

비교법적 접근을 통한  
장애 개념의 헌법적 이해



헌 법 재 판 소



## 머리말

이 연구는 한국헌법학회를 대표하여 본 연구진이 헌법재판소 2020년도 헌법재판제도 연구용역 과제로 수행한 것이다. 이 연구는 기본적으로 우리 헌법 제상 장애 개념이 장애인복지, 장애인차별금지와 참여의 보장 등을 통한 장애인의 존엄성 실현에 부적합하다는 문제의식에서 출발하였다. 이에 따라 본 연구진은 우리나라 장애인 관련 법제의 현황을 살펴보고, 해외의 장애 관련 주요 법제들을 비교·분석하여 우리의 법제가 나아가야 할 방향을 찾고자 하였다.

현대의 복잡하고 위험한 생활환경 속에서는 그 누구도 평생 장애로부터 자유로울 것이라고 장담하기 어렵게 되었다. 이러한 점에서 장애인의 권리 보호는 더 이상 특수한 집단의 이익과 관련된 문제에 그치지 않고 공동체 구성원 모두를 위한 사회적 안전망으로서 기능할 수도 있다. 이에 따라 이제 장애인의 차별금지와 완전한 참여는 사회 공동의 책임으로 확보해야 하는 헌법적 과제의 하나로 부상하고 있다. 이러한 이유로 앞으로 헌법재판소에서도 장애인의 기본권 침해 여부에 대한 판단을 점점 더 많이 하게 될 것으로 전망된다.

장애인 기본권의 실효적 보장을 위한 입법이나 정책의 기본방향은 장애 개념을 어떻게 이해하고 적용하느냐에 따라 달라질 수 있다. 과거에는 장애를 질병과 동일시하는 의료적인 모델이 주류적이었다. 하지만 1980년대에 접어들면서 점차 장애를 기능의 제약에 따른 사회적 장애의 문제로 바라보는 구조적·사회적 관점이 공감을 얻기 시작하였다. 2001년 WHO의 「국제기능장애건강분류」(ICF)는 ‘신체적 장애’의 측면보다는 ‘기능적 장애’의 측면을 강조하고, 보편적인 시각에서 접근하여 장애 그 자체보다는 그로 인한 활동의 제약과 참여의 위축에 초점을 맞추고 있다. 이러한 장애 개념에 대한 새로운 이해의 관점은 2006년 UN의 「장애인권리협약」(CRPD)에서도 대체적으로 수용되고 있는 것으로 평가된다.

이처럼 국제사회에서 크게 변화하고 있는 장애 개념을 이해하고, 우리나라

에 많은 영향을 미치고 있는 주요 국가들의 장애 관련 법제를 비교법적으로 분석·검토하는 것은 향후 국내 장애 관련 헌법적 과제의 해결방안을 탐색하는 데 일조할 수 있을 것으로 본다. 이 연구를 통해 국제사회에서 제시되고 있는 새로운 장애 개념과 장애인정책의 목표는 장애인의 사회통합과 사회 참여를 향하고 있음을 확인하였다. 그리고 주요 국가들의 장애인 관련 입법들도 대체로 이러한 장애인의 사회 참여를 증진하고 기회균등과 적극적 조치를 통해 통합의 이념을 추구하는 방향으로 나아가고 있음을 파악할 수 있었다. 이러한 점에서 우리나라도 장애인의 ‘완전한 참여와 평등’, 그리고 통합화의 이념을 실현하기 위해 장애 관련 입법을 정비할 필요가 있음을 강조하였다.

지금까지 비교법적 접근을 통해 장애의 개념을 분석하고 이를 토대로 장애인의 인간다운 삶의 조건을 헌법적 차원에서 보장하기 위한 방안을 모색하는 연구가 본격적으로 시도된 바는 거의 없었다. 하지만 이러한 연구는 다양한 유형의 장애를 가진 사람들의 완전한 통합과 참여라는 이념을 실현하기 위한 헌법적 초석을 다진다는 점에서 중요한 의미를 가질 수 있다고 본다. 이런 점에서 향후 장애 개념에 대한 보다 폭넓고 심도 있는 비교법적 연구가 이루어져 이 연구가 가진 한계를 보완해줄 것이라고 기대해 본다.

이 연구에는 장애인 기본권 연구의 경험이 풍부하고 개별 국가의 법제에 정통한 전문가들이 공동연구원으로 참여해 주었다. 하지만 장애인 관련 법제와 관련하여서는 각국의 기본법적 토대가 저마다 다르고 관련 입법의 위상이나 존재 형식, 규율의 정도 등에 있어서 상당한 편차가 있었다. 이로 인하여 보고서 전체적으로 체계적 통일성과 분량적 균형을 갖추기 어려운 점이 있었다. 하지만 공동연구원들이 여러 차례 회의를 거쳐 고민한 끝에, 각국의 장애인 관련 (헌)법적 기초, 장애 관련 개별 법제상 장애의 개념, 장애인 관련 주요 법제의 내용과 관련 판례 등을 기본적인 골격으로 삼되, 각국의 법제 사이에 부합하는 한도에서 가급적 관련 내용을 풍부하게 소개하기로 하였다.

이 연구에서 해외의 법제 부분은 연구책임자(UN), 홍선기 교수님(EU, 독일, 스웨덴), 전훈 교수님(프랑스, 덴마크), 홍석한 교수님(미국, 영국)이 해당 국제기구 또는 국가별 법제에 대해 집필을 맡아 주셨다. 그리고 장애인 기본

권 관련 전문가인 강원대의 윤수정 교수님이 장애의 개념과 국내의 법제 현황 등 주요 부분을 집필해 주셨고, 나아가 보고서가 전체적으로 용어나 내용 등에 있어서 최대한 통일성을 갖출 수 있도록 정리하는 번거로운 작업도 떠맡아 주셨다.

미증유의 팬데믹으로 인하여 공동연구의 여건이 여의치 않았고, 짧은 연구 기간으로 해외의 장애인 관련 법제를 분석하는 데 충분한 시간을 갖지 못한 점이 아쉬움으로 남는다. 바쁘고 어려운 여건 속에서도 이 연구를 위해 각자 맡은 역할을 충실하게 수행해주신 모든 공동연구원들께 깊이 감사드린다.

2020년 10월 31일

**연구책임자 권건보**



# 목 차

## 제1장 서론

제1절 연구의 필요성과 목적 .....	1
제2절 연구의 방법과 범위 .....	5

## 제2장 장애 개념에 대한 검토

제1절 국내의 어학적 개념 정의 및 장애인 지칭 현황 고찰 .....	10
제2절 장애 개념의 변화에 따른 장애 모델의 형성 .....	14
I. 국제사회에서 장애 개념의 변화 .....	14
1. 세계보건기구의 장애 개념 .....	14
2. 장애인권리협약의 장애 개념 .....	21
3. 국제노동기구의 장애 개념 .....	22
II. 장애 개념의 변화에 따른 장애 모델의 형성과 장애인정책 ..	24
1. 개인적 모델에서의 ‘장애’와 장애인정책 .....	25
2. 사회적 모델에서의 ‘장애’와 장애인정책 .....	28
제3절 국내 법률상 장애 관련 개념 현황 .....	31
I. 장애인 관련 법제의 입법사 .....	31

1. 제1기 : 군경희생자 중심의 보상법제 .....	31
2. 제2기 : 일반장애인에 대한 복지정책 실시 .....	32
3. 제3기 : 장애인복지를 통한 장애인 사회편입 강화 .....	33
4. 제4기 : 자기결정권 강화를 통한 장애인평등 이념의 등장 .....	35
5. 제5기 : 개별 영역에서 장애인 특유 법률 제정 .....	38
6. 정리 .....	39
II. 장애인 관련 현행 법제에서의 장애 개념 .....	40
1. 장애인복지 .....	42
2. 장애인차별금지 .....	53
3. 소결 .....	58

### 제3장 국내 장애인 기본권 보장 현황 및 평가

제1절 장애인정책의 헌법질서 .....	59
I. 장애인 관련 헌법조문에 대한 이해 .....	59
II. 장애인 기본권의 실질적 보장의 필요성 .....	63
제2절 개별 생활영역에서의 장애인 기본권 .....	65
I. 장애인의 존엄성과 생명권 및 신체의 자유 .....	65
1. 장애인의 존엄성과 생명권 .....	65
2. 장애인의 신체의 자유 .....	68
II. 장애인의 평등권 .....	70
1. 장애인에 대한 차별금지의 헌법적 의의 .....	70



2. 장애인에 대한 불리한 차별의 정당화 조건 .....	72
3. 장애인에 대한 호의적 차별의 정당화 조건 .....	73
4. 장애인의 평등권 보장 입법과 관련 사례 .....	75
5. 유엔장애인권리위원회의 평가 .....	76
III. 장애인의 접근권과 이동권 .....	77
1. 시설 .....	77
2. 장애인의 접근권 .....	79
3. 장애인의 이동권 .....	84
4. 유엔장애인권리위원회의 평가 .....	87
IV. 장애인의 사회보장수급권 .....	89
V. 장애인의 교육권 .....	91
1. 장애인 교육권의 내용 .....	91
2. 유엔장애인권리위원회의 평가 .....	96
VI. 장애인의 근로의 권리 .....	97
1. 장애인의 근로의 권리의 개념 .....	97
2. 장애인의 근로의 권리보장을 위한 제도 .....	98
VII. 장애인의 참정권 .....	100
1. 선거권과 투표권 .....	100
2. 공무담임권 .....	106
3. 유엔장애인권리위원회의 평가 .....	106
VIII. 정리 .....	107

## 제4장 장애 개념에 대한 비교법적 고찰

### 제1절 2006년 유엔 장애인권리협약(CRPD)의 장애 개념 개관 · 109

I. CRPD의 성립 과정 .....	109
II. CRPD의 구성과 특징 .....	110
1. CRPD의 구성 .....	110
2. CRPD의 특징 .....	111
III. CRPD의 장애 개념 분석 .....	111
1. CRPD의 장애 관련 규정 .....	111
2. CRPD의 장애 개념 .....	114
IV. CRPD의 국내법적 수용 .....	115
1. CRPD 가입 .....	115
2. CRPD의 국내법적 효력 .....	115
3. CRPD의 선택의정서 .....	117
4. CRPD의 국내 이행 상황 평가 .....	120

### 제2절 유럽연합(EU)의 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관 · 123

I. 유럽의 장애인 정책 .....	123
1. 유럽연합의 장애인 정책 배경 .....	123
2. 2000년 이후 유럽의 장애인 정책 .....	124
3. 2010-2020 유럽 장애인 전략 .....	125
II. 유럽연합 법체계 개관 .....	127
III. 장애인 권리보장의 법적 기초 .....	128

IV. 장애인 권리보장의 기본법제 및 정책 현황 .....	131
1. 동등대우지침(Directive 2000/78/EC) .....	131
2. 교통약자 이동권 특별지침(Directive 2001/85/EC) .....	133
3. 시민의 이주 및 거주권 권리 지침(Directive 2004/38/EC) .....	135
V. 규범상 장애의 개념 분석 .....	136
1. ‘사회적 모델’에 입각한 장애 개념 .....	136
2. 장애 개념 관련 판례 .....	137
VI. 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가 .....	144

### 제3절 독일 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관 .....

I. 나치의 장애인 정책 .....	146
II. 장애인 권리보장의 (헌)법적 기초 .....	148
1. 기본법 제1조 : 인간의 존엄 .....	148
2. 기본법 제20조 : 사회국가원리 .....	149
3. 기본법 제3조 : 평등권 .....	151
III. 장애인 권리보장의 기본법제 현황 .....	152
1. 2001년 「사회법전 제9권」 .....	153
2. 2002년 「장애인동등지위법」 .....	154
3. 2006년 「일반적 동등처우법」 .....	158
IV. 법률상 장애(인) 개념 분석 .....	161
1. 장애 개념 분석 .....	161
2. 장애 개념 관련 판례 .....	167
V. 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가 .....	171

**제4절 프랑스 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관 ..... 173**

- I. 장애인 권리보장의 법적 기초 ..... 173
  - 1. 장애의 범주와 구분개념 ..... 173
  - 2. 장애인 권리보장 법제의 연혁 ..... 176
  - 3. 헌법상 장애인 권리보장 ..... 181
  - 4. 장애인 권리보장과 국제조약 ..... 182
- II. 장애인 권리보장의 기본법제 현황 ..... 184
  - 1. 「사회복지와 가족법」 ..... 184
  - 2. 「장애인의 기회와 권리의 평등과 참여와 시민권을 위한 법률」 .. 185
- III. 장애인 권리보장의 분야별 법제 현황 ..... 186
  - 1. 전문기관을 통한 장애인 보장업무의 일원화 ..... 186
  - 2. 고용영역에서의 장애인 권리보장 법제 ..... 187
  - 3. 아동장애인의 보호 ..... 190
  - 4. 성인발달장애인에 대한 보호 ..... 190
  - 5. 장애인의 교통수단에 대한 접근권의 강화 ..... 192
  - 6. COVID-19 팬더믹(pandemic)과 장애인 권리보장 ..... 193
- IV. 법률상 장애(인) 개념 분석 ..... 193
  - 1. 법률에 나타난 장애 개념 ..... 193
  - 2. 장애의 판정과 절차 ..... 196
- V. 소결 ..... 197

**제5절 덴마크와 스웨덴의 장애인 권리보장 체계 개관 ..... 199**

- I. 덴마크의 장애인 권리보장 법제 개관 ..... 199

1. 장애인 권리보장의 법제 현황 .....	199
2. 법률상 장애(인) 개념 분석 .....	201
II. 스웨덴의 장애인 권리보장 법제 개관 .....	202
1. 스웨덴의 장애인정책 .....	202
2. 장애인 권리보장의 (헌)법적 기초 .....	203
3. 장애인 권리보장의 기본법제 현황 .....	204
4. 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가 .....	207
<b>제6절 미국 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관 .....</b>	<b>208</b>
I. 장애인 권리보장의 법적 기초 .....	208
II. 장애인 권리보장 법제의 연혁 .....	210
1. 장애인 권리보장 입법의 태동: 20세기 초반 .....	211
2. 장애인 권리보장 입법의 다양화: 20세기 중반 .....	213
3. 통합 장애인 권리보장 법의 제정: 20세기 후반 .....	216
III. 장애인 권리보장 기본법제의 현황 .....	217
1. 「장애인법」 .....	217
2. 「재활법」 .....	223
IV. 법률상 장애(인) 개념 분석 .....	225
1. 「장애인법」상 장애 개념 .....	225
2. 「재활법」상 장애 개념 .....	235
V. 법률상 장애인 차별금지의 주요 내용 .....	238
1. 「장애인법」상 차별금지의 주요 내용 .....	238
2. 「재활법」상 장애인 차별금지의 주요 내용 .....	254

VI. 장애의 개념과 관련한 판례의 현황 .....	257
1. 손상의 기록 .....	257
2. 손상을 가진 것으로 간주되는 경우 .....	262
3. 연계차별의 경우 .....	265
VII. 소결 .....	269

**제7절 영국 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관 ..... 270**

I. 장애인 권리보장 법제 현황 .....	270
II. 법률상 장애(인) 개념 분석 .....	273
1. 「평등법」상 장애 개념에 대한 규정 .....	273
2. 장애 개념에 대한 규정의 내용 .....	276
III. 법률상 장애인 차별금지의 주요 내용 .....	290
1. 「평등법」상 차별금지 관련 규정의 구조 .....	290
2. 「평등법」상 차별금지 사유와 금지행위 .....	291
3. 「평등법」상 장애차별의 구조와 내용 .....	293
IV. 장애 개념과 관련한 판례의 현황 .....	300
1. 신체적 또는 정신적 손상 .....	300
2. 장기간에 걸친 상당한 부정적인 영향 .....	302
3. 통상적인 일상활동 .....	303
V. 소결 .....	305

## 제5장 새로운 장애 개념 도입에 따른 헌법정책적 과제

제1절 새로운 장애 개념의 필요성 .....	307
I. 장애 개념의 비교법적 검토 .....	307
II. 장애인 권리의 실질적 보장과 기능적 장애 개념의 도입 ..	310
제2절 장애인 기본권 보장의 실효성 제고 방안 .....	312
I. 장애인의 ‘완전한 참여와 평등’의 지향 .....	312
II. 헌법 개정의 필요성과 내용 .....	313
III. 장애인 법제의 개선 방향 .....	318
참고문헌 .....	322





# 제1장 서론

## 제1절 연구의 필요성과 목적

‘2020년 장애인 통계연보’(2019년 12월 말 기준)에 따르면, 2019년 말 기준 등록(登錄) 장애인 수는 2,618,918명으로, 같은 기간 전국 주민 등록인구 51,849,861명의 5.1%를 차지하며,<sup>1)</sup> 2인 가족 기준으로도 최소한 500만 명, 즉 인구의 10분의 1이 장애와 더불어 살아가고 있다.<sup>2)</sup> 선천적인 요인보다는 예기치 않은 사고나 후천적 요인으로 인한 장애 발생률이 88.1%로, 월등히 높다는 점을 감안하면, 우리 사회에서 장애를 가지고 살아간다는 것은 결코 남의 이야기만은 아니다.

장애에 대한 모든 논의는 장애를 어떻게 이해하고 규정하는지에 따라 달라진다. 즉 장애인정책에 있어서 선결적으로 검토되어야 하는 중요한 문제가 바로 ‘장애 개념’에 대한 이해이다.<sup>3)</sup> 누가 주체가 되어 어떻게 정의하느냐에 따라 장애 개념을 둘러싼 장애 모델 및 그에 따른 장애인정책과 실현방안이 정해진다. 다시 말해, 국가가 법률을 통해 장애를 정의하려는 시도는 정책의 대상이 되는 장애인의 삶의 방식을 결정하는 가장 중요한 요인이 될 수 있으며, 그에 따라 장애인의 삶은 크게 달라진다.<sup>4)</sup>

---

1) 김현지 외 4인, 『2020 장애통계연보』(한국장애인개발원, 2020), 30면 참조.

2) 등록(登錄)장애인이란 「장애인복지법」 제2조의 기준에 해당하는 장애인이 동법 제 29조에 의하여 시·군·구청에 등록된 장애인을 말하는 것이므로, 등록을 하지 않은 장애인까지 포함한다면 실제 그 숫자는 이보다 더 많을 것으로 추정된다. 세계보건 기구(WHO)에서도 전체 인구의 10%를 장애인으로 추정하고 있으며, 2019년 OECD 국가(31개국) 장애인 출현율(인구 100명당 장애인 수)은 평균 24.5%이며, 우리나라의 경우, 5.4%(2017년)로 조사되었다[김현지 외 4인, 앞의 책(주1), 295면 참조].

3) 윤수정, “장애인정책의 헌법적 기초와 개선방향-복지와 평등의 이념을 중심으로”, 박사학위논문(연세대학교, 2014.8.), 17면 참조.

4) 장애에 대한 이해방법에 따른 장애인정책에 대한 분석으로는 이동석, “장애학의 다중패러다임과 한국 장애인복지의 성격: 장애인복지법을 중심으로”, 『한국사회복지학』 제6권 제3호(2004), 227면 이하; 이익섭·최정아, “국제장애인권리조약의 의미와

그러나 ‘장애란 무엇인가’ 하는 문제에 대한 입법적 해결이 그리 간단한 것은 아니다. 장애는 1차적으로 자연적인 현상이지만, 다른 한편 인위적인 결정의 대상이기도 하다.<sup>5)</sup> 장애에 대한 정책적 보호를 위해서는 유사한 다른 현상과 구별하여 보호할 기준이 필요하기 때문이다. 바꾸어 말하면, 대부분 ‘법률’을 통해 구체화되는 장애인정책의 특성상 그 개념을 법적으로 설정하는 것은 규율대상, 보호의 인적 범위 등과 같은 정책의 결정 및 집행을 위해서 필요한 작업이다.<sup>6)</sup>

장애를 정의하려는 시도는 전통적으로 기능적 손상에 초점을 둔 의학적 접근, 직업상의 제한을 강조한 경제학적 접근, 장애를 개인과 환경의 상호작용의 결과로 보는 정치사회학적 접근의 순서로 발전해 왔다.<sup>7)</sup> 대체로 1970년대 이전까지는 국제사회에서 의사를 비롯한 의료전문가들이 의학적 기준으로 장애를 정의하였다. 그러나 1980년대 들어서면서부터 장애인들은 자신들의 문제가 신체적인 기능의 손상에서 기인하기보다는 주로 사회의 선입견과 차별에 근거한다는 점을 인식하기 시작하였고, 그 결과 장애인들의 사회적·정치적 운동이 증가하였다. 이러한 현실 속에서 장애인들은 장애인운동 및 장애인단체를 통해 독자적인 ‘장애’ 개념을 제시하였으며, 이러한 장애 개념의 변화는 장애 모델의 형성과도 연관된다. 우리나라를 비롯한 세계 각국은 국제사회에서 일어나고 있던 이러한 흐름의 영향을 받았다.<sup>8)</sup>

---

한계: 장애인의 사회적 배제(social exclusion)를 중심으로”, 『한국사회복지조사연구』 제13권(2005), 6면 이하 참조.

5) 이러한 점에서 장애 개념을 정의하는 문제는 ‘질병’과 유사한 어려움에 처해 있다. 이에 비해 ‘노령’과 같이 현금급여를 중심으로 보호되는 사회적 위험은 정책결정의 어려움, 즉 ‘몇 세’를 보호되는 노령으로 할 것인가에 대해서는 어려움이 존재하나, 일단 정책적 결정이 이루어지고 나면 집행에 있어 큰 어려움은 없다. 그러나 장애는 그러하지 못하다. 장애와 마찬가지로 개념정의의 어려움이 있는 질병의 문제에 대해서는 전광석, 『한국사회보장법론』(집현재, 2020), 522면 참조.

6) 윤수정, 앞의 논문(주3), 18면 참조.

7) 장애를 정의하려는 시도들에 관한 자세한 내용은 김동규, 『동양적 패러다임으로 쓴 장애인복지론』(학지사, 2013), 45면; 박수경, 『장애의 사회적 의미와 사회통합』(집문당, 2008), 19-23면; 유동철, 『인권관점에서 보는 장애인복지』(학지사, 2013), 71면; 이성규, 『한국 장애인복지 발달사』(집문당, 2011), 35면 이하 등 참조.

이렇게 장애의 개념이 변화함에 따라 장애인들이 겪고 있었던 문제들 역시 개인의 문제로 보는 시각으로부터 그 성격이 점차 변화되었다. 이러한 변화에는 장애를 바라보는 국제사회의 시각변화가 커다란 역할을 하였다. 세계보건기구(World Health Organization; WHO)는 초기에는 「국제질병분류」(International Classification of Diseases; ICD)에서 장애를 질병으로 간주하여 치료의 대상으로만 보았으나, 1980년 「국제장애분류」(International Classification of Impairments Disabilities and Handicaps; ICIDH)를 통해 장애의 발생 원인을 손상에서 찾았고, 이로부터 기능장애가 발생하고 기능의 장애에 따라 사회적 장애가 발생한다는 인과론적 입장을 취했다. 이에 따라 장애인정책도 소득보조 위주의 시혜적 복지정책에서 장애인의 사회적 통합을 위해 필요한 소득보장정책으로 변화하였고, 이러한 추세를 반영하여 WHO 역시 사회정책적 관점을 강조하여, 장애 개념이 적절하게 활용될 수 있도록 구체적인 방법과 지표를 제시하는 「국제기능장애건강분류」(International Classification of Functioning, Disability and Health; ICF)를 발표하였다.

더불어 최근 수십여 년간 장애인운동은 장애에 있어서 사회적·물리적 장벽을 확인하면서, 장애에 대한 개인적·의료적 관점(개인적 모델)에서 구조적·사회적 관점(사회적 모델)으로의 전환을 이끌어냈다. 이는 누구나 신체기능의 문제로 장애인이 되는 것이 아니라 사회적 태도 등에 의해 장애인이 될 수 있음을 사회가 자각한 결과라고 볼 수 있으며,<sup>9)</sup> 그 결과 UN의 「장애인권리협약」(Convention on the Rights of Persons with Disabilities; CRPD)이 탄생하게 되었다. 이 협약은 장애인의 자기결정권을 강화하여 사회참여를 촉진하고, 그들이 속한 사회에서 동질성을 느끼며 비장애인과 장애인이 함께 사회통합을 이룩하는 것이 장애인정책의 궁극적인 목표임을 강조하고 있다.

---

8) 윤수정, 앞의 논문(주3), 18면 참조.

9) Michael Oliver, *The politics of disablement*(Palgrave Macmillan, 1990), pp. 166-168 참조.

우리나라의 경우, 장애 개념의 변화 및 장애인에 대한 사회인식의 변화는 크게 2007년 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’이라 함) 제정 전과 제정 후로 나누어 볼 수 있다.<sup>10)</sup> 「장애인차별금지법」 제정 전 논의들은 관련 법률들 간의 내용상의 차이에 관한 것이거나 또는 그러한 법률이 해석되어 적용되는 현실에 대해 논하더라도 대개 의학적 판단에 기반한 ‘장애’ 개념에만 초점을 맞추어 진행되었다. 그러나 「장애인차별금지법」의 제정 이후에는 ‘장애’의 개념과 더불어 ‘차별금지’의 개념이 중요시되고 있다. 이는 더 이상 장애인이 시혜나 배려의 대상만은 아니며, 비장애인과 마찬가지로 이 사회에서 자기결정권을 가진 권리의 주체가 되었음을 의미한다. 실제로 「장애인차별금지법」도 이 점을 분명히 제시하고 구체적으로 규정함으로써,<sup>11)</sup> 이전의 개인적 모델을 기반으로 한 급부 중심의 장애인정책에서 사회적 모델로 진일보하였다는 평가를 받았다. 즉 장애인의 자기결정권이 인정되고 장애인의 사회참여 역시 하나의 권리로 간주되어, 비장애인과 동등한 시민으로서의 권리가 확보되도록 한 것이다.<sup>12)</sup>

이 연구는 이와 같이 국제사회에서 크게 변화하고 있는 장애 개념<sup>13)</sup>을 이해하고, 우리가 영향을 받고 있는 주요 국가의 헌법 및 장애

10) 윤수정, 앞의 논문(주3), 9면 참조.

11) 「장애인차별금지법」 제7조(자기결정권 및 선택권) ① 장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다.

② 장애인은 장애인 아닌 사람과 동등한 선택권을 보장받기 위하여 필요한 서비스와 정보를 제공받을 권리를 가진다.

12) 실제로 「장애인차별금지법」의 제정과정에서 원용되었던 이념적 틀로는 사회적 모델과 함께 자립생활모델을 들 수 있다. 전자의 경우 장애에 대한 사회적 책임에 대한 논리체계를 형성하려는 장애학계의 역량의 총합에 초점을 두고 있는 반면, 후자의 경우 궁극적으로는 거시적인 측면에서 자립생활을 위한 장벽의 제거 및 접근권의 보장 등 법·제도의 변화를 추구한다는 차이점이 있다(김진우, “장애에 대한 사회적 모델과 자립생활모델에 대한 이론적 비교 연구”, 『사회복지연구』 제41권 제1호(2010), 39면 이하 참조).

13) 이 연구에서 논의하고자 하는 장애의 개념은 신체적 장애뿐만 아니라 정신적 장애 등을 모두 포함하는 개념이다.

관련 법률 등 비교법적 접근을 통해, 새로운 장애 개념 및 장애인 기본권의 실질적 보장방안을 모색하고자 한다.

## 제2절 연구의 방법과 범위

이 연구는 기본적으로 현재 우리 법제에서 규정하고 있는 장애 개념이 장애인복지와 장애인 차별금지, 그리고 자기결정권에 기초한 사회참여를 보장하여 장애인의 존엄성을 실현하기에는 불충분하며 체계적이지 못하다는 문제의식에서 출발한다. 이에 이 연구에서는 국내 현황을 조사·분석하고, 국제사회 및 주요국가(유럽연합, 독일, 프랑스, 덴마크, 스웨덴, 미국, 영국 등) 헌법 및 장애 관련 법률 등에서의 장애 개념 및 장애인 기본권 보장 법제 등을 소개함으로써, 후속적인 개별 영역에서의 연구의 토대를 제공하기 위한 총론적 성격을 갖는다.

이러한 이유로 각 연구자들의 자율성을 존중하여 연구를 진행하되, 서술체계의 통일성을 위하여 공통적으로 장애인 권리보장의 (헌)법적 기초, 장애인 권리보장의 분야별 법제 현황, 법률상 장애(인)의 개념 분석, 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가 등을 연구내용으로 서술한다. 그러나 비교법적 접근은 우리나라에의 시사점 도출이 주된 목적이므로 외국법제의 단순한 나열을 피하는 것이 중요하다는 연구진의 의견이 있어, 나라에 따라 관련 사항이 없거나 더 적절한 항목이 있는 경우 연구자의 자율에 따라 부분적으로 독자적인 목차 설정도 가능하도록 하였다. 한국의 경우 전반적인 장애인법제 소개와 쟁점중심의 구성을 함으로써 다른 국가의 법제를 비교함에 있어서 우리나라의 쟁점에 그 방향을 맞추도록 하였다.

유럽은 먼저, 유럽연합의 장애인 정책 배경을 살펴보고 최근에 나온 ‘2010-2020 유럽장애인 전략’을 살펴보았다. 이를 통해 유럽의 장애인 법제의 방향성을 가늠하고자 했다. 유럽은 개별국가의 연합체로 헌법과 법률 및 명령 등의 법체계가 아닌 1차 법원과 2차 법원으로 구성

된 법체계를 갖추고 있어서, 이에 대한 간단한 설명으로 유럽의 장애인 법제의 이해도를 높이고자 했다. 이를 바탕으로 사실상 헌법의 역할을 하고 있는 「EU 기능조약」(Treaty on the Functioning of the European Union; TFEU), 「EU 기본권 헌장」(Charter of Fundamental Rights of The European Union; FREU), 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms; ECHR)의 장애인 규정을 살펴보고, 본격적으로 장애인 권리보장의 기본법체인 「2000년 11월 27일자 이사회 동등대우지침」(2000/78/EC), 「장애인의 이동수단과 관련한 특별 유럽 의회 및 사회 지침」(2001/85/EC), 「시민의 이주 및 거주 권리 지침」(2004/38/EC)을 살펴보았다. 그리고 이러한 범규범에서 장애 개념이 유럽법원의 판례에서 어떻게 구현되는지를 구체적으로 확인하였다.

독일은 먼저 나치의 장애인 학살정책을 기술하고, 이러한 역사적 배경 하에 만들어진 인권친화적인 독일 장애인 법제 배경을 설명하고자 했다. 독일은 헌법적 관점에서 이미 기본권 주체로서 기본법 제1조 제1항을 통해 인간으로서의 존엄을 보장하고 기본법 제20조의 사회국가 원리 하에서 인간다운 삶을 살 권리가 주어졌다. 이를 바탕으로 독일 통일 이후 1994년 기본법 제3조 제3항에 장애인에 대한 차별금지를 명시한 내용을 언급했다. 그리고 이러한 기본법을 바탕으로 가장 장애인 법제의 총칭으로 평가받는 2001년 「사회법전 제9권」(Sozial Gesetzbuch IX; SGB IX), 장애인에 대한 특별법 성격인 2002년 「장애인 동등지위법」(Behindertengleichstellungsgesetz; BGG), 그리고 장애인에 대한 일반법 성격의 2006년 「일반적 동등처우법」(Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz; AGG)의 장애 개념과 관련 내용을 기술했다. 그리고 이와 관련된 최근 독일의 연방노동법원 판결과 연방헌법재판소 판결을 분석하여, 독일 법원에서 바라보는 장애 개념과 장애인의 기본권 실현의 정도를 확인했다.

프랑스는 먼저, 법령상 정의된 장애 개념을 분석하고, 이어서 장애인

권리보장의 헌법적 기초와 장애인 권리 실현을 위한 기본법제를 분야별로 살펴보았다. 이를 통해 장애인 관련 법률에서 적극적으로 장애에 대한 개념을 규정하고 있음을 확인하였다. 이러한 법률상 장애개념의 정의는 국제보건기구(WHO)의 새로운 「국제장애분류」(ICF) 체계를 중심으로 한 장애인의 권리 보장체계의 새로운 변화를 적극적으로 수용한 것으로 보인다. 1946년 헌법 전문(前文) 제11조 제2문에서 신체적·정신적 장애인에 대한 생존권을 규정하고 있는데, 이는 프랑스에서 장애인 권리보장의 헌법적 기초가 될 수 있다. 「사회복지와 가족법」(Code de l'action sociale et des familles; CSAF)에서는 1975년 6월 30일 제정된 「장애인의 편의를 위한 지침법」(Loi 75-534 du 30 juin 1975 d'orientation en faveur des personnes handicapées)과 2002년 1월 17일 제정된 「환자의 권리와 보건체계 개선의 법률」(Loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé) 및 2005년 2월 11일 제정된 「장애인의 기회와 권리의 평등 및 참여와 시민권을 위한 법률」(Loi n° 2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées)의 내용을 해당 목차에 따라 편성하고 있어, 프랑스에서 장애인 권리보장에 관한 중요한 실정법적 근거가 됨을 확인하였다.

덴마크는 장애인의 권리보장을 위한 법적 기초로서 장애인 관련 법제 현황을 살펴보고 법률상 장애 개념을 분석하였다. 덴마크의 경우 장애인 관련 헌법 규정 및 기본법은 존재하지 않지만, 노동 분야에서의 장애인 차별금지, 장애인의 접근권 보장, 사회복지서비스 제공 등을 규율하는 개별법이 다수 제정되어 있음을 확인하였다. 그리고 2018년 「장애차별금지법」(Act on the Prohibition against Discrimination on the Ground of Disability)의 제정을 계기로 장애인 권리보장을 실질화하기 위한 의미 있는 변화가 나타나고 있음을 알 수 있었다.

스웨덴은 장애인 정책의 기본방향과 법적 기초, 장애인 권리보장의 기본법제 현황 등을 중심으로 간략히 고찰하였다. 스웨덴의 장애인정

책은 장애인이 복지의 수혜자가 아니라 사회복지의 권리의 대상이라는 점에서 출발하지만, 그에 대한 헌법상 명시적인 근거는 따로 존재하지 않음을 확인하였다. 다만 지방자치단체를 헌법에서 민주주의 구현수단으로 언급하고 여기에 장애인 정책을 비롯한 사회복지 정책을 담당하게 하는 구조와 재정적 뒷받침을 위해 지방세 조례주의를 채택하고 있다는 점에 주목하였다. 아울러 장애인 관련 일반법적 성격의 「사회복지서비스법」(Act on Social Services; ASS)과 장애인 관련 직접적인 법률인 「명확한 기능장애가 있는 사람에 대한 보조와 서비스에 관한 법」(Law of Support and Service for Person with Certain Functional; LSS)에 대해 소개하였다.

미국의 「장애인법」(Americans with Disabilities Act; ADA)은 각종 영역에서의 장애인 차별을 금지하는 내용으로 되어 있으나, 실제로는 합리적 편의제공 조항들을 통해 장애인의 이동과 접근, 사회복지 등에 관한 권리들을 보장하는 내용들을 담고 있다. 이에 따라 먼저, 장애인과 관련한 미국의 가장 대표적인 입법인 「장애인법」의 입법 과정과 연혁을 개괄적으로 정리하였다. 다음으로, 「장애인법」에 나타난 장애의 의미와 장애인에 대한 차별금지의 주요 내용, 그리고 각종 재활법에 규정된 장애의 개념과 주요 내용을 살펴보았다. 그리고 「장애인법」의 적용을 받는 장애인의 범위와 관련한 연방대법원의 판례를 비판적으로 분석하고 그에 따른 장애인법의 개정사항을 소개하였다.

영국은 장애인 권리보장과 관련한 포괄적인 입법인 「장애차별금지법」(the Disability Discrimination Act 1995)과 영역별로 개별적인 차별금지법제가 병존하는 입법체계를 가지고 있었으나, 기존의 차별금지 관련 법률들을 하나로 통합하기 위해 「2010년 평등법」(Equality Act 2010)이 제정되었다. 「2010년 평등법」 역시 차별금지를 규율하고 있지만, 각 영역별로 장애인의 접근과 이동, 사회복지 등에 관한 권리를 포괄적으로 규율하고 있다. 이러한 점에서 「2010년 평등법」을 중심으로 하여 장애인 관련 입법의 동향을 고찰하였다. 먼저 장애인 권리 보호



의 입법체계와 장애인 관련 법제의 현황을 고찰하였다. 그리고 『2010년 평등법』상 장애의 의미와 함께 장애에 따른 차별금지의 주요 내용을 정리한 다음, 이러한 장애의 개념과 관련하여 법원에서 나타나는 해석의 현황을 살펴보았다.

## 제2장 장애 개념에 대한 검토

### 제1절 국내의 어학적 개념 정의 및 장애인 지칭 현황 고찰

국어사전에서 ‘장애’의 의미는 “신체 기관이 본래의 제 기능을 하지 못하거나 정신 능력에 결함이 있는 상태”, 혹은 “어떤 사물의 진행을 가로막아 거치적거리게 하거나 충분한 기능을 하지 못하게 함 또는 그런 일”이라고 정의하고 있다.<sup>14)</sup> 어떤 대상을 어떻게 정의하는지에 따라 그 대상이 가지는 사회적 의미가 달라지기도 한다. 이렇듯 개념에는 그 시대의 철학과 역사가 투영되어 있다. 장애인을 지칭하는 단어 역시 마찬가지이다.

우리 장애인 역사를 살펴보면, 조선시대에만 해도 당시 장애인은 다른 사람들과 함께 스스럼없이 살았고, 장애인에 대한 사회적 편견도 지금과 비교하여 볼 때 훨씬 덜했으며, 장애인에 대한 복지정책과 사회적 인식은 선진적이었다는 견해<sup>15)</sup>가 있다. 예를 들어, 양반층의 경우 장애인이라 할지라도 과거시험을 치러 정1품의 정승의 높은 벼슬에까지 오를 수 있었다. 즉 조선시대 장애인은 단지 몸이 불편한 사람일 뿐, 그 이상도 이하도 아니었다.<sup>16)</sup> 하지만 근대, 특히 일제강점기에 이르러 장애인의 삶은 크게 위축되었다. 일제강점기엔 근대화, 산업화, 식민지 상황으로 인해 장애인의 수가 급증한 반면, 그들을 위한 복지정책은 거의 시행되지 않았다.<sup>17)</sup> 또 장애인에 대한 사회적 인식도 매

---

14) 네이버 국어사전(<https://ko.dict.naver.com/#/search?query=%EC%9E%A5%EC%95%A0>, 최근검색일 2020. 10. 15.)

15) 정창권, 『근대 장애인사-장애인 소외와 배제의 기원을 찾아서』(사우, 2019), 19면 참조.

16) 정창권, 앞의 책(주15), 19면 참조.

17) 이 시기에 장애인의 수가 급증한 이유는 다양해진 장애 요인에 있다. 그럼에도 불구하고 일제의 장애인정책은 최소한으로만 시행되었고, 그마저도 진정한 의미의 장애인복지가 아닌 격리와 감금 및 친일화 수단으로 실시되었다. 이에 대한 자세한 내용은 정창권, 앞의 책(주15), 85-116면 참조.

우 부정적으로 바뀌어서, 이제 장애인은 동정과 비유의 대상을 넘어 놀림과 학대, 배제의 대상이 되었다. 다시 말해, ‘장애’가 하나의 낙인이 되고, 편견과 차별, 배제로서의 장애인사가 본격적으로 형성되던 시기였다.<sup>18)</sup>

이러한 부정적 인식의 변화는 우선 용어의 변화에서부터 확인되었다. 조선시대 장애인은 공식적인 기록에서는 잔질(殘疾), 폐질(廢疾), 독질(毒疾)이라고 했고, 민간에서는 ‘병신’이라고 불렀다. 이는 장애를 병, 특히 고치기 어려운 고질병으로 인식한 것이다.<sup>19)</sup> 이 당시 ‘병신’이란 용어는 오늘날과는 달리 조롱이나 비하, 욕설의 의미가 크게 개입되어 있지 않고, 주로 질병의 의미로 사용되었다.<sup>20)</sup> 근대 이후 개화기부터 장애인의 인권을 언급하기조차 어려웠던 시절에는 장애인에 대하여 ‘병신’이나 ‘불구자’라는 단어가 사용되었다. ‘불구자’는 ‘후구사(下具者)’란 근대의 일본어에서 유래된 말로, ‘무언가를 갖추지 못한 사람’을 뜻하는데,<sup>21)</sup> 일제 강점기 이후 전통적인 잔질, 폐질, 독질이란 용어 대신에 이런 ‘불구자’가 널리 사용되었다. 또한 언어장애의 경우 ‘멍어리’, ‘아인’, 청각장애의 경우 ‘귀머거리’, ‘농인’, 시각장애의 경우 ‘장님’, ‘봉사’, ‘소경’, ‘맹인’, ‘눈머저리’, ‘애꾸’ 등으로 불렸다. 이는 과거 장애(인)를 가리키는 용어는 질병의 의미가 강했지만, 근대 이후부터는 ‘기능’의 결여, 즉 신체적, 정신적으로 뭔가를 갖추지 못하여 세상에 쓸모없는 존재라는 뜻을 강조한 것으로 보인다.<sup>22)</sup>

법령상 용어의 변천을 보면, 1980년 「심신장애자복지법」이 처음 제정되었을 때 장애인은 ‘장애자’였으나,<sup>23)</sup> 이 법은 1989년에 「장애인복

18) 정창권, 앞의 책(주15), 6면 참조.

19) 이들 명칭은 중국 고대에서부터 사용한 것으로, 우리나라에서도 최소 고려시대부터 사용한 것으로 보인다[정창권, 『세상에 버릴 사람은 아무도 없다』(문학동네, 2005), 14-15면 참조].

20) 정창권, 앞의 책(주15), 118면 참조.

21) 이요한, “1920-30년대 일제의 장애인정책의 특징”, 석사학위논문(동국대학교, 2009.8), 10-11면 참조.

22) 이요한, 앞의 논문(주21), 11면 참조.

지법』으로 개정되면서, ‘장애자’는 ‘장애인’이 되었다. 1990년대 장애자의 자(者)가 ‘놈 자’라 어감상 비하(卑下)하는 느낌을 준다는 지적에 따라 장애인으로 수정되었다는 견해도 있으나, ‘노동자(勞働者), 노약자(老弱者), 관계자(關係者)’ 등의 용례를 보건대, 그보다는 오랜 세월에 걸쳐 ‘장애자’라는 단어에는 그 자체적으로 축적되어 온 기존의 부정적인 경험과 의미들이 쌓여 있었고,<sup>24)</sup> ‘자(者)’ 글자가 낮춤을 의미해서라기보다는 용어를 바꿈으로서 장애인의 사회적 위치와 의미 등을 바꾸어 보려는 시도였을 것으로 생각된다.

그 결과, 법적인 용어는 ‘장애인’이나, 현재에는 장애인을 지칭하는 단어로 장애인(障礙人), 장애자(障礙者), 장애우(障礙友) 등이 있다. 다만 ‘장애우(友)’의 경우 ‘불구자’라는 단어를 지양하기 위해 만들어졌지만, 장애인을 지칭하는 표현 중 의도는 훌륭하지만 잘못된 표현으로 손꼽힌다.<sup>25)</sup> ‘장애인’은 ‘장애를 가진 사람’이란 뜻의 중립적 표현이지만, ‘장애우’는 ‘비장애인의 입장에서 장애인을 다른 집단으로 보고 만든 비중립적 표현이기 때문이다. 아울러 ‘저는 장애우입니다’라는 표현을 할 수 없는 것에서 알 수 있듯이, 장애인 스스로, 즉 1인칭으로 사용할 수 없다는 점과 함께, 이 단어를 사용하기 위해서는 자신보다 손위에

23) 사실 이 법의 경우, ‘장애자’란 용어 사용보다 심(心)과 신(身)을 붙여 쓰다 보니, ‘심신장애’라는 용어는 신체장애 또는 정신적 결함을 가졌다는 뜻이 되어, 사회적으로 장애인은 심리적, 정신적으로 문제를 갖고 있는 것으로 비취지곤 했다. 또 이 법에서는 현재의 ‘정신지체’를 ‘정신박약(精神薄弱)’이라는 용어로 사용하였는데, 이 말은 정신적 능력이 완전히 없다는 뜻으로 사용된 것이다[이영환(편), “한국 장애인복지의 전개와 장애담론의 변천”, 『통합과 배제의 사회정책과 담론』(함께 읽는 책, 2003), 482면 참조].

24) 실제로 상대방을 비방할 때 ‘장애자’의 뒤 두 글자(‘애자’)만 사용해 욕설처럼 쓰이는 것을 종종 볼 수 있다.

25) 헤럴드 경제 신문을 참고하면, ‘장애우’란 표현은 1987년 ‘장애우권익문제연구소’가 설립되면서 탄생하였다. 벗 우(友)자를 사용해 장애인과 비장애인의 연대를 추구하려는 의미를 담았으며, 이는 당시 장애인의 인권이 보장되지 않고 장애자, 불구자 등 비하 표현들이 만연한 상황을 개선하려는 의도였다고 한다(국가인권위원회 대우인권사무소 인권기자단, “2020 차별에 맞서다”, <http://blog.naver.com/PostView.nhn?blogId=humandg&logNo=220874214068>. 최종검색일 2020.10.25.).

있는 사람도 벗 우(友)자를 사용해서 불러야 한다는 문제가 있다. ‘우(友)’를 사용하는 호칭이 ‘학우(學友)’, ‘사우(社友)’처럼 대략적으로 유사한 환경, 비슷한 연령대의 집단을 결속시키는 친근감의 호칭임을 떠올려 보면, 어린아이부터 나이든 어르신까지 모두를 포함하는 표현이어야 할 단어에 벗 우(友)자를 사용하는 것은 적절한 표현은 아니다.

이와 함께, 오랫동안 장애인을 지칭하는 언어들에 비하의 의미를 담고 있어 이제 사용하지 말아야 할 용어들이 있다. 예를 들어, 소경, 앵무, 봉사, 장님은 ‘시각장애인’으로, 불구자나 지체부자유자, 앓은뱅이, 곰배팔이는 ‘지체장애인’으로, 병어리, 아인은 ‘언어장애인’으로, 정신신체, 정신박약아(정박아), 우둔, 노둔, 치우, 백치는 ‘지적장애인’으로 변경하여 사용해야 한다.

아울러 ‘장님 코끼리 만지기’ 라든지, ‘꿀먹은 병어리’와 같이 속담에 들어 있는 장애인 관련 표현이나, ‘눈뜬 장님’, ‘병어리 저금통’, ‘앓은뱅이 책상’, ‘절름발이 행정’ 등 비유적 표현 역시 변경을 생각해야 할 단어이며, 장애를 질병으로 연상시키는 듯한 ‘장애를 앓고 있는’ 이라거나 장애인에 대한 동정 어린 시선 등이 담겨 있는 ‘성치 않은 몸으로’ 등의 표현 역시 사용하지 말아야 한다.

장애인에 대한 잘못된 인식은 장애인의 반대말이 ‘정상인’이라는 것에서 출발한다. 이 말은 곧, 장애를 가진 것은 비정상적이며 장애를 가지지 않은 사람들과 평등선 상에 있지 않다는 뜻이 된다. 그런데 표준을 뜻하는 정상(norm)의 개념은 사람에게 쓸 수 없는 개념이다. 장애가 없는 사람이 정상이라면, 장애가 있는 사람은 비정상이고 이상한 사람이 되어 버린다. 비장애인을 정상인으로 말하는 것은 장애인의 ‘다름’을 ‘틀림’이라고 말하는 것과 같은 것이므로 ‘비(非) 장애인’으로 표기하여야 한다. 앞서 언급한 바와 같이, 누군가를 지칭하는 용어는 그 사람이 사회적으로 어떤 위치에 있는지를 보여 주기 때문이다.

## 제2절 장애 개념의 변화에 따른 장애 모델의 형성<sup>26)</sup>

### I. 국제사회에서 장애 개념의 변화

#### 1. 세계보건기구의 장애 개념

장애에 대한 과학적 접근이 시작되던 초창기, 세계보건기구(WHO)는 1952년 「국제질병분류」(ICD)에서 질병을 ‘의학적으로 비정상이고 사회적으로 일탈한 것’으로 규정하면서, 장애를 일종의 질병으로 간주하였다. 이에 따르면, 모든 장애는 질병이고 따라서 장애인은 모두 환자이다. 그 결과 장애에 대한 대처도 의료적 치료가 주를 이루었다.<sup>27)</sup> 그러나 장애를 질병으로 간주할 경우 장애가 치료가 아닌 재활의 대상인 점이나, 장애는 질병의 결과이지 질병 그 자체는 아닌 점 등을 설명할 수 없어 많은 혼란이 일어났다.

한편 국제연합(United Nations; UN)은 1971년 「정신지체인의 권리에 관한 선언」(Declaration on the Rights of Mentally Disabled Persons)을 채택하여, 정신적 장애인도 비장애인들과 동등한 권리가 있음을 표명하고, 장애인의 존엄을 보장하고 가족생활을 보호하며 장애인의 사회참여를 가능하게 하려는 목적을 추구하였다.<sup>28)</sup> 이후 UN은 1975년 「장애인의 권리에 관한 선언」(Declaration on the Rights of Disabled Persons)을 통해, 장애를 예방하고 장애인이 능력을 최대한 개발할 수 있도록 가능한 한 통상적인 생활의 통합에 필요한 권리들을 보장하는 공통적인 기반과 준거의 틀을 마련해야 함을 표명하였다.

---

26) 이 부분은 윤수정, 앞의 논문(주3), 18-37면을 토대로 수정·재구성하였다.

27) 이는 후술에서와 같이, 장애 모델 중 개인적 모델에서의 장애의 정의와 같다.

28) 이러한 목적은 구체적으로는 적절한 의료보호 및 교육과 재활보호(제2조), 경제적 보장 및 적절한 생활수준의 보장 및 고용기회의 증진(제3조), 가능한 한 가족 및 부모와의 공동생활 조성(제4조), 전문 인력으로부터 도움을 받을 권리(제5조), 착취 및 학대 금지(제6조), 장애인에 대한 적절한 법률구조(제7조)에서 구체화되었다.

특히 제1조에서 “‘장애인’이라 함은 선천적이든 후천적이든 간에 신체적·정신적 능력의 불완전성으로 개인 또는 사회생활에서 필요한 것을 확보하는 데 자신만으로는 완전하게 또는 부분적으로 할 수 없는 사람을 의미한다.”라고 정의하면서, 신체적인 손상에 의해서 사회생활상 필요한 통상적인 활동능력에 제한이 있으면 장애인으로 인정하는 기능적인 입장을 취하였다.<sup>29)</sup> 이러한 정의는 장애를 질병으로만 인식하던 기존의 시각에서는 발전하였다고 평가할 수 있으나, 여전히 장애를 개인의 ‘불완전함’ 또는 ‘결함’으로 바라본다는 문제점을 내포하고 있었다.

이러한 문제점으로 인해 ‘분리에 반대하는 신체장애인 연합’(the Union of the Physically Impaired Against Segregation; UPIAS)<sup>30)</sup>은 「장애의 기본원칙」(Fundamental Principles of Disability)<sup>31)</sup>에서 장애에 대해 “손상(Impairment)은 사지의 일부나 전부가 부재한 것 또는 신체의 일부나 그 기능이 불완전한 상태이고, 장애(Disability)는 신체적 손상이 있는 사람들에게 대해 현대의 사회 조직이 불완전하거나 그 어떤 고려도 하지 않음으로 인하여 발생하는 사회적 불리와 활동의 제약이며, 그로 인해 사회 활동의 주류적 참여로부터 배제되는 것을 말한다.”라고 정의하면서,<sup>32)</sup> ‘손상’과 ‘장애’는 명백하게 구별되는 개념

29) 당시 UN의 장애인정책에 대해서는 Peter A Köhler, *Sozialpolitische und sozialrechtliche Aktivitäten in den Vereinten Nationen*(Nomos, 1987), Rn. 17, S. 635ff.

30) 마르크스 이론의 영향을 받아 1972년 영국에서 결성된 UPIAS는 세계 최초의 본격적인 장애인 정치동맹체라고 할 수 있다. 이 조직의 목적은 손상을 입은 사람이 사회에 완전히 참여하여 자립적으로 살아가고, 생산적인 직업을 가지며 자기 자신의 삶에 대해 완전한 통제력을 가질 수 있도록 격리된 시설을 새로운 기회로 대체하는 데 있었다[Kirstein Rummery(김용득 옮김), 「장애인의 시민권과 영국의 지역사회보호」, (EM커뮤니티, 2005), 3면 참조].

31) 이 원칙은 1975년 11월 UPIAS와 장애연합(Disability Alliance) 사이에 벌어진 토론을 정리한 것이다. 1974년 결성된 장애연합은 다양한 손상을 아우르는 조직으로서 포괄적인 소득정책을 촉구하고 있었다. 장애가 사회적 문제라는 점에서는 장애연합과 UPIAS는 의견을 함께 했지만, 재정적인 문제가 장애인의 고립과 분리를 가져오는 근본적인 문제라는 점에 대해서는 이견(異見)이 있었다. UPIAS는 소득에 초점을 맞추기보다는 좀 더 포괄적인 대응을 요구하였대이에 관한 자세한 내용은 Tom Shakespeare(이지수 옮김), 「장애학의 쟁점-영국 사회모델의 의미와 한계-」(학지사, 2013), 30-32면 참조].

이며, 장애는 손상 때문이 아니라 차별과 배제로부터 발생한다고 주장하였다. 이러한 주장은 장애의 발생 원인을 개인에서 사회로 전환시킨 것으로, 과거의 의학적인 조건에 근거한 장애 개념과는 뚜렷하게 구별되었으며, 이는 장애 모델 중 사회적 모델 형성에 큰 기여를 하게 된다.

한편 1970년대 이후 미국에서 시작된 자립생활운동<sup>33)</sup>이 세계적으로 확산되고 탈시설화 정책이 도입되면서, 장애인의 소득, 교육, 고용 그리고 사회참여를 요구하는 장애인운동이 시작되었다. 이런 분위기를 반영하여 UN은 1981년을 ‘세계 장애인의 해’(International Year of Disabled Persons)로 선포하였고, WHO는 국가에서 제공하는 사회적 서비스의 수혜자격을 부여하기 위해 1980년 「국제장애분류」(ICIDH)를 발표하였다. 이 시기의 각 국가들은 사회적 환경에 영향을 미치는 장애인의 개인적 상황을 보호하고자 장애인에게 사회적 서비스를 제공하기 시작하였는데, 이때 사회적 서비스는 장애로 인한 소득상실을 보조하거나, 장애 결과 발생하는 활동 또는 행동패턴의 제약으로 인한 불평등을 해소하기 위해 차별금지 수단을 지원받는 정도의 시혜적인 것에 불과하였다. 대부분 국가에서는 ICIDH를 참고하여 장애 여부에 대한 판단 혹은 등급체계를 결정하였다.

ICIDH에 따르면, 장애는 손상(impairment), 기능제약·불능(disabilities), 사회적 불리(handicap)의 세 가지 요소로 이루어진다.<sup>34)</sup> 첫째, 신체적

32) <http://disability-studies.leeds.ac.uk/files/library/UPIAS-UPIAS.pdf>(최종검색일 2020.7.3).

33) ‘자립생활운동’은 가족이 아니면 시설에 의존해야만 했던 장애인들이 타인에 의해 결정되던 삶을 거부하고 스스로 선택하고 조정하는 삶을 통하여 궁극적으로는 장애인이 독립적으로 살아갈 수 있는 사회적 시스템을 만들겠다는 운동이다. 이 운동은 미국의 민권운동과 소비자 권익운동, 유럽의 정상화 이론 등의 영향을 받아 1960년대부터 시작된 장애인복지의 새로운 패러다임으로, 전문가의 ‘치료’와 개인의 노력으로 장애를 극복하여야 한다는 ‘재활’과는 달리, 장애를 있는 그대로 인정함과 동시에 사회적 관점으로 보고 사회적으로 동등한 조건을 제공해야 한다는 논리를 전개하고 있다[김진우, 앞의 논문(주12), 39면 이하; Charlotte Pearson, “The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant?”, Nick Watson·Alan Roulstone·Carol Thomas(eds.), *Routledge Handbook of Disability Studies* (Routledge, 2012), pp. 240-252].

34) WHO, *ICIDH: International Classification of Impairment, Disability and*



차원(body level)에서의 손상(impairment)은 신체(생물학적·해부학적) 구조의 어떤 부분이 훼손되었거나 정상에서 벗어난 상태를 말하며, 다른 사람이 개인의 ‘비정상성’을 인식하게 되었음을 의미한다. 둘째, 개인적 차원(person level)에서의 기능제약·불능(disabilities)은 손상으로 인해 기능적 제약이 발생한 상태로 활동 수행 능력이 감소되었음을 의미한다. 셋째, 사회적 차원(society level)에서의 사회적 불리(handicap)는 손상이나 기능제약을 전제로 연령, 성, 사회적 및 문화적 요인 등이 변수가 되어, 개인의 통상적 역할의 수행 제약이라는 불리한 사회적 반응이 발생함을 의미한다. 각 요소에 대한 설명으로부터 알 수 있듯이, ICIDH 분류법은 장애를 질병이나 신체의 이상과 같은 의학적 관점에서만 바라보다가 장애의 결과에 대한 사회적 요인이 포함될 여지를 두었다.<sup>35)</sup> 이러한 점에서 본다면, ICIDH는 한편으로 진일보한 장애 개념을 제시한 측면도 있지만, 다른 한편 장애의 원인을 손상으로 본다는 문제점은 여전히 안고 있었다. 다시 말해서, ‘손상’이 ‘제약’을 야기하고 이로 인해 ‘사회적 불이익’이 발생한다고 봄으로써, 결국 장애인에게 겪는 사회적 불이익을 없애려면, 신체적 차원의 ‘손상’을 치유해야 한다는 결론에 이르게 된다. 이러한 이유로 ICIDH 역시 장애인들의 저항에 부딪혔고, 이에 대응하여 ‘국제장애인연맹’(Disabled Peoples International; DPI)은 “손상(impairment)이 신체적, 정신적, 감각적 훼손으로 야기된 개인 내부의 기능적 제약이라면, 물리적·사회적 장벽 때문에 다른 사람들과 동등하게 공동체의 정상적 생활에 참여하는 기회의 상실이나 제약 등이 장애(disability)”라고 주장하였다.<sup>36)</sup>

DPI의 이러한 주장을 앞에서 설명한 UPIAS 장애 개념과 비교하자

---

*Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease*(WHO, 1980), pp. 13-14.

35) ICIDH에 따르면, 장애는 손상이나 기능제약이 사회화된 것이라고 할 수 있다 (Michael Oliver·Colin Barnes, *Disabled People and Social Policy from Exclusion to Inclusion*(Longman, 1998), pp. 26-27.).

36) <http://www.dpi.org/Constitution>(최종검색일 2020.6.24.).

면, UPIAS는 손상의 개념에 신체적 손상만을 언급하며 장애의 발생 원인으로써 ‘사회적 환경’을 강조하여 ‘배제’의 측면에서 장애를 정의하였다. 반면에 DPI는 손상의 개념에 신체적, 정신적, 감각적 훼손까지 포함시킴으로써 그 범위를 확대하였으며, 장애인정책이 나아가야 할 지향점으로서 장애인의 ‘사회참여’와 ‘기회균등’에 초점을 맞춰 UPIAS의 장애개념을 한 단계 발전시켰다고 할 수 있다. 그리고 이러한 특징들은 해당 시기의 장애인정책들의 목표 및 방향으로 설정되었다.

1990년대 들어서면서 건강에 대한 개념이 변화하였다. 기존의 육체적(physical)·정신적(mental)·사회적(social) 평안(well-being)에 영적인(spiritual) 안녕 상태가 추가되었다. 요컨대 ‘건강’이란 개인 중심의 내재적인 문제에서만 비롯되는 것이 아니라 환경, 문화, 정치, 교육 등이 다면적으로 작용하면서 이루어진다는 것이다. 이렇게 건강에 대한 개념이 변화함에 따라 장애 개념에도 좀 더 적극적이고 새로운 시각이 요구되었다.<sup>37)</sup> 그리고 이러한 요구는 ‘기능적 장애’ 개념으로 그 무게 중심을 이동시켰다. ‘기능적 장애’에서는 인간의 기능을 다음과 같은 세 가지 영역으로 분류한다. 첫째, 마비나 시각장애와 같은 신체기능상의 문제 혹은 신체구조의 변형을 뜻하는 ‘손상’, 둘째, 걷기나 먹기와 같이 활동을 수행하는 데 있어서의 어려움을 의미하는 ‘활동 제한’, 셋째, 고용상의 차별이나 대중교통의 이용의 차별취급과 같은 ‘참여 제약’이다. 그리고 ‘장애’란 이 세 가지 영역 모두 또는 어느 한 영역에서의 어려움을 뜻한다.<sup>38)</sup> 이에 따르면, 장애인은 단순히 신체적 결함을 가진 사람이 아니라 다양한 형태의 정책적 도움을 필요로 하는 사람으로 구체화 될 수 있으며, 장애 또한 누구든지 그리고 일시적이든 장기적이든 한 번쯤은 경험할 수 있는 보편적인 건강의 문제로 전환된다.

이러한 변화를 수용하여 WHO는 ICDH를 개정하였고 1997년에 ICDH-2<sup>39)</sup>

37) 정한영, “효과적인 장애분류를 위한 ICF의 의미와 그 한국적 적용”, 『장애와 고용』 2002년 가을호(2002), 2면 참조.

38) 한국장애인재단, 『WHO 세계장애보고서』(한국장애인재단, 2012), 33-34면 참조.

39) 1997년의 ICDH-2 분류법은 ICDH에 대한 비판을 수용하여 손상, 기능제약·불능,

를 거쳐, 2001년에 「국제기능장애건강분류」(ICF)를 발표하였다. ICF는 ICDH-2에 대한 세계 각국의 의견을 종합 정리한 것으로, 장애는 손상(impairment), 활동(activity), 참여(participation)라는 개념 요소들이 상호관련성을 가지며, 개인의 질병과 정서 상태인 건강상태(health condition)와 환경적 요인이 복합적으로 상호 작용되어 나타나는 결과라고 설명하고 있다.<sup>40)</sup> 여기서 ‘환경적 요인’(environmental factor)이란 서로 각기 다른 수준의 기능을 가진 사람들이 살아가고 활동하는 세계를 의미하는 것으로, 제품과 기술, 자연적인 환경과 인공적인 환경, 지원과 관계, 태도, 서비스, 시스템, 정책 등이 모두 포함된다. 이 요인들은 환경 속에 처한 개인에게 촉진제가 될 수도 있고, 장벽이 될 수도 있다.<sup>41)</sup>

ICF가 이전의 ICDH에 비해 달라진 것은 첫째, ICDH에서 사용되었던 ‘행위 무능력’(disability)이나 ‘사회적 불리’(handicap)라는 부정적인 용어 대신에 ‘활동 제한’(activity limitation)이나 ‘참여 제약’(participation restriction)이란 용어를 사용함으로써 좀 더 적극적이고 긍정적인 용어를 사용하기 시작했다는 점으로,<sup>42)</sup> 이는 장애에 대한 인식의 변화와도 관련된다. 둘째, 장애가 ‘신체기능과 구조’(body function/body structures), ‘활동’(activities)과 ‘참여’(participation)라는 세 가지 측면으로 구성되

---

사회적 불이익을 단선적인 원인 관계가 아닌 상호관련성을 갖는 것으로 보았다. 또한 기능의 제약·불능, 사회적 불이익은 사회의 문화에 따라 다르게 수용될 수 있다는 전제 하에 사회 환경에 의한 장애를 강조하기 위해 사회적 요인(관계)을 추가했으며, 사회적 요인이 각 구성 요소의 관계에 영향을 미치는 것으로 파악하였다. 또 ‘사회참여’가 장애인정책의 주요 쟁점이 된 점을 감안하여 기능의 제약·불능, 사회적 불이익이라는 용어 대신 활동(activity)과 참여(participation)라는 용어를 사용하였다[WHO, *ICIDH-2 Introduction*(WHO, 1997), p. 12; 김동국, 앞의 책(주7), 67-69면 참조].

40) WHO, *ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health* (WHO, 2001), p. 11 참조.

41) 유동철, 앞의 책(주7), 82-84면 참조.

42) 김용득, “장애 개념 변화와 사회복지실천현장 함의”, 『한국사회복지학』 제51권(2002), 157면 이하; 김도현, 『당신은 장애를 아는가-장애·장애 문제·장애인 운동의 사회적 이해』(메이데이, 2007), 38-39면 참조.

어 보다 포괄적인 개념으로 변화하였다는 점으로,43) 이전에는 없었던 ‘환경적 요인’(environmental factor)이 추가된 결과라 할 수 있다. 다시 말해서 ICF는 ‘신체적 장애’ 측면보다는 ‘기능적 장애’ 측면을 강조하고, 보편적인 시각에서 접근하여 장애 그 자체보다는 그로 인한 건강과 활동 수준에 중점을 두었다고 볼 수 있다.44)

그러나 무엇보다도 ICF의 가장 중요한 특징은 사회정책적 관점을 강조하여 건강관리 시스템, 사회보장 제도, 직업재활 및 고용촉진정책, 기본권 보장 등 다양한 목적으로 활용할 수 있도록 구체적인 방법과 지표를 제시하고 있다는 점이다.45) 이러한 점은 다양한 생활 측면에서, 총체적인 보호를 필요로 하는 장애인정책의 특성과 부합한다.46) 요컨대, ICF는 사회정책의 측면에서 장애 개념이 적절하게 활용될 수

---

43) ICF의 장애 기준은 ‘질병의 결과’에서 비롯된 상태구분이 아닌, ‘건강의 구성요소’의 상태구분에 의해 설정되었다. 구체적으로는 신체 기능의 손상, 활동제한, 참여제한 등 다양한 형태를 포괄하는 개념으로 나타난다(황수경, “WHO의 새로운 국제장애 분류(ICF)에 대한 이해와 기능적 장애 개념의 필요성”, 『노동정책연구』 제4권 제2호(2004), 132면 참조).

44) 이러한 특징은 ICF가 국제질병분류 체계인 ICD-10(질병 및 관련 건강 문제의 국제 통계 분류 10차 개정)과 병행해서 상호보완적으로 사용하도록 만들어졌으며, ICD-10이 질병의 진단에 초점을 두었다면 ICF는 기능에 대한 풍부한 정보를 제공하도록 되어 있다는 점을 통해서도 알 수 있다. 이에 대한 자세한 내용은 <http://www.who.int/classifications/apps/icd/icd10online/> 참조(최종검색일 2020.7.28.).

45) 신은경, “장애인의 기능과 장애, 환경요인에 관한 ICF 활용방안-일본의 생활기능 장애건강분류(ICF)의 활용을 중심으로-”, 『직업재활연구』 제23집 제1호(2013), 151면 이하; 황수경, 앞의 논문(주43), 133면 참조.

46) 의학적 진단만으로는 필요한 서비스의 내용과 정도를 예측하여 제공할 수 없는데, 예를 들어, 질병이나 신체 이상의 존재가 장애급여 수급자, 직무수행능력, 취업 가능성에 대한 정확한 판단기준을 제공할 수 없기 때문이다. 장애인정책을 구성하기 위해서는 의학적인 진단 이외에 개인의 기능과 장애의 정도에 관한 구체적인 정보 및 다양한 형태의 정책적 개입 효과를 분석할 수 있는 정보가 필요하다. 이를 위해 ICF는 개인의 신체 기능, 활동과 참여의 제약이라는 측면에서 분류 기준을 제시함과 아울러 상황적 요인에 대해서도 비중 있게 다루고 있다. 상황적 요인은 사회적 태도, 법적·사회적 구조 등의 환경 요소와 성, 연령, 교육수준, 사회적 배경 등 개인적 요소를 포함하며, ‘장애’가 어떻게 받아들여질 수 있는지를 추적함으로써 개인의 수요를 파악하는 기준을 함께 제시한다[황수경, 앞의 논문(주43), 134-136면 참조].

있도록 정책적 유용성을 극대화하기 위한 목적에서 만들어진 분류 체계라고 할 수 있다.

## 2. 장애인권리협약의 장애 개념

「장애인권리협약」(CRPD)은 UN이 여덟 번째로 채택한 인권협약으로, 이전의 국제조약들이 장애인의 인권 신장에 큰 영향력을 발휘하지 못한다는 문제의식에 근거하여,<sup>47)</sup> 2006년 12월 13일 UN총회에서 192개국의 만장일치로 채택되었다.

이 협약에서는 ‘장애’에 대한 개념규정을 따로 두고 있지는 않지만, 우선, 전문(preamble)에서 “장애는 발전하는 개념이며, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 태도 및 환경적인 장벽과 손상을 지닌 개인과의 상호작용으로부터 야기된다는 것을 인정”한다는 것을 전제로 하여, 장애를 점진적으로 변화하는 개념으로 정의하였다.<sup>48)</sup> 즉 개인의 손상 및 환경과의 상호작용에 기인한 장애의 특성을 언급하고 있으며, 앞으로 장애 개념이 확대될 수 있음을 보여주고 있다.<sup>49)</sup> 아울러 ‘장애’가 변화하는 개념이라는 인식은 사회 내 여론이 고정적이 아니라는 사실을 인정하는 것으로, 동협약이 ‘장애’에 대한 엄격한 관점을 내세우기보다는 오히려 시간이 흐름에 따

---

47) 예를 들어, 여성차별철폐협약에서는 장애여성에 대해 별도의 규정이나 언급이 없으며, 아동권리협약에는 장애아동과 관련하여 별도의 조항을 마련하였으나 현실적으로 장애아동의 권리를 보장하기에는 강제력이 약하다고 평가되었다[국가인권위원회, 「장애인권리협약 해설집」(국가인권위원회, 2007), 3-4면 참조]. 「장애인권리협약」의 필요성에 대한 자세한 내용은 유동철, 앞의 책(주7), 64-66면 참조.

48) CRPD Preamble “The States Parties to the present Convention, (……) e) Recognizing that disability is an evolving concept and that disability results from the interaction between persons with impairments and attitudinal and environmental barriers that hinders their full and effective participation in society on an equal basis with others (……)”(<http://www.un.org/disabilities/convention/conventionfull.shtml>, 최종검색일 2020.8.28.).

49) 국가인권위원회, 앞의 책(주47), 18면 이하 참조.

라 그리고 각기 다른 사회·경제적 배경 내에서 각색을 허용하는 역동적 접근을 시도하였다고 평가받기도 한다.<sup>50)</sup>

다음으로, 제1조 제2문에서는 “장애인이란 다양한 장벽과의 상호작용으로 인하여 다른 사람과 동등한 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 장기간의 신체적·정신적·지적 또는 감각적인 손상을 가진 사람을 포함한다.”라고 하여 장애를 포함한 장애인의 개념에 대해 개방적인 입장을 취하고 있다.<sup>51)</sup> 이에 따라 장애인의 범위는 협약이 규정한 ‘장기간의 신체적·정신적·지적 또는 감각적인 손상을 가진 사람들’로 한정하지 않고, 일시적인 장애를 경험하는 사람, 과거에 장애가 있었던 사람, 심지어는 손상은 없으나 비만과 같은 신체적 특성으로 차별받는 사람들까지도 포함할 수 있다.

### 3. 국제노동기구의 장애 개념

장애에 대한 개념 및 패러다임 변화의 중심에는 장애인이 권리의 주체로 등장한 점이 크게 작용하였다. 이 중 고용은 장애인복지에 있어서 가장 핵심적인 내용이라고 할 수 있는데, 그 이유는 고용촉진과 직업재활을 통해 정상적인 소득활동이 가능하며, 이러한 전제하에서 장애인은 사회적 원조의 대상에서 자립적인 경제주체로서 인정받으며

---

50) United Nations·Office of the High Commission for Human Rights·Inter-Parliamentary Union, *From Exclusion to Equality: Realizing the rights of persons with disabilities*(United Nations, 2007), p. 14.

51) CRPD Article 1(Purpose) “Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.”; 故 이익섭 교수는 이에 대해 「장애인권리협약」이 장애인을 “다음과 같이 정의한다.”와 같은 고정적 입장을 회피하고 “다음을 포함한다.”와 같은 개방형을 함으로써 사실상 장애에 대한 정의를 포기했으며 이로써 대립적 요소를 최소화하였다는 견해[이익섭, “장애인권리협약의 의미와 핵심 과제”, 『보건복지포럼』 제127호(한국보건사회연구원, 2007), 11면 참조]를 제시하였다.

자연스럽게 사회에 통합될 수 있기 때문이다.<sup>52)</sup> 국제사회에서 장애인 고용정책은 대부분 국제노동기구(International Labor Organization; ILO)를 통해 이루어졌는데, 특히 ILO는 1920년대부터 장애인의 적절한 근로에 대한 권리를 확립·보장·발전시킬 것을 강조해 왔으며, 고용과 근로에 대한 권리를 장애인이 보다 적정하고 효율적으로 향유할 수 있도록 하기 위해 ‘적극적 조치’와 ‘정당한 편의제공’ 등의 다양한 개념들을 개발하였다. 1955년 「장애인 직업재활에 관한 권고」[Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation]에서는 “장애인이란 신체적 또는 정신적 손상의 결과 안정된 고용을 확보하고 유지할 가능성이 실질적으로 감소된 사람”이라고 하여 기능적인 의미로 장애인을 정의하였다.<sup>53)</sup> 이후 1983년 제69차 총회에서 채택한 「장애인의 직업재활 및 고용에 관한 협약」[Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Person) Convention]<sup>54)</sup>에서는 장애인을 “정당하게 인정된 신체적인 또는 정신적인 손상의 결과 적절한 직업을 보

52) 이러한 이유로 대부분의 나라에서 장애인정책은 고용영역에서 출발하였다(이소영, “유럽과 미국의 장애인 반차별법”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호(2006), 372-373면 참조).

53) Vocational Rehabilitation (Disabled) Recommendation 1. “(b) the term disabled person means an individual whose prospects of securing and retaining suitable employment are substantially reduced as a result of physical or mental impairment.”; 이에 대한 구체적인 내용은 [http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100\\_ILO\\_CODE:R099](http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_ILO_CODE:R099) 참조(최종검색일 2020.7.30.).

54) 이 협약은 1985년 6월 20일부터 효력이 발생했으며, 협약 비준국은 국내여건에 따라 장애인의 직업재활 및 고용에 관한 국가정책을 이행해야 하며 관련 조치가 모든 계층에 적용되도록 노력해야 한다. 또한, 정책은 장애인과 일반 근로자 간의 동등한 기회원칙을 토대로 하며, 정책수행에 있어 장애인 대표 단체, 사용자와 근로자 대표 단체와 협의해야 한다. 권한 있는 기관(competent authorities)은 직업소개, 직업훈련, 취업 및 기타 고용에 관련된 적절한 서비스를 장애인들에게 제공해야 한다. 우리나라는 1999년 11월 15일에 국제노동사무국에 비준서를 등록함으로써, 등록 1년 후인 2000년 11월 15일부터 국내에서 발효되었다(이에 대해서는 2000.12.13일자 관보(제14678호), 8면 이하 참조). 협약의 자세한 내용은 국제노동기구 홈페이지 <http://www.ilo.org/ilolex/cgi-lex/convde.pl?C159>(최종검색일 2020.7.30.) 참조.

장받거나 혹은 승진할 수 있는 전망이 실질적으로 감소된 사람”이라고 정의함으로써,<sup>55)</sup> ‘고용 또는 근로의 계속’이라는 측면을 부각하였다. 이는 근로자가 장애인이라 할지라도 장애를 이유로 근로제공에 문제가 없다면 그 범위 내에서는 비장애인과 마찬가지로 근로를 계속할 수 있도록 법적으로 보장하려는 목적을 갖는다.

## II. 장애 개념의 변화에 따른 장애 모델의 형성과 장애인정책

장애 개념의 변화는 장애 모델의 형성 및 변화에도 영향을 주었다. 앞에서 언급한 장애 개념에 대한 접근 방식 중 의학적·경제학적 접근, 즉 장애인이 겪고 있는 여러 문제들의 원인이 비장애인과 다른 신체적인 기능의 손상에서 비롯되었다고 보는 관점은 개인적 모델로, 장애인의 문제는 개인의 신체적 기능이 손상되어 비장애인과 다르기 때문이 아니라 사회 환경에 따른 결과라고 보는 정치사회학적 관점은 사회적 모델로 분류할 수 있다. 최근 들어, 장애를 바라보는 사회의 시각이 다양해지는 것은 물론 장애인 당사자들의 사회참여 활동도 활발해지고 사회를 분석하는 틀 역시 다양해짐에 따라 장애 모델도 좀 더 세분화되고 보완되는 추세이기는 하나,<sup>56)</sup> 대부분이 개인적 모델과 사회적 모델을 출발점으로 하고 있기 때문에 아래에서는 이 두 모델에 관해서 좀 더 자세히 검토해 보기로 한다.

---

55) Vocational Rehabilitation and Employment (Disabled Persons) Convention Article 1 “(……) the term disabled person means an individual whose prospects of securing, retaining and advancing in suitable employment are substantially reduced as a result of a duly recognised physical or mental impairment.”(<http://www.ilo.org/public/english/standards/reim/ilc/ilc86/r-iii1ba.htm>) (최종검색일 2020.7.30).

56) 다양해진 장애 모델에 관해서는 조한진, “장애등급의 문제를 넘어서-장애의 정의·분류·측정”, 『재활복지』 제15권 제4호(2011), 4-7면 참조.



## 1. 개인적 모델에서의 ‘장애’와 장애인정책

개인적 모델은 장애를 장애인 ‘개인’의 문제로 바라본다. 즉 장애는 질병, 사고 혹은 기타의 원인으로 장기간 생활의 불편을 겪는 당사자의 문제이며, 장애인은 상당한 손실을 가진 채 살아가는 사람으로, 장애로 인해 발생하는 여러 문제들은 개인의 심리적인 상실감에서 비롯된다고 본다.<sup>57)</sup> 그러므로 개인적 모델에서는 장애 문제를 해결하기 위해서 ‘장애인 개인’에게 초점을 맞추고, 장애인이 장애를 극복하기 위해서는 반드시 의학적 치료를 받아야만 한다. 1960년대 미국에서 시작된 민권운동<sup>58)</sup>의 영향을 받아 탄생한 「건축장애물제거법」(Architectural Barriers Act)<sup>59)</sup>에서는 장애인을 ‘재활치료의 대상이 되는 손상을 가

---

57) Michael Oliver·Bob Sapey, *Social Work with Disabled People 2ed*(palgrave, 1999), p. 13; Michael Ashley Stein, “Disability Human Rights”, *California Law Review vol. 95*(2007), p. 86.

58) 1960년대 민권운동(the Civil Rights Movement)은 당시 미국사회 전반 특히 흑인에 대한 각종 차별 관행을 철폐하기 위해 시작되었고 그 결과 1964년 「민권법」(Civil Rights of Act)이 제정되었다. 이 법에서는 흑인에 대한 차별을 넘어서 ‘인종, 피부색, 종교, 성별, 출신 국가’를 이유로 하는 차별을 금지하였다. 「민권법」에서 명시하고 있는 차별금지사유에 ‘장애’가 포함되지는 않았지만 이 법은 장애인에 대한 차별문제를 공론의 장으로 이끌어내어 입법화의 계기를 마련하였을 뿐만 아니라 법에서 규정하고 있는 고용차별에 대한 법적 구제조치들은 이후 ADA에 그대로 채택되었다[Gerard Quinn·Maeve McDonagh·Cliona Kimber, *Disability discrimination law in the United States, Australia, and Canada*(Oak Tree Press, 1993), p. 19].

59) 1968년에 제정된 「건축장애물제거법」(Architectural Barriers Act)은 인종이나 피부색의 ‘차이’와 ‘다름’을 이유로 일부 시민들이 주류 사회에 참여하는 것을 막아온 여러 차별적 관행들과 마찬가지로, 장애를 가진 시민들이 사회활동을 할 수 있도록 만드는 물리적인 환경도 제거해야 한다는 생각들이 연방입법의 형식으로 결실을 맺게 된 경우이다. 이 법은 장애인의 사회참여에 걸림돌이 되었던 물리적 환경을 제거하려고 했던 최초의 입법이라는 점에서는 역사적 의미를 부여할 수 있지만, 이러한 주장들이 장애인의 ‘권리’라는 인식은 부족했고, 이 법 시행을 전담할 ‘집행기관’을 설립하지 못했으며, 위반행위에 대한 ‘제재조치’를 마련하지 못했다는 한계가 있었다[Peter David Blanck·Eve Hil·Charles D. Siegal·Michael Waterstone, *Disability Civil Rights Law and Policy: Cases and Materials*(West, 2009), pp. 6-10].

진 사람' 그래서 치료 또는 교정을 받아야 하는 대상, 즉 의학적 측면에서 정의하였다.

이러한 관점에서의 장애인정책은 주로 장애인의 '치료'와 '재활'을 목적으로 하여 그에 필요한 각종 서비스 체계를 강조하게 되는데, 이러한 서비스 체계는 대부분 의사의 진단과 처방에 의해 구성되었다. 그래서 이 모델을 '의료적 모델(혹은 의학적 모델)'이라고도 한다. 다시 말해 개인적 모델에서 장애는 치료해야만 하는 것이며, 장기적으로는 재활프로그램에 참여하면서 극복해야 하는 대상이므로, 장애인이 자신의 삶을 영위하기 위해서는 직접 의료기관을 찾아가 치료를 받아야만 문제가 해결되고, 이때 손상의 정도가 심각하지 않아 비장애인과 마찬가지로 정상적인 기능회복이 가능하다면 그것은 장애인 개인의 재활 노력이 탁월했기 때문이라고 판단한다.<sup>60)</sup>

그러나 개인적 모델에 기초한 여러 정책들은 장애인에게 해방을 가져다주기보다는 오히려 장애는 개인적 결함과 책임 때문에 생긴다는 인과관계를 강화시키는 결과만을 초래하였다. 즉 장애인은 보호되고 변화되어지고 개선되어야 하는, 그래서 '정상이 아닌' 상태에서 '정상'으로 바뀌어야 하는 대상으로 인식되었다. 또한 개인적 모델에서는 장애 문제를 철저하게 장애인 개인에게만 초점을 맞춘 나머지 사회적 환경의 중요성은 무시된다는 것이 가장 큰 단점으로 지적되었다. 특히 장애인을 장기적인 환자(혹은 병자)로 인식하면서, 극단적으로 장애인에게 치료 및 재활의 가능성이 없다면 해당 장애인의 사회통합은 불가능하기 때문에, 장애인정책은 필연적으로 수용시설에 보호하는 형태로 이루어질 수밖에 없었다. 그 결과 장애인이 지나치게 의료 및 치료 전문가에게 의존하게 되어 자칫 장애인의 독립성을 저해할 수 있다는 우려도 제기되었다.

한편 치료와 더불어 재활이 중요시되면서 의료전문가 못지않게 재

---

60) Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment*(Hart Publishing, 2008), pp. 10-11.

활전문가들의 영향력 또한 증가하였다. 이들 집단 역시 장애로 인해 발생하는 사회적 요인은 무시하고, 의료, 심리, 정신의학적인 측면으로만 접근하려는 경향을 보였다. 그러면서 이 모델에서는 장애인의 현실적이고 사회적인 어려움은 도외시한 채, 의료적 차원에서의 개별적인 접근만을 최선의 방법으로 여기게 되었다.<sup>61)</sup>

개인적 모델에 의하면 장애는 장애를 가진 개인의 결함이 원인이므로, 사회통합에 있어 문제가 발생한다면 그 원인도 장애인 개인이 되었다. 그러므로 이 경우에 국가는 장애인 개인의 수요를 보호하고 적응능력을 촉진하는 과제를 갖게 되고, 이에 근거한 장애인정책은 장애인의 상황을 보호의 대상으로 한다. 이에 따르면 장애인은 개인이 가진 능력의 한계 때문에, 구조적으로 사회적 기회로부터 배제 혹은 분리되거나 제한된 참가만이 허용되었으며, 장애인정책 역시 사회보장급여의 지급 혹은 분리교육, 고용할당제, 유보고용 등이 전부였다.<sup>62)</sup> 즉 비장애인과 비교하여 장애인의 상황 자체를 보호하려는 시혜적인 복지정책이 주를 이루었다.

우리나라에서 1981년 제정된 『심신장애자복지법』도 전형적으로 개인적 모델에 기초하여 제정된 법이라 할 수 있다. 입법목적(제1조)에서 심신장애자의 재활 및 보호에 필요한 사항을 규율한다고 명시한 점, 이 법의 적용대상자인 심신장애자를 신체적 또는 정신적 손상을 기초로 판단하고 있는 점(제2조), 그리고 법에서 규정하고 있는 복지조치들이 재활상담 및 입소 등의 조치(제9조), 보장구의 교부(제10조), 시설의 우선이용(제12조) 등이 대부분이라는 점을 통해 이러한 사실을 구체적으로 확인할 수 있다.<sup>63)</sup>

---

61) Michael Oliver, "Disability, Adjustment and Family Life", Ann Brechin·Penny Liddiard·John Swain, *Handicap in a Social World*(Hodder & Stoughton, 1981), p. 13.

62) Michael Ashley Stein, 앞의 논문(주57), p. 86.

63) 이러한 점은 1981년 5월 14일 『심신장애자복지법』안 제안 설명 및 법률안의 주요 골자에도 나타나 있다(제11대 국회 제107회 제1차 보건사회위원회 회의록 참조).

개인적 모델에서 장애는 차별금지의 대상이 아니었으며, 사회로부터 장애인의 배제 등은 불가피한 결과로 이해되었다.<sup>64)</sup>

## 2. 사회적 모델에서의 ‘장애’와 장애인정책

개인적 모델에서의 장애와 장애인에 대한 인식 및 정책들은 장애인과 장애인운동에 의해 끊임없는 비판의 대상이 되었다. 장애인운동은 장애인도 평등한 사람으로서 존중되어야 하며, 동정과 자선의 대상이 아니라 비장애인들과 마찬가지로 모든 사람들에게 부여된 기본적 인권을 향유할 권리가 있는 인간으로 대우받아야 함을 주장하였다. 이러한 장애인운동에 힘입어 장애 모델도 사회적 모델로 변화하였다. 사회적 모델은 ‘장애’라는 현상을 사회통합의 관점에서 ‘사회적인 문제’로 간주한다. 이 모델에 의하면, ‘장애’란 장애인에 대한 모든 영역에서의 제한을 뜻하며, 장애인의 욕구를 사회 내에서 수용하고 이에 적합한 서비스를 제공해야 하는 사회적 의무가 실패한 것이 문제라고 한다.<sup>65)</sup> 또한 이러한 실패는 개인에게만 영향을 미치는 것은 아니며, 이를 경험한 집단으로서 장애인들에게, 사회 전체를 통하여 체계적으로 제도화된 차별로 전달되는 것이라고 본다.

따라서 장애 문제를 해결하기 위해서는 ‘사회적 행동’을 필요로 하는데, 장애인이 사회생활의 전 영역에서 완전히 참여할 수 있으려면 ‘환경적 개선’이 필수적인 요건이며, 이를 갖추는 것은 사회의 책임이다. 이에 따르면, 변해야 하는 것은 장애인이 아니라 바로 장애인을 배제한 채 설계된 각종 시설물과 제도 및 정책이 된다.<sup>66)</sup> 바꾸어 말하

---

64) Nicholas Bamforth·Maleiha Malik·Colm O’Cinneide, *Discrimination Law: Theory and Context*(Sweet & Maxwell, 2008), pp. 975-976.

65) Michael Oliver, *Understanding disability : from theory to practice*(St Martin’s Press, 1996), p. 34; Romel W. Mackelprang·Richard O. Salsgiver, *Disability: A Diversity Model Approach in Human Service Practice 2ed*(Lyceum Books, 2009), pp. 39-43.

66) 예를 들어, 휠체어 이용자를 고려하지 않은 채 만들어진 도로와 시설이 바뀌어야

면, 사회적 모델에서 장애인정책의 목적은 장애인들이 직면하고 있는 편견과 차별의 해소이기 때문에, 장애인에 대한 차별 여부는 해당 정책이나 시설이 장애인에게 사회구성원으로서 ‘권리’를 보장해 주고 있거나 이를 위한 배려가 있는지 예컨대 ‘정당한 편의제공’ 등을 통해 ‘출발선의 평등’을 보장하고 있는지 여부가 기준이 된다.

사회적 모델에서도 여전히 비장애인과 비교하여 ‘비정상적인 상태’와 ‘기능장애’가 중요한 개념요소였으나, 장애를 제거하는 데 사회적 책임이 있다는 점이 인식되기 시작하여 재활의 개념 역시 사회 환경 개선을 통한 재활로 그 영역이 확대되었다는 점을 사회적 모델의 장점으로 꼽을 수 있다.

이는 1993년 국제연합의 『장애인의 평등한 기회보장을 위한 표준규범』(Standard Rules on the Equalizations of Opportunities for Persons with Disabilities)에 반영되었으며,<sup>67)</sup> 2011년 WHO의 『장애인 분류안』(ICF-2011)에서는 개인적 모델과 사회적 모델의 장점들이 적절히 조화된 장애 모델이 반영되었다.

사회적 모델에서는 장애인을 기피하는 차별적 사회기제가 문제의 원인이며, 장애인은 이 기제에 의해 불이익을 당하는 사람일 뿐이므로 이를 없애는 것이 국가의 중요한 과제가 되었다. 장애인정책 역시 장애인만을 대상으로 하는 조치보다는 장애인과 비장애인이 함께할 수 있어야 한다는 요청이 우선시되면서, 개별 국가 간의 편차는 존재하지만 장애인에 대한 분리와 배제 대신에 고용, 취업 및 통합교육을 통한 장애인의 사회활동 참여와 동등한 기회의 보장이 요구되었다.<sup>68)</sup> WHO

---

하고, 시각장애나 청각장애 등 장애가 있는 학생이 있다는 것을 간과한 채 만들어진 교과과정과 학습도구들이 변경되어야 한다. 또한 이들을 도외시키고 고정된 방식으로만 정보를 전달하던 언론의 시스템 등도 바뀌어야 하는 대상인 것이다.

67) 이 표준안은 장애인의 평등을 강조하고, 장애를 사회적 구성의 부산물로 정의하면서 장애인의 참여를 국제적으로 인정되는 인권으로 승인하였다[<http://www.un.org/esa/socdev/enable/dissre00.htm>(최종검색일 2020.8.2.)].

68) 1990년대에 들어서면서부터 장애인들을 자선 및 시혜의 대상으로 보고 근로영역에서 제외시켰던 복지지향(welfare orientation)의 장애정책들은 그 원칙과 가정이

도 장애에 대한 보호조치로써 사회통합을 강조하여, 장애인으로 하여금 주변 환경에 적응할 수 있도록 국가가 그들의 환경에 직접 개입하여 사회통합을 용이하게 하고, 장애인 자신뿐 아니라 가족 및 사회구성원들도 재활급여의 계획 및 집행에 함께 참여할 것을 요청하였다.

이렇듯 사회적 모델에 따라 장애를 정의할 경우, 장애인정책은 개인의 상황을 보호하는 것은 물론 장애인을 둘러싼 차별적 사회 환경에 대한 개선이 그 목표가 되므로 복지정책은 물론 장애인에 대한 ‘차별금지’ 정책의 중요성도 증가하였다.

우리나라에서는 1977년 제정된 「특수교육진흥법」<sup>69)</sup>에서 특수교육대상자가 당해 학교에 입학하고자 할 때, 그가 특수교육대상자임을 이유로 입학지원 거부 및 합격자의 입학 거부 등 불이익한 처분을 하지 못하도록 하는 규정(제10조)을 두었는데, 이것이 우리나라에서 처음 사회적 모델을 수용한 입법이라 생각된다. 이 밖에, 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진 보장에 관한 법률」(이하 ‘장애인등편의법’이라 함, 1997년), 「교통약자의 이동편의 증진법」(이하, ‘교통약자법’이라 함, 2005년), 「장애인차별금지법」(2008년)이 장애의 사회적 모델을 수용한 대표적인 입법이라고 할 수 있으며, 2012년 제정된 「장애인활동 지원에 관한 법률」(이하, ‘장애인활동법’이라 함) 등도 같은 맥락에서 논의된 것으로 볼 수 있다.

---

변화하면서, 장애인들 역시 비장애인과 마찬가지로 지역사회의 활동에 동등하게 참여할 수 있도록 장애인의 완전한 시민권 확보를 요구하는 민권지향(civil rights orientation)의 정책으로 변화하였다(Richard. K. Scotch, *From Good Will to Civil Rights: Transforming Federal Disability Policy*(Temple University Press, 2001), pp. 5-9; Nicholas Bamforth·Maleiha Malik·Colm O’Cinneide, 앞의 책(주64), p. 977 참조).

69) 이 법은 시청각장애자 등 심신장애자에 대한 특수교육을 진흥하여 그들에게 생활에 필요한 지식과 기능에 관한 교육을 실시함으로써 사회생활에 기여하게 함을 목적으로 제정되었으며, 지난 30년간 여러 차례 개정되어 오다가 2007년 「장애인 특수교육법」으로 대체되었다.

### 제3절 국내 법률상 장애 관련 개념 현황

#### I. 장애인 관련 법제의 입법사<sup>70)</sup>

우리의 장애인 관련 법제의 역사는 보호의 인적 범위, 정책 및 입법적 특징에 따라 다음과 같이 제5기로 구분해 볼 수 있다.

##### 1. 제1기 : 군경희생자 중심의 보상법제

제1기는 1945년 해방 이후 1981년 이전으로, 이 시기의 장애인법제는 주로 전시 혹은 전시에 준하는 상황에서 장애를 가지게 된 군경희생자 중심으로 일종의 보상법적 차원에서 이루어졌다. 「경찰원호법」(1951년), 「군사원호대상자자녀교육보호법」(1952년), 「군사원호대상자고용법」(1961년), 「군사원호대상자임용법」(1961년), 「전몰군경유족과 상이군경 연금법」(1968년), 「사회복지사업법」(1970년) 등에 미흡하게나마 장애인에 관한 내용이 있었다.

그 내용에 관해 구체적으로 살펴보면, 장애를 이유로 소득활동을 하지 못하는 장애인을 국가 및 지방자치단체, 기업체 및 단체에서 우선적으로 고용하도록 의무를 부과하거나, 무시협채용 또는 채용시험에서 가산점을 부여하였다. 또 그들의 자녀들에게도 공납금을 면제해 주거나 학비보조금을 주고, 채용시험에 있어 가산점을 주는 등 취업과 교육, 그리고 재활의 영역에서 역시 우선적으로 대우하였다.<sup>71)</sup> 전상을 입은 군인에 대한 국가적 책임의 인정은 우리나라를 비롯한 미국 등

---

70) 해당 내용은 윤수정, 앞의 논문(주3)에서의 우리나라 장애관련 법제의 변천사(50-58쪽)를 수정·재구성한 것이다.

71) 「군사원호대상자고용법」 제4조(고용의무), 제5조(제대군인고용), 제8조(고용의 지정); 「군사원호대상자임용법」 제5조(채용시험의 특전), 제7조(무시협채용); 「군사원호대상자자녀교육보호법」 제6조(공납금의 면제), 제7조(학비보조금); 「경찰원호법」 제2장(생계보장), 제3장(수용보호) 등이 있었다.

세계 각국의 장애인 입법에 커다란 기여를 한 것으로 평가된다.<sup>72)</sup> 그러나 군경희생자에 대한 우대는 국가를 위해 봉사하는 과정에서 부상을 당했다는 점에서, 이들에게 주어진 혜택들은 같은 정도의 장애라고 할지라도 발생 원인에 따라 국가의 처우가 달라져 국가에 대한 기여가 인정되지 않은 다른 장애인들은 방치되는 한계가 있었다.

예컨대, 군경희생자에 대한 보호는 우선, 일반적인 장애인보호의 수준이 결정된 후 각별한 우대의 방향으로 설정되어야 했는데, 실제로 이 시기의 장애인정책은 그 대상이 제한적이었고 범위 역시 고용보호 및 직업재활조치에 한정되었다.

## 2. 제2기 : 일반장애인에 대한 복지정책 실시

제2기는 장애인 일반에 대한 보호조치의 필요성이 대두되면서 장애인복지이념이 비로소 등장한 시기로, 1981년부터 1988년에 해당한다. 1981년 장애인복지에 관한 기본법으로서, 장애인을 위한 복지정책의 기틀을 마련한 「심신장애자복지법」<sup>73)</sup>이 제정되었다. 이는 UN의 ‘세계장애인의 해’ 지정 등 장애인보호에 대한 국제사회 분위기를 반영한 것으로 보인다. 이 법은 주로 권고조항과 선언적 의미의 조항이 대부분을 차지하기는 하였으나,<sup>74)</sup> 다음과 같은 점에서 그 의의를 찾을 수 있다.

첫째, 제1기의 여러 법률들에서 산발적이고 부분적으로 나열되어 있던 것들을 하나의 법률에서 종합적으로 규정하였다. 둘째, 제3조에서

---

72) Richard K. Scotch, “American Disability Policy in the Twentieth Century”, *The New Disability History: American Perspective*(2001), p. 375.

73) 이 법은 1989년에 「장애인복지법」으로 전면개정되었다.

74) 이러한 이유로 「심신장애자복지법」은 장애 당사자의 요구와 건의를 반영한 것이 아닌 일종의 ‘위로부터의 법’이며, 장식적인 법률이라는 논란이 있었다[권건보, “장애인의 기본권에 관한 연구”, 석사학위논문(서울대학교, 1999.2), 116면 참조]. 「심신장애자복지법」의 제정과정에 대한 자세한 내용은 김만두, 「사회복지법제론」(홍익재, 1991), 409-410면 참조.



“심신장애자는 개인으로서의 존엄과 가치를 가지며 이에 상당하는 처우를 보장받는다.”라고 명시함으로써, 장애인을 더 이상 시혜와 배려의 대상만이 아닌 법률상 ‘권리의 주체’로서 등장시켰다. 셋째, 제9조(재활 상담 및 입소), 제10조(보장구의 교부), 제11조(고용예의 촉진), 제12조(시설의 우선 이용), 제13조(편의시설), 제14조(부양수당지급) 등에서 알 수 있듯이, 이전의 제1기에 주를 이루었던 취업에서의 우선적 취업이나 교육비 면제 등 특정 영역에서의 시혜적인 서비스에 비해서 훨씬 다양한 생활영역에서 필요한 서비스를 받을 수 있게 하였다. 넷째, 제1조(목적)에서 “심신장애의 발생의 예방과 심신장애자의 재활 및 보호에 관하여 필요한 사항을 정함으로써 심신장애자의 복지증진에 기여함을 목적으로 한다.”라고 하여 ‘장애의 예방’ 개념이 법률상 등장하였다.

한편, 1980년에는 5년마다(2008년부터는 3년마다) 실시하기로 한 ‘장애인실태조사’가 처음 실시되었고, 1982년부터 ‘전국장애인기능경기대회’를 매년 개최하였으며, 1986년 ‘국립재활원’이 개원하였고, 1987년에는 장애인등록사업을 시작하였다. 이렇게 제2기(복지이념 등장기)에서는 앞으로의 장애인복지를 발전시켜 나아갈 기반을 마련하였다.

### 3. 제3기 : 장애인복지를 통한 장애인 사회편입 강화

제3기는 장애인복지제도의 틀이 정비되고 복지서비스 확대를 도모한 시기로, 1989년부터 1997년까지를 말한다. 1988년 서울올림픽과 함께 장애인올림픽이 서울에서 개최되면서 잠시 시들했던 장애인에 대한 관심이 다시 증대되었고, 이 시기의 장애인정책은 장애의 예방, 장애인의 자립·자활을 조성하는 과제에 초점을 맞추기 시작하였다. 이러한 장애인정책의 방향은 헌법에서 처음으로 ‘신체장애자’를 명시한 것과 관련된다. 1987년 헌법(제9차 헌법)이 비록 적극적으로 장애인의 보호를 규정하고 있지는 않지만, 헌법에 ‘신체장애자’를 등장시킴으로

써 미흡하나마 장애인도 사회구성원 중 하나임이 헌법규범적으로 인식되었다고 볼 수 있다.<sup>75)</sup>

1989년에는 장애인에 대한 다양한 복지욕구를 법제적으로 수용하기 위하여 종래의 「심신장애자복지법」이 「장애인복지법」으로 명칭을 바꾸고 전면 개정되면서, 그동안의 ‘장애자’라는 장애인에 대한 부정적 용어는 ‘장애인’으로 변경되었다. 장애인에 대한 우리 사회의 인식개선과 장애인에 대한 서비스 확대 및 경제적 지원을 실시하였던 「장애인복지법」은 이후 현재까지 장애인복지에 관해 기본법적 기능을 수행하고 있다. 1990년에는 「장애인고용촉진 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인고용법’이라 함)이 제정되었다.<sup>76)</sup> 이 시기 이전에 시행되었던 장애인에 대한 조치와는 달리, 이 법은 장애인의 고용촉진과 직업재활 및 안정을 도모하여 장애인이 자신의 능력에 적합한 직업생활을 할 수 있도록 기회를 부여해서 사회참여와 통합을 지향해야 한다는 변화의 단초가 되었다. 또한 이 법을 근거로 장애인고용촉진공단<sup>77)</sup>이 설립되어 장애인고용에 관한 채용 및 행정체계를 마련하였다. 1994년에는 「특수교육진흥법」이 개정되어 분리교육이 아닌 통합교육이 장애인교육의 원칙임을 규명하였고, 장애아동교육에 대한 국가적 책무성을 강화하여 교육을 받을 권리를 보장하고자 노력하였다.<sup>78)</sup>

이 시기의 장애인법률들은 「장애인복지법」을 중심으로 장애인 개인의 생활 및 권리 보호에 주력하였다.<sup>79)</sup> 예를 들어, 「장애인고용법」에

---

75) 다만 헌법제정권자가 사회구성원으로서 장애인을 인식하였다는 점이 보호의 대상으로서 장애인에 대한 헌법제정권자의 진지한 고려를 의미하는 것은 아니다.

76) 이 법은 2000년에 「장애인고용촉진법」으로 개칭되면서 전부 개정되었다.

77) 장애인고용촉진공단은 2010년에 ‘한국장애인고용공단’으로 그 명칭이 변경되었다.

78) 「특수교육진흥법」 제15조(통합교육), 제5조(의무교육 등)에서 유치원 교육은 무상으로 하고 초등·중등 교육은 의무교육으로 규정하고 있는 점 등에서 이를 알 수 있다.

79) 「장애인복지법」 제3조(개인의 존엄 등) ① 장애인은 개인으로서의 존엄과 가치를 존중받으며, 이에 상응하는 처우를 받는다.

② 누구든지 장애를 이유로 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어 차별을 받지 아니한다.

서는 장애인에 대한 직업지도 및 직업훈련을 실시(제7조-제11조)하도록 하였고, 국가 및 지방자치단체를 비롯한 사업주에게 장애인고용의무(제34조, 제35조)를 부과하고, 장애인고용지원금(제37조), 장애인고용부담금(제38조) 등의 제도를 실시하도록 하여 장애인이 지역사회에 편입되어 일원이 될 수 있도록 장애인의 능력을 증진시키는 데에 중점을 두었다.

#### 4. 제4기 : 자기결정권 강화를 통한 장애인평등 이념의 등장

장애인의 탈시설화와 함께 사회편입에 중점을 두었던 제3기와는 달리, 제4기에 제정된 법률들은 개별 생활에서의 장애인의 권리를 보장하는 것에 주력하였다. 우선 1998년 「한국장애인인권헌장」이 공포되었다. 이는 ‘장애인의 완전참여와 사회통합’이라는 ‘UN 아시아·태평양경제사회위원회’(United Nations Economic and social Commission for Asia and the Pacific; ESCAP)의 명제가 장애인운동에 영향을 준 결과라고 할 수 있으며, 이때부터 ‘장애인복지발전 5개년 계획’이 수립·시행되면서 장애인정책에 사회환경 개선 및 차별 철폐를 위한 움직임이 시작되었다. 그리고 이러한 움직임의 중심에는 장애인단체가 있었다. 개별 영역에서의 장애인 권리보장이라는 입법목적 가진 법률은 교육영역에서 「특수교육진흥법」이 그 시발점이 되었으나, 이 법은 그 필요성이 특수교육협회에 의해서 적극적으로 제기되었다는 점, 제정 당시에는 장애인 당사자의 의견이 수렴될 수 있는 사회적 여건이 성숙되지 않았다는 점 등을 볼 때, 정부 주도의 하향식 법률 제정이라고 평가된다.<sup>80)</sup> 그러므로 본격적으로는 1997년에 제정된 접근권 보장을

---

③ 모든 장애인에게는 국가·사회를 구성하는 일원으로서 정치·경제·사회·문화 기타 모든 분야의 활동에 참여할 기회가 보장된다.

80) 이러한 점은 1977년 「특수교육진흥법」 제정과정에서 특수교육협회의 주장을 받아들인 문교부 보통교육국에서 입안한 정부안이 국회에서 통과된 사실을 보더라도 알 수 있다(김병하, “특수교육진흥법의 제정과 개정과정: 그 역사적 함의와 쟁점”,

위한 「장애인등편의법」, 그리고 2005년에 제정된 이동권 보장을 위한 「교통약자법」이 이러한 입법목적에 부합하는 대표적인 법률이라고 할 수 있다. 이 법률들은 비록 장애인을 유일한 규율대상으로 하지는 않았지만, 장애인이 주된 권리보장의 대상이 되었다.

앞선 제3기의 법률들이 장애인 개인의 경제활동과 관련된 복지에 중점을 두었다면, 제4기의 법률들은 이제 고용 및 직업재활을 통한 경제적인 생활뿐만 아니라 사회의 구성원으로서 살아가는 데에 필요한 시설이나 정보를 이용할 수 있는 권리들의 보장에 주력하였다. 여기에는 장애인 당사자가 중심이 된 적극적인 장애인운동, 장애에 대한 의식의 변화 및 발전, 그리고 이를 뒷받침하는 이론체계의 형성, 특히 장애 모델 중 사회적 모델의 도입<sup>81)</sup> 등이 작용하였다.

그러나 장애인복지정책을 실현하기 위하여 제정된 법률들이 장애인 권리보장을 위한 헌법적 요청을 충실히 제도화하고 있지 못하다는 점이 지적되면서, ‘장애’의 개념과 더불어 ‘차별금지’의 개념이 주목을 받게 되었다. 이러한 현실을 반영하여 2001년 제정된 「국가인권위원회법」에서는 명시적으로 ‘장애를 이유로 한 차별’을 금지하는 규정을 두게 되었고, 마침내 2007년에 「장애인차별금지법」이 제정되었다.<sup>82)</sup> 실제로

---

「특수교육저널: 이론과 실천」 제6권 제1호(2005), 450면 참조. 이에 비해 1994년 「특수교육진흥법」의 전면 개정에는 장애인 당사자를 중심으로 하는 민간단체(장애우권익문제연구소)가 법률 개정의 영향력을 행사하기 시작하였다. 비록 이 민간단체에서 요구한 「장애인 교육에 관한 기본법」이 받아들여지지 않고, 정부안인 「특수교육진흥법」의 명칭이 그대로 사용되어지기는 하였으나 정부안과 야당안의 통합으로 법률 내용이 구성되었고, 2007년에는 마침내 「특수교육진흥법」이 폐지되고 「장애인특수교육법」이 제정되었다.

81) 장애연구에 있어서 사회적 모델의 기여와 한계에 대해서는 Adam M. Samaha, “What Good Is the Social Model of Disability?”, *Chicago Law Review* vol. 74(2007), pp. 1251-1253 참조; 김경미·김미옥, “한국 장애인복지학 연구동향에 관한 분석과 고찰”, 「한국사회복지학」 제58권(2006), 269면 이하 참조.

82) 「장애인차별금지법」의 제정 경과 및 내용에 대해서는 박종운, “장애인차별금지법 제정의 과제와 전망”, 「국제인권법」 제7호(2004), 51면 이하; 이승기, “장애인차별금지법의 제정과정, 쟁점, 그리고 합의”, 「사회보장연구」 제23권 제3호(2007), 229면 이하; 전광석, “장애인차별금지법의 제정방향”, 「장애와 고용」 제53권(2004), 5면 이하 참조.

「장애인차별금지법」은 그 입법목적에서 “모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다.”라고 규정하여 이 점을 분명히 제시하고 있다. 또한 장애인이 자기결정권과 선택권을 가진 존재임을 구체적으로 규정<sup>83)</sup>함으로써, 이전의 개인적 모델을 기반으로 한 급부중심의 장애인복지정책에서 사회적 모델로 진일보하였다는 평가를 받고 있다.<sup>84)</sup> 특히, 장애인은 더 이상 치료나 재활의 대상만이 아니라 자기결정권을 지닌 국가구성원으로 보아 ‘장애인의 사회참여권’을 보장한 것이라는 점을 주목해야 한다.

또한 「장애인차별금지법」은 장애인 인권의 존엄과 권리 및 장애인에 대한 차별금지에 관한 내용을 포함하고 있는 법규범으로 특히 즉각적 조치가 필요한 차별금지규정이나 자유권과 관련된 규정은 거의 「장애인권리협약」(CRPD)과 중첩되어 있거나 어느 면에서는 「장애인차별금지법」이 더욱 세부적으로 규정하고 있다. 「장애인차별금지법」은 「장애인권리협약」(CRPD)의 국내적 이행에 있어 중요한 핵심 법규범으로 그리고 「장애인권리협약」(CRPD)은 국가의 장애인 정책 전반에 걸쳐 일정한 기준을 제시하며 이를 선도하는 역할을 통해 서로 상호 보완적인 관계에 있다고 볼 수 있다.

한편 2003년 「장애인복지법」은 장애범주에 ‘호흡기, 간, 장류, 간질, 안면’ 등을 포함시켰다. 이 중 안면장애의 경우에는 생물학적 손상이 아닌 사회적 편견이 반영된 것으로, 이는 복지의 개념에도 ‘사회적’ 요인이 고려되고 있음을 알 수 있다. 이러한 점은 이 시기에 이루어졌던 장애인운동의 방향을 살펴보더라도 확인할 수 있다. 예를 들어, 2001년

83) 「장애인차별금지법」 제7조(자기결정권 및 선택권) ① 장애인은 자신의 생활 전반에 관하여 자신의 의사에 따라 스스로 선택하고 결정할 권리를 가진다.

② 장애인은 장애인 아닌 사람과 동등한 선택권을 보장받기 위하여 필요한 서비스와 정보를 제공 받을 권리를 가진다.

84) 장애의 모델에 관해서는 김도현, 「장애학 함께 읽기」(그린비, 2009), 43면 이하 참조.

이후 등장한 이동권과 활동보조 투쟁의 경우, 이전 시기의 장애인 개인의 권리 확보를 위한 노력과 함께 비장애인 중심의 사회체제에 대한 비판을 시도하였다.<sup>85)</sup>

이 시기의 장애인운동은 첫째, 장애인 당사자가 주도한 운동이라는 점, 둘째, 장애가 개인의 문제가 아닌 사회구조적 문제에서 비롯된다는 점을 사회에 알렸다는 점, 셋째, 그로부터 광범위한 연대를 이끌어냈다는 점 등에서 그 의미를 찾을 수 있다. 그리고 이러한 의미는 단절되지 않고 이후 장애인 관련 특유 법률들의 제정과정에서 전향적으로 반영되었다. 장애인이동권 투쟁 결과 2005년 「이동편의증진법」의 제정을 이끌어냈던 장애인운동은, 2007년 「장애인차별금지법」의 경우에는 법률의 제정을 촉구하는 것뿐만 아니라 법을 제정하는 과정에도 주체적으로 참여하였다.

이렇게 장애인운동이 장애인들의 권리보장에 중점을 두면서, 본격적으로 ‘장애인 기본권’이라는 용어가 사용되었고 이에 대한 인식이 확대되었다.<sup>86)</sup> 그리고 그 결과, 단순히 장애인의 특수성을 인정받는 데 그치지 않고, 비장애인이 중심이 되었던 사회의 보편성을 재구조화하려는 노력들이 나타나기 시작하였다.

## 5. 제5기 : 개별 영역에서 장애인 특유 법률 제정

제5기는 2007년 「장애인차별금지법」 제정 이후부터 현재에 이르는 시기로, 우리 사회보장영역에서 장애인정책의 이념이 반영된 장애인만을 규율대상으로 하는 특유 법률들이 제정되고 있다. 「중증장애인생산

---

85) 박현민, “한국사회 장애인운동의 역사에 관한 고찰-주체 형성과 변환을 중심으로-”, 석사학위논문(서울대학교, 2008.8), 54면 참조.

86) 장애인운동이 확산되기 전인 제3기에 ‘장애인 기본권’이란 용어가 이미 등장[우주형, “장애인 기본권의 사회법적 보장에 관한 연구”, 석사학위논문(중앙대학교, 1992.2)]했지만, 우리나라에서 ‘장애인 기본권’ 개념은 장애인운동과 더불어 보편화된 것으로 보인다.

품 우선구매 특별법」(이하 ‘중증장애인생산품법’이라 함, 2008년), 「장애인연금법」(2010년), 「장애인활동법」(2011년), 「장애아동 복지지원법」(이하 ‘장애아동복지법’이라 함, 2011년), 「장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률」(이하 ‘주거약자법’이라 함, 2012년)이 이에 해당한다.

특히 제4기의 「장애인차별금지법」 제정은 우리나라 장애인정책의 패러다임의 변화를 가져왔으며, 장애인문제를 단순히 복지적 관점뿐만 아니라 권리적 관점에서 판단할 수 있는 계기를 마련해 주었다. 이는 곧 장애인이 급부제공에 있어서 수혜자만이 아니라 권리의 주체임을 의미하는 것이다. 이렇게 장애인의 자기결정권이 강화되면서, 이제 장애인정책을 지배하는 이념은 ‘장애인복지’와 ‘장애인평등’이 되었다. 구체적으로 ‘장애인복지’를 실현하기 위해서 소득보장, 건강보장, 고용보장, 일상생활지원보장 등으로 영역이 세분화되어, 개별 영역에서 장애인의 권리를 보장하기 위한 법률들이 제정되었다. 이러한 흐름은 비장애인과 비교하여 출발선이 뒤쳐지는 현실에서, 개별적인 장애인복지 영역을 보호함으로써 장애인복지의 절대적 수준을 향상시킴과 동시에 결과적으로는 장애인의 사실적 평등을 실현하는 측면도 가져왔다. 또한 ‘장애인평등’을 실현하기 위한 목적으로 「장애인차별금지법」에서는 ‘정당한 편의제공’ 등의 적극적인 수단까지 포함시켰다. 다시 말해, 이 시기에 제정된 법률들은 장애인에 대해 개별 생활 영역에서 특별한 적극적 조치를 통해서라도 상호 보완관계에 있는 장애인복지와 장애인평등을 실현하고자 하는 입법목적 및 특징이 있다고 할 수 있다.

## 6. 정리

장애인정책은 장애인을 바라보는 패러다임의 변화<sup>87)</sup>에 따른 장애인

---

87) 이에 대한 자세한 내용은 박종윤, “NGO 장애인관련법 제·개정 운동-장애인차별금지법을 중심으로-”, 『연세대학교 법학연구원 공공거버넌스와 법센터 주최학술대회자료집』(연세대학교 법학연구원 공공거버넌스와 법센터, 2009), 39-41면 참조.

운동과 퀘를 같이 한다. 장애인은 ‘보호’의 대상에서, 훈련과 교육을 통해 ‘재활’의 대상으로, 그리고 자기결정권에 기초한 사회적 ‘편입’의 대상으로 변화하였다.

장애인법제의 경우에도 군경희생자에 한정되었던 특정한 조치들만을 규정하던 법률들에서 「심신장애자복지법」의 제정으로 장애인법제에 ‘복지’ 이념이 등장하였고, 뒤이어 「장애인복지법」, 「장애인고용법」이 제정되었다. 1990년 후반 장애인을 사회에 편입시키기 위한 장애인운동의 적극적 전개와 장애에 대한 시민의식의 발전, 그리고 이를 뒷받침하는 이론들의 등장으로, 장애인들의 자기결정권이 강화된 여러 법률들이 제정되기 시작하였다. 이 시기의 법률들은 장애인을 유일한 규율대상으로 하지는 않았지만 장애인이 주된 보호의 대상이었다. 이후, 2001년에 제정된 「국가인권위원회법」에서는 최초로 ‘장애’를 이유로 하는 차별을 금지하였으며, 2007년 「장애인차별금지법」의 제정을 시작으로 이제 장애인만을 규율대상으로 하는 특유 법률이 늘어나기 시작하였다. 이는 장애인만의 특수성을 인정하는 것은 물론, 비장애인 중심의 사회에 대한 장애인 당사자주의의 저항의 결과라고 할 수 있다.

## II. 장애인 관련 현행 법제에서의 장애 개념

2007년 「장애인차별금지법」이 제정되기 전까지는 「장애인복지법」이 장애인정책에 있어 기본법의 역할과 기능을 하였다. 실제로 「장애인복지법」에는 제4조에서 장애인의 권리를, 그리고 제8조에서 차별금지에 관해 규정하고 있고, 이와 함께 의료·교육·직업·재활에 관한 복지 규정도 포함되어 있다. 그러다 보니 「장애인복지법」은 급부법적 성격과 동시에 차별금지법적 성격을 모두 가지고 있기는 하였으나, 장애인차별금지에 관해서는 내용에서도 충실하지 못했고, 강제력 또한 확보되지 못했다. 「장애인복지법」의 무게중심은 국가의 보호의무<sup>88)</sup>에 있었다고 할 수 있다. 이런 이유로 「장애인차별금지법」이 시행되기 전의 장애인



정책은 이념적 그리고 기능적 한계를 갖는다.

「장애인차별금지법」이 제정된 현재, 장애인복지에 관해서는 「장애인복지법」이, 장애인평등에 관해서는 「장애인차별금지법」이 기본적으로 일반법으로서 기능하고, 나머지 개별 영역에서의 특유 법률들은 특별법에 해당한다고 볼 수 있다.<sup>89)</sup> 장애인법제는 그 자체가 목적이 아니라 해당 입법목적이 실현되어 적극적으로 현실이 변화되어야 한다. 그런데 장애인은 생활의 총체적인 보호를 필요로 한다는 특성을 가지고 있다. 따라서 「장애인복지법」이나 「장애인차별금지법」뿐만 아니라 현재 장애인의 권리보장을 위해 제정된 법률들이 이러한 총체적인 보호의 기능을 수행하고 있는지, 입법 목적에 적합하게 장애(인) 개념이 정의되어 있는지에 대한 검토가 필요하다. 또한 장애인정책의 헌법적 기초와 국가의 과제를 모색하기 위해서라도 현재 시행되고 있는 장애인정책에 대한 숙지는 필요하다.

현행 장애인법제는 장애인만을 규율대상으로 하는 특유 법률과 장애인만을 규율대상으로 하지는 않지만 규율대상에 장애인이 포함되는 일반 법률로 구성된다. 이를 앞에서 정립된 장애인정책의 이념에 따라 ‘장애인복지’를 주된 이념으로 하는 복지법제와 ‘장애인평등’을 주된 이념으로 하는 차별금지법제<sup>90)</sup>로 분류해 보면, 복지법제에는 「장애인복지법」, 「중증장애인생산물법」, 「장애인고용법」, 「장애인기업활동 촉진

---

88) 국가의 보호의무를 ‘급부의무’라고 하는 견해도 있으나, 장애인이 비장애인과 마찬가지로 사회구성원의 일원으로 생활할 수 있게 환경을 조성해야 하는 국가의 의무는 기본권보호의무에 해당하며, ‘급부의무’라고 할 경우 ‘급부영역’에 국한된다는 오해의 여지도 있으므로 여기에서는 ‘보호의무’로 지칭하기로 한다.

89) 이때 일반법은 법의 효력이 특별한 제한 없이 일반적으로 적용되는 법을 말하고, 특별법은 일정한 장소·사항·사람 등에 국한하여 적용되는 법을 말한다. 같은 견해로는 박병식 외 3인, 「장애인관련 법체계 정비방안 연구」(보건복지가족부·한국정책기획평가원, 2008), 145면 이하 참조.

90) 장애인정책에서의 차별금지라는 주어진 상황에 대한 차별금지뿐만 아니라 자유의 조건을 현실적으로 평등하게 조성하고자 하는 국가의 과제를 포함한다. 그러나 이러한 국가의 과제가 헌법 제11조 평등의 요청에 의한다고는 할 수 없다. 그보다는 헌법 제34조의 인간다운 생활을 할 권리가 헌법 제11조의 평등의 이념과의 관계 속에서 이에 대한 요청을 포함하고 있다고 보아야 할 것이다.

법』(이하 ‘장애인기업법’이라 함), 「장애아동복지법」, 「장애인연금법」, 「장애인활동법」, 「주거약자법」, 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」(이하 ‘발달장애인법’이라 함), 「장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률」(이하 ‘장애인보조기기법’이라 함), 「장애인 건강권 및 의료접근성 보장에 관한 법률」(이하 ‘장애인건강권법’이라 함), 「국민연금법」, 「산업재해보상보험법」, 「국민기초생활보장법」 등이 포함되며, 차별금지법제에는 「장애인차별금지법」, 「장애인 등에 대한 특수교육법」(이하 ‘장애인특수교육법’이라 함), 「장애인등편의법」, 「교통약자법」 등이 포함된다.

아래에서는 장애인정책의 이념에 따라 현행 장애인법제의 입법 목적과 장애 개념에 대해 알아보기로 한다.<sup>91)</sup>

## 1. 장애인복지

### (1) 「장애인복지법」

「장애인복지법」은 장애인의 인간다운 삶과 권리보장을 위한 국가와 지방자치단체 등의 책임을 명백히 하고, 장애발생 예방과 장애인의 의료·교육·직업재활·생활환경개선 등에 관한 사업을 정하여 장애인복지 대책을 종합적으로 추진하며, 장애인의 자립생활·보호 및 수당지급 등에 관하여 필요한 사항을 정하여 장애인의 생활안정에 기여하는 등 장애인의 복지와 사회활동 참여증진을 통하여 사회통합에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 이 법에서는 “장애인”을 “신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자”로 규정하고(제2조 제1항), 이 법을 적용받는 장애인은 제1항에 따른 장애인 중 “신체적 장애”란 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등(제1호)에, “정신적 장애”란 발달장애 또는 정신질환으로 발생

91) 목차에서의 법률 제명은 이해의 편의를 돕고자 앞서 언급된 법률이라도 약칭을 사용하지 않았다.

하는 장애 등(제2호)에 해당하는 장애가 있는 자로서 대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자를 말한다(동조 제2항). 이때 ‘대통령령으로 정하는 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자’에 대해서는 「장애인복지법 시행령」 제2조(장애의 종류 및 기준) 관련 별표 1에서 장애인정 범주 및 15개의 장애유형[지체장애인(地體障礙人), 뇌병변장애인(腦病變障礙人), 시각장애인(視覺障礙人), 청각장애인(聽覺障礙人), 언어장애인(言語障礙人), 지적장애인(知的障礙人), 자폐성장애인(自閉性障礙人), 정신장애인(精神障礙人), 신장장애인(腎臟障礙人), 심장장애인(心臟障礙人), 호흡기장애인(呼吸器障礙人), 간장애인(肝障礙人), 안면장애인(顔面障礙人), 장루·요루장애인(腸瘻·尿瘻障礙人), 뇌전증장애인(雷電症障礙人)]을 함께 규정하고 있다.

이렇게 15개의 유형에 대해 장애로 규정하고 있는 우리나라 「장애인복지법」은 일상생활과 사회생활에 제약을 받는 신체·정신적 상태에 대해 포괄적으로 그 정도에 따라 장애등급을 판정받는 체계라기보다 외부 신체 및 내부 장기와 정신상의 기능장애 상태를 열거하여 열거된 항목에 해당할 때에 장애로 인정하는 체계라고 할 수 있다.

「장애인복지법」상의 장애 인정 범주의 변천 과정은 크게 3단계로 구분된다. 우선, 1단계(1981년-1999년)에서는 5개 유형에 대해 장애로 인정하였다. 1981년 제정된 「심신장애자복지법」은 “지체부자유, 시각장애, 청각장애, 음성·언어기능장애 또는 정신박약 등 정신적 결함”을 “심신장애”로 규정하였다. 이후 1989년 동법을 「장애인복지법」으로 전면 개정하였으나, 장애 인정 범주는 종전과 같이 5개의 유형을 유지하면서 “지체장애, 시각장애, 청각장애, 언어장애 또는 정신신체 등 정신적 결함”을 ‘장애’로 명칭을 개정하였다. 다음으로, 2단계(2000년-2003년 6월)에서는 2000년 1월 1일부터 장애유형이 10개로 확대되었다. 뇌병변장애와 자폐성장애를 각각 지체장애와 지적장애에서 분리하여 별도의 장애유형으로 신설하였고, 정신장애, 신장장애, 심장장애를 신설하였다. 마지막으로, 3단계는(2003년 7월-현재)에서는 호흡기장애, 간

장애, 안면장애, 장루·요루장애, 간질장애가 신설되어 지금과 같이 15개 유형이 되었다. 이렇게 현행법은 구법에 비하여 장애인 종류가 확대되었지만, 모든 장애의 유형을 포괄하는 것이 아니고, 「장애인복지법」상의 장애 유형에 포함되지 않는 장애 유형도 존재할 수 있다. 예컨대, 노인성 치매나 혈액·내분비계 질환, 암, 섭취의 문제 등 소화기 계통의 문제와 기질성 정신장애 등은 장애 유형에 포함되지 못하고 있다.

이러한 점에서 「장애인복지법」의 적용을 받는 장애인이 될 수 있는 장애의 종류를 규정하고 있는 동법 시행령 조항을 그 조항에 규정된 장애에 한하여 법적 보호를 부여하겠다는 취지의 한정적 열거가 아닌, 위임조항의 취지에 따라 모법의 장애인에 관한 정의규정에 최대한 부합하도록 가능한 범위 내에서 15가지 종류의 장애인을 규정한 것으로 판단하여, 뚜렛증후군을 가진 사람의 장애인등록신청거부는 부당하다는 최근 대법원 판결<sup>92)</sup>을 주목할 만하다.

## (2) 「장애인고용촉진 및 직업재활법」

1990년 제정된 「장애인고용법」은 장애인이 그 능력에 맞는 직업생활을 통하여 인간다운 생활을 할 수 있도록 장애인의 고용촉진 및 직업재활을 꾀하는 것을 목적으로 제정되었다(제1조). 고용은 일반적으로 개인에게 가장 중요한 생활의 경제적 기초이며, 또 고용을 통해서 장애인은 사회에 편입되어 ‘단순한 순종적 보호객체’가 아니라 ‘능동적 사회형성의 주체’로서 자긍심을 갖고 인격을 실현하고 개성을 신장할 수 있기 때문에 장애의 사회참여에 가장 중요하고 유효한 수단이라고 할 수 있다.<sup>93)</sup> 이 법의 적용을 받는 ‘장애인’이란 신체 또는 정신상의 장애로 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 사람으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 사람을 말하며(제2조 제1호), 이

92) 대법원 2019.10.31. 2016두50907 판결 참조.

93) 윤수정, 앞의 논문(주3), 69면 참조. 이 점은 우리 헌법재판소 역시 강조하고 있다. 예컨대 현재 1998.7.16. 96헌마246, 판례집 10-2, 308면 이하 참조.

때 ‘대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 사람’이란 「장애인복지법 시행령」 제2조에 따른 장애인 기준에 해당하는 자(「장애인고용법 시행령」 제3조 제1호)와 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행령」 제14조 제3항(「보훈보상대상자 지원에 관한 법률 시행령」 제8조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 상이등급 기준에 해당하는 자를 의미한다(동조 제2호).

또한 이 법에서는 장애인의무고용 인원 산정에 있어 중증장애인을 고용하는 경우 그 인원의 2배에 해당하는 장애인을 고용한 것으로 본다는 특례<sup>94)</sup>를 규정하고 있는데, 이때 “중증장애인”은 장애인 중 근로능력이 현저하게 상실된 사람으로서, 「장애인복지법 시행령」 제2조 및 별표 1에 따른 사람 중 고용노동부령<sup>95)</sup>으로 정하는 기준에 해당하는 사람(동법 시행령 제4조 제1호), 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 시행령」 제14조 제3항(「보훈보상대상자 지원에 관한 법률 시행령」 제8조에 따라 준용되는 경우를 포함한다)에 따른 상이등급에 해당하는 사람 중 3급 이상의 상이등급에 해당하는 사람(동법 시행령 동조 제3호)을 말한다.

그러나 이 법의 기준이 장애인의 개념·종류·범주에 관하여, 「장애인복지법」, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 등 복수의 개별법들의 기준을 포괄하고 있기 때문에 장애인 기준이 단일화되지 못하고 있는 점이 문제로 지적되기도 한다.<sup>96)</sup> 또 다른 한편으로는 중증장애인의 기준이 형식적으로 확일적으로 규정되어 실질적으로 직업적 중증장애인에 해당하는 장애 유형들을 모두 포함하지 않을 수 있다는 점도 문제라 할 수 있다. 다시 말해, 현행법의 중증장애인 기준은 의학적 판단에 기초하고 있기 때문에 직업 능력의 제한이라는 관점에서 판단하는 직업적 중증 장애와는 일치하지 않을 수 있다.<sup>97)</sup> 특히 요즘

---

94) 「장애인고용법」 제28조의3 참조.

95) 「장애인고용촉진 및 직업재활법 시행규칙」 별표 1 참조.

96) 우주형, “현행 법제상 직업적 중증장애인의 개념 및 범주에 관한 고찰”, 「중앙법학」 제6집 제3호(2004), 23면 참조.

과 같이 재활보조공학과 기술이 발달한 업무 환경을 고려하면, 중한 장애에 해당한다고 할지라도 직업적 장애에는 해당하지 않을 수 있다. 이와는 반대로, 간질장애와 같이 예측할 수 없는 상황에서 갑자기 증상이 발생하고 혹은 빈번히 발생할 경우 외상이나 사회의 위험이 상존한다는 점에 비추어 본다면, 직업적 관점에서는 중증 장애로 볼 수도 있다.

### (3) 「장애인기업활동 촉진법」

2005년 제정된 「장애인기업법」은 장애인의 창업과 기업활동을 적극적으로 촉진하여 장애인의 경제적·사회적 지위를 높이고 경제력 향상에도 포함으로써 국민경제 발전에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조).

장애인의 자영업 창업은 오랫동안 정규적인 취업의 형태로 인정되지 않아서 그 필요성에도 불구하고 정책적인 지원대상에 포함되지 않다가, 2000년 「장애인고용법」 개정을 통해 자영업 창업지원을 위한 제도가 도입되었고, 이를 위해 2005년 「장애인기업법」이 제정되었다.<sup>98)</sup>

이 법에서의 “장애인”이란 「장애인복지법」 제32조에 따른 장애인등록증을 발급받은 사람, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제6조의4에 따른 상이등급 중 어느 하나에 해당한다는 판정을 받은 사람을 말한다(제2조 제1호). 또한 “장애인기업”이란 장애인이 소유하거나 경영하는 기업으로서 대통령령으로 정하는 기준에 해당하는 기업, 해당 기업에 고용된 상시근로자 총수 중 장애인의 비율(이하 ‘장애인고용비율’이라 함)이 100분의 30 이상으로서 대통령령으로 정하는 비율 이상인 기업(다만, 「중소기업기본법」 제2조 제2항에 따른 소기업에 대하여는 장애인고용비율을 적용하지 아니한다)을 말하며(제2조 제2호), “장애경제인”이란 장애인기업의 대표자와 임원으로서 그 기업의

97) Leonard N. Matheson, “Disability Methodology Redesign: Considerations for a New Approach to Disability Determination”, *Journal of Occupational Rehabilitation* volume 11(2001), pp.136-137.

98) 윤수정, 앞의 논문(주3), 74면 참조.

최고의사 결정에 참여하는 장애인을 말한다(동조 제3호).

(4) 「중증장애인생산품 우선구매 특별법」

2008년 제정된 「중증장애인생산품법」은 경쟁고용이 어려운 중증장애인들을 고용하는 직업재활시설 등의 생산품에 대한 우선구매를 지원함으로써 중증장애인의 직업재활을 돕고 국민경제발전에 기여함을 목적(제1조)으로, 2008년에 제정되었다. 이 법에서의 “중증장애인”이란 주요 일상생활 활동을 현저히 제한하는 신체적 또는 정신적 손상으로 인하여 장기간에 걸쳐 직업생활에 상당한 제약을 받는 자로서 「장애인복지법」 제2조 제2항에 따른 장애의 종류 및 기준에 해당하는 자 중 보건복지부령으로 정하는 자를 말하며(제2조 제1항), 이때 보건복지부령으로 정하는 자는 「장애인복지법 시행규칙」 별표 1에 따른 장애의 정도가 심한 장애인을 말한다(「중증장애인생산품법 시행규칙」 제1조의2).

(5) 「장애인연금법」

2010년 제정된 「장애인연금법」은 장애로 인하여 생활이 어려운 중증장애인에게 장애인연금을 지급함으로써 중증장애인의 생활 안정 지원과 복지 증진 및 사회통합을 도모하는 데 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 이 법에서의 “중증장애인”이란 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록된 장애인 중 근로능력이 상실되거나 현저하게 감소되는 등 장애 정도가 중증인 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람을 말하며(제2조 제1호), 이때 ‘대통령령으로 정하는 사람’이란 「장애인복지법 시행령」 제2조 제2항에 따른 장애의 정도가 심한 장애인으로서 보건복지부장관이 정하여 고시하는 요건을 갖춘 사람을 의미한다(동법 시행령 제2조).

장애인급여는 장애로 인한 소득상실이나 노동능력의 상실분을 현금으로 제공해 주는 직접적인 장애인소득보장제도로 ‘기초급여’와 ‘부가

급여'로 구분된다. '기초급여'는 근로능력의상실 또는 현저한 감소로 인하여 줄어드는 소득을 보전해 주기 위해서 지급하는 급여이며, '부가급여'는 장애로 인하여 추가로 드는 비용의 전부 또는 일부를 보전해 주기 위하여 지급하는 급여를 말한다.<sup>99)</sup>

(6) 「장애인활동 지원에 관한 법률」

2011년 제정된 「장애인활동법」은 신체적·정신적 장애 등의 사유로 혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 장애인에게 제공하는 활동지원급여 등에 관한 사항을 규정하여 장애인의 자립생활을 지원하고 그 가족의 부담을 줄임으로써 장애인의 삶의 질을 높이는 것을 목적(제1조)으로 2011년 제정되었다. 이 법에서의 “장애인”이란 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인을 말하며(제2조 제1호), 이들에게 제공되는 “활동지원급여”란 수급자에게 제공되는 제16조 제1항에 따른 활동보조, 방문목욕, 방문간호 등의 서비스를 말한다(동조 제2호).

이 법에 의한 장애인활동지원제도는 장애인의 일상활동을 유급보조원을 통하여 지원하는 서비스로, 장애인의 자립생활지원을 목적으로 하며, 이 법에서의 활동지원급여를 신청할 수 있는 사람은 혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 장애인(제1호)으로 노인장기요양보험법 제2조 제1호에 따른 노인 등이 아닌 사람으로 대통령령으로 정하는 연령, 즉 6세 이상인 사람(제2호)으로 활동지원급여와 비슷한 다른 급여 등을 받지 않는 사람(제3호)이다. 아울러 이 법에 따른 수급자였다가 65세 이후에 노인장기요양보험법에 따른 장기요양급여를 받지 못하게 된 사람도 이에 포함될 수 있다. 그러므로 이 법에 따른 장애인활동지원제도는 노인장기요양보험제도에 상응하는 제도라고 할 수 있으며, 이 두 제도는 일상생활이 어려운 장애인과 노인을 위한 공적(公的) 돌봄체계라는 유사한 성격이 있다. 이러한 이유로 두 제도는 장애인의 특성과 노인의 특성에 따라 각각 제도를 운용하는 것으로

---

99) 「장애인연금법」 제5조 참조.



설계되었으나, 현재 이러한 특성이 고려되지 않은 채 만 65세 이상의 장애인노인은 본인의 의지나 욕구에 상관없이 장애인활동지원제도 이용 대상에서 노인장기요양보험 이용대상으로 전환되고 있는 것이 현실이다.<sup>100)</sup> 이에 국가인권위원회는 “만 65세가 되면 방문 요양 서비스로 변경돼 지원 시간이 급격하게 줄어드는 것은 국가가 장애 노인에 대한 책임을 포기하는 것”이라며 국회의장에게 「장애인활동법」과 「노인장기요양보험법」 등을 개정하는 것이 바람직하다는 의견으로 개정을 권고하였으며, 이와 관련된 「장애인활동법」 제5조 제2호 본문에 대해서는 광주지방법원(2017년 7월 18일)과 창원지방법원(2019년 9월 27일)이 헌법재판소에 위헌법률심판을 제청하였고, 헌법재판소는 이를 접수하여 현재 심리 중(2017헌가22 및 2019헌가8)이다.<sup>101)</sup>

현재 「장애인활동법」상 지원제도로는 ‘활동보조’, ‘방문목욕’, ‘방문간호’, ‘그 밖의 활동지원급여’ 등의 급여가 시행되고 있다(제16조). 첫째, ‘활동보조’는 활동지원사<sup>102)</sup>가 수급자의 가정 등을 방문하여 신체활동, 가사활동 및 이동보조를 지원하는 활동지원급여를 말한다. 둘째, ‘방문목욕’은 활동지원인력이 목욕설비를 갖춘 장비를 이용하여 수급자의 가정 등을 방문하여 목욕을 제공하는 것이다. 셋째, ‘방문간호’는 활동지원인력인 간호사 등이 의사, 한의사 또는 치과의사의 지시서에 따라 수급자의 가정 등을 방문하여 간호, 진료의 보조, 요양에 관한 상담 또는 구강위생 등을 제공하는 것을 말한다. 넷째, ‘그 밖의 활동지원급여’는 야간보호 등 대통령령으로 정하는 활동지원급여를 말한다.

#### (7) 「장애아동 복지지원법」

2011년 제정된 「장애아동복지법」은 국가와 지방자치단체가 장애아

100) 이에 관한 자세한 내용은 김세진, “장애노인 돌봄의 정책도출: 노인장기요양보험 제도와 장애인활동지원제도의 관계를 중심으로”, 『보건복지포럼』 제250권 제1호 (2017), 70-71면 참조.

101) 헌법재판소 2020년 6월 11일 공개변론 안내 보도자료(2020.6.8.) 참조.

102) 「장애인활동법」 제27조 참조.

동의 특별한 복지적 욕구에 적합한 지원을 통합적으로 제공함으로써 장애아동이 안정된 가정생활 속에서 건강하게 성장하고 사회에 활발하게 참여할 수 있도록 하며, 장애아동 가족의 부담을 줄이는 데에 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 이 법에서의 “장애아동”이란 18세 미만의 사람 중 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록한 장애인을 말한다. 다만, 6세 미만의 아동으로서 장애가 있다고 보건복지부장관이 별도로 인정하는 사람을 포함한다(제2조 제1호).

이 법에서는 장애아동을 위한 모든 활동에 있어 장애아동의 이익이 최우선적으로 고려되어야 하며, 장애아동은 자신에게 영향을 미치는 모든 활동에 대하여 자신의 견해를 자유로이 표현할 권리를 최대한 보장받아야 한다는 기본이념(제3조)을 규정하고, 제4조에서 장애아동의 권리를 별도로 규정하고 있다. 또한 시장·군수·구청장으로 하여금 장애아동에게 적합한 복지지원을 제공하기 위하여 개인별지원계획을 수립할 수 있도록 하고 있으며, 의료비지원(제19조), 보조기구지원(제20조), 발달재활서비스지원(제21조), 보육지원(제22조), 가족지원(제23조), 돌봄 및 일시적 휴식지원서비스지원(제24조), 지역사회 전환 서비스지원(제25조), 문화·예술 등 복지지원(제26조) 등의 구체적인 지원내용을 규정하고 있다.

#### (8) 「장애인·고령자 등 주거약자 지원에 관한 법률」

2012년 제정된 「주거약자법」은 장애인·고령자 등 주거약자의 안전하고 편리한 주거생활을 지원하기 위하여 필요한 사항을 정함으로써 주거약자의 주거안정과 주거수준 향상에 이바지함을 목적으로 제정되었으며(제1조), 이 법의 적용을 받는 주거약자란 65세 이상인 사람, 「장애인복지법」 제2조 제2항에 해당하는 장애인, 그 밖에 대통령령으로 정하는 사람을 말한다(제2조 제1호).

이 법에 따르면, 국가 및 지방자치단체는 주거약자의 주거안정과 주거수준 향상을 위하여 주거지원계획을 수립하고(제5조), 국토부장관

또는 시·도지사는 주거약자의 주거환경에 관한 사항(제7조 제1항 제1호), 주거약자가 있는 가구의 특성에 관한 사항(동조 동항 제2호), 그 밖에 주거약자의 주거실태 파악을 위하여 대통령령으로 정하는 사항(동조 동항 제3호)에 대해 주거실태조사를 실시할 수 있도록 하고 있다.

(9) 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」

2015년 제정된 「발달장애인법」은 발달장애인의 의사를 최대한 존중하여 그들의 생애주기에 따른 특성 및 복지 욕구에 적합한 지원과 권리옹호 등이 체계적이고 효과적으로 제공될 수 있도록 필요한 사항을 규정함으로써 발달장애인의 사회참여를 촉진하고, 권리를 보호하며, 인간다운 삶을 영위하는 데 이바지함을 목적으로 제정되었다(제1조). 이 법에서의 “발달장애인”이란 「장애인복지법」 제2조 제1항의 장애인으로서, 지적장애인(정신 발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하여 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 사람), 자폐성장애인(소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람), 그 밖에 통상적인 발달이 나타나지 아니하거나 크게 지연되어 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람을 말한다(제2조 제1호).

이 법에서는 제3조에서 발달장애인의 자신의 신체와 재산에 관한 사항에 대하여 스스로 판단하고 결정할 권리(제1항), 자신에게 법률적·사실적인 영향을 미치는 사안에 대하여 스스로 이해하여 자신의 자유로운 의사를 표현할 수 있도록 필요한 도움을 받을 권리(제2항), 자신과 관련된 정책의 결정과정에서 자기의 견해와 의사를 표현할 권리(제3항)를 명시적으로 규정하고 있으며, 이를 보장하기 위한 구체적인 제도로 성년후견제 이용지원(제9조), 의사소통지원(제10조), 자조단체의 결성 지원(제11조), 형사·사법 절차상 권리보장(제12조), 발달장애인에

대한 전담조사제(제13조)등을 두고 있다.

아울러 국가 및 지방자치단체는 발달장애인이 자신의 장애에도 불구하고 잠재적인 능력을 최대한 계발할 수 있도록 적절한 재활치료와 발달재활서비스 등을 제공하도록 노력할 의무(제24조) 및 직업생활을 영위할 수 있도록 필요한 조치를 강구할 의무(제25조), 발달장애인에게 평생교육의 기회가 충분히 부여될 수 있도록 이를 위한 기관 및 교육과정을 적절하게 운용하도록 조치할 의무(제26조)를 부과하고 있다. 또한 국가와 지방자치단체는 발달장애인이 영화, 전시관, 박물관 및 국가·지방자치단체 등이 개최하는 각종 행사 등을 관람·참여·향유할 수 있도록 발달장애인을 지원할 수 있고(제27조), 발달장애인의 가족 및 보호자 지원제도(제30조, 제31조, 제32조) 또한 규정하고 있다.

(10) 「장애인·노인 등을 위한 보조기기 지원 및 활용촉진에 관한 법률」

2016년 제정된 「장애인보조기기법」은 장애인·노인 등을 위한 보조기기의 지원과 활용촉진에 관한 사항을 규정함으로써 보조기기 서비스를 효율적으로 제공하여 장애인·노인 등의 활동의 제약을 최소화하고, 삶의 질 향상에 이바지하는 것을 목적으로 제정되었다(제1조). 이 법에서의 “장애인 등”이란 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인, 「노인장기요양보험법」 제2조 제1호에 따른 노인 등, 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률」 제4조에 따른 국가유공자 등(제2조 제1호)을 말하며, “보조기기”란 장애인등의 신체적·정신적 기능을 향상·보완하고 일상 활동의 편의를 돕기 위하여 사용하는 각종 기계·기구·장비로서 보건복지부령으로 정하는 것을(동조 제2호), “보조기기 서비스”란 장애인등이 보조기기를 확보하고 효율적으로 활용할 수 있도록 제공되는 일련의 지원을 말한다(동조 제3호).

(11) 「장애인 건강권 및 의료접근성 보장에 관한 법률」

2017년 제정된 「장애인건강권법」은 장애인의 건강권 보장을 위한

지원, 장애인 보건관리 체계 확립 및 의료접근성 보장에 관한 사항을 규정하여 장애인의 건강증진에 이바지하는 것을 목적으로(제1조) 하며, 이 법에서의 “장애인”이란 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인을 말한다(제3조 제1호).

## (12) 정리

앞서 검토한 바와 같이, 장애인복지 영역에서의 법률들은 각 법률의 규율대상인 장애인을 정의함에 있어, 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인으로 규정하고 있다. 장애의 정의는 사회정책과 밀접하게 연관되어 있기 때문에 장애의 기준이나 개념 역시 다양한 정책적 목표를 충실하게 반영하여야 함에도 불구하고, 현행 「장애인복지법」에 의한 장애인 기준은 의학적 관점에서 장애를 정의하여 장애를 개인의 본질적 특성으로 이해했다는 점뿐만 아니라 거의 모든 정책에 동일하게 적용되는 획일적 기준이라는 점이 문제점으로 이해된다. 이러한 문제의식 하에 WHO에서 2001년 제안한 ICF는 그 동안 통용되던 ICIDH와는 달리, 신체 기능 및 구조, 활동, 참여라는 세 가지 측면에서 장애를 정의하고 있지만, 이 부분이 국내 관련 법제에서는 제대로 반영되지 못하고 있다.

## 2. 장애인차별금지

### (1) 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」

「장애인차별금지법」은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로(제1조), 2007년 제정되었다. 이 법에서 금지하는 차별행위의 사유가 되는 장애라 함은 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에

상당한 제약을 초래하는 상태를 말하며(제2조 제1항), 이러한 장애가 있는 사람이 장애인이 된다(동조 제2항).

『장애인차별금지법』에서의 ‘장애’에 대한 개념 정의, 즉 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태”에 해당하기 위해서는 (1) 신체적·정신적 손상 또는 기능상실, (2) 장기간, (3) 개인의 일상 또는 사회생활 제약 초래, (4) 상당한 제약 등과 같은 요건들을 충족하여야 한다. 그런데 이러한 요건들이 추상적이고 불확정적으로 구성되어 있어, 구체적인 해석 및 적용에 있어 ‘손상’이나 ‘기능상실’이 무엇을 의미하는지, ‘개인의 일상 또는 사회생활’의 범주를 어떻게 볼 것인지, ‘장기간’ 및 ‘상당한 제약’의 의미를 어떻게 이해할 것인지, 아울러 장애의 개념과 관련하여 어떠한 비중으로 작용하는지 등이 논란이 될 수 있다.<sup>103)</sup>

또한 현재의 정의는 “신체적·정신적 손상 또는 기능상실”이라는 의학적 관점에서 개인적 모델을 바탕으로 하고 있기 때문에 다음과 같은 문제점을 갖는다. 첫째, 장애 정의가 장애를 이유로 하는 ‘차별행위’보다 개인의 ‘상태’에 초점을 두고 있기 때문에 이 법의 보호를 받기 위해서는 가장 먼저 이 법에서 규정하고 있는 ‘차별’을 주장하는 자가 자신의 신체적·정신적 상황으로부터 발생하는 모든 손상 또는 기능상실이 법의 적용대상이 ‘장애’에 해당한다는 것을 입증해야 한다.<sup>104)</sup> 그 결과, 예컨대 어떤 사람이 고용 영역에서 불리한 처우를 받고 이를 장애를 원인으로 하는 차별이라고 주장하는 경우, 『장애인차별금지법』의 적용을 받고자 자신에게 ‘상당한 제약’이 있음을 입증하게 되면 불리한 처우를 받은 것을 ‘차별’로 규정하기 어렵게 되고, 손상이 있더라도 차

---

103) 조임영, “『장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』의 ‘장애’의 정의에 대한 해석론 연구-비교법적 분석·검토를 통한 논증적 접근을 중심으로-”, 『노동법논총』 제37집(2016), 352면 참조.

104) 같은 견해로는 조임영, “『장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』의 ‘장애’의 정의에 대한 입법론 연구-비교법적 분석·검토를 통한 논증적 접근을 중심으로-”, 『노동법논총』 제44집(2018), 37-38면 참조.

별을 받아야 할 정도로 제약이 있는 것은 아님을 입증하게 되면, 법규 정상의 ‘장애인’의 개념에 포섭되지 못하여 법의 적용을 받지 못하는 모순이 발생할 수도 있다.<sup>105)</sup> 더구나 이러한 장애 정의는 입법목적이 다른 「장애인복지법」 제2조 제1항에서의 “장애인”이란 신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자”와 별반 다르지 않다.<sup>106)</sup>

그러므로 이러한 정의는 ‘장애’를 이유로 모든 생활 영역에서 차별을 금지하고자 하는 「장애인차별금지법」의 입법목적에 비추어 볼 때 타당하지 못하다. 또한, 「장애인차별금지법」을 시행하고 있는 다른 국가들의 장애 개념<sup>107)</sup>에 과거장애나 간주장애가 포함되는 것과는 달리,

---

105) 이를 두고 사회적 모델을 관철시키려 한 의도가 오히려 이런 부작용을 낳았다고 지적하기도 한다[남찬섭, “사회적 모델의 실현을 위한 장애정의 고찰 : 현행 장애인차별금지법의 장애정의 수정을 위하여”, 『한국사회복지학』 제61권 제2호(2009), 172-173면 참조]. 이에 대해 법 제정 이후의 장애인차별 관련 진정에서 장애 인정 여부가 사유가 된 예는 한 건도 발견되지 않는다고 하여 전혀 문제되지 않는다는 견해[조형석, “장애인차별금지법 시행 이후 진정사건 접수 및 처리 현황”, 장애인차별금지법 시행 1주년 기념토론회 자료집(2009) 참조]도 있다. 그러나 그 이유는 국가인권위원회 진정은 현실적으로 장애인복지법에 의해 등록된 장애인의 범위 내에서 이루어지고 있는 상황이어서 그렇지 장애의 개념에 대한 다툼은 아니라고 생각된다.

106) 윤수정, “장애의 개념에 대한 헌법적 고찰- 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」의 장애의 개념에 대한 논의를 중심으로 -”, 『공법학연구』 제21권 제3호(2020), 177면 참조.

107) 영국은 “실제적이고 장기적으로 개인의 일상적인 활동을 수행하는 능력을 방해하는 효과를 가져 오는 신체적 혹은 정신적 손상”으로 정의하고 있다. 다만, 예외적으로 법이 정의하고 있는 장애가 현재는 없지만 과거에 갖고 있었던 자의 경우 고용차별과 관련해서는 이 법의 적용대상이 된다. 미국은 “주요한 생활상의 행동을 실질적으로 제한하는 신체적 또는 정신적 손상, 그러한 손상의 기록, 또는 그러한 손상이 있다고 여겨지는 것”으로 정의하고 있다. 이러한 장애 개념은 의학적 모델에 기초한 협소한 정의에 기반을 둔 것이 아니다. 캐나다의 경우는 “장애, 신체장애라 함은 이전의 또는 현재의 정신적 및 육체적 장애를 의미하며, 이는 손상된 외모나 마약 또는 알코올 중독도 포함된다.”라고 정의하고 있다. 호주는 “신체나 정신적 기능의 전체 또는 일부 상실, 신체의 한 부분의 전체 또는 일부 상실, 신체에 장애나 질병을 일으키는 기관 존재, 신체에 장애나 질병을 일으킬 수 있는 기관의 존재, 신체의 일부분의 기능장애나 용모 손상, 학습 장애나 그러한 결과를 초래하는 기능장애, 사고 과정, 현실인식, 감정 판단에 영

우리의 경우에는 법 제6조(차별금지)에서 “누구든지 장애 또는 과거의 장애경력 또는 장애가 있다고 추측됨을 이유로 차별을 하여서는 아니 된다”라고 하여 변형된 형태의 차별금지조항만을 두고 있을 뿐이다. 판단기준 역시 ‘신체적·정신적 손상 또는 기능 상실’로 규정하여 ‘사회적 환경’은 포함되지 않아 상대적으로 협소하게 ‘장애’를 인정하고 있다. 특히 이 법과 함께 장애로 인한 차별금지를 명문화하고 있는 2001년 제정된 「국가인권위원회법」에서는 장애를 “신체적·정신적·사회적 요인에 의하여 장기간에 걸쳐 일상생활 또는 사회생활에 상당한 제약을 받은 상태”로 정의하면서,<sup>108)</sup> 장애가 생물학적 또는 의학적 요인에 의해서만이 아니라 ‘사회적 요인’ 즉 사회적 장벽, 비장애인의 인식과 태도, 문화적 차이 등 사회적 요인에 의해서도 발생할 수 있다는 점을 인식한 입법태도와 비교해 보더라도, 현재 이 법에서의 장애 개념은 제한적이어서, 이를 확대하는 방향으로의 개정이 필요하다고 생각된다.<sup>109)</sup>

## (2) 「장애인 등에 대한 특수교육법」

1997년 제정된 「특수교육진흥법」은 1994년 전부 개정된 이후에도 총 9차례 개정되었으나, 특수교육 현장의 전문가, 학생 그리고 해당 학생의 부모들로부터 그 입법목적에 제대로 부응하지 못하고 있으며 법적 실효성이 없다는 등의 많은 비판을 받아왔다.<sup>110)</sup> 이러한 이유로 또 다시 전면 개정논의가 이루어지면서, 2007년 5월에 「장애인특수교육법」이 제정되었다. 이 법 제1조에 따르면, 이 법은 「교육기본법」 제18조에 따라 국가 및 지방자치단체가 장애인 및 특별한 교육적 요구가 있는

---

향을 주거나 결함이 있는 행동을 야기 시키는 장애나 질병”으로 규정하고 있다 [정연순, “장애인차별금지법의 제정 의의와 주요내용”, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 설명회 자료집」(2008), 9면 참조].

108) 「국가인권위원회법」 제2조 제1항 제4호 참조.

109) 윤수정, 앞의 논문(주106), 178면 참조.

110) 이러한 비판에 대한 자세한 내용은 김민태·윤연정·임아혁, “지배담론과 저항담론의 갈등과 절충 그리고 디커플링-장애인 등에 대한 특수교육법 제정과정과 시행을 중심으로-”, 「2012 장애의 재해석」(2012), 81면 참조.



사람에게 통합된 교육환경을 제공하고 생애주기에 따라 장애유형·장애 정도의 특성을 고려한 교육을 실시하여 이들이 자아실현과 사회통합을 하는 데 기여함을 목적으로 제정되었으며, 장애인을 위한 교육 인프라를 확충하는 내용들이 포함되어 있다. 구체적인 내용은 다음과 같다. 첫째, 만 3세부터 만 17세까지의 특수교육대상자는 의무교육을 받을 권리를 가진다고 하여(제3조 제2항), 의무교육 대상자의 범위가 확대되었다. 둘째, 생애주기에 따른 교육지원 대책을 구체적으로 명시함<sup>111)</sup>과 동시에, 교육내용뿐만 아니라 정당한 편의제공(제31조) 등 교육적 지원을 받을 수 있는 근거를 마련하였다. 셋째, 특수교육 지원대상의 범위와 특수교육 기회가 확대되었다.<sup>112)</sup> 넷째, 교육과정별 학급당 학생 수를 규정하여 보다 질 높은 교육지원이 가능하도록 하였다(제27조).

### (3) 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」

「장애인등편의법」은 장애인·노인·임산부 등이 일상생활에서 안전하고 편리하게 시설과 설비를 이용하고 정보에 접근할 수 있도록 보장함으로써 이들의 사회활동 참여와 복지 증진에 이바지함을 목적으로 제정되었으며(제1조), 이 법에서의 “장애인 등”이란 장애인·노인·임산부 등 일상생활에서 이동, 시설 이용 및 정보 접근 등에 불편을 느끼는 사람을 말한다(제2조 제1호).

111) 장애를 갖은 영유아(제18조), 장애를 갖은 학령기의 초·중·고(제20조), 대학생(제29조, 제30조, 제31조, 제32조), 장애성인의 평생교육(제33조, 제34조)에 이르기까지 다양한 특수교육을 지원하는 내용을 담고 있다.

112) 9개 장애유형 이외에도 발달지체 등이 신설되어 장애가 명확하게 드러나지 않은 아동에게도 교육지원의 기회가 제공될 수 있도록 하였으며(제15조 제1항 제10호), 특수교육의 기회를 확대하기 위한 규정들을 대폭 보완했는데 특수교육기관을 설치할 경우에 지역별·학교급별로 균형 있게 특수교육기관을 설치하도록 규정하였으며(제6조 제1항), 특수학교 내에 영아반을 설치하고(제18조 제2항), 장애 영유아에게 순회교육의 기회를 제공하며(제18조 제3항), 전공과의 교육내용을 확대하여 사회로의 전환에 필요한 진로 및 직업전교육을 제공받을 수 있는 기회를 제공하도록 하였다(제24조).

#### (4) 정리

『장애인차별금지법』에서 장애개념은 기본적으로 신체적·정신적 기능 손상에 기초를 두고 있다. 최근 사회적 장애의 일부를 추가하는 등 그 범주를 확대하고자 하는 논의가 있음에도 불구하고, 의학적 기준으로 장애범주를 정하고, 이에 해당하는 경우에만 장애로 인정, 보호대상의 범주에 포함시키고 있는 것이다. 이로써 우리나라는 아직까지 개인적 모델에 일정부분 의존하고 있음을 알 수 있다. 차별금지법제는 ‘장애를 이유로 한 차별행위’를 없애기 위한 목적이므로 현재 행해지고 있는 ‘차별행위’ 자체에 초점을 두어야지, 현행 장애인차별금지법과 같이 굳이 ‘장기간’, ‘상당한 제약’ 등의 엄격한 요건까지 반드시 요구할 필요는 없는 것으로 생각된다. 이러한 요건이 추가됨으로써 보호의 인적 범위가 축소되는, 의도하지 않은 결과가 초래될 것이기 때문이다. 이러한 상황은 장애인 관련 법제들이 장애인정책의 이념에 따라 체계적으로 제정되지 않고, 필요에 따라 그때그때 만들어지면서, 제정되는 법의 목적을 고려하여 장애의 개념을 새롭게 정의하고자 노력했다기보다는, 이전의 법률, 특히 장애인복지법의 장애 개념을 그대로 수용한 것과 관련된다.<sup>113)</sup>

### 3. 소결

장애는 복잡하고 동적이며 다차원적이고 논쟁이 많은 개념이다. 특히 장애인정책에서는 장애의 본질에 기초한 판단이라기보다는 법적, 그리고 정책적 보호의 대상이자 그 결과로서의 측면을 모두 가지고 있다. 그러므로 현행 법제에서 사용되고 있는 장애의 개념은 해당 정책의 이념이 반영되고, 제정목적에 부합하는 방향으로 수정되어야 한다.<sup>114)</sup>

---

113) 이는 장애인관련 법률의 제정에 관한 국회회의록을 통해서도 확인된다[윤수정, 앞의 논문(주106), 각주 88 참조].

114) 윤수정, 앞의 논문(주106), 178-179면 참조.

## 제3장 국내 장애인 기본권 보장 현황 및 평가

### 제1절 장애인정책의 헌법질서

#### I. 장애인 관련 헌법조문에 대한 이해

우리 헌법에서 구체적으로 장애인정책을 담고 있는 제34조 제5항에서는 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.”라고 하여, ‘신체장애자’에 대한 ‘국가의 보호’라는 과제를 선언하고 있다.

‘신체장애자’라는 표현은 제9차 헌법개정을 위한 1987년 8월 31일 헌법개정특별위원회 제7차 회의에서 민주정의당이 헌법개정이유로 “신체장애자 등의 인간다운 생활을 보장하고 국가는 노인·청소년의 복지를 향상시키도록 함”을 제시함으로써 처음 등장하였다.<sup>115)</sup> 그런데 같은 해 9월에 제출된 헌법개정안 제안이유서에서는 “국가는 여자의 복지와 권익향상을 위하여 노력하도록 하고, 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무 및 재해예방노력의무를 국가에 부과함(개정안 제34조 제3항, 제4항 및 제6항)”이라고 간단히 설명함으로써 제5항은 별다른 제안이유 없이 넘어간다.<sup>116)</sup>

우리 헌법재판소는 이 규정에 근거하여 장애인에 대한 보호를 우리 법체계 내에서 확고히 정립된 기본질서라고 판시하고 있다.<sup>117)</sup>

---

115) 제12대 국회 제136회 임시회의 헌법개정특별위원회 제7차 회의록 중 민주정의당 헌법개정안 참조.

116) 제12대 국회 제136회 임시회의 헌법개정특별위원회 제8차 회의록 참조.

117) 현재 1999.12.23, 98헌마363, 판례집 11-2, 791면 이하; 현재 2003.12.18, 2002헌바1, 판례집 15-2(하), 441면 이하; 현재 2004.10.28, 2002헌바70, 판례집 16-2, 210면 이하; 현재 2008.10.30, 2006헌마1098·2006헌마1116·2006헌마1117, 판례집 20-2(상), 1089면 이하; 현재 2013.6.27, 2011헌가39·2013헌가3·2012헌마608, 판례집 25-1, 409면 이하 등 참조.

그러나 이 조항은 다음과 같은 두 가지 이유에서 장애인정책에 관한 한 소극적이고 비체계적인 규정이다.<sup>118)</sup> 첫째, 이 규정은 보호의 대상을 ‘신체장애자’로 한정하고 있다. 이는 장애의 가시적인 측면만을 주목하며, 사회적 보호의 필요성이 더욱 크다고 할 수 있는 정신적 장애인을 소홀히 하고 있음을 말해 준다. 더욱이 우리나라 최초의 장애인관련 법률이 1981년 제정된 『심신장애자복지법』이라는 점을 고려한다면, 지적장애·자폐성장애·정신장애 등 정신적 장애인에 대한 현행 헌법의 소극적인 태도는 이해하기 어렵다. 특히 이러한 사실은 헌법 제34조 제5항이 장애인정책의 직접적인 근거가 될 수 없는 중대한 이유이기도 하다. 비교법적으로 독일의 경우에는 장애인정책에서 신체적 장애인보다는 정신적 장애인을 우선적으로 고려하였고, 국제사회의 경우에도 독일과 마찬가지로 1971년 『정신지체인의 권리에 관한 선언』(Declaration on the Rights of Mentally Disabled Persons) 이후, 1975년 『장애인의 권리에 관한 선언』(Declaration on the Rights of Disabled Persons)이 채택되었다.<sup>119)</sup> 그리고 보호되는 장애의 종류는 입법적 결정임에도 불구하고 헌법에서 이를 직접 결정하고 있기 때문에, 헌법의 개방적 성격에 반한다고 할 수 있다.<sup>120)</sup>

둘째, 최저생활을 보장해야 하는 국가과제 속에 장애인에 대한 보호를 포함시키고 있다. 즉 하나의 조항 속에 ‘신체장애자’와 ‘생활능력이 없는 국민’을 묶어서 함께 보호의 대상으로 규정하고 있다.<sup>121)</sup> 이는 보다 포괄적으로 장애인에게 인간다운 생활을 보장하여야 한다는 국가의 과제가 제대로 인식되지 못했거나 혹은 체계화에 실패한 것으로 볼 수 있다.<sup>122)</sup> 그러므로 장애인정책은 오히려 헌법 제34조 제1항을

118) 윤수정, “장애인정책의 적극적 사범심사를 위한 심사방법의 모색”, 『공법연구』 제43집 제4호(2015), 26면 참조.

119) Hans F. Zacher, “Der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderungen”, Hans F. Zacher·Ulrich Becker·Franz Ruland, *Abhandlungen zum Sozialrecht II*(C.H.Müller, 2008), S. 175 ff.

120) 윤수정, 앞의 논문(주118), 26면 참조.

121) 윤수정, 앞의 논문(주118), 26면 참조.

직접적 근거로 하여 장애인에게 인간다운 생활을 보장하는 과제를 갖는다고 보아야 할 것이다.

헌법 제32조 제6항은 국가유공자·상이군경 및 전몰군경의 유가족에게 우선적으로 근로의 기회를 부여하도록 하고 있는데, 이를 근거로 근로의 기회에 있어서는 장애인이 일부 포섭되어 우선적 보호를 받고 있다. 헌법재판소는 “헌법 제32조 제6항은 유공자가 유공행위로 인하여 본인 및 유족의 정상적인 생활기반을 마련하는 데에 소홀할 수밖에 없었다는 점을 고려하여 국가를 위한 희생에 대한 보상으로서의 성격을 갖는다”라고 하여 이 조항을 국가유공자에 대한 포괄적인 보호의무 규정으로 이해한다.<sup>123)</sup> 그러나 헌법 제32조는 근로의 권리에 관한 규정이기 때문에 헌법 제32조 제6항을 국가유공자에 대한 포괄적인 보호의무에 관한 규정이라고 보기는 힘들고,<sup>124)</sup> 그렇다면 이 조항을 장애인을 위한 특별한 보호규정이라고 볼 수는 없을 것이다.

덧붙여 장애인정책의 이념을 고려하여 검토해 보아야 하는 조항은 헌법 제11조 제1항이다. 헌법 제11조 제1항은 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 하여, 모든 국민은 법 앞에 평등하다는 원칙을 선언하고 있다. 그러나 이 조항 역시 명시적인 차별금지사유로 ‘성별’, ‘종교’, ‘사회적 신분’을 열거<sup>125)</sup>하고 있을 뿐 ‘장애’를 포함시키고 있지 않아,<sup>126)</sup>

122) 이에 대해 헌법 제34조 제5항에서 ‘신체장애자’를 ‘생활무능력자’와 병렬적으로 해석하는 견해도 있다. 이 견해에 따르면, 가난한 장애인이든 부유한 장애인이든 모든 장애인이 헌법 제34조 제5항에 의해 헌법적 보호를 받는다(이준일, 『헌법과 사회복지법제』(세창출판사, 2009), 184-185면 참조). 그러나 헌법 제34조의 구조상 제1항이 구체적인 사회보장에 관한 권리이므로 제5항은 생활능력이 없는 장애인을 보호의 대상으로 한다고 해석하는 것이 타당하다(윤수정, 앞의 논문(주 106), 각주 17 참조).

123) 헌재 1995.7.21, 93헌가14, 판례집 7-2, 19면; 헌재 2003.5.15, 2002헌마90, 판례집 15-1, 594면; 헌재 2008.10.30, 2006헌바35, 판례집 20-2(상), 803면 등 참조.

124) 전광석, “국가유공자에 대한 헌법적 보호의 가능성”, 『헌법판례연구 3』(2001), 374면 참조.

우리 헌법이 특별히 장애인에 대한 적극적인 보호를 통하여 평등을 실현하는 과제를 갖는다고 할 수는 없다.<sup>127)</sup> 다만 헌법 제34조 제5항이 장애인복지를 실현하기 위한 헌법적 근거로서는 구조적인 문제를 지니고 있는 상황에서, 헌법에 ‘장애’를 명시적인 차별금지사유로 규정하는 것이 필요한가 여부는 또 다른 문제, 즉 ‘헌법정책’적인 문제이다.<sup>128)</sup>

125) 헌법 제11조 제1항 제2문에서의 차별금지사유(‘성별’, ‘종교’, ‘사회적 신분’)를 열거규정으로 보아야 하는지 혹은 예시규정으로 보아야 하는지 여부가 문제된다. 우리 헌법재판소는 이를 예시규정으로 이해하고 있으며(헌재 2011.3.31, 2008헌바141등, 판례집 23-1(상), 311면 등 참조), 학설 간의 대립은 있으나, 다음과 같은 이유로 볼 때 이는 열거규정으로 이해하는 것이 타당하다고 할 것이다. 첫째, 헌법 제11조 제1항 제1문으로 이미 합리적이지 않은 차별을 일반적으로 금지하면서 제2문에서 특별한 차별금지사유를 제시하였다면 이는 헌법제정권자의 의사이므로 이를 존중하여야 한다. 둘째, 헌법이 예정하고 있는 입법형성권과 관련하여 일반적인 평등권을 기준으로 하는 심사에서는 이를 널리 존중하여야 하나, 헌법에서 직접 제시하고 있는 차별금지사유의 경우에는 입법형성권의 범위는 좁아지고 이때에는 단순히 자의금지원칙이 아닌 비례의 원칙으로 심사가 이루어지는 바, 만약 이들을 예시규정으로 본다면 거의 모든 평등권 심사가 자의금지의 원칙이 아닌 비례의 원칙으로 이루어져야 하는 결과를 초래하게 되므로 적절하지 못하다. 셋째, 이 사유를 열거규정으로 보더라도 다른 사유에 따른 차별이 항상 허용되는 것은 아니며, 즉 ‘사회적 신분’이 개방적인 개념이므로 사안에 따라서는 차별금지사유는 확대될 수 있으므로, 예시규정으로 보는 견해에서 주장하는 것과 같이, 평등권의 내용이 축소된다고 할 수는 없다[전광석, 『한국헌법론』(집현재, 2020), 308-309면 참조].

126) ‘성별’, ‘종교’와 같은 차별금지사유에 버금갈 정도로 그간 사회 내의 소수집단에 게 가해진 차별의 역사적 편견이 입증된 경우에 한해서 이를 ‘사회적 신분’에 의한 차별로 파악하는 입장(예컨대 ‘사회적 신분’에 관한 논의들 중 ‘역사적 차별신분설’)에 따르면, ‘사회적 신분’에 ‘장애’가 포함될 여지도 있다. 그러나 이러한 견해는 법학적인 규율대상 내지 해석대상과 사회학적 내지 정치적인 현상을 구별하지 아니하고, 이를 혼동한 결과 ‘사회적 신분’의 범위를 불합리하게 확대시킨다는 비판[이종수, “‘사회적 신분’에 의한 차별금지의 헌법적 의미”, 『공법연구』 제31집 제1호(2002), 361-362면 참조]을 받는다. 이러한 ‘사회적 신분’의 개념 및 논의에 대해서는 이종수, 앞의 논문(주126), 355-365면 참조.

127) 우리나라와는 달리, 독일은 1994년 헌법 개정을 통하여 ‘모든 국민은 장애를 이유로 불이익을 받지 않는다’(Niemand darf wegen seiner Behinderung benachteiligt werden)라는 조항을 삽입하여 명시적으로 장애로 인한 차별을 금지하고 있으므로 장애를 이유로 차별이 이루어졌을 때 엄격한 비례원칙에 의한 심사가 가능하다. 독일 연방헌법재판소는 장애인에 대한 차별적 취급에 관한 결정에서 기본법 제3조 제1항 및 제3항 제2문의 위반을 확인하였다(BVerfGE 99, 341).

128) 헌법정책적으로는 헌법 개정을 통하여 제11조 제1항에 ‘장애’를 명시적인 차별금

결론적으로, 현행 헌법은 적어도 ‘규범’적으로는 장애인 권리보장에 적극적인 태도를 취하는 것은 아니다. 더구나 이 규정들은 헌법의 특성상 이념과 중간목표만을 제시하고 있을 뿐, 이를 실현하기 위한 구체적인 제도에 대해서는 아무런 헌법적 윤곽을 명시하고 있지 않다. 바꾸어 말하면, 이들 규정만으로는 장애인들은 구체적으로 자신들이 어떠한 법적 지위를 갖는지를 명확히 알 수 없다. 따라서 장애인의 법적 지위는 사회변화를 인식하고 반영하는 입법자의 태도와 정치적 결단에 그 실현을 의존하고 있으며, 법률을 통해서야 비로소 구체화된다.

## II. 장애인 기본권의 실질적 보장의 필요성

앞에서 검토한 바와 같이, 우리 헌법은 장애인 기본권과 관련된 명시적·직접적 규정은 두고 있지 않다. 다만 장애인의 권익이 기본권 차원에서 보장될 수 있도록 하는 조항들을 곳곳에 규정하고 있을 뿐이다. 따라서 장애인의 기본권은 그 직접적 규정 여부에 무관하게 우리 헌법상의 개별적 기본권의 하나로 인정될 수 있을 것이다. 이는 장애인의 지위가 단순히 복지제도적 차원에서 이해되거나 장애인의 각종 권리가 명목적인 보장에 그쳐서는 곤란하다는 것을 의미한다. 다시 말해, 장애인에 대한 보호는 헌법상의 기본권보장의 측면에서 이해되어야 하며, 헌법상 기본권 주체로서의 장애인은 당연히 헌법상의 각종 기본권을 가진다고 해석되어야 한다. 여기에는 헌법 제34조 제5항의

---

지의 사유로 추가하거나 혹은 ‘누구든지 장애를 이유로 차별을 받거나 불이익을 받지 아니한다’라는 장애인에 대한 적극적인 평등실현의 과제를 헌법에 신설하는 것에 대한 검토가 필요하다고 생각한다. 실제로 2009년 6월 22일 미러한국헌법연구회가 주최한 ‘제28차 월요 헌법세미나’에서 국회 보건복지가족위원회 박은수(민주당) 의원이 위의 내용을 포함한 적극적인 장애인보호를 내용으로 하는 개헌을 주장한 바 있으며[보건복지부 홈페이지 [http://www.bokjiro.go.kr/news/allNewsView.do?board\\_sid=308&data\\_sid=199991](http://www.bokjiro.go.kr/news/allNewsView.do?board_sid=308&data_sid=199991) 참조(최종검색일 2020.6.24.)], 2018년 문재인 대통령의 발의한 헌법 개정안 제11조 제1항에서 차별금지사유에 ‘장애’가 포함되었다.

규정에 의해 장애인이 국가에 대해 특별한 생활보호를 요구할 수 있는 권리는 물론이고, 장애인이 인간으로서 혹은 국민으로서 당연히 그 주체가 될 수 있는 동시에 그것이 장애인의 경우에도 실질적으로 보장되기 위해서는 특별한 고려가 수반되어야 할 일반적 기본권이 모두 포함될 수 있다.

하지만 그렇다고 우리 사회에서 과연 장애인의 기본권이 현실적으로 충실히 보장되고 있는지에 대해 많은 의문이 제기될 수 있다. 장애인수용시설에서는 비인도적인 처우가 솔하게 자행되고 있으며, 각급 학교에서도 장애인에 대한 집단적 괴롭힘이 근절되지 않고 있다. 또한 사회 곳곳에서 장애인에 대한 부당한 차별, 냉대 혹은 혐오의 사례가 이어지고 있다. 공공부문에서 장애인 차별이 많이 줄어들고 있으나, 아직도 많은 현실적 장벽이 남아 있다. 민간부문에서는 장애인에 대한 차별의 정도는 훨씬 더 심한 편이며, 드러나지 않게 교묘한 방법으로 장애인을 차별하는 사례도 많다. 업무와 직접 관련이 없는 분야에서조차 사실상 장애를 이유로 채용이나 진급 등에 있어서 불이익을 주는 경우가 빈번하다. 또한 장애인은 활동상의 제약으로 인하여 소득수준이 대체로 기본적 생존에 필요한 수준에 미치지 못하는데, 의료, 교육, 이동 등에 있어서 비장애인에 비하여 더 많은 비용이 소요되기 때문에 전반적으로 상대적으로 더 심한 생활고에 시달리고 있다.

더욱이 최근 코로나19 바이러스 대유행으로 심각한 경제적 위기를 맞으면서 장애인의 복지에 투입될 수 있는 재정적 여건이 갈수록 악화될 것으로 전망된다. 그런데 경제적 위기가 심해질수록 장애인의 생존 환경은 비장애인의 경우보다 훨씬 더 열악해질 수 있다. 이러한 점에 비추어 현 시점에서 장애인에 대한 지원이 오히려 더 시급하고 중요한 문제라는 인식이 필요할 것이다. 따라서 장애인 기본권을 실질적으로 보장할 수 있는 방안에 대해 보다 적극적인 모색을 해나가야 할 시점이라고 할 수 있다.<sup>129)</sup>

---

129) 권건보, “장애인의 보호와 통합”, 『2020년 헌법학자대회 “헌법과 통합” 자료집』



## 제2절 개별 생활영역에서의 장애인 기본권<sup>130)</sup>

### I. 장애인의 존엄성과 생명권 및 신체의 자유

#### 1. 장애인의 존엄성과 생명권

우리 사회에서는 아직까지 장애인에 대한 가혹행위나 집단적 따돌림이 근절되지 않고 지속적으로 일어나고 있다. 2014년 2월에는 수십 명의 장애인들이 외딴 섬의 염전에서 10년 넘도록 노동력을 착취당했던 소위 ‘신안군 염전노예 사건’이 세상에 알려지면서 우리에게 큰 충격을 안겨준 바 있다. 그리고 초·중·고등학교에서도 신체적·정신적 장애를 가진 학우를 상대로 한 집단적 괴롭힘이 심부름시키기, 당번이나 숙제 대신하기, 금품갈취, 집단구타 등의 형태로 일어나고 있다.

헌법 제10조 제2문의 취지에 비추어, 국가는 장애인에 대한 집단적 괴롭힘을 예방하는 한편, 그 구제를 위한 제도적 장치를 마련할 의무를 진다. 만일 장애인에 대한 가혹행위가 발생하였음에도 그에 대한 관리·감독의 책임이 있는 공무원이 그러한 사실을 파악조차 하지 못하고 방치하였다면, 국가나 지방자치단체는 배상책임을 져야 할 것이다. 실제로 정신적 장애인들이 섬에서 염전 근로자로 일하면서 임금을 받지 못한 채 매우 좋지 않은 주거나 위생상태에서 가혹행위 및 강제노동에 시달리는 등 염전 주인에게서 받았던 피해와 관련하여 국가와 지방자치단체를 상대로 관리·감독 소홀 또는 보호의무 위반을 이유로 위자료 지급을 구한 사안에서, 소속 공무원의 부작위로 인한 국가와 지방자치단체의 위자료 지급책임을 인정한 사례가 있다.<sup>131)</sup> 국가의 교육기관이 관리자의 주의의무를 게을리하여 국·공립학교에서 집단적 괴

---

(2020), 352-353면 참조.

130) 이하 권건보, 앞의 자료집(주129), 355-370면을 수정·보완한 내용이다.

131) 서울고법 2018.11.23. 2017나2061141 판결 참조.

롭힘의 사건이 일어난 경우에도 국가는 피해학생의 재산적 손해는 물론 정신적 손해까지도 배상하여야 할 것이다.

사적(私的) 영역에서도 장애인에 대해 차별과 배제가 공공연하게 또는 은밀하게 이루어지고 있다. 예를 들어, 장애인특수학교의 입지를 둘러싸고 탈법적으로 반대운동을 펼치는 경우가 있고, 장애인 가족이 입주하지 못하도록 인근 주민들이 합세하여 교묘하게 방해공작을 벌인다거나 혹은 장애인에게 현저히 불리한 조건을 부과함으로써 장애인의 계약의 자유를 유명무실화하는 경우도 적지 않다.<sup>132)</sup> 장애인에 대한 집단적 괴롭힘을 가한 자는 형사상의 처벌을 받을 수 있고, 민사상으로도 공동의 불법행위를 이유로 연대배상의 책임을 져야 하는 경우도 있을 것이다(민법 제760조). 또한 장애인의 인격과 존엄을 유린하는 사법상의 계약도 민법상 반사회질서행위 또는 불공정행위로서 그 효력이 부정될 수 있다(민법 제103조 또는 제104조).

우생학적인 차원에서 장애인에 대해 국가가 단종정책을 실시하는 것도 허용될 수 없다. 장애아 출산의 우려가 있다 할지라도 장애인에게 불임시술을 명령하는 것도 제한된다. 그런데 「모자보건법」은 본인 또는 배우자가 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환이 있는 경우, 본인과 배우자의 동의 아래 임신한 날로부터 28주 이내에 의사가 실시하는 임신중절수술을 허용하고 있다(동법 제14조 제1항 제1호). 그리고 「모자보건법 시행령」에서는 인공임신중절수술을 할 수 있는 우생학적 또는 유전학적 정신장애나 신체질환은 연골무형성증, 낭성섬유증 및 그 밖의 유전성 질환으로서 그 질환이 태아에 미치는 위험성이 높은 질환으로 규정하고 있다(동 시행령 제15조 제2항). 이러한 조항들은 장애와 질병을 낙태 허용 사유로 뚝으로써 태어날 가치가 있는 생명에 위계를 두고 차별한다고 할 수 있다. 의학적 기준으로 정상과 비정상을 구분하고 국민으로서 부적격한 자를 선별하는 것으로, 이

---

132) 이에 관한 사례로는 이소영, 「장애인 대상 학교폭력의 경찰관 현장 활용 팩킷(packer)에 관한 연구」(치안정책연구소, 2015), 31-49면 참조.

로 인하여 장애인의 생명권은 또 다른 위협을 받게 된다. 이와 관련하여 2014년 9월 유엔장애인권리위원회는 장애인의 재생산권, 가족을 구성할 권리를 침해하고 장애인의 존재성 자체를 부정하는 것으로 평가하고, 위 법령의 조항들을 폐지할 것을 권고한 바 있다. 하지만 이에 대한 폐지 권고는 아직까지 수용되지 않고 있다. 최근 2019년 4월 11일 헌법재판소의 낙태죄 처벌 조항에 대해 2020. 12. 31.을 시한으로 입법자가 개정할 때까지 계속적용을 명하는 헌법불합치결정<sup>133)</sup>이 있었고, 그에 따라 임신중단의 허용 범위를 놓고 많은 논란이 있는 가운데, 현재 「형법」 및 「모자보건법」의 개정안이 국회에 제출되어 심의 중에 있다. 향후 형법상 낙태죄의 폐지 여부에 따라 「모자보건법」상 장애인 관련 조항에도 적잖은 의미의 변화가 생길 것으로 예상된다.

또한 동법 제14조 제3항은 “본인이나 배우자가 심신장애로 의사 표시를 할 수 없을 때에는 그 친권자나 후견인의 동의로, 친권자나 후견인이 없을 때에는 부양의무자의 동의로 각각 그 동의를 갈음할 수 있다.”라고 되어 있다. 장애인의 자기결정권을 존중하지 않는 구조에서 이러한 조항은 장애인의 의사 확인절차가 무시되는 상황이 초래될 수 있다. 장애인의 자기결정권을 보장하기 위해서는 모든 장애 유형에 맞게 동의를 표시할 방법을 마련하고, 동의를 확인하는 사람의 책임을 지정한 후, 지키지 않을 때 제재할 수 있는 조치까지 마련해야 한다. 더 근본적으로는 장애인의 생애 전반에 걸쳐 재생산권을 보장하기 위한 새로운 관점이 필요하다.

한편, 의사가 산전 검사 방법을 설명하지 않아 낙태의 기회를 갖지 못해 자신이 다운증후군의 기형아로 태어나게 되었다며 그로 인한 손해의 배상을 청구한 사안에서, 대법원은 손해의 존재가 인정되지 않는 다며 기각판결을 내린 바 있다.<sup>134)</sup> 이 판결은 장애를 가진 태아의 생

133) 현재 2019.4.11. 2017헌바127, 판례집 31-1, 404면 이하 참조.

134) “인간 생명의 존엄성과 그 가치의 무한함에 비추어 볼 때, 어떠한 인간 또는 인간이 되려고 하는 존재가 타인에 대하여 자신의 출생을 막아 줄 것을 요구할 권리를 가진다고 보기 어렵고, 장애를 갖고 출생한 것 자체를 인공임신중절로 출

명권도 경시되어서는 안 된다는 점을 확인해 주었다는 점에서 의의가 크다고 할 것이다. 낙태를 하지 않아 장애를 갖고 태어나게 하는 것이 타인(장애인)에게 손해를 가하는 행위라고 하면, 사회적으로 장애를 가진 태아의 임신중절수술을 당연시하는 풍조를 확산시키는 결과를 초래할 수도 있을 것이다. 따라서 이러한 대법원의 판단은 장애인의 생명권 보장이라는 측면에서 볼 때 바람직하다고 평가할 만하다.

## 2. 장애인의 신체의 자유

「정신보건법」 제24조 제1항에 대한 헌법재판소의 헌법불합치결정<sup>135)</sup>으로 인하여 2016. 5. 29.에 개정된 「정신건강증진 및 정신질환자 복지서비스 지원에 관한 법률」(이하 ‘정신건강복지법’이라 함)에 의하면, 보호의무자의 신청(제43조), 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장의 결정(제44조), 의사와 경찰관의 동의(제50조)에 의해 정신질환자를 본인의 의사를 묻지 않고 입원시킬 수 있다. 즉 「정신건강복지법」 제43조에 의하면 정신질환자의 보호의무자 2명(또는 1명)이 신청한 경우로서 정신건강의학과전문의가 입원 등이 필요하다고 진단한 경우에는 본인의 동의 없이 정신의료기관등에 입원시킬 수 있다. 또한 동법 제44조 제4항에 따르면, 정신건강의학과전문의가 정신질환자로 의심되는 사람에 대하여 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 있어 그 증상의 정확한 진단이 필요하다고 인정한 경우에 특별자치시장·특별자치도지사·시장·군수·구청장은 그 사람을 지정정신의료기관에 2주의 범위에서 기간을 정하여 입원하게 할 수

---

생하지 않은 것과 비교해서 법률적으로 손해라고 단정할 수도 없으며, 그로 인하여 치료비 등 여러 가지 비용이 정상인에 비하여 더 소요된다고 하더라도 그 장애 자체가 의사나 다른 누구의 과실로 말미암은 것이 아닌 이상 이를 선천적으로 장애를 지닌 채 태어난 아이 자신이 청구할 수 있는 손해라고 할 수는 없다.”(대법원 1999.6.11. 98다22857 판결, 밑줄은 필자 강조).

135) 현재 2016.9.29. 2014헌가9, 판례집 28-2(상), 276면 이하 참조.

있다. 그리고 동법 제50조 제1항에서는 정신질환자로 추정되는 사람으로서 자신의 건강 또는 안전이나 다른 사람에게 해를 끼칠 위험이 큰 사람을 발견한 사람은 그 상황이 매우 급박하여 다른 절차에 따른 입원 등을 시킬 시간적 여유가 없을 때에는 의사와 경찰관의 동의를 받아 정신의료기관에 그 사람에 대한 응급입원을 의뢰할 수 있다.

그 밖에 동법은 제42조에서 ‘동의입원’이라는 새로운 유형을 도입하였는데, 이에 의하면 정신질환자는 보호의무자의 동의를 받아 보건복지부령으로 정하는 입원등 신청서를 정신의료기관등의 장에게 제출함으로써 그 정신의료기관등에 입원등을 할 수 있다. 이러한 동의입원이 위와 같이 엄격해진 비자의(非自意) 입원제도를 우회하는 통로로 악용될 소지가 있다.

그리고 정신질환자의 비자의 입원제도로 인하여 정신적 장애인의 인권침해가 빈번하고 반복적으로 발생하고 있다. 사전설명이나 동의 없이 민간 응급구조차량을 통해 강제로 결박, 병원에 이송되어 적절한 진단평가도 거치지 않은 채 사실상 강제입원이 되는 경우가 많고, 일단 이렇게 입원이 되면 스스로 자신의 의사에 의해 퇴원을 할 수 없다.

구 「정신보건법」 제24조부터 제26조에서도 거의 유사하게 규정하고 있었는데, 이에 대해 유엔장애인권리위원회는 2014년 9월 최종견해를 통해 한국 정부에 대해 위와 같은 비자의 입원 조항을 폐지하고, 정신장애인의 지역사회 거주 및 생활이 보장될 수 있도록 관련 법적 제도적 장치의 마련과 종합적이고 구체적인 정책의 시행을 권고한 바 있다.

하지만 우리 정부는 의사능력이 없는 정신질환자의 치료 필요성 및 자해 위험 등 환자의 건강, 안전 등 측면에서 비자의 입원 조항 삭제는 현실적으로 어렵다는 입장이다.<sup>136)</sup> 이에 따라 현행 「정신건강복지법」에서는 비자의 입원이 가능한 요건 및 입원 절차를 대폭 강화하였다. 즉 구 「정신보건법」에서는 입원이 필요한 정신질환이 있는 경우 또는 자·타해 위험이 있어 입원이 필요한 경우 중 한 가지 요건만 충족

---

136) 대한민국정부, 「유엔장애인권리협약 제2, 3차 병합 국가보고서」(2019), 28면 참조.

죽해도 정신질환자의 의사에 반하는 비자의입원이 가능하도록 하였으나, 현행법에서는 입원이 필요한 질환과 자·타해 위험이 모두 있는 경우에 한하여 보호자 동의 및 정신건강전문의의 진단에 의하여 입원이 가능하게 하였다. 또한 입원 절차도 강화하여 강제입원 환자 최초 입원 시 2주 내 2명 이상의 정신건강의학과 전문의(서로 다른 의료기관 소속 전문의여야 하며, 전문의 2인 중 1인은 국공립 정신의료기관 또는 보건복지부 장관이 지정한 정신의료기관에 소속된 전문의여야 함)의 일치된 소견이 있어야 2주 이상 강제입원이 가능하도록 하였다.

## II. 장애인의 평등권

### 1. 장애인에 대한 차별금지의 헌법적 의의

우리 헌법은 제11조 제1항에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 여기서 ‘평등’이란 일체의 차별적 대우를 부정하는 절대적 평등을 의미하는 것이 아니라, 법을 입법하고 적용함에 있어서 합리적인 근거에 기한 차별을 인정하는 상대적 평등을 의미한다. 즉 “같은 것은 같게, 다른 것은 다르게” 취급하는 실질적인 평등을 의미하는 것이므로, 본질적으로 평등한 것을 자의적으로 불평등하게 취급하거나 본질적으로 불평등한 것을 자의적으로 평등하게 취급하는 것을 금지하고 있다. 따라서 우리 헌법상 금지되는 것은 부당한 차별에 국한될 뿐, 합리적인 근거가 있는 차별이나 불평등은 허용된다고 할 것이다. 그리고 본질적으로 다른 것은 다르게 처우하는 것이 상대적 평등의 개념에 부합하므로, 때로는 장애인과 비장애인을 똑같이 처우하는 것은 오히려 평등의 이념에 역행하는 경우도 있을 수 있다.

다시 말해, 장애인평등은 능력에 따른 평등이 아니라 장애인의 수요

에 따른 실질적 평등으로 이해되어야 한다. 장애인들의 사회참여를 막는 여러 환경적 장애물들이 이미 존재하는 상황에서, 장애인을 비장애인과 동일한 방식으로 대한다면 평등한 기회의 확보는 어려우며, 그에 따른 불이익은 더욱 심화될 것이다.<sup>137)</sup> 그러므로 국가는 장애인에게 주어진 상황 자체가 불평등한 경우에 최소한의 평등을 실현하기 위한 적극적인 행위의무를 부담하게 된다.<sup>138)</sup> 바꾸어 말하면, 장애인과 관련한 국가의 평등권 실현은 두 가지의 모습으로 나타난다. 하나는 본질적으로 ‘같은 것’에 대한 다른 취급을 금지하는 식으로 작용한다. 이 경우에는 국가의 일정한 부작위, 즉 차별적인 조치의 배제를 요구하는 것으로, 이는 비장애인의 평등원칙 실현과 그 구조가 같다. 다른 하나는 본질적으로 ‘다른 것’에 대해 획일적으로 같게 취급하는 것을 금지한다. 이 경우에는 양자를 구분하지 않는 것 자체가 차별적인 배제와 배척의 단초가 된다. 그러므로 본질적으로 다른 점을 고려한 별도의 적극적인 조치, 예를 들어 ‘정당한 편의제공’ 등이 반드시 수반되어야 한다. 즉, 국가에 실질적인 평등실현을 위한 일정한 작위를 요구하는 것이다. 그리고 이러한 적극적인 조치가 없다면 헌법 제11조에서 의미하는 평등이 침해된 것으로 판단되어야 한다. 이 점이 장애인정책에 있어서 평등실현의 ‘특수성’이라고 할 수 있으며, 이러한 특수성은 장애인정책의 헌법적 정당성을 심사할 때 반드시 고려되어야 한다.<sup>139)</sup> UN 장애인권리협약에서도 장애인의 사실상 평등을 촉진하고 달성하기 위하여 필요한 구체적인 조치는 이 협약의 조건 하에서 차별로 간

137) Sandra Fredman, “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, Anna Lawson·Caroline Gooding(eds), *Disability Rights in Europe: From Theory to Practice*(2005), pp. 199-203.

138) 비교 헌법적으로 보면 독일의 장애로 인한 차별금지조항은 장애인에 대한 불이익을 금지할 뿐, 장애인에 대한 특별한 보호는 허용된다는 내용으로 이해되고 있다. 이에 대해서 Ulrike Davy, “Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht”, *Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.49: Die Behinderten in der sozialen Sicherung*(2002), S.18.

139) 윤수정, 앞의 논문(주106), 30-31면 참조.

주되지 아니한다고 규정한 것을 볼 수 있다(제5조 제4항).

한편 우리 헌법상 차별금지의 사유는 성별, 종교, 사회적 신분만 명시되어 있을 뿐, 독일의 기본법(Grundgesetz)과 달리 장애를 특별히 차별금지사유로 명시하고 있지 않다. 하지만 차별금지의 사유를 예시 규정이라고 보는 통설에 의하면, 우리 헌법의 해석상 기타의 사유에 의한 차별도 금지되는 것으로 본다.<sup>140)</sup> 생각건대, 장애를 사회적 신분에 해당한다고 보기 어려우므로, 장애는 기타의 사유에 해당하는 것으로 해석하여야 할 것이다. 만일 열거규정으로 본다고 해도 장애인의 차별금지는 제10조 제1항 전문의 “모든 국민은 법 앞에 평등하다”라는 규정의 내용이 된다고 볼 수 있을 것이다. 다만 장애인 차별금지의 중요성을 고려할 때 헌법상 차별금지의 사유에 ‘장애’를 추가하는 것이 바람직할 것으로 본다.<sup>141)</sup> 이것은 단순히 주의를 환기시키는 차원에 그치는 것이 아니다. 차별금지의 사유가 헌법에 명시될 경우 차별의 정당성에 대한 심사기준이 엄격해지고 그에 따라 사실상 장애인에 대한 차별이 정당함을 정책 당국이 입증해야 한다는 점에서 장애를 차별금지의 사유로 명시하는 것은 헌법이론상 매우 중요한 실천적 의미를 가진다고 할 수 있다.

## 2. 장애인에 대한 불리한 차별의 정당화 조건

미국의 연방대법원은 소수인종에 대한 차별의 경우 ‘엄격한 심사’(strict scrutiny)를 하는 것과 달리, 장애인을 차별하는 것을 내용으로 하는 입법에 대해서는 ‘합리적 근거 심사기준’(rational basis test)에 따라 합헌성을 판단하고 있다.

우리 헌법재판소는 헌법에서 특별히 평등을 요구하고 있는 경우, 즉 헌법이 스스로 차별의 근거로 삼아서는 아니 되는 기준을 제시하거나

---

140) 김철수, 『헌법학개론』(박영사, 2000), 395면 참조.

141) 이와 관련한 개정론에 대해서는 제5장 제2절 참조.



차별을 특별히 금지하고 있는 영역을 제시하고 있다면 그러한 기준을 근거로 한 차별이나 그러한 영역에서의 차별에 대하여 엄격하게 심사해야 한다는 입장을 취하고 있다. 이러한 판례에 비추어 볼 때, 만일 헌법이 명시적으로 장애를 사유로 하는 차별을 금지하거나 혹은 장애인에 대한 차별을 특별히 금지하는 영역을 제시하게 된다면, 장애인 차별에 대해서도 엄격한 심사가 이루어져야 할 것이다.

### 3. 장애인에 대한 호의적 차별의 정당화 조건

미국의 연방대법원은 적극적 평등실현조치에 대해서는 비교적 관대한 심사기준을 적용해 왔으나, 점차 엄격한 심사기준을 적용하는 경향을 보이고 있다. 다시 말해, 엄격한 심사기준이 적용될 경우 적극적 조치의 대상이 역사적으로 차별을 받아왔다는 사실과 그 조치가 과거의 차별을 시정하기 위한 것이라는 점에 관해 입증하지 못하면 적극적 조치는 위헌 판단을 면하지 못하게 된다.<sup>142)</sup>

그러나 우리 헌법은 장애인에 대한 생활보호를 특별히 규정하고 있으며, 사회적 기본권의 내용으로 사회적 약자를 위한 적극적 배려를 포함하고 있다는 점에서, 적극적 조치에 관한 입법이나 정책은 미국에서보다 훨씬 더 강한 합헌의 추정을 받는다고 할 수 있다. 따라서 합헌성의 심사기준을 원용한다 하더라도 장애인에 대한 적극적 조치에 대해서는 사회·경제입법의 경우처럼 합리적 근거만 있으면 합헌성을 추정하는 비교적 관대한 심사기준을 적용하는 것이 바람직하다고 하겠다.<sup>143)</sup>

---

142) 헌법재판소 헌법재판연구원, 『(비교헌법연구 2017-B-2) 적극적 평등실현조치에 대한 미국 연방대법원의 위헌심사』(헌법재판소 헌법재판연구원, 2017), 27-28면 참조.

143) Schweiker v. Wilson, 450 U.S. 221(1981) : 의식주물품을 구입할 수 있도록 노인이나 맹인 기타 장애인에게 지급하는 구호비용을 연방의 의료보장기금 지원을 받고 있는 수용시설에 속한 사람들에게만 주기로 한 것이 평등조항을 위반한 것이 아니냐는 것이 문제된 이 판결에서, 다수의견은 합리적 근거 심사기준을 적

그렇다면 장애인에 대한 우선적 처우에 대해서는 우선 그 입법목적이 정당한가를 확인하고, 다음으로 그 수단이 자의적(arbitrary)이고 비합리적(irrational)인가를 검토하여야 한다. 이 경우 그 입법이 일견 타당한 이유를 갖고 있으면 족하고, 실제로 이러한 이유가 입법적 결정의 근거가 되었는가는 굳이 따질 필요가 없을 것이다. 만일 그것이 정당한 목적을 이루기 위한 합리적 수단이라면 그 입법목적의 추구와 전혀 관계없는 이유에 기한 차별이 아닌 한 위헌이 될 수 없고, 그 법률을 적용한 결과 비록 약간의 불평등한 상황이 초래될지라도 입법부는 합헌적 권한을 행사한 것으로 추정되어야 할 것이다.

하지만 장애인에 대한 우선적 처우가 이념상 인간의 존엄성에 배치되거나 혹은 그 목적이 부당하거나 그 수단이 적정하지 못하다는 입증에 있으면, 그 합리적 근거는 부정되어 위헌의 판단을 받게 될 것은 물론이다. 가령 특정의 장애인에 대해서만 특혜를 부여하기 위한 목적을 가지거나, 혹은 장애인에게 불필요한 보호나 지나친 혜택을 주는 것을 내용으로 하는 우선적 처우는 그 한계를 넘어선 것이라 하지 않을 수 없다.

나아가 장애인에 대한 우선적 처우는 장애인간의 합리적 차별성을 인정하는 것이어야 한다. 가령 장애인 중에서도 중증장애인에게 우선적으로 복지혜택이 제공되어야 하며, 장애의 정도에 따라 차등적으로 근로나 교육의 기회가 부여되어야 하는 것이다. 모든 장애인에 대해 획일적인 우선적 배려의 조치가 취해진다면 중증장애인은 경미한 장애를 가진 장애인에 비해 결과적으로 불이익을 당하게 되고 반면에 경미한 장애를 가진 장애인은 필요 이상으로 과도한 혜택을 입게 될 것이기 때문이다. 따라서 장애의 정도에 상응하는 적정한 수준의 우선적 처우가 이루어져야 할 것으로 본다.<sup>144)</sup>

---

용하여 합헌이라고 하였다(안경환, “평등권-미국헌법을 중심으로-”, 『헌법재판연구 제6권』기본권의 개념과 범위에 관한 연구(1995), 58-59면 참조).

144) 이상 권건보, “장애인권리협약과 평등권의 의미”, 『사회복지법제연구』 통권 제2호(2011), 19-22면 참조.

#### 4. 장애인의 평등권 보장 입법과 관련 사례

장애인차별금지법은 동법에서 금지하는 차별에 해당하는 6가지의 유형을 제시하면서도(제4조 제1항), 금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있거나 혹은 금지된 차별행위가 특정 직무나 사업 수행의 실질상 불가피한 경우 정당한 사유가 있다고 보아 차별로 보지 아니한다고 규정한다(제4조 제3항). 한편 동법은 “장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위하여 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적인 조치는 이 법에 따른 차별로 보지 아니한다.”라고 규정하고 있다(제4조 제4항).

장애인차별금지법의 제정은 장애인에 대한 차별금지를 법적으로 제도화하였다는 점에서 큰 의의가 있다 할 것이다. 이를 위해 보건복지부는 2009년부터 장애인차별금지법의 의무대상 시설들의 이행실태를 점검하고 있지만, ‘장애인차별금지법 모니터링’에 대한 법적 근거가 없기 때문에 개선사항을 불이행하거나 조사를 거부하더라도 이를 제재할 방법이 없는 상황이다. 따라서 장애인차별금지법을 준수하지 않는 대상기관에게 시정명령을 내릴 수 있도록 실태점검의 근거 규정을 마련함으로써, 장애인 편의제공 의무가 있는 시설들에서 장애인차별금지법이 적극적으로 준수될 수 있도록 해야 할 것이다.

아울러 『장애인복지법』은 제8조 제1항에서 “누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 차별을 받지 아니하고, 누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화생활의 모든 영역에서 장애인을 차별하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 그리고 『근로기준법』 제6조에서도 근로조건에서 장애인을 포함한 모든 사람들에 대한 차별을 금지하고 있고, 차별을 당한 사람들이 일차적으로 노동위원회에 진정하여 구제를 받을 수 있도록 하고 있다.

한편 『장애인특수교육법』은 특수교육대상자가 그 학교에 입학하고

자 하는 경우 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형 합격자의 입학을 거부하는 등 교육기회에 있어서 차별을 하는 것을 금지하고 있다(제4조 제1항). 나아가 동법은 특수교육 관련서비스 제공, 수업 및 교내외 활동, 보호자 참여, 대학의 입학전형과정 등에서의 차별도 금지하고 있다(제4조 제2항). 차별을 당한 장애학생이나 그 보호자가 해당 지방자치단체 특수교육운영위원회에 심사청구를 하여 구제를 받을 수 있도록 하고 있다(제36조).<sup>145)</sup>

시각장애인에 한하여 안마사 자격인정을 받을 수 있도록 한 의료법 조항에 대해 헌법재판소는 헌법 제37조 제2항에서 정한 기본권제한입법의 한계를 벗어나서 비시각장애인의 직업선택의 자유를 침해하거나 평등권을 침해한다고 볼 수는 없다고 판시하였다.<sup>146)</sup>

안마사의 자격을 장애인에게만 독점적으로 부여함으로써 비장애인에게 지나친 역차별을 가하고 있다고 하더라도, 시각장애인의 특수한 사정을 고려하여 헌법적 정당성을 인정하였다는 점에서 이러한 헌법재판소의 결정은 장애인의 인권 신장에 크게 기여하였다고 평가할 수 있다.

## 5. 유엔장애인권리위원회의 평가

2014년 9월 30일 채택된 최종견해에서 유엔장애인권리위원회는 장애인차별금지법에서 최소한의 의미의 편의제공만을 의무화하여 각 개인의 손상의 유형과 정도, 성별과 연령 등의 요인과 상황과 맥락에 따른 정당한 편의제공을 지원하는 데 한계를 보이고 있다고 평가하였다.

---

145) 「장애인특수교육법」에서의 차별금지에 관한 자세한 내용은 윤수정, “「장애인 등에 대한 특수교육법」에 대한 사후적 입법평가”, 『입법평가연구』 제14호(2018), 97면 <표3> 장애인차별금지법과 장애인특수교육법 간의 차별금지조항 비교 참조.

146) 헌재 2008.10.30. 2006헌마1098, 판례집 20-2, 1089면 이하; 헌재 2013.6.27. 2011헌가39 등, 판례집 25-1, 409면 이하; 헌재 2017.12.28. 2017헌가15, 판례집 29-2, 264면 이하 참조.

그리고 동법상 차별시정기구인 국가인권위원회의 독립성과 그 역할수행 능력에 대해 의문을 제기하였다. 또한 후견인으로 하여금 의사결정을 대리하도록 하는 성년후견인제도가 장애를 이유로 본인의 법적 능력을 제한하고 있는 점에 대해 우려를 표명하였다.

이에 동 위원회는 한국 정부에 대해 실효성 있는 차별시정 및 권리구제의 대책(국가인권위원회의 역할 강화, 차별시정 및 권리구제 과정에서 장애인단체 및 시민사회단체의 참여를 위한 법적 제도적 장치의 마련 등)을 마련할 것과 장애를 이유로 하는 차별적 법률, 제도, 관행을 조사하고 이를 개선하기 위한 제반 조치를 취할 것을 권고하였다.

아울러 장애인의 자기결정권, 동등한 법적권한의 행사를 제한하는 민법의 성년후견제도에 관한 규정을 폐지하고, 장애인의 자기의지와 선호를 바탕으로 자기결정권이 존중될 수 있도록 의사결정을 조력하는 제도의 개발 및 도입을 권고하였다.

### Ⅲ. 장애인의 접근권과 이동권

#### 1. 서설

장애인이 비장애인과 마찬가지로 자유로운 일상생활을 누리려면 무엇보다도 장애인의 이동과 정보를 제약하는 각종 요인들이 제거될 필요가 있다. 그래야 비로소 장애인이 진정한 사회구성원으로서 헌법상 보장되는 각종의 기본권을 실질적으로 보장받을 수 있을 것이며, 장애인의 완전한 참여와 평등(full participation and equality)이라는 이념도 달성될 수 있을 것이다.

장애인의 접근권(Access Right)이라 함은 장애인이 인간으로서의 존엄과 가치 및 행복을 추구할 권리를 보장하기 위하여 비장애인이 이용하는 시설과 설비를 다른 사람의 도움 없이 동등하게 이용하고 비장애인이 접근할 수 있는 정보에 다른 사람의 도움 없이 자유롭게

접근할 수 있는 권리를 말한다. 이것은 주거공간·도시공간·교통시설 등에 대한 접근을 의미하는 ‘물리적 환경에의 접근’과 문화·예술 등에 대한 접근을 의미하는 ‘정보와 통신에의 접근’을 포함하는 개념이다.<sup>147)</sup> 오늘날 기본권은 ‘국가를 통한 자유의 보장’으로서의 성격도 가지고 있으므로 헌법상 보장된 국민의 기본권들을 실제적이고도 철차적으로 보장하기 위하여 창안된 개념인 접근권은 자유권이든 사회적 기본권이든 그것이 실현될 수 없는 장애에 부딪혔을 때, 기본권의 본래의 목적을 실현하기 위한 수단적인 성격을 갖는다. 예를 들어, 교육 시설에 대한 접근권을 보장하는 것은 장애인의 교육권을 보장하기 위한 것이며, 투표장소의 접근권을 보장하는 것은 장애인의 선거권을 보장하기 위한 것이다.<sup>148)</sup>

이렇게 수단적 성격을 갖는 장애인의 접근권에 대한 법적 근거는 국제법에서 비롯되었다. 국제사회는 1993년 6월 25일 세계인권대회의 결과로 채택된 「비엔나 선언 및 행동계획」(Vienna Declaration and Programme of Action)과 「장애인의 기회평등에 관한 표준규칙」(Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with disabilities)을 통하여 접근성 보장을 위한 입법을 각 나라에 촉구하였고, 2001년 12월 제56차 UN총회에서 「장애인권리협약」의 제안을 시작으로 2006년 「장애인권리협약」이 채택되었으며, 이에 따라 우리나라는 2008년 12월부터 국내적 효력을 가지게 되었다. 「장애인권리협약」 제9조 제1항에서는 접근성 보장을 위해, 1) 장애인의 자립적 생활, 2) 삶의 모든 영역에서의 완전한 참여로 정하고, 제9조 제2항에서는 그 조치로 ‘대중에게 개방되거나 제공되는 시설과 서비스에 대한 접근성과 관련된 기준 및 지침의 개발·공표와 그 이행의 감시’ 등 총 8개 사항을 규정하고 있다. 결국, 그 핵심은 장애인이 일상 또는 사회

---

147) Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons with Disabilities(1993), Rule 5 Accessibility.

148) 윤수정, 앞의 논문(주3), 139면 참조.

생활에 제약이 없도록 편의를 제공하는 것이라고 할 것이다.

국내법적 근거로는 「장애인차별금지법」 제4조 제3호에서 ‘정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우’를 차별행위로 정하고, 고용, 교육, 재화와 용역의 제공 및 이용, 사법·행정절차 및 서비스와 참정권 영역에서 이동, 접근, 이용, 참여 등에 있어 정당한 편의제공을 하도록 정하고 있다. 또한 장애인들이 안전하고 편리하게 시설 및 설비를 이용하고 정보에 접근할 수 있도록 「편의증진보장법」이 제정·시행되고 있다.

이러한 접근권은 구체적으로 시설이용권, 정보접근권, 이동권으로 세분될 수 있다.<sup>149)</sup>

## 2. 장애인의 접근권

### (1) 시설이용권

시설이용권은 각종 건축물을 장애인이 이용할 수 있는 권리를 말한다. 「장애인의 기회평등에 관한 표준규칙」 제5조는 접근성의 세부 범주를 설명하면서 이동권과 시설이용권을 “물리적 환경에 대한 접근”으로 규정하고 있다. 실제로 국가인권위원회에 접수된 시각장애인 편의시설 미비 등으로 인한 차별 사건<sup>150)</sup> 등을 살펴보면, 건물 내에 승강기 또는 경사로 등의 미설치와 수영장의 경우 입수보조시설의 미설치 등이 문제되었다. 이에 대해 국가인권위원회는 헌법 제10조 및 제11조, 「장애인차별금지법」 제25조 제2항의 국가 및 지방자치단체의 정당한 편의제공의무 규정과 동법 시행령 제16조, 별표5 ‘장애인 체육활동에 필요한 시설의 종류 및 설치의무 적용시기’<sup>151)</sup> 등을 근거로 장애를 이

---

149) 이흥재, “장애인의 이동권”, 『노동법의 존재와 당위: 김유성 교수 정년기념논문집』 (2006), 83면 참조.

150) 국가인권위원회 2012.6.13, 10-진정-0375400 결정; 국가인권위원회 2012.6.13, 11-진정-0074901 결정.

151) 이에 따르면, 편의시설 공통 필수로 2층 이상일 경우 경사로 또는 승강기 등 내

유로 한 차별행위라 인정하고 조속한 설치를 권고한 바 있다.

또한 교육시설제공에 관한 숭실대학교의 배려의무 인정 사건의 경우, 법원은 숭실대학교가 재학관계라는 일종의 계약관계에 의한 배려의무를 부담하므로 손해배상책임을 인정하였다.<sup>152)</sup> 그러나 배려의무의 범위와 관련하여, 1) 장애인용 리프트나 승강기, 장애인용 화장실, 경사로 등 ‘장애인 편의시설’에 대해서는 많은 비용과 시간이 소요되므로 장애인 대학생의 신체적·정신적 불편함은 짐작되지만 숭실대학교가 지속적으로 장애인 편의시설의 확충을 계획하고 설치하고 있음을 이유로 배려의무를 인정하지 않았고, 2) 장애인용 책상설치, 장애인이 수강하는 경우 강의실 저층 배려, 장애인 도우미 등 장애인 학생 돕기 장려 프로그램의 개발 및 도입 등 많은 비용과 시간이 소요되지 않는 부분에 대해서만 배려의무를 인정하였다. 그러나 이를 계약관계 성립에 의한 배려의무 위반 여부라는 사법(私法) 관계가 아니라, 장애인 교육시설 접근권, 즉 헌법적 근거를 토대로 「장애인편의보장법」 제4조와 「이동편의증진법」 제3조를 통해 구체화된 권리의 위반 여부를 직접적으로 다루는 것이 보다 더 바람직한 해결방법이라고 생각된다.<sup>153)</sup>

「장애인복지법」 제23조에서는 국가와 지방자치단체로 하여금 장애인이 공공시설과 교통수단 등을 안전하고 편리하게 이용할 수 있도록 편의시설의 설치와 운영에 필요한 정책을 강구하도록 하고(제1항), 공

---

부시설을 설치하도록 규정하고 있고, 실내시설 수영장에는 입수 편의를 위한 경사로·손잡이 등 입수보조시설을 설치하도록 규정하고 있고 인구 50만 명 이상 지방자치단체가 설치한 체육시설에 대해서는 2010년 4월 11일부터 적용하도록 규정하고 있다.

152) 서울지방법원 2002.7.26, 2011가단76197 판결(윤수정, 앞의 논문(주3), 138면 각주 372 참조).

153) 윤수정, 앞의 논문(주3), 138면 각주 374 참조(배려의무는 계약에 따른 부수적인 의무인데다가 그 범위마저도 좁게 인정되어 실제로 손해배상액은 위자료를 포함하여 2천만원에 불과하였다. 이 사안을 사회보장법적 관점에서 장애인 학생의 교육시설 접근권 위반 여부로 해결해야 한다고 보는 견해로는 이홍재, “장애인의 교육시설 접근권-서울중앙지방법원 2002.7.26, 선고 2001가단76197 판결-”, 「법학」 제48권 제1호(2007), 464면 참조).



공시설 등 이용편의를 위하여 한국수어 통역·안내보조 등 인적서비스 제공에 관하여 필요한 시책을 강구하도록 하고 있다(제2항). 이러한 조항은 국가와 지방자치단체의 정책이나 시책을 강구할 의무를 규정하고 있을 뿐, 구체적인 조치의무에 대해서는 명시하고 있지 않다.

「편의증진보장법」의 편의시설 대상시설은 상당수 300㎡, 500㎡, 1,000㎡ 이상의 면적기준 혹은 10세대 이상 등의 세대수 기준을 추가하고 있어 많은 시설들이 제외된다. 사람이 만든 모든 시설을 대상시설로 하는 독일이나 개인 주택 등에 대해서도 개조비용을 지원하는 스웨덴과는 달리 우리나라의 편의시설 설치 대상시설과 지원의 범위는 매우 협소하다고 할 수 있다.<sup>154)</sup>

## (2) 정보접근권

오늘날과 같은 지능정보사회에서의 정보에 대한 접근권은 매우 중요한 의미가 있다. 지금까지의 정보 격차(Digital Divide)가 정보통신기술을 활용하지 못해서 발생하는 차이에서 오는 불편함이었다면, 지능정보사회에서 정보를 활용할 수 없다는 것은 이로 인한 경제적·사회적 격차로 확산되어 여러 불평등을 초래할 수 있고,<sup>155)</sup> 그 결과 사회적 균열과 갈등을 심화시킬 수 있는 우려가 있기 때문이다. 따라서 지능정보사회에서의 정보 격차는 개인이 일상생활에서 겪는 단순한 불편함이 아니라 경우에 따라서는 디지털화에 따른 정보의 역기능으로 볼 수도 있다는 점에서, 지능정보사회의 디지털 포용을 실현하기 위해서는 취약계층<sup>156)</sup>의 정보 격차를 해소 또는 완화하기 위한 정책이 필

---

154) 권건보, 앞의 논문(주144), 532면 참조.

155) 주윤경, “지능정보사회와 정보불평등” 『KISO』 제33호(2018), 33면 참조.

156) 취약계층이라는 용어가 일상적으로 사용되기는 하나, 법적·제도적으로 일관되게 정의되지 않고 법이나 정책에 따라 각각 다르게 사용된다. 현재 법상으로 “취약계층”을 명시적으로 정의하고 있는 법은 「사회적기업육성법」 정도이며(이 법 제2조 제2호에서는 ““취약계층”이란 자신에게 필요한 사회서비스를 시장가격으로 구매하는 데에 어려움이 있거나 노동시장의 통상적인 조건에서 취업이 특히 곤란한 계층을 말하며, 그 구체적인 기준은 대통령령으로 정한다”라고 규정하고

요하다. 장애인은 정보격차 해소와 관련하여 논의되어야 하는 취약계층 중 대표적인 인적 집단이다.

장애인의 정보에 대한 접근권을 보장하기 위한 법률 조항으로는 「장애인복지법」 제22조(정보에의 접근) 제5항 및 제6항, 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 제11조(정당한 편의제공 의무) 제1항, 제14조(정당한 편의제공 의무), 제20조(정보접근에서의 차별금지), 제21조(정보통신·의사소통 등에서의 정당한 편의제공의무) 등을 들 수 있다. 그리고 「방송법」 제69조 제8항(장애인방송), 「저작권법」 제33조(시각장애인 등을 위한 복제 등) 및 제33조의2(청각장애인 등을 위한 복제 등), 「국가정보화 기본법」 제32조(장애인·고령자 등의 정보 접근 및 이용 보장) 및 제33조(정보격차의 해소와 관련된 기술 개발 및 보급지원) 등, 「전기통신사업법」 제4조의2(장애인 통신중계서비스) 등이 있다.

그동안 「저작권법」은 공표된 저작물은 시각장애인 등을 위하여 점자로 복제·배포할 수 있다고 하여(제33조 제1항) 점자 복제권을 인정하고 있으나, 저작물의 원본 파일을 제공하도록 하는 장치가 없어 공표된 저작물을 점자로 복제하기 위해서는 저작물 자체를 다시 파일로 수작업으로 입력하고 이를 변환 프로그램을 통해 점자로 바꾸어 출력하는 번거롭고 힘든 과정을 거치고 있었다. 그러나 「도서관법」에 의하면 국가, 지방자치단체 및 공공기관이 도서관자료를 국립중앙도서관에 납본하는 경우에는 디지털 파일 형태로도 납본하여야 하고(제20조 제2항), 국립중앙도서관은 도서관자료를 발행 또는 제작한 자에게 이를 디지털 파일형태로도 납본하도록 요청할 수 있고, 요청을 받은 자는 특별한 사유가 없는 한 이에 응하여야 할 의무가 있다(제20조 제3항). 문화체육관광부장관 소속으로 지식정보 취약계층 중에서 특히 장애인에 대한 도서관서비스를 지원하기 위하여 국립장애인도서관을 둔다(제45조 제1항). 이에 따라 시각장애인들을 위한 정보접근성이 향상될 것

---

있다), 다른 법률에서는 입법목적에 따라 해당 계층에 대한 정의 및 범위를 규정하고 있을 뿐이다.

으로 기대된다.

### (3) 사법에 대한 접근권

『장애인차별금지법』은 장애인이 다른 사람과 동등한 기초에서 사법절차에 효과적으로 접근할 수 있도록 보장하기 위하여 공공기관 등에 대해 사법·행정절차 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지를 규정하고 있다(제26조 제1항). 동법에 의하면, 공공기관 및 그 소속원은 사법·행정절차 및 서비스를 장애인이 장애인 아닌 사람과 실질적으로 동등한 수준으로 이용할 수 있도록 제공하여야 하며, 이를 위하여 정당한 편의를 제공하여야 한다(제26조 제4항). 그리고 사법기관은 사건관계인에 대하여 의사소통이나 의사표현에 어려움을 겪는 장애가 있는지 여부를 확인하고, 그 장애인에게 형사사법 절차에서 조력을 받을 수 있음과 그 구체적인 조력의 내용을 알려주어야 한다. 이 경우 사법기관은 해당 장애인이 형사사법 절차에서 조력을 받기를 신청하면 정당한 사유 없이 이를 거부하여서는 아니 되며, 그에 필요한 조치를 마련하여야 한다(제26조 제6항). 나아가 사법기관은 장애인이 인신구급·구속 상태에 있어서 장애인 아닌 사람과 실질적으로 동등한 수준의 생활을 영위할 수 있도록 정당한 편의 및 적극적인 조치를 제공하여야 한다(제26조 제7항).

2007. 6. 1. 개정된 『형사소송법』은 제163조의2에서 범죄피해자의 경우 신뢰관계에 있는 자의 동석에 관한 강행규정을 두고 있다. 이에 의하면 범죄로 인한 피해자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정할 능력이 미약한 경우에 재판에 지장을 초래할 우려가 있는 등 부득이한 경우가 아닌 한 피해자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하도록 해야 한다(제2항). 또한 동 개정법은 형사피의자와 형사피고인이 장애인인 경우 피의자신문과 피고인신문의 단계에서 신뢰관계자의 동석을 허용할 수 있는 특칙을 신설하였다. 동법 제244조의5에 의하면 검사 또는 사법경찰관이 피의자를 신문하는 경우 “피의

자가 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한” 때에는 직권 또는 피의자·법정대리인의 신청에 따라 피의자와 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있고, 나아가 동법 제276조의2 제1항에서 재판장 또는 법관이 피고인을 신문하는 경우 “피고인이 신체적 또는 정신적 장애로 사물을 변별하거나 의사를 결정·전달할 능력이 미약한” 때에는 직권 또는 피고인·법정대리인·검사의 신청에 따라 피고인과 신뢰관계에 있는 자를 동석하게 할 수 있다. 그런데 피의자와 피고인의 신뢰관계인 동석 조항들은 임의적 규정으로 되어 있어서 충분한 실효성을 기대하기 어려운 측면이 있다.

한편 「민사소송법」은 제143조 제1항에서 “변론에 참여하는 사람이 우리말을 하지 못하거나, 듣거나 말하는 데 장애가 있으면 통역인에게 통역하게 하여야 한다. 다만, 위와 같은 장애가 있는 사람에게는 문자로 질문하거나 진술하게 할 수 있다.”라고 규정하고 있다. 이는 사법절차상 비장애인과 동등한 접근의 기회를 장애인에게 제공하도록 하는 근거 조항으로 활용될 수 있으나, 이 역시 임의적 규정이라는 점에서 실효성에 있어서 제한적일 수밖에 없는 문제가 있다.

다만 전술한 장애인차별금지법 제26조 제6항에서 해당 장애인이 형사사법 절차에서 신뢰관계인의 조력을 받기를 신청하면 정당한 사유 없이 이를 거부하지 못하도록 하고 있으므로, 위의 임의적 규정으로 인한 한계는 어느 정도 완화될 수 있을 것이다.

### 3. 장애인의 이동권

장애인 이동권<sup>157)</sup>이란, 장애인 등의 교통약자가 대중들이 이용하는

---

157) 2001년 1월 오이도역 수직형 리프트 추락사고로 장애인이 사망하는 사건을 계기로 촉발된 ‘장애인 이동권 보장’ 운동은 그 당시만 해도 ‘이동권’이 누구 이름이냐고 할 정도로 생소한 개념이었다. 그러나 ‘장애인 이동권 쟁취를 위한 연대회의’의 적극적인 투쟁의 결과 예산과 설계상의 문제, 구조상의 문제 등 온갖 이유로 불가능하다고만 이야기되었던 각종 편의시설들이 만들어지기 시작했고, 지하

모든 교통수단, 여객시설 및 도로를 차별 없이 안전하고 편리하게 이용하여 이동할 수 있는 권리를 말한다.<sup>158)</sup> 2002년 숭실대 배려의무 인정 사건<sup>159)</sup>에서 법원은 처음으로 장애학생의 이동문제에 대한 사법적 판단을 하였으나, 그 근거를 민법 제2조에서 도출되는 신의칙상의 배려의무를 언급함으로써 ‘장애인의 이동권’ 개념을 인정하였다고 볼 수는 없다. 이후 이와 유사한 사건에서 법원은 이전의 판결과 같이 계약상 배려의무를 근거로 한 손해배상책임을 인정하면서도 “일상생활에 있어 아무런 제약이 없어 비장애인에게는 그 존재의 가치조차 논의하지 아니하는 이동권이 단순히 재산상의 이유만으로 제약을 받는 것은 이 시대의 모순”이라고 판시함으로써 명시적으로 ‘이동권’이라는 단어를 사용하였다.<sup>160)</sup> 장애인의 이동권 보장은 장애인의 일상생활의 자유는 물론 근로활동을 비롯한 적극적인 사회활동을 실질적으로 보장하기 위한 기초이자 전제가 된다.<sup>161)</sup> 이러한 이동권을 보장하기 위한 방법으로는 보행, 대중교통수단, 특별교통수단, 자가운전이 있으며,<sup>162)</sup> 이와 관련하여 『이동편의증진법』이 2005년 1월 27일에 제정되어 2006

---

철역사 엘리베이터 설치, 저상버스 도입, 특별교통수단 도입, 보행환경 개선, 공공시설 접근성 개선 등 거리 모양이 매우 빠른 속도로 바뀌기 시작했으며, 마침내 2003년에는 국립국어원에서 ‘이동권’이란 단어를 ‘신어’로 수록하기에 이르렀다(윤수정, 앞의 논문(주3), 각주 382 참조).

158) 『교통약자법』 제3조; 이홍재, 앞의 논문(주149), 83면 참조.

159) 서울중앙지방법원 2002.7.26, 2001가단76197 판결 참조.

160) 이 사건은 경남대학교에 재학 중이던 지체장애 1급 장애인인 원고가 편의시설 미설치를 이유로 대학을 상대로 손해배상을 청구한 사안이다(창원지방법원 2008.4.23, 2007가단27413 판결 참조).

161) 윤수정, 앞의 논문(주3), 143면 참조.

162) 장애인의 보행권은 전동휠체어와 같이 보행을 도울 수 있는 각종 서비스의 제공으로 확보될 수 있다. 그리고 전동휠체어가 다닐 수 있도록 보도를 정비하는 것도 보행권을 확보하기 위한 필수적인 방법으로 볼 수 있다. 대중교통수단은 버스, 택시, 지하철 등 일반 대중들이 이용하는 교통수단을 장애인도 이용할 수 있도록 디자인함으로써 장애인의 이동권을 보장하는 방식이다. 특별교통수단은 장애인콜택시나 순회이동수단 등을 말한다. 자가운전은 장애인의 자동차를 손쉽게 이용할 수 있도록 개조 및 운전을 지원하는 대책을 의미한다(김명수·정재황, “장애인 이동권에 대한 헌법적 고찰”, 『성균관법학』 제19권 제3호(2007), 106면 참조).

년 1월 26일부터 시행되었다.

동법 제14조에 의하면, 국토교통부장관 또는 시·도지사는 여객자동차운송사업 면허를 할 때에는 저상버스 등을 대통령령으로 정하는 대수<sup>163)</sup> 이상 운행하려는 자에게 우선적으로 노선 여객자동차운송사업 면허를 할 수 있고(제2항), 시장·군수가 지방교통약자 이동편의 증진계획을 수립하거나 도지사가 교통약자 이동편의 증진 지원계획을 수립할 때에는 저상버스 등 도입 및 저상버스 등의 운영을 위한 버스정류장과 도로 등 시설물의 정비 계획을 반영하고, 이에 따라 저상버스 등을 도입하여야 한다(제3항). 이에 따라 국가와 지방자치단체가 저상버스 등을 도입할 경우 노선버스 운송사업자에게 예산의 범위에서 재정 지원을 하여야 한다(제4항). 그리고 도로관리청은 저상버스 등의 원활한 운영을 위하여 필요한 경우에는 버스정류장과 도로를 정비하는 등 필요한 조치를 하여야 한다(제5항).

한편 「장애인차별금지법」에서도 「교통약자법」 제2조 제5호 및 제6호에 따른 교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니되며(제19조 제1항), 보조건 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입 및 사용을 거부하여서는 아니 된다고 규정하고 있다(제2항). 또한 이동 및 교통수단 등의 이용에 있어서 장애인 및 장애인 관련자에게 장애 또는 장애인이 동행·동반한 보조건 또는 장애인보조기구 등을 이유로 장애인 아닌 사람보다 불리한 요금 제도를 적용하는 것을 금지하고 있다(제3항). 교통사업자 및 교통행정기관에 대하여 장애인이 이동 및 교통수단 등을 장애인 아닌 사람과 동등하게 이용하여 안전하고 편리하게 보행 및 이동을 할 수 있도록 하는 데 필요한 정당한 편의를 제공하는 한편(제4항), 장애인이 이 법에 정한 차별행위를 당하지 않도

---

163) 저상버스의 경우 특별시와 광역시는 운행하려는 버스 대수의 2분의 1, 시와 군은 3분의 1로, 휠체어 탑승설비를 장착한 버스의 경우 운행하려는 버스 대수의 2분의 1로 규정하고 있다(「교통약자의 이동편의 증진법 시행령」 제14조 제1항).

록 홍보, 교육, 지원, 감독할 의무를 지우고 있다(제5항).

개인의 이동과 관련하여 중요한 항목인 운전면허와 관련하여 국가 및 지방자치단체는 운전면허시험의 신청, 응시, 합격의 모든 과정에서 정당한 사유 없이 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 되며, 장애인이 운전면허시험의 모든 과정을 장애인 아닌 사람과 동등하게 거칠 수 있도록 정당한 편의를 제공하여야 함을 명시하고 있다(제6항 및 제7항).

#### 4. 유엔장애인권리위원회의 평가

2014년 9월 30일 채택된 최종견해에서 위원회는 「건축기본법」의 경우 계획 또는 설계단계에서 필요한 시책을 강구해야 한다고 되어있을 뿐 구체적인 조항이 없고 접근성 관련 사항은 모두 「장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」에 위임하고 있어, 실제로 건축기본법은 장애인의 접근성을 전혀 보장하지 못하고 있음을 지적하였다. 또한 역사에 안정성에 문제가 있는 것으로 지적된 리프트가 설치된 지역이 아직도 존재하고, 열차와 승강장의 간격이 넓어 시각장애인, 휠체어이용 장애인의 안전사고 발생이 반복되고 있음을 지적하였다. 또한 정부의 저상버스 도입을 위한 예산은 동결 또는 감소하고 있고 장애인 콜택시도 법정기준치의 60% 수준에 머물고 있는 데 대해 우려를 표명하였다. 그리고 여전히 시각장애인의 인터넷 접근이 용이하지 않은 곳이 많고, 청각장애인 발달장애인 등 장애유형의 특성에 맞춘 웹 접근성은 취약한 상황이며, 스마트폰의 앱에 대한 접근성지침이 의무가 아닌 권고에 그치고 있음을 지적하였다.

또한 수화가 한국의 공식 언어로의 지위를 갖고 있지 못하고 있어 농인(청각·언어장애)들은 경제 사회 문화 등 모든 영역에서 소통의 어려움과 심각한 차별을 받고 있음에 우려를 표명하였다. 그리고 장애인 방송 편성 및 제공 등 장애인 방송접근권 보장에 관한 고시는 방송

편성의 양적기준만을 준수하면 되도록 하는 등 장애인의 방송접근성이 크게 취약한 상황이며, 특히, 발달장애인의 특성을 고려한 정보의 접근성을 보장하는 법적근거와 정책은 전무한 실정임을 지적하였다.

사법에 대한 접근권과 관련하여서는 장애인차별금지법에서 사법절차의 이용에 있어 정당한 편의를 제공하도록 의무를 부과하고 있지만, 사법기관에서는 장애유형과 정도, 성별에 따른 정당한 편의를 제공하고 있지 않음을 지적하였다. 그리고 사법기관의 종사자는 장애인과 장애인 인권에 대한 인식이 부족해 정당한 편의의 제공과 장애인 사법접근권의 보장에 대해 충분히 인식하고 있지 못하며 적절한 훈련 또한 받고 있지 못하고 있으며, 수사과정에서 수사관에 의한 장애인 인권침해가 지속적으로 발생하고 있는 데 대해 우려를 표명하였다.

이에 한국 정부에 대해 위원회는 장애인의 접근성 향상을 위한 중장기 계획을 수립하고, 수립된 계획의 이행정도에 대한 모니터링 및 모니터링 결과에 따라 이를 시정할 수 있는 체계를 구축할 것을 권고하였다. 또한 모든 장애인이 웹사이트를 통한 정보의 접근에 있어 다른 사람과 동등하게 이루어 질 수 있도록 관련 법률을 개정하고 이를 정기적으로 모니터링 할 것과 모니터링 과정에는 장애인의 참여를 최대한 보장할 것을 촉구하였다. 아울러 모든 대중교통수단을 장애인이 안전하고 편리하게 이용가능하도록 현재의 대중교통정책을 재검토하여 적절한 조치를 강구할 것을 권고하였다.

그리고 모든 장애인이 비장애인과 동등하게 사법제도에 대한 접근이 가능하도록 조력을 포함하여 가능한 모든 정당한 편의가 제공될 수 있도록 조치를 취할 것과 그 실효성을 높이기 위해 사법기관 직원 및 경찰과 검찰 공무원에 대해 장애인의 권리에 관한 인식의 제고를 위한 교육 등 조치를 수립·시행할 것을 권고하였다.

또한 수화를 대한민국의 공식사용 언어로 인정하고 이를 법률로 보장할 수 있도록 관련 법과 정책을 마련할 것과 현행 장애인방송 편성 및 제공 등 장애인 방송접근권 보장에 관한 고시의 개선을 통해 실질



적인 장애인의 방송접근권이 보장되도록 조치를 취할 것 등을 권고하였다.

#### IV. 장애인의 사회보장수급권

장애인의 사회보장에 관해서는 「장애인복지법」에서 장애수당(제49조), 장애아동수당과 보호수당(제50조), 자녀교육비(제50조의2), 활동지원급여(제55조) 등에 대해 규정하고 있다. 그리고 「장애인연금법」(2010)에서 경제활동이 어려운 중증장애인의 기초소득을 보장하고 장애로 인해 발생하는 추가비용을 지원할 수 있도록 하고 있다. 또한 「장애인 활동지원에 관한 법률」(2011)은 장애인의 자립생활을 지원하고 그 가족의 부담을 줄이기 위하여 신체적·정신적 장애 등의 사유로 혼자서 일상생활과 사회생활을 하기 어려운 장애인에게 제공하는 활동지원급여에 관한 사항을 규정하고 있다.

2010년 장애인연금이 도입되었으나, 수급자 수가 제한적이고 지급액이 매우 낮아 장애가 초래한 경제적 비보장에 유효한 정책 수단이 되지 못하고 있다는 평가이다. 장애인연금의 지급대상을 의학적 손상을 기준으로 분류한 장애등급에 따라 중증장애인에 한정하고 있다. 이에 따라 상대적으로 장애의 정도가 경한 장애인의 경우 일자리를 못 구해 소득이 없어도 연금제도에서 배제되는 결과를 초래하고 있다. 2014년 9월 30일 유엔장애인권리위원회는 장애정도에 따른 장애인연금 지급대상 선정방식을 폐지하고 장애인 개인의 장애유형과 정도, 성별, 연령에 따라 발생하는 비용과 소득 등을 고려하는 방식으로 관련 법령 및 제도, 정책의 개선을 권고한 바 있다.

2017년 장애인실태조사<sup>164)</sup> 결과에 따르면, 장애인가구의 월평균 소득은 242.1만 원으로 전국 월평균 가구소득(361.7만 원)의 66.9%에 불

---

164) 김성희 외, 「2017년 장애인실태조사」, (한국보건사회연구원·보건복지부, 2018), 20면, 133면 등 참조.

과하였으며, 장애인 중 절대빈곤층이라고 할 수 있는 국민기초생활보장 수급자 비율은 16.3%로서 전체 국민의 수급자 비율인 3.2%보다 무려 5.1배 높았다. 한편 장애로 인한 평균 추가 비용이 월 16.5만 원인 것으로 나타났는데, 이는 장애인가구의 경제적 어려움을 가중시키는 근본적인 요인이 되고 있다.

1988년 장애연금 도입(국민연금법 제67조), 1990년 장애수당 도입(장애인복지법 제49조), 2002년 장애아동수당 도입(장애인복지법 제50조), 2010년 장애인연금 도입 등 지속적으로 장애급여가 확충되어 왔다. 하지만 장애인이 자립활동을 통해 삶의 질을 높일 수 있도록 장애인의 소득을 보장하기 위한 제도의 획기적인 개선이 필요하다고 본다.<sup>165)</sup>

우리나라에서는 1988년부터 의학적 심사를 기초로 장애의 유형별로 1~6급으로 등급을 나눈 장애인등급제가 시행되어 왔다. 그동안 이러한 장애의 등급에 맞추어 장애인에 대한 각종 지원이 차등적으로 제공되었으나, 이러한 지원 방식은 장애인의 개별적 수요를 제대로 반영하지 못한다는 비판이 이어졌다. 2014년 9월 30일 유엔장애인권리위원회 회도 최종견해에서 의료적인 관점의 「장애인복지법」상 장애의 개념을 협약의 정신에 맞추어 인권적인 접근으로 전환할 것을 권고하면서 의료적 모델에 기반한 당시의 장애 판정 및 등급제도를 재검토하여 개인의 특성, 상황 및 욕구에 부합하도록 수정하고, 정신적 장애인을 포함한 모든 유형의 장애인이 그들의 요구에 따라 복지서비스와 활동보조의 적용 확대를 권고한 바 있다. 이에 따라 장애인 개인의 욕구와 환경을 보다 세밀하게 고려해 서비스를 지원할 수 있도록 하는 방향으로 「장애인복지법」이 2017년 12월 19일 개정되었다. 동 개정법은 장애등급제의 개편 사항을 반영하기 위하여 ‘장애 등급’을 ‘장애 정도’로 변경하고, 맞춤형 서비스 제공을 위하여 ‘서비스 지원 종합조사’를 실시할

---

165) 윤상용, “장애인의 최저소득보장을 위한 바람직한 장애인 소득보장제도 개편 방안”, 『장애등급제 폐지에 따른 장애인 소득보장 정책토론회 자료집』(2019), 17-18면 참조.

수 있는 법적 근거를 마련하였다(제32조, 제32조의4, 제32조의5, 제32조의8 및 제60조의2). 이에 따르면 등록 장애인을 ‘장애의 정도가 심한 장애인(현재 1~3급)’과 ‘장애의 정도가 심하지 않은 장애인(4~6급)’으로 나누어 건강보험료, 전기요금 등의 감면·할인 등 단순 서비스를 이용할 때 판단기준으로 이를 활용한다. 장애인등록증을 새롭게 발급받을 경우에는 장애 정도가 표기된 새로운 양식의 장애인 등록증이 발급되는데, 여기에는 ‘중증/경증’으로 장애정도가 표기된다. 또한 장애인 욕구·환경 등을 고려한 서비스 지원을 위해 ‘장애인 서비스 지원 종합조사’가 도입된다. 이를 통해 서비스 신청인의 일상생활 수행능력, 인지·행동특성, 사회활동, 가구환경 등을 종합적으로 평가한다.

그러나 2019. 7. 1.부터 장애인등급제가 단계적으로 폐지된 이후 오히려 서비스가 더 필요한 최중증 장애인들에게 (서비스) 급여 규모가 감소하는 현상을 보이고 있다. 활동지원 종합조사를 새롭게 받은 19.2%의 중증장애인은 활동지원급여가 오히려 하락한 것으로 나타났다. 이러한 지원 기준의 변경으로 중증장애인에게 더 많은 서비스가 돌아가도록 하기 위해서는 무엇보다도 장애인 각자의 형편과 서비스 수요를 정확히 파악하는 것이 중요하다. 그리고 개별적 서비스 수요가 있는 곳에 필요한 만큼의 서비스가 제공될 수 있으려면 장애인의 지원에 소요되는 예산을 충분히 확보하는 것이 필요하다. 장애인등급제의 진정한 폐지는 이러한 조건을 충족할 때 비로소 달성될 수 있는 것이다.

## V. 장애인의 교육권

### 1. 장애인 교육권의 내용

장애인도 국민의 한 사람으로서 자기의 능력에 맞는 교육을 받을 권리를 헌법상의 기본권으로 보장받는다. 교육을 받을 권리는 교육을

통해 장애인의 잠재적 능력을 계발시켜줌으로써 인간다운 문화생활과 직업생활을 할 수 있는 기초를 마련해주고, 장애인 각자의 능력에 맞는 교육을 통해 직업생활과 경제생활의 영역에서 실질적인 평등을 누릴 수 있도록 함으로써 헌법이 추구하는 사회국가, 복지국가의 이념을 실현한다는 의의와 기능을 가진다고 할 수 있다.<sup>166)</sup> 장애인의 교육을 받을 권리는 장애를 이유로 교육상 차별을 받지 않는다는 자유권적 측면과 장애인의 인간다운 생존을 위해 교육에 있어서 국가가 적극적인 배려를 해야 한다는 사회권적 측면을 아울러 가진다.<sup>167)</sup>

### (1) 평등권적 측면

장애인의 교육권을 보장하는 것은 교육의 영역에 있어서 장애를 이유로 하는 차별을 금지하는 것에서 출발한다. 이에 따라 교육을 필요로 하는 장애인이 일반학교에 입학하려는 경우 그 학교의 장은 장애를 이유로 입학 지원을 거부하거나 입학시험 합격자의 입학을 거부하는 등의 불리한 조치를 하여서는 안 된다(『장애인복지법』 제20조 제4항). 특수교육대상자가 그 학교에 입학하고자 하는 경우에도 그가 지닌 장애를 이유로 입학의 지원을 거부하거나 입학전형 합격자의 입학을 거부하는 등 교육기회에 있어서 차별을 하는 것은 금지된다(『장애인특수교육법』 제4조 제1항). 모든 교육기관은 교육 대상인 장애인의 입학과 수학(修學) 등에 편리하도록 장애의 종류와 정도에 맞추어 시설을 정비하거나 그 밖에 필요한 조치를 강구하여야 하며(『장애인복지법』 제20조 제5항), 교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인

166) 헌재 1994.2.24. 93헌마192, 판례집 6-1, 179면 이하 참조.

167) “헌법은 “모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며 행복을 추구할 권리를 가진다”... “모든 국민은 능력에 따라 균등하게 교육을 받을 권리를 가진다”고 규정함으로써... 교육을 받을 권리는 오늘날 사회적 약자의 생존권을 보장하는 임무를 가지고 문화적 생활면에 관한 사회법적 기본권으로서 국가가 모든 국민에게 균등한 교육을 받도록 여러 가지 정책을 시행할 의무를 부담하게 하고 있으며 교육법은 교육의 목적에 따라 교육방법을 강구하는 등의 의무를 규정하고 있으며...”(대구지방법원 1981.1.29. 80가합295 판결 참조).

의 교육활동에 불이익이 없도록 각종의 수단<sup>168)</sup>을 적극적으로 강구하고 제공하여야 한다(『장애인차별금지법』 제14조 제1항).

장애인은 자신의 선택에 따라 일반교육을 받을 권리가 인정되지만, 나아가 특수교육을 받을 권리도 함께 보장되어야 한다. 특수교육이란 함은 특수교육대상자의 교육적 요구를 충족시키기 위하여 특성에 적합한 교육과정 및 상담지원·가족지원·치료지원·보조인력지원·보조공학기기지원·학습보조기기지원·통학지원 및 정보접근지원 등 특수교육대상자의 교육을 효율적으로 실시하기 위하여 필요한 인적·물적 자원을 제공하는 서비스 제공을 통하여 이루어지는 교육을 말한다(『장애인특수교육법』 제2조 제1호 및 제2호). 특수교육의 방법은 크게 두 가지로 나누어 볼 수 있는데, 그 하나는 일반학교에서 일반 아동과 함께 기본교육을 받는 상황에서 별도로 특수교육을 받는 것이고, 다른 하나는 장애아동들만으로 구성된 특수학교에서 교육을 받는 것이다. 그러나 이 중에서 보다 바람직한 특수교육의 형태는 전자의 경우라 할 수 있다. 장애학생의 사회적응을 위하여서뿐만 아니라 일반학생들로 하여금 이 사회가 장애인과 비장애인이 더불어 사는 사회임을 몸에 익히게 하는 교육을 위하여서도 통합교육은 필요하기 때문이다. 여기서 통합교육은 특수교육대상자가 일반학교에서 장애유형·장애정도에 따라 차별을 받지 아니하고 또래와 함께 개개인의 교육적 요구에 적합한 교육을 받는 것을 의미한다(동법 제2조 제6호). 『장애인특수교육법』에 의하면 각급학교의 장은 교육에 관한 각종 시책을 시행함에 있어서

---

168) 각종 이동용 보장구의 대여 및 수리, 교육보조인력의 배치, 장애로 인한 학습 참여의 불이익을 해소하기 위한 확대 독서기, 보청기기, 높낮이 조절용 책상, 각종 보완·대체 의사소통 도구 등의 대여 및 보조건의 배치나 휠체어의 접근을 위한 여유 공간 확보, 시·청각 장애인의 교육에 필요한 한국어어 통역, 문자통역(속기), 점자자료 및 인쇄물 접근성바코드(음성변환용 코드 등 대통령령으로 정하는 전자적 표시)가 삽입된 자료, 자막, 큰 문자자료, 화면낭독·확대프로그램, 보청기기, 무지점자단말기, 인쇄물음성변환출력기를 포함한 각종 장애인보조기구 등의 사소통 수단, 교육과정을 적용함에 있어서 학습진단을 통한 적절한 교육 및 평가방법의 제공 등.

통합교육의 이념을 실현하기 위하여 노력하여야 한다(동법 제21조 제1항). 그리고 특수교육대상자를 배치받은 일반학교의 장은 특수학급을 설치·운영하여야 한다(동법 제21조 제3항). 한편, 만 3세 미만의 장애 영아의 보호자는 조기교육이 필요한 경우 교육장에게 교육을 요구할 수 있다(동법 제18조 제1항). 고등교육에 있어서도 통합교육의 이념이 실현될 수 있도록 노력할 것이 요구되고 있다. 즉 대학의 장도 해당 학교에 재학 중인 장애학생의 교육활동의 편의를 위하여 각종 학습보조기기 및 보조공학기기 등의 물적 지원, 교육보조인력 배치 등의 인적 지원, 취학편의 지원, 정보접근 지원 등을 적극적으로 강구하고 제공하여야 하고(동법 제31조 제1항), 해당 학교의 입학전형절차에서 장애수험생의 수험의 편의를 위하여 수험편의에 필요한 수단을 적극적으로 강구하고 제공하여야 한다(제2항).

## (2) 사회적 기본권적 측면

장애인이 사회의 일원으로 자기 역할을 다할 수 있으려면 어릴 때부터 적절한 교육을 받아야 한다. 교육은 특히 장애인에게 있어 교육은 인간답게 생활할 수 있게 하는 필수적 요소라 할 수 있다. 하지만 장애인이 교육을 받는 데에는 비장애인과 달리 국가적 차원의 적극적 배려가 필요한 경우가 많다. 장애인의 신체적·정신적 능력을 감안할 때 단순한 기회의 균등만으로는 장애인의 교육상의 기본권이 허구화될 가능성이 높기 때문이다. 따라서 장애인에 대해서는 특수교육의 기회제공 이외에도 비장애인과 동등하게 교육을 받을 수 있는 기회도 적극적으로 보장되어야 한다.

이에 따라 「장애인특수교육법」은 특수교육대상자에 대하여 유치원·초등학교·중학교 및 고등학교 과정의 교육을 의무교육으로 규정하고 있다(제3조 제1항 전단). 「장애인특수교육법」에 의하면 만 3세부터 만 17세까지의 특수교육대상자는 의무교육을 받을 권리를 가지며(동법 제3조 제2항 본문), 출석 일수의 부족 등으로 인하여 진급 또는 졸업을

하지 못하거나, 취학의무를 유예하거나 면제받은 자가 다시 취학할 때의 그 학년이 취학의무를 면제 또는 유예받지 아니하고 계속 취학하였을 때의 학년과 차이가 있는 경우에는 그 해당 연수(年數)를 더한 연령까지 의무교육을 받을 권리를 가진다(동법 제3조 제2항 단서). 특수교육대상자의 의무교육 및 무상교육에 드는 비용은 국가 또는 지방자치단체가 부담한다(동법 제3조 제3항).

하지만 국가인권위원회에 진정을 제기한 사건들을 보면, 장애학생이라는 이유로 입학이 거부되거나 전학을 강요당했다는 사례, 학교 시설물에 접근하거나 이용하는 것이 어려워 학습에 제대로 참여하지 못했다는 사례, 수업이나 현장체험학습 등 장애학생이라는 이유로 제한, 배제, 분리, 거부를 당했다는 사례 등이 근절되지 않고 있다. 더욱이 특수학교나 특수학급의 수가 특수교육의 수요에 훨씬 못 미칠 뿐만 아니라 특수교사의 채용도 턱없이 부족하여 장애학생들이 장시간 원거리 통학을 하거나 장애의 특성에 맞는 교육서비스를 받지 못하고 있는 것으로 나타나고 있다. 2019년도 교육부의 특수교육통계에 따르면, 2019년도 특수교육대상자수는 89,353명으로 2007년 대비 23,413명(35.5%)이 증가한 반면, 2019년도 특수학교 수는 175개로 2007년 대비 31개(20%)만 신설되어,<sup>169)</sup> 특수교육대상자수에 비해 특수학교가 매우 부족한 것이 현실이다.

장애인 교육권의 증진을 위한 관련 법적 기반이 강화되고 있지만, 이를 집행하는 데 필요한 재정이 뒷받침되지 않고,<sup>170)</sup> 교육의 현장을 감독할 전문적 인력도 부족한 것이 문제점으로 지적되고 있다. 따라서 국가적 차원에서 장애인 교육권의 실현에 필요한 재원을 확보하고 필요한 인력을 확충하는 등 장애인의 교육권을 실효적으로 보장하기 위

---

169) 교육부, 「2019 특수교육통계」(교육부 국립특수교육원, 2020), 3면 참조.

170) 2018년 특수교육대상 학생 1인당 평균 특수교육비는 연간 약 3,040만 원이고, 장애인 1인당 평생교육비는 연간 2,287원에 그치고 있다. 비마이너 2020. 4. 1.자 기사 “장애인 1인당 평생교육예산 연간 2287원...이걸로 무슨 교육을?” 참조(<http://www.beminor.com/news/articleView.html?idxno=14525>, 최종검색일 2020.9.30.).

한 적극적 노력을 기울일 필요가 있다.

## 2. 유엔장애인권리위원회의 평가

2014년 9월 30일 유엔장애인권리위원회는 최종견해에서 장애아동과 비장애아동의 통합교육을 뒷받침하는 우리 정부의 정책이 아직 미흡하다고 평가했다. 학생당 교사비율은 너무 낮고, 장애아동의 장애유형과 정도에 따라 지원이 필요한 학습환경과 편의제공은 거의 이루어지지 않고 있으며, 특히 발달장애아동의 장애정도에 따른 개별화된 학습 목표 및 과정이 없어 일반학교 특수학급에 다니는 발달장애아동은 교사의 재량에 따라 교육의 서비스와 질이 결정되고 상당수의 발달장애아동은 교실에서 보호하는 수준에 머물러 있음을 지적하였다. 시·청각 장애인, 뇌성마비 장애인의 경우 일반학교에 다닐 수 있는 환경과 편의제공이 부족해 특수학교로 진학하는 사례가 적지 않은 점, 특수학교에 대한 예산지원에 비해 통합교육을 위한 재정지원은 절대적으로 부족한 점, 비장애아동과 분리된 교실에서 수업을 받고 있으며 교사도 일반교사와 특수교사로 나뉘어 양성되고 있는 점 등에 대해서도 우려를 표명하였다.

이에 동 위원회는 한국 정부에 대해 통합교육을 보다 촉진하기 위하여 특수학교에 대한 단계적 폐지 계획과 아울러 통합교육의 내실을 기하기 위한 종합적인 대책의 강구를 권고하였다. 종합적인 대책에는 교사충원, 맞춤형 교과과정 및 학습목표 설정, 장애유형 및 정도, 성별에 따른 특성을 고려한 학습권의 보장을 위한 정당한 편의의 제공, 특수교사와 일반교사 통합양성 등의 계획이 포함되어야 하며 이 과정에 장애아동의 참여를 최대한 보장할 것을 촉구하였다.



## VI. 장애인의 근로의 권리

### 1. 장애인의 근로의 권리의 개념

일반적으로 장애인은 제한된 능력으로 인하여 기업에서 요구하는 생산성에 미치지 못한다. 이러한 현실에서 국가가 개입하지 않고 무조건 시장에 맡겨 놓는 경우 장애인이 고용될 기회는 거의 없다고 해도 과언이 아니다. 따라서 국가는 한편으로는 스스로 적극적인 장애인고용보호정책을 추진하고 시행하여야 하며, 다른 한편 고용의 주체인 사용자에게 장애인을 고용하여 사회연대의 책임을 실현하도록 할 수 있다.<sup>171)</sup>

장애인에 있어 근로의 권리는 장애인이 자신의 개성과 자아를 실현하고 생존에 필요한 기본적 수요를 충족하기 위해 자신의 능력에 적합한 일자리를 가질 수 있도록 국가의 적극적인 배려를 요구할 수 있는 기본권이라고 할 수 있다. 이에 따라 국가는 장애인의 고용증진을 위한 적극적 정책을 수립하고 이를 이행하기 위한 법제도를 정비하여야 한다. 한편, 장애인의 근로의 권리는 고용에 있어서 장애인에 대한 평등한 처우를 요구할 수 있는 권리도 내포한다. 이에 따라 국가는 장애인이 채용과정에서만 아니라, 승진·전보·해고 등 인사상의 차별을 받지 않도록 관련 법제를 정비하여야 한다. 장애인에 대한 고용차별의 금지는 오로지 장애만을 이유로 하는 직접적 차별뿐만 아니라 다른 사유에 장애가 겹쳐져서 차별이 가해지는 복합적 의도에 의한 차별, 나아가 의도적이지는 않지만 실질적으로 차별이 되는 결과적 고용차별의 경우까지도 허용되지 않는다는 것을 그 내용으로 한다.

---

171) 헌재 2012.3.29. 2010헌바432, 판례집 24-1(상), 503면 참조.

## 2. 장애인의 근로의 권리보장을 위한 제도

장애인의 고용증진을 위한 조치는 국내법에서 「장애인복지법」, 「장애인차별금지법」, 「장애인특수교육법」, 「장애인고용법」, 「산업재해보상보험법」, 「의료법」 등을 통하여 규율되고 있다. 「장애인차별금지법」 제10조 제1항에서는 “사용자는 모집·채용, 임금 및 복리후생, 교육·배치·승진·전보, 정년·퇴직·해고에 있어 장애인을 차별하여서는 아니 된다.”라는 명문의 규정을 두고 있다. 하지만 「장애인차별금지법」은 제11조 제1항에서 편의제공의 의무와 관련하여 “사용자는 장애인이 해당 직무를 수행함에 있어서 장애인 아닌 사람과 동등한 근로조건에서 일할 수 있도록 다음 각 호의 정당한 편의를 제공하여야 한다.”라고 규정함으로써 직무 관련 규정이라는 조건을 부과하고 있다. 또한 동법은 제4조 제3항 제1호에서 “금지된 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우”라는 단서를 달고 있다. ‘과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정’과 같은 모호한 표현은 정당한 편의제공의 예외를 폭넓게 허용할 우려를 낳고 있다.

한편 「최저임금법」 제7조 제1호에 의하면, ‘정신장애나 신체장애로 근로능력이 현저히 낮은 사람’에 대해서는 사용자가 최저임금액 이상의 임금을 지급하지 않아도 된다. 그런데 업무능력이 현저히 떨어지는 자에 대한 객관적 판단기준 없이 채용기관이 임의로 업무능력에 대해 판단할 수 있게 하고 있다. 이에 대해 유엔장애인권리위원회는 CRPD에 위반되는 것이라고 판단하였다. 이에 대한 입법적 개선이 필요한 상황이다.

「장애인고용촉진법」에서는 장애인의 근로의 권리를 보장하기 위해 의무고용(제27조 및 제28조)과 고용부담금(제32조 및 제33조) 제도 및 고용장려금(제30조) 제도를 두고 있다.

의무고용제는 일정 비율의 근로자를 장애인으로 고용하도록 국가와 지방자치단체 및 사업주에게 의무를 부과시키는 제도이다. 의무고용과

관련하여 가장 핵심적인 내용은 ‘의무고용률’이라 할 수 있다. 이 법에 따르면, 국가 및 지방자치단체의 장은 2019년 이후부터는 장애인을 소속 공무원 정원에 대하여 3.4% 이상 고용하여야 한다(제27조 제1항 제2호). 그리고 상시 50명 이상의 근로자를 고용하는 사업주는 2019년 이후부터는 그 근로자의 총수의 3.1% 이상 장애인을 고용하여야 한다(제28조 제1항 및 동법 시행령 제25조 제3호). 그런데 고용노동부가 발표한 ‘2019년 장애인 의무고용 사업체의 장애인 고용상황’에 따르면 국가·지방자치단체의 공무원 부문 장애인 고용률은 지난해 2.86%에 그쳤다. 민간기업의 장애인 고용률은 평균 2.79%로 나타났고, 공정거래법상 자산총액합계 10조 원 이상인 대기업 집단의 장애인 고용률은 2.29%에 불과했으며, 1,000인 이상 기업의 경우는 2.52%였다. 규모가 큰 기업이 오히려 장애인 고용에 소극적인 것으로 나타났다.<sup>172)</sup> 『장애인고용촉진법』에서는 이러한 의무고용을 제도적으로 뒷받침하기 위해 고용부담금과 고용장려금 제도를 함께 시행하고 있다. 고용부담금 제도는 장애인을 고용하지 않은 사업주의 부담으로 장애인을 고용한 사업주의 부담을 보상하여 장애인고용을 유도·조정하려는 목적을 가지는 특별부담금으로, 장애인고용을 위한 재원을 조달하는 부수적인 기능을 수행하기도 한다. 의무고용대상 사업주가 의무고용률을 초과하여 장애인을 고용한 경우 혹은 의무고용대상이 아닌 사업주가 장애인을 고용한 경우 고용장려금을 지급받을 수 있다. 고용장려금은 국가의 일방적인 지원에 해당하기 때문에 의무고용 및 고용부담금과 같은 차원에서 논의될 수는 없다. 다만 고용장려금 산정에 있어 중증장애인이나 여성장애인의 우대하는 규정(제30조 제3항)에 대해서는 합리적 차별로 평가할 수 있다. 중증장애인의 경우에는 생산성이 낮음에도 불구하고 고용에 따른 추가비용이 많이 발생할 것이므로 이를 보상하기 위한 배려는 합리적이라 평가할 수 있으며, 여성장애인의 경우에는 여성이면서 동시에 장애인이라는 이유로 이중적 차별을 받을 수 있으므로 이

---

172) <https://www.hankookilbo.com/News/Read/202004191637773553>(최종검색일 2020.10.2.).

를 방지하고자 하는 차원에서 이들을 우대하는 것이 오히려 합리적이다.

헌법재판소는 의무고용 및 고용부담금 제도에 대해 사업주의 행동 자유권, 경제활동의 자유, 평등권을 침해하지 않는다면 합헌 결정을 내린 바 있다.<sup>173)</sup>

## VII. 장애인의 참정권

### 1. 선거권과 투표권

(1) 우리 헌법은 제1조 제2항에서 국민주권을 선언하고, 제24조에서 모든 국민에게 선거권을 보장하고 있다. 또 헌법 제41조 제1항 및 제67조 제1항은 국회의원 및 대통령 선거에서의 평등선거의 원칙을 규정하고 있다. 따라서 장애인은 기본권의 주체로서 당연히 선거권을 가지며, 투표기회에서 균등과 투표결과에 있어서의 평등도 보장된다. 물론 정신적 장애인의 경우 법률에 의해 그 행사능력이 제한될 수 있지만, 이것은 참정권의 주체성을 인정하는지 여부와는 다른 차원의 문제라고 할 것이다.

장애인 참정권 문제는 지난 2000년 총선 이후 국가를 상대로 하는 손해배상청구소송이 제기되면서<sup>174)</sup> 본격적으로 논의되었다.<sup>175)</sup> 논의의 주된 쟁점은 선거권과 관련하여 1) 자신의 거주지에서 투표소까지의

---

173) 헌재 2003.7.24. 2001헌바96, 판례집 15-2, 56면 이하; 헌재 2012.3.29. 2010헌바432, 판례집 24-1, 494면 이하 등 참조.

174) 2000년 제16대 총선에서 투표소가 2층에 설치되어 선거권을 행사하지 못한 중증 장애인이 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고 일정 부분에 대하여 국가의 손해배상책임이 인정되었다(대법원 2002.5.31. 2002다4375 판결 참조).

175) 장애인참정권 문제에 대해 장애인들이 직접 자기 목소리를 낸 것은 1992년 대통령선거를 앞두고 투표소 건물을 1층에 마련하고 편의시설을 설치해 줄 것을 요구하면서부터라고 할 수 있다. 그러나 이러한 요구는 극히 일부 장애인단체만이 주장하였고, 사회 여론도 그다지 주목하지 않았다. 이러한 장애인참정권 운동에 대한 자세한 내용은 김정열, “장애인의 현실과 장애인운동”, 『경제와 사회』 통권 제67호(2005), 55-57면 참조.

이동이 불가능하거나 투표소 앞까지 이동한 경우라도 투표소가 엘리베이터나 경사로가 없는 2층에 설치된 경우 등 투표소로의 이동 및 진입의 문제<sup>176)</sup> 혹은 2) 투표소 안에서의 기표행위와 관련된 편의제공 문제<sup>177)</sup>이거나 3) 투표권 행사의 전제가 되는 선거정보에 관한 접근성 문제<sup>178)</sup> 피선거권과 관련하여 중증장애인 혹은 언어장애인이 후보자가 되는 경우 선거운동에 있어서의 형평성 문제였다.<sup>179)</sup> 이렇게 장애인도 참정권의 주체임을 인식하고 이를 실효적으로 보장하고자 하는 정책들이 다수 등장하였음에도 불구하고, 지금까지의 장애인의 참정권 보장 노력은 대부분 선거권 보유 여부에 대해서는 의심의 여지가 없는 신체적 장애인에 초점을 맞추고 있기 때문에,<sup>180)</sup> 정신적 장애인<sup>181)</sup>의 참정권은 여전히 관심의 사각지대에 놓여 있다. 예컨대, 모

176) 이에 관한 연구로는 김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장방안”, 『사회보장법연구』 제2권 제1호(2013), 31면 이하 등 참조.

177) 이에 관한 연구로는 김혜선·박정민, “장애인 투표편의제도 개선방안”, 『선거연구』 제8권(2017), 359면 이하 등 참조.

178) 이에 관한 연구로는 김명수, “청각 장애인의 참정권 보장에 관한 연구-현재 2009.5.28, 2006헌마285 결정에 대한 평석을 중심으로-”, 『홍익법학』 제11권 제1호(2010), 489면 이하; 윤수정, “시각장애인의 선거정보에 접근할 권리에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 2014.5.29, 2012헌마913 결정에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 『세계헌법연구』 제22권 제3호(2016), 27면 이하 등 참조.

179) 이에 대한 헌법재판소 결정을 분석한 연구로는 윤수정, “선거운동에 있어서 장애인평등의 실현-헌법재판소 2009.2.26. 2006헌마626 결정을 중심으로-”, 『헌법학연구』 제21권 제4호(2015), 241면; 차성안, “중증장애인 중증장애인 입후보자의 선거운동”, 『사회보장법연구』 제2권 제1호(2013), 73면 이하 참조.

180) 이러한 점은 지금까지의 형성된 장애인 선거권 관련 정책뿐만 아니라 최근에 발의된 『공직선거법 개정안』의 내용에서도 확인된다. 더불어민주당 유승희 의원은 1층 투표소의 설치, 필요한 경우 제반시설의 설치에 대한 근거조항을 내용으로 2016년 8월 26일 『공직선거법 개정안』을 대표발의하였다(국회의안정보시스템 (<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>) 최종검색일 2020.8.24).

181) 『장애인복지법』 제2조에서는 “장애인”을 “신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자를 말한다”고 규정하고, 동조 제2호에서 “정신적 장애”란 “발달장애 또는 정신질환으로 발생하는 장애를 말한다”고 규정하여 동법 시행령 별표1의 제6호 지적장애인(知的障礙人): 정신 발육이 항구적으로 지체되어 지적 능력의 발달이 불충분하거나 불완전하고 자신의 일을 처리하는 것과 사회생활에 적응하는 것이 상당히 곤란한 사람, 제7호 자폐성장아인(自閉性障礙人): 소아기자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기

든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 목적으로 제정된 장애인차별금지법조차 제37조(정신적 장애를 가진 사람에 대한 차별금지 등)에서 “누구든지 정신적 장애를 가진 사람의 특정 정서나 인지적 장애 특성을 부당하게 이용하여 불이익을 주어서는 아니 된다”라고 규정하고 있지만, 동법 제19조(이동 및 교통수단 등에서의 차별금지), 제20조(정보접근에서의 차별금지), 제21조(정보통신·의사소통 등에서의 정당한 편의제공 의무) 등에서 정신적 장애인을 고려한 내용은 보이지 않는다. 바꾸어 말하면, 신체적 장애인을 위한 적극적 조치만 규정하고 있을 뿐, 정신적 장애인을 위한 구체적 지원내용은 포함하고 있지 않다. 이러한 예는 「발달장애인법」에서도 발견된다. 장애인정책 관련 다른 법률과 달리, 동 법률에서는 ‘권리보장’의 장을 별도로 두고 있을 정도로 진일보했음에도 불구하고, 발달장애인의 참정권에 대해서는 침묵하고 있다. 최근 발의된 「장애인 권리보장 및 복지지원에 관한 법률(안)」(이하 ‘장애인권리보장법(안)’이라 함)도 마찬가지이다.<sup>182)</sup>

조절·사회적응 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람, 제8호 정신장애인(精神障礙人): “지속적인 정신분열병, 분열형 정동장애(情動障礙:여러 현실 상황에서 부적절한 정서 반응을 보이는 장애), 양극성 정동장애 및 반복성 우울장애에 따른 감정조절·행동·사고 기능 및 능력의 장애로 인하여 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받아 다른 사람의 도움이 필요한 사람을 모두 포괄한다. 한편, 「발달장애인법」 제2조에서 “발달장애인”을 “장애인복지법 제2조 제1항의 장애인으로서 지적장애인, 자폐성장애인, 그 밖에 통상적인 발달이 나타나지 아니하거나 크게 지연되어 일상생활이나 사회생활에 상당한 제약을 받는 사람으로서 대통령령으로 정하는 사람”으로 정의하고 있으므로, 이 글에서는 ‘정신적 장애인’이라 함은 특별한 언급이 없는 한, 이와 같은 의미로 사용하기로 한다.

182) 장애인권리보장법(안)은 현행 「장애인복지법」이 장애인의 권익과 복지에 관해 전반적이고 기본적인 사항을 규정하고 있지만 장애인 지원 패러다임의 변화를 담아내는 데에는 근본적인 한계를 지니고 있기 때문에, 장애인이 차별 없이 인간으로서의 제반 권리를 향유할 수 있고, 장애의 특성과 욕구에 적합한 지원을 제공받을 수 있도록 포괄적인 법안 제정이 필요하다는 장애계의 염원을 담아, 2017.1.24. 더불어민주당 양승조 의원이 대표발의한 법률안이다. 이 법률안에서도 제102조(참정권 행사)에서 장애인이 선거권을 행사하는 데에 불편함이 없도록 편의시설·설비를 설치하고, 선거권 행사에 관하여 홍보하며, 선거용 보조기구를

(2) 우리나라 「공직선거법」 제18조, 「국민투표법」 제9조 등 선거와 투표에 관한 법률은 ‘금치산자’에게 선거권과 투표권을 부여하고 있지 않다. 그런데 금치산자제도는 2013년 7월 1일부터 시행된 개정 「민법」에 의해 한정치산자제도와 함께 폐지되었다.<sup>183)</sup> 성년후견제도의 도입으로 이들 법령의 금치산자 관련 조문의 개정이 이루어진다 하더라도 금치산자를 ‘피성년후견인’으로 명칭만 바꾸게 된다면, 여전히 피성년후견인에게 선거권 혹은 투표권을 부여하지 않을 가능성이 있다. 이러한 점에서 2020년 4월 국회의원 선거를 앞두고 ‘피성년후견인도 선거권이 있다’는 서울시 선거관리위원회의 유권해석<sup>184)</sup>은 주목할 만하나 궁극적으로 입법적 접근이 필요한 부분이다. 우리나라보다 10여 년 전에 성년후견제도를 도입한 일본도 우리나라와 상황이 비슷하여 금치산자에게 선거권을 부여하지 않는 공직선거법 규정 중 ‘금치산자’를 ‘피성년후견인’으로 명칭만 바꾸는 개정이 이루어졌다. 따라서 공직선거법의 개정에도 불구하고 금치산자를 대신하여 ‘피성년후견인’에게 선거권을 부여하지 않는 상황은 그대로 이어졌다. 그러던 중 2013년에 피성년후견인에게 선거권을 부여하지 않는 위 공직선거법 규정이 피성년후견인의 선거권을 침해하여 위헌이라는 주장이 소송을 통해 제기되었다. 이 소송의 1심에서 도쿄 지방재판소는 위 공직선거법 규정을 위헌으로 판시하였다. 이에 따라 피성년후견인에게도 선거권을 인정하는 공직선거법 개정이 이루어졌다. 영국도 전에는 커먼로 아래에서 ‘지적장애자 및 심신상실자’에게 선거권을 부여하지 않았다가, 2006

---

개발·보급하는 등 국가와 지방자치단체의 의무를 규정하고는 있으나, 정신적 장애인을 위한 구체적인 지원 내용은 전무하다(밑줄은 필자 강조).

183) 다만 개정 전 민법에 의하여 금치산자, 한정치산자로 선고된 사람들에게 대하여는 개정 민법 시행 후 5년간의 유예기간이 적용되어, 개정 민법 시행일인 2013년 7월 1일 이후에도 금치산, 한정치산선고의 효력이 2018년 6월 30일까지 유지되었다. 더불어 2018년 6월 30일 이전까지 성년후견(한정후견)심판 결정을 받지 않은 기존의 금치산자 및 한정치산자의 행위능력이 2018년 7월 1일부터 완전히 회복되었다.

184) 서울시사회복지공익법센터 2020.3.11.자 보도자료(<http://swlc.welfare.seoul.kr/swlc/html/sub/index.action>, 최종검색일 2020.10.2.) 참조.

년 선거관리법 제73조 제1항에 의해 커먼로에서의 정신질환을 이유로 하는 선거권 결격 조항을 전부 폐지하였다. 프랑스의 경우 1969년 선거법전 개정 및 1985년 선거법전 개정에서 피성년후견인의 선거권을 인정하지 않았으나, 최근 개정된 선거법에서는 피후견인은 선거권을 갖는 것이 원칙이며, 법원의 결정이 있는 때에만 예외적으로 선거권을 제한받는 것으로 되었다. 오스트리아는 1983년 후견인법을 제정하였고 이전에는 행위능력이 박탈된 사람 즉 지금의 피성년후견인에게는 국민의회선거령 제24조에 따라 선거권이 부여되지 않았다. 그러나 헌법재판소가 1987년 10월 7일 위 규정을 위헌으로 판단하였다. 이 위헌판결을 계기로 위 규정이 삭제되면서 이제 피성년후견인도 선거권을 행사할 수 있게 되었다.<sup>185)</sup> 이러한 외국의 입법동향에 비추어 볼 때 우리나라도 정신적 장애인에 대해 일률적으로 선거권을 박탈하는 태도에서 벗어날 필요가 있다.

(3) 현행 『공직선거법』에 의하면 후보자는 선거공보 외에 점자형 선거공보 1종을 책자형 선거공보의 면수 이내에서 추가로 작성할 수 있고(제65조 제4항),<sup>186)</sup> 방송광고에 있어서 청각장애선거인을 위한 수화 또는 자막을 방영할 수 있다(제70조 제6항).<sup>187)</sup> 또한 방송시설은 후보자 연설의 방송에 있어서는 청각장애선거인을 위하여 수화 또는 자막을 방영할 수 있으며(제72조 제2항), 각급선거방송토론위원회는 대담·토론회를 개최하는 때에는 청각장애선거인을 위하여 자막방송 또는 수화통역을 할 수 있다(제82조의2 제12항).

그리고 구·시·군선거관리위원회는 시각장애로 인하여 스스로 기표할 수 없는 선거인을 위하여 필요한 경우 특수투표용지 또는 투표보조용구를 제작·사용할 수 있다(제151조 제8항).

185) 이상 흥남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에 대한 법적 고찰”, 『사회보장법 연구』 제4권 제1호(2015), 15면, 25-27면 등 참조.

186) 헌재 2014.5.29. 2012헌마913, 판례집 26-1, 448면 이하 참조.

187) 헌재 2009.5.28. 2006헌마285, 판례집 21-1, 726면 이하 참조.



하지만 이러한 조항들은 모두 임의적 규정으로 되어 있어서 이를 위반하더라도 제재를 가하기 어렵다. 장애인의 정치적 참여를 실질적으로 보장하기 위해서는 이들을 강행규정으로 개정하여야 할 것이다.

(4) 「공직선거법」은 신체에 중대한 장애가 있어 거동할 수 없는 자는 거소에서 투표할 수 있도록 하고 있다(제38조 제4항 제3호). 또한 일정한 장애인 예비후보자·후보자는 그의 활동을 보조하기 위하여 선거운동을 할 수 있는 사람 중에서 1명의 활동보조인을 추가로 둘 수 있도록 하고 있다(제62조 제4항). 한편 시각 또는 신체의 장애로 인해 스스로 기표할 수 없는 선거인은 그 가족이나 본인이 지명한 2인을 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있다(제157조 제6항).<sup>188)</sup>

이러한 공직선거 및 투표 관련 규정들은 장애인의 선거권을 실질적으로 보장하기 위한 적극적 조치의 일환으로서 전진적이고도 매우 바람직한 조치라고 생각된다. 하지만 현행법상 장애인의 정치적 참여의 기회를 실질적으로 보장하기에는 미흡한 규정들도 적지 않다. 특히 투표소의 설치장소와 관련하여서도 장애인들로 하여금 보다 쉽게 접근할 수 있도록 하는 배려가 법제화될 필요가 있다.

(5) 「국민투표법」에서는 방송시설을 이용한 대담·토론(제31조) 및 투표소의 설치와 공고(제51조)에 대해 규정하고 있다. 하지만 이에 의하면 청각장애인은 선거후보자에 대한 정보의 취득이 불가능하고, 투표소 설치 시 장애인에 대한 접근성이 보장되지 않고 있다. 따라서 이러한 문제를 해소할 수 있는 보완적 입법이 필요할 것이다.

또한 「국민투표법」 제4조의 주민투표권 행사 보장과 관련하여 투표시 장애인에게 편의제공에 대한 규정이 존재하지 않는다. 장애인의 투표권을 실질적으로 보장하기 위한 정당한 편의의 제공을 의무화하는 규정을 둘 필요가 있다.

---

188) 현재 2020.5.27. 2017헌마867, 판례집 32-1, 364면 이하 참조.

## 2. 공무담임권

헌법 제25조는 모든 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 공무담임권을 가진다고 하여 장애인에게도 공무담임권을 보장하고 있다. 따라서 장애인도 선거를 통해 당선되거나 임명에 필요한 자격을 구비하거나 선발시험에 합격하는 등 법률이 정하는 일정한 요건을 갖추는 때에는 국가나 지방자치단체의 직무를 맡아 처리할 수 있어야 한다.

그런데 아직도 장애인의 공무원임용에 있어서 사실상의 제한이 관행으로 존재하고 있으며 장애인의 공무원채용할당제도 극히 제한된 범위에서 인정되고 있다. 따라서 장애를 이유로 공직에서 부당하게 불이익을 당하는 일이 없도록 제도적 장치를 마련해야 할 것이며, 장애인채용 비율을 지키지 않을 경우 국가나 지방자치단체에 대한 법적 제재수단을 강구하여 이를 명문화할 필요가 있다. 이와 아울러 공무원 시험상의 분리주의를 조속히 개선하고, 할당제의 적용범위도 점차 넓혀 가야 할 것으로 본다.

특히 선거직 공무원의 경우는 장애인에게는 난공불락의 요새와 같이 진입 자체가 매우 힘들게 되어 있다. 우선 막대한 자금이나 체력이 소모되는 선거유세를 장애인이 감당해내기가 쉽지 않고, 또한 오늘날 선거에 절대적인 영향을 미치는 영상매체에 있어서 장애는 유권자에게 부정적인 요소로 작용될 가능성이 매우 높다.

따라서 장애인이 선거직 공무원이 될 기회를 어느 정도 부여해 주기 위해서는 비례대표제를 적극 활용할 필요가 있다. 비례대표 후보를 장애인에게 일정 정도 배분하는 방안을 제도적으로 보장한다면 장애인의 공무담임권을 실질적으로 보장하는 데 큰 도움이 될 것이다.

## 3. 유엔장애인권리위원회의 평가

2014년 9월 30일 최종견해에서 유엔장애인권리위원회는 한국 정부

에 대하여 장애인의 정치참여를 촉진하고 적극적 조치의 내용이 포함 되도록 관련 법률의 개정을 권고하였다. 적극적 조치에는 전체 의원 중 일정수를 장애인의 참여를 할당하는 제도의 도입이 포함되도록 할 것과 장애인 할당에는 반드시 반수를 장애여성으로 하여야 할 것을 주문하였다. 그리고 모든 장애인 거주시설 안의 기표소마다, 각급 선거관리위원회 직원 또는 부재자투표관리관이나 투표관리관이 1명 이상 배치되어 장애인의 투표권이 자유롭게 행사될 수 있도록 관련 법률의 개정을 권고하였다. 아울러 모든 장애인이 자신의 의사에 따라 자유롭게 선거권을 행사할 수 있도록 장애유형과 정도, 성별, 지역적 특성을 고려하여 정보가 전달될 수 있는 방향으로 관련 법제도의 개선과 이를 적극적으로 지원하기 위한 정책의 시행을 권고하였다.

## VIII. 정리

앞서 살펴본 바와 같이, 이제 장애인은 시혜나 배려의 대상만은 아니며, 비장애인과 마찬가지로, 이 사회에서 자기결정권을 가진 권리의 주체이다. 그 결과 장애인의 사회참여 역시 하나의 권리로 간주되어, 비장애인과 동등한 시민으로서의 권리가 확보되어야 한다.

그러나 장애 개념의 변화에 따른 장애의 모델이 변화되고, 이를 기반으로 장애인 문제를 사회 전체가 함께 풀어가야 하는 과제로 인식하고, 그 결과 장애인의 권리를 보장하기 위해 관련 법률들이 제정되었다는 사실만으로 장애인 문제가 해결되는 것은 아니다. 오히려 구체적으로 그 법률들이 제정취지 및 의도에 부합하도록, 사회에서 실효성 있는 제도로 정착되는 것이 더 중요하다. 그리고 이에 대한 끊임없는 평가와 검토가 필요하다. 장애인정책은 장애인의 권리보장을 위한 조건을 제시하고 이를 충족하는 경우에 지원을 실시하는 방법만으로는 그 목표가 실현될 수 없기 때문에 특히 그러하다. 다시 말해, 장애인이 해당 조건을 충족하는 것이 기대 가능한가, 지원이 실제 장애인에게

직접적이고 구체적인 효과를 부여하는가에 대한 평가가 장애인정책의 형성에 무엇보다도 중요한 기준이 되어야 한다. 또한 실질적인 장애인의 권리보장은 입법과정에서뿐만 아니라 법집행 과정에서의 적극적인 결단과 법의 취지에 맞는 운용이 뒷받침될 때, 이를 통해 성취될 수 있다.

## 제4장 장애 개념에 대한 비교법적 고찰

### 제1절 2006년 유엔 장애인권리협약(CRPD)의 장애 개념 개관

#### I. CRPD의 성립 과정

과거 일방적인 배제와 관리의 대상에 불과하던 장애인에게 법적인 지위를 부여하고 이들의 권리를 인권과 기본권의 차원에서 보장하고자 하려는 시도가 구체적으로 이루어지기 시작한 것은 2차 세계 대전 이후의 일이다. 2차 세계 대전 이후 국내적으로 각국은 장애인의 지위를 법적으로 명시적으로 규정하는 시도를 하였을 뿐 아니라 국제적으로는 장애인의 권리를 인권 차원에서 보장하고자 하였다.

1948년 채택된 「세계인권선언」은 제1조에서 “인간은 모두 태어나면 서부터 자유이며 존엄과 권리에 있어 평등하다.”라고 선언하고, 제25조 1항에서 “사람은 누구를 막론하고 의식주·의료 및 필요한 사회적 시설을 포함하여 자신 및 그 가족의 건강과 안녕을 유지함에 충분한 생활 수준을 향유할 권리를 가지며, 실직, 질병, 불구, 배우자의 상실, 노령 혹은 기타 불가항력의 사정으로 인하여 생활의 곤궁을 받을 때에 생활보장을 받을 권리를 가진다.”라고 규정함으로써 장애인 인권을 간접적으로 확인하였다.

이후 1960년대부터 미국을 중심으로 시작된 장애인 권리 투쟁을 계기로 1970년대는 「정신지체인의 권리에 관한 선언」(1971), 「장애인의 권리에 관한 선언」(1975) 등 일련의 장애인의 인권에 대해 일련의 국제화된 문서가 나타나게 되었다. 하지만 이들은 대부분 선언적 규정으로 되어 있거나 이행을 담보할 수 있는 수단이 마련되어 있지 않은 경우가 많았다. 그리고 「UN 아동권리협약」(1989)의 장애아동 관련 조항처럼 일부 조약들에서도 장애인의 인권을 일부 언급하고는 있었으

나 장애인의 특성을 충분히 반영되지 못하였기 때문에 장애인의 인권 신장에 큰 영향력을 발휘하지 못하였다.<sup>189)</sup> 이에 따라 장애인의 인권 보장을 실효적으로 뒷받침할 수 있는 국제법규를 별도로 마련하기 위한 논의가 1987년에 개최된 UN 총회에서 시작되었다. 이후 2001년 제 56차 UN 총회에서 국제장애인권리협약의 성안을 위한 특별위원회의 설치가 제안되었고, 2002년 8월부터 8차례의 특별위원회가 개최된 끝에 2006년 8월 「장애인의 권리에 관한 협약(안)」이 완성되어 동년 12월 13일 UN 총회에서 192개국의 만장일치로 채택되었다. 이러한 「UN 장애인의 권리에 관한 협약」(Convention on the Rights of Persons with Disabilities; CRPD)은 20개국이 가입하고 30일 경과한 2008년 5월 3일에 공식적으로 발효되었다.

## II. CRPD의 구성과 특징

### 1. CRPD의 구성

「장애인의 권리에 관한 협약」(이하 ‘장애인권리협약’ 또는 ‘CRPD’라 함)은 전문과 본문 50개 조항 및 선택의정서로 구성되어 있다. 여기에는 여성장애인과 장애아동의 권리보호, 장애인의 이동권과 문화접근권 보장, 교육권 및 건강권 등 장애인의 전 생활영역에서의 권익보장에 관한 내용 등이 규정되어 있다. 선택의정서는 CRPD의 절차법적 효력을 확보하기 위해 제정되었고, 총 18개 조항으로 구성되어 있다.

전문에는 제정 배경, 취지, 목적, 기본원칙 등에 관한 사항을 담고 있으며, 본문 제1조부터 제4조까지는 목적, 정의, 일반원칙, 일반의무조항 등을 규정하고 있다. 그리고 제5조부터 제34조까지는 평등, 차별금지, 교육, 건강, 근로, 문화생활 등 장애인 전 생활영역에서의 권익보장에 관한 사항을 규정하고 있다. 제35조부터 제50조까지는 당사국의 보

---

189) 국가인권위원회, 앞의 책(주47), 3-4면 참조.

고, 보고서 심사, 당사국과 장애인권리위원회의 관계, 위원회 보고서, 지역통합기구, 발효, 개정, 기탁, 협약의 폐기 등에 관한 사항을 규정하고 있다.

## 2. CRPD의 특징

CRPD는 우선 개인이 아닌 당사국에 대해서 협약의 이행의무를 부과하고 있는 것이 특징이다. 내용적으로는 장애인의 문제에 대해 개인의 재활이나 시혜적인 복지 차원이 아니라, 장애인의 실질적인 참여와 기회균등을 보장하는 권리에 기초하여 접근하고 있다. 그리고 장애인을 정책의 대상으로 간주하는 것이 아니라, 권리의 정당한 소유자이자 주체자로 파악함으로써 장애인 당사자의 참여를 적극 도모하고 있다.

## III. CRPD의 장애 개념 분석

### 1. CRPD의 장애 관련 규정

『장애인권리협약』에서는 ‘장애’의 개념을 정의하는 규정을 따로 두고 있지는 않다. 동 협약의 초안을 마련하는 과정에서 ‘장애’에 대한 정의의 규정을 둘 것인가가 가장 큰 쟁점이 되었다. 장애의 법적 정의는 그 나라의 정책 대상과 예산에 직결되는 문제이기 때문에 CRPD 성안 과정에서 이와 관련한 많은 이해의 대립과 갈등이 노출되었다. 몇 차례 장애의 정의를 논의한 바 있었으나 한 번도 그 초안에 대해 합의가 이루어지지 못할 정도로 격론이 벌어졌고, 마지막 8차 회의 막바지에 이르러서야 겨우 결론을 내릴 수 있었다.

장애인단체에서는 최근의 장애 패러다임의 변화에 따라 의료적 모델보다는 사회적 모델을 반영한 장애의 정의를 규정해야 한다는 입장을 강력히 제기하였다. 하지만 다수의 정부대표들은 각국의 법에서 규

정하고 있는 장애의 정의를 인정하면서 본 협약에서는 장애의 정의를 규정하지 말자는 의견을 제시하였다. 최종적으로 ‘장애’의 개념을 본문에서 직접 정의하는 대신, 전문에서 장애의 개념적 특성을 간략히 서술하고 있다. 그리고 본문 제2조의 ‘정의’ 조항에서 장애의 개념을 규정하지 않고, 제1조의 ‘목적’ 조항에서 장애인의 의미를 규정하는 방식을 취하고 있는 것도 장애의 정의에 대한 전반적인 논쟁점들을 회피하기 위한 전략적 선택으로 보인다.<sup>190)</sup> 더욱이 제1조에서 장애인을 “다음과 같이 정의한다.”와 같은 문구를 사용하지 않고 “포함한다.”와 같은 개방적 표현을 통해 장애인의 의미를 설명하는 방식을 취함으로써 장애에 대한 정의를 둘러싼 갈등의 소지를 차단하는 데 세심하게 신경을 쓰고 있음을 볼 수 있다.

우선 전문(preamble)에 나타난 ‘장애’의 개념에 대한 언급을 살펴본다. CRPD는 전문 (e)호에서 “장애는 발전하는 개념이며, 다른 사람과 동등한 기초 위에서 완전하고 효과적인 사회참여를 저해하는 태도 및 환경적인 장벽과 손상을 지닌 개인과의 상호작용으로부터 야기된다는 것을 인정하며”라고 규정하고 있다. 이는 앞으로 장애의 범주가 단계적으로 확대될 수 있음을 보여준다.<sup>191)</sup> 이처럼 장애의 개념이 각기 다른 사회·경제적 배경 내에서 시간의 흐름에 따라 변화할 수 있음을 허용한다는 점에서 동 협약은 역동적 접근을 시도하였다는 평가를 받는다.<sup>192)</sup>

다음으로 본문 제1조의 ‘목적’에 관한 조항을 살펴본다. CRPD는 제1조에서 “이 협약의 목적은 장애를 가진 모든 사람들(all persons with disabilities)이 모든 인권과 기본적 자유를 완전하고 동등하게 향유하도록 증진·보호·보장하고, 그들의 고유한 존엄성에 대한 존중을 증진

190) 차선자·권건보·서정희 외, 『「장애인권리협약」의 국내적 이행을 위한 실태조사』, (국가인권위원회, 2010), 35-37면 참조.

191) 국가인권위원회, 앞의 책(주47), 18면 이하 참조.

192) United Nations·Office of the High Commission for Human Rights·Inter-Parliamentary Union, 앞의 책(주49), p. 14.



하기 위한 것이다. 장애를 가진 사람들(Persons with disabilities)은 다양한 장벽과의 상호작용으로 인하여 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 완전하고 효과적인 사회 참여를 저해하는 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상을 가진 사람을 포함한다.”라고 규정하고 있다.<sup>193)</sup>

여기서 ‘장애인’(disabled persons)이라는 표현 대신에 ‘장애를 가진 사람들’(persons with disabilities)이라는 용어를 사용하고 있다는 것은 매우 중요한 의미가 있다. 이러한 영문 표기는 인적 집단의 속성보다 장애라는 객관적 표지에 주목하게 함으로써 다양한 형태의 장애를 포섭할 수 있는 장점이 있다. 이는 다양한 요인에 의해 발생하는 장애의 유형을 포괄할 수 있어 장애의 개념적 속성을 잘 반영하고, 장애인 집단에 대한 고정된 시선을 극복하는 데 도움을 준다는 점에서 보다 인권친화적인 표현으로 평가할 수 있다.<sup>194)</sup>

기존의 전통적인 장애의 개념은 신체적, 감각적 및 정신적 손상(physical, sensorial and mental impairments)을 바탕에 둔 ‘의료적인 모델’에서 비롯되었다. 하지만 장애인을 ‘persons with disabilities’로 상징하게 되면 장애인과 비장애인을 동등한 사회구성원으로 보게 되는 이른바 ‘사회적 모델’에 입각한 장애개념으로 그 방향성이 바뀌게 되었다.

한편 ‘포함한다(include)’는 단어를 사용한 것에도 주목할 필요가 있다. 이는 장애인의 범위를 ‘장기간의 신체적·정신적·지적 또는 감각적인 손상을 가진 사람들’로 한정하지 않고, 일시적인 장애를 경험하는

---

193) CRPD Article 1 - Purpose : “The purpose of the present Convention is to promote, protect and ensure the full and equal enjoyment of all human rights and fundamental freedoms by all persons with disabilities, and to promote respect for their inherent dignity. Persons with disabilities include those who have long-term physical, mental, intellectual or sensory impairments which in interaction with various barriers may hinder their full and effective participation in society on an equal basis with others.”

<https://www.un.org/development/desa/disabilities/convention-on-the-rights-of-persons-with-disabilities/article-1-purpose.html>(최종검색일 2020.8.10.).

194) 국가인권위원회, 앞의 책(주47), 24-25면 참조.

사람, 과거에 장애가 있었던 사람, 심지어는 손상은 없지만 비만과 같은 신체적 특성으로 차별받는 사람들까지도 장애인의 범주에 포함할 수 있도록 개방적인 입장을 취하고 있다.<sup>195)</sup>

## 2. CRPD의 장애 개념

CRPD는 장애의 원인, 장애로 인한 문제, 문제의 해결책 등을 장애인 이 가지고 있는 개인적 속성에서 찾는 ‘개별적 모델’에서 벗어나 장애인 개인과 사회 환경과의 부적절한 상호작용을 문제의 원인으로 보고 그 해결책으로 사회 환경의 변화를 추구하는 ‘사회적 모델’ 중심의 인식 변화를 보여주고 있다. 이는 ‘장애’와 ‘장애인’에 대한 사회적 인식을 바꾸어 나갈 수 있는 의미 있는 변화라 할 수 있다. 장애의 개념이 더욱 복잡해지고 포괄적으로 변화하고 있는 현실이 고려되면서, 장애의 문제가 더 이상 개인이 해결해야 할 문제가 아닌 사회적·환경적 문제로 인식되고 있음을 보여주는 것이다.

이처럼 “신체적·정신적·지적·감각적 손상”이라는 의료적 모델과 “다양한 장벽과의 상호작용으로, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 완전하고 실질적인 사회참여의 저해”라는 사회적 모델 개념을 모두 포괄하고 있다는 점에서 CRPD는 ICF의 장애분류법 권고를 포괄적으로 반영하고 있다고 평가할 수 있다.<sup>196)</sup>

한편 전문의 “장애인이 스스로 선택할 자유를 포함하여 장애인 개인의 자율 및 자립의 중요성을 인정하며”, 제9조(접근성), 제13조(사법에 대한 접근), 제20조(개인의 이동성), 제21조(의사 및 표현의 자유와 정보 접근권), 제24조(교육), 제27조(근로와 고용), 제29조(정치 및 공적 생활에 대한 참여), 제30조(문화생활, 레크리에이션, 여가생활 및 체

---

195) 이에 대해서는 CRPD가 사실상 장애에 대한 정의를 포기했으며 이로써 대립적 요소를 최소화한 것으로 하였다는 평가가 있다. 이익섭, 앞의 논문(주51), 11면 참조.

196) 차선자·권건보·서정희 외, 앞의 보고서(주190), 36면 참조.

육활동에 대한 참여) 등의 규정들은 CRPD가 장애인의 문제를 장애인의 실질적인 사회참여와 기회균등을 보장하는 권리에 기초하여 접근하고 있음을 보여준다. 이러한 사실은 장애인을 단순히 정책의 대상으로 간주하는 것이 아니라, 권리의 정당한 주체로 파악함으로써 장애인 당사자의 참여를 적극적으로 도모하려 함을 의미한다.

## IV. CRPD의 국내법적 수용

### 1. CRPD 가입

우리나라는 2007년 3월 30일 CRPD에 서명하고 2008년 12월 12일 UN 사무국에 기탁함으로써, CRPD는 마침내 2009년 1월 10일부터 국내에 발효하게 되었다. 이에 따라 정부는 2년 내 최초의 정부보고서를 제출하고, 추후 4년 이내에 후속보고서를 제출할 의무를 지게 되었다. 다만 정부는 국회 비준동의 과정에서 생명보험 가입 관련 상법과 충돌되는 협약 제25조 (e)항을 유보하였다. 아울러, 협약 규정 위반으로 피해를 입었다고 주장하는 개인 및 집단이 장애인권리위원회에 진정시 당사국에 대한 직권조사, 그리고 조사절차 등의 내용이 포함되어 있는 『장애인의 권리에 관한 협약 선택의정서』(Optional Protocol to the Convention on the Rights of Persons with Disabilities)에도 서명, 가입을 유보하고 있다.<sup>197)</sup>

### 2. CRPD의 국내법적 효력

우리 헌법은 제6조 제1항에서 “헌법에 의해 체결·공포된 조약과 일반적으로 승인된 국제법규는 국내법과 같은 효력을 가진다.”라고 규정하고 있다. 이는 조약이 헌법상 적법하게 체결되면 별도로 이행 입법

---

197) 차선자·권건보·서정희 외, 앞의 보고서(주190), 13-19면 참조.

이라는 변형절차 없이도 국내법으로 편입된다고 하는 일원주의에 입각한 것으로 볼 수 있다.

우리 헌법상 조약의 체결·비준은 대통령이 하지만(제73조), 상호 원조 또는 안전보장에 관한 조약, 중요한 국제조직에 관한 조약, 우호통상항해조약, 주권의 제약에 관한 조약, 강화조약, 국가나 국민에게 중대한 재정적 부담을 지우는 조약 또는 입법사항에 관한 조약의 체결·비준에 대해서는 국회가 동의권을 가진다(제60조 제1항).

여기서 조약이란 국가 또는 기타의 국제법 주체 상호 간에 법적 구속력을 받도록 체결한 국제적 합의를 말한다.

그런데 조약이 국내법으로 편입된다고 하더라도 개인이 그것을 근거로 자신의 권리를 실현하거나 법원이 직접 재판의 준거로 활용할 수 있는 것은 아니다. 조약이 국내의 법률관계에 직접 효력을 미치는가 하는 것은 이른바 조약의 자기집행성(self-executiveness)에 관한 문제로서, 이는 조약이 국내법으로 편입되는 것과는 별개의 문제라고 할 수 있다.<sup>198)</sup> 만일 조약의 시행과 효력에 있어 별도의 국내적 집행행위를 필요로 하지 않거나 조약이 개인에게 특정의 권리 또는 의무를 직접 부여하고 있는 경우에는 그 조약의 자기집행력이 인정될 수 있다. 하지만 조약이 국내에 직접 적용되기 위해서 별도의 추가적 입법조치가 요구되거나 일정한 준비 과정이 필요한 경우에는 그 국내법적 효력과 별개로 스스로 집행력을 갖지 못할 수도 있다. 이에 관하여 우리 정부는 협약에 상응하는 국내법이 흠결될 경우 협약의 규정들이 직접 적용된다는 입장을 밝힌 바 있다.<sup>199)</sup> 이에 따라 우리나라는 장애

---

198) 정경수, “국제인권조약의 국내이행 실태와 증진방안, 국제인권법의 국내이행에 있어서 문제점 및 대안”, 국가인권위원회 심포지엄 자료집(2003), 81면; 주진열, “한국 대법원의 WTO협정 직접효력 부인”, 『서울국제법연구』 제16권 1호(2009), 223면 이하 등 참조.

199) 아동권리협약에 관한 제2차 국가보고서에서 우리 정부는 “협약상 보장된 권리의 침해를 주장하여 소송을 제기할 경우, 대한민국 법원은 협약에 상응하는 국내법을 기초로 재판을 한다. 관련 국내법의 흠결시 협약 규정들이 직접 적용된다”고 밝혔다, CCPR/C/114/Add.1, Second periodic reports of State parties due in

인권리협약을 이행할 의무를 지게 된다.<sup>200)</sup>

### 3. CRPD의 선택의정서

(1) CRPD는 국회의 동의를 거쳐 대통령이 체결·비준한 것으로 볼 수 있다. 따라서 동 협약은 일단 국내법으로 편입이 되어 우리나라를 구속하는 효력을 가지게 된다. 하지만 동 협약은 일반적인 조약의 경우와 마찬가지로 국민들에 대해 직접 집행력을 당연히 갖는 것은 아니다. 동 협약은 비준국에 대해서는 구속력을 가지지만, 그 이행을 확실하게 담보하기 위하여 절차법적 성격의 선택의정서(Optional Protocol)를 따로 두고 있다.

동 협약 제35조에 따르면, 유엔의 장애인권리위원회에서는 각 가입국이 장애인권리위원회에 정기적으로 제출하는 ‘당사국 보고서’의 내용을 검토해서 당사국에 송부할 제안·권고 등의 내용을 결정한다. 그리고 선택의정서에 정해진 절차에 따라 협약 위반 피해자로부터의 개인·집단 진정을 접수받아 검토하고 필요한 조사를 실시하고 이에 따른 제안과 권고를 전달하는데, 경우에 따라 진정 없는 직권조사도 가능하도록 되어 있다. 따라서 장애인권리협약의 실효성을 높이려면 협약만을 비준할 게 아니라, 장애인권리위원회가 진정을 처리하고 이에 따른 제안과 권고를 할 수 있도록 선택의정서도 같이 비준해야 한다.

(2) 그런데 우리나라는 CRPD만 비준하고 CRPD 선택의정서는 아직까지 비준하지 않고 있다. 이로 인하여 유엔 장애인권리위원회에서 우리나라 CRPD 위반에 대한 진정은 처리할 수 없는 상태이다. 이는 우리 정부가 진정제도 및 장애인권리위원회의 직권조사권의 부담 때문

---

1996 State Party Report, English, 20/08/098, para. 10[정경수, 앞의 논문(주198), 84면 재인용].

200) 권건보, “장애인권리협약의 국내적 이행 상황 검토”, 『법학논고』 제39집(2012), 523-524면 참조.

에 국내적 여건이 성숙된 이후로 동 협약의 선택의정서 가입을 유보한 데 따른 결과이다.

이와 관련하여 그 동안 장애인단체 등을 중심으로 선택의정서의 비준에 대한 요구가 계속하여 제기되어 왔다. 또한 국가인권위원회는 2007년 10월 11일 국회에 제출한 ‘장애인권리협약 비준 및 장애인권리협약 선택의정서 가입에 대한 위원회 결정문’에서 “장애인권리협약 선택의정서가 규정하고 있는 개인·집단 진정제도와 위원회의 직권조사권은 장애인권리협약이 보장하고 있는 권리들을 대상으로 하고 있는데, 우리나라는 장애인차별금지법의 제정으로 인해 국제 장애인권리협약상의 권리가 보장되고 있고 관련 법령 및 제도를 개선하려고 노력하고 있으므로 선택의정서 가입에 문제가 없다고 판단한다.”라고 밝히고, 또한 “국내 구제절차를 통해 장애인권리협약상의 권리침해를 효과적으로 구제받지 못하는 경우 장애인권리위원회를 통해 심의 받을 수 있는 기회를 제공함으로써 우리나라의 장애인권리협약 이행노력을 강화하는 데 이바지할 것”이라고 하면서 선택의정서의 조속한 가입을 권고한 바 있다. 그리고 2009년 2월 11일에는 국회에서 「장애인의 권리에 관한 협약 선택의정서 비준동의안 제출 촉구 결의안」이 발의되기도 하였다.

하지만 당시 정부는 CRPD의 이행을 위한 국내적 제반 여건이 성숙되지 않았고 선택의정서의 진정제도 및 직권조사권의 운용동향 및 판단기준 등이 아직 명확히 제시되지 않아 지금 선택의정서에 가입하는 것은 시기상조라는 입장을 보였다.

(3) 현재까지 우리나라가 가입한 국제인권협약 중에서 개인진정제도 관련 규정을 두고 있는 협약은 「자유권규약 제1선택의정서」, 「고문방지협약 제22조」, 「인종차별철폐협약 제14조」, 「여성차별철폐협약 선택의정서」 등이 있다. 그런데 앞서 열거한 협약들과 달리, CRPD와 관련해서만은 개인 진정이 허용되지 않고 있는 상태다.

진정에 따른 장애인권리위원회의 제안과 권고는 국내법이나 법원의 판결을 개폐하는 법적 구속력은 없고 단지 권고적 효력밖에 없는 것이다. 따라서 그로 인하여 국가 주권에 과도한 제한을 가져오거나 국내법 체계와 중대한 충돌을 야기하지 않는다. 또한 여성차별철폐협약의 선택의정서의 경우 위원회의 조사제도가 인정되고 있는데, 그 조사제도의 내용·범위·절차 및 결과들이 「장애인권리협약 선택의정서」와 동일한 내용들이다. 「여성차별철폐협약 선택의정서」의 비준 시에도 여성차별철폐위원회의 조사권에 대한 정부 내의 우려의 목소리가 있었지만, 위원회의 조사권 행사는 당사국의 협조를 필요로 하고 조사대상 사건에도 제한이 있어서 별 문제가 없다는 게 정부의 입장이었다.<sup>201)</sup> 그런데도 유독 「장애인권리협약 선택의정서」만 부담스러워서 비준 추진을 하지 않은 것은 납득하기 어렵다. 「장애인권리협약」의 효과적인 이행을 촉진하기 위해서는 선택의정서의 비준이 필수적이라고 생각된다. 따라서 지금이라도 정부가 「장애인권리협약 선택의정서」 비준 동의안을 국회에 제출하는 것이 바람직할 것이다.<sup>202)</sup>

(4) 다행히 최근 정부는 2, 3차 병합 국가보고서에서 “13. 다만, 정부는 「장애인권리협약 선택의정서」가 개인 및 집단 진정제도 도입을 통해 협약의 이행을 보다 실효성 있게 보장하는 장치로 보고 있다. 그간 개인 진정제도를 허용하고 있는 대부분의 국제인권협약의 경우 국내 제도적 준비 및 제반 여건 등을 고려하여 시차를 두고 선택의정서에 가입해 온 것을 감안하면, 유엔장애인권리협약 비준 이후 10년이 지난 지금 선택의정서 비준을 적극 검토 할 필요성이 있다. 이에 정부는 선택의정서 비준 필요성 검토를 위해서 협약 상 권리가 충분히 보장되는지 등에 대해 장애차별사건에 대한 결정사례 분석 등 모니터링을

201) 국회 외교통상통일위원회 수석전문위원, 「장애인의 권리에 관한 협약 선택의정서 비준동의안 제출 촉구 결의안 검토보고서」(2009.4.), 10-15면 참조.

202) 권건보, 앞의 논문(주144), 10-12면 참조.

실시하여 그 결과를 살펴볼 예정이며, 「장애인차별금지법」상 권리구제 제반 절차들에 대해서도 심도 있게 검토하여 선택의정서 기준을 적극 추진할 계획이다.” 라고 보고한 바 있다.<sup>203)</sup> CRPD 선택의정서의 기준에 대해 전향적인 입장을 보여준 것으로 평가할 수 있다. 정부가 적극적 자세로 CRPD 선택의정서 기준안을 제출하여 국회의 기준이 이루어지는 날이 하루라도 앞당겨지길 기대한다.

#### 4. CRPD의 국내 이행 상황 평가

(1) CRPD가 2009년 1월 10일에 국내에 발효됨에 따라 우리나라는 CRPD 제35조 제1항에 의거하여 2011년 6월 22일 협약의 국내 이행 상황에 대한 제1차 국가보고서를 유엔장애인권리위원회에 제출한 바 있다. 장애인권리위원회(이하 ‘위원회’라 함)는 2014년 9월 17일과 18일에 개최된 제147차·148차 회의에서 대한민국의 최초보고서(CRPD/C/KOR/1)를 심의하고, 2014년 9월 30일에 개최된 제165차 회의에서 아래와 같은 최종견해를 채택하였다.

위원회는 한국이 2012년 8월 5일 발효된 「장애아동복지법」의 채택 등 CRPD와 국내법상의 법적 조화를 위해 노력한 점을 평가하면서, 장애인차별금지법의 존재가치를 인정하고 「장애인정책 발전 5개년계획」의 발전을 환영하였다. 아울러 위원회는 한국이 CRPD를 제대로 이행하지 못한 부분들에 대해 우려하며 이를 개선하는 데 필요한 구체적인 사항에 대해 다음과 같이 권고하였다.

(2) 위원회는 의료적인 관점의 「장애인복지법」상 장애의 개념을 협약의 정신에 맞추어 인권적인 접근으로 전환할 것, 의료적 모델에 기반한 현 장애 판정 및 등급제도를 재검토하여 개인의 특성, 상황 및 욕구에 부합하도록 수정할 것, 정신적 장애인을 포함한 모든 유형의

---

203) 대한민국정부, 앞의 보고서(주136), 8-9면 참조.



장애인이 그들의 요구에 따라 복지서비스와 활동보조의 적용을 확대할 것을 권고하였다. 그리고 장애인이 차별받았을 경우 국내적 구제절차를 거쳤으나 차별을 구제받지 못했을 경우 위원회에 개인이 직접 권리구제 신청을 할 수 있도록 규정하고 있는 선택의정서의 기준을 한국 정부에 촉구하였다. 또한 국가인권위원회가 CRPD의 모니터링을 위한 독립적인 기구로서 그 역할을 충실히 수행할 수 있도록 국가인권위원회의 인력을 확충하고 독립성을 더욱 확보해 줄 것을 요청하는 한편, 장애인당사자 및 장애인단체가 CRPD의 이행에 관한 모니터링 과정에 대한 완전한 참여를 보장하기 위해 관련 법률 조항을 채택할 것을 권고하였다.

그 밖에도 장애 관련 입법과 정책에 성인지적 관점 주류화 및 장애 여성을 위한 특화된 정책의 개발, 성년후견인제를 비롯한 대체의사결정제도에서 개인의 의사와 권리, 선호를 존중하는 지원의사결정제도로의 전환, 「정신보건법」상 자유박탈 허용 조항의 폐지, 장애에 대한 인권적 모델에 기반한 효과적인 탈시설 전략의 개발 및 지역사회 내 지역서비스의 증대, 한국수어의 공식 언어 인정 및 점자의 공식 문자 인정을 위한 법안 채택, 학교와 기타 학습기관에서 통합교육과 합리적 편의제공의 확대, 최저임금 적용을 제외 받는 장애인을 위한 보충 급여제의 도입과 보호작업장의 철폐 등의 내용이 위원회의 최종견해에 포함되었다.

이상과 같은 위원회의 권고 사항들은 대부분 국내의 장애인단체들이 그동안 줄기차게 정부에 요구해 온 이슈들이며, 장애인단체들이 제출한 병행보고서가 위원회의 권고를 이끌어 내는 데 결정적인 역할을 하였다고 할 수 있다.

(3) 이에 따라 한국 정부는 위의 최종견해를 충분히 검토하여, 그동안 유엔장애인권리위원회의 권고사항을 가능한 범위 내에서 최대한 이행하고자 노력해 왔다. 예를 들어, 2017년 12월 「장애인복지법」의 개

정을 통하여 ‘장애의 등급’을 ‘장애의 정도’로 개편하고, 서비스 지원종합조사의 단계적 실시를 통한 맞춤형 서비스 제공, 장애인에 대한 방문상담 및 사례관리 수행 등의 법적 근거를 마련하였다. 그리고 2019년 7월부터 활동지원서비스 신청대상이 1~3급 장애인에서 모든 장애인으로 확대하면서 관련 예산을 대폭 증액하였다. 2018년 7월 차별행위에 대한 조사 및 구제 기능을 강화하기 위해 국가인권위원회에 차별시정국을 신설한 바 있고, 「정신보건법」상 비자의 입원이 가능한 요건을 대폭 강화하였다. 2016년 2월 「한국수화언어법」을 제정하여 한국수어가 국어와 동등한 자격을 가진 고유한 언어임을 명시하였고, 2016년 5월 「점자법」도 제정하여 점자가 한글과 더불어 대한민국 정부에서 사용되는 문자로서 일반 활자와 동일한 효력을 지님을 명시하였다.<sup>204)</sup>

반면에 현재까지 동 위원회의 권고가 이행되지 못하고 있는 사항들도 다수 남아 있다. 예컨대 「모자보건법」 제14조의 폐지, 장애인등급제의 폐지 및 탈시설·자립지원을 위한 예산 확보, 성년후견제도의 개선, CRPD 선택의정서 비준, 특수교육 관련 예산의 확보, 「최저임금법」 적용 배제의 개선, 장애인 의무고용비율의 준수 등이 이에 해당한다.

한국 정부는 위원회의 2020년 제2차 심의를 통해 위 권고사항의 이행 여부 등을 평가받기 위해 2011년부터 2018년까지 8년간 한국 내 장애인 인권상황을 담은 국가보고서를 2019년 3월 위원회에 제출하였다.

(4) CRPD의 국내법적 이행을 위하여 그간 법제도에 있어서 일정 정도의 진전이 있었던 점은 인정할 수 있다. 하지만 위에서 살펴본 바와 같이 아직도 장애인에 대한 인권침해를 초래할 수 있는 국내의 법령이 산재해 있고, CRPD의 이행을 위한 제도적 개선의 노력이 실효를 거두지 못하고 있는 경우가 많다. 법령에서 장애인의 인권침해를 명시적으로 금지하고 있음에도 불구하고, 장애인에 대한 노골적인 냉대나 무형적인 차별, 사실상의 배제와 접근 차단이 노골화되는 경우가

---

204) 이상 대한민국정부, 앞의 보고서(주136), 5-56면 참조.

적지 않으며, 장애인에 대한 성적 착취나 학대 등은 더욱 심각한 양상으로 나타나고 있음을 볼 수 있다.

CRPD의 효과적인 이행을 위해서는 우선 국내의 관련 법령을 보다 실효성 있게 개선하여야 하고, 나아가 관련 법제의 집행 상황에 대해 국가가 적극적으로 감독활동을 펼쳐나갈 필요가 있다. 이를 위해서는 선택의정서의 비준이 필수적이므로 정부는 서둘러서 CRPD 선택의정서 비준 동의안을 국회에 제출하는 것이 바람직할 것이다. 아울러 공공기관이 장애인의 채용이나 접근성 보장 등에 있어서 솔선수범하는 자세를 보여주는 것이 중요하다고 생각한다. 또한 국가나 지방자치단체 등은 장애인의 인권에 대한 사회 전반의 인식을 제고하기 위해 홍보나 교육 등 다양한 노력을 펼쳐나가야 할 것이다. 한편, 장애인단체 등 NGO에서도 CRPD의 이행 상황에 대해 지속적인 모니터링을 실시하여 미진한 부분의 개선과 보완을 촉구하는 노력이 병행되어야 할 것이다.<sup>205)</sup>

## 제2절 유럽연합(EU)의 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관

### I. 유럽의 장애인 정책

#### 1. 유럽연합의 장애인 정책 배경

유럽공동체의 초기에는 장애인에 대한 관심과 배려가 전무(全無)했다. 유럽이라는 거대한 시장을 염두에 두고 유럽공동체가 중점을 둔 것은 상품, 서비스 및 자본의 이동과 노동의 이동이었다. 특히 노동의 이동에 장애가 되는 것 중 가장 주된 차별은 바로 국적에 의한 차별이었다. 따라서 초기에는 유럽의 역내 시장의 통합이 속도를 더해가면

---

205) 권건보, 앞의 논문(주200), 540-541면 참조.

서 초반에는 국적차별 철폐에 집중하다가 점차 그 범위를 넓혀 가면서 장애철폐에까지 확대되기에 이르렀다. 그럼에도 불구하고, 1992년 「마스트리히트조약」(Treaty of Maastricht)에서도 장애 문제에 대해서는 별도의 규정이 없었다. 그러던 중 1993년 유엔이 「장애인을 위한 기회평등에 관한 표준규칙」(Standard Rules on the Equalization of Opportunities for Persons With Disabilities)을 제정하면서 유럽연합도 본격적으로 장애인 정책에 관심을 가지게 되었다. 이후 1997년 「암스테르담조약」(Treaty of Amsterdam)으로 유럽공동체조약을 개정하면서 제13조를 통해 장애를 이유로 한 차별을 금지시켰다.<sup>206)</sup>

## 2. 2000년 이후 유럽의 장애인 정책 - “모든 사람에게 개방되고, 또 모든 사람이 접근할 수 있는 사회”(a Society Open and Accessible to All)

2000년대 이후의 유럽의 장애인정책은 ‘개방성’과 ‘접근성’으로 표현되는 사회에 존재하고 있는 장애인에 대한 각종 장벽의 철폐 정책으로 귀결된다.

2001년 유럽연합은 회원국들에게 장애인정책을 사회정책에 통합시킬 것을 요구했다. 특히 교육, 고용, 교통, 주거 및 정보통신 정책과 ‘Design for All(모두를 위한 보편적 디자인)’로 명명된 건물접근에 있어서 장애인을 고려할 것을 강조했다. 그리고 이러한 유럽연합의 요구정책을 세부적으로 논의하고 조정하기 위한 ‘장애에 관한 회원국 고위실무대표단’(High Level Group of Member States’ Representatives on Disability)과 ‘장애인통합단’(Unit for the Integration of People with Disabilities)이 구성되었다. 유럽의회도 산하에 장애인 관련 위원회인 ‘유럽의회 장애인 인터그룹(European Parliament Disability Intergroup)’

---

206) 채형복, “유럽연합 장애인 정책의 현황과 과제”, 『EU 연구』 제33호(2013), 109면 참조.

을 두어 장애에 관한 사안들을 검토하였고, ‘유럽의회 장애인 지원그룹’(European Parliament Disability Support Group)을 두어 유럽의 장애인정책에 대한 감시자(watchdog)로서의 역할을 담당하게 했다. 이외에도 유럽장애인 정책과 관련하여 유럽옴부즈맨(European Ombudsman)과 유럽장애인포럼(European Disability Forum)이 활동하고 다양한 시민단체들도 많은 기여를 하게 되었다.

2002년 적극적인 차별철폐가 사회통합을 이끈다는 모토로 이른바 ‘2002 마드리드선언’(the Madrid Declaration 2002)이 유럽에서 나오게 되어 본격적으로 장애인의 사회통합을 유럽의 주요 의제로 채택했고 주요 정책으로 부각시키게 되었다. 이를 위해 법적 조치와 더불어 장애로 인한 차별철폐를 위한 기준과 원칙이 마련되었다.

2003년은 ‘유럽 장애인의 해’(European Year of Disabled People)로 지정되어 『유럽장애인 행동계획 2003-2010』(EU Disability Action Plan: DAP 2003-2010)이 수립되었다. 단계별로 장애인 동등 고용기회 보장(2003-2005), 장애인의 사회적 통합(2006-2007), 장애인의 상품, 서비스 및 사회 기반시설에의 접근성 보장(2008-2010) 정책이 진행되었고, 나름 장애인들의 고용과 사회적 통합 및 접근성 분야에서 상당한 성과를 거두었다.<sup>207)</sup>

### 3. 2010-2020 유럽 장애인 전략 - 장벽 없는 유럽을 위한 새로운 합의 (European Disability Strategy 2010-2020: A Renewed Commitment to a Barrier-Free Europe)<sup>208)</sup>

유럽집행위원회는 1983년부터 장애인 정책을 개발하여 왔고, 유럽장

---

207) 채형복, 앞의 논문(주206), 110-111면 참조.

208) [http://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m\\_7568/view.do?seq=775340&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi\\_itm\\_seq=0&itm\\_seq\\_1=0&itm\\_seq\\_2=0&company\\_cd=&company\\_nm=&page=8](http://overseas.mofa.go.kr/be-ko/brd/m_7568/view.do?seq=775340&srchFr=&srchTo=&srchWord=&srchTp=&multi_itm_seq=0&itm_seq_1=0&itm_seq_2=0&company_cd=&company_nm=&page=8)(최종검색일 2020.10.22.).

에인 행동계획 2003-2010'에서는 고용, 적극적 통합, 접근성에 중점을 두었다. 이후 이러한 경험을 바탕으로 2007년 유럽연합과 그 회원국들이 서명한 UN의 CRPD과 『EU 기본권헌장』의 충실한 이행과 이전 행동계획에서 해결되지 못한 문제점을 보완하기 위해 유럽집행위원회(European Commission)는 2010년 11월 15일 2010-2020 유럽 장애인 전략을 채택하였다. ‘2010-2020 유럽장애인전략’은 CRPD를 이행하기 위한 EU의 핵심 체계로 평가할 수 있다.

이 전략은 유럽연합 차원에서 장애인에게 동등 기회 제공과 장애인 보조기구 시장 지원에 초점을 맞추고 있다. 특히 유럽시민 중 6명당 1명이 장애인이고 75세 이상의 고령자 중 30%가 장애를 가지고 있으며 그 추세는 더 강화될 전망이다. 이에 장애차별철폐는 오히려 새로운 시장을 열어줄 것으로 기대하고 있다. 예를 들어 영국의 한 마트에서는 시각장애인이 보다 쉽게 접근할 수 있게 하자 연간 수입이 1300만 파운드 증가했고 독일에서도 장애인이 여행시장에의 시설 접근성을 높이는 순간 관광업계 매출이 20억 유로 가량 증가할 것으로 추산되었다.

이번 전략에서는 8대 주요 의제를 설정하고 분야별로 조치계획을 마련하고 있다. 첫째, 장애인을 위한 상품 및 공공서비스와 보조 장치를 포함한 서비스에 대한 접근성 확보(접근성), 둘째, 장애인 사회참여의 완전한 보장(참여), 셋째, 장애를 사유로 한 차별 철폐(평등), 넷째, 고용시장에서 장애인의 권리 보장(고용), 다섯째, 장애인 학생과 연수생을 위한 무상교육 및 평생교육의 제공(교육훈련), 여섯째, 장애인을 위한 삶의 질적 조건 향상(사회보장), 일곱째, 장애인을 위한 동등한 보건의료서비스 이용 및 접근 보장(보건의료), 여덟째, EU 대외 행동에 있어 장애인 권리의 향상(대외 행동)이 그것이다. 그리고 이러한 계획을 뒷받침하기 위해서 첫째, 인식개선, 둘째, 재정지원, 셋째 통계나 자료 수집 및 모니터링 정책 수단을 언급했다.

## II. 유럽연합 법체계 개관

유럽연합(EU)은 2020년 현재 27개 국가로 구성된 국가연합체로서, 외교권 및 주권은 개별 회원국에게 있으며, 2009년 발효된 「리스본 조약」을 근거로 현행 체제가 성립되었으며, 당사국간 합의에 기반한, EU 법에 따라 운영되고 있다. EU를 운영하는 주요기관으로는 유럽의회(European Parliament), 유럽이사회(European Council), 유럽연합이사회(Council of the European Union), 유럽집행위원회(European Commission), 유럽연합법원(Court of Justice of the European Union), 유럽중앙은행(European Central Bank), 유럽회계감사원(European Court of Auditors)의 7개 기관이 있다.<sup>209)</sup>

EU는 초국가적 연합체로서 최고법인 제1차 법원(法源, 법적 근거), 이에 근거하여 EU의 입법기관이 구체화하여 발령하는 제2차 법원, 그 하위법령인 제3차 법원의 구조를 취하고 있다. EU 또한 내부적으로 계층적 법구조를 가지고 있어서, 헌법적 성격을 갖는 것과 그에 기초하여 제정된 법령으로 구성된다. 헌법적 성격을 갖는 것으로는 회원국 간에 체결한 공동체 설립조약 등의 성문법원과 ‘법의 일반원칙’(general principles of law)으로 이해되는 불문법원이 존재하고, 이에 기초하여 제정되는 법령에 해당하는 것으로는 규칙(regulation)·지침(directive)·결정(decision)이 있다. 이상의 법령은 법적 구속력을 갖는 데 반해, 원칙적으로 법적 구속력을 갖지 않는 결정으로서 권고(recommendation) 및 의견(opinion)이 있으며, 또한 EU 공동체와 역외 국가 간의 조약은 규칙·지침·결정 등의 법령보다 우위로 인정하고 있다.

제1차 법원(primary sources of law)은 EU 질서 체계 하에서 국내법 상 헌법과 같은 기능을 수행하는 최상위 규범으로서의 성격을 갖고 있다. EU의 1차 법원은 우리나라의 헌법이 단일법의 형태를 취하고 있는 것과 달리, 「리스본 조약」, 「EU에 관한 조약」, 「EU 기능조약」,

---

209) 국회·한국법제연구원, 「11개국 법체계 알기 쉽게 풀기」(2020), 109-121면 참조.

「리스본 조약」(프로토콜 및 부속서) 등과 같이 다양한 형태로 존재한다. 제2차 법원(secondary sources of law)은 제1차 법원에 근거하여 EU의 기관이 발령하는 법적 행위를 말하는데, 「리스본조약」에 따라 개정된 「EU 기능조약」(TFEU) 제288조에서는 EU가 권한을 행사하기 위한 다양한 입법행위를 규칙·지침·결정 등으로 열거하고 있다.<sup>210)</sup>

### III. 장애인 권리보장의 법적 기초

「EU 기능조약」(TFEU) 제19조<sup>211)</sup>에 의하면 유럽에서는 “성별, 인종, 또는 민족적 기원, 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적 지향 등의 사유에 따른 차별”이 금지된다. 1958년 유럽경제공동체설립조약(TEEC)에서는 “국적을 이유로 행사되는 모든 차별”을 금지하였을 뿐이어서 장애가 차별금지사유에 포함되지는 않았다. 이후 「암스테르담 조약」(Treaty of Amsterdam)에 의해 「유럽공동체설립조약」(TEC)이 개정하면서 ‘성별, 인종, 또는 민족적 기원, 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적 지향 등’에 의한 차별도 금지하게 되었다(TEC 13조).

「EU 기능조약」(TFEU) 제19조 제2항은 회원국이 장애차별금지라는 목표를 달성하기 위한 지원조치를 규정하고 있다. EU는 지원조치를

---

210) 홍선기, “EU의 입법절차”, 『선진철도 경쟁력 강화 법적 쟁점 관련 제1차 전문가 워크숍 자료집』(2020), 41-47면 참조.

211) Article 19(ex Article 13 TEC): 1. Without prejudice to the other provisions of the Treaties and within the limits of the powers conferred by them upon the Union, the Council, acting unanimously in accordance with a special legislative procedure and after obtaining the consent of the European Parliament, may take appropriate action to combat discrimination based on sex, racial or ethnic origin, religion or belief, **disability**, age or sexual orientation. 2. By way of derogation from paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, may adopt the basic principles of Union incentive measures, excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States, to support action taken by the Member States in order to contribute to the achievement of the objectives referred to in paragraph 1.



위한 기본원칙을 수립하고 회원국은 「EU 기능조약」(TFEU) 제19조의 권한 범위 내에서 자국 내에서 장애차별금지에 관한 법률 및 규정을 독자적으로 마련하여 실시하여야 한다.

「EU 기능조약」(TFEU) 제19조와 더불어 「EU 기본권헌장」(Charter of Fundamental Rights of The European Union)도 장애에 대한 차별금지를 명시하고 있다. 「EU 기본권헌장」은 인간 존엄성, 자유, 평등 그리고 연대라는 보편적인 가치를 이념으로 2000년 제정되고 시행되었다. 구성은 서문과 제1장 인간 존엄성, 제2장 자유, 제3장 평등, 제4장 연대의식, 제5장 시민의 권리, 제6장 정의, 제7장 일반 규정 등 총 제7장 제54조로 되어 있다. 동 헌장은 제20조에서 “모든 사람은 법 앞에 평등하다.”라고 하는 일반적 평등을 규정하고 있고<sup>212)</sup>, 제21조에서는 차별금지를 규정하고 있다.<sup>213)</sup> 특히 동조 제1항에서 “성별, 인종, 피부색, 종족 또는 사회적 출신, 유전적 특정, 언어, 종교 또는 신념, 정치적 또는 기타 견해, 소수민족, 재산, 출생, 장애, 연령 또는 성적 지향에 따른 모든 차별은 금지된다.”라고 규정하여 장애를 이유로 한 차별금지를 명시적으로 언급했다. 여기에서 더 나아가 제26조에서 “유럽연합은 장애인의 자립, 사회적·직업적 차별의 철폐, 공동체 생활의 참여를 보장하기 위한 조치를 요구할 수 있는 장애인의 권리를 인정하고 존중한다.”라고 하여 ‘장애인에 대한 통합’이라는 제목으로 별도의 조문으로 다시 강조하고 있다.<sup>214)</sup>

---

212) Article 20 (Equality before the law) Everyone is equal before the law.

213) Article 21 (Non-discrimination) 1. Any discrimination based on any ground such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic features, language, religion or belief, political or any other opinion, membership of a national minority, property, birth, **disability**, age or sexual orientation shall be prohibited. 2. Within the scope of application of the Treaties and without prejudice to any of their specific provisions, any discrimination on grounds of nationality shall be prohibited.

214) Article 26 (**Integration of persons with disabilities**) The Union recognises and respects the right of **persons with disabilities** to benefit from measures designed to ensure their independence, social and occupational integration and

특히 장애인과 관련하여 「EU 기본권헌장」 제26조가 가지는 의미는 매우 크다고 볼 수 있다. 왜냐하면 「유럽연합에 관한 조약」(Treaty on European Union : TEU)<sup>215)</sup> 제6조 제1항에 의하면 “유럽연합은 2007년 12월 12일 스트라스부르에서 채택된 2000년 12월 7일 유럽연합 기본권 헌장이 정하는 권리, 자유 및 원칙을 승인한다.”라고 규정하면서 이를 “「유럽연합에 관한 조약」 및 「EU 기능조약」과 법적으로 동등한 가치가 있는 것”으로 인정하고 있기 때문이다.<sup>216)</sup> 이에 따라 「리스본 조약」의 체계 내에서 기본권 헌장이 가지는 지위와 그 효력은 「유럽연합에 관한 조약」 및 「EU 기능조약」과 마찬가지로 회원국을 법적으로 구속한다고 볼 수 있다.<sup>217)</sup>

아울러 1950년 11월 체결된 「인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약」(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms: ECHR), 즉 「유럽 인권협약」 제14조도 비록 ‘장애’를 명시적으로 언급하진 않았지만, 포괄적인 차별 금지 사유를 열거하고 있다.<sup>218)</sup>

---

participation in the life of the community

215) 일명 마스트리히트 조약(1993년 발효)이라고도 불리며, 이 조약에 의해 유럽공동체(EC)에서 유럽연합(EU)으로 명칭이 바뀌었고, 유럽공동체가 정치 및 통화연맹을 위한 구체적인 방안을 마련한 계기가 되었다.

216) Article 6 (ex Article 6 TEU) 1. The Union recognises the rights, freedoms and principles set out in the Charter of Fundamental Rights of the European Union of 7 December 2000, as adapted at Strasbourg, on 12 December 2007, **which shall have the same legal value as the Treaties**. The provisions of the Charter shall not extend in any way the competences of the Union as defined in the Treaties. The rights, freedoms and principles in the Charter shall be interpreted in accordance with the general provisions in Title VII of the Charter governing its interpretation and application and with due regard to the explanations referred to in the Charter, that set out the sources of those provisions.

217) 채형복, 앞의 논문(주206), 106면 참조.

218) 유럽인권협약 제14조 “성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 보장된다.”

## IV. 장애인 권리보장의 기본법제 및 정책 현황

### 1. 동등대우지침(Directive 2000/78/EC)<sup>219)</sup>

2000년 11월 27일 이사회 동등대우지침(2000/78/EC)은 고용과 직업 활동에 있어서 국적 이외에 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적 지향”의 사유에 따른 차별금지에 대해 보다 구체적으로 규정하고 있다. 이 지침 제1조에 의하면, “고용 및 직업 활동에 있어 종교 또는 신념, 장애, 연령 또는 성적 지향의 사유에 따른 차별을 철폐하기 위한 하나의 일반 기준(a general framework)을 제정하고, 동시에 동등대우원칙(the principle of equal treatment)이 회원국 내에서 효과를 발생케 할 목적임”을 분명하게 밝히고 있다.<sup>220)</sup> 즉 이 지침은 차별을 철폐하기 위한 기본원칙과 동등대우 원칙의 이행을 확보하기 위한 목적으로 마련되었다. 이를 위해 제2조에서는 “동등대우의 원칙은 어떠한 직접적 또는 간접적 차별도 없어야 한다는 것을 의미한다.”라고 규정하고 있다.<sup>221)</sup>

제3조 제1항에서는 적용범위와 관련하여 공적 영역뿐만 아니라 사적 영역의 모든 사람에게 적용된다고 규정하고 있다. 특히 “고용 또는 직업 활동을 위한 접근 조건, 직업 훈련의 모든 유형 및 단계에 대한 접근, 해고 및 급여를 포함한 고용 및 작업 조건 및 노동 관련 조직에

---

219) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

220) Article 1 (Purpose) The purpose of this Directive is to lay down a general framework for combating discrimination on the grounds of religion or belief, **disability**, age or sexual orientation as regards employment and occupation, with a view to putting into effect in the Member States the principle of equal treatment.

221) Article 2 (Concept of discrimination) 1. For the purposes of this Directive, the “principle of equal treatment” shall mean that **there shall be no direct or indirect discrimination whatsoever on any of the grounds referred to in Article 1.**

의 가업에 있어 직간접적인 어떤 차별도 받아서는 안 된다.”고 강조하고 있다.<sup>222)</sup>

제5조에서는 “장애인에게 합리적인 편의를 제공하는 것은 동등대우의 원칙과 부합하는 것이다. 따라서 사용자는 장애인을 위해 적절한 조치를 취해야 하는데, 특히 장애인의 자유로운 접근, 참가, 고용향상, 연수 수행에 필요한 조치를 취해야 한다. 만일 적절한 조치가 취해졌는가에 대해 분쟁이 있는 경우, 그 입증책임은 사용자에게 있다. 사용자는 취한 조치가 회원국의 장애정책의 범위 내에서 마련된 조치에 따른 것이며, 그에 부합하는 것을 입증해야 한다.”라고 하여, 특별히 장애인을 위한 합리적 편의제공(Reasonable accommodation for disabled persons)에 대해 규정하고 있다.<sup>223)</sup>

---

222) Article 3 (Scope) 1. Within the limits of the areas of competence conferred on the Community, this Directive shall apply to all persons, as regards both the public and private sectors, including public bodies, in relation to: (a) conditions for access to employment, to self-employment or to occupation, including selection criteria and recruitment conditions, whatever the branch of activity and at all levels of the professional hierarchy, including promotion; (b) access to all types and to all levels of vocational guidance, vocational training, advanced vocational training and retraining, including practical work experience; (c) employment and working conditions, including dismissals and pay; (d) membership of, and involvement in, an organisation of workers or employers, or any organisation whose members carry on a particular profession, including the benefits provided for by such organisations. 2. This Directive does not cover differences of treatment based on nationality and is without prejudice to provisions and conditions relating to the entry into and residence of third-country nationals and stateless persons in the territory of Member States, and to any treatment which arises from the legal status of the third-country nationals and stateless persons concerned. 3. This Directive does not apply to payments of any kind made by state schemes or similar, including state social security or social protection schemes. 4. Member States may provide that this Directive, in so far as it relates to discrimination on the grounds of disability and age, shall not apply to the armed forces.

223) Article 5 (Reasonable accommodation for **disabled persons**) In order to guarantee compliance with **the principle of equal treatment in relation to persons with disabilities**, reasonable accommodation shall be provided. This means that employers shall take appropriate measures, where needed in a

## 2. 교통약자 이동권 특별지침(Directive 2001/85/EC)<sup>224)</sup>

유럽연합은 장애인의 이동수단과 관련한 특별 유럽 의회 및 이사회 지침(2001/85/EC)을 마련하여 대중교통 등이 장애인을 포함한 교통약자에게 접근성을 보장하고 있다. 이 지침에 따르면 휠체어의 안전성을 보장하기 위하여 i) 안전장치의 안전성 보장을 위한 검사 기준을 구체적으로 제시하고 있으며(3.8.1.1.조),<sup>225)</sup> ii) 차량의 종류별로 안전장치가 충족하여야 할 요건을 달리 정하면서(3.8.1.2.1.조<sup>226)</sup> 및 하부규정<sup>227)</sup>

---

particular case, to enable a person with a disability to have access to, participate in, or advance in employment, or to undergo training, unless such measures would impose a disproportionate burden on the employer. This burden shall not be disproportionate when it is sufficiently remedied by measures existing within the framework of the disability policy of the Member State concerned.

224) Directive 2001/85/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 2001, relating to special provisions for vehicles used for the carriage of passengers comprising more than eight seats in addition to the driver's seat, and amending Directives 70/156/EEC and 97/27/EC, OJ L 42 13.2.2002, pp. 1.

225) 3.8.1.1. In a vehicle where passenger seats are not required to be fitted with any kind of occupant restraint system, the wheelchair space shall be fitted with a restraint system in order to warrant the stability of the wheelchair. A static test shall be carried out in accordance with the following requirements: (a) a force of 250 daN  $\pm$  20 daN per wheelchair shall be applied on the restraint system itself; (b) the force shall be applied in the horizontal plane of the vehicle and towards the front of the vehicle if the restraint system is not attached to the floor of the vehicle. If the restraint system is attached to the floor, the force shall be applied in an angle of 45 °  $\pm$  10 ° to the horizontal plane and towards the front of the vehicle; (c) the force shall be maintained for a period of not less than 1,5 seconds; (d) the restraint system shall be capable of withstanding the test. Permanent deformation, including partial rupture or breakage of the restraint system, shall not constitute failure if the required force is sustained for the specified time. Where applicable, the locking device enabling the wheelchair to leave the vehicle shall be operable by hand after removal of the traction force.

226) 3.8.1.2.1. In forward direction in the case of a separate wheelchair and wheelchair user restraint system

포함), iii) 휠체어 탑승자용 안전벨트 등이 갖추어야 할 요건과 관련한 검사 기준 등도 매우 상세하게 규정하고 있다(3.8.2.8.조<sup>228</sup>) 및 하부규정 포함).

한편 그로부터 10년이 지난 2011년 유럽연합(EU)은 버스·고속버스(Coach) 이용자 권리규칙(Regulation No. 181/2011)<sup>229</sup>)을 마련하여 “대중교통 운영자, 여행사 등은 장애인 등 교통약자들이 교통수단을 이용하는 것을 거절하거나 추가 비용을 부담하게 해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다(제9조).<sup>230</sup>

---

227) 3.8.1.2.1.1. For category M2: (a) 1110 daN  $\pm$  20 daN in the case of a lap belt. The force shall be applied on the wheelchair user restraint system in the horizontal plane of the vehicle and towards the front of the vehicle if the restraint system is not attached to the floor of the vehicle. If the restraint system is attached to the floor, the force shall be applied in an angle of 45 °  $\pm$  10 ° to the horizontal plane of the vehicle and towards the front of the vehicle; (b) 675 daN  $\pm$  20 daN in the horizontal plane of the vehicle and towards the front of the vehicle on the lap portion of the belt and 675 daN  $\pm$  20 daN in the horizontal plane of the vehicle and towards the front of the vehicle on the torso portion of the belt in the case of 3-point belt; (c) 1715 daN  $\pm$  20 daN in an angle of 45 °  $\pm$  10 ° to the horizontal plane of the vehicle and towards the front of the vehicle on the wheelchair restraint system; (d) the forces shall be applied simultaneously.

228) 3.8.2.8. A wheelchair restraint system shall be subject a dynamic test carried out in accordance with the following requirements:

229) Regulation (EU) No 181/2011 of the European Parliament and of the Council of 16 February 2011 concerning the rights of passengers in bus and coach transport and amending Regulation (EC) No 2006/2004 Text with EEA relevance

230) Article 9 (Right to transport) 1. Carriers, travel agents and tour operators shall not refuse to accept a reservation from, to issue or otherwise provide a ticket to, or to take on board, a person on the grounds of disability or of reduced mobility. 2. Reservations and tickets shall be offered to disabled persons and persons with reduced mobility at no additional cost.

### 3. 시민의 이주 및 거주권 권리 지침(Directive 2004/38/EC)<sup>231)</sup>

시민의 이주 및 거주권 권리 지침(Directive 2004/38/EC)은 유럽을 자유롭게 이동하는 시민의 권리와 그 가족의 자유로운 이동 및 거주할 권리에 관한 것이다. 동 지침은 이러한 권리를 쉽게 실행하기 위해 행정절차를 간소화시켰고, 가족의 지위에 대해 보다 우호적으로 정의하고 있다. 동 지침에서는 입국거부와 거주권 소멸에 대한 범위를 축소했고 영주권을 새로운 권리로 도입했다.<sup>232)</sup> 동 지침 제1조에 의하면 “유럽연합시민 및 그 가족(Union citizens and their family members)의 자유로운 이동을 보장하기 위한 것이다.”라고 규정하고 있고<sup>233)</sup>, 제2조에 의하면 “(유럽)연합시민이 될 수 있는 자격 기준은 적어도 어느 회원국의 국적을 가져야 한다.”라고 규정했다.<sup>234)</sup> 이와 관련하여 전문

---

231) Directive 2004/38/EC of The European Parliament and of The Council of 29 April 2004 on the right of citizens of the Union and their family members to move and reside freely within the territory of the Member States amending Regulation (EEC) No 1612/68 and repealing Directives 64/221/EEC, 68/360/EEC, 72/194/EEC, 73/148/EEC, 75/34/EEC, 75/35/EEC, 90/364/EEC, 90/365/EEC and 93/96/EEC; OJ(L 158), 2004, p. 77.

232) 박인수·김세환, “EU 시민의 이주 및 거주권 권리에 관한 고찰”, 『공법연구』 제14집 제2호(2013), 324면 참조.

233) Article 1 (Subject) This Directive lays down: (a) the conditions governing the exercise of the right of free movement and residence within the territory of the Member States by Union citizens and their family members; (b) the right of permanent residence in the territory of the Member States for Union citizens and their family members; (c) the limits placed on the rights set out in (a) and (b) on grounds of public policy, public security or public health.

234) Article 2 (Definitions) For the purposes of this Directive: 1) “Union citizen” means any person having the nationality of a Member State; 2) “Family member” means: (a) the spouse; (b) the partner with whom the Union citizen has contracted a registered partnership, on the basis of the legislation of a Member State, if the legislation of the host Member State treats registered partnerships as equivalent to marriage and in accordance with the conditions laid down in the relevant legislation of the host Member State; (c) the direct descendants who are under the age of 21 or are dependants and those of the spouse or partner as defined in point (b); (d) the dependent direct relatives in

(Preamble) 31에서는 “장애 혹은 비장애 여부를 떠나 어느 회원국의 국적을 가진 모든 사람은 연합시민이다. 회원국들은 이 지침에 따라 장애 등을 사유로 한 차별 없이 이 지침이 실시해야 한다.”라고 규정하고 있다.<sup>235)</sup>

## V. 규범상 장애의 개념 분석

### 1. ‘사회적 모델’에 입각한 장애 개념

장애 개념과 관련하여 EU 차원에서는 별도의 규정을 두고 있지 않고, UN의 CRPD 제1조에서 정한 “장애인은 장기간의 신체적, 정신적, 지적 또는 감각적 손상을 가진 사람으로 다양한 장벽과의 상호작용으로 다른 사람들과의 동등한 기초 위에서 완전하고 효과적인 사회참여가 저해될 수 있는 사람을 포함한다.”라는 규정을 원용하고 있다.

앞서 CRPD에 대한 서술에서 언급한 바와 같이 동 협약에서 ‘장애인’의 지칭하는 용어로 ‘persons with disabilities’라는 표현을 사용한 것과 관련하여 이른바 ‘사회적 모델’에 입각한 장애 개념으로의 전환을 시도한 것이라는 분석이 이루어지고 있다. 현대 유럽의 장애정책도 바로 이러한 사회적 모델에 기초하고 있다고 일반적으로 평가되고 있다.

---

the ascending line and those of the spouse or partner as defined in point (b);  
3) “Host Member State” means the Member State to which a Union citizen moves in order to exercise his/her right of free movement and residence.

235) Preamble (31) This Directive respects the fundamental rights and freedoms and observes the principles recognised in particular by the Charter of Fundamental Rights of the European Union. In accordance with the prohibition of discrimination contained in the Charter, Member States should implement this Directive without discrimination between the beneficiaries of this Directive on grounds such as sex, race, colour, ethnic or social origin, genetic characteristics, language, religion or beliefs, political or other opinion, membership of an ethnic minority, property, birth, **disability**, age or sexual orientation.



장애인과 비장애인은 동등한 권리를 가지고 있다는 관념이 EU 시민의 개념에 그대로 적용되어 있고, 이 관념은 「EU 기본권헌장」뿐 아니라, ‘유럽장애인 행동계획 2003-2010’과 ‘2010-2020 유럽장애인전략’에도 그대로 반영되어 있기 때문이다. 따라서 이러한 ‘사회적 모델’에 입각한 장애의 개념은 장애인도 비장애인과 마찬가지로 일상생활에서 동등하게 개인적으로 선택과 결정을 내릴 수 있고, 특히 자립적이고 독립적인 생활을 영위할 권리(the rights to independent living)를 지니고 있음을 의미한다.<sup>236)</sup>

## 2. 장애 개념 관련 판례

(1) 2006년 *Sonia Chacon Navas v. Eurest Colectividades SAs* 사건<sup>237)</sup>

유럽법원(European Court of Justice: ECJ)은 지난 2006년 스페인 노동자가 케이터링 회사를 상대로 낸 소송에서 ‘장애’의 개념을 정립하였다. 동등대우지침(Framework Directive-Directive 2000/78/EC: Equal treatment in employment and occupation - Concept of disability)에 따르면, 장애인은 동등대우를 받을 권리가 있기에 장애를 이유로 해고당하지 않게 되어 있다. 또한 장애와 질병은 근본 개념이 다르기 때문에 같이 취급해서는 안 된다고 밝혔다. 즉 질병을 이유로 한 해고는 장애 차별금지에 저촉되지 않는다는 것이 판결의 요지였다.

청구인인 소니아 샤콘 나바스(Sonia Chacon Navas)는 케이터링 회사인 유레스트(Eurest)에서 근무하던 중 질병을 이유로 8개월 동안 휴직 했고, 나바스의 치료를 담당하고 있는 의료기관에서는 그녀가 조만간 직장으로 돌아갈 만한 상황이 아니라고 하면서 질병 때문에 업무에 적합하지 않다는 판정을 내렸다. 이에 회사는 금전보상 제안과 함

---

236) 채형복, 앞의 논문(주206), 102면 참조.

237) <https://swarb.co.uk/sonia-chacon-navas-v-eurest-colectividades-sas-social-policy-ecj-11-jul-2006/>(최종검색일 2020.9.20.).

께 나바스에게 해고를 통보했다. 이에 청구인은 장애를 이유로 한 차별을 내세워 유레스트를 상대로 스페인 법원에 소송을 제기했다. 당시 스페인 법원은 나바스의 질병은 장애로 간주될 수 있다며 질병을 이유로 한 해고는 사실상 장애를 사유로 한 차별에 해당한다고 판결을 내렸다. 그러나 당시 스페인 국내법원은 소송절차를 보류하고 유럽법원(ECJ)에 「동등대우지침」(2000/78/EC)의 장애를 이유로 한 차별금지 규정이 질병을 이유로 한 해고에도 적용되는지 여부와 만약 질병을 이유로 한 해고가 장애를 이유로 한 차별에 해당하지 않는다면 「동등대우지침」(2000/78/EC)에서 질병을 이유로 한 차별이 금지된다고 볼 수 있는지 여부에 대해 질의했다.<sup>238)</sup>

이에 유럽법원(ECJ)은 「동등대우지침」(2000/78/EC)에는 장애에 대한 분명한 개념정의가 없기 때문에, 유럽전역에서 자율적이고 동일한 해석이 가능해야 한다고 판결문에서 밝히면서 “장애라는 것은 신체, 정신 또는 심리적 손상의 결과가 갖게 되는 한계 및 장애를 가진 사람이 직장생활을 영위하지 못하도록 가로막는 한계”라고 해석했다. 아울러 「동등대우지침」(2000/78/EC)에서의 보호조항에는 따로 ‘질병’이라는 용어를 사용하지 않았고 이는 의도적으로 장애와 질병을 구분하기 위함이라는 견해를 밝혔다. 즉 의도적으로 ‘질병’이라는 용어를 사용하지 않았고, 따라서 질병과 장애는 동일한 것으로 볼 수 없다고 밝혔다. 청구인인 나바스는 질병을 이유로 해고되었고 이는 장애를 이유로 한 차별의 범주에 들어가지 않기 때문에 나바스가 제기한 소송은 기각되었다.<sup>239)</sup>

---

238) 유럽연합사법재판소는 유럽연합조약(Treaty on European Union, TEU) 제19조 제3항에 따라 회원국 법원의 요청에 의하여 EU법에 대한 해석이나 타당성에 대한 사전판결(preliminary ruling)을 내릴 수 있다. 사전결의는 회원국이 유럽법원에 사전판결을 요청하면서 제출하는 질의를 말한다.

239) 참여와 혁신(<http://www.laborplus.co.kr>, 최종검색일 2020.9.25.).

(2) 2008년 S. Coleman v. Attridge Law and Steve Law 사건<sup>240)</sup>

2008년의 Coleman 판결은 유럽법원(ECJ)이 「동등대우지침」(2000/78/EC)을 근거로 장애 개념을 다룬 두 번째 판결이다. 이 사건에서 청구인인 영국 여성 Sharon Coleman은 법률 비서로 일하고 있었고 선천성 장애를 가진 자녀의 주 양육자였다. Coleman이 출산 이후 직장에 복귀한 이후 이전의 원래 직무로 돌아가는 것을 거부당한 반면, 장애가 없는 자녀의 부모에게는 허용되었다. 청구인에게는 유연근무시간제도 거부당한 반면 장애가 없는 자녀의 부모에게는 허용되었다. 자녀 양육을 이유로 근무 시간 면제(time off)를 신청했을 때 ‘게으르다’는 말을 들어야 했고 자녀의 돌봄 필요성 때문에 종종 지각을 했을 때는 해고 위협을 받아야 했다. 그래서 부당한 처우에 대해 공식적으로 고충처리를 신청하자 오히려 철회를 강요받았으며, 자신과 자녀에 대한 모욕적인 언사를 들었다. 하지만 다른 비장애아동의 부모는 그러한 대우를 받지 않았다. 이후 청구인 Coleman은 회사가 제시한 명예퇴직을 받아들였으나 부당해고와 다른 동료 근로자에 비해 차별적 처우에 대해 영국 고용법원(Employment Tribunal)에 소송을 제기하였다. 이에 영국 고용법원은 1995년 영국 장애인차별금지법은 범조문상 차별은 당한 본인이 장애인인 경우에만 해당한다고 해석했으나, 유럽에서 내린 「동등대우지침」(2000/78/EC)에 영국 장애인차별금지법이 여기에 상응하기 위해 수정되었기 때문에 소송절차를 보류하고 유럽법원에 이 문제를 질의하였다. 원고는 「동등대우지침」(2000/78/EC)이 이른바 ‘연계 차별’(associative discrimination)도 금지하고 있기 때문에 영국 장애인차별금지법도 이에 따라 해석해야 한다고 주장했다. 영국 고용법원은 이와 관련하여, 첫째, 장애 차별과 관련하여 「동등대우지침」(2000/78/EC)이 직접차별과 괴롭힘으로부터 장애인 본인만을 보호하는지 여부, 둘째, 「동등대우지침」(2000/78/EC)은 본인은 장애인이 아니지만 장애인

---

240) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62006CJ0303>(최종검색일 2020.9.25.).

과 관련되었다는 이유로 차별대우를 받은 근로자를 보호하는지 여부, 셋째, 만약 고용주가 장애인 자녀를 두었기 때문에 다른 근로자에 비해 차별처우를 한 경우 이는 「동등대우지침」(2000/78/EC)의 동등대우 원칙에 위배되는 직접차별인지 여부, 넷째, 고용주가 장애인 자녀를 두었다는 이유로 가하는 차별대우가 「동등대우지침」(2000/78/EC)의 동등대우 원칙을 위배하는지 여부 등 네 가지 질문을 유럽법원(ECJ)에 대한 질의에 회부하였다.

이에 대해 유럽법원(ECJ)은 「동등대우지침」(2000/78/EC)상 동등대우의 원칙은 장애인에게만 국한되는 것은 아니고, 장애와 관련된 모든 형태의 차별에 적용된다고 판시했다. 유럽법원 판시 내용을 살펴보면 「동등대우지침」(2000/78/EC)은 “종교, 신념, 장애, 연령, 성적 지향을 이유로 한 직접적 차별을 금지하고(제1조), 이는 직접적이고 명백하게 그러한 사유들을 가진 개인들만 보호하기 위한 것이 아니다”라고 보았다. 유럽법원(ECJ)은 「동등대우지침」(2000/78/EC)의 목적은 고용 및 직업과 관련하여 “장애를 이유로 한 차별의 모든 형태와 싸우기 위한 것”이며 “동등대우의 원칙은 개인의 특정 범주에 적용하는 것이 아니라 제1조에 언급한 사유들과 관련된 때 적용하는 것”이기에 “당사자가 장애를 이유로 한 직접적 차별로 고생하고 있을 때, 스스로 장애가 있는 개인에게만 그 적용이 한정된다고 동 지침을 해석하는 것은 보호를 축소하고 그 실효성을 박탈하기 쉽다.”라고 언급하였다.<sup>241)</sup>

### (3) 2013년 HK Danmark(Ring and Skouboe Werge) 사건<sup>242)</sup>

2007년 3월에 유럽연합은 UN의 CRPD에 서명하고, 2010년 12월에 비준했고, 2011년 1월부터 효력을 발생시켰다. CRPD이 발효된 이후

---

241) 오욱찬·김성희·서정희·심재진·오다은, 「(연구보고서, 2018-13) 장애인 근로자에 대한 정당한 편의제공 의무와 공적 편의 지원방안 연구」(한국보건사회연구원, 2018), 47면 참조.

242) <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62011CJ0335>(최종검색일 2020.9.25.).

유럽법원(ECJ)은 2013년 4월 11일 HK Danmark(Ring and Skouboe Werge 사건<sup>243</sup>)에 대한 판결을 내렸다.

이 사건에서 덴마크의 「노동관계법」(Forskelsbehandlingslov)에 의하면 노동자가 12개월에 걸쳐 총 120일의 유급 상병 휴가로 결근한 경우에 축소된 해고 고지 기간을 거친 해고가 허용된다. 당사자인 덴마크인 Ring은 치료가 불가능한 허리통증으로 여러 번 상병휴가를 사용한 후 해고되었고, Skouboe Werge는 교통사고로 인한 부상 이후 시간제와 전일제 상병휴가를 사용하고 난 이후 해고되었다. 노동조합 HK Danmark가 두 원고를 대리하여 「동등대우지침」(2000/78/EC)을 반영한 덴마크 차별금지법(Law No.1417)에 근거한 소송을 제기하였다. 「동등대우지침」(2000/78/EC) 제5조의 요구에 따라 덴마크 차별금지법 제2a조는 지침을 반영하며 “사용자는 특별히 필요한 경우에, 장애를 가진 사람이 고용에 접근, 참여, 진입을 하거나 훈련을 수행하는 것을 가능하게 하기 위하여 적절한 조치를 취해야 한다. 하지만 만약 그러한 조치가 사용자에게 과도한 부담을 지우는 것이라면, 이는 적용되지 않는다. 그러한 부담이 공적 조치에 의해 충분히 해결된다면 과도한 것으로 간주되어서는 안 된다”라고 규정하고 있었다.

노동조합 HK Danmark는 덴마크 차별금지법이 장애를 가진 사람에게 정당한 편의제공을 해야 할 의무를 사용자에게 부과하고 있기 때문에 사용자는 장애를 가진 두 명의 원고에게 근로시간 단축을 제공해야 한다고 주장하였다. 또한 두 노동자의 결근이 장애로 인한 것이기 때문에 축소된 해고 고지 기간 이후의 해고를 규정한 덴마크의 노동관계법(Forskelsbehandlingslov)을 적용할 수 없다고 주장했다. 이에 대해 사용자는 “그들에게 영향을 미치는 유일한 무능력(incapacity)은 그들이 전일제 근로를 할 수 없다는 것이기 때문에 「동등대우지침」

---

243) Joined Cases C-335/11 and C-337/11, HK Danmark, acting on behalf of Jette Ring v. Dansk almennyttigt Boligselskab and HK Danmark, acting on behalf of Lone Skouboe Werge v. Dansk Arbejdsgiverforening, acting on behalf of Pro Display A/S, published in the electronic Reports of Cases.

(2000/78/EC)의 의미 내에서 장애인이 아니다”라고 주장했다. 사용자는 또한 “근로 시간 단축은 『동등대우지침』(2000/78/EC) 제5조에 의한 편의에 해당하지 않으며, 덴마크의 노동관계법(Forskelsbehandlingslov)에 따라 장애를 가진 노동자를 해고하는 것은 차별에 해당하지 않기 때문에 『동등대우지침』(2000/78/EC)에 위반이 아니다”라고 주장했다.

이러한 사실관계를 바탕으로 덴마크 국내법원은 소송절차를 보류하고 유럽법원(ECJ)에 대한 사전질의에 회부하였다. 가장 핵심적인 사항은 Chacón Navas 판결에 비추어 장애 개념을 명확히 밝혀달라는 것이었다. 아울러 근로시간 단축이 『동등대우지침』(2000/78/EC) 제5조에 따른 정당한 편의제공에 해당할 수 있는지 여부, 그리고 결국이 장애로 인한 것이거나 장애인의 필요를 충족하는 합리적 편의를 사용자가 제공하지 않아서 발생한 경우에 축소된 고지 기간 이후의 해고를 허용하는 덴마크의 『노동관계법』(Forskelsbehandlingslov)을 적용하는 것이 『동등대우지침』(2000/78/EC)에 의해 부인되는지 여부 등도 질의의 대상이 되었다.

이 사건은 유럽연합이 UN의 CRPD를 비준한 이후 유럽법원(ECJ)에 제출된 최초의 장애차별 관련 사건이라는 점에서 유럽법원(ECJ)의 『동등대우지침』(2000/78/EC)의 해석에 많은 이목이 집중되었다. 실제로 이번 ECJ의 판결은 이전보다 진일보한 것으로 평가를 받고 있다.

유럽법원(ECJ)은 사전적 의견으로서 『EU 기능조약』(TFEU) 제 216(2)조에, “유럽연합이 비준한 국제법은 유럽연합법의 일부이며 유럽연합 기구에 구속력이 있고 유럽연합의 법에 우선한다”고 규정되어 있어서, UN의 CRPD가 유럽연합의 법적 질서의 필수적 부분을 형성하기 때문에 『동등대우지침』(2000/78/EC)은 UN의 CRPD와 일치하는 방식으로 해석되어야 한다고 강조했다. 유럽법원(ECJ)은 『동등대우지침』(2000/78/EC)을 UN의 CRPD에 부합되게 해석할 의무에 비추어, ‘장애’의 개념은 “다양한 장벽과의 상호 작용으로 다른 노동자와 동등한 기반에서 직업 생활에 완전하고 효과적으로 참여하는 것을 방해할

수 있는 특히 신체적, 정신적 혹은 심리적 손상에 의해 초래되는 제약”으로 이해되어야 한다고 하면서, UN의 CRPD 제1조를 언급하며 손상은 반드시 ‘장기적’이어야 한다는 것을 확인하였다. 이에 따라 유럽법원(ECJ)은 장기간의 치료 가능한 혹은 불가능한 질병은 「동등대우 지침」(2000/78/EC)의 의미의 ‘장애’ 개념에 속한다고 판결하였다.

동시에 유럽법원(ECJ)은 “장애가 반드시 노동과 직업 생활에서의 완전한 배제를 의미하는 것은 아니”라고 강조하고, “장애는 반드시 직업 생활의 방해로 이해되어야 하고 시간제 근로밖에 할 수 없는 장애인은 그러한 개념에 포함될 수 있다”고 언급했다. 유럽법원(ECJ)은 또한 “개인을 장애인으로 간주하기 위하여 특수 장비와 같은 편의제공 조치들이 필요하다는 요건은 없다”고 판시했다. 「동등대우 지침」(2000/78/EC)은 장애인에게 정당한 편의제공을 할 의무를 규정하고 있으며, 편의제공 조치들은 “따라서 결과적으로, 장애 개념의 구성적(constituent) 요소가 아니다.”라고 언급했다.

최종적으로 유럽법원(ECJ)은 “근로시간 단축은 동 지침에 의한 편의 조치의 하나를 구성할 수 있다.”라고 결론을 내리고, “이 사건과 같은 이슈에서 불리한 처우의 근거로 허용되는 결론이 사용자의 정당한 편의제공 실패의 결과일 경우에 지침은 국내법을 무효화시킨다”고 명료하게 판시했다. 그러면서 유럽법원(ECJ)은 이러한 경우에 “장애를 지닌 노동자의 결론은 노동자의 장애가 아닌 사용자의 행위 실패에 기인한다.”라고 덧붙였다.<sup>244)</sup>

(4) 2014년 *Karsten Kaltoft v. Kommunernes Landsforening* 사건<sup>245)</sup>

이 사건에서 원고인 Kaltoft는 덴마크 빌룬 지역의 한 기관에서 아동돌보미로 채용되어 근무하였다. 근무기간 동안 몸무게가 160kg인

---

244) 오욱찬·김성희·서정희·심재진·오다운, 앞의 보고서(주241), 52-53면 참조.

245) <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=160935&doclang=EN>(최종검색일 2020.9.25.).

Kaltoft의 비만이 문제가 되었고, 기관에서는 원고 Kaltoft의 체중감량을 위해 내부 보건정책에 따른 운동프로그램 비용을 지원하였다. 이후 Kaltoft가 1년간 휴직한 후 복귀했을 때에도 160kg 이하로 내려간 적이 없는 것을 확인한 관리자는 그에게 해고통지를 보냈다. 이에 원고인 Kaltoft는 과체중으로 직장에서 해고됐다는 이유로 소송을 제기했다. 하지만 그가 받은 해고통지서에는 Kaltoft의 돌봄 아동 수가 줄었기 때문이라는 모호한 사유만 있을 뿐 비만 때문이라는 정확한 해고 사유는 드러나지 않았다. 이에 덴마크 국내법원은 소송절차를 보류하고 유럽법원(ECJ)에 대한 질의에 회부했다. 가장 핵심적인 질의사항은 비만이 「동등대우지침」(2000/78/EC)에서의 장애로 간주될 수 있는지 여부와 비만이 특별히 장애로 인정되기 위한 기준이 무엇인지에 대한 것이었다.

이에 대해 유럽법원(ECJ)은 EU 고용법은 구체적으로 비만으로 인한 차별을 금지하지 않았고, 비만 그 자체는 장애가 아니지만 비만이 육체적, 정신적 문제를 초래한다면 장애로 볼 수 있다고 밝혔다. 따라서 비만을 장애로 간주할 경우 장애인에 대한 차별금지법의 보호를 받을 수 있다고 해석했다.<sup>246)</sup>

## VI. 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가

유럽의 장애인정책은 인권으로서 장애인과 비장애인 사이의 차별금지의 중요성을 강조하고 있다. 앞에서 살펴본 바와 같이 유럽은 여러 계획과 전략을 수립하여 장애인의 사회통합과 차별철폐를 위한 정책적 노력을 하고 있다. 이를 위한 제도적, 재정적 지원을 아끼지 않고 있다. 이를 뒷받침하기 위해 ‘유럽 사회기금 운영 프로그램’(ESF

---

246) Case C-354/13, Fag og Arbejde (FOA), acting on behalf of Karsten Kaltoft v. Kommunernes Landsforening (KL), acting on behalf of the Municipality of Billund, Judgement of 18 December 2014, not yet published.



Operational Programmes)을 통해 회원국 내에서 장애인에 대한 차별을 해소하고자 경제, 노동 및 교육 분야에 재정적인 지원을 하고 있다.

‘2010-2020 유럽장애인전략’을 통하여 유럽연합이 추구하는 장애인 정책의 특징을 살펴보면, 무엇보다도 장애인을 ‘보이지 않는 시민(invisible citizens)’에서 ‘보이는 시민’(visible citizens)으로 재인식하고 있다는 점을 들 수 있다. 장애인도 엄연한 사회의 일원이자 주체로서 인간다운 삶을 살 수 있도록 최대한의 기회와 제도적 기반을 제공하려는 노력이 돋보이는 대목이다.<sup>247)</sup>

이러한 경향은 유럽법원의 판결에서도 드러난다. 2006년 Chacón Navas 사건에서 유럽법원은 최초로 『동등대우지침』(2000/78/EC)에 적용되는 장애 개념을 제시했다. 여기에서 장애는 “특히 신체적, 정신적, 심리적 손상으로 초래된, 그리고 직업생활과 관련한 개인의 참여를 저해하는 제약”으로 정의되었다. 장애와 질병은 구분되며, 특정 제약이 장애로 인정되기 위해서는 장기간 지속될 개연성이 있어야 한다고 판시했다. 2006년 Chacón Navas 사건에서 정의 내린 장애를 손상으로 규정할 것은 의료모델에서 벗어나지 못했다는 평가가 가능하였다.

2008년 Coleman 사건에서는 장애인과 관련된 사람도 『동등대우지침』(2000/78/EC)의 보호대상에 포함되는가 하는 것이었다. 이와 관련하여 유럽법원은 『동등대우지침』(2000/78/EC)이 장애인에 대한 차별이 아니라 장애와 관련된 모든 형태의 차별에 적용된다고 해석하면서 이른바 ‘연계차별’(associated discrimination)을 인정했다.

2013년 HK Danmark(Ring and Skouboe Werge) 사건에서 유럽법원은 『동등대우지침』(2000/78/EC)의 장애 정의는 유럽연합이 비준한 CRPD에 일치하는 방식으로 해석해야 함을 강조하면서 장애 개념을 “다양한 장벽과의 상호작용으로 다른 노동자와 동등한 기반에서 직업생활에 완전하고 효과적으로 참여하는 것을 방해할 수 있는 특히 신체적, 정신적, 심리적 손상으로 초래된, 그리고 직업생활과 관련한 개

---

247) 채형복, 앞의 논문(주206), 124면 참조.

인의 참여를 저해하는 제약”으로 이해해야 하고, “장애인권리협약 제1조에 따라 신체적, 정신적, 심리적 손상은 ‘장기적’이어야 한다.”라고 판시했다. 아울러 “질병이 그러한 제약을 수반한다면 장애 개념에 포함될 수 있다.”라고 정리했다.

2014년 *Kaltoft v. Kommunernes Landsforening* 사건에서 유럽법원은 “비만은 필연적으로 *Ring and Skouboe Werge* 판결에서 언급한 제약을 수반하는 것이 아니므로 그 자체로 장애를 구성하는 것은 아니지만”, “비만이 그러한 제약을 수반한다면 『동등대우지침』(2000/78/EC)의 의미 내에서 장애의 개념에 포괄될 수 있다.”라고 판결하였다.<sup>248)</sup>

이러한 일련의 판례의 흐름을 살펴볼 때 초반의 *Chacón Navas* 판결, 그 이후에 나온 *Ring and Skouboe Werge* 판결과 *Kaltoft* 판결 사이의 차이점은 장애개념에서 다양한 장벽과의 상호작용을 강조했다라는 것이다. 이를 다시 말하면 기존의 의료적 모델에서 사회적 모델로 전환이 이루어지고 있음을 확인할 수 있다는 것이다. 또한 UN의 CRPD 장애 정의를 EU법 내에 거의 그대로 수용함으로써 장애 개념을 적극적으로 해석하고 있다. 뿐만 아니라 기존에 질병과 장애를 엄격히 구분하지 않고 질병이 장애를 유발할 수 있는 원인이 될 수 있다는 가능성을 인정하고 심지어 비만도 장애로 포섭하는 등 장애 개념을 적극적으로 확대하고 있음을 확인할 수 있다. 결국 그만큼 장애인의 기본권 보장 수준도 향상되고 있음을 알 수 있다.

### 제3절 독일 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관

#### I. 나치의 장애인정책

독일에서 1차 대전의 패배와 바이마르 공화국의 붕괴는 경제공황으

---

248) 오욱찬, “장애차별금지법의 고용효과에 대한 비교 연구”, 박사학위논문(서울대학교, 2016.8.), 18-21면 참조.

로 이어지고 결국 나치의 정국장악으로 이어졌다. 당시 독일에는 유전 병과 장애를 막아 강한 독일을 만들자는 우생학적인 논리가 강하게 지배하고 있었고 이에 1930년대 나치는 안락사를 선호하는 캠페인을 벌이기 시작했다. "장애인 한 사람당 5만 마르크가 소요된다", "장애인 한 사람을 먹여 살릴 돈으로 일반인 4인 가족을 먹여 살릴 수 있다" 등의 프로파간다가 만들어졌다. 이후 1933년 나치는 일명 단종법(斷種法)으로 불린 '유전질환후손 예방법(Gesetz zur Verhütung erbkranken Nachwuchses)'을 제정하여 장애나 유전질환이 예상되는 사람에 대해 불임 수술을 강요했다. 법원 판결에 의사가 따르지 않은 경우 벌금형이 처해질 수 있었다. 나치 정권 말기까지 대략 200여 개의 유전건강법원(Erbgesundheitsgerichten)이 설립되었고, 이 법원에서의 판결로 약 40만 명이 강제 불임 수술을 받았고 약 10만 명은 안락사되었다. 이 법은 2년 후 유대인과의 결혼과 성관계를 금하는 뉘른베르크법으로 이어지고 이는 그대로 유대인 말살정책인 홀로코스트로 연결되고 말았다.

나치가 저지른 가장 참혹한 장애인 정책 중의 하나는 'T4 프로그램'(Aktion T4)으로 명명된 장애인과 정신질환자 등에 대한 집단 살인 명령이었다. 히틀러는 게르만족의 유전적 우수성을 나치의 뼈대로 삼고 우수한 독일국민을 얻겠다는 명분으로 1939년 극비 문서에 서명하면서 장애인들에 대한 집단 학살이 자행되기 시작했다. 'T4'라는 명칭은 이러한 계획을 실행한 본부의 주소가 베를린 티어가르텐 4번지(Tiergartenstraße 4)에서 유래했다.<sup>249)</sup> 전쟁이 장기화되자 장애인은 점차 생체실험의 대상이 되기까지 하였고 여기서 획득한 기술을 홀로코스트 희생자인 유대인에게 적용하게 되었다. 나치의 주요 지지기반이었던 독일 교회가 이에 대해서 반발하자 1941년 나치는 이 프로그램을 공식적으로 종료했지만 그동안 대략 7만 5천 명에서 최대 20만

249) <http://www.ecumenian.com/news/articleView.html?idxno=19322>(최종검색일 2020. 9.20.).

명의 장애인이 학살된 것으로 알려져 있다.<sup>250)</sup>

이처럼 독일은 장애인들을 포함하여 인종청소를 단행하였던 암울한 역사를 갖고 있기 때문에 현재 독일은 법과 제도에 있어 최우선적으로 장애인을 포함한 인권보장과 사회적 책임 등 다양한 기반들을 갖추게 되었다. 역사적 과오를 반성하며 종전 이후 장애인 정책을 확대하여 현재는 세계적으로 인정받는 장애인 복지체계를 갖추고 있다.

## II. 장애인 권리보장의 (헌)법적 기초

독일 헌법상 장애인은 기본권 주체로서 인간으로서의 존엄을 보장받고 사회국가원리 하에서 인간다운 삶의 권리를 누릴 수 있어야 한다.

### 1. 기본법 제1조 : 인간의 존엄

1949년 독일 기본법(Grundgesetz; GG)은 제1조에서 제19조에 걸쳐 가장 중요한 인간의 기본권을 규정하고 있다. 특히 기본법 제1조는 인간의 존엄은 절대적으로 침해할 수 없고(unantastbar), 국가권력은 이를 보호하고 존중해야 함을 강조하고 있다. 모든 인간이 자신의 인격을 보장받고 어느 누구도 국가의 대상이 되어서는 안 된다는 것을 밝히고 있다. 따라서 장애인도 역시 자신들의 보편적인 존엄성이 보장되어야 한다. 국가사회주의(Nationalsozialismus) 시대에 인간의 존엄성은 국가의 혹은 다른 목적의 호소 하에서 가장 심각하게 훼손되었다. 그래서 헌법제정권자는 인간의 존엄을 헌법과 기본권목록의 최고의 정점으로 자리매김하였다. 헌법이 인간의 존엄성에 부여한 특별한 의미는 기본법 제79조 제3항에서도 역시 표현된다. 헌법 개정을 통해서도 인간의 존엄성은 제한될 수 없게 되어 있다. 이 조항은 사실상 기본법

---

250) <https://www.hankookilbo.com/News/Read/201608180413639896>(최종검색일 2020. 9.20.).

의 최고 가치와 연관되어 있다.<sup>251)</sup>

원칙적으로 모든 자연인은 인간의 존엄성 기본권의 기본권 주체이다. 따라서 인간의 존엄성은 아동, 정신질환자 혹은 범죄인의 인권도 역시 보장한다. 기본권 주체성이 자신의 존엄성을 인식하고 있는지 혹은 스스로 보호할 줄 아는지의 여부에 결정적으로 달려있는 것은 아니다.<sup>252)</sup> 독일 연방헌법재판소는 기본법 제1조 제1항의 내용과 관련하여 “모든 인간은 자신의 성격, 신체적 혹은 정신적 상태, 능력과 사회적 지위와 상관없이 인간으로서 존엄성을 가진다. 인간의 존엄성은 박탈될 수 없다.”라고 요약했다.<sup>253)</sup> 결국 장애인 역시 본조에 의해 그 존엄성이 보장받고 있고 이들의 존엄성 보장은 국가권력의 의무임을 독일 연방헌법재판소가 확인하고 있다.

## 2. 기본법 제20조 : 사회국가원리

독일 기본법(GG) 제20조 제1항은 “독일연방공화국은 민주적이고 사회적인 연방국가이다.”라고 규정하여 사회국가원리(Sozialstaatsprinzip)를 국가목표로 설정했다. 뿐만 아니라 기본법(GG) 제28조 제1항에는 “모든 주의 헌법질서는 이러한 기본법이 의미하는 공화제적, 민주적, 사회적 법치국가의 원칙에 일치해야 한다.”라고 함으로써 각 주도 사회국가여야 한다. 또한 유럽연합과 관련된 기본법(GG) 제23조 제1항의 “민주적, 법치국가적, 사회적, 연방적 원칙”을 통해 기본법은 독일이 사회국가임을 명시적으로 밝히고 있다. 무엇보다 기본법(GG) 제79조 제3항에는 “제1조와 제20조에 명문화된 원칙에 영향을 미치는 기본법의 개정은 허용하지 아니한다.”라고 규정함으로써 사회국가원리는 헌법개정의 한계조항으로서 특별한 가치를 지니게 되어 독일의 모든

---

251) BVerfGE 32, 98/108; 50, 166/175; 54, 341/357.

252) BVerfGE 39, 1/41 f.

253) BVerfGE, NJW 2006, 757<117>

분야에서 절대적인 영향을 미치고 있다.<sup>254)</sup>

어원적으로 ‘사회적(sozial)’이란 용어는 라틴어 ‘socialis’에서 유래된 것으로 ‘공동의(gemeinsam)’, ‘결합된(verbunden)’이라는 의미가 점차 기독교적 가치인 형제애(Brüderlichkeit) 내지는 연대성(Solidarität)으로 확대된 개념으로 중국에는 국가 시스템을 의미하는 사회국가로까지 이어지게 되었다.<sup>255)</sup> 따라서 사회국가란 공동체 내에서 약한 위치에 있는 사람들이 최소한의 인간다운 삶을 살 수 있도록 안전망을 유지하는 국가를 의미한다. 오늘날 독일이 추구하는 사회국가는 복지제도 중심으로 구현되는데, 특히 장애인 관련 제도나 법 역시 이러한 사회국가원리를 실현하는 수단 중의 하나로 평가할 수 있다.

독일 연방헌법재판소는 사회국가원칙과 장애인과의 관련성에 대해서 이미 1975년 다음과 같이 판시한 바 있다.<sup>256)</sup>

“도움을 필요로 하는 자(Hilfsbeduerftige)에 대한 보살핌(Fuersorge)은 분명히 국가의 의무에 속한다.…… 이것은 필수적으로 그의 인격의 사회적 전개에 대해 신체적 또는 정신적 결함으로 인하여 스스로 생계를 유지하는 데 방해가 되고 있거나 또는 그것이 불가능한 시민을 위한 사회적 도움(soziale Hilfe)과 관련된다. 국가공동체는 그들에게 인간으로서 존엄한 존재를 위하여 최소한의 요건들을 보장해야 하며 나아가 그들을 가능한 한 사회로 통합하기(eingliedern) 위하여, 가족 내에서 또는 제3자에 의하여 그들에게 적절한 후견(Betreuung)을 지원하기 위하여 그리고 필수적인 보살핌 시설을 제공하기 위하여 노력하여야 한다.”

독일 연방헌법재판소는 위와 같은 판결을 통해 장애인에 대한 보살핌은 사회국가의 중요과제임을 분명히 하고 있다.

---

254) 김홍섭, “사회국가 독일의 사회국가원리와 그 실현”, 『독일언어문화』 제61집(2013), 188면 참조.

255) 김홍섭, 앞의 논문(주254), 188면 참조.

256) BVerfGE 40, 121/133.

### 3. 기본법 제3조 : 평등권

독일 기본법(GG)은 여러 개별적 평등권 내지 개별적 차별금지원칙을 규정하고 있다. 이러한 개별 평등규정이나 개별적 평등원칙에 적용되지 않는 경우에는 흠결 없는 평등보호를 위해 기본법(GG) 제3조 제1항의 일반적 평등원칙이 적용된다. 그리고 제2항은 남녀평등과 그 실현의무를 국가목적으로 규정하고 있다. 이어서 제3항에서는 “누구든지 성별, 출생, 종족, 언어, 고향과 출신, 신념, 종교관 및 세계관 때문에 차별받거나 우대받아서 안 된다. 누구든지 장애로 인해 차별을 받아서는 안 된다.”라고 명시함으로써 특별히 장애인에 대한 차별금지를 규정하고 있다.<sup>257)</sup>

당연히 장애에 따른 불이익 처우는 허용되지 않는다(Art. 3 Abs. 3 Satz 2). 장애는 비정상적인 육체적, 정신적, 심리적인 상태에서 기인하는 단지 일시적인 것이 아닌 기능상의 제약의 결과이다. 예를 들어 독일 연방헌법재판소의 판결에 의하면 비장애인들에게는 열려있는 자기실현과 활동의 가능성을 장애인들에게는 주지 않는 법적인 규율로 인하여, 장애인의 생활환경이 비장애인에 비하여 악화될 때, 장애인의 불이익 처우가 존재한다고 보고 있다.<sup>258)</sup> 말하거나 쓰지 못하는 사람을 유언 작성에서 배제하는 것도 여기에 속한다.<sup>259)</sup> 물론 불이익은 헌법적으로 정당화될 수 있는 경우가 있다. 다시 말해, 불이익금지는 무조건적인 것이 아니다. 장애인이 그의 장애로 말미암아 권리행사의 불가결한 전제가 되는 특정한 정신적 또는 육체적 능력이 부족하다면, 그러한 권리의 거부는 불이익금지의 위반이 아니다. 법적인 차별대우

---

257) “Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden. Niemand darf wegen seiner **behinderung** benachteiligt werden.”

258) BVerfGE 96, 288/302 f.

259) BVerfG, NJW 1999, 1853 ff.

는 물론 불가피한 이유가 있을 때에만 허용된다. 장애와 관련된 특질을 참작하려면, 불리한 결과는 불가결한 것이어야만 한다.<sup>260)</sup>

이 조문은 장애인 관련 최상위 규범은 기본법으로서, 통독 후 1994년에 기본법(GG)이 개정될 때 삽입된 것이었다.<sup>261)</sup> 이는 헌법개정권자가 당시 장애인에 대한 다양한 차별을 인식하고 이를 금지할 필요성을 직시한 결과였다. 이 기본법의 정신을 실현하기 위하여 2002년 4월 27일에 「장애인동등지위법」(Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen(Behindertengleichstellungsgesetz; BGG))이 제정되었다.

### III. 장애인 권리보장의 기본법제 현황

독일에서의 장애인 차별과 같은 인권문제는 60년대 후반 경제공황 이후에 사회적 문제로 대두되기 시작했다. 이때부터 장애인들의 사회 및 경제적 상황을 향상시켜야 한다는 요구가 장애인과 관련 전문가단체를 중심으로 나타나기 시작했다. 이에 1969년 「노동촉진법」(Arbeitsförderungsgesetz)을 계기로 1974년 「재활조정법」(Rehabilitationsangleichungsgesetz)이 제정되고 「독일사회부조법」(BSHG)상 장애인 관련 조항을 개정했다. 그리고 이에 근거한 1987년 「중증장애인법」(Schwerbehindertengesetz)의 제정으로 장애인들의 권리의 근간을 마련하게 되었다.<sup>262)</sup> 무엇보다 독일에서 장애인 정책의 근간이 되는 기본3법은 바로 2001년의 「사회법전 제9권」(SGB IX), 2002년의 「장애인동등지위법」(BGG), 2006년의 「일반적 동등처우법」(AGG)이다.

---

260) BVerfG, NJW 1999, 1853/1855.

261) 홍선미 외 7인, 「정신장애인 인권개선을 위한 각국의 사례연구와 선진모델 구축」(국가인권위원회, 2009), 197면 참조.

262) 김미원, “독일의 정신보건복지전달체계에 관한 연구”, 「한국정신건강복지연구소 세미나자료집」(1995), 31-47면 참조.



## 1. 2001년 「사회법전 제9권」(Das Sozial Gesetzbuch IX – Rehabilitation und Teilhabebehinderter Menschen; SGB IX)

2001년 7월 1일부터 시행된 「사회법전 제9권」은 내용에 있어서 노동법적 요소, 공공부조 및 사회보험 관련 내용을 포함하고 있어 장애인의 현실을 근본적으로 개선하기 위한 총괄적인 법이라고 할 수 있다. 이 법은 “장애인의 재활과 참여”(Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen)를 궁극적인 목적으로 상정하고, 장애인들의 사회생활, 특히 직업 활동에 참여할 수 있도록 하고 있다. 이 참여 개념을 실현하기 위해서 장애인을 위한 편의가 갖춰진 일자리, 육아시설, 학교, 관공서 및 교통수단 등 사회생활 전반에서 필요한 것들을 위해 법이 개정되었다. 「사회법전 제9권」과 함께 ‘배려에서 참여’로 장애인 법제의 패러다임이 전환되었다. 이는 CRPD을 확실하게 이행하기 위한 것으로 평가할 수 있다.<sup>263)</sup>

「사회법전 제9권」의 “장애인의 재활과 참여”에 관한 구체적 내용은 사회법전 총론인 「사회법전 제1권」을 기반으로 하고 있다. 「사회법전 제1권」은 장애인의 자기결정권과 평등한 참여를 위한 권리를 선언하고 있으며 “장애의 예방·제거·감소 및 필요한 보호, 장애인의 적성과 능력에 적합한 고용기회 보장, 장애인의 사회참여를 촉진과 자기결정 능력 향상, 장애를 이유로 한 불이익금지” 등이 규정되어 있다(SCBI, §10).

「사회법전 9권」의 내용을 보면, 먼저 장애인의 개념을 장애 위험에 노출된 사람까지 정의했고, 장애인을 돕기 위한 전제조건으로 장애 등급화(Grad der Behinderung)와 장애인증명서를 규정했다. 「사회법전 제9권」은 두 개의 장(Teil)으로 되어 있는데, 제1장(일반)은 “장애인과 장애위험이 있는 자에 관한 규정”이고, 제2장은 “중증장애인들의 참여에 관한 특별한 규정들”이다.

---

263) 신옥주, “독일의 장애인 통합을 위한 법제연구”, 『유럽헌법연구』 제16호(2014), 298-305면 참조.

특히 제2장은 종전의 「중증장애인법」(Schwerbehindertengesetz)이 ‘중증장애인 참여를 위한 특별규정’(Besondere Regelungen zur Teilhabe Schwerbehinderter Menschen)이라는 제목으로 2001년 7월 1일에 삽입된 것이다. 여기에는 독일의 장애인 법제의 시각 변화가 잘 반영되어 있다. 「사회법전 제9권」의 법전화로 중증장애인 고용정책은 법적 구속력을 가지게 되어 중증장애인의 재활과 참여를 확대할 수 있게 되었다.<sup>264)</sup>

「사회법전 제9권」은 의료적, 직업적, 사회적 재활을 장애인의 권리로 규정하여 재활과 관련된 모든 분야를 통일화하는 절차를 규정하고 있다. 또한 장애인들의 자발적 사회참여에 대한 욕구를 증진시키기 위하여 개인별 예산(Personliches Budgets)에 대한 법적 청구권을 도입했다. 아울러 직업관련 분야에서 기업들의 근로자의 질환에 대한 신속 대응 의무를 규정했고, 장애인들이 직업을 통하여 사회와 소통하고 자기결정을 할 수 있도록 직업생활을 특별히 보호했다. 게다가 독일에서는 상시 20명 이상 사업장에서 의무적으로 중증장애인 5% 이상을 고용해야 하는 장애인의무고용제도를 운영하고 있어서 이를 지키지 못하는 기업은 부담조정세(Ausgleichsabgabe)를 부담해야 한다(SGB IX, §71). 장애인은 그들의 권리가 침해되었을 때 이 법에 의하여 스스로 또는 단체가 소송으로 권리구제를 받을 수 있도록 했다(SGB IX, §63).<sup>265)</sup>

## 2. 2002년 「장애인동등지위법」(Gesetz zur Gleichstellung behinderter Menschen : Behindertengleichstellungsgesetz; BGG)<sup>266)</sup>

독일은 대표적인 연방국가로 16개의 주에서 자신들만의 주 헌법을

264) 최낙관, “독일의 중증장애인 고용정책 : 그 의미와 시사점 -사회법전 제9권을 중심으로-”, 『한국자치행정학보』 22권2호(2008), 383-384면 참조.

265) 변용찬 외 5인, 『장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률의 하위법령연구』(한국보건사회연구원, 2007), 56-58면 참조.

266) “Behindertengleichstellungsgesetz vom 27. April 2002 (BGBl. I S. 1467, 1468), das zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 19. Dezember 2007 (BGBl. I S. 3024) geändert worden ist”

가지고 있으며 선거를 통해 주 의회를 구성하여 주 법률을 제정할 수 있는 구조이다. 독일의 이러한 연방국가적 특성은 「장애인동등지위법」(BGG)의 제정과정에서도 투영되었다. 2002년 4월 27일 독일은 연방 차원에서 「장애인동등지위법」(BGG)을 제정했고, 뒤이어 각 주정부는 대체적으로 연방의 「장애인동등지위법」(BGG)을 주요 골자로 하는 주 차원의 장애인동등지위법을 제정 및 공포하였다. 2005년 바덴-뷔르템베르크(Baden-Württemberg) 주를 마지막으로 독일의 모든 주에서 장애인동등지위법이 제정 및 시행되고 있다.<sup>267)</sup>

2002년 5월 1일부터 시행된 「장애인동등지위법」(BGG)은 일상생활 속에서 공권력의 장애인에 대한 차별금지를 목적으로 제정된 법이다. 이 법은 장애인의 사회생활 평등 참여를 보장하여 스스로 자율적인 삶을 영위할 수 있게 하는 내용으로 되어 있다. 이것은 기본법(GG) 제3조 제3항 제2호의 “누구도 자신의 장애로 인하여 차별받아서 안 된다.”라는 조항을 구체화한 것이다. 또한 「장애인동등지위법」(BGG)을 통해 장애인은 단순한 사회복지 객체에서 자기결정권과 참여를 실현 하는 권리당사자로 전환되었다. 아울러 장애여성 및 장애아동의 권익 보호 지원을 강조하고 있다(제2조).<sup>268)</sup>

---

267) 윤석진, “독일의 장애인평등법”, 『최신 외국법제정보』(한국법제연구원, 2008), 78면 참조.

268) Behindertengleichstellungsgesetz(BGG) § 2 Frauen mit Behinderungen; Benachteiligung wegen mehrerer Gründe (1) Zur Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen und Männern und zur Vermeidung von Benachteiligungen von Frauen mit Behinderungen wegen mehrerer Gründe sind die besonderen Belange von Frauen mit Behinderungen zu berücksichtigen und bestehende Benachteiligungen zu beseitigen. Dabei sind besondere Maßnahmen zur Förderung der tatsächlichen Durchsetzung der Gleichberechtigung von Frauen mit Behinderungen und zur Beseitigung bestehender Benachteiligungen zulässig. (2) Unabhängig von Absatz 1 sind die besonderen Belange von Menschen mit Behinderungen, die von Benachteiligungen wegen einer Behinderung und wenigstens eines weiteren in § 1 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes genannten Grundes betroffen sein können, zu berücksichtigen.

『장애인동등지위법』(BGG)은 총6장 19개 조문으로 구성되어 있다.

제1장은 일반규정(Allgemeine Bestimmungen)으로 이 법의 목적, 장애인의 정의, 장애물제거, 수화와 기타 의사소통방법 등 6개 조항으로 되어 있다.

제2장은 동등대우와 장애물제거 의무(Verpflichtung zur Gleichstellung und Barrierefreiheit)로서 공권력에 의한 차별금지, 건축 및 교통에서의 장애물제거, 정보기술에서의 장벽 제거 등 5개 조항으로 구성되어 있다. 제8조에 따라 건축과 교통영역에서 역시 장애물이 제거되어야 한다.

제2a장은 연방의 공공기관의 정보기술상 장애물 제거(Barrierefreie Informationstechnik öffentlicher Stellen des Bundes)와 관련하여 연방의 공공기관, 정보통신 장애물 제거, 장애물 제거 선언 등 5개 조항으로 구성되어 있다.

제3장은 장애물 제거를 위한 연방의 전문기관(Bundesfachstelle für Barrierefreiheit) 단 1개 조항으로 구성되어 있다.

제4장은 사법구제(Rechtsbehelfe)과 관련하여 소송절차에서의 대리권, 단체소송권 등 3개 조문으로 구성되어 있다. 제14조에 의해 권리를 침해당한 장애인을 대신하여 단체가 행정법원과 사회법원의 절차에 관여할 수 있고, 제15조에서는 단체소송에 대해 규정하고 있다.

제5장은 장애인 권리와 관련된 연방정부 담당자나 수임관의 업무 및 권한(Amt oder Beauftragter der Bundesregierung für die Belange von Menschen mit Behinderungen) 등 2개 조문으로 구성되어 있다. 제17조에 따라 연방정부는 장애인의 이해를 위해 담당자(Amt)를 두거나 수임관(Beauftragten)을 임명해야 한다.<sup>269)</sup>

---

269) Behindertengleichstellungsgesetz(BGG) § 17 Amt der oder des Beauftragten für die Belange von Menschen mit Behinderungen (1) Die Bundesregierung bestellt eine Beauftragte oder einen Beauftragten für die Belange von Menschen mit Behinderungen. (2) Der beauftragten Person ist die für die Erfüllung ihrer Aufgabe notwendige Personal- und Sachausstattung zur

마지막 제6장은 소송참가자의 지원(Förderung der Partizipation)에 대한 1개의 조문으로 구성되어 있다.<sup>270)</sup>

「장애인동등지위법」(BGG)에 있어서 핵심을 이루는 부분은 차별금지(Benachteilungsverbot)와 장애물제거(Barrierefreiheit)의 실현이다. 이를 위해 독일 연방법의 규율을 받는 각 부처의 모든 공공기관과 시설에 「장애인동등지위법」(BGG)이 적용되고 이를 위한 연방정부위원회가 역할을 담당하게 된다.

차별금지(Benachteilungsverbot)와 관련하여 동법 제7조 제1항에 의하면 “장애인과 비장애인이 불가피한 사유 없이 상이하게 취급되고 이를 통하여 장애인이 사회생활에 대한 동등한 참여가 직·간접적으로 침해 받게 되는 경우 차별이 존재한다.”라고 정의하고 있다.<sup>271)</sup>

장애물제거(Barrierefreiheit)와 관련하여서는 동법 제4조에서 “건축물과 그 밖의 시설물, 교통수단, 기술적 이용수단, 정보처리시스템, 시청각적인 정보원과 의사소통설비 및 기타 구체적 생활 영역에 있어서의 장애물을 제거해야 함을 규정하고 있다.<sup>272)</sup>

---

Verfügung zu stellen. (3) Das Amt endet, außer im Fall der Entlassung, mit dem Zusammentreten eines neuen Bundestages.

270) <https://www.gesetze-im-internet.de/bgg/>(최종검색일 2020.9.23.).

271) Behindertengleichstellungsgesetz(BGG) § 7 Benachteilungsverbot für Träger öffentlicher Gewalt (1) Ein Träger öffentlicher Gewalt darf Menschen mit Behinderungen nicht benachteiligen. Eine Benachteiligung liegt vor, wenn Menschen mit und ohne Behinderungen ohne zwingenden Grund unterschiedlich behandelt werden und dadurch Menschen mit Behinderungen in der gleichberechtigten Teilhabe am Leben in der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt werden. Eine Benachteiligung liegt auch bei einer Belästigung im Sinne des § 3 Absatz 3 und 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung vor, mit der Maßgabe, dass § 3 Absatz 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes nicht auf den Anwendungsbereich des § 2 Absatz 1 Nummer 1 bis 4 des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes begrenzt ist. Bei einem Verstoß gegen eine Verpflichtung zur Herstellung von Barrierefreiheit wird das Vorliegen einer Benachteiligung widerleglich vermutet.

272) Behindertengleichstellungsgesetz(BGG) § 4 Barrierefreiheit, Barrierefrei sind bauliche und sonstige Anlagen, Verkehrsmittel, technische Gebrauchsgegenstände,

### 3. 2006년 「일반적 동등처우법」(Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, AGG)<sup>273)</sup>

2006년 8월 18일부터 시행된 「일반적 동등처우법」(AGG)은 사회전반적인 차별에 대응하기 위해서 만들어진 법으로서, 유럽연합의 지침(Council Directive 2000/78/EC)<sup>274)</sup>을 독일 내로 전환한 것이다. 2000년대에 유럽연합은 4개의 반차별지침<sup>275)</sup>을 제정했는데, 독일의 「일반적 동등처우법」(AGG)은 이를 모두 포괄하고 있다.

이 법의 목적은 제1조에서 “인종 및 종족, 종교 및 세계관, 연령, 장애, 그리고 성적 정체성을 이유로 하는 차별을 감소시키거나 종식시키는 데 있다.”라고 밝히고 있다.<sup>276)</sup> 내용적으로 이 법은 특히 직업과 업무에서의 차별금지에 중점을 두고 있다. 특히 장애를 근거로 한 직업훈련, 직무 등에서의 차별 금지를 규정하고 있고, 사용자나 직장동료 및 제3자로부터의 차별에 대한 예방조치 의무를 고용주에게 요구하고

---

Systeme der Informationsverarbeitung, akustische und visuelle Informationsquellen und Kommunikationseinrichtungen sowie andere gestaltete Lebensbereiche, wenn sie für Menschen mit Behinderungen in der allgemein üblichen Weise, ohne besondere Erschwernis und grundsätzlich ohne fremde Hilfe auffindbar, zugänglich und nutzbar sind. Hierbei ist die Nutzung behinderungsbedingt notwendiger Hilfsmittel zulässig.

273) 자세한 내용은 신옥주, “독일의 성별입법영향평가 고찰”, 「입법평가」 창간호 (2009) 참조.

274) Council Directive 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation

275) ① 직장 이외의 영역에서의 동등처우지침(Gleichbehandlungsrichtlinie ausserhalb des Betriebs 2004/113/EG), ② 남녀동등처우원칙 실현지침(Gleichbehandlungsrichtlinie zur Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes 2002/73/EG), ③ 반인종 차별지침(die Antirassismus-Richtlinie 2000/43/EG), ④ 종교 등에서의 동등처우 실현을 위한 범주지침(Rahmen-Richtlinie fuer die Verwirklichung der Gleichbehandlung 2000/78/EG)

276) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) § 1 Ziel des Gesetzes, Ziel des Gesetzes ist, Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen.

있다. 무엇보다 일상 속의 행위에서도 장애로 인한 차별금지가 명시되어 있다. 이로써 장애인의 보험가입 거부를 비롯하여 편의시설 이용시의 차별을 해소할 수 있는 방안이 마련되었다고 볼 수 있다.<sup>277)</sup>

『일반적 동등처우법』(AGG)은 총7장 33개 조문으로 이루어져 있고, 노동법, 민사법, 공무원법 및 사회법 전반에 걸쳐 통일적인 차별금지를 규정하고 있다. 하지만 군인들에 대한 차별금지는 별도의 특별법으로 정하고 있다.

제1장은 총론(Allgemeiner Teil)으로 제1조에서 제5조까지 이 법에 전반적으로 적용되는 규정들로 구성되어 있다.

제2장은 차별로부터 취업자 보호(Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung)로서 제6조에서 제18조까지의 노동법상 규정들로 이루어져 있다. 사실상 이 법의 핵심 부분으로 인식되고 있다.

제3장은 민사법상 차별금지(Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr)로 제19조에서 제21조로 구성되어 있다.

제4장은 사법구제(Rechtsschutz)로서 제22조의 입증책임과 제23조의 반차별 단체들에 대한 조항이다.

제5장은 공법상 근무관계에 관한 특별규정(Sonderregelungen für öffentlich-rechtliche Dienstverhältnisse)으로 제24조 한 개의 조문으로 구성되어 있다.

제6장은 연방차별금지기관(Antidiskriminierungsstelle des Bundes)에 관한 규정으로 제25조에서 제33조까지로 이루어져 있다.

마지막 제7장은 보칙(Schlussvorschriften)의 형태로 제31조에서 제33조까지 구성되어 있다.

주요 내용들을 보면 제1조에서 동법의 목적을 밝히고 있고, 제2조에서는 반인종차별지침(2000/43/EG)의 제3조와 같은 효력범위를 두고 있다. 제3조에서는 직·간접차별을 비롯하여 괴롭힘과 성희롱 등을 포함한 차별의 개념을 정의내리고 있다.

---

277) 변용찬 외 5인, 앞의 보고서(주265), 62면 참조.

장애와 관련하여 제8조 제1항에 따르면 인종, 민족적 출신, 성별 또는 세계관, **장애**, 연령 또는 성(性)적 정체성을 이유로 하는 차별대우는 본질적이고 직업상 필연성이 인정되는 때, 그 목적에 적합하고 적정한 범위 내인 경우에 한하여 허용하고 있다.<sup>278)</sup> 이와 관련하여 독일 연방노동법원은 「일반적 동등처우법」(AGG) 제8조 제1항의 “허용되는 차별대우”를 매우 엄격하고 좁게 해석했다. 여기에서 연방노동법원은 장애의 개념을 넓게 해석했고, 이를 통해 당뇨병이나 관절염 및 류마티스와 같은 일반적인 질병도 구체적인 상황에 따라 사회참여를 방해한다면 장애로 볼 수 있는 가능성을 열었다.<sup>279)</sup>

장애와 관련하여 동법 제19조 제1항은 사법상의 차별금지를 규정하고 있다. 이에 의하면 개인적 명성(Ansehen)과 무관하게 다수의 사람들과 전형적으로 성립되는 대량거래(Massengeschäfte)에 속하거나 혹은 채무관계의 유형에 따라 개인적 명성이 별로 중요하게 작용하지 않는 경우 그러한 사법상 채무관계의 설정, 이행, 종료에 있어서 인종 및 종족, 종교 및 세계관, 연령, 장애 그리고 성적 정체성 등을 근거로 차별하는 것이 허용되지 않는다.<sup>280)</sup>

---

278) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) § 8 Zulässige unterschiedliche Behandlung wegen beruflicher Anforderungen (1) Eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 genannten Grundes ist zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der ausübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist.

279) Jens Günther, BAG: Diskriminierende Wartezeitkündigung wegen symptomloser HIV-Infektion, FD-ArbR 2014, 356280.

280) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) § 19 Zivilrechtliches Benachteiligungsverbot (1) Eine Benachteiligung aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, wegen des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die 1. typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen



동법 제20조는 허용되는 상이한 처우(Zulässige unterschiedliche Behandlung)에 관한 규정하고 있다. 이에 의하면, 종교, 장애, 연령, 성적 정체성 또는 성을 이유로 상이한 처우를 하기 위해서는 공정한 근거가 존재하여야 하며, 이처럼 공정한 근거 위에 이루어진 상이한 처우는 차별금지에 위반되지 않는다.<sup>281)</sup>

#### IV. 법률상 장애(인) 개념 분석

장애인의 기본권을 논의하기 위해서는 먼저 장애의 개념을 도출해야 한다. 무엇을 장애로 정의내릴 수 있을 것인가에 대해 법학에서도 다른 학문과 마찬가지로 아직도 합치된 정의를 내리지 못하고 있는 것이 현실이다.

##### 1. 장애 개념 분석

###### (1) 사전적 용어

독일에서는 장애인을 지칭하는 단어로 ‘크뤼펠’(Krüppel), ‘페어제르

---

oder 2. eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist unzulässig.  
281) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) § 20 Zulässige unterschiedliche Behandlung (1) Eine Verletzung des Benachteiligungsverbots ist nicht gegeben, wenn für eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts ein sachlicher Grund vorliegt. Das kann insbesondere der Fall sein, wenn die unterschiedliche Behandlung 1. der Vermeidung von Gefahren, der Verhütung von Schäden oder anderen Zwecken vergleichbarer Art dient, 2. dem Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit Rechnung trägt, 3. besondere Vorteile gewährt und ein Interesse an der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt, 4. an die Religion eines Menschen anknüpft und im Hinblick auf die Ausübung der Religionsfreiheit oder auf das Selbstbestimmungsrecht der Religionsgemeinschaften, der ihnen zugeordneten Einrichtungen ohne Rücksicht auf ihre Rechtsform sowie der Vereinigungen, die sich die gemeinschaftliche Pflege einer Religion zur Aufgabe machen, unter Beachtung des jeweiligen Selbstverständnisses gerechtfertigt ist.

터'(Versehrter), '베힌데르터'(Behinderter)가 주로 사용된다.

'크뤼펠'(Krüppel)은 신체장애로 도움이 반드시 필요하거나 누군가에게 종속되어 있는 최하 계층을 의미한다. 전쟁에서 부상당한 상이군인을 특히 '크뤼펠'이라고 불렀는데 여기에는 장애인에 대한 부정적인 인식이 내재되어 있었다.

'페어제르터'(Versehrter)는 '크뤼펠'과는 달리 전쟁부상 등의 신체손상으로 누군가에게 종속되어 있거나 도움이 꼭 필요한 사람만을 지칭하는 것은 아니라 바이러스 질병에 감염된 이들까지 포함하는 개념으로 시각장애 및 관절장애도 포괄적으로 지칭하는 개념이다. 이 단어가 등장하면서 장애에 대한 부정적인 인식이 서서히 변화하게 되었다.<sup>282)</sup>

'베힌데르터'(Behinderter)라는 용어는 1950년을 전후로 사고나 질병 그리고 선천적 장애인의 숫자가 상이군인을 앞서게 되면서 정신장애를 포함하여 모든 장애인을 나타내는 개념으로 등장하였다. '베힌데르터'는 선천적 질병을 타고났거나 사고에 의한 마비 및 뇌손상까지 원인에 상관없이 모두 포함하는 대개념으로써 장애인을 지칭하게 되었다.

## (2) 독일 법에서의 장애 개념

독일의 법에서 장애인을 지칭할 때 사용되는 표현으로는, 중증장애인(schwerbehinderte), 병든 자(Kranke), 손상된 자(Beschädigte), 중증의 손상자(Schwerbeschädigte), 보살핌이 요구되는 자(Pflegebedürftige), 행위무능력자(Geschäftsunfähige), 책임무능력자(Schuldunfähige) 그리고 특수학교 학생(Schüler mit sonderpädagogischem Förderbedarf) 등이 사용되고 있다.<sup>283)</sup>

이러한 장애개념은 육체적 정신적 질환의 상황을 전제로 하고 있다. 이른바 「중증장애인법(중증장애인의 노동, 직업 및 사회 편입 보장 법

---

282) 김미숙, “독일 장애인스포츠의 발달과정”, 『한국체육사회학회지』 제14권 제2호 (2009), 126-127면 참조.

283) 차선자, “장애의 개념에 대한 독일 법학의 논의”, 『인권법평론』 제1호(2007), 203면 참조.

를」(Gesetz zur Sicherung der Eingliederung Schwerbehinderter in Arbeit, Beruf und Gesellschaft) 제3조 제1항은 “이 법에서 장애라 함은 전형적이지 않은 육체적, 정신적 또는 심리적 상태(körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand)에서 생겨나는, 일시적이지만은 않은 기능적 손상(Funktionsbeeinträchtigung)의 결과를 의미한다.”라고 규정하였다.<sup>284)</sup>

(3) 「사회법전 9권」 제2조의 장애 개념

「사회법전 9권」 제2조에서는 장애(Behinderung)를 다음과 같이 정의하고 있다.

「사회법전 제9권」 제2조(장애)<sup>285)</sup>

---

284) Schwerbehindertengesetz (SchwbG) § 3 Behinderung (1) Behinderung im Sinne dieses Gesetzes ist die Auswirkung einer nicht nur vorübergehenden Funktionsbeeinträchtigung, die auf einem regelwidrigen körperlichen, geistigen oder seelischen Zustand beruht. Regelwidrig ist der Zustand, der von dem für das Lebensalter typischen abweicht. Als nicht nur vorübergehend gilt ein Zeitraum von mehr als 6 Monaten. Bei mehreren sich gegenseitig beeinflussenden Funktionsbeeinträchtigungen ist deren Gesamtauswirkung maßgeblich.

285) Neuntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IX) § 2 Begriffsbestimmungen (1) Menschen mit Behinderungen sind Menschen, die körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, die sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate hindern können. Eine Beeinträchtigung nach Satz 1 liegt vor, wenn der Körper- und Gesundheitszustand von dem für das Lebensalter typischen Zustand abweicht. Menschen sind von Behinderung bedroht, wenn eine Beeinträchtigung nach Satz 1 zu erwarten ist. (2) Menschen sind im Sinne des Teils 3 schwerbehindert, wenn bei ihnen ein Grad der Behinderung von wenigstens 50 vorliegt und sie ihren Wohnsitz, ihren gewöhnlichen Aufenthalt oder ihre Beschäftigung auf einem Arbeitsplatz im Sinne des § 156 rechtmäßig im Geltungsbereich dieses Gesetzbuches haben. (3) Schwerbehinderten Menschen gleichgestellt werden sollen Menschen mit Behinderungen mit einem Grad der Behinderung von weniger als 50, aber

- (1) “장애인은 신체적, 정서적, 정신적 또는 인지적 기능의 손상 (körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen) 이 존재하고, 고용과 환경적 요인으로 인한 장벽들의 상호작용으로 동등한 사회적 참여(gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft)가 6개월 이상 방해받을 고도의 개연성이 있는 사람을 말한다. 제1문의 손상(Beeinträchtigung)은 인간의 신체적 상태와 건강상태가 같은 연령대의 전형적인 상태로부터 벗어나 있을 때 존재한다. 인간은 제1문의 손상(Beeinträchtigung)이 예상되는 경우에는 장애의 위협을 받게 된다.”
- (2) “인간은 그의 장애정도(Grad der Behinderung)가 50 이상인 경우에 중증장애가 존재하며, 그는 이 법전의 적용되는 범위 내에서 주거장소, 일상적인 체류장소 또는 제73조의 의미에서의 일자리를 정당하게 갖는다.”
- (3) “장애정도가 50 미만이고 30 이상인 장애인은 중증장애인과 동등하게 대우되어야 하며, 이에 따라 제2항의 요건들이 갖추어야 한다. 단, 장애정도가 50 미만이고 30 이상인 장애인이 그의 장애로 인해 동등대우가 없다면 제73조의 의미에서의 적절한 일자리를 얻지 못하거나 유지하지 못하는 경우이어야 한다.”

현행 「사회법전 9권」은 2016년 12월 23일에 개정되고 2018년 1월 1일부터 시행된 「연방참여법」(Bundesteilhabegesetz; BTHG)에 의해서 개정되었다.<sup>286)</sup> 개정 이전의 「사회법전 9권」의 장애 개념은 “인간은 자신의 신체적 기능, 정신적 능력, 정서적 건강이 같은 연령대의 전형적인 상태로부터 6개월 이상 벗어났을 고도의 개연성이 있고, 그로 인

---

wenigstens 30, bei denen die übrigen Voraussetzungen des Absatzes 2 vorliegen, wenn sie infolge ihrer Behinderung ohne die Gleichstellung einen geeigneten Arbeitsplatz im Sinne des § 156 nicht erlangen oder nicht behalten können (gleichgestellte behinderte Menschen).

286) Sozialgesetzbuch Neuntes Buch - Rehabilitation und Teilhabe von Menschen mit Behinderungen - (Artikel 1 des Gesetzes v. 23. Dezember 2016, BGBl. I S. 3234).

해 그의 사회참여가 침해되었을 때 장애가 존재한다.”라고 정의되어 있었다. 여기서 중요한 것은 장애의 원인이 질병이나 사고에 의한 것인지 또는 선천적인 것인지의 여부가 중요한지 않고 장애가 실제로 존재하고 있는지의 여부이다.

여기에 2016년 개정된 현행 「사회법전 9권」에서는 “고용과 환경적 요인으로 인한 장벽들의 상호작용”(Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren)이라는 문구를 추가함으로써 개인에게 장애가 없지만 타인이나 환경에 영향을 미치는 제약에 의해서도 장애가 발생할 수 있음을 강조하고 있다. 이는 사실상 유엔 장애인권리협약(CDPR)을 반영했다고 볼 수 있다.<sup>287)</sup>

장애정도(Grad der Behinderung; GdB)는 20부터 10씩 올라가며 최대 100까지 높아진다. 장애정도 50을 넘으면 그때부터 중증장애인으로 분류된다. 만약 장애정도 판정에 이의가 있는 경우 사회법원에 취소청구를 할 수 있다. 특히 중증장애인에 대해서는 「사회법전 9권」 제2장에서 별도의 상세한 규정을 두어 특별한 보호를 받는다. 이러한 점에서 독일의 장애인제도는 중증장애인을 중심으로 되어 있다고 할 수 있다.<sup>288)</sup>

독일의 장애 개념은 일차적으로 의학적 판단에 기초하지만, 부분적으로 장애로 인한 사회생활 참여에 대한 제약 등도 같이 고려하고 있다. 「사회법전 9권」 제2조 제3항과 같이 고용과 관련하여 의학적 판단의 한계를 극복하기 위해 장애정도 30 이상 50 미만을 준중증장애인으로 분류하여 인정하고 있는 점이 중요한 특징이다.<sup>289)</sup> 따라서 동법에서 말하는 장애는 ‘건강에 문제’와 ‘사회생활참여’ 영역으로 이해되는 개념으로서, 단순히 의학적인 개념이 아닌 사회법적인(sozialrechtlich)

---

287) Kainz, W. J. (2018). Auswirkungen des neuen Begriffs der Behinderung auf den Grad der Behinderung?, NZS 2018, S. 298.

288) 신옥주, “독일 장애인법제를 통해 살펴 본 장애등급제 폐지 및 급부, 감면서비스 개편방향”, 『법학논총』 제3권 제2호(2016), 6-7면 참조.

289) 최낙관, 앞의 논문(주264), 382-384면 참조.

것으로 볼 수 있다.

『장애인동등지위법』(BGG) 제3조에서는 “장애인이란 장기간의 신체적, 정서적, 정신적 또는 인지적 기능의 손상(körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen)이 존재하고 고용과 환경적 요인으로 인한 장벽들의 상호작용으로 인하여 동등한 사회적 참여를 방해받을 고도의 개연성이 있는 사람을 의미하며, 여기서 장기간이란 6개월 이상 지속될 가능성이 높은 기간을 말한다.”라고 규정하고 있다.<sup>290)</sup> 이러한 장애 개념은 『사회법전 9권』 제2조의 장애개념과 사실상 동일하다고 볼 수 있다. 이러한 개념은 2001년 세계보건기구(WHO)의 『국제장애분류』(ICF)에 의거하고 있다. 따라서 장애 개념은 더 이상 단순 의학적 개념이라기보다는 오히려 사회적 참여의 제한과 관련된 보다 포괄적인 내용을 담고 있다.<sup>291)</sup>

『일반적 동등처우법』(AGG)에서는 별도의 장애에 대한 개념 규정이 존재하고 있지 않다. 동법상의 장애 개념은 일반적으로 앞에서 살펴본 『사회법전 9권』 제2조와 『장애인동등지위법』(BGG) 상의 장애 개념과 동일한 것으로 이해되고 있다.<sup>292)</sup>

### (3) 헌법상 장애 개념의 논의

독일 연방헌법재판소는 특수학교 입학과 관련한 사건(BVerfGE 96, 288 - Integrative Beschulung)에서 최초로 장애 개념에 대해 논의했다. 이 사건에서 독일 연방헌법재판소는 장애 학생을 자신과 부모의

---

290) Behindertengleichstellungsgesetz(BGG) § 3 Menschen mit Behinderungen, Menschen mit Behinderungen im Sinne dieses Gesetzes sind Menschen, die langfristige körperliche, seelische, geistige oder Sinnesbeeinträchtigungen haben, welche sie in Wechselwirkung mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren an der gleichberechtigten Teilhabe an der Gesellschaft hindern können. Als langfristig gilt ein Zeitraum, der mit hoher Wahrscheinlichkeit länger als sechs Monate andauert.

291) 윤석진, “독일의 장애인평등법”, 『최신 외국법제정보』(한국법제연구원 2008), 78면 참조.

292) BT-Drucks. 16/1780.

의사에 반하여 특수학교로 전학시키는 것은 기본법(GG) 제3조 제3항 제2문의 의미에서 장애인에 대한 금지된 불이익에 해당하지 않는다고 보았다. 다만 특수 교육지원을 통해 일반학교에서도 장애학생을 가르치는 것이 가능하며, 이를 위해 필요한 인력 및 재료 등이 구비되어 있고, 통합교육과 충돌하지 않음에도 불구하고 장애학생을 특수학교에 전학하는 경우에는 차별이 존재한다고 볼 수 있다고 판시했다.<sup>293)</sup>

이 판결에서 연방헌법재판소는 헌법상 장애 개념이 무엇인지 직접적으로 언급하지는 않고, 기본법(GG) 제3조 제3항 제2문을 해석할 때 기본적으로 「중증장애인법」(SchwbG) 제3조 제1항의 장애 개념에 입각하고 있다. 이 외에 연방노동법원, 연방행정법원 및 연방사회법원 등에서도 다수의 판결들을 통해 중증장애가 헌법상의 장애 개념에 충족한다고 판시하고 있다. 학계에서는 「중증장애인법」(SchwbG) 제3조 제1항의 장애 개념이 기본법(GG) 제3조 제3항 제2문의 해석의 기초라는 것은 일치된 견해로 인정하고 있다.<sup>294)</sup>

## 2. 장애 개념 관련 판례

### (1) 2009년 독일 연방노동법원 판결 - BAG, 22.10.2009 - 8 AZR 642/08<sup>295)</sup>

원고는 1992년 12월 1일부터 지게차 운전자로 근무했다. 원고는 2000년부터 질병으로 인한 질병수당을 수령하였다. 이후 사용자인 피고는 “질병과 관련된 이유”를 근거로 서면으로 근로관계 해지를 통보하였다. 원고는 이에 해고보호의 소(Kündigungsschutzklage)를 제기했고 이는 에센 지방노동법원에 의해 인용되었다. 소송 중 원고는 지방법원에 앞선 소송확장(Klageerweiterung)을 신청하면서, 피고에게

293) <https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv096288.html> (최종검색일 2020.10.1.).

294) 차선자, 앞의 논문(주283), 204면 참조.

295) 박신욱·최혜선, 「독일 일반평등대우법(AGG)과 관련한 최근의 흐름과 판례의 분석」(2014), 71-74면 참조.

30,000유로의 손해배상을 청구하였다. 이를 위하여 만성적인 근골격계의 퇴행성질환이라는 의사의 소견서를 제출하였다. 원고는 해고통보가 장애를 이유로 한 차별이라고 주장했다. 만성적인 근골격계의 퇴행성 질환은 장애를 의미하는 것이라고 판단한 것이다. 이에 피고는 원고의 노동력 상실은 장애가 아니고, 장애와 질병은 동일시 될 수 없으며, 오랜 기간 지속되는 질병 또는 자주 발생하는 질병으로 인한 차별적 대우는 금지되는 차별은 아니라고 주장하였다.

원고의 손해배상청구는 지방노동법원<sup>296</sup>과 주(州)노동법원<sup>297</sup> 그리고 연방노동법원에서 모두 기각되었다. 독일 연방노동법원은 우선 「일반적 동등처우법」(AGG) 제2조 제4항의 내용을 지적하였다. 이에 따르면 해고에 있어서는 해고제한법의 규정인 「사회법전 9권」 제81조 제2항이 우선적으로 적용되게 된다.

“사용자는 중증장애를 가진 취업자를 그들의 장애를 이유로 차별대우할 수 없다. 개별적인 경우 이와 함께 일반평등대우법이 적용된다.”

이에 법원은 원고의 질병이 중증장애가 아니기 때문에 원고의 청구는 인용될 수 없다고 판단하였다. 나아가 독일 연방노동법원은 손해배상청구를 위한 요건이 충족되지 않았다고 지적하였다. 무엇보다 우선 연방노동법원은 EU의 「동등대우지침」(Directive 2000/78/EC)의 의미에서 질병은 장애가 아님을 분명히 하였다. 이와 관련하여 연방노동법원은 질병이 오랜 기간 지속되지 않았더라도, 이로 인해 사회생활이나 근로가 불가능해진다면, 장애가 될 수도 있다고 평가하였다. 독일 연방노동법원은 피고가 과거 노동력 상실과 미래의 노동력 상실을 이유로 원고를 해고하였고, 이는 장애인 노동자나 비장애인 노동자에게 동일하다고 판단했다.

---

296) ArbG Essen, 08.11.2007 - 8 Ca 1926/07.

297) LAG Düsseldorf, 14.05.2008 - 12 Sa 256/08.



(2) 2009년 독일 연방노동법원 판결 - BAG, 17.12.2009 - 8 AZR 670/08<sup>298)</sup>

피고는 정형외과 의사이며 의료회사의 소유자였다. 피고는 독일 고용노동청 게시판을 통해 임상연구를 위한 생물학 전공자 또는 수의사 구인 공지를 게재하였다. 원고는 박사과정을 수료한 생물학 석사였으며, 피고 회사에 지원서를 제출하였다. 인터뷰에서 피고는 참관인 N을 인터뷰에 참여시켰고, N은 원고에게 심리치료를 받은 여부에 대해 질문했고, 원고 본인이 심리치료를 받은 적이 없다는 내용에 서명할 것을 요구했다. 원고는 왜 자신의 건강상태에 대해 문의하였는지 묻자 피고는 원고에게 강직성 척수염이 의심 되었고, 환자 대부분은 우울증을 겪기 때문이라고 답하였다. 나아가 피고는 원고에게 척추상태 진찰과 엑스레이 사진을 요구하였으나, 원고는 이에 동의하지 않았다. 이후 서면을 통해 원고가 고용되지 않았음이 통보되었다. 이에 원고는 강직성 척수염 시술받은 자는 일반적으로 장애를 겪게 된다고 적시하고 본인의 장애를 이유로 고용되지 않았으며 피고에게 손해배상청구 소송을 제기했다. 지방노동법원<sup>299)</sup>은 원고 일부 승소 판결했으나, 주 노동법원<sup>300)</sup>은 이를 기각했다. 하지만 독일 연방노동법원은 주 노동법원의 판결을 파기 환송했다.

주 노동법원은 피고와 참관인은 단순히 질병과 관련된 내용으로 간주한 반면, 연방노동법원은 인터뷰에 있어 지원자에게 건강과 관련된 어려움들을 묻는 것은 장애가 있는지 여부를 묻는 것으로 추론할 수 있다고 보았다.

---

298) 박신욱·최혜선, 앞의 책(주295), 79-84면 참조.

299) ArbG Regensburg, 05.12.2007 - 3 Ca 1161/07.

300) LAG München, 08.07.2008 - 8 Sa 112/08.

(3) 2013년 독일 연방노동법원 판결 - BAG, 19.12.2013 - 6 AZR 190/12<sup>301)</sup>

피고는 원고를 화학기술과 관련된 조교로 채용하였다. 계약기간 중 처음 6개월은 수습기간이고, 그 동안에는 2주 기간으로 계약 해지할 수 있게 합의하였다. 원고는 무균실로 불리는 청정실에 배치되었다. 채용 시에 요구되는 건강검진이 실시될 무렵, 원고는 기업의 전담의사에게 자신이 후천성 면역 결핍증 바이러스 보균자임을 밝혔다. 하지만 원고는 어떠한 증상도 없었고 장애 등급(Grad der Behinderung)은 10에 해당했다. 중증장애의 경우 50 이상이어야 한다. 의사는 원고의 청정실 배치에 반대한다는 의견을 표명하였다. 이후 원고, 전담의사 및 회사의 대표이사가 모여서 담당의사는 원고가 후천성 면역 결핍증 바이러스 보균자임을 밝혔다. 이에 피고는 서신을 통해 계약관계 해지를 통지했다. 이에 원고는 후천성 면역 결핍증 바이러스 보균자라는 사실을 근거로 한 계약관계 해지는 차별이라고 주장하면서 원고는 고용관계가 기존의 합의된 내용으로 존속한다는 것과 적절한 손해배상을 청구하였다. 이에 대해 피고는 근로관계의 해지는 불가피한 선택이었다고 항변하였다. 피고는 전염성 질병을 이유로 한 근로관계 해지이지, 후천성 면역 결핍증 바이러스 보균자이기 때문에 해지한 것은 아니라고 주장했다. 원고에 대한 근로관계 해지 여부는 회사 의약품을 사용하는 환자들을 고려하여 결정할 수밖에 없었다고 항변하였다.

지방노동법원<sup>302)</sup>과 주 노동법원<sup>303)</sup>은 원고의 청구를 기각했다. 그러나 연방노동법원은 항소심을 파기 환송했다. 연방노동법원은 증상이 없는 후천성 면역 결핍증바이러스 감염은 「일반적 동등처우법」(AGG)에서 말하고 있는 장애의 일종으로 보았다. 신체적 기능, 정신적 능력 또는 마음 건강이 장기간 제한되고, 이로 인해 사회참여 또는 근로참

---

301) 박신욱·최혜선, 앞의 책(주295), 74-79면 참조.

302) ArbG Berlin, 21.07.2011 - 17 Ca 1102/11.

303) LAG Berlin-Brandenburg, 13.01.2012 - 6 Sa 2159/11.

여가 방해를 받는 경우에 장애에 해당하며, 이러한 장애에 관한 정의에 따라, 만일 바이러스 감염을 이유로 하여 감염자 회피 행위가 발생하고 이로 인한 낙인화가 지속되어 바이러스 보균자의 사회참여가 불가능하다면, 비록 무증상이라고 할지라도 후천성 면역 결핍증 바이러스 감염은 만성질환으로서 장애에 해당한다고 판단하였다.

#### (4) 2019년 독일 연방헌법재판소 판결 - 2 BvC 62/14<sup>304</sup>)

2019년 독일 연방헌법재판소는 후견인에게 의존하는 중증장애인과 정신질환 상태에서 자행한 범죄로 정신병원에 수용된 수용자에 대한 선거권 배제가 기본법(GG)이 규정하고 있는 ‘보통선거의 원칙’과 ‘장애에 따른 차별금지 원칙’에 위배된다고 판결했다. 여기에서 장애와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 질환이나 장애로 인해 후견인이 선임된 경우 선거권을 배제하는 것은 「후견법」(Betreuungsgesetz)의 체계를 감안할 때 정당하지 않다고 보았다. 모든 사무에 있어 후견인이 선임된 장애인의 선거권 배제는 차별대우로서, 기본법(GG)에 규정된 장애로 인한 차별금지 위반이라고 판단했다. 이러한 선거권 배제는 장애인에게서 민주주의의 본질적인 권리인 참정권을 박탈하는 것으로 정당화하기 어렵다고 보았다. 이러한 독일 연방헌법재판소의 판결에 따라 장애인의 선거권 배제조항이 삭제되었고, 대리인에 의한 투표 금지와 장애인 조력 제공에 관한 규정이 보완되고, 조력인의 비밀유지 의무와 부정할 조력에 대한 처벌 규정이 신설되었다.

## V. 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가

독일에서 장애인의 기본권 실현을 위한 법체계는 기본법(GG), 2002년 「장애인동등지위법」(BGG), 2006년의 「일반적 동등처우법」(AGG) 그리

---

304) 김종갑, 「독일의 중증장애인 및 정신질환 수용자에 대한 선거권 부여」, 『외국 입법 동향과 분석』(2019), 1면 이하 참조.

고 『사회법전 제9권』(SGB IX)이 근간을 이루고 있다. 장애인에 대한 국가의 보호 의무는 기본법(GG) 제20조 제1항의 사회국가원칙에서 고려되고 있었고, 장애인의 인간으로서의 존엄성은 기본법(GG) 제1조 제1항에서 그 근거를 찾을 수 있었다. 특히 기본법(GG) 제3조 제3항에서 “누구든지 장애 때문에 불리한 처우를 받지 아니한다”라고 규정하여 장애인에 대한 자의적인 차별을 금지하고 있다. 이 조문은 1994년 개정과 함께 새로 삽입된 규정으로 정신적 혹은 육체적 장애인에 대한 차별금지를 기본법(GG)에서 명시적으로 밝히게 되었다. 이와 같이 장애인에 대한 차별금지와 인간다운 삶을 실현하기 위한 조건들이 최고법인 기본법(GG)에 직접 규정되어 있기 때문에 적극적인 장애인 평등실현 정책을 추진할 수 있는 바탕이 되고 있다. 이러한 기본법(GG)을 기반으로 특별법적인 위치에 있는 『장애인동등지위법』(BGG)과 유럽연합 제정한 장애인 관련 차별금지지침을 독일 내로 전환한 일반법적 차원의 『일반적 동등처우법』(AGG)이 서로 맞물려 실질적인 평등을 실현하고 있다.<sup>305)</sup>

독일에서의 장애인 정책의 흐름은 “분리에서 통합”으로, “보호와 복지차원에서 참여와 시민권 차원”으로 전환되었다. 2002년 독일은 이른바 연방차원에서 『장애인동등지위법』(BGG)을 제정하여 기존의 장애인을 위한 “보호와 복지 이념”에서 장애인의 “사회참여”를 기본이념으로 국가의 의무를 명시했다. 이 법은 각 주의 장애인평등법의 기본법으로 자리 잡고 있다. 『장애인동등지위법』(BGG)은 장애인이 사회생활 시설에 접근할 수 있도록 국가의 의무를 규정했다. 이로써 국가는 기존의 차별금지라는 소극적인 헌법상의 의무를 넘어서 장애인의 접근을 방해하는 모든 장벽들을 제거해야 할 적극적 의무까지 부담하게 되었다. 이를 달리 표현하면 국가는 장애인의 접근권을 실질적으로 보장하기 위한 조치들을 취할 수 있는 근거를 확보하게 되었다는 것이다. 장애인의 권리구제와 관련하여 장애인의 특수성을 반영한 옴부즈맨 제도

---

305) 신옥주, 앞의 논문(주288), 5면 참조.

와 단체소송을 규정하고 있다. 이와 같이 「장애인동등지위법」(BGG)은 일상에서 차별받았던 장애인들을 보호하고 실질적인 법적 권리를 확보하게 하여 궁극적으로는 인간의 존엄성을 보장하려는 법률로서의 의의가 있다고 평가할 수 있다.

독일은 이전에 산재했던 장애인 관련법들을 「사회법전 제9권」(SGB IX)으로 재편하면서 장애인 관련 법제를 통합하고 체계화했다. 그리고 이를 통해 장애인의 사회통합과 특히 장애인고용에 대해서 국가가 보다 상황을 고려하여 적극적으로 개입할 수 있는 토대를 마련하였다.<sup>306)</sup> 이러한 일련의 흐름을 보면 독일의 장애인은 장애의 원인이나 종류에 상관없이 국가에 의한 보호를 받고, 장애인도 비장애인과 마찬가지로 동등한 권리와 의무를 가져야 하며, 따라서 비장애인과 마찬가지로 동등한 기회를 누릴 수 있게 되어 있다고 평가할 수 있다.

## 제4절 프랑스 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관

### I. 장애인 권리보장의 법적 기초

#### 1. 장애의 범주와 구분개념

##### (1) 장애의 범주

장애는 국제보건기구가 2001년 5월 채택한 ICF에 따른 5가지로 구분되는 것이 일반적이다. 프랑스에서는 일반적으로 장애의 범주를 운동장애, 시각장애, 청각장애, 정신장애, 지적(발달)장애, 장해(장애성 질환)<sup>307)</sup> 등 6개 분야로 구분하고 있다.<sup>308)</sup>

---

306) 최낙관, 앞의 논문(주264), 382-384면 참조.

307) 장애성 질환에 의한 노동력 손상을 장해(l'invalidité)로 이해하고 일반적인 장애(le handicap)와는 구분하고 있다. (2) 부분에서 별론하기로 한다.



먼저, 운동장애(Le handicap moteur)의 경우 운동기능의 일부 혹은 전부의 상실을 야기할 수 있는 문제 전반을 포함한다. 특히 팔과 다리 등 신체 상하부의 장애(위치를 이동하고 자세를 유지하거나 바꾸는 것이 어려운 상태, 특정한 동작을 하거나 수행하기 어려운 상태)를 뜻한다. 특정한 뇌 운동 장애의 경우 지적 능력의 변화 없이도 자신을 표현하는 데 어려움이 있을 수 있다. 현재 프랑스에서는 8백만 명 이상의 사람들이 류마티즘이나 관절염과 같은 가장 가벼운 운동장애와 반신불수, 대마비(하지의 양측마비), 사지마비와 같은 중증 운동장애를 가지고 있다고 보고되고 있다. 이중 약 60만 명이 중증운동장애에 해당하고 37만 명 정도가 휠체어에 의존하고 있다.

다음으로, 시각장애(Le handicap visuel)는 보통 시력을 상실한 사람을 말하지만, 많은 경우에 시력이 약한 경우를 포함한다. 특정한 직업에서는 색맹도 장애사유로 인정된다. 프랑스에서는 약시장애를 가진 사람이 150만 명 정도로 추정되며, 6만 명 정도가 시력 상실자이다.

그리고 청각장애(Le handicap auditif)와 관련해 완전한 청력상실은 드물다고 한다. 시력장애와 마찬가지로 대부분의 청각장애인은 잔여청력(des restes audutifs)을 일부 가지고 있기 때문에 인공보청장치(les prothèses auditives)를 사용한다. 프랑스에서는 약 6백만의 청각언어장애인(la personne sourde)과 난청인(la personne malentendante)이 있다.

---

308) [https://handicapinfos.com/informer/6-grandes-categories-handicap\\_3134.htm](https://handicapinfos.com/informer/6-grandes-categories-handicap_3134.htm) (최종검색일 2020.8.10.).

정신장애(Le handicap psychique)의 경우 약 70만 명 정도로 추정되는데, 프랑스 전체 인구의 1% 정도에 해당한다. 이 가운데 절반은 중증장애로 추정되며 이들에 대한 체계적인 장애보호제도 편입이 요청된다. 2000년에 실시된 연구에 의하면 성인 장애수당청구 신청자의 1/4 정도가 정신적 고통을 호소하고 있다.

그리고 지적(발달)장애의 경우 신체나 정신의 발달을 방해하는 장애(trouble envahissant du developpement, TED) 또는 자폐성 장애(troubles du spectre de l'autisme, TSA)를 통칭하는 의미로 사용된다. 의사소통이나 사회적 상호작용에 장애가 있거나, 전형적이고 반복적인 행위를 하거나 제한된 관심을 보이거나, 감각이나 수면 또는 섭식의 장애를 보이거나, 간질이나 유전적 증후군을 동반하는 경우를 지적(발달)장애로 보고 있다.<sup>309)</sup>

한편 법령에 나타난 장애와 유사한 개념으로는 신체적 손상(La déficience), 기능적 제약(L'incapacité), 사회적 불리(Le désavantage) 등과 같은 표현이 있다. 국내의 어느 연구보고서<sup>310)</sup>에서는 프랑스에서 법적으로 장애를 정의하기 위한 개념으로 La déficience(impairment), L'incapacité(disability), Le désavantage(handicap)의 세 가지를 소개하고 있으나, 1980년에 WHO가 제시한 ICIDH의 장애 3요소를 말하는 것으로 보인다. 이들 개념이 장애에 대한 법적인 범주를 설명하거나 법률상 장애개념의 이해에 충분하다고 보기는 어렵고, 장애에 대한 법적 정의는 후술하는 바와 같이 2005년 제정된 「장애인의 기회와 권리의 평등과 참여와 시민권을 위한 법률」(Loi n° 2005-102 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, 이하 '2005년 장애인법'이라 함) 제2조에 따라 장애를 신체, 감각, 정신, 인지 기능의 이상으로 인한 개인의 활동의

---

309) 김보람·정구태, “성인발달장애인 지원을 위한 공공후견인 제도의 개선방안”, 『외법논집』 제44권 제1호(2020), 7면 참조.

310) 1993년 11월 4일에 8대 장애유형(catégorie de déficience)과 기준의 지침이 되는 데크레(le décret)가 제정되었다(후술하는 장애인보호의 법제의 연혁 부분 참조).

한계나 사회생활 참여의 위축상태로 이해하여야 할 것이다. 그리고 그 범주로서의 분류는 전술한 바와 같이 6개 분야의 장애 카테고리나 장애인 관련 정책의 집행과정에서 이용되고 있다.

## (2) 불구 혹은 장애성 질환(Invalidité) 개념과의 구별

불구 혹은 장애성 질환의 경우 직업경력을 내포하는 점에서 이를 요하지 않는 장애와는 구분된다. 피보험자의 직업경력 내에서 노동능력의 지속적 손상률(une incapacité permanente du travail) 2/3 이하인 경우에 장해라는 용어를 사용한다.

장애판정여부도 장애전담기관(Maison Départementale des personnes handicapées; MDPH)이 아니라 의료보험기관(Caisse d'assurance maladie)에서 한다는 점에서 차이가 있다. 평가방식에 있어 장애와 장해 모두 각각의 손상률을 기준으로 적용하지만, 앞의 경우 의학적 기준과 함께 '삶의 계획'이라는 개별적 수요에 대한 사정이 병행된다. 이를 의료적·사회적 평가라 한다.

## 2. 장애인 권리보장 법제의 연혁

프랑스에서 장애인에 대한 보호는 중세 이후 구호나 원조의 관점이 아니라 장애에 대한 일종의 보상적 권리로 인식하기 시작한 1898년 「산업재해법」(Loi sur les accidents du travail) 이후 1950년대까지를 태동기로 볼 수 있다. 프랑스에서 장애인에 대한 인식과 보호를 위한 실질적 입법은 1967년 총리 제출 보고서의 내용을 입법화한 1975년 6월 30일 법률에서부터 시작한다. 1980년대에 들어오면서 장애인을 사회로부터 구분하지 않고 비장애인들과 마찬가지로 통합적으로 살아갈 수 있도록 하는 여러 법률이 제정되었고 실질적인 장애인 권리보장을 위한 법적 기반이 이 시기에 형성되었다고 볼 수 있다. 장애인의 보상적 권리는 1975년 장애인법에서 시작하여 2002년 1월 2일 법률을 통해



현실화되었다. 그리고 2005년 2월 11일 법률이 제정되면서 지금의 장애인보호 법제의 기본적 틀을 완성하였다.<sup>311)</sup>

(1) 1975년 「장애인을 위한 지침법」의 제정 : 장애인의 통합을 국가의 의무로

F. Bloch-Lainé는 총리에 제출한 1967년의 “장애인의 부적응에 관한 전반적 문제 연구”(Étude du problème général de l’inadaptation des personnes handicapée)라는 제목의 보고서를 통해 1975년 제정된 「장애인을 위한 지침법」(Loi 75-534 du 30 juin 1975 d’orientation en faveur des personnes handicapées, 이하 ‘1975년 장애인법’이라 함)의 기본적 내용을 제안하였다.

1975년 6월 30일자 「1975년 장애인법」은 「2005년 장애인법」이 제정되기 전까지 약 30년 간 프랑스 장애인법제의 근간이 된 법률이라 할 수 있다. 「1975년 장애인법」은 장애인에 대한 비용부담의 체계를 변경하였는데, 특히 장애아동의 경우 종전에 불렀던 미적응 아동 혹은 지원 요망 아동이라 표현을 더 이상 사용하지 않도록 하였다. 이에 따라 장애와 연대가 필요한 아동이라는 의미가 보편화되기 시작하였다.

「1975년 장애인법」의 기본원칙은 장애 관련 행정에 대한 법적 기초를 마련하였다고 할 수 있는데, 주로 장애의 예방과 진단의 중요성, 장애아동과 장애청소년에 대한 의무교육, 장애인들의 개방시설에 대한 접근, 근로와 일상에서의 장애인들의 가능한 유지 등에 대해 규정하였다. 동법에 따르면 0-20세까지는 데파르트망<sup>312)</sup> 단위의 특수교육위원회(Commission départementale de l’éducation spéciale)에서, 그리고 성

---

311) 장애인에 대한 시선의 변화 <https://www.vie-publique.fr/eclairage/19409-chronologie-evolution-du-regard-sur-les-personnes-handicapees>(최종검색일 2020.8.20.).

312) 데파르트망(Département)은 프랑스 지방행정조직인 동시에 자치행정 단위인 지방자치단체로서 97개가 있다. 프랑스 대혁명 이후 지방행정의 기본단위로 2000년대 들어오기 전까지 프랑스 지방행정의 주축이었다(지금은 레지옹으로 이동). 사회보장과 복지행정의 경우 데파르트망을 중심으로 국가와 지방행정이 수행되고 있다.

인은 직업연수와 분류기술위원회(Commission technique d'orientation et de reclassement professionnelle, COTOREP)에서 각각 장애여부에 대한 판정을 내리도록 하였다. 이들 기관은 일종의 장애인 판단의 접수와 진단 및 장애판정과 지위 인정을 위한 단일창구로 설명할 수 있다. COTOREP은 직업의 통합을 위한 재취업서비스와 사회통합을 위한 장애인카드 발급, 장애인 의료·사회기관으로의 의뢰업무를 주로 담당하였다. 장애판정 여부의 실질적 평가는 전문가 부서(장애평가팀)에서 담당하였는데, 현실적으로 이들이 접수부터 판정까지 모두 담당하다 보니 절차가 많이 지체되었고 장애평가가 구체적이고 구조적으로 원활하게 작동하지 못한 측면도 지적되었다.

(2) 1980년대 말 이후 : 장애인의 사회적 통합이 여러 입법을 통해 구체화

1987년 7월 10일에 「장애근로자 고용촉진법」(Loi n° 87-517 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés)이 공포되어 20인 이상의 사업장은 피고용인의 6%를 장애근로자를 의무적으로 고용하도록 하였다. 위법에 따라 장애인직업통합기금관리국민협회(Association nationale pour la gestion du fonds pour l'insertion professionnelle des personnes handicapées; AGEFIPH)가 설치되었다. 이 기관은 정부의 통제를 받으며 주요 프랑스 노조단체와 장애인협회와 연계를 가지고 있다.

1989년에 7월 12일 「노인·성인장애인에 대한 방문지원에 관한 법률」(Loi du 10 juillet 1989 relative à l'accueil par des particuliers à leur domicile à titre onéreux de personnes âgées ou handicapées adultes)과 「교육지침법」(Loi d'orientation sur l'éducation)이 공포되어 장애청소년이 학교에 통합교육을 받을 수 있도록 하였다. 1990년 7월 13일 「건강상태나 장애를 이유로 한 차별금지와 보호에 관한 법률」(Loi n° 90-602 du 12 juillet 1990 relative à la protection des personnes contre les discriminations en raison de leur état de santé ou de leur

handicap)이 공포되었다. 1991년 1월 18일 법률 제33조에서 청각언어 장애인에 대한 프랑스어 교육과 수화교육을 받을 수 있도록 하는 것을 내용으로 하였다.

1991년 7월 13일에 「장애인의 주거, 근무지와 대중시설의 접근을 용이하도록 하는 다양한 조치를 담은 법률」(Loi portant diverses mesures destinées à favoriser l'accessibilité aux personnes handicapées des locaux d'habitation, des lieux de travail et des installations recevant du public)이 공포되었다.

1993년 11월 4일에는 장애유형(catégorie de déficience)과 기준의 지침이 되는 테크레(명령, décret)가 제정되었다. 동 테크레는 장애유형을 ①지적 및 행동장애(déficiences intellectuelles et difficultés du comportement), ②정신장애(déficiences du psychisme), ③청각장애(déficiences de l'audition), ④언어장애(déficiences du langage et de la parole), ⑤시각장애(déficiences de la vision), ⑥내과 및 일반장애(déficiences viscérales et générales) ⑦이동장애(déficiences de l'appareil locomoteur) ⑧외상장애(déficiences esthétiques) 등 8가지로 제시하고 있으며 장애정도를 구분하였다. 이러한 지침은 영국의 필립 우드의 보고서에 기초한 ICIDH의 영향을 받았다.

1996년 12월 11일 「자폐에 관한 법률」(Loi n° 96-1076 relative à l'autism.)이 공포되었다. 동 법에 따라 자폐증을 가진 사람에 대하여 이들에게 필요한 사항에 대한 학습, 교육, 치료 및 사회적 접근 차원의 학제적 비용을 지원받을 수 있도록 하였다.

2001년 10월 9일 세골렌 화얄(S. Royal) 가족·아동·장애인부 장관과 미셸 사팽(M. Sapin) 공직·국가개혁부 장관 그리고 5대(CFD, FSU, UNSA, CFE-CGC, CFTC) 공무원노조 연합은 향후 3년간 국가공무원 정원의 6%를 장애인으로 채용하는 것을 내용으로 하는 협정(프로토콜)에 서명하였다.

### (3) 2005년 이후 : 장애인 정책의 새로운 전환

『2005년 장애인법』에서는 이전과는 달리 장애인의 권리와 기회의 평등은 물론 시민생활과 시민권의 차별금지를 포괄하여 다루고 있는 점에서 이전과는 전혀 다른 접근으로 볼 수 있다. 무엇보다도 『2005년 장애인법』은 법적으로 장애에 관해 정의를 내리고 있다. 동법 제2조(현재는 『사회복지와 가족법』(CASF) 제114조)는 “신체, 감각, 정신, 인지, 심리적 기능이 결함이나 장애가 있는 사람이 처한 일상적 생활에서의 활동의 제한이나 제약”을 장애 개념 요소에 포함함으로써 인간기능의 차별받지 않음을 장애의 법적 개념 요소로 추가하였다.

『2005년 장애인법』이 이전의 『1975년 장애인법』에 비해 새롭다고 평가되는 점으로는 장애인의 수당청구권의 인정과 구체화를 들 수 있다. 앞의 (1)과 (2)에서 소개한 바와 같이 『1975년 장애인법』에서 사회적 연대감과 국가의 의무를 천명하고 30여 년간 이에 대한 구체화 작업이 진행되어 왔지만, 법률에서 장애에 대한 적극적인 정의(定義)를 했다고는 보기 어려웠다는 것이 일반적인 설명이었다. 이에 비해 『2005년 장애인법』은 장애의 비차별적 개념과 사회적 통합을 강조한 ICF기준을 채택하고 장애의 정의를 하나의 통일적 법적 개념으로 정립했다는 점에서 의미를 가진다.

그리고 『2005년 장애인법』은 장애를 결함이나 손상뿐만 아니라 사회적 차별이나 불리에서 오는 문제도 원인이 될 수 있는 환경과의 상호작용에서 한계를 보상하는 의미의 수당청구권을 인정하고 있다.

이를 구체적으로 더 검토해 보면, (2)에서 기술한 ICIDH에서 제시했던 ‘질병-결함-손상-불리함’의 의료적 판단 중심의 장애판단기준 가운데 ‘손상-불리함’ 부분이 ‘활동의 제한-참여의 제약’으로 대체되었음을 뜻한다. 이러한 내용은 후술하는 바와 같이 장애인 판정에 따른 복지 서비스체계의 다양화로 나타나게 된다. 따라서 『사회복지와 가족법』(CASF) 제146-8조 제8항은 “장애평가팀은 (법률) 규정에 정하는 바에 따라 장애인의 인생계획과 그 정의를 참고하여 영구적 불능 및 장애

인의 욕구에 대하여 보상평가를 하고, 장애인에게 개별적 계획을 제안 하도록 한다.”라고 규정하고 있다.

### 3. 헌법상 장애인 권리보장

#### (1) 직접적인 장애인의 기본권 조항의 부재

프랑스 헌법은 우리와 같은 기본권 목록을 가지고 있지 않지만 헌법 전문(前文), 제34조 제1항을 통해 국민의 자유와 권리에 관한 사항은 의회의 입법사항임을 분명히 하고 있다. 그리고 현행 헌법 전문은 1789년 인권선언과 1946년 헌법 전문(前文)에서 확인되고 보화된 인권을 준수한다고 첫 문장을 시작하고 있다. 따라서 개별적 기본권으로서 장애인의 권리를 현행 헌법의 본문 텍스트에서 찾을 수 없다 하더라도 위의 두 규범을 통해 헌법재판소는 장애인 권리보장에 관한 헌법적 가치와 입법자의 의무를 확인할 수 있다.

프랑스 헌법재판소는 1971년에 1946년 10월 27일 헌법 전문(前文)에서 규정하는 자유와 권리는 헌법적 규범력을 가지며 제5공화국 헌법이 도입한 (당시로는) 사전적 위헌법률심사의 판단기준이 된다고 확인한 바 있다.<sup>313)</sup> 그리고 1946년 헌법 전문(前文)에서 확인된 18개 권리 중 제11항(원래는 조(條)가 적당하다고 보나, 프랑스 원문에서 *alinéa* (조 아래의 항(項)에 해당)로 하고 있어 항으로 번역함)<sup>314)</sup> 제2문은 “나이, 신체적·정신적 상태, 경제적 상황을 이유로 노동 불능상태에 처한 모든 인간은 생존에 충분한 수단을 단체로부터 얻을 권리를 가진다.”라고 규정하고 있다.<sup>315)</sup> 그리고 이러한 조항의 헌법적 효력은 1987

---

313) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association (Non conformité partielle)

314) 2018년 11월 15일 QPC(사후적 위헌심사인 우선적 합헌성 검토사건) 2018-772호, 평석 3면, [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank\\_mm/decisions/2018772dc/2018772dc\\_ccc.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/decisions/2018772dc/2018772dc_ccc.pdf) 최종검색일 2020.8.3.).

315) Tout être humain qui, en raison de son âge, de son état physique ou mental,

년과 1993년에 헌법재판소에 의해 확인된 바 있다.<sup>316)</sup>

## (2) 헌법재판을 통한 입법재량권의 구속

정리하면 프랑스 현행 헌법상 직접적인 장애인에 관련된 명문 조항은 없지만, 위헌심사 기준으로서 헌법적 효력을 가진 1946년 헌법 전문(前文) 제11항 제2문을 통해 장애인 권리보장 규정을 두고 있다고 말할 수 있다. 따라서 위 문구의 내용은 장애인 관련 법률 제정에 있어 입법자의 재량을 구속한다.

헌법재판소는 전술한 1987년과 1993년의 사전위헌심사 결정에서만 아니라 사후적 위헌심사인 2011년 성인장애인에 대한 보조금 수여에 관한 QPC 결정에서 “극빈자(des personnes défavorisées)를 위한 국가연대정책 시행을 의미하는 (심판대상) 동 규정의 입법은 헌법상 구속”이라고 하였으며, “입법자에게 이러한 헌법적 요구를 만족시키기 위해 구체적 방법을 선택하도록 재량을 부여하고 있다”고 판시하면서 같은 취지의 언급을 재차 확인하였다.

## 4. 장애인 권리보장과 국제조약

장애인 권리보장에 관한 국제법원으로서 많은 국제조약들이 1970년대 이후 체결되어 왔다. 1975년 12월 9일 UN총회에서 「장애인의 권리

---

de la situation économique, se trouve dans l'incapacité de travailler a le droit d'obtenir de la collectivité des moyens convenables d'existence, <https://www.conseil-constitutionnel.fr/le-bloc-de-constitutionnalite/preambule-de-la-constitution-du-27-octobre-1946>(최종검색일 2020.8.20.).

316) Décision n° 86-225 DC du 23 janvier 1987, Loi portant diverses mesures d'ordre social, cons. 16 et 17 (1987년 1월 23일 헌법재판소 사전위헌심사결정, 사회단체의 다양한 조치를 위한 법률 제16조 제17조제11항) ; décision n° 93-325 DC du 13 août 1993, Loi relative à la maîtrise de l'immigration et aux conditions d'entrée, d'accueil et de séjour des étrangers en France, cons. 69 et 70 (1993년 8월 13일, 프랑스로의 이민과 입국과 수용 및 체류요건 관리에 관한 법률 사전위헌심사 결정, 풍시테랑 제69번과 제70번 부분).

에 관한 선언」(Declaration on the Rights of Disabled Persons)이 채택되었다. 그리고 유럽 차원의 장애인 권리보장 헌장으로는 1981년 3월 12일 「유럽장애인헌장」(Charte européenne des handicapés)이 스트라스부르그에서 채택되었다. 1989년 12월 9일 유럽위원회(Conseil de l'Europe)의 「사회헌장」(Charte sociale européenne)이 회원국 간에 체결되었다. 동 헌장은 회원국으로 하여금 장애인에게 자립권과 사회적 통합 및 공동체 삶으로의 참여를 실천할 수 있는 필요한 조치를 강구할 것을 규정하고 있다(「유럽사회헌장」 제15조).

차별금지에 관한 일반조항을 포함한 1997년 「암스테르담 조약」이 체결되었다. 동 조약 제13조는 유럽연합 차원에서 처음으로 장애 분야에 대한 차별금지를 명시적으로 언급하고 있다. 동조는 “성별, 인종이나 종족의 기원, 종교나 신념, 장애, 연령이나 성적 지향에 따른 모든 파벌에 대해 투쟁하기 위한 필요한 조치를 유럽연합 위원회가 취할 수 있다”<sup>317)</sup>고 하고 있다. 암스테르담 조약 제13조는 특히나 유럽공동체 지침(directive) 2000-43-CE, 2000-78-CE, 2002-73-CE의 기원이라 할 수 있는데, 후에 많은 유럽공동체(연합)의 국내법상의 명문 조항의 근거가 되었고 이후 많은 유럽국가에서의 차별금지 분야의 발전에 영향을 준 규정이다.<sup>318)</sup> 2000년에 유럽연합 이사회는 2000-78-CE 지침(directive)을 채택하였는데, 고용과 근로분야에서의 동등한 처우의 개선에 관한 일반기준의 제정을 내용으로 하고 있다.

2010년 프랑스 정부는 UN CRPD를 체결·비준하였고 적극적인 장애인 지원정책을 법제도화하고 있다.

---

317) Le conseil « peut prendre les mesures nécessaire en vue de combattre toute discrimination fondée sur le sexe, la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle ».

318) <https://blogs.parisnanterre.fr/content/sur-l'article-13-du-traite-damsterdam-du-2-octobre-1997-par-anne-saint-g%C3%A9rand#:~:text=Le%20trait%C3%A9%20d'Amsterdam%20rev%20en%20vue%20de%20combattre%20toute>(최종검색일 2020.8.10.).

## II. 장애인 권리보장의 기본법제 현황

프랑스에서 장애인 권리보장에 관한 법령은 노동법의 경우를 제외하고는 통합적으로 정비되어 「사회복지와 가족법」(Le Code de l'Action sociale et des famille : CSAF)에서 규율하고 있다. 전술한 바와 같이 「사회복지와 가족법」(CSAF)은 1967년 보고서(장애인의 부적응에 관한 전반적 문제 연구)에서 제시되어 「1975년 장애인법」과 2002년 1월 17일 제정된 「환자의 권리와 보건체계 개선의 법률」(Loi relatif aux droits des malades et à la qualité du système de santé) 및 「2005년 장애인법」의 내용을 해당 목차에 따라 편성하고 있다.

### 1. 「사회복지와 가족법」(CSAF)

프랑스에서 장애인복지법이 따로 존재하지 않고, 「사회복지 및 가족법」(테크레 제2007-1574)에서 장애인복지에 관한 사항을 규율하고 있다. 동법상 장애인 관련 규정은 다음과 같이 편제되어 있다.

#### 제1권

제1편 총칙부분-제4장 제114조~제114의5

#### 제4편 기관부분

-제6장 장애인에 관한 기구 146조의1 A

제1절 장애인 자문 제146조의1

제2절 데파트망에 설치되는 장애인의 집(MDPH)<sup>319</sup>

제146조의3~제146조의12-2

제3절 분쟁의 조정조치(Traitement amiable des litige) 제146조의13

#### 제2권 사회복지와 지원의 다양한 형식

#### 제4편 장애인



-제1장 총칙 제241조의1~제241조의4

제1장의2 장애인 권리 및 자립(활)위원회(la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées)' 제241조의5~제241조의12

제2장 아동과 청소년장애인

제1절 학교수업과 아동과 청소년장애인의 보조인 제241조의1~제242조의13

제2절 아동장애인의 교육보조수당 제242조의14

제3장 장애인근로자 제243조의4 - 제243조의7

제4장 성인장애인의 보조금 제244조의1

제5장 장애수당 제245조의1~제245조의14

제6장 관리와 통계(추적)조사

동법은 1956년 제정된 「가족과 사회부조법」(Code de la famille et et de l'aide sociale)으로 출발하였으나, 각 분야의 법률과 명령을 통합하여 정비하는 작업이 이루어져 2000년에 지금과 같은 「사회복지와 가족법」(Code de l'action sociale et des familles)의 명칭을 갖게 되었다. 「사회복지와 가족법」(CSAF) 가운데 장애인 관련 규정은 앞의 표에서 보는 바와 같은데, 현행 규정은 전술한 장애인 관련 3법(「1975년 장애인법」, 「2005년 장애인법」, 2002년 「환자의 권리와 보건체계 개선의 법률」)의 내용을 종합해 놓은 것이다. 이 가운데 장애의 법률적 개념 정의라든가 장애보상수당 등 의미 있는 제도의 변화를 담은 것은 「2005년 장애인법」의 내용이라 할 수 있다.

## 2. 「장애인의 기회와 권리의 평등 및 참여와 시민권을 위한 법률」

1975년 UN의 장애인 권리선언이 있는 후 30년이 지나 프랑스 장애인보호를 위한 새로운 큰 변화가 진행되었다. 장애인의 권리, 기회 및

---

319) Maison départemental des personnes handicapées.

참여의 평등을 위한 「2005년 장애인법」은 장애인에 대한 보편적 접근성과 보상원칙을 규정하고 있다. 그리고 장애평가와 서비스의 통합운영기관으로 데파르트망 단위의 장애담당부서인 “장애인의 집(MDPH)”을 두고 있다.

「2005년 장애인법」은 장애의 원인과 성격, 연령, 생활방식에 관계없이 장애의 결과에 대한 수당(手當)을 요구할 권리가 있음을 현실에서 확인하고 있다. 그리고 대중을 수용하는 장소에 대한 장애인의 접근성 보장을 확보해 줌으로써 장애인들이 도시의 삶에 참여할 수 있는 원칙을 재확인하였다. 2005년 장애인법은 장애인의 노동영역에서의 차별을 해소하기 위해 20인 이상을 고용하고 있는 기업에 대해 장애인 근로자 비율이 6% 미만인 경우 해당 기업에 대한 제재를 강화함으로써 장애인 근로자<sup>320)</sup>의 직업적 통합을 증진하고 있다.

### III. 장애인 권리보장의 분야별 법제 현황

#### 1. 전문기관을 통한 장애인 보장업무의 일원화 : 장애인의 집(Maison départemental des personnes handicapées; MDPH)

장애인의 집(MDPH)은 장애인복지의 현장을 담당하는 기관으로서 법적 지위는 공법상 공익단체(un groupement d'intérêt public, GIP)<sup>321)</sup>이다. 프랑스의 각 데파르트망에 설치되어 있으며 장애인과 근친 가족의 민원접수와 보조업무의 단일창구 역할을 담당한다.

MDPH는 다양한 장애상황에 관련된 신청과 심사(le suivi)의 업무를

---

320) 프랑스 「노동법」(Code du travail) 법률조항 제5213-1조는 “신체적, 감각적, 정신적 또는 정신적 기능 중 하나 이상의 손상으로 인해 일자리를 얻거나 유지하는 가능성이 실질적으로 감소한 사람은 장애인 근로자(travailleur handicapé)로 간주한다”고 규정하고 있다.

321) 프랑스에서 공익단체는 공법상 법인격을 부여받고 비교적 덜 엄격한 조직과 유연한 운영이 가능한 공법인이다.

담당한다. MDPH 안에 장애인의 권리와 자율성위원회(Commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapée, CDAPH)를 두고 있다.<sup>322)</sup>

2005년 장애인법이 제정되기 전에는 20세 미만 아동청소년을 위한 특수교육위원회(Commission départementale de l'éducation spéciale)와 20세 이상의 성인을 대상으로 하는 직업연수와 분류기술위원회(Commission technique d'orientation et de reclassement professionnel, COTOREP)로 구분되었다. 장애평가(판정) 업무는 전문가팀(l'équipe technique)에서 담당하였으나, 2005년 장애인법 제정 이후 단일창구인 CDAPH가 MDPH 안에 설치되었다. 프랑스의 「사회복지와 가족법」(CASF) 제146조의3에서 제146조의13와 시행령 제146조의16 내지 제146조의48에 관련 내용을 규정하고 있다.

## 2. 고용영역에서의 장애인 권리보장 법적

### (1) 장애인 근로자 채용의무

1987년 7월 10일에 제정된 「장애근로자 고용촉진법」(Loi n° 87-517 en faveur de l'emploi des travailleurs handicapés)은 민간, 공공 및 상업적 성격을 가진 영조물법인<sup>323)</sup>에서 20인 이상을 고용하고 있는 모든 고용주에 대하여 장애인 근로자를 전체 직원의 6% 이상 의무적으로 고용하도록 하였다. 그리고 2005년 장애인보호법은 의무 불이행에 대한 그 제재를 강화하였다. 장애인 근로자에 대한 평등한 처우원칙의 보장을 위해 고용자는 구체적 상황에 맞는 장애인근로자의 요청에 적절한 조치를 취하도록 하였다. 그리고 사용자가 이를 거부하는 경우에 차별조치에 상응하는 것으로 하였다.

---

322) 구성절차에 대해서는 사회복지와 가족법(CASF) 시행령규정 제241-24조에 규정되어 있다.

323) Établissement public commercial et industriel, 우리의 공사(公社)와 유사하다.

『노동법』(Code du Travail) 제5212조의1 내지 제5212조의17, 시행령 제 5212조의1 내지 제5212조의18, 제5212조의19에서 제5212조의29, 제5212 조의30 및 제5212조의31은 장애인근로자의 채용의무(Obligation d'emploi des travailleurs handicapés; OETH)에 관해 규정하고 있다.

한편 직업의 장래를 선택할 자유에 관한 2018년 9월 5일 법률이 제정되어 장애인 근로자 채용의무(OETH)에 관한 내용이 2020년 1월 1일부터 대폭 변경되었다. 사업장에서 장애인 근로자 고용의무 비율은 이전과 마찬가지로 6%로 그대로이지만 시행일로부터 계산방법이 변경되었다. 동법은 기업의 책임 강화, 장애인근로자의 채용을 위한 사회적 소통의 활용, 모든 종류(연수생)의 포용적 고용정책 발전, 장애인근로자 고용의무 신고(la déclaration d'obligation d'emploi des travailleurs handicapés; DOETH)의 간소화<sup>324)</sup> 등을 주요 입법목적으로 하였다.

[프랑스 장애인 고용의무 제도의 개편(2020년 이전과 이후)]<sup>325)</sup>

	종전	2020년 이후
고용의무 적용대상	• 근로자 20인 이상을 고용하는 사업주	• 20인 미만 근로자를 고용하는 사업주도 의무선언 준수 다만 6% 고용의무는 20인 이상 고용주만 적용되며 목표 미달성 시 분담금 납부의무
장애인 근로지수의 산정 방식	• 다수 사업체가 있는 경우 고용의무 대상회사 지정은 자율적으로, 인원수 산정은 해당연도 12월 31일 기준	• 다수 사업체가 있는 경우 회사 자체 차원으로 적용-사업체에 속하는 인력 합계로 적용하며 매 평균 인력은 공제
고용의무 선언절차	• 장애인근로자 고용선언서는 원격 또는 서면으로 작성	• 의무와 선언은 명목상 DSN을 통해 작성(행정업무 부담의 감경)

324) 2018년 10월 5일 제정된 데크레 제2018-850호가 제정되어 이러한 장애판정(RQTH)절차에 관한 장애인근로자 채용의무 신고(DOETH)를 개선하도록 하였다.

325) 박동희, 『2020년 프랑스 장애인 의무고용제도의 새로운 변화』(한국장애인고용공단 고용개발원, 2020), 35면의 도표1.의 재인용.

	종전	2020년 이후
선정대상 근로자 범위	<ul style="list-style-type: none"> <li>모든 유형의 계약근로자(연계계약 및 기술고용 경로 포함)뿐만 아니라 연수생, 전문직 및 임시 작업 대행사 근로자도 선정대상임</li> <li>장애인 의무고용 수혜자 선정은 해당연도 12월 31일</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>연구, 고정, 보조금 중간, 인턴십, 근로기간에 관계없이 고용계약을 체결한 장애인 근로자는 장애인고용의무 수혜자로 선정, 연 평균으로 계산함</li> </ul>
분담금 공제 가능 비용	<ul style="list-style-type: none"> <li>3가지 카테고리</li> <li>분담금 공제는 총 분담금의 10% 초과하지 못함</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>3가지 카테고리(회사와의 접근성 개선비용, 직업유지와 재교육 비용 관련 협회를 통해 제공하는 훈련 또는 고용유지 서비스 비용)</li> <li>분담금 공제는 전체분담금의 10%를 초과하지 못함</li> </ul>
승인협약의 적용	<ul style="list-style-type: none"> <li>최소한의 분담금과 동일한 액수로 장애인 근로자를 채용하거나 고용유지에 유리한 조치를 담은 내용으로 사회보장국과 협약을 맺은 경우 또는 승인 지점 협약이 적용되는 경우 해당 분담금 면제</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>승인협약은 상시체결 가능함</li> <li>3년으로 제한되며 1회 갱신 가능하고 2020년 1월 1일 이전 협약은 계속 적용됨</li> </ul>

## (2) 장애인 근로자<sup>326)</sup>의 재배치

사용자는 근로자가 질병이나 직무가 아닌 사유로 사고로 인해 기존의 업무를 더 이상 수행하기 어려워져 자신의 자리에 적합하지 않게 된 경우 산업체 촉탁의사(le médecin du travail)로부터 장애판정(la reconnaissance de travailleur handicapé; RQTH)을 받아 직무 재배치

326) le salarié inapte, 우리에게 없는 제도이고 (근로에) 부적격(한) 근로자로 직역을 할 경우 다소 표현이 오해를 줄 여지도 있어서 '장애근로자'로 의역하였다. 장애로 인해 해당 직무를 수행하기 어려워져 자신의 기존 자리에서 근무하기 부적합한 경우로 이해될 것 같다.

조치를 하여야 한다. 장애인 근로자 판정을 받은 근로자와의 근로계약은 직무 재배치 연수를 받을 수 있도록 정지할 수 있다.

### 3. 아동장애인의 보호

아동장애인의 경우 기본적으로 교육수당(Allocation d'éducation de l'enfant handicapé; AEEEEH), 장애보상금부(Prestation de compensation du handicap; PCH)<sup>327)</sup> 등과 같은 장애인보상조치를 받을 권리를 가진다. 통합 장애인보호기관, 각 데파르트망에 설치된 장애인의 집(MDPH)은 아동장애인의 교육수당(AEEEEH), 장애보상금부(PCH), 개별교육계획(Projet personnalisé de scolarisation)<sup>328)</sup> 등의 업무를 수행한다.

### 4. 성인발달장애인에 대한 보호

#### (1) 「민법」상 성년후견

프랑스 「민법」(Code civil) 제425조는 “정신능력 또는 자신의 의사를 표시하는 데 장애를 일으키는 신체능력의 손상으로 단독으로 본인의 이익을 보호하기 어려운” 성년자에 대한 후견제도를 인정하고 있다. 성인발달장애인도 성년후견제도를 통해 후견인을 임명함으로써 합리적인 의사결정에 따라 법률행위를 하고 타인의 권리남용에 대처할 수 있다.

국내의 성년후견에 비교되는 프랑스 「민법」상의 성년후견제도는 법정 후견에 해당하는 재판상 보호조치(protection judiciaire)와 장래보호 위임계약(mandat de protection future)과 가족수권제도(habilitation familiale)가 있다.

---

327) 2005년 장애인법 이전에는 나이에 따른 보상금부의 구분이 있었으나 동법 이후 이를 삭제하였고, 양자를 통합적으로 조율하였다.

328) 2005년 장애인법은 인근의 일반 학교에 장애인 학생과 같은 수업을 받을 수 있는 점에 우선순위를 정하였다. 장애인 아동의 학부모의 장애인 학교와 일반 학교에 대한 선택권을 인정하고 이에 대한 국가의 책임을 강조하였다.

(2) 『사회복지와 가족법』(CASF)상의 ‘성년보호 사법수임인’ 제도

2005년 이후 프랑스의 장애인에 대한 보호와 지원체계는 단일화와 통합화를 통해 서비스가 제공되고 있다. 성인 발달장애인도 『민법』과 『사회복지와 가족법』(CASF)상의 성년후견을 통해 일원화되어 지원이 이루어진다. 『사회복지와 가족법』(CASF)은 ‘성년보호 사법(司法) 수임인’(mandataire judiciaire à la protection des majeurs; MJPM)으로 불리는 전문 후견인 제도를 두고 있다.

성년보호 사법수임인에 의한 후견이 개시되면 피후견인은 그 재정 상황에 따라 후견비용의 일부 또는 전부를 지원받게 된다. 『사회복지와 가족법』(CASF) 제471조의1<sup>329)</sup>에 열거된 사법보호(la sauvegarde de justice),<sup>330)</sup> 부조(curatelle), 후견(tutelle), 재판상 지원조치(la mesure d’accompagnement judiciaire)를 위해 사법수임인을 지정하여 보호조치를 할 수 있도록 하고 있다.<sup>331)</sup>

『사회복지와 가족법』(CASF) 제472조<sup>332)</sup>에 의하면 성년보호 사법수임인은 성년후견 업무를 위해 데파르트망의 프레페(국가대표)가 승인한 명부에 등록된 자연인 또는 법인으로서 제471조의1에 해당하는 자격을 갖추고 제471조의6에 따른 신고를 거쳐 임명된 사람을 말한다.

---

329) Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs exercent à titre habituel les mesures de protection des majeurs que le juge des tutelles leur confie au titre du mandat spécial auquel il peut être recouru dans le cadre de la sauvegarde de justice ou au titre de la curatelle, de la tutelle ou de la mesure d’accompagnement judiciaire.

330) 사법보호로 번역하는 입장(김현진, 김보람)도 있고 사법보우(곽민희, 명순구)로 번역하는 입장도 있다. 이에 관한 설명은 김보람·정구태의 앞의 논문(주306), 9면 각주 23)에서 자세히 소개하고 있다. 부조로 번역한 curatelle의 경우도 동일하다.

331) 사법수임인의 자세한 내용은 김보람·정구태, 앞의 논문(주309), 13-24면 참조.

332) Les mandataires judiciaires à la protection des majeurs sont inscrits sur une liste dressée et tenue à jour par le représentant de l’Etat dans le département. Cette liste comprend : 1° Les services mentionnés au 14° du I de l’article L. 312-1 ; 2° Les personnes agréées au titre de l’article L. 472-1; 3° Les personnes désignées dans la déclaration prévue à l’article L. 472-6.

## 5. 장애인의 교통수단에 대한 접근권의 강화

### (1) 국가공동체의 연대권 보장의 선언

현행 장애인 정책의 근간이 된 「2005년 장애인법」의 기본정신은 동법의 제목처럼 모든 장애인은 국가공동체 전체의 연대를 위한 권리(le droit à la solidarité de l'ensemble de la collectivité national)의 인정과 보장이다. 따라서 국가는 이와 같은 의무를 통해 장애인들이 자신의 시민적 권리의 완전한 실행과 같이 모든 시민에게 인정되는 기본권에 대한 접근할 수 있어야 한다고 밝히고 있다.

### (2) 모든 사람의 교통수단에 대한 접근원칙

장애인들이 직업에 대한 정보와 취업과 다양한 스포츠 활동과 문화적 생활의 영위에 필요한 가장 우선적으로 필요한 것은 교통수단에 대한 접근성의 보장이라 할 수 있다. 「2005년 장애인법」은 모든 사람의 이동수단에 대한 접근권은 보장되어야 한다고 규정하며 특히 장애인에 대해서 10년 이내로 장애인과 이동을 제약 받는 사람들의 공공교통에 대한 접근이 가능할 것을 요구하였다.

대중교통수단의 경우 장애인이 탑승을 위한 저상버스와 휠체어 고정 장치 등 이를 위한 장비의 개선과 변경이 의무화되었다. 위 법률이 공포된 날로부터 3년 이내에 대중교통 운영기관이나 운송조합 혹은 만일 양자가 없는 경우에는 국가, 공항이나 항만 운영기관 등이 대중교통시설에 대한 접근이 가능하도록 하는 운영계획(le schema directeur d'accessibilité des services)을 수립하도록 법률에서 규정하였다. 위 계획은 운송수단의 접근에 대한 프로그램 내용과 다양한 운송수단별 접근 방법을 포함해야 하며, 장애인 이용자의 운송요금은 기존의 일반 운송요금보다 저렴하도록 하였다.

또한 지하철도망 또는 종래부터 가이드가 승차한 운송수단의 경우 위 법률 공포 후 3년 이내에 장애인을 위한 운송수단 접근 운영계획



을 수립하고, 이들을 위한 대체 운송수단을 마련하는 것을 조건으로 앞의 경우의 예외를 인정하였다.

#### 6. COVID-19 팬더믹(pandemic)과 장애인 권리보장<sup>333)</sup>

코로나바이러스의 확산으로 인한 보건상 비상상황에서 장애인수당과 현물서비스에 대한 지급을 보장하기 위한 특별조치가 시행되고 있다. 2020년 3월 25일 오르도낭스(ordonnance)에 따라 앞서 본 자율성위원회(CDAPH)와 데파르트망 장애인의 집(MDPH)의 판정과 지급결정에 대한 예외적 조치가 시행되고 있다.

먼저, 「사회복지와 가족법」(CASF) 제241조의6에 따라 장애인의 권리와 자율성위원회(CDAPH)의 결정에 대해 향후 위원장이나 의결정족수를 줄이더라도 위원회의 결정으로도 할 수 있도록 하였다. 둘째, 7월 31일부터 장애인의 권리와 자율성위원회(CDAPH)의 의결과 데파르트망 장애인의 집(MDPH)의 실행위원회의 의결은 비대면화상회의를 통해서 할 수 있도록 하였다. 셋째, 의무적인 2개월 전 사전 이의신청(le recours administratif préalable obligatoire; RAPO)은 2020년 3월 20일부터 무기한 연기되었다.

## IV. 법률상 장애(인) 개념 분석

### 1. 법률에 나타난 장애 개념

(1) 「사회복지와 가족법」(CSAF) 제114조 : 장애의 구성요소

「2005년 장애인법」 제2조(현행 CSAF 제114조)는 장애 개념에 대해

---

333) <https://handicap.gouv.fr/les-aides-et-les-prestations/maison-departementale-du-handicap/article/la-commission-des-droits-et-de-l-autonomie-des-personnes-handicapees> (최종검색일 2020.8.18.)

“신체적, 감각적, 정신적, 인지적 또는 심리적 기능(fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques)에서 하나 또는 복합적 이상의 지속적이거나 영구적인 혹은 심각한 손상, 건강상의 문제로 인하여 개인이 처한 환경에서 겪는 모든 활동의 한계나 사회생활에의 참여가 위축된 상태”<sup>334</sup>라고 명시적으로 장애의 구성요소를 3가지로 정하고 있다.

이러한 법률상 장애개념의 정의는 국제보건기구의 새로운 국제장애 분류(ICF) 체계를 중심으로 한 장애인의 권리의 보장체계의 새로운 변화를 적극적으로 수용한 것으로 평가된다.

## (2) 「노동법」(Code du travail)상의 장애인 근로자

프랑스 「노동법」(Code du travail) 제5213조의1은 “신체적, 감각적, 정신적 또는 심리적 기능(fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique) 중 하나 이상의 손상으로 인해 일자리를 얻거나 유지하는 가능성이 실질적으로 감소한 사람은 장애인 근로자(travailleur handicapé)로 간주한다.”라고 규정하고 있다.<sup>335</sup>

그리고 동법 제5213조의2에 의하면, 장애인 근로자의 자격은 「사회복지와 가족법」(CSAF) 제241조의5에서 규정된 ‘장애인 권리 및 자립(활)위원회’(la commission des droits et de l’autonomie des personnes handicapées)의 판정을 통해 인정된다. 이러한 장애인 자격의 인 증은 근로지원 서비스시설, 노동시장 혹은 직업재교육센터에서의

---

334) “Constitue un handicap, au sens de la présente loi, toute limitation d’activité ou restriction de participation à la vie en société subie dans son environnement par une personne en raison d’une altération substantielle, durable ou définitive d’une ou plusieurs fonctions physiques, sensorielles, mentales, cognitives ou psychiques, d’un polyhandicap ou d’un trouble de santé invalidant.”

335) “Est considérée comme travailleur handicapé toute personne dont les possibilités d’obtenir ou de conserver un emploi sont effectivement réduites par suite de l’altération d’une ou plusieurs fonctions physique, sensorielle, mentale ou psychique.”

사전교육을 거쳐야 한다. 장애가 회복하기 어려운 경우에는 장애인 근로자의 자격은 영구적으로 인정된다.<sup>336)</sup>

(3) 장애개념의 통일적 이해 : 파기원 2019년 12월 12일 민사 제3부 판결

장애개념과 관련해 최고 사법법원인 파기원(Cour de cassation)<sup>337)</sup>은 「노동법」(Code du travail)상의 장애인 근로자의 의미와 「사회복지와 가족법」(CSAF) 상의 장애개념을 구분할 필요가 없다고 판시하였다. 이러한 파기원의 결론은 다양한 경우에 적용되는 법률 조문에 나타난 “장애를 가진 사람(les personne présentant un handicap)”이란 의미의 유사성을 인정하지 않았던 원심과는 달리 통일적으로 파악한 첫 판결이라는 점에서 의미가 있다.<sup>338)</sup>

해당 사건의 경우, 임대료가 저렴한 공영임대주택(HLM)의 임차인이 사망한 후에 그 동반 가족(아들, 원고)이 해당 공영주택거주자 요건을 충족하지 못하자 관리청에서 퇴거조치를 하였고, 원고는 자신이 장애

---

336) La qualité de travailleur handicapé est reconnue par la commission des droits et de l'autonomie des personnes handicapées mentionnée à l'article L. 241-5 du code de l'action sociale et des familles. Cette reconnaissance s'accompagne d'une orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle. L'orientation vers un établissement ou service d'aide par le travail, vers le marché du travail ou vers un centre de rééducation professionnelle vaut reconnaissance de la qualité de travailleur handicapé. Lorsque le handicap est irréversible, la qualité de travailleur handicapé est attribuée de façon définitive.

337) 프랑스는 이원재판제도를 가지고 있다. 파기원이 우리의 대법원에 해당하는 것은 맞지만 재판제도의 이원화 때문에 장애인 관련 사건이 행정법원의 관할인 경우 최고법원은 국사원(Conseil d'Etat)이 되므로 이를 대법원으로 번역하는 것은 조심할 필요가 있다.

338) Cour de cassation, civile, Chambre civile 3, 12 décembre 2019, 상고심 사건번호 제18-13, 476호, 법원공보 게재. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000039660206&fastReqId=11637888&fastPos=1>(최종검색일 2020.8.15.).

인 노동자에 해당하고, 그 경우에는 공영 임대주택의 임차인(원고의 모친)의 지위가 자신에게 이전된다고 주장한 사건이다.

1989년 7월 6일 법률 제14조는 임대차계약의 이전 대상자에 대한 목록을 규정하고 있다. 동법 제40조의1 제2항은 임대인이 공영임대주택 관리청인 경우 상기 수혜자는 특정 주거에 부여되는 요건을 충족하도록 하고 있는데, 그 가운데는 「사회복지와 가족법」(CSAF) 제114조가 규정하는 “장애를 가진 사람”의 경우 그 요건충족의 예외자로 규정하고 있었다. 원고는 사망한 임차인과 동거해 왔으나 임차권 승계에 필요한 다른 적법한 요건을 구비하지 못하게 되자 예외 사유를 주장하였다.

원심법원은 앞에서 언급한 「노동법」상의 ‘장애인 근로자’(travailleur handicapé)와 「사회복지와 가족법」(CSAF) 제114조의 ‘장애를 가진 사람’(les personnes présetant un handicap)에 대해서는 HLM 임차인 지위 승계요건의 예외를 규정한 1989년 7월 6일 법률조항은 서로 다른 법적 기초에 근거하고 있고 있으므로 양자는 유사한 개념으로 볼 수 없다고 판단하였다. 하지만 상고심(파기원)은 이와는 달리 “「노동법」 제5213조의1에서 규정하는 ‘장애인 근로자’는 1989년 7월 6일 법률 제40조 I 제2항의 예외적 지위 승계 수혜자 요건으로서 「사회복지와 가족법」 제114조가 규정한 ‘장애를 가진 사람’에 해당한다”고 분명히 밝히고 있다.

## 2. 장애의 판정과 절차

현행 「사회복지와 가족법」(CSAF)의 근간이 된 2005년 장애인법은 장애에 관한 법률적인 정의를 통해 개인의 기능과 장애는 질병과 같은 건강조건과 환경요인 사이의 복합적 상호관계로 인식하고 있다. 「사회복지와 가족법」(CSAF) 제146조의8에 의하면, “평가종합팀(l'équipe pluridisciplinaire)은 장애인의 인생계획과 그 정의를 참고로 영구적 불

능 및 장애인의 욕구에 대하여 보상평가를 하고, 장애인에게 개별적 계획을 제안한다”고 규정하고 있다. MDPH의 장애판정을 받기 위해서는 다음과 같은 서류를 갖추어야 한다:

- ① 데파르트망 장애인의 집(MDPH)에 대하여 신청인이 직접 작성한 평가신청서
- ② 환자의 주치의나 입원 담당의사가 3개월 이내에 직접 작성한 진단서
- ③ 신분증명서
- ④ 3개월 이내의 월세 지급명세서 등 거주를 증명하는 증명서, 미성년자의 경우 법정대리인의 거주증명서

신청자의 구비서류가 완료되어 이를 접수하면 의사, 간호사, 사회복지사, 심리학자, 재활교육과 직업치료사 등 내·외부 전문가로 구성된 종합평가팀에서 ①구비서류의 평가, ②의료 방문평가, ③전화평가, ④장애인통합기관과의 면담평가, ⑤신청인의 거주지 방문평가, ⑥장애인통합기관의 동반기관과 전화면담평가 등 6가지 평가방법을 통해 평가를 실시하도록 하고 있다.

## V. 소결

프랑스에서도 개인이 장애 상황에 처하게 된다는 것은 다양한 형태의 차별에 노출될 위험이 증가한다는 것을 의미한다. 사회적 요인에서 비롯한 장애인에 대한 차별과 이를 입법을 통해 극복하려는 노력은 1970년대 이후 본격적으로 진행되었다. 그렇지만 2018년 인권옹호관(Defenseur des droits) 연례보고서<sup>339)</sup>에서 차별방지에 관한 민원 사유 가운데 가장 높은 비중을 차지하는 것이 장애에 기인한 차별(22.85%)

---

339) <https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/194000240.pdf>(최종검색일 2020.8.16.).

이라는 점은 당위와 현실의 차이가 여전히 크다는 것을 알 수 있다.

프랑스에서 장애인에 대한 차별금지법 일찍부터 국제법질서를 통해 신체적 장애나 복합적인 사유(예를 들어, 여성, 장애인과 인종적 차이)를 이유로 어떠한 차별에 대해서도 보호받아야 할 인권으로 확인되어 왔다. 1970년대 중반 이후 장애인에 대해 국내법이 본격적으로 정비되기 시작하면서 다양한 범주에 속한 장애인들에 대해 차이를 인정하면서도 정상적인 다른 사람들과 동등하게 공동체의 삶에 참여할 수 있도록 정당하고 우선적인 권리를 보장해야 한다는 생각이 구체화되었다.

장애인에 대한 차별금지와 인권보장을 위한 입법적 노력은 「1975년 장애인법」에서 본격적으로 진행되었고 특히 「2005년 장애인법」에서 장애에 대한 법적 정의가 이루어졌다. 「2005년 장애인법」 제2조는 “신체적·감각적·정신적·인지적 기능에서 하나 또는 복합적 이상의 지속적이거나 영구적인 혹은 심각한 손상, 건강상의 문제로 인하여 개인이 처한 환경에서 겪는 모든 활동의 한계나 사회생활에의 참여가 위축된 상태”라고 규정함으로써, 의학적 판단에 기초한 시혜적 복지정책의 대상으로서의 장애 개념에서 벗어나 사회공동체에서 독자적인 삶을 영위하는 과정에서의 제한과 차별에 대한 장애인 권리의 보장을 지향하고 있다. 또한 장애인 권리보장은 장애인 지위의 인정과 각 장애 범주에서 차별화된 구체적 수급권의 보장을 통해 구체화된다는 특징이 있다.

현재 프랑스 장애인 권리보장은 기능적 장애개념과 차별금지의 구체화를 통해 비장애인들과 마찬가지로 일상적 삶으로의 접근 가능성, 장애인의 의무적 고용과 장애인 근로자의 권리보장, 그리고 이를 위한 장애평가 행정시스템의 단일화와 현대화 등을 향하여 진행되고 있다고 평가할 수 있다.

## 제5절 덴마크와 스웨덴의 장애인 권리보장 법제 개관

### I. 덴마크의 장애인 권리보장 법제 개관

복지국가의 선진국인 북유럽에서의 장애인 권리보장을 위한 법제도에 관한 선행연구는 거의 없다고 할 정도로 빈약하다. 비교적 최근에 진행된 선행연구<sup>340)</sup>에서 개략적인 내용이 소개되어 있으므로, 이를 기초로 덴마크의 장애인 권리 법제의 특징을 파악해보기로 한다.

#### 1. 장애인 권리보장 법제 현황

덴마크의 장애인 권리보장과 인권에 관련된 법제는 기본법이나 통일적인 체계를 가지고 있는 것은 아니고 관련 법률에서 개별적으로 규정하고 있다. 헌법적 차원에서 장애인 권리보장에 관한 직접적인 규정은 없다고 할 수 있다. 차별에 관한 일반적인 조항을 포함하고 있지 않고 종교 또는 신념에 기인한 차별을 금지하는 규정만 두고 있을 뿐이다.<sup>341)</sup>

##### (1) 법률상 근거

덴마크의 경우 법률의 차원에서는 「노동시장에서의 차별금지법」(Act on the Prohibition of Discrimination in the Labour Market etc.) 이 고용 및 근로에 있어서 장애 등을 근거로 하는 차별을 금지하고 있다.<sup>342)</sup> 또한 「건축법」(Building Act), 「공공주택법」(Act on Social

---

340) 장민영, 「장애영향평가법제에 관한 글로벌 동향」(한국법제연구원, 2019.10.), 101-103면 참조.

341) 장민영, 앞의 보고서(주340), 99면; 덴마크 헌법 제67조, 제68조, 제70조 및 제71조 제1항.

342) 장민영, 앞의 보고서(주340), 100면; European Commission, *Country Report - Non-Discrimination - Denmark 32*(2018).

Housing etc.), 「도로교통법」(Road Traffic Act), 「대중교통운송업법」(Act on Public Transportation Operators) 등을 통해 장애인의 접근권을 보장하고 있다.<sup>343)</sup> 이 외에도 「사회복지서비스법」(Act on Social Services)은 장애인 역시 일상생활을 영위할 수 있도록 활동보조, 돌봄, 거주시설 등을 지원받을 수 있는 제도들을 마련하고 있다.

(2) 「장애차별금지법」의 제정(2018)

2018년 6월 8일 제정된 「장애차별금지법」(Act on the Prohibition against Discrimination on the Ground of Disability)은 명칭에서 드러나듯이 장애인들의 차별철폐와 인권보장을 실현을 목적으로 한다.<sup>344)</sup> 장애인의 인권에 관한 기존의 법률이 고용관계에서의 차별금지에 한정되었다면, 동법은 장애를 이유로 한 차별이 있는 경우 고용관계뿐만 아니라 모든 영역에서 차별적 처우가 있는 경우 ‘평등처우위원회’(Board of Equal Treatment; BET)를 통해 피해구제를 받을 수 있는 절차도 마련하고 있다.<sup>345)</sup>

---

343) Committee on the Rights of the Persons with Disabilities, Initial Report of States Parties: Denmark, CRPD/C/DNK/1 paras. 53, 60, 80 and 87 (May 7, 2013)

344) 다만 해당 조문의 내용에 대한 소개는 영문이 아니라 덴마크어로 되어 있어 구체적 조문 내용 파악에는 제한이 있다(Act No. 688 of 8 June 2018 on the Prohibition against Discrimination on the Ground of Disability, available only in Danish at <http://www.retsinformation.dk/Forms/R0710.aspx?id=201823>. 장민영, 앞의 보고서(주340), 100면의 각주 254).

345) Catalina Devandas-Aguilar, Questionnaire on the Rights of Older Persons with Disabilities 2 (Danish Institute for Human Rights, Apr. 15, 2019). BET는 앞의 법률에 따라 2019년 1월 1일 설치되었는데 아래 법률에서 정하고 있는 차별금지에 대한 위반 여부에 대해 관정을 담당한다:

- 인종차별금지법(Act on Ethnic Equal treatment)
- 노동시장에서의 차별금지법(Act on Prohibition of Discrimination in the Labour market)
- 양성평등법(Gender Equality(Consolidation)Act)
- Consolidation Act on Equal pay to Men and Women(남녀 간 동등임금통합법)
- Act on Child care leave(육아휴직법)



평등처우위원회(BET)는 준사법적 기관으로서 개별법률에서 규정하고 있는 차별조치에 대한 권고나 판정결정을 내리고 있는데, 장애(disability)를 이유로 한 고용, 교육 영역에서의 차별에 관한 내용이 관련 법률에 규정되어 있다.

### (3) 장애인 권리보장과 국제조약

덴마크는 유엔 장애인권리협약을 포함하여 장애인 인권 보장과 관련 있는 각종 국제인권조약에 비준 또는 가입하고 있다. 따라서 체약국이 부담하는 국제조약상 권리들이 자국에서 보장되도록 입법적 및 행정적 조치들을 취할 의무를 지게 되었다.

덴마크는 EU의 회원국으로서 EU 기본 조약 및 지침이 정하고 있는 장애인 관련 인권을 실현할 의무도 부담하고 있다. 장애인 인권협약 등 장애인 인권 관련 국제인권조약 및 기준과 원칙들은 ‘덴마크 인권 연구소’(Danish Institute for Human Rights; DIHR)가 실시하는 인권 영향평가의 기준으로 작용하고 있다.<sup>346)</sup>

덴마크 인권연구소(DIHR)은 2012년 법률 제553호로 제정되었는데, 기업과 인권에 관한 UN 지침의 실행 차원에서 도입된 인권영향평가제도를 실시하고 있다.<sup>347)</sup>

## 2. 법률상 장애(인) 개념 분석

### (1) 법률상 장애 개념의 부재

덴마크는 장애등록제도와 장애등급제도가 없고, 장애라는 개념이 법적으로 규정되어 있지 않다. 장애라는 것은 신체적·정신적·감각적·지적 기능의 저하가 있는 사람이 장애물을 만났을 때 발생하는 것으로 간주한다.

---

346) 장민영, 앞의 보고서(주340), 100-101면 참조.

347) 장민영, 앞의 보고서(주340), 101면 참조.

## (2) 장애의 판정과 절차

덴마크에서 장애판정은 개인의 기능 저하의 평가를 의미하며, 신체적 장애로 인해 어려움에 처한 개인에게 어떠한 도움이 어느 정도로 필요한지 면밀하게 조사하는 것을 뜻한다. 따라서 장애평가는 기능 수준의 판정에서 그치는 것이 아니라 결과에 따른 가능한 조치의 명시, 실행계획의 수립, 서비스 제공기관에 대한 사회적 조치의 요청, 그 조치에 따른 경과의 추적 등으로까지 영향을 미친다고 할 수 있다.

덴마크 장애평가체계의 핵심은 장애인 당사자와의 면담을 통한 정성평가에 따라 도출된 사정관의 전문적이고 주관적인 판단이며 평가 절차는 이러한 판단을 내리기 위한 일련의 과정으로 구성되어 있다는 점을 들 수 있다.

## II. 스웨덴의 장애인 권리보장 법제 개관

### 1. 스웨덴의 장애인정책

스웨덴은 복지가 시혜적 개념이 아니라 권리의 개념으로 자리 잡은 복지 선진국으로 장애인이 가장 살기 좋은 나라로 평가받고 있다. 사회복지서비스와 소득보전으로 어느 누구도 배제되지 않는 복지 철학을 가진 국가가 바로 스웨덴이다. 이러한 복지정책을 위한 스웨덴 국민의 평균 조세부담률은 수입의 40% 이상임에도 불구하고 불만과 부담감이 없다는 것이 큰 특징이다. 스웨덴은 전체 세금의 23%를 사회보장비용으로 들어가고 이를 위한 스웨덴의 조세부담률은 매우 높은 편에 속한다. 스웨덴에서의 복지 개념은 국민이 복지의 수혜자가 아니라 국민이 사회복지 권리의 대상이라는 점에서 출발한다. 즉 ‘사회복지’가 아니라 모든 국민에게 제공해야 하는 ‘사회서비스’라는 개념이라는 것이다.<sup>348)</sup>

---

348) [http://www.bokjiro.go.kr/news/allNewsView.do?board\\_sid=308&data\\_sid=203649](http://www.bokjiro.go.kr/news/allNewsView.do?board_sid=308&data_sid=203649)

장애인 복지도 이러한 관점에서 진행되고 있다. 스웨덴은 장애인에 대한 보편적 복지서비스를 실시하는 국가이다. 스웨덴에는 통계상 대략 150만 명의 장애인이 있는 것으로 나와 있고 장애의 범위는 상당히 포괄적인 것이 특징이다. 스웨덴의 장애 정책 주요목표는 일상에서 장애인들의 모든 활동이 가능하게 하는 것이다. 2011년 스웨덴 정부는 2016년까지 적용되는 새로운 장애정책 전략을 발표했다. 이 정책의 목표는 장애인에게 비장애인과 동일한 조건으로 사회에 참여할 수 있는 기회를 제공하는 것이다. 이를 위해 국가는 장애인의 이동권 향상보장, IT 접근 격차 해소, 장애인 시설 개조 지원, 취직 기회 등을 제공해야 한다. 즉 장애인 정책도 사회복지가 아닌 사회서비스라는 개념에서 출발하고 있다.<sup>349)</sup>

## 2. 장애인 권리보장의 (헌)법적 기초

스웨덴 헌법은 대부분의 국가의 헌법처럼 하나의 문서로 되어 있지 않고, 다음과 같은 4개의 기본법으로 구성되어 있다.

- 1974년에 제정된 「정부조직법」(Regeringsformen)
- 1810년에 제정되고 1979년에 개정된 「왕위계승법」(Successionsordningen)
- 1949년에 제정된 「언론자유법」(Tryckfrihetsförordningen)
- 1991년에 제정된 「표현의 자유에 관한 기본법」(Yttrandefrihetsgrundlagen)

이와 같이 헌법 구조에서 장애인에 대한 특별한 규정은 있을 수 없는

---

(최종검색일 2020.10.3).

349) [http://www.scips.se/upload/news/2013%20%EC%A0%95%EC%B1%85%EC%9E%90%EB%A3%8C\\_%EB%B3%B5%EC%A7%80.pdf](http://www.scips.se/upload/news/2013%20%EC%A0%95%EC%B1%85%EC%9E%90%EB%A3%8C_%EB%B3%B5%EC%A7%80.pdf) (최종검색일 2020.10.3).

구조이다.

다만 스웨덴은 헌법 중 하나인 「정부조직법」 제1조에 “스웨덴의 모든 공권력은 국민으로부터 나온다. 스웨덴 민주주의는 자유로운 의견 형성과 보통·평등선거에 기초한다. 이것은 대의적이고 의회형식의 정부와 지방자치정부(local self-government)를 통해 실현된다. 공권력은 법률에 의해 행사된다.”라고 규정하여 민주주의를 실현하는 수단으로 대의제와 지방자치를 명시하고 있다. 아울러 제14장 제4조에 “자치단체는 그 사무의 관리를 위하여 세금을 부과할 수 있다.”라고 규정해서 지방세조례주의를 도입하고 있다. 그리고 스웨덴은 복지사무의 대부분을 지방자치단체가 담당함으로써 일반 국민에게 복지서비스를 제공하고 있다. 사회서비스의 대상자는 코뮌에 거주하고 있는 아동과 청소년, 노인, 장애인 등은 특히 서비스가 전문적으로 필요한 사람들로 규정되어 있다.<sup>350)</sup> 즉 스웨덴은 장애인에 대한 명시적인 헌법규정은 없지만 민주주의 실현수단으로서 지방자치제도를 설정했고 이들에게 전폭적인 사회복지 정책을 집행하게 하며 지방세 조례주의를 통해 재정적인 뒷받침을 해주고 있다.

### 3. 장애인 권리보장 기본법제 현황

19세기와 20세기 초반 해도 스웨덴에는 장애인 권리 보장법이 거의 없었으며, 장애인은 사실상 자격이 없는 2급 시민으로 공공연하게 부당한 대우를 당해야 했다. 20세기 중반 이후 스웨덴이 장애인 지원 법안을 통과시키면서 조금씩 변화했으며, 20세기 후반부터 모두에게 동등한 장애인 정책을 주요 이념으로 만들어지기 시작했다. 특히 국가와 지방자치 정부는 평등사회구현을 목표로 장애인들에게도 경제적, 사회

---

350) <http://kldi.re.kr:9090/bitstream/2017.oak/5668/1/%EC%A3%BC%EC%9A%94%20%EC%99%B8%EA%B5%AD%EC%9D%98%20%EC%A7%80%EB%80%A9%EC%9E%90%EC%B9%98%EC%A0%9C%EB%8F%84%20%EC%97%B0%EA%B5%AC%20-%20%EC%8A%A4%EC%9B%A8%EB%8D%B4.pdf>(최종검색일 2020.10.3.).

적 안정의 기회를 제공했다.

스웨덴의 장애인 관련법은 크게 「사회서비스법」(Social Service Act)과 「장애인에 대한 보조와 서비스에 관한 법」(Law of Support and Service for Person with Certain Functional)으로 나뉜다.

1982년에 시행된 「사회서비스법」에 따라 65세 미만의 기능 장애인은 일상을 돕는 동반자, 24시간 돌볼 수 있는 특별 주거, 가정 지원과 같은 서비스를 요청할 수 있다. 또한 이 법은 합리적 생활수준에 도달할 수 있도록 모든 사람에게 일반적인 복지서비스를 제공한다.<sup>351)</sup> 「장애인에 대한 보조와 서비스에 관한 법」(Law of Support and Service for Person with Certain Functional)은 특정 기능장애가 있는 사람을 대상으로 하고 장애가 있는 사람들의 필요가 사회서비스법에 따른 일반적인 지원에 의해 충족되지 않을 경우, 이 법에 명시된 권리를 지원하고 있다. 이 법에 규정된 10가지 서비스는 장애인이 비장애인과 동등하게 자립생활을 할 수 있는 능력을 강화하는 것이다. 구체적인 내용은 다음과 같다.<sup>352)</sup>

1. 상담 및 개인 전문가 지원: 장애인이 생활에서 발생하는 문제를 해결할 수 있도록 정보를 제공하는 것이며, 유자격 전문가(예: 카운슬러, 심리학자, 물리치료사, 유아 상담가, 언어치료사, 작업치료사 또는 영양사 등)에 의한 지원을 의미한다.
2. 활동지원: 일상 활동에서 지원되는 서비스를 말하며 개인 위생, 드레싱, 식사, 의사소통 및 사회참여 지원이 포함된다.
3. 동반자 서비스: 심부름을 비롯해 친척, 친구 만나기, 영화 보러가기, 산책하기 등의 활동에 함께하는 지원을 말한다.
4. 연락 담당자: 친척이나 친구와의 접촉을 보완하거나 대체할 수

---

351) <http://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idxno=62656>(최종검색일 2020. 10.4).

352) file:///C:/Users/assembly/Downloads/02\_%EA%B8%B0%ED%9A%8D\_%EC%8B%A0%EC%9D%80%EA%B2%BD%20(3).pdf

있는 사람을 의미하며 사회적 상호작용과 비공식적 지원을 제공할 수 있다.

5. 재가(취) 서비스: 장애인의 부양자에게 쉼을 제공하는 것으로 정규 및 비상 상황에서 제공될 수 있다.
6. 단기보호 서비스: 장애인에게는 다른 환경을, 부양자에게는 휴식을 제공하기 위해 단기 가정, 다른 가정 또는 캠프와 같은 형식으로 일시적인 체류를 제공하는 것이다.
7. 12세 이상의 재학 중 아동을 위한 단기 지도·감독: 재학 중인 아이들에게 학기 중에 혹은 휴일에 집 밖에서 지도·감독을 받을 수 있는 서비스를 의미한다.
8. 아동 주거서비스: 부모와 함께 살 수 없는 아동 및 청소년을 위한 것이며, 다른 가정이나 특별 주택(그룹홈)에 살 권리가 있다.
9. 성인 주거서비스: 성인을 위한 가장 보편적인 형태로 그룹홈을 의미한다.
10. 일상 활동 지원: 취업을 하지 못했거나 교육도 받지 않는 근로 연령의 사람들을 위한 것이다. 이것은 LSS법에 의한 적격 대상자 그룹 1과 2의 사람들에게만 제공된다.<sup>353)</sup>

이러한 기본이념과 관련하여 스웨덴을 이야기할 때 ‘탈시설’은 빼놓을 수 없는 부분이다. 『시설폐쇄법』 제1조는 “모든 시설을 폐쇄한다.”, “정신적 장애인의 돌봄을 위해 설립된 특수병원은 1997년 12월 31일 이전에 운영을 중단해야 한다. 정신적 장애인의 돌봄을 위해 동법에 따라 설립된 요양시설은 1999년 12월 31일 이전에 운영을 중단해야 한다.”라고 규정하고 있다.

스웨덴은 지난 1950년까지 지적장애인을 위한 시설로 30개의 아동 시설과 130개의 성인시설이 있었다. 하지만 이후 강제 불임 시술 등

---

353) 신은경, “스웨덴 장애인활동지원서비스와 자기결정권”, 『국제사회보장리뷰』 2018 여름호 Vol. 5, 23면 참조.

비인권적인 행태가 밝혀지면서 시설 폐쇄로 방향이 전환되었다. 1950년 이후 대규모 시설을 지역의 소규모 시설로 전환했는데, 이는 기존의 장애인 정책에 대한 반성에서 시작된 것으로 탈시설화의 전환을 의미한다. 장애인 거주시설을 폐쇄하고, 사회 서비스체계로 장애인이 지역사회에 함께 살아갈 수 있도록 하면서, 시설대신 현재 스웨덴에는 소규모 시설이나 그룹홈 등이 운영되고 있다. 스웨덴은 성년후견제라는 명칭 대신 장애인권리옹호제도를 통해 정신적 장애인을 대신해 제3자가 이들의 권리를 대변해 주고 있다. 한편 정부는 장애인들의 주거비용 전부를 지원하고 있다. 스웨덴은 1974년 건축법이 개정 이후 모든 건축물에 장애인이 바로 들어가서 살 수 있는 배리어 프리 주택을 건물 면적의 10% 이상 짓지 않으면 건축허가가 나지 않게 되어 있다. 대중교통 또한 1980년대에 그러한 제도가 생겨 장애인들이 지역사회에 살아가는 데 불편함이 없게 설계되어 있다.<sup>354)</sup>

#### 4. 장애인 기본권의 실현 수준에 대한 평가

오랫동안 스웨덴 장애인 정책의 기본 목적은 장애인이 일상에서 활동할 수 있도록 지원하는 것이었으며, 꾸준히 복지에서 인권으로 전환되는 과정을 거쳤다. 특히 1993년에 제정되어 1994년 1월부터 발효된 「장애인에 대한 보조와 서비스에 관한 법」은 시행 이후 장애인에게 평등과 접근성, 그리고 사회참여의 수준을 높여 온 법률로 인정받고 있다. 이 법은 스웨덴 장애인의 기본법으로, 장애인이 살아갈 수 있도록 하는 모든 서비스의 근간을 이루고 있다. 스웨덴 장애인 복지의 핵심은 「사회서비스법」에 명시된 대로 ‘평등과 권리’에 있다. 스웨덴에 살고 있는 모든 국민은 평등하고 권리를 가지고 있다는 것이 스웨덴 사회서비스 기본 이념이다.<sup>355)</sup> 이처럼 이 법은 장애인의 자기결정권과

---

354) [http://www.bokjiro.go.kr/news/allNewsView.do?board\\_sid=308&data\\_sid=203649](http://www.bokjiro.go.kr/news/allNewsView.do?board_sid=308&data_sid=203649)  
(최종검색일 2020.10.4.).

자립생활을 보장하는 혁신적인 법률이라는 평가를 받고 있다. 전체적으로 스웨덴은 복지가 시혜적 개념이 아니라 권리의 개념으로 자리잡은 복지 선진국으로 장애인이 가장 살기 좋은 나라로 평가받고 있다.

## 제6절 미국 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관

### I. 장애인 권리보장의 법적 기초

미국에서 장애인에 대한 차별금지에는 기본적으로 1868년 개정된 연방 수정헌법 제14조 제1항의 평등보호조항에 근거를 두고 있다. 이는 “미국에서 출생하거나 귀화한 미국이 관할권에 속하는 모든 사람은 미국 및 그 거주하는 주의 시민이다. 어떠한 주도 미국 시민의 특권과 면책권을 박탈하는 법률을 제정하거나 시행할 수 없다. 어떠한 주도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 어떠한 사람으로부터도 생명·자유 또는 재산을 박탈할 수 없으며, 그 관할권 내에 있는 어떠한 사람에 대하여도 법률에 의한 평등한 보호를 거부하지 못한다.”라고 규정하고 있다.<sup>355)</sup> 다만, 동 조항은 인종차별에 대응하기 위하여 마련된 것이었고, 연방대법원 역시 시행 초기에는 동 조항이 인종을 이유로 한 차별에 국한하여 적용되는 것으로 이해함으로써 일반적인 평등의 실현과 차별철폐를 위한 근거로 활용되는 데는 한계가 있었다.<sup>357)</sup> 이

---

355) <http://www.welfarenews.net/news/articleView.html?idxno=62656>(최종검색일 2020. 10.4.).

356) “All persons born or naturalized in the United States, and subject to the jurisdiction thereof, are citizens of the United States and of the State wherein they reside. No State shall make or enforce any law which shall abridge the privileges or immunities of citizens of the United States; nor shall any State deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law; nor deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.”

357) Slaughterhouse Cases, 83 U.S. 36 (1872).



후에는 평등에 대한 인식이 확대되면서 수정헌법 제14조 제1항은 인종뿐만 아니라 성별과 장애 등에 따른 차별을 금지하는 헌법적 근거로서 발전적으로 적용되어 왔으며, 궁극적으로는 모든 차별사유를 아우르는 보호조항으로서 기능하게 되었다.<sup>358)</sup> 한편, 수정헌법 제14조는 명시적으로 주정부를 규율하는 것으로 규정하고 있지만, 동 조항은 수정헌법 제5조의 적법절차 조항을 통하여<sup>359)</sup> 연방정부에 대해서도 적용된다.<sup>360)</sup>

연방대법원은 오래도록 이러한 헌법상 평등보호조항의 효력을 매우 소극적으로 인정하였고, 광범위한 영역에서의 다양한 차별에 대항하기 위한 구체적인 입법의 필요성이 제기되었다. 이에 따라 제정된 것이 「민권법」(Civil Rights Act of 1964)<sup>361)</sup>이었다. 1964년 7월 2일 제정된 동법은 인종, 피부색, 출신 국가, 종교, 성별에 따른 차별을 불법으로 규정하면서 이들을 사유로 하는 공공의 편의시설과 교육시설에서의 차별을 금지하였다. 민권법의 집행은 민권위원회(U.S. Committee on Civil Rights)와 평등고용기회위원회(Equal Employment Opportunity

358) 김용훈, “평등권의 미국 헌법상 논의”, 『미국헌법연구』 제24권 제2호(2013), 46면 참조.

359) “누구라도, 대배심에 의한 고발 또는 기소가 있지 아니하는 한, 사형에 해당하는 죄 또는 파렴치죄에 관하여 심리를 받지 아니한다. 다만, 육군이나 해군에서 또는 진시나 사변시에 복무 중에 있는 민병대에서 발생한 사건에 관하여서는 예외로 한다. 누구라도 동일한 범행으로 생명이나 신체에 대한 위협을 재차 받지 아니하며, 어떠한 형사 사건에 있어서도 자기에 불리한 증언을 강요당하지 아니하며, 누구라도 정당한 법의 절차에 의하지 아니하고는 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다. 또 정당한 보상 없이, 사유재산을 공공용으로 수용당하지 아니한다(No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offense to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation)”.

360) *Bolling v. Sharpe*, 347 U.S. 497 (1954).

361) Pub.L. 88 - 352, 78 Stat. 241.

Commission; EEOC)가 담당하였다. 민권위원회는 각 기관에서 발생한 차별행위와 관련하여 공청회 개최 등을 통한 조사와 정보수집, 조정을 통한 분쟁해결을 담당하였다.<sup>362)</sup> 또한 평등고용기회위원회는 고용영역에서의 차별 예방과 사용자 및 노동자단체에 대한 지원, 차별행위에 대한 조사와 화해 등을 통한 분쟁의 해결, 법원에의 제소 등을 담당하였다.<sup>363)</sup> 권리구제와 관련한 법원의 소송에는 경우에 따라 법무부 장관이 참가하거나 직접 소송을 수행할 수 있고,<sup>364)</sup> 권리구제를 위한 법원의 조치는 손해배상, 차별행위에 대한 금지명령(injunctive relief), 시정명령 및 적극적 차별시정조치(affirmative action) 등으로 구분되었다. 또한 연방정부로부터 재정지원을 받는 프로그램의 경우 그러한 프로그램의 운영과 관련하여 차별행위가 발생한 경우에는 재정지원을 중단할 수 있도록 하였다.<sup>365)</sup>

결국, 미국에서 일반적인 평등원칙의 근본적인 배경은 연방 수정헌법 제14조 제1항의 법의 평등보호에 있으며, 1964년 「민권법」을 통해 구체적으로 실현될 수 있는 토대가 실질화되었다고 할 수 있다. 바로 이러한 민권법상의 차별금지 규정은 이후 1990년 「장애인법」(Americans with Disabilities Act: ADA)에 그대로 반영되면서 장애인에 대한 차별을 금지하는 법제에도 중요한 영향을 미치게 되었다.<sup>366)</sup>

## II. 장애인 권리보장 법제의 연혁

미국에서 장애인과 관련된 대부분의 입법은 20세기 전반에 걸쳐 진행되었다. 차별금지와 관련한 미국의 법제는 전반적으로 고용과 관련한 차별의 철폐에 초점을 두고 전개되어 왔다. 인종과 성별, 연령과 장

362) 42 U.S.C. §1975-1975d.

363) 42 U.S.C. §2000e-5(a), (e).

364) 42 U.S.C. §2000a-3, §2000b(a), §2000c-6(a).

365) 42 U.S.C. §2000d-1.

366) 이호영, 「미국장애인법개설」(국가인권위원회 차별조사국, 2003), 2-3면 참조.

에, 성적 지향 등에 따라 고용 영역에서의 차별을 금지하는 것을 주요 목적으로 한 다양한 법제가 마련되어 온 것이다.<sup>367)</sup> 평등고용기회위원회(EEOC)는 고용 영역에서의 차별을 금지하는 법제를 집행하는 기구로 활동하고 있다. 장애인과 관련하여서도 대체로 ‘일자리 제공(providing vocational opportunities)’에 초점이 두어져 있었다. 다만, 관련 입법은 점차 ‘평등한 권리와 접근(equal rights and access)’을 보장하는 것으로 그 구도를 변경시키며 발전해 왔다.

### 1. 장애인 권리보장 입법의 태동: 20세기 초반

장애인과 관련한 법률의 기원은 1916년 「국방법」(the National Defense Act)에서 찾아볼 수 있다. 동법은 군인들이 민간인으로서 사회에 원활하게 복귀할 수 있도록 지원을 하는 것이었으며, 최초로 군복무 중에 부상을 당한 사람들에 대한 국가의 책임을 법적으로 인정했다는 점에 중요한 의의가 있다. 이후 1917년에는 장애를 입은 재향 군인들의 직업 재활을 위한 연방정부의 직업교육 프로그램을 도입하고 연방직업교육위원회(Federal Board of Vocational Education)의 설립 근거를 제공한 「스미스-휴 법」(Smith-Hughes Act)이 제정되었고, 1918년 「스미스-시어스 재향군인 재활법」(the Smith-Sears Veterans Rehabilitation Act) 혹은 「군인재활법」(the Soldier's Rehabilitation Act)은 스미스-휴 법에 따라 설립된 연방직업교육위원회의 관할을 확장하여 제1차 세계대전에 참전하여 장애를 입은 재향 군인들에 대해 직업 재활서비스를 제공하였다. 이와 같이 장애인과 관련한 법률이 군 복무 중 장애를 입은 군인들의 재활과 사회복귀를 위한 직업 획득에 초점을 두고 등장했다는 점은 장애에 대한 사회적 인식의 변화를 야기하였고, 이후 군인을 넘어 일정한 요건을 갖춘 산업재해 피해자들에 대해서도 취업지

---

367) 장민선, 「차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구-미국」(한국법제연구원, 2011), 25면 참조.

원이 확대되는데 기여하게 되었다. 즉, 1920년에 제정된 「스미스-웨스 법」(the Smith-Fess Act) 혹은 「시민직업재활법」(the Civilian Vocational Rehabilitation Act)은 군인재활법에 따라 패턴화 된 재활프로그램을 미국 내 모든 장애인에 대해 적용하기 시작하였다. 직업 안내, 직업 훈련, 직업 조정, 보조기구, 배치 서비스 등 주로 직업과 관련한 서비스를 제공하기 위하여 연방과 주가 각각 50:50으로 자금을 지원하는 연방-주 재활프로그램을 설립하였다. 다만, 이러한 프로그램은 오직 신체적인 장애가 있는 사람에게만 적용되었으며, 신체적 회복이나 사회생활을 위한 재활은 포함되지 않았다. 한편, 제2차 세계대전에 참전하여 장애를 입은 군인들이 고용에서 배제되는 것을 방지해야 할 필요성이 인식되면서 1944년 공무원 임용에 우선권이 부여되었지만 강제력이 없었다. 이에 연방의회는 1948년에는 공무원을 고용하는 데 있어서 신체적 장애를 근거로 하는 차별을 금지하는 법안을 통과시켰다.<sup>368)</sup>

1930년대 이후 장애인 관련법은 사회보장법의 일부로 이해되어 장애인에 대해 재정적인 지원을 하는 것이 중심이 되는 경향을 보였다. 연방정부가 장애인에 대해 일정한 혜택 내지 재정적 지원을 제공하기 위한 입법이 활성화된 것이다. 특히, 1935년 「사회보장법」(the Social Security Act)<sup>369)</sup>에 따라 일부 장애 아동에게 연방 및 주 정부의 의료 보험 혜택이 제공된 것이 대표적이라고 할 수 있다. 사회보장법은 일을 할 수 없는 사람들에 대해 소득을 보장하는 시스템을 구축하기 위해 제정된 것이었다. 여기에는 장애 아동을 위한 의료서비스 제공과 직업재활 프로그램을 지속적 제공이 포함되었으며, 연방정부의 지속적인 보조금 지원을 통해 계속해서 시행이 유지되었다. 1936년 「랜돌프-셰퍼드 법」(the Randolph-Sheppard Act)은 시각장애인도 직업을 가질 수 있음을 인정하였다. 즉, 각 주에 대해 시각장애인으로 인정된 사람이 연방건물에서 매점을 운영할 수 있도록 허가를 하는 권한을 부여

368) Act of June 10, 1948, Pub.L. 80-617, 62 Stat 35.

369) Pub.L. 74-271, 49 Stat. 620.

한 것이다. 1938년이 「와그너-오데이 법」(the Wagner-O'Day Act) 역시 연방정부가 시각장애인을 위한 작업장에서 나온 지정된 제품을 구매하도록 의무를 부여하였다.

## 2. 장애인 권리보장 입법의 다양화: 20세기 중반

1943년 「바덴-라폴레 법」(the Barden-LaFollette Act) 혹은 「직업재활법 개정법」(Vocational Rehabilitation Act Amendments of 1943)은 연방과 주의 재활프로그램에 상당한 변화를 가져왔다. 프로그램을 위한 재정지원을 확대하고, 직업 재활을 포괄적으로 정의하면서 신체적인 회복을 포함하도록 서비스를 확장했으며, 각 주로 하여금 연방과 주의 기금을 사용하는데 대한 연방 기관의 승인을 얻기 위하여 서면 계획서를 제출하도록 하였다. 또한 정신장애 또는 정신질환이 있는 사람으로 서비스를 확장하고, 시각장애인의 일반 재활 및 재활을 위한 별도의 기관을 조성했다. 이후 1954년 「직업재활법 개정법」(Vocational Rehabilitation Act Amendments of 1954)은 재활프로그램에서 연방과 주의 역할을 재구성하였다. 주 기관의 역할을 확대하는 한편, 자금 지원과 관하여 연방과 주가 각각 50:50으로 부담하던 것을 3:2로 재배치하여 연방의 비율을 증가시켰다. 또한 재활 전문가가 대학에서 교육을 받을 수 있도록 하고, 재활시설을 개선하고 연구 및 시험을 위한 자금을 승인하였으며, 정신지체 및 정신질환자를 위한 서비스를 확대하였다. 1965년 「직업재활법 개정법」은 알코올 중독, 저학력, 전과기록과 같은 사회적으로 장애가 되는 조건을 가진 사람을 포함하도록 서비스 확장, 타당성이 쉽게 결정되지 않는 서비스에 대한 개인의 적격성 결정을 위한 평가의 확대, 더 많은 중증장애인에 대한 재활서비스 제공, 건축장벽에 대한 국가위원회(National Commission on Architectural Barriers) 설립, 서비스에 대한 일반적인 요구조건으로서 경제적 필요 삭제, 연방정부의 자금비율의 75%로 확대 등을 수용하였다. 또한 1967

년 「직업재활법 개정법」은 이주노동자에 대해서도 재활서비스를 제공하고, 주의 거주요건을 삭제하였으며, 국립 시·청각장애 청소년 및 성인 센터(the National Center for Deaf/Blind Youth and Adults)의 건설과 운영을 지원하기 위한 것이었다. 그리고 1968년 「직업재활법 개정법」은 장애인의 고용 유지를 위한 후속 서비스를 추가하고 가족 구성원에 대한 서비스를 제공하는 한편, 연방정부의 자금비율을 80%로 확대하였다.

한편, 1960년대 이후부터는 장애인에 대해 재정적 지원 또는 의료적 지원을 하는 것은 장애인이 비장애인과 동등한 권리를 누리며 생활하도록 하기 위한 것이 아니라 일시적인 혜택 내지 자선에 불과하다는 문제가 제기되었다.<sup>370)</sup> 특히, 민권운동이 활성화되면서 장애인도 비장애인과 마찬가지로 권리를 가지며 장애인과 관련한 정책은 단순히 장애인의 신체적 및 정신적인 한계를 보충하는 것을 넘어 사회 전 영역에 걸쳐 존재하고 있는 장벽을 제거하는 데 초점이 두어져야 한다는 인식이 확산되었다.<sup>371)</sup> 민권운동은 앞서 언급한 1964년 민권법(Civil Rights Act of 1964)을 제정하는 성과로 이어졌다. 동법은 단순히 흑인에 대한 차별에 그치지 않고 인종, 피부색, 출신 국가, 종교, 성별을 이유로 한 차별을 금지하는 것이었다. 비록 장애를 이유로 한 차별의 금지가 포함되지는 않았지만 장애인에 대한 차별 역시 동일한 맥락에서 논의될 수 있도록 하고 장애인 차별금지를 위한 입법의 계기가 되었다. 특히, 고용 영역의 차별과 관련한 민권법상의 구체조치들은 이후 「장애인법」(Americans with Disabilities Act of 1990)에 동일하게 수용되었다.<sup>372)</sup>

370) Samuel R. Bagenstos, “The Future of Disability Law”, *114 Yale L.J.*(2004), pp.12-13.

371) Mark C. Weber, “Disability Rights, Welfare Law”, *32 Cardozo L. Rev.*(2011), pp.2489-2490; 최영란, “미국의 장애인 관련법”, 『원광법학』 제30권 제4호(2014), 151면 참조.

372) G. Quinn·M. McDonagh·C. Kimber, *Disability Discrimination Law in the United States, Australia and Canada*(Oak Tree Press, 1993), p.19.

1968년 「건축장애물법」(the Architectural Barriers Act of 1968)은 연방정부의 재정지원을 받아 새로 건립되는 건축물과 연방정부가 임대한 건축물에 대해서 장애인의 접근이 가능한 설계·시공을 갖추도록 하는 등의 조치를 담고 있었다. 또한 1970년 「도시대중교통법」(Urban Mass Transportation Act)은 장애인이 대중교통을 이용하여 이동권을 확보할 수 있도록 지역의 교통당국이 대중교통시스템을 계획하고 설계하도록 의무를 부과하였다. 1975년에는 「장애아동교육법」(Education For All Handicapped Children Act of 1975)이 제정되었고<sup>373)</sup> 동법은 1997년 「장애인 교육법」(Individuals With Disabilities Education Act)으로 명칭을 변경하였다. 이는 연방정부가 장애인에 대한 교육 및 특수교육을 무상으로 제공하도록 지원의무를 명시하고 가능한 한 비장애 학생과 통합하여 동등한 교육기회를 제공하도록 한 것이다. 1990년 장애인법에 앞서 제정된 법률들 중에서는 특별히 1973년 「재활법」(the Rehabilitation Act of 1973, P. L. No. 93-112)이 가장 중요한 의미를 갖는다. 동법은 Section 504 (a) [29 U.S.C. 794 (a)]에서 “미국에서 장애가 있는 자격을 갖춘 개인은 누구든지 단지 자신의 장애 때문에 연방의 재정 지원을 받는 프로그램이나 활동 또는 행정기관이나 미국 우편 서비스가 수행하는 프로그램이나 활동에서 전적으로 참여를 배제당하거나 혜택을 거부당하거나 차별을 받지 않아야 한다.”라고 규정하였다.<sup>374)</sup> 「재활법」은 이후에도 1990년 「장애인법」이 제정되기 전까

373) Pub.L. 94-142, 89 Stat. 773. 동법 제정에 앞서 1971년 Pennsylvania Association for Retarded Citizens (PARC) v. Commonwealth of Pennsylvania(334 F. Supp. 1257 (E.D. Pa. 1971)) 사건에서 연방대법원은 장애 아동에 대한 교육의 거부하거나 교육 시스템 내에서 다르게 대우하는 것이 미국 헌법에 따른 평등한 보호와 적법한 절차에 위배된다고 판시하였다. 동 사건은 공립학교에 대해 무료 교육을 거부할 수 있는 권한을 부여함으로써 교실 환경과 학교에 통합하여 교육하는 것이 어려운 장애아동에 대한 무료 공교육을 거부하는데 활용되어 온 법률에 대해 펜실베이니아 정신지체 시민 협회가 펜실베이니아 연방을 상대로 제기한 소송이다. 이는 장애 아동에 대하여 교육이 평등하게 이루어져야 함을 확인한 최초의 사건이라고 할 수 있다.

374) “No otherwise qualified individual with a disability in the United States, as

지 여러 차례 개정되면서 장애인 권리보장에 관한 주요 입법으로 기능을 확대해왔다.

### 3. 통합 장애인 권리보장 법의 제정: 20세기 후반

1990년 제정된 「장애인법」(Americans with Disabilities Act: ADA)은 미국에서 장애인과 관련된 가장 대표적인 연방법으로서 1960년대 민권운동을 계기로 장애인에 대한 포괄적인 권리보장과 차별금지의 필요성 인식이 지속적으로 확산되는 가운데 이루어진 결실이라고 할 수 있다. 동법은 2008년 개정되었다. 이러한 개정은 1999년 연방대법원이 일련의 판결에서 장애인의 의미를 지나치게 좁게 해석함으로써 「장애인법」을 제정한 의회의 입법의도를 충분히 반영하지 못한 데 따른 것이다. 이에 동법은 2008년 9월 11일과 17일 각각 상원과 하원을 통과하여 2009년 1월 1일부터 시행되었으며 「장애인법」 또는 개정 「장애인법」(ADA Amendments Act: ADAAA)으로 표현된다. 「장애인법」은 장애인 차별에 대하여 보다 종합적으로 접근하고 있으며, 「재활법」을 비롯한 과거 장애인 관련법들의 공백을 보충하면서 포괄적인 내용을 담고 있는 것으로서 그만큼 기존의 관련 법률들과 입법 정신이나 주요 개념들을 공유한다고 할 수 있다. 아래에서는 미국에서 장애인 권리보장에 관한 기본법이라고 할 수 있는 「장애인법」과 「재활법」을 중심으로 장애인 권리보장 기본법제에 나타난 장애의 개념과 주요 내용을 살펴본다.

---

defined in section 7(20), shall, solely by reason of her or his disability, be excluded from the participation in, be denied the benefits of, or be subjected to discrimination under any program or activity receiving Federal financial assistance or under any program or activity conducted by any Executive agency or by the United States Postal Service.”



### III. 장애인 권리보장 기본법제의 현황

#### 1. 「장애인법」

##### (1) 1990년 장애인법의 제정 및 평가

「장애인법」에 앞서 장애인 권리보장을 위해 제정된 다양한 법률들은 적용범위가 일정한 영역과 조건에 한정되어 있고, 권익보장의 내용이 대체로 불충분하며 집행체계도 다소 실질적이지 못하다는 문제를 안고 있었다.<sup>375)</sup> 예컨대, 「재활법」의 경우 주로 연방 및 주의 기관 및 연방으로부터 재정적인 지원을 받거나 연방정부와 계약을 체결하여 사업을 운영하는 자에 한하여 고용상의 차별을 금지하는 것에 한정되어 장애인 권리보장에 한계를 드러내고 있었다. 이에 장애인 권익에 대한 보장과 차별금지가 일반적이고 광범위하게 적용될 수 있도록 종합적인 법제를 정립해야 할 필요성이 제기되었고 「장애인법」은 그러한 배경에 따른 연방 차원의 입법이었다.

포괄적인 장애인차별금지법을 제정해야 할 필요성은 장애인과 관련한 실태를 조사하고 권익보장 입법을 준비하려는 목적에서 설립된 대통령 자문기구인 국가장애위원회(National Council on Disability)<sup>376)</sup>에 의해서 본격적으로 제기되었다. 동 위원회는 1986년 2월에는 장애인과 관련이 있는 연방의 법률과 프로그램을 평가하고 포괄입법에 대한 권고안을 담은 보고서를<sup>377)</sup> 1988년 7월에도 포괄적인 장애인차별금지법의 제정 필요성과 그 주요 내용을 포함한 보고서<sup>378)</sup> 연방의회에 제출

375) 장민선, 앞의 보고서(주367), 32면 참조.

376) 동 기구의 최초 명칭은 “National Council on the Handicapped”였으며, 후에 명칭을 변경하였다.

377) National Council on Disability, *Toward Independence: An Assessment of Federal Laws and Programs Affecting Persons with Disabilities—With Legislative Recommendations*, A Report to the President and to the Congress of the United States (February 1986).

378) National Council on Disability, *On the Threshold of Independence: Progress*

하였다. 이후 이를 근거로 한 장애인 권리보장을 위한 포괄입법 법률안(“An Act to establish a clear and comprehensive prohibition of discrimination on the basis of disability”)이 의회에 제출되었다.

위 법률안은 종래 장애인 관련 법률들과 달리 민간부문에 대해서까지 장애인에 대한 차별금지를 적용하는 내용을 포함하고 있었기 때문에 특히 중소기업을 비롯하여 기업의 활동을 지나치게 제약하고 경제에 악영향을 미칠 것이라는 논란이 강하게 제기되었다. 이에 여러 차례 국가와 민간 사이의 정치적 타협과 그러한 타협을 반영한 수정안이 마련되었고, 1990년 7월 12일과 13일 각각 하원과 상원을 통과하여 이후 7월 26일 부시(Bush) 대통령이 서명하면서 마침내 장애인법(the Americans with Disabilities Act of 1990)이 제정되었다.<sup>379)</sup>

1990년 「장애인법」은 1964년 「민권법」 및 1973년 「재활법」 Section 504를 주요 모델로 하여 장애인의 권익을 포괄적으로 보장하기 위해 제정된 대표적인 연방법으로서 제정 당시 지금까지 인류가 제정한 장애인 권리보장 및 차별금지 관련 법 가운데 가장 포괄적이고 강력한 내용을 담고 있다는 찬사를 받았으며, 이에 노예해방에 버금가는 ‘장애인 해방선언’(the Emancipation Proclamation for People with Disabilities) 혹은 ‘장애인 권리장전’(People with Disabilities’ Bill of Rights)이라는 평가를 받기도 하였다.<sup>380)</sup>

다만, 주요한 생활활동(major life activities), 합리적 편의제공(reasonable accommodation), 필수적인 기능(essential functions)과 같이 장애(disability) 혹은 자격을 갖춘 장애인(qualified individual with a disability) 등 그 적용의 대상을 정의하는 데 사용되는 개념들의 모호성 내지 불명확성이 문제되었다. 이로 인하여 관련 소송이 지속적으

---

*on Legislative Recommendations from Toward Independence, A Report to the President and to the Congress of the United States (January 1988).*

379) 김재원, “미국 장애인법의 성과와 한계 - 법사회학적 고찰-”, 『성균관법학』 제23권 제3호(2011), 1025-1026면 참조.

380) 김재원, 앞의 논문(주379), 1026면; 이호영, 앞의 책(주366), 1면 참조.

로 제기되어 법원에 의해 해결되어야 하는 등 법적 안정성과 예측가능성에 한계를 안고 있었고, 법원의 해석에서도 일관성이 유지되지 않아 많은 논란이 야기되었다.<sup>381)</sup>

## (2) 2008년 「장애인법」의 개정

「장애인법」은 2008년 9월 25일 2008년 「장애인법」(ADA AMENDMENTS ACT OF 2008)으로 개정되어 2009년 1월 1일부터 시행되었다. 종래 「장애인법」상 장애의 개념이 매우 추상적으로 규정되어 있어서 그와 관련된 구체적인 판단이 법원에 의해 이루어지게 되었고, 그 과정에서 법원은 의회의 입법취지와 다른 결정을 함으로써 괴리를 야기하는 상황이 발생하였다. 이에 대한 비판이 강력하게 제기되었고, 2008년 개정은 연방의회가 이러한 비판을 수용하여 이루어진 것이다. 이에 주요 개정내용은 권리보장 대상으로서 장애인의 의미를 폭넓게 해석되도록 하기 위한 것이었다.<sup>382)</sup>

1990년 「장애인법」이 제정된 이후 동법의 적용과 관련하여 드러난 문제점과 이에 개정되어야 할 필요성은 다음과 같이 제시된다.<sup>383)</sup> (1) 1990년 「장애인법」을 제정함에 있어서, 의회가 의도한 것은 ‘장애인 차별을 제거하도록 명백하고 포괄적인 전 국가적 의무를 규정’하고 폭넓게 적용되도록 하는 것이었다. (2) 의회는 신체적 및 정신적 장애가 어떠한 방식으로든 사회의 모든 영역에서 장애인이 완전하게 참여할 수 있는 권리를 배제해서는 안 된다는 인식에 따라 「장애인법」을 제정하였지만, 편견, 구시대적 태도, 사회적 또는 제도적 장벽의 존재로 인하여 그러한 목적이 달성되지 못하는 경우가 종종 발생하였다. (3) 의회는 「장애인법」상 장애의 정의가 법원에 의해 1973년 「재활법」에 따라 장애인에 대한 정의를 적용한 방식과 일관되게 해석될 것이

---

381) 이호영, 앞의 책(주366), 16면; 최영란, 앞의 논문(주371), 153면 참조.

382) 김재원, 앞의 논문(주379), 1027면; 장민선, 앞의 보고서(주367), 36-37면 참조.

383) 42 U.S.C. §12101(a).

라고 기대했지만 그렇지 못했다. (4)Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 US 471 (1999) 사건 및 그 관련 사건에서 연방대법원은 장애인법이 제공하려는 광범위한 권리보장의 범위를 좁혀서 의회가 보호하고자 했던 많은 개인에 대한 보호를 배제하였다. (5)Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams, 534 U.S. 184 (2002)에서 연방대법원은 「장애인법」이 제공하고자 한 광범위한 보호범위를 더욱 좁혔다. (6)이러한 연방대법원의 판결들로 인하여 하급 법원은 개별 사건들에서 상당히 제약하는 손상을 가진 사람들이 장애인이 아니라는 잘못된 판단을 해왔다. (7)특히, Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams, 534 U.S. 184 (2002) 사건의 경우 연방대법원은 “상당히 제약하는(substantially limits)”이라는 용어를 의회가 의도한 것보다 더 많은 제약을 요구하는 것으로 해석했다. (8)의회는 “상당히 제약하는(substantially limits)”이라는 용어를 “크게 제한하는(significantly restricted)”으로 정의하는 현행 평등고용기회위원회 「장애인법 규칙」(Equal Employment Opportunity Commission ADA regulations)이 지나치게 높은 기준을 제시하여 의회의 의도와 일치하지 않는다고 판단하였다.

이러한 배경에 따라 2008년 「장애인법」의 개정 목적은 다음과 같은 6가지로 제시되었다.<sup>384)</sup> (1) 「장애인법」에 따른 광범위한 권리보장 범위를 복원함으로써 “차별을 제거하기 위한 명백하고 포괄적인 국가적 의무”를 규정하고, “차별을 다루는 명백하고 강력하며 일관되고 시행 가능한 표준”을 규정하는 ADA의 목표를 수행하는 것, (2)Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 US 471 (1999) 사건 및 그 관련 사건에서 손상이 주요한 생활활동을 실질적으로 제약하는지 여부가 완화 조치(mitigating measures)의 개선 효과(ameliorative effects)와 관련하여 결정되어야 한다는 연방대법원의 요건을 부정하는 것, (3)Sutton v. United Air Lines, Inc., 527 US 471 (1999) 사건에서 장애에 대한 정

---

384) 42 U.S.C. §12101(b).

의의 세 번째 경우에 대한 보장과 관련된 연방대법원의 추론을 부정하고 School Board of Nassau County v. Arline, 480 U.S. 273 (1987) 사건에서 연방대법원이 1973년 「재활법」상 장애(handicap)에 대한 정의의 세 번째 경우에 대해 폭넓은 관점을 제시한 추론을 회복시키는 것, (4)Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams, 534 US 184 (2002) 사건에서 연방대법원이 장애인법상 장애에 대한 정의에서 “상당히(substantially)” 및 “주요(major)”라는 용어가 “장애인으로서의 자격을 얻기 위한 까다로운 기준을 만들기 위해 엄격하게 해석될 필요가 있으며”, 「장애인법」에 따라 주요한 생활활동(major life activity)의 수행이 상당히 제약된다고 하기 위해서는 “개인은 대부분 사람들의 일상생활(daily lives)에 핵심적인 중요성(central importance)을 갖는 활동을 수행하지 못하는 손상 또는 그러한 활동을 심각하게 제한하는(severely restricts) 손상을 갖고 있어야 한다”고 밝힌 기준을 거부하는 것, (5)Toyota Motor Manufacturing, Kentucky, Inc. v. Williams, 534 US 184 (2002) 사건에서 “상당히 제약하는(substantially limits)”과 관련하여 연방대법원이 창설하고, 하급 법원에 의해 많은 판결에 적용됨으로써 「장애인법」에 따른 보호를 받기 위하여 부당하게 높은 수준의 제약 필요성을 만든 기준에 대해 의회의 의도를 밝히는 것, 「장애인법」에 따라 제기된 사건에서 주된 관심 대상은 「장애인법」의 적용을 받는 주체가 그들의 의무를 준수했는지 여부에 있다는 것이 의회의 의도라는 점을 밝히는 것, 그리고, 개인의 손상이 「장애인법」상 장애에 해당하는지 여부에 대한 문제는 광범위한 분석을 요구하는 것이 아니라는 점을 밝히는 것, (6)평등고용기회위원회(EEOC)가 이 법에 의한 개정을 포함하여 이 법과 일치하도록 “상당히 제약하는(substantially limits)”이라는 용어를 “크게 제한하는(significantly restricted)”으로 정의하는 현행 규칙을 이 법과 부합하도록 개정하는 것에 대한 기대를 표명하는 것 등이다.

이에 따라 2008년 「장애인법」은 장애의 정의에 대해 상세한 내용을

대폭 포함하게 되었다. 특히, 1990년 「장애인법」이 1973년 「재활법」에 규정된 세 가지 장애 개념을 나열하고 그 이상의 부연 설명은 하지 않았던 것에 비하여 장애를 정의하는데 사용되는 “주요한 생활 활동 (major life activities)”,<sup>385)</sup> “그러한 손상이 있는 것으로 간주되는 (regarded as having such an impairment)”,<sup>386)</sup> “장애의 정의에 대한 해석의 기준”,<sup>387)</sup> “보조기구와 서비스(auxiliary aids and services)”,<sup>388)</sup> “주(State)”<sup>389)</sup>의 개념을 보완하는 내용을 추가하였으며, 동법이 주(州) 근로자 보상법 또는 주(州)와 연방의 장애 수당 프로그램에 따른 수급 자격 결정 기준을 변경하지 않는다는 점이 명시되기도 하였다.<sup>390)</sup>

### (3) 「장애인법」의 구성

「장애인법」은 U.S.C. Title 42, Chapter 126에 규정되어 있으며, 서문에 해당하는 부분과 5개의 Subchapter로 구성되어 있다. 서문에서는 입법의 배경과 목적(Findings and Purposes), “장애(disability)”를 포함한 동법의 주요 개념들을 정의하고 있다. 「장애인법」은 동법의 목적을 다음의 4가지로 제시하고 있다.<sup>391)</sup> 첫째, 동법은 장애인에 대한 차별을 제거해야 하는 분명하고 포괄적인 국가의 의무를 규정한다. 둘째, 장애인에 대한 차별을 다루는 분명하고 강력하며 일관되고 실효성 있는 기준을 제공한다. 셋째, 장애인을 위하여 동법에 제시된 기준을 집행하는데 연방정부가 주된 역할을 수행하도록 보장한다. 넷째, 장애인이 일상적으로 마주하게 되는 차별의 주된 영역을 다루기 위해서 수정 헌법 제14조를 집행하는 권한 및 통상을 규제하는 권한을 포함한 의회의 권한을 대대적으로 발동한다. 이후 Subchapter I 은 고용(Employment)

385) 42 U.S.C. §12102(2).

386) 42 U.S.C. §12102(3).

387) 42 U.S.C. §12102(4).

388) 42 U.S.C. §12103(1).

389) 42 U.S.C. §12103(2).

390) 42 U.S.C. §12201(e).

391) 42 U.S.C. §12101(b).

Subchapter II는 공공서비스(Public Services) Subchapter III은 사인이 운영하는 공공시설 및 교통수단 등 서비스(Public Accommodations and Services Operated by Private Entities) Subchapter IV는 정보통신(Telecommunications), Subchapter V는 기타사항(Miscellaneous Provisions)이다. 각 장에 따라서 장애인에 대한 편의제공의 용어와 그 의미를 각각 다르게 표현하고 있기도 하다. 고용과 관련해서는 합리적 편의제공 의무(the duty of reasonable accommodation)를 규정하고, 공공서비스 및 사인이 운영하는 공공시설 및 서비스와 관련해서는 합리적 수정 의무(the duty of reasonable modification)와 기타의 편의제공 의무를 구체적으로 나열하고 있다. 특히, Subchapter III은 공공시설 및 교통수단에 장애인이 큰 어려움이나 비용을 지출하는 일이 없이 쉽게 접근하여 이용할 수 있도록 하는 내용으로서 숙박시설, 음식점, 극장, 회의장, 쇼핑센터, 은행, 대중 교통시설, 공원, 탁아시설, 체육관 등 12개 종류의 시설과 서비스를 분류하여 규정하고 있다.

## 2. 「재활법」

1990년 「장애인법」은 그 입법목적이나 주요 개념, 보호를 위한 수단 등과 관련하여 이전에 존재해오던 여러 장애인 관련법에 상당 부분 의존하고 있으며, 입법의 취지도 이러한 개별 법률들의 공백을 보완하고 포괄적인 보호법을 제정하기 위한 것이었다. 그만큼 「장애인법」 제정 이전의 법률을 주목해야 할 필요가 있다. 그 가운데 가장 대표적인 것이 1973년의 「재활법」(Rehabilitation Act of 1973)<sup>392</sup>이다. 「재활법」의 제정에 앞서 1964년 「민권법」을 개정하여 연방정부의 재정지원을 받는 사업의 수행에 있어서 차별금지 사유로 “장애”를 추가하고자 하는 입법시도가 있었으나 무산되었다. 1972년에는 연방정부로 하여금 장애인 근로자의 고용과 배치, 승진 등과 관련하여 적극적 평등실현조

---

392) P. L. No. 93-112.

치(affirmative action)를 취하도록 하는 「재활법」 제정 법률안이 제출되었으나 역시 닉슨(Nixon) 대통령의 거부권 행사로 제정되지 못하였다. 1973년 「재활법」은 이러한 1972년 「재활법」을 보다 완화함으로써 제정된 것으로 「장애인법」의 발전에 매우 중요한 의의 갖게 되었다.<sup>393)</sup>

「재활법」은 U.S.C. Title 29, Chapter 16에 규정되어 있는바, 일반규정(General Provisions), Subchapter I 직업재활(vocational rehabilitation services), Subchapter II 연구 및 훈련(Research and Training), Subchapter III 전문 개발 및 특별 프로젝트 및 실습(Professional Development and Special Projects and Demonstrations), Subchapter IV 국가장애위원회(National Council on Disability), Subchapter V 권리 및 옹호(Rights and Advocacy), Subchapter VI 장애인을 위한 고용기회(Employment Opportunities for Individuals with Disabilities), Subchapter VII 자립생활서비스 및 자립생활 센터(Independent Living Services and Centers for Independent Living), Subchapter VIII 특별 실습 및 훈련 프로젝트(Special Demonstration and Training Projects)로 구성되어 있다.

「재활법」은 장애인의 고용과 자립을 지원하기 위하여 직업재활 프로그램에 대해 보조금을 지급하는 것을 주요 내용으로 하며, 국가 장애 및 재활연구소(National Institute on Disability and Rehabilitation Research)와 국가장애위원회(National Council on Disability)의 연구활동도 지원한다. 특히, 연방기관이 운영하는 사업, 연방정부의 재정보조를 받는 사업, 연방정부 및 연방정부와 계약을 체결한 도급업자의 경우 고용과 관련하여 장애를 이유로 하는 차별을 금지하고 적극적인 평등실현조치를 하도록 규정하고 있다. 비록 1990년 「장애인법」에 비하여 적용되는 영역이 상대적으로 제한적이라는 한계가 있기는 하지

---

393) 김재원, 앞의 논문(주379), 1022면; 임형국 외, 「장애인차별금지법 영역을 기준으로 한 외국 사례 연구 -미국 장애인법과 호주 장애인차별금지법을 중심으로-」(국가인권위원회, 2011), 10면 참조.



만 고용 영역에서의 차별 여부를 판단하는 기준은 양자가 동일하다고 할 수 있으며, 고용 영역에서는 1990년 장애인의 모범이라고 할 수 있을 만큼 상당부분이 1990년 「장애인법」에 수용되어 있다. 특히, 「재활법」상 가장 중요한 개념이라고 할 수 있는 “장애”와 “합리적 편의제공”이라는 개념은 「장애인법」에 그대로 반영되었다.<sup>394)</sup>

#### IV. 법률상 장애(인) 개념 분석

##### 1. 「장애인법」상 장애 개념

「장애인법」은 Section 12102 (1)에서 “장애(disability)”를 세 가지로 나누어 정의하고 있다. 즉, 장애는 “(A)하나 이상의 주요 생활활동(one or more major life activities)을 상당히 제약하는(substantially limits) 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment); (B)그러한 손상의 기록(a record of such an impairment); 또는 (C)그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)”로 정의하고 있다. 개인은 어느 하나에라도 해당하면 「장애인법」상 장애인에 해당한다. 개인은 일시적(transitory)이고 또한 경미한(minor) 손상이 아니라면 실제의 손상 또는 인식된 손상을 이유로 한 금지된 행위로부터 보호를 받게 된다.<sup>395)</sup> 이와 같은 정의는 1974년 개정된 「재활법」의 장애인(handicapped individual)에 대한 정의와 사실상 동일한 것이다. 이처럼 「재활법」상 장애인의 정의와 동일한 정의를 채택함으로써 의회는 「재활법」의 적용과 관련한 판례가 「장애인법」에서 사용되는 용어에도 일반적으로 적용되도록 의도하고 있다.<sup>396)</sup>

394) 엠헤국 외, 앞의 보고서(주393), 10면 참조.

395) 29 C.F.R. §1630.2(g)(1)(iii).

396) APPENDIX TO 29 C.F.R. PART 1630, INTERPRETIVE GUIDANCE ON TITLE I OF THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT, Section 1630.2(g) Disability.

‘장애’는 의학적인 용어가 아니라 법률적인 용어에 해당한다. 『장애인법』상 장애의 개념은 현재 실제로 신체적 및 정신적 손상을 가지고 있는 경우뿐만 아니라 과거의 손상, 나아가 손상을 가진 것으로 간주되는 경우에 이르기까지 매우 폭넓게 정의되고 있다.<sup>397)</sup>

한편, 개인이 현재 약물의 불법적 사용(illegal use of drugs)에 관여하고 있고 적용대상자가 그러한 사용을 이유로 행위하는 경우에는 당해 개인은 『장애인법』상 “장애인(individual with a disability)”에 포함되지 않는다.<sup>398)</sup> 다만, (1)감독받는 약물 재활 프로그램을 성공적으로 완료했으며 더 이상 약물의 불법적 사용에 관여하지 않거나 기타 성공적으로 재활을 받았으며 더 이상 그러한 사용에 관여하지 않는 경우 (2)감독받는 재활 프로그램에 참여하고 있으며 더 이상 그러한 사용에 관여하지 않는 경우, (3)그러한 사용에 관여하는 것으로 잘못 간주되었지만 그러한 사용에 관여하지 않는 경우에는 장애인에 포함된다.<sup>399)</sup> 또한 개인이 그러한 서비스를 받을 권리가 있는 경우에는 현재 약물을 불법적으로 사용하고 있다는 것을 이유로 의료서비스 또는 약물 재활과 관련하여 제공되는 서비스를 거부당해서는 안 된다.<sup>400)</sup>

---

397) 이와 관련하여 김재원, 앞의 논문(주379), 1030면은 미국의 『장애인법』이 단순히 장애를 의학적 관점에서만 바라보는 것이 아니라 이른바 “사회적 모델(social model)”을 수용하고 있는 것이라고 한다. 다만, 과거의 손상 및 손상을 가진 것으로 간주되는 경우를 장애에 포함시키는 것이 곧 사회적 모델을 수용한 것이라고 할 수 있는지는 의문이다. 사회적 모델은 일반적으로 의학적 모델(medical model)을 참조하여 설명되는데, 의학적 모델은 장애를 질병, 사고 또는 기타 건강 상태로 인해 직접 발생하고 재활과 같은 의료 개입으로 개선할 수 있는 개인적인 문제로 간주한다. 이에 비하여 사회적 모델은 장애를 개인의 고유한 속성이 아니라 물리적 구조(건축, 교통 시스템 등의 설계) 및 그 사회적 구조와 신념을 포함하여 장애인에 대한 차별로 이어지는 개인의 사회적 맥락과 환경의 산물로 간주하는 것이다. Brunel University, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*(European Commission, 2002), p.20.

398) 42 U.S.C. §12210(a). “불법 약물 사용(illegal use of drugs)”, “약물(drug)”의 구체적인 의미는 규제물질법(Controlled Substances Act)에 따라 정해진다. 42 U.S.C. §12210(d).

399) 42 U.S.C. §12210(b).

400) 42 U.S.C. §12210(c).

이 밖에도 단지 복장도착자(transvestite)라는 이유로 장애가 인정되지 않으며,<sup>401)</sup> 동성애(homosexuality)와 양성애(bisexuality) 역시 손상이 아니고 따라서 장애가 아니다.<sup>402)</sup> 또한 (1)복장도착증(transvestism), 성전환증(transsexualism), 소아성애(pedophilia), 노출증(exhibitionism), 관음증(voyeurism), 신체적 손상의 결과가 아닌 성적 정체성 장애, 기타 성적 행동 장애, (2)강박적 도박(compulsive gambling), 도벽(kleptomania), or 방화벽(pyromania), (3)현재 약물의 불법적 사용으로 인한 향정신성 물질 사용 장애도 장애로 인정되지 않는다.<sup>403)</sup>

한편, 「장애인법」은 위와 같은 장애의 세 가지 유형 중 하나에 속하지 않지만 장애를 가진 사람과 관련된 개인 역시 보호한다. 이는 일반적으로 “연계차별(Association Discrimination)”이라고 하며, 개인과 장애인과의 관계와 관련된 오해, 두려움 또는 가정에 근거하여 개인이 차별을 받지 않도록 한다.<sup>404)</sup> 연계차별에 대해서는 법률 전체에 적용되는 정의 규정이 아니라 각 Subchapter에서 영역별로 규정하고 있는 바, 아래 「장애인법」상 장애인 권리보장의 내용에서 함께 살펴본다.

#### (1) 주요 생활활동(major life activities)의 의미

「장애인법」상 장애에 해당하기 위한 요건 가운데 주요 생활활동(major life activities)이란 일반적인 경우, 스스로 돌보기(caring for oneself), 수작업 수행(performing manual tasks), 보기, 듣기, 먹기, 잠자기, 걷기, 서기, 들기, 굽히기, 말하기, 호흡, 학습, 독서, 집중, 사고, 타인과의 의사소통, 그리고 일을 포함하며 여기에 한정되지 않는다.<sup>405)</sup> 주요 생활활동은 일반 인구의 평균인(average person in the general

---

401) 42 U.S.C. §12208.

402) 42 U.S.C. §12211(a).

403) 42 U.S.C. §12211(b).

404) Equip for Equality, “ADA Coverage Beyond Actual Disabilities: Regarded As, Record Of, and Association”, Brief 38(Great Lakes ada Center, 2018), p.8.

405) 42 U.S.C. §12102(2)(A).

population)이 거의 또는 전혀 어려움이 없이 수행할 수 있는 기본 활동을 말한다. 주요 생활활동에는 위와 같은 예시 이외에도 앉기, 서기, 들어 올리기, 손 뺏기 등이 포함되며 역시 이러한 예에 국한되지 않는다.<sup>406)</sup> 또한 주요 생활활동에는 면역기능, 정상적인 세포 성장, 소화, 장, 방광, 신경계, 뇌, 호흡기, 순환기, 내분비 및 생식 기능에 한정되지 않는 주요 신체적 기능(major bodily function)의 작동도 포함되며, 주요 신체적 기능의 작동은 신체 체계(body systems) 내부의 개별 기관의 작동이 포함된다.<sup>407)</sup> 이 밖에 주요 생활활동의 다른 예에 해당하는지 여부를 결정할 때 '주요(major)'라는 용어는 장애에 대한 까다로운 기준을 만들기 위해 엄격하게 해석되어서는 안 된다. 어떠한 활동이 '주요 생활활동'인지 여부는 '일상 생활에서 핵심적인 중요성(central importance to daily life)'인지 여부에 따라 결정되어서는 안 된다.<sup>408)</sup>

## (2) 상당히게 제약하는(substantially limits)의 의미

『장애인법』은 Section 12102 (4)에서 장애의 정의와 관련한 해석에서 준수되어야 할 원칙도 규정하고 있다. 이에 따르면, 장애는 많은 사람을 포함할 수 있도록 용어상 허용되는 범위 안에서 최대한으로 넓게 되어야 한다(A). 또한 “상당히 제약하는”이라는 용어는 2008년 개정 『장애인법』의 사실인정(findings) 및 목적과 일관성을 갖도록 해석되어야 한다(B). 또한 하나의 주요한 생활활동을 제약하는 손상은 장애로 간주되기 위해 다른 주요 생활활동을 제약할 필요는 없으며(C), 일시적으로 발생하거나 호전되는 상태에 있는 손상은 당해 증상이 발생하는 때에 주요한 생활 활동을 제약한다면 장애에 해당한다(D).

또한 (i)상당하게 제약한다는 것이 충족하기 어려운 기준(demanding

---

406) APPENDIX TO 29 C.F.R. PART 1630, INTERPRETIVE GUIDANCE ON TITLE I OF THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT, Section 1630.2(i) Major Life Activities.

407) 42 U.S.C. §12102(2)(B).

408) 29 C.F.R. §1630.2(i)(2).

standard)을 의미하는 것은 아니다. (ii)장애에 해당하는 손상은 비장애인 가운데 대부분의 사람들에 비하여 주요한 생활 활동을 수행하는 개인의 능력을 상당히 제약하는 경우를 말한다. 손상이 상당히 제약하는 것으로 간주되는데, 반드시 그러한 손상이 개인으로 하여금 주요한 생활 활동을 수행하지 못하도록(prevent) 하거나 중요하게(significantly) 또는 심각하게(severely) 제한할 필요는 없다. (iii)분쟁에서 주로 관심의 대상은 손상이 주요한 생활 활동을 상당히 제약하는지 여부가 아니라 당사자가 의무를 준수했는지 여부와 차별이 발생했는지 여부이며, 따라서 손상이 주요한 생활 활동을 상당히 제약하는지 여부에 대한 경계 문제(threshold issue)는 광범위한 분석을 요구해서는 안 된다. (v) 개인의 주요한 생활 활동 수행을 비장애인 가운데 대부분의 사람들의 그것과 비교하는데 일반적으로 과학적, 의학 적 또는 통계적 분석이 요구되는 것은 아니다.<sup>409)</sup> 이러한 기준들은 「장애인법」 하에서 권리와 의무를 지는 모든 개인들이 예측 가능하고, 일관적이며, 실효성이 있는 틀을 제시함으로써 「장애인법」의 차별금지가 보다 넓은 범주와 적용범위를 갖도록 하는 것이다.<sup>410)</sup> 이와 관련된 판단을 하는 경우에는 비장애인 가운데 대부분의 사람들과 비교하여 개인이 주요한 생활활동을 수행하는 조건(condition), 방법(manner), 소요 시간(duration of time)을 고려하는 것이 적절한 경우에 유용할 수 있다.<sup>411)</sup>

특히, 일정한 기구나 서비스를 통하여 손상을 완화하는 조치가 가능하고 이에 따라 개선 효과가 있다는 점은 원칙적으로 손상으로 인하여 주요 생활활동에 상당한 제약이 가해지는지 여부를 판단하는 데 고려되는 요소가 아니다. 즉, 장애가 주요한 생활 활동을 상당히 제약하는지 여부의 결정은 (I)약물, 의료 용품, 장비 또는 기구, 저시력

---

409) 29 C.F.R. §1630.2(j)(1).

410) 29 C.F.R. §1630.2(j)(3)(i).

411) 29 C.F.R. §1630.2(j)(4)(i).

장치(일반 안경 또는 콘택트렌즈는 포함하지 않음), 팔과 다리 및 장치(limbs and devices)를 포함한 인공기구들, 보청기 및 달팽이관 임플란트 또는 기타 이식 가능한 보청장치들, 이동 장치, 또는 산소 요법 장비 및 용품; (II)보조 기술의 사용; (III)합리적 편의제공(reasonable accommodations)이나 보조적 지원이나 서비스(auxiliary aids and services)<sup>412</sup>; 또는 (IV)습득된 행동 또는 적응 신경학적 조정 등과 같은 완화 조치(mitigating measures)를 통하여 개선 효과가 있는지 여부와 무관하게 이루어져야 한다.<sup>413</sup> 이에 비하여 일반 안경 또는 콘택트렌즈의 완화 조치에 따른 개선 효과는 장애가 주요 생활활동을 상당히 제약하는지 여부를 결정하는 데 고려되어야 한다.<sup>414</sup> 여기서 "일반 안경 또는 콘택트렌즈"라는 용어는 시력을 완전히 교정하거나 굴절 오차를 제거하기 위한 렌즈를 의미하며, "저시력 장치"라는 용어는 시각적 이미지를 확대, 향상 또는 증강시키는 장치를 의미한다.<sup>415</sup>

「장애인법」이 장애와 관련하여 위와 같이 상세한 내용으로 규정한 이유는 과거 연방대법원이 장애인의 개념을 매우 좁게 해석을 했기 때문이다. 연방대법원은 안경 착용이나 약물 복용 등에 의해서 손상이 완화되는 장애인은 「장애인법」상 장애인에 해당하지 않는다고 판시하고,<sup>416</sup> 신체적 손상이 주요한 생활활동을 상당히 제한하는지 여부를 판단함에 있어서도 주요한 생활활동은 '일상생활에서 가장 중요한 활동들'(those activities that are of central importance to daily life)을

---

412) 보조적 지원이나 서비스(auxiliary aids and services)에는 (A) 청각 장애가 있는 개인에게 청각 전달 자료를 제공하는 자격을 갖춘 통역사(qualified interpreters) 또는 기타 효과적인 방법, (B) 자격을 갖춘 독자(qualified readers), 녹화된 텍스트 또는 시각 장애가 있는 개인이 시각 자료를 사용할 수 있도록 하는 기타 효과적인 방법, (C) 장비 또는 장치의 획득 또는 수정, (D) 기타 유사한 서비스 및 조치가 포함된다. 42 U.S.C. §12103(1).

413) 42 U.S.C. §12102(4)(E)(i), 이 밖에 29 C.F.R. §1630.2(j)(5)(i)은 심리 요법, 행동 요법 또는 물리 요법도 완화조치에 포함시키고 있다.

414) 42 U.S.C. §12102(4)(E)(ii).

415) 42 U.S.C. §12102(4)(E)(iii).

416) Sutton v. United Airlines 527 U.S. 471 (1999).

의미한다고 엄격하게 해석한 바 있다.<sup>417)</sup> 연방대법원의 이러한 입장은 「장애인법」의 기본 취지에 반하는 것이었고, 법률을 위와 같이 개정하면서 위 두 판례의 취지를 거부하는 것이 개정의 목적이라는 점까지 명시하게 된 것이다.

(3) 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)의 의미  
“신체적 손상”은 신경계, 근골격계, 특수 감각기관, 호흡기관(발성기관 포함), 심혈관계, 생식계, 소화기관, 비뇨기관, 면역체계, 순환계, 혈관계, 임파계, 피부, 내분비계와 같은 신체 체계(body systems)의 하나 이상에 영향을 주는 모든 생리학적 이상이나 상태(physiological disorder or condition), 미용상 훼손(cosmetic disfigurement), 혹은 해부학적 상실(anatomical loss)을 의미한다. 또한 “정신적 손상”은 지적장애(intellectual disability)(종래의 정신지체(mental retardation)), 기질성 뇌증후군(organic brain syndrome), 정서 장애 혹은 정신 질환(emotional or mental illness), 특수한 학습장애와 같은 모든 정신적 혹은 심리적 이상을 의미한다.<sup>418)</sup>

손상이 있는 상태와 손상이 아닌 신체적, 심리적, 환경적, 문화적, 경제적 특성을 구별하는 것이 중요하다. “손상”의 정의는 “정상(normal)” 범위 내에 있으며 생리적 이상(physiological disorder)의 결과가 아닌 눈 색깔, 머리 색깔, 왼손잡이 또는 키, 체중 또는 근긴장(muscle tone)과 같은 신체적 특성을 포함하지 않는다. 마찬가지로 손상은 질병이나 질환에 대한 특징적인 소인을 포함하지 않는다. 생리적 이상의 결과가 아닌 임신과 같은 다른 상태도 손상이 아니다. 마찬가지로 정의에는 정신적 또는 심리적 장애의 증상이 아닌 판단력 미숙이나 급한 성질과 같은 일반적인 성격 특성이 포함되지 않는다. 빈곤, 교육 부족 또는 전과 기록과 같은 환경적, 문화적 또는 경제적 불이익

---

417) Toyota Motor Manufacturing v. Williams 534 U.S. 184 (2002).

418) 29 C.F.R. §1630.2(h).

은 손상이 아니다. 고령은 그 자체로 손상이 아니다. 그러나 청력 상실, 골다공증 또는 관절염과 같이 일반적으로 연령과 관련된 다양한 의학적 상태는 손상을 구성한다.<sup>419)</sup>

#### (4) 손상의 기록(a record of such an impairment)의 의미

장애에는 현재 실제로 장애를 가지고 있는 경우만을 의미하지 않는다. 장애에 포함되는 “손상의 기록(record of such an impairment)”은 현재 장애가 없더라도 하나 이상의 주요 생활활동을 상당히 제약하는 정신적 또는 육체적 손상의 이력이 있거나 이러한 손상을 가진 것으로 잘못 분류된 경우를 의미한다.<sup>420)</sup> 즉, 장애에 대한 두 번째 정의는 과거의 장애를 의미하는 것이다. 「장애인법」은 현재 장애를 가지고 있지 않더라도 손상의 기록을 가지고 있는 사람도 보호의 대상에 포함하여 결핵이나 암으로 투명한 이력이 있다는 것을 이유로 취업을 거부하는 행위와 같이 과거의 장애를 이유로 차별받는 것까지 금지한다.

장애의 두 번째 정의와 관련하여 손상의 기록이 있는지 여부는 「장애인법」이 허용하는 범위 내에서 최대한 넓게 해석되어야 하며 광범위한 분석을 요구하는 것이어서는 안 된다. 비장애인 중 대다수와 비교할 때, 그러한 손상의 이력이 있거나 이력이 있는 것으로 잘못 분류된 경우에 손상의 기록이 있는 것으로 간주된다.<sup>421)</sup> 상당하게 제약하는 손상의 기록이 있는 개인은 과거의 장애와 관련하여 필요한 경우에는 어렵지 않게 합리적 편의제공(reasonable accommodation)을 받을 수 있다. 예를 들어, 이전에는 주요한 생활 활동을 상당하게 제약하였지

---

419) APPENDIX TO 29 C.F.R. PART 1630, INTERPRETIVE GUIDANCE ON TITLE I OF THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT, Section 1630.2(h) Physical or Mental Impairment.

420) “Record of” means that the person has a history of, or has been misclassified as having, a mental or physical impairment that substantially limits one or more major life activities, even though the person does not currently have a disability. The ADA National Network Disability Law Handbook, 2013, p.2.

421) 29 C.F.R. §1630.2(k)(2).



만 더 이상 그렇지 않은 손상을 가진 근로자는 후속 조치나 의료 서비스 제공자와의 “모니터링” 약속에 참여하기 위하여 휴가 또는 일정 조정을 필요로 할 수 있다.<sup>422)</sup>

(5) 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)의 의미

“그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)”란 당해 손상이 주요한 생활 활동을 제약하는지 아니면 제약하는 것으로 인식되는지와 관계없이 실제적 또는 인식된 신체적 또는 정신적 손상으로 인해 이 장에서 금지된 조치를 받았다는 것을 규명하는 경우를 의미한다. 즉, 개인이 실제적인 또는 인식된 신체적 또는 정신적 손상을 이유로 금지된 조치를 겪게 되는 경우에는 그러한 손상이 주요한 생활 활동을 상당히 제약하는지 여부 또는 상당히 제약하는 것으로 인식되는지 여부와 관계없이 그러한 손상을 가진 것으로 간주된다.<sup>423)</sup> 주요 생활활동을 상당히 제약하는 조건을 갖추지 않은 경우에도 근로자들이 고용주에 의하여 손상을 가진 것으로 간주되는 경우에는 「장애인법」에 따라 보호를 받는 것이다. 의회는 ADA의 “장애”의 정의에 이 부분을 포함시킴으로써 사람이 상당히 제약하는 손상이 없는 경우에도 발생할 수 있는 장애에 대한 “미신, 두려움 및 고정 관념”에 기반한 차별적 행동으로부터 사람들을 보호하고자 하였다.

“그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우”는 개인의 실제 능력보다는 개인에 대한 고용주의 주관적인 인식에 중점을 둔다. 2008년 이전에는 원고가 “그러한 손상을 가진 것으로 간주되는” 것과 관련하여 청구를 제기하는 데 매우 어려움을 겪었다. 그러나 2008년 개정 「장애인법」은 이 부분을 재정의하여, 개인이 주요 생활활동을 상당히 제

---

422) 29 C.F.R. §1630.2(k)(3).

423) 29 C.F.R. §1630.2(l)(1), §1630.15(f)에 규정된 경우는 제외.

약하는 손상이 있는 것으로 간주되었다는 것을 입증해야 하는 요건을 제거했다. 이제 개인은 손상이 주요 생활활동을 제약하는 것으로 인식되는지 또는 상당히 제약하는 것으로 인식되는지에 관계없이 자신이 손상이 있는 것으로 “간주되는” 것만을 입증하면 된다.<sup>424)</sup> 이러한 중요한 변경 사항과 관련하여 평등고용기회위원회(EEOC)는 “간주되는” 경우가 대부분의 상황에서 『장애인법』의 적용을 위한 가장 실행 가능한 방법이 되어야 한다고 설명한다. 즉, “개인이 적용 대상자가 합리적 편의제공의 실패에 대해 이의를 제기하지 않고 합리적 편의제공을 요구하지 않는 경우에는 대체로 ‘실제 장애(actual disability)’ 또는 ‘기록(record of)’ 즉, 주요 생활활동을 상당히 제약하는 손상 또는 그러한 손상의 기록을 증명할 것을 요구하는 예에 따라 소송절차를 진행할 필요가 없다.”<sup>425)</sup>

이 경우, 금지된 조치에는 고용거부, 강등, 비자발적 휴가 부여, 해고, 자격 기준 미달을 이유로 한 배제(exclusion for failure to meet a qualification standard), 희롱(harassment) 또는 기타 고용에 관한 기간, 조건, 혜택이 포함되며 여기에 국한되지 않는다.<sup>426)</sup> 이러한 장애에 대한 세 번째 정의는 실제 손상을 가지고 있지 않은 경우라도 장애를 가진 것으로 간주되어 보호의 대상이 되는 것으로 규정하는 것이다. 이는 오인에 의한 차별행위까지 방지하려는 의도에 따라 마련된 것이다.<sup>427)</sup> 다만, “그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우”는 일시적이고 사소한 손상에는 적용되지 않는다. 이 경우 일시적 손상이란 실제 또는 예상되는 기간이 6개월 이하인 손상을 말한다.<sup>428)</sup> 29 C.F.R.

---

424) Equip for Equality, ADA Coverage Beyond Actual Disabilities: Regarded As, Record Of, and Association, Legal Briefings, Brief 38, Great Lakes ada Center (April 2018), p.2.

425) 29 C.F.R. §1630.2(g)(3).

426) 29 C.F.R. §1630.2(i)(1).

427) Samuel R. Bagentos, *Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement*(Yale University Press, 2009), at 6.

428) 42 U.S.C. §12102(3)(A),(B).

§1630.15(f)에 따르면, 장애의 정의와 관련하여 이러한 세 번째 즉 “간주되는 경우”에 해당하여 차별이 문제된 경우에는 당해 손상이 “일시적이고 경미한(transitory and minor)” 것이거나 그러한 것이라고 인식되었다고 주장한다면 방어할 수 있다. 즉, 손상이 일시적이고 경미한 것이라고 주장한다면 차별 혐의에 대해 변호를 할 수 있다는 것이다. 이러한 변호를 위해서는 당해 손상이 “일시적”임과 동시에 “경미한” 것이라는 점을 입증해야만 한다. 문제가 되는 손상이 “일시적이고 경미한”지 여부는 객관적으로 결정되어야 하며, 단순히 그러한 손상인 것으로 주관적으로 믿었다는 것을 증명하는 것으로는 간주되는 경우에 해당하는 것을 무효화 할 수 없다. 여기서 “일시적”이라는 것은 6개월 이하로 지속되거나 지속될 것으로 예측되는 것을 말한다.

법의 적용을 받는 사람이 실제적 또는 인식된 신체적 또는 정신적 손상을 이유로 어떤 개인에 대해 금지된 조치를 취할 때마다 그 개인은 그러한 손상을 가진 것으로 간주된다. 당해 적용대상자가 그러한 조치에 대해 옹호하거나 궁극적으로 그러한 조치에 대한 변론을 확보하는 경우에도 마찬가지이다.<sup>429)</sup> 어떤 개인이 그러한 손상을 가진 것으로 간주된다는 것을 규명하는 것 그 자체만으로는 책임을 입증하는 것이 아니며, 법의 적용을 받는 사람이 「장애인법」의 의미에 따른 장애를 이유로 차별을 했다는 것을 입증하는 경우에만 그 책임이 확정된다.<sup>430)</sup>

## 2. 「재활법」상 장애 개념

재활법은 “장애(disability)”, “장애인(individual with a disability)”, “중증장애인(individual with a significant disability)”에 대해 정의를 하고 있다. 우선, 장애(disability)에 대해서는 Section 705 (9)에서 정의

429) 29 C.F.R. §1630.2(l)(2). §1630.15(f)에 규정된 경우는 제외.

430) 29 C.F.R. §1630.2(l)(3).

하고 있는바, “(A) 고용에 상당한 방해(substantial impediment)가 되거나 그러한 결과를 초래하는 신체적 또는 정신적 손상(impairment)” 또는 “(B) Section 701, 711 및 712 및 Subchapter II, IV, V, VII의 목적을 위하여는, Title 42(장애인법)의 Section 12102에 정의된 장애”라고 한다.<sup>431)</sup> 실질적으로 「장애인법」상 장애의 정의를 그대로 수용하고 있는 것이다. 그리고 “장애인(Individual with a Disability)”에 대해서는 일반적으로 “subparagraph (B)에 달리 규정된 경우를 제외하고 (i)고용에 상당한 방해(substantial impediment)가 되거나 그러한 결과를 초래하는 신체적 또는 정신적 손상(impairment)이 있는 사람”으로서 “(ii)Subchapter I, III 또는 VI에 따라 제공된 직업 재활 서비스(Vocational Rehabilitation Services)로부터 고용 성과의 측면에서 혜택을 얻을 수 있는 사람”이라고 정의하고 있다.<sup>432)</sup> 다만, subparagraphs (C), (D), (E) 및 (F)의 적용과 관련하여서는 장애인(Individual with a Disability)은 「장애인법」상의 정의를 따르고 있다. 즉, “이 Title의 Section 701, 711 및 712 및 이 Chapter의 Subchapter II, IV, V 및 VII의 목적을 위하여는 Title 42의 Section 12102에 정의된 장애가 있는 모든 사람”을 의미하는 것으로 규정하고 있다.<sup>433)</sup> 이에 비하여, 「장애인법」과 마찬가지로 현재 약물의 불법 사용에 관여하고 있는 개인, 알콜중독자, 전염성 질병을 앓고 있거나 감염된 사람, 동성애자 또는 양성애자는 장애인에 포함되지 않으며,<sup>434)</sup> (i)복장도착증(transvestism), 성전환, 소아성애, 노출증, 관음증, 신체적 손상에서 기인하지 않은 성동일성장애(gender identity disorder) 기타 성적 행동장애, (ii)강박적인 도박(compulsive gambling), 도벽, 방화벽(pyromania), (iii)현재 약물의 불법사용으로 인한 향정신성 물질 사용 장애는 장애에 포함되지 않는다.<sup>435)</sup>

---

431) 29 U.S.C. §705(9).

432) 29 U.S.C. §705(20)(A).

433) 29 U.S.C. §705(20)(B).

434) 29 U.S.C. §705(20)(C), (D), (E).

한편, 「재활법」은 “중증장애인(Individual with a significant disability)”에 대해서도 별도로 정의 규정을 두고 있다. 즉, 일반적으로는 “subparagraph (B) or (C)에 규정된 경우를 제외하고 (i)고용 성과의 측면에서 하나 이상의 기능적 능력(예컨대, 이동(mobility), 의사소통(communication), 자기 관리(self-care), 자기 주도(self-direction), 대인관계 기술(interpersonal skills), 업무 관용(work tolerance) 또는 업무 기술(work skills)을 심각하게 제한하는(seriously limits) 심각한 신체적 또는 정신적 손상(severe physical or mental impairment)이 있는 사람, (ii)직업 재활이 장기간에 걸쳐 여러 가지 직업 재활서비스를 필요로 할 것으로 예상되는 사람, (iii)paragraph (2)의 subparagraphs (A), (B)에 규정된 적격성 및 직업재활 필요성 결정을 위한 평가에 기반하여 상대적으로 중대한 기능적 제한(substantial functional limitation)을 초래하는 것으로 결정된 절단(amputation), 관절염(arthritis), 자폐증(autism), 실명, 화상, 암, 뇌성마비(cerebral palsy), 낭포성 섬유증(cystic fibrosis), 청각장애, 두부 손상, 심장질환, 편마비(hemiplegia), 혈우병(hemophilia), 호흡기 또는 폐 기능 장애, 지적장애, 정신질환, 다발성 경화증(multiple sclerosis), 근이영양증(muscular dystrophy), 근골격계 장애, 신경계 장애(뇌졸중 및 간질 포함), 하반신 마비, 사지마비 및 기타 척수 질환, 겸상 적혈구 빈혈, 특정 학습장애, 말기 신장 질환 또는 기타 장애 또는 장애의 조합으로 인하여 하나 이상의 신체적 또는 정신적 장애가 있는 사람을 의미한다.<sup>435)</sup> 이에 비하여, subchapter VII에서 “중증장애인”이라는 용어는 가족이나 지역 사회에서 독립적으로 기능할 수 있는 능력 또는 취업, 고용의 유지 또는 승진에 필요한 능력이 상당히 제약되는 심각한 신체적 또는 정신적 손상(severe physical or mental impairment)이 있는 개인 그리고 자립생활 서비스의 제공이 가족 또는 지역사회에서 각각 독립적으로 기능할

---

435) 29 U.S.C. §705(20)(F).

436) 29 U.S.C. §705(21)(A).

수 있는 능력을 향상시키게 될 개인을 의미하며,<sup>437)</sup> subchapter II에서 “중증장애인”이라는 용어는 위 subparagraph (A), (B) 양자 모두의 경우를 포함하는 것으로 규정하고 있다.<sup>438)</sup>

## V. 법률상 장애인 차별금지의 주요 내용

### 1. 「장애인법」상 차별금지의 주요 내용

#### (1) 고용 영역에서 차별의 금지

Subchapter I 고용과 관련해서는 지원 절차, 고용, 승진 또는 해고, 직원 보상, 직업 훈련 및 기타 고용 조건 및 혜택과 관련하여 장애를 이유로 자격을 갖춘 개인(qualified individual)을 차별해서는 안 된다.<sup>439)</sup> 이 경우 “자격을 갖춘 개인(qualified individual)”이란 합리적 편의제공(reasonable accommodation)이 있든 없든 그러한 개인이 담당하고 있거나 담당하기 원하는 직책의 필수 기능(essential functions)을 수행할 수 있는 개인을 의미한다.

자격을 갖춘 장애인에 해당하는지 여부는 두 단계로 결정된다. 첫 번째 단계는 개인이 적절한 교육 배경, 취업 경험, 기술, 면허 등의 보유와 같이 당해 직위에 대한 전제조건을 충족하는지를 판단하는 것이다. 예를 들어, 하반신 마비인 회계원이 공인 회계사 직위에 적절한 자격을 갖추었는지 결정하는 것은 당해 개인이 공인회계사 자격증을 소지하고 있는지 여부를 결정하기 위하여 개인의 자격증을 조사하는 것이다.

두 번째 단계는 개인이 합리적 편의제공에 관계없이 보유하고 있거나 재직을 원하는 직위의 필수적 기능을 수행할 수 있는지 여부를 결

---

437) 29 U.S.C. §705(21)(B).

438) 29 U.S.C. §705(21)(C).

439) 42 U.S.C. §12112(a).

정하는 것이다. 이 두 번째 단계의 목적은 보유하거나 원하는 직위의 필수적 기능을 수행할 수 있는 장애인이 직위의 주변적 기능(marginal functions)을 수행할 수 없다는 이유로 고용의 기회를 거부당하지 않도록 하는 것이다. 장애가 있는 개인이 자격을 갖추었는지 여부는 고용 결정시에 판단되어야 한다. 이 판단은 고용 결정 당시 장애가 있는 개인의 능력을 기반으로 해야 하며, 근로자가 장애에 장애가 발생하거나 건강 보험료 또는 근로자 보상 비용을 증가시킬 수 있다는 추측을 기반으로 해서는 안 된다.<sup>440)</sup> 어떤 직무 기능이 필수적인지에 대해서는 고용주의 판단을 고려해야 하며, 만약, 고용주가 지원자 모집을 광고하거나 해당 직무 지원자를 인터뷰하기 전에 서면상의 설명을 준비했다면 이 설명은 당해 직무의 필수 기능의 증거로 간주된다.<sup>441)</sup>

여기서 “합리적 편의제공(reasonable accommodation)”에는 (A)근로자들이 사용하고 있는 현존 시설(facilities)을 장애인이 쉽게 접근하고 또 사용할 수 있도록 만드는 것과 (B) 직무 구조조정(job restructuring), 시간제 또는 작업일정 변경, 공식으로의 재배치, 장비 또는 장치의 제공 또는 조정, 시험, 훈련 자료 또는 정책의 합리적 조정 또는 수정, 자격을 갖춘 독자 또는 통역사 제공 및 기타 장애인을 위한 유사한 편의 제공이 포함된다.<sup>442)</sup> 이처럼 “기타 장애인을 위한 유사한 편의제공”이라고 함으로써 합리적 편의제공의 예는 매우 넓게 인정된다. 이러한 합리적 편의제공은 세 가지 범주로 유형화할 수 있다. 즉, (1)지원 과정에서 동등한 기회를 보장하는 데 필요한 편의제공, (2)장애인이 근로자가 재직 중이거나 재직하기 원하는 직위의 필수적 기능(essential functions)을 수행할 수 있도록 하는 편의제공, (3)장애인이 근로자가 장애가 없는 근로자가 향유하는 것과 동등한 고용상 혜택과

---

440) APPENDIX TO 29 C.F.R. PART 1630, INTERPRETIVE GUIDANCE ON TITLE I OF THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT, Section 1630.2(m) Qualified Individual With a Disability.

441) 42 U.S.C. §12111(8).

442) 42 U.S.C. §12111(9).

특권을 누릴 수 있도록 하는 편의제공(이 부분의 어떤 내용도 고용주 또는 기타 적용 대상자가 이 부분에서 요구하는 것 이상의 편의를 제공하는 것을 금지하지 않는다는 점에 유의해야 함) 등이다.<sup>443)</sup>

한편, “장애를 이유로 자격을 갖춘 개인을 차별”하는 것에는 보다 구체적으로 다음과 같은 조치가 포함된다. 즉, (1)지원자 또는 근로자의 장애를 이유로 하여 해당 지원자 또는 근로자의 기회 또는 신분에 대해 부정적인 영향을 미치는 방식으로 지원자 또는 근로자를 제한, 분리 또는 분류하는 것, (2)자격을 갖춘 장애가 있는 지원자 또는 근로자에 대해 본 장에서 금지된 차별을 가하는 효과를 가져 오는 계약이나 기타 협의 관계에 참여하는 것(이러한 관계에는 고용 또는 위탁 기관, 노동조합, 근로자에게 부가 급여를 제공하는 단체, 훈련 또는 수습 프로그램을 제공하는 단체와의 관계가 포함된다), (3)장애에 근거한 차별의 효과를 가져 오거나 공통된 관리적 통제를 받는 다른 사람들의 차별을 영속화시키는 표준, 기준 또는 관리 방법 활용, (4)자격을 갖춘 개인이 관계 또는 연관이 있는 것으로 알려진 개인의 알려진 장애로 인해 자격을 갖춘 개인에게 동등한 일자리 또는 혜택을 배제하거나 거부하는 것, (5)(A)장애를 가진 자격을 갖춘 다른 지원자 또는 근로자의 알려진 신체적 또는 정신적 제약에 대해 합리적 편의제공(reasonable accommodations)을 하지 않는 것(편의제공으로 인해 사업의 운영에 과도한 부담(undue hardship)이 가해진다는 점을 입증할 수 없는 경우는 제외), (B)장애를 가진 자격을 갖춘 다른 지원자 또는 근로자에게 합리적 편의제공을 해야 할 필요가 있다는 것을 이유로 하여 그들에 대해 고용 기회를 부정하는 것, (6)장애인 또는 장애인 집단을 선별하거나 선별하는 경향이 있는 자격 표준, 고용 시험 또는 기타 선택 기준을 사용하는 것(그러한 표준, 시험 또는 선택 기준이 문

---

443) APPENDIX TO 29 C.F.R. PART 1630, INTERPRETIVE GUIDANCE ON TITLE I OF THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT, Section 1630.2(o) Reasonable Accommodation.



제되는 해당 직위의 직무와 관련이 있는 것으로 보이고 업무상 필요에 부합하는 경우는 제외), (7)고용에 관한 시험이 장애를 가진 지원자 또는 근로자의 손상된 감각 능력, 수작업 능력, 말하기 능력을 반영하기 보다는 그러한 시험이 측정하고자 하는 당해 지원자 또는 근로자의 능력, 태도 또는 모든 다른 요소를 정확하게 반영하는 결과를 가져오도록 가장 효과적인 방식으로 고용에 관한 시험을 선정하고 관리하지 않는 것 등이다.<sup>444)</sup>

이 가운데 (4)의 경우가 고용 영역에서의 “연계차별(Association Discrimination)” 금지에 해당한다. 이에 규칙은 자격을 갖춘 개인이 가족, 거래, 사회적 또는 기타 관계 또는 연관을 가지고 있는 것으로 알려진 개인의 알려진 장애로 인해 불리한 고용 조치(adverse employment action)를 하는 것을 “불법”으로 규정하고 있다.<sup>445)</sup> 다만, 「장애인법」에 의해 보호되는 다른 경우와 마찬가지로 이러한 연계차별 조항은 근로자가 장애가 있는 사람과 연계가 있는 경우라도 낮은 성과, 출근 문제, 또는 자신이나 타인의 안전에 직접적인 위협을 가하는 것 등 타당한 비차별적인 이유로 고용주가 근로자에 대해 불리한 고용 조치를 취하는 것을 금지하지는 않는다. 또한 “연계” 사안들의 경우 고용주는 장애에 근거하지 않은 고용 결정이라는 점에 대해 합법적이고 차별없는 사업상의 이유가 있음을 확신해야 한다. 그렇지 않으면 근로자가 고용주가 「장애인법」을 위반하여 고용 결정을 하는데 염려 또는 우려한다는 것을 증명하게 된다. 고용주는 장애인과의 연계를 이유로 장애가 없는 근로자에게 편의제공을 할 필요는 없지만 근로자가 많은 휴가 시간을 필요로 할 것이라는 예상에 근거하여 고용 결정을 내릴 수는 없다.<sup>446)</sup>

---

444) 42 U.S.C. §12112(b).

445) 29 C.F.R. §1630.8.

446) Equip for Equality, ADA Coverage Beyond Actual Disabilities: Regarded As, Record Of, and Association, Legal Briefings, Brief 38, Great Lakes ada Center (April 2018), pp.13-14.

한편, 이 가운데 (5)와 관련하여 합리적 편의제공이 없어도 직책의 필수 기능(essential functions)을 수행할 수 있는 개인의 경우에는 장애를 이유로 비장애인과 다르게 대우하는 것은 차별로서 금지되지만, 동등한 기회를 보장하기 위하여 자격을 갖춘 개인인 장애인에게 합리적 편의제공을 하지 않는 것 즉, 비장애인과 동일하게 대우하는 것 역시 차별로서 금지된다. 다만, 후자의 경우에는 편의제공으로 인해 사업의 운영에 과도한 부담(undue hardship)이 가해진다는 점을 입증함으로써 항변이 가능하다. 입증책임과 관련하여서는 장애인은 자신이 장애를 제외하고는 자격을 갖추고 있다는 점을 입증해야 하고, 고용주는 편의제공이 과도한 부담임을 입증해야 한다.<sup>447)</sup> 합리적 편의제공 의무를 부담하는 자가 그러한 의무를 이행하는 것이 자신에게 “과도한 부담(undue hardship)”을 준다는 점을 입증할 수 있는 경우에는 정당한 편의제공을 하지 않는 것이 「장애인법」상 차별에 해당하지 않는 것이다.

이 경우 과도한 부담(undue hardship)은 그 부담의 정도가 적용 대상자에 대해 상당한 어려움 또는 비용(significant difficulty or expense)을 요구하는 조치를 의미하는바, 이러한 판단에는 다음과 같은 요소들 즉, (i)필요한 편의 제공의 성격과 비용, (ii)합리적 편의제공과 관련된 시설 또는 설비의 전반적인 재정적 자원, 그러한 시설에 고용된 사람의 수, 지출 및 자원에 대한 영향 또는 그러한 편의제공이 시설의 운영에 미치는 영향, (iii)적용 대상자의 전반적인 재정적 자원; 근로자 수와 관련하여 적용 대상자의 전체 사업 규모, 시설의 수와 유형 및 위치, (iv)인력의 구성과 구조 및 기능을 포함하여 사업운영의 형태 그리고 적용 대상자에 대한 해당 시설 또는 설비의 지리적 분리성, 행정적 또는 재정적 관계가 고려된다.<sup>448)</sup>

이와 같이 고용주가 장애인인 구직자 또는 근로자에 대해 장애인이

---

447) Borkowski v. Vally Central School District, 63 F.3d 131 (2d Cir. 1995).

448) 42 U.S.C. §12111(10).

근로하는데 필요한 모든 편의를 제공해야 할 의무를 부담하는 것은 아니며, 편의를 제공하는 것이 사용자의 사업운영에 과도한 부담을 초래하는 경우에는 편의를 제공하지 않더라도 차별에 해당하지 않는다. 과도한 부담이 있는 경우에 해당하는지 여부는 개별 사안에 따라 판단되어야 하는바 궁극적으로는 법원에 의해 결정될 수밖에 없다. 이와 관련하여, 연방규칙은 과도한 부담이 있는지 여부를 판단하는 경우에 고려될 수 있는 요소들과 관련하여 좀 더 구체적인 규정을 두고 있다. 즉, (i)필요한 편의 제공의 성격과 비용은 세금 크레딧(tax credits)과 공제, 외부 펀딩을 고려하여 판단된다. 또한 (v)편의 제공이 시설의 운영에 미치는 영향에는 자신의 의무를 수행하는 다른 근로자들의 능력에 대한 영향 및 사업 경영에 대한 시설의 능력에 대한 영향이 포함된다.<sup>449)</sup> 만약, 고용주와 적용 대상자가 편의 제공에 소요되는 비용이 과도한 부담을 초래한다는 것을 입증할 수 있는 경우에도 편의제공에 소요되는 비용에 대해 주의 직업재활기관의 지원이 가능한 경우 또는 연방, 주, 지방의 세금공제나 세금크레딧이 그러한 비용을 상쇄할 수 있는 경우에는 여전히 합리적 편의제공의 의무를 부담한다. 또한 편의 제공에 따른 비용 전부를 외부에서 지원받거나 받는 것이 가능한 경우에는 고용주와 적용대상자는 과도한 부담이 있는지에 대한 고려요소로 비용을 주장할 수 없다.<sup>450)</sup>

이러한 합리적 편의제공의 의무는 Section 12102(1)의 장애에 대한 세 가지 정의 가운데 (A)실제 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)이 있는 경우 및 (B)그러한 손상의 기록(a record of such an impairment)이 있는 경우에만 적용되며, (C)그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)에 해당하여 장애의 개념을 충족시키는 개인에 대해서는

---

449) 29 C.F.R. §1630.2(p)(2).

450) APPENDIX TO 29 C.F.R. PART 1630, INTERPRETIVE GUIDANCE ON TITLE I OF THE AMERICANS WITH DISABILITIES ACT, Section 1630.2(p) Undue Hardship.

적용되지 않는다.<sup>451)</sup>

이 밖에도 의학적 조사와 문의(medical examinations and inquiries)도 개인에 대한 차별로 금지된다.<sup>452)</sup> 적용대상자는 원칙적으로 지원자가 장애가 있는 개인인지 또는 장애의 성격 또는 심각도에 대해 의학적 조사를 하거나 문의를 해서는 안 된다.<sup>453)</sup> 다만, 지원자가 직무 관련 기능(job-related functions)을 수행할 수 있는 능력에 대해서 채용 전 문의를 할 수 있다.<sup>454)</sup> 또한 구직 지원자에게 고용 제안이 이루어진 후 그리고 해당 지원자에 대한 고용 의무가 발생하기 전에 의학적 조사를 요구할 수 있다. 그리고 (A)장애와 관계없이 모든 입사 직원이 그러한 조사를 받는 경우, 지원자의 의학적 조건 또는 이력에 관하여 얻어진 정보가 원칙적으로 별도의 의학적 파일 속에 별도의 양식으로 수집되고 보관되며, 민감한 의료기록으로 다루어지는 경우, (C)그러한 조사의 결과가 본 법에 부합하여서만 사용되는 경우에는 해당 조사 결과에 대해 고용 제안의 조건을 정할 수 있다.<sup>455)</sup> 현재의 근로자에 대해서도 의학적 조사나 문의는 원칙적으로 금지되지만 당해 조사나 문의가 직무와 관련되고 사업의 필요에 부합하는 경우에는 허용된다.<sup>456)</sup>

한편, 장애인 또는 장애인 집단을 선별하거나 선별하는 경향이 있거나 기타 장애가 있는 개인에 대한 일자리 또는 혜택을 부인하는 자격 표준(qualification standards), 고용 시험 또는 기타 선택 기준을 적용하는 것이 직무와 관련이 있는 것으로 보이고 업무상 필요에 부합하는 경우, 또한 그러한 합리적 편의제공에 의해서는 그러한 성과가 달성되지 못하는 경우에는 본 장에서 차별의 책임에 대해 항변할 수 있다.<sup>457)</sup> 그리고 여기에서 “자격 표준(qualification standards)”에는 개인

---

451) 42 U.S.C. §12201(h).

452) 42 U.S.C. §12112(d)(1).

453) 42 U.S.C. §12112(d)(2)(A).

454) 42 U.S.C. §12112(d)(2)(B).

455) 42 U.S.C. §12112(d)(3).

456) 42 U.S.C. §12112(d)(4).

457) 42 U.S.C. §12113(a).

이 작업장에서 다른 개인의 건강이나 안전에 직접적인 위협을 가해서는 안 된다는 요구조건이 포함될 수 있다.<sup>458)</sup> 합리적 편의제공을 하더라도 작업장 내 다른 개인에게 위협을 초래할 수 있는 경우에는 고용상 장애인에 대한 차별이 허용되는 것이다.<sup>459)</sup>

## (2) 공공기관의 공공서비스 영역에서 차별의 금지

Subchapter II는 공공서비스와 관련하여서는 “장애를 가진 자격을 갖춘 개인(qualified individual with a disability)”에 대한 차별의 금지를 규정하고 있다. 즉, Subchapter II에서는 “장애를 가진 자격을 갖춘 개인”은 그러한 장애를 이유로 하여 공공기관(public entity)의 서비스, 프로그램 또는 활동에 참여하지 못하거나 그 혜택을 거부당할 수 없으며, 어떤 공공기관으로부터도 차별을 받지 않는다.<sup>460)</sup> 공공기관은 교육, 고용, 공공교통, 사법, 투표, 기타 각종 사업 등 그 모든 기능을 수행하는 경우에 장애인이 비장애인과 동등한 권리와 편익을 향유할 수 있도록 차별금지를 요구하고 있다. 공공기관은 자신이 수행하는 서비스, 프로그램 및 활동에 대해 장애를 가진 자격을 갖춘 개인과 관련하여 그 장애를 이유로 참여를 배제하거나 편익의 제공을 거절하거나 차별을 해서는 안 된다.

여기서 차별을 해서는 안 되는 주체인 “공공기관(public entity)”은 (A)모든 주 정부 또는 지방 정부, (B)주 정부 또는 지방정부의 모든 부서, 기관, 특수 목적 지구, 그 밖에 대행기관, (C)전미 여객 철도공사(National Railroad Passenger Corporation) 및 모든 통근 기관(commuter authority)을 말한다.<sup>461)</sup> Subchapter II의 적용대상인 공공기관은 연방정부로부터 재정적인 보조를 받고 있는지 여부와 관계없이 기본적으로 모든 주 정부나 지방정부, 그리고 그 부서와 대행기관

---

458) 42 U.S.C. §12113(b).

459) 엽형국 외, 앞의 보고서(주393), 29면 참조.

460) 42 U.S.C. §12132.

461) 42 U.S.C. §12131(1).

및 대중교통 기관을 포함한다.

여기서 “장애를 가진 자격을 갖춘 개인”이란 규칙(rules), 정책(policies) 또는 관행(practices)을 합리적으로 수정하거나 수정하지 않고(with or without reasonable modifications) 건축, 통신 또는 교통 장벽의 제거 혹은 보조적 지원 및 서비스의 제공을 통하여 공공기관이 제공하는 서비스를 받거나 공공기관이 제공하는 프로그램이나 활동에 참여하기 위한 본질적인 자격요건(essential eligibility requirements)을 충족하는 장애가 있는 개인을 말한다.<sup>462)</sup>

우선, 고정적 정기노선을 운영하는 공공기관은 버스, 기차 등 새로운 운송수단을 구입하거나 대여하는 경우에 휠체어를 사용하는 사람을 포함하여 장애인이 쉽게 접근하고 이용할 수 있는 것을 구입 또는 대여하지 않는 것은 차별로 간주된다.<sup>463)</sup> 또한 중고 운송수단을 구입하거나 임대하는 경우에도 휠체어를 사용하는 사람을 포함하여 장애인이 쉽게 접근하고 이용할 수 있는 것을 구하기 위해 성실한 노력을 다하여야 하고, 그렇지 않으면 차별로 간주된다.<sup>464)</sup> 또한 휠체어를 사용하는 개인을 포함하여 장애인에게 장애가 없는 개인이 그러한 시스템을 이용하는 경우에 제공되는 공공교통 서비스 수준과 유사한 서비스를 제공하기에 충분한 보조 대중교통 및 기타 특수 운송 서비스를 제공하지 않으면 차별로 간주된다.<sup>465)</sup> 다만, 공공 기관이 이 섹션에 따라 요구되는 보조 대중교통 및 기타 특수 운송 서비스의 제공이 과도한 재정적 부담(undue financial burden)을 부과할 것이라는 점을 장관에게 입증할 수 있는 경우에는 장관이 별도의 요구를 하지 않는 이상 그러한 부담을 부과하지 않는 범위에서만 그러한 서비스를 제공하면 된다.<sup>466)</sup>

---

462) 42 U.S.C. §12131(2).

463) 42 U.S.C. §12142(a). 이는 수요응답형 시스템을 운영하는 공공기관에 대해서도 마찬가지로 적용된다. 42 U.S.C. §12144.

464) 42 U.S.C. §12142(b).

465) 42 U.S.C. §12143(a).

다음으로, 공공기관이 지정된 대중교통 서비스 제공에 사용될 새로운 시설을 마련하는 경우에 휠체어를 사용하는 개인을 포함하여 장애인이 쉽게 접근하여 이용할 수 있도록 하지 않으면 차별로 간주된다.<sup>467)</sup> 기존의 시설 또는 그 일부의 변경과 관련하여서도 변경된 부분이 최대한 장애인이 쉽게 접근하여 이용할 수 있도록 하지 않으면 마찬가지이다. 공공기관이 주요 기능을 포함하는 시설 영역의 사용성 또는 접근에 영향을 미치거나 영향을 미칠 수 있는 변경을 수행하는 경우, 해당 기관은 가능한 한 변경된 지역으로의 이동 및 변경된 지역의 화장실, 전화 및 식수대가 휠체어를 사용하는 개인을 포함하여 장애가 있는 개인이 쉽게 접근하고 사용할 수 있도록 해야 한다.<sup>468)</sup> 경전철 또는 고속철도 시스템에 의해 운행되는 2대 이상의 차량에 대해서는 열차당 휠체어를 사용하는 개인을 포함하여 장애가 있는 개인이 접근할 수 있는 최소 1대의 차량을 설치하지 않으면 차별로 간주되며,<sup>469)</sup> 이는 도시간 철도와 통근철도의 경우에도 마찬가지로 적용된다.<sup>470)</sup>

이러한 정책, 관행 또는 절차를 합리적으로 수정해야 할 의무는 Section 12102(1)의 장애에 대한 세 가지 정의 가운데 (A)실제 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)이 있는 경우 및 (B) 그러한 손상의 기록(a record of such an impairment)이 있는 경우에만 적용되며, (C)그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)에 해당하여 장애의 개념을 충족시키는 개인에 대해서는 적용되지 않는다.<sup>471)</sup>

한편, Subchapter II에는 “연계차별(Association Discrimination)”에 관한 명시적인 조항이 없다. 그러나 집행 조항(enforcement provisions)

---

466) 42 U.S.C. §12143(c)(4), (5).

467) 42 U.S.C. §12146.

468) 42 U.S.C. §12147(a).

469) 42 U.S.C. §12148(b).

470) 42 U.S.C. §12162(a)(1), 42 U.S.C. §12162(b)(1).

471) 42 U.S.C. §12201(h).

에서 “장애를 이유로 한 차별을 주장하는 모든 사람”에 대한 구제를 제공하며,<sup>472)</sup> 나아가 규칙은 공공기관이 “개인 또는 기관이 관계 또는 연관이 있는 것으로 알려진 개인의 알려진 장애로 인해 개인 또는 기관”을 차별하지 못하도록 명시적으로 제한하고 있다.<sup>473)</sup> 이에 소송에서 법원은 연계차별을 대체로 긍정하고 있다.<sup>474)</sup>

(3) 사인이 운영하는 공공시설 및 교통수단 등 서비스에서 차별의 금지 Subchapter III 역시 공공시설과 교통수단 등에 대한 장애인의 접근권을 보장하는 것을 주요 내용을 한다. 공공기관이 아닌 사인이 민간이 운영하는 공공시설, 교통수단, 일정 종류의 교육과정과 시험, 상업시설 등에 대하여 장애인에 대한 배제, 분리 및 불평등 취급 등의 차별행위를 금지하면서 건축물에 대한 기준, 정책과 관행 및 절차에 대한 합리적인 수정, 효과적인 의사소통수단 등에 대해 규정하고 있다.

누구든지 공공시설의 모든 장소에서 제공되는 재화나 서비스, 시설(facilities), 혜택(privileges), 편익(advantages)이나 편의(accommodations) (이하 ‘재화 등’이라 함)의 향유를 충분하고 평등하게 향유함에 있어서 소유자, 임대인, 운영자 등에 의하여 장애를 이유로 차별을 받아서는 안 된다.<sup>475)</sup> 여기서 공공시설에는 숙박시설, 식당, 영화관 등의 전시 또는 오락시설, 강연장 등 모임시설, 쇼핑센터 등 판매 또는 대여시설, 세탁소, 은행, 미용실, 주유소, 병원, 약국 등 서비스 제공 기관, 특정 공공교통을 위한 정류장, 박물관 등 전시관, 동물원 등 레크리에이션 장소, 교육장소, 데이케어센터, 노인센터 등 사회서비스 시설, 체육관, 골프장 등 체육 및 레크리에이션 장소 등이다.<sup>476)</sup>

---

472) 42 U.S.C. §12133.

473) 28 C.F.R. §35.130(g).

474) 예를 들어, 28 C.F.R. §13.130(g)를 인용하면서 규칙이 지방정부가 개인 또는 기관이 관계 또는 연관이 있는 것으로 알려진 개인의 알려진 장애로 인해 개인 또는 기관을 차별하는 것을 금지하고 있다고 확인하는 판결로 A Helping Hand, LLC v. Baltimore Cty., Md., 515 F.3d 356, 363 (4th Cir. 2008).

475) 42 U.S.C. §12182(a).



이와 관련하여 우선, 일반적으로 금지되는 차별에는 참여의 거절, 불평등한 이익 참여, 분리된 이익의 제공 등을 말한다.<sup>477)</sup> 또한 장애를 이유로 한 차별적 효과를 가져오거나 일반적인 행정통제를 준수해야 하는 다른 사람들에 대한 차별을 심화시키는 표준이나 기준, 관리 방법을 직접 또는 계약 기타 약정을 체결하여 사용하는 것도 금지된다.<sup>478)</sup> 특히, 그 자체의 장애가 아니라 그와 관련이 있거나 연관되어 있는 개인의 알려진 장애를 이유로 하여 그러한 개인이나 단체에 대해 동등한 재화를 제공하거나 그 밖의 다른 기회를 부여하는 것을 배제하거나 거부하는 것 역시 차별에 해당한다.<sup>479)</sup>

다음으로, 특별하게 금지되는 행위로는 재화 등을 완전하고 동등하게 향유하지 못하도록 장애가 있는 개인 또는 장애가 있는 개인의 집단을 선별하거나 선별하는 경향이 있는 자격 기준의 부과 또는 적용(그러한 기준이 재화 등이 제공되는데 필요한 것으로 보이는 경우는 제외),<sup>480)</sup> 장애인에 대하여 재화 등을 제공하는 데 필요한 경우에 정책, 관행 또는 절차에 대한 합리적인 수정(reasonable modifications)을 하지 않는 것(기관이 그러한 수정을 하는 것이 그러한 재화 등의 성격을 근본적으로 변경(fundamentally alter)시킬 것이라는 점을 증명하는 경우는 제외),<sup>481)</sup> 장애인이 보조적 지원 및 서비스로 인하여 배제, 서비스 거절, 분리 등 다른 개인과 다르게 취급되지 않도록 보장하는데 필요한 조치를 취하지 않는 것(그러한 조치가 재화 등의 성격을 근본적으로 변경하거나 과도한 부담이 된다는 것을 입증하는 경우는 제외),<sup>482)</sup> 기존 시설에서의 건축상 장벽(architectural barriers)과 구조적인 통신상의 장벽(communication barriers), 개인 수송을 위하여 기관

---

476) 42 U.S.C. §12181(7).

477) 42 U.S.C. §12182(b)(1)(A).

478) 42 U.S.C. §12182(b)(1)(D).

479) 42 U.S.C. §12182(b)(1)(E).

480) 42 U.S.C. §12182(b)(2)(A)(i).

481) 42 U.S.C. §12182(b)(2)(A)(ii).

482) 42 U.S.C. §12182(b)(2)(A)(iii).

에 의해 사용되는 기존의 차량 및 철도여객차량의 교통상 장벽 (transportation barriers)(유압 기타의 리프트를 도입하여 차량이나 철도여객차량을 새롭게 장착해야만 제거가 장벽의 제거가 가능한 경우는 제외)을 쉽게 제거할 수 있음에도 불구하고 제거하지 않는 것,<sup>483)</sup> 이러한 장벽이 쉽게 제거될 수 없음을 입증할 수 있는 경우에는 재화 등을 제공하기 위한 대체적 방법이 쉽게 취해질 수 있음에도 불구하고 그러한 대체적 방법을 통해 재화 등을 제공하지 않는 것<sup>484)</sup> 등이 포함된다.

이 밖에도 공공시설 및 상업시설 운영자는 시설을 신축 또는 개축하는 경우에는 구조적으로 비현실적(structurally impracticable)이라는 것을 입증하지 않는 한 장애인이 쉽게 접근하여 이용할 수 있도록 설계 및 공사를 해야 할 의무가 있으며,<sup>485)</sup> 사람을 수송하는 사업에 주로 종사하고 “교류(commerce)”<sup>486)</sup>에 영향을 미치는 민간이 제공하는 특정 대중교통 서비스(specified public transportation services)의 경우에도 장애인이 완전하고 동등하게 서비스를 향유하도록 하여야 한다.<sup>487)</sup>

다만, 이러한 정책, 관행 또는 절차를 합리적으로 수정해야 할 의무는 Section 12102(1)의 장애에 대한 세 가지 정의 가운데 (A)실체 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)이 있는 경우 및 (B)그러한 손상의 기록(a record of such an impairment)이 있는 경우에만 적용되며, (C)그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우 (being regarded as having such an impairment)에 해당하여 장애의 개념을 충족시키는 개인에 대해서는 적용되지 않는다.<sup>488)</sup>

---

483) 42 U.S.C. §12182(b)(2)(A)(iv).

484) 42 U.S.C. §12182(b)(2)(A)(v).

485) 42 U.S.C. §12183.

486) 여기서 “교류(commerce)”는 여러 주들 내부, 다른 국가나 영역 및 주 상호간, 다른 주나 국가를 통하지 않는 동일한 주 내부의 지점 사이에서의 여행, 무역, 교통, 상업, 교통 또는 통신을 말한다. 42 U.S.C. §12181(1).

487) 42 U.S.C. §12184.

또한 위와 같은 사항은 1964년 민권법 Subchapter II의 적용범위에서 제외되는 사적 모임 또는 사적 기관, 예배당을 포함하여 종교단체 또는 종교단체에 의해 관리되는 기관에 대해서는 적용되지 않는다.<sup>489)</sup>

한편, Subchapter III에서도 명시적으로 “연계차별”로부터의 보호를 제공하고 있으며,<sup>490)</sup> 이러한 규정은 규칙에 의해 보다 구체화되어 있다.<sup>491)</sup> 특히, 2011년에 발효된 개정 규칙은 적용대상자가 청각 장애인의 관련자가 대신 통역하는 데 의존하는 것을 보다 분명하게 제한한다. 규칙은 “통역사가 없는 경우 개인 또는 대중의 안전 또는 복지에 대한 임박한 위협에 관련된 긴급 상황” 또는 개인이 “동반한 성인이 통역을 하도록 특별히 요청하고” 그 동반 성인이 동의하며 그러한 의지가 적절한 경우를 제외하고는 적용대상자가 성인이 통역하거나 의사소통을 용이하게 하는 것에 의존하는 것을 금지한다.<sup>492)</sup> 아동을 위한 규칙에는 훨씬 더 큰 보호가 규정되어 있다. 한 가지 특별한 예외 즉, 통역사가 없는 경우 개인 또는 대중의 안전 또는 복지에 대한 임박한 위협에 관련된 긴급 상황이 있는 경우가 충족되지 않는 한 미성년 아동을 통역을 하거나 의사소통을 용이하게 할 수 없다.<sup>493)</sup>

#### (4) 정보통신 영역에서 차별의 금지

Subchapter IV 정보통신에서의 장애인 차별금지는 1934년 통신법 (Communications Act of 1934) Section 225(47 U.S.C. 225) 및 Section 711(47 U.S.C. 611)에 규정되어 있다. 우선, 연방통신위원회(Federal Communication Commission: FCC)는 미국의 청각 손상 및 언어 손상이 있는 개인이 가능한 한 가장 효율적인 방식으로 주 상호 간 및 주

---

488) 42 U.S.C. §12201(h).

489) 42 U.S.C. §12187.

490) 42 U.S.C. §12182(b)(1)(E).

491) 28 C.F.R. §36.205.

492) 28 C.F.R. §35.160(c), 28 C.F.R. §36.303(c)(3).

493) 28 C.F.R. §35.160(c), 28 C.F.R. §36.303(c)(4).

내부의 통신중계 서비스(telecommunications relay services)<sup>494</sup>)를 이용할 수 있도록 보장해야 한다.<sup>495</sup>) 또한 전화 음성 전송 서비스를 제공하는 각 일반 통신 사업자(common carrier)는 연방통신위원회 규칙에 따라서 매일 24시간 통신중계서비스(telecommunications relay services)를 제공해야 하며, 그 요금은 일반 요금과 동일하게 부과해야 한다. 또한 중계 운영자(operators)가 전화를 거부하거나 통신중계서비스를 사용하는 통화 길이를 제한하는 것, 중계된 대화의 내용을 공개하지 못하거나 통화가 지속되는 것을 넘어 대화 내용을 기록하는 것, 의도적으로 중계된 대호를 변경하는 것은 금지된다.<sup>496</sup>)

이 밖에도 연방정부의 기관 또는 대행기관에 의해 전체 또는 일부가 제작되거나 자금을 지원받은 모든 텔레비전 공공 서비스 공고(public service announcement)에는 그러한 공고의 내용에 대한 자막방송(closed captioning)이 포함되어야 한다. 다만, 텔레비전 방송 인가를 받은 자(television broadcast station licensee)는 그러한 공고가 자막방송을 포함하지 못하는 경우에는 자막방송을 제공할 필요가 없다. 또한 텔레비전 방송 인가를 받은 자가 고의로 자막방송을 전송하지 않은 경우를 제외하고는 자막을 전송하지 않고 그러한 공고를 방송하는 것에 대해 책임을 지지 않는다.<sup>497</sup>)

#### (5) 다른 법과의 관계, 보복과 강압의 금지 등

「장애인법」에 달리 규정된 경우를 제외하고, 이 장의 어떤 내용도 1973년 「재활법」(the Rehabilitation Act of 1973)의 title V(29 USC

---

494) “통신중계서비스(telecommunications relay services)”는 청각장애인, 난청인, 시청각 장애인, 유선 또는 무선 통신이 어려운 언어능력 장애인에게 유선 또는 무선의 음성 통신 서비스를 이용하여 통신하는 언어능력에 장애가 없는 들을 수 있는 사람의 능력과 기능적으로 동등한 방식으로 능력을 제공하는 전화연결서비스를 말한다. 47 U.S.C. § 225(a)(3).

495) 47 U.S.C. §225(b)(1).

496) 47 U.S.C. §225(c) 내지 (g).

497) 47 U.S.C. §611.

790 이하) 또는 title V에 따라 연방 기관이 발한 규칙(regulations)에 의하여 적용되는 표준보다 낮은 수준의 표준이 적용되는 것으로 해석될 수 없다.<sup>498)</sup>

「장애인법」의 어떠한 내용도 장애인의 권리에 대해 더 크거나 균등한 보호를 제공하는 모든 연방법 또는 주, 주의 정치 조직(political subdivision), 관할권(jurisdiction)의 법에 따른 구제, 권리, 절차를 무효화하거나 제한하는 것으로 해석될 수 없으며, Subchapter I이 적용되는 고용 장소, Subchapter II 또는 Subchapter III이 적용되는 교통 수단, Subchapter III이 적용되는 공공시설에서의 흡연의 금지나 제한을 배제하는 것으로 해석될 수 없다.<sup>499)</sup> 「장애인법」의 어떠한 내용도 주 근로자 보상법(State worker's compensation laws) 또는 주 및 연방의 장애수당 프로그램에 따른 수혜자격 결정 기준을 변경하지 않는다.<sup>500)</sup> 「장애인법」의 어떤 내용도 장애가 없는 개인이 자신이 장애가 없다는 이유로 차별을 받았다는 주장의 근거를 제공하지 않는다.<sup>501)</sup>

Subchapter I에 따른 적용 대상, Subchapter II에 따른 공공 기관 및 Subchapter III에 따라 공공 편의 시설을 소유, 임대 (또는 임차)하거나 운영하는 모든 사람은 단지 Section 12102(1)의 subparagraph (C) 즉, “그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)”에 해당하여 장애의 개념을 충족시키는 개인에 대해서는 합리적 편의제공 또는 정책, 관행, 절차에 대한 합리적 수정을 할 필요가 없다.<sup>502)</sup>

한편, 「장애인법」상 불법인 행위나 관행에 반대했다는 이유로 또는 장애인에 따른 조사, 소송 또는 청문에서 어떤 식으로든 고발, 증언, 지원 또는 참여했다는 이유로 개인을 차별하는 것 역시 금지된다.<sup>503)</sup>

---

498) 42 U.S.C. §12201(a).

499) 42 U.S.C. §12201(b).

500) 42 U.S.C. §12201(e).

501) 42 U.S.C. §12201(g).

502) 42 U.S.C. §12201(h).

「장애인법」에 의해 부여되거나 보호받는 권리를 행사하거나 향유했다는 이유로 또는 타인이 그러한 권리를 행사하거나 향유하는 것을 돕거나 부추겼다는 이유로 「장애인법」에 의해 부여되거나 보호받는 권리의 행사나 향유에 대해 강요, 협박, 위협 또는 방해하는 것도 금지된다.<sup>504)</sup>

## 2. 「재활법」상 장애인 차별금지의 주요 내용

「재활법」은 건축, 고용 및 교통과 관련하여 장벽을 제거하고 장애인의 평등한 접근이라는 개념을 다룬 최초의 법률이다. 특히, 「재활법」 Section 791은 연방정부가 매년 장애인의 고용, 배치, 승진을 위하여 적극적 평등실현조치를 취하기 위한 계획을 작성하여 장애인에게 적절한 고용, 배치, 승진의 기회를 제공하는 것을 충분히 보증하도록 하고 있으며,<sup>505)</sup> 적극적 평등실현조치를 취하지 않은 데 따른 고용차별이 존재하는지 여부를 결정하는 데 적용되는 기준이 1990년 「장애인법」의 기준과 동일하다는 점을 명시하고 있다.<sup>506)</sup> Section 792는 1968년 「건축장애물법」에 따라 제시된 기준을 강제하기 위하여 ‘건축 및 교통 장애물 준수 위원회(Architectural and Transportation Barriers Compliance Board: ATBCB)를 설치하도록 하고 있다.<sup>507)</sup> Section 793은 연방정부와 계약을 한 사업자 또는 그 하청업체가 신체적 또는 정신적 장애를 이유로 하는 고용상 차별을 하지 않도록 금지하고 있으며, 역시 차별판단의 기준이 1990년 「장애인법」과 동일하다는 점을 명시하고 있다.<sup>508)</sup>

한편, Section 794는 동 법률에서 가장 중요한 조항으로 평가받는다.

---

503) 42 U.S.C. §12203(a).

504) 42 U.S.C. §12203(b). 29 C.F.R. §1630.12.

505) 29 U.S.C. §791(b).

506) 29 U.S.C. §791(f).

507) 29 U.S.C. §792.

508) 29 U.S.C. §793.

이는 연방정부의 재정지원을 받는 모든 프로그램에서 신체적 및 정신적 장애에 근거한 차별을 금지한다. 즉, 미국에서 Section 705(20)에 정의된 바대로 자격을 갖춘 장애인(qualified individual with a disability)은 연방의 재정지원을 받는 모든 프로그램 또는 활동, 행정기관이나 연방우편서비스국이 수행하는 프로그램 또는 활동에서 자신의 장애로 인하여 그 참여를 배제당하거나 혜택을 거부당하거나 차별을 받지 않는다고 규정하고 있다.<sup>509)</sup> 연방정부의 모든 기관들은 Section 794를 집행하기 위한 직원을 두어야 하며, 연방의 기관으로부터 재정지원을 받은 사업자나 프로그램이 장애인을 차별하는 경우에는 법무부를 통해 시정명령이 내려지도록 하며, 차별을 당한 장애인이 직접 해당 기관에 구제신청을 하는 것도 가능하다. 이 경우 시정명령을 받은 자가 필요한 조치를 취하지 않거나 계속해서 Section 794를 위반하는 경우에는 재정지원에 대한 연기, 중단 또는 철회가 가능하다.<sup>510)</sup>

한편, Section 794d는 통신 및 컴퓨터 기술에 대한 액세스와 관련된 문제를 다루고 있다. 즉, 전기 및 정보 기술을 개발, 조달, 유지 또는 사용할 때 연방우편서비스국을 포함한 각 연방 부서 또는 기관은 당해 부서 또는 기관에 과도한 부담이 부과되지 않는 한 기술 매체의 유형에 관계없이 전기 및 정보 기술이 장애인인 연방근로자와 비장애인인 연방근로자가 정보에 대한 접근과 사용을 동등하게 할 수 있도록 허용하도록, 그리고 연방의 부서나 기관으로부터 정보 또는 서비스를 얻고자 하는 비장애인의 경우에도 장애인이 비장애인과 정보에 대한 접근과 사용을 동등하게 할 수 있도록 허용하도록 보장해야 한다.<sup>511)</sup>

1973년 「재활법」은 「합리적 편의제공(reasonable accommodation)」의무를 도입하였다는 점에서도 「장애인법」의 발달에 기여한 바 크다. 즉, 「재활법」은 합리적 편의제공을 통하여 통합적인 작업환경에서 고

---

509) 29 U.S.C. §794(a).

510) R. Colker·A. Milani, *Federal Disability Law*, 4th ed.(West, 2010), p.35.

511) 29 U.S.C. §794d(a)(1)(A).

용을 위한 유의미한 기회를 제공할 수 있다는 점을 강조한다.<sup>512)</sup> 각 주에 대해 주의 기관이 노동력 개발 시스템에 참여하고 있는 다른 주체들과 장애인을 위한 프로그램 접근성, 비차별적인 정책 및 절차의 사용, 합리적 편의제공, 보조적 지원과 서비스, 재활기술 등을 통하여 장애인이 고용증진 활동에 평등하고, 효과적이며, 유의미하게 참여할 수 있도록 하는 계약을 체결하도록 할 것을 의무화하였다.<sup>513)</sup> 또한 행정명령을 통하여 합리적 편의제공은 장애인이 연방의 고용절차에 지원하고, 장애인인 연방 노동자가 업무에 필수적인 기능(essential functions)을 수행하며, 장애인인 연방 노동자가 비장애인 노동자와 동등하게 고용상의 이익과 혜택을 향유할 수 있도록 하기 위한 것임을 명시하면서, 이에 각 연방기관으로 하여금 장애가 있는 직원 및 지원자가 합리적 편의제공을 요구할 수 있는 효과적인 서면절차를 마련하도록 하고, 이러한 절차와 관련한 사항을 평등고용기회위원회(EEOC)에 제출하도록 하였다.

관련 연방규칙에 따르면, 연방의 재정지원을 받는 자의 경우 프로그램 또는 활동의 운영에 과도한 부담(undue hardship)을 초래할 수 있음을 입증할 수 없는 한 자격을 갖춘 장애인인 지원자 또는 장애인인 직원의 파악된 신체적 또는 정신적 제약에 대해 합리적 편의제공을 해야 한다.<sup>514)</sup> 또한 직원 또는 지원자의 신체적 또는 정신적 제약에 대해 합리적 편의제공을 해야 할 필요가 있다는 점을 이유로 해서는 자격을 갖춘 장애인인 장애인 직원 또는 지원자에 대한 고용을 거부할 수 없다.<sup>515)</sup>

이 경우 “자격을 갖춘 장애인(qualified handicapped person)”은 고용과 관련하여서는 “합리적 편의제공이 이루어지면 해당 직책의 본질적 직무를 수행할 수 있는 장애인”으로 정의된다.<sup>516)</sup> 합리적 편의제공

---

512) 29 U.S.C. §701(a)(4).

513) 29 U.S.C. §721(a)(11)(A).

514) 34 C.F.R. §104.12(a).

515) 34 C.F.R. §104.12(d).



이 과도한 부담을 초래하는지 여부를 판단하는 데 고려되어야 할 요소에는 프로그램 또는 직원 수와 관련된 활동의 전체 규모, 시설의 수와 유형, 예산 규모, 인력의 구성 및 구조를 포함한 작업 유형, 편의제공의 성격과 비용 등이 포함된다.<sup>517)</sup> 합리적 편의제공에는 직원이 사용하는 시설에 대해 장애인이 쉽게 접근하고 사용할 수 있도록 만드는 것, 직무 재구성(job restructuring), 시간제 또는 조정된 작업일정, 장비 또는 기구의 구입 또는 조정, 판독장치(readers) 또는 해석장치(interpreters) 제공, 기타 유사한 조치가 포함된다.<sup>518)</sup>

## VI. 장애의 개념과 관련한 판례의 현황

### 1. 손상의 기록(a record of such an impairment)

「장애인법」은 손상의 “기록”이 있는 개인도 보호한다. 이는 신체적 또는 정신적 손상이 반 고용 조치 당시에는 상당히 제약하지 않고 있는 경우에도 하나 이상의 주요 생활활동을 상당히 제약하는 신체적 또는 정신적 손상의 이력이 있거나 그러한 신체적 또는 정신적 손상이 있는 것으로 잘못 분류된 개인에 대해서도 「장애인법」상 보호를 확장한 것이다. 예를 들어, Ferrari v. Ford Motor Co. 사건에서 원고는 세 가지 장애 이론 모두에 따라 「장애인법」에 따른 소송을 제기하였다. 법원은 그의 목 상태가 현재는 상당히 제약하지 않는다는 사실을 발견했지만, 원고의 의료기록으로부터 상당한 제약의 이력이 있음을 확인할 수 있다고 보았다.<sup>519)</sup>

“실제 장애”와 “기록” 장애 지점 사이의 고유한 유사성을 감안할 때, 많은 법원은 이를 하나로 분석하거나 다른 하나를 결정하는 근거로

---

516) 34 C.F.R. §104.3(1)(1).

517) 34 C.F.R. §104.12(c).

518) 34 C.F.R. §104.12(b).

519) Ferrari v. Ford Motor Co, 96 F.Supp.3d 668 (E.D. Mich. 2015).

하나에 대한 분석을 사용한다. 예를 들어, *Mileski v. Gulf Health Hosps., Inc.* 사건에서 법원은 원고가 12~13세 때부터 겪었던 우울증이 그녀의 여러 차례에 걸친 자살 시도에 비추어볼 때 자신을 돌보는 것뿐만 아니라 다른 사람과 상호 작용하고 의사소통 할 수 있는 능력도 제한한다고 추론했다. 이러한 분석에 근거하여 법원은 그녀가 실제 장애 “밋/또는” 장애 기록을 가지고 있다고 판시하였다.<sup>520)</sup> 또한 *Upton v. Day & Zimmerman NPS* 사건에서도 법원은 요추 방사선증 이력 및 관련 통증 이력이 있는 원고가 “실제 장애” 청구를 통해 소송을 진행할 수 있는 것과 “동일한 이유로” 장애 “기록” 청구에 근거한 소송을 계속 진행하도록 허용한 바 있다.<sup>521)</sup>

대부분의 법원은 상당히 제약하는 손상의 일반적인 이력이 특정한 의료 기록을 요구하지 않고도 “기록”에 따른 장애임을 인정한다. *James v. Oregon Sandblasting & Coating, Inc* 사건에서 원고는 “실제 장애”와 “장애 기록” 모두에 따른 차별 주장에 대한 약식 판결에서 자신이 감독자들과 동료들에게 자신의 난독증에 대해 말했다는 것을 증언함으로써 진단에 관한 어떠한 의료기록이나 서류도 제출하지 않았지만 승소할 수 있었다.<sup>522)</sup> 그러나 이 부분을 좁게 해석하여 실제 의료기록이 필요하다고 판시한 경우도 있다는 사실을 발견했다는 점은 주목할 가치가 있다. *Marsh v. Terra Int’l (Oklahoma), Inc.* 사건에서 원고는 군 복무로 인해 무릎 부상을 입었다. 그는 세 가지 장애 모두에 따라 「장애인법」상의 소송을 제기했다. 그는 특히 그의 자녀들을 옮길 때 조심해야 하고 무릎 버클을 계속하고 있어야 했다. 이에 따라 법원은 그의 무릎 부상이 일반적인 대부분의 사람들(most people in

---

520) *Mileski v. Gulf Health Hosps., Inc.*, 2016 WL 1295026, at 15 (S.D. Ala. Mar. 31, 2016).

521) *Upton v. Day & Zimmerman NPS*, 2018 WL 465979, at 4 (N.D. Ala. Jan. 18, 2018).

522) *James v. Oregon Sandblasting & Coating, Inc.*, 2016 WL 7107227, at 6 (D. Or. Dec. 4, 2016).

the general population)과 비교하여 휴대능력(ability to carry)에 상당한 제약을 주고 있기 때문에 실제 장애(actual disability)가 있다고 판시하였다. 또한 법원은 원고가 무릎 손상이 있는 것으로 간주되었다고도 판시하였다. 그러나 법원은 원고가 장애에 대한 기록을 가지고 있지 않다는 사실을 확인하였는데 이러한 결론을 뒷받침하기 위해 법원은 “의료기록에 Marsh가 주요 생활활동을 상당히 또는 실질적으로 제한하는 장애가 있음을 나타내는 것은 없다.”라고 판시하였다. 원고의 장애 등급과 퇴원 증명서를 검토했지만 그것이 기능적 제약을 다루지 않고 있다고 한 것이다.<sup>523)</sup>

“실제 장애(actual disability)”에 대해 미치는 영향과 마찬가지로 개정 「장애인법」은 “주요 신체 기능(major bodily functions)”이라는 개념을 도입함으로써 장애 “기록(record of)”에 따른 장애의 정의를 크게 확대하였다. 예를 들어 Yanoski v. Silgan White Cap Americas, LLC 사건에서 근이영양증을 가진 개인이 언론 기계공으로 일했다. 그는 병가를 받은 후 해고되었다. 법원은 Yanoski가 “그의 신경 기능을 상당히 제약하는 근육 이영양증의 이력이 있음을 입증하는 의료기록” 때문에 재판을 진행하기 위해 장애 기록에 대한 충분한 증거를 제공했다고 결정했다.<sup>524)</sup>

“실제 장애”를 주장하려는 개인과 마찬가지로 장애 “기록”에 따라 소송을 제기하는 원고는 상당한 제약을 규명하는 데 가장 어려움을 겪는다. 따라서 Chamberlain v. Securian Financial Group, Inc. 사건에서 입증된 바와 같이 원고가 손상의 영향을 확인하는 것이 중요하다. 원고는 알코올 중독의 결과로 아무런 제약도 없다고 반복적으로 증언하고 진술했다. 어떠한 주요 생활활동에 대한 어떠한 제약도 없이 법원은 원고가 자신의 알코올 중독 이력에도 불구하고 손상에 대한 “기

---

523) Marsh v. Terra Int’l (Oklahoma), Inc., 122 F. Supp. 3d 1267, 1281 - 82 (N.D. Okla. 2015).

524) Yanoski v. Silgan White Cap Americas, LLC, 179 F. Supp. 3d 413, 428 (M.D. Pa. 2016).

록”이 있음을 규명하지 못했다고 판결했다.<sup>525)</sup> *Wade v. Montgomery Cty., Texas* 사건에서도 원고가 정신병 진단을 받았다고 주장했지만, 법원은 “그 손상이 주요 생활활동을 상당히 제약했다고 합리적으로 추론할 수 있는 사실을 주장하지 않았다.”라고 판시하였다.<sup>526)</sup> 또한 *Walker v. U.S. Sec’y of the Air Force* 사건에서도 법원은 원고가 직업 재활서비스에 대한 자격 기록과 특정한 제약을 일반적으로 설명하는 서신에 근거하여 장애 기록을 규명하지 못하였다고 판시하였다.<sup>527)</sup>

일부 법원은 기록 자체가 문제의 상당한 제약을 명시할 필요가 없음을 인정한다. 예를 들어, *Monroe v. County of Orange* 사건에서 피고는 광장 공포증과 ADHD를 동반한 공황 장애 진단을 받았다는 의료기록과 불안과 공황을 줄이고 주의력과 집중력을 높이기 위해 약을 복용하고 있었다는 의료기록이 있었음에도 불구하고 원고가 장애의 “기록”을 갖고 있지 않다고 주장했다. 법원은 이러한 의사의 기록이 문제의 주요 생활활동을 구체적으로 명시하지 않는다는 점을 인정했지만, 합리적인 배심원이 원고가 일부 주요 생활활동에 대한 상당한 제약의 기록을 갖고 있다는 점을 파악할 수 있다고 결론지었다. 이 결정을 뒷받침하기 위해 법원은 의료기록이 그러한 수준의 구체적 명시를 제공하는 경우가 거의 없다고 지적하고, 이 조항이 10년 전에 암 치료를 받았지만 현재는 완치된 것으로 보이는 사람을 보호하는 것이라고 기술하고 있는 “기록(record of)”에 관한 평등고용기회위원회(EEOC)의 규칙을 인용하기도 하였다. 법원은 “평등고용기회위원회(EEOC)가 과거의 암 기록을 그러한 기록이 주요 생활활동에 대한 상당한 제약을 보여주는 범위에 대한 더 이상의 논의 없이도 ‘기록’ 요건을 충족하기에 충분한 것으로 간주했다는 사실은 기록 안에서 그러한 구체적 명시가 기록에서 발견될 필요는 없다는 사실을 보여준다.”라고

---

525) *Chamberlain v. Securian Financial Group, Inc.*, 180 F. Supp. 3d 381 (W.D.N.C. 2016).

526) *Wade v. Montgomery Cty., Texas*, 2017 WL 7058237, at 7 (S.D. Tex. Dec. 6, 2017).

527) *Walker v. U.S. Sec’y of the Air Force*, 7 F. Supp. 3d 438, 454 (D.N.J. 2014).

판시하였다.<sup>528)</sup>

원고가 “기록”에 따른 청구를 성공적으로 제기할 수 있는 또 다른 방법은 장애를 위한 휴가 또는 기타 편의제공을 요청했으며 고용주가 그러한 휴가 또는 편의제공의 이유를 알고 있었음을 보여주는 것이다. *Wessels v. Moore Excavation* 사건에서 법원은 원고가 “장애를 치료하기 위해 정기적으로 휴가를 요청하고 피고에게 휴가의 필요성과 휴가 이유를 통지”했고, 그것은 원고가 장애의 기록을 갖고 있었고 피고가 그러한 장애를 알고 있었다는 것을 추론할 수 있도록 하기 때문에 청구를 충분히 했다고 판시하였다.<sup>529)</sup>

고용주가 직원이 장애 기록을 가지고 있음을 확인하기 위해 “오해, 고정 관념 또는 기타 잘못된 믿음”을 가질 필요가 없다는 것은 분명하다. 이 논쟁은 원고가 장애 수당 수급자격을 부여받게 된 과거 뇌졸중으로 인한 상당한 손상을 입증한 *Stanley v. BP Prod. North America, Inc.* 사건에서 제기되었고 거부되었다.

『장애인법』 개정 이전에는 “기록”에 따라 자격을 갖춘 개인이 합리적 편의제공을 받을 권리가 있는지에 대한 불확실성이 있었다.<sup>530)</sup> 그러나 개정 『장애인법』은 그러한 권리가 있다는 점을 분명히 함으로써 모든 의심을 제거했다.<sup>531)</sup> 규칙은 후속 조치를 위한 “휴가” 또는 “일정 변경” 또는 “의료 서비스 제공자와의 약속” 모니터링 등과 같이 장애의 이력을 가진 사람에게 어떠한 유형의 편의제공이 합리적인 것인지에 대한 예시도 포함한다.<sup>532)</sup>

---

528) *Monroe v. Cty. of Orange*, 2016 WL 5394745, at 11 (S.D.N.Y. Sept. 27, 2016).

529) *Wessels v. Moore Excavation, Inc.*, 2014 WL 6750350, at 4 (D. Or. Dec. 1, 2014). 이와 유사하게 원고가 편의제공을 요구하고 휴가를 요청했다는 주장은 법원이 피고가 원고의 상태에 대해 알고 있었다고 추론하는 것을 가능하게 한다는 판시로는 *Jones v. HCA*, 2014 WL 1603739, at 7(E.D. Va. Apr.21, 2014).

530) *Davidson v. Midelfort Clinic, Ltd.*, 133 F.3d 499, 509 n.6 (7th Cir. 1998); *Gilday v. Mecosta County*, 124 F.3d 760, 764 n.4 (6th Cir. 1997).

531) 29 C.F.R. §1630.2(k)(3) and 1630.9(e).

532) 29 C.F.R. §1630.2(k)(3).

2. 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)

『장애인법』상 장애의 정의 가운데 “그러한 손상을 가진 것으로 간주되는 경우(being regarded as having such an impairment)”는 매우 폭넓게 적용되고 있다. 예를 들어, Alexander v. Washington Metropolitan Area Transit Authority에서 DC 순회 법원(D.C. Circuit Court)은 “손상을 가진 것으로 간주되는” 경우가 대부분의 경우에 차별 주장을 제기할 수 있는 주요 수단이 되었다고 밝힌 바 있다.<sup>533)</sup> 동 사건에서 알코올 중독인 근로자가 직장에서 정직을 당하고 나중에 정기적인 알코올 검사를 받고 업무에 복귀할 수 있었다. 검사에 실패한 후 그는 해고되었으나 집중 알코올 의존 치료 프로그램을 완료하면 1년 후에 다시 지원할 수 있다는 말을 들었다. 근로자는 치료 프로그램을 완료하였지만 재채용되지 않았다. 그는 소송을 제기하였고 법원의 주요 문제는 그가 장애인에 해당하는지 여부였다. 지방법원은 원고의 알코올 중독이 하나 이상의 주요 생활활동을 상당히 제약하지 않았기 때문에 장애인이 아니라는 결론을 내렸다. 그러나 D.C. 순회 법원은 이러한 결정을 뒤집고 “간주되는” 조항의 범위와 적용에 대해 여러 가지 중요한 판단을 하였다. 여기에서는 알코올 중독이 개정 『장애인법』에 따른 장애에 해당한다는 점에 의문이 없으며 원고는 고용주가 인식된 장애를 이유로 근로자에 대해 금지된 조치를 취했다는 사실을 증명하기만 하면 된다고 하였다.

마찬가지로 Burton v. Freescale Semiconductor 사건에서 항소법원은 원고는 손상에 대한 인식만을 입증하면 된다고 하면서 원고가 인사부서에 부상을 보고하고 심장이 두근거림을 밝히고 “잠시 앉아야 할” 필요성, “가슴 통증”, 그리고 호흡곤란에 대한 이메일을 보냈기 때문에

---

533) Alexander v. Wash. Metro. Area Transit Authority, 826 F.3d 544 (D.C. Cir. 2016).

고용주는 원고의 손상을 알고 있었다고 하였다.<sup>534)</sup> *Stragapede v. City of Evanston* 사건에서도 법원은 근로자가 머리 부상으로 인한 정신적 손상으로 인해 해고되었을 때 “장애인으로 간주되는” 것으로 인정되며 상당한 제약은 필요하지 않다고 하였다.<sup>535)</sup> 다시 말해, 개인이 장애가 있는 것으로 간주되는지 여부는 “기능적 테스트 대상이 아니다.”

장애의 정의와 관련하여 “간주되는 경우”에 해당하여 차별이 문제되는 경우에는 당해 손상이 “일시적이고 경미한(transitory and minor)” 것이거나 그러한 것이라고 인식되었다고 주장한다면 방어할 수 있다. 새롭게 도입된 “간주되는” 조항의 범위에 대한 사업자들의 우려를 해결하기 위해 의회는 일시적이고 경미한 장애에 대한 예외를 규정한 것이다. 개정 「장애인법」은 일시적 장애를 실제 또는 예상 기간이 6개월 이하인 것으로 정의하지만 “경미한(minor)”이라는 용어를 정의하지는 않고 있다. 이와 관련하여, 일부 피고인들은 원고의 손상이 일시적이거나 또는 경미한 것이었기 때문에 사건을 기각해야 한다고 주장했지만 이러한 유형의 주장은 대부분 실패했다. 대부분의 법원은 예외에 해당하기 위해서는 일시적임과 동시에 경미한 손상일 것을 요구하는 개정 「장애인법」의 문구를 적용하기 때문이다. 예컨대, *Davis v. NYC Dept. of Education* 사건에서 법원은 근로자가 그 손상이 “경미한” 것이라는 것을 보여줄 만한 사항이 없었기 때문에 등 및 어깨 손상이 “일시적”일 수 있음에도 불구하고 장애가 있는 것으로 간주되었다는 것을 충분히 주장했다고 판시하였다.<sup>536)</sup> 이에 비하여, 법원은 독감(H1N1 바이러스)<sup>537)</sup>과 1주일 동안 지속되는 비우발성 빈혈(non-episodic anemia)<sup>538)</sup>이 객관적으로 일시적이고 경미한 것으로 판시하였다. 마찬가지로

---

534) *Burton v. Freescale Semiconductor*, 798 F.3d 222 (5th Cir. 2015).

535) *Stragapede v. City of Evanston*, 69 F. Supp. 3d 856 (N.D. Ill. 2014).

536) *Davis v. NYC Dept. of Education*, 2012 WL 139255, at 5-6 (E.D.N.Y. Jan. 18, 2012).

537) *Lewis v. Florida Default Law Group*, 2011 WL 4527456, Case No. 8:10-cv-1182-T-27EAJ (M.D. Fla. Sep. 15, 2011).

538) *LaPier v. Prince George’s County, Maryland*, 2011 WL 4501372, Civil Action

가지로 몇 시간 동안만 지속되는 탈수 및 열사병의 일회성 사례<sup>539)</sup> 역시 일시적이고 경미한 것으로 간주되었다. 법원이 일시적이고 경미한 것으로 판시한 예를 정리해보면, 손가락 골절<sup>540)</sup> 2개월 내에 치료되는 골절<sup>541)</sup> 몇 시간만 유지되는 탈수<sup>542)</sup> 1주일 이내에 회복되는 교통사고 부상<sup>543)</sup>, 독감 내지 H1N1<sup>544)</sup>, 일주일간 지속되는 비일회성 빈혈<sup>545)</sup> 등이다.

“실제 장애” 또는 장애 “기록”에 따라 「장애인법」상 보호를 받는 개인과 달리 “간주되는” 경우로 자격을 갖추게 되는 개인은 합리적 편의 제공을 받을 자격이 없다.<sup>546)</sup> 이와 관련하여 *Ryan v Columbus Regional Healthcare System* 사건에서 원고는 수술실 간호사로 일했으며 퇴행성 관절 질환과 무릎 관절염이 있었다. 가족 의료 휴가법 (Family Medical Leave Act)에 따른 휴가를 모두 소진한 후 원고는 제한된 서기, 구부리기, 무릎 꿇기, 웅크리기 등 다양한 편의제공을 요청했지만, 고용주는 이러한 요청을 거부했고 원고는 자신이 장애가 있는 것으로 간주되었다는 것을 주장하며 소송을 제기했다. 그러나 개정 「장애인법」은 고용주에게 장애가 있는 것으로 간주되는 근로자에 대해 편의를 제공하도록 요구하지 않기 때문에 법원은 청구를 기각했다.<sup>547)</sup>

---

No. 10-CV-2851 AW (D. Md. Sep. 27, 2011).

539) *Willis v. Noble Environmental Power, LLC*, 143 F.Supp. 3d 475, 484 (N.D. Tex. 2015).

540) *Budhun v. Reading Hosp. & Med. Ctr.*, 765 F.3d 245 (3d Cir. 2014).

541) *Ashby v. Amscan, Inc.*, 2017 WL 939324 (W.D. Ky. Mar. 9, 2017).

542) *Willis v. Noble Environmental Power, LLC*, 143 F.Supp.3d 475 (N.D. Tex. 2015).

543) *Percoco v. Lowe’s Home Centers, LLC*, 2015 WL 5050171 (D. Conn. Aug. 25, 2015).

544) *Lewis v. Florida Default Law Group*, 2011 WL 4527456 (M.D. Fla. 2011).

545) *LaPier v. Prince George’s County, Maryland.*, 2011 WL 4501372 (D. Md. Sept. 27, 2011).

546) 42 U.S.C. §12201(h).

547) *Ryan v. Columbus Regional Healthcare System*, 2012 WL 1230234, at 4-5 (E.D.N.C. Apr. 12, 2012).



이러한 제한은 「장애인법」에 따라 “자격이 있음”을 증명하려는 개인에게 영향을 미칠 수 있다. 예를 들어, Walker v. Venetian Casino Resort, LLC 사건에서 Venetian Casino Restaurant의 칵테일 서버는 근무 중 부상을 입어 해고되었다. 칵테일 서버는 자신이 장애가 있는 것으로 간주되었다고 주장하였으며 이에 대해 전 고용주는 칵테일 서버가 직무를 수행할 자격을 갖추지 못했다고 맞섰다. 칵테일 서버는 자신이 합리적 편의제공이 없이는 자격을 갖추지 못했다는 점에 대해 동의하였지만 다른 곳으로 재배치되는 편의제공을 받는다면 자격을 갖추게 될 것이라고 주장하였다. 개정 「장애인법」은 고용주에게 “간주되는 경우”에 해당하는 개인에 대해 편의를 제공하도록 요구하지 않고, 원고는 합리적 편의제공이 없이도 자격을 갖추고 있음을 입증하지 못했기 때문에 법원은 원고가 「장애인법」상 청구의 요소를 적절하게 주장하지 않았다고 판시하였다.<sup>548)</sup>

### 3. 연계차별(Association Discrimination)의 경우

우선, 고용 영역에서의 “연계 차별(Association Discrimination)”의 경우, 이에 따라 제기된 사건의 압도적 다수가 가족과 관련된 것이지만, 연계가 반드시 가족에 한정되는 것은 아니다. 그러나 「장애인법」의 연계차별 조항은 일반적으로 특정인과의 관계가 아니라 장애인을 위한 옹호 때문에 차별을 받고 있다고 주장하는 근로자는 보호하지 않는다. 예를 들어, Tyson v. Access Services 사건에서 원고는 장애가 있는 고객을 위하여 보호자로서 옹호한 것으로 인해 해고되었다고 주장했다. 법원은 원고가 장애가 있는 특정 개인과의 특별한 연관성 (specific association)을 주장하지 않고는 연계차별 청구를 주장할 수

---

548) Walker v. Venetian Casino Resort, LLC, 2012 WL 4794149, at 14-15 (D. Nev. Oct. 9, 2012). 이와 유사한 판례로, Chamberlain v. Securian Fin. Grp., Inc., 180 F. Supp. 3d 381, 405 (W.D.N.C. 2016).

없으며 일반적 옹호(general advocacy)는 「장애인법」상 연계차별 청구를 제기하기에 불충분하다는 사실을 확인하면서 원고의 청구를 기각했다.<sup>549)</sup> 원고는 또한 고용주가 자신과 관련자(associate)의 연계 및 당해 관련자의 장애에 대해 알고 있다는 점을 보여줄 수 있어야 한다. 그러나 실제 지식(actual knowledge)을 입증할 필요는 없다. 예를 들어, *Straub v. County of Maui* 사건에서 법원은 원고가 고용주가 아내의 장애를 알고 있다고 명시적으로 주장하지 않았음에도 불구하고 연계차별에 대한 원고의 주장이 진척되는 것을 허용했다. 법원은 이 사건에서 작은 카운티 정부에서 그녀의 지위를 감안할 때 의사 결정자의 지식에 대해 합리적인 추론을 이끌어낼 수 있다고 판시했다.<sup>550)</sup>

한편, 법원은 「장애인법」상 연계차별에 대한 세 가지 이론을 인정했다. 즉, 고용과 관련해서 “(1)비용(expense), (2)연계로 인한 장애(disability by association), (3)산만(distraction)”이다.<sup>551)</sup> 우선, “비용”이론은 고용주가 장애가 있는 개인과 관련된 비용, 대부분 건강보험과 관련된 비용 때문에 직원에게 불리한 조치를 취하는 경우이다. “연계로 인한 장애” 이론은 고용주가 근로자가 관련자(associate)의 장애에 걸릴 수 있거나 유전적으로 장애로 발전하는 경향이 있다고 우려하는 경우이다. “산만” 이론은 고용주가 근로자가 일에 집중하지 않거나 관련자를 돌보기 위해 휴가가 필요할 것이라고 우려하는 경우이다.<sup>552)</sup>

이 이론은 장애가 있는 개인의 필요를 위해서 또는 장애가 있는 개인이 원인이 됨으로써 발생한 것이라고 하더라도 휴가 또는 기타 편

---

549) *Tyson v. Access Services*, 158 F. Supp. 3d 309 (E.D. Pa. 2016).

550) *Straub v. Cty. of Maui*, 2018 WL 762383, at 5 (D. Haw. Feb. 7, 2018).

551) *Graziadio v. Culinary Institute of America*, 817 F.3d 415 (2nd Cir. 2016); *Williams v. Union Underwear Co.*, 614 F. App'x 249, 254 (6th Cir. 2015); *Larimer v. International Business Machines Corp.*, 370 F.3d 698 (7th Cir. 2004).

552) 이와 관련된 구체적인 사례에 대해서는 *Equip for Equality, ADA Coverage Beyond Actual Disabilities: Regarded As, Record Of, and Association*, Legal Briefings, Brief 38, Great Lakes ada Center (April 2018), pp.10-13.

의제공을 요구하는 근로자에게 적용되지 않으며, 성과 문제를 양해하기 위하여 적용되지도 않는다. 예를 들어 *Graziadio v. Culinary Inst. of America* 사건에서 원고는 자신이 미래에 휴가를 떠날 것이라는 고용주의 두려움 때문에 또는 직장에서 자신의 산만함 때문이 아니라 아들을 돌보기 위해 휴가를 갔기 때문에 해고되었다는 증거를 제시했다.<sup>553)</sup> 그 이유는 「장애인법」이 장애가 있는 개인과의 “관계 또는 연관성”으로 인해 장애가 없는 개인에 대한 차별을 금지하는 반면, 「장애인법」의 합리적 편의제공 요청은 이러한 경우의 근로자에게 적용되지 않기 때문이다.<sup>554)</sup> 즉, 「장애인법」은 고용주가 장애가 없는 근로자에게 합리적 편의제공을 하도록 요구하지 않는다. 법원 역시 법은 장애인과의 관계를 이유로 하여 장애가 없는 근로자에게 편의제공을 할 것을 고용주에게 요구하지 않는다는 점을 지속적으로 밝히고 있다.<sup>555)</sup>

또한 근로자의 관련자를 위한 편의제공 요청은 수용되어야만 하는 것이 아니라 하더라도 해고의 근거가 되어서는 안 된다. 예를 들어, *Fenn v. Mansfield* 사건에서 원고는 훈련을 위해 일주일 간 출장을 요구받고 아내가 여러 장애가 있었기 때문에 훈련 과정을 집에 더 가까운 곳에서 받도록 해줄 것을 요구하였다. 그러나 이러한 요구에 응답하는 대신 고용주는 “갑작스럽게 원고를 해고했다.” 법원은 「장애인법」이 “고용주가 장애 친척이 있는 근로자의 일정에 대해 편의를 제공하도록 의무화”하지는 않는다고 하더라도 설명없는 갑작스런 해고에 비추어 원고는 연계차별에 대한 주장을 규명하기에 충분한 사실을 주장했다고 판시하였다.<sup>556)</sup>

다음으로, Subchapter II, III의 공공서비스 등 영역에서는 연계차별

---

553) *Graziadio v. Culinary Institute of America*, 817 F.3d 415 (2nd Cir. 2016).

554) 29 C.F.R. §1630.8.

555) *Milchak v. Carter*, 2016 WL 6248074, at 6 (E.D. Mo. Oct. 26, 2016); *Fenn v. Mansfield*, 2015 WL 628560 (D. Mass. Feb. 12, 2015); *Pennington v. Wal-Mart Stores E., LP*, 2014 WL 1259727, at 5 (N.D. Ala. Mar. 26, 2014).

556) *Fenn v. Mansfield*, 2015 WL 628560 (D. Mass. Feb. 12, 2015).

에 대한 주장을 제기할 때, 종종 주장을 제기한 개인이 장애인이 제기한 것과는 별개이고 구별 가능한 자신의 개인적 피해(injury)를 가지고 있는지 여부의 문제로 전환된다. *Nevarez v. Forty Niners Football Co., LLC*, 사건에서 남편과 아내는 남편만이 장애가 있었지만 경기장의 접근성 장벽에 대해 소송을 제기했다. 피고는 법원에 사건을 기각해달라고 요청했으며, 연계에 근거한 아내의 주장이 남편의 차별 주장과 분리되거나 구별되지 않았기 때문에 아내가 소송을 제기할 수 없다고 주장했다. 법원은 연계차별에 대한 이러한 유형의 좁은 해석에 동의하지 않고 거부했다. 아내 역시 접근 장벽으로 인해 경기장에 접근하여 즐길 수 없었으며 엘리베이터를 찾아 돌아다니며 남편을 도와야 했고 장애인 및 동반자 좌석을 구입하는 데 어려움을 겪었다고 판시하였다.<sup>557)</sup> 마찬가지로 *Huynh v. Bracamontes* 사건에서 법원은 의회가 연계차별 주장에 대한 협소한 해석을 의도했다는 피고의 주장을 거부했으며, 장애가 없는 원고가 장애가 있는 딸을 네일 살롱에 데려왔지만 휠체어가 접근할 수 있는 주차공간을 찾지 못했고 따라서 딸과 함께 살롱에 다시 방문하는 것을 방해했다고 하는 것은 연계차별 주장을 적절하게 한 것이라고 판시하였다.<sup>558)</sup>

연계차별의 두드러진 사례는 *Loeffler v. Staten Island University Hospital* 사건이다. 환자인 남편과 그 아내는 모두 청각장애가 있었고 그들의 13세 및 17세 자녀는 아버지의 입원 기간 동안 통역을 강요받았다. 이에 제2 항소법원(Second Circuit)은 이 아이들은 병원이 그들의 부모에 대한 보조적 지원 및 서비스를 제공하지 않았기 때문에 부모와 별개로 자신의 피해를 당했다고 판시하였다.<sup>559)</sup> 이에 비하여, 연계차별에 대한 해석을 제한적으로 한 경우도 있다. 예를 들어, *Labouliere v. Our Lady of Lake Foundation* 사건에서 한 개인은 여

---

557) *Nevarez v. Forty Niners Football Co., LLC*, 2017 WL 3288634, at 8-9 (N.D. Cal. Aug. 1, 2017).

558) *Huynh v. Bracamontes*, 2016 WL 3683048, at 2-3 (N.D. Cal. July 12, 2016).

559) *Loeffler v. Staten Island University Hosp.*, 582 F.3d 268 (2nd Cir. 2009).

러 차례 병원에 방문하는 동안 수화 통역사를 제공하지 않은 의료 서비스 제공자에게 이의를 제기하면서 자신과 어머니의 재산을 위해 소송을 제기하였다. 통역사가 제공되지 않았고 비디오 원격 통역 서비스를 사용하려는 병원의 시도가 효과가 없었기 때문에 수화 통역사인 원고는 어머니를 위해 통역을 해야 했다. 그 결과, 그녀는 어머니에게 4기 간암에 걸렸으며 화학 요법 대상이 아니라고 말해야 하는 사람이 되었다. 원고는 이 경험의 결과로 그녀가 심각한 정서적 고통을 견뎌왔고 이제는 통역사로 일하는 것을 피하고 있다고 주장했다. 법원은 딸이 「재활법」에 따라 자신의 청구권을 가지고 있는지 여부를 검토하고 자신의 피해를 경험하지 않았다고 결론 내렸다.<sup>560)</sup>

## VII. 소결

미연방의회는 장애인에 대한 포괄적인 보호와 차별의 금지를 위하여 1990년 「장애인법」을 제정하였다. 그러나 동법은 장애의 개념과 관련하여 1973년 「재활법」에 규정된 세 가지 장애 개념을 나열하고 그 이상의 부연 설명은 하지 않았던 까닭에 법원이 보호와 차별금지의 대상으로서 장애의 범위를 축소하여 해석할 수 있는 여지를 주었다. 법원이 이처럼 의회의 본래의 취지에 반하여 보호와 차별금지의 범위를 축소하는 경향을 보이면서 「장애인법」을 개정해야 할 필요성이 제기되었고, 개정 「장애인법」은 “상당히 제약하는(substantially limits)”, “주요한 생활 활동(major life activities)”,<sup>561)</sup> “그러한 손상이 있는 것으로 간주되는(regarded as having such an impairment)”,<sup>562)</sup> “장애의 정의에 대한 해석의 기준”,<sup>563)</sup> “보조기구와 서비스(auxiliary aids and

---

560) *Labouliere v. Our Lady of Lake Foundation*, 2017 WL 4365989 (M.D. La. Sept. 29, 2017).

561) 42 U.S.C. §12102(2).

562) 42 U.S.C. §12102(3).

563) 42 U.S.C. §12102(4).

services)”,<sup>564)</sup> “주(State)”<sup>565)</sup>의 개념을 보완하는 내용을 추가하였다. 본래 원래의 「장애인법」에 담고자 했던 광범위하고 포괄적인 의도를 반영하기 위해 이러한 변경을 가한 것이다. 그러나 이러한 개정은 변경된 장애 개념 조건에 대한 적절한 해석에 초점을 두지 않고는 제대로 이행되기 어려울 것이다. 개정 「장애인법」은 장애인에 대한 보호와 차별금지의 분명한 진일보이지만, 이는 장애인이 차별없는 사회에 완전히 참여할 수 있도록 하려는 의회의 의도에 따라 일관되게 시행되는 것이 보다 중요한 관건이 될 것이다.<sup>566)</sup>

## 제7절 영국 법률상 장애 개념, 장애인 권리보장 체계 개관

### I. 장애인 권리보장 법제 현황

장애인과 관련된 영국의 근대입법은 1944년 제정된 「장애인(고용)법」(the Disabled Persons (Employment) Act 1944)이다. 동법은 기업에 대해 일정한 비율의 장애인을 고용하도록 할당하는 것을 주요 내용으로 하고 있었다. 다만, 이러한 제도는 실제로 법의 취지에 따라 원활하게 실행되지는 않았다. 이후 동법은 폐지되고 1995년 사회 전 영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하는 「장애차별금지법」(the Disability Discrimination Act 1995)이 제정되었다. 이후 동법은 2000년 제정된 「유럽연합의 고용평등기본지침」(Directive 2000/78/EC)에 따라 일부 수정된 바 있다.<sup>567)</sup>

---

564) 42 U.S.C. §12103(1).

565) 42 U.S.C. §12103(2).

566) Emily A. Benfer, *The ADA Amendments Act: An Overview of Recent Changes to the Americans with Disabilities Act*(The American Constitution Society, 2009), p.18.

567) 심재진, “영국과 미국의 장애인차별금지법제와 장애인사회보장법제의 관계”, 『노

이러한 장애차별금지법과 더불어 영국은 본래 차별금지과 관련한 개별 법률과 각 법률을 집행하는 별도의 기관을 두고 있었다. 즉, 차별 금지에 관한 법제는 각 차별금지 사유마다 별도의 근거 법률이 있는 체계였다. 예컨대, 남성과 같거나 유사한 일을 하는 여성에 대한 임금 기타 근로조건에서의 차별을 금지하는 「동등임금법」(Equal Pay Act 1970), 성별과 혼인 여부에 따른 차별을 금지하는 「성차별금지법」(Sex Discrimination Act 1975), 인종, 피부색, 국적, 출신국가 등을 이유로 한 모든 차별을 금지하는 「인종관계법」(Race Relations Act 1976), 주로 장애인에 대한 고용영역에서의 차별을 금지하는 「장애차별금지법」(Disability Discrimination Act 1995), 「고용평등(종교 또는 믿음)에 관한 규칙」(Employment Equality (Religion or Belief) Regulations 2003), 「고용평등(성적 지향)에 관한 규칙」(Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations 2003), 「고용평등(연령)에 관한 규칙」(Employment Equality (Age) Regulations 2006) 등이다.

「장애차별금지법」은 2005년 개정을 통해 상당한 개선이 이루어졌다. 고용영역을 넘어서는 차별을 다루는 새로운 규정들이 추가되어 상품, 편의시설 및 서비스(goods, facilities and services), 공공기능(public functions), 민간단체(private clubs), 구내(premines)와 관련하여 금지되는 차별의 의미를 별도로 포함하였다. 다만, 이러한 변화는 법을 복잡하고 그 준수를 어렵게 만든다는 비판을 불러일으켰다.<sup>568)</sup> 이후 2006년에는 「평등법」(Equality Act 2006)을 제정하여 기존의 개별적인 차별금지법제와 병존시킴으로써 차별금지를 강화하는 한편 차별금지 관련 집행기구를 ‘평등인권위원회’(Equality and Human Rights Commission: EHRC)로 통합하였다. 즉, 2006년 「평등법」은 기존의 차별금지 법제가 주로 차별의 금지에 중점을 둔 것에 비하여 보다 적극적인 의미의 평

---

동법학」 제52권(2014), 260면 참조.

568) Government Equalities Office, *The Equality Bill - Government response to the Consultation*(Government Equalities Office, 2008), p.137.

등을 강조하는 방향성을 갖고 있었으며, 인종평등위원회, 장애인권위원회, 평등기회위원회를 통합하여 ‘평등인권위원회’(EHRC)를 설치하였다는 점에 중요한 의의가 있다.<sup>569)</sup>

다만, 위와 같이 각각의 차별금지 사유마다 별도의 근거 법률을 여전히 존치함으로써 비효율과 집행의 어려움이 초래되었고, 이들을 하나의 법률로 규율함으로써 보다 체계적인 차별금지 입법을 해야 한다는 주장이 제기되었다. 개별 법령들이 지나치게 복잡하게 얽혀있다는 점, 그럼에도 불구하고 여전히 차별과 불평등이 지속되고 있었다는 점, 차별시정에 상당한 시간이 소요됨으로써 피해자의 권리구제에 충분하지 못하다는 점 등이 문제되었던 것이다. 이에 2010년 「평등법」(Equality Act 2010)을 제정함으로써 여러 차별금지 관련 법률들을 통합하게 되었다. 이는 단순히 기존 법령의 통합에 그치는 것은 아니었으며, 그동안 차별금지 법률을 해석하고 적용하는 과정에서 제기되어 왔던 해석상, 적용상 문제점들 역시 보완하여 새롭게 개정한 것이다. 무엇보다 차별의 개념과 관련하여 제기되어 온 문제점들을 반영함으로써 차별의 개념을 상세히 분류하고 구체적으로 규정하였다.<sup>570)</sup>

2010년 「평등법」이 제정된 과정을 개관하면, 다음과 같다. 2005년 노동당의 선거공약으로 평등법안이 제출되었고, 이에 따라 2007년에는 차별금지법평가기구가 관련 보고서를 제출한다. 2008년에는 상원의장 해리엇 하먼(Harriet Harman)이 단일 평등법안을 발의하였고, 2009년에는 정부가 평등법안을 제출하였다. 이후 2010년 4월 법안이 의회를 통과하여 여왕의 승인을 거치게 되었고, 대부분의 규정은 2010년 10월부터 그 효력을 발생하였다. 동법은 기존의 9개에 달하는 차별금지에 관한 법률과 100개가 넘는 관련 법령을 통합하면서 보다 정합성을 갖는 체계적인 차별금지법제도의 전환을 의미하는 것이었다<sup>571)</sup> 이에 현

---

569) 윤석진, 「차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구 - 영국편-」(한국법제연구원, 2011), 24면 참조.

570) 구미영, “영국 평등법 개정의 주요 내용”, 「국제노동브리프」 제9권 제3호(2011), 80면 참조.



재 영국에서 장애인과 관련한 내용을 담고 있는 가장 중요한 법은 2010년 10월부터 시행 중인 「평등법」(Equality Act 2010)이라고 할 수 있다. 앞서 언급한 바와 같이 동법은 기존에 시행되고 있던 여러 차별 금지 법령을 통합하여 만들어진 것이다. 이는 다양한 차별금지 관련 법령들이 조화를 이루도록 하는 한편 그 내용을 강화하기 위한 것으로서 연령, 장애, 성전환, 혼인 및 동성혼(civil partnership), 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향 등을 차별금지에 의해 보호되는 특성으로 포함하고 있다. 장애에 따른 차별에 대해서는 종래 1995년 제정된 「장애차별금지법」에 의해 규율되어 있었지만 이 역시도 2010년 「평등법」에 흡수, 통합되었다.

## II. 법률상 장애(인) 개념 분석

### 1. 「평등법」상 장애 개념에 대한 규정

「평등법」(Equality Act 2010)은 총 16개 부(Part)의 218개 조(Section) 및 28개의 보칙(Schedule)으로 구성되어 있다. 「평등법」 Part 2 Chapter 1은 동법의 적용을 받는 속성을 규정하고 있다. Section 4는 동법이 적용되어야 하는 속성을 연령, 장애, 성전환, 혼인 및 동성혼(civil partnership), 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적 지향으로 열거하고 있으며, Section 5 내지 Section 12에서 이러한 속성의 개념을 정의하고 있다. 이 가운데 장애(Disability)의 개념에 대한 정의는 Section 6이 규정하고 있다. 즉, 「평등법」 Section 6(1)은 ‘신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)’을 갖고 있으며, 당해 손상이 ‘통상적인 일상활동(normal day-to-day activities)’을 수행하는 능력에 대해 ‘상당하고 장기간에 걸쳐 부정적인 영향(substantial and long-term

---

571) 홍성수, 「영국의 차별금지법제 연구 -2010년 평등법을 중심으로-」(법무부, 2011), 7면, 12면 참조.

adverse effect)’을 미치는 경우에 사람은 장애가 있는 것이라고 정의하고 있다.

이처럼 Section 6(1)에서 장애의 개념을 정의하는 것에 이어, Section 6 (5)에서는 각료(A Minister of the Crown)에 대해 장애의 의미와 관련한 사항을 결정하는데 고려되어야 할 사항과 관련하여 지침(Guidance)을 제정할 수 있는 권한을 부여하고 있으며, Section 6 (6)에서는 보칙(Schedule) 1의 장애에 관한 보충규정(disability: supplementary provision)이 효력을 갖고 있음을 명시하고 있다.

우선, 위 Section 6 (5)에 따라 「평등법 2010 지침: 장애의 정의와 관련된 문제들을 결정하는데 고려되어야 할 사항에 관한 지침」(Equality Act 2010 Guidance; Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability, 이하 ‘장애지침’이라 함)이 제정되어 2011년 5월부터 시행 중이다. 동 지침은 장애의 결정과 관련하여 세부적인 내용을 보완하는 기능을 담당한다. 이 장애지침은 법적인 구속력은 없으나 「평등법 보칙」(Schedule) 1 Section 12는 장애인(disabled person)인지 여부를 결정하는 경우 판단 기관이 이러한 지침을 반드시 고려하도록 하고 있다. 장애지침은 Part 2의 Section A 내지 Section D에서 장애의 정의와 관련한 개념 요소들을 규정하고 있으며, Section E에서는 장애아동(Disabled children), Section F에서는 특정한 보호 속성 또는 공통된 보호 속성으로서의 장애(Disability as a particular protected characteristic or as a shared protected characteristic)에 관하여 구체적으로 규정하면서 관련된 예시들을 상세하게 제시하고 있다. 또한 부록(Appendix)을 통해 통상적인 일상활동에 상당한 부정적인 영향을 미치는 것으로 간주하는 것이 합리적으로 인정되는 경우와 합리적인 것으로 인정되기 어려운 경우를 예를 들어 보여주고 있다. 또한 「평등법」 Section 6 (6)에 따라 장애의 구체적인 의미는 보칙(Schedule) 1의 장애: 보충규정(disability: supplementary provision)에 의해서도 보완되고 있다. 특히, 장애의 결

정과 관련하여서는 Part 1의 Section 1 내지 Section 9에서 손상 (Impairment), 장기간의 영향(Long-term effects), 심각한 외관손상 (Severe disfigurement), 상당한 부정적인 영향(Substantial adverse effects), 의학적 치료의 영향(Effect of medical treatment), 특정한 의학적 상태(Certain medical conditions), 간주된 장애(Deemed disability), 진행성 질환(Progressive conditions), 과거의 장애(Past disabilities)와 관련한 규정을 통해 보충적으로 다루어지고 있다. 이 밖에도 정부의 규칙(Regulation)으로서 「평등법 2010 (장애) 규칙」(The Equality Act 2010 (Disability) Regulations 2010, 이하 ‘장애규칙’이라 함)이 제정되어 있다.

「평등법」이 규정하고 있는 장애의 의미는 사실상 1995년 「장애차별 금지법」과 동일하며, 보칙과 장애규칙, 장애지침 등의 내용도 과거 장애차별금지법 시행 당시의 규정들을 일부 개정한 것이다. 한편, 장애지침은 「평등법」에 규정되고 동 지침에 기술된 장애의 정의는 「평등법」의 목적상 특정인이 장애인인지 여부를 결정하는 데 관련된 유일한 정의이며, 다른 법률의 맥락에서 ‘장애’ 또는 정신적 또는 신체적 손상에 관한 규정과 반드시 관련이 있는 것은 아니라고 하면서도 「평등법」의 정의와 조화되어 특정인이 장애인인지 여부를 결정할 때 판결 기관에 보충적으로 도움이 될 수 있다고 규정하고 있다.<sup>572)</sup>

---

572) 장애지침 Part 1, Section 6. 판례 역시 다른 법률의 장애의 정의를 충족하는지 여부와 2005년 장애차별금지법의 장애 정의를 충족하는지 여부는 영향을 미치지 않는 것으로 보고 있다. 고용항소법원(Employment Appeal Tribunal; EAT)은 정신보건법(Mental Health Act)상 강제입원의 요건을 충족하는 자가 장애차별금지법상 장애의 요건을 반드시 충족하는 것은 아니라고 판시한 바 있으며 (McDougall v Richmond Adult Community College 2007 ICR 1567, EAT), 사회보장과 관련하여 장애급여의 수급자격이 있다는 사실에 따라 자동적으로 장애차별금지법상 장애인에 해당하는 것은 아니라고 한다(Hill v Clacton Family Trust Ltd [2005] EWCA Civ 1456, CA)[조임영, “영국 장애차별금지법과 ‘장애’의 개념”, 『동아법학』 제66권(2015), 561면에서 재인용].

## 2. 장애 개념에 대한 규정의 내용

### (1) 장애의 개념

과거 「장애차별금지법」은 동법의 목적상 “장애를 가진 사람”(a person has a disability)에 대해 “통상적인 일상활동(normal day-to-day activities)을 수행하는 능력에 상당하고 장기적인 부정적 영향(substantial and long-term adverse effect)을 미치는 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)이 있는 경우로 정의하고 있었다.<sup>573)</sup>

2010년 「평등법」(Equality Act 2010) Section 6(1)이 규정하고 있는 장애에 대한 정의도 사실상 이와 동일하며, 장애인(disabled person)을 “장애를 가진 사람”(a person has a disability)으로 규정하고 있다. 즉, 동법 Section 6 (1)은 장애인을 ‘신체적 또는 정신적 손상’을 갖고 있으며, 당해 손상이 ‘통상적인 일상활동(normal day-to-day activities)’을 수행하는 능력(ability to carry out)에 대해 ‘상당하고 장기간에 걸쳐 부정적인 영향(substantial and long-term adverse effect)’을 미치는 경우’로 정의하고 있다. 기본적으로 의학적 모델(medical model)에 기초하고 있는 것으로 평가할 수 있다. 다만, 장애인을 위한 사회정책을 집행하기 위하여 장애를 평가하는 경우에는 다른 유럽 국가들에 비하여 의학적 데이터에 대한 의존도가 상대적으로 낮은 것으로 평가되며 비교적 엄격한 틀 내에서 의학적 증거가 활용되는 방식을 취하고 있다.<sup>574)</sup>

---

573) “a person has a disability for the purposes of this Act if he has a physical or mental impairment which has a substantial and long-term adverse effect on his ability to carry out normal day-to-day activities.”

574) Brunel University, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*(European Commission, 2002), pp.58-64는 의료 데이터에 대한 의존도와 의사결정자가 갖는 재량의 정도를 기준으로 하여 유럽 각국의 장애평가의 절차를 ‘낮은 의학적 증거와 높은 재량(Low medical evidence and high discretion)’, ‘낮은 의학적 증거와 낮은 재량(Low medical evidence and low discretion)’, ‘높은 의학적 증거와 높은 재량(High medical evidence and high discretion)’, ‘높은 의학적 증거와 낮은 재량(High medical evidence and low discretion)’ 등 네 가

한편, 2010년 『평등법』은 일부규정(Part 12 and Section 190)을 제외하고 과거 장애가 있었던 사람에 대해서도 적용된다.<sup>575)</sup> 즉, 더 이상 장애인이지 않지만 과거 장애의 정의에 해당하는 요건을 충족한 사람은 동법에 의해 보호된다. 또한 과거의 장애에 대한 치료의 결과로 심신을 약화시키는 결과를 경험하고 있는 사람에 대해서도 보호가 이루어진다.<sup>576)</sup> 장애의 개념은 상대적으로 간략하게 정의되어 있으며, 그 구체적인 내용과 관련해서는 장애지침은 ①신체적 또는 정신적 손상을 가지고 있을 것, ②당해 손상은 상당한 부정적 영향을 미칠 것, ③상당한 부정적 영향은 장기간에 걸쳐 미칠 것, ④장기간에 걸친 상당한 부정적 영향은 통상적인 일상활동에 미치는 영향일 것 등 네 가지를 장애의 일반적인 의미를 제시하면서 장애인에 해당하는지 여부를 결정할 때에는 이러한 모든 요소가 고려되어야 한다고 규정하고 있다.<sup>577)</sup> 보칙, 장애규칙, 장애지침의 구체적인 규정을 통하여 이러한 장애의 요건을 하나씩 살펴보면 아래와 같다.

## (2) 신체적 또는 정신적 손상(physical or mental impairment)

장애는 기본적으로 신체적 및 정신적 손상에 해당해야 하지만 『평등법』은 이러한 손상의 의미를 구체적으로 제시하지 않고 있다. 다만, 보칙(Schedule) Part 1 Section 1에서는 장애의 요건으로서 “손상(impairment)”에 해당하는지 여부는 규칙(Regulations)에 의하여 정해진다고 규정하고 있다. 이러한 손상의 의미에 대하여 장애지침(Guidance)은 일반적인 의미를 부여해야 한다고 하면서 손상의 원인이 확정될 필요가 없으며 손상이 질병의 결과일 필요도 없다고 한다. 대체로 손상이 있는지 여부에 대한 분쟁은 없을 것이며, 분쟁은 손상의 영향의

---

지로 유형화하면서 영국은 네덜란드, 아일랜드 일부 지역과 함께 두 번째 유형에 해당하는 것으로 본다.

575) Section 6(4).

576) 장애지침 Part 2, Section A, A16.

577) 장애지침 Part 2, Section A, A2.

정도나 기간이 문제가 될 것이라고 하면서<sup>578)</sup> 손상으로 정의되는 조건을 정의하기 위한 철저한 목록을 작성하는 것은 불가능하며, 그러한 시도는 의학 지식이 발전함에 따라 필연적으로 구식이 될 것이라고 하기도 한다.<sup>579)</sup>

그러면서도 장애지침은 장애는 시각 또는 청각에 영향을 미치는 것과 같은 감각 손상; 류마티스성 관절염, 근육통성 뇌염(ME), 만성피로 증후군 (CFS), 섬유근통, 우울증 및 간질 등과 같이 변동하거나 반복되는 영향이 있는 장애; 운동신경 질환, 근이영양증, 치매 등의 진행성; 전신 홍반성 루푸스(SLE)와 같은 자가면역 질환; 천식과 같은 호흡기 질환을 포함한 특정 장기 질환 및 혈전증, 뇌졸중 및 심장병을 포함한 심혈관 질환; 자폐 스펙트럼 장애(ASD), 난독증 및 통합운동장애; 학습장애; 불안, 우울, 공황 발작, 공포증 또는 특이한 인식 등이 있는 정신건강상태; 섭식장애; 양극성 정서 장애; 강박 장애; 성격 장애; 외상 후 스트레스 장애; 일부 자해 행위; 우울증 및 조현병과 같은 정신 질환; 뇌를 포함한 신체 부상 등 광범위한 요인에 의하여 인정될 수 있다고 규정하고 있다.<sup>580)</sup> 이 경우 신체적 손상인지 아니면 정신적 손상인지를 구분할 필요는 없으며,<sup>581)</sup> 언급한 바와 같이 손상이 발생하는 원인도 문제가 되지 않는다. 오히려 고려되어야 하는 중요한 요소는 손상의 원인이 아닌 손상의 영향이다.<sup>582)</sup> 한편, 「평등법 보칙」(Schedule)은 암, HIV 감염 또는 다발성 경화증(MS)을 가진 사람을 장애인으로 규정하고 있는바,<sup>583)</sup> 이는 진단되는 시점부터 법에 의해 보호된다는 것을 의미한다.<sup>584)</sup>

이에 비하여 장애규칙은 제3조 및 제4조에서 원칙적으로 손상으로

---

578) 장애지침 Part 2, Section A, A3.

579) 장애지침 Part 2, Section A, A4.

580) 장애지침 Part 2, Section A, A5.

581) 장애지침 Part 2, Section A, A6.

582) 장애지침 Part 2, Section A, A7.

583) Schedule 1 Section 6(1).

584) 장애지침 Part 2, Section A, A9.

간주되지 않는 성향들을 규정하고 있다. 이는 장애지침에도 동일하게 규정되어 있는바,<sup>585)</sup> 알코올, 니코틴 또는 기타 중독 또는 의존(물질이 의학적으로 처방되는 결과인 경우는 제외); 또다른 상태를 악화시키는 경우를 제외하고 계절성 알레르기성 비염(예: 건초열)으로 알려진 질환; 방화벽; 도벽; 다른 사람에 대한 신체적 또는 성적 학대 경향; 노출증; 관음증 등은 손상으로 간주되지 않는다. 또한 장애지침에 따르면 이러한 성향이 손상으로 간주되지 않는 예외는 그러한 성향 자체가 장애를 구성하는 경우는 물론 이러한 성향이 장애를 구성하는 손상의 결과 또는 증상으로 인해 발생하는 경우에도 마찬가지로 적용된다.<sup>586)</sup> 이 경우에는 차별 주장의 근거를 결정하는 것이 중요하다. 손상으로 간주되지 않는 성향을 이유로 차별이 이루어지는 경우에는 장애가 인정되지 않지만 차별이 손상으로 간주되지 않는 성향을 유발한 실제적인 장애와 구체적으로 관련이 있는 경우에는 이러한 예외가 적용되지 않는다. 예외의 적용 여부는 사안에 따라 달라진다. 또한 예외인 성향을 가진 사람은 장애의 개념 정의의 요구사항을 충족하는 동반 손상(accompanying impairment)이 있는 경우 장애인으로서 권리보장을 받을 수 있다. 예를 들어, 알코올과 같은 물질에 중독된 사람은 알코올 중독으로 인해 발생하는 우울증이나 간 손상과 같은 신체적 손상이 있을 수도 있는바, 당해 개인은 단순히 중독이라는 이유만으로는 장애의 정의를 충족하지 못하지만 우울증이나 간 손상의 결과로 인해서는 장애의 정의를 충족할 수 있다.<sup>587)</sup>

한편, 「평등법 보칙」(Schedule)에 따르면, 심각한 외관손상(severe disfigurement)으로 인한 손상은 개인의 통상적인 일상활동 수행능력에 대해 상당한 부정적인 영향을 미치는 것으로 간주된다.<sup>588)</sup> 또한 장애로 간주되는 경우와 그렇지 않은 경우는 규칙(Regulations)을 통해

---

585) 장애지침 Part 2, Section A, A12.

586) 장애지침 Part 2, Section A, A13.

587) 장애지침 Part 2, Section A, A14.

588) Schedule 1 Section 3(1).

서 정해질 수 있다. 즉, 「평등법 보칙」은 규칙이 장애가 있는 것으로 간주되는 경우, 장애가 있는 사람이 더 이상 장애가 없는 것으로 간주되는 조건을 따로 정할 수 있다고 규정하고 있다.<sup>589)</sup> 이에 장애규칙은 계절성 알레르기성 비염이 다른 질환의 영향을 악화시키는 경우에 고려되는 것을 방해하지 않는다고 규정하고 있으며,<sup>590)</sup> 문신이나 장식용 또는 기타 비의학적 목적을 위한 신체 피어싱은 보칙(Schedule) 1 Section 3(1)에서 말하는 심각한 외관손상에 포함되지 않는 것으로 규정하고 있다.<sup>591)</sup> 또한 장애규칙은 제7조에서 상담 안과전문의에 의하여 시각장애, 중증 시력장애, 시력 손상 또는 부분적 시력장애로 인증된 사람은 법의 목적상 장애를 가지고 있는 장애인으로 간주된다고 규정하고 있다.

### (3) 상당한 부정적인 영향(substantial adverse effect)

장애지침에 따르면, 통상적인 일상활동에 대한 부정적인 영향은 사람들 사이에 존재할 수 있는 통상적인 능력 차이를 넘어서는 한계로서의 장애에 대한 일반적인 이해를 반영하는 상당한 것이어야 한다.<sup>592)</sup> 상당한 효과는 ‘경미하거나 사소한(minor or trivial) 효과를 넘어서는 것’을 말하며, 「평등법」 Section 212(1)에 규정되어 있다.

손상이 상당한 부정적 영향을 미치는지를 평가하는 경우에 손상이 있는 사람이 통상적인 일상활동을 수행하는 데 걸리는 시간을 고려하여야 한다. 하나의 활동을 완료하는데 손상을 갖지 않은 사람에 의해 소요되는 시간과 비교되어야 한다.<sup>593)</sup> 손상을 가진 사람이 손상을 갖지 않은 사람과 비교하여 통상적인 일상활동을 수행하는 방식 역시 상당한 부정적 영향을 평가할 때 고려되어야 할 또 다른 요소이다.<sup>594)</sup>

---

589) Schedule 1 Section 7(2).

590) 장애규칙 Section 4(3).

591) 장애규칙 Section 5.

592) 장애지침 Part 2, Section B, B1.

593) 장애지침 Part 2, Section B, B2.



손상은 특정 일상활동을 독립적으로 수행하는 사람의 능력에 상당한 부정적 영향을 미치지 않을 수도 있다. 그러나 한 가지 이상의 활동에 미치는 영향이 전체적으로 상당한 부정적 영향을 초래할 수 있는지 여부를 고려하는 것이 중요하다. 예를 들어, 호흡 곤란을 유발하는 장애를 가진 사람은 결과적으로 세탁 및 옷 입기, 산책 또는 대중교통 여행과 같은 다양한 활동을 수행하는 능력에 경미한 영향을 미칠 수 있다. 그러나 종합하면 누적적인 결과는 이러한 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 상당한 부정적 영향을 미치게 된다.<sup>595)</sup>

한 사람이 한 가지 이상의 손상을 가질 수 있는바, 그중 하나만으로는 상당한 영향을 미치지 않는 경우에는 손상이 합하여 통상적인 일상활동을 수행하는 개인의 능력에 전반적으로 상당한 영향을 미치는지 여부를 고려해야 한다. 예를 들어, 신체적 조화에 영향을 주는 경미한 손상과 돌이킬 수 없지만 움직임에 영향을 미치는 경미한 다리 부상을 함께 고려하면 통상적인 일상활동을 수행하는 사람의 능력에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 영향이 장기적인지 여부를 결정할 때 하나 이상의 손상의 누적 효과도 고려되어야 한다.<sup>596)</sup>

손상이 통상적인 일상활동에 미치는 영향을 예방하거나 줄이기 위해 대처 또는 회피 전략 등을 사용하여 개인이 자신의 행동을 수정하는 것을 합리적으로 기대할 수 있는 정도를 고려해야 한다. 어떤 경우에는 대처 또는 회피 전략이 손상의 영향을 변경시켜 더 이상 상당하지 않고 그 사람이 더 이상 장애의 정의를 충족하지 못하도록 할 수 있다. 다른 경우에는 대처 또는 회피 전략을 사용하더라도 통상적인 일상활동을 수행하는 데 여전히 부정적인 영향이 있을 수 있다. 예를 들어, 알레르기로 인해 특정 물질을 피해야 하는 사람은 통상적인 식사 활동에 상당한 영향을 미칠 수 있다. 손상이 통상적인 일상활동을

---

594) 장애지침 Part 2, Section B, B3.

595) 장애지침 Part 2, Section B, B4 및 B5.

596) 장애지침 Part 2, Section B, B6.

수행하는 능력에 상당한 부정적 영향을 미치지 않는 방식으로 사람이 합리적으로 행동할 것으로 예상할 수 있는 정도를 고려해야 한다.<sup>597)</sup>

마찬가지로 공포증이 있는 사람은 자신의 상태를 악화시킬 수 있는 극단적인 활동이나 상황을 피할 것을 기대하는 것이 합리적이지만, 환자가 증상을 악화시킬 수 있는 통상적인 활동을 포기하거나 수정하기를 기대하는 것은 합리적이지 않다.<sup>598)</sup> 예를 들어, 통증, 피로 또는 상당한 사회적 당혹감을 유발하는 일을 피하거나 에너지와 동기를 상실하여 일을 피하는 경우도 고려해야 하며, 회피 전략을 사용한 사람이 장애인이 아니라고 결론을 내리는 것은 합리적이지 않다. 한 사람이 장애의 정의를 충족하는지 여부에 대한 질문을 결정할 때, 사람이 할 수 없는 일이나 어렵게만 할 수 있는 일을 고려하는 것이 중요하다.<sup>599)</sup>

환경적 영향도 고려되어야 한다. 환경 조건은 손상의 영향을 악화 또는 감소시킬 수 있다. 온도, 습도, 조명, 낮이나 밤의 시간, 피곤한 정도 또는 스트레스를 받는 정도와 같은 요인이 손상의 영향에 차이를 초래할 수 있다. 손상의 부정적 영향이 상당한지 여부를 평가할 때, 그러한 환경 요인이 개별적으로 또는 누적적으로 영향에 미칠 수 있는 효과의 정도도 고려해야 한다.<sup>600)</sup>

『평등법 보칙』(Schedule) 1 Section 5는 상당한 부정적 영향과 관련하여 의학적 치료(medical treatment)가 갖는 영향에 대해 규정하고 있다. 즉, 손상에 대한 치료나 교정 조치가 취해지고 있는 경우 그러한 조치가 없다면 당해 손상이 상당한 부정적인 영향을 미칠 수 있는 경우에는, 그 손상은 개인이 통상적인 일상활동을 수행하는 것과 관련한 능력에 상당한 부정적인 영향을 미치는 것으로 간주된다.<sup>601)</sup> 이 경우 “조치”에는 특히 의료적 처치 및 보철 기타 보조기구의 사용이 포함된

---

597) 장애지침 Part 2, Section B, B7.

598) 장애지침 Part 2, Section B, B8.

599) 장애지침 Part 2, Section B, B9.

600) 장애지침 Part 2, Section B, B11.

601) Schedule 1 Section 5(1).

다.<sup>602)</sup> 다만, 안경 또는 콘택트렌즈로 교정할 수 있는 정도의 시력 손상에 관하여는 적용되지 않는다.<sup>603)</sup> 한편, 장애지침에 따르면, 이 경우 의학적 치료에는 약물치료 외에도 상담, 특정식이 요법을 따라야 할 필요가 포함된다.<sup>604)</sup> 또한 이 규정은 조치로 인해 그 영향이 완전히 통제되거나 전혀 명백하지 않은 경우에도 적용된다. 치료가 계속되는 경우 장애를 은폐하거나 개선하여 상당한 부정적 영향이 발생하지 않도록 하는 효과가 있을 수 있지만, 그러한 치료의 최종 결과를 확정할 수 없거나 치료의 제거로 인해 재발 또는 상태가 악화될 수 있는 경우에는 그러한 치료는 고려하지 않는 것이 합리적이라고 한다.<sup>605)</sup> 예를 들어, 청각 손상이 있는 사람이 보청기를 착용하는 경우, 청각 손상이 있는 사람의 장애가 상당한 부정적 영향을 미치는지 여부에 대한 질문은 보청기가 없는 청력 수준을 참조하여 결정된다. 마찬가지로, 약물이나 식이 요법으로 조절되는 당뇨병 환자의 경우, 그 약을 복용하지 않거나 필요한 식이 요법을 따르지 않을 경우 상태의 영향을 참조하여 결정해야 한다.<sup>606)</sup>

『평등법 보칙』(Schedule) 1 Section 8은 진행성 질환(Progressive conditions)에 대한 규정을 두고 있다. 진행성 질환을 갖고 있으며, 당해 질환의 결과로 통상적인 일상활동 수행능력에 영향을 미치는 손상을 갖고 있지만, 그 영향이 상당한 부정적 영향이 아닌 개인에 대해서도 적용된다.<sup>607)</sup> 즉, 진행성 질환이 상당한 부정적 영향을 초래할 가능성이 있는 경우 당해 개인은 상당한 부정적 영향을 미치는 손상을 가진 것으로 간주된다.<sup>608)</sup> 장애지침에 따르면, 이러한 보칙 조항은 진행성 질환을 가진 사람은 실제로 그러한 영향이 나타나기 전에 통상

---

602) Schedule 1 Section 5(2).

603) Schedule 1 Section 5(3).

604) 장애지침 Part 2, Section B, B12.

605) 장애지침 Part 2, Section B, B13.

606) 장애지침 Part 2, Section B, B14.

607) Schedule 1 Section 8(1).

608) Schedule 1 Section 8(2).

적인 일상활동을 수행하는 능력에 상당한 부정적 영향을 미치는 것으로 간주된다는 것을 의미한다.<sup>609)</sup> 진행성 질환이 있는 사람은 해당 질환으로 인한 손상이 향후 부정적인 영향을 상당한 것으로 만들 가능성이 있는 경우에는 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 약간의 부정적인 영향을 미치는 처음 순간부터 상당한 부정적인 영향을 미치는 손상이 있는 것으로 간주된다.<sup>610)</sup> 이러한 예에 해당하는 진행성 질환에는 전신 홍반성 루푸스(SLE), 다양한 유형의 치매 및 운동 신경 질환이 있다.<sup>611)</sup> 앞서 언급한 바와 같이 「평등법 보칙」 제6조는 암, HIV 감염 및 다발성 경화증을 장애로 규정하고 있으며, 장애지침은 이러한 질병이 진단되는 시점부터 장애인으로 권리를 보장받는 것으로 본다.<sup>612)</sup> 「평등법 보칙」(Schedule) 1 Section 3은 심각한 외관손상으로 인한 손상이 개인의 통상적인 일상활동 수행능력에 대해 상당한 부정적인 영향을 미치는 것으로 간주된다고 규정하고 있다.<sup>613)</sup> 장애지침은 그러한 손상이 실제로 상당한 부정적인 영향을 미치는 것을 입증할 필요가 없다고 한다.<sup>614)</sup> 외관손상의 예에는 흉터, 모반, 사지 또는 자세 변형(제한적 신체발달 포함) 또는 피부 질환이 포함된다. 심각도를 평가하는 것은 주로 외관의 성격, 크기 및 두드러진 정도와 같은 요인을 고려할 수 있는 외관손상 정도의 문제이지만, 문제의 외관이 어디에 있는지도 고려될 필요가 있을 수 있다.<sup>615)</sup>

#### (4) 장기간에 걸친 부정적인 영향(long-term adverse effect)

장애는 손상이 일상활동 수행능력에 대해 상당한 부정적인 영향을 장기간에 걸쳐 미치는 경우이어야 한다. 「평등법 보칙」(Schedule)에

---

609) 장애지침 Part 2, Section B, B18.

610) 장애지침 Part 2, Section B, B19.

611) 장애지침 Part 2, Section B, B20.

612) 장애지침 Part 2, Section A, A9.

613) Schedule 1 Section 3(1).

614) 장애지침 Part 2, Section B, B24.

615) 장애지침 Part 2, Section B, B25.

따르면 이 경우 장기간은 손상의 영향이 최소 12개월 동안 지속되고 있는 경우(a), 최소 12개월 동안 지속될 수 있는 경우(b), 또는 영향을 받는 당사자의 남은 생애 동안 지속될 가능성이 있는 경우(c)를 의미한다.<sup>616)</sup> 장애지침에 따르면, 관련된 손상의 누적 영향 역시 장애인의 정의를 충족시키기 위한 장기간의 영향을 받았는지 여부를 결정할 때 고려되어야 한다. 즉, 다른 손상으로부터 발생했거나 발생할 가능성이 있는 손상의 상당한 부정적인 영향은 영향이 12개월 동안 지속되었는지 또는 최소 12개월 동안 지속될 가능성이 있는지 또는 남은 생애 기간 동안 지속될 가능성이 있는지가 고려되어야 한다.<sup>617)</sup> 여기서 “가능성(likely)”은 단순히 “발생할 수 있는(could well happen)”의 의미로 해석되며,<sup>618)</sup> 이에 부정적 영향이 장기간에 걸쳐야 한다는 요건을 충족시키는 것은 상대적으로 수월하다. 이때 영향이 12개월 동안 지속될 가능성을 평가할 때에는 차별이 발생한 시점의 상황을 고려해야 하며, 그 이후에 발생하는 모든 것은 이 가능성을 평가하는 데 관련이 없다. 개인에 대한 그러한 영향이 사람에게 미치는 일반적인 기간과 당해 개인에게 특정한 요소(예: 건강상태 또는 연령)를 모두 고려해야 한다.<sup>619)</sup>

한편, 『평등법 보칙』에 따르면, 장애가 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 상당한 부정적 영향을 미치지 않게 된 경우라도 그 영향이 재발할 가능성이 있는 경우에는 계속해서 영향을 미치는 것으로 간주된다.<sup>620)</sup> 산발적으로 또는 단기간 동안만 재발하는 영향이 있는 상태도 여전히 장애로 간주될 수 있다.<sup>621)</sup> 예를 들어, 류마티스 관절염이

---

616) Schedule 1 Section 2(1).

617) 장애지침 Part 2, Section C, C2. 예컨대, 불안장애(anxiety disorder)로 인하여 사회관계의 형성과 특정 장소를 방문하는 능력에 상당한 부정적인 영향이 초래된 경우 불안장애는 8개월간 지속하였고 이후 우울증으로 발전하여 5개월간 지속되었다면 부정적인 영향은 전체적으로 12개월을 초과하므로 장기간의 요건은 충족된다.

618) 장애지침 Part 2, Section C, C3.

619) 장애지침 Part 2, Section C, C4.

620) Schedule 1 Section 2(2).

621) 장애지침 Part 2, Section C, C5.

있는 사람은 처음 발생한 후 몇 주 동안 상당한 부정적 영향을 경험한 다음 완화 기간을 가질 수 있다. 상당한 부정적 영향이 재발할 가능성이 있는 경우에는 계속되는 것으로 간주되어야 한다. 영향이 처음 발생한 후 12개월 이상 재발될 가능성이 있는 경우에는 장기간으로 취급되어야 한다. 12개월 이상 재발될 수 있거나 산발적으로 영향을 미칠 수 있는 다른 장애로는 메니에르병(Menières Disease), 간질, 그리고 정신분열증, 양극성 정서 장애, 특정 유형의 우울증과 같은 정신 건강 질환이 포함된다.<sup>622)</sup> 장기간이라는 요건을 충족하는지 여부를 결정하는 경우에 고려되는 기간 동안 전체에 걸쳐 그 영향이 동일할 필요는 없다. 예를 들어 처음에는 매우 어려운 활동이 훨씬 더 많이 가능해질 수 있고, 영향은 일시적으로 사라질 수도 있다. 또는 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 대한 다른 영향이 발생하여 초기 영향이 완전히 사라질 수도 있다.<sup>623)</sup>

재발 가능성은 모든 상황을 고려하여 결정되어야 하는바, 여기에는 재발을 예방하기 위해 당해 개인에게 합리적으로 기대할 수 있는 조치가 포함되어야 한다. 예를 들어, 당해 개인은 알려지가 있는 물질을 피하는 것과 같이 손상이 그러한 영향을 가져오지 않도록 하는 조치를 취할 것으로 합리적으로 예상될 수 있다.<sup>624)</sup> 그러나 사람이 손상의 영향을 통제하거나 대처할 수 있는 방법이 항상 성공하지 못할 수도 있다. 이 경우에는 재발 가능성이 더 높아지는 만큼 재발 가능성을 평가할 때 통제 또는 대처의 실패 가능성을 고려해야 한다.<sup>625)</sup> 의학적 또는 기타 치료를 통해 질환을 영구적으로 치료하여 손상을 제거하여 추가 치료가 없더라도 그 영향이 재발하지 않을 가능성이 있는 경우에는 재발 가능성을 평가할 때 이를 고려해야 한다. 그러나 치료가 단순히 재발을 지연 또는 예방하는 것이고, 대부분의 약물과 마찬가지로

---

622) 장애지침 Part 2, Section C, C6.

623) 장애지침 Part 2, Section C, C7.

624) 장애지침 Part 2, Section C, C9.

625) 장애지침 Part 2, Section C, C10.

치료가 중단되면 재발 가능성이 있는 경우에는 치료를 무시하고 영향은 재발할 가능성이 있는 것으로 간주해야 한다.<sup>626)</sup>

(5) 통상적인 일상활동(normal day-to-day activities)

「평등법」상 신체적 또는 정신적 손상은 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 대해 부정적인 영향을 초래하는 경우에 한하여 장애로 인정된다. 「평등법」은 ‘통상적인 일상활동’의 의미를 직접 명시하지 않고 있으며, 이는 장애지침에 의해 구체화된다. 다만, 장애지침 역시 일상활동의 전체 목록을 규정하는 것은 불가능하다는 점을 인정하면서<sup>627)</sup> 일정한 기준을 제시하고 있다. 즉, 일반적으로 일상활동은 사람들이 정기적으로 또는 매일 하는 것들이며 예를 들어, 쇼핑, 읽기 및 쓰기, 대화 또는 전화 사용, TV 시청, 세탁 및 옷 입기, 음식 준비 및 식사, 집안일 하기, 걷기 및 다양한 형태의 교통수단을 이용한 여행, 사회 활동 참여를 포함한다. 통상적인 일상활동에는 동료와의 상호작용, 지시 사항 따르기, 컴퓨터 사용, 운전, 인터뷰 수행, 서면 문서 준비, 계획표 또는 업무형태 준수와 같은 일반적인 업무 관련 활동, 학업 및 교육 관련 활동이 포함될 수 있다.<sup>628)</sup>

‘통상적인 일상활동’이라는 용어는 특정한 사람이나 소수의 사람들에게만 통상적인 활동을 의미하는 것은 아니다. 일정한 활동이 통상적인 활동인지 여부를 결정할 때 사람들이 일상적으로 또는 빈번하게 수행하는 정도를 고려해야 한다. 이런 맥락에서 ‘통상(normal)’은 보통의(ordinary), 매일(everyday)의 의미를 부여받는다.<sup>629)</sup>

통상적인 일상활동이 반드시 대다수의 사람들에게 의해 수행되는 것을 의미하는 것은 아니다. 예를 들어, 일부 활동은 모유 수유 또는 화장과 같이 특정 성별의 사람들에게 의해서만 수행될 수 있으므로 대부

---

626) 장애지침 Part 2, Section C, C11.

627) 장애지침 Part 2, Section D, D2.

628) 장애지침 Part 2, Section D, D3.

629) 장애지침 Part 2, Section D, D4.

분의 사람들에 대하여 통상적이라고 말할 수 없다. 그럼에도 불구하고 이러한 활동은 통상적인 일상활동으로 간주된다.<sup>630)</sup> 또한 일정한 활동이 통상적인 활동인지 여부는 하루 중 특정한 시간에 수행하는 것이 더 보다는 통상적인지 여부에 따라 결정되어서는 안 된다. 예를 들어, 침대에서 일어나서 옷을 입는 것은 일반적으로 아침과 관련된 활동이다. 이러한 활동은 야간 근무를 하는 근로자들에 의해 훨씬 늦게 수행될 수 있지만 여전히 통상적인 일상활동으로 간주된다.<sup>631)</sup> 또한 6세 이상의 아동이 통상적인 일상활동을 수행할 수 있는 능력을 고려할 때에는 비슷한 연령대의 사람에게 정상적인 성취 수준을 고려할 필요가 있다.<sup>632)</sup> 한편, 활동 자체가 고도로 전문화되거나 고도로 전문화된 수준의 성취를 포함하는 경우에는 대부분의 사람들에 대해 통상적인 일상활동으로 간주되지 않는다. 어떤 경우에는 업무 관련 활동이 매우 전문화되어 통상적인 일상활동으로 간주되지 않는 것이다. 예컨대, 시계 수리와 같은 섬세한 작업은 그 직업에 종사하는 사람에게서는 통상적인 작업활동이지만 대부분의 사람들에게서는 통상적인 일상활동으로 간주되지 않는다.<sup>633)</sup> 높은 수준의 성취를 위해 악기를 연주하는 것, 매우 구체적인 기술이나 능력 수준이 필요한 활동에 참여하는 것, 프로 축구 선수나 운동선수에게 필요한 것과 같은 높은 수준의 능력으로 특정 스포츠를 하는 것 등과 같은 다른 전문적인 활동도 마찬가지이다. 활동이 고도로 전문화된 기술이나 성취 수준을 포함하는 경우에는 대부분의 사람들에게 통상적인 일상활동으로 간주되지 않는다.<sup>634)</sup>

그러나 많은 유형의 전문 업무 관련 또는 기타 활동에는 손상으로 인해 부정적인 영향을 받을 수 있는 통상적인 일상활동이 포함될 수도 있다. 예를 들어, 앓기, 일어서기, 걷기, 달리기, 언어 상호작용, 쓰

---

630) 장애지침 Part 2, Section D, D5.

631) 장애지침 Part 2, Section D, D6.

632) 장애지침 Part 2, Section D, D7.

633) 장애지침 Part 2, Section D, D8.

634) 장애지침 Part 2, Section D, D9.



기, 운전하기 그리고 컴퓨터 키보드 또는 휴대전화와 같은 일상적인 물품을 사용하는 것, 진공청소기와 같은 일상적인 물품을 들어 올리거나 운반하는 것과 같은 통상적인 활동이 포함될 수 있다. 따라서 손상으로 인해 이러한 활동들에 대해 부정적인 영향을 받게 된다면 장애에 해당할 수 있다. 예컨대, 시계수리공의 작업에는 송장 준비, 일일 작업 횟수 계산 및 기록도 포함되며, 이는 통상적인 일상활동이다. 시계수리공이 건초염(tenosynovitis)을 앓고 있다면 그 영향은 시간이 지남에 따라 심각도가 증가하여 손의 움직임이 더 많이 제한된다. 결과적으로 시계수리공은 이러한 통상적인 일상활동을 수행하는 데 상당한 어려움을 겪게 되고<sup>635)</sup> 따라서 장애의 요건을 충족하게 될 수 있다.

이 밖에 장애지침의 Part2 Section D의 D11 내지 D22는 통상적인 일상활동을 수행하는 개인의 능력이 손상의 영향으로 인해 제한될 수 있는지 여부를 결정할 때 고려해야 할 사항에 대한 지침을 규정하고 있으며, 부록(Appendix)에서는 통상적인 일상활동에 상당한 부정적인 영향을 미치는 것으로 간주하는 것이 합리적으로 인정되는 경우와 합리적인 것으로 인정되기 어려운 경우의 사례를 제시하고 있다.

한편, 영유아의 경우에는 너무 어려서 청소년이나 성인에게는 통상적이라고 할 수 있는 활동을 수행하는 능력을 개발하지 못했기 때문에 손상의 영향이 분명하지 않을 수 있다. 장애규칙 Section 6에 따르면 6세 미만 아동의 경우에 손상은 그것이 6세 이상의 사람이 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 대해 상당하고 장기적인 부정적 영향을 미치는 경우에는 6세 미만의 아동이 통상적인 일상활동을 수행할 수 있는 능력에 상당하고 장기적인 부정적 영향을 미치는 것으로 간주된다. 이에 비하여, 6세 이상의 아동에 대해서는 장애에 대한 정의의 일반적인 요구사항이 적용된다. 즉, 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 상당하고 장기적인 부정적 영향을 미치는 손상이 있어야 한다. 그러나 6세 이상 아동이 통상적인 일상활동을 수행할 수 있는 능력을

---

635) 장애지침 Part 2, Section D, D10.

고려할 때 비슷한 연령대의 사람에게 통상적인 성취 수준을 고려할 필요가 있다.<sup>636)</sup>

### III. 법률상 장애인 차별금지의 주요 내용

#### 1. 「평등법」상 차별금지 관련 규정의 구조

「평등법」은 Part 1 사회경제적 불평등(Socio-Economic Inequalities)에 대한 일반적 규정에 이어 Part 2에서 평등에 관한 핵심개념(Key Concepts)을 열거하고 있다. 즉, Part 2 Chapter 1에서는 보호받는 속성(Protected Characteristics), 즉 차별금지사유를 연령, 장애, 성전환, 혼인 및 동성혼(civil partnership), 인종, 종교 또는 신념, 성별, 성적지향 등 여덟가지로 열거하고 있다. 이러한 차별금지사유에 이어 금지되는 행위에 대해서는 Part 2 Chapter 2에서 규정하고 있다. 우선, Section 13 내지 Section 19에서 차별을 직접차별(Direct discrimination), 결합차별(Combined discrimination), 장애로부터 기인하는 차별(Discrimination arising from disability), 성전환차별(Gender reassignment discrimination), 임신과 모성 차별(Gender reassignment discrimination), 간접차별(Indirect discrimination)로 규정한다. 그리고 Section 20 내지 Section 22에서는 특히, 장애인을 위한 조정(Adjustments)을 명시하고 있다. 이 밖에 기타 금지되는 행위로서 제26조에 희롱(Harassment)과 제27조에 괴롭힘(Victimisation)을 규정하고 있다.

차별이 금지되는 영역은 고용분야(Part 5), 교육분야(Part 6), 단체(Part 7), 계약(Part 10), 공공분야(Part 11) 등이다. 특히, Part 5는 일에 관한 것으로서 고용을 비롯하여 직업연금제도(Occupational Pension Schemes) 등에 있어서의 차별금지에 대해 규정하고, Part 6는 교육에 관한 것으로서 학교 교육을 비롯한 기타 교육영역에서의 차별금지와

---

636) 장애지침 Part 2, Section E, E2.

합리적인 조정(Reasonable adjustments)에 대해 규정하고 있다. 이 밖에 Part 9는 집행기관과 권리구제에 대해 규정하고 있으며, Part 12와 Part 13은 장애인의 교통과 기타 사항에 대하여 규정하고 있다.

## 2. 「평등법」상 차별금지 사유와 금지행위

「평등법」 Part 2 Chapter 2는 금지되는 행위를 규정하고 있다. 우선, 직접차별(Direct discrimination)은 법에 의해 보호받는 속성을 이유로 하여 다른 사람보다 불리하게(less favourably) 대우하는 것을 말한다.<sup>637)</sup> 다만, 보호되는 속성이 장애이고 비장애인에 비하여 장애인을 보다 호의적으로 대우하는 것은 차별에 해당하지 않는다.<sup>638)</sup> 다음으로, 결합차별(Combined discrimination: dual characteristics)은 두 가지 관련 보호받는 속성의 결합을 이유로 하여 그러한 속성을 갖지 않는 사람에 비하여 덜 호의적으로 대우하거나 대우하고자 하는 경우로서 여기에는 혼인 및 동성혼을 제외한 일곱 가지 보호받는 속성이 포함된다.<sup>639)</sup> 이는 보호받는 속성을 이유로 불리하게 대우하는 것을 의미한다는 점에서 직접차별과 유사하지만, 불리하게 대우하는 것이 어느 하나의 보호받는 속성을 이유로 하는 것이 아니라 그러한 속성들의 결합으로 인해 발생하였음을 주장하는 경우에 적용된다. 다음으로, 장애로부터 기인하는 차별(Discrimination arising from disability)이 금지된다.<sup>640)</sup> 이에 대해서는 아래에서 별도로 살펴본다. 또한 성전환을 이유로 한 차별행위(Gender reassignment discrimination),<sup>641)</sup> 임신과 모성 차별(Pregnancy and maternity discrimination)<sup>642)</sup>도 금지된다. 이

---

637) Section 13(1).

638) Section 13(3).

639) Section 14(1),(2).

640) Section 15.

641) Section 16.

642) Section 17, 18.

밖에 간접차별(Indirect discrimination)은 어떤 규정, 기준이나 관행이 보호받는 속성에 대해 외관상 중립적이어서 평등대우의 원칙을 준수하는 것처럼 보이지만 실제로는 특정한 보호받는 속성을 가진 사람들을 과도하게 불이익한 상태에 놓이게 하는 경우를 말한다.<sup>643)</sup> 한편, 금지되는 행위에 관한 Chapter 2는 Section 20 내지 Section 22에서 특히, 장애인을 위한 조정(Adjustments for disabled persons)을 명시하고 있는바, 이에 대해서는 아래 장애차별의 의미에서 함께 살펴본다.

한편, 차별과 달리 별도로 금지되는 행위로 희롱(Harassment)과 괴롭힘(Victimisation)이 있다. Section 26(1)에 따르면, 희롱은 보호받는 속성과 관련된 원치 않는 행위에 관여하고(a) 그러한 행위가 존엄성을 침해하거나 위협적이거나 적대적이거나 모욕적이거나 굴욕적이거나 공격적인 환경을 조성하는 목적 또는 효과를 갖는 경우(b) 또는 원하지 않는 성적 성격(sexual nature)의 행위에 관여하고 그러한 행위가 제1항 (b)에 규정된 목적 또는 효과를 갖는 경우 등을 말한다.<sup>644)</sup> 또한 Section 27(1)에 따르면 괴롭힘은 보호받는 행위(protected act)를 한다는 이유 또는 그러한 행위를 했거나 하려고 한다는 의심을 이유로 손해를 입히는 경우를 말한다. 여기서 보호받는 행위는 동법에 따른 소송 제기, 동법에 따른 절차와 관련한 증거 또는 정보의 제공, 동법의 목적을 위해 또는 동법과 관련하여 어떤 일을 하는 것, 다른 사람이 동법을 위반했다는 혐의를 제기하는 것을 말한다.<sup>645)</sup> 다만, 거짓 증거 또는 거짓 정보를 제공하거나 거짓 주장을 하는 것은 그러한 증거나 정보의 제공이나 주장의 제기가 악의로 이루어지는 경우에는 보호되는 행위가 아니다.<sup>646)</sup>

---

643) Section 19.

644) Section 26(2)-(5).

645) Section 27(2).

646) Section 27(3).

### 3. 「평등법」상 장애차별의 구조와 내용

위와 같은 규정의 현황에 따를 때, 「평등법」상 장애차별은 직접차별(Section 13), 장애로부터 기인하는 차별(Section 15), 간접차별(Section 19), 합리적 조정의무의 불이행(Section 20 내지 Section 22)으로 나누어 볼 수 있다. 「평등법」 Section 25(2) 역시 장애차별을 장애를 이유로 한 Section 13의 차별, Section 15의 차별, 관련된 보호받는 속성이 장애인 경우 Section 19에 따른 차별, Section 21의 차별로 유형화하고 있다. 이 가운데 직접차별과 간접차별은 다른 보호받는 속성에 공통적으로 적용되는 금지되는 행위임에 비하여, 장애로 인한 차별과 합리적 조정의무의 불이행은 장애와 관련하여 특별히 적용되는 금지되는 행위에 해당한다.

#### (1) 직접차별(Direct discrimination)

직접차별은 특정인에 대한 대우가 비교대상자에 대한 대우보다 불리하여야 하고 그러한 차이가 보호받는 속성을 이유로 하는 경우에 발생한다.<sup>647)</sup> 이 경우 비교대상자는 보호받는 속성으로서 장애를 가진 특정인과 비교할 때 관련된 상황(circumstances relating to each case)이 실질적인 차이(material difference)가 없는 경우이어야만 하며,<sup>648)</sup> 특히, 보호받는 속성이 장애인 경우에는 개인의 능력의 측면에서도 실질적인 차이가 없어야 한다.<sup>649)</sup> 또한 Section 13(1)은 불리하게 대우하였거나 대우하였을 것으로 인정되는 경우에도(treats or would treat) 직접차별로 인정하기 때문에 특정인에 대한 불리한 대우가 발생한 경우뿐만 아니라 가정을 통하여 불리하게 대우하였을 것이라는 점을 입증함으로써도 직접차별을 증명할 수 있다.<sup>650)</sup>

---

647) Section 13(1).

648) Section 23(1).

649) Section 23(1)(a).

650) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 3. 3.24~

불리한 대우는 보호받는 속성을 이유로 한 것이어야 하는바, 이 경우 보호받는 속성이 반드시 유일한 이유이거나 주된 이유일 필요는 없다.<sup>651)</sup> 이러한 인과관계는 객관적인 관점에서 평가되는 것으로서 차별의 주체가 가진 동기나 의도, 의식적이었는지 여부 등은 문제되지 않는다.

장애와 연계된 차별(Discrimination by association)도 직접차별에 속한다. 예컨대, 고용주가 보호받는 속성을 가진 다른 사람과의 관계를 이유로 근로자를 덜 호의적으로 대우하는 것으로서 근로자가 보호받는 속성을 가진 사람의 부모, 자녀, 파트너, 보호자 또는 친구 관계를 가진 경우이다. 이러한 관계가 영구적일 필요는 없다.<sup>652)</sup> 또한 장애로 간주된 차별(Discrimination by perception) 역시 직접차별에 속한다. 이는 고용주가 근로자가 보호받는 속성을 가지고 있다고 잘못 생각하여 이를 이유로 근로자를 덜 호의적으로 대우하는 것을 의미한다.<sup>653)</sup> 한편, 보호받는 속성을 이유로 하는 차별은 유리한 대우이든 불리한 대우이든 금지되는 직접차별에 해당하지만, 장애를 이유로 하는 경우에는 특별히 장애인을 보다 유리하게 대우하거나 대우하였을 것으로 인정되는 경우는 금지되는 차별이 아니다.<sup>654)</sup> 장애를 이유로 하는 직접차별에 대해서는 장애를 이유로 하는 불리한 대우가 합법적인 목표를 달성하기 위한 적절한 수단임을 증명함으로써 차별이 아님을 주장하는 것이 인정되지 않는다(Section 13(2) 참조).

(2) 장애로부터 기인하는 차별(Discrimination arising from disability)  
『평등법』 Section 15(1)은 A가 B의 장애의 결과로 발생하는 것

---

3.28.

651) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 3. 3.11.

652) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 3. 3.18, 3.19.

653) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 3. 3.21.

654) Section 13(3).

(something arising in consequence of B's disability)을 이유로 하여 B를 불리하게(unfavourably) 대우하는 경우로서(a), A가 그러한 대우가 합법적인 목표를 달성하기 위한 적절한 수단임을 증명할 수 없는 경우(b)를 장애로부터 기인하는 차별로 규정하고 있다. 장애로부터 기인하는 차별은 다른 유형의 차별에 비하여 개념이 매우 단순하고 차별을 입증하는데 다른 비교대상자를 필요로 하지 않는다는 점에 특징이 있다. 직접차별이나 간접차별과 달리 장애로부터 기인하는 차별은 불리한 대우가 장애의 결과로 인해 발생한 것임을 입증하는 것으로 족하다.<sup>655)</sup>

‘불리하게’ 대우를 받는다는 것은 불리한 상황(disadvantage)에 놓이는 것을 말한다. 일자리를 거부당하거나 해고를 당하는 경우를 예로 들 수 있다. 다만, 고용주가 자신이 장애인에게 최선의 이익을 위해 행동한다고 생각하는 경우라도 장애인을 불리하게 대우하는 것일 수 있다.<sup>656)</sup> 불리한 대우는 장애의 결과로 발생하는 것 때문이어야 한다. 이는 불리한 대우를 초래한 것과 장애 사이에 연관성이 있어야 함을 의미한다. 다만, 장애의 결과는 도움이 없이 걷지를 못하거나 특정한 장비를 사용하지 못하는 경우, 식단에 제약이 있는 것 등 다양하며, 장애가 장애인에게 미치는 개별적인 영향에 따라 달라진다.<sup>657)</sup> 직접차별은 장애 그 자체를 이유로 하는 불리한 대우를 하고 있는지 여부에 대해, 간접차별은 외관상으로는 중립적이지만 사실상 불리한 대우를 하고 있는지 여부에 대해 초점을 두고 있으며, 양자 모두 비교대상자와의 비교를 거쳐야 하는 등 차별을 입증하는 절차가 까다롭다. 이에 비하여 장애로부터 기인하는 차별은 자신이 장애의 결과로 발생하는 모든 것을 이유로 불리한 대우를 받았다는 점만을 입증하면 된다는 점에서 장애인에게 보다 유리한 차별개념이라고 할 수 있다.<sup>658)</sup>

655) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 5. 5.6.

656) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 5. 5.7.

657) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 5. 5.8, 5.9.

658) 조임영, “장애차별의 개념과 작동 -영국의 2010년 평등법(Equality Act 2010)상

한편, 불리한 대우를 한 A가 B에게 장애가 있다는 점을 알지 못했고, B에게 장애가 있음을 알 것을 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 장애로부터 기인하는 차별이 적용되지 않는다.<sup>659)</sup> 이로써 장애인이 자신의 장애를 밝히지 않을 권리를 보장받는 것과 고용주가 장애에 대해 알지 못하거나 알 수 없음으로 인하여 불리하게 대우하는 경우에 책임을 부담하지 않을 권리가 조화를 이루게 된다. 다만, 고용주의 대리인 또는 직원이 그 권한으로 근로자 또는 지원자 또는 잠재적 지원자의 장애를 알고 있는 경우에는 일반적으로 장애에 대해 알지 못했다고 주장할 수 없으며, 따라서 장애인에 대한 정보가 다른 채널을 통해 제공될 수 있는 경우, 고용주는 적절한 기밀 정보와 장애인의 동의에 따라 정보를 통합하여 고용주가 법에 따른 의무를 보다 쉽게 수행할 수 있도록 하는 수단이 있는지 확인해야 한다.<sup>660)</sup>

### (3) 간접차별(Indirect discrimination)

『평등법』 Section 19(1)은 A가 B의 관련된 보호받는 속성에 관하여 차별적인 규정(provision), 기준(criterion) 또는 관행(practice)을 B에 대해 적용하는 경우에 A는 B에 대해 차별하는 것이라고 규정하고 있다. Section 19(2)에 따르면, 이 경우 차별적이라는 것은 A가 B와 그 속성을 공유하지 않는 사람들에 대해 그것을 적용하거나 또는 적용하였을 것이고(a), 그것이 B와 그 속성을 공유하지 않는 자들과 비교할 때, B와 그 속성을 공유하는 자들을 특별히 불이익한 상태(particular disadvantage)에 놓이게 하거나 또는 놓이게 하였을 것이며(b), 그것이 B를 그러한 불이익한 상태에 놓이게 하거나 또는 놓이게 하였을 것을 말하는데(c), 이 경우 A가 그것이 합법적인 목표를 달성하기 위한 적절한 수단임을 증명할 수 없는 경우이어야 한다(d).

---

장애차별 개념을 중심으로-”, 『노동법학』 제37권(2011), 185면 참조.

659) Section 15(2).

660) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 5. 5.17, 5.18.



이 경우 ‘규정, 기준 또는 관행’은 공식 또는 비공식 정책, 규정, 관행, 약정, 기준, 조건, 전제요건, 자격 또는 조항을 포함하여 광범위하게 해석되며, 일회성(one-off) 또는 임의적 결정뿐만 아니라 아직 적용되지 않은 정책 또는 기준과 같은 미래에 무언가를 할 결정도 포함될 수 있다.<sup>661)</sup>

간접차별은 일정한 규정, 기준 또는 관행이 특정한 속성을 가진 사람들을 사실상 불이익한 상태에 놓이게 하는 경우를 가리킨다. 즉, 직접차별과는 달리 간접차별은 적어도 외관상으로는 중립적인 규정, 기준 또는 관행과 관련되는 것으로서 이들은 보호받는 속성과 관계없이 모두에게 공통적으로 적용되는 경우에 적용된다.<sup>662)</sup> 형식적인 평등과는 달리 그 효과에 따른 실질적인 차별의 결과를 배제하고 평등을 도모하기 위한 것이다. 이에 규정, 기준 또는 관행은 보호받는 속성이 있는지 여부와 관계없이 관련된 그룹의 모든 사람에게 적용되어야 한다. 외관상 규정, 기준 또는 관행은 중립적이어야 하는 것이다. 이와 달리 중립적이지 않으면서 특정한 보호받는 속성을 가진 사람들에게 명시적으로 적용된다면 이는 직접적인 차별에 해당할 가능성이 크다.<sup>663)</sup>

불이익한 상태에는 기회나 선택권의 부정, 억제, 거부 또는 배제가 포함될 수 있다. 이는 ‘손해(detriment)’와 유사한 개념으로서 차별을 인정받기 위해 이를 정량화하거나 실제로 경제적 또는 기타의 손실이 발생할 필요는 없다.<sup>664)</sup> 이에 고용주가 적용하는 규정, 기준 또는 관행이 관련된 근로자가 갖는 보호받는 속성을 공유하는 다른 근로자들에게 대해서는 불이익하지 않는 경우라도 통상적으로 당해 보호받는 속성을 공유하는 사람들에게 불이익을 줄 수 있는 경우에는 간접차별이 발생할 수 있다.<sup>665)</sup>

---

661) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 4. 4.5, 4.7.

662) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 4. 4.3.

663) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 4. 4.6.

664) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 4. 4.9.

665) John Wadham·Anthony Robinson·David Ruebain·Susie Uppal, *The Equality*

(4) 합리적 조정의무의 불이행(failure to comply with a duty to make reasonable adjustments)

『평등법』 Section 21은 첫째, 둘째, 셋째 요구조건을 충족하지 못하는 것은 합리적 조정의무를 수행하지 못한 것이며,<sup>666</sup> 장애인과의 관계에서 자신에게 부여된 합리적 조정의무를 수행하지 않는 것은 장애인에 대한 차별이라고 규정하고 있다.<sup>667</sup> 합리적 조정의무를 수행하기 위한 세 가지 요구조건은 Section 20에 규정되어 있다. 첫 번째 요건은 자신의 규정, 기준 또는 관행이 장애인이 아닌 사람과 비교하여 관련 문제와 관련하여 장애인을 상당한 불이익한 상태(substantial disadvantage)에 놓이게 하는 경우 그러한 불이익을 피하기 위한 합리적인 조치를 취해야 하는 것이다.<sup>668</sup> 두 번째 요건은 물리적 특징이 장애인이 아닌 사람과 비교하여 관련 문제와 관련하여 장애인을 상당한 불이익한 상태(substantial disadvantage)에 놓이게 하는 경우 그러한 불이익을 피하기 위한 합리적인 조치를 취해야 하는 것이다.<sup>669</sup> 세 번째 요건은 장애인이 보조적 지원(auxiliary aid)이 없으면 장애인이 아닌 사람과 비교하여 관련 문제와 관련하여 상당한 불이익한 상태(substantial disadvantage)에 놓이게 되는 경우 보조적 지원을 제공하기 위한 합리적인 조치를 취해야 하는 것이다.<sup>670</sup>

첫 번째 또는 세 번째 요구 사항이 정보제공과 관련된 경우 취해야 하는 합리적 조치에는 관련 상황에서 정보가 액세스 가능한 형식으로 제공되도록 보장하는 것이 포함된다.<sup>671</sup> 합리적 조정의무가 있는 사람은 자신의 의무를 수행하는 것과 관련된 장애인에 대하여 의무 수행에 필요한 비용을 지불하도록 요구할 수 없다.<sup>672</sup> 두 번째 요건과 관

---

*Act 2010*(Oxford University Press, 2010), p.44.

666) Section 21(1).

667) Section 21(2).

668) Section 20(3).

669) Section 20(4).

670) Section 20(5).

671) Section 20(6).

련한 합리적인 조정에는 문제되는 물리적 특징의 제거, 그러한 특징의 변경 또는 이를 피할 수 있는 합리적인 수단의 제공이 포함되며,<sup>673)</sup> 여기서 물리적 특징은 건물의 설계 또는 건축으로부터 기인하는 특징, 건물에 대한 접근, 출구 또는 입구의 특징, 구내(premises)의 비품 또는 부속품, 가구, 세간, 물품, 장비 또는 기타 동산, 기타 모든 물리적 요소 또는 품질을 의미한다.<sup>674)</sup> 세 번째 요건과 관련한 보조적인 지원은 보조적 서비스(auxiliary service)를 포함한다.<sup>675)</sup> 보조적 지원은 장애인에게 지원 또는 도움을 제공하는 것으로서 여기에는 개조된 키보드 또는 텍스트 음성 변환 소프트웨어와 같은 전문 장비 제공이 포함될 수 있다. 또한 보조적 서비스의 예로는 수화 통역사 또는 장애인 근로자를 위한 지원 근로자 제공이 제시된다.<sup>676)</sup>

합리적 조정의무는 「평등법」의 핵심적인 개념(cornerstone)으로서 고용주에 대해 장애인이 고용에 접근하고 지속할 수 있도록 긍정적인 조치를 취하도록 요구한다. 이는 단순히 장애인인 근로자, 지원자 및 잠재적 지원자를 불리하게 대우하는 것을 피하는 것 이상으로, 비장애인들에게는 취해지지 않는 추가적인 조치를 취하는 것을 의미한다.<sup>677)</sup>

합리적 조정의무 불이행에 따른 장애차별의 경우 장애인이 아닌 사람들과 비교하는 목적은 장애로 인해 특정 규정, 기준, 관행 또는 물리적 특징 또는 보조적 지원의 부재가 해당 장애인에게 불이익을 주는 지 여부를 확인하는 것이다. 따라서 직접차별 또는 간접차별과는 달리 장애인과 동일하거나 거의 동일한 비교대상을 설정할 필요가 없다.<sup>678)</sup>

고용주가 취해야 할 합리적인 조치가 무엇인지를 결정하는 경우에는 특정 조치를 취하는 것이 상당한 불이익을 방지하는 데 효과적인

---

672) Section 20(7).

673) Section 20(9).

674) Section 20(10).

675) Section 20(11).

676) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 6. 6.13.

677) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 6. 6.2.

678) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 6. 6.16.

지 여부, 조치의 실행 가능성, 조정을 위한 재정 및 기타 비용과 야기 되는 중단의 정도, 고용주의 재정 또는 기타 자원의 정도, 고용주가 조정을 하는데 재정 또는 기타 지원을 받을 수 있는지 여부, 고용주의 유형과 규모 등이 고려될 수 있으며,<sup>679)</sup> 궁극적으로 고용주가 취해야 할 모든 조치의 '합리성' 심사는 객관적으로 이루어져야 하며, 개별 사안의 상황에 따라 달라진다.<sup>680)</sup>

한편, 보칙(Schedule) 8 Section 20(1)에 따르면, 지원자 또는 잠재적 지원자의 경우에는 관련된 장애인이 해당 작업에 대한 지원자이거나 지원자일 수 있다는 점에 대하여, 고용관계가 형성된 다른 경우에는 관련된 장애인이 장애를 가지고 있고 첫 번째, 두 번째 또는 세 번째 요구 사항에 언급된 불이익한 상태에 놓일 가능성이 있다는 점에 대하여 인식하지 못하였거나 인식할 것으로 합리적으로 기대할 수 없는 경우에는 합리적 조정의무를 부담하지 않는다.

## IV. 장애 개념과 관련한 판례의 현황

### 1. 신체적 또는 정신적 손상

영국 고용항소법원(Employment Appeal Tribunal: EAT)은 신체적 또는 정신적 손상에 대하여 '손상'은 정상적인 상태에서 완전한 신체적 및 정신적 능력(equipment)을 가진 사람과 비교할 때 일부의 훼손(damage), 결함(defect), 장애 또는 질병(disorder or disease)을 의미하는 것이며, '신체적 또는 정신적 손상'은 일상적인 언어로 신체적으로 문제가 있거나 정신적으로 문제가 있는 사람을 가리키는 것이라고 판시하였다.<sup>681)</sup> 동 판결은 신체적 손상과 정신적 손상의 구분은 신체적

---

679) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 6. 6.28.

680) Equality Act 2010 Statutory Code of Practice, Employment, Chapter 6. 6.29.

681) *Rugamer v Sony Music Entertainment UK Ltd* [2001] UKEAT 1385\_99\_2707.

또는 정신적 기능이나 활동이 영향을 받는지 여부가 아니라 장애 자체의 성격이 신체적인지 정신적인지에 따라 달라지는 것이며, 특히, 정신적 손상을 인정하기 위한 법적 기준을 충족하려면 진단 또는 진단 가능한 임상 상태 기타 인정될 수 있는 유형의 정신적 손상에 대한 충분한 의학적 증거가 필요하고, 재판소는 당사자가 제출한 것으로 판단하면 족하며, 자체적으로 독립적인 조사를 수행하거나 그 이상의 추가적 증거를 얻으려고 노력해야 할 의무가 없다고 하였다. 이에 비하여, 법원이 신체적 손상의 유무를 판단하는 경우에 신체적 훼손이나 결함과 그에 따른 증상 내지 결과를 구분할 필요는 없고 손상은 원인 일 수도 결과일 수도 있다고 하거나,<sup>682)</sup> 손상은 일반적이고 자연적인 의미를 가지는 것으로서 이를 판단하는 경우에 반드시 구체적인 의학적 원인을 검토할 필요는 없으며, 원고의 능력과 관련한 기능적 접근을 취하는 것이 타당하다고 판시하기도 하였다.<sup>683)</sup> 한편, 대부분의 경우에 손상은 문제가 되지 않지만 손상이 문제되는 경우에는 이를 입증하기 위한 증거가 필요하고 증거를 확보하거나 적절한 의학적 증거를 보장하는 것은 당사자와 대리인의 문제일 뿐 법원의 문제는 아니라고도 한다.<sup>684)</sup>

한편, 장애의 요건을 충족하는지 여부를 판단하는 경우에 손상에 대한 판단은 실제로 부정적인 영향에 대한 판단에 따르는 것이며 대부분의 경우 양자를 개별적으로 연속하여 고려하는 것은 불필요하고 경우에 따라 위험하다고 한다. 즉, 일부 예외를 제외하고 법원은 원고가 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 대해 상당한 부정적인 영향을 장기적으로 미치는지 여부에 대해 우선적으로 판단하며, 그러한 사실이 발견된다면 손상이 있는 것으로 자동적으로 인정하는 것이 올바른 접근법이라고 한다. 만약 손상을 판단하는 경우에 법원은 명백한 답을

---

682) *College of Ripon and York St John v Hobbs* [2002] IRLR 185.

683) *Ministry of Defence v Hay* [2008] ICR 1247.

684) *McNicol v Balfour Beatty Rail Maintenance Ltd* [2002] ICR 1498.

찾기 어려운 의학적 문제나 형이상학적 문제로 혼란에 빠질 위험이 있다는 것이다.<sup>685)</sup> 이러한 판단은 손상을 입증해야 하는 부담을 줄이는 효과를 가져온다.<sup>686)</sup>

또한 법원은 개인의 장애 여부를 고려할 때 신체적 또는 정신적 손상이 있는지 여부에 집중해야 하며, 문제는 개인이 손상을 가지고 있는지 그리고 손상이 신체적 또는 정신적으로 적절히 묘사될 수 있는지에 있을 뿐 법은 그러한 손상의 원인에 초점을 맞추도록 요구하지 않는다고 한다. 따라서 신체적 또는 정신적 손상이 신체적 또는 정신적 원인에 의해 야기된 것임이 분명히 제시될 필요는 없다는 것이다. 다만, 이것은 손상에 대한 명백한 원인이 없다는 것이 아무런 의미가 없다는 것을 말하는 것은 아니다. 이는 일종의 증거가 될 수 있어서 장애를 주장하지만 그 원인이 확인되지 않는 경우에는 법원이 당사자가 고통을 겪고 있지 않은 것으로 판단할 수 있고 이는 결국 손상이 없다는 결론으로 이어질 수 있다고 하였다.<sup>687)</sup>

## 2. 장기간에 걸친 상당한 부정적인 영향

한 가지 손상만으로는 통상적인 일상활동에 대한 상당한 부정적인 영향을 미치지 않는다고 허라도 복합적이고 누적적인 영향의 결과로 그러한 장애가 인정될 수 있다. 즉, 당뇨병으로 인하여 기억력과 집중력에 발생하는 영향이 장애를 인정할 수 있을 만큼 상당한 부정적 영향은 아니라고 할 수 있지만 그러한 영향이 누적적으로 발생하는 경우에는 통상적인 일상활동을 수행하는 능력에 대해 상당한 부정적인

---

685) J v DLA Piper UK LLP [2010] ICR 1052.

686) Karen Jackson-Lydia Banerjee, *Disability Discrimination -Law and Case Management*-(The Law Society, 2013), p.5.

687) Walker v Sita Information Networking Computing Ltd [2013] UKEAT 0097\_12\_0802. 동 판결에서 고용항소법원은 비만이 그 자체로 장애를 만드는 것은 아니지만 장애를 일으킬 가능성이 더 커질 수 있다는 점을 인정하였다.

영향을 미치는 것으로 인정될 수 있다.<sup>688)</sup> 또한 폐결핵으로 인한 손상 만으로는 통상적인 일상활동에 대한 장기간의 상당한 부정적 영향을 인정하기 어려울 수 있지만 폐결핵이 원인이라고 보기 어려운 복합적인 증상을 이유로 하여 상당한 부정적인 영향을 인정할 수 있다.<sup>689)</sup>

부정적인 영향이 상당한지에 대해서는 법원이 종합적으로 사안을 검토하여 판단해야 하지만 할 수 없는 것과 할 수 있는 것을 대등하게 비교형량하는 것은 아니다.<sup>690)</sup> 또한 누군가가 활동을 수행할 수 있다는 것이 그러한 활동의 수행능력이 손상되지 않았다는 것을 의미하는 것은 아니며, 원고가 할 수 있는 것보다는 할 수 없는 것 또는 어렵게 할 수 있는 것에 초점을 두어서 부정적인 영향 여부를 판단해야 한다.<sup>691)</sup> 이에 고용항소법원은 원고가 할 수 없는 것 또는 힘들게만 할 수 있는 것보다는 할 수 있는 것에만 초점을 두는 접근은 잘못된 것이며,<sup>692)</sup> 팔의 근력을 상실하여 채소준비, 고기썰기, 쟁반으로 음식 나르기 등을 할 수 없는 상태라면 나이프와 포크를 다룰 수 있고, 키보드를 사용할 수 있다고 하더라도 통상적인 일상활동 수행능력에 대한 상당한 부정적인 영향을 미치는 것이라고 판시하였다.<sup>693)</sup>

### 3. 통상적인 일상활동

고용항소법원(EAT)은 통상적인 일상활동을 구성하는 요소는 당해 활동이 특정한 원고에게 통상적인지 여부와 관계없이 결정되어야 한다고 판시한 바 있다.<sup>694)</sup> 이에 비하여, 다른 사람들에게는 통상적인 일상활동이지만 원고의 경우에는 당해 활동을 할 필요가 없고 따라서

---

688) *Stratton v Cauldwell Communications Ltd and anor* ET Case No. 2400889/06.

689) *Ministry of Defence v. Hay* [2008] UKEAT 0571\_07\_2107.

690) *Ahmed v Metroline Travel Ltd* UKEAT/0400/10/JOJ.

691) *Goodwin v Patent Office* [1999] ICR 302.

692) *Leonard v Southern Derbyshire Chamber of Commerce* 2001 IRLR 19.

693) *Vicary v British Telecommunication plc* 1999 IRLR 680.

694) *Abadeh v British Telecommunications plc* [2001] IRLR 23 EAT.

그러한 활동을 일상생활에서 수행하지 않았다면 이를 수행하는 데 어려움이 있을 수 있다는 점은 장애를 인정하는 근거가 될 수 없다고 판시하기도 하였다. 원고의 경우 집안일을 실제로는 하지 않았기 때문에 집안일이 '통상적인 일상활동'으로 간주되어서는 안 된다는 고용법원의 결정을 인용한 것이다.<sup>695)</sup> 법이 일반적으로 적용되는 통상적인 일상활동을 언급하고 있으며, 특정한 개인의 통상적인 일상활동으로 명시하고 있지 않음에도 불구하고 이와 같이 원고가 실제로 수행하는지 여부에 따라 통상적인 일상활동에 해당하는지 여부를 판단하는 것이다. 그러나 동 판례에서 고용항소법원은 개인이 특정한 일상활동을 수행하지 않는 이유가 자신이 겪고 있는 손상에 적응하여 생활방식을 조정하기 때문인 경우에는 다르게 보고 있다.

직업 수행을 위한 활동과 관련한 통상적인 일상활동의 범위와 관련하여 고용항소법원은 직업 수행을 위한 활동도 포함하는 것으로 보고 있다. 경찰이 승진시험을 보는 것은 직업 수행과 관련하여 발생하는 통상적인 일상활동으로서 난독증으로 인하여 이에 대해 불이익을 경험하였다면 장애가 있는 것으로 인정하였다.<sup>696)</sup>

또한 법의 '통상적인 일상활동'이란 법에 따른 보호를 받을 수 있는 자격이 있을 만큼 손상이 심각한지 여부를 결정하는 하나의 척도에 불과하며, 장애가 일상의 업무를 수행하는 능력에 중요하고 장기적인 영향을 미치는지 여부를 평가할 때 원고가 '통상적인 일상' 환경에서만 장애가 있는 정도로 평가를 제한하는 것은 적절하지 않다고 하였다. 따라서 직장에서 원고의 증상이 통상적인 업무를 수행하는 능력에 중요하고 장기적인 영향을 미치는 경우에는, 업무 자체가 전문적이고 특이할 수 있다는 이유로 그러한 증상이 무시되어서는 안 되며, 특정인이 자신의 직업 수행과 관련한 매우 특수한 상황을 제외하고는 모

---

695) Vance v Royal Mail Group Plc (t/a Royal Mail) [2006] UKEAT 0003\_06\_0704.  
696) Paterson v. Commissioner of Police of The Metropolis [2007] UKEAT 0635\_06\_2307.



든 상황에서 통상적인 일상활동을 수행할 수 있는 경우라도 장애가 있는 것으로 인정될 수 있다고 하였다.<sup>697)</sup>

## V. 소결

영국의 「평등법」은 약 40년 동안 등장해 온 차별금지법의 여러 조각들을 하나로 통합한 것이다. 1975년 성차별법(Sex Discrimination Act 1975) 이후 평등에 관련한 현대 영국의 법률은 약 40년에 걸쳐 단편적인 방식으로 발전했으며, 2010년 「평등법」(Equality Act 2010)은 이 분야의 법률들을 통합하고 단순화하는 한편 권리보장을 다소 강화하기 위한 목적으로 제정된 것이다.

2010 「평등법」 역시 장애의 개념을 규정하면서 ‘신체적 또는 정신적 손상’을 갖고 있으며, 당해 손상이 ‘통상적인 일상활동(normal day-to-day activities)’을 수행하는 능력(ability to carry out)에 대해 ‘상당하고 장기간에 걸쳐 부정적인 영향(substantial and long-term adverse effect)’을 미치는 경우’라고 하여 기본적으로 의학적 모델(medical model)에 기초하고 있다. 다만, 장애인을 위한 사회정책을 집행하기 위하여 장애를 평가하는 경우에는 다른 유럽 국가들에 비하여 의학적 데이터에 대한 의존도가 상대적으로 낮은 것으로 평가되며 비교적 엄격한 틀 내에서 의학적 증거가 활용되는 방식을 취하고 있다.<sup>698)</sup> 또한 직접차별뿐만 아니라, 간접차별, 장애로부터 기인하는 차별, 합리적 조정의무

697) Cruickshank v. Vaw Motorcast Ltd [2001] UKEAT 645\_00\_2510.

698) Brunel University, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*(European Commission, 2002), pp.58-64는 의료 데이터에 대한 의존도와 의사결정자가 갖는 재량의 정도를 기준으로 하여 유럽 각국의 장애평가의 절차를 ‘낮은 의학적 증거와 높은 재량(Low medical evidence and high discretion)’, ‘낮은 의학적 증거와 낮은 재량(Low medical evidence and low discretion)’, ‘높은 의학적 증거와 높은 재량(High medical evidence and high discretion)’, ‘높은 의학적 증거와 낮은 재량(High medical evidence and low discretion)’ 등 네 가지로 유형화하면서 영국은 네덜란드, 아일랜드 일부 지역과 함께 두 번째 유형에 해당하는 것으로 본다.

의 불이행까지 장애와 관련한 차별에 포함시킴으로써 장애인의 권리 보장 범위를 확대하고 있다는 점에서 긍정적으로 볼 수 있다.

『평등법』은 장애인을 포함하여 소외된 사람들이 사회에서 차지하는 위상과 역할을 변화시키는 데 필요하고 효과적인 조치로 평가된다. 『평등법』으로 인하여 장애인과 여러 삶에서 소외된 사람들이 처해있는 상황이 모두 변화되는 것은 아니지만 단지 수동적으로 사회보장 혜택을 받는 존재로 치부되는 것이 아니라 보다 적극적으로 다양한 사회 활동에 참여하는 것을 원활하게 만들고 이를 장려하는 배경이 될 수 있다. 직장에 고용되는 것, 다양한 사회적 조직에서 수용되는 것, 재정적으로 독립되는 것 등이 보다 수월하게 진행될 것으로 기대된다. 장애의 정의를 변경하는 것, 장애인에 대한 권리보장의 범위를 확대하는 것, 채용을 위한 면접에서 건강과 관련된 질문을 허용하지 않는 것 등은 오래도록 소외받아 왔던 사람들이 사회에 보다 잘 포용되도록 하기 위한 필수적인 조치의 예에 해당한다. 『평등법』을 통해 장애인 차별을 비롯하여 모든 차별에 대해 이를 구성하는 것이 어떠한 것인지를 사회 구성원들에게 분명하게 인식시키는 것이 가능해진 것이다.

## 제5장 새로운 장애 개념 도입에 따른 헌법정책적 과제

### 제1절 새로운 장애 개념의 필요성

#### I. 장애 개념의 비교법적 검토

(1) 장애의 개념은 대체로 1970년대 이전까지는 기능적 손상에 초점을 둔 의학적 관점에서 정의되어 왔다. 대표적으로 1960년대 미국에서 시작된 민권운동의 영향을 받아 탄생한 「건축장애물제거법」(Architectural Barriers Act)에서는 장애인을 ‘재활치료의 대상이 되는 손상을 가진 사람’ 그래서 치료 또는 교정을 받아야 하는 대상, 즉 의학적 측면에서 정의하였다. 이러한 관점에서의 장애인정책은 주로 장애인의 ‘치료’와 ‘재활’을 목적으로 하여 그에 필요한 각종 서비스 체계를 강조하게 되는데, 이러한 서비스 체계는 대부분 의사의 진단과 처방에 의해 구성되었다. 그러나 1980년대 들어서면서부터 장애인들은 자신들의 문제가 신체적인 기능의 손상에서 기인하기보다는 주로 사회의 선입견과 차별에 근거한다는 인식이 확산되기 시작하였다. 이러한 추세를 반영하여 WHO는 사회정책적 관점을 강조하여, 장애 개념이 적절하게 활용될 수 있도록 구체적인 방법과 지표를 제시하는 「국제기능장애건강분류」(ICF)를 발표하였다. 또한 최근 수십여 년간 전개되어 온 장애인운동은 장애에 대한 개인적·의료적 관점(개인적 모델)에서 구조적·사회적 관점(사회적 모델)으로의 전환을 가져 왔다. 그 결과로 「장애인권리협약」(CRPD)에서는 장애인의 자기결정권을 강화하여 사회참여를 확대시키고 그들이 속한 사회에서 동질성을 느끼며 비장애인과 장애인이 함께 사회통합을 이루도록 함을 장애인정책의 궁극적인 목표로 설정하였다.

개인적 모델에서 장애는 차별금지의 대상이 아니었으며, 사회로부터 장애인의 배제 등은 불가피한 결과로 이해되었다. 장애인운동에 힘입어 장애 모델도 사회적 모델로 변화하였다. 사회적 모델은 ‘장애’라는 현상을 사회통합의 관점에서 ‘사회적인 문제’로 간주한다. 사회적 모델에서도 여전히 비장애인과 비교하여 ‘비정상적인 상태’와 ‘기능장애’가 중요한 개념요소였으나, 장애를 제거하는 데 사회적 책임이 있다는 점이 인식되기 시작하여 재활의 개념 역시 사회 환경개선을 통한 재활로 그 영역이 확대되었다는 점을 사회적 모델의 장점으로 꼽을 수 있다.

이는 1993년 국제연합의 「장애인의 평등한 기회보장을 위한 표준규범」(Standard Rules on the Equalizations of Opportunities for Persons with Disabilities)에 반영되었으며, 2011년 WHO의 「장애인 분류안」(ICF-2011)에서는 개인적 모델과 사회적 모델의 장점들이 적절히 조화된 장애 모델이 반영되었다.

(2) 전술한 바와 같이 장애인권리협약(CRPD)에서는 “신체적·정신적·지적·감각적 손상”이라는 의료적 모델과 “다양한 장벽과의 상호작용으로, 다른 사람들과 동등한 기초 위에서 완전하고 실질적인 사회참여의 저해”라는 사회적 모델 개념을 모두 포괄하고 있다는 점에서 CRPD는 ICF의 장애분류법 권고를 포괄적으로 반영하고 있음을 볼 수 있다. 유럽연합도 CDPR의 장애 개념을 대체로 수용하고 있음을 확인하였다. 유럽과 영미의 주요 국가의 입법사례들을 통해 다음과 같은 사실을 알 수 있었다.

먼저 독일의 경우 장애개념은 일차적으로 의학적 판단에 기초하지만, 부분적으로 장애로 인한 사회생활 참여에 대한 제한 등도 같이 고려하고 있다. 「장애인동등지위법」(BGG) 제3조에 규정된 장애 개념은 WHO의 「국제장애분류」(ICF)에 의거하고 있으며, 사회적 참여의 제한과 관련된 보다 포괄적인 내용을 담고 있다. 다음으로 프랑스의 2005년 「장애인법」도 사회생활 참여의 위축도 장애의 개념요소에 포섭하

고 있으며, 장애의 비차별적 개념과 사회적 통합을 강조한 ICF 기준을 채택하고 있다. 미국의 경우 1990년 「장애인법」에서 장애의 개념은 현재 실제로 신체적 및 정신적 손상을 가지고 있는 경우뿐만 아니라 과거의 손상, 나아가 손상을 가진 것으로 간주되는 경우에 이르기까지 매우 폭넓게 정의되고 있다. 이러한 장애의 개념 정의에는 손상에 초점을 맞춘 의학적 관점이 작용하고 있다고 하겠다. 하지만 2008년 개정 「장애인법」에서는 장애인이 차별 없는 사회에 완전히 참여할 수 있도록 하려는 입법자의 의도가 드러나고 있다. 영국의 2010년 「평등법」도 장애의 개념을 규정하면서 기본적으로 의학적 모델에 기초하고 있다. 하지만 장애인을 위한 사회정책을 집행하기 위하여 장애를 평가하는 경우에는 비교적 엄격한 틀 내에서 의학적 증거가 활용되는 방식을 취하고 있다.

이상에서 살펴본 국가들은 장애인의 완전하고 실질적인 사회참여를 지향하고 있으며, 정도의 차이가 있기는 하지만 사회참여에 대한 위축이 존재하는 상황을 장애의 개념 요소로 포섭하는 입법례가 점차 늘어가고 있음을 볼 수 있다.

(3) 우리나라에서 1981년 제정된 「심신장애자복지법」은 심신장애자의 재활 및 보호에 초점을 맞추고 있고 심신장애자를 신체적 또는 정신적 손상을 기초로 판단하고 있다는 점에서 개인적 모델에 기초한 입법이라 할 수 있다. 1989년의 「장애인복지법」에서도 의학적 관점에서 장애를 정의함으로써 장애를 개인의 본질적 특성으로 이해하고 있다. 그런데 국내 장애인복지 영역에서의 법률들은 각 법률의 규율대상인 장애인을 정의함에 있어 「장애인복지법」 제2조에 따른 장애인의 개념을 원용하고 있어 거의 모든 정책에 동일하게 적용되는 획일적 장애 판단의 기준이 되고 있다. 이로 인하여 신체의 기능과 구조 이외에도 활동 및 참여를 포함하는 2001년 ICF의 새로운 장애 기준은 국내 관련 법제에서는 제대로 반영되지 못하고 있다.

현행 『장애인차별금지법』에서도 장애의 개념은 기본적으로 신체적·정신적 기능손상에 기초를 두고 있다. 최근 사회적 장애의 일부를 추가하는 등 그 범주를 확대하고자 하는 논의가 있음에도 불구하고, 의학적 기준으로 장애범주를 정하고, 이에 해당하는 경우에만 장애로 인정, 보호대상의 범주에 포함시키고 있는 것이다. 차별금지법제는 ‘장애를 이유로 한 차별행위’를 없애기 위한 목적이므로 현재 행해지고 있는 ‘차별행위’ 자체에 초점을 두어야지, 현행 장애인차별금지법과 같이 굳이 ‘장기간’, ‘상당한 제약’ 등의 엄격한 요건까지 반드시 요구할 필요는 없는 것으로 생각된다.

장애인정책에서 장애의 개념은 장애의 본질에 기초한 판단이라기보다는 법적, 그리고 정책적 보호의 대상이자 그 결과로서의 측면을 모두 가지고 있다. 그러므로 현행 법제에서 사용되고 있는 장애의 개념은 정책의 이념이 반영되고, 제정목적에 부합하는 방향으로 수정되어야 한다.

## II. 장애인 권리의 실질적 보장과 기능적 장애 개념의 도입

앞서 검토한 바와 같이, 장애는 복잡하고 동적이며 다차원적이고 논쟁이 많은 개념으로, 장애의 개념은 다양한 측면에서 사회정책과 밀접하게 연관되어 있다. 통상 장애의 정의가 관심의 대상이 되는 것은 고용정책 및 사회보장영역에서 법적·제도적 활동이나 규제를 위해 정책의 보호의 대상이자 결과로써 누가 장애인인가를 판별해야 할 필요성에서 비롯되기 때문이다. 이러한 점에서 본다면, 장애의 정의는 이를 필요로 하는 사회정책과 연결지어 논의되어야 한다. 예컨대, 직업재활의 영역에서는 직업서비스의 필요를 느끼는지, 그리고 어떤 종류의 서비스가 적합한지를 기준으로 결정되어야 하며, 소득지원제도와 관련해서는 소득능력의 상실에 따른 장애의 정의를 이용하는 것이 바람직하다. 이처럼 사회정책의 규율대상 및 목적에 따라 장애의 정의는 단일

하지 않을 수 있다. 현실에서도 국가마다 그 나라의 정치, 경제, 사회적 제반 여건과 복지 수준에 따라 상이한 장애 기준을 갖고 있다. 우리나라의 경우 모든 정책적 고려에서 장애의 기준은 「장애인복지법」에 따른 정의에 의존하고 있다. 물론 제정 당시에 비해 장애의 범위는 확대되고 있지만 이러한 장애 기준은 복지영역은 물론 고용정책을 망라하여 우리나라의 거의 모든 장애인 정책에 동일하게 영향을 미치고 있다.

문제는 장애의 기준이 얼마나 협소한가 혹은 광범위한가에 있다기 보다는 어떠한 정책적 지향 하에서 장애를 정의하고 있으며, 장애의 기준이 얼마만큼 그 정책적 목표에 충실한가 하는 데 달려 있다고 할 것이다. 우리 사회에서 점차 장애인의 범주가 확대됨에 따라 중증장애인의 정책적 수혜기회가 줄어들고 있다는 점과 이와 맞물려 적극적으로 고용촉진정책의 대상을 둘러싸고 ‘직업적 장애’ 개념이 대두되고 있다는 점, 또한 장애인을 대상으로 하는 사회정책이 점차 다원화되고 있는 가운데 각각의 정책 대상과 정책 목표가 불분명하다는 비판이 제기되고 있는 점 등은 우리 사회가 장애의 개념을 보다 합리적으로, 그리고 체계적으로 재구성할 필요성을 제기한다. 이에 이 연구에서는 해당 법제에서 사용되고 있는 장애의 개념은 해당 정책의 이념이 반영되고, 입법목적에 부합하는 방향으로 수정되어야 한다는 결론을 얻었다. 국제사회에서는 ICF의 영향으로 ‘기능적 장애’ 개념이 도입되었음에도 불구하고 아직까지 국내 법제에서는 이에 대한 반영이 더딘 듯하다. 장애인정책에서 추구하는 궁극적인 목적은 장애인의 존엄성 실현이지만 이를 실현하는 구조에서 장애인과 비장애인의 차이, 장애인들 간의 다양성이 고려되지 못한 결과라 보여진다. 장애인복지는 물론 장애인평등에서 역시 장애인의 수요에 따른 실질적 평등이 이루어져야 하며 이를 고려하는 방향으로 헌법 및 법제의 개정이 필요하다.

## 제2절 장애인 기본권 보장의 실효성 제고 방안

### I. 장애인의 ‘완전한 참여와 평등’의 지향

2001년에 발표된 『국제기능장애건강분류』(ICF)에 의하면, 장애는 손상(impairment), 활동(activity), 참여(participation)라는 개념 요소들이 상호관련성을 가지며, 개인의 질병과 정서 상태인 건강상태(health condition)와 환경적 요인이 복합적으로 상호 작용되어 나타나는 결과이다. 여기서 환경적 요인이란 서로 각기 다른 수준의 기능을 가진 사람들이 살아가고 활동하는 세계를 의미하는 것으로, 제품과 기술, 자연적인 환경과 인공적인 환경, 지원과 관계, 태도, 서비스, 시스템, 정책 등이 모두 포함된다. 이러한 ICF는 ‘신체적 장애’의 측면보다는 ‘기능적 장애’의 측면을 강조하고, 보편적인 시각에서 접근하여 장애 그 자체보다는 그로 인한 활동의 제약과 참여의 위축에 초점을 맞추고 있다. 또한 ICF는 사회정책적 관점을 강조하여 건강관리 시스템, 사회보장 제도, 직업재활 및 고용촉진정책, 기본권 보장 등 다양한 목적으로 활용할 수 있도록 구체적인 방법과 지표를 제시하고 있다는 점에서 장애인 권리의 실질적 보장에 있어서 중요한 의미를 갖는다.

장애인권리협약(CRPD)에서는 “모든 장애인이 모든 인권과 기본적인 자유를 완전하고 동등하게 향유하도록 증진·보호·보장하고, 장애인의 고유한 존엄성에 대한 존중을 증진함”을 목적으로 삼고 있다. 그에 따라 장애인의 개념에서도 “다양한 장벽과의 상호작용으로 인하여 타인과 동등한 완전하고 효과적인 사회 참여가 저해되는” 측면이 강조되고 있다. 또한 제9조(접근성), 제13조(사법에 대한 접근), 제20조(개인의 이동성), 제21조(의사 및 표현의 자유와 정보 접근권), 제24조(교육), 제27조(근로와 고용), 제29조(정치 및 공적 생활에 대한 참여), 제30조(문화생활, 레크리에이션, 여가생활 및 체육활동에 대한 참여) 등의 규정들은 CRPD가 장애인의 문제를 장애인의 실질적인 사회참여와 기회



균등을 보장하는 권리에 기초하여 접근하고 있음을 보여준다. 여기서 ‘적극적 조치’와 ‘정당한 편의제공’ 등이 강조된다.

이와 같은 국제사회에서 제시된 새로운 장애의 기준과 장애인정책의 목표가 장애인의 통합과 사회 참여를 향하고 있음을 알 수 있다. 앞서 살펴본 주요 국가들의 장애인 관련 입법들도 대체로 이러한 장애인의 사회 참여를 증진하고 기회균등과 적극적 조치를 통해 통합의 이념을 추구하는 방향으로 나아가고 있음을 볼 수 있었다. 우리나라도 이러한 방향에 유의하여 장애인 권리보장을 위한 법제도의 개선 방안을 모색해 나갈 필요가 있다고 본다.

오늘날 장애인의 보호는 단순한 차별과 배제의 금지를 넘어 적극적인 생존의 배려가 요구되는 것으로 이해되고 있다. 이는 장애인이 인간다운 생활에 필요한 기본적 수요를 충족할 수 있도록 국가가 일정한 급부를 제공해야 한다는 사회국가의 이념과 맞닿아 있다. 그런데 이러한 급부의 제공은 국가의 재정적 여건에 크게 의존하는 것이어서 현실적으로 장애인정책은 경제적 논리에 많은 영향을 받게 된다. 이에 따라 장애인의 지역사회 참여와 사회통합을 지향하는 국가의 정책적 과제는 언제나 현실적인 여건과 맞서 싸워야만 하는 것이 숙명이라 할 수 있다.

앞서 설명한 바와 같이, 장애인의 ‘완전한 참여와 평등’, 그리고 통합화의 이념을 실현하기 위해서는 무엇보다도 장애인정책이 헌법적 기초 위에서 기본적 인권의 보장이라는 차원에서 수립·추진될 필요가 있다.

## II. 헌법 개정의 필요성과 내용

장애인정책과 관련하여 헌법 개정이 필요한 이유는 현행 헌법의 체계로는 헌법 제10조, 헌법 제34조 및 제11조를 적극적으로 재해석해야만 장애인에 대한 국가의 특별한 작위의무를 도출할 수 있기 때문이

다. 그러므로 현행 규정을 적극적으로 해석하여 보충하였던 부분을 개정하여, 헌법 규정만으로도 장애인정책에 대한 국가의 과제를 좀 더 명확하게 할 수 있다면, 이는 교육적 효과를 증대시킬 뿐만 아니라, 입법자에게 입법의 방향을 명확히 제시하는 데에도 도움이 될 수 있다. 또한 소극적 심사에 그치고 있는 현재의 장애인정책에 대한 사법적 심사에 있어서도 좀 더 적극적인 심사의 가능성을 부여할 수 있을 것으로 생각된다.

장애인정책의 직접적인 근거조문은 헌법 제34조 제1항과 제11조이다. 헌법 제34조 제5항이 갖는 구조적인 문제와 헌법 제11조에서 차별금지사유로 ‘장애’를 명시해야 하는 헌법정책적인 문제에 대해서는 앞에서 검토하였다. 장애인에 대한 사회적 시각이 자기결정권에 기초하여 사회에 참여하고 사회통합을 지향하는 존재로 변모함에 따라, 헌법도 장애인의 권리와 국가의 장애인에 대한 적극적 보호가 명시되도록 개정해야 한다.

이를 구체적으로 설명하면, 첫째, ‘장애’를 헌법 제11조에 명시적인 차별금지사유로 규정하여야 한다. 현행 헌법 제11조 제1항을 개정하여 차별금지사유에 ‘장애’를 추가한다거나 독일과 같이, 장애인차별을 금지하는 독자조항, 예를 들어, “누구든지 장애를 이유로 차별을 받거나 불이익을 받지 아니한다.”라는 조항을 제3항으로 신설하는 방법이 있을 수 있다. ‘장애’가 헌법에 명시된다면, 장애인에 대한 사회적 관심을 환기시킬 수 있을 뿐만 아니라, 이러한 규정은 장애인에 대한 특별한 보호를 정당화하는 헌법적 근거가 된다.

실제 이러한 내용의 개헌 논의는 장애인단체 등에서 계속 주장해 온 사항이다. 이들은 헌법 제11조 제4항에 “장애인은 모든 생활영역에서 동등하게 참여할 권리를 가지며 국가와 국민은 통합적 사회실현을 위하여 노력하여야 한다.”라는 조항을 삽입하여, 국가와 국민의 사회통합을 위한 노력의무조항을 추가하는 것도 하나의 방법이라고 주장하였다.<sup>699)</sup> 이에 따르면, 이러한 내용은 장애로 인한 차별을 단순히 금

지하는 소극적 배제가 아니라 적극적으로 생활여건을 동등하게 보장하고자 하는 국가의 의지를 보여주는 것이며, 동시에 국민에게 수범의 지를 부여하는 계기가 될 수도 있다는 것이다. 그러나 평등권을 규정하고 있는 제11조에 ‘장애인의 참여권’을 따로 명시하고 국가와 국민의 노력의무조항을 삽입하는 것은 현행 헌법의 기본권 체계상 적절하지 못한 것으로 생각된다.

둘째, 제34조 제5항에 대한 개정이다. 현행 규정은 ‘생활능력이 없는 국민’에 대한 국가의 보호의무를 규정한 것이며, 이때 ‘신체장애자’는 이러한 국민의 예시일 뿐이므로 부정적 용어인 ‘장애자’를 ‘장애인’으로 바꾸고, 이 조항을 개정하여 사회적 약자들의 인간다운 생활을 보호해야 하는 국가의 의무를 명시해야 한다. 예를 들자면, “국가는 장애인 등 사회적 약자의 복지와 권익향상을 위해 노력해야 한다.”라는 정도가 될 수 있을 것이다. 이미 제3항과 제4항에서 사회적 약자의 대표적인 집단인 ‘여성’, ‘노인’, ‘청소년’을 따로 규정하고 있으므로 제5항에서 ‘장애인’을 명시하는 방법도 가능하며, 이를 ‘장애인 등’이라고 표현하여 또 다른 사회적 약자의 포함 가능성을 두는 것도 적절하다고 생각된다. 참고로 장애인 관련 조항을 별도로 두고 있는 해외의 입법례로는 대표적으로 스위스 헌법과 포르투갈 헌법이 존재한다.

---

699) 이러한 개헌 내용은 2009년 국회 보건복지가족위원회 박은수(민주당) 의원은 미래한국헌법연구회 주최 ‘제28차 월요헌법세미나’에서 소개되었다(한국보건복지정보개발원 복지리뷰스, 2009.6.24. 기사 참조).

### 스위스 헌법 제112b조 (장애인 사회통합 장려)

- ① 연방은 현금 및 현물 지급을 통해 장애인의 통합을 장려한다. 연방은 이러한 목적을 위해 장애인 보험의 재원을 사용할 수 있다.
- ② 주는 장애인을 위한 주택 및 일자리 제공 담당기관의 건설과 운영 부담금을 통해 장애인의 통합을 장려한다.
- ③ 장애인 통합의 목적, 원칙 및 기준은 법률로 정한다.

### 포르투갈 헌법 제71조(장애인)

1. 신체적 또는 정신적 장애가 있는 국민들은 본 헌법에 규정된 권리를 충분히 향유하고 헌법에 규정된 의무를 이행한다. 단, 장애 때문에 그들에게 부적합한 권리의 행사 또는 의무의 이행은 예외로 한다.
2. 국가는 장애의 예방, 장애인의 치료, 재활, 통합 및 장애인 가족에 대한 지원 등을 목적으로 하는 국가정책을 시행하고, 사회를 교육하고, 장애를 지닌 국민들에 대한 존중 및 결속 의무를 사회에 숙지시키는 한편, 장애인의 부모 또는 보호자의 권리와 의무를 침해하지 않으면서 장애인들이 자신의 권리를 실질적으로 향유할 수 있도록 보장한다.
3. 국가는 장애인단체들을 지원한다.

한편, 우리나라에서도 2018년 3월 26일 대통령이 발의한 헌법개정안에서 장애인의 권리를 명문화하는 조항을 신설한 바 있다.

### 대한민국 헌법 제36조

- ① 어린이와 청소년은 독립된 인격주체로서 존중과 보호를 받을 권리를 가진다.
- ② 노인은 존엄한 삶을 누리고 정치적·경제적·사회적·문화적 생활에 참여할 권리를 가진다.
- ③ 장애인은 존엄하고 자립적인 삶을 누리며, 모든 영역에서 동등한 기회를 가지고 참여할 권리를 가진다.

또한 2018년 국회헌법개정특별위원회 자문위원회의 자문보고서에서

다음과 같은 헌법개정 시안을 제시한 바 있다.

**대한민국 헌법 제14조 (평등권)**

- ① 모든 사람은 법 앞에 평등하다.
- ② 누구든지 성별, 종교, 인종, 언어, 연령, 장애, 지역, 사회적 신분, 고용형태 등 어떠한 이유로도 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에서 부당한 차별을 받지 아니한다.
- ③ 국가는 실질적 평등을 실현하고, 현존하는 차별을 시정하기 위하여 적극적으로 조치한다.

**대한민국 헌법 제18조(장애를 가진 사람의 권리)**

- ① 장애를 가진 사람은 존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리와 사회참여의 권리를 가진다.
- ② 국가는 장애를 가진 사람에게 법률에 따라 자신이 가진 능력을 최대한으로 개발하고 경제활동이 가능하도록 적극적으로 지원하며, 필요한 보건의료 및 기타 서비스를 지원해야 한다.
- ③ 국가는 장애를 가진 사람들의 사회적 통합을 추구하며 사회참여를 보장하여야 한다.

여기서는 장애를 차별금지사유로 명시하였을 뿐만 아니라, ‘장애를 가진 사람의 권리’를 보장하기 위한 별도의 조항을 두었다는 점에서 큰 의미를 부여할 수 있다. 특히 “장애인”이라는 용어 대신에 “장애를 가진 사람”이라는 표현을 사용한 것은 장애에 대한 개인적·의학적 모델을 극복하고 사회적 모델을 채택한 것으로 평가할 수 있다. 이는 유엔 장애인권리협약(CRPD)의 입법례를 참고한 것으로, “장애를 가진 사람”이라는 호칭을 통해 과거의 차별적 고정관념을 바꿀 필요가 있다는 판단에 따른 것이라고 밝히고 있다.<sup>700)</sup> 생각건대 “장애를 가진 사

700) 국회헌법개정특별위원회 자문위원회, 「국회헌법개정특별위원회 자문위원회 보고서」(2018), 74-75면 참조.

람”은 ‘장애’라는 객관적 특성을 가진 사람이면 누구나 포섭될 수 있는 인적 집단을 설정하기 위한 용어로서, “장애인”이라는 용어에 비하여 다소 개방적인 성격을 가진 개념이라고 할 수 있다. 그리고 기능적·사회적·환경적 측면에서의 장애 개념에 입각할 때 “장애를 가진 사람”으로 기본권의 주체를 설정한 것은 매우 의미 있는 시도라고 본다. 그리고 “존엄하고 자립적인 삶을 영위할 권리”와 “사회참여의 권리”, “사회적 통합을 추구하고 사회참여를 보장”할 국가의 의무 등은 기능적 장애개념이 추구하는 ‘통합, 평등, 사회적 참여’ 등의 이념을 적절히 반영하고 있다고 평가할 수 있다.

헌법에서 장애인의 권리나 국가의 장애인에 대한 보호가 특별히 규정된다면, 교육적 효과와 더불어 국가의 기본권보호의무의 범위가 확장됨에 따라 입법자 역시 입법형성권의 범위 내에서 좀 더 적극적인 규율이 가능할 것이다. 예를 들어, 정당한 편의제공에 관한 규정들의 범위를 확대하거나 강행규정화 할 수 있고, 위반의 경우 강력한 권리구제수단이 마련될 수 있을 것이다. 사법부의 경우에도 좀 더 적극적인 심사가 가능할 것으로 생각된다.

### Ⅲ. 장애인 법제의 개선 방향

장애인을 바라보는 비장애인의 시각은 장애의 이해와 장애 개념의 정립에 크나큰 영향을 미친다. 장애인도 비장애인과 동등한 권리주체라는 전제 위에서, 장애인의 권리보장을 위해 여러 법률들이 제정되었음에도 불구하고 불평등한 취급과 불편한 관계들이 지속되는 것은 아직도 사회 구성원 다수가 장애를 바라보는 시각, 장애 및 장애인에 대한 무지와 무관심, 그리고 오해와 편견에서 비롯되는 경우가 많기 때문에 이에 대한 인식개선 노력이 절실하다. 아울러 장애인에 대한 근거없는 편견과 낙인도 교육과 제도를 통해 시정되어야 한다. 장애인정책은 기본적으로 두 가지 목표를 갖는다. 하나는 장애인이 인간다운

생활을 할 수 있도록 지원하는 것이며, 다른 하나는 가능한 한 사회에서 장애인이 배제되지 않도록 하는 것이다. 처음부터 이미 비장애인과 의 비교가 필연적인 장애인정책의 이념이 ‘장애인복지’와 ‘장애인평등’이 되는 것은 자연스러운 결과라고 할 수 있다. 이를 위해 국가는 우선, 보호해야 하는 장애(인)의 범주, 보호되어야 할 생활영역, 보호의 종류 및 내용 그리고 수준에 대해 결정해야 한다. 그러므로 이때 전제되는 장애의 개념에는 사회적 요인을 반영하여 그 개념을 확대하여야 한다. 또한 장애인정책은 장애인 개인의 상황에 대한 보호 이외에도 장애인을 둘러싸고 있는 물리적·사회적 환경에도 주목하여야 한다. 특히 비장애인과 의 ‘차이’를 ‘차별’로 만드는 것은 장애인에 대한 사회적 환경이므로 이를 장애의 개념에 포함시켜 보호의 인적 범위를 확대해야 한다.<sup>701)</sup>

바꾸어 말해, 각 법률에서 정의하고 있는 장애의 개념을 기능적·사회적 접근을 통해 입법목적에 부합하도록 수정해야 한다.<sup>702)</sup> 입법목적에 부합해야 한다는 것은 규율대상에 대한 기능적·사회적 접근을 의미한다. 예를 들어, 「장애인복지법」과 「장애인차별금지법」은 입법목적과 규율대상이 다르므로 장애의 개념 역시 달라져야 한다. 「장애인복지법」과 같은 급여중심의 법률에서는 자원이 한정된 상황에서 장애인의 욕구를 평가하여, 그에 따라 자원배분의 우선순위를 결정해야 하기 때문에, 손상의 유형과 정도 등을 미리 상세하게 규정해 놓을 필요가 있다. 반면에 「장애인차별금지법」에서는 장애인에게 급여를 제공하는 것이 목적이 아니므로 장애의 개념을 손상의 유형과 정도에 따라 상세히 규율할 필요는 없다. 왜냐하면, 「장애인차별금지법」의 목적은 차별행위의 근절, 즉 발생한 행위 자체가 장애를 원인으로 하는 차별인지를 다루는 데 있는 것이지, 어떤 행위를 당한 사람이 그 법의 대상에 포함되는지 여부를 다루는 것은 아니기 때문이다. 그러므로 그 손

701) 윤수정, 앞의 논문(주3), 174면 참조.

702) 윤수정, 앞의 논문(주3), 221면 참조.

상의 유형이나 정도에 관계없이 법이 개입하여야 한다.<sup>703)</sup> 다시 말해서, 『장애인차별금지법』의 장애의 개념에는 과거장애나 간주장애 등도 포함되어야 한다. 더불어 장애의 기간과 관련하여서도 영구적 장애뿐만 아니라 일시적·단기적 장애도 포함되어야 한다. 다만 일시적 단기적 장애의 경우 이를 질병으로 파악하여 관련법에서 차별을 금지하고 있다면 이와 관계는 고려되어야 할 것이다. 또한 입법목적에 부합하는 장애 개념은 규율 영역과 관련된다. ILO에서의 장애 정의와 같이, 고용영역에서는 ‘근로의 계속’이라는 측면이 강조되어야 하고, 장애인의 소득보장과 관련해서는 ‘소득의 상실(현재 수입원의 부존재)’의 측면에서 장애를 바라보아야 한다.<sup>704)</sup>

그리고 헌법이 장애인정책의 규범적 근거가 되어, ‘장애인복지’와 ‘장애인평등’이라는 장애인정책의 이념이 실현될 수 있도록 기본적인 방향을 제시하여야 한다. 규범적으로는 장애인의 권리보장에 적극적이지 않은 현행 헌법 하에서는 헌법을 해석함에 있어 비장애인과 차별성이 반드시 고려되어야 한다.<sup>705)</sup> 대표적으로 장애인의 인간다운 생활을 할 권리는 그 실현구조의 측면에서 비장애인과 차별성을 가진다. 장애인의 경우 기존의 기본권 개념만으로는 포섭할 수 없는 형태의 권리들이 인간다운 생활을 할 수 있는 조건의 형성과 밀접하게 연관되어 있기 때문에 비장애인에게 적용되던 국가의 기본권보호의무가 그대로 장애인에게 적용될 수는 없다. 다음으로, 장애가 가지는 다양한 특성들로 인해 모든 장애인을 동일한 집단으로 취급하는 데에는 어려움이 있을 뿐만 아니라, 이미 비장애인 중심의 사회에서 능력에 따른 공평한 기회의 확보만으로는 평등을 실현할 수 없으므로 장애인

---

703) 이런 사실은 차별금지법제에서는 장애의 개념 정의가 없어도 된다는 견해[남찬섭, 앞의 논문(주105), 183-184면 참조]의 근거가 되기도 한다. 그러나 법에서의 개념정리는 규율대상을 확정하고, 구체적인 사례의 경우 그 사례가 적용대상에 포함되는지를 살펴보기 위해서라도 필요하다.

704) 윤수정, 앞의 논문(주3), 175쪽 참조.

705) 윤수정, 앞의 논문(주3), 219면 참조.



의 수요에 따른 실질적 평등이 실현되어야 한다. 그 결과, 국가는 장애인의 주어진 상황을 평등하게 대우하여야 할 뿐만 아니라 주어진 상황 자체가 불평등한 경우 최소한의 평등을 실현하기 위한 적극적인 행위의무를 부담한다. 특히 장애인평등이 실현되는 두 가지 모습 중, 비장애인과 비교하여 본질적으로 ‘다름’에도 불구하고 이를 고려하지 않고 획일적으로 ‘같이’ 취급하는 경우라면 그 자체가 합리적인 이유 없는 차별적인 취급이다. 그러므로 본질적으로 다른 점이 고려된 ‘정당한 편의제공’과 같은 별도의 적극적인 조치가 수반되어야 한다. 이 점이 장애인평등 실현의 ‘특수성’이며, 이러한 특수성은 장애인정책의 헌법적 정당성 심사에서 고려되어야 한다. 그리고 이들이 고려된 개별 법률들 간의 체계화가 필요하다.<sup>706)</sup>

적극적인 장애인운동이 지금과 같은 규범적 변화를 가져 왔듯이, 장애인문제는 사회연대적 실천이 있을 때만 바람직한 해결이 가능할 것이고 따라서 복지요구 증대 및 다양화에 대응하기 위한 종합적이고도 상호연계적인 개정작업이 요청된다고 하겠다. 물론 여기에는 장애인의 의사가 충분히 반영되도록 하여야 할 것이며, 이를 위해서는 장애인 권리보장에 관한 국민적 관심과 이해가 무엇보다도 중요하다. 이러한 여건의 조성을 위해 국가는 교육이나 언론 등을 통해 이에 관한 홍보와 계몽에 적극적으로 나서야 할 것이다.

---

706) 윤수정, 앞의 논문(주118), 28-32면 참조.

# 참고문헌

## 1. 국내문헌

### (1) 단행본

- 교육부, 『2019 특수교육통계』(교육부 국립특수교육원, 2020).
- 국가인권위원회, 『장애인권리협약 해설집』(국가인권위원회, 2007).
- 김도현, 『당신은 장애를 아는가-장애·장애 문제·장애인 운동의 사회적 이해』(메이데이, 2007).
- \_\_\_\_\_, 『장애학 함께 읽기』(그린비, 2009).
- 김동국, 『동양적 패러다임으로 쓴 장애인복지론』(학지사, 2013).
- 김만두, 『사회복지법제론』(홍익재, 1991).
- 김성희 외, 『2017년 장애인실태조사』(한국보건사회연구원·보건복지부, 2018).
- 김철수, 『헌법학개론』(박영사, 2000).
- 김현지 외 4인, 『2020 장애통계연보』(한국장애인개발원, 2020).
- 대한민국정부, 『유엔장애인권리협약 제2, 3차 병합 국가보고서』(2019).
- 박병식 외 3인, 『장애인관련 법체계 정비방안 연구』(보건복지가족부·한국정책기획평가원, 2008).
- 박동희, 『2020년 프랑스 장애인 의무고용제고의 새로운 변화』(한국장애인고용공단 고용개발원, 2020).
- 박수경, 『장애의 사회적 의미와 사회통합』(집문당, 2008).
- 서원선, 『호주, 뉴질랜드, 영국 장애인차별금지법에서 언급된 고용 관련 개념의 이해』(한국장애인고용공단 고용개발원, 2019).
- 유동철, 『인권관점에서 보는 장애인복지』(학지사, 2013).
- 윤석진, 『차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구 - 영국편-』(한국법제연구원, 2011).
- 염형국 외, 『장애인차별금지법 영역을 기준으로 한 외국 사례 연구 -

- 미국 장애인법과 호주 장애인차별금지법을 중심으로-」(국가인권위원회, 2011).
- 이성규, 『한국 장애인복지 발달사』(집문당, 2011).
- 이소영, 『장애인 대상 학교폭력의 경찰관 현장 활용 패킷(packer)에 관한 연구』(치안정책연구소, 2015).
- 이영환(편), “한국 장애인복지의 전개와 장애담론의 변천”, 『통합과 배제의 사회정책과 담론』(함께 읽는 책, 2003).
- 이호영, 『미국장애인법개설』(국가인권위원회 차별조사국, 2003).
- 장민선, 『차별의 합리성 판단기준에 관한 비교법적 연구-미국』(한국법제연구원, 2011).
- 장민영, 『장애영향평가법제에 관한 글로벌 동향』(한국법제연구원, 2019).
- 전광석, 『한국사회보장법론』(집현재, 2020).
- \_\_\_\_\_, 『한국헌법론』(집현재, 2020).
- 정창권, 『세상에 버릴 사람은 아무도 없다』(문학동네, 2005).
- 한국보건사회연구원, 『주요 선진국 장애판정제도 현황 및 정책적 시사점 연구』(한국보건사회연구원, 2012).
- 한국장애인재단, 『WHO 세계장애보고서』(한국장애인재단, 2012).
- 홍성수, 『영국의 차별금지법제 연구 -2010년 평등법을 중심으로-』(법무부, 2011).
- Kirstein Rummery(김용득 옮김), 『장애인의 시민권과 영국의 지역사회보호』(EM커뮤니티, 2005).
- Tom Shakespeare(이지수 옮김), 『장애학의 쟁점-영국 사회모델의 의미와 한계-』(학지사, 2013).

## (2) 논문

- 권건보, “장애인의 기본권에 관한 연구”, 석사학위논문(서울대학교, 1999.2).
- \_\_\_\_\_, “장애인권리협약과 평등권의 의미”, 『사회복지법제연구』 통권

- 제2호(2011).
- \_\_\_\_\_, “장애인권리협약의 국내적 이행 상황 검토”, 『법학논고』 제39집(2012).
- \_\_\_\_\_, “장애인의 보호와 통합”, 『2020년 헌법학자대회 “헌법과 통합” 자료집』(2020).
- 구미영, “영국 평등법 개정의 주요 내용”, 『국제노동브리프』 제9권 제3호(2011).
- 김경미·김미옥, “한국 장애인복지학 연구동향에 관한 분석과 고찰”, 『한국사회복지학』 제58권(2006).
- 김명수·정재황, “장애인 이동권에 대한 헌법적 고찰”, 『성균관법학』 제19권 제3호(2007).
- 김명수, “청각 장애인의 참정권 보장에 관한 연구-헌재 2009.5.28, 2006헌마285 결정에 대한 평석을 중심으로-”, 『홍익법학』 제11권 제1호(2010).
- 김민태·윤연정·임아혁, “지배담론과 저항담론의 갈등과 절충 그리고 디커플링-장애인 등에 대한 특수교육법 제정과정과 시행을 중심으로-”, 『2012 장애의 재해석』(2012).
- 김병하, “특수교육진흥법의 제정과 개정과정: 그 역사적 함의와 쟁점”, 『특수교육저널: 이론과 실천』 제6권 제1호(2005).
- 김보람·정구태, “성인발달장애인 지원을 위한 공공후견인 제도의 개선 방안”, 『외법논집』 제44권 제1호(2020).
- 김세진, “장애노인 돌봄의 정책도출: 노인장기요양보험제도와 장애인활동지원제도의 관계를 중심으로”, 『보건복지포럼』 제250권 제1호(2017).
- 김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장방안”, 『사회보장법연구』 제2권 제1호(2013).
- 김용득, “장애 개념 변화와 사회복지실천현장 함의”, 『한국사회복지학』 제51권(2002).

- 김용훈, “평등권의 미국 헌법상 논의”, 『미국헌법연구』 제24권 제2호 (2013).
- 김정열, “장애인의 현실과 장애인운동”, 『경제와 사회』 통권 제67호 (2005).
- 김진우, “장애에 대한 사회적 모델과 자립생활모델에 대한 이론적 비교 연구”, 『사회복지연구』 제41권 제1호(2010).
- 김혜선·박정민, “장애인 투표편의제도 개선방안”, 『선거연구』 제8권 (2017).
- 남찬섭, “사회적 모델의 실현을 위한 장애정의 고찰 : 현행 장애인차별금지법의 장애정의의 수정을 위하여”, 『한국사회복지학』 제 61권 제2호(2009).
- 박종운, “장애인차별금지법 제정의 과제와 전망”, 『국제인권법』 제7호 (2004).
- \_\_\_\_\_, “NGO 장애인관련법 제·개정 운동-장애인차별금지법을 중심으로-”, 『연세대학교 법학연구원 공공거버넌스와 법센터 주최 학술대회자료집』(2009).
- 박현민, “한국사회 장애인운동의 역사에 관한 고찰-주체 형성과 변환을 중심으로-”, 석사 학위논문(서울대학교, 2008.8).
- 신은경, “장애인의 기능과 장애, 환경요인에 관한 ICF 활용방안-일본의 생활기능장애건강분류(ICF)의 활용을 중심으로-”, 『직업재활연구』 제23집 제1호(2013).
- 심재진, “영국과 미국의 장애인차별금지법제와 장애인사회보장법제의 관계”, 『노동법학』 제52권(2014).
- \_\_\_\_\_, “일반적 차별금지법으로서의 영국의 2010년 평등법 제정의 의미와 시사점”, 『강원 법학』 제50권(2017).
- \_\_\_\_\_, “스웨덴 장애인활동지원서비스와 자기결정권”, 『국제사회보장리뷰』 Vol. 5(2018).
- 안경환, “평등권-미국헌법을 중심으로-”, 『헌법재판연구』 제6권: 기본권

- 의 개념과 범위에 관한 연구」(1995).
- 우주형, “장애인기본권의 사회법적 보장에 관한 연구”, 석사학위논문 (중앙대학교, 1992.2).
- \_\_\_\_\_, “현행 법제상 직업적 중증장애인의 개념 및 범주에 관한 고찰”, 『중앙법학』 제6집 제3호(2004).
- 윤상용, “장애인의 최저소득보장을 위한 바람직한 장애인 소득보장제도 개편 방안”, 『장애등급제 폐지에 따른 장애인 소득보장 정책토론회 자료집』(2019).
- 윤수정, “장애인정책의 헌법적 기초와 개선방향-복지와 평등의 이념을 중심으로”, 박사학위논문(연세대학교, 2014.8).
- \_\_\_\_\_, “장애의 개념에 대한 헌법적 고찰- 『장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』의 장애의 개념에 대한 논의를 중심으로 -”, 『공법학연구』 제21권 제3호(2020).
- \_\_\_\_\_, “『장애인 등에 대한 특수교육법』에 대한 사후적 입법평가”, 『입법평가연구』 제14호(2018).
- \_\_\_\_\_, “시각장애인의 선거정보에 접근할 권리에 관한 헌법적 고찰- 헌법재판소 2014.5.29., 2012헌마913 결정에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 『세계헌법연구』 제22권 제3호(2016).
- \_\_\_\_\_, “선거운동에 있어서 장애인평등의 실현-헌법재판소 2009.2.26. 2006헌마626 결정을 중심으로-”, 『헌법학연구』 제21권 제4호(2015).
- 이동석, “장애학의 다중패러다임과 한국 장애인복지의 성격: 장애인복지법을 중심으로”, 『한국사회복지학』 제6권 제3호(2004).
- 이소영, “유럽과 미국의 장애인 반차별법”, 『미국헌법연구』 제17권 제2호(2006).
- 이승기, “장애인차별금지법의 제정과정, 쟁점, 그리고 함의”, 『사회보장연구』 제23권 제3호(2007).
- 이요한, 『1920-30년대 일제의 장애인정책의 특징』, 석사학위논문(동국

- 대학교, 2009),
- 이익섭, “장애인권리협약의 의미와 핵심 과제”, 『보건복지포럼』 제127호(2007).
- 이익섭·최정아, “국제장애인권리조약의 의미와 한계: 장애인의 사회적 배제(social exclusion)를 중심으로”, 『한국사회복지조사연구』 제13권(2005).
- 이종수, “사회적 신분’에 의한 차별금지의 헌법적 의미”, 『공법연구』 제31집 제1호(2002).
- 이흥재, “장애인의 이동권”, 『노동법의 존재와 당위: 김유성 교수 정년 기념논문집』(2006).
- \_\_\_\_\_, “장애인의 교육시설 접근권-서울중앙지방법원 2002.7.26, 선고 2001가단76197 판결-”, 『법학』 제48권 제1호(2007).
- 전광석, “장애인차별금지법의 제정방향”, 『장애와 고용』 제53권(2004).
- \_\_\_\_\_, “국가유공자에 대한 헌법적 보호의 가능성”, 『헌법판례연구』 3(2001).
- 정연순, “장애인차별금지법의 제정 의의와 주요내용”, 『장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 설명회 자료집』(2008).
- 정한영, “효과적인 장애분류를 위한 ICF의 의미와 그 한국적 적용”, 『장애와 고용』 2002년 가을호(2002).
- 조임영, “『장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』의 ‘장애’의 정의에 대한 해석론 연구-비교법적 분석·검토를 통한 논증적 접근을 중심으로-”, 『노동법논총』 제37집(2016).
- \_\_\_\_\_, “장애차별의 개념과 작동 -영국의 2010년 평등법(Equality Act 2010)상 장애차별 개념을 중심으로-”, 『노동법학』 제37호(2011).
- \_\_\_\_\_, “영국 장애차별금지법과 ‘장애’의 개념”, 『동아법학』 제66권(2015).
- \_\_\_\_\_, “『장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률』의 ‘장애’의 정

- 의에 대한 입법론 연구-비교법적 분석·검토를 통한 논증적 접근을 중심으로-”, 『노동법논총』 제44집 (2018).
- 조한진, “장애등급의 문제를 넘어서-장애의 정의·분류·측정”, 『재활복지』 제15권 제4호 (2011).
- 조형석, “장애인차별금지법 시행 이후 진정사건 접수 및 처리현황”, 장애인차별금지법 시행 1주년 기념토론회 자료집(2009).
- 주윤경, “지능정보사회와 정보불평등” 『KISO』 제33호(2018).
- 주진열, “한국 대법원의 WTO협정 직접효력 부인”, 『서울국제법연구』 제16권 1호(2009).
- 차성안, “중증장애인 중증장애인 입후보자의 선거운동”, 『사회보장법연구』 제2권 제1호(2013).
- 최영란, “미국의 장애인 관련법”, 『원광법학』 제30권 제4호(2014).
- 황수경, “WHO의 새로운 국제장애분류(ICF)에 대한 이해와 기능적 장애 개념의 필요성”, 『노동정책연구』 제4권 제2호(2004).
- 홍관표, “영국 평등인권위원회의 차별금지 직무와 그 시사점”, 『유럽헌법연구』 제25호(2017).
- 홍남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에 대한 법적 고찰”, 『사회보장법연구』 제4권 제1호 (2015).

## 2. 국외문헌

### (1) 단행본

Anna Lawson, *Disability and Equality Law in Britain: The Role of Reasonable Adjustment*(Hart Publishing, 2008).

Brunel University, *Definitions of Disability in Europe: A Comparative Analysis*(European Commission, 2002).

Emily A. Benfer, *The ADA Amendments Act: An Overview of*



- Recent Changes to the Americans with Disabilities Act*(The American Constitution Society, 2009).
- G. Quinn·M. McDonagh·C. Kimber, *Disability Discrimination Law in the United States, Australia and Canada*(Oak Tree Press, 1993).
- Gerard Quinn·Maeve Mcdonagh·Cliona Kimber, *Disability discrimination law in the United States, Australia, and Canada*(Oak Tree Press, 1993).
- Government Equalities Office, *The Equality Bill –Government response to the Consultation*(Government Equalities Office, 2008).
- Hans F. Zacher, “Der soziale Rechtsstaat in der Verantwortung für Menschen mit Behinderungen”, Hans F. Zacher·Ulrich Becker·Franz Ruland, *Abhandlungen zum Sozialrecht II* (C.H.Müller, 2008).
- John Wadham·David Ruebain·Anthony Robinson·Susie Uppal, *Blackstone’s Guide to the Equality Act 2010*(Oxford University Press, 2010).
- Karen Jackson·Lydia Banerjee, *Disability Discrimination –Law and Case Management–*(The Law Society, 2013).
- Lisa Waddington·Anna Lawson, *Disability and non-discrimination law in the European Union: An analysis of disability discrimination law within and beyond the employment field*(Publications Office of the European Union, 2009).
- National Council on Disability, *Toward Independence: An Assessment of Federal Laws and Programs Affecting Persons with Disabilities –With Legislative Recommendations*, A Report to the President and to the Congress of the United

- States(1986).
- Office for Disability Issues(ODI), *Equality Act 2010 Guidance: Guidance on matters to be taken into account in determining questions relating to the definition of disability*(ODI, 2011).
- Michael Oliver, *The politics of disablement*(Palgrave Macmillan, 1990).
- Michael Oliver, *Understanding disability : from theory to practics*(St Martin's Press, 1996).
- Michael Oliver·Bob Sapey, *Social Work with Disabled People 2ed.* (palgrave, 1999).
- Michael Oliver·Colin Barnes, *Disabled People and Social Policy from Exclusion to Inclusion*(Longman, 1998).
- Nicholas Bamforth·Maleiha Malik·Colm O'Conneide, *Discrimination Law: Theory and Context*(Sweet & Maxwell, 2008).
- Peter David Blanck·Eve Hil·Charles D. Siegal·Michael Waterstone, *Disability Civil Rights Law and Policy: Cases and Materials* (West, 2009).
- Peter A Köhler, *Sozialpolitische und sozialrechtliche Aktivitäten in den Vereinten Nationen*(Nomos, 1987).
- R. Colker·A. Milani, *Federal Disability Law, 4th ed.*(West, 2010).
- Richard. K. Scotch, *From Good Will to Civil Rights: Transforming Federal Disability Policy*(Temple University Press, 2001).
- Romel W. Mackelprang·Richard O. Salsgiver, *Disability: A Diversity Model Approach in Human Service Practice 2ed.*(Lyceum Books, 2009).
- Samuel R. Bagentos, *Law and the Contradictions of the Disability Rights Movement*(Yale University Press, 2009).
- United Nations·Office of the High Commission for Human Rights·

Inter-Parliamentary Union, *From Exclusion to Equality: Realizing the rights of persons with disabilities*(United Nations, 2007).

Tamara Lewis, *Proving disability and reasonable adjustments: A worker's guide to evidence under the Equality Act 2010* (UNISON, 2018).

WHO, *ICIDH: International Classification of Impairment, Disability and Handicaps: A Manual of Classification Relating to the Consequences of Disease*(WHO, 1980).

WHO, *ICIDH-2 Introduction*(WHO, 1997).

WHO, *ICF: International Classification of Functioning, Disability and Health*(WHO, 2001).

## (2) 논문

Adam M. Samaha, “What Good Is the Social Model of Disability?”, *Chicago Law Review* vol. 74(2007).

Amy L. Wax, “Disability, Reciprocity, and “Real Efficiency”: A Unified Approach”, *William and Mary Law Review*, Vol. 44(2003).

Anna Lawson, “Disability and Employment in the Equality Act 2010: Opportunities Seized, Lost and Generated”, *Industrial Law Journal*, Vol. 40, No. 4(2011).

Charlotte Pearson, “The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant?”, Nick Watson·Alan Roulstone·Carol Thomas(eds.), *Routledge Handbook of Disability Studies*(2012).

Dale Larson, “Unconsciously regarded as disabled: Implicit bias and the regarded-as prong of the Americans with Disabilities

- Act”, *UCLA Law Review*, Vol. 56 No. 2(2008).
- Equip for Equality, “ADA Coverage Beyond Actual Disabilities: Regarded As, Record Of, and Association”, *Brief* 38(2018).
- Mark C. Weber, “Disability Rights, Welfare Law”, *32 Cardozo L Rev.*(2011).
- Mark D. Bradbury·Willow S. Jacobson, “A New Era of Protection Against Disability Discrimination? The ADA Amendments Act of 2008 and “Regarded As” Disabled”, *Review of Public Personnel Administration*, Vol. 33 No. 4(2013).
- Leonard N. Matheson, “Disability Methodology Redesign: Considerations for a New Approach to Disability Determination”, *Journal of Occupational Rehabilitation volume* 11(2001).
- Michael Ashley Stein, “Disability Human Rights”, *California Law Review vol.* 95(2007).
- Michael Oliver, “Disability, Adjustment and Family Life”, *Ann Brechin·Penny Liddiard·John Swain, Handicap in a Social World*(1981).
- Richard K. Scotch, “American Disability Policy in the Twentieth Century”, *The New Disability History: American Perspective* (2001).
- Ruth Colker, “Winning and losing under the Americans with Disabilities Act”, *Ohio State Law Journal*, Vol. 62 No. 1(2001).
- Samuel R. Bagenstos, “Comparative disability employment law from an American perspective”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, Vol. 24 No. 4(2003).
- Sandra Fredman, “Disability Equality: A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?”, Anna Lawson·Caroline Gooding(eds), *Disability Rights in Europe: From Theory*

*to Practice*(2005).

Samuel R. Bagenstos, “The Future of Disability Law”, *114 Yale L.J.*(2004).

Ulrike Davy, “Das Verbot der Diskriminierung wegen einer Behinderung im deutschen Verfassungsrecht und im Gemeinschaftsrecht”, *Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes Bd.49: Die Behinderten in der sozialen Sicherung*(2002)



## 연구자 약력

### 권건보 (연구책임자)

서울대학교 법학과 졸업(학사)  
서울대학교 대학원 법학과(법학석사)  
서울대학교 대학원 법학과(법학박사)  
헌법재판소 헌법연구위원 역임  
현 아주대학교 법학전문대학원 교수

### 전훈

경북대학교 법학과 졸업(학사)  
경북대학교 대학원 법학과(법학석사)  
Aix-Marseille III 대학교 대학원 법학과(법학박사)  
전 경상대학교 법과대학 교수, 법학연구소장  
현 경북대학교 행정학부 교수

### 홍석한

성균관대학교 법학과(학사)  
성균관대학교 대학원 법학과(법학석사)  
성균관대학교 대학원 법학과(법학박사)  
현 목포대학교 법학과 교수

### 홍선기

동국대학교 법학과 졸업(학사)  
동국대학교 대학원 법학과(법학석사)  
독일 프라이부르크 대학교 대학원 법학과(법학석사)  
독일 프라이부르크 대학교 대학원 법학과(법학박사)  
현 국회 의정연수원 법학교수

## 윤수정

연세대학교 법학과 졸업(학사)

연세대학교 대학원 법학과(법학석사)

연세대학교 대학원 법학과(법학박사)

전 공주대학교 일반사회교육과 조교수

현 강원대학교 법학전문대학원 조교수



판 권

소 유

---

헌법재판연구 제31권

비교법적 접근을 통한 장애 개념의 헌법적 이해

---

2020년 12월 18일 인쇄

2020년 12월 23일 발행

발행처 **헌법재판소**

서울 종로구 북촌로 15(재동 83)

전화 : (代) 708-3456

인 쇄 경성문화사

---

(비매품)

