

한국사회보장법학회 · 헌법재판연구원
2017년 공동학술대회

장애인 복지와 평등

일시 2017년 4월 28일(금) 13:30~18:00

장소 헌법재판연구원 3층 대강의실

공동주최 사단법인 한국사회보장법학회
헌법재판연구원

한국사회보장법학회



헌법재판소

헌법재판연구원

프로그램

13:30 ~ 14:00 등 록

진행 사회: 도재형 (이화여대 법전문 교수)

14:00 ~ 14:20 개회식

- 개회사: 이호근 (한국사회보장법학회 회장)
- 축사: 김이수 (헌법재판소장 권한대행)
- 환영사: 전광석 (헌법재판연구원 원장)

제1부 자유주제

사회: 노상현 (서울시립대 법전문 교수)

14:20 ~ 14:40 제1발제: **사회보험법과 사회연대 원리**

- 발표: 장승혁 (사법연수원 판사)

14:40 ~ 15:00 제2발제: **중국의 의료보험법제 -피부양자제도를 중심으로-**

- 발표: 송희숙 (단국대 강사)

15:00 ~ 15:20 종합토론

15:20 ~ 15:40 휴식

제2부 기획주제

사회: 임성희 (헌법재판연구원 제도연구팀장)

15:40 ~ 16:20 제1주제: **장애차별 금지 및 장애인의 평등권 실현**

- 발표: 이재희 (헌법재판연구원 책임연구관)
- 토론: 차성안 (전주지법 군산지원 판사)

16:20 ~ 17:00 제2주제: **장애인 참정권 보장: 정신적 장애인의 선거권 문제를 중심으로**

- 발표: 윤수정 (공주대 교수)
- 토론: 김종현 (헌법재판연구원 책임연구관)

17:00 ~ 17:40 제3주제: **법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송**

- 발표: 홍석표 (법무법인 광장 변호사)
- 토론: 김원영 (국가인권위원회 조사관, 변호사)

17:40 ~ 18:00 종합토론

18:00 ~ 폐회

- 폐회사: 이호근 (한국사회보장법학회 회장)

목 차

자유주제

【제1발제】

사회보험법과 사회연대 원리 장 승 혁 1

【제2발제】

중국의 의료보험법제 - 피부양자제도를 중심으로 - 송 희 숙 27

기획주제

【제1주제】

장애차별 금지 및 장애인의 평등권 실현 이 재 희 57

토론문 차 성 안 99

【제2주제】

장애인의 참정권 보장

- 정신적 장애인의 선거권 문제를 중심으로 - 윤 수 정 119

토론문 김 종 현 149

【제3주제】

법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송 홍 석 표 153

토론문 김 원 영 199

사회보험법과 사회연대 원리

장 승 혁*

- I. 서론
- II. 연대에 관한 연혁적인 고찰
- III. 사회보험의 구조와 사회연대 원리
- IV. 한국의 사회보험과 사회연대 원리
- V. 사회연대의 법적 개념화를 위한 시론

I. 서론

사회보험은 질병, 산업재해와 같은 사회적 위험에 대한 상호적이고 집단적인 보장방식으로 등장하였다. 사회보험은 보험가입자의 기여(보험료)를 통하여 보험가입자의 사회적 위험에 대응한다는 점에서는 기본적으로 보험이다. 그러나 사회보험에는 ‘사회적인 요소’가 있다는 점에서 사보험과 다르다. ‘사회적인 요소’는 일정한 사람들에게 보험 가입의무를 부과하고 보험가입자의 기여가 아니라 구체적인 필요에 따라 일정한 급여를 지급하게 한다. 즉, 이것은 일정한 사람들로 하여금 보험공동체를 구성하여 상호 협력하도록 강제하고 그럼으로써 그 사람들의 생활을 집단적으로 보장하도록 한다. 이렇듯 ‘사회적인 요소’는 일정한 범위의 사회구성원에게 서로의 생활에 대한 공동책임을 부과한다. ‘사회적인 요소’의 위와 같은 작용은 로마법상 공동책임을 의미하는 연대(solidarity)와 상통한다. 이러한 점에서 우리는 ‘사회적인 요소’를 ‘사회연대(social solidarity)’라 부를 수 있다.

사회연대가 사회보험의 형성과 운영에 핵심적인 역할을 한다는 점은 헌법재판소

* 사법연수원 교수.

의 결정에서도 여러 차례 언급되고 있다. 즉, 헌법재판소는 가입강제를 통한 보험료 납부 또는 개인별 등가원칙에 어긋난 보험급여 등을 정당화하는 근거로서 사회연대의 원칙을 들고 있다.¹⁾ 그러나 사회연대가 사회보험의 연구에서 가지는 본질적인 중요성에도 불구하고 법학적 관점에서 사회연대의 개념, 법적 성격에 관하여 연구한 문헌을 찾아보기 어렵다. 이에 이 논문은 다음과 같은 물음에 답함으로써 사회연대를 연구하고자 하였다. 사회연대는 사회보험을 어떠한 방식으로 형성하고 사회보험의 운영방식을 어떻게 결정하는가? 사회연대란 법적으로 무엇을 의미하는가? 사회연대에서 일정한 의무와 권리개념이 도출될 수 있는가?

II. 연대에 관한 연혁적인 고찰

위와 같은 질문에 답하기 위해서는 로마법상 공동의 책임이라는 법적인 개념에서 출발한 연대의 기원과 발전과정에 관한 고찰이 필요하다. 연혁적인 고찰이 사회연대의 법적 실체를 밝히는 데 일정한 기여를 할 수 있기 때문이다. 시기별로 아래와 같이 발전단계를 요약할 수 있다.

1. 산업사회 도래 이전과 프랑크 혁명

개념 자체의 어원을 살펴본다면, ‘연대’라는 말 자체는 라틴계 어원을 가지고 있고, 그것은 민사법 내의 공동 책임(Haftungsgenossenschaft)을 의미하였다. 로마의 법적인 개념인 ‘solidum’은 전체를 위한 의무, 공동의 책임(joint liability), 공통의

1) 헌법재판소 2013. 7. 25. 선고 2010헌바51 결정, 헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌마299 결정(직장가입자와 지역가입자의 건강보험료 부담 차등을 정당화하는 데 인용된 사례), 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2011헌바53 결정(결사의 자유가 사회연대를 촉진한다), 헌법재판소 2012. 3. 29. 선고 2010헌바432 결정(장애인 고용의무제도의 실효성 확보수단인 고용부담금제도는 사회연대책임의 이념을 반영한다), 헌법재판소 2007. 4. 26. 선고 2005헌바51 결정(사회보험료는 사회연대의 원칙에 따라 사회적 효율성과 개별적 공정성을 고려하여 적절한 기준에 따라 정할 수 있다), 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2001헌바96 결정(장애인 의무고용제도는 사회연대책임의 원칙에 의하여 장애인고용의무를 국가 및 지방자치단체, 민간 사업주에게 부과하는 것이다), 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정(사회연대의 원칙은 국민들에게 최소한의 인간다운 생활을 보장해야 할 국가의 의무를 부과하는 사회국가 원리에서 나온다) 등 참조.

빛, 연대채무(solidary obligation)를 의미하였다.

프랑스혁명 당시 사람들의 입에 많이 오르내린 것은 연대가 아니라 박애(fraternité)이었다.²⁾ 박애는 프랑스혁명에서 만인의 평등과 인민주권과 결합하였고, 인간들의 보편주의적 유대를 가리키기 위해 사용되는 경향이 강했다.³⁾ 프랑스혁명을 통하여 박애는 빈곤과 빈민 구호를 다루는 용어의 범위를 근본적으로 변화시켜야 하는 위상을 가지게 되었다. 왜냐하면 종래의 중심적인 개념인 자선, 구결 등은 위계적이고 수직적인 반면, 박애는 동등한 사람들 사이의 수평적인 결속으로 이해될 수 있기 때문이었다.⁴⁾

2. 자본주의의 발전에 따른 연대 이념의 구체화

19세기 후반 사회유기체론에 근거한 연대주의(solidarisme)에 의하면, 사회는 산업재해, 질병 등의 위험을 내재하고 있고, 사람들은 사회적인 분업과 직업적인 특화로 생겨난 상호의존에 의해 연결되기 때문에 유기체와 마찬가지로 위험의 영향에 대하여 집단적으로 대응하여야 할 필요성이 생겨난다. 여기서 개인은 사회의 유지와 발전이라는 관점에서 사회적 준계약(quasi-contrat social)을 소급하여 체결함으로써 동시대의 인간에 대한 협력의무와 다음 세대에 대한 채무를 승인한다. 사회적 준계약은 계약당사자인 개인에게 발생한 개인적 위험을 집단적 위험이 발현한 것과 동일시하기 때문에 사회가 질병, 산업재해 등에 대한 보상책임을 부담해야 한다고 본다. 한편, 19세기 노동운동에서 연대는 산업가에 대항한 투쟁에서 노동자들의 결속을 의미하였고, 가톨릭에서 연대는 계급적 이해관계를 넘어 모든

2) 앞서 보았듯이 어원상 연대는 공동책임을 의미하는 로마법상 개념이지만, 박애는 ‘신 아래 있는 인류의 유대’라는 종교적 개념이라는 점에서 구별된다. 하지만 박애와 연대는 자주 혼용되는 개념이었다. 19세기에 들어서도 연대의 개념은 박애와 함께 사용되다가 1848년 이후에 박애를 대체하였다(Hauke Brunkhorst, *Solidarity: From Civic Friendship to a Global Legal Community*, translated by Jeffrey Flynn, The MIT Press, 2005., 1면). 또한 레옹 부르주아도 “우리는 (연대를) 공화국 구호의 세 번째 단어인 ‘박애(fraternité)’의 단순한 변용으로 받아들이는 듯하다.”라고 언급하였다(Léon Bourgeois, *Solidarité*, Librairie Armand Colin, 1902, 6, 7면). 이러한 점에 근거하여 이 논문에서는 프랑스혁명의 박애가 연대와 사실상 명확하게 구별하기 어려운 개념이라는 점을 전제로 논의하기로 한다.

3) Michel Borgetto, *La notion de fraternité en droit public français: le passé, le présent, l'avenir de la solidarité*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1993, 55 - 63면

4) Karl H. Metz, 앞의 논문, 191면

사람을 포함하는 연대를 지향하였다.

3. 사회연대의 제도화와 현대적 전개

비스마르크는 19세기 후반 노동자의료보험, 재해보험, 장애·노령보험의 도입으로 노동자계급의 동요를 막고 사회주의의 확산을 저지하고자 하였다. 독일에서 사회보험의 도입은 국가 주도의 계급갈등 완화책이었고, 연대가 그 제도 도입의 이념적 배경이라고 보기는 어렵다. 프랑스는 1898년 노동재해보상법에서 최초로 집단적인 위험에 대처하고자 하였고, 20세기 초반 집단적인 보장은 연금 등의 영역으로 확장되었다.

ILO의 필라델피아 선언에서 밝힌 목적은 사회연대 원리에 입각한 개인적, 집단적 보호로 해석할 수 있고, 연대는 자유, 평등과 함께 독일과 북유럽의 사회민주주의, 프랑스의 사회주의의 핵심적인 강령으로 등장하였다.

Ⅲ. 사회보험의 구조와 사회연대 원리

사회연대의 본질을 이해하기 위해서는 사회보험의 법적 구조에 관한 고찰이 필요하다. 이하에서는 사회연대의 법적 실체를 파악하기 위하여 사회보험의 형성, 적용, 수급, 부담, 의사결정의 차원에서 사회보험의 법적 구조를 분석하고자 한다. 그 과정에서 사회보험과 사보험의 대비와 사회연대가 보험의 원리를 수정하는 방식은 사회보험의 바람직한 제도적 모습과 사회연대의 개념적 요소를 고찰하는 데 유용한 접근방식이 될 것이다.

1. 보편적인 적용

1) 사회보험의 보편적 성격

보편주의라고 하는 것은 근로자 또는 빈민계층만을 대상으로 하지 않고 각계각층을 포괄하는 국민 전체를 사회보장법의 적용대상으로 망라하여야 한다는 원칙이

다.5) 보편주의는 사회보험에도 적용된다. 사회보험은 역사적으로 기업 내 근로자의 노동력을 보전하는 의미에서 근로자에 대한 사용자의 부양의무를 실현하는 노동보험이었으나, 그 대상영역을 근로자에게만 한정하지 않고 전 국민으로까지 확장·발전시킨 제도이다.6) 사회보험의 보편성은 ‘각자에게 똑같은 것을’이라는 정의 관념에 기초하여 본질적으로 동일한 범주에 속하는 사람들에게 동일한 사회적 보호가 제공되어야 함을 의미한다.

사회보험의 보편성은 2가지 관점에서 논의할 수 있다. 첫 번째 관점은 사회보험이 적용되는 대상이고, 두 번째 관점은 사회보험의 체계상 분리·통합이다.

첫째, 적용 대상의 보편성과 관련하여 사회보험은 특정한 사회적 보호를 보호하기 때문에 사회보험의 보편적 적용 범위는 사회보험이 보호하는 사회적 위험이 무엇인가에 따라 달라진다. 예컨대, 질병, 노령, 장애는 국민 또는 시민권자가 직면하는 사회적 위험이므로 모든 국민 또는 시민권자는 연금보험과 건강보험에 의한 보호를 받을 수 있어야 한다. 이와 달리 업무상 재해나 실업은 일정한 고용관계의 형성을 전제로 하므로 산재보험과 고용보험은 모든 근로자에게 보편적으로 적용되어야 한다.

둘째, 체계상 보편성과 관련하여 사회보험의 통합이란 직역의 구분 없이 질병, 노령, 산업재해, 실업이라는 사회적 위험을 하나의 보험에서 보호하는 체계를 의미한다.7) 사회보험이 사회적 위험에 따라 건강보험, 연금보험, 산재보험, 고용보험으로 독자적으로 성립하여 운영되는 체계인 경우에는 개별적인 사회보험마다 보험가

5) 이흥재, 강경선, 최병조, 박세일, 佐藤進, 김상균, 松井亮輔, 『장애인복지법제』, 법무부, 1989, 18면(이흥재 집필부분)

6) 김유성, 『한국사회보험법론』, 제5판, 법문사, 2002. 24, 25, 33면; 헌법재판소도 같은 취지에서 “사회보험은 원래 노동보험을 중심으로 하여 발전해 온 제도이고 이러한 노동보험은 원래 노동능력을 상실한 근로자를 중심대상으로 한 것이었으나 그 후 노동기회를 상실한 근로자까지 포함하는 것으로 발전하였으며 사회보험은 이와 같은 노동보험을 중심으로 하고 같은 원리와 목적에 입각한 제도이면서 다만 그 대상영역을 근로자에게만 한정하지 않고 전 국민에게까지 확장·발전시킨 제도라고 할 수 있다(헌법재판소 2001. 2. 22. 선고 99헌마365 결정).”고 판시하였다.

7) ‘보장의 통합(Einheitversicherung)’이란 연금, 건강보험, 산재보험을 하나의 제도로 통합하고, 생산직과 사무직 근로자 및 자영업자를 구별하지 않고 단일한 대상자로 삼는 것을 의미한다. 1945년 소련 점령군 지역인 베를린 시 사회보장국(전후 시민들의 생계보장을 위해 시의회가 설치한 것으로 사회민주주의자들이 주도하여 조직)은 모든 임금근로자와 자영업자를 하나의 사회보험에 통합하려고 시도하였으나 자영업자 등의 반대로 실패하고 말았다(윌석조, “건강보험통합의 이념성 고찰”, 사회복지정책 제17호, 2003. 12, 39면). 보장의 통합은 급여체계의 통일성을 의미하는 것으로 단순한 보험료의 부과·징수의 통합과 구별된다.

입자에 대한 적용 여부와 수급요건을 결정해야 한다. 또한 사회보험이 직역별로 분리되어 있다면 가입 자격과 수급관계에서 차이를 보일 수밖에 없다. 사회보험이 모두 통합된 체계에서는 직역을 가리지 아니하고 사회적 위험에 대한 보호가 통일적으로 결정될 수 있다. 따라서 보편성을 법적으로 평가할 경우에는 사회보험의 적용 대상이 넓게 설정되고, 사회적 위험에 따라 분리된 보험체계보다는 통합된 보험체계가 보편성의 실현 정도가 높다고 말할 수 있을 것이다.

2) 시민권과 사회연대

사회연대의 인적 범위를 설정하기 위한 기초로서는 ‘국민’과 ‘시민’이라는 개념을 상정할 수 있다.⁸⁾ 국적을 바탕으로 사회연대의 인적 범위를 설정한다면, 사회연대란 곧 ‘국민연대’를 의미하게 된다. 이러한 태도는 헌법의 문언과 일치한다. 즉, 헌법은 시민권이라는 개념을 사용하고 있지 아니하다. 헌법 제6조 제2항은 “외국인은 국제법과 조약이 정하는 바에 의하여 그 지위가 보장된다.”고 규정하고 있고, 모든 기본권과 의무의 주체로 국민을 규정하고 있다. 그러나 이러한 헌법의 문언에도 불구하고 사회연대의 인적 범위는 다음과 같은 점에서 시민권을 토대로 설정되어야 한다고 생각한다.

첫째, 연혁적으로 생존권은 근로자계층의 생존을 위한 투쟁, 단결, 단체행동 등에 의하여 특별히 촉진된 권리이나,⁹⁾ 이후 생존권은 모든 인간에게 보편적으로 보장되어야 할 권리로 발전하였다. 따라서 외국인도 일정한 제한을 받더라도 기본적으로 생존권적 기본권의 주체가 될 수 있다고 해석하는 것은 생존권의 보편적 성격과 사회보험의 체계와 합치한다.

둘째, 시민권에는 사회적 권리가 포함되어 있다. 마셜은 『시민권과 사회계급(Citizenship and Social Class)』에서 시민권을 ‘공동체의 완전한 구성원에게 부여되는 일종의 지위’¹⁰⁾라고 정의하였다. 마셜에 의하면 시민권은 시민적, 정치적, 사회적 권리로 구성되어 있고, 이 때 사회적 권리는 어느 정도의 경제적인 복지와 사

8) 이 논의는 외국인을 사회연대의 대상에 포함할 것인가, 제외할 것인가에 초점을 맞춘 것이지만, 사회연대가 어느 정도로 배타성이라는 성질을 가지고 있는가를 밝혀주기도 할 것이다.

9) 김유성, 앞의 책, 30면

10) T. H. Marshall and Tom Bottomore, *Citizenship and Social Class*, Pluto Press, 1992, 18면

회보장에 관한 권리로부터 사회적 유산의 완전한 공유와 사회의 지배적인 기준들에 따라 문명화된 존재로서 살아가는 것에 관한 권리를 의미한다.¹¹⁾ 마셜의 시민권 개념은 시민적, 정치적, 사회적 권리의 차원에서 모든 사람이 한 사회의 완전한 구성원이 된다는 의미를 잘 보여준다.¹²⁾ 따라서 사회연대는 사회적 권리가 포함된 시민권에 기초하여 형성되어야 한다.

2. 집단적인 책임

1) 사회보험의 집단적 성격

사회연대는 인간의 상호의존성에 근거한 공동책임으로 개인에게 발생한 사회적 위험에 대처하고자 한다. 사회연대에 기초한 사회보험에서 집단적 책임이란 일정한 보험공동체가 개인의 생존·생활을 보장하는 공적 부양을 의미한다. 또한 사회보험의 집단적 성격은 보험의 원리가 예정하고 있는 바이기도 하다. 보험의 원리에 의하여 동질의 경제상 위험(보험사고)에 놓여 있는 다수인이 하나의 단체를 구성하기 때문이다.

개인은 그 경제적인 능력의 차이에 따라 사회적 위험에 대처하는 정도가 다르다. 경제적으로 풍족한 사람은 사보험 가입 등을 통하여 사회적 위험으로부터 자신을 보호하는 반면, 경제적으로 열악한 사람은 장래에 닥칠 사회적 위험에 대처하기 어렵다. 여기서 사회연대는 시장에 간섭한다.¹³⁾ 즉, 사회연대는 계약 체결의 자유를 제한하여 강제적으로 보험공동체를 구성한다. 이에 따라 사회보험은 그 본질상 강제적 요소가 수반될 수밖에 없다.¹⁴⁾ 강제가입에 기초한 사회보험은 대규모 보험공동체의 구성을 통하여 보험가입자를 사회적 위험으로부터 용이하게 보호한다.¹⁵⁾ 이와 같이 사회보험의 집단적 성격은 강제가입에서 뚜렷한 모습을 드러낸다.

¹¹⁾ T. H. Marshall and Bottomore, 앞의 책, 8면

¹²⁾ 마셜의 시민권 이론은 자선과 박애를 기초로 하여 빈민에게 구호를 제공했던 전통적 인식을 권리의 관념에 기반한 모든 국민을 위한 보편적 복지라는 패러다임의 전환을 이룬 것으로 평가를 받았다(김윤태, “토마스 험프리 마셜의 시민권 이론의 재검토: 사회권, 정치, 복지국가의 역동성”, 담론 201(16권 1호), 2013., 7면).

¹³⁾ 사회보험의 집단주의적 요소는 시장에 간섭하는 것이다(티 에치 마셜, 『시민권과 복지국가』, 김윤태 옮김, 이학사, 2013, 120면).

¹⁴⁾ 헌법재판소 2003. 10. 30. 선고 2000헌마801 결정

2) 강제가입

강제가입이란 국가가 법에 정해진 기준에 따라 설정된 인적 집단을 구성원으로 하여 법인을 설립하고, 그로 하여금 사회적 위험에 대한 생활보장이라는 과제를 자치적으로 이행하도록 하기 위한 법적 수단이다.¹⁶⁾

강제가입의 기능은 사회보험과 보험가입자라는 2가지 차원에서 살펴볼 수 있다. 먼저 강제가입은 사회보험의 존속·유지에 결정적인 역할을 담당한다. 사회보험은 강제가입을 통하여 위험발생 가능성이 높아 사회적 보호의 필요성이 크지만 경제적 능력의 부족으로 가입 가능성이 낮은 사람들을 보험공동체로 끌어들인다. 그 결과 보험관계의 내용은 당사자들이 개별적으로 선택할 수 없고 법률로 정하여진다. 원칙적으로 탈퇴의 자유도 인정되지 아니한다. 강제가입을 통하여 보험공동체의 규모가 커질수록 사회보험을 통한 보호도 더 확실하게 되기 때문이다.¹⁷⁾

다음으로, 강제가입은 보험가입자의 자립을 가능하게 한다. 사회적 위험에 많이 노출되었거나 소득수준이 낮은 사람일수록 사보험에 가입하는 것이 어렵거나 불가능하다.¹⁸⁾ 그런데 이러한 사람들도 강제가입을 통하여 사회보험에 가입하여 사회적 보호를 받을 수 있다. 강제가입이 아니었다면 질병, 장애 등이 발생하여 자립이 불가능하거나 생활에 위협을 받았을 사람들이 강제가입을 통하여 사회보험에 의한 급여를 받고 자립하거나 자립을 위한 기반을 마련할 수 있게 되는 것이다.

3. 필요에 의한 급여

1) 사회보험과 필요

사회보험은 보험가입자 등에게 인간다운 생활의 영위에 필요한 급여를 제공한다. 현대 복지국가에서 인간의 필요는 기본적으로 소득 보장과 사회서비스의 제공에 의하여 충족된다. 사회보험은 원칙적으로 사회적 위험이 현실화된 보험가입

15) 이달휴, “사회보험의 원리”, 복지행정논총 제10권, 2000., 285면

16) 헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정

17) Otto Depenheuer, *Solidarität im Verfassungsstaat: Grundlegung einer normativen Theorie der Verteilung*, Herstellung und Verlag, 2009., 124면

18) 위 2000헌마801 결정

자¹⁹⁾에게 그 필요에 의한 급여를 제공한다. 사회보험에서 보험가입자는 법률에서 정한 급여액을 지급받는데, 이 급여액은 원칙적으로 보험가입자가 납부한 보험료에 비례하여 정해지는 것이 아니라 보험가입자의 필요에 따라 결정된다. 사회보험에서는 보험가입자의 필요에 기초하여 급여가 제공된다는 점에서 보험의 원리가 수정된 것이다.

사회보장은 “인간에게 진정으로 필요한 것은 객관적으로 결정할 수 있고, 그렇기 때문에 제3자로부터도 직접적으로 충족될 수 있다.”는 전제에서 출발한다. 그런데 필요는 가변적이고 주관적인 속성을 가지고 있으므로, 필요를 그 우선성과 중요도에 따라 구분하여 어떠한 필요가 우선적으로 충족되어야 하는지를 확정하여야 한다. 그렇다면 필요는 우선순위에 따라 생존을 유지하기 위한 기본적 필요,²⁰⁾ 생존의 위협으로부터 벗어나서 사회적 위험이 발생하기 전에 유지하였던 생활을 영위하는 생활상 필요로 나눌 수 있다.²¹⁾ 사회보험에서는 법에 정해진 급여가 제공되면 보험가입자에게 발생한 사회적 위험은 극복된다는 가정을 한다.²²⁾ 그러므로 보험가입자는 사회보험에서 정한 급여를 지급받으면 사회적 위험이 발생하기 전의 생활을 유지할 수 있어야 한다. 그렇다면 사회보험은 보험가입자의 생활상 필요를 충족시켜야 한다.

사회적 위험에 따라 필요를 충족시키는 방식은 사회보험별로 다르다. 건강보험에서는 가입자에게 질병이 발생한 경우 그 치료에 필요한 요양서비스를 제공하여 보호하는 현물급여의 원칙을 채택하고 있다.²³⁾ 이에 따라 건강보험에서 가입자는 질병 발생까지의 보험료 납입액을 고려하지 않고 질병 치료에 필요한 급여를 받는

19) 다만, 산재보험에서는 사업주가 보험가입자로서 보험료를 부담하고, 그 보험료로 산업재해를 당한 재해 근로자 등에게 소정의 보험급여가 지급되므로 보험가입자의 필요가 충족되는 것은 아니다. 이것은 산재보험의 책임보험적 성격에서 비롯되는 것이다.

20) 기본적 필요 개념을 ‘우리가 생존하기 위하여 그리고 살 만한 가치가 있는 삶을 영위하기 위해 반드시 요구되는 조건들을 내용으로 하는 필요들’로 풀이한다면, ‘기본적 필요’의 내용은 인간과 시민으로서 살아가기 위해서 반드시 충족되어야 할 물질적 수단들, 사회문화적 수단들(대표적인 것이 의무교육), 특정한 권리들(가령 장애인 이동권이나 접근권), 공동체적 관계 등을 구성하는 재화들이라고 할 수 있겠다(Wojciech Sadurski, *Giving desert its due: social justice and legal theory*, Reidel, 1985, 168면).

21) 물론 생활상 필요를 상회하는 추가적 필요를 상정할 수 있을 것이다.

22) 이흥재, 전광석, 박지순, 『사회보장법』, 신조사, 2013., 12면

23) 이것은 질병을 치료하는 데 소요되는 비용을 보상하는 원칙인 비용보상의 원칙과 구별된다 (이흥재, 전광석, 박지순, 앞의 책, 42면).

다. 연금보험법에서는 사회보험의 필요지향성이 덜 명확하게 나타난다.²⁴⁾ 연금급여는 구체적인 필요 상황과는 독립적으로 이전의 보험료 납입에 의한 일정 총액으로 어느 상한 내에서 법적으로 결정된다.²⁵⁾ 여기에서 연금가입자의 개별적인 필요성은 통상적으로 퇴직 전 소득에 비해서 연금소득이 어느 정도인가를 나타내는 소득 대체율(replacement rate)로 측정된다. 연금가입자의 퇴직 등으로 인한 소득능력 상실은 우연적인 것이지만, 공적 연금을 운영하는 국가는 기대수명, 국민소득의 변화, 연금적립자산의 투자수익 등을 고려하여 소득대체율이라는 방식으로 연금가입자의 필요를 전체적으로 측정할 수 있다. 산재보험은 업무상 재해와 업무상 질병에 대한 요양급여와 미취업기간 중 소득 상실에 대한 휴업급여 등을 지급하므로 신체적 장애와 경제적 장애로 인하여 발생한 필요를 법령에서 정한 기준에 따라 충족시킨다. 그리고 고용보험은 실업으로 인한 소득 상실에 대하여 일정한 기간 동안 구직급여를 지급하므로 경제적 장애로 인하여 발생한 필요를 역시 법령에서 정한 기준에 따라 충족시킨다.

2) 사회연대와 필요

(1) 사회연대의 작용범위와 필요

필요를 기본적 필요, 생활상 필요 그리고 생활상 필요를 상회하는 추가적 필요로 분류한다면, 사회연대가 작용하는 범위는 기본적 필요와 생활상 필요에 한정된다고 보아야 한다. 사회연대는 그 중 절대적으로 보장되어야 하는 기본적 필요에 가장 강하게 작용하고, 추가적 필요는 시장을 통한 경쟁 등을 통하여 충족될 것이다. 추가적 필요를 포함한 모든 필요가 연대를 통하여 확보된다면 업적과 성과에 따른 시장적 배분을 왜곡할 수 있기 때문이다.

예컨대, 공적연금에 의한 노후 생활보장을 낮은 수준, 중간 수준, 높은 수준이라는 3단계로 구성할 경우에 각 수준별로 사회연대의 작용 여부와 정도는 다를 것이다. 물질적인 생존과 직결되어 있는 낮은 수준의 노후 생활보장은 누구에게나 절대적으로 확보되어야 한다는 점에서 사회연대가 가장 강하게 작용하는 영역이다. 따라서 최저수준의 노후 생활보장을 확보하기 위한 연금보험료의 부담은 용이하게

²⁴⁾ Otto Depenheuer, 앞의 책, 133면

²⁵⁾ Otto Depenheuer, 앞의 책, 134면

정당화될 수 있을 것이다. 퇴직 이전의 생활을 영위하는 중간 수준의 노후 생활보장에서 사회연대는 생활상 필요를 보장하도록 하는 역할을 한다. 따라서 사회연대를 강조할수록 고소득층의 소득에 따른 보험료 부담이 저소득층의 퇴직 이후에 발생하는 생활상 필요를 충족시키도록 연금급여의 산정방식에서 소득재분배적인 요소가 중시되어야 한다. 생활상 필요를 넘어서는 높은 수준의 노후 생활보장은 사회연대가 작용하기 어려운 영역이다. 이 단계에서는 각 개인이 경제적 자원 여하에 따라 추가적인 연금수급권을 확보할 수 있다.

(2) 필요의 충족에 기한 규범통제

사회보험은 ‘필요에 의한 급여’를 본질적인 요소로 포함하고 있고, 사회연대는 ‘필요의 충족’을 목적으로 하므로, 사회보험이 보험가입자의 기본적 또는 생활상 필요를 충족시키지 못할 경우에는 사회연대 원리에 위반된다고 말할 수 있다. 따라서 이러한 경우 사회연대는 필요의 충족을 방해하는 입법에 대한 사법심사의 기준이 된다. 사회연대가 헌법상 근거를 가지는 권리라고 할 경우에는 사회연대는 사회보험수급권을 제한하는 입법의 위헌성을 판단하는 기준이 될 수 있다.

그리하여 급여가 필요함에도 제공하지 아니하는 법령은 사회보험수급권의 본질을 침해하여 위헌이고, 이러한 법령에 기초한 제한처분은 위법하다.²⁶⁾ 사회보험에서 ‘필요’라는 개념은 그 구체화 정도와 내용에 따라서 사회보험수급권에 대한 제한 입법과 그에 기초한 행정처분의 위헌·위법성을 심사하기 위한 유용한 도구가 될 수 있다.

4. 능력에 따른 기여

1) 사회보험료 부담의 형평성

사회보험의 가입자는 원칙적으로 경제적인 능력에 따라 보험료를 납부한다. 즉

²⁶⁾ 헌법재판소도 경과실로 인한 범죄행위에 기인하는 보험사고에 대하여 의료보험급여를 부정한 위헌소원 사건(헌법재판소 2003. 12. 18. 선고 2002헌바1 결정)에서 “사회보장급여를 절실히 필요로 하는 곳에 오히려 이를 제공하지 않는 것은 제도의 본질을 침해하여서는 안 된다는 헌법상의 한계를 일탈하여 의료보험수급권의 본질을 침해하여 위헌이다.”라는 취지로 판시하여 사회보험수급권의 본질을 필요와 관련하여 이해하려는 태도를 보이고 있다.

사회보험에서는 개별적인 보험 위험(예컨대, 가입 연령, 성별, 기왕증)은 보험료 책정에서 고려되지 않고, 피보험자의 개인적인 지급능력이라는 사회적 관점이 보험료 할당의 척도를 형성한다.²⁷⁾ 따라서 소득이 높은 사람은 많은 보험료를 부담하고, 경제적 능력이 부족하거나 없는 사람은 보험료가 감면될 수 있다. 능력에 따른 기여는 가입자 본인의 장래 수급권을 형성하는 데에서 더 나아가 다른 가입자에게 필요한 급부를 제공하는 토대를 형성할 수 있다. 또한 능력에 따른 기여는 소득에 따른 부담의무를 정당화함으로써 사회보장의 확대에 따른 재정적인 수요에 능동적으로 대응할 수 있도록 한다.

능력에 따른 기여는 필요에 의한 급여와 함께 사회연대의 본질적인 구성부분이기도 하다.²⁸⁾ 보험가입자의 필요는 다른 보험가입자의 능력에 따른 기여를 통하여 충족될 수 있다.²⁹⁾

2) 사회연대와 능력

(1) 정의의 관념과 능력에 따른 기여

능력에 따른 기여는 소득의 구성요소를 연대적인 시각에서 재구성할 것을 요구한다. 안톤 멩거(Anton Menger)가 노동전수익권(勞動全受益權, Right to the whole produce of labor)에서 근로자의 노동으로 인한 모든 수익이 자신에게 귀속되어야 한다고 보았다면,³⁰⁾ 연대는 근로자를 비롯한 개인의 수익(소득)에는 타인의 기여, 공동체의 보호와 지원에 따라 형성된 부분이 분명히 존재한다고 본다. 그리고 그 부분은 소득이 증가하면 할수록 커지게 되는데, 개인 혼자 노력으로 창출될 수

²⁷⁾ Josef Isensee, Umverteilung durch Sozialversicherungsbeiträge, 1973(Otto Depenheuer, 앞의 책, 28면에서 재인용)

²⁸⁾ 헌법재판소도 “본질적으로 부담능력이 없는 자에 대하여 (건강)보험료를 부담시킨다면 사회연대원칙에 입각한 사회보험제도를 요구하는 사회국가원리에 반할 소지가 있다(헌법재판소 2003. 6. 26. 선고 2001헌마699 결정).”고 하여 능력에 따른 기여를 사회연대의 구성요소로 파악하고 있다.

²⁹⁾ 산재보험에서는 보험가입자인 사업주의 기여에 따라 재해 근로자의 필요가 충족되므로 보험가입자들 사이에서 필요와 능력의 상호교환이 일어난다고 볼 수 없다. 하지만 산재보험의 적용단위인 사업 내에서는 (재해 근로자의) 필요와 (사업주의) 능력의 상호교환이 일어난다고 볼 수 있다.

³⁰⁾ Anton Menger, *The right to the whole produce of labour: The Origin and development of the theory of labour's claim to the whole product of industry*, Translated by M. E. Tanner, Macmillan and Co., Ltd, 1899, 1-28면

있는 소득의 양이란 기본적으로 일정한 한계가 있어서 그 한계를 초과하는 부분은 모두 타인의 기여, 공동체의 보호나 지원에 의하여 형성된 것으로 보게 되기 때문이다. 따라서 고소득 가입자의 소득에 비례하여 납부된 사회보험료 중 일정한 부분이 타인인 저소득 가입자의 필요를 충족시키는 것은 정의의 관념에 부합한다.

(2) 무형적 가치와 능력에 따른 기여

경제적인 능력에 따른 보험료 납입을 유형적인 기여로 부른다면, 아동 양육은 무형적인 기여라 할 수 있다. 미래 세대의 아이들은 연금보험이 유지되기 위한 전제조건에 해당한다.³¹⁾ 따라서 아동 양육은 가족 내부에서 이루어지는 사적인 일이기도 하지만, 사회보험의 존속과 유지에 기여하는 공적인 성격을 가진다. 이렇듯 아동 양육은 사회보험의 존속과 유지를 위하여 반드시 필요한 일이지만, 여기에 소요되는 노력을 경제적인 가치로 환산하기는 곤란하다. 이에 따라 아동 양육을 사회보험의 유지를 위한 경제적인 기여와 마찬가지로 보아 연금점수³²⁾나 연금보험 가입기간의 추가산입(크레딧)³³⁾으로 반영하거나 자녀가 없는 보험가입자에게 추가 보험료³⁴⁾를 부담하게 하는 것은 이러한 관점에서 이해할 수 있다.

5. 참여에 의한 자치

1) 사회보험과 민주성

31) BVerfGE 82, 60/81.

32) 독일에서는 10세까지의 아동을 양육하는 기간에 대해서는 월 0.0833의 연금점수, 즉 연 연금 점수 1이 인정된다(독일 사회법전 제6편 제70조 제2항).

33) 국민연금법 제19조

34) 독일 연방헌법재판소는 2001년 4월 3일 “보험료 납입과 더불어 자녀를 돌보고 교육함으로써 분담으로 재원이 마련되는 사회보험체제의 기능가능성(Funktionsfähigkeit)에 대한 세대적 기여를 행하는 사회적 장기요양보험의 가입자가 자녀가 없는 가입자와 동등한 액의 의무보험료를 부담하는 것은 독일 기본법 제6조 제1항(혼인과 가족은 국가의 특별한 보호를 받는다)과 함께 제3조 제1항(모든 인민은 법 앞에 평등하다)에 위반된다.”는 헌법불합치 결정을 하였다(BVerfGE 103, 242). 독일 연방헌법재판소는 이 결정에서 자녀 양육이라는 공동체적인 기여가 이른바 ‘세대간 계약’을 통하여 사회보험 체제의 재정적인 안정과 지속적인 유지에 중요한 역할을 하는 만큼 보험료 납입에 상당하는 가치를 지닌 것으로 평가하여야 한다는 입장을 밝혔다. 이 결정 이후 23세 이후 자녀가 없는 보험가입자는 0.25%의 보험료를 추가로 부담하게 되었다(사회법전 제11편 제55조 제3항). {拙稿, “자녀 양육자와 독신자의 장기요양보험료 차등에 관한 사회보험법적 검토: 2001. 4. 3. 독일 연방헌법재판소 결정(BVerfGE 103, 242)을 중심으로”, 사회보장법연구 제5권 제1호, 신조사, 2016, 67, 68면}

사회보험의 민주성은 보험가입자들이 대등한 지위에서 사회보험에 관한 사항에 능동적으로 참여하여 실질적으로 그 내용을 결정하는 것을 내용으로 한다. 이와 같이 사회보험수급권자가 그 정책결정과 시행과정에서 사전적으로 참여하는 이른바 절차적 참여권의 확보야말로 사회보험수급권의 실질적 보장을 위한 중요한 관건이 아닐 수 없다.³⁵⁾

사회보험의 가입자는 양적으로 다수이며 질적으로 동질성을 가지며, 이러한 기초 위에서 민주주의적 의사결정에의 참여 가능성과 능력을 갖는 집단이다.³⁶⁾ 이에 따라 민주성은 참여를 통하여 보험가입자의 제도 운영에 관한 직접적인 의사결정과 보험가입자와 이해관계인의 보험자에 대한 감시·통제를 가능하게 한다. 그럼으로써 민주성은 사회보험의 운영에서 절차적 정의를 실현하고자 한다.

2) 사회연대와 참여

사회보험의 공정성과 투명성은 시민들의 참여를 통한 상호작용을 통하여 고양될 수 있다. 시민들은 참여에 의하여 사회보험에서 구현되는 상호적인 책임을 인식하고 다른 시민들과의 연대의식을 형성할 수 있다. 이러한 점에서 사회연대는 민주적 절차에 의한 참여의 가능성을 개념적인 기초로 하고 있다.

그런데 보험가입자와 수급자가 사회보험의 정책결정에 참여하기 위해서는 해당 의사결정이 자신의 법적 지위에 대해서 갖는 영향력을 인지할 수 있어야 한다.³⁷⁾ 이를 위해서는 사회보험의 정책결정에 관한 투명한 정보가 원활하게 제공되어야 한다. 이러한 전제가 충족된다면 보험가입자는 사회보험의 제도적 변경과 운영에 적극적으로 참여할 유인이 있다. 또한 보험가입자가 사회보험의 수급관계를 결정하는 데 참여하였을 경우 사회보험의 운영으로 발생한 결과를 받아들일 가능성도 높아질 수 있다. 따라서 사회보험의 수급관계에 관한 각종 의사결정에 보험가입자의 참여를 보장하는 제도적 장치가 마련되어야 한다.

35) 이흥재, “고용보험법의 기본원리와 문제점”, 서울대학교 법학 제39권 제2호, 1998, 254면 참조.

36) 이흥재, 전광석, 박지순, 앞의 책, 337면

37) 이흥재, 전광석, 박지순, 앞의 책, 339면

IV. 한국의 사회보험과 사회연대 원리

한국의 사회보험은 사회연대가 충실히 구현되고 있는 장(場)이라고 볼 수 있을까? 이하에서는 한국 사회보험의 근간을 이루는 국민건강보험, 국민연금, 산재보험, 고용보험을 중심으로 보편적인 적용, 집단적인 책임, 필요에 의한 급여, 능력에 따른 기여, 참여에 의한 자치라는 관점에서 그 실현 정도를 평가하기로 한다.

1. 보편적인 적용에 관한 평가

근로자와 관련한 보편적 적용의 평가 지표인 비정규직 근로자 등에 대한 고용형태상 차별이 존재하는지, 시민권자와 관련한 보편적 적용의 평가 지표인 외국인 또는 외국인 근로자도 국민과 마찬가지로 사회보험의 법적 적용을 차별 없이 받는지에 따라 보편성의 실현에 관한 법적인 평가가 달라질 것이다.

국민건강보험은 보편성의 원칙이 강하게 작용하는 영역이다. 생활하면서 직면하는 질병, 부상, 사망은 누구한테나 불시에 찾아올 수 있는 사회적 위험이기 때문이다. 국민건강보험법에서는 국내에 거주하는 국민과 체류자격이 없는 외국인을 제외한 외국인이 가입자 또는 피부양자가 될 수 있으므로, 국민건강보험은 공무원 등 직역별 분리와 상호주의에 의한 제한을 규정한 국민연금 보다 넓은 범위에서 보편성을 실현하고 있다고 볼 수 있다.

한편, 일용근로자 등도 국민연금이나 국민건강보험에서 적어도 지역가입자의 지위가 부여되어 있다는 점에서는 형식적인 법적 보편성을 충족하고 있으나, 사업장 가입자나 직장가입자인 정규직 근로자와 비교하면 일용근로자 등은 지역가입자로서 가중된 보험료의 부담을 지게 되므로, 이러한 적용상 차별은 국민연금과 국민건강보험이 법적 보편성의 실질적인 실현에서는 낮은 단계에 머물러 있음을 보여준다.

산재보험법은 정규직, 비정규직 등 고용형태를 가리지 아니하고, 특수형태고용종사자까지 적용대상에 포함하고 있으므로, ‘근로자’라는 개념을 중심으로 보편성을 강하게 실현하고 있다. 고용보험은 산재보험과 마찬가지로 ‘근로자’를 보호대상으로 하지만, 실업의 예방과 고용 촉진이라는 목적에 맞추어 65세 이상의 고령자와

단시간근로자를 적용대상에서 제외하고 외국인 근로자에 대하여도 일정한 체류자격과 상호주의를 요구한다는 점에서 산재보험보다는 보편성의 실현 정도가 낮다.

2. 집단적인 책임에 관한 평가

사회보험의 적용대상에 해당하는 국민은 관계 법령에 따라 의무적으로 사회보험에 가입하여야 하고, 적용 제외를 정당화할 수 있는 사유가 존재하는 경우에만 탈퇴가 허용된다. 임의로 탈퇴할 수 있는 예외를 넓게 인정할수록 사회보험의 인적 규모는 줄어들고 집단적인 책임에 기초한 사회적 위험에 대한 보장은 어렵게 되므로, 탈퇴가 정당화되는 예외적인 사정은 엄격하게 해석하여야 한다.

국민연금법상 기초생활수급자는 본인의 희망에 따라 사업장가입자가 되지 아니할 수 있도록 규정되어 있으나, 실질적으로 국민연금에서 국민기초생활 수급자를 배제하는 것으로 작용할 여지가 크다. 산재보험법도 특수형태근로종사자의 의사에 따른 적용 제외를 인정하고 있으나, 산재보험법의 생활보장적 성격이 강화되고 있고 특수형태근로종사자는 사회적 위험에 대한 보호가 더 절실한 집단에 속한다는 점을 감안한다면 이 문제는 특수형태근로종사자에 대한 사회보험의 집단적인 책임을 강화하는 방향으로 해결하여야 한다. 따라서 산재보험법상 특수형태근로종사자의 의사에 의한 적용 제외는 폐지되어야 한다.

3. 필요에 의한 급여에 관한 평가

현행 사회보험은 ‘필요’의 충족이라는 관점에서 볼 때 다음과 같은 입법적 미비를 보이고 있다. 먼저 국민건강보험법이 부가급여의 하나로 상병수당을 규정하고 있는 만큼 같은 법 시행령에 상병수당의 구체적인 내용을 규정함으로써 국민건강보험의 급여 중 하나로 상병수당을 구체화할 수 있을 것이다. 국민연금은 가입자의 물질적인 필요도 충족시키지 못하고 있다는 점에서 필요적 관점에서 볼 때 심각한 결함을 안고 있다. 20년 이상의 장기 가입자 집단에서도 국민연금은 최저생계비를 조금 상회하는 정도의 기본적인 생활을 보장하는 수준에 머물러 있고, 20년 이하의 가입자 집단에서 국민연금은 최저생계비에도 미치지 못하는 급여를 제

공하고 있기 때문이다. 또한 산재보험에서는 단순히 신체의 완전성만을 기준으로 장애를 측정하고, 이에 따라 장애급여를 산정하는 방식은 재해근로자의 소득상실이라는 사회적 위험을 측정하여 그 필요에 대응하는 방식이 보완되어야 한다. 고용보험법에서는 실업자인 피보험자의 질병으로 인한 소득상실에 대하여는 상병급여를 규정하고 있는 것과 달리 피보험자의 건강 보호에 관하여는 아무런 규정을 두고 있지 아니하다. 따라서 고용보험법상 피보험자의 지속적인 건강 보호라는 필요의 관점에서 피보험자가 국민건강보험법에 의한 수급자격을 유지할 수 있도록 고용보험이 피보험자의 건강보험료를 부담·지원하는 방안이 마련되어야 할 것이다.

4. 능력에 따른 기여에 관한 평가

국민건강보험에서 직장가입자의 경우 소득에 보험료율을 곱하여 보험료를 산정하므로 소득에 비례한 보험료가 부과되지만, 지역가입자의 경우에는 실제 소득뿐만 아니라 재산, 자동차 등을 고려한 추정소득에 보험료가 부과된다. 경제적 능력이 부족하거나 상실된 가입자에 대하여는 보험료의 경감, 체납보험료의 분할 납부, 체납자의 보험료에 대한 결손처분에 의하여 보험료를 감면하고 있다. 이러한 점에서 국민건강보험은 사회보험에서 능력에 따른 기여가 가장 잘 드러나는 영역이라고 할 수 있다. 국민연금가입자는 소득의 규모에 비례하여 높은 보험료를 부담하지만, 기준소득월액의 상한액이 있어서 소득에 따른 보험료 부담에 일정한 제한을 두고 있다.

산재보험의 적용은 사업을 단위로 하여 행해진다.³⁸⁾ 그에 따라 사업주가 부담하여야 하는 산재보험료도 사업을 단위로 결정된다. 즉, 산재보험료는 그 사업주가 경영하는 사업에 종사하는 근로자의 개인별 보수총액에 같은 종류의 사업에 적용되는 산재보험료율을 곱한 금액을 합한 금액이다(고용산재보험료징수법 제13조 제5항). 여기서 산재보험료율은 과거 3년간의 재해율이 반영되어 결정되지만(같은 법 제14조 제3항), 산재보험료의 산정요소로 사업주가 경영하는 사업의 임금총액이 또 다른 기준이 되므로 보험가입자인 사업주의 경제적인 능력에 기초하여 산재보

³⁸⁾ 김유성, 앞의 책, 278면

보험료가 결정된다고 볼 수 있다. 실업급여와 관련하여 근로자가 부담하는 고용보험료의 산정방식은 소득이 높은 근로자가 더 많은 부담을 지게 되어 있으므로 능력에 따른 기여에 부합한다.

능력에 따른 기여의 실현을 위해서는 소득과약의 방식과 소득의 평가가 중요하다. 이러한 관점에서 소득과약의 정도에 따른 소득추정과 소득간주방식, 보험료 부과대상인 소득의 상한선 설정을 능력에 따른 기여라는 관점에서 어떻게 평가할 수 있는지 살펴본다.

먼저 국민건강보험 지역가입자에 대한 소득추정방식은 소득과의 연관성이 부족한 요소에 기초하거나 소득이 없는 세대원에 대하여도 보험료부과점수를 산정하고 있고, 소득금액에 기초한 보험료의 부과가 역진적인 구조를 보이고 있으며, 재산에 따른 보험료 산정에서도 소득역진성을 발견할 수 있으므로, 능력에 따른 기여에 어긋난다. 다음으로, 국민건강보험법상 보수가 지급되지 아니하는 사용자의 수입금액을 해당 사업장에서 가장 높은 보수월액의 적용을 받는 근로자의 보수월액으로 간주하는 규정은 사용자의 부담능력이 적어도 가장 높은 보수월액의 적용을 받는 근로자의 보수월액을 상회할 것이라는 전제에서 있고, 이러한 전제는 부담의 평등을 의미하는 능력에 따른 기여에 부합한다.

소득에 비례한 부담의 평등을 실현하기 위해서 실제 소득에 기초한 보험료의 정산절차는 필수적으로 요청된다. 따라서 국민건강보험에서 소득월액보험료에 관한 정산절차를 마련하지 않은 것은 행정적 편의에 치우친 것이고, 실제 소득을 정확하게 반영하여 보험료를 부과하여야 할 법적 의무는 행정적 편의에 우선한다. 한편, 건강보험료의 산정에서 소득월액의 상한선을 설정하는 것은 소득역진적인 보험료의 산정을 가능하게 함으로써 능력에 따른 기여에 반한다.

5. 참여에 의한 자치에 관한 평가

참여에 의한 자치는 보험가입자가 사회보험의 운영에 관한 심의 또는 의결에 직접적으로 참여하는 모습으로 나타난다. 국민건강보험에서 건강보험정책심의위원회는 동수의 직장가입자 대표와 지역가입자 대표를 그 주요한 구성원으로 하는 피보험자의 대의기관으로, 직장가입자의 보험료율과 지역가입자의 보험료부과점수당

금액을 의결하면서 직장가입자와 지역가입자 사이에 보험료 부담의 집단적 형평이 이루어지도록 하는 역할을 한다. 위 심의위원회가 요양급여와 비용 등 주요사항에 관한 의결권한을 갖는 것은 바람직한 입법이라고 할 것이다. 국민건강보험에서 보험자인 국민건강보험공단과 보험가입자 및 요양기관은 보험료, 요양급여의 제공 및 요양급여 비용 결정에 관하여 서로 상충하는 이해관계를 가지고 있으므로, 요양급여와 비용에 관한 3 당사자의 법적 이해관계를 민주적으로 수렴하여 조화시킬 사회적 합의체가 요구되기 때문이다.

국민연금에서 가입자의 참여는 국민연금기금의 본래 목적을 벗어난 전용을 방지할 수 있고, 이로써 국민연금기금의 민주적 운영을 확보할 뿐만 아니라 가입자의 안정적인 연금 수급에 기여한다. 국민연금심의위원회, 국민연금기금운용위원회는 직접적으로 가입자의 이익을 대변할 수 있는 구성원이 과반수이므로 조직법상으로는 기금의 운용에 대한 민주적인 통제를 행사할 수 있는 상태에 있다. 그러나 국민연금기금이 보유하는 주식의 의결권 행사는 국민연금기금의 수익성 확보와 직결된 사안이므로, 연금가입자의 중대한 이해관계가 걸린 의결권 행사 사안에 관하여 의결권 행사 전문위원회가 필수적으로 관여하는 방향으로 민주적 통제가 강화되어야 한다.

V. 사회연대의 법적 개념화를 위한 시론

이상의 논의를 바탕으로 사회연대의 법적 개념을 제시하고자 한다. 이를 위해서는 다음과 같은 사전적인 논의가 필요하다. 첫째, 사회연대란 기본적으로 인간을 어떻게 바라보는가? 즉 연대가 상정하는 인간상은 어떠한 모습인가? 둘째, 규범적 영역에서 사회연대의 위치를 어떻게 설정할 것인가?

1. 사회연대에서의 인간상과 정의로서의 사회연대

사회연대에서 상정하는 인간상은 자기중심적이고 이타적인 속성에 기초하여 자립하고자 하나, 스스로 통제할 수 없는 위험에 대비하기 위해 공동체로부터 받는

일정한 구속을 받아들이면서 부채의식에 따라 서로 원조하고자 하는 사회적 인간이다.

사회보장은 이념적으로 사회정의의 일부분을 구성하고 있으며, 사회정의를 실현하는 대표적인 수단이다. 즉 사회정의는 ‘사회연대’를 통해서 개인의 생활위험을 보장할 것을 요청한다.³⁹⁾ 사회연대란 다음과 같이 정의와 연결되는 법적 개념이다.

첫째, 사회연대란 젊은 사람과 늙은 사람, 건강한 사람과 병든 사람, 부유한 사람과 가난한 사람을 가릴 것 없이 사회적 위험에 직면한 사람이면 누구한테나 급여를 제공하므로 ‘각자에게 똑같은 것을’이라는 보편성을 지향한다.

둘째, 사회연대는 생활하기 위해 필요한 급여를 제공한다는 점에서 필요적 정의를 지향한다. 사회연대가 사회보험의 핵심적인 가치인 것은 생활보장에서의 필요 충족이라는 정의와 밀접하게 연관되어 있기 때문이다.⁴⁰⁾ 그럼으로써 필요적 정의는 자유와 평등이 제대로 기능하기 위한 전제가 된다. 기본적 필요의 충족은 사회법에서 ‘최저 기준’이라는 개념을 형성하였고, 인간다운 생활을 위한 필요가 충족되지 않은 상태에서 인간은 자유롭지도 평등하지도 않을 것이기 때문이다.

셋째, 사회연대는 동등한 인간의 존엄성을 실현하기 위하여 정당한 차등을 지향한다. 헌법재판소는 합리적 근거가 있는 차별인지 여부를 인간의 존엄성 존중이라는 헌법원리에 따라 판단하고 있다.⁴¹⁾ 이 논리에 따르면 동등한 인간의 존엄성을 실현하기 위한 수단이 되는 차등대우는 정의롭다.⁴²⁾ 능력에 따른 기여와 필요에 의한 급여는 인간의 존엄성을 동등하게 실현하는 데 기여하므로 정의로운 재분배의 기준이 된다.

2. 사회연대의 법적 개념

39) 전광석, 『국제사회보장법론』, 법문사, 2002. 35면

40) 현대 정의이론을 정립한 페를만의 6가지 정의 공식은 ‘첫째, 각자에게 똑같은 것을, 둘째, 각자에게 그의 공과(merits)에 따라, 셋째, 각자에게 그 일의 결과(works)에 따라, 넷째, 각자에게 그의 필요(needs)에 따라, 다섯째, 각자에게 그의 계급(rank)에 따라, 여섯째, 각자에게 법이 정한 바(legal entitlement)에 따라’로 요약할 수 있다(카임 페를만, 『법과 정의의 철학』, 심현섭, 강경선, 장영민 옮김, 종로서적출판주식회사, 1986., 22, 23면).

41) 헌법재판소 1997. 5. 29. 선고 94헌바5 결정

42) 김도균, “한국 법질서와 정의론: 공정과 공평, 그리고 운의 평등”, 법학 53권 1호, 서울대학교 법학연구소, 2012., 368면

법적 영역에서 사회연대를 자리매김하기 위해서는 사회연대가 역사적으로 구체화되는 모습과 사회연대가 사회보험의 형성과 운영의 여러 국면에서 나타나는 모습에서 그 개념적 요소를 발견해야 한다. 사회연대는 역사적으로 사회를 구성하는 개인과 사회 사이의 불가분적인 연결 관계를 강조하였고 이것은 ‘전체를 위한 하나, 하나를 위한 전체(Einer für alle, alle für einen)⁴³⁾’라는 명제로 요약할 수 있다. 그리고 사회연대는 사회보험의 형성 국면에서는 보편적인 적용과 집단적 책임으로 나타났고, 사회보험의 운영 국면에서는 필요에 의한 급여와 능력에 따른 기여 그리고 절차적으로는 참여에 의한 자치라는 특징을 보여주었다. 이상의 논의에 따라 사회연대의 구성요소를 살펴보면 다음과 같다.

사회연대의 첫 번째 구성요소는 보편성이다. 인간이 맞이하는 사회적 위험은 보편적인 성질을 가지고 있다. 따라서 사회의 어느 누구도 직면하게 되는 위험은 그 사람한테만 국한되는 것이 아니다. 즉 사회의 어느 누구라도 사회적 위험에 노출되면 사회전체가 위험에 빠지게 된다. ‘전체를 위한 하나’는 사회연대의 보편성과 관련된다.

사회연대의 두 번째 구성요소는 집단성이다. 모든 사람이 공통된 사회적 위험에서 벗어나기 위해서는 집단적 책임관계로 연결되어야 한다. 개인의 힘만으로 모든 사회적 위험에 대처하는 것은 어려운 일이고 가능한 일도 아니다. 그런데 인간의 자기중심적 속성은 사익 추구로 나아가고 자발적으로 자신의 이해관계를 일정한 공동체에 맡기려 하지 않는다. 여기서 사회연대는 모든 시민 또는 일정한 범위의 사람을 사회보험에 강제로 편입시켜 집단적 책임에 의하여 생활상 필요를 충족시키려고 한다. ‘하나를 위한 전체’는 사회연대의 집단적 책임과 관련된다.

사회연대의 세 번째 구성요소는 상호성⁴⁴⁾이다. 사회연대는 능력 있는 보험가입

43) 레옹 부르주아는 그의 저서 ‘연대(Solidarité)’에서 “더 진화된 조직이 단위들과 전체 사이에 균형이 있는 상태에 있다면, 전체는 단위를 위해, 단위는 전체를 위해 존재하게 된다.”라고 주장하였다(Léon Bourgeois, 앞의 책, 63, 64면).

44) 상호성은 생물학적인 연대에서 발견되는 특성이다. 예컨대, 영장류, 특히 유인원은 다양한 사회적 맥락에서 상호성을 활용한다. 또한 남베네수엘라의 열대우림에 사는 야노마미(Yanomami) 인디언은 가족 이외의 사람들과 그들의 음식을 공유하려는 높은 경향을 보인다. 사냥은 불확실한 수단이고, 사냥이 언제 성공할 것인지 예측할 방법은 없다. 이와 달리 낚시는 계산하는 것이 불가능하다고 말할 수는 없고, 열매 채집자들은 항상 먹을 것을 찾을 수 있다. 그래서 음식의 변동성과 예측 불가능성이 심할수록 음식은 더 공유될 가능성이 높다. 사냥한 돼지는 항상 공유되지만, 낚시로 잡은 생선은 덜 공유되고, 한 가족이 스스로 산출량에 대하여 책임을 지는 정원의 열매들은 거의 공유되지 않는다. 이렇듯 음식의 공유행위는

자의 기여에 의하여 다른 보험가입자의 필요를 충족시킨다. 이 때 필요와 기여를 연결하는 요소가 상호의존이다.⁴⁵⁾ 그런데 상호의존은 현 시점에서의 교환관계만을 상정하는 것은 아니다. 현재 도움을 필요로 하는 사람이 항상 도움을 필요로 했던 사람은 아니고, 반대로 현재 도움을 주는 사람들이 반드시 항상 도움을 줄 수 있는 것도 아니며, 그 반대일 가능성이 높다.⁴⁶⁾ 이렇듯 상호성에 기초한 대가는 과거에 이미 주었던 것에 대한 보상일 수도 있고, 예견 가능한 미래에 되돌려 줄 수도 있다.

시민의 생활을 보호하는 ‘보편성’, 강제가입에 의하여 단체를 형성하는 ‘집단성’ 그리고 필요에 의한 급여와 능력에 따른 기여를 비대칭적으로 교환하는 ‘상호성’이라는 요소에 기초하여 사회보험에서 사회연대의 법적 개념을 구성한다면, ‘시민의 생활보장에 대한 집단적 책임’이라고 말할 수 있다. 여기서 ‘집단적 책임’은 비대칭적, 상호적인 성격을 갖는다. 사회보험은 시장적 질서를 제한하는 ‘필요와 능력의 비대칭적 상호성’에 개념적 특징이 있기 때문이다. 사회보험법에서 구성한 사회연대의 개념은 공공부조법과 사회복지서비스법으로도 확장될 수 있는 성질을 가지고 있다고 생각한다. 공공부조와 사회복지서비스는 수급자의 기여가 없다는 점에서 사회보험과 구별되지만, 공공부조와 사회복지서비스 영역에서도 모든 시민이 ‘사회’라는 공동체를 이루고, 모든 사회구성원이 시민의 생활에 대하여 집단적인 책임을 부담하며, 이러한 책임에 기초하여 시민의 필요에 의한 급여가 이루어지기 때문이다.⁴⁷⁾

3. 사회연대의 헌법적 근거

상당한 정도로 삶의 위협의 변동성(variance)을 감소시킨다(Eckart Voland, “On the Nature of Solidarity”, in Kurt Bayertz(ed.), *Solidarity*, Kluwer Academic Publishers, 1999, 164, 165면).

45) 푸리에(Charles Fourier)는 인류의 상호의존에 근거하여 유토피아적 공동체(팔랑주)에서 협동작업이 필요하다고 주장하였고, 콩트(Auguste Comte)는 모든 사람은 재화나 서비스의 생산을 위하여 다른 사람들에게 의존하고 있고, 분업을 통한 상호의존이 연대의 본질적인 속성의 하나라고 보았다(Steinar Stjernø, *Solidarity in Europe: the history of an idea*, Cambridge University Press, 2009., 27, 28, 32면).

46) Hans F. Zacher, *Social Policy in the Federal Republic of Germany: The Constitution of the Social*, Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013, 62면

47) 이 논문은 공공부조와 사회복지서비스의 법적 구조와 사회연대와의 관계를 검토하고 있지 않다는 점에서 이와 같은 시론적인 구성은 일정한 한계가 있고 추후의 연구를 통하여 더 논증하여야 할 부분이다.

사회연대 원리에 관한 헌법적 근거는 사회국가 원리, 인간다운 생활을 할 권리, 헌법상 경제질서(사회적 시장경제질서) 및 재산권 행사의 사회적 구속성에서 찾을 수 있다. 사회연대 원리는 사회보험의 영역에서 사회국가의 원리가 구체화된 모습이고, 인간다운 생활을 할 권리는 사회연대가 개인의 구체적인 필요에 대한 절대적인 보장을 지향함으로써 실현될 수 있으며, 사회적 시장경제질서는 시장의 병폐를 치유하고 사회적 강자와 사회적 약자의 공존을 지향한다는 점에서 사회연대와 상통하고, 재산권 행사의 사회적 구속성은 사회보험의 재정적인 지급능력의 확보 그리고 그것을 위한 연대적인 의무의 이행을 정당화한다.

4. 연대공동체, 연대의무와 연대공존권

마지막으로 시론적으로 구성한 사회연대의 법적 개념에 기초하여 일정한 의무와 권리개념이 도출될 수 있는지, 그렇다면 그것은 무엇을 의미하는지 살펴본다.

1) 연대공동체

강제가입을 통하여 보험가입자들은 하나의 보험공동체를 형성하게 된다. 이것을 연대공동체(Solidargemeinschaft)라 한다.⁴⁸⁾ 강제가입을 통하여 가입자의 필요를 보장하는 보험단체(예컨대, 건강보험조합)가 그 대표적인 예이다.⁴⁹⁾ 사회보험의 근간을 형성하는 연대공동체는 법적으로 보험가입자와는 분리된 법적 지위를 가지고⁵⁰⁾ 사회보험을 실질적으로 운영한다. 보험가입자가 소득에 따라 보험료를 부담하면 연대공동체는 보험료로 형성된 재원으로 보험가입자의 필요를 충족시킨다.

연대공동체의 법적 기초는 동일한 세대에서는 강제가입, 다른 세대 사이에서는 세대 간 연대로 표현할 수 있다.

2) 연대의무

48) Otto Deppenheuer, 앞의 책, 118면

49) 종래 지역별 의료보험조합은 사용자와 그 사업장의 근로자인 피보험자를 조합원으로 하는 법인격을 가진 법인이었다. 위 조합은 국가에 의하여 설립되고, 강제가입을 통하여 행정과제가 부과되는 단체이다(헌법재판소 2000. 6. 29. 선고 99헌마289 결정).

50) Otto Deppenheuer, 앞의 책, 118, 124면

시민의 생활보장에 대한 집단적 책임은 시민이 사회보험에 가입하고 이로써 구성된 연대공동체에 속한 보험가입자의 의무 이행에 의하여 실현된다. 시민이 사회보험에 가입하여야 하는 의무와 보험가입자가 부담하는 연대공동체의 존속과 유지를 위한 적극적, 소극적 의무를 ‘연대의무’라 부를 수 있다. 사회보험에서 연대의무의 주체는 원칙적으로 보험가입자격이 있는 시민이다.

먼저 사회보험에 가입할 자격이 있는 시민은 사회적 위험으로부터 자신을 보호하기 위하여 사회보험에 가입할 의무를 진다. 사회연대는 집단적 책임에 의한 생활보장을 추구하므로 어느 사람이 사회보험에 가입할 의무를 면제받기 위해서는 그것을 정당화할 만한 특별한 사유가 필요하다고 해석하여야 한다.

다음으로 사회보험에 가입한 자의 연대의무는 크게 보험료 납입에 의한 기여의무와 연대공동체의 부담을 최소화하는 의무로 나눌 수 있다. 보험료 납입에 의한 기여의무가 적극적으로 사회보험을 통한 급여 제공을 가능하게 한다면, 연대공동체의 부담을 최소화하는 의무는 소극적인 측면에서 연대공동체의 존속과 유지에 기여하는 의무를 말한다. 건강에 대한 의무, 근로의 의무 및 재활의 의무 등은 후자의 예에 해당한다. 건강보험에서 보험가입자는 자기책임 하에 건강을 유지·관리함으로써 보험급여의 발생을 막거나 급여의 범위를 감소시켜야 한다.⁵¹⁾ 근로의 의무는 연금보험에서 인생의 근로시간과 관련된다. 즉, 노령연금의 수급개시 연령의 인상은 보험가입자가 인생 중 근로기간이 연장되는 것을 의미한다. 재활의 의무는 장애에서 회복하여 근로의 의무를 온전히 또는 부분적으로 수행할 수 있도록 한다는 측면에서 근로의 의무를 보충하는 성질을 가지고 있다.

3) 연대공존권

어느 사회구성원의 곤경과 빈곤에 따른 필요는 다른 구성원의 소득 중 일정한 부분을 연대적 관점에서 사회보험을 운영하는 연대공동체에 귀속시킬 것을 요구하

51) 이와 관련하여 독일 사회법전 제5편 제1조는 “건강보험은 연대공동체로서 보험가입자의 건강을 유지·회복하고 건강상태를 증진할 과제를 가지고 있다. 보험가입자는 그들의 건강을 위한 공동의 책임을 진다. 그들은 건강을 인식하는 생활태도, 질병과 장애의 발생을 막거나 그 결과를 극복하기 위한 건강진단과 재활에 대한 적극적인 참여와 같은 예방적인 조치의 조기 관여를 통하여 이에 기여하여야 한다. 건강보험은 교육, 상담 및 급여를 통하여 보험가입자를 돕고 건강한 생활관계를 증진하여야 한다.”고 규정하여 보험가입자들에게 질병 억제와 예방의무를 부과하고 있다.

게 된다. 그리고 사회보험에 의한 필요의 충족은 능력에 따른 기여로 유지되는 사회보험의 재정적 지속성의 토대 위에서 이루어져야 한다. 이렇듯 필요를 충족하는 사람과 능력에 따라 기여하는 사람은 연대공동체 내에서 함께 생존할 수 있고, 이때 개인의 능력에 따른 부담에 근거한 필요 충족을 사회연대 원리에 근거하여 추구할 수 있다. 또한 연대공동체에 대한 연대의무에 대응하는 것으로서 어떠한 권리 개념을 상정할 수 있을 것이다.⁵²⁾ 이와 같이 능력에 따른 부담에 근거한 필요 충족의 청구권을 ‘연대공존권’이라 한다. 사회보험에서 연대공존권의 주체는 보험가입자이고, 행사대상은 연대공동체가 될 것이다. 연대공동체 내에 들어오지 않은 이상 연대공존권이 발생하였다고 볼 수 없기 때문이다.

연대공존권은 연대공동체에서 상의상생(相依相生)을 추구하면서 기여와 급여, 자유와 강제 조화 속에서 현재 세대 내 그리고 세대 간의 형평성을 추구하는 권리이다. 연대공존권은 다음과 같은 내용을 가진다.

첫째, 연대공존권은 국가에 대하여 사회보험의 형성과 운영에서 능력에 따른 부담과 필요에 의한 급여의 실현을 요구하고, 국가는 시민권자들 사이의 연대공존을 실현할 의무를 부담한다. 국가의 연대공존에 관한 제도적 실천에 따라 연대공동체의 구성원(보험가입자)은 다른 구성원과의 공존을 실현하기 위하여 능력에 따라 연대의무를 부담한다. 이로써 생활상 필요가 충족되어야 할 보험가입자의 사회적 위험이 해소된다. 즉, 집단적인 차원에서 권리와 의무의 균형이 이루어짐으로써 경제적 능력이 있는 계층과 생활보장이 필요한 계층의 공존이 실현될 수 있다.

둘째, 사회보험법상 부담과 수급 구조가 소득역진적이거나 수급자의 생활상 필요의 충족에 배치되는 방향으로 개정되는 경우에 연대공존권은 재판규범으로 필요적 정의를 실현한다. 입법자가 보편적인 적용, 집단적인 책임, 필요에 의한 급여, 능력에 따른 부담 등과 같은 사회연대적 요소를 고려하지 않고 사회보험에 관한 입법을 한 경우를 상정할 수 있다. 이때 구체적인 규범통제로서 능력에 비례하지

52) 사회연대가 실질적 평등에 근거하고 있다고 볼 때 실질적 평등은 개인의 주관적 권리로 전환시키기에 쉽지 아니한 구조를 가지고 있다. 무엇보다 실질적 평등을 추구하는 국가작용은 재정적 지원이 수반되어야 하거나 오히려 형식적 평등을 실현하는 기회의 평등을 부분적으로 제약하는 적극적 조치를 필요로 하기 때문이다(김종철, “공화적 공존의 전제로서의 평등”, 헌법학연구 제19권 제3호, 한국헌법학회, 2013. 9., 10, 11면). 그러나 실질적 평등의 이러한 한계는 적극적인 사회연대의 실현조치와 사회연대에 의한 실질적인 평등을 요구할 개인의 주관적 권리에 관한 이론 구성이 절실하다는 점을 의미하기도 한다고 생각한다.

않는 보험료의 부과, 퇴직 후의 생활상 필요에 현저하게 미치지 못하는 연금 지급 등이 연대공존권에 위반된다는 공법적 구제방식을 상정할 수 있다.

셋째, 연대공존권은 시장적 질서에 따른 경쟁적 요소의 무제한적인 확장에 대항하는 권리이다. 예컨대, 사인이 다른 사람과의 공존을 저해하면서 경제적 자유에 기초한 권리를 내세울 경우에 위와 같은 권리의 행사로 생존과 생활보장의 위협을 받게 되는 상대방은 연대공존권으로 대항할 수 있다.

중국의 의료보험법제*

- 피부양자제도를 중심으로 -

송희숙**

- | |
|--------------------|
| I. 들어가며 |
| II. 중국 의료보험의 법적 기초 |
| III. 피부양자에 대한 제도 |
| IV. 나가며 |

I. 들어가며

우리나라의 국민건강보험은 현재 고령화, 의료기술의 발전에 따른 의료서비스 비용의 증가 등으로 인해 의료비 상승의 문제에 직면하고, 또한 보건의료 분야의 지출도 OECD국가 중 가장 빠른 속도로 증가하고 있는 현실적인 문제에서 보험재정의 안정성 등을 고려한 개혁의 필요성을 안고 있다.¹⁾ 특히 건강보험료 부과체계의 개선은 국민건강보험법상 주요 쟁점이 되어 왔다. 현재 국회는 건강보험료 부과체계에 대한 국민건강보험법 일부 개정법률안을 통과시켰으며, 앞으로 시행을

* 이 발제문은 본 저자의 박사학위논문 제4장 중국 사회보험법의 내용과 특성 중 의료보험의 인적적용범위와 재정에 관한 내용을 발췌하여 보완 및 수정을 거쳐 작성되어진 것임을 밝히는 바이다.

** 단국대학교 강사 및 대학미래고용연구소 연구원, 법학박사.

1) OECD, "Health Care Reform in Korea", Economic Department Working Papers, No. 797, 2010, pp 29-30. OECD에서는 우리나라 건강보험체계 상 지급제도개혁, 약제비 절감방안마련, 병원 진료중심에서 장기요양서비스로의 전환, 건강한 노화의 장려 등을 통하여 효율성을 향상시키고, 고령화 현상이 심화되는 상황에서 사회보험 급여에 지나치게 의존하는 것은 과도한 재정적 부담을 야기 시키므로, 세금을 기초로 한 재원을 증가시키는 방안 등을 고려한 개혁을 제안하였다.

앞두고 있다. 주요 개정내용은 국민건강보험법상 피부양자와 지역가입자 간 형평성을 고려하여 각각의 보험료부과체계를 개선하는 데 중점을 두고 있다. 그러나 피부양자에 대한 소득인정요건은 여전히 관대하여, 무임승차에 대한 문제점은 여전히 존재하고 있다고 볼 수 있다.

이러한 측면에서, 중국 의료보험제도상 우리나라 피부양자에 대한 제도는 의미가 있다. 중국의 의료보험제도에는 우리나라와 같은 피부양자제도는 없으며, 우리나라의 피부양자에 해당하는 자도 의료보험의 가입자로서 보험료 납부의무에 상응하는 보험급여 수급권을 가지게 된다. 이들은 정부보조금을 통해 가입을 독려받고 있으며, 이로 인해 이들의 가입은 대폭 증가하고 있는 실정이다. 물론 중국 의료보험제도는 우리나라 제도와 비교하여 아직은 정비과정에 있다고 볼 수 있다. 특히 중국의 모든 국민은 아직 의료보험이라는 사회보험체계 내에 있는 것이 아니기 때문에, 질병이라는 사회적 위험으로부터 보호가 필요한 자들이 여전히 사회보험제도 내에서 배제되어 있는 것이 현실이다.

각 국의 사회보험제도는 각 국의 정치적·경제적·사회적 상황에 부합하도록 형성되어 있기에, 우리나라와 중국의 제도를 직접적으로 비교하여 판단하는 것은 한계가 있다. 다만 중국 의료보험제도 내 보험료 납부의무에 상응하는 보험급여 수급권의 보장은 우리나라 제도 상 피부양자와 지역가입자 간 보험료 납부의무 간 형평성의 문제에 직면하고 있는 현실 속에서 어느 정도 의미를 부여한다고 생각한다.

이러한 점을 감안하여, 이 발제문에서는 중국 의료보험제도에 대해 그 가입유형에 따른 재원조성방식을 살펴본다. 이는 우리나라 국민건강보험제도 내 피부양자제도와 관련한 부분을 중심으로 이루어진다. 우선, 제2장 중국 의료보험의 법적기초에서는 중국 의료보험제도의 근간을 이루는 중국헌법상 규정과 이를 근거로 하여 제정된 관련 법령을 소개한다. 이는 중국 의료보험의 체계를 확립하는 법적 근거로서, 중국 의료보험제도를 이해하는 데 있어 기초가 된다. 다음으로, 제3장 중국 의료보험의 가입유형 및 보험료 부과체계에서는 피부양자에 해당되는 자를 중심으로 의료보험의 가입유형과 그에 따른 보험료 부과방식에 대한 전반적인 내용을 살펴보고, 인적적용대상에 따른 중국 의료보험가입현황을 살펴본다. 이를 토대로 우리나라 국민건강보험제도 내 피부양자제도를 중심으로 비교 분석한다.

본 발제문에서는 중국 의료보험제도 내 인적적용대상에서 농촌을 제외한 도시

내 근로자와 주민을 대상으로 하는 의료보험으로 그 범위를 한정한다.

II. 중국 의료보험의 법적 기초

중국의 사회보험은 국가(또는 단위)가 보장하는 방식에서 국가와 사회가 보장하는 방식으로 전환하게 된다. 이는 중국의 경제체제의 전환에 기인한다. 그럼에도 불구하고 중국 사회보험은 중국식 사회주의 특성이 잘 나타나고 있어 우리나라 제도와는 사뭇 다른 양상을 보이고 있다. 중국의 의료보험도 중국식 사회주의 특성 아래에서 질병 등 사회적 위험으로부터 보험의 방식으로 국민의 기본적인 생활을 보장하기 위한 사회보험이다. 아래에서는 중국식 사회주의 특성이 반영된 사회보험의 법적 기초로서 중국헌법과 관련 법령을 살펴본다.

1. 중국 헌법

가. 헌법 서문 상 ‘중국식 사회주의’와 사회보장과의 관계

중국 사회보험은 중국식 사회주의 노선에 따라 궁극적으로 사회주의 이념인 평등을 구현하는 사회정책수단으로서 사회보장의 주요일환이다. 즉 중국식 사회주의는 중국 사회보험의 법제 형성에 있어 기본적인 토대가 되는 것이므로, 중국식 사회주의에 대한 이해는 중국 사회보험의 연구에 있어 전제가 되어야 한다.

중국헌법 서문에는 1993년 개정 이래 현재까지 사회주의 초급단계 아래에서 중국식 사회주의 이론에 따라 시장경제를 지지하고 부강한 사회주의 국가를 건설함을 천명하고 있다. ‘사회주의 초급단계’는 풍부한 사회생산력을 확보하는 단계로서 사회주의 실현의 기초적인 단계이다. 덩샤오핑(邓小平)에 의하면, 사회주의는 필요에 따른 분배가 이루어지는 공산주의의 초급단계로서, 그 실현은 풍부한 사회생산력의 확보를 전제로 하기 있기에, 중국이 사회주의 단계에서 중국식 사회주의를 실현하기 위해서는 우선적으로 사회생산력 수준의 향상이 전제되어야 한다.²⁾ 중국이 사

2) 中共中央文献编辑委员会, “建设有中国特色的社会主义”(1984.6.30.), 『邓小平文选』(一九八三~一九九二年), 人民出版社, 1993, 12页. ‘사회주의 초급단계이론’은 덩샤오핑의 연설에 이어, 1987

회주의 초급단계 아래에서 사회주의 이념인 평등을 구현하기 위해 제시한 이론은 ‘선 일부부유 후 공동부유론’이다. ‘선 일부부유 후 공동부유론’은 일부 지역 또는 구성원을 통해 풍부한 사회생산력을 확보하고, 이를 통해 다른 구성원에게 분배하여 공동으로 부를 추구한다는 것이다. 1984년 10월 중국 공산당의 ‘경제체제개혁에 관한 결정(关于经济体制改革的决定)’(이하 ‘1984년 경제체제개혁결정’이라 한다)에 의하면,³⁾ 일부 구성원의 생산력 확보를 통해 초래되는 구성원 간 소득 불평등 현상은 점진적으로 시행되는 재분배를 통해 공동의 부가 실현됨으로써 해소되는 일시적인 현상이고, 풍부한 사회생산력을 확보하는 사회주의 초급단계에서 불가피한 과정으로 간주되고 있다. 따라서 중국식 사회주의는 ‘사회주의 초급단계’ 아래에서 ‘선 일부부유 후 공동부유론’에 따라 우선적으로 일부 지역 또는 일부 구성원이 부(富)를 형성하여 풍부한 사회생산력을 확보하고, 이를 통해 궁극적으로 사회구성원 모두 공동으로 부(富)를 추구함으로써 실질적으로 평등을 실현하는 사회주의이다.⁴⁾

이러한 중국식 사회주의를 구현하기 위해, 중국은 경제체제를 시장경제체제로 전환하여 일차적으로 노동 뿐 만이 아닌 시장 또는 자본 등 다양한 방식의 소득분배를 인정하였고, 시장경제질서에 부합하는 사회보장정책으로 이차적인 소득재분배를 실현하고자 한다. 1993년 개정헌법은 중국의 경제체제를 사회주의 계획경제체제에서 사회주의 시장경제체제로 명시하였으며, 이후 1999년 개정헌법은 공유제와 노동에 따른 분배를 중국의 사회주의 경제체제의 기초라는 전제 하에 ‘사회주의 초급단계 아래에서 다양한 소유제경제 및 분배방식을 인정한다’는 조문을 추가하였다. 1993년 이후 10여년 동안 중국은 시장경제체제의 확립시기로서 공평보다는 효율을 중시하는 단계였으며, 이 시기 사회보장정책은 시장경제체제의 순조로운 확립을 위한 주요수단이었다고 볼 수 있다.⁵⁾ 이는 중국의 일부 지역 또는 구성

년 10월25일부터 개체된 중국 공산당 제13차 전국대표회의에서 중앙위원회 총서기로 선출된 짜오즈양(赵紫阳)이 발표한 보고서 ‘중국의 특성을 구비한 사회주의노선을 따라 전진하다(沿着有中国特色的社会主义道路前进)’에서 언급되었다(<http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64566/65447/4526368.html> (검색일: 2015. 6.15)).

3) 1984년 10월20일 중국 공산당 제12기 중앙위원회 제3차 전체회의의 결정(<http://cpc.people.com.cn/GB/64162/64168/64565/65378/4429522.html>; 검색일: 2015.3)

4) 中共中央文献编辑委员会, “各项工作都要有助于建设有中国特色的社会主义”(1983.1.12.), 『邓小平文选』(一九八三~一九九二年), 人民出版社, 1993, 23页; 中共中央文献编辑委员会, “建设有中国特色的社会主义”(1984.6.30.), 『邓小平文选』(一九八三~一九九二年), 人民出版社, 1993, 212页.

5) ‘사회주의시장경제체제 확립 시 약간의 문제에 관한 결정(关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定)’(1993년 11월 14일 중국 공산당 제14기 중앙위원회 제3차 전체회의 통과, 이하

원 간 소득양극화 현상을 심화시키는 주 요인이 되었다. 이를 해결하기 위해, 2003년 이후 현재까지 중국은 ‘샤오강사회(小康社会)’⁶⁾의 형성을 중국식 사회주의를 위한 새로운 과제로서 표방하고, 효율보다는 공평을 중시하는 정책수단으로서 이차적인 소득재분배를 위한 사회보장을 강조하고 있다.⁷⁾

나. 헌법 제14조 제4문 ‘사회보장의 수준’

중국 사회보장은 다양한 소득분배정책으로 양산된 소득불평등을 해소하기 위해 공동의 부 즉 샤오강사회의 형성을 위해 이차적인 소득재분배를 실현하는 주요 수단이다. 그러나 사회보장은 시장경제질서아래에서 필요에 따른 분배수준이 아니라 경제발전수준에 상응하는 범위 내로 이루어진다.

2004년 개정헌법은 ‘국가는 경제발전수준에 상응하는 건전한 사회보장제도를 건립한다’라는 조문을 제14조 제4문으로 추가하여 규정하였는데, 이 조문은 두 가지 점에서 의의가 있다. 첫째는 중국헌법상 ‘사회보장’이라는 용어를 직접적으로 명시하고 있다는 점이다. 이는 사회보장에 대한 중국국민의 기본적 권리와 이를 보장해야 하는 국가의 적극적 의무에 대한 근거가 된다.⁸⁾ 둘째는 사회보장수준이 ‘경제발전수준’에 상응해야 한다는 점이다. 이는 국가와 사회가 보장하는 사회보장방식 즉 자본주의 국가에서 채택하고 있는 방식과 유사한 제도 아래에서 재정의 안정성과 제도의 지속가능성을 유지하고자 함이다.

‘1993년 사회주의시장경제체제확립결정’이라 한다)

- 6) ‘샤오강사회’는 사전적인 의미로서 중류 수준의 생활을 유지할 수 있는 가정의 경제상황을 의미한다(中国社会科学院语言研究所词典编辑室, 『现代汉语词典』修订本, 商务印书馆出版, 1996, 1385页).
- 7) 2002년 11월 중국 공산당 제16차 전국대표대회 장쩌민(江泽民)의 보고문 ‘샤오강사회의 건설은 중국식 사회주의사업의 새로운 과제이다(全面建设小康社会, 开创中国特色社会主义事业新局面)’; 2003년 10월 14일 중국공산당의 ‘사회주의시장경제체제의 완전한 개선에 있어 약간의 문제에 관한 결정(中共中央关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定)’(제16기 중앙위원회 제3차 전체회의 통과, 이하 ‘2003년 사회주의시장경제체제개선결정’이라 한다); 2013년 11월 12일 중국공산당의 ‘전면적 개혁심화에 있어 약간의 문제에 관한 결정(中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定)’(제18기 중앙위원회 제3차 전체회의 통과, 이하 ‘2013년 전면개혁심화결정’이라 한다); 2015년 10월29일 중국공산당의 ‘국민경제 및 사회발전 제13차 5개년 계획제정에 관한 건의(关于制定国民经济和社会发展第十三个五年规划的建议)’(제18기 중앙위원회 제5차 전체회의 통과, 이하 ‘2015년 국민경제사회발전 5개년계획건의’라 한다).
- 8) 刘竹君 外, “论我国社会保障法制化的基本原则”, 『淮海工学院学报』(社会科学版·学术论坛) 第9卷第5期, 2011, 117页.

중국헌법상 사회보장제도 건립에 대한 국가의 의무는 국민의 사회보장을 받을 권리를 규정하고 있는 중국헌법 제45조 물질적 도움을 받을 권리를 보장하기 위함이다.

다. 헌법 제45조 ‘물질적 도움을 받을 권리’

중국헌법 제45조 제1문은 ‘중화인민공화국 국민은 노령, 질병 또는 노동능력을 상실한 경우 국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리를 가진다. 국가는 국민이 이러한 권리를 향유하는데 필요한 사회보험, 사회구제와 의료위생사업을 발전시킨다’라고 규정하고 있다. 이 조문에 의하면, 중국에서 물질적 도움을 받을 권리의 주체는 중국 국민이고, 그 의무주체는 국가와 사회이다. 이처럼 중국헌법은 국민의 헌법상 물질적 도움을 받을 권리보장의 의무주체로서 ‘국가와 더불어 사회’를 명시하고 있으며, 이는 바로 시장경제질서에 부합하는 국가와 사회가 보장하는 사회보험방식을 채택하는 근거가 된다. 국가와 사회는 헌법에 따라 노령, 질병 또는 노동능력을 상실한 경우 등 사회적 위험에 직면한 국민에게 물질적 도움을 주어야 하는 책임을 부담하게 된다.

중국헌법상 의무주체인 ‘사회’는 사회적 연대책임을 지는 사회구성원 전체를 의미한다. 중국 사회보험제도 내에서 헌법상 의무주체인 ‘사회’는 사회적 연대책임을 지는 사회구성원 전체를 의미하고, 반면에 보험제도 내 사회적 연대책임을 지는 가입자를 의미하지는 않는다. 예를 들면, 근로자를 대상으로 하는 (근로자)기본의료보험제도상 소득에 따른 개인의 기여금은 사회적 연대책임을 부담하는 용도가 아닌 개인의 의료비 지급을 위한 용도로 사용된다. 또한 주민을 대상으로 하는 (도시주민)기본의료보험은 개인의 정액 기여금 외 별도로 중앙정부와 지방정부의 재정적 지원을 통해 의료보험의 재원을 조성하고 급여를 지급하는 구조로 형성되어 있다. 이는 중국의 현행 사회보험이 시장경제질서에 부합하는 방식으로 전환되었을지라도, 여전히 중국식 사회주의적 특성을 가미한 방식으로 이루어져 있음을 알 수 있다.

이러한 헌법적 근거를 토대로 하여, 중국의 의료보험은 국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리보장을 구체화하는 사회보험으로 형성되었으며, 여기에는 사

회주의적 특성이 가미되었다는 점이 특징이다. 이는 관련 법령에 의해 구체화되어 있다.

2. 관련 법령

현재 중국의 의료보험과 관련한 법령에는 「중화인민공화국사회보험법(中华人民共和国社会保险法)」(법률, 2010.10.28. 제정, 2011.7.1.시행, 이하 ‘중국사회보험법’이라 한다)과 하위법령이 있다. 중국사회보험법은 중국헌법상 물질적 도움을 받을 권리를 구체화하는 대표적인 법률이고, 하위법령은 중국헌법과 중국사회보험법을 근거로 하여 의료보험의 구체적인 시행을 위해 제정된 규범이다.

가. 중국사회보험법

중국사회보험법은 중국의 사회보험제도의 기본적인 원칙과 방향을 규정함으로써, 중국헌법상 물질적 도움을 받을 권리를 구체화하는 대표적인 법률이다. 중국사회보험법 제1조는 “사회보험관계를 규범화하고, 국민이 사회보험에 가입하여 사회보험급여를 향유하는 합법적 권익을 보호하며, 조화로운 사회안정을 촉진하기 위하여, 헌법을 근거로 하여 이 법을 제정한다.”라고 규정하고 있다.

중국사회보험법은 총12장으로 구성되어 있으며, 제1장 총칙, 제2장 기본양로보험, 제3장 기본의료보험, 제4장 공상보험, 제5장 실업보험, 제6장 출산보험, 제7장 사회보험료징수 등, 제8장 사회보험기금, 제9장 사회보험운영기구, 제10장 사회보험감독, 제11장 법률책임과 제12장 부칙을 규정하고 있다. 아래에서는 중국사회보험법을 근거로 한 사회보험운동의 기본원칙과 의료보험의 관련규정을 살펴보도록 한다.

1) 사회보험운동의 기본원칙

중국사회보험법 제3조는 사회보험제도 운용 기본원칙으로서 광범위한 인적적용 대상, 기본적 생활보장인 보장범위, 다층적 보장방식, 제도의 지속가능성, 경제발전 수준에 부합하는 보장수준을 규정하고 있다. 이는 중국 사회보험제도의 운용에 있어 기본원칙이라 볼 수 있다. 여기에는 기본적으로 사회화의 원칙, 권리와 의무의 상응원칙 그리고 공평과 효율의 조화원칙을 전제로 하여 이루어진다고 볼 수 있다.

첫째, 중국 사회보험은 국가의 책임아래에서 사회적 위험에 대한 가입자의 자기 책임과 사회구성원의 연대책임으로 이루어지는 사회화의 원칙아래에서 시행되고 있다.

둘째, 모든 국민은 사회보험제도 내에서 기본적으로 권리와 의무의 상응원칙에 따라 사회보험료 납부의 의무이행을 통해 사회보험급여를 받을 권리를 보장받고 있다. 예를 들면, 우리나라 국민건강보험제도 내 피부양자에 해당하는 자도 중국 주민기본의료보험제도 내에서는 가족에 의해 보험료를 부담하여 개별 가입자가 된다. 중국 사회보험급여는 기여금에 대한 반대급부로서의 성격을 명확하게 보이고 있다.

셋째, 중국 사회보험 재원은 공평과 효율의 조화원칙에 따라 차별을 인정하되 실질적 평등을 중시하는 전제하에 조성되고, 공평을 더욱 중시하고 있다.⁹⁾ 근로자 기본의료보험의 가입자가 부담하는 보험료는 모두 가입자 개인에게 발생하는 의료비로 사용되지만, 주민 기본의료보험의 가입자의 보험료는 가입자 개인의 의료비로 사용되지 않는다. 이는 근로자기본의료보험의 가입자와 주민기본의료보험의 가입자 간 형평성을 고려한 조치라고 할 수 있다. 왜냐하면 근로자기본의료보험의 가입자는 자신의 소득에 비례하여 산정된 보험료를 납부하지만, 주민기본의료보험의 가입자는 소득 또는 재산을 불문하고 소액의 법정 정액 보험료를 납부함으로써 정부의 보조금을 지원받고, 근로자기본의료보험의 가입자와 마찬가지로 급여를 지급받기 때문이다. 또한 근로자가 아닌 비 근로종사자에 대한 보험재원은 가입자 기여금 뿐만이 아니라 정부의 재정지원을 통해 조성된다.

2) 의료보험 관련 규정

중국사회보험법 제2조는 “국가는 기본양로보험, 기본의료보험, 공장(工伤)보험, 실업보험, 생육보험 등 사회보험제도를 건립하고, 국민이 노령, 질병, 공장, 실업, 생육 등 정황아래에서 법에 근거하여 국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리를 보장한다.”라고 규정하고 있다. 이는 질병의 사회적 위험으로부터 기본의료보험 제도를 통해 중국 국민의 물질적 도움을 받을 권리를 보장한다는 것을 의미한다.

9) ; 刘婧婧, “宪政视野下中国社会保障制度研究”, 复旦大学 法学院 博士学位论文, 2011, 102~128页; 郭成伟, “中国社会保障法制史论”, 中国政法大学 研究生院 博士学位论文, 2000, 173页; 2015년 국민경제사회발전 5개년계획건의.

중국 의료보험은 지역적으로 도시와 농촌으로 이원화되어 있으며, 도시 내 의료보험은 그 인적적용대상으로 근로자와 비근로자로 구분하여 근로자를 대상으로 하는 근로자기본의료보험과 주민을 대상으로 하는 주민기본의료보험으로 이원화되어 시행되고 있다.

중국사회보험법 제3장 기본의료보험은 근로자 의료보험에 관해 적용범위와 보험료납부주체, 퇴직 후 급여수급요건, 보장범위, 의료비결산방식, 보장제외범위, 보험자와 의료공급자 간 서비스협약제도, 의료보험관계의 이전을 규정하고 있고, 주민 의료보험에 관해 신흥농촌합작의료제도 건립에 관한 국가의 의무와 국무원규정에 의한 관리방법, 도시주민기본의료보험제도 건립에 관한 국가의 의무와 재원의 조성, 재정상황이 어려운 자에 대한 보험료지원을 규정하고 있으며, 국무원규정에 근거하여 근로자의료보험 및 주민의료보험의 급여수준확정을 규정하고 있다.

이처럼 중국사회보험법에서는 질병이라는 사회적 위험을 대처하기 위한 기본의료보험에 관해 포괄적으로 규정되어 있으며, 시행 상 구체적인 방법 및 절차는 하위 법령에 위임되어 있다.

나. 기타 관련 하위법령

현행 중국 근로자기본의료보험 관련 하위법령은 1998년 ‘도시¹⁰⁾근로자기본의료보험제도 건립에 관한 결정(关于建立城镇职工基本医疗保险制度的决定)’(행정법규성문건, 1998.12.14.제정 및 시행, 이하 ‘1998년 도시근로자기본의료보험결정’이라 한다)이 있다. 동 결정은 도시 내 모든 용인단위(用人单位)¹¹⁾와 근로자를 포괄하는 적용대상범위, 이들의

10) 관련 법령에서 명시하고 있는 ‘도시(城镇)’는 큰 도시(城市)와 작은 도시(集镇)를 포함하는 의미이다. 사전적인 의미로서 城市는 상공업이 발달하고 비농업인구위주로 인구가 집중된 지역으로서 일반적으로 주변지역의 정치, 경제, 문화의 중심지이고, 集镇은 비농업인구위주로 城市보다 작은 규모의 지역을 의미한다. 따라서 城镇은 비교적 큰 도시와 작은 도시를 포함하는 광의의 개념을 내포하고 있다.(中国社会科学语言研究所, 『现代汉语词典』修订第3版, 商务印书馆, 1996, 162, 593页). 따라서 이 논문에서는 城镇을 사전적 의미인 광의의 개념으로서 ‘도시’라고 번역한다.

11) ‘용인단위’는 노동인력을 사용하는 단위로서 노동 관련법령이 적용되는 모든 경제주체의 총칭이라 정의할 수 있다. 다만, 중국에서 용인단위는 모든 경제주체의 총칭으로 사용되고, 또는 근로관계 내 근로자의 상대적인 개념으로 사용되고 있다. 중국 노동 관련법령상에는 근로자의 상대적인 개념으로 ‘사용자’를 사용하지 않고 ‘용인단위’를 사용하고 있다. 이 발제문에서는 용인단위를 사용자의 개념과 노동인력을 사용하는 단위의 개념으로 사용하고, 근로자의 상대적인 개념으로 사용 시 용인단위와 사용자를 혼용하여 사용한다.

보험료에 의한 재원조성, 부담금과 기여금을 각각 사회통합계정과 개인계정으로 구분하여 의료보험기금의 조성방식, 기금조성의 단위가 되는 기금조성행정구역의 범위 등을 확립하여 오늘에 이르고 있다. 이 결정에서 제시하고 있는 보험료 및 급여 등 관련기준은 전국표준이며, 이를 토대로 각 지역별 실정에 따라 그 표준이 다르게 적용되고 있다.

현행 도시주민기본의료보험 관련 하위법령은 ‘2010년 도시주민기본의료보험사업 시행에 관한 통지(关于做好2010年城镇居民基本医疗保险工作的通知)’(부문규장성문건, 2010.6.1. 제정 및 시행, 이하 ‘2010년 도시주민기본의료보험시행통지’이라 한다)이고,¹²⁾ 이 통지는 도시주민기본의료보험 내 인적적용범위, 정액 보험료 및 정부보조금 수준, 급여의 범위 및 수준 등을 규정하고 있다. ‘2015년 도시주민기본의료보험사업시행에 관한 통지(关于做好2015年城镇居民基本医疗保险工作的通知)’(부문규장성문건, 2015.1.27. 제정 및 시행, 이하 ‘2015년 도시주민기본의료보험시행통지’이라 한다)에서는 기금의 지속가능성을 실현하기 위해 정부와 개인의 합리적 재원분담과 보험료수준에 상응하는 급여제도를 마련한다고 밝히고 있다. 이 통지들이 현재 도시주민기본의료보험의 주요 법적 근거가 된다. 이 통지에서 제시하고 있는 보험료 및 급여 등 관련기준은 전국표준이며, 이를 토대로 각 지역별 실정에 따라 그 표준이 다르게 적용되고 있다.

현행 신흥농촌의료제도 관련 하위법령은 2004년 ‘신흥농촌합작의료 시범시행업무의 진일보한 진행에 관한 지도의견(关于进一步做好新型农村合作医疗试点工作的指导意见)’(부문규장성문건, 2004.1.20. 제정 및 시행, 이하 ‘2004년 농촌합작의료시범의견’이라 한다)이 있으며, 현재 농촌주민의료보험은 중국사회보험법상 규정을 근거로 하여 그들의 재정적 능력을 고려하여 임의가입의 형식으로 추진되고 있다. 이 의견은 신흥농촌의료제도의 시범적 시행을 위해 제정된 기존의 2002년 ‘진일보한 농촌위생사업 강화에 관한 결정(中共中央国务院关于进一步加强农村卫生工作的决定)’(행정법규성문건, 2001.10.1. 제정 및 시행)과 2003년 ‘신흥농촌합작의료제도 수립에 관한 의견(关于建立新型农村合作医疗制度的意见)’(부문규장성문건, 2003.1.16. 제정 및 시행)보다 더 진일보한 의견으로 볼 수 있다.

12) 도시주민기본의료보험제도는 국무원이 반포한 ‘도시주민기본의료보험의 시범적 시행에 관한 지도의견(国务院关于开展城镇居民基本医疗保险试点的指导意见)’(행정법규성문건, 2007.7.10. 제정 및 시행, 이하 ‘2007년 도시주민기본의료보험시범의견’이라 한다)에 따라 2007년 이 후부터 일부 도시에 한해 시범적으로 시행되다가, 2009년 이후 전국 모든 도시에 전면적으로 시행되었다.

또한 2015년 7월28일 국무원이 공포한 ‘주민대병보험의 전면시행에 관한 의견(关于全面实施城乡居民大病保险的意见)’(행정법규성문건, 2015.7.28. 제정 및 시행, 이하 ‘2015년 주민대병보험의견’이라 한다)은 중증질환으로부터 도시 및 농촌 주민의 건강과 소득을 보장하는 ‘대병보험(大病保险)’제도와 관련한 법령으로서, 구체적인 방법은 이 의견을 근거로 하여 지방정부의 결정에 의해 지역별 실정을 고려하여 시행된다.

3. 소 결

중국 사회보장의 일환인 사회보험은 중국의 ‘선 일부부유 후 공동부유론’에 따라 사회구성원 전체의 공동의 부를 추구하여 실질적 평등을 구현하기 위한 소득재분배의 주요수단이다. 중국 의료보험은 사회보험으로서 중국헌법을 근거로 하여 중국사회보험법과 관련 하위법령에 의해 시행되고 있다.

중국헌법은 ‘질병 등 사회적 위험에 처한 국민은 국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리를 가진다’라고 규정하고 있다. 따라서 중국 의료보험은 국민이 질병 등 사회적 위험에 처한 경우 중국헌법상 ‘국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리’의 보장을 구체화하는 주요수단이다. 중국헌법상 ‘국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리’에서 ‘사회’는 중국사회보험제도 내 사회적 연대책임을 부담하는 사회구성원을 의미한다. 이는 중국식 사회주의 특성이 반영된 것이라 할 수 있으며, 이로써 우리나라 사회보험제도와 차이를 보이고 있다.

중국사회보험법은 중국의료보험에 관해 포괄적으로 규정하고 있으며, 그 구체적인 시행은 관련 하위법령에 의해 이루어지고 있다. 중국 의료보험법제는 현재 정비되고 있는 과정에 있다. 이로 인해 관련 법제는 그 인적적용범위, 보험료조성방식 및 급여의 보장범위 등에 있어 중국헌법상 국민의 물질적 도움을 받을 권리를 보장하는 차원에서 지속적으로 변화하고 있다.

중국의 의료보험법제는 비록 확립과정에 있다고 할지라도, 중국식 사회주의 특성을 반영한 채 권리와 의무의 상응원칙아래에서 모든 보험가입자가 보험료 납부 의무의 이행을 통해 급여의 수급권을 보장받을 수 있도록 한 점은 주목할 만한 부분이라 생각한다.

제3장 중국의료보험법제 내 피부양자에 대한 제도에서는 이러한 부분을 중심으

로 피부양자에 해당되는 자의 의료보험 가입유형과 재원조성방식을 살펴본다.

Ⅲ. 피부양자에 대한 제도

중국 의료보험은 인적적용대상의 경제적 능력을 감안하여 인적적용대상별 가입 유형과 재원조성방식에 있어 차이를 보이고 있다. 특히 우리나라 제도 내 피부양자에 해당하는 자에 대한 제도는 그 가입유형과 재원조성방식에 있어 중국식 사회주의의 특성을 잘 반영하고 있으며, 권리와 의무의 상응원칙을 충실히 준수하고 있다.

아래에서는 중국 의료보험의 가입유형과 재원조성방식을 우리나라 제도 내 피부양자를 중심으로 살펴보고, 이를 토대로 우리나라 제도와 비교하여 고찰해 본다.

1. 기본의료보험의 가입유형

중국의료보험은 국가의 책임아래에서 부상 또는 질병으로 인한 경제적 파급효과를 보험의 형식으로 대처하여 건강과 소득을 보장하는 사회보험제도이며, 이는 일정한 소득능력의 유무여부에 따라 그 적용인적대상을 근로자와 주민으로 구분하여 시행되고 있다. 근로자기본의료보험은 인적적용대상에 따라 의무가입과 임의가입으로 시행되고, 도시주민기본의료보험은 가입자 본인의 선택에 의해 가입되는 임의가입으로 이루어진다.

가. 근로자기본의료보험과 그 인적적용대상

근로자기본의료보험제도는 근로자를 적용대상으로 하는 사회보험으로서, 용인단위와 근로자의 보험료 각출을 통하여 급여를 지급함으로써 건강과 소득을 보장하는 사회보험제도이다. 근로자기본의료보험은 인적적용대상에 따라 의무가입과 임의가입으로 시행되고 있다.

근로자기본의료보험제도 내 의무가입대상으로서 근로자는 중국 국경 내 모든 용

인단위 내에서 근로를 제공하는 자로서, 전일제 근로형태를 가진 근로종사자이다. 중국사회보험법 제23조 제1문은 ‘근로자가 근로자기본의료보험에 가입해야 하고, 용인단위와 근로자는 국가의 규정에 따라 공동으로 기본의료보험료를 납부해야 한다’라고 규정하고 있다. 또한 중국사회보험법 제4조는 ‘중국 국경 내 모든 용인단위와 개인은 법에 의거하여 사회보험료를 납부해야 한다’라고 규정하고 있는데, 중국 국경 내 모든 용인단위는 1998년 도시근로자기본의료보험결정에 따라 공유제 또는 비공유제 기업뿐만이 아니라 국가기관, 사업단위, 사회단체, 민간비기업단위를 모두 포함하고 있는 개념이다.

근로자기본의료보험제도 내 임의가입대상은 중국사회보험법 제23조 제2문에 근거하여 해당 직장 내에서 근로자기본의료보험의 미가입자로서 비전일제로 근로를 종사하는 비전일제근로종사자와 피고용인이 없는 자영업자 그리고 그 밖에 유연근로종사자(灵活就业人员)¹³⁾이다. 이들은 자신의 선택에 의해 가입여부가 결정될 수 있다. 물론 중국사회보험법 제23조 2문에서는 ‘피고용인이 없는 자영업자, 용인단위에서 근로자기본의료보험에 가입하지 않은 비전일제근로종사자 및 그 밖의 유연근로종사자는 근로자기본의료보험에 가입하고 개인이 국가의 규정에 근거하여 기본의료보험료를 납부해야 한다.’라고 규정하고 있다. 다만 2010 주민의료보험사업통지에서는 ‘유연근로종사자는 기본적으로 근로자기본의료보험의 가입을 원칙으로 하되, 해당 의료보험 관할 지방은 일정한 요건을 충족한 유연근로종사자에게 본인의 선택에 의해 주민기본의료보험에 가입할 수 있는 적절한 조치를 취하여야 한다’라고 명시하고 있다. 따라서 중국사회보험법 제23조 2문 상 ‘그 밖의 유연근로종사자’에 해당되는 피고용인이 없는 자영업자와 비전일제근로종사자를 포함한 유연근로종사자는 근로자기본의료보험의 가입을 선택하지 않고 주민기본의료보험의 가입을 선택할 수 있기에, 근로자기본의료보험의 임의가입자라고 볼 수 있다. 주민기본의료보험의 가입하게 되면, 이들은 법정 정액보험료를 납부하고 정부보조금을 지원받을 수 있다.¹⁴⁾ 이는 전일제근로종사자와 비교하여 그들의 열악한 경제적 능력

13) 중국에서 유연근로종사자는 중국 노동관련 법령상에는 명시하지 않고 있으며, 중국사회보험법상 그 용어를 명시하고 있다. 중국사회보험법상 관련 규정을 유추 해석해 보면, 유연근로종사자는 근로자와 자영업자 사이의 제3 영역에 해당하는 노무제공자로서 우리나라의 ‘특수형태근로종사자 또는 피고용인이 없는 자영업자를 포함하고 있는 개념으로 볼 수 있다. 본 발제문에서는 최대한 중국어 어휘의 뜻을 살린 ‘유연한 고용형태의 근로종사자’를 간단하게 ‘유연근로종사자’라고 칭하고자 한다.

을 고려하여 본인의 선택에 의한 보험가입의 선택권을 부여하고 있다. 따라서 근로자기본의료보험의 의무가입대상자는 중국 국경 내 고용되어 있는 기업 또는 기관 등의 유형에 상관없이 임금을 목적으로 근로를 제공하고 있는 전일제 근로종사자이며, 그 외 근로종사자는 임의가입대상자가 될 수 있다.

그렇다면, 근로자기본의료보험 내 가입자에게 생계를 의존하고 근로자기본의료보험의 가입대상자가 아닌 피부양자는 중국 의료보험제도 내 어떠한 법적 지위를 가지느냐에 대한 문제가 남는다. 중국 근로자기본의료보험제도에는 피부양자제도가 없다. 따라서 피부양자들은 도시주민기본의료보험제도 안에서 개별 가입자가 되어야만 의료보험의 적용을 받게 된다.

나. 도시주민기본의료보험과 그 인적적용대상

도시주민의료보험제도는 근로소득능력이 없는 주민을 대상으로 하는 사회보험으로서, 주민의 보험료와 국가의 재정을 통하여 의료급여를 지급함으로써 건강과 소득을 보장하는 사회보험제도이다. 주민기본의료보험은 그 인적적용대상의 경제적 능력을 감안하여 본인의 선택에 의해 가입하는 임의가입으로 이루어지고 있다. 그 인적적용대상에는 근로자기본의료보험의 인적적용대상에 속하지 않고 근로에 종사하지 아니한 자 또는 근로자기본의료보험에 가입되지 않은 자가 해당된다. 2010년 도시주민의료보험사업통지는 근로자기본의료보험의 가입을 독려하는 기초아래에서 도시주민기본의료보험의 가입요건에 부합하는 유연근로종사자를 도시주민기본의료보험의 적용대상으로 인정하고 있다. 또한 2007년 도시주민기본의료보험시범의견은 도시주민기본의료보험의 가입대상으로서 ‘근로자기본의료보험의 적용대상에 속하지 않는 근로에 종사하지 아니한 도시주민(非从业城镇居民)’을 명시하고 있다. 따라서 도시주민기본의료보험의 인적 적용대상에는 우선 ‘근로자기본의료보험의 적용 제외대상자’와 ‘근로에 종사하지 아니하는 자’가 해당되고, 이는 직장 내 근로관계를 형성하지 않고 일정한 근로소득의 유무를 판단할 수 없는 저소득자를 의미한다. 따라서 유연근로종사자가 만약 해당 직장 내 근로관계를 형성하지 않고 근로소득의 유무를 판단할 수 없는 저 소득자에 해당되는 경우라면 도시주민기본의료

14) 林 嘉, 张世诚, 『社会保险立法研究』第一版, 中国劳动社会保障出版社, 2011, 159页.

보험의 가입대상으로 인정될 수 있다고 판단된다.¹⁵⁾ 따라서 근로자기본의료보험의 가입자의 피부양자도 근로자기본의료보험의 가입자가 아니고 그 가입자에게 생계를 의존하고 있는 자라면 도시주민기본의료보험의 임의가입대상자에 해당된다.

도시주민기본의료보험이 포괄하는 인적적용대상의 측면에서 볼 때, 중국 의료보험제도상에는 몇 가지 특징적인 점이 발견된다. 첫째, 도시주민기본의료보험의 인적적용대상에는 유아, 초중고 학생, 대학생 그리고 그 밖에 근로종사자가 아닌 주민을 포함한다.¹⁶⁾ 따라서 근로자기본의료보험의 가입자의 피부양자에 해당되는 배우자, 대학생까지의 자녀, 부모 등은 근로자기본의료보험의 가입자에 해당되지 않는 경우 모두 도시주민기본의료보험제도 내 개별적인 가입자가 된다. 둘째, 비전일제근로종사자를 포함한 유연근로종사자가 근로자기본의료보험의 가입을 선택하지 않고 도시주민기본의료보험의 가입을 선택할 수 있다. 근로자기본의료보험과 도시주민기본의료보험의 가입은 보험료 부과에 있어 차이를 보이고 있다. 이로 인해 가입자가 어떤 유형의 의료보험에 가입하느냐는 중요한 의미를 갖는다.

다. 소결

중국 의료보험은 근로자와 도시주민으로 인적적용대상을 구분하여 근로자기본의료보험과 도시주민기본의료보험으로 이원화된 제도에 의해 시행되고 있다. 또한 인적적용대상의 재정적인 능력을 고려하여 근로자기본의료보험은 의무가입과 임의가입으로, 도시주민의료보험은 임의가입으로 적용되고 있다. 의무가입대상인 근로자 외 임의가입대상은 본인의 선택에 의해 기본의료보험에 가입하게 된다.

가입자의 피부양자로서 영유아, 청소년, 대학생, 배우자, 부모 등을 포함한 모든 공민이 기본의료보험체계 내에서 개별 가입자가 된다는 것은 중국제도 내 중요한 특징이다. 이는 중국사회보험제도 내에서 권리와 의무의 상응원칙에 따라 보험료 납부의무의 이행에 따른 급여의 수급권을 행사하도록 하여, 반대급부로서의 급여의 성격을 명확히 하고 있다는 것을 의미한다. 이는 우리나라 제도 내 피부양자제

15) 중국 인민대학 린지아 교수는 피고용인이 없는 자영업자와 유연근로종사자가 근로자기본의료보험의 의무가입이 아닌 임의가입의 대상이므로 도시주민기본의료보험의 적용대상에 해당된다고 판단하고 있다(林嘉, 张世诚, 前之书, 159页).

16) 2007년 도시주민기본의료보험시범의견과 2010년 주민의료보험사업통지 참조.

도와 구별되는 부분이다.

아래에서는 이러한 점을 중심으로 중국 근로자와 도시주민 기본의료보험 내 재원조성방식에 대해 살펴본다.

2. 기본의료보험의 재원조성방식

가. 근로자기본의료보험의 재원

근로자기본의료보험의 재원은 보험료 납부주체의 보험료이고, 가입의 유형에 따라 의무가입자의 경우 용인단위의 부담금과 가입자의 기여금이며, 임의가입자의 경우 가입자 본인의 기여금이다. 보험료는 보수중심의 부과체계로서 임금에 보험료율을 곱하여 산정된다.

의무가입자의 각 주체별 보험료율은 국무원의 규정에 근거하여 당해 지역의 실질적인 경제상황을 고려하여 의료보험의 기금조성행정단위¹⁷⁾에 의해 확정된다. 경제성장(률)이 보험료율의 조정근거가 된다는 것은 경제적 책임능력이 의료보험의 보장수준을 확정하는 핵심요인이 됨을 의미한다¹⁸⁾.

보험료율의 법정 표준은 1999년 도시근로자의료보험건립결정에 따라 용인단위의 경우 근로자임금총액의 약 6%, 근로자의 경우 근로자 본인 임금의 약 2%이다. 구체적인 보험료납부율의 확정권한은 기본의료보험의 기금을 조성하는 행정단위에게 위임되어 있으며, 임의가입자의 각 주체별 보험료율도 기금조성행정단위에 의해 결정된다. 이는 중국 내 지역별 경제수준의 불균형을 감안한 유연정책이라 할 수 있다. 따라서 기금조성행정단위별 보험료율은 법정 보험료 납부율보다 높거나 낮다.¹⁹⁾

17) 중국의 행정구역은 중국헌법 제31조에 근거하여 다음과 같다. 전국은 성, 자치구, 직할시로 나뉜다. 성과 자치구는 자치주, 현, 자치현, 시로 나누어진다. 현, 자치현은 향, 민족향, 진으로 나누어진다. 직할시와 대도시(较大的市, 다만 이 용어는 중국 법령 상 현재‘设区的市’로 바뀐 상태이다)는 구와 현으로 나뉘며, 자치주는 현, 자치현과 시로 나뉜다. 자치구, 자치주와 자치현은 민족자치지방이다. 따라서 성과 직할시 행정구역은 은 지방행정구역 중 최고급 행정단위이며, 현 행정구역은 성과 직할시 행정구역보다 낮은 행정단위이다.(송희숙, “중국의 사회보험법제에 관한 연구”, 단국대학교 일반대학원 박사학위논문, 126쪽 각주 179) 재인용) 현재 기본의료보험의 기금조성행정단위는 직할시 또는 현급 행정구역이며, 중국사회보험법 제64조에 따라 점진적으로 성급 행정구역으로 확대되어질 것으로 전망된다.

18) 郑功成, 杨健敏, “医疗保险水平的确定—“跨世纪的中国医改”话题讨论之三”, 『中国社会保险』, 1998, 18页.

19) 李 援, 前之书, 69~70页.

보험료에 의해 조성된 의료보험기금은 사회통합과 개인계정으로 구분된다. 즉 용인단위의 부담금은 사회통합으로, 가입자의 기여금은 개인계정으로 적립되고, 가입자의 기여금으로 조성된 개인계정 기금은 가입자 개인의 법정급여 외 의료비 지출을 위해 사용된다. 이는 근로자기본의료보험제도 내에서 가입자 개인은 중국헌법상 물리적 도움을 받을 권리의 주체이고 물리적 도움을 주는 책임주체가 아님을 의미한다. 또한 이는 도시주민기본의료보험제도 내 소액의 법정 정액 보험료납부를 통해 정부보조금을 지원받는 가입자와의 형평성을 고려한 것이라 할 수 있다.

나. 도시주민기본의료보험의 재원

도시주민기본의료보험의 재원은 중국사회보험법 제25조에 따라 개인의 보험료와 정부의 보조금이다. 개인의 보험료 및 정부의 보조금 수준은 국가의 전국표준에 따라 지역별 경제적 실정을 감안하여 해당 기금조성행정단위 별로 확정된다. 다시 말해서 개인보험료는 개인의 소득 또는 재산에 따라 부과되는 것이 아니라, 법정 정액으로 부과된다.

도시주민기본의료보험기금의 조성률은 해당 기금조성행정단위 별 경제발전 수준과 개인 및 정부의 재정 부담능력을 고려하여 확정되며, 기본적으로 도시주민가구 1인당 가처분소득의 약 2% 수준으로 유지되고 있다. 2015년 도시주민기본의료보험통지에 의하면, 정부보조금의 전국표준은 2015년 1월 27일 기준 매년 1인당 380元이며, 개인보험료의 전국표준은 매년 1인당 120元이다. 또한 재정능력이 열악한 자의 가입을 독려하기 위해 이들의 보험료는 일정 부분에 한해 정부의 보조금에 의해 조성된다. 도시주민 중 최저생활보장 수급권자, 노동능력을 상실한 장애인과 저소득 가정 내 60세 이상의 고령자 및 미성년자는 중국사회보험법 제25조에 따라 그들이 납부해야 하는 보험료 중 일부에 한해 정부의 보조금을 지원받으며, 보조금의 수준은 각 지역별로 확정된다.

베이징시와 상하이시의 기금조성표준과 개인 보험료표준을 살펴보면, 베이징시의 2015년 도시주민의료보험의 기금조성 표준이 1인당 1000元에서 1200元으로 상향조정됨에 따라, 개인의 납부보험료와 정부보조금도 각 각 1인당 60元과 200元씩 증가되었다.²⁰⁾ 이 중 베이징시의 2015년 기준 개인 보험료는 주민의 유형에 따라

학생과 유아 매년 1인당 160元, 도시고령자 360元, 비취업주민 660元과 비취업주민 중 중등장애인과 7급에서 10급까지의 상이군인 360元이며, 이는 2016년에도 동일하게 적용된다.²¹⁾ 상하이시의 2015년 도시주민의료보험의 기금조성 표준은 60세 이상 1인당 3300元, 18세 이상 60세 미만 1700元, 초중고학생과 유아 750元이고, 매년 1인당 개인 보험료 수준은 가입자 주민의 연령에 따라 70세 이상 가입자의 경우 340元이고, 60세 이상 69세 이하 500元, 19세 이상 59세 이하 680元, 대학(원)생과 초중고학생 및 유아 90元이다.²²⁾

도시주민기본의료보험의 기금은 근로자기본의료보험의 기금조성과 다르게 사회통합으로만 조성된다. 즉 가입자 개인의 기여금도 정부의 보조금과 함께 일괄적으로 사회통합으로 적립되고 법정 급여로 지급된다. 이러한 차이는 소액의 법정 정액 보험료를 납부하여 정부의 보조금을 지원받아 급여수급권을 보장받는 도시주민과 소득에 비례하여 산정된 보험료를 내는 근로자 간 형평성을 고려한 것으로 판단된다.

이처럼 도시주민의 기본의료보험의 재원은 소득 또는 재산에 따른 보험료부과방식이 아닌 법정 정액표준에 따라 자기의 책임에 의해 조성되고, 조세에 의한 소득 재분배를 실현하기 위해 실질적 부조원리를 도입한 사회적 연대책임에 의해 조성된다.

결론적으로, 도시주민기본의료보험제도 내에서 가장 두드러진 특징은 가입자가 모두 개별가입자가 된다는 점, 각 지역별 기금조성행정단위에 따라 연령에 따라 차등결정되는 정액 보험료를 납부하고 이로써 정부로부터 보조금을 지원받는 다는

20) 베이징시 인력자원사회보장국과 재정국이 발표한 ‘베이징시도시주민의료보험기금조성표준에 관한 통지(关于调整北京市城镇居民基本医疗保险筹资标准的通知)(<http://zhengwu.beijing.gov.cn/gzdt/gggs/t1367176.htm>, 검색일: 2015.5.1.); <http://zhengwu.beijing.gov.cn/bmfu/bmts/t1367077.htm> (검색일: 2016.5.1.)

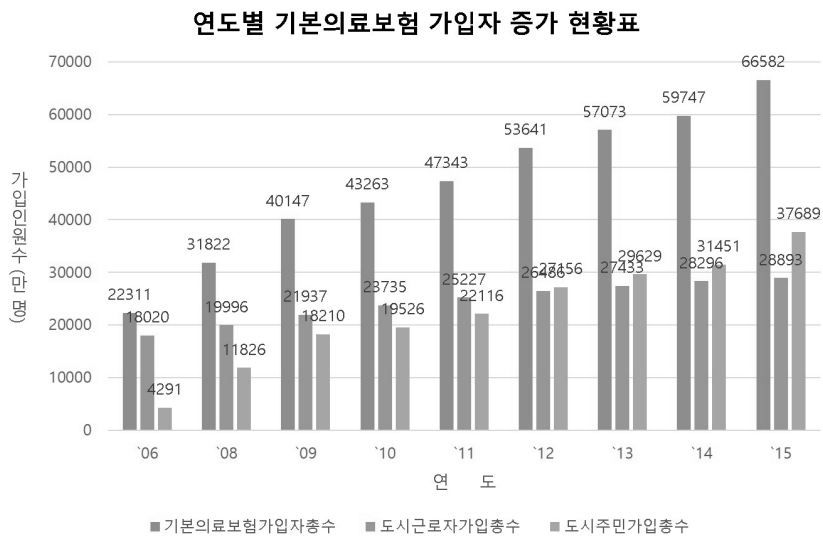
21) 베이징시 인력자원사회보장국이 발표한 ‘2015년 베이징시 도시주민의료보험의 보험가입 및 보험료 납부 업무에 관한 통지(关于做好2015年度北京市城镇居民基本医疗保险参保缴费工作有关问题的通知)’(<http://zhengwu.beijing.gov.cn/gzdt/gggs/t1368617.htm>, 검색일: 2014.12.10.); <http://beijing.chashebao.com/wenti/13109.html>(검색일: 2015. 5.10.) 참조; 베이징시 인력자원사회보장국이 발표한 ‘2016년 베이징시도시주민 의료보험의 보험가입 및 보험료 납부 업무에 관한 통지(关于做好2016年度北京市城镇居民基本医疗保险参保缴费工作有关问题的通知)’ 참조 (<http://zhengwu.beijing.gov.cn/gzdt/gggs/t1401059.htm>, 검색일:2016.9.1.).

22) 상하이시 인력자원사회보장국이 발표한 ‘2015년당해시도시주민의료보험사무관련통지(关于做好2015年本市城镇居民基本医疗保险工作有关事项的通知)’ (http://www.12333sh.gov.cn/201412333/xgk/flfg/gfxwj/shbx/yilbx/201410/t20141016_1190624.shtml, 검색일:2016.12.30.).

점, 근로자와의 형평성을 고려하여 사회통합으로 조성된 기금에 의해 의료보험급 여를 받게 된다는 점이다. 이러한 도시주민기본의료보험제도 내 가입유형과 재원 조성방식은 중국 기본의료보험의 가입현황을 통해 중국 국민의 가입에 있어 좋은 동기부여가 되었음을 알 수 있다.

다. 가입자 현황²³⁾

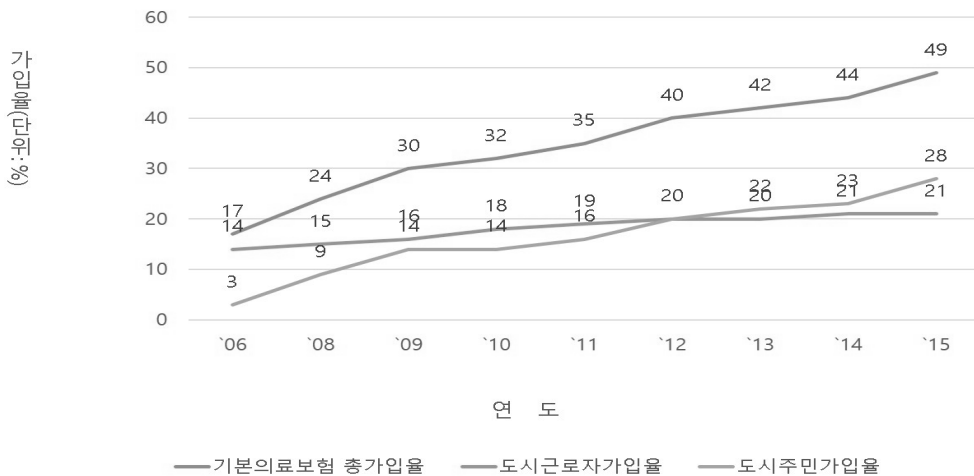
2015년 현재 중국 의료보험의 가입자 현황을 살펴보면, 전체 의료보험가입인원은 약 66582만명이고, 이중 근로자의료보험과 주민의료보험의 가입인원은 각각 약 28893만명과 37689만명에 달한다. 현재 의료보험의 가입인원은 2014년 중국 전체인구 136782만명과 대비하여 약 49%로 50%도 되지 않는 실정이다. 그러나 근로자를 대상으로 시범적으로 시행된 중국 의료보험은 1990년대 말부터 국가의 사회정책으로 시행되다가, 2006년 이후부터 주민을 대상으로 하는 주민기본의료보험까지 시행되었으며, 이 후 관련 법제의 정비를 통해 가입자의 수는 빠르게 증가하고 있는 추세이다. 다음의 표는 2006년부터 현재까지의 연혁별 가입자 현황을 잘 나타내고 있다.



23) 中华人民共和国统计局, 城镇基本医疗保险统计(<http://data.stats.gov.cn/easyquery.htm?cn=C01>, 검색일: 2016.12) ‘연도별 기본의료보험 가입자 증가 현황표’와 ‘연도별 총인구대비 가입유형별 가입율 현황표’는 중국통계국 내 관련 통계자료를 토대로 만든 것이다.

위의 표에서 알 수 있듯이, 중국의 기본의료보험에 가입한 자는 2006년부터 2015년까지 꾸준히 증가하고 있으며, 2008년과 2009년, 2012년과 2015년에 큰 폭으로 증가하였음을 알 수 있다. 이는 사회보험의 적용대상의 측면에서 보편성의 원칙을 고수하고자 하는 중국의 의료보험 정책에 기인한다. 다시 말해서 2006년 이후 의료보험의 가입자 수의 증가는 의료보험의 적용대상으로 근로자가 아닌 비근로자인 주민을 의료보험의 대상으로 포괄한 주민기본의료보험제도의 전면적 시행확대를 통해 이루어진 결과이다. 다음의 표는 연도별 총인구대비 의료보험의 가입유형별 가입을 현황을 잘 나타내고 있다.

연도별 총인구대비 가입유형별 가입을 현황표



위의 표에서 알 수 있듯이, 중국 전체인구대비 의료보험 가입율은 2006년 17%에서 2015년 47%로 증가하였으며, 이 중 근로자와 주민의 가입율도 꾸준히 증가하고 있다. 주민의 가입률은 2006년 3%에서 2015년 28%로 10년 사이 25%의 증가폭을 보이고 있으며, 2012년 이후부터는 주민의 가입률이 근로자의 가입율보다 높은 상태를 유지해오고 있다. 특히 주민의 가입율은 2008년과 2009년, 2012년과 2015년에 현저하게 증가되었음을 알 수 있다.

이는 2006년 이후부터 국가의 의료보험정책과 법제정비의 강화를 통해 이루어진 결과라고 볼 수 있다. 구체적으로 말해서, 근로자기본의료보험의 가입자 아닌 주민

기본의료보험제도 내 가입자에 대한 정액 보험료 납부를 통한 정부보조금 지원제도는 제도 내 가입을 촉진하였음을 입증하고 있다.

3. 우리나라 제도와의 비교

가. 사회적 연대책임의 주체

양국은 모두 질병 등 사회적 위험을 국가의 책임 하에 사회보험으로 일차적으로 대처하고 있다. 다만, 질병 등 사회적 위험을 분산시키기 위한 양국의 사회보험은 근본적으로 상이한 정치경제사회체제로 인하여 차이를 보이고 있다.

우리나라 국민건강보험은 가입자 간 사회적 연대책임에 의해 질병 등 사회적 위험을 분산시켜 인간다운 생활을 보장하기 위한 제도이다. 가입자의 보험료는 개인별 소득 또는 재산에 따라 납부되지만, 지급되는 급여액에는 차이가 없다. 이러한 점에서 국민건강보험은 다른 사회보험보다 소득재분배의 기능을 잘 발휘하고 있다고 볼 수 있다. 기본적으로 국민건강보험제도 내 사회적 연대책임의 주체는 가입자와 사용자이며, 사회보험의 가입자가 사회적 연대책임의 핵심주체라고 볼 수 있다.

반면에 중국 의료보험제도 내 사회적 연대책임의 핵심주체는 여전히 사용자와 사회구성원이다. 중국 근로자기본의료보험제도 내 가입자는, 비록 개인의 기여금을 납부하여 사회적 위험에 대한 자기의 책임을 부담하고 있을 지라도, 가입자간 사회적 연대책임의 주체라고는 볼 수 없다. 단지 중국헌법 제45조 상 ‘국가와 사회로부터 물질적 도움을 받은 권리’주체만이 된다. 중국 근로자기본의료보험 제도 내 의무가입자인 근로자가 납부한 기여금은 법정급여로서 사용되는 것이 아니라 개인이 부담해야 하는 비급여로만 사용된다. 물론 주민기본의료보험제도 내 임의 가입자인 주민이 납부한 보험료는 정부에서 지원된 보조금과 함께 법정 급여로서만 사용된다. 다만 이는 정부에게 재정적 지원을 받지 못한 가입자인 근로자와의 형평성을 고려한 조치라고 생각된다.

이처럼, 중국 의료보험제도 내 사회적 위험에 대한 사회적 연대책임의 주체는 우리나라와 상이하다. 이는 바로 중국식 사회주의 특성이 반영된 것에 기인한다. 다시 말해서 중국이 시장경제질서로 경제체제를 전환한 이유는 우선적으로 풍부한

생산력을 확보하고, 이를 통해 궁극적으로 사회구성원 모두 공동의 부를 달성한다는 사회주의 이념을 실현하기 위함이다. 이러한 소득재분배의 핵심수단이 바로 사회보장제도의 일환인 사회보험제도이다. 또한 중국헌법상 모든 국민은 ‘국가와 사회로부터’ 물질적 도움을 받을 권리 즉 사회보장을 받을 권리의 주체가 된다. 따라서 중국의 의료보험제도 내에서 소득재분배는 가입자간 사회적 연대책임에 의한 분배가 아닌 사용자와 사회구성원의 사회적 연대책임에 의한 분배라고 볼 수 있다.

위와 같이 중국의 의료보험은 시장경제질서에 부합하는 방식으로 제도화되고 있을 지라도, 실질적으로 여전히 사회주의 성향이 강하다.

나. 피부양자에 대한 책임

우리나라의 국민건강보험은 의무가입대상으로 모든 국민을 적용시킨 사회보험으로서 보편성의 원칙을 고수하고 있다. 국민건강보험제도는 모든 국민에게 의무가입으로 직장가입자와 지역가입자로 구분되어 적용된다. 직장가입자는 모든 직장 내 근로를 종사하는 자이며, 지역가입자는 직장가입자에 해당되지 않는 자이다. 반면에 중국 의료보험은 공민을 근로소득유무에 따라 의무와 임의가입으로 구분하여 적용된다. 일정한 근로소득능력이 없는 저 소득자나 소득이 없는 자는 본인의 선택에 의해 가입여부를 결정할 수 있다. 중국 의료보험은 우리와 다르게 보편성의 원칙과 선택성의 원칙을 동시에 고수하고 있다고 볼 수 있다.

양국은 모두 근로자에 해당되는 자에 대해 의무가입을 통해 사회보험의 수급권을 인정하고 있는 공통점을 가지고 있지만, 근로자에 해당되지 않는 자에 대해 서로 상이한 제도를 취하고 있다. 즉 중국은 우리와 다르게 지역가입자(주민기본의료보험가입자)에 해당되는 자에 대해 모두 임의가입으로 정부보조금의 지원을 통해 보험가입을 독려하는 제도를 채택하고 있다.

가장 큰 차이점은 피부양자에 대한 책임에 관한 부분이다.

우리나라는 소득 또는 재산이 법정 기준이하에 해당되는 자에 대해서는 가입자의 연대책임에 의해 보험료 납부 없이 직장가입자의 피부양자로서 또는 한 세대 내 구성원인 지역가입자로서 국민건강보험의 수급권을 인정하고 있다. 직장가입자

의 피부양자는 주로 생계를 가입자에게 의존하고 있는 자로서 법정 부양요건과 소득 또는 재산의 소득요건을 구비한 경우 가입자의 피부양자로서 수급권의 자격을 부여받는다. 지역가입자는 한 세대 내 구성원의 소득 또는 재산에 의해 산정된 부과점수에 의해 보험료를 납부한다. 따라서 한 세대 내 구성원 중 소득 또는 재산이 없는 자도 직장가입자의 피부양자와 마찬가지로 보험료 납부 없이 지역가입자로서 국민건강보험의 수급권자가 된다. 따라서 우리나라 제도 내 보험료 부담능력이 없는 자는 헌법상 보충성의 원칙을 전제로 하여 가입자간 사회적 연대책임에 의해 수급권을 보장받고 있다.

반면에 중국은 근로자기본의료보험의 가입자를 제외한 도시 내 모든 공민은 주민기본의료보험의 임의가입자로서, 법정 정액 보험료를 납부하고 이를 통해 급여의 수급권을 인정받고 있다. 가입자의 보험료는 가입자의 소득 또는 재산 등과 상관없이 해당 기금조성행정단위의 가처분소득을 기준으로 일률적으로 확정된다. 또한 이렇게 본인의 선택에 의해 주민기본의료보험에 가입한 경우, 정부의 보조금을 지원받게 된다. 따라서 중국제도 내 보험료 부담능력이 없는 자도 우선적으로 가족의 공동책임으로 보험료를 납부하여 가입자로서 자신의 책임이행에 의해 급여의 수급권을 보장받는다.

결론적으로 중국은 우리보다 보험료 납부의무를 이행해야 만이 급여를 받을 수 있는 권리를 보장하고 있는 ‘의무이행에 따른 권리보장의 원칙’을 철저히 적용하고 있다고 볼 수 있다. 우리나라는 중국과 다르게 가입자 간 사회적 연대책임에 의해 그들의 수급권을 보장한다는 원칙을 더욱 중시하고 있다고 볼 수 있다.

다. 시사점

위에서 살펴본 바와 같이, 양국의 질병에 대한 사회보험제도 내 사회적 연대책임의 주체 그리고 피부양자에 대한 책임의 주체는 서로 상이하다. 이는 양국의 상이한 체제에 기인한다.

중국 의료보험제도 내 가입자는 중국헌법상 국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리의 주체이며 사회적 연대책임의 주체는 아니다. 우리나라의 피부양자에 해당하는 자는 가입자간 연대책임이 아닌 사회구성원 간 연대책임에 의해 물질적

도움을 받을 권리를 보장받는다. 다만 피부양자에 해당하는 자도 일차적으로 가족의 책임에 의해 보험료를 납부하여 보험의 가입자가 되고, 이로써 급여수급권을 보장받는다. 반면에 우리나라 국민건강보험제도 내 가입자는 자신의 책임과 더불어 사회적 연대책임을 부담하는 주체이며, 피부양자는 가입자 간 사회적 연대책임에 의해 자기의 책임 없이 급여의 수급권을 보장받는다. 이는 우리나라 헌법의 사회국가원리에 기인한다. 따라서 중국은 우리보다 보험료 납부의무를 이행해야 만이 급여를 받을 수 있는 권리를 보장하고 있는 ‘의무이행에 따른 권리보장의 원칙’을 철저하게 적용하고 있다고 볼 수 있다. 우리나라는 중국과 다르게 가입자 간 사회적 연대책임에 의해 그들의 수급권을 보장한다는 원칙을 더욱 중시하고 있다고 볼 수 있다.

우리나라 국민건강보험제도상 가입자의 피부양자에 대한 자격인정 소득요건은 여전히 관대하다. 물론 이는 일정한 소득능력이 없는 자인 피부양자를 일차적으로 공공부조가 아닌 사회보험제도 내로 편입하여 그들의 사회보험수급권을 보장하기 위함이다. 그러나 이러한 국민건강보험제도 내 피부양자의 무임승차에 대한 문제는 여전히 쟁점이 된다. 피부양자대상에는 이자소득과 배당소득 합계액 그리고 근로소득과 기타소득의 합계액이 각 4천만 원 이하인 자, 연간 연금소득총액의 2분의 1이 2천만원 이하인 자, 사업등록자가 아닌 자(사업소득의 연간소득액 5백만원 이하)가 포함된다. 이는 이들보다 훨씬 열악한 경제적 상황에서도 보험료를 납부하고 있는 지역가입자와의 형평성에 어긋나는 것이며,²⁴⁾ 또한 자기 책임의 원칙을 근거로 하여 자기 기여금을 부담한 기여자에게 사회적 위험으로부터 사회보험수급권을 보장하는 사회보험의 근본원칙에도 어긋난다고 생각한다.

이러한 점에서, 중국제도 내 모든 가입자가 자기 기여금에 대한 납부의무의 이행을 통해 급여의 수급권을 보장받는 점은 우리나라 제도 내 피부양자제도에 대한 쟁점사항에 있어 한 번 더 심사숙고할 필요성을 제기한다.

24) 이미숙, “국민건강보험에 합의된 가족 규범과 피부양자제도 변천”, 『한국사회학』 제42집제6호, 2008, 62쪽.

IV. 나가며

우리나라와 중국은 상이한 체제로 인해 질병이라는 사회적 위험에 대처한 사회보험제도에 있어 차이를 보이고 있다. 가장 큰 차이점은 우리나라 국민건강보험제도 내 피부양자에 대한 제도이다.

우리나라 국민건강보험제도 내 피부양자는 보험료 부담능력이 없다는 이유로 보험료 납부 없이 직장가입자 또는 한 가구 내 지역가입자의 사회적 연대책임에 의해 급여의 수급권을 보장받는다. 중국 의료보험제도 내 소득 또는 재산이 없거나 보험가입자에게 생계를 전적으로 의존하는 자는 사회구성원의 사회적 연대책임에 의해 정부로부터 재정적 지원을 받는다. 이는 중국헌법상 ‘국가와 사회로부터 물질적 도움을 받을 권리’ 보장을 구체화하는 것이며, 중국식 사회주의의 특성이 잘 반영된 제도이다. 다만 이들은 가족구성원의 도움으로 보험료를 납부하여 사회적 위험에 대한 자기의 책임을 이행하고, 이로써 급여의 수급권을 보장받는다. 이는 사회적 위험에 대해 자기 책임의 원칙을 전제로 하여 사회적 연대책임에 의해 수급권을 보장하도록 하는 것이며, 의무이행에 따른 권리보장의 원칙을 잘 반영하고 있는 제도이다. 물론 양 제도 내 피부양자에 대한 보호정책은 각 국의 헌법을 근거로 하여 입법정책에 따라 다르게 시행된다.

다만 우리나라 국민건강보험제도 내 직장가입자의 피부양자 자격인정의 소득요건은 여전히 관대하기 때문에, 피부양자의 급여수급권 인정은 여전히 무임승차라는 비판을 면하기는 어려울 듯하다. 이러한 점에서 중국과 같이 보험료 납부이행에 따른 급여의 수급권을 보장하고 있는 점은 무임승차라는 피부양자에 대한 문제점 해결에 있어 고려해 볼 필요성이 있다고 생각한다.

참고문헌

I. 국내문헌

1. 단행본

- 김유성, 『우리나라사회보장법론』 제5판, 법문사, 2002.
- 박승두, 『사회보장법』, (주)중앙경제사, 1996.
- 이상광, 『사회법』개정판, 박영사, 2002.
- 이흥재, 전광석, 박지순, 『사회보장법』 제3판, 신조사, 2013.
- 윤찬영, 『사회복지법제론』 개정6판, 나남, 2013.
- 전광석, 『우리나라사회보장법론』 제10판, 집현재, 2014.
- 존 몰리뉴 저, 최일봉 역, 『사회주의란 무엇인가』, 책갈피, 2005.
- 허 영, 『헌법론』 전정 제10판, 박영사, 2014.
- 현외성, 『우리나라사회복지법제론』 제7판, 양서원, 2013.
- 홍성방, 『헌법학』 개정6판, 현암사, 2009.
- _____, 『법학원론』 제3판, 박영사, 2011.

2. 연구논문

- 김가을, “중국 사회복지제도의 변천: 다원적 분리형 복지체계에서 사회화된 통합적 보장체계로”, 『사회복지정책』 제41권1호, 우리나라사회복지정책학회, 2014.
- 김나경, “빈곤의 사회학적 이해와 법적 수용-국민건강보험법상 보험료 체납에 대한 법적 제재의 정당성”, 『법과 사회』 제42권제6호, 우리나라 법과 사회학회, 2012.
- 김민호 외 1인, “중국의 법치주의와 사법제도”, 『성균관법학』 제19권제1호, 성균관대학교 비교법연구소, 2007.
- 김해원, “사회보험수급권의 헌법적 의미-사회보험제도의 헌법적 기초와 사회보험수급권의 법적 성격”, 『사회보장연구』 제26권제1호, 우리나라사회보장학회, 2010.
- 김혜원 · 김을식 · 전승훈, 『사회보장시스템의 생애소득 재분배 연구』, 『정책연구』

- 2010-06, 우리나라노동연구원, 2010.
- 김희성, “건강보험법에서 사회보험법의 원리(칙)와 그 특징 및 구조에 관한 연구”, 『노동법논총』 제21권, 우리나라비교노동법학회, 2011.
- 나병균, “社會保障의 基本原理-慈善에서 經濟的社會的 權利로”, 『사회보장연구』 제2권, 우리나라사회보장학회, 1986.
- 남선모, “국민건강보험법의 개정 및 제도개선에 관한 연구”, 『법학연구』 제35권, 2014.
- 문경태, “體制轉換에 따른 러시아와 中國의 醫療保障 改革 比較”, 송실대학교 대학원 사회복지학과 박사학위논문, 2011.
- _____, “중국식 사회주의 이론의 문제”, 『시대와 철학』 제12권제2호, 우리나라철학사상연구회, 2004.
- 박제성, “사회적 형평화, 사회적 양극화 그리고 사회적 연대”, 『노동법연구』 제20호, 서울대 노동법연구회, 2006.
- 이달휴, “사회보험제도에서의 조세와 보험”, 『법과 정책연구』 제5권2호, 우리나라법정책학회, 2005.
- _____, “사회통합에서 본 사회보장법”, 『공법학연구』 제11권제2호, 우리나라비교공법학회, 2010.
- 이미숙, “국민건강보험에 합의된 가족 규범과 피부양자제도 변천”, 『우리나라사회학』 제42집제6호, 2008.

II. 중국문헌

1. 단행본

- 中国社会科学院语言研究所词典编辑室, 『现代汉语词典』修订本, 商务印书馆出版, 1996.
- 何建华, 『宪法』, 法律出版社, 2006.
- 郭崇德, 『社会保障学概论』, 北京大学出版社, 1992.
- 李 援, 『中华人民共和国社会保险法 解读』第一版, 中国法制出版社, 2010.
- 黎建飞, 『中华人民共和国社会保险法 释义』第一版, 中国法制出版社, 2010.
- 郑功成, 『中华人民共和国社会保险法 释义与适用指引』第一版, 中国劳动社会保障出版

社, 2012.

_____, 『社会保障学— 理念, 制度, 实践与思辨』, 商务印书馆年版, 2000.

林 嘉, 张世诚, 『社会保险立法研究』第一版, 中国劳动社会保障出版社, 2011.

_____, 『社会保险立法教程』, 法律出版社, 2011.

余明勤, 『社会保险法』第一版, 中国劳动社会保障出版社, 2013.

余卫明, 『社会保障法学』, 中国方正出版社, 2002.

郑云瑞, 『社会保险法论』, 北京大学出版社, 2010.

郑 莹, 『社会保险法制的理论重构与制度创新研究』, 法律出版社, 2013.

何建华, 『宪法』, 法律出版社, 2006.

蒋 月, 『社会保障法概论』, 法律出版社, 1999.

杨燕绥, 『社会保险法精释』, 法律出版社, 2011.

2. 연구논문

常 凯, “论社会保险权”, 『工会理论与实践』3期, 中国工运学院学报, 2002.

程 雷, “基于政府责任和公民权利的社会保障制度研究”, 东北财经大学 博士学位论文, 2012.

邱卫东, “基于资本现实合理性对实现‘共富’的思考”, 『西南大学学报』(社会科学版)第40卷第1期, 西南大学, 2014.

冯彦君, “中国特色社会主义社会法学理论研究”, 『当代法学』第3期, 2013 .

冯祥武, “实施《社会保险法》应解决的十四个问题”, 『中国劳动』, 2011.

郭成伟, “中国社会保障法制史论”, 中国政法大学 研究生院 博士学位论文, 2000.

李志明, “《社会保险法》亮点、缺憾及后续立法方向”, 2011.

李君如, “试论社会主义初级阶段的平等观念”, 『社会科学』8期, 上海社会科学院哲学研究所, 1988.

刘 诚, “社会保障法概念探析”, 『法学论坛』第18卷 第2期, 2003.

刘国光, “谈谈国富与民富, 先富与共富的一些问题”, 『中国流通经济』第1期, 2012.

_____, “社会主义初级阶段的矛盾和本质特征”, 『当代经济研究』第2期, 2013.

刘建华, “对社会主义共同富裕的再认识”, 『当代经济研究』第12期, 2013.

_____, “邓小平社会主义特色观研究”, 湖南师范大学 中共党史学 博士学位论文,

2004.

- 林 嘉, “社会法在构建和谐社会中的使命”, 『法学家』2期, 2007.
- _____, “社会保险对侵权救济的影响及其发展”, 『中国法学』第3期, 2005.
- 刘婧婧, “宪政视野下中国社会保障制度研究”, 复旦大学 法学院 博士学位论文, 2011.
- 王尚银, “对社会保障定义的商榷- 兼论社会保障制度的风险覆盖范围”, 『贵州大学学报(社科版)』, 1999.
- 卫兴华, “共同富裕是中国特色的社会主义的根本原则”, 『经济问题』第12期, , 2012.
- _____, “论中国社会主义共同富裕”, 『经济纵横』第1期, , 2013.
- 徐卫东, “论社会保险法的社会性特征”, 『吉林大学学报(社会科学版)』6期, 1995.
- 徐永峰, “社会保障权研究”, 吉林大学 法学博士学位论文, 2013.
- 杨 华, 沈继宇, “我国基本医疗保险法律关系的权利和义务探讨”, 『长春工业大学学报(社会科学版)』第25卷 第5期, 2013.
- 杨淑霞, “社会保障主体义务分担机制研究——以政府履行社会保障义务为视角”, 『河北法学』第30卷6期, 2012.
- 杨思斌, “社会保险权的法律属性与社会保险立法”, 『中州学刊』总第177期, 2010. 96页.
- _____, “社会保险立法述评”, 『河北法学』第29卷9期, 2011.
- 俞德鹏, “社会主义市场经济与机会平等, 权利平等”, 『北京社会科学』2期, 北京市社会科学学院, 1996.
- 杨燕绥, “中国社会保障法律体系的构想”, 公共管理学报 第1卷第1期, 2004.
- 余卫明, “论我国社会保险立法的发展”, 『中南工业大学学报(社会科学版)』第5卷4期, 1999.
- _____, 杨淑霞, “社会保障主体义务分担机制研究——以政府履行社会保障义务为视角”, 2012.
- 郑功成, “论中国社会保障制度的改革”, 『医学与社会』第1卷第4期, 1998.
- _____, “中国社会保障改革与未来发展”, 『中国人民大学学报』第5期, 2010.
- 郑尚元, “浅谈制订中的《社会保险法》”, 『中国法学』4期, 1994 .
- _____, “中国社会保险立法进路之分析中国社会保险立法体例再分析”, 『现代法学』第32卷3期, 2010.

III. 기타자료 및 인터넷 사이트

ILO, “Wage Policies in Times of Crisis”, ILO Global Wage Report 2010/2011, 2010.

Cingano, F. , “Trends in Income Inequality and its Impact on Economic Growth”, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 163, OECD Publishing, 2014.12.9.

전국인민대표대회 <http://www.npc.gov.cn>

중국공산당 <http://cpc.people.com.cn>

중국통계국 <http://www.stats.gov.cn>

중국 위생과 생육계획위원회 <http://www.nhfpc.gov.cn>

북경시 정부 <http://zhengwu.beijing.gov.cn>

상해시 인력자원과 사회보장부 <http://www.12333sh.gov.cn>

장애차별 금지 및 장애인의 평등권 실현

이 재 희*

- I. 서론
- II. 장애차별의 특수한 성격
- III. 장애차별의 형태와 구조
- IV. 장애차별의 해결방안: 차별금지과 평등권 실현을 위한 조치
- V. 장애차별 금지 및 평등권 실현 조치에 대한 헌법 규범 해석의 문제
- VI. 장애인의 평등권 보장을 위한 헌법개정 제안에 대한 검토
- VII. 결론

I. 서론

한국은 1981년 심신장애자법 제정 이래, 장애인의 인간다운 삶과 권리 보장, 장애인의 복지·사회참여 증진을 위해 장애인복지법을 시행해오고 있으며, 장애인복지법에는 장애를 이유로 한 차별금지가 명시되어 있다. 국가인권위원회법에 장애에 기한 차별 피해의 조사 및 구제를 규정하고 있으며, 장애인 관련 개별법령들에도 차별금지가 규정되어 있고,¹⁾ 무엇보다도 장애차별 문제를 본격적으로 규율하는

* 헌법재판연구원 책임연구원.

1) 예컨대, 장애인고용촉진 및 직업재활법 제5조 제2항 및 제2조 제1호, 장애인 등에 대한 특수교육법 제4조 제1항 및 제2항, 발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률 제4조 제3항, 장애인기업활동 촉진법 제4조 제1항과 제2항, 장애인 건강권 및 의료접근성 보장에 관한 법률(2017. 12. 30. 시행예정) 제2조 제2항 등.

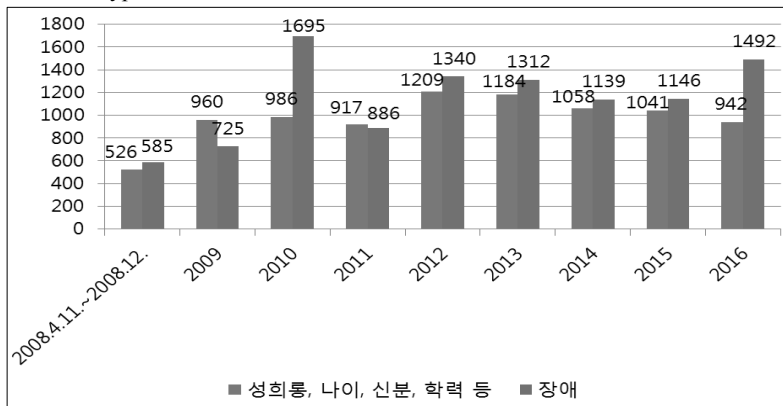
개별적 차별금지법틀인 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(이하 ‘장애인 차별금지법’)이 제정되어 이제 시행 10년을 앞두고 있다. 국제인권규범의 차원에서 는, 한국은 유엔장애인권리협약(UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities)에 가입, 2009년 정식으로 발효시킴으로써 장애인의 권리 보장 및 차별금지에 대한 국제적 보장체제에 포함되어 있다. 그리고 헌법 제11조 제1항 평등 권 보장과 함께 제34조 제5항에 신체장애자 등에 대한 국가의 보호를 규정하고 있다. 이러한 점들에 비추어 볼 때 한국은 일견 장애차별에 대응하기 위한 강력한 규범체계를 갖추고 있는 것으로 보인다.

한편, 2008년 장애인차별금지법 시행 이래 국가인권위원회에 대한 장애차별 진정사건 접수는 지속적으로 증가하고 있는데, 특히 다른 사유에 기한 차별사건과 비교하여 장애차별사건 접수의 비중이 크게 증가하였다.²⁾ 장애인차별금지법 시행을 계기로 종래 정식절차를 통해 구제받지 못하였던 숨은 차별피해자들이 비로소 드러난 것이고, 장애인차별금지법이 장애차별 개선에 크게 기여한 것이라고 평가할 수 있는 반면, 장애인차별금지법 시행에도 불구하고 여전히 개선해야 할 현실의 차별 문제가 그만큼 심각하다는 방증이다.

구체적 사례들을 살펴보면, 우리 사회에서 장애차별은 진행 중인 문제이고, 논쟁적이며, 여전히 제도의 미비와 함께 장애차별을 바라보는 인식에 한계가 있음을 알 수 있다. 최근 국민연금공단대전본부가 소유건물에 대한 장애인 야학의 임대계

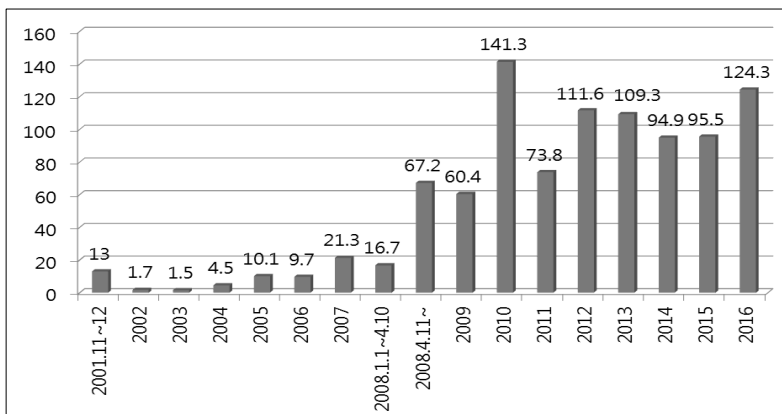
2) 출처: 국가인권위원회 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 개정안 마련을 위한 지역 순회 토론회 개최 보도자료 (최종검색: 2017. 4. 11. 17:00)

<https://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/view?menuid=001004002001&pagesize=10&boardtypeid=24&boardid=7600885>



[그림 1] 차별사건 대비 장애차별사건 접수 현황

약요청을 시설미비를 이유로 거부한 것에 대하여 국가인권위원회에 장애차별로 진정이 제기된 바 있다.³⁾ 대부분의 은행권에서 대면업무에서의 한계 등을 이유로 장애인고용촉진 및 직업재활법에 근거한 장애인 의무고용제 고용비율을 준수하지 않아 문제되었다.⁴⁾ 장애인의 접근권·이동권 관련 저상버스 도입⁵⁾을 주장하며 제기한 손해배상청구⁶⁾나 장애인의 청계천 접근권 보장 불이행과 관련한 손해배상청구⁷⁾는 법원에서 기각되었다. 반면 청각장애인 응시자에게 면접시 적절한 편의제공을 불이행한 것에 대하여 차별금지 위반으로서 위자료 지급이 인정된 예도 있다.⁸⁾ 대선을 앞두고 장애인의 참정권, 선거평등권 보장 논의가 부각되고 있는데, 법제도적 정비가 계속되고 있지만, 장애인에 대한 편의제공이 여전히 임의적 보장 영역



[그림 2] 연도별 월평균 장애차별 진정사건 접수 현황(2001.11.~2016.12.)

- 3) 2017년 3월 29일 국가인권위원회에 제기된 진정과 관련하여 다음 2017. 3. 29.자 기사 참조: <http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0013&NewsCode=001320170329160138931516> (최종검색: 2017. 4. 12. 15:30)
- 4) 다음 2017. 3. 19.자 기사 참조: (최종검색: 2017. 4. 12. 15:30) <http://www.segye.com/content/html/2017/03/19/20170319001627.html?OutUrl=naver>
- 5) 저상버스 도입의무 불이행 위험확인 사건에서, 헌법재판소는 행정부작위 위헌 헌법소원은 작위의무가 구체적으로 규정되어 있는 경우에 허용되는 것이고, 헌법 제34조 제1항과 제5항 규정은 장애인 등 사회적 약자에 대해 국가가 자유의 실질적 행사 조건을 형성 유지하도록 해야 한다는 점을 강조하는 의미가 있는 것이지 이로부터 장애인 복지에 대한 최우선적 배려의무나 저상버스 도입과 같은 구체적인 국가의 행위의무가 도출되는 것은 아니라고 하면서, 각하결정을 한 바 있다. 헌재 2002. 12. 18. 2002헌마52, 판례집 14-2, 904.
- 6) 서울서부지법 2015가단228013판결(일부 버스운송사업자에 휠체어 승강설비 등 승하차 편의 제공을 명한 외에 나머지 청구에 대하여는 모두 기각); 서울중앙지방법원 2013. 7. 12. 선고 2011가단472077판결(손해배상청구 기각).
- 7) 서울중앙지방법원 2009. 3. 17. 선고 2008나145 항소심 판결. 2013. 7. 29.자 기사 참조 (최종 검색: 2017. 4. 12. 15:30) <http://www.m-i.kr/news/articleView.html?idxno=84714>
- 8) 서울중앙지법 2015가합519728.

으로 남아 있거나 불충분한 문제가 있었고, 이에 대해 헌법재판소는 일관되게 합헌으로 판단해오고 있다.⁹⁾

장애차별 금지를 위한 규범체계를 갖추고 있음에도, 여전히 차별적 현실이 개선되지 않고 있는 상황에서, 과연 장애차별의 구조 및 특수성을 잘 고려하여 규범이 작동되고 있는 것인지, 규범의 집행 및 해석·적용을 담당하고 있는 정부와 사법부의 장애차별 인식에 한계가 있는 것은 아닌지, 헌법적 차원에서 장애차별 문제를 개선하고 장애인의 평등권을 실현하기 위한 기준 및 구체적인 내용을 제시할 수는 없는지 검토할 필요가 있다.¹⁰⁾ 아래에서는 장애차별 문제가 왜 특수하게 다루어져야 하는지 살펴보고(II), 장애차별의 구체적인 형태와 발생구조(III), 장애차별을 해결하기 위한 방안으로서 차별금지 및 평등권 실현 조치(IV)에 대하여 검토한 다음, 우리 헌법해석상 이러한 내용을 도출할 수 있을 것인지 살펴보고(V), 이에 더하여 헌법해석론에 의한 근거제시 및 구체화에 한계가 있는 것이라면 어떠한 형태의 헌법개정제안이 가능할지 살펴보고자 한다(VI).

II. 장애차별의 특수한 성격

1. 판별의 어려움

장애가 무엇인지 명확하게 설명하기는 어렵다.¹¹⁾ 직관적으로 파악 가능한 경우

9) 청각장애인을 위한 자막 또는 수화통역 방송을 임의사항으로 규정한 공직선거법 제70조 제6항 등 위헌 확인에 대하여 위헌인용하지 않은 헌재 2009. 5. 28. 2006헌마285; 점자형 선거공보 작성 여부를 임의사항으로 규정한 공직선거법 제65조 제4항 위헌확인에 대하여 인용하지 않은 헌재 2014. 5. 29. 2012헌마913. 그러나 이 결정 이후 법개정(2015. 8. 13)으로 대통령선거, 지역구 국회의원 및 지방자치단체의 장선거의 후보자는 점자형 선거공보 작성·제출의 의무사항이 되었는데, 단서규정으로 점자형 선거공보 작성 대신 음성출력 전자적 표시로 대체할 수 있도록 한 것이 여전히 시각장애인 선거정보접근권 보장에 있어서 충분치 않고 차별적이라는 문제제기에 대하여, 헌법재판소는 다시금 선거권 및 평등권 침해를 인정하지 않고 기각한 바 있다. 헌재 2016. 12. 29. 2016헌마548.

10) 헌법은 장애인정책의 기준을 제시하는 규범적 우위에 있지만 다른 한편 장애인정책에 의해 내용이 구체적으로 형성되는 관계에 있다. 윤수정, 장애인정책의 개선방향에 대한 헌법적 고찰, 연세법학 제28호(2016), 58쪽.

11) 김복기, 미국의 장애인 이동권, 서울대학교 박사학위논문, 2010, 35쪽; 윤수정, 장애인고용정책의 헌법적 요청 및 과제, 법학연구 제21권 제4호(2011), 407쪽; 박종운, 장애인차별금지법

도 있지만, 신체적 장애 외의 정신적 장애나, 사회구조적 장벽으로 인한 제약에 대하여는 곧바로 파악하기 어려울 수 있다. 그리고 장애 개념은 이에 대한 공동체의 인식의 변화에 따라 계속적으로 변화하고 있는 것이기도 하다.¹²⁾ 따라서 어떤 차별대우에 대하여 그것이 장애를 이유로 한 것이었는지 판별하는 것이 쉽지는 않다.

2. 불리한 출발선과 이에 대한 보완 필요성

다만 분명한 것은 장애 개념 자체에는, 장애를 가진 자 개인에게 발생한 손상, 기능상실, 이로 인한 제약과 불리함이 내재되어 있으며, 동시에 비장애인 중심으로 구축된 사회구조와 사람들의 일반적 인식으로부터 야기되는 불리함이 내재되어 있다는 점이다. 장애인에 대하여 어떠한 직접적인 법적 제한이나 불리한 차별대우가 가해지지 않더라도, 장애에서 비롯된 제약 조건만으로도 처음부터 출발선의 차이가 발생할 것이 충분히 예상된다.¹³⁾ 따라서 이러한 현실적 제약 요소에 대하여 보완이 요청되고, 보완조치를 하지 않는 것(부작위)이 곧 차별대우를 구성한다.¹⁴⁾ 장애차별의 특수한 성격 때문에 장애인의 평등권 보장은 사실적·결과적 평등을 지향한다고 보기도 한다.¹⁵⁾

3. 소수자에 대한 배제적 차별로서의 성격

제정의 과제와 전망, 국제인권법 제7권(2004), 60쪽; 박민영, 주요국 장애차별금지법의 비교법적 연구 - 장애의 정의를 중심으로, 공법학연구 제8권 제1호(2007), 205쪽.

12) 이와 관련하여 오욱찬, 차별금지의 대상으로서 장애 개념의 포괄성: OECD 국가의 차별금지법에 대한 비교연구, 비판사회정책 제53권(2016), 442쪽 이하 참조. 이러한 장애 개념의 특수성에 대한 인식은 유엔장애인권리협약 전문의 “...장애는 점진적으로 변화하는 개념...”이라는 표현에서도 알 수 있다.

13) 장애인은 이미 비장애인과 비교하여 출발선부터 불리한 상황에 놓여있는 것이기 때문에 법적 평등만으로 장애인을 보호하는데 한계가 있고, 오히려 장애로 인한 불평등을 고착, 심화할 우려가 있다고 하면서 이에 따라 사실적 평등, 주어진 상황에 대한 국가의 개입 필요성이 정당화되는 것이고, 정당한 편의제공이 이러한 예라고 설명하는 전광석, 헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로 -, 헌법논총 제20집(2009), 45쪽 참조.

14) 이재희, 장애인의 참정권의 평등하고 실질적인 보장, 헌법재판연구 창간호(2014), 185쪽 참조.

15) 같은 것을 갖게, 다른 것은 다르게 대우하라는 원칙은 장애 평등 문제의 경우 결과의 평등보장으로 이해해야 한다는 견해로 김명수, 장애인 기본권의 헌법적 보장에 관한 연구: 법제의 분석과 개선방안을 포함하여, 성균관대학교 일반대학원 박사학위논문, 200, ix.

한편 이에 대하여, 개인적 제약, 사회적 불리함이 처음부터 전제되어 있다는 점은 고령자에 대한 차별, 신체능력이 떨어지거나 체력이 약한 사람 등에 대한 차별도 마찬가지로 아닌지, 장애차별에 이와 구별되는 고유한 특수성이 있는지, 왜 특별하게 취급해야 하는지 반문할 수 있다. 그러나 장애차별은 다음과 같은 이유에서 특수하게 취급될 필요가 있다: 장애는 개인의 의지와 무관하고 변경되기 어려우며 개인에게 부착되어 그의 인적 속성을 이루는 것이다. 그리고 과거 오랫동안 장애를 가진 개인을 장애인 집단으로 구분·편재하여 집단적 인적 차별대우를 하였고 인권침해적 차별을 가한 역사가 있었으며, 이로 인한 피해 역시 심각하였다.¹⁶⁾ 장애 차별은 장애를 가진 사람들을 사회생활에서 배제하고 고립시키는 소수자 차별에 해당하며, 사회통합을 저해하고, 중대한 기본권 침해를 야기하는 것이다. 종래의 사회적 권력, 문화적 가치, 개인적 편견이 결합하여 장애인 개인의 신체적·정신적 특징에 부정적 가치를 부여하고, 장애인이 비장애인과 동등한 입장에서 사회생활에 참여할 기회를 박탈하거나 제한, 억압하는 기제가 되는 것이 바로 장애차별이다.¹⁷⁾

4. 복지와 평등의 결합 - 특수한 평등실현 방안에 대한 요청

장애차별의 특수성을 고려할 때, 장애차별 문제를 해결하고 장애인의 평등권을 보장하기 위해서는 장애인에 대한 직접적 차별을 금지하는 것만으로는 불충분하며, 제약과 불리성의 보완이 필수적으로 요청된다. 장애인의 인권 보장 방안으로서, 차별과 평등의 논의구조가 본격적으로 도입되기 이전에, 우선 장애인에 대한 복지 정책이 시행되었던 것도 이러한 맥락과 상통한다. 일반적으로 인권 보장의 경향이 자유, 평등, 복지의 방향으로 전개되었음과 비교하여, 장애인 인권 보장은 시혜적 복지에서 시작되어 차별금지, 평등권 보장, 복지의 권리로서의 보장, 그리고 이제 장애인의 자기결정권과 참여권의 실질적 보장의 방향으로 전개되고 있다.

16) 장애차별의 뿌리깊은 역사와 문제상황에 대하여, 권건보, 장애인권리협약의 국내적 이행 상황 검토, 법학논고 제39집(2012), 519쪽 이하; 박종운, 앞의 글(장애인차별금지법 제정의 과제와 전망), 53쪽.

17) 옥필훈, 장애인차별에 대한 실태와 인권·복지에 관한 연구 - 장애인차별금지법의 주요내용에 대한 분석을 중심으로 -, 인권복지연구 제15호(2014), 31쪽.

장애인 인권 보장에서 복지와 평등은 필수적으로 견련되어서 상호보완하고 있으며,¹⁸⁾ 그러다보니 장애인의 평등권 보장 문제에서 복지의 영역과 평등의 영역이 명확하게 분리되지 않고 혼재되어 있는 현상이 자주 나타난다. 그리고 장애인의 평등권 실현을 위한 조치들이 평등의 영역, 특히 사실적·결과적 평등의 문제로 논의되어야 하는지, 아니면 장애인 복지 및 사회권 보장의 영역에서 검토될 것인지 논쟁이 이어지게 된다.¹⁹⁾

Ⅲ. 장애차별의 형태와 구조

1. 장애를 이유로 한 직접차별

(1) 장애를 이유로 같은 것임에도 다르게 대우한 차별

‘같은 것을 다르게’ 대우한다는 것은, 어떤 대우를 할지 정하기 위해 필요한 같거나 다름의 판단 기준을 적용하였을 때, 같은 조건에 있어서 같게 대우해야 할 것인데, 그러지 않고 장애를 이유로 제한, 배제, 분리, 거부하는 등 다른 대우를 하는 것이며, 이는 장애를 이유로 한 직접차별이다. 자격요건을 동등하게 충족시킨 유자격지원자에게 장애가 있다는 이유로 지원에서 배제하거나, 승진 등에서 불리

18) 장애인 정책으로서 복지와 평등의 상호보완적 기능 및 이러한 정책의 실현구조에 대하여 전광석, 헌법과 장애인정책, 전광석 편, 한국사회와 장애인정책, 41쪽 이하 참조; 윤수정, 앞의 글(장애인정책의 개선방향에 대한 헌법적 고찰), 57쪽.

19) 예컨대, 장애인에 대한 사실적 차별 제거의 과제가 평등권에 의거하여 국가에 부여되는데, 기회의 평등 보장만으로 충분하지 않고, 기회와 가능성이 결과에서 실현될 수 있도록 하는 사실적 기초가 장애인에게 마련되지 못하여 야기되는 차별도 제거할 수 있어야 하며, 바로 이 지점에서 사실적 평등 실현의 국가의 과제는 사회복지적 과제와 겹치게 된다고 한다. 그러면서 사실적 평등 실현을 위해 장애인에 제공되는 정당한 편의제공, 적극적 조치는 사회복지적 과제의 외관을 보이고 있기도 하다고 설명한다. 이준일, 헌법과 사회복지법제, 세창출판사, 2010, 184-185쪽. 그에 따르면, 다만 이 경우에 정당한 편의제공, 적극적 조치, 사실적 평등에 대한 장애인의 요구는 장애인 측에서 사회적 기본권의 권리성 여부를 논증하거나 사실적 평등권의 주장가능성을 논증해야 한다는 부담을 지므로, 사회적 기본권으로 주장하던 사실적 평등권으로 주장하던 쉽지는 않은 것이며, 그래도 사실적 평등권으로 주장하는 것이 더 유리할 수 있다고 한다. 이준일, 같은 글(헌법과 사회복지법제), 186쪽. 특히 사인에 대한 주장은 사회복지적 과제라면 국가에 대해서만 주장가능할 것이지만 평등정책적 과제라면 사인에게도 주장할 수 있다는 측면에서 장애인의 권리 보장에 더 유리하다고 설명한다. 이준일, 같은 글(헌법과 사회복지법제), 186쪽.

하게 대우한 경우 장애에 기한 직접차별에 해당한다. 지급능력, 상환능력에 차이가 없음에도 장애가 있다는 이유만으로 신용카드 발급, 대출신청을 거절하거나, 장애인의 보험계약 청약에 대하여 장애를 이유로 거절하는 것도 장애에 기한 직접차별이다.

(2) 장애를 이유로 다른 것임에도 다르지 않게 대우한 차별

‘다른 것을 다르게’ 대우한다는 것은 대우를 정하기 위해 설정한 기준을 적용해 보았을 때 서로 다른 조건에 놓여 있다면 (그만큼) 다르게 대우해야 한다는 것이다. 그러지 않고 장애를 이유로 이들을 같게 대우하거나, 조건에 있어서 차이를 보이는 정도만큼 다르게 대우하지 않을 때, ‘다른 것을 다르지 않게 대우’하는 장애에 기한 직접차별이 발생한다. 예컨대, 장애인 지원자가 비장애인 지원자보다 더 높은 성과를 냈음에도 장애를 이유로 하여 양자를 같게 대우하여 같은 근무평정 점수를 부여하는 경우, 또는 장애인 후보자가 낸 성과에 비례하지 않게 적은 정도로만 인사고과에 반영하는 경우 등이 이에 해당한다.

2. 장애를 고려하지 않고, 같게 대우하여 발생하는 차별

장애를 이유로 한 차별과 달리, 장애를 고려하지 않고 장애인과 비장애인을 같게 대우하는 것 또한 다른 것을 같게 대우하는 차별이 될 수 있다.²⁰⁾ 물론 모든 규율에 있어서 장애를 가진 이들을 항상 달리 대우해야 하고 그렇지 않으면 차별이 성립한다는 것은 아니다. 장애 표지를 갖고 있다는 것이 모든 측면에서의 유리한 다른 대우를 명령하는 것 또한 아니다. 그러나 다른 차별 표지들과 비교했을 때 장애는, 그 자체로 개인에게 제약을 야기하고 처음부터 불리한 조건에서 출발

20) 장애차별은 크게 두 방향에서 살펴볼 수 있는데, 첫 번째는 장애와 같은 특성은 다른 능력 및 자격요건과 관련이 없기 때문에 장애를 근거로 하여 차별되어서는 안된다는 전통적인 차별금지법에서 비롯되는 것이고, 두 번째는 장애가 능력 및 자격요건과 관련성이 큰데, 다만 장애는 개인적 책임이 아니라 사회구조 및 사회현실과의 상호작용의 맥락에서 발생하는 것이므로 장애인의 불리성을 고려하여 사회구조적 장벽을 제거하고 평등한 기회를 보장하기 위한 편의제공과 같은 다른 대우가 요청되고, 그 불이행이 곧 차별이 된다는 관점이다. 이러한 설명으로 조임영: 장애인 고용차별금지 법제의 운용사례에 관한 국제비교 - 합리적 편의 제공 의무를 중심으로 -, 노동법학 제35호(2010), 294-295쪽.

하게 한다는 특수성을 가진다. 따라서 인종, 성별 등 다른 표지의 경우에 비하여 장애 표지에 대해서는 그 상이성(불리성)의 보완이라는 관점을 고려하여야 한다.

본래 같거나 다른 어떤 대우를 하기 위해서는, 그러한 대우를 하는 목적과 관련 된 기준을 선정하고, 그 기준에 비추어 볼 때 같은 조건에 있는지 다른 조건에 있는지, 따라서 그 결과 같은 대우를 받아야 하는지 다른 대우를 받아야 하는지 결정하게 된다. 즉 규율 사안마다 그러한 규율의 목적에 부합하는 기준이 제시되어야 한다. 이 때 그 기준이 일견 장애와 관련 없는 것으로 보일 때 그럼에도 불구하고 제시된 기준의 이해에 장애에 대한 고려를 포함시켜서 같고 다름을 판단해야 하는 경우들이 있다. 즉, 같고 다름의 판별 기준 설정에 있어서나 규율의 목적에 있어서 장애와의 연결점을 찾을 수 있거나, 기준정립과 그에 따른 대우의 차등이 장애인의 권리 보장에 중대한 영향을 미치게 되는 경우라면, 일견 장애와 무관해 보이는 기준이 설정되었다 하더라도 그 기준의 이해에 장애에 대한 고려를 포함시켜야 할 것이다. 그리고 이렇게 장애를 고려하였을 때 다른 조건에 놓여 있는 데도 이를 같게 대우하였다면 장애를 고려하지 않고 같게 대우하는 차별이 된다.

예컨대, 공직선거에 입후보한 중증언어장애인 후보자와 비장애인 후보자에 대하여 ‘문서 등에 의한 선거운동방법 제한’을 일률적으로 적용할 것인지 문제되었을 때,²¹⁾ ‘문서 등에 의한 선거운동방법 제한’이라는 대우를 똑같이 적용할지 여부를 결정하기 위한 비교의 기준을 ‘공직선거에 입후보한 자인지 여부’로 정하였다면 중증언어장애인 후보자와 비장애인 후보자는 같은 조건에 있기 때문에 이들에 대하여 같은 대우 즉, 동일한 선거운동방법 제한을 적용하는 것은 차별취급을 구성하지 아니할 것이다. 그러나 공직선거에서 당선되기 위하여 선거운동은 매우 중요한 요소이고 중증언어장애인 후보는 대면·대화 선거운동에 있어서 비장애인 후보보다 현저히 불리한 위치에 있는데, 이러한 점을 고려하지 않고 비대면 선거운동 방법인 문서 등에 의한 선거운동을 제한한다면, 모든 공직선거 후보자에게 그의 장애 여부 등과 상관없이 공정한 선거경쟁기회가 주어져야 한다는 공정한 선거의 목적에 오히려 위배되는 것일 수 있다. 그리고 선거에서 장애인 후보자 그룹에게 현저히 불리한 결과를 초래하게 될 것이고, 궁극적으로 장애인이 정치과정에 참여

21) 참고로 이 사안은 헌법재판소에서 공직선거법 규정의 위헌 여부 문제로 다루어진 바 있다. 헌재 2009. 2. 26. 2006헌마626.

하여 권리보장·차별문제를 개선하고 사회에 참여·통합되는데 중대한 불리한 영향을 미치게 될 것이다. 이러한 이유로 장애를 비교기준의 해석에서 고려하기로 하였다면, 비교의 기준을 ‘장애를 고려하였을 때, 공직선거 입후보의 목적인 당선을 위한 선거운동 수행의 가능 여부’로 설정할 수 있고, 그렇다면 중증언어장애인 후보자와 비장애인 후보자는 다른 조건에 놓여 있는 것이고, 그럼에도 이들에게 같은 대우 즉, 일률적인 선거운동방법 제한을 적용하는 것은, 다른 것을 같게 대우하는 차별취급에 해당하게 된다.

3. 장애인에 대한 간접차별

차별표지와 차별행위의 연관관계를 엄격하게 이해하여 정확히 그 차별표지를 명시적 원인으로 한 차별대우만이 차별에 해당한다고 이해하는 경우, 실질적으로 매우 좁은 범위의 차별만이 포착될 수 있으며, 차별행위자는 해당 표지 외에 다른 표지를 기준으로 들어서 차별금지를 얼마든지 회피할 수 있게 된다.²²⁾ 직접차별을 규율하는 것만으로는, 의도와 무관하게 차별적 결과가 발생하는 경우를 규율할 수 없고, 장애를 우회한 다른 기준을 들어 차별대우한 것인지, 사실은 장애로 인하여 행해진 것인지 밝히기 쉽지 않으며, 장애뿐 아니라 복합적 상황에 의하여 차별이 발생하는 경우들을 규제하기 어렵다는 점에서 한계가 있다고 지적된다.²³⁾

그리고 실제로 현실에서 더 빈번하게 문제되는 것은, 장애 그 자체를 직접적인 차별대우의 근거로 제시하는 것이 아니라, 장애로 인한 제약이 비교대상들 사이의 조건의 차이를 야기하므로, 즉 다른 자격요건이 동등하게 충족된 유자격자가 아니게 되므로, 같은 대우를 할 상황이 아니라고 주장하거나, 다른 대우를 정당화하는 합리적 근거가 된다고 주장하는 경우들이다. 예컨대, 교통사고 후유증으로 장애를 갖게 된 자에 대하여, 직무수행능력이 부족하고 향후 능력의 향상을 기대하기 어렵다는 이유로 보직임면·승진 대상자에서 제외하거나,²⁴⁾ 장애인에 대하여 (장애

22) 김주환, 양성평등원칙의 구체화, 공법학연구 제8권 제3호(2007), 196쪽; 한승희, 간접차별이란 무엇인가, 여성과 사회 제12권(2001), 195쪽.

23) 옥필훈, 앞의 글, 31-32쪽.

24) 전주지방법원 군산지원 2014. 7. 3. 선고 2013가합2599판결. 이에 대하여 법원은 장애를 이유로 한 정당한 이유없는 차별로 보아 원고의 청구에 따라 손해배상액 지급 및 차별피해구제를 위한 적극적 조치를 인용하였다.

를 근거로 들지 않았지만) 기대여명이 짧고 보험사고의 위험발생 개연성이 더 높다고 하여 청약을 거절하는 경우²⁵⁾들이 이에 해당한다. 이에 대하여는, 장애로부터 비롯된 제약을 비교기준에 포함시키는 것이 곧 장애를 기준으로 한 차별대우를 구성한다고 논증하거나(직접차별의 범주 확대), 장애인에 대한 헌법의 특별한 보호를 근거로 장애로부터 비롯된 제약조건에 의한 차이를 차별대우를 정당화하는 합리적 근거로 쓸 수 없음을 논증해야 하는(차별에 대한 심사 강화) 어려움이 따른다.

이에 따라 차별의 개념을 넓혀서 일정한 차별표지를 명시적 원인으로 하여 차별 대우하는 직접차별과 달리, 특정 차별표지를 명시적 근거로 들지 않고 일견 객관적·중립적 표지를 기준으로 하였으나 그 중립적 표지가 특정 차별표지와 결부되거나 결과적으로 해당 차별표지를 가진 그룹에 대하여 사실상의 차별적 법적 효과를 발생시키는 것을 간접차별로서 차별의 개념으로 포착하게 되었다. 장애에 기한 간접차별은, 장애 여부를 직접적인 기준으로 하지 않고, 외견상 중립적·객관적으로 보이는 장애가 아닌 다른 기준을 들어 대우를 하였지만 그것이 장애인에게 불리한 결과를 초래한 경우이다. 또는 장애차별의 의도나 인식은 없으나, 사회일반의 인식이나 편견에 따른 기준을 적용함으로써 장애인에 불리한 결과를 초래하는 경우에도 장애에 근거한 간접차별이 발생할 수 있다. 참고로, ‘장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률’ 제4조 제1항 제2호에서는 장애에 근거한 간접차별을 법적으로 금지하는 차별행위로 규정하면서, “장애인에 대하여 형식상으로는 제한·배제·분리·거부 등에 의하여 불리하게 대하지 아니하지만 정당한 사유 없이 장애를 고려하지 아니하는 기준을 적용함으로써 장애인에게 불리한 결과를 초래하는 경우”로 정의하고 있다. 예컨대, 신입사원 채용시 해당직군에서 요구되는 직무능력과 무관한 듣기평가가 포함된 영어능력시험을 자격요건으로 제시하여 청각장애인을 불합격시킨 경우,²⁶⁾ 장애가 아닌 일견 객관적·중립적 기준인 영어능력시험성적을 기

25) 서울중앙지법 2004. 2. 12. 선고 2003가단150990판결. 법원은 헌법 제10조, 제11조 제1항, 제34조 제1항 및 제5항과 이에 따라 제정된 장애인복지법 제8조 차별금지 규정을 근거로 한 장애차별금지규범을 보험사가 위반한 것이며, 장애 차별이 합리적 근거가 있어서 자의적 차별에 해당하지 않는다는 점을 보험사가 입증할 책임이 있는데, 장애인인 원고의 기대여명이 일반인에 비해 짧거나 보험사고 개연성이 높아서 보험청약을 거절할 합리적 근거가 있다는 등의 증거가 전혀 제시되지 않아 합리적 근거없는 차별행위이고 장애인복지법상 장애차별금지를 위반한 위법한 행위로서 손해배상책임이 있다고 판시하였다.

26) 국가인권위원회 2011. 9. 27.자 10진정0480200결정 [채용시 청각장애인에 대한 간접차별]

준으로 제시하였지만, 이것이 결과적으로 청각장애인에게 불리한 결과를 초래하는 것으로서 장애에 근거한 간접차별에이 발생한 것이다.

장애에 대한 간접차별은 문면상 장애에 기한 것임을 드러내지 않고 다른 중립적 이어 보이는 기준들을 들어서 (직접)차별금지를 자꾸 우회하려고 하는 경향에 대하여, 장애차별을 의도했든 안했든, 인식했든 안했든, 결과만 놓고 봐서 그것이 장애인에게 불리한 대우였다면 (장애의 이유를 꺼내들지도 않았음에도) 장애차별로 보겠다는 것이고 이는 비장애인 중심의 구조로 견고하게 짜여 있는 사회구조에 대한 경고가 될 수 있고, 해오던 대로 즉 관행에 따라(명시적으로 장애인을 배제차별하려 한 것은 아닐지라도), 또는 편견에 따라 행해지는 차별문제를 제재하는 것으로서 의미가 있다. 그리고 우회적 차별까지 규율대상에 포함시킬 수 있어 차별금지에 더 효과적이다. 반면 간접차별에서는 차별행위자의 명시적 차별의도가 잘 드러나지 않기 때문에 구체적인 사건에서 차별이 있었던 것인지 판정하기가 쉽지 않으며, 간접차별에 해당하는 범위를 지나치게 확대하면 반대로 자유를 위축시킬 우려도 있다. 이러한 문제점 때문에 원칙적으로 차별로 인한 불이익이 중대한 경우에만 간접차별로 인정해야 한다고 그 범위를 한정하려는 견해도 있다.²⁷⁾

4. 정당한 편의제공 불이행의 차별

장애가 개인에게 야기된 손상, 기능상실이라는 의료적 관점과 함께 사회구조적으로 야기된 제약, 불리성이라는 사회적 관점으로 이해할 때,²⁸⁾ 장애를 야기하는 원인에 비장애인 중심으로 구축된 사회구조, 법제도, 인식을 함께 짚을 수 있다. 그리고 이러한 맥락에서 장애인을 배제하는 차별에는 장애인이 사회활동에 필요한 여건을 갖추지 않고 있고, 혹은 이러한 여건을 갖추기 어려운 것을 이유로 사회활동으로부터 장애인을 배제·제한·거부·불리하게 대우하는 것이 포함될 수 있다.

27) 김주환, 앞의 글(양성평등원칙의 구체화), 201쪽.

28) 장애 모델에 대한 설명으로 Deborah Kaplan, *The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community*, 3 *J. Health Care L. & Pol'y* 352 (2000), p. 352 이하 참조. Available at: <http://digitalcommons.law.umaryland.edu/jhclp/vol3/iss2/5>; 김두식, 누가 장애인인가: 장애 모델과 장애의 개념, 인권과 정의 제305권(2002), 2쪽 이하 참조; 의료적 모델과 사회적 모델에 대하여 자세한 설명으로 윤수정, 앞의 글(장애인고용정책의 헌법적 요청 및 과제), 408쪽 이하; 김재원·현지원, 장애 개념과 장애 차별의 특성, 법무법인(유한)태평양·재단법인 동천 편, 장애인법연구, 경인문화사, 2016, 90쪽 이하 참조.

정당한 편의제공 불이행은 장애로 인한 현실적·기능적 조건의 차이에도 불구하고 이를 보완하기 위한 정당한 편의를 제공하지 않아서 발생하는 차별이다.²⁹⁾ 장애차별금지에서는 우선 장애를 이유로 한 차별대우의 금지를 통해 장애인의 법적 평등을 실현하여야 하는데, 비장애인과 비교하여 장애인은 이미 출발부터 불리한 제약에 놓여 있는 경우들이 있고 이 때 형식적 기회의 평등 보장만으로는 장애인의 평등권을 실현하는데 한계가 있다. 그리고 장애를 고려하지 않은 동등성만을 고집하는 경우 오히려 장애로 인한 불평등이 고착화될 수도 있는 것이므로, 국가가 주어진 상황에 개입하여 장애인에 대한 불리한 제약을 보완하는데 필요한 조건들을 보장하는 정당한 편의를 제공하도록 하여야 한다. 정당한 편의제공의무는 장애인의 활동을 제약하는 장벽을 제거하기 위해 관련 당사자에게 적극적인 의무를 부과하고 이를 불이행하는 경우를 규율하기 위한 새로운 유형의 차별 구조이다.³⁰⁾ 그리고 장애 표시의 특수성(불리성)을 제거·보완하여 장애인과 비장애인의 사실적 조건의 평등, 출발선의 평등을 충족시키기 위한 성격을 갖는다.³¹⁾

장애인차별금지법에서는 정당한 편의에 대하여, 장애인이 비장애인과 동등하게 같은 활동에 참여할 수 있도록 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 고려한 편의시설·설비·도구·서비스 등 인적·물적 제반 수단과 조치라고 정의하고 있다.(장애인차별금지법 제4조 제2항) 그리고 정당한 사유없이 장애인에 대해 정당한 편의제공을 거부하는 경우를 이 법에서 금지하는 차별행위로 규정하고 있다.(장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호) 예컨대, 채용면접시 청각장애인에게 문자통역, 별도 안내 등의 편의를 제공하지 않았다면 정당한 편의제공 불이행의 차별행위에 해당한다.³²⁾

29) 차성안, 중증장애인 입후보자의 선거운동 - 헌법재판소 2009. 2. 26. 선고 2006헌마626 전원재판부 [판례집 21-1상, 211] 결정을 중심으로 -, 사회보장법연구 제2권 제1호(2013), 100-101쪽; 이재희, 앞의 글(장애인의 참정권의 평등하고 실질적인 보장), 186-187쪽.

30) 심제진, 장애인차별금지과 정당한 편의제공의무, 사회보장연구 제29권 제1호(2013), 106-107쪽; 오욱찬, 장애차별금지법의 고용효과에 대한 비교연구 - 장애 정의와 합리적 편의제공 의무의 역할을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 사회복지학 박사학위논문, 2016, 28쪽 이하.

31) 장애인 평등 문제에서는, 정당한 편의제공을 통해 출발선의 평등을 보장할 수 있는지 여부가 관건이라고 하는 이철호, 장애인차별금지법과 장애인의 인권, 한국콘텐츠학회논문지 제8권 제8호(2008), 159쪽. 정당한 편의제공의무에 대하여 적극적 평등실현조치와 함께 사실적·결과적 평등 실현 노력의 하나로 이해하는 견해도 있다. 윤수정, 앞의 글(장애인정책의 개선방향에 대한 헌법적 고찰), 65쪽.

32) 서울가정지법 2015가합19728.

정당한 편의제공 의무는 장애를 보완하기 위한 일정한 적극적 의무를 부과하고 그 불이행을 차별행위로 보기 때문에, 평등권으로 보장되는 내용인지, 사회권으로 보장되는 내용인지 그 성격에 대해 의문이 제기될 수 있다. 평등권의 내용으로 보는 경우에도 이것이 법적 기회의 평등 보장 내용에 포함될 수 있는지 결과적 평등의 내용에 해당하는지 문제된다.

우리의 경우 편의제공의무가 법제화되어 있고 주로 논의되는 영역은 장애인차별금지법이지만, 사실 편의제공의무는 실질적 평등사회 실현을 위한 수단으로 도입된 개념이며,³³⁾ 특히 고용관계법제에서 근로자에 대한 사용자의 의무로 빈번하게 논의되었고, 장애뿐 아니라 종교, 임신·출산을 포함한 성별, 특수한 가족상황 등의 표지와 관련하여서도 정당한 편의제공 의무가 검토되어 왔다. 비교법적으로 정당한 편의제공은 상대적·실질적 평등을 실현하기 위해 서로 다른 처지에 있는 사람들이, 개별적 처지와 무관하게 기회의 평등을 실질적으로 향유할 수 있도록, 개인의 특성에 맞는 편의를 제공하는 것이며, 보호하는 차별금지사유 전체에 대해 적용되는 것이 원칙이라고 이해된 바 있다.³⁴⁾

정당한 편의제공은 그 자체로 결과의 평등을 지향하는 것은 아니다. 결과에 있어서의 장애인의 동등성 확보를 추구하고 이를 위해 장애인에게 유리한 우대조치나 적극적 평등실현조치를 요구하는 것이 아니다.³⁵⁾ 정당한 편의제공은 비장애인 중심의 사회구조 속에서 장애의 표지에 전제된 불리성과 이로 인한 출발선의 불평등, 기회의 불평등을 시정하고 동등한 출발선을 만들어주기 위해 요청되는 급부의 무이며 실질적 기회의 평등을 추구하는 것이다. 출발선의 불평등을 시정하고, 장애로 인하여 야기되는 과정에서의 제약을 보완하여 동등성을 확보한 속에서 공정경쟁을 지속할 수 있도록 요청되는 것이며 이를 넘어서 결과에서의 평등을 추구하거나 유리한 차별대우를 요청하는 것이 아니며, 복지급부에 대한 요청과도 구별된다. 따라서 정당한 편의제공 불이행에 대한 심사 역시 차별금지 위반 여부를 심사하는 것이지 사회권 침해 여부에 대한 심사로 볼 것은 아니다.

33) 이수연, 캐나다의 고용상 사용자의 편의제공의무, 이화젠더법학 제2권 제1호(2011), 118쪽.

34) 이수연, 앞의 글(캐나다의 고용상 사용자의 편의제공의무), 124-125쪽.

35) 정당한 편의제공과 적극적 평등실현조치를 명확하게 구별하지 않고 설명하는 입장들도 있으나 양자를 구별하는 관점이 더 지배적이며, 편의제공의무는 적극적 평등실현조치와 달리 기회의 평등을 제약하는 사회적 장벽을 제거하는 목적으로 설계된 것이라고 설명하는 오욱찬, 앞의 글(박사학위논문), 32쪽 이하 참조.

5. 검토: 차별의 중첩적 발생 가능성과 구별의 실익

앞서 살펴본 장애에 기한 직접차별, 간접차별, 장애를 고려하지 않은 차별, 정당한 편의제공 불이행의 차별은 그 구별이 용이하지 않고 때로는 중첩적으로 발생한다. 예컨대, 중증언어장애인 후보자에게 문서 선거운동 제한을 똑같이 적용한 예와 관련하여, 장애의 특수성을 고려하지 않고 선거운동 제한에 있어서 장애인과 비장애인이 받는 제약의 정도가 다름에도 이를 같게 취급한 차별로 구성할 수 있을 뿐 아니라, 중증언어장애인 공직선거 후보자와 비장애인 후보자에 대하여, 공직선거 후보자인지 여부라고 하는 일용 객관적 중립적 기준을 적용하였으나, 이것이 중증언어장애인에 대하여 결과적으로 선거운동에서 현저히 불리한 결과를 초래하는 경우 간접차별이 발생하였다고 할 수 있다. 장애인 후보자에게 그의 장애로 인한 불리한 제약조건을 보완하여 선거 경쟁에서 동등하게 출발할 수 있기 위한 정당한 편의제공을 이행하지 않았다는 점을 문제삼는 경우, 정당한 편의제공 불이행의 차별³⁶⁾로 구성할 수 있다.

그러나 그렇다고 하여 이들을 구별할 수 없다거나 구별의 실익이 없는 것은 아니고 동일한 사안에서 차별행위 및 결과의 양태가 동시에 두 가지 차별성립구조를 충족시키는 것이라고 설명할 수 있다.

장애를 고려하지 않고 다른 것을 같게 취급하여 발생하는 차별과 간접차별의 차이는, 전자는 장애가 있다는 점을 고려하여 비장애인과 장애인을 달리 대우하지 않고 똑같이 대우하는 차별 그 자체를 문제삼게 되고, 후자는 장애를 표지로 삼는다는 비판을 피해갈 수 있는 기준을 제시하였으나 결과적으로 장애인에 대한 차별을 야기함을 설명하기 위한 구조이다. 직접차별 금지를 회피하고 행해지는 우회적 차별을 규율하고, 무의식적으로 행해졌더라도 또는 명시적 차별의도가 없었더라도, 그것이 잘못된 사회적 인식·편견에 기한 것일 때 그러한 차별의 결과까지 교정하고자 하는 것이 간접차별이며 간접차별로 판별되기 위해서는 그로 인하여 장애인에 대한 현저히 불리한 차별적 결과 발생이 포착되어야 한다. 장애를 고려하지 않고 대우한 그 자체만으로 차별대우를 구성하는 다른 것을 같게 대우한 차별과 구

³⁶⁾ 참고로 이러한 정당한 편의제공은 장애인의 공직선거 후보자 추천비율 할당제, 의석할당제와 같이 결과적 평등을 지향하는 적극적 평등실현조치와는 구별된다.

별되는 지점이다.

그리고 장애를 고려하지 않고 다른 것을 같게 대우하는 차별과 정당한 편의제공 불이행의 차별 사이의 차이는, 전자는 다른 것을 같게 대우하는 그 자체로 이미 차별이 성립한 것이고, 정당한 편의제공은 여기에서 더 나아가 다른 것을 어떻게 다르게 대우해야 정당한 편의 제공의무를 이행한 것이 되는지에 대한 판단을 요하게 된다는 점이다.

사실관계에 따라 때 직접차별 요건을 충족하지 않는 경우 간접차별, 장애를 고려하지 않는 차별, 정당한 편의제공 불이행을 각각 순차적으로 검토하여 우회적 차별을 금지하고 장애의 특수성을 고려한 평등실현을 추구할 수 있다. 그리고 장애인차별금지법 등 개별적 차별금지법에서 영역별로 각각의 차별구조의 적용여부 및 인정 요건을 달리 정한 경우 서로 다른 차별구조들을 적용해 보는 것이 의미있다. 직접차별, 간접차별, 장애를 고려하지 않은 차별, 정당한 편의제공 불이행의 차별은 그 정당화 여부 심사구조 및 방법도 다르기 때문에 장애차별금지 및 권리구제를 위해 각각의 적용 가능성을 살펴볼 필요가 있다.

예컨대, 장애인학교에 건물 및 시설 임대를 거부한 사례의 경우, 장애를 직접적인 근거로 들어 임대를 거부했다면 직접차별이 발생한 것이다. 그런데 이를 피해가기 위해, 또는 장애인을 차별하려는 의도는 없었지만 장애차별문제의 특수성을 인식하지 않은 채, 건물 시설 등이 노후하고 안전도가 떨어지고 이로 인해 사고 위험이 있고 손해배상책임 등 법적 책임문제가 야기될 수 있어 적절한 임차인 기준을 충족시키지 않아 임대를 거부한다고 하는 경우 장애인에 대한 차별적 결과를 야기하는 간접차별에 해당할 수 있다. 장애인의 교육권 보장을 위해 장애인 학교의 중요성이 인정되고 그럼에도 시설임차가 쉽지 않은 점, 국가가 장애인 교육의 제반 여건을 확보하기 위해 조치할 의무가 있는 점 등을 고려할 때 비장애인과 비교하여 장애인 학교에 대한 건물 및 시설 임대는 이러한 특수성을 고려한 다른 기준으로 판단하여 임대 여부를 결정하여야 하는데, 장애를 고려하여 이러한 다른대우를 하지 않았다는 점을 들어, 다른 것을 같게 취급하는 차별에 해당한다고 다투어 볼 수 있다. 그리고 여기에서 장애인의 건물 접근성 확보 및 안전한 시설 이용을 위한 정당한 편의제공의무 불이행의 문제를 제기하는 경우 편의제공 불이행의 차별이 될 수 있는 것이다.

또한 시각장애인의 동성보조인 동행없는 목욕탕 입장 금지³⁷⁾에 대하여, 장애인 이니까 입장을 거부하면 직접차별에 해당하지만 그렇게 되면 법적 제재가 가해질 수 있으니 장애를 이유로 들지 않고 입장시 각종 사고의 위험이 있는 경우 단독 입장 불가라고 제한하는 경우, 그것이 결과적으로 장애인에게 차별적 대우로 작용할 것이므로, 이런 경우에는 장애를 직접적 근거로 들지 않았다 하더라도 장애에 기한 간접차별로 보고 규율할 여지가 생긴다. 여기에서 조금 더 나아가서 장애인이 대중시설 비장애인과 동등 이용할 수 있도록 필요한 정당한 편의 제공(혼자 입장해도 목욕 가능하도록 관리자가 보조, 또는 목욕을 하지 않고 장애인 보조만 하는 활동보조인이 있을 경우 이에 대해 입욕비를 받지 않고 보조활동이 가능하게 하는 등) 불이행시 차별대우가 성립한다고 보는 것은 서로 구별될 수 있는 문제구조이고, 구별을 통해 각각의 차별금지·구제조치 적용을 개별적으로 시도할 수 있으므로 장애차별금지, 평등권 보장에 더 유리한 것이다.

IV. 장애차별의 해결방안: 차별금지과 평등권 실현을 위한 조치

1. 장애를 근거로 한 차별금지

장애를 명시적·직접적인 이유로 제한, 배제, 분리, 거부 기타 불리하게 대우하는 차별대우는 장애에 기한 직접차별로서 금지된다. 장애를 이유로 같은 것을 다르게, 다른 것을 갖게 대우한 경우 장애에 근거한 직접차별의 차별대우가 발생하였고, 이 차별대우가 정당화될 수 있는지 여부를 심사하여 최종적으로 허용가능한 차별인지, 금지되는 차별인지 판단하게 된다.

(i) 우선 같고 다름의 판단을 위한 비교기준을 확정하는데, 이 비교기준은 그에 따른 일정한 대우가 추구하는 목적과 본질적 관련성이 있는 것이어야 한다. 그리고 장애차별의 특수성을 고려할 때, 비교기준의 설정시에 장애가 고려될 수 있다. (ii) 비교대상(집단)을 특정해야 하는데, 비교대상은 비교기준에 비추어 유의미한 공통적 상위개념 하에 있는 것이어야 한다. (iii) 기준규범으로서 헌법 제11조 제1

37) 참고사례로 대전지방법원 2012. 2. 15. 선고 2011가소122610판결.

항 제1문의 일반적 평등권 조항을 들 것인지, 제2문의 개별적 차별금지 조항을 들 것인지, 그리고 헌법 제34조 제5항의 해석상 헌법에서 장애를 특별한 차별금지요소 또는 평등 보장을 위한 우대요소로 보고 있는지 검토하여야 한다. (iv) 비교대상이 비교기준에 비추어 보았을 때 같은 조건에 있는 것인지, 다른 조건에 있는 것인지 확인하고 그에 따라 같은 조건에 있음에도 다른 대우를 하였거나 다른 조건에 있음에도 다르게 대우하지 않아서 차별취급이 존재하는지 확인한다. (v) 차별취급이 존재하는 경우 차별취급의 정당화 가능성에 대하여 검토한다. 장애에 기한 차별취급은 인적 차별로서 차별피해자에게 중대한 피해를 야기하는 소수자 차별에 해당하고 이러한 인적 차별로부터 헌법이 특별한 보호를 요청하고 있는 것이라고 보아 차별에 대하여 엄격한 심사기준을 적용하여야 한다. (vi) 상이성 여부를 판단하는 기준, 비교대상(그룹)의 설정, 차별적 취급 사이에 사물의 본성이라는 관점에서 상호 밀접한 관련성을 갖고 있는 것인지, 조건의 차이의 정도가 차별취급의 차이의 정도와 비례하고 있는지 검토하고, 차별취급이 추구하는 어떠한 특별한 공익적 목적이 차별취급을 정당화할 수 있는지, 차별취급을 통해 이러한 목적 달성을 할 수 있겠는지, 차별피해와 추구하는 공익 사이의 형량에서 공익이 더 중요함을 인정할 수 있는지, 보다 덜 침해적인 다른 취급은 없었는지 검토하여, 장애를 이유로 한 차별에 대하여 헌법적으로 허용될 수 없는 차별인지 여부를 최종적으로 결정할 수 있다.

2. 간접차별의 금지

간접차별로서 금지되는지 여부를 판단하기 위해서는 (i) 우선, 장애가 직접적인 이유로 제시되지 않은 사안에서, 객관적·중립적 기준을 적용하였을 때, 장애인에게 현저히 불리한 결과가 발생한 것이어야 한다. 장애인에 대한 차별의 의도나 인식이 있었는지 여부는 무관하며, 장애인에게 불리한 차별적 결과가 나타났는지 여부만으로 차별취급의 존부가 검토된다. 불리한 차별적 결과는 비교법적으로는 통계적 기준(5:4률)을 사용할 수 있고,³⁸⁾ 표본집단의 규모 자체가 작아 통계적으로

³⁸⁾ 최윤희, 미국에서의 결과적 차별행위(Disparate Impact) 이론에 대한 고찰, 노동법연구 제20권 (2006), 16-17쪽.

유의미한 기준을 적용할 수 없는 경우에는 평가기준에 주관이 개입하여 장애인에 대하여 불리한 판단이 내려졌다는 정황이 있는지, 나아가 기준 자체에 대해 문제 제기하여 기준과 대우 사이의 합리적 관련성이 없으면서 장애인에 불리하게 작용한 것인지³⁹⁾ 등으로 확인할 수 있다. (ii) 간접차별의 차별대우가 존재한다면 다음으로 이러한 차별대우가 정당화되는지 여부를 검토해야 한다. 장애차별은 장애의 특수성을 이용하여 흔히 간접차별의 형태로 우회하여 나타난다. 따라서 간접차별이라 할지라도 차별피해의 심각성을 고려하여 직접차별과 마찬가지로 차별의 정당화 여부 판단을 해야 한다. 차별취급이 객관적으로 정당화될 수 있는 목적을 추구하기 위한 수단으로서 적절하고 필수적이며 장애인에 대한 차별적 결과를 가져오지 않는 다른 대체수단이 있는 것은 아닌지, 차별을 회피할 수 있는 대안적 관행이 있는 것은 아닌지, 다른 한편 차별을 회피하는데 발생하는 비용이 과도한 것은 아닌지 등을 함께 고려하여 차별대우의 정당화 여부를 판단하고, 정당화될 수 없는 간접차별은 금지된다.

3. 장애를 고려한 대우, 정당한 편의제공의 의무화 및 불이행 차별의 금지

장애차별 문제를 해결하기 위해서는 우선적으로는 장애를 이유로 하는 차별금지가 요청되겠지만, 그것만으로는 아직 차별 금지가 완성된 것이라고 할 수 없다. 장애라는 (비장애인과 비교하여) 다른 요소를 고려하여 이에 합당한 다른 대우를 함으로써 현실적 조건의 차이를 보완하고 출발선의 평등을 확보하는 것이 반드시 필요하다. 나아가 출발선의 평등을 확보하는 것만으로도 충분하지 않으며, 불리성과 제약을 극복하기 위해 필요한 보완책을 제공하여 일상생활 및 사회생활을 영위해

39) 비교법적으로, 호주의 장애인차별금지법에서는 장애인에게, 비장애인의 다수에는 적용될 수 있거나 적용되고 있지만, 장애인은 적용될 수 없거나 적용되지 않는 조건을 적용하거나 장애인에게 상황상 불리하게 작용하는 조건을 적용하는 경우 장애인에게 결과적으로 불리한 간접차별이 발생하는 것이라고 하고 있으며(제6조), 홍콩의 장애인차별금지법에서는 간접차별의 불리한 차별적 결과 발생에 대한 판단으로서, 비장애인에게 적용할 조건을 장애인에게 적용함으로써 그 조건에 부합하는 장애인의 비율이 비장애인의 경우보다 상당한 정도로 적어지게 되거나, 그 조건이 장애 유무와 관련되지 않아서 정당한 것임을 증명할 수 없거나, 장애인이 그 조건에 부합하지 못하게 되어 그에게 손해가 발생하는 경우(제6조)라고 규정하고 있다. 이러한 내용을 소개하는 정영선, 장애 차별 및 장애인 권리구제 제도 개선 방향에 대한 소고, 법학연구 제22권 제1호(2011), 144쪽.

나갈 수 있도록 해야 비로소 차별금지가 완성된 것이라고 할 수 있다. 정당한 편의제공은 적극적 평등실현조치처럼 유리한 차별대우이거나 결과적 평등을 지향하는 것이 아니라, 출발선의 불균형을 바로잡는 실질적 기회의 평등 보장에 해당하고 따라서 평등권의 보장내용으로 보아야 하며, 특히 장애인의 평등권 보장의 내용으로서는 필수적으로 요청되는 것으로 보아야 한다. 따라서 법규정이 있어야만 정당한 편의제공 의무가 부과되는 것이 아니며, 법규정이 없다 하더라도 장애차별이 금지된다면 장애차별금지의 내용으로서 곧바로 도출될 수 있다.

정당한 편의제공 불이행의 차별에 대한 심사 역시 평등권 논의에서 출발해야 할 것이다. 다만, 정당한 편의제공에는 일정한 급부 요청의 측면이 있고 어떠한 급부를 제공해야 편의제공을 적절하게 이행한 것인지의 문제가 있기 때문에 일반적 차별심사와는 심사구조가 달라질 것이다. 예컨대, 개별법에 명시된 과도한 부담, 현저히 곤란한 사정이 있는 경우는 정당한 편의제공 불이행을 정당화하는 사유의 하나로 고려될 수 있다.

4. 적극적 평등실현조치 시행

장애인의 평등권 실현을 위해서는, 일정한 경우 장애인에게 유리한 차별대우를 하는 사회적·제도적 조정을 통해, 종전의 장애인에 대한 차별 피해, 인권의 제약 상황을 극복할 수 있도록 적극적 평등실현조치가 시행되어야 한다. 적극적 평등실현조치는 결과의 평등을 지향하는 것으로 장애로 인한 불리성, 장애를 대하는 사회구조에서 기인하는 현실적 제약 문제에도 불구하고 장애인이 다른 개인과 마찬가지로 기본권을 실질적으로 실현할 수 있도록 사회국가적 급부를 배분하고, 장애 요소를 적극적으로 고려하여 우대조치를 하며, 사회적 조정을 통해 궁극적으로 장애인이 공적·사적 영역에서 자신의 인격을 자유롭게 발현시키고 자기결정권을 실질적으로 실현할 수 있도록 하는 것이다. 장애인이 개별적으로는 극복할 수 없는 사회의 차별적 구조를 넘어서서 사회정책적 요청에 따른 평등을 보장받을 수 있게 한다.⁴⁰⁾ 적극적 평등실현조치는 우대 대상이 아닌 지원자들에 대한 역차별 발생시 문제될 수 있다. 그러나 차별행위에 대한 심사와 현존하는 차별을 해소하고자 차

40) 이재희, 앞의 글(장애인의 참정권의 평등하고 실질적인 보장), 187쪽.

별받아온 집단을 우대하는 적극적 평등실현조치에 대한 심사는 같을 수 없으며, 장애인에 대한 적극적 평등실현조치에는 차별금지규범 적용이 완화되는 것으로 보아야 한다.⁴¹⁾

5. 평등권 실현을 뒷받침하기 위한 기본적 복지의 보장

이에 더하여 장애인의 평등권을 적극적으로 실현해나가기 위해서는, 장애인의 일상생활 및 사회생활 영위를 위해, 그리고 장애인의 인간다운 생활을 할 권리를 보장하기 위해, 기본적 복지가 보장되어야 한다.

V. 장애차별 금지 및 평등권 실현 조치에 대한 헌법규범 해석의 문제

1. 문제의 소재

한국헌법에는 장애에 근거한 차별금지, 장애인의 평등권 보장에 대한 별도의 명문 규정이 없다. 장애인 권리 보장 관련조문으로서 헌법 제34조 제5항⁴²⁾을 들 수 있고, 제34조 제1항, 제11조 제1항⁴³⁾, 제10조⁴⁴⁾도 근거로서 함께 고려될 수 있다. 그 중에서“장애”가 명시적으로 표현되어 있는 것은 헌법 제34조 제5항 뿐이고, “신체장애자”라는 표현으로 규정되어 있다.

41) 정영선, 앞의 글(장애 차별 및 장애인 권리구제 제도 개선 방향에 대한 소고), 150쪽.

42) 제34조 ① 모든 국민은 인간다운 생활을 할 권리를 가진다.

② 국가는 사회보장·사회복지의 증진에 노력할 의무를 진다.

③ 국가는 여자의 복지와 권익의 향상을 위하여 노력하여야 한다.

④ 국가는 노인과 청소년의 복지향상을 위한 정책을 실시할 의무를 진다.

⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

⑥ 국가는 재해를 예방하고 그 위험으로부터 국민을 보호하기 위하여 노력하여야 한다.

43) 제11조 ① 모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다.

44) 제10조 모든 국민은 인간으로서의 존엄과 가치를 가지며, 행복을 추구할 권리를 가진다. 국가는 개인이 가지는 불가침의 기본적 인권을 확인하고 이를 보장할 의무를 진다.

장애차별금지, 장애인의 평등권 실현의 특수성을 고려할 때 특별한 헌법적 근거를 도출하여 개별법령에 대한 기준으로 기능하게 할 수 있는지, 있다면 헌법적 근거는 구체적으로 어떤 헌법조문으로부터 찾을 수 있으며, 이로부터 장애에 기한 직·간접적 차별금지, 장애를 고려하지 않은 차별의 금지, 정당한 편의제공 의무, 적극적 평등실현조치의 근거와 같은 구체적 내용들을 도출해낼 수 있는지 검토가 필요하다. 그리고 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문, 제10조, 제34조, 특히 제34조 제5항의 관계를 어떻게 설정하여 해석할 것인지, 마지막으로 헌법 제34조 제5항에 규정된 “신체장애자” 부분의 의미에 대하여 어느 정도 범위에서 확장·변경 해석이 가능할 것인지, 예컨대, 신체적 장애 외에 정신적 장애, 지적 장애, 감각적 장애를 포함시킬 수 있는지, 혹은 문언상 “신체장애자”로 규정되어 있으나 이를 “장애인”으로 해석할 수 있는지 등에 대한 검토가 필요하다.

2. 장애차별금지, 장애인의 평등권 보장의 헌법적 근거와 내용

(1) 헌법 제11조 제1항

1) 제11조 제1항 제1문

장애에 대한 개별적 평등보장 규정이 없기 때문에, 일차적으로 헌법의 평등보장의 대원칙이자 흠결없는 평등보호의 역할을 하는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권 보장 조항이 장애차별금지, 평등권 보장의 근거가 될 수 있다.⁴⁵⁾

그런데 이에 대하여 장애차별은 중대한 차별문제이고, 전형적인 인적 속성에 기한 차별로서 금지되어야 할 것이고 따라서 차별의 위헌성 판단에서 엄격심사를 하여야 하는데, 제11조 제1항 제1문만을 근거로 장애차별금지를 도출한다면 이러한 엄격한 평등권 침해 여부 심사가 가능할 것인지 문제제기할 수 있다. 또한 ‘차별’이나 ‘평등’의 문구는 없지만, 헌법에 “신체장애자” 규정을 두어 장애에 대한 특별한 보호 태도를 보이는 것 또한 사실인데 장애차별금지의 근거를 제11조 제1항 제1문에 국한시킨다면 이러한 헌법의 장애인 보호의 취지가 제대로 고려되지 않는다는 문제가 있다. 더하여 제11조 제1항 제1문만을 근거로 하는 경우 “법 앞에 평

45) 이재희, 앞의 글(장애인의 참정권의 평등하고 실질적인 보장), 191쪽.

등”의 일반적 평등보장 규정을 통하여 장애인에 대한 차별금지, 간접차별금지, 정당한 편의제공 의무, 적극적 평등실현조치의 내용이 모두 도출될 수 있을 것인지, 즉, 이 조항으로부터 법적 기회의 평등을 넘어서 실질적 평등, 결과적 평등 보장이 함께 도출될 수 있는지에 대한 의문이 제기될 수 있다.⁴⁶⁾

반면에 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등 조항의 평등보호 강도와 차별에 대한 통제강도를 개별적 평등 조항의 경우와 일치시켜야 한다는 입장에서는, 제11조 제1항 제1문만을 그 근거로 하더라도 제2문에 규정한 사유와 유사한 인적 표지에 의한 차별에 해당한다면 엄격한 심사기준을 적용해야 하는 것이고, 제1문만 근거로 하더라도 이로부터 직접차별금지 뿐 아니라 간접차별금지 등 평등의 실질적 보장을 위한 내용을 도출할 수 있다고 보게 되며⁴⁷⁾ 따라서 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권 조항을 근거로 하는 것이 큰 문제가 되지 않을 수 있다는 것이다.

2) 제11조 제1항 제2문

헌법 제11조 제1항 제2문은 대표적인 개별적 평등 보장 조항으로서, 헌법이 특별히 보호하고자 하는 차별금지기준을 제시하고 더욱 강력하게 보호하는 근거가 된다. 장애차별금지의 근거를 헌법 제11조 제1항 제2문에서 찾고자 하는 경우, 구체적으로는 (i) 제2문의 사회적 신분에 의한 차별금지의 사회적 신분에 장애를 포함시키는 해석, (ii) 제2문의 차별금지사유를 예시적 규정으로 보고 우리 헌법이 중대한 차별금지사유들에 기한 차별을 금지하고 있는데 여기에 장애가 포함되어야 한다는 해석,⁴⁸⁾ (iii) 제2문의 문언을 존중할 때 제2문에 규정된 차별금지사유는

46) 법적 평등과 사실적 평등의 관계와 관련하여, 법적 평등의 보장은 필연적으로 사실적인 비동등성의 결과를 초래하게 되고, 사실적인 평등의 보장은 법적 불평등을 전제로 하기 때문에 양자는 논리적으로 병존하기 어려운 것이라고 하는 견해들이 있다. 이러한 관점에서는 헌법의 단일한 평등조항 - 일반적 평등조항 내지 ‘법 앞의 평등’ 보장 조항 - 으로, 법적 평등과 사실적 평등을 동시에 근거지을 수 없다거나(대신에 사실적 평등은 사회정책적 문제로서 사회국가원리 규정들을 통하여 보장될 수 있을 것이라고 설명하고) 사실적 평등도 평등원칙의 한 모습으로 보되, 양 쪽이 충돌하는 경우 원칙적(잠정적)으로는 법적 평등 보장이 우선한다고 주장되는 것이다. Christian Starck, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, Baden-Baden 1982, S. 56-57; Robert Alexy, 이준일 역, 기본권이론, 한길사, 2007, 488-489쪽; K. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 77 (1951/52), S. 167 이하; 이준일, 법적 평등과 사실적 평등 - 제대군인 가산점 제도에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로, 안암법학 제12호(2000), 7-9쪽, 11쪽 이하.

47) 예컨대, 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 모형, 세계헌법연구 제19권 제2호(2013), 180-181쪽; 이재희, 일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장, 헌법학연구 제21권 제2호(2015), 127-130쪽.

예시적 규정이 아닌 열거적 규정이지만, 제2문의 차별금지사유가 1948년 헌법 이래 변함없이 유지되어 사회의 차별문제상황들을 제대로 반영하지 못하고 있고, 열거적 규정으로 보기에 성별, 종교, 사회적 신분의 세가지만 규정하여 지나치게 좁게 열거되어 있는 점 등 고려하여, 인적 속성으로서, 성별, 종교, 사회적 신분의 열거된 표지에 준하여 차별금지로 보호되어야 하는 중요한 표지들 - 대표적으로 장애, 인종 등 - 에 대하여 제2문의 개별적 차별금지의 효력을 부여하고자 하는 해석⁴⁹⁾ 등이 가능할 것이다.

3) (제11조 제1항 제1문과 제2문을 구별하지 않고) 제11조 제1항

헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문을 명시적으로 구별하지 않은 채 헌법 제11조 제1항이 장애차별금지 및 평등권 보장의 근거가 된다고 하는 견해도 있다. 이에 따르면 헌법 제11조 제1항 제2문에 규정한 성별, 종교, 사회적 신분의 열거에 장애가 포함되어 있지는 않지만, 평등원칙을 선언한 헌법의 이념에 따라 장애를 사유로 한 차별도 헌법상 금지되는 것이고, 장애인에 대한 사실적 차별 제거의 과제 역시 평등권에 기초하여 국가에 대해 부과될 수 있다고 한다.⁵⁰⁾ 또한 유사하게 헌법 제11조 제1항 제1문과 제2문을 구별하지 않고 제11조 제1항의 평등권 규정이 장애인에 대한 우대 및 차별에 대한 헌법적 기준으로 작용한다고 설명하기도 한다.⁵¹⁾

(3) 헌법 제34조 제5항

헌법 제34조 제5항에 장애에 대해 언급한 규정이 있음에도 장애차별금지 및 평등권 보장의 근거를 제11조 제1항 제1문 또는 제2문의 평등권 조항으로부터 찾는 것은, 헌법규정의 취지를 충분히 고려하지 않은 것이라고 보고, 헌법 제34조 제5항으로부터 장애인의 평등권의 근거를 도출하고자 할 수 있다.

48) 박진완, 불평등대우의 헌법적 정당화심사기준으로서 일반적 평등원칙, 세계헌법연구 제15권 제3호(2009), 214쪽; 이준일, 한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점, 안암법학 제34권(2011), 102쪽.

49) 이재희, 앞의 글(일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장), 144쪽 이하.

50) 이준일, 앞의 글(헌법과 사회복지법제), 184-185쪽.

51) 정극원, 헌법상 장애인과 아동의 기본권보장과 그 개정방안, 세계헌법연구 제16권 제3호(2010), 165쪽 참조.

그러나 제34조 제5항에는 정확히는 “신체장애자”라고만 규정되어 있기에 문언중심적 해석에 따른다면, 같은 맥락에서 이 조항은 신체장애 이외의 장애를 가진 장애인의 평등권 등의 권리 근거가 되기 어려울 수 있으며, 제34조 제5항이 인간다운 생활을 할 권리 하에 규정된 특별한 사회권적 보호 조항이라고 보는 경우, 이를 평등권 보장의 근거로 삼는 것이 규정의 성격 및 체계상 맞지 않을 수 있다. 그리고 만약 제34조 제5항을 장애인의 평등권 보장의 근거로 삼는다면 제34조 제5항의 구체화 규정에 대한 기본규정으로서 제34조 제1항이 함께 근거가 되어야 하는 것은 아닌지 문제될 수 있다.

(4) 헌법 제11조 제1항 평등권 조항과 결합한 제34조 제5항

명시적인 개별적 차별금지 규정이 없다면 우선적으로 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권 규정으로부터 장애차별금지의 근거를 도출할 수 있다. 또는 헌법 제11조 제1항 제2문의 차별금지사유에 장애가 포함되어 있지는 않지만, 장애는 동 조항에 규정되어 있는 성별, 종교, 사회적 신분의 차별금지사유에 준하는 차별이 엄격하게 금지되어야 하는 표지의 성격을 가지므로 제2문에 근거하여 장애차별의 금지, 장애인의 평등권 보장이 도출된다고 볼 가능성이 있다. 이에 더하여 헌법 제34조 제5항은 그 자체만으로 장애차별금지의 근거로 기능하는 것은 아니지만 이 조항으로부터 장애인에 대한 헌법의 특별한 보호요청이 있음을 확인할 수 있으므로 제34조 제5항과 헌법 제11조 제1항 제1문 또는 제2문의 결합을 통하여, 장애차별금지 및 장애인의 평등권 실현조치의 정당화근거를 도출할 수 있다.

이러한 헌법적 토대 위에, 장애에 기한 직접적 및 간접적 차별은 금지되며, 차별취급이 존재하여 그 정당화 여부가 심사되는 경우에는 엄격한 심사기준을 적용한다. 장애는 개개인에게 부착되어 분리·변경할 수 없는 인적 속성이므로 장애인 차별은 소수자 배제적 차별의 성격을 가지며 장애의 표지는 헌법 제11조 제1항 제2문의 특히 차별이 금지되는 사유에 준하는 중요한 차별금지사유이고 더하여 우리 헌법이 제34조 제5항을 통하여 장애인에 대한 특별한 보호의 태도를 나타내고 있는 것이기 때문에, 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다.

그리고 장애를 고려하지 않은 차별대우 금지와 장애인에 대한 정당한 편의제공

의무는 그것이 헌법에 별도로 명시되어 있지 않다 하더라도 제약과 불리성이 내재해 있다는 장애의 속성과 장애차별의 특수성으로 인하여 장애인의 평등권 보장 내용에 포함되어 있는 것으로 볼 수 있으며, 기회의 평등을 형식적으로 보장하는데에만 그치지 않고 실질적으로 보장하도록 하는 수단으로서 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권의 보장내용으로도 볼 수 있다. 더욱이 장애에 대한 헌법의 특별한 보호조항이 평등권 조항과 결합하여 기능하는 경우에는 더욱 강력하게 정당화될 수 있다.

다만, 적극적 평등실현조치에 의한 장애인에 대한 유리한 차별대우는 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등 보장의 내용만으로 구체화되기 어려운 측면도 있으며, 결과적 평등, 사회적 조정의 성격을 함께 갖고 있는 것이기 때문에 유리한 대우에 대한 별도의 근거 규정이 없는 한에는 이같은 적극적 평등실현조치가 의무화되었다거나 명령되었다고 보기는 어렵다. 이러한 적극적 평등실현조치는 그 입법 및 시행 여부에 대하여 입법자의 판단에 맡겨져 있다. 다만 입법·시행되는 장애인에 대한 적극적 평등실현조치에 대하여, 역차별 등의 문제로 심사하는 경우, 헌법 제34조 제5항의 장애인에 대한 헌법의 특별한 보호태도가 고려되고, 장애인에 대한 현실의 차별 해소의 목적의 중요성이 고려되어서, 보다 유연한 심사기준을 적용하여 판단해야 할 것이다.

3. 헌법 제34조 제5항 “...신체장애자...”의 해석

(1) 장애에 대한 법제 정비 과정과 헌법 제34조 제5항 “...신체장애자...” 규정 도입의 문제점

1945년 이래 1970년대 중반까지 장애인을 ‘보호의 대상’으로 보았으며, 장애인 차별문제에 대해 의식 자체가 결여되어 있었다고 할 수 있다. 이 시기 제정된 장애인 관련 법령으로는 1977년 특수교육진흥법이 있다. 그리고 이후 1990년대 중반까지는 대체로 장애를 치료, 훈련, 교육을 통한 재활의 대상으로 보았으며, 이 시기에 장애인 운동도 활성화되기 시작하였다. 1981년 제정되어 1989년 장애인복지법으로 변경된 심신장애자복지법, 1990년 제정된 장애인고용촉진법 등이 당시의 관련 법제이다. 현재는 장애인이 지역사회에 통합되어 함께 생활할 수 있다는 것

으로 관점이 변화해오고 있으며, 종전에 장애인 운동이 집중되었던 교육, 노동 영역 외에 정치참여, 사회생활에서의 장애인 평등 문제가 논의되고, 다양한 방식의 장애인의 권리 보장 운동이 전개되고 있다.⁵²⁾

1987년 헌법 개정 이전까지는 헌법에 장애에 관한 언급이 전혀 없었다. 1987년 헌법개정시 처음으로 제34조 제5항에 “신체장애자” 문구가 규정되었다. 이 규정이 장애인의 권리 보장을 위하여 충분한 내용을 담고 있는 것은 아니지만 장애인도 사회구성원에 포함된다는 점을 헌법규범적으로 인식한 결과이고, 다만 장애인 보호에 대하여 헌법입법자가 진지하게 고려한 것은 아니었다고 평가되기도 한다.⁵³⁾

장애 관련 문언이 헌법에 전혀 없는 것보다는 낫다고 할 수 있겠으나, 유일한 관련 조항에서 장애인이 아닌 “신체장애자”로 한정하여 규정하고 있고 정신적 장애인 등에 대한 규정이 결여되어 있는 점, 장애인의 ‘권리’ 보장이 아니라 신체장애자 등에 대한 ‘국가의 보호’의 형태로 규정되어 있다는 점, 위치상 사회권 규범에 규정되어 있고 특히 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리 하에 배치되어 있는 제5항 생활무능력자에 대한 국가의 보호 조항 속에 위치하고 있다는 점, 생활 무능력의 한 원인으로 이해될 소지가 있다는 점 등이 규정의 문구적·조문구조적·체계적 문제가 지적될 수 있다. 당시로서는 장애에 대한 전반적인 인식이 부족했기 때문에 이러한 형식으로 규정된 것이 아닌가 하고 설행하기에는 1987년 헌법개정 당시, 이미 1981년부터 제정·시행되고 있던 심신장애자복지법이 있었고 여기에 정신장애인에 대한 규정도 있었기에, 당시 헌법개정과정에서 장애에 대한 이해가 현저히 부족했거나 무신경했음에 대하여 비판할 수 있는 것이고, 이렇게 규정한 데에 장애인 중에서도 신체장애인에 한정하여 헌법적으로 보호하려는 헌법입법자의 명시적 의도가 있었던 것이 아닌 한에는 이 구문은 헌법의 흠결로 여겨질 수 있는 것이다.

52) 박종운, 앞의 글(장애인차별금지법 제정의 과제와 전망), 53-54쪽.

53) 이 부분 개정논의가 헌법개정회의록에서 간략하게만 등장할 뿐이고(1987. 8. 31. 헌법개정특별위원회 제7차 회의에서 신체장애자 표현이 처음 등장하였다는 점), 헌법개정안 제안이유서에서의 별도 언급 및 설명이 결여되어 있다는 점(제12대 국회 제136회 임시회의 헌법개정특별위원회 제8차 회의록) 등을 그 근거로 들고, 우리 헌법 제34조 제4항은 1950년 베를린헌법 제12조 제2항의 여성, 연소자, 그리고 신체장애인은 노동관계에서 특별한 보호에 대한 청구권을 갖는다는 규정의 영향을 받은 것으로 보인다고 분석하고 있는 윤수정, 앞의 글(장애인 정책의 적극적 사법심사를 위한 심사방법의 모색), 24쪽 참조.

(2) 제34조 제5항의 “신체장애자” 규정에 대한 해석론적 확대·변경 가능성

1) “신체장애자” 문구의 확장해석

헌법이 보호해야 하는 대상이 장애인 중에서도 신체적 장애인에 한정된다고 보기는 어렵다. 그럼에도 헌법 제34조 제5항에는 “신체장애자” 문구만 규정되어 있어 문구해석상 신체적 장애인만이 헌법규범적 보호대상에 포함된다고 볼 것인지 문제된다.

“신체장애자”, 신체적 장애인은 신체장애를 가진 자로서, 신체장애의 사전적 의미는 “신체에 손상이 있어 생활이나 노동을 하는 데 지장이 있는 상태”이다.⁵⁴⁾ 법령에서의 정의를 살펴보면, 예컨대 장애인복지법에서는 장애인은 신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자이고(장애인복지법 제2조 제1항), 이 법을 적용받는 신체적 장애가 있는 자는 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부 기관의 장애가 있는 자로서(제2조 제2항 제1호), 장애인의 구체적 기준·유형에 대하여 하위법령으로 규정하고 있다.⁵⁵⁾ 장애인차별금지법은 신체적 장애를 별도로 정의하지는 않고 법상 금지되는 차별행위의 원인이 되는 장애에 대해 신체적·정신적 손상 또는 기능상실이 장기간에 걸쳐 개인의 일상 또는 사회생활에 상당한 제약을 초래하는 상태이고, 장애인은 이러한 장애가 있는 사람이라고 정의하고 있다(장애인차별금지법 제2조). 이러한 법적 정의 등을 참고하였을 때, ‘신체적 장애’는 주요 외부 신체 기능의 장애, 내부기관의 장애 등으로서, 구체적으로는 생리적 불균형 상태, 외형상의 손상, 해부학적 손실 등이 신체기관에 영향을 주는 것이라고 설명할 수 있다. 그리고 단순히 다른 사람들과 다른 신체적 특성은 이에 포함되지 않는다고 하며, 일정한 정상성의 범위를 벗어나지 않는 한 신체적 장애가 아니라고 한다. 단기적 질병, 신체허약상태, 임신, (노령으로 인한 기능 장애가 아닌) 노령 그 자체, 왼손잡이, 키나 몸무게가 다소 크거나 작은 것 등은 장애가 아니라고 하며, AIDS와 같은 전염성 질병이 장애로 인정되는지는 논

54) 국립국어원 표준국어대사전 http://stdweb2.korean.go.kr/search/List_dic.jsp (최종방문일: 2017. 4. 15. 15:00)

55) 지체장애인, 뇌병변장애인, 시각장애인, 청각장애인, 언어장애인, 지적장애인, 자폐성장애인, 정신장애인, 신장장애인, 심장장애인, 호흡기장애인, 간장애인, 안면장애인, 장루·요루장애인, 뇌전증장애인 등에 대하여 규정하고 있다.(장애인복지법 시행령 제2조 관련 별표 1)

란이 된다고 한다.⁵⁶⁾

1987년 헌법 개정 당시, 이미 심신장애자복지법 등이 시행되고 있었던 상황에서 입법자가 신체적 장애인만 장애인으로 인식했다고 보기는 어렵다. 제34조 제5항이 생활능력없는 국민에 대한 국가의 보호이고 사회보장제도를 구체화하도록 하는 규정이기 때문에 헌법입법자가 특히 신체적 장애인이 생활능력없는 국민이 될 개연성이 크다고 보고, 또 사회보장혜택을 부여할 더 긴절한 필요성이 있다고 보고 이렇게 규정한 것이라고 이해할 가능성도 있으나, 이를 뒷받침할만한 입법자의 의도가 드러난 입법자료가 있는 것 또한 아니기에 이러한 추측만 가능할 뿐이다. 그리고 설령 입법자의 취지가 그렇다 할지라도 신체적 장애인이 겪는 사회생활상의 제약, 불리함 못지않게 정신적 장애인이 겪는 제약과 어려움이 크고, 이들에 대한 국가의 보호, 권리 보장의 필요성이 절실한 것이기에 입법자의 의도가 그렇다 하더라도 문구 그대로 장애인 중에서도 신체적 장애인 보호에 한정하여 해석할 수 없다.

이 조항에 대한 학계의 입장을 살펴보면, 헌법에 장애에 대한 직접적 정의규정이 있는 것은 아니지만 (UN장애인권리협약의 정의를 참조한) 일반적으로 인정되는 장애의 개념을 적용하였을 때 헌법상 장애의 개념은 신체적 장애뿐 아니라 정신적 장애를 포함하는 것이고 헌법의 보호를 받는 장애인 역시 신체적 장애인과 정신적 장애인을 포함한다고 하면서,⁵⁷⁾ 설령 헌법 제34조 제5항의 문구에 따라, 보호되는 장애인의 범위를 가난한 장애인에 국한하는 것으로 해석한다 하더라도 헌법이 보호하고자 하는 장애인의 범위가 문구처럼 가난한 장애인에 한정되는 것은 아니라고 하는 견해가 있다.⁵⁸⁾ 또한 이 조항에서 보호 대상을 신체장애자로 한정하고 있는 것은, 장애의 가시적 측면에만 주목한 것이고, 사회적 보호 필요성이 더 크다고 할 수 있는 정신장애인 보호 측면을 소홀히 한 것이라고 비판하는 견해가 있으며,⁵⁹⁾ “신체장애자”라는 용어는 장애를 가진 자 전체를 대표하는 용어로서는 부적절하고 신체적 장애인에게만 국한하는 것으로 이해될 소지가 있으므로 장애인으로 수정해야 한다는 견해가 있다.⁶⁰⁾ 또한 이 조항은 장애인정책에 대한 체

56) 김명수, 앞의 글(박사학위논문), 33쪽.

57) 이준일, 앞의 글(헌법과 사회복지법제), 183쪽.

58) 이준일, 앞의 글(헌법과 사회복지법제), 184-185쪽; 김명수, 앞의 글(박사학위논문), 28-29쪽.

59) 윤수정, 앞의 글(장애인정책의 개선방향에 대한 헌법적 고찰), 60쪽

계적 사고의 결과 범제화된 것으로 볼 수 없다고 하는 견해가 있다.⁶¹⁾ 그에 따르면 이 조항은 장애의 가시적인 측면에만 주목하여 보호대상을 신체장애자로 한정하여 규정함으로써 예컨대 정신장애인과 같이 사회적 보호 필요성이 더욱 큰 경우들에 대하여 규정하고 있지 않은 문제가 있다. 또한 이 조항은 헌법상 장애인정책의 거시적·포괄적 관점에서 장애인 인권, 장애인에 대한 인간다운 생활 보장의 과제 차원에서 규정하고 있는 것이 아니라, 국가의 최저생활 보호 과제와 관련하여 신체장애자를 규정하고 있다는 점에서 한계가 있다고 한다.⁶²⁾

“신체장애자”라는 명시적 문언에도 불구하고, 정신적 장애인 기타 다른 장애와 구별하여 신체장애인에 대한 헌법적 보호만을 의미하는 것이라고 이해하기는 어렵다. 정신적 장애인 등이 현실에서 겪고 있는 어려움을 고려하더라도 헌법의 장애 보호 규정에서 신체장애 외의 장애를 배제하는 것으로 해석할 수는 없다. 만약 헌법 제34조 제5항의 의의와 기능에 대하여, 생활무능력의 원인 규정으로서 신체장애 또는 빈곤한 신체장애인에 대한 보호를 넘어서, 장애인에 대한 국가의 보호의 근거로 이해한다면, 더욱더 이 문구를 “장애인”으로 확장하여 해석해야 한다. 다만 이 때 장애, 장애인의 개념의 변동성, 불확정성, 확장성과 같은 특성을 고려하여 사회 변화에 맞게 장애 개념을 해석해야 할 것이며, 의료적·개인적 관점, 개인의 손상과 기능상실로 이해하는 관점에서 사회구조적 관점, 사회적 제약과 불리성, 참여의 곤란성으로 장애에 대한 관점이 변화되고 있는 점을 고려하여야 할 것이다.⁶³⁾

2) 신체장애자 문구가 규정된 조문 구조의 재이해: 장애인에 대한 국가의 보호와 생활능력 없는 국민에 대한 국가의 보호의 병렬적 규정

“신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”는 규정의 구조상 “신체장애자”(확장해석을 통해 신체, 정신장애인을 모두 포함하는 장애인)를 그 뒤에 이어지는 질병·노령 기타 생활무능력 발생 사유와 연결되는 것으로 볼 것인지, 즉, 생활무능력자가 되

60) 권건보, 앞의 글(장애인권리협약의 국내적 이행상황 검토), 529쪽.

61) 전광석, 앞의 글(헌법과 장애인 정책: 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로), 39-40쪽.

62) 전광석, 앞의 글(헌법과 장애인 정책: 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로), 39-40쪽.

63) Deborah Kaplan, *The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community*, 3 J. Health Care L. & Pol'y 352 (2000), p. 356; Mike Oliver, *Defining Impairment and Disability: issues at stake*, in: *Disability and Equality Law*, p. 4 이하 참조.

는 원인의 하나로 규정되었다고 볼 것인지, 아니면 장애인과 생활무능력자가 국가의 보호를 받는 대상으로서 병렬적으로 규정된 것으로 볼 것인지에 대한 해석 문제가 발생한다.

장애가 생활무능력자가 되는 원인의 하나로서 규정되었다고 볼 경우 장애로 인한 생활능력없는 자에 대하여서만 헌법적 보호가 도출된다고 볼 여지가 있으며, 국가의 보호대상으로서 병렬적으로 규정되었다고 본다면 이 조항으로부터 생활능력 유무와 관계없이 헌법에 의한 국가의 장애인 보호가 도출되는 것으로 해석할 수 있다.⁶⁴⁾

사실 역사적으로 보았을 때, 이 조문은 계속해서 생활무능력자 보호로 규정되어 있었던 것이고, 생활무능력의 원인에 해당하는 내용이 변경되는 정도의 변화만을 겪어 오다가 신체장애자 문언이 추가된 것이다.⁶⁵⁾ 따라서 역사적 맥락, 조문구성사적 측면을 본다면 “신체장애자” 구문을 질병, 노령과 함께 국가가 보호해야 할 생활무능력자의 원인으로 보는 해석이 가능하다.

그러나 규정의 구조를 살펴보면, 생활무능력의 ‘원인’을 지칭하는 문구들을 나열하여 “신체장애 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민”과 같은 형태로 규정되어 있는 것이 아니라, “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민”이라고 규정하여 신체장애자 그룹과 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민 그룹의 두 인적 집단을 “및”이라는 부사로 대등적으로 나열하고 있는 것이므로 이러한 조문의 구조상 신체장애를 생활무능력의 원인으로 지칭한 것으로 해석하기 어렵다고 할 것이다.⁶⁶⁾

또한 생활능력 보장도 물론 중요하지만, 생활능력 여하와 무관하게 권리행사의 거의 모든 영역에서 제약 및 차별받고 있는 장애인의 현실을 고려한다면, 장애인

64) 이에 대한 논의로서 이준일, 앞의 글(헌법과 사회복지법제), 183쪽 이하 참조. 그에 따르면, 헌법 제34조를 일반적 사회적 기본권 규정으로 보고, 장애인은 대표적 사회적 약자로서 이 사회적 기본권을 보장받는 그룹인 것이며, 제34조 제5항은 그 중에서도 생활능력 없는 가난한 장애인에 대한 헌법의 사회국가적 보호를 규정한 것으로 해석해야 한다고 주장하고 있다. 이준일, 같은 글, 183-184쪽.

65) 1948년 제헌헌법(1948.07.17.) 제19조 노령, 질병 기타 근로능력의 상실로 인하여 생활유지의 능력이 없는 자는 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다; 1962년 헌법 제30조 ③ 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다; 1987년 헌법 제34조 ⑤ 신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다.

66) 헌법재판연구원 정영훈 책임연구관이 제시한 견해를 참고한 것임.

의 권리 그 자체에 대한 보장, 장애인의 모든 생활영역에 대한 보호가 필요하다. 그리고 현행헌법에 이에 대한 적절한 근거조항이 흠결되어 있는 점을 고려할 때, “신체장애자” 부분을 생활무능력 사유로 제한하거나, 생활능력없는 장애인만을 헌법 조항에 따른 보호대상으로 한다고 해석할 것이 아니라, 장애를 가진 자 또는 장애로 제약을 받는 자 그 자체에 대한 국가의 보호의무의 헌법적 근거로 해석하는 것이 바람직하다.

VI. 장애인의 평등권 보장을 위한 헌법개정 제안에 대한 검토

1. 문제상황

장애차별의 현실은 여전히 개선되지 않고 있으며, 장애차별을 금지하고 차별피해를 구제하기 위하여 마련된 장애인차별금지법은 정신적 장애인에 대한 권리보장 등 미흡한 측면이 있고, 다양한 장애 유형에 대하여 적합한 방식의 차별금지, 편의 제공 및 접근성 보장을 충분히 규정하지 못하고 있으며, 장애인차별에 대한 실효적 제재가 이뤄지기 어려운 구조로 규정되어 있는 등의 한계점이 지적되고 있다.⁶⁷⁾ 이에 따라 헌법적 장애차별금지 및 평등권 실현의 기준을 제시해 이러한 입법적 미비점을 개선하고 보완할 수 있도록 지침을 주어야 할 것이지만, 헌법 또한 장애인의 평등권 실현의 다양한 측면을 명시적 문언적 근거로 규정하고 있지 않아 해석에 의존해야 하는 어려움이 있다. 이에 따라 그렇다면 장애인의 평등권 실현

67) 차별행위 정의규정 단계에서 이미 폭넓게 예외를 규정하고 있고 개별적용 영역별로 차별금지, 정당한 편의제공 의무의 적용범위를 일정하게 제한하는 등 장애차별의 특수성을 고려하여 평등권 실현을 위한 방안을 충분히 마련하지 못하고 있다는 문제가 있다. 그 뿐 아니라 법제정 당시부터 논란이 되었던 장애 및 장애인 개념 설정의 문제(박종운, 장애인차별금지법의 한계와 개정방안, 월간 복지동향 제188호(2014), 38쪽), 차별시정권한 설정 및 배분의 문제(박종운 외, 장애인 차별과 법의 지배, 정인섭 편저, 사회적 차별과 법의 지배: 서울대학교 법학연구소 법의 지배센터 연구시리즈 2004-2, 박영사, 2004, 223쪽 이하), 차별금지 보장이 약화된 문제(박종운, 앞의 글(장애인차별금지법의 한계와 개정방안), 37쪽; 이러한 과정을 보여주는 자료로 박종운, 앞의 글(장애인 차별금지법 제정의 과제와 전망), 67쪽 이하 참조), 시행과정에서 부각된 종래 민사손해에 대한 금전배상원칙과 장애차별피해구제에서 요청되는 차별 시정의 강제적 이행 사이의 충돌 및 법 제48조의 소극적 적용의 문제(김재원·최조록·김구열, 장애인차별금지법 제48조에 따른 ‘법원의 구제조치’, 252-254쪽 및 267쪽 이하 참조) 등이 지적되고 있다.

을 위하여 문제되는 헌법규정의 개정을 통한 보완이 이루어져야 하는 것은 아닌지 검토할 수 있다.

2. 장애인의 평등권 실현을 위한 헌법개정 논의 상황

현행헌법 제34조 제5항은 생활무능력자 보호규정에 “신체장애자” 표현을 규정하고 있어 규정체계상 맞지 않고, 신체장애자라는 표현과 장애를 질병·노령과 동일 선상에 놓고 있는 등 조문 구조 및 체계상 장애인에 대한 편견과 장애인복지문제에 대한 인식의 한계가 드러나고 있으며, 장애인의 기본권 보장이 아닌 장애인 복지 차원에 국한하여 규정하고 있고 따라서 장애인 기본권 실현으로서 완전한 참여와 평등 보장 추구에 적합하지 않다고 보아⁶⁸⁾ 장애인에 대한 차별금지를 명시적으로 규정하고, 장애인에 대한 국가의 보호의무를 규정하여 장애를 개인적 문제가 아니라 국가적 차원의 보장 문제로 격상시켜야 한다고 주장하는 견해가 있다.⁶⁹⁾ 구체적으로 세 가지 안을 제시하고 있는데, 첫 번째는 평등권 조항을 구체화하여서 장애인에 대한 불리한 차별금지와 장애인의 동등한 참여권 및 국가와 국민의 통합적 사회실현을 위한 노력 의무를 규정하는 방안이고, 두 번째는 제34조 제5항을 개정하여서 인간다운 생활을 할 권리의 구체화된 실천목표규정으로 장애인에 대한 보장은 국가는 장애인, 노인 등 사회적 약자의 인간다운 생활을 위해 노력해야 한다고 규정하여 더 적극적 보장이 이루어지도록 하자는 것이고, 세 번째는 스웨덴 헌법의 규율 방식처럼, 공권력 행사에 있어서 공공기관에 대해 장애인이 차별받지 않도록 적극적 조치를 할 의무를 규정하는 것이다.⁷⁰⁾

헌법학회 헌법개정연구회 기본권분과위원회에서 논의된 내용을 정리한 보고서에서는 제11조 제1항 제2문의 차별금지사유를 제한적 열거적으로 규정된 것으로 보는 전제 하에 장애 등의 차별금지사유를 추가하는 내용을 제시하였다.⁷¹⁾ 평등권 조항의 개정방향을 검토하면서 장애를 이유로 하는 차별금지는 사회적 신분의 범

68) 정극원, 앞의 글, 169쪽.

69) 정극원, 앞의 글, 168쪽 이하.

70) 정극원, 앞의 글, 169-170쪽.

71) 김배원, <헌법개정연구 제2분과위원회> 기본권의 개정방향과 구체적 검토, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 47쪽.

주에 포섭하여 해석하기보다 독자적 차별금지사유로 규정할 필요가 있다고 제안하는 견해도 있다.⁷²⁾

그밖에 제11조 평등권 조항에 장애인 차별금지의 개별조항을 신설하고, 장애인의 실질적 평등, 동등한 참여권 보장을 규정하며, 제34조 제5항에 장애인, 노인 등 사회적 약자의 인간다운 생활을 할 권리를 명시하는 안 등이 제안되고 있다.⁷³⁾

3. 비교법적 검토

장애인의 평등권 보장에 관한 헌법 규정의 비교법적 예를 살펴보면, 독일의 경우, 1994년 기본법 개정을 통해 기본법 제3조 평등권 조항의 제3항 차별금지 부분에 “누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안된다”는 규정을 추가하였다.⁷⁴⁾ 종전의 개별적 차별금지 사유에 규정되어 있지 않던 장애를 차별금지 사유에 명시적으로 포함시키는 내용으로 개정된 것이고 이에 따라 장애인에 대한 불리한 차별대우가 헌법적으로 금지됨이 명확하게 선언되었다. 한편, 장애를 이유로 한 ‘불리한’ 차별대우만을 금지하는 규정을 덧붙여, 장애를 이유로 한 유리한 차별대우, 즉 특혜의 부여가 원칙적으로 헌법상 평등원칙에 반하지 않는 것으로 해석된다. 기본법 개정 전에는 장애인의 권리가 인간의 존엄, 일반적 평등조항, 사회국가원리 조항을 통해 인정되었으나, 개정을 통해 특히 장애인에 대하여는 독자적인 강화된 기본법적 보장이 정당화될 수 있게 되었다.⁷⁵⁾

스위스 헌법에서는 제8조 평등권 조항의 제2항 차별금지 부분에 장애를 차별금지 기준으로 규정하면서 구체적으로 신체적, 정신적, 심리적 장애를 원인으로 한 차별금지를 명시하고 있으며, 장애인에 대한 차별을 제거하기 위한 법적 조치의

72) 조홍석, 현행 헌법의 평등권·양성평등조항 개정방향, 헌법학연구 제12권 제4호(2006), 146-147쪽.

73) 2009. 6. 23.자 기사: <http://www.bokjineews.com/news/articleView.html?idxno=8516> (최종방문: 2017. 4. 14. 15:00).

74) 독일 기본법 제3조

① 모든 인간은 법률 앞에 평등하다

② 남성과 여성은 동등한 권리를 갖는다. 국가는 여성과 남성의 동등한 권리의 실질적 실현을 증진하고 현존하는 불이익을 제거하기 위해 노력한다.

③ 누구도 성별, 혈통, 인종, 언어, 고향과 출신, 신앙, 종교관 또는 정치관을 이유로 불이익을 받거나 특혜를 받아서는 안된다. 누구도 장애를 이유로 불이익을 받아서는 안된다.

75) 정극원, 앞의 글, 166쪽.

근거를 규정하고 있다.⁷⁶⁾

그리스 헌법에서는 제21조 제2항에서 ...정신적 또는 육체적 질병을 앓고 있는 사람은 국가의 특별한 보호를 받는다고 규정하고 있고, 제3항에서 국가는 청소년, 노인, 장애인, 빈자에 대하여 특별한 조치를 취해야 한다고 규정하고 있다.⁷⁷⁾

스페인 헌법 제49조는 정부는 신체적, 감각적, 정신적 장애인에 대한 예방적 조치, 치료, 재활과 통합 정책을 수행해야 하는데, 이를 위하여 그들이 필요로 하는 특별한 조치를 제공하고, 그들에게 이 장애 따라 모든 시민들에게 부여된 권리를 향유할 수 있도록 특별한 보호를 제공해야 한다고 규정하고 있다.⁷⁸⁾

4. 검토

(1) 장애인 정책에 대한 헌법의 기본조항 규정

장애인의 권리 보장, 존엄, 자유, 평등, 자기결정권 보장을 위한 기본조항을 헌법에 규정할 필요가 있다. 물론 왜 장애인의 경우에만 기본조항을 도입하는지, 여성, 청소년, 아동, 노인, 나아가 소수자의 권리 보장과 같이 개별주체별로 기본조항을 차례로 도입해야 한다는 것인지 비판적으로 볼 여지도 있다. 그러나 장애인의 경우 소수자배제적 성격의 차별을 받아온 역사가 있으며, 장애 속성의 특수성, 내재

⁷⁶⁾ Art. 8 Equality before the law

1 Everyone shall be equal before the law.

2 No one may be discriminated against, in particular on grounds of origin, race, gender, age, language, social position, way of life, religious, ideological, or political convictions, or because of a physical, mental or psychological disability.

3 Men and women shall have equal rights. The law shall ensure their equality, both in law and in practice, most particularly in the family, in education, and in the workplace. Men and women shall have the right to equal pay for work of equal value.

4 The law shall provide for the elimination of inequalities that affect persons with disabilities.

⁷⁷⁾ Art. 21 (2) Families with a large number of children, war and peace invalids, war victims, widows, and orphans of persons killed in the war, and those suffering from mental or physical illness shall be under special state care.

(3) The State shall be concerned with the health of the citizens and shall take special measures for the protection of youth, old age, cripples, and those who are destitute.

⁷⁸⁾ Chapter 3 Sec. 49 The public authorities shall carry out a policy of preventive care, treatment, rehabilitation and integration of the physically, sensorially and mentally handicapped by giving them the specialized care they require, and affording them special protection for the enjoyment of the rights granted by this Part to all citizens.

된 불리성으로 인하여 차별판단구조 및 평등권실현에 있어서 특수하게 취급할 필요가 있고, 장애인의 평등과 복지, 존엄과 자기결정권 보장이 상호 밀접하게 연관되어 있어서 기본조항을 두어 이에 대하여 헌법의 태도를 분명히 할 필요가 있다는 점에서 이러한 특별한 취급이 정당화될 수 있을 것이다. 그리고 장애인에 대한 기본조항에서는 장애에 대한 국제사회의 일반적 기준들을 반영하여서, 신체적, 정신적, 심리적, 감각적 장애를 비롯하여 사회구조적 제약으로 야기되는 장애, 참여와 통합에의 불리성으로 발현되는 장애의 보호에 대하여 규정해야 하며, 장애인 정책에 있어서의 최근 패러다임의 전환을 반영하여, 복지와 평등, 자기결정권 보장과 참여의 기본적인 내용을 담을 수 있어야 한다.

(2) 장애차별금지 및 장애인의 평등권 보장의 구체적 규정

적어도 장애 표지를 개별적 차별금지 사유 규정에 포함시킬 필요가 있다. 그리고 장애차별의 특수한 성격과 구조를 고려하여 논란이 될 수 있고 현실에서 관찰되기 어려웠던 차별금지, 평등권 실현의 내용을 직접 규정하는 것이 바람직하다. 장애를 이유로 한 직접차별, 간접차별의 금지, 특히 불리한 차별대우의 금지, 장애를 고려하지 않은 차별의 금지, 편의제공 불이행의 차별 금지, 장애인의 평등권 실현을 위한 국가의 적극적 평등실현조치 의무를 장애인의 평등권 보장 조항에 명시적으로 규정할 필요가 있다.

(3) 장애인의 사회적 평등·인간다운 생활을 할 권리의 규정

현행헌법 제34조 제5항에 규정되어 있는 장애 관련 부분을 개정하여, 장애인의 인간다운 생활을 할 권리에 대한 국가의 보장, 장애인의 다양한 필요에 부합하는 복지에 대한 권리, 사법(私法)관계에서의 장애인의 동등성 보장에 대하여 규정할 필요가 있다.

VII. 결론

장애차별금지법을 비롯한 장애인 관련 법제와 헌법의 장애인 보호 규정에도 불구하고 여전히 현실에서 장애차별 문제는 쉽게 개선되지 않고 계속해서 문제되고 있다. 이에 대하여는 법제도·사회문화·개인의 인식 등 다양한 측면에서 원인을 찾을 수 있을 것이다. 하지만 무엇보다도 장애차별이 갖는 특수한 성격 - 즉, 사회구조적 장벽이 존재하고, 장애의 개인적·사회적 제약조건으로 인하여 불리한 출발선에서 시작하게 된다는 점, 따라서 출발선의 보완이 이루어져야 비로소 실질적 기회의 평등 보장이 시작된다는 점 - 을 고려하여 장애차별의 발생구조를 이해하여야 이에 따른 적절한 해결방안을 제시할 수 있는 것이다. 장애차별의 특수성을 고려하고 평등이론의 관점에서, 장애차별의 형태로서 직접차별, 간접차별, 장애를 고려하지 않고 대우한 차별, 정당한 편의제공 불이행의 차별에 대하여 살펴보았으며, 해결방안으로서 직접 및 간접차별의 금지, 장애를 고려한 대우 및 정당한 편의제공 의무화와 편의제공 불이행 차별의 금지, 적극적 평등실현조치, 사회보장의 내용을 검토하였다. 장애차별 문제는 다른 차별들과 비교하였을 때 특히 정당한 편의제공 의무가 중요한 기능을 하는 것인데, 정당한 편의제공 의무는 장애차별에서는 그 자체로 평등보장의 내용으로 이해하여야 할 것이며, 권리구제가능성의 측면에서도 사회복지로서의 접근보다는 평등권 보장으로서의 접근이 유리하다.

개별법제에서 장애차별의 특수한 성격을 잘 반영하여 차별금지 규율을 하여야 하는데 그렇지 못하다면 헌법이 이에 대하여 기준으로서 기능해야 한다. 현행헌법의 장애 관련 규정의 해석상 헌법적 근거 및 보호내용을 적절하게 제시해 줄 수 있는지, 그렇지 않다면 어떠한 방향으로 해석해야 하는지 검토하였다. 장애차별금지 및 장애인의 평등권 실현에 대하여 헌법에 명시적으로 규정한 바는 없고, 장애문구가 규정된 헌법 제34조 제5항은 헌법 제34조 제1항 인간다운 생활을 할 권리 규정 하에 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의해 국가의 보호를 받는다”는 내용으로 규정되어 있다. 이 조항에 평등, 차별이 직접 규정되어 있지 않고, 장애나 장애인 전체가 아니라 그 중에서도 “신체장애자”라는 문구만 규정되어 있어서, 장애차별금지 및 평등권 보장의 근거를 어떤 조항으로 볼 것인지, 제34조 제5항 “신체장애자” 부분을 어떻게 해석해야

할 것인지 문제되었다. 개별 평등보장 규정이 없더라도 헌법 제11조 제1항 제1문의 일반적 평등권 보장을 통해 차별이 금지되는 것이지만, 장애는 헌법 제11조 제1항 제2문에 규정된 개별적 차별금지사유에 준하는 중대한 인적 차별금지사유이고, 제34조 제5항에 우리 헌법의 장애에 대한 특별한 보호 태도가 드러나 있다는 점을 함께 고려하여서 장애차별금지 및 평등권 보장의 근거로 제시할 수 있을 것이다. 그리고 제34조 제5항의 문구 해석과 관련하여서, 1987년 현행헌법 이전에 이 조항은 인간다운 생활을 할 권리 규정 하에 생활능력 없는 국민에 대한 국가의 보호로 규정되어 있었다는 조문사적 측면과 문구상 “신체장애자”로 되어 있다는 문리해석이 해석의 한계로 작용하였다. 그렇다고 하여 이 조항을 문구 그대로만 해석한다면, 장애인 전체도 아닌, 신체장애인, 그리고 심지어 생활무능력의 원인이 되는 신체장애를 갖고 있는 장애인에 대한 국가의 보호 근거만 발견하게 될 것이다. 그러나 이는 장애차별의 문제를 도외시한 것이고, 현실의 장애의 개념에도 부합하지 않으며, 일종의 헌법적 흠결이라고 할 수 있는 것이어서, 이 조항의 “신체장애자” 부분은 ‘장애인’으로 확장해석해야 하는 것이고 제34조 제5항의 조문 구조상 현행헌법에서 새로 삽입된 장애인 부분은 종전의 규정과 분리된 것으로 보고 종전 규정이 질병, 노령, 기타 생활무능력자에 대한 국가의 보호이고, 여기에 장애인에 대한 국가의 보호가 병렬적으로 규정된 것으로 해석하는 것이, 헌법이 장애에 대한 규범적 인식을 시작하게 된 취지에도 더 잘 부합한다. 그리고 이러한 헌법문언상의 한계를 극복하기 위한 입법론적 방안으로서 장애인 권리보장의 기본조항 신설, 장애인 차별금지 및 평등권 실현에 대한 구체적 규정 신설 및 장애인의 인간다운 생활을 할 권리 규정 정비와 같은 가능한 대안을 제시하였다.

참고문헌

- 이준일, 헌법과 사회복지법제, 세창출판사, 2010.
- 전광석, 한국헌법론 제12판, 집현재, 2017.
- 전광석 편, 한국사회와 장애인정책 - 복지와 차별금지 -, 인간과 복지, 2011.
- 정인섭 편저, 사회적 차별과 법의 지배: 서울대학교 법학연구소 법의 지배센터 연구시리즈 2004-2, 박영사, 2004.
- 법무법인(유한)태평양·재단법인 동천 편, 장애인법연구, 경인문화사, 2016.
- Robert Alexy, 이준일 역, 기본권이론, 한길사, 2007.
- Elizabeth F. Emens and Michael Ashley Stein(eds.), Disability and Equality Law, Ashgate, 2013.
- 권건보, 장애인권리협약의 국내적 이행 상황 검토, 법학논고 제39집(2012), 517-542쪽.
- 김두식, 누가 장애인인가: 장애 모델과 장애의 개념, 인권과 정의 제305권(2002)
- 김명수, 장애인 기본권의 헌법적 보장에 관한 연구: 법제의 분석과 개선방안을 포함하여, 성균관대학교 일반대학원 박사학위논문, 2009.
- 김배원, <헌법개정연구 제2분과위원회> 기본권의 개정방향과 구체적 검토, 헌법학연구 제12권 제2호(2006), 37-71쪽.
- 김복기, 미국의 장애인 이동권, 서울대학교 박사학위논문, 2010.
- 김주환, 일반적 평등원칙의 심사 모형, 세계헌법연구 제19권 제2호(2013), 173-201쪽.
- 김주환, 양성평등원칙의 구체화, 공법학연구 제8권 제3호(2007), 193-213쪽.
- 박민영, 주요국 장애차별금지법의 비교법적 연구 - 장애의 정의를 중심으로, 공법학연구 제8권 제1호(2007), 195-222쪽.
- 박종운, 장애인차별금지법 제정의 과제와 전망, 국제인권법 제7권(2004), 51-83쪽.
- 박종운, 장애인차별금지법의 한계와 개정방안, 월간 복지동향 제188호(2014)
- 박진완, 불평등대우의 헌법적 정당화심사기준으로서 일반적 평등원칙, 세계헌법연구 제15권 제3호(2009)
- 심재진, 장애인차별금지과 정당한 편의제공의무, 사회보장연구 제29권 제1호(2013),

105-133쪽.

오욱찬, 차별금지 대상으로서 장애 개념의 포괄성: OECD 국가의 차별금지법에 대한 비교연구, 비판사회정책 제53권(2016), 442-486쪽.

오욱찬, 장애차별금지법의 고용효과에 대한 비교연구 - 장애 정의와 합리적 편의 제공 의무의 역할을 중심으로 -, 서울대학교 대학원 사회복지학 박사학위논문, 2016.

옥필훈, 장애인차별에 대한 실태와 인권·복지에 관한 연구, 인권복지연구 제15호(2014), 27-51쪽.

윤수정, 장애인정책의 개선방향에 대한 헌법적 고찰, 연세법학 제28호(2016), 55-86쪽.

윤수정, 장애인고용정책의 헌법적 요청 및 과제, 법학연구 제21권 제4호(2011), 403-430쪽.

이수연, 캐나다의 고용상 사용자의 편의제공의무, 이화젠더법학 제2권 제1호(2011), 115-142쪽.

이준일, 한국 장애인차별금지법의 법적 쟁점, 안암법학 제34권(2011), 101-141쪽.

이준일, 법적 평등과 사실적 평등 - 제대군인 가산점 제도에 관한 헌법재판소의 결정을 중심으로, 안암법학 제12호(2000), 1-28쪽.

이재희, 일반적 평등권 보장과 개별적 평등권 보장, 헌법학연구 제21권 제2호(2015), 117-157쪽.

이재희, 장애인의 참정권의 평등하고 실질적인 보장, 헌법재판연구 창간호(2014), 177-214쪽.

이철호, 장애인차별금지법과 장애인의 인권, 한국콘텐츠학회논문지 제8권 제8호(2008), 158-175쪽.

전광석, 헌법과 장애인정책 - 복지와 평등의 이념적 보완관계를 중심으로 -, 헌법논총 제20집(2009), 409-434쪽.

정극원, 헌법상 장애인과 아동의 기본권보장과 그 개정방안, 세계헌법연구 제16권 제3호(2010), 159-182쪽.

정영선, 장애 차별 및 장애인 권리구제 제도 개선 방향에 대한 소고, 법학연구 제22권 제1호(2011), 131-180쪽.

- 조임영: 장애인 고용차별금지 법제의 운용사례에 관한 국제비교 - 합리적 편의제공 의무를 중심으로 - , 노동법학 제35호(2010), 293-337쪽
- 조홍석, 현행 헌법의 평등권 · 양성평등조항 개정방향, 헌법학연구 제12권 제4호(2006), 135-162쪽.
- 차성안, 중증장애인 입후보자의 선거운동 - 헌법재판소 2009.2.26. 선고 2006헌마626 전원재판부[판례집 21-1상, 211] 결정을 중심으로 -, 사회보장법연구 제2권 제1호(2013)
- 최윤희, 미국에서의 결과적 차별행위(Disparate Impact) 이론에 대한 고찰, 노동법연구 제20권(2006), 1-34쪽.
- 한승희, 간접차별이란 무엇인가, 여성과 사회 제12권(2001), 193-208쪽.
- 홍성방, 평등의 원리와 평등권, 사회과학연구 제8권(1999)
- K. Hesse, Der Gleichheitsgrundsatz im Staatsrecht, in: AöR 77 (1951/52), S. 167-224.
- Deborah Kaplan, The Definition of Disability: Perspective of the Disability Community, 3 J. Health Care L. & Pol'y 352 (2000)
- Christian Starck, Die Anwendung des Gleichheitssatzes, in: Christoph Link (Hrsg.), Der Gleichheitssatz im modernen Verfassungsstaat, Baden-Baden 1982.

장애인 권리의 실현과 법원과 헌법재판소의 역할

차 성 안*

I. 들어가며

장애차별금지 및 장애인의 평등권 실현에 관한 발표문은 ‘장애차별’의 개념과 구조를 정치하게 논증하고 있다. 그 동안 논의가 오랫동안 쌓여 온 이슈이기는 하나, 장애차별의 개념에서 직접차별, 간접차별, 편의제공의무 등의 구체적 개념들의 세밀히 검토하여 그 차이를 논증하고, 그러한 구별의 실익을 구체적인 심사기준 등의 차원에서 밝히고 있다. 물론 이러한 장애차별 내지 장애인 평등권 실현을 위하여 도입된 유형화된 개념들 사이의 구별의 어려움에 대하여도 논하고 있다. 필자는 기존 문헌의 광범위한 재검토에 기초한 발표자의 날카로운 분석에 관하여 거의 대부분의 쟁점들에서 발표자와 유사한 견해를 취하고 있어, 지정토론의 형식을 어떻게 하여야 할지 고민이 많았다. 고민 끝에 필자가 오랫동안 천착해온 장애인 권리의 소송적 실현을 위한 법원과 헌법재판소의 역할이라는 주제로 지정토론문을 작성하였고, 그 내용에서 발표자의 중요한 지적들을 검토하였고, 발표자에 대한 질의는 맨 마지막에 별도 질문으로 정리하였다. 필자가 법원에서 판사로 근무하고 있기는 하나 이러한 지정토론 내용은 필자의 판사로서의 지위와는 전혀 무관하고, 사회보장법 전공 연구자라는 순전한 개인적인 지위에서 내놓는 것이다. 3천명에 가까운 독립된 헌법기관인 판사들로 구성된 법원에서 법원의 입장이라는 단일한 입장이 있을 수 없는 것은 당연하거니와, 필자가 판사의 직위에서 내놓는 의견도 아니다.

* 전주지법 군산지원 판사, dokgmsan@chollian.net

II. 구체적 권리성 논의의 업그레이드 - 구체적 소송요건과 본안요건 논의로!¹⁾

1. 적법요건 - 헌법재판소의 판단을 받을 자격 넓히기 위한 헌법소송물 이론 구상

가. 저상버스 도입청구 부작위 헌법소원 각하 사건²⁾

헌법재판소는 위 결정에서, 보건복지부 장관의 저상버스를 도입하지 않은 행정부작위에 대한 헌법소원청구를 “각하”했다. 부작위 형태의 헌법소원에서, 작위의무가 인정되지 않으므로 부적법하다는 논리였다. 구체적으로는 헌법 제34조에 따른 장애인의 복지를 위하여 노력할 의무는 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있도록 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인용 저상버스 도입의무라는 구체적인 의무가 헌법으로부터 나오는 것이 아니라고 보았다.

필자는 이에 관하여 위 결론의 당부보다는, 헌법소송물 이론의 차원에서, 위 사건의 청구인들의 의사가 범부작위로 이해되어 심리되었을 가능성을 생각해 본 적이 있다.

당시 장애인이 버스에 접근하기 위한 편의시설에 관한 법규정에는 심각한 결함이 있었고, 지금도 아래의 구조는 이어지고 있다. 당시 시행되던 장애인등편의증진법 시행령 4조 - 별표 2. - 5. 교통수단 - 가. 장애인 등의 이용이 가능한 버스 - (2) 부분에서는, “장애인들이 편리하게 승·하차할 수 있도록 승강구 제1단의 높이는 가급적 낮추어야 하며, 휠체어사용자가 휠체어를 탄 채 승차할 수 있는 승강설비를 갖추 수 있다.”고 규정하고 있었다.³⁾ 즉 장애인 이동권, 교통에서 가장 문제

1) 이러한 문제의식을, 일단 법원의 소송절차에 투영한 필자의 논문으로는 아래 참조. 차성안, “소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점 : 장애인 교육차별에 관한 사례분석을 중심으로”, 서울대 사회보장법연구회, 『사회보장법연구』 1, 2012. 6. 43-105면;

2) 현재 2002. 10. 18. 2002헌마52 저상버스도입의무불이행 위헌확인.

3) 장애인 등 편의증진법은 1998. 4. 10.부터 시행되었는데, 그 전에 설치된 대상시설에는 편의시설 설치의무가 없다. 따라서 버스 중 1998. 4. 10. 전에 구비되어 운행되던 버스는 임의규정 형태의 장애인 편의시설 설치의무도 없었다. 편의증진법 부칙 <제5332호, 1997.4.10> 제2조에서는 일부 대상시설의 경우 법시행으로부터 2년 혹은 7년 이내에 소급하여 편의시설을 설치하도록 강제하였다. 그런데 그에 따라 정해진 <동법 시행령 부칙 3조 별표 3 - 1. 정비대상시설과 정비기한>에서는 버스터미널 등의 여객터미널의 경우에만 소급하여 편의시설을 설

가 되는 휠체어를 사용하는 장애인이 버스를 탑승할 수 있는 저상버스의 도입이나 휠체어 탑승설비의 설치를 전혀 의무화하고 있지 않았다.⁴⁾

1998. 4. 10. 이후에 설치된 버스의 경우 승강구 1단 높이를 가급적 낮추거나 휠체어 승강설비를 갖추 ‘수 있을’ 뿐 반드시 갖추 의무는 없는 규범상황의 공백이 존재하였다. 즉 장애인이 이용가능한 버스를 운행할 것을 강제하는 규범은 전무한 상황이었다. 이러한 불충분한 (행정)입법 상황은, 결국은 1) 장애인 특히 휠체어를 이용하는 지체장애인 등의 헌법상 기본권의 하부 유형으로 이해될 수 있는 이동권, 접근권⁵⁾을 심각하게 침해하는 것으로서, 혹은 2) 최소한의 장애인에 대한 국가의 보호의무를 해태한 것으로 볼 소지가 있었다. 저상버스 관련하여 강제적인 법규범이 전혀 존재하지 않는 정도라면 최소한의 보호의무도 해태한 것이라고 볼 여지가 있었다.

부진정입법부작위(불충분한 입법)와 진정입법부작위의 구분이 명확치 않은 면이 있고, 경우에 따라 법률전문가조차도 행정부작위와 입법부작위의 구별이 쉽지 않을 수 있다. 그러나 헌법소송물에 관한 판단은 헌법재판소의 직권 판단 사항이므로, 청구인의 행정부작위 주장을, 진정입법부작위이든, 진정입법부작위든 입법과 관련된 청구로 선해하는 판단도 가능하지 않았나 하는 생각이 든다.

적법요건은 장애인 기본권이 헌법재판소를 통한 구제를 받는 입구를 넓히는데 중요하기 때문이다.

나. 심장질환을 장애 불인정 헌법소원 각하 사건⁶⁾

위 결정에서는, 심장 장애 등급을 규정하면서 선천성 심장질환에 의한 합병증의 위험 때문에 정상적인 사회생활을 할 수 없는 자를 심장장애자로 인정하는 입법을 하지 아니 하는 부작위가 헌법소원심판의 대상이 되는 않는다고 보아 원고의 청구

치하도록 정하였다. 결국 당시 버스 중 1998. 4. 10. 전에 설치된 것은 위와 같은 “할 수 있다”는 내용조차 적용되지 않았다.

4) 장애인등편의증진법의 시행령, 시행규칙을 그 연혁과 함께 꼼꼼히 살펴보아야 제대로 된 이해가 가능하다. 이에 관하여는 아래의 필자 논문 참조. 차성안, “장애인·노인·임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률 제정사”, 사회보장법연구회, 『사회보장법연구』 2, 2012.12, 65-124면.

5) 장애인의 접근권을 헌법상 위헌심사기준으로서 실질적 의미를 갖는 헌법상 기본권으로 인정할 수 있는지, 그 도출근거는 무엇인지는 추가적인 논의가 필요하다.

6) 헌법재판소 2000. 4.11. 선고 2000헌마206 입법부작위 위헌확인

를 각하했다. 문제는 약간 더 심각해졌는데, 부진정입법부작위에 해당하므로 입법을 하지 아니하는 부작위로 인한 헌법소원심판 대상이 되지 않는다는 것이 각하 사유로 제시된다.

즉 선천성 심장질환에 의한 합병증의 위험 때문에 정상적인 사회생활을 할 수 없는 자를 심장장애자로 인정하는 입법을 하지 않았다고 하더라도 장애인복지법시행규칙 제2조 제1항 별표1 제10호는 심장장애의 경우를 1등급에서 3등급까지 나누어 규정하고 있고, 이는 심장장애인을 보호하기 위한 기본규정으로서 심장 장애에 관한 규정이 전혀 없는 경우가 아닌, 부진정입법부작위에 해당하므로 입법을 하지 아니하는 부작위로 인한 헌법소원심판 대상이 되지 않는다는 것이다.

이에 대하여는, 앞선 필자의 주장처럼 그럼 소송물을 부진정입법부작위로 보아 심리하면 된다는 반론이 가능하고, 위 헌법재판소 결정은 다행스럽게도 그 다음 단계로 넘어갔으나, 이번에는 ‘규정 자체에 의한 기본권 침해’를 부정하며, 각하의 결론을 유지한다. 이 중요한 논증에 현재 결정문이 할애한 분량은 아래 문단이 전부다.

나아가 청구인의 심판청구를 위와 같은 불완전입법에 대한 적극적인 헌법소원을 제기한 취지로 본다고 하더라도 위 장애인복지법시행규칙 제2조 제1항 별표1의 제10호는 장애인 등급을 정해 놓은 규정에 불과하고 그 규정 자체가 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권 침해에 관련한 내용을 포함하고 있지 아니하다. 따라서 청구인이 위 규정 자체에 의하여 직접 기본권 침해를 받았다고도 볼 수 없다.

2. 본안요건 2. 포괄위임금지 원칙 “살리기”가 가지는 함의

가. 각하를 유발하는 포괄위임 형태의 장애인 입법, 사회보장입법

앞서 본 심장질환은 이제는 심장장애로 입법화되었다.⁷⁾

그러나 이러한 문제를 유발한 근본적인 문제로서, 앞서 살펴본 바와 같은 각하 결정이 내려지는 구조를 살필 필요가 있다. 심장장애를 장애로 인정하지 않는 불완전한 입법은 있으나, 그것을 특정할 수가 없다. 헌법재판소는 위 결정에서 “장애

7) 장애인복지법 시행령 별표 1의 10. “심장의 기능부전으로 인한 호흡곤란 등의 장애로 일상 생활에 상당한 제약을 받는 사람”으로 ‘시행령 형식의 입법화’가 이루어졌다.

인복지법시행규칙 제2조 제1항 별표1의 제10호는 장애인 등급을 정해 놓은 규정에 불과하고 그 규정 자체가 자유의 제한, 의무의 부과, 권리 또는 법적 지위의 박탈 등 기본권 침해에 관련한 내용을 포함하고 있지 아니하다”고 하였다. 그럼, 심장장애를 장애에서 배제하는 불완전한 입법은 존재하는 것인가. 장애인복지법 등 그 상위의 규범은 그렇다면 ‘그 규정 자체’가 기본권 침해를 포함한 내용을 포함하고 있는게 있을까? 없다. 왜냐하면, 상위 규범으로 갈수록 그 구체성은 더욱더 떨어지고, 추상적인 장애 개념 정의 규정만 남고, 따라서 심장장애와의 구체적 관련성은 희박해 진다. 포괄위임의 형태는, 헌법재판소가 불완전한 입법에 대한 합헌적 통제를 시도하는 것을 매우 어렵게 한다. 특히 핵심적인 문제를 가진 조항들이 법률에 존재하는 경우 가능한 위헌법률심판제청 등의 적법요건에서 보다 유리한 헌법재판 유형은 아예 배제되기 쉽다. 핵심적인 조항이 다 시행령, 시행규칙, 심지어는 전혀 규범력이 없는 규정이나 지침에 존재하기 때문이다.

나. 사회보장 법률 해석권을 빼앗긴 법관

시선을 법원으로 돌려보면, 비슷한 곤혹을 발견할 수 있다. 법원이 아니라 행정부가 지침, 규정, 시행규칙, 시행령으로 법률해석권을 사실상 독점하고 있다. 예를 들어, 앞서 살펴 본 심장장애 등 장애인 개념 정의 문제를 대표적인 예로 들 수 있다. 법률에서 정한 장애인의 개념 정의를 포괄위임 형식을 빌어 시행령, 시행규칙, 규정, 지침으로 축소하여, 장애인 복지 예산 배정액을 최소화하는 전략이 행정부나 재정 관련 부처나 보건복지부의 오랜 역사적 행동패턴이다. 미리 1년 장애인 복지 예산지출액을 적게 정하고 시행령, 시행규칙, 규정, 지침의 정교한 기술적 조작을 통해 법률해석을 통한 장애인 개념 정의를 무력화시킨다.

법률해석이 예산소요를 정하는 것이 아니라, 정해진 예산이 법률해석을 결정한다. 법해석의 주체는 법원이 아닌 행정부, 법해석의 형식은 판결이 아니라 지침, 규정, 시행규칙, 시행령이 된다. 이런 예는 장애인 복지 외에도 많다. 예를 들어 기초생활보장법의 경우에는 시행령, 시행규칙 외에 보건복지부 지침으로 구체화된 부양의무자 기준, 재산의 소득환산, 보장기관인정소득(구 추정소득) 제도 등을 통해, 미리 정해진 예산규모에, 수급자를 결정하는 법령 규정의 해석을 짜맞춘다.

다. 복지법률의 포괄위임에서 시작되는 다단계 위임

심장질환이 심장장애로 시행령, 시행규칙, 지침에 없다면 치더라도, 만약 일을 못할 만큼 혹은 지장이 될 만큼 심장이 안 좋다면 다른 신체손상으로 인한 장애유형과의 균형상, 장애에 포함되는 것이 정상적이다. 장애인복지법 제2조 제1항의 “신체적·정신적 장애로 오랫동안 일상생활이나 사회생활에서 상당한 제약을 받는 자”라는 장애인의 개념 정의에 포함되는 해석이 ‘상식’에 부합한다. 그것은 장애 개념을 별도로 자세히 개념정의하지 않거나 유사한 개념표지를 쓰는 다른 사회보장법(예를 들어 장애인차별금지법상 장애, 연금법상 장애연금상 장애, 장애인등편의증진법상 장애 개념 등등)의 경우에도 마찬가지이어야 한다.

그러나 장애인복지법상 장애 개념과 등급에 관한 법률의 해석준칙의 포괄위임이 아닌, 법관을 (무효판단 전에는) 구속하는 실질적 법규명령에의 '포괄'위임의 외관과 법형식으로 시작되는, 시행령, 시행규칙, 규정, 지침의 다단계 위임은 그 ‘상식’을 무력화시키고 법관의 법률해석은 불필요하게 만든다. 다른 법령도 대동소이하다. 예를 들어 국민연금법상 장애연금의 경우 제67조 제4항의 대통령령에의 포괄적 위임에서 이것이 시작된다.

라. 헌재와 법원의 협업을 통한 헌법해석권, 법률 해석권 가져오기

이걸 깨려면, 헌법재판소와 법원의 협업이 유기적으로 이뤄질 필요가 있다.

첫째, 헌재가 법률에 대하여 포괄위임금지 원칙을 사회보장 개별법상 수급요건(급여제한 사유 포함)과 효과(급여액 등)에도 원칙대로 적용해, 수많은 행정입법의 포괄위임으로 의회유보원칙을 위반한 사회보장 개별법률상 조항들에 관하여, 위헌이나 헌법불합치 결정을 내려야 한다. 독일과 미국의 사회보장이나 장애 관련 법률의 구체성을 보면 한국 사회보장 법률들은 원칙 모음집으로 보일 정도이다. 이는 기본적으로는 한국이 사회보장입법과정에서 일제식민지 경험이 준 포괄위임이 일상화된 일본 사회보장 법률들을 베껴왔기 때문이다. 독재권력이 의회를 무력화시키고 철저히 행정부의 주도하에 임금상승을 유발하거나(통상 사회보험료의 절반은 사용자가 부담), 복지예산 확대 등의 재정부담으로 경제성장을 방해한다고 ‘믿은’ 복지지출을 극소로 통제해온 것도 큰 이유이다. 심각하게도 오랜 역사적 과

정을 가쳐 그러한 상황이 고착되어, 포괄위임입법이 오히려 정상이고, 구체적인 법률조항들을 보고 행정입법권을 침해하는 위헌적 입법방식이라고 착각하는 입법실무자들과 학자, 판사 검사 변호사등 실무자들이 오히려 다수를 차지하고 있다.

이는 국회에 대한 불신, 의회주의에 대한 불신과도 연결된다. 그러나 의회가 사회보장 관련 구체적인 사항들을 법률조항들에 정하는 일을, 본연의 의회유보에 따른 구체적 입법활동을 하도록 헌법재판소가 유도, 강제할 필요가 있다. 의회 민주주의라는 대의제 민주주의 시스템 자체를 불신하지 않는 한 장애인 기본권 실현, 사회보장제도 개선도 의회 입법과정을 둘러싼 의사소통 구조를 기본으로 해야 한다.⁸⁾

둘째, 법원이 법률에 근거해 직접 해석하고 사실인정을 해야 한다. 현재 상황에서는, 정교한 통계시스템과 근무평정 제도, 사명감을 통해 초과근무를 강요하는 조직문화로 인하여, 미국, 독일, 일본 등의 사법선진국의 판사보다 1인당 2~4배 많은 사건을 더 빨리 처리하느라 바쁜 판사는, 시행령, 시행규칙을 따르고 싶다는 유혹을 느끼기 쉽다. 더구나 현행 법학교육과 법률가 양성 시스템하에서, 사회보장법을 공부한 경험이 있는 판사가 거의 전무한 상황에서, 판사들은 낮은 처음보는 장애인법, 사회보장법 분야의 확고한 행정입법과 각종 규정과 지침의 틀 자체를 깨기 보단 그에 따르는 게 편하다. 또한 각종 점수제로 환산하는 기술적 조작 장치들과 이를 뒷받침하는 사회보장 행정 과정에 내재된 전문성에 기반한 의료적 감정 시스템도 법관의 직접적인 장애인법, 사회보장법 해석을 어렵게 한다.

필자가 2014년에 연간 30~40만건의 소송사건, 독일 전체 법원 소송의 10%를 넘는 사건이 처리되는 독일 사회법원에서 1개월 넘게 실무수습⁹⁾을 하며 깨달은 가장 중요한 것 중 하나가 '의료 감정의 중요성'이다. 사회보장에 관한 쟁송들이 많아지면 많아질수록, 매우 높은 비중의 사건들이 의료감정을 필요로 한다. 건강보험

8) 선부른 정책법원 논리를 펴거나, 정치과정의 사법화를 초래할 위험이 큰 사법부 역할론(국회도 행정부도 엉망인데 사법부가 있어 대한민국이 이만큼 굴러온 것이므로, 사법부의 역할을 키워야 한다는 류의)에 성급히 기대기보다는, 의회의 역할 찾아가기가 기본이 될 필요가 있다.

9) 필자의 사회법원 실무수습, 독일 연방사회법원 방문강연 및 연방사회법원 판사 면담내용 등에 관하여는 아래 문헌 참조. Dr. Sungan Cha, 'Das deutsche Sozialgericht - eine Beobachtung aus koreanischer Sicht, SGB 04. 2015, 201면; 차성안, [참관기]법원을 통한 사회적 기본권의 실현-독일 사회법원 실무수습과 독일 연방사회법원 방문강연 경험기, 사회보장법연구 2015년 제4권 제1호(서울대 사회보장법연구회) 참조.

급여 필요성과 장애인복지법령, 장애로 인한 소득상실위험을 커버하는 산재, 연금, 각종 수당제도상 장애의 존재 여부 판단 등.

한국의 경우, 지역전보 인사로 인하여 2~4년에 한번씩 법원이 바뀌고, 또 그 짧은 2~4년의 범위 내에서도 1~2년마다 담당사무분담이 변경된다. 사회보장 사건을 많이 다루는 행정법원에도 이런 순환보직의 대상이지, 독일처럼 판사임용부터, 인사이동이 완전히 분리되어 있지 않다. 독일의 경우, 행정법원이나 사회법원에 임용된 판사는, 다른 법원으로 이동하지 않고 평생 같은 법원에서 근무하는 것이 일반적이다.

따라서 장애인 권리, 사회보장에 관한 전문성을 판사가 키우기 위해서는, 의료감정이 중요한 사회보장 전담행정재판부의 경우 3년 아니 5년 이상의 사무분담 고정 이 필수적이다. 참고로 필자는 한국 사회보장 사건 소송상 처리절차 개선을 위하여, 사회법원 내지 사회노동법원 도입이나 그 과도기로서 사회보장 전담행정재판부의 신설을 제시한 바 있다.¹⁰⁾ 또한 현재 서면 감정으로만 이뤄지는 의사 감정인도, 독일처럼 법정으로 불러내어 신문하는 것이 일반화되어야 한다. 감정인인 의사를 법정에 끌어내 신문하는 게 필요하다면 주저없이 그렇게 할 수 있어야 한다. 법정에 의사 자격을 가진 감정인을 불러내어, 감정보고서의 당부, 세부적 내용과 그 근거를 양 당사자 혹은 그 소송대리인의 참여하에 법관이 자유롭게 물어보고 토론할 수 있도록 해야, 판사의 감정인에 대한 예측을 피할 수 있다. 다만 감정인과 관련하여 법원에서 지정하는 감정인 외에, 독일처럼 수급자가 별도의 감정인을 세울 수 있는 시스템의 도입까지도 장기적으로 고려할 필요가 있다. 위 두 요소를 결합하기 전까지는, 법관이 의료감정 전문성을 키워 감정인에 대한 예측을 완화시키기가 쉽지 않은 면이 있다.

3. 본안요건 3. 장애인 기본권 침해에 대한 심사의 강도

구체적인 본안 판단의 경우 가치관에 따른 편차가 크고, 개별 사례별로 판단되어야 하기 때문에, 논의를 일반화하기가 힘들다. 다만 필자가 보기에 발표자가 제

¹⁰⁾ 독일의 사회법원 소개 및 한국에의 도입 내지 시사점에 관하여는, 차성안, “독일의 사회법원”, 『사회권의 현황과 과제』- 공익과 인권 26, 경인문화사, 2017년 참조.

시한 장애차별과 평등권 보장의 유형론을 대표할 만한 사건들 중, 특히 합헌 판단이 가장 아쉬웠던 두가지 헌법재판소 결정례를 중심으로 살펴본다.

가. 직접차별 vs. 간접차별 vs. 편의제공의무 : 점자형 선거공보 면수 제한 사건¹¹⁾

1) 선거공보 정보제공량에서의 직접차별

헌법재판소는 2014년 5월 29일 후보자가 시각장애선거인을 위한 점자형 선거공보 1종을 책자형 선거공보 면수 이내에서 작성할 수 있도록 한 공직선거법 제65조 제4항 중 대통령선거에 관한 부분이 청구인의 선거권, 평등권을 침해하지 아니한다는 취지의 결정을 선고하였다. 이에 대해서 재판관 박한철, 재판관 이정미, 재판관 김이수, 재판관 안창호의 반대의견이 있다. 반대의견에서 지적한 대로 시각장애인을 위한 점자형 선거공보 면수 제한 부분은, 적어도 점자형 선거공보의 면수를 비장애인을 위한 책자형 선거공보의 면수 이내에서 작성하도록 규정하고 있는 공직선거법 제65조 제4항은 위헌이라고 판단된다. 아래에서 자세히 살펴듯이, 필자가 위 결정 전에 발표했던 논문 집필과정에서 추적한 입법과정에 의하면, 이는 선거가 다수 치러지는 과정에서 선관위 등 관련 행정부처가, 점자형 선거공보 출력 및 송부 부담을 줄이기 위한 행정편의적인 선택에서 이루어진 개정일 개연성이 큰데, 헌법재판소 결정문에서 이 부분이 제대로 검토되지 않은 것은 아쉬움으로 남는다. 앞으로 다시 판단을 받아, 반대의견이 다수의견이 될 기회가 생기길 바란다.

반대의견에서 밝혔듯이, 점자형 선거공보를 작성하는 경우에도 책자형 선거공보의 면수 이내로 한정하여 그 내용의 동일성을 유지할 수 없도록 하고 있는 것은, 전혀 합리성이 없다. 점자는 일반 활자와 동일한 내용을 전달하기 위하여 약 2.5배 내지 3배 정도의 면수를 필요로 하기 때문이다. 이에 의하면, 시각장애인은 선거 입후보자에 대하여 비장애인보다 1/2.5~1/3에 불과한 정보만을 전달받고 후보를 선택해야 하는 불이익을 입게 됨이 명백하다.

발표자가 지적한 대로 이 사건에서도 직접차별, 간접차별, 편의제공의무의 구별은 쉽지 않은 면이 있다. 외관상 간접차별, 편의제공 관련 차별로 보이기는 하나,

¹¹⁾ 헌재 2014. 5. 29.자 2012헌마913 결정.

이는 객관적인 선거정보의 양을 차별하는 것을 제도화한다는 면에서 직접차별로 평가되어야 한다.

2) 점자형 선거공보 면수 제한 규정의 입법과정¹²⁾

시각장애인은 인쇄물로 전달되는 다른 많은 선거정보에 접근함에 있어 비장애인과 비교하여 훨씬 더 열악한 지위에 있으므로 최소한 선거공보 등의 자료에는 그 접근성을 비장애인과 동등하게 보장할 필요가 있다. 그러기 위하여는 비장애인에게 일반적으로 전달되는 선거공보의 내용을 점자형 선거공보의 경우에도 동일하게 실도록 할 필요가 있다. 그러나 현행 공직선거법은 제65조 제4항 후문에서 점자형 선거공보를 책자형 선거공보의 면수 이내에서 작성하도록 제한하고 있다. 형식적인 규정만 보면 동일한 면수를 보장하고 있으므로 문제가 없어 보이나, 인쇄물을 점자로 인쇄하는 경우 동일한 내용을 담기 위해서는 최소 3배 이상 그 면수가 증가되어야 한다는 점이다.¹³⁾ 따라서 예를 들어 국회의원선거의 경우 12면의 제한을 받은 책자형 선거공보를 점자형 선거공보로 옮기는 경우에는 최소 36면 이상이 필요함에도 공직선거법 규정은 12면으로 이를 한정하고 있는 것이다. 이로 인하여 현행 점자형 선거공보는 4면 정도를 후보자 정보를 담는데 사용하고¹⁴⁾, 나머지 면

12) 아래 내용 점자형 선거공보 면수 제한 입법과정은, 차성안, “장애인의 선거운동”, 2010년, 9-11면(미공간 논문)을 인용한 것이다. 필자의 위 논문 자체는 장애인의 선거운동에 관한 헌법재판소 결정과 주요 판결들을 망라하여 정리한 30 페이지 분량의 논문이었으나, 지면 사정상 헌법재판소 2009.2.26.자 2006헌마626 결정에 관련된 내용만 추려 발표자가 각주 29)에서 인용한 논문(차성안, “중증장애인 입후보자의 선거운동”, 『사회보장법연구』 제2권 1호(2013)으로 투고했다. 나머지 내용 중에 점자형 선거공보 입법과정에 관한 내용이 있고, 1-2년 뒤 이에 대한 사건이 헌법재판소로 올라간 것을 보고, 별도 논문으로 정리하여 참고되도록 하려 하였으나, 개인 사정으로 논문으로 투고하지 못하였다가, 이번 기회에 소개한다.

13) 이런 점을 고려하여 양형일 의원에 의하여 점자형 선거공보의 경우 일반적인 선거공보 페이지보다 3배 정도 많은 분량을 실을 수 있도록 하는 공직선거법 개정안이 제안된 바 있으나, 공직선거법상 점자형 선거공보의 경우 면수를 제한하고 있지 않으므로 개정의 필요성이 없다는 중앙선거관리위원회 법제기획관 한승철의 의견에 따라 통과되지 않았다. (제268회 국회 정치관계법특별위원회 공직선거법제2소위원회 회의록 제1호, 2007. 7. 25., 국회사무처, 25쪽)

14) 공직선거법 제65조 제7항에서는 대통령선거, 지역구국회의원선거, 지역구지방의회의원선거 및 지방자치단체의 장 선거의 경우에는 책자형 선거공보(점자형 선거공보 포함) 둘째면에 후보자정보공개자료를 게재하도록 하고 있으며, 점자형 선거공보에 게재하는 후보자정보공개자료의 내용은 책자형 선거공보에 게재하는 내용과 똑같아야 한다는 규정을 두고 있다. 이로 인하여 후보자정보공개자료는 요약할 수 없기 때문에 점자형 선거공보에서 후보자정보공개자료가 담기는 지면 비율이 일반 책자형 선거공보보다 훨씬 더 커지는 듯 하다. 결과적으로 후보자의 공약 등 내용을 점자로 요약할 지면은 더욱 줄어드는 결과가 초래된다.

에는 장애인 혹은 복지와 관련된 공약 정도만 축약해서 점자로 신고 있는 실정이라고 한다.¹⁵⁾ 이러한 규정은 2010. 1. 25. 법률 제9974호로 공직선거법이 개정되면서 도입된 것인데, 개정 전 공직선거법에서 책자형 선거공보에 게재된 내용을 줄이거나 그 내용과 동일하게 점자형 선거공보를 작성하도록 한 것보다 더 후퇴한 것이다.¹⁶⁾ 위와 같은 개정은 구 공직선거및선거부정방지법과 공직선거관리규칙상 점자 선거공보와 관련된 규정에 대하여 점자선거공보의 매수를 일반 선거공보와 동일하게 규정한 것 등이 시각장애인의 평등권을 침해한다는 이유로 국가인권위원회의 개선 권고결정¹⁷⁾이 내려진 후 관련 법규정이 개정된 취지¹⁸⁾를 정면으로 거스르는 조치로 보인다. 위 개정 당시 함께 논의되었던 관련 공직선거법 개정안들 중 앞서본 이정선 의원 대표발의 개정안(2008. 7. 18. 발의, 의안번호 330호)은 점자형 선거공보 작성과 관련하여 “내용을 줄이거나 그 내용과 동일하게 작성하여야 한다”를 “내용과 동일성이 유지되어야 하며”로 개정할 것을 제안하였고, 박정숙 의원이 대표발의한 공직선거법 개정안은 이를 “책자형 선거공보에 게재된 내용과 동일하게 작성하여야 한다.”로 개정할 것을 제안하고 있었다.

그런데 위와 같은 제안들은 무시되고 면수를 책자형 선거공보와 동일하게 제한하는 법개정이 이루어졌는데, 당시 발의된 의원안들 중 점자형 선거공보의 면수제한과 관련된 개정안은 보이지 않는다. 다만, 제284회 국회 정치개혁특별위원회 제3차 공직선거관계법심사소위원회에서 논의가 되었는데, 개정안의 취지에 대하여 중앙선거관리위원회선거실장 조해주는 “지금은 일반 비장애인이 받는 공보와 똑같은 내용으로 하거나 그것을 줄이니까, 장애인의 특수한 어떤 정책이나 그런 것들을

15) “점자형 선거공보 만들어도 장애인 차별”면수 제한 신설돼 책자형 공보 내용 그대로 못담아 안 만들면 괜찮고, 만들면 장애인 차별 논란 휩싸일판, 에이블뉴스, 기사작성일 2010. 5. 27. (<http://www.ablenews.co.kr/News/NewsContent.aspx?CategoryCode=0043&NewsCode=004320100527171009132375>, 기사검색일 2010. 7. 8.)

16) 위와 같은 개정 내용에 대해서는 2010지방선거장애인연대, 한국시각장애인연합회, 장애우권익문제연구소 등 장애인계 전반으로부터 거센 비판이 쏟아지고 있다. (“점자 선거공보 의무화, 기본적 알 권리 위한 조치일 뿐” 2010지방선거장애인연대, 선관위에 지적, 복지뉴스. “장애인의 참정권을 제한하는 공직선거법 개정을 규탄한다!!!” ‘시각장애인을 위한 점자형 공보물의 축소 제공을 즉각 철회하라!!!’, 장애우권익문제연구소, 2010. 3. 2. (http://cowalk.or.kr/g4/bbs/board.php?bo_table=action&wr_id=634, 검색일 2010. 7. 8. 등)

17) 국가인권위원회 2005. 3. 28. 자 04진기95 결정[점자선거공보개선]

18) 위 국가인권위원회 결정이 내려진 후 얼마 안 있어 점자형선거공보는 제1항의 규정에 따른 책자형 선거공보에 게재된 내용을 줄이거나 그 내용과 동일하게 작성하여야 하는 것으로 개정되었다(공직선거법 일부개정 2005. 8. 4 법률 제7681호).

별도로 만들 수가 없기 때문에 이 시각장애인용은 좀 별도로 만들게 해 주자는 그런 취지입니다”라고 설명하였고, 그에 대하여 유기준 위원이 다른 내용이 왜 필요한지 의문을 제기하자 박선숙 위원이 장애인을 위한 특별한 버전이라는 취지로 설명하고, 소위원장 장운석이 장애인 정책을 중심으로 한번 검토를 해 주자는 그런 취지라고 발언하고 이에 대하여 위 조해주가 “예. 그런 뜻입니다.”라고 대답하는 정도로 위 규정에 대한 심리가 마무리되었다.¹⁹⁾ 위 개정안의 심리과정에서 위 개정안이 가지는 문제점에 대해서는 전혀 심리가 되지 아니하였고, 오히려 뭔가 새로운 개선내용을 부가하는 식의 어설픈 심의가 이루어졌다. 그러나 시각장애인 등의 절박한 요구사항은 비장애인 선거공보와 동일한 내용에 접근할 수 있도록 점자형 선거공보 내지 다른 대안적 정보접근수단을 마련해달라는 취지이지 시각장애인 들만을 위한 별도의 내용으로 편집된 선거공보를 원하는 것이 아니었다.

위 개정안이 의원발의인지, 선거관리위원회 의견으로 제시되었는지 등에 대하여 당시 법안 심리에 참여했던 사람들을 통하여 더 확인할 필요가 있어 보이나, 일단 284회 정치개혁특별위원회 제1차 공직선거관계법심사소위원회 회의록²⁰⁾에 의하면 위 개정안은 선거관리위원회의 개정의견인 것으로 보인다. 당시 수석전문위원 천병호의 제안 설명에서는 위 개정안이 장애인의 알 권리 신장과 관련한 제안으로 설명되어 있는데²¹⁾, 선거관리위원회의 진정한 의도는 당시 다수의 지방선거가 동시에 치러지면서 수많은 후보들의 점자형 선거공보를 제출받아 발송하는 것으로 인한 선관위의 업무 부담을 줄이기 위하여 면수제한을 두는 것이 아니었나 하는 의문이 든다. 2010지방선거장애인연대에서는 2010. 5. 31. ‘6·2지방선거 장애인 참정권 보장 촉구 기자회견’을 서울시 여의도 국회 국민은행 앞에서 개최하였는데, 그 자리에서 전남장애우권익문제연구소 허주현 소장은 “장애인차별금지법에 따라 시각장애인도 동등하게 후보에 대한 정보에 접근해야 한다. 하지만 선거관리위원

19) 제284회 제3차 정치개혁특별위원회 공직선거관계법심사소위원회 회의록, 65-66쪽. 국회 회의록 시스템 (<http://likms.assembly.go.kr/kms-dt/record/data2/284/pdf/284eld003b.PDF#xml=/xml/127859548420706.xml>, 검색일 2010. 7. 8.)

20) ‘6·2지방선거 장애인 참정권 보장 촉구 기자회견’을 지난달 31일 서울시 여의도 국회 국민은행 앞에서 개최했다.

21) 제284회 제1차 정치개혁특별위원회 공직선거관계법심사소위원회 회의록, 29쪽. 국회 회의록 시스템 (<http://likms.assembly.go.kr/kms-dt/record/data2/284/pdf/284eld001b.PDF#xml=/xml/127859733221427.xml>, 검색일 2010. 7. 8.)

회(이하 선관위)에서는 ‘많은 후보가 출마한 이번 선거의 공보물을 접자로 제작하면 부피가 많아져 관리가 부적절하다’고 답변했다. 이는 선관위의 직무유기”라고 비판했다. 2010. 6. 2. 지방선거에서 유권자가 투표하여야 하는 선거만 8개이고, 각각의 선거의 다수의 후보자가 입후보하는 경우 접자형 선거공보의 부피가 매우 커져 선거관리상 어려움을 염려한 중앙선거관리위원회가 공직선거법 심사과정에서 참여하는 것을 기화로 하여 면수제한을 신설하는 개악안을 그 진정한 의도를 숨기고 통과시킨 것이 아닌가 하는 의문이 든다.

나. 다른 것을 같게 취급하기와 평등권 침해 : 장애인특성을 무시한 최저생계비 사건²²⁾

위 사건에서, 헌법재판소는 보건복지부장관이 2002년도 최저생계비를 고시함에 있어 장애로 인한 추가지출비용을 반영한 별도의 최저생계비를 결정하지 않은 채 가구별 인원수만을 기준으로 최저생계비를 결정한 2002년도 최저생계비고시가 생활능력 없는 장애인가구 구성원의 인간의 존엄과 가치 및 행복추구권, 인간다운 생활을 할 권리, 평등권을 침해하지 않았다고 보았다.

그러나, 장애인 가구의 경우 장애인 구성원의 장애로 인하여 추가로 지출되는 비용이 명백히 적지 않게 존재하고, 여러 장애인을 위한 다른 급여나 그 제도만으로는 그 비용을 다 커버할 수 없다. 헌법재판소는, 최초 최저생계비 합헌 결정과 유사하게, ‘입법부 또는 입법에 의하여 다시 위임을 받은 행정부 등 해당기관의 광범위한 재량’과, ‘추상적 총합기준설’을 근거로 원고의 청구를 기각했다. 헌법재판소가 인간다운 생활을 할 권리라는 명문의 조항과 헌법상 신체장애자에 관한 별도 조항에도 불구하고, 반대의견 하나 없이 만장일치로 내린 위 결정은, 독일의 연방헌법재판소가 한국과 같이 인간다운 생활을 할 권리와 같은 명문 규정이 없음에도 최저 생존을 위한 기본권을 사회국가 원리 등에서 도출해 내고, 최저생계비 산정 절차에 관한 통제를 엄격히 해 위헌결정을 내린 것과 대비된다. 위헌 심사 기준 면에서, 장애로 인한 차별 주장의 경우 그것이 다른 것을 같게 취급하는 경우에도, 그로 인하여 제한되는 기본권이 장애인의 생존과 관련된 최저생계비라면 심

22) 헌재 2004. 10. 28.자 2002헌마328 결정.

사강도를 달리할 수 없는지를 고민할 여지는 있었다고 보인다. 자의금지 정식으로 가더라도 그 합리성 판단을 위하여, 실제 장애로 인하여 추가적으로 구체적으로 드는 비용을 통계와 사회과학적 방법, 그리고 당해 사안에서의 증거를 통한 사실 판단을 통해 실측해 보려는 논증과정이 있었으면 하는 아쉬움이 있다. 앞으로 이에 관하여 다시 판단을 받을 기회가 생기기를 희망하고, 다양한 의견들이 나오길 기대한다.

4. 특수 문제 1. -장애인 기본권의 대사인효가 던져주는 3가지 국면들

가. 정당화 국면- 정면으로 마주하여 재구성하기.

발표자가 제시한 헌법개정 방향 중 “사법(私法)관계에서의 장애인의 동등성 보장”은 가장 민감한 핵심적 이슈를 건드리고 있다. 발표자가 언급한 시각장애인의 목욕탕 입실을 거부한 판결²³⁾은 이 문제를 정면으로 마주하였다는 점에서 매우 의의가 큰 판결이다. 위 판결의 논리구조를 필자가 이해한 바대로 적으면 아래와 같다.

1) 시각장애 1급의 원고(여성)가 목욕탕을 이용함에 있어 입장, 탈의, 샤워기, 온탕, 냉탕, 발한실 등의 이용, 착의, 퇴장에 이르기까지 지속적으로 도움이 제공되어야 한다. 이러한 도움제공을 사인인 피고에게 일방적으로 부담지울 수 있는 명시적인 근거를 찾기 어렵다. 2) 목욕탕에 근무하는 업주나 목욕관리인에게 선의의 도움을 무제한적으로 요청할 수는 없다. 그렇다고 추가인력의 고용을 목욕탕 업주에게 강요할 수 없다. 3) 피고로 하여금 혼자 온 시각장애인을 입장시킨 후 자발적인 도움을 주도록 유도한다면 이는 공익적 성격이 있는 장애인 보호에 따른 비용이나 부담을 사인에게 일방적으로 전가하는 것이어서 부당하다. 헌법과 장애인차별금지법의 규정들을 고려하면 국가, 지자체에서 부담할 비용이다. 4) 원고가 목욕탕 이용시 사고가 발생하면 업주인 피고가 언제나 책임에서 자유로울 수 없다. 5) 일부 지자체는 장애인전용목욕탕을 운영한다. 또한 원고는 장애인복지법상 활동보조인을 제공받을 가능성이 있어 보인다.²⁴⁾

²³⁾ 대전지방법원 2012. 2. 15. 선고 2011가소122610 판결

²⁴⁾ 차성안, 목욕탕 입실 거부 사건에 관한 소고, 2012, 1면(미공간 논문). 위 글은 위 목욕탕 입실 거부 사건이 나온 직후, 필자가 사적으로 일정한 연구자들과 공유한 미공간된 비공개 글이다. 확정되지 않은 개별 판결에 온전히 집중하여 비판하는 형태의 현직 판사의 언급은 신중할 필요가 있어, 당시 별도의 글로 공간하지 않았고 판결확정을 기다렸는데, 안타깝게도 1

위 판결은, 여러 현행 법령들에서 사인에게도 그러한 도움제공을 편의시설 설치 의무나 편의제공의무로 규정하고 있다는 점에서, 명백히 잘못된 법령해석에 기초하고 있다. 구체적으로 보면 목욕탕 시설과 관련하여 편의증진법상 시설주(장애인차별금지법 시행령 별표 편의시설 설치 대상시설 2.(가)(2). 다만 면적 요건 충족요), 장애인차별금지법상 재화, 용역 등의 제공자(15조), 시설물 소유관리자(제18조)로서 사인이지만 목욕탕을 운영하는 사인은 이미 국가의 비용지원 없이 일정한 장애인에 대한 편의시설 설치의무, 차별금지의무를 지고 있다. 금지되는 차별행위와 관련하여 장애인차별금지법은 제4조 제1항 제4호에서 ‘정당한 사유 없이 정당한 편의제공을 거부하는 경우’를 차별행위로 규정하고 있다. 이러한 규정들을 중심으로 현행법을 해석하면, 목욕탕 업주는 장애인이 목욕탕을 이용함에 있어 (국가의 비용지원이 없더라도) 일정한 편의를 제공하여야 하는 의무를 부담한다고 보아야 한다.

다만, 그 논증구조가 현행 장애인 법령의 구조를 무시하였고, 장애인 권리 보장의 경우 문제되는 생활영역이 장애인의 전 삶의 경로에 미친다는 점에서, 국가 뿐만 아니라 사인에게도 일정한 부담을 부과할 수 밖에 없다는 불가피성을 간과한 한계가 있다. 사인에 대한 장애인 편의제공의무를 부과하지 않는 경우, 국가의 급부만에 의한 장애인 권리의 실질적인 보장은 현실적으로 불가능하다고 볼 수 있다.

장애인의 기본권에 있어서 기본권의 대사인효가 갖는 의미는 각별하다.

“예컨대 장애를 이유로 하는 각종의 차별은 공권력에 의한 경우에 못지 않게 사인간의 관계에 있어서 일어나는 경우가 많다고 할 수 있다. 만일 장애인의 기본권이 사인간의 관계에 있어서 구속력을 갖지 못한다면 장애인의 기본권은 무의미한 것이 되어 버릴 공산이 크다. 따라서 장애인의 기본권은 그 효력을 사인간에게로 확장시킬 필요성은 매우 크다고 할 수 있다.²⁵⁾”

장애인 기본권의 대사인효는 그래서 매우 중요한 의미를 가지는데, 발표자가 지

심 판결의 결론이 유지되었다. 이후 위 글을 별도의 소논문으로 발전시키는 작업을 구상하였으나 여러 사정상 거친 초안 형태의 글로만 남겨둔 상태이다. 위 판결은 필자로서는 동의하기 힘든 논증구조를 보이고 있고, 이후 부정적 선례로서 작용할 가능성이 크다는 점에서 이에 대한 비판적 평석 작업이 필요한 측면이 크다.

25) 권건보, 『장애인의 기본권에 관한 연구』, 서울대학교 대학원 헌법전공 석사학위논문, 1998, 40쪽

적한 대로 편의제공 문제는 그것이 차별의 문제인지, 사회적 기본권의 문제인지 경계가 애매모호하고, 그 대사인효가 인정되는지가 논란이 될 소지가 크다. 물론 사회적 기본권의 대사인효를 일률적으로 부인하는 도식적인 도그마틱²⁶⁾에 필자가 동의하는 것은 아니지만, 적어도 현재의 주류적인 헌법해석론상 그렇다는 것이다.

이러한 문제를 어떻게 해결할 것인가? 우선은 발표자가 제시한 대로, 평등권에서 나오는 차별의 문제로 가 대사인효를 확장하는 전략이 가능하다. 그러나 필자는 이는 사회적 기본권의 대사인효를 일률적으로 부정하는 견해에 기초한다는 점에서 선뜻 동의하기 어렵다. 대사인효의 이분법적 도그마틱을 깨고, 사회적 기본권의 생존권적 측면도 대사인효를 갖는다고 보는 입론도 검토해 볼 필요가 있다. 기본권의 충돌 내지 조화 문제로 접근해 법원 등 국가기관은 장애인 기본권을 보호할 헌법적 의무를 실현하기 위해 사인의 재산권 등에 일정한 제한을 가할 수 있고, 여기에는 기본권의 충돌의 해결 내지 조화에 관한 이론이 고려되어야 한다는 입론이다.²⁷⁾ 이러한 입론은, Schwabe의 “기본권의 대사인효 논쟁은 사이비문제(Scheinproblem)이다, 기본권은 당연히 사법관계 적용된다”는 논리와 맞닿아 있는 측면도 있다.

독일과 한국의 기본권 일반에 대한 대사인효 논의는 “i) 애초에 대사인효가 문제되지 않는 기본권이 있다. ii) 대사인효가 문제될 수 있는 기본권과 관련해서는 대사인효 부정설, 대사인효 긍정설(직접효력설 vs. 간접효력설)이 있다” 정도로 정리될 수 있다. 이에 대해 독일의 지배적인 대사인효 논의에 대해 슈바베

26) 예를 들어, 발표자의 글 각주 19번에서 소개된 이준일의 견해도, ‘사인에 대한 주장은 사회복지적 과제라면 국가에 대해서만 주장가능할 것이지만 평등정책적 과제라면 사인에게도 주장할 수 있다는 측면에서 장애인의 권리 보장에 더 유리하다’고 하여 이런 도식적인 도그마틱에 의존하고 있다.

27) 차성안, 『장애인 이동권, 교육권의 소송적 실현방안- 서울대를 상대로 한 소송전략의 구상』, 2002, 18면(미공간 논문); 차성안, 『장애인의 교육을 받을 권리-구제절차를 중심으로』, 서울대학교 법과대학원 법학과 석사논문(2008). 특히 소송을 통한 구제 일반론과 헌법소원을 통한 구제의 가능성과 한계에 대하여는 위 석사논문 48-100면, 최근 중요한 장애인차별 시정을 이끌어낸 장애인차별금지법상 법원의 구제조치에 관하여는 위 석사논문 171-180면 각 참조. 이와 별개로, 법원이 소송절차에서 장애인에 대한 편의제공의무를 지는 수범자로서, 장애인의 사법지원 이슈가 있는데, 이에 관하여는 아래의 필자의 논문들 참조. 차성안, “독일의 장애인 사법지원”, 『사회보장법연구』 제5권 제2호, 2016.12., 41-107면; 차성안, “장애인의 사법서비스 접근권과 장애인차별금지법-법원을 중심으로”, 233면 이하. 필자도 초안작성 과정에 참여한 적이 있는, 법원의 장애인 사법지원 매뉴얼로는 아래 참조 참조. 법원 행정처, “장애인 사법지원을 위한 가이드라인”, 2013. 7.

(J.Schwabe)는 기본권의 대사인효 문제는 사이비문제라고 본다. 대사인효 문제는 언제나 법원 등의 국가기관을 매개로 발생하기 때문에 국가에 대한 기본권 효력의 문제일 뿐이라는 것이다. 사인간의 법률관계도 결국 법관이라는 공권력의 담당자에 의해 실현되기 때문이다. 이런 전제에서 그는 공법적 영역에서는 기본권의 직접적용을, 사법적 영역에서는 기본권을 간접적용을 주장하는 것은 잘못이고 결국 “기본권이 모든 사법관계에서 당연히 적용된다”고 주장한다.²⁸⁾

이 부분은 필자가 2002년경부터 고민해왔으나, 답을 정할 정도로 연구를 심화시키지 못한 주제여서 앞으로 헌법해석의 전개를 기대해 본다.

나. 방어 국면 - 기본권 충돌과 조화 사이에서, 장애인 기본권 vs. 사인 기본권

위 판결에서 국가의 의무를 강조한 것은, 사인에 부과할 수 있는 편의제공의무에도 한계가 있다는 점에서 중요한 논쟁의 지점을 드러내 주고 있다. 즉 사인의 편의제공의무에도 그 한계가 있다. 예를 들어 장애인차별금지법에서 미국 장애인법(ADA)상 입법방식을 참조로 하여, “과도한 부담”이 되는 편의제공의무는 사인에게 강제할 수 없도록, 이를 차별 정당화 항변사유로서 규정하고 있다. 이 말을 뒤집으면, 과도한 부담이 되지 않는 편의제공의무는 사인에게 강제할 수 있다는 것이고, 그것의 정당화담론이 기본권 이론의 차원에서는 앞서 언급한 기본권의 대사인효 논쟁과 맞닿아 있음은 앞서 본바와 같다.

장애인차별금지법의 사인에 대한 편의제공의무는 일단 동법상으로는 그 재정부담을 사인에게 고스란히 지운다. 즉 국가와 지방자치단체의 재정 지원과 무관하게 그 의무가 부과된다. 장애인차별금지법 외에도 현행 장애인법령체계에서 국가, 지방자치단체의 재정 지원 없이 사인에게 책임과 의무를 부과하는 경우는 매우 흔하다. 장애인등편의증진법에 따른 편의시설 설치의무의 적용을 받는 각종 공중접객업소 등, 교통약자편의증진법상 운송업자, 장애인등에대한 특수교육법상 사립학교, 장애인고용촉진법상 고용주, 장애인차별금지법 제2장 제3절의 재화와 용역의 제공 및 이용의 적용을 받는 재화, 용역 등의 제공자 등 국가의 재정지원 없이 사인에

²⁸⁾ 아래의 Schwabe의 견해에 관한 소개는 계획열, 『헌법학(중)』, 박영사, 2000, 87쪽 이하를 요약한 것이다.

게 일정한 편의제공의무를 부과하는 근거조항은 매우 많다.²⁹⁾

여기서 사인의 반격이 가능하다. 현재는 규범력이 낮아 그것이 본격적으로 드러나고 있지 않지만, 장애인차별금지법 등의 규범력이 강해지고, 실질적 편의제공의무 강제를 위한 추가 입법들이 이어지는 경우, 사인의 장애인 기본권을 이유로 한 자신의 기본권 침해의 위헌성을 주장하는 예는 급증할 것이다.

다. 국가 끌어들이기 국면 - 국가의 장애인 기본권 보장을 위한 재정 보조의무?

그리고, 국가의 보조금 등을 통하여 간접적으로 사인에게 주어진 편의제공의무가 과도한 부담이 되지 않도록 하거나, 혹은 사인의 편의제공의무 이행을 유인할 필요성도 물론 존재한다. 다만, 이 문제를 입법정책의 문제로만 바라볼지, 아니면 헌법해석, 헌법소송을 통하여 장애인 기본권의 규범력의 문제로 구성할지는 의견이 갈릴 수 있다.

실질적으로 국가의 재정보조가 없으면 실현이 거의 불가능한 장애인 기본권이 존재할 수 있다. 대표적인 것이 장애인 이동권, 특히 대중교통수단에 대한 접근성 보장에 관한 교통권 문제이다. 2002년경부터 장애인이동권 연대가 이슈화했으나 아직까지도 사회적 합의를 이뤄내지 못했고 계속 침해한 갈등의 대상이 되고 있는, 저상버스 도입문제가 그러하다. 현행 국가 보조금에 상당부분 의존하는 버스회사의 재정구조를 생각할 때, 1대당 단가가 훨씬 높은 저상버스 도입을 외국 선진국의 예처럼 신규차량에 대한 전면적인 저상버스 도입의무를 강제하려면, 국가의 재정보조가 일정한 형태로 이루어져야 한다. 이를 헌법적으로 논증할 수 있는지, 헌법소송을 통해 강제할 수 있는지는 흥미로운 연구과제가 될 것이다. 필자는 필자의 석사학위 논문에서 “장애인 교육보장의무의 이행을 위한 비용의 부담문제”를 사립학교의 국가에 대한 재정보조청구권의 문제로 논하여 본 적이 있다.³⁰⁾ 참고로 독일 연방헌법재판소는 사립학교의 재정보조청구권을 인정하는데 재정보조대상율 의무교육대용학교에 국한하지 않고 그 범위를 넓혀가고 있다.³¹⁾

29) 차성안, 목욕탕 입실 거부 사건에 관한 소고, 2012, 1면(미공간 논문).

30) 차성안, 『장애인의 교육을 받을 권리-구제절차를 중심으로』, 서울대학교 법과대학원 법학과 석사논문(2008). 35-36면 참조.

의회가 광범위한 포괄위임 입법으로 헌법상 의회유보 원칙을 실질적으로 포기해 가며 자신의 법률입법권한과 예산에 관한 권한을 행정부에 내어주고, 행정부는 장애인 기본권 보장을 위한 예산확대에 매우 소극적인 상황에서, 헌법소송을 통해 이러한 재정보조 확대를 가져오는 판결들을 이끌어낼 수 있는지는 앞으로 연구가 필요하다. 다만, 헌법상 장애인 기본권과 관련된 재정보조의무를 인정하는 것은 한편으로는 국가의 장애인 실현을 위한 적극적인 행동을 이끌어내는 효과를 가지지만, 다른 한편으로 특정 영역에 있어 재정보조의무가 없는 사인에 대한 편의제공 의무 부과는 위헌이라는 입론을 강화하는 효과를 가질 수 있는, 양날의 검과 같은 측면이 존재한다. 1) 과도한 부담이 아닌 편의제공의무를 지는 사인에 대한 재정보조 필요성을 유형별로 헌법이론화할 가능성, 2) 과도한 부담으로 평가될 만한 편의제공의무라 면책될 수 있는 경우 편의제공의무 부과를 유인 혹은 강제하는 전제로서 당해 사인에 대한 재정보조 문제를 헌법이론화할 가능성 등이 열려 있다. 과도한 부담 여부를 기준으로, 사인에 대한 편의제공의무 인정여부를 개별 사건별로 판단하도록 되어 있는 장애인차별금지법의 구조와 어떻게 조화시킬 수 있는 해석이 가능한지는 신중히 검토되어야 한다. 근본적으로는 입법자의 재량에 맡겨둘 영역과 헌법재판을 통해 강제해야 할 영역의 구분이 문제된다.

Ⅲ. 질의

- (1) 발표문에서 언급된 현행 헌법상 평등권 조항에 장애를 차별사유로 추가하거나, 직접차별, 간접차별, 편의제공 불이행, 적극적 평등실현 조치를 명문화하거나, 신체장애자 개념을 장애 일반으로 확대해 규정하거나, 장애인의 인간다운 생활을 할 권리 규정을 개선하거나 사법(私法)관계에서의 장애인의 동등성 보장에 관한 헌법개정 방향에 필자는 깊이 공감합니다. 다만, 이러한 헌법개정이 과연 실효적인지는 의문입니다. 이러한 헌법개정이, 필자가 앞서 지적한 장애인의 기본권 침해와 관련된 헌법소송상 소송요건, 본안요건의 확대에 기여할 수 있다고 보시는지요? 헌법개정이 필요한 것이라기보다는, 헌법재판소가 장

31) 허종렬, 『독일기본법상 사립학교의 자유와 국가감독』, 『교육법학연구』 제5호(1993), 59-62면.

에인 기본권, 더 나아가 사회적 기본권에 관한 기존의 소극적 태도를 반성적으로 재검토하여 변화시키는 것이 더 중요한 것은 아닌지요?

- (2) 기존에 헌법재판소가 장애인 권리, 더 나아가 사회적 기본권 관련한 광범위한 포괄위임입법에 대하여 이렇다할 통제를 가하지 않았다고 필자는 평가하는데, 이에 대한 지정토론자의 의견을 듣고 싶습니다. 그리고 앞으로 헌법재판소가 의회유보원칙을 자유권, 재산권 뿐만 아니라 장애인 기본권, 더 나아가 사회적 기본권 영역에까지 확장할 가능성이 있다고 보시는지요?
- (3) 필자는, 장애인 문제를 헌법재판에서 다루는 그 심사의 강도를, 직접적 및 간접적 차별은 엄격한 심사기준, 장애를 고려하지 않은 차별대우와 장애인에 대한 정당한 편의제공의무는 통상의 자의금지 정식에 따른 합리성 심사, 적극적 평등실현조치에 의한 장애인에 대한 유리한 차별대우는 역차별 주장 심사시 유연한 심사기준 적용을 주장하는 듯 합니다. 일단 필자가 파악한 발표자의 견해가 맞는지요? 만약 적어도 차별 유형에 따른 심사강도의 차이를 두는 이론구성이 맞다면, 개별 사건별로 문제되는 장애인의 생활영역, 또 많은 경우 그와 충돌되어 조화되어야 하는 다른 사인의 기본권의 생활영역 등을 고려하지 않은 도식적인 유형별 심사기준 설정은 오히려 위협할 수 있는 것은 아닌지요? 개별적 사안의 특수성에 따라, 또 기존에 헌법재판소가 설정한 평등권 침해의 경우 엄격한 비례원칙, 완화된 비례원칙, 합리성 심사(자의금지 정식)의 구분을 위하여 설정한 기준과는 어떻게 조화될 수 있는지요?
- (4) 필자가 제시한 헌법개정 방향 중 “사법(私法)관계에서의 장애인의 동등성 보장”은 앞서 본문에서 밝힌 바와 같이 매우 중요한 문제를 건드리고 있습니다. 이는 헌법적 가치충돌의 영역이 되기 쉬워, 미리 명문의 헌법개정을 통한 결단이 필요할 수도 있다고 보입니다. 다만 정말 쉽지 않은 작업이 될 것입니다. 다만 발표자가 소개한 일부 국가의 헌법개정 내용 중 편의제공의무를 명문화한 예가 있다면, 당연히 편의제공의무는 사인을 의무자로 하는 경우를 포섭하였을 거라 추측하기 때문에³²⁾ 좋은 선례로서 참조될 수 있어 보입니다. 혹시 이와 관련된 발표자가 생각하신 신설할 구체적인 내용이 있으시면 듣고 싶습니다.

32) 물론 구체적 연구를 통하여 밝혀져야 할 부분이고, 저의 추측일 뿐입니다.

장애인의 참정권 보장

— 정신적 장애인의 선거권 문제를 중심으로 —

윤수정*

- I. 장애인의 참정권 보장, 그리고 문제의 제기
- II. 장애인의 선거권 보장을 위한 규범적 토대
- III. 정신적 장애인에 대한 선거권 제한의 위헌성
- IV. 정신보건시설거주 장애인의 선거권 보장
- V. 정신적 장애인의 선거권 보장 방안으로서의 ‘정당한 편의제공’
- VI. 나가며

I. 장애인의 참정권 보장, 그리고 문제의 제기

장애인¹⁾에 대한 사회적 태도가 격리와 보호, 자립을 위한 재활, 그리고 자기결정권²⁾에 기초한 사회 편입 등의 단계를 거치며 발전함에 따라, 오늘날의 장애인정

* 공주대학교 조교수, 법학박사

- 1) ‘장애인’이라는 용어가 차별적 의미를 내포할 수 있다는 우려 때문에 ‘장애인’이란 용어 대신 ‘장애를 가진 사람’이라는 문구를 사용하자는 견해가 장애인단체를 중심으로 주장되고 있고, 현재 국회 개헌특위 자문위원회에서도 장애관련 조항에서 ‘장애를 가진 사람’을 사용하고 있으나, 이 글에서는 편의상 ‘장애인’이라는 용어를 사용하기로 한다.
- 2) ‘자기결정권’이라 함은 일반적으로 개인이 일정한 중요 사적 사안에 관하여 공권력으로부터 간섭을 받음이 없이 스스로 결정할 수 있는 권리를 말한다. 그러므로 자기결정권의 주체를 충분한 판단능력을 갖춘 자에게만 한정시킬 수는 없다. 자기결정은 모든 인간의 가장 기본적인 권리일 뿐만 아니라 자기결정경험은 개인의 일상, 심리 정서, 사람들과의 관계에 긍정적 변화를 가져오고 이를 통해 의사소통능력과 사회적응능력을 발달시키는 효과를 갖는다. 정신적 장애인의 자기결정권에 관해 좀 더 자세한 내용은 염형국·박숙경·이주언, “정신적 장애인의 자기결정권 보장”, 『장애인법연구』(경인문화사, 2016), 155-214쪽 참조.

책은 기본적으로 두 가지 목표를 가지고 형성된다.³⁾ 하나는 장애인이 인간다운 생활을 할 수 있도록 지원함으로써 개인의 상황을 절대적으로 보호하는 것이며, 다른 하나는 모든 생활영역에서 장애로 인한 차별을 금지함으로써 사회에서 가능한 장애인 배제되지 않도록 하는 것이다. 이에 따라 장애인의 사회참여와 기회균등이 중요시되면서 권리에 중점을 둔 복지정책과 차별금지정책이 강조되고 있다. 예컨대, 「장애인연금법」, 「장애인활동 지원에 관한 법률」(이하 ‘장애인활동지원법’), 「장애아동복지지원법」 등이 제정·시행되어 장애인들의 일상생활을 지원하고, 다른 한편으로 차별에 따른 인권침해를 해소하기 위해 「장애인 차별금지법 및 권리구제 등에 관한 법률」(이하 ‘장애인차별금지법’)이, 특히 발달장애인의 권리보장과 복지증진을 위해서 「발달장애인 권리보장 및 지원에 관한 법률」(이하 ‘발달장애인법’)이 시행되고 있다.

이러한 발전 뒤에는 장애인운동이 커다란 역할을 하였다.⁴⁾ 장애인 운동의 또 다른 성과는 바로 장애인의 참정권⁵⁾에 관한 것이다. 장애인 참정권 문제는 지난 2000년 총선 이후 국가를 상대로 하는 손해배상청구소송이 제기되면서⁶⁾ 본격적으

3) 이러한 현상은 장애 개념에 따른 장애 모델의 변화와 관련된다. 즉 장애 개념에 대한 접근 방식이 의학적·경계학적 접근에서 정치사회학적 접근으로 변화하였고, 이에 따라 장애 모델이 개인적 모델에서 사회적 모델로 변화함에 따라 장애인정책 역시 변화하였다. 장애 개념과 장애 모델에 따른 장애인정책에 대한 자세한 내용은 윤수정, “장애인정책의 헌법적 기초와 개선방향-복지와 평등의 이념을 중심으로-”, 박사학위논문(연세대학교, 2014), 18-36쪽 참조.

4) 1990년대 신사회운동(新社會運動)이 기존의 통일운동과 노동운동을 넘어서 다양한 쟁점들을 발굴하면서, 그러한 쟁점들이 정치의 영역에 등장하고 또 이것이 중국적으로 법의 영역으로 확장되었다고 한다면, 2000년대 이러한 흐름의 중심에 장애인정책이 있었다. 우리나라 장애인운동은 2001년 오이도역 휠체어리프트 추락사고를 계기로 급속하게 일어났으며, 그 결과 규범적으로 여러 변화를 촉진시켰다(박현민, “한국사회 장애인운동의 역사에 관한 고찰-주체형성과 변환을 중심으로-”, 석사학위논문(서울대학교, 2008.8), 12쪽; 윤수정, “장애인의 존엄한 삶과 헌법-장애인운동이 고안해 낸 새로운 권리의 사법적 수용가능성을 중심으로-”, 「공법연구」 제44집 제3호(한국공법학회, 2016), 5쪽, 각주15 참조)

5) 참정권의 내용(혹은 범위)에 관해서 견해가 나뉘기도 한다. 정당설립 및 활동의 자유는 정권획득 내지 정치적 영향력 행사를 목적으로 국민의 정치적 의사형성에 참여하는 항구적 또는 계속적 정치결사를 자발적으로 조직하고 활동할 수 있는 자유를 뜻하고(헌재결 1996.8.29, 96헌마99, 판례집 8-2, 207쪽 등 참조), 그렇다면 참정권 중에서도 가장 능동적이고 적극적인 성질을 가진 기본권이기에 때문에 참정권에 포함시키는 견해(허영, 「한국헌법론」(박영사, 2014), 558-559쪽 참조)가 있다. 반면에 선거를 통하여 간접적으로 또는 국민투표를 통하여 직접 ‘국가의사형성’에 참여하는 가능성을 보장하는 기본권만을 참정권으로 보는 견해(한수웅, 「헌법학」(법문사, 2017), 379쪽 참조)에 따르면, 정치적 기본권이 여론형성 등을 통하여 결과적으로 국가의사형성에 영향을 미칠 가능성이 있다 하더라도 국가의사형성에 참여하는 원래 의미의 참정권이라고는 할 수 없다고 한다. 이 글에서의 참정권은 후자의 견해에 따르기로 한다.

6) 2000년 제16대 총선에서 투표소가 2층에 설치되어 선거권을 행사하지 못한 중증장애인 8명

로 논의되었는데, 그 주된 쟁점은 선거권과 관련하여 1)자신의 거주지에서 투표소까지의 이동이 불가능하거나 투표소 앞까지 이동한 경우라도 투표소가 엘리베이터나 경사로가 없는 2층에 설치된 경우 등 투표소로의 이동 및 진입의 문제⁷⁾ 혹은 2)투표소 안에서의 기표행위와 관련된 편의제공 문제이거나 3)투표권 행사의 전제가 되는 선거정보에 관한 접근성 문제이거나⁸⁾ 피선거권과 관련하여 중증장애인은 혹은 언어장애인이 후보자가 되는 경우 선거운동에 있어서의 형평성 문제였다.⁹⁾ 논의의 결과, 일정부분 개선이 이루어졌다. 선거권의 측면에서는 1층 또는 승강기 설치 투표소의 증가, 거동불편자용 임시기표소 설치, 투표소 출입구의 경사로 설치, 투표안내도우미지원(투표소 접근성 확보), 신체적 장애인의 부재자투표신고, 투표보조용구사용 가능, 장애인 등 거동불편유권자에게 교통편의제공, 장애인거주시설 안의 기표소 설치 등(투표편의제공), 후보자방송연설 및 방송광고 시 수화방송, 점자형 선거공보 제출, 및 점자형 투표안내문 발송(선거정보제공)이 이루어졌다.¹⁰⁾ 또한 비선거권의 측면에서는 제한적이지만 장애인들이 비례대표로 정치권에 진출하기도 하였다.¹¹⁾

이 국가를 상대로 손해배상청구소송을 제기하였고 일정 부분에 대하여 국가의 손해배상책임이 인정되었다(서울지방법원 2001.3.21, 2000가단136549 판결, 항소심 서울지방법원 2002.1.6, 2001나25718 판결 참조).

- 7) 이에 대한 연구로는 김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장방안”, 『사회보장법연구』 제2권 제1호(신조사, 2013), 31쪽 이하 참조.
- 8) 이에 관한 연구로는 김명수, “청각 장애인의 참정권 보장에 관한 연구-헌재 2009.5.28, 2006헌마285 결정에 대한 평석을 중심으로-”, 『홍익법학』 제11권 제1호(홍익대학교 법학연구소, 2010), 489쪽 이하; 김원영, 위의 논문(주7), 43쪽 이하; 윤수정, “시각장애인의 선거정보에 접근할 권리에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 2014.5.29. 2012헌마913 결정에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 『세계헌법연구』 제22권 제3호(세계헌법학회·한국학회, 2016), 27쪽 이하 등 참조.
- 9) 이에 대한 헌법재판소 결정을 분석한 연구로는 윤수정, “선거운동에 있어서 장애인평등의 실현-헌법재판소 2009.2.26. 2006헌마626 결정을 중심으로-”, 『헌법학연구』 제21권 제4호(한국헌법학회, 2015), 241쪽 등 참조.
- 10) 이러한 정책적인 변화에도 불구하고 아직까지는 장애인의 권리에 대한 이해가 부족해 보인다. 예컨대 시각장애인을 위한 점자형 선거공보에 관하여 공직선거법상 규정이 입의규정에서의무규정으로 변경되었음에도 불구하고 그 면수에 있어서는 책자형 선거공보와 동일한 제한을 두어 실제적으로 시각장애인들은 비시각장애인들에 비해 적은 양의 선거정보에만 접근이 가능한 것이 현실이며, 이 규정에 대한 헌법소원심판사건에서 헌법재판소는 해당 조항이 청구인들의 선거권이나 평등권을 침해하지 않는다면 기각결정을 하였다(헌재결 2016.12.29, 2016헌마548, 공보 243호, 234쪽 이하 참조).
- 11) 실제로 제20대 국회에서 새누리당의 김재경 의원, 심재철 의원, 이종명 의원, 더불어민주당의 이상민 의원이 입성하였으며(에이블뉴스, “20대 총선, 장애인당사자 4명 국회 입성”, 2016.04.14, 기사 참조), 제6회 전국지방동시선거에서는 광역·지방의회에 총 77명의 장애인이 당선되기도 하였다(에이블뉴스, “민선6기 지방선거, 장애계의 ‘득과 실’”, 2014.09.30, 기사

이렇게 장애인의 참정권을 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,¹²⁾ 정신적 장애인¹³⁾의 참정권은 여전히 관심의 사각지대에 놓여 있다. 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지함으로써 장애인의 완전한 사회 참여와 평등권 실현을 목적으로 제정된 「장애인차별금지법」 조차 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), 제 20조(정보접근에서의 차별금지), 제21조(정보통신·의사소통 등에서의 정당한 편의 제공의무) 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 침묵

참조).

- 12) 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>) 최종방문일 2017.3.24.)
- 13) 「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 제 6호 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 자폐성장애인(自閉性障礙人):소아기 자폐증, 비전형적 자폐증에 따른 언어·신체표현·자기조절·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.

하고 있다. 최근 발의된 「장애인 권리보장 및 복지지원에 관한 법률안(이하 ‘장애인권리보장법’）」도 마찬가지이다.¹⁴⁾

이러한 입법적 미비와 함께 2011년 3월 민법(법률 제10429호)의 개정으로, 2013년 7월부터 금치산·한정치산 제도가 폐지되고 성년후견제가 도입되었다. 그 결과 ‘금치산자·한정치산자’라는 용어가 삭제되고 ‘피성년후견인’이라는 용어가 신설되었다.¹⁵⁾ 이에 따라 여러 법령에서 ‘금치산자·한정치산자’를 ‘피성년후견인’ 등으로 변경하는 개정이 이루어지고 있는데,¹⁶⁾ 이 과정에서 ‘선거권이 없는 자’ 중 하나로 ‘금치산 선고 받은 자’¹⁷⁾를 규정하고 있는 「공직선거법」의 변경도 불가피

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

15) 2011.3.7. 개정된 민법 부칙 제2조(금치산자 등에 관한 경과조치)에서는 개정법 시행 당시 이미 금치산 또는 한정치산의 선고를 받은 사람에 대하여는 종전의 규정을 그대로 적용하고(제1항), 제1항의 금치산자 또는 한정치산자에 대하여 개정 민법에 따라 성년후견, 한정후견, 특정후견이 개시되거나 임의후견감독인이 선임된 경우 또는 개정 민법 시행일부터 5년이 경과한 때에는 그 금치산 또는 한정치산의 선고는 장래를 향하여 그 효력을 잃는다(제2항)고 규정하고 있다. 부칙 제3조(다른 법령과의 관계)에서는 법 시행 당시 다른 법령에서 “금치산” 또는 “한정치산”을 인용한 경우에는 성년후견 또는 한정후견을 받는 사람에 대하여 부칙 제2조 제2항에 따른 5년의 기간에 한정하여 “성년후견” 또는 “한정후견”을 인용한 것으로 본다(제1항)고 규정하고 있다.

16) 지금까지 「가족관계의 등록 등에 관한 법률」, 「국가공무원법」, 「지방공무원법」, 「국민건강증진법」, 「공인회계사법」, 「건축법」, 「성폭력방지 및 피해자보호 등에 관한 법률」 등의 개정이 이루어졌다. 대부분의 법률에서 개정은 ‘금치산자’에서 ‘피성년후견인’으로 용어 변경만 이루어졌다.

17) ‘금치산선고를 받은 자’는 공직선거법 제18조 제1항 제1호에 의해 선거권이 없는 자에 포함되며, 동법 제19조 제1호에 의해서 피선거권이 없는 자에도 포함된다. 이밖에도 국민투표법 제9조에 의해 국민투표권도 없고, 주민투표법 제5조 제1항에 의해 주민투표권도 없다. 아울러 금치산 선고를 받게 되면 지방자치법 제15조 제1항에 의해 조례의 제정 및 개폐 청구권을 행사할 수 있는 ‘주민’에도 해당하지 않는다. 공직선거법은 1994.3.16. 「공직선거 및 선거부정방지법」이라는 명칭으로 제정될 때부터 금치산자에게 선거권 및 피선거권을 부여하지 않는 조항을 두고 있었다. 국민투표법은 1962.10.12. 제정 당시에는 금치산자는 물론 한정치산자에게도 투표권을 부여하지 않았으나 2007.5.17. 공직선거법상의 선거권이 없는 자를 국민투표권이 없는 자로 규정하는 개정을 통해 한정치산자는 제외하고 금치산자에게만 투표권을 부여하지 않게 되었다. 주민투표법은 2004.1.29. 제정당시부터 금치산자에게 주민투표권을 부여하지 않았고, 지방자치법은 주민조례 제정과 개폐 청구권을 신설한 1999.8.31. 당시부터 금치산자는 이러한 청구권을 행사할 수 있는 ‘주민’에 해당하지 않는다고 규정하였다.

해졌다.¹⁸⁾ 그러나 종래의 제도와는 달리, 새롭게 도입된 ‘피성년후견인 제도’는 그 대상과 보호되는 영역, 모두 확대되었기 때문에 이러한 과정에서 정신적 장애인의 선거권 여부에 대한 논의가 필요하게 되었다.

한편 정신장애 등을 이유로 정신보건시설에 거주하는 장애인의 경우, 시설을 이탈할 가능성을 이유로 외출이 자유롭지 못하기 때문에 ‘투표소에서의 투표’가 쉬운 일이 아니다. 이에 「공직선거법」은 시설거주 장애인의 선거권을 보장하기 위하여 우편을 활용한 ‘거소투표제도’¹⁹⁾를 운용하고 있지만, 운용과정에서 허위신고 후 대리투표를 하거나 시설의 장 등에 의한 강압 등 다양한 형태의 선거부정이 발생하면서,²⁰⁾ 이에 대한 비판과 함께 시설거주 장애인의 선거권을 실질적으로 보장할 수 있는 방안에 대한 모색 역시 필요하게 되었다.

정리하자면, 장애인의 선거권 보장에 대한 쟁점은 선거권 부여의 문제와 부여된 선거권을 실질적으로 보장하는 문제로 구분해 볼 수 있으며, 부여된 선거권을 실

18) 그 동안 국회에는 관련 조항의 개정을 내용으로 하는 법률안(공직선거법 일부개정법률안(의안번호 6954, 15719)이 제출된 바 있으나(국회 의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>) 최종방문 2017.3.6.)), 이들 개정안은 단순히 현행법상의 ‘금치산자’라는 용어를 ‘피성년후견인’으로 대체한 것에 불과한 것으로, 제도의 변화에 따른 문제점에 관한 진지한 고민은 없었던 것으로 짐작된다.

19) 공직선거법 제38조 ① 선거인명부에 오를 자격이 있는 국내에 거주하는 사람으로서 제4항 제1호부터 제5호까지에 해당하는 사람(제15조 제2항 제3호에 따른 외국인은 제외한다)은 선거인명부작성기간 중 구·시·군의 장에게 서면으로 신고(이하 “거소투표신고”라 한다)를 할 수 있다. 이 경우 우편에 의한 거소투표신고는 등기우편으로 처리하되, 그 우편요금은 국가 또는 해당 지방자치단체가 부담한다.

④ 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 사람은 거소(제6호에 해당하는 선원의 경우 선상을 말한다)에서 투표할 수 있다. <개정 2004.3.12., 2005.8.4., 2012.2.29., 2014.1.17.>

1. 법령에 따라 영내 또는 함정에 장기 기거하는 군인이나 경찰공무원 중 사전투표소 및 투표소에 가서 투표할 수 없을 정도로 멀리 떨어진 영내(營內) 또는 함정에 근무하는 자
2. 병원·요양소·수용소·교도소 또는 구치소에 기거하는 사람
3. 신체에 중대한 장애가 있어 거동할 수 없는 자
4. 사전투표소 및 투표소에 가기 어려운 멀리 떨어진 외딴 섬 중 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 섬에 거주하는 자
5. 사전투표소 및 투표소를 설치할 수 없는 지역에 장기 기거하는 자로서 중앙선거관리위원회규칙으로 정하는 자
6. 제2항에 해당하는 선원(밀줄은 필자 강조).

20) 「공직선거법」에 따라 거동이 불편한 장애인이나 노인은 지역 선거관리위원회이 신고하고 투표용지를 우송받아 자택이나 거주시설에서 투표용지에 기표한 뒤 이를 다시 선관위에 송부할 수 있는데, 문제는 이러한 과정에서 종종 대리신청과 대리투표가 발생한다는 것이다. 중앙선거관리위원회가 진선미 의원에 제출한 자료를 보면 지난 18대 대선에서 장애인거주시설·요양병원 내에서의 선거법 위반은 29건, 피해자는 총 660명에 달했다(비마이너, “18대 대선, 장애인 대리거소투표 대거 발생”, 2013.01.21, 기사 참조).

질적으로 보장하는 문제는 다시 투표소로의 물리적 접근성 문제와 선거정보 접근성 문제로 나눌 수 있다. 그리고 정신적 장애인의 선거권 문제는 이러한 쟁점을 모두 포함한다. 아래에서는 먼저, 현대 민주주의 국가에서의 선거에 대해 알아보고, 장애인의 선거권 보장에 대한 현재의 규범적 상황에서 장애인의 실질적인 선거권 보장의 의미를 이해하고자 한다(Ⅱ). 다음으로, 정신적 장애인의 선거권 제한의 위헌성 여부(Ⅲ) 및 정신보건 시설거주 장애인의 거소투표제도를 검토해 보고(Ⅳ), 정신적 장애인의 선거권을 실질적으로 보장할 수 있는 방안에 대해 알아보기로 한다(Ⅴ).

Ⅱ. 장애인의 선거권 보장을 위한 규범적 토대

1. 현대 민주주의 국가에서의 선거와 선거원칙

우리 헌법은 제1조 제2항에서 “대한민국 주권은 국민에게 있고, 모든 권력은 국민으로부터 나온다”고 규정함으로써, 국민주권의 원리를 천명하고 있다. 대의제를 원칙으로 하면서 예외적으로 직접 민주주의적 요소를 가미하고 있는 현행 헌법 체계에서 국민이 국정에 참여하는 가장 대표적인 계기는 선거(選舉)이다.²¹⁾ 선거를 통해 주권자인 국민은 적극적으로 정치적 의견을 형성하여 자신의 대표자를 선출하고, 이들에게 국가권력의 행사를 위한 민주적 정당성을 부여한다.²²⁾ 또한 선출된 대표자가 계속적으로 국민의 의사를 존중하도록 유도하는 통제의 기능을 수행하며, 나아가 소수가 다수로 전환될 수 있는 기회의 균등을 보장해 줌으로써 소수자를 보호하는 기능도 담당한다.²³⁾ 다시 말해서, 선거를 통해 개인은 자신의 생각과

21) 선거의 의미 및 기능에 관해서는 전광석, 『한국헌법론』(집현재, 2017), 590-591쪽; 전학선, “헌법 제24조”, 『헌법주석서[Ⅰ]』(박영사, 2013), 892쪽 참조.

22) 헌법재판소 역시 선거권은 국민주권을 현실적으로 행사할 수 있는 수단이자 국민의 의사를 국정에 반영할 수 있는 필수적인 장치일 뿐만 아니라 국가권력을 구성하고 통제하는 방편이 되고 국민주권의 원리를 실현하기 위한 헌법상 가장 기본적이고 필수적인 권리라고 하면서, 다른 기본권에 비하여 상대적으로 우월한 지위를 인정하고 있다(헌재결 1989.9.8, 88헌가6, 판례집 1, 1쪽; 헌재결 2007.6.28, 2005헌마772, 판례집 19-1, 899쪽 등 참조).

23) 이로써 선거는 객관적으로 국민통합의 기능을 수행할 수 있다(헌재결 1995.7.21, 92헌마177등, 판례집 7-2, 122쪽 등 참조).

이해를 제시하고 그것이 국가생활공동체에 반영되는 과정을 마주하면서 자신이 공동체의 구성원이면서 동시에 주인이라는 사실을 자각할 수 있게 된다.²⁴⁾

헌법 제24조에서 보장하고 있는 선거권은 선거원칙에 의하여 그 내용이 구체화된다. 그러므로 입법자는 국민의 선거권을 구체적으로 형성함에 있어, 헌법상의 선거원칙을 준수하고 실현해야 한다. 이로써 모든 국민은 보통·평등·직접·비밀(·자유) 선거원칙에 부합하는 선거권을 갖는다.²⁵⁾

선거원칙을 자세하게 살펴보면 다음과 같다. 첫째, ‘보통선거원칙’이란 제한선거에 대응하는 개념으로, 모든 국민이 일정 연령에 도달하면 사회적 신분·재산·인종·성별·교육 등에 관계없이 선거권을 갖는다는 헌법상의 원칙을 말한다.²⁶⁾ 헌법상 보통선거원칙이 요청하는 내용은 국민 누구나 선거권의 주체가 되도록 법적으로 보장해야 할 뿐만 아니라 모든 선거권자가 현실에서 선거권을 행사할 수 있도록 배려해야 할 의무를 국가가 부담하라는 것이다. 즉 보통선거원칙이 실현하고자 하는 것은 선거권을 가진 국민이 선거권을 실질적으로 보장받기 위해 선거방법의 모색 및 선거기술의 다양화를 추구하도록 국가에게 의무를 지우는 것이라 할 수 있다. 기존의 부재자투표에 편의성을 높이기 위해 수정·도입된 사전투표제도(공직선거법 제158조)가 이러한 입법자의 의무를 실현한 좋은 예가 될 것이다. 다만 이러한 보통선거원칙도 ‘제한을 정당화할 수 있는 필연적인 중대한 사유가 있는 경우’에 한해서는 예외가 허용될 수 있다. 헌법재판소도 “선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수

24) 민주주의의 운명이 선거에 달려있다는 견해(Peter Badura, *Über Wahlen AöR* 97(Mohr Siebeck, 1972), 1(1ff.) 역시 이러한 선거기능을 강조한 것으로 이해할 수 있다. 이 밖에도 민주주의에서의 선거에 관해서는 김문현, “現代 民主國家에 있어서의 選舉의 意味와 課題”, 『공법연구』 제28집 제4호 제1권(한국공법학회, 2000), 57쪽 이하; 김선택, “民主主義와 選舉 : 민주적 선거의 과제 및 현실적 여건을 중심으로”, 『공법연구』 제29집 제1호(한국공법학회, 2001), 7쪽 이하; 김형성, “민주적 선거제도”, 『헌법학연구』 제7권 제3호(한국헌법학회, 2001), 10쪽 이하; 이호영, “민주주의와 선거-로버트 달의 이론을 중심으로-”, 『민주법학』 제54권(민주주의법학연구회, 2014), 141쪽 이하; 정태호, “선거권 및 피선거권의 보장과 발전”, 『헌법논총』 제19집(헌법재판소, 2008), 668쪽 이하 등 참조.

25) 그러므로 선거법의 위헌여부는 선거법이 헌법상 선거원칙에 위반되는지의 관점에 의하여 판단되어야 한다. 바꾸어 말하면, 입법자가 선거권을 과잉으로 제한하였는지의 문제가 아니라 ‘헌법상 선거원칙의 요청’과 ‘선거원칙에 대한 예외를 요청하는 다른 법익’ 간의 형량을 통하여 선거원칙에 대한 예외가 불가피한 사유에 의하여 정당화되는지의 문제이다.

26) 과거에는 주로 재산과 성별 등에 따른 제한선거가 문제되었지만 최근에는 연령에 의한 제한, 수행자의 선거권 제한, 선거법죄자에 대한 선거권의 제한 등이 쟁점화되고 있다(전광석, 앞의 책(주21), 600-601쪽 참조).

있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다”고 판시하였다.²⁷⁾

둘째, ‘평등선거원칙’은 차등선거에 대응하는 원칙으로, 모든 유권자가 산술적으로 평등하여야 한다는 의미에서 1인 1표의 원칙, 그리고 투표결과에 기여한 정도가 평등하여야 한다는 성과가치의 평등을 내용으로 하는데,²⁸⁾ 이 역시 불가피한 사유가 있는 경우에 한하여 예외가 허용된다.

셋째, ‘직접선거원칙’은 간접선거에 대응하는 원칙으로 투표자의 의사를 직접 선거결과를 확정하는 데에 반영하여야 한다는 원칙을 말한다.²⁹⁾ 다시 말해서, 유권자와 대표자 사이에 다른 주체가 개입하거나, 또는 유권자의 의사결정과 선거의 결과 사이에 다른 결정이 개입해서는 안 된다는 요청이다.

넷째, ‘비밀선거원칙’은 선거인이 누구에게 투표하였는가를 타인이 알지 못하도록 투표를 행하여야 한다는 원칙으로, 선거인이 투표의 비밀을 준수할 것을 강제한다는 점에서 다른 선거의 원칙과 다소 다른 특성을 가진다.³⁰⁾ 비밀선거는 선거의 자유로운 분위기를 보장하는 가장 중요한 제도적 장치라는 점에서, 자유선거원칙을 실질적으로 보장하기 위한 전제조건이라 할 수 있다. 이러한 비밀선거원칙의 실현은 투표의 비밀을 보장할 수 있는 투표용지, 기표소, 투표함 등을 사전에 준비하는 선거준비작업 및 선거업무의 조직에 달려 있다.³¹⁾

다섯째, 자유선거원칙은 선거권자가 외부의 간섭을 받지 않고 자유롭게 후보자를 선택할 수 있어야 한다는 소극적인 내용뿐만 아니라 선거권자의 자유로운 선택권이 실제 실현될 수 있도록 후보자들이 입후보하는 데 장애가 있어서는 안 된다는 적극적인 내용까지 포함한다.³²⁾ 자유선거원칙은 선거의 기능을 이행하기 위한 필수적 조건으로서 일차적으로 선거의 기능으로부터 도출되며,³³⁾ 앞서 검토한 바

27) 헌재결 2007.6.28. 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859-860쪽 참조.

28) 전광석, 앞의 책(주21), 603쪽 참조.

29) 헌재결 1997.6.26. 96헌마89, 판례집 9-1, 674쪽 이하; 헌재결 2013.7.25, 2012헌마174, 판례집 25-2, 306쪽 이하 등 참조.

30) 비밀선거와 대응하는 개념인 ‘공개선거’는 선거인의 투표에 대한 책임을 지게 할 수 있다는 장점이 있으나, 매수·유혹·협박 등 선거간섭에 의하여 ‘선거의 자유’와 ‘선거의 공정’이 보장되지 않는 폐단이 있기 때문에 투표자에 대한 권리의 보장 이외에 이러한 투표자에 대한 강제의 성격은 불가피하다는 견해(정중학, “선거제도의 이론과 실제-우리나라 선거제도와 관련하여-”, 『법학연구』 제2권 제1호(충남대학교 법학연구소, 1991), 43쪽 참조)도 있다.

31) 한수웅, 앞의 책(주5), 167쪽 각주3 참조.

32) 헌재결 2009.12.29, 2007헌마1412, 판례집 21-2(하), 862쪽 참조.

와 같이 비밀선거원칙으로부터도 도출된다. 자유선거의 원칙이 제대로 실현되기 위해서는 선거의 자유분위기를 보장하는 중요한 제도적 장치인 비밀선거원칙이 제대로 기능하여야 한다.³⁴⁾ 선거원칙이 서로 충돌하는 경우 하나의 선거원칙을 보다 잘 실현하기 위하여 다른 선거원칙을 희생시킬 것인지에 대하여는 입법자에게 폭 넓은 형성의 자유가 인정되어야 할 것으로 생각된다.³⁵⁾

2. 장애인 선거권 보장의 규범적 상황

사회적 배제의 위험에 노출된 장애인의 선거권을 보장한다는 것은 비장애인과 마찬가지로 개인의 기본권 보장³⁶⁾이라는 측면에서 뿐만 아니라 장애인의 사회참여의 기회를 확대시킨다는 점에 있어서 또 다른 중요성을 갖는다.

우리 헌법에서 선거와 관련하여 ‘장애’를 명시적으로 언급하고 있는 조항은 없다.³⁷⁾ 다만 헌법 제11조에서 “모든 국민은 법 앞에 평등하다. 누구든지 성별·종교 또는 사회적 신분에 의하여 정치적·경제적·사회적·문화적 생활의 모든 영역에 있어서 차별을 받지 아니한다”라고 규정하여, 장애를 이유로 정치생활에의 배제와 분리를 금지하고 있다. 아울러 헌법 제24조에서 모든 국민은 선거권을 가짐을 천명함과 동시에 헌법 제41조 제1항과 제67조 제1항에서는 직접적으로 국회의원 선거 및 대통령선거에 있어서 보통·평등·직접·비밀 선거를 규정하고 있다.³⁸⁾ 이밖에도 2006년 체결된 「장애인권리협약(Convention on the Rights of

33) 헌재결 2004.5.14, 2004헌나1, 판례집 16-1, 635쪽 참조.

34) 정만희, “선거에 관한 헌법상의 원칙”, 『동아법학』 제6호(동아대학교 법학연구소, 1988), 146쪽 참조.

35) 다만 헌법재판소는 입법자가 「공직선거법」을 통하여 우편투표의 가능성을 전반적으로 규정하고 있는 법적 상황에서 입법자에게 거소투표제도를 도입해야 할 입법자의 구체적인 헌법적 의무를 확인한 바 있다(헌재결 2007.6.28, 2005헌마772, 판례집 19-1, 911쪽 참조).

36) 장애인의 평등한 선거권 보장에 대한 헌법적 근거는 모든 국민에게 선거권을 보장하고 있는 헌법 제24조, 평등권 보장 조항인 헌법 제11조, 헌법 제41조 제1항 및 헌법 제67조 제1항의 국회의원 및 대통령 선거에서의 평등원칙 조항 등이다(권건보, “장애인의 기본권에 대한 연구”, 석사학위논문(서울대학교, 1999.2), 131쪽 참조).

37) 현행 헌법은 ‘규범’적으로 장애인보호에 적극적인 태도를 취하고 있지 않다. 헌법 제11조에서는 차별금지 사유로 ‘장애’를 명시하지 않았고, ‘장애’가 명시적으로 언급된 헌법 제34조 제5항은 그 대상과 과제의 한계성 때문에 장애인정책에 관한 한 소극적이고 비체계적이라 생각된다. 이에 대한 자세한 내용은 윤수정, “장애인정책의 적극적 사법심사를 위한 심사방법의 모색”, 『공법연구』 제43집 제4호(한국공법학회, 2015), 26-27쪽, 각주 17 참조).

38) 헌법상 명시적인 규정은 없지만 ‘자유선거’ 역시 선거의 원칙으로 포함된다(헌재결 1994.7.29,

Persons with Disabilities, 이하 ‘CRPD’)³⁹⁾은 제29조(정치와 공적 생활 참여)⁴⁰⁾에서 장애인이 다른 사람과 동등한 정치적 권리와 기회를 향유할 수 있도록 보장하는 것을 국가의 의무로 두고 있다.⁴¹⁾

이러한 헌법조항 및 국제규범을 근거로 「공직선거법」 및 기타 장애인 관련 법률에서는 장애인의 선거권을 구체화하고 있다. 우선, 「공직선거법」에서는 장애인의 선거권 보장을 위한 편의를 제공하고 있는데, 선거권자가 선거권을 행사할 수 있도록 필요한 조치를 취하여야 할 국가의 의무를 명시(제6조 제1항)하고, 선거관리

93헌가4, 판례집 6-2, 15쪽 등; 전광석, 앞의 책(주21), 608쪽 참조).

39) ‘장애인권리협약’은 이전의 국제조약들에서 장애인의 인권을 일부 언급하고는 있었으나 충분히 반영되지 못하였기 때문에 장애인의 인권 신장에 큰 영향력을 발휘하지 못한다는 문제의식에 근거하여 2006년 12월 13일 UN총회에서 192개국의 만장일치로 채택된 인권협약으로, 우리나라는 2008년 가입·비준하여 체약국으로서 동협약은 준수, 이행하여야 할 국제법상의 의무를 지고 있다. 특히 체약국은 협약의 실제적 조항들을 이행할 의무 이외에도 협약이 보장하는 권리를 어떻게 이행하고 있는가에 관해 정기적으로 유엔장애인권리위원회에 보고서를 제출할 의무를 진다. 한국은 이미 2011년 6월 정부보고서를 제출하였으며, 장애인권리위원회로부터 최종 감시의견의 형태로 협약의 이행에 관한 권고를 받았다.(박인환, “UN장애인권리협약과 성년후견 패러다임의 전환”, 『가족법연구』 제28권 제3호(한국가족법학회, 2014). 180-182쪽 참조). 이 중 성년후견 인제도에 관해서는 ‘의사결정대행’에서 ‘의사결정지원’으로의 전환을 권고받았다.

40) Article 29(Participation in political and public life)States Parties shall guarantee to persons with disabilities political rights and the opportunity to enjoy them on an equal basis with others, and shall undertake:

- (a) To ensure that persons with disabilities can effectively and fully participate in political and public life on an equal basis with others, directly or through freely chosen representatives, including the right and opportunity for persons with disabilities to vote and be elected, inter alia, (…)
- (b) Promote actively an environment in which persons with disabilities can effectively and fully participate in the conduct of public affairs, without discrimination and on an equal basis with others, and encourage their participation in public affairs, (…).

41) 국제규범도 장애인정책에 있어 근거규범으로 기능할 수 있다(장애인정책에 있어 국제법의 영향에 대해서는 박태정·박형원, “UN 장애인권리협약에 의한 장애인복지법 분석-제19조(자립 생활)을 중심으로”, 『복지행정논총』 제20권 제1호(한국복지행정학회, 2010), 101쪽 이하 참조); 이 밖에도 장애인의 참정권에 대해 규정하고 있는 국제규범으로는 「시민·정치적 권리에 관한 국제협약(International Covenant on Civil and Political Rights, 이하 ‘ICCPR’)」와 「세계인권선언(Universal Declaration of Human Rights, 이하 ‘UDHR’)」 등을 들 수 있는데, ICCPR 제25조는 모든 시민이 어떠한 차별이나 불합리한 제한을 받지 아니하고 (a) 직접 또는 자유롭게 선출된 대표자를 통해 정체에 참여하고 (b) 보통·평등·비밀·자유투표가 보장되는 선거에서 투표하거나 선출되며, (c) 일반적이고 평등한 조건 하에서 자국의 공직에 취임할 권리와 기회를 가짐을 역설하였고(<http://www.unesco.or.kr/hrtreaty>, 최종방문 2017.4.2.), UDHR 제21조에서는 모든 사람이 직접 또는 자유롭게 선출된 대표자를 통해, 자국의 정치에 참여할 권리가 있으며, 공직을 맡을 권리가 있다고 하며, 장애인을 포함한 어느 누구도 참정권에서 배제되지 않음을 명시하고 있다(<http://www.un.org/en/universal-declaration-human-rights>, 최종방문 2017.4.2.).

위원회가 장애인의 투표참여를 촉진하기 위해 교통편의를 제공하거나 투표를 마친 선거인에게 국·공립 유료시설의 이용요금을 면제·할인하는 등의 금전적 혜택을 지급하도록 하고 있으며(제6조 제2항), 시설에 거주하거나 신체에 중대한 장애가 있어 거동할 수 없는 자는 거소에서 투표할 수 있도록 하고 있다(제38조). 시각장애인을 위해 점자형 선거공보 또는 책자형 선거공보에 음성이 출력되는 전자표시를 제공할 수 있도록 하고 있으며(제65조), 방송광고, 후보자 연설방송, 후보자 토론회 등에 청각장애인을 위한 수화 또는 자막을 방영할 수 있도록 규정하고 있다(제70조, 제72조, 제82조의2). 또한 시각장애인을 위하여 특수투표용지 및 투표보조용구를 제작·사용할 수 있도록 하고 있으며(제151조), 기표가 어려운 시각 및 신체장애인을 위해서 투표보조 동반을 허용하고 있다(제157조).

다음으로, 장애인 관련 법률에서의 규정을 살펴보면, 「장애인복지법」은 장애인의 정치참여 권리(제4조)를, 정치영역에서의 차별금지(제8조)를 규정하고 있고, 또한 장애인의 선거권을 행사하는 데 불편함이 없도록 편의를 제공해야 할 국가와 지방자치체의 의무를 명시하고 있으며(제26조), 「장애인차별금지법」 역시 장애인의 참정권 행사에 있어 차별을 금지하고, 후보자와 정당에게 장애인에게 비장애인의 동등한 수준의 선거정보를 전달할 의무를 부과하고 있다(제27조).⁴²⁾

Ⅲ. 정신적 장애인에 대한 선거권 제한의 위헌성

1. 제도의 문제되는 상황

금치산자의 선거권을 배제하는 「공직선거법」 조항에 대해서는, 비록 법원으로부터 금치산 선고가 받았다는 전제가 있기는 하지만 우리 헌법이 보통선거원칙을 명시하고 있는 이상, 넓고 불확정적인 범주의 사람들을 일률적으로 투표에서 배제한다는 점에서 예전에도 비판의 목소리가 있었다.⁴³⁾ 더구나 이 조항은 사실상 투표

⁴²⁾ 이에 덧붙여 「발달장애인법」에서는 발달장애인에게 자신의 의사를 표현할 권리가 있음을 명시하여(제3조) 발달장애인의 선거권을 간접적으로 표현하고 있다고 보는 견해(김대근·조영오·임정렬, 「사회적 약자의 선거권보장을 위한 실효성 제고방안」(중앙선거관리위원회, 2016), 33쪽 참조)도 있다.

능력과 관계없는 사법(私法)상의 재산관리능력을 공법(公法)상의 선거능력으로 간주함으로써 그 목적과 취지가 다른 공법과 사법상의 차이를 간과한 것으로 볼 여지도 있다. 이러한 상황에서 2013년 민법 개정은 새로운 문제점을 야기하였다. 종래의 금치산·한정치산제도는 일률적으로 본인의 행위능력을 제한하여 사실상 본인의 잔존능력을 박탈하는 제도였던 반면에 성년후견제도는 본인의 잔존능력을 최대한 존중하고자 하는 취지로 새롭게 도입되었다.⁴⁴⁾ 바꾸어 말하면, 행위능력을 확일적으로 제한하여 대상자의 자기결정권의 가능성을 배제하고 타인의 전면적 간섭 아래에서 생활관계를 형성하게 함으로써 본인의 자율성을 침해하던 기존의 제도를 대신하여, 제한능력자의 능력을 확대하고 피후견인의 신상에 관한 결정권은 본인에게 있다는 원칙과 후견인의 임무 수행에 있어서 피후견인의 의사 존중 의무를 명시하는 등 피후견인의 복리를 실질적으로 보장하기 위해서 성년후견제도를 도입한 것이다.⁴⁵⁾ 그러나 종래의 금치산자가 ‘심신상실의 상태에 있는 사람’으로서 금치산 선고 받은 사람⁴⁶⁾에 한정되었다면, 현행 민법상의 피성년후견인은 ‘질병, 장애, 노령, 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 지속적으로 결여된 사람’으로서 성년후견개시의 심판을 받은 사람⁴⁷⁾으로 그 대상자 및 보호되는 행위의 영역이 확대되었기 때문에, 용어 변경만의 개정이 이루어질 경우 기존의 제도 하에서는 선거에 참여할 수 있는 피성년후견인의 선거권까지 일률적으로 제한(혹은 박탈)⁴⁸⁾하는 효과가 발생하여 성년후견인제도 본래의 취지에 역행하는 결과를 초래할 위험이 있다. 그리고 ‘장애’를 사회적 관점으로 파악할 때, 성

43) 김영진, “정신 장애인의 투표권 보장에 대한 소고”, 『미국헌법연구』 제23권 제1호(미국헌법학회, 2012), 61-62쪽 등 참조.

44) 이는 “기존의 금치산·한정치산 제도를 현재 정신적 제약이 있는 사람은 물론 미래에 정신적 능력이 약해질 상황에 대비하여 후견제도를 이용하려는 사람이 재산 행위뿐만 아니라 치료, 요양 등 복리에 관한 폭넓은 도움을 받을 수 있는 성년후견제로 확대·개편하고, 금치산·한정치산 선고의 청구권자에 후견감독인과 지방자치단체의 장을 추가하여 후견을 내실화하며, 성년후견 등을 요구하는 노인, 장애인 등에 대한 보호를 강화하고...”라고 명시된 민법의 개정이유에서도 확인된다(<http://www.law.go.kr/lsInfoP.do?lsiSeq=110914&lsId=&efYd=20130701&chrClsCd=010202&urlMode=lsEfInfoR&viewCls=lsRvsDocInfoR#0000> 최종방문 2017.4.1.)

45) 박인환, “새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제”, 『비교사법』 통권 제66호(한국비교사법학회, 2014), 1221-1252쪽 참조.

46) 구 민법(법률 제11300호) 제12조.

47) 민법(법률 제14409호) 제9조.

48) 선거권의 경우 그 특성상 일부만을 보유할 수 없으므로 보유할 수 없으므로 선거권의 제한은 곧 선거권의 박탈을 의미한다고 할 수 있다.

년후견제도의 잠재적 이용자는 의사결정능력에 있어서 장애가 있는 사람이라고 할 수 있으며, 이는 정신적 장애인의 선거권 문제에 대한 고민의 필요성을 증대시킨다.

2. 능력에 따른 선거권의 제한과 보통선거원칙

(1) 능력에 따른 선거권 제한의 정당성

정신적 장애인이나 미성년자와 같이, 일정한 능력이 미흡한 국민에 대한 선거권 제한이 가능한지의 문제, 즉 선거권 행사에 일정한 능력이 요구되는지 여부에 대한 검토가 필요하다. 우선, 선거권의 행사에 어떠한 능력도 요구되지 않는다는 견해⁴⁹⁾에서는 선거권은 출생과 동시에 모든 국민에게 부여되며, 선거권에 대한 국가의 제한은 원칙적으로 허용되지 않는다고 한다.⁵⁰⁾ 다시 말해서, 국민주권주의를 천명하고 있는 헌법 제1조 제2항을 근거로, 이때의 ‘국민’은 능력을 갖춘 성인뿐만 아니라 일정한 능력이 미흡한 미성년자나 금치산자 등도 포함된 모든 국민을 의미하기 때문에, 선거권은 출생과 동시에 당연히 부여되는 권리라는 것이다. 또한 선거권을 규정하고 있는 헌법 제24조가 법률유보의 형식을 취하고는 있지만, 이는 선거권을 법률에 의하여 구체적으로 실현하라는 의미이지, 법률이 정하는 바에 따라서만 인정될 수 있다는 포괄적인 입법권 유보 하에 있음을 의미하는 것은 아니기 때문에, 입법자가 능력에 따라 선거권을 제한하는 것은 자의적인 입법이라고 주장한다. 이러한 견해는 국민주권을 현실적으로 실현하는 수단으로서의 선거권을 국가권력이 함부로 제한하거나 침해할 수 없는 중요한 권리의 하나로 인정했다는 점에서는 높이 평가할 수 있겠으나, 선거권이 생래적 권리로 이해된다면 치자(治

49) Christoph Schickhardt, “Kinder im Wahlrecht und in Demokratien. Für eine elterliche Stellvertreterwahlpflicht”, *Zeitschrift für Praktische Philosophie Band 2, Heft1*(2015), S.192 참조.

50) 1970년대 이후 독일을 중심으로 한 유럽 국가들에서는 선거권이 국가에 의하여 부여되는 국가내적 권리가 아니라 출생과 동시에 당연히 부여되는 생래적 권리라는 주장이 나오고 있다. 실제로 2003년 46명의 독일 연방의회의원들은 「생래적 선거권을 통한 보다 많은 민주주의의 시도(Mehr Demokratie wagen durch Wahlrecht von Geburt an)」라는 제목으로 선거권 연령 제한규정인 기본법 제38조 제2항을 삭제하여 어린이를 포함한 모든 국민에게 선거권을 부여하자는 내용의 법률안을 연방의회에 제출하였고, 스위스에서도 1999년 유사한 법률안이 제출되었다(김효연, “아동·청소년의 정치적 참여와 선거권연령”, 『헌법연구』 제3권 제1호(헌법이론실무학회, 2016), 139-142쪽 참조).

者)와 피치자(被治者)가 동일한 상황이 되어 오늘날 대의민주주의와 부합하지 않을 뿐만 아니라 선거권에 어떠한 제한도 허용할 수 없다는 점에서 민주주의에 역행한다는 비판을 받는다.⁵¹⁾

다음으로, 합리적인 기준에 의한다면 능력에 따른 선거권 제한이 가능하다는 견해이다.⁵²⁾ 이 견해는 헌법의 기본원리로서 민주주의는 정치적 의사형성의 합리화 과정이라고 할 수 있고, 그렇다면 민주주의에서 올바른 정치적 결정은 정치적으로 활동하는 세력들 간의 자유로운 논쟁과 이에 대한 합리적인 조정과 타협의 결과임을 전제한다. 나아가 선거권은 국민이 자신의 대표자를 직접 선출하여 국가기관을 구성할 수 있는 주관적 권리성도 있지만, 오늘날과 같은 정치질서에서는 민주주의의 운명을 결정짓는 매우 중요한 객관적 가치의 측면도 가지고 있기 때문에, 선거권의 행사를 일정한 정치적 판단능력 또는 통찰능력과 결부시킬 수 있다는 것이다. 이러한 전제하에서는 스스로 정치의사를 형성할 수 없거나 정치의사 형성과정에 참여할 수 없는 사람들에게 선거권을 제한하는 것은 너무나 자연스러운 결과이다. 우리 헌법재판소는 금치산자의 선거권 제한에 대해서 직접 판단하지 않았지만, 선거 연령 제한에 대한 여러 번의 헌법소원심판사건⁵³⁾에서 선거권 행사에 일정한 수준의 정치적 판단능력이 전제되어야 함을 확인하였다. 다만 연령을 제외하고는 정치적 판단능력의 유무를 나누는 기준이 구체적으로 무엇인지 알 수 없어⁵⁴⁾ 이를 합리적인 기준이라 할 수 있는지 여부는 별개의 문제이다.

능력에 따른 선거권 제한의 문제는 보통선거원칙의 보호범위와 관련된다.⁵⁵⁾ 그

51) 홍일선, “어린이선거권에 대한 헌법적 논의-선거권은 생애적 권리인가?-, 『공법학연구』 제13권 제4호(한국비교공법학회, 2012), 186쪽 참조.

52) Heiko Holste, “Wahlrecht von Geburt an: Demokratie auf Abwegen?”, *DÖJ*(Kohlhammer, 2005), S.110. 참조.

53) 헌재결 1997.6.26, 96헌마89, 판례집 9-1, 674쪽; 헌재결 2001.6.28, 2000헌마111, 판례집 13-1, 1418쪽; 헌재결 2003.11.27, 2002헌마787 등, 공보 제87호, 1123쪽 등 참조

54) 헌법재판소는 선거권 행사에 ‘일정한 정치적 판단능력’이 필요하다고만 판시했을 뿐, 구체적인 내용에 대해서는 언급하지 않았으며, 단지 민법의 성인 연령을 기준으로 삼아 연령에 의한 선거권의 제한이 정당하다고 판단하였다(헌재결 2014.4.24, 2012헌마287, 판례집 26-1(하), 223쪽 등 참조).

55) 이 문제를 기본권 향유능력과 기본권 행사능력으로 설명하기도 한다. 즉 기본권 향유능력과 기본권 행사능력은 각각 민법상의 권리능력과 행위능력에 대응하는 것이므로, 민법상 금치산자에게는 국민으로서 기본권의 향유능력은 긍정되더라도 선거권의 행사능력은 부정될 수 있다는 것이다(허완중, “연령에 따른 국회의원 피선거권 제한의 법적 성격과 그에 따른 위헌심사”, 『헌법학연구』 제21권 제1호(한국헌법학회, 2015), 353-357쪽 참조) 다만 제한이 곧 박탈인 선거권의 특성상 이를 구분할 실익은 없어 보인다.

러므로 이에 대한 위헌성은 ‘헌법상 보통선거의 요청’과 ‘보통선거원칙에 대한 예외를 요청하는 다른 법익’간의 형량을 통해, 보통선거원칙에 대한 예외가 불가피한 사유에 의해 정당화되는지를 살펴보아야 한다. 현재 정신적 장애인과 같이 정치적 판단능력이 부족한 사람들의 선거권을 제한하는 목적은 ‘선거의 공정성 확보’라고 할 수 있다.⁵⁶⁾ 다시 말해서, 입법자가 선거의 공정성을 확보하기 위하여 선택한 수단인 선거권 제한은 보통선거원칙의 보호범위를 축소하는 결과를 가져올 수밖에 없고, 결과적으로 두 법익은 긴장관계(혹은 갈등관계)에 놓이게 된다. 따라서 정신적 장애인의 선거권을 제한하는 경우에는 ‘그러한 제한 없이는 선거의 공정성을 확보하면서 선거를 실시하는 것이 사실상 불능 내지 현저하게 곤란한 경우’에 한정되어야 한다는 요구에 직면하게 된다.⁵⁷⁾ 이러한 긴장관계(혹은 갈등관계)의 관점에서 살펴보면, 세계 각국의 선거권 제한 제도 역시 ‘선거의 공정’과 ‘보통선거원칙의 보장’ 중 어느 것에 더 가치를 두었는지에 따라 그 유형을 달리 한다.⁵⁸⁾ 아무런 제한을 두고 있지 않거나, 제한 기준은 다를지라도 일정 범위의 정신적 장애인의 선거권을 제한하기도 한다. 선거권을 제한하는 유형의 경우에는 현재 우리나라와 같은 일률적·형식적인 제한 유형, 혹은 미국의 일부 주에서 실시하는 것과 같이 ‘투표능력평가도구(CAT-V)’⁵⁹⁾등으로 후견개시심판과는 별도로

56) 우리 헌법재판소가 금치산자의 선거능력 제한에 대한 판단한 적은 없지만, 과거 우리와 유사한 제한 조항을 두었던 일본의 판례에 정신적 장애인에 대한 선거자격 제한의 목적으로 ‘선거의 공정’이라고 명시한 바 있다(홍남희, 『일본 성년후견판례의 이해-일본 성년후견 판례 전문 번역 및 해설』(동인, 2014), 16쪽 참조) 또한 선거권 제한이라는 측면에서는 유사한 사례인 ‘연령 제한에 대한 헌법소원 사건’에서 헌법재판소는 “미성년자의 선거운동을 금지하는 것은 정치적 판단능력이 부족한 사람의 선거운동의 자유를 제한하여 선거의 공정성을 확보하기 위한 정당한 입법목적”이라고 판시한 바 있다(헌재 결 2014.4.24. 2012헌마287, 판례집 26-1(하), 224쪽 참조(밑줄은 필자 강조)).

57) 헌법재판소도 “선거권의 제한은 불가피하게 요청되는 개별적·구체적 사유가 존재함이 명백할 경우에만 정당화될 수 있고, 막연하고 추상적인 위협이나 국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등을 사유로 그 제한이 정당화될 수 없다”고 판시하였다(헌재결 2007.6.28, 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859-860쪽 참조).

58) 이러한 연구로는 기현석, “정신장애인의 선거권 제한 논의에 대한 고찰”, 『토지공법연구』 제73집 제2호(한국토지공법학회, 2016), 628-630쪽; 김진우, “지적장애인 투표권 부여 및 행사 관련 쟁점 연구”, 『사회과학연구』 제31집 제1호(경성대학교 사회과학연구소, 2015), 345-367쪽 참조.

59) 투표능력평가도구(CAT-V)는 선거의 성격과 효과를 이해하는지 여부와 선거 후보자들 중에 선택할 수 있는 능력이 있는지 여부를 검증하는 작업을 수행하며 선거능력이 손상된 사람을 확인하여 선거권 행사를 수행하도록 도와주는데 그 중점이 있다(김진우, 위의 논문(주58), 366 쪽 참조).

재판을 통해 정치적 판단능력을 개별적으로 평가하여 선거권을 부여한다.⁶⁰⁾

(2) 정신적 장애와 정치적 판단능력 간의 관계

금치산제도(혹은 성년후견제도)는 사법상 재산보호의 관점에서 마련된 제도이므로, 금치산선고(혹은 성년후견 개시심판)에서는 본인(금치산자 혹은 피성년후견인)의 재산관리 및 처리능력에 대해서 판단할 뿐이고, 선거 관련 능력(예컨대, 정치적 판단능력 혹은 투표능력⁶¹⁾)의 유무와 정도에 대해서 판단하는 절차가 별도로 있는 것은 아니므로,⁶²⁾ 성년후견개시심판으로 선거권을 제한하는 것에 대한 기준의 부당성은 앞에서 언급하였다. 덧붙이자면, 같은 수준의 정치적 판단능력을 가진 경우라도 금치산제도(혹은 성년후견제도)를 이용하는지 여부에 따라 선거권의 보유 여부가 달라지는 불합리한 차별이 발생할 수도 있으며 이에 따라 금치산자(혹은 피성년후견인)에게 선거권 보유(및 행사)를 두고 성년후견 제도의 이용을 고민하는 상황조차 초래될 수 있다.

정신적 장애인이라 할지라도 장애의 종류나 정도에 따라 판단능력에 차이가 있을 수 있고, 그렇다면 일괄적으로 선거권을 제한하는 것은 옳지 않다. 그리고 정신적 장애인에게 정치적 판단능력이 없기 때문에 선거권을 부여하지 않는다면 선거권을 부여받은 사람들은 대부분 정치적 판단능력을 갖춘 것으로 볼 수 있어야 하는데, 현실적으로는 선거권을 부여받아 투표를 한 사람 중 제17대 대통령 선거에서는 약 11만 9천여 명이, 그리고 제18대 대통령 선거에서는 12만 6천여 명이 무효투표를 한 것으로 밝혀졌다.⁶³⁾ 이는 선거권을 가진 사람들 중에서도 투표능력이 없는 사람들이 대다수 포함될 수 있다는 사실을 반증한다고 할 수 있다.

더욱이 정치적 판단능력과 선거의 공정성 간에 어떠한 연관관계가 있는지도 불확실하며,⁶⁴⁾ 설사 정치적 판단능력이 없는 사람이 선거권을 가질 경우 그 공정성

60) 홍남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에 대한 법적 고찰”, 『사회보장법연구』 제4권 제1호 (서울대 사회보장법연구회, 2015), 25쪽 참조.

61) 이 때 투표능력은 단순히 올바른 기표행위가 가능한지 여부이다.

62) 공직선거법의 연혁(공직선거법으로 통합되기 전 대통령선거법·국회의원선거법·지방의회의원선거법·지방자치단체의장선거법도 포함)을 살펴볼 때, 이전에는 금치산자뿐만 아니라 한 정치산자 혹은 준금치산자도 선거권이 없는 자에 포함된 것으로 보아, 선거권 행사 연령을 규정하면서 민법을 차용하면서 행위능력 없는 자의 범위를 차용한 것으로 보인다.

63) 중앙선거관리위원회 선거통계시스템(<http://info.nec.go.kr/electioninfo>, 최종방문 2017.4.3.) 참조.

이 해할 우려가 있다고 하더라도 일괄적으로 정신적 장애인의 선거권을 제한한 결과, 보통선거를 통해 실현되는 민주주의와 국민주권주의 이념의 희생은 분명한 데에 반해 제한을 통해 얻어지는 선거의 공정성은 미비하다고 할 수 있다.⁶⁵⁾ 그렇다면 헌법재판소가 보통선거원칙의 예외사유가 될 수 없다고 언급한 사유 중 하나인 ‘막연하고 추상적인 위험’에 해당한다고 할 수 있으며(뒤에 후술하겠지만, 정신적 장애인의 선거권 제한은 나머지 사유인 “국가의 노력에 의해 극복될 수 있는 기술상의 어려움이나 장애 등”에도 포함된다),⁶⁶⁾ 결론적으로, 정신적 장애인의 선거권 제한은 위헌적인 요소를 갖는다고 할 것이다. 관련 법조항을 가진 다른 나라의 예를 보더라도 이들의 선거권 제한을 두고 있지 않는 것이 세계적인 추세이다.⁶⁷⁾ 일본의 경우 우리나라의 「공직선거법」 조항과 거의 유사한 조항이 위헌으로 판단되었고⁶⁸⁾, 그 결과 상급심의 판결 이전에 법 개정으로 제한이 폐지되었다. 캐나다의 경우에도 과거에는 선거법에 “정신질환 등을 이유로 이동의 자유가 제약되거나 재산관리권이 제약된 사람”의 투표를 배제하는 규정을 두었으나 1988년 캐나다 연방법원의 판결에 따라 이 조항을 개정하기에 이르러 지금의 선거법⁶⁹⁾에는

64) 정치적 판단능력과 선거의 공정성의 관계에 대해 명시적으로 언급한 문헌을 찾을 수 없다. 다만 헌법재판소의 연령 제한 관련 결정을 통해 언급한 “(...) 정치적 판단능력이 인정되지 않는 사람에게 선거운동의 자유를 인정할 경우에는 정확하고 충분한 정보에 기초하지 않은 선거운동이 행하여질 우려가 있고, 이러한 선거운동으로 인해 유권자가 왜곡된 정정적 결정을 내리게 되어 선거의 공정성을 해할 우려가 있다는 판단에 근거한 것이다” 판시사항을 통해 미루어 짐작할 뿐이다.

65) 그리고 이러한 공정성은 후술할 ‘정당한 편의제공’으로 일정부분 확보될 수 있다.

66) 헌재결 2007.6.28, 2004헌마644 등, 판례집 19-1, 859-860쪽 참조.

67) 기현석, 앞의 논문(주58), 628-630쪽 참조.

68) 동 판결은 일본헌법 제15조 제3항에서 “공무원의 선거에 대해서는 성년자에 의한 보통선거를 보장한다.”고 규정한 보통선거의 원칙, 그리고 일본헌법 제14조 제1항이 “모든 국민은 법 앞에 평등하고 인종, 신념, 성별, 사회적 신분이나 문벌에 의해 정치적, 경제적 또는 사회적 관계에서 차별받지 않는다.”고 정한 평등선거의 원칙에 비추어 피성년후견인에게 선거권을 부여하지 않은 구 「공직선거법」 제11조 제11항 제1호의 규정이 위헌이라고 본 것이다. 이에 일본은 같은 해 5월 피성년후견인을 선거권 및 투표권을 가지지 않는 사람으로 정하였던 일본 「공직선거법」 및 「국민투표에 관한 사항을 정한 일본국 헌법의 개정절차에 관한 법률」 등의 선거권 및 투표권 배제 조항이 삭제되었다. 이에 결과적으로 2015년 현재 14만에 이르는 일본의 피성년후견인은 모두 선거권과 국민투표권을 행사할 수 있게 되었다고 한다(사토 쇼이치(佐藤 彰一), 김원경 엮음, “일본 장애인의 권리옹호-특히, 민사 사법집근권과 투표권에 대하여”, 「성년후견」 제3집(한국성년후견학회, 2015), 68쪽; 홍남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에 대한 법적 고찰”, 「사회보장법연구」 제4권 제1호(서울대 사회보장법연구회, 2015), 17쪽 참조).

69) Canada Elections Act S. C. 2000, c. 9(Persons entitled to vote) 6. Subject to this Act, every person who is qualified as elector is entitled to have his or her name included in the list of

선거권 자격과 관련하여 어떠한 제한도 없다. 영국 역시 정신적장애인의 선거권을 박탈하는 조항을 삭제하였다.⁷⁰⁾ 최근 중앙선거관리위원회의 「정치관계법」 개정의 견에서도 이러한 의견이 개진된 바 있다.⁷¹⁾

(3) 정신적 장애인의 선거능력 판단기준 설정의 필요성

선거의 공정성을 확보하기 위해 정신적 장애인에게 모두 선거권을 부여할 수는 없다 할지라도 지금의 제도와 같이 전부 제한은 위헌적이며, 그렇다면 합리적인 기준 설정이 필요하다. 정신적 장애인의 선거능력 판단기준의 설정은 ‘장애’의 개념 정의와 마찬가지로, 정책적 결정이다.⁷²⁾ 보통 정책적 결정에 고려되어야 하는 능력의 범주는 ‘결정능력’과 ‘행위능력’이다. 결정능력은 필수적으로 인지기반에 의존한다. 선택을 함에 있어 관련 정보를 충분히 이해할 수 있고, 자신이 선호하는 선택을 할 수 있는 능력이 요구된다. 반면에 행위능력은 인지적 요소에 추가적으로 물리적 행위를 필요로 한다. 이러한 관점에서 본다면, 선거능력은 ‘결정능력’이다. 기표행위라는 물리적 행위가 있지만 이는 선거에서 본질적인 부분에 해당하지는 않는다. 즉 선거에 관하여 결정하게 되면, 다른 누군가에게 물리적 행위를 수행하게 할 수 있다. 미국의 경우 여러 판례⁷³⁾를 통해 정신적 장애인에게 선거권 부여를 위한 선거능력을 개별적으로 판단함에 있어, 판단기준으로 1) 결정과 관련된 정보를 이해하는지, 2) 그 사람이 처한 상황에 대한 정보의 결과를 인식하는지, 3) 선택 사항들을 비교하는 방식으로 정보에 관해 판단하는지, 4) 가능한 목록 중에 원하는 선택을 하는지 중에 한 가지 내지 그 이상을 요구한다.⁷⁴⁾

electors for the polling division in which he or she is ordinarily resident and to vote at the polling station for that polling division.

70) Electoral Administration Act(2006) 73 Abolition of common law incapacity : mental state (1) Any rule of the common law which provides that a person is subject to a legal incapacity to vote by reason of his mental state is abolished.

71) 중앙선거관리위원회 2014.10.6.자 보도자료(<http://www.nec.go.kr/portal/subMain.do?>)참조.

72) Paul S. Appelbaum & Thomas G. Gutheil, *Clinical Handbook of Psychiatry & the Law*(Lippincott Williams & Wilkins, 2007), pp.183-184 참조.

73) Doe v. Rowe, 156 F. Supp. 2d 35(D. Me. 2001); Carroll v. Cobb, 354 A.2d 355 (N.J. Super. Ct. App. Div. 1976).

74) Jessica Wilen Berg et al., “Constructing Competence: Formulating Standards of Legal Competence to Make Medical Decisions”, *Rutgers Law Review Vol.48*(1996), pp.348-362 참조.

IV. 정신보건시설거주 장애인의 선거권 보장

1. 거소 투표 관련 규정 및 문제되는 상황

우리 「공직선거법」은 제38조 제1항에서 거소투표의 가능성을 규정하면서 그 대상으로 제4항 제2호에 “병원·요양소·수용소·교도소 또는 구치소에 기거하는 사람”을 규정하고 있는데, 현재 거소투표제도가 활용되는 넓은 의미의 정신적 장애인 시설로는 정신요양시설, 정신의료기관 등을 들 수 있다.⁷⁵⁾

한편 동법 제149조는 기관·시설 안의 기표소에 대한 규정으로 동법 제1항은 “제38조 제1항의 거소투표 신고인을 수용하고 있는 기관·시설의 장은 그 명칭과 소재지 및 거소투표 신고인수 등을 선거인명부 작성기간 만료일 후 3일까지 관할 구·시·군 선거관리위원회에 신고”하여야 함을 정하면서 대상 시설의 하나로 동법 동조 제2호에서 “『장애인복지법』 제1항 제1호에 따른 장애인 거주시설”을 들고 있다.⁷⁶⁾ 나아가 동조 제3항에서는 “10명 이상의 거소투표 신고인을 수용하고 있는 기관·시설의 장은 일시·장소를 정하여 해당 신고인의 거소투표를 위한 기표소를 설치”할 의무를 정하고 있다. 이때 기표소의 관리가 문제될 수 있다. 「공직선거법」 제149조 제6항에서는 “후보자·선거사무장·선거연락소장은 선거권자 중에서 1명을 선정하여 기관·시설의 장이 설치·운영하는 기표소의 투표상황을 참관”하게 할 수 있음을 정할 뿐이다. 이는 거소투표제도를 통한 선거부정을 용이하게 해 주는 원인규정이 되기도 한다.⁷⁷⁾

75) 정신요양시설은 “정신의료기관에서 의뢰된 정신질환자와 만성정신질환자를 입소시켜 요양과 사회복귀촉진을 위한 훈련을 행하는 시설”로, 정신의료기관은 “의료법에 의한 의료기관 중 주로 정신질환자의 진료를 행할 목적으로 정신보건법상 시설기준에 적합하게 설치된 정신병원·정신과 의원 및 병원급 이상의 의료기관에 설치된 정신과”를 말한다. 그리고 정신의료기관의 경우 현행법에 따르면 “정신의료기관 등의 장(정신의료기관과 정신요양원 포함)은 보호의무자 2인의 동의가 있고 정신건강의학과 전문의가 입원 등이 필요하다고 판단한 경우 본인의 의사와 무관하게 정신질환자를 입원시키고 타인의 동의가 있어야만 퇴원조치가 가능”함을 규정하고 있는데, 2011-2013년 간 자료에 따르면, 자의에 의한 정신의료기관 입원률은 29%에 불과하며, 이러한 현실은 인권침해의 우려를 높이고 있다(박경수 외 6인, 『시설거주 장애인 선거권 실태조사』(국가인권위원회, 2014), 10-14쪽 참조).

76) 장애인복지법 제58조에서 규정하고 있는 장애인거주시설은 거주공간을 활용하여 일반가정에서 생활하기 어려운 장애인에게 일정 기간 동안 거주·요양·지원 등의 서비스를 제공하는 동시에 지역사회생활을 지원하는 시설을 말한다.

77) 이러한 현실에도 불구하고, 선관위 관계자는 “각 지역 선관위의 공정선거지원단이 20명 정도

2. 거소투표제도와 선거의 원칙

거소투표의 경우, 투표소에서의 투표와는 달리 선거의 비밀이 보장되지 않으며 유권자가 제3자에 의한 감시나 부당한 영향력의 행사를 받지 않고 투표를 한다는 보장이 없으므로, 선거의 비밀과 자유가 위협받는다라는 문제가 있지만, 다른 한편으로는 거소투표는 건강상 또는 직업상의 이유 등 중대한 이유로 투표소에 가서 투표를 할 수 없는 유권자에게 선거권을 행사할 수 있게 함으로써, 보통선거원칙의 실현에 기여하는 측면이 있다.

거소투표와 관련하여 제기되는 문제는 입법자가 거소투표제도를 도입하는 것인 헌법적으로 허용되는지 여부이다. 앞에서 설명하였듯이, 거소투표제도에서 보통선거원칙과 비밀·자유선거원칙이 서로 충돌한다. 보통선거원칙은 원칙적으로 모든 국민은 선거권의 행사로부터 배제되어서는 안 되며, 자신의 의사와 관계없이 선거권을 행사할 수 없는 유권자가 실제로 선거권을 행사할 수 있도록 배려할 것을 요청하는 반면, 비밀·자유선거원칙은 가능하면 선거의 비밀이 유지되고 자유로운 가운데 선거가 이루어질 것을 요청한다. 이 경우 입법자는 보통선거원칙에 우위를 부여한다.⁷⁸⁾ 다만 입법자는 선거의 비밀과 자유의 문제를 전적으로 유권자에게만 맡겨서는 안 되고, 거소투표제도로부터 발생하는 위험을 인식하여 선거의 비밀과 자유를 보장하기 위한 모든 필요한 조치를 취해야 한다. 가령, 유권자가 선거권을 투표소에 가서 행사할 수 없음을 소명한 경우에만 거소투표를 허용한다든지, 유권자가 투표용지에 투표내용을 직접 자유의사에 기하여 기입하였다는 것을 서약하도록 규정하는 등의 방법을 사용하여, 그 남용가능성을 가급적 줄여야 할 것이다.⁷⁹⁾

이러한 입법적 한계는 선상부재자투표제도⁸⁰⁾ 도입의 계기가 되었던 헌법불합치

뿐만 데다 기표소 설치 말고도 주된 업무가 있어 참관을 독려하고는 있지만 의무 사항이 아니다”며 “각 정당에 거소투표 일정을 알려 참관을 유도하고 있다”고 설명했다. 그러나 각 정당은 투표 인원이 얼마 안 되는 장애인거주시설까지는 관심을 보이지 않는 것이 또한 현실이다(세계일보, “‘누구 찍으세요’... 특정인에 투표유도 우려 있는데...”, 2016.3.4, 기사 참조).

78) 헌법재판소도 “국민주권의 원리를 실현하고 국민의 근본적인 권리인 선거권의 행사를 보장하려면, 비밀선거의 원칙에 일부 저촉되는 면이 있다 하더라도, 이 사건과 같은 경우 ‘선거권’ 내지 ‘보통선거원칙’과 ‘비밀선거원칙’을 조화적으로 해석하여 이들 관계를 합리적으로 조정할 필요가 있다”라고 판시하여 보통선거원칙에 우위를 보여하고 있다(헌재결 2007.6.28, 2005헌마772, 판례집 19-1, 909쪽 참조).

79) 거소투표의 헌법적 허용가능성에 관하여 BVerfGE 21, 200(204); BVerfGE 59, 119(127).

80) 헌법재판소는 해상에 장기 기거하는 선원들에 대하여 부재자투표의 가능성을 보장하지 않았

결정에서의 헌법재판소 결정을 통해 짐작해 볼 수 있다. 헌법재판소는 선거권 제한이 헌법에 합치하기 위해서는 적어도 선거권제한을 정당화할 수 있는 불가피한 사유가 있어야 할 것임을 요청하였다. 이때 ‘불가피한 사유’에 대해 헌법재판소가 명시적으로 제시하지는 않았지만 보통선거원칙이 민주주의 및 국민주권의 실현에 대하여 불가결한 의미가 있음을 감안할 때, 소수의 헌법적 지위를 갖는 법익들만이 보통선거원칙의 후퇴를 정당화 할 수 있을 것이라는 전제하에 다른 선거원칙에 근거를 둔 헌법적 지위를 갖는 법익, 즉 평등선거원칙, 비밀선거원칙, 직접선거원칙, 자유선거원칙 등이 보통선거원칙 제한을 정당화할 수 있는 불가피한 사유라고 짐작된다.⁸¹⁾ 결국, 보통선거원칙과 다른 선거원칙들 간의 긴장관계의 문제이다. 이러한 예는 투표보조인제도에서도 찾을 수 있다. 「공직선거법」은 제157조 제6항에서 “시각 또는 신체의 장애로 인하여 자신이 기표할 수 없는 선거인은 그 가족 또는 본인이 지명한 2인을 동반하여 투표를 보조하게 할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 선거관리위원회와 대법원은 이 조항의 장애인에 정신적 장애인은 포함되지 않는 것으로 보았다. 이는 정신적 장애인의 경우에는 투표보조가 대리투표로 변질될 가능성이 매우 높다는 판단 하에서의 해석으로 보여진다.⁸²⁾

이렇듯 거소투표제도는 위에서 확인한 바와 같이 종종 정신적 장애인의 자유 선거원칙과 비밀선거원칙 나아가 직접선거원칙을 보장하는데 취약점을 드러낸다. 따라서 적어도 거소투표를 신고할 수 있는 자의 범위를 원래의 조문취지에

던 「공직선거법」 규정에 대해 헌법불합치결정(헌재결 2007.6.28, 2005헌마772, 판례집 19-1, 899쪽 이하 참조)을 하였다. 이 결정을 계기로, 현재 선상부제자투표는 국내선박에 한하여 선장의 관리감독 하에 실드팩스(Shield-Fax)를 활용한 선거가 실시되고 있다. 선상부제자투표 제도는 현행 「공직선거법」상 정신시설 거주 장애인을 위한 거소투표제도와 가장 유사한 제도이다. 선상부제자투표제도 역시 투표소에 가기 힘든 유권자의 선거권을 실질적으로 보장해주면서 현실적 어려움을 이유로 선장에게 선거관리를 맡김으로써 투표자의 비밀선거의 원칙이 침해될 소지가 있기 때문이다.

81) 이는 다음과 같은 헌법재판소의 92헌마269 결정의 반대의견에서도 확인된다. 헌법재판소는 “대통령선거에 있어 선거권과 피선거권과 관련된 차별은 이러한 민주주의의 기본전제를 뒤흔드는 것이 되기 때문에 이들 권리와 관련한 국민의 차별을 정당화하기 위해서는 단순히 공익의 실현을 위하여 그 차별이 필요하다는 정도로는 부족하고, 그 차별이 중대한 법익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여야 할 것이다. 그러므로 헌법이 제24조에서 선거권, 제25조에서 공무담임권을 보장하면서 그것을 법률유보하에 두고 있다 하더라도, 이들 권리에 관한 입법재량의 폭은 매우 좁다고 할 것이며, 그에 따라 이들 권리에 관하여 국민을 차별하는 법률의 위헌심사에는 엄격한 심사기준이 적용된다고 할 것이다”(헌재결 1995.5.5, 92헌마269, 판례집 7-1, 769쪽 참조)라고 설명되고 있기 때문이다(밀줄은 필자 강조).

82) 대법원 1999.7.1, 선고 99우48 판결 참조.

맞게 엄격하게 해석하여 ‘거동이 자유로운 시설거주 장애인’은 ‘투표소에서 투표’할 수 있도록 해야 한다는 주장이 제기되기도 한다. 이 주장이 받아들여진다면 적어도 거동이 자유로운 시설거주 장애인의 자유·직접·비밀선거원칙은 현재보다 두텁게 보장될 수 있을 것이다. 그러나 이러한 주장은 현실적으로 거동이 자유로운 시설거주 장애인의 선거권마저 후퇴시킬 우려가 있다. 거동이 불편한지 또는 자유로운지 여부를 불문하고, 거소투표제도는 시설 내 장애인의 투표 참여를 용이하게 하는데 유리한 제도임은 분명하기 때문이다.

V. 정신적 장애인의 선거권 보장 방안으로서의 ‘정당한 편의 제공’

1. 장애인평등의 특수성과 실현방안

정신적 장애인에게 선거권을 부여한다 할지라도 곧바로 정신적 장애인의 보통선거원칙이 실질적으로 보장되는 것은 아니다. 현실적으로 정신적 장애인의 선거권 보장의 또 다른 문제는 부여된 선거권의 실질적 보장, 즉 접근성 때문에 실제 투표율이 매우 낮다는 데 있다.⁸³⁾ 대다수의 정신적 장애인은 시설에 거주하고 외출이 자유롭지 못한 상황에서 거소투표제도를 이용하게 된다. 그러나 여러 선거부정 사례가 발생하면서 이마저도 여의치 않다.⁸⁴⁾ 이러한 현실은 정신적 장애인에게 아무런 제한 없이 선거권을 부여한다고 하더라도 그것만으로는 현재의 문제되는 상황을 해결할 수 없음을 시사한다. 결국 정신적 장애인의 선거권 부여 문제 역시 부여된 선거권의 실질적 보장의 문제로 귀결된다고 할 것이다. 투표소로의 접근성 혹은 선거정보로의 접근성 문제가 해결되어야 실질적으로 보통선거원칙의 보장이 효과를 거둘 수 있기 때문이다. 그리고 이는 결국 장애인정책에 있어서 평등(혹은

83) ‘2014년 장애인 실태조사’에 따르면, 전체 장애인의 투표율은 77.3%임에 비해 정신적 장애인의 투표율은 43%에 그쳤다. 이는 2005년 76.7%(52.2%), 2008년 77.2%(58.6%), 2011년 74.8%(48.4%)에도 마찬가지로이다(김성희 외 10인, 『2014년 장애인 실태조사』(보건복지부·한국보건사회연구원, 2014), 23쪽 참조).

84) 각주 20 참조.

차별금지) 실현의 문제로 볼 수 있다. 장애인차별은 ‘장애’가 가지고 있는 특성으로 인해 여타의 소수집단에 대한 차별과는 그 성격이 다르다. ‘장애’는 그 종류도 다양하고, 같은 종류의 장애라고 할지라도 장애인에게 미치는 영향의 정도가 다양하기 때문에 그 보호수준 역시 다양하게 나타날 수 있다. 아울러 장애인평등은 능력에 따른 기회의 평등이 아니라 장애인의 수요에 따른 실질적 평등으로 이해되어야 한다.⁸⁵⁾ 장애인들의 사회참여를 막는 여러 환경적 장애물들이 이미 존재하는 비장애인 중심의 상황에서 장애인을 비장애인과 동일한 방식으로 대한다면 평등한 기회의 부여는 그에 따른 불이익만을 더욱 심화시킬 것이기 때문이다.⁸⁶⁾ 그러므로 국가는 장애인에게 주어진 상황 자체가 불평등한 경우에 최소한의 법적 평등을 실질적으로 실현하기 위한 적극적인 행위의무를 부담하게 된다.⁸⁷⁾ 이러한 국가의 적극적인 행위의무가 입법적으로 구체화된 것이 ‘정당한 편의제공’이다.⁸⁸⁾ 다시 말해서, 장애인 기본권의 실질적 보장을 위한 국가의 평등권 실현은 두 가지의 모습으로 나타나게 되는데,⁸⁹⁾ 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 된다고 할 수 있기 때문에 본질적으로 다른 점을 고려한 별도의 적극적인 조치, 예컨대 앞에서 언급한 ‘정당한 편의제공’ 등이 반드시 수반되어야 한다. 즉, 국가에 실질적인 평등실현을 위한 일정한 작위를 요구하는 것이다. 그리고 이러한 적극적인 조치가

85) 윤수정, 앞의 논문(주3), 126-128쪽 참조.

86) 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*(Hart, 2005), pp.199-203 참조.

87) 비교헌법적으로 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*(Chmielorz GmbH, 2002), S.18 참조.

88) 예를 들어, 장애인평등에 있어 기본법이라고 할 수 있는 「장애인차별금지법」에서도 각 영역에서의 ‘정당한 편의제공 의무’를 규정(장애인차별금지법 제11조, 제14조, 제21조, 제27조 제2항 등)하고 있다.

89) 윤수정, 앞의 논문(주37), 30-31쪽 참조.

취해지지 않는다면 헌법 제11조에서 의미하는 평등이 침해된 것으로 판단되어야 한다. 이 점이 장애인평등실현의 ‘특수성’이라고 할 수 있다.⁹⁰⁾ 장애인 선거권 실질적 보장, 역시 이러한 ‘특수성’에 대한 충분한 고려가 필요하다.

2. 정신적 장애인을 위한 ‘정당한 편의제공’

앞서 정신적 장애인의 선거권이 실질적으로 보장되려면 접근성의 문제가 해결되어야 함을 확인하였다. 이를 위해서는 ‘장애’를 고려한 별도의 적극적인 추가조치, 즉 ‘정당한 편의제공’이 수반되어야 한다. 예컨대, 선거의 참여의사가 있는 정신적 장애인에게는 장애의 특성을 고려한 별도의 투표용지를 제공하거나 혹은 투표절차를 사전연습한다든지 하는 방법은 보통선거원칙을 보장하면서도 선거의 공정성을 확보하는 데에 효과적인 방안이 될 수 있다. 「장애인복지법」은 제26조에서 “국가와 지방자치단체는 장애인이 선거권을 행사하는 데에 불편함이 없도록 편의시설·설비를 설치하고, 선거권 행사에 관하여 홍보하며, 선거용 보조기구를 개발·보급하는 등 필요한 조치를 강구하여야 한다”고 규정하고 있으며, 「장애인차별금지법」 제27조 제2항에서도 “국가 및 지방자치단체는 장애인의 참정권을 보장하기 위하여 필요한 시설 및 설비, 참정권 행사에 관한 홍보 및 정보 전달, 장애의 유형 및 정도에 적합한 기표방법 등 선거용 보조기구의 개발 및 보급, 보조원의 배치 등 정당한 편의를 제공하여야 한다”고 규정하고 있다. 아울러 제3항에서는 “공직선거후보자 및 정당은 장애인에게 후보자 및 정당에 관한 정보를 장애인 아닌 사람과 동등한 정도의 수준으로 전달하여야 한다”고 규정함으로써 장애인의 선거정보 접근권을 보장하고 있다. 이들 조항은 선거에 있어 장애인에게 정당한 편의제공의 근거규정이 될 수 있다. 다만, 정신적 장애인을 위한 구체적인 지원 내용은 규정하고 있지 않기 때문에 이에 대한 보완이 필요하다.

그리고 ‘장애인권리협약’이 이러한 논의의 단초를 제공할 수 있을 것으로 생각된다. 장애인에 대한 정당한 편의제공 개념을 잘 설명하고 있는 장애인권리협약은 장애인의 선거권 행사에 있어 국가가 다음의 세 가지를 제공해야 함을 명시하고

⁹⁰⁾ 그리고 장애인과 비장애인이 다름에도 불구하고 같게 취급하고 있다면, 그리고 이러한 차별 취급에 대한 ‘합리적 이유의 유무’를 판단함에 있어 국가의 적극적인 조치의 유무가 적극적으로 고려되어야 한다(윤수정, 위의 논문(주3), 128쪽 참조).

있다. 첫째, 투표하는 데 있어서의 절차, 시설, 자료들이 적절하고 접근이 가능해야 하며 이해하고 사용하기 쉬워야 한다. 둘째, 장애인이 비밀투표를 할 권리를 보장해야 한다. 셋째, 장애인이 투표하는 데 있어 자신을 도와 투표행위를 할 수 있도록 하는 사람을 선택하는 데 도움을 받을 수 있어야 한다. 여기에는 투표의사형성, 투표의사확인, 투표의사실현의 단계에 대한 지원이 강조되고 있다.⁹¹⁾ 즉 정당이나 후보자에 대한 충분하고 정확한 선거정보, 정당이나 후보자의 선택과 그 방법의 용이성, 투표소로의 다양한 접근방법 등에 대한 구체적인 지원방안이 필요하다.

좀 더 자세히 살펴보자면, 선거에서 장애인에 대한 정당한 편의제공이란 투표절차와 투표를 위한 자료가 장애인이 이해하고 사용하기 쉬워야 한다는 것을 의미한다. 그리고 이 점에 주목한다면 정신적 장애인의 선거에는 보다 이해하기 쉬운 선거공보 등 홍보자료의 제공 등과 함께 별도의 투표용지(예컨대, 그림 혹은 정당의 로고나 후보자의 사진 등이 부착된 투표용지를 제공하는 방안 등), 별도의 기표대를 고려할 수 있으며, 시뮬레이션 프로그램을 통해 투표의 전체적인 과정을 보여 주거나 직접 선거의 과정을 경험할 수 있는 선거체험관 운영 등을 생각해 볼 수 있다. 이를 통해 선거의 중요성에 대해, 정당한 선거란 무엇인지, 그리고 시설이나 집에서부터 선거체험관까지 가는 것에서부터 실제로 선거를 한 후 다시 돌아오는 전(全)과정을 경험해 본다면 선거에 대한 동기 유발뿐만 아니라 선거에 익숙해질 계기가 되고, 더 나아가 반복된 연습을 통해 선거에 대한 부담감도 줄일 수 있을 것이다. 그리고 이러한 모든 편의제공의 과정을 국가기관이 직접 관리함으로써 선거부정을 방지할 수 있다. 2015년 국가인권위원회는 정신보건 시설에 수용된 정신장애인의 선거권 보장을 위해, 정신적 장애인에게 선거정보의 전달 방안을 마련한

⁹¹⁾ 지난 2014년 10월 3일 유엔장애인권리위원회(Committee on the Rights of Persons with Disabilities: 이하 ‘위원회’라고 한다)는 장애인권리협약(CRPD) 이행상황에 대한 대한민국 정부의 1차 국가보고서를 심의하고, 이에 대한 최종 견해(Concluding observations on the initial report of the Republic of Korea: CRPD/C/KOR/CO/1)를 발표하였다. 위원회는 2013년 7월에 시행된 새로운 성년후견제가 “질병, 장애, 노령 그 밖의 사유로 인한 정신적 제약으로 사무를 처리할 능력이 부족한 사람”의 재산과 신상에 관계된 결정을 후견인이 대리할 수 있도록 하고 있는 것을 우려하였다. 위원회는 이러한 제도가 유엔장애인권리협약 제12조(법 앞에서의 평등)에 관한 일반의견(General comment No.1 Article 12: Equal recognition before the law: CRPD/C/GC/1)에서 상세히 설명하고 있는 협약 제12조의 규정 취지에 반하므로 당사국이 ‘의사결정대행(substituted decision-making)’체제에서 당사자의 자율성과 의지, 선택을 존중하는 ‘의사결정지원(supported decision-making)’시스템으로 전환할 것을 권고한 바 있다. 이에 관한 자세한 내용은 박인환, “의사결정지원을 위한 성년후견제도의 평가와 모색”, 『비교사법』 제22권 제2호(한국비교사법학회, 2015). 725쪽 참조.

것, 거소투표 시 선거부정을 예방하기 위한 지도·감독을 마련할 것, 정신적 장애인들이 투표할 수 있는 절차와 방법을 안내받고, 투표보조 등 선거지원을 받을 수 있도록 기관과 시설의 운영자 및 종사자를 대상으로 선거권 및 선거지원에 대한 교육을 실시하도록 중앙선거관리위원장과 보건복지부장관에게 의견을 표명한 바 있다.⁹²⁾ 국가는 선거인명부의 작성, 선거공보 및 선거정보의 전달, 투표용지의 인쇄, 투표의사의 확인 등 일련의 선거과정에 보다 능동적인 편의를 제공할 필요가 있다.

VI. 나가며

보통선거의 현대적 의의는 단지 모든 국민에게 선거권을 형식적으로 인정하는 것에 그치지 않고, 국민으로 하여금 정치과정에 대한 실제적인 영향력을 행사하도록 선거제도를 형성하도록 하는 데 있다. 따라서 보통선거의 원칙의 관점에서 보면, 정신적 장애인의 선거참여를 허용할 것인가의 문제는 일부 정신장애인의 미흡한 판단력으로 인해 투표결과에 불공정이 발생할 여지가 있다는 점 외에도 정신장애인 또한 정치과정에서 실제적인 영향력을 제대로 행사할 수 있도록 새로운 제도를 고안할 필요가 있다. 현실에서 정신적 장애인에 대해 실질적으로 효과가 있는 투표참여 수단을 강구하지 않는 한 선거자격의 부여만으로는 보통선거권의 보장에 별다른 효과를 기대할 수 없다. 그리고 이러한 투표참여 수단에는 선거에서 정신적 장애인을 위한 정당한 편의제공 방안의 모색이 필수적이다. ‘정당한 편의제공’은 선거의 공정성과 보통선거원칙의 보장이라는 헌법적 가치의 실현에 긍정적으로 작용할 것이다.

⁹²⁾ 국가인권위원회 홈페이지(<http://www.humanrights.go.kr/site/program/board/basicboard/list?boardtypeid=24&menuid=001004002001> 최종방문 2017.4.12.).

참고문헌

1. 단행본

김대근·조영오·임정렬, 『사회적 약자의 선거권보장을 위한 실효성 제고방안』(중앙선거관리위원회, 2016).

김성희 외 10인, 『2014년 장애인 실태조사』(보건복지부·한국보건사회연구원, 2014).

박경수 외 6인, 『시설 거주 장애인 선거권 실태조사』(국가인권위원회, 2014).

전광석, 『한국헌법론』(집현재, 2017).

한수웅, 『헌법학』(법문사, 2017).

Paul S. Appelbaum & Thomas G. Gutheil, *Clinical Handbook of Psychiatry & the Law*(Lippincott Williams & Wilkins, 2007).

2. 논문

기현석, “시설거주 장애인의 선거권과 선거의 원칙”, 『세계헌법연구』 제21권 제2호(세계헌법학회·한국학회, 2016).

기현석, “정신장애인의 선거권 제한 논의에 대한 고찰”, 『토지공법연구』 제73집 제2호(한국토지공법학회, 2016).

김영진, “정신 장애인의 투표권 보장에 대한 소고”, 『미국헌법연구』 제23권 제1호(미국헌법학회, 2012).

김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장방안”, 『사회보장법연구』 제2권 제1호(신조사, 2013).

김진우, “지적장애인 투표권 부여 및 행사 관련 쟁점 연구”, 『사회과학연구』 제31집 제1호(경성대학교 사회과학연구소, 2015).

김하열, “법률에 의한 기본권의 형성과 위헌심사-참정권과 청구권을 중심으로-”, 『고려법학』 제67호(고려대학교 법학연구원, 2012).

박인환, “새로운 성년후견제도의 시행과 결격조항 정비의 과제”, 『비교사법』 통권 제66호(한국비교사법학회, 2014).

사토 쇼이치(佐藤 彰一), 김원경 엮음, “일본 장애인의 권리옹호-특히, 민사 사법

- 접근권과 투표권에 대하여”, 『성년후견』 제3집(한국성년후견학회, 2015).
- 염형국 · 박숙경 · 이주언, “정신적 장애인의 자기결정권 보장”, 『장애인법연구』(경인문화사, 2016).
- 윤수정, “선거운동에 있어서 장애인평등의 실현-헌법재판소 2009.2.26. 2006헌마626 결정을 중심으로-”, 『헌법학연구』 제21권 제4호(한국헌법학회, 2015).
- _____, “시각장애인의 선거정보에 접근할 권리에 관한 헌법적 고찰-헌법재판소 2014.5.29. 2012헌마913 결정에 대한 비판적 검토를 중심으로-”, 『세계헌법연구』 제22권 제3호(세계헌법학회 · 한국학회, 2016).
- _____, “장애인정책의 헌법적 기초와 개선방향-복지와 평등의 이념을 중심으로-”, 박사학위논문(연세대학교, 2014).
- 전학선, “헌법 제24조”, 『헌법주석[I]』 (박영사, 2013).
- 정태호, “보통 · 평등선거권의 심사구조와 심사기준에 관한 관견-자유권 심사구조 및 심사기준의 보통 · 평등선거권심사에서의 응용 가능성-”, 『미국헌법연구』 제19권 제2호(미국헌법학회, 2008).
- 홍남희, “피성년후견인의 선거권 등 제한에대한 법적 고찰”, 『사회보장법연구』 제4권 제1호(신조사, 2015).
- 홍일선, “어린이선거권에 대한 헌법적 논의-선거권은 생래적 권리인가?-", 『공법학연구』 제13권 제4호(한국비교공법학회, 2012).
- Charlotte Pearson “The Social Model of Disability: Valuable or Irrelevant?”, Nick Watson · Alan Roulstone · Carol Thomas(eds.), Routledge Handbook of Disability Studies(Routledge, 2012).
- Christoph Schickhardt, “Kinder im Wahlrecht und in Demokratien.Für eine elterliche Stellvertreterwahlpflicht”, Zeitschrift für Praktische Philosophie Band 2, Heft1(2015).
- Heiko Holste, Wahlrecht von Geburt an: Demokratie auf Abwegen?, DÖV(Kohlhammer, 2005).
- Marcus R, Isabel C. Michael D, Melanie P, Anthony H, “Introducing the Mental Capacity Advocate(IMCA) Service and the Reform of Adult Safeguarding Procedures.” British Journal of Social Work 41(6)(Oxford University Press,

2011).

Jessica Wilen Berg et al., “Constructing Competence: Formulating Standards of Legal Competence to Make Medical Decisions”, Rutgers Law Review Vol.48(1996).

Ryan Kelley, “Toward an Unconditional Right to Vote for Persons with Mental Disabilities: Reconciling State Law with Constitutional Guarantees”, Boston College Third World Law Journal Volume 30 Issue 2(Boston College Law School, 2010).

3. 기타 자료

김경미, “지적장애인의 자기결정원리: 개념, 현재와 미래에 대한 토론”, 『한국장애인복지학회 추계학술대회 자료집』(2007).

총선장애인연대, 『장애인 유권자 참정권 보장방안 모색을 위한 정책토론회』(2016 총선장애인연대, 2016).

“장애인의 참정권 보장”에 대한 토론문

김 종 현*

발표문에서 언급한 것처럼 장애인의 참정권 문제는 2000년 이래 본격적으로 논의되어 왔으나, 특히 정신적 장애인의 선거권에 대하여는 관심이 저조하였고 관련 입법 또한 상대적으로 미비하였습니다. 또한 성년후견제가 도입된 것이나 장애인의 투표와 관련한 여러 선거부정이 자행된 현실은, 장애인의 선거권이 실질적으로 보장될 수 있는 제도적 방안을 모색해야 할 필요성을 말해주고 있습니다. 장애인 평등의 특수성과 그 실현방안, 금치산자에 대한 선거권 제한의 위헌성, 시설거주 장애인의 선거권 보장 등 정신적 장애인의 선거권 문제에 관한 다양한 논점을 검토하고, 정당한 편의제공이라는 대안을 구체적으로 제시하여 이해의 폭을 넓혀주신 발표자에게 감사드립니다. 이하에서는, 정신적 장애인의 선거권과 관련하여 토론자가 가지고 있는 몇 가지 견해를 개진해보고자 합니다.

1. 민주주의 국가에서 선거가 가지는 의의 및 능력에 따른 선거권 제한 문제

능력에 따른 선거권의 제한이 가능한 것인지의 여부에 대하여는 견해가 대립합니다. 일각에서는 선거권의 행사에 어떠한 능력도 요구되지 않는다고 보는 반면, 합리적 기준에 의한다면 능력에 따라 선거권을 제한할 수 있다고 보는 입장도 있습니다.¹⁾ 여기서 ‘능력’이라 함은, 대표자의 선출이라는 공동체의 의사결정과정에서 참여할 수 있는 능력을 말하며, 구체적으로는 여러 선택지(후보자)를 인식하고 그

* 헌법재판연구원 책임연구원.

1) 발표문에서 언급한 것처럼 헌법재판소는 선거권 행사에 일정한 수준의 정치적 판단능력이 전제되어야 한다고 보고 있으며, 이러한 관점은 최근의 결정에서도 유지되고 있습니다. 헌재 2014. 4. 24. 2012헌마287, 판례집 26-1하, 223, 250쪽 등.

가운데 선택함으로써 자신의 이해관계를 관철할 수 있는 지적인 판단능력을 뜻한다고 할 것입니다. 선거의 본질과 영향에 대한 이해 및 선택능력을 측정하는 CAT-V(투표능력평가도구)의 한국형 모델을 개발하자는 견해²⁾, 개별적으로 의사능력을 평가하는 시스템의 구축이 과제임을 지적한 연구³⁾도 발견됩니다.

토론자는 선거권(의 행사)에 어떠한 제한도 가해져서는 안 된다는 견해에 찬동하지는 않습니다. 그러나 선거권(행사)에 어떠한 능력이 요구된다 하더라도, 원칙적으로 그러한 능력의 구비 여부-누군가가 공동체의 의사결정과정에 이해관계를 가지며, 후보자의 선택을 통해 이를 적절히 표출할 의지와 능력을 가지는지의 여부-에 대한 판단은 ‘규범적으로’ 이루어져야 할 것입니다. 또한 규범적인 측면에서 이러한 판단능력이 있다고 인정된다면, 그것이 실제로는 다소 불완전·불충분한 것이라 하더라도 그러한 이유만으로 선거권을 제한할 수는 없다고 생각합니다.⁴⁾ 발표문에서도 다수의 유권자가 무효투표를 한 사례를 언급하고 있습니다만, 예컨대 어떤 유권자가 ‘장난으로 투표하겠다.’, ‘무작위로 투표하겠다.’고 하면서 투표를 통해 자신의 진정한 선호 내지 이해관계를 드러내지 않겠다고 말하더라도(선택의지의 부족·결여), 그 유권자에게서 선거권을 박탈해야 한다고 할 수는 없습니다. 이는 어떤 유권자가 만취했거나 극도로 피로한 까닭에 여러 선택지를 인식하고 선택할 수 없어 보이는 경우(선택능력의 부족·결여)에도 다르지 않을 것입니다.

이러한 점들을 고려할 때, 정신적 장애인이 선거의 의미를 이해하고 후보자를 선택할 판단능력이 다소 미숙하다고 하더라도, 또 (투표보조기구의 도움을 필요로 하는 등) 그러한 자신의 판단을 표출하는 것이 다소 힘들다 하더라도, 그것만으로

2) 김영진, “정신 장애인의 투표권 보장에 관한 소고 - 미국과 캐나다의 사례를 중심으로 -”, 『미국헌법연구』, 제23권 제1호, 미국헌법학회, 2012, 87쪽.

3) 김진우, “지적장애인 투표권 부여 및 행사 관련 쟁점 연구”, 『사회과학연구』, 제31집 제1호, 경성대학교 사회과학연구소, 2015, 361쪽.

4) 발표자가 언급한 것처럼 오늘날 민주주의 국가에서 선거는 소수가 다수로 전환될 수 있음을 보장합니다. 이것은 성원들의 견해와 이해관계가 ‘불완전’하기 때문이라고도 할 수 있습니다. 이 점에서 민주주의는 불완전한 스스로를 영속적으로 교정해 가는 과정이라는 견해, 구성원들의 불완전한 이해관계가 경쟁하는 다두정치라는 견해에 주목할 필요가 있습니다. Paul Cliteur and Bastiaan Rijpkema, “The Foundation of Militant Democracy”, in Afshin Ellian and Gelijn Molier eds., *The State of Exception and Militant Democracy in a Time of Terror*, Dordrecht: Republic of Letters Publishing, 2012, pp. 242-243; Alexander S. Kirshner, “A Theory of Militant Democracy”, Ph.D. Dissertation, Yale University, 2011, p. 6.

는 선거권을 박탈 내지 제한할 수 있다고 보기 어려울 것입니다.

2. 장애인의 선거권이 가지는 특수성과 입법형성의 자유

발표문(11~12면)에서 다루고 있는 것처럼, 장애인 평등에는 특수성이 존재합니다. 실질적인 평등을 실현하기 위한 일정한 작위로서 정당한 편의제공이 요구된다는 점입니다. 토론자는 여기에 더하여, 장애인의 선거권(행사)에도 특수성이 있으며, 이것은 (정신적) 장애인의 선거권을 제한하거나 보장함에 있어 (일반적으로 폭넓게 인정되는) 입법형성의 자유를 제한하는 논거가 될 수 있다고 봅니다. 최근 쟁점으로 부각되는 수형자 내지 선거사범의 선거권 제한이나, 연령에 의한 제한(발표문 7면, 각주 27)과 비교할 때 더욱 그러합니다.

먼저 수형자의 경우, 선거권을 행사함에 있어 여러 물리적 어려움을 겪습니다. 그러나 이것은, 그가 실제 범죄를 저지르지 않았음에도 유죄판결을 받은 대단히 예외적인 경우가 아닌 한, 자신의 귀책에 따른 것이라는 점에서 장애인이 겪는 어려움과는 본질적으로 다릅니다.

선거사범은, 그 자신이 (보통선거권 제한을 통해 얻고자 하는 공익인) 선거의 ‘공정’을 해쳤거나 해칠 우려가 있는 경우입니다. 따라서 선거사범이 가지는 선거권을 제한하는 것은 선거의 공정성이라는 입법목적 달성을 위한 적절한 수단으로 인정될 수 있습니다. 반면 장애인의 투표에서 선거부정이 다수 발생하고 선거의 공정이 실현되지 않는 것은, 장애인시설 내 전반적인 인권보장 수준⁵⁾이나 보조자에 대한 장애인의 종속성⁶⁾ 등에 그 원인이 있습니다. 이러한 점을 감안한다면, 부정선거 방지와 선거의 공정성 확보라는 입법목적이 인정된다 하더라도, 장애인의 선거권을 제한·박탈하는 것은 수단의 적절성을 인정하기 어려운 방안입니다.

연령에 의한 선거권 제한은, 선거권 행사에 일정한 수준의 정치적인 판단능력이 전제되어야 한다는 점을 주요 논거로 한다는 측면에서 정신적 장애인의 선거권 제한과 일부 유사성이 있습니다.⁷⁾ 그러나 ‘연령’에 따른 기본권(행사)의 제한은 본질

5) 이 점을 지적한 연구로 기현석, “시설거주 장애인의 선거권과 선거의 원칙”, 『세계헌법연구』, 제21권 제2호, 국제헌법학회·한국학회, 2015, 66-67쪽.

6) 김원영, “지체장애인의 선거권, 그 침해의 양상과 정교한 보장 방안”, 『사회보장법연구』, 제2권 제1호, 서울대 사회보장법연구회, 2013, 56-57쪽.

적으로 한시적인 것입니다. 반면 ‘(정신적) 장애’를 이유로 한 기본권(행사)의 제한은 항구적이며 따라서 더욱 허용되기 어려운 것입니다.

3. ‘정당한 편의제공’의 구체적 방안과 관련하여

발표자는 보다 이해하기 쉬운 선거공보 등 홍보자료의 제공, (후보자의 사진 등이 포함된) 별도의 투표용지 등 정신적 장애인의 선거권 보장을 위한 정당한 편의제공의 방안을 제안하고 있습니다. 정당한 편의제공 방안과 관련하여, 최근에는 다양한 투표보조기기에 대한 관심이 제고되고 있습니다. 다리로 페달을 밟거나 호흡을 하는 방식으로도 기표할 수 있도록 하는 오토마크(AutoMARK)가 대표적이며⁸⁾, 커튼으로 가려진 부스 내에서 레버를 잡아당겨 기표하는 레버 머신(Lever Machine)도 활용되고 있습니다.⁹⁾ 이러한 투표보조기기는, 여러 유형의 신체적·정신적 장애인들이 활용할 수 있으며, 비밀·자유선거를 가능케 해준다는 점에서 정당한 편의제공수단으로서의 효용이 크다고 판단됩니다. 상기 투표보조기기의 대당 가격 등을 고려할 때, 선거구 당 1개 이상의 오토마크를 설치하는 것은 (정신적) 장애인의 선거권이 완전히 보장될 수 있도록 함에 있어 ‘과도한 부담’이라 보기 어렵다는 견해¹⁰⁾에 찬성합니다. 다만 장애인들은 스스로 차별을 받는다고 느낄 경우 투표 참여율이 감소한다는 점, 장애인들이 눈에 띄는 편의시설에 부담을 느낄 수 있다는 점을 상기할 때, 영국, 호주, 일본 등에서와 같은 ‘공용기표대’의 도입을 함께 검토할 필요가 있을 것입니다.¹¹⁾

7) 물론 장애인의 선거권을 제한하여야 한다는 논거가 ‘장애인의 판단능력 부족’뿐만은 아닙니다.

8) 이 기기를 소개한 문헌으로 김원영, 앞의 글(주7), 62쪽; 김대근·조영오·임정렬, 『사회적 약자의 선거권 보장을 위한 실효성 제고 방안』, 중앙선거관리위원회, 2016, 95-97쪽 등.

9) <https://www.elections.ny.gov/VotingMachines.html> (최종방문일 2017. 4. 26.)

10) 김원영, 앞의 글(주7), 65쪽.

11) 김대근·조영오·임정렬, 앞의 책(주9), 93-95쪽.

법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송

홍 석 표*

- I. 서론
- II. 장애운동과 장애인 공익소송
- III. 장애인 차별금지법 제정 이후의 공익 소송
- IV. 장애인 공익소송의 과제
- V. 결론

I. 서론

2007년 4월 제정된 장애인차별금지및권리구제에관한법률(이하 “장애인차별금지법”)에서는 장애인의 권리구제 절차¹⁾에 관하여 국가인권위원회를 통한 진정, 직권 조사, 시정권고(장애인차별금지법 제38조~제42조), 법무부장관의 시정명령(장애인차별금지법 제43조~제45조), 법원의 구제조치(장애인차별금지법 제48조) 제도를 두고 있다. 그러나 법무부장관의 시정명령 제도는 그 요건이 까다로워서 실제로는 거의 활용되지 못하고 있고²⁾, 국가인권위원회의 진정사건을 통해서 많은 사건들이 해결되고 있으며, 차츰 법원을 통한 권리구제를 위한 소송이 증가하고 있는 추세이다.

* 변호사, 법무법인 광장.

1) 장애인차별금지법상의 권리구제 절차에 관하여는 임성택, 장애인차별금지법상 법원의 구제조치 논문을 참고

2) 법무부, 장애이유 직권면직에 첫 시정명령(법률신문 2010. 5. 4.자)

[https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?Serial=52313&kind=AD01&key=법무부, 수원역 지하도에 승강기 설치 시정명령\(경기in, 2012. 9. 29.자\)](https://www.lawtimes.co.kr/Legal-Opinion/Legal-Opinion-View?Serial=52313&kind=AD01&key=법무부, 수원역 지하도에 승강기 설치 시정명령(경기in, 2012. 9. 29.자))

http://www.gipress.com/sub_read.html?uid=965

위와 같이 장애인의 권리구제수단으로서 다양한 방법들이 있겠지만, 법원을 통한 권리구제는 결국 장애인의 권익을 보호하고, 장애인 권리 신장을 위한 제도개선을 도모하기 위하여 소송을 활용하는 것이라고 할 것이다. 장애인 공익소송은 크게는 장애인차별금지법에서 정한 차별행위의 시정을 구하는 차별구제소송, 민사상 손해배상소송, 장애인에 대한 학대 등 인권침해행위에 대한 형사고소, 행정청의 처분에 대한 행정소송, 헌법상 기본권 침해를 주장하면서 위헌확인을 구하는 헌법소원 사건 등으로 구분해 볼 수 있을 것이다³⁾.

장애인 권리구제수단으로서 공익소송의 역사는 장애인차별금지법 제정 이전과 이후로 구분된다고 할 것이고, 장애인차별금지법 제정 이후에는 공익소송의 결과 유의미한 판결이 선고되기도 하였는바, 장애인권리구제 수단으로서 공익소송에 관해서 과거의 사례를 살펴보고 향후의 과제에 관해서 논의하는 것이 유의미할 것이다.

II. 장애운동과 장애인 공익소송⁴⁾

장애인공익소송의 역사는 장애운동의 역사와 밀접한 관련을 가진다. 장애인차별은 노동, 교육, 시설, 이동, 선거, 방송 등 거의 모든 영역에서 존재하고 있었고, 이를 해결하기 위해 장애운동이 시작되었으며, 사법적 구제 수단으로서 소송이 활용되기 시작하였다. 1960년대~1970년대 장애운동이 시작되는 시점부터 공익소송도 활용이 되었는데, 장애운동과 장애인 공익소송의 역사를 살펴보도록 한다.

1. 장애를 이유로 대학입학을 거부당하거나 공직임용을 거절당한 것에 대한 운동 및 소송(사건번호 불명)

장애인의 집단적인 움직임이 시작된 것은 1967년 부산중학교에 지원한 학생이 학과시험에서는 만점을 받았으나 장애를 가졌다는 이유로 입학을 거절당하여 한국

3) 지면의 한계로 인해 장애인에 대한 학대 등 인권침해행위 관련 형사사건에 관한 내용은 이 글에서는 다루지 않기로 한다.

4) 유동철, 장애운동의 성과와 과제, 한국의 사회복지운동 ; 성과와 과제(2004), 157면 이하

특수보육협회에서 서명운동을 벌인 사안부터였다고 한다. 당시 경기중학교나 서울중학교 등 서울 소재 명문 중학교에서는 합격선이 100점 만점에 97점에 육박할 정도였기 때문에 장애인이 장애로 인해 체력장에서의 5점 정도 손해게 되면 필기시험에서 만점을 받더라도 아예 합격이 불가능하였다고 한다. 이와 달리 부산중학교에서는 합격선이 위 서울 소재 명문 중학교보다 낮아서 필기시험에서 만점을 받은 경우 합격이 가능한데도 부산중학교에서 장애를 이유로 입학을 거절하였기 때문에 문제가 되었던 것이다. 장애인들의 집단적인 항의의 결과로 당시 문교부는 소아마비 학생에게는 체능특전을 주는 안을 마련하였으나 그 안이 실행되기도 전에 문교부장관이 교체되어 위 안이 백지화되었다가 결국 여론에 밀려 1972년부터 중학교 및 고등학교 입학시험에서 장애학생에 대한 체능검사를 면제하기에 이르렀다.

그런데 대학입시에서는 여전히 장애를 이유로 한 차별이 시정되지 아니하였는데, 일례로 1974년 예비고사에는 합격하였으나 시각장애를 가졌다는 이유로 대학입시원서 접수를 거절당한 5명에 대해서 시각장애관련 단체가 문교부장관과 각 대학 총장 앞으로 탄원서를 보내 시각장애학생들이 대학에 진학할 수 있도록 보장해 줄 것을 요청한 사례가 있고, 1976년에는 30여명의 장애인이 서울대에 대거 낙방하는 사건이 발생하고, 이후 1977년에는 서울대학교 응용미술학과에 지원한 청각장애인 학생, 영남대학교 약대에 지원한 학생 등이 각각 장애인이라는 이유로 입학을 거부당하였으며, 1978년에는 장애인들이 부산대학교로부터 무더기로 입학을 거부당하는 사례 등이 계속 발생하였다. 1980년 영남대학교 약학대학 입시에서 필기시험에서는 상위를 차지한 장애인지원자를 지체장애인이라는 이유로 낙방시킨 사건이 발생하였고, 이에 대하여 소송이 제기되어 1981년 2월 원고 승소 판결에 따라 입학이 허가되었다고 한다⁵⁾. 이는 비록 개별적인 권리구제의 차원이었겠지만 장애인 공익소송의 효시라고도 평가할만한 사건이다.

1982년 법관 임용에 있어서 박은수, 박찬, 조병훈, 김신 등 4명의 장애인이 아무런 이유 없이 탈락한 사건이 발생하였다. 이 사건을 계기로 장애계에서 처음으로 “공동대책위원회”를 구성하여 100만인 서명운동-집단탄원서 제출 등을 통해 조직적으로 운동에 나섰으며, 결국 대법원으로부터 위 4명의 장애인이 법관으로 임용

5) 사건번호 등 구체적인 정보를 알 수 없어 판시사항을 확인할 수 없었다.

되도록 하는 결정을 받았다.

이 시기의 장애운동은 장애인 당사자가 직접 운동의 중심이 되지 못하고 장애인 부모를 중심으로 움직일 수밖에 없었고, 소송을 통한 권리구제는 생각하기 어려웠다고 할 수 있으며, 탄원서 제출 등 정부에게 청원하는 방식이 대부분이지만, 교육권, 노동권(공무담임권, 임용권)에 대한 문제제기로부터 장애운동이 시작되었고, 공익소송의 효시라고 볼 사건도 있었던 시기라고 평가할 수 있다.

2. 장애인 이동권 관련 저상버스도입의무불이행 위헌확인 헌법소원 (헌법재판소 2002. 12. 18. 선고 2002헌마52결정⁶⁾)

장애인 이동권 운동은 1984년 휠체어 장애인이던 故 김순덕씨가 “서울거리의 턱을 없애달라”는 요구를 하며 자살한 사건으로부터 시작되었다. 김순덕씨 사건과 관련해서 장례식 투쟁이 이어진 결과 당시 서울시장이 도로의 턱을 없애겠다는 약속을 하고 한국방송공사가 그 다음 해에 도심적응훈련 “이제는 파란불이다”라는 프로그램을 방영하기도 하였다.

이후 1999년 혜화역에서 장애인리프트가 추락하여 장애인이 사망하는 사고가 발생하였는데, 장애계에서는 ‘혜화역 리프트 추락사 대책위원회’를 구성하여 “대중교통에서의 장애인 편의시설투쟁”을 시작하였다. 당시 대책위원회가 안전성이 검증된 승강기로 교체해줄 것을 요청하였지만 예산상의 이유로 거부당하자 손해배상소송을 제기하였고, 500만 원의 위자료 지급판결⁷⁾이 내려지기도 하였다.

이어서 2001년 1월 22일 오이도역에서 장애인을 위한 수직형 리프트가 추락한 사건⁸⁾을 계기로 “장애인이동권쟁취를위한연대회의”가 출범하게 되었다. 장애인이동권쟁취를위한연대회의는 “장애인도 버스를 탑시다”행사 진행, 지하철 선로점거, 100만인 서명운동, 서울역 천막농성 등을 진행하는 활동을 하였고, 2002년 당시 이명박 서울시장으로부터 서울 지하철 전역사에 승강기를 설치하겠다는 약속을 받아냈다. 이와 같이 장애인이동권쟁취를위한연대회의는 장애인의 이동권 문제를 중

6) 헌법재판소 판례집 14권 2집 904-911

7) 유동철, 장애운동의 성과와 과제, 한국의 사회복지운동 ; 성과와 과제(2004), 170면

8) 70대 장애인이었던 부부가 수직형 리프트에서 추락하였는데 부인은 죽고 남편은 중상을 입은 사건

심으로 한 장애인권 관련 이슈를 사회적으로 확산시키는데 기여하였다⁹⁾.

위와 같은 장애인이동권 관련 투쟁의 일환으로 장애인이동권쟁취를위한연대회의는 “행정청(보건복지부장관)이 장애인들이 자유롭게 탑승할 수 있는 대중교통 수단 중 하나인 저상버스를 적극적으로 도입하지 않는 것은 헌법에 위반한 부작위”라는 이유로 헌법소원을 제기하였으나, 헌법재판소는 2002. 12. 18. 다음과 같은 이유를 들어 헌법소원심판청구를 각하하였다.

[헌법재판소 결정의 요지]

장애인의 복지를 향상해야 할 국가의 의무가 다른 다양한 국가과제에 대하여 최우선적인 배려를 요청할 수 없을 뿐 아니라, 나아가 헌법의 규범으로부터는 ‘장애인을 위한 저상버스의 도입’과 같은 구체적인 국가의 행위의무를 도출할 수 없는 것이다. 물론 모든 국가기관은 헌법규범을 실현하고 존중해야 할 의무가 있으므로, 행정청은 그의 행정작용에 있어서 헌법규범의 구속을 받는다. 그러나 국가에게 헌법 제34조에 의하여 장애인의 복지를 위하여 노력을 해야 할 의무가 있다는 것은, 장애인도 인간다운 생활을 누릴 수 있는 정의로운 사회질서를 형성해야 할 국가의 일반적인 의무를 뜻하는 것이지, 장애인을 위하여 저상버스를 도입해야 한다는 구체적 내용의 의무가 헌법으로부터 나오는 것은 아니다. 이 사건 저상버스의 도입에 관하여 보건대, 버스운송사업자가 국가나 지방자치단체가 운영하는 공기업이 아니라 순수한 사기업인 이상, 이들에 대한 국가의 지원대책이 마련되지 않고서는 저상버스의 도입은 불가능하다. 즉 청구인이 요구하는 저상버스를 대중버스노선에 도입하기 위해서는 버스운송사업자에 대한 재정지원이 필수적인 전제조건인 것이다. 따라서 국가가 저상버스의 도입을 추진하는 문제는 재원확보의 문제이고, 결국 제한된 국가재정의 배분과 우선순위결정의 문제이다. ‘장애인의 복지를 위하여 노력해야 할 국가의 과제를 언제 어떠한 방법으로 이행할 것인가’ 하는 이행의 구체적 방법(예컨대 장애인 생활안정지원, 재활시설운영, 직업생활시설운영, 편의시설설치, 재활서비스운영 등)과 이행시기에 관하여는, 행정청이 다른 여러 과제들과의 우선순위, 재정적 여건 등 다양한 요인들을 감안하여 결정할 사안으로서, 그에 관

⁹⁾ 김원영, 장애인운동이 발명한 권리와 그에 대한 사법체계의 수용에 관한 연구, 공익과인권 제8호, 213면

하여 광범위한 재량권을 가진다고 할 것이다. 국가가 장애인의 복지를 위하여 저상버스를 도입하는 등 국가재정이 허용하는 범위 내에서 사회적 약자를 위하여 최선을 다하는 것은 바람직하지만, 이는 사회국가를 실현하는 일차적 주체인 입법자와 행정청의 과제로서 이를 헌법재판소가 원칙적으로 강제할 수는 없는 것이며, 국가기관간의 권력분립원칙에 비추어 볼 때 다만 헌법이 스스로 국가기관에게 특정한 의무를 부과하는 경우에 한하여, 헌법재판소는 헌법재판의 형태로써 국가기관이 특정한 행위를 하지 않은 부작위의 위헌성을 확인할 수 있을 뿐이다. 이 사건의 경우 저상버스를 도입해야 한다는 구체적인 내용의 국가 의무가 헌법으로부터 도출될 수 없으므로, 이 사건 심판청구는 부적법하다.

[헌법재판소 판결의 의미]

위 헌법재판소의 결정은 행정청의 부작위로 인한 청구인의 권리침해가 헌법소원의 대상이 되려면 청구인의 권리가 헌법으로부터 도출된 권리여야 할 것인데, 우리 헌법 규정에서 ‘저상버스를 도입해야 할 국가의 의무’가 헌법으로부터 직접 도출되기 어렵다는 의미로 해석된다. 헌법 제34조 제5항에서 “신체장애자 및 질병·노령 기타의 사유로 생활능력이 없는 국민은 법률이 정하는 바에 의하여 국가의 보호를 받는다”라고 하여, 소위 사회적 기본권에 대해서는 법률에서 정한 바에 따라서만 국민의 권리가 인정될 수 있을 뿐이고, 특히 행정권력의 불행사에 대한 헌법소원은 공권력의 주체에게 헌법에서 유래하는 작위의무가 특별히 구체적으로 규정되어 있어 이에 따라 기본권의 주체가 행정행위를 청구할 수 있음에도 공권력의 주체가 그 의무를 해태하는 경우에만 허용될 수 있다는 기존의 법리를 재확인한 것으로 볼 수 있다. 장애인이동권쟁취를위한연대회의가 제기하였던 위 헌법소원은 비록 헌법재판소에서 각하판결을 받았지만 오이도역 사건 이후 장애인 이동권 투쟁을 장애인의 이동권을 헌법적인 권리로 구성하여 헌법소송을 제기한 첫 사례라는 점에서 의미가 있다고 할 수 있겠다. 이후에도 장애인의 이동권에 관한 문제제기는 꾸준히 제기되고 있고, 장애인차별금지법 제정 이후에 저상버스도입을 직접 청구하는 소송도 제기되어 현재 진행 중이다.

한편 장애인이동권쟁취를위한연대회의는 지하철을 이용하는 장애인을 중심으로 자신들의 이동권이 침해되었다는 이유로 서울시, 지하철공사, 도시철도공사를 상대

로 손해배상청구소송을 제기하기도 하였으나 패소하였다.

3. 장애인 교육시설 접근권(서울중앙지법 2002. 7. 26. 선고 2001가단 76197 판결)

[사안의 개요]

이 판결의 사안은 “송실대학교에 입학한 장애인 대학생이 장애인으로서 비장애인 학생과 동등한 교육을 받을 수 있는 교육시설 환경이 조성되어 있지 않아 신체적·정신적 피해를 입었다는 것을 이유로 손해배상소송”을 제기한 사안이다. 이 소송에서 원고는 “송실대학교는 원고를 장애인 특례입학자로 선정, 입학을 허가하였으므로, 그에 따라 피고(학교법인)는, 장애인인 원고가 다른 일반 학생들과 동등하게 정상적으로 대학교육을 받을 수 있도록 최대한 배려할 의무를 부담한다 할 것임에도 불구하고, 배려의무를 제대로 이행하지 아니하였고, 그로 인하여 원고는 정상적인 교육을 받을 수 있는 권리를 침해당하였음은 물론, 학교생활을 함에 있어 견딜 수 없는 신체적인 불편과 함께 정신적인 고통까지 겪었으므로, 피고는 원고에게 그에 대한 위자료(5천만 원 및 지연손해금)를 지급하여야 한다”고 주장하였다. 서울중앙지방법원에서 2002. 7. 26. 피고의 손해배상책임에 관하여 청구금액의 5%(금 250만 원)만을 인용하였다. 이에 양당사자 모두 불복하여 항소를 하였으나, 항소심 법원은 2003. 6. 26. 쌍방 항소를 모두 기각하였으며(서울중앙지법 2002나41472), 이에 원고가 불복하여 상고를 하였으나 대법원은 2003. 10. 9. 이를 기각하였다(대법원 2003다38337).

[판결 요지]

1심 판결의 요지를 살펴보면, 계약관계에 의한 피고의 배려의무를 인정하면서도, 인정 범위에 관해서 “장애인 편의시설설치”의 배려의무는 불인정하고, “장애인용 책상설치” 등의 배려의무만 인정하였다.

피고는 장애인을 대상으로 하는 특별전형을 실시하기로 결정하고, 이에 지원한 원고에 대해 송실대학교 입학허가 결정을 하였는바, 이로써 원고와 피고 사이에는, 원고는 피고에게 등록금 등을 납부할 의무를 부담하고, 피고는 원고에게 양질의

교육 기회를 제공할 의무를 부담하는, 일종의 계약관계가 성립되었다 할 것이고, 이에 기초하여 피고는, 원고가 학교생활을 하면서 장애인으로서 겪을 수 있는 불편을 최소화해주어, 원고가 일반 학생들과 동등하게 충분하고도 내실 있는 대학교육을 받을 수 있도록 배려해 주어야 할 의무를 부담하게 된다 할 것이다. 원고가 주장하는 장애인용 리프트나 승강기, 장애인용 화장실, 경사로 등 장애인 편의시설과 관련된 피고의 배려의무의 범위에 관하여 보면, 물론 원고가 입학할 때부터 교내에 모든 장애인 편의시설이 완벽하게 갖추어져 원고가 조금의 불편도 없이 학교생활을 할 수 있었다면 가장 이상적이겠지만, 위와 같은 장애인 편의시설을 완벽하게 갖추기 위해서는 많은 비용과 시간이 소요되는 문제가 있으므로, 이와 관련된 피고의 배려의무의 범위는 다른 정상적인 학생들과 동등하게 교육을 받을 수 있는 원고의 권리와 피고의 재정적인 능력, 편의시설 설치에 소요되는 비용 및 시간 등을 종합적으로 비교·형량하여 판단하여야 할 것이다[1997. 4. 10. 제정된 장애인·노인·임산부등의편의증진보장에관한법률(이하 ‘장애인편의법’)도 장애인이 다른 사람의 도움 없이 안전하고 편리하게 편의시설을 이용할 수 있는 권리를 보장하기 위하여 위 법 시행 전에 설치된 대상시설 중 대통령령이 정하는 것(이 사건과 같은 사립 학교 내의 건물은 포함되지 않았다)에는 일정한 장애인 편의시설을 설치하여야 한다고 규정하면서도, 장애인 편의시설을 설치해야 하는 대상시설의 시설주의 재정적·시간적인 부담을 고려하여 위와 같은 장애인 편의시설은 위 법 시행일부터 2년 이상 7년 내의 범위 안에서 설치하면 되도록 유예 조항을 둔다. 동시에 대상시설의 시설주에게 지나친 부담이 되지 않도록 배려하여야 한다는 단서조항도 두고 있다].

원고가 입학할 당시 앞서 본 바와 같이 학교 내에 장애인용 리프트나 승강기, 화장실, 경사로 등 장애인 편의시설이 충분히 설치되지 아니하여 원고가 학교생활을 함에 있어 많은 신체적인 불편과 함께 정신적인 고통을 겪었을 것임은 충분히 짐작할 수 있으나, 다른 한편 기초사실에서 본 바와 같이 피고가 학교 내 장애인 편의시설 확충 정비 계획을 수립하고, 그에 따라 장애인용 화장실과 승강기 등 편의시설을 지속적으로 설치하여 왔고, 또한 향후 학교 내 주요 건물에 장애인 편의시설을 추가로 설치하기 위한 구체적인 예산 계획을 수립하고 그 설치공사를 준비 중인 점까지 종합적으로 고려해 본다면, 원고가 주장하는 장애인 편의시설이 원고

가 바라는 기간 내에 설치되지 않았다는 점만으로는 피고가 장애인 편의시설과 관련된 원고에 대한 배려의무를 소홀히 하였다고 단정하기는 어렵다 할 것이고, 결국 위와 같은 장애인 편의시설 미설치를 이유로 한 원고의 주장은 이유 없다 할 것이다. (중략) 원고가 다음으로 주장하는 바와 같은, 장애인용 책상의 설치, 원고가 수강하는 강의실의 저층 배정 노력(피고는, 2000년 5월 경 수립한 장애인등 편의시설 5개년 계획에서 교내 건물에 승강기 시설이 부족한 점 등을 고려하여 장애인 학생의 수강과목 강의실은 가능한 저층에 배정한다는 대책을 수립하였지만, 실제로 원고가 수강하는 강의실을 되도록 저층에 배정하려고 노력한 흔적을 발견할 수 없다), 장애인 도우미 등 장애인 학생 돕기를 장려하는 프로그램의 개발 및 도입, 위 급수대 앞의 턱 제거 등 피고가 많은 비용과 시간을 들이지 않고도 비교적 쉽게 장애인인 원고가 좀 더 편리하게 학교생활을 할 수 있도록 배려할 수 있었던 사항을 이행하지 아니한 것은, 곧 피고가 부담하는 원고에 대한 배려의무를 소홀히 한 것이라 할 것이고, 이와 같은 피고의 배려의무 불이행으로 인하여 원고가 신체적인 불편과 함께 정신적인 고통을 겪었을 것임은 경험칙상 인정되므로, 피고는 원고가 입은 정신적 손해에 대해 위자료를 지급하여야 할 의무가 있다 할 것이고, 원고의 장애 정도, 피고의 위와 같은 배려의무 위반으로 원고가 겪은 불편과 고통의 정도, 기타 이 사건 변론에 나타난 제반 사정을 모두 참작하면, 피고가 원고에게 배상하여야 할 위자료의 액수는 2,500,000원으로 정함이 상당하다 할 것이다.

[판결의 의미]

위 판결에서는 학교법인의 배려의무를 인정하면서도, 그 판단기준으로는 ‘다른 정상적인 학생들과 동등하게 교육을 받을 수 있는 원고의 권리와 피고의 재정적인 능력, 편의시설 설치에 소요되는 비용 및 시간 등을 종합적으로 비교·형량’할 것을 제시하고 있다. 위 판결의 기준에 따르면, 결국 예산이 많이 들어가는 조치에 대해서는 피고의 책임이 없고, 예산을 별로 들이지 않고서도 해줄 수 있는 조치들에 대해서는 피고의 책임을 인정하고 있는데, 이렇게 재정적인 문제를 기준으로 배려의무 위반 여부를 판단하는 것이 타당하지 않다는 비판적 견해가 있다¹⁰⁾. 예

10) 이홍재, 장애인의 교육시설 접근권, 서울대학교 법학 제48권 제1호(2007. 3), 461면

산이 많이 들어가더라도 장애인이 교육을 받기 위해 필수적인 조치들이 있을 것인데, 예산이 많이 들어간다는 재정적인 이유만으로 장애인이 겪는 고통을 구제하지 않는 것은 부당하다는 것이다. 또한 장애인편의법의 입법취지를 고려하지 않고 부칙 조항을 들어 장애인 학생에 대한 학교의 배려의무를 부정하였는데, 이 부분 역시 바람직하지 않다고 할 것이다. 장애인편의법의 부칙 조항은 여전히도 장애인에 대한 편의시설 설치를 강제함에 있어서 장애가 되고 있다.

[위 판결 이후 유사 사례]

한편 2008년에 창원지방법원¹¹⁾에 유사한 사건(경남대학교 재학 중이던 지체장애 1급 장애인인 원고가 편의시설 미설치를 이유로 손해배상청구를 함)이 제기되었는데, 이 소송에서는 아래의 판결요지와 같이 **장애인편의법을 근거로 들면서 계약상 배려의무 위반을 더 적극적으로 인정**하였다.

원·피고 사이는 일방이 주된 목적을 가지고 편의시설을 제공하거나 제공받는 편면적인 관계가 아니라 앞서 본 바와 같이 쌍방이 그들의 목적을 달성하기 위하여 쌍방이 의무를 이행하여야 할 계약관계에 있다고 할 것이므로 원고가 그의 의무를 다한 이상 일응 피고는 장애인인 원고에게 편의시설 이용에 관한 최소한의 범위를 정한 장애인편의법에 따른 편의시설을 제공하여 평등한 교육 기회를 제공할 법적인 의무를 부담한다고 보일 뿐 아니라 더욱이 ① 장애인편의법이 시설보충을 위해 많은 예산이 요구되는 경우에는 부칙 제2조 제2항에 따라 1997. 4. 10. 시행일로부터 2년 이상 7년 이내의 범위 안에서 편의시설을 설치하여야 한다고 명시함으로써 편의시설을 제공하는 시설주에게 일정한 기한 내에 의무를 이행하라는 부담을 부여하고 있는 점, ② 장애인편의법은 장애인의 우월적 지위를 인정하여 시설주에게 모든 시설을 구비하라는 것이 아니라 장애인에게 최소한의 이동권 및 접근권을 보장하기 위한 최소한의 시설기준을 정한 것으로 보이는 점, ③ 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별을 받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함을 목적으로 제정된 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률(2008. 4. 11.부터 효력 발생) 제14조는 교육책임자는 당해 교육기관에 재학 중인 장애인의 교육활동에 불이익이 없도록 장애인의 통학 및 교육기관 내에

11) 창원지방법원 2008. 4. 23. 선고 2007가단27413 판결

서의 이동 및 접근에 불이익이 없도록 각종 이동용 보장구의 대여 및 수리를 할 의무를 부과하고, 그러한 의무의 불이행시에는 제46조에 기하여 직접 손해배상을 청구할 수 있도록 규정하고 있는 점, ④ 사회적 약자에 대한 배려가 더는 가진 자들의 은혜적 배려가 아닌 전 국민이 함께 고민하며 풀어가야 할 사회적 책무로서 막연히 예산상의 이유만을 들어 그러한 의무를 계속적으로 회피할 수는 없다고 보이는 점{모든 인간은 자신이 인간다운 생활을 할 수 있는 권리를 끊임없이 요구하는 방법으로 일상생활을 보다 나은 방향으로 발전시켜 왔다. 그런데 일상생활에 있어 아무런 제약이 없어 비장애인에게는 그 존재의 가치조차 논의하지 아니하는 이동권이 단순히 예산상의 이유만으로 제약을 받는 것은 이 시대의 모순일 수밖에 없는 바, 이러한 모순은 이 시대를 살아가는 모든 사람들이 함께 해결할 문제로서 사람들의 조그마한 노력과 비용의 부담으로 충분히 극복할 수 있는 것이므로 더는 비장애인을 기준으로 판단하여 그 시기를 늦출 수는 없다고 할 것이고, 인간에게 있어 가장 기초적인 이동권 마저 비장애인과 의 형평성 및 예산상의 문제 등을 거론하며 그 시기를 늦추려고 하는 것은 비장애인들의 편의적인 발상에 불과하다고 할 것이다} 등을 더하여 보면, 피고는 원고에게 양질의 교육 기회를 제공하기 위하여 장애인편의법에 따른 편의시설을 제공할 법적인 배려의무를 부담하고, 원고는 적극적으로 이러한 시설의 설치를 요구할 수 있다고 봄이 상당하다고 하겠다.

피고가 원고에게 부담할 의무가 법적인 의무로 인정되는 이상, 원고 스스로 피고 대학을 선택하여 편의시설이 미흡하다는 것을 알고 입학하였다는 점이나 예산상의 문제를 고려하여야 한다는 피고의 주장은 손해배상에 관한 액수를 정함에 있어 참작할 사유가 될 수 있을지언정 그로써 피고의 책임을 면할 수는 없다고 할 것이다.

4. 보험회사의 장애인차별 사건(서울중앙지법 2004. 2. 12. 선고 2003가단150990 판결)

[사안의 개요]

뇌병변장애 1급 장애인인 A는 B보험사의 보험모집인의 적극적 권유에 의해 무배당 종신보험 가입을 위해 청약서를 작성하고 1회 보험료까지 납부하였으나 보험

회사는 A의 장애를 이유로 보험가입을 거절했다. 이 사건은 상법 제732조 ‘15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다’라는 규정에 대한 문제제기를 촉발시켰다. 이 소송에서 원고는 5천만 원을 청구하였으나, 2백만 원만 인용되었다.

[판결의 요지]

계약자유나 사적자치의 원리에 의하여 사보험회사가 갖는 광범위한 자유권은 제한될 수밖에 없는 점이 있다 하더라도, 이는 국가적·사회적 공동생활의 테두리 안에서 타인의 권리·사회질서·공공복리의 존중에 의한 권리의 내재적 한계에 따른 것으로 보아야 할 것이므로, 이를 두고 보험회사가 갖는 기본적 자유권에 대한 본질적 침해로 볼 수는 없다 할 것이어서, 결국 보험회사가 보험승낙 여부를 결정함에 있어 장애를 이유로 부당한 차별을 한 것이라면 이는 장애인복지법 제8조에 위반한 것으로 위법한 행위에 해당한다 할 것이고, 위에서 본 관계 법령의 취지와 손해배상책임의 성립 구조에 비추어 그 위법성의 판단에 있어, 원고로서는 위 보호영역 내에서 장애를 이유로 차별을 받은 사실에 관한 입증책임을 부담한다 할 것이고, 그 차별이 합리적인 이유가 있어 자의적인 차별에 해당하지 않는다는 점에 관한 입증책임을 피고에게 있다고 봄이 상당하다. (중략) 이 사건 승낙거절이 합리적 차별이라 볼 수 없다는 것은, 생명보험업을 영위하는 보험회사가 보험청약자(피보험자)의 구체적·개별적 장애 상태 및 정도와 그가 가진 장애등급(중복장애로 인한 등급조정)에 대한 충분한 이해도 없이 단지 그가 장애인복지법령에 따른 장애 1등급(이는 피고가 가진 장애등급분류표상의 장애등급과는 그 분류의 목적·방식·내용이 상이한 것이다)에 해당하고 합리성을 결여한 것으로 보이는 공통심사기준상의 거절사유에 해당한다는 사정만으로 보험인수를 거절한 것은 그 절차적 과정에 있어서 합리성·적정성을 담보한 것으로 볼 수 없기 때문이고, 합리적인 통계적 원칙 또는 전문가의 과학적 진단 결과에 입각하여 장애인에 대한 보험제공을 거부하거나 측정 및 계량화 등을 통하여 보험혜택을 제한하는 등의 행위까지도 부당하다고 보는 것은 아닌 것이다.

[판결의 의미]

이와 같이 2004년도 판결이후 상법 제732조에 대하여는 아래 국가인권위원회의 권고, 법률 조항의 일부 개정, UN장애인권리협약위원회의 권고가 이루어질 수 있었다.

국가인권위원회는 2005. 8. 22. 법무부장관에게 다음과 같이 권고하였다¹²⁾.

민간보험에서 정신적 장애인에 대한 차별 개선을 위하여 상법 제732조를 삭제할 것을 권고한다. 상법 제732조는 정신적 장애인을 보호하고자 하는 취지였으나 장애인 개인의 구체적인 상황에 대한 고려 없이 획일적으로 보험에의 접근기회 자체를 박탈함으로써 헌법과 국제인권규약에서 보장하는 보편적인 권리를 침해하는 차별을 야기하고 있으며, 나아가 국가의 장애인 보호 책무에도 반하는 것이다. 따라서 입법의도와 달리 이러한 차별을 초래하고 있는 상법 제732조는 삭제해야 할 것이다.

이후 2014. 3. 11. 상법 개정을 통하여 제732조는 “15세 미만자, 심신상실자 또는 심신박약자의 사망을 보험사고로 한 보험계약은 무효로 한다. 다만 심신박약자가 보험계약을 체결하거나 제735조의3에 따른 단체보험의 피보험자가 될 때에 의사능력이 있는 경우에는 그러하지 아니하다”라고 정하여, 단서 조항이 추가되었다.

2014. 10. UN장애인권리협약위원회¹³⁾에서는 상법 제732조에 대하여 아래와 같이 권고하였다.

제25조 건강¹⁴⁾

47. 위원회는 최근 개정된 상법 제732조가 장애인이 “의사능력이 있는 경우”에

12) 국가인권위원회 2005. 8. 22.자 전원위원회 의결문

13) UN장애인권리협약위원회의 한국에 대한 권고는 아래 홈페이지에서 확인할 수 있다.

<http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2fPPRiCAqhKb7yhsoxt94eoN8sNkD3vNzr%2bPXZtiTUZC2xkNs96PtQyIfVry6P%2b8CiWN9mJ%2fPvpi4kybwosx%2fNqU54wUxrhxCOPHFVwrOhGdEHkhCupli%2bMaE8>

14) Health (art. 25)

The Committee is concerned that the recently amended article 732 of the Commercial Act recognizes life insurance contracts for persons with disabilities only if the person “possesses mental capacity”. The Committee notes that the denial of insurance contracts on the basis of “mental capacity” constitutes a discrimination against persons with disabilities.

The Committee encourages the State party to repeal article 732 of the Commercial Act, which recognizes life insurance contracts for a person with disability only if the person “possesses mental capacity”, and to withdraw its reservation to the provision of article 25 (e) of the Convention regarding life insurance.

한하여 보험가입을 인정하는 것에 대해 우려를 표한다. 위원회는 의사능력에 기반한 보험가입의 거부가 장애인에 대한 차별임을 인지한다.

48. 위원회는 당사국이 “의사능력이 있는 경우”에 한하여 보험가입을 인정하는 상법 제732조를 삭제할 것과 생명보험에 관한 협약 제25조 마항에 대한 유보를 철회할 것을 권고한다.

5. 청계천 이동권 사건(서울중앙지법 2007. 11. 22. 선고 2006가단 159530 판결)

[사안의 개요]

청계천 복원 공사 후에 장애인들이 이동권의 제약을 받는다¹⁵⁾면서 서울특별시와 서울특별시 시설관리공단을 상대로 손해배상청구를 한 사안이다.

[판결의 요지]

헌법, 장애인복지법의 규정으로부터 장애인들이 국가 또는 지방자치단체에 공공 시설에의 접근을 위한 편의시설의 설치 및 운영을 요구할 수 있는 구체적인 권리가 직접적, 필연적으로 발생한다고 보기는 어렵고, 장애인들이 편의시설의 설치, 관리를 요구할 수 있는 권리는 장애인들이 사회활동참여와 복지증진을 위하여 국가가 구현해 주어야 할 사회적 기본권의 한 부분에 불과하다고 판단된다. 따라서 헌법, 장애인복지법에 의한 원고들의 이 사건 손해배상청구권은 인정되지 않는다.

청계천의 복원 공사는 2005. 9. 30.경 완성되었고, 교통약자편의증진법은 2006. 1. 27.부터 효력을 가지게 되었는바(부칙 제1조), 소급효를 인정하는 규정이 없는 교통약자편의증진법의 발효 당시 이미 완성된 시설에 관하여 그 법률에 위반된다는 이유로 손해배상책임을 물을 수는 없다.

¹⁵⁾ 보다 구체적으로 원고들의 주장을 보면, “원고들은 헌법, 장애인복지법, 교통약자의 이동편의 증진법, 장애인노인임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률 등에 따라 누군가의 도움 없이도 원하는 곳에 자유롭게 이동할 수 있는 자유로운 이동권 혹은 접근권을 가지고 있고, 국가인권위원회에서 청계천 복원 공사의 완성 전에 시정권고를 하였음에도, 피고들은 장애인들이 청계천에 자유롭게 접근할 수 있도록 법률에서 정한 기준에 따라 적절한 조치를 취하지 않아 원고들이 청계천에 접근하기 어렵거나, 그곳에 가더라도 안전하게 이동할 수 없다. 청계천에의 접근의 어려움과 위험성으로 인해 심한 정신적인 손해를 입었으므로, 피고들은 금전을 배상할 의무가 있다”

장애인편의법과 같은 법 시행령 및 시행규칙은 공원에 장애인이 출입이 가능한 출입구와 보도를 하나 이상 설치하도록 하고, 시각장애인들을 위하여 주출입구에 점자 안내문을 설치할 수 있다고 규정하고 있을 뿐이어서, 원고들의 주장에 의하더라도 현재 청계천은 그 기준을 위반하고 있다고 보기 어렵다(위 규정에는 장애인들을 화장실, 기타 편의시설에 대한 기준도 있으나 청계천에는 비장애인들을 위한 화장실, 기타 편의시설도 없는 것으로 보이므로 문제되지 않는다).

[판결의 의미]

위 판결에 대하여 원고들이 항소하였으나, 항소기각으로 판결이 확정되었다(서울중앙지방법원 2009. 3. 17. 선고 2008나145판결). 항소심에서는 장애인차별금지법에 의한 손해배상 주장도 하였으나, 장애인차별금지법 시행 이전의 시설에 관하여도 적용한다는 규정이 없어, 장애인차별금지법 시행 당시 이미 완성된 청계천 및 주변시설에 관하여 범위반이라는 이유로 손해배상책임을 물을 수 없다고 보았다.

서울시가 청계천복원공사에 대해 대대적으로 광고한 것과는 달리 장애인들이 접근하기 곤란한 구조로 공사가 이루어져서 그 이후로 현재까지도 청계천으로의 장애인 접근성이 대폭 개선되지 못하였다는 점에서 위 소송 이후의 적극적인 문제제기가 어려웠다는 한계를 확인하였다.

6. 장애인의 참정권 관련(서울남부지법 1997. 12. 5. 선고 97카합6437 결정 수화 및 자막방영가처분 사건 등)

[사안의 개요]

신청인 A는 수화구사능력이 없고, 글자로 타인의 의사를 전달받고 언어로 의사 표현을 하는 청각장애인이고, 신청인 B는 수화구사능력을 가진 청각장애인인데, 1997년 대통령 선거 관련해서 중앙선거관리위원회와 공보처에게 대통령선거 후보자 초청 TV 토론회 및 대통령선거 관련 TV 방송에서 수화 및 자막을 방영할 수 있도록 필요한 조치를 해 줄 것을 요구하였다. 이에 중앙선거관리위원회와 공보처는 선거관련 TV방송이 국가적 중요사항임을 인정하고 한국방송공사, 문화방송, 서울방송 등에게 TV대담, 토론회 등 선거관련 방송시 수화 및 자막방영을 실시할

것을 요청하였고, 신청인 A와 B는 위 방송사들에게 직접 자막 및 수화의 방영을 요구하기도 하였다. 그런데 방송사들은 자막 및 수화방영을 하지 않았고, 앞으로도 할 수 없다는 입장을 표명하였고, 이에 신청인들은 제15대 대통령선거가 30일도 남지 않은 시점에서 “장애인복지권에 기한 수화 및 자막방영 이행청구권, 손해배상청구권”을 피보전권리로 하여 방송사들을 피신청인으로 한 가처분신청을 하였다.

[결정의 요지]

피신청인들은 제15대 대통령선거와 관련하여 피신청인들의 각 텔레비전 방송시설을 이용한 대통령후보자 초청 대담, 토론회, 대통령후보자등의 방송연설, 대통령후보자의 경력방송을 함에 있어서 수화 또는 자막을 방영하여야 한다.

[결정의 의미¹⁶⁾]

위 가처분결정은 이유를 남기지 않고 판단하였다는 점에서 선거 정보접근권 등 장애인 권리에 관한 법리의 발전을 위한 내용을 전혀 담고 있지 않다는 아쉬움이 있다. 다만 결정의 취지에 비추어 보면, 청각장애인 등의 수화 및 자막 방영청구권의 경우 장애인복지법의 규정을 통하여 권리의 주체, 대상, 내용, 행사방법 등을 어느 정도 구체화할 수 있다는 점에서 헌법상 장애인 등의 선거정보접근권과 장애인복지법¹⁷⁾ 관련 규정의 해석상 사법상 권리로서 수화 및 자막 방영청구권을 장애인 개인에게 인정한 것으로 볼 것이다. 방송국의 경우 장애인에 대한 선거 정보의 제공에 있어서 사실상 국가기관에 준하는 상당한 중요성을 지니게 되므로 위 가처분결정은 장애인의 참정권 관련하여 유의미하다고 할 것이다.

16) 차성안, 장애인 참정권 - 대통령선거 방송 수화 및 자막 방영

17) 당시 장애인복지법은 다음과 같이 규정하고 있었다.

제35조(수화 및 자막) ① 국가 또는 지방자치단체는 방송국의 장으로 하여금 뉴스, 국가적 주요사항의 중계 등 방송프로에 청각장애인을 위한 수화 또는 자막을 방영하도록 요청할 수 있다.

② 제1항의 요청을 받은 방송국의 장은 특별한 이유가 없는 한 이에 응하여야 한다.

Ⅲ. 장애인 차별금지법 제정 이후의 공익 소송

2007년 4월 장애인차별금지법 제정 이후에는 장애인 관련 공익소송이 장애인차별금지법 위반을 청구원인으로 구성한 사례들이 등장하기 시작하였고, 공익소송의 사례 또한 많아지고 있고, 법원에서 승소하거나 조정을 통하여 소송의 목적을 달성하는 사례들이 늘어나고 있다. 특히 장애인차별금지법에서 정한 차별구제조치가 이루어진 판결도 3건이 선고된 바 있다.

1. 서해대학교 차별구제청구 소송(전주지방법원 군산지원 2014. 7. 3. 선고 2013가합2599 판결)

[사안의 개요]

원고는 서해대학의 교직원이었는데 재직 중 교통사고로 인하여 지체장애 1급의 장애인이 되었고, 피고(학교법인 군산기독교학원)은 원고가 ‘교통사고 후유증으로 인하여 직무수행능력이 부족하고 향후 능력의 향상을 기대하기 어렵다’라는 이유로 직권면직 처분을 하였다. 이에 원고는 노동위원회에 부당해고 구제신청을 하였고, 노동위원회의 결정(해고취소)을 통해 서해대학에 복직하게 되었다. 그러나 이후 서해대학은 원고가 학사지원처장이 될 수 있는 자격을 갖춘 유일한 사람이었는데도 ‘교통사고로 인하여 지체장애 1급 판정을 받아 학사지원처장 업무를 원활히 수행할 수 없다’는 이유로 원고를 학사지원처장 임면 대상자에서 제외하였고 원고 보다 직급이 낮은 사람 아래에서 민원업무를 담당하게 하였다.

[판결의 요지]

법원은 ① 피고가 원고의 장애를 이유로 원고에게 직권면직 처분을 한 것, ② 장애가 있음을 이유로 학사지원처장 대상자에서 제외한 행위, ③ 원고를 하위 직급자 아래에서 민원업무를 담당하도록 한 행위에 대하여 장애인차별금지법 제4조 제1항 제1호의 ‘장애를 사유로 정당한 사유 없이 배제하여 불리하게 대하는 차별 행위’라고 하면서 같은 법 제46조 제1항의 손해배상책임이 있다고 보았는데, 보직에서 제외되어 승진하지 못하여 발생한 급여의 차이와 차별로 인한 정신적 고통을

손해로 인정하였다.

적극적 조치에 대한 판단

법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 시정을 위한 적극적 조치를 할 수 있다(장애인차별금지법 제48조 제2항). 원고는 피고의 4급 이상의 자격을 요하는 직책의 후임자 심사시 그 대상자에 원고를 포함해 달라고 청구하므로 살피건대, 원고가 현재 4급 자격을 유지하고 있어 새로이 자격을 부여하거나 높여달라는 요구가 아니고, 후임자가 발생할 경우 심사 대상에 포함하는 것이어서 선의의 피해자가 발생할 가능성도 없으므로, 적정한 조치로 보여 이를 받아들인다.

[판결의 의미]

위 소송에 대하여 피고가 항소를 제기하지 아니하여 1심 판결이 그대로 확정되었고, 장애인차별금지법 시행 이후 적극적 구제조치가 명해진 첫 번째 사례로서의 의미를 가진다. 장애인차별금지법 제48조 제2항은 “법원은 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다”라고 규정하고 있는데, 본 사안은 법원이 장애인차별금지법 제48조 제2항에 따른 적극적 구제조치를 취하기 매우 적절한 사안이었다고 할 수 있다.

2. 의족파손에 대한 요양불승인처분취소소송(대법원 2014. 7. 10. 선고 2012두20991 판결)

[사안의 개요]

아파트 경비원으로 근무하던 원고는 의족을 사용하는 지체장애인으로, 눈을 쓸다가 넘어져 의족이 파손되었다. 원고는 근로복지공단에 요양급여를 신청하였으나 근로복지공단은 의족이 신체가 아니라는 이유로 요양불승인 처분을 내렸고, 원고는 불복하여 소송을 제기하였다. 그러나 1심, 2심 모두 근로복지공단의 주장을 받아들여 원고 패소판결을 하였다.

항소심¹⁸⁾ 판시사항을 보면, “산업재해보상보험제도는 헌법상의 사회국가원리로

부터 요구되는 국가의 의무를 이행하기 위한 사회보장제도에 관한 법률로서 국가의 재정부담 능력, 전체적인 사회보장 수준과 국민감정 등 사회정책적인 측면 및 보험 기술적 측면과 같은 제도 자체의 특성 등 여러 가지 요소를 고려할 필요에서 산업재해보상보험제도를 언제 어떠한 범위에서 어떠한 방법으로 시행할 것인지에 대해서는 입법자에게 광범위한 입법형성의 자유가 주어져 있다고 할 수 있다(헌법재판소 2005. 7. 21. 선고 2004헌바2 결정, 헌법재판소 2003. 7. 24. 선고 2002헌바51 결정 참조). 따라서 업무상 재해에 대한 신속하고 공정한 보상, 재해근로자의 재활 및 사회복귀 촉진 등 위 법의 목적을 고려하더라도 법 문언의 가능한 범위를 넘어서는 해석은 신중하여야 한다. 그런데 산업재해보상보험법 제40조 제1항은 요양급여에 관해 근로자가 업무상의 사유로 부상을 당하거나 질병에 걸린 경우에 그 근로자에게 지급하는 것으로 규정하고 있는 등 위 법 전반적인 규정을 종합해 보면, 요양급여는 근로자가 부상을 당하거나 질병에 걸리는 것을 전제로 하고 있음을 알 수 있고 부상의 사전적 의미는 신체에 상처를 입는 것을 의미하는 것이므로, 부상을 수반하지 않는 의족만의 파손을 위에서 말하는 부상의 범위에 포함시킬 수는 없다(원고는 위와 같은 사고로 좌측 슬부좌상을 입었으나 이는 오른쪽 다리와는 관련이 없는 곳으로 원고가 오른쪽 의족과 관련 있는 부위에 상처를 입었음을 인정할 별다른 자료가 없다. 원고가 우측 슬부좌상의 진단을 받기는 했으나, 우측 슬부좌상의 정도가 경미하여 요양급여가 인정되는 정도의 부상이라고 보기 어렵다.)”라고 하였다.

대법원에서는 원심 판결을 뒤집고 “의족은 단순히 신체를 보조하는 기구가 아니라 신체의 일부인 다리를 기능적·물리적·실질적으로 대체하는 장치로서 업무상 사유로 근로자가 장착한 의족이 파손된 경우는 산업재해보상보험법상 요양급여의 대상인 근로자의 부상에 포함된다”고 판단하였다. 아래에서 판결의 요지를 살펴본다.

[판결의 요지]

① 산업재해보상보험법과 장애인차별금지법의 입법 취지와 목적, 요양급여 및 장애인보조기구에 관한 규정의 체계, 형식과 내용, 장애인에 대한 차별행위의 개념

18) 서울고등법원 2012. 8. 17. 선고 2012누6836 판결

등에 의하면, 산업재해보상보험법의 해석에서 업무상 재해로 인한 부상의 대상인 신체를 반드시 생체적 신체에 한정할 필요는 없는 점, ② 의족 파손을 업무상 재해로 보지 않을 경우 장애인 근로자에 대한 보상과 재활에 상당한 공백을 초래하는 점, ③ 의족의 신체 대체성에 비추어 볼 때, 신체 탈부착 여부를 기준으로 요양급여 대상을 가르는 것이 합리적이라고 할 수 없는 점, ④ 의족 파손을 업무상 재해에서 제외한다면, 사업자들로 하여금 의족 착용 장애인들의 고용을 더욱 소극적으로 만들 우려가 있는 점, ⑤ 피고는 재해근로자의 재활 및 사회 복귀라는 설립 목적의 달성을 위해 장애인 근로자를 포함한 모든 근로자의 재활을 적극적으로 지원할 의무가 있는 점 등을 종합적으로 고려하면, 의족은 단순히 신체를 보조하는 기구가 아니라 신체의 일부인 다리를 기능적·물리적·실질적으로 대체하는 장치로서, 업무상의 사유로 근로자가 장착한 의족이 파손된 경우는 산업재해보상보험법상 요양급여의 대상인 근로자의 부상에 포함된다고 보아야 한다.

[판결의 의미]

위 판결을 보면, 근로복지공단에서 “근로자가 업무수행 중 물건에 부딪쳐서 치아의 파손 없이 치과보철이 파손되는 재해를 입은 경우, 비록 물건이더라도 신체의 일부에 부착되면 신체의 일부로서 신체의 필수기능을 수행하고 있다고 할 것이어서, 해당 보철치료를 위하여 의료기관에서 4일 이상 요양이 필요하다고 인정되면 산재보험의 요양급여의 범위 내에서 지급이 가능하다”는 유권해석을 한 사실도 있었던 것으로 확인되는데, 위 유권해석에 따르면 치과보철과 유사한 의족이 파손된 경우에도 요양급여가 당연히 지급되었어야 할 것이다. 그런데도 근로복지공단은 의족파손의 경우에 요양급여를 받을 수 없었다고 판단하여 소송에 이르게 하였는데, 이 소송과정에서 법무법인 태평양 장애인팀의 적극적인 노력으로 새로운 법리를 만들어 대법원을 설득하는데 성공하였고, 이 판결은 인권적인 판결로서 장애인들에게 실질적인 도움을 준 의미가 있었다고 할 수 있다.

3. 시외저상버스 도입 및 휠체어승강장설비설치 청구(서울중앙지법 2015. 7. 10. 선고 2014가합11791 판결)

[사안의 개요]

원고 A는 지체장애 2급 장애인, 원고 B는 뇌병변장애 1급 장애인으로 휠체어를 이용해야만 이동할 수 있고, 원고 C는 지체장애 1급 장애인으로서, 계단의 이용이 불편한 자, 원고 D는 2012년 9월 출산한 어린 자녀를 양육하는 자로서 유모차 이용자, 원고 E는 64세의 고령자이다. 원고들은 국토교통부장관을 상대로는 교통약자 이동 편의 증진계획에 저상버스 등 교통약자가 이용할 수 있는 버스를 도입하는 사항을 포함하라는 청구를, 서울시장, 경기도지사를 상대로는 지방교통약자 이동편의 증진계획에 저상버스 등을 도입하라는 청구를, 국토교통부장관, 서울시장, 경기도지사를 상대로는 휠체어 승강장비가 설치될 수 있도록 시책을 추진하고, 휠체어 승강설비를 도입하는 해당 운송사업자에게 예산의 범위에서 재정지원을 하며, 교통약자의 이동편의 증진법에 따른 기준 적합성 심사, 우선적 면허 부여시 휠체어 승강설비 설치 여부를 고려하라는 청구를, 금호고속, 명성운수를 상대로는 시외버스, 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 저상버스를 도입하라는 내용의 차별구제청구 및 위자료 각 500만 원을 청구하였다.

[판결의 요지 및 주요 판시사항]

1심 판결에서는 장애인당사자들이 청구한 금호고속, 명성운수 상대 저상버스 도입청구 관련하여 “휠체어 승강설비 등 승하차 편의를 제공하라”는 내용만 인용하고, 나머지 청구를 기각하였다. 주요 판시 사항은 다음과 같다.

(1) 장애인의 차별 없이 동할 권리와 정당한 편의를 제공받을 권리

관련 규정을 종합해보면, 장애인은 장애가 없는 사람과 동등하게 모든 교통수단, 여객시설 및 도로를 차별없이 안전하고 편리하게 이용하여 이동할 수 있는 권리를 가지고, 장애인의 제반 특성을 고려하여 시설, 설비, 도구, 서비스 등을 제공하거나, 정책, 절차, 관행 등을 적용받는 등 인적, 물적 제반 수단으로서 ‘정당한 편의’를 제공 받을 권리가 있으며, 정당한 사유 없이 장애인이 차별없이 이동하는데 필요한 정당한 편의의 제공을 거부하면 이는 장애인차별금지법에서 정한 차별행위에 해당한다.

(2) 교통약자법에서 규정하고 있는 구체적인 의무 및 그 성질

교통약자법의 각 조항은 교통행정기관 및 교통사업자의 의무로서 규정되어 있으나, ① 위 각 의무가 특정 상대방을 전제로 하거나 그 의무 이행의 상대방을 명시한 것은 아닌 점, ② 위 각 의무를 불이행하는 경우에 관하여 위 법은 제29조에서 교통행정기관이 제11조의 규정을 위반하여 대상시설에 이동편의시설을 설치하지 아니하거나 설치한 이동편의시설을 제10조의 규정에 의한 설치기준에 적합하지 아니하게 유지·관리한 교통사업자에 대하여 대통령령이 정하는 바에 의하여 1년 이내의 기간을 정하여 이동편의시설을 설치하도록 명하거나 제10조의 규정에 의한 설치기준에 적합하도록 이동편의시설을 개선할 것을 명할 수 있다고 하여 교통행정기관의 재량에 따라 교통사업자가 제10조, 제11조를 위반한 경우에 한하여 시정 명령을 할 수 있음을 규정하고 있는 것 이외에 달리 위 법에서 위 각 의무의 이행을 구하는 절차 또는 불이행시의 구체적 절차를 마련하지 아니한 점 등에 비추어 보면, 교통약자법에 규정된 의무규정만으로 장애인 등 교통약자에게 곧바로 위 각 의무의 이행을 구할 수 있는 구체적인 실체법상 청구권이 부여된다고 볼 수는 없다.

(3) 장애인차별금지법상 법원의 구제조치

장애인차별금지법 제48조 제2항은 차별적 행위에 대하여 법원으로 하여금 피해자의 청구가 있으면 법원의 판단 하에 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건 개선, 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있다고 정하였고, 달리 적극적 조치의 예시적인 내용, 형식, 판단의 기준 등을 구체적으로 정하고 있지 아니하는바, 이러한 문언의 해석상 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 상당하다. 원고 A, B, C는 장애인차별금지법 규정에 근거하여 법원에게 적극적인 조치를 구하고자 이 사건 청구를 하였는데, 위 원고들이 주장하는 교통약자법의 위반행위가 위 법 위반 그 자체로 곧바로 장애인차별금지법상 차별행위에 해당하여 법원이 적극적 조치를 명할 수 있는 것은 아니고, 위 원고들이 주장하는 교통약자법 위반행위가

장애인차별금지법에서 규정하는 차별행위에 해당하고 그에 대하여 적극적 조치를 명할 필요성이 인정되는 경우에 한하여 법원은 이를 명할 수 있다고 할 것이다.

(4) 국토교통부장관, 서울시장, 경기도지사에게 대한 청구 중 저상버스 관련

피고 국토교통부장관이 수립한 위 증진계획에 시내버스를 제외한 다른 유형의 버스에 대하여 저상버스의 도입에 관한 사항이 전혀 포함되어있지 않다고 하여 교통약자법상 규정을 위반하였다고 보기 어렵고, 피고 국토교통부장관이 위 증진계획에 시외버스와 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형을 포함한 모든 버스에 관하여 저상버스의 도입에 관한 내용을 포함시키지 않은 것이 장애인차별금지법상 차별행위에 해당한다고 보기도 어려워 이를 전제로 하는 위 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다. (중략) 피고 서울시장이 수립한 위 증진계획에 시내버스를 제외한 다른 유형의 버스에 대하여 저상버스의 도입에 관한 사항이 포함되어있지 않다고 하여 교통약자법상 규정을 위반하였다고 보기 어렵고, 피고 서울시장이 위 증진계획에 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형을 포함한 모든 버스에 관하여 저상버스의 도입에 관한 내용을 포함시키지 않은 것이 장애인차별금지법상 차별행위에 해당한다고 보기도 어려워 이를 전제로 하는 위 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다. (중략) 교통약자법상 피고 경기도지사에게 교통약자 이동편의증진계획을 수립하고 그 계획에 저상버스의 도입에 관한 내용을 반영하여야 하는 의무가 부여되어있지 아니하므로 위 피고가 교통약자법을 위반하였다고 볼 수 없고, 위 피고가 의무의 주체에 해당하지 아니하는 이상 그 의무를 부작위한 것이 차별행위에 해당한다고 볼 수도 없다고 할 것이어서 위 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(5) 국토교통부장관, 서울시장, 경기도지사에게 대한 청구 중 휠체어승강설비 관련

교통행정기관으로서 교통약자법 시행령 별표 2에서 정하고 있는 ‘휠체어 승강설비’가 시내버스 및 시외버스에 설치될 수 있도록 하는 토대를 마련하여야 하고,

이러한 의무를 부당하게 해태하는 경우에 이는 장애인에 대하여 정당한 편의를 제공하지 아니한 것으로서 장애인차별금지법상 차별적 행위에 해당하는데, 위 기초 사실에서 인정한 바에 의하면, 피고 국토교통부장관, 서울시장, 경기도지사는 시내버스 및 시외버스에 ‘휠체어 승강설비’를 설치하는 것에 관하여 어떠한 일체의 계획 내지 방안도 마련하고 있지 아니하는 바, 이는 법에서 정하고 있는 정당한 편의를 제공하지 않은 것으로서 위 원고들에 대한 차별행위에 해당한다. (중략) 법원이 시가와 기한을 정하지 아니한 채 포괄적이고 막연하게 ‘시책을 추진하고 재정 지원을 하라’라는 방식의 조치를 하는 것은 그 이행을 보장받기 어렵고, 위 원고들이 즉각적으로 정당한 편의를 제공받기 어려워서, 차별적 행위를 시정하기 위한 적극적 조치로서 실효적이라고 보이지 아니하는 점 등에 비추어 보면, 법원이 교통행정기관에게 시외버스 및 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 휠체어 승강설비의 도입을 위한 시책의 추진, 재정지원 등을 적극적 조치로서 명하는 것은 법원이 명할 수 있는 구제조치의 영역을 넘어서고, 차별행위의 시정을 위한 적합한 방법에 해당하지 아니한다. 따라서 위 원고들의 이 부분 주장은 이유 없다.

(6) 금호고속, 명성운수에 대한 청구

현재 국내 제조사에서는 일반형 시내버스에 관한 저상버스만 개발하여 판매하고 있을 뿐 시외버스 및 장거리 운행을 위한 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스 차량에 관하여는 저상버스의 개발이 이루어지지 못하고 있고, 정부의 정책이 부재한 상태에서 교통사업자가 장거리 이동을 위한 저상버스의 개발 및 도입을 시도하는 것에 한계가 있는 점, 장애인이 장거리 이동을 위하여 시외버스, 광역버스 등을 이용하는 경우에 저상버스만이 유일하게 접근가능한 수단인 것은 아니고, 휠체어 승강설비 등과 같이 해당 버스에 장애인이 접근가능하고 이용가능한 대체 수단이 존재하며, 위 원고들이 주장하는 해외 사례에서도 저상버스가 아닌 휠체어 승강장비 등을 도입하는 사례가 있는 점 등에 비추어 보면, 교통약자법상 교통사업자에게 저상버스를 도입할 의무가 있다고 보기 어렵고, 위 피고들이 저상버스를 도입하지 아니한 것이 장애인에게 정당한 편의를 제공하지 아니하여 차별에 해당한다고 보

기도 어렵다. (중략) 장애인차별금지법 제48조 제2항에서 정하고 있는 적극적 조치의 일환으로서, 피고 금호고속은 시외버스에 관하여, 피고 명성운수는 시내버스 중 광역급행형, 직행좌석형, 좌석형 버스에 관하여 원고 A, B, C가 위 각 유형의 버스를 승하차하는 경우에 장애가 없는 사람들과 동등하게 이용할 수 있도록 위 원고들에게 정당한 승하차 편의를 제공할 의무가 있다.

* 장애인에게 승하차 편의를 제공하지 못하는 것에 정당한 사유가 있다는 주장에 대한 판단

장애인차별금지법 제4조 제3항에 의하면 차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우 등 정당한 사유가 있으면 장애인에게 정당한 편의를 제공하지 아니하더라도 이를 차별로 보지 않는다, 일반적으로 과도한 부담으로는 편의 제공자가 해당 편의를 제공하는데 있어 적절하지 않게 막대한 비용을 요하고 더 나아가 경제적으로 심각한 타격을 입어 더 이상 사업을 유지하기 어렵게 되는 경우, 편의 제공자의 사업이나 다른 참여자들의 관련 활동을 상당히 훼손하거나, 편의 제공자의 사업 성격이나 운영을 근본적으로 변화시키는 경우 등을 들 수 있고, 정당한 사유로서 해당 편의가 장애유형, 정도, 성별, 특성에 맞지 않거나 불필요한 경우, 대상 시설 등의 구조변경 또는 시설 설치가 불가능하거나 위험을 초래하는 경우, 해당 시점에 정당한 편의가 존재하지 아니하고나, 우리나라에는 없고 해외에만 있는 시설이나 설비로서 그러한 시설이나 설비를 구입하거나 설치하는 것이 현실적으로 어렵거나 불가능한 경우 등을 들 수 있다. 그러나 편의제공으로 야기되는 다른 고객들의 편견이나 두려움, 특히 장애에 대한 편견이나 두려움은 장애인을 분리·배제하지 아니하고 장애가 없는 사람과 동등한 활동을 보장하는 장애인차별금지법의 취지 상 과도한 부담에 해당된다고 볼 수 없다. (중략) 피고들이 원고들에게 휠체어 승강설비 등 승하차 편의를 제공하는 것이 위 피고들에게 과도한 부담이 되거나 현저히 곤란하다고 보기 어렵고 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 위 피고들의 위 주장은 이유 없다.

[판결의 의미]

위 판결에 대해서는 여러 가지로 아쉬운 의견들이 많이 표출되었다. 장애인차별

금지법 제정으로 인해 장애인차별의 문제가 소송을 통해서도 쉽게 해결될 수 있을 것이라 기대한 장애인들이 많았는데, 현실에서는 법원이 장애인차별행위에 해당한다고 판단하고서도 구체적으로 행정청에 명령할 수는 없다고 하거나, 교통약자법에 정한 행정청의 의무를 이행하지 않더라도 곧바로 장애인들이 소송으로 청구할 수 있는 권리가 도출될 수는 없다는 판단을 하고 있다. 행정법에서의 “반사적 이익” 이론을 되돌리는 것 같아 보인다. 이와 같은 한계에도 불구하고 위 판결은 장애인차별금지법에서 쟁점이 되는 다수의 논점에 대해서 판단하였다는 점에서도 큰 의미가 있다고 할 것이다. 차별행위에 해당하지 아니하는 “정당한 사유”에 관해서 해석의 여지가 많았는데, 위 판결에서는 비교적 상세한 기준을 판시하였는바, 여타의 소송에서도 참고가 될 수 있을 것으로 보인다.

이 소송은 법무법인 태평양과 법무법인 지평의 장애인팀 변호사 등 다수의 변호사들이 함께 소송수행을 하였으며, 소송 진행 과정에서 미국, 유럽의 저상버스 도입 현황을 해외 네트워크를 활용하여 자료를 확보하여 제출하기도 하였다.

위 판결에 대하여 쌍방이 항소를 하였고, 현재 서울고등법원에서 사건이 계속 중이다(2015나2041792).

4. 놀이공원 지적장애인 이용거부 소송(서울중앙지법 2015. 9. 7. 선고 2014가합593279 판결)

[사안의 개요]

A(당시 14세, 지적장애 2급), B(당시 11세, 지적장애 1급)는 부모와 함께 에버랜드에서 우주전투기 탑승을 하려다 지적장애라는 이유로 탑승을 거부당하였다. 이에 A, B와 그 부모는 에버랜드를 운영하는 제일모직 주식회사를 상대로 한 에버랜드 놀이기구 이용에서의 거부로 인한 손해배상 청구소송을 제기하였고, 재판부는 장애인 당사자에게는 각 300만 원, 부모들에게는 부와 모에게 각 100만 원씩, 합계 1천만 원의 손해배상을 하라는 판결을 내렸다. 또한 에버랜드에 ‘어트랙션 안전 가이드 북’ 12면에 “우주전투기 항목의 우주전투기는 탑승 중 보호자의 통제가 어렵고, 안전 확보가 필요한 시설로, 정신적 장애가 있으신 분은 탑승 전 근무자에게 먼저 문의하시기 바랍니다”라는 내용 중 “정신적 장애가 있으신 분은”을

“신체적 또는 정신적으로 불안정하여 탑승 시 자신의 안전을 저해할 우려가 있는 분은”으로 수정하도록 명하였다. 이 판결에 대하여 쌍방이 항소하지 아니하여 판결이 확정되었다.

[판결의 요지]

피고는 지적장애인은 외부의 자극에 대하여 돌발적 행동을 할 우려가 있고, 탑승거부는 안전에 대한 조치이므로 이유가 타당하다고 주장하였다. 재판부는 안전사고의 위험성은 누구에게나 상존하는 것으로 장애인에게 더 많은 위험성이 있다는 객관적 증거가 없으며, 과거 이용 시에 특별한 위험성이 노출되지 않았다는 점, 키 110cm 이하의 어린이도 보호자와 동반하여 탑승하는 것에 비해 장애인이 보호자와 동반하여도 탑승할 수 없다는 것은 부당하다는 점, 수동벨트라 하더라도 보호자가 통제가 가능하다는 점 등을 들어 동등한 이용을 거부한 차별로 판단하였다.

또한 피고는 지적장애 정도를 일일이 즉시 판정할 수 없고, 사고가 발생하면 책임을 져야 하므로 과도한 부담에 해당한다면 피고의 이용제한 조치가 부득이한 것이라고 주장하였으나, 재판부는 보호자와 동반하면 그 문제는 해결될 수 있다는 점, 인적, 물적 지원으로도 보완이 가능하다는 점, 사고의 책임이 제공자에게 있어 사고예방을 위한 불가피한 조치라고 피고가 주장하지만, 사고의 손해는 쌍방의 과실여부를 따지는 것이므로 과도한 부담이나 곤란한 사정으로 볼 수 없다는 점 등을 들어 차별이라 판단하였다.

피고는 ‘노소약자, 신체상 부적격자’ 등에 대하여 이용을 거절 또는 제한하여야 한다는 취지의 사단법인 한국종합유원시설협회의 안정성검사 결과 및 관광진흥법 제34조와 동법 시행규칙 42조 별표 13의 5항을 들어 거부한 정당한 사유라고 주장하였으나, 재판부는 장애인차별금지법의 목적이나 규정의 형식을 감안하면 차별은 원칙적으로 허용할 수 없는 것이며, 차별을 하지 않았다는 입증책임은 장애인차별금지법 제47조에 의거 피고에게 있으며, 정당한 사유가 입증된 경우와 최소화한 경우에만 허용된다고 본인 또는 타인의 안전을 위해한다고 입증되는 경우 게시나 안내를 통하여 제한하여야 한다고 하였다.

그러나 재판부는 손해배상금액을 결정함에 있어 피고의 조치가 의도적 차별은

아니라는 점, 가이드북 일부를 개정하는 등 노력이 있었다는 점, 보호자 동석의 경우 탑승을 허용하는 등의 차후 개선이 있었다는 점 등을 참작하여 청구액(3,000만원) 중 일부만을 지급하도록 하였다. 재판부는 장애인차별금지법 제48조에서 법원은 구제조치를 명할 수 있고 내용과 범위를 정할 수 있는 재량권이 있다며 광범위하게 장애유형으로 거부하는 것은 지적장애인이 위험한 존재라는 사회적 분위기를 조장할 수 있으므로 시급히 가이드북의 수정이 필요한 바, 수정이 지연될 경우 별도로 배상액을 정한다고 하였다.

[판결의 의미]

재화와 용역에서 장애인의 이용을 거부한 경우, 법원이 바로 민사적 책임을 물어 손해를 배상하도록 할 수 있다는 한 판례로서, 앞으로 장애인차별에 대하여 민사소송을 통한 구제가 가능할 수 있다는 점을 알렸다는 점에서 의미가 크다고 할 수 있고, 가이드북 수정이 지연될 경우 1일 지연시마다 10만 원씩의 지급을 명하는 간접강제를 명하였다는 점에서도 상당히 의미가 있다.

5. 시각장애인 전철선로 추락 관련 손해배상청구사건(서울중앙지법 2014. 4. 29. 선고 2013나39826 판결)

[사안의 개요]

원고는 전맹인 시각장애인으로 양주 덕정역에서 인천행 열차 진입안내 방송을 듣고서 앞으로 진행하였으나, 사실은 맞은 편 선로의 열차가 먼저 도착하여 문이 열리는 소리를 듣고 인천행 열차로 착각하였던 것이어서 원고는 선로에 추락하게 되었고, 진입하던 열차는 급정거를 하여 다행히도 큰 사고는 피하였으나 전치 6주의 부상을 입게 되었다. 원고는 소송과정에서 전철역에 스크린도어가 설치되어 있지 않았고 안전요원이 배치되어 있지 않았으며 거의 동시에 양 방향 전철이 도착함에도 음성안내가 충분하지 않아 어떤 열차인지 구분하기 어려웠다는 점을 주장하였다. 청구금액이 1,500만 원이어서 1심은 소액사건으로 진행되어 판결에서는 아무런 이유 설시 없이 기각하였다. 항소심에서는 다음의 이유를 들어 원고의 청구 중 30%인 600만 원을 인용하였다.

[판결의 요지]

교통약자의 이동편의 증진법 시행규칙 제2조 제1항, [별표 1] 2의 너(6)항이 “철도역사·도시철도역사·광역전철역사의 승강장에는 스크린도어, 난간식 스크린도어 또는 안전펜스 등을 설치하여야 한다”고 규정하고, 도시철도건설규칙 제30조의 2 제1항이 “승강장에는 승객의 안전사고를 방지하기 위하여 안전펜스와 스크린도어 중 어느 하나에 해당하는 안전시설을 설치하여야 한다”고 규정하고 있는 등 관계법령이 전철 역사의 승강장에 안전펜스와 스크린도어 중 어느 하나를 선택적으로 설치하면 족한 것으로 규정하고 있는 이상, 이 사건 승강장에 안전펜스가 설치되고 스크린도어는 설치되지 않은 것만으로 피고가 원고에 대한 보호의무를 위반한 것으로는 볼 수 없다.

시각장애인이 덕정역을 이용하는 빈도가 비교적 높고, 이 사고가 일어나기 전에도 시각장애인이 같은 추락사고를 겪었던 점 등에 비추보면, 덕정역은 승강장에 안전요원을 상시 배치해 추락사고에 대비하도록 할 의무가 있었다고 인정된다. 사고 발생 당시 안전요원도 없고 안내방송도 전혀 없어 덕정역이 여객에 대한 보호의무를 다한 것으로 보기 어렵다. 전철은 국민이 압도적으로 많이 이용하는 대중교통수단인데 그 승강장에서 여객이 선로로 떨어지는 사고로 상해를 입을 개연성이 크고, 그 사고가 사망 또는 중상 등 치명적인 결과로 이어지기 쉬운 만큼 철도공사는 스크린도어 등을 설치해 신체장애인의 추락사고를 방지하기 위해 노력을 기울여야 할 의무가 있다. 다만, 열차의 도착 여부를 지팡이로 확인하지 않은 채 선로 쪽으로 발을 내디뎠고 원고가 장애인 보조견이 있음에도 이를 동반하지 않은 점, 원고가 이 사건 사고 발생 전에 피고의 역무원 등에게 도움을 요청한 적이 없는 점 등을 고려하여 원고의 책임이 70%로 인정된다.

[판결의 의미]

시각장애인의 선로 추락 사고가 끊이지 않고 있는 상황을 보면, 1심을 뒤집고 일부 승소를 한 것에도 큰 의미가 있다고 할 수 있다. 이 소송은 시각장애인인 김재왕 변호사가 대리하였는데, 김재왕 변호사는 장애우권익문제연구소와 함께 원고가 탑승한 시간과 동일한 시간대의 안내방송을 확인하여 오인가능성이 있다는 점을 입증하여 판결문에 반영되도록 하였고, 직접 개찰구를 통과하여 열차를 탑승하

는 전 과정을 녹화하여 걸리는 시간을 측정하는 등 당사자의 입장에서 소송을 진행하고 입증방법을 고민하였다는 점에서도 본 소송은 의미가 크다고 할 수 있다.

6. 정신장애인 보험가입거부에 대한 손해배상청구 및 차별구제 소송 (서울중앙지법 2013. 8. 30. 선고 2011가합38092 판결)

[사안의 개요]

정신장애인 A는 2009년 8월 생명보험사와 보험가입 상담 중 ‘정신장애로 인한 약물복용 사실’을 밝혔고, 보험사로부터 가입을 거절당하였다. 이에 A는 장애인차별금지법 제17조¹⁹⁾(금융상품 및 서비스 제공에 있어서의 차별금지)에 해당하는 사안으로 보아 소송을 제기하였다.

[판결의 요지]

차별행위의 존부에 관하여

피고는 원고가 정신장애 3급으로서 약물을 복용하고 있다는 이유로 보험인수를 거절하였다. 그런데 앞서 나온 증거들과 이 사건 기록에 의하여 인정되는 다음과 같은 사정들, 즉 조울증과 같은 정신장애의 경우 관해 상태가 장기간 지속되어 일상생활을 영위하는 데 지장이 없더라도 재발 방지를 위해 지속적인 약물 복용이 요구되는 점, 피고의 보험 인수 기준에 의하면 지속적인 약물 복용이 요구되는 정신장애 보유자의 경우 약물 복용기간, 재발 이력 등의 개별적·구체적인 고려 요소와 관계없이 이 사건 보험 상품과 같은 납입면제 상품의 인수가 일률적으로 거절되는 점 등을 고려하면, 이 사건 인수거절 행위는 그 주된 원인이 장애라고 인정되어 장애인차별금지법이 금지하는 차별행위에 해당한다.

손해배상청구에 관한 판단

피고가 장애인차별금지법을 위반한 차별행위를 함으로써 원고가 상당한 정신적 고통을 입었을 것임은 경험칙에 비추어 인정되므로, 피고는 장애인차별금지법 제

¹⁹⁾ “금융상품 및 서비스의 제공자는 금전대출, 신용카드 발급, 보험가입 등 각종 금융상품과 서비스의 제공에 있어서 정당한 사유 없이 장애인을 제한, 배제, 분리, 거부하여서는 아니 된다”

46조에 따라 원고에게 이를 금전으로 위자할 의무가 있다. 이 사건 인수거절 행위가 위법한 것이기는 하나, 원고를 비롯한 정신장애인들을 의도적으로 차별할 목적으로 보험인수를 거절한 것으로 보이지는 않는 점, 그밖에 장애인차별금지법의 입법 목적과 취지, 원고의 이 사건 보험 상품에 대한 가입 문의 과정, 피고가 위 인수거절 행위에 이르게 된 경위 및 결과, 기타 이 사건 변론에 나타난 여러 사정을 참작하면, 손해배상 액수는 100만 원으로 정함이 상당하다.

구제조치 청구에 관한 판단(구제조치의 내용은 “원고가 정신장애인 또는 약물 복용 중이라는 이유로 상품설명, 가입권유, 보험내역설계 등 정약의 유인행위를 중지해서는 아니 된다. 피고는 원고가 정약의 의사표시를 할 수 있도록 보험계약체결위해 필요한 구체적 사항을 질문 또는 설명하고, 보험계약청약서 양식을 교부하라”)

장애인차별금지법 제48조 제2·3항은 법원이 피해자의 청구에 따라 차별적 행위의 중지, 임금 등 근로조건의 개선, 그 시정을 위한 적극적 조치 등의 판결을 할 수 있고, 차별행위의 중지 및 차별시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 판단하는 경우에 그 이행 기간을 밝히고 이를 이행하지 아니하는 때에는 늦어진 기간에 따라 일정한 배상을 하도록 명할 수 있다고 규정하고 있다. 그런데 위 조문의 문언 상 장애인차별금지법은 차별행위가 존재하는 경우 법원으로 하여금 당해 사건의 개별적·구체적 타당성을 고려하여 구제조치의 명령 여부 및 그 내용과 범위 등을 결정할 수 있도록 재량권을 부여하였다고 해석함이 상당하다.

이 사건의 경우, 구제조치의 명령 여부를 판단함에 있어서는 피고와 같은 사 보험회사에 보장된 계약체결의 자유 내지는 사적 자치의 원칙도 고려되어야 하는 점, 피고는 2009. 9.경 사단법인 장애물없는생활환경시민연대의 요청에 답변할 당시 원고가 원할 경우 이 사건 보험 상품과 유사한 저축성 보험에 관하여 주 계약 1,000만 원의 보장 내에서 가입 가능 여부를 재검토해 보겠다는 의사를 표시한 바 있고, 이 사건 2012. 4. 27.자 준비서면에서도 원고가 원할 경우 원고의 성별, 나이, 건강상태를 정확히 확인한 뒤 원고에게 적합한 보험 상품을 제시함으로써 보험계약에 응할 의사가 있음을 밝힌 점, 피고로서는 원고가 가입하고자 하는 특정 보험 상품이 인수하는 위험의 종류와 성격, 위험발생의 개연성 등을 고려하여 기존의 보험가입자들로 구성된 위험단체가 받을 영향을 분석·평가할 필요가 있으며

로, 피고의 위와 같은 제안이 원고에게 현저히 부당하다거나 불합리하다고 볼 수는 없는 점, 피고의 위 제안에 응할 경우 원고는 이 사건 소로써 구하는 구제조치의 목적을 달성할 수 있을 것으로 보이는 점 등을 고려하면, 피고에게 이 사건 인수거절 행위의 위법성을 이유로 손해배상의무를 지우는 것 외에 차별행위의 중지 및 시정을 위한 적극적 조치가 필요하다고 보이지는 않는다. 따라서 원고의 이 부분 청구는 이유 없다.

[판결의 의미]

이 사건은 장애인차별금지법이 시행된 이후 장애인 보험인수 거절에 대하여 장애를 이유로 한 차별을 인정한 첫 사례로서 의미가 있다. 기존 소송에서 재판부의 입장은 ‘보험가입 거절의 주된 원인을 장애라고 인정할 수 없으며, 보험가입거절이 장애인차별금지법에서 금지하고 있는 차별행위로 볼 수 없다’는 것이었는데, 이번 소송에서 ‘장애를 주된 원인으로 발생한 장애인 차별행위’라는 점을 분명히 하였다는 점에 의미가 있다.

위 판결에 대하여 쌍방이 항소하였고(서울고등법원 2013나61901) 항소심에서는 원고의 적극적 구제조치 부분에 관해서는 “현재 보험 상품의 판매가 중단되었기에 이미 소멸한 보험 상품의 청약과 유인행위 등을 구하는 것으로 권리보호의 이익이 소멸하였다”는 이유로 부적법 각하하였고, 손해배상 금액을 1심의 100만 원에서 500만 원으로 상향하여 인정하였다.

7. 종로3가역 장애인용 승강기 설치청구(서울중앙지법 2014. 7. 25. 강제조정 2012가합106831 사건)

[사안의 개요]

원고는 휠체어를 이용하는 지체장애인으로, 종로3가역을 빈번히 이용하고 있었는데, 종로3가역은 1, 3, 5호선이 통과하는 구간으로서 구조가 복잡하고 매우 혼잡하였다. 그러나 1호선과 3호선을 연결하는 환승구간 및 각 출구에 승강기가 설치되어 있지 않고 휠체어 리프트만 설치되어 있었다. 그런데 휠체어리프트는 교통약자의 이동편의증진법상의 교통약자를 위한 시설에 해당하지 않고, 사고와 고장이

찾아서 매우 위험하며, 탑승과 운행에 긴 시간이 소요되는 설비로써 종로3가역을 이용하는 장애인들은 매우 큰 불편을 겪고 있었다. 이에 원고는 서울메트로를 상대로 “장애인용 승강기를 설치하라”는 내용의 차별구제청구 소송을 제기하였다.

[조정 내용]

피고는 2014. 7. 31.까지 지하철 종로3가역 12번 출입구에 장애인용 승강기를 설치한다.

피고는 2016. 12. 31.까지 지하철 종로3가역 8번 출입구에 장애인용 승강기를 설치하도록 노력하고, 그 추진계획을 이 결정 확정일로부터 위 공사 완료시까지 2달에 1회 원고에게 정식 문서로 제공한다.

피고는 지하철역 종로3가역 1, 3호선의 환승통로에 설치할 특수형 승강기를 연구개발하여 그 개발이 완료되면 위 환승통로에 최우선적으로 위 특수형 승강기를 설치하고 이 결정 확정일로부터 위 특수형 승강기의 설치완료시까지 2달에 1회 원고에게 위 특수형 승강기의 연구 개발 및 경과를 정식 문서로 제공한다.

피고와 조정참가인(서울시장)은 피고의 인터넷 홈페이지에 위 제1 내지 3항 기재 승강기와 관련된 게시판을 신설하고, 위 게시판에 수시로 그와 관련된 설치계획 및 추진현황, 연구진행 상황, 검토 중인 계획 등 자료와 정보를 게시하며, 위 게시판에서 원고를 비롯한 일반인들의 의견을 수렴할 수 있도록 한다.

[조정결정의 의미]

피고는 장애인용승강기 설치가 기술적으로 어렵다고 항변하였고, 이에 재판부 역시 설치를 강제하는 내용으로 판결을 할 수는 없어서, 결국 쌍방이 조정을 받아들이기로 하고 소송을 종결한 사안이다. 원고가 소송에서 의도한 12번 출입구에 승강기가 설치되고, 8번 출입구에 장애인용 승강기 설치 계약이 완료되었으며, 1, 3호선 환승통로에 특수형 엘리베이터 개발이 진행되어 시운전까지 완료되었다고 한다. 서울메트로는 조정사항을 잘 이행하고 있으며, 진행상황의 경과도 공문을 통해 계속 제공되고 있다고 한다.

이 소송은 지하철역에의 접근권을 실현하였다는 점에서 중요한 의미를 가진다. 그리고 판결을 통해서가 아닌 조정을 통해서 차별구제조치를 받았다는 것에서도

의미가 크다고 할 것이다. 이와 같이 판결로 종결되지 않고서 당사자들 사이의 합의, 화해, 조정을 통해서도 권리구제가 가능하고, 오히려 판결 보다 유연하게 사건이 마무리될 수 있다는 점이 장점이라 하겠다.

종로3가역 장애인용 승강기 설치 소송 외에도 신도림역 내 장애인용 승강기 설치 소송도 서울남부지방법원에서 조정결정을 통해 해결된 바 있다(서울남부지법 2012가합13003, 2013머5482). 위 소송에서는 양천구청역 내에 장애인화장실을 남성용과 여성용으로 구분 분리하여 설치하도록 하였다.

8. 항공사 홈페이지 웹접근성 소송(서울남부지법 2013가합102207 사건)

대한항공의 홈페이지가 시각장애인들이 접근할 수 없게 구성되어 있어서, 원고들은 장애인차별금지법에 의하여 차별구제조치를 구하는 한편 손해배상청구를 하였다. 소송 도중에서 원고들과 피고는 임의조정을 통해서 다음과 같이 합의하게 되었다.

피고는 2014년 5월 31일까지 피고의 홈페이지를 KWCAG 2.0(한국형 웹콘텐츠 접근성 지침 2.0)에 따라 수정·보완한다. 피고는 피고의 홈페이지가 위 지침에 미치지 못하는 점이 있는 경우 피고의 홈페이지를 위 지침에 따라 2014년 11월 30일까지 수정·보완한다.

위 소송 이후 항공사는 홈페이지를 웹접근성 기준에 맞추어 개편하였고, 장애인 당사자들이 소송을 통해 소정의 목적을 달성할 수 있게 되었다.

9. 시각·청각장애인들에 대한 선거방송 소송(서울행정법원 2012구합42427 사건)

18대 대통령선거를 앞두고 제작된 선거광고 방송에서 청각장애인들을 배려하지 아니한 것에 대하여 장애인차별금지법 제48조에 의하여 적극적 구제조치를 구한 사안이다.

18대 대통령선거 직전에 시각장애인·청각장애인들을 대리하여 공익소송을 제기

하기로 하고, 시각장애인 당사자들이 신청인이 되고 대통령선거 전에 시각장애인들에게 정보제공을 하라는 임시조치 청구를하기로 하였다, 임시조치청구는 대한민국을 피신청인으로 하여“전자문서형 선거공보 또는 큰글씨 책자형 선거공고 또는 전자정보형 투표안내문을 제공하라”는 임시조치 청구를 서울중앙지방법원에 제기하였으나(2012카합2941), 서울중앙지방법원에서는 사건관할이 아니라면서 서울행정법원으로 사건을 이송하였고(2012아4209), 서울행정법원에서는 “이 사건 신청은 모두 이유 없다”는 1줄의 이유만 제시하면서 임시조치청구를 기각하였다²⁰⁾.

청각장애인을 대리하여 진행한 구제조치 역시 대한민국을 피고로 하여 서울중앙지방법원에 제기하였으나, 서울중앙지방법원에서는 사건관할이 아니라며 서울행정법원으로 이송하였고, 수차례 변론기일을 거쳐서 재판부에서 적극적으로 조정을 유도하였고, 소송수행청인 중앙선거관리위원회에서도 장애인관련 선거방송을 개선할 계획이 있다고 하여 조정을 통해 사건이 마무리되었다. 조정의 내용은 아래와 같고, 2014년 지방선거에서부터 중앙선거관리위원회가 제도를 개선하기에 이르렀다.

1. 피고는 ‘장애인을 위한 공명선거 CF제작 개선방향’의 내용을 보도자료로 배포한다.
2. 피고는 향후 공직선거법에 따른 선거와 관련하여 투표방법과 유의사항을 수화로 안내하는 동영상 제작하여 중앙선거관리위원회 홈페이지 등 인터넷으로 배포하기로 한다.

10. 점자형 선거공보물 헌법소원(헌법재판소 2014. 5. 29. 선고 2012헌마913 결정²¹⁾)

[사안의 개요]

공직선거법 제65조 제4항은 『후보자는 제1항의 규정에 따른 선거공보 외에 시각장애선거인(선거인으로서 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록된 시각장애인을

²⁰⁾ 임시조치 청구를 하기 전에 피신청인을 누구로 할 것인지, 관할 법원을 어디로 할 것인지에 관하여 고민을 하였는데, 처음에 중앙선거관리위원회를 피신청인으로 해서, 중앙선거관리위원회가 소재한 과천을 관할하는 수원지방법원 안양지원에 임시조치 청구를 제기하였는데, 수원지방법원 안양지원에서는 임시조치청구 사건의 성격을 행정사건으로 보아서 행정사건을 본원이 아닌 법원에서 진행할 수 없다며 신청취하를 요청하였다. 이에 피신청인을 대한민국으로 하여 민사법원인 서울중앙지방법원에 임시조치청구를하기로 하였던 것이다.

²¹⁾ 헌법재판소 판례집 26권 1집 448-463

말한다. 이하 이 조에서 같다)을 위한 선거공보(이하 “점자형 선거공보”라 한다) 1종을 작성할 수 있다. 이 경우 제2항에 따른 책자형 선거공보의 면수 이내에서 작성하여야 한다』라고 규정하고 있는데, 점자형 선거공보물의 작성을 의무가 아닌 선택사항으로 규정하고, 책자형 선거공보물의 면수 이내로 제작하도록 하여 점자의 특수성이 전혀 고려되지 않아 사실상 시각장애인들에게는 충분한 정보가 제공될 수 없는 문제가 있었다.

[결정의 요지]

다수의견 요지 : 시각장애인은 의무적으로 시행되는 여러 선거방송을 통하여 선거에 관한 정보를 충분히 얻을 수 있다. 인터넷을 이용한 음성정보전송 방식의 선거운동이 특별한 제한 없이 허용되고 있고, 음성을 이용한 인터넷 정보 검색이 가능하며, 인터넷상의 문자정보를 음성으로 전환하는 기술이 빠르게 발전하고 있는 현실에 비추어 보면, 선거공보는 다양한 선거정보제공 수단 중 하나에 불과하다. 시각장애인 중 상당수는 점자를 해독하지 못한다는 사정까지 감안하면 책자형 선거공보와 달리 점자형 선거공보의 작성을 의무사항으로 하는 것은 후보자의 선거운동의 자유에 대한 지나친 간섭이 될 수 있다. 따라서 심판대상조항이 점자형 선거공보의 작성 여부를 후보자의 임의사항으로 규정하고 그 면수를 책자형 선거공보의 면수 이내로 한정하고 있더라도, 시각장애인의 선거권과 평등권을 침해한다고 볼 수 없다. 선거권의 제한이 생활능력 없는 국민에 대한 국가의 경제적·물질적 보호를 규정한 제34조 제5항의 보장영역에 해당한다고 보기는 어려우므로, 심판대상조항이 헌법 제34조 제5항에 위반된다고 할 수 없다.

반대의견 : 비시각적 방법에 의한 선거운동 중 전화통화, 연설·대담·토론회 등은 특정한 매체 또는 특정 시간과 장소를 확보해야 하고, 방송광고와 경력방송은 1분 내지 2분으로 제한되어 후보자 등에 대한 충분한 정치적 정보를 전달하기에 부족하며, 인터넷이용 음성정보전송 등 비시각적 선거운동방법은 후보자의 병역사항·체납실적·전과기록 등 중요한 인적사항이 임의로 제공되지 아니할 수 있다. 이러한 점을 고려한다면, 점자형 선거공보는 다른 선거홍보물에 접근하기 어려운 시각장애선거인이 시간과 장소에 구애받지 않고 후보자 등에 대한 정치적 정보를 종합적이고 체계적으로 접근할 수 있도록 도와주는 유일한 매체 내지 핵심적 수단

이다. 심판대상조항은 점자형 선거공보의 작성 여부를 후보자의 임의적 선택사항으로 규정하고, 더욱이 점자의 특성을 고려하지 아니한 채 점자형 선거공보를 책자형 선거공보의 면수 이내로 작성하도록 하여 그 내용의 동일성을 유지할 수 없도록 하고 있다. 그런데 국가가 점자형 선거공보의 작성·발송 비용을 전액부담하고 있으므로, 점자형 선거공보의 작성을 의무화하더라도 후보자의 선거운동의 자유를 제한한다고 단정할 수 없다. 따라서 심판대상조항은 청구인과 같은 시각장애 선거인의 선거권과 평등권을 침해한다.

[결정의 의미]

헌법재판소는 5:4의 의견으로 헌법소원심판청구를 기각하였으나, 법률이 개정²²⁾되어 단서규정에서 주요 선거에서는 점자형 선거공보 제출이 의무화되었다. 개정 법률에서는 책자형 선거공보와 동일한 면수 이내의 점자공보를 제작하는 것과 책자형 선거공보에 보이스아이를 삽입하는 것을 선택할 수 있는데, 보이스아이를 사용하지 못하거나 사용하지 않는 시각장애인들도 적지 않아서 실효성에 문제가 있다는 비판이 있다.

11. 면접에 있어서의 편의제공 관련 차별행위중지이행청구 소송(서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2015가합519728)

[사안의 개요]

원고는 청각 장애 2급의 장애인으로서, 서울시가 설립한 중부기술교육원 조리의식과 교육훈련생 선발과정에 지원하였으나 면접에서 불합격하였다. 이에 원고는 “피고가 정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의제공을 거부하지 아니할 의무가 있음에도 불구하고 면접시 청각 장애인인 원고에게 아무런 편의를 제공하지 않았고, 장애를 이유로 원고는 선발과정에서 불합격시켰다”면서 위자료로 500

22) ④후보자는 제1항의 규정에 따른 선거공보 외에 시각장애선거인(선거인으로서 「장애인복지법」 제32조에 따라 등록된 시각장애인을 말한다. 이하 이 조에서 같다)을 위한 선거공보(이하 “점자형 선거공보”라 한다) 1종을 제2항에 따른 책자형 선거공보의 면수 이내에서 작성할 수 있다. 다만, 대통령선거·지역구국회의원선거 및 지방자치단체의 장선거의 후보자는 점자형 선거공보를 작성·제출하여야 하되, 책자형 선거공보에 그 내용이 음성으로 출력되는 전자적 표시를 하는 것으로 갈음할 수 있다.

만 원을 청구하였다.

이에 피고는 “면접실에 면접응시자만이 입실하는 것이 원칙임에도, 원고의 배우자를 함께 입실토록 하여 의사소통을 돕게 하였고, 원고의 배우자가 면접을 도운 후 직장에 가야 한다는 사정을 고려하여 면접순서를 앞당겨 주는 편의를 제공하였다. 원고에 대하여 지원동기, 발전가능성, 조리경험 등의 평가요소에서 좋은 평가를 받지 못해 선발인원 안에 들지 못하여 불합격된 것이지 장애를 이유로 불합격된 것이 아니다”라고 주장하였다.

[판결의 요지]

피고는 장애인이 이 사건 선발과정에 지원하는 경우 장애인의 선발 기회가 장애로 인해 제한되지 않도록 해당 응시자의 장애의 유형 및 정도를 고려하여 문자통역, 시험시간의 연장 등 정당한 편의를 제공할 의무가 있다고 할 것이고, 이러한 정당한 편의 제공은 피고의 의무에 해당하고 피고의 사전 안내 없이 장애인 개인이 별도로 정당한 편의의 제공을 요청한다는 것이 현실적으로 어려운 점을 고려할 때, 장애인차별금지법 제4조 제1항 제3호에서 정한 차별행위가 원고의 요구를 전제로 하고 있다고 볼 수 없다. ‘정당한 편의’란 장애인이 장애가 없는 사람과 동등하게 같은 활동에 참여할 수 있도록 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 고려한 편의시설·설비·도구·서비스 등 인적·물적 제반수단과 조치를 의미하는데, 피고는 이 사건 선발과정에 장애인이 지원할 수 있음을 충분히 예상할 수 있었고, 원고가 전화문의 등을 통해 장애인으로서 이 사건 선발과정에 지원한다는 사실을 충분히 전달하여 원고가 장애인인 사실을 인지하였거나 인지할 수 있었음에도, 원고에게 문자통역 등 원고가 장애가 없는 사람과 동등하게 면접에 참여할 수 있도록 하기 위한 인적·물적 제반 수단이나 시험시간 연장 등의 조치를 전혀 취하지 않았다. 다만 피고는 이 사건 면접 당일에 원고의 요청에 따라 원고가 배우자로부터 도움을 받을 수 있도록 원고의 면접순서를 조정하여 주고 배우자의 동석을 허용하였으나 이는 피고가 원고에게 정당한 편의를 제공하지 않아 원고가 부득이하게 요청하게 된 것이고, 원고가 배우자의 도움을 받을 수 있도록 허용한 것만으로는 장애인차별금지법에서 정한 정당한 편의를 제공한 것으로 볼 수 없다.

장애인에 대한 제한·배제·분리·거부의 행위자는 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방이므로, 그와 같은 차별행위가 장애를 이유로 한 것이라는 점에 관한 증거는 위 상대방에게 편재되어 있는 것이 일반적이다. 따라서 그와 같은 차별행위가 장애를 이유로 한 것이라는 점을 차별행위를 당하였다고 주장하는 자에게 입증하게 하는 것은 증거에 대한 접근의 어려움, 장애인의 특수성 등을 고려할 때 지나치게 가혹하여 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 장애인차별금지법의 입법목적에 부합하지 않는다. 장애인인 원고가 이 사건 선발 과정에 불합격한 사실은 앞서 기초사실에서 본 바와 같으므로, 피고는 원고가 이 사건 선발과정에서 불합격한 것이 장애를 이유로 한 것이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점을 입증하여야 할 것인데, 증인의 증언, 을 제3, 4호증의 각 기재만으로는 이를 인정하기 부족하고, 달리 이를 인정할 증거가 없다. 따라서 피고가 이 사건 선발과정에서 원고를 불합격시킨 제2 차별행위는 장애인차별금지법 제4조 제1항 제1호에서 정한 차별행위에 해당한다.

[판결의 의미]

이 사건 판결은 차별행위의 입증책임에 관하여 차별행위를 당하였다고 주장하는 자가 아닌 상대방에게 있다는 점을 명시적으로 판단하였다는 것에 큰 의미가 있다. 그리고 정당한 편의제공에 관해서도 장애인이 장애가 없는 사람과 동등하게 같은 활동에 참여할 수 있도록 장애인의 성별, 장애의 유형 및 정도, 특성 등을 고려한 편의시설·설비·도구·서비스 등 인적·물적 제반수단과 조치를 의미한다고 명시하였다는 점에서도 의의가 크다. 이 판결에 대하여 피고가 항소를 하지 않아 판결이 확정되었다.

12. 동반자 없는 시각장애인 목욕탕 입장거부 사건(대전지방법원 2011가소122610)

[사안의 개요]

시각장애1급인 A는 2010. 12. B목욕탕에 입장하려다 보호자와 함께 오지 않았다는 이유로 입장을 거부당한 뒤 B목욕탕 운영자를 상대로 100만 원의 위자료를 지급하라는 소송을 제기하였다.

[판결의 요지]

A는 이전에 3~4차례 B목욕탕을 이용했지만 그 때마다 목욕관리사의 도움을 받는 등 다른 사람의 도움 없이 혼자서 목욕탕을 이용할 수 있을 정도로 동선을 충분히 파악한 상태가 아니었다. 만일 B목욕탕에 시각장애인을 입장시키게 한 뒤 다른 사람의 자발적인 도움을 유도하도록 한다면 이는 공익적인 성격이 있는 장애인 보호에 따른 비용이나 부담을 사인에게 일방적으로 전가하는 것이 되어 바람직하지 않다.

보호자를 동반하지 않은 시각장애인의 목욕탕 입장은 업주에게 과도한 부담을 지우고 현저히 곤란한 사정에 이르게 하는 것이므로 입장을 거부하는 것이 장애인 차별금지법에서 정한 차별행위에 해당하지 않는다.

IV. 장애인 공익소송의 과제

1. 장애인의 변호사 접근권 확대

장애인 공익소송을 제기하게 되는 과정을 보면, 아직도 장애인들에게는 변호사의 충분한 조력을 받을 권리가 잘 실현되지 않고 있음을 느낄 수 있다. 많은 공익소송을 기획하였던 장애우권익문제연구소 또는 각 지방자치단체별로 설립되고 있는 장애인인권센터, 장애인 활동가들의 이야기를 들어보면, 사회에서 벌어지는 장애인에 대한 차별행위, 인권침해행위마다 변호사들이 개입해서 문제를 해결할 수 있었으면 하는 사례가 매우 많았음을 확인할 수 있다.

비장애인들에게도 변호사 등 법률전문가의 조력을 받기가 쉽지 아니한데, 장애인의 영역에서도 마찬가지로 문제가 있다고 할 것이다. 그러나 계속해서 장애인 인권 문제에 관심을 가지는 법률가들이 늘어나고 있고, 장애인 인권을 전문적으로

다루는 공익변호사들이 증가하고 있으며, 대형 로펌도 적극적으로 공익활동을 전개하고 있으므로 장애인들의 변호사 접근권은 지속적으로 확대되어 갈 것으로 생각된다. 사회적 약자들의 변호사 접근권 확대를 위해서라도 공익변호사들을 위한 공익기금이 마련, 공익변호사들을 지원하는 변호사협회 차원의 시스템이 확보되면 더욱 좋을 것이다.

2. 소송 제기 전의 철저한 준비와 승소할 수 있는 소송의 제기

장애인 공익소송은 충분한 명분을 가지고 있으나, 아무리 명분이 좋다고 하더라도 현행 법률상 허용되지 않는 청구를 하거나 법리상 패소가능성이 높은 소송을 지속적으로 제기하여 좋지 못한 선례를 남기게 된다면 향후 제기될 공익소송에도 악영향을 미치게 될 것이다.

소송을 제기하기 전에 먼저 청구취지를 어떻게 구성할 것인지 많은 고민이 필요하다. 청구취지는 판결 주문과 같으므로, 피고가 불이행할 경우에 강제집행이 가능한 내용으로서 최대한 구체적으로 작성이 되어야 할 것이다. 향후 공익소송을 제기하는 변호사들은 소송에서 재판부의 판결 주문, 조정문구 등을 잘 참고하여 청구취지 작성에 특히 유의하여야 할 것이다.

공익소송을 담당하는 변호사들이 소송수행능력을 키워야 할 것이고, 장애에 관한 전문성도 강화하여야 할 것이다. 저상버스 도입 소송에서는, ‘저상버스 도입에 많은 비용이 들지 않는다’는 주장을 뒷받침하기 위해 해외사례를 많이 소개하였는데, 이와 같이 해외의 네트워크를 활용하거나 해외 판례를 제시하면 큰 도움을 받을 수 있을 것이다.

3. 법원의 사법소극주의 극복과 장애인식 개선

법원이 장애에 대한 편견을 가지고 재판을 하는 사례도 있고, 다수의 경우에 장애 또는 장애인에 대한 이해가 부족하고 장애의 특성에 대해 알지 못함도 함께 작용하여 장애인 당사자가 재판 과정에서 불이익을 받기도 하는 상황이 발생하고 있다. 여기에 법원의 사법소극주의가 더해져서 장애인 입장에서는 법원을 자신을 보

호하는 기관이라고 인식하지 못하는 경우도 발견된다. 일부 재판부가 장애인차별 금지법은 우리 사법체계와는 맞지 않는 법률이고 국회의원들이 잘못된 입법을 한 것이라고 평가를 하는 것을 본 바도 있다.

2014년 UN장애인권리협약위원회에서는 법원에 대하여 권고한 바는 우리에게 시사하는 바가 크다.

제13조 사법에 대한 접근²³⁾

23. 위원회는 사법절차에서 장애인을 위한 합리적인 편의제공의 보장을 요구하는 장애인차별금지법 제26조의 이행이 실효적이지 않음에 우려를 표한다. 또한 위원회는 장애인의 권리에 대해 법관 인사들의 인식이 부족하다는 것에 우려를 표한다. 위원회는 2013년 대한민국 대법원에서 발간한 “장애인 사법지원을 위한 가이드라인”의 존재를 인지한다.

24. 위원회는 당사국이 장애인차별금지법 제26조의 실효적 이행을 보장하기 위한 노력들을 강화할 것을 권고한다. 또한 위원회는 장애인과 함께 일을 하는 모든 표준 모듈과 절차상에서의, 연령에 적합한, 그리고 성인지적(gender-sensitive = 남녀특성을 고려한, 성적 차이를 고려한)인 합리적인 편의제공, 사법에 대한 접근보장이 경찰과 교도관, 변호사, 법관 및 법원 인사를 위한 훈련 프로그램에 반영될 것을 권고한다. 아울러 대한민국 대법원이 발간한 “장애인 사법지원을 위한 가이드라인”이 법적 구속력을 가지고 효과적으로 이행될 것을 권고한다.

²³⁾ Access to justice (art. 13)

The Committee is concerned about the lack of effective implementation of article 26 of the Anti-Discrimination against and Remedies for Persons with Disabilities Act, which requires that the Government ensure reasonable accommodation during judicial procedures for persons with disabilities. It is also concerned that judicial personnel lack sufficient awareness of the rights of persons with disabilities. The Committee notes the existence of the Guidelines for Judicial Assistance for Persons with Disabilities published by the Korean Supreme Court in 2013.

The Committee recommends that the State party increase its efforts to ensure the effective implementation of article 26 of the Anti-Discrimination against and Remedies for Persons with Disabilities Act. It further recommends that standard modules on working with persons with disabilities, on the provision of reasonable accommodation, in particular procedural and age-appropriate, as well as gender-sensitive, accommodations, and on the guarantee of access to justice be incorporated into training programmes for police officers, prison staff, lawyers, the judiciary and court personnel. It is recommended that the Guidelines for Judicial Assistance for Persons with Disabilities, published by the Korean Supreme Court, be legally binding and implemented effectively.

법원이 UN장애인권리협약위원회의 권고를 적극 수용하고, 먼저 판사들의 장애인에 대한 인식 개선이 이루어지도록 노력하여야 할 것이다. 장애인에 대한 편견을 가지고 재판이 시작된다면 그 결론이 어떻게 나오는지와 관계없이 재판의 공정성마저 의심이 될 수 있다. 최후의 인권수호 기관이 법원이라는 사명을 가졌으면 한다.

4. 법률가들의 보다 적극적인 입법과정에서의 개입

최근 몇 개의 판결을 보면, 장애인 당사자가 느끼기에는 명백한 차별임에도 불구하고, 법률 및 시행령에서 행정청의 의무가 인정되지 않도록 규정하거나(입법자의 의도가 처음부터 그랬는지는 알 수 없으나), 상당한 유예기간을 두는 등으로 법원이 판단할 때 행정청의 차별행위를 인정할 수 없는 경우들을 종종 발견할 수 있었다.

장애인관련 법률 및 시행령의 개정 과정에서 장애인차별문제에 관심이 있는 많은 법률가들이 의견을 적극적으로 제출하여 그 의견이 반영될 수 있다면, 적어도 입법목적에 부합하지 않는 법률문구, 행정청의 광범위한 재량을 부여하는 규정 등은 미연에 방지할 수 있을 것이다.

장애인 단체에 도움을 주는 여러 변호사들이 조금씩 시간을 내어 입법과정에도 적극적으로 참여하거나 법령안/시행령안에 대하여 의견을 제출하면 위와 같은 문제가 재발하지는 않을 것으로 기대해본다.

5. 소결

변호사들이 장애 관련 전문성을 확보하고, 승소할 수 있는 소송을 제기하여 장애 관련 판결이 축적되는 것이 중요할 것이다. 장애인 공익소송에서 많은 판례를 보유한 미국에서도 처음부터 장애인 당사자들이 승소한 판결이 많았던 것은 아닐 것이다. 수많은 실패의 경험들이 축적되어 법리가 개발되었고 승소할 수 있는 공익소송을 제기할 수 있게 된 것이다. 이제 우리에게도 장애인차별금지법이라는 무기가 주어졌으므로, 변호사들의 적극적인 참여를 통해 제도개선이 될 수 있을 것

이다. 소송에서 패소하더라도 그 소송이 계기가 되어 입법적으로 해결이 될 수도 있다. 공익소송을 담당하는 변호사들을 도울 수 있는 공익기금이나 공익변호사를 지원하는 시스템을 확보하는 것도 장기적인 과제이다.

V. 결론

장애인권리구제 수단으로서 장애인공익소송은 장애인 운동의 치열한 고민에 법률전문가의 조력이 더해진 결과이다. 앞서 좋은 결과를 가져온 소송과 아쉬운 결론에 그친 소송도 여럿 살펴볼 수 있었는데, 변호사 등 법률가, 장애인 당사자, 장애 단체 활동가들의 그 동안 장애인 공익소송을 위해 노력이 헛된 것이 아니었음을 다시금 느끼게 되었다.

뒤돌아보면, 한국의 냉혹한 사법현실에도 불구하고 다수의 공익소송들이 제기되었는데 이러한 시도들은 계란으로 바위치기라는 비판을 듣기도 하였을 것이다. 기존의 장애인 운동이 장애관련 법률들을 제정하는 성과를 내었고, 다수의 장애인 관련 법률들이 제정되어 있다. 그럼에도 불구하고 장애인들은 실생활에서 많은 불편을 겪고 있고, 권리침해를 받고 있는 상황이 되풀이 되고 있는바, 장애인 관련 입법의 영역은 물론, 권리구제를 위한 소송의 제기가 아직도 필요한 상황인 것이다.

장애인차별금지법 제정 이후에는 공익소송이 보다 활발해지고 있으며, 다수의 대형 로펌에서도 장애인 법률지원팀을 두고서 공익소송을 지원하고 있는 등 변화의 움직임들이 보이고 있다. 특히 여러 로펌의 변호사들이 공동으로 소송을 수행하면서 법리를 개발하는 모습은 세계적으로도 유례를 찾기 어려울 것이다. 지금 당장 장애인 관련 공익소송에서의 인용률이 높지 못하다거나 패소시 소송비용을 부담하여야 하는 문제로 인하여 당사자들이 적극적으로 소송을 제기하지 못하는 문제가 단기간 내에 해결될 수는 없겠지만, 소송을 통해서 문제를 해결하려는 시도는 중단할 수 없을 것이다. 현재 사법소극주의에서 벗어나지 못하는 법원의 태도도 장애인 공익소송이 늘어나면서 조금씩 변화하는 것을 실무에서도 피부에 와 닿게 느낄 수 있는 날이 올 것을 기대해본다.

참고문헌

- 이상돈, 공익소송과 인권실현 - 공익소송의 법이론적 분석과 법정정책적 전망, 기업
소송연구(2005. 3.)
- 임성택, 장애인차별금지법상 법원의 구제조치, 장애우권익문제연구소 공익소송보고
회 자료집(2013)
- 유동철, 장애운동의 성과와 과제, 한국의 사회복지운동; 성과와 과제(2004)
- 김정열, 장애인의 현실과 장애인운동, 경제와 사회(2005)
- 김원영, 장애인운동이 발명한 권리와 그에 대한 사법체계의 수용에 대한 연구, 공
익과 인권 제8호(2010)
- 이홍재, 장애인의 교육시설 접근권, 서울대학교 법학 제48권 제1호(2007. 3)
- 차성안, 소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점- 장애인 교육차별에 관한 사례 분석
을 중심으로, 사회보장법연구(1)
- 장애우권익문제연구소, 공익소송보고회 자료집(2015)
- 국가인권위원회, 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 시행7주년 기념 토
론회 자료집(2015)
- 박종운, 장애인차별금지법 제정의 과제와 전망, 국제인권법 제7호(2004)

[제3주제 토론문]

번역가의 역할과 꿈 — “법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송”에 대한 토론문*

김 원 영**

1. 토론의 방향

발표자의 글 ‘법원에서의 장애인 권리구제수단으로서의 공익소송’은 한국에서 사회적, 법률적 의미를 크게 갖는 장애인관련 소송들을 열거하고, 그에 대한 소개와 간략한 논평을 붙이고 있어, 해당 분야에 관심이 크지만 소송에 직접 관여하기는 어려운 토론자에게는 특히 흥미로운 글이었다. 그러나 본 글에 나온 모든 소송들을 깊이 개별적으로 검토하는 것은 토론문의 형식이나 준비 일정상 어려운 점이 있다. 이에 아쉽지만, 몇 가지 주제별로 사례를 검토하고, ‘장애인이 당사자가 되는 공익소송’이 갖는 사회적 의미와 공익소송의 역할에 대해 논의하고자 한다.

2. 법률상의 쟁점들

가. 배려의무와 차별금지의무

장애인차별금지법이 시행되기 전 편의시설의 제공을 둘러싼 판결의 핵심은 계약상 ‘배려의무’라는 논리로 압축된다. 숭실대학교의 배려의무를 인정한 2001가단 76197판결(발표문 3번 판결)이나 그 뒤 이어진 2008년 경남대학교 판결(창원지방법원 2007가단27413)은 입학한 장애학생과 대학 간의 등록금 납부 및 적절한 교육서비스 제공이라는 의사의 합치에 따른 재학계약에 기초하여, 대학의 편의시설 제공의무를 도출한다. 특히 이러한 배려의무 도출은 아마도 95년부터 몇몇 대학을

* 본 토론문은 완결된 글로 보기에겐 어려운 점이 많으므로, 인용은 가급적 삼가주시기 바랍니다.

** 서울대학교 법과대학 박사과정, 국가인권위원회(변호사시험 2회), g-restoration@hanmail.net

중심으로 시작된 ‘특수교육대상자(또는 장애인)특별전형’ 제도가 아니라면 구성되기 어려운 논리였을 수도 있다.

장애학생들은 대학입학시 “우리 학교는 시설이 잘 안되어 있는데 입학해서 잘 다닐 수 있겠나”라는 질문을 종종 받았고(토론자 역시 마찬가지다), 그 경우 대개 면접관에게 “저는 이러저러한 방법으로 극복할 수 있습니다”라고 답변하는 경우가 다수 보고되었다. 특별전형 제도를 상정하지 않은 채 재학계약의 체결 과정만을 있는 그대로 본다면, 장애학생은 입학에 관한 대학의 시설이나 환경의 불편함을 ‘감수하기로’ 하고 그 대학을 선택한 것이므로, 계약 당사자들 간의 합치된 의사에 기초하여 도출되는 배려의무 개념은 좁게 인정될 여지가 있다. 그러나 특별전형 제도가 시행되면, 대학은 적어도 ‘장애학생’들을 적극적으로 받아들여 교육하겠다는 의사를 공표한 것이고, 그 제도를 통해 입학하는 학생들은 대학 측에 당연히 일정 이상의 편의제공을 기대하고 입학을 신청했다고 구성하기에 편리하다.

한편, 당시에 2000년 전면 개정된 「구 장애인복지법」 제8조에는 “누구든지 장애를 이유로 정치·경제·사회·문화 모든 영역에서 차별을 받지 아니한다”라는 규정이 명시되어 있었다.¹⁾ 그러나 본 조문의 차별 개념 속에 “편의제공의 거부”라는 내용까지 포함된다고 상상하기는 어려웠을 것이다. 2000년 당시 시행되었고 현재는 폐지된 「구 특수교육진흥법」 제13조 역시 특수교육대상자에 대한 입학 및 수학과정에서의 차별을 금지하고 있었지만 ‘대학’이 차별금지 의무를 갖는 ‘각급학교’라고 보기에 전체 규정상 어려움이 있었다. 아마도 이러한 이유 때문에 당시 차별금지에 관한 규정들이 존재하였지만, 이를 적용하여 행위의 위법성을 인정하기 어려웠던 것으로 생각된다.

하지만 발표자가 4번 판결에서 제시한 보험회사에서의 장애인차별사건(서울중앙지법 2003가단150990)에서는 「구 장애인복지법」 제8조에 따라 차별행위의 위법성을 인정하였음을 확인할 수 있다. 차별금지 규정이 비록 추상적 수준에서라도 법규화 되어 있다면, 그것으로도 사인간의 거래에서 발생하는 차별의 위법성을 인정하기에는 충분하다는 점을 이 판결이 보여준다. 물론 이 때 보험 인수거절이라는

1) 2001년 이후부터는 국가인권위원회법이 시행되었고, 동법에 의해 교육 영역에서 장애를 사유로 하는 차별행위의 위법성은 더 쉽게 인정될 수 있었을 것이다(제2조 제3호의 다.) 다만 이 경우에도 ‘편의제공’을 하지 않은 것이 차별에 해당하는지는 문제로 남았을 것이므로, 역시 배려의무와 같은 법리는 동원될 필요가 있었을 것이다.

행위는 전형적으로 특정 인적 속성을 사유로 하는 배제, 거부, 분리로 행위로서 법령상 ‘차별’ 개념에 명료하게 포섭되기에, 동 조항만으로 위자료 인정이 가능했을 것이다.

위의 모든 상황은 「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」(이하 장애인차별금지법)의 제정으로 변화한다. 이제는 전형적인 배제, 거부, 분리는 물론, 편의제공의 거부 역시 배려 의무 등의 법리를 굳이 끌어올 필요 없이 차별로 인정될 수 있다. 그래서 청각장애인의 면접응시를 다룬 11번 판결(서울중앙지법 2015가합519728)과 같은 사례도 가능했다. 과거 장애인복지법 등의 차별금지 규정으로는, 면접실 출입을 거부하지 않은 이상 차별행위로 인정받는 것조차 어려웠을 것이다. 8번과 같은 웹 접근성 사례 역시 전형적으로 장애인차별금지법의 차별개념을 적용하지 않았다면 인정되기 어려울 것이다. 장애인차별금지법의 차별금지 의무 속에는 ‘배려의무’가 포함되어(‘배려의무’라는 용어는 물론 논쟁적이고, 장애인차별금지법에서는 이를 포함하여 ‘정당한 편의제공 의무’라고 불린다)²⁾, 계약 등의 당사자 사이에 어떤 의사 합치가 있는지와 무관하게(명시적으로 편의제공을 배제하는 의사의 합치가 있었다면 어떻게 될까?) 장애인과 고용, 교육, 재화 및 용역, 금융서비스 제공 등의 관계에 돌입하는 개인이나 기관은 일종의 ‘배려의무’를 지게 된 셈이다.

나. 권리 생성기- 정당한 편의제공

장애인들을 위한 여러 종류의 입법이 장애인차별금지법 이전에도 존재하였지만, 그것이 직접적으로 장애인들에게 청구권을 부여하는지는 분명하지 않았다. 청계천 이동권 사건을 다룬 서울중앙지법 2006가단159530도 그 예이다. 「장애인복지법」, 「교통약자이동편의증진법」, 「장애인, 노인, 임산부 등의 편의증진보장에 관한 법률」 등의 규정은 각종 시설물이나 교통시설 등에 편의시설 설치 의무를 부과하였으나, 장애인들이 그 규정을 직접 원용하여 해당 규정에 의해 의무를 부담하는 건물주, 교통사업자에게 의무의 이행을 청구하기 어려웠다. 그런데 장애인차별금지법이 ‘정

2) 차성안은 배려의무의 시혜적 특성을 고려하여, “적합한 교육제공의무”라고 부른다(“소송을 통한 장애인 권리구제의 쟁점: 장애인교육차별을 통한 사례분석을 중심으로” 사회보장법연구 2012 상반기 제1호).

당한 편의제공'을 거부하는 경우 이를 차별로 명시하고, 이에 대하여 적극적 구제 조치를 법원에 청구하도록 규정하여, 장애인들은 장애인차별금지법을 통해 나머지 공법규범들의 준수를 직접 요청할 수 있는 방법이 생긴 것이다.

시외저상버스 도입 및 휠체어승장장설비설치 청구 사건(서울중앙지법 2014가합 11791 판결)은 그 한 예일 것이다. 그러나 본 판결에서는 “교통약자법의 위반행위가 위 법 위반 그 자체로 곧바로 장애인차별금지법상 차별행위에 해당하여 법원이 적극적 조치를 명할 수 있는 것은 아니고, 위 원고들이 주장하는 교통약자법 위반행위가 장애인차별금지법에서 규정하는 차별행위에 해당하고 그에 대하여 적극적 조치를 명할 필요성이 인정되는 경우”에 적극적 조치를 명할 수 있다고 하면서, 정당한 편의제공 의무와 다른 법령상 의무들의 연결을 통해 장애인들에게 사실상 실체법적 청구권을 부여하는 규범구조를 그대로 인정하지는 않았다.

발표자는 이에 대해 장애인차별금지법이 없던 당시 ‘반사적 이익’을 언급하며 실체법적 청구권을 부인하던 이론을 되돌리는 것 같아 보인다는 아쉬움을 보이는 데, 이에 토론자도 공감한다. 다만 모든 경우에 정당한 편의제공 규정을 경유하여 법규상의 의무규정들이 실체법상 청구권의 대상으로 전화 된다고 보면, 무리한 경우가 생길 수 있다. 특히 일반에게 개방된 사인간의 재화·용역 거래 계약의 경우에, 해당 거래를 위해 음식점이나 옷가게에 들른 장애인이 그 건물의 경사로나 엘리베이터가 없어 진입하지 못했고, 그 시설은 법규상 편의시설 설치 의무를 가진다고 하여도, 그 장애인이 이행청구권을 가진다고 보는 것은 타당한가? 장애인차별금지법상 차별을 당하였고, 그 차별이 정당한 편의제공을 받지 못했기 때문이며, 차별의 가해자는 법규상 장애인을 위해 설치 또는 제공하도록 규정된 시설물이나 서비스를 준비하지 못한 상황이라면 차별을 당한 장애인이 그 의무 내용에 해당하는 것 이상의 이행청구를 가능하도록 하되, 그 이행청구가 인용되기 위한 약간의 추가적 요건을 더 설정할 필요는 있을 것이다. 예를 들어 재화·용역의 계약을 둘러싼 사안이라면 그 재화·용역의 거래 계약을 적극적으로 시도하였고, 단순히 다른 가게로 이동하여 동일한 재화·용역의 대체제를 쉽게 얻을 수 있는 상황이 아닌 경우 등이 한 예시가 될 것이다. 물론 이때 손해배상은 별개의 문제다.

차별에 대한 구제조치의 다른 하나는 손해배상이다. 특히 차별피해의 경우 재산적 손해가 불명확할 때 위자료를 청구하는 방식이 자주 활용되는 듯하다. 차별행

위가 차별의 이유가 된 인적 특질에 대한 적의(敵意, animus)에 기초하는 경우에, 차별의 피해자가 인격적 법익의 손실을 입었다는 이유로 위자료를 청구하는 것은 자연스러워 보인다. 문제는 적의가 없는 차별의 경우다. 많은 차별금지법들은 이와 같이 적의에 맞서는 이유만이 아니라, 그 의도와 상관없는, 때로는 ‘통계적으로 합리성 있어 보이는’ 차별도 금지한다.³⁾ 국가인권위원회는 2008년 손가락 일부가 없는 진정인을 고객들의 선호를 이유로 채용취소결정 한 고용주에 대하여, 비록 고객들이 그에 대해 불쾌감을 느껴 영업이익에 손실이 생길 수 있다 하더라도 이는 편견에 기초한 것으로서 차별의 정당화사유가 될 수 없다는 취지의 결정을 한바 있다. 저상버스 도입에 관한 2014가합11791 판결에서도 역시 다른 고객들의 “편견이나 두려움”은 과도한 부담의 대상이 될 수 없다고 판단했다. 차별행위의 주체가 장애인에게 편견이나 적의를 갖지는 않았고, 통계적으로 장애로 인해 영업이익의 손실이 생길 수 있음이 합리적으로 추정되더라도, 차별금지법은 그와 같은 이유로 배제, 분리, 거부하는 행위를 인정하지 않는다.

따라서, 우리나라 장애인차별금지법을 포함한 현대 차별금지법은, 사실 특정 집단에 대한 적의에 대항하기 위한 목적(animus-based model)보다는, 오랜 사회, 문화, 정치적 이유로 종속된 집단의 억압상태를 개선하는데 그 목적이 있다고 보는 소수자 모델(minority-group model)의 관점에서 통상 설명되고 있다.⁴⁾ 정당한 편의 제공 의무는 이 맥락에서, 소수자들에 대한 편견과 혐오가 없더라도, 실질적으로 입은 환경적, 제도적, 문화적 불이익의 적극적 개선을 포함하지 않을 때 그 상태로도 차별을 인정하는 근거가 된다.⁵⁾

바로 그렇기 때문에 정신적 위자료의 청구가 부적절한 경우가 발생할 수 있다. 특히 배제, 분리, 거부, 정당한 편의 미제공의 이유가 장애에 대한 혐오나 편견에 근거하지 않았고, 그 배제 등의 의사표시가 장애인에게 특별히 모욕적인 방식으로

3) S. Bagenstos, *Law & the Contradictions of the Disability Rights Movement*, Yale Univ. Press, 2009, 59-60

4) 위의 책 67면 등

5) 따라서 우리 사회의 제도적, 문화적, 물적 구조나 토대가 장애인에 대한 고려 없이 형성되어 고착되거나 새로이 형성되어서 발생하는 문제 때문에 사회적 약자들이 겪는 불편함이나 곤란함, 극복 불가능한 문제들에 대한 해소가 실질적 평등의 조건이 되며, 이로부터 정당한 편의 제공 의무가 도출된다고 보는 입장(조원희 외, “장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률상 정당한 편의제공 거부에 의한 차별의 위법성 판단기준”, 법무법인 태평양·재단법인 동천 편, 『장애인법연구』, 경인문화사, 2016, 306면 등)이 설득력을 갖는다.

이루어지지 않은 경우에도, ‘과도한 부담’이라는 면책 요건에 해당하지 않은 것으로 결론 내려져 차별로 인정된 경우, 그에게 위자료 배상을 명하는 것은 합당해 보이지 않는다.

위와 같은 논의에 비추어볼 때, 특히 장애인 공익소송은 이행청구와 위자료 청구가 가지는 당사자간의 의미 뿐 아니라 사회적 의미까지 함께 검토하여야 할 것이다.

3. 장애인운동과 공익소송의 관계 및 과제

공익소송은 장애인의 권리를 ‘발견’하는 것인가 ‘발명’하는 것일까? 실제로 공익소송의 진행상황은 ‘발명’에 가까운 듯이 보이기도 한다. 장애인에게 특히 강조되는 권리인 ‘이동권’의 탄생과 발전과정은 특히 인상적이다. 이동권은 헌법상 일반적인 행동자유권이나 신체의 자유 등으로부터 나오는 당연한 권리의 일부이지만, 그것이 권리의 형태로 주장될 필요가 있다는 점이 사회적으로 승인된 바 없었다. 너무나 당연했기 때문이다. 그러나 장애인운동이 ‘이동권’이라는 개념을 운동의 전면에 내세우고, 버스와 지하철을 점거했을 때 이동권은 비로소 구체적인 권리로 자리잡아갔다. 2005년 1. 27 제정되어 다음해 시행된『교통약자의이동편의증진법』은 제3조에서 ‘이동권’을 정의하였다.

최근에 법학자들은 장애인단체들의 언어를 이어받아 헌법상 ‘탈시설권리’라는 것을 연구하고, 논의한다. 토론자의 장애를 가진 지인은 ‘오줌권’을 강조한다. 이러한 권리들은 물론 그것들을 도출할 수 있는 상위범주에 해당하는 권리명을 이미 가지고 있지만, 장애인운동이 특정한 행위의 중요성을 권리의 이름으로 강조하고, 정치력을 집결시키면, 법적 동원의 과정을 거쳐 공익소송이나 입법의 형태로 공식적인 법률문서에 기입된다. 그렇기에, 토론자가 생각할 때 공익소송이나 입법운동에 참여하는 법률가들은 일종의 ‘번역가’다. 소수자들이 정치적 동원을 통해 부상시킨 특정한 경험을 표상하는 언어를 법률의 문법으로 표현하기 때문이다.

법률가들의 수가 무한하지 않고, 장애인법에 참여하는 전문가, 법률가들의 수는 과거에 비해 증가하였지만 여전히 충분하다고 말할 수 없다.⁶⁾ 이런 가운데 앞으로

6) 그러나 성소수자를 비롯한 다른 소수자집단에 비하면 장애인들은 좋은 ‘번역가’들을 많이 만

어떤 장애인 소송들이 ‘공익소송’의 자격을 가지고, 더 수행되고 탐구되어야 할까? 다시 말해, 우리는 어떤 경험과 필요의 언어들을 선택하여 ‘번역’할 것인가?

발표자는 장애인의 변호사 접근권을 확대하고, 철저한 준비로 ‘승소할 수 있는’ 소송을 제기하며, 법원은 사법소극주의를 극복할 필요가 있다고 제안한다. 이에 대체로 동의하면서, 토론자는 추가적으로 다음의 내용을 제안, 언급하며 토론을 마치고자 한다.

첫째, 공익소송의 대상이 더욱 다양해질 필요가 있다. 특히 정신장애인에 대한 법률구조가 많이 부족하다고 느낀다. 정책과 입법활동은 물론이고, 적법한 절차를 거치지 않고 강제입원된 피해자들에 대한 손해배상, 권리구제 활동들이 필요하다. 다른 장애에 비해 정신장애인단체들은 정치적으로 조직화되기 어려우며, 무엇보다 ‘다수자’들의 동정조차 얻지 못한다는 점에서 다른 장애유형과도 다르다. 다수자들의 동정표조차 얻지 못한다면 제도권 민주주의 매커니즘으로 정신장애인들의 사회적 자립, 인권보호, 적절한 치료와 회복의 권리를 얻기란 요원하다. 법원을 통한 권리 주장, 승인, 확인, 구제 절차는 이렇게 ‘다수자들의 지지와 동정조차 얻지 못하는’ 사람들에게 열린 유일한 길이다. 그 밖에 신장장애, 장루장애 등 내부 장애를 가진 사람들의 목소리에도 귀 기울일 필요가 있다. 이들은 그 장애의 발생 시기, 장기이식 등으로 장애를 제거할 가능성 등으로 인해 역시 조직화된 움직임이 다른 장애인단체에 비해 미약한 것으로 보인다.

둘째, 장애인단체, 공익변호사그룹, 대형로펌, 장애인인권센터 등이 결합하여 공익소송을 수행하는 모습은 발표자의 언급처럼 우리 장애인 공익소송이 가진 특별하고 자랑스러운 면모라고 생각된다. 「장애인법연구」를 비롯해 훌륭한 논문집들이 발간되는 것도 그 결과일 것이다. 다만 이처럼 공익소송을 수행하는 사람들의 수

난 셈이다. 그 이유는 무엇일까. 일차적으로는 장애인들이 실제로 매우 오랜 기간 억압당해 온, 가장 많은 삶의 제약을 가진 사람들이기 때문일 것이다. 다음으로는 그 과정에서 동원된 정치적 역량이 선한 의지와 문제의식을 가진 법률가들을 강력히 호출했다는 점도 이유일 것이다. 하지만 마지막 이유도 생각해보게 된다. 이것은 결코 장애인 공익소송에 참여하는 법률가들의 노력을 낮춰보려는 의도가 아님을 전제로 말한다면, 장애인들의 요구와 필요는 한 국사회에서 ‘도덕적 승인’을 상대적으로 얻기 쉬운 주제에 해당하며, 따라서 법률가들이 ‘고객들의 눈치’를 덜 보고 참여할 수 있는 공익활동이기 때문은 아닌가? 장애인 중에서도 정신장애인, 성소수자의 경우 법률적 동원이 좀 더 어려운 상황에 놓여있는 것이 현실이며, 이는 이들을 지원하는 일이 직면하는 정치적, 도덕적 압력 때문이라고 생각된다. 장애인공익소송은 더 발전하고 활발해져야 한다. 그러나 그에 못지않은 소수자들을 위한 활동도 활발해질 필요가 있다고 감히 생각한다. 물론 토론자부터 실천할 일이다.

가 늘고, 그 전문성이 증대할수록, 자칫 정치적 동원을 통해 자체적인 언어를 발전시켜야 할 장애인권 운동의 주체들이 변호사라는 ‘번역가’에게만 의존하는 일이 생길까 우려된다. 법원을 통한 문제 해결에만 의존 할 때, 이른바 ‘정치의 사법화’가 낳는 문제들은 정치학계에서도 자주 지적되는 이야기이다. 장애인운동이 가진 역동성이 자칫 법원 앞에서 약화되지는 않을까 걱정이 있다. (아마도 이미 많은 공익변론에 참여한 법률가들이 법률가의 역할 설정을 고민하고 토론했으리라고 생각된다. 토론자가 그 내용을 잘 모르기 때문에 갖는 우려일 수 있다.)

마지막으로, 토론자는 한국사회 장애인인권운동의 급격한 확산과 한국사회의 급진적 변화의 시기에 생성된 각종 정책, 법률과, 인권운동의 영향에 기대어 좋은 교육을 받고, 일하고 여행하는 삶도 살 수 있었다. 장애인법을 연구하고, 장애인 공익소송을 수행하고, 장애인운동에 참여하는 활동가, 연구자, 법률가들에게 이 자리에서 감사의 말을 전하고 싶다.