과의 확실한 역할 분담, 그리고 국내적으로 발휘된 「국제장애인권리협약」은 「장애인차별금지법」을 통하여 실행될 것이므로 이들 양 법제 또한 상호 균형적·조화적인 법제관계의 유지와 상호보완적인 운용이 요구된다.

이 같은 다섯 가지 사항이 「장애인차별금지법」의 차별금지적 형성을 좌우하는 핵심적 요소이며 기준이라고 보고, 이 연구에서는 「장애인차별금지법」의 해당 규정의 문제점을 분석하고, 그 보정방안을 제시하였다. 그런데, 우리의 장애인차별금지법제는 그 핵심적 조항에서 장애인에 대한 사회적·물리적 장벽을 제거하여

출발선상의 평등을 확보하고, 침해된 권익을 보호하는데 있어서 매우 소극적이고 제한적이다. 또한 과도한 위임입법의 허용, 타 법률 등에 의존한 편의적 법제, 「장애인복지법」과의 과도기적인 상황, 모순·배치되는 법령의 상존, 그리고 「국제장애인권리협약」과의 부조화적인 법제적 관계 등으로 인하여 법체계성에서도 그 실효성을 저해하고 있다. 「장애인차별금지법」이 실효적인 법제가 되기 위해서는 이상의 핵심사항에 대한 차별금지적 형성 방안이 강구되어야 할 것이다.

주제어 : 장애인차별금지법, 간접차별, 장애관점, 장애정의, 권리구제, 법의 실효성

1. 서론

1. 문제의 제기

최근 장애인의 인권이 강조되고 장애인구가 증가¹⁾하고 있는 사회적 배경 속에서 장애인의 차별문제는 현실적인 사회문제로서 부각되고 있다. 이러한 장애관점의 변화와 그에 따른 장애인정책의 환경 역시 장애인의 복지요구에 대한 제도(법)적 대응도 시혜적 급부복지 중심에서 권리중심으로의 전환을 명확히 제시하고 있다는 점에서 중요한 의미를 가지는 것으로 평가되고 있으며, 우리의 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」,²⁾ 이하 「장애인차별금지법」³⁾이라 함⁴⁾도 이러한 장애인정책의 새로운 경향과 추세에 따라 등장하였다.

1) 2016년 우리나라 등록 장애인 수는 251만1천명으로 10년 전인 2006년 196만7천명에 비해 약 544천명 늘어났으며, 장애종류는 지체장애(1,267천명)가 절반 이상(50.5%)으로 가장 많고, 다음으로 청각장애(272천명), 시각장애(253천명), 뇌병변장애(250천명) 등의 순으로 나타남(보건복지부, 2017년 12, 29 통계참조).

2) ‘권리구제에 관한 법’으로 된 것은 「장애인차별금지법」이 다양한 차별에 대해 권리구제수단을 확보해야 한다는 차원이었으며, 장애인권리협약의 초안(draft)에서 장애인의 권익을 보장하기 위해서는 장애인차별금지법을 만들 수 있다고 제안하는 내용이 포함되어 있어 ‘권익보장’에 관한 법으로 하는 방안도 검토되었다.

3) 동 법을 “장차법”이라 통칭하는데, 동 법을 홍보하고 그 목적을 분명히 하기 위해 「장애인차별금지법」으로 불러야 한다는 의견이 있음(김광이, 장추련 부위원장).

「장애인차별금지법」의 주요 특징 중의 하나는 성, 인종 등에 관한 전통적인 차별금지법과 달리 보호의 대상을 기본적으로 장애가 있는 장애인으로 한정하고 있다는 점이다. 즉 차별로부터 보호를 받기 위해서는 가장 먼저 법률에서 규정하고 있는 장애정의의 요건을 충족하여야 한다.⁵⁾ 장애인정책에서 반차별적 인권법이 필요했던 것은 진보적 장애인론자인 Oliver의 주장⁶⁾과 같이 장애문제의 근본적 해결은 장애인에 대한 억압적이고 차별적인 차별구조의 타파였다.

하지만 장애인의 사회적 차별과 억압적 상황을 타파하기 위해 특별한 수단과 방법을 확보했다는 이 법은 첫째, 그 법적 효과를 발휘하기에 불충분하고 실효적이지 않으며, 둘째, 그 법제적 체계성도 결여되어 있어 법의 응용과정에서 집행력을 확실하게 발휘하지 못하고 있다. 이러한 지적은 법 제정 당시부터 제기되어 왔고, 법 시행 이후 그 집행현장에서도 확인되고 있다. 그래서 이 법이 시행된 이후 얼마 되지 않아 일부규정(제21조와 제26조)은 개정되었으며, 그 이유를 보면, 「인터넷 멀티미디어 방송사업법」에 따른 인터넷 멀티미디어 방송사업자도 장애인에 대한 정당한 편의를 제공하도록 하고, 사법기관은 형사 사법 절차에 앞서 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는지 장애 여부를 우선적으로 확인하도록 함으로써 장애인이 부당한 차별을 받지 않도록 하는 등 현행 제도의 운영상 나타난 일부 미비점을 개선·보완하려는 것이다.⁷⁾ 이어 추가적 개정의

4) 장애인차별금지법제의 방식은 「헌법」(독일, 핀란드, 오스트리아, 그리스 등), 「형법」(프랑스 등), 「민법」, 「사회법」 등 다양한 법체계를 활용할 수 있으며, 가장 포괄적이고 효과적인 접근은 민권법(미국, 영국, 호주와 대부분의 유럽 대륙국가들과 북유럽국가들)에 의한 집행이라는 견해가 지배적임(이소영, 2008, “장애인차별금지법의 확산과 위축”, 「장애와 고용」, 제18권 제2호(통권 62호), 35~56면).

5) 조임영, “영국장애인차별금지법과 ‘장애’의 개념”, 「동아법학」 제66호, 동아대학교법학연구소, 2015, 557면.

6) Oliver, M., The Politics of Disablement, Macmillan, 1990.

7) 주요내용을 보면, 가. 방송사업자 범위를 확대하여 「방송법」 제2조 3호에 따른 방송사업자 외에 「인터넷 멀티미디어사업법」 제2조 제5호에 따라 방송사업자를 포함하고, 현행 방송사업자가 제공하여야 하는 편의서비스의 종류가 과다하여 법률의 실효성이 낮음으로 폐쇄자막, 수화통역, 화면해설 등으로 한정함(법 제21조 제3항), 나. 전화사업자는 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 접근·이용할 수 있도록 통신설비를 이용한 중계서비스를 확보하여 제공하도록 하되, 전화사업자의 편의 제공의 구체적인 내용 등에 관한 사항은 대통령령으로 정하도록 함(법 제21조 제4항 신설, 법 제21조 제6항), 다. 출판물·영상물사업자는 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 접근·이용할 수 있도록 출판물과 영상물을 제공하기 위하여 노력하고, 국립중앙도서관은 새로이 생산·배포하는 도서자료를 점자, 음성 또는 확대문자 등으로 제공하도록 함(법 제21조

필요성이 제기되는 등,⁸⁾ 최근(2017년 12월 19일)에는 일부개정에 의한 시행(2018년 6월 20일)을 앞두고 있다. 특히, 「장애인차별금지법」의 핵심적 내용인 장애인의 권익침해에 대한 권리구제의 절차와 방법이 효과적이지 않고, 그 수준이 미약하며, 미국에서도 국가장애인위원회(National Disabilities Council: NDC)가 ADA의 핵심적 부분이라고 평가했던, 장애인의 사회적·물리적 장애환경⁹⁾을 적극적으로 시정하기 위한 “정당한 편의제공”은 지지부진한 실정이다. 따라서 그 본래의 취지에 맞는 기능과 역할을 제대로 발휘하지 못하고 있는 것이다.

그 이유는 첫째, 「장애인차별금지법」의 핵심적인 조항들, 즉 권리구제에 관한 규정의 법적보장구조가 철저하지 않고, 둘째, 장애차별적인 사회 환경을 시정하기 위한 편의제공이 제한적·소극적이며, 셋째, 이 법의 관련법제와의 구조적 관계가 체계적이지 않으며, 이 법과 상충되는 법령들이 상존하여 법의 집행력을 제한하고 있기 때문이다. 넷째, 장애인차별금지법제의 기초이며 근거인 새로운 사회적 장애관점이 충분하게 이 법제에 반영되어 있지 않으며, 다섯째, 이 법의 운영주체의 정치사회적 위상도 낮아 차별금지적 실천능력이 부족하여 법사회적 현장에서 제대로 실현되지 못하고 있다.

나아가, 「국제장애인권리협약」이 2008년 5월 발효되어 「장애인차별금지법」을 통하여 시행되고 있으나, 양 법제의 상호 부조화적 운용문제가 현실적 과제로 등장하고 있는 것도 「장애인차별금지법」의 결함을 보정하여 그 사회정책적인 목적을 실효적으로 실현하라는 법제적 대책을 요구하고 있다.

따라서 본 연구는 「장애인차별금지법」의 구성내용과 운용상의 핵심적 사항¹⁰⁾들에 대한 반차별적 형성방안을 탐구하고자 하였다.

첫째, 「장애인차별금지법」의 법사회학적 목적이 전제되기 위하여 1) 차별적인

제5항 신설), 라. 사법기관은 형사 사법 절차에서 사건관계인의 의사소통 관련 장애가 있는지 여부를 확인토록 함(법 제26조 제6항).

8) 한국정책기획평가원, “장애인관련 법체계 정비방안”, 보건복지가족부, 2008, 1~3면; 국가인권위원회, 장애인차별금지법 시행 3주년 기념 토론회 자료집, 2011, 3~5면.

9) Finkelstein, V.(1991)은 장애인에 대한 사회적 지원은 장애인이 처한 사회적 환경과의 관계에서 보아야 한다고 주장하고 있음.

10) 장추련은 2007년 3월 6일 「장애인차별금지법」이 국회에서 통과된 날에 즈음한 논평에서 장애인차별시정담당기구의 설립, 시정명령제도와 징벌적손해배상제도의 도입 등이 반영되지 못한 점에 대해 지속적인 투쟁을 통해 개선하겠다고 다짐하였음.

장애환경을 시정하기 위해 요구되는 편의제공을 최대한 철저하게 이행토록 하며, 2) 장애차별로 침해된 장애인의 권익을 확실하게 구제할 수 있는 법제적 수단을 확보하는 방안을 찾고자 하는 것이다.

둘째, 「장애인차별금지법」의 효과성을 위하여 법의 확실한 체계성 확립방안을 찾아야 할 것이다.

셋째, 「장애인차별금지법」의 소정의 목적달성과 이에 합당한 법제적 수단의 운용을 적극적으로 강구할 수 있는 법 운영주체의 위상과 능력을 확보하는 것이 「장애인차별금지법」의 차별금지적 형성을 위한 법 자체의 핵심적 사항이다.

넷째, 차별행위로 피해를 입은 사람을 위한 차별의 구제수단과 그에 따른 법적 제도적 손해배상을 위한 입증책임의 문제점을 지적하고 입법적 개선에 대하여서도 탐구해야 할 것이다.

따라서 본 연구는 「장애인차별금지법」이 자체적 결함을 해소하여 보강하고 법제적 구조의 체계성을 확보하여 차별금지적 법사회학적 목적 달성을 위한 충분한 법제적 방안을 찾고자 하는 것이다.

2. 연구의 방법

이 연구에서는 장애인도 보편적으로 보장된 인권을 동등하고 완전하게 향유하여 정상적인 삶을 살아가는 방안¹¹⁾을 법제적으로 탐구하는 것이다. 세부적으로는 장애인의 차별적 삶을 시정하고 부당한 차별로 인하여 침해된 장애인의 권익을 실효적으로 구제하는 법제적 방도에 관한 탐구이다. 그런데, 인권¹²⁾은 어떤 형태로든지 존재하는 것이므로 탐구방법은 추론적 분석이 보다 본질적¹³⁾

11) 위계출, 「장애인차별금지법」의 실효성 확보방안에 관한 연구, 서울시립대학교 박사학위논문, 2012, 11면 재인용.

12) 모든 사람이 태어나면서부터 단지 인간이라는 이유로 개인의 발전과 존엄성을 유지하기 위하여 필요한 사회보장, 경제·사회·문화적 권리를 인권이란 이름의 권리를 가지며, 근로와 주거, 건강과 여가의 권리(유럽의 많은 나라들은 4주 이상의 유급휴가를 불가침의 인권으로 생각하고 있음) 등 구체적인 권리들이 구현(향유)되어야 한다는 것임(Dworkin, R, Freedom's Law, the Moral Reading of the American Constitution, Harvard University Press, 1996). 이에 대해 Bentham, Burke, Cranstone 등은 실정법상의 권리가 아닌 권리의 존재를 부정함.

13) 인권은 존재론적으로 본질(Wesen)에 해당하고, 인권의 공론적 의사결정을 통하여 구체적 현존

이라는 입장을 견지하면서, 문헌자료를 중심으로 탐구하였다. 또한 추상적인 인권은 현실적인 생활의 세계에서 실제로 구체화¹⁴⁾되어야하므로 그 실천적 유용성을 확보하기 위한 방안¹⁵⁾을 찾고자 하였다.

따라서 본 연구는 첫째, 기본적으로 법사회학적 접근방법¹⁶⁾으로 탐구하였다. 「장애인차별금지법」은 억압적이고 차별적인 장애인차별이라는 사회현상을 법제적으로 제거하여 장애인의 인권상황을 반차별적으로 형성(사회적 변화)해야 하는 그 법제적 정책목적(장애인차별금지)의 달성에 확실하게 기여하는 합목적적 수단으로서의 법제적 기능성(법의 사회적 유효성)을 점검하는 것이기 때문이다.

둘째, 「장애인차별금지법」이 차별금지적인 사회적 변화를 위해서는 장애인이 처한 사회적 차별구조의 극복이라는 사회정책적인 목적을 달성하기 위한 법제 자체적 기능과 수단의 효력을 확보해야 한다. 이는 「장애인차별금지법」이 그 법사회학적 정합성 곧 장애인차별해소라는 목적을 달성하기에 충분한 법제적 기능을 확보하는 것이다.

3. 선행연구 동향

장애인차별문제에 대한 연구는 「장애인차별금지법」의 제정에 초점을 두고

(Dasein(의 형태인 실정법적 존재로 나타날 때는 제한 가능하고 상대적일 수 있음(이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2005).

14) Habermas, J.는 그래서 인권은 시민사회의 민주적 의사결정과정을 통하여 비로소 형성되므로 인권실현에 있어서 시민들의 참여가 매우 중요한 의미를 갖는다고 주장하고, 인권의 근거를 법공동체의 상호승인(mutual recognition)에서 찾고 있음(Habermas, J., "Remarks on Legitimation through Human Rights", Philosophy & Social Criticism, vol. 24, No. 2/3, 1998).

15) Paine, T.은 미국독립혁명에 지대한 영향을 준 상식과 프랑스 혁명에 이론적 근거를 제공한 인권(Rights of Man)의 저서에서 개인의 권리는 그 개인과 불가분의 관계를 가지며, 자연권은 인간의 모든 시민권의 기초가 된다고 주장하였음(Paine, T., Agrarian Justice, in The Writings of Thomas paine, Collected and Edited by Moncure Daniel Conway, G. P. Putnam's son; 이상돈, 전게서, 2005).

16) 법사회학은 전통적 순수법학이 법실증주의에 치우친 법학방법론인 형식논리적인 법해석학의 한계성문화적성을 갖고 있다는 비판과 반성에서 등장한 법학접근방법으로 법의 현상을 사회적 맥락에서 이해하고자 하는 연구방법이며, 법과 사회(생활세계, life world)의 상호관계, 법을 사회정책적인(목표달성의) 기능과 수단으로 보는 관점으로, 그래서 사회학적 법학(social jurisprudence)이라고도 함(위계출, 전계논문, 11면).

2000년대(2007년 7월 “열린네트워크”에 의해 시도됨)에 접어들면서 본격적으로 진행되어 왔다. 따라서 장애인인권문제에 대한 학문적 성취인 정상화이론이나 자립생활운동의 국내 소개에 까지 소급할 수도 있겠으나 장애인차별문제의 직접적·본격적 논의는 「장애인차별금지법」의 내용을 중심으로 개관하는 것이 그 논의의 본질에 충실한 접근일 것이다.

「장애인차별금지법」의 제정이 본격적으로 이슈화되기 이전, 즉 1990년대에는 장애인의 인권실태와 차별사례를 중심으로 장애우권익문제연구소와 한국장애인단체총연맹에 의한 장애인인권문제 제기와 장애운동을 통하여 부각되었다. 특히 1998년 “한국장애인인권선언”이 채택되면서 장애인의 인권문제는 더욱 사회적 관심의 대상이 되었다.¹⁷⁾ 이 과정에서 장애인차별실태의 유형에 관한 연구¹⁸⁾와 장애인차별 해소방안이 논의되었다.¹⁹⁾ 이러한 논의의 발전을 통하여 「장애인차별금지법」의 필요성이 제기되었고,²⁰⁾ 「장애인차별금지법」의 제정에 참고하기 위하여 외국의 관련법제들과 입법안들이 소개되었으며,²¹⁾ 그 전제가 되는 장애정의의 관점들도 소개되었다²²⁾.

17) 장애우권익연구소, “사보험에서의 장애우의 위상과 전망”, 장애우권익문제연구소, 1994; 오혜경·김정, 「여성장애인과 이중차별」, 학지사, 2000; 장애인권익연구소, “장애와 차별-장애인인권침해에 관한 장애인 여론조사”, 장애우권익문제연구소, 2003; 유동철, “한국장애운동의 성과와 과제”, 「사회복지정책」 제21권, 2005, 5-33면; 김도현, “한국사회의 장애인중운동의 역사: 그 투쟁의 기록과 평가”, 정태수 열사 추모사업회, 2007.

18) 국가인권위원회, 장애인 고용 및 승진실태조사, 2002, 1~3면.

19) 한국여성개발원·한국보건사회연구원, “장애인의 사회적 통합과 차별해소방안”, 한국여성개발원, 2004, 10면.

20) 나운환 외, “장애인고용차별에 관한 연구”, 「한국행정학보」, 제37권 제2호, 2003, 355-377면; 박종운 외, “장애인차별과 법의 지배”, 2004; 유동철, “장애인복지법을 넘어 차별금지법으로”, 추계학술대회 자유발표 자료집(제1분과), 2001, 343-354면; “장애인시민권모델구축을 위한 시론: 장애인차별금지법”, 「사회복지연구」, 제19호(봄), 2002, 183-202면; 우주형, “장애인평등권 실현과 장애인차별금지법”, 지성과 창조, 2006, 297-331면; 이선우, “장애인차별에 영향을 미치는 요인에 대한 연구: 차별행위자의 일반적 특성을 중심으로”, 「한국장애인복지」 제1권, 2002, 37-60면.

21) 변용찬 외, 2005년도 장애인실태조사, 한국보건사회연구원, 2006; 이소영, “유럽과 미국의 장애인 반차별법”, 「미국헌법연구」 제17권 제2호, 2006, 363-370면; 전광석, “장애인차별금지법의 제정방향”, 「장애인고용」 제53권 가을호, 2004, 5-17면.

22) 김용득, “장애개념의 변화와 사회복지실천 현장함의”, 「한국사회복지학」 제51권, 2002, 157-182면; 강민희, “장애인차별금지법제정의 장애담론 분석”, 「보건사회연구」 제28권 제2호, 2008, 209-235면; 이익섭 외, 장애인차별개선 모니터링체계구축을 위한 정책연구, 보건복지부, 연세

「장애인차별금지법」의 제정과정은 본격적으로 진행되면서 동 법(안)의 내용과 관련한 쟁점들에 대한 논의가 이어졌고,²³⁾ 「장애인차별금지법」이 제정된 이후에는 이 법의 의의와 향후 과제에 대한 논의가 중심으로 다루어졌다.²⁴⁾ 그리고 「장애인차별금지법」이 시행된 이후에는 그 실효성에 관한 문제점들이 제기 되었으며,²⁵⁾ 「거의 동시에 발효된 「국제장애인권리협약」과의 관계에 대한 논의도 있었다.²⁶⁾

하지만, 「장애인차별금지법」이 그 집행력을 좌우하는 핵심적인 부분에서 장애인계의 의견을 확실하게 반영하지 못한 상황에서 제정²⁷⁾되었고, 법 시행이후 그러한 문제점들이 확인되고 있음에도 그 근본적 해결책에 대한 대안모색을 소홀하게 다루어져 왔다. 법 시행이후 장애인차별금지와 차별적 사회 환경의 시정 여부에 대해 장애인계를 비롯한 학계의 점검, 장애인차별업무를 담당하는 국가 인권회와 정부의 장애인차별실태조사와 「장애인차별금지법」의 시행성과점검에서도 그 성과가 미흡하다는 점이 구체적으로 확인되고 지적되었음에도 그렇다. 하지만 실효성을 체계적으로 분석한 연구가 전무한 가운데, 「장애인차별금지법」

대학교 사회복지연구소, 2009, 45~50면.

- 23) 남찬섭, “장애인차별금지법의 제정과정과 쟁점”, 「한국장애인복지학」 제6권, 2007, 5-53면; 박병식, “장애인의 제도적 차별철폐와 법령정비 방안”, 「법제」 2007, 12월호, 64-85면; 박종운, “장애인차별금지법 제정의 과제와 전망”, 「국제인권법」 제7호, 2004, 51-83면; “장애인차별의 현실과 장애인차별금지법”, 「복지동향」, 2008, 4-8면; 우주형, 전계논문, 2006, 297-331면; 전광석, 전계논문, 2004, 5-17면.
- 24) 남찬섭, “장애인차별금지법 제정의 의의와 과제”, 「보건복지포럼」 통권 제127호, 2007, 23-33면; 우주형 외, “장애인차별금지법에 대한 입법평가”, 한국법제연구원, 2009; 이승기, “장애인차별금지법의 제정과정, 쟁점, 그리고 함의”, 「사회보장연구」 제23권 제3호, 2007, 227-250면.
- 25) 강민희, 전계논문, 2008; 오혜경, “인권과 장애인복지실천”, 「사회복지리뷰」 제13집, 2008, 27-57면; 우주형 외, 전계논문, 2009; 이준일, “한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점”, 「안암법학」 34권, 2011, 101-141면.
- 26) 이익섭, 장애인권리협약의 의미와 핵심 과제, 보건복지포럼, 2007, 5-22면; 전운구, “UN장애인권리협약이 한국의 장애인차별금지법에 미치는 법적 영향”, 「안암법학」 제30권, 2011, 253-285면.
- 27) 장애에 대한 부정적 편견은 장애인에게 사회적으로 완전히 수용하지 못하는 부정적인 낙인(stigma)을 부여하여 장애인을 부족하고 비정상적인 인간이라는 오명을 부여하여 결과적으로 다양한 차별이 가해지고, 장애인도 사회적 활동에서 수세적 태도를 취하여 위축됨으로써 완전한 사회적 참여를 불가능하게 함(Goffman, E., Stigma: Notes on the Mangement of Spoiled Identity, Simon & Schuster, Inc, 1963).

에 대한 입법평가를 논의(한국법제연구원, 2009)하면서 극히 부분적으로 장애인 관련법제의 체계성을 분석한 것이 유일하다. 법 제정과정에서 보여주었던 장애계의 의지와 이 법에 담고자 했던 장애인계의 인권욕구, 그리고 「장애인차별금지법」이 국회에서 통과되던 날 보여주었던 장애인계의 각오와 의지에 비하면 이 법의 법사회학적 환경은 다소 정체된 것으로 보인다. 「장애인차별금지법」의 제정과정에서 중심 역할을 담당했던 ‘장애인차별금지법 제정추진연대’(이하 ‘장추련’이라 함)가 법제정 이후 ‘장애인차별금지실천추진연대’로 재탄생하여 적극적으로 활동하고 있지만 이 단체의 활동 역시 「장애인차별금지법」의 영역 안에 머물러 있는 것으로 보인다.

II. 장애인차별금지법의 이론적 배경

1. 장애인차별 원인이론

장애인이 차별적인 환경에서 살 수밖에 없는 그 원인은 장애와 장애인에 대한 근본적인 부정적 편견²⁸⁾에 기초하고 있다. 그러한 역사적 배경에는 비장애인들이 그들의 시각에서 비정상성(abnormality)을 강조하면서 장애인을 사회적·문화적으로 분리하는 광범위한 부정적인 이미지를 양산해 온 결과이며,²⁹⁾ 그러한 시각과 이미지는 개인적·의료적 장애관점에 입각하고 있다.

하지만 장애인차별은 여러 원인들이 오랜 기간 복합적이고 누적적으로 형성되어 고착화된 사회·문화적 구성물이고 환경이기 때문에 장애인차별을 단순한 선형적 인과론으로 충분히 설명할 수 없다. 또한 장애상태는 사회적으로 차별과 낙인의 순환과정³⁰⁾을 거쳐 더욱 증폭되기 때문에 장애인차별의 원인은 매우 복

28) Barnes, C. and Mercer, G., Disability Culture: Handbook of Disability Studies ed. by Albrecht, G., Seelman, K. and Burry, M., Sage Publication, 2000.

29) 이지수, “차별경험과 자기낙인이 장애인의 삶의 만족도에 미치는 영향”, 「사회과학연구」 제27집 제1호, 2011, 277-299면.

30) 장애 때문에 교육에서 배제되면 직장을 찾기 힘들고, 결국 생존이 힘들어지며, 이로 인하여 사회활동이 위축되고, 시설접근과 이동에서 불편하면 장애인의 사회활동은 제한받을 수밖에 없게

합적이고, 다층적이다. 이러한 장애차별의 순환적 형성과정³¹⁾을 단절하고, 누적적으로 구조화된 사회적 차별을 시정하기 위해서는 장애인은 정상이 아니며, 주류적 문화에서 이탈된 존재라는 편견과 배제의 시각과 근본적으로 다른 장애관점이 필요하게 된다.

가. 장애인차별의 개념

장애인차별(disability discrimination)이란 장애를 가진 개인에 대하여 사회 각 분야에서 그 동안 사회적 권력, 문화적 가치 그리고 개인적인 편견 등이 결합된 것으로 신체적·정신적인 특징 등을 부정적인 측면으로 부여하여 다른 사람들과 평등한 입장에서 사회생활에 참가할 기회를 빼앗거나 제한하고, 억압한 상태를 말한다.³²⁾ 따라서 차이가 차별이 되느냐의 여부는 그 차이로 인하여 사회적으로 계층구분이 되어버리느냐의 여부에 의해 판단된다. 이를 장애인에게 적용하면, 장애인차별은 장애집단에 대해 분명하고 타당한 기준이 없이(부당하게), 그리고 장애인의 실제 행동과는 무관하게 집단적인 열등성을 부여하여 장애인을 교육, 고용 등 일반적인 사회생활에서 배제하거나 제한하는 경우들이라고 말할 수 있다.

그렇지만 이렇게 차별의 근거를 다른(불평등한) 처우와 불합리한 근거만으로 판단할 수 없다는 지적이 있다. 그 이유는 첫째, 차별을 판단하는 기준에서 주관적 의도를 파악하기 힘들고, 둘째, 다르게 처우한다는 객관적 기준을 확보하기 힘들며, 셋째, 객관적 기준을 제시할 때 다른 처우가 장애를 이유로 한다는 점을 입증하기 어렵고, 넷째, 차별의 이유가 복합적일 때 장애를 이유로 차별했다고 분명하게 주장하기가 어렵기 때문이다. 따라서 차별여부의 판단은 그 결과가 차별적이면 일단 차별이라고 판단하고, 차별행위자에게 그 근거가 불합리하고 부당하지 않다는 점을 입증하도록 요구하게 되는 것이다. 이러한 논지는 장

되는 악순환이 계속 된다는 것임.

31) 나혜숙, 「장애인복지론」, 중앙경제, 2010, 271면.

32) Doyle, B., Disability, Discrimination and Equal Opportunities, Mansell, 1995; 위계출, “장애인차별금지법의 실효성 확보방안에 관한 연구, 서울시립대학교 대학원 박사학위논문, 2012, 16면.

애인차별사건에 대한 입증책임을 사회적 약자로서 차별당한 장애인에게 부담하게 해서는 안 된다는 근거가 된다.

그렇다면 어느 정도의 불평등한 결과가 있고, 그 근거가 어느 정도 불합리하고 부당할 경우에 차별이 된다고 판단할지가 문제된다. 차별의 정도에 대해서는 비례의 원칙을 적용하여 이익침해의 여부를 판단하고, 그 원인행위가 불합리하고 부당했는지에 대한 판단에 대해서는 특히 노동시장에서의 차별이 있음을 주장하는 이론이 있다. 1) 고용주의 취향과 편견, 2) 개인의 정확한 생산성에 입각하는 것이 아니라 소수집단의 평균적 특성(장애)에 입각하여 처우하기 때문에 차별이 발생, 3) 소수집단이 주로 취업하는 2차 노동시장은 완전경쟁의 시장경제원리가 작동되지 않기 때문에 낮은 임금의 고용조건아래 취업과 실업이 반복 등이 있다. 그러나 부당한 차별인지에 대한 판단은 차별받은 자(장애인)에 대한 권리보호의 관점에서 불평등한 결과를 야기한 차별의 이유를 합리적으로 설명(입증)하지 못하면 불법부당한 차별행위라고 하여야 할 것이다.

나. 장애인차별의 원인

우리 사회에서 장애인 차별이 가장 큰 문제가 되는 부문은 고용의 영역이다.³³⁾ 고용주의 장애인에 대한 태도는 전과자보다도 더 부정적이라는 조사도 있다.³⁴⁾ 장애인차별의 이유와 원인에 대해서는 장애인에 대한 잘못된 인식과 편견, 낙인, 고정관념, 사회적 거리감 등과 같이 장애에 대한 사회적 인식에 있다는 의견과 생산성을 중시하는 시장경제구조에서 찾는 의견, 사회진화론의 입장에서 그 원인을 찾는 의학적·우생학적 관점, 그리고 차별원인의 해결에 미흡한 법과 제도의 결함에서 찾고자 하는 견해³⁵⁾ 등이 있다.

33) 1990년부터 장애인고용은 계속적으로 증가해왔으며, 특히 의무기업이 상시노동자 300인에서 50인으로 확대된 2004년부터 2009년까지 장애인노동자는 연평균 12,260명 정도로 크게 증가했으나, 중증장애 2배수인정제가 시작된 2010년부터 2017년 현재까지는 장애인노동자는 연평균 7,794명 증가하는데 그쳤고, 더 나아가 최근 3년간은 연평균 4,886명에 머무르면서 점점 둔화되고 있고 앞으로 장애인의 의무고용률 달성이 어려울 것임이 공단자료를 통해 현실적으로 통계수치로 나타나고 있는 실정이다(한국장애인고용공단, 2017년 자료 참조).

34) 권인희, “장애인의 생존권에 관한 연구”, 서강대학교 대학원 박사학위논문, 2010.

35) 한국여성개발원·한국보건사회연구원, “장애인의 사회적 통합과 차별해소방안”, 한국여성개발원,

지적된 모든 장애차별의 이유에 대한 설명들은 장애인을 주변화(marginalization)시키는 사회적 권력과 문화적 가치, 개인적 편견 등이 결합하여 장애인을 부정적으로 묘사하고, 부당하게 처우함으로써 장애인을 배제하고 억압한다는 것이다. 그리하여 장애인이 주류(mainstream)사회에 완전하게 참여하는 것을 가로막는 강력한 이데올로기가 보호된다.³⁶⁾ 이처럼 장애인차별은 개인적·사회적·문화적으로 발생하고, 나아가 이러한 관점들이 상호작용하여 장애인을 배제하고 억압하는 사회적 차별현상이 현실화되며, 결과적으로 차별은 누적적으로 구조화된다.

이러한 장애인차별의 현상과 그 원인을 설명하는 장애인차별 원인이론에는 사회적 편견이론, 생산성이론, 사회진화론, 우생학이론, 국가제도와 정책결합이론 등이 있으며, 특히 장애인이면서, 사회문화적으로 더욱 취약하여 이중적인 차별을 받고 있는 여성장애인에 대해서는 별도의 차별이론이 있다(한국여성개발원·한국보건사회연구원).

이와 같이 장애인차별의 원인들은 장애의 개인적·의료적 관점에 따라 장애인을 무능한 자, 질병을 가진 환자, 그래서 의존적이며 치료의 대상으로서 시혜적 복지수급자로 보는 것은 당연한 논리적 귀결이다. 반면에 그 저항적 관점인 사회적 모델은 차별의 원인이 사회에 있다는 관점으로, 따라서 장애차별의 책임도 사회가 져야한다.

2. 장애인차별의 유형

차별개념에는 어떤 목적을 위해 내세우는 조건이 동법에 규정된 내용에 직접적인가 간접적인가에 따라서 직접차별과 간접차별로 나누어 그에 따라 차이성을 둘 수 있다.

첫째, 직접 차별(direct discrimination)은 규정 및 실체에서 명백하게 특정 집단의 구성원이라는 이유만으로 특정인을 배제하거나 특혜를 주는 것이다. 따라서 차별의 의도를 가지고 동일한 위치에 있는 특정의 사람들에게 불리한 대우를

200, 27~30면.

36) 한국여성개발원·한국보건사회연구원, 전계서, 2004, 31~35면.

하는 것이다. 예컨대, 기혼의 노동자 또는 일정한 연령 이상의 노동자가 지원을 하지 못하도록 하는 채용 공고는 그 예이다. 역사적으로 차별에 대한 초기의 규제는 직접 차별에 대한 규제였지만, 직접 차별은 ① 의도와 무관하게 결과가 발생할 수 있다는 것이고, ② 동일한 위치에 있었음을 밝히기가 쉽지 않다는 것이며, ③ 다른 처우가 장애 때문에 발생했음을 입증하기가 쉽지 않다는 것이며, ④ 장애라는 이유 하나만으로 발생하기보다는 복합적인 상황에 의해 발생한다는 것이다. 이에 반하여 간접차별은 외관상 중립적이지만 실제 적용될 때 특정 집단의 구성원들에게 불균형하게 영향을 미치는 규범, 과정, 실천을 의미한다.

둘째, 간접 차별(indirect discrimination)은 형식상 공정한 기준을 적용하더라도 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니한 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우를 말한다.³⁷⁾ 간접 차별은 입증하기가 어려우며, 특히 특정 집단의 구성원을 완전히 배제하는 것이 아니라 불균등하게 배제할 때 입증하기가 더 어렵다는 것이다. 예컨대, 채용 시 일정 정도 이상의 시력을 요구하거나 신체 조건을 제시하는 것 등이 그 예에 해당한다. 이선우에 의하면,³⁸⁾ 간접 차별은 ① 취약집단의 구체적인 상황 또는 맥락을 제대로 고려하지 않고 여러 사람들을 동등하게 처우하면 어떤 경우에는 기존의 불평등을 완화시키는 것이 아니라 영속화하거나 심지어 심화시키기도 할 수 있다는 것을 보여주고, ② 특정 집단의 구성원들에게 불리한 영향을 주는 규칙과 절차를 발견하고 제거할 목적으로 기존 기관 운영방식과 직장 문화를 비판적으로 평가하고 개정하도록 해준다는 것이며, ③ 표면적으로 중립적인 기준이 다른 집단의 사람들에 비해 한 집단의 사람들을 배제하거나 불이익을 주는 효과를 갖는지를 결정하기 위해 통계를 사용한다는 것이다. 이에 대해 김진우에 의하면,³⁹⁾ 직접차별은 모든 장애인차별금지법에서 규정하고 있는 것인데 반하여, 간접차별과 정당한 편의제공 거부는 선택적이므로 이의 실효성을 담보하는 방향으로 해석되는 것이 바람직하다고 한다. 비록 증거가 쉽지 않지만 간접차별을 제외하면 차

37) 한승희, 「간접차별이란 무엇인가」, 『여성과 사회』 제12권, 2001, 28~32면.

38) 이선우, 「장애인 복지의 이론과 실제」, 집문장, 2009, 222면.

39) 김진우, 「지적장애인 관점에서의 장애인차별금지법에 대한 비판적 고찰」, 『사회복지정책』 제35권, 2008, 170면.

별의 내용은 대폭 축소되고, 차별금지의 목적을 악용하는 사례가 많아지게 되므로 여러 나라에서도 모든 차별의 영역에서 간접차별을 포함시키고 있다.⁴⁰⁾ 우리의 「장애인차별금지법」도 차별의 종류에 간접차별을 포함시키고 있다(법 제4조 제1항 제2호).

3. 주요국가의 규범내용

장애인차별금지에 대한 국제 사회의 동향을 살펴보면, 세계보건기구(WHO)의 기준에 의하면, 전 세계에서 10억명이 넘는 사람들이 이런저런 장애를 가지고 불편하게 살고 있으며 앞으로 초고령화, 만성질환 등으로 장애인의 수는 더욱 늘어날 전망이라고 한다.⁴¹⁾ 장애인들이 여전히 장애인이라는 이유로 사회적 불이익을 받고 있는 현실에서 국제사회는 2001년 유엔총회에서 장애인권리협약의 초안 작성을 위한 특별위원회의 설치를 결의하고 2002년부터 2006년까지 특별위원회, 실무그룹회의 등을 거쳐 초안을 완성하여, 2006년 12월 13일 유엔 장애인권리협약이 유엔 회원국 만장일치로 채택되었다. 즉 국제적인 차원에서 장애인의 존엄과 가치를 재확인하고 장애인들이 직면하고 있는 불공평과 차별을 종식시키기 위한 효과적인 법·제도적 장치가 제정된 것이다.⁴²⁾

그리고 외국의 경우 장애인차별관련 규범은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있다. 단독법으로서 장애인차별금지법을 제정한 미국, 호주, 영국, 이탈리아와 장애를 이유로 한 차별을 금지하는 규정을 인권법제 중에 포함시킨 캐나다, 뉴질랜드, 독일, 일본 등이 있는데, 본 연구에서는 미국, 영국, 독일에 한하여 그 내용을 살펴보기로 한다.

40) 이준일, 「차별금지법」, 고려대학교출판부, 2007, 88~89면.

41) '6억 5천명'은 인구의 최소 10%가 장애인이라고 했을 때, '10억명 이상'은 인구의 약 15%가 장애인이라고 했을 때 나온 수치이다. 이러한 장애인의 증가는 인구의 고령화(ageing populations), 그리고 만성질환(dhronic health conditions)의 증가 때문이라고 한다.

<http://www.who.int/disabilities/media/events/idpdinfo031209/en/>, <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs352/en/> - 2014년 12월

42) 우리나라도 2008년 12월 11일 이 협약에 가입하였다.

가. 미국

미국은 전통적인 가치관과 합중국으로서의 지역적 특수성, 다양한 인종 등으로 유럽의 선진국과는 다른 제도를 가지고 있다. 장애인 복지정책의 지방분권제도, 정부와 시설의 계약에 의한 운영기관이 사회복지시설인 점, 수혜자에 대한 원칙을 강조한다는 점에서 다르다고 할 수 있다. 예컨대, 장애를 이유로 한 괴롭힘(harassment)과 장애인을 차별하도록 지시(instruction)하거나 명령하는 행위는 영국, 독일, 호주, 스웨덴과는 조금 차이가 있다.⁴³⁾

따라서 세계에서 처음 장애인차별금지법(Americans with Disabilities Act, ADA)을 1990년에 제정하였다. 동 법률은 1990년 7월 26일 부시대통령이 서명하여 장애인이 고용, 이용(Public Service), 편의시설, 의사소통, 연방 및 지방정부의 활동에서 장애를 이유로 차별받지 않도록 하는 데에 목적이 있다. 첫째, 장애인에 대한 차별을 제거하기 위한 포괄적인 국가의 의무를 명시하고 둘째, 장애인 차별에 대해 분명하고, 강력하고, 지속적이며 실효성 있는 기준을 제공하며, 셋째, 규정된 기준을 시행함에 있어서 연방정부가 중심적인 역할을 하게하고 넷째, 일상생활에서 장애인이 직면하는 차별을 해결하기 위해 의회의 권한을 발동한다는 데 있다.⁴⁴⁾ 미국의 장애인차별금지법상 장애는 주요한 생활상의 행동을 실질적으로 제한하는 신체적 또는 정신적 손상, 그리고 그러한 손상의 기록, 또는 그러한 손상이 있다고 여겨지는 것을 의미한다.⁴⁵⁾ 미국의 장애인차별금지법의 내용은 총 5개의 장으로 구성되어 있고, 크게 고용(Employment), 교통(Public Transportation), 건축물(Architecture), 통신(National Telephone) 등 사회적 환경에서 장애인이 지역사회 속에서 생활할 수 있도록 규정하고 있으며,⁴⁶⁾ 장애인에게 직접적인 원조 내지 지원을 하는 근거법이 아니라, 장애에 근거하는 차별을 사회적으로 규제하고자 하는 것으로 ADA법 제정 후 시행규칙 제정과 관련법제 정비가 추진되었다.⁴⁷⁾

43) 이익섭 외, 전계논문, 109면.

44) 대전복지재단, 장애인차별금지 및 인권보장 기본계획수립 연구, 2013, 17면.

45) 우주형 외, 전계논문, 2009, 76면.

46) Fleischer, D. Z. and Zames, F., 「The Disability Rights Movement - From Charity to Confrontation」, Temple University Press, 2011, p. 88.

나. 영국

영국은 엘리자베스 구빈법에서 빈곤문제에 대한 국가의 책임을 최초로 확립시켰으며, 장애인은 노동이 불가능한 빈민으로서 노인, 아동과 함께 빈민원에 혼합수용을 규정하였다. 1987년 노동자 보상법을 제정하여 장애를 입은 노동자에 대한 보상을 규정하였으며, 고용으로 인한 질병이나 장애에 대한 보상을 규정한 국민보험법도 넓은 의미에서 장애인복지 관련법이라 할 수 있다. “비버리지 보고서”에 기초하여 현대적 의미의 장애인 복지법이 체계화되었으며 1944년 장애인(고용)법(1958년 개정)을 통하여 장애인 고용과 접근권에 관한 권리를 보장하고 있다.

영국은 많은 장애인들이 겪고 있는 가난, 불이익, 사회적 배제 등은 그들의 신체적, 정신적 손상이나 의학적인 환경의 제한성 때문이 아니라 장애인들에 대한 태도나 환경적인 장애물로부터 발생하는 경우로 보고 있다. 1995년 장애인차별금지법(Disability Discrimination Act)에서는 인종, 성, 장애 등을 이유로 차별을 금지하고 있다. 1996년 장애인차별금지법은 영국내의 많은 장애인들의 차별을 없애기 위하여 제정되었으며, 영국 장애인차별금지법상 장애개념은 실제적이고 장기적으로 개인의 일상적인 활동을 수행하는 능력을 방해하는 효과를 가져 오는 신체적 혹은 정신적 손상(제1조 제1항)을 말하며, 장애지침에서는 손상이 어떻게 초래되었는지는 검토할 필요가 없다고 한다. 전체 3장으로 구성되어 있고, 제1장은 장애의 정의, 제2장은 고용, 제3장은 상품, 시설, 서비스와 토지 혹은 자산의 임대, 구매, 관리에 있어 장애인을 보호하고자 제정되었다.⁴⁷⁾

다. 독일

독일의 장애인 보호법은 사회법전 제9권(SGB IX)에 편찬되어 있는 ‘장애인의 재활과 참여에 관한 법률’(Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen)

47) 조경진, “장애인 인권관련 규범에 대한 헌법적 고찰”, 경북대학교대학원 박사학위논문, 2014, 107면.

48) 우주형 외, 전계논문, 2009, 90면.

에 그 법적 근거를 두고 있고, 그 외 유럽연합의 권고로 2002년 장애인평등법(Behinderten Gleichstellungs Gesetz)이 제정되었다.⁴⁹⁾ 독일의 장애인차별금지법이라고 볼 수 있는 장애인평등법의 목적은 장애인에 대한 차별을 제거하고 예방하며 사회 속에서의 삶에 대한 균등한 참여보장과 자기결정에 의한 삶을 살아갈 수 있도록 지원하는 데 그 목적을 밝히고 있다(동법 제1조). 동법은 장애인 여성과 장애아동의 권익보호를 지원, 강조하는 규정을 강화하고 있으며, 이동권의 확보를 국민의 기본인 권리로 하는 등, 시혜가 아닌 장애인들의 당연한 권리충족의 실현으로 보고 있다.⁵⁰⁾

Ⅲ. 장애인차별금지법, 법제의 실효성 논의

1. 법제의 구조분석

법규범의 효력은 첫째, 상위의 수권규범이 합법적 위임에 근거해야 하며, 둘째, 법의 역사적·사실적 규범력에 의하고, 셋째, 법의 이념과 가치가 정당해야⁵¹⁾ 확보된다. 「장애인차별금지법」의 차별금지 역시 법사회학적 목적달성에 관한 법제적 정책수단으로서 효율성과 효과성을 확보하기 위해서는 이러한 모든 요건들을 구비해야 한다.

따라서 먼저, 「장애인차별금지법」의 법사회학적 목적이 전제되어야 한다. 즉, 「장애인차별금지법」은 차별적인 사회 환경의 확실한 시정과 장애차별에 의한 권익침해에 대해 철저한 권리구제의 실현을 통하여 장애인의 완전하고 동등한 사회참여를 보장함으로써 장애인의 사회통합을 이루어내는 “방법론적 포괄적 기본권”을 규정⁵²⁾하는 법제이어야 하는 것이다.

49) 전광석, 「한국사회와 장애인정책」, 인간과 복지, 2011, 51면.

50) 우주형 외, 전계논문, 2009, 106면.

50) 최종고, 「법철학 제4판」, 박영사, 2009, 40~43면.

51) 위계출, 전계논문, 148면 재인용.

52) Oliver, M., 전계서, 1990.

장애인정책의 이념은 대체로 인권, 생명, 전인격, 사회통합, 평등의식, 정상화의 존중, 기회균등 등으로 정리할 수 있을 것이다. 이러한 이념들은 장애인이 억압과 보호의 사회적 약자로서 의존적 존재이고 열등한 존재로 취급⁵³⁾되어 인간으로서의 존엄성과 인간다운 삶의 부인된 존재⁵⁴⁾였다는 현실을 지적하고 이를 타개해야 함을 강조한 것이기도 하다. 그래서 우리의 장애인론과 법제에서 실현해야 할 장애인복지의 이념은 보편적 인권보장, 완전하고 평등한 사회참여를 통한 사회통합, 그리고 자립생활의 실현으로 정리할 수 있다.

먼저 장애인이 인간이며 국민이고 사회구성원으로서 우리 「헌법」 제10조와 제11조 제1항에서 천명한 평등하고 존엄한 인격적 권리주체가 되어야 한다. 그렇지만 장애인은 곧바로 그와 같은 완전하고 동등한 권리실현에 제약이 있으므로 「헌법」 제34조 제5항에 의한 국가의 특별한 보호에 의한 국가적 개입이 필요한 존재이다. 이러한 국가적 개입에 관한 법제가 「장애인차별금지법」이며, 따라서 이 법은 장애인이 「헌법」에 열거된 권리와 그렇지 않은 권리들을 모두 누릴 수 있도록 하는데 충분한 법제가 되어야 한다.

첫째, 「장애인차별금지법」은 장애인이 장애인복지의 최대목표인 인간의 존엄성과 평등한 사회참여를 위해 차별금지적 사회구조의 형성에 실효적인 법제이어야 한다. 1948년 「세계인권선언」에서 천명되고, 우리 「헌법」 제10조와 제11조 제1항에 명시된 정치철학적 인권이념에 입각한 법제로서의 수직적 합법체계를 갖추어야 한다. 여기에는 우리 「헌법」 제6조에 따라 국내법적 효력을 갖게 된 「국제장애인권리협약」, 장애인정책법제의 한 축으로서 일반법적 위치의 「장애인복지법」과 수평적 보완관계를 가져야 하며, 다른 개별적 장애인인권법제들, 즉 「편의증진법」, 「이동편의증진법」, 「장애인특수교육법」, 「장애인활동지원법」 등과도 하부 수직적 관계를 갖추어야 한다. 「헌법」을 정점으로 수직적·수평적 체계를 세우고, 이러한 체계에서 모순되고 일탈된 법령들은 개정·폐기되어야 한다.

둘째, 「장애인차별금지법」은 장애인복지의 최고이념인 완전한 사회참여와 평

53) Bames, C. and Mercer, G., 전게서, 2000.

54) Drake, R. F., "Disability, User Participation and the Governance of Voluntary Agencies: Behind the Facade", Engaging the User in Welfare Services, ed. by A. Pithouse and H. Williamson, Venture, 1999, 85-102p; 우주형 외, 전계논문, 2009.

등권을 실현하여 장애인의 사회통합(「장애인복지법」 제3조, 「장애인차별금지법」 제1조, 「편의증진보장법」 제1조와 「이동편의증진법」 제1조, 「국제장애인권리협약」 제3조와 제5조 등에서 동일하게 규정)에 전적으로 기여하는 법제이어야 한다. 장애인이 오랜 기간 분리와 격리의 상태를 극복하고 완전하고 동등한 권리의 주체로서 사회에 참여하기 위해서는 개인의 자유이익과 사회공동체의 통합의 이익을 적절하게 조화·결합시키는 국가의 개입이 필요하며, 모든 사회구성원의 균등한 보호를 위한 사회 환경이 조성되어야 한다.

셋째, UN은 1980년 1월 “장애인의 완전한 참여와 평등”을 선언하고, 1993년 “장애인의 기회평등에 관한 규칙”을 제시하면서 “장애인에 대한 법적 보호방안”을 강구토록 요구하였다. 각국은 장애인인권법을 제정하여 왔으며, 우리의 「장애인차별금지법」을 포함하여 이러한 국내외적 장애인인권법제의 탄생은 장애인계의 강력한 인권요구의 반영이며, 이를 통하여 장애인이 경제·사회 등 전 분야에서 강제규정을 통하여 반차별적 사회를 형성해야 하기 때문이다(미국의 ADA제정 목적 참조). 이는 곧 사회가 수용 가능한 최대한의 편의를 장애인에게 제공하여 확실한 기회의 평등을 확보하여 사회에 반차별적 여건을 조성하고, 모든 영역에서 장애인에 대한 차별을 금지시키기 위함이다. 나아가 적극적인 시정조치까지도 허용하는 강력한 평등화(미국 수정헌법 제14조)의 염원이 담긴 법이다. 이처럼 장애인인권법제는 차별금지법이므로 그 실효적 이행을 담보하기 위한 강력한 법규범성을 요구하고 있다.

넷째, 이와 같이 장애인이 시혜적 객체가 아니라 존엄하고 동등한 인격적 권리주체가 되기 위해서는 장애에 대한 전통적 장애관점인 개별적·의료적 관점에서 새로운 사회적 장애관점으로 전환해야 한다. 그리고 이러한 장애관점에 기초하여 장애인차별금지이론인 정상화이론과 자립생활(운동)이론이 탄생하며, 그에 따른 필요성에 의해 장애인인권법제의 제정이 있기 되었기 때문이다.

다섯째, 「장애인차별금지법」은 장애인에 대한 부당한 고정관념과 편견, 그리고 적대적 행위에 의해 장애인의 사회적 참여를 제한하는 다양한 사회적 장애를 제거하여 부당한 차별을 금지시키기 위한 법제이다. 특히, 현대적 인권의 개념은 사회적 약자의 소수자를 위한 개념이기 때문에 국가적 인권활동은 과거와 같이 소극적인 간섭의 배제가 아니라 적극적인 개입에 의한 보호·보장이므로

인권활동을 할 수 있는 기구이어야 한다. 그리고 인권활동은 균형과 조화를 위한 통합적 활동이므로 독립적인 위상을 확보하여야 한다. 그래서 각국은 대통령산하(미국식)나 총리직속(영국식)의 기구로 운영하고 있다. 「국제장애인권리협약」도 제33조 제2항에서 각국에게 독립적인 장애인인권기구의 설치·운영을 요구하면서, 장애인에 대한 보호의무와 협약에서 요구하는 이행의무를 적극적으로 실천해야 한다고 규정하고 있다.

2. 법의 효과 기준

「장애인차별금지법」의 효과성을 좌우하는 요소는 「장애인차별금지법」의 법제적 목적에 따라 장애인의 생활환경을 비차별적으로 형성하는 것과 장애인에 대한 부당한 차별을 금지시키는 것이 핵심이다. 또한 장애에 대한 관점이 장애인을 의료적 치료의 대상이 아니라 권리의 주체로 접근하는 사회적 모델에 입각하여야 하고, 법의 확실한 집행을 저해하는 법체계상의 모순이나 흠결이 있어서는 안 되고, 주체적 독립성이 확보되어야 하며, 이에 대한 기준을 정리하면, 다음과 같다.

첫째, 「장애인차별금지법」의 법제적 체계에서 「헌법」 제10조와 제11조 제1항은 모든 본원적 기본권의 근거조항이며, 따라서 「장애인차별금지법」도 이러한 헌법상의 근거조항에 따라야 하며, 그러한 본원적 권리를 장애인에게 보장하기 위하여 「헌법」에는 장애인의 특별한 처지를 감안하여 「헌법」 제34조 제5항에 따라 장애인의 권리의 국가적 보호를 받도록 하였다. 이 헌법조항에 기초하여 장애인이 그 본원적 권리를 누림으로써 완전하고 동등한 사회참여를 하고, 사회에 통합하게 하는 법사회학적 목적을 실현하게 된다. 이러한 수직적 합법적 체계와 함께 「장애인차별금지법」은 그 법제이전 불가피하게 장애인인권조항이 「장애인복지법」에 과도기적으로 규정되어 있고, 장애인의 권리에 대해 세계 보편적 지침으로 채택된 「국제장애인권리협약」이 2008년 5월 국내적으로 발효하였으므로 두 법과는 수평적 관계의 체계화를 갖추어야 한다. 아울러 일반법적 위치에 있는 「장애인차별금지법」과 다른 개별적 장애인인권법제들 사이에는 「장애인차별금지법」을 상위법으로 한 수직적 체계를 갖추어야 한다. 헌법적 근거에 의하여 새롭게 등

장한 「장애인차별금지법」과 상충하거나 모순된 법령들은 정리·폐지되어야만 「장애인차별금지법」을 순조롭게 집행하여 그 실효성을 발휘할 수 있을 것이다.

둘째, 국내외적으로 장애인인권법제의 출발적인 기초가 되었던 사회적 장애관점은 그 이전 장애인이 억압적이고 차별적인 상황에서 의존적 시혜대상에 머물게 한 전통적인 개인적·의료적 장애관점의 대항적 관점으로 등장한 사회적 권리관점의 모델인 것이다. 이에 장애인은 객체가 아니라 동등한 권리의 주체로 등장하며, 사회에 참여하게 된다. 그러나 사회생활과정에서 장애인에게 제한과 배제를 강요하는 것은 장애인을 객체로 보았던 전통적 장애관점에 의한 사회적·물리적 장벽이므로 장애인의 사회활동을 제한·배제하는 장벽 등을 제거하기 위한 새로운 장애관점이 필요하다. 장애에 대한 법제적 장애정의는 장애인정책의 방향과 범위를 결정하므로⁵⁵⁾ 「장애인차별금지법」이 충분한 장애인인권법제가 되기 위해서는 장애정의가 새로운 장애관점에서 규정되어 모든 차별의 가능성을 포섭할 수 있어야 한다.

셋째, 「장애인차별금지법」의 핵심적 규정은 장애인에게 평등한 사회적 환경을 제공하기 위한 편의제공의무의 확실한 이행과 모든 생활영역에서 부당한 차별행위가 있으면 이를 철저히 응징하여 장애인의 권리를 구제하는 것이다. 따라서 「장애인차별금지법」이 실효적인 법제가 되기 위해서는 이들 두 분야에서 확실하고 강력한 반차별적 결과의 실현을 가져오는 법집행이 이루어져야 한다. 특히, 이들 분야는 해당사회의 전반적 인권상황과 장애인의 사회적 권력관계의 처지 그리고 장애유형별 해당 사회의 이해와 인식 등이 고려되어야 하겠지만, 어느 사회이든지 공통적으로 장애인에 대한 차별은 누적적으로 형성된 편견과 부정적 고정관념에 의해 구조되어 있다는 점에서 미국에서처럼 강력한 차별금지적 법제의 필요성에서 ADA가 제정되었음을 참고할 수 있을 것이다. 그리고 “편의제공”의 의무이행에 대해서는 「국제장애인인권권리협약」과 미국과 독일 등 이 분야의 선진적 법제, 그리고 새로운 인권이론의 경향이 사회적 소수자와 약자에 주안점을 두고 있음에 비추어 “적극적인 국가 개입”이론이 필요하다고 본다.

넷째, 「국제장애인인권권리협약」 제33조제2항은 장애인의 차별금지적 생활환경

55) Olivr, M., 전게서, 1990.

을 적극적으로 조성하고, 저열한 사회적 권리관계에 처해있는 장애인의 권리를 구제하는 활동을 장애인의 편에서 철저히 해야 하는 독립적 “장애인차별상담기구”의 설치·운영을 요구하고 있다. 이 기구는 「장애인차별금지법」의 모든 규정을 확실하게 이행하여 장애인의 인권을 철저히 보호할 의무를 진다. 따라서 이러한 임무수행에 합당한 능력과 위상을 갖추어야 하므로, 이 기구의 모형에는 국제적으로 미국형의 대통령산하기구나 영국형의 총리 직속기구가 있다. 모두 국정의 최고 책임자의 관심과 권한의 위상, 그리고 인권기구로서의 독립성을 확보하고 있다.

3. 차별의 구제수단 및 손해배상과 입증책임

가. 차별의 구제수단

현행 장애인차별금지법에는 권리구제장치로 장애인차별시정기구를 국가인권위원회 내에 차별행위에 대한 조사와 구제업무를 전담하는 장애인차별시정소위원회를 설치하도록 하고 있다(동법 제40조). 국가인권위원회는 모든 개인의 기본적 인권을 보호하고 인간으로서의 존엄과 가치 구현을 목적으로 하는 유일한 인권전담 국가기구이다. 이는 권고기관의 역할을 수행한다.⁵⁶⁾ 「장애인차별금지법」은 장애인에 대한 국가인권위원회의 내에 두도록 규정하고 있다. 따라서 차별행위로 피해를 입은 사람은 국가인권위원회에 진정(동법 제38조)할 수 있고, 국가인권위원회는 권고를 한 경우 그 내용을 법무부장관에게 통보(동법 제42조)하여야 하며, 법무부장관은 권고를 받은 자가 정당한 사유 없이 국가인권위원회의 권고를 불이행하는 등 피해의 정도가 심각할 경우에는 ① 차별행위의 중지 ② 피해의 원상회복 ③ 차별행위의 재발방지를 위한 조치 ④ 그 밖에 차별시정을 위하여 필요한 조치 등 시정명령을 발동할 수 있다(동법 제43조 제2항). 시정명령의 주체는 국가인권위원회가 아니라 법무부장관으로 되어 있어 시정기구 일원화, 시정권한 이원화라고 할 수 있다⁵⁷⁾ 시정명령의 불이행시 3천만원 이하의 과태료를 부과할 수 있다. 또한 「장애인차별금지법」에서는 금지하는

56) 고명수 외, 「장애인복지론」, 청목출판사, 2012, 360면.

57) 이선우, 전게서, 2009, 241면.

차별행위에 의하여 피해를 입은 사람은 국가인권위원회에 진정할 수 있으며, 진정이 없는 경우라도 차별행위의 내용이 중대하다고 인정되는 때에는 국가인권위원회가 직권으로 조사하여 권고할 수 있다.⁵⁸⁾

나. 손해배상과 입증책임

「장애인차별금지법」 제46조에는 동법의 규정을 위반하여 타인에게 손해를 가했을 경우 손해배상의 책임을 져야 하며, 손해배상은 인정되나 차별행위의 피해자가 재산상 손해를 입증할 수 없을 경우 차별행위자가 그로 인하여 얻은 재산상 이익을 피해자의 손해로 추정하는 조항과 재산상 손해액의 입증이 곤란한 경우, 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 인정할 수 있도록 규정하였다. 동법 제47조에는 법적 분쟁의 해결에 있어서 차별행위에 대한 사실은 차별행위를 당했다고 주장하는 자, 즉 장애인이 입증하여야 하고, 장애를 이유로 한 차별이 아니거나 정당한 사유가 있었다는 점은 상대방이 입증하도록 하는 입증책임의 분배에 관한 규정을 두고 있다. 다시 말하면 원고가 차별행위의 일응의 입증을 하고 나면, 이에 대하여 피고가 자신의 행위가 정당한 사유에 의한 것이라거나 혹은 차별적 고려가 없었음을 입증하게 함으로써 통상 소송에서 원고가 권리구제를 위한 요건사실을 주장 입증하게 하는 구조와는 달리 차별주장자의 입증책임을 경감하고 있다.⁵⁹⁾

Ⅳ. 장애인차별금지법의 차별금지 형성방안

1. 법제구조의 체계성 확립

장애인권리법제의 체계성에 있어서 기본적 인권은 장애인이든 비장애인이든 누구나 인간이면 보장받아야 할 보편적 인권이지만 장애인은 장애를 이유로 일

58) 최윤영·이경준, 「장애인복지론」, 학지사, 2009, 305면.

59) 최윤희, “차별금지법제의 현황”, 「저스티스」 통권 제121호, 2010, 600면.

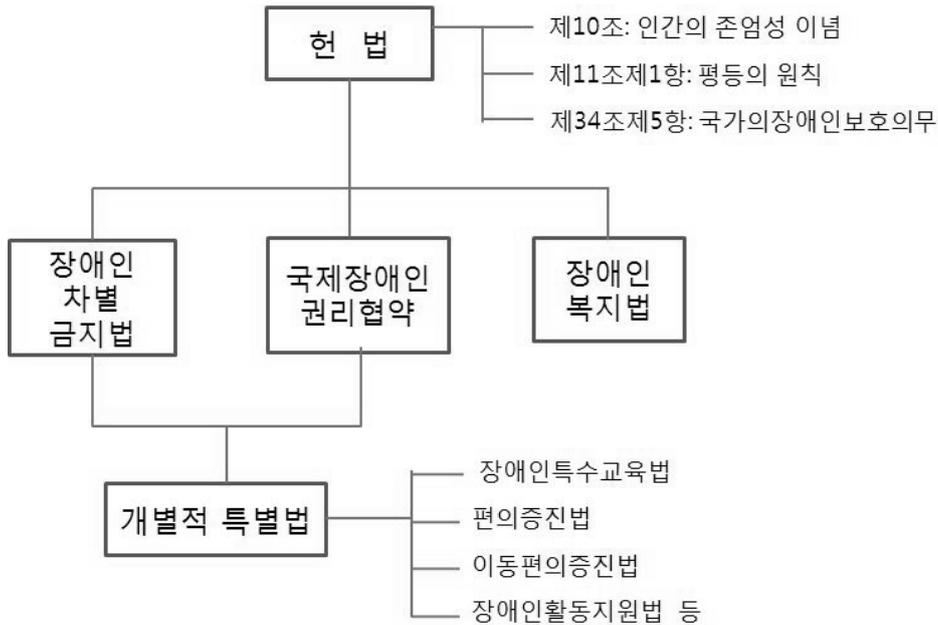
상생활에서 이러한 기본권의 향유를 부당하게 제한·배제·분리·거부당하는 경우가 많다. 그렇기 때문에 장애인에게는 특별히 그러한 부당한 처우나 불리한 조건을 개선하고 제거해야만 비장애인과 동등한 인권보장이 가능하게 되는 것이다. 따라서 장애인에 대해서는 「헌법」 제34조 제5항에 따라 생활여건의 개선(급부복지서비스 제공)과 차별적 생활환경의 시정(인권상황의 개선)을 위한 특별한 법적인 보호·보장장치를 확보하여 장애인도 당당한 권리의 주체가 되도록 해야 한다.

그렇다면, 먼저 이러한 법적·사회적으로 보장받고 옹호되어야 할 “장애인의 기본권”을 상정해 볼 수 있다. 이 장애인의 기본권은 보편적인 기본적 인권에 기초하여 장애인이 정상적인 사회생활을 할 수 있도록 장애로 인하여 기본권을 제한·배제·분리·거부되는 사회적 인권상황을 시정하여 특별히 인정해야 하는 기본적 권리이며, 이동권의 확보를 국민의 기본인 권리로 하는 등, 시혜가 아닌 장애인들의 당연한 권리충족의 실현으로 보고 있다.⁶⁰⁾ 즉, 장애인이 장애로 인하여 처하게 되는 사회적 불리함을 극복하여 인간다운 생활과 완전한 사회참여를 확보하기 위해 필요한 특별한 기본적 권리이다. 이러한 장애인의 기본권은 인간의 존엄과 가치 및 행복추구, 그리고 평등하고 인간다운 생활 등 헌법상의 기본권을 장애인이 비장애인처럼 누릴 수 있도록 하기 위한 특별한 권리이다. 때문에 장애인의 권리를 확보하기 위한 특별한 법제가 필요하고, 그러한 법제는 권리보장과 서비스급부를 종합적·체계적이고, 실효적으로 실현할 수 있어야 한다.

한편, 법제의 실효성은 실제적으로 보장되어야 함과 동시에 절차적으로도 보장되어야 제대로 확보되는 것이므로 그 법운용의 주체가 종합적·체계적으로 운용할 수 있는 역량이 있어야 하고, 그 법의 수혜자 역시 당사자로서 법에서 보장된 권리를 향유할 수 있는 역량을 발휘할 수 있어야 한다. 다시 말해서 장애인 당사자 주위의 실현과 실질적인 자립생활이 가능하도록 절차적 권리가 보장되어야 한다. 이러한 관점에서 「장애인차별금지법」과 「장애인복지법」은 각기 장애인의 권리보장과 장애인복지서비스 급부보장의 일반적 기본법으로서 기능과 역할을 확보하고, 교육보장·고용과 소득보장·접근과 이동편의보장·여러 다양한 복지서비스 보장 등 여러 개별적 영역들을 규정하는 특별법들은 이들 양 법과 체계적이며, 절

60) 우주형 외, 전계논문, 2009, 102~106면.

차적으로 모순 없는 상호관계를 유지해야만 장애인 관련법제는 실효성과 체계성을 동시에 확보하여 그 집행력을 제대로 발휘할 수 있게 된다.



(「장애인차별금지법」의 법제구조 체계)

2. 법제의 국내법적 체계성 확립

일반적으로 체계(system)라 함은 상호 관련된 개체들이 통제된 원리와 원칙에 의해 전체적 구성⁶¹⁾을 확보한 상태라고 말할 수 있을 것이므로 「장애인차별금지법」 체계는 전체 장애인관련법들과의 관계에서 모순이 없이 합목적적 일관성을 갖는 관계를 갖는 상태이다. 그러므로 이 법의 체계성은 위의 그림에서 보는 것처럼 첫째, 「장애인차별금지법」은 그 상위의 「헌법」, 「장애인차별금지법」을 장애인인권법의 일반적 기본법제로 한 그 하위의 개별적 장애인인권법제들

61) 윤찬영, 「사회복지법제론」, 2010.

과 그 시행령과 시행규칙들과의 수직적 관계가 있고, 둘째, 수평적으로 장애인 관계법령을 양분하여 급부법적 일반법인 「장애인복지법」과 「헌법」 제6조 제1항에 의거 국내법적 효력을 갖게 된 「국제장애인권리협약」과의 관계를 말한다. 그리고 셋째, 「장애인차별금지법」을 제정함에 따라 그 이전에 잠정적·과도기적으로 또는 이 법의 규정들과 모순된 상태에 있는 장애인권리에 관한 규정들이 산발적으로 존치됨으로써 이렇게 상충관계에 있는 법 규정들의 정리문제가 또한 제기된다.

가. 수직적 체계화

「장애인차별금지법」의 수직적 체계는 먼저 그 상위법인 「헌법」과의 관계가 있으며, 이는 「장애인차별금지법」이 「헌법」 제10조의 인간의 존엄성 원리와 제11조 제1항의 평등의 원칙에 부합하고 있느냐의 관계이다. 이는 곧 「장애인차별금지법」의 목적과 이념에 관한 사항으로서 법 제1조와 제7조의 인간의 존엄성과 인격적 권리주체성 확보, 제4조와 제6조의 차별행위의 금지원칙, 그리고 그 이하의 구체적 영역별 권리영역에서의 차별금지 등에서 확보되어 있다. 그러면, 이러한 장애인권리보장에 관한 「헌법」의 원칙적 근거조항과 「장애인차별금지법」에 규정된 이념과 목적 및 원칙규정이 「장애인차별금지법」의 다른 구체적 규정들에서 제대로 구현되었는지가 확인되어야 할 것이다.

이 점에 대해서는 첫째, 법 제14조의 정당한 편의제공의무에 관한 구체적 내용을 시행령에 위임하면서 구체적으로 범위와 기준을 정함이 없이 하위법체계(행정입법)에 위임하고 있다는 점이다. 「장애인차별금지법」은 급부법이 아니고 인권법이며, 장애인의 기본적 인권보장에 관한 법이다. 이렇게 기본적 인권에 관한 사항을 행정입법에 위임하여 과도한 재량을 허용한 법제적 태도는 법치주의의 위반이라고 말할 수 있으며,⁶²⁾ 장애인의 기본권이 행정적 편의에 따라 자의적으로 그 범위가 결정될 수 있게 된다. 특히 장애인은 사회적으로 가장 약자이고 소수자이기 때문에 법제적 대처능력 또한 취약하다고 볼 수 있으며, 더

62) 홍정선, 「행정법원론(상)」, 박영사, 2009.

구나 「장애인차별금지법」은 차별금지적 법제로서 기존의 사회적 권력질서를 균형적으로 되게 하기 위한 법제라는 측면에서 보다 제한적이고 강화된 법률유보가 필요하다. 따라서 위임입법이 필요한 경우에도 구체적으로 범위와 기준을 정하여 위임하여야 한다. 대체적으로 정당한 편의제공에 관한 구체적 사항을 행정입법에 위임하고 있는데, 과도한 위임입법이라고 할 것이다. 이와 관련하여, 헌법상에도 하위법제 환경의 변화·발전에 맞지 않는 부분의 수정과 보완이 필요하다. 지금까지는 해당 조항의 확대해석을 통하여 규정상의 흠결을 보완하고자 하였으나 분명하게 정리할 필요가 있다. 즉, 「헌법」 제11조 제1항에 장애를 명시해야 하며(독일 「기본법」 제3조 제3항 참조), 「헌법」 제35조 제5항의 “신체장애자”는 “장애자”로 수정되어야 할 것이며, 「헌법」 32조에서 장애인의 근로권에 대한 특별한 보호조항이 추가되어야 할 것이다.

둘째, 일반적 기본법인 「장애인차별금지법」과 개별적 장애인권리법제들과의 관계정립문제이다. 「장애인특수교육법」과 용어상의 불일치와 실효성 담보를 위한 별칙규정의 정도차이 해소, 그리고 「장애인차별금지법」의 정당한 편의제공의 대상이 「편의증진법」에 기속되어 있으며, 편의증진법상의 시설에 관한 사항을 다시 하위법제에 재위임하고 있는 것은 행정입법에 과도하게 위임하고 있다는 지적을 받을 수 있다는 점이다. 이러한 열거는 예시에 불과하고, 수직적 법체계는 하위법의 실효성에서 근본적 전제인 합법성을 확보하는 것이므로 이렇게 비체계적인 법제구조의 결함이 있어서는 안 된다는 것이다.

나. 수평적 체계화

문제가 되는 것은 「장애인복지법」과의 확실한 역할분담적인 관계정립과 「국제장애인권리협약」과의 조화적·균형적 상호관계 확립, 그리고 상충관계에 있는 다른 법령들의 정리문제이다.

첫째, 「장애인차별금지법」은 장애인관련법제에서 다른 한 축을 형성하고 있는 「장애인복지법」과 함께 일반적 기본법적 위치를 갖고 있다. 따라서 「장애인복지법」과 법제적으로 명확하게 그 경계와 역할분담을 확정하여야 할 것이다. 이 문제는 「장애인차별금지법」의 제정되기 이전에 선언적이지만 「장애인복지법」에

포함된 인권법적 규정들은 「장애인차별금지법」을 중심으로 재정비하여 양 법 사이의 상호모순이나 내용상으로 과도기적으로 중복된 부분을 제거하고, 「장애인복지법」도 급부서비스의 확대와 전달체계의 확보 등 급부법으로서의 기능과 역할을 보장하여야 한다.

이들 양 법제와 그 하위의 개별법제들과의 구조적 관계를 보면, 헌법재판소가 장애인에 대한 국가의 보호 의무를 우리 법체계의 확고한 기본질서라고 해석⁶³⁾하고 있는 것처럼 장애인의 권리들은 「헌법」 제34조 제5항에서 직접적인 헌법적 근거를 갖게 된다. 이에 따라 급부기본법인 「장애인복지법」과 이하 「장애인특수교육법」은 교육권을, 「직업재활법」은 근로권을, 「편의증진법」과 「이동편의증진법」은 환경권⁶⁴⁾등의 보호·보장을, 그리고 「장애인차별금지법」은 헌법상 평등권(「헌법」 제11조의 내용)을 실현하기 위한 “방법론적인 포괄적 기본권”을 다루는 절차법이라 할 것이다. 위와 같은 장애인관련 법제를 정리한다면, 장애인인권관련 포괄적인 목적론적 기본권을 다루면서 하위법령들을 지도하고 규율하는 일반법적 지위의 기본적 장애인법제가 부재한 실정⁶⁵⁾이므로 전술한 바와 같이 「장애인기본법」의 필요성을 제기하게 된다. 이러한 지적은 「헌법」 제34조 제5항에 기초하여 장애인권리 관련법제의 체계를 확립하자는 것으로서 「장애인기본법」은 장애인의 권리에 관한 내용과 그 권리를 보장하기 위한 정부의 정책적 책임과 그 집행기구에 관하여 규정하고, 현행 「장애인복지법」은 「장애인차별금지법」에 규정된 내용은 삭제하여 장애인의 순수 급부복지에 관한 사항과 그러한 장애인복지급부의 전달체계에 관한 사항을 규정하자는 것이다. 이 경우에 모든 급부복지에 관한 사항을 규정할 수는 없을 것이므로 보건복지부 소관사항만을 규정하여 그 이행책임의 소재도 분명히 해야 할 것이다. 그리고 「장애인차별금지법」은 제1조에 규정한 바와 같이 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현하고자 하는 법이므로 그러한 법제로서의 기능과 역할을 다하도록 보강책을 강구하여야 한다. 지금처

63) 헌재, 1999. 12. 23, 98헌마 363.

64) Finkelstein, V., Attitudes toward Disabled People, World Rehabilitation Fund, 1981; 유동철, 전게서, 2009, 재인용.

65) 유동철, 전게서, 2009.

럼 장애인기본법제가 없으면 장애인정책의 방향성이 불확실해지고, 산발적인 개별법제의 남발로 법제적 혼선을 초래케 하여 전반적인 장애인법제의 실효성은 저하될 수밖에 없게 된다.

나아가, 법규내용의 맥락과 사용하는 단어에서도 「장애인차별금지법」과 「장애인복지법」사이의 균형과 조화가 필요하다. 「장애인차별금지법」 제6조와 제7조는 새로운 장애인법제의 기본이념이자 인권보장법으로서의 방향을 제시하고 있다. 이들 규정들과 「장애인복지법」에서 사용하는 용어나 법의 기본적 방향과 기준이 조화롭지 못하거나 상충된 부분도 개정이나 보완이 필요하다. 먼저 「장애인차별금지법」 제7조의 자기결정권 및 선택권 보장 등의 규정과 「장애인복지법」에서 사용하는 수용·보호·입소·조치 등의 용어는 장애인을 격리·치료의 대상으로 낙인을 가하는 용어들이므로 새로운 장애인복지의 기본 이념과 맞지 않는다. 「장애인복지법시행규칙」 제41조와 제42조의 장애인복지시설의 설치와 운영 기준은 보조금 지원방식에서 소규모시설에 불리하여 시설의 대형화를 야기하는 것이므로 이 역시 장애인인권보장의 방향과 배치되고 있다. 또한 시설운영을 성 분리차원에서 하도록 하여 결국 기혼 장애인은 함께 살 수 없게 되어 있고, 개별적 거주 공간 확보가 아닌 단체생활 위주로 공간기준이 설정되어 있다. 자기결정권에 기초한 시설선택권이 보장되어야 함에도 시설이용 자격의 70%이상을 기초생활수급자에게 우선권을 주도록 하여 차상위계층 이상에게는 선택권이 제한되고 있다. 입소절차도 지방자치단체장의 시설위탁 형식으로 되어 있어 시설이용자의 시설선택권과 자기결정권이 무시되고 있다. 장애인생활시설 이용에 있어서도 생애주기를 고려하지 않아 아동과 노인이 함께 생활하게 됨으로써 생애주기별 특성에 맞는 서비스 제공이 어렵게 되어 있다. 아울러 시설에서의 폭력 방지와 성희롱예방교육의 근거가 필요하고, 시설생활자의 급여에 대한 자기결정권 확보 등 전반적으로 생활시설의 이용과 관련한 인권적 차원의 법제적 개선이 시급하다.

둘째, 「장애인차별금지법」과 상충되는 법령들이 정비되지 않아 법의 집행력이 저하되고 있다. 2008년 “한국재활협회”가 18개 분야로 나누어 조사한 바에 따르면, 총 조사대상 4,124개의 법령(대통령령, 총리령, 부령 및 헌법기관들이 제정한 규칙 포함)가운데 2.3%에 해당하는 95개 법령이 장애인차별금지법과

상충되는 내용을 갖고 있는 것으로 나타났다. 법령분야별로 상충규정이 가장 많은 분야는 정치·행정 분야로서 전체 상충법령의 27.9%를 차지하고, 그 다음으로 사회복지분야가 10.9%, 교육·학술과 문화·홍보분야가 10.1%, 그리고 법원/법무 분야가 8.5% 순으로 나타났다. 「장애인차별금지법」과 상충되는 것으로 조사된 법령에는 법률이 66개, 명령(대통령령, 총리령, 부령 등)이 24개, 그리고 대법원 규칙이 4개이다. 이들 상충법령들은 19개 부처에 걸쳐있는 것으로 조사되었는데, 행정안전부가 36개(28.1%), 보건복지부가 20개(15.6%), 법무부가 19개(14.8%)순이었다. 이렇게 상충된 법들에 대한 대안으로는 삭제 33.9%, 수정 34.6%, 신설 31.5% 등이었다.

장애인차별금지 영역별 상충법령은 133건으로 집계되었는데, 가장 많은 차별영역은 고용이 29개, 사법·행정절차와 서비스가 34개로 절대적 다수를 차지하였고, 차별행위유형은 직접차별이 60개, 간접차별이 60개 그리고 정당한 편의 제공 거부 8개로 나타났다.

또한, 2007년 “한국정책기획평가원”의 장애인차별법령에 관한 조사에서도, 총 586개 법령 중에서, 개정 또는 폐지가 필요한 장애인차별법령은 총 88건이었으며, 제도개선이 필요한 법령은 157건이었다. 이 중에서 인공임신중절수술이 남용될 수 있는 「모자보건법」 제14조도 개정되어야 하고, 「형법」 제11조와 「형사소송법」 제181조의 농아 또는 농아자의 명칭은 비하적 표현이므로 시정되어야 한다고 본다.

장애인 등 사회적 약자에 대한 국가의 보호가 필요하다는 명시적 규정(헌법 제34조 제5항)이 있게 된 것은 그 약자가 스스로 자유로운 권리행사를 하기가 실질적으로 어려우므로 그 권리행사의 조건을 형성하고 유지해야 하는 것은 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 의무⁶⁶⁾이기 때문인데, 이러한 필요성은 기계문명의 발달에 따라 더욱 증대될 것이므로 법제적 점검을 철저히 하여 시의적으로 합당한 법체계가 유지되도록 하여야 할 것이다.

이상과 같은 「장애인차별금지법」의 규정들과 맞지 않는 비체계적 법령들의 존재에 대한 지적은 일부분에 불과할 것이다. 그동안 우리 사회는 의식적·무의

66) 현재 2002. 12. 18, 2002 헌마52 참조.

식적으로 장애인을 분리·배제해 온 관행 속에 살아왔기 때문이다. 따라서 이러한 법 규정들의 정리야말로 「장애인차별금지법」의 차별금지적 형성 제고에 출발이 될 것이다.

3. 차별의 구제수단 및 손해배상에 따른 개선책

가. 차별의 구제수단

차별시정기구에 대한 독립성 문제에 있어서, 장애계에서는 지속적으로 장애문제를 전담하는 차별시정기구를 요구하였으나, 아직까지는 현행법상 인권위원회를 차별시정기구로 보고 있는 실정이다. 따라서 장애차별만을 전담하는 독립기구를 마련하여 지원체계를 구축시킬 필요가 있다. 제도의 빈번한 개정 및 제정을 대비해서도 그렇고, 차별의 피해당사자를 위한 국선변호사제도 및 공익변호사 이용의 활성화를 위한 사회보장 전문법조인을 장기적으로 육성하는 것도 바람직하다.

그리고 열악한 차별의 피해자에게 입증책임을 지우는 것은 가혹하다 할 것이다. 일반적인 법원의 판결은 변론주의에 입각하여 당사자가 신청한 권리구제에 국한하는 데 반하여 우리 법에서 단순한 차별 시정을 넘어서 법원에 의한 적극적 조치까지 규정하고 있는 점에 대하여는 우리의 전통적인 법원역할에 대한 법 규정에 비추어 볼 때 잘 맞지 않는다는 견해⁶⁷⁾도 있으나, 장애인차별 시정을 위한 강력한 의지를 반영한 입법으로 높이 평가된다. 다만, 입법 이래 법원에 의한 적극적 조치 판결을 쉽게 찾아보기 어렵다는 것이 아쉬운 점인데, 그 이유에 대하여는 계약자유 원칙상 이를 쉽게 명하기가 어렵다는 점과 법원에 의한 적극적 조치라는 개념이 기존의 우리의 전통적인 소송법 규정에 비추어 생소하므로 법원에서 적극적 조치에 대한 보다 구체적인 개념정의 내지 예시가 부족하다는 점을 들 수 있다. 이울러 모처럼 마련한 적극적 조치를 법원이 보다 적극적으로 활용할 필요가 있다.⁶⁸⁾

67) 차성안, “소송을 통한 장애인권리구제 쟁점-장애인 교육차별에 관한 사례분석을 중심으로”, 「사회보장법연구」 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2012, 91면.

또한 사용자와 장애인간의 정보비대칭으로 인하여 차별의 피해자가 속출하고 차별입증을 통한 권리구제가 어려운 점을 감안한다면 입증책임의 전환규정을 두는 것이 필요할 것이다.⁶⁹⁾ 이를테면 독일과 같이 독립된 사회보장 법원이 있다면, 사회보장행정에서의 권리구제의 기본원칙을 준수하는데 결정적 도움이 될 수 있을 것이다.⁷⁰⁾ 즉, 사회보장 권리구제의 기본원칙인 구제절차 용이성의 원칙, 신속한 분쟁종결의 원칙, 쟁송비용 최소화 원칙, 분쟁당사자의 전문화의 원칙⁷¹⁾이 효과적으로 보장될 수 있을 것이다. 따라서 이러한 원칙들이 보장되고 독립적인 장애인을 위한 사회보장법원이 존재한다면, 장애인을 위한 사회적 위험을 보다 최소화할 수 있을 것이다.

나. 손해배상

통상적인 손해배상청구소송에서는 가해자의 위법한 해위로 손해를 입은 피해자가 가해자의 불법행위로 인하여 자신이 손해를 입었다는 사실을 입증하여야 할 뿐만 아니라, 금액을 산정할 수 있을 정도로 자신의 입은 손해의 구체적 내용까지 입증하여야 하는 것이 원칙(공정거래법 제56조)이다.⁷²⁾ 그런데 우리 법은 이러한 원칙에 대한 커다란 예외규정으로서 가해자의 재산상 이익을 손해액으로 추정하는 규정(「장애인차별금지법」 제46조)을 둬으로써, 손해액의 입증에서도 입증책임의 전환 내지 경감규정을 두고 있는데, 이에 더하여 차별행위의 피해자가 입은 재산상 손해액을 입증하기 위하여 필요한 사실을 입증하는 것이 해당 사실의 성질상 곤란한 경우에는 변론 전체의 취지와 증거조사의 결과에 기초하여 상당한 손해액을 법원이 인정할 수 있게까지 규정(동법 제46조 제3

68) 김재원, “장애차별에 대한 구제조치: 법원을 통한 구제를 중심으로”, 「법과 사회」, 제45호, 법과사회이론학회, 2013, 274-275면.

69) 유성지, “한국 장애인차별금지법의 개선방안연구”, 고려대학교 대학원 석사논문, 2009, 54면.

70) 정영진·김상찬, “사회보장관련법상 권리구제제도에 관한 연구”, 「법과 정책」 제21집 제3호, 제주대학교 법과 정책연구원, 2015, 364면.

71) 한승훈, “우리나라 사회보험행정상 심급적 행정심판을 위한 법제적 고찰”, 「사회보장연구」 제20권 제3호, 한국사회보장학회, 2004, 220면.

72) 대판 2017.5.18, 2012다86895, 86901(전원합의제 판결); 대판 1995.2.10, 193다52402.

함)함으로써 손해액에 대한 입증책임을 크게 완화하여 규정하고 있다.

이처럼 피해자의 손해배상청구를 용이하게 하려는 법정신을 반영하여 법원판결도 장애인에 대한 차별행위에 대하여는 여타의 손해배상청구사건들에 비하여 위자료를 잘 인정해주는 편이다. 예컨대, 대학이 장애인 학생에게 편의시설을 제공하지 않는 등 배려의무를 소홀히 한 경우, 위자료를 지급할 책임이 있다고 한 사례⁷³⁾ 등을 들 수 있다.⁷⁴⁾ 또한 장애로 인한 차별행위에 대한 위자료 인정에 있어, 법원의 손해배상인정 태도는 상당히 고무적이다. 나아가 여기서 조금 더 바란다면, 초기 입법 당시 논의되었던 징벌적손해배상청구권의 도입⁷⁵⁾도 보다 적극적으로 고려할 필요가 있다. 차별행위는 피해자로 하여금 단순한 불이익을 넘어서서 인격적 모멸감을 주는 경우가 있어, 그로 인해 피해자가 입는 정신적 고통은 일반적인 불법행위에 비하여 매우 큰 편이라, 법원도 이러한 점에 근거하여 위자료를 쉽게 인정하는 것으로 보인다. 차별행위 중에서도 특히 악의적이고 수차례에 걸쳐 반복되는 행위에 대하여는 단순한 위자료를 넘어서 징벌적손해배상제도의 도입이 반드시 필요하다고 본다.

IV. 결 론

본 연구는 「장애인차별금지법」의 법사회학적 정합성에 관한 탐구였다. 「장애인차별금지법」이 억압적이고 차별적인 장애인의 생활환경을 확실하게 시정하고, 장애차별행위로 초래되는 개별적 장애인의 권익침해에 대해 철저히 권리구제의 조치를 취할 수 있는 법제인지를 점검하고, 그 보강책을 탐구하였다.

73) 박종운, 전계논문, 2004, 77면.

74) 법원은 이 사례에서 교육기관인 대학이 장애인을 대상으로 서류 및 면접심사를 통하여 입학허가 결정을 한 경우, 장애인인 학생은 등록금 등을 납부할 의무를 부담하고 대학은 장애인인 학생에게 양질의 교육기회를 제공할 의무를 부담하는 일종의 계약관계가 성립하므로, 장애인인 학생이 학교생활을 하면서 장애인으로서 겪을 수 있는 불편을 최소화해 주고 일반학생들과 동등하게 충분하고도 내실 있는 교육을 받을 수 있도록 배려해 주어야 할 의무가 있으므로 위자료를 지급할 의무가 있다고 판단함(창원지판 2008.4.23, 2007가단27413).

75) 우리 법제가 징벌적손해배상제도를 인정하고 있지 않는 만큼 그 도입에 있어 신중을 기하여야 한다는 견해도 있음(이준일, 전제서, 2007, 136면).

그와 같은 연구목적을 위하여 본 연구는 보편적 인권의 차별금지적 향유의 헌법학적 근거와 이론, 장애인의 보편적 인권의 동등한 권리주체가 되도록 하기 위한 장애인권리의 필요성과 그 장애인인권이론을 확인하였다.

「장애인차별금지법」이 그 법사회학적 정책목적에 충실한 실효적 법제가 되기 위해서는 첫째, 「장애인차별금지법」이 체계적으로 관련법령들과 확실한 역할분담과 상호 협조적이고 조화적인 관계를 확립하여야 한다. 특히, 장애인관련법제의 양대 영역을 분점하고 있는 「장애인차별금지법」과의 분명한 관계정립과 철저한 역할분담, 세계 보편적으로 장애인인권법제의 기준과 지침을 제시하고 있는 「국제장애인권리협약」과의 상호 보완적 운용, 그리고 「장애인차별금지법」이 전 생활부문에 걸친 법제라는 점에서 거의 모든 법령들과 관계를 갖고 있으므로 그들 법령들과 모순적이지 않고 체계적이어야 한다는 점 등이다. 이러한 법제적 구조의 체계성 확보는 「장애인차별금지법」이 사회정책적인 소정의 기능과 역할을 담당하는데 있어서 법사회학적 환경을 확보하는 과제이기도 하다. 이러한 법제구조의 체계성 확립의 구체적 성과는 장애인의 실제적 생활에서 체감할 수 있어야 한다.

둘째, 「장애인차별금지법」이 차별금지적인 법제가 되기 위해서 그 자체적 법규내용에서 차별금지적 인권법으로서 갖추어야 하는데, 그 법제적 충분조건을 결하고 있다는 점이다. 그렇게 된 연유는 법제정과정에서 장애인계의 인권욕구가 희석되고 축소되어 충분히 반영되지 못했기 때문이지만, 독일의 BGG에서처럼 장애인계 역시 일단 법제의 마무리에만 치중한 결과인 것으로 보인다. 또한 이 법제에서 금지·응징하고자 하는 장애차별행위에 대하여 그 전제가 되는 협소한 장애정의, 장애인의 저열한 사회적 처지, 그리고 고질적이고 구조화된 장애차별의 법사회학적 특성 등을 고려하지 않는 취약한 권리구제절차⁷⁶⁾가 핵심적인 문제점으로 지적되었다. 현실적으로 「장애인차별금지법」이 미진한 성과를 보이고 있는 이유 중에는 장애인의 저열한 사회적 처지를 감안할 때, 장애인차

76) ADA는 법규에 명시적으로 규정되지 않은 사항까지 포함하며, 장애인의 사회통합을 위한 확실하고 포괄적인(clear and comprehensive)강제규정으로서 모든 영역에서의 장애인에 대한 차별을 금지하고 있음(Burgdorf Jr. 교수의 NCD 홈페이지에 게재된 1998년-2002년의 ADA 관련 사건 16종에 대한 판례분석).

별적인 사회 환경의 적극적 시정과 장애인의 권리구제와 옹호활동을 확실하게 할 수 있는 장애인차별전담인권기구가 없기 때문이다.

사회적으로 차별적 처지에 있는 장애인의 인권적 욕구를 법제적으로 충족하기 위해서는 장애인정책법제의 양대 분야인 복지서비스 분야와 인권분야에서 동시적으로 충족⁷⁷⁾되어야 기약할 수 있다. 법제구조의 체계성 확립과 그 조화적 실천이 중요한 이유이다.

한편, 본 연구의 주제인 「장애인차별금지법」의 법제적 차별금지성을 확실하게 검토할 수 있기 위해서는 이 법의 법사회학적 결과를 확실하게 확인할 수 있어야 하지만, 아직은 법적 성과와 영향이 객관적 자료 확보 미흡 등 확실하게 드러나 있을 정도의 시점이 아니라는 현실적 한계가 있었다. 따라서 「장애인차별금지법」의 실효성에 대한 법사회학적인 접근에 일정한 한계가 있었고, 그러한 현실적 제약성 때문에 불가피하게 그 판단의 기준을 「국제장애인권리협약」과 외국법제의 선례를 참고하는, 다분히 비교법학적 접근에 치중하게 되었다. 하지만 앞으로 「장애인차별금지법」의 시행이 시간적으로 충분히 경과한 이후에 그 성과에 대한 객관적인 자료의 확보와 현장 확인을 토대로 그 실효성 여부에 대한 정확한 판단과 이에 기초하여 그 보완방안을 보다 확실하게 탐구할 수 있을 것이라 기대한다.

참고문헌

강민희, “장애인차별금지법제정의 장애담론 분석”, 「보건사회연구」 제28권 제2호, 2008.

고명수 외, 「장애인복지론」, 청목출판사, 2012.

국가인권위원회, 장애인 고용 및 승진실태조사, 2002.

77) 장추련은 장애인차별금지법의 내용과 법제정의 순서에 관한 논의에서 장애인차별금지법에는 급부의 영역에 속하는 분야도 포함되어야 한다는 의견과 장애인복지에 필요한 장애인연금법, 자립생활지원법, 한국장애인법 등의 제정을 먼저 완결지어야 한다는 의견, 그리고 이러한 모든 법률과의 관계를 감안하여 장애인차별금지법은 이들 모든 법률을 아우르는 “장애인기본법”이 되어야 한다는 의견이 있었음.

- _____, 장애인차별금지법 시행 3주년 기념 토론회 자료집, 2011.
- 권인회, “장애인의 생존권에 관한 연구”, 서강대학교 대학원 박사학위논문, 2010.
- 김도현, “한국사회의 장애인중운동의 역사: 그 투쟁의 기록과 평가”, 정태수 열사 추모사업회, 2007.
- 김용득, “장애개념의 변화와 사회복지실천 현장함의”, 「한국사회복지학」 제51권, 2002.
- 김재원, “장애차별에 대한 구제조치: 법원을 통한 구제를 중심으로”, 「법과사회」, 제45호, 법과사회이론학회, 2013.
- 김진우, “지적장애인 관점에서의 장애인차별금지법에 대한 비판적 고찰”, 「사회복지정책」 제35권, 2008.
- 나운환 외, “장애인고용차별에 관한 연구”, 「한국행정학보」, 제37권 제2호, 2003.
- 나혜숙, 「장애인복지론」, 중앙경제, 2010.
- 남찬섭, “장애인차별금지법의 제정과정과 쟁점”, 「한국장애인복지학」 제6권, 2007.
- _____, “장애인차별금지법 제정의 의의와 과제”, 「보건복지포럼」 통권 제127호, 2007.
- 대전복지재단, 장애인차별금지 및 인권보장 기본계획수립 연구, 2013.
- 박병식, “장애인의 제도적 차별철폐와 법령정비 방안”, 「법제」, 2007.
- 박중운, “장애인차별금지법 제정의 과제와 전망”, 「국제인권법」, 제7호, 2004.
- _____, “장애인차별의 현실과 장애인차별금지법”, 「복지동향」, 2008.
- 박중운 외, “장애인차별과 법의 지배”, 2004.
- 변용찬 외, 2005년도 장애인실태조사, 한국보건사회연구원, 2006.
- 오혜경·김정, 「여성장애인과 이중차별」, 학지사, 2000.
- 오혜경, “인권과 장애인복지실천”, 「사회복지리뷰」 제13집, 2008.
- 우주형, “장애인평등권 실현과 장애인차별금지법”, 지성과 창조, 2006.
- 우주형 외, “장애인차별금지법”에 대한 입법평가, 한국법제연구원, 2009.
- 위계출, “장애인차별금지법의 실효성 확보방안에 관한 연구, 서울시립대학교 대학원 박사학위논문, 2012.
- 유동철, 「인권의 관점에서 보는 장애인복지」, 집문당, 2009.
- _____, “장애인복지법을 넘어 차별금지법으로”, 추계학술대회 자유발표 자료집

- (제1분과), 2001.
- _____, “장애인시민권모델구축을 위한 시론: 장애인차별금지법”, 「사회복지연구」, 제19호, 2002.
- _____, “한국장애운동의 성과와 과제”, 「사회복지정책」 제21권, 2005.
- 유성지, “한국 장애인차별금지법의 개선방안연구”, 고려대학교 대학원 석사논문, 2009.
- 윤찬영, 「사회복지법제론」, 나남, 2010.
- 이상돈, 「인권법」, 세창출판사, 2005.
- 이선우, 「장애인 복지의 이론과 실제」, 집문장, 2009.
- _____, “장애인차별에 영향을 미치는 요인에 대한 연구: 차별행위자의 일반적 특성을 중심으로”, 「한국장애인복지」 제1권, 2002.
- 이소영, “유럽과 미국의 장애인 반차별법”, 「미국헌법연구」 제17권 제2호, 2006.
- _____, “장애인차별금지법의 확산과 위축”, 「장애와 고용」, 제18권 제2호(통권 62호), 2008.
- 이승기, “장애인차별금지법의 제정과정, 쟁점, 그리고 합의”, 「사회보장연구」 제 23권 제3호, 2007.
- 이익섭, 장애인권리협약의 의미와 핵심 과제, 보건복지포럼, 2007.
- 이익섭 외, “장애인차별개선 모니터링체계구축을 위한 정책연구”, 보건복지부, 연세대학교 사회복지연구소, 2009.
- 이준일, 「차별금지법」, 고려대학교출판부, 2007.
- _____, “한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점”, 「안암법학」 34권, 2011.
- 이지수, “차별경험과 자기낙인이 장애인의 삶의 만족도에 미치는 영향”, 「사회과학연구」 제27집 제1호, 2011.
- 장애우권익연구소, “사보험에서의 장애우의 위상과 전망”, 장애우권익문제연구소, 1994.
- _____, “장애와 차별-장애인인권침해에 관한 장애인 여론조사”, 장애우권익문제연구소, 2003.
- 전광석, “장애인차별금지법의 제정방향”, 「장애인고용」 제53권 가을호, 2004.
- _____, 「한국사회와 장애인정책」, 인간과 복지, 2011.

- 전윤구, “UN장애인권리협약이 한국의 장애인차별금지법에 미치는 법적 영향“, 「안암법학」 제30권, 2011.
- 정영진·김상찬, “사회보장관련법상 권리구제제도에 관한 연구”, 「법과 정책」 제 21집 제3호, 제주대학교법과정책연구원, 2015.
- 조임영, “영국장애인차별금지법과 ‘장애’의 개념”, 「동아법학」 제66호, 동아대학교법학연구소, 2015.
- 조경진, “장애인 인권관련 규범에 대한 헌법적 고찰”, 경북대학교대학원 박사학위논문, 2014.
- 차성안, “소송을 통한 장애인권리구제 쟁점-장애인 교육차별에 관한 사례분석을 중심으로”, 「사회보장법연구」 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2012.
- 최대권 외 10인, 「법사회학의 이론과 방법」, 일신사, 1995.
- 최윤영·이경준, 「장애인복지론」, 학지사, 2009.
- 최윤희, “차별금지법제의 현황”, 「저스티스」 통권 제121호, 2010.
- 한국여성개발원, 한국보건사회연구원, “장애인의 사회적 통합과 차별해소방안”, 한국여성개발원, 2004.
- 한국정책기획평가원, “장애인관련 법체계 정비방안”, 보건복지가족부, 2008.
- 한승훈, “우리나라 사회보험행정상 심급적 행정심판을 위한 법제적 고찰”, 「사회보장연구」 제20권 제3호, 한국사회보장학회, 2004.
- 한승희, “간접차별이란 무엇인가”, 「여성과 사회」 제12권, 2001.
- 홍정선, 「행정법원론 (상)」, 박영사, 2009.
- Barnes, C. and Mercer, G., Disability Culture: Handbook of Disability Studies ed. by Albrecht, G., Seelman, K., an Burry, M., Sage Publication, 2000.
- Doyle, B., Disability, Discrimination and Equal Opportunities, Mansell, 1995.
- Drake, R. F., “Disability, User Participation and the Governance of Voluntary Agencies: Behind the Facade”, Engaging the User in Welfare Services, ed. by A. Pithouse and H. Williamson, Venture, 1999.
- Finkelstein, V., Attitudes toward Disabled People, World Rehabilitation Fund, 1981.
- Fleischer, D. Z. and Zames, F., 「The Disability Rights Movement - From

- Charity to Confrontation」, Temple University Press, 2011.
- Goffman, E., Stigma: Notes on the Mangement of Spoiled Identity, Simon & Schuster, Inc, 1963.
- Habermas, J., “Remarks on Legitimation through Human Rights”, Philosophy & Social Criticism, vol. 24, No. 2/3, 1998.
- Oliver, M., The Politics of Disablement, Macmillan, 1990.

[Abstract]

**A Study on the Methods to Create Non-discriminations in
Relation to the Acton the Prohibition of Discrimination
Against persons with Disabilities, remedy against
infringement of their rights, Etc**

Jung, Young-Jin

Doctor of Laws, Completed Doctoral Peogram in Social Welfare

(Daegu University Graduate School)

Lecturer at Jeju National University

This study is a sociological examination to form a law banning discrimination against people with disabilities under the Act.

The legal and sociological approach to the effectiveness of the Act on the Prevention of Discrimination against People with Disabilities (hereinafter referred to as the “Anti-Discrimination Act”) is an interpretation of the social consistency of the legislation. Thus, it extracted the elements that govern the effectiveness of legislation based on its core contents, and the criteria for securing such elements are the relevant political, philosophical, and

disability theory of the international human rights bill under the Constitution. The effectiveness of the Anti-Development for the Disabled is the outcome of this act on whether or not the anti-discriminatory formation effects of the act can be corrected in the case of an unbalanced and low-heavy social power relationship between the socially disadvantaged.

First, the potential for discrimination against people with disabilities should be addressed according to the above guidelines for research, and the definition of disability should be defined proactively based on the social perspectives of being the basis of the “Act Against Discrimination against Persons with Disabilities” Fourth, such a device could not be effective if the legal entity of the Act can not exercise its ability to secure the rights of the physically handicapped, even if it was secured. Therefore, securing the independent status of institutions dedicated to discrimination against the disabled is essential. Fifth, the effectiveness of legislation was smoothly exercised through the systematic method of legislation structure in general. In particular, the clear sharing of roles with the Rehabilitation of Persons with Disabilities Act and the International Convention for the Management of the Rights of Persons with Disabilities, which is also enforced domestically, will be prohibited by “the mutual discrimination against the disabled”.

These five points are key elements that govern the anti-discrimination formation of the Disabled Persons Act, and the study analyzed the issues in the applicable regulations in the Disabled Persons Act. However, our Disabled Persons Act is very passive in securing equality in the starting line and in protecting the affected rights by removing social and physical barriers to the disabled from its core clauses. It also allows for excessive mandatory delegation legislation, opportunistic legislation depending on other laws, transitional legislation on the Rehabilitation of Persons with Disabilities Act, the existence of conflicting and deployed laws, and the presence of “International Disability Convention.” For the Act to become an effective legislation, anti-

discrimination measures should be adopted on key issues above.

Key words : Disability discrimination Act, Indirect discrimination, Disability perspective, Fault definition, Right remedy, Effectiveness of law