

<장애인차별금지법제정추진연대 연속공개토론회>  
- 그 여덟 번째

# “힘 있는 장애인 차별금지법 만들기”

- 일시: 2003. 10. 15. (수) 오후 2시
- 장소: 국가인권위원회 11층 배움터



## 장애인차별금지법제정추진연대

서울시 영등포구 여의도동 17-1 금산빌딩 1004호 전화:(02)784-3501/2  
팩스:(02)784-3504 / e-mail: kofod21@hanmail.net

경남장애인단체총연합회 · 광주장애인총연합회 · 기독교사회 · 노들장애인야학 · 다문화 · 대전장애인총연합회 · 대한외수족연구  
소 · 대한정신보건가족협회 · 밀양복지재단 · 부흥의전화 · 부산장애인총연합회 · 서울경인사무서비스노동조합 오픈에스이지부 ·  
서울공두리봉사회 · 성김과나눔회장애인봉사대 · 수레바퀴제활문화진흥회 · 스카이콜맨 · 시각장애인여성회 · 여성장애인자조모임  
"다울" · 열린네트워크 · 울산장애인총연합회 · 인천장애인단체총연합회 · 장애시민행동 · 장애여성문화공동체 극단 "까판" · 장애  
우권익문제연구소 · 장애인문화사랑국민운동본부 · 장애인문화예술진흥개발원 · 장애인편의시설축진시민연대 · 전국산재장애인단  
체총연합회 · 전라북도산재장애인협회 · 정신지체인전국부모연합회 · 정태수열사추모사업회 · 제주장애인총연합회 · 중증장애인자  
립지원센터프렌드케어 · 태화생숲는집 · 푸른하늘 · 한국교통장애인협회 · 한국농아인협회 · 한국여성마비복지회 · 한국여성마비장  
에인연합 · 한국시각장애인연합회 · 한국신장장애인협회 · 한국신체장애인복지회 · 한국여성장애인연합 · 한국작은키(연골무형성  
증)모임 · 한국장애인고용안정협회 · 한국장애인단체총연맹 · 한국장애인단체총연합회 · 한국장애인복지시설협회 · 한국장애인부  
우회 · 한국장애인선교단체총연합회 · 한국장애인재활협회 · 한국장애인정보화협회 · 한국재가장애인협회 · 한국정신지체인애호협  
회 · 한국지체장애인협회 · 한국특수교육총연합회 · 한국DPI(한국장애인연맹) · 한빛장애인이동봉사대 이상 가나다順

Md1.27.8

<장애인차별금지법제정추진연대 연속공개토론회>

- 그 여덟 번째

## “힘 있는 장애인 차별금지법 만들기”

■ 일시: 2003. 10. 15. (수) 오후 2시

■ 장소: 국가인권위원회 11층 배움터



## 장애인차별금지법제정추진연대

서울시 영등포구 여의도동 17-1 금산빌딩 1004호 전화:(02)784-3501/2  
팩스:(02)784-3504 / e-mail: kofod21@hanmail.net

경남장애인단체총연합회 · 광주장애인총연합회 · 기독교사회 · 노들장애인아학 · 다운회 · 대전장애인총연합회 · 대한의수족연구소 · 대한정신보건가족협회 · 밀알복지재단 · 부름의전화 · 부산장애인총연합회 · 서울경인사무서비스노동조합 오픈에스이지부 · 서울곰두리봉사회 · 섬김과나눔회장애인봉사대 · 수레바퀴재활문화진흥회 · 스카이콜벤 · 시각장애인여성회 · 여성장애인자조모임 “다울” · 열린네트워크 · 울산장애인총연합회 · 인천장애인단체총연합회 · 장애시민행동 · 장애여성문화공동체 극단 “까판” · 장애우권익문제연구소 · 장애인문화사랑국민운동본부 · 장애인문화예술진흥개발원 · 장애인편의시설추진시민연대 · 전국산재장애인단체총연합회 · 전라북도산재장애인협회 · 정신지체인전국부모연합회 · 정태수열사추모사업회 · 제주장애인총연합회 · 중증장애인자립지원센터프렌드케어 · 태화생숲집 · 푸른하늘 · 한국교통장애인협회 · 한국농아인협회 · 한국뇌성마비복지회 · 한국뇌성마비장애인연합 · 한국시각장애인연합회 · 한국신장장애인협회 · 한국신체장애인복지회 · 한국여성장애인연합 · 한국작은키(연골무형성증)모임 · 한국장애인고용인정협회 · 한국장애인단체총연맹 · 한국장애인단체총연합회 · 한국장애인복지시설협회 · 한국장애인부모회 · 한국장애인선교단체총연합회 · 한국장애인재활협회 · 한국장애인정보화협회 · 한국재가장애인협회 · 한국정신지체인애호협회 · 한국지체장애인협회 · 한국특수교육총연합회 · 한국DPI(한국장애인연맹) · 한빛장애인이동봉사대 이상 가나다順

# 토 · 론 · 회 · 순 · 서

사회 : 박 종 운  
(법무법인 소명 소속, 장추련 법제위원)

## ○ 1부. 주제 발제

### - 주제발표 1

“장애인차별금지법”에 있어서의 시정명령 도입 가능성/ 박 은 수 ...2

### - 보조발표 2

장애인 고용의무제와 부담금 문제 / 우 주 형 ...17

### - 주제발표 3

차별소송과 입증책임/임 성 택 ...25

## ○ 2부. 주제 토론

- 주제토론 1/ 김대인 ...33

- 주제토론 2/ 조승현 ...36

- 전체토론 3/ 국가인권위원회 ...39

## “장애인차별금지법”에 있어서의 시정명령 도입 가능성

박은수 변호사

(변협 인권보고서 2002 “장애와 인권” 집필자,  
장애인복지조정위원회 위원)

### 1. 서론

장애인차별금지법을 만들자는 목소리가 여기저기서 나오고 있다. 이것은 역으로 기존의 장애관련법률과 현재의 사회적 인식 수준으로는 장애인의 권리가 제대로 보장받지 못하고 있다는 의미로 받아들여질 수 있다. 이미 장애인단체들이 “장애인차별금지법제정추진연대”라는 조직을 구성할 정도로 장애인차별금지법 제정 필요성에 대하여는 많은 논의가 있었다. 물론 우리가 장애인차별금지법에 담아내고 싶은 내용들은 여러 가지가 있겠지만, 그 중에서도 가장 핵심을 이루는 부분은 보다 효과적인 권리구제장치를 마련하자는 데에 있을 것이다. 법률에서 아무리 장애인의 권리보장을 위한 상세한 규정을 두고 있더라도 막상 그 규정된 권리가 침해된 경우에 이를 효과적으로 구제받을 수 있는 길이 없다면 그 권리는 아무런 실효성이 없는 종이 위의 권리에 불과하기 때문이다<sup>1)</sup>. 이하에서는 그 일환으로서 우리가 예정하고 있는 (가칭) 장애인차별시정위원회가 장애로 인한 차별행위에 대하여 국가나 사인을 상대로 “시정명령”을 내릴 수 있을 것인지, 만일 가능하다면 가장 합리적인 안은 어떤 것일 지에 대한 논의를 하고자 한다.

이 발제문은 그 동안의 장애인차별금지법과 관련한 각종 세미나 및 공청회 자료를 기초로 하여 작성된 것이며, 중간 점검을 위한 정리글로서 향후 지속적인 논의를 거쳐 수정 보완할 것임을 미리 밝혀 둔다.

### 2. 시정명령의 도입에 대한 논의

#### 1) 국가인권위원회법 제정 당시

국가인권위원회의 설립 당시 구제방법과 관련하여 첨예하게 대립되었던 논의 중 하나는 인권위원회의 구제권한에 구속력을 부여할 것인가, 즉 시정명령권을 부여할 것인가에 있었다. 인권위원회가 인권침해행위에 대하여 조사를 한 결과 인권침해가 사실로 드러날 경우, 그

1) 2002. 열린넷 장애인차별금지법 해설서 제5면

피해자를 구제하고 이를 막기 위한 조치를 취하여야 하는데, 위원회가 이를 구제하기 위하여 어떠한 권한을 어느 정도로 갖느냐가 논쟁의 대상이 되었던 것이다.

인권법 제정을 위한 공대위는 처음에 국가인권기구가 조사를 거쳐 인권침해를 인정하고 시정권고를 내렸는데도 가해자가 국가인권기구의 권고 또는 조정에 응하지 않을 경우 피해자는 아무런 구제를 받지 못한 채 처음부터 다시 소송절차 등을 시작할 수밖에 없는데, 이러한 소모적인 결과는 반드시 피해야 한다는 견해를 가지고 있었다. 어떤 식으로든지 가해자에게 부담을 전가하는 방법을 마련하고자 하였으며, 그 중의 하나가 바로 시정명령권의 도입이었다<sup>2)</sup>. 피해자가 다시 수사기관에 고소를 하거나 법원에 소송을 제기하여 구제를 받아야 한다면 이에 많은 시간과 비용이 소요되므로 자칫 인권위의 조사 및 활동결과를 무의미하게 하여 비경제적일 뿐 아니라, 이러한 이유에서 많은 경우 고소나 소송을 포기하게 되면 결국 인권위에 대한 불신과 이용률 저하를 초래하게 된다는 점에서 그 필요성이 강조되었던 것이다<sup>3)</sup>.

이에 반해 법무부는 인권위원회의 결정에 법원의 판결과 같은 구속력을 부여할 경우 인권위원회가 법원을 대체하는 결과가 되어 인권위원회의 설립 취지에 맞지 않는다는 입장이었다. 구체적으로는 정부의 중요정책을 인권위원회가 시정명령을 하게 되면 법률상의 기구에 불과한 인권위원회가 다른 법률상의 기관 뿐 아니라 감사원과 같은 헌법상의 기구까지 귀속시키는 '국가최고정책 결정기구화'가 되어 국가조직 체계에 일대 혼란을 초래할 것이라는 이유로, 또한 인권위원회가 구속력 있는 시정명령을 할 수 있도록 하려면, 인권위원회의 결정이 정확하다는 것이 전제되어야 하는데 법원의 재판과 같은 엄격한 증거법칙이 적용되지 않는 인권위원회의 조사결과는 그 판단의 정확성이 담보되지 않는다는 이유로 부정적인 입장이었다<sup>4)</sup>.

결국 인권위원회가 구속력 있는 명령을 하게 될 경우 인권위원회의 시정명령에 불복인 사람은 현재의 재판청구제도에 따라 소제기를 하게 되고, 이것은 인권위원회의 조치를 법원의 결정에 종속시킴으로써 인권위원회를 기존의 다른 행정기관과 별다른 차이가 없게 만들게 되고, 이는 인권위원회의 설립취지에도 위배된다는 점, 또한 인권위원회가 인권 문제에 관하여 전향적이고 진보적인 견해와 해석을 수렴·제공하는 기구가 되는 것을 막고, 인권위원회의 독립적 지위까지 위협하는 결과를 초래한다는 점들이 받아들여져 시정권고권을 규정하는 데에 그치고 말았다<sup>5)</sup>.

2) 조용환 「인권법시안에 대한 토론의견」 1998. 10. 16. 인권법제정공청회 자료집 제143면

3) 차지훈 「인권법시안에 대한 토론의견」 1998. 11. 6. 인권위원회법의 올바른 제정방향에 대한 공청회자료집 제97면

4) 법무부 보도자료 「인권법시안과 입법추진계획」 1998. 9. 25. 자료집

5) 백운조, 「대한민국 국가인권위원회법의 입법과정에 관한 연구」 인하대학교 대학원 법학박사학위논문, 2002, 제 183-184면

## 2) 남녀차별개선위원회에서의 논의

여성부는 남·녀차별금지및구제에관한법률상 시정권고는 행정지도에 해당하는 행위로서 가해자가 불응하더라도 이행을 강제할 방법이 없어 그 실효성에 한계가 있다는 이유로 시정명령제도의 도입을 적극 추진해 왔다. 그러나 행정조직의 위계질서를 파괴할 우려가 있다는 지적과 남녀고용평등법상 형사벌 규정과 중복되어 기업에 대한 이중규제가 될 소지가 있다는 정부안에 밀려 최종 개정안 심사과정에서는 통과되지 못하였다<sup>6)</sup>. 각 유형별 차별에 있어서는 여성계가 가장 앞서 있다고 할 것이고, 이러한 여성계에서 시정명령 도입과 관련하여 이미 각종 토론회 및 공청회를 통해 그 근거를 마련해 놓고 있다는 것은 장애인차별금지법제정운동을 하고 있는 우리로서는 참 다행스러운 일이 아닐 수 없다. 이러한 논의를 토대로 우리는 보다 합리적인 대안을 만드는 데에 집중할 수 있을 뿐 아니라, 운동 방법상 연대의 틀을 구성할 수도 있기 때문이다.

## 3. 장애인차별금지법에 있어서 시정명령이 필요한 이유

### 1) 차별을 당한 피해자의 보호 필요성

가. 장애인차별금지법에서 시정명령제도를 도입하고자 하는 가장 큰 이유는 차별을 당한 피해자를 보호하자는 데에 있다. 실제 차별을 당한 사람이 위원회에 진정하여 차별임이 인정된 경우라면 피해자가 더 이상 자신의 비용과 시간을 들여 구제수단을 마련하는 것을 막아야 할 것이다. 그런데 지금의 국가인권위원회의 제도에서는 피해자는 계속 피해자로 남을 수밖에 없다.

### 나. 구체적인 사례

국가인권위원회 진정 제1호 사건으로 잘 알려진 제천시 보건소장 승진차별사건을 살펴보기로 한다<sup>7)</sup>. 본 사건은 2001. 7. 제천시 보건소장의 사망으로 보건소장 자리가 공석이 되면서부터 발단이 되었다. 지역보건법시행령에 의하면 보건소장은 부득이한 경우가 아니면 의사의 면허를 가진 자 중에서 임용하고, 보건소장의 자리가 공석이 될 경우 임용권자는 지체없이 그 보충에 필요한 조치를 취하도록 규정되어 있다. 위 법령에 의하면 제천시 내에서 임용승진 소요연수에 해당하고 의사자격을 가진 유일한 승진대상자는 진정인밖에 없었다. 그러나 임용권자인 제천시장은 3개월 가까이 임용을 위한 공식적인 조치를 취하지 않다가 2001. 10. 23. 충청북도와의 전입절차를 통해 현 보건소장을 승진·

6) 이원희 「남녀차별 금지 및 구제 제도의 현황과 발전방향」 2002. 8. 남녀차별금지법 시행3주년 기념세미나 발제문 제 45면

7) 박은수 「장애인의 인권」 2002 변협 인권보고서 제17집, 제 329-335면 참조

임용하였다. 국가인권위원회는 2차례에 걸친 조정이 결렬되자, 2002. 4. 13. '장애인차별'임을 인정하는 결정문을 발표하였다. 위원회는 결정문을 통해 "피진정인이 피해자를 제천시 보건소장의 임용에서 배제한 행위는 장애를 이유로 피해자의 평등권을 침해한 차별행위"로 인정했다. 그리고 "장애를 이유로 한 차별적 제도와 정책이 있는 지를 조사하여 이를 시정하고, 신체적 약자를 이유로 한 차별행위를 하지 않을 것을 권고한다."고 결정했을 뿐, 구체적인 구제조치를 권고하지 않았다. 피해자가 국가인권위원회에 진정을 한 목적은 실질적인 권리구제를 받고자 한 것이었음에도 불구하고, 위원회는 4개월이 넘는 조사과정을 통해 오로지 '장애차별'이었다는 사실만을 선언하고 만 것이다. 이로 인해 피해자는 현재 자신의 권리확보를 위해 제천시장의 임용처분은 무효이므로 취소되어야 한다는 처분무효확인소송<sup>8)</sup>과 정신적 손해에 대한 위자료청구소송을 진행하고 있다. 피해자가 차별을 당한 시기는 2001년 여름인데, 2003년이 다 지나도록 아직까지 장애차별 여부를 다투고 있는 것이다.

다. 이미 위원회의 조사 결과 차별행위로 인정했다면, 피해자가 당사자가 되어 소모적인 소송절차를 진행하는 불필요한 절차를 거치지 않도록 해야 한다. 이를 위해 위원회가 가해자에게 시정명령을 내리고, 가해자가 이에 불복하는 경우 행정소송을 제기하도록 해야 할 것이다<sup>9)</sup> 현재의 사회 여건상 장애인은 매우 열악한 위치에 있기 때문에 차별을 당한 장애인이 직접 자신의 비용으로 소송을 수행하는 것을 기대하기는 어려운 것이 현실이다<sup>10)</sup>. 따라서 소송의 부담을 가해자쪽으로 넘겨야 하며, 이렇게 될 경우에는 차별을 당한 피해자가 현실적으로 보호받을 수 있게 된다.

2) 차별은 일시적으로 끝나는 위법행위가 아니다.

가. 국가인권위원회의 진정사건 대부분을 차지하는 자유권침해는 침해상태가 지속된다기보다는 과거의 침해사실에 비추어 향후 재발을 방지하는 데에 초점이 맞추어져 있다. 따라서 긴급구제조치를 해야 될 급박한 상황을 제외하고, 인권침해행위에 대하여는 시정 권고를 하고 이를 공표하는 것만으로도 향후 재발방지에 큰 효과를 거둘 수 있다. 그러나 장애로 인한 차별행위의 경우 일회성으로 그치는 것이 아니라, 차별상태가 지속된다는 데에 그 특성이 있다. 따라서 그 차별의 원인이 제거되거나 실제 시정되지 않는 한, 피해자는 차별상태를 그대로 감내하는 수밖에 없다.

#### 나. 구체적인 사례

8) 청주지방법원 구합 986 처분무효확인사건으로 변론 종결된 이후 두 차례 선고가 연기된 이후 다시 변론이 재개되어 현재 재판이 진행 중에 있다.

9) 조용환 「인권법시안에 대한 토론의견」 1998. 10. 16. 인권법제정공청회 자료집 제143면

10) 2002. 열린넷 장애인차별금지법 해설서 제4면, 소송수행능력과 관련한 장애인의 열악한 지위

2001. 3. 1급 지체장애인 박지주씨는 편의시설 부족으로 학습권을 침해받았다며 대학교를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고, 이에 1심 법원은 2002. 7. 26. 편의시설과 관련, 장애학생에 대한 대학측의 “배려의무”를 확인하고 “장애인용 책상 설치 등 비교적 손쉬운 요구를 배려하지 않아 원고가 신체적 불편과 정신적 피해를 본 점이 인정된다면서 “피고는 원고에게 250만원의 위자료를 지급하라”는 판결을 내렸고<sup>11)</sup>, 항소 및 상고를 거쳐 결국 2003.10.9. 위자료 250만원을 지급받는 것으로 확정되었다<sup>12)</sup>.

다. 위 소송을 통해 과연 피해자의 학습권이 개선되었다고 볼 수 있을까? 물론 위 판결로 인해 대학 내 장애인의 학습권 보장이라는 목소리가 커진 것은 사실이다. 그러나 2년 넘도록 소송이 진행되면서 학교 측은 ‘향후 신축 건물을 지을 때 편의시설을 잘 갖추겠다’는 답변을 하고 있을 뿐, 구체적으로 피해자의 학습권을 보장하기 위해 개선한 사항이 거의 없었다는 것이다<sup>13)</sup>. 단지 위자료를 받는 것으로 학습권을 보장받을 수는 없는 것이고, 이러한 권리를 보장받기 위해서는 학교측의 적극적인 조치가 필요하다. 따라서 장애인차별금지법에는 차별 상태를 적극적으로 시정할 수 있도록 하는 시정명령권의 도입이 반드시 필요하며, 이러한 시정명령을 강제시킬 수 있는 이행강제금 또는 처벌조항 또한 함께 규정되어야 할 것이다.

### 3) 위원회가 실질적으로 기능하게 하는 수단

가. 실제 장애로 인한 차별행위는 본질적으로 매우 은밀하게, 주로 가해자의 내심 영역에서 관철되는 것이기 때문에 피해자가 그 차별을 주관적으로 느낀다고 하여도 관련자들이 그 사실을 부정할 경우 이를 밝혀내는 것은 매우 어렵다. 따라서 실질적으로 차별의 현실을 개선하기 위해서는 고용관계 등에서 사용자의 피용자에 대한 업적 및 능력평가가 투명하고 공정하게 이루어질 수 있도록 절차를 확립하는 방안이 강구되어야 한다<sup>14)</sup>. 예컨대 캐나다 인권위원회와 같이 각종 차별영역에서 차별행위를 예방하고 규제할 수 있는 구속력 있는 기준을 제정할 권한을 부여하고, 그 기준을 통하여 고용관계 등에서도 적절한 절차의 원칙이 관철될 수 있도록 하여야 한다<sup>15)</sup>. 다양하게 발생하는 차별유형 및 그 기준을 처음부터 장애인차별금지법안에 담아 낼 수는 없다. 차별행위는 시대가 변화함에 따라 매년 다른 모습으로 나타난다. 그러나 이러한 다양성 때문에 장애인차별금지법 또한 추상적인 차별금지규정에 그친다면, 이는 실제 차별을 시정함에 있어서는

11) 박은수 「장애인의 인권」 2002 변협 인권보고서 제17집, 제 306면 참조

12) 2003. 10. 9. 대법원 2003다38337

13) 2003. 5. 12. 자 위드뉴스

14) 조용환 「인권법시안에 대한 토론의견」 1998. 10. 16. 인권법제정공청회 자료집 제94면

15) 캐나다 인권법 제27조 (2),(3)항. 이 조항에 따르면 인권위원회는 인권법의 특정 조항이 적용되는 사건이나 사건들에 관하여 기준(guideline)을 제정할 수 있으며 이 기준은 인권법에 따라 차별행위가 문제된 사건들의 조사와 처리과정에서 구속력을 가지게 된다.



실질적인 도움이 될 수 없다<sup>16)</sup>.

나. 따라서 (가칭)장애인차별시정위원회가 보다 융통성 있게 그리고 보다 효과적으로 차별을 시정하기 위해서는 각종 영역별로 다양하게 발생하는 차별행위를 방지할 수 있는 필요한 기준을 마련하고, 이러한 기준에 따르지 않을 경우 가해자에게 최종적으로 의무이행을 강제할 수 있도록 하는 것이 필요하다.

#### 4) 사회통합을 위한 합리적 대안

가. 기존의 장애관련법률은 단지 “차별금지” 조항만을 규정하고 있을 뿐, 이를 규제하는 처벌조항이 규정되어 있지 않은 탓에 실효성이 없다는 비판이 많이 제기되고 있다<sup>17)</sup>. 실제 특수교육진흥법상에 처벌규정이 신설되고 나서부터 입학거부에 대한 문제가 많이 사라졌던 경험으로 보더라도 장애인차별금지법을 위반하는 자에 대하여 처벌규정은 어느 정도 필요하다. 그러나 이는 또 다른 인권침해 및 형평성의 문제를 야기할 뿐 아니라, 자칫 잘못할 경우 장애인에 대한 거부감으로 인해 오히려 사회통합에 저해될 가능성이 있다.

나. 그러나 가해자에 대하여 시정명령권을 통하여 차별 시정에 대한 의무를 부과하고, 이를 계속 위반할 경우 처벌하도록 규정한다면 가해자도 자신의 위법행위를 정확히 인식할 것이므로 처벌에 대한 저항감이 훨씬 적어지게 될 것이다. 장애인차별금지법을 통해 궁극적으로 차별이 시정되기를 원하는 것이라면 무작정 강력한 처벌조항을 주장하기 보다는 시정명령을 통해 해결하는 것이 보다 합리적이라 하겠다.

#### 4. 시정명령제 도입을 반대하는 주장의 검토

1) 위와 같은 필요성에도 불구하고, 장애인차별금지법 제정시에 국가인권위원회나 남녀차별개선위원회에서의 논의와 마찬가지로 반대의 벽에 부딪히게 될 것이다. 이를 미리 대비하기 위해서라도 시정명령권 도입과 관련하여 이를 반대하는 주장들에 대하여 살펴보도록 한다.

#### 2) 행정조직의 위계질서를 파괴한다는 주장

16) 나운환, 「장애인차별금지법 제정방향과 할당고용제도」 2003. 8. 29. RI Korea Workshop 발제문 제22면

17) 이찬진 「장애차별 현실과 장애인차별금지법」에 대한 토론문, 2002 한국인권보고대회 자료집 제53면

가. 사인 뿐 아니라 국가기관을 포함한 공공기관에 대하여 시정명령을 내릴 경우, 이는 행정조직의 위계질서를 파괴한다는 주장이다<sup>18)</sup>. 이는 시정명령은 원칙적으로 행정목적상 민간인에게 부과되는 행정처분이므로 국가기관에 대하여는 재판절차를 거쳐 행정처분의 취소나 무효 확인만을 구할 수 있을 뿐 적극적인 이행명령은 할 수 없으며, 또한 법률상의 기관인 위원회가 또 다른 국가기관, 심지어 헌법상 기관인 감사원 등에 대하여도 강제력 있는 시정명령을 내릴 경우에는 국가조직체계에 혼란을 가져온다는 것이다<sup>19)</sup>.

나. 그러나 건축법상 건물 소유주가 위법건축물에 대한 시정명령(제69조)을 이행하지 않으면 이행강제금(제83조)을 부과할 수 있도록 되어 있어 공공기관도 건물 소유주로서 시정명령 대상에 포함된다. 또한 오수·분뇨및축산폐수의처리에관한법률에서도 오수처리시설 및 정화조 등의 시설관리와 관련하여 '소유자 또는 관리자에게 개선명령을 할 수 있고 (제14조의2제1항 및 제2항, 제24조제3항) 개선명령을 이행하지 않으면 6월 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다(제55조)'라고 규정하여 공공기관의 장에 대하여도 개선명령권 행사가 가능하도록 규정하고 있다. 위와 같은 입법례를 살펴보더라도, 공공기관에서 차별행위가 발생할 경우 공공기관의 장도 시정명령의 대상으로 하는 것은 입법적으로 가능하다고 할 것이다.

또한 공공기관이라 할지라도 차별행위의 경우에는 실질적으로는 사인의 지위에서 하게 되는 경우가 많다. 고용에 있어서는 같은 "사업주"로서, 편의시설 설치와 관련해서는 같은 "시설주"로서의 지위를 갖게 되므로, 사인과 국가기관을 구별할 이유가 없다고 보아야 한다.

### 3) 시정명령권을 행사할 수 있을 만큼의 조직을 가지고 있지 못하다는 점

가. 국가인권위원회와 남녀차별개선위원회는 현재 단심제로 운영되고 있고, 축적된 판례 등이 없어 시정명령권을 도입하기는 곤란하다는 주장이다. 현재 구제명령이 가능한 노동위원회의 경우, 중앙노동위원회와 지방노동위원회라고 하는 복심적 구조를 가지고 있다는 점을 근거로 하고 있다.

나. 물론 차별행위에 대한 위원회의 판단에 합리성을 높이기 위하여는 최소한 광역시·도에 1-2개 정도의 지방위원회를 두어 1차적인 판단권을 부과하고, 당사자가 그 결정에 이의를 제기하는 경우에 한하여 중앙위원회에서 처리하도록 하는 복심제를 갖추는 것이 바

18) 이원희 「남녀차별 금지 및 구제 제도의 현황과 발전방향」 2002. 8. 남녀차별금지법 시행3주년 기념세미나 발제문 제45면

19) 오병주 「인권법안에 대한 토론의견」 1998. 10. 16. 인권법제정공청회 자료집 제76면

람직하다. 복심제를 통해 재판의 위험을 줄일 수 있으며, 위원회의 결정에 대하여 당사자로 하여금 재심의 기회를 제공함으로써 위원회의 결정에 대한 저항도 줄일 수 있다는 장점이 있다. 그러나 현재 청소년보호위원회나 공정거래위원회의 경우 단심제로 운영하면서도 시정명령권을 행사하고 있다는 점을 보면, 시정명령을 도입하기 위해 반드시 복심제도를 도입하여야 하는 것은 아니라고 할 것이다.

#### 4) 결국 위원회가 법원의 결정에 종속될 수밖에 없다는 주장

가. 위원회가 처분적 성격을 가지는 시정명령권을 가질 경우 가해자는 법원에 제소하게 될 것이고, 보수적인 법원에 의해 위원회의 진보적인 결정이 반복될 가능성이 많은 데다가, 이를 피하기 위해 위원회의 조사절차가 경직될 수 있으므로 이는 위원회의 입법취지에 반한다는 지적이다. 위원회의 시정권고에 머무르게 하는 가장 큰 벽이라고 할 것이다.

나. 그러나 가해자에게 강제력이 있는 시정명령을 내릴 경우, 반드시 법원을 통해 다룰 수 있는 길을 열어 놓아야 한다. 이는 가해자 또한 자신의 자율성 및 재판청구권 등의 권리를 보장받아야 하기 때문이다<sup>20</sup>). 다만 시정권고를 전치하고, 위원회가 강제력 있는 차별기준을 마련함과 동시에 입증책임을 가해자에게 적정하게 분배시킬 경우에는 위원회의 결정이 법원에서 반복될 가능성이 그리 크지 않다. 오히려 위원회의 정확한 조사가 있을 경우에는 그 조사 자료가 바로 법원의 증거자료로 활용된다는 점, 또한 판례를 통해 사례가 축적될 수도 있다는 점 등을 고려해 보면 처음부터 움추려들 필요는 없을 것이다.

### 5. 현행법상 시정명령이(구제명령) 가능한 각 위원회

#### 1) 노동위원회

노동위원회는 부당노동행위가 성립한다고 판정한 때에는 사용자에게 구제명령을 발하며 (노동조합및노동관계조정법 제84조), 부당노동행위나 부당해고에 대한 구제명령에 대하여 사업주가 이의를 제기하지 않거나 이의제기 결과 명령이 확정된 경우 사업주가 위원회의 구제명령을 미이행할 경우 3년이하의 징역이나 3천만원이하의 벌금형이 부과된다(동법 제89조).

20) 의문사진상위원회가 여러 합리적인 이유로 인해 법원을 통한 불복절차를 마련하지 않았음에도 불구하고, 동 위원회의 결정에 대하여 위헌시비가 끊이지 않았다는 점을 상기할 필요가 있다.

## 2) 공정거래위원회

공정거래위원회는 국무총리 소속의 장관급 중앙행정기관으로서 경제 정책을 수립·운영하며 공정거래관련 사건을 심결·처리하는 역할을 담당하고 있다. 위원회는 독점규제및공정거래에관한법률 등의 위반 여부를 최종 심사하여, 동법 위반의 경우에는 과징금 부과, 위반행위 중지명령 등 시정조치를 한다. 이에 하여 불복이 있는 자는 공정거래위원회에 이의신청(동법 제53조를 하거나, 법원에 불복의 소를 제기할 수 있다(동법 제54조).

## 3) 청소년보호위원회

청소년보호위원회는 청소년보호를 위한 기본계획을 수립 및 유해환경과 약물등으로부터 청소년을 보호하는 업무를 수행하는 국무총리소속의 기관으로서 청소년보호법 규정에 위반하는 자에 대하여 시정명령을 내릴 수 있으며(동법 제37조), 이에 불복이 있는 자는 이의신청(동법 제37조) 및 소제기(제40조)를 할 수 있다.

## 6. 외국의 관련기구 차별시정절차의 개관

### 1) 미국<sup>21)</sup>

미국 장애인법에서의 차별금지에 대한 구제는 1964년 시민권법 제7장에 의해 설립된 대통령직속의 균등고용기회위원회(the U.S Equal Employment Opportunity Commission)에서 담당하며 1965년 7월 2일에 업무를 시작하면서 상기 법률의 차별에 대한 법규정해석, 차별예방 및 1차적인 조사와 직접적 차별에 대한 고소 및 손해배상까지의 업무를 담당하고 있다.

동 위원회는 구제 신청이 접수되면, 사실조사를 할 권한을 행사한다. 그리고 차별이 있었다고 믿을 만한 상당한 증거가 없으면 신청을 각하한다. 차별이 있었다고 단정을 할 수 없는 경우에도 차별의 개연성이 인정되면 제2단계로 조정절차에 들어간다. 구체적으로 조사관이 수집한 증거에 근거해 당사자에게 협의를 구하거나 위원회를 대신하여 조사관이 화해 설득을 시도한다.

조정관이 조정안을 제시할 수도 있다. 조정에 사업주가 응하지 않을 때에는 위원회가 원고가 되어 소송을 수행하는 일도 있는데, 반드시 이 권리를 행사하는 것이 아니고, 이 소권을 신청인에게 양도하는 경우도 많다. 그러나 조정이 성공하면 제3단계로서 위원회, 신청인, 사업주 사이에 조정조항이 서면으로 작성되고, 이것은 당사자를 구속한다. 당사자 또는 사업주가 화해안의 이행을 거부하는 등 그에 따르지 않으면 당사자는 제4단계로 법원에 제소하여 집행명령을 얻을 수 있다.

21) 이광택, 「남녀차별 및 성희롱의 주요 결정례 분석과 선진국의 유사기관과 비교」 200. 8. 남녀차별금지법 시행3주년 기념세미나 토론문

## 2) 영국<sup>22)</sup>

장애차별법에서의 차별구제는 1999년 장애인권리위원회법(the Disability Rights Commission Act: DRC)에 의해 설립된 장애인권리위원회(the Disability Rights Commission)에서 담당한다. 장애차별법의 있어 활용할 수 있는 구제방법은 동 위원회의 민원을 제기하거나 법 제2장 8조에 의한 노동재판소(industrial tribunal)에 법 위반과 관련하여 소송을 제기하는 방법이다.

장애인권리위원회는 장애인의 시민권을 보호하기 위해 정부에 의해 설립된 독립기구로 장애인의 차별해소, 균등기회의 촉진, 고용차별지침제정, 조정, 조사, 연구 및 정부에 장애와 관련된 차별정책의 자문 등을 행하는 위원회로 2000년 4월 25일 업무를 시작하였다.

동위원회의 고용차별에 대한 처리과정을 살펴보면

- ① 1단계로서 고용차별을 당했다고 생각하는 장애인이나 대리인이 DRC에 전화 혹은 서면으로 신청하여 서비스를 받고,
- ② 1단계의 서비스로 불만족한 사람은 2단계로 DRC팀 매니저에게 재고를 요청하여 재조사 및 서비스를 받을 수 있고,
- ③ 2단계의 서비스로도 불만족한 사람들은 DRC사무총장에게 재고를 요청하여 재조사 및 서비스를 받는다. 상기의 1단계에서 3단계 과정은 접수후 2일내에 본인에게 접수확인을 해주며 15일내에 완전한 응답을 주게 되어 있으며, 15일내에 완전한 응답을 보내지 못하면, 합당한 이유와 해명을 당사자에게 해주어야 한다.
- ④ 그리고 마지막 단계로 3단계 과정에 불만이 있는 사람은 지방의회의 옴부즈맨에게 민원을 제기하여 문제를 해결하는 단계로 이루어진다.

노동재판소의 경우는 먼저 민원관련 문제가 발생되어 구제권리가 발생되었음을 공표하고 민원과 관련한 보상을 요구하며 일정한 기간내에 재판과 관련한 민원관련 정당성을 입증하면 된다. 여기서 금전적 보상을 요구할 수 있는데 보상금액은 동 법 규정위반이나 불법행위에 대한 손해배상원칙에 의해 계산되며 만일 민원인이 적절한 정당성을 입증하지 못하면 노동재판소가 사건의 정당성과 평등성에 근거하여 권고하게 된다.

## 3) 호주<sup>23)</sup>

장애차별법에서의 차별금지에 대한 1차적인 규제는 1986년 인권 및 균등기회위원회법(the Human Rights and Equal Opportunity Commission Act: HREOC)에 의해 설립된 대통령 직속의 인권 및

22) 나운환, 「장애인차별금지법 제정방향과 할당고용제도」 2003. 8. 29. RI Korea Workshop 발제문

23) 나운환, 「장애인차별금지법 제정방향과 할당고용제도」 2003. 8. 29. RI Korea Workshop 발제문

균등고용위원회에서 담당하며, 동 위원회는 인권 및 고용차별에 대한 대중인식개선과 교육, 차별 및 인권관련 민원해결, 정책 및 법률개정 및 자문 등의 업무를 담당하게 된다.

먼저 고용차별을 당했다고 생각하는 장애인은 HREOC에 전화, 문서 혹은 E-mail로 알리면 초기 사실확인을 한다. 그리고 사실이 진실로 판단되면 정식으로 동 위원회의 양식에 민원인의 이름, 주소, 전화번호, 차별고용주의 인적사항과 내용, 차별행위의 시기, 내용, 관계자와 법 저촉사항 등을 명시하여 제출한다.

초기 민원사정단계에서 위원회의 직원들은 법률에 근거하여 조사 및 사정을 하여 만일 사건이 12개월이 지났거나 내용과 형식이 부족하거나 다른 적절한 대안이 있을 때는 종결하게 되고, 만약 내용이나 법률적 근거에 문제가 없다면 위원회는 먼저 화해를 위해 조정을 시도한다.

조정은 양 당사자와 함께 위원회가 받아들일 수 있는 합의가 이루어지면 종결되고 합의가 이루어지지 않으면 위원장이 직권으로 조정을 종결하고 호주연방법원이나 연방행정서비스에 28일내에 정식으로 심리를 요청하며, 이 과정에서 더 필요한 정보는 각 주에 있는 연방법원 등록소에서 얻을 수 있다.

#### 4) 캐나다<sup>24)</sup>

캐나다는 인권위원회에 행정구제 권한을 부여하는 제도를 갖고 있다. 캐나다에서는 연방법 외에 각 주와 준주(準州)에 따라 약간씩 차이가 있으나, 고용상의 차별은 성차별을 포함하여 인권법에 근거해 인권위원회가 이에 대한 관할권을 가지고 있다. 이들 위원회는 원상회복의 구제명령을 발하는 제도를 채택하면서도, 그 권위로써 화해로 해결하는 건수가 적지 않다.

#### 5) 홍콩<sup>25)</sup>

홍콩은 1995년 8월에 장애차별금지법(Disability Discrimination Ordinance)을 제정하였으며, 기회평등위원회(Equal Opportunity Commission)가 장애를 이유로 하는 차별을 감독하도록 그 권한을 확대하였다. 위원회는 차별방지를 위한 업무, 장애인과 비장애인간의 기회평등 추진, 학대(희롱) 및 비방의 방지를 위한 업무, 본법위반행위 주장이 있을 경우에 동 행위의 관련 당사자에게 화해를 권고하는 업무, 본법 시행에 관한 지속적인 감시 및 총독으로부터의 요구가 있거나 기타 위원회 스스로가 필요하다고 인정하는 때에는 본법 개정안의 기초와 제출, 본법 또는 기타 법령에 의하여 위원회에 부과된 기타의 기능 수행업무 등을 수행한다. 구제와 관련하여 합의, 조정 및 이행명령권한(장애차별금지법 제73조)까지 두고 있으며 직접 소송을 대행하기도 한다.

24) 이광택, 「남녀차별 및 성희롱의 주요 결정례 분석과 선진국의 유사기관과 비교」 200. 8. 남녀차별금지법 시행3주년 기념세미나 토론문

25) 아·태 장애인 10년에 있어서의 각국의 장애정책 자료집 V 홍콩 장애차별금지법 1995.

## 7. 장애인차별금지법안에서의 시정명령

1) 그 동안 수차례의 세미나와 워크숍을 통해 장애인차별금지법상 시정명령권을 어떻게 구성할 것인가에 대하여 진지한 고민을 해 왔다. 실제 사례를 통해 합리적인 방법을 모색하고, 이를 설득할 수 있는 근거를 마련하는 데에 중점을 두었는데, 그 간의 논의를 정리하면서 다음과 같은 시정명령 도입을 제안하고자 한다.

### 2) 제한적인 시정명령 도입

가. 장애인차별금지법은 차별 유형이나 기준을 규정함에 있어 어느 정도 추상적일 수밖에 없는 한계가 있다. 공정거래위원회나 금융감독위원회에서는 이미 법률에서 시정명령의 대상이나 행위를 구체적으로 적시하고 있는 반면, 장애인차별금지법에서는 차별의 영역이나 유형이 너무도 다양하기 때문에 그 요건을 구체적으로 명시할 수 없는 경우가 많다. 이러한 현실 속에서 만일 시정명령을 강제하기 위하여 이행강제금·과태료 등의 행정벌이나 형벌까지 예정할 경우에는 과잉금지원칙, 적법절차 위반 등을 이유로 바로 위헌 시비에 휘말리게 될 것이다.

나. 이에 장애인차별금지법에서는 전반적인 시정명령 제도의 도입보다는 시정명령이 가능한 영역을 특정 분야로 한정시키거나, 시정조치의 내용을 제한하는 등으로 시정명령 요건에 있어서 명확성을 기하고자 한다.

- ① 기존의 장애관련법률에서 이미 구체적인 의무사항을 두고 있는데도, 이러한 의무사항을 위반한 경우에는 위원회의 조사를 거쳐 바로 시정명령을 내릴 수 있도록 한다.
- ② 또한 전문성을 가지는 위원회가 차별행위를 예방하고 규제하는 구속력 있는 기준을 제정하고, 이러한 기준이 지켜지지 않았을 경우에는 차별로 인정하여 시정명령을 내릴 수 있도록 한다.
- ③ 장애인의 자립과 사회통합을 위해서 가장 기본적으로 보장되어야 할 분야인 고용과 교육 부분의 경우에는 구체적인 의무조항이 없더라도 차별이 인정될 경우에는 시정명령의 대상이 되도록 한다.
- ④ 시정명령의 내용은 차별의 원인을 제거하고, 차별상태를 제거하기 위한 차별행위의 중지·원상회복으로 한정한다. 따라서 손해배상 등의 조치는 시정권고 또는 조정에서 해결되지 않는 한, 위원회의 법률지원을 받아 별도의 소송을 통해 해결하도록 한다.

### 2) 시정권고의 전치 및 모니터링 강화

가. 국가인권위원회는 시정권고의 효율성을 설명하면서 “차별”과 관련한 권고 18건 중 14건이 수용되었고, 3건이 검토 중에 있으며 아직까지 차별과 관련하여 수용되지 않은 권고는 없다는 결론을 내리고 있다<sup>26)</sup>. 실제 장애차별과 관련한 당사자의 입장에서는 전적으로 수긍할 수는 없으나, 시정권고가 무기력한 것은 아니라는 점에 동감을 한다. 그러나 국가인권위원회가 얼마나 구체적인 시정권고를 내렸는지를 한 번 검토해 보아야 한다. 장애를 이유로 한 차별적 제도와 정책이 있는지를 조사하여 이를 시정한다<sup>27)</sup>....또는 빠른 시일 내에 전 역사에 엘리베이터 설치, 저상버스 운행 등의 조치를 시행할 것<sup>28)</sup>...이라는 시정권고를 가해자가 어느 정도 수용했다고 받아들여야 할까. 오히려 국가인권위원회는 피해자의 구제와는 상관없이 단지 차별을 인정하고 가해자가 받아들일 수 있을 정도의 권고만 한 것은 아닌가. 우리는 그러한 추상적인 시정권고는 불필요하다고 본다. 추상적인 차별금지 및 시정은 이미 헌법 및 장애인차별금지법에서 명시하고 있기 때문이다.

나. 2003. 7. 국가인권위원회는 ‘비장애인과 달리 장애인들은 운전면허 학과시험에 앞서 8가지의 장애인 운동능력측정검사 통과해야만 면허시험 원서도 제출할 수 있는 데 이것은 비장애인의 기준으로 만들어진 명백한 장애인 차별’이라는 요지의 진정사건에 대하여 신체적 장애를 이유로 운전면허 취득을 제한하는 것은 평등권을 침해하는 차별행위라는 판단을 내리고 경찰청장에게 ‘장애인운전면허제도’ 개선을 권고한 바 있다<sup>29)</sup> 그러나 국가인권위원회의 권고가 내려진 이후에도 운전면허를 취득하려는 장애인에게는 상황이 별로 달라진 바 없다<sup>30)</sup>. 단지 이의를 제기하지 않는다고 해서 가해자가 이를 수용한 것으로 볼 수는 없다. 피해자의 차별상황이 제거되어야 비로소 그 권고의 의미가 있는 것이다.

다. 장애인차별금지법에서는 위원회의 결정에 신중을 기함과 동시에 가해자의 임의적 이행을 유도하기 위해 구체적인 시정권고를 전치시키고, 이를 모니터링 해서 권고사항을 이행하지 않을 경우 시정명령을 내리는 식의 방법을 도입하고자 한다. 이러한 방식에 따르면 운전면허시험과정에서 장애차별행위가 인정되었는데도 경찰청이 즉각적인 시정이 어려울 경우에는 그에 부합하는 합리적인 이유를 제시하여야 하며, 국가인권위원회는 일정한 기간을 정하여 차별을 시정하도록 하는 권고를 하고, 이후 권고사항의 준수 여부에 대하여 모니터링을 한 후 이를 지키지 않았을 경우에는 시정명령과 함께 이행강제금 등의 강제수단을 발휘할 수 있을 것이다.

26) 강대진, 「권고 수용률85.9%, 권고는 이루어진다」 월간 인권, 2003.10. 제12면

27) 2002. 4. 11. 01진차1 결정

28) 2002. 11. 18. 2002진인1402 결정

29) 2003. 7. 4. 차 위드뉴스

30) 2003. 8. 23. 자 에이블뉴스



### 3) 사인과 국가기관에 대한 동일한 적용

#### 가. 원칙

국가기관이 차별행위를 할 경우 이를 다르게 볼 이유가 없다. 국가기관이라 하더라도 차별행위를 했다면, 이는 위법한 것이고, 이러한 위법한 행위는 시정되어야 하기 때문이다. 따라서 시정명령의 대상이 사인이건 국가기관이건 요건이 갖추어졌을 경우 동일하게 시정명령을 내리고, 이행을 강제하기 위하여 이행강제금 등을 부과할 수 있어야 한다<sup>31)</sup>.

#### 나. 대안

다만 위원회가 국가기관에게 직접 시정명령을 내릴 경우에는 권력분립에 반한다든지, 행정법 체계질서에 반한다는 이유 때문에 세미나 과정 속에서 의견이 대립된 적이 많았고, 이 때문에 대안을 마련하게 되었다. 그것은 위원회가 국가기관에 대하여 시정명령을 내릴 경우, 기관 내부에서 상급기관이 하급기관에게 발하는 직권명령의 성격을 갖는 것도 아니면서 위원회가 일종의 행정처분으로서의 시정명령을 내리는 것은 부적적하다는 주장을 받아들여, 가해자가 사인일 경우에는 시정명령을, 국가기관일 경우에는 시정요구제도를 도입하는 것이다<sup>32)</sup>. 시정요구는 권고와는 다른 차원의 구속력을 갖는 준행정행위로 보아 이 요구에 불응하는 것은 법적 의무를 위반한 위법한 부작위가 된다고 보는 것이다<sup>33)</sup>. 물론 대부분의 국가기관의 경우에는 특별한 경우가 아니라면 시정권고만으로 원만한 해결이 될 가능할 것으로 예상된다. 다만 기관이 위원회에 대한 독립성을 이유로 시정요구를 무시할 경우 위원회가 소속장관이나 임용권자로 하여금 문책할 수 있도록 하여야 한다. 물론 지방자치라는 이유로 상급기관이 제대로 감독하지 못하는 현실에 비추어 지방자치법 제157조 이하에서 규정하고 있는 국가의 지도·감독 권한이 보다 활성화 되어야 할 것이다.

## 8. 결론

우리는 더 이상 좋은 말로 일관된 명목상의 법을 원하지 않는다. 현실적으로 장애인의 권리를 보장해 줄 수 있는 실질적인 법을 제정하려고 하는 것이고, 그것이 바로 장애인차별금지

31) 이를 위해서는 국가기관에 대하여 의무고용부담금 징수를 배제시키고 있는 장애인고용촉진등에관한법률의 개정이 선행되어야 할 것이다.

32) 김선택, 「남녀차별개선위원회 결정의 집행력 확보방안」 남녀차별금지법 시행3주년 기념 세미나 토론자료집

33) 이러한 시정요구와 관련하여 감사원의 규정을 참고할 필요가 있다. 감사원은 감사의 결과 위법 또는 부당하다고 인정하는 사실을 발견한 경우 소속장관·감독기관의 장 또는 당해기관의 장에게 시정 주의 등을 요구할 수 있고(감사원법 제33조 제1항), 이러한 요구를 받은 소속장관·감독기관의 장 또는 당해기관의 장은 감사원이 정한 기한 내에 이를 이행하여야 한다(동조 제2항). 다만 여기에서는 이행의무규정의 강제적 집행을 담보할 벌칙 등에 관한 별도의 규정은 없다.

법이다.

장애인의 권리를 실효성있게 보장하기 위해서는 장애인 당사자에 의한 권리 구제 중심의 입법이 이루어져야 하며, 이는 권리침해를 당한 장애인 당사자가 실질적으로 구제를 받을 수 있는 수단을 갖추어야 함을 의미한다. 이러한 권리구제수단 중 하나가 시정명령권이며, 이는 적극적인 차별시정을 위해서, 또한 차별을 당한 피해자의 부담을 줄이기 위해서는 반드시 필요하다고 할 것이다.

## 장애인 고용의무제와 부담금 문제

- 1. 의무고용률 적정성 - 2%
- 2. 고용의무제 적용 사업장 - 300인 이상
- 3. 고용부담금

우 주 형

(나사렛대학교 교수)

### 1. 고용의무제의 의의

우리나라에서는 1991년부터 장애인고용의무제를 실시해오고 있다. 장애인 고용의무제는 일정수 이상의 근로자를 고용하는 사업주에게 일정비율의 장애인을 고용하도록 의무화하는 일종의 할당고용제(quota system)라고 할 수 있다. 이 제도는 장애인의 고용을 현실적으로 확보하기 위해서 장애라는 사회적 위험에 대한 사회보장을 사회연대책임을 통하여 사업주도 사회구성원의 일원으로서 협력하여야 할 의무가 있음을 법제도화한 것이다.

고용의무제는 상시근로자 300인 이상 고용하는 사업주에 대하여 시행 첫해인 1991년에는 의무고용률을 1.0%, 1992년에는 1.6%로 단계적으로 적용하다가 1993년부터는 2%로 적용하여 실시하여 오고 있다. 국가 및 지방자치단체에 대해서는 처음부터 2% 이상을 적용하였으나 2000년 법개정시 국가의 고용의무를 강화하여 재직중인 장애인공무원의 수가 1만명이 될 때까지는 장애인 공개채용비율을 5%로 하도록 규정하고 있다(직업재활법 제23조 제2항).

한편 장애인 의무고용률에 미달하는 장애인을 고용하는 의무고용대상 사업주는 장애인 고용부담금을 납부하여야 한다(동법 제27조 제1항). 이 부담금은 사업주가 의무고용률에 의하여 고용하여야 할 장애인 총수에서 매월 상시 고용하고 있는 장애인 수를 뺀 수에 부담기초액을 곱한 금액의 연간 합계액으로서(동조 제2항), 부담기초액은 장애인고용촉진위원회의 심의를 거쳐 노동부장관이 정하되, 당해년도의 최저임금액의 100분의 60 이상이어야 한다(동조 제3항).<sup>34)</sup>

이렇게 고용의무제에 의한 의무고용률을 준수하지 않는 사업주에 대해서는 고용부담금을 부과하는 한편 장애인고용에 적극적인 사업주에 대해서는 장애인의 고용촉진과 고용안정을 위해 고용장려금을 지원할 수 있도록 하고 있다(동법 제26조 제1항). 고용장려금은 2%를 초과하여 장애인을 고용한 사업주에 대하여 초과고용한 장애인 수에 대해 장애정도에 따라 최저임금액의 100~175%로 차등화하여 지급한다.<sup>35)</sup> 또한 고용장려금은 의무고용 대상

34) 2003년도 장애인고용부담기초액(1인당/월)은 437,000원이며, 적용기간은 2003년 1월 1일부터 2003년 12월 31일까지이다(노동부고시 제2002-27호). 참고로 최저임금기준(2002.9.1.~2003.8.31.)은 월 514,150원이다.

35) '장애인고용장려금지급기준'(노동부고시 제2000-29호)에 따르면, 고용장려금의 지급단가는 월단위 최저임금액(1,000원 미만의 금액은 버림)의 100/100으로 하고, 여성장애인은 125/100, 중증장애인은 150/100, 중증·여성장애인은 175/100로 정하고 있다.

사업주뿐만 아니라 모든 사업주를 대상으로 하고 있다.

이러한 고용의무제는 사회연대책임을 통하여 장애인고용을 활성화하고자 하는 좋은 취지임에도 불구하고 실제로는 그 실효성이 높지 않은 것이 현실이다. 예컨대 고용의무사업주에 대해서는 의무고용률을 지키지 않는 경우 고용부담금을 징수하면서도 정작 솔선수범해야 할 국가와 지방자치단체와 같은 공공기관에 대해서는 특별한 제재수단이 없다. 또한 현행 의무고용률, 고용의무사업주의 범위 및 고용부담금의 적정성 등도 과연 합리적인 것인가를 다시 한번 생각해볼 필요가 있다. 여기서는 공공기관에게도 고용부담금을 징수할 수 있는가 하는 문제와 고용부담금의 적정성 여부를 중심으로 살펴보기로 한다.

## 2. 공공기관에 대한 부담금 징수 문제

### 1) 고용의무와 고용부담금 납부의무

국가는 헌법상의 사회복지국가원리를 실현하는 1차적인 책임주체로서 장애인에 대한 근로권과 사회보장권을 보장해주어야 한다. 따라서 장애인 고용의무제는 이러한 장애인의 근로권을 보장해주기 위한 한 방법이며, 이를 강제 의무화함에 있어 국가는 민간기업에 앞서 우선적으로 솔선수범하여 지켜야 할 책임이 있다고 할 것이다. 이러한 점에서 현행 직업재활법은 사업주의 장애인고용의무에 우선하여 제23조에서 '국가 및 지방자치단체의 장애인고용의무'를 규정하고 있고, 이 규정은 구법에 비해 국가의 고용의무를 더욱 강화하여 강행규정화하였다. 현행법은 한시적이기는 하나 장애인공무원의 수가 1만명이 될 때까지는 공개채용비율을 5%로 하도록 규정하고 있다.

한편 직업재활법은 일반 사업주와는 달리 국가가 의무고용률에 미달하였을 경우에는 고용부담금의 부과를 적용하고 있지 않다. 즉 특례규정(동법 제69조)을 두어 국가 및 지방자치단체는 고용부담금의 납부의무를 면제하여 주고 있는 것이다. 고용의무제를 시행하고 있는 외국의 경우를 보면, 일본은 우리나라와 같이 민간기업에만 부과하고 있지만 독일의 경우에는 민간·공공부문은 물론 정부기관까지도 동등하게 고용부담금의 적용을 받고 있다.

생각해보건대, 고용의무를 강제화하고 이 강제고용의무를 이행하지 않는 경우에 그에 대한 대체적인 급부의무로서 고용부담금 납부의무를 지우는 것은 강제 의무제도의 실효성을 확보하기 위한 제도라고 할 수 있다. 즉 고용의무와 고용부담금 납부의무는 대체관계에 있는 강제 의무로서 동전의 양면과 같이 상호 불가분의 관계에 있는 법적 의무라고 할 수 있다. 다만 고용부담금 납부의무는 고용의무에 종된 의무로서 고용의무를 충족시키지 못하는 경우에 발생하는 의무이고, 고용의무를 다하면 고용부담금 납부의무도 면하게 된다. 즉 고용의무를 이행하였다라는 것은 한편으로는 고용부담금 납부의무를 이행한 것과 마찬가지로 의미가 될 수 있다. 왜냐하면 고용의무를 다하지 못한 미달 부분에 대하여 대체적인 고용부

담금 납부의무가 발생하는 것이고 의무고용률을 이행하면 고용부담금은 면하기 때문이다.

## 2) 공공기관의 고용부담금 납부의무

고용의무와 고용부담금 납부의무의 관계를 이렇게 이해하게 되면, 고용의무를 지는 자는 당연히 고용의무의 종된 의무인 고용부담금 납부의무도 지게 되는 것이다. 그럼에도 불구하고 국가의 경우에는 고용의무와 고용부담금 납부의무를 결부시키지 않아도 되는 것인가? 그렇다면 그 근거는 무엇인가?

생각해보건대 국가에게 고용부담금을 적용시키지 않는 근거는 고용부담금의 부과주체인 국가가 자기 자신에게 부과하는 것은 상호모순이라는 점에서일 것이다. 그러나 이것은 고용부담금의 성격을 어떻게 볼 것인가에 따라 달라질 수 있다.

즉 고용부담금이 국가가 사업주에게 법적 강제의무를 이행하지 않은 것에 대한 벌과금으로서의 성격을 가지는 것인가의 여부에 관한 것이다. 고용부담금이 국가가 부과한 법적 의무를 이행하지 않은 것에 대한 벌과금의 성격이 전혀 없다고는 할 수 없으나, 그러나 고용의무의 제도적 취지로 볼 때 고용부담금의 주된 성격은 대체적인 급부이행의무로 보아야 할 것이다.<sup>36)</sup>

따라서 특히 국가도 고용부담금을 납부할 의무의 당사자가 되어야 하는 이유는 다음과 같다.

(1) 고용부담금 납부의무제도는 사실상 고용의무를 이행시키기 위한 방법의 하나이다. 의무고용률 이행을 직접강제하기는 현실적으로 곤란하기 때문에 고용의무제를 형해화(形骸化)하지 않기 위해서는 최소한의 의무불이행에 대한 대체적인 공적인 채무의무를 지게 함으로써 고용의무제의 실효성을 높이기 위한 제도인 바, 국가는 사기업에 비해 고용의무의 당사자로서의 책임과 의무가 더 큼에도 불구하고 고용의무를 다하지 않았을 때의 책임을 전혀 지지 않는다면 국가에 대한 고용의무제의 실효성은 확보될 수 없다. 그렇게 되면 결국 고용의무제는 국가에 대해서는 도덕적 의무 이상의 의미가 없게 된다.

(2) 장애인 고용의무를 솔선수범해야 할 국가가 의무고용률을 이행하지 않을 때에 아무

36) 국가가 국민에게 부과하는 것으로는 수익자 부담금, 원인자 부담금 등 행정조치로서의 부담금과 벌금, 세금 및 사회보험료 등이 있으나, 장애인 고용부담금은 그 어느 범주에도 속하지 않는다. 그래서 고용부담금은 그 부담해야만 하는 사회연대책임을 면함으로써 이익을 받는 사업주에 대해 그 면하고 있던 이익에 상당하는 금액을 부담시키는 일종의 조정금으로서 마이너스적인 수익자 부담금의 성격을 갖는다고 하는 견해도 있다(길인배, "장애인 고용제도에 관한 연구", 강원대 박사논문, 1996, 155쪽). 독일에서는 이 고용부담금을 Ausgleichsabgabe라고 하여 균형을 잡는 조정금의 의미를 내포하고 있다. 그러나 장애인을 고용하지 않는 것이 꼭 사업주에게 이익이나 수익이 된다고 볼 수는 없기 때문에 수익자부담금의 성격으로 볼 수는 없을 것이다. 한편 고용부담금은 장애인 고용에 관한 사업주의 사회연대책임의 보다 완전한 이행을 지향하여 사업주가 실업중인 장애인의 고용촉진에 필요한 경비의 일부를 공동각출한다는 의미의 공동각출금의 성격을 또한 갖는다고 하는 견해도 있다(遠藤政夫, 身體障礙者雇用促進法の理論と解説, 勞動通信社, 1990, 246頁).

런 책임도 지지 않고 제재도 받지 않는다면 사기업에 대한 고용의무제를 강제할 명분도 없게 되고 스스로 모순된 결과에 빠지게 된다.

(3) 고용부담금의 성격은 단순히 벌금이나 과태료의 의미라고 볼 수 없다. 즉 현행제도상 납부된 고용부담금은 국고에 귀속되는 것이 아니고 장애인고용촉진기금의 재원으로 사용되어 결국 장애인 직업재활과 고용을 위해 그 납부금이 쓰이게 되므로 의무고용률을 이행하지 않은 자는 예외없이 고용부담금을 납부하여야 한다.

(4) 사실상 국가가 일반 사업주보다 의무고용 이행률이 높다고 하더라도 이것이 고용부담금 납부를 면제해주는 이유는 될 수 없다. 국가가 1차적인 책임주체로서 솔선해야 함은 당연한 것이고, 그렇다고 하더라도 의무고용률 미달 부분에 대해서는 더욱더 책임감을 갖고서 고용부담금을 납부할 때 고용의무제의 실효성은 제고되며, 국가의 고용의무 달성을 앞당길 수 있을 것이다.

(5) 고용의무제의 규정을 강행규정으로 보아서 국가에 대해 장애인 개인이 구체적인 사안에 있어서 헌법소원의 방법으로 구제가 될 수 있다고 하더라도 이러한 구제수단이 국가의 고용부담금 납부를 면제해주는 이유가 될 수는 없다. 고용부담금제도와 구제수단은 별개의 제도이고, 현실적으로 의무고용률 달성은 시간이 걸릴 수밖에 없기 때문에 그 기간동안에는 고용부담금을 납부토록 하여야 하고, 그 부담금은 장애인 직업재활과 고용사업에 쓰이는 것이므로 입법취지에도 맞고 합리적인 것이다.

(6) 국가가 고용부담금을 납부하는 것에 대한 예산문제가 있을 수 있다. 그러나 현행 고용부담금은 최저임금에도 못미치는 수준이기 때문에 사실상 국가가 장애인공무원을 고용하는 인건비에 비해 그 부담은 훨씬 적은 것이다. 어차피 언젠가는 의무고용률을 준수하여야 하는 것이고, 따라서 그 의무고용률 만큼은 예산이 배정되어야 하므로 그 비율을 달성할 때까지는 오히려 더 적은 예산의 부담을 지는 것이고, 이것은 의무주체로서의 국가가 최소한의 장애인고용에 대한 복지예산으로서의 책임을 지는 것으로 보아야 할 것이다.

이렇게 살펴보면, 현행 직업재활법 제69조 특례규정은 장애인 고용의무제의 국가책임의 실효성을 약화시키는 규정으로서 일반사업주와 구별해야 할 합리적인 이유가 없다고 할 것이므로 마땅히 삭제되어야 한다.

### 3. 고용부담금 적정성의 문제

현행 고용부담금제도에 대해서는 다음과 같은 점들을 살펴보아야 한다.

(1) 직업재활법은 장애인 의무고용률을 지키지 않는 사업주에 대하여는 고용부담금을 납부할 의무를 부과하고 있다. 이러한 강제적인 고용부담금 납부제도는 사기업의 자유를 제한하는 제도이기는 하나 본질적인 자유를 침해하거나 제한하는 것으로는 볼 수 없을 것이다. 이와 관련해서 독일 연방헌법재판소는 장애인고용조정금(Ausgleichsabgabe, 우리나라의 고용부담금에 해당)제도를 합헌이라고 판시한 바 있다.<sup>37)</sup> 그 판결의 취지를 살펴보면, 당해 직업활동 규제가 공공복리라는 합리적 이유로 정당화되는 것이고, 선택된 수단이 목적달성을 위하여 적절하고 또 필요하며, 당해 규제가 관계자들간에 기대가능한 경우에는 헌법상에 의문시되지 않는다는 것이다.

그러므로 장애인고용의무제도와 이에 따른 고용부담금제도는 장애인의 직업자립을 통하여 장애인의 복지를 증진하려는 것이므로 헌법상 보장된 복지국가의 이념에 합치되고, 사업주에게 일정을 이상의 장애인고용을 의무화하는 것은 공공복리를 위하여 채용의 자유 내지 영업의 자유를 제한하는 것이기는 하나, 일정 범위내에서 장애인고용을 요구하는 것이므로 그 범위 내에서는 어떠한 장애인을 고용할 것인가는 사업주가 자유로이 결정할 수 있다. 따라서 장애인 고용의무제도와 고용부담금제도는 사업주의 채용의 자유와 영업의 자유의 본질에 대한 중대한 제한은 아니며, 사업주의 자유의 제한은 공공복리를 위해 필요한 최소한의 합리적인 조치로 볼 수 있으므로 헌법에 저촉되지 않는다고 하겠다.

(2) 현재의 고용부담금은 최저임금의 60% 이상의 수준에서 매년 노동부장관이 고시하고 있는데, 사실상 그 부담액이 최저임금 이하여서 장애인 고용을 통한 인건비 지출보다 적을 수 있기 때문에 장애인 고용효과를 유인하기 위한 제도적 취지를 충분히 살리고 있지 못하다. 예컨대, 2000년 12월 31일을 기준으로 볼 때, 의무고용 적용대상 민간사업체의 장애인고용률은 0.91%에 그치고 있으며, 단 1명도 장애인을 고용하지 않은 업체수가 대상업체 2000여개소 중 365개소에 이르고 있는 것만 보아도 바로 고용의무제도의 실효성이 크지 않다는 점을 반증하는 것이라고 할 것이다. 외국의 경우를 보면, 장애인 의무고용제를 실시하고 있는 프랑스는 최저임금의 3배에 해당하는 부담금을 부과하고 있다.

이렇게 볼 때, 현행 장애인 고용부담금은 적어도 최저임금 이상은 되어야 고용부담금을 부과하는 취지를 살릴 수 있을 것이다. 만약에 대부분의 기업들이 장애인을 고용하는 것보다 고용부담금을 납부하는 것이 기업의 비용면에서 경제적이라고 판단한다면 사실상 장애인의무고용제도는 형해화(形骸化)되는 것이고, 한낱 기업체에서 돈을 걷는 기능 이상의 아무 것도 아니며, 그렇게 되면 기업체는 장애인고용에는 관심없고 단지 고용부담금을 준조세에 해당하는 추가부담으로만 느끼게 될 것이다. 이는 명백히 장애인 고용의무제의 목적에 위배되는 것이다.

37) BVerfG vom 26. 5. 1981. Deutsches Verwaltungsblatt(DVB I), 1981, S. 763 ff.

(3) 이러한 고용부담금의 적정성의 문제는 고용부담금의 기능을 어떻게 볼 것이냐와도 직접 관련이 있다. 장애인고용부담금제도를 도입하는 경우에 분명하여야 하는 것은 부담금 목적의 정당성이라고 할 수 있다. 이러한 부담금부과의 목적은 고용부담금의 전체적인 방향 설정과 관련된 문제이다.

장애인고용부담금의 목적과 관련하여 볼 때, 원칙적으로 고용부담금의 기능은 고용유도 기능과 재정확보기능으로 나타날 수 있다.<sup>38)</sup> 그러나 두 기능 중 고용보담금의 주된 기능은 고용유도기능으로 보아야 하며, 재정확보기능은 부차적 기능으로 봐야 한다. 왜냐하면 장애인고용부담금의 법적 성격이 기업의 사회적 책임에 따른 장애인 고용의 행정의무를 다하게 하는 의무이행확보수단의 일종인 부담금이기 때문이다. 따라서 어디까지나 고용부담금은 고용유도기능을 충실히 다할 수 있도록 그 수준을 정하여야 한다.

이러한 점에서 볼 때, 고용부담금납부가 장애인고용에 따른 비용보다 적을 때에는 사업주는 고용부담금납부를 선택하게 될 것이고, 그렇게 되면 고용유도기능의 효과는 떨어지지만 재정확보기능의 효과는 커지게 될 것이다. 즉 고용부담금의 수준을 어떻게 정하느냐에 따라 주된 기능과 부차적 기능의 효과가 상반되어 나타나게 된다. 그러므로 고용부담금의 적정성의 문제는 고용유도기능이 제대로 효과를 발휘할 수 있는 수준에서 결정되어야 하고, 그것은 장애인고용에 따른 한계비용(marginal cost) 이상이어야 할 것이다.

(4) 장애인 고용의무제의 본질은 장애인의 고용촉진에 있는 것이지 고용부담금의 징수에 있는 것이 아니다. 장애인 고용의무제의 실시는 이를 통해 장애인과 사업주가 공동의 이익을 추구하는 것이다. 여기서 '공동의 이익'의 의미는 장애인 고용으로 인해 적어도 사업주에게 손해가 있어서는 안된다는 의미이며, 따라서 장애인 고용으로 인한 추가비용의 발생은 사회보장비용으로서 국가가 부담해야 하는 부분이고, 이로 인한 사업주의 손실은 보전되어야 한다.<sup>39)</sup> 다만 사업주는 장애인 대신 비장애인을 채용함으로써 인해 발생할 수 있는 적극적인 추가이윤의 감소는 공공복리를 위한 사회적 연대책임의 실현으로 감수해야 되는 부분이고, 이러한 점에서 공공복리를 위해 사업주의 자유가 제한받는 것이다.

(5) 만약에 사업주가 의무고용률 2%에 미달하고 있으면서도 사원 공채시에 장애인지원자를 채용하지 않는다면 직업재활법 제24조 제1항 위반으로 사업주에게 채용청구를 할 수

38) 독일 연방헌법재판소는 장애인고용조정금(Ausgleichsabgabe)의 징수 목적에 대하여 "① 사업주로 하여금 장애인고용을 촉진하는 유인기능(Antriebsfunktion)과 ② 고용의무를 다하고 있는 사업주와 어떠한 이유에서든 고용의무를 다하지 못하는 사업주간의 부담을 조정하는 조정기능(Ausgleichsfunktion)에 있는 것으로 본래 재할시책의 재원조달이 주목적은 아니다"라고 하였다(BVerfG vom 26. 5. 1981. Deutsches Verwaltungsblatt(DVB I), 1981, S. 763 ff).

39) 여기서 사업주의 장애인고용으로 인한 추가비용의 발생이라 함은 임금 지급 이외의 장애인이 정상적으로 통합되어 근무할 수 있도록 해주는 시설·설비 및 기타 직업재활과정상의 지원에 따른 추가비용을 의미한다. 이것은 장애인근로자 대신 비장애인근로자를 고용할 경우에는 발생치 않는 비용이기 때문에 일종의 사회보장비용으로 보아야 하고, 이에 대한 부담은 사업주가 아닌 국가가 사회보장책임으로서 져야 하는 것이다.



있는 것인가? 즉 장애인지원자를 채용하지 않은 사업주의 결정을 위법한 결정으로 보아 법원에 그 취소를 청구할 수 있는가 하는 문제이다.

생각해보건대 이것은 장애인 차별의 문제가 아닌 국가가 부과한 법정 의무 불이행의 문제로서 사실상 강제가 불가능하고 따라서 민사상 의무이행책임이 있다고 보기도 곤란하므로(계약 위반이 아님) 사업주는 민사상의 책임이 없고 다만 공법상의 의무위반이므로 이에 대한 벌칙의 적용은 가능하다고 할 것이다. 그러나 직업재활법은 이에 대한 벌칙(징역형이나 벌금·과태료 등) 대신 고용부담금을 부과하고 있을 뿐이다. 그러므로 고용의무를 이행하지 않는 사업주에 대해서는 고용부담금을 부과하는 것 이외에는 별다른 제재수단이 없으므로 사실상 고용부담금을 최저임금 이상으로 실질화하여 고용부담금의 납부보다는 장애인을 고용하는 선택을 유도할 수 있도록 하여야 할 것이다.

#### 4. 부담금 징수와 시정명령 문제

고용부담금은 고용의무라는 공법상의 의무위반을 한 자에 대한 제재방안이다. 정책적인 이유에 의하여 장애인 고용의무를 규정하였다고 하더라도 이를 준수하지 않는다면 이에 대한 법적 책임이 따르게 된다. 그러므로 고용부담금 징수는 법적 의무를 다하지 않음에 대한 책임의 의미이므로, 우선적으로는 법적 의무를 다하도록 하기 위한 시정명령을 고려할 수 있는가 하는 문제를 생각해볼 수 있다.

만약에 장애인 고용의무와 관련하여 시정명령제를 도입한다면 다음과 같은 의미를 가질 수 있다.

(1) 먼저 장애인 고용의무와 관련한 시정명령제는 고용부담금 징수에 앞서서 선행되는 의무이행을 권고하는 전심절차로서의 기능을 가질 수 있다. 이는 시정명령을 따르지 않을 경우 부담금이 징수되는 것이므로 고용의무자로 하여금 심리적 강제와 부담금에 대한 법적 강제를 명확히 할 수 있을 것이다. 이 경우 장애인 고용의무와 관련한 시정명령은 추상적인 시정명령도 가능하다고 볼 수 있다. 즉 특정한 장애인지원자의 유무와 관계없이 일반적으로 의무고용률에 미달된 사업주나 기관에 대하여 할 수 있기 때문이다.

(2) 두 번째는 의무고용률에 미달되는 사업장에 특정한 장애인지원자가 고용지원을 하였으나 특별한 이유없이 고용이 거부되었다면 이에 대한 시정명령과 고용부담금의 문제이다.

사실 채용상의 차별로 인하여 장애인채용이 거부되었다면 이는 명백한 차별금지로서 현행법상 국가인권위원회법에 의하여 시정권고의 대상이 될 것이다. 그러나 이보다 한걸음 더 나아가 시정명령으로서 고용의무를 강제할 수 있는가 하는 문제는 여러 가지 입법론상의 문제를 내포하고 있지만, 사실상 고용의무를 강제하기는 곤란하리라 생각된다.

이러한 경우에는 일정한 시일을 정하여 시정명령을 한 후 따르지 않는 경우에는 고용부

담금의 징수절차를 진행하는 한편 별도로 채용상의 장애인차별 문제를 소송화하는 방법을 강구하여야 할 것이다.

(3) 세 번째는 의무고용률 이상의 장애인을 고용하고 있는 사업장에서 장애인 채용상의 차별이 문제되는 경우이다. 이 경우에는 고용부담금의 문제는 발생하지 않고 오로지 차별여부에 대한 문제로서 접근하면 될 것이다.

## 차별소송과 입증책임

임 성 택

(법무법인 지평 소속. 장애로 인한 보험차별소송 담당)

### 1. 들어가는 글

장애인 차별과 관련된 소송절차에서 입증책임을 누구에게 부담시킬 것인지의 문제는 소송의 승패와 직결된 매우 중요한 문제이다.

예컨대, 시각장애인이 여행자보험에 가입하려 했는데 보험회사가 시각장애를 이유로 보험가입을 거절하자, 보험회사를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였다고 가정해보자. 보험회사는 “시각장애인은 그 장애로 인하여 여행 중 사고가 일어날 확률이 매우 높기 때문에 보험가입을 거절한 것은 합리적인 이유가 있는 것”이라고 주장하고, 원고는 “시각장애인은 여행시 일반인보다 훨씬 조심스럽게 행동하기 때문에 사고가 일어날 확률이 오히려 낮음에도 불구하고 보험회사가 시각장애를 이유로 보험가입을 거절한 것은 장애에 대한 근거 없는 편견에 기초한 것으로서 부당한 차별”이라고 주장할 것이다. 결국 이 소송에서는 “시각장애인이 여행을 할 때 사고가 일어날 확률이 일반인보다 높은지 여부”가 핵심적인 쟁점으로 등장한다. 그러나 위 쟁점에 대한 통계적, 의학적 자료가 없기 때문에, 원고도, 피고도 자신의 주장을 입증하지 못하였다면, 소송의 승패는 어떻게 될 것인가? 만일 원고가 ‘차별행위가 있었다는 점’뿐만 아니라 ‘그 차별행위에 합리적 근거가 없었음’까지 증명할 책임을 부담한다면 원고가 소송에서 패소할 것이고, 원고는 ‘차별행위가 있었다’는 점을 주장·입증하면 족하고 피고가 ‘자신의 행위에 합리적 근거가 있었다’(합리적 차별)는 점을 오히려 증명하여야 한다면 피고가 패소할 것이다.

이처럼 어떠한 사실의 존부(存否)가 불명(不明)인 경우에 이를 어느 쪽 당사자의 불이익으로 처리할 것인지의 문제가 바로 입증책임의 문제이다. 입증책임은 소송의 승패로 직결되기 때문에 차별행위에 대한 구제절차에서도 매우 중요한 문제로 된다.

한편 입증책임은 단순한 소송기술적 문제를 넘어서는 것으로, 형평의 문제이기도 하다. 아무리 그럴듯하게 차별에 대하여 정의하고, 차별행위에 관한 구제절차를 갖춘다고 하더라도 차별을 당한 장애인에게 입증하기 곤란한 사실에 관한 입증책임을 여전히 부담시킨다면

그 구체절차는 무용지물이 될 수밖에 없다. 그런데 남녀고용평등법이 고용차별에서의 입증 책임을 사용자에게 부담시키는 규정을 두고 있는 것과 달리 현재 장애인복지법 기타 관련 법률에서는 장애인 차별과 관련된 소송에서 입증 책임을 누구에게 지울 것인지에 관한 어떠한 규정도 두고 있지 아니하다. 따라서 장애인에 대한 차별행위를 근절하고, 차별행위가 발생한 경우 그에 관한 응당한 책임을 묻기 위한 장애인차별금지법을 제정함에 있어서, '입증 책임을 누구에게 부담시킬 것인지'의 문제는 매우 중요한 문제로 대두된다.

이하에서는 우선 장애인 차별 관련 소송의 입증책임에 관하여 어떠한 규정도 두고 있지 않은 현행법률 하에서 입증책임은 누구에게 있는지에 관하여 살펴보고, 향후 장애인차별금지법의 제정 등을 통하여 차별소송에서의 입증책임에 관한 특별규정을 제정할 필요성과 방법에 대하여 차례로 살펴본다.

## 2. 현행법에 의거한 차별소송에서의 입증책임

### 가. 입증책임의 일반적 분배원칙

현재 입증책임의 분배에 관한 통설적 견해는 '법률요건분류설'이다. 실체법상의 법률요건을 입증책임 분배의 기준으로 삼는 이 '법률요건분류설'에 의하면, 어떠한 사실이 권리관계의 발생에 필요한 법률요건을 구성하는 사실인지 아닌지에 따라 입증책임이 달라진다. 구체적으로 보면, 실체법의 규정을 ① 권리의 발생, 취득이라는 법률효과를 발생시키는 규정(권리근거규정 또는 권리발생규정)과 ② 그 반대규정으로 권리발생의 장애사유를 정하는 규정(권리장애규정), ③ 일단 발생한 권리의 소멸사유를 정하는 규정(권리소멸규정)으로 분류하여, 권리의 현존을 주장하는 자(주로 원고)는 권리근거규정의 요건사실에 대하여, 상대방은 권리장애규정 또는 권리소멸규정의 요건사실에 대하여 입증 책임을 부담한다는 것이다. 즉 어떠한 권리를 행사하려는 자는 그가 권리를 가지고 있는 사실(권리근거사실)을 증명할 책임이 있고, 상대방은 어떠한 사유로 그 권리가 발생하지 않았거나(권리장애사실), 또는 권리는 발생하였지만 이미 소멸한 사실(권리소멸사실)을 증명할 책임을 부담한다는 것이다. 이러한 법률요건분류설에 의하면 실체법이 권리의 발생과 소멸에 관하여 어떻게 규정하고 있는지가 입증책임의 소재를 판단함에 있어서 매우 중요한 기준이 된다. 다만 어떤 사실이 권리근거사실인지 또는 권리장애·소멸사실인지 여부가 명확하지 아니한 경우가 많으므로 실제 적용 과정에서는 논란의 여지가 많다.

### 나. 불법행위에 있어서의 입증책임의 분배

현행 법률에 따라 장애인을 차별하는 행위에 대해 소송을 제기한다면 그 근거는 주로

민법 제750조40)에 의한 불법행위책임이 될 것이다.<sup>41)</sup> 그런데 앞서 본 '법률요건분류설'에 의하면, 불법행위를 주장하며 손해배상을 구하는 자는 불법행위의 법률요건사실인 ① 위법행위가 있는 사실(행위의 위법성), ② 위법행위가 고의 또는 과실에 근거한 사실, ③ 손해가 발생한 사실, ④ 위법행위와 손해발생 사이의 인과관계, ⑤ 손해의 범위와 액수에 관하여 증명할 책임이 있다. 앞서 본 시각장애인의 보험가입 차별에 관한 소송을 예로 든다면, 원고는 ① 피고가 원고의 시각장애를 이유로 여행자보험의 가입을 거절하였는바 이는 장애인을 차별하는 행위로서 위법한 것이라는 점, ② 위 차별행위는 보험회사의 고의 또는 과실에 근거한 것이라는 점, ③ 보험가입거절과 같은 차별행위로 원고에게 정신적 손해 기타의 손해가 발생하였다는 점, ④ 위 손해발생은 보험회사의 차별행위로 인한 것(인과관계가 있다)이라는 점, ⑤ 손해의 범위와 액수에 관하여 증명할 책임이 있다.

한편, 상대방은 위법성을 조각(阻却)하는 사유가 있음을 증명하여 자신의 책임을 면할 수 있다. 즉 자기 또는 제3자의 이익을 방위하기 위하여 부득이 타인에게 손해를 가한 자는 이러한 '정당방위'를 내세워(민법 제761조 제1항), 급박한 위험을 피하기 위해 부득이 타인에게 손해를 가한 경우에는 이러한 '긴급피난'을 내세워(민법 제761조 제2항) 위법성을 조각받을 수 있다. 그밖에도 피해자의 승낙이 있거나, 정당행위인 경우에는 위법성이 없다.

그런데 차별소송과 관련하여 주로 논란이 되는 것은 차별행위에 합리적 근거가 있는지 여부인바, 피해자가 입증하여야 하는 '행위의 위법성'에 합리적 근거 없음이 포함되는 것인지, 아니면 피해자가 '위법성 조각사유'로 합리적 차별이라는 점을 입증하여야 하는지 여부가 문제로 된다. 이에 관하여는 항을 달리하여 다시 살펴보기로 한다.

#### 다. 차별의 합리성 여부에 관한 입증책임의 소재

우리나라의 판례에서는 이에 관해 명시적으로 판단한 바 없으며, 다음과 같이 두 가지 견해가 나뉠 수 있을 것으로 본다.

40) “고의 또는 과실로 인한 위법행위로 인하여 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다”

41) 물론 근로계약 기타 계약관계에서 장애인을 차별하는 행위에 대하여 계약책임 즉 채무불이행책임을 묻는 경우가 있을 수 있다. 그러나 이 경우에도 고의·과실의 입증책임이 채무자에게 있다는 점은 불법행위책임과 차이가 있으나, 장애인을 차별한 행위가 채무의 본지에 반하는 것(채무불이행)이라는 점에 대하여는 장애인이 이를 입증하여야 하므로 불법행위책임에서 논의하는 것과 큰 차이는 없을 것이다.

(1) 피해자는 차별행위가 있었음을 주장·입증하는 것으로 족하고, 오히려 가해자가 자신의 차별행위에 합리적 이유가 있었음을 증명하여야 한다는 견해

우리 헌법 제11조는 일반적인 차별의 금지를 선언하고 있고, 국가인권위원회법 제30조 제2항은 '합리적인 이유 없이' 차별하는 것을 평등권 침해행위라고 규정하고 있는바, 이러한 규정형식에 따르면 차별이 존재하는 경우 이는 일응 위법한 것으로 추정된다고 할 것이므로, 차별행위를 하는 자가 차별의 근거가 합리적인 것이라는 점을 입증하는 경우에는 예외적으로 합리적 차별로서 인정되어 위법성이 조각된다는 견해이다. 이 견해에 따르면 차별행위자가 자신의 차별행위에 합리적 이유가 있다는 점에 대하여 입증하여야 하고, 만일 이를 입증하지 못할 경우 그러한 행위는 평등권을 침해하는 차별행위로 인정될 수밖에 없게 된다.

(2) 피해자가 차별행위가 있었다는 점뿐만 아니라 그러한 차별행위에 합리적 근거가 없었음까지 주장·입증하여야 한다는 견해

우리 헌법 제11조에서 금지하는 차별은 '합리적 이유가 없는 차별'을 의미하고, 합리적 차별은 위법성이 조각되는 것이 아니라 처음부터 위법성이 없는 것이라고 보아야 할 것이므로, 불법행위 입증책임의 일반원칙에 따라 피해자가 차별행위가 있었다는 점뿐만 아니라 그러한 차별행위에 합리적 근거가 없음, 즉 위법성이 있음을 주장·입증하여야 한다는 견해이다.

### 3. 차별소송에 있어서의 입증책임에 관한 입법례

#### 가. 우리나라의 남녀고용평등법

우리나라의 남녀고용평등법 제30조는 "이 법과 관련된 분쟁 해결에서의 입증책임은 사업주가 부담한다"는 규정을 두고 있다.

그런데 위 규정은 사용자에게 포괄적이고 일방적인 입증책임을 부담시키고 있다는 점에서 획기적인 내용이긴 하지만, 사용자가 부담하는 입증책임의 내용은 무엇인지, 구체적으로 사용자가 어느 단계에서 어느 점에 대하여, 또한 어느 정도로 입증책임을 부담하는지에 대하여 전혀 언급이 없으므로, 구체적인 법률의 적용에 있어서 많은 논란이 야기될 수 있다는 맹점을 가지고 있다.

이 규정에 대하여는 사용자가 소송에서 설득력있는 증거에 의하여 반증을 하지 못하는 한 패소한다는 취지의 입법이라는 견해(한정현, 남녀고용평등법, 1994)도 있으나, 이는 단순

한 반증을 할 책임을 규정한 것이 아니라 사용자에로 입증책임을 전환한 규정으로 보는 견해(최윤희, 고용차별규제에 관한 법리, 서울대학교 법학과 박사학위논문)가 타당하다고 생각된다. 즉 입법자의 의사는 사용자에게 포괄적인 입증책임을 부담시키는 것이므로, 사용자는 고용차별이 아니라는 사실, 차별이 있었다고 하더라도 그 합리적 근거가 있었다는 사실, 차별행위에 고의·과실이 없는 사실, 차별행위와 손해 발생 사이에 인과관계가 부존재한다는 사실 등을 모두 입증할 책임을 부담한다고 보아야 할 것이다.

한편, 위 법 제2조 제1항에서는 “사업주가 채용 또는 근로의 조건은 동일하게 적용하더라도 그 조건을 충족시킬 수 있는 남성 또는 여성이 다른 한 성에 비하여 현저히 적고 그로 인하여 특정 성에게 불리한 결과를 초래하며 그 기준이 정당한 것임을 입증할 수 없는 경우에도 이를 차별로 본다”는 정의규정을 두어, 이른바 간접차별에 있어서 ‘기준의 정당성’에 관하여 사용자에게 입증책임을 부담시키는 구체적인 규정을 두고 있기도 하다.

#### 나. 외국의 사례

입증책임분배에 관한 외국의 사례들을 살펴보면<sup>42)</sup> 먼저, 일본은 우리와 마찬가지로 차별소송에서의 입증책임 분배기준에 대한 특별한 법률은 없고, 다만 판례상 차별의 위법성이 일응 입증된 경우에는 차별행위자가 차별이 합리적 사유에 기초한 것임을 입증하게 하고 있다. 즉 “남녀간 퇴직장려수당에 있어서 차이가 있고 여자근로자가 불평등한 퇴직장려연령에 이르러 퇴직권장에 불응한 경우 우대조치를 하여 주지 아니한 사안에서 이러한 차별적 퇴직권장연령제도가 합리적 이유가 있다는 점을 피고인 사용자가 입증하여야 한다”고 판시한 사례가 있고, “공산당원임을 이유로 임금차별을 한 사안에서 원고가 표준적인 사람 또는 특정한 종업원 이상의 직무수행능력 내지 업무실적을 갖는다는 사실에 대하여는 원고에게 입증책임이 있지만, 피고 회사의 급여관계, 연공서열성, 차별의사의 강도 등을 종합해 보면 피고회사에게 위 임금차별이 정당한 것임을 입증할 부담이 이전된다”고 판시한 사례도 있다. 다만 일본의 판례들은 대부분 ‘사실상의 추정’, 즉 A라는 사실이 인정되면 B라는 사실도 있는 것으로 경험칙상 인정되는 경우 A 사실만을 입증하도록 함으로써 입증의 부담을 덜어주는 방법에 의한 것으로 차별의 피해자가 위법한 차별이 있다는 점을 일응 입증하여 한다는 점에 주의할 필요가 있다.

독일의 경우는 민법 제611조에서 고용차별이 근로자가 행하는 업무의 성질상 그 업무에 있어서 특정한 성이 불가결한 전제가 되는 경우에는 성에 의한 차별이 예외적으로 허용되며 이러한 예외적인 사유에 대하여는 이를 사용자가 입증하여야 한다고 규정하고 있어 일본보다는 입법적으로 진보된 모습을 보여주고 있다. 그러나 독일법은 우선 고용차별을

42) 최윤희, 고용차별규제에 관한 법리, 1995, 서울대 법대 박사학위논문

주도적으로 입증할 책임을 지는 것은 근로자이고, 사용자는 예외적인 사유에 대한 반증을 한다는 점에서 내용면에서는 일본과 다를 바가 없다.

입증책임 분배규정에 있어 미국은 제한적이지만 입증책임을 사용주에게 두고 있다. 1991년 개정시민법과 1990년 장애인법에서 그동안 판례상으로 인정된 결과적 고용차별(집단으로서의 특정 근로자군에 대하여 차별적 결과를 가져오는 고용기준 또는 제도가 사용자의 차별적 의도와는 상관없이 행하여진다 하더라도 그 결과 차별적 고용결과를 초래하는 경우)과 복합적 의도에 의한 고용차별(위법한 의도와 적법한 의도가 복합된 고용차별)에 관한 소송에 대하여는 입증책임을 사용자에게 두고 있다. 즉 이 경우 근로자가 사용자의 차별에 의해 피해를 입었다는 입증을 한 경우에는 그 차별이 위법한 의도에 기인한 것이라는 점을 근로자가 입증할 필요가 없고, 오히려 사용자가 그러한 고용차별이 사업상의 필요에 의한 것으로서 정당한 것임을 증명하여야 한다.

#### 4. 장애인차별금지법과 입증책임

##### 가. 입증책임 분배의 기준

입증책임을 누구에게 지울 것인지는 어떤 사실을 누가 입증하는 것이 쉬운지(편의), 어떤 사실의 존부가 불명인 경우 누구에게 입증책임을 지우는 것이 공평하고 합리적인지 여부(공평) 등이 그 기준이 되어야 한다.

이러한 배경에서 기존의 입증책임 분배기준과는 달리 가해자의 위험영역에서 발생한 행위에 대하여는 가해자에게 입증책임을 부담시키자는 견해(위험영역설), 증거와 가까운 거리에 있는 사람 즉 입증하기 쉬운 위치에 있는 사람에게 입증책임을 부담시켜야 한다는 견해(증거거리설)가 등장하였고, 현대형 소송에서는 사회적 약자인 원고의 입증책임을 경감하거나 가해자에게 입증책임을 전환시킴으로서 실질적 평등을 구현하려는 경향이 나타나고 있다. 즉 공해소송이나 의료과오소송에서 피해자의 인과관계 입증을 덜어주려는 해석이 시도되는 것이나, 제33조(제조물책임법<sup>43</sup>), 독점규제및공정거래에관한법률<sup>44</sup>)에서 입증책임을 전환하는

43) 제4조(면책사유) ①제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 다음 각호의 1에 해당하는 사실을 입증한 경우에는 이 법에 의한 손해배상책임을 면한다.

1. 제조업자가 당해 제조물을 공급하지 아니한 사실
2. 제조업자가 당해 제조물을 공급한 때의 과학·기술수준으로는 결함의 존재를 발견할 수 없었다는 사실
3. 제조물의 결함이 제조업자가 당해 제조물을 공급할 당시의 법령이 정하는 기준을 준수함으로써 발생한 사실
4. 원재료 또는 부품의 경우에는 당해 원재료 또는 부품을 사용한 제조물 제조업자의 설계 또는 제작에 관한 지시로 인하여 결함이 발생하였다는 사실

②제3조의 규정에 의하여 손해배상책임을 지는 자가 제조물을 공급한 후에 당해 제조물에 결함이 존재



규정을 도입한 것도 같은 맥락에서이다.

이처럼 사회적 약자이거나 입증이 곤란한 당사자에게 입증의 부담을 덜어줌으로써 실질적 평등을 꾀하는 경우라도, 남녀고용평등법처럼 일방의 당사자에게 모든 입증책임을 돌리는 것은 공평의 원칙에도 부합하지 않을 뿐만 아니라, 적용상의 어려움을 낳을 수 있다. 따라서 입증책임을 전환하거나 특정 당사자에게 입증책임이 있음을 규정할 때에는 구체적으로 어떤 요건사실에 관한 입증책임을 어떻게 부담시킬 것인지를 명확히 할 필요가 있다고 생각된다.

#### 나. 차별에 합리적 근거가 있었다는 점에 대한 입증책임은 가해자에게

차별행위를 당한 장애인이 어떠한 차별이 합리적인 근거가 없는 것임을 증명하는 것은 용이하지 않다. 즉 보험차별을 예로 들면 어떤 장애가 보험사고가 일어날 확률이 높다는 이유로 보험가입을 거절한 경우, 특정 장애와 보험사고의 확률은 장애인 개인이 이를 입증하는 것은 거의 불가능에 가까운 반면, 보험회사는 이를 입증할 수단과 능력을 가지고 있다. 또한 장애인 고용차별을 예로 들면, 장애를 이유로 일반인에 비하여 현저히 낮은 근로조건을 유지하고 있는 사업장에서 장애인이 다른 근로자들보다 근로능률 또는 업무실적에 관하여 얼마나 떨어지는지, 근로자들의 임금체계는 어떻게 되어 있고 왜 그러한 차이를 두고 있는지 등에 대하여 근로자 개인이 이를 입증하는 것은 용이하지 않다(이러한 자료들은 모두 사용자가 가지고 있는 것이다).

뿐만 아니라 장애인에 대한 차별행위가 있었으나, 그 합리적 근거의 존부에 관하여 누구도 증명하지 못하는 경우, 그 불이익을 차별을 당한 장애인에게 돌리는 것은 공평의 원칙에도 부합하지 않는다. 앞서본 보험차별의 사례에서처럼, 특정 장애가 보험사고를 일으킬 확률이 높은지에 대한 아무런 의학적·통계적 근거자료도 없으면서, 보험회사가 막연히 특정 장애가 보험사고를 일으킬 확률이 높다는 예단을 가지고 장애인의 보험가입을 거절하는 것은 옳지 못하다. 그럼에도 불구하고 차별행위의 합리성 여부에 대한 입증책임이 원고에게 있다는 이유로 원고에게 패소판결을 내리는 것은 공평하지 않다.

---

한다는 사실을 알거나 알 수 있었음에도 그 결함에 의한 손해의 발생을 방지하기 위한 적절한 조치를 하지 아니한 때에는 제1항 제2호 내지 제4호의 규정에 의한 면책을 주장할 수 없다.

44) 제56조 (손해배상책임) ①사업자 또는 사업자단체는 이 법의 규정을 위반함으로써 피해를 입은 자가 있는 경우에는 당해 피해자에 대하여 손해배상의 책임을 진다.

②제1항의 규정에 의하여 손해배상의 책임을 지는 사업자 또는 사업자단체는 그 피해자에 대하여 고의 또는 과실이 없음을 들어 그 책임을 면할 수 없다.

나아가 장애인에 대한 차별행위가 있었을 때, 합리적 이유를 상대방에게 증명하도록 하는 것은 합리적 근거에 관한 입증자료가 없이는 차별행위를 할 수 없다는 사회적 흐름을 만들 수 있을 뿐만 아니라 차별행위를 줄일 수 있는 정책적 수단이 될 수도 있다.

따라서 장애인차별금지법에서는 “차별에 합리적인 이유가 있다는 점에 대하여는 차별을 행한 자가 입증책임을 부담한다”는 규정을 들 필요성이 있다고 판단된다.

#### 다. 간접차별에 있어서의 고의·과실의 입증책임은 가해자에게

중립적인 기준을 적용하였으나 그러한 중립적인 제도 또는 기준이 결과적으로 장애인을 차별하는 경우(이른바 간접차별, 미국에서 논의되는 결과적 차별 또는 복합적 의도에 의한 차별)에 있어서는 고의·과실의 존재에 관한 입증책임을 차별행위자에게 전환시키는 것을 고려할 필요가 있다고 판단된다. 이러한 간접차별이나 결과적 차별행위는 가해자에게 위법한 의도가 없는 경우라도 차별로서 인정할 필요가 있는데, 이 경우에까지 피해자에게 가해자의 고의·과실을 입증하도록 하는 것은 부당하기 때문이다.

#### 라. 기타

그밖에 직접적 차별행위에 있어서의 고의·과실 부분은 차별행위에 그 위법한 의도가 드러나기 마련이므로 피해자에게 입증책임을 부담시키는 것이 타당하다고 생각된다(다만, 차별행위가 계약관계에서 발생하여 가해자에게 채무불이행 책임을 묻는 경우에는 채무불이행 입증책임 분배의 일반원칙에 가해자가 고의·과실이 없음을 증명하여야 함은 물론이다). 한편, 차별행위와 손해 발생 사이의 인과관계도 가해자에게 이를 입증하도록 할 근거는 부족하다고 생각된다.

## 장애인차별금지법에 있어서 시정명령도입여부에 대한 토론문

김대인 변호사(기독교변호사회, 법무법인 소명)

### 1. 들어가며

장애인차별시정위원회가 장애로 인한 차별행위에 대하여 국가기관이나 사인을 상대로 “시정명령”을 내릴 수 있을 것인가에 대해서는 지금까지 많은 논의가 이루어진 상태이다. 이하에서는 이전 논의와 최대한 겹치지 않는 범위 내에서 토론자의 의견을 제시하고자 한다. 우선 독일의 법제에 대한 검토에서 시작하고자 한다.

### 2. 독일의 장애인평등대우법에 대한 검토

#### 가. 독일의 장애인관련법제현황

독일에서는 2000년대에 들어서 크게 3개의 장애인관련법을 제정하여 시행하고 있다. 2000. 10. 1.부터 시행된 “중증장애인의 실업해소를 위한 법”(das Gesetz zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit Schwerbehinderter), 2001. 7. 1.부터 시행된 “장애인의 재활 및 참여법”(das Recht der Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen), 2002. 5. 1.부터 시행된 “장애인평등대우법”(Behindertengleichstellungsgesetz, BGG)이 그것이다.

이 중에서 현재 우리나라에서 제정이 논의되고 있는 장애인차별금지법과 유사한 법이 가장 마지막에 언급한 “장애인평등대우법”이다. 그런데 이 법률에는 현재 우리나라에서 도입논의가 이루어지고 있는 시정명령은 존재하지 않는다.(국가기관을 상대로 한 것은 물론이고, 사인을 상대로 한 것도 존재하지 않는다)

#### 나. 독일과 우리나라의 비교

그러나 이러한 독일의 입법례를 우리나라를 그대로 따르는 것이 바람직하다고 단정하기는 이르다. 왜냐하면 위 법 12조에서는 승인된 장애인단체가 권리가 침해된 장애인을 대리하여 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여하는 한편, 동법 제13조에서는 단체소송에 대한 규정을 두어 권리침해의 일반성이 인정될 경우에는 아예 장애인단체가 단체의 명의로 소송을 제기할 수 있는 권한을 부여하여 사법절차에의 접근을 우리나라에 비해 훨씬 용이하게 하고 있

기 때문이다. 행정소송과 관련하여 집행부정지원칙을 취하고 있는 우리나라와는 달리 독일은 집행정지원칙을 취하고 있다는 점도 큰 차이점이라고 할 수 있다.

이처럼 사법절차를 통한 권리구제시스템의 차이를 고려할 때 우리나라의 경우 일종의 행정절차를 통한 권리구제기능을 담당하는 시정명령제도가 도입될 필요성이 독일보다 훨씬 큼을 쉽게 알 수 있다.

### 3. 시정명령제도도입과 관련하여 고려해야 할 사항들

시정명령도입과 관련하여 그동안 논의되어 왔던 몇가지 쟁점과 관련하여 토론자의 의견을 추가하고자 한다.

가. 시정명령의 성격을 권리구제의 측면에서만 볼 것이 아니라 적법성 확보의 측면에서도 볼 필요가 있음.

단심제 등 조직이 불충분하여 시정명령이 불가하다는 등의 주장은 시정명령의 성격을 장애인 권리구제측면에서만 바라보는데서 기인한 것으로 볼 수 있다. 즉 시정명령을 권리구제측면에서만 보다 보니까 권리구제의 기능을 원칙적으로 담당해야 하는 법원과 유사한 조직을 갖추어야 하는 것으로 생각하게 되는 것이다.

그러나 시정명령은 이처럼 권리구제의 측면만을 가진 것이 아니라 적법성 확보의 측면도 가지고 있다고 볼 수 있다. 즉 시정명령은 행정행위형식 중 “작위하명”에 해당하는 것으로 법에 따른 일정한 의무를 상대방에게 부여하여 적법성을 확보하는 기능을 담당한다. 그리고 이는 매우 광범위하게 인정되고 있는 행위형식이다.

법치행정의 원리를 고려할 때 적법성의 확보는 행정주체의 본질 중의 하나라고 볼 수 있는 이상 시정명령의 도입의 전제조건으로 법원과 유사한 엄격한 조직을 내세우는 것은 시정명령의 한쪽 측면만을 강조한 부당한 견해라고 하겠다.

나. 국가기관의 경우도 나누어서 볼 필요가 있음.

다만 사인과 국가기관 모두에 대해 시정명령을 도입할 것인지 여부는 신중하게 볼 필요가 있다. 무엇보다 잘못된 시정명령이 내려질 경우 이에 대한 구제책이 마련되어 있는지를 고려할 필요가 있다.

우선 사인의 경우 시정명령에 대해 행정소송으로 충분히 다룰 수 있으므로 사인을 상대로 한 시정명령의 도입은 큰 무리가 없다고 보여진다.

다음으로 우리가 통상 “국가기관”이라고 하는 것에도 지방자치단체나 공법인이 들어갈 수도 있고, 행정청이 들어갈 수도 있으므로 나누어서 살펴볼 필요가 있다. 현재 지방자치단체나 공법인의 경우 법리상은 법적인 주체로 인정받으나 아직 우리나라 대법원은 지방자치단체나 공법인의 행정소송 원고적격 인정에 대해 매우 인색한 상태이다. 행정청의 경우는 법적인 주체로도 인정받지 못하므로(행정소송법에서 피고적격으로 인정하고 있는 것은 예외적인 경우이다) 더더욱 행정소송이 어려운 것이 사실이다.

다만 지방자치단체나 공법인의 경우에도 입법상 원고적격이 인정될 수 있는 방향으로 행정소송법개정작업이 진행되고 있다는 점을 고려하면 장애인차별법의 경우에도 최소한 지방자치단체나 공법인에 대한 시정명령은 가능토록 하는 것이 바람직하다.

## 장애인차별금지법 중 입증책임전환에 대한 토론문

조 승 현

(방송통신대학교 교수)

### I. 토론에 들어가기에 앞서

먼저 생각나는 것은 장애인차별금지법에서 고려해야 할 것이 무엇인가인데, 대충 다음과 같은 것이 아닐까요?

1. 차별이 있었느냐에 대한 문제를 정확하게 검토해야 할 것-> 이 문제를 취급함에 있어서 우선 쟁점이 공법적인 것인가 아니면 사법적인 것인가에 따라서 그리고 사법적인 것이라면 그것이 계약과 관련된 문제인가 비계약적인 문제인가를 구별하는 것입니다.

2. 법률이나 제도 또는 국가의 행정작용 또는 행위와 관련된 문제라면 차별금지법의 대상은 차별행위에 국한되는 것은 아닐 것입니다. 그렇다면 법률과 법률이 법률과 제도가 충돌하는 차원에서 차별금지법의 법적위치를 평가해야 할 것입니다. 예를 들어 공무원 시험이 장애인에게 불리하다는 주장에 대하여 그것이 차별인지 여부, 왜 차별이 되는지, 그 차별은 허용되지 않는지, 허용되지 않는다면 그 근거는 무엇인지(관련법규가 있다면 그 법규와 차별금지법의 차이는 그리고 그 구제방식과 절차는, 법규의 충돌이나 중첩은 없는지를 검토, 그 다음 관련법규가 없다면 그 문제가 헌법상 평등권침해에 해당되는 것은 아닌지를 검토해야 할 것입니다. 만약 관련법규나 헌법적 검토에도 불구하고 차별대상인 장애인이 구제받지 못한다면 그때는 차별금지법에 의한 구제가 필요: 여기서 권리의 중첩적 보장의 필요성이 제기됨- 이는 분명히 사후적 손해배상의 입증책임의 분배문제하고는 차원을 달리함). 공무원 시험에서 장애인을 고려하지 못한 것이 관련법규나 헌법적 심사에 의해서 불충분하다면 장애인 차별금지법에 의해 구제되어야 하는데, 여기서 문제는 구체적인 소송에서 장애인이 그것이 차별금지법상 차별이라고 주장할 수 있도록 차별개념을 정의하여야 한다는 점입니다. 그리고 이 차별개념은 공법적인 영역에 머무는 것이 아니라 사법적 영역에 까지 동일하게 적용할 수 있는 것이어야 합니다(여기서 규정의 어려움이 발생).

3. 사법적 분쟁에서도 마찬가지로 어려움이 있습니다. 예를 들어 계약상 차별문제를 공법영역과 동일하게 취급하고 단일 법안에 규율할 수 있느냐 하는 것입니다.

4. 비계약적 영역에서의 차별은 차별개념 자체보다는 사후적 손해분배 원칙에서 일반 입증 원칙으로부터 얼마나 예외적인 규정을 설정할 수 있느냐 하는 문제일 것입니다. 이것은 비단 입증책임의 문제만에 국한되는 것은 아닐 것입니다. 예를 들어 손해평가에서 이를 비장애인과 구별할 필요가 있는지 있다면 할수 있는지. 할 수 있다면 어떠한 기준에서 평가할 것인지 등(일실이익의 계산, 사후적 시간경과가 있어야 나타나는 손해 등)이 문제될 수 있습니다. 그리고 입증분배원칙과 관련해서도 입증분배원칙을 계약과 비계약에 동일하게 적용할 수 있는가?하는 등의 고민이 필요할 것 같습니다( 구체적인 것은 임성택 변호사가 발제한 발제 내용을 가지고 검토하기로 하겠습니다)

## II. 입증책임의 전환에 관한 입법안에 대한 검토

### 1. 발제자의 입법안

발제자가 제안한 입법안은 “차별에 합리적인 이유가 있다는 점에 대하여는 차별을 행한 자가 입증책임을 부담한다”이다. 그리고 그 외 고려 사항으로 ‘특정 제도 또는 기준이 결과적으로 장애인을 차별하는 경우(간접차별 또는 결과적 차별)에 있어서는 고의·과실의 존재에 관한 입증책임을 차별행위자에게 전환시키는 것을 고려할 필요가 있다’이다.

### 2. 문제점

“차별에 합리적인 이유가 있다는 점에 대하여는 차별을 행한 자가 입증책임을 부담한다”라는 규정을 전제할 때 다음과 같은 경우들은 어떻게 해결되어야 하는가가 문제된다.

우선 위 규정의 적용대상의 문제이다.

(1) 청각장애인을 고려하지 못한 시험제도가 위법하고 그에 따른 시험결과는 무효라는 소송을 장애인차별금지법의 근거하여 제기하였다고 가정해보자. 우리는 우선 위 시험제도가 장애인차별금지법상의 차별에 해당하는지를 판단하여야 할 것이다. 그리고 그 근거는 장애인차별금지법상의 차별의 개념에 포함되어야 한다. 동시에 위 시험제도가 합리적인 이유가 있는 차별이라는 것을 시험관리자가 증명하여야 한다. 그런데 이 소송과정에서 장애인차별금지법상 입증책임전환에 관한 규정이 동시에 적용될 수 있는가를 따져야 할 것이다. 개념논리적으로는 차별금지법상에 해당하는 차별인지 여부가 먼저 확정되고 그 다음 사안에 대하여 입증책임전환규정이 적용된다. 그런데 위 사안에서는 차별여부가 장애인차별금지법상 차별개념에 포섭이 되는 순간 위 시험제도의 위법성 내지 부당성은 증명되었고 따라서 소송은 종료됨과 동시에 입증전환규정은 무의미해진다. 오히려 시험제도가 장애인차별금지법상 차별인가를 판단하는 과정에서 일반 입증원칙에 따라 그 여부가 판단될 수밖에 없다( 그것은 대부분 위헌법률심사에서의 입증책임의 일반원칙에 따를 것이다). 그 일반원칙은 위 시험제도가 장애인차별금지법상의 차별에 해당한다고 주장하는 편에서 부담하지 않을 수 없을 것

이다. 따라서 위 입증책임규정은 위와 같은 사안에서 무의미하다.

(2) 위 규정에 따라 보험회사사례를 보면 보험회사로부터 보험비용이 비싸게 든다는 이유로 보험계약체결을 거절당한 장애인이 그 보험계약체결거부 사실을 증명하면 보험회사는 그것이 합리적인 차별이라는 것을 증명한다. 여기서 위 규정은 의미가 있다. 결국 보험회사는 자연과학적인 통계를 제시하지 못하는 한 소송에서 패소한다.

그런데 문제는 간단치가 않다. 그럼 위 규정이 모든 계약에서 장애인을 거부할 수 없는 것이 되고 그것은 계약체결상 상대방 선택의 자유를 박탈한다는 반론에 직면하게 될 것이다.

(3) 그러나 장애인 시설물의 이용과 관련하여 발생된 장애인의 신체적 물질적 손해의 경우가 규정으로 충분한가?

장애인이 입증하여야 하는 것은 무엇인가? 예를 들어 지하철 계단에 설치된 리프트시설을 이용하던 장애인이 이를 이용하다 넘어져서 신체상의 손해를 입었고 이를 이유로 그 시설 설치자나 소유자 내지 관리자에게 손해배상책임을 묻는다면 장애인이 입증해야 할 것은 무엇인가? 여기서 위 입법안의 입증전환규정이 적용될 수 있는가? 발제자의 입법안대로라면 차별에 합리적인 이유가 있었다는 것을 입증하여야 할 것인데, 이는 전혀 사안과 맞지 않는다. 오히려 여기서는 시설물의 설치나 이용 내지 설명상의 모든 주의의무를 다했음을 설치자나 관리자가 증명하지 못하는 한 불법행위의 구성요건을 충족한다는 의미의 규정이 필요할 것이다. 따라서 위 입법안은 손해배상에 있어서 입증책임의 전환과 관련해서 충분하지 못하다는 결론에 달하게 된다.(이 사안에서 장애인은 그 시설물을 이용했다는 것, 그리고 그 시설물의 이용법에 따라 이용했다는 사실, 그럼에도 불구하고 사고가 발생했고 손해가 발생했다는 사실을 증명하는 것으로 족한 것인지 아니면 그 밖에 다른 증명요소가 있는지가 판단되어야 한다)

### III. 토론

발제자가 제안한 입법안 “차별에 합리적인 이유가 있다는 점에 대하여는 차별을 행한 자가 입증책임을 부담한다”이다. 그리고 그 외 고려 사항으로 ‘특정 제도 또는 기준이 결과적으로 장애인을 차별하는 경우(간접차별 또는 결과적 차별)에 있어서는 고의·과실의 존재에 관한 입증책임을 차별행위자에게 전환시키는 것을 고려할 필요가 있다’에 찬성이지만, 좀더 고려해야 할 것이 많을 것 같습니다.

- 귀납적 연구의 필요성(차별의 전형화 된 사례와 그 성격분석)
- 보다 충분한 비교 입법례 자료필요(법률 뿐만 아니라 그 이유서나 시행지침서 보고서 등)



- 전체토론 3

김화숙(국가인권위원회)