

성차별에서 나타나는 고정관념에 관한 분석

— 유럽인권법원 판례 Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal
분석을 중심으로 —

전 형 준*

목차

I. 서론

III. 결론

II. 본론

I 국문초록

유럽인권법원(European Court of Human Rights)의 Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal 판례(이하 'Carvalho 판례'라고 한다.)는 성 고정관념이 전 통이라는 이름으로 성차별에 어떻게 영향을 주고 있는지 잘 보여주고 있다. 유럽인권법원의 Carvalho 판례는 고정관념이 법원의 판결에 있어서 어느 정도의 역할을 하는지, 그리고 사법적 결정에 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 보여준다는 점에서 분석의 의의가 있다. 성 고정관념은 종종 차별 사례에서 보조적인 역할을 한다. 국가와 법원이 고정관념에 바탕을 두고 판단하는 것은 차별의 악순환을 만든다. 불평등한 대우를 정당화하는 것은 고정관념적인 가정에 기초하고 있으며 정상적인 것으로 간주되기 쉽다. 편견을 언급함으로써 사람들로부터 추정된 정상성에서 벗어날 수 있는 가능성을 박탈당하게 되고, 이러한 정상성은 더욱 강화될 뿐이다. 유럽인권법원은 과거에 비

* 철학박사, 독일 Erlangen-Nürnberg University 법철학 전공, Post Doctoral Researcher.
E-mail: doctorjun71@gmail.com

논문접수일 : 2023. 1. 16., 심사개시일 : 2023. 2. 14., 게재확정일 : 2023. 2. 21.

교 가능성 테스트를 생략하고 고정관념에 더 집중한 것도 사실이나 충분한 것은 아니었다. 오히려, 유럽인권법원은 성 고정관념의 폐해를 드러내기 위해 더욱 적극적인 자세를 취해야 한다. 고정관념을 완전히 없애는 것은 가능하지도 않고 바람직하지도 않지만, 무해한 일반화와 위험한 고정관념을 구별해야 한다. 또 다른 문제는 유럽인권협약 제14조 차별 금지 조항으로 인해 유럽에서는 공개적이고 직접적인 차별이 드물다는 것이다. 차별에 대한 포괄적인 보호를 보장하기 위해 유럽인권법원은 무엇보다도 직접적으로 인식할 수 없는 더 복잡한 형태의 차별의 존재를 고려해야 한다. “반고정관념 접근법”은 차별의 기초가 되는 고정관념을 식별하는 방법을 제공한다. 사법 분야에서 편견을 전통이나 문화적 요소로 인식하지 않고 고정관념을 고착화하지 않도록 노력할 필요가 있다.

성 평등은 유럽뿐만 아니라 전세계적으로 더 이상 미룰 수 없는 주제이며 따라서 체계적인 성차별의 원인을 해결하는 데 전념해야 할 것이다. 고정관념의 위험성을 강조하여 그들의 영향뿐만 아니라 이미 그들의 존재와 확산에 대응하도록 법원의 적극적인 역할이 필요하다.

주제어 : 성 고정관념, 비교가능성심사, 반(反)고정관념 접근법, Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal 사건, 유럽인권협약 제14조, 유럽인권법원의 판례 분석

I. 서론

“남자들은 생계를 책임지고 여자들은 집안일을 돌본다.”¹⁾ 성 고정관념에 관한 이와 같은 명제는 구시대적 가치임에 틀림없지만 여전히

1) Timmer, Alexandra / Peroni, Lourdes: Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases; in: Stereotypes and Human Rights Law, hrsg. v. Alexandra Timmer und Eva Brems, 1. Auflage, Cambridge 2016, p. 55.

히 많은 국가와 사회에서 강력한 영향력을 가지고 있다. 이러한 고정관념(stereotype)을 통하여 사회는 남성과 여성에게 어떠한 특징을 갖도록 유도한다.²⁾ 종종 성별의 특성에 관한 이러한 가정은 어린 시절에 이미 습득되어 자동적으로 수행되기도 한다.³⁾ 더군다나 사회 환경과 미디어 세계는 이러한 고정관념을 공고히 하는 데 있어서 특히 중요한 역할을 한다.⁴⁾ 이러한 이유로 우리 삶에서 어느 정도 고정관념은 피할 수 없는 것이라고 할 수 있다. 그러나 법원의 판결은 사회에 미치는 파급력을 고려할 때 사회적 폐해를 가져오는 고정관념의 불식을 위해 노력해야 할 것이다. 더군다나 법원의 판결이 특정한 고정관념에 기대어 약자에 관한 판결에 임한다면 이는 심각한 사회 문제를 가져올 수 있다.

유럽인권법원(European Court of Human Rights)의 *Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal* 판례(이하 ‘Carvalho 판례’라고 한다.)는 전통적 가치에 바탕을 둔 성 고정관념이 성차별에 어떻게 영향을 주고 있는지 잘 보여주는 판결 중 하나이다. Carvalho 판례는 고정관념이 법원의 판결에 있어서 어느 정도의 역할을 하는지, 그리고 사법적 결정에 어떤 영향을 미칠 수 있는지를 보여준다는 점과 아울러 성차별과 관련한 논의가 활성화되고 있는 우리나라의 현실에 비추어 볼 때 분석의 의의가 있다고 볼 수 있다.

이 논문은 성차별과 관련된 판례에서 고정관념이 어떠한 영향을 미치는지 설명하고, 법원이 이러한 사안에 어떻게 접근해야 하는지에 관한 해결책과 대안을 제시하는 데에 그 목표가 있다. 이를 위해

2) Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen; in: Handbuch Frauen und Geschlechterforschung, hrsg. v. Ruth Becker und Beate Kortendiek, 2. Auflage, 2008, p. 171.

3) *ibid.*, p. 171.

4) *ibid.*, p. 173.

우선 유럽인권법원이 성차별 사례에서 차별을 인지하고 확립하는데 적용하는 일반적인 원칙 및 접근 방식을 논의할 필요가 있다. 이어서 성차별 사례에서 고정관념의 부정적 영향을 조명하고 이른바 ‘반(反)고정관념 접근법(Anti-stereotyping approach)’⁵⁾을 대안으로 소개할 것이다. 성차별을 초래하는 고정관념의 부정적인 영향을 제대로 이해하고 분석하는 것은 성차별을 극복하고 성평등을 달성해 나가는 데 있어서 무엇보다 중요한 역할을 수행할 수 있기 때문이다.

II. 본문

Carvalho 판례는 청구인이 성에 근거한 차별적인 대우를 받았고 그 과정에서 성에 관한 고정관념이 중요한 작용을 하였다고 평가받는 사례이다. 이러한 이유로 성차별과 고정관념의 관계를 이해하는데 있어 매우 중요한 판례로 받아들여진다. 이 판례에서 중요하게 살펴볼 사항 중 하나는 유럽인권법원이 차별심사에서 중요한 도구로 사용하고 있는 ‘비교가능성 심사’에 관하여 논의이다.

1. Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal 사건 개요

청구인 Carvalho Pinto de Sousa Morias(이하 ‘청구인’이라 한다.)은 포르투갈인 여성으로 바르톨린염이라는 질병을 진단을 받았고, 50세에 왼쪽 바르톨린샘을 제거하는 수술을 받았다. 그러나 수술 도중

5) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 709.

의사의 과실로 청구인의 왼쪽 치골 신경이 손상되어 청구인은 심한 통증을 느끼고 질에 감각을 잃게 되었다. 게다가, 그 수술의 결과로, 그녀는 요실금으로 고통을 받았고, 걷고 앉는 것에 어려움을 겪었으며, 더 이상 성관계를 가질 수 없었다. 이로 인하여 청구인은 자살 충동을 겪었고, 친구와 가족들과의 만남을 피하게 되었으며 심각한 우울증을 겪게 되었다. 청구인은 손해배상을 받기 위해 리스본 행정 법원에 소송을 제기하였는데, 법원은 중앙리스본병원이 청구인에게 비금전적 손해에 대한 80,000유로와 가정부 비용에 대한 16,000유로를 배상할 것을 판결하였다.⁶⁾ 이에 중앙리스본병원은 항소하였지만 항소는 기각되었고 판결은 확정되었다. 법원은 해당 판결에서 이하와 같이 판시하고 있다.

“[...] 그녀의 자녀들의 나이를 고려할 때, 그녀[원고]는 남편[...]을 돌보기만 하면 되었을 것이다.”⁷⁾

그리고, “[...] 수술 당시 원고는 이미 50세였고 두 아이를 낳았음을, 즉 성이 젊은 시절만큼 중요하지 않은 나이로 나이가 들수록 그 중요성이 감소한다는 것을 잊어서는 안 된다.”⁸⁾

재판부는 청구인이 남편을 돌보기만 하면 되기 때문에 상근 가사도우미를 고용할 필요가 없고, 더구나 이미 아이를 낳았고 청구인의 나이인 50세는 여성에게 있어서 성행위가 덜 중요해지는 나이에 해당한다고 판결하였다.⁹⁾ 이후 청구인은 리스본 법원이 그녀의 성별

6) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal, para. 7-16.

7) *ibid*, para. 15.

8) *ibid*, para. 15.

9) *ibid*, para. 15.

과 나이를 근거로 자신을 차별했으며 유럽인권협약 제8조와 관련하여 차별금지조항인 제14조를 위반하였다는 이유로 유럽인권법원에 제소하였다.¹⁰⁾ 유럽인권법원은 5 대 2의 투표로 차별이 존재한다고 판결하였다.

2. 유럽인권협약(European Convention on Human Rights)

제14조: 차별의 금지

유럽인권법원에서 평등권심사를 할 때 주로 비교가능성 심사를 하고 있으며 이러한 심사의 원천은 유럽인권협약 제14조라고 할 수 있다. 즉 비교가능성 심사를 통하여 차별금지 위반을 심사할 때 비교대상의 존재유무가 중요한 문제가 되는 것이다.

유럽인권협약 제14조는 다음과 같다.

“이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유는 성별, 인종, 색깔, 언어, 종교, 정치적 또는 다른 의견, 국가적 또는 사회적 기원, 민족적 소수자와의 연관성, 재산, 출생 또는 기타 지위와 같은 어떠한 이유에서도 차별 없이 보장되어야 한다.”¹¹⁾

“기타 지위”라는 용어를 사용함으로써, 제14조는 차별을 구성할 수 있는 기준의 전체 목록을 제공하지 않고 있다. 즉 유럽인권협약은 이에 대해 열거를 통한 제한을 두고 있지 않다는 것이다.¹²⁾ 또한 유럽인권협약 제14조에 따른 차별의 금지는 부수적인 권리이다.¹³⁾

10) *ibid*, para. 30.

11) 유럽인권협약 제14조.

12) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 309.

따라서 협약에 포함된 자유 중 하나가 영향을 받을 경우에만 차별의 인정이 가능하다. 이러한 제14조의 부수성으로 인하여 유럽인권법원이 차별에 해당하는 사례임에도 다른 조항의 위반을 발견하는 경우 제14조 위반 여부를 아예 판단하지 않는다는 점은 제14조와 관련된 문제점으로 지적되고 있다.¹⁴⁾ 제14조가 협약에 의해 보장된 권리와 관련하여서만 적용되어서¹⁵⁾ 협약에 명시되어 있지 않은 권리와 관련하여 차별이 발생하는 경우에는 제14조 적용이 어렵기 때문이다. 제14조에 대한 심사는 하나 이상의 자유권과 관련하여 진행되며, 이러한 맥락에서 잠재적 차별에 관한 심사는 관련 자유권 침해에 관한 심사 이후에 진행되는 경우가 많다.¹⁶⁾ 따라서 이미 관련 자유권 침해가 성립된 경우에는 차별금지에 대한 검토를 아예 생략하는 경우가 있다.¹⁷⁾

그러나, 다행스럽게도 유럽인권법원의 최근 몇 년 간의 판례 동향을 보면 차별 금지를 강화하고 제14조의 부수성은 완화하고자 하는 추세이다.¹⁸⁾ 자유권 보장의 규제범위가 열려 있는 한, 실제로 해당 자유권이 침해되지 않더라도 유럽인권협약 제14조를 적용할 수 있다는 논의가 이루어지고 있다.¹⁹⁾ 유럽인권법원은 유럽인권협약 제

13) Peters, Anne/ König, Doris: EMRK/GG - Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Gesetzschutz, Kapitel 21, hrsg. v. Oliver Dörr, Rainer Grote und Thilo Maruhn, 2. Auflage, 2013. 21장 참조.

14) Lee, Hyun Jung, Discrimination based on Sexual Orientation, Springer, 2021, pp. 79-80.

15) Bossuyt, Marc: International Human Rights Protection, 1. Auflage, 2016, p. 34.

16) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 307.

17) ibid, p. 307.

18) Peters, Anne/ König, Doris: EMRK/GG - Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Gesetzschutz, Kapitel 21, hrsg. v. Oliver Dörr, Rainer Grote und Thilo Maruhn, 2. Auflage, 2013, 12항.

14조 위반 여부를 판단함에 있어서 ‘비교가능성심사(comparability test)’를 적용한다. 그럼에도 불구하고 이러한 ‘비교가능성심사’를 모든 경우에 항상 적용할 수는 없으므로 그러한 경우에는 어떠한 심사를 적용하여 성에 근거한 차별이라고 판단할 수 있는지 논의가 필요하다.²⁰⁾ 이러한 이유로 성차별과 관련된 사례에 있어서 비교가능성심사가 항상 적용되지 않는 이유에 관한 논의 또한 필요한 것이다.

3. 비교가능성심사(comparability test)의 한계

유럽인권법원의 비교가능성심사는 “같은 것은 같게 다른 것은 다르게 취급한다”는 평등권 심사의 기본 원칙을 반영한다.²¹⁾ 차별과 관련하여 중요한 판례로 평가받는 *D.H. and others v. Czech Republic* 판례에서, 유럽인권법원은 차별을 “관련성이 비슷한 상황에 처한 사람들을 [...] 다르게 대우하는 것으로 정의하였다.”²²⁾ 차별을 주장하는 청구인은 자신이 더 나은 대우를 받는 사람과 동등한 상황에 처해있다는 것을 보여주어야 하며, 원칙적으로 그 입증책임은 청구인에게 존재한다.²³⁾ 여기에는 청구인과 정확하게 비교할 수 있는 사람이 존재한다기보다는 비교대상이 되는 사람은 청구인과 “비슷한 상황”에 있어야 한다는 뜻이다.²⁴⁾ 두 사람의 완전한 비교 가능성은 일

19) *ibid.*, 33항.

20) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 309.

21) *ibid.*, p. 315.

22) ECtHR Judg. v. 2006.02.07.- *D.H. and others v. Czech Republic*, para. 175.

23) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 316.

24) Fredman, Sandra: Gender Equality and Article 14 ECHR; in: Justice for Everyone:

반적으로 존재하지 않으므로, 비교 가능성은 몇 가지 기준에 근거하여 결정될 수 있다.²⁵⁾²⁶⁾

가. 비교가능성심사의 한계

교차차별이나 성차별 등 몇몇 영역에서 유럽인권법원의 비교가능성 심사를 적용하는 것이 어렵거나 불가능하다는 점이 비교가능성심사의 한계로 지적되고 있다.

(1) 교차 차별(intersectional discrimination)

교차 차별은 차별의 사유가 하나가 아니라 다수인 경우에 해당하는 다중 차별의 한 형태이다.²⁷⁾ 교차 차별의 경우, 차별의 피해자인 개인은 하나의 차별 사유 때문이 아니라 서로 상호작용 관계에 있는 다수의 차별 사유로 인하여 차별을 겪게 되는 것이다.²⁸⁾ 이 경우 차

The Jurisprudence and Legal Lives of Brenda Hale, hrsg. v. Rosemary Hunter und Erika Rackley, 2022, p. 304.

- 25) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 316.
- 26) 하지만 유럽인권법원은 아직 이러한 기준들을 명확하게 확립하지 못하였다. 유럽인권법원이 이러한 기준들을 명확하게 제시하지 못한 채 과거에 있었던 판례에서, 차별금지를 주장하는 청구인들이 비교대상과 유사한 상황에 있다고 볼 수 없다는 이유만으로 그 청구를 기각하였던 것은 비교가능성 심사의 적용과 관련된 문제점으로 지적된다.(Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte. 이러한 이유로 유럽인권법원이 기각한 사건으로 *Taddeucci and McCall v. Italy*, *Aldeguer Tomàs v. Spain* 등의 사례는 Lee, Hyun Jung, Discrimination based on Sexual Orientation -Jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court of Korea, Springer, 2021, pp. 80-82을 참조할 것)
- 27) Bisom-Rapp, Susan/ Sargeant, Malcolm: Lifetime Disadvantage, Discrimination and the Gendered Workforce, 2016, p. 45.
- 28) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht,

별의 피해자와 비교 가능한 상황을 상정하기 어려운 경우가 많은데, 이는 법원이 단지 비교 가능성 심사만 적용한다면 교차 차별의 사례에서 차별을 판단하기 어렵다는 것을 의미한다.²⁹⁾

Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal 사건에서는 청구인의 성별과 나이 때문에 교차차별이 발생하였다.³⁰⁾ 즉, 포르투갈 법원의 판결로 인하여 청구인은 차별을 겪게 되었는데 이러한 차별적 대우의 근거가 비단 성별뿐만 아니라 나이까지 결합되어 차별의 강도가 가중되었다. 이에 대하여 별개의견에서는 청구인의 차별을 심사할 때 비슷한 나이의 남성들의 경우와 비교하여 차별이 존재함을 증명할 수 있다고 주장하였다. 그러나 반대 의견에서, *Ravarani* 판사와 *Bošnjak* 판사는 차별가능성을 분석하기 위한 첫 단계로서 유사한 상황-여기서는 가능한 비교 대상으로서 같은 나이의 남성 또는 젊은 여성-의 필요성을 주장했다.³¹⁾ 두 판사는 비슷한 연령의 남성만을 비교대상으로 삼는 것을 연령 및 성별로 인하여 교차 차별을 겪은 청구인에 대한 차별의 근거로 충분하지 않는다고 보았기 때문이다.³²⁾

이를 통해 알 수 있는 점은 교차차별의 문제와 특수성의 문제가 별개의견을 제시하는 판사들에 의해 잘못 이해되었다는 것이다. 별개의견을 제시하는 판사들은 청구인의 연령 또는 성별 중 하나만을 차별적 특성으로 인식하고 그에 따른 비교대상군을 상정하였다. 그

hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 351.

29) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: *Human Rights Law Review*, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 724.

30) Quieroz, Benedita Menezes: How is the ECTHR answering the “woman question”? An Analysis of Gender Equality Case-Law, 2022, p. 13.

31) 유럽인권법원, 2017.07.25. 판결- *Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal: Joint Dissenting Opinion*, Para. 15.

32) *ibid.*, para. 22.

러나 청구인은 이러한 특성들의 상호작용 때문에 가중된 차별을 받았기 때문에, 이러한 특성들 중 하나의 특성을 가진 대상과의 비교는 효과가 없으며 결국 교차차별 문제는 비교 가능성 테스트로만 파악할 수 없다³³⁾는 결론에 이르게 되는 것이다.

(2) 성차별(Gender discrimination)

성차별 사례에서도 비교가능성심사의 한계가 분명하게 드러난다. 평등에 대한 아리스토텔레스적 접근법에서 “비슷하게 취급”한다는 것은 개인을 동등하거나 다른 것으로 분류하기 위해 어떤 차이가 존재해야 하는지를 알려주지 않는다. 특히 성평등에 관한 한, 이것은 문제가 될 수 있다. 대개 여성에 대한 차별 가능성이 있는 경우에는 남성을 비교 대상으로 선정한다. 남성은 여성의 입장을 비교하는 기준으로 설정되는 것이다. 따라서 여성에게만 영향을 미치는 문제, 이른바 여성 고유의 상황은 무시될 수밖에 없다. 임신 등 여성만이 경험하는 상황에서는 이미 적절한 남성 대조군이 부족하거나 존재하지 않기 때문이다.³⁴⁾ 여성에 대한 폭력 등 ‘성적 학대’의 경우도 정확한 비교 대상자를 찾을 수 없다.³⁵⁾ 이 “평등에 대한 공식적인 접근”³⁶⁾, 즉 같은 것에 대한 동등한 대우 명제는 여기서 효과적일

33) Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019, p. 359.

34) Edwards, Alice: Violence against Women under International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2010, pp. 142-145.

35) Radacic, Ivana: Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights; in: European Journal of International Law, hrsg. v. Oxford University Press, Band 19, 4. Auflage, 2008, p. 856.

36) Alkiviadou, Natalie / Manoli, Andrea: The European Court of Human Rights Through the Looking Glass of Gender: An Evaluation; in: Goettingen Journal of International Law, Band 11, 2021, p. 198.

수 없다. 그렇다고 하여 법원이 적절한 대조군이 없는 상황에서 비교가능성심사를 주장하고 차별의 존재를 인정하지 않는다면, 많은 차별 사례들이 주목받지 못한 채 남아있게 될 것이다. 남녀의 동등한 권리를 인정하는 것을 성별에 따른 동등한 대우로만 해석하는 것은 성차별의 극복에 있어서 중요한 점을 놓치는 것과 같다. 항상 남성의 기준으로 사회에서 여성에 대한 대우를 평가하는 것은 그 자체로 다시 여성을 낮은 지위로 이끄는 결과로 이어지기 때문이다.³⁷⁾

나. 소결론

유럽인권법원은 “회원국들의 주요 목표는 양성 평등”이라고 거듭 강조하고 있다.³⁸⁾ 즉, 성차별 철폐와 성에 따른 불평등한 대우는 유럽인권법원의 핵심 목표 중 하나로 꼽힌다. 그러나 법원이 차별심사에서 흔히 적용하는 비교가능성심사는 위와 같이 명백한 차별이 성립하는 상황에서 실패할 수 있음을 알 수 있다. 평등에 대한 형식적인 접근은 종종 취약한 사람들의 사회적 현실을 포착하지 못하기 때문이다.³⁹⁾ 이러한 이유로 남성과 여성의 동등한 대우를 확립하기 위하여, 유럽인권법원은 비교가능성 심사 이외에 다른 심사 수단을 마련할 필요가 있다. 여성과 남성을 단순히 비교하는 것을 넘어서서, 여성들이 빈번하게 발생하는 불균형적인 성차별의 희생자라는 점에 주목하여야 한다.⁴⁰⁾ 다시 말해서 여성의 종속성이라는 근본적인 문

37) Edwards, Alice: *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 146.

38) ECtHR, *Judg. v. 28.05.1985 - Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The UK*, para. 78.

39) Timmer, Alexandra / Peroni, Lourdes: *Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases*; in: *Stereotypes and Human Rights Law*, hrsg. v. Alexandra Timmer und Eva Brems, 1. Auflage, Cambridge 2016, p. 711.

40) Radacic, Ivana: *Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human*

제에 주의를 기울여야만 한다는 뜻이다.⁴¹⁾ 따라서 비교가능성 심사만으로는 사회에서 법체계에 의하여 야기되는 여성에 대한 불평등한 대우의 범위를 명확하게 밝히는 것은 어렵다고 할 수 있다.⁴²⁾

4. 대안적 접근법으로서의 반(反)고정관념 접근법 (Anti-stereotyping approach)

사회적 맥락에서도 여성에 대한 차별을 조명하고 교차차별 및 성차별 사례를 포함시킬 수 있는 더 나은 방법은 성 고정관념을 언급하는 것이다. 여성들이 겪는 많은 불이익은 성 고정관념에 바탕을 둔 경우가 많기 때문이다.⁴³⁾

가. 성 고정관념(gender stereotype)의 특징

고정관념은 일반적으로 특정 집단의 사람들에 대한 속성과 특성의 연관성으로 이해된다.⁴⁴⁾ 고정관념은 인지적 범주를 형성하고 주변의 인간관계를 더 잘 파악하는 데 도움이 되기도 한다. 또한 고정관념은 사람들이 이미 배운 것에 접근하고 새로운 상황에 적용할 수 있게 함으로써 정보를 더 쉽게 처리할 수 있게 한다.⁴⁵⁾ 따라서 고정

Rights; in: *European Journal of International Law*, hrsg. v. Oxford University Press, Band 19, 4. Auflage, 2008, p. 844.

41) *ibid.*, p. 857.

42) Edwards, Alice: *Violence against Women under International Human Rights Law*, Cambridge University Press, 2010, p. 144.

43) Fredman, Sandra: *Gender Equality and Article 14 ECHR*; in: *Justice for Everyone: The Jurisprudence and Legal Lives of Brenda Hale*, hrsg. v. Rosemary Hunter und Erika Rackley, 2022, p. 308.

44) Knights, Mark: *Historical stereotypes and the histories of stereotypes*; in: *Psychology and History*, hrsg. v. Christian Tileagă und Jovan Byford, 2014, p. 242.

45) Hilton, James L./ von Hippel, William: *Stereotypes*; in: *Annual Review of Psychology*, Band 47, 1996, p. 238.

관념은 본질적으로 부정적이거나 악의적인 사고과정이 아니다. 오히려, 그것들은 자연적인 과정의 결과라고 할 수 있다.⁴⁶⁾

이러한 고정관념은 종종 어린 시절에 형성된다. 특히 한 살 정도의 어린 아이도 고정관념을 형성할 수 있다.⁴⁷⁾ 이들은 외부의 영향을 통해 획득되며 평생동안 계속 형성된다. 고정관념의 사용은 “집단 내”와 “집단 밖”의 형성으로 이어지므로, 고정관념은 사람들에게 소속감을 주고 그들 스스로 자신에 대해 더 잘 느끼도록 돕기도 한다.⁴⁸⁾

성 고정관념(gender stereotype)은 고정관념의 특별한 형태이며, “여성과 남성의 특징과 관련된 사회적으로 공유된 지식”을 포함하고 있다.⁴⁹⁾ 성별에 할당된 많은 특성은 대다수의 사람들에게 의해 사회적 통념으로 받아들여진다.⁵⁰⁾ 성 고정관념에는 두 가지 유형이 있다. 하나는 여성과 남성이 각각 기대했던 대로 어떤 특성을 실현하는지를 가리키는 묘사적인 유형이다. 예를 들어, 여성은 공감과, 남성은 야망과 관련이 있다고 보는 것이 그것이다. 반면에 여성과 남성이 어떻게 행동해야 하는지를 나타내는 규범적인 고정관념도 있는데, 예를 들어, 남성은 지배적이어야 하고 여성은 공감적이어야 한다는

46) Knights, Mark: Historical stereotypes and the histories of stereotypes; in: *Psychology and History*, hrsg. v. Christian Tileagă und Jovan Byford, 2014, p. 243.

47) Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen; in: *Handbuch Frauen und Geschlechterforschung*, hrsg. v. Ruth Becker und Beate Kortendiek, 2. Auflage, 2008, p. 174.

48) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: *Human Rights Law Review*, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 715.

49) Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen; in: *Handbuch Frauen und Geschlechterforschung*, hrsg. v. Ruth Becker und Beate Kortendiek, 2. Auflage, 2008, p. 171.

50) Bisom-Rapp, Susan/ Sargeant, Malcolm: *Lifetime Disadvantage, Discrimination and the Gendered Workforce*, 2016, p. 34.

것을 들 수 있다.⁵¹⁾

나. 성 고정관념의 위험성

내부와 외부 그룹의 형성은 우리가 소속감을 느끼는 사람들과 우리가 식별할 수 없는 사람들을 구분하는 결과를 낳는다. 외부그룹의 구성원들은 일반적으로 부정적인 특성을 부여받는 반면, 내부그룹의 구성원들은 긍정적인 특성을 부여받는 경향이 있다. 또한 외부그룹 구성원들은 개인들의 단순한 집합체라기보다는 하나의 가치를 공유하는 집단으로 보여지기도 한다. 따라서 고정관념은 각 집단의 모든 구성원에게 적용되고 개인으로서의 위치는 무시된다.⁵²⁾ 따라서 개인을 집단의 일부로 보는 것이 아니라 자신만의 특성을 가진 개인으로 보는 것은 어려워지게 된다. 이러한 시각은 각 개인이 실제 편견에 부합하는지 여부와 상관없이 그에게 적용된 고정관념에 근거하여 판단된다.⁵³⁾

규범적 고정관념은 개인에게 기대를 걸기 때문에 특히 위험하다. 따라서 그들에게 기대되는 특성에 부합하지 않는 사람들은 거부되며 배척된다. 게다가, 성 고정관념은 보편적인 인식 때문에 싸우거나 해결하기 어렵다. 성 고정관념은 “문화적으로 불변”하며, 이는 그들이 서로 다른 문화 그룹에 동일하게 존재한다는 것을 의미하며, 동시에 시간이 지남에 따라 높은 수준의 안정성을 보여준다.⁵⁴⁾ 따라서

51) Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen; in: Handbuch Frauen und Geschlechterforschung, hrsg. v. Ruth Becker und Beate Kortendiek, 2. Auflage, 2008, p. 171.

52) Hilton, James L./ von Hippel, William: Stereotypes; in: Annual Review of Psychology, Band 47, 1996, p. 247.

53) Poposka, Zaneta: Stereotypes and Prejudices as Cause for Discriminatory Practices - Review of the Case Law of the European Court of Human Rights; in: 16 November - International Day of Tolerance, 2015, p. 35.

고정관념은 장기간에 걸쳐 지속될 수 있으며, 점점 더 고착화된다.

이로써 성 고정관념이 전통이나 문화의 일부로 이해되는 결과를 초래할 수 있다.⁵⁵⁾ 예를 들어, 오늘날에도 많은 사회에서 여성의 역할은 아이들을 돌보는 것이고 남성의 역할은 경제활동을 하는 것이 전통적이라고 받아들여진다. 이렇듯, 고정관념을 영구화함으로써, 여성들은 그들이 무엇을 해야 하는지 규범화되고 불이익과 차별의 희생자가 될 수 있는 것이다.⁵⁶⁾

다. Carvalho Pinto 판례 속 성 고정관념

리스본 최고행정법원은 손해배상액 축소를 위한 사유를 설명하면서 청구인은 한편으로는 이미 자녀를 가졌고, 다른 한편으로는 청구인의 나이인 50세에 성적인 중요성이 덜해지는 나이라고 밝혔다.⁵⁷⁾ 위 법원은 처음에 산정한 손해는 적절하지 않았고 축소가 정당하다고 보았으며, 청구인과 비슷한 나이의 남성들에 대해서는 나이 때문에 또는 이미 아이를 낳았기 때문에 성관계에 대한 관심이 낮다고 가정하지 않았다.⁵⁸⁾ 오히려 남성의 경우 나이나 자녀가 이미 출산됐는지 여부는 전혀 문제로 삼지 않았다.⁵⁹⁾ 이는 남성과 여성의 성이

54) Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen; in: Handbuch Frauen und Geschlechterforschung, hrsg. v. Ruth Becker und Beate Kortendiek, 2. Auflage, 2008, p. 172.

55) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 725.

56) Cook, Rebecca J./ Cusack, Simone/ Dickens, Bernard M.: Unethical female stereotyping in reproductive health; in: International Journal of Gynecology and Obstetrics, hrsg. v. Michael Geary, 2010, p. 255.

57) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal, para. 16.

58) ibid, para. 23.

59) Alkiviadou, Natalie / Manoli, Andrea: The European Court of Human Rights Through the Looking Glass of Gender: An Evaluation; in: Goettingen Journal of

다르게 판단된다는 것을 분명히 보여준다. 이러한 관점에 따르면 여성의 성욕은 생식능력과 출산능력과 관련이 있는 반면, 남성의 성욕은 그렇지 않다는 것을 가정한 셈이기 때문이다. 또한 판결 속에는 여성에 대해 주로 주부와 어머니라는 규범적 고정관념이 팽배하다. 리스본 법원은 이 가정에 의존했고, 따라서 청구인의 개인적 상황을 더 자세히 보지 않고 여성에 대한 고정관념을 적용했으며 여성에 대한 성생활의 심리적 및 신체적 관련성은 오판되기에 이르렀다.⁶⁰⁾ 리스본 법원의 결정은 여성의 성욕이 모성애와 밀접한 관련이 있다는 고정관념을 더욱 강화시킨 것이라 할 수 있다.⁶¹⁾

라. 반(反)고정관념 접근법(Anti-stereotyping-approach)

법원이 *Carvalho Pinto* 사건처럼 고정관념을 불평등한 대우나 정당성의 근거로 인용할 때, 이러한 고정관념을 먼저 인지하는 것이 중요하다. 고정관념은 체계적인 불평등한 대우를 초래할 수 있기 때문에 이에 대해 분명히 맞설 필요가 있으며, 이러한 점에서 법원의 차별심사에서 A. Timmer가 주장하는 ‘반(反)고정관념 접근법(Anti-stereotyping-approach)’이 도움이 될 수 있다.⁶²⁾

(1) ‘명명하기(naming)’와 ‘이의제기(contesting)’

반고정관념 접근법의 기본 원칙은 고정관념에 이름을 붙인 다음 이에 맞서 싸우는 것이다.⁶³⁾ 앞서 언급했듯이, 많은 고정관념들은

International Law, Band 11, 2021, p. 202.

60) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - *Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal*, para. 52.

61) Quieroz, Benedita Menezes: How is the ECtHR answering the “woman question”? An Analysis of Gender Equality Case-Law, 2022, p. 14.

62) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: *Human Rights Law Review*, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 707.

자동적이고 무의식적이다. 동시에, 고정관념은 언뜻 보면 전통이나 문화의 구성요소로 보인다. 즉, 개인에 대한 부정확한 가정에 근거한 차별은 때때로 인식되지 않는다는 것이 문제인 것이다.⁶⁴⁾

따라서 성차별 사례에서 법원은 문제가 되는 편견을 해결하고 왜 그것들이 주로 여성에게 해로운지를 밝혀야 한다. 이것은 전통으로 인식되는 고정관념의 경우에 특히 어렵다. 왜냐하면 그것들은 대개 정상적이거나 자연스러운 것으로 보이기 때문이다.⁶⁵⁾ 그러나 근본적인 고정관념을 명시적으로 명명함으로써 편견이 얼마나 만연해 있는지에 민감하게 접근할 수 있다. 사람들이 그들의 집단 구성원 자격에 근거하여 사람들을 판단하고 있다는 것을 알게 될 때만 그들은 그것에 대해 적극적인 조치를 취할 수 있다. 고정관념을 그렇게 명명하고 부정적인 영향을 언급함으로써 비로소 고정관념에 근거한 차별을 극복할 수 있다.

“반(反)고정관념 접근법”의 다음 단계는 이름이 지어진 부정적인 고정관념에 대하여 이의를 제기할 수 있도록 노출시키는 것이다. 그렇다면 고정관념에 대하여 어떻게 이의를 제기할 수 있을까? 법원은 고정관념의 철폐를 위하여 다음과 같은 조치를 취하는 것이 중요하다.

첫째, 고정관념에 기초한 불평등한 처우를 차별로 파악하고, 애초에 유럽인권협약 제14조를 적용하는 것이 근본적으로 중요하다.⁶⁶⁾ Carvalho Pinto 사건에서, 고정관념을 언급함으로써 유럽인권법원의

63) *ibid.*, p. 707.

64) *ibid.*, p. 707.

65) Timmer, Alexandra/ Peroni, Lourdes: Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases; in: *Stereotypes and Human Rights Law*, hrsg. v. Alexandra Timmer und Eva Brems, 1. Auflage, Cambridge 2016, p. 48.

66) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: *Human Rights Law Review*, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 722.

판사들은 청구인에 대한 불평등한 대우와 차별에 비교적 쉽게 동의할 수 있었기 때문이다.

둘째, 유럽인권법원은 성차별 사례에서 “엄격심사(very weighty reasons test)”를 적용할 수 있다.⁶⁷⁾ 차별적인 행동을 정당화하기 위해서는 매우 중대한 근거를 요구해야 한다는 것이다. 사실, 유럽인권법원은 차별의 합법성(legality of discrimination) 심사가 국가의 판단 재량 원칙(margin of appreciation doctrine)과 관련이 있다고 보고 있다. 판단 재량은 넓을 수도 있지만 좁을 수도 있기 때문에 국가에게 어느 정도의 유연성을 허용할 수 있다는 것이다.⁶⁸⁾ 재량의 폭은 특정 문제에 대한 유럽의 합의가 존재하는 정도와 관련이 있다. 만약 공통된 합의가 이미 존재한다면 재량의 폭은 더 좁아진다.⁶⁹⁾ 다만 과거에는 성차별의 경우 ‘엄격심사(very weighty reasons test)’를 적용하여 좁은 의미의 재량만을 허용하였다.⁷⁰⁾ 어떠한 차별적인 대우가 존재하였고, 그러한 차별 대우의 근거가 의심스러운 경우, 이른바 ‘의심스러운 근거들(suspect grounds)’에 성별 또한 포함되어 있을 때에는 엄격심사를 적용한다. 이러한 이유로 유럽인권법원은 성별에 따른 차별이 존재하는 경우에 차별을 정당화시키기 위해서는 매우 중요한 근거가 필요하다는 원칙을 확립하였다.

이러한 경우 차별대우로 기소된 국가는 이러한 차별 대우를 정당화할 수 있는 매우 중요한 근거를 제시해야만 한다. 하지만, 유럽인권법원은 성차별의 경우 “엄격심사(very weighty reasons test)”를 자동

67) *ibid.*, p. 723.

68) Gerards, Janneke: The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination; in: *The European convention on human rights and the principle of non-discrimination*, hrsg. v. Marco Balboni, Neapel, 2017, p. 2.

69) *ibid.*, p. 6.

70) *ibid.*, p. 9.

으로 사용하지 않고, 유럽 내의 합의의 존재에 의존하도록 적용하기 때문에 고정관념과 관련이 없는 경우에는 매우 엄격한 심사 기준은 적용하지 않는다. 이러한 이유로 인하여, 고정관념에 기초한 차별의 경우에도 국가는 넓은 재량권의 여지를 부여받을 수 있다. 따라서 국가는 “엄격심사”를 적용하지 않고, 정당성에 대한 심각한 사유를 인용할 필요 없이 고정관념을 계속해서 관할 재판에 적용할 수 있는 것이다. 결과적으로, 고정관념적 견해의 적용으로 인한 불평등한 대우와 싸우기 위해서는 회원국의 재량은 좁아져야 한다.

‘반(反)고정관념 접근법’은 비교가능성심사의 사용을 거부하고 이른바 ‘불이익 심사(disadvantage test)’를 적용할 것을 요구한다.⁷¹⁾ 이미 살펴본 바와 같이 비교가능성심사는 특히 교차차별 또는 성차별의 경우 한계가 있다. 비교가능성심사는 항상 비교 가능한 대상군이 존재할 경우를 기준으로 하지만, ‘불이익 심사’는 대부분 여성들이 성차별을 하는 경우에 이미 혜택을 받지 못한 집단에 대해 규제가 불이익을 주는지, 강화하는지를 결정하는 것이다.⁷²⁾ 요점은 여성에 대한 근본적인 성 불평등과 성차별을 인지하는 것이다. 따라서 이 심사는 성별 간의 권력 역학을 나타낸다.⁷³⁾

이미 고정관념에 의해 불이익을 받고 있는 사람은 합당한 대우를 받지 못하는 고정관념에 근거한 차별 위협에 직면하게 된다. 불평등한 대우가 고정관념의 작용에 기반을 두고 있고 이러한 고정관념이 개인

71) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 723.

72) Radacic, Ivana: Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights; in: European Journal of International Law, hrsg. v. Oxford University Press, Band 19, 4. Auflage, 2008, p. 850.

73) *ibid.*, p. 850.

에게 부정적인 영향을 미친다면, 거의 항상 ‘불이익 심사(disadvantage test)’를 통해 불이익이 존재한다는 사실을 확인할 수 있다.⁷⁴⁾ 유럽인권법원은 직접적인 불이익 심사를 통해 비교가능성심사를 적용할 때 간과되는 교차차별과 성차별을 인지할 수 있을 것이다.

마지막으로 고정관념이 불평등한 대우나 차별의 정당성으로 받아들여지지 않는 것이 중요하다.⁷⁵⁾ 특히 국가가 고정관념을 조장하는 전통이나 문화의 보존을 요청하는 사안에 있어서, 법원은 엄격한 심사를 적용할 필요가 있다. 여성과 관련된 많은 고정관념들은 여성의 역할을 가사와 육아로 분류하고 주부와 어머니로 제한한다. 이러한 이유로 전통과 고정관념은 종종 밀접하게 상호 연관되어 있다. 따라서 만약 법원이 전통이나 문화에 대한 호소를 정당한 근거로 받아들일 때 고정관념도 정당화될 수 있는 위험이 있다.

(2) 반(反)고정관념 접근법(Anti-stereotyping approach)의 특징

비교가능성심사(comparability test)로 인해 발생하는 문제는 “반(反)고정관념 접근법(anti-stereotyping approach)”에 의해 극복할 수 있다. 교차 차별 사례는 적절한 대조군이 없기 때문에 비교가능성심사로 포착할 수 없는 경우가 많으며, 이는 종종 성차별의 경우에도 해당된다. 이 방식은 비교대상을 사용하지 않고 차별 발생 여부의 관련성을 분석하여 이 문제의 해결점을 제공한다.

또한 고정관념에 더 많은 관심을 기울이는 것은 양성평등이 여전히 존재하지 않는 이유 중 하나를 전면에 내세울 수 있는 장점이 있다. ‘반(反)고정관념 접근법’을 통하여 성 고정관념이 어느 정도까지 여

74) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 724.

75) *ibid.*, p. 725.

성을 차별하고 평등을 더욱 어렵게 하는지가 명확해지기 때문이다.⁷⁶⁾ 고정관념을 적용함으로써, 여성들은 전통적으로 그들이 속한 특정한 위치로 떠밀려나게 된다. 이로 인해 불이익을 감수해야 하고 여성과 남성이 사회에서 동일한 기회와 동등한 대우를 받을 수 없게 된다는 사실을 ‘반(反)고정관념 접근법’을 통하여 대부분 밝힐 수 있다.

“반(反)고정관념 접근법”의 단점은 한편으로는 고정관념의 특성에서 비롯된다. 특히 직접적인 차별이 없는 상황에서는 법원이 정확하게 고정관념을 인지하는 것은 쉽지 않다.⁷⁷⁾

때로는 고정관념이 이미 사회에 잘 통합된 도덕적이고 종교적인 관점을 반영하기 때문에, 법원이 고정관념에 대한 부정적인 서술을 받아들이지 않을 가능성이 높다. 고정관념에 기반한 편견은 부정적으로 보이지 않고 전통적인 상황에 대한 거부는 쉽게 사회적으로 용인하기는 어렵다. 결과적으로, “반고정관념 접근법”은 평등의 실현과 관련해서 법원의 책임을 강조하고 있다고 할 수 있다.

5. 유럽인권법원(ECHR)의 성 고정관념에 대한 대응

유럽인권법원이 과거에 다룬 성 고정관념과 관련된 대표적인 긍정적인 사례와 부정적인 사례를 살펴보자.

가. Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal 사건

이 사건에서 포르투갈 법원은 여성의 성에 관한 고정관념을 통해 여성에 대한 차별을 정당화하는 데 적용하고 이것은 유럽인권법원

76) Quieroz, Benedita Menezes: How is the ECHR answering the “woman question”? An Analysis of Gender Equality Case-Law, 2022, p. 17.

77) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 734.

의 지적에 의해 더욱 분명해졌다. 즉, 포르투갈 법원은 청구인에게 적용된 가정이 고정관념에서 나온 것인지 검토하지 않은 채 적용한 것이다. 유럽인권법원은 포르투갈 법원이 판결에서 편견에 의해 영향을 받았고 이러한 편견이 포르투갈 사법부에 계속해서 널리 퍼져 있다는 점을 지적했다.⁷⁸⁾ 이러한 이유로 유럽인권법원은 성별에 따른 차별을 찾아내고, 불평등한 대우의 정당화의 배경 속에 고정관념이 전제되어 있음을 명시적으로 언급하였다.

Yudkivska 판사는 별개의견을 통해 여성을 항상 출산과 육아에 묶어 자신의 욕구가 뒤로 물러나고 주목받지 못하게 하는 고정관념의 위험성에 대해 더 자세히 설명했다. 또한 그녀는 여성의 성과 출산, 양육을 연결짓는 것을 비이성적이고 품위를 떨어뜨리는 것이라고 지적했다.⁷⁹⁾ 이는 전체 여성 집단에 대한 그러한 가정은 차별을 정당화하는 근거가 될 수 없다는 점을 분명히 한 것으로 볼 수 있다.

Motoc 판사는 “반고정관념 접근법”을 구성하는 “명명하기”와 “이의제기”의 중요한 단계를 구체적으로 언급하며 부정의(injustice)가 명명되지 않으면 이의를 제기할 수도 없다고 하였다. 또한 Motoc 판사는 비교가능성심사가 고정관념에 기반한 차별의 경우에는 적용되지 않으며, ‘불이익 심사’가 반드시 적용되어야 한다는 사실을 지적하였다.⁸⁰⁾

반면, Ravarani 판사와 Bošnjak 판사는 비교가능성심사를 적용할 것을 요구하였다. 이들은 차별을 형식적인 성격으로 규정하여, 동일한 집단을 불평등하게 대우한다는 데에서 찾기 때문이다. Carvalho

78) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal, para. 53.

79) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal: Concurring Opinion of Judge Yudkivska.

80) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal: Concurring Opinion of Judge Motoc.

Pinto의 경우에는 적합한 비교 대상을 규정하는 것이 어렵기 때문에 비교가능성 심사를 적용하여도 차별을 발견할 수 없게 된다. 그러나 두 판사는 한편으로는 사건의 교차성과 다른 한편으로는 성 고정관념의 적용이라는 특수성을 간과한 것을 보인다. 이들은 고소인의 나이를 차별의 실제 기준점으로 보고 있다.⁸¹⁾ 결국 두 판사는 성별과 나이의 상호작용이 교차차별을 초래했다는 것을 인식하지 못한 것이다.

이 사건의 결정에서 알 수 있는 것은 유럽인권법원이 고정관념의 중요성을 인식하고 또한 부정적이고 해로운 것으로 간주하고 있다는 점이다. 게다가, 유럽인권법원은 일부 상황에서는 비교가능성 심사를 적용할 수 없다는 것을 지적한 점을 중요하게 보아야 한다. 다만 이 사건에서 알 수 있는 다른 특이사항은 직접적인 차별이 없는 경우에는 불평등한 대우를 파악하기 어렵다는 점이다. 또한 이 판결은 불평등한 대우의 근거가 되는 부정적인 편견을 파악하고 예방하는 데 유의하기 때문에 고정관념에 기반을 둔 차별을 극복하기 위해서 ‘반고정관념 접근법’의 중요성을 잘 나타내고 있다.

나. Konstantin Markin v. Russia 사건

또 다른 유럽인권법원 판결 중에서 고정관념에 대한 좋은 접근법을 대표하는 사례는 Konstantin Markin v. Russia 사건이다. 직업군인이자 세 아이의 아버지인 청구인은 러시아 법에 따라 군대에 있는 여성만 받을 수 있는 육아휴직 3년을 받기를 원했다. 청구인의 요청은 군에 의해 거부되었고, 이에 따라 고소인은 군사법원에 항소했다. 군사법원은 청구인의 주장을 기각하고 법적으로 여성만 육아휴직을

81) ECtHR, Judg. v. 25.07.2017 - Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal: Joint Dissenting Opinion, para. 4.

받을 수 있다는 이유로 육아휴직을 허가하지 않았다. 헌법재판소에 대한 상고가 허용되지 않자, 청구인은 유럽인권법원에 위 사안을 제소하였고, 유럽인권법원은 성차별을 이유로 제8조 유럽인권협약(ECHR) 제8조와 연계된 제14조를 위반하였다고 판단하였다.⁸²⁾

유럽인권법원은 차별심사의 전형적인 구조, 즉 동등한 상황의 존재와 불평등한 대우에 대한 정당성의 기준을 적용하였다. 여기서 결정된 비교집단은 군대에 있는 여성들이었다. 유럽인권법원은 육아휴직이 주로 부모가 초기에 자녀를 개인적으로 돌볼 수 있는 기회를 제공하기 위한 것이라고 판단하여 비교가능성 심사를 하였다.⁸³⁾

러시아 헌법재판소는 육아휴직 거부의 정당성으로 군대는 매우 중요한 특수한 임무를 수행하기 때문에 입대 자체가 권리 제한과 연관될 수 있다는 점을 언급했다. 반면, 육아휴직은 여성이 군대에서 차지하는 역할이 적으면서 또한 ‘어머니의 특별한 사회적 역할’을 하기 때문에 군에서 여성에게 특별히 제공된 것이라고 판단하였다.⁸⁴⁾

군대에서 여성과 남성 사이의 불평등한 대우와 관련하여, 유럽인권법원은 현대에 가정과 교육 업무의 평등한 분배가 양성 간에 균등하게 요구되고 발전하고 있다고 판시하고 있다. 게다가, 군대 내의 남성과 여성의 불평등한 대우는 부정적인 고정관념을 강화할 뿐이기 때문에 전통적 가치만으로 정당화될 수 없다고 명시했다.⁸⁵⁾

Konstantin Markin v. Russia 사건은 고정관념이 항상 양면적이라는 것을 보여준다. 이 사건에서 남성이 성 고정관념에 의해 불이익을

82) ECtHR, Judg. v. 22.03.2012 - Konstantin Markin v. Russia, paras. 15, 26, 33, 132, 152.

83) *ibid.*, para. 132.

84) *ibid.*, para. 34.

85) *ibid.*, para. 143.

받았다 하더라도, 러시아 법에 의해 여성은 가정과 자녀 양육에 계속 배정되고 군대 내에서의 역할이 제한된다는 점에서 지속적인 불이익을 받을 수밖에 없다. 이것은 또한 러시아 법원이 전제하고 있는 고정관념이 여성의 경력과 남성의 가정생활 모두에 해롭다는 점 또한 분명하다. 비록 유럽인권법원은 여기서 “반고정관념 접근법”을 적용하지 않았지만 그 요소들은 판결에서 고려되었다고 봐야 할 것이다.

다. *Ransev v. Cyprus and Russia* 사건

Ransev v. Cyprus and Russia 사례는 부정적인 예로 작용한다. 이 사건은 소위 카바레에서 일하기 위해 “*artiste visa*”로 키프로스에 온 러시아 여성 *Ransev* 사건을 다룬다. *Ransev*는 키프로스 내 숙소를 나와 러시아로 돌아가고 싶다는 의사를 밝힌 후, 카바레 감독의 동생에 의해 경찰에 연행되었고, 그는 그녀를 태워서 직원의 아파트로 데려갔으며 얼마 후 *Ransev*는 숙소 근처에서 사망한 채 발견되었다.⁸⁶⁾ 피해자의 아버지는 그의 딸이 보호받지 못했고 그녀의 죽음이 충분히 밝혀지고 조사되지 않았다고 믿었기 때문에 유럽인권법원에 유럽인권협약 제2, 3, 4, 5, 8조의 위반을 제기했다.⁸⁷⁾

비록 이 사건에서 청구인이 차별을 주장하지는 않았지만 차별의 문제는 매우 중요하다. 키프로스의 카바레에서 일하는 외국인 여성들은 매춘을 강요받았다. 따라서 당시 키프로스에서는 여성이 “*artiste visa*”를 통해 매춘에 들어가는 것이 매우 일반적이었던 것이다. 유럽인권법원에 따르면, “*artiste visa*” 제도는 유럽인권협약 제4조의 인신매매에 해당하며, 특히 여성들은 매우 적은 보수 또는 무보

86) ECtHR, Judgment of 07.01.2010 - *Rantsev v. Cyprus and Russia*, paras 18f, 21, 25.

87) *ibid*, para. 3.

수로 일하도록 강요되어 상품처럼 취급된 것이다. 비록 유럽인권법원은 “artiste visa” 문제를 다루지만, 이 제도의 배후에 있는 시스템은 주로 여성에게 영향을 미치므로 착취의 대상이 된 여성의 문제라고 할 수 있다.⁸⁸⁾ 유럽인권법원에 따르면, “정책이나 일반적인 조치는 사람들의 집단에 불균형적으로 불리한 영향을 끼쳤을 경우(a policy or general measure had disproportionately prejudicial effects on a group of people)”⁸⁹⁾에도 차별이 존재할 수 있다.

키프로스의 인신매매와 성매매 발생률이 높은 것은 국가가 이를 방지할 수 있는 조치를 취하지 않기 때문이다. 그러므로 유럽인권법원은 인신매매로 인해 발생할 수 있는 여성 차별을 해결했어야 했으며 아울러 이것은 국가의 인권 보호 실패에서 기인한다고 할 수 있다. 즉, 위 비자 시스템을 유지함으로써, 키프로스는 여성들이 계속해서 조직적으로 착취당하는 것을 허용한 것이 된다. 이 사건에서 여성이 심각한 불이익을 받는다는 사실은 그들이 주로 남성인 고용주에게 의존적으로 만들어진다는 사실에서도 분명하게 드러난다.

또한 위 비자 시스템의 근본적인 문제는 여성들을 성적 대상으로 간주하고 있다는 점이다. 특히 키프로스에서 여성은 어머니 또는 성상징이라는 극단적인 존재로 간주되며, 이는 “artiste visa” 제도의 문제에 대한 인식 부족으로 이어진다.⁹⁰⁾ 이러한 위험한 고정관념을 통해 여성을 성적으로 착취하는 행위는 여성을 사람이 아닌 물건으로

88) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 731.

89) ECtHR, Judg. v. 13.11.2007 - D.H and others v. Czech Republic, para. 129.

90) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 732.

대상화하고 있다는 점을 알 수 있다. “*artiste visa*” 제도는 여성에 대한 고정관념에서 비롯된 성차별적 대우에 기반을 두고 있기 때문에 유럽인권법원은 “반고정관념 접근법”을 적용함으로써 사례를 더 잘 파악할 수 있었을 것이다. 성 고정관념을 언급함으로써, “*artiste visa*” 제도가 주로 여성에 대한 차별로 이어진다는 점을 지적할 필요가 있었다. 위 사건의 성차별적 요소를 다루지 않음으로써, 유럽인권법원은 간접적인 차별의 경우 성 고정관념을 파악하고 이를 체계적인 착취의 원인으로 분류하기 어렵다는 점을 다시 한번 확인할 수 있게 된 셈이다.⁹¹⁾

Ⅲ. 결론

이상의 몇 가지 사례에서 알 수 있듯이, 성 고정관념은 종종 차별 사례에서 보조적인 역할을 한다. 만일 법원이 고정관념에 바탕을 두고 차별심사를 한다면 차별의 악순환을 고착화시키는 결과로 이어진다는 것을 알 수 있다. 불평등한 대우를 정당화하는 것은 때로는 고정관념에 기초하고 있으며 이는 정상적인 것으로 간주되기 쉽다. 예를 들어, Konstantin Markin의 경우처럼 남성의 육아휴직을 거부함으로써, 육아는 어쨌든 남성이 아니라 여성의 역할이라는 시각을 강요하게 된다. 이러한 판결은 남성과 여성에게 할당된 역할에서 벗어날 기회를 빼앗아 버리는 것과 같다. 따라서 고정관념은 시간이 지남에 따라 점점 더 견고해지며, 우리 사회의 전통적이고 문화적인

91) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 734.

가치라고 받아들여지게 된다. 유럽인권법원은 고정관념의 사용에 대해 적극적인 입장을 취하는 것이 아니라, 때로는 고정관념에 대해 중립적으로 대응하였다. 고정관념에 대한 중립적인 입장은 고정관념을 더욱 강화시키는 역할을 한다. 유럽인권법원은 성 고정관념의 폐해를 드러내기 위해 더욱 적극적인 자세를 취할 필요가 있다. 고정관념을 완전히 없애는 것은 가능하지도 않고 바람직하지도 않지만, 무해한 일반화와 위험한 고정관념은 반드시 구별해야 한다.⁹²⁾

또 다른 문제는 유럽인권협약 제14조 차별 금지 조항으로 인해 유럽에서는 공개적이고 직접적인 차별이 줄어들었다는 점이다. 차별에 대한 포괄적인 인식을 위해 유럽인권법원은 무엇보다도 직접적으로 인식할 수 없는 더 복잡한 형태의 차별의 존재를 고려해야 한다.⁹³⁾ 예를 들어, 교차차별 영역에서는 여전히 더 적극적인 판결이 필요하다. 따라서 오늘날에도 여전히 존재하는 체계적인 성차별과 싸우기 위해 새로운 사법적 접근이 필요하다. “반고정관념 접근법”은 차별의 근거가 되는 고정관념을 식별하는 방법을 제공한다. 사법 분야에서 편견을 전통이나 문화적 요소로 인식하지 않고 고정관념을 고착화하지 않도록 노력할 필요가 있다.

성차별은 유럽뿐만 아니라 전세계적으로 더 이상 미룰 수 없는 주제이며 따라서 체계적인 성차별의 원인을 해결하는 데 법원의 역할이 중요하다. 위험성을 가진 고정관념의 존재와 확산에 대응하도록 법원의 적극적인 역할이 필요한 것이다. 이러한 역할에 있어서 한국의 법원도 예외일 수는 없을 것이다.

92) Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011, p. 718.

93) Quieroz, Benedita Menezes: How is the ECTHR answering the “woman question”? An Analysis of Gender Equality Case-Law, 2022, p. 17.

〈Bibliography〉

- Alkiviadou, Natalie / Manoli, Andrea: The European Court of Human Rights Through the Looking Glass of Gender: An Evaluation; in: Goettingen Journal of International Law, Band 11, 2021.
- Bisom-Rapp, Susan/ Sargeant, Malcolm: Lifetime Disadvantage, Discrimination and the Gendered Workforce, 2016.
- Bossuyt, Marc: International Human Rights Protection, 1. Auflage, 2016.
- Cook, Rebecca J. / Cusack, Simone / Dickens, Bernard M.: Unethical female stereotyping in reproductive health; in: International Journal of Gynecology and Obstetrics, hrsg. v. Michael Geary, 2010.
- Eckes, Thomas: Geschlechterstereotype: Von Rollen, Identitäten und Vorurteilen; in: Handbuch Frauen und Geschlechterforschung, hrsg. v. Ruth Becker und Beate Kortendiek, 2. Auflage, 2008.
- Edwards, Alice: Violence against Women under International Human Rights Law, Cambridge University Press, 2010.
- Fredman, Sandra: Gender Equality and Article 14 ECHR; in: Justice for Everyone: The Jurisprudence and Legal Lives of Brenda Hale, hrsg. v. Rosemary Hunter und Erika Rackley, 2022.
- Gerards, Janneke: The Margin of Appreciation Doctrine, the Very Weighty Reasons Test and Grounds of Discrimination; in: The European convention on human rights and the principle of non-discrimination, hrsg. v. Marco Balboni, Neapel, 2017.
- Hilton, James L. / von Hippel, William: Stereotypes; in: Annual Review of Psychology, Band 47, 1996.
- Huici, Carmen: The individual and social functions of sex role stereotypes; in: The Social Dimension: Volume 1: European Developments in Social Psychology, hrsg. v. Henri Taifel, Colin Fraser und Joseph Maria Franciscus Jaspars, 1984.

- Knights, Mark: Historical stereotypes and the histories of stereotypes; in: Psychology and History, hrsg. v. Christian Tileagå und Jovan Byford, 2014.
- Lee, Hyun Jung, Discrimination based on Sexual Orientation, Springer, 2021.
- Peters, Anne / König, Doris: EMRK/GG - Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Gesetzschutz, Kapitel 21, hrsg. v. Oliver Dörr, Rainer Grote und Thilo Marauhn, 2. Auflage, 2013.
- Poposka, Zaneta: Stereotypes and Prejudices as Cause for Discriminatory Practices - Review of the Case Law of the European Court of Human Rights; in: 16 November - International Day of Tolerance, 2015.
- Quiroz, Benedita Menezes: How is the ECtHR answering the “woman question”? An Analysis of Gender Equality Case-Law, 2022.
- Radacic, Ivana: Gender Equality Jurisprudence of the European Court of Human Rights; in: European Journal of International Law, hrsg. v. Oxford University Press, Band 19, 4. Auflage, 2008.
- Schlüter, Alix: Beweisfragen in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte; in: Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg. v. Armin von Bogdany und Anne Peters, Band 288, Heidelberg 2019.
- Timmer, Alexandra: Toward an Anti-Stereotyping Approach for the European Court of Human Rights; in: Human Rights Law Review, hrsg. v. Oxford University Press, Band 11, 4. Auflage, 2011.
- Timmer, Alexandra/ Peroni, Lourdes: Gender Stereotyping in Domestic Violence Cases; in: Stereotypes and Human Rights Law, hrsg. v. Alexandra Timmer und Eva Brems, 1. Auflage, Cambridge 2016.

<Abstract>

Stereotypes Analysis in Discrimination Based on Gender

**- Focusing on the European Court of Human Rights Case
Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal -**

Jun Hyungjoon*

Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal of the European Court of Human Rights shows how gender stereotypes affect sexual discrimination in the name of tradition. The Carvalho case is relevant to analyze in that it shows the extent to which stereotypes play a role in judicial decisions. Gender stereotypes often provide basis for discriminatory acts in society. State acts as well as court decisions based on stereotypes could create a vicious circle of discrimination. Stereotypical assumptions are often used for justifying unequal treatment. By referring to prejudice, people are deprived of the possibility of escaping from their presumed normality, and this normality is only reinforced. The European Court of Human Rights in the past jurisprudence omitted the comparability test and focused more on stereotypes, but this was not enough. Rather, the European Court of Human Rights should take a more proactive stance to tackle stereotypes based on gender. It is neither possible nor desirable to eliminate stereotypes completely, but it is important to distinguish harmless generalizations from harmful stereotypes. Another problem is that direct discrimination no longer occurs often in the European context due to the non-discrimination provision of Article 14 of the European Convention on Human Rights. To ensure

* Ph.D. Phil., Erlangen-Nürnberg University in Germany, Post Doctoral Researcher in Legal Faculty. E-mail: doctorjun71@gmail.com

comprehensive protection against discrimination, the European Court of Human Rights must, above all, take into account the existence of more complex forms of discrimination that cannot be directly recognized. The “anti-stereotype approach” provides ways to identify the stereotypes that underlie discrimination. In the field of justice, it is necessary to make efforts not to recognize stereotypes as a traditional or cultural element.

Gender equality can no longer be put off, not only in Europe, but also globally, and therefore must be committed to addressing the causes of systemic discrimination based on gender. Courts need to play an active role in highlighting the harms of stereotypes and responding not only to their impact, but also to their already existing and widespread presence.

Key Words : Gender Stereotypes, Comparability test, The Anti-Stereotype Approach, Carvalho Pinto de Sousa Morias v. Portugal case, Article 14 of the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights case analysis.

