

『인권연구』 6(2): 1-70.

Journal of Human Rights Studies 6(2): 1-70.

DOI: <http://www.doi.or.kr/10.22976/JHRS.2023.6.2.1>

[일반논문]

유럽인권재판소 ‘판단의 여지’(Margin of Appreciation) 독트린에 대한 비판적 고찰

: 소수자 인권 보장과 지역인권재판소의 역할을 중심으로*

신 윤 진**

한글초록

유럽인권재판소는 당사국의 유럽인권협약 위반 여부를 심사함에 있어 ‘판단의 여지’(Margin of Appreciation) 독트린을 통해 당사국 정부가 협약의 해석과 적용에 대하여 넓은 판단여지를 가진다는 이유로 문제된 차별행위나 권리제한조치가 정당하다고 보는 판결을 다수의 사안에서 내려오고 있다. 유럽인권재판소는 사생활의 자유, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회·결사의 자유 등 국제적으로 그 제한에 대하여 엄격한 심사기준이 확립된 영역에 해당 독트린을 적용하고 있다. 재판소는 문제된 사안이 해당 사회의 도덕, 종교, 문화와 밀접하게 연관되어 있거나 사안의 쟁점에 대하여 협약 당사국들 사이에 통일된 입장이 없다고 판단되는 경우 개별 국가에 대하여 광범위한 판단의 여지를 인정하는 경향을 보인다. 재판소는 이와 같은 해석태도의 일반적 근거로서 보충성의 원칙, 국내 기관이 인권해석에 있어 국제 재판소보다 원칙적으로 우월하다는 전제, 당사국의 주권과 민주주의에 대한 존중 등을 제시하고 있다. 이와 함께, 판결의 결론을 둘러싼 당사국들의 저항이나 갈등을 방지하여 재판소의 권위를 확보하고 유럽인권협약체계의 안정적 운영을 도모한다는 정치적 고려도 중요하게 작용하는 것으로 보인다. 이와 같은 고려요소와 근거사유들을 바탕으로 적용되는 판단의 여지 독트린은 유럽인권재판소의 심사기준

* 이 논문은 서울대학교 법학연구소의 2022학년도 신진교수 연구비 지원
을 받았음 (서울대학교 법학발전재단 출연).

** 서울대학교 법학전문대학원 부교수

2 인권연구 제6권 제2호(2023. 12.)

이 ‘다수의 선호’를 지지하는 방식으로 작동되도록 하여 한 사회 내 소수자에 대한 차별과 인권침해행위에 대한 정당화를 보다 용이하게 만든다. 판단의 여지 독트린의 현재와 같은 적용방식은 국내외 정치적 요소의 압력으로부터 독립되어 보편적 인권원칙을 일관되게 적용하고 소수자의 인권을 효과적으로 보장해야 할 지역인권재판소의 역할에 역행한다. 또한 인권 주체가 아닌 국가를 중심으로 인권 사안에 접근하여 인권의 보편성과 특수성의 관계를 왜곡하고 진정한 특수성의 존중을 어렵게 만든다. 나아가 해당 독트린의 광범위한 사용으로 인하여 비례의 원칙에 기반한 심사가 형해화되면서 법치주의에도 위협을 가져올 수 있다. 그간 판단의 여지 독트린 적용시 주요하게 고려되어 왔던 요소들 중 부당한 고려요소들은 배제하고, 구체적 맥락에 따라 고려의 필요성이 있는 요소들은 비례의 원칙에 기반한 심사로 포섭하여 체계적이고 일관된 인권심사기준을 확립, 적용할 필요가 있다.

주제어: 유럽인권재판소, 판단의 여지 독트린, 소수자 인권, 보편성과 특수성, 인권심사기준, 비례의 원칙

목 차

I. 서론
II. MoA 독트린의 적용 범위 및 대표적 사례
III. MoA 독트린의 고려요소와 근거사유 분석
IV. MoA 독트린의 고려요소와 근거사유에 대한 평가
V. 종합 평가
VI. 결론

I. 서론

유럽인권재판소는 당사국의 유럽인권협약상 의무 위반 여부를 심사함에 있어 1976년 *Handyside v. the United Kingdom* 판결 이래 현재까지 ‘판단의 여지’ (Margin of Appreciation, 이하 MoA로 약칭한다) 독트린이라는 해석기제를 널리 사용해오고 있다.¹⁾ MoA 독트린이란 당사국이 유럽인권협약상 규정된 권리제한사유 등 협약상 요건들을 개별 사안에서 해석, 적용하고 의무 이행의 구체적인 방식을 정하는 데 일정 정도의 재량 또는 판단의 여지를 가진다고 보면서, 당사국의 그러한 판단여지를 가급적 존중하는 방향으로 사안을 심사하는 유럽인권재판소의 해석 태도와 방식을 지칭한다.²⁾ MoA는 유럽인

-
- 1) 유럽인권재판소 판결 데이터베이스인 HUDOC(<https://hudoc.echr.coe.int>)의 키워드 검색 기능에 따르면, 시스템상 등록(2023. 9. 11. 기준)된 총 67,731건의 판결 중 ‘Margin of Appreciation’이 키워드로 분류된 판결은 5,883건이다. 이에 비하여 권리 제한 정당성 심사의 기본원칙이라고 할 수 있는 ‘비례성’(proportionality)이 키워드로 분류된 판결은 3,574건으로 상대적으로 작은 비중을 차지하고 있다.
- 2) 학자들 간의 조금씩 상이한 MoA 독트린에 대한 정의와 유럽인권재판소 용례의 다양성에 대한 논의는 Jan Kratochvil, “The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights,” *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29(3), 2011, pp. 324-357 참조.

권협약 조문에는 규정되어 있지 않던 개념으로 유럽인권재판소의 해석 실무에 의해 형성되어 왔으며, 프랑스와 독일의 국내 행정법 영역에서 법원이 행정기관의 입법 해석 재량을 존중하는 이른바 사법 자제(judicial deference)의 해석태도에서 그 연원을 찾는 것이 일반적이다.³⁾ 유럽인권재판소에 의한 MoA 독트린의 광범위한 사용은 그간 그 의미의 모호성과 해석과 적용에서의 비일관성, 협약 위반에 대한 부실한 심사를 초래하는 문제 등 여러 측면에서 비판의 목소리가 제기되어 왔다. 그러나 다른 한편으로는 협약 당사국의 주권, 국내 민주주의 절차, 개별 사회의 특수성과 다양성 존중 등을 이유로 MoA 독트린을 옹호하면서 미주인권재판소와 유엔인권조약위원회 등 다른 국제인권심사기구에서도 이를 도입하여야 한다는 주장들이 제기되고 있기도 하다.⁴⁾ 나아가 2021년 8월 발효된 유럽인권협약 제15호 의정서는 협약의 전문에 다음과 같은 문구를 추가하기로 하여 MoA를 협

Margin of Appreciation은 국내에서 ‘판단의 여지’, ‘해석의 여지’, ‘판단의 재량’ 등으로 번역되고 있는데, 이 글에서는 공법 영역에서의 ‘행정 재량’과의 구별을 위하여 ‘판단의 여지’ 또는 ‘판단여지’라는 번역용어를 주로 사용하면서, 문맥에 따라 보다 자연스러운 경우 ‘discretion’이라는 일반적인 의미로 ‘재량’이라는 용어도 함께 사용하기로 한다. ‘판단의 여지’ 독트린은 MoA 독트린으로 약칭한다.

- 3) Jeffrey A. Brauch, “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law,” *Columbia Journal of European Law* 11(1), 2005, p. 119; Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*, Oxford: Oxford University Press, 2012, p. 3 등 참조.
- 4) 예를 들어, Domonic McGoldrick, “A Defense of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee,” *International and Comparative Law Quarterly* 65(1), 2016, pp. 21-60; Andreas Føllesdal, “Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights,” *International Journal of Constitutional Law* 15(2), 2017, pp. 359-371.

약상에 명시하기에 이르렀다: “당사국들은 보충성의 원칙에 따라 협약과 부속의정서상의 권리와 자유를 보장할 우선적인 책임을 지고 있으며, 그러한 책임을 이행함에 있어 유럽인권재판소의 감독하에 판단의 여지를 향유한다.”⁵⁾

본 연구는 MoA 독트린이 유럽인권재판소의 공식적인 해석기제로 명문화되면서 앞으로 더욱 활발하게 사용될 것으로 예상되는 가운데, 이 독트린이 실제로 작동하는 방식을 좀더 세밀하게 들여다보고, 특히 사회적 소수자의 인권 보장과 이를 위한 지역인권재판소의 역할이라는 관점에서 해당 독트린이 가지는 규범적 함의와 실질적 효과에 대한 비판적 분석과 종합적 평가를 진행하고자 한다. 먼저 MoA 독트린이 주로 적용되어 온 협약상 권리 유형 및 대표적인 사례들을 살펴보고(제II장), 재판소가 개별 사안에서 당사국이 가지는 판단여지의 폭을 결정하는 데 중요하게 고려해온 요소들 및 당사국에게 판단여지를 인정하는 일반적인 근거로 제시해온 주요 사유들을 분석한다(제III장). 이어서 그러한 고려요소와 근거사유 각각의 타당성에 대한 개별적인 고찰(제IV장) 및 MoA 독트린에 대한 종합적인 평가(제V장)를 진행한다. 그 동안 MoA 독트린에 대하여 국제 학계에서 여러 비판의 목소리가 제기되어 왔으나, 소수자 인권 보장 및 이를 위한 지역인권재판소의 역할이라는 관점에서 MoA 독트린의 저변에서 작동하는 구체적인 요소들과 그 규범적 효과에 대한 본격적인 분석과 평가를 진행한 연구는 드물었다.⁶⁾ 이 논문에서는 이러

5) Protocol No. 15 Amending the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, art. 1, June 24, 2013, Council of Europe Treaty Series No. 213 (“Affirming that the High Contracting Parties, in accordance with the principle of subsidiarity, have the primary responsibility to secure the rights and freedoms defined in this Convention and the Protocols thereto, and that in doing so they enjoy a margin of appreciation, subject to the supervisory jurisdiction of the European Court of Human Rights established by this Convention”) (밑줄 필자).

한 관점에서 보다 체계적이고 종합적인 분석과 평가를 진행하고자 한다. 아울러 소수자 인권이 쟁점이 된 사안에서 인권의 보편성과 특수성이 가지는 다층적 규범구조를 조명하고, 양자의 통합적 관계 실현을 위하여 필요한 특수성에 대한 바람직한 이해방식을 함께 제시하고자 한다(제V장 제2절). 마지막으로 MoA 독트린이 비례의 원칙에 기반한 인권심사에 가져오는 부정적 영향을 검토하고, 다수지향적 성격을 띠는 MoA 독트린에의 만연한 의존이 아닌 보편적 인권원칙과 비례의 원칙에 따른 일관적이고 면밀한 인권해석과 심사태도가 필요함을 제안한다(제V장 제3절).

II. MoA 독트린의 적용 범위 및 대표적 사례

1. MoA 독트린의 적용 범위

유럽인권재판소가 MoA 독트린을 적용하여 심사기준을 완화하고 당사국의 판단을 존중하는 해석태도를 취하는 사례는 유럽인권협약 제8조에서 제11조 사이에 규정된 권리에 대한 제한이 문제된 사안 및 협약 제15조(공공비상사태)가 적용되는 사안에서 주로 발견된다. 협약 제8조에서 제11조는 사생활의 자유(제8조), 사상·양심·종교의 자유(제9조), 표현의 자유(제10조), 집회·결사의 자유(제11조)를 규정하면서, 국가가 개인의 이러한 권리를 제한할 수 있는 요건들을 명시하고 있는 것이 특징이다. 예를 들어, 협약 제8조 제2항은 사생활의 자유에 대한 정당한 제한 요건으로, ‘국가안보, 공공안전, 국가의 경

6) 국내에서는 유럽인권재판소의 MoA 독트린 적용의 문제점에 대한 연구가 그리 많지 않은 상황이다. 관련 주제에 대한 국내 연구로 김대순, “유럽인권재판소의 “판단의 재량” 독트린: 법의 지배에 대한 위협인가?”, 국제법학회논총 제58권 제2호, 2013, 11-43쪽; 정경수, “인권의 보편성과 문화적 다양성의 공존: 유럽인권협약 해석의 판단여지를 중심으로”, 국제법평론 제29호, 2009, 153-176쪽 등이 있다.

제적 복리, 무질서나 범죄의 예방, 보건과 도덕의 보호, 또는 타인의 권리와 자유 보호를 위하여 민주사회에 필요한 경우 법에 정한 바에 따라’라는 규정을 두고 있다.⁷⁾ 유럽인권재판소는 위와 같이 규정된 권리제한사유가 구체적 사안에서 존재하는지 여부 및 그러한 목적을 달성하기 위하여 필요한 조치를 결정하는 데 당사국이 상당한 정도의 (또는 넓은) 판단여지를 가지며 재판소는 이를 가급적 존중해야 한다는 취지의 판결을 내리면서 MoA 독트린을 빈번하게 활용하고 있다.⁸⁾ 한편, 협약 제15조는 전쟁, 그 밖에 국가의 존립을 위협하는 공공비상사태 상황의 경우, 상황의 긴급성에 의해 엄격히 요구되는 한도 내에서 당사국이 협약상 의무에서 벗어나는 조치를 취할 수 있는 가능성을 인정하고 있는데, 재판소는 이러한 요건의 존부 판단 및 필요한 조치에 대한 결정을 내릴 당사국의 넓은 판단여지를 인정하는 경향을 보여왔다.⁹⁾

7) 이와 유사하게 협약 제9조 제2항은 사상·양심·종교의 자유에 대한 제한 사유로 ‘공공안전, 공공질서, 보건, 도덕, 타인의 권리와 자유의 보호’를, 제10조 제2항은 표현의 자유의 제한사유로 ‘국가안보, 영토보전, 공공안전, 무질서나 범죄의 예방, 보건, 도덕, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀 유지 정보의 유출 방지, 사법부의 권위와 공정성의 유지’를, 제11조 제2항은 집회·결사의 자유의 제한사유로 ‘국가안보, 공공안전, 무질서나 범죄의 예방, 보건, 도덕, 타인의 권리나 자유의 보호’를 규정하고 있다. ‘민주사회에 필요한 경우 법에 정한 바에 따라’라는 문구는 각 조항에서 거의 동일하게 반복되고 있다.

8) 이와 대조적으로, 이와 같은 권리제한사유에 대한 규정이 없는 생명권(제2조), 고문금지(제3조), 노예제와 강제노동금지(제4조)는 정당한 사유에 의한 제한이라는 개념이 적용 불가능한 이른바 ‘절대적 권리’로 인정되고 있으며, 이러한 권리의 침해가 문제된 사안에서 MoA 독트린이 적용된 사례는 찾아보기 어렵다. The Lisbon Network, *The Margin of Appreciation*, https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/chr/paper2_en.asp#P275_38021 (2023. 11. 18. 검색) 참조.

9) *Ireland v. the United Kingdom*, Application no. 5310/71 (18 January 1978); *Brannigan and McBride v. the United Kingdom*, Application nos. 14553/89, 14554/89 (25 May 1993); *A. and Others v. the United Kingdom*,

MoA 독트린 적용시 고려되는 주요 요소들을 분석하기에 앞서, 이하에서는 유럽인권재판소가 이 독트린을 본격적으로 적용한 최초의 판결로 평가되고 있는 *Handyside v. the United Kingdom* (1976), 소수자 인권과 관련된 중요 판결로 꼽히는 *S.A.S. v. France* (2014) 및 *Lautsi and Others v. Italy* (2011)를 비롯한 일련의 판결들에서 MoA 독트린이 적용된 방식을 예시로 살펴보기로 한다.

2. MoA 독트린의 대표적 적용 사례

(1) *Handyside v. the United Kingdom* (1976)

Handyside v. the United Kingdom 사건은 영국에서 교과서 출판업을 하고 있는 원고가 12세에서 18세용 학교 교재로 판매하기 위해 배포한 서적에 성행위에 대한 상세한 묘사가 포함되어 있다는 이유로 영국 정부가 해당 도서를 음란물로 압수, 수사하고 원고를 판매목적 음란물 소지죄로 기소하여 벌금형을 부과한 데 대하여, 원고가 유럽인권협약 제10조 표현의 자유 침해를 이유로 제소한 사건이다. 유럽인권재판소는 이 사건에서 MoA 독트린을 적용하여 영국 정부가 협약상 원고의 권리를 침해하지 않았다고 판결하였다. 정부가 원고를 처벌한 행위는 ‘도덕의 보호’라는 정당한 목적을 가지고 있다고 보면서 이와 관련한 당사국의 판단여지가 존중되어야 하는 주요 이유를 아래와 같이 제시하였다. 이러한 설시는 이후 유럽인권재판소가 MoA 독트린을 적용한 판결들에서 전형적으로 등장하는 문구의 원형이 되었다:

“당사국들의 국내법 사이에서 유럽 차원의 단일한 도덕관념 (a uniform European conception of morals)을 찾는 것은 불가

Application no. 3455/05 (19 February 2009) 등. 이 글에서는 이와 같은 공공비상상태 상황이 아닌 일반적 상황에서 협약 제8조에서 제11조 사이의 권리에 대한 제한이 문제되는 경우를 주된 논의 대상으로 삼는다.

능하다. 도덕의 요청에 대하여 관련 법들이 채택하고 있는 관점은 시간과 장소에 따라 다양할 수 있으며, 특히 해당 주제에 대하여 빠르고 광범위한 의견 변화가 일어나고 있는 오늘날의 시대에는 더욱 그렇다. 당사국의 정부기관들은 해당 국가의 핵심적 동력을 이루는 요소들과 직접적이고 지속적인 접촉(direct and continuous contact with the vital forces of their countries)을 하고 있기 때문에, 이러한 [도덕적] 요청의 정확한 내용과 이를 달성하기 위한 권리 제한이나 처벌의 ‘필요성’ 요건을 해석하는 데 국제 재판소의 재판관들보다 원칙적으로 더 나은 위치에 있다. ... 당사국의 기관들은 [협약상] 필요성 요건과 관련된 긴절한 사회적 요구의 현실에 대하여 일차적 평가를 내릴 권한을 가지고 있다. 따라서 협약 제10조 제2항은 당사국들에게 판단의 여지를 남긴다. 이러한 판단여지는 국내 입법기관 뿐 아니라 사법기관 등 법을 해석하고 적용하는 모든 국내 기관에 부여된다.”¹⁰⁾

(2) *S.A.S. v. France* (2014)

사회적 소수자에 대한 인권 침해와 차별이 문제된 사안에서 MoA 독트린이 중요하게 작용한 대표적 사례 중 하나인 *S.A.S. v. France* 판결에 대해서는 좀 더 자세히 살펴보기로 한다.¹¹⁾ 이 사건의 원고는 프랑스 국적을 보유하고 프랑스에 거주 중이며 이슬람교 신자인 여성으로, 프랑스 정부가 2010년 10월 공공장소에서 이슬람교 전통 복장인 부르카와 니캅을 포함하여 얼굴을 가리는 복장의 착용을 금지하고 형사처벌하는 법(이하 ‘부르카금지법’)을 도입하자,¹²⁾ 위 법이

¹⁰⁾ *Handyside v. the United Kingdom*, Application no. 5493/72 (7 December 1976), para. 48.

¹¹⁾ *S.A.S. v. France*, Application no. 43835/11 (1 July 2014).

¹²⁾ The Law No. 2010-1192 of 11 October 2010 “Prohibiting the Concealment of One’s Face in Public Places”, Section 1: No one may, in public places, wear clothing that is designed to conceal the face. 이 법은 Section 2에서 공공장소에서 얼굴 전체를 가리는 것이 허용되는 예외로

유럽인권협약 제3조(비인도적 처우 금지), 제8조(사생활의 자유), 제9조(사상·양심·종교의 자유), 제11조(집회·결사의 자유), 제14조(차별 금지)를 위반하여 원고의 인권을 침해하였다는 이유로 소를 제기하였다. 이에 대해 프랑스 정부는 부르카금지법이 공공의 안전 및 ‘열린 민주사회의 최소한의 가치들에 대한 존중’이라는 목적을 가진다고 주장하였다(para. 82). 그 최소한의 가치들이란 (1) 남녀 평등, (2) 인간 존엄, (3) 사회생활의 최소한의 요건들에 대한 존중을 의미하며, 이는 협약 제8조와 제9조가 규정하는 권리제한사유인 ‘타인의 권리와 자유 보호’와 연결된다고 주장하였다(para. 116). 프랑스 정부는 “얼굴은 인간 상호작용에서 중대한 역할을 하며 고유한 인격으로서의 개인의 존재를 표현하고 대화 상대방과 공유하는 인간됨(humanity)을 반영한다”고 하면서, “공공장소에서 얼굴을 가리는 것은 사회적 연결선을 끊는 행동이며 ‘함께 살아가기 원칙’(the principle of living together)에 대한 거부를 표시하는 것이다”라고 주장하였다(para. 82).¹³⁾

서, 법에 정함이 있는 경우, 건강 또는 직업상의 이유, 스포츠, 축제, 예술, 전통 행사의 경우를 규정하고 있는 반면, 종교적인 이유에서의 착용은 예외사유로 규정하지 않고 있다. 동법 위반시 최대 150 유로의 벌금 형에 처해질 수 있으며 시민권 수업(citizenship course) 수강명령이 부과될 수 있다. 프랑스 정부가 밝힌 해당 수강명령의 취지가 주목할 만하다: “The purpose of the course is to remind the convicted persons of the Republican values of tolerance and respect for the dignity of the human being and to make them aware of their criminal and civil liability, together with the duties that stem from life in society. It also seeks to further the person’s social integration.” *S.A.S. v. France*, para. 28.

13) 이 사건 소송에 이해관계 있는 제3자로 참여한 벨기에 정부는 프랑스와 유사한 법제를 실시하고 있었는데, 여성들이 부르카금지법으로 인하여 공공장소에 나오지 않게 되었다면 이는 여성들 스스로가 선택한 것이므로 이들에게 가해진 부당한 법적 제약이라고 볼 수 없다는 의견을 피력하였고, 프랑스 정부도 이와 유사한 논리로 해당 법이 여성들을 집 밖으로 나오지 못하게 하는 효과를 가지는 것으로 볼 수 없다고 주장하였다. *S.A.S. v. France*, para. 88.

또한 부르카나 니캅의 착용은 여성이 개인으로서 존재할 권리를 부정하고 그들의 개인성에 대한 표현을 사적 가족공간이나 여성들만의 장소로 제한하는 것이므로 여성과 남성 간의 평등 보호를 위하여 금지법이 필요하며, 이러한 복장은 여성을 공공장소로부터 ‘지우고’, 비인간화하는 것으로 인간 존엄에도 위배된다고 주장하였다(para. 82).

이에 대하여 원고는 프랑스 정부가 주장하는 ‘함께 살아가기 위한 사회적 소통방식’에 관한 철학을 공유하지 않는 소수자들의 문화적 실행을 정부가 고려하지 않고 있으며, 시각적 소통 외에도 의사소통의 여러 방법들이 있다는 점을 간과하고 있다고 지적하였다(para. 77). 여성의 평등을 보장하기 위해 부르카금지법이 필요하다는 정부의 주장에 대해서는 그러한 법의 시도 자체가 무슬림 여성에 대한 고정관념에 기반한 우월주의적이고 가부장적인 태도라고 비판하면서, 다수의 여성들은 부르카나 니캅을 자발적으로 착용하고 있음을 지적하고, 추상적인 젠더평등 개념을 적용해 여성들의 진지한 개인적 선택을 형사처벌하는 것은 오히려 불평등을 심화시키는 것이라고 주장하였다(para. 77).¹⁴⁾ 또한 진정으로 자유로운 사회라면 넓은 범위의 사상과 취향, 행동양식을 수용할 수 있어야 하며, 국가는 개인의 종교적 신념의 유효성을 결정할 위치에 있지 않다고 지적하였다(para. 78). 인간 존엄을 이유로 부르카나 니캅의 금지가 필요하다는 프랑스 정부의 주장에 대해서는, 여성에게 자신의 신념에 반하는 방식으로 행동하거나, 집에만 머물거나, 법을 위반하는 것 중에서 선택을 강요하는 것은 가부장적인 태도일 뿐 아니라, 가부장적 억압으로부터 권리를 보호받아야 할 여성들을 법이 오히려 처벌하고 억압하

14) 원고는 가족들의 강요 없이 종교적, 문화적, 개인적 신념에 의하여 부르카와 니캅을 착용하고 있으며, 병원에 가거나 공공장소에 친구를 만나러 가는 등의 경우에는 해당 복장을 착용하지 않으며, 라마단 기간 등 종교적 이유로 착용한 경우에도 신원확인 요청을 받는 경우 얼마든지 얼굴을 보여줄 의사가 있다고 진술하였다. *S.A.S. v. France*, para. 12.

고 있다고 비판하였다(para. 78). 나아가 기독교나 카톨릭 신앙을 가진 대다수의 사람들은 종교적 축제를 위해 얼굴을 가리는 의복(예를 들어 산타클로스 복장)을 착용할 수 있으므로 부르카금지법은 종교를 이유로 한 차별에도 해당한다고 주장하였다(para. 80).

유럽인권재판소는 얼굴을 가리지 않는 것이 사회에서 ‘함께 살아가기’ 위한 요건이라는 프랑스 정부의 주장을 받아들이면서, 부르카 금지법이 원고의 유럽인권협약상 권리를 침해하지 않는다고 판결하였다. 판결 이유에서 재판소는 정부의 주장 중 부르카 등의 착용 금지가 공공안전, 남녀 평등, 인간 존엄을 위해 필요하다는 주장은 받아들이지 않았다. 우선 공공안전의 목적은 신분 확인을 위해 필요한 경우에는 얼굴을 보이는 것을 의무화하는 방식으로도 충분히 달성할 수 있으므로, 개인의 정체성과 종교적 표현에 중요한 요소일 수 있는 부르카나 니캅의 착용을 전면 금지하는 것은 비례의 원칙에 반한다고 보았다(para. 139). 재판소는 또한 스스로 해당 복장의 착용을 옹호하는 여성의 행동을 젠더평등을 이유로 금지할 수는 없다고 보았다(para. 119). 그리고 얼굴을 가리는 복장을 착용하는 여성이 타인의 존엄을 해할 의도를 가졌다고 볼 증거가 없다고 판시하였다(para. 120). 그러나 재판소는 ‘함께 살아가기’ 또는 ‘사회 속에서의 생활을 위한 최소한의 요건’에 대한 프랑스 정부의 주장이 협약상 권리 제한의 정당한 목적으로 명시된 ‘타인의 권리와 자유의 보호’와 연결될 수 있다고 판시하였다(para. 121). 재판소는 사회적 상호작용에서 얼굴이 중요한 역할을 한다는 정부의 주장을 인정하고, 프랑스 사회에서 ‘확립된 의사합치’가 이루어진 부분인 ‘공동체 생활에서 필수불가결한 개방된 상호관계’의 가능성에 근본적인 의문을 가지게 하는 행동을 공공장소에 있는 다른 사람들이 ‘보고 싶어 하지 않을 수 있다’는 정부의 주장 역시 받아들였다(para. 122). 따라서 얼굴을 가리는 복장을 착용하는 행동은, ‘함께 살아가기’를 용이하게 하는 사회적 교류의 장소에서 살아갈 타인의 권리를 침해하는 것으로 볼 수 있다고 판단하였다(para. 122).

이어서 재판소는 MoA 독트린을 적용한 다음과 같은 판시를 하였다.

“협약 심사제도는 근본적으로 보충적인 역할을 가진다. 당사국의 정부기관들은 직접적인 민주적 정당성을 가지고 있으며, 국내적 요청과 조건들을 평가하는 데 있어서 원칙적으로 국제 재판소보다 더 나은 위치에 있다. 민주주의 사회에서 다양한 의견이 존재할 수 있는 일반성을 띠는 정책과 관련된 사안의 경우, 국내 정책결정자들의 역할에 특별한 중요성이 부여되어야 한다. 특히 국가와 종교의 관계가 쟁점이 된 사안에서는 더욱 그러하다. 따라서 협약 제9조와 관련하여 원칙적으로 해당 국가는 종교와 신념을 표현할 개인의 자유에 대한 제한을 부과하는 것이 필요한지 여부 및 어느 정도의 제한이 필요한지를 결정하는 데 있어 광범위한 판단의 여지(a wide margin of appreciation)를 가진다.” (para. 129)

또한 재판소는 한 사회 내 종교의 의미에 대하여 전 유럽에 걸친 통일된 관념을 찾을 수 없다는 점과 종교적 신념을 대외적으로 표현하는 행위의 의미나 영향력은 시간과 맥락에 따라, 그리고 나라마다의 전통에 따라 다르다고 실시하면서, 이와 관련된 규제의 정도와 방식을 결정하는 것은 해당 국가의 선택에 맡겨져 있는 문제라는 것이 재판소의 기본 입장이라고 밝혔다(para. 130). 다양성 속에 함께 살아가기 위한 조건을 확보하는 것은 당사국의 권한에 속하며, 개별 국가는 얼굴을 가리는 것이 개인들 간의 상호작용을 방해하는 것으로 판단할 수 있다고 하면서, 문제된 부르카금지법은 함께 살아가기 위한 조건을 확보하기 위한 목적으로 정당화될 수 있다고 보았다(para. 141). 비례의 원칙을 충족하는지와 관련해서는, 법문언 자체는 종교적인 색채를 표방하지 않고 있는 점(para. 151), 형량의 상한(벌금 150 유로)이 매우 가볍다고 볼 수 있는 점(para. 152), 국가는 민주사회에서 불가결한 다원주의, 관용, 관대한 마음(broadmindedness)의 가치 표현에 필수적이라 볼 수 있는 개인 간 상호작용의 원칙을 보호

하는 조치를 취할 수 있는 점(para. 153), 유럽인권재판소가 당사국의 협약상 의무 위반 여부를 심사하는 것은 해당 사회에서 민주적 절차를 통하여 이루어진 법익형량의 타당성을 평가하는 성격을 띠게 되므로 어느 정도의 자제를 발휘할 필요가 있는 점(para. 154) 등을 들어, 부르카금지법이 종교적 신념과 정체성에 따라 자발적으로 복장을 착용하는 여성들의 권리를 제한하는 효과가 있다고 하더라도, 위와 같은 이유를 종합하여 인정되는 당사국의 넓은 판단여지를 고려할 때, 해당 법은 비례의 원칙과 ‘민주사회에서의 필요성’ 요건을 충족하며 원고의 협약상 권리를 침해하지 않는다고 결론 내렸다(paras. 157-159). 이와 같은 판시 태도는 *S.A.S. v. France* 판결 이후 벨기에의 유사한 법령에 대하여 제기된 *Dakir v. Belgium* (2017) 및 *Belkacemi and Oussar v. Belgium* (2017) 판결에서도 그대로 반복되었다.¹⁵⁾

부르카금지법 사안 이외에도 유럽인권재판소가 종교적 상징 착용의 규제에 관한 사안에서 MoA 독트린을 적용하여 당사국의 넓은 판단여지를 인정하고 정부의 규제조치가 정당하다고 본 판결은 다수 존재한다. 예를 들어, 터키 정부가 의과대학의 여학생들에게 학내에서의 헤드스카프 착용을 금지한 조치에 대하여 제기된 *Leyla Şahin v. Turkey* (2005) 사건에서는 교육기관 운영에 있어 당사국이 가지는 판단의 여지를 강조하며 정부의 손을 들어주었다.¹⁶⁾ *Dahlab v. Switzerland* (2001) 사건에서는 초등학교에서 헤드스카프를 벗는 것을 거부한 무슬림 교사를 해고한 스위스 정부의 조치가 ‘타인의 권리와 자유, 공공질서와 공공안전’ 보호를 위해 정당하고 필요한 조치로서 정부의 판단여지 범위 내에 속한다고 볼 수 있으므로 원고 교사의 청구는 ‘명백히 근거 없는 것’에 해당한다고 하면서 각하 결정을 하였다.¹⁷⁾ *Aktas v. France* (2009)를 비롯한 일련의 사건들에서는

¹⁵⁾ *Dakir v. Belgium*, Application no. 4619/12 (11 July 2017); *Belkacemi and Oussar v. Belgium*, Application no. 37798/13 (11 July 2017).

¹⁶⁾ *Leyla Şahin v. Turkey*, Application no. 44774/98 (10 November 2005).

¹⁷⁾ *Dahlab v. Switzerland*, Application no. 42393/98 (15 February 2001).

공립학교에서 헤드스카프를 착용한 무슬림 여학생들을 퇴학시킨 프랑스 교육당국의 조치에 대한 원고들의 소를 각하하였는데, 종교와 국가의 관계에 대해서는 민주주의 사회에서 합리적인 의견 불일치가 있을 수 있으며, 특히 교육기관에서의 종교적 상징 착용에 대한 규제에 있어서 국내 기관은 넓은 판단여지를 가지며 이에 대해 특별한 중요성이 인정되어야 한다는 것을 이유로 들었다.¹⁸⁾ 반면, 항공사 승무원 복장의 종교적 중립성 준수를 위해 십자가 목걸이를 걸고 드려나게 착용하는 것을 금지한 항공사의 조치가 정당하다고 본 영국 법원의 판결에 대해서는, 십자가 목걸이를 외부로 보이게 착용하는 행위가 타인의 권리나 자유를 침해한다고 볼 수 없다고 하면서, 영국 법원의 판결이 당사국에게 인정되는 판단여지의 범위를 넘어 원고 승무원의 종교적 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였다.¹⁹⁾

(3) *Lautsi and Others v. Italy* (2011)

Lautsi and Others v. Italy 판결은 이탈리아 정부가 공립학교의 모든 교실 벽에 예수십자가상을 부착하도록 명령한 조치에 대하여 두 자녀를 둔 학부모가 이는 세속주의 원칙(secularism)에 반하는 것으

¹⁸⁾ *Aktas v. France*, Application no. 43563/08 (30 June 2009); *Bayrak v. France*, Application no. 14308/08 (30 June 2009); *Gamaleddyn v. France*, Application no. 18527/08 (30 June 2009); *Ghazal v. France*, Application no. 29134/08 (30 June 2009); *J. Singh v. France*, Application no. 25463/08 (30 June 2009); *R. Singh v. France*, Application no. 27561/08 (30 June 2009) 등. *Dogru v. France*, Application no. 27058/05 (4 December 2008)와 *Kervanci v. France*, Application no. 31645/04 (4 December 2008) 판결에서는 본안 판단에 나아가 MoA 독트린을 적용하여 체육시간에 헤드스카프를 벗지 않은 11세-12세 무슬림 여학생들을 퇴학시킨 프랑스 교육당국의 조치가 당사국에 허용된 판단여지에 속하는 것으로 협약에 위반되지 않는다고 판단하였다.

¹⁹⁾ *Eweida and Others v. the United Kingdom*, Application nos. 48420/10, 36516/10, 51671/10 et al. (15 January 2013).

로 협약상의 사상·양심·종교의 자유 및 협약 제1호 의정서 제2조가 규정한 부모의 교육권을 침해한다고 제소한 사건에 관한 것이다. 이에 대해 1심에 해당하는 소재판부 판결은, 민주사회의 교육에서 다원주의가 가지는 중요성을 강조하면서, 인구의 절대 다수가 특정한 하나의 종교를 가지고 있는 국가의 경우 그러한 종교에 대한 신봉의 표현이나 상징을 학교 교실에 부착하는 것은 그 종교를 가지지 않은 학생들에게 압박으로 작용할 수 있다고 판단하였다.²⁰⁾ 특히 국가가 그러한 종교적 표현행위를 하는 경우, 학생들의 소극적 종교의 자유가 더욱 특별한 보호를 받아야 한다고 강조하면서(para. 55), 교실에 특정 종교의 상징물 부착을 의무화하는 정부 당국의 조치는 학생들의 종교의 자유 및 부모의 교육권을 침해한다고 판결하였다(paras. 57, 58).

그러나 항소심에 해당하는 대재판부의 판단은 이와 달랐다. 재판소는 이 사건에서 문제된 십자가상 부착 조치는 이탈리아 정부가 가지는 판단의 여지 범위 내에 속하는 것으로서 원고들의 협약상 권리를 침해하지 않는다고 판결하였다.²¹⁾ 이 사안에 대하여 이탈리아 외 많은 협약 당사국들이 재판소에 의견을 제출하였는데, 예를 들어 유럽 의회(European Parliament)의 33개국이 공동으로 제출한 의견서는, 유럽인권재판소는 헌법재판소가 아니라고 지적하면서 보충성의 원칙을 강조하는 한편, 종교와 국가의 관계 및 교육의 영역에서 당사국들은 특히 광범위한 판단의 여지를 가진다고 주장하였다(para. 56). 만약 유럽인권재판소가 공립학교에서 종교적 상징을 제거할 것을 요구하는 판결을 내린다면 이는 ‘매우 급진적인 이데올로기적 메시지’를 전파하는 것이며, 교실의 십자가상은 종교적 성격을 넘어 민주주의와 서구 문명의 근간을 이루는 원칙과 가치를 상징하는 세속적인 성격을 가지므로 제거되어서는 안 된다고 덧붙였다(para. 56).

²⁰⁾ *Lautsi v. Italy*, Application no. 30814/06 (3 November 2009), para. 50.

²¹⁾ *Lautsi and Others v. Italy*, Application no. 30814/06 (18 March 2011).

유럽인권재판소는 이와 같은 다수 당사국들의 견해를 받아들이면 서, 각국의 전통을 지속시킬지 여부에 대한 결정은 원칙적으로 해당 국가의 판단여지에 속하는 사항이라고 실시하고, 유럽 내 각국이 가 지는 역사적, 문화적 발전과 관련된 영역에서의 다양성을 고려해야 한다고 지적하였다(para. 68). 당사국 정부는 학교 교육에서 종교가 차지하는 위치 및 부모의 교육권과의 조화 방식을 결정하는 데 재량 을 가지며, 문제된 조치가 특정 종교를 주입(indoctrination)하는 것에 해당하지 않는 한, 재판소는 당사국의 결정을 존중해야 한다고 판시 하였다(para. 69). 이어서 공립학교 교실에 십자가상을 부착하는 것 자체가 특정 종교의 주입에 해당한다고 볼 수 없다고 하면서, 이에 관한 결정은 이탈리아 정부의 판단여지 범위에 속한다고 보았다 (para. 70). 공립학교에서의 종교적 상징물 사용에 대한 유럽 차원의 의견일치가 없다는 점도 당사국의 넓은 판단여지를 인정하는 이유가 되었다(paras. 70, 71).

III. MoA 독트린의 고려요소와 근거사유 분석

1. 개별 사안에 관련되는 고려요소

이상 예시로 살펴본 판결들에서도 관찰되듯이, 유럽인권재판소가 MoA 독트린의 적용 여부 및 당사국이 가지는 판단여지의 정도를 결 정할 때 중요하게 고려하는 일련의 요소와 사유들이 있다. 이 중 개별 사안의 특성과 관련하여 중요하게 고려되는 요소로는 (1) 권리 및 권 리제한사유의 종류와 성격, (2) 한 사회의 도덕, 종교, 문화와 밀접하 게 연관된 사안인지 여부, (3) 쟁점에 대하여 유럽 차원의 통일된 입 장이나 의견일치(이하 ‘유럽 차원의 컨센서스’라 한다)가 있는지 여 부를 들 수 있다.

(1) 권리 및 권리제한사유의 종류와 성격

먼저 재판소는 사안과 관련된 권리 및 권리제한사유의 종류와 성격을 고려한다. 제II장에서 보았듯이 당사국의 판단여지가 널리 인정되는 협약상의 주요 권리들이 있으며, 주로 명문상 권리제한사유와 요건의 규정이 있는 사생활의 자유, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회·결사의 자유 등이 이에 해당한다. 문제된 정부의 행위가 공공비상사태 상황에서 이루어진 경우 외에 국가의 사회경제정책과 관련된 사안의 경우에도 판단여지를 넓게 인정하는 경향이 있다.²²⁾

(2) 한 사회의 도덕, 종교, 문화와 밀접하게 연관된 사안인지 여부

문제된 사안이 해당 사회의 ‘도덕’(morals 또는 public morals)이나 종교, 문화적 요소와 밀접하게 연관되어 있다고 보이는 경우, 재판소는 당사국에게 보다 넓은 판단여지를 인정하는 경향을 보인다. 예를 들어 앞에서 본 *Handyside v. the United Kingdom* 판결에서 재판소는 영국 정부가 ‘도덕적 위험으로부터 아동과 청소년을 보호’한다는 이유로 원고의 성교육 도서 발간을 처벌한 조치에 대하여, 이 사안이 영국 사회의 도덕과 관련된 사안이라는 점을 중시하고, ‘도덕이 요청하는 바는 시간마다, 그리고 장소마다 다르다’는 규범적 문화상대주의에 가까운 입장을 취하면서, 영국 정부에 넓은 판단여지를 인정하였다(para. 48). 이러한 판시는 화가인 원고의 작품이 음란물에 해당한다는 이유로 전시 중인 원고의 그림을 압수하고 처벌한 스위스 당국을 상대로 제기된 *Müller and Others v. Switzerland* (1988) 사건에서도 동일하게 반복되었다.²³⁾ *Otto-Preminger-Institut v. Austria* (1994)

²²⁾ 당사국의 사회경제정책과 관련되어 넓은 판단여지가 인정된 사례로 *Stec and Others v. the United Kingdom*, Application nos. 65731/01, 65900/01 (6 July 2005).

²³⁾ *Müller and Others v. Switzerland*, Application no. 10737/84 (24 May 1988).

사건에서는 “표현의 자유 행사가 타인의 종교적 감정을 대상으로 이루어진 경우, 그러한 행위에 대한 허용가능한 개입 방식에 대하여 포괄적인 정의에 도달하는 것은 불가능하며, 국내 당국은 그러한 개입의 필요성과 정도에 대하여 판단여지를 가진다”고 실시하면서, 해당 사회의 압도적 다수가 신봉하는 종교인 로마가톨릭에 대한 비판적 메시지를 담고 있는 영화에 대하여 ‘사회의 종교적 평온과 사람들의 종교적 감정’을 보호한다는 이유로 오스트리아 당국이 영화 필름을 압수, 폐기한 조치가 정당하다고 판결하였다.²⁴⁾ 다수(기독교인)의 종교적 감정 보호가 영화등급분류를 거부하는 이유가 된 *Wingrove v. the United Kingdom* (1996) 사건에서도, “도덕, 그리고 특히 종교의 영역에서 타인의 개인적 신념에 불쾌감을 줄 수 있는 표현의 규제에 관한 사안에서는 당사국이 더 넓은 판단여지를 가진다”고 실시하면서 정부의 조치가 정당하다고 보았다.²⁵⁾

(3) 유럽 차원의 컨센서스의 존부

사안의 쟁점에 대하여 유럽 차원의 컨센서스(European consensus)가 존재하는지 여부는 유럽인권재판소가 당사국이 가지는 판단여지의 존부와 정도를 결정하는 데 가장 중요하고 빈번하게 고려하는 요소로 보인다.²⁶⁾ 관련 주제에 대하여 대다수 협약 당사국 사이에서 발견되는 공통된 입장이나 접근방식이 존재한다고 볼 수 있는 경우, 문

²⁴⁾ *Otto-Preminger-Institut v. Austria*, Application no. 13470/87 (20 September 1994), paras. 50, 56.

²⁵⁾ *Wingrove v. the United Kingdom*, Application no. 17419/90 (25 November 1996), para. 58. 이러한 판시는 *Murphy v. Ireland*, Application no. 44179/98 (10 July 2003) 판결 등에서도 반복되었다.

²⁶⁾ Howard C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, The Hague: Martinus Nijhoff, 1996, p. 195; George Letsas, “Two Concepts of the Margin of Appreciation,” *Oxford Journal of Legal Studies* 26(4), 2006, p. 727; Brauch, 앞의 글, p. 128.

제된 당사국이 그로부터 벗어나는 태도를 취할 수 있는 판단여지의 폭이 좁다고 해석하는 반면, 해당 쟁점에 대하여 유럽 차원의 통일된 입장이 존재하지 않는다고 판단되는 사안의 경우에는 그에 대한 규제의 방식과 정도를 결정하는 당사국의 넓은 판단여지를 인정하여 문제된 정부의 행위가 협약에 위반되지 않는다는 결론을 내리는 경우가 많다. 제III장에서 보았듯이 *Handyside v. the United Kingdom* 판결에서도 해당 사건이 도덕의 보호에 관한 사안이라는 이유와 함께 ‘유럽 차원의 단일한 도덕관념’을 찾아볼 수 없다는 것이 영국 정부에 넓은 판단여지를 인정하는 이유로 제시되었다. 앞서 본 *Otto-Preminger-Institut v. Austria* 사건에서도 종교적 표현의 자유 규제에 대한 유럽 차원의 통일된 입장이 없다는 것이 오스트리아 정부가 넓은 판단여지를 가진다고 본 이유가 되었다.²⁷⁾ *S.A.S. v. France* 판결과 *Dakir v. Belgium* 판결에서는 “공공장소에서 얼굴을 가리는 베일 착용을 전면금지할 것인지에 대하여 당사국들 사이에 견해의 일치가 없으며, 이러한 사실은 재판소가 피고 당사국에 대하여 매우 넓은 판단여지를 인정하는 정당한 사유가 된다”고 실시하였다(para. 156; para. 59). *Leyla Şahin v. Turkey* 판결에서도, “국가와 종교의 관계에 대한 문제는 민주주의 사회에서 의견이 다양할 수 있는바, 국내 의사결정기관의 역할에 특별한 중요성이 인정되어야 한다. 이는 교육기관에서 종교적인 상징을 착용하는 것을 규율하는 사안에서 더욱 그러한데, 이 문제에 대하여 각 당사국 기관들이 취하는 태도가 다양하다는 점이 특히 고려사유가 된다”라고 밝힌 바 있다(para. 109). *Dudgeon v. the United Kingdom* (1981) 판결에서는 동성간 성행위를 처벌하는 북아일랜드 형법이 원고의 사생활의 권리를 침해하였다고 판단하였는데, 대다수 협약 당사국이 동성간 성행위를 처벌하지 않고 있다는 사실이 중요하게 고려되었다.²⁸⁾

27) 앞에서 살펴본 *Müller and Others v. Switzerland* 및 *Wingrove v. the United Kingdom* 판결도 마찬가지로 판시를 하였다.

28) *Dudgeon v. the United Kingdom*, Application no. 7525/76 (22 October

트랜스젠더의 성별정정에 관한 일련의 판결들에서도 유럽 차원의 컨센서스 존부를 중시하는 해석태도가 두드러지게 나타난다. 성확정 외과수술을 마친 트랜스젠더 원고의 출생증명서 상의 성별정정을 불허한 영국 정부의 행위가 협약 제8조를 위반하지 않았다고 본 *Rees v. the United Kingdom* (1986) 판결에서, “성전환수술을 한 사람의 공부상 성별 기록에 대하여 유럽 차원의 공통된 입장이 없으며 관련 법들이 전환기에 있는 것으로 보인다”는 점이 영국 정부에 넓은 판단여지를 인정하는 주요한 이유가 되었다.²⁹⁾ *X, Y and Z v. the United Kingdom* (1997) 사건은 트랜스젠더 남성인 X가 남성인 Y와의 사실혼 관계에서 Y의 정자로 태어난 자녀인 Z의 출생 이래 Z의 아버지로서의 역할관계로 살아오고 있는 상황에서, Z의 출생증명서에 X를 법적인 부로서 등록해줄 것을 거부한 영국 정부의 조치에 대하여 제기된 사건이었다.³⁰⁾ 이에 대하여 유럽인권재판소는 트랜스젠더에게 부모로서의 권리를 부여하는 문제에 대하여 유럽 차원의 공통 기준이 존재하지 않고 관련법이 과도기에 있는 상황으로 보이므로 당사국은 이 문제에 대하여 광범위한 판단여지를 가진다고 설시하면서, 문제된 영국법으로 인하여 원고들의 가족생활에 대한 협약상의 권리가 침해되었다고 볼 수 없다고 판단하였다(para. 44). 이후

1981), para 60. *Norris v. Ireland*, Application No. 10581/83 (26 October 1988) 사건에서도 같은 이유로 아일랜드의 동성간 성행위 처벌법이 협약을 위반하였다고 판결하였다. 이와 같이 유럽 차원의 컨센서스 존재를 이유로 당사국의 판단여지를 좁게 해석한 또 다른 중요 판결로 당사국의 양심적 병역거부권 인정 의무에 관한 *Bayatyan v. Armenia*, Application no. 23459/03 (7 July 2011)가 있다.

²⁹⁾ *Rees v. the United Kingdom*, Application no. 9532/81 (17 October 1986), para. 37. 이 같은 입장은 동종의 사안에 대하여 제기된 *Cossey v. the United Kingdom*, Application no. 10843/84 (29 August 1990) 사건에서도 그대로 유지되었다.

³⁰⁾ *X, Y and Z v. the United Kingdom*, Application no. 21830/93 (22 April 1997).

Sheffield v. the United Kingdom (1998) 판결이 내려질 당시에는 유럽 인권협약 당사국의 과반수가 트랜스젠더의 성별정정을 법적으로 허용하고 있는 상황이었으나, “성전환수술 후 성별의 법적 인정에 대한 유럽 차원의 공통된 접근방식이 존재한다고 보기에는 부족하다”고 하면서, 영국 정부에 넓은 판단여지를 인정하고, 성확정수술을 마친 원고의 성별정정을 불허한 정부의 행위가 협약에 위반되지 않는다고 판결하였다.³¹⁾ 유럽인권재판소가 트랜스젠더를 사회적으로 수용하고 수술 후 성별에 대한 법적 인정을 부여하는 ‘분명하고 다툼 없는’ 유럽 내외의 경향을 고려하여 성별정정을 불허한 정부의 행위가 위법하다고 판단한 것은 *I. v. the United Kingdom* (2002) 판결과 *Christine Goodwin v. the United Kingdom* (2002) 판결에 와서였다.³²⁾

사안의 쟁점에 대한 당사국들의 입장 변화와 컨센서스 형성의 경향에 따라 유럽인권재판소가 해석을 변경하는 모습은 동성 파트너십의 법적 인정이 당사국의 협약상 의무인지에 관한 일련의 판결들을 통해서도 확인할 수 있다. 우선 *Schalk and Kopf v. Austria* (2010) 판결에서 재판소는 동성 커플은 협약 제8조상 사생활의 권리뿐 아니라 동조에서 정하는 ‘가족생활에 대한 권리’를 가진다는 것을 명시적으로 인정하였다.³³⁾ 이는 이전의 판결에서 재판소가 “동성간 파트너십을 법적으로 인정하는 유럽 국가들의 경향이 증가하고 있다 하더라도 이 문제에 대하여 아직 당사국들 사이의 공통된 기초가 성립되었다고는 볼 수 없으므로” 동성 커플의 관계가 가족생활을 구성한다고 법적으로 인정할 것인지에 대하여 당사국들이 넓은 판단여지를 보유했다고 본 것에서 나아간 것이다.³⁴⁾ 그러나 동시에 재판소는 동성 커플

³¹⁾ *Sheffield v. the United Kingdom*, Application no. 22985/93 (30 July 1998), para. 57.

³²⁾ *I. v. the United Kingdom*, Application no. 25680/94 (11 July 2002); *Christine Goodwin v. the United Kingdom*, Application no. 28957/95 (11 July 2002).

³³⁾ *Schalk and Kopf v. Austria*, Application no. 30141/04 (24 June 2010), para. 90.

플의 법적 인정에 대하여 유럽적 합의가 점차 이루어지는 과정에 있다고 보이는 것은 사실이나, 그러한 법적 인정을 도입한 국가가 “여전히 과반수에 이르지 못하여 아직 이에 대한 확립된 합의가 존재한다고 볼 수 없으므로”, 당사국들은 그러한 입법의 도입 시기 및 동성 파트너십에 혼인과 동일한 법적 지위와 권리를 인정할 것인지 등 구체적인 사항에 있어서 판단여지를 가진다고 보았다(paras. 105, 108).³⁵⁾ 이후 *Oliari and Others v. Italy* (2015) 사건에서 재판소는 이탈리아 정부가 동성 커플인 원고들에게 법적 인정과 보호를 제공할 입법행위를 전혀 하지 않은 것은 당사국에게 허용된 판단여지를 넘어선 것으로 협약 제8조 위반을 구성한다고 판결하였다.³⁶⁾ 이러한 판결의 근거로서 *Schalk and Kopf v. Austria* 판결 이후 유럽에서 동성 커플에 대한 법적 인정 경향이 빠르게 증가하여 판결 당시 47개 당사국 중 과반수에 해당하는 24개국 이 그러한 입법을 도입하였고, 세계적으로도 이와 같은 방향의 신속한 발전이 이루어지고 있는 점이 중요하게 고려되었다(para. 178). 재판소는 최근 *Fedotova and Others v. Russia* (2023) 사건에서 ‘당사국들은 동성 커플에게 법적 인정과 보호를 제공할 일반적인 적극적 의무를 가진다’는 점을 보다 명확히

³⁴⁾ *Mata Estevez v. Spain*, Application no. 56501/00 (10 May 2001). 재판소는 또한 *Fretté v. France* (2002) 사건에서 동성 커플의 입양할 권리를 금지한 프랑스 법률에 대하여, 이러한 사안에 대한 당사국들 사이에 통일된 원칙을 찾아보기 어렵고 사회 전반의 이해관계들을 고려해야 하는 민감한 문제라고 하면서, 당사국은 이를 규율할 넓은 판단여지를 가지므로 해당 법률을 협약 위반으로 볼 수 없다고 판시한 바 있다. *Fretté v. France*, Application no. 36515/97 (26 February 2002), para. 41.

³⁵⁾ 이 사건에서 오스트리아 정부는 2010년 1월 동성 커플들이 신청 가능한 파트너십등록법(Registered Partnership Act)을 도입하였는데, 재판소는 정부가 판단여지의 범위 내에서 입법작용을 하였으며 이보다 더 일찍 이와 같은 법률을 도입하지 않은 것을 협약 위반으로 볼 수는 없다고 판시하였다.

³⁶⁾ *Oliari and Others v. Italy*, Application nos. 18766/11, 36030/11 (21 July 2015).

확인하고, 이를 제공하지 않은 러시아 정부가 협약 제8조를 위반하였다고 판결하였다.³⁷⁾ 이러한 판단에는 단순 과반을 훨씬 넘는 수의 당사국들이 동성 커플에 대한 법정 인정을 제공하고 있는 ‘분명하고 진행중인 경향’(clear ongoing trend) 및 여러 국제기구들이 그러한 입장을 지지, 요청하고 있다는 사실이 주요한 근거가 되었다(paras. 175, 176).³⁸⁾

이상 살펴본 여러 판결에서도 확인할 수 있듯이, 개별 사안에서 유럽인권재판소가 MoA 독트린을 적용하는 데 고려하는 각 요소들은 병렬적으로 언급되기도 하지만 자주 서로 연결되어 복합적으로 작용하기도 하며, 재판소가 어느 요소에 더 큰 비중을 두는지의 문제도 당사국이 가지는 판단여지의 폭을 결정하는 데 영향을 주고 있다. 예를 들어, *A, B and C v. Ireland* (2010) 사건에서 재판소는 낙태 가능 사유를 아일랜드보다 넓게 인정하는 대다수 협약 당사국들의 의견일치가 분명히 존재하는 점을 인정하면서도, 낙태는 도덕적, 윤리적 문제와 관련된 매우 민감한 사안으로서, ‘삶의 본질에 관한 아일랜드 국민들의 심오한 도덕적 관점’을 존중해야 한다고 하면서, 매우 엄격한 낙태금지법을 시행하는 정부의 손을 들어주었다.³⁹⁾ 반면 미성년자에 대한 체벌형을 규정하고 있는 영국령 맨 섬(Isle of Man)의 법을 협약 위반으로 판단한 *Tyrer v. the United Kingdom* (1978) 판결에서는 이러한 체벌형을 규정하는 다른 당사국들이 없다는 사실을 그와 같은 형벌이 맨 섬 시민들의 법감정에 부합한다는 정부의 주장보다 더 중요하게 본 바 있다.⁴⁰⁾ 동성애를 옹호하는 행위를 행정형벌에

³⁷⁾ *Fedotova and Others v. Russia*, Applications nos. 40792/10, 30538/14, 43439/14 (17 January 2023), para. 178.

³⁸⁾ 판결 당시 러시아(우크라이나 침공으로 2022년 3월 16일 유럽평의회에서 제명)를 제외한 유럽인권협약 46개 당사국 중 30개국(18개국) 또는 대안적 형태(12개국)로 동성 커플에 대한 법정 인정을 제공하고 있었다. *Fedotova and Others*, para. 175.

³⁹⁾ *A, B and C v. Ireland*, Application no. 25579/05 (16 December 2010), paras. 233, 235, 241.

처하는 러시아의 법률에 대하여 제기된 *Bayev v. Russia* (2017) 사건에서는 당사국들 사이의 컨센서스가 없는 경우, 도덕적, 윤리적으로 민감한 사안에 있어서 당사국이 넓은 판단여지를 가진다는 것을 재확인하면서도, 성소수자로서의 정체성을 표현할 권리와 자유를 인정하는 것이 ‘분명한 유럽 차원의 컨센서스’임을 지적하면서, 동성애를 인정하는 것이 가족가치에 위협을 가져오는 민감한 도덕적 문제라는 러시아 정부의 주장을 받아들이지 않았다.⁴¹⁾

2. 일반적 근거사유

이상과 같이 검토한 개별 사건과 관련된 MoA 독트린의 주요 고려요소들 외에 유럽인권재판소가 당사국에게 넓은 판단여지를 인정하는 일반적인 근거로 드는 몇 가지 사유들이 있다. 이하에서는 그간 재판소의 판결례에서 주요하게 제시되어온 이러한 사유들을 살펴본다.

(1) 국내 기관의 ‘원칙적 우월함’

구체적 사안을 해석하는 데 국내 기관이 가지는 ‘원칙적 우월함’이라는 사유가 많은 판결에서 전형적으로 언급된다. 이러한 사유는 *Handyside* 판결 이래로 다음과 동일하거나 유사한 문구를 통해 반복적으로 등장하고 있다: “당사국의 정부기관들은 해당 국가의 핵심적 동력을 이루는 요소들과 직접적이고 지속적인 접촉을 하고 있기 때문에, 이러한 [도덕적] 요청의 정확한 내용과 이를 달성하기 위한 권리 제한이나 처벌의 필요성 요건을 해석하는 데 국제 재판소의 재판관들보다 원칙적으로 더 나은 위치에 있다”(para. 48). 즉, 개별 사안

⁴⁰⁾ *Tyrer v. the United Kingdom*, Application no. 5856/72 (25 April 1978), para. 31.

⁴¹⁾ *Bayev v. Russia*, Application nos. 67667/09, 44092/12, 56717/12 (20 June 2017), paras. 66, 67.

과 관련된 현지의 상황과 지식, 이해관계 등을 파악하고 권리 제한이 필요한 이유와 그 구체적 방법을 판단하는 데 해당 사건 및 사회와의 물리적, 관계적 거리가 가까운 국내 정부당국이 국제 재판소보다 기본적으로 더 유리 또는 유능한 위치에 있다는 관점을 취하면서 이를 당사국에게 넓은 판단여지를 인정해야 하는 근거로 삼고 있다.

(2) 보충성의 원칙

위와 같은 사유와 함께 유럽인권재판소가 당사국의 판단여지를 존중해야 하는 기본적인 근거로 제시하는 것은 바로 보충성의 원칙(the principle of subsidiarity)이다. 국제인권법상 보충성의 원칙은, 개별 국가는 자신의 관할 하에서 일어난 인권 사안에 대하여 적절히 대응할 일차적 의무 주체이며, 해당 국가가 이러한 의무를 제대로 이행하지 아니할 경우(의도적으로 인권의무를 다하지 않는 경우와 의무를 다할 능력과 자원이 부족한 경우를 포함)에 비로소 유엔이나 지역인권재판소 등 국제사회나 국제기구가 정당하게 개입할 수 있다는 원칙으로서, 국가주권에 대한 존중과 개인의 보편적 인권 수호의 가치를 함께 추구하기 위한 양면적인 성격을 띠는 국제법상의 원칙으로 평가되고 있다.⁴²⁾ 보충성의 원칙이 제도화된 대표적인 형태는 국제인권조약의 개인진정제도를 이용하기 위해서는 유효한 모든 국내적 구제절차를 먼저 거쳐야 한다는 절차적 요건을 부과하는 것이며,⁴³⁾ 유럽인권협약 제35조도 같은 취지의 규정을 두고 있다.⁴⁴⁾

42) 국제인권규범 해석에서의 보충성의 원칙에 관한 논의로, Paolo G. Carozza, “Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law,” *American Journal of International Law* 97, 2003, pp. 38-79; 송지우, “주권과 보충성: 개념 검토를 통해 본 국제법 규범이론의 필요성”, 법철학연구 제21권 제2호, 2018, 383-416쪽 등 참조.

43) 예를 들어, Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights, art. 5, para. 2, Dec. 19, 1966, 999 U.N.T.S. 171.

44) European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental

본 논문의 서두에서 보았듯이 2021년 발효된 유럽인권협약 제15호 의정서는 유럽인권협약의 전문을 개정하여 보충성의 원칙을 명문화하였다. 2018년 유럽평의회 각료위원회에서 채택된 코펜하겐 선언 (Copenhagen Declaration)에서도 보충성 원칙과 MoA 독트린을 중요하게 언급하였는데, 특히 유럽인권재판소가 보충성의 원칙에 기반하여 기본적으로 취해야 할 심사태도를 다음과 같이 명시하면서 그간 재판소의 판결에 빈번하게 등장하였던 실시 내용을 공식화한 바 있다:

- a) 재판소는 국내적 차원에서 인권 보장을 받지 못하는 개인들을 위한 안전장치로서의 역할을 하며 모든 국내적 구제수단이 소진된 경우에만 사안을 다룰 수 있다. 재판소는 [국내법원의] 제 4심으로서 기능하여서는 안 된다.
- b) 재판소의 판례는 당사국이 개별 사안의 사정들 및 관련되는 권리에 맞게 협약을 적용하고 이행하는 데 있어 판단여지를 향유함을 분명히 하고 있다. 이는 유럽인권협약시스템이 국내 차원에서의 인권 보장에 대해 보충적인 성격을 가지며 국내 당국이 그 지역의 필요나 조건을 평가하는 데 국제 재판소보다 원칙적으로 더 나은 위치에 있다는 것을 반영한다.⁴⁵⁾

Freedoms, art. 35, para. 1, Nov. 4, 1950, 213 U.N.T.S. 221: “The Court may only deal with the matter after all domestic remedies have been exhausted, according to the generally recognised rules of international law, and within a period of four months from the date on which the final decision was taken.”.

45) Committee of Ministers of the Council of Europe, Copenhagen Declaration, paras. 28a), 28b), Apr. 13, 2018, <https://rm.coe.int/copenhagen-declaration/16807b915c>. 이 선언에는 이 외에도 보충성의 원칙 강화를 환영하고 그 중요성을 강조하는 내용이 여러 군데 등장한다. 동 선언 paras. 4, 31 등 참조.

(3) 당사국의 주권과 민주주의 존중 및 그 밖의 정치적 고려

유럽인권재판소가 MoA 독트린을 일반적인 해석론으로 채택하여 많은 사안에서 당사국의 넓은 판단여지를 인정해온 배경에는 당사국의 주권과 민주적 의사결정절차를 존중해야 한다는, 또는 그러한 존중을 표시해야 한다는 인식이 자리하고 있는 것으로 보인다.⁴⁶⁾ 재판소가 “유럽인권협약 시스템에는 민주주의 사회의 수호를 위한 요청들과 개인의 권리 사이에 일정한 타협이 내재한다”고 하면서, 협약 전문이 “기본적 자유는 한편으로는 효과적인 정치적 민주주의에 의해서, 다른 한편으로는 인권에 대한 공통된 이해와 준수에 의하여 가장 적절히 지켜질 수 있다”고 규정하고 있음을 강조하는 것도 이러한 이해를 반영한 것으로 볼 수 있다.⁴⁷⁾

이와 함께, MoA 독트린은 유럽인권재판소가 지역인권재판소의 역할을 수행하면서 개별 국가들과의 사이에 있을 수 있는 정치적 갈등을 예방 또는 완화하고 재판소에 대한 당사국의 반감이나 저항, 협약으로부터의 이탈 가능성을 방지하여, 유럽인권재판소의 권위를 확보하고 당사국들의 동의와 협조에 기반한 유럽인권협약체계를 안정적으로 유지하려는 정치적 고려가 작용한 것으로 평가되고 있다.⁴⁸⁾ 관련 사안에 대한 유럽 당사국들의 전반적인 태도나 문제된 국가의 국

46) *S.A.S. v. France*, paras. 154, 155 (“the Court has a duty to exercise a degree of restraint in its review of Convention compliance, since such review will lead it to assess a balance that has been struck by means of a democratic process within the society in question. In other words, France had a wide margin of appreciation in the present case.”); Letsas, 앞의 글, p. 720 참조.

47) *Klass v. Germany*, Application no. 5029/71 (6 September 1978), para. 59.

48) Nikos Vogiatzis, “The Relationship Between European Consensus, the Margin of Appreciation and the Legitimacy of the Strasbourg Court,” *European Public Law* 25(3), 2019, p. 449; Yuval Shany, “Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?,” *European Journal of International Law* 16, 2006, pp. 921-922 등 참조.

내 여론, 입법과정 등을 고려하지 않고 재판소가 독자적으로 수립한 인권기준만을 가지고 심사를 하게 된다면, 특히 해당 국가 내 지배적 입장과 상반되는 결론의 판결인 경우 당사국들이 판결의 구속력을 무시할 가능성이 있고, 이러한 사례가 축적되면 유럽인권협약체계의 정치적 권위와 안정적 운영기반이 저해될 수 있다는 우려가 MoA 독트린이 널리 사용되는 요인이 되었다는 것이다.⁴⁹⁾ 이에 더하여 한 국가 내 다수 유권자에 의해 선출되어 그 의사를 대변하는 지위에 있는 국내 정치기관이 가지는 민주적 정당성에 비하여 국제 재판소는 그와 같은 형태의 정당성을 가지지 못하였다는 유럽인권재판소의 자기 인식도 MoA 독트린에 기댄 소극적 해석태도의 기저에 자리하고 있는 것으로 보인다.⁵⁰⁾

IV. MoA 독트린의 고려요소와 근거사유에 대한 평가

이상 유럽인권재판소가 MoA 독트린 적용시 당사국이 가지는 판단여지의 정도를 결정하는 데 고려하는 주요 요소들 및 MoA 독트린 적용의 일반적인 근거로 제시하는 주된 사유들을 살펴보았다. 이 장에서는 소수자 인권 보장의 관점에서 유럽인권재판소에 기대되는 역할을 중심으로 MoA 독트린의 각 고려요소와 근거사유에 대한 규범적 평가를 진행하고자 한다.

1. 권리 및 권리제한사유의 종류와 성격

제II장에서 살펴본 것처럼 MoA 독트린이 주로 적용되는 유럽인권

⁴⁹⁾ David Harris 외 3인, *Law of the European Convention on Human Rights*, Fourth Edition, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 17; George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 124 참조.

⁵⁰⁾ 예를 들어, *S.A.S. v. France*, para. 129.

협약상 권리들(제8조에서 제11조)의 해당 조문에는 여러 권리제한사유들이 규정되어 있다. 이 중 특히 ‘도덕의 보호’, ‘타인의 권리와 자유의 보호’와 같은 사유나 ‘민주사회에 필요한 경우’라는 요건을 해석할 때 해당 사회 내 다수 구성원들의 가치판단과 선호에 더 무게를 두는 경향이 생길 수 있다. 예를 들어 어떤 사회의 대다수 또는 상당수의 구성원들이 성소수자성을 ‘부도덕’한 것으로 여긴다면, 성소수자의 정체성과 특성을 지닌 사람들의 권리를 ‘도덕의 보호’라는 이름으로 제한할 수 있다는 해석으로 이어질 위험이 있다. *S.A.S. v. France* 판결에서 보듯이 특정 사회 내 다수(비무슬림인)가 ‘불편 또는 불쾌’하다고 여기는 복장의 착용을 ‘타인의 권리와 자유’의 보호라는 명분으로 제한할 수 있게 된다. 한국에서 성소수자들을 위한 집회나 문화행사가 자주 경험하듯이, ‘공공안전 또는 공공질서 보호’라는 권리제한사유 역시 다수 또는 일부 구성원이 소수자의 권리 행사에 대하여 강한 반대의사를 집단적으로 표시하는 경우(반대집회, 공공기관의 업무를 방해할 정도의 집단적 민원제기 등), 공공안전과 질서유지라는 목적을 위해 소수자의 권리 제한이 필요하다는 주장을 정당화하는 근거로 남용될 우려가 있다. 또한 한 사회 내 주류 집단이 사회적 소수자의 삶과 행동 방식에 대하여 규율하기 원하는 바가 강하고 뚜렷할수록 그 실현을 위한 정부의 조치가 ‘민주사회에 필요한’ 것으로 해석될 가능성이 크다. MoA 독트린은 유럽인권협약 조문상 이와 같은 권리제한사유와 요건이 규정되어 있는 경우 그러한 개별 요건을 해석하는 데 당사국이 넓은 재량을 가진다고 봄으로써 소수자에 대한 권리제한조치나 차별조치가 보다 쉽게 정당화되도록 하는 해석기제로 작동할 수 있다.

2. 사회의 도덕관념이나 종교, 문화와의 밀접관련성

제III장의 여러 사례에서 보았듯이 유럽인권재판소는 문제된 사안이 해당 사회의 도덕관념이나 종교, 문화적 요소와 밀접하게 연관되

어 있다고 보이는 경우, 당사국에게 권리제한이나 차별적 조치에 대한 광범위한 판단여지를 인정하고, 규범적 문화상대주의에 가까운 입장을 피력해오고 있다. 이러한 해석론은 MoA 독트린이 적용되는 과정에서 위 제1요소와 결합하여, 사회적 주류 집단이 가지는 특정한 도덕관념, 종교 감정, 문화적 이해가 해당 국가의 입법과 행정조치에 반영되어 관철되는 것은 당사국의 넓은 판단여지에 속하며 그 사회의 도덕이나 타인의 자유와 권리 보호, 평온과 질서유지 등을 위해 필요하다는 해석으로 이어져왔다.

그러나 국제인권심사기구가 수호해야 할 가장 중요한 도덕적 원칙이자 가치는 다름아닌 개인의 평등한 존엄과 인권의 보장이라는 점에서, 유럽인권재판소의 이와 같은 해석태도는 중대한 문제를 가지고 있다. 우선 재판소는 유럽인권협약상 권리제한사유 중 하나로 규정된 ‘도덕’의 의미가 무엇인지 명확히 정의 내리지 않은 채 특정한 권리제한조치가 그 사회 내 도덕의 보호를 위한 것이라는 정부의 주장을 쉽게 받아들이는 태도를 보인다.⁵¹⁾ 나아가 소수자 인권 사안에서 차별과 인권침해의 원인으로 지목되고 있는 다수 또는 주류 집단의 도덕관념, 종교적 감정이나 문화적 선호를 오히려 보호되어야 할 공익이자 정당한 권리제한사유로 간주하여 다른 사안들보다 더 느슨한 심사기준을 적용하는 것은 모순적이다.⁵²⁾ 이는 인권침해의 원인 자체를 그러한 침해의 정당성을 추정하는 사유로 취급하는 것으로 인권심사의 대상이 되어야 할 것을 심사의 기준으로 삼는 셈이 되기

51) Christopher J. Nowlin, “The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,” *Human Rights Quarterly* 24(1), 2002, p. 264 참조.

52) Letsas, 앞의 책, p. 122 (“To call the moralistic preferences of the majority the vital forces of the country is the greatest insult to values of liberty and equality. ... The Court is therefore wrong to hold that there is a right not to be insulted in one’s religious feelings by the public expression of views of other persons. Rights block moralistic preferences; they do not give effect to them.”).

때문이다.

아울러 유럽인권재판소가 다수의 사건에서 ‘도덕의 관념과 요청은 국가, 시간, 장소에 따라 다르다’고 실시해온 것은 보편적 인권원칙의 관점에서 타당성을 가지기 어렵다. 각 사회의 특수성에 대한 주장이 국제적으로 정당성을 인정받기 위해서는 보편적 인권의 존중과 보장이라는 기본조건이 갖추어져야 하며, 문화나 종교, 전통이나 사회적 도덕관념의 이름으로 개인에 대한 인권침해를 정당화할 수 없다는 것은 국제인권규범의 확립된 원칙이다.⁵³⁾ 보편적 도덕이란 것은 존재하지 않는다고 보는 규범적 문화상대주의를 보편적 인권원칙에 기반하여 설립된 지역인권재판소가 사안의 해석과 심사의 기초로 삼는 것은 자기부정적인 태도라고 할 수 있다. Eyal Benvenisti는 “판단의 여지(margin of appreciation)가 문화상대주의를 원칙적으로 승인하는 방식으로 적용되면 인권의 보편성 개념에 어긋나게 된다. 이 doktrin이 무분별하게 적용될 경우 국내 정치에 좌우되지 않는 인권의 국제적 이행이라는 약속을 심각하게 훼손할 수 있다”고 경고한 바 있다.⁵⁴⁾ 유럽인권재판소가 심사 대상 사안에 도덕, 종교 등의 문제가 결부되어 있다는 이유로 다른 사안에 비하여 당사국에게 더 넓은 판단여지를 인정하게 되면, 한 사회 내 다수가 지지하는 것으로

53) 유엔여성차별철폐협약 제5조; Human Rights Committee, General Comment 22, para. 8, U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4 (1993); Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief: Gender-based Violence and Discrimination in the Name of Religion or Belief, U.N. Doc. A/HRC/43/48 (2020) 등 참조.

54) Eyal Benvenisti, “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards,” *International Law and Politics* 31, 1999, p. 844. 유럽인권재판소의 De Meyer 재판관은 *Z v. Finland*, Application no. 22009/93 (25 February 1997) 사건의 반대의견에서 문화상대주의에 기반한 MoA doktrin의 폐지를 강하게 주장한 바 있다(“I believe that it is high time for the Court to banish [the margin of appreciation] from its reasoning. It has already delayed too long in abandoning this hackneyed phrase and recanting the relativism it implies…”).

표방되는 소수자 억압적 도덕관념이나 종교적, 문화적 태도가 국제적으로도 규범적 승인을 받았다는 정당성을 획득하여 더욱 고착화되거나 확산되는 결과를 낳을 수 있다. 당사국 정부가 소수자에 대한 차별이나 권리 제한의 정당화 사유로 그 사회에 지배적인 도덕관념, 종교감정, 문화적 태도를 제시할 때, 유럽인권재판소는 이를 이유로 관대한 잣대를 적용할 것이 아니라, 그러한 사유로 인하여 개인의 인권이 쉽게 부정되는 일이 없도록 문제된 행위의 정당성을 더욱 세심하고 엄격하게 심사하는 태도가 필요하다고 할 것이다.

3. 유럽 차원의 컨센서스의 존부

심사대상이 된 사안의 쟁점에 관하여 유럽 차원의 컨센서스가 있는지 여부에 해당 국가가 가지는 판단여지의 정도가 크게 좌우된다고 보는 유럽인권재판소의 태도에 대하여 그간 여러 학자들의 비판이 있어왔다.

Jeffrey A. Brauch는 유럽인권재판소가 인권을 보호한다는 명목으로 실제로는 인권을 위협하는 심사기준을 채택하고 있다고 비판한다.⁵⁵⁾ 인권은 시간과 장소에 관계 없이 인간에게 보편적이고 기본적인 권리로서, 특정한 정부 혹은 어떤 지역의 다수가 그러한 권리를 보호하지 않기로 결정하더라도 인권이 가지는 지위에 영향을 끼치지 않는다는 것을 상기시키며, 만약 어떠한 권리가 특정한 시간과 장소에서의 합의 여부에 좌우된다면, 그러한 권리의 지위는 매우 취약해질 수밖에 없음을 지적한다.⁵⁶⁾ 예를 들어 테러리즘 위협과 같은 상황에서 한 사회의 다수가 과도한 반응을 보일 위험이 큰데, “컨센서스의 유무가 해당 권리를 보호할지 여부를 정하는 기준이라면, 그것은 권리 보호가 아예 없는 상태”임을 강조한다.⁵⁷⁾

55) Brauch, 앞의 글, p. 146.

56) *Id.*

57) *Id.*

Eyal Benvenisti는 유럽인권재판소가 컨센서스에 기반한 권리 해석론을 채택함으로써 규범적 상대주의를 취한 것이라고 진단하면서, 이러한 컨센서스 기반 해석론이 MoA 독트린과 결합하면서 소수자 가치에 대한 국제적 보호에 중대한 장애를 초래한다고 비판한다.⁵⁸⁾ 그는 국제 재판에서 컨센서스에 기반한 해석론은 국가 동의에 기초한 19세기 국제공법 이론 외에는 이론적 정당화 근거를 찾을 수 없는 시대착오적 해석론이라고 지적하면서, 당사국들 간의 의견일치 유무에 판단을 의존하는 것은 국제 재판소가 자신의 판결에 대한 책임을 회피하는 것으로 국제인권기관으로서의 의무에 위배된다고 비판한다.⁵⁹⁾ 즉 이러한 태도는 합리성과 도덕성에 기초한 초국가적 목소리를 낼 수 있는 고유한 위치에서 보편적 인권기준을 정립해야 할 재판소의 의무를 방기하는 것으로서, 유럽인권재판소가 ‘다수의 폭정’(tyranny of the majority)으로부터 인권을 지키는 외부적 수호자(external guardian)로서의 중차대한 임무를 수행하지 못하고 있다는 것이다.⁶⁰⁾ 그는 또한 이러한 태도는 개인과 소수자의 인권을 옹호하고 지지하는 사람들에게 커다란 부담을 지우게 된다고 지적하는데, 자신들이 가진 한정된 자원으로 다수 당사국들의 태도를 변화시키지 못하는 한 현상태만을 좇아가는 재판소의 입장을 바꿀 수 없기 때문이다.⁶¹⁾ 젠더평등이나 아동노동 등 기본적인 인권 이슈에 대해서조차 아직 지구적 차원의 컨센서스가 형성되지 못하고 있는 상황에서 당사국들 사이의 의견일치 여부에 기대어 인권을 해석하는 태도는 보편적 인권기준을 발전시키고자 하는 노력들을 사장시킬 수 있으며, 억압적인 다수의 합의에 대항하여 소수자의 권리를 신장시켜온 인권 발전의 역사성에도 배치된다고 비판한다.⁶²⁾ 그는 또한 유럽인

58) Benvenisti, 앞의 글, pp. 851-852.

59) *Id.*

60) *Id.*

61) *Id.*, p. 853.

62) *Id.*, pp. 852-853.

인권재판소 판결의 대외적 영향력을 고려할 때, 자국 법체계 내에서 인권을 실질적으로 보장하는 판결을 내리고자 하는 유럽 외 지역 국가 판사들이 원용할 수 있는 외부적 자원을 제공하지 못함으로써 유럽 지역 밖에서의 인권신장에도 악영향을 끼칠 수 있다고 경고한다.⁶³⁾

George Letsas도 당사국들이 유럽인권협약에 가입한 것은 인권을 존중하는 법적 의무를 부담하기로 한 것이지, 특정 시기에 당사국들 대다수가 인권이라고 여기는 것들만 존중하기로 한 것이 아니라고 지적하면서, 협약상 권리의 근간이 되는 도덕원칙들이 모두에게 평등하게 확장되는 것이 법치주의의 요청임을 강조한다.⁶⁴⁾ 만약 유럽에 사는 사람들이 결혼할 권리나 자신의 성적 지향으로 인하여 형사 처벌을 받지 않을 권리가 있다면, 그러한 권리는 성소수자들에게도 인정되어야 하며, 다른 사람들이 어떤 이의 삶의 방식을 경멸한다는 이유로 그가 삶의 기회나 자유를 박탈당해서는 안 된다는 원칙은 누구에게나 평등하게 적용되어야 한다는 것이다.⁶⁵⁾ 따라서 그는 유럽인권재판소가 일련의 판결들에서 유럽 차원의 컨센서스 부재를 이유로 성소수자의 동등한 권리를 부정한 것은 해당 사건의 원고들을 무원칙적으로 대한 것이라고 비판한다.⁶⁶⁾

Yutaka Arai-Takahashi 역시 당사국 다수의 국내 실행에 유럽인권재판소가 판단을 의존하는 것은 유럽인권협약의 수호자로서 재판소가 가지는 독립적 권위를 훼손할 수 있고, 높은 수준의 인권기준을 자체적으로 유지하고자 하는 노력을 저해할 수 있다고 우려한다.⁶⁷⁾ 개별 국가의 입법과 정책이 협약에 위반되는지 여부를 독자적으로

63) *Id.*, p. 852.

64) Letsas, 앞의 책, p. 123.

65) *Id.*

66) *Id.*

67) Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and The Principle of Proportionality in the Jurisprudence of ECHR*, Antwerp: Intersentia, 2002, p. 192.

심사해야 하는 지역인권재판소가 그 판단기준을 당사국들의 국내적 실태에 의존하여 설정하고 당사국들의 이행 현실에서 발견되는 공통 분모를 확인하는 수준의 최소주의적(minimalist) 방식으로 심사를 축소하는 것은 초국가적 인권감시기구의 역할과 모순되며, 각국의 국내 현실보다 더 발전적인 인권보장을 지향하는 유럽인권협약의 인권 기준에 질적 저하를 가져온다는 것이다.⁶⁸⁾ 그는 인권은 다수결에 의하여 정의되는 것이 아니며, 다수에 속한 당사국들이 소수의 입장에 있는 당사국들보다 개인의 인권에 덜 우호적일 수 있다는 점 또한 지적한다.⁶⁹⁾

Nikos Vogiatzis는 만약 유럽 차원의 컨센서스가 재판소의 판단에서 결정적인 요소로 작용할 것이라면 애초에 유럽인권재판소와 같은 지역인권재판소를 만들 필요가 없었을 것이라고 일침을 가한다.⁷⁰⁾ 또한 단지 당사국들의 컨센서스를 따르지 않았다는 이유로 유럽인권재판소의 판결이 정당성을 결여하였다고 볼 수 없음을 강조한다.⁷¹⁾ 컨센서스 기반 심사기준은 다수결 원칙을 사법판단에 도입함으로써 언뜻 보기에는 유럽인권재판소의 민주적 정당성 확보에 기여하는 것처럼 보이나, 재판소의 진정한 정당성은 유럽의 인권수준 발전에 기여하는 역할을 다하는 것으로 달성될 수 있기 때문이다.⁷²⁾ 그는 쟁점에 대한 유럽 차원의 컨센서스가 없다는 사실이 해당 사안에서 당사국의 권리침해행위를 용인하는 백지수표일 수는 없으며, 권리침해 여부에 대한 심사와 판단은 여러 상황과 요소를 종합하여 내려야 할 유럽인권재판소의 몫임을 지적한다.⁷³⁾

다수 집단에 비하여 권리 보장에서의 취약성을 가지는 사회적 소

68) *Id.*

69) *Id.*, p.197.

70) Vogiatzis, 앞의 글, p. 473.

71) *Id.*

72) *Id.*, p. 475.

73) *Id.*

수자의 인권 사안에서 전유럽적으로 통일된 국가 실행이 존재하는지 여부에 심사기준을 의존하는 해석태도는 여러 측면에서 부당하다. 예를 들어 무슬림 이주자나 성소수자에 대한 차별적 법제도와 정책이 유럽 국가들 사이에 만연한 현실이 존재한다고 하여, 특정 국가에서 무슬림이나 성소수자가 겪은 차별행위가 ‘유럽 차원의 차별의 컨센서스를 따른 것이기에’ 정당화된다고 볼 수는 없을 것이다. 그렇게 된다면 ‘차별이 만연하므로 차별해도 괜찮다’고 재판소가 선언하는 것과 다름없기 때문이다.⁷⁴⁾ 만약 어떤 국가들은 무슬림이나 성소수자에 대한 차별 정책을 취하고 있고, 다른 국가들은 평등 정책을 취하고 있는 것이 현실이라고 가정할 때, 이와 같이 국가 실행들 사이에 통일성이 없다는 이유로 구체적 사안에서 차별행위를 한 당사국 정부가 넓은 판단여지를 가진다고 보아 관대한 심사기준을 적용하는 것 역시 부당하다. ‘민족적, 종교적, 또는 성적 소수자의 평등에 관하여 국가들 간의 의견일치가 없으므로 개별 국가가 편한대로 하면 된다’고 말하는 셈이 되며, 이는 국제인권규범상 확립된 차별금지원칙에도 위배된다. 이러한 문제점은 제II, III장에서 살펴본 것처럼 무슬림 여성들에 대한 복장 규제와 처벌, 해고, 퇴학 조치들이 모두 정당하다고 판단하고, 컨센서스 부재를 이유로 성소수자의 권리를 부정했던 재판소의 일련의 판결들과 *Lautsi and Others v. Italy* 판결 등에서 모두 발견된다.⁷⁵⁾

74) Harris 외, 앞의 책, p. 10 (“[A] practice may not be acceptable in human rights terms simply because it is generally followed—a concern that is particularly relevant to the due protection of the rights of the unpopular and of members of minority groups. Also, there will always be calls for the Court to adopt a more activist approach taking human rights protection forward.”).

75) *Lautsi and Others v. Italy* 판결이 충실한 논증 없이 유럽 차원의 컨센서스 부재를 들어 당사국에게 광범위한 재량을 인정한 태도에 대한 비판으로, Lorenzo Zucca, “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber,” *International Journal of Constitutional Law*

소수자에 대한 인권 침해가 문제된 사안에서 유럽 차원의 통일된 실행이나 의견일치가 없다는 사실을 개별 국가에 더 넓은 판단여지를 허용하는 이유로 삼을 것이 아니라, 그러한 사안일수록 보편적 인권원칙에 따른 분명하고 적극적인 인권해석을 내리는 것이 지역인권재판소가 수행해야 하는 중요한 역할이라고 할 수 있다. 특정 사안에 대한 각국의 실행 양태는 사실적 차원의 문제로서, 인권이라는 규범적 관점에서 볼 때 타당할 수도, 부당할 수도 있다. 인권원칙에 따른 독립적 심사 없이 당사국들 사이의 컨센서스 존재 여부에 문제된 국가행위의 정당성에 대한 판단을 의존하는 태도는 사실과 규범의 차원을 혼동하는 것일 뿐 아니라 초국가적 인권심사기구의 존재 의의를 몰각시킨다.

유럽 차원의 컨센서스에 의존하는 MoA 독트린은 컨센서스의 존재 여부에 대한 경험적 조사와 파악에 있어서도 정밀성이 부족하다는 비판이 제기된다.⁷⁶⁾ 예를 들어 부르카금지법 사건에서 유럽 차원의 통일된 실행이 없다는 것이 해당 법이 당사국의 판단여지에 속하여 허용된다는 이유 중 하나로 제시되었으나,⁷⁷⁾ 당시 프랑스, 벨기에를 제외한 대부분의 국가는 부르카 착용을 금지하지 않고 있었으므로, 오히려 착용을 허용하는 유럽 차원의 컨센서스가 존재한다고 볼 수 있는 사안이었다. *Handyside v. the United Kingdom* 사건에서는 영국 외 다른 당사국에서 모두 원고의 서적이 문제없이 유통되고 있었으나 이러한 점은 고려되지 않았고, *A, B and C v. Ireland* 및 *Tyrer v. the United Kingdom* 판결의 예에서 보듯이, 유럽 차원의 컨센서스에 부여하는 중요성 역시 일관성 있게 적용되어 왔다고 보기

11(1), 2013, pp. 218-229. 동 사건의 Malinverni 재판관도 반대의견에서 같은 취지의 비판을 제기하였다.

⁷⁶⁾ The Lisbon Network, 앞의 글; Onder Bakircioglu, “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases,” *German Law Journal* 8(7), 2007, pp. 716-717 참조.

⁷⁷⁾ *S.A.S. v. France*, para. 156.

어렵다.⁷⁸⁾

제III장에서 본 바와 같이 성소수자의 유럽인권협약상 권리를 인정하는 방향으로 변경된 재판소의 판결 흐름은 성소수자의 권리를 부정하였던 과거의 판결들에 대한 반성적 성찰에 기인한 것이라기보다는 최근에 이르러 대다수 유럽 국가들이 성소수자의 평등한 인권을 지지하고 있는 뚜렷한 경향에 따른 것으로 보인다. 즉 재판소는 MoA 독트린 적용시 유럽 차원의 컨센서스를 당사국이 가지는 판단여지의 정도를 결정하는 중요한 기준으로 삼는 태도에서 여전히 벗어나지 못하고 있다고 평가할 수 있다. 이는 무슬림 소수자와 같이 유럽 각국에서 이와 같은 지지를 받지 못한 채 여전히 이질적이고 타자화된 존재로 취급되고 있는 집단에 속한 개인의 권리에 관한 사안에서는 유럽인권재판소가 일관되게 소극적인 태도를 취해오고 있는 것에 비추어 볼 때 더욱 분명해진다.

4. 국내 기관의 ‘원칙적 우월함’

이하에서는 당사국에 의한 인권침해가 문제된 사안에서 ‘국내 기관이 그 국가의 핵심적 동력들과 직접적이고 지속적인 접촉을 하고 있으므로 권리제한행위에 대한 해석에 있어 국제 재판관들보다 원칙적으로 더 나은 위치에 있다’는 이유로 당사국에게 넓은 판단여지를 인정하는 해석태도에 대하여 평가해본다. 앞서 언급한대로 유럽인권재판소의 이러한 해석태도는 해당 사회의 구체적 상황과 지역 정보에 대한 파악이나 정치·사회적으로 논쟁적이거나 민감한 사안에서 상충되는 이해관계들 사이의 형량, 여러 가능한 대안 중 적절한 방안의 선택 등에 있어서 해당 사회와 가까운 거리에 있는 국내 정부기관이 국제 재판소보다 더 유리할 것이라는 이해에 바탕을 둔 것으로 보인다.

그러나 사회적 소수자의 인권과 관련된 사안일수록 그 사회에서

⁷⁸⁾ Harris 외, 앞의 책, p. 9 참조.

논쟁적이거나 정치적으로 민감한 사안인 경우가 많을 것인데, 당사국 정부가 이와 관련된 현실 요소들과 물리적으로 가까이 있다는 이유로 협약상 요건의 적용에 대한 규범적 해석에 있어서도 국제 재판관들보다 더 우월한 위치에 있다고 보는 태도는 문제적이다. 지역인권재판소가 인권침해가 문제된 국가 정부에 비해 ‘판단능력이 무능하다’고 스스로를 규정하고, 쟁점이 된 인권의 해석에 있어 인권의무 위반 혐의를 받고 있는 정부가 더 유능 또는 유리하다는 이유를 들어 문제된 입법이나 정부조치를 쉽게 정당화하는 것은 모순적이며, 지역인권재판소 본연의 역할을 부당하게 회피하는 태도라고 볼 수 있다.

재판소의 소극적인 자기 인식과는 달리, 유럽인권재판소는 지역인권재판소로서 여러 국가들의 인권 실행에 대한 종합적이고 비교법적인 정보를 취합하고 이를 인권원칙에 비추어 평가하는 데 고유한 유리함이 있다고 할 수 있다. 유럽인권재판소는 이와 같은 정보적 자원과 더불어 당사국 내 정치적 요소로부터 독립된 위치성을 기반으로 보편적 인권기준에 따른 객관적 심사를 실시하고 규범적으로 타당한 판단을 내리는 데 개별 국내 기관보다 더 유리하고 유능한 지위에 있다고 할 수 있다.⁷⁹⁾ 한 사회 내 다수의 의사에 따른 입법과 정책에 의하여 소수자에 대한 차별이나 인권침해가 야기된 경우, 다수의 의사에 정치적으로 민감하게 반응하고 대체로 이를 반영하는 경향을 가진 국내 의사결정기관이 해당 사안에 적용되는 협약상 요건을 규범적으로 해석하는 데 유럽인권재판소보다 원칙적으로 더 우월한 지위에 있다고 보는 것은 부당하다. 재판소가 MoA 독트린을 적용하면

79) Başak Çalı, “The Legitimacy of International Interpretive Authorities for Human Rights Treaties: An Indirect-Instrumentalist Defence,” in Andreas Føllesdal, Johan Karlsson Schaffer and Geir Ulfstein (Eds), *The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013, pp. 141-164 참조.

서 언급하는 각 사회의 ‘핵심적 동력들’이 그 사회 내 소수자를 차별하거나 억압하는 요인이 되고 있는 경우에는 더욱 그러하다. Marisa I. Villa도 국가기관의 공정성이 훼손되지 않은 경우에만 그 국가의 재량에 판단을 위임하는 것이 정당화되고, “만약 국가가 특정 사회집단에 특혜를 주거나 국내 법원의 승인을 받은 주류적 도덕관념으로부터의 압력에 굴복하는 경우, 국가는 더 이상 사회 내부의 문제와 갈등에 대처하는 데 있어 외부기관보다 더 나은 위치에 있다고 볼 수 없다”고 지적한다.⁸⁰⁾

종합하면, 유럽인권재판소는 당사국 내 다수자 또는 주류 집단의 선호와 정치적 이해관계로부터 상대적으로 독립되어 있다는 점에서 소수자에 대한 차별이나 인권침해가 문제된 사안에서 원칙에 기반한 심사를 수행하는 데 국내 기관보다 더 유리한 위치에 있다고 볼 수 있을 뿐 아니라, 국제인권기준에 부합하는 판결을 내리는 데 보다 적합한 자원과 능력을 가지고 있다고 할 수 있다. 따라서 재판소가 인권 사안의 해석에서 국내 기관의 원칙적 우월함을 이유로 들어 문제된 정부에 더 넓은 판단여지를 인정하는 것은 바람직하지 않다. 유럽인권재판소는 이와 같은 부당한 전제를 내세워 MoA 독트린에 쉽게 의존할 것이 아니라, 지역인권재판소 고유의 강점과 그에 기반하여 요청되는 역할을 적극적으로 인식하고 수행할 필요가 있다고 할 것이다. 아울러, 해당 사회에 대한 구체적 이해나 정보가 부족하다는 것을 판단의 회피나 자제의 이유로 삼을 것이 아니라, 사안을 둘러싼 구체적 상황과 배경, 문제된 조치가 원고와 그가 속한 집단의 인권에 끼치는 실제적 영향을 보다 상세하고 심도 있게 조사, 파악하여 재판소 스스로 보다 엄격한 심사를 위한 역량을 강화하려는 노력을 기울일 필요가 있다.

⁸⁰⁾ Marisa I. Villa, “Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication within a Cooperative Conception of Human Rights,” *International Journal of Constitutional Law* 15(2), 2017, pp. 410-411.

5. 보충성의 원칙

제III장에서 언급하였듯이, 개인이 인권침해 피해를 입은 경우 보충성의 원칙에 따라 국내적으로 유효한 구제절차를 모두 거친 후에야 국제인권메커니즘을 통한 진정이나 지역인권재판소에의 제소를 할 수 있다. 사건을 접수한 인권조약위원회나 지역인권재판소는 이와 같은 절차적 요건과 그 외 심사요건이 갖추어진 경우 본안 판단으로 나아가 문제된 국가행위가 해당 인권조약을 위반하였는지에 대하여 독립적인 판단 권한을 가지고 심사를 진행한다. 그런데 현재 유럽인권재판소는 보충성의 원칙을 이와 같은 절차적 의미로 이해하지 않고, 유럽인권협약 해석과 심사시 ‘당사국 정부의 해석과 판단을 우선시해야 한다’는 실제적인 의미로 이해하면서, 이를 위에서 본 국내기관의 ‘원칙적 우월함’이라는 사유와 결합하여 당사국에게 넓은 판단여지를 인정해야 하는 기본적인 이유로 제시하고 있다. 보충성의 원칙을 절차적인 의미를 넘어 국내 정부기관과 국제인권심사기구 간의 규범적 우열이라는 실제적인 의미로 해석하는 태도를 취하게 되면, 국내적 구제절차를 모두 거치고 유럽인권재판소에 인권침해에 대한 구제를 구하는 개인에게 ‘재판소는 가해자인 정부의 판단을 가급적 존중할 수밖에 없다’고 대답하는 것이 된다. 이는 인권의무의 준수를 전제로 하는 현대적 국가주권 개념과도 조화를 이루기 어려운 태도이며,⁸¹⁾ 국가가 개인의 자유나 권리에 제한을 가하는 경우 그러한 행위의 부당성이 일응 추정되고 국가가 문제된 행위의 정당성을 입증해야 한다는 자유주의 인권사상의 기본원칙에도 배치되는 것이다. 이러한 해석태도는 인권침해를 입은 개인에게 국가행위의 부당성을 입증할 책임을 사실상 부과하는 결과로 이어질 위험이 있다.⁸²⁾

⁸¹⁾ Louis Henkin, “Human Rights and State “Sovereignty”,” *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25, 1996, pp. 31-45; Anne Peters, “Humanity as the A and Q of Sovereignty,” *European Journal of International Law* 20(3), 2009, pp. 513-544 참조.

Yuval Shany는 MoA 독트린의 적용을 기본적으로 지지하는 입장을 취하고 있으나, 이와 같은 문제를 인식하여 당사국의 국내 기관에 해석권한을 인정하는 것은 사실관계 파악과 관련된 부분에 국한되어야 하고, 규범 해석에 관한 부분은 국제 재판소의 판단에 맡겨야 한다고 주장한다.⁸³⁾ 개별 국가의 판단여지가 인정되는지를 결정하는 것도 국제 재판소의 몫이며, 국제 재판소의 이러한 사법적 문지기 역할이 MoA 독트린이 국제법의 적용을 훼손하는 방식으로 남용되는 것을 방지하는 데 필수적이라고 지적한다.⁸⁴⁾ Jan Kratochvil도 일반적으로, 규범적 문제에 대하여 당사국에게 판단권한을 주는 것은 재판소가 협약상 권리의 의미와 범주에 대한 해석 통제권을 상실한다는 것이 되는데, 이러한 태도가 보충성 원칙의 정당한 적용 방식인지 의문을 제기한다.⁸⁵⁾ 그는 개별 국가가 자국의 구체적 사실관계를 더 잘 파악할 위치에 있다는 것과 해당 국가가 협약상 인권의무의 내용을 더 잘 해석할 능력이 있는지는 별개의 문제임을 지적하면서, 유럽인권협약을 규범적으로 해석할 권한을 제대로 행사하는 것이 유럽인권재판소의 가장 중요한 기능임을 강조한다.⁸⁶⁾

위 연구자들이 지적하듯이 당사국이 현지의 구체적, 사실적 정보를 더 잘 파악할 위치에 있다는 이유로 보충성의 원칙을 실체적 의미로 변형, 확대 해석하여 유럽인권협약상 의무의 준수 여부에 대한 규범적 판단의 문제에 있어서도 당사국이 지역인권재판소보다 우월적 지위를 가진다고 보는 것은 부당하다. 유럽인권재판소가 국내 재판의 제4심이 되어서는 안 되므로 재판소는 보충적인 역할에 머물러야 하며 당사국에게 기본적으로 넓은 판단여지를 인정해야 한다는

82) *Lautsi and Others v. Italy* 판결 등에서 원고 개인에게 정부 행위의 부당성을 입증할 책임을 부과하는 판시가 실제로 이루어졌다.

83) Shany, 앞의 글, pp. 913-914.

84) *Id.*, p. 913.

85) Kratochvil, 앞의 글, p. 332.

86) *Id.*

주장도 마찬가지로의 오해에 바탕을 두고 있다.⁸⁷⁾ 유럽인권재판소에 제소되는 사건들은 개별 국가가 직접적 인권침해자 또는 인권의무 위반자로 지목된 경우임을 상기한다면, 가해자로 지목된 주체가 자신의 행위의 정당성을 판단하는 데 국제 재판소보다 규범적으로 우월한 지위에 있다고 보는 태도의 모순성과 부당성이 더욱 선명해진다. 보충성 원칙의 충족 여부는 본안 판단 전 소송적격을 심사할 때 검토할 절차적 요건으로 이해함이 타당하고, 본안 판단에서 유럽인권재판소의 실제적 심사 척도를 소극적인 형태로 위축시킬 사유가 될 수 없다고 보아야 한다. 유럽인권재판소는 보충성의 원칙에 대한 왜곡된 해석을 바탕으로 MoA 독트린에 쉽게 의존하는 태도를 재검토하고, 당사국의 행위가 협약상 인권의무에 위반되는지를 독립적이고 전면적으로 심사하는 책임을 다하여야 할 것이다.

6. 당사국의 주권과 민주주의 존중 및 그 밖의 정치적 고려

당사국의 주권과 민주주의 의사결정절차에 대한 존중, 국내 정부 기관에 비하여 유럽인권재판소가 민주적 정당성이 부족하다는 자기 인식, 당사국들의 협조와 지지 확보 및 유럽인권협약체계의 안정적인 운영을 위한 정치적 고려 등도 재판소가 MoA 독트린을 널리 적용하는 일반적 근거사유가 되고 있다는 것을 제III장에서 살펴보았다.

앞서 언급한 바와 같이 현대적 국가주권의 개념에 따를 때 주권의 대외적 정당성은 국제인권규범의 항시적 준수라는 전제 위에서 성립한다는 것은 세계인권선언과 국제인권체계의 발전 이래 확립된 명제라고 할 수 있다. Eirik Bjorge는 유럽인권재판소가 국제공법에서는 이미 폐기된 배타적 의미의 주권 개념을 적용하고 있다고 비판한다.⁸⁸⁾ 국제인권규범의 발전에 따라 적실성을 상실한 과거의 주권 개

⁸⁷⁾ 이러한 오해는 코펜하겐 선언 para. 28a)에 반영되어 있다.

⁸⁸⁾ Eirik Bjorge, *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*, Oxford: Oxford University Press, 2015, pp. 195-196.

념에 기초하여 국가의 의사결정이 인권침해의 의심이 있는 경우에도 주권 존중을 이유로 원칙적으로 그러한 결정의 정당성을 인정하고 존중하는 태도를 국제인권심사기구가 견지하고 있는 것은 모순적인 상황이라고 할 수 있다.⁸⁹⁾

다음으로 당사국의 민주주의 절차에 대한 존중이라는 사유에 대하여 살펴보면, 인권 억압적이거나 차별적인 것으로 지목된 국내법 또는 정부의 조치가 다수결에 기반한 국내 민주주의 의사결정절차를 거쳤다는 사실만으로 유럽인권협약상의 정당성을 바로 추정할 수 있는 조건이 갖추어졌다고 볼 수는 없을 것이다. 유럽인권재판소의 재판절차는 그러한 국내적 의사결정이 당사국의 협약상 의무에 위배되어 인권을 침해함이 없는지를 독립적으로 심사하는 절차이기 때문이다.⁹⁰⁾ 또한 다수결 기반 민주주의는 언제나 ‘다수의 폭정’으로 이어질 위험성을 내포하고 있다는 점을 고려할 때, 이에 대하여 인권원칙에 기반한 사법심사를 진행하는 것은 민주주의에 대한 부정이 아닌 보완과 발전의 동력을 제공한다.⁹¹⁾

⁸⁹⁾ Harris 외, 앞의 책, p. 7 (“유럽인권협약은 당사국들 간의 계약일 뿐이라는 주장은, 유럽인권협약의 규범형성적 기능과 유럽의 인권보장기제로서의 위치, 유럽의 공법적 질서를 구성하는 헌법적 문서로서의 성격에 자리를 내어주게 되었다. 협약을 해석하는 데 있어 중심적으로 고려할 사항은 협약이 당사국들 간에 만들어진 상호주의적 협정이 아니라 유럽에서의 인권 보호를 위하여 당사국에 객관적인 의무를 부과하는 성격을 가진다는 점이다.”).

⁹⁰⁾ *Animal Defenders International v. the United Kingdom*, Application No. 48876/08 (22 April 2013)의 Ziemele, Sajó, Kalaydjijeva, Vučinić, De Gaetano 재판관의 반대이견, para. 9 (“The fact that a general measure was enacted in a fair and careful manner by Parliament does not alter the duty incumbent upon the Court to apply the established standards that serve for the protection of fundamental human rights.”).

⁹¹⁾ Yoon Jin Shin, “Non-Citizens’ Rights, Constitutional Review and an Inclusive Democracy: A Case Study of South Korea,” *Journal of Korean Law* 19, 2020, pp. 83-93 참조.

Benvenisti는 MoA 독트린이 초기에는 유럽인권협약상 의무 적용의 예외를 인정하는 것이 필요한 공공비상사태 상황에서 주로 적용되어 오다가 점차 그 적용범위가 확장되어 왔음을 지적한다.⁹²⁾ 그는 국제인권규범이 민주주의 체제에 내재한 결함을 수정하는 데 중요한 역할을 한다는 것을 강조하면서, 사회적 다수자와 소수자 집단 간의 갈등 사안은 다수가 소수의 권리를 제한하는 결과로 이어지는 경우가 대다수인데, 이러한 사안에서 국가기관의 넓은 판단여지를 용인하는 것은 다수자가 정치적 소수자를 억압하는 것을 조력하는 것과 다름없다고 역설한다.⁹³⁾ 민주주의 절차의 이와 같은 문제점을 고려할 때, 소수자의 권리와 이해관계가 결부된 사안에서는 국가기관이 판단여지를 존중받아서 안 되며 사건을 담당하는 국제기관은 이에 대해 단호하게 대응해야 한다고 강조한다.⁹⁴⁾ Hakeem Yusuf는 유럽인권재판소가 당사국 정부에 넓은 판단여지를 부여하는 이유로 ‘정부가 국내적으로 가지는 다수결에 기반한 민주적 정당성’을 제시하는 것에 우려를 표한다.⁹⁵⁾ 다수의 의사나 지지만을 고려한다면 소수자나 취약한 집단의 인권을 심대하고 체계적으로 유린했던 나치즘이나 파시즘 정책조차 정당한 것으로 보아야 하기 때문이다.⁹⁶⁾ 국제인권심사기구의 권위와 정당성은 선거를 통한 재판관 선출 여부나 다수의 입장을 대변한다는 차원의 민주적 정당성이 아닌, 개인의 평등한 인권 보장을 위한 보편적 기준을 확립하고 국내의 정치적, 정파적 고려와 이해관계로부터 독립한 인권규범의 해석과 심사 수행의 일관된 축적을 통하여 확보된다고 보아야 할 것이다.⁹⁷⁾

⁹²⁾ Benvenisti, 앞의 글, p. 845.

⁹³⁾ *Id.*, p. 847.

⁹⁴⁾ *Id.*, p. 849.

⁹⁵⁾ Hakeem Yusuf, “S.A.S. v France: Supporting Living Together of Forced Assimilation,” *International Human Rights Law Review* 3, 2014, p. 291.

⁹⁶⁾ *Id.*

⁹⁷⁾ Zucca, 앞의 글, p. 229 (“[W]hat the ECtHR does not seem to understand

다음으로 당사국들의 저항, 이탈 방지와 지지 확보 등의 정치적 고려 사유에 대하여 살펴본다. Letsas는 이와 같은 정치적, 정책적 고려는 유럽평의회 등 다른 기관들의 소관이지 사법심사를 담당하는 재판소가 실질적 판결에 영향을 끼치는 방식으로 고려할 사항이 아니라고 지적한다.⁹⁸⁾ 유럽인권재판소가 MoA 독트린의 적용으로 당사국들 간의 컨센서스와 개별 당사국의 자체적 판단을 우선시하는 판결을 축적해온 것은 반공리주의적 자유주의 원칙과 권리이론, 그리고 유럽인권재판소의 법적 의무에 위배된다고 비판하면서, 재판소의 심사기능을 축소시키는 구조적인 방식으로 MoA 독트린을 사용하는 관행의 완전한 폐기를 주장한다.⁹⁹⁾ 또한 유럽인권재판소는 오랜 기간에 걸쳐 당사국들과 국제사회로부터 충분한 인정과 존중을 받고 있으므로 재판소가 가지고 있는 것으로 보이는 정치적 두려움은 과장된 것임을 지적한다.¹⁰⁰⁾ Gianluigi Palombella는 유럽인권재판소와 같은 사법기관은 그 존재이유에 비추어 민주적 다수결을 따르는 기관과는 근본적 성격을 달리하므로, 협약상 권리를 침해하였다는 판결을 받은 당사국으로부터 어느 정도의 반발을 받는 것은 재판소 업무의 일부로서 받아들일 필요가 있다고 지적한다.¹⁰¹⁾

is that its legitimacy as an international court of human rights also crucially depends on the quality of its reasoning, which should be regarded as exemplary in articulation and depth. Without those qualities, any decision is a defeat for justice even if it may be a Pyrrhic victory for institutional respectability.”) 참조.

⁹⁸⁾ Letsas, 앞의 글, p. 730.

⁹⁹⁾ *Id.*, pp. 730-732.

¹⁰⁰⁾ Letsas, 앞의 책, p. 124. MoA 독트린의 정치적, 전략적 사용이 장기적으로 재판소의 위신을 추락하게 할 것이라는 전망으로, Elena Butti, “The Strategic Use of the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights,” *Jurist*, <https://www.jurist.org/commentary/2012/07/elena-butti-human-rights/> (1 July 2012).

¹⁰¹⁾ Gianluigi Palombella, “Non-arbitrariness, Rule of Law and the ‘Margin

이와 같은 점들을 종합하여 볼 때, 2018년 코펜하겐 선언과 2021년 개정된 유럽인권협약 전문이 MoA 독트린을 명문화하고 ‘협약의 해석에 있어 재판소보다 더 나은 위치에 있는 당사국의 판단여지를 존중해야 한다’는 내용을 공식화한 것은, 지역인권재판소에 기대되는 발전적 역할에 역행하는 것으로 볼 수 있으며, 인권 주체 개인이 아닌 당사국들 간의 합의를 통해 이루어지는 국제적 선언과 국제인권조약 개정의 정치적 구조와 한계를 보여주는 것이기도 하다. 실제적 사법심사 제도를 정치적 고려와 타협의 과정으로 약화시키는 태도를 지양하고, 국가의 주권작용이나 민주주의 절차에 의하여 보편적 인권이 희생되지 않도록 보장하는 초국가 인권심사기구로서의 역할을 일관적으로 수행함으로써 유럽인권재판소의 권위와 정당성도 확보될 수 있다는 인식의 재정립이 필요하다고 보인다.¹⁰²⁾

V. 종합 평가

이상과 같이 살펴본 여러 문제점들을 바탕으로, 이 장에서는 유럽인권재판소의 MoA 독트린 적용 태도를 (1) 소수자 인권 보장과 지역인권재판소의 역할, (2) 인권의 보편성과 특수성, (3) 비례의 원칙과의 관계의 맥락에서 종합적으로 평가하고, 보다 타당한 인권 심사와 해석 방식을 제안하도록 한다.

of Appreciation’: Comments on Andreas Follesdal,” *Global Constitutionalism* 10(1), 2021, p. 145.

102) Palombella도 유럽인권협약의 개정을 통해 보충성의 원칙과 MoA 독트린을 명문화한 것은 재판소와 당사국들 사이의 정치적 고려사항을 권리에 기초한 사법심사와 혼합해버리는 조치로서, MoA 독트린이 재판소를 그 주된 기능인 사법심사로부터 이탈시키며, 본질적으로 정치적인 문제를 권리 해석의 문제인 것처럼 둔갑시키는 법리적 도구로 작용하여 법치주의에 위협이 될 수 있다고 경고한다. Palombella, 위의 글, p. 149.

1. 소수자 인권 보장과 지역인권재판소의 역할

소수자 인권 보장의 맥락에서 지역인권재판소에 기대되는 역할에 비추어 유럽인권재판소가 MoA 독트린 적용시 고려하는 요소들과 독트린의 광범위한 사용의 근거로 들고 있는 여러 사유가 가지는 문제점들은 제IV장에서 충분히 검토해보았으므로, 이 절에서는 대표적 판결례들을 되짚어보면서 중요 문제지점을 강조하는 방식으로 논의하고자 한다.

유럽인권재판소는 *S.A.S. v. France* 사건에서 개인이 일상생활 속에서 착용하는 이슬람 전통 복장은 타인의 자유와 권리를 침해하므로 금지, 처벌하는 것이 정당하다고 본 반면, *Lautsi and Others v. Italy* 사건에서 모든 공립학교 교실에 십자가상을 부착하도록 의무화한 정부의 조치는 비기독교인을 비롯한 개인의 협약상 권리를 침해하지 않으므로 정당하다고 보았다. 재판소가 두 판결에서 모두 MoA 독트린을 주된 해석기제로 사용하였음에도 상반되는 결론에 이른 것에서 유럽 사회에서 이질적인 소수 종교와 문화에 기반한 개인의 권리 주장보다 주류적인 종교와 문화에 기반한 정부의 주장을 더 쉽게 받아들이고 옹호하는 선별적 태도를 발견할 수 있다.¹⁰³⁾ *S.A.S. v. France* 판결에서 반대의견을 표명한 Nußberger 재판관과 Jäderblom 재판관은 문제된 법이 이슬람 복장을 제외하고 다수의 예외 사유를 인정하고 있는 것만 보더라도 얼굴을 가린 상태에서도 다수의견이 말하는 ‘함께 살아가기’가 충분히 가능하다고 지적하였다. 또한 사생활의 권리에는 공공장소에서 타인과의 접촉을 피하거나 의사소통을 하지 아니할 자유가 포함되며, 함께 살아가기라는 추상적 개념을 들

103) 종교적 상징 착용 규제의 협약 위반 여부 판단에 있어서 유럽인권재판소의 모순적, 비일관적 태도에 대한 비판으로, Stephanie Berry, “Freedom of Religion and Religious Symbols: Same Right – Different Interpretation?,” *EJIL:Talk!*, <https://www.ejiltalk.org/freedom-of-religion-and-religious-symbols-same-right-different-interpretation/> (10 October 2013).

어 개인의 의사에 반하여 항상 타인과의 접촉과 의사소통에 응할 의무를 부과하는 것은 협약상 개인의 구체적 권리를 침해하는 것으로, 다수의견이 ‘선별적인 다원주의와 제한된 관용’만을 지지하고 있다고 비판하였다.¹⁰⁴⁾ 재판소가 여러 판결에서 ‘유럽인권협약의 목적은 민주주의 사회의 이상과 가치를 유지, 증진하는 것이며 이는 다원주의, 관용, 관대한 마음을 포함한다’고 강조하면서도, 소수자에게 다수 중심적이고 불관용적이며 적대적인 입법을 옹호하며 개인의 권리를 부정하는 판결을 내린 것은 모순적이다. 재판소는 프랑스 사회 내 존재하는 무슬림 이주자나 문화에 대한 혐오나 편견을 문제 삼지 않고 MoA 독트린을 적용해 다수의 정제되지 않은 감정을 별다른 논증 없이 협약상 정당한 보호 대상이 되는 자유와 권리로 간주하였다. 자신의 종교와 정체성, 사생활의 자유에 기반한 의복을 착용하는 여성들을 오히려 다원주의와 관용의 자세 없이 타인의 권리와 자유를 침해하는 가해자로 위치시키고, 해당 법은 그러한 ‘위협적 소수자로부터 다수와 민주사회를 보호하는 법’으로서 정당하다는 논리를 취한 것이다.¹⁰⁵⁾

S.A.S. v. France 판결뿐 아니라, 항공사 승무원의 십자가 목걸이 착용 금지조치는 부당하다고 하면서도 헤드스카프를 착용하였다는 이유로 무슬림 여학생들에게 내린 퇴학조치는 모두 정당하다고 판단한 유럽인권재판소의 현재와 같은 MoA 독트린 적용 태도는, 한 사회 내 다수자의 선호를 일률적 규범으로 강제하여 소수자에 대한 차별과 인권침해를 지속, 심화시키는 문제를 야기할 수 있다.¹⁰⁶⁾ 국내

¹⁰⁴⁾ *S.A.S. v. France*, Joint Partly Dissenting Opinion of Judges Nußberger and Jäderblom, paras. 5-9, 14.

¹⁰⁵⁾ Yusuf는 이를 강제된 동화주의 정책으로 평가한다. Yusuf, 앞의 글, pp. 284-285.

¹⁰⁶⁾ Letsas는 정부가 내세우는 ‘도덕의 보호’라는 것이 유럽인권협약상 인권 보장을 위해 기능하지 않고, 한 공동체 내 지배적인 도덕관념으로 살아가려는 개인들의 집합적인 선호를 의미하는 경우가 많다는 것을 지적하면서, 대수롭지 않은 이익들이 다수 모이면 개인이 보유하는 협약상의

정치에서 과소대표되어 법적, 사회적 차별에 취약한 소수자 집단에 속한 개인들이 평등한 존엄과 권리를 보장받을 수 있는 실효적 기제이자 최후의 보루는 국내 정치로부터의 독립성이 보장되는 지역인권재판소와 같은 국제인권심사기구라고 할 수 있다. MoA 독트린은 유럽인권재판소가 이와 같은 중요한 역할 수행을 회피하고 소극적 심사태도를 취하는 데 스스로 면죄부를 주는 자체 개발 법리와 같은 역할을 하고 있다고 평가하여도 지나치지 않을 것이다.¹⁰⁷⁾ 유럽인권재판소가 정치적인 고려 등 비본질적인 이유로 유럽인권협약의 해석과 위반 여부의 심사에 있어서 독립적이고 최종적인 역할을 다하지 못하고 MoA 독트린 뒤로 숨으려 할 때 각 사회 내 소수자의 권리 지위와 인권 상황은 더욱 취약해질 수밖에 없을 것이다.

2. 인권의 보편성과 특수성 맥락에서의 고찰

유럽인권재판소, 그리고 MoA 독트린 적용의 확대를 지지하는 연구자들은 지역인권재판소를 비롯한 국제인권심사기구는 인권의 보편성만을 확일적으로 강요하기보다는 각 국가가 가지는 특수성의 요소를 함께 존중해야 하며 양자 간의 균형 잡힌 인권해석이 필요하다는 인식을 가지고 있는 것으로 보인다. 제III장에서 살펴본 MoA 독트린

인권을 능가할 수 있다는 사고가 유럽인권재판소의 판결들에서 나타나고 있다고 비판한다. Letsas, 앞의 글, pp. 716-717, 729.

107) 같은 취지 비판으로 Palombella, 앞의 글, p. 149; Yourow, 앞의 글, p. 181. Zucca는 *Lautsi and Others v. Italy* 판결에 대하여 재판소가 ‘소수자를 존중하지 않을 정부의 자유’만을 존중할 것을 실시하면서 국제적 압력 없이는 개별 국가 정부가 결코 개선하지 않을 국내법의 중요한 인권 문제에 대한 심사를 회피하였다고 비판한다. Zucca, 앞의 글, p. 229. 일찍이 MoA 독트린이 협약체계의 인권 보호 기능을 심각하게 위협할 수 있다고 경고한 논문으로, Cora S. Feingold, “The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights,” *Notre Dame Lawyer* 53, 1977, pp. 90-106.

적용시 고려되는 여러 요소들, 즉 문제된 사회의 종교, 문화, 도덕과 밀접하게 연관된 사안이거나 유럽 차원의 컨센서스가 없는 경우 개별 국가의 판단여지를 더 넓게 인정한다거나, 보충성의 원칙을 실제적 의미로 해석하고 문제된 국가가 사회 내 핵심적인 동력들과 가까이 있어 구체적 인권해석에서 더 우월한 위치에 있다고 보는 것, 해당 국가의 주권과 민주적 의사결정에 대한 존중을 독트린 적용의 일반적 사유로 드는 것 등은 모두 개별 국가와 사회가 가지는 특수성의 측면을 존중해야 한다는 입장으로 볼 수 있다. 이를 통해 유럽인권재판소는 일반적 인권 개념과 해석을 top-down 방식으로 부과한다는 비판이나 저항을 피하고 인권의 보편성과 개별 사회의 특수성 간의 조화를 지향하는 외관을 획득할 수 있다고 보는 것일 수 있다.

그러나 소수자 인권 사안에서 유럽인권협약의 해석에 대한 당사국의 넓은 판단여지를 인정하는 것이 특수성의 요소를 타당하게 존중하는 태도인지에 대해서는 보다 심도 있는 고찰이 요구된다. 특히 유럽인권재판소 심사에 관여하는 세 주체인 유럽인권재판소, 개별 당사국, 그리고 원고인 소수자 집단 또는 개인 간의 관계에서 보편성과 특수성이 연관되는 다층적 구조에 대한 조명이 이루어질 필요가 있다. 먼저 심사 대상 사건에서 특수성의 존중을 주장하는 주체가 누구인지를 살펴보아야 한다. 대부분의 경우, 개별 당사국 정부가 문제된 차별행위 또는 권리제한조치가 사회의 공익적 목적 달성을 위해 필요하며 원고의 협약상 권리를 침해하지 않았다고 주장하면서 특수성의 존중을 내세운다. 국가의 이와 같은 특수성 존중 논변에 기반하여 MoA 독트린을 지지하는 입장들은 여기서 대체로 두 가지 문제지점을 간과하고 있다고 보인다. 첫째는 문제된 국가가 정당성을 주장하고 있는 국내법이나 정부조치가 해당 사회의 소수자 집단과의 관계에서 차지하고 있는 규범적 위치에 관한 것이다. 둘째는 유럽인권재판소의 MoA 독트린을 통하여 특수성을 주장하고 존중받고 있는 주체가 인권의 주체가 아닌 그러한 인권을 침해한 것으로 지목된 주체라는 점이다.

사회적 소수자인 원고가 인권의 관점에서 부당함을 주장하는 입법이나 정부의 조치는 대개 그 사회의 다수의 입장을 대변한 것으로, 해당 사회 내에서 보편적 규범의 지위와 강제력을 가지고 소수자 집단과 개인에 부과된 것이다. 예를 들어 프랑스와 벨기에의 부르카금지법은 일반법률의 형태로 무슬림 여성들에게 형사처벌을 가하였다. 이러한 입법은 해당 사회 내 소수자의 특수성(일상에서의 종교적 복장의 착용)을 부정하고 그들의 종교와 사생활의 자유를 억압하는 결과를 가져온다. 이와 같은 사안에서 특수성을 존중받아야 할 주체는 종교·문화적 소수자이자 협약상 인권의 주체인 무슬림 여성들이며, 이들은 자신들의 종교적, 문화적 정체성과 협약상 권리에 대한 평등한 보장을 위하여 유럽인권재판소에 구제를 요청하였다. 그런데 유럽인권재판소는 그 사회 내에서 법의 형태로 규범화된 다수자의 입장이 원고의 협약상 권리를 침해하였는지를 면밀히 판단하지 않고, 소수자에 대하여 '억압적인 보편성'을 강제하는 입법을 오히려 재판소에 의하여 존중되어야 할 '특수성'의 요소로 파악하여, '해당 사회의 특수성을 존중해야 한다'는 논리 하에 당사국에게 넓은 판단여지를 인정하고, 소수자 차별적인 입법을 옹호하는 해석론을 채택하였다. 무슬림 여성에 대한 복장 규제와 학교 교실에서의 십자가 부착 강제 등 종교적 소수자의 인권에 대한 사안 및 성소수자의 인권에 관한 사안 등에서 재판소가 내린 다수의 판결들은 인권 사안에서 고려해야 할 특수성의 개념을 국가중심적, 다수중심적으로만 접근하여 인권의 보편성과 소수자 집단이 존중받아야 할 특수성 모두를 희생시키는 결과를 가져왔다고 할 수 있다.

이와 같이 국제인권사안에서 특수성 존중의 대상 단위를 사회 내 소수자 집단이 아니라 국가나 공동체 전체로 설정하게 되면 특수성 존중이라는 명분이 오히려 인권침해의 가해자로 지목된 국가나 다수의 입장을 옹호하고 정당화하는 기제로 작동하게 된다. 지역인권재판소가 수호해야 할 궁극적 이익과 가치의 주체는 한 명 한 명의 사람임을 고려할 때, 그러한 개인에게 인권의무를 다하지 않은 국가를

도리어 국제인권심사기구가 지지해야 할 특수성 가치의 궁극적 단위로 삼는 것은 부당하다. 사회적 약자와 소수자에 대한 구조적 차별과 인권침해적 관행을 그 사회의 고유한 문화나 전통, 역사적 배경 등을 내세워 정당화하려는 정부의 시도가 자주 있어왔기에 더욱 그러하다.¹⁰⁸⁾ 이들은 인권심사절차 등 국제무대에서 한 국가의 대표로서 해당 사회의 역사, 문화, 전통, 도덕관념을 대변하는 지위를 자처하면서 그에 대한 해석을 독점하고자 하는 태도를 보이는 한편,¹⁰⁹⁾ ‘지역적 특수성을 무시하는 국제인권규범체계의 일방적, 고압적 태도에 의해 억압을 받는 약자 또는 피해자’로서 대외적으로 스스로를 정체화하기도 한다.¹¹⁰⁾ 국내적으로는 소수자의 특수성을 부정하는 다수의 입장을 보편적 규범으로 강제할 수 있는 특권적 지위에 있으면서 국제적으로는 국제인권 메커니즘의 통제에 저항하는 정당한 약자이자 특수성의 대변자의 입장에서 국가주권, 민주적 정당성, 문화상대주의 등을 근거로 독자적 재량을 주장하는 구도가 형성된다. 이와 같은 구도는 인권의 보편성과 특수성의 관계를 대립적이고 단편적으로 인식하게 만든다. 그리고 인권 사안에 대한 심사과정에서 인권의무의 위반자로 지목된 국가기관의 입장을 보다 관대하게 받아들이는 것이 문화적 특수성과 다양성에 대한 존중으로 비춰지면서 더 공정하고 균형 잡힌 결정을 내린 듯한 착시를 초래하게 된다. 판결의 실질적 내용과 인권에의 영향은 그러한 가치에 역행하고 있는 경우에도 이러한 문제는 국가중심적, 다수중심적 특수성 존중 구도에서는 잘 보이지 않게 된다.

유럽인권재판소의 MoA 독트린은 인권침해 사안에서 가해자로 지목된 개별 국가를 존중받아야 할 특수성의 담지자로 위치시킴으로써

¹⁰⁸⁾ Michael Freeman, *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*, Second Edition, Cambridge: Polity Press, 2011, pp. 120-161 참조.

¹⁰⁹⁾ *Id.*, p. 130.

¹¹⁰⁾ William J. Talbott, *Which Rights Should Be Universal?*, Oxford: Oxford University Press, 2007, pp. 39-47 참조.

그 사회의 ‘다수자의 특수성’에 지역인권재판소의 승인이라는 날개를 달아주고 진정으로 보호받아야 할 특수성과 고유성의 주체인 각 사회 내 소수자의 존재를 비가시화하여 이들의 권리 지위를 더욱 약화시키는 결과를 가져올 위험이 있다.¹¹¹⁾ 개개인의 평등한 인권을 수호하면서 개인과 소수자 집단이 가지는 특수성을 함께 옹호하기 위한 기준을 확립하고 그 의미를 구체화하는 방향으로 유럽인권재판소의 인권해석과 심사의 역할이 수행될 필요가 있다.¹¹²⁾ 국가가 아닌 개인의 존엄과 권리를 중심에 두는 인권해석을 취하여야 인권담론에서 오랜 기간 등장했던 ‘보편성 대 특수성’이라는 이항대립적 고정관념도 극복될 수 있다.

소수자 집단이나 개인의 특수성 역시 그것이 자신들의 문화나 종교, 전통에 따른 것이라는 이유만으로 모두 동일한 존중과 보호를 요청할 수는 없으며, 그러한 문화, 종교, 또는 전통에 기반한 이해와 실행이 개인의 인권을 침해하지 않아야 한다는 보편적 원칙에 따른 정당화 조건을 요구받는다. 인권 사안에서 문화적 특수성은 보편적 원칙을 훼손하는 것이 아닌 이를 구체화, 맥락화하는 데 기여할 수 있어야 그 가치를 인정받을 수 있으며, 특수성의 주장이 문화상대주의적 태도로 흐르지 않아야 보편성과의 통합적 관계 구성이 가능하다.¹¹³⁾ 또한 그러한 문화적 관행에 터잡아 소수자 집단을 억압하거나 통제하는 위치에 있는 사람들이 아니라, 그러한 관행의 직접적 적용을 받는 당사자들이 진정으로 지지하는 실행만이 대외적 정당성을 가지고 특수성의 존중을 요청할 수 있을 것이다.¹¹⁴⁾ 특수성 존중이라

111) Sandra Fredman, *Discrimination and Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2001, p. 39 참조 (한 집단의 자기결정권에 대한 외관상 존중이 그 집단 내부에 존재하는 불평등과 피억압자의 진정한 목소리를 은폐할 수 있음을 경고).

112) 인권의 보편성과 특수성의 상호조화적 관계 구성방식에 대한 고찰로, Jack Donnelly, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, Third Edition, Ithaca: Cornell University Press, 2013, pp. 93-118.

113) Freeman, 앞의 책, pp. 131-132 참조.

는 명분에 기댄 MoA 독트린이 보편성-특수성의 다층적 구조를 간과하고 국가를 중심으로 특수성을 사고함으로써 개별 사회 내 취약한 지위에 있는 소수자 집단과 개인의 인권을 억압하는 관행을 정당화하는 해석론으로 이어지지 않도록 경계할 필요가 있다. 유럽인권재판소가 옹호해야 할 보편성은 다수가 소수를 억압하는 방식의 보편성이 아닌 인권원칙에 바탕을 둔 해방적 보편성이어야 하고, 재판소가 존중하여야 할 특수성의 가치 역시 국가의 이해관계가 아닌 개인의 인권을 토대로 재정립되어야 할 것이다.

3. 비례의 원칙과의 관계

이상 살펴본 바와 같이 유럽인권재판소가 MoA 독트린을 사용해 온 방식은 소수자 인권 보장을 위한 지역인권재판소의 역할, 인권의 보편성과 특수성의 타당한 관계의 맥락에서 모두 중대한 문제를 가지고 있다. 그렇다면 유럽인권재판소의 인권심사 기준과 태도는 어떠한 방향으로 개선되어야 할지를 비례의 원칙과의 관계 위에서 검토하면서 논의를 마무리하고자 한다.

지금까지 다각도로 살펴본 문제점들과 함께 MoA 독트린이 인권심사의 해석론으로서 가지는 기본적인 문제는, 유럽인권재판소가 원칙적인 심사기준으로 채택하고 있는 비례의 원칙(the principle of proportionality)에 기한 심사를 형해화하거나 회피하는 기제로 동 독트린이 사용되고 있다는 점이다.¹¹⁵⁾ MoA 독트린을 적용하면서 당사국에게 넓은 판단여지가 인정되어야 하는 이유를 설명하는 데 판결문의 상당 부분을 할애하고, 비례성 심사의 단계적 법적 논증은 부재하거나 매우 부실한 상태로 ‘당사국이 넓은 판단여지를 가지는 사안이므로 당사국의 행위는 비례적이고 정당하다’는 논리구조를 취하는

114) Charles R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford: Oxford University Press, 2009, pp. 85-87 참조.

115) Villa, 앞의 글, p. 409 참조.

경우가 많다.¹¹⁶⁾ 비례의 원칙을 적용하는 외관을 띠더라도 비례성이라는 단어가 형식적 차원에서 언급될 뿐 MoA 독트린이 지배적인 해석기제로 작용하면서 실제로는 매우 완화된 합리성 심사와 유사하거나 심사의 실체를 파악하기 어려운 경우가 많다.¹¹⁷⁾ 반대로 비례의 원칙에 따른 심사 결과 비례성 요건을 충족시키지 않았다고 판단된 경우, 결론적으로 당사국의 조치가 ‘판단여지의 범위를 벗어났다’고 언급한 사례도 존재한다.¹¹⁸⁾ 전자는 비례의 원칙을 형해화시키는 방식의 MoA 독트린의 사용이고, 후자와 같이 판단여지를 결론 부분에서 간단히 언급하는 예는 MoA 독트린이 독자적인 심사기준으로서의 적격을 갖추지 못하고 있음을 방증한다고 볼 수 있다.¹¹⁹⁾ MoA 독트린과 비례의 원칙과의 관계가 사안에 따라 비일관적이고 불투명하게 설정되면서 당사자들이 구체적 사안에서의 심사기준을 예측하고 파악하는 데에도 어려움이 초래되고 있다.¹²⁰⁾

제II장에서 보았듯이 유럽인권재판소가 MoA 독트린을 주로 적용하고 있는 협약상 권리들은 사생활의 자유, 사상·양심·종교의 자유, 표현의 자유, 집회·결사의 자유 등 이른바 핵심적 시민적·정치적 자

116) 예를 들어, *S.A.S. v. France*, paras. 157-158; *Animal Defenders International v. the United Kingdom*. Harris 외, 앞의 책, pp. 13-14 참조.

117) 예를 들어, *Immobiliare Saffi v. Italy*, Application no. 22774/93 (28 July 1999), para 49. Brauch, 앞의 글, p. 149; Arai-Takahashi, 앞의 책, p. 15 참조.

118) Arai-Takahashi, 위의 책, p. 16.

119) Kratochvil, 앞의 글, pp. 330-342 참조 (MoA 독트린이 재판소의 논증에 아무런 실질적 역할을 하지 못하면서 당사국에게 ‘립서비스’만을 제공하고 있다고 비판).

120) Brauch는 MoA 독트린이 수사적(rhetorical)인 용도로 그 의미가 모호한 상태에서 일관성이 결여된 채 사용되고 있으며 수범자가 알 수 없고 예측할 수 없기에 법적인 기준으로서의 자격을 갖추지 못하고 있으며, 이러한 독트린의 적용은 협약상 문언의 범위에서 벗어나는 해석을 낳게 되고 투명성, 예측가능성, 비자의성을 요청하는 법치주의의 기본원칙에 반한다고 비판한다. Brauch, 앞의 글, pp. 137-138, 146, 150.

유권에 속하는 권리로서, 국가작용에 의하여 이러한 권리가 제한되었을 경우 각국의 헌법재판기관과 유엔 인권조약기구는 대부분 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사기준을 적용하고 있다. 최근에 와서는 자유권과 사회권에 대한 과거의 이분법적 접근을 넘어 기존에 사회권으로 분류되어 보다 완화된 심사기준이 적용되어온 사례가 많았던 권리에 대해서도 심사기준을 강화하여 사법심사의 실효성을 제고하고자 하는 노력들이 전개되고 있다. 이미 비례의 원칙에 따른 엄격한 심사기준이 국제적으로 확립된 영역에서조차 자의금지원칙과 유사하거나 그에 미치지 못하는, 또는 일관성을 찾기 어려운 심사기준과 해석론을 만연히 적용하는 사례는 국내외 여타의 인권심사기구에서 찾아보기 어렵다. 유럽인권재판소의 현재와 같은 MoA 독트린 적용방식은 권리 제한의 정당성 심사기준에 대한 그간의 국제적 성취 및 최근의 인권규범 발전 흐름에 모두 역행하는 태도라고 볼 수 있다.

사안에 따른 정치적 고려의 맥락에서 활용되고 있는 성격이 큰 MoA 독트린을 비례성 심사와 별도로 채택하여야 하는 일관성과 완결성, 규범적 적실성을 갖춘 해석기준이라고 보기 어렵다.¹²¹⁾ 유럽인권재판소가 비례의 원칙을 심사기준으로 채택하면서도 이와는 별개의 해석 독트린을 개발하여 비례의 원칙에 기한 심사를 임의로 배제하거나 사실상 무용화하는 방식으로 광범위하게 사용하는 것은 유럽인권협약에 대한 독립적이고 실질적인 심사 권한을 스스로 포기하는 것에 가깝다.¹²²⁾ 유럽인권재판소는 비례의 원칙에 따라 일관적으로

121) Letsas, 앞의 글, p. 711 (“The idea of the margin of appreciation in itself clearly lacks any normative force that can help us strike a balance between individual rights and public interest”); 같은 글, p. 712 (“It does not and cannot settle the question of whether a particular interference with a Convention right is permissible. References to the doctrine in particular judgments are either superfluous or question begging.”); Arai-Takahashi, 앞의 책, p. 189.

122) 같은 취지 논의로 Shu-Perng Hwang, “Margin of Appreciation in Pursuit of Pluralism? Critical Remarks on the Judgments of the European Court

심사를 수행하되, MoA 독트린을 적용하면서 고려하여 왔던 여러 요소들 중 이 연구에서 검토하였던 바와 같이 부당한 고려요소들은 배제하고, 고려할 적절성이 있는 사항들은 비례의 원칙의 단계별 심사과정 속에서 충실히 검토될 수 있도록 하는 것이 바람직하다. 비례의 원칙을 중심으로 심사기준을 통일성 있게 정비한 뒤에도 MoA 독트린을 별도의 심사기준으로 유지할 필요성이 인정되는 경우가 있을지에 대하여 최종적으로 검토할 필요는 있을 것이나, MoA 독트린 적용시 현재 고려되고 있는 대부분의 요소와 근거사유들이 인권의 관점에서 많은 문제점들을 가지기에 그러한 요소들을 배제한 뒤 독립적이고 완결적인 별도의 독트린을 수립하고 그 규범적 타당성을 확보하기는 쉽지 않을 것으로 생각된다.

인권 사안에서도 물론 당사국 정부가 입법과 정책의 결정과 시행에 관련된 구체적 사항에 있어서 일정한 재량을 가질 수 있다. 그러나 이러한 사실이 인권을 제한하는 국가작용의 정당성을 추정하거나 개인이 입은 인권침해 피해를 쉽게 정당화하는 기능을 하는 것은 아니다. 정부가 그러한 재량을 유럽인권협약상의 인권원칙과 의무를 타당하게 구체화하는 방식으로 행사하였는지, 이에 위배되어 인권을 부당하게 침해하는 방식으로 행사하였는지에 대해서는 별도의 판단이 필요하며 이는 유럽인권재판소의 몫이다. 그리고 이에 대한 판단은 MoA 독트린에의 의존이 아닌 비례의 원칙에 따른 체계적 심사를 통하여 효과적으로 수행될 수 있다. 당사국의 주장 중 정당하다고 인

of Human Rights on the ‘Burqa Bans’,” *Human Rights Law Review* 20, 2020, p. 377; Ronald. St. J. MacDonald, “The Margin of Appreciation,” in Ronald. St. J. Macdonald, Franz Matscher, Herbert Petzold (Eds), *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff, 1993, p. 85 (“If the Court gives as its reason for not interfering simply that the decision is within the margin of appreciation of national authorities, it is really providing no reason at all but is merely expressing its conclusion not to intervene, leaving observers to guess the real reasons which it failed to articulate.”).

정되는 특수성, 다양성의 요소와 사안의 구체적 맥락이나 배경과 관련된 사항들은 비례성 심사의 과정 속에서 충분히 반영되고 수렴될 수 있도록 심사 과정과 내용을 더욱 적극적이고 세밀하게 발전시켜 나갈 필요가 있다. 심사기준의 통일성과 일관성 속에서 구체적 맥락에 대한 고려와 검토를 충실히 수행함으로써 인권과 법치주의 원칙을 함께 실현하는 인권심사가 이루어질 수 있도록 해야 할 것이다.

VI. 결론

이 연구에서는 유럽인권재판소가 그간 널리 사용해온 MoA 독트린과 그 적용방식이 가지는 문제점을 소수자의 인권과 지역인권재판소의 역할을 중심으로 다각도로 분석, 고찰해보았다. 유럽인권재판소는 국제적으로 그 제한에 대한 엄격한 심사기준의 적용이 확립된 분야인 핵심적 시민적·정치적 권리에 관한 영역에서 상당 부분 정치적인 고려에 기하여 느슨하고 비일관적이며 다수중심, 국가중심적인 해석기제를 적용하여 왔다. 문제된 사안이 해당 국가의 도덕이나 문화, 종교와 밀접하게 연관되어 있다거나 쟁점에 대한 유럽 차원의 컨센서스가 없다는 이유를 들어, 당사국 정부가 국제 재판관보다 인권 해석을 원칙적으로 더 잘 수행할 위치에 있다는 자기부정적인 전제와 부당하게 확장 해석된 보충성의 원칙을 근거로, 그리고 개별 국가의 주권과 민주주의에 대한 존중이라는 명분을 제시하며, 당사국 정부에게 넓은 판단여지를 인정하고 비례의 원칙에 따른 정밀한 논증을 회피하는 해석론을 취하여 왔다. 이러한 해석태도는 사회적 소수자에 대한 차별과 권리침해 행위를 쉽게 정당화하는 결과를 초래할 수 있으며 실제 다수의 사안에서 그러한 예를 확인할 수 있었다. 현재와 같이 MoA 독트린에 중요 인권 사안에 대한 해석을 의존하는 것은 각 사회의 정치적 압력으로부터 독립하여 개인의 보편적 인권을 수호하고 인권기준을 향상시켜야 하는 지역인권재판소의 중대한 임무와 재판소의 고유한 강점을 스스로 외면하는 태도이다. 한 사회

내에서 또는 유럽 지역에서 다수의 지지를 받지 못하는 집단과 개인에게 더욱 보수적인 태도를 취함으로써 소수자의 취약한 인권 상황을 지속시키고 인권과 법치주의 원칙을 훼손하는 결과로 이어질 수 있을 뿐 아니라, 인권의 보편성과 특수성에 대한 통합적이고 발전적인 이해와 관계구성을 가로막게 된다.

따라서 유럽인권재판소의 MoA 독트린을 미주인권재판소나 유엔인권조약위원회의 심사에서도 채택하여야 한다는 주장들에 대하여 경계할 필요가 있다. 당사국들과의 관계 속에서의 정치적 고려와 타협을 바탕으로 형성되어 왔으며, 한 사회 및 유럽 지역에서의 다수의 선호가 인권심사의 기준으로 작동하는 다리가 되고 있는 MoA 독트린과 그 고려요소들의 적용 방식 및 결과를 보편적 인권규범이나 인권해석의 원칙으로 받아들이는 일은 없어야 할 것이다. 한국의 헌법재판소와 법원, 국가인권위원회 등 국내 기관들의 인권해석과 심사 업무에 있어서도 유사한 사안에서 유럽인권재판소가 취한 태도와 논리들이 반드시 더 선진적이거나 인권지향적이지 않을 수 있음을 인식하고 비판적 시각으로 비교법적 검토와 연구를 진행할 필요가 있다.¹²³⁾

유럽인권재판소는 개별 당사국 내 지배적인 도덕관념이나 종교, 문화, 정치적 선호에 바탕한 정부의 입법이나 정책의 정당성을 그대로 추정할 것이 아니라 오히려 그로 인하여 부정되기 쉬운 소수자의 동등한 존엄과 권리가 침해된 바 없는지를 엄격하게 심사해야 한다. 쟁점에 대한 유럽인권협약 당사국들의 실행 양태의 숫자를 세어 특정 입장이 과반수를 이루거나 대다수의 합의에 도달하였는지에 따라

123) Benvenisti도 같은 차원에서의 경고를 하고 있다. Benvenisti, 앞의 글, p. 852 (“Recourse to the ECHR jurisprudence outside its jurisdiction becomes a risky tactic for the human rights advocate. Other international human rights organizations wisely have avoided this approach thus far. They must continue to caution themselves against being drawn to this way of analyzing the issues they face.”).

주장된 권리의 인권으로서의 지위 인정 여부나 당사국이 가지는 판단여지의 존부와 정도를 결정하는, ‘인권은 다수결이 아니다’라는 명제에 정면으로 반하는 현재와 같은 해석태도에서 벗어나, 보편적 인권원칙의 타당한 요청을 개별 사건에서 일관적이고 적극적으로 구체화해 나가야 할 것이다. MoA 독트린 적용시 고려되는 부당한 요소와 사유들을 배제하고, 구체적 사안에서 진정한 특수성의 존중과 보장을 위하여 필요한 요소는 비례의 원칙에 따른 체계적 심사에서 충분히 반영하도록 해야 할 것이다. 다수지향이 아닌 인권지향성을 바탕으로 치밀하고 풍부한 인권해석과 설득력 있는 법적 논증을 제시하여 유럽 전반의 인권기준과 실행을 향상시키고, 타 지역의 인권 해석과 심사 실무에도 발전적 영향을 준다면 유럽인권재판소의 대내외적 권위 역시 자연스럽게 확보될 수 있을 것이다.

(논문접수일: 2023. 11. 20, 논문심사일: 2023. 12. 11, 게재확정일: 2023. 12. 19)

참고문헌

1. 단행본 및 학술지 논문

- 김대순. 2013. “유럽인권재판소의 “판단의 재량” 독트린: 법의 지배에 대한 위협인가?.” 『국제법학회논총』 58(2): 11-43.
- 송지우. 2018. “주권과 보충성: 개념 검토를 통해 본 국제법 규범이론의 필요성.” 『법철학연구』 21(2): 383-416.
- 정경수. 2009. “인권의 보편성과 문화적 다양성의 공존: 유럽인권협약 해석의 판단여지를 중심으로.” 『국제법평론』 29: 153-176.
- Arai-Takahashi, Yutaka. 2001. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia.
- Bakircioglu, Onder. 2007. “The Application of the Margin of Appreciation Doctrine in Freedom of Expression and Public Morality Cases.” *German Law Journal* 8(7): 711-733.
- Beitz, Charles R. 2009. *The Idea of Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Benvenisti, Eyal. 1999. “Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards.” *International Law and Politics* 31: 843-854.
- Berry, Stephanie. 2013. “Freedom of Religion and Religious Symbols: Same Right – Different Interpretation?” *EJIL:Talk!*.
- Bjorge, Eirik. 2015. *Domestic Application of the ECHR: Courts as Faithful Trustees*. Oxford: Oxford University Press.
- Brauch, Jeffrey A. 2005. “The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law.” *Columbia Journal of European Law* 11(1): 113-150.
- Butti, Elena. 2012. “The Strategic Use of the Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights.” *Jurist*.
- Çalı, Başak. 2013. “The Legitimacy of International Interpretive Authorities for Human Rights Treaties: An Indirect-Instrumentalist Defence.” In: Andreas Føllesdal, Johan Karlsson Schaffer and Geir Ulfstein (Eds).

- The Legitimacy of International Human Rights Regimes: Legal, Political and Philosophical Perspectives*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Carozza, Paolo G. 2003. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law." *American Journal of International Law* 97: 38-79.
- Donnelly, Jack. 2013. *Universal Human Rights in Theory and Practice*. Third Edition. Ithaca: Cornell University Press.
- Feingold, Cora S. 1977. "The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights." *Notre Dame Lawyer* 53: 90-106.
- Føllesdal, Andreas. 2017. "Exporting the Margin of Appreciation: Lessons for the Inter-American Court of Human Rights." *International Journal of Constitutional Law* 15(2): 359-371.
- Fredman, Sandra. 2001. *Discrimination and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Freeman, Michael. 2011. *Human Rights: An Interdisciplinary Approach*. Second Edition. Cambridge: Polity Press.
- Harris, David, Michael O'Boyle, Ed Bates and Carla M. Buckley. 2018. *Law of the European Convention on Human Rights*. Fourth Edition. Oxford: Oxford University Press.
- Henkin, Louis. 1996. "Human Rights and State "Sovereignty"." *Georgia Journal of International and Comparative Law* 25: 31-45.
- Hwang, Shu-Perng. 2020. "Margin of Appreciation in Pursuit of Pluralism? Critical Remarks on the Judgments of the European Court of Human Rights on the 'Burqa Bans'." *Human Rights Law Review* 20: 361-380.
- Kratochvil, Jan. 2011. "The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights." *Netherlands Quarterly of Human Rights* 29(3): 324-357.
- Legg, Andrew. 2012. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law: Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford

University Press.

- Letsas, George. 2006. "Two Concepts of the Margin of Appreciation." *Oxford Journal of Legal Studies* 26(4): 705-732.
- Letsas, George. 2007. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- MacDonald, Ronald. St. J. 1993. "The Margin of Appreciation." In: Ronald. St. J. Macdonald, Franz Matscher and Herbert Petzold (Eds). *The European System for the Protection of Human Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff.
- McGoldrick, Domic. 2016. "A Defense of the Margin of Appreciation and an Argument for its Application by the Human Rights Committee." *International and Comparative Law Quarterly* 65(1): 21-60.
- Nowlin, Christopher J. 2002. "The Protection of Morals Under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms." *Human Rights Quarterly* 24(1): 264-286.
- Palombella, Gianluigi. 2021. "Non-arbitrariness, Rule of Law and the 'Margin of Appreciation': Comments on Andreas Follesdal." *Global Constitutionalism* 10(1): 139-150.
- Peters, Anne. 2009. "Humanity as the A and Ω of Sovereignty." *European Journal of International Law* 20(3): 513-544.
- Shany, Yuval. 2005. "Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law?." *European Journal of International Law* 16(5): 907-940.
- Shin, Yoon Jin. 2020. "Non-Citizens' Rights, Constitutional Review and an Inclusive Democracy: A Case Study of South Korea." *Journal of Korean Law* 19: 81-118.
- Talbott, William J. 2007. *Which Rights Should Be Universal?*. Oxford: Oxford University Press.
- Villa, Marisa I. 2017. "Subsidiarity, Margin of Appreciation and International Adjudication within a Cooperative Conception of Human Rights." *International Journal of Constitutional Law* 15(2): 393-413.
- Vogiatzis, Nikos. 2019. "The Relationship Between European Consensus, the

Margin of Appreciation and the Legitimacy of the Strasbourg Court.”
European Public Law 25(3): 445-480.

Yourow, Howard C. 1996. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. The Hague: Martinus Nijhoff.

Yusuf, Hakeem. 2014. “S.A.S. v France: Supporting Living Together of Forced Assimilation.” *International Human Rights Law Review* 3: 277-302.

Zucca, Lorenzo. 2013. “Lautsi: A Commentary on a Decision by the ECtHR Grand Chamber.” *International Journal of Constitutional Law* 11(1): 218-229.

2. 유럽인권재판소 판결

Handyside v. the United Kingdom, Application no. 5493/72 (7 December 1976).

Ireland v. the United Kingdom, Application no. 5310/71 (18 January 1978).

Tyrer v. the United Kingdom, Application no. 5856/72 (25 April 1978).

Klass v. Germany, Application no. 5029/71 (6 September 1978).

Dudgeon v. the United Kingdom, Application no. 7525/76 (22 October 1981).

Rees v. the United Kingdom, Application no. 9532/81 (17 October 1986).

Müller and Others v. Switzerland, Application no. 10737/84 (24 May 1988).

Norris v. Ireland, Application No. 10581/83 (26 October 1988).

Cossey v. the United Kingdom, Application no. 10843/84 (29 August 1990).

Brannigan and McBride v. the United Kingdom, Application nos. 14553/89, 14554/89 (25 May 1993).

Otto-Preminger-Institut v. Austria, Application no. 13470/87 (20 September 1994).

Wingrove v. the United Kingdom, Application no. 17419/90 (25 November 1996).

Z v. Finland, Application no. 22009/93 (25 February 1997).

X, Y and Z v. the United Kingdom, Application no. 21830/93 (22 April 1997).

- Sheffield v. the United Kingdom*, Application no. 22985/93 (30 July 1998).
Immobiliare Saffi v. Italy, Application no. 22774/93 (28 July 1999).
Dahlab v. Switzerland, Application no. 42393/98 (15 February 2001).
Mata Estevez v. Spain, Application no. 56501/00 (10 May 2001).
Fretté v. France, Application no. 36515/97 (26 February 2002).
I. v. the United Kingdom, Application no. 25680/94 (11 July 2002).
Christine Goodwin v. the United Kingdom, Application no. 28957/95 (11 July 2002).
Murphy v. Ireland, Application no. 44179/98 (10 July 2003).
Stec and Others v. the United Kingdom, Application nos. 65731/01, 65900/01 (6 July 2005).
Leyla Şahin v. Turkey, Application no. 44774/98 (10 November 2005).
Dogru v. France, Application no. 27058/05 (4 December 2008).
Kervanci v. France, Application no. 31645/04 (4 December 2008).
A. and Others v. the United Kingdom, Application no. 3455/05 (19 February 2009).
Aktas v. France, Application no. 43563/08 (30 June 2009).
Bayrak v. France, Application no. 14308/08 (30 June 2009).
Gamaleddyn v. France, Application no. 18527/08 (30 June 2009).
Ghazal v. France, Application no. 29134/08 (30 June 2009).
J. Singh v. France, Application no. 25463/08 (30 June 2009).
R. Singh v. France, Application no. 27561/08 (30 June 2009).
Lautsi v. Italy, Application no. 30814/06 (3 November 2009).
Schalk and Kopf v. Austria, Application no. 30141/04 (24 June 2010).
A, B and C v. Ireland, Application no. 25579/05 (16 December 2010).
Lautsi and Others v. Italy, Application no. 30814/06 (18 March 2011).
Bayatyan v. Armenia, Application no. 23459/03 (7 July 2011).
Eweida and Others v. the United Kingdom, Application nos. 48420/10, 36516/10, 51671/10 et al. (15 January 2013).
Animal Defenders International v. the United Kingdom, Application No. 48876/08 (22 April 2013).
S.A.S. v. France, Application no. 43835/11 (1 July 2014).

Oliari and Others v. Italy, Application nos. 18766/11, 36030/11 (21 July 2015).

Bayev v. Russia, Application nos. 67667/09, 44092/12, 56717/12 (20 June 2017).

Dakir v. Belgium, Application no. 4619/12 (11 July 2017).

Belkacemi and Oussar v. Belgium, Application no. 37798/13 (11 July 2017).

Fedotova and Others v. Russia, Applications nos. 40792/10, 30538/14, 43439/14 (17 January 2023).

3. 국제문서

Committee of Ministers of the Council of Europe. 2018. Copenhagen Declaration.

Human Rights Committee. 1993. General Comment 22. U.N. Doc. CCPR/C/21/Rev.1/Add.4.

Report of the Special Rapporteur on Freedom of Religion or Belief: Gender-Based Violence and Discrimination in the Name of Religion or Belief. 2020. U.N. Doc. A/HRC/43/48.

The Lisbon Network. *The Margin of Appreciation*. Council of Europe. https://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/themis/echr/paper2_en.asp#P275_38021.

<Abstract>

**A Critical Analysis of the Margin of Appreciation Doctrine
in the European Court of Human Rights Jurisprudence
: Rights of Social Minorities and the Role of a Regional Human
Rights Court**

Yoon Jin Shin*

The European Court of Human Rights has habitually applied the margin of appreciation doctrine, granting states parties wide discretion to interpret the provisions and elements of the European Convention on Human Rights with respect to rights restrictions. The Court has applied this doctrine mainly in areas of essential liberty rights, whose restrictions deserve a stricter standard of review. A wider margin of appreciation has been recognized for states in cases where moral, religious or cultural elements in a given society are deemed to be closely engaged or where there is no European consensus on the matter at hand. General grounds provided by the Court for the application of the doctrine include: the principle of subsidiarity, the assumption that the state party is in a better position to interpret the elements of human rights cases compared to international judges, and respect for state sovereignty and democratic processes. Political considerations on the part of the Court to prevent conflict with states parties, secure the authority of the Court and maintain the operational stability of the Convention system also play a crucial role. The margin of appreciation doctrine, based on these elements and

* Seoul National University School of Law

considerations, is used to easily justify discrimination and human rights violations against minority groups and individuals in society, as the doctrine tends to drive the Court's review to uphold majoritarian preferences rather than universal human rights principles. The current use of the doctrine goes against the expected role of the regional human rights court to implement human rights principles coherently and independently of political pressure from within and outside individual states. It also distorts the relationship between the universality and particularity of human rights and hinders the realization of genuine values of particularity in human rights cases. Wide use of the doctrine has also jeopardized the proportionality principle and the rule of law. The Court needs to cease considering improper factors that it has invoked when applying the doctrine, and should instead establish a coherent and systematic adjudication standard, based on the proportionality principle, that incorporates elements necessary for a concrete and contextualized rights review.

Keywords: the European Court of Human Rights, the Margin of Appreciation Doctrine, Rights of Social Minorities, Universality and Particularity, Standards of Human Rights Review, the Principle of Proportionality