

「장애인차별금지법」상 정당한 편의제공 거부와 정당화 사유

– 수원지방법원 성남지원 2020. 2. 20. 선고
2019가합404160 판결에 관한 평석 –

양 승 광*

국문초록

대상판결은 2020년 2월 신문지면 뿐 아니라 TV뉴스에서도 크게 보도되었다. 이 사건의 발단은 보행장애를 가진 A가 장애인복지콜택시 이용을 신청했는데, 해당 지방자치단체장인 B시장이 A가 휠체어를 이용하지 않는다는 이유로 거부한 것이었다. A는 이 문제를 국가인권위원회에 진정하여, 「장애인차별금지법」 제19조 제1항의 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부한 행위에 해당한다는 결정을 이끌어냈다. 하지만 B시장은 계속 A의 장애인복지콜택시 이용을 거부하였다. A는 B를 상대로 「장애인차별금지법」상 차별행위로 인한 손해배상을 구하였고, 법원은 장애인-장애인 간의 차별은 「장애인차별금지법」이 금지하는 차별이 아니라는 논리로 A의 청구를 기각하였다. 당시 언론보도에서 주목한 것은 결론보다는 대상판결의 이러한 논리였다.

대상판결의 논리는 「장애인차별금지법」이 규정하는 차별행위를 이해하지 못한 채 구성되었다는 것이 이 글이 말하고자 하는 바이다. 「장애인차별금지법」은 다른 차별 관련 법률이 정하는 직접차별 및 간접차별 외에도 정당한 편의제공 거부를 차별행위로 명시한다. 이 정당한 편의제공의 거부는 앞서 언급한 두 가지 차별과는 달리 비장애인과의 비교가 직접적인 판단기준이 되

* 성균관대학교 법학박사

지 않는다. 이 글은 대상판결의 사건을 다시 검토하면서도, 이를 위해 「장애인차별금지법」의 특색 및 이 법 제19조의 구조를 먼저 분석한다.

주제어: 장애인차별금지법, 정당한 편의제공, 차별행위, 정당화 사유, 장애인 복지법

목 차

- I. 대상판결
- II. 문제의 제기
- III. 「장애인차별금지법」의 특색
- IV. 「장애인차별금지법」 제19조의 구조 및 해석
- V. 대상판결의 검토
- VI. 보론 : 2심판결의 내용

I. 대상판결

1. 사실관계¹⁾

A는 뇌병변 3급 장애인으로 유전성 운동실조증과 파킨슨증의 진단을 받은 사람으로, 보행장애가 있어 자주 쓰러지기 때문에 보조인의 부축을

1) 이 사실관계는 대상판결 및 원고 A가 B시장을 상대로 동일한 사안으로 진정을 행했던 국가인권위원회 2018.11.12. 의결 18진정0059100 결정을 참고하였다. 이 결정에서 국가인권위원회는 “피진정인이 임차(바우처) 택시 등 휠체어를 이용하지 않는 교통약자를 위한 대책을 세우지도 않으면서 △△시 조례 및 △△시 장애인 복지콜택시 운송약관상 특별교통수단을 이용할 수 있는 자격을 갖춘 진정인의 장애인복지콜택시 이용을 불허한 것은 「장애인차별금지법」 제19조 (이동 및 교통수단 등에서의 차별금지) 제1항의 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부한 행위에 해당한다.”고 판단하여(결정문 6면), B시장에게 “휠체어를 사용하는 장애인이 아닌 교통약자를 위해 특별교통수단 외의 임차(바우처) 택시를 조속히 도입할 것과 도입하기 전까지 진정인에게 교통지원책을 강구할 것”을 주문으로 권고하였다.

받지 아니하면 걸을 수 없고, 몸의 경련과 어지러움 때문에 휠체어에 앉아있기도 어렵다. 또한 A는 일반주택의 2층에 거주하고 있어 승강기와 같은 편의시설이 갖추어져 있지 않고 거주지 앞길은 도로 경사가 가파르고 길이 고르지 못해 휠체어 사용이 어렵다. A는 2017년 7월 24일 B시장에게 휠체어 이동이 필요하다는 의사 소견서와 함께 장애인복지콜택시 사용 신청을 하였으나, B시장은 ‘A는 등록장애 1~2급, 지체장애 1~3급, 국가유공자 1~3급에 해당하지 아니하고, 휠체어 이용도 하지 않기 때문에 콜택시 사용 요건을 충족하지 못한다’는 이유로 장애인복지콜택시 이용을 거부하였다.

원고 A는 피고 B시장의 위 거부행위가 휠체어 이용 장애인과 차별하는 행위로서 「장애인차별금지법」이 금지하는 이동 및 교통수단 등에서의 장애인 차별행위에 해당한다고 주장하였다. 이에 A는 B시장을 상대로 차별행위(차별행위의 중기: 2019. 8. 30.)에 대한 손해배상으로 위자료 500만 원의 지급을 구하였다.

2. 판결의 내용²⁾

「장애인차별금지법」 제19조는 장애인의 이동 및 교통수단 등 이용 시의 차별금지에 관하여 규정하고 있는데, 같은 법 제4조 제4항에 비추어 볼 때, 위 법에서 금지하는 차별은 장애인이 비장애인과 관계에서 그와 동등한 활동을 하지 못하게 되어 발생하는 차별을 의미하고, 장애인에 대한 적극적 복지정책을 추진하는 과정에서 적극적 조치의 대상자 범위가 한정됨에 따라 발생하는 장애인과 장애인 사이의 불평등까지 포함하는 의미라고 보기 어렵다.

보건대, 원고가 주장하는 장애인복지콜택시의 이용 허가는 교통약자법에 따라 적극적 복지정책의 일환으로 시행되는 특별교통수단인 장애인복지콜택시에 대하여 다른 장애인들과 사이에 발생하는 불평등에 대한 것이

2) 대상판결이 짧아 판단 부분 전체를 옮겨 서술하였다.

고, 앞서 본 증거들에 변론 전체의 취지를 더하여 알 수 있는 다음 사정들까지 보태어 보면, B시장의 원고에 대한 장애인복지콜택시 사용 불허가가 「장애인차별금지법」에서 금지하는 차별이라고 보기 어렵다. 따라서 이와 전제를 달리하는 원고의 주장은 더 나아가 살필 필요 없이 이유 없다.

① 「교통약자법 시행규칙」 제6조 제1항 제3호는 ‘제1호 및 제2호에 해당하는 교통약자에 준하는 사람으로서 지방자치단체의 조례로 정하는 사람’에게도 특별교통수단을 제공하도록 하면서 구체적 사항은 조례에 위임하였고, 이에 따른 B시 교통약자 이동편의 증진에 관한 조례 제14조 제2항은 제1호에서 ‘65세 미만자로서 버스·지하철 등의 이용이 어려운 심신허약자 또는 병약자’, 제2호에서 ‘제1호 외에 교통약자 중 혼자서 외출하거나 이동할 때 버스·지하철 등의 이용이 어려운 자’ 등을 정하고, 제3호에서 그 외의 사항은 규칙으로 정하도록 하였다.

② B시장은 포괄적 규정인 위 조례에 해당하는 사람을 구체적으로 정하기 위한 기준 중 하나로 휠체어 이용 여부를 활용한 것으로 보이는데, 이는 이동에 심한 불편을 느끼는 교통약자의 이동을 지원하기 위한 특별교통수단의 취지, 다른 지방자치단체의 사례 등에 비추어 B시장의 합리적 재량 범위 내의 기준으로 보인다.

즉 원고가 이용을 요구한 특별교통수단인 장애인복지콜택시는 휠체어 탑승설비를 장착한 차량으로서 휠체어를 이용하여야만 이동이 가능한 장애인에게 지원되는 교통수단이다. 한편 원고에 대한 진단서에 의하면 휠체어 이용이 필요하다고 기재되어 있어 원고가 휠체어 이용을 전제로 피고에게 장애인복지콜택시 지원을 요청할 경우 피고로서는 이를 거부할 수 없었을 것으로 보인다. 그런데 원고는 휠체어 이용을 하지 않은 채 주거지의 경사도만을 주장하면서 장애인복지콜택시 이용 요구를 하였다. 반면 피고는 다른 지역에 비해 경사지나 구릉지가 많은 B시의 지역 특성을 고려하면서 원고와 동일 또는 유사한 장애 및 주거지 조건을 갖고 있는 다른 장애인들에게도 휠체어 이용을 조건으로 장애인복지콜택시를 지원해 왔는데, 이를 원고에 대한 피고의 재량권 남용에 따른 차별로 볼 수 없고,

통일적인 기준에 따른 법령의 적용 내지 집행에 해당한다.

II. 문제의 제기

사건의 발단은 보행장애가 있는 원고가 장애인복지콜택시를 이용하게 해줄 것을 피고인 지방자치단체장에게 요청했으나, 원고가 이용대상에 해당하지 않는다는 이유로 지방자치단체장이 요청을 거부한 데 있다. 하지만 이 상태가 지금까지도 지속되는 것은 아니다. 이 소송이 종료되기 전인 2019년 7월 개정된 「장애인복지법」이 시행되어 장애인등급제가 폐지되었기 때문이다. 이로 인해 장애등급과 관계없이 장애의 정도가 심한 장애인으로서 버스·지하철 등의 이용이 어려운 사람은 특별교통수단을 이용할 수 있게 되었다. B시장 또한 장애인복지콜택시 운송사업자에게 2019년 8월경부터는 특별교통수단의 위탁운영 업체에게 조례 및 약관의 개정 전이라도 원고가 장애인복지콜택시를 이용할 수 있도록 요청하였으며, 2019년 8월 31일부터 이 사건 변론종결일 현재까지 원고는 장애인복지콜택시를 이용할 수 있었다. 이 사건의 경과만을 고려한다면 원고의 청구를 기각한 대상판결의 결론은 타당해보일지도 모른다. 청구취지 이전에 원고가 궁극적으로 욕구하던 것이 해결되었기 때문이다.

대상판결의 논지를 요약하자면 다음 두 가지이다. i) 적극적 조치의 비차별 간주 조항인 「장애인차별금지법」 제4조 제4항³⁾을 토대로 「장애인차별금지법」상의 차별은 장애인-비장애인 간 차별로 한정되며, ii) 이 사건은 장애인-비장애인 간의 차별이 아닌 장애인복지콜택시를 이용하는 장애인과 이용하지 못하는 장애인 간, 즉 장애인-장애인 간의 차별이므로 「장애인차별금지법」상의 차별이 아니라는 것이다.

3) ④ 장애인의 실질적 평등권을 실현하고 장애인에 대한 차별을 시정하기 위하여 이 법 또는 다른 법령 등에서 취하는 적극적 조치는 이 법에 따른 차별로 보지 아니한다.

하지만 대상판결의 논지를 그대로 수용할 수는 없다. 두 가지 오류가 있다. 첫 번째는 이 사건을 장애인-장애인 간의 차별 사건으로 판단하여, 주요 논점이 되어야 할 장애인 차별 여부에 대한 판단을 피해나갔다는 것이다. 물론 이는 원고 A의 주장에 기인한 것으로 보인다. B시장의 장애인 복지콜택시 이용 신청 거부행위는 원고를 휠체어를 이용하는 장애인과 차별하는 행위이며, 이는 「장애인차별금지법」이 금지하는 행위에 해당한다는 것이 원고 A의 주장이었기 때문이다. 하지만 이러한 원고의 법률상 주장은 법원을 구속하지 않는다. 민사소송에서의 당사자는 원칙상 권리 또는 법률관계의 판단의 기초가 되는 사실관계만을 진술하면 충분하다.⁴⁾ 법률효과의 발생 여부 및 내용에 대한 판단은 법률의 적용에 관한 판단으로 법원의 전권에 속한다.⁵⁾ 또한 법원은 원고 A의 주장에 오류가 있었다면 석명권을 행사하여 그 주장을 바로잡을 수 있었다.⁶⁾ (법원이 이 글에서 논하는 바와 같이 「장애인차별금지법」을 해석하였다고 한다면) 설령 석명권을 행사하지 않았다하더라도 정당한 사유 없이 정당한 편의제공의 거부가 행해진 것이라는 주장 역시 포함되어 있는 것으로 보아 그에 관한 판단을 할 수 있었을 것이다.⁷⁾ A는 B의 거부가 「장애인차별금지법」이 금지하는 행위에 해당한다고 명시적으로 주장하였기 때문이다.

두 번째는 장애인-장애인 간의 차별과 「장애인차별금지법」상의 차별을 배타적 관계라고 보았다는 오류이다. 특히 정당한 편의제공과 관련하여 그 차별행위의 유무는 행위자가 정당한 편의를 제공하였느냐가 관건이 된

4) 김홍엽, 「민사소송법」 제4판, 박영사, 2013, 456면.

5) 대법원 1981. 6. 9. 선고 79다카62판결.

6) 적극적 석명이라 하더라도 석명권 행사에 의한 적정한 해결이 당해 사건에 있어서 당사자의 진의 내지 합리적 기대의 범위 내에 있고 당사자의 공평에 부합하는 경우라면 허용될 것이며(김홍엽, 앞의 책, 415면), 대상 사건 역시 이에 해당한다고 볼 것이다.

7) 관례가 일정한 주장에 다른 주장이 포함되어 있다고 본 사례로는 대법원 1992. 10. 27. 선고 92다18597 판결, 대법원 1995. 2. 28. 선고 93다53887 판결, 대법원 1994. 10. 25. 선고 94다29027 판결, 대법원 2007. 3. 15. 선고 2006다73072 판결, 대법원 1996. 6. 11. 선고 94다55545,55552 판결 등.

다. 비장애인과과의 비교는 직접적으로 이루어지는 것이 기본적으로 불가능하다. 정당한 편의제공의 거부에 관한 판단은 i) 문제가 된 서비스가 해당 장애인에게 제공되어야 할 정당한 편의인지, ii) 편의제공 의무자에게 이것을 거부할 정당한 이유가 별도로 존재하는지에 관한 절차로 행해져야 한다.⁸⁾

이 글은 대상사건에 관한 검토를 위 절차에 따라 행하려고 한다. 다만 이를 위해 「장애인차별금지법」의 특색에 관한 서술로부터 논의를 전개해 나갈 것이다. 「장애인차별금지법」의 특색을 간과한다면 대상판결과 같은 결론을 피하기가 힘들기 때문이다. 물론 특색 전체를 논할 것은 아니다. 「장애인차별금지법」의 성격 및 차별 유형 중 하나로서의 정당한 편의제공 거부에 관한 것만을 논할 것이다. 그 후 이 법 제19조(이동 및 교통수단 등에서의 차별금지)가 취하는 구조를 분석할 것이다. 이러한 논의 위에서 맨 나중으로 이 사건을 검토할 예정이다.

III. 「장애인차별금지법」의 특색

1. 「장애인차별금지법」의 성격

「장애인차별금지법」의 성격은 「장애인복지법」과의 목적상 비교를 통해 구체화될 수 있다. 「장애인복지법」은 장애인의 복지 및 생활 안정을 통해 장애인·비장애인 간의 갈등요소를 축소시켜 사회통합을 이루려는 것을 목

8) 관련하여 국가인권위원회에서 발간한 「장애인 인권 길라잡이」의 내용 일부를 옮기자면 다음과 같다(유동철 외, 「장애인 인권 길라잡이」, 국가인권위원회, 2014, 78면). “장애로 인한 차별의 금지는 장애인과 비장애인 간의 차별뿐만 아니라 장애인과 장애인 간, 남성과 여성 장애인 간의 차별을 금지한다. 따라서 장애인의 상황은 매우 다양하므로 장애의 정도를 유형화하여 유형화한 보호를 하기보다는 장애인의 성별·연령 및 장애의 유형과 정도에 대한 면밀한 사정을 통해 개별적인 상황에 따른 사회복지서비스가 제공되어야 한다.”

적으로 한다. 반면 「장애인차별금지법」은 장애인의 차별을 예방하고 구제함으로써 개인이 가지는 인간다움을 보장하는 것을 목적으로 하고 있다.⁹⁾ 「장애인복지법」과 「장애인차별금지법」은 상호보완적인 관계에 있지만, 양자를 비교한다면 「장애인복지법」은 급여 등을 통한 생활 안정에,¹⁰⁾ 「장애인차별금지법」은 차별 철폐를 통한 평등 구현에 좀 더 초점이 맞추어져 있다고 할 것이다.¹¹⁾¹²⁾ 양 법률은 공히 사회보장법과 인권법적 성질을 가지고 있지만, 인권법을 다른 법 영역과 독립적으로 볼 수 있다는 전제를 놓는다면 「장애인복지법」은 사회보장법 색채가, 「장애인차별금지법」은 인권법적 색채가 더 강하다고 볼 수도 있다.¹³⁾

9) 한편 일본의 「장애를 이유로 하는 차별의 해소 추진의 관한 법률」은 그 목적이 “이 법은 장애인 기본법(強和45년 법률 제84호)의 기본이념에 의거, 모든 장애인이 장애인 아닌 사람과 동등하게 기본적 인권을 향유할 개인으로서 그 존엄이 존중되고 그 존엄에 합당한 생활을 보장받을 권리가 있음을 근거로, 장애를 이유로 한 차별 해소의 추진에 관한 기본적인 사항, 행정기관 및 사업자의 장애를 이유로 하는 차별을 해소하기 위한 조치 등을 결정함으로써, 장애를 이유로 하는 차별 해소를 추진하고 모든 국민이 장애 유무에 따라 차별 대우 하는 일 없이 서로의 인격과 개성을 존중해 가면서 공생하는 사회를 만들어 갈 수 있도록 이바지하는 것을 목적으로 한다.”(제1조)라고 규정함으로써 그 궁극적 목적이 개인보다는 사회에 있는 것으로 보인다(원영, “일본의 장애차별해소법, 그 내용과 의의”, 비마이너(2016. 5. 4.자), URL : <http://www.beminor.com/news/articleView.html?idxno=9672>, 최근 접속 : 2020.11.10.).

10) 참고로 유동철은 「장애인복지법」이 이념상으로는 사회참여와 완전한 사회통합을 추구하지만 그 내용에 있어서는 보건복지부에서 시행하는 복지조치들과 시실에 관한 규정으로 거의 일관하고 있다고 평가한다(유동철, “장애인 차별철폐와 사회권 보장 방안”, 『비판사회정책』 제20호, 비판과 대안을 위한 사회복지학회, 2005, 40면).

11) 「장애인복지법」(법률 제4179호)은 1989. 12. 30.부터 차별 금지를 규정하였으나 장애인 차별을 방지하는 구체적인 내용은 후속하여 규정하지 않아 선언적 규정에 불과하다는 평가를 받았다(김명수, “장애인차별금지법의 제정배경과 개선방안”, 『홍익법학』 제20권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2019, 289면).

12) 전광석, 『한국사회보장법론』, 제11판, 집현재, 2016, 525-526면. 한편 교과서에 따라서 양자를 대등하게 이해하는 것이 아니라 「장애인복지법」을 기본법으로, 「장애인차별금지법」을 「장애인복지법」의 이념을 실현하기 위한 구체적 법률로 이해하기도 한다(전광석·박지순·김복기, 『사회보장법』 제5판, 신조사, 2018, 266면).

13) 이러한 입장에서 정영진은 「장애인차별금지법」을 급부법이 아니라 인권법이라고

<표 1> 「장애인복지법」과 「장애인차별금지법」의 목적(각 제1조)

「장애인복지법」	「장애인차별금지법」
이 법은 장애인의 인간다운 삶과 권리 보장을 위한 국가와 지방자치단체 등의 책임을 명백히 하고, 장애발생 예방과 장애인의 의료·교육·직업재활·생활환경 개선 등에 관한 사업을 정하여 장애인 복지대책을 종합적으로 추진하며, 장애인의 자립생활·보호 및 수당지급 등에 관하여 필요한 사항을 정하여 장애인의 생활안정에 기여하는 등 장애인의 복지 및 사회활동 참여증진을 통하여 사회통합에 이바지함을 목적으로 한다.	이 법은 모든 생활영역에서 장애를 이유로 한 차별을 금지하고 장애를 이유로 차별받은 사람의 권익을 효과적으로 구제함으로써 장애인의 완전한 사회참여와 평등권 실현을 통하여 인간으로서의 존엄과 가치를 구현함을 목적으로 한다.

※ 밑줄은 필자

2. 차별행위 유형으로서의 정당한 편의제공 거부

「장애인차별금지법」이 가지는 또 하나의 특색으로는 2007년 법률 제정 시부터 차별행위 유형으로서 정당한 편의제공 거부를 기술하고 있다는 점이다. 제4조 제1항은 “이 법에서 금지하는 차별이라 함은 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 경우를 말한다.”고 기술하며, 제3호로 “정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우”를 규정한다.¹⁴⁾

하고 있다(정영진, “「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」의 차별금지 형성 방안에 관한 연구”, 「법과정책」 제24권 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2018, 253면). 다만 인권법(학)을 “종합법학으로서의 지위에서 개별법(학)의 한계를 넘어 모든 법 영역에 공통적으로 적용할 수 있는 인권의 원칙을 체계적으로 연구하는 법 영역”(박찬운, “인권법의 개념 정립과 로스쿨에서의 교육방법에 대한 소고”, <로스쿨과 공익인권 교육 이론적·현실적 접근> 심포지엄 자료집(2008.5.30), 국가인권위원회, 8면)이라고 이해하는 입장에서는, 인권법의 독자성을 인정한다고 할 지라도 다른 법과의 관계에서 분절성은 인정할 수가 없게 되어 본문과 같은 서술이 성립되기는 힘들어 보인다.

14) 한편, 이 ‘정당한 편의제공’이라는 용어는 외국의 입법례 또는 국내 번역에서 주로 사용되는 ‘합리적인 배려’라는 표현에 비해 장애인 당사자의 주체성과 인권적

이 정당한 편의제공의무는 「남녀고용평등법」이나 「고령자고용법」에는 없는 독특한 것이다.¹⁵⁾ 직접차별에 대한 규제가 기회의 평등을, 간접차별에 대한 규제가 결과의 평등을 강조하는 것이었다면,¹⁶⁾ 정당한 편의제공의 의무는 이것들의 전제가 되는 참여의 평등을 강조한 것임과 동시에 간접차별 규제보다 더 확실한 결과의 평등을 지향한 것이라고도 볼 수 있다. 따라서 정당한 편의제공 금지는 장애인의 실질적 자유권을 확보하기 위한 조항이라고도 할 수 있다. 이 독특성으로 인해 「장애인차별금지법」상 논란 중 많은 부분을 차지하고 있는 것이 정당한 편의제공이기도 하다.¹⁷⁾

그렇다면 이 정당한 편의란 무엇인가. 이 법 제4조 제2항에서는 “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 제반 수단과 조치”라고 정의한다. 이를 통해 정당한 편의제공이 무엇인지에 대해 분설한다면 아래와 같다.

첫째, 정당한 편의제공의 목적은 장애인으로 하여금 비장애인과 동등하게 같은 활동에 참여토록 하는 것이다. 그렇다면 그 활동의 범주는 어떠한가? 「장애인차별금지법」의 목적인 제1조에 따르면 모든 생활영역이 된다. 또 법이 구체적으로 적시하고 있는 생활영역을 보자면 고용(제11조), 교육(제14조), 시설물의 접근·이용(제18조), 이동 및 교통수단(제19조), 정보통신·의사소통(제21조), 문화·예술활동(제24조), 관광활동(제24조의2), 체육활동(제25조), 사법·행정절차 및 서비스 제공(제26조 제4항), 인신구급·구속 상태에서의 생활 수준(제26조 제7항), 참정권(제27조), 직장보육서비스의 이용(제33조) 등이다.

관점을 좀 더 잘 반영한 것이라고 평가되기도 한다(장애인법연구회, 「장애인차별금지법 해설서」, 나남, 2017, 45면).

- 15) 심재진, “장애인차별금지법상 차별로 보지 않는 정당한 사유의 의미와 구제수단으로서의 적극적 조치”, 『노동법학』 제57호, 한국노동법학회, 2016, 213면.
- 16) 이숙진, “차별금지 관련 법률의 부정합성”, 『경제와 사회』 제84호, 비판사회학회, 2009, 243면.
- 17) 박자경, “장애인차별 외국사례 검토”, <한국장애인고용공단 고용개발원 수시과제 보고서 08-07>, 2008, 2면.

둘째, 정당한 편의제공의 주체는 국가기관이든 사인이든 당해 활동 영역의 상대방이 된다. 예를 들어 고용 영역에서는 사용자가, 참정권 영역에서는 국가 및 지방자치단체가 그 주체가 된다. 차별 금지가 달성하려는 기본권인 평등권은 대국가적 효력 뿐 아니라 대사인적 효력이 인정되는 대표적인 기본권이기 때문이다.¹⁸⁾ 다만 국가 및 지방자치단체에게는 장애인에게 정당한 편의가 제공될 수 있도록 필요한 기술적·행정적·재정적 지원을 행해야 하는 의무가 별도로 지워진다(법 제8조 제2항). 이는 정당한 편의제공이 활동영역의 상대방(학교, 시설주, 사업주 등)에게 필연적으로 추가적인 비용부담을 발생시키는 탓이다.¹⁹⁾

셋째, 정당한 편의제공 거부 뿐 아니라 「장애인차별금지법」상 차별행위 전체에 적용되는 정당화 사유가 존재한다. 제4조 제3항은 각 호의 정당한 사유가 있는 경우는 차별로 보지 아니한다고 규정하는 바, 이는 “차별행위를 하지 않음에 있어서 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우”(제1호) 및 “특정 직무나 사업 수행의 성질상 불가피한 경우”(제2호)이다. 한편 국가인권위원회는 정당한 편의제공 거부가 허용되는 경우를 다음 여섯 가지로 유형화하고 있다.²⁰⁾ ① 장애인의 장애 유형 및 정도·성별·특성에 맞지 않거나 불필요한 경우, ② 편의제공으로 인해 과도한 경제적 부담에 처하게 되는 경우, ③ 대상시설 등의 구조 변경 또는 시설의 설치가 불가능한 경우, ④ 사용주와 시설주가 다를 경우 시설주가 동의하지 않아 사용주가 정당한 편의를 제공하지 못하는 경우, ⑤ 정당한 편의를 제공함으로써 본래의 목적을 훼손하거나 상실한 경우, ⑥ 직무수행 상 요구되는 자격 및 능력이 없는 경우 등이다. 이상의 여섯 가지를 유형별로 구분한다면, ①은 제4조 제2항의 ‘정당한 편의’라는 요건 자체를 갖추지 못한 경우로, ②부터 ④까지는 과도한 부담이나 현저히 곤란한 사정 등이 있는 경우로(제4조 제3항 제1호), ⑤ 및 ⑥은 특정 직무나 사업 수

18) 장영수, 「헌법학」 제12판, 홍문사, 2020, 591면.

19) 전광석, “장애인차별금지법의 제정 방향”, 『장애와 고용』 제53권, 한국장애인고용공단 고용개발원, 2004, 10면.

20) 국가인권위원회, 『장애인차별금지법 이행 가이드라인』, 2009, 22-23면

행의 성질상 불가피한 경우로(제4조 제3항 제2호) 나눌 수 있을 것이다.²¹⁾

이 중 특히 분쟁화 되기 쉬운 것은 과도한 부담이 있는 경우(제1호)일 것이다. 이 부담을 경제적 혹은 재정적 부담이라고 인식하는 데에는 문제가 없어 보이나 과도하다는 것은 주관성을 띄기 때문이다. 이에 대해 국가인권위원회는 사용자 등 편의제공자가 해당 편의를 제공함으로써 경제적으로 심각한 타격을 입는 경우를 의미하며, 단순히 편의의 제공으로 인한 비용의 부담은 이에 해당되지 아니한다고 해석한다. 그리고 과도한 부담여부는 장애인에게 발생하는 기본권의 침해와 비교하여 결정된다고 하고 있다.²²⁾ 과도한 부담에 관한 법원의 설명은 국가인권위원회보다 더 상세하다. 법원은 장애인 승강기 설치요구 사건²³⁾에서 과도한 부담에 관해 “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 등”이라고 설명한다. 이어 사건에 대해 판단하는 바, 기존 버스에 휠체어 승강설비를 설치하는 비용으로 버스의 종류·형태·승강설비의 유형 등에 따라 최소 1,500만 원에서 최대 5,000만 원이 소요된다는 것은 과도한 부담에 해당하지 않는다고 하였다. 법원 역시 과도한 부담에 관해 엄격하게 해석하고 있는 것이다.

21) 견해에 따라서는 ‘㉔ 정당한 편의를 제공함으로써 본래의 목적을 훼손하거나 상실한 경우’를 현저히 곤란한 사정(제4조 제3항 제1호)에 포함시키기도 하지만(오욱찬 외, 『장애인 근로자에 대한 정당한 편의제공 의무와 공적 편의 지원 방안 연구』, 한국보건사회연구원, 2018, 62면), 제1호의 현저히 곤란한 사정을 이처럼 넓게 해석한다면 비재정적 사유는 모두 여기에 포함되게 되어 제2호의 영역이 없어지게 될 위험이 있다. 따라서 제1호는 제2호의 영역을 제외한 나머지 영역을 의미한다고 보아야 할 것이다.

22) 국가인권위원회, 앞의 책, 23면.

23) 서울중앙지방법원 2015. 7. 10. 선고 2014가합11791판결.

3. 작위성 관점에서 본 차별행위의 구분과 차별 비교대상의 설정

(1) 작위성 관점에서 본 차별행위의 구분

제4조 제1항에서 규정된 「장애인차별금지법」상 차별행위는 기본적으로 직접차별(제1호), 간접차별(제2호), 정당한 편의제공 거부(제3호) 및 광고를 통한 차별(제4호)로 유형화 된다. 이 유형화 속에서 차별금지 대상인 장애인을 위한 목적에서 장애인을 대리·동행하는 자 등 장애인 관련자까지 확대했으며(제5호), 광고를 통한 차별을 보조조건 및 장애인보조기구까지 물적으로 확대했다(제6호 후단). 또 법은 위의 기본적인 차별 유형에 더해 보조조건 및 장애인보조기구의 정당한 사용을 방해하는 것 또한 차별행위로 규정함으로써(제6호 전단) 차별 금지를 통해 장애인의 실질적 자유 확보에 기여하려고 하고 있다.

이렇게 유형화된 차별행위는 작위성 관점으로 구분이 가능하다. 직접차별(제1호), 간접차별(제2호), 광고 차별(제4호), 보조조건 등 사용 방해(제6호 전단)는 작위적 차별행위인 반면, 정당한 편의제공 거부(제3호)는 부작위적 차별행위이다. 이와 같은 제4조 제1항의 차별행위를 도식화하면 <표 2>와 같다. 작위적 차별행위에서는 그러한 행위를 ‘함’으로써, 부작위적 차별행위에서는 해야 할 행위를 ‘하지 않음’으로써 차별로 인정된다. 이러한 작위성 관점의 구분은 제4조 제3항의 정당화 사유의 적용에 차이를 보인다. 부작위적 차별행위의 경우에는 제4조 제3항이 전면적으로 적용된다. 작위적 차별행위의 경우에도 제4조 제3항의 정당화 사유가 인정될 경우 당해 행위의 차별성이 조각될 수는 있다. 하지만 그 행위양식이 작위이기 때문에 과도한 부담으로 인한 조각은 인정되기 힘들어 보인다.

(2) 차별행위의 작위성 여부와 비교대상 확정의 필요성

차별 여부의 판단은 일반적으로 i) 차별청구 적격성 심사, ii) 차별 비교대상 확정, iii) 불리한 처우 유무 심사, iv) 합리성(정당화사유) 심사라는 단계적 구조로 행해진다.²⁴⁾ 하지만 이 판단구조를 장애인차별금지법

<표 2> 「장애차별금지법」의 차별행위 유형과 대상 범위(제4조 제1항)

구분		작위적 차별행위				부작위적 차별행위
		직접차별	간접차별	광고차별	사용방해	편의제공 거부
인적 대상	장애인	○	○	○	-	○
	장애인 관련자	○	○	○	-	○
물적 대상	보조견 등	-	-	○	○	-

상 차별행위 판단에 획일적으로 적용할 수는 없다. 작위성 관점의 차별행위 구분에서 문제되는 것은 다음아닌 ii) 차별 비교대상 심사이다.

작위적 차별행위에서는 위에서 본 것과 같은 일반적 차별 여부 판단 구조가 행해진다. 법 제19조에 규정된 이동 및 교통수단 영역에서의 차별로 예를 들어보자. 불리한 요금 제도의 적용에서는 비장애인의 승차요금에 비해 추가되는 요금이 문제되므로 그 차별의 비교대상은 비장애인이 된다. 운전면허시험과정에서의 제한·배제·분리·거부에서는, 비장애인에게는 요구되지 않던 무언가를 요구하거나 허용되던 무언가가 불허되는 것이므로 그 차별의 비교대상은 비장애인이 된다. 보조견 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입 및 사용의 거부에 있어서는 의문이 제기될 소지가 있다. 비장애인에게도 반려견 동승이나 규모가 큰 물건의 반입을 거부할 수 있기 때문이다. 하지만 보조견이나 장애인보조기구가 필요한 장애인에게 있어, 그것들은 비장애인의 반려견이나 비장애인이 운반하는 물건으로 볼 수 없으며 장애인이 가진 신체의 일부로써 인식되어야 한다. 이러한 인식이 보

24) 한 예로 비정규직 차별시정제도에 있어 차별 여부 판단 역시 이와 동일한 단계적 구조로 행해진다. “신청근로자임을 이유로 불합리한 차별을 받고 있다고 주장하는 근로자가 노동위원회에 차별시정을 신청하면 ① 신청인의 당사자 적격과 제척기간 도과 여부를 확인한 다음 ② 신청인이 선정한 비교대상근로자와 신청인이 동종 또는 유사한 업무에 종사하는지를 판단하고 ③ 신청인이 주장하는 차별적 처우가 차별이 금지되는 영역인지 여부를 확인하여 ④ 신청인과 비교대상근로자 간 불리한 처우가 존재하는지를 점검하고 ⑤ 최종적으로 합리적인 이유 판단을 하게 된다.”(김영택, “비정규직 차별시정제도의 실효성 연구”, 『노동법학』 제65호, 한국노동법학회, 2018, 2면)

조건 또는 장애인보조기구 등의 사용 방해를 차별행위의 하나로 유형화해 놓은(법 제4조 제1항 제6호 전단) 「장애인차별금지법」상의 취지에도 부합한다. 즉 보조조건 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입의 거부는 비장애인에게 당연히 허용되는 신체 전부의 탑승을 거부하는 것으로, 그것들의 사용의 거부는 이동 및 교통수단 내에서 비장애인에게 허용되는 행동의 자유를 금지시키는 것으로 여겨진다. 따라서 이 경우의 비교대상 역시 비장애인이 된다.

하지만 작위적 차별행위와 달리 부작위적 차별행위에서는 ii) 차별 비교대상 확정이 불가능하다. 정당한 편의제공 거부와 같은 부작위적 차별행위에서는 행위자 입장에서 장애인을 상대로 다르게 처우한 것이 있을 수 없기 때문이다. 예를 들어 「교통약자법 시행령」 별표2(대상시설별 이동편의시설의 종류)의 이동편의시설 중 하나인 교통약자용 좌석이 시내버스에 설치되어있지 않다고 가정해보자. 이 때 차별 비교대상을 비장애인이라고 놓는다면, 차별 여부 판단을 위한 그 후의 심사단계는 무의미해진다. 장애를 가졌다고 하여 일반 좌석에 앉을 수 없는 것이 아니며, 그렇다면 교통사업자가 비장애인과 비교하여 장애인에 불리한 처우를 했다고 부를만한 것은 존재하지 않기 때문이다. 한편 이와 달리, 도덕과 무관하게 상상력을 발휘하여, 시내버스에 설치된 것이 일반 좌석이 아닌 장애인용 좌석이며, 좌석의 등받이에 ‘비장애인용’이라는 표시가 부착되어 있다고 가정해보자. 이 경우에는 장애인용 좌석이 별도로 설치되었는지 여부를 불문하고, 비교대상은 비장애인으로 설정되며, 궁극적으로는 작위적 차별행위가 인정될 것이다. 장애인용 좌석이 설치되었다면 분리 또는 제한으로,25) 장애인용 좌석이 설치되지 않았다면 배제 또는 거부로 말이다.

다시 앞서 언급했던 부작위 사례, 시내버스에 일반 좌석만 존재하며 교통약자용 좌석이 시내버스에 설치되어있지 않았을 경우로 돌아가서 논의

25) 이같은 가정은 1955년 12월 1일 목요일, 흑인이었던 로자 파크스(Rosa Lee Louise McCauley Parks)의 버스 내 백인 좌석 착석으로 인해 촉발된 미국 민권운동을 떠올리게 한다.

를 계속해보자. 이것은 비장애인과 비교하여 불리한 처우가 없었으므로 차별행위가 아닌가? 오직 「장애인차별금지법」 제19조 제3항의 위반행위일 뿐인가? 이렇게 결론내렸을 때 부딪히는 것이 있다. ‘이동 및 교통수단 등에서의 차별금지’라는 제19조의 제목이며, 정당한 편의제공 거부를 차별행위의 하나로 규정한 제4조이다. 결국 정당한 편의제공 거부라는 부작위적 차별행위에서 일반적인 차별판단 심사 구조를 그대로 적용하게 된다면 차별금지 위반임에도 불구하고 차별행위에 해당하지는 않는다는 모순적인 상황이 도출된다. 따라서 정당한 편의제공 거부와 같은 부작위적 차별행위의 심사에서는 차별 비교대상 확정이 불가능할뿐더러 필요치 않다고 볼 것이다.

하지만 이 결론이 차별금지 위반임에도 불구하고 차별행위에 해당하지는 않는다는 모순적 상황을 회피하려는 목적에서 나온 것은 아니다. 오히려 부작위적 차별행위에 대한 충분한 숙고과정 없이 그동안 행해져왔던 차별 여부 판단 구조를 적용하려 시도했기에 나타난 결과물이 이 모순적 상황인 것이다.

「장애인차별금지법」이 기존의 여타 차별금지법과 다르게 ‘정당한 편의 제공 거부’라는 부작위를 차별행위 중 하나로 규정한 것은, 앞에서 언급한 바와 같이 장애인의 실질적 자유 확보에 기여하려는 데 목적이 있다. 그리고 작위적 차별행위와 비교할 때 부작위적 차별행위는 차별행위자가 해당 상황을 적극적으로 조성한 바가 없다는 데 차이가 있다. 이것은 부작위적 차별행위자에게 비장애인과 장애인을 차별하려는 목적이 존재치 않다는 의미이기도 하다. 그럼에도 불구하고 「장애인차별법」이 행위자에게 정당한 편의제공 의무를 지우는 것은, 행위자에게 차별을 금하는 것을 넘어 장애감수성²⁶⁾을 지니고 행위할 것을 요구하기 위함이다.

26) 장애감수성이란 용어에 대해 아직 합의된 정의는 없는 것으로 보인다. 이는 언제부터인가 대중화된 용어인 성인지감수성 혹은 젠더감수성 역시 마찬가지다. 다만 성인지감수성은 대체로 성별 간의 차이로 인한 일상생활 속에서의 차별과 유·불리함 또는 불균형을 인지하는 것을 의미하며, 넓게는 성평등 의식과 실천 의지 그리고 성 인지력까지의 성 인지적 관점을 모두 포함하는 것으로 이해된다(pmg지식

그렇다면 다시 문제는 행위자에게 어느 영역에서, 어느 정도의 정당한 편의제공을 요구할 것이냐로 넘어간다. 모든 생활영역에서, 모든 행위자에게 정당한 편의제공 의무를 지운다는 것은 불가능하기 때문이다. 이에 「장애인차별금지법」 제2장과 제3장을 통해 각 영역별로 정당한 편의제공 의무의 단계적 주체 및 구체적인 내용을 시행령으로 정하도록 위임하고 있다. 이러한 법제에 관해 법치주의 위반이라 비판하는 견해가 있다. 기본적인 인권에 관한 사항을 행정부의 재량에 과도하게 맡겨버린 탓에 장애인의 기본권이 행정적 편의에 따라 자의적으로 그 범위가 결정될 수 있다는 이유다.²⁷⁾ 하지만 정당한 편의제공 거부는 작위적 차별행위와는 다르게 행위자의 행동에서 비장애인과 장애인의 차별적 의도를 찾기 힘들다는 점, 정당한 편의제공의 필요성과 그 정도는 일반 사회가 지닌 장애감수성에 영향을 받기에 이를 행정입법으로 계속 반영함과 동시에 일반인의 수용성을 고려해 반 발짝 앞에서 선도해나감이 중요하다는 점을 고려할 때 이러한 입법 태도는 수긍이 된다고 볼 것이다.

4. 차별금지와 복지행정이라는 이중적 영역에서의 정당한 편의제공 거부

법 제8조 제1항은 국가 및 지방자치단체의 장애인 차별 방지, 차별받은 장애인의 권리 구제 및 적극적인 차별 시정 조치 의무를 규정한다. 국가 및 지방자치단체에게도 당연히 정당한 편의제공 거부가 차별행위의 하나로 의율되는 것이다. 이것은 금지규범임과 동시에 정당한 편의를 제공하여야 한다는 명령규범이기도 하다. 그리고 이 조항은 제1장에 위치하여 국가 및 지방자치단체로 하여금 ‘모든’ 차별을 방지하도록 규정하고 있다. 따라서 국가 및 지방자치단체는 사인과 다르게 이 법 제2장과 제3장의 영

연구소, <시사상식사전>, 박문각). 성인지감수성의 이해에 비추어 장애감수성을 정의하자면 ‘장애로 인한 일상생활 속의 유·불리함 또는 불균형을 인지하고, 이를 완화하거나 없애기 위해 노력하는 성질’ 정도로 할 수 있을 것이다.

27) 정영진, 앞의 논문, 253면.

역에 한정되지 않고, ‘모든’ 생활영역에서 정당한 편의제공 의무를 진다고 할 수 있다.

한편 국가 및 지방자치단체가 장애인에게 제공하는 정당한 편의를 행정적인 관점에서 보면 생존권을 보장하기 위한 복지행정의 일환이다. 복지행정영역에서는 입법의 불확실성, 복지의 특성, 수급권자의 의존성 등으로 인해 행정청에게 광범위한 재량이 일어난다.²⁸⁾ 그리하여 생존권의 실현은 헌법의 추상화, 법률의 불확정화, 행정을 통한 구체화라는 단계적 특징을 가진다.²⁹⁾

문제는 여기서 나타난다. 행정청으로부터 정당한 편의제공이 거부되었다고 할 경우, 그럼에도 불구하고 이 거부를 행정청이 가진 광범위한 재량권의 정당한 행사로 보아 위법이 없다고 할 것인가? 문제를 단순히 인식할 필요가 있다. 「장애인차별금지법」은 실질적 자유를 확보하기 위한 법으로, 정당한 편의제공 거부가 법 제4조 제3항의 정당한 사유를 확보하지 못 했다면 그 결과는 당사자의 자유권이 침해되어 위법하다고 보아야 한다. 복지행정이라고 하더라도 이것이 「장애인차별금지법」상의 정당한 편의제공 거부와 그 영역이 중첩된다고 한다면, 행정청의 광범위한 재량은 법 제4조 제3항으로 축소된다고 보아야 할 것이다. 법원 역시 이러한 사안의 권리구제에 관하여 과거에는 소극적이었으나, 청각장애인 지원자에게 적절한 편의제공을 하지 않고 불합격시킨 것에 대하여 「장애인차별금지법」 위반의 차별로 위자료를 인정하는 등³⁰⁾ 최근에는 적극적인 태도로의 변화를 보이고 있다.³¹⁾

28) 이현석, “사회보장행정법상 행정재량의 관한 소고”, 『공법학의 제문제(김영훈교수 회갑기념논문집)』, 법문사, 1995, 634면.

29) 김창조/손운석, “국민기초생활보장법상 최저생계비 결정에 있어서 행정재량의 통제”, 『법학논고』 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011, 273면.

30) 서울중앙지방법원 2017. 2. 9. 선고 2015가합519728 판결.

31) 이재희, 『장애차별 금지 및 장애인의 평등권 실현』, 헌법재판소, 2017, 15-17면.

IV. 「장애인차별금지법」 제19조의 구조 및 해석

1. 「장애인차별금지법」 제19조의 내용

제19조 제1항은 이동 및 교통수단 등의 접근·이용에 있어 장애인에 대한 제한·배제·분리·거부 금지를 규정하는바, 그 주체는 「교통약자법」 제2조상의 교통행정기관 및 교통사업자이다. 여기서의 교통사업자는 교통행정기관으로부터 면허·허가·인가·위탁 등을 받거나 교통행정기관에 등록·신고 등을 하고 교통수단을 운행·운항하거나 여객시설을 설치·운영하는 자를, 교통행정기관은 교통사업자를 지도·감독하는 중앙행정기관의 장, 특별시장·광역시장·특별자치시장·도지사·특별자치도지사 또는 시장·군수·구청장을 의미한다.

제19조 제2항 이하에서는 좀 더 구체적인 이동 및 교통수단 등의 차별 금지를 기술하는데, 이를 옹기자면 보조조건 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입 및 사용의 거부(제2항), 보조조건 및 장애인보조기구 등을 이유로 한 불리한 요금 제도의 적용(제3항), 보행 및 이동에 필요한 정당한 편의의 미제공(제4항), 운전면허시험과정에서의 제한·배제·분리·거부의 금지(제6항), 운전면허시험과정에서의 정당한 편의의 미제공(제7항) 등이다. 이 중 제4항과 제7항, 정당한 편의의 단계적 범위 및 그 내용과 관련하여서는 대통령령으로 정하도록 하고 있는바(제8항), 이것은 대통령령으로 정하고 있는 것을 모두 제공하였다면 제4항 또는 제7항의 위반이 없다는 의미이다.

또 제19조 제5항은 “교통행정기관은 교통사업자가 장애인에 대하여 이 법에 정한 차별행위를 행하지 아니하도록 홍보, 교육, 지원, 감독하여야 한다.”고 하여 교통행정기관의 의무를 규정하고 있다. 제19조 제5항은 제8조에 규정된 국가 및 지방자치단체의 의무를 이동 및 교통수단 영역 차원에서 재확인한 것이다. 또한 여기서의 홍보, 교육, 지원 및 감독은 「교통약자법」 제4조³²⁾가 규정하는 교통약자를 위한 정책에 반드시 포함되어

야 할 사항이기도 하다.

2. 제1항과 제2항 이하의 관계

제19조 제2항 이하의 차별행위는 작위적 차별행위와 부작위적 차별행위로 그 구분이 가능하다. 보조건 및 장애인보조기구 등의 동승 또는 반입 및 사용의 거부(제2항), 보조건 및 장애인보조기구 등을 이유로 한 불리한 요금 제도의 적용(제3항) 및 운전면허시험과정에서의 제한·배제·분리·거부의 금지(제6항)는 작위적 차별행위인 반면, 보행 및 이동에 필요한 정당한 편의의 미제공(제4항) 및 운전면허시험과정에서의 정당한 편의의 미제공(제7항)은 부작위적 차별행위이다.

구체적인 사안에서 제19조의 적용과 관련하여 제1항과 제2항 이하의 관계가 문제될 수 있다. 제2항 이하의 내용이 제1항의 제한·배제·분리·거부를 한정적으로 열거한 것인지, 혹은 예시적으로 열거한 것인지 말이다. 만일 한정적 열거라고 볼 경우, 제2항에서 제8항까지의 내용 외의 제한·배제·분리·거부에 관해서는 차별로 인정되어 구제받는 것이 곤란해질 것이다. 이와는 달리 예시적 열거라고 본다면 제2항에서 제8항까지의 내용 외의 제한·배제·분리·거부에 관해서도 차별로 인정되어 구제받는 것이 가능하게 된다.

생각건대 제19조는 제4조의 차별행위를 이동 및 교통수단 분야에서의 차별행위로 구체화시킨 것이라고 보아야 한다. 따라서 제2항 이하의 내용은 제1항의 예시에 불과하다고 보는 것이 타당하다. 이에 제2항 이하의 내용에 포함되지는 않으나, 또한 교통사업자 또는 교통행정기관이 이동 및 교통수단 등의 접근·이용함에 있어 장애인을 제한·배제·분리·거부하였다면 이는 「장애인차별금지법」이 정하는 이동 및 교통수단 등에서의 차별

32) 제4조(국가 등의 책무) 국가와 지방자치단체는 교통약자가 안전하고 편리하게 이동할 수 있도록 교통수단과 여객시설의 이용편의 및 보행환경 개선을 위한 정책을 수립하고 시행하여야 한다.

금지 위반이 될 것이다.

다만 제2항 이하 이외의 이동·교통수단 등에서의 차별행위를 인정한다 할지라도 양자는 차별의 입증책임에 있어 그 차이를 가지게 된다. 법 제 47조는 차별행위의 입증책임과 관련하여, 차별행위가 있었다는 사실은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자에게, 차별이 아니라거나 정당한 사유가 있었다는 점은 차별행위를 당하였다고 주장하는 자의 상대방에게 배분하고 있다. 이와 관련하여 제19조 제2항 이하의 사실은 그 사실이 있었다는 것을 증명하는 것만으로 그 차별행위의 입증이 가능하게 된다. 예를 들어 버스가 시각장애인의 안내견 탑승을 거부하거나 추가요금을 받는다고 한다면, 이는 제19조 제2항 혹은 제3항에 규정된 행위이므로 차별행위를 주장하는 자로서는 그 사실이 있었다는 것만을 적시하면 족하며, 그것이 왜 차별인지 설명할 필요는 없다. 하지만 제2항 이하의 사실에 관하여 차별행위라고 주장할 경우에는 i)그 사실의 존재 뿐 아니라 ii)그 사실이 제 4조 제1항 각 호의 차별행위 중 어디에 해당하는지를 입증하여야 할 것이다. 입증에 있어서는 차별행위가 작위적 행위라면 그 행위가 비장애인과 비교하여 장애인에 대한 제한·배제·분리·거부에 왜 해당하는지를, 차별행위가 정당한 편의제공 거부와 같은 부작위적 행위라면 요구했던 편의가 왜 정당한 편의인지 밝힐 필요가 있다.

또한 법 제49조는 차별행위를 한 자에 대한 처벌을 규정하며 그 행위의 악의성을 요구하는데³³⁾, 제2항 이하의 차별행위와는 달리 제1항의 차별행위와 관련하여서는 그 악의의 인정이 엄격해질 필요가 있다. 차별에 대한 민감성의 차이로 인해 열거되지 않은 행위에 대해서, 행위자는 그 행위가 차별행위에 해당한다는 인식조차 없었을 가능성이 있기 때문이다.³⁴⁾ 하지만 이것이 차별에 관한 인식이 없었다면 악의가 탈락된다는 의

33) 제49조(차별행위) ①이 법에서 금지한 차별행위를 행하고 그 행위가 악의적인 것으로 인정되는 경우 법원은 차별을 한 자에 대하여 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처할 수 있다. ②제1항에서 악의적이라 함은 다음 각 호의 사항을 고려하여 판단하여야 한다. 1. 차별의 고의성 2. 차별의 지속성 및 반복성 3. 차별 피해자에 대한 보복성 4. 차별 피해의 내용 및 규모

미는 아니다. 법 제49조 제2항이 규정하는 4가지 요소는 악의성 판단의 고려요소이지 성립요건이 아니다. 따라서 설령 행위자가 자신의 행위가 차별행위에 속함을 몰랐다 할지라도, 그 행위가 지속적이고 반복되어 왔으며 피해가 크다면 악의성은 인정될 수 있게 된다. 또 주의하여야 할 것은 이것이 제2항 이하의 차별행위에 포섭되지 않는 제1항의 차별행위로 인한 처벌이 엄격해야 한다는 의미일 뿐이며, 차별행위의 성립요건으로 악의성이 필요하다는 것은 아니다. 「장애인차별금지법」상 차별 여부 판단에 그 행위자의 동기나 의도는 고려요소가 아니기 때문이다.³⁵⁾

V. 대상판결의 검토

1. 대상판결 논지에 관한 검토

(1) 「장애인차별금지법」상의 차별은 장애인-비장애인 간 차별로 한정되는가?

장애인-비장애인 간 차별이 있어야 「장애인차별금지법」상 차별이 발생한다는 생각은 다른 차별금지법에서의 차별 여부 판단구조가 「장애인차별금지법」에서도 일률적으로 적용되어야 한다는 전제에서 생긴다. 하지만 「장애인차별금지법」에서는 장애인의 실질적 자유 확보를 위해 정당한 편의제공 거부를 차별행위의 하나로 규정하고 있으며, 정당한 편의제공 거부는 일반적인 차별행위와는 다르게 부작위적 차별행위에 해당한다. 이러한 부작위적 차별행위는 앞에서 살펴본 바와 같이 일반적인 차별판단에서 행해지는 비교대상 확정이라는 절차가 불가능할뿐더러 불필요하다. 부작위적

34) 김지혜는 대부분의 사람들이 평등이라는 대원칙에 동의하고 차별에 반대하면서도, 애초에 비장애인에게 유리하게 설계된 속도와 효율성 덕에 차별적인 태도가 무의식적으로 도출된다고 한다(김지혜, 「선량한 차별주의자」, 창비, 2019, 45-46/365면(전자책)).

35) 이달휴, “장애인차별금지법상의 차별과 판단-노동영역을 중심으로”, 『노동법논총』 제15권, 한국비교노동법학회, 2009, 190면.

차별행위에서 차별 여부는 비장애인이라는 비교 대상이 아니라 (행정청이 행위의 주체라면) 사회복지서비스의 형태로 나타나는 편의제공 정도에 직접적으로 관여되는데, 타인과의 비교를 통한 평등은 급부의 적정성을 담보하는 객관적 지표가 될 수 없기 때문이다.³⁶⁾ 따라서 「장애인차별금지법」상의 차별은 장애인-비장애인 간 차별로 한정된다는 대상판결의 논지는 옳지 못하다.

(2) B시장의 거부처분은 재량권 남용이 없는 행위인가?

「장애인차별금지법」상의 정당한 편의제공은 차별금지 영역과 복지행정 영역이라는 이중적 영역에 걸쳐있다. 일반적으로 복지행정은 그 특수성으로 인해 행정청에게 광범위한 재량을 인정하고 있다. 대상판결 역시 해당 사건의 조례를 포괄적 규정으로 보고 B시장은 위 조례에 해당하는 사람을 구체적으로 정하기 위한 기준을 정할 수 있다고 하였다. 그리고 휠체어 이용 여부를 그 기준 중 하나로 삼은 것에 대해, 이는 특별교통수단의 취지, 다른 지방자치단체의 사례 등에 비추어 B시장의 합리적 재량 범위 내로 보아 재량권 남용이라고 볼 수 없다고 하였다. 대상판결은 이 사건 장애인복지콜택시의 이용을 급부행정이며 수익적 행정행위라고만 파악하고 있는 듯하다. 급부행정법규의 경우에는 위임입법의 구체성 및 명확성의 요구 정도가 완화되어 해석되어야 하며,³⁷⁾ 이 사건에서와 같이 명시적 위임이 없어도 그 구체적인 기준을 행정청이 수립하여 시행할 수 있는 것으로 보인다.

하지만 「장애인차별금지법」상의 정당한 편의제공은 생활권 뿐 아니라

36) 김희성, “장애인에 대한 사회복지서비스와 평등”, 『사회법연구』 제40호, 한국사회법학회, 2020, 211면.

37) 헌법재판소 1991.2.11. 선고, 90헌가27 결정, 1994.7.29. 선고, 92헌바49·52(병합) 결정 등. 하지만 헌법재판소의 이러한 표현에 대해 김진곤은 비판적인 입장을 취하고 있다. 대한민국 헌법에서는 사회적 기본권을 구체적으로 열거하고 있기에 입법자의 형성의무가 위임입법을 통해 약화되어서는 안 된다는 것이다(김진곤, “사회보장법영역에서 포괄위임입법금지원칙의 적용과 그 한계”, 『사회보장법학』 제3권 제1호, 한국사회보장법학회, 2014, 67면).

자유권에 중첩되는 사항이다. 따라서 정당한 편의제공은 그 여부에 따라 수익적 행정행위와 침해적 행정행위라는 양면성을 가진다. 정당한 편의제공이 이루어진 경우에는 수익적 행정행위로 해석되겠지만, 정당한 편의제공이 이루어지지 않는 경우에는 「장애인차별금지법」상 차별로 해석되어 침해적 행정행위로 해석되는 것이다. 따라서 「장애인차별금지법」상의 정당한 편의제공의 제한은 침해적 행정행위로서 엄격한 법적 기속을 받게 된다.

살피건대 B시장이 근거로 삼은 홈페이지상의 ‘장애인복지콜택시 이용안내’는 상위 법령의 근거가 없는 사실행위에 불과하며, 위 안내의 ‘휠체어 이용자’라는 기준을 이 사건의 조례에서 예측하기는 불가능해 보인다. 따라서 위 기준의 설정을 합리적 재량 범위 내라고 본 법원의 판단 역시 부당하다.

2. 사건의 재검토

대상판결의 논리가 부당하다면 이 사건은 어떻게 검토되어야 할까? 이 하에서는 본문에서 행한 논의들을 활용하여 이 사건을 검토하기로 한다.

(1) 차별행위성 검토의 위치

먼저 장애인복지콜택시 제공 거부의 차별행위성이 검토되어야 하는 위치가 「장애인차별금지법」상 어디인지 살펴볼 필요가 있다. 장애인복지콜택시는 이동 및 교통수단에 해당하기는 하지만 제19조 제4항이 문제되지는 않는다. 같은 조 제8항은 제4항을 적용함에 있어 적용대상의 범위 및 정당한 편의의 내용 등을 대통령령으로 정하도록 하고 있다. 같은 법 시행령 제13조 제2항은 정당한 편의의 내용에 관해 「교통약자법 시행령」별표2를 따르도록 하고 있는데, 별표 2의 내용에는 장애인복지콜택시는 기술되어있지 않기 때문이다.

결국 이 사안이 문제되는 위치는 「장애인차별금지법」 제19조 제1항이

며, 이에 따라 장애인복지콜택시의 이용 거부가 제4조 제1항 제3호(“정당한 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의 제공을 거부하는 경우”)에 해당하는지를 검토할 필요가 있다.

(2) 장애인복지콜택시가 정당하게 제공되어야 하는 편의인지 여부

「장애인차별금지법」 제4조 제1항 제3호에의 해당 여부를 따지기 위해 선행되어야 할 것은 장애인복지콜택시가 정당하게 제공되어야 하는 편의인지에 관한 검토다.

1) 장애인에게 제공되어야 하는 편의인지 여부

「교통약자법」은 시장이나 군수로 하여금 이동에 심한 불편을 느끼는 교통약자의 이동편의를 위하여 특별교통수단을 운행하도록 의무를 지우고 있으며(제16조 제1항), 그 운영에 필요한 사항은 해당 지방자치단체의 조례로 정하도록 하고 있다(제16조 제8항). 여기서의 ‘특별교통수단’이란 이동에 심한 불편을 느끼는 교통약자의 이동을 지원하기 위하여 휠체어 탑승설비 등을 장착한 차량을 말한다(제2조 제8호). 또 특별교통수단을 이용할 수 있는 교통약자의 범위, 특별교통수단으로 운행되는 차량의 종류, 특별교통수단에 장착하여야 하는 탑승설비의 구조·재질 및 성능 등에 관한 규격 및 기준은 국토교통부령으로 정하도록 하였다(제16조 제7항). 국토교통부령인 이 법 시행규칙 제6조는 특별교통수단의 종류 중 하나로 “현재 위치에서 목적지까지의 이동을 지원하는 차량”을 규정하고 있으며(제2항 제1호), 특별교통수단에는 교통약자가 휠체어를 탄 채 승차할 수 있는 휠체어 리프트 또는 휠체어 기중기 등의 승강설비, 휠체어 고정설비 및 손잡이를 설치하도록 하고 있다(제3항). 이에 따르면 이 사건의 장애인복지콜택시는 「교통약자법」이 예정하고 있는 편의에 해당한다.³⁸⁾

38) 이해를 돕기 위해 설명을 덧붙이자면 「교통약자법」이 예정하는 편의라 하여 모두 「장애인차별금지법」 제19조 제4항의 문제가 되는 것이 아니다. 본문에서도 기술했지만 「장애인차별금지법」 제19조 제8항은 제4항을 적용함에 있어 적용대상의

2) A에게 정당하게 제공되어야 하는 편의인지 여부

앞서 기술한바와 같이 「교통약자법」 제16조 제7항은 특별교통수단을 이용할 수 있는 교통약자의 범위를 국토교통부령으로 정하고 있다. 이에 따라 같은 법 시행규칙 제6조 제1항은 그 범위를 각 호로 정하고 있는데³⁹⁾ 제3호에서는 지방자치단체의 조례로 그 교통약자를 추가하여 정하도록 하고 있다. 이 사건의 A의 경우 뇌병변 3급의 장애인으로 제1호 및 제2호의 범위에는 포함되지 않아, 제3호에 따라 조례의 확인이 필요하다.

이 사건의 「B시 교통약자의 이동편의 증진에 관한 조례」 제14조 제2항은 각 호로 「교통약자법 시행규칙」 제6조 제1항 제3호로 위임된 사항을 정하고 있었다. 이에 따르면 그 범위는 65세 미만자로서 버스·지하철 등의 이용이 어려운 심신 허약자 또는 병약자(제1호), 제1호 외에 교통약자 중 혼자서 외출하거나 이동할 때 버스·지하철 등의 이용이 어려운자 등(제2호) 뿐 아니라 그 외 규칙으로 정하는 자(제3호)로까지 넓게 보았다. 이 사건의 사실관계에 따르면 A는 보행장애가 있어 자주 쓰러지기 때문에 보조인의 부축을 받지 아니하면 걸을 수 없는 상태에 있었다. 이는 위 조례 제1호에는 해당되지 않는다고 하더라도 제2호에는 해당된다고 해석함이 타당하다.⁴⁰⁾ 따라서 장애인복지콜택시는 A에게 제공되어야 할 정당

범위 및 정당한 편의의 내용 등을 대통령령으로 정하도록 하고 있으며, 법 시행령 제13조 제2항은 정당한 편의의 내용에 관해 「교통약자법 시행령」 별표2를 따르도록 하고 있는데, 별표 2의 내용에는 장애인복지콜택시는 기술되어있지 않기 때문이다. 이에 따라 제19조 제4항의 위반 문제는 탈락되었기에 제19조 제1항의 문제를 살펴보고 있는 것이다.

39) 제6조(특별교통수단의 이용대상자 등) ① 법 제16조제7항에 따라 특별교통수단을 이용할 수 있는 교통약자의 범위는 다음과 같다.

1. 「장애인복지법 시행규칙」 제28조제1항에 따른 보행상의 장애인으로서 같은 규칙 별표 1에 따른 장애의 정도가 심한 장애인으로서 버스·지하철 등의 이용이 어려운 사람
2. 65세 이상의 사람으로서 버스·지하철 등의 이용이 어려운 사람
3. 제1호 및 제2호에 해당하는 교통약자에 준하는 사람으로서 지방자치단체의 조례로 정하는 사람
4. 제1호부터 제3호까지에 해당하는 교통약자를 동반하는 가족 및 보호자

40) 국가인권위원회 2018.11.12. 의결 18진정0059100 결정 또한 A가 제2호의 범위에

한 편의라고 보아야 한다.

(3) 정당화 사유가 존재하는지 여부

조례를 통한 장애인복지콜택시의 이용 대상자임이 확인되었으나 그 이용을 거부하였다면 이는 「장애인차별금지법」 제4조 제1항 제3호의 정당화 사유 없이 장애인에 대하여 정당한 편의제공을 거부하는 경우로서 차별행위에 해당한다. 하지만 같은 법 제4조 제3항의 정당화사유가 존재한다면 이는 차별로 되지 아니한다. 따라서 B시장의 이용 거부 행위에 이러한 정당화사유가 인정되는지 살펴볼 필요가 있다.

B시장의 편의제공 거부는 장애인복지콜택시의 운영을 위한 자체 기준에 따른 것이었으며, 이 기준은 <표 3>과 같이 B시 홈페이지에 ‘장애인복지콜택시 이용안내’로 게시되었다. 이 게시물에 나와있는 ‘휠체어 이용자’라는 기준이 「장애인차별금지법」 제4조 제3항에 해당될 수 있는지 판단하기 위해 그 제정 목적을 살필 필요가 있다. 이와 관련하여서는 대상 판결에 기록되지 아니하여서 동일한 사안으로 제기된 국가인권위원회 결정문의 피진정인의 주장을 옮기도록 한다.

<표 3> B시 홈페이지 상 장애인복지콜택시 이용안내

이용대상 및 등록방법	
등록대상	제출서류
등록장애 1~2급 지체장애 1~3급	장애인 증명서 또는 복지카드 앞,뒷면 복사본
국가유공자 1~3급	국가유공자증
휠체어 이용자 (3개월 단기등록)	휠체어 이용자의 경우 “휠체어 없이 거동이 불가하다”는 의사 소견서 제출자에 한함. (등록일로부터 3개월 / 휠체어 탑승 필수) 단, 휠체어 등록자 중 65세 이상 고령자(장기요양 1,2급 대상자)일 경우 장기요양인정서 제출 시 장기요양인정서 유효기간까지 연장 가능

포함된다고 판단하였다.

“B시의 장애인복지콜택시 탑승대상자는 약 10,100명이며 자주 이용하는 사람은 2,500명 내외이다. 진정인과 같은 3급 장애인이 약 4,000여명이고 이들 모두가 저렴한 요금의 특별교통수단 이용 욕구가 있지만 대체로 중증장애인을 위해 이용을 자제하고 있는 실정이다. 그럼에도 여전히 휠체어 사용자 이용대기시간이 60~90분이 길어짐으로 인해 불만이 가중되고 있다.

이용자격을 검토할 때 장애상태에 대한 객관적 검증은 의사소견서가 유일하며 주관적 주장에 대해 판단할 기준이 없기 때문에 휠체어 이용자인지 여부를 기준으로 하고 있다. 이것은 오랜 기간 이용 장애인들이 합의를 통해 만든 기준이며, 휠체어를 이용하지 않는 장애인의 탑승이 목격될 경우 중증장애인들의 내부민원을 감당하기 어렵다. 1·2급 장애인일지라도 휠체어 이용자가 아닐 경우 특별교통수단을 이용하지 못하게 하도록 중증장애인들로부터 꾸준히 요구받고 있다.

진정인이 제출한 소견서에는 휠체어 이동이 필요하다고 표현되어 있으나 진정인이 휠체어 이동을 거부하고 있는 상황이라면, 해당 의사소견서가 신뢰할만한 것인지 의문이 든다.

만일 본 건 진정을 통해 진정인에게 특별교통수단 이용을 허용한다면, 중증장애인 등 다수 장애인들은 진정인이 특혜를 받은 것으로 생각하여 상당한 저항을 할 우려가 있고, 이는 중증장애인에 대한 역차별이 될 수 있다. 지금이라도 진정인이 본인의 주장을 접고 휠체어 이동을 할 경우 즉시 탑승이 가능하다.”⁴¹⁾

위 B시장의 주장을 요약한다면, 원고 A 역시 장애인복지콜택시의 이용 대상자에는 포함이 되지만 A와 같은 장애인에게도 특별교통수단을 이용하도록 허용한다면 휠체어 사용자의 대기시간이 더 길어지기에, 이용자 전체를 위해 A에게 그 이용을 허용할 수는 없다는 것이다. B시장의 주장을 간단히 하자면 ‘장애인복지콜택시의 효율적인 운영’이다.⁴²⁾

하지만 이 효율적인 운영은 「장애인차별금지법」 제4조 제3항의 정당화 사유 어디에도 해당되지 않는다. A에게 장애인복지콜택시 이용을 제공한

41) 국가인권위원회 2018.11.12. 의결 18진정0059100 결정문 2-3면.

42) 위 국가인권위원회 결정문 7면에서도 휠체어 사용자라는 추가적 요건 설정의 목적을 ‘운영 효율화’에 있다고 파악하고 있다.

다고 해도 B시에게 있어 과도한 재정적인 부담이 가중되는 것도 아니며 장애인복지콜택시 운영에 있어 현저히 곤란한 사정이 발생하는 것도 아니다(제1호). 또한 A에게 장애인복지콜택시 이용을 금지하는 것이 그 사업 수행의 성질상 불가피한 경우에 해당되는 것 역시 아니다(제2호). 따라서 B가 A에 대해 장애인복지콜택시 이용 신청을 거부한 것은 「장애인차별금지법」이 금지하는 차별행위에 해당된다고 볼 것이다.

VI. 보론 : 2심판결의 내용

2020. 12. 3. 수원고등법원에서 대상판결의 항소심 판결(사건번호 2020나13522)이 선고되었다.⁴³⁾ 항소심은 피고 B시장의 장애인복지콜택시 이용 거부처분의 위법성을 인정하고 300만원의 위자료를 인정하였다. 항소심의 결론에는 찬성하나, 「국가배상법」에 따른 손해배상이 주된 논점이 되어 「장애인차별금지법」상 정당한 편의제공 거부가 다루어지지 않은 것에는 아쉬움이 남는다. 항소심 판결의 주요한 내용을 살펴본다면 아래와 같다.

(1) 원고의 주장

원고 A는 항소심에서 OO 시내버스(피고 B시장으로부터 위탁받아 장애인복지콜택시를 운행하는 교통사업자)가 장애인복지콜택시를 제공하지 않은 행위는 「장애인차별금지법」에서 금지하는 이동 및 교통수단 등에서의 장애인 차별행위에 해당하고 이로 인하여 원고는 정신적 고통을 입게 되었으므로, 선택적으로 「장애인차별금지법」 제46조 제1항 또는 「국가배상법」 제2조 제1항에 따라, 피고 B는 원고에게 위자료 5백만 원 및 이에 대한 지연손해금을 지급할 의무가 있다고 주장하였다.

⁴³⁾ 논문 투고 이후 심사기간 동안에 항소심판결이 선고되었기에, 보론으로 간단히 소개하기로 한다.

원고의 항소심 주장에서 1심과의 차이점 몇 가지를 발견할 수 있다. 첫째는 장애인복지콜택시 제공 거부 행위자를 B시장이 아닌 B시장의 공무수탁사인인 OO시내버스로 삼은 것이며, 둘째는 1심이 판결의 주요한 이유로 삼았던 휠체어 이용 장애인과의 차별이라는 주장을 제외했으며, 셋째는 「장애인차별금지법」 제46조 제1항 뿐 아니라 「국가배상법」 제2조 제1항에 의한 손해배상을 선택적으로 청구했다는 것이다.

(2) 항소심의 판단

항소심 판단의 가장 큰 특이사항은 먼저 「국가배상법」 제2조 제1항에 의한 손해배상으로 3백만 원을 인용한 후, 「장애인차별금지법」 제46조 제1항에 따른 손해배상청구에 관해서는 선택적 청구 관계인 국가배상법에 따른 손해배상청구 중 인용되지 않은 부분(200만원)에 대해서만 판단하였다는 점이다. 그리고 원고의 주장과 같이 피고가 원고에게 장애인차별금지법 제46조 제1항에 따라 위자료를 배상해야 한다고 하더라도, 앞서 본 바와 같은 위자료 산정에 관한 사정들을 고려하여 볼 때, 이로 인하여 피고가 원고에게 배상해야 할 위자료를 3백만 원을 초과하여 인정할 수는 없다고 하였다.

위와 같은 판단 순서에도 불구하고 항소심은 「국가배상법」 제2조 제1항에 의한 손해배상 판단에 있어 그 근거를 아래와 같이 공무수탁사인인 OO시내버스의 「장애인차별금지법」 제19조 제1항 위반으로 삼고 있다.

“장애인차별금지법 제19조 제1항에는 “교통약자법 제2조 제5호 및 제6호에 따른 교통사업자 및 교통행정기관은 이동 및 교통수단 등을 접근·이용함에 있어서 장애인을 제한·배제·분리·거부하여서는 아니 된다.”라고 규정하고 있다. 앞서 본 바와 같이 원고는 교통약자법 및 그 시행규칙과 피고 조례에 따라 특별교통수단인 이 사건 택시의 이용대상자에 해당하므로 교통사업자인 OO시내버스는 장애인으로서 그 이용대상자인 원고가 그 교통수단을 이용하는 것을 거부하여서는 아니 됨에도, 2017. 7. 24.부터 2019. 8. 30.까지 사이에 정당한 사유 없이 원고

에 대하여 이 사건 택시의 제공을 거부함으로써 위와 같은 장애인차별 금지법의 규정을 위반하였다.”⁴⁴⁾

또 항소심은 장애인복지콜택시의 운행이 「장애인차별금지법」 제4조 제4항에서 규정하는 ‘적극적 조치’에 해당한다고 볼 여지는 있다고 하면서도 1심판결과 달리 그 적용을 아래와 같이 제한하였다.

“장애인차별금지법 제4조 제4항의 취지는, 그 적극적 조치에 있어 그 대상자의 범위가 일부로 한정된다고 하더라도 이를 그 대상자에 포함되지 않은 장애인에 대한 차별로 보지는 않는다는 것일 뿐이고, 장애인차별금지법 또는 다른 법령에서 취하는 적극적 조치의 대상자에 포함된 장애인에 대하여 정당한 사유 없이 그 적극적 조치의 실시를 거부하는 행위까지 위 조항에 따라 차별로 보지 않는 것으로 해석할 수는 없으므로, 피고의 위와 같은 주장도 받아들일 수 없다.”⁴⁵⁾

* 투고일 2020.11.24. / 심사개시일 2020.12.15. / 게재확정일 2020.12.20.

44) 항소심 판결.

45) 항소심 판결.

참고문헌

- 국가인권위원회, 『장애인차별금지법 이행 가이드라인』, 2009
- 김명수, “장애인차별금지법의 제정배경과 개선방안”, 『홍익법학』 제20권 제1호, 홍익대학교 법학연구소, 2019
- 김영택, “비정규직 차별시정제도의 실효성 연구”, 『노동법학』 제65호, 한국노동법학회, 2018
- 김지혜, 『선량한 차별주의자』, 창비, 2019
- 김진곤, “사회보장법영역에서 포괄위임입법금지원칙의 적용과 그 한계”, 『사회보장법학』 제3권 제1호, 한국사회보장법학회, 2014
- 김창조/손윤석, “국민기초생활보장법상 최저생계비 결정에 있어서 행정재량의 통제”, 『법학논고』 제37집, 경북대학교 법학연구원, 2011
- 김홍엽, 『민사소송법』 제4판, 박영사, 2013
- 김희성, “장애인에 대한 사회복지서비스와 평등”, 『사회법연구』 제40호, 한국사회법학회, 2020
- 박자경, “장애인차별 외국사례 검토”, <한국장애인고용공단 고용개발원 수시과 제보고서 08-07>, 2008
- 박찬운, “인권법의 개념 정립과 로스쿨에서의 교육방법에 대한 소고”, <로스쿨과 공익인권 교육 이론적·현실적 접근> 심포지엄 자료집(2008.5.30), 국가인권위원회
- 심재진, “장애인차별금지법상 차별로 보지 않는 정당한 사유의 의미와 구제수단으로서의 적극적 조치”, 『노동법학』 제57호, 한국노동법학회, 2016
- 오욱찬 외, 『장애인 근로자에 대한 정당한 편의제공 의무와 공적 편의 지원 방안 연구』, 한국보건사회연구원, 2018
- 유동철, “장애인 차별철폐와 사회권 보장 방안”, 『비판사회정책』 제20호, 비판과 대안을 위한 사회복지학회, 2005
- 유동철 외, 『장애인 인권 길라잡이』, 국가인권위원회, 2014
- 이달휴, “장애인차별금지법상의 차별과 판단-노동영역을 중심으로.”, 『노동법논총』 제15권, 한국비교노동법학회, 2009
- 이숙진, “차별금지 관련 법률의 부정합성”, 『경제와 사회』 제84호, 비판사회학회, 2009

- 이현석, “사회보장행정법상 행정제량의 관한 소고”, 『공법학의 제문제(김영훈교수 화갑기념논문집)』, 법문사, 1995
- 장애인법연구회, 『장애인차별금지법 해설서』, 나남, 2017
- 장영수, 『헌법학』 제12판, 홍문사, 2020
- 전광석, “장애인차별금지법의 제정 방향”, 『장애와 고용』 제53권, 한국장애인고용공단 고용개발원, 2004
- 전광석, 『한국사회보장법론』 제11판, 집현재, 2016
- 전광석·박지순·김복기, 『사회보장법』 제5판, 신조사, 2018
- 정영진, “「장애인차별금지 및 권리구제에 관한 법률」의 차별금지 형성방안에 관한 연구”, 『법과정책』 제24권 제1호, 제주대학교 법과정책연구소, 2018

<Abstract>

Refusing to provide legitimate convenience and
Justifiable grounds on the Act on the Prohibition
of Discrimination against Disable Persons
— Comment on Suwon District Court 2019KaHab404160
(2020. 2. 20.) —

Yang, Seunggwang*

The ruling was widely reported not only in the newspapers but also in the TV news in February 2020. The start of the case was that A with walking disabilities applied for the use of welfare taxis for the disabled, but Mayor B, the head of the local government, refused it on the grounds that A does not use wheelchairs. The National Human Rights Commission of Korea decided that this case constitutes an act of restricting, excluding, separating, or rejecting persons with disabilities in accessing and using transportation, etc. under Article 19 (1) of the Act on the Prohibition of Discrimination against Disable Persons(APDDP). A filed a claim against B for damages caused by discriminatory acts under APDDP, but the court rejected A's claim. The logic was that discrimination between the disabled and the disabled was not prohibited by APDDP. What was noted in the media reports at the time was this logic of the grand decision rather than the conclusion.

What the article says is that the ruling does not understand the

* Sungkyunkwan University, Doctor of Philosophy in Law

discriminatory acts prescribed by APDDP. APDDP adds the refusal to provide legitimate convenience as an act of discrimination in addition to direct and indirect discrimination prescribed by other discriminatory laws. The refusal to provide legitimate convenience is different from the other two distinctions. It is not necessary to make a direct comparison with the non-disabled in order to determine whether to refuse to provide legitimate convenience. This article will review the case of this ruling again after analyzing the characteristics of APDDP and the structure of Article 19 of this Act.

Key Words: the Act on the Prohibition of Discrimination against Disable Persons, the refusal to provide legitimate convenience, act of discrimination, justifiable grounds, the Act on Welfare of Persons with Disabilities