유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

2

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

국가인권위원회

국가인권위원회

유럽인권재판소 판례: 증오표현

1. 협약의 보호로부터 제외
2. 협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한
3. 증오표현과 인터넷

번역 _ 국가인권위원회

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

2

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

유럽인권재판소 판례: 증오표현 / 2

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

2020년 12월 발행. 국가인권위원회에서 기획하고, 국가인권위원회에서 「European Court of Human Rights, Hate Speech Fact Sheet」 원서를 번역한 것으로, 표지 및 본문 디자인이나 편집 등의 변경사항이 있음을 참고하시기 바랍니다.

표지 및 본문 디자인은 더브레인(The Brain)에서 진행했습니다. 국가인권위원회 주소는 서울특별시 중구 삼일대로 340(저동 1가) 나라키움 저동빌딩 13층이고, 담당부서는 인권교육기획과이며, 연락처는 02-2125-9856입니다.

이 책은 국가인권위원회가 저작재산권을 소유하지 아니한 저작물이므로 자유롭게 이용(무단 변경, 복제·배포, 상업적인 용도 사용 등)하기 위해서는 반드시 해당 저작권자의 허락을 받으셔야 합니다. 이 책은 비매품입니다

ISBN 978-89-6114-809-2 95360
ISBN 978-89-6114-807-8 95360(전3권)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights,
Hate Speech Fact Sheet

2

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

국가인권위원회

Introduction

책 번역 및 번역 보완·수정에 참여해주신 분들(가나다 순)

권보은(국가인권위원회), 김원규(국가인권위원회), 김재현(국가인권위원회), 김지림(공익인권법재단 공감), 김태은(국가인권위원회), 김효정(국가인권위원회, 통번역가), 민경식(국가인권위원회), 박유경(국가인권위원회), 박한희(공익인권변호사모임 희망을만드는법), 서혜원(국가인권위원회), 송초아(국가인권위원회), 이보람(국가인권위원회), 조산새(아셈노인인권정책센터), 정서희(국가인권위원회), 정유리(다산인권센터), 하창원(국가인권위원회)

판례 관련 유의사항

○ 유럽인권협약은 미네소타 대학의 번역문(제1권 참고)을 기준으로 하였습니다.

○ 불어원본의 판결문은 영어로 번역한 후 다시 국어로 번역하여 문장이 다소 매끄럽지 않을 수 있습니다.

○ 판결문을 읽는 사람이 이해하기 쉽도록 일부 역자주를 작성하였습니다.

○ 판결문의 고유명사는 원본의 명칭을 그대로 사용하였습니다.

○ 각 나라마다 법원 체계가 달라 이를 최대한 반영하여 번역을 하고자 했으나 각 나라의 법원 체계를 충분히 이해하지 못한데서 오는 오류가 있을 수 있어 판례문을 읽을 시에 이 부분에 대해 유의가 필요합니다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

2

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

「유럽인권재판소 판례: 증오표현」 목차

Ⅰ. 들어가면서

Ⅱ. 「유럽인권재판소 판례: 증오표현」 개요 및 보고서, 유럽인권협약

1. 유럽인권협약 및 유럽인권재판소 개요
2. 유럽인권재판소 보고서(Fact Sheet)
3. 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약

Ⅲ. 판례

제 1 부 _ 협약의 보호로부터 제외(Exclusion from the protection of the Convention)

· 민족적 증오(Ethnic hate)

1. Pavel Ivanov v. Russia

· 폭력선동 및 테러 활동 지원(Incitement to violence and support for terrorist activity)

2. Roj TV A/S v. Denmark

· 부인주의와 수정주의(Negationism and revisionism)

3. Garaudy v. France
4. M'Bala M'Bala v. France
5. Williamson v. Germany

· 인종적 증오(Racial hate)

6. Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands

· 종교적 증오(Religious hate)

7. Norwood v. the United Kingdom
8. Belkacem v. Belgium

제 2 부_ 협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한(Restriction on the protection afforded by Article 10(freedom of expression) of the Convention)

· 폭력에 대한 옹호와 적개심 선동(Apology of violence and incitement to hostility)

1. Sürek(no.1) v. Turkey
2. Gündüz v. Turkey(decision on admissibility)
3. Gündüz v. Turkey(4 Dec 2003)
4. Faruk Temel v. Turkey

· 동성애 혐오 전단 배포(Circulating homophobic leaflets)

5. Vejdeland and Others v. Sweden

· 테러리즘 옹호(Condoning terrorism)

6. Leroy v. France
7. Stomakhin v. Russia

· 전쟁범죄 용인(Condoning war crimes)
8. Lehideux and Isorni v. France

· 국가 정체성 폄하(Denigrating national identity)
9. Dink v. Turkey

· 극단주의(Extremism)
10. Ibragim Ibragimov and Others v. Russia

· 논쟁의 여지가 있는 역사적 의미를 지닌 깃발을 남에게 보여줌(Display of a flag with controversial historical connotation)
11. Fáber v. Hungary

· 민족 증오 선동(Incitement to ethnic hatred)
12. Balsyté-Lideikiené v. Lithuania

· 국가 증오 선동(Incitement to national hatred)
13. Hösl-Daum and Others v. Poland

· 인종 차별이나 증오의 선동(Incitement to racial discrimination or hatred)
14. Jersild v. Denmark
15. Soulas and Others v. France
16. Féret v. Belgium
17. Le Pen v. France
18. Perinçek v. Switzerland
19. Šimunić v. Croatia

· 종교적 불관용 선동(Incitement to religious intolerance)
20. İ. A. v. Turkey
21. Erbakan v. Turkey

· 국가 공무원에 대한 모욕(Insult to State officials)
22. Otegi Mondragon v. Spain
23. Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain

제 3 부 _ 증오표현과 인터넷(Hate speech and the Internet)
1. Delfi AS v. Estonia
2. Magyar Tartalomszolgáltatók Eqyesülete and Index.hu Zrt v. Hungary
3. Pihl v. Sweden
4. Smajić v. Bosnia and Herzegovina
5. Nix v. Germany
6. Savva Terentyev v. Russia

Ⅲ. 판례 목차

| 제 2 장 |

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

(Restriction on the protection afforded by Article 10(freedom of expression) of the Convention)

폭력에 대한 옹호와 적개심 선동(Apology of violence and incitement to hostility) ····· 13

1. Sürek(no.1) v. Turkey ····· 14
2. Gündüz v. Turkey ····· 56
3. Gündüz v. Turkey ····· 64
4. Faruk Temel v. Turkey ····· 88

동성애 혐오 전단 배포(Circulating homophobic leaflets) ····· 109

5. Vejdeland and Others v. Sweden ····· 110

테러리즘 용인(Condoning terrorism) ····· 133

6. Leroy v. France ····· 134
7. Stomakhin v. Russia ····· 152

전쟁범죄 용인(Condoning war crimes) ····· 199

8. Lehideux and Isorni v. France ····· 200

국가 정체성 폄하(Denigrating national identity) ····· 237

9. Dink v. Turkey ····· 238

국가인권위원회
humanrights.go.kr

극단주의(Extremism) ····· 283

10. Ibragim Ibragimov and Others v. Russia ····· 284

논쟁의 여지가 있는 역사적 의미를 지닌 깃발을 남에게 보여줌(Display of a flag with controversial historical connotation) ····· 337

11. Fáber v. Hungary ····· 338

민족 증오 선동(Incitement to ethnic hatred) ····· 375

12. Balsytė-Lideikienė v. Lithuania ····· 376

국가 증오 선동(Incitement to national hatred) ····· 405

13. Hösl-Daum and Others v. Poland ····· 406

인종 차별이나 증오의 선동(Incitement to racial discrimination or hatred) ····· 423

14. Jersild v. Denmark ····· 424

15. Soulas and Others v. France ····· 454

16. Féret v. Belgium ····· 470

17. Le Pen v. France ····· 504

18. Perinçek v. Switzerland ····· 514

19. Šimunić v. Croatia ····· 648

종교적 불관용 선동(Incitement to religious intolerance) ····· 669

20. İ.A. v. Turkey(no.42571/98) ····· 670

21. Erbakan v. Turkey ····· 682

국가 공무원에 대한 모욕(Insult to State officials) ····· 707

22. Otegi Mondragon v. Spain ····· 708

23. Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain ····· 732

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제 2 부

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

Restriction on the protection afforded by Article 10(freedom of expression) of the Convention

협약 제10조 제2항에 따라, 재판소는 표현의 자유에 대한 제한이 존재하는지,
이 제한이 법률에 근거가 있는지, 하나 이상의 정당한 목적을 추구하는지,
그리고 마지막으로 이러한 목적을 성취하기 위해 민주사회에서
필요한지를 연속적으로 검토할 것이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

폭력에 대한 옹호와 적개심 선동
(Apology of violence and incitement to hostility)

1. Sürek(no.1) v. Turkey

1999년 7월 8일(대재판부)

청구인은 주간 평론지의 편집자로서 터키 남동부 당국의 군사행동을 격렬하게 비난하면서 그러한 행동이 독립과 자유를 위해 투쟁하는 쿠르드족을 잔혹하게 탄압했다고 주장하는 독자 두 명의 편지를 발행하였다. 청구인은 "국가의 불가분성에 반하는 선전을 유포하고, 국민 간의 적대감과 증오를 조장했다"는 이유로 유죄 판결을 받았다. 그는 자신의 표현의 자유가 침해당했다며 제소하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판결하였다. 재판소는 문제가 되는 편지가 피비린내 나는 복수에 대한 호소에 해당하고 그 편지 중 하나는 사람들의 실명을 거론했으며, 그 사람들에 대한 증오를 불러일으키고 물리적 폭력의 위협 가능성에 노출했다는 것에 주목하였다. 청구인이 편지에 담긴 견해와 개인적으로 연계된 것은 아니었지만 그럼에도 불구하고 그는 편지를 쓴 사람들에게 폭력과 증오를 불러일으키는 표현의 수단을 제공하였다. 재판소는 주간지의 편집자인 청구인이 주간지의 편집부와 기자가 모으고 대중에게 전파하는 정보에 대해 대리적 책임과 의무를 지며 이는 갈등과 긴장의 상황에서 더 큰 중요성을 지닌다고 보았다.

[우선적으로 참고할 판례]

Özgür Gündem v. Turkey, 2000년 3월 16일 판결(무장투쟁의 강화를 옹호하고, 전쟁을 미화하며, 마지막 한 방울의 피가 남아 있을 때까지 싸우라는 의도를 신봉하는 구절을 포함한 3개의 기사를 게재한 일간지에 대한 유죄 판결)

Medya FM Reha Radyo ve Iletişim Hizmetleri A. Ş. v. Turkey, 2006년 11월 14일 심리적격 여부에 대한 결정(국민통합과 영토 보전 원칙에 반하고 폭력, 증오 및 인종 차별을 선동할 가능성이 있는 라디오 프로그램을 반복적으로 방송한 것에 대해 방송권 1년 정지)

국가인권위원회
humanrights.go.kr

1

유럽인권재판소

SÜREK v. TURKEY(No.1)

(청구번호 26682/95)

판결

스트라스부르

1999년 7월 8일

Sürek v. Turkey(no.1)사건에서 유럽인권재판소는 제11의정서[1]의 개정사항이 반영된 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 "협약") 제27조 및 재판소 규칙[2]의 관련 조항에 따라 다음의 판사들로 대재판부를 구성하였다:

L. Wildhaber, *재판장*,
E. Palm,
A. Pastor Ridruejo,
G. Bonello,
J. Makarczyk,
P. Kūris,
J.-P. Costa,
F. Tulkens,
V. Strážnická,
M. Fischbach,
V. Butkevych,
J. Casadevall,
H.S. Greve,

사무국 각주

1-2) 제11의정서와 재판소규칙은 1998년 11월 1일 발효되었다.

A.B. Baka,

R. Maruste,

K. Traja,

F. Gölcüklü, (*특별 판사*)

또한 P.J. MAHONEY와 M. DE BOER-BUQUICCHIO가 부서기로 참여하였다.

1999년 3월 1일과 6월 16일에 비공개 심리하였고, 다음과 같이 판결하였다. 판결은 6월 16일에 채택되었다.

사건의 경과

1. 이 사건은 구 협약 제19조[3]에 의해 정해진 바에 따라 1998년 3월 17일 유럽인권위원회(이하 "위원회")에서 재판소로 회부되었다. 이는 구 협약 제32조 제1항과 제47조에 규정된 바와 같이 소재판부의 판결일로부터 3개월 이내였다. 이 사건은 터키 국적의 청구인 Kamil Terin Sürek이 구 협약 제25조에 따라 터키 공화국을 상대로 1995년 2월 20일에 위원회에 제출한 청구(청구번호 26682/95)로부터 비롯되었다.

위원회의 요청은 구 협약 제44조와 제48조 및 터키가 재판소의 강제 관할권을(구 협약 제46조) 인정한 선언에 관한 것이었다. 요청의 목적은 이 사건의 사실 관계가 협약 제6조 제1항과 제10조에 따른 피청구국의 의무 사항 위반 여부를 밝힐 수 있는지에 대한 결정을 내려 달라는 것이었다.

2. 재판소 A 구 규칙30 제3조 제d항에 따른 조사에 대해, 청구인은 관련 절차에 참여하고 싶다고 진술하였고 자신을 변호할 변호사를 선임하였다(구 규칙30). 당시 R.Bernhardt 재판장은 변호사가 서면절차에서 터키어를 사용할 수 있도록 허가하였다(규칙27 제3조).

3. 처음부터 제11의정서의 발효 전에 발생할 수 있는 절차상의 문제를 처리하기 위해 임명(구 협약 제43조 및 구 규칙21)된 Bernhardt 재판장은 서기를 통해 터키정부(이하 "정부") 대리인, 청구인의 변호사 및 위원회 대표와 서면절차 준비에 대해 협의하였다. 그에 따른 명령에 따라 서기는 청구인과 정부의 청원서를 1998년 7월 10일과 17일에 각각 접수하였다. 1998년 9월 8일 정부는 사무국에 청원과 관련된 추가 정보를 제출하였고, 1998년 11월 22일 청구인은 정당한 배상을 요구하는 청구의 세부 내용을 제출하였다. 1999년 2월 26일 정부는 청구인의 배상 요구에 대한 검토의견을 제출하였다.

4. 1998년 11월 1일 제11의정서 발효 후, 협약 제5조 제5항에 따라 본 사건은 재판소의 대재판부로 회부되었다. L. Wildhaber재판소장은 적법한 법 집행을 위해 본 사건 및 터키를 상대로 한 다른 12개 사건(*Karataş v.*

3) 제11의정서 발효에 따른 협약 제19조의 개정으로 재판소는 상설적으로 활동하고 있다.

Turkey(application no.23168/94); *Arslan v. Turkey*(no.23462/94); *Polat v. Turkey*(no.23500/94); *Ceylan v. Turkey*(no.23556/94); *Okçuoğlu v. Turkey*(no.24246/94); *Gerger v. Turkey*(no.24919/94); *Erdoğdu and İnce v. Turkey*(nos.25067/94 및 25068/94); *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey*(nos.23536/94 및 24408/94); *Sürek and Özdemir v. Turkey*(nos.23927/94 및 24277/94); *Sürek v. Turkey*(no.2)(no.24122/94); *Sürek v. Turkey*(no.3)(no.24735/94); *Sürek v. Turkey*(no.4)(no.24762/94)의 심리를 위한 단독 대재판부가 구성되어야만 한다고 판단하였다.

5. 이러한 목적을 위해 구성된 대재판부에는 선출된 당연직 판사 R. Türmen(협약 제27조 제2항 및 재판소 규칙24 제4조)과 Wildhaber재판소장, E. Palm부재판소장, J.-P. Costa와 M. Fischbach부 부문장이 포함되었다(협약 제27조 제3항과 규칙24 제3조와 제5조 제a항). 이외에 대재판부를 완성하기 위해 지명된 판사들은 *A. Pastor Ridruejo, G. Bonello, J. Makarczyk, P. Kūris, F. Tulkens, V. Strážnická, V. Butkevych, J. Casadevall, H.S. Greve, A.B. Baka, R. Maruste* 및 *S. Botoucharova*이다(규칙24 제3조 및 규칙100 제4조).

1998년 11월 19일, Wildhaber재판소장은 *Oğur v. Turkey*사건에서 규칙28 제4조에 따라 내린 대재판부의 결정을 고려하여 Türmen판사를 대재판부에서 면제하였다. 1998년 12월 16일 정부는 *F. Gölcüklü*가 대리 판사로 지명되었다고 사무국에 통지하였다(규칙29 제1조).

뒤이어 Botoucharova판사가 더 이상의 사건 심의에 참여하지 못하게 됨에 따라 K. Traja판사가 그 자리를 대체하였다(규칙24 제5조 제b항).

6. 재판부의 요청에 따라(규칙99) 위원회는 H. Daneliusrk위원을 선정하여 대재판부 절차에 참여하도록 하였다.

7. 청구인의 변호인에게 터키어로 재판 변론을 승인하기도 했던 재판장의 결정에 따라, 공판은 1999년 3월 1일 스트라스부르의 인권재판소에서 *Arslan v. Turkey* 및 *Ceylan v. Turkey*사건과 동시에, 공개로 진행되었다.

재판소에 출두한 사람은 다음과 같다:

(a) 정부 측

D. Tezcan,
M. Özmen, *공동 대리인,*
B. Çalışkan,
G. Akyüz,

A. Günyaktı,

F. Polat,

A. Emüler,

I. Batmaz Keremoğlu,

B. Yıldız,

Y. Özbek, *자문관들;*

(b) 청구인 측

H. Kaplan, 이스탄불 변호사회 *변호인;*

(c) 위원회 측

H. Danelius, *대표;*

재판소는 Danelius와 Kaplan, 그리고 Tezcan의 성명을 청취하였다.

사실 관계

I. 사건의 배경

A. 청구인

8. 청구인은 1957년생의 터키 국민으로 이스탄불에 거주하고 있다.

9. 사건이 일어났을 당시 청구인은 이스탄불에서 발행되는 주간 평론 잡지사 *Haberde Yorumda Gerçek*("뉴스의 진실과 평론")를 소유하고 있는 터키 유한책임회사 Deniz Basın Yayın Sanayi ve Ticare의 대주주였다.

B. 논란이 된 편지

10. 1992년 8월 30일에 발행된 제23호에는 "무기는 자유를 이길 수 없다"(*"Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez"*)와 "우리의 잘못이다"(*"Suç Bizim"*)라는 제목이 붙은 독자 두 명의 편지가 게재되었다.

11. 편지의 내용은 다음과 같다(번역문):

(a) "무기는 자유를 이길 수 없다"

쿠르디스탄 지역에서 민족해방 전쟁이 고조되고 있는 상황은 아랑곳하지 않은 채 터키의 파시스트 군대는 폭격을 지속하고 있다. 이번 주 Gerçek의 저널리스트들이 위대한 헌신을 통해 폭로한 '시르나크 대학살'('Şırnak massacre')은 또 하나의 구체적 예이다.

사실 쿠르디스탄에서 벌어지고 있는 잔혹행위는 지난 몇 년간 중에서도 최악이다. BAAS행정부의 반동분자에 의해 쿠르디스탄 남쪽의 할라브자(Halepçe)에서 자행되었던 대학살이 이제 쿠르디스탄 북쪽에서도 일어나고 있다. 시르나크는 그것의 구체적 증거이다. 쿠르디스탄 쪽의 도발을 유도함으로써 터키 공화국은 대학살로 치닫고 있었다. 많은 사람들이 살해당했다. 탱크, 포탄, 폭탄을 이용한 3일 간의 공격으로 시르나크는 완전히 파괴되었다.

부르주아 언론 *'en masse'*는 대량학살에 대한 기사에서 '답변되지 않은' 많은 질문들이 있다고 썼다. 시르나크에 대한 공격은 쿠르드 족을 전멸하기 위해 터키 전역에서 벌어지고 있는 캠페인의 가장 효과적인 형태이다. 파시즘은 더 많은 시르나크를 일으킬 것이다.

하지만 쿠르디스탄 지역의 민족해방을 위한 우리의 노력은 더 이상 유혈 사태와 탱크 및 포탄으로도 꺾일 수 없는 지점에 이르렀다. 쿠르드 족을 말살하려는 터키 공화국의 모든 공격은 자유를 위한 투쟁을 강화시킬 뿐이다. 부르주아와 그들에게 아첨하는 언론은 매일 보스니아-헤르체코비나에서 벌어지고 있는 잔혹함에 주목함으로써 쿠르디스탄에서 자행된 잔혹함을 보지 못하게 하고 있다. 물론 보스니아-헤르체코비나에서의 만행을 멈춰야 한다는 수구 파시스트의 요구가 쿠르디스탄에서의 만행을 멈춰야 한다는 요구로 이어질 것이라고 기대하기는 어렵다.

집과 조국을 떠나온 쿠르드인들에겐 더 이상 잃을 것이 없다. 그러나 얻을 것은 많다."

(b) "우리의 잘못이다"

TC[4] 살인 조직은 '터키 공화국을 보호'한다는 명목으로 계속해서 살인을 저지르고 있다. 그러나 무슨 일이 일어나고 있는지 깨닫고 점점 더 인식하게 될수록 사람들은 점차 자신들의 권리를 옹호하는 것을 배우고 있다. 그리고 사람들의 마음 속에는 '그들이 주지 않는다면, 우리는 무력으로 쟁취할 것'이라는 생각이 점

4) 터키 공화국(*Türkiye Cumhuriyeti*).

점 자라나고 매일 더 강해지고 있다. -이것이 지속되는 한, 살인 역시 분명히 지속될 것이다... 물론 이는 사람들의 마음속에 씨를 뿌린 이들로부터 시작된다- 장군들에 따르면 제국주의가 킬러들을 고용했다, 그리고 이 중턱에 배불뚝이에 목이 뻣뻣한 Turgut씨들과 Süleyman씨들 Bülent씨들에 의하면... 그러므로 3월 12일의 사건, 그러므로 9월 12일의 사건... 그러므로 교수대, 그러므로 감옥, 그러므로 300년 또는 400년 형을 선고받은 사람들. 그러므로 '터키 공화국을 보호하기 위해' 고문실에서 살해된 사람들. 디야르바키르 감옥에서 죽은 Mazlum Doğan[5]들... 그러므로 최근에 공식적으로 암살된 혁명가들... 터키 살인 조직은 계속해서 살인을 저지르고 있고 -앞으로도 지속할 것이다. 왜냐하면 사람들의 각성은 마치 열정의 홍수와도 같기 때문에... 그러므로 종굴다크(Zonguldak), 그러므로 지방자치단체에서 일하는 노동자들, 그러므로 공무원들... 그러므로 쿠르드인. '살인 조직'은 이 홍수를 막을 수 있을까? 누군가는 이 편지의 제목이 내용과 무슨 관련이 있는지 의아해할 것이다.

제국주의에 '고용된 킬러', 즉 9월 12일 쿠데타를 만들어 낸 사람들과 그들의 과거와 현재의 계승자들, 여전히 '민주주의'를 찾고 있는 사람들, 과거에 민주주의와 자유를 위한 투쟁에 어떤 방식으로든 참여했던 사람들, 이제는 은밀히 또는 공개적으로 그들의 과거 행동을 비판하는 사람들, 대중을 혼란시키며 의회 체제와 법치주의가 구원의 수단이라고 제시하는 사람들이 TC 살인 조직의 살인을 허가해 주고 있다.

나는 제국주의의 '신복'과 무정한 대변인(들)에 대해 말하고 있다. 그(들)은 얼마 전에는 '당신은 나로 하여금 국가주의자들이 범죄를 저지른다고 말하게 만들지 못할 것이다'[6]라고 말했고, 지금은 '저들은 우리가 저널리스트라고 부르는 사람들이 아니다'라고 말했으며, '누가 시위에 반대하는가? 누가 개인의 권리 요구에 반대하는가? 당연히 그들은 시위를 할 수 있다... 그들은 나의 노동자들이고, 나의 농민, 나의 공무원들이다...' 라고 말한다. 하지만 그들은 앙카라로 행진한 공무원들을 도시 중심부에서 구타했고, 이후 '경찰은 옳은 일을 했다'라고 말했다. 그리고 결국 몇 달 동안 계속 파업을 연기시켰다. 나는 대중의 반동의식을 불러일으키고, 쿠르드인을 향한 그들의 태도를 가지고 그들을 판단하려 하고, 그들이 얼마나 '민주적'인지를 나타내려 노력하는 수다쟁이, 탈주자 그리고 사기꾼들에 대해 말하고 있다. 살인 조직의 죄는 명백하다. 막대한 희생을 통행 사람들은 이를 알고, 깨닫기 시작했다. 하지만 민주주의와 자유를 향한 투쟁을 좌절시키는 사기꾼들의 죄는 어떠한가? 그렇다... 그들의 죄는 어떠한가... 살인 조직의 살인에 대한 책임은 그들에게도 있다... 부디 그들의 '연합'이 행복하기를!"

5) (역주) 기자이자 쿠르디스탄 노동자당의 창립 멤버. 디야르바키르 감옥에서 사망.
6) 이 문단에서 작은 따옴표로 표시한 문구는 Demirel 터키 전 총리의 연설에서 인용된 것이다.

C. 청구인에 대한 기소

12. 1992년 9월 21일 공소장에서 이스탄불 국가안보법원(*İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi*)의 검사는 국가의 불가분성(不可分性)에 반하는 선전을 유포하고, 국민들간의 적대감과 증오를 조장한 혐의로 평론 잡지사의 소유자 및 편집자인 청구인을 기소하였다. 이 기소는 형법 제312조 및 1991년 테러방지법 제8조에 근거한 것이다(이하 "1991년 법률"-아래 문단 22와 24 참고).

D. 청구인에 대한 유죄 판결

13. 이스탄불 국가안보법원 재판에서 청구인은 혐의를 부인하였다. 그는 의견을 표현하는 것은 위법행위가 되지 않는다고 주장하였다. 또한 그는 문제가 되는 편지는 잡지의 독자들에 의해 작성된 것이기 때문에 자신에게 책임을 물을 수 없다고 말했다.

14. 1993년 4월 12일 판결에서 법원은 1991년 법률 제8조 제1항에 따라 청구인의 유죄를 선고하였다. 형법 제312조 위반에 대해서는 근거가 없다고 보았다. 법원은 원래 청구인에게 200,000,000터키 리라(TRL)의 벌금형을 선고 하였으나 재판 동안 청구인의 성실한 태도를 참작하여 166,666,666터키 리라로 감면하였다. 잡지사의 편집자로서는 징역 5개월형과 83,333,333터키 리라의 벌금형을 선고 하였다.

15. 판결에서 법원은 문제가 된 편지가 1991년 법률 제8조를 위반하였다고 판단하였다. 법원은 이 편지가 터키 남동지역 8개의 지구를 하나의 독립된 국가 "쿠르디스탄"(Kurdistan)으로 보았고, PKK(쿠르디스탄 노동자당)를 터키에 대항하는 '국가 독립 전쟁'에 관여한 국가 해방 운동으로 묘사하였으며, 터키의 영토 보전을 파괴하는 것을 목적으로 하는 선전과 같다고 결론 내렸다. 거기에 더해 법원은 이 편지들이 인종에 기반한 차별 발언을 포함하고 있다고 판단하였다.

E. 유죄 판결에 대한 청구인의 항소 및 이후 절차

16. 청구인은 그에 대한 재판과 유죄 판결이 협약 제6조와 제10조 위반임을 주장하며 파기원에 항소하였다. 그는 1991년 법률 제8조가 헌법에 반한다고 주장하며, 문제의 편지가 분리주의적 선전을 전파했다는 점을 부인하였다. 그는 또한 자신에 대한 유죄 판결이 내려진 재판에 출석할 수 없었다고 주장하였다. 그는 자신이 참석하지 않고 최종 변론도 하지 않은 채 내려진 판결은 위법하다고 주장하였다.

17. 1993년 11월 26일 파기원은 국가안보법원이 부과한 벌금의 양이 과도하다고 판결하고 이 사건에 대한 유죄

판결과 선고를 파기하였다. 법원은 이스탄불 국가안보법원으로 사건을 환송하였다.

18. 1994년 4월 12일 판결에서 이스탄불 국가안보법원은 청구인에게 100,000,000터키 리라의 벌금형을 선고하였으나 이후 83,333,333터키 리라로 감면하였다. 법원은 1993년 4월 12일의 판결에서 이용한 논리를 유죄 판결의 근거로 반복 이용하였다.

19. 청구인은 항소하였다. 청구인은 첫 재판에서 주장한 항변을 동일하게 주장했다.. 또한 그는 국가안보법원이 그의 항변을 충분히 듣지 않은 채 유죄 판결을 내렸다고 주장하였다.

20. 1994년 9월 30일 파기원은 그의 항소를 기각하였으며 국가안보법원의 추론과 증거에 대한 평가를 확정하였다.

F. 1991년 법률 개정의 영향

21. 법률 no.4126, 1995. 10. 27.에 의해 1991년 법률이 개정됨(아래 문단 25 참고)에 따라 이스탄불 국가안보법원은 직권으로 청구인의 사건을 재검토하였다. 1996년 3월 8일 법원은 청구인에게 최초로 내린 선고를 확정하였다.

Ⅱ. 관련 국내법과 관습

A. 형법

1. 형법

22. 형법에서 관련 조항은 아래와 같다:

제2조 제2항

"범죄가 발생한 시점에 유효한 법 조항이 이후 개정된 조항과 다르다면, 범인에게 가장 유리한 조항을 적용해야 한다."

제19조

"'무거운 벌금'이란 판사의 판결에 의해... 2만에서 1억 터키 리라를 국고에 지불하는 것을 의미한다."

제36조 제1항

"유죄 판결을 받은 경우 법원은 범죄나 위법 행위를 저지르거나 혹은 그 준비를 위해 사용된 물건의 압수 및 몰수를 명령해야 한다..."

제142조

(테러방지에 대한 법률 no.3713, 1991. 4. 12.에 의해 폐지됨)

"유해한 선전

1. 한 사회 계층이 다른 사회 계층을 지배하려거나, 한 사회계층을 전멸시키거나, 터키의 사회적 혹은 경제적 질서의 근간을 전복하려거나, 국가의 정치적 혹은 법적 질서를 전복하려는 목적으로 선전을 유포한 자는 5년에서 10년 이하의 징역에 처한다.

2. 공화국과 민주주의의 근본 원칙을 훼손하기 위해 한 사람 또는 한 사회 집단에 의해 통치되는 국가를 지지하는 선전을 유포한 자는 5년에서 10년 이하의 징역에 처한다.

3. 인종과 관련된 이유에 고무되어 헌법이 보장하는 공법상의 권리 전체 혹은 일부를 없애거나 애국심을 약화시키거나 훼손하려는 목적의 선전을 유포한 자는 5년에서 10년 이하의 징역에 처한다..."

제311조 제2호

"범죄의 대중선동

...

범죄선동이 어떠한 형태의 대중 전달 매체 -녹음테이프, 축음기음반, 신문, 언론공표나 다른 출판물-에 의해 이루어지거나, 인쇄된 종이의 회람이나 배포에 의해 이루어지거나, 혹은 공개된 장소에서의 현수막이나 포스터 설치에 의해 행해지는 경우에는, 징역형을 2배로 가중한다..."

제312조[7]

"범죄의 비-대중선동

법에 의해 처벌 가능한 행동을 명백하게 찬양하거나 용인한 자 또는 대중에게 법을 위반하도록 선동한 자는 6개월에서 2년 이하의 징역에 처하고 6,000에서 30,000터키 리라 이하의 무거운 벌금에 처한다.

사회적 계급, 인종, 종교, 교파 또는 지역의 차이를 이유로 대중에게 증오와 적개심을 선동한 자는 1년에서 3년 이하의 징역 및 9,000에서 36,000터키 리라 이하의 벌금에 처한다. 만약 이 선동이 공공 질서를 위협하는 경우 기존 형량에서 1/3~1/2배 가중한다.

제311조 제2항에서 명시된 수단을 이용하여 이전 문단에 정의된 죄를 범한 자는 그 형을 두 배로 가중한다."

2. 언론법(법률 no.5680, 1950. 7. 15.)

23. 1950년 언론법에서 관련 조항은 다음과 같다:

제3절

"현행 법에서 '정기간행물'은 신문, 언론사 보도 및 정기적으로 발행되는 인쇄물을 의미한다.

'발행'은 인쇄물의 노출, 전시, 배포, 방출, 판매 혹은 판매를 위해 제공하는 것을 의미한다. 이는 대중이 인쇄물을 볼 수 있는 곳에 접근할 수 있다는 것을 전제로 한다.

인쇄물 자체가 불법적인 경우를 제외하고, 인쇄물이 발행되지 않았다면 언론 매체를 통한 위법행위가 이뤄졌다고 간주하지 않는다.

추가 제4절(1)

위법행위를 구성하는 인쇄물의 배포가 법원의 명령 또는 비상 상황의 경우 검사장의 명령에 따라 저지되었다면... 형벌은 해당 위법행위에 대해 규정된 형량의 1/3로 감한다.

7) 제312조 제2항에 따른 개인의 유죄 판결은 추가적 결과를 수반하는데 특별법에 따른 특정 활동을 하는데 있어 더욱 그러하다. 예를 들어 그 조항에 따라 유죄 판결을 받은 사람은 결사체(법률 no.2908, 제4조(2)(b))나 노동조합을 설립하거나 노동조합 집행위원회의 위원(법률 no.2929, 제5조)이 될 수 없다. 또한 정당을 설립하거나 가입하는 것도 금지되며(법률 no.2820, 제11조(5)) 국회의원으로 입후보를 할 수 없다(법률 no.2839, 제11조(f3)). 거기에 더해 6개월 이상의 징역형을 선고받은 자는 의도치 않게 범죄를 저지른 경우를 제외하고는 공무원이 될 수 없다(법률 no.657, 제48조(5)).

3. 테러방지법(법률 no.3713, 1991. 4. 12.)[8]

24. 1991년 테러방지법에서 관련 조항은 다음과 같다:

제6절

"테러 조직이 구두 또는 발행의 형태로 특정인에 대하여 위법 행위를 저지를 것이라고 공표하는 것은 범죄 행위이다. 이 때 이 사람의 신원이 알려지는 방식으로 범죄를 저지를 수도 그렇지 않을 수도 있다. 반테러 활동에 참여한 공무원의 신분을 밝히거나 어떤 사람을 목표로 지목하는 것 또한 범죄 행위이다. 이러한 행위를 저지른 자는 500만에서 1,000만 터키 리라 이하의 벌금에 처한다.

테러리스트 조직으로부터 나온 선언문이나 전단지를 인쇄 또는 배포하는 것은 범죄 행위이다. 이러한 행위를 저지른 자는 500만에서 1,000만 터키 리라 이하의 벌금에 처한다.

...

위의 항에서 언급된 범죄가 언론법(법률 no.5680) 제3조에 규정된 정기 간행 매체를 통해 이뤄진 경우 그 매체의 발행인을 벌금에 처한다. 정기 간행물이 한 달에 한 번보다 더 자주 발행된다면 지난 달 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다. 정기 간행물이 한 달에 한 번 또는 이보다 드물게 발행된다면 이전 호 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다. *만약 범죄가 정기 간행물이 아닌 인쇄물이거나 이제 막 발간을 시작한 정기 간행물을 통해 이뤄졌다면 가장 많은 판매부수를 가진 일간지의 지난 달 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다.*[9] 그러나, 벌금은 5,000만 터키 리라보다 적어서는 안 된다. 정기 간행물의 편집자는 발행인에게 부과된 벌금의 반액에 해당하는 벌금을 지불해야 한다."

제8절

(법률 no.4126, 1995. 10. 27.에 따른 개정 전)

"터키 공화국의 영토 보전 혹은 불가분성을 약화시키는 것을 목적으로 하는 문서 또는 구두의 선전, 회의, 집회 및 시위 행위는 사용된 수단과 의도에 관계없이 금지된다. 이러한 활동에 참여한 자는 2년에서 5년 이하의 징역에 처하며 5,000만에서 1억 터키 리라 이하의 벌금형에 처한다.

위의 항에서 언급된 위법행위가 언론법(법률 no.5680) 제3조에 규정된 정기 간행 매체를 통해 이뤄진 경

8) 테러 행위를 방지하기 위한 목적으로 공포된 이 법은 형법에서 "테러 행위" 또는 "테러를 목적으로 저지른 행위"(제3조, 제4조)라고 정의한 여러 위법 행위들에 관한 것이다.

9) 이탤릭체의 문장은 1992년 3월 31일 헌법재판소 판결에 따라 삭제되었고, 1993년 7월 27일 폐지되었다.

우 그 매체의 발행인을 벌금에 처한다. 정기 간행물이 한 달에 한 번보다 더 자주 발행된다면, 지난 달 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다. 정기 간행물이 한 달에 한 번 또는 이보다 드물게 발행된다면 이전 호 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다. *만약 위법 행위가 정기 간행물이 아닌 인쇄물이거나 이제 막 발간을 시작한 정기 간행물을 통해 이뤄졌다면 가장 많은 판매부수를 가진 일간지의 지난 달 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다.*[10] 그러나, 벌금은 5,000만 터키 리라보다 적어서는 안 된다. 정기 간행물의 편집자는 발행인에게 부과된 벌금의 반액에 해당하는 벌금 및 6개월 이상 2년 이하의 징역에 처한다."

제8절
(법률 no.4126, 1995. 10. 27.에 따른 개정 후)

"터키 공화국의 영토 보전 혹은 불가분성을 약화시키는 것을 목적으로 하는 문서 또는 구두의 선전, 회의, 집회 및 시위 행위는 금지된다. 이러한 활동에 참여한 자는 1년에서 5년 이하의 징역과 5,000만에서 1억 터키 리라 이하의 벌금형에 처한다. 재범자는 벌금으로 감형되지 않는다.

첫 번째 항에서 언급된 위법행위가 언론법(법률 no.5680) 제3조에서 규정된 정기 간행 매체를 통해 이뤄진 경우 발행인을 벌금에 처한다. 정기 간행물이 한 달에 한 번보다 더 자주 발행된다면 지난 달 평균 판매 수입의 90%에 해당하는 금액을 벌금으로 지불한다. 벌금은 1억 터키 리라보다 적어서는 안된다. 정기 간행물의 편집자는 발행인에게 부과된 벌금의 반액에 해당하는 벌금 및 6개월 이상 2년 이하의 징역에 처한다."

첫 번째 항에서 언급된 위법행위가 인쇄물 또는 두번째 절에서 규정된 정기 간행물 이외의 다른 대중 전달 수단을 통해 이뤄진 경우, 책임자와 대중 전달 수단의 소유주는 6개월에서 2년 이하의 징역 및 1억에서 3억 터키 리라 이하의 벌금에 처한다...

..."

제13절
(법률 no.4126, 1995. 10. 27.에 따른 개정 전)

"현행법에서의 형벌은 벌금 또는 다른 조치로 감형되지 않으며 집행유예를 수반하지 않는다."

제13절

10) 이탤릭체의 문장은 1992년 3월 31일 헌법재판소 판결에 따라 삭제되었고, 1993년 7월 27일 폐지되었다.

(법률 no.4126, 1995. 10. 27.에 따른 개정 후)

"현행법에서의 형벌은 벌금 또는 다른 조치로 감형되지 않으며 집행유예를 수반하지 않는다.

그러나, 이 절의 조항들은 제8조에 따른 판결에는 적용되지 않는다."[11]

제17절

"현행법에서 상정한 범죄로 인해 유죄를 판결받아... 구금형을 선고 받은 사람이 모범적인 행실을 보인 경우 형기의 3/4이 지났을 때 자동적으로 가석방된다.

...

형집행법(법률 no.647) 제19절 제1항과 제2항[12]은... 위에서 언급된 유죄 판결을 받은 자에게는 적용되지 않는다."

4. 법률 no.4126, 1995. 10. 27.에 따른 법률 no.3713 제8절과 제13절 개정

25. 법률 no.4126, 1995. 10. 27.의 제정에 따라 1991년 테러방지법은 다음과 같이 개정되었다:

제2절 관련 경과 조항

"현행법이 발효되는 달에 법원은 테러방지법(법률 no.3713) 제8조에 따라 유죄 판결을 받은 자의 사건을 재심리하여 법률 no.3713 제8절의 개정에 따라 해당인에게 부여된 금고형을 재심사하고,법률 no.647, 1965. 7. 13.의 제4절[13]와 제5절[14]에 따른 수혜를 받을 수 있는지 결정해야 한다.

5. 1997년 7월 12일 이전 편집자가 저지른 위법 행위 관련 판결의 유예와 형집행에 대한 법률 no.4304, 1997. 8. 14.

26. 다음의 조항들은 언론법에 따른 범죄의 처벌에 관련된 것이다:

11) 아래에 있는 법률 no.4126의 관련 조항 참고.
12) 아래 문단 27 참고.
13) 이 조항은 징역형 범죄와 관련하여 내릴 수 있는 대체 처벌과 조치에 관한 것이다.
14) 이 조항은 집행유예에 관한 것이다.

제1절

"편집자로서 1997년 7월 12일 이전에 저지른 범죄에 대해 언론법(법률 no.5680) 또는 다른 법에 따라 유죄 판결을 선고받은 자의 형의 집행은 유예한다.

첫 번째 조항은 이미 형이 집행되고 있는 편집자에게도 적용된다.

편집자에 대한 형사소송 절차가 개시되지 않았거나 예비 조사는 시작되었으나 형사소송은 개시되지 않았을 때, 재판부의 최종 조사는 시작되었으나 판결은 선고되지 않았을 때 또는 최종 판결이 내려지지 않았을 때 형사소송 절차 개시 또는 최종 판결의 선고는 유예한다.

제2절

"만약 제1절의 첫 번째 조항에 따른 수혜를 받은 편집자가 유예일로부터 3년 이내에 편집자로서 고의적인 범죄를 저지른 것에 대해 유죄 판결을 선고받는다면 유예되었던 형 전체를 복역해야 한다.

...

유예가 된 상황에서 편집자가 유예일로부터 3년 이내에 고의적인 범죄를 저지른 것에 대해 유죄 판결 선고를 받는다면 형사소송 절차가 개시되거나 판결이 언도된다.

앞서 언급된 3년의 기간이 고의적인 추가 범죄에 대한 판결 없이 종료되면, 1997년 7월 12일 이전에 편집자가 행한 위법 행위에 대한 유죄 판결은 무효인 것으로 간주된다. 이와 유사하게 형사소송 절차가 개시되지 않았다면 다시 제기하는 것은 가능하지 않으며, 만약 개시되었다면 그것은 중단한다."

6. 형집행법(법률 no.647, 1965. 7. 13.)

27. 1965년 형집행법의 내용은 다음과 같다:

제5절

벌금이란 용어는 법률이 명시한 한도 내에서 정한 금액을 국고로 납부하는 것을 의미한다.

...

지급 명령 송달 후 유죄 판결 선고를 받은 자가 기한 내에 벌금을 납부하지 않은 경우 검사의 결정에 따라 1만 터키 리라 당 하루씩으로 계산하여 그 기간 동안 교도소에 수감한다.

...

벌금을 대신하는 금고는 3년을 넘지 않는다..."

제19절(1)

"... 구금형을 선고받은 사람이 모범적인 행실을 보인 경우, 형량의 반 이상을 복역했을 때 자동적으로 가석방된다.

7. 형사소송법(법률 no.1412)

28. 형사소송법은 다음의 조항들을 포함하고 있다:

제307조

"법률적 쟁점에 대한 항소에서는 오직 논란이 된 판결의 합법성만을 고려한다.

법적 원칙(legal rule)을 적용하지 않거나 또는 잘못 적용한 것은 위법하다."[15]

제308조

"다음과 같은 경우에는 분명하게 위법하다고 간주한다.

재판부가 법률에 따라 구성되지 않았을 때;

결정을 내린 판사 중 한 명이 법규에 의해 참여가 제지된 사람이었을 때;

..."

15) 판결이 위법했는지에 대한 질문에서 파기원은 법원에 제출된 주장에 얽매여 판단하지 않는다. 또한 "법적 원칙"이라는 용어는 법의 연원에 대한 문서와 관습, 법의 정신으로부터 도출된 원칙들을 의미한다.

B. 정부가 제출한 형사 판례법

29. 정부는 증오 또는 적대감을 선동, 특히 종교적 이유에 근거하여 그러한 행위를 하였다는 혐의(형법 제312조) 또는 국가의 불가분성에 반하는 분리주의적 선동을 전파하였다는 혐의(법률 no.3713 제8절, 위 문단 24 참고)를 받는 자들에 대한 기소를 취하한 앙카라 국가안보법원 소속 검사의 결정이 담긴 문서의 사본을 제출하였다. 출판물을 통해 일어난 범죄 중 다수에 대해 검찰이 기소를 하지 않은 이유에는 공소시효가 지났거나 범죄의 구성요건 중 일부가 성립하지 않거나 증거가 불충분하다는 사실들이 포함되어 있었다. 다른 이유로는 쟁점이 되는 출판물이 배포되지 않았거나 위법한 의도가 없었거나 범죄 행위가 일어나지 않았거나 책임을 물을 수 있는 자를 확인할 수 없다는 점이 있었다.

30. 그에 더해 정부는 위에서 언급된 범죄로 기소된 피고들이 국가안보법원에서 무죄를 받은 사건의 판결을 다수 제출하였다. 그 판결들은 다음과 같다: 1991/23-75-132-177-100; 1992/33-62-73-89-143; 1993/29-30-38-39-82-94-114; 1994/3-6-12-14-68-108-131-141-155-171-172; 1995/1-25-29-37-48-64-67-84-88-92-96-101-120-124-134-135; 1996/2-8-18-21-34-38-42-43-49-54-73-86-91-103-119-353; 1997/11-19-32-33-82-89-113-118-130-140-148-152-153-154-187-191-200-606; 1998/6-8-50-51-56-85-162.

31. 이 중에서 특히 쿠르드인 문제를 다룬 작품의 저자에 대한 소송에서 국가안보법원은 범죄의 구성요건 중 하나인 "선전"의 전파가 없었다는 점 혹은 사용된 언어의 객관적 성격이라는 점에 근거하여 판결을 내렸다.

C. 국가안보법원[16]

1. 헌법

32. 국가안보법원의 사법 조직 운영 관련 헌법 조항은 다음과 같이 명시하고 있다:

제138조 제1항 과 제2항

"법관은 직무를 이행함에 있어 독립적이어야 한다; 법관은 헌법, 법령, 그리고 법률에 따른 개인적 소신에 따라 심판해야 한다.

16) 국가안보법원은 1961년 헌법 제136조에 따라 법률 no.1773, 1973. 7. 11.에 의해 만들어졌다. 이 법은 1976년 6월 15일 헌법 재판소에 의해 폐지되었다. 문제가 되었던 법원은 이후 1982년 헌법에 의해 터키 사법제도로 재도입되었다. 그에 대한 이유서에서 관련 내용은 다음과 같다: "국가의 존속과 안정에 영향을 미치는 행위가 일어났을 경우 이를 신속하고 적절하게 판결하기 위한 특별 관할권이 요청된다. 그렇기 때문에 국가안보법원을 설립할 필요가 있는 것이다. 우리 헌법의 고유한 원칙에 따라 특정한 행위가 있은 후 그 행위에 대한 판결을 내리기 위한 특별 법원을 만드는 것은 금지되어 있다. 이런 이유로, 위에서 언급한 범죄와 관련된 사건들을 재판하기 위해 헌법에 국가안보법원 관련 조항이 마련되었다. 국가안보법원의 권한을 규정하는 조항들이 미리 제정되었었고, 위법행위가 일어나기 전에 법원이 설립되었다는 점을 고려할 때... , 위범행위가 일어난 후 이를 다루기 위해 국가안보법원이 설립되었다고 말할 수 없다."

어떤 기관, 당국, ... 또는... 개인도 사법권 행사에 있어 법원 또는 법관에게 명령하거나 지시하거나 회람을 보내거나 권고하거나 제안할 수 없다."

제139조 제1항

"법관은... 헌법에 규정된 연령 전에는 법관 자신의 동의 없이 면직 당하거나 퇴직을 강요당할 수 없다..."

제143조 제1항-제5항

"공화국에 반하는 범죄(공화국의 구성 요소는 헌법에 선언되어 있음) 또는 국가 영토 혹은 불가분성에 반하거나 정부의 자유민주주의적 제도에 반하는 범죄 및 국가의 내부적 또는 외부적 안보에 직접적 영향을 미치는 범죄를 심리하기 위해 국가안보법원을 둘 수 있다.

국가안보법원은 법원장, 일반 위원 2인, 대리 위원 2인, 검사 및 적정 인원의 검사보로 구성된다.

특별법에서 정한 절차에 따라 법원장, 일반 위원 1인, 대리 위원 1인, 검사는 일품(first rank) 판사와 검사 중에서 임명하고, 일반 위원 1인, 대리 위원 1인은 일품 군판사 중에서 임명하며, 검사보는 검사와 군판사 중에서 임명한다.

국가안보법원의 법원장, 일반 위원 및 대리 위원의 임기는 4년으로 하며... 연임할 수 있다.

국가안보법원의 결정에 대한 항소는 파기원에서 이뤄진다.

..."

제145조 제4항

"군 소송 절차

군판사 개인의 권리와 의무는... 법원의 독립 원칙, 법관이 향유하는 보호 장치와 병역의 요건에 따라 법에 의해 규정된다. 또한 군판사와 비-사법적 의무를 수행함에 있어 함께 복무해야 하는 사령관과의 관계는 법에 의해 규정된다..."

2. 법률 no.2845 국가안보법원 절차의 구성과 규정

33. 헌법 제143조에 근거한 국가안보법원에 대한 법률 no.2845의 관련 조항은 다음과 같다:

제1절

"각 지방의 수도에... 공화국에 반하는 범죄(공화국의 구성 요소는 헌법에 선언되어 있음) 또는 국가의 영토 보전 혹은 불가분성에 반하거나 정부의 자유민주주의적 제도에 반하는 범죄 및 국가의 내부적 또는 외부적 안보에 직접적 영향을 미치는 범죄를 심리하기 위해 국가안보법원을 설치할 수 있다."

제3절

"국가안보법원은 법원장, 일반 위원 2인, 대리 위원 2인으로 구성된다."

제5절

국가안보법원의 법원장, 일반 위원 2인 중 1인, 대리 위원 2인 중 1인은 민간 판사여야 하고, 나머지 구성원은 일반 또는 대리 위원 모두 일품 군판사여야한다.

제6절(2), (3), (6)

일반 위원과 대리 위원으로서 취임할 군판사의 임명은 군법률지원단법(Military Legal Service Act)에서 그 목적으로 정한 절차에 따라 이행되어야 한다.

현행법 또는 다른 법률에서 규정된 경우를 제외하고, 국가안보법원의 법원장과 일반 또는 대리위원은... 4년 내에 그들의 동의 없이 다른 직이나 공직에 임명될 수 없다...

...

국가안보법원의 법원장 또는 일반 혹은 대리 위원이 관련 법률에 따라 행동했는지를 조사한 후, 만약 관할 위원회 또는 관청이 문제가 되는 사람의 근무처를 변경하기로 결정한다면 그의 근무처 혹은 근무 자체는 그 법률에서 정한 절차에 따라 변경할 수 있다."

제9절(1)

"국가안보법원은 다음과 같은 혐의로 기소된 자를 심의할 관할권을 갖는다.

(a) 터키 형법 제312조 제2항에 따른 범죄

...

(d) 헌법 제120조에 따라 비상사태가 선언된 지역에서 비상사태를 선언하도록 만든 사건과 연관된 범죄

(e) 공화국에 반하는 범죄(공화국의 구성 요소는 헌법에 선언되어 있음) 또는 국가 영토 혹은 불가분성에 반하거나 정부의 자유민주주의적 제도에 반하는 범죄 및 국가의 대내적 또는 대외적 안보에 직접적 영향을 미치는 범죄.

..."

제27절(1)

"파기원은 국가안보법원의 판결에 대한 항소를 심리한다."

제34절(1) 및 (2)

"국가안보법원에 임명된 군판사의 권리와 의무 및 그들에 대한 감독, 징계절차를 관리하고... , 그들에 대한 징계절차의 시행 및 징계적 처벌의 부과, 직무를 수행하는 중 저지른 범죄행위의 조사 및 기소를 관리하는 규정은 그들의 직무에 대한 법률의 관련 조항에 규정되어 있다...

군판사에 대한 파기원의 의견, 법무부의 평가 담당자가 작성한 평가서 및 군판사와 관련하여 이루어진 조사 서류들은 법무부로 보내야 한다."

제38절

"국가안보법원은 다음과 같은 상황에서 계엄법원으로 전환될 수 있다. 지역 내에 하나 이상의 국가안보법원이 있다는 조건 하에서, 국가안보법원이 관할권을 가진 지역의 전체 혹은 일부에 비상사태가 선언된 경우..."

3. 군법률지원단법(Military Legal Service Act, 법률 no.357)

34. 군법률지원단법의 관련 조항은 다음과 같다:

추가조항 제7절

"국가안보법원의 일반 또는 대리 위원으로 임명된 군판사의 진급, 승급, 승진에 필요한 적합성은 현행법 및 터키군 인사법(법률 no.926)의 조항에서 다음과 같이 정한 절차에 따라 작성된 평가 보고서를 근거로 결정한다.

(a) 일반 혹은 대리 위원인 군판사에 대한 평가를 시행하고, 보고서를 작성하는 첫 번째 상관은 국방부 내 각료이며, 그 다음은 국방부 장관이다.

..."

추가조항 제8절

"군법률지원단에 소속된 자 중 국가안보법원의 구성원은 일반 참모의 인사 부장 및 법률 보좌관, 후보로 고려되고 있는 자가 복무하는 군의 인사 부장 및 법률 보좌관, 국방부의 군 법무부장으로 구성된 위원회에 의해 임명된다..."

제16절(1) 및 (3)

"군 구성원의 임명과 전속에 대한 조항에 따라 군판사는 국방부 장관과 총리가 공동으로 공포한 명령에 따라 임명한 후 승인을 위해 공화국의 대통령에게 제출한다...

...

군판사의 임명 절차에서 파기원의 의견, 법무부의 평가 담당자 보고서와 상관의 평가보고서를 고려한다..."

제18절(1)

급여 등급의 산정 규정, 급여 인상 및 군판사의 개인적 권리는 장교와 관련된 조항을 따른다.

제29절

"국방부 장관이 군판사에게 내릴 수 있는 징계 처벌은 다음과 같다. 다만 징계 조치 전 당사자의 변론을 들어야 한다.

A. 해당인에게 직무를 수행함에 있어 더욱 주의를 기울일 것을 통지하는 서면 경고.

...

B. 해당인에게 특정 행동 또는 특정 태도가 비난받을만한 것이었다고 결정났음을 통지하는 서면 견책.

...

언급된 처벌이 확정되면 해당인의 평가 기록에 공식적으로 기록되며 인사 문서에 기입된다..."

제38절

"법정에서 군판사는 민간인 판사와 동일한 복장을 착용해야 한다..."

4. 군형법

35. 1930. 5. 22. 군형법 제112조의 내용은 다음과 같다:

"군사법정에 영향을 끼치기 위해 공무원으로서 직권을 남용하는 것은 최대 5년형에 처할 수 있는 범죄이다."

5. 군행정대법원에 대한 법률 no.1602, 1972. 7. 4.

36. 법률 no.1602 제22절에 따라 군행정대법원의 1분과는 사법심사 및 공무원의 개인적 지위, 특히 승진과 관련된 분쟁에 따른 손해배상에 대한 청구를 심리한다.

위원회 절차

37. Kamil Tekin Sürek은 1995년 2월 20일 위원회에 청구서를 제출했다. 그는 자신에 대한 유죄 판결과 선고가 협약 제10조에서 보장하는 표현의 자유에 대한 권리를 부당하게 제한하였고, 그의 사건을 다룬 법원이 독립적이고 공평하지 않아 협약 제6조 제1항을 위반하였다고 주장하였다. 또한 그는 자신에 대한 형사소송절차가 합당한 기간 안에 마무리되지 않은 것은 협약 제6조 제1항에 대한 별도의 위반이라고 주장하였다.

38. 위원회는 1996년 10월 14일, 형사소송절차의 기간과 관련된 협약 제6조 제1항에 대한 사안을 제외하고 이 청구(no.26682/95)가 받아들여질 수 있다고 선언하였다. 1997년 12월 11일 보고서(구 협약 제31조)에서 협약 제10조에 대한 위반은 없었지만(19대 13), 제6조 제1항에 대한 위반은 있었다(31대 1)는 의견을 표명하였다. 위원회의 의견과 보고서에 포함되어 있는 3개의 별개 의견 중 1개를 발췌하여 이 판결문의 부속 문서로 만들었다.[17]

최종 의견 개진

39. 청구인은 재판소에 피청구 국가가 협약 제6조 제1항 및 제10조의 의무를 위반했음을 밝힐 것과 협약 제41조에 따른 정당한 배상을 요청하였다.

정부는 청구인의 제소를 기각하도록 재판소에 요청하였다.

판단

Ⅰ. 사건의 범위

40. 재판소는 청구인이 청구서에서 형사소송절차 기한의 불합리함을 호소했으며, 이는 협약 제6조 제1항 위반의 이유가 된다고 주장했음을 알고 있다. 그러나 위원회가 그 청구를 각하하였으며(위 문단 38 참고), 이는 재판소가 다루는 사건의 범위 안에 있다고 볼 수 없다(대표적 판례로 *Janowski v. Poland* [GC], no.25716/94, 문단 19, ECHR 1999-I 참고). 그러므로 재판소는 청구인의 이스탄불 국가안보법원의 독립성 및 공평성과 연관된 협약 제6조 제1항에 따른 주요 청구사안과 제10조에 따른 주요 청구사안에 국한하여 검토할 것이다.

II. 협약 제10조 위반 주장

41. 청구인은 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유에 대한 자신의 권리를 당국이 부당하게 제한하였다고 주장하였다. 협약 제10조의 내용은 다음과 같다:

17) *사무국 각주*. 실무적인 이유로 이 부속 문서는 판결의 최종본(재판소의 판결 및 결정 중 일부 선택된 판결 및 결정에 대한 공식 보고서)에만 게재되나 위원회 보고서의 사본은 사무국에서 구할 수 있다.

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

42. 정부는 협약 제10조의 제2항에 따라 표현의 자유에 대한 청구인의 권리를 침해한 것은 정당하였다고 주장하였다. 이 점에 대해 위원회는 정부의 의견에 동의하였다.

A. 제한의 현존

43. 재판소는 1991 테러방지법("1991년 법률") 제8절에 따른 청구인에 대한 판결과 처벌로 인해 표현의 자유에 대한 청구인의 권리가 침해되었음은 명백하며 이에 대한 논란의 여지는 없음을 알고 있다.

B. 제한의 정당화

44. "법률에 따른 근거"가 없고 협약 제10조 제2항에서 언급된 한 가지 이상의 정당한 목적을 가지지 못하며 그러한 목적을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요한" 것이 아니라면 그 제한은 협약 제10조를 위반하는 것이다. 재판소는 각 기준을 차례로 검토할 것이다.

1. "법률에 근거가 있는지 여부"

45. 청구인은 1991년 법률과 이 요건의 양립가능 여부를 구체적으로 다루지 않았다. 청구인의 주장은 당국이 반대 언론을 침묵시키고 관점과 의견(폭력을 선동하지도, 불법 조직의 명분을 지지하지도, 국가의 분열을 옹호하지도 않는 관점과 의견을 포함하여)의 유포를 처벌하기 위해 이 조항을 이용하고 있다는 것에 국한되었다.

46. 정부는 표현의 자유에 대한 청구인의 권리를 제한한 것은 1991년 법률 제8절에 근거한 것으로 이 법률은 분

리주의적 선전 행위의 제한을 목적으로 하며, 청구인이 판결을 받은 것은 이러한 선전 행위 때문이었다고 답하였다.

47. 공판에서 위원회 대표는 1991년 법률 제8절의 표현이 다소 모호하고, 법률에 근거해야 한다는 요건에 내재된 명료함과 예측가능성이라는 조건을 충족하는지에 대해 의문이 든다고 진술하였다. 그러나 위원회는 제8절이 청구인의 판결에 대한 충분한 법적근거를 구성하였음을 인정하였고 제한은 "법률에 근거한 것"이었다는 결론을 내렸다는 점을 지적하였다.

48. 재판소는 1991년 법률 제8절의 모호성에 대한 위원회 대표의 우려에 주목하였다. 그러나 위원회와 마찬가지로 재판소는 청구인의 유죄 판결이 1991년 법률 제8절을 근거로 했기 때문에 그에 따른 표현의 자유에 관한 청구인의 권리를 제한하는 것은 '법률에 근거한 것"으로 간주할 수 있다는 점을 인정하였다. 이는 청구인이 이에 대해 구체적으로 이의를 제기하지 않았다는 사실 때문에 더욱 더 그렇다.

2. 정당한 목적

49. 청구인은 1991년 법률 제8절은 비판적 언론을 입막음하기 위해 만들어졌다는 이전의 주장을 반복하였다. 그의 평론에 발행된 편지는 국가 안보와 영토 보전에 위협이 되거나 폭력을 조장하는 것으로 볼 수 없기 때문에 정부가 주장하는 근거로는 청구인에게 취해진 조치를 정당화할 수 없다는 것이다.

50. 정부는 이 주장에 이의를 제기하였다. 정부는 청구인이 국가의 영토 보전과 불가분성, 공공 질서과 국가 안보를 위협하는 편지를 발행함으로써 분리주의적 선전을 유포한 혐의로 유죄 판결을 받았다고 말했다. 이는 협약 제10조 제2항에 따른 정당한 목적이었다.

51. 위원회는 청구인에 대한 유죄 판결은 불법적 테러리스트의 활동과 싸우고 국가 안보와 공공의 안전을 유지하기 위한 당국이 취한 노력의 일환이라고 보았다.

52. 재판소는 터키 남동 지역의 안보 상황의 민감성(*Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일 판결, 판결과 결정 보고서 1997-VII, p.2539, 문단 10 참고)과 또 다른 폭력을 부채질할 수 있는 행동을 경계해야 하는 당국의 필요성을 고려할 때, 청구인에게 취해진 조치는 국가 안보와 영토 보전, 무질서와 범죄의 방지와 같이 정부가 언급한 특정한 목적을 촉진하기 위한 것으로 간주할 수 있다고 보았다. 이 사건이 일어난 당시 터키 남동 지역의 상황이 그러했듯이, 분리주의 운동이 폭력 사용이라는 방법에 의존하는 곳에서 이는 분명한 사실이다.

3. "민주사회에서 필요한가"

(a) 재판소에 출두한 이들의 주장

(i) 청구인

53. 청구인은 자신에 대한 기소, 유죄 판결 및 형벌은 표현의 자유에 대한 권리를 부당하게 침해한 것이라고 주장하였다. 그는 자신이 잡지사를 소유하고 있기는 하지만 평론의 내용에 대한 편집 책임이 없음에도 불구하고 1991년 법률 제8절에 따라 테러리스트로 처벌받았다는 점을 강조하였다.

54. 더 나아가 자신과 평론 모두 테러조직과 어떤 연관도 없으며 평론에 수록된 편지는 폭력을 선동하거나 테러를 옹호하지 않았고 범죄성을 띤 분리주의적 선전도 아니었다고 항변하였다.

(ii) 정부

55. 정부는 청구인의 주장에 이의를 제기하였다. 정부는 쟁점이 되는 편지가 피청구 국가를 범죄 조직으로 묘사하고 PKK의 활동을 민족 해방을 위한 활동인 것처럼 간접적으로 묘사했다고 주장하였다. 또한 분리주의적 선전은 필연적으로 폭력을 선동할 수 밖에 없고 터키 사회 내 다양한 집단 간의 적대감을 조장하기 때문에 인권과 민주주의를 위험에 빠뜨린다고 주장했다. 평론 잡지의 소유자로서 청구인은 증오를 표현하고 테러 범죄를 찬양하며 국가의 영토 보전, 국민 통합, 국가 안보, 범죄 및 무질서 방지와 같은 민족 공동체의 중요한 이익을 위협하는 편지를 발행함으로써 분리주의적 선전을 유포하는데 관여한 것이다.

56. 정부가 보기에 청구인에게 취한 조치는 국가의 주요한 이익을 위협하는 형태의 활동과 관련하여 당국의 재량 여지 안에서 이루어진 것이다. 따라서 이 사건에서 이러한 조치를 취한 것은 협약 제10조 제2항에 따라 정당화될 수 있다.

(iii) 위원회

57. 터키 남동 지역의 안보상황 및 논쟁이 된 편지에서 사용된 언어가 추가적 폭력을 조장하는 것으로 해석될 수 있다는 점을 참작하여, 위원회는 피청구 국가 당국이 편지의 발행을 국가 안보와 공공의 안전에 해를 끼친 것으로 볼 수 있다고 평가하였다.

위원회는 청구인이 평론의 소유자로서 편지의 발행과 관련된 의무와 책임을 진다고 판단하였다. 그러한 상황에서 청구인에 대한 유죄 판결과 선고는 국가 안보와 공공의 안전 유지라는 긴박한 사회적 필요에 비례적인 대응이

자 당국의 재량 여지 범위 안의 대응으로 볼 수 있다. 이러한 이유로 위원회는 이 사건의 정황상 협약 제10조의 위반이 없었다고 결론 내렸다.

(b) 재판소의 평가

58. 재판소는 협약 제10조 관련 판결의 기초가 되는 근본 원칙을 다시 한 번 밝힌다. 이러한 원칙은 *Zana 판결* (위 인용, pp.2547-48, 문단 51)과 *Fressoz and Roire V. France*([GC], no.29183/95, 문단 45, ECHR 1999-I)와 같은 예에서도 제시되었다.

(i) 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다.

(ii) 재판소는 그 제한이 "민주사회에서 필요"한 것이었는지 여부를 판단해야 한다. 재판소는 "민주사회에서의 필요성" 심사를 통해 심판 대상이 되는 그 제한이 "긴박한 사회적 필요"에 부합하는지의 여부를 결정하여야 한다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 판단하는 데 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다.

(iii) 감독권을 행사함에 있어 재판소는 논란이 된 발언의 내용과 발언이 일어난 맥락을 포함, 사건을 전체적으로 고려하여 제한을 살펴봐야 한다. 특히 쟁점이 되는 제한이 "추구하는 정당한 목적에 비례하였는지" 그리고 이를 정당화하기 위해 당국이 제시한 근거가 "적절하고 충분했는지"의 여부를 판단해야 한다. 그렇게 함에 있어, 재판소는 당국이 협약 제10조가 구현하는 원칙에 따른 기준을 적용했고, 관련 사실들을 제대로 평가했는지를 살펴야 한다.

59. 청구인은 자신이 소유한 평론 매체를 통해 분리주의적 선전을 유포한 것으로 유죄 판결을 받았다. 그렇기 때문에 정치적 민주주의가 적절하게 작동하도록 하는데 있어 언론의 필수적 역할이라는 맥락 속에서 논란이 되는 제한을 살펴봐야 한다(*Lingens v. Austria,* 1986년 7월 8일 판결, Series A no.103, p.26, 문단 41, 위 인용, *Fressoz and Roire,* 문단 45 참고). 언론은 국가 안보, 폭력의 위협으로부터 영토 보전 혹은 무질서나 범죄 예방과 같은 국가의 필수 이익을 보호하기 위해 세워진 한계를 넘지 말아야 한다. 그럼에도 불구하고 언론은 정치적 이슈에 대한 정보와 사

상을 전할 의무가 있다. 여기에는 불화를 일으키는 정보도 포함된다. 언론에게 그러한 정보와 사상을 전할 과업이 있는 동시에 대중에게는 이를 받을 권리가 있다. 언론의 자유는 대중이 정치 지도자의 생각과 태도에 대한 의견을 발견하고 형성할 수 있는 최고의 수단을 제공한다(위 인용, *Lingens 판결 참고,* p.26, 문단 41-42).

60. 재판소는 청구인의 평론이 독자가 작성한 두 통의 편지를 발행했음을 알고 있다. 이 편지는 터키 남동 지역에서의 당국의 군사행위를 격렬하게 비판하였고 당국이 쿠르드인들의 독립과 자유를 위한 투쟁을 억압하였다고 비난하였다(위 문단 11 참고). "무기는 자유를 이길 수 없다"라는 제목의 편지는 두 가지의 학살을 언급하였는데, 저자는 이 학살은 쿠르드인을 제거하기 위한 전략적 군사 작전의 일환으로 당국이 의도적으로 저지렀다고 주장하였다. 그 편지는 자유를 위한 쿠르드인의 결의를 재확인하며 마무리 되었다. "우리의 잘못이다"라는 두번째 편지는 터키 공화국의 기관들이 공화국과 민주주의의 보호라는 명목 하에 반체제 인사에 대한 구금, 고문, 살인을 묵인했다고 주장했다.

이스탄불 국가안보법원은 1991년 법률 제8절에 따른 청구인의 혐의는 입증되었다고 판결하였다(위 문단 14 참고). 법원은 논란이 되는 편지가 터키 남동 지역을 "쿠르디스탄"이라는 독립 국가로 표현하였고 PKK를 민족해방운동으로 표현하였기 때문에 터키의 영토 보전을 와해시키려는 목적을 가진 말들을 포함하고 있다고 결론내렸다(위 문단 15 참고).

61. 위에 명시한 원칙(문단 58 및 59 참고)에 따라 제한의 필요성을 평가함에 있어 재판소는 협약 제10조 제2항 하에서 공공의 이익과 관련된 문제에 대한 정치적 발언 또는 논쟁에 제한을 가할 여지가 거의 없다는 점을 상기한다 (*Wingrove v. the United Kingdom,* 1996년 11월 25일 판결, *Reports* 1996-V, pp.1957-58, 문단 58 참고). 게다가 정부에 대해 허용될 수 있는 비판의 범위는 민간인 또는 심지어 정치인에 대해 허용될 수 있는 비판의 범위보다 넓다. 민주주의 체제에서 정부의 행위 또는 부작위는 입법 및 사법 당국뿐만 아니라 여론의 철저한 조사 대상이 되어야만 한다. 더욱이 정부는 지배적 위치를 차지하고 있기 때문에 형사소송절차에 대한 의존을 자제하는 것이 필요하다. 특히 정부에 대한 부당한 공격과 비판에 대응하기 위해 다른 수단을 사용할 수 있을 때는 더욱 그러하다. 그럼에도 불구하고 공공질서의 보증인으로서 관련 당국은 적절하고 과도하지 않게 대응하지 않으려는 의도를 가지고 그러한 발언에 대해 조치를 취할 수 있다. 여기에는 형법적 성격을 가지는 조치까지도 포함될 수 있다(*Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일 판결, *Reports* 1998-IV, pp.1567-68, 문단 54 참고). 마지막으로 그러한 발언이 개인 또는 공무원, 또는 어떤 인구 그룹에 대한 폭력을 선동하는 경우 표현의 자유에 대한 제한의 필요를 검토함에 있어 당국은 좀 더 넓은 재량 여지를 향유할 수 있다.

62. 재판소는 특히 편지에 사용된 언어와 편지가 발행된 맥락을 참작할 것이다. 후자의 사안에 있어서 재판소는 재판소에 제출된 사건들의 배경, 특히 테러 방지와 연계된 문제들을 고려하였다(위 인용, *Incal 판결,* pp.1568-69,

문단 58 참고).

우선 재판소는 "대량학살", "잔혹 행위", "학살"이라는 표현들과 더불어 "터키의 파시스트 군대", "TC 살인 조직", "제국주의가 고용한 살인 청부업자"와 같은 문구를 사용함으로써 분쟁의 상대방에 대한 낙인을 찍으려는 분명한 있도가 있다는 점을 지적한다. 재판소가 보기에 논쟁이 되는 편지들은 기본적 정서를 자극하고 이미 내재된 편견을 강화함으로써 피의 보복을 호소하고 있다. 이러한 정서와 편견들은 심각한 폭력으로 드러났다. 더군다나 이 편지들은 터키의 남동 지역의 안보 상황이라는 맥락 속에서 발행되었다. 이 지역은 약 1985년 이래로 치안 부대와 PKK 간의 심각한 소요가 지속된 곳으로 이로 인해 수많은 사람이 생명을 잃었고 대부분의 지역에서 긴급 명령이 시행되었다(위 인용, *Zana* 판결, p.2539, 문단 10 참고). 그러한 맥락에서 편지의 내용은 잔학 행위라고 지칭된 행위의 책임자로 묘사되는 이들에 대해 뿌리 깊고 비이성적인 증오를 주입함으로써 그 지역에서 추가적 폭력을 선동할 수 있었다고 봐야만 한다. 실제로 독자에게 전달된 메시지는 침략자를 직면했을 때 폭력을 쓰는 것은 필요하고 정당한 조처라는 것이다.

"그것은 우리의 잘못이다"라는 제목의 편지는 사람의 이름을 밝혀 그들에 대한 증오를 불러 일으키고 물리적 폭력의 위험에 노출시켰다는 점을 언급해야만 한다(위 문단 11 참고). 이러한 관점에서 재판소는 국가 영토 보존의 파괴(위 문단 15참고)를 강조한 당국의 청구인에 대한 유죄 판결 이유는 청구인의 표현의 자유에 대한 권리를 제한하는 근거로 적절하고 충분하다고 보았다. 재판소는 단순히 "정보" 혹은 "견해"가 불쾌하거나 충격적이거나 혼란을 일으킨다는 사실만으로는 제한을 정당화하기에 충분하지 않다는 점을 다시 강조한다(위 문단 58참고). 그러나 이 사건에서 쟁점이 되는 것은 증오 발언과 폭력의 미화이다.

63. 청구인이 편지에 내포된 의견에 개인적으로 찬동하지 않는다는 점은 사실이다. 그럼에도 불구하고 청구인은 저자들에게 폭력과 증오를 자극하는 표현의 수단을 제공하였다. 재판소는 청구인이 평론지에 광고만을 가지고 있을 뿐 편집과는 관련이 없다는 사실 때문에 편지의 내용에 대해 어떠한 형사 책임도 지지 않는다는 주장을 수용하지 않았다. 그는 소유자로서 평론의 편집 방향을 형성할 수 있는 권한을 가지고 있다. 이러한 이유로 그는 평론의 편집부 직원과 기자들이 정보를 수집하고 이를 대중에게 배포하는 데서 맡는 "의무와 책임"을 대리로 지게 된다. 이러한 "의무와 책임"은 갈등과 긴장 상황에서는 더욱 큰 중요성을 가진다.

64. 이와 같은 이유들을 고려하여 재판소는 평론의 소유자로 청구인에게 부과된 처벌은 "긴박한 사회적 필요성"에 대한 응답이라고 여겨진다는 점에서 합리적이라 할 수 있고, 청구인의 유죄 판결에 대해 당국이 제시한 이유는 "적절하고 충분"하다고 결론 내렸다.

또한 처음에 청구인은 166,666,666터키 리라라는 비교적 적은 벌금을 부과받았고, 이후에는 그마저 반으로 줄

어들어 83,333,333터키 리라가 된 점도 지적해야 한다(위 문단 14와 18 참고). 이러한 점에서 재판소는 제한의 비례성을 평가할 때 부과된 처벌의 성격과 위중함이라는 요소를 고려해야 한다고 본다.

65. 이러한 이유와 이런 사건에서 당국이 가지는 재량의 여지를 고려하여 재판소는 쟁점이 되는 제한은 추구하는 정당한 목적에 비례하여 이루어졌다고 판단한다. 따라서 이 사건에서 협약 제10조의 위반은 없었다.

Ⅲ. 협약 제6조 제1항 위반 주장

66. 청구인은 자신에 대한 재판을 진행하고 유죄 판결을 내린 국가안보법원에 군판사가 배석했기 때문에 공평한 심리를 받지 못하여 협약 제6조 제1항을 침해 당했다고 주장했다. 협약 제6조 제1항의 관련 부분은 다음과 같다:

> "모든 사람은... 형사상의 죄의 결정을 위하여 법률에 의하여 설립된... 공평한 법원에 의하여... 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다."

67. 정부는 이 주장에 이의를 제기한 반면 위원회는 이를 수용하였다.

68. 청구인의 의견에 따르면 이스탄불 국가안보법원과 같은 국가안보법원의 군판사 임명은 전적으로 행정부에 달려있다. 국방부 장관과 총리의 공동 명령에 의해 임명되고 대통령의 승인을 받아야 하기 때문이다. 청구인은 군판사의 임기 보장뿐만 아니라 그들에 대한 직업적 평가와 승진이 행정부, 그 다음에는 군의 통제 하에 있다는 점을 지적하였다. 행정부 및 군과의 관계는 군판사가 법정에서 독립적이고 공정한 방식으로 역할할 수 없게 만든다. 더 나아가 청구인은 군판사는 자신의 지휘관의 생각과 상반되는 입장을 취할 수 없기 때문에 그들의 독립성과 공평성 더불어 그들이 배석하는 법원의 독립성과 공평성도 손상되었음을 강조하였다.

69. 청구인은 이러한 고려 사항들이 이스탄불 국가안보법원의 독립성과 공평성을 훼손시켰고 공평한 재판을 받지 못하게 하여 제6조 제1항을 위반하였다고 진술하였다.

70. 정부는 국가안보법원의 군판사 지명 및 그들이 판사석에서 사법적 기능을 수행하면서 누리는 보장에 대한 규정은 협약 제6조 제1항의 의미 내에서 요구되어지는 독립성과 공평성을 충분히 충족한다고 답변하였다. 정부는 군판사는 그들의 상관에 대해 책임을 져야 한다는 청구인의 주장을 반박하였다. 우선 공무원이 군판사의 사법 기능을 수행에 영향을 주려고 시도하는 것은 군형법 제112조에 따른 위법 행위이다(위 문단 35 참고). 둘째, 청구인이 언급한 평가 보고서는 군판사의 비사법적 의무에 따른 행위와 관련된 것이었다. 군판사는 자신의 평가 보고서에 대한 접

근권이 있었고 그 내용에 대해 최고 군사행정법원에 이의를 제기할 수 있었다. 군판사의 사법권 행사에 대한 평가는 민간 판사와 동일한 방식으로 이뤄졌다.

71. 더 나아가 정부는 판사석에 군판사가 있었다는 이유로 청구인에 대한 재판의 공정성이 침해되는 것은 아니라고 단언하였다. 그리고 군판사의 계급상 상관이나 그를 법원에 임명한 당국 관계자는 이 소송이나 이 사건의 결과에 대해 아무런 관심도 없었다고 주장했다. 게다가 이 사건에 대한 항소심에서 파기원은 청구인에 대한 원심 판결을 파기하였다. 상급 법원의 명령에 따라 이스탄불 국가안보법원에 사건이 다시 회부되었고, 파기원은 뒤이은 판결을 확정하였다. 청구인은 파기원의 독립성과 공평성에 대해서는 문제를 제기하지 않았었다(위 문단 17-20 참고).

72. 또한 정부는 재판소가 헌법 제143조에 따라 국가안보법원을 세우기로 결정한 안보적 맥락을 각별히 고려해야 할 필요가 있다고 강조하였다. 반테러리즘운동에 대한 군의 경험이라는 측면에서 당국은 국가안보법원에 안보와 국가 영토 보전에 대한 위협을 다루는데 필요한 전문 기술과 지식을 제공하기 위해 군판사를 포함시키는 것이 필요하다고 보았다.

73. 위원회는 이스탄불 국가안보법원을 협약 제6조 제1항의 목적에 따른 독립적이고 공평한 법원으로 볼 수 없다고 결론 내렸다. 이에 대해 위원회는 1997년 2월 25일 채택된 *Incal v. Turkey*사건 보고서의 의견과 그 의견에 대한 근거를 참고하였다.

74. 위에서 인용한 *Incal*판결과 1998년 10월 28일 *Çıraklar v. Turkey*판결(Reports 1998-VII)에서 재판소는 이 사건에서 정부가 변론을 통해 제기한 주장과 유사한 주장들을 다루었음을 상기한다. 재판소는 이 판결들에서 국가안보법원 구성원으로서 군판사의 지위가 독립성과 공평성에 대한 보증을 어느 정도 제공한다고 지적하였다(위 인용, *Incal 판결,* p.1571, 문단 65 및 위 문단 32 참고). 또 다른 면에서 재판소는 이 판사들이 가지는 지위의 특정한 측면 때문에 그들의 독립성과 공평성이 의심된다고 보았다(*같은 판결,* p1572, 문단 68 참고): 예를 들어 군판사들은 여전히 군에 속한 공무원이고 상관의 명령을 받는다; 그들은 군율을 따라야 한다; 그들의 임명과 관련된 결정은 대부분 행정 당국과 군대의 영향을 받는다(위 문단 33-36 참고).

75. Incal 판결에서처럼 정부가 제시한 이유를 가지고 국가안보의 설립에 대한 일반적 필요성을 결정하는 것은 재판소의 과업이 아니라고 본다. 재판소가 해야 할 일은 이스탄불 국가안보법원이 작동한 방식이 Sürek의 공정한 재판을 받을 권리를 침해했는지, 특히 객관적으로 봤을 때 그가 자신의 사건을 심리한 법원이 독립정과 공평성이 결여했다는 우려를 가질만한 타당한 이유가 있었는지를 확인하는 것이다(위 인용된 *Incal 판결,* p.1572, 문단 70, 위 인용된 *Çıraklar 판결,* pp.3072-73, 문단 38 참고).

이 문제에 대해 재판소는 청구인과 마찬가지로 민간인이었던 *Incal*과 *Çıraklar*사건의 결론과 다른 결론을 내릴 이유가 없다고 보았다. 청구인은 국가 영토 보전 및 국민 화합을 저해하는 것을 목적으로 한 선전을 유포했다는 혐의로 국가안보법원에 의해 기소되었다. 이러한 청구인이 군법률지원단에 소속된 정규 군인이 포함된 재판부에 의해 심리를 받는 것에 대해 두려움을 갖는 것은 이해할 만한 일이다(위 문단 34 참고). 그렇기 때문에 이스탄불 국가안보법원이 사건의 본질과 아무 관련이 없는 사항으로 인해 과도한 영향을 받을 수 있을 것이라는 청구인의 우려는 타당하다. 다시 말해 법원의 독립성과 공평성 결여에 대한 청구인의 두려움은 객관적으로 타당하다고 볼 수 있다. 파기원이 완전한 관할권을 가지는 것이 아니기 때문에 파기원에서의 절차가 이러한 우려를 불식시킬 수는 없었다(위 인용, *Incal*판결 p.1573, 문단 72 참고)

76. 이러한 이유로 재판소는 협약 제6조 제1항의 위반이 있었다고 판단한다.

Ⅳ. 협약 제41조의 적용

77. 청구인은 국내 및 협약상 소송절차를 진행하는데 발생한 비용에 대한 보전에 더해 금전상 및 비금전상의 피해에 대한 배상을 요구하였다. 협약 제41조의 내용은 다음과 같다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 회원국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 금전적 손해배상

78. 청구인은 (a) 자신이 지불한 벌금(위 문단 18 참고) 및 (b) 국내 법원에서 사건을 진행하면서 발생한 비용에 대한 배상으로 150,000프랑스 프랑(FRF)을 요구하였다. 이 금액은 회원국의 높은 인플레율을 고려한 것으로 이자를 포함하고 있으며 현재의 환율을 근거로 계산되었다.

79. 정부는 청구인의 벌금이 단지 83,333,333터키 리라였을 뿐이고, 그마저도 월납할 수 있었던 사실을 고려하면 청구인이 요구한 금액은 터무니없이 과도하다고 주장했다. 또한 청구인이 현금으로 지불한 경비를 입증할 수 있는 세부 내용을 제공하지 않았다고 지적하였다.

80. 재판에서 위원회 대표는 청구 금액에 대한 의견을 내지 않았다.

81. 재판소는 협약 제6조 제1항과 모순되지 않는 재판의 결과가 어떠한 것이었을지 추측하기 어렵다고 보았다. 이는 청구인에 대한 유죄 판결과 처벌이 피청구 국가의 협약 제10조 위반은 아니라고 본 자체 판결과는 무관하다. 그러하므로 재판소는 청구인의 주장을 받아들일 수 없다.

B. 비금전적 손해배상

82. 청구인은 테러 범죄에 대한 전과로 인해 변호사로서의 커리어가 손상되었다고 주장하였다. 청구인은 비금전적 손해에 대한 보상으로 100,000프랑스 프랑을 요구하였다.

83. 정부는 만약 재판소가 이 사건에서 침해가 있었다고 판단한다면 그 판결 자체만으로 정당한 구제 조치가 될 것이라고 주장하였다.

84. 위원회 대표는 이에 대해서도 의견을 내지 않았다.

85. 재판소는 이 사건에서 협약 제10조의 위반이 없었다고 판결했음을 상기한다. 재판소는 협약 제6조 제1항의 위반이 있었다는 판결 자체가 청구인이 주장하는 비금전적 피해에 대한 정당한 구제조치로 충분하다고 보았다.

C. 비용과 지출금

86. 청구인은 국내 절차 및 협약 기구에서 사건을 처리하면서 발생한 법률 비용(번역, 우편, 통신과 여행 경비)을 청구하였다. 청구인은 이 비용을 90,000프랑스 프랑으로 산정하였다. 청구인은 위원회 및 재판소 절차와 관련된 변호인 비용은 터키 변호사회의 최저 비용을 적용했다고 밝혔다. 청구인은 비용의 총합은 터키의 고인플레이션을 반영한 것이며 현재 환율에 근거한 것이라는 점을 덧붙였다.

87. 정부는 국내 법원 내 터키 변호인의 수임료와 비교했을 때 청구된 금액은 과도하게 책정되었으며 그럴만한 당위성이 없다고 밝혔다. 이 사건은 매우 간단한 사안이며 청구인의 변호인은 자국어로 절차를 진행했기 때문에 많은 노력을 들일 필요가 없었다. 정부는 피청구 국가(터키)의 사회경제적 상황상 이러한 보상은 부당 이득의 원천이 될 수 밖에 없다는 점에 대해 주의를 주었다.

88. 재판에서 위원회 대표는 액수에 대한 의견을 내지 않았다.

89. 재판소는 협약 제6조 제1항의 위반만을 판결하였다는 점을 지적한다. 거기에 더해 재판소는 청구인의 변호

인이 이 사건과 유사한 협약 제6조 및 제10조 관련 소송들을 준비하고 있었다는 점도 알고 있다. 공정의 원리와 판례에 정해진 기준에 따라(*Nikolova v. Bulgaria* [GC], no.31195/96, 문단 79, ECHR 1999-II 참고), 재판소는 청구인에게 10,000프랑스 프랑을 재정한다.

D. 지연 이자

90. 재판소는 선고일 채택 기준 프랑스에서 적용 가능한 법정이율로 연 3.47%을 채택하는 것이 적합하다고 판단한다.

이와 같은 이유로 재판소는,

1. 11 대 6으로 협약 제10조의 위반이 없다고 판결한다.

2. 16 대 1로 협약 제6조 제1항의 위반이 있다고 판결한다.

3. 16대 1로 협약 제6조 제1항의 위반 판결 자체가 청구인이 주장하는 비금전적 손해에 대한 정당한 구제조치로 충분하다고 판결한다.

4. 만장일치로 다음과 같이 판결한다.
   피청구 국가는 3개월 이내에 청구인에게 10,000(일만)프랑스 프랑을 지급일 기준 환율을 적용하여 터키 리라로 지급해야한다.
   위에서 인용한 3개월이 만료된 때로부터 지급일까지 위 금액에 대한 연 3.47%의 단리를 지급해야 한다.

5. 정당한 구제조치에 대한 청구인의 나머지 청구는 만장일치로 기각한다.

영어와 프랑스어로 작성되었으며, 1999년 7월 8일 스트라스부르 인권빌딩에서 진행된 공판에서 선고하였다.

Paul Mahoney	Luzius Wildhaber
부서기관	재판장

Wildhaber재판장의 발표와 협약 제45조 제2항 및 재판소 규칙74 제2조에 따라 이 판결에 다음과 같은 별개의 견을 첨부한다:

(a) Palm 판사의 부분적 반대의견;

(b) Bonello 판사의 부분적 반대의견;

(c) Tulkens 판사, Casadevall 판사, Greve 판사의 부분적 반대 의견;

(d) Fischbach판사의 부분적 반대의견;

(e) Gölcüklü 판사의 부분적 반대의견.

L.W.
P.J.M.

Wildhaber 재판장의 발표

본인은 *Incal v. Turkey*사건(1998년 6월 판결, 판결과 결정 보고서 1998-IV)에서 협약 제6조 제1항의 위반 판결에 반대하였으나, 지금부터는 재판소의 다수 의견을 채택하기로 한다.

(a) PALM 판사의 부분적 반대 의견

나는 이 사건에서 협약 제6조 제1항의 위반이 있었다는 재판소의 판결에 동의한다. 나의 반대는 협약 제10조의 위반여부를 검토하는 재판소의 일반적 방법과 관련된 것이다.

논란이 된 편지에서 사용된 언어는 확실히 거칠고 독설로 가득차 있다. 내가 보기에 다수 의견은 그 언어 자체만을 중요시하고 그 언어가 사용된 일반적 배경과 그것이 미칠 수 있는 영향에는 충분한 관심을 두지 않았다. 문제가 되는 언어는 대체적으로 비난적 어조를 띠고 있고 기저에 폭력성을 가지고 있다. 확실히 이러한 점은 독자들에게 충격과 혼란을 준다. 그러나, 재판소가 강조해온 것처럼, 민주주의에서는 "전투(fighting)"와 같은 단어도 협약 제10조에 의해 보호될 수 있다. 이 사건에서의 쟁점은 매우 "폭력적"이고 공격적인 언어가 협약에 의해 보호받을 수 없는 지점은 어디인지를 결정하는데 있어 재판소가 이용한 접근 방법이다.

이 문제에 대한 나의 답변은 언어의 격렬함과 어조의 난폭함보다는 그러한 발언이 나온 맥락적 환경의 여러 요인들에 더 집중해야 한다는 것이다. 그 언어에는 폭력을 부채질하거나 선동하려는 의도가 있었는가? 실제로 그런 일이 일어날 수 있는 실질적이고 진정한 위험요소가 있었는가? 이 질문들에 대한 답을 하려면 각 사건의 상황적 맥락을 구성하는 다양한 층위들을 신중하게 평가해야 한다.

비록 나는 다른 이유로 그 판결에 반대했었지만, 이는 실제로 *Zana*사건에서 제10조의 위반이 없었다고 판결했던 이전 재판소가 사용한 방법이었다. *Zana*사건의 청구인은 인터뷰에서 PKK에 대한 지지를 표현했다. 재판소는 발언이 나온 배경을 검토하여 (1) 인터뷰가 당시 극도의 긴장 상태였던 터키 남동 지역에서 민간인들을 대상으로 자행된 PKK의 잔인한 공격과 동시에 일어났다는 점; (2) 청구인이 터키 남동 지역에서 가장 중요한 도시인 디야르바키르의 시장이었다는 점; (3) 인터뷰가 실린 매체가 주요 전국종합일간지였고, 인터뷰로 인해 이미 일촉즉발이었던 지역 상황이 악화될 가능성이 있다고 판단했다는 점을 지적하였다(*Zana v. Turkey* 1997년 11월 25일 판결, 판결과 결정 보고서 1997-VII, p.2549, 문단 59 및 60 참고).

이러한 접근 방법을 이 사건의 사실에 적용하면서 나는 다음의 요소들에 중점을 두었다. 먼저, 청구인은 형법 제312조에 따른 증오 선동죄에 대해서는 처벌받지 않았고, 1991년 테러리즘 방지법 제8절(1)에 따른 분리주의적 선전

유포죄에 대해 처벌을 받았다(판결문 문단 13-20 참고). 사실상 국내 법원은 "형법 제312조 혐의에 대해서는 근거가 없다"고 판단하였다(판결문 문단 14 참고). 그러므로 다수 의견이 이 편지의 언어가 폭력을 선동하거나 폭력을 미화하는 증오 발언이 될 수 있다고 믿은 것은 국내 법원의 접근 방법보다 현저히 멀리 나아간 것이다. 둘째, 청구인은 평론 잡지사의 대주주였을 뿐 논란이 된 편지의 작성자도, 문제가 된 자료를 선택한 것에 책임을 져야 할 편집자도 아니었다. 그러므로 그는 독자의 편지 발행에 대한 책임의 사슬에서 아래 쪽에 있었다. 또한 그(또는 편지의 작성자)는 *Zana* 사건에서처럼 터키 사회의 여론에 영향을 미칠 능력이 있는 저명인사도 아니다. 셋째, 평론은 분쟁 지역이었던 터키 남동 지역으로부터 멀리 떨어진 이스탄불에서 발행되었다. 마지막으로 독자의 편지는 평론의 주요한 자리 혹은 표제 자리에 위치하지 않았고, 그 특성상 제한적인 영향만 미쳤다. 더군다나 발행이 되는 편지에서 대중이 자신의 생각을 표현할 때 전문적 저널리스트들보다 직접적이고 거친 형식을 쓸 가능성이 높다는 점 또한 감안해야 한다.

이러한 사실들을 종합했을 때, 나는 쟁점이 되는 발언이 증오 또는 폭력을 선동할 실질적이고 진정한 위험이 존재하지 않았으며, 청구인은 편지의 선동적인 어조보다는 정치적 메시지 때문에 처벌을 받았다는 결론을 내리게 되었다. 따라서 나는 이 사건에서 제10조의 위반이 있었다고 본다.

(b) BONELLO판사의 부분적 반대 의견

나는 제10조 위반이 있었다고 투표하였는데 국내 당국이 청구인의 표현의 자유에 대해 취한 제한이 민주사회에서 정당화될 수 있는지를 결정하는데 있어 재판소가 적용한 기본적 심사 기준을 지지하지 않기 때문이다.

터키의 표현의 자유와 관련된 현재 및 이전의 사건들에서 쟁점은 폭력의 선동이었다. 이를 위해 재판소가 이용한 일반적 심사 기준은 다음과 같았던 것으로 보인다: 만약 청구인에 의해 발행된 글이 폭력의 사용을 지지하거나 선동했다면 청구인에 대한 국내 법원의 유죄 판결은 민주사회에서 정당화될 수 있다. 나는 이러한 기준이 불충분하다고 본다.

민주사회에서 폭력을 조장한 자들에 대한 국가 당국의 처벌은 오직 그 선동이 "명백하고 현존하는 위험"을 일으키는 것일 때만 정당화될 수 있다고 생각한다. 무력 사용에 대한 제안이 지적인 관점에서 분석되고, 추상적이며, 폭력이 실제로 일어나거나 혹은 임박한 중심지에서 시간과 공간을 빼고 이뤄진다면 일반적으로 기본권인 표현의 자유가 우선해야 한다.

한 저명한 헌법학자가 법과 질서를 불안정하게 하는 언어에 대해 한 말을 차용한다: "우리가 몹시 싫어하고 죽음으로 가득한 것처럼 보이는 의견이라 할지라도 적법하고 법률상 긴박한 목적에 따라 국가를 구하기 위한 즉각적 제한이 요구되지 않는 이상 우리는 의견의 표현을 저지하려는 시도를 영원히 경계해야 한다."[18]

표현의 자유를 보장한다는 것은 무력 사용의 옹호가 즉각적 무법 상태를 선동하거나 그러한 상태를 만들도록 지시할 때 그리고 그러한 행위를 선동하거나 직접 하도록 만들 가능성이 있는 경우를 제외하고는 국가가 무력 사용의 옹호를 용납치 않거나 금지할 수 없다는 것을 말한다.[19] 그것은 얼마나 가까운지와 어느 정도인가의 문제이다.[20]

표현의 자유에 대한 제한을 정당화하는 명백하고 현존하는 위험이라는 결론이 지지를 받으려면 그 표현으로 인해 즉각적이고 심각한 폭력이 예상 혹은 옹호되었거나 또는 청구인의 과거 행동으로 봤을 때 폭력에 대한 옹호가 즉각적이고 중대한 행동을 야기할 것이라고 볼 근거를 있었어야 한다.[21]

내가 보기에 청구인을 기소에 이르게 한 언어들은 죽음에 대해 이야기하고는 있지만 국가 질서에 즉각적이고 중대한 위협을 미칠 정도의 잠재성을 가지고 있지는 않았다. 또한 그러한 표현을 즉각적으로 억압하는 것이 터키를 구제하는데 꼭 필요한 것이었다고도 생각하지 않는다. 명백하고 현존하는 위험은 커녕 어떠한 위험도 만들지 않았다. 형사 법원에 의한 청구인의 유죄 판결을 용인한다면 이는 재판소가 표현의 자유에 대한 훼손을 지지하는 것이나 마

18) Justice Oliver Wendell Holmes in *Abrahams v. United States* 250 U.S. 616(1919) at 630.
19) *Brandenburg v. Ohio* 395 U.S. 444(1969) at 447.
20) *Schenck v. United States* 294 U.S. 47(1919) at 52.
21) *Whitney v. California* 274 U.S. 357(1927) at 376

찬가지이다.

요약하자면, "염려되는 악의 발생이 너무나 즉각적이라 전체적 토론의 기회를 가지기도 전에 들이닥치는 것이 아니라면 발언으로부터 나오는 명백하고 현존하는 위험은 없다고 봐야 한다. 만약 토론을 통해 잘못된 사실과 오류를 드러내고, 교육의 과정을 통해 악을 막을 시간이 있다면 써야야 할 구제책은 강요된 침묵이 아닌 더 많은 발언이어야 한다."[22]

또한 나는 협약 제6조 제1항의 위반 판결 그 자체가 청구인이 주장한 비금전상의 손해에 대한 정당한 구제조치였다는 다수의 판결을 지지하지 않는다. 나는 그러한 비보상은 어떠한 재판소에서도 적절한 것이 아니며, 협약의 표현도 이를 부정하고 있다고 본다. 이에 대한 자세한 내용은 *Aquilina v. Malta*([GC], no.25642/94, ECHR 1999-III) 판결에 첨부되어 있는 나의 부분적 반대의견에 나와있다.

22) Justice Louis D. Brandeis in Whitney v. California 274 U.S. 357(1927) at 377.

(c) TULKENS판사, CASADEVALL판사, GREVE판사의 부분적 반대 의견

(번역)

다수 의견과 마찬가지로 우리는 협약 제6조 제1항의 위반이 있었다고 판단하였다. 그러나 다수 의견과 달리 우리는 본 사건에서 협약 제10조의 위반이 있었다고 생각한다. 우리가 그렇게 판단한 이유는 다음과 같다.

1. 재판소는 언론의 자유는 "... 분열을 초래하는 사안을 포함한 정치적 이슈에 대한 정보와 사상을 전하는 것"(판결문 문단 59 참고)을 가능토록 해야 한다고 반복한 반면 문제의 편지가 "... 기본적 정서를 자극하고 이미 내재된 편견을 강화함으로써 피의 보복을 호소하고 있고 이러한 정서와 편견들은 심각한 폭력으로 드러났다"(문단 62 참고)고 보았다. 관련 편지는 전체 맥락에서 고려되어야 한다는 점에 더해 우리는 편지에 쓰인 말의 의미와 그것을 어떻게 해석해야 하는지를 정확하고 객관적으로 평가하는 것은 어렵다고 본다. 우리는 협약이 보호하는 표현의 자유는 심각한 범죄 행위(범죄)를 직접적으로 도발하는 것이 아니라면 제한되어서는 안 된다고 본다.

2. 이에 더해 우리가 보기에 이 사건에 대한 재판소의 분석은 *Arslan, Ceylan* 그리고 여러 다른 사건의 결과와 일치하지 않는다. 이 중 세 사건은 청구인인 Sürek과 관련된 사건이다. 이 사건들은 모두 정보에 대한 권리 및 표현의 자유의 권리에 대한 것들이다. 재판소는 이 사건들을 평가함에 있어 정치적 발언과 터키 당국의 조치에 대한 맹렬하고 신랄한 비판 발언을 거의 구분하지 않았다. 재판소는 이 중 어떤 사건에서도 협약 제10조에 대한 예외를 정당화하는 이유가 있다고 결론내리지 않았다. 좀 더 구체적으로 우리는 왜 다른 사건이 아닌 이 사건에서만, 다수 의견이 판결문 문단 62에서 주장하는 것처럼, "... 독자에게 전달된 메시지는 침략자를 직면했을 때 폭력을 쓰는 것은 필요하고 정당한 조처"라고 본 것인지 이해할 수 없다.

3. *Sürek(no.1)*사건은 *Zana*사건과는 뚜렷이 다르다. 후자의 경우 청구인의 발언은 분명하였고, 그 발언은 "... 극도의 긴장 상태였던 터키 남동 지역에서 민간인들을 대상으로 자행된 PKK의 잔인한 공격"과 동시에 일어났다 그리고 *Zana*는 디야르바키르의 정치인지아 전 시장였기 때문에 출간된 발언은 "... 이미 일촉측발이었던 지역 상황을 악화시킬 가능성이 있다"고 보았다(*Zana v. Turkey* 1997년 11월 25일 판결, 판결과 결정 보고서 1997-VII, p.2549, 문단 59-60 참고). 심지어 이 사건에서 문제의 편지를 쓴 사람은 Sürek이 아니라 평론의 독자들이었다.

4. 다수 의견이 이 사건을 평가하면서 이용한 기준(판결문 문단 59와 61 참고)과 재판소가 종종 언급하는 점, 즉 협약 제10조 제2항은 표현의 자유에 대한 제한의 여지를 거의 두지 않도록 엄격하게 해석되어야 한다는 사실은 재판소가 청구인의 표현의 자유에 대한 권리에 부당한 제한이 있었고, 결과적으로 제10조의 위반이 있었으며, 권리에 부당한 침해가 있었기 때문에 결과적으로 협약 10조의 위반이 있었다고 판단해야 했음을 의미한다.

(d) FISCHBACH판사의 부분적 반대 의견

(번역)

나는 협약 제6조 제1항의 침해가 있었다고 본 다수 의견과 의견을 같이 하지만 협약 제10조의 침해가 없었다는 결론에 이르게 된 이유에는 동의할 수 없음을 안타깝게 생각한다.

물론 사람들에게 개인, 국가의 대표 또는 일부 사람들에 대한 폭력 사용을 선동하는 발언과 관련된 사건에서 표현의 자유를 행사하는 것에 대한 제한이 필요한지 여부를 고려할 때 국내 당국에게 더 넓은 재량의 여지를 인정하는 재판소의 판례법에는 분명 동의한다.

그러나 나는 독자들이 작성한 두 통의 편지에서 폭력 사용을 선동하는 발언을 찾아낼 수 없었다. 1985년 이후 터키 남동 지역에 만연했던 상황을 고려할 때 그러한 성격을 지니는 행동만이 협약에 의해 보호되는 표현의 자유의 한계를 넘어선 것으로 간주할 수 있다고 본다. 청구인은 그 지역에서 일어나고 있는 일을 설명했을 뿐이다. 물론 거기에 쓰인 용어가 폭력적이고 충격적이기는 했다. 하지만 청구인의 발언이 재판소가 다른 사건들에서 허용할 수 있는 것이라 판단하여 제10조의 예외 사항에 포함되지 않는다고 본 발언보다 지나친 것은 아니었다(*Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, ECHR 1999-IV, 그리고 *Arslan v. Turkey* [GC], no.23462/94, 8 July 1999참고).

이것이 내가 이 사건에서 협약 제10조의 위반이 있었다고 판단한 이유이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(e) Gölcüklü 판사의 부분적 반대 의견

(번역)

유감스럽게도 나는 판사 중에 군판사가 있었기 때문에 국가안보법원은 협약 제6조 제1항이 의미하는 "독립적이고 공평한 법원"이 아니고, 그렇기 때문에 제6조 제1항의 위반이 있었다는 재판소 다수 의견에 동의하지 않는다. 이와 관련하여 *Incal v. Turkey*(1998년 6월 9일 판결, 판결과 결정 보고서 1998-IV)사건에서 Thór Vilhjálmsson 판사, Matscher 판사, Foighel 판사, John Freeland 판사, Lopes Rocha 판사, Wildhaber 판사, Gotche판사와 공동으로 표명한 부분적 반대 의견 및 *Çıraklar v. Turkey*(1998년 10월 28일 판결, Reports 1998-VII)에서의 개별 반대 의견을 참고하기 바란다. 나는 여전히 세 명의 판사 중 두 명이 민간 판사인 법정에서 군판사 한 명의 존재가 국가안보법원의 독립성과 공평성에 영향을 미치지 못한다고 굳게 믿고 있다. 국가안보법원은 비-군사적(일반) 사법 명령을 받는 법원으로 이 법원의 판결은 파기원의 평가를 받게 되어있다.

나는 다음과 같은 점을 강조하고 싶다: (1) 다수 의견의 결론은 외관의 이론(theory of outward appearances)을 부당하게 확장한 결과이다; (2) 다수 의견이 판결문 문단 75에서 말한 것처럼 "청구인이 군법률지원단에 소속된 정규 군인이 포함된 재판부에 의해 심리를 받는 것에 대해 두려움을 갖는 것은 이해할 만한 일이다"라고 말한 뒤 단순히 *Incal* 판례에 의존하는 것만으로는 충분하지 않다(*Çıraklа*은 *Incal*판결을 반복해서 이야기 한 것에 불가하다); (3) 다수 의견은 추상적이기 때문에 그것이 정당화되려면 사실적으로 그리고 법률적으로 더 제대로 입증되어야 한다.

2. Gündüz v. Turkey

2003년 11월 13일(심리적격 여부에 대한 결정)

이슬람 종파의 지도자인 청구인은 언론에 보도된 성명을 통해 종교적 증오 및 범죄를 저지르도록 선동한 혐의로 유죄 판결을 받았다. 그는 징역 4년 2개월에 벌금형을 선고받았다. 청구인은 무엇보다도 표현의 자유에 대한 자신의 권리가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 청구인에게 부여된 처벌의 심각성은 여기서 추구하는 정당한 목적, 즉 범죄를 저지르라는 공공연한 선동의 예방이라는 목적에 비례적이었다며 이 청구를 받아들일 수 없다고 선언하였다(명백하게 근거가 없음). 재판소는 특히 이번 사건에서처럼 증오 발언이나 폭력의 미화 또는 선동에 해당한다고 판결될 수 있는 진술은 관용의 개념과 양립한다고 볼 수 없으며 협약 전문에 명시된 정의와 평화의 기본 가치에 반한다는 점을 강조하였다. 분명히 청구인에 대한 처벌의 정도는 가혹하였는데, 그 범죄가 대중매체를 통해 이루어졌다는 이유로 가중되었기 때문이었다. 그러나 재판소는 어떤 행위가 이 사건에서와 같은 수준에 도달하고 다원적 민주주의의 성립 원칙을 부정한다는 측면에서 용납될 수 없는 것이라면 국내법에서의 억제적 처벌 조항이 필요할 수 있다고 판단하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

2

유럽인권재판소

1부문

GÜNDÜZ v. TURKEY

(청구번호 59745/00)

결정

스트라스부르

2003년 11월 13일

[번역-발췌본]

2003년 11월 13일 유럽인권재판소(1부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

C. L. Rozakis, *재판장*,

P. Lorenzen,

G. Bonello,

R. Türmen,

F. Tulkens,

N. Vajić,

E. Levits, *판사*,

S. Nielsen, *부 부문 서기*,

1999년 7월 27일 비공개 심리하였고 다음과 같이 판결하였다.

사실관계

청구인, 무슬림 군드즈(Müslüm Gündü)는 1941년에 태어나서 엘라지그(Elazığ)에서 살고 있는 터키 국적 사람

이다. 이 사건에서는 앙카라(Ankara)에서 활동 중인 변호사인 치프트치(A. Çiftçi)가 그를 변호하였다.

A. 사건의 배경

이 사건의 사실관계는 청구인에 의해 제출된 바에 의하면, 아래와 같이 정리될 수 있다.

타리카트 아흐즈멘디(Tarikat Aczmendi)(스스로 이슬람 분파로 묘사하는 공동체)의 지도자인 청구인에 대하여 "그들은 폭탄과 함께 왔으며 그들은 폭탄과 함께 떠날 것이다"라는 제목의 보고서가 급진적 이슬람 경향을 갖는 주간지 하프타릭 타라프(Haftalık Taraf)에 1994년 6월 17일과 24일 발표되었다.

1994년 11월 9일 파티(Fatih) 형사법원의 검사는 청구인을 형법 제311조 제2항에 따라 범죄 선동과 아타튀루크(Atatürk)[23]의 기억을 보호하는 법률 no.5816에 따라 아타튀루크(Atatürk)에 대한 기억을 모욕하였다는 혐의로 기소하였다.

1998년 1월 19일 판결에서 형사법원은 청구인에 대한 문제의 보고서에 있는 케말리즘(Kemalism)에 대한 그의 발언들은 아타튀르크에 대한 기억을 모욕한 것으로 볼 수 없는 비판에 해당한다는 이유로, 아타튀르크에 대한 기억을 모욕했다는 혐의에 대해 무죄를 선고했다.

그러나 법원은 범죄 선동 혐의에 대해서는 징역 4년을 선고했다. 그 선고의 이유로, 법원은 위 보고서에 나타난 청구인의 다음 발언들을 인용하였다:

> "이 사람들[온건한 이슬람 지식인들]은 남겨진 강함이 없다... 지금 그들은 I.N.[그의 온건한 관점들 때문에 알려진 이슬람 지식인]를 떠올린다... 알라는 그들의 물공급을 차단했다... 단지 무슬림의 한 분파만이, 투쟁에 참여하지 않은 그들 중에서, I.N.을 중요한 사람으로 간주한다... 지금 그들의 이빨과 손톱은 찢어졌고, 그들의 머리카락은 빠졌으며, 그들은 폐위되었다. 그들은 여전히 그러나 헛되이 그들의 위대함을 보전하기 위해 시도하고 있다. 그리고 그렇게 하는데 있어서 오히려 괴물의 우스꽝스러운 이미지를 제공한다... 속이 빈 동상 같은... 이것은 그것이 건드려지자마자 또는 행동에 놓여지자마자(공격의 사건에서), 그것이 더 이상 어떤 것을 할 강함을 가지고 있지 않다는 것을 보여줄 것이다... 게다가 이것은 이미 보여졌다... 지금 필요한 모든 것은 무슬림 중에서 한 명의 용감한 남자가 그들의 부드러운 배꼽 안에 단검을 심는 것이고 그들이 얼마나 공허한지를 보여주기 위해 총검으로 그들을 두 번 뚫고 지나가는 것이다. 그들은 이제 더 이상 그들을 유지하기 위

23) (역주) 무스타프 케말 아타튀르크(Mustafa Kemal Atatürk)는 터키 독립 전쟁을 이끌고 터키공화국 초대 대통령을 역임한 사람으로, 터키에서는 국부로 추앙되고 있다.

한 다른 어떤 것도 가지고 있지 않다. 남겨져있는 다른 어떤 것도 없다...”

법원은 청구인의 발언 중 “지금 필요한 모든 것은 무슬림 중에서 한 명의 용감한 남자가 그들의 부드러운 배꼽 안에 단검을 심는 것이고 그들이 얼마나 공허한지를 보여주기 위해 총검으로 그들을 두 번 뚫고 지나가는 것이다. 그들은 이제 더 이상 그들을 유지하기 위한 다른 어떤 것도 가지고 있지 않다. 남겨져있는 다른 어떤 것도 없다...”는 I.N.에 대한 그의 의견을 고려할 때 범죄를 행하라는 공개적인 선동에 해당한다고 보았다. 법원은 이 사건에 정보를 전할 권리와 비판에 종사할 권리가 적용될 수 없으며 문제의 발언들을 공표하는 것이 어떠한 공적인 이익에 봉사하지 않는다고 판단했다. 결론적으로, 법원은 정보를 전할 권리의 행사를 지배하는 법적 규칙들이 적용되지 않는다는 입장을 취하였다.

청구인은, 유죄판결의 그의 사상과 표현의 자유를 침해했다고 주장하면서 1998년 4월 24일 법률의 문제로 항소하였다.

1998년 12월 29일 파기원은 그의 항소를 기각하고 1심을 유지하였다.

중간에 1997년 5월 20일 이스탄불 국가안보법원은 청구인에게 징역 2년과 52만 터키 리라의 벌금을 선고하고 문제의 보고서에서 그가 한 발언들(그 보고서 내 다른 구절을 참고한 것으로, 그 구절에서 그는 세속주의자들과 케말리스트들은 배교자이자 이슬람의 적이고 그들의 생명을 구하기 위해서는 참회를 해야 한다고 단언했다)은 종교적 증오 선동에 해당한다는 입장을 밝혔다. 그 결정은 1998년 2월 4일 파기원에 의해 유지되었다.

B. 관련 국내법

형법 제311조 제2항은 아래와 같다:

“범죄의 대중선동

타인의 범죄를 공공연하게 선동한 사람은 다음과 같은 책임을 진다:

(1) ...

(2) 해당 범죄의 성격과 형벌에 따라, 3개월에서 3년 이하의 징역에 처한다. 장기형인지 단기구금선고인지 여부는...

범죄선동이 어떠한 형태의 대중 전달 매체-녹음테이프, 축음기음반, 신문, 언론공표나 다른 출판물-에 의해 이루어지거나, 인쇄된 종이의 회람이나 배포에 의해 이루어지거나, 혹은 공개된 장소에서의 현수막이나 포스터 설치에 의해 행해지는 경우에는, 징역형을 2배로 가중한다..."

형법 하에서 평범한 형사법원이 범죄 대중선동과 관련된 사건들에 관할권을 가지고 있을지라도, 형법 제311조의 해석 하에서는, 단지 국가안보법원들만이 종교적 혐오에 대한 공개적인 선동을 금지하는 형법 제312조 규정의 범죄들을 재판할 수 있는 관할권을 가지고 있다.

형집행법(법률 no.647, 1965. 7. 13.)의 제19(1)절의 관련부분은 아래와 같다:

"구금형을 선고받은 사람이 모범적인 행실을 보인 경우, 형량의 반 이상을 복역했을 때 자동적으로 가석방된다..."

청구요지

1. 청구인은 언론에 보도된 인터뷰 도중에 언급된 발언들에 대하여 이루어진 파티(Fatih) 형사법원의 1998년 1월 19일의 유죄판결이 협약 제9조, 제10조에 의해 보호되는 종교의 자유와 표현의 자유에 대한 그의 권리를 독자적으로 또는 제14조와 결합해서 침해하였다고 주장하였다...

판단

1. 청구인은 먼저 언론에 보도된 인터뷰 도중에 언급된 발언들에 대하여 파티(Fatih) 형사법원이 내린 1998년 1월 19일 유죄판결이 협약 제9조, 제10조에 의해 보호되는 종교의 자유와 표현의 자유에 대한 그의 권리를 독자적으로 또는 제14조와 결합해서 침해하였다고 주장하였다.

당 재판소는, 협약 제9조와 제14조 하에서 청구에 대한 분리심사를 위한 근거를 발견할 수 없기 때문에, 제10조 하에서 청구를 심사할 것이다. 제10조의 관련 규정은 아래와 같다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사

업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

당 재판소는 청구인의 유죄가 그의 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다고 생각한다. 그러한 제한은 만약 그것이 "법률에 의해 규정되거나", 제2항에 규정된 정당한 목적 중 하나 또는 그 이상을 추구하거나, 문제가 된 목적 또는 목적들을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요한" 경우가 아니라면 제10조 침해가 될 것이다.

재판소는 논란이 된 수단이 형법 제311조 제2항에 근거를 두고 있기 때문에 "법률에 의해 규정된" 것임을 확인한다. 추가하여, 그 제한은 최소한 제10조 제2항에서 규정된 정당한 목적들 중 하나, 즉 범죄의 예방을 추구하였다.

그 수단이 "민주사회에서 필요한" 지 여부를 결정하는 문제는 남아있다. 이것과 관련하여, 재판소는 그러한 사회에서 언론이 하는 근본적인 역할을 반복한다(*Goodwin v. the United Kingdom,* 1996 년 3월 27일 판결, 판결과 결정 보고서 1996-II, p.500, 문단 39, 그리고 *Bladet Tromsø and Stensaas v. Norway* [GC], no.21980/93, 문단 59, ECHR 1999-III 참고). 언론의 의무가 -그 의무와 책임의 일관된 방법으로- 공적인 이익을 갖는 모든 문제들에 대하여 정보와 생각들을 전달하는 것이라고 하더라도, 그것이 어떤 범위를 넘어서는 안 된다. 특히 다른 사람의 명예와 권리와 관련하여 그러하다(*Thoma v. Luxembourg,* no.38432/97, 문단 45, ECHR 2001-III; *Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일 판결, Series A no.298, pp.23-24, 문단 31; 그리고 *De Haes and Gijsels v. Belgium,* 1997년 2월 24일 판결, *Reports* 1997-I, pp.233-34, 문단 37 참고). 또한 언론의 자유가 일정 정도의 과장을 용인하고 또는 심지어 도발도 용인한다고 하더라도(*Prager and Oberschlick v. Austria,* 1995년 4월 26일 판결, Series A no.313, p.19, 문단 38 참고), 여기에는 해당 언론인들이 저널리즘의 윤리에 맞게 정확하고 믿을만한 정보를 제공하기 위해 선의로 행동한다는 단서가 붙는다(*Bladet Tromsø and Stensaas,* 위 인용, 문단 65, 그리고 *Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 54, ECHR 1999-I 참고). 그러나 해당 발언들이 개인 혹은 공무원 또는 어떤 인구 분파에 대한 폭력을 다른 사람에게 선동한다면, 국가당국은 표현의 자유에 대한 제한 필요성을 심사할 때 더 넓은 재량의 여지를 향유한다(*Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV 참고).

이 사건에서, 재판소는 청구인의 발언들의 내용과 어조가 "온건한 이슬람 지식인들"을 낙인찍기 위해 의도되어졌다는 것을 강조한다. 특별히 다음과 같은 문구가 그러하다: "그들의... 손톱은 찢어졌고, 그들의 머리카락은 빠졌으며, 그들은 폐위되었다." 청구인은 또한 다음과 같이 말하였다: "지금 필요한 모든 것은 무슬림 중에서 한명의 용감

한 남자가 그들의 부드러운 배꼽 안에 단검을 심는 것이고 그들이 얼마나 공허한지를 보여주기 위해 총검으로 그들을 두 번 뚫고 지나가는 것이다."

물론, 그러한 발언들은 은유로 해석될 수 있으나 그들은 또한 다른 의미를 가질수도 있다. 문제가 된 보고서에서 청구인은 그가 넌지시 언급하고 있었던 사람들 중 한명의 이름, I.N.을 이야기했다는 것을 주목해야 한다. 이 사람이 어느 정도의 명성 있는 작가였기 때문에 그는 일반대중에 의해 쉽게 인식되어질 수 있었고, 따라서 그 기사의 공표에 따라 물리적 폭력의 심각한 위험에 논란의 여지없이 노출되었다. 이러한 맥락속에서, 재판소는 청구인의 유죄에 대하여 당국이 제시한 이유들이, I.N.이 직면한 위험에 대한 강조와 함께, 청구인의 표현의 자유의 권리에 대한 제한을 정당화하기에 적절하고 충분했다고 판단한다. 재판소는 "정보"나 "생각"이 단지 불쾌하고, 충격을 주거나 혼란을 주었다는 사실만으로는 그러한 제한을 정당화하기에 충분하지 않다는 점을 반복한다. 왜냐하면 이 사건에서 문제가 되는 것은 폭력을 찬양하는 증오표현이기 때문이다(위 인용된 *Sürek*(no.1) 문단 62 참고).

재판소는 또한 이 사건에서 언급된 발언들과 같은 증오표현 또는 폭력에 대한 찬양이나 선동에 해당된다고 볼 수 있는 발언들은 관용의 개념과 양립할 수 있다고 볼 수 없고, 협약 전문에 제시된 정의와 평화의 근본적인 가치에 반한다는 것을 강조한다. 물론, 재판소는 위법행위가 대중매체를 통해 이루어졌다는 이유로 청구인에게 내려진 가중된 형벌의 가혹함을 인정한다. 그러나 재판소는 어떠한 행위가 다원적 민주주의의 성립원칙을 무시하기에 즉시 용인될 수 없게 된 경우에는 국내법상 억제적인 처벌 조항이 필요할 수 있다고 본다. 더 나아가 특히 형집행법(법률 no.647) 제19(1)절에 따라, 청구인이 그의 형기의 반을 복역한 후에는 자동적으로 가석방 자격이 주어진다는 사실을 고려하면, 재판소는 이 사건에서 부과된 형벌의 가혹함이 범죄를 자행하도록 공개적인 선동을 하는 것을 예방하고자 하는 추구하는 정당한 목표에 비례적이지 않다고는 볼 수 없다.

그러므로 문제되는 제한은 협약 제10조 제2항과 양립가능하다. 따라서 이 청구는 협약 제35조 제3항과 제4항에 따라 명백히 근거가 없는 것으로써 기각되어야 한다.

...

이러한 이유들로, 재판소는 만장일치로 이 청구가 받아들여질 수 없다고 선언한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3. Gündüz v. Turkey

2003년 12월 4일

청구인은 자칭 이슬람 종파의 회원이었다. 늦은 저녁 텔레비전으로 방송된 토론회에 출연한 청구인은 민주주의에 대해 매우 비판적으로 말하면서, 현대의 세속적 제도들을 "불경하다"고 묘사하고 세속적이고 민주적인 원칙을 격렬하게 비판했으며, 샤리아법의 도입을 공공연하게 요구하였다. 그는 종교나 교파의 회원 자격을 근거로 대중에게 공개적으로 증오와 적개심을 선동한 죄로 유죄 판결을 받았다. 청구인은 자신의 표현의 자유가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 특히 자신이 속한 종파의 극단주의적 사상(대중은 이미 이를 잘 알고 있었다)을 대변해 온 청구인이 활기찬 대중 토론에 적극적으로 참여하고 있었다는 사실에 주목하였다. 그 다원론적 토론은 이슬람 종파를 대변하고 민주적 가치가 이슬람에 대한 신념과 양립할 수 없다는 개념을 포함한 이교적인 관점에 관한 내용이었다. 이 주제는 터키 언론에 널리 퍼진 토론 주제였고 일반인의 관심사였다. 재판소는 청구인의 발언이 폭력을 요청했다거나 종교적 불관용에 기반한 증오표현으로 볼 수 없다고 판단하였다. 샤리아를 도입하기 위해 폭력을 요구하지 않으면서 샤리아를 옹호했다는 사실만으로는 증오표현이라고 볼 수 없다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

3

유럽인권재판소

1부문

GÜNDÜZ v. TURKEY

(청구번호 35071/97)

판결

스트라스부르

2003년 12월 4일

최종판결

2004년 6월 14일

*Gündüz v. Turkey*사건에서, 유럽인권재판소(1부문)의 재판부 구성은 다음과 같다:

C.L. Rozakis, *재판장*,

P. Lorenzen,

G. Bonello,

R. Türmen,

N. Vajić,

S. Botoucharova,

V. Zagrebelsky, *판사*,

S. Nielson, *부(副)부문 서기*,

2003년 11월 13일 비공개 심의 후, 2004년 6월 14일 다음과 같이 판결한다. 판결문은 그 날 채택되었다:

사건의 경과

1. 이 사건은 1997년 1월 21일 터키 국적의 무슬림 Gündüz가유럽인권협약 구 제25조에 의거 유럽인권위원회에 터키 공화국을 상대로 제기한 청구(no.35071/97)에서 시작되었다.

2. 청구인은 소송구조를 받아 앙카라에서 활동하는 변호사 A. Çiftçi가 변호했고 터키 정부(이하 정부)는 대리인을 임명하지 않았다.

3. 청구의 목적은 본 사건이 협약 제10조에 따라 개인의 권리가 국가에 의해 침해되었는지 여부를 판단하는 것이다.

4. 본 청구 건은 제11의정서가 발효됨에 따라 1998년 11월 1일 재판소로 이전되었다.

5. 본 청구 건은 재판소 제2부에 배당되었고(재판소 규칙52 제1조), 본 사건의 담당을 위해 제2부 내 소재판부(협약 제27조 제1항)가 규칙26 제1조에 의해 구성되었다.

6. 2001년 3월 29일 결정에서, 소재판부는 청구인의 청구가 적격한 것으로 판단했다.

7. 청구인과 터키 정부는 각각 판단을 위한 의견을 제출하였다(규칙59 제1조).

8. 2001년 11월 1일 재판소는 소재판부 구성을 변경하였고(규칙25 제1조). 이 사건은 새로 구성된 제1부에 배당되었다(규칙52 제1조).

사실관계

Ⅰ. 사건의 배경

9. 청구인은 1941년생으로 은퇴한 노동자이다.

A. 본 청구와 관련된 TV 방송 프로그램

10. 1995년 6월 12일 청구인은 독립 채널인 HBB의 생방송 프로그램 Ceviz Kabuğu(“Nutshell”)에서 Aczmendi 분파(이슬람 지향의 공동체)의 대표로 출연했다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

11. 재판소에 제출된 증거에 의하면 해당 프로그램은 6월 12일 늦은 밤부터 약 4시간 방송되었으며, 본 사건과 관련된 방송 프로그램의 내용은 아래와 같다.

> Hulki Cevizoğlu(이하 "H.C."): "안녕하십니까, 검은색 의복(cüppe)을 입고 지팡이를 가지고 다니며, 예배[zikir]를 드리는 특성으로 모두의 주목을 받고 있는 단체가 있습니다. 이 단체를 뭐라고 부를 수 있을까요? 이들은 한 분파[tarikat] 라고 불리는데요. 이 분파를 우리가 공동체 또는 단체라고 지칭할 수 있을까요? 해당 분파의 Gündüz 대표를 모시고 생방송으로 대화를 나눠보겠습니다. 또한 다양한 의견을 듣기 위해 다양한 분들과 전화 연결을 해서 이야기를 들어보겠습니다. 이들의 검은 의복에 대해서는, 검은색 의상에 대한 전문가이자 스타일리스트인 N. Yargıcı와 전화 연결을 할 예정이구요, 케말리즘(Kemalism)[24]에 대해서는 T. Ateş 와 B. Baykam의 의견을 들어보겠습니다. Nurculuk[25]에 대해서도 해당 운동의 핵심 지도자와도 전화 연결을 해볼 예정입니다. Aczmendi 분파가 지향하는 종교적 관점에 대해서도 종교부 Y. İşcan와도 이야기를 나눠 보겠습니다. 우리가 이야기를 나누는 동안에도, 여러분은 전화 연결을 통해 Aczmendi의 Gündüz 대표에게 질문을 하실 수 있습니다.

스타일리스트 N. Yargıcı는 전화연결을 통해 청구인에게 여성의 복장에 대해 질문을 했고, 종교 의복에 대한 토론 및 Aczmendi 분파의 의복이 유행을 따른 것인지 혹은 이슬람 종교를 따르는 것을 상징하는 지에 대해 이야기를 나누었다.

이어 진행자는 이슬람 운동에 대해 토론하며 신청인에게 해당 주제에 대해 많은 질문을 했다. 또한 예배를 드리는 방식에 대해서도 이야기를 나누었다. 해당 토론에서 청구인은 아래와 같이 언급했다:

> Gündüz("M.G."): 케말리즘은 최근에 탄생한 종교입니다. 이슬람을 파괴하며 자리잡아온 종교의 이름이죠. 케말리즘은 종교이고 세속주의는 종교를 믿지 않습니다. 민주주의를 추구하는 것 또한 종교를 믿지 않는다는 것을 의미합니다..."
>
> H.C.: "이미 Gündüz씨는 스타 채널(Star Channel) 프로그램에서 해당 발언을 하신 적이 있죠. 해당 발언에 대해 대표적인 케말주의자 Bedri Baykam과 전화연결을 해서 케말리즘을 종교로 볼 수 있는지에 대해 물어보도록 하겠습니다."
>
> H.C.: "당신은 최초의 케말주의자 중 한 명으로서 케말리즘에 대한 Gündüz씨의 관점에 동의하시나요?"

24) 케말리즘은 터키공화국 건국의 아버지 무스타파 케말 아타튀르크(Mustafa Kemal Atatürk)의 이념을 따르는 사상임.
25) Nurculuk는 20세기 초부터 터키에서 널리 전파된 이슬람 운동으로, Aczmendi 공동체는 이 운동을 따른다고 주장함.

Bedri Baykam("B.B."): "Gündüz씨의 관점은 너무 오류가 많아서 어디서부터 어떻게 바로잡아야 할지도 모를 지경입니다. 우선 케말리즘은 종교가 아니며, 세속주의는 종교와 관계가 없는 것입니다. 민주주의가 종교를 믿지 않는다는 점도 완전히 잘못된 관점입니다."

Baykam은 청구인의 주장에 반박하며 민주주의와 세속주의의 개념을 다음과 같이 설명하였다:

B.B.: "Gündüz씨가 속해 있는 분파는 어떤 종교를 믿는다고 말할 수 있습니다. 그러나 민주주의, 철학, 자유로운 생각과 같은 개념은 종교라고 말할 수 없습니다. 그 이유는 이러한 개념이 신과 관련된 도덕적 관계에 의한 것이 아니기 때문입니다. 민주주의란 모든 사람이 종교를 자유롭게 선택하고, 어떤 종교를 믿을 수도 있고 자신을 무신론자라고 부를 수도 있습니다. 자신이 믿는 종교를 드러내고 싶으면 그렇게 할 수도 있는 자유가 있죠. 또한 민주주의는 다원주의, 자유, 민주적 사고와 다양성을 포괄하는 개념입니다. 이는 사람들의 욕구가 실현될 수 있다는 것을 의미하기도 하죠. 사람들이 오늘은 A정당을 지지하다가, 내일은 B정당을 선택할 수도 있고, 그 다음날에는 두 정당이 연합할 것을 요구할 수도 있기 때문이죠. 모든 것은 국민의 지배를 받는 것이죠. 이것이 바로 민주주의에서 모든 것은 자유롭고 세속주의와 민주주의과 연관되어 있는 이유입니다. 세속주의는 절대 종교를 믿지 않는다는 말이 아닙니다."

M.G.: "세속주의 종교의 이름을 대보세요."

B.B.: "세속주의는 국민의 자유이고 종교의 일이 국가의 일에 간섭해서는 안된다는 원칙을 말합니다."

...

M.G.: "형제님, 세속주의는 종교를 믿지 않는 것입니다. 민주주의를 추구하는 것 역시 종교를 믿지 않는 것이지요. 케말주의자는 케말리즘이라는 종교를 믿는 사람이구요."

B.B.: "[우리의 선조들은 종교를 믿지 않는 사람들이 아니었습니다.] 실제로, 우리 선조들은 중세시대적이고, 비민주적이며, 전체주의적인 샤리아(Sharia)에 의한 체제를 허용한 적이 없습니다... 샤리아(Sharia) 체제는 필요하다면 피바람을 불러일으키는 것을 주저하지 않는 체제입니다. 그리고 당신은 '종교를 믿지 않는 것'을 문제라고 지적하는데, 그것이 바로 당신의 문제입니다. 법치주의와 민주주의를 따르고 케말리즘과 세속주의를 따르는 국가에서, 모든 사람은 종교를 믿는 데 있어 자유가 있습니다. 각자 예배와 기도를 드리며 종교활동을 할 수도 있고, 본인의 선택에 따라 코란을 읽을 수도 있고 성경이나 철학책을 읽을 수도 있습니다. 유감스럽지만 당신의 관점은 매우 선동적이에요. 케말리즘은 종교와 아무 상관이 없습니다. 다만 종교를 존중하

죠. 모든 사람은 자신의 선택에 따라 종교를 믿을 자유가 있는 것이죠."

M.G.: "알겠습니다. 그러나 제가 말하고자 하는 것은 종교와 상관이 없는 것은 종교를 믿지 않는 다는 것이죠. 그렇지 않나요? 나는 지금 그 누구도 모욕하는 발언을 하는 게 아닙니다. 본인을 민주주의자, 세속주의자 또는 케말주의자라고 부르는 사람은 종교를 믿지 않는다는 말을 하고 있는 겁니다... 터키에서 민주주의는 독재주의와 같고, 무자비하며 해악을 끼치는 이념입니다... 이틀 전, 우리 분파 사람들 6-7명이 예배 도중 갑자기 사라져 버렸습니다..."

...

M.G.: "이 세속적인 민주주의 제도는 위선적입니다. 사람들을 동등하게 다루지 않죠. 즉, 우리는 민주주의적 가치를 공유하지 않습니다. 나는 우리를 위해 민주주의를 찬성하지 않습니다. 나는 민주주의라는 피난처의 그늘을 택할 생각이 없습니다. 위선 부리지 맙시다."

H.C.: "그러나 지금 당신이 이런 말을 할 수 있는 것 자체가 민주주의 때문입니다."

M.G.: "전혀 그렇지 않습니다. 민주주의 때문이 아니죠. 우리는 어떤 상황에서도 우리의 권리를 지킬 겁니다. 민주주의라뇨? 그건 아무 상관이 없어요."

H.C.: "민주주의가 존재하지 않는다면, 당신은 지금 이 모든 말을 할 수 없다는 점을 다시 한번 강조하고 싶네요."

M.G.: "왜 이런 말을 하지 못한다는 거죠? 내가 이런 말을 하면 이런 독재주의 제도에서 범죄가 된다는 것을 충분히 알지만 그럼에도 불구하고 나는 말하는 것입니다. 내가 왜 이런 말을 하면 안되는 거죠? 죽기밖에 더 하겠어요?

이어 이슬람과 민주주의에 대한 토론이 이어졌다.

M.G.: "이슬람에 따르면, 국가의 행정과 개인의 신념 사이에 어떠한 차이도 존재할 수 없습니다. 예를 들어 코란의 규범에 따라 주지사가 해당 지역을 다스리는 것은 기도를 하는 것과 같습니다. 즉, 자신의 종교를 따른다는 것은 기도나 라마단을 지키는 것만을 의미하지 않습니다. 무슬림이 서로를 돕는 것도 기도에 해당하죠. 국가와 종교를 분리할 수 있다고 칩시다. 그러나 터키 정부로부터 권한을 부여 받은 공무원에 의해 결혼이 승인된 부부가 첫날 밤을 보내고 아이를 낳았다면, 그 결합에 의해 태어난 아이는 사생아가 되겠죠..."

H.C.: "그게 무슨 말도 안되는..."

M.G.: "이게 바로 이슬람의 관점이죠. 나는 민주주의에 의한 지배를 말하고 있는 게 아닙니다..."

B.B.: "터키에서 사람들은 라마단을 지키지 않는다고 죽임을 당합니다. 사람들이 대학에서 폭행을 당하기도 하죠. 당신은 본인이 아무런 죄가 없다고 주장하지만, 당신과 같은 사람들은 다른 사람의 삶의 방식을 간섭하면서 사회를 억압하고 있어요. 터키에서 샤리아(Sharia)를 지지한다고 말하는 사람들은 선동의 목적으로 이를 이용하죠. 당신이 말한대로 이들은 민주주의를 파괴하고 샤리아(Sharia)에 근거한 국가 체제를 원하죠."

M.G.: "당연히 그렇게 될 겁니다. 될 거에요."

12. 대학교수인 T. Ates 와 종교부 Y. İşcan, Erzurum(터키의 도시 이름)의 유명인사 Mehmet Kirkinci 또한 토론에 참여해 프로그램이 계속 진행되었다.

B. 청구인에 대한 형사 절차

13. 1995년 10월 5일, 이스탄불 국가안보법원 검사는 방송에서 종교를 이유로 대중에게 증오와 적대심을 선동하여 형법 제312조 제2항과 제3항을 위반한 혐의로 청구인을 기소했다.

14. 1996년 4월 1일, 국가안보법원은 전문가의 의견을 수렴한 후, 청구인이 형법 제312조 제2항과 제3항을 위반한 것으로 보고 청구인에게 2년의 징역형과 60만 터키 리라의 벌금형을 선고했다.

15. 국가안보법원은 특히 아래와 같이 판단했다:

"피고인 Müslüm Gündüz는 Aczmendi의 대표로서 독립 채널 HBB의 생방송 TV 프로그램 Ceviz Kabuğu 에 출연했다. 프로그램의 목적은 소속된 사람들이 입는 검은색 의복과 들고 다니는 지팡이, 예배를 드리는 방식으로 이목을 끌고 있는 Aczmendi 분파에 대해 설명하는 것이었다. 해당 프로그램에는 스타일리스트 Neslihan Yargıc(전화연결), 예술가 Bedri Baykam, 과학자 Toktamış Ateş, 종교부 공무원 Yaşar İşcan, Erzurum의 유명인사 Mehmet Kirkinci 또한 참여했다. 프로그램의 본 의도는 Aczmendi 분파에 대해 소개하고, 이들의 독특한 의상과 예배의 방식 등에 대해 이야기를 나누는 것이었으나, Baykam과 Ateş, 그리고 피고인의 토론 과정에서 세속주의와 민주주의, 그리고 케말주의에 대한 논쟁으로 변했다.

논쟁 과정에서 참가자들은 사회의 조화, 인권과 표현의 자유의 관점에서 세속주의와 민주주의와 같은 제도의 유용성, 한계 및 문제점 등에 대해 토론했고 피고인은 아래와 같이 주장함으로써 토론의 목표에 반대되는 발언을 했다:

'본인을 민주주의자, 세속주의자 또는 케말주의자라고 부르는 사람은 종교를 믿지 않는다는 말을 하고 있는 겁니다... 터키에서 민주주의는 독재주의와 같고, 무자비하며 해악을 끼치는 이념입니다... 이 세속적인 민주주의 제도는 위선적입니다. 사람들을 동등하게 다루지 않죠... 내가 이런 말을 하면 이런 독재주의 체제에서 범죄가 된다는 것을 충분히 알지만 그럼에도 불구하고 나는 말하는 것입니다. 내가 왜 이런 말을 하면 안 되는 거죠? 죽기 밖에 더 하겠어요?... 터키 정부로부터 권한을 부여받은 공무원에 의해 결혼이 승인된 부부가 첫날 밤을 보내고 아이를 낳았다면, 그 결합에 의해 태어난 아이는 사생아가 되겠죠..."

또한 Bedri Baykam이 샤리아(Sharia)를 지지하는 자들의 목표는 '민주주의를 파괴하고 샤리아(Sharia)에 근거한 국가 체제를 원하는 것'이라고 말하자 피고인은 '당연히 그렇게 될 겁니다. 될 거에요.'라고 답했다. 관련하여 법정에서 피고인은 본인이 해당 발언을 했다는 사실을 인정하고 샤리아(Sharia)에 근거한 체제가 협박과 무력, 또는 무기에 의해서가 아니라 국민을 설득하고 확신을 줌으로써 수립될 것이라고 주장했다.

마지막으로, 그의 발언에서 피고인은 이슬람의 이름으로 민주주의, 세속주의 및 케말리즘을 사악한 것으로 표현하고 민주주의라는 인간 본성에 가장 가까운 제도이자 거의 모든 국가에 의해, 국민의 절대적 다수에 의해 채택된 제도를 악한 것으로 묘사한 데 대해, 법원은 합리적 의심을 뛰어넘어 피고인이 종교를 이유로 대중에게 증오와 적대심을 선동한 혐의를 인정할 수 있다. 나아가, 피고인의 해당 범죄가 대중매체를 통해 일어났다는 것을 고려할 때, 형법 제312조 제2항에 따라 피고인에게 유죄가 선고되어야 한다..."

16. 1996년 5월 15일 청구인은 파기원에 항소하였다. 그는 항소 이유서에서 헌법 제24조(종교의 자유)와 제25조(표현의 자유)를 언급하면서 종교의 자유와 표현의 자유에 대한 권리를 보장해줄 것을 주장했다.

17. 1996년 9월 25일 파기원은 1심 판결을 유지하였다.

Ⅱ. 관련 국내법

18. 터키의 형법 관련 규정은 다음과 같다:

제312조 제2항과 제3항

"범죄의 비-대중 선동은...

사회적 계급, 인종, 종교, 교파 또는 지역의 차이를 이유로 대중에게 증오와 적개심을 선동한 자는 1년에서 3년 이하의 징역 및 9,000에서 36,000터키 리라 이하의 벌금에 처한다. 만약 이 선동이 공공 질서를 위협하는 경우 기존 형량에서 1/3~1/2 배 가중한다 제311조 제2항에서 명시된 수단을 이용하여 이전 문단에 정의된 죄를 범한 자는 그 형을 두 배로 가중한다."

제311조 제2항

"범죄의 대중 선동

범죄선동이 어떠한 형태의 대중 전달 매체-녹음테이프, 축음기음반, 신문, 언론공표나 다른 출판물-에 의해 이루어지거나, 인쇄된 종이의 회람이나 배포에 의해 이루어지거나, 혹은 공개된 장소에서의 현수막이나 포스터 설치에 의해 행해지는 경우에는, 징역형을 2배로 가중한다..."

19. 형집행법 제19(1) 절 관련부분(법률 no.647, 1965. 7. 13.)은 아래와 같다:

"... 구금형을 선고받은 사람이 모범적인 행실을 보인 경우, 형량의 반 이상을 복역했을 때 자동적으로 가석방된다..."

20. 결혼식의 거행은 민법 제134조부터 제144조에 규정되어 있다. 제134조는 결혼이 도시의 경우 시장이나 시장이 위임한 공무원, 마을 단위에서는 마을 대표인 이장(muhtars)에 의해 주관된다고 규정한다. 제143조는 제134조에서 규정된 담당자가 주관한 결혼식은 별도의 종교 의식 없이 유효한 것으로 규정하고 있다.

Ⅲ. 관련 국제 규범

21. 인종, 종교 그리고 신념에 근거한 혐오표현과 모든 형태의 불관용과 차별을 금지하는 규정은 많은 국제 규범에 포함되어 있다. 1945년 유엔헌장(전문 2문, 제1조 제3항, 제13조 제1(b)항, 제55(c)조와 제76(c)조), 1948년 세계인권선언(제1조, 제2조 및 제7조), 1966년 시민적 정치적 권리에 대한 국제규약(제2조 제1항, 제20조 제2항 및 제26조), 1965년 모든 인종차별 철폐를 위한 국제협약(제4조와 제5조)과 1981년 종교나 신념에 근거한 모든 형태의 불관용과 차별철폐선언, 더 나아가 1993년 10월 9일 채택된 비엔나 선언은 인종주의, 외국인 혐오, 반유대주의 및 불관

용이 다시 국제사회에 퍼지고 있는 것에 대해 경고를 표명했다. 이러한 규범 중에서도, 1997년 12월 12일 유엔총회에 의해 채택된 '모든 형태의 종교적 불관용 철폐 대한 결의안' 51/122번(Resolution no.52/122 on the elimination of all forms of religious intolerance)은 특히 종교적 불관용에 대해 규정하고 있다. 1997년 10월 30일 유럽이사회 각료위원회에서 채택된 "증오표현"에 대한 권고 R(97)20 및 유럽 인종차별 및 불관용 철폐 위원회(the European Commission against Racism and Intolerance)의 정책권고 제7번에서는 좀 더 직접적으로 "증오표현"에 대해 규정하고 있다.

1. "증오표현"에 대한 권고 no.R(97)20

22. 1997년 10월 30일 유럽이사회 각료위원회는 "증오표현"에 대한 no.R(97)20 권고 및 부록을 채택하였다. 해당 권고는 인종주의와 불관용, 특히 인종에 대한 혐오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 불관용에 근거한 혐오에 대해 대항하기 위한 조치로서 채택되었다. 각료위원회는 혐오 발언에 대항하기 위해서는 회원국 간 공유되는 원칙이 제시되어야 한다고 권고했다. 권고의 부록에서는 "증오표현은 인종에 대한 혐오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 불관용에 근거한 다른 형태의 혐오를 확산시키거나 조장하거나 정당화하는 모든 형태의 표현을 포괄하는 개념"으로 설명하고 있다...

해당 권고에서는 회원국이 증오표현에 대항하기 위한 가이드라인을 제시하고 있다. 예를 들어, 증오표현에 대항하기 위한 적절한 민사적, 형사적, 행정적 법률 체계를 마련하고 형사적 처벌과 함께 사회봉사명령 등의 규정을 마련하고, 민사적으로는 증오표현의 피해자에게 보상을 제공하고, 반박을 할 권리와 해당 증오표현에 대한 철회를 가능하게 하는 법적 보호 수단이 필요하다고 권고하고 있다. 정부는 해당 법률 체계 내에서 객관적 기준과 독립적인 사법적 규제에 의해서만 표현의 자유를 제한할 수 있다.

2. 유럽 인종차별 및 불관용 철폐 위원회 정책권고 no.7

23. 2002년 12월 13일 유럽 인종차별 및 불관용 철폐 위원회는 인종주의와 인종차별에 효과적으로 대응하기 위한 각국의 법률 규정에 대해 권고했다.

24. 해당 권고의 내용은 다음과 같다:

"I. 정의

1. 이 권고의 목적을 위해, 다음과 같이 정의한다:

(a) '인종주의'는 인종, 피부색, 언어, 종교, 국적 혹은 국가 또는 민족 출신을 이유로 개인 또는 집단을 경멸하거나 또는 특정 개인이나 집단이 우월하다고 믿고 이를 정당화하는 사상을 말한다.

(b) '직접적 인종차별'은 객관적이거나 합리적인 정당성 없이 인종, 피부색, 언어, 종교, 국적 혹은 국가 또는 민족 출신을 이유로 한 불공평한 대우를 말한다. 불공평한 대우에 있어 이것이 정당한 목적을 추구하지 않거나, 불공평한 대우의 수단과 목표 사이에 합리적인 균형성이 결여된 경우 이는 객관적이고 합리적인 정당성을 확보하지 못한 것이다.

(c) '간접적 인종차별'은 규정이나 기준 혹은 관행과 같은 명백한 중립적인 요소가 인종, 피부색, 언어, 종교, 국적이나 국가 또는 민족의 출신을 이유로 특정 집단의 사람들에게 적용되지 않거나 불이익으로 작용하는 것을 말한다. 이러한 불이익이 정당한 목적을 추구하지 않거나, 불공평한 대우의 수단과 목표 사이에 합리적인 균형성이 결여된 경우 이는 객관적이고 합리적인 정당성을 확보하지 못한 것이다.

...

18. 다음과 같은 행위에 대해서는 법률에 의해 처벌해야 한다:

(a) 폭력, 증오 또는 차별에 대한 대중 선동
(b) 공개적인 모욕과 명예훼손
(c) 협박

인종, 피부색, 언어, 종교, 국적 또는 국가나 민족 출신을 이유로 개인이나 집단에 대해

...

23. 제18항, 제19항, 제20항, 제21항에서 규정한 행위에 대해 국가는 효과적이고 균형적인 법률적인 제재를 마련해야 한다. 또한 추가적으로 필요한 대안도 마련해야 한다."

판단

I. 협약 제10조 위반 주장

25. 청구인은 형법 제312조에 따른 그의 유죄가 협약 제10조를 위반하였다고 주장했다:

> "제10조(표현의 자유)
>
> 1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

26. 해당 사건의 쟁점이 청구인의 표현의 자유에 대한 제한이라는 점은 청구인과 피청구인 모두 동의하였다. 해당 제한이 법률에 근거가 있는지, 또한 제2항에서 규정된 정당한 목적을 추구하는지, 또한 민주사회에서의 필요성이 인정되는지에 따라 제10조 위반 여부가 결정될 것이다.

A. "법률에 근거가 있는지 여부"

27. 청구인은 형법 제312조에 따라 유죄 판결을 받았으므로 해당 제한은 법률적 근거가 있다는 데 이견이 없었다.

B. 정당한 목적

28. 터키 정부의 제한이 정당한 목적을 추구했다는 것, 즉 무질서나 범죄의 예방, 도덕의 보호 그리고 특히 다른 사람들의 권리의 보호를 추구했다는 것에 대해서도 이견이 없었다.

C. "민주사회에서의 필요성"

1. 당사자들의 주장

29. 정부는 우선 표현의 자유가 누군가를 모욕하는 행위까지 포함하지는 않는다고 주장했다. 청구인의 "사생아"와 같은 모욕적인 발언까지 표현의 자유로 주장할 수는 없을 것이며, 더욱이 그의 행위는 법에 의해 처벌될 수 있는 범죄로, 터키의 형법 제311조와 제312조에서는 종교나 교파를 이유로 증오나 적대감을 선동하는 경우에는 처벌을 받는다고 규정되어 있음을 언급했다.

30. 정부는 청구인이 방송 프로그램에서 민주주의를 반대한다고 발언했지만, 민주주의 가치인 표현의 자유에 대해서는 권리를 주장하고 있다고 지적했다.

31. 정부는 청구인의 표현의 자유에 대한 제한은 민주사회의 필요성이 인정될 뿐만 아니라 긴박한 사회적 필요성에 의한 것임을 주장했다. 청구인의 발언은 단순히 공격적이고 충격적인 것을 넘어 도덕과 공공질서에 심각한 해악을 끼칠 수 있는 발언이었으며, 해당 발언은 다수의 도덕적 원칙을 위반하는 행위로 사회적 안정을 위태롭게 하는 행위였다고 주장했다. 또한 법률로 정당한 권한을 부여받은 공무원이 인정한 결혼에 의해 탄생한 자녀를 "사생아"로 지칭한 청구인의 발언은 터키 사회에서 매우 민감한 주제에 대한 것이며, 정당한 혼인을 통해 구성된 가족에 대해 비도덕적이고 이슬람의 신념을 지키지 않는 사람들이라고 비난함으로써 가족의 도덕성과 정당성을 부인했다고 주장했다. 더욱이 청구인은 전국으로 방송된 텔레비전 프로그램에서 이와 같은 발언을 함으로써 더욱 그 타격이 클 수밖에 없음을 강조했다.

32. 또한 정부는 청구인이 자신의 종교 때문이 아니라 종교적 불관용에 기인한 증오를 확산시켰기 때문에 처벌받은 것이라는 의견을 제출했다. 따라서 정부는 청구인이 협약 제10조 제2항에 명시된 책임과 의무를 다하지 못했다고 주장했다.

33. 청구인은 정부의 주장에 대해 반박했다. 청구인은 늦은 밤 약 4시간 동안 방송된 TV 토론 프로그램에 참여했을 뿐이며, 많은 참가자들이 청구인의 주장을 확인하기 위해 토론에 참여했으며, 그에게 질문하거나 그의 의견에 반박함으로써 함께 토론했다고 주장했다.

34. 청구인은 전반적인 상황을 고려할 때 그의 발언은 표현의 자유로 보장되었다고 주장했다. 청구인은 그의 개인적인 신념에 근거해 설명을 하고자 예를 들었으며, 방송 프로그램의 사회자가 질문한 내용에 답변하는 과정에서 민간 결혼 방식과 사제에 의해 주관되는 이슬람 결혼 방식이 반대되는 개념임을 강조하고자 "사생아"라는 단어를 사용했다고 주장했다. 따라서, 해당 단어는 누군가를 모욕하기 위한 의도로 사용된 것이 아니며 다만 특수한 상황을 이

슬람의 관점에서 설명하기 위해 주로 사용되는 표현이라고 주장했다.

35. 청구인은 "민주주의는 종교를 믿지 않는다"라고 말한 그의 발언에 대해, 전체적인 맥락에서 살펴야 한다고 주장했다.

36. 또한 청구인은 그의 유죄 선고에 대해 긴박한 사회적 필요성이 없다고 주장했다. 청구인의 발언에 대해 그 누구도 명예훼손 또는 모욕죄로 소송을 제기하지도 않았다고 주장했다.

2. 재판소의 평가

(a) 관련 원칙

37. 표현의 자유는 모든 민주사회의 근본적 기반에 해당하며, 민주주주의 발전과 개인의 자기실현에 필요한 기본적 조건이다. 협약 제10조 제2항에 따라, 표현의 자유는 호의적이거나 무해한, 또는 무관심한 "정보" 또는 "의견"에만 적용되는 것이 아니라 공격적, 불쾌하거나, 충격적이고 혼란을 주는 정보와 의견에도 적용된다(*Handyside v. the United Kingdom,* 1976년 12월 7일 판결, Series A no.24, p.23, 문단 49).

그러나, 제10조 제2항에 명시된 바와 같이, 제10조 제1항에서 보호하는 권리와 자유를 행사하는 모든 사람에게는 "의무와 책임" 또한 수반된다. 이러한 의무와 책임에는 종교적 신념과 의견과 관련하여, 타인에 대한 불필요한 공격과 이로 인한 권리 침해 및 공개 토론에서 인간사의 발전에 아무런 기여를 할 수 없는 표현을 사용하는 행위를 최대한 삼가야 할 의무가 포함된다고 할 수 있다(준용, *Otto-Preminger-Institut v. Austria,* 1994년 9월 20일 판결, Series A no.295-A, pp.18-19, 문단 49, 그리고 *Wingrove v. the United Kingdom,* 1996년 11월 25일 판결, 판결과 결정 보고서 1996-V, p.1956, 문단 52). 또한 회원국은 특히 종교나 도덕적 문제에 있어 개인적 신념을 공격하는 표현의 자유를 규제할 수 있는 재량의 여지가 있다(준용, *Müller and Others v. Switzerland,* 1988년 5월 24일 판결, Series A no.133, p.22, 문단 35, *Murphy v. Ireland,* no.44179/98, 문단 65-69, ECHR 2003-IX).

38. 이 사건에서 문제가 되는 회원국의 제한이 "민주사회에서 필요한지"에 대한 여부를 판단하기 위해 재판소는 이러한 제한행위가 "긴박한 사회적 필요성"에 의한 것인지, 정당한 목적에 비례하는지, 그리고 정부가 그 제한을 정당화하기 위하여 제시하는 이유가 적절하고 충분한지의 여부를 결정하여야 한다(*The Sunday Times v. the United Kingdom*(no.1), 1979년 4월 26일 판결, Series A no.30, p.38, 문단 62). 회원국은 제한의 "필요"가 존재하는지 여부 및 어떠한 조치를 취할 것인지에 대해서는 어느 정도의 재량권을 가진다. 그러나 이러한 재량권은 무제한적인 것

이 아니라 유럽 재판소의 감독과 함께 이뤄져야 하며, 회원국의 제한이 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대한 최종 판결을 내리는 것은 재판소의 임무이다(*Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no.23118/93, 문단 43, ECHR 1999-VIII).

39. 감독의 기능을 수행함에 있어 재판소는 국가의 역할을 대신하는 것이 아니라 협약 제10조에 따라 전체적인 사건의 맥락을 살펴봄으로써 회원국의 재량권에 의한 결정을 검토하는 것이다*(위의 문헌)*.

40. 이 사건은 특히 청구인이 국내법원에 의해 "증오표현"으로 분류된 발언으로 인해 처벌받은 사건에 관한 것이다. 관련 국제규범(문단 22-24 참고) 및 재판소의 판례에 따라, 재판소는 특히 모든 인간의 동등한 존엄성에 대한 존중과 관용이 민주적이고 다원적인 사회의 기반을 구성한다는 것을 강조하고자 한다. 이러한 관점에서, 원칙의 문제로서 부과된 "형식", "조건", "제한" 혹은 "벌칙"이 추구하는 정당한 목표에 비례적이라면, 불관용(종교적 불관용을 포함하여)에 기초한 혐오를 확산하고, 자극하고, 촉진하거나 정당화하는 표현의 모든 형태를 제재하거나 심지어 예방하는 것이 어떤 민주사회에서도 필요할 수 있다(증오표현과 폭력의 정당성과 관련하여, 다음 판례 참고 준용, *Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV).

41. 더 나아가, 재판소가 *Jersild v. Denmark*사건(1994년 9월 23일 판결, Series A no.298, p.25, 문단 35) 에서 밝힌 바와 같이, 특정 개인이나 집단을 모욕할 수 있는 증오표현을 구성하는 구체적인 표현은 협약 제10조에 의해 보호되지 않는다는 점에 대해서는 의심할 여지가 없다.

(b) 본 사건에 대한 위 원칙의 적용

42. 재판소는 문제가 된 발언 내용과 방송에 나간 그 발언의 맥락을 포함, 사건을 전체적으로 고려하여, 회원국의 제한이 달성하려는 정당한 목적에 비례하는지 여부와 정부가 그 제한을 정당화하기 위하여 제시하는 이유가 적절하고 충분한지에 대한 여부를 결정하기 위하여 쟁점이 되는 "제한"에 대해 고려해야 한다(*Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, ECHR 1999-I). 더 나아가, 부과된 벌칙들의 성격과 심각성에 대해서도 제한의 비례성을 평가할 때 고려해야 한다(*Skałka v. Poland,* no.43425/98, 문단 42, 2003년 5월 27일).

43. 재판소는 첫째, 문제가 되는 방송 프로그램이 대중의 관심을 받는 특정 분파에 관해 다루었다는 점을 알고 있다. 청구인은 해당 분파의 지도자로 간주되는 사람으로, 해당 분파가 추구하는 바는 이미 대중에게 알려져 있었다. 청구인은 해당 분파에 대해 소개하고, 이슬람의 신념과 민주적 가치는 양립할 수 없다는 해당 분파의 가치관에 대해 소개하기 위한 특정 목적으로 해당 프로그램에 초대된 것이다. 해당 주제는 이미 터키 언론에서 광범위하게 논의되었고, 표현의 자유에 대한 제한이 매우 엄격히 해석되어야 하는 일반적 관심 영역에 해당한다.

44. 재판소는 더 나아가 그 프로그램의 형식이 출연자 간 토론과 논쟁을 통해 시청자의 관심을 이끌어내는 방식으로 서로 간의 의견 교환 뿐만 아니라 논쟁을 장려한다는 점에 주목하고자 한다. 재판소는 국내법원이 주목한 바와 같이, 해당 논쟁은 분파에 대한 소개와 민주사회에서 종교의 역할에 관한 의견 교환에 한정되었다는 점에서, 터키 사회에서 큰 관심을 받고 있는 주제에 대해 대중에게 정보를 제공하는 차원의 인상을 주었다는 점에 주목한다. 또한 청구인의 유죄는 그가 공개 토론에 참여했기 때문이 아니라 비판에 대한 허용범위를 넘어 국내 법원이 "증오표현"으로 판단한 발언에 의한 것임을 지적하고자 한다(문단 15 참고).

45. 따라서 주요 현안은 정부가 청구인의 해당 발언에 대해 유죄로 판결함에 있어 정부의 재량권을 올바로 행사했는지에 대한 여부이다(준용, *Murphy, 위 인용,* 문단 72).

46. 청구인의 표현의 자유에 대한 제한의 "필요성"이 확실하게 인정될 수 있는지 여부를 평가하기 위하여, 재판소는 필수적으로 국내 법원이 채택한 논리의 관점에 대해 검토해야 한다. 관련하여, 재판소는 터키 법원이 현재의 세속적 제도에 대해 청구인이 "사악한" 것으로 묘사했다는 점과 세속주의와 민주주의에 대해 격렬히 비판한 점, 그리고 샤리아에 대해 공개적으로 선전했다는 점에만 주목해 결론을 내린 것에 주목한다(문단 15 참고).

47. 터키 국내 법원에서는 청구인이 표현의 자유를 보장받을 자격이 없다는 결론에 도달하기 전에 청구인의 특정 발언들에 대해 검토했다. 재판소는 이와 관련하여 해당 발언들을 세 단락으로 나눌 것이다.

48. 첫 번째 문단은 다음과 같다:

> "본인을 민주주의자 [또는] 세속주의자라고 부르는 사람은 종교를 믿지 않는다는 말을 하고 있는 겁니다... 터키에서 민주주의는 독재주의와 같고, 무자비하며 해악을 끼치는 이념입니다..."
>
> "이 세속적인 민주주의 제도는 위선적입니다... 사람들을 동등하게 다루지 않죠...
>
> "내가 이런 말을 하면 이런 독재주의 제도에서 범죄가 된다는 것을 충분히 알지만 그럼에도 불구하고 나는 말하는 것입니다. 내가 왜 이런 말을 하면 안되는 거죠? 죽기밖에 더 하겠어요?

재판소는 해당 발언을 통해 청구인이 세속주의, 민주주의와 같은 터키의 현 제도에 대해 비타협적인 태도와 근본적 불만을 보여주고 있다고 판단한다. 그러나 해당 발언의 맥락을 살펴보면, 청구인의 발언을 종교적 불관용에 기반한 폭력 선동이나 증오표현으로 해석될 수는 없다.

49. 두 번째 문단은 다음과 같다:

"... 터키 정부로부터 권한을 부여받은 공무원에 의해 결혼이 승인된 부부가 첫날 밤을 보내고 아이를 낳았다면, 그 결합에 의해 태어난 아이는 사생아가 되겠죠..."

터키에서 "사생아"는 혼외자나 간통으로 태어난 아이를 말하는 경멸적인 용어로, 일상용어에서 공격적이고 모욕을 주는 표현으로 사용된다.

명백히, 재판소는 비종교식 민간 결혼식을 포함한 세속주의 생활 방식에 깊이 연관되어 있는 터키 국민들에게 청구인의 해당 발언은 매우 부적절하고 공격적으로 느껴질 것이라는 점은 간과할 수 없다. 그러나 재판소는 청구인의 해당 발언이 TV 프로그램에서 생방송으로 이루어졌으므로, 방송 전에 청구인의 발언을 고치고 다듬거나 철회할 수 있는 가능성이 없었다는 점을 지적하고자 한다(*Fuentes Bobo v. Spain,* no.39293/98, 문단 46, 2000년 2월 29일). 마찬가지로, 재판소는 터키 국내 법원이 청구인의 해당 발언이 미치는 영향을 평가하기에 국제 법원보다 더 유리한 위치에 있었음에도, 이 사실에 특별한 중요성을 부여하지 않았다는 것을 주목한다. 따라서, 재판소는 표현의 자유라는 이익과 협약 제10조 제2항에 따른 다른 사람들의 권리를 보호하는 이익 사이의 균형을 맞추기 위해, 국내법 적용에 있어 청구인이 활발한 공개토론에 적극 참여하고 있었다는 사실에 국내 법원이 적용했던 것보다 더 큰 비중을 두는 것이 적절하다고 판단한다(준용, *Nilsen and Johnsen, 위 인용,* 문단 52).

50. 마지막으로, 국내 법원은 청구인이 샤리아(Sharia)를 지지하기 위한 캠페인을 하고 있었는지 여부를 판단하고자 하였다. 이와 관련하여, 국내 법원은 아래와 같은 판단을 내렸다(문단 15 참고).

"Bedri Baykam은 Gündüz에게 후자의 지지자들의 목표는 '민주주의를 파괴하고 샤리아(Sharia)에 근거한 국가 체제를 만드는 것'이라고 말하자 피고인은 '당연히 그렇게 될 겁니다. 될 거에요'라고 답했다. [더 나아가] 피고인은 법정에서 본인이 해당 발언을 했다는 사실을 인정했으며 샤리아(Sharia)에 근거한 체제는 협박이나 무력, 또는 무기에 의해서가 아니라 국민들을 설득하고 확신시킴으로써 수립될 것이라고 주장했다."

터키 법원은 신청인이 종교적 규칙에 근거한 체제를 수립하고자 의도했던 수단이 결정적이지 않다고 판단했다.

51. 민주주의와 샤리아(Sharia) 사이의 관계에 관하여, 재판소는 *in Refah Partisi(the Welfare Party) and Others v. Turkey*([GC], nos.41340/98, 41342/98, 41343/98 및 41344/98, 문단 123, ECHR 2003-II)의 판례와 같이, 샤리아(Sharia)에 근거한 체제를 지지하면서 민주주의와 인권을 동시에 존중하는 일은 매우 어렵다는 것을 지적한다. 재판소는 종교 교리와 신성한 규칙을 충실히 따르는 샤리아(Sharia)는 안정적이고 불변하며 특히 형법과 형사절차, 여성의 법적 지위 및 모든 공적 및 사적 영역에 개입하는 방식 등에 있어 협약의 가치와는 분명히 다르다고 판단한다. 그러나 *Refah Partisi and Others*판례는 샤리아(Sharia)를 협약에 적용시킬 의도를 가진 정당의 해산과 관련

된 사건이었으며, 해산 당시 *Refah Partisi*(복지당)가 집권당이 될 수도 있는 가능성이 있었던 상황이었다(*위의 문헌,* 문단 108). 따라서 현재 사건에 해당 판례를 대입하여 비교할 수 없다.

협약의 기본가치에 반하는 모든 다른 행위와 마찬가지로, 종교적 불관용을 포함하여 불관용에 기초한 증오를 전파, 선동 및 정당화하는 것을 추구하는 표현은 협약 제10조에 의한 표현의 자유로 인정될 수 없다는 데에는 의심의 여지가 없다. 그러나 재판소는 폭력에 대한 선동 없이 단순히 샤리아(Sharia)를 지지하는 표현이 '증오표현'으로 해석될 수는 없다고 판단한다. 또한 청구인의 사건은 매우 특수한 맥락에서 해석되어야 한다. 첫째로, 앞서 언급한 바와 같이(문단 43 참고), 해당 방송 프로그램의 목표는 청구인이 지도자로 있는 분파를 소개하는 것이었다. 두번째로, 청구인의 극단적인 관점은 이미 대중에게 알려지고 논의되어진 바 있으며 특히 해당 프로그램에서 다른 토론자들이 청구인의 관점을 충분히 반박했다. 마지막으로, 청구인의 문제가 된 해당 발언은 그가 적극적으로 참여한 다원적 토론의 과정 중 언급된 것이다. 따라서, 재판소는 이 건에 대해 표현의 자유를 제한할 필요성이 충분히 확보되지 않은 것으로 판단한다.

52. 결론적으로, 이 사건의 전체적인 상황을 고려할 때, 국가에게 부여된 재량권에도 불구하고 재판소는 청구인에 대한 표현의 자유의 제한이 제10조의 목적을 위한 충분한 근거에 기반하지 않은 것으로 판단한다. 이러한 판단을 통해 청구인에게 선고된 2년 징역형은 가석방의 가능성을 고려하더라도 극단적으로 과중한 형벌임을 알 수 있으며, 해당 형벌이 추구하는 목표에 비례적인지 여부를 심의하는 것 역시 불필요한 것으로 판단한다.

53. 따라서 청구인에 대한 유죄 판결은 협약 제10조를 위반했다.

Ⅱ. 협약 제41조 적용

54. 협약 제41조는 아래와 같다:

> "제41조(정당한 구제조치) 협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

55. 청구인은 그가 입은 비금전적 그리고 금전적 손해에 대해 50만 유로를 배상할 것을 청구했다. 청구인은 재판소에 대한 사건청구비용과 국내 법원 소송 비용에 대해서는 청구하지 않았으며, 이 부분에 대해서는 재판소가 판단할 문제가 아님을 밝혀둔다(*Colacioppo v. Italy,* 1991년 2월 19일 판결, Series A no.197-D, p.52, 문단 16).

56. 정부는 재판소의 제10조 위반 결정으로 이미 청구인에게 충분한 배상이 될 수 있다고 주장했다.

57. 금전적 손해에 대하여, 재판소는 청구인이 겪은 손해에 대한 어떠한 증거도 제출하지 않았다는 것을 주목한다. 또한 청구인은 그에게 부과된 벌금의 배상을 요구하지 않았다. 그러므로 이에 따라 어떤 금전적 배상도 제공될 수 없다.

비금전적 손해에 대하여, 재판소는 청구인에 대한 제한이 제10조의 목적 상 충분한 이유에 근거하지 않았음을 지적한다. 또한 청구인에게 과도한 처벌이 부과되었다는 점(문단 52 참고) 또한 주목하고자 한다. 따라서 공정한 판단에 따라 청구인의 비금전적 손해에 대하여 청구인에게 5천 유로를 배상하는 것으로 판결한다.

위와 같은 사유에 따라 재판소는 다음과 같이 판결한다.

1. 6:1로 협약 제10조 위반이 있었음을 결정한다;

2. 6:1로

(a) 터키 정부는 청구인에게, 협약 제44조 제2항에 따라 이 판결이 확정된 날부터 3개월 내에 청구인에게 5천 유로를 비금전적 손해배상으로 지급해야 한다. 또한 정부는 최종지급일에 적용되는 환율에 따라 터키 리라로 환전하는 데 부과되는 세금 또한 부담해야 한다.

(b) 위 3개월 이후 최종 지급일까지, 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

3. 이외의 청구인의 청구에 대해서는 만장일치로 기각한다.

본 판결문은 프랑스어로 작성, 규칙77 제2조와 제3조에 따라 2003년 12월 4일 서면 통보되었다.

Søren Nielsen	Christos Rozakis
부서기	재판장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라, Türmen 판사의 반대의견이 첨부되었다.

C.L.R.
S.N.

Türmen 판사의 반대 의견

나는 판결문의 문단 46까지는 동의하는 데 어려움이 없었으나, 다수에 의해 도달한 판결에 동의할 수 없는 것에 대해 유감스럽게 생각한다.

청구인은 생방송으로 진행된 매우 유명한 TV 방송 프로그램에서 민법에 따라 인정된 (종교법을 따르지 않은) 결혼에 의해 태어난 자녀를 사생아라고 칭했다. 청구인은 이에 대해 "이것이 바로 이슬람이 보는 방식"이라고 말했다.

터키어에서 "사생아"는 합법적 결혼에 의한 출생이 아닌 아이를 의미하는 모욕적인 단어로, 매우 심각한 모욕에 해당한다.

나는 "재판소는 비종교식 민간 결혼식을 포함한 세속주의 생활 방식에 깊이 연관되어 있는 터키 국민들에게 청구인의 해당 발언은 매우 부적절하고 공격적으로 느껴질 것이라는 점은 간과할 수 없다"(판결 문단 49)는 다수의견에 동의한다.

청구인이 사용한 "사생아"와 같은 단어는 명백히 종교적 불관용에 기초한 증오표현이다. 증오표현은 국내외적인 차원에서 단지 인종에 대한 증오 뿐만 아니라 종교적 근거에 기초한 혐오에 대한 선동, 또는 불관용에 기초한 다른 증오의 형태를 포괄한다.

"증오표현"에 대한 각료위원회 권고 no.R(97)20은 증오표현을 "인종에 대한 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 불관용에 근거한 증오의 다른 표현들을 전파, 선동 및 촉진, 정당화하는 모든 형태의 표현을 포괄하는 것"으로 정의한다. 또한 해당 권고는 증오표현에 대한 건전한 법적 체제를 확립할 것을 권고하며 회원국의 국내 법원에 대해 증오표현이 개인 또는 집단을 심각하게 모욕하는 수준인 경우, 제10조의 권리를 행사할 수 없음을 염두에 두어야 한다고 권고한다.

'인종주의와 불관용에 대항하는 유럽위원회(ECRI)'는 일반정책권고 no.7 문단 18에서 다음과 같이 명시하고 있다:

> "의도적으로 저지른 다음 행위에 대해 법률로 처벌해야 한다:
>
> 개인이나 집단의 인종, 피부색, 언어, 종교, 국적 또는 국가적 혹은 민족적 출신을 이유로 한
>
> (a) 폭력, 혐오나 차별에 대한 공개적인 선동,
>
> (b) 공개적인 모욕과 명예훼손...

...

국내법상으로는, 덴마크, 프랑스, 독일 및 스위스에서 형법상 증오표현이 종교적인 이유를 기초로 한 위협과 모욕을 포함하며 처벌할 수 있는 범죄에 해당한다.

청구인은 증오 선동에 대한 터키 형법 제312조에 의해 선고받았는데, 이는 증오표현에 대한 국제 규범과 같은 맥락이다.

이 판결에서, 다수 의견은 이와 같은 터키 법원의 결정에 대해서는 문제를 제기하지 않는다. 이 판결문에는 "사생아"라는 단어를 증오표현으로 인정하지 않는다는 결론을 정당화하는 명시적 또는 암시적 설명이 없다.

반대로, 이 판결은 증오표현에 대한 국제 문서에 대해 매우 넓은 범위에서 참고했으며, 문단 40에서는 다음과 같이 밝히고 있다:

> "이 사건은 특히 청구인이 국내법원에 의해 "증오표현"으로 분류된 발언으로 인해 처벌받은 사건에 관한 것이다. [증오표현]에 대한 국제규범 및 재판소의 판례에 따라, 재판소는 특히 모든 인간의 동등한 존엄성에 대한 존중과 관용이 민주적이고 다원적인 사회의 기반을 구성한다는 것을 강조하고자 한다."

또한 이 판결의 문단 52에서 샤리아(Sharia)를 옹호하는 것에 대해서는 증오표현으로 볼 수 없다는 점을 명백히 밝혔으나, "사생아" 라는 단어에 대해서는 같은 적용을 하지 않았다는 점에 주목해야 한다.

만약 다수의견이 "사생아"라는 단어가 증오표현이라는 것을 인정하거나 또는 최소한 부정하지 못한다면, 재판소의 선례에 따라 해당 발언은 제10조의 보호를 받을 수 없는 것이다(*Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일 판결, Series A no.298, pp.24-25, 문단 33 참고).

증오표현은 보호받을 수 없다. 증오표현은 의미 있는 공적 토론에 아무런 기여를 하지 못하며, 어떤 방식으로든 이에 대한 규제가 표현의 자유의 기초가 되는 가치에 해가 된다고 볼 수 없을 것이다.

다른 한편으로, 청구인은 "사생아"라는 단어를 사용하지 않고도 민주주의와 세속주의에 대한 자신의 비판을 완벽하게 표현할 수 있었을 것이고 자유로운 공개토론에 기여할 수 있었을 것이다(*Constantinescu v. Romania,* no.28871/95, 문단 74, ECHR 2000-VIII 참고).

현 판결은 다른 많은 점에서도 재판소의 확립된 선례와 양립할 수 없다. *Otto-Preminger-Institut v. Austria* 사건(1994년 9월 20일 판결, SeriesAno.295-A, pp.18-19, 문단 49)에서, 재판소는 아래와 같이 판시하였다:

"제10조 제1항에서 규정된 권리와 자유를 행사하는 사람은 누구든지 '의무와 책임'을 부담한다. 그들 중에 -종교적 의견과 신념의 맥락속에서- 타인에게 불필요하게 공격적인 표현으로 타인의 권리를 침해하는 발언, 따라서 인간사의 진보에 기여할 수 있는 공개 토론에 기여할 수 없는 발언을 최대한 삼가는 것이 해당 의무와 책임에 정당하게 포함될 수 있다."

또한 동일한 판결에서(p.20-21, 문단 56), 재판소는 다음과 같이 결론을 내렸다:

"... 해당 영화를 압류함에 있어서, 오스트리아 정부는 그 지역에서 종교적 평화를 보호하고 부당하고 모욕적인 방식으로 일부 국민들의 종교적인 신념이 공격당하는 것으로 느끼지 않도록 예방의 조치를 내렸다..."

Müller and Others v. Switzerland(1998년 5월 24일 판결, Series A no.133), *Otto-Preminger-Institut*(위 인용) 및 *Wingrove v. the United Kingdom*(1996년 11월 25일 판결, 판결과 결정 보고서 1996-V)에서, 재판소는 "... 유럽 내 도덕에 대한 통일된 개념을 정의하는 것은 불가능하다... 각 회원국은 직접적이고 지속적으로 국내에서 일어나는 다양한 활력을 경험한다는 점에서, 각국 정부는 원칙적으로 국제 법원보다 '제한의 필요성'뿐만 아니라, 해당 맥락에 대해 좀 더 정확한 의견을 제시할 수 있다는 점에서 유리한 위치에 있다(*Müller and Others,* p.22, 문단 35).

Wingrove(p.1957-58, 문단 58)은 종교적 민감성에 대한 국가의 재량여지에 대하여 훨씬 더 구체적으로 언급하고 있다:

"... 일반적으로 도덕의 영역, 특히 종교의 영역과 관련하여 타인의 신념에 대한 공격을 가하기 쉬운 문제와 관련된 표현의 자유를 규제하는 경우, 보다 넓은 범위의 재량권이 각 회원국에게 주어진다..."

위에서 언급한 세 개의 모든 판결에서, 재판소는 부당하고 공격적인 방식으로 종교에 대한 신자들의 신념이 침해되었으며, 종교적 평화를 보호하기 위한 정부의 제한 조치가 협약의 가치를 침해하지 않는 것으로 보고 제10조의 침해가 없다고 판단했다. *Otto-Preminger-Institut*과 *Wingrove*에서의 종교적 신념에 대한 보호와 *Müller*에서의 타인의 도덕과 관련된 보호는 청구인의 표현의 자유보다 중요하다고 판단되었다.

이 사건에서는 종교적 신념에 대한 공격이 아니라, 터키 국민의 절대 다수가 선택한 세속적인 삶에 대한 공격과 관련되어 있다.

나는 이 판결로 인해 외부에서 재판소가 종교적 가치를 보호하는 것만큼 세속적 가치를 보호하지 않는다고 해석할 수 있다는 데 우려를 표한다. 이와 같이 가치에 대해 차이를 두는 것은 이것이 의도적이든 아니든, 협약의 내용

과 정신에 반하는 것이다.

Pettiti 판사가 *Wingrove*에서 별개의견을 통해 정확히 지적한 바와 같이, 제10조 제2항에서 언급된 "타인의 권리"는 종교적 신자들의 권리만 해당하는 것이 아니다. 세속적 사람들의 권리 또한 이에 포함될 수 있다.

이 판결에서 다수의견은 터키 법원에 의한 청구인에 대한 유죄는 협약 제10조를 침해했다는 결론을 내렸다.

그러나, 다수의견은 아래의 결론을 수용했다:

(a) "사생아"라는 단어는 증오표현이며, 청구인은 공개 토론에 참여한 사실에 의해서가 아니라 증오표현으로 인해 유죄판결을 받았다(문단 44).

(b) 회원국은 도덕적 영역, 그리고 특히 종교적 영역과 관련하여 공격적인 발언에 대한 광범위한 재량권을 가진다(문단 37).

(c) "사생아"라는 단어는 부당하고 공격적인 방식에서 세속적 사람들의 신념에 대한 공격이다(문단 49).

이러한 결론들은 침해가 없었다는 설득력 있는 이유가 될 수는 있으나, 다수의견은 오로지 하나의 근거에만 기초하여 침해에 대한 결론을 내렸다: 1996년 4월 1일 터키 법원의 판결은 "사생아"라는 단어에 충분한 중요성을 부여하지 않았다는 것이다. 이는 확실히 옳지 않다.

판결의 이유와 관련하여, 터키 법원은 청구인이 민법에 의해 혼인한 부부의 자녀를 "사생아"라고 지칭한 발언에 대해 구체적으로 언급하고 있다. 해당 단어의 사용은 청구인의 유죄를 결정하는 데 결정적인 요소 중 하나에 해당했다. 터키 법원은 청구인의 다른 발언들에 대해서도 검토했으며 전체적으로 봤을 때 청구인의 발언은 증오에 대한 선동에 해당한다는 결론에 도달했다.

나는 터키 법원의 이러한 해석에 동의하며, 그 이유는 해당 프로그램에서 청구인이 종교의 권위라는 유리한 위치에서 해당 발언을 했으며, 청구인은 그의 발언이 곧 신의 뜻이라고 주장했다. 청구인은 민주주의와 세속주의에 대한 강한 반대, 그리고 샤리아에 기초한 국가 체제에 대한 강한 옹호적 발언은 신이 바라는 것이라고 강력하게 주장했다. 즉 청구인의 의견에 동의하지 않거나, 민주주의와 세속주의를 지지하는 사람들은 신의 뜻을 저버리는 사람들로 묘사되었다. 나는 이러한 청구인의 행위가 증오표현의 대표적인 예라고 생각한다.

나는 청구인이 생방송에 참여했기 때문에 "사생아" 발언이 제10조에 부합한다는 이 판결의 문단 49의 논리가 설득력이 없다고 생각한다. TV 생방송 프로그램의 대상은 방송 출연자들이 아니라 일반 대중이다. 따라서 청구인

이 "사생아"라는 단어를 언급한 순간, 해당 발언으로 인해 공격을 받을 수 있는 대중에게 향한다(준용, *Wingrove,* pp.1959-60, 문단 63).

또한 청구인은 해당 발언을 생방송 중에 한 것이므로 청구인이 그 발언을 정정하거나 철회하는 것이 불가능했다는 결론에 대해서는, 다른 출연자들이 청구인에게 해당 발언을 정정할 수 있는 기회를 제공했기 때문에 맞지 않는 결론이다. 청구인은 해당 발언을 정정하기보다는 종교적인 용어라고 더욱 강하게 정당화하는 것을 선택했다.

마지막으로 평결에 대한 결정이 어떻든 간에, 이 사건의 모든 특수한 상황과 재판소의 선례를 고려할 때(*Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no.23118/93, 문단 56, ECHR 1999-VIII; *Skałka v. Poland,* no.43425/98, 문단 48, 27 May 2003; 그리고 *Thoma v. Luxembourg,* no.38432/97, 문단 74, ECHR 2001-III), 재판부가 청구인에 대한 제10조 침해가 있었다고 인정한 것만으로도 충분한 보상이 되었다고 판단할 수 있었음에도 불구하고, 청구인의 비금전적 손해에 대하여 금전적 배상을 하라는 결정을 내린 데 대해 유감을 표한다.

4. Faruk Temel v. Turkey

2011년 2월 1일

합법적 정당의 대표인 청구인은 당 회의에서 기자들에게 성명을 낭독하였다. 이 성명에서 그는 미국이 이라크에 개입한 것과 테러 조직 지도자를 독방에 감금한 행위를 비판하였다. 그는 또한 경찰에 연행된 사람들의 실종에 대해서도 비판하였다. 그의 연설 후 청구인은 폭력이나 다른 테러 방법의 사용을 공개적으로 옹호했다는 이유로 선전 유포에 유죄 판결을 받았다. 청구인은 자신의 표현의 자유가 침해되었다고 반박하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 특히 청구인이 자신의 당의 견해를 대변하는 정치인이자 야당 당원으로 대중의 관심 주제에 대해 연설했다는 사실을 주목하였다. 재판소는 전체적으로 보았을 때 그의 연설이 타인에게 폭력, 무장 저항, 봉기를 선동하지 않았으며 증오 발언에 이르지 않았다고 보았다.

[우선적으로 참고할 판례]

Dicle(no.2) v. Turkey, 2006년 4월 11일 판결(세미나 보고서 발간과 관련하여 사회계층, 인종, 종교의 구별에 근거하여 증오와 적개심을 부추긴 혐의로 유죄 판결)

Erdal Taş v. Turkey, 2006년 12월 19일 판결(쿠르드족 문제에 관한 분석 기사를 신문에 발행한 후, 테러 조직의 성명을 발간했다는 이유로 국가 불가분성에 반대하는 선전 유포 혐의로 유죄 판결)

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

4

유럽인권재판소

2부문

FARUK TEMEL v. TURKEY

(청구번호 16853/05)

판결

스트라스부르

2011년 2월 1일

최종판결

2011년 5월 1일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다. 편집 상의 수정이 있을 수 있다.

Faruk Temel v. Turkey 사건에서 유럽인권재판소(2부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Françoise Tulkens, *재판장,*

Ireneu Cabral Barreto,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi, *판사,*

Stanley Naismith, *부문 서기*

2011년 1월 11일 심리하였고, 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 같은 날 채택되었다:

사건의 경과

1. 본 사건(청구번호 16853/05)은 스페인 국적의 Faruk Temel이 터키공화국을 상대로 협약 제34조에 따라 2005년 4월 16일 유럽인권재판소에 청구한 사건이다.

2. 청구인의 변호는 하카리 주 변호사 Demiroğlu가 맡았으며. 터키 정부는 정부 대리인이 맡았다.

3. 청구인은 청구인 본인의 구금 및 구금 기간에 대한 위법성을 제기했다. 또한 청구인이 공정한 재판을 받을 권리를 침해당했다고 주장하면서 경찰서 구류 당시 변호사를 제공받지 못했으며 그의 무죄를 주장할 적법한 방편이나 절차가 없었다고 주장했다.

4. 2008년 11월 12일, 2부 문장은 본 사건이 재판부에 청구되었음을 통보하였다. 또한 협약 제29조 제1항에 따라 본 사건의 심리적격 여부와 본안을 동시에 검토하기로 결정하였다.

사실관계

I. 사건의 배경

5. 청구인은 1982년 출생으로 하카리 주에 거주하고 있다.

6. 2003년 1월 21일 오후 1시경, 청구인은 인민민주당(HADEP, Halknn Demokrasi Partisi, the People's Democracy Party)의 청년회 대표로 하카리 주에서 개최된 집회에서 "언론과 민중에게 고함(Basına ve Kamuoyuna)"이라는 성명서를 발표했다.

7. 같은 날 2시경, 터키보안방위부 소속 경찰 3명이 해당 집회에 대해 보고했다. 해당 보고에 따르면, 청구인은 집회에서 이라크에 대한 미국의 개입과 압둘라 외잘란(Abdullah Öcalan) 의 독방 수감에 대해 규탄하는 성명서를 발표했으며, 쿠르드자유민주회의(KADEK)의 지도자 압둘라 외잘란을 '존경하는 KADEK의 지도자'라고 불렀으며 "전쟁 반대", "정의개발당(AKP) 반대", "구금 중 실종자들을 찾아내라", "독방 수감 반대", "독방 수감자들에게 해방과 자유를"과 같은 슬로건을 외쳤다고 밝혔다.

8. 같은 날 경찰은 해당 집회 내용을 영상 및 문서로 기록했으며 본 사건과 관련된 내용은 다음과 같다:

인민민주당 청년회 대표 Faruk Temel은 1시경 150여 명을 대상으로 다음과 같이 발표하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

"전 세계와 인류는 새로운 전쟁에 직면해 있다. 국제 자본주의 세력과 석유재벌 등은 자신들의 부를 늘리려 전쟁을 원하고 있다. 이러한 세력은 미국의 주도 하에 전쟁을 통해 이라크 지역과 부를 손에 넣으려고 한다. 이들은 인권의 가치와 국제법, 모든 현 시대의 인류의 가치를 무시한 채 우리 조국을 전쟁 속으로 끌어들이려고 한다. 중동을 시작으로 발발하는 국지전으로 인해 우리 조국은 전쟁의 위험에 직면해 있다." 그리고 집회 참가자들은 "전쟁 반대"라는 슬로건을 외쳤다.

"KADEK 의 지도자 압둘라 외잘란(Abdullah Öcalan)은 4년 전부터 계속 독방에 수감되어 있으며 지난 7주간 그는 변호인이나 가족 접견을 금지 당했다. 이러한 사실은 사회 평화와 민주주의의 지속가능성을 위협하는 문제이며, 그의 독방 수감은 부당한 문제다." 그러자 집회 참가자들은 "독방 수감 반대"라는 슬로건을 외쳤다.

"점점 악화되고 있는 상황은 우리 사회 전반에 영향을 끼칠 것이며 특히 우리 청년들에게는 더욱 큰 영향을 미칠 것이다. 우리 청년들은 제국주의자들의 이익을 위해 내려진 이 전쟁의 결정 속에 우리의 목소리를 낼 자리는 없다... "집회 참가자들은 "우리는 미국의 용병이 아니다"라고 외쳤다. "정의개발당(AKP) 집권 정부의 혼란스러운 태도와 미국에 대한 당파적 태도는 정부의 수준을 나타내는 것이다. 특히 어떠한 노력도 하지 않는 의회 의원들만 봐도, 그리고 전쟁으로 인한 피해가 가장 심각할 지역에서 어떠한 목소리도 내지 않는 것만 봐도 정의개발당(AKP)이 평화와 민주주의의 가치를 얼마나 무시하는지 알 수 있다." 집회 참가자들은 "정의개발당 반대"를 외쳤다.

"우리는 우리의 동지 인민민주당(HADEP) Silopi지부 회장인 동지 Serdar Tanış와 부회장 Ebukedir Deniz의 유죄선고와 구금에 대한 진실 규명을 원한다. 이들은 2001년 1월 25일 경찰에 끌려가 구금된 이후 소식이 끊긴 상태다." 집회 참가자들은 "실종자들을 찾아내라"라는 구호를 외쳤다.

"우리 조국이 또다시 위기의 시기 속에 희생양이 되지 않으려면 즉각 독방에 수감된 자들을 석방해야만 한다. 터키 사회의 주요 현안인 쿠르드족 문제를 해결하기 위해서는 평화적이고 민주적 접근의 해결책이 필요하다. 오늘 행동하지 않고 침묵하는 행동은 내일의 도덕적 책임으로 돌아올 것이다."

집회 참가자들은 침묵 속에 "전쟁 반대", "수감자들에게 석방과 자유를" 등의 슬로건이 든 팻말을 치켜들었다. 이후 참가자들은 모두 해산했다.

9. 하카리 주 보안당국은 경찰보고서, 집회영상 및 기록물을 검찰에 제출했고, 집회 및 시위에 관한 법률 제2911호와 형법 제169조를 위반한 혐의로 집회 주동자를 기소할 것을 요청했다.

10. 2003년 1월 23일, 청구인은 변호인 없이 하카리 주 검찰에게 취조를 받았다. 진술서에 따르면, 청구인의 혐의가 국가안보법원의 관할에 속함에도 불구하고 청구인은 자신의 권리를 안내받지 못했으며, 즉시 변론을 하였으며, 집회에서 성명서를 발표했다는 사실을 인정했다.

11. 2003년 1월 23일, 하카리 주 형사법원은 청구인에 대해 KADEK지도자를 언급한 것과 테러조직과 분열주의자를 지지하는 선동을 한 혐의로 구금을 명령했다. 법원 기록에 의하면, 청구인은 변호인의 도움 없이 자신의 혐의에 대한 처분을 통보 받았다.

12. 2003년 1월 24일, 해당집회를 촬영한 경찰들의 진술이 있었다. 이들은 청구인이 인민민주당(HADEP) 청년부 대표이며, 해당 집회에서 150여명의 청중 앞에서 성명서를 발표했으며, 참가한 청중은 이에 맞추어 구호를 외쳤다고 진술했다. 또한 청구인이 성명서를 발표한 후 청중은 모두 해산했으며 전단을 배포하는 사람 또한 없었다고 진술했다.

13. 2003년 1월 27일, 청구인의 변호인은 청구인에 대한 모든 혐의를 부인하면서 청구인의 구금 철회를 요구했다.

14. 2003년 2월 4일, 반(Van) 주 검찰은 청구인이 쿠르드족노동자당(PKK)·쿠르드족자유민주회의(KADEK[26]) 테러조직을 옹호하고 청중을 선동하여 형법 제169조와 테러금지법(법률 no.3713)을 위반한 혐의로 기소했다.

15. 청구인은 반(Van) 주 국가안보법원 검찰에 의해 기소되었고 청구인의 사건 판결을 위해 판사 3명으로 재판부가 구성되었다.

16. 2003년 3월 18일 열린 심리에서 청구인은 혐의에 대해 이라크 전쟁에 대한 의견을 성명서라는 민주적 방식으로 표현한 것일 뿐이라고 주장했다. 압둘라 외잘란에 대해 "존경하는(sayın)"이라는 표현을 사용한 것은 예의상의 표현일 뿐이며 쿠르드족노동자당(PKK)에 대한 선동이나 옹호의 의도는 없었다고 주장했다. 집회에서 사용된 "전쟁 반대", "수감자들에게 석방과 자유를", "독방 수감 반대", "실종자들을 찾아내라"와 같은 구호는 청구인이 아닌 청중이 외친 구호라고 주장했다. 또한 청구인은 외잘란에 대해 "존경하는 KADEK의 지도자"라고 표현한 적이 없음을 주장했다. 청구인은 또한 전단지를 만들거나 배포한 적이 없으며 성명서를 청중 앞에서 읽었을 뿐이라고 주장했다. 그의 변호인은 청구인이 쿠르드족노동자당(PKK)를 지원하거나 도움을 준 적이 없으며 하카리 주 인민민주당(HADEP)의 청년부 대표로서 청년부의 의견을 밝힌 것이라고 변호했다. 또한 청구인은 "우리는 이 전쟁을 멈추게 할 수 있다"라는 다른 성명을 발표했다는 주장에 대해서는 부인했다.

26) 쿠르드족노동자당(PKK)은 쿠르드족 독립을 주장하며 터키와 이라크를 중심으로 활동하는 무장단체로, 1999년부터 터키와의 무력분쟁을 벌여왔다. 2002년, PKK는 비폭력을 주장하며 쿠르드족자유민주회의(KADEK)로 단체명을 변경했다.

17. 2003년 3월 25일, 반(Van) 주 검찰은 청구인에 대한 본 사건의 본안 판단을 요청했다. 검찰은 청구인이 분열을 부추기는 성명서를 통해 테러조직의 지도자를 찬양했을 뿐만 아니라, 청년들을 선동해 터키 정부가 자신들의 요구를 들어주지 않을 시에는 내전을 일으킬 위협까지 야기한 혐의가 있다고 주장했다. 검찰은 또한 그동안 청구인이 발표한 성명서를 통해, 청구인은 테러조직 쿠르드족자유민주회의(KADEK)와 해당 조직의 지도자를 옹호하는 선동을 한 혐의가 있다고 주장했다. 따라서 테러조직을 옹호하고 청중을 선동한 죄로 형법 제169조와 테러금지법(법률 no.3713)을 위반하였으므로 청구인에게 유죄를 선고할 것을 주장했다.

18. 2003년 4월 15일, 청구인의 변호인은 변론을 통해 국내 법원의 처분이 부당하며 청구인은 테러조직을 옹호하거나 대중을 선동한 혐의가 없다는 입장을 다시 한번 밝혔다.

19. 같은 날, 반(Van) 주 국가안보법원은 판사 1명으로 재판부를 구성했고 재판부는 청구인의 혐의에 대해 유죄를 판결했다.

20. 2003년 9월 22일, 국가안보법원은 청구인의 구금에 대해 석방을 명령했다.

21. 2003년 10월 20일, 파기원(the Court of Cassation)은 청구인의 혐의에 대해 테러금지법(법률 no.3713 제5조 위반 대신 제7조 제2항에 따라 테러조직에 유리한 선전 및 테러나 폭력행위 선동의 혐의로 해석되어야 한다고 해석했으며, 이에 따라 청구인의 혐의는 재해석되어야 하므로 국가안보법원의 판결에 대해 파기환송 결정을 내렸다.

22. 2004년 2월 27일, 청구인은 자신의 혐의를 계속해서 부인했으며 인민민주당(HADEP)을 대표해 성명서를 낭독했을 뿐 테러나 폭력행위를 선동하는 어떠한 발언도 하지 않았음을 주장했다.

23. 2004년 3월 23일, 국가안보법원은 판사 3명으로 재판부를 구성했고 테러와 폭력 행위를 용인하여 대중을 선동한 혐의로 유죄를 선고했다. 법원은 테러금지법 제7조 제2항에 따라 청구인에게 1년의 징역형과 500,000,000터키 리라(TRL)의 벌금형을 선고했다. 다만 형법 제59조 제2항에 따라 청구인의 성실한 행실에 비추어 10개월의 징역형과 416,666,000리라 벌금형으로 감형 및 감액을 결정했다. 본 판결과 관련하여, 국가안보법원은 주로 집회 영상기록물과 인민민주당(HADEP) 청년부의 전단지 내용을 토대로 판결했고, 주 법원이 밝힌 판결 이유는 다음과 같다:

> "... 청구인은 성명서 발표를 통해 압둘라 외잘란에 대해 언급했다. 압둘라 외잘란은 PKK-KADEK 테러조직의 수장으로 수많은 학살을 자행한 책임이 있는 자이나 청구인은 그를 '존경하는 KADEK의 지도자 압둘라 외잘란으로 표현하며 경의를 갖추는 태도를 보였다. 청구인은 특히 압둘라 외잘란에 대한 법적 수감 조치를 부당한 '독방 수감' 이라고 언급하며 외잘란을 즉시 사면할 것을 주장했다. 이에 따라 청구인은 테러

조직의 수장을 공개적으로 옹호하는 선동을 한 것으로 판단한다.

수많은 대학살의 주동자를 옹호한 청구인의 행위는 따라서 폭력행위의 가장 극단적 형태인 대학살을 옹호한 수준에 해당한다..."

24. 청구인은 이에 항소했으며 보충서면을 통해 다음과 같이 주장했다: 주 법원은 상황의 전체 맥락을 판단하지 않고 성명서에서 일부만을 발췌하여 이를 토대로 판결을 내렸다. 유죄 판결의 이유가 된 성명서 "언론과 민중에게 고함"은 청구인이 속한 인민민주당(HADEP)의 입장을 대변하는 내용이며, 법원의 유죄 판결에 영향을 준 "우리는 이 전쟁을 멈추게 할 수 있다"라는 제목의 성명서는 청구인이 발표한 적이 없는 내용이다. 또한 "존경하는 압둘라 외잘란"이라는 표현을 사용한 것이 불법 조직에 대한 옹호의 행동으로 해석될 수는 없다고 주장했다. 성명서는 한 개인으로서가 아니라 한 정당의 일원으로서 발표한 것이며 그렇기에 민감한 사회적, 정치 및 경제적 현안에 대해 의견을 표명했다고 밝혔다.

25. 2005년 1월 27일, 대법원은 국가안보법원이 수집된 증거를 기반으로 적법한 절차에 따라 판결을 내렸다고 판단하고 청구인의 항소를 기각함으로써 청구인의 유죄를 확정했다.

II. 관련 국내법

1. 테러금지법(법률 no.3713)

26. 1991년 4월 12일 시행된 개정 전 테러금지법 제7조 제2항의 관련 내용은 다음과 같다:

"... 앞서 언급한 단체들을 지원하거나 선전하는 경우 1년에서 5년 이하의 징역형과 5천만~1억 리라 이하의 벌금형에 처한다..."

27. 2006년 7월 18일 시행된 개정 후 테러금지법 제7조 제2항의 관련 내용은 다음과 같다:

"테러조직을 선전하는 자는 1년에서 5년 이하의 징역형에 처한다..."

2. 국가안보법원에 관한 법(법률 no.2845)

28. 국가안보법원에 관한 법 제16조에서는 국가안보법원의 전속 관할 범위에 해당하는 혐의에 대해서는 최대 48시간 내에 법원의 심리를 받아야 하며, 관할 주 지역을 벗어난 국가 위기의 집단 범죄의 경우 15일 내 법원의 심리를 받아야 한다. 해당 기간은 해당 혐의자가 법원으로 이송되는 데 소요되는 시간을 포함한다.

3. 형법

29. 당시 형법 제169조의 관련 내용은 다음과 같다:

> "무장단체나 조직을 인지한 상태에서 도움을 주거나 의식주와 무기 등을 제공한 경우, 또는 어떤 형태로든 해당 조직을 지원한 경우에는 3년에서 5년 이하의 징역형에 처한다..."

30. 2003년 7월 30일에 도입되어 2003년 8월 7일 시행된 법률 no.4963에 따라, 형법 제169조의 "어떤 형태로든 해당 조직을 지원한 경우"의 문구가 삭제되었다.

31. 당시 형법과 관련된 조항으로는 형법 제135조, 제136조, 제138조가 있으며 형사상 범죄 혐의가 있거나 기소된 자는 모두 구속되는 순간부터 변호인의 조력을 받을 권리가 있다고 명시되어 있다.

I. 협약 제10조의 위반 여부

36. 청구인은 그가 발표한 성명서로 인해 표현의 자유가 침해되었다고 주장했다. 이에 대해 청구인은 권리 침해를 주장하고 본인을 변호할 어떠한 절차도 제공받지 못했다고 주장했다. 청구인의 주장과 관련, 재판소는 터키 국가안보법원과 대법원 심리 내용 중 협약 제10조와 관련된 사항만 검토한다. 협약 제10조 중 발췌한 관련 내용은 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리가 있다. 이 권리에는 정부 당국의 제한이나 제약 없이 의견을 가지고 정보와 아이디어를 받고 전달할 수 있는 자유가 포함된다...
>
> 2. 이러한 자유의 행사는 의무와 책임을 수반하므로 민주주의 사회에서 필요한 경우, 국가 안보, 영토 보전 또는 공공안전의 문제와 관련된 경우에는 법률에 규정된 형식, 조건, 제한 또는 벌칙의 대상이 될 수 있다. 무질서나 범죄의 예방, 보건이나 도덕의 보호, 타인의 평판이나 권리의 보호, 기밀정보 유출 방지, 사법부의

권위와 공정성 유지를 목적으로 하는 제한 등이 이에 해당한다."

37. 터키 정부는 청구인의 제10조 침해 주장을 부인했다.

A. 심리적격 여부에 대한 결정

38. 본 청구 건은 협약 제35조 제3항에 의한 명백히 근거가 부족한 사건에 해당하지 않는 것으로 판단하며 기타 심리 부적격 사유가 없는 것으로 판단한다. 따라서 본 청구 건은 받아들여질 수 있는 것으로 판결한다.

B. 본안 판단

1. 양 측의 주장

39. 터키 정부는 주장에 앞서, 정당이 전쟁이나 정부 정책을 비판하거나 항의하는 것은 민주적 권리임을 강조했다. 민주주의 사회에서는 특히 언론을 통한 항의 또는 비난을 통해 국민과 정치인들에게 자신의 의견을 표현할 수 있으며 이를 통해 건설적인 정치적 토론이 활성화될 수 있다고 언급했다.

40. 정부는 청구인이 유죄 선고를 받은 것은 성명서를 통해 정부를 비난했기 때문이 아니며. 청구인이 압둘라 외잘란의 독방 수감 조치에 대해 항의하는 것은 그의 표현의 자유와 아무런 상관이 없다는 의견을 제출했다. 또한 정부에 대해 항의하는 것과 불법무장조직을 선전하는 것은 분명히 다르다는 점을 강조했다. 청구인이 언급한 바와 같이 독방 수감 중인 압둘라 외잘란은 PKK테러조직의 수장으로서 터키의 동부, 서부, 북부, 남부와 같이 전 지역에서 수많은 학살을 자행한 범죄자라고 밝혔다. 정부는 이와 같은 범죄자 또는 범죄를 옹호하고 선전하는 방편으로 표현의 자유가 악용되어서는 안 된다고 주장했으며, 이는 국가의 질서와 범죄예방을 위한 합당한 주장임을 강조했다. 특히 언론을 활용한 선전은 터키 전 사회에 영향을 끼칠 수 있으며 국가 질서와 범죄에도 악영향을 줄 수 있다. 이와 같은 선전 행위는 압둘라 외잘란과 같은 범죄자에게 힘을 실어줄 뿐만 아니라 PKK테러조직원에 의한 다른 범죄가 일어날 빌미를 제공할 수도 있으며, 선전에 의해 어떤 형태로든 영향을 받은 사람들의 적개심으로 인해 터키 사회의 평화가 깨져서는 안 된다고 주장했다.

41. 청구인은 정부의 주장에 반박하면서 그는 집회에 사용된 구호나 선전물을 만들지도 않았으며 테러조직 또는 특정 개인 그 누구에게도 이익을 주는 선전 행위를 한 적이 없을 뿐만 아니라, 폭력이나 테러를 조장하는 행위를 한 적도 없음을 강조했다. 청구인은 성명서를 통해 당시 정부의 결정과 중동에 대한 미국의 개입에 대해 비판한 것이

라고 주장했다. 또한 성명서의 목적은 당시 국내 교도소 수감자들의 실태와 국내 현안과 지역 상황 등을 대중에게 알리고, 이에 대한 해결책을 제시하고자 한 것이라고 주장했다. 따라서 성명서를 통해 법률을 위반하거나 민주주의를 위협하고자 한 의도가 전혀 없다고 설명했다.

42. 마지막으로 청구인은 압둘라 외잘란에 대해 "존경하는"이라는 존칭표현을 사용한 것은 예의상의 표현이었을 뿐 압둘라 외잘란의 정치적 정체성과 관련된 표현을 한 것이 아니라고 설명했다. 또한 설사 정치적 정체성과 관련된 의도의 표현이었다 하더라도 범죄 행위로 해석될 수 없으며, 많은 유럽 의회에서도 압둘라 외잘란에 대해 해당 표현을 사용하고 있다고 덧붙였다.

2. 재판소의 평가

43. 재판소가 보기에 터키 테러금지법(개정 전) 제7조 제2항에 따라 청구인에게 부과된 징역형과 벌금형은 명백히 청구인의 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다. 이 점에 대해서는 양쪽 당사자 모두 이의를 제기하지 않았다.

44. 위에서 언급한 제한 행위는 "법에 명시되어있는지"의 여부와 협약 제10조 제2항에 명시된 정당한 목적에 하나 이상 부합하는지, "민주주의 사회에서 필요한" 사항의 목적에 부합하는지를 판단해야 한다. 따라서 재판소는 터키 정부의 해당 제한이 제10조의 예외사항으로 판단될 수 있는지에 대해 차례로 검토하고자 한다.

(a) "법률에 근거하고 있는지" 여부

45. 터키 정부에 따르면, 본 사건에 대한 정부의 제한은 개정 전 테러금지법 제7조 제2항을 적용하였다.

46. 청구인은 국가안보법원이 테러금지법 제5조에 근거하여 판결한 하급심 판결을 파기하고 제7조 제2항에 근거하여 판결한 것에 대해 비판했다.

47. 재판소는 협약 제10조 제2항의 의미에 따른 "법률에 근거하고"이라는 말의 뜻은 무엇보다도 문제가 되는 조치에 대한 국내법적 근거를 된 사항인지를 보는 것이기도 하지만 문제가 되는 법률의 특징과 관련이 있기도 하다. 따라서, 근거 자료에 대한 확보 가능성, 해당 법 시행으로 인해 영향 받을 대상, 실질적인 법률 시행과의 양립가능성 또한 고려되어야 한다(대표적 판례로 *Ezelin c France,* 1991년 4월 26일, 문단 45, series A no.202 참고).

48. 본 사건에서는 청구인의 혐의가 명백히 개정 전 테러금지법 제7조 제2항에 유죄로 명시되어 있으므로 이 점에 대해서는 논란의 여지가 없다. 제7조 제2항에서는 테러조직을 선전하거나 조력을 제공하는 경우 1년에서 5년 이

하의 징역형과 중과금형을 선고 한다"고 명시되어 있다.

49. 재판소는 또한 근거자료에 대한 확보 가능성 또한 문제의 여지가 없는 것으로 판단한다. 그러나 인민민주당의 청년회 대표인 청구인이 성명서를 낭독한 행위가 "폭력 또는 테러와 관련된 행위의 사용"을 근거로 테러 조직을 옹호하고 대중을 선동한 것으로 보아 유죄를 선고받은 데 대해 주목하고자 한다(문단 23 참고). 재판소는 터키의 테러 금지법(개정 전) 제7조 제2항의 내용과 터키 주 보안법원과 대법원이 본 조항을 청구인의 유죄 선고에 적용한 점에 대해 심각한 의문을 제기하고자 한다(*Association Ekin v. France,* no.39288/98, 문단 46, ECHR 2001-VIII). 그러나 청구인의 행위에 대한 정부의 제한이 필요한지에 대한 여부는 해당 판결에서 논의할 필요성이 없는 것으로 판단한다(*Gözel and Özer v. Turkey,* nos.43453/04 및 31098/05, 문단 44, 2010년 7월 6일).

(b) 정당한 목적

터키 정부는 제한의 목적이 "질서 유지와 범죄 예방, 그리고 국가 안보 보호"라고 주장했다.

51. 청구인은 이에 대해서는 진술하지 않았다. 재판소는 터키 정부의 제한 목적이 제10조 제2항에 따른 표현의 자유의 예외 조항에 하나 이상 부합하는 것으로 판단한다.

(c) 민주사회에서의 필요성

i) 일반원칙

53. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다(*France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 45, ECHR 2007-XI).

54. 협약 제10조 제2항의 "필수적인"이라는 형용사는 "급박한 사회적 요구"의 의미를 내포하고 있다. 회원국은 이러한 사회적 요구를 판단할 수 있는 재량의 여지가 있으나 유럽 차원의 감독이 있어야 하며, 이는 법률의 제정뿐만 아니라 독립된 법원의 판결에도 적용된다. 따라서 재판소는 해당 "제한"이 협약 제10조에 의해 보장되는 표현의 자유에 부합하는지에 대해 판단을 내릴 수 있다.

55. 실제로 협약 제10조 제2항에 따라, 정치적 연설이나 논쟁에 있어 표현의 자유를 제한하는 경우는 매우 드물다. 정치적 연설이나 논쟁은 특히나 표현의 자유가 중요시되는 영역이며(*Brasilier v. France,* no.71343/01, 문단 41,

2006년 4월 11일), 공익의 범위에 해당하는 영역(대표적 판례로, *Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 61, ECHR 1999-IV, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July,* 위 인용, 문단 46, 그리고 *Wingrove v. The United Kingdom,* 1996년 11월 25일, 문단 58, 판결과 결정 보고서 1996-V 참고)이기 때문이다.

표현의 자유는 또한 정당과 그 구성원에게는 특히 중요한 가치이며, 정치인 중에서도 특히 야당 정치인의 경우에는 더욱 더 표현의 자유는 중요하므로 이들의 표현의 자유를 제한하는 일에 있어 재판소는 더욱 세심한 주의를 기울일 필요가 있다(*Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일, 문단 17, Reports 1998-IV). 또한 정부에 대한 비판은 개인이나 정치인에 비해 더욱 폭 넓게 수용되어야 한다(*Incal,* 위 인용, *Han v. Turkey,* no.50997/99, 문단 29, 2005년 9월 13일, 그리고 *Yalç cner v. Turkey,* no.64116/00, 문단 43, 2008년 2월 21일).

56. 재판소는 또한 재판소의 역할은 국내 법원을 대체하는 것이 아니며 협약 제10조에 따라 국내 법원이 주어진 재량에 따라 판단 내린 결정을 검증하는 데 있다. 따라서 재판소의 역할은 국가가 선의에 기반하여 합리적인 판단을 통해 공권력을 사용하였음을 확인하는 수준에만 그치지 않는다. 재판소는 제10조에 대한 정부의 제한 행위가 사건의 전반을 고려할 때 타당하며 "연관성과 충분성"을 확보했는지, "합당한 목적에 기반한 균형적 판단"인지를 반드시 살펴보아야 한다"(대표적 판례로, *Goodwin v. the United Kingdom,* 1996년 3월 24일, 문단 40, Reports 1996-II 참고). 이로써 재판소는 회원국이 사실과 근거에 기반하여 협약 제10조의 원칙을 준수했는지를 판단해야 한다(대표적 판례로, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 45, ECHR 1999-I, 그리고 *Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 32, ECHR 1999-IV 참고).

57. 마지막으로, 재판소는 정부 당국이 테러를 방지하기 위한 효과적 방안을 도입하고 테러와 관련된 대중 선동에 대응할 필요성에 대해서는 논란의 여지가 없음을 강조하고자 한다. 또한 본 사건에서 논란이 된 지역이 특히나 분쟁 위험이 높은 지역이며 정부가 이에 대해 세심한 주의를 기울이고 테러 방지를 위해 대응하는 일에 대해서도 문제의 여지가 없다고 판단한다(준용, *Association Ekin, 위 인용,* 문단 63 참고). 이러한 관점에서, 재판소는 개인의 천부적 권리인 표현의 자유와 테러 행위로부터 민주사회를 보호하기 위한 합당한 제한 행위가 충돌 시, 각 사건의 맥락과 상황 및 국가의 재량권을 고려해야 한다(*Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일, 문단 55, Reports 1997-VII, *Karataş v. Turkey* [GC], no.23168/94, 문단 51, ECHR 1999-IV, *Yalçın Küçük v. Turkey,* no.28493/95, 문단 39, 2002년 12월 5일, 그리고 *İbrahim Aksoy v. Turkey,* nos.28635/95, 30171/96 그리고 34535/97, 문단 60, 2000년 10월 10일).

ii) 원칙의 적용

58. 본 사건의 사실과 맥락을 고려할 때, 국가 안보와 국민의 안전의 관점에서 테러를 방지하기 위해 취한 정부의 대응은 이전 판례들에 기반한 원칙에 적용된다.

59. 재판소는 청구인이 당시 하카리 주 인민민주당 청년회 대표였으며 약 150명의 청중을 대상으로 성명서를 발표했다는 사실에 주목하며, 또한 대중 선동의 혐의로 10개월의 금고형과 개정 전 테러금지법 제7조 제2항에 따른 벌금형을 선고받았음을 확인한다.

60. 재판소는 청구인이 본인 스스로를 정치적 삶의 행위자로서 표현한 것을 알고 있다. 청구인은 터키의 여러 정치적인 상황과 미국의 이라크 침공과 같은 긴박한 국제 현안에 대한 인민민주당의 입장을 대변했다. 야당의 당원으로서, 청구인은 터키가 정치적, 경제적, 그리고 사회적으로 상황이 악화되는 분쟁에 휘말리지 않기를 원했다.

그는 터키 정부와 집권여당(정의개발당, AKP)의 무책임한 행동을 비난했으며 그가 "존경하는"이라는 존칭 표현을 한 압둘라 외잘란의 독방 수감에 대해서도 비난했다. 청구인은 성명서를 통해 외잘란의 독방 수감은 인권을 침해하는 것이며 국제법을 위반하는 것이라고 주장했다. 청구인은 더 이상의 침해를 막기 위해 터키의 모든 교도소의 독방 수감 제도를 없애자고 주장했다. 또한 압둘라 외잘란을 포함하여 사회 평화를 위해 모든 수감자들을 사면할 것을 주장했다. 청구인은 인민민주당의 당원 두 사람이 실종된 것을 포함하여 모든 실종자들에 대해 문제를 제기했으며 마지막으로 쿠르드족 분쟁 문제는 민주주의와 평화로 해결해가기를 바란다고 언급했다.

61. 재판소는 터키 국가안보법원과 대법원이 판결의 과정에서 청구인의 모든 주장(위 문단 23 참고)을 고려하지 않았다는 데 주목한다. 터키 법원은 단 한 가지 특정 내용만을 근거로 채택했고, 성명서의 전체 맥락과 청구인의 특성과 상황, 성명서가 발표된 장소와 상황 등에 대해서는 고려하지 않았다. 또한 성명서의 내용에 있어, 청구인의 상황과 당시의 상황을 고려할 때, 청구인이 테러 조직에 유리한 선전을 했다는 판결은 인정되지 않는다.

62. 재판소는 또한 성명서의 내용을 전체적으로 볼 때, 그 내용이 폭력이나 무장시위, 또는 폭동을 선동했다고 볼 수 없으며, 가장 핵심적으로 증오표현으로 볼 만한 요소가 성립되지 않았다는 것에 주목한다(*Savgın v. Turkey,* no.13304/03, 문단 45, 2010년 2월 2일, *Sürek,* 위 인용, 문단 62, 그리고 *Gerger v. Turkey* [GC], no.24919/94, 문단 50, 1999년 7월 8일). 성명서는 특정 인물에 대한 부조리한 표현으로 폭력을 조장하지 않았으며(반대로, *Sürek,* 위 인용, 문단 62 참고), 따라서 청구인에 대한 유죄 판결이 "사회적으로 꼭 필요한" 조치라고 볼 수 없다.

63. 재판소는 정부의 제한 범위를 정할 때 처벌의 강도와 특성 등이 고려되어야 한다고 판단한다(대표적 판례로, *Ceylan, 위 인용,* 문단 37, 그리고 *Mehdi Zana v. Turkey*(no.2), no.26982/95, 문단 36, 2004년 4월 6일). 본 사건에서는 청구인에게 부과된 처벌(징역 10개월 및 벌금형)의 강도에 대해 살펴보고자 한다. 이와 관련하여 정부는 권력을 가진 위치에 있으므로 부당한 공격이나 비난 등에 대응할 때 최대한 형사적 처벌의 사용을 지양하고 다른 방법의 조치를 취해야 한다는(*Karataş, 위 인용,* 문단 50) 재판소의 입장을 밝힌다. 따라서, 민주주의 정부라면 비난을 수용해야 하며, 특히 터키의 경우 쿠르드족과 이라크 전쟁, 압둘라 외잘란을 포함한 국내 수감자 문제 등에 있어서는 더욱

그 비난을 수용해야 한다 Öcalan(*Han v. Turkey,* no.50997/99, 문단 32, 2005년 9월 13일). 재판소는 또한 한 개인에 대한 비난보다 정부에 대한 비난의 허용은 더 폭넓게 인정된다는 점을 강조하고자 한다(준용, *Yazar and others v. Turkey,* nos.22723/93, 22724/93 및 22725/93, 문단 58 및 59, ECHR 2002-II 참고).

64. 법률 자체 및 터키 법원의 법률 해석을 기반으로, 재판소는 터키의 개정 전 테러금지법 제7조 제2항에 의한 정부의 제한 행위는 "민주사회에 꼭 필요한" 조치로 해석할 수 없으며, 따라서 터키 정부가 협약 제10조를 위반한 것으로 판단한다.

II. 협약 제6조 침해 여부

65. 청구인은 심문 과정에서 변호인의 조력을 받지 못했으며 법원에서의 공정한 재판을 받을 권리를 보장받지 못했다고 주장했다. 청구인은 또한 파기원이 진행한 법적 자격 절차의 결과가 외부의 영향을 받았다고 문제 제기했으며, 스스로를 변호할 충분한 시간과 편의가 주어지지 않았을 뿐만 아니라, 그는 법정에 출석하지도 않은 증인의 진술을 바탕으로 그의 유죄가 결정되었다고 주장했다. 재판소는 이에 협약 제6조 제1항과 제3 (b), (c)항에 따라 침해 여부를 검토하고자 한다. 해당 조항은 아래와 같다:

> 모든 사람은 형사상의 죄의 결정을 위하여(...) 법률에 의해 설립된 독립적이고 공평한 법원에 의해 공정한 심리를 받을 권리... 를 가진다...
>
> 3. 모든 형사 피의자는 다음과 같은 권리를 가진다:
>
> ...
>
> b) 자신의 변호의 준비를 위하여 충분한 시간과 편의를 가질 것.
>
> c) 직접 또는 본인이 선택한 법적 조력을 통해 자신을 변호할 것, 또는 법적 조력을 받기 위한 경제적 여건이 되지 않을 때는 사법상의 이익을 위해 필요한 경우 무료로 법적 조력이 부여될 것.
>
> d) 자기에게 불리한 증인을 심문하거나 심문받도록 할 것, 그리고 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자신을 위한 증인을 출석시키도록 하고 또한 심문받도록 할 것...

A. 심리적격 여부에 대한 결정

1. 경찰에 의한 구금 당시 변호인의 조력 부재

66. 정부는 청구인이 국내 법원의 재판 과정에서는 해당 문제를 제기하여 구제를 받지 않았으므로 해당 건에 대해 받아들여질 수 없다고 주장했다.

67. 두 번째로 정부는 기간의 만료를 근거로 받아들여질 수 없다고 주장했다. 6개월 내 해당 문제를 제기해야 했으나 청구인은 2003년 1월 23일 판결에 대해 통보받았고 그의 청구는 2005년 4월 16일에서야 이루어졌다는 점을 주장했다.

68. 청구인은 정부의 이러한 주장을 부인했다.

69. 국내 구제 절차를 거치지 않았다는 정부의 주장에 대해, 재판소는 이전의 판례에서도 해당 주장을 인정하지 않은 바 있다(*Taıçilgil v. France,* no.13/2003 및 16943/03, 문단 31, 2009년 3월 3일, 그리고 *İzzet Özcan v. Turkey,* no.10324/05, 문단 21, 2009년 7월 28일). 본 사건에 대해서도 이를 적용하여 정부의 첫 번째 주장을 기각한다.

70. 6개월 기간의 만료라는 정부의 두 번째 주장에 대해서도 이미 유사한 판례에서 이를 기각한 바 있으므로 (*Mehmet Ali Ayhan v. Turkey*, no.20406/05, 문단 20, 2009년 11월 3일, *Boz v. Turkey,* no.2039/04, 문단 24, 2010년 2월 9일, 그리고 *Ditaban v. Turkey,* no.69006/01, 문단 47, 2009년 4월 14일), 정부의 두 번째 주장 또한 기각 결정한다.

71. 재판소는 청구인의 제6조 침해 주장에 대해 협약 제35조 제3항에 따라 명백히 근거가 없는 주장으로 볼 수 없으므로 해당 심리가 받아들여지지 않을 이유가 없는 것으로 판단한다. 따라서 본 건은 받아들여질 수 있는 것으로 판단한다.

2. 청구인의 제6조 제1항 및 제3 (b)항에 따른 기타 권리 침해 여부

72. 재판소는 해당 권리 침해 여부 또한 앞서 받아들여질 수 있다고 판단한 건과 관련이 있으므로 이 또한 받아들여질 수 있다고 판단한다.

B. 본안

73. 정부는 먼저 해당 사건이 발생했을 때 시행 중이었던 '국가안보법원의 설립에 관한 법' 제16조에 따라 체포가 된 사람이 변호인의 조력을 받을 수 있는 것은 구금된 이후 또는 구금이 연장된 경우에만 해당된다고 설명하였다. 따라서 이 사건에서 협약 제6조 제1항과 제3항(c)의 위반은 없었다고 주장했다. 실제로 청구인에 따르면: 그는 자신에게 불리한 사실들을 자백하지 않았다; 판사는 진술의 내용을 가지고 청구인의 구금 여부를 결정하였다; 그러므로 청구인의 진술은 그의 구금에 대한 이유가 아니었다; 청구인이 변호인의 조력을 받았다 하더라도 증언을 달리하지는 않았을 것이다. 변호사가 있었다 하더라도 청구인의 구금과 관련이 없었을 것인데 법률과 사건 파일에 있는 증거에 근거하여 구금이 이뤄진 것이기 때문이다.

74. 정부는 재판 과정에서는 변호인이 청구인을 대리하였으며 2004년 3월 23일 내려진 판결은 재판에서 청구인이 한 진술에 근거한 것이 아니라고 밝혔다. 증인의 진술에 기반하지 않았다고 주장했다. 정부는 절차의 공정성은 전체 절차가 진행된 방식에 따라 평가되었으며 제6조의 요건 중 한 가지를 충족하지 못한 것이 제6조의 위반으로 간주되어서는 안 된다고 밝혔다. 위원회는 전체적으로 절차가 불공정하였다고 볼 수 있는 공식적 증거는 없다고 보았다. 마지막으로 정부는 이 사건은 *Salduz v. Turkey*사건과([GC], no.36391/02, 2008년 11월 27일) 두 가지 측면에서 다르다고 주장했다. 첫째, 청구인은 변호인의 부재에 대해 구금 당시가 아니라 재판에서 문제를 제기하였다. 둘째, 청구인은 미성년자가 아닌 성인이었다는 점이다.

75. 재판소는 터키 정부가 이전 판례를 통해 이미 해당 사건과 유사한 문제를 검토할 기회가 있었으며 *Salduz* 판례에서도 구금 중 변호인의 조력을 받지 못하는 것은 협약 제6조 제1항과 제3항 (c)을 위반하는 것임을 밝힌 바 있다(*Salduz, 위 인용,* 문단 45-63, 그리고 *Savaş v. Turkey,* no.9762/03, 문단 61 및 71, 2009년 12월 8일). *Salduz*판례에서 정한 원칙에 기반하여 본 사건을 살펴볼 때(위 인용, 문단 50-55), 정부의 주장을 인정할 어떠한 사실이나 근거가 없는 것으로 판단한다.

76. 따라서, 터키 정부의 협약 제6조 제1항과 함께 제6조 제3항 (c)의 위반 또한 있었던 것으로 판단한다.

77. 위 판단으로 이미 협약 제6조의 핵심 사항에 대해 판결했으므로 청구인의 협약 제6조 제1항, 제3항 (b) 및 (d) 항의 침해 주장은 위 판단으로 갈음한다. 따라서 협약 제6조에 따른 더 이상의 심리는 없음을 밝힌다(특히 *Ünsal v. Turkey,* no.24632/02, 문단 33, 2007년 2월 20일, 그리고 *Savaş v. Turkey,* no.9762/03, 문단 87, 2009년 12월 8일 참고).

II. 협약 제5조 위반 여부

78. 청구인은 재판 전 구금과 관련하여 구금기간이 지나치게 길었으며 위법한 부분이 있다고 주장했다. 청구인은 재판 전 구금 기한이 그가 선고받은 징역 기간보다 길었으며 이는 터키 정부가 협약 제6조 제2항에 의해 보장되는 무죄 추정의 원칙을 위반한 것이라고 주장했다. 같은 이유로 정부는 협약 제5조 제4항 또한 위반했다고 주장했다. 청구인의 해당 주장의 내용을 고려할 때, 재판소는 협약 제5조 제3항과 제4항에 기반한 관점에서 청구인의 본 주장을 검토하기로 한다.

79. 정부는 청구인의 주장에 대해 부인했다.

80. 재판소는 청구인은 국가안보법원에 의해 유죄 판결을 받은 2003년 9월 23일 구금 해제되었고, 청구인은 2005년 4월 16일 재판소에 본 사건을 청구했다.

81. 따라서 청구인이 청구를 제기할 수 있는 기한이 만료되었으므로 협약 제35조 제1항과 제4항에 따라 청구인의 해당 주장을 각하한다.

IV. 협약 제41조 적용

82. 협약 제41조에 명시된 권리는 다음과 같다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해 배상

83. 청구인은 금전적 손해에 대한 배상으로 125,000터키 리라(약 58,460유로) 및 비금전적 손해로 역시 125,000터키 리라를 배상할 것을 요구했다.

84. 정부는 청구인이 과도한 배상을 요구하고 있다고 주장했다.

85. 재판소는 정부의 권리 위반으로 인해 청구인이 요구한 손해배상액에 해당하는 손해를 입었다는 타당한 근거를 확인할 수 없다고 판단하고 청구인의 배상요구액을 인정하지 않는다. 대신 비금전적 손해에 대한 배상으로서 청

구인에게 16,000유로를 배상하는 것으로 결정한다.

B. 비용과 지출금

86. 청구인은 심판 청구 비용을 청구했으나 금액과 증빙 자료를 제시하지는 않았다.

87. 정부는 심판 청구 비용을 배상해 줄 이유가 없다고 주장했다.

88. 청구인이 증빙 자료를 제출하지 않았으므로, 재판소는 청구 비용에 대한 청구를 기각한다.

C. 지연이자

89. 재판소는 유럽중앙은행의 한계대출금리에 따라 지연이자는 3%로 결정하는 것이 적절하다고 판단한다.

이러한 사유로 재판소는 만장일치로 다음과 같이 결정한다.

1. 협약 제10조, 제6조 제1항 및 제3항 (b), (c)에 대한 청구인의 주장은 받아들여질 수 있는 것으로 판결하며, 그 외 주장은 받아들여질 수 없다고 판결한다.

2. 재판소는 본 청구 건에 대하여 협약 제10조의 위반이 있었던 것으로 판결한다.

3. 협약 제6조 제1항과 제3항 (c)에 대한 위반 또한 있었던 것으로 판결한다.

4. 협약 제6조 제1항과 제3항 (b), (d)에 대한 다른 위반에 대한 판결은 불필요한 것으로 판결한다.

5. 따라서,

(a) 터키 정부는 본 판결이 최종 확정되는 날로부터 3개월 이내에 협약 제44조 제2항에 따라 16,000유로를 청구인에게 지급하고 이에 수반되는 수수료와 세금을 부담할 것을 판단한다.

(b) 지급기한이 만료된 시점부터 단순이자가 발생하며 이자는 채무불이행 기간 중 유럽중앙은행의 한계대여금리에 해당하는 이자율로 지급해야 한다.

6. 이외의 보상 요구에 대한 청구인의 청구를 기각한다.

해당 판결문은 프랑스어로 작성, 규칙77 제2조와 제3조에 따라 2011년 2월 1일 서면으로 통보되었다.

Stanley Naismith	Françoise Tulkens
기록관	재판장

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

동성애 혐오 전단 배포
(Circulating homophobic leaflets)

5. Vejdeland and Others v. Sweden

2012년 2월 9일

이 사건은 재판소가 동성애자들에게 모욕적이라고 판단한 약 100장의 전단지를 고등학교에 배포한 청구인들의 유죄 판결에 관한 사건이다. 청구인들은 'National Youth'라는 단체가 만든 전단을 학생들의 사물함 안에 넣어두거나 위에 올려두었다. 특히 전단 속 성명은 동성애는 '일탈적 성적 성향'이고 '사회 본질에 도덕적으로 파괴적 영향을 미쳤으며' HIV와 에이즈의 확장에 책임이 있다고 주장하였다. 청구인들은 동성애자를 하나의 집단으로 경멸할 의도는 없었다고 주장했으며 자신들의 활동 목적은 스웨덴 학교 교육의 객관성 결여에 대한 논쟁을 시작하기 위한 것이었다고 진술하였다.

재판소는 이러한 진술들이 비록 증오 행위를 직접적으로 요청하는 것은 아니었지만, 심각하고 편견을 가진 주장을 구성한다고 판단하였다. 재판소는 성적 지향에 따른 차별이 인종이나 출신, 피부색에 따른 차별만큼 심각하다고 강조하였다. 재판소는 청구인의 표현의 자유 행사에 대한 제한은 스웨덴 당국이 타인의 평판과 권리를 보호하기 위해 민주사회에서 필요한 것이었다고 합리적으로 결정한 것이므로 협약 제10조(표현의 자유) 위반이 없다고 판단하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

5

유럽인권재판소

5부문

VEJDELAND AND OTHERS v. SWEDEN

(청구번호 1813/07)

판결

스트라스부르

2012년 2월 9일

최종 판결

2012년 5월 9일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다. 편집상 수정이 있을 수 있다.

Vejdeland v. Sweden 사건에서 유럽인권재판소(5부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

Dean Spielmann, *재판장,*

Elisabet Fura,

Karel Jungwiert,

Boštjan M. Zupančič,

Mark Villiger,

Ganna Yudkivska,

Angelika Nußberger, *판사,*

Claudia Westerdiek, *부문 서기,*

2012년 1월 10일 비공개 심리하였고, 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 같은 날 채택되었다:

사건의 경과

1. 이 사건은 2007년 1월 4일 네 명의 스웨덴 국적자들, Tor Fredrik Vejdeland, Mattias Harlin, Björn Täng and Niklas Lundström(이하 "청구인들")이 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 협약(이하 "협약") 제34조에 따라 스웨덴 왕국을 상대로 재판소에 제기한 청구로부터 비롯되었다.

2. 청구인의 대리인은 스톡홀름에서 활동하는 변호사 N. Uggla였다. 스웨덴 정부(이하 "정부")는 스웨덴 외무부의 담당자 A. Erman이 대리하였다.

3. 청구인들은 2006년 7월 6일 대법원 판결이 협약 제10조에 따른 그들의 표현의 자유를 침해하였다고 주장했다. 청구인들은 더 나아가 법적 근거 없이 처벌되었으며 이는 협약 제7조 위반이라고 주장했다.

4. 2008년 11월 27일 3부문장은 스웨덴 정부에 이 청구를 통지하기로 결정했다.

5. 본 청구는 이후 2011년 2월 1일 재판부가 재구성됨에 따라 재판소의 5부문으로 이송되었다. 또한 본 청구의 심리적격 여부와 본안에 관하여 동시에 판결하기로 결정하였다(제29조 제1항).

6. 재판장이 서면 절차상의 개입을 허가함에 따라 청구인과 정부의 서면 의견에 더해 인권의 법적 보호를 위한 국제센터(INTERIGHTS, International Centre for the Legal Protection of Human Rights)와 국제법률가협회(ICJ, International Commission of Jurists)가 제3자 의견을 공동으로 제출하였다(협약 제36조 제2항).

사실 관계

Ⅰ. 사건의 배경

7. 청구인들은 각각 1978년, 1981년, 1987년, 1986년 생이다. 이 중 첫 번째 청구인은 예테보리(Gothenburg)에 거주하고 있으며 나머지 청구인들은 순스발(Sundsvall)에 거주하고 있다.

8. 2004년 12월 청구인들은 다른 세 명과 함께 고등학교(*gymnasieskola*)에 들어가 약 100여장의 전단지를 학생들의 사물함 안과 위에 놓아 두는 방식으로 배포하였다. 이 사건은 학교장이 개입하여 그들을 학교에서 떠나게 함으로써 종결되었다. 전단지의 작성자는 National Youth라는 단체였다. 전단지에는 다음과 같은 발언들이 포함되어 있었다:

"동성애 선전(*Homosexpropaganda*)

지난 수십 년에 걸쳐 사회는 동성애와 기타 성적 일탈(*avarter*)를 거부하던 것에서 이러한 일탈적 성적 성향(*böjelse*)을 포용하는 쪽으로 바뀌었다. 스웨덴을 반대하는 교사들은 동성애가 사회의 본질(folkkroppen)에 도덕적으로 파괴적인 효과가 있다는 것을 잘 알고 있으면서도 기꺼이 그것을 정상적이고 좋은 것으로 내세우려 시도할 것이다.

- 그들에게 인간면역결핍바이러스(HIV)와 에이즈는 초기에 동성애자들에게서 나타났으며 그들의 문란한 생활 방식이 이 현대 전염병이 확산된 이유 중 하나라는 점을 알려주라.

- 그들에게 동성애 로비 단체들이 소아성애를 경시하려(*avdramatisera*) 시도한다는 점을 알려주고 이러한 성적 일탈이(*sexuella avart*)이 합법화되어야 할지 물어보라.

9. 청구인들은 전단지를 배포함으로써 특정 국가 혹은 민족 집단*(hets mot folkgrupp)*에 대한 선동을 하였다는 이유로 기소되었다.

10. 청구인들은 전단지의 글이 동성애자들 개인에 대한 경멸을 표현한 것이지 어떠한 경우에도 그들이 집단으로서의 동성애자들에 대한 경멸을 표현한 것은 아니라고 주장하였다. 그들은 자신들의 행위의 목적은 스웨덴 학교들에서 이루어지는 교육의 객관성 부족에 대한 논의를 시작하기 위한 것이었다는 점을 분명히 하였다.

11. 2005년 7월 11일 볼내스 지방법원(*Bollnäs tingsrätten*)은 전단지에 있는 발언들은 동성애자 집단에 대한 객관적인 논의라고 볼 수 있는 범위를 명백히 벗어났으며 청구인들의 의도는 동성애자에 대한 경멸을 표시하기 위한 것이었다고 판단했다. 그러므로 법원은 특정 국가 혹은 민족 집단에 대해 선동을 했다는 이유로 청구인들에게 유죄를 선고하고, 청구인 1, 2에게는 2개월의 징역형을, 청구인 3에게는 벌금형과 함께 집행유예(*villkorlig dom*)를, 청구인 4에게는 40시간의 사회 봉사와 함께 보호관찰(*skyddstillsyn*)을 선고했다.

12. 그 판결에 대하여 청구인들과 검사 모두 남부 놀랜드(Southern Norrland) 항소법원(*hovrätten*)에 항소하였다. 청구인들은 법원에 혐의를 무죄로 하거나 해당 행위를 경범죄로 판단하거나 최소한 형량을 감해 달라고 요구하였다. 검사는 처음 3명의 청구인과 관련하여 항소하면서 해당 행위를 중범죄로 고려하거나 최소한 형량을 가중해 줄 것을 요청하였다.

13. 2005년 12월 14일 항소법원은 2005년 11월 29일 대법원 선고 NJA 2005 판결 p.805를 언급하며(아래 "관련 국내법과 관습" 참고) 청구인들에 대한 유죄 선고는 협약에서 보장하는 표현의 자유에 대한 권리를 침해한다는 이

유로 청구인들에 대한 혐의를 무죄로 판단하였다.

14. 검찰은 이 판결에 대해 대법원에 상고하며 해당 사건의 정황상 청구인들에 대한 유죄 판결은 협약 제10조 위반에 해당하지 않으므로, 특정 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동과 관련하여 유죄를 선고할 것을 요구하였다. 청구인들은 그 상고를 다투었다.

15. 2006년 7월 6일 대법원은 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동죄로 청구인들에게 유죄를 선고하였다. 다수의 재판관들은(5명 중 3명) 먼저 청구인들이 전단지를 배포할 자유를 제한하는 것이 민주사회에서 필요하다고 볼 수 있는지 여부와 청구인들의 표현의 자유를 제한하는 것이 그 전단지 내용이 구성하는 침해로부터 동성애자 집단을 보호하고자 하는 목적을 달성하는데 비례적인지 여부를 고려하였다. 다수 의견은 다음과 같이 설시하였다:

> "제10조에 관한 유럽인권재판소의 판례법에 따르면 어떤 집단에 대한 선동과 관련된 조항에서 "경멸" 표현을 해석하기 위해서는 사안의 정황에 대한 종합적인 평가가 이루어져야 하는 바, 특히 다음과 같은 내용들이 고려되어야 한다. 전단지 배포는 학교에서 이루어졌다. 피의자들은 해당 건물에 자유롭게 접근하지 못하였는 바, 그 건물은 외부인의 정치적 행위에 대해 상대적으로 보호받는 환경이었던 것으로 보인다. 학생들의 사물함 안이나 위에 전단지를 두었다는 것은 청년들이 그것을 받기를 원하는지 원치 않는지 결정할 가능성도 없이 전단지를 받았다는 것을 의미한다. 전단지 배포의 목적은 사실 학생들과 교사들에게 공익, 다시 말해 스웨덴 학교 교육의 객관성에 대한 토론을 시작하고, 학생들에게 논거를 제공하기 위해서였다. 그러나 이는 동성애자들을 집단적으로 모욕하고 비난하는 방식으로 이루어졌고 그 내용이 타인에게 부당하게 공격적이어서 타인의 권리에 대한 폭력에 해당하는 발언들을 최대한 피해야 한다는 협약 제10조 상의 의무를 위반했으며 상호 이해를 돕기 위한 어떤 형태의 공적 논쟁에도 기여하지 못하였다. 전단지 속 관련 부문의 목적은 동성애자 집단에 대한 모욕적인 진술 없이도 성취될 수 있었다. 그러므로 본 상황은 목사가 설교에서 신도들에게 특정 성서 문구들을 인용하여 발언을 했던 NJA 2005 p.805의 상황과는 일부 다르다. 위 이유들을 종합적으로 고려하면 이 사건의 정황상 형법 제16장 제8조의 협약 합치적 해석에 따라 유죄 판결이 가능하다."

16. 소수 의견(재판관 2인)은 청구인들에 대한 유죄 판결이 그로써 추구하고자 하는 목적에 비례적이지 않으므로 협약 제10조 위반에 해당한다고 판단하였다. 소수 의견은 청구인들에게 무죄를 선고하고자 하였으나 대신 그러한 결론에 대한 일부 별개 이유를 제시하였다. 그들 중 한 명은 전단지가 학교에서 배포되었고 학생들을 대상으로 했다는 점을 대법원이 고려할 수 있도록 이 사건에 대한 기소가 구성되지 못했다고 보았다. 다른 한 명은 전단지가 학생들을 상대로 했다는 점은 당연했다고 판단하였으며 정황에 대한 전체적인 평가가 필요하다는 다수 의견에 동의하였다.

17. 처음 세 명의 청구인들은 1,800SEK(약 200유로)에서부터 19,000 SEK(약 2,000유로) 사이의 벌금과 함께 집행유예를 선고받았다. 네 번째 청구인은 보호관찰을 선고받았다.

II. 관련 국내법과 관행

18. 형법 제16장 제8조(*Brottsbalken,* SFS 1962:700)는 유포된 발언이나 통신을 통해 인종, 피부색, 출신 국가나 민족, 종교적 믿음 혹은 성적 지향을 언급하며 특정 국가, 민족 혹은 다른 개인들의 집단을 협박하거나 경멸을 표시한 자는 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동으로 유죄 선고를 받아야 한다고 규정한다. 이 경우 최대 징역 2년형까지 받을 수 있다. 만약 경한 정도의 범죄라면 벌금형에, 중범죄라면 6개월 이상 4년 이하의 징역형에 처한다.

19. 동성애자 집단에 대한 선동은 2003년 1월 발효된 개정 법률에 따라 범죄화되었다. 정부가 만든 개정안 2001/02:59(pp.32-33)의 준비 작업에 따르면 동성애자들은 자신들의 성적 지향으로 인해 종종 범죄의 대상으로 노출되는 집단이며 국가사회주의자 및 다른 인종차별적 집단들은 선전의 일부로 동성애자와 동성애에 대한 선동을 한다. 정부의 준비 작업은 또한 특정 범죄자가 성적 지향을 이유로 다른 개인을 공격하도록 만드는 동성애 혐오적 태도는 국내 대다수의 나치 및 기타 극우 집단이 확산시킨 동성애자 집단에 대한 증오, 위협 그리고 분노 유발적 선동에서 비롯된 것이라고 추정할 근거가 상당하다고 명시하였다.

20. 대법원은 형법 제16장 제8조에서 의미하는 집단으로서의 동성애자에 대한 경멸의 표현으로 간주되는 목사의 설교 발언과 관련한 2005년 11월 29일의 판결(case NJA 2005 p.805)에서 위 법은 협약에 합치한다고 판단하였다. 그러나 만일 위 조항을 협약에 합치하도록 적용하고자 한다면 집단에 대한 선동 관련 조항의 "경멸"이라는 단어는 준비 작업이 제시하는 것보다 더 제한적으로 해석되어야 한다고 판시하였다. 따라서 대법원은 본 조항을 협약에 합치하도록 적용할 때, 사건의 정황상 피고인에게 유죄 판결을 내릴 수 없다고 판단하고 상고를 기각하였다.

판단

I. 협약 제10조 위반 주장

21. 청구인들은 대법원의 판결이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유를 침해했다고 주장했다. 제10조의 관련 부분은 다음과 같다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, ... 타인의 명예나 권리의 보호... 등을 위하여, 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

22. 재판소는 본 청구의 이 부분이 협약 제35조 제3항 (a)의 의미상 근거가 없는 것이 아니라는 점을 지적한다. 나아가 다른 근거들을 봐도 심리 부적격으로 볼 수 없음을 지적한다. 따라서 본 청구는 받아들여질 수 있다고 선언한다.

B. 본안 판단

1. 당사자들의 주장

(a) 청구인들

23. 청구인들은 자신들에 대한 유죄 판결이 협약 제10조 제1항 상의 표현의 자유에 대한 부당한 제한에 해당한다고 주장하였다.

24. 이는 제7조에 따른 제소와 연계된 내용이기는 하나, 이들은 또한 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동과 관련된 법률이 너무 불명확하기 때문에 자신들의 행동이 범죄인지 아닌지 확인하는 것이 불가능하였다고 주장했다.

25. 게다가 청구인들이 보기에 전단지 상의 내용은 동성애자들을 비난하거나 모욕하는 것이 아니었으므로 제10조 제2항에 따른 그들의 표현의 자유에 대한 제한은 정당화 될 수 없다.

26. 청구인들은 전단지의 문구는 누군가에 대한 증오를 표현하는 것도 아니었고 타인에게 증오 행위를 하도록 조장하지도 않았다고 주장했다. 그들의 의견에 따르면 그 전단지는 오히려 학생들이 특정 사안에 관하여 선생님들과 토론하도록 장려하고 이러한 토론에 사용할 논거를 제공하였다.

27. 나아가 청구인들은 자신들이 무단 침입이나 무단 투기가 아니라 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동으로 유죄를 선고받았다는 점을 지적하며 언론의 자유는 오직 그 내용에만 제한되어야 하며, 그것이 언제 어떻게 행해졌는지

에 관해 제한되어서는 안 된다고 주장하였다.

28. 이와 관련하여 청구인들은 스웨덴의 학교가 외부인의 정치적 행위로부터 비교적 보호되지 않는 편이라고 보았다. 오히려 스웨덴의 학교들은 청년 정당들이 학내에서 그들의 뜻을 전파하도록 하는 전통이 있고, 특히 선거 기간에는 더욱 그렇다고 주장하였다.

29. 나아가 청구인들은 그 학교의 학생들은 16세에서 19세로 전단지의 내용을 이해할 수 있는 나이라고 주장했다.

30. 마지막으로 청구인들은 본 사안이 스웨덴의 NJA 2005 P.805 사건과 비교되어야 한다고 강조했다. 그 사건에서 설교를 통해 동성애자들을 공격한 목사는 협약 제9조 및 제10조와 관련하여 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동에 관해 대법원에서 무죄 판결을 받았다.

(b) 정부

31. 정부는 협약 제10조가 본 사건에 적용되며 청구인에 대한 형사상 유죄 판결이 제10조 제2항에 명시된 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다는 점에 동의하였다. 그러나 정부는 형사상 유죄 판결과 그에 따른 처벌은 추구하고자 하는 정당한 목적에 비례하여 이루어진 것이었고 그러므로 민주사회에 필요한 것이었다고 주장하였다.

32. 정부는 청구인들이 형법 제16장 제8조에 따라 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동죄로 유죄 판결을 받았으며 대법원의 대법관 5명 모두 이 형벌이 협약 제10조 제2항의 의미에 부합하는 법률에 규정된 것이라는 결론에 이르렀다는 점을 강조하였다.

33. 정부는 또한 청구인의 표현의 자유에 대한 제한은 협약 제10조 제2항에 따른 정당한 목적 달성에 기여하는 것으로 특히 "타인의 명예나 권리의 보호"에 중점을 두고 있으며 여기에서의 타인은 집단으로서의 동성애자라고 주장했다.

34. 정부는 청구인들에 대한 유죄 판결이 정당한 목적에 비례하는가를 심사할 때 이 사건의 몇 가지 요소들로 인해 국내 법원이 특별히 넓은 범위의 재량을 가진다는 결론에 이르게 된다고 보았다. 또한 정부는 이러한 제한이 민주사회에서 필요한 것이었는지를 심사할 때 동일한 요소들을 고려해야 한다고 주장하였다.

35. 이와 관련하여 정부는 먼저 이 사건의 정황은 재판소가 협약 제10조 상 표현의 자유를 제한하는 방식의 비례성에 대해 판단을 내렸던 다른 사건들과 다르다는 점을 지적하였다. 다른 사건들은 신문기사에서 "명예훼손적"인 글을 쓰거나 이를 발간한 기자나 편집인에 대한 유죄 판결에 관한 것이다. 정부는 자유로운 언론과 "공공의 감시자"

로서의 언론의 본질적 역할을 강조하였던 재판소의 수많은 판례들은 이 사건과 직접적 관련성이 없다고 주장하였다.

36. 두 번째로 정부는 재판소의 판례법에 따라 수용 가능한 비판의 한계는 사적 영역보다는 정부, 정치인이나 공적 영역의 유사한 행위자들에게 더 넓게 적용된다고 주장하였다. 정부의 의견에 따르면 다른 개인들로부터 구별되는 공통 분모-예를 들어 성적 지향이나 종교와 같은-로 인해 특정 발언의 표적이 된 개인의 집단이 동일한 상황에서 한 명의 개인이 보여줄 수 있는 관용보다 더 높은 정도의 관용을 발휘하여야 할 어떠한 이유도 없다고 주장하였다.

37. 세 번째로 정부는 이 사건이 정치적 토론 속에서 나온 정치적 발언 혹은 진술의 영역과 관련된 사건과는 구분되어야 한다고 주장했다. 후자의 경우 표현의 자유가 극도로 중요하며 제한의 여지가 거의 없다. 그러한 구분이 필요한 것은 전단지가 상대적으로 외부인의 정치적 행위로부터 보호되는 환경인 학교에서 배포되었기 때문이다.

38. 네 번째로 정부는 재판소가 협약상 보장되나 서로 모순적일 수도 있는 개인의 이익들을 조율하는 것은 어려운 문제이며 이와 관련하여 회원국들이 넓은 재량의 여지를 가져야 한다고 했던 점을 강조하였다.

39. 또한 정부는 국내 절차의 결과는 -청구인들은 지방법원에서 유죄를 선고 받고, 항소법원에서 무죄를 선고 받고, 대법원에서는 특히 협약 제10조 제2항에 관하여 5명 중 3명의 대법관에 의해 유죄를 선고 받음- 본 사건에서 각기 다른 관련 이해들을 조율하고 협약과 재판소의 판례법을 고려하여 스웨덴 형법을 해석하는 것이 매우 어렵고 섬세한 작업이라는 점을 명백하게 보여준다고 주장하였다. 이러한 배경 속에서 정부는 국가의 주요 세력들과 직접적이고 지속적인 접촉을 하는 국가 당국이 국제 판사들보다 "타인의 명예나 권리의 보호"라는 개념의 정확한 내용에 대해 의견을 더 잘 제시할 수 있고, 특정 조치가 협약 제10조 제2항과 관련하여 표현의 자유에 대한 불합리한 제한에 해당하는지 여부를 더 잘 심사할 수 있다고 주장하였다.

40. 정부는 더 나아가 국내 법원들이 협약의 요건과 재판소의 판례법에 대해 매우 심도 있고 철저하게 조사하였으며 협약과 제10조에 구현된 원칙이 제시하는 기준에 완전하게 부합하는 비례성 심사를 수행하였다고 강조하였다.

(c) 제3자

41. 인권의 법적 보호를 위한 국제센터(INTERIGHTS, International Centre for the Legal Protection of Human Rights)와 국제법률가협회(ICJ, International Commission of Jurists)는 재판소의 판례법을 언급하며 다음과 같은 내용을 제출하였다.

42. 동성애 증오표현이 만연함에도 불구하고 이 문제를 다루기 위한 특수한 기준을 채택하려는 시도는 계속 실패해왔다. 이는 유럽과 국제 정치 차원 모두 마찬가지였다. 재판소는 그동안 표현의 자유에 대해 허용되는 제한과 관

련된 판례법을 잘 발전시켜 왔으나 성적 지향을 이유로 개인이나 집단을 상대로 한 직접적 증오표현에 대한 포괄적인 접근 방식을 진전시킬 기회는 갖지 못했다. 하지만 재판소는 성적 지향에 근거한 차별이 "인종, 출신, 피부색"에 근거한 차별만큼이나 심각하다는 입장을 반복적으로 견지하였다. 또한 재판소는 동성간 성행위, 동의 가능 연령, 군복무, 입양, 자녀 양육 및 상속과 관련하여 성적 지향에 의한 차별은 협약과 양립할 수 없다고 판단한 바 있다.

43. 재판소의 협약 제10조 제2항에 따른 "비례성" 심사에 있어 의사소통 수단은 유의미한 요인이다. 왜냐하면 발언의 영향은 그 발언이 도달할 것으로 생각되는 청중의 규모와 비례적 관계에 있기 때문이다. 따라서 논란이 되는 발언이 큰 규모의 청중에게 도달할 때에는 의사소통 수단을 사용함에 있어 더욱 주의를 기울여야 한다. 그러나 법원이 지적하였듯이 아동과 청소년이 관련된 경우 해당 집단의 도덕성에 끼칠 유해한 영향을 예방하기 위해 특정한 규제 조치가 필요할 수도 있다.

44. 이 사건은 재판소가 성적 지향을 이유로 한 개인 혹은 집단에 대한 증오표현에 대한 상세한 접근 방법을 공고하게 할 수 있는 계기를 마련해 주었다. 이를 통해 증오표현의 해로운 영향으로부터 그 대상을 보호할 수 있을 것이다. 이미 재판소의 판례 법리의 상당 부분을 차지하는 인종주의 및 외국인 혐오라는 주제와 성적 지향이라는 주제 사이에 명백한 유사점이 드러난다.

45. 성적 지향은 한 사람의 자아 감각에 기본이 되는 특성이므로 보통 증오표현과 증오 범죄 관련 법률의 적용을 받는 인종, 민족, 종교와 같은 방식으로 다루어져야 한다. 더 나아가 성적 지향은 집단 정체성의 표식으로서 사용된다.

46. 특정 집단이 괴롭힘과 차별의 대상으로 지목된다면, 증오표현 관련 법률들은 한 사람의 정체성에 본질적인 특징들과 특정 집단에 소속되는 증거로 사용되는 특징들을 보호해야 한다. 그러므로 성적 지향을 이유로 개인이나 특정 집단을 상대로 비하하고 모욕하고 증오를 선동하기 위한 목적의 발언에 대해서는, 판례의 확립된 원칙에 부합하는 제한이기만 하다면, 표현의 자유에 대한 제한이 허용되어야 한다.

2. 재판소의 평가

47. 청구인에 대한 유죄 판결이 협약 제10조 제1항에서 보장하는 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다는 점에는 당사자 간 이견이 없다.

48. 이러한 제한이 협약 제10조 제2항의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 협약 위반에 해당한다. 그러므로 그 제한이 "법률에 근거가 있는지", 동 조항에서 제시하는 하나 또는 그 이상의 정당한 목적을 추구하는지, 그러한 목적

들을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요"한지 여부를 결정해야 한다.

(a) 합법적이고 정당한 목적

49. 청구인들은 특정 국가 혹은 민족 집단에 대한 선동죄로 스웨덴 형법 제16장 제8조에 따라 유죄 판결을 받았다. 당시 혐의가 제기된 범죄에는 한 집단의 사람들의 성적 지향과 관련하여 그들을 위협하거나 경멸을 표현한 발언들이 포함되어 있었다(위 문단 18 참고). 재판소는 논란이 되는 본 제한이 충분히 명백하고 예측할 수 있어 협약 상의 의미에 따라 "법률에 근거가 있다"고 판단한다. 나아가 본 재판소는 이러한 제한이 협약 제10조 제2항에 따른 정당한 목적, 즉 "타인의 권리와 명예를 보호"하기 위한 목적에 부합한다고 판단한다.

(b) 제한의 필요성

50. 재판소는 그 제한이 "민주사회에서 필요한" 것이었는지 여부를 판단해야 한다.

51. 재판소는 "민주사회에서의 필요성" 심사를 통해 심판 대상이 되는 그 제한이 "긴박한 사회적 필요"에 부합하는지의 여부를 결정하여야 한다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 평가하는 데 재량의 여지를 갖지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다(*Pedersen and Baadsgaard v. Denmark* [GC], no.49017/99, 문단 68, ECHR 2004-XI 참고).

52. 국가기관이 재량 범위 내에서 취한 결정들을 재판소가 협약 제10조에 의거하여 심사함에 있어 재판소는 청구인들의 발언 내용과 그러한 발언이 나온 맥락을 포함한 사건 전체를 고려하여, 쟁점이 되는 제한이 정당한 목적에 "비례하는지" 여부와 정부가 그 제한을 정당화하기 위하여 제시하는 이유가 "적절하고 충분한지" 여부를 결정하여야 한다(위 인용, *Pedersen and Baadsgaard,* 문단 69 및 70, *Kobenter and Standard Verlags GmbH v. Austria,* no.60899/00, 문단 29, 2006년 11월 2일 참고).

53. 나아가 재판소는 표현의 자유가 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다는 점을 강조한다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다(위 인용, *Pedersen and Baadsgaard,* 문단 71 참고).

54. 재판소는 청구인들이 스웨덴 학교 교육의 객관성 결여에 대하여 토론을 시작하기 위한 목적으로 전단지를

배포하였다는 점을 알고 있다. 재판소는 비록 그러한 목적이 수용 가능한 것이라 할지라도 전단지의 문구에 주목하여야 한다는 스웨덴 대법원의 의견에 동의한다. 재판소는 전단지에 따르면 동성애는 "일탈적인 성적 성향"으로 "사회의 본질에 도덕적으로 파괴적인 효과"를 갖는다고 한 점을 알고 있다. 또한 전단지는 동성애가 HIV와 에이즈가 퍼지게 된 주된 이유 중의 하나이며 "동성애 로비"가 소아성애를 경시하려 하고 있다고 주장하였다. 재판소는 이러한 진술들이 개인들에게 직접적으로 증오 범죄를 저지르도록 권하지는 않지만 심각하고 해로운 주장이라고 판단한다.

55. 이에 더하여 재판소는 증오 선동이 필연적으로 폭력 또는 기타 범죄행위를 수반하는 것은 아니라는 점을 강조한다. 특정 집단에 대한 모욕, 조롱, 명예훼손을 통해 행해지는 공격은 표현의 자유가 무책임한 방식으로 행사된 상황에서 당국이 인종차별적 발언에 맞써 싸울 수 있는 충분한 이유가 된다(*Féret v. Belgium,* no.15615/07, 문단 73, 2009년 7월 16일 참고). 이러한 점에서 재판소는 성적 지향에 근거한 차별이 "인종, 출신, 피부색"에 근거한 차별과 마찬가지로 심각하다는 점을 강조한다(*Smith and Grady v. the United Kingdom,* nos.33985/96 그리고 33986/96, 문단 97, ECHR 1999-VI 참고)

56. 재판소는 전단지가 외부의 영향을 쉽게 받고 민감한 연령대에 있는 젊은이들이 사용하는 사물함에 놓여 있었으며 그로 인해 전단지 수령을 거부할 가능성이 없었다는 점 또한 고려하였다(*Handyside v. the United Kingdom,* 1976년 12월 7일, 문단 52, Series A no.24 준용하여 참고). 나아가 이 전단지 배포가 일어난 곳은 학교로, 청구인들 중 누구도 그 학교에 다니고 있지 않았고 그 곳에 자유롭게 드나들 수도 없었다.

57. "긴박한 사회적 필요"가 존재했는지 여부를 결정하기 위해 국내 법원의 접근 방식과 국가 당국이 제한을 정당화하기 위해 제출한 이유들을 고려함에 있어 재판소는 다음과 같은 내용들을 알게 되었다. 대법원은 청구인들에게 자신들의 생각을 표현할 권리가 있음을 인정하는 동시에 자유와 권리에는 의무가 동반됨을 강조하였다. 그러한 의무 중 하나는 용인할 수 없을 정도로 타인에게 폭력적이어서 그 사람의 권리에 대한 공격에 해당하는 진술은 최대한 피해야 한다는 것이다. 그리고 나서 대법원은 전단지에 담긴 내용이 불필요하게 공격적이라고 판단했다. 대법원은 또한 청구인들이 전단지를 학생들의 사물함 안에 넣거나 또는 그 위에 놓음으로써 학생들에게 강제하였다는 점 역시 강조하였다. 관련 고려 사항들을 비교형량한 뒤 대법원은 형법상 관련 조항들을 적용하지 않을 이유가 없다고 판단했다.

58. 마지막으로 표현의 자유 제한에 대한 비례성 심사시 고려해야 할 중요한 요소는 청구인들에게 부과된 형벌의 성질 및 형량이 가혹한지 여부이다(*Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 37, ECHR 1999-IV; *Tammer v. Estonia,* no.41205/98, 문단 69, ECHR 2001-I; *Skaÿka v. Poland,* no.43425/98, 문단 41-42, 2003년 5월 27일 참고). 재판소는 청구인들이 유죄 판결을 받은 범죄의 법정형이 2년 이하의 징역형임에도 청구인들에게 징역형이 선고되지 않았음을 지적한다. 대신에 청구인들 중 세 명은 약 200유로에서 2,000유로 사이의 벌금형과 함께 선고 유예를

받았고 나머지 한 명은 집행유예를 선고받았다. 재판소는 이러한 형벌이 정황상 과도하지 않다고 판단한다.

59. 이상의 사정을 고려하였을 때 재판소는 청구인들에 대한 유죄 선고 및 청구인들에게 부과된 형벌은 정당한 목적에 비추어 비례적이고 스웨덴 대법원이 이 조치들을 정당화하면서 제시한 이유는 적절하고 충분하였다고 판단한다. 그러므로 스웨덴 당국이 청구인들의 표현의 자유 행사를 제한한 것은 타인의 명예와 권리를 보호하기 위해 민주사회에서 충분히 필요한 것으로 볼 수 있다.

60. 재판소는 위와 같은 사항들은 고려하여 이 사건 청구가 협약 제10조 위반에 해당하지 않는다고 결론내린다.

II. 협약 제7조 위반 주장

61. 청구인들은 법률에 근거하지 않은 죄로서 유죄 판결을 받았다고 주장하였다. 그들의 주장은 협약 제7조에 근거하였다. 제7조의 관련 내용은 다음과 같다:

> "어느 누구도 행위시 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다..."

62. 문제가 된 조치가 협약의 의미 내에서 "법률에 근거하고" 있다는 협약 제10조에 따른 판단을 고려할 때(위 문단 49 참고), 재판소는 청구의 이 부분을 협약 제35조 제3항 (a) 및 제4항에 따라 명백하게 근거가 없는 것으로 각하하여야 한다고 판단한다.

이와 같은 이유로, 재판소는 전원일치로

1. 제10조에 근거한 청구는 받아들여질 수 있는 것으로, 이외의 부분은 각하로 선고한다.

2. 전원일치로 협약 제10조의 위반은 없었다고 판단한다.

영어로 작성되었고, 재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라 2012년 2월 9일 서면으로 통지하였다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

Claudia Westerdiek	Dean Spielmann
서기	재판장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라 다음의 별개 의견들을 판결문에 첨부한다:

(a) Nußberger 판사가 참여한 Judge Spielmann 판사의 별개 의견

(b) Zupančič 판사의 별개 의견

(c) Villiger 판사가 참여한 Yudkivska 판사의 별개 의견

(a) Nußberger 판사가 참여한 Spielmann 판사의 별개 의견

1. 내가 협약 제10조 위반이 아니라는 결정에 찬성하기까지 굉장히 망설였다는 점을 고백한다.

2. 나의 동료인 András Sajó 판사는 *Féret v. Belgium*사건의 공동 반대의견에서 다음과 같이 지적하였다:

> "표현에 대한 내용 규제와 내용에 근거한 제한들은 어떠한 표현들이 협약의 '정신에 위배된다'는 추정에 근거한 것이다. 그러나 '정신'은 선명한 기준을 제공하지 않기 때문에 남용될 여지가 있다. 판사를 포함하여 인간은 자신이 동의하지 않는 입장들을 명백하게 받아들일 수 없는 것으로, 그리하여 보호되는 표현의 범위를 넘어선 것으로 분류하고 싶어하는 경향이 있다. 그러나 우리가 기피하거나 경멸하는 생각들을 마주하는 바로 그 곳에서 우리는 가장 신중한 판결을 내려야 한다. 왜냐하면 개인적인 신념들은 무엇이 실제로 위험한 것인가에 대한 우리의 생각에 영향을 미칠 수 있기 때문이다."[27]

3. 판결문 문단 54에서 재판소는 특정 집단에 대한 공격적인 표현에 관한 원칙을 처음으로 동성애자를 공격하는 발언에 적용시키면서 그 논증을 한 단계씩 발전시킨다.

먼저 재판소의 논증은 스웨덴 학교에서의 교육의 객관성 결여에 대한 논쟁을 시작하겠다는 목적이 수용될 수 있는 것이라고 판단한 스웨덴 대법원의 입장을 지지하였다.

둘째, 재판소는 그 진술들이 유해한 행위를 저지르도록 개인들을 선동하지 않았다는 점 또한 인정하였다.

셋째, 재판소는 *Féret v. Belgium*[28] 판결을 빌어 증오 선동이 반드시 폭력 또는 기타 범죄행위를 수반하는 것은 아니라는 점, 그리고 인구의 특정 집단을 모욕하거나 조롱하거나 명예를 훼손함으로써 일어나는 공격은 표현의 자유가 무책임한 방식으로 행사된 상황에서 당국이 인종차별적 발언에 맞서 싸울 수 있는 충분한 이유가 된다는 점을 강조한다.

마지막으로 재판소는 *Féret*사건의 결론을 동성애자들을 상대로 하는 공격적인 발언에까지 확장한다.

4. 문제가 된 전단지가 수용할 수 없는 진술들을 담고 있다는 것은 의심할 여지가 없다. 그러나 전단지의 내용을 우리 판례법 상의 증오표현과 똑같은 것으로 보기 위해서는 확고한 정당화가 필요하다. 내 견해로는 단순히 *Smith and Grady*[29] 선례(문단 55 참고)를 참고하는 것만으로는 둘 사이의 연결을 수립하기에 충분하지 않다. 협약 제17조

27) *Féret v. Belgium,* no.15615/07, 2009년 7월 16일, Vladimiro Zagrebelsky 판사와 Nona Tsotsoria가 참여한 András Sajó 판사의 반대 의견.
28) *Féret v. Belgium,* no.15615/07, 2009년 7월 16일.
29) *Smith and Grady v. the United Kingdom,* nos.33985/96 및 33986/96, ECHR 1999-VI.

30에 따라 "증오표현"은 그 용어의 엄밀한 의미상 협약 제10조에 의한 보호를 받지 않는다는 점을 염두에 두고 공격적인 진술이 무엇인지 좀 더 정확하게 정의했어야 한다. 발언의 목적에 대한 주의 깊고 심도있는 분석도 필요했다. 앞서 지적했다시피, 대법원의 (논쟁을 시작하겠다는) 그 목적은 수용할만한 것이라고 보았다.31 하지만 국내 법원들은 겉으로 드러나는 목적 이면에 사람이나 집단의 성적 지향을 이유로 그들을 비하하고 모욕하고 증오를 불러일으키고자 하는 어떠한 숨겨진 의도가 있었던 것은 아닌지 보다 철저하게 검토했었어야 했다. 이번 사건에서 대법원은 청구인들의 행위에 정당한 목적, 즉 공공의 관심사에 대해 논쟁을 시작하고자 하는 목적이 있었다고 인정한 다음 논란이 된 진술을, 다소 모순적으로, "불필요하게 공격적"인 것으로 특징지었다. 대법원은 자신의 생각을 표현할 청구인들의 권리를 인정하면서 동시에 자유와 권리는 의무가 동반되는 것이라는 점을 강조함으로써 제한을 정당화하였다. 그 의무들 중 하나는 "용인할 수 없을 정도로 타인에게 폭력적이어서 그 사람의 권리에 대한 공격에 해당하는 진술은 최대한 피해야 한다는 것이다"(판결문의 문단 57).

5. 내가 보기에 이렇듯 다소 모호한 심사는 Handyside32에까지 거슬러 올라가는 우리 재판소의 전통적이고 잘 확립된 판례법-즉, *"표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 국가나 인구의 특정 집단에게 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다..."*33-과 모순되는 것처럼 보인다.

6. 비록 마지못해서이긴 하지만 나는 여전히 전단지 배포 행위가 청구인 중 누구도 재학하지 않았고 자유롭게 드나들 수 없었던 학교에서 벌어졌기 때문에 협약 위반이 아니라는 점에 동의한다(문단 56). 틀림없이, "배포된 장소"는 범죄행위(actus reus)의 일부인 구성 요건도 아니고 스웨덴 법률 상 가중요인도 아니다. 그러나 배포와 관련된 사실적 정황은 문단 58에서 잘 지적된 바와 같이 처벌이 과도하거나 불균형하지 않은 경우 재량의 범위에 영향을 미친다. 문단 56에서 강조된 바와 같이 전단지는 젊은이들의 사물함 안에 있었다. 이들은 외부의 영향을 쉽게 받고 민감한 연령대였으며 전단지를 거부할 수 있는 여지가 없었다. 성소수자(LGBT) 공동체의 구성원들이 유럽 전역에 깊게

30) "이 협약 중의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 협약에 규정된 권리나 자유를 파괴하거나, 또는 이 협약에 규정된 범위 이상으로 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 수행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다."

31) 이 사건을 모스크바에서 열린 성소수자의 권리를 위한 행진에 대해 반복적으로 가해진 부당한 금지와 관련된 *Alekseyev v. Russia*(nos.4916/07, 25924/08 및 14599/09, 2010년 10월 21일)와 비교해보라. 이 사건에서 재판소는 다음과 같이 결론내렸다:
"86. ... 재판소가 가지고 있는 자료 중 단순히 동성애를 언급한다거나 성적 소수자의 사회적 지위에 대한 공개 토론회를 여는 것이 어린이나 "취약한 성인"에게 악영향을 준다고 제안하는 과학적 증거나 사회학적 자료는 없다. 오히려 반대로, 본 사건에서 제기된 것처럼, 오직 공정하고 열린 토론을 통해서만 사회는 이토록 복잡한 문제를 다룰 수 있을 것이다. 학문적 조사에 의해 뒷받침되는 그러한 토론은 당사자를 비롯하여 다양한 관점을 가진 대표자들의 의견을 모두 청취함으로써 사회적 유대감을 강화시킨다..." 그 사건에서 정부의 주장은 종교와 도덕적 신념에 대한 개별적 존중과 보호 및 그에 따라 자녀를 양육할 권리를 보장하는 경제적·사회적 및 문화적 권리에 관한 국제규약과 시민적 및 정치적 관한 국제규약에 근거하고 있었다.

32) *Handyside v. the United Kingdom,* 1976년 12월 7일, Series A. no.24.

33) 문단 49.

뿌리내린 편견과 적대심, 광범위한 차별을 직면하고 있다는 사실을 지적하며[34] 나는 2009년 10월 21일 no.45/2007 집단 진정에 대하여 동성애 증오적 성격을 지니는 발언은 성소수자에 반대하는 폭력과 적대적 환경을 만든다는 것을 인정한 유럽 사회권위원회의 판단을 담고있는 유럽 평의회 각료위원회의 결의안을 언급하고자 한다. 유럽 사회권위원회는 보고서에서 성과 재생산 건강에 대한 학교 보건 교육 관련 규정과 관련하여 유럽 사회권 헌장의 반차별 조항 제11조 제2항의 위반이라는 결론을 내리며 국가가 제공한 교육 자료 중 다음과 같은 내용을 담고 있는 부분들을 비판하였다. *"동성 간의 관계가 성병(에이즈 등) 증가의 주요원인이라는 것이 근래에 분명해졌다"* 또는 *"이 질병[에이즈]은 성적 파트너를 자주 바꾸는 난잡한 집단의 사람들로부터 퍼진다. 이들은 동성애자이다. 왜냐하면 이들은 많은 파트너와 성적 접촉을 갖기 때문이다. 이들은 약물 중독자다. 왜냐하면 이들은 오염된 약물 주사기를 공유하기 때문이다. 이들은 매춘부들이다."* 유럽 사회권위원회가 제대로 지적한 바와 같이 "이러한 내용은 동성애를 낙인찍고 모든 동성애자들의 성적 행동에 대해 부정하고 왜곡하고 비난하고 비하하는 고정관념에 기반한 것이다."(Resolution CM/ResChS(2009)7, 크로아티아를 상대로 한 인권의 법적 보호를 위한 국제센터(INTERIGHTS)에 의한 집단 진정 no.45/2007). 또한 유럽평의회 각료위원회는 2010년 3월 31일 성적 지향과 성별 정체성에 근거한 차별과 싸우기 위한 조치에 관한 권고 CM/Rec(2010)5에서 협약 제10조에 따라 성소수자들이 자신들의 인권을 완전히 향유할 수 있도록 보장하는 구체적 행동을 요구하였다.[35] 이는 국가 행위자가 성소수자들을 차별하지 않을뿐만 아니라 적절한 경우에는 비-국가 행위자들의 행위까지 포함하여 차별적 대우로부터 성소수자를 보호하는 것이 인권과 근본적 자유를 보호하는 국제 체제의 필수적인 요소라는 인식으로부터 시작된다.

7. 또한 교육 현장에서의 동성애자 혐오 및 트렌스젠더 혐오에 기인한 괴롭힘과 차별이라는 실질적 문제가 제10조 두 번째 문단에 따른 표현의 자유에 대한 제한을 정당화 할지도 모른다는 점을 잊어서는 안된다. 실제로 회원 국가들이 수행하고, 여러 정부의 조사 결과에 의해 뒷받침되는 연구들에 따르면 성소수자 학생들은 동급생과 교사에 의한 괴롭힘으로 고통 받고 있다.[36]

8. 모든 것을 고려하였을 때, 나는 동성애자 집단을 반대하는 진술들을 담고 있는 전단지를 학교에서 배포한 행위에 유죄 판결을 내린 것이 협약 제10조에 위배되지 않는다는 결론에 만족한다.

34) 또한 판결문 문단 19에서 강조된 것처럼 스웨덴에서는 명백히:
"동성애자 집단에 대한 선동은 2003년 1월에 발효된 개정 법률에 따라 범죄화되었다. 정부가 만든 개정안 2001/02:59(pp.32-33)의 준비 작업에 따르면 동성애자들은 자신들의 성적 지향으로 인해 종종 범죄의 대상으로 노출되는 집단이며 국가사회주의자 및 다른 인종차별적 집단들은 선전의 일부로 동성애자와 동성애에 대한 선동을 한다. 정부의 준비 작업은 또한 특정 범죄자가 성적 지향을 이유로 다른 개인을 공격하도록 만드는 동성애 혐오적 태도는 국내 대다수의 나치 및 기타 극우 집단이 확산시킨 동성애자 집단에 대한 증오, 위협 그리고 분노 유발적 선동에서 비롯된 것이라고 추정할 근거가 상당하다고 명시하였다."

35) *"회원 국가들은 미디어와 인터넷 상을 포함하여 레즈비언, 게이, 바이섹슈얼, 트랜스젠더에 대한 증오와 다른 형태의 차별을 선동, 확산, 조장하는 결과를 가져올 것으로 보이는 모든 형태의 표현에 맞서 싸우기 위해 적절한 수단을 강구해야 한다. 그러한 '증오표현'은 그것이 발생할 때마다 금지되어야 하고 공개적으로 거부되어야 한다. 모든 조치는 협약의 제10조와 재판소의 판례법에 따라 표현의 자유라는 근본적 권리를 존중해야 한다."*(밑줄은 추가됨)

36) 유럽인권위원회 위원장인 Thomas Hammarberg가 최근 작성한 성적 지향과 젠더 정체성에 근거한 유럽 내 차별, 스트라스부르, 유럽평의회, 2011, 확장된 조사 자료와 함께 pp.114 이하 참고.

(b) BOŠTJAN M. ZUPANČIČ 판사의 별개 의견

1. 나는 협약 제10조 위반이 아니라고 투표함에 있어 약간 주저하였다. 만약 이 사건에 대한 판결이 주로 문단 56에 근거했다면 나는 어떠한 어려움 없이 이러한 결론에 동의했을 것이다. 거기에서 우리는 *"전단지들이 외부의 영향을 쉽게 받고 민감한 연령대에 있는 젊은이들이 사용하는 사물함에 놓여 있었으며 그로 인해 전단지 수령을 거부할 가능성이 없었다는 점... , 나아가 이 전단지 배포가 일어난 곳은 학교로, 청구인들 중 누구도 그 학교에 다니고 있지 않았고 그 곳에 자유롭게 드나들 수도 없었다."*는 점을 고려해야 한다고 주장한다.

2. 이러한 관점에서 이 사건은 미국 연방 대법원이 지난해 판결을 내린 *Snyder v. Phelps* et al, 562 U.S. 443(2011)과 적절히 비교해 볼 수 있다. *Snyder*사건에서는 이 사건에서 일어난 행위에 비해 더욱 몰지각한 동성애 혐오 시위가 일어났었다. 그 시위가 진행되었던 곳은 Snyder의 아들인 상병 Matthew Snyder의 장례식이 진행되는 교회에서 약 300미터 정도 떨어진 곳이었다. Matthew Snyde는 이라크에서 복무 중 사망하였다. 웨스트보로 침례교회(Westburo Baptist Church)의 예배에 모인 신도들이 들고 있었던 불쾌한 피켓의 내용을 여기에서 반복할 필요는 없다. 그들은 하나님이 미국, 특히 미국의 군대 내에서 동성애를 용인하지 않는다는 자신들의 믿음을 알리기 위해 군인들의 장례식들에서 지속적으로 시위를 하였다.

3. 미국 연방 대법원이 논란을 불러일으키는 내용에 대하여 매우 자유주의적인 입장을 취했다는 점은 흥미롭다. 진술이 확실히 부적절하거나 논란을 불러일으키는 성격의 것이라는 것은 *"... 그것이 공적인 관심사를 다루는지 여부를 묻는 질문과는 무관하다."*[37] 다시 말해 *Snyder*사건에서 언론의 자유는 -불법 행위일 가능성은 높지만 형사사건은 아니다- 쟁점이 되는 진술이 *"정치적, 사회적 혹은 공동체의 다른 관심사와 관련이 있다고 적절히 고려"*될 법하다면 비례성 심사에 의해 방해받지 않아야 한다. *"공적 문제에 대한 발언은 제1차 수정헌법의 가치 중에서도 가장 중요한 것으로 특별한 보호대상이다."*[38]

4. 게다가 미국 연방 대법원은 이러한 사건들에 적용되는 법률이 그 자체로 합헌이기 위해 충족해야 할 높은 수준의 기준을 세웠다. 먼저, 내용에 대한 차별을 피해야 한다(즉, 미국에서는 "탐탁지 않은" 주제에 한해서만 선동적 진술을 금지하거나 기소할 수 없다). 둘째, 관점에 대한 차별을 피해야 한다(즉, 한 주제에 대해 어떤 특정한 시각을 표현하는 선동적 진술을 금지하거나 기소하는 것).[39] 그러므로 예를 들어 입법자는 모욕적인 인종차별 욕설의 공적 사용을 보편적으로 금지하여야 한다. 인종과 관련된 공적 담론에 한해서 욕설의 사용을 금지한다든가 혹은 인종차별적 시각을 표현하기 위해 욕설을 사용하는 것만을 금지하여서는 안된다. 만약 이러한 미국식 이중 심사가 본 사안에 적용된다면 적용된 법조항(스웨덴 형법 제16장 제8조)은 그 어떤 심사에도, 특히 두 번째 심사를 통과하지 못할 것이

37) *Rankin v. McPherson,* 483 U.S. 378, 387, pp.5-7에서 인용.
38) *Connick v. Myers,* 461 U.S. 138, 145 및 146에서 인용.
39) *R.A.V. v. St. Paul,* 505 U.S. 377(1992).

라는 점은 흥미롭다. 만약 청구인들이 자신들의 전단지에서 동성애를 지지하였거나 "사악한 동성애 혐오"에 대해 분노하였더라면 그들은 아마 유죄 판결을 받지 않았을 것이다.

5. 이 사건에서 재판소는 스웨덴 대법원이 그랬던 것처럼 여러 논리들 중 (비록 3:2로 나뉘었지만) 다른 종류의 논리를 이용하였다. 스웨덴 대법원은 상대적으로 공격성이 덜했던 전단지의 언어가 형사 기소 및 결과적으로 유죄 판결의 원인이라고 보았다.

6. 국가, 인종 등에 대한 증오를 선동하는 발언은 1952년 공산주의 유고슬라비아의 형법전에서 처음 범죄화되었으며 이후 많은 사법권이 이를 따라 했다는 점은 흥미로운 사실이다. 예를 들어 그 내용은 미국의 주요 형법 사례집에 인용되었다. 그로부터 일군의 사람들이 *"부당하게 타인을 모욕하여 그들의 권리를 공격하고 상호 이해를 넓힐 수 있도록 돕는 공적인 토론에도 기여하지 않는다면"* 그것은 형사 처벌의 대상이 된다는 증오표현의 개념이 발전하였다. 우리가 이 두 사건을 비교한다면, 수정헌법 제1조에서 도출된 언론의 자유에 대한 미국식 접근은 아마도 몰이해적인 것처럼 보인다고 결론내릴 지도 모른다. 다른 한편으로, 우리는 아마도 위에서 인용한 스웨덴 대법원의 2006년 7월 6일 판결이 언론 자유의 기본 조건과 충돌하여 나타난 과민 반응을 증명하는 것이라고 결론 내릴지도 모른다.

7. 내가 보기에 이는 문화적으로 이미 정해진 논쟁이고, 목사의 설교 발언과 관련된 유명한 사건(NJA 2005 p.805)에서 스웨덴 대법원조차 그에게 유죄를 선고하는 것이 협약에 위반되는 것임을 고려하여 피고인에게 무죄를 선고하였던 상황에서는 필요하지 않은 논쟁이었다.[40]

8. 비교 헌법적 용어상 스웨덴 목사의 설교 사건은 포박된 청중이라는 개념에 기반하고 있다.[41]

9. 포박된 청중이란 피할 수 없는 상황에서 청중 구성원 중 누군가에게 모욕적인 정보를 끊임없이 듣게 되는 사람을 말한다. 만약 교회의 청중들이 포박된 상황에 있었다고 한다면, 그리고 그 이유가 개인이 언어적 공격의 대상이 되는 것으로부터 벗어날 수 없었기 때문이라고 한다면 학교 청중의 경우 -문단 56에서 강조했듯이- 전단지가 젊은이들의 사물함에 배포되었다는 점은 결정적인 고려사항이다. 교회는 본질적으로 모든 사람에게 접근 가능한 공공장소이다. 반면 교정은 더 보호받는 곳이고 그런 의미에서 공공 장소가 아니다. 학교 당국에 의해 사전 승인되지 않은 정보라면 그것이 어떤 종류의 정보이든 이를 배포하기 위해서는 무단 침입이 필요한 것이다. 다시 미국 연방 대법원 판결로 돌아가보면 미국 연방 대법원은 *"학교와 교실에서 인기 없고 논쟁의 여지가 있는 관점을 옹호할 확실한 자유는 학생들에게 사회적으로 적절한 행위의 경계를 가르치려는 사회의 반대되는 이익과 균형을 맞추어야만 한다."*[42]

40) 문단 15 마지막의 대법원 판결문 발췌문 참고.
41) 이 개념은 *Rowan v. Post Office Dept.*, 397 U.S. 728, 736-738과 *Frisby and Schultz* 487 U.S. 474, at 484-485에서 발전되었다.
42) Bethel School District v. Fraser, 478 U.S. 675(1986).

10. 명백히 고등학교 교정은 목사의 설교 사건과 같은 의미에서의 포박된 청중을 위한 환경이 아닌 것처럼 보일지도 모른다. 하지만 학교는 오직 승인을 받은 사람만이 어떤 종류의 정보라도 배포할 수 있다는 점에서 확실히 보호받는 장소다. 이것이 스웨덴 대법원의 목사 설교 사건과 이 사건의 주요 차이점이며, 내가 이 판결이 오로지(또는 적어도 대부분) 판결문 문단 56의 고려사항에 근거를 둘 때에만 이에 대해 완벽하게 동의할 수 있다고 주장하는 이유이다.

11. *von Hannover v. Germany*사건에서 제시한 논쟁적 별개 의견에 대해 나는 지속적인 공격을 받아왔는데 이는 미국의 영향에 따른 언론의 자유에 대한 맹신을 언급한 문장 때문이었다.[43] 최근 영국에서 발생한 일련의 사건들에서 일부 머독 언론(Murdoch press)이 저지른 심각한 권력 남용이 밝혀졌는데, 이는 *von Hannover*사건에서 내가 취한 입장에 정당성을 부여하고 있다.

12. 그럼에도 불구하고 우리는 이 사건에서 -비례성 및 증오표현에 대한 고려에 근거하여- 말해지고 있는것이 무엇인가에 대한 중요성을 지나치게 강조함에 따라 표현의 자유를 제한한 것은 지나친 것으로 보인다. 다시 말해 만약에 동일한 단어와 문구들이 스벤스카 다그블라데트(Svenska Dagbladet)와 같은 일간 신문에서 사용되었더라면 아마도 형사 기소를 당하거나 규탄받을 문제로 취급되지는 않았을 것이다.

43) Von Hannover v. Germany, no.59320/00, ECHR 2004-VI.

(c) VILLIGER 판사가 참여한 YUDKIVSKA판사의 별개 의견

1. 협약 제10조에 대한 위반이 없었다고 결정하는 것은 어렵지 않았다.

2. 그러나 제3자 참가자가 언급한 것과 같이, 재판소가 동성애자를 대상으로 한 "증오표현에 대한 접근 방법을 공고하게 할" 수 있는 기회를 놓친 것은 아쉬운 점이다. 다만 "비록 재판소가 이를 다루지는 않았지만 동성애 증오 발언 역시 "증오표현"[44]의 범주로 간주되는 것에 속하므로 협약 제10조에 따른 보호를 받지 못한다."는 점이 인정되었다.

3. 국제법상 증오표현에 대해 합의된 정의는 없다. 그러나 유럽평의회 각료위원회는 권고 no.R(97)20에서 "증오표현"은 "인종에 대한 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 혹은 그 외 불관용에 기반한 다른 형태의 증오 등을 확산, 선동, 조장 또는 정당화하는 모든 형태의 표현"이라고 명시하였다.

4. 이 사건에서 청구인들은 동성애를 "일탈적 성적 성향"이라고 묘사했고 동성애자들이 "사회의 본질에 도덕적으로 파괴적인 효과"를 가지며 HIV와 에이즈 확산의 주 원인이라고 주장했다. 나는 이러한 비난이 위 정의와 정확하게 일치한다고 본다.

5. 그러나 판결문 문단 54에서 다수 의견은 "개인들에게 직접적으로 증오 범죄를 저지르도록 권하지" 않는 발언들을 "심각하고 해로운 주장"이라고 표현할 수는 있으나 증오표현은 아니라고 확언하였다.

6. 이는 임박한 폭력을 일으킬 위협이 있기 전까지는 증오표현을 보호하는 미국식 접근인 것처럼 보인다. 이 접근의 허용 한계치는 매우 높다. 그리고 잘 알려진 수많은 정치적·역사적 이유들을 고려할 때 오늘날의 유럽은 언론 자유의 가치가 최우선이라 여기는 이상을 가질만한 여유가 없다.

7. 물론 재판소가 수차례 강조하였듯이, "표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다."(*Rekvenyi v. Hungary* [GC], no.25390/94, 문단 42, ECHR1999-III 참고) 그렇지만 재판소는 또한 "표현의 자유를 남용하는 행위는 민주주의 및 인권과 양립할 수 없으며 타인의 권리를 침해한다"고도 보았다(*Witzsch v. Germany*(dec.), no.4785/03, 2005년 12월 13일 참고).

8. 나는 동성애가 일탈적 행위이며 HIV와 에이즈 확산의 원인이라는 주장이 협약의 기본 정신에 부합한다고 생각하지 않는다. 구두 폭력과 폭력 조장 사이에는 미묘한 차이가 있는데 이러한 주장은 폭력을 저지르게 할 가능성이 높다. 다수 의견은 문단 54에서 "스웨덴 학교에서 교육의 객관성 결여에 대한 토론"을 시작하겠다는 청구인들의 의도를 중요시하였다. 그러나 전단지에 쓰인 표현은 단순히 공적 문제와 관련된 이슈에 대한 토론을 시작하고자 한 것이라고 보기 어렵다. 오히려 청구인들은 다양한 종류의 영향에 취약한 청소년들에게 자신들의 시각을 전파하려 했

44) "Manual on Hate Speech"(2009) by Anne Weber, Council of Europe Publishing

던 것으로 보인다.

9. 다수 의견은 이 사건에서 청구인들에 대한 유죄 판결이 정당한 목적, 즉 "타인의 명예와 권리 보호"를 달성하는데 기여하였다고 판단하였다. 사실 이 사건과 유사한 사건들은 단순히 청구인의 언론의 자유와 피해자의 명예를 보호할 권리 사이에서 균형을 잡는 활동으로 봐서는 안된다. "편파적 사상은 신뢰를 얻을 것이며 소수집단에 대한 차별과 심지어 폭력이라는 결과를 낳을 것"[45]이므로 증오표현은 전체적으로 민주 사회에 파괴적 영향을 미친다. 그러므로 증오표현은 보호의 대상이 아니다.

10. *Norwood v. the United Kingdom*사건에서, 아마도 좀 더 심각한 맥락이기는 하였으나[46], 재판소는 "어떤 집단 전체를 심각한 테러 행위와 관련 짓는 것과 같은 특정 종교 집단에 대한 일반적이고 격렬한 공격은 협약이 선언하고 보장하는 가치, 특히 관용, 사회적 평화, 차별하지 않음과 같은 가치와 양립할 수 없"으므로 협약 제10조의 보호 대상이 아니라고 판단한 바 있다. 이 사건에서 한 집단을 "20세기의 전염병"과 연관짓는 것 역시 제10조의 보호를 받아서는 안 된다.

11. 지난 세기의 비극적 경험을 통해 우리는 인종차별적이거나 극단적인 사상이 표현의 자유에 대한 제한보다 훨씬 더 큰 피해를 불러 일으킬 수 있다는 것을 경험했다. 증오 범죄에 대한 통계에 따르면 증오 선동은 즉각적이든 잠재적이든 항상 피해를 가하기 마련이다. 증오표현이 민주 사회에 실제적이고 즉각적인 위험이 될 때까지 기다릴 필요는 없다.

12. 미국의 저명한 헌법학자 알렉산더 비켈(Alexander Bickel)의 말을 인용한다: "... 이런 종류의 발언은 폭행에 해당한다. 더욱, 그리고 똑같이 중요한 것은 이러한 발언으로 인해 과거 불가능했던 행동이나 행위들이 가능해지는 분위기와 환경이 조성될 수 있다는 것이다... 그 곳에서는 말하지 못할 것이 없고 하지 못할 행동이 없다."[47]

45) *R. v. Keegstra,* [1990] 3 S.C.R. 697 사건에 대한 캐나다 대법원 판결

46) *Norwood v. the United Kingdom*(dec.), no.23131/03, ECHR 2004-XI. 이 사건에서 청구인은 자신의 집 창문에 화염에 휩싸인 쌍둥이 타워의 사진과 "영국에서 이슬람을 몰아내자-영국 사람들을 보호하자"라는 문구가 담긴 포스터를 붙인 것에 대해 유죄 판결을 받았다.

47) Alexander M. Bickel, Domesticated Civil Disobedience: The First Amendment, from Sullivan to the Pentagon Papers, in THE MORALITY OF CONSENT 72-73(1975).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

테러리즘 용인
(Condoning terrorism)

6. Leroy v. France

2008년 10월 2일

풍자 만화가인 청구인은 2001년 9월 13일 바스크 주간지에 자신의 만화가 발행된 후 공공연하게 테러리즘을 용인했다는 이유로 유죄 판결을 받은 것에 대하여 소를 제기하였다. 그의 그림에는 세계 무역 센터의 쌍둥이 빌딩이 공격받고 있는 모습과 함께 유명한 브랜드의 광고 문구를 흉내 낸 자막이 있었다: "우리는 모두 꿈만 꿨죠... 하마스는 해냈습니다." 그는 자신의 표현의 자유가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 테러리즘 용인에 공모했다는 혐의에 대해 청구인에게 유죄 판결을 내린 것과 관련하여 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판결하였다. 재판소는 특히 그 만화가 미국의 제국주의에 대한 비판에 그치지 않고 미국에 대한 폭력적 파괴를 지지하고 미화하였다고 보았다. 이와 관련하여 재판소는 만화에 수반된 자막에 근거하여 판결을 내리며 청구인이 2001년 9월 11일의 공격의 가해자라고 추정되는 사람들에 대한 도덕적 지지를 표현하였다고 지적하였다. 청구인은 만화를 통해 수천 명의 민간인에게 가해진 폭력에 대해 칭찬하듯이 논평하였고 피해자들의 존엄성을 훼손하였다. 재판소는 이 사건의 정황을 고려했을 때 그 만화가 특별한 의미를 지니고, 이는 청구인도 알고 있었음이 분명하다고 보았다. 더군다나 그러한 메시지가 정치적으로 민감한 지역, 즉 바스크 지방에서 가지는 영향도 간과해서는 안 된다; 재판소는 그 주간지가 제한된 곳에만 배포되었다는 점에도 불구하고, 그 만화의 발행이 일정한 대중적 반응을 일으켰다는 점에 주목하였다. 이로 인해 폭력이 일어나거나 그 지역의 공공질서에 영향을 줄 수 있었기 때문이다. 따라서 재판소는 청구인에게 유죄를 선고하면서 국내법원이 제시한 근거가 적절하고 충분하다고 보았다. 또한 청구인에게 부여된 벌금이 적당하다는 점과 문제가 된 만화와 발행된 맥락을 고려하여 재판소는 청구인에게 부과된 조치가 그것이 추구하는 정당한 목적에 비례하지 않는다고 볼 수 없다고 판결하였다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

6

5부문

LEROY v. FRANCE

(청구번호 36109/03)

판결

스트라스부르

2008년 10월 2일

최종판결

2009년 4월 6일

판결은 형식상의 수정이 있을 수 있음.

*Leroy v. France*사건에서 유럽인권재판소 (5부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Peer Lorenzen, *재판장,*
Jean-Paul Costa,
Volodymyr Butkevych,
Renate Jaeger,
Mark Villiger,
Isabelle Berro-Lefèvre,
Mirjana Lazarova Trajkovska, *판사,*
Claudia Westerdiek, *부문서기*

2009년 9월 9일 재판부에 사건이 회부되었으며 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 같은 날 채택되었다.

사건의 경과

1. 이 사건은 프랑스 국가를 상대로 프랑스 국민 Denis Leroy(이하 "청구인")이 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약(이하 "협약") 제34조에 따라 2003년 11월 12일 심판청구한 사건이다.

2. 청구인은 Bayonne에서 활동하는 변호사 A. Larrea를 선임하였고 프랑스 정부(이하 "정부")는 외교부 법무과장 E. Belliard 를 선임하였다.

3. 청구인은 테러리즘 옹호에 대한 공모를 이유로 한 유죄판결이 협약 제9조와 제10조가 보장하는 의견 개진과 표현의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다. 또한 파기원에서 공정한 재판을 받지 못하여 협약 제6조 제1항에 명시된 공정한 심리권을 침해당했다고 주장하였다.

사건의 배경

4. 청구인은 만화가로서 Bayonne에 본사를 둔 바스크 지방의 Ekaitza 신문을 포함하여 여러 지역 신문사에서 활동하고 있다. Ekaitza는 바스크 민족주의를 지지하는 진보성향의 주간지로 매주 목요일 발간된다.

5. 2001년 9월 11일, 미국의 세계무역센터 건물이 테러의 공격을 받았다.

6. 같은 날, 청구인은 테러(4개의 고층빌딩이 2대의 비행기에 의해 잿더미로 변하는 그림)를 상징하는 그림에 한 유명한 광고 슬로건을 패러디("우리는 모두 꿈꿔왔습니다. 드디어 하마스가 해냈습니다.")하여 신문사 편집부에 제출하였다.

7. 청구인은 뉴욕 테러로 인해 미국이라는 제국이 파괴된 것을 표현하고자 한 의도였다고 주장하였다.

8. 해당 그림은 2001년 9월 13일 잡지 787호 3쪽에 실렸다.

9. 해당 발간물에 대해 Pyrénées-Atlantiques 도지사는 Bayonne지방검사에게 Ekaitza 신문에 대한 형사소송을 요청했다. 이에 검사는 청구인과 잡지 편집인에게 테러 옹호 및 테러 옹호 공모죄로 법정에 출두할 것을 명령했다.

10. 그 다음주 Ekaitza 788호에는 청구인을 지지하는 사설과 함께 이메일과 우편을 통한 해당 삽화에 대한 대중들의 반응을 보여주는 데 한 면을 할애했다. "지금 본지의 만화가는 항의의 외침보다는 오히려 지지를 훨씬 더 많이 받아야 마땅하다. 삽화의 글이 정당한 이유로 일부 독자들에게 충격을 주었다면 Ekaitza의 편집부 전원은 이러한

글에 전적인 신뢰를 보낸다." 청구인의 반응 또한 다음과 같이 소개했다.

"훌륭하지 않은 그림은 이해를 위한 설명이 필요한 법이다. 지난 주 Ekaitza 신문에 실린 나의 그림은 분명히 약간의 설명을 필요로 한다. 미국 세계무역센터와 국방부 건물에 테러가 일어난 직후 내가 이 그림을 그린 이유는 미국 패권의 몰락을 상징적으로 표현하고 싶었고 희생자 및 그 가족의 고통을 생각하거나 이후의 여파를 생각하지는 못했다. 또한 내가 "우리"라는 표현을 쓴 것에 대해 불편함을 느낀 독자들도 있다는 것을 안다. 나는 소니 회사 광고의 슬로건 "당신이 꿈꾸던 것을 소니가 이루어 냈습니다"라는 문구를 패러디하려고 한 의도였다. 또한 하마스, 아랍, 테러리스트를 혼동하는 경우가 너무도 많이 있다는 점을 감안할 때 "아랍계 극우단체 하마스"의 소행이라고 주장하는 것이 위험하다는 견해도 있었다. 만화가가 뉴스를 접할 때 항상 모든 내막과 상황을 이해하는 것은 아니다. 언론은 늘 인간의 고통을 보여주며, 나는 다만 희생자들과 그들의 가족들의 불행을 인식할 수 있을 뿐이다. 그러나 그들의 고통은 언론에서 연일 보도되지만 미국과 영국의 항공기가 매달 이라크 인들을 무참히 공격하는 기사는 왜 접할 수 없는가? 외과적 공격은 현장의 민간인들을 보호하는 것보다 서구의 지식인들을 몰살시키는 데에 더욱 효과적인 듯 하다. 미국의 이라크에 대한 봉쇄조치의 직접적인 결과로 매년 수만 명의 아이들이 죽어가는 사실은 실제로 중요한 뉴스로 다뤄지지 않는다. 내가 반미주의를 갖게 된 이유는 굳이 내가 설명하지 않아도 지난 70년간 세계사를 살펴본다면 알 수 있을 것이다. 나는 반미주의를 오로지 자국 경제의 이익만을 위해 행동하고 모든 행위가 정당화된다고 믿는 미국이라는 국가의 냉소주의에 진절머리가 나서 미국의 외교 및 경제정책에 반대하는 것이라고 생각한다.

이번 공격을 미국의 상징에 대한 공격으로 해석하는 사람은 나 혼자만이 아닐 것이다. 나의 형편없는 만화에 대한 언론의 대대적인 보도가 사람들의 살기를 띤 광신주의를 표현하기 있기 때문에 이들이 Ekaitza에 대해 지지를 보내는 것이라고는 생각하지 않는다. 향후 여파가 아주 무섭다는 사실도 알게 되었다. "선과 악의 대결"이라는 성전에서 서구사회 전체는 불분명한 적을 상대로 십자군 전쟁을 벌이는 것이다. 미국의 평화를 위해 전 세계의 무슬림들을 학살해야 하는 것이다. 이미 테러와 게릴라전에 대한 훈련을 받고 무장한 노리개들에게 공격을 받았는데 어떻게 평화를 보장할 수 있단 말인가? 이렇게나 빨리 이 소용돌이 속에 빨려 들어가는 상황을 보면서, "나는 미국인이 아니다" 라고 외치고 싶을 뿐이다."

11. 2002년 1월 8일, 바욘 형사재판소는 청구인과 편집국장에게 각각 테러행위 옹호에 가담하고 테러행위를 옹호한 죄로 1,500유로의 벌금형을 선고하고 자비로 Ekaitze 외 두 개의 잡지에 판결문 전문을 게재할 것을 지시했다. 또한 벌금을 납부하지 못하는 경우 신체적 구속을 명하였다.

12. 법원은 2001년 9월 11일 뉴욕 맨하탄 트윈타워에 대한 끔찍한 테러에 대해 청구인의 만화가 유명 슬로건

을 패러디하면서 "꿈의 실현"등 으로 표현한 것에 대해 Ekatiza 신문 및 청구인은 테러 옹호의 혐의가 인정된다고 판단하였다. 또한 법원은 "테러리즘에 특히 민감한 지역의 공공 질서를 해친 행위로 유죄를 선고"하는 것이 적절하다고 판단하였다.

13. 청구인은 자신이 차별을 받았다는 혐의로 TV 프로그램 "Les Guignols de l'info" 또한 매우 비슷한 유형의 광고를 방영했으나 정부에 의한 소송을 받지 않은 사실을 지적하며 자신이 차별을 당했다고 주장하면서 항소했다.

14. 2002년 9월 24일 판결에서, 고등법원은 다음과 같이 판결하며 1심의 판결을 인정하였다.

> "피고가 발간내용의 타당성과 관련해서 유감을 표시했다면, 희생자와 그 가족이 겪은 고통을 폄하하지 않고 미국 자본주의의 몰락이라는 상징주의를 표현하는 데 초점을 두었을 것이다. 그러나 그러한 목적을 추구하지 않은 것으로 보인다.
>
> 세계인권선언 이후 유럽인권협약 제10조가 보장하는 의견과 생각의 자유는 개인의 신성한 권리로서 이러한 자유의 행사는 의무와 책임을 수반하므로 민주주의 사회에서 필요한 조치에 해당하는 법에 규정된 특정 형식, 조건, 제한, 처벌의 대상이 될 수 있다. 특히 치안, 질서 유지, 범죄 예방, 타인의 권리 보호와 관련된 경우에 해당된다.
>
> 그러나 1881년 7월 29일 제정된 법의 제24조에 근거하여 출판물에 해당하는 그림이나 글이 테러에 대한 옹호에 해당할 때 그 효과에 상관없이 범죄의 선동으로 인정된다. 그러한 사례가 바로 우리에게 잘 알려진 테러단체의 테러행위를 꿈의 실현과 같이 표현하고 미화함으로써 대규모 테러 공격에 대한 직접적인 암시를 한 피고의 사례이다. 해당 만화가는 테러주의를 정당화하고 꿈의 실현으로 표현하였으며 간접적으로 범죄의 성공을 긍정적으로 평가하도록 유도하였다.
>
> 따라서 피고는 테러의 옹호와 효과성을 주장한 것이다.
>
> 피고는 유럽인권협약 제14조에 명시된 차별을 받은 것으로 주장할 수 없다. 정부당국은 당국의 권한 내에서 정치적 의견이나 국가적 소수자와 관련된 사안에 대해서는 어떠한 기준이나 근거 없이 기소권을 주장할 수 있으며 이를 행사하였기 때문이다.
>
> 피고가 주장한 사례는 국영방송의 사례만 언급되었다."

15. 청구인은 1심 판결의 파기를 요청하며 국참사원 및 파기원에서 법률대리인 없이 항소했다. 그는 자신의 만화

에 대해 대다수가 동의하지 않는 의견일지라도, 또 공격적이고 충격적인 의견일지라도 자신의 의견을 말할 수 있는 권리가 보장되어야 한다고 주장하였다. 또한 결코 테러를 이로운 것으로 묘사하지 않았다고 주장하였다.

16. 2003년 2월 21일, 법무심의관은 우편 송달을 통해 청구인의 항소를 기각한다는 결정을 청구인에게 통보했다. 2003년 4월 19일, 청구인은 기각의 실제 사유와 법적 근거를 설명해줄 것을 요청하였으나 답변을 받지 못했다. 그의 청구가 2003년 3월 25일 재판출석 요구 없이 검토되었기 때문이다.

17. 파기원은 항소법원의 판결근거가 사실의 정확한 판단을 기반으로 하고 테러옹호 범죄의 모든 구성요소를 바탕으로 규정하고 있다는 의견을 제시했다. 파기원은 또한 항소법원이 해당 범죄가 협약 제10조 제2항에 명시된 예외에 해당된다는 점을 명확하게 입증하고 있다고 판단했다. 파기원은 항소를 기각했으며, 신체적 구속과 관련된 부분은 이번 사건이 정치적 범죄로 규정될 수 없기 때문에 항소법원 판결을 인용하지 않고 무효로 했다.

II. 국내외 관련 법률

18. 1881년 7월 29일 제정된 언론에 관한 법률 제24조 제6항의 내용은 다음과 같다:

> "전 항에서 명시되지 않은 방식으로 테러의 도발을 일으키는 경우, 실제 테러가 발생하지 않았다 하더라도 5년 징역형과 45,000유로에 해당하는 벌금형을 선고할 수 있다...
>
> 형법 제5권 2에 명시된 바와 같이 직접적으로 테러를 일으키거나 묵인하는 경우 제1항에 따라 처벌할 수 있다..."

III. 유럽평의회 관련 규정 및 법률

19. 2005년 5월 16일 체결된 유럽 테러방지조약의 관련 조항을 살펴보면 다음과 같다:

> "... 테러행위 방지, 특히 테러행위를 위한 대중선동에 대응하기 위해 효과적인 조치가 취해지기를 기대하고... 이 협약은 표현의 자유에 관한 기본원칙을 침해하지 않음을 인지하고...

제5조 테러행위를 위한 대중선동

"협약 상 "테러행위를 위한 대중적 선동"은 테러행위에 대한 직접적 또는 간접적 옹호에 상관없이 대중에게 메시지 배포 등 테러를 퍼뜨리고 선동하는 경우를 말하며 이러한 행위는 테러범죄와 유사행위, 위험 유발 등 한 개 이상의 범죄가 발생할 수 있는 선동 행위에 해당한다.

협약 체결 회원국은 국내법에 따라 제1항에 정의한 테러행위에 대한 대중 선동의 행위를 범죄행위로 규정하는 데 필요한 법률적 조치를 취해야 한다."

제8조 결과에는 무관하게 적용되는 행위

이 협약의 제5조에서 제7조까지 뜻하는 범죄행위의 요건을 구성하기 위해서는 테러범죄를 실제로 저질렀는지에 대한 여부는 고려되지 않는다.

제12조 구성요건 및 권리보호

"회원국은 제5조에 명시된 범죄행위의 성립, 시행 및 발효에 대해 표현의 자유와 같은 기본적 인권을 보장하는 범위 내에서 행해져야 한다."

20. 2005년 5월 16일 체결된 협약의 설명자료에서는 다음과 같이 명시하고 있다:

17항 서론

"2003년 10월 초기의 목적을 상기하며 테러리즘전문가위원회(CODEXTER)는 "테러에 대한 옹호" 및 "테러를 테러로 맞서는 행위"를 회원국의 국내법에 범죄행위로 규정하는 것을 권고하는 독립전문가 보고서의 결과를 참고하였다. 유럽 평의회는 참관국 자격의 국가들의 관련 법률과 판례 및 유럽인권재판소의 판례를 참고하였으며 유럽평의회 회원국의 상황에 관해서는 대부분의 국가에서 "테러 옹호"를 특정 범죄행위로 규정하고 있지 않음을 확인하였다..."

제5조

"... 테러리즘전문가위원회(CODEXTER)는 테러행위 또는 테러단체에 대한 대중의 옹호 표현에 초점을 맞추어 살펴보기로 하였다. 따라서 테러행위에 대한 직접적 또는 간접적 연관성 및 테러로 인한 범죄와 테러로 인한 위반행위에 따른 주요 또는 후속 관계 등을 살펴보기로 하였다.

따라서 위원회는 테러주의와의 전쟁에도 특별히 관심을 기울이는 동시에 테러주의자의 선발과 새로운 테러단체의 창설, 테러주의의 근본 원인으로 작용하는 인종 또는 종교적 갈등의 선동, 테러주의를 정당화하는 이념의 조장이나 "혐오표현" 유포에 대해 중점적으로 검토하였다. 유럽인권재판소의 판례 중 제10조 제2항을 다룬 판례 및 재판소와 회원국의 판결에서 "테러주의의 옹호" 및 "테러주의의 선동"과 관련된 판례 등을 검토함으로써 표현의 자유를 제한할 가능성과 위험성 등을 심도 있게 분석하고자 하였다. 인종주의, 외국인혐오, 반유대주의와 테러행위, 또 테러에 대한 보복행위 등의 문제에 있어 유럽평의회의 역할이 매우 강조된다...

이러한 맥락에서, 테러리즘전문가위원회(CODEXTER)는 합법적 비판과 직접적인 테러행위 선동 간의 차이를 구분하는 데 중점을 두었다... 직접적인 테러행위의 도발은 이미 대부분의 법률 제도 내에서 형사처벌이 가능하므로 문제가 되지 않으나, 간접적인 도발에 대한 범죄 처벌은 국제법 등에서 새로운 법률 조항이 도입되어야 할 것으로 판단된다.

현재 각 회원국에서는 테러행위의 정의와 규정에 있어 차이가 있다. 예를 들면, 테러행위를 필수적이고 정당한 것으로 표현하는 행위를 직접적인 선동의 행위 기준으로 보는 것에 대해서도 차이가 있다.

그러나, 여기서는 두 개의 요건이 충족할 시 행위 기준의 조건이 성립되는 것으로 본다. 첫째로 제2항(아래 참고)에 명시된 바와 같이 도발의 행위가 위법적이고 의도적인 선동에 해당하여야 한다.

두번째 요건은 해당 행위가 테러범죄 행위의 위험성을 야기시켜야 한다. 그러한 위험성 유발의 여부를 판단하기 위해서는 유럽인권재판소의 판례에 따라 행위자의 특성과 메시지가 전달된 대상, 그리고 행위의 맥락 등을 고려해야 한다. 이러한 조항이 국내법에서 적용되기 위해서는 위험성에 대한 확신과 중대함 등이 고려되어야 한다..."

21. 2005년 3월 2일, 각료위원회에서는 테러주의에 대항하는 관점에서 언론의 정보와 표현의 자유에 관한 선언을 채택하였다.

"이 선언을 통해 회원국 정부 당국에 촉구하는 바는, 민주주의 사회에서 필수적이며 공평한 것으로 판단되거나 기존 법률과 다른 조치가 충분히 고려되지 않은 이상 언론의 정보와 표현의 자유를 더 이상 제한해서는 안된다. 또한 테러에 대해 알리는 것과 테러를 옹호하는 것을 동일시하는 조치를 취해서는 안된다.

또한 언론과 기자들에게 다음의 제안을 고려해보도록 권장한다:

- 테러리즘에 대한 언론과 기자의 특별한 책무를 상기하며 테러주의자들의 목적에 호도되지 않도록 주

의한다. 특히 그들은 테러주의자들이 조장하는 공포감을 증폭시키거나 테러주의자들이 목소리를 낼 수 있도록 기회를 주는 등의 행동을 하지 않도록 그들의 책무를 다시금 상기할 필요가 있다...

- 또한 "혐오표현"과 폭력 선동의 방지에 있어, 또 상호 이해를 증진하는 데 있어 그들이 맡은 중대한 역할을 상기시킬 수 있도록 한다.

- 언론이나 기자들이 의도치 않게 인종 및 외국인차별적 또는 혐오표현의 감정을 조장하는 창구가 되지 않도록 주의해야 한다.

판단

I. 협약 제10조의 침해 여부

22. 청구인은 자신이 테러주의를 옹호하고 지지했다는 혐의는 협약 제10조에 위배된다고 주장하였다. 협약 제10조는 다음과 같다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리가 있다. 이 권리에는 정부 당국의 간섭이나 제약 없이 의견을 가지고 정보와 아이디어를 받고 전달할 수 있는 자유가 포함된다...

2. 이러한 자유의 행사는 의무와 책임을 수반하므로 민주주의 사회에서 필요한 경우, 국가 안보, 영토 보전 또는 공공안전의 문제와 관련된 경우에는 법률에 규정된 형식, 조건, 제한 또는 벌칙의 대상이 될 수 있다. 무질서나 범죄의 예방, 보건이나 도덕의 보호, 타인의 평판이나 권리의 보호, 기밀정보 유출 방지, 사법부의 권위와 공정성 유지를 목적으로 하는 제한 등이 이에 해당한다."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

23. 프랑스 정부는 협약 제17조에 따라 청구인의 심판 청구가 적격하지 않다고 주장하였다. 정부는 프랑스 국내법에도 명시되어 있으며 명백히 협약 제17조에 해당하는 협박과 테러로 공공질서에 위해를 가할 목적이 있는 테러행위는 심리 적격하지 않다고 주장하였다. 또한 청구인의 행위가 위험성과 시급성을 야기하고 있으므로 테러주의에 대한 옹호 행위는 제17조의 범위에 해당한다고 언급하였다.

24. 정부는 청구인이 표현의 자유를 침해 당하였다고 주장하는 사건과 관련하여 협약 제17조에 근거한 위원회의 직접 또는 간접적 심리부적격 결정의 사례를 근거로 제시하였다(*Glimmerveen and others v. The Netherlands,* no.8348/78, 1979년 10월 11일 위원회 결정, *Remer v. Germany*, no.25096/94, 1995년 9월 6일; *Marais v. France,* no.31159/96, 1996년 6월 24일; *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일 판결, 판결과 결정 보고서 1998-VII, 문단 47; *Garaudy v. France,* no.65831/01, ECHR 2003-IX; *Norwood. United Kingdom*(dec.), no.23131/03, 2004년 11월 15일; *Witzsch v. Germany*(dec.), no.7485/03, 2005년 12월 13일).

25. 청구인은 이러한 정부의 주장에 이의를 제기하였다. 매주 일어나는 사건에 대한 만화 1, 2개를 발간물에 싣는 것은 협약 제17조에서 의미하는 "활동"에 해당하지 않으며 테러 옹호에 대한 혐의 또한 부인하였다.

26. 관련하여, 재판소는 협약 제17조의 내용을 다음과 같이 상기하고자 한다. "본 협약의 그 어떤 것도 본 협약에 규정된 것보다 더 큰 범위에서 본 협약에 명시된 권리와 자유를 파괴하는 것을 목적으로 하는 어떤 활동에 참여하거나 어떤 행위를 할 권리를 암시하는 것으로 해석될 수 없다." 그러므로 그 누구도 이러한 권리를 침해 받아서는 안되며 권리와 자유의 침해를 목적으로 한 행위는 협약의 조항에 의해 보호되어서는 안된다.

27. 재판소는 청구인의 해당 표현이 협약 제10조의 표현의 자유에 대해 제17조를 근거로 제한을 둘 수 있는 범위의 표현에 해당하지 않는 것으로 판단한다. 청구인의 만화가 매우 논쟁적인 형태의 표현임은 분명하나, 미국 제국주의의 몰락을 표현하고자 한 청구인의 의도는 기본권의 침해에 해당하거나 인종차별주의, 반유대주의(위 인용, *Garaudy* 그리고 *Ivanov v. Russia*(dec.), no.35222/04, 2007년 2월 20일), 또는 이슬람 공포증(위 인용, *Norwood*)와 같이 협약에 명시된 핵심 가치에 위배되는 것으로 볼 수 없다. 또한 국내 법원이 청구인의 표현을 테러 옹호로 판결한 것과 달리, 재판소는 논쟁의 여지가 있는 그림과 해당 그림에 의견을 추가한 행위 자체로는 협약 제10조의 표현의 자유의 권리를 보장받을 수 없는 테러행위와 같은 행위로 해석되거나 정당화될 수 없는 것으로 판단한다.

마지막으로, 청구인의 발간물에 의한 911테러 희생자에 대한 모욕 행위에 대해서는 협약 제10조에서 보호되는 비절대적 권리의 측면에서 살펴보아야 한다. 재판소는 이미 이와 관련하여 유사한 판례를 검토하였다(*Kern v. Germany* (dec.), no.26870/04, 2007년 5월 29일). 따라서 청구인이 주장한 표현의 자유는 이러한 측면에서 검토되어야 하며 협약 제35조 제3항의 내용에 의해 심리부적격으로 볼 수는 없는 것으로 판단한다.

28. 또한 재판소는 양 측의 주장에 비추어보건대 본 청구 건은 현재 청구 심리적격성 여부 검토 단계에서는 판단하기 어려운 사실관계와 법률 검토가 있으나, 이는 평결에 이르기 위해서는 필요할 것으로 판단된다. 본 청구 건은 협약 제35조에 의해 명백히 근거가 부족한 사건에 해당하지 않는 것으로 판단하며 심리 부적격성의 사유가 없는 것으로 판단한다. 따라서 본 청구 건은 심리적격한 것으로 판결한다.

B. 판결

1. 당사자들의 주장

29. 협약 제10조의 적용여부와 관련하여, 프랑스 정부는 청구인에 대한 유죄 판결이 제10조 제2항에 명시된 내용에 해당한다고 주장하였다.

30. 프랑스 정부는 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭이 프랑스 언론의 자유에 관한 법(1881년 7월 29일 법률) 제24조에 해당하는 테러 행위를 옹호하거나 묵인하는 행위에 대한 처벌에 해당한다고 주장하였다. 관련하여 정부는 국내 언론법은 일반적으로 예측가능성을 전제로 법률적 논쟁의 여지가 없는 근거를 기반으로 하고 있으므로 (*Mamère v. France,* no.12697/03, ECHR 2006), 공공의 안전, 질서의 유지 및 범죄 예방을 목적으로 하는 합법적 의도였음을 주장하였다.

31. 민주주의 사회를 위한 간섭의 필요성과 관련하여, 정부는 청구인의 발간물 중 특히 911테러를 꿈의 실현에 빗대어 표현한 부분이 테러 희생자와 유가족을 모욕하는 행위에 해당한다고 주장하였다. 또한 청구인의 테러의 효과성 옹호, 사형에 대한 미화의 표현이 독자로 하여금 이러한 테러 행위를 긍정적으로 인식할 수 있도록 유도할 가능성이 있다는 점에서, 유죄 판결 필요성이 있었다고 주장하였다.

32. 정부는 발간물이 다룬 내용과 그 시기를 살펴보는 것이 매우 중요하다고 주장하면서, 911테러가 일어난 바로 그 다음날 해당 발간물이 출판되었고 당시 이 사건에 대해 여론의 관심이 쏠린 상황이었다는 점을 고려해야 한다고 주장하였다. 또한 발간물이 출간된 장소 또한 테러의 위험성이 존재하는 지역임을 감안할 때, 청구인의 행위가 테러와 같은 심각한 행위를 일반화하고 심각한 영향을 초래할 수 있다는 점도 고려해야 한다고 주장하였다.

33. 마지막으로, 정부는 처벌의 균형성과 관련하여 청구인에게 낮은 금액의 벌금형을 선고했음을 밝혔다.

34. 청구인은 테러행위 옹호에 대한 그의 혐의를 부인하면서, 그의 만화는 테러행위에 대해 어떠한 이익이 되는 표현을 담고 있지 않으며 미국 자본주의와 제국주의를 비판하고자 하는 의도였다고 주장하였다. 그는 만화에 사용한 슬로건과 내용이 세계무역센터 테러를 긍정적으로 표현하고 있지 않으며, 만화의 유머적 감각을 위해 유명 기업 슬로건을 패러디했을 뿐이라고 주장하였다.

35. 그는 테러가 일어난 지 몇시간 내에 만화를 그렸기 때문에 만화로 인한 영향이나 반향 등에 대해 고려할 수 없었다고 덧붙였다. 2001년 10월 1일, TV 채널 Canal+에서는 "Guignols의 한 주(The Week of the Guignols)" 라는 방송을 통해 똑같은 유명 브랜드를 패러디하고 있으나, 이로 인한 어떠한 제재도 없었음을 주장하였다.

2. 본안 판단

36. 재판소는 본 사건 청구인에 대한 유죄판결이 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭의 조치로 판단한다. 이러한 간섭은 협약 제10조 제2항의 조건을 충족하지 않는 이상 협약의 위반에 해당한다. 그러므로 이는 "법에 의해 명시된" 사항인지, 명시된 법 조항의 목적에 하나 이상 부합하는지, 그리고 "민주주의 사회에서 필요한" 사항의 목적에 부합하는지를 보는 것이 판단의 핵심이다(*Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 41, ECHR 1999-I). 관련하여 프랑스 언론법(1881년 7월 29일 법률) 제24조에서 표현의 자유에 대한 간섭이 명시되어 있으며, 이러한 간섭은 폭력을 야기할 만한 테러행위의 대응 및 협약 제10조 제2항에서 명시한 범죄 예방, 공공질서, 공공의 안전을 유지하기 위한 목적으로 행해졌으므로 하나 이상의 목적에 부합하는 것으로 판단한다.

37. 다음으로 해당 간섭이 민주주의 사회 유지를 위해 필요한 조치였는지 여부에 대해서 살펴보겠다. 재판소는 협약 제10조와 관련된 판례를 통해 재판소의 핵심 원칙을 밝혀 둔다(대표적 판례로 *Ceylon v. Turkey*([GC], no.23556/94, 문단 32, ECHR 1999-IV 참고). 이는 정부가 테러행위의 대응을 위해 취할 수 있는 조치에 해당하는 원칙이며, 사건의 개별 상황이나 재량의 여지는 해당 국가에 있으나 개인의 기본권인 표현의 자유와 테러단체의 활동이나 테러 행위로부터 민주주의 사회를 보호하기 위한 정당한 권리의 행사 사이의 공정한 균형을 지켜야 한다(*Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일 판결, *Reports* 1997-VII, 문단 55). 특히 이와 관련하여 유럽평의회의 활동(문단 20, 21 참고)에서도 살펴볼 수 있듯이 표현의 자유와 같은 기본 자유권을 침해하지 않는 선에서 테러 옹호 행위에 대해 처벌할 수 있는 가능성을 검토하는 데 어려움이 있는 것은 명백하다.

38. 이러한 관점에서, 재판소는 본 사건에서 테러행위의 대응과 관련된 판단의 어려움을 고려함과 동시에 청구인의 발간물의 내용과 용어 등에 특별한 주의를 기울여 검토하고자 한다(*Karatas v. Turkey,* no.23168/94, 문단 51, *Reports* 1991 IV). 또한 바스크 지방에서 이미 유사한 사건(*Ekin v. France,* no.39288/98, 2001년 7월 17일)이 있었다는 점을 참고하여 바스크 지방의 특정 상황 또한 고려하고 청구인에게 부과된 벌금형의 적정성을 판단하고자 한다.

39. 또한 그림에 삽입된 언어표현이 예술적 표현의 형태에 해당하는지 또한 살펴보고자 한다(*Vereinigung Bildender Kstnstler v. Austria,* no.68354/01, 문단 33, 2007년 1월 25일).

40. 청구인은 편집인이 테러 옹호의 혐의로 유죄 선고를 받은 일간지에 실린 만화와 관련하여 테러 옹호의 혐의를 받았으므로, 프랑스 정부의 간섭이 정치적 민주주의의 기능을 위한 언론의 역할을 제지할 정당성이 있는지 여부에 대해 살펴보아야 한다(대표적 판례로, *Lingens v. Austria,* 1986년 7월 8일, Series A no.103, p.26, 문단 41, 그리고 *Fressoz and Roire,* 위 인용, 문단 45). 언론은 국가 안보나 영토 보전, 폭력이나 테러의 위협으로부터 국가의 중대한 이익의 보호 또는 공공질서의 방어나 범죄 예방을 위해 정해진 한계를 넘어서는 활동을 수행해서는 안되지만 그럼

에도 불구하고 언론은 논쟁적 의견을 포함하여 정치적 현안, 의견 및 정보를 대중에게 제공할 의무가 있으며 대중은 이러한 정보를 제공받을 권리가 있다(*Sürek and Özdemir v. Turkey,* nos.23927/94 및 24277/94, 문단 58, 1999년 7월 8일, *Yalcin Küçük v. Turkey,* no.28493/95, 문단 38, 2002년 12월 5일; *Halis Doğan v. Turkey,* no.75946/01, 문단 33, 2006년 2월 7일). 언론의 이러한 역할을 수행하기 때문에 언론의 자유는 일정 수준의 과장 또는 자극적 표현의 사용까지 포함한다(*Gaweda v. Poland*, no.26229/95, 문단 34, ECHR 2002-II).

41. 재판소는 원칙적으로 비극적 911테러 행위가 전 세계의 혼란과 충격을 초래했고 본 사건에서 제기된 청구인의 해당 사건의 해석과 표현은 공익적 논쟁의 범주에 해당하는 것으로 판단하였다.

42. 재판소는 유명기업 광고 슬로건 패러디 내용("우리가 꿈꿔온 그것, 하마스가 해냈습니다")과 함께 911테러를 상징한 청구인의 만화에 대해 프랑스 국내 법원은 유명 슬로건을 사용하여 911테러 행위를 이상적으로 표현함으로써 테러를 옹호한 행위로 보았다. 프랑스 국내 항소법원 또한 "뉴욕 맨하탄에서 일어난 대규모 참사에 대해 직접적으로 표현하면서 매우 위험한 테러단체의 행위로 나타냄과 동시에 꿈을 이루었다는 동사를 사용하여 끔찍한 테러 행위를 이상적으로 표현하였다. 또한 "우리"라는 표현을 사용하여 독자들로 하여금 해당 범죄행위를 꿈의 실현과 같이 긍정적인 성과로 인식하게 한 혐의가 있다는 점에서 청구인은 테러 행위를 옹호한 행위가 인정된다"고 판단했다. 청구인은 항소법원에 그의 순수한 의도는 미국 제국주의의 붕괴를 풍자적인 이미지를 통해 표현하여 그의 반미 제국주의를 표현하고자 한 정치적 목적에 있었다고 주장하였다. 또한 해당 그림에는 표현의 자유를 제한할 사유에 해당하는 테러행위의 옹호에 관한 내용이 없음을 주장하였다.

43. 재판소는 이러한 청구인의 주장에 동의하지 않으며 오히려 프랑스 항소법원이 청구인이 전달한 사과의 내용을 판결 시 고려한 것이 협약 제10조에 해당하는 것으로 본다. 청구인의 만화에 포함된 4대의 고층빌딩이 붕괴되는 장면은 청구인의 의도에 부합하는 것으로 판단되나 만화에 포함된 내용까지 함께 고려할 때 미 제국주의를 비판하기보다 폭력에 의한 파괴 행위 자체를 영웅시하고 지지하는 것으로 판단된다. 이러한 관점에서, 재판소는 만화의 내용 자체로 판단할 때 청구인이 911 테러 주동자들에 대한 그의 지지와 정서적 연대를 보여준 것으로 판단한다. 또한 청구인이 사용한 용어로 인해 청구인은 테러 피해자의 존엄성을 훼손하고 대중에게 해당 테러 행위를 긍정적인 것으로 해석하게 한 혐의가 인정된다.

따라서 재판소는 프랑스 항소법원의 "청구인의 의도는 기소 혐의와 상관이 없다"는 판단과 청구인의 의도가 범죄행위를 긍정적인 효과로 해석하게 할 가능성을 지우기 위해 주장된 것이라는 데 동의한다. 따라서 범죄 행위를 구성하는 데 있어 도발행위가 필수적으로 있어야 하는 것은 아닌 것으로 판단한다(문단 14, 19 참고 및 테러방지협약 제8조 참고).

44. 청구인의 해당 표현은 예술적 표현이자 사회 비판의 한 형태로 본래 의도가 사회에 자극을 불러일으키는 것이므로 일정 부분 현실의 왜곡과 과장 등이 있을 수 있다(*Vereinigung Bildender Künstler* 문단 3). 또한 예술가의 그러한 왜곡이나 과장을 통해 표현할 권리가 침해될 여지가 있는 경우 세심한 주의와 검토가 필요하다. 그러나 정치적, 군사적 표현과 관계된 작품을 만들어내는 경우라고 해도 협약 제10조 2항에 명시된 바와 같이 표현의 자유를 행사할 때에는 그에 대한 의무와 책임이 따르므로 어느 누구도 제약의 가능성에서 제외되지 않는다.

45. 따라서 프랑스 국내 법원이 청구인의 의도를 고려하지 않았다 하더라도 대신 협약 제10조에 따라 사건의 맥락과 공익을 이유로 과장이나 도발이 가능한 범위를 정당화한 것이 아닌지의 여부를 고려하였다. 이러한 관점에서, 청구인이 해당 사건의 심각성을 인지하지 못했을 수도 있는 상황에서 청구인의 만화가 취한 입장 등을 고려해보아야 한다. 2001년 9월 11일 테러가 발생했고 전 세계가 이 사건을 주목하고 있던 상황에서 9월 13일 해당 만화가 발간되었다. 재판소는 이러한 비극적 사건을 다루는 데 있어 예술적인 목적이든 언론보도의 목적이든 이를 보도하거나 다루는 사람에게는 책임이 강화되어야 한다고 판단한다. 또한 정치적으로 민감한 지역에서 발간물이 미치는 영향은 간과될 수 없다. 해당 발간물이 일간지에 실린 만화라는 제한적 특성을 고려한다 하더라도, 해당 만화는 충분히 폭력을 선동하고 이를 증명할 만한 충분한 효과가 있는 것으로 판단한다(문단 10 참고). 따라서 재판소는 " 청구인의 혐의가 연관성 있고 충분한 증거가 있다 "고 판단한다.

47. 재판소는 또한 청구인이 적정한 수준의 벌금형을 받은 것으로 판단한다. 표현의 자유에 대한 간섭의 균형성을 판단하는 기준으로 처벌의 성격이나 수준을 살펴보는 것 또한 포함된다.

이러한 맥락에서 국내 법원이 해당 발간물의 만화의 내용을 이유로 청구인에게 간섭 조치를 취한 것은 적법한 조치로 불균형적인 판결이 아닌 것으로 판단한다.

즉 국내 법원은 협약 제10조에 따라 민주주의 사회에서 필요한 경우에 해당하여 청구인의 표현의 자유에 대해 간섭의 조치를 정당하게 취했으며 따라서 해당 조항의 위반은 없는 것으로 판단한다.

II. 협약 제6조 제1항 위반 여부

49. 청구인은 기록관의 공개 기록을 전달받거나 의견 청취를 위한 소환 또한 없었다는 점을 근거로 협약 제6조 제1항에 명시된 공정한 심리권을 보장받지 못했다고 주장하였다. 제6조 제1항의 내용은 다음과 같다.

"누구나 자신의 유죄 혐의 평결과 관련하여 법원에 변론을 할 권리가 있다."

A. 변론 기일 및 기록관의 기록을 전달받지 못한 것에 대한 검토

1. 심리적격성

50. 재판소는 청구인의 이러한 주장이 협약 제35조에 따라 근거가 없는 것으로 판단할 수 없는 것으로 보고 부적격성의 근거 또한 찾지 못하였으므로 해당 사항은 심리적격한 것으로 결정한다.

2. 판결 관련

51. 프랑스 정부는 2003년 2월 1일자로 대법원이 강제 출석 면제와 관련된 새로운 규정을 도입하였다고 설명하였다. 정부는 해당 날짜로부터 변호사를 선임하지 않은 청구인의 경우 원칙적으로 검사와 동등하게 재판 절차의 정보를 제공받을 수 있게 되었다고 밝혔다. 항소가 제기된 시점부터 청구인이 정보를 요청하면 항소심 법원으로부터 절차 진행에 관한 모든 정보를 제공받을 수 있다는 안내문을 받게 되어 있다고 밝혔다. 해당 안내문에는 진행 절차에 대한 정보 및 청구인이 요구하는 경우 변론 기일과 기록관의 기록보고서에 대한 자문 등의 정보를 얻을 수 있음을 명시하고 있다고 설명하였다.

52. 청구인은 2002년 9월 26일 그의 항소 시점에 항소심 법원으로부터 어떠한 안내문도 받지 못하였다고 주장하였고 항소를 기각해야 한다는 검사의 의견을 전달받은 적은 있으나 항소심 재판 이전에 기록관의 기록보고서와 관련하여 자문을 받을 수 있는 가능성에 대해서는 안내받은 적이 없다고 주장하였다. 또한 그는 변론 기일과 관련된 어떠한 정보도 받지 못함으로써 변론의 기회가 주어지지 않았다고 주장하였다.

53. 재판소는 변론 전 청구인이나 그의 변호인에게 기록관의 보고서가 전달되지 않은 부분에 대해 공정한 재판의 요건을 충족하지 않은 것으로 기존 판례를 통해 판단한다(*Bertin v. France,* no.55917/00, 문단 24, 2006년 5월 24일; *Ledru v. France,* no.38615/02, 문단 15, 2007년 12월 6일 참고). 본 사건의 경우, 재판소는 청구인이 항소심 법원의 서기로부터 송장을 전달 받지 못했고 기록보고서를 전달 받아 자문을 구할 기회를 얻지 못한 것으로 판단하며, 따라서 다른 해석의 여지가 없는 것으로 본다.

54. 그러므로 청구인은 협약 제6조 제1항의 권리를 침해 받은 것으로 판결한다.

55. 청구인이 변론 기일에 대해 전달받지 못한 사실과 관련하여, 재판소는 앞서(문단 55, 56 참고) 판결을 내린 바 있으며 기존의 판례에 비추어 기록관의 보고서를 전달받고 이에 대해 자문을 구할 기회를 얻지 못한 사실과 따로 구분하여 검토할 필요성이 없다고 판단한다(준용, *Bertin, 위 인용,* 문단 29과 *Ledru,* 위 인용, 문단 23).

B. 검사의 검토의견에 대해 전달받지 못한 사실과 관련한 판단 여부

56. 재판소는 협약 제6조 제1항에 따라 변론 전 검사의 의견이 포함된 송장이 전달되어야 하며 이에 대한 변론을 제출할 기회가 주어져야 함을 판례를 통해 재확인한다(*Marion v. France,* no.30408/02, 문단 15, 2005년 12월 20일). 본 사건에서 청구인은 2003년 2월 21일자로 검사의 검토의견을 포함한 송장을 전달 받은 것이 확인되므로 재판소는 항소심 법원 공판 전 청구인이 충분한 검토를 할 기회가 주어진 것으로 판단한다. 따라서, 청구인이 제기한 협약 제35조 제3항 및 제4항의 침해 여부는 기각한다.

III. 그 밖의 청구사항

57. 청구인은 그가 바스크 분리독립을 주장하는 소수단체의 일원이라는 이유로 차별을 받았다고 주장하였다. 그의 발간물이 출간된 당시, TV 프로그램에서 유사한 용어를 사용한 광고가 방영되었으나 아무런 법적 제재도 없었다고 주장하였다. 청구인은 협약 제14조의 내용을 인용하였다.

> "[협약]에 규정된 권리와 자유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 다른 의견, 국가 또는 사회적 출신, 국가적인 소수자, 재산, 출생 또는 기타 지위 등과 같은 어떤 근거에서도 차별없이 보장된다."

58. 청구인의 이러한 주장과 관련하여 재판소는 제14조에서 보장하고 있는 자유와 권리의 침해에 대한 근거를 찾을 수 없으며 따라서 협약 제35조 제3항에서 명시한 명백한 근거가 없으며 제35조 제4항에 따라 청구인의 해당 청구를 기각한다.

IV. 협약 제31조 이행 여부

59. 협약 제41조의 내용에 따라, "재판소가 협약이나 의정서의 위반이 있는 것으로 판결하는 경우, 또한 국내법에 의해 해당 위반으로 인한 영향을 일부만 보상하는 경우 재판소는 청구인에게 적정한 보상을 제공해야 한다."

A. 손해 배상

60. 청구인은 프랑스 정부 당국이 청구인을 테러옹호자로 오인하게 함으로써 50,000유로의 비금전적 손해를 입었다고 주장하였다. 또한 항소심 법원이 부과한 벌금 및 법률 진행절차 비용에 해당하는 1,720유로를 배상할 것

을 요구했다.

61. 프랑스 정부는 청구인의 권리 침해가 증명된 것으로 충분한 보상이 이루어졌다고 주장하였다.

62. 정신적 피해보상과 관련하여, "재판소는 피청구국의 행위로 인해 청구인의 협약 제6조 제1항 권리가 침해되었다는 것을 발견함으로써 충분히 보상되었다고 생각한다."

B. 비용과 지출금

63. 청구인은 심판청구 비용으로 총 3,608.13유로가 소요되었다고 주장하며 이에 대한 증빙서류를 제출하였다.

64. 프랑스 정부는 2,500유로 배상이 가능할 것으로 보았으나 변호사 청구비용을 제출할 경우 소요비용으로 증빙 불가능함을 명시하였다.

65. 재판소의 판례에 따라, 실제 소요금액 및 필요성, 배상금액의 합리성 등을 고려하여 청구인은 배상을 받을 수 있으며, 본 사건에서는 권리 침해 판결에 따라 재판소는 청구인에게 재판 진행절차 비용 등을 고려하여 1,000유로를 배상금액으로 책정하는 것이 적절할 것으로 판단한다.

C. 지연이자

66. 재판소는 유럽중앙은행의 한계대출금리에 따라 채무불이행 금리는 3%로 결정하는 것이 적절하다고 판단한다.

이러한 사유로 재판소는 만장일치로 다음과 같이 결정한다.

1. 재판소는 협약 제10조와 제6조에 따라 청구인이 기록관의 기록보고서 및 변론 기일을 전달받지 못한 사실에 대해서는 권리 침해가 인정된다고 판단하며, 이외의 권리 침해 주장에 대해서는 기각한다.

2. 협약 제10조의 권리 침해 여부는 없는 것으로 판단한다.

3. 협약 제6조 제1항의 침해 사실과 관련하여, 청구인이 기록보고서를 전달받지 못한 사실과 변론 기일에 대한 정보를 전달받지 못한 사실의 건을 별개의 건으로 검토할 필요성은 없는 것으로 판단한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

4. 또한 청구인의 권리 침해를 인정한 것으로 청구인에게 적정한 보상이 이루어진 것으로 판단한다 ;

5. 따라서,

a) 프랑스 정부는 3개월 이내에 협약 제44조 제2항에 따라 판결한 대로 1,000유로를 청구인에게 지급하고 이에 수반되는 세금을 부담할 것을 판결한다.

b) 상기 3개월의 만기부터 결제까지 단순이자는 채무불이행 기간 중 유럽중앙은행의 한계대여금리에 해당하는 이자율로 지급해야 한다.

6. 이외의 보상 요구에 대한 청구인의 청구를 기각한다.

프랑스어로 작성, 2008년 10월 2일 재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라 서면으로 통보하였다.

Claudia Westerdiek	Peer Lorenzen
기록관	재판장

7. Stomakhin v. Russia

2018년 5월 9일

이 사건은 체첸 공화국의 무장 갈등에 대하여 뉴스레터 기사를 쓴 청구인에게 유죄 판결과 징역 5년 형을 선고한 것에 관한 내용이다. 국내법원은 그 기사가 테러리즘과 폭력을 정당화하였고 증오를 선동하였다고 보았다. 청구인은 뉴스레터에서 표현한 의견에 대해 유죄 판결을 내린 것에 대하여 소를 제기하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 특히 일부 기사는 수용할 수 있는 비판의 선을 넘었고 폭력에 대한 요청과 테러리즘을 정당화하는 내용이었다고 보았다. 그러나 다른 진술들은 받아들일 수 있는 비판의 범위 안에 있었다. 전체적으로 봤을 때, 일부 의견을 이유로 청구인을 처벌함으로써 그의 권리를 제한해야 할 긴박한 사회적 필요는 없었다. 너무 가혹한 처벌 또한 그의 권리를 침해하였다. 재판소는 국가가 증오 발언 범죄의 범위를 결정할 때 신중한 접근을 취하는 것이 매우 중요하다는 점을 덧붙였다. 재판소는 문제가 되는 발언이 실제로는 당국이나 국가 정책에 대한 비판일 때, 그러한 발언에 대한 조치를 취한다는 구실로 과도한 제한을 가하는 것을 막기 위해 국가는 법률을 엄격하게 해석해야 한다고 밝혔다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

7

3부문

CASE OF STOMAKHIN v. RUSSIA

(청구번호 52273/07)

판결

스트라스부르

2018년 5월 9일

최종본

2018년 8월 10일

본 판결은 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 협약 제44조 제2항에 따른 최종본이다. 편집에 따른 수정이 있을 수 있다.

Stomakhin v. Russia 판례와 관련하여 유럽인권재판소(3부문) 재판소는 다음과 같이 구성되어 있다.

Helena Jäderblom, *재판장,*

Branko Lubarda,

Helen Keller,

Dmitry Dedov,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

María Elósegui, *판사,*

Stephen Phillips, *부문 서기,*

2018년 4월 3일 비공개재판을 실시하고 해당일에 다음과 같이 판결하였다:

사건의 경과

1. 이 사건은 러시아 국적 보리스 블라디미로비치 스토킨(Boris Vladimirovich Stomakhin, 이하 "청구인")이 2007년 11월 7일 인권과 기본적인 자유 보호에 관한 유럽 협약(이후 "협약") 제34조에 의거하여 재판소에 러시아를 상대로 제기한 청구(no.52273/07)에서 비롯되었다.

2. 청구인은 모스크바의 변호사 A.G. Manov가 변호하였다. 러시아 정부는 유럽인권재판소 러시아 대표부의 G. Matyushkin이, 이후에는 그의 후임인 V. Galperin이 대리하였다.

3. 청구인은 그가 설립자, 소유주, 출판인 및 편집장이며, 여러 공개 행사에서 배포한 그의 소식지에 실린 기사로 인한 유죄판결이 협약의 제10조와 제11조에 의해 보장되는 표현의 자유와 평화로운 집회의 권리를 침해했다고 주장하였다.

4. 2011년 6월 14일, 청구는 정부에 통지되었다.

사실 관계

Ⅰ. 사건의 배경

5. 청구인은 1974년 출생으로, Vsesvyatskaya에서 살고 있다.

6. 사건이 발생한 시기에 청구인은 리투아니아 주간 출판물의 기자였다.

7. 그는 또한 시민 활동가였다. 국내 법원에서 이후 인정한 바와 같이 1998년 여름 경부터 청구인은 본인을 Revolyutsionnoye Konaktnoye Obyedineniye(이후 "RKO")라는 비공식 자유민주주의운동의 회원으로 여겨왔다. 그는 소식지의 내용을 결정하고 그가 쓴 글, 그와 비슷한 시각을 가진 사람들의 글, 공식, 비공식 정보 출처, 대중매체로부터 발췌한 글을 출판하였다. 그 자신은 매 호 소식지를 그의 집에서 준비했으며, 그의 개인 컴퓨터로 글을 입력하고 그 후 인쇄를 하고 복수의 복사본을 생산하였다. 복사본 수의 정확한 숫자는 확인되지 않는다. 청구인은 개인

적으로 또는 확인되지 않은 다른 개인을 통해 판매를 하거나 모스크바의 여러 장소에서 무료로 배포하였다. 기사들은 넓게는 체첸공화국의 사건들을 다루었다.

A. 〈라디칼나야 폴리티카(Radikalnaya Politika)〉 발간 관련

1. 2003년 1월 제1호(27호)

8. "M.Udugov가 카즈바즈(Kazkaz)센터 언론기관에 한 인터뷰로부터"라는 표제의 기사는 2002년 10월 모스크바에서 있었던 두브로브카(Dubrovka) 극장의 대규모 인질상황을 "모스크바의 영웅적인 체첸 반군 모브사르 바라예브(Movsar Barayev)의 활동"이라고 논평하였다. 구체적으로 그 기사는,

> "러시아는 그 지도자가 주권국가에 대한 비열한 공격 및 무고한 시민에 대한 살상을 영구화하고 있기 때문에 전쟁 중이며 보복 폭탄 등의 의한 피해를 받을 위험이 지속적으로 있음을 보여주었다. 서구 사회 또한 인종 그룹으로 체첸의 물리적 전멸을 목적으로 한 전쟁을 하고 있음을 푸틴 러시아에게 인정하라고 강요하고 있다."

9. "부다노프(Budanov)의 정신이상[항변]은 바사예프(Basayev)의 승리 보장이다"라는 제목의 기사는 18세 체첸 여성을 교살하고 고문한 혐의로 재판이 진행중인 고위급 러시아 장교의 사건, 특히 일시적 정신이상을 이유로 피고가 1심에서 무죄를 선고받은 사건을 논평하였다. 청구인이 기사 작성자 중 하나로 참여한 기사는 구체적으로 아래와 같이 기술하고 있다.

> "... 체첸 전역은 이제 부다노프와 같은 사람 -어깨 견장을 찬 미치광이, 피에 굶주린 사디스트, 살인자 그리고 성도착자-으로 채워져 있다. 러시아의 점령군은 모두 이런 부다노프로 이루어져 있다"

10. 이 기사는 또한 아래와 같이 기술하고 있다:

> "... 사회의 위험[으로 간주되었던 사람], 정신나간 미치광이가 그 연대의 지휘관이었다는 사실은... 러시아의 민주혁명부대에 새로운 과제를 부여한다. 지금부터 즉시 육군과 해군, 내무부 공무원, 국경 경비, 경찰, 러시아연방보안국의 대위부터 최고사령관인 푸틴까지 모든 지휘관들이 의무적으로 정신검사를 할 것을 우리는 요구한다.

11. 이 기사는 또한 아래와 같이 기술하고 있다:

"수십명의 체첸 저격수는 언덕과 도시 잔해에 자리를 잡아 수백의 수천의 침략자들이 성스러운 총알에 사살되기를! 자비란 없다! 러시아 침략자들에게 죽음을!"

12. 제3의 집필자가 작성한 "체첸 사람들 살인의 공범자"라는 표제의 기사는 2002년 10월 모스크바의 두브로브카(Dubrovka) 극장의 인질극에 대해 논평하며 아래와 같은 문단을 포함하고 있다:

"이케리아 체첸공화국(CRI)의 국민인, 러시아의 공포정치로 인해 매일 고통을 받는 나는, 체첸 애국자들이 이러한 엄청난 행동으로 몰아넣은 이유를 이해할 수 있다. 이케리아 체첸공화국의 국민에 대한 대량살인을 비난하거나 체첸 공화국에 대한 러시아의 침략에 대해 언급하는 문서는 없다... 러시아의 공포에 의해 절망의 상태가 된 체첸 애국자들은 러시아의 수도인 모스크바에서 게릴라 행동을 할 수밖에 없었다. 그러한 과정에서 그들은 그들의 유일한 목표인, 국제사회에 러시아 침략자에 의해 냉소적으로 행해진 체첸 사람들의 완전한 학살에 대한 경고를 추구하였다.

13. 같은 기사는 "러시아의 식민적 팽창에 맞선 체첸 사람들의 국가해방을 위한 투쟁"을 논평하였다.

14. "체첸 저항군은 살아 있다! 마스하도프가 조하르와 아르군을 방문했다"는 표제의 기사에서는 "대통령 마스하도프", "이케리아 체첸공화국(CRI)의 대통령", "이케리아 체첸공화국(CRI)의 최고사령관인 마스하도프", "이케리아 체첸공화국(CRI)의 수도인 조하르"가 사용되었다.

15. "살만 라두예프(Salman Raduyev)를 기리며"라는 표제의 기사에서 청구인은 아래와 같이 작성하였다.

"체첸 영웅들이 떠난다... 두다예프(Dudayev), 아테리예프(Atteriyev), 카타프(Khattab) 그리고 오늘 - 라두예프(Raduyev). 마치 그들이 무섭고 검은 고약한 깊은 구렁에 집어삼켜지는 것처럼. 그리고 깊은 구렁의 이름은 러시아이다."

16. 같은 기사에서 진정인은 기고하기를:

"... 살만 라두예프는 민족의 살인자들과 타협하지 않고 그의 마지막 숨까지 러시아에 대항하여 싸웠다. 그의 죽음은 다른 백만개의 사례들처럼 러시아의 측정할 수 없는 배신과 비열한 행동, 러시아라는 국가, 문명, 역사의 대상의 병적인 허위성과 범죄성의 한가지 사례가 되었다.

...

살만 라두예프는 영웅적인 체첸 저항군 운동의 가장 밝은 부분이다. 그는 체첸 뿐만 아니라 러시아를 포함하는 전 세대의 영웅이었다. 그의 삶과 죽음은 저주받은 제국주의 러시아가 망할 것이라는 것과 체첸 뿐만 아니라 러시아에 의해 억압받는 사람들에게 결국 자유를 얻을 것이라는 보증이다. 살만, 당신을 위해 복수하겠소!"

17. "보바(Vova[48])의 새로운 농담"이라는 표제의 기사에서 진정인은 기술하기를:

"국민 반역자에 대한 이케리아 체첸공화국(CRI)의 샤리아 법원이 공표한 합법적 유죄선고가 엄격히 집행되고 있다."

18. 같은 호의 소식지에서 청구인은 regional.ru라는 홈페이지의 정보인, 러시아 국민에 의해 노예로 붙들린 우즈베키스탄 국민들을 해방시킨 지역 내무부 부서의 경찰 작전을 가져왔다. 진정인은 기사의 제목을 "러시아 사람들은 노예를 부리면서, 체첸 사람들에 대해 뭐라고 하려고 든다"라고 붙였다.

19. 같은 호의 소식지에서 진정인은 "정교[신자]들이 완전히 미쳤다"는 제목의 기사에서 "정교 신앙의 토대"이라는 소책자 중 "예수님은 유대인이 아니라 체첸인에 의해 십자가에 매달려 죽였다"고 증거없이 주장하는 신원미상의 "정교 신학자"들에 대한 정보를 출판하였다.

2. 2003년 9월 제9호(35호)

20. '체첸 신드롬'의 모든 것"이라는 표제의 기사에서 진정인은 작성하기를:

"(전략)가장 중요한 것은 우리가 우리의 가슴과 피부로 자유가, 참으로, 인간이 가질 수 있는 가장 소중한 것, 가장 소중한 보물, 죽을 만한 가치가 있는 유일한 것이라는 것을 깨달았다. 그리고 만일 [어떤 사람이] 운이 좋다면 이타적인 체첸 여성이 '자살 조끼'를 매는 것처럼, [그 또는 그녀]는 자신과 함께 최소한 몇몇의 적을 함께 데리고 다른 세계로 갈 것이다. 어떤 경우라도 인간의 삶은 일시적이고 취약하기에, 자유로울 때만이 살아갈 가치가 있다. 그렇지 않다면 어서 죽는 편이 낫다. 이러한 체첸 여성들이 죽은 것처럼."

21. 그는 이렇게 계속 적었다:

48) (역주) 블라디미르 푸틴 대통령의 애칭이기도 함.

"... 전쟁 중인 체첸을 지지하며, 바사예프에 대한 우리의 연대를 보여주며, '노드오스트[극장 포위작전]'의 날에 모스크바의 모브사르 바라예프를 공개적으로 지지하며, 우리는 어떠한 국경, 우리의 과거, 환경, 우리가 태어나고 자라나고 생활한 모든 연결고리가 끊어진 과거의 선을 넘어섰다; 인접 산악 국가의 [우리] 사람에 의해 행해진 끔찍한 학살의 세부 내용들을 우리의 눈으로 보고, 외국과 적의 홈페이지에서 읽기 전까지 그들의 일부임을 믿었다. 그러므로 루비콘 강을 건넜고 선택은 이루어졌으며, 더 이상 물러날 곳은 없다 -우리는 러시아가 합병한 지역의 반납과 직업에 대한 금전적 보상을 [러시아로부터] 주장하는 정당, 바사예프와 같은 유명한 군지도자, 멍에에서 벗어나려는 게릴라, 그리고 '우리' 제국에 의해 억압받는 사람들 외에는 가족이 없다.

22. 같은 기사에서 진정인은 기술하기를:

"... 작고 무력한 산사람들에 대한 이 정부의 피 묻은 학살이야말로 우리의 양심에 이 생각을 최초로 불어넣은 것이다: 러시아는 영원히 파멸되어야 하며, 이와 비슷한 행동을 하는 국가는 영원히 존재해서는 안된다!"

23. 제3자가 작성한 "체첸이 카프카스를 보호하다"라는 표제의 기사는 기술하기를:

"... 마스하도프, 바사예프, 카하타프와 다른 체첸 저항군의 영웅들이 용감하게 그리고 완고하게 러시아 침략을 방해하여, 실제로 체첸의 독립을 뿐만 아니라 그 존재 자체와 카프카스의 다른 국가의 존재 또한 구하였다."

24. "논평 보류"라는 표제의 기사에서 진정인은 기술하기를:

"... 마스하도프가 '노드오스트[극장 포위]'와 최근 투시노(Tushino)의 폭발에 책임이 있는 강도라고 푸틴의 저질스런 선전은 원하는 만큼 지껄여도 좋다. 당대의 체첸에 조금이라도 관심이 있는 그 누구라도 마스하도프가 체첸의 정당한 대통령임을 알고 있다. 러시아헌법이 아닌 CRI의 헌법에 따라 재선될 때까지 그 이외의 '체첸 대통령'은 불가능하다. 1992년 CRI 헌법에 따른 합법적 대통령 선거는 사령관인 마스하도프의 CRI 군대가 점령 러시아의 불법적 무장 단체인 국방부, 내무부 그리고 연방보안국을 독립 이케리아 지역에서 쫓아내어 패배시킬 때만이 가능하다..."

3. 2004년 2-3월 제2호(40호)

25. "보복-2"라는 표제의 기사에서 진정인은 기술하기를:

"... 학살에 대한 보복은 근시일 또는 그 후에라도 이루어질 것이다. 우리가 그것을 기대하며 살면 목격자가 될 것이며 그것을 단죄하는 칼이 되는 것도 좋을 것이다. 그때까지 우리가 할 수 있는 일은 피로 인해 광분한 우리 국가에 의해 체첸, 우크라이나 리투아니아 그리고 폴란드-백해(발틱해)부터 흑해까지-에서 살해당하고 고문당한 이들을 위해 애처로울 정도로 작은 촛불시위를 조직하는 것 외에는 없다. 끔찍한 러시아의 역사에 대한 지식이 자각이 있는 모든 자로부터 복수를 요구하기 때문에 이러한 무거운 짐을 지고 살기란 불가능하다. 추모 촛불을 드는 손이 내일은 총을 드는 것도 가능하다- 이렇게 믿기는 어렵지만 이것이 현실화될 때 이러한 행복한 시간에 살 수 있도록 주여 도우소서. 그때까지 우리는 이야기를 통한 경종 외의 다른 무기를 가지고 있지 않다.

... 우리는 우리가 싫어하는 '우리'의 제국에 의해 살해되고 고문 받은 모두를 기억하고 비통해한다. 그러나 체첸 사람들이 모두 멸종되는 것보다 더 나은 선물은 학살을 추모하는 또 다른 촛불 모임이 아니라 -지금은 비록 그들이 나약할지라도- 그들을 살해하고 우리의 자유를 박탈하고 우리의 영혼을 훼손하고, 우리를 도살자로 만들어 우리의 시야를 피로 속박하는 범죄 국가에 한 방씩 날리는 것이다. '말은 적게 그리고 행동은 더 많이' -이것이 오늘의 슬로건 중에서도 슬로건이다! 특히 국내에 있는 급진적 반-제국주의 반대파들이 할 일이 많으므로 더욱 그렇다!

26. 기사는 또 기술하기를:

"... 러시아가 체첸 사람들에 대한 어제와 오늘의 학살에 상쇄하여 피를 뱉게하자. 2월 23일 우리의 촛불 추모 모임이 불타는 횃불이 되어 인류의 길을 가로막는 이 썩은 거리가 정죄의 불길에 불타도록!"

27. 같은 기사에서 청구인은 작성하기를:

"... 건물의 벽, 울타리, 버스 정류장에 적힌 글들에 대해 그러한 행동들의 중요성을 과대평가한다해도 지나치지 않을 것이다. 오늘부터 14일[2004년 3월]까지 한 군데를 지속적으로 공격해야 한다: 노예들이여, 최소한 잠시라도 자유로워져 가짜 '선거'에 기권해라! 급진적이고 주변적 사회집단의 혁명가, 인권활동가, 극단주의자 구성원의 제한적 범위에서 운동을 벌일 필요는 없다. 그들은 이미 모든 것을 알고 있다. TV만 보는 정치화된 소비자가 아닌 사람들 각각에게 직접적이고 열린 호소는 체제에 대한 공개적이고 강력한 한 방을 선사하며 마무리를 빠르게 당길 것이다..."

28. 같은 기사에서 청구인이 아래와 같이 선언하였다:

"... 우리는 -끝없는 목록의 '소탕 작전', '신분 확인', '반테러작전', 입막음 법률, 불법 수사 그리고 정치적 동기가 있는 형사 절차 등- 그들의 범죄를 기록하고 증오하며 축적해야 한다. 또한 특정한 마을에 대한 특정 '소탕작전'에 참여했던 모든 이, 형사절차를 시작한 사람, 이에 대한 정보를 준 사람과 날짜 등의 목록을 만드는 것이 좋다. 역사적 관점에 따르면 그러한 사람들이 개인의 책임에 대해 가장 두려워한다. -물론 그들에게 불법 명령을 내린 지휘관에게 책임을 전가할 수는 없을 것이다. 어느 날 체첸은 물론 모스크바에서도 제복을 입은 사형집행관과 제복을 입지 않은 경찰 끄나풀들이 모든 것에 대해 책임을 져야 할 것이다..."

29. 제3자가 작성한 "크렘린 도둑들"이라는 표제의 기사는 체첸 공화국 내 러시아 군대의 행동, 특히, 1995년 체첸의 마을의 "소탕" 작전 중 대규모의 시민들이 법적 절차에 의하지 않은 처형을 당한 것을 비판하고 있다. 또한 기술하기를:

"체첸에서 러시아 군대는 국가의 군대로 존재하기를 멈추고 약에 찌든, 광란의 살인자와 약탈자 패거리로 스스로 완전히 변모하였다."

30. "위원회의 선언 '2008: 자유 선택'"의 "편집자의 말"에서 청구인이 적기를:

"우리, [the RKO]와 라디칼나야 폴리티카는 위원회와 연합하여 협력할 준비가 되어 있다. 우리는 물론 그들보다 훨씬 급진적이다. 2008년까지 기다리며, 헌법에 대해 걱정할 것이 아니라, 가능한 빨리 푸틴의 체제를 청산하고 전복하기 위해 사람들에게 요청을 해야 한다고 생각한다. 우리는 현대의 러시아 연방국가가 통합적 국가로 유지하는 것이 가능하지 않다고 생각한다. 그러나 우리는 우리의 동맹들과 훨씬 중도적인 집단과도 합의점을 찾고 싶다."

4. 2004년 3월 제3호(41호)

31. "편집팀"을 대신하여 아래의 성명이 1면에 실렸다:

"젤림한 얀다르비예프는 영웅으로 죽었고 그는 고마워하는 미래 세대, 역사학자, 그리고 인류의 기억 속

에 남을 것이다. 그는 피에 굶주린 Rusnya[49]와 가능한한 오래 싸웠다."

32. "치루어야 할 학살의 대가"라는 표제의 기사에서 청구인이 적기를:

> "모스크바 지하철의 폭발은 합리적이고 자연스럽고 합법적이다... 러시아와 러시아인들에게 당한 것을 생각하면 체첸인들은 그들이 원하는 그 어떤 것이라도 폭파시킬 수 있는 도덕적 권리가 있다; 인본주의 또는 인류에 대한 사랑과 관련하여 그 어떠한 이의제기는 용납될 수 없다."

33. 같은 기사에서 청구인이 적기를:

> "러시아 연방과 그 국민들이 그전까지 백만명에 불과했던 체첸 사람들에 대한 파괴적인 학살 전쟁을 [시작한지] 10년이 되었다."

34. "러시아의 아테네 하계 올림픽 참여가 승인될 수 있을까?"라는 제목의 기사에서 청구인이 기술하기를:

> "수백만의 다른 유사한 유혈 사태의 결과 중 러시아의 CRI에 대한 유혈 공격은 러시아 보안대로 하여금 이러한 공격을 격퇴하도록 자신의 사람들을 이끌었던 CRI 전 대통령 젤림한 얀다르비예프의 살해로 이어졌다."

5. 기타 기사

35. 라디칼나야 폴리티카 소식지의 제8호에 실린 "좋은 소식"이라는 제목의 컬럼에서, 청구인은 인터팩스, strana.ru 홈페이지 그리고 KMNews.ru와 같은 여러 보도 기관의 홈페이지에서 모은 정보를 발간했다. 발간된 정보는 대부분 체첸공화국에서 사망한 연방 군인이나 경찰관 관련 정보, 러시아 전역의 경찰관과 공무원에 대한 폭력적 공격과 폭행 등을 담았다.

B. 청구인의 공개 행사 참석

36. 2004년 2월 23일 청구인은 "급진당"이라고 쓰인 깃발이 있고 "푸틴과 그 친구들과는 달리 자카예브는 테러리스트가 아니다", "유럽! 체첸 저항군을 배신하지 말지어다!", "러시아 침략자들이여- 체첸에서 나가라", "언제쯤 체

49) "Rusnya"는 러시아인들에 대한 경멸적 비하 표현이다.

첸 사람들이 자유롭게 되고 다시 부흥할 것인가?" 등 현 정치 정권을 비난하는 슬로건이 든 현수막을 내거는 등 허가 받지 않은 모임에 참석하였다.

37. 2004년 3월 10일에는 모스크바의 푸쉬킨 광장의 모임에 참석하여 청구인 자신과 신원이 확인되지 않은 다른 사람들과 같이 자신이 편집장인 라디칼나야 폴리티카 소속지 제2호(40호)과 제3호(41호)을 배포하였고 관심있어 하는 사람들에게 다음 호 내용, 구독방법, 그 외에 재정적으로 소식지를 지원할 수 있는 방법을 안내했다.

C. 청구인에 대한 형사 절차

1. 재판 전 수사

38. 2003년 12월 18일 청구인을 상대로 라디칼나야 폴리티카 소식지를 통해 표현된 관점들이 인종적, 국가적, 사회적 및 그 외 증오를 선동하고 극단적 행동을 호소에 이른다는 혐의로 형사 절차가 시작되었다.

39. 청구인이 발간한 기사들에 대한 심리언어학 전문가 검토가 시작되었다. 전문가는 2004년 4월 13일자 보고서 중 특히 문제의 기사들이 러시아 군인, 러시아 민족, 정교 신자들에 대한 부정적인 감정 평가를 담고 있다고 기술하였다. 그 보고서는 또한 체첸 내 러시아 행동에 대한 비판을 통해 기사들이 국가로서의 러시아, 현존하는 정권, 그리고 국가 조직의 한 부분으로 러시아 군대에 대한 부정적 판단을 하고 있다고 덧붙였다. 그 보고서는 청구인이 러시아를 표현하는데 있어 다수의 명백히 부정적인 단어와 표현을 사용하고 있음을 지적했다. 또한 문제의 기사들이 러시아 내 폭발을 포함한 테러리스트들의 공격, 다수의 체첸 분리주의 지도자들과 투사의 행동과 활동을 정당화하고 긍정적으로 평가했음을 언급하였다.

40. 2004년 4월 26일, 위에서 언급한 범죄에 대한 위반으로 정식으로 기소되었고 확인되지 않은 날짜에 모스크바의 Butyrskiy 지구법원("지구법원")으로 사건이 이관되었다.

2. 1심에서 청구인에 대한 유죄판결

(a) 1심 절차

41. 재판에서 청구인은 무죄를 주장하였다. 그는 자신이 라디칼나야 폴리티카 소식지의 발간인이자 편집장인 것은 인정했지만 그는 혼자서 인쇄를 했을 뿐 배포하지 않았다고 주장했다. 그는 또한 러시아에서 발생한 여러 정치

적 사항에 대해 자신의 의견을 표현한 것이 아니고 그 중에서 체첸 공화국 내에서 지속되는 무장 갈등에 대해 시민의 입장에서 의견을 낸 것에 불과하다고 주장했다. 그는 현 정권에 대한 극단적인 행동이나 폭력적 정권 전복을 요구한 것이 아니라 국가의 지도부의 변경을 요구한 것일 뿐이라고 주장하였다.

42. 지구법원은 청구인의 소식지를 구매했거나 무료로 배포한 것을 목격한 다수의 사람들을 소환하여 심리하였다. 또한 2004년 4월 13일자 보고서를 작성한 전문가 또한 심리하였다. 전문가는 보고서의 결론을 확인해주었다. 청구인 측 증인들도 다수 소환되어 조사되었다.

43. 재판부는 2004년 4월 13일자 전문가 보고서, 청구인의 기사가 증오를 선동하고 러시아인, 정교도 신자, 공무원에 대한 모욕적인 언어를 포함하고 있다는 8명의 개인이 작성한 서면 진술서, 청구인 소식지 압수에 대한 보고서, 청구인이 자신의 행동의 의미를 충분히 인지하고 있었으며 통제할 수 있었다는 법의학적 정신질환 보고서 등의 여러 증거를 심리하였다.

44. 지구법원은 청구인의 주장과 그의 변호인이 제기한 주장을 검토하였고 이러한 주장은 증인 진술 및 그 밖의 증거자료에 비추어 볼 때 사실로 인정할 수 없다고 판단하였다.

(b) 2006년 11월 20일 판결

45. 지구법원은 2006년 11월 20일 판결을 통해 "대중매체를 통해 극단적인 행동을 대중에 호소한 것"(러시아 형법 제280조 제2항)과 "증오나 적개심을 부추기고 개인 또는 개인의 존엄성을 모욕하는 것을 목적으로 한 행위로서 공개적으로 또는 대중매체를 통해 자행된 행위"(러시아 형법 제282조 제1항)을 근거로 청구인을 유죄라고 판단했다.

46. 재판부는 위 문단 6-7에 요약되어 있는 바와 같이 사건의 사실관계를 확정하며 2004년 4월 13일의 전문가 보고서를 언급하였다(위 문단 39 참고). 문제의 기사들의 극단적 성격이 명백했고 '극단주의적 행동 방지법'(아래의 문단 69 참고)에서 금지하는 행동들을 선동하였다고 판단했다. 특히 그 기사들에서 청구인은 헌법적 질서와 러시아의 대통령에 대한 폭력적 전복, 테러리스트 행동에 대한 정당화 및 미화, 러시아인들 대상 폭력 요구 및 러시아인 명예 격하, 정교도 신앙을 열등한 것으로 치부하고 그 신자들을 모욕하여 종교적 불화도 선동하는 등 극단적 행동들을 요구하였다. 이 기사들에서 청구인은 국가로서의 러시아, 그 정치적 체제, 그리고 러시아 군대와 군인에 대해 모욕적인 언어를 사용하였다.

47. 더 구체적으로 지구법원은 청구인이 그의 소식지의 여러 호에서 체첸 공화국 내의 갈등을 마치 체첸과 러시아 두 국가 사이의 전쟁인 것처럼 묘사하였으며 러시아인들과 러시아 국가를 멸종시키려는 범죄 행위와 테러리스트들, 러시아 내에서 발생한 테러리스트 공격 등에 찬성한 것을 확인하였다. 이러한 관점에서, 지구법원은 소식지 제1

호(7호)(위 문단 16 참고) 그리고 제9호(35호)(위 문단 21과 23 참고)의 관련 기사들에서 청구인이 "테러리스트와 극단적인 행동에 연관된 여러 사람들을 언급하면서" 이 사람들과 범죄 행위에 대한 긍정적인 대중 의견을 만들 목적의 단어와 표현을 사용한 것으로 보인다고 언급하였다.

48. 지구법원은 또한 "청구인의 기사의 문구들이 체첸 테러리스트에 의한 러시아 내 폭격 및 체첸에서 러시아 군인들을 저격한 불법무장집단 소속 체첸 저격수의 행위"에 대한 긍정적으로 평가하는 내용을 포함한다고 지적하였다. 이러한 관점에서 제1호(27호)(위 문단 11 참고) 및 제3호(41호)(위 문단 31-32 참고)에서 발췌한 내용을 인용하였다.

49. 재판부는 청구인이 체첸 내 러시아의 행위를 침략으로 평가하고 러시아 군대를 점령군으로 여긴 점에 주목하였다. 이에 따라 그가 "러시아의 행위와 러시아의 군대를 부정적으로 평가하고 유사하게 [청구인이] 러시아라는 국가 그 자체를, 러시아 군대를 국가 조직으로, 러시아 군인을 사회 집단"으로 부정적으로 평가했다. 지구법원은 다른 한편으로 청구인이 "체첸 공화국에서 벌어진 일들에 대해 러시아와 체첸인(체첸 민족) 사이의 전쟁과 체첸인에 대한 학살로 묘사하고 있다"고 기술했다. 법원은 제1호(27호)(위 문단 8과 12 참고)와 제3호(41호)(위 문단 33과 34 참고)에 출판된 내용들을 근거로 이러한 사실을 확인하였다.

50. 지구법원은 또한 청구인이 체첸 반군의 행위를 정당화하고 긍정적으로 평가했으며 체첸 공화국을 고유의 대통령(A. 마스하도프), 수도(조하르), 헌법, 군대, 그리고 총사령관, 법원(샤리아 법원) 및 법률이 있는 독립국가로 여겼다고 보았다. 특히 제1호(27호)에서 청구인은 체첸 공화국에서 벌어진 사건을 "러시아의 식민지 확장에 반대하는 체첸인들의 민족 해방 투쟁"(위 문단 13 참고)으로 해석해 "CRI의 샤리아 법정의 합법적 유죄판결"(제17항 참고)을 언급하며, "마스하도프(Maskhadov) 대통령", "CRI의 대통령", "CRI의 수도인 조하르"를 언급했다(위 문단 14 참고). 또한, 제3호(41호)에서 청구인은 "마스하도프(Maskhadov) 대통령"의 결정"을 게재하였고 "논평보류"라는 기사에서는 "마스하도프(Maskhadov) 대통령"을 "합법적인 체첸의 대통령"이라고 치켜세웠다(위 문단 24 참고).

51. 지구법원은 더 나아가 청구인의 소식지 8개에서 "좋은 소식(위 문단 35 참고)"이라는 제목으로 게재된 칼럼을 언급하였다. 법원은 청구인이 부정적인 사건을 청구인과 소식지 저자들이 따라야할 예시로서 그 행동들을 승인함에 따라 그 사건을 긍정적인 방식으로 표현했다고 지적했다. 법원은 또한 "체첸 신드롬의 모든 것"이라는 기사에서 발췌 인용한, 청구인의 입장에서 본받아야 할 또 다른 사례로 체첸 여성들이 "자살 폭탄"을 착용해야 한다고 했던 것을 지적하였다(위 문단 20 참고).

52. 지구법원은 계속해서 "청구인이 발행한 모든 소식지에서... [청구인은] 의도적으로 인종, 민족, 국가, 종교, 그리고 사회 집단에 있어 부정적인 감정 평가와 모욕적인 특성을 사용했다"고 지적하였다. 특히, 러시아라는 국가에 대하여 청구인은 "무섭고 고약한 깊은 구렁", "유혈이 낭자한 식인적 학살", "부패한 구역"와 같은 부정적인 감정의 비유

를 사용하였고; "측량할 수 없는 악당근성, 배신과 병적인 거짓"과 같은 모욕적인 특성과 파괴를 목적('피를 뱉는다'고 비유)으로 한 부정적 태도는 재판부에 따르면, 유혈사태를 선동하기 위한 태도를 분명히 보여주는 것이었다. 법원은 소식지 제1호(27호)(위 문단 15 참고), 제9호(35호)(위 문단 22 참고), 제2호(40호)(위 문단 26 참고)에서 관련이 있는 내용에서 이러한 결론을 입증했다.

53. 지구법원은 또 '부다노프의 광기, 바사예프의 승리 보증'이라는 제목의 기고문에서 "청구인이 러시아 육군과 치안 종사자를 대상으로 범죄를 저지를 것을 호소하였다"고 판단했다. 특히 법원은 "그 기사에서 [청구인이] 러시아 육군의 군인들을 사회 집단으로 감정적이고 부정적으로 묘사"(위 문단 9 참고)했으며 "지휘관에 대한 의무적 정신질환 검사를 즉시 요구하는 등 군인에 대한 조치들을 호소했다"고 언급하였다(위 문단 10 참고). 이러한 조사 결과에 추가로 법원은 소식지 제2호(40호)에서 발췌한 내용 또한 참고하였다(위 문단 29 참고).

54. 법원은 이어서 "라디칼나야 폴리티카 소식지를 발간하고 배포한 것으로 [청구인은] 유럽과 아시아 지역에 거주하는 시민과 코카서스에 거주하는 사람들 사이에 국가, 인종, 종교적인 이유로 무력 충돌을 포함한 적대감과 갈등을 불러일으키기 위해 의도적으로 행동했다"고 명시하였다. 이와 관련하여, 법원은 청구인이 제2호(40호)(위 문단 30 참고)에 실린 청구인의 "편집자의 말"을 언급하면서, 그 간행물에서 청구인이 "기존의 정치 체제와 국가로서의 러시아에 대해 부정적인 태도를 보였다"고 보았다. 재판부는 "기존 국가체제("푸틴 정권")의 청산과 관련해 [청구인]이 취한 입장은 헌법에 부합하는 행위뿐 아니라 여기에서 벗어나는 행위("헌법에는 별로 신경 쓰지 않고 정권을 전복시키는 행위") 또한 전제하고 있다"고 지적했다.

55. 법원은 또한 청구인의 "보복-2" 기사에서 "러시아의 기존 정치 체제와 국가에 대항할 목적으로 다음의 행위"를 언급하며 해당 기사의 관련 발췌문(위 문단 25 참고)에도 반영되어 있는 행동들인 "체첸 공화국 관련 행사 조직, 회의 참여, 건물 벽, 담장, 버스 정류장 등에 글쓰기"를 언급했음에 주목했다. 재판부는 또 "청구인이 소식지에서 국가와 정치권에 대한 다른 불법행위를 할 것을 건의했으나 구체적으로 어떤 행위를 할지는 밝히지 않았다"고 명시했다.

56. 이어서 지구법원은 여러 호의 소식지에서 청구인이 "고의적으로 '소탕작전', '신분 확인', '반테러작전', '불법 수색 및 정치적 동기를 가진 형사 소송'로 행위들이 기록되기를 호소하며, 이를 '범죄들'에 부합하는 것으로 규정하고 이러한 행위를 실행한 사람들을 '제복을 입은 사형집행관' 그리고 '제복을 입지 않은 경찰 끄나풀'"이라고 했음을 확인하였다. 법원은 특히 "보복-2" 기사에서 발췌한 관련 내용에 대한 청구인이 호소한 부분을 참고하였다(위 문단 28 참고).

57. 재판부는 이어 "정교[신자]들이 완전히 미쳐버렸다"(위 문단 19 참고)는 기사에서 청구인이 정교회의 추종자들에 대한 부정적이고 감정적인 평가가 담긴 표제("완전히 미쳤다")를 사용한 것을 주목하였다. 법원은 "기사의 내

용이 하나의 사건("정교 신앙의 토대"라는 책자에 포함된 "예수 그리스도는 유대인이 아니라 체첸에 의해 십자가에 못 박혔다"라는 표현)에 대한 것이기 때문에 표제와 일치한 것은 아니었다. 그러나 이 하나의 사건을 일반화하며 공격적인 표제를 사용함으로써 정교회 신자들의 전형적인 상황으로 표현하였다"고 적시하였다. 같은 맥락에서 지구법원은 제1호(27호)에서 청구인이 특정 러시아 시민에 의해 노예 생활을 하고 있는 특정 우즈베키스탄 국민에 대한 정보를 재간(再刊)했다고 지적하였다(위 문단 18 참고). 법원은 청구인이 "러시아 사람들은 노예를 부리면서, 감히 체첸 사람들에 대해 뭐라고 하려고 든다"라는 제목의 기사에서 "러시아 시민과 국가에 대해 부정적이고 감정적인 평가('뭐라함')"를 함으로써 한 가지 사건을 일반화하여 모든 러시아인들의 전형적이고 특징적인 사실로 단언했다는 사실에 주목했다.

58. 더 나아가 소식지 제1호(27호)와 제9호(35호)에서 청구인은 "정교 신자들은 신자들에 대한 모욕적인 특징화와 부정적인 감정적 표현, 종교로써 정교 교파의 차별적인 표현들로 인해 질이 낮아졌으며 러시아 사람들이 믿는 이 종교가 폐지되어 이 종교를 믿는 사람들의 국가적 존엄을 낮춰야 한다"고 주장하였다. 법원은 청구인의 정교회 신앙의 열등성에 관한 진술은 민족 간, 인종 간 갈등을 부추겨 사람들을 분노하게 하여 결과적으로 기존 정치체제에 대한 변화를 촉구하기 위한 시도라고 보았다. 법원은 위의 건과 관련하여 특히 어떤 기사가 그러한 특징과 평가를 포함하고 있는지 구체적으로 밝히지는 않았다.

59. 마지막으로 법원은 "2004년 2월 23일 무허가 회의에서 청구인이 정권을 규탄하는 문구가 적힌 현수막을 공개적으로 내걸어 사람들에게 자신의 운동을 지지할 것을 요구"(위 문단 36 참고)한 사실과 2004년 3월 10일 회의 중 "주민 간 증오와 적대감을 선동하기 위한 범죄를 계속 저지르고 성별, 국적, 언어, 출신 또는 종교적 신념과 사회 집단 구성원에 근거한 개인 또는 집단의 존엄성을 훼손할 목적으로 청구인은 직접 그리고 신원이 확인되지 않은 다른 사람들과 소식지 라디칼나야 폴리티카의 제2호(40호)와 제3호(41호)를 배포하고 차기 소식지에 대해 관심있는 사람들에게 그가 편집장으로 있는 소식지의 구독 방법, 소식지를 후원할 수 있는 다른 방법 들을 안내하였다"는 사실을 언급하였다. 재판부의 견해에 따르면, 청구인은 자금 기부에 의한 극단주의자 활동 지원을 요구하였다.

60. 청구인은 소식지 기사들에서 극단주의 활동에 호소한 적이 없고, 특히 헌법질서의 전복을 요구하지도 않았고 민족 간 불화를 부추기지 않았다고 주장했다. 또한 헌법 질서, 러시아 헌법과 체첸 국민의 자기결정권을 지지하며, 표현의 자유 권리를 누린 것뿐이라고 주장하였다. 지구법원은 청구인의 주장을 모두 받아들이지 않았다. 재판부는 전문가 보고서(2004년 4월 13일)를 인용하여 청구인이 문제의 기사들에 사용한 언어로 인해 청구인의 행위가 범죄행위에 해당하며 러시아 헌법에서 보장하는 표현의 자유를 명백히 남용했다고 결론을 내릴 수 있었다고 명시하였다.

61. 지구법원은 더 나아가, 청구인이 유죄 판결을 하는데 근거가 된 기사들의 일부만 자신이 작성했고 나머지는

다른 사람에 의해 쓰여졌다는 주장을 기각했다. 법원은 이와 관련하여 청구인이 소식지의 편집장이었으므로 소식지의 편집 방향을 결정할 수 있는 힘이 있었고 그 내용에 대한 책임도 있다고 보았다.

62. 지구법원은 청구인에 대한 양형 부과와 관련하여 그의 건강상태, 전과가 없는 점, 탄원서, 그리고 어머니를 부양해야 한다는 점을 고려했다. 동시에 청구인의 범죄행위와 그의 성격에 따른 '높은 사회적 위험'을 강조하며 징역 5년을 선고했다. 재판부는 동시에 청구인이 3년간 언론활동을 하는 것도 금지했다.

3. 항소 절차

63. 청구인은 특히 유럽인권협약 제10조를 인용하여 문제의 소식지의 편집장으로써 그는 러시아 내의 정치적 사건에 대한 개인적인 견해 그리고 체첸 공화국의 시민으로써 체첸 공화국의 전쟁에 대한 그의 태도를 표현했다고 진술하였다. 그는 극단주의 활동에 대해 어떠한 호소도 하지 않았고 한 종교에 대한 다른 종교의 우월성도 선언하지 않았다고 했다. 또한 그는 헌법질서의 전복을 요구하지도 않았지만, 그는 정부가 바뀌어야 한다는 견해는 피력했었다. 청구인은 또한 문제의 소식지의 발행 부수가 너무 미미해서 거기에 게재된 기사들에 공공의 위험은 없다고 지적하였다. 그는 또한 특히 자신이 살던 곳에서 탄원서들이 제출되었고 전과가 없는 점 등을 감안할 때 자신에게 부과된 처벌조치가 지나치게 가혹하다고 주장했다.

64. 2007년 5월 23일 모스크바 시 법원은 청구인의 항소심에서 1심 판단을 유지하였다. 특히, 청구인의 소식지가 제작 부수가 적음에도 불구하고 대중 매체였다고 사실을 명시하였다. 또한 1심 재판부가 사실관계를 정확히 규명하고 제시된 증거를 평가한 점, 청구인에게 부과된 처벌이 사건 정황 상 정당하다는 점도 고려했다.

65. 청구인은 2011년 3월 21일 만기 출소하였다. 그는 진술서에서 가석방 청구가 수 없이 거절되었다고 진술하였다.

Ⅱ. 관련 국내법

A. 러시아 헌법

66. 러시아 헌법 제29조는 다음과 같다:

"1. 사상의 자유와 표현의 자유는 모두에게 보장되어야 한다.

2. 사회, 인종, 국가, 종교적 혐오와 적대감을 조장하는 선전이나 소요는 허용되어서는 안 된다. 사회, 인종, 국가, 종교, 언어적 우월주의를 선전하는 행위는 금지되어야 한다.

3. 어느 누구도 자신의 의견이나 신념을 제시하거나 그것을 포기하도록 강요 받아서는 안 된다.

4. 모든 사람들은 합법적 수단으로 정보를 검색, 수령, 전송, 생산, 유포할 권리가 있다. 국가기밀에 해당하는 정보의 목록은 연방법에서 정한다.

5. 대중에 대한 의견전달의 자유는 보장된다. 검열은 금지된다."

B. 형사법

67. 러시아 형법(이하 "형법"이라 한다) 제280조 제2항은 당시 아래와 같이 시행되었다.

"1. 극단주의 활동에 대한 대중 호소는 30만 루블[RUB] 이하의 벌금 또는 유죄 판결을 받은 사람의 임금이나 기타 수입의 2년 이하의 기간 동안에 상당하는 금액 또는 4~6개월의 기간 동안 체포되거나 3년 이하의 자유 박탈에 의해 처벌된다.

2. 대중 매체를 통해 행하는 동일행위는 5년 이내의 기간 동안 자유가 박탈되고, 3년 이하의 기간 동안 일정한 직위 또는 일정한 활동을 수행할 수 있는 권리를 박탈하는 것을 수반하여 처벌한다."

68. 형법의 제282조는 당시 아래와 같이 시행되었다.

"1. 성별, 인종, 민족 출신, 언어, 배경, 종교적 신념 또는 사회 집단의 구성원 자격 등을 이유로 증오나 적개심을 부추기고 개인 또는 개인의 존엄성을 모욕하는 것을 목적으로 한 행위로서 공개적으로 또는 대중매체를 통해 자행된 행위는 10만 루블[RUB]에서 30만 루블[RUB]사이의 벌금 또는 유죄 판결을 받은 사람의 임금이나 기타 수입의 1년에서 2년 이하의 기간 동안에 상당하는 금액, 특정 직위 또는 특정 활동을 수행할 수 있는 권리를 3년까지 중지하거나, 180시간 이하의 강제 노동을 하거나, 1년 이하의 교정 노동을 하거나, 2년 이하의 자유를 박탈한다..."

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

C. 극단주의 억제 법안

69. 2002년 7월 25일 제정된 연방법 제114-FZ호는 해당 시기에 아래와 같이 시행되었다.

1장. 기본 개념

"현재 연방법의 목적상 다음과 같은 기본 개념을 적용해야 한다:

1. 극단주의 활동(극단주의)은:

(a) 비정부, 종교 또는 기타 기구, 언론, 편집국 또는 개인이 다음 행동을 할 목적으로 계획, 감독, 준비, 수행하는 활동 :

- 러시아 연방의 헌법 기반에 대한 강제적인 변경과 영토보전 침해

- 러시아 연방의 국가 안보 기반 약화

...

- 테러 행위를 하거나 대중에게 테러를 정당화

- 폭력 또는 폭력 요구를 통해 인종적, 민족적, 종교적 또는 사회적 불화 선동

- 민족 출신을 근거로 굴욕감을 주는 것

- 이념, 정치, 인종, 민족 또는 종교적 증오와 적대감으로 또는 특정 사회 집단에 대한 증오와 적대감으로 집단 소요를 일으키거나, 무질서한 행동이나 공공기물 파손을 하는 행위

- 종교, 사회적 지위, 인종, 민족 출신, 종교 또는 언어에 대한 태도에 대해 시민들의 예외성, 우월성 또는 열등감의 선전

...

- 대중의 사용을 위해 이 장에 나열된 요소 중 적어도 하나를 포함하는 인쇄물, 오디오, 시청각 및 기타 자료(작업물)의 제작 및/또는 보급

...

(c) 위에 언급한 활동을 수행 촉구를 위한 대중적 호소와 위에서 언급한 행위의 근거를 제시하거나 정당화하면서 위에서 언급한 활동을 수행하도록 사람들을 선동하는 대중적 호소와 연설

(d) 위에서 언급한 활동의 자금 조달 또는 재정 지원을 포함하여 위에서 언급한 활동을 계획, 조직, 준비 및 수행하는 지원... 또는 기타 시설..."

Ⅱ. 관련 유럽평의회 법규와 자료

A. 각료위원회 권고 no.R(97)20

70. 1997년 10월 30일 유럽평의회 각료위원회는 "증오 발언"과 부록에 관한 권고안 no.R(97)20을 채택했다. 권고는 인종차별과 불관용, 그리고 특히 인종 혐오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 불관용에 기초한 다른 형태의 증오를 확산, 선동, 조장 또는 정당화시키는 모든 형태의 표현에 대해 조치를 취하려는 유럽평의회의 열망에서 비롯되었다.

원칙 5.

"국가의 법과 관행은 관할 검찰 당국의 재량권 내에서 혐오 발언을 포함한 사건에 특별한 관심을 기울일 수 있도록 허용해야 한다. 이런 맥락에서 특히 이들 당국은 형사 제재를 부과하는 것이 자유에 대한 심각한 간섭이 해당된다는 점에서 피의자의 표현의 자유에 대한 권리를 신중하게 고려해야 한다. 관할 법원은 증오 발언 위반으로 유죄 판결을 받은 사람에 대해 형사 제재를 가할 때 비례의 원칙를 엄격히 보장해야 한다."

B. 유럽인종차별위원회의 종합정책권고 제15호

71. 2015년 12월 8일 유럽 인종차별위원회(ECRI)는 증오 발언 퇴치에 관한 종합정책권고 제15호를 채택했다. 관련 내용은 아래와 같다.

"유럽 인종차별위원회(ECRI): ...

회원국 정부에 대한 권고: ...

10. 표현과 의견의 자유에 대한 권리가 존중되는 덜 제한적인 조치 또는 그 조치가 효과적이지 않는 경우

에만 형법의 적용을 통해, 폭력, 협박, 적대감 또는 차별 행위를 유발할 의도가 있거나 합리적으로 예상될 수 있는, 공적인 맥락에서, 증오표현의 사용에 대해 적절하고 효과적인 조치를 취한다. 이에 따라,

a. 범죄가 명확히 정의되고 형사처벌의 필요성이 정당하게 고려될 수 있도록 한다;

b. 이러한 범죄의 범위가 기술 발전을 따라갈 수 있는 방식으로 정의되어 적용될 수 있도록 한다;

c. 이러한 범죄에 대한 기소가 비 차별적인 방식으로 이루어지고 공적 정책에 대한 비판, 정치적 반대, 종교적 신념을 억압하는 목적으로 이용되지 않도록 한다.

d. 관련 절차를 진행하는데 있어 증오표현의 대상이 된 사람들의 효과적인 참여를 보장하라;

e. 증오표현의 심각한 영향과 이에 합당한 대응을 할 필요성을 고려하여 이러한 범죄에 대한 처벌을 적용한다;

f. 고발에 따른 수사와 피의자에 대한 기소의 유효성을 모두 증진하기 위한 관점으로 모니터링 하라;

g. 경찰과 검찰 당국 간의 효과적인 공조/협조를 보장하라..."

72. 권고사항에 대한 설명서는 관련 부분은 아래와 같이 규정하고 있다.

"16. ... 관련 행위가 발생했는지 여부에 대한 평가는 증오발언이 사용된 구체적인 상황을 고려해야 한다. 특히 (a) 관련 증오표현이 사용되고 있는 맥락(특히 사회 내에서 이 증오표현과 관련된 심각한 긴장이 이미 존재하는지 여부)을; (b) 다른 사람에게 영향력을 행사하기 위해 증오 발언을 사용하는 사람의 능력(정치적, 종교적 또는 공동체적 지도자에 의한); (c) 사용된 언어의 성격과 강도(예: 자극적이고 직접적인지 여부, 잘못된 정보 사용 여부, 부정적인 고정관념 및 낙인 찍기 또는 폭력, 위협, 적대감 또는 차별을 부추길 수 있는지의 여부); (d) 특정 발언의 맥락(일회성인지 여러 번 이루어졌는지 여부, 그리고 같은 발언자의 다른 발언이나 특히 토론 과정에서 다른 사람의 발언으로 인해 의견이 상쇄되었는지 여부); (e) 사용된 매체("생중계"와 같이 청중으로부터 즉각적인 반응을 가져올 수 있는지 여부); 그리고 (f) 청중의 성격(이것이 폭력, 협박, 적대 또는 차별 행위에 관여할 수 있는 수단 및 성향 또는 감수성이 있었는지 여부)를 고려할 필요가 있을 것이다.

판단

Ⅰ. 협약 제10조와 제11조의 위반에 대한 주장

73. 청구인은 여러 공개 행사에서 그의 관점을 담은 소식지를 배포한 것에 대해 유죄판결을 내린 것은 협약 제10조와 제11조에서 보장하는 표현의 자유와 평화로운 집회의 권리를 침해 받은 것이라고 주장했다. 관련 조항은 아래와 같다.

제10조

1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토 보전이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다.

제11조

1. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 다른 사람과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.

2. 이 권리의 행사에 대하여는 법률에 의하여 규정되고, 국가안보 또는 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 필요한 것 이외의 어떠한 제한도 가하여서는 아니된다. 이 조는 국가의 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는 데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다.

A. 양 당사자의 주장

74. 청구인은 국내 당국이 평화적 시위와 집회에 참여한 것 등 범죄행위가 아닌 여러 행위까지 유죄가 된 범죄행위의 수에 포함시켜 혐의의 내용을 자의적으로 확대했다고 주장하였다. 또한 그에게 선고된 중형이 기본권을 비례

에 맞지 않게 제한하였다고 주장했다. 그는 직접 인쇄한 소식지만 배포하였으며 그 수 또한 무시할 만한 수준이었다고 지적하였다. 그러므로 청구인의 관점에 따르면, 그 행위는 대중에게 미칠 위험이 없었고 가혹한 형벌이 수반되어서는 아니되었다.

75. 정부는 청구인의 유죄판결이 협약 제10조 제2항과 제11조 제1항에 의해 정당화되었다고 주장했다.

76. 정부는 전문가 보고서(위 문단 39 참고)와 국내 법원(위 문단 45-61 참고)의 결론에 근거하여 청구인의 소식지 내 문제의 문구는 대중의 극단적 행동을 요구하는 내용을 포함하고 있었으며, 사회집단의 구성원, 종교, 민족적 출신을 근거로 한 개인이나 집단에 대한 증오, 적대감, 모욕감을 선동할 목적이 명확했다고 주장하였다. 이러한 발언들은 관련 국내법 조항에 근거하여 금지되고 있고, 형법 제280조와 제282조에 근거(위 문단 67-69 참고)하여 처벌이 가능하다. 청구인은 이러한 조항들을 쉽게 알 수 있었고 그의 행동이 어떤 결과를 가져올지 충분히 알 수 있었다. 정부는 청구를 제기한 조치들이 "법에 명시되어 있었음"을 주장하였다.

77. 정부는 더 나아가 강조하기를 청구인에 대한 유죄판결의 핵심은 청구인의 등록되지 않은 비공식 운동 단체의 회원인 것 또는 무허가 집회에 두 번 참여한 것에 있지 않다. 유죄판결의 핵심은 청구인이 선동적이고 증오에 찬 성명을 담은 소식지를 발간하고 공개 행사에서 외국인혐오 문구가 포함된 포스터를 전시하였고 사람들에게 그의 운동을 지지하고, 헌정 질서 기반의 무력 전복, 러시아 영토 보전의 침해, 국가 안보와 테러 방지 활동의 약화 등의 극단주의적 행동을 저지르도록 요청한 것에 있다. 정부는 청구인의 행동이 국가 안보, 영토 보전, 공공질서를 목적으로 하는 국내법을 위반하였고 그의 유죄판결이 협약 제10조 제2항과 제11조 제2항의 취지 내에서 "러시아 국민 이익과 러시아 헌법 질서의 본질"을 보호하기 위해 "민주사회에서 필요"한 것이라고 결론 내렸다.

B. 재판소의 평가

78. 재판소는 청구가 협약의 제10조와 제11조의 양 규정에 근거하여 제기되었지만, 그의 청구는 주로 다양한 이유로 증오와 원한을 고취하는 내용이 포함된 문서의 출판과 보급으로 인한 형사 처벌과 관련되어 있음을 확인하였다. 청구인의 미등록 운동단체의 회원 자격이나 허가되지 않은 집회의 참여는 국내법원에서 그의 유죄 판결에 근거가 아닌 문제가 된 정보의 전파에 관한 사실의 요소 및 그의 사건에 대한 일반적 배경으로만 활용되었다. 그러므로 재판소는 협약 제10조의 관점에서 현재 사건을 검토하는 것이 적절하다고 판단한다(유사 접근 방식은 다음 참고, *Karademirci and Others v. Turkey,* nos.37096/97 및 37101/97, 문단 26, ECHR 2005-I; *Gül and Others v. Turkey,* no.4870/02, 문단 34, 2010년 6월 8일; *Palomo Sánchez and Others v. Spain* [GC], nos.28955/06 및 3 others, 문단 52, ECHR 2011; 그리고 *Novikova and Others v. Russia,* nos.25501/07 및 다른 4개, 문단 91, 2016

년 4월 26일).

1. 심리적격 여부에 대한 결정

79. 재판소는 청구가 협약 제35조 제3항 (a)의 의미를 고려했을 때 명백하게 근거가 없는 것이 아니라는 입장이다. 나아가 어떤 이유에서 보더라도 인용 가능성이 없다고 할 수 없다. 그러므로 본안 심리가 허용된다.

2. 본안 판단

80. 당사자들은 청구인에 대한 유죄판결로 인해 청구인의 표현의 자유의 행사에 "제한"이 있었음에 동의했다. 이러한 제한은 협약 제10조 제2항의 요건을 충족하지 않는 한 협약을 위반한 것이다. 그러므로 이러한 제한이 "법률에 의하여 규정"된 것이고, 협약 제10조 제2항에서 규정하는 한 개 이상의 합당한 목적을 추구하고 있으며, 이러한 목적을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요"한 것인지를 판단해야 한다.

(a) "법률에 의하여 규정"된 것인지 여부

81. 재판소는 청구인의 유죄가 러시아 형법 제280조 제2항과 제282조 제1항에 근거했음을 확인하였다. 그러므로 그 결과 청구인의 권리의 제한은 "법률에 의하여 규정"된 것으로 평가될 수 있다.

(b) 정당한 목적

82. 정부는 청구인의 행동이 국가 안보, 영토 보전, 공공 질서를 보호하려는 국내법을 위반하였다고 주장하였다. 그들은 또한 논란이 있는 그 조치가 "러시아 국민의 이익과 러시아 헌정 질서의 본질"의 보호를 위해 필요했다고 진술하였다(위 문단 77참고).

83. 재판소가 우선 살피건대, 정부는 "러시아 국민의 이익"을 보호할 필요에 대해 언급했지만 협약 제10조 제2항에 기술된 "타인의 권리... 보호"라는 목적에 부합하도록 보호하고자 하는 개인이나 집단 또는 특정 계층의 사람들을 구체적으로 적시하고 있지 못하다. 동시에 재판소는 제1심 판결 및 항소심에서도 주지하였다시피 국내법원은 명백하게 문제의 성명들이 러시아 사람들, 정교 신자 그리고 러시아 군인과 치안종사자(위 문단 53, 57-58참고)와 같은 집단을 겨냥했다고 여기고 있다는 것에 주목한다. 그러므로 재판소는 논란이 되는 권리 제한이 이런 집단을 보호하기 위함이고 이를 통해 "타인의 권리... 보호"의 목적을 달성하려고 한 것이라고 여긴다.

84. 재판소는 또한 정부의 러시아 헌정질서의 본질과 국가 보안, 영토 보전, 공공질서를 목적으로 제정된 청구인에 의해 위반된 법률이 위에서 언급한 조항에 명시된 "국가 안보", "영토 보전", "그리고 "치안"을 보호하고 "무질서나 범죄"를 예방할 목적에 부합한다고 보았다.

85. 재판소는 협약 권리의 제한을 허용하는 제10조 제2항의 "국가 안보"와 "공공 안전" 개념은 매우 제한적으로 해석되어야 하며, 국가 안보와 공공 안전을 목적으로 정보의 공개를 억제해야 할 필요성이 인정될 때만 그 효력을 가진다고 반복적으로 말해왔다(*Stoll v. Switzerland* [GC], no.69698/01, 문단 54, ECHR 2007-V, 그리고 *Görmüş and Others v. Turkey,* no.49085/07, 문단 37, 2016년 1월 19일 참고). 동시에 재판소는 대테러리즘의 민감성과 추가적 폭력을 야기할 수 있는 행동에 대해 당국의 경계 필요성을 이전부터 강조해왔다(특히, *Öztürk v. Turkey* [GC], no.22479/93, 문단 59, ECHR 1999-VI; *Erdoğdu v. Turkey,* no.25723/94, 문단 50, ECHR 2000-VI; 그리고 *Leroy v. France,* no.36109/03, 문단 36, 2008년 10월 2일 참고).

86. 러시아의 맥락을 살펴보면, 재판소는 비슷한 시기에 체첸 공화국과 관련된 어려운 상황을 여러 번 다루었고, 그 곳에서 발생하는 불법 무장 폭동을 억제하기 위해 예외적 조치들이 요구되었던 것을 안다(특히, *Khatsiyeva and Others v. Russia,* no.5108/02, 문단 134, 2008년 1월 17일; *Akhmadov and Others v. Russia,* no.21586/02, 문단 97, 2008년 11월 14일; 그리고 *Kerimova and Others v. Russia,* nos.17170/04, 20792/04, 22448/04, 23360/04, 5681/05 및 5684/05, 문단 246, 2011년 5월 3일 참고). 그러므로 재판소는 청구인이 재판을 받고 유죄 선고를 받은 시기는 체첸 공화국 내 갈등과 관련된 상황이 매우 민감하고 당국이 특히 더 경계를 가질 만한 사안이었다는 것을 인정한다(*Dmitriyevskiy v. Russia,* no.42168/06, 문단 87, 2017년 10월 3일 참고).

87. 이에 따라 재판소는 청구인의 유죄 선고가 타인의 권리 보호 및 동시에 국가 안보, 영토 보전, 그리고 공공안전을 보호하고 무질서와 범죄를 예방할 목적이었음을 인정한다.

(c) "민주사회에서 필요"

88. "민주사회에서 필요"하여 표현의 자유를 제한하는 것이 가능하지 여부를 판단하는 일반 원칙은 재판소의 판례에 잘 정리되어 있고, 여러 판례에서 여러 번 반복되었다. 특히 재판소는 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이라고 밝혀왔다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다(최근 판례 중 *Morice v. France* [GC], no.29369/10, 문단 124, ECHR 2015; *Pentikäinen v. Finland* [GC], no.11882/10, 문단 87, ECHR 2015; *Perinçek v. Switzerland* [GC], no.27510/08, 문

단 196, ECHR 2015(발췌); and *Bédat v. Switzerland* [GC], no.56925/08, 문단 48, ECHR 2016 참고).

89. 게다가 협약 제10조 제2항에 근거하여 정치적 발언이나 공공 이해와 관련된 토론을 제한할 수 있는 여지는 매우 적다(*Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 61, ECHR 1999-IV 참고). 뿐만 아니라 개인 또는 정치인보다 정부에 대해 비판하는 것의 허용 범위는 더 넓다. 민주적 체계에서 정부의 작위나 부작위는 입법과 사법 당국뿐만 아니라 여론으로부터도 철저한 조사의 대상이 될 수 있어야 한다. 더욱이 정부가 가지는 우세한 위치는 적대하는 상대방의 비판이나 정당화될 수 없는 공격에 대해 대응할 수 있는 다른 수단이 존재함에도 형사절차로 귀결되지 않도록 자제력을 보여줘야 필요성이 있다(*Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 34, ECHR 1999-IV).

90. "필요한"이라는 형용사는 설득력 있게 규정되는 "긴박한 사회적 필요성"이 존재함을 암시한다(*Erdoğdu v. Turkey,* no.25723/94, 문단 53, ECHR 2000-VI 참고). 인정하건대 무엇보다 국가당국이 먼저 이러한 제한을 정당화할 만한 요구가 존재하는지를 판단해야 하고 이를 위해서 당국은 어느 정도 판단의 여지를 갖게 된다. 하지만 판단의 여지는 본 재판소가 갖는 관련법과 독립된 법원이 내린 판결을 포함한 관련법이 적용된 판결에 대한 감독과 연결하여 판단된다. 이에 따라 본 재판소는 "제한"이 제10조에서 보장하는 표현의 자유와 조화를 이룰 수 있는지에 대해 최종판결을 제시할 수 있는 권한을 가지고 있다(여러 판결 중 *Karataş v. Turkey* [GC], no.23168/94, 문단 48, ECHR 1999-IV 참고).

91. 본 재판소의 감독 기능은 국가당국이 합리적이고 신중하며 선의를 갖고 재량권을 행사했는지 판단하는 것에만 국한되지 않는다. 오히려 본 재판소는 사건 전체를 고려하여 제한을 검토하고 제한을 정당화하기 위해 국가당국이 제시한 근거가 "관련이 있고 충분한" 것인지와 취해진 조치가 추구하는 정당한 목적에 "비례하는지"를 판단한다. 이와 관련해 본 재판소는 국가당국이 관련 사실의 납득 가능한 평가를 근거로 협약 제10조가 제시한 원칙을 준수하는 기준을 적용했는지를 확인해야 한다(여러 판결 중 *Chauvy and Others v. France,* no.64915/01, 문단 70, ECHR 2004-VI 참고).

92. 이번 사건에서 청구인은 형사재판에서 기소되었고 국내 법원에서 인정하기를 극단적 활동에 대한 호소를 포함한 문서를 발간하고 특히, 폭력에 대한 호소로 이어지는 성명, 테러에 대한 정당화 및 찬양, 여러 사유에 근거한 적대감 및 증오 선동하는 성명(위 문단 45-59, 64 참고)을 발간한 근거로 처벌되었다. 본 재판소는 모든 인간의 동등한 존엄성에 대한 포용과 존중은 민주적 다원주의 사회의 근간을 이룬다는 점을 다시금 확인한다. 그렇기 때문에 원칙적으로 민주사회에서 불관용에 근거하여 폭력이나 혐오를 확산, 선동, 조장, 정당화하는 모든 형태의 표현은 이에 적용되는 "형식", "조건", "제한", "벌칙"이 추구하는 정당한 목적에 비례하는 한 처벌하거나 방지하는 것도 필요하다고 판단될 수 있다(준용, *Gündüz v. Turkey,* no.35071/97, 문단 40, ECHR 2003-XI 참고). 이러한 발언에 적절하고도

과도하지 않게 대응하기 위한 형법적 조치를 포함한 모든 조치는 공공질서의 수호자로서 해당 국가당국이 결정할 수 있다(*Erdoğdu,* 위 인용, 문단 62 참고). 이러한 발언이 개인, 공직자 혹은 특정 집단에 대한 폭력을 조장한다면, 국가는 표현의 자유에 대한 제한의 필요성을 판단할 때 더 큰 판단의 여지를 갖게 된다(여러 판결 중 *Öztürk,* 위 인용, 문단 66; 그리고 *Ceylan,* 위 인용, 문단 34 참고).

93. 폭력, 증오 또는 불관용을 정당화하거나 고무하려는 목적으로 한 표현과 관련하여 이루어진 표현의 자유에 대한 제한을 평가할 때, 본 재판소는 *Perinçek*사건에 요약된 여러 요소를 고려한다(위 인용, 문단 205-07). 재판소는 위 판례를 이러한 원칙 하에서 검토할 것이고, 문제의 성명이 발간된 맥락, 그 성질과 내용, 유해한 결과로 이어질 가능성과 러시아 법원에서 간섭을 정당화하기 위해 제시된 근거 등에 주목해서 검토할 것이다.

(i) 긴박한 사회적 필요

94. 재판소는 청구에서 문제삼은 제한이 "긴급한 사회적 필요"에 이르는지와 국내법원이 "적절하고 충분"하게 그 사유를 제시했는지를 우선 검토할 것이다.

95. 재판소는 문제의 문구가 체첸 공화국에서 현재 진행중인 갈등과 관련된 것이며, 특히 그 지역의 정부 정책 또는 체첸 공화국 영토 내 또는 외부에서 이 갈등과 관련된 사건과 관련이 있다고 보았다. 그러므로 이러한 성명들이 표현의 자유에 대한 제한이 매우 엄격하게 해석되는 일반적이고 공공에 영향을 미치는 문제에 관한 논쟁의 한 부분이었다는 것이 명확하다(위 문단 89참고).

96. 재판소는 문제의 발언이 관련 지역의 분리주의 경향으로 인해 러시아 연방군 및 치안 세력과 체첸 저항세력 사이에 심각한 소란으로 이어져, 다른 러시아 지역에 대한 치명적인 테러리스트 공격뿐만 아니라 체첸 지역에서도 많은 생명을 잃은 결과로 이어진 것과 같은 당시 체첸 공화국의 어려운 상황이 지배적이었던 배경 속에서 나온 발언이라는 점을 감안한다. 재판소는 언제나 공공 무질서 및 테러리즘의 예방과 관련된 어려움이 있음을 염두에 두고 있으며(*Karataş*, 위 인용, 문단 51; *Leroy,* 위 인용, 문단 38; 그리고 *Saygılı and Falakaoğlu v. Turkey*(no.2), no.38991/02, 문단 25, 2009년 2월 17일 참고) 특히 갈등과 긴장의 상황에서 언론이 증오표현과 폭력 조장 전파의 도구가 되지 않도록 국가 상대 폭력 사용 옹호 의견의 발간 여부를 숙고하는 특별한 주의를 국가 당국이 기울일 수 있음을 인지하고 있다(예를 들어, *Erdoğdu,* 위 인용, 문단 62참고). 그러나 개인의 표현의 자유에 대한 기본권과 테러리스트 단체의 활동으로부터 민주사회를 스스로를 보호하려는 정당한 권리 사이에는 적절한 균형이 있어야 한다(*Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일, 문단 55, 판결과 결정 보고서 1997-VII, 그리고 *Leroy,* 위 인용, 문단 37 참고).

97. 문제의 문서 내용에 대해서 재판소는 문제의 성명을 3묶음으로 나누어서 고려하고자 한다. 재판소는 각 묶

음을 개별적으로 검토할 것이다(유사한 접근과 관련하여, *Tara and Poiata v. Moldova,* no.36305/03, 문단 27-33, 2007년 10월 16일 참고).

(α) 진술 묶음 1(First group of statements)

98. 묶음 1은 위 문단 8, 9, 11-17, 20-26, 29-32 그리고 35에서 인용된 발췌문들로 구성된다.

99. 재판소는 이 발췌문들이 테러리즘이나 폭력을 정당화하고 찬양하고 조장한다고 본다. 이 발췌문들은 "이케리아 독립"을 위한 "러시아의 식민적 팽창에 대항한 체첸 사람들의 국가 해방 투쟁"(위 문단 13과 24 참고)이라고 체첸 분리주의자의 대의를 근사하게 표현하고 이상화할 목적을 보여주고 있다. 동시에 그들은 갈등의 대상을 낙인찍고 "러시아의 침략", "잔혹 행위", 그리고 "체첸 사람들에 대한 학살"에 대한 논평과 같이 "무섭고 검은 고약한 깊은 구렁... 그 이름은 러시아", "측량할 수 없는 배신과 비열한 행동의 러시아", "빌어먹을 러시아 제목", "피에 굶주린 Rusnya"라고 일컬으며(위 문단 12, 15-16, 21-23, 25-26 그리고 31 참고) 절대악으로 묘사한다. 무장 저항을 한 체첸 분리주의 군지도자의 활동과 시민에 대한 테러리스트 공격을 한 가해자들은 "러시아를 대상으로 어떻게 싸워야 하는지를 예시"를 보여준 "영웅"과 "애국자"로 숭배하고 찬양하는(위 문단 12, 15-16, 20, 23 그리고 31 참고) 반면, 체첸 공화국에서 대테러 작전에 참여한 연방군과 치안 종사자는 "어깨 견장을 찬 미치광이, 피에 굶주린 사디스트, 살인자 그리고 성도착자"(위 문단 9 참고) 및 "광란의 살인자와 약탈자 패거리"와 "약에 찌든 무리"(위 문단 29 참고)로 묘사하며 짐승 취급하고 비인간화하였다.

100. 문제의 발췌문 중 일부는 독자들로 하여금 "헌법에 대해 신경쓰지 말 것" 그리고 폭력적 봉기 및 무장 저항을 드러내놓고 촉구하는 등(위 문단 11, 22, 25-26 그리고 30 참고) 민주적 원칙을 거부한다. 이런 문장들, 특히, "러시아는 그 지도자가 주권국가에 대한 비열한 공격 및 무고한 시민에 대한 살상을 영구화하고 있기 때문에 전쟁 중이며 보복 폭탄 등의 의한 피해를 받을 위험이 지속적으로 있음을 보여주었다."(위 문단 8 참고) 그리고 "러시아와 러시아인들에게 당한 것을 생각하면 체첸인들은 그들이 원하는 그 어떤 것이라도 폭파시킬 수 있는 도덕적 권리가 있다; 인본주의 또는 인류에 대한 사랑과 관련하여 그 어떠한 이의제기는 용납될 수 없다."(위 문단 32 참고)를 통해 침략자에 맞서 자기 방어를 하는 필수적이고 정당화한 조치로 폭력과 테러리즘에 기대는 것이라는 생각을 독자들에게 전달한다.

101. 문제의 진술은 테러리즘과 폭력적 행동을 투쟁의 한 형태로 인정하거나(위 문단 20과 35 참고) 무고한 시민 수십명의 목숨을 앗아간 테러 공격을 드러내 놓고 찬양한다(위 문단 8, 12, 21 그리고 32 참고). 후자와 관련해서는 그 공격의 생존자와 희생자의 가족들이 여전히 고통받고 충격이 아직 가시지 않았을 가능성이 높은 그 사건이 일어난 지 고작 몇 주 후(위 문단 32 참고) 또는 몇 달 내(위 문단 8, 12, 21 그리고 24 참고)에 그 테러 행위에 대해서 논평하는 내용이 발간되었다는 것도 관련이 있을 것이다. 이러한 맥락에서 치명적인 폭력을 정당화하고 찬양하는 기사

의 발간이란 피해자의 존엄에 대한 특별히 냉소적인 공격(*Leroy,* 위 인용, 문단 43 그리고 45 비교)으로 여겨진다. 또한 이러한 맥락으로 인해 당국으로 하여금 이러한 성명에 대해 보다 강화된 규제를 적용하려고 했던 것이 명백해 보인다(*Perinçek,* 위 인용, 문단 250 참고).

102. 재판소는 나아가 청구인이 기소된 내용 가운데 오직 일부분에 대한 저자라는 사건의 배경에서, 다른 부분이 다른 사람들에 의해 작성되었는지 여부는 중요하지 않다고 판단한다. 청구인이 소식지의 소유주이자 책임 편집자이며, 매 소식지를 준비하고 그 내용을 결정하였다는 사실(위 문단 7, 61 참고)은 국내 법원에서 확정된 것이고, 재판소에 오기까지 청구인이 이의제기를 하지 않은 것이다. 결과적으로 그가 대신하여 매스미디어의 편집과 기사 담당자가 공공에게 제공하는 정보의 수집과 배포에 있어 수인하는 "책임과 의무"의 적용을 받게 되었다. 그리고 그것은 갈등과 긴장 상황에서 보다 큰 중요성이 있다고 추정된다(*Sürek*(no.1), 위 인용, 문단 63; *Sürek v. Turkey*(no.3) [GC], no.24735/94, 문단 41, 1999년 7월 8일; 그리고 *Saygılı and Falakaoğlu*(no.2), 위 인용, 문단 29 참고) 나아가, 테러리스트와 그들의 방법에 대한 승인을 포함한 문제가 된 부분에 표현된 시각에 청구인 그 자신이 지지하고 있다는 것도 명백하다(위 문단 21, 41, 51 참고).

103. 청구인은 그의 소식지에 문제의 성명을 발간하는 것을 통해 그저 체첸 공화국 관련 갈등과 관련하여 그의 비평적 관점과 시민적 태도를 표현한 것뿐이라고 주장하였고, 재판소는 아래의 내용을 주목한다. 개인이나 심지어 정치가는 정부보다 허용되는 비판 범위가 더 넓고(특히, *Ceylan, 위 인용,* 문단 34; *Sürek v. Turkey*(no.4) [GC], no.24762/94, 문단 57, 1999년 7월 8일; 그리고 *Sürek and Özdemir v. Turkey* [GC], nos.23927/94 및 24277/94, 문단 60, 1999년 7월 8일 참고) 불쾌하고, 충격적이고 불편한 "정보"와 "생각"이라는 것만으로 표현의 자유에 대한 간섭을 정당화할 수는 없지만(위 문단 88 참고) 문제의 성명은 그 비판이 수용가능한 범위를 훨씬 넘어섰고 치명적 폭력과 테러리즘에 대한 찬양에까지 이르렀다.

104. 지금 검토중인 성명들과 관련하여 청구인을 유죄판결로 러시아 법원이 판단하고, 재판소가 본 바에 따르면 1심 법원 그리고 항소심 법원에서도 받아들인 근거는 문제의 글들에 포함된 단어와 표현이 테러 행동에 연루된 사람, 그들의 범죄 행위와 테러 공격에 대한 긍정적 여론을 만들 목적으로 긍정적으로 평가하고 정당화하였으며, 그 결과 테러리스트와 그 행위를 정당화하고 찬양한 것으로 본 것이다(위 문단 46-48, 51 참고). 국내 법원은 더 나아가 문제의 글들이 체첸 공화국을 고유의 대통령, 정치 그리고 법 체계가 있는 독립 국가로 논평하고 있고, 체첸 공화국에서 벌어진 사건을 두 국가 사이의 전쟁으로 해석하며, 그로 인해 러시아의 영토적 보전성을 침해할 목적이었던 것에 주목했다(위 문단 46, 50 참고). 그들은 또한 몇몇 발간물은 공개적인 폭력 촉구와 헌법으로부터 벗어나는 상상을 하여 이로 인한 러시아 헌정 질서와 정치 체계로부터의 무력 전복과 유혈사태를 명백히 선동하였다고 지적했다(위 문단 46, 52, 54 참고). 덧붙여 그들의 결정이 보여주는 것과 같이 국내법원은 문제의 성명이

"사회 집단으로써" 러시아의 군인과 치안 관계자에 대한 모욕적 특징화와 부정적 정서 평가 등을 통해 증오와 적대를 선동하였다고 생각한다(위 문단 46, 53참고).

105. 후자와 관련해서 국내법원은 문제의 성명이 무엇보다도 러시아 군인과 치안 관계자를 "미치광이, 피에 굶주린 사디스트, 살인자 그리고 성도착자"(위 문단 9 참고) 그리고 "광란의 살인자와 약탈자 패거리" 및 "약에 찌든 무리"(위 문단 29 참고)라고 묘사하여 증오를 선동했다고 보고 있다. 재판소가 보건데 문제의 성명은 2개의 기사에서 작성되었는데 그 중 하나는 당시에 18살 체첸 여성을 고문하고 살인한 죄로 재판 중이던 러시아 군대의 고위 간부에 대한 논평(위 문단 9 참고)이고, 다른 하나는 러시아 치안 세력이 체첸의 한 마을에 대한 "소탕" 작전 중에 시민들을 재판없이 처형한 것을 비난(위 문단 29 참고)하였다. 기사는 그 뒤에 "러시아 전체... 군대가 이런 [범죄자로] 구성[됨]" 그리고 "체첸에서 국가의 군대로 존재하기를 멈추고 광란의 살인자와 약탈자 패거리로 변모함"이라는 관점을 표현한다. 다시 말해서 기사는 체첸 공화국 내 대테러작전에 참여한 군인과 치안 관계자의 중대한 학대와 난폭함을 격렬하게 비난하였다.

106. 위와 연계하여 본 재판소는 첫째로 그러한 비난이 근거가 없는 것은 아님을 주목하는 것이 중요하다고 본다. 러시아를 대표하는 군인과 치안 세력이 체첸 공화국 무장 갈등 시 행한 재판 없는 처형, 대량 살인, 고문, 강제 실종이나 그와 유사한 특별히 심각한 행위의 사실 여부는 재판소의 상당히 많은 수의 판례에서 밝혀졌고 여러 협약 조항의 위반이 발견된 바 있다(예를 들어, *Khashiyev and Akayeva v. Russia,* nos.57942/00 및 57945/00, 2005년 2월 24일; *Estamirov and Others v. Russia,* no.60272/00, 2006년 10월 12일; *Chitayev v. Russia,* no.59334/00, 2007년 1월 18일; *Goncharuk v. Russia*, no.58643/00, 2007년 10월 4일; *Sadykov v. Russia,* no.41840/02, 2010년 10월 7일; Khatsiyeva and Others, 위 인용; Akhmadov and Others, 위 인용; *Esmukhambetov and Others v. Russia,* no.23445/03, 2011년 3월 29일 참고). 둘째로 공적으로 업무를 수행하는 공무원은 일반 시민보다 더 많은 비판을 수용할 수 있어야 하며(*Mamère v. France,* no.12697/03, 문단 27, ECHR 2006-XIII 참고) 식별가능한 개개 공무원보다 전체 조직-이 경우 러시아 군대와 치안 세력-과 관련된 비판일 경우 더욱 그렇다. 제10조가 표현된 생각이나 정보의 내용뿐만 아니라 그것이 전달되는 형식까지도 포함된다고 볼 때(특히, *Gül and Others,* 위 인용, 문단 41 참고), 인정하건대 일정 부분 지나친 의견도 이 범위 안에 포함된다고 할 것이다.

107. 그러나 이번 사건에서 재판소는 지나침이 있었다고 하더라도 현재 우리가 검토하고 있는 글들이 체첸공화국내 연방군과 치안 세력의 행위에 대한 수용가능한 범위내의 비판이었다고 결론을 내릴 수 없었다. 재판소가 1번 묶음 내의 다른 글들도 그러하듯, 그 내용이 갈등 상대방을 낙인 찍고 비인간화하려는 목적이라고 보인다. 전체 러시아 군대와 치안 세력을 "미치광이", "살인자들" 또는 범죄에 열광하는 인간들로 일반화하고 꼬리표를 붙임으로써 문제의 내용들은 명백히 이들에 대한 폭력을 옹호하고 정당화하려는 시도로 이들을 향한 뿌리깊고 비이성적인 증오를 조

장한다(위 문단 11, 35 참고). 사용한 문구의 취지에 비추어보고 특히 체첸 내 대테러작전이라는 민감한 테러 방지 대책이라는 맥락을 적절히 감안할 때(위 문단 96 참고), 재판소는 문제의 글(위 문단 9, 29 참고)이 연방군과 치안세력의 구성원이 신체적 폭력에 노출에 대한 위험이 발생할 수 있는 증오를 선동하고 인정할 준비가 되었다. 이러한 관점에서 국내법원의 결정이 "적절하고 충분"히 고려되었다고 보인다.

108. 국내법원은 또한 검토 중인 내용 중 일부 발췌문이 무엇보다도 "대통령 마스하도프"를 "적법한 체첸의 대통령"과 "CRI의 총사령관"으로 칭하고 그의 "명령"을 재생산하여(위 문단 50 참고) 분리주의를 장려하였다고 보았다. 재판소는 이전부터 법위반자인 것으로 고려되는 어떤 사람을 가리켜 그들 스스로 "사람들의 지도자", "대통령", "존경받는 자"나 그와 유사한 명칭으로 부르는 것이 폭력을 조장하지 않고(*Belge v. Turkey,* no.50171/09, 문단 34, 2016년 12월 6일 및 관련 판례에서 인용된 판례 참고) 그런 표현을 쓰는 것 자체만으로 표현의 자유를 침해하는 것을 정당화되기에는 부족하다고 판결해 온 바 있다. 그러나 이번 사건에서 위의 표현들은 체첸 분리주의자들의 폭동과 무력 저항 그리고 그들이 사용하는 폭력적 방법을 찬양하는 맥락에 이용되었다(위 문단 23, 24 참고). 이러한 관점에서 러시아 법원이 그들의 결론을 지지하기 위해 내세웠던 이유들이 재판소의 판례에서 제시된 원칙과 조화를 이루었다고 보인다.

109. 앞서 언급한 내용들의 비추어볼 때 재판소는 문제의 1번 묶음의 발언들에 대한 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭이 "긴급한 사회적 필요"가 있었고 당국의 결정이 "적절하고 충분"했다고 판결한다.

(β) 진술 묶음 2(Second group of statements)

110. 묶음 2는 위 문단 10, 27, 28, 33, 34 그리고 36에서 인용된 발췌문들로 구성된다.

111. 재판소는 이러한 발췌문들이 체첸 공화국에서의 러시아 당국의 행위를 "체첸 사람들에 대한 파괴적인 학살 전쟁"(위 문단 33 참고)으로 묘사한 것으로 보았다. 그 문구들은 러시아 치안 세력의 행위를 "CRI 전 대통령 젤림한 얀다르비예프(Zelimkhan Yandarbiyev)의 살해"(위 문단 34 참고)라고 폭로하고 독자들로 하여금 "[체첸 공화국 내] [러시아 당국의] 범죄 -끝없는 목록의 '소탕 작전', '신분 확인', '반테러작전', 입막음 법률, 불법 수사 그리고 정치적인 의도가 있는 형사 절차-를 축적하고 증오하고 기록"하도록 요청하고 관련자에 대해 "모든 것에 대해 책임져야 할 것"(위 문단 28 참고)이라고 했다. 또한 러시아의 군인과 치안 세력 구성원의 "즉각적인 의무적 정신검사"가 필요하다(위 문단 10 참고)고 제안하였다. 일부 발췌문은 2004년 3월 열린 대통령 선거에 불참할 것을 호소하고(위 문단 27 참고) 포스터에 슬로건을 적는 형태(위 문단 36 참고)나 불참 캠페인을 하는 것까지 요구하는 정치적 요구까지 나아갔다.

112. 이러한 글들은 국내법원이 극단주의적 활동에 대한 호소 및 증오와 적대감을 선동이라는 청구인의 유죄

판결을 정당화하는데 사용되었다. 국내 법원에 따르면 위에서 언급된 발췌문들은 청구인이 체첸 공화국에서의 러시아의 활동을 체첸 사람들에 대한 러시아가 야기한 전쟁으로의 침략으로 보고 체첸 사람들에 대한 학살로 본다고 보았다(위 문단 49 참고). 국내 법원은 또한 위에 언급한 글들이 청구인의 "국가와 러시아의 현 정치 체제에 대항할 목적으로 한 활동"의 예시이며, 그 활동이라 함은 "[체첸 공화국 내] [러시아 당국] 관련 범죄 기록"과 "체첸 공화국 내 사건과 관련된 회의 준비, 그런 회의에 참여, 버스 정류장, 울타리, 건물 벽에 글 쓰기"(위 문단 55-56 참고), "체제를 비난하는 문구가 담긴" 현수막을 전시한 것이라고 언급했다(위 문단 59 참고). 국내 법원의 판결문의 내용에서 볼 수 있듯이 국내 법원은 연방군인과 치안세력 장교들의 "즉각적인 의무적 정신 감정"을 요구한 것은 문제의 글이 사실상 "그들을 대상으로 범법행동을 할 것을 호소"하였고 그들에 대한 증오를 선동한 것이다(위 문단 53 참고)라고 보았다.

113. 재판소는 이러한 논리가 현재 검토하고 있는 글들에 대해 청구인의 표현의 자유를 제한한 것을 "적절하고 충분"했다고 볼 수 없다. 이와 관련하여 재확인 하건대 역사적 사실을 추구하고 전쟁범죄나 비인도적 범죄에 이를 만한 특별히 심각한 행동에 대해 자유롭게 토론할 수 있는 것이 표현의 자유의 필수적인 부분이다(*Fatullayev v. Azerbaijan,* no.40984/07, 문단 87, 2010년 4월 22일 참고). 더욱이 정치적 발언의 본질이라는 것이 논쟁의 여지가 있고 때때로 적의에 차 있는 것이며(*Perinçek,* 위 인용, 문단 231 참고) 글의 내용이 직설적인 정부 정책 비난이나 그들의 입장에서 어떠한 상황에 대한 책임과 발단의 한쪽 측면만 알린다는 사실만으로 표현의 자유에 대한 간섭을 정당화하기에는 부족하다(예를 들어, *Sürek and Özdemir,* 위 인용, 문단 61 참고).

114. 재판소의 견해로는, 문제의 발췌문에서 표현된 관점은 폭력에 대한 정당화나 선동으로 이해되어서는 안되고 증오나 불관용을 선동하는 것이라고 해석되어서도 안된다. 비록 이런 발췌문이 꽤나 적의에 차 있고 강한 표현의 글이지만, 재판소는 러시아 정부와 체첸 공화국 내 무장 갈등 상황 중에 발생한 사건에 대한 비판 이외의 요소는 없다고 파악되며, 매우 신랄하지만 특히 정부에 대해서는 허용 범위가 넓다는 것을 감안했을 때 허용가능한 수준을 넘어섰다고 보기 어렵다(위 문단 103 참고). 또한 러시아 대통령 선거를 기권하라는 호소(위 문단27 참고)는 2004년 2~3월호에 발간되었다는 것도 관련성이 있다. 모든 종류의 견해와 정보가 자유롭게 소통되는 것이 허용되는 것이 특별히 더 중요한 시기인 선거 기간이었다는 것을 재판소는 주목한다(*Długołęcki v. Poland,* no.23806/03, 문단 30, 2009년 2월 24일 참고).

115. 국내 법원의 판결에 따르면 러시아 군인과 치안 장교에 대한 "즉각적인 의무적 정신 감정"을 요구하는 것이 그들에 대한 증오를 선동하고 그들을 대상으로 범죄를 저지를 것을 호소하는 것에 이르렀다는 것인데, 재판소가 판단하기에 당국은 그 글을 전체 기사의 맥락에서 평가한 것이 아니라 전후 문맥을 무시하고 그 의견이 전하고자 했던 맥락을 검토하는데 실패했다.

116. 재판소가 위에서 확인했듯 위에서 언급한 글들은 러시아 군대의 고위 장교가 18세 체첸 여성을 고문하고 살해한 죄목으로 재판받는 도중에 작성되었다(위 문단 9 참고). 무엇보다도 그 기사는 장교가 일시적 정신이상상태를 이유로 형사책임에 있어 1심에서 무죄를 선고받은 판결에 대해 격렬하게 비판하는 것이었다. 그 기사는 정신 이상인 장교가 연대를 지휘하는 사실이 다른 장교와 러시아 군대 및 치안 세력의 구성원에 대한 의무적 정신 감정을 불가피하게 만든다고 제안한 것이었다(위 문단 10 참고). 이러한 배경없이 문제의 문구를 어떠한 범죄 행위에 대한 호소나 연합군 및 치안 세력 장교에 대한 증오 선동으로는 볼 수 없을 것이다. 오히려 시민을 보호하기 위해 소집되어 그 지역의 헌정 질서를 유지하기 위해 체첸 공화국에 파견된 국가의 대리자인 고위 장교가 젊은 여성을 살해한 것과 관련한 사법적 대응에 대해 뼈아픈 비난을 할 것이라고 볼 수 있다. 또한 문제의 표현은 연대의 지휘관으로 정신적으로 불안정한 사람이 배치된 것과 연합군과 치안세력의 구성원에 의해 미래에 비슷한 사건이 발생하는 것을 방지하기 위해 필요한 조치를 취할 것에 대한 감정적 호소이다.

117. 재판소는 위 문단 107에서 대테러리즘, 특히 체첸 공화국 내 대테러작전의 민감한 맥락 그리고 문구가 사용된 취지를 고려했을 때 같은 기사의 다른 문구는 러시아 군대 및 치안 세력의 구성원에 대한 증오를 선동하는 것으로 간주될 수 있다고 판단했다. 그러나 앞 문단의 맥락을 고려했을 때, 위에서도 언급했다시피 검토한 발췌문이 국가 조직의 한 부분인 연합군과 치안세력의 행동과 국가에 대한 비판에 불과하기 때문에 재판소는 같은 결론에 도달할 수 없다. 이와 관련하여 정부, 정부 기관과 그 정책 및 실행에 대한 단순한 비판에 대해 "혐오표현"에 대한 행동을 취하는 모습을 보이며 과도하게 간섭하지 않도록 국내 당국이 "증오 발언" 범죄의 범위를 결정하는데 있어서 매우 신중하게 접근해야하고 관련 법조항을 매우 엄격하게 해석하는 것이 매우 중요하다고 강조한다.

118. 재판소는 국내법원의 최종 판결이 모든 사실과 관련 사항을 고려하는데 실패했다고 판단한다. 그러므로 그들의 이유는 "적절하고 충분"한 것이 될 수 없다. 묶음 2의 글과 관련하여 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭은 "긴급한 사회적 필요"가 있었다고 보기 어렵다.

(γ) 진술 묶음 3(Third group of statements)

119. 마지막 묶음은 위 문단 18과 문단 19에서 인용한 내용들을 망라한다.

120. 국내법원은 문제의 내용이 어떤 러시아 민족과 정교 신봉자 각각이 저지른 학대 혐의의 개별 사건들에 대해 청구인이 두 상황이 모든 러시아인과 정교 신봉자 각각에 대한 전형화와 특징을 대변하는 듯한 일반화된 부정적 제목을 사용하여 관련 집단 사람들에 대한 증오와 적대감을 선동하였다고 확인하였다(위 문단 57 참고).

121. 재판소가 지속적으로 판단하기를 전체 민족이나 종교 집단과 관련하여 예를 들어 집단의 모두를 심각한

범죄와 연관시킨다든가 하여 공격하거나 부정적인 시각을 가지는 것은 협약 기저에 있는 가치 특히 관용, 사회 평화, 차별 반대와 상반되는 것이다(*Perinçek,* 위 인용, 단락 206 및 거기서 인용된 판례 참고). 또한 비록 협약 제10조 제2항이 정치적 발언이나 공공의 이해와 관련된 토론을 제한하는 여지는 매우 적지만 회원국이 도덕이나 특히 종교와 같은 개인의 내적 신념에 대한 위반이 이루어지기 쉬운 경우에 표현의 자유를 규제하는데 있어서는 판단의 여지가 넓은 편이다(*Wingrove v. the United Kingdom,* 1996년 11월 25일, 문단 58, *Reports* 1996-V 참고).

122. 국내 법원에 의해 판단되었다시피 이번 사건에서 청구인은 본질적으로 러시아 민족이 노예를 둔다고 비난하고 정교 신봉자들을 매우 논란의 여지가 있는 내용과 연관시켰다. 민족과 종교집단에 대한 명백한 공격을 고려할 때, 재판소는 국내 법원이 내린 결론과 다른 결론을 내릴 이유를 찾을 수 없고, 문제의 내용과 관련하여 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭을 정당화할 "적절하고 충분"한 결론을 내렸다고 판단한다.

123. 그러나 동시에 국내 법원은-고작 청구인 소식지의 1(27)호와 9(35호)에 실린 특정할 수 없는 문구에 대한 언급을 통해- 청구인이 "모욕적인 특징화와 신봉자에 대한 부정적 감정 평가"와 "정교 교파에 대한 차별적 표현"을 통해 "[정교] 종교를 믿는 사람들의 국가적 존엄을 [비하했다]"(위 문단 58 참고)고 판단하였다. 재판소는 이러한 논리가 결함이 있다고 판단한다. 판결에 도달하는데 있어 국내 법원은 그들이 주장하는 차별적이거나 모욕적인 암시를 포함한 특정 문구를 언급하는 것에 실패하였고 재판소의 관련 기준을 비추어 그 내용들을 평가하지도 않았다. 그들의 평가는 협약 제10조에서 구현하려는 원칙에 부합하지 않는다.

(δ) 결론

124. 그러므로 재판소는 위 문단 98과 문단 119에서 언급된 내용들과 관련하여 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭이 다른 사람들의 권리 보호뿐만 아니라 국가 안보, 국토 보전, 공공 안전과 무질서와 범죄 예방의 "긴급한 사회적 요구"에 부합했다고 판단한다. 그러나 규제에 대한 필요성은 위 문단 110에서 언급한 내용과 국내법원이 언급한 청구인의 소식지 1(27)호와 9(35)호에 포함된 일부 특정할 수 없는(위 문단 123 참고) 내용과 관련하여 설득력 있게 입증하지 못했다.

(ii) 비례성

125. 재판소는 이제 청구인의 유죄판결이 추구하는 정당한 목적에 비례했는지와 관련한 국내 법원의 논리가 "적절하고 충분"했는지 여부를 검토하려고 한다.

126. 이와 관련하여, 회원국들은 협약 제10조 제2항에 규정된 합법적 이익을 보호하고 표현과 얽힌 불법 행위를 처벌하는 데 적절하다고 간주되는 어떠한 조치도 취할 수 있는 무한한 재량권을 누리지 않는다는 점을 재차 강조

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

한다. 그 재량권은 유럽 법원의 감독하에 따라 결정되는데, 그 법원의 임무는 벌칙이 제10조에 부합하는지에 대한 최종 판결을 내리는 것이다(*Taranenko v. Russia,* no.19554/05, 문단 81 및 87, 2014년 5월 15일 참고). 간섭의 비례성 평가에서 부과되는 벌칙의 성격과 심각성은 고려해야 할 요소들이다(예를 들어, *Skałka v. Poland,* no.43425/98, 문단 41-42, 2003년 5월 27일; 그리고 *Fatullayev, 위 인용,* 문단 102 참고). 재판소는 국가 당국이 취한 조치들이 청구인과 그 외 사람들이 기존의 체제에 대한 비판을 포함한 정보나 생각을 알리는 것을 단념하게 하지는 않는지 극도의 신중함을 기해야 한다(*Taranenko,* 위 인용, 문단 81 참고).

127. 재판소는 위에서 문제의 여러 성명들이 테러리즘을 찬양하고 증오와 폭력을 조장하고 옹호하여 정부가 그러하듯 다른 사람의 권리뿐만 아니라 국가 안전, 영토 보전, 공공 안전 및 무질서와 범죄 예방과 같은 협약 제10조 제2항에서 보장되는 권리를 보호하기 위해 청구인의 표현의 자유에 대한 제한이 필요했다고 확인했다. 결과적으로 적절한 제재라는 것은 협약 제10조 제2항의 재판소 기준과 조화를 이루어야 할 것이다(*Skałka,* 위 인용, 문단 41과 비교).

128. 재판소는 청구인의 형량이 징역 5년 및 언론계에서 3년 간 종사를 금지하는 것임을 확인하였다. 그는 만기 복역하였다. 재판소는 언론 활동 금지 자체가 협약 제10조를 위반하는지에 대해서는 판단하지 않도록 한다.

129. 재판소의 관점에서 범죄라도, 자유의 박탈과 더불어 특히 오랜 기간 동안 언론 활동이 금지된 것은 이번 사건의 특별한 상황을 고려하더라도 매우 극단적으로 가혹한 조치였다고 볼 수밖에 없다. 이번 사건에서 국내 법원은 문제의 제재의 정당성을 그의 범죄로 인한 청구인의 "성격"과 "사회적 위험"(위 문단 62 참고)으로 한정했다. 그러한 고려사항이 "적절"했을 수 있으나 청구인에게 특별히 더 가혹한 형벌이 부여된 것을 정당화할 정도로 "충분"한 것으로 판단될 수는 없다.

130. 더 나아가 재판소는 그의 사건의 어떤 정황을 봐도 청구인의 형량이 필수적이었다고 볼 수 있는 이유가 없음을 인지하였다. 이런 연속성에서 청구인은 범죄 이력이 없고 비슷한 범죄로 선고된 적이 없었던 것을 확인한다. 그가 범죄를 저지른 적이 있었다면 그의 비타협적 태도를 그만두게 하기 위해 재판소가 가혹한 형량을 그에게 부여하는 것이 더 납득되었을 것이다(*Skałka,* 위 인용, 문단 39 그리고 *Gough v. the United Kingdom,* no.49327/11, 문단 74-76, 2014년 10월 28일 참고).

131. 재판소는 한층 나아가 표현의 매개의 잠재적 영향력이 간섭의 과잉금지성을 고려할 때 중요한 요소임을 재확인한다(*Murphy v. Ireland,* no.44179/98, 문단 69, ECHR 2003-IX(발췌문) 참고). 연장선상에서 재판소는 우선 현재 검토중인 사건의 당시에 청구인이 잘 알려져있거나 영향력 있는 인물은 아니었던 것으로 보임에 주목한다(대조적으로 *Osmani and Others v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*(dec.), no.50841/99, 2001년 10월 11일참고). 또한 주목할 만한 것이 문제의 글들이 자비 출판 형식의 소식지였으며 청구인이 지적하고 정부가 이의를 제

기하지 않았듯 소식지의 부수가 매우 적었다(위 문단 63-64 및 74 참고). 모스크바의 대중 행사에서 청구인이 직접 또는 그의 지인이 배포한 소식지는 관심을 표한 사람들에게만 배포되었다(위 문단 37 참고). 그러므로 문제의 소식지의 유통이 매우 적었던 것이 명백하다. 더욱이 범죄 외 연루된 글들이 묵살하기 불가능한 형태로(*Perinçek,* 위 인용, 문단 253, 및 대조적으로 *Vejdeland and Others v. Sweden,* no.1813/07, 문단 56-57, 2012년 2월 9일 참고) 배포되었다고 말할 수 없고 다른 말로 전달하고자 하는 내용을 증폭시킬 수 있는 방법도 없었다(대조적으로, *Féret v. Belgium,* no.15615/07, 문단 76, 2009년 7월 16일 참고). 반대로 이번 사건과 관련하여 문제의 성명이 위에서 언급한 요소들인 다른 사람의 권리, 국가 안보, 공공 안전과 공공질서에 미치는 영향을 상당히 축소한 것이 명백하다(*Okçuoğlu v. Turkey* [GC], no.24246/94, 문단 48, 1999년 7월 8일; *Gerger v. Turkey* [GC], no.24919/94, 문단 50, 1999년 7월 8일; 그리고 *Karataş,* 위 인용, 문단 52).

132. 그러므로 재판소는 청구인의 형벌은 추구하는 정당한 목적에 비례하지 않았다고 결론내린다.

(iii) 결론

133. 위의 관점, 그리고 특히 당국이 문제의 글들에 대한 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭(위 문단 124 참고)과 관련하여 "긴박한 사회적 필요성"이 있었음을 설득력 있게 주장하지 못했고 그에게 부과된 형벌의 가혹함을 염두에 둘 때, 재판소는 문제의 제한이 "민주사회에서 필요"를 만족하지 못했다고 판단한다.

134. 따라서 협약 제10조 위반이 있었다.

Ⅱ. 협약 제6조 침해 혐의

135. 청구인은 협약 제6조에 근거하여 형사재판 과정에서 여러 부정이 있었고 판결이 공정하지 못했다고 주장하였다. 그에 따르면, 그의 판결은 충분하지 못하고 채택할 수 없는 증거에 기반하였다. 특히 국내 법원은 2004년 4월 13일 전문가 보고서를 채택하고 변호인에 의해 제출된 다른 전문가 보고서를 거부하였다. 또한 국내 법원은 몇몇 검찰 측 증인의 증언을 평가하고 익명 제보가 제기된 증인 및 청구인에 대해 선입견을 가진 다른 증인의 증언으로 청구인을 유죄 판결하는데 인용했다. 동시에 청구인은 국내 법원이 변호인측 증인의 증언에 대해서 똑같은 수준의 무게를 두는데 실패했다고 봤다. 청구인은 또한 항소심에서 받아들여진 범행들이 충분한 증거로 입증되지 않았다고 반박했다.

136. 정부는 청구인의 사건은 충분한 절차적 보장과 청구인에 대한 형사 절차 전반이 협약 제6조 제1항에서 의

미하는 "공정함"의 기준에 부합했다고 청구인이 제기한 혐의에 이의를 제기했다.

137. 재판소는 협약에서 보호하는 권리와 자유를 침해하지 않는 이상 국내 법원에 의해 행해졌다고 주장되는 법 적용과 사실 관계의 오류를 다루는 기능을 가지고 있지 않다고 재차 확인한다. 더욱이 협약 제6조가 공정한 청문의 권리를 보장하지만 증거의 채택 여부나 평가 방법을 구체적으로 규정하고 있지 않으며 이 부분을 기본적으로 국내법과 국내 법원이 규율해야 할 사항이다(특히 *Ziembiński v. Poland*(no.2), no.1799/07, 문단 49, 2016년 7월 5일 참고).

138. 이번 사건에 대해 재판소는 청구인이 협약 제6조 제1항에 규정되어 있는 공정한 재판 보장에 대한 명백한 침해가 있음을 보여주지 못했다고 판단한다. 청구의 이 부분은 명백히 근거가 없고 그러므로 협약 제35조 제3항 (a)와 제4항에 따라 각하되어야 한다.

Ⅲ. 협약 제41조 적용 여부

139. 협약 제41조는 다음과 같다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해배상금(Damages)

140. 청구인은 그가 감옥에 있는 5년 동안의 수입에 대한 보전으로 60,000유로의 금전 보상을 주장하였다. 그는 또한 비금전상 손해배상으로 300,000유로를 주장하였다.

141. 정부는 청구인의 금전적 보상금액이 추측에 불과하고 근거가 없다고 이의를 제기하였다. 또한 청구인의 비금전적 보상에 대한 주장이 과도하며 재판소가 이번 사건에서 청구인의 권리의 침해를 판결하는 경우 침해 사실을 확인했다는 것 자체가 충분히 공정한 배상이 될 것이라고 반박하였다.

142. 재판소는 금전적 보상의 주장의 근거가 뒷받침되지 못하였다는 이유로 이 주장을 기각한다. 그러나 청구인이 표현의 자유 침해로 인해 비금전적 손해를 겪었고 침해사실을 확인한 것만으로는 보상이 되지 않는다고 판단한다. 이번 사건에 관하여 재판소는 청구인에게 비금전적 보상 12,500유로 및 이 금액과 관련하여 과세되는 세금을 보상하는 것이 합리적이라고 본다.

B. 비용

143. 청구인은 경비와 비용으로 발생한 3,000유로를 주장하였다. 그는 재정 여건이 좋지 않아 그 돈을 지급하지 못했다고 지적하였다.

144. 정부는 이러한 비용이 실제로 발생했다는 증거가 없기 때문에 이 주장을 기각해야 한다고 재판소에 주장했다.

145. 재판소의 판례에 따르면, 청구인은 비용에 대한 배상받을 권리가 있으나 그 비용이 실제로 필요한 곳에 발생했다는 사실을 증명해야 하고 금액 측정이 가능해야 한다. 이번 사건에서 청구인의 이 사안 관련한 제출 문서와 관련하여 재판소는 이 주장을 기각한다.

C. 지연이자

146. 재판소는 지연이율을 유럽중앙은행의 최저 대출 이율에 근거하고 이에 3%를 더하는 것이 적절하다고 판단한다.

이러한 이유로, 본 재판소는,

1. 만장일치로 협약 제10조에 관한 청구는 채택하고 나머지는 각하한다.

2. 만장일치로 협약 제10조를 위반하였다고 판결한다.

3. 4명의 찬성과 3명의 반대가 있는 판결로 다음과 같이 판결한다.
   피청구국은 협약 제44조 제2항에 따라 이 결정이 최종 결정되는 날로부터 3개월 이내에 비금전적 손해배상으로 12,500유로 및 관련 세금을 지급일에 적용되는 환율로 피청구국의 화폐로 지불할 것, 위에서 언급한 3개월 만료 날짜로부터 확정 시점까지는 기본이자로, 채무 불이행 기간 동안 유럽중앙은행의 최저 대출 이자에 3%를 더한 금액을 지불할 것

4. 정당한 구제조치에 관한 나머지 청구인의 주장을 6명의 반대와 1명의 찬성으로 각하한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라 영어로 작성하고 2018년 5월 9일에 통지하였다.

Stephen Phillips	Helena Jäderblom
사무처장	재판소장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라 아래의 독립 의견이 이 판결에 첨부되었다.

(a) 켈러 판사와 예더블룸 판사의 공동 별개 의견

(b) 켈러 판사의 별개 의견

(c) 파스터 빌라노바 판사의 부분 반대 의견

(a) 켈러 판사와 예더블룸 판사의 공동 별개 의견

1. 나는 제10조 침해가 있었다는 사실에 대해 다수의견에 동의한다. 그러나 나는 "러시아는 노예를 두면서 체첸에 대해서 감히 뭐라고 하려고 든다"(위 문단 18 참고) 그리고 "정교 [신봉자]가 완전히 미쳤다"(위 문단 19 참고)가 넓은 범위에서 민족과 사회적 집단에 대한 공격이고 그러므로 이런 문제의 글들과 관련하여 청구인의 표현의 자유를 제한한 국내법원의 판단은 적절하고 충분했다는 다수의견의 결론에 대해 정중히 반대한다.

2. 첫 번째 제목과 관련된 기사는 러시아 국민에 의해 노예로 붙들린 우즈베키스탄 국민들을 해방시킨 경찰 작전과 관련한 "regional.ru"라는 홈페이지의 기사를 가져와서 실은 것이다(위 문단 18 참고).

3. 두 번째 제목과 관련된 기사는 신원미상의 "정교 신학자"가 소책자에 "예수님은 유대인이 아니라 체첸인에 의해 십자가에 매달려 죽였다"고 한 내용에 대한 정보를 담고 있다(위 문단 19 참고).

4. 국내 법원은(위 문단 57과 64 참고) 제목의 내용은 전체 러시아인과 정교 신봉자를 일반화하기에 받아들일 수 없다고 판결하였다.

5. 내용을 독자적으로만 본다면 관련 집단에 대해 공격적이지 않다고 보기 어렵다. 그러나 소식지나 신문의 기사가 그러하듯(예를 들어 신문 입간판처럼) 다른 곳에 따로 떨어져 복제되지 않고 기사 본문에 직접적으로 연관되는 글의 제목이라는 것은 완전 별개의 문제이다. 그러한 경우에 독자는 그 또는 그녀가 제목에 흥미를 느끼고 기사를 계속 읽을 것이라고 가정할 수 있다. 그러므로 제목은 기사 전체와 함께 평가되어야 한다.

6. 이러한 평가는 제목이 수용되기 어렵다는 결론으로 이어질 수 있지만 다음의 이유로 나는 이 제목들이 수용되기 어렵다는데 동의할 수 없다. 인정한건대 두 제목 모두 어떤 집단의 사람에 대해 고정관념을 가지고 부정적으로 특징화하고 있다. 그러나 뒤따르는 기사를 보면 이 집단의 사람들이 어떤 행동을 했다는 특정 사건을 명백히 제시하는데, 이러한 묘사는 청구인의 표현의 자유에 속한다(이러한 사건의 정확성에 대해서는 국내 법원에서도 이의를 제기하지 않았다). 내가 보기에는 기사 본문의 내용이라는 맥락에서 봤을 때 제목의 내용이 범죄적 표현으로 수용되는 범위에 포함되지 않았다고 본다.

(b) 켈러 판사의 별개 의견

Ⅰ. 서론

1. 나는 협약 10조에 대한 침해가 있다는 다수의견에 동의한다. 그러나 나는 재판소가 결론을 도달하는데 있어 다른 논리를 따랐어야 했다고 믿기 때문에 별도로 의견을 작성한다.

2. 이번 사건은 재판소가 처음으로 "극단주의 억제법"(판결문 문단 69 참고)가 기반이 된 청구를 결정하는 것이고 향후 러시아뿐만 아니라 다른 회원국에도 참고가 되는 판례들의 출발점이 될 것이므로 중요하다.

3. 이 의견서에서 나는 첫째로 모든 발언을 개별적으로 분류한 다수의견의 방법론은 이번 사건에 적합하지 않고 청구인의 표현에 대한 전체적인 평가가 더 적합했을 것이며 (Ⅱ); 둘째로 다수의견이 이런 방법론이 사용하는데 있어 폭력을 찬양하거나 선동하는 표현을 분류하는데 보다 신중했었어야 하며 (Ⅲ); 셋째로 청구인 표현의 잠재적 영향력이 과잉금지 원칙을 검토하기 전에 평가되었어야 하며 (Ⅳ); 마지막으로 청구인에게 부과된 언론 금지는 "법률에 의하여 규정"된 것이 아니므로 과잉금지원칙과 상관없이 협약 제10조와 조화를 이루지 못한다(Ⅴ)고 주장할 것이다.

Ⅱ. 발언의 분류

4. 나는 현재 판결의 문단 98, 110, 119에서 재판소가 정한 발언들의 융통성 없는 분류를 원칙적으로 또 구체적으로 동의할 수 없다.

5. 나는 재판소가 이번 사건을 다른 방식으로 접근했어야 한다고 생각한다. 각 글에 대해 개별적 평가를 하기보다는 재판소가 청구인의 표현 활동을 전체적으로 고려한 국내법원의 판단에 초점을 맞췄어야 한다. 재판소의 역할과 이러한 분류가 판례들에 미칠 위험을 고려했을 때 이것이 옳은 접근 방법이었을 것이다.

6. 글들을 개별적으로 평가하는 것은, 어떤 글은 혐오표현으로 어떤 글은 폭력 찬양으로, 어떤 글은 정당한 정치적 발언으로 분류하는 것은 사실에 대한 새로운 평가를 부과하여 재판소가 4심의 역할을 하는 것에 가까워진다 (예를 들어, *Centro Europa 7 S.r.l. and Di Stefano v. Italy* [GC], no.38433/09, 문단 197, ECHR 2012 참고). 모든 표현은 그것이 만들어진 맥락 속에서 고려되어야 한다. 동등한 글도 그것을 생산한 사람, 목표로 삼은 청중, 또는 글을 접하게 된 청중 그리고 무엇보다도 일반적 맥락에 따라 다른 의미를 가질 수 있다. 국내 법원은 문단 98의 몇몇 글 (재판소가 폭력을 찬양한다고 판결한)이 문단 110(다수의견이 무해하다고 판결했던)와 함께 읽혔기 때문에, 또는 문단 110이 문단 98과 같이 읽혔기 때문에, 문제가 된다고 판단했다. 재판소가 사용한 엄격한 분류기준은 러시아 법

원에서 실제 한 결정을 분석하지 못하게 하고, 존재하지 않으며 우리가 추측해야만 하는 결정에 대해 다수의견이 과잉금지 분석을 하게 만든다. 이로 인해 재판소는 5년 형과 3년 언론 종사 금지를 문단 98과 문단 119의 내용에만 기반해서 부과한 것으로 평가하게 된다. 실제로 재판소는 국내 법원이 제재를 가하는데 있어 어떤 글이 핵심적이었는지 알지 못한다.

7. 관련하여 추가적으로 이러한 방식으로 글들을 분류하는 것은 이 선례를 미래에 적용하는데 있어 명확성보다는 모호성을 불러일으켜 원칙 혼동으로 이어질 수 있다. 이런 분류기준은 이런 글들이 개별적으로 평가될 수 있음을 전제한다. 이것은 재판소가 미래의 사건에 대해 개별 글을 우리의 각각의 분류 별로 맞출 필요를 느낄 수 있는 문제를 내포하고 있을 수 있다. 그러한 행위는 매우 어려울 뿐 아니라 문제적인 결론으로 이어질 수도 있다. 이러한 글이 만들어진 맥락은 특별히 예외적이고 미묘해서 미래에 다른 맥락에서 비교하기가 더 어려울 수 있다. 궁극적으로 이런 분류를 하는 것은 유럽평의회(Council of Europe)내의 더욱 더 많은 나라가 분리주의로 인한 갈등을 겪고 있는 상황에서 예측하기 힘든 영향을 야기할 수 있다.

8. 이번 판결과 관련하여, 청구인의 활동에 대해 그 중 몇몇은 폭력에 대한 찬양에 이르고 그 외의 표현은 협약에 의해 보호되는 정치 발언이라고 포괄적 평가를 하는 것이 더 적합했을 것이라고 생각한다. 나는 청구인의 표현 중 폭력 찬양 또는 선동에 이렀다는 다수의견에 동의한다. 예를 들어, 문단 30(헌법 체계에 대한 전복을 요구)과 문단 32(41명의 목숨을 앗아간 모스크바 지하철의 폭탄 공격을 정당화함)에서 인용된 발언은 청구인의 협약 제10조 권리에 대해 제한이 합법적이고 비례성을 갖추었다는 것을 전제로 그 제한을 정당화한다. 하지만 나는 너무 긴 징역형과 언론 활동에 대한 금지는 과잉 금지 원칙을 위반했다는 다수의견에 동의한다. 덧붙여 나는 별도의 이유로 불법이라고 생각하는 언론 활동에 대한 금지(V. 부분)가 선고되지 않았다고 하더라도 과잉금지의 원칙을 위반했다고 생각한다.

Ⅲ. 분류 오류

9. 위에서 내가 주장했듯이 다수의견에서 검토한, 문맥에서 추출해온 약 30개의 글에 대한 개별적 평가 방식은 자의성의 위험을 내포한다. 그럼에도 불구하고 이것이 다수의견이 선택한 접근 방법이기에 "폭력과 테러리즘 찬양, 정당화 그리고 조장"(판결문 문단 99 참고)이라고 다수의견이 평가한 몇몇 글에 대한 나의 비동의를 표현하고자 한다. 나의 비동의는 더 나아가 법원이 개별 표현의 세부 사항까지 통제하기 시작하면 이러한 비동의가 필연적으로 발생할 것이며, 과업의 범위를 넓히는 것을 삼가는 이유를 설명한다.

10. 내가 생각하기에 분류 오류라고 생각하는 것의 한 예는 나도 함께 한 야더블룸 판사의 개별의견에 있다. 그

러나 다른 예들도 있다. 예를 들어 현 판결문의 문단 8에 대다수가 "명백하고 분명하게 폭력과 테러리즘을 찬양, 정당화, 조장"한다고 인용된 일부분이다(판결문 문단 99 참고)":

> "러시아는 그 지도자가 주권국가에 대한 비열한 공격 및 무고한 시민에 대한 살상을 영구화하고 있기 때문에 전쟁 중이며 보복 폭탄 등의 의한 피해를 받을 위험이 지속적으로 있음을 보여주었다. 서구 사회 또한 인종 그룹으로 체첸의 물리적 전멸을 목적으로 한 전쟁을 하고 있음을 푸틴 러시아에게 인정하라고 강요하고 있다."

다수의견은 이 일부분을 "침략자에 직면해 자기 방어를 정당화할 목적과 필요성으로 테러리즘과 폭력의 의지하고자 하는 일반 개념을 독자들에게 전달했다"(문단 100 참고)고 판단하였다. 그러나 이 일부분만을 떼서 읽으면 어디에도 저자가 폭력을 요구한다는 생각이 전달되지 않는다. 비록 이 문구가 체첸을 주권국가로 여기고 있고 러시아의 행동을 "야비한 전쟁"으로 표현하고 있지만 그 어떤 요소도 그 자체로 폭력을 선동하거나 찬양한다고 고려될 수 없다.

11. 문단 13에서 추출된 다른 예로는, "러시아의 식민적 팽창에 맞선 체첸 사람들의 국가해방을 위한 투쟁"만을 언급했으나 다수의견이 폭력의 찬양, 정당화, 조장한 것으로 여긴 글이다(판결문 문단 98과 99 참고). 이번에도 이 일부분의 내용은 체첸을 국가로, 러시아를 식민 침략자로 본다. 심지어 다수의견이 주장하는대로 "체첸 분리주의자의 대의를 근사하게 표현하고 이상화할 목적을 보여준다"(문단 99 참고)고도 할 수 있다. 그러나 재판소는 "투쟁"과 "해방"라는 동일한 단어를 포함한 분리주의자의 발언 조차도 "폭동, 무장 저항, 폭력 선동이 야기되지 않았으면" 보호해야한다고 판결한 바 있다(예를 들어 *Gerger v. Turkey* [GC], no.24919/94, 문단 50, 1999년 7월 8일; *Erdal Taş v. Turkey,* no.77650/01, 문단 38, 2006년 12월 19일 참고). 이러한 개별 발언을 폭력에 대한 찬양이라고 분류하는 것은 판례로부터 이탈하는 것이고 이는 매우 위험한 전례를 남기게 된다. 하지만 다른 글들과 함께 읽혔을 때는 이 글이 폭력을 선동한 것이 맞다고 볼 수 있다. 이것은 다시 한 번 재판소가 개별적으로 글을 평가하는 것이 가지는 어려움을 증명한다.

12. 마지막 예로, 다수의견은 판결문 문단 14의 열거된 표현들을 포함하여 이를 "폭력과 테러리즘을 찬양하고 정당화하며 증진한다"(문단 98과 99 참고)고 보았다. 이러한 표현들은 체첸을 "저항군"이라고 언급하고 체첸을 존재하는 국가로 암시하는데, 나는 이것만으로 폭력 찬양의 요건을 충족한다고 보는데 동의하지 않는다. 이것은 이전의 판례("저항"이라는 단어 자체만으로 폭력을 선동한다고 볼 수 없다고 명확히 지적한 *Gerger,* 위 인용, 문단 50 참고)와 불일치한다. 더욱이 다수의견은 문단 98의 열거 목록에 문단 14을 포함시키는 것에 대한 아무런 이유도 제시하지 않았다(문단 14에 대해 아무런 언급이 없는 문단 99-109에서 제시한 사유 참고).

Ⅳ. 청구인 표현의 영향력

13. 글의 영향력은 표현의 자유 간섭의 평가에 중요한 요소이다. 대다수는 청구인 출판물의 영향력을 과잉금지 원칙을 검토할 때 평가하였다(위 판결문의 문단 131 참고). 이것은 "표현의 매개체의 잠재적 영향력은 간섭의 과잉금지성을 판단하는데 있어 매우 중요한 요소이다"라고 판단한 재판소의 판례와 일치한다(*Murphy v. Ireland,* no.44179/98, 문단 69, ECHR 2003-IX [발췌문] 참고). 그러나 나는 청구인의 표현의 자유를 제한하는데 있어 "긴급한 사회적 필요"가 있었는지 여부를 판단할 때 발언의 영향력을 고려했어야 한다고 생각한다.

14. 나는 사소하거나 거의 무시할 수 있을 만한 수준의 표현에 대한 제한은 "긴급한 사회적 필요"가 없다고 판단한다. 이것은 이전 판례와도 일치한다. *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria* 에서 재판소는 관련 발언이 "폭력행동이나 폭력 선동이나 그 어떤 형태의 민주적 원칙에 대한 거부에 대한 예측가능한 실질적인 위험이 없기" 때문에 정치 결사 모임을 금지하는데 정당화될 수 없다고 했다(*Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria,* nos.29221/95 및 29225/95, 문단 111, ECHR 2001-IX 참고). 발언의 영향이 무시해도 될 정도였기 때문에 *Stankov*판례에서 재판소는 과잉금지 원칙 평가를 하지 않았다.

15. 발언이 만들어진 매체는 그 영향력을 평가하는데 중요하다. 재판소는 어떤 판례에서 개인이 표현을 한 매체에 따라 그 표현이 된 본질이 달라질 수 있다고 했다(*Karataş v. Turkey* [GC], no.23168/94, 문단 52, ECHR 1999-IV 참고). *Karataş*판례에서 재판소는 시라는 매개를 이용하여 청구인의 의해 표현된 발언의 영향력은 공격적인 어조에도 불구하고 폭력에 대한 선동으로 이어지지 않는다고 판단했다(앞의 것과 같은 판례).

16. 이번 사건에서 어떤 청구인의 발언은 폭력에 대한 찬양과 선동으로 고려될 수 있으며 더 넓은 사회에 부여하는 위험이 있었다고 주장될 수 있다. 청구인에 의해 배포된 인쇄물의 수는 적지만 국내 법원에 따르면 8명의 사람이 그에 대해 민원을 제기했다(위 판결문의 문단 43 참고). 이것은 청구인의 문제의 발언이 어느 정도의 영향력이 있었음을 보여주며 이에 대한 국가의 간섭과 그에 부과된 형사 처벌을 정당화할 수 있다.

17. 재판소가 그 잠재적 영향력과 별개로 그 어떤 종류의 표현에 대한 간섭도 허용하는 선례를 남기지 않기 위해서 이러한 문제를 과잉금지 원칙을 살펴보기 전에 살펴봤으면 더 옳았을 것이다.

Ⅴ. 언론 금지

18. 재판소는 "언론 활동 금지가 협약 제10조와 조화를 이루었는지"에 대해서는 판단하지 않았다(위 판결문의 문단 128 참고). 재판소는 금지와 자유 박탈이 협약에 반한다고 판단하기는 했다(문단 129 참고). 나는 협소한 범위의

금지에 대해 결정할 때, 그 금지가 제10조와 조화를 이루었는지 여부에 대해 판단하지 않는 입장을 꼭 반대하는 것은 아니지만, 이번 금지의 상황에 대해서는 좀 더 신경을 기울였어야 한다고 생각한다.

19. 러시아 형사법 제280조 제2호에는 "3년 이하의 기간 동안 일정한 직위 또는 일정한 활동을 수행할 수 있는 권리를 박탈"하는 처벌을 규정해 두었고, 국내법원은 청구인의 상황에 이 법을 적용하였다(문단 68 참고). 다수의견은 청구인의 유죄선고가 이 조항에 근거했기 때문에 "그 결과 청구인의 권리의 제한은 "법률에 의하여 규정"된 것으로 간주"하였다(문단 81 참고).

20. 내 생각으로는 제280조 제2항이 예를 들어 언론 활동의 3년 간 금지라는 제한을 정당화할 목적의 "법"이라면 법으로써 문제가 있다. 재판소는 "'법률에 의하여 규정'된 것[협약 제8조에서 제11조]이라는 표현은 문제의 조치가 어느 정도 국내법에 기반할 필요가 있다는 것뿐만 아니라 관련 법의 속성이 예측가능성이 있고 관련 사람에게 접근성이 있어야 함을 요구한다"라고 지속적으로 판단하고 있다(*Rotaru v. Romania* [GC], no.28341/95, 문단 52, ECHR 2000-V 참고; 또한 *Maestri v. Italy* [GC], no.39748/98, 문단 30, ECHR 2004-I 참고). 특히 제8조에서 제11조 위반은 "[국내]법이 검토하는 분야에 있어 당국의 재량권 행사 범위나 조건이 충분히 명확하지 않으면" 인정되었다(*Amann v. Switzerland* [GC], no.27798/95, 문단 62, ECHR 2000-II 참고). 재판소가 제7조 관련 판례들에서 명확히 보여주듯 행동에 대한 금지는 기소가 예측가능한 방식으로 규정되어야 할 뿐 아니라 수반되는 처벌 또한 정확히 예측가능하도록 부과되어야 한다(*Kafkaris v. Cyprus* [GC], no.21906/04, 문단 140, ECHR 2008 참고). 제10조를 제한하는 "법"은 "시민이... 그 상황에서의 행동이 어떤 결과를 수반할지에 대한 어느 정도 합리적으로 예측가능"할 수 있도록 해야한다(*Rekvényi v. Hungary* [GC], no.25390/94, 문단 34, ECHR 1999-III 참고).

21. 이번 사건에서 "3년 이하의 기간 동안 일정한 직위 또는 일정한 활동을 수행할 수 있는 권리를 박탈"이 제10조의 목적인 "법"의 최소한의 예측가능성을 충족시킨다고 보지 않는다. 누구나 어떤 것을 하더라도 "활동"이 될 수 있다는 점에서 그렇다. "법률은 또한 "어떤 직위"가 대충 무엇을 뜻하는지 명백히 하는데도 실패했다. 더 나아가 처벌을 가중시키거나 경감시킬 수 있는 것이 무엇인지도 명확히 하지 않았다. 제280조 제2항은 효과적으로 가벼운 처벌부터 가장 가혹한 제재까지 허용하는 백지수표이다.

22. 국가의 재량에 대한 광범위하고 거의 무제한의 특권은 언론 활동을 금지하는 포괄적이고 가혹한 간섭의 정당한 근거가 되지 못한다. 언론 활동의 금지는 다양한 종류의 표현 행위가 "언론"으로 포섭될 수 있음을 고려할 때 매우 지대한 영향을 가져올 금지라는 것을 생각할 때 더 관련이 있다.

Ⅵ. 결론

23. 나는 청구인의 제10조의 권리가 침해되었다는 동료들과 뜻을 같이 하지만, 그럼에도 재판소가 발언을 세부적으로 분류하는 것의 위험성에 대해 주의를 환기하고자 이 글을 쓴다.

24. 덧붙여 "긴박한 사회적 필요"를 평가하는데 있어 이러한 글들의 영향력이 먼저 고려되었어야 한다. 그 영향력으로 인해 간섭이 필요할 경우 재판소가 과잉금지 원칙을 살펴보아야 하며, 그 경우 글의 영향력을 다시 한 번 고려할 수 있다.

25. 마지막으로 나는 청구인에 대한 형사 제재의 부과를 정당화시킨 러시아 형사법의 제280조 제2항의 모호하고 넓은 범위의 자구에 우려를 표한다. 이 법은 궁극적으로 잠재적 피고인에게 명확성이나 예측가능성을 제공하지 못해 국내 당국이 다양한 종류의 제재를 적용하는 것을 가능하게 하는 거의 백지수표나 다름이 없다.

국가인권위원회 humanrights.go.kr

(c) 파스터 빌라노바 판사의 부분 반대 의견

(번역문)

1. 나는 재판소의 이번 사건의 협약 제10조 침해 판결을 전적으로 지지한다. 나는 또한 금전적 배상은 하지 않고 비금전적 배상으로 12,500유로를 지급하기로 결정한 판결에도 동의한다. 다만 판결문의 주문의 4문, 그 중에서도 청구인의 변호사 비용에 대한 배상이 거부된 것에 대해 반대한다.

2. 참고로 청구인의 대리인이 명시하듯 그의 정당한 구제조치에 대한 주장에서 청구인은 재정적 수단이 없어 발생한 비용을 지불하지 못했다고 했다. 이러한 제목으로 총 3,000유로를 주장하였다.

3. 정부는 이러한 비용에 대해 지불한 증거가 없다는 이유로 이 주장에 반대했다.

4. 재판소는 정부의 주장을 받아들이고 전문적 분야에 대한 보수에 대한 주장을 매우 다수에 의해 각하하였다. 다수의견의 관점에서 이 주장은 청구인이 제시한 정보에 따라 지불이 어렵다고 판단했다(판결의 문단 142 참고).

5. 재판소의 청구인은 비용에 대한 배상을 받을 권리가 있으나 그 비용이 실제로 필요한 곳에 발생했다는 사실을 증명해야 하고 금액 측정이 가능해야 한다고 판결했다(*Buzadji v. the Republic of Moldova* [GC], no.23755/07, 문단 130, ECHR 2016, 및 최근 사례 중, *Merabishvili v. Georgia* [GC], no.72508/13, 문단 370, ECHR 2017 참고). 청구인이 지급했거나 지급할 책임이 있으면 대리인 보수의 입증은 되는 것이다(*Luedicke, Belkacem and Koç v. Germany*(Article 50), 1980년 3월 10일, 문단 15, Series A no.36; *Artico v. Italy*(1980년 5월 13일, 문단 40, Series A no.37); *Airey v. Ireland*(Article 50), 1981년 2월 6일, 문단 13, Series A no.41; *Ždanoka v. Latvia,* no.58278/00, 문단 122, 2004년 6월 17일; 그리고 *Merabishvili v. Georgia* [GC], 위 인용, 문단 372).

6. 청구인의 주장은 변호사 비용의 배상을 사전 지급을 조건으로 하지 않는 재판소의 판례와 명백히 조화를 이룬다. 비록 지불이 아직 이루어지진 않았지만 청구인은 여전히 그의 변호사에게 빚을 지고 있다. 빚이 있다는 사실은 내가 보기에는 논쟁의 여지가 없다. 그 근거는 청구인 변호사가 그의 업무에 대해 비용을 청구하며 그의 고객이 파산임을 강조하는데 있다. 청구인이 5년 간 감옥에 있었고 이 긴 기간 동안 어떠한 재원도 받을 가능성이 없었다는 사실을 염두에 둬야 한다. 그의 주장은 전적으로 합리적이고 정당하다. 그러므로 상대방에 의해 그에게 발생한 비용은 배상되어야 하며 재판소는 필요한 경우 금액 조정까지도 허용해야 한다.

7.결론적으로, 나는 다수의견이 기각의 근거로 언급한 판례가 잘못 적용되었다는 사견을 제시한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

전쟁범죄 용인
(Condoning war crimes)

8. Lehideux and Isorni v. France

1998년 9월 23일

청구인들은 르 몽드 일간지에 마샬 페텡(Marshal Pétain)에 대한 글을 실었는데 그 글에서 청구인들은 페텡이 나치 정권과 협력한 정책을 숨김으로써 그를 긍정적으로 묘사하였다. 그 글은 마샬 페텡에 대한 기억을 옹호하는 활동을 하는 두 단체에 편지를 쓰라는 독려로 끝났다. 이를 통해 그들은 페텡의 사건에 대한 재심을 열어, 그에게 사형을 선고하고 그의 시민권을 몰수하였던 1945년 판결을 뒤집고 그의 명예를 회복하려 하였다. 전(前) 레지스탕스 전국연합이 이에 대해 소송을 제기한 후, 두 명의 저자는 전쟁범죄와 적국과의 협력죄를 공공연하게 옹호한 것에 대하여 유죄를 선고받았다. 그들은 자신들의 표현의 자유가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 문제가 된 글이 논쟁적이기는 하지만 두 명의 저자는 그 글을 개인의 자격으로 쓴 것이 아니라 합법적으로 설립된 두 단체를 대신하여 썼고, 친-나치 정책보다는 특정 개인을 칭송한 것이기 때문에 부인론적이라고 볼 수는 없다고 판단하였다. 마지막으로 재판소는 그 글에서 언급한 일들은 글이 발행되기 40년도 전에 일어난 일이고, 40여 년이 지난 지금 그러한 발언을 10년이나 20년 전과 같은 강도로 다루는 것은 부적절하다고 지적하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

8

유럽인권재판소

LEHIDEUX AND ISORNI v. FRANCE

(55/1997/839/1045)

판결

스트라스부르

1998년 9월 23일

Lehideux 와 *Isorni v. France* 사건에서[50] 유럽인권재판소 대재판부는 재판소 A 규칙[51]에 따라 다음과 같이 구성되었다.

R. Bernhardt, *재판장;*

F. Gölcüklü,

L.-E. Pettiti,

C. Russo,

A. Spielmann,

J. De Meyer,

E. Palm,

I. Foighel,

R. Pekkanen,

A.N. Loizou,

J.M. Morenilla,

John Freeland,

A.B. Baka,

G. Mifsud Bonnici,

50) 이 사건의 번호는 55/1997/839/1045이다. 첫 번째 숫자는 해당 년도(두 번째 숫자)에 재판소에 회부된 사건들의 목록에서 이 사건의 위치를 나타낸다. 마지막 숫자 두 개는 재판소가 만들어지고 난 후 회부된 사건의 목록에서 이 사건의 위치, 그리고 위원회로 송부된 본래 청구 목록에서 이 사건의 위치를 나타낸다.

51) 재판소 A 규칙는 제9추가의정서가 시행되기 전에(1994년 10월 1일) 재판소로 회부된 모든 사건에 적용된다. 그리고 그 후 그 의정서에 구속 받지 않는 국가에 대한 사건들에만 적용된다. 이 규칙은 1983년 1월 1일에 시행되었고 그 이후 몇 차례 개정을 거쳤다.

B. Repik,

P. Jambrek,

P. Kūris,

J. Casadevall,

P. van Dijk,

T. Pantiru,

V. Butkevych,

그리고 서기인 H. PETZOLD와 부서기인 P.J. MAHONEY가 참여하였다.

1998년 4월 24일과 8월 24일 비공개 심리하였고, 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 마지막에 언급된 날짜에 채택되었다.

사건의 경과

1. 이 사건은 1997년 5월 28일 유럽인권위원회("위원회")와 같은 해 8월 8일 프랑스 정부에 의해 재판소로 회부되었다. 이는 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약("협약") 제32조 제1항과 제47조에 정해진 3개월 기간 내에 해당하였다. 이 사건은 1994년 5월 13일 두 명의 프랑스 국적을 가진 Marie-François Lehideux와 Jacques Isorni이 협약 제25조에 따라 위원회에 프랑스공화국을 상대로 제기한 청구에서(청구번호 24662/94) 비롯되었다.

위원회는 위 요청 시에 협약 제44조, 제48조와 프랑스가 재판소의 강제적 관할권을 인정한다는 선언을 인용하였다(제46조): 정부는 위 신청 시에 제48조를 인용하였다. 위원회의 요청 및 정부의 신청 목표는 이 사건의 사실관계가 피청구국의 협약 제10조에 따른 의무 위반 여부를 밝히는지에 관한 결정을 구하는 것이었다.

2. 두 번째 청구인은 1995년 5월 8일 사망하였다. 위원회는 1996년 6월 24일 그의 부인인 Yvonne Isorni가 남편을 대신하여 절차를 이어갈 권한을 가지고 있다고 결정하였다.

3. 재판소 A 규칙33 제3조 제d항에 따라 작성된 질의에 대하여, 청구인들은 자신들도 절차에 참여하기를 바란다고 진술하였고, 자신들을 대리할 변호사를 지정하였다(규칙30).

4. 소재판부에는 당연직인 프랑스 국적의 선출 재판관 L.-E. Pettiti와(협약 제43조) 부재판소장 R. Bernhardt가 포함되었다(규칙21 제4조 제b항). 1997년 7월 3일 서기가 참석한 가운데 재판소장 R. Ryssdal는 나머지 일곱 명의 구성원을 추첨으로 뽑았다. 나머지 재판관들은 다음과 같다. *R. Macdonald, A. Spielmann, I. Foighel, A.N. Loizou, J.M. Morenilla, T. Pantiru, V. Butkevych*(협약 제43조와 규칙21 제5조).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

5. 1997년 10월 22일 소재판부는 이 사건을 대재판부에 이관하기로 결정하였다(규칙51). 대재판부에는 당연직으로 재판소장인 Ryssdal과 부재판소장인 Bernhardt 그리고 다른 구성원 및 소재판부를 대신하는 네 명의 재판관이 포함되었다. 후자의 재판관들은 B. Walsh, P. Jambrek, F. Gölcüklü 그리고 R. Pekkanen이었다(규칙51 제2조 제a항와 제b항). 1997년 10월 25일 서기가 참가한 가운데 재판소장은 대재판부를 완성하기 위하여 일곱 명의 재판관을 추가로 추첨하였다. 그 재판관들은 다음과 같다. C. Russo, E. Palm, John Freeland, A.B. Baka, B. Repik, J. Casadevall 그리고 P. van Dijk(규칙51 제2조 제c항). 그 후 J. De Meyer, G. Mifsud Bonnici 그리고 P. Kūris 재판관은 사망한 Ryssdal과 Walsh 재판관 및 이후 심리에 참여할 수 없게 된 Macdonald 재판관을 대신하였다. 그리고 Bernhardt 재판관은 Ryssdal 재판관을 이어 대재판부의 재판장이 되었다(규칙21 제6조, 22 제1조, 24 제1조 그리고 51 제6조).

6. 대재판부 재판장인 Ryssdal은 절차 구성에 대하여 서기를 통해 정부 대리인과 청구인들의 변호사 그리고 위원회의 대표와 상의하였다(규칙37 제1조와 38). 서기는 그 결과로 만들어진 명령에 따라 1998년 2월 23일과 27일 각각 청구인들과 정부의 의견서를 받았다.

7. 재판장의 결정에 따라 1998년 4월 20일 스트라스부르 소재 인권빌딩(the Human Rights Building)에서 공개심리가 열렸다. 재판소는 그 전에 예비회의를 개최하였다.

재판소에 출석한 사람은 다음과 같다:

(a) 정부 측

M. Perrin de Brichambaut, *외교부 법무국장, 대리인,*
M. Dubrocard, *외교부 법무국에 임시 파견된 치안 판사,*
A. Buchet, *치안 판사, 법무부 유럽 및 국제문제 서비스 인권사무소장,*
C. Etienne, *법무부 형사사건국 형사 정의와 개인의 자유 사무소에 임시 파견된 치안 판사 자문관들;*

(b) 위원회 측

B. Conforti, *대표;*

(c) 청구인 측

B. Prevost, *파리변호사협회,*
J. Ebstein-Langevin, *전(前) 파리변호사협회 소속, 변호인.*

재판소는 Conforti, Ebstein-Langevin, Prevost 그리고 Perrin de Brichambaut의 주장을 청취하였다.

8. 재판소는 1998년 6월 23일 Lehideux가 6월 21일에 사망하였다는 사실을 알게 되었다.

사실관계

I. 사건의 배경

9. 첫 번째 청구인인 Lehideux는 1904년에 태어나서 1998년 6월 21일에 사망하였다. 그는 과거에 행정관이었고 그 후에 르노 프랑스(Renault France)를 포함하여 여러 회사의 이사를 역임하였으며 파리에 거주하였다. 그는 1940년 9월부터 1942년 4월까지 마샬 페탱(Marshal Pétain) 정부에서 산업생산부 장관을 지냈고, 1959년부터 1964년까지 경제사회위원회 위원을 역임하였다. 그는 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 협회의 회장이었다.

두 번째 청구인인 Isorni는 1911년에 태어나 1995년 5월 8일에 사망하였다(위 문단 2 참고). 그는 과거에 파리에서 활동했던 변호사였다. 그는 파리변호사협회 학생옹호자 회의의 초대 비서로서, 마샬 페탱에 대한 고등법원 재판 당시 그를 변호했던 변호사협회 회장을 지원하는 자리에 공식적으로 임명되었다. 1945년 8월 15일 고등법원은 필립 페탱(Philippe Pétain)[52]에게 적의 침략을 돕기 위하여 독일과 결탁하였다는 이유로 시민권 박탈과 사형을 선고하였다.

A. 쟁점이 되는 출판물

10. 1984년 7월 13일 일간지 르몽드(Le Monde)지에 전면광고가 게시되었다. 광고에는 큰 글씨로 "프랑스 인민들이여, 당신들은 너무 쉽게 잊어버리는 것이다"라는 제목과 함께 밑에는 작은 이탤릭체로 "필립 페탱, 1941년 6월 17일"이라고 쓰여있었다. 광고에 실린 글은 독자들에게 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 협회와 전국 페탱-베르됭(Pétain-Verdun) 협회에 편지를 쓰라는 권유로 끝을 맺었다.

11. 그 광고는 여러 부문으로 나뉘어 있었는데, 각 부문은 큰 대문자로 쓰인 "프랑스 인민들이여, 만약 당신들이... 을 잊었다면, 당신들은 너무 쉽게 잊어버리는 것이다"라는 문구로 시작하였다. 각 부문은 1916년부터 1945년까지 공적 인물로서 필립 페탱의 생애 주요 단계에서, 처음에는 군인으로서 나중에는 프랑스 국가수반으로서의 그의 행동을 긍정적으로 제시하는 주장들을 담고 있었다.

52) 마샬 페탱과 필립 페탱은 동일 인물임(역자).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

1940년-1945년 관련 부분에서, 광고 글은 다음과 같은 내용을 담고 있었다:

"프랑스 인민들이여, 당신들은 너무 쉽게 잊어버리는 것이다

만약 당신들이 이것을 잊었다면...

1940년에 민간과 군사 당국이 프랑스를 재앙으로 몰고 갔다는 것을. 책임져야 할 자들은 그에게 도와달라고 간청했다. 1940년 6월 17일 국가의 부름에 대한 응답으로 그는 정전을 얻어 내었고 적들이 지중해 연안을 점령하는 것을 막을 수 있었으며 덕분에 동맹국을 구할 수 있었다. 그 후 인민전선(Popular Front)이 다수 파였던 의회는 합법적으로 그에게 권력을 주었다. 프랑스 인민들은 감사하며 마땅히 그를 구세주로 바라보았다. 당시 '4천만 명의 페탱주의자들(Pétainists)'이 존재하였다(헨리 아무르(Henri Amouroux)).

얼마나 많은 사람이 더는 이를 기억하지 못하고, 얼마나 많은 사람이 이를 부인해 왔는가?

프랑스의 어떤 국가 지도자도 경험하지 못한 난관이었던 나치의 잔악 행위와 박해 상황에서 그는 사람들을 독일의 전횡과 야만으로부터 보호하였고 그로 인해 2백만 명의 전쟁 포로들을 구했다는 것을.

그가 매일 빵을 공급하였고 사회 정의를 재구축하였으며 사립학교를 방어하고 약탈당한 경제를 보호했다는 것을.

고도로 정교한 정책을 통하여 그가 몽투와(Montoire)에 간 바로 그날 자신의 대리인을 런던으로 보내 패전국이었던 프랑스가 독일과 연합국 사이의 모순적인 요구 사이에서 자신의 입장을 유지할 수 있게 하였고, 미국과의 비밀 협약을 통해 프랑스의 해방을 준비하고 이에 이바지했으며, 그러한 해방을 위해 아프리카 군대를 구성했다는 것을.

그가 프랑스를 위해 당시 사람들이 여전히 프랑스 제국이라 불렀던 거의 모든 부분을 보존했다는 것을.

그가 히틀러와 리벤트롭(Ribbentrop)에 저항했다는 이유로 그들의 위협을 받았으며, 1944년 8월 20일 독일군이 그를 독일로 빼앗아 갔다는 것을.

프랑스 인민들이여, 당신들은 너무 쉽게 잊어버리는 것이다.

만약 당신들이 이것을 잊었다면...

적의 수인이었던 동안 필립 페탱은 조국을 구하기 위해 자신이 할 수 있는 모든 것을 다했음에도 불구하

고 샤를 드골(Charles de Gaulle)은 조국을 배신했다는 이유로 그를 기소했다는 것을.

만약 당신들이 이것을 잊었다면...

그가 독일을 탈출한 후 자신에게 닥친 위험이 큰데도 불구하고, 엄청난 비난으로부터 자신을 방어하기 위해 그리고 자기 자신의 존재를 통해 자신의 명령을 따랐던 사람들을 보호하기 위해 프랑스로 돌아왔다는 것을.

프랑스 인민들이여, 당신들은 너무 쉽게 잊어버리는 것이다.

만약 당신들이 이것을 잊었다면...

검찰은 최고위 권력자와 결탁하여, 드레퓌스 사건에서와 같이, 그에게 유죄 판결을 내리기 위해 문서를 위조했다는 것을, 그리고 그는 90살에 졸속으로 사형 선고를 받았다는 것을.

B. 청구인들에 대한 형사소송절차

1. 기소로 이어진 고발

12. 1984년 10월 10일 전(前) 레지스탕스 전국연합(the National Association of Former Members of the Resistance)은 적국과의 협력죄(Crimes of collaboration with the enemy)를 공개적으로 옹호했다는 이유로 르몽드지의 발간 책임자인 L.을 형사고발 하였다. 그리고 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 협회의 회장인 Lehideux, 문제가 된 문구의 작성자인 Isorni, 전국 페탱-베르됭 협회 대표 M.에 대해서는 적국과의 협력죄에 관한 공개적인 옹호 행위를 교사 및 방조한 혐의로 고발하였다. 더불어 민간 당사자로 절차에 참여하기 위한 신청서도 제출하였다.

민간 당사자는 그 글이 형사법을 위반한 변명의 글이라고 주장하였다. 그 글이 1945년 8월 15일 고등법원에서 유죄 판결을 받은(위 문단 9 참고) 마샬 페탱의 정책을 정당화하려 했기 때문이다.

13. 청구인들은 그들의 광고가 협력죄를 공개적으로 옹호하기 위한 것은 아니었다고 부인하였으나 과거 고등법원 판결을 뒤집어 마샬 페탱을 복권시키기 위한 취지였다는 점은 인정하였다.

14. 1985년 5월 29일 검사는 범죄가 제대로 이루어지지 않았다는 점에 근거하여 공소제기를 취소할 것을 권고하는 최종 의견을 제출하였다.

그는 청구인들이 1940년부터 1944년 사이의 필립 페탱의 정책을 묘사한 "정치적·역사적 색깔"은 "고등법원이 채택한 접근과는 근본적으로 다르다"고 보았다: "피고인들은 협력의 정책을 찬양한 것이 아니라... 프랑스와 국민을 보호하기 위한 마샬 페탱의 노력과 행동 그리고 조국의 해방에 대한 그의 기여를 인정[하였다]. -그들의 역사 인식은 부정확하거나 그릇되었거나 별로 중요하지 않은 당파적 의견처럼 [보인다]...". 그는 청구인들의 목적이 페탱의 이미지를 좋게 만들고 제2차 세계대전 동안 그의 처신을 찬양하는 것이라 할지라도, 이러한 긍정적 평가는 "이를 뒷받침하는 글과 대부분 고등법원의 파일에 담긴 순전히 외부적인 정보와의 연결에서 페탱의 미화된 이미지를 자의적으로 분리함으로써" 그의 행위에 대한 공개적인 방어로 해석될 수 있다고 덧붙였다. 그는 "어떤 개인의 범죄가 아니라 그 사람이 프랑스와 그 인민, 은밀하게는 동맹국의 이익을 위해 행했다고 여겨지는 이로운 행동에 대하여 그를 찬양하는 글을 쓴 작성자들과 제작자를 형사 재판에 회부하는 것은 이상하게 보일 수 있다"고 결론 내렸다.

15. 수사 판사는 검사의 의견을 따르지 않았다. 1985년 6월 4일 명령에서 수사 판사는 L.과 청구인들 그리고 M.에 대하여 1881년 7월 29일 언론자유법 제24조(3)에 정의된 적국과의 협력죄를 공개적으로 옹호한 혐의로 첫 번째 피고인을 주범으로, 나머지는 공범으로 형사법원에 기소하였다.

수사 판사는 다음과 같이 판단하였다: "공개적 옹호란 어떤 교조나 행위를 옹호하거나 정당화하는 경향이 있는 연설이나 문서를 의미한다." 그는 청구인들이 1940년부터 1944년까지 마샬 페탱의 정책을 우호적으로 조명하였으며 프랑스와 그 인민을 보호하기 위한 그의 노력과 행동을 인정하였다고 지적하였다. 그러나 바로 이 행위가 페탱에게 유죄를 선고한 고등법원의 판결문에서는 길고 상세하게 서술된 논거의 주제였다. 따라서 수사 판사는 발행된 글에서 1940-45년 사이를 언급한 부분이 고등법원 재판에서 페탱이 제출했던 변호의 근거를 포함시켜 발전시키고 찬양하였다고 보았고, 그래서 당시 시행 중이었던 "형법 제75조와 제87조에 따라 유죄 판결을 받은 마샬 페탱의 행동과 정책을 정당화"한 것에 해당한다고 보았다.

2. 1986년 6월 27일 파리 형사법원의 판결

16. 1986년 6월 27일 파리 형사법원은 레지스탕스 행동위원회와 레지스탕스 및 애국자 전국연합(the National Federation of Deported and Interned Members of the Resistance and Patriots)이 민간 당사자로 참여한 재판에서 피고인들에 대하여 무죄를 선고하고 해당 법원에는 민간 당사자의 청구를 다룰 수 있는 관할권이 없다고 판결하였다.

법원은 자신들의 임무는 "40년이 넘게 필립 페탱의 지지자들과 레지스탕스 연합을 싸우게 만든 역사적 논쟁에

서 누구의 편을 드는 것이 아니"라 이 사건에서 범죄가 일어났는지를 결정하는 것이라고 판시하였다. 그러한 점에서 법원은 "민간 당사자와 검사의 주장에 따르면 피고인들은 그들의 의견 때문에 기소되었..."다고 지적했으며 "엄격하게 해석된 법률에서 도출된 경우를 제외하고는 표현의 자유에 대한 어떠한 제한도 부여되어서는 안 된다"고 밝혔다.

법원은 1940-45년 사이를 언급한 부분은 적국과의 협력죄에 대한 공개적 옹호로 해석될 수 있다는 점을 받아들였다. 법원은 광고 글의 이 부분이 필립 페탱에 대한 명백한 찬양이고 그의 사건의 재심에 대한 여론을 우호적인 쪽으로 만들기 위해 고안된 호소라는 점을 지적하였다. 그러나 법원은 다음의 이유로 범죄가 이루어지지 않았다고 보았다: 그 광고 글은 "나치 독일과의 협력을 정당화하려고 시도한 것이 아니"었고, 마샬 페탱의 목적은 "연합국의 승리를 촉진하는 것"이었다고 진술하였다; 마샬 페탱이 나치 독일과 협조한 것을 인정하지도, 우호적으로 묘사하지도 않았다; 고등법원의 판결이 기판력을 갖는다 하더라도 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 사람들은 그 판결을 비판할 수 있다; 그 광고 글은 두 번째 청구인이 고등법원의 판결을 뒤집기 위하여 1945년부터 진행해왔던 캠페인의 일부분이며, 그러한 목적은 "완벽하게 합법적"인 것이었다.

법원은, "모든 의심을 피하기 위하여", 이 판결이 "역사적 논쟁에서 제기되는 주장 중 어느 하나를 우호적으로 평가하는 것으로 여겨져서는 안 된다"는 점을 강조하였다.

17. 전(前) 레지스탕스 전국연합과 레지스탕스 행동위원회는 항소하였다.

3. 1987년 7월 8일 파리 항소법원의 판결

18. 1987년 7월 8일 판결에서 파리 항소법원은 첫째, 형사소송법 제2조 제5항과 1881년 7월 29일 언론자유법으로 인해 민간 당사자들이 공소를 제기할 소의 이익을 가지고 있지 않고 둘째, 그들의 항소에 대한 검사의 주장은 같은 법에 규정된 무효 방지 요건을 충족시키지 못했다고 판시하였다. 따라서 법원은 기소와 그에 따른 재판은 무효라고 선언하였다.

19. 전 레지스탕스 전국연합과 레지스탕스 행동위원회는 이 판결에 대해 상고하였다.

4. 1988년 12월 20일 파기원의 판결

20. 1988년 12월 20일 판결에서 파기원은 파리 항소법원이 위법한 판단을 하였다고 판시하였다. 그에 따라 파기

원은 1987년 7월 8일 판결 전체를 파기하여 파리 항소법원 내에서 새롭게 구성된 재판부로 환송하였다.

5. 1990년 1월 26일 파리 항소법원의 판결

21. 1990년 1월 26일 파리 항소법원은 두 건의 민간 당사자 참여 신청에 대해 수용 가능하다고 선언하고 무죄 선고를 무효로 하였으며 민간 당사자들의 손해에 대한 배상으로 1프랑을 지급할 것을 판정하였다. 법원은 또한 이 판결의 요지를 르몽드지에 게재할 것을 명했다.

그 판결에서 재판부는 적국과의 협력죄에 대한 공개적 옹호죄의 세 가지 구성요소가 충족되었다고 판시하였다.

재판부는, 먼저, 문제가 되는 광고 글이 르몽드지에 발행되었다는 사실은 공개적 구성요건(the public element)을 충족시킨다고 판단하였다.

재판부는 또한 그 광고 글이 적국과의 협력죄에 대한 "변명"을 포함하고 있고, 다음과 같은 이유로 주관적 구성요건(the mental element)도 충족되었다고 밝혔다.

> "이 선언을 작성한 자들이 페탱을 찬양하는 방식은 그들이 위대한 행동으로 묘사하려고 시도한 것을 칭송하는 형태로 이루어진다; 따라서, 예를 들어 르됭에서의 승리와 아브델크림(Abd-el-Krim)에서의 패배를 똑같이 찬양하고 1940년에 휴전을 확실히 확보한 것을 페탱의 공적으로 만들며 '그의 정책'을 '최고로 능숙한' 것으로 묘사하였다: '그는 자신이 몽투와로 간 바로 그날 자신의 대리인을 런던으로 보내 패전국이었던 프랑스가 독일과 연합국 사이의 모순적인 요구 사이에서 자신의 입장을 유지할 수 있게 하였고, 미국과의 비밀 협약을 통해 프랑스 해방을 준비하고 이바지하였으며, 이를 위해 아프리카 군대를 구성하였다.' 몽투와(Montoire) 정책에 대한 찬양은 추정 상의 결과에 대한 언급을 통해 극대화되었다. 이것은 사실상 적국에 대한 협력이나 마찬가지였던 정책에 대한 무조건적인 찬양이나 다름없었다. 광고 글의 작성자들이 참고한 1940년 10월 24일 몽투와에서 진행된 페탱과 히틀러 간의 회합의 중요성은 1940년 10월 30일 페탱의 라디오 방송에서 다음과 같이 묘사되었다.
>
> '프랑스 단일성, 즉 10세기 동안 유지된 단일성을 유지하기 위해, 새로운 유럽 질서를 위한 건설적 행동이라는 기본틀 안에서, 나는 오늘 명예롭게 협력의 길을 시작한다.'

여기서 언급된 질서는 '나의 투쟁(Mein Kampf)'에서 정의된 인종주의에 기초한 히틀러식 질서와 다름없었으

며, 페탱은 1940년 10월 3일 소위 유대인의 시민권을 박탈하는 '법률'에 서명함으로써 이에 대해 사전에 공식적으로 동의하였다. 이로 인해 유대인은 이후 그들의 최종 목적지였던 나치 강제수용소로 쉽게 이동되기 위해 설치된 프랑스 내 캠프에 억류되었다.

이렇게 정교하게 은폐된 사실에 대한 비판을 광고 글에 싣지 않거나 이 글의 작성자들이 그러한 사실들로부터 거리를 두려고 시도하지 않음으로써 이 선언은 사실상 은연중에 그러나 필연적으로, 자행된 적국과의 협력죄에 대한 변명을 담고 있다. 그러한 범죄는 페탱과 그의 열성적 지지자로 이뤄진 비시(Vichy) 정부가 그 광고 글이 언급하는 바로 그 '잔혹 행위'와 '나치의 박해'에 대해 가끔은 적극적으로 참여하는 방식으로, 가끔은 은밀하게 동의하는 방식으로 저지른 것이었다.

법원은 사실상 페탱이 프랑스에 이롭다고 추정되는 이중 게임을 수행했다고 생각하는 사람들과, 페탱 자신이 할 수 있었던 변명 내지 현재 그의 지지자들이 그를 옹호하기 위해 찾는 변명과는 상관없이 단지 페탱이 공언했던 정책과 공개적으로 발표한 공식 결정만을 신뢰하는 사람들 사이의 역사적 논쟁에서 누구의 편도 들지 않고 위의 결론에 도달하게 되었다. 따라서 본 법원은 문제가 되는 광고가 기소된 범죄에 대한 변명적 요소를 포함하고 있다고 판결한다.

이에 더해, 범죄가 성립하려면 주관적 구성요건이 확립되어야 한다. 1945년 8월 14일 고등법원은 적의 계획을 촉진하기 위한 목적으로 프랑스와 전쟁 중이었던 독일과 협력한 행위에 대해 형법 제75조와 제87조 위반으로 페탱에게 사형을 선고하고 그의 시민권을 박탈하며 전 재산을 몰수하였다. Jacques Isorni를 필두로, 성명서의 작성자인 피고인들은 이 판결을 바꾸려고 노력하였다.

L.을 제외한 다른 피고인들은 모두 문제가 된 광고에 대한 책임을 인정하고 있으며 그 광고를 발행한 목적은 사건의 재심 결정에 대한 지지를 늘릴 수 있도록 여론의 변화를 만들어 내는 것이었다고 주장하였다.

특히, 고등법원 재판에서 페탱의 변호인이자 고등법원의 판결을 대체할 새로운 법적 결정을 얻으려고 시도하고 있는 Jacques Isorni는 자신이 부단히 추구하고 있는 이 목적이 변호에 대한 신성한 의무라고 보고 있다. 그러나 그와 페탱의 행위를 지지하는 동조자들의 입장에서 재심을 추구하려는 의도가 적법하다 하더라도 그러한 목적을 발전시키기 위하여 불법적인 수단을 사용하는 것이 정당화되지는 않는다. 그들은 독일과의 협력 정책에 대한 무조건적이고 무제한적인 찬사를 내세움으로써 사실상 그 정책의 확장으로 인해 자행된 범죄를 정당화한다는 것을 알고 있었기 때문에 그들이 선의를 가지고 행동했다고 볼 수 없다.

6. 1993년 11월 16일 파기원의 판결

22. M.과 L.은 위 판결에 대해 상고하였다. 상고 이유에서 그들은 협약 제10조를 원용하여 자신들의 의견으로 인해 유죄를 선고받았다고 문제를 제기하였다. 그들의 목표는 전쟁범죄나 그들이 뒤집고 싶어 하는 페탱의 유죄 판결의 원인이었던 적국과의 협력죄를 찬양하지 않으면서도 유죄가 확정된 사람의 행위에서 자신들이 정당하다고 생각하는 바를 옹호하는 것이었다. 그들은 "암시적인 변명"을 했다는 이유로 항소법원이 유죄 판결을 내렸고, 그 "변명"은 자신들이 말한 내용보다는 글 자체로 구성된 것이었다고 주장하였다. 또한 법원은 문제가 된 성명서가 "은연중에 그러나 필연적으로" 적국과의 협력죄에 대한 변명을 담고 있다고 판결하였으며, 그들이 그 글에 나치의 잔혹 행위와 만행을 언급했다는 사실에도 불구하고 그들이 쓰지 않은 것과 하지 않은 비판에 대해 유죄를 선고하였다고 주장하였다.

23. 1993년 11월 16일 파기원 형사부는 다음과 같은 이유로 상고를 기각하였다:

> "이 사건에서 파기원의 임무는 1881년 7월 29일 법률 제24조(3)에 따라 기소된 광고 글이 그 법에 규정된 범죄에 대한 공개적인 옹호에 해당하는지를 결정하는 것이다. 본 사건에 대한 항소법원의 결론에 대하여, 파기원은 문제가 되는 글을 검토한 결과 항소법원이 언급한 구절은 앞서 언급한 법률의 범위에 속한다는 점을 납득하였다. 적국과의 협력죄로 유죄 판결을 받은 사람을 찬양할 만한 사람으로 나타냄으로써 그 광고 글은 그의 범죄를 미화하였고, 그렇게 함으로써 그것을 공개적으로 옹호하였다. 그 범죄의 주관적 구성요건과 관련하여서는 피고인들에 대한 기소의 원인이 된 행위의 고의적 성격으로부터 추론할 수 있다.
>
> 판결을 내림에 있어 항소법원은 그 권한을 남용하지도, 유럽인권협약 제10조 제1항이 보장하는 표현의 자유를 침해하지도 않았다. 왜냐하면 이 사건에서처럼 필요한 경우 표현의 자유의 행사는 같은 조 제2항에 따라 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전을 위해 법률에 따른 제한을 받을 수 있기 때문이다."

II. 관련 국내법

A. 1881년 7월 29일 언론자유법

24. 1984년 당시 1881년 7월 29일 언론자유법의 제23조의 내용은 다음과 같다:

> "범죄 또는 중대한 위법 행위가 일어난 상태에서, 공공장소나 집회에서 말이나 고함 혹은 위협을 내뱉음

> 으로써, 혹은 직접 쓴 문건이나 인쇄물, 소묘, 조각, 그림, 문장(紋章), 이미지, 또는 판매, 배포되었거나 판매용으로 제공되거나 공공장소 또는 집회에서 전시된 기타 모든 서면, 구두, 그림으로 이루어진 물품들을 통해서, 또는 현수막이나 포스터를 공연히 전시함으로써 다른 사람 혹은 사람들이 앞서 말한 범죄나 중대한 위법 행위를 저지르도록 직접적으로 그리고 성공적으로 선동한 자는 그 범죄에 대한 공범으로 처벌받는다.

25. 동시에 제24조는 "제23조에서 규정된 방법 중 하나로 적국과의 협력죄를 공개적으로 옹호한 사람은" 최대 5년의 징역형과 최대 300,000프랑의 벌금형에 처한다고 규정하고 있다.

26. 프랑스 법원은 범죄를 공개적으로 옹호하는 것을 위법 행위로 규정하는 조항의 적용 조건들을 점진적으로 밝혀왔다.

파기원은 1881년 7월 29일 법률 제24조(3)에 규정된 범죄에 대한 공개적 옹호는 같은 조의 제1항과 제2항에 규정된 범죄 중 하나를 저지르도록 선동하였으나 성공하지 못한 것과는 별개의 위법 행위이며, 각각의 위법 행위의 구성 요소들을 혼동해서는 안 된다고 판시하였다(*Crim.* 1972년 7월 11일, *Bull. crim.* no.236).

이미 1912년에 파기원 형사부는 어떤 범죄자에 대한 공개적 옹호는 그의 범죄에 대한 공개적 옹호에 해당한다고 판시한 바 있다(*Crim.* 1912년 8월 12일, *Bull. crim.* no.46). 그 판례법은 1881년 같은 법률 제24조(3)에 나열된 범죄나 주요 위법 행위 중 하나로 구성된 사실에 근거하여 어떤 사람을 찬양하는 것은 그 법에 정의된 공개적 옹호죄에 해당하고 그 법률에 따라 처벌받을 수 있다는 취지의 결정을 통해 확인되었다(*Crim.* 1967년 10월 24일, *Bull. Crim.* no.263).

독자들이 뉘른베르크(Nuremberg) 국제 재판에서 전범으로 유죄판결을 받은 독일 나치당 지도자들을 우호적으로 판단하게끔 선동할 가능성이 있고 부분적으로라도 그들의 범죄를 정당화하려는 시도를 가지고 있는 글을 발행하는 행위는 전쟁범죄에 대한 공개적 옹호에 해당한다(*Crim.* 1971년 1월 14일, *Bull. crim.* no.14).

발행한 어떤 글이 단순히 형사 절도와 관련된 것을 넘어 그 범죄를 찬양할 만한 업적으로 나타내고 가해자가 어떠한 처벌도 받지 않았으면 하는 바람을 표현하는 경우 그 글은 절도 범죄를 공개적으로 옹호한 것이다(*Crim.* 1978년 11월 2일, *Bull. crim.* no.294).

그 위법 행위는 간접적인 변호의 형태로 나타났을 때도 성립된다(Paris, 1959년 2월 25일, D. 1959. 552).

마지막으로, 파기원의 임무는 1881년 7월 29일 법률 제24조(3)에 따라 기소된 글이 거기에 규정된 공개적 옹호죄의 성질을 띠는지를 결정하는 것이다(*Crim.* 1972년 7월 11일, *Bull. crim.* no.236).

27. 1990년 7월 13일 법률 번호 90-615(*"the loi Gayssot"*, "게소 법")는 언론자유법 제24조에 제24-2조를 추가하여 "1945년 8월 8일 런던 협약의 부속 문서인 국제군사재판소 법령 제6조에 정의된 하나 혹은 그 이상의 인도에 반한 범죄-그러한 범죄는 같은 법령 제9조에 따라 범죄를 저질렀다고 선언된 조직의 구성원 혹은 프랑스 또는 국제 법원에서 그러한 범죄에 대해 유죄판결을 받은 자들이 저지른 범죄이다-의 존재를 부정한 자"에 대해 최대 1년의 징역형과 최대 300,000프랑의 벌금형에 처할 수 있게 하였다.

역시 게소 법에 의해 추가된 언론자유법 제48-2조는 다음과 같이 규정한다: "해당 시점에 최소 5년 동안 합법적으로 등록되었고, 단체의 정관에 따른 목적에 프랑스 레지스탕스 혹은 추방자들의 도덕적 이익과 명예를 방어하는 내용이 포함된 단체는 전쟁범죄, 인도에 반한 범죄 혹은 적국과의 협력죄 그리고 제24-2조에 정의된 범죄와 관련하여 민간 당사자로서의 권리를 행사할 수 있다."

B. 형법

28. 마샬 페탱에게 유죄를 선고한 1945년 8월 15일 판결에서 고등법원이 적용한 당시 형법 제75조와 제87조는 다음과 같다:

제75조

"프랑스에 대한 적대적 행위에 참여할 것을 선동할 목적으로 외세와 협력하거나, 외국 군대가 프랑스 영토에 침입하는 것을 용이하게 하거나 육·해·공군의 충성심을 약화시키거나 다른 수단으로 외세에 필요한 수단을 제공하는 프랑스 시민은 반역죄를 범하는 것으로 사형에 처한다."

제87조

"정부를 전복하거나 교체하려는 시도... , 혹은 제국의 권위에 대항하여 반기를 들도록 시민이나 주민을 선동하려는 시도는 군사시설로의 추방으로 처벌할 수 있다."

위원회에서의 절차

29. Lehideux과 Isorni는 1994년 5년 13일 협약 제6조, 제10조 그리고 실질적으로 제7조를 침해당했다고 주장하며 유럽인권위원회에 구제를 신청하였다. 신청을 뒷받침하기 위해 그들은 다수의 문서를 제출했는데 거기에는

1940년 10월부터 12월 사이에 윈스턴 처칠이 이끄는 영국 정부와 필립 페탱의 특사였던 루이 루지에(Louis Rougier) 사이의 접촉을 기록한 영국의 공식 보고서에서 확보한 메모 복사본 여러 개도 포함되어 있었다.

30. 1996년 6월 24일 위원회는 그 신청(no.24662/94) 중 협약 제10조 위반 주장은 받아들일 수 있지만 나머지 주장은 받아들일 수 없다고 선언하였다. 1997년 4월 8일자 보고서(제31조)에서 위원회는 협약 제10조 위반이 있다는 의견을 표명하였다(23 대 8). 보고서에 포함된 위원회 의견의 전문과 별개 의견 여섯 개는 부록에 첨부되어 있다.[53]

재판소에 제출한 최종 주장

31. 정부는 의견서를 통해 Lehideux과 Isorni가 제출한 청구를 기각해 달라고 재판소에 요청하였다. 정부는 첫째, 이 청구는 협약 제17조에 따라 협약의 조항들과 양립할 수 없으며, 그렇지 않더라도 협약 제10조의 위반이 없었다고 주장하였다.

32. 청구인들은 협약 제10조 위반이 있었다고 판결하고 자신들에게 정당한 구제를 제공해 달라고 재판소에 요청하였다.

판단

I. 협약 제10조 위반에 대한 주장

33. 청구인들은 "전쟁범죄 혹은 적국과의 협력죄에 대한 공개적 옹호"를 이유로 자신들에게 유죄 판결을 내린 것은 협약 제10조 위반이라고 주장하였다. 제10조는 다음과 같이 규정한다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고 받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정

53) *사무국 각주.* 실무적인 이유로 이 부속 문서는 판결의 최종본(재판소의 판결 및 결정 중 일부 선택된 판결 및 결정에 대한 공식 보고서)에만 게재되나 위원회 보고서의 사본은 사무국에서 구할 수 있다.

보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

34. 정부는 이 청구가 협약 제17조에 따라 협약의 규정과 양립 가능하지 않으므로 기각해달라고 요청하였다. 그게 아니라면 최소한 제17조로부터 발생하는 의무를 고려하여 제10조 제2항을 적용해야 한다고 주장하였다.

A. 협약 제17조의 적용

35. 정부는 문제가 되는 발행물이 협약의 정신 그 자체와 민주주의의 핵심적 가치를 훼손했다고 보았다. 따라서 Lehideux과 Isorni의 청구는 제17조에 따라 받아들여져서는 안 된다. 제17조의 내용은 다음과 같다:

"이 협약 중의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 협약에 규정된 권리 및 자유를 파괴하거나 또는 이 협약에 규정된 범위 이상으로 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 수행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다."

재판소는 청구인들이 문제가 되는 글을 발행한 것을 정당화하기 위해 제시한 이유를 -필립 페탱의 유죄 판결을 뒤집기 위한 것- 받아들일 수 없었다. 왜냐하면 그들은 그 광고 글이 역사적 논쟁에 기여한다고 주장했기 때문이다. 그 광고 글은 종종 특정 사건에 있지도 않은 중요성을 부여하고(몽투와 회합에 관해 설명할 때), 관련 기간의 역사를 이해하는데 있어 필수적인 사건들을 못 본 체함으로써(비시 정권과 나치독일 사이의 협력) 특정한 역사적 사건들을 명백히 틀리게 제시하였다.

36. 청구인들은 위원회에서 필립 페탱에 대한 유죄 판결의 근거(구 형법 제75조와 제87조)와 자신들의 유죄 판결의 근거(언론법)는 구분되어야 한다는 점을 강조하면서 자신들에게 협약 제17조를 적용해서는 안 된다고 주장하였다. 더 나아가 그들은 자신들의 광고 글이 결코 나치의 야만과 만행에 대한 찬성을 표현한 것이 아니라고 강조하였다.

37. 위원회는 청구의 심리적격 여부에 대한 결정에서(위 문단 30 참고), 협약 제17조가 청구인들이 협약 제10조에 따른 보호를 주장하지 못하도록 막을 수 없다는 의견을 표명하였다. 위원회는 청구인들에 대한 유죄 판결의 근거가 된 광고는 인종 혐오적인 표현이나 협약이 보장하는 다른 권리와 자유를 제한하거나 파괴하려는 의도를 가진 어떤 문구도 포함하고 있지 않다고 판단하였다. 파리 항소법원이 1990년 1월 26일 판결에서 인정한 바와 같이 청구인들의 목적은 필립 페탱에 대한 재심을 확보하기 위한 것이었다. 더 나아가 청구인들의 생각을 표현한 그 광고 글이 협약 제17조의 의미에 속하는 "활동"에 속한다고 추론할 수 없었다.

38. 재판소는 이 사건의 모든 정황을 고려하여 협약 제17조의 적용 여부에 대해 판결할 것이다. 그 시작은 협약 제10조를 준수하였는지 여부를 검토하는 것인데, 이에 대한 요건은 제17조를 고려하여 평가할 것이다(*the United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey,* 1998년 1월 30일 판결, 판결과 결정 보고서 1998-I, p.18, 문단 32를 준용하여 참고)

B. 협약 제10조의 준수

39. 청구인들에 대한 유죄 판결은 명백히 청구인들의 표현의 자유 행사에 대한 '제한'에 해당한다. 재판소에 출석한 당사자들 모두 그 제한이 "법률에 규정된" 것이라는 점과 협약 제10조 제2항에 규정된 여러 가지의 정당한 목적, 즉 타인의 평판과 권리 보호 그리고 무질서와 범죄의 방지를 추구했다는 점에 동의하였다.

재판소도 이에 동의한다. 따라서 재판소는 이 사건에서의 제한이 그러한 목적을 달성하기 위하여 "민주사회에서 필요한" 것이었는지에 대해 결정해야 한다.

1. 참여자들의 주장

(a) 청구인들

40. 청구인들은 문제가 된 광고 글이 역사적 의견을 반영하였고 일반적 관심사에 대한 정보를 제공했다고 주장하였다. 그들에 대한 유죄 판결은 "정치적으로 올바른" 버전의 역사를 강요하기 위한 것이었다.

그 광고 글은 1940-44년 사이의 역사적인 논쟁에 기여하였다. 그 내용에 동의하지 않을 수 있지만, 역사는 의견의 차이가 바람직한 것으로 여겨지는 영역이었다. 광고 글은 정확한 역사적 사실에 근거한 것으로 정부가 주장한 바와 같이 잘못 표현되거나 불완전한 사실에 근거한 것은 아니었다. 특히 정부가 비판한 생략과 관련하여 청구인들은 그들의 광고가 단지 필립 페탱의 재심을 위한 캠페인을 홍보하기 위해 만들어진 것이지 어떤 다른 이슈를 제기하기 위한 것은 아니라고 설명하였다. 어찌 되었든 그들은 그들의 행동과 저술에 있어 실제 역사적 사건들을 왜곡하지 않았기 때문에 부정론자나 수정주의자로 해석되거나 비교될 수 없다. 게다가 그들의 사건을 다루었던 모든 법원이 그들을 유죄라고 판결한 것도 아니었다.

요약하면, 청구인들은 나치의 잔학 행위와 만행 혹은 홀로코스트에 대해 이의를 제기하지 않았다. 어떤 정책을 지지하지도 않았다. 그들은 단지 이렇게 말했을 뿐이다: "어떤 다른 일이 일어났을 수 있다", 사람들이 생각하는 것과

는 다른 어떤 것, 즉 군사 지도자로서 비교할 수 없는 그의 과거 업적을 고려하면, 프랑스의 국가 수반이었던 그는 오직 동맹국의 승리를 염원했을 수도 있었다는 사실 말이다.

(b) 정부

41. 우선 정부는 문제가 된 광고 글의 목적에 대하여, 청구인들이 그 사건이 일어난 후에 필립 페탱에 대한 재심을 신청하기 위한 관점에서 그 글을 작성하였다고 주장함으로써 그 글을 정당화하려 시도하고 있다고 주장했다. 그러한 주장은 허용될 수 없는데 파리 고등법원은 그 광고를 발행한 진짜 혹은 추정된 목표 때문이 아니라 그 광고 글 자체 때문에 Lehideux와 Isorni에게 유죄 판결을 내렸기 때문이다. 항소법원은 1990년 1월 26일 판결에서 광고를 발행한 청구인들의 의도가 무엇이었든, 그러한 의도가 협력 정책을 찬양하는 것을 정당화하지는 않는다고 아주 분명히 밝혔다.

그러나 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 협회의 설립도, 문제가 되는 그 광고 글도 필립 페탱에 대한 재심을 확보하지 못하였다.

42. 정부는 더 나아가 만약 프랑스 당국이 1984년 7월 13일 청구인들이 르몽드지에 발행한 광고를 단순히 역사적 논쟁에 대한 기여라고 판단했다면 그것을 작성한 자들은 결코 유죄 판결을 받지 않았을 것이라고 단언하였다. 그러나 역사적 문제에 대한 공적 논쟁에 기여하기 위한 광고 글을 발행하는 것은 저자에게 그 글을 쓸 당시의 상식으로 여겨지는 사실들을 고려하여 많은 제한과 규칙을 준수하도록 강제한다. 이 사건에서 그러한 것은 전혀 이뤄지지 않았다. 왜냐하면 문제가 된 글이나 그 내용 모두 객관성이라는 최소한의 요건을 충족하지 못했기 때문이다.

우선, 그 문구는 광고의 형태를 띠었다. 특정 문구의 반복, 심지어 선택한 글자체를 봤을 때, 모든 것이 독자의 주의를 끌기 위해 사용되었다. 좀 더 심각한 비판을 하자면, 청구인들에 대한 유죄 판결에서 언급된 바와 같이, 광고 글의 내용 자체가 페탱이 이끈 비시 정부의 정책을 무조건적으로 칭송했다는 점이다. 그 정책이 국가사회주의 정권과의 협력에 해당했음에도 불구하고 말이다. 청구인들은 두 가지 다른 방식으로 그 정책을 칭송하였다. 첫째, 그들은 필립 페탱의 결정에 다른 의미를 부여하려 노력함으로써 그의 결정을 정당화하려 시도하였다; 둘째, 그들은 상식의 문제이자, 해당 정책에 관한 객관적 설명을 위해 필요한 불가피하고 본질적인 역사적 사실들에 대한 언급을 완전히 그리고 간단히 생략해 버렸다.

몽투와 일화는 청구인들이 사용한 첫 번째 방법을 보여준다. 그들은 당시 비시 정부의 수반이 따랐다고 추정되는 이중 게임 정책을 언급함으로써 이 주장을 정당화하려 시도하였다. 광고가 발행된 당시, 이 이론은 그 시기를 전공한 모든 역사가에 의해 이미 반박된 상태였다.

두 번째 방법으로는 생략이 사용되었다. 1940년 10월에 제정된 인종주의 법률을 언급하지 않은 것이 완벽한 예이다. 특히 필립 페탱을 찬양하는 간행물에서 -미국 역사가인 로버트 팩스턴(Robert Paxton)의 표현인- "비시와 관련된 경험 중 가장 어두운 지점", 즉 비시 정부의 적극적 반유대주의에 대한 언급을 생략함으로써, 청구인들은 비시 정부의 가장 수치스러운 행위(이는 진실한 역사적 사건으로 인정되었고, 또한 객관적으로 나치 체제의 이익에 객관적으로 기여하였다)에 대하여 고의로 침묵하는 것을 선택하였다.

달리 말하면, Lehideux와 Isorni가 부정론자가 아니라 하더라도, 그들은 제2차 세계대전 중 필립 페탱의 기록을 찬양하기 위해 그러한 사실에 대한 언급을 의도적으로 생략함으로써 제3제국에 대한 그의 협력 정책 존재를 부정하였다. 그러한 부정은 그 정책의 피해자였거나 그 정책에 맞서 싸우기로 선택했기 때문에 자신이나 가족의 목숨을 잃어야 했던 모든 이들에게는 받아들일 수 없는 일이다.

43. 정부의 주장에 따르면 청구인들의 표현의 자유에 대한 제한의 필요성을 평가하는데 있어 국내 당국은 두 가지 이유에서 넓은 재량의 여지를 가진다. 첫째, 문제가 된 글은 광고의 형태로 발행되었다. 둘째, 그 글은 프랑스 역사에서 특별히 암울한 단면을 언급했다는 점이다. 프랑스에서 나치 체제와의 협력 정책에 대한 책임이 누구(그것이 단일한 개인들이었든지 아니면 사회 제도 전체였든지)에게 있는지를 결정하는 것이 어렵다는 점을 고려했을 때, 이 문제는 청구인들이 유죄 판결을 받았던 때에도 매우 고통스러운 집단적 기억이고, 지금까지도 그렇게 남아있다.

그 광고 글은 내용과 무관하게 국가의 역사라는 매우 특수한 영역을 다루었다. 그 영역은 그 자체의 성격 때문에 유럽의 용어로 객관적인 정의를 내리기가 불가능하므로 협약 제10조가 필요로 하는 요건에 대한 동일한 개념이라는 것은 있을 수 없다. 제2차 세계대전 당시 필립 페탱의 역할에 대한 국내 일간지 발행의 영향과 관련하여, 유럽 국가들이 "타인의 권리 보호"에 관한 요건에 대해 동일한 개념을 가질 수 없다는 것은 너무나도 분명한 일이다.

어쨌거나, 궁극적으로 청구인들에게 부여된 처벌은 순수하게 상징적이었다. 왜냐하면 Lehideux와 Isorni가 민간 당사자로 절차에 참여했던 두 단체에 총 1프랑을 지급하고, 자비로 판결의 결과를 르몽드지에 발행하라는 명령을 받았기 때문이다.

(c) 위원회

44. 위원회는 다수의 요소로 인해 이 사건은 상업 자료나 광고 자료의 범주 밖에 속한다고 보았다. 이 사건에 대한 기소가 언론자유법에 근거했다는 사실과는 별도로, 그 글은 정치인과 역사적 사건에 관련된 것이었으며, 필립 페탱 사건의 재심에 대한 여론을 우호적으로 만들기 위해 독자로 하여금 두 개의 단체에 글을 쓰도록 요청하였다.

결과적으로, 그 글이 별도의 광고 형태를 띠고 있었고 독자의 주의를 끌기 위하여 계산된 반복적인 문구를 포

함하고 있었다고 하더라도, 그것의 내용과 목적으로 인해 그 글은 상업적 영역 안에 들어가지 못했고, 심지어는 재판소 판례법 의미 내에서의 전문적 광고의 범주에 들어가지도 못하였다(*the Barthold v. Germany,* 1985년 3월 25일 판결, Series A no.90; *the markt intern Verlag GmbH and Klaus Beermann v. Germany,* 1989년 11월 20일 판결, Series A no.165; *the Casado Coca v. Spain,* 1994년 2월 24일 판결, Series A no.285-A; *the Jacubowski v. Germany,* 1994년 6월 23일 판결, Series A no.291-A 참고).

45. 위원회에 따르면, 청구인들이 나타낸 사실의 정확성 또는 부정확성은 -이를 증명하는 것은 위원회의 업무가 아니었다- 그들에 대한 유죄 판결의 근거가 아니었다. 항소법원은 확립된 역사적 사건들을 왜곡하거나 부인한 것보다 역사의 특정 시기와 관련된 사실들을 완전하지 않게(non-exhaustive) 나타낸 것에 대하여 청구인들을 더욱 비판하였다.

청구인들은 프랑스에서 합법적으로 구성되었고 마샬 페탱의 사건이 재심을 받도록 하는 것이 목적이었던 두 단체를 대표하여 자신들의 의견을 표현하였다; 따라서 언론이나 어떤 다른 통신 수단을 통하여 이러한 목적을 추구할 그들의 권리를 부정할 수는 없었다. 게다가 청구인들은 광고에서 "나치의 잔학 행위와 탄압"을 언급하였고, 자신들과 그런 행위 사이에 거리를 두었다.

마지막으로 위원회는 민주사회에서 필립 페탱의 사건에서와 같이, 서로 다른 의견의 대상이었고 다른 의견이 표현될 수 있는 공적 인물에 관한 역사적 논쟁의 중요성을 강조하였다. 이러한 이유로 위원회는 협약 제10조의 위반이 있었다는 의견을 표명하였다.

2. 재판소의 평가

46. 재판소는, 정부에 따르면 청구인들이 유죄를 선고받은 페탱을 찬양한 행위는 두 가지 방법으로 드러났다는 점에 대해 주목한다; 문제가 된 발행물의 작성자들은 경우에 따라서는 페탱의 결정에 다른 의미를 부여하기 위해 노력함으로써 그 결정을 정당화하려고 시도하였다. 또 다른 경우에는 상식의 문제이자 해당 정책에 관한 객관적 설명을 위해서 필요한 불가피하고 본질적인 역사적 사실들에 대한 언급을 완전히 그리고 간단히 생략해 버렸다.

47. 앞의 기법은 몽투와에서의 필립 페탱의 정책에 관한 구절에서 사용되었다. 그 글에서 이 정책을 "고도로 정교한" 것으로 묘사함으로써 청구인들은 소위 '이중 게임' 이론에 신뢰성을 부여하였다. 1984년에 와서는 프랑스인 역사가와 비-프랑스인 역사가 모두 그 이론을 반박했다는 것을 알고 있음에도 불구하고 말이다.

재판소는 문제가 된 사건 및 그 해석과 관련하여 역사가들 사이에서 논쟁 중인 문제의 일부인 이 지점을 해결하는 것은 재판소의 과업이 아니라고 본다. 이 사건 자체는 명확하게 확립된 역사적 사실 -홀로코스트처럼-의 범주에 속하지 않는다. 그런 사실을 부정하거나 수정한 경우에는 제17조에 따라 제10조의 보호를 받지 못한다. 이 사건에서 청구인들이 그 발행물에서 그들 스스로 "나치 잔혹 행위와 탄압" 혹은 "독일의 전횡과 야만"과 같은 표현으로 언급했던 것들을 부정하거나 수정하려고 시도했던 것으로 보이지는 않는다. 오히려 필립 페탱의 정책을 "고도로 정교한" 정책으로 묘사함으로써 글의 작성자들은 비시 정부 수반의 역할에 관해 상반되는 이론 중 소위 "이중 게임" 이론이라고 불리는 것을 지지하였다.

48. 그에 더해 재판소는 청구인들이 개인의 자격으로 행동하지 않았다는 점에 대해 주목한다. 쟁점이 된 광고 글 하단에 표기된 이름은 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 협회와 전국 페탱-베르됭 협회로 독자들은 이 두 단체에 편지를 쓰도록 요청 받았다. 이 단체들은 합법적으로 구성된 단체이고 필립 페탱의 복권을 촉진하려 했다. 그렇기 때문에 그 단체들이 비용을 낸 광고에서, 서로 경합하는 역사 이론 중 하나이자 그들이 옹호하려는 명성을 가진 사람에게 가장 호의적인 이론을 지지했다는 것은 그다지 놀랍지 않은 일이다. 게다가 독자는 페이지의 아래에 단체 이름이 포함되어 있다는 점 그리고 그 페이지의 맨 위에 나타난 "광고"라는 단어를 통해 개황이 어떤지 파악할 수 있었다.

어찌 되었든, 파리 고등법원은 문제가 된 광고 글을 발행함에 있어 청구인들의 목표는 "자신들이 보기에 사건의 재심 결정에 대한 지지를 늘릴 수 있는 여론의 변화를 만들어 내는 것"이었다는 점에 주목하였다. 법원은 계속해서 다음과 같이 말하였다: "재심을 추구하려는 의도가 적법하다 하더라도 그러한 목적을 발전시키기 위하여 불법적인 수단을 사용하는 것이 정당화되지는 않는다..."(위 문단 21 참고).

49. 재판소는 파리 항소법원이 1990년 1월 26일 판결에서 "페탱이 프랑스에 이롭다고 추정되는 이중 게임을 수행했다고 생각하는 사람들과, 페탱 자신이 할 수 있었던 변명 내지 현재 그의 지지자들이 그를 옹호하기 위해 찾는 변명과는 상관없이 단지 페탱이 공언했던 정책과 공개적으로 발표한 공식 결정만을 신뢰하는 사람들 사이의 역사적 논쟁에서 누구의 편도 들지 않고" 판결을 내린 점에 주목한다(위 문단 21 참고).

파리 항소법원은 청구인들에 대한 유죄 판결을 지지함에 있어 정부가 비판한 두 번째 방법, 즉 중요한 역사적 사건에 대한 생략을 좀 더 강조하였다. 법원은 이러한 생략이 문제가 되는 찬양을 구성하였다고 결론 내렸다. 이후 파기원은 이러한 논증을 유지하였다. 따라서 "사실상 적국과의 협력이나 마찬가지였던 [몽투와] 정책에 대한 무조건적인 찬양"에 대해 지적한 후 항소법원은 "협력 정책에 대한 무조건적이고 무제한적인 찬사를 내세움으로써 [청구인들은] 사실상 그 정책의 확장으로 인해 자행된 범죄를 정당화"하였다고 판시하였다. 같은 판결의 다른 부분에서 법원은 다음과 같이 판시하였다: "이 선언은, 그러므로 사실상 은연중에 그러나 필연적으로 과거에 자행된 적국과의 협

력죄에 대한 변명을 담고 있다"; 그러한 변명은 "이렇게 정교하게 은폐된 사실(1940년 10월 3일 페탱이 소위 유대인의 시민권을 박탈하는 '법률'에 서명함으로써 "인종주의에 근거한 히틀러식 질서"에 지지를 보냈다는 점)에 대한 비판을 광고 글에 싣지 않거나 이 글의 작성자들이 그러한 사실들로부터 거리를 두려 시도하지 않은 것"에서 비롯되었다(위 문단 21 참고).

50. 재판소가 프랑스 법률 상 협력 범죄를 공개적으로 옹호하는 위법 행위의 구성요건에 관하여 의견을 표명할 필요는 없다. 게다가 국내법을 해석하고 적용하는 것은 국내 당국, 특히 법원의 일이다(*the Kemmache v. France* (no.3), 1994년 11월 24일 판결, Series A no.296-C, p.87, 문단 37 참고). 재판소의 역할은 그 위법 행위와 관련하여 청구인들에 대한 유죄 판결에서 기인한 그 제한이 "민주사회에서 필요한" 것이라고 볼 수 있는지를 확인하는 것에 한정된다.

51. 협약 제10조 제2항에서 "필요한"이라는 형용사는 "긴박한 사회적 필요"라는 의미를 내포하고 있다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지를 판단함에 있어 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다.

감독 관할권을 행사하는 데 있어 재판소의 과업은 정당한 권한을 가진 국가 기관의 자리를 대신하는 것이 아니라 재량권 행사에 따른 정부의 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국의 재량권 행사가 합당하고, 신중하고, 성실하게 이루어진 것인지를 확인하는 것에만 국한됨을 의미하지 않는다. 재판소는 사건 전체를 고려하여 소가 제기된 제한을 살펴보고 국내 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 "적절하고 충분한지", 제한이 "추구하고자 하는 정당한 목적에 비례했는지"를 판단해야 한다. 그렇게 함에 있어 재판소는 국내 당국이 제10조에 구현된 원칙에 맞는 기준을 적용하였는지, 나아가 당국이 관련 사실을 수긍할 수 있는 방식으로 평가했는지 여부를 확인해야 한다(*the Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일 판결, Reports 1997- VII, pp.2547-48, 문단 51 참고).

따라서 재판소는 먼저 쟁점이 되는 진술의 내용을 검토한 후 그것이 청구인에 대한 유죄 판결을 정당화하는지를 결정해야 한다. 이때 국가가 형사처벌 이외의 다른 방법을 사용할 수 있었는지를 고려해야 한다(*the Socialist Party and Others v. Turkey,* 1998년 5월 25일 판결, Reports 1998-III, p.1256, 문단 44 참고).

52. 먼저 발행물의 내용과 관련하여 재판소는 그것의 일방적인 성격에 주목한다. 그 광고 글은 필립 페탱을 완전히 우호적으로 표현한 반면 그가 기소되었던 원인이자 그로 인해 사형을 선고받았던 위법 행위에 대해서는 언급

하지 않았다는 점에서 확실히 논쟁적인 성격을 띤다고 볼 수 있다. 그러나 그러한 점에서 재판소는 제10조가 표현된 생각과 정보의 내용뿐만 아니라 그것을 전하는 형식 또한 보호한다는 점을 되풀이해서 강조한다(*The De Haes and Gijsels v. Belgium,* 1997년 2월 24일 판결, Reports 1997-I, p.236, 문단 48 참고).

재판소는, 청구인들에게 유죄를 선고한 파리 항소법원의 판결은 주로 광고 글의 작성자들이 필립 페탱의 행동으로부터 거리를 두거나 필립 페탱의 행동의 특정 측면을 비판하지 않았다는 점, 특히 그들이 광고 글에 다른 사건들, 그 중에서도 "1940년 10월 3일 소위 유대인의 시민권을 박탈하는 '법률'에 서명함으로써 이후 유대인들은 자신들의 최종 목적지였던 나치 강제수용소로 쉽게 이동되기 위해 설치된 프랑스 내 캠프에 억류되었다"는 것을 싣지 않았다는 점에 근거하고 있음을 주목한다.

53. 협약의 근간을 이루는 가치에 반하는 다른 발언과 마찬가지로(*the Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일 판결, Series A no.298, p.25, 문단 35), 친나치 정책을 정당화하는 것은 제10조가 제공하는 보호를 향유할 수 없음이 너무나도 자명하다. 그러나 이 사건에서 청구인들은 "나치 잔학 행위와 탄압" 그리고 "독일의 전횡과 야만"에 대한 반대를 분명히 밝혔다. 따라서 그들은 정책보다는 사람을 찬양하였고, 목적, 즉 필립 페탱에 대한 유죄 판결을 확실히 정정하기 위해 그렇게 행동한 것이다. 항소법원은 그러한 목적을 달성하기 위해 이용된 수단까지는 아니더라도, 최소한 그러한 목적의 타당성과 정당성은 인정하였다.

54. 광고 글의 작성자들이 비판을 받은 또 다른 이유인 생략과 관련하여, 재판소는 이 문제를 추상적으로 판결하지 않으려 한다. 이것은 중대하지 않은 사실에 대한 생략이 아니라 홀로코스트와 직접적으로 연관된 사건들에 대한 생략이었다. 확실히 광고 글의 작성자들은 "나치의 야만"을 언급했지만 필립 페탱이 고의로 그것에 기여했다는 점, 특히 프랑스의 수많은 유대인을 박해하고 죽음의 수용소로 이송한 것과 관련된 그의 책임을 지적하지 않았다. 반인도적 범죄를 구성하는 이러한 사실들의 중대함은 그것을 가리려는 시도의 중대함 또한 증가시킨다. 그러나 비록 광고 글이 그러한 사실들을 언급하지 않은 것은 도덕적으로 비난받을 만한 행위라 하더라도 이 사건의 다른 정황들을 고려하여 평가되어야 한다.

55. 이는 정부가 주장한 바와 같이, "프랑스에서 나치 체제와의 협력 정책에 대한 책임이 누구(그것이 단일한 개인들이었든지 아니면 사회 제도 전체였든지)에게 있는지를 결정하는 것이 어렵다는 점을 고려했을 때, 이 문제는 매우 고통스러운 집단적 기억으로 남아"있다는 사실을 포함하고 있다.

그러한 점과 관련하여, 국내 절차에서 그 사건을 설명하는 것은 검찰이 해야 할 일이었다. 검찰은 일반적 이익을 구성하는 모든 정서(sensibilities)를 대변하고 타인의 권리를 평가하는 역할을 한다. 그러나 검찰은 이 사건에 있어 처음에 형사법원에서 청구인들의 사건을 진행하지 않기로 결정하였고(위 문단 14 참고), 이후에는 그 법원이 선고한

무죄 판결에 항소하지 않았으며(위 문단 16, 17 참고), 1987년 7월 8일 파리 항소법원의 판결에 대하여 파기원에 상고하지도 않았다(위 문단 18, 19 참고).

더 나아가 재판소는 쟁점이 된 발행물에서 언급된 사건들이 일어난 것은 40년도 훨씬 전이라는 점에 주목한다. 비록 청구인들이 한 것과 같은 발언들은 항상 논란을 재점화하고 과거의 고통스러운 기억을 되살릴 가능성이 크지만, 40여 년이 지난 지금 그러한 발언을 10년이나 20년 전과 같은 강도로 다루는 것은 부적절하다. 바로 이런 이유로 국가는 자신의 역사에 대해 공개적으로, 냉정하게 토론하려고 노력해야 한다. 재판소는 이러한 점에서 제10조 제2항을 조건으로 하는 표현의 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용됨을 반복해서 강조한다; 다원주의, 관용, 포용력 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다(*the Open Door and Dublin Well Woman v. Ireland,* 1992년 10월 29일 판결, Series A no.246-A, p.30, 문단 71, *the Vogt v. Germany,* 1995년 9월 26일 판결, Series A no.323, p.25, 문단 52 참고).

56. 더 나아가 문제가 된 발행물은 그것을 만들어낸 조직인 마샬 페탱에 대한 기억을 옹호하는 협회와 전국 페탱-베르됭 협회의 설립 목표에 전적으로 부합한다. 이 조직들은 합법적으로 구성되었고, 1984년 전후에는 그러한 목적을 추구한 것에 대하여 어떠한 소송도 당하지 않았다.

57. 마지막으로 재판소는 협력 범죄를 공개적으로 옹호하는 행위에 대해 가해질 수 있는 다른 형태의 제한과 반박의 수단, 특히 민사적 구제책을 고려하여, 이 범죄에 대한 형사처벌의 심각성에 주목한다.

58. 요약하면, 재판소는 청구인들에 대한 형사처벌이 비례적이지 않았고 그러한 처벌은 민주사회에서 필요하지 않은 것이었다고 판단한다. 따라서 협약 제10조의 위반이 있었다.

그러한 결론에 도달함에 따라 재판소는 협약 제17조를 적용하는 것이 적절하지 않다고 판단한다.

II. 협약 제50조의 적용

59. 협약 제50조에 따라,

> "만약 재판소가 회원국의 사법 당국 또는 다른 기관이 취한 결정이나 조치가 협약에서 비롯되는 의무와 전적으로 혹은 부분적으로 충돌한다고 판결한다면, 그리고 회원국의 국내 법률이 이 결정 혹은 조치의

결과에 대해 부분적 보상만을 허용한다면, 재판소는 필요한 경우 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해배상과 비용 및 지출금

60. 청구인들은 비금전적 손해에 대한 상징적인 보상으로서 1프랑을 요구하였다. 협약 기구와 관련하여 진행된 절차의 결과로 발생한 비용 및 지출금과 관련하여 그들은 165,000프랑스 프랑을 요구하였고, 변호사 비용으로 90,000프랑스 프랑 그리고 연구와 문서 작성, 런던으로의 여행경비, 복사 비용과 우편요금, 스트라스부르로의 여행경비 그리고 "다양한 서비스"에 대한 경비로 75,000프랑스 프랑을 요구하였다.

61. 위원회의 대표는 협약 제10조의 위반을 인정한 것만으로 비금전적 손해에 대한 충분한 보상이 될 수 있다는 의견을 제출하였다.

62. 정부 또한, 만약 재판소가 협약 위반을 판결한다면, 비금전적 손해는 그러한 결정으로 충분히 보상될 수 있다고 주장하였다. 정부는 비용 및 지출금에 대하여 재판소의 판단에 일임하였다.

63. 재판소는 청구인들이 받은 비금전적 손해는 협약 제10조 위반에 대한 판결로 충분히 보상되었다고 판단한다. 재판소는 정당한 근거에 기초하여 비용 및 지출금은 100,000프랑스 프랑이라고 평가한다.

B. 지연 이자

64. 이용 가능한 정보에 따르면, 본 판결 채택일 기준 프랑스의 법정 이율은 연 3.36%이다.

이러한 이유로 재판소는

1. 15대 6으로 협약 제10조 위반이 있었다고 판결한다.

2. 전원일치로 위반을 인정하는 것 자체가 청구인들이 받은 비금전적 손해에 대한 충분한 보상이 될 수 있다고 판결한다.

3. 전원일치로 다음과 같이 판결한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(a) 피청구국은 3개월 이내에 청구인들에게 비용 및 지출금과 관련하여 100,000 프랑스 프랑을 지급한다.

(b) 위에서 언급한 3개월이 만료된 때로부터 지급일까지 연 3.36%의 이자를 단리로 지급한다.

4. 전원일치로 정당한 구제조치에 대한 청구인의 나머지 주장은 기각한다.

영어와 프랑스어로 작성되었고, 1998년 9월 23일 스트라스부르에 위치한 인권빌딩에서 열린 공개 심리에서 선고하였다.

Herbert PETZOLD
서기

Rudolf Bernhardt
재판장

협약 제51조 제2항과 재판소 A 규칙53 제2조에 따라, 다음 별개 의견을 이 판결에 첨부하였다:

(a) De Meyer 재판관의 별개 의견;

(b) Jambrek 재판관의 별개 의견;

(c) Foighel, Loizou 그리고 John Freeland 재판관의 공동 반대 의견;

(d) Morenilla 재판관의 반대 의견;

(e) Casadevall 재판관의 반대 의견.

R. B.
H. P.

(a) De Meyer 재판관의 별개 의견

(번역)

표현의 자유는 공적 인물을 우호적 관점에서 제시할 권리뿐만 아니라 부정적인 관점에서 제시할 권리도 포함한다. 마찬가지로 그것은 그 사람에 대한 사법적 결정에 반대할 권리뿐만 아니라 그것에 찬성할 권리도 포함한다.

특히, 그러한 인물에 대한 기억을 추모하고 그의 복권을 촉진하고자 하는 사람들이 그 목적을 위해 자신들을 자유롭고 공공연하게 표현하는 것을 금지할 수는 없다.

이러한 종류의 생각을 알리고 싶어 하는 사람들이 그 인물의 공로 혹은 자신들이 생각하는 그 인물의 공로에 주의를 기울이는 것은 자연스러운 일이다. 그들에게 추가적으로 그 인물의 실수와 잘못(그것이 진짜이든 그렇다고 간주되는 것이든) 혹은 그 중 일부를 언급하라고 요구할 수는 없다.

페탱이 관련된 사건을 다른 사건들과 다르게 만드는 "긴박한 사회적 필요성"은 무엇인가?

이 사건에서 표현의 자유에 대한 명백한 침해를 판결할 수 있다는 것만으로 나에게는 충분하다.

(b) Jambrek 재판관의 별개 의견

1. 나는 청구인에 대한 형사 판결은 비례적이지 않았고 민주사회에 필요하지 않았으며, 따라서 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유에 대한 권리 침해가 있었다는 다수의견에 동의하였다. 특히 나는 전쟁범죄를 공공연히 옹호한 것에 대한 유죄 판결은 협약 제10조 제2항에 규정된 타인의 평판이나 권리 보호 그리고 무질서나 범죄의 예방이라는 정당한 목적을 추구한다는 점에 동의하였다.

재판소는 제17조를 고려하여 제10조의 준수와 관련된 요건을 평가하였고, 제17조의 적용 여부는 이 사건의 모든 정황을 고려하여 평가하였다(판결문 문단 38). 제10조 위반이라는 결론에 도달했기 때문에 재판소는 제17조의 적용이 적절하지 않다고 보았다(판결문 문단 58).

재판소가 주목한 바와 같이 특정한 표현 행위, 예를 들어 발행물에서 "나치 잔혹 행위와 탄압" 혹은 "독일의 전횡과 야만"(판결문 문단 47), 심지어 홀로코스트가 나타내는 것을 부정하거나 수정하려는 시도는 제17조에 따라 "제10조의 보호를 받지 못한다".

어떤 역사적 사실의 경우, 그에 대한 부정이나 수정 자체가 협약에 명시된 특정 권리와 자유를 파괴하거나 협약에서 규정된 범위 이상으로 제한하려는 목적을 가지게 된다. 문제가 된 사건과 그에 대한 해석은 재판소가 보기에 그런 범주에 속하지 않는다; 오히려 그 사건은 역사가들 사이에서 계속되고 있는 논쟁의 일부를 나타낸다.

2. 제17조를 적용하려면 공격적 행위는 폭력이나 증오를 확산시키거나 불법적 혹은 비민주적 방법에 의존하거나 폭력의 사용을 장려하거나 국가의 민주적이고 다원주의적 정치체제를 훼손하려는 목적을 추구해야 한다. 또는 그 목적이 인종주의적인 목적을 추구하거나 타인의 권리와 자유를 파괴할 가능성이 있어야만 한다(*The United Communist Party of Turkey* 그리고 *Others v. Turkey,* 1998년 1월 30일 판결, 판결과 결정 보고서 1998-I, p.16, 문단 23 참고).

그러므로 제17조의 요건은 엄격하게 판단해야 하고, 당연히 그래야 한다.

재판소는 제10조에 대한 판례법에서 표현의 자유야말로 민주사회의 핵심적 토대 중 하나이고 언론인이나 국회의원의 행위 혹은 정치적, 역사적 논쟁과 관련해서는 폭넓게 해석해야 한다고 항상 단언해왔다. 심지어 논쟁적인 관점에 관한 사건에서도 그 원칙은 존중되어야 한다. 국가사회주의나 공산주의적 신조의 전체주의적 체제로부터 비롯된 인종주의적, 반유대주의적, 체제 전복적 교의의 부활에 맞서 민주주의를 보호하는 최고의 방법은 자유로운 비판을 할 수 있는 가능성을 남겨두는 것이다. 자유로운 비판은 진짜 위험과 그것을 미연에 방지하는 방법을 드러낸다. 독재와 달리, 민주주의는 격렬한 논쟁에도 대처할 수 있고 유럽인권협약에서 비롯되는 민주적 이상을 증진할 수 있다.

3. 다른 한편으로, 제17조의 요건은 민주사회와 그 제도를 방어하는 문제 또한 나타낸다.

유럽인권협약은 제2차 세계대전 이전과 도중에 전 세계적, 특히 유럽에서 일어난 전체주의적 경험에 대한 대응으로 입안되었다. Rolv Ryssdal에 따르면, 협약의 과업 중 하나는, "그것의 부활에 대한 경종을 울리"는 것이었다(Rolv Ryssdal, "The Expanding Role of the European Court of Human Rights", in Asbjorn Eide and Jan Helgesen(eds.), *The Future of Human Rights Protection in a Changing World,* Oslo, *Norwegian University Press,* 1991). 본래의 목표는 민주주의와 법의 지배라는 유럽적 원칙에 대한 더 최근의 위험에도 부합한다고 볼 수 있을 것이다.

재판소는 아주 일찍부터 그 법제 안에서 협약이 체결된 역사적 맥락과 새로운 발전 모두 "공동체의 일반적 이익 보호와 기본권에 대한 존중 사이의 공정한 균형"을 요청하는 한편 "후자에 특별한 중요성을 부여한다"는 점을 인정하였다(*"Belgian Linguistic"*사건에 대한 1968년 7월 23일 판결, Series A no.6, p.32, 문단 5). 10년 후 재판소는 이와 유사하게 "기본적 자유는... 한편으로는 효과적인 정치적 민주주의에 의하여, 다른 한편으로는 [회원국들이] 의존하고 있는 인권에 대한 공통의 이해와 준수에 의하여 가장 잘 유지될 수 있다"는 협약의 전문을 언급하면서, "민주사회를 방어하기 위한 요건과 개인의 권리 사이의 일정한 타협은 협약 체제 내에 고유"한 것이라고 판결하였다(*Klass and Others v. Germany,* 1978년 9월 6일 판결, Series A no.28, p.28, 문단 59).

같은 맥락에서 재판소가 "자신을 방어할 수 있는 민주주의"의 원칙(wehrhafte Demokratie)을 신뢰하였다는 것 또한 주목할 말한 점이다. 이러한 점에서 재판소는 "바이마르 공화국과 그 체제의 붕괴 후 이어진 쓰라린 기간을 지나 1949년 기본법의 채택에 이르기까지의 독일의 경험"을 고려하였다. 독일은 '민주주의는 자신을 방어할 수 있어야 한다'는 생각에 기초한 새로운 국가를 건설함으로써 그러한 경험을 반복하지 않기를 희망하였다"(*Vogt v. Germany,* 1995년 9월 26일 판결, Series A no.323, p.28, 문단 59).

4. 결론적으로, 나는 협약 제17조의 요건은 엄격한 심사를 통해 적용되어야 한다는 점에 확고히 동의하지만, 그 조항을 입안한 정신은 존중되어야 하고 그것의 타당성은 유지되어야 한다고 본다.

(c) Foighel, Loizou, Sir John Freeland 재판관의 공동 반대 의견

1. 우리는 이 사건에서 청구인들에 대한 유죄 판결과 형벌은 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유의 권리에 대한 제한에 해당한다는 것과 이러한 제한이 나타내는 제약은 제10조 제2항의 의미에 따른 "법률에 규정된" 것이며 그 항에 따른 정당한 목적을 추구한 것으로 봐야한다는 데에 동의한다. 우리가 다수와 의견을 달리하는 지점은 그러한 제한이 "민주사회에서 필요한" 것으로 다뤄져야 하는지에 대한 평가이다.

2. 그 질문과 관련하여, 먼저 문제의 광고 글은 1984년 7월 13일 르몽드지에 전면광고로 발행되었다는 점에 주목해야 한다. 광고 비용은 청구인들의 단체가 지불하였다. 그 광고 글은 굵은 대문자로 쓰여진 일련의 구호("프랑스 인민들이여, 당신들이 만약... 을 망각한다면, 당신들은 너무 쉽게 잊어버리는 것이다")를 포함하고 있었고, 그 구호는 필립 페탱의 경력과 관련된 사건들을 요약하는 짧은 구절들과 함께 배치되어 있었다. 그러한 구절들은 페탱을 찬양하는 용어로 쓰여 있었다. 명백히 그것은 청구인들의 조직에 대한 지지를 얻기 위한 것이었고, 그러한 목적을 위해 그 광고는 독자들에게 이 조직에 편지를 쓰라는 권유로 결론을 맺었다. 그러나 그 광고 글 어디에서도 필립 페탱 사건에 대한 재심 이야기는 나오지 않았다. 그 글이 완전히 일방적이고 선동적 특징을 가지고 있다는 점을 고려할 때 이 글이 타당한 의미에서 진짜 역사적 논쟁에 기여한다고 볼 수는 없다.

3. 두 번째로, (나치에의) 협력이라는 심각한 범죄에 대한 옹호로 인해 청구인들이 유죄 판결을 받은 것이 프랑스 법률에 따라 정당화될 수 있는지를 결정하는 것은 재판소의 역할이 아니라는 것을 언급할 필요가 있다. 그 유죄 선고는 1990년 1월 26일 파리 항소법원의 판결에서 나왔다. 법원은 광고 글을 주의 깊게 분석하였고, 파기원은 1993년 11월 16일 판결에서 이를 확정하였다. 우리 재판소가 대답해야 하는 적절한 질문은 이 사건에 대해 국내 법원이 내린 결과가 민주사회에서의 필요성에 대한 협약의 심사를 충족하는지 여부이다.

4. 재판소의 판례법이 분명히 보여주듯이 민주사회에서의 필요성 심사에서 "필요한"이라는 형용사는 "긴박한 사회적 필요성"을 의미하는 것으로서 이해해야 한다. 그리고 쟁점이 되는 제한이 그러한 필요성에 부합하는지를 결정하는 것은 국내 당국이 먼저 해야 하는 일이며, 당국은 이 때 어느 정도의 재량 여지를 가진다. 비록 종교나 도덕의 영역에서 개인적 신념을 공격할 가능성이 있는 문제와 관련하여 좀 더 넓은 재량 여지를 인정할 수 있지만, 일반적으로 표현의 자유와 관련된 사건들에서 재판소는 재량 여지에 대해 매우 제한적인 태도를 보여왔다. 종교나 도덕 영역 범주의 경우에는 추구하는 목적이 유럽의 기준에서 객관적으로 정의될 수 없으면 재량 여지가 더 넓어진다는 원칙에 근거하는데, 재량 여지가 더 넓게 인정되는 범주가 종교나 도덕이라는 특정 문제에만 한정되는 것으로 간주해서는 안 된다는 것이 우리의 견해이다. 거기에는 이 사건에서 문제가 된 사안처럼, 추구하는 목적이 프랑스의 특별한 역사적 상황으로부터 생겨났고, 프랑스 당국이 다른 집단(이 사건의 민간 당사자였던 전(前) 레지스탕스 투사와 추방자들의 연합처럼)의 권리 보호와 좀 더 일반적으로는 1940년대에 일어난 사건들로 인한 프랑스 사회의 상처와 분열

의 치유를 위한 과정과 연관된 결과를 더 잘 평가할 수 있는 위치에 있는 사건이 포함될 수 있다. 당국이 그러한 평가를 더 잘 내릴 수 있는 것은 국가의 주요한 세력과 직접적이고 지속적으로 접촉하고 있기 때문이다. 우리는 협약 제10조 제2항은 타인의 권리 보호를 언급할 뿐만 아니라 표현의 자유 행사에 수반되는 의무와 책임 또한 언급한다는 점을 특별히 강조하려 한다; 그리고 우리는 이 사건과 같은 상황에서 불쾌한 성격을 띠는 발행물이 피해자 집단의 감수성에 미치는 영향의 정도를 충분히 그리고 공감하는 자세로 고려하는 것은 완전히 정당한 일이고, 오히려 자연스러운 일이라고 생각한다.

5. 그렇다면 입법부가 (주로 협력죄라는 중범죄에 대한 사면을 확립하기 위한 법률의 일부로) 그러한 범죄를 옹호하는 행위를 법률로 금지했다는 사실 그리고 법원이 문제가 된 용어들로 작성된 광고를 발행한 것은 그러한 위법 행위를 구성한다고 결정하고 청구인들에게 처벌을 내렸다는 사실로 인해 프랑스 당국은 재량권을 넘어섰다고 봐야 할까? (놀랍지 않게도) 협력죄라는 중범죄를 변명하는 행위를 법률로 금지하는 것 자체가 재량권을 넘는 것이라는 주장은 재판소에서 나오지 않았다. 청구인들은 그 광고의 내용과 관련하여, 필립 페탱을 비시 시대 동안 프랑스에서 일어난 어두운 과거에 대한 개인적 책임으로부터 거리를 두게 하고 그 시기 동안 그가 한 행위를 옹호하기 위해 그 글에서 "나치의 잔학 행위와 탄압"을 언급한 것과 페탱이 "독일의 전횡과 야만"으로부터 프랑스 사람들을 보호했다는 주장을 지적하였다. 그러나 파리 항소법원이 1990년 1월 26일 판결에서 판시한 것처럼, 그 광고 글은 악명높은 인종주의자, 특히 페탱 정권이 자행한 반유대주의적 행위[54](1940년 10월 3일 페탱이 서명한 유대인의 시민권을 박탈하는 법률이 그 시작이었다)는 전혀 언급하지 않았다.

6. 페탱 정권의 가장 불미스러운 지점에 대한 이러한 대조적인 침묵에는 왜곡이 내재되어 있다. 이러한 왜곡은 페탱 정권이 한 일에 대한 암묵적 지지로 볼 수 있다. 그러한 왜곡이, 제17조의 의미 내에서, "이 협약에 규정된 권리 및 자유를 파괴하... 는 것을 목적으로 하는 활동"을 구성한다고 하거나 청구인들이 제10조를 원용할 수 없도록 한다고 하기에는 너무 간접적이거나 미약하여 불충분하다고 하더라도, 제17조의 기반이 되는 원칙은 재량권의 행사와 필요성의 존재를 평가할 때 적절히 고려해야 하는 요소 중 하나이다. 이 원칙은 협약이 구현하는 가치에 적대적인 가치를 조장하는 것을 막는 확고한 방법 중 하나이다. 우리는 광고 문구의 효과에 대한 1990년 1월 26일 파리 항소법원 판결의 결론을 고려하였다. 이와 더불어 프랑스 당국은 프랑스의 역사적 배경과 현재 맥락에 대해 잘 알고 있었으므로 인종주의와 특별히 반유대주의는 관대하게 봐줄 수 있는 것이 아니라는 것을 합법적으로 증명할 수 있었다는 점 또한 고려하였다. 이를 통해 우리는 이 사건에서 당국이 재량권을 넘은 것으로 취급해서는 안되며 민주사회에서의 필요성 심사에서 기준이 충족되었다고 본다.

54) "결국 성공하지 못한 비시의 도덕적 혁명의 가장 추악한 측면은 의심할 바 없이 부도덕한 인종주의, 특히 반유대주의에 대한 비시 정권 자체의 특별한 낙인이었다. 최근의 연구를 보면 비시 정권의 반유대주의는, 나치를 이용한 것이 아니라, 완전히 프랑스에서 만들어진 것이며 어떤 측면에서는 독일의 요구를 훨씬 넘어섰다"(*Twentieth Century France: Politics and Society* 1898-1991 by James F. McMillan, pp.138-39. 또한 *Vichy France and the Jews by Michael R. Marrus and Robert O. Paxton,* particularly pp.365-72 참고).

7. 비례성의 문제와 관련하여, 우리는 파리 항소법원이 부여한 처벌이 민간 당사자들에게 1프랑을 상징적으로 지불하라는 요구와 판결문을 발췌하여 르몽드지에 발행하는 명령에 한정되었다는 점에 주목한다.

8. 민주사회에서의 필요성 문제에 대한 우리의 결론은 이 사건의 정황에 한정된 것일 뿐 이것이 논쟁적인 역사적 인물에 대한 진정한 토론을 제한하는 것을 허용할 수 있다는 식으로 해석되어서는 안 될 것이다. 필립 페탱의 역할에 대한 그러한 논쟁은 프랑스에서 계속 이어져 왔고, 확실히 앞으로도 활발하게 이어질 것이다.

9. 이러한 이유로 우리는 이 사건에서 협약 제10조 위반 결론에 대해 반대표를 던졌다.

(d) Morenilla 재판관의 반대 의견

(번역)

1. 나는 이 사건의 매우 특수한 환경 속에서 협약 제10조의 위반이 있었다는 결론에 동의할 수 없는 점을 유감스럽게 생각한다. 나는 문제가 되는 광고의 발행에 대한 형사적 책임을 더 잘 판결할 수 있는 위치에 있었던 것은 국내 법원이고, 따라서 공개적으로 적국과의 협력죄를 옹호한 것(1881년 7월 29일 언론자유법 제24조)에 따른 처벌, 즉 민간 당사자들에게 손해배상으로 총 1프랑을 지급하고 자비로 판결문을 발행하라는 명령을 내린 것에 대한 필요성을 더 잘 평가할 수 있었던 것도 국내 법원이라고 생각한다. 재판소가 1976년 12월 7일 *Handyside v. the United Kingdom* 판결 이래로 반복해서 밝힌 바와 같이 유럽인권체제의 감독은 "[국내 법원이] 재량권을 행사하여 내린 결정을 제10조에 따라 검토"하는 것으로 이루어진다(Series A no.24, p.23, 문단 50).

2. 인권위원회의 Trechsel 위원장은 반대의견에서 *Sunday Times v. the United Kingdom*(no.1)에 대한 1979년 4월 26일 판결을 언급하면서(Series A no.30, p.36, 문단 59) 추구하는 목표가 유럽의 기준에서 객관적으로 정의될 수 없는 경우 회원국의 재량 여지가 더 넓어진다고 밝힌 바 있다. 민주사회에서 이 사건의 쟁점이 되는 것과 같은 제한을 부여할 필요성이 있는지를 결정할 목적으로, 국가의 역사를 어떻게 나타내야 하는지 그리고 특정한 발행물이 그 사회의 중요한 영역을 구성하는 인구의 감정에 어떠한 영향을 미치는지를 평가하는 것은 "시행 중인 법률을 해석하고 적용"해야 하는 그 국가의 사법 당국에 맡겨진 일이다(위 인용, *Handyside* 판결 p.22, 문단 48 참고).

3. 그 외에 나는 나머지 다수 의견에 동의한다. 특히 적국에 대한 협력죄의 공개적 옹호를 교사 및 방조한 것과 관련하여 청구인들에게 유죄 판결을 내린 것은, 그에 대한 처벌의 상징적 성격에도 불구하고, 정보나 생각을 전할 그들의 권리에 대한 제한에 해당한다는 점에 동의한다. 그럼에도 불구하고 나는 위에서 명시한 이유로, 국내법에 따라 합법적으로 구성된 두 개의 단체가 서명한 광고 글에 대하여, 혹은 광고에서 언급한 역사적 사건이 일어난 지 반세기가 더 지난 상황에서 광고 글이 현대 유럽 사회에 미치는 영향에 대하여 개인적 평가를 내리는 것은 자제하려 한다.

(e) Casadevall 재판관의 반대 의견

(번역)

1. 문제가 된 광고 글에 대한 사실과 내용을 염두에 두면서 나는 소수 의견과 함께 이 사건에서 협약 제10조의 위반이 없었다고 보는 입장이다. 이 사건에서의 제한은 국내 법률에 근거하고 있고 정당한 목적을 추구했으며, 내가 보기에 제10조 제2항의 목적에 따라 필요한 것이었다.

2. 제10조 제2항은 -의무와 책임을 수반하는 권리인- 표현의 자유의 행사는 법률에 규정된 절차, 조건, 제한 혹은 처벌을 받을 수 있는데, 이는 법적 보호를 받는 특정한 이익을 보호하기 위해 필요한 조치라고 규정하고 있다.

3. 제한을 명할 수 있는 가능성과 특정 영역[55]에서 더 넓게 적용되는 국가의 재량 여지를 고려했을 때, 문제가 된 광고 글이 발행된 사실과 그에 따른 사회적 결과를 가장 잘 평가할 수 있는 것은 국내 법원이라고 생각한다. 정부가 문서를 통해 강조한 것처럼 "... 그러한 상황은 과거의 사건들과 프랑스의 역사에 대한 내부 논쟁을 언급"하고 있기 때문이다. 이 사건에서 보여져야 하는 심각성을 고려했을 때, 나는 심각성에 대한 필요가 시간이 지날수록("... 40여 년...") 감소한다는 다수의견의 생각(판결문 문단 55)은 받아들일 수 없다.

4. 그 글이 진지한 역사적 분석을 하는 논문의 형태를 띠고 있지 않고 커다랗고 굵은 글씨로 쓰인 구절로 구성된 광고(르몽드지에 싣는 비용은 자비로 지출하였다)의 형태를 띠었다는 점은 꽤 명확하다. 그 광고는 독자들에게 페이지 하단에 적힌 두 개의 단체에 편지를 쓰라고 촉구하였다.

5. 이 글이 프랑스인과 그들의 역사를 위한 일반적 이익과 관련된 논쟁에 이바지할 가능성이 있다고 주장할 수 없다. 최근 *Hertel v. Switzerland* 사건에서(1998년 8월 25일 판결, Reports 1998-IV)의 쟁점은 달랐다: 그 사건에서 청구인은 주로 구독자들에게 배포되는 전문 잡지에 환경 및 공중위생과 관련된 문제에 대해 기술적이고 과학적인 주장을 -그것이 옳은 주장이든 주요한 결과가 없는 틀린 주장이든- 다룬 논문을 발행한 것에 대하여 검열을 받았다.

6. 그 광고 글을 판단하는 것은 내가 할 일이 아니다. 내가 전문성을 갖고 있지 않은 분야에서 그 내용에 대한 역사적 평가를 내릴 수는 없다. 그러나 정부가 자신들의 주장에서 지적한 것처럼, 그 광고 글은 명백한 실수와 거짓말 그리고 무엇보다도 사실에 대한 생략을 담고 있었다. 그러한 생략으로 인해 역사적 실체와 양립할 수 없거나 사실상 그 반대인 인물화를 그리는 것이 가능했던 것이다. 이는 프랑스 법원이 청구인들에게 유죄를 선고하기 전에 이미 고려하고 평가했던 사실들이었다.

7. *Zana v. Turkey* 사건에서(1997년 11월 25일 판결, Reports 1997-VII)에서 재판소는 청구인이 언론 인터뷰 중

55) "이 문제를 평가함에 있어 재판소는 국가의 재량 여지는 제10조 제2항에 나열된 각각의 목적에 대하여 동일하지 않다는 점을 상기한다"(*Worm v. Austria* 1997년 8월 29일 판결, 판결과 결정 보고서 1997-V, p. 1551, 문단 49).

말한 내용을 분석하였다. 재판소는 다음과 같이 평하였다: "그러한 단어들은 여러 가지로 해석될 수 있다. 그러나 어떻게 보든 그 단어들은 모순적이고 모호하다..."(문단 58 참고). "그러나 그 발언을 별개로 떼어서 볼 수는 없다. 그 사건의 정황 속에서 그 발언은 특별한 의미를 가지고 있었고, 청구인은 그 점을 분명히 인지하고 있었다"(문단 59 참고). 재판소는 청구인에게 부여된 처벌은 긴박한 사회적 필요성에 대한 응답이라고 합리적으로 볼 수 있고, "... 그러한 사건에서" 국내 당국이 가지고 있었던 재량 여지를 고려했을 때(문단 62 참고) 처벌에 대해 당국이 제시한 근거는 적절하고 충분(문단 61 참고)하다고 결론 내렸다. 그 사건은 국내법에 따라 심각한 범죄로 처벌받을 수 있는 행위를 공개적으로 옹호한 것에 대한 것이었다. 개인적으로는 이 사건에도 이와 유사한 분석이 요청된다고 생각한다. 여하튼, 청구인들은 민간 당사자들에게 총 1프랑이라는 상징적 액수를 지급하고 자비로 그 판결을 발행하라는 명령을 받았다.

8. Geus가 지적했듯이(위원회 보고서, p.2918) 광고의 내용과 그것을 작성한 자들이 추구한다고 주장한 목표 사이에 명백한 모순이 존재한다는 점에도 주목해야 한다.

9. 마지막으로, 나는 현재 유럽에서 특정 극우적 사상이 얻고 있는 충격적이고 우호적인 국면에 대하여 Trechsel 위원장이 반대 의견에서 표명한 우려를 공유한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

humanrights.go.kr 국가인권위원회

국가 정체성 폄하
(Denigrating national identity)

9. Dink v. Turkey

2010년 9월 14일

아르메니아계 출신 터키인 언론인인 Firat(Hrank) Dink는 1996년부터 이스탄불에서 터키어-아르메니아어로 발행되는 주간지 Agos의 편집장이자 감수자였다. 그는 이 신문에 아르메니아계 터키 시민의 정체성에 대한 자신의 생각을 표현한 여덟 개의 기사를 발행한 후, 2006년 "터키의 정체성을 모욕"한 것에 대하여 유죄 판결을 받았다. 2007년 그는 신문사 건물을 나서면서 머리에 총알 세 발을 맞고 사망하였다. 그의 가족인 청구인들은 그에 대한 유죄 판결이 그를 극단적 민족주의 집단의 표적으로 만들었다고 주장하면서 소를 제기하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 "터키의 정체성"을 모욕한 것에 대하여 Firat Dink에게 유죄 판결을 내려야 할 긴박한 사회적 필요가 없었다고 보았다. 재판소는 특히 연재 기사를 전체적으로 살펴보면 그것은 타인에 대한 폭력을 선동하지도 저항운동이나 반란을 선동하지도 않았다고 판단하였다. 저자는 언론인이자 터키어와 아르메니아어로 발행되는 신문의 편집자로 그 글을 썼고 정치적 행위자로서의 자신의 역할이라는 맥락 속에서 소수자인 아르메니아인과 관련된 문제들을 다루었다. 그는 단지 민주사회에서 대중의 관심사에 대하여 자신의 생각과 의견을 전달한 것뿐이었다. 민주사회에서는 특별히 심각한 성격을 가지고 있는 역사적 사건에 관한 토론도 자유롭게 이뤄질 수 있어야 한다. 그리고 역사적 진실을 구하는 것은 표현의 자유에 필수적인 부분이다. 마지막으로 문제가 된 기사는 중대하게 공격적이거나 모욕적이지 않았고 타인에게 무례함이나 증오를 선동하지도 않았다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

9

유럽인권재판소

2부문

DINK v. TURKEY

(청구번호 2668/07, 2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09)

판결

스트라스부르

2010년 9월 14일

최종 판결

2010년12월14일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다. 편집상 수정이 있을 수 있다.

*DINK v. TURKEY*사건에서, 유럽인권재판소(2부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다:

Françoise Tulkens, 재판장,

Ireneu Cabral Barreto,

Dragoljub Popović,

András Sajó,

Nona Tsotsoria,

Işıl Karakaş,

Guido Raimondi, 재판관,

Stanley Naismith, 부문 서기

2010년 7월 6일, 비공개 심의하였고, 다음과 같이 판결하였다. 이 판결을 같은 날 채택되었다.

사건의 경과

1. 이 사건은 Hrant Dink이라는 필명을 쓰는 터키 국적의 청구인 Fırat Dink(사망), Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink, Sera Dink, Hasrof Dink(이하 "청구인")이 "인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 "협약") 제34조에 따라 터키 정부를 상대로 재판소에 제기한 청구(청구번호 2668/07 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09)로부터 비롯되었다. 청구번호 2668/07은 청구인 Fırat Dink가 2007년 1월 11일에 제기하였으며, 그 외 4건은 Fırat Dink의 사망 이후 Rahil, Delal, Arat, Sera Dink가 각각 2007년 12월 18일, 5월 21일, 11월 27일, 2008년 12월 22일에 제기하였다. 청구번호 7072/09에는 Hasrof Dink도 청구인에 포함된다.

2. 청구인들은 이스탄불에서 활동하는 변호사 F. Çetin, U.D. Tuna, A. Becerik, H. Bakırcıoğlu가 변호하였다. 터키 정부(이하 "정부")는 정부 대리인이 대리하였다.

3. 청구인들은 터키 형법 제301조에 따라 터키의 정체성(Türklük) 모욕 혐의로 아르메니아계 터키인 기자인 Fırat Dink에게 내려진 유죄판결은 협약 제10조 위반이며, 터키 당국이 Fırat Dink의 생명을 보호하지 못한 것(Fırat Dink는 파기원 판결 확정 얼마 후 제3자에 의해 살해당함)은 협약 제2조 위반이라고 주장하였다.

4. 2009년 5월 26일, 재판소는 청구를 모두 병합하여(재판소 규칙42 제1조) 터키정부에 통지하였다. 재판소는 또한 심리적격 여부와 본안을 동시에 판단하기로 결정하였다.

5. 청구인들과 정부 양측 모두 서면으로 추가 의견을 제출하였다(규칙59 제1조).

사실 관계

I. 사건의 배경

6. 청구인 Fırat Dink(사망), Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink, Sera Dink et Hasrof Dink은 터키 국민으로 각각 1954, 1959, 1978, 1979, 1986, 1957년생이며, 모두 이스탄불에 거주하고 있다. 첫 번째 청구인인 Fırat Dink는 2007년 1월 19일에 살해당했다. Rahil Dink와 Hasrof Dink는 각각 고인의 아내와 형제이다. 이외 청구인들은 Fırat와 Rahil Dink 부부의 자녀들이다.

청구번호 2668/07은 Fırat Dink가 제기하였으며, 그 외의 청구는 Fırat Dink의 사망 이후 다른 청구인들이 제기하였다. Hasrof Dink는 청구번호 7072/09 1건에만 청구인으로 참여하였다.

7. 첫 번째 청구인, Fırat Dink는 1996년부터 이스탄불에서 터키어-아르메니아어로 발행되는 주간지 Agos의 편집장이자 감수자였다.

A. 첫 번째 청구인이 작성한 여덟 개의 연재 기사

8. 2003년 11월 7일에서 2004년 2월 13일 사이에 첫 번째 청구인은 아르메니아계 터키 시민권자의 정체성 문제에 대하여 본인의 생각을 나타낸 8개의 기사를 Agos에 연재하였다. 그 주제는 다음과 같다 :

9. 첫 번째 기사의 제목은 "세대에 대하여"로 본 연재물의 목적을 담고 있었는데, 그것은 바로 디아스포라 아르메니아인 사이에서 논쟁이 되는 정체성 문제에 대하여 터키 내 아르메니아인에게 알려주는 것이었다.

10. "교회의 역할"이라는 제목을 단 두 번째 기사는 아르메니아의 정체성 확립 및 국가 건설에 있어 교회의 역할에 대해 다루었다.

11. "Kac Vartan의 아이들"이라는 제목의 세 번째 기사는 "vartanians"의 역사를 통해 종교 및 민족주의 사상이 아르메니아의 정체성에 미친 영향과 소련연방의 붕괴 후 이 정체성이 어떻게 변화했는지를 분석하였다.

12. "실질적 정체성 이론"이라는 제목의 네 번째 기사는 1915년의 이주에 대해 설명하였다. 그 기사에 따르면 그 이주는 일부 강제적으로 이루어진 것이기도 하지만 어떤 면에서는 경제적 이유 때문에 초래된 것이기도 하였다. 이로 인해 아르메니아의 정체성이 왜곡되었으며 서양적 가치로 정체성을 변경하려는 노력은 이러한 왜곡을 가속화하였다.

13. "서양: 천당과 지옥"이라는 제목의 다섯 번째 기사에서 청구인은 중동이나 이슬람 국가에 자리잡은 아르메니아 디아스포라 구성원과 달리 서양 국가들에 수립된 디아스포라 구성원은 자신들의 정체성이 서서히 파괴되는 것을 목격하였다고 주장하였다.

14. 여섯 번째 기사는 "아르메니아계 터키인"이라는 제목을 달고 있었다. 이 글에서 청구인은 각 디아스포라는 민족의 정체성을 보존하기 위한 특별한 이유를 필요로 한다고 주장하였다. 이에 더해 유대인의 디아스포라와 마찬가지로 아르메니아인의 디아스포라 역시 제노사이드로 얼룩졌으며 이러한 사실을 인정받지 못하는 것이 아르메니아인의 정체성을 파괴하는 요소라고 진술하였다. 제노사이드의 피해자로 인정받는 것에 대한 집착이 아르메니아인의 존재이유가 된 것이다. 청구인은 또한 이 기사에서 독일인이 인정한 유대인 제노사이드와 달리 터키인은 아르메니아인의 경험에 대해 무관심했으며 그 때문에 아르메니아인에게 그 트라우마는 여전히 생생한 것으로 남아있다고 설명하였다. 이 기사에 따르면, 터키인과 아르메니아인이 서로를 바라보는 시각은 터키인의 편집증과 아르메니아인의 트라

우마로 인해 왜곡되었다. 터키인이 1915년 사건에 대해 지속적으로 아무런 공감을 표현하지 않는다면 아르메니아의 정체성을 정의하는 것과 관련된 불안은 지속될 가능성이 높다. 이 기사는 아르메니아의 정체성 속 터키적 요소라는 개념은 독이자 해독제라는 결론으로 마무리하였다.

15. "터키를 청산하자"라는 제목의 일곱 번째 기사는 아르메니아의 정체성이 터키적 요소로부터 벗어날 수 있는 두 가지 방법을 제시하였다: 첫 번째는 즉각적으로 실현하기 어려운 방법처럼 보이기는 하지만, 터키인이 아르메니아인에 대한 공감을 보이는 것이었다. 두 번째는 첫 번째 방법에 비해 가능성이 높은 것으로, 아르메니아인들이 터키인들과 전 세계인들이 채택한 관점과는 달리 1915년 사건에 대한 독자적인 정의를 발전시켜 나감으로써 터키적 요소로부터 벗어나는 것이었다. 이와 관련하여 Dink는 아르메니아인에게 이러한 가능성을 허용하거나 부정하는 것은 양심과 인류애의 문제라고 진술하였다. 터키인이 제노사이드를 인정하도록 압박하는 대신 아르메니아인은 새로운 아르메니아 국가의 생존과 번영을 위한 노력에 집중해야 한다.

16. "아르메니아를 알아가기"라는 제목의 여덟 번째 기사에서 청구인은 이전 기사의 논리에 따라 다음과 같이 진술하였다: "아르메니아인이 이 사실을 인지하고 있다는 전제 하에, "터키인"이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다". Dink는 아르메니아 당국이 국가와 디아스포라와의 관계를 강화하는데 적극적으로 나서야 하며 이를 통해 민족 정체성이 더욱 견고하게 구축될 것이라고 믿었다.

17. 한편, Agos지는 2004년 2월 Ataturk[56]의 입양자녀로 터키의 현대여성의 표본이자 유명한 비행조종사인 S.G.가 아르메니아 출신이라는 점을 언급한 기사를 발행하였다. 이 기사를 Ataturk의 이미지를 실추시키려는 시도로 본 극단적 민족주의 단체의 회원들은 시위와 협박편지 등으로 대응하였으며, 당국은 이 중 일부에 대해 주목하였다.

B. Firat Dink에 대한 형사소송

18. 2004년 2월 27일, 극단적 민족주의 단체의 활동가들은 청구인에 대한 불만을 표출하기 위해 Agos 건물 앞에서 시위를 진행하였다. 같은 날, 해당 단체의 회원이자 변호사인 M.S.는 "터키인"이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다"는 문장이 터키인을 모욕했다고 주장하며 이스탄불 검찰에 청구인을 형사 고소하였다.

19. 2004년 4월 16일, 이스탄불 검찰은 터키 형법 제159조에 의거하여 이스탄불 형사법원에 청구인을 기소하였다. 이 조항에 따라 터키의 정체성을 모욕하는 자는 처벌받을 수 있다. 검찰은 "아르메니아를 알아가기"라는 제목의

56) (역주) 무스타프 케말 아타튀르크(Mustafa Kemal Atatürk)는 터키 독립 전쟁을 이끌고 터키공화국 초대 대통령을 역임한 사람으로, 터키에서는 국부로 추앙되고 있다.

기사 속 "터키인"이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다"라는 문장이 터키의 정체성을 모욕하였다고 주장하였다.

20. 이스탄불 형사법원에서 재판이 진행되는 동안 극단적 민족주의 단체 회원 일부는 공판 전후로 Fırat Dink를 비난하는 시위를 진행하였다. 단체의 회원 중 변호사나 정당의 당원 및 단체 회원들은 자신들이 터키인의 피를 "중독"시킨 것으로 묘사한 Dink의 표현으로 인해 터키인으로서의 자신의 명예가 훼손되었다는 이유를 들어 소송 참가인이 될 수 있도록 승인해 달라는 요청을 법원에 접수하였다. 청구인의 변호인은 이 극단적 민족주의자들(아르메니아계 시민의 의견으로 피해를 입은 터키계 시민 피해자로서)을 소송에 참여하도록 허용한다면 재판이 차별적 성격을 띨 수 있다는 근거를 들어 이 요청에 반대하였다. 그럼에도 불구하고 형사법원은 이들의 요청을 받아들였다.

21. 2004년 12월 14일, 법원은 청구인이 작성한 문제의 연재 기사를 검토할 형사법 전공 교수 3명을 전문가로 임명하였다. 그들은 2005년 5월 15일 전문가 보고서를 제출하였다. 전문가들은 보고서의 서두에서 명예훼손죄의 요소를 밝히고, 이 요소들이 협약의 체계가 보장하고 보호하는 표현의 자유와 밀접하게 관련 있다는 사실을 밝혔다. 문제가 된 8개의 기사 일체를 조사한 결과, 청구인이 "중독"되었다고 묘사한 것은 터키인의 피가 아니라 1915년 사건이 제노사이드였음을 알려야 한다는 아르메니아인의 강박으로, 청구인이 보기에 이러한 강박은 아르메니아 정체성의 주요한 요소가 되었고, 아르메니아인의 약점의 근원이자 시간 낭비의 원인이었다. 전문가들에 따르면 청구인의 발언은 터키인을 향한 것이 아니라 아르메니아 정체성의 특수성을 향한 것이었다. 전문가들이 보기에 이러한 표현들은 누구를 모욕하지도 그 명예를 훼손시키지도 않았다. 역사적 사실에 대한 평가는 표현의 자유에 의해 보호되기 때문에 1915년의 사건을 제노사이드로 묘사하는 것은 위법 행위가 아니었다.

22. 2005년 10월 7일 단독 판사로 구성된 이스탄불 형사법원은 청구인이 터키의 정체성을 모욕했다는 혐의에 대하여 유죄라 판단하고 집행유예 6개월을 선고하였다. 또한 판사는 구독자들이 이 연재 기사의 마지막에 저자가 쓴 표현의 진정한 의미를 이해하기 위하여 이 기사 전체를 읽을 필요는 없다는 점을 고려하여, "아르메니아를 알아가기"라는 제목의 기사에 실린 표현에 대해 청구인을 질책하였다. 이와 관련하여 판사는 표현의 자유에 제한이 없는 것은 아니고 법이나 윤리에 근거하여 제한을 받을 수 있으며 어떤 경우에도 모욕적이거나 명예를 훼손하는 표현은 보호받지 못한다는 점을 상기하였다.

23. 형사법원은 각 국가의 도덕적 가치는 다르다는 점을 지적하면서, 어떤 국가에서는 자국의 국기 모양의 바지를 입는 것이 허용되는 반면 어떤 국가에서는 소를 만지는 행위만으로 시민들의 거센 반발을 받을 수 있다는 점을 강조하였다. 판사는 터키에서 "피"는 대중에게 국가를 지키기 위해 목숨을 바친 순교자들의 피를 떠올리게 한다고 보았다. Fırat Dink가 터키인의 피를 "중독"되었다고 부른 것은 그것을 "불결한" 요소로 지칭한 것이며 따라서 그것을

모욕한 것이다. 이 범죄의 주관적 요소와 관련하여 법원은 저자가 디아스포라 젊은 세대에게 아르메니아를 방문하여 그 나라를 알고 자신의 정체성을 강화하도록 독려한 것은 터키계 아르메니아인을 아르메니아에 통합하려는 저자의 의도를 보여주는 것이라고 판단하였다.

24. 이 판결에 대하여 첫 번째 청구인의 변호인과 소송 참여자들은 2005년 10월 7일에 항소하였다. 파기원에서 첫 번째 청구인의 변호인은 학자이자 전 고등법원장의 의견에 대한 지지를 표명하였다. 전 법원장은 1심 판사가 오해하여 문제가 되는 문장에서 Fırat Dink가 "중독"되었다고 표현한 것을 "터키인의 피"로 잘못 해석하였다고 보았다. 실제 Firat Dink가 아르메니아 정체성에서 "중독"되었다고 표현한 것은 1915년 사건이 제노사이드를 구성한다는 것을 터키인이 인정하도록 만드는 것에 대한 강박이었다. 변호인은 변론을 통해 청구인의 견해를 살펴보면 터키인에 대한 강박적 원한을 없애고 아르메니아인의 안녕에 집중해야지만 아르메니아의 정체성을 지속적으로 발전시킬 수 있다는 점이 분명하게 드러난다고 주장하였다. 또한 1심 판사가 터키의 정체성은 터키계 시민에게만 한정된다고 본 것은 "터키 시민"은 출신 민족이나 인종의 구분 없이 모든 시민을 포함한다는 헌법적 원칙을 위반하였을 뿐만 아니라 터키계 판사로서 그의 공정성에 대한 의문을 불러 일으켰다고 주장하였다. 이에 더해 판사가 이러한 견해를 가지고 있었기 때문에 극단적 민족주의자로 알려진 사람들의 개입 요청을 받아들였다고 주장하였다. 민주사회에서 언론의 자유를 포함한 표현의 자유와 관련된 재판소의 판례법을 상기하면서 변호인은 이 사건에서 이스탄불 법원이 표현의 자유를 적절하게 보호하지 않았다고 결론 내렸다.

25. 관련 형사법원에 제출한 의견서에서 파기원의 검사는 항소의 대상이었던 판결의 모든 조항을 파기하고 이 사건을 1심 법원으로 돌려보낼 것을 요청하였다.

26. 파기원(형사 제9부)은 2006년 5월 1일 판결을 통해 청구인에 대한 유죄판결을 확정하였으나 소송 참가인의 참여를 받아들인 결정은 무효라고 결정하였다. Dink에 대한 혐의 사실과 관련하여 파기원은 해당 인물의 입장, 기사 발행의 목적, 기사의 주요 독자들의 인식을 고려할 때, 논쟁이 되는 문구-"터키인'이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다"-는 문장은 터키의 정체성에 대한 명백한 모욕에 해당한다고 결론 내렸다. 더 나아가 한 사회를 모욕하는 동시에 다른 사회를 옹호하는 것은 협약에 보장된 표현의 자유로 보호될 수 없다고 판시하였다.

27. 2006년 6월 6일 파기원의 검찰 총장은 청구인에 대한 유죄를 확정한 2006년 5월 1일 판결에 대하여 통합형사재판부에 특별 항소를 제기하며 2005년 10월 7일 판결의 모든 조항을 무효화해 달라고 요청하였다. 검찰 총장은 해당 기사의 대상 독자는 아르메니아계 터키 국민이고 문제가 되는 문장은 여덟 개의 기사로 구성된 연재 기사 중 한 기사에 포함된 문장이라는 점을 지적하였다. 명예훼손 사건과 관련된 통합형사재판부의 판례법 및 표현의 자유와

관련된 재판소의 판례법을 상기하면서 검찰 총장은 국가에게 표현의 자유를 보호할 적극적인 의무가 있음을 강조하였다. 그는 민주주의의 적절한 기능과 사회적 평화의 증진을 위해 표현의 자유는 반드시 필요하다고 보았다. 그는 또한 국가는 표현의 자유의 보호를 위한 효과적인 보장 체계를 구축하는 동시에 분노나 충격을 불러일으킬 만한 의견을 포함한 모든 의견을 거리낌 없이 표현할 수 있도록 보장하는 공적 담론의 환경을 조성할 의무가 있다고 지적하였다. 이후 검찰 총장은 쟁점이 되는 문장은 모호할 뿐만 아니라 두 가지로 해석될 여지가 있다고 지적하였다: 즉, 그 문장의 일부는 터키인을 대상으로 하여 그들의 피가 "중독"되었다고 불렀고 그것은 터키인에 대한 모욕이라고 볼 수도 있지만, 반면에 그 문장 전체는 아르메니아계 시민을 대상으로 한 것이고 그 문장에서 쓰인 "터키 국민"이라는 단어는 아르메니아인이 가지고 있는 "터키인에 대한 인식"이라는 의미로 쓰였다고 해석할 수도 있다는 것이다. 검찰 총장은 저자가 작성한 일련의 기사를 살펴보면 모든 기사가 서로 연관되어 있고 각 기사는 이전 기사에서 제시한 의견을 반복하면서 시작된다는 것을 알 수 있다고 주장하였다. 그는 문제가 되는 문장은 여덟 번째 기사의 서두에 쓰였는데, 약간의 말장난과 함께 여섯 번째 기사와 일곱 번째 기사에 제시된 의견을 반복하였다고 지적하였다. 해당 문장을 맥락 속에서 읽어보면 "중독된 피"는 터키인의 피가 아니라 아르메니아인의 피라고 해석되고, 문제가 되는 독은 터키인이 1915년의 사건을 제노사이드로 인정하도록 하려는 아르메니아인의 강박이라고 볼 수 있다. 이러한 집착이 아르메니아인들의 "피"를 오염시키는데, 이는 이들의 세계관이자 정체성을 의미한다. 검찰 총장은 저자의 이러한 의도가 해당 문장의 나머지 부분과 여덟 번째 기사의 나머지 부분에서 명백하게 드러났다고 보았다. 해당 의견이 과장된 표현과 기사 전체를 읽지 않은 이들의 반응으로 인해 논란을 불러일으켰으나, 논쟁이 되는 발언은 저자의 의도를 고려하여 해석되어야 한다고 주장하였다. 이러한 점에서 그는 피고인의 의도에 관한 의구심은 피고인에 유리한 방향으로 해석되어야 한다는 점을 상기하였다. 그는 표현의 자유에 대한 제약은 도덕 규칙으로부터 비롯되어서는 안 되고 법률에 규정된 대로 적용되어야 한다고 주장하며 유죄 판결에 반대하였다. 그는 아르메니아계 시민들도 터키의 국민으로, 그들은 로잔느 조약(Treaty of Lausanne)에 따른 소수민족 지위를 획득했다는 점을 상기하였다. 마지막으로 검찰 총장은 저자가 일부 터키 국민이 가지고 있는 아르메니아인으로서의 정체성을 보호하기 위하여 Ataturk의 말을 이용하고 바꾼 것이(Ataturk의 표현에 따르면, 터키의 청년들은 "자신의 핏줄에 흐르는 고귀한 피를 통하여" 터키 공화국의 가치를 수호하기 위해 "필요한 힘"을 얻게 될 것이다) 터키의 정체성을 모욕한 것은 아니라고 보았다.

28. 2006년 7월 11일 파기원 형사재판부는 18대 6으로 검찰 총장이 파기원에 제기한 항소를 기각하였다. 재판부는 "'터키인'이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다"라는 문구는 터키의 정체성에 대한 모욕이라고 보았다.

이를 위하여 통합형사재판부는 형법 제159조가 보장하는 터키의 정체성에 대해 설명하였다: 재판부에 따르면 터키의 정체성은 터키라는 국가의 인간적 요소, 즉 터키 국민을 가리킨다. 실제로 터키의 정체성은 "국가의 언어, 국

가의 정서, 국가의 정서뿐만 아니라 인간, 종교, 역사적 가치로 구성된 민족적, 도덕적 가치의 세트"로 구성되어 있다. 더 나아가 통합형사재판부는 해당 조항에 따라 보호를 받는 법인의 명예를 훼손, 비하, 경멸, 모욕하는 행위는 범죄의 객관적 요소를 구성한다고 보았다. 어떤 행위 혹은 조건이 "모욕을 구성"한다고 간주할 수 있는가라는 문제는 사회의 일반적 인식뿐만 아니라 전통 및 관습에 따라 판단해야 한다. 그에 더해 통합형사재판부는 입법부가 제159조에 따라 법인에게 제공하려고 했던 존중과 보호에 반대하고 이를 공연히 무시하는 행위의 목적은 이 범죄의 주관적 요소에 해당한다고 보았다.

통합형사재판부는 다음과 같이 의견을 이어나갔다:

> "피고인은 Mustafa Kemal Ataturk의 표현, 즉, '당신의 핏줄에 흐르는 고귀한 피 속에 필요한 힘이 있다.'를 "터키인이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다"'는 말로 교묘하게 바꿈으로써 "터키의 정체성"을 모욕하였다".
>
> 통합형사재판부는 이러한 결론에 도달함에 있어 해당 문장만 검토하지 않고 여덟 개의 기사가 연재 기사를 구성하고 특히 여섯 번째, 일곱 번째, 여덟 번째 기사는 함께 평가되어야 한다는 점도 고려했다. 나아가 통합형사재판부는 아르메니아계 터키 국민인 저자가 작성한 역사적 사건에 대한 분석에 동의하지 않는다 하더라도 이는 표현의 자유에 의해 보호받는다는 점을 상기하였다.
>
> 나아가 국적이 같은 사람은 누구나 터키인으로 간주하는 헌법 제66조에 근거하고, 헌법 및 형법 조항이 일체의 차별을 금지하는 것을 감안하며, 아르메니아의 정체성은 로잔느 조약에 따라 소수민족으로 인정되고 있음을 상기하면서 아르메니아계 터키 국민들이 가지고 있는 아르메니아 정체성의 보호에 대한 요청을 받아들였다. 재판부는 피고인의 이러한 의견과 문제가 되는 범죄의 객관적, 주관적 요소 사이의 인과관계를 수립하지는 않았다.
>
> 비록 연재 기사를 이루는 각 기사가 이전 기사에서 제시된 의견을 요약하면서 시작되고 여덟 번째 기사도 그런 방식으로 작성되었다 하더라도 통합형사재판부는 전반적으로 1심 법원의 전문가 평가나 검찰 총장의 의견에 동의하지 않는다는 입장이었다. 1심 법원의 전문가와 검찰 총장은 "중독"된 피나 "터키인"이라는 표현이 각각 아르메니아의 정체성을 왜곡하는 강박과 터키인의 거부에 대한 아르메니아인의 인식을 나타낸다고 보았다.
>
> 저자는 터키인과 아르메니아인 사이의 관계와 역사적 발전을 자신의 관점에서 해석하면서 터키인에게는 "과대 망상," 아르메니아인에게는 "트라우마"라는 용어를 사용하였고, 일곱 번째 기사에서 아르메니아인

공동체는 자신들이 경험한 역사적 사건의 현실을 인지하고 있으며, 이러한 현실은 전세계나 터키인들이 채택한 성격 규정에 따라 변화하지는 않을 것이라고 썼다. 더 나아가 저자는 "모든 사람들이 양심을 돌아보도록 하기에 너무 이른 것은 아니"며 "[제노사이드의] 현실을 받아들일지의 여부는 기본적으로 각자의 양심에 달려있는 것이고, 이는 인간의 정체성과 인류애라는 공동의 가치로부터 발생한다"고 썼다. 저자는 "특히 현실을 받아들이는 자는 자신의 인간성을 정화시킨다"라고 결론 내렸다. 이러한 상황에서 통합형사재판소는 저자의 마지막 주장을 고려했을 때 "중독된 피"와 관련된 모욕적 문장은 터키인을 모욕하려는 악한 의도로 작성되었다고 보았다.

칼럼이 발간된 신문의 성격, 의견, 칼럼 대상 독자의 유형, 대상 독자들이 칼럼에 대해 갖는 의견을 고려하여 통합형사재판부는 논란이 된 표현은 터키의 정체성을 모욕할 가능성이 높고 실제로 그러한 의도로 작성되었으며 어떤 사회를 옹호함으로써 다른 사회를 모욕하는 행위는 표현의 자유나 비판의 자유로 보호받을 수 없다고 결론 내렸다.

통합형사재판부는 2005년 10월 7일에 내려진 1심 법원 판결의 근거가 부족하기는 하지만 형사 제9부가 1심 판결을 확정한 것은 옳은 결정이었고, 따라서 검찰 총장이 제기한 특별 항소는 기각되어야 한다고 결정하였다."

24명의 선임 치안판사(magistrate) 중 법원장을 포함한 6명의 판사가 이에 대한 반대의견을 표명하였다. 이들의 의견은 대체적으로 1심에서 전문가들이 제시하였고, 파기원 특별 항소에서 검찰 총장이 제시한 의견을 받아들여 발전시킨 것이었다.

29. 2007년 3월 12일 파기원 절차의 마지막에 해당 사건을 맡게 된 형사법원은 Fırat Dink의 사망으로 인해 본 사건이 종료되었다고 선언하였다.

C. 첫 번째 청구인의 살해 및 용의자에 대한 예비조사

30. 2007년 1월 19일 청구인 Fırat Dink는 이스탄불에서 소속신문사 Agos의 본사를 나서면서 머리에 세 방의 총을 맞고 사망하였다. 용의자 O.S.는 17세 청년으로 이후 터키의 삼순(Samsun)에서 체포되었다.

31. 이스탄불의 검찰청은 예비범죄조사를 개시하였고 이스탄불 대테러국의 경찰관들이 이를 수행하였다. 조사 결과에 용의자는 극단적 민족주의 단체의 일원으로, 여기에는 E T.와 Y.H.가 포함되어 있었다. 이들은 트라브존(Trabzon)에서 맥도날드를 습격하고 가톨릭 신부를 공격하는 등의 폭력 행위를 저지른 바 있었다. 이에 더해 해당 단

체와 극우 정치조직인 "The Great Union Party" 및 그 조직의 청년운동단체인 "Foyers Alper"가 서로 연관되어 있음이 조사 결과 드러났다. 이후 같은 조사를 통해 단체와 Ergenekon[57]이라고 알려진 비밀 조직 사이의 연관 가능성이 수립되었다.

32. 그에 더해 이스탄불 검찰청이 수집한 증언과 터키 언론의 보도내용에 따르면 헌병대 정보국 소속 부사관 및 트라브존 경찰관들은 용의자와 지속적으로 접촉해 왔었다.

33. 이후 이스탄불 검찰청의 조사 결과, 트라브존 보안 당국은 암살을 선동하고 암살에 공모한 혐의로 기소된 Y.H.와 E.T.를 이미 알고 있었고 그들을 감시하고 있었다는 사실이 드러났다. E.T.는 트라브존 경찰의 정보원으로서 Y.H.가 Fırat Dink의 암살을 준비하고 있다는 정보를 이미 경찰에 제공하였다는 사실 또한 드러났다. 이에 따라 트라브존 보안 당국은 2006년 2월 17일에 Y.H.가 Fırat Dink에 대한 암살을 준비하고 있다는 사실을 이스탄불 보안 당국에 공식 통보하였고, Y.H.의 범죄기록이나 성향을 볼 때 실제로 범죄를 저지를 충분한 가능성이 있다는 사실 또한 통보하였다. 이스탄불 정보당국은 해당 정보를 받고 어떠한 조치도 취하지 않았다.

34. 2007년 4월 20일자 기소장에 따르면 이스탄불 검찰청은 테러행위와 암살을 선동하고 이에 개입할 목적으로 설립된 폭력집단의 일원 혹은 우두머리로 지목된 18명에 대한 형사 절차를 개시하였다. 이 재판은 이스탄불 순회재판소에 계류 중이다.

D. 트라브존 헌병대 군인에 대한 수사

35. 2007년 2월 22일자 내무부 지시에 따라 내무부와 헌병대 소속 감찰관들은 Dink의 암살과 관련된 트라브존 헌병대의 책임을 조사하기 위한 합동 조사를 개시하였다. 감찰관은 정보원이자 증인인 C.I.가 헌병대 정보국 소속 부사관인 V.S.와 O.Ş.에게 암살계획에 대해 경고했다는 주장과 관련하여 V.S.와 O.Ş., 다른 부사관, 이들의 상관, 트라브존 헌병대 사령관을 포함한 8명의 과실이 있는지, 정보를 얻고도 암살을 예방하지 못한 것에 대한 책임이 있는지 그리고 사령관이 이를 부정했는지를 조사하고자 하였다. 조사과정에서 트라브존 헌병대 군인들은 Fırat Dink의 암살 준비에 대해 정보원의 보고를 받은 사실을 부인하였다.

36. 2007년 4월 2일자 통지에 따르면 내무부 감찰관 다수는 정보 수집에 책임이 있는 트라브존 헌병대 소속 군인 네 명에 대하여 형사재판 절차를 개시할 것을 승인하였다. 내무부 감찰관들은 조사 대상이었던 군인들은 암살 준비가 이뤄지고 있었다는 것을 분명히 알고 있었다고 결론 내렸다. 이후에 암살선동 혐의로 기소된 자들이 자신들의

57) 터키 내 비밀 조직으로 그 조직원들은 세속주의와 국가의 이익을 보호한다는 명목으로 정치 체제를 불안정하게 하고 군사적 개입을 일으키기 위하여 테러행위를 저질렀고, 그에 대한 재판을 받았다.

계획을 주변 사람에게 공개적으로 알렸고 Fırat Dink을 살인의 대상으로 지목하고 그의 사진을 보여주었으며 실외에서 살인 무기를 시험하였고 인터넷 카페에서 암살행위를 계획했다는 사실이 드러났기 때문이다. 헌병대 소속 감찰관들은 이에 동의하지 않았다.

37. 2007년 4월 4일자 명령에 따라 트라브존 당국은 정보원인 C.I.가 암살계획에 대한 모든 정보를 직접 제공한 것으로 추정되는 V.S.와 O.Ş.에 대한 형사 절차를 개시할 것을 승인하였다. 시 당국은 해당 사건을 담당하는 형사법원이 범죄 수사의 이후 단계에서 다른 헌병대 소속 군인들을 기소하는 것이 필요하다고 판단하면 이들도 기소할 수 있다고 보았다.

38. 트라브존 지역 행정법원은 2007년 6월 6일 판결을 내리고 같은 해 6월 29일 해당 판결을 통보하였다. 이 판결에서 법원은 사건에 연루된 헌병대 부사관의 상관에 대한 책임을 확립하기 위해 청구인의 변호인이 2007년 4월 4일자 명령에 대해 제기한 항소를 기각하였다.

39. 2007년 10월 30일자 기소장에 따르면, 트라브존 검찰청은 트라브존(형사) 지구법원(District Court)에서 부사관 V.S.와 O.Ş.에 대한 형사 절차를 개시하였다. 검사는 이들이 정보원 C.I.가 제공한 정보에 대해 아무런 조치를 취하지 않았고 따라서 과실이 인정된다고 보았다.

40. 2008년 3월 20일자 지구법원 공판에 제출한 진술서에 따르면 부사관 V.S.와 O.Ş.는 정보원 C.I.가 극단적 민족주의자들이 Dink의 살인할 가능성이 있음을 경고했다는 것을 인정하였으며 사령관을 포함한 상관에게 해당 내용을 상세히 보고했다고 진술하였다. 이들은 수집한 정보를 근거로 조치를 취하는 것은 상관의 역할이었으며, 해당 정보에 대해 어떤 조치를 취할 것인지를 여러 번 물었지만 상관으로부터 기다리라는 지시만 받았다고 밝혔다. 또한 상관의 지시로 내무부 감찰관의 조사 당시 해당 정보를 수령한 사실을 부인하였다고 말했다.

41. 이 조사는 여전히 진행 중이다.

E. 트라브존 경찰에 대한 수사

42. 이스탄불 검찰청은 트라브존 검찰청에 트라브존 보안 담당자들을 고발하였다. 이들은 몇 가지 위법행위와 범죄 예방 및 억제와 관련하여 과실이 있다는 혐의를 받았다. 이스탄불 검찰청은 특히 트라브존 보안 당국이 암살을 선동하고 암살에 공모한 혐의로 기소된 Y.H.와 E.T.를 알고 있었으며 언제든 테러 행위를 저지를 수 있다는 이유로 이들을 감시하고 있었다는 점을 지적하였다. 그에 더해 트라브존 맥도날드 매장 테러범 중 한 명인 E.T.는 경찰의 보호를 받고 있었고 심지어 트라브존 보안 당국의 정보원 역할을 하고 있었다.

43. 이스탄불 검찰청은 E.T.가 Y.H.의 Fırat Dink 암살 준비에 대해서 경찰에 알렸다는 사실 또한 지적하였다. 트라브존 경찰은 이러한 계획을 저지하기 위한 시도조차 하지 않았고, 2006년 2월 17일 이스탄불 보안 당국에 단지 암살 가능성에 대해 알리기만 하였다. 이스탄불 검찰청은 또한 트라브존 보안 담당자들이 피고인에 대한 도청 기록 전부를 제대로 알리지 않았다고 지적하였다. 검찰청은 트라브존 경찰서장이 극우적 관점을 드러내면서 암살 사건의 핵심 피고인에 대한 공감을 표현했다고 덧붙였다.

44. 2008년 1월 10일 트라브존 검찰청은 트라브존 보안 담당자들에 대한 고발 각하 명령을 내렸다. 트라브존 검찰청은 이스탄불 검찰청의 고발은 피고인 중 하나인 E.T.의 증언을 근거로 한 것이고, 그는 해당 증언을 번복하였다고 밝혔다. 트라브존 검찰청은 E.T.가 제공한 정보의 신뢰성이 떨어진다고 판단했다는 트라브존 경찰의 주장이 설득력있다고 결론 내렸다. 또한 트라브존 보안 당국의 도청기록이 이스탄불 검찰청에 적시에 적절하게 통보되지 않은 것은 기술적 문제 때문이었다고 판단하였다. 마지막으로 트라브존 검찰청은 피고인의 행위를 지지했다는 혐의를 받는 경찰서장이 자신의 혐의를 부인했다는 점을 지적하였다.

45. 트라브존 검찰청의 각하 명령에 대해 청구인의 변호인이 이의를 제기했으나, 2008년 2월 14일 리제(Rize) 순회재판소장은 이를 기각하였다.

F. 이스탄불 보안국 일부 담당자에 대한 수사

46. 이스탄불 검찰청의 조사 결과, 2006년 2월 17일 트라브존 보안 당국은 이스탄불 보안 당국에 Fırat Dink의 암살 가능성에 대해 공식 통보하고 위험인물의 신원을 제공한 것으로 드러났다. 이스탄불 보안 당국은 해당 정보에 대해 아무런 대응도 하지 않았다.

47. 내무부는 이스탄불 보안 담당자들이 트라브존 보안 당국으로부터 입수한 정보에 대해 적절한 조치를 취했는지를 결정하기 위해 서로 다른 날짜에 세 차례의 조사를 실시하였다. 내무부가 임명한 감찰관들은 세 번 연속으로 조사를 진행하였다. 이들은 이스탄불 경찰 정보국이 트라브존 경찰로부터 입수한 정보에 대해 충분한 대응을 하지 않았고 관련 규정에 명시된 절차를 적절히 준수하지 않았으며, 이스탄불 경찰서 전체가 아르메니아계 터키 국민에 대한 테러 행위의 가능성에 유의하고 있었음에도 긴박한 상황에 대해 대응하지 않았다고 결론 내렸다. 감찰관들은 경찰이 제대로 기능하지 못한 것에 대하여 이스탄불 경찰서장의 개인적 책임은 없다고 결론 내렸다.

48. 이스탄불 행정위원회는 전문가의 결론에 따라 2007년 2월 28일, 2008년 3월 20일, 2008년 8월 28일자 명령을 통해 문제가 되는 범죄의 예방과 관련된 과실이 있다는 혐의로 이스탄불 경찰 정보국장을 포함한 일부 경찰에

대한 형사재판을 개시하기로 결정하였다.

49. 이스탄불 지역 행정항소법원은 2007년 5월 23일, 2008년 6월 27일, 2008년 11월 15일 판결을 통해 조사 불충분으로 행정위원회의 명령을 무효화하였다.

G. 삼순 보안 담당자 및 헌병대의 범죄 묵인 혐의에 대한 수사

50. 삼순 보안 담당자와 헌병대 소속 군인들은 범행 다음 날 Dink의 암살용의자인 O.S.를 삼순 버스터미널에서 체포하였다. 그는 고향에서 돌아오는 길이었다. 용의자가 테러방지국에 구류된 동안 삼순 보안 담당자 일부와 헌병대 소속 군인들이 그와 사진을 찍은 사실이 드러났다. 당시 용의자는 터키 국기를 쥐고 있었다. 사진의 배경에는 터키 국기가 그려진 달력이 있었고 그 달력에는 "고국은 신성하다. 고국의 운명을 우연에 맡길 수는 없다."라는 글귀가 적혀 있었다.

51. 청구인들은 O.S.와 사진을 찍은 경찰과 군인이 Fırat Dink에 대한 살해를 옹호하고 자신들의 직위를 남용했다고 주장하며 이들에 대한 소송을 제기하였다.

52. 삼순 검찰청은 행정적, 사법적 조사를 실시한 후에 2007년 6월 22일 제소된 경찰과 헌병대 군인들을 해고하였다. 검찰청은 O.S.가 체포되고 이스탄불 보안청에 이송될 때까지 해당 직원들은 피의자를 인간적으로 대우했고 그 결과 피의자로부터 매우 상세한 정보와 자백을 받아낼 수 있었으며 그러한 정보를 즉시 파일에 보관해두었다고 밝혔다. 검찰청은 조사 기록을 위해 찍은 13장의 사진이 경찰서 건물에서 찍혔다는 점을 지적하며, 범죄를 옹호하는 것은 공공연한 방식으로만 이뤄질 수 있다는 점을 상기하였다. 다만 보안 담당자들이 저지른 다수의 절차상 부적절한 행위는(특히, 미성년자에 대한 조사의 기밀유지 관련) 징계 절차의 대상이 될 수 있다는 점을 배제하지는 않았다.

보안 담당자에 대한 징계 절차는 범죄수사의 기밀유지 위반 및 법 집행 담당자에 대한 이미지 실추에 대한 징계로 이어졌다.

II. 관련 국내법 및 관행

53. 터키 신형법 제301조(2005년 6월 1일 시행)는 다음과 같이 명시하고 있다:

"터키의 정체성, 즉, 터키 공화국이나 터키 의회를 공개적으로 모욕하는 자는 6개월 이상 3년 이하의 징

역에 처한다.

터키공화국 정부, 사법부, 군, 보안 당국을 공개적으로 모욕하는 자는 6개월 이상 2년 이하의 징역에 처한다.

터키 국민이 해외에서 터키의 정체성을 훼손하는 경우 형량은 1/3배 증가한다.

비판적 의견을 제시하는 것은 위법 행위가 아니다."

54. 터키 신형법 제301조는 구형법 제159조의 조항을 개정한 것이다.

그에 더해 형법 제301조는 2008년 5월 8일 시행된 법률 제5759호에 의해 개정되었다. 이에 따라 터키의 정체성이라는 개념은 "국가로서의 터키"라는 표현으로 대체되었고, 사법당국은 법무부의 승인이 있기 전에는 형법 제301조에 따라 형사 절차를 개시할 수 없게 되었다.

판단

I. 협약 제2조 위반 주장

55. Fırat Dink를 제외한 청구인들은 첫째, 터키 정부가 Fırat Dink의 생명을 보호할 의무를 이행하지 않았다고 주장하였다. 심지어 헌병대 군인과 경찰은 가해자를 체포한 후 그에 대한 연민을 표현하였다.

둘째, 청구인들은 Fırat Dink의 생명을 보호하기 위해 필요한 조치를 취하지 않은 공무원을 대상으로 한 형사 절차들이 효과가 없었다고 주장하였다.

이와 관련하여 청구인들은 협약 제2조, 제6조, 제14조를 근거로 제시하였다. 청구의 성격과 내용을 고려했을 때, 재판소는 관계자들이 주장하는 내용은 우선 협약 제2조에 근거하여 검토해야 한다고 본다. 협약 제2조의 내용은 다음과 같다.

"1. 모든 사람은 생명권은 법에 의하여 보호된다. 어느 누구도 법에 규정된 형벌이 부과되는 범죄의 유죄 확정에 따른 법원의 판결을 집행하는 경우를 제외하고는 고의로 생명을 박탈당하지 아니한다.

2. 생명의 박탈이 다음의 상황에서 절대적으로 필요한 힘의 행사의 결과인 때에는, 이 조에 위반하여 부과된 것으로 간주되지 아니한다.

a. 위법한 폭력으로부터 사람을 보호하기 위하여.

b. 합법적으로 체포를 하거나 또는 합법적으로 구금된 자의 도주를 방지하기 위하여.

c. 폭동 또는 반란을 진압하기 위하여 합법적으로 취하여지는 행동."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

56. 터키 정부는 청구번호 6102/08, 30079/08, 7072/09, 7124/09와 관련하여 청구인들이 국내 구제절차를 소진하지 않았다고 주장하였다. Fırat Dink의 암살 용의자 및 트라브존의 헌병대 부사관을 대상으로 제기된 형사소송은 계류 중이기 때문이었다. 또한 청구인이 내무부를 대상으로 이스탄불 행정법원에 제기한 소송 역시 진행 중인 것으로 알려져 있었다.

57. 청구인들은 Fırat Dink에 대한 보호를 제공하지 않은 경찰 및 헌병대 부사관의 형사적 책임을 판단하기 위한 소송은 이미 명백히 기각되었다는 점을 지적하면서 정부의 주장을 반박하였다.

58. 재판소는 이러한 선결적 항변(preliminary objections)이 본 사건에 대해 국내 수준에서 진행된 범죄 수사의 유효성과 관련된 문제 즉 협약 제2조에 근거한 청구 본안과 밀접하게 관련된 문제들을 제기한다고 본다. 이에 따라 재판소는 이 청구들의 본안을 검토하면서 이 지점을 다시 살펴볼 것이다.

59. 재판소는 해당 청구들이 협약 제35조 제3항의 의미에 따라 명백하게 근거가 없지 않다고 판단한다. 재판소는 또한 이 청구들을 받아들여질 수 없는 다른 근거들을 발견하지 못하였다. 따라서 이 청구들은 받아들여질 수 있는 것으로 선언되어야 한다.

B. 본안 판단

1. 당사자들의 주장

60. 청구인들은 Fırat Dink가 자신의 의견을 표현했다는 이유로 유죄판결을 받음으로써 극단적 민족주의 단체

의 위협에 노출되었다고 주장하였다. 보안 당국은 Fırat Dink에 대한 암살계획을 보고받았음에도 Fırat Dink에 대한 적극적인 보호를 제공하는 등의 필요한 조치를 취하지 않았다. 청구인들은 Fırat Dink에 대한 암살은 출신 민족에 따른 차별로 인해 발생한 혐오범죄라고 규정하고, 이는 극단적 민족주의 단체가 소수 종교인들을 대상으로 조직한 일련의 공격 중 일부였다는 점을 지적하였다. 청구인들은 관할권 내 거주자를 인종적, 차별적 공격으로부터 보호하기 위하여 특별한 보호제도를 구축하는 것은 국가의 의무라고 주장하였다.

61. 청구인들은 Fırat Dink의 생명을 보호하기 위해 필요한 조치를 취하지 않은 공무원들을 대상으로 한 형사소송은 효과가 없었다고 주장하였다. 트라브존 헌병대 부사관 두 명을 대상으로 제기된 유일한 소송은 트라브존과 이스탄불 보안 당국의 무능력을 거의 드러내지 못하였다. 청구인들은 또한 이러한 소송절차에 자신들이 의미있게 참여하지 못했다고 주장하였다. 이들은 조사 기관이 행정부로부터 결코 독립적이지 못했다고 덧붙였다.

62. 터키 정부는 협약 제2조에 따라 회원국은 타인의 위협으로부터 개인의 생명을 보호하기 위한 예방조치를 취할 적극적 의무가 있다는 것을 인정하였다. 그러나 터키 정부는 당국이 어떠한 개인에 대한 실질적이고 직접적이면서 즉각적인 위협이 존재한다는 사실을 인지하고 있는 예외적인 경우에 한해서만 이러한 의무가 발생한다고 강조하였다. 나아가 국가 당국이 예방적 조치를 취하지 못한 것이 국가의 책임에 해당한다는 것이 입증되어야 한다고 주장하였다.

63. 터키 정부는 청구인 Fırat Dink가 경찰의 보호를 요청한 적이 없다는 점을 강조하였다. 이로부터 터키 정부는 청구인이 실질적이고 즉각적인 위협에 처하지 않았거나 당국이 그러한 위협의 존재를 인지할 수 없었다는 결론을 내렸다. 실제로 청구인은 명백한 보호요청이 없어도 적극적 보호를 받을 수 있는 위치에 있지 않았기 때문에 청구인의 거주지 및 근무지에서 시행되는 일반적 보안조치에 따른 보호를 받았다.

터키정부는 이번 사건 발생 후 수사가 즉시 시작되었고 용의자가 다음날 바로 체포되었다는 점을 지적하였다. 암살범과 트라브존 및 이스탄불의 보안 담당자들을 대상으로 제기된 형사 절차에 대해서는 내용상이나 절차상으로 협약 제2조의 위반이 없었다고 주장하였다.

2. 재판소의 평가

(a) Firat Dink의 암살

(i) 일반 원칙

64. 재판소는 제2조 제1항의 첫 번째 문장은 국가에게 의도적으로 그리고 불법적으로 죽음을 야기하는 것을 삼가야 할 뿐만 아니라 국가의 통치를 받은 사람들의 생명을 보호하기 위해 필요한 조치를 취해야 할 의무를 부과한다는 점을 상기한다(*LCB v. United Kingdom,* 1998년 6월 9일, 문단 36, 판결과 결정 보고서 1998-III). 이와 관련하여 국가의 가장 중요한 책무는 생명권 보장 의무로, 이는 범죄를 막을 수 있는 구체적 형법을 시행하고 위법 행위의 예방, 억제, 처벌을 위해 고안된 집행 기제가 작동함을 의미한다. 이 규정은, 일정하게 정의된 환경에서는, 타인의 범죄 행위로 인해 생명의 위협을 받는 개인을 보호하기 위해 실질적 예방 조치를 취해야 하는 국가의 적극적 책무도 포함한다(*Osman v. The United Kingdom,* 1998년 10월 28일, 문단 115, *Reports* 1998-VIII, *Mahmut Kaya v. Turkey,* no.22535/93, 문단 85, ECHR 2000-III, *Kiliç v. Turkey,* no.22492/93, 문단 62, ECHR 2000-III, 그리고 *Opuz v. Turkey,* no.33401/02, 문단 128, ECHR 2009...).

65. 현대사회에서 경찰이 의무를 수행함에 있어 직면하는 어려움, 인간 행위의 예측 불가능성, 우선순위와 자원을 고려하여 결정해야 하는 작전상의 선택과 같은 어려움을 고려하였을 때, 국가의 적극적 의무의 범위를 당국이 참기 힘들거나 과도한 부담을 부과하는 방식으로 해석해서는 안 된다. 그러므로 국가는 생명의 위협과 관련된 모든 주장에 대하여 그 위협의 실현을 막기 위한 구체적 조치를 취할 의무를 지지는 않는다. 국가의 적극적 의무를 주장하려면 당국이 그 당시에 특정한 개인이 제삼자의 범죄 행위로 인해 실질적이고 즉각적인 위협을 받고 있다는 것을 알았거나 알고 있었어야 한다는 점, 그리고 합리적인 관점에서 봤을 때 당국이 가지고 있는 권한의 틀 내에서 그러한 위험을 줄일 수 있는 조치를 취하지 않았다는 점이 확립되어야 한다(위 인용, *Keenan v. the United Kingdom,* no.27229/95, 문단 89-90, ECHR 2001-III, *Opuz,* 문단 129, 그리고 *Gongadzé v. Ukraine,* no.34056/02, 문단 165, ECHR 2005-XI). 이 질문에 대한 답을 구하기 위해서는 문제가 되는 사건의 모든 정황을 고려해야 한다.

(ii) 이 사건에 대한 원칙의 적용

66. Firat Dink의 생명에 대한 실질적이고 즉각적인 위험이 존재했는지에 대하여 재판소는 다음과 같은 이유로 법 집행 기관이 Dink의 암살 전에 극단적 민족주의 단체들이 그에 대한 강한 적대감을 가지고 있었음을 인지하고 있었다고 합리적으로 인정할 수 있다고 본다. 첫째, Ataturk의 입양 딸이 아르메니아 출신임을 언급한 2004년 2월 Agos 신문 기사의 발행 후 극단적 민족주의 단체 회원들은 청구인 Firat Dink를 대상으로 시위를 벌이고 협박 편지를 보냈는데, 당국은 이 중 일부에 대해 주목하였다. 단체 회원들은 이 기사를 Ataturk의 이미지를 훼손하려는 시도라고 보았다. 그에 더해, 이 연재 기사의 마지막 편에는 "'터키인'이 중독시킨 피를 대신할 깨끗한 피는 아르메니아인과 아르메니아인을 연결하는 고귀한 핏줄 속에 흐른다"라는 표현이 담겨 있었다. 이에 대해 극단적 민주주의 단체의 활동가들은 2004년 2월 27일에 Firat Dink에 대한 경멸을 표하기 위하여 시위를 진행하였다. 같은 날, 이 단체의 회원인 한 변호사는 Dink가 터키인을 모욕했다고 주장하며 그에 대한 고소장을 제출하였다. 게다가 1심 판사는 이 단

체의 회원들이 Dink에 대한 형사 절차에서 소송 참가인으로 참여할 수 있도록 허락하였다. 이는 그 판사가 Dink의 진술이 터키의 혈통을 모욕했다는 그들의 주장을 심각하게 받아들였다는 점을 확인해 주었다. 마지막으로 파기원은 터키의 극단적 민족주의 단체에 매우 민감한 주제인 터키의 정체성을 모욕했다는 이유로 아르메니아계 언론인인 청구인에게 내려진 유죄평결을 확정하였다.

67. 청구인 Firat Dink에 대하여 극단적 민족주의 단체 회원들이 가지고 있는 적대감이 청구인에 대한 살해 시도를 유발한 것인지와 관련하여 법 집행 기관이 접근 가능했던 정보를 평가함에 있어 재판소는, 한편에서는 트라브존과 이스탄불 경찰이 다른 한편에서는 트라브존의 헌병대가 Dink에 대한 암살 가능성과 관련된 정보를 알고 있었으며, 심지어는 이를 선동하는 것으로 의심되는 사람의 신분까지 파악하고 있었다는 점에 주목한다.

68. 경찰과 관련하여, 이스탄불 검찰청과 내무부 감찰관이 조사한 바에 따르면 트라브존 보안 당국은 암살을 선동하고 가해자를 조력했다는 혐의를 받았던 Y.H와 E.T.에 대해 이미 알고 있었다. 그에 더해 E.T.는 트라브존 경찰의 정보원 중 한 명이었으며, Y.H.가 Firat Dink의 암살을 준비하고 있다는 것을 사전에 경찰에게 알려주었다. 2006년 2월 17일 트라브존 보안 당국은 Y.H.가 Firat Dink의 암살을 계획하고 있으며 그의 범죄기록과 성격을 봤을 때 이것이 실제로 일어난 가능성이 있다는 사실을 이스탄불 보안 당국에 공식적으로 알려주었다. 게다가 이스탄불 경찰은 이미 그 전에 아르메니아계 시민에 대한 테러 가능성에 대해 알고 있었다.

69. 헌병대와 관련하여, 이스탄불 검찰청 조사와 그 이후 이뤄진 내무부 감찰관의 조사에 따르면 정보원 C.I.는 이 범죄에 대하여 트라브존 헌병대 정보국 소속 부사관 V.S와 O.Ş.에게 경고했으며, 그 중 O.Ş.는 트라브존 헌병대장을 포함하여 상관에게 이에 대하여 상세하게 보고했다고 주장하였다. 감찰관이 작성한 조사보고서에 따르면 이후 Firat Dink의 암살 선동 혐의를 받은 개인들은 자신들의 의도를 주변에 드러내는 것에 대하여 조심하는 모습을 보이지 않았다: 그들은 자신들의 계획을 주변 모든 사람에게 공공연하게 말하고 다녔고 Firat Dink의 사진을 보여주면서 죽여야 할 사람으로 지목하였으며 실외에서 범죄에 사용할 무기를 시험하였고 인터넷 카페에서 자신들의 행동을 계획하였다.

70. 위의 사실들을 고려했을 때, 당국은 Firat Dink가 치명적인 공격을 당할 가능성이 매우 높다는 것을 알았거나 알고 있었어야만 했다. 그에 더해 주어진 상황을 고려했을 때, 이러한 위험은 실제적이고 임박한 것으로 볼 수 있었다.

71. 이제 재판소는 당국이 Firat Dink에 대한 위험이 실현되는 것을 막기 위해 그들에게 합리적으로 기대되는 모든 조치를 취했는지에 대해 살펴볼 것이다.

72. 재판소는 국내 법 집행 기관 세 곳이 청구인의 생명 보호와 관련되어 있다고 본다: 트라브존 보안 당국과 트라브존 헌병대는 범행이 계획되고 준비되었던 장소에 책임이 있는 기관이고, 이스탄불 보안 당국은 피해자가 살았고 범행이 실행되었던 장소에 책임이 있는 기관이다. 이 기관들은 Firat Dink의 암살계획과 그 실행이 임박했다는 것을 알고 있었음에도, 협업으로든 또는 독자적으로든 암살을 막기 위한 어떠한 조치도 취하지 않았다.

73. 정부는 청구인 Firat Dink가 경찰에 밀착 보호를 요구하지 않았다는 점을 지적하였다. 청구인들은 작가 Orhan Pamuk와 관련된 사건을 예로 들면서 관련 법률과 실무에 따라 경찰은 임박한 위험에 처해 있는 사람의 생명을 보호하기 위해 직권으로 조치를 취해야 한다고 주장하였다.

74. 이와 관련하여 재판소는 청구인 Firat Dink가 자신이 쓴 글 때문에(파기원은 그중 일부가 터키의 정체성에 대한 모욕이라고 최종적으로 판결하였다) 특정 집단이 자신에 대한 적대감을 보인다는 것을 알고 있었다 하더라도, 그가 트라브존 지역의 극단적 민족주의 단체가 자신의 암살을 준비하고 있다는 사실까지 알기는 불가능했을 것이라고 본다. 따라서 문제가 되는 살해 계획을 알고 있었던 국가 당국에게는 당사자의 요구를 기다리지 않고 Firat Dink의 생명을 보호하기 위해 행동해야 할 의무가 있었다.

75. 재판소는, 이 사건의 특별한 상황에서, 당국이 Firat Dink의 생명에 대한 확실하고 임박한 위험이 실현되는 것을 예방하기 위해 합리적으로 취할 수 있었던 조치를 취하지 않았다고 결론 내린다.

따라서 실질적 측면에서 협약 제2조의 침해가 있었다.

(b) Firat Dink 생명 보호와 관련된 보안 당국의 실패에 대한 조사가 부적절했다는 주장에 대하여

(i) 일반 원칙

76. 협약 제2조에 규정된 생명권을 보호할 의무는, 협약 제1조에 따라 "[자신의] 관할에 속하는 모든 자에 대하여 이 협약에 규정된 권리와 자유를 보장"할 의무와 결합하여, 법 집행 기관의 구성원이나 제3자의 무력 사용에 의해 개인이 생명을 잃었을 때 이에 대하여 실효적이고 공식적인 수사를 할 의무를 회원국에 부과한다(*Branko Tomašić and Others v. Croatia,* no.46598/06, 문단 62, ECHR 2009...(발췌), 준용하여 참고할 것, *McCann and Others v. the United Kingdom,* 1995년 9월 27일, 문단 161, Series A no.324, *Kaya v. Turkey,* 1998년 2월 19일, 문단 105, Reports 1998-I). 또한 제2조에 따른 절차적 의무는 타인의 범죄 행위로 국가의 관할에 속하는 자의 생명이 위협받을 때, 국내 당국이 그 사람의 생명을 보호함에 있어 부주의함, 부작위나 태만을 저질렀다는 주장에 대하여 국가가 실효적인 조사를 할 것을 요구한다(*Maiorano and Others v. Italy,* no.28634/06, 문단 127-132, 2009년 12월 15일, *Finucane v. the United Kingdom,* no.29178/95, 문단 67-87, ECHR 2003-VIII, 위 인용, *Branko Tomašić,* 문

단 64 참고). 그러한 조사의 주요한 목표는 생명권을 보호하는 국내법의 효과적 실행을 보장하는 것이다. 주어진 상황에 따라 어떤 형식의 조사가 그러한 목적을 달성할 수 있을지는 달라질 수 있다(*Paul and Audrey Edwards v. The United Kingdom,* no.46477/99, 문단 69, ECHR 2002-II, *Calvelli and Ciglio v. Italy* [GC], no.32967/96, 문단 51, ECHR 2002-I 참고).

77. 살인을 예방하는 데 실패한 공무원의 책임에 대한 조사가 실효적으로 이뤄지려면 일반적으로 조사의 책임자들과 조사를 수행하는 사람들은 그 사건에 연관된 사람들로부터 독립적이어야 한다(*Güleç v. Turkey,* 1998년 7월 27일, 문단 81-82, Reports 1998 IV, *Oğur v. Turkey* [GC], no.21954/93, 문단 91-92, ECHR 1999-III). 이것은 조사자와 피조사자 사이에 위계가 존재하거나 그들이 조직 내에서 연관된 사람들이어서는 안 된다는 것을 의미할 뿐만 아니라 실질적 독립이 보장되어야 함을 의미한다(예를 들어 *Ergi v. Turkey,* 1998년 7월 28일, 문단 83-84, Reports 1998-IV, 북아일랜드의 최근 사례로는 *Hugh Jordan v. United Kingdom,* no.24746/94, 문단 120, ECHR 2001-III, *Kelly and Others v. United Kingdom,* no.30054/96, 문단 114, 2001년 5월 4일 참고).

78. 또한 책임자를 가려내어 처벌을 부과해야지만 그 조사가 실효적이라고 말할 수 있다(위 인용, *Oğur*, 문단 88). 이는 결과채무가 아니라 수단채무이다. 당국은 일련의 사건에 관한 증거를 수집하기 위해 그들이 합리적으로 이용할 수 있는 조치를 취했어야 했다(예를 들어 *Salman v. Turkey* [GC], no.21986/93, 문단 106, ECHR 2000-VII, *Tanrıkulu v. Turkey* [GC], no.23763/94, 문단 109, ECHR 1999-IV, *Gül v. Turkey,* no.22676/93, 문단 89, 2000년 12월 14일 참고). 피해자의 죽음에 대한 원인을 확립하지 못하거나 그에 대한 책임자(들)를 밝히지 못하는 경우 그 조사가 실효적이지 않았다는 결론에 이를 수 있다(*Adalı v. Turkey,* no.38187/97, 문단 223, 2005년 3월 31일, 위 인용, *Hugh Jordan,* 문단 127 참고).

79. 이 맥락에는 합리적 수준의 신속함과 성실함에 대한 요구가 포함되어 있다. 죄형법정주의에 대한 대중의 신뢰를 유지하고 불법 행위에 공모했거나 이를 용인했다는 인상을 주지 않기 위해 당국은 살인이 일어난 이유를 신속하게 조사해야 한다(*Batı and Others v. Turkey,* nos.33097/96 및 57834/00, 문단 136, ECHR 2004-IV, *Indelicado v. Italy,* no.31143/96, 문단 37, 2001년 10월 18일, *Özgür Kılıç v. Turkey*(dec.), no.42591/98, 2002년 9월 24일). 특정 상황에서 조사의 진척을 방해하는 장애물이나 난관이 발생할 수 있지만 대중에게 당국이 법의 지배를 존중하고 준수하며 공무 과정에서 불법 행위를 용인했거나 이에 공모했다는 인상을 주지 않으려면 일반적으로 당국은 불법 행위에 대한 조사를 신속하게 시작해야 한다(*Öneryıldız v. Turkey* [GC], no.48939/99, 문단 96, ECHR 2004-XII).

80. 같은 이유로, 조사나 그에 따른 결과의 실질적·이론적 책임을 보장하기 위하여 이에 대한 충분한 공적 감시가 이뤄져야 한다. 요구되는 공적 감시의 정도는 사건에 따라 달라질 수 있지만, 모든 사건에서 피해자의 정당한 이

익을 보호하기 위해 필요한 범위에서 피해자의 친척이 절차에 관여할 수 있도록 해야 한다(*McKerr v. The United Kingdom,* no.28883/95, 문단 148, ECHR 2001-III).

81. 재판소는 국가 기관이 폭력이 수반된 사건을 조사하는 경우 그 사건에 인종주의적 동기가 있는지 그리고 민족적 기원에 근거한 증오나 편견이 작용하였는지를 밝히기 위하여 모든 합리적인 조치를 취해야 할 의무가 있다는 점을 상기한다. 실제로 인종주의적 동기를 증명해내는 것은 종종 매우 어려운 일이다. 폭력 행위에 있을 수 있는 인종주의적 의미를 조사해야 하는 회원국의 의무는 수단채무이지 결과채무가 아니다; 당국은 그 사건의 정황을 고려하여 합리적 조치를 취해야 한다(*Natchova and Others v. Bulgaria* [GC], nos.43577/98 및 43579/98, 문단 160, ECHR 2005-VII).

(ii) 이 사건에 대한 원칙의 적용

82. 재판소는, 이 사건에서, Firat Dink의 암살 이후 이스탄불 검찰청이 이스탄불과 트라브존 보안 당국이 범죄 행위가 일어날 가능성에 대하여 확보한 정보를 어떻게 다루었는지에 대하여 철저하고 상세하게 조사했다는 점을 알고 있다. 이스탄불 검찰청은 이 법 집행 기구들이 저지른 일련의 직무상 실수를 밝혀냈고 이와 관련된 정보를 트라브존과 이스탄불의 조사 당국에 전달하였다. 또한 청구인의 생명을 보호해야 하는 의무를 수행하지 않았다는 혐의를 받는 공무원의 신분 또한 특정하였다.

83. 이스탄불 검찰청의 고발과 내무부의 명령으로 트라브존에서 형사 절차가 시작되었다. 그러나 그 절차의 마지막에 두 지자체는 두 명의 부사관 이외의 헌병대 군인에 대한 기소를 승인하는 것을 거부하였다. 이에 대해 청구인들은 항소하였으나 행정법원은 서류 심사 후 이를 기각하였다. 따라서 두 명의 부사관이 전달한 정보를 받은 후 적절한 조치를 취할 권한이 있었던 트라브존의 헌병대 군인들이 왜 아무 대응도 하지 않았는가라는 질문에 대해 이 조사는 아무런 결론도 내지 못하였다.

84. 그에 더해 두 명의 부사관의 증언으로부터 트라브존 헌병대 군인들이 상관의 명령에 따라 그 사건을 조사하던 수사관에게 거짓 진술을 했다는 사실이 드러났다. 이는 암살과 관련된 일련의 사건에 대한 증거 수집 조치 의무를 명백하게 위반한 것이며 책임을 확립하기 위한 관계자의 조사역량을 훼손하는 공모행위라고 볼 수 있다.

85. 살인의 예방과 관련하여 트라브존 경찰이 위법 행위를 저지르고 과실이 있었다는 주장에 대하여 이스탄불 검찰청은 상세한 설명을 제공하였다. 이와 관련하여 재판소는 트라브존 검찰청의 기각 명령은 사건 파일에서 언급된 사실들과 모순되는 주장을 담고 있다는 점에 주목한다: 트라브존 경찰이 E.T가 제공한 정보가 확실하다고 보지 않았다는 결론은 트라브존 경찰이 바로 이 정보에 기초하여 문제가 되는 암살이 임박했다는 사실을 이스탄불 경찰에

공식적으로 알렸다는 사실과 모순된다. 그에 더해 트라브존 검찰청은 문제를 상세하게 검토하지도 않은 채 트라브존 보안 당국이 피고인에 대한 도청과 관련된 내용을 이스탄불 검찰청과 제대로 소통하지 않은 것은 기술적 어려움 때문이었다고 설명하였다. 게다가 트라브존 검찰청은 추가 조사도 없이 트라브존 경찰서장이 자신의 혐의를 부인했다는 이유만으로 그를 기소하지 않았다. 재판소는 전반적으로 봤을 때 트라브존 경찰의 행위에 대한 트라브존 검찰의 수사는 과실과 부작위 혐의를 받는 경찰에 대한 옹호에 가까웠으며, 경찰이 여러 정보를 가지고 있었음에도 왜 암살을 저지르려는 자에 대해 아무런 조치도 취하지 않았는지에 대하여 어떠한 정보도 제공하지 않았다고 본다.

86. 재판소는 이제 이스탄불 경찰의 부작위에 대한 국가 조사의 실효성에 대해 살펴볼 것이다. 경찰이 사건의 긴급성에 상응하는 조치를 취하지 않았다는 내무부 감찰관의 결론에도 불구하고, 이 사건과 연관된 경찰 중 일부를 기소하라는 이스탄불 행정위원회의 명령을 행정항소법원이 무효한 이후에는 어떠한 형사 절차도 개시되지 않았다. 경찰서장은 위원회에 의해 조사를 면제받았다. 마지막으로, 이스탄불 경찰이 Firat Dink에 대한 살인이 일어나기 전에 관련 정보를 가지고 있었음에도 불구하고 그에 대한 위협에 대응하지 않았는지의 문제는 제대로 설명되지도 않았다.

87. 정부가 지적한 바와 같이, 청구인을 공격한 혐의를 받는 극단적 민족주의 단체의 회원에 대한 형사재판이 이스탄불 순회재판소에서 진행되고 있다는 것은 사실이다. 그러나 재판소는 범죄 예방과 관련된 당국의 공식적 책임을 묻는 절차는 트라브존의 두 명의 부사관에 대한 재판을 제외하고는 모두 기각되었다는 점을 지적할 수밖에 없다. 재판소는 그 재판의 결과가 재판소가 앞서 내린 결론들에 영향을 미칠 것이라고 보지 않는다. 왜냐하면 그 부사관들의 상관에 대한 형사 절차 또한 무효화되었기 때문이다.

88. 이에 더해 재판소는 트라브존 헌병대 군인과 이스탄불 경찰의 공과를 조사한 공무원들은 모두 행정부(지자체, 행정위원회)에 속한 자들로, 사건 관련자들로부터 완전히 독립적이지 않았다는 점을 지적한다. 이는 그 자체로 문제가 되는 조사의 약점이 될 수밖에 없다(위 문단 77 참고).

89. 재판소는 또한 청구인 Firat Dink의 가까운 친척들이 경찰과 헌병대 군인에 대한 절차에 관여할 수 없었다는 점을 지적한다. 그들이 상소 기구(그들은 단지 사건 파일에 근거하여 판결을 내렸다)에 이의를 제기할 수 있었다는 사실만으로 피해자의 적법한 이익 보호와 관련하여 문제가 되었던 절차의 결함을 없앨 수는 없다.

90. 다른 한편으로, 경찰서장 중 한 명이 자신의 극우적 의견을 나타내고 암살로 기소된 사람들의 행동을 지지했다는 의혹은 철저하게 조사되지 않았던 것 같다(위 문단 43 참고). 그러나 민족적 증오로 유발된 행위를 막기 위해 모든 합리적 조치를 취해야 한다는 의무를 따르기 위해서라도 당국은 관련 조사를 개시했어야 했다(위 문단 81 참고).

91. 재판소는 Firat Dink의 생명을 보호하지 못한 것과 관련하여 트라브존 헌병대 군인과 경찰 그리고 이스탄불

경찰에 대한 형사 절차를 기각한 것은 협약 제2조의 요건을 무시한 것으로 볼 수 있다고 결론 내린다. 이 조항에 따르면 당국은 가해자를 밝혀내고, 가능하다면 처벌할 수 있도록 실효적 조사를 진행했어야 한다.

위에서 명시한 이유로, 재판소는 이 점에 대하여 협약 제2조의 절차적 의무에 대한 위반이 있었다고 판결한다.

92. 그에 더해 재판소는 같은 이유로 국내 구제 절차를 모두 소진하지 않았다는 정부 측의 선결적 항변은 받아들이지 않는다(위 문단 56 참고).

93. 재판소는, 문단 75와 91의 판결 그리고 이러한 결론에 도달하는 과정에서 고려한 요소들을 참고하여, 협약 제6조와 제14조의 관점으로부터 야기되는 별개의 쟁점은 없다고 본다.

2. 협약 제10조 위반 주장

94. 청구인들은 Firat Dink가 터키의 정체성을 모욕했다는 이유로 유죄판결을 내린 것은 그의 표현의 자유에 대한 침해라고 주장하였다. 그의 유죄를 확정함으로써 파기원은 그를 극단적 민족주의 단체의 표적으로 만들었고, 결국 그중 몇 명이 그를 살해하였다. 청구인들은 또한 Firat Dink가 아르메니아 민족 출신이라는 이유로 차별을 받았다고 주장하였다. 원고와 판사 모두 터키의 정체성 개념을 터키 민족 출신의 사람들만 터키의 정체성을 가질 수 있다는 것으로 해석하고 그것에 근거하여 그의 유죄를 추론했기 때문이다. 이러한 점에서 청구인들은 협약 제6조, 제7조, 제10조, 제14조를 호소하였다. 재판소는 이 청구는 먼저 협약 제10조를 참고하여 검토되어야 한다고 본다. 제10조의 내용은 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고 받는 자유를 포함한다. 본조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 무질서와 범죄의 방지, 보건이나 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전에 필요하여 법률에 규정된 바와 같은 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

95. 정부는 먼저, 주로 Firat Dink에 대한 형사 절차를 대상으로 한 청구(2668/07)는 그의 사망 이후 재판소에 제기되었기 때문에 다른 청구인들이 이 청구를 계속할 수 없다고 주장하였다.

96. 재판소는 자료 검토를 통하여 이 청구(2668/07)는 2007년 1월 11일 팩스로 재판소에 제출되었고, 서명이 된 서면 청구서도 2007년 1년 11일 우편으로 제출되었다는 점을 확인하였다. 반면 Firat Dink가 사망한 것은 그로부터 8일 후인 2007년 1월 19일이었다. 따라서 정부의 이의는 기각되어야 한다.

97. 다음으로 정부는 형사법원이 최종 판결을 내리기 전에 Firat Dink가 사망했다는 점을 근거로 Firat Dink의 피해자로서의 신분과 청구인들의 국내 절차 소진에 대하여 이의를 제기하였다. 실제로 파기원에서의 절차 마지막에 1심 법원으로 회부된 이 사건은 피고인의 사망으로 종결되었다.

98. 정부는 또한 다른 청구인들이 이 청구(2668/07)를 계속할 수 있는 가능성에 대해 문제를 제기하였다. 정부는 Dink의 표현의 자유는 양도할 수 없는 권리이므로 청구인들이 Firat Dink를 대신하여 이 권리를 주장할 수 없다고 다투었다.

99. 청구인들은 이러한 이의제기를 다투면서 이를 기각해 달라고 재판소에 요청하였다.

100. 재판소는 이러한 선결적 항변은 Firat Dink의 표현의 자유에 대한 제한이 존재했는지의 문제, 따라서 협약 제10조에 따라 제기된 본안과도 밀접하게 관련된 질문들을 제기한다고 본다. 그러므로 재판소는 본안에 대한 결론을 고려하여 이 쟁점을 다시 검토할 것이다.

101. 재판소는 더 나아가 이 청구들이 협약 제35조 제3항의 의미에 따라 명백히 근거가 없다고 보지 않는다. 재판소는 또한 이 청구들을 받아들여질 수 없는 다른 사유를 발견하지 못하였다. 따라서 이 청구들은 받아들여질 수 있다고 선언되어야 한다.

B. 본안 판단

1. 국가에 의한 제한 그리고/또는 적극적 의무의 존재 여부

102. 정부는 형사법원에서 Firat Dink에 대한 최종판결을 내리기 전에 그가 사망했기 때문에 그가 피해자로서의 신분을 가지고 있지 않았다고 주장하였다. 실제로 파기원에서의 절차 마지막에 1심 법원으로 회부된 이 사건은 피

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

고인의 사망으로 종결되었다. 따라서 Dink는 최종판결을 받지는 않았다.

103. 청구인들은 답변에서 Firat Dink의 유죄는 파기원 판결에서 확정되었으며 형사법원이 그 결정을 변경시킬 수는 없었다고 지적하였다. 그들은 더 나아가 표현의 자유에 대한 국가의 적극적 의무에 따라 당국은 필요한 모든 수단을 취해 Firat Dink가 타인을 불편하게 하는 의견을 표명했다는 이유로 제삼자로부터 공격당하는 것을 막았어야 했다고 주장하였다.

104. 재판소는 이의가 제기되었던 사실들을 상기한다. 파기원 형사 제9부는 유죄 판결을 내린 1심 판결을 확정하였으나, 제삼자들의 소송 참가를 수용한 결정은 번복하였다. 청구인에 대한 유죄 판결을 확정한 제9부의 판결에 대하여 검찰총장은 이례적으로 파기원에 항소를 제기하였으나 파기원 통합형사재판부는 이를 단호히 기각하였다. 형사법원이 -판결을 바꿀 가능성이 없는 채로- 다시 그 사건을 맡았을 때, Firat Dink는 그에게 이러한 판결을 받게 한 표현들로 인해 극단적 민족주의 단체가 자행한 암살의 피해자가 되었다.

105. 이 점에 대하여 재판소는 먼저 형사재판이 절차적 이유로 중단되었다 하더라도 유죄판결을 받고 처벌될 위험이 남아있을 경우 관련자는 억압적인 법률의 영향으로 인해 직접적인 고통을 경험했다고 타당하게 주장할 수 있고, 따라서 협약 침해의 피해자라고 주장할 수 있다고 본 판례법을 상기한다(그 중에서도 *Bowman v. the United Kingdom,* 1998년 2월 19일, 문단 107, Reports 1998-I 참고). 재판소는 Firat Dink가(최고 형사법원은 그에 대한 사건의 본안에 대하여 유죄를 확정하였다) 사망할 때까지는 더욱 강력하게 자신을 표현의 자유의 침해에 의한 피해자로 주장할 수 있는 위치에 있었다고 본다.

106. 더 나아가 재판소는 청구인들의 공식적 주장과 이 사건의 특수한 상황은 협약 제10조에 따른 국가의 적극적 의무를 수반한다고 본다. 재판소는 표현의 자유의 실질적이고 효과적인 행사를 위해 국가는 단순히 이 자유에 대한 제한을 삼가야 할 의무뿐만 아니라 이를 적극적으로 보호해야 할 (심지어 사인 간의 관계에서도) 의무를 지닌다는 점을 상기한다. 실제로 일부 사건에서 국가는 사인에 의한 공격으로부터 표현의 자유를 보호해야 할 적극적인 의무를 가진다(*Özgür Gündem v. Turkey,* no.23144/93, 문단 42-46, ECHR 2000-III, 이 사건에서 재판소는 신문사와 거기에서 일하는 언론인 및 직원에 대한 폭력과 협박을 선동하는 조직적 활동에 대하여 국가가 이를 조사하고 신문사와 직원을 보호해야 할 적극적 의무를 가진다고 명시한 바 있다; *Fuentes Bobo v. Spain,* no.39293/98, 문단 38, 2000년 2월 29일, 이 사건은 직장 내에서의 표현의 자유를 보호해야 할 국가의 적극적 의무와 관련된 것이다).

107. 이 사건에서 Firat Dink의 피해자로서의 신분에 영향을 미치는 특수한 상황과 관련하여, 재판소는 먼저 청구인에 대한 형사 절차가 극단적 민족주의 단체의 고소로부터 시작되었다는 점을 확인한다. 그들은 청구인의 표현 때문에 "터키인"이라는 자신들의 정체성이 공격을 받았다고 주장하였다. 검찰이 Firat Dink를 기소했을 때, 형사법원

은 이 단체들이 형사재판에 참여할 수 있도록 허락하였다. 둘째, 청구인들이 지적한 바와 같이, 재판소는 Firat Dink가 형법 제301조에 따라 유죄판결을 받음으로써 그가 대중에게 특히 극단적 민족주의 단체들에게 터키 출신의 모든 이를 모욕하는 사람으로 비춰졌다고 본다. 마지막으로 재판소는 Firat Dink 살해 혐의를 받은 가해자들이 극단적 민족주의 단체의 회원이라는 사실을 상기한다. 그들에게 이러한 주제는 매우 민감한 것이었다. 또한 경찰이 분명히 이 범죄 행위가 준비되고 있다는 정보를 알고 있었음에도 이를 막기 위하여 어떠한 조치도 취하지 않았음을 확인한다.

108. 이러한 점들을 고려하여 재판소는 파기원이 Firat Dink에 대한 유죄를 확정한 것은, 그 결정 단독으로 보든 혹은 극단적 민족주의 단체의 공격으로부터 청구인을 보호할 조치가 부재했다는 사실과 결합하여 보든 제10조 제1항이 보호하는 표현의 자유 권리 행사에 대한 제한을 구성한다고 본다.

109. 같은 이유로 재판소는 정부의 선결적 항변, 즉 청구인들이 국내 구제 절차를 소진하지 않았다는 점뿐만 아니라 Firat Dink는 협약 제10조에 따른 피해자의 신분이 아니라는 주장을 기각한다.

110. 같은 이유로 재판소는 다른 청구인들이 Firat Dink에 대한 유죄판결이 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유에 대한 권리 침해라는 판단을 얻는 것과 관련하여 정당한 이익을 가진다고 본다(*Dalban v. Romania* [GC], no.28114/95, 문단 39, ECHR 1999-VI 준용, *Nölkenbockhoff v. Germany,* 1987년 8월 25일, 문단 32-33, Series A no.123 참고). 따라서 재판소는 Firat Dink이외에 다른 청구인들이 이 청구(2668/07)를 계속하는 것과 관련된 정부의 이의를 기각한다.

2. 제한의 정당성

111. 그러한 제한(터키의 정체성을 모욕한 것에 대해 내린 유죄 판결)이 제10조 제2항의 조건을 충족하지 않는다면, 그 결정 단독으로 보든 혹은 이와 관련된 자의 생명을 보호할 조치가 부재했다는 사실과 결합하여 보든, 그것은 제10조를 위반한 것이다. 따라서 그 제한이 "법률에 규정된" 것이고, 그 항에 따른 하나 이상의 정당한 목표를 추구하였으며, 이를 달성하기 위해 "민주사회에 필요한" 것이었는지에 대한 검토가 이뤄져야 한다.

(a) "법률에 규정된"

112. 청구인들은 터키 형법에서 지칭하는 "터키의 정체성(Türklük)"이라는 단어의 과도하게 넓은 범위로 인해 국내법에 대한 접근가능성과 예측가능성이 제거되었다고 주장하였다. 그들은 또한 파기원이 이 표현을 터키 민족 출신 사람들이 가지는 모든 가치를 포함하는 것으로 해석한 것은 헌법이 규정하는 "터키의 정체성"의 개념과 모순된다

고 주장하였다. 헌법은 "터키의 정체성"이 출신 민족과 종교를 구분하지 않고 모든 터키 국민을 포함한다고 규정한다.

113. 정부는 구형법 제159조와 2005년 6월 시행된 신형법 제301조가 이 사건에서 문제가 되는 범죄를 명백하게 규정하고 있다고 지적하였다. 정부에 따르면 노련한 언론인이었던 Firat Dink는 자신이 형법의 이 규정에 따라 형사 기소될 위험이 있다는 것을 합리적 수준에서 예측할 수 있었다.

114. 재판소는 제10조 제2항의 의미에 따른 "법률에 규정된"이라는 표현은 문제가 제기된 조치가 국내법에 근거가 있는지를 의미하지만 이와 더불어 문제가 되는 법률의 질과도 관련 있다는 점을 상기한다: 이 표현은 법의 규율을 받는 자가 법에 접근할 수 있어야 하고 그 법률에 따른 결과를 예측할 수 있어야 하며 그 법률이 국내 상위법과 양립할 수 있어야 한다는 것을 의미한다(*Müller and others v. Switzerland,* 1988년 5월 24일 문단 29, Series A no.133, *Ezelin v. France,* 1991년 4월 26일, 문단 45, Series A no.202, *Margareta and Roger Andersson v. Sweden,* 1992년 2월 25일, 문단 75, series A no.226-A 참고).

115. 이 사건에서 첫 번째 조건이 충족되었는지에 대한 논란은 없다. 아무도 문제가 되는 조치가 사건이 일어난 시점에 시행 중이던 신 형법 제301조에 근거하고 있었다는 점에 대하여 이의를 제기하지 않았다. 이 조항은 구 형법 제159조의 용어들을 채택하였는데, 이 조항은 특히 터키의 정체성을 모욕하는 행위를 처벌하였다.

116. 그렇다면 청구인들이 주장하듯이, "터키의 정체성"이라는 용어의 과도하게 넓은 범위가 문제가 되는 법적 규범의 접근가능성과 예측가능성을 감소시키는가라는 문제가 제기된다. 파기원이 이 표현을 터키 민족 출신 사람들의 가치와 관습만을 포함한다고 해석하는 한, 재판소는 청구인 Firat Dink가 형법 제301조에 따른 유죄판결을 예측할 수 있었다는 사실에 대하여 심각한 의심을 가질 수밖에 없다고 본다. 파기원의 이러한 해석은 "터키의 정체성"은 출신 민족이나 종교 구분 없이 모든 터키 국민을 포함한다는 헌법의 개념과 모순된다. 그러나 제한의 필요성과 관련하여 재판소가 도달한 결론을 고려했을 때(아래 문단 136), 여기서 이 문제를 결정하는 것은 필요하지 않다고 본다.

(b) "정당한 목표"

117. 정부는 문제가 되는 제한은 적어도 공공질서 유지라는 정당한 목표를 추구하였다고 주장하였다. 청구인들은 이에 대해 이의를 제기하였다.

118. 처음부터 재판소는 자신의 의견을 표현한 것 때문에 위협을 받았던 언론인 Firat Dink의 생명을 보호하지 못한 것은 어떠한 정당한 목표에도 공헌하지 못했다는 점을 확인한다. 그러나 파기원의 판결을 보았을 때 터키의 입법자와 형사법원은 국가기관에 대한 불신이 공공질서에 대한 위협을 구성할 수 있다고 믿었다는 것이 분명히 드러난다. 이러한 근거에 따라 청구인에게 내려진 유죄판결에 대하여, 재판소는 청구인이 폭력을 선동하지도 않은 상

황에서 국가 조직에 대한 불신을 예방하는 것이 "공공질서의 수호"를 위한 것이라는 정부의 주장을 받아들일 수 있는지 심각하게 망설이게 된다. 그러나 재판소는 이 문제가 제한의 필요성 심사와 긴밀하게 관련되어 있다고 본다(문단 119 이하 참고).

(c) "민주사회에서 필요한"

119. 정부의 제한이 그러한 목표를 달성하는데 "필요한" 것이었는지에 대해 결정해야 한다.

(i) 당사자들의 주장

120. 청구인들은 문제가 된 기사들에서 Firat Dink가 다룬 주제들은 공적 이익과 관련된 문제들이었다고 주장하였다. 그들은 형사법원이 문제의 모든 기사들뿐만 아니라 Firat Dink의 인간성도 고려해야 했으며 Firat Dink가 터키인과 아르메니아이 사이의 우호적 관계를 위해 항상 노력했다는 점을 알아야 했다고 주장하였다. 청구인들의 주장에 따르면, 로잔 조약에 따라 소수자로 인정받은 민족에 속하는 저명한 언론인이 그 소수자 구성원의 정체성 문제에 대해 말하는 것은 너무나도 당연한 일이었다. 소수자 집단의 구성원이 일상에서 겪는 문제에 대해 말할 수 있는 민주적 환경을 만드는 것은 표현의 자유에 대한 국가의 적극적 의무 중 하나이다. 그러나 터키의 정체성을 모욕했다는 이유로 Firat Dink를 기소하고 처벌함으로써 국가 기관은 이러한 문제를 논의하는 소수자 집단 구성원은 국가의 적이라는 메시지를 극단적 민족주의 단체에 전달했을 수 있다. 바로 이 메시지, 극단적 민족주의 단체들이 분명하게 받아들인 이 메시지가 Firat Dink의 암살을 초래했을 것이다.

121. 정부는 문제가 되는 연재 기사에서 청구인이 한 진술은 증오표현에 해당한다고 보았다. 형사법원 역시 그 발언이 터키의 정체성에 대한 왜곡, 경멸, 모욕이라고 판결하였다. 출신 민족이나 종교에 근거를 둔 증오표현을 막는 것은 긴박한 사회적 필요에 해당할 수 있으며 민주사회에 필요한 제한일 수 있다.

122. 정부는 더 나아가 증오표현이나 공공질서를 어기는 행위에는 표현의 자유에 대한 국가의 적극적 의무가 적용되지 않는다고 주장하였다. 오히려 증오표현을 막는 것과 이러한 유형의 표현으로 인해 피해를 본 사람들을 보호하기 위한 체계를 제공하는 것이 국제 문서, 특히 유럽이사회 각료위원회 결의로부터 야기되는 국가의 의무일 것이다.

(ii) 일반 원칙

123. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"

에도 적용된다(*Prager and Oberschlick v. Austria,* 1995년 4월 26일, 문단 38, Series A no.313, *Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, 문단 42, Series A no.236, *Handyside v. Kingdom United,* 1976년 12월 7일, 문단 49, Series A no.24, *Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일, 문단 37, Series A no.298 참고).

124. 언론은 민주사회에서 중요한 역할을 한다: 보도 과정에서 타인의 명성 보호를 포함한 일정한 한계를 넘어서는 안 되지만 언론은 자신의 의무와 책임에 따라 일반적 이익과 관련된 모든 문제에 대한 정보와 생각을 전달할 책무가 있다(*De Haes and Gijsels v. Belgium,* 1997년 2월 24일, 문단 37, *Reports* 1997-I). 언론의 자유에는 일정 정도의 과장 심지어는 도발까지도 포함된다(위 인용, *Prager and Oberschlick,* 문단 38 참고).

125. 일반적으로 표현의 자유 행사에 대한 제한의 "필요성"은 설득력 있게 확립되어야 한다. 이러한 제한을 정당화할 수 있는 "긴박한 사회적 필요성"이 있는지를 평가하는 것은 일차적으로 당국의 몫이고, 당국은 그 과정에서 일정 정도의 재량 여지를 가진다. 이 사건에서와 같이 언론과 관련된 사건에서 국가의 재량권은 언론 자유의 보장과 유지라는 민주사회의 이익과 어긋난다. 마찬가지로 국가의 제한이 제10조 제2항에서 요구하는 바와 같이 추구하는 정당한 목적에 비례하는지를 결정할 때 언론의 자유 보장이라는 이익에 큰 비중을 두어야 한다(*Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 45, ECHR 1999-I 참고).

126. 감독의 의무를 수행함에 있어 재판소의 임무는 국내법원의 자리를 대신하는 것이 아니라 법원이 자신의 재량권에 따라 내린 결정을 제10조에 따라 확인하는 것이다. 이러한 목적을 위해 재판소는 사건 전체를 고려하여 문제가 되는 제한을 살펴보고 당국이 그 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 "적절하고 충분한지"를 판단해야 한다(*Goodwin v. United Kingdom,* 1996년 3월 27일, 문단 40, *Reports* 1996-II 참고). 그렇게 함에 있어 재판소는 국내 당국이 적용한 기준이 제10조가 명시하는 원칙과 일치하고, 더 나아가 당국이 관련 사실을 인정할 수 있는 방식으로 평가했다는 점을 납득해야 한다(*Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 32, ECHR 1999-IV 참고).

(iii) 사실에 대한 평가와 이 사건에 대한 일반 원칙의 적용

127. 문제가 되었던 청구인 Firat Dink의 의견은 디아스포라 아르메니아인 정체성의 문제와 관련된 연재 기사의 일부였다. 터키어와 아르메니아어 두 개의 언어로 쓰인 신문에 발행된 이 연재는 아르메니아인과 관련된 역사적 사건, 특히 1915년에 일어난 사건에 대한 의견을 표현하는 형식뿐만 아니라 그 내용과 언어적 측면에서 봤을 때 디아스포라의 구성원들에게 자신들의 정체성을 재정의하기 위한 해결책을 제시했다는 점에서 정치적 담론의 형태를 띠었다.

128. 재판소는 가장 먼저, 파기원에서 진행된 항소심에서 검찰이 지적한 것처럼, 청구인이 작성한 연재 기사를 전체를 검토한 결과 청구인이 "중독된 피"라고 표현한 것은 아르메니아인이 가지고 있는 "터키인에 대한 인식"이라는

점과 1915년에 일어난 사건이 제노사이드라는 점을 터키인에게 인식시키려는 디아스포라 아르메니아인들의 "강박적" 성격이라는 것이 분명히 드러났다는 점을 지적한다. 재판소는 청구인 Firat Dink의 주장, 즉 아르메니아인을 항상 "피해자"라고 느끼게 만든 이 강박은 디아스포라의 아르메니아 구성원들의 삶을 망쳤고 건강한 근본에 기초하여 자신들의 정체성을 발전시키는 것을 막았다고 주장했다는 점을 알고 있다. 정부의 주장과는 반대로 재판소는 "터키인"을 겨냥한 것이 아닌 이 진술들은 증오표현이라고 볼 수 없다고 결론 내렸다.

129. 재판소는 파기원이 이와 다른 결론을 내렸다는 점을 알고 있다. 파기원은 청구인이 사용한 "중독된 피"이라는 표현이 "터키인의 피"를 지칭하는 것이라고 보았다. 그러한 결론에 도달하는 과정에서 파기원은 청구인의 다른 주장들을 원용하였다: Firat Dink는 터키인-아르메니아인의 관계에 대한 분석에서 "과대 망상"과 "트라우마"라는 표현을 사용하였다; 그는 또한 "모든 사람들이 양심을 돌아보도록 하기에 너무 이른 것은 아니다" 그리고 "[제노사이드의] 현실을 받아들일지의 여부는 기본적으로 각자의 양심에 달려있는 것이고, 이는 인간의 정체성과 인류애라는 공동의 가치로부터 발생한다"고 진술하였다; 마지막으로 Firat Dink는 "특히 현실을 받아들이는 자는 자신의 인간성을 정화시킨다"라고 결론 내렸다.

130. 어떻게 파기원이 이러한 사실들에 근거하여 Firat Dink가 "터키의 정체성을 모욕"했다는 결론을 확립했는지 살펴보기 위해 재판소는 파기원이 그 용어를 어떻게 해석했는지를 검토할 것이다. 파기원에 따르면 터키의 정체성이란 국가의 구성 요소 중 하나인 인간적 요소, 즉 "터키 국민"을 가리킨다. 사실상, 터키의 정체성은 "국가의 언어, 국가의 정서, 국가의 정서뿐만 아니라 인간, 종교, 역사적 가치로 구성된 민족적, 도덕적 가치의 세트"라고 할 수 있다.

131. 재판소는 터키 형법 제301조(혹은 구형법의 제159조)가 지키려고 하는 이익의 관점에서 봤을 때 파기원이 이 사건의 맥락 속에서 터키의 정체성의 개념을 해석한 방식은 이중적 효과를 가진다는 점에 주목한다. 첫째, 국가의 구성 요소 중 하나인 "터키 국민"을 언급한 것에서 알 수 있듯이 터키의 정체성은 국가 그 자체와 유사한 것이었다. 그러한 점은 정부가 추구한 정책이나 국가 기관의 행위에서도 구체적으로 실현되었다. 둘째, 터키의 정체성을 터키의 전통적 종교, 역사, 언어에 소속되어 있는 것에만 한정함으로써 다른 종교, 언어 혹은 소수 민족은 (국제 조약의 인정 여부와 상관 없이) 파기원이 내린 터키의 정체성의 정의로부터 배제되었다.

132. 이런 식의 해석을 통해 파기원은 터키의 정체성 혹은 터키 민족을 특정 사안에 대한 국가 기관의 구체적 정책, 즉 소수자 아르메니아인의 정체성과 관련된 정책의 상징으로 보게 되었다고 재판소는 판단한다. 그 결과로 이 정책 혹은 이 주제와 관련된 공식적 입장에 대한 비판은 터키의 정체성 혹은 터키 민족의 "특성을 없애는 것, 가치를 빼앗는 것, 그리고 그 민족을 경멸하는 것"이라고 판단할 수 있었던 것이다. 이러한 점들을 고려하여, 재판소는 이 사건에서 파기원이 청구인의 견해에 대해 유죄판결을 내린 것은 국가 기관이 1915년의 사건은 제노사이드라는 입장을 거

부한 것에 대한 청구인의 비판을 간접적으로 처벌한 것이라고 본다.

133. 이와 관련하여 재판소는 협약 제10조 제2항은 정치적 담론이나 일반적 이익과 관련된 문제의 영역에서 표현의 자유를 제약할 수 있는 여지를 거의 두지 않는다는 점을 상기한다(*Wingrove v. the United Kingdom,* 1996년 11월 25일, 문단 58, Reports 1996-V, *Seher Karataş v. Turkey,* no.33179/96, 문단 37, 2002년 7월 9일). 더군다나 정부에 대한 비판의 경우 허용 가능한 비판의 한계는 사인(私人), 심지어 정치인에 대한 경우보다 더 넓다. 또한 정부가 가지는 지배적 위치를 고려했을 때 정부는 되도록 형사적 대응을 자제해야 한다. 특히 정부를 반대하는 자의 부당한 공격이나 비판에 대응할 수 있는 다른 수단이 있는 경우라면 더욱 그러하다(*Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일, 문단 54, *Reports* 1998-IV). 마지막으로 문제가 되는 진술이 개인이나 국가를 대표하는 자 혹은 특정 인구에 대한 폭력의 사용을 선동하는 경우, 국내 당국은 표현의 자유 행사를 제한할 필요성을 고려함에 있어 더 넓은 재량 여지를 행사할 수 있다(위 인용, *Ceylon,* 문단 34).

134. 그러한 점을 고려하여 문제가 되는 연재 기사를 전체적으로 봤을 때, 재판소는 이 기사가 폭력의 사용, 무장 저항이나 봉기를 선동했다고 보지 않는다. 재판소가 보기에 폭력의 선동 여부는 반드시 고려해야 할 요소이다.

135. 이것이 결정적 요소가 아닐 수도 있다. 그러나 재판소는 그에 더해 Firat Dink이 언론인이자 터키어와 아르메니아어 언어로 발행되는 신문의 편집자로 발언했다는 사실 또한 고려하였다. Firat Dink는 터키 내 정치적 행위자로서의 자신의 역할이라는 맥락 속에서 소수자인 아르메니아인과 관련된 문제들을 다루었다. Firat Dink가 자신이 보기에 1915년 사건에 대한 부정처럼 보이는 태도에 대하여 분노를 표현하였을 때, 그는 그저 민주사회에서 일반적 이익과 관련된 일에 대하여 자신의 생각과 의견을 전달한 것 뿐이었다. 재판소는 그러한 사회에서 특별한 중요성을 가지는 역사적 사실에 대한 논쟁이 자유롭게 이뤄질 수 있도록 허용하는 것은 매우 중요한 일이라고 본다(*Giniewski v. France,* no.64016/00, 문단 51, ECHR 2006-I를 준용하여 참고). 재판소는 "역사적 진실을 찾는 것은 표현의 자유에서 불가결한 부분"이고 공개적 토론이 진행되고 있는 주요한 역사적 문제를 "중재하는 것은 재판소가 할 일이 아니"라는 점 또한 지적한다(*Chauvy and Others v. France,* no.64915/01, 문단 69, ECHR 2004-VI 준용하여 참고). 더군다나 국내 법원에 따르면 Firat Dink가 쓴 기사는 "이유 없이 공격적"이거나 모욕적인 것도 아니었고, 경멸이나 증오를 선동하지도 않았다.

136. 따라서 Firat Dink에게 유죄를 선고한 것은 민주사회에서 표현의 자유를 제한할 필요를 정당화하는 주요한 조건 중 하나인 "긴박한 사회적 필요"에 부합하지 않는다.

(iv) 국가의 적극적 의무

137. 다른 청구인들의 주장, 즉 Firat Dink에 대한 유죄판결이 그를 네 개의 극단적 민족주의 단체(결국 그들은 Firat Dink를 살해하였다)의 목표로 지명했다는 주장과 관련하여 재판소는 표현의 자유와 관련된 국가의 적극적 의무에 대한 의견을 되풀이하여 말한다(위 문단 106). 또한 재판소는 이 영역에서의 적극적 의무란 국가가 작가나 언론인을 보호할 수 있는 효과적인 체제를 확립하는 동시에 공개 토론에서 관련된 모든 사람이 참여할 수 있는 환경을 만들 의무가 있다는 것을 의미한다고 본다. 이를 통해 사람들은 자신의 의견과 생각이 국가 당국이 옹호하는 공식적 의견이나 대다수 여론에 반대된다고 하더라도 혹은 그것이 대중을 매우 화나게 만들거나 충격에 빠뜨리는 의견이나 생각이라 하더라도 두려움 없이 그것을 표현할 수 있다.

138. 이러한 맥락에서 재판소는, 위 문단 107에서 명시한 것처럼, 이 사건의 특정한 상황이 청구인 Firat Dink의 피해자로서의 신분에 미친 영향에 대해 재판소가 내린 결정을 다시 한번 반복하여 언급한다. 재판소가 보기에, 이러한 상황 속에서 법 집행 당국이 극단적 민족주의 단체 회원들의 공격으로부터 Firat Dink의 목숨을 보호해야 할 의무를 수행하지 못한 것에 더해(위 문단 75) 형사 법원이 긴박한 사회적 필요가 부재한 상황에서 유죄판결을 내린 것은 국가가 청구인의 표현의 자유와 관련하여 적극적 의무를 수행하지 않았다는 것을 보여준다.

139. 이러한 이유들을 고려하여, 재판소는 파기원이 Firat Dink에 대한 유죄판결을 확정한 것은, 그 결정 단독으로 보든 혹은 전투적인 극단적 민족주의 단체의 공격으로부터 청구인을 보호할 조치가 부재했다는 사실과 결합하여 보든, 제10조 제1항이 보호하는 표현의 자유 권리 행사에 대한 제한을 구성한다고 판단한다.

140. 재판소에 제출된 주장과 협약 제10조에 따른 위반 결론을 고려했을 때, 재판소는 제6조, 제7조, 제14조에 따른 진정은 별개의 검토가 필요한 사실적, 법적 문제를 제기한다고 보지 않는다.

Ⅲ. 협약 제2조와 제13조 공동 위반 주장

141. 협약 제13조는 다음과 같이 명시하고 있다:

> "이 협약에 규정된 권리와 자유를 침해당한 모든 사람은 그 침해가 공무집행 중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 국내 당국으로부터 실효적인 구제조치를 받아야 한다."

142. 재판소는 이 청구가 협약 제35조 제3항의 의미에 따라 명백하게 근거가 없지 않고 이 청구를 받아들이지 않을 다른 이유가 없다고 판결한다. 따라서 이 청구는 받아들여질 수 있는 것으로 선언되어야 한다.

143. 재판소는 이 조항이 요구하는 것은 국내 법원이 효과적인 구제 명령을 내림으로써 국내 당국이 협약에 기초하여 논증 가능한 주장의 내용을 경청하도록 만드는 것이라는 점을 상기한다(*Zand Others v. the United Kingdom* [GC], no.29392/95, 문단 108, ECHR 2001-V). 이 조항의 목적은 개인이 협약상 권리를 침해받은 경우 재판소와 같은 국제 진정 기구에 호소하기 전에 그가 국내 수준에서 적절한 구제를 얻을 방법을 제공하기 위한 것이다(*Kudła v. Poland* [GC], no.30210/96, 문단 152, ECHR 2000-XI).

144. 이 사건에서 제2항에 따른 청구 사항과 관련하여 제13조에 따른 실효적 구제조치라는 개념은, 타당한 경우 보상금을 지급하는 것에 더하여, 철저하고 효과적인 조사를 통해 책임자를 찾아내고 처벌하는 것을 의미한다. 여기에는 조사 절차에 가족들이 접근할 수 있게 하는 것도 포함된다. 이러한 관점에서 봤을 때 제13조의 요구 사항은 단순히 제2조가 부여하는 효과적 조사를 수행할 절차적 의무의 범위를 넘어선다(위 인용, *Kaya,* 문단 107). 따라서 만약 Firat Dink가 제기된 혐의에 대해서 책임을 입증할 기회를 얻지 못했다면 따라서 형사 절차에서 당사자로 이 문제에 개입하거나 이 사건을 민사 혹은 행정법원으로 회부하는 방식으로 적절한 구제를 구할 기회를 얻지 못했다면 재판소는 청구인이 실효적 구제조치를 박탈당했다고 결론내릴 수 있다. 즉 범죄 조사와 이 청구인들이 이용 가능한 구제조치 사이에는 법적 명령을 통한 확실하고 밀접한 관계가 존재하는 것이다(위 인용, *Öneryıldız,* 문단 148).

145. 제2항에 따른 청구 사항에 대한 판결을 고려했을 때, 재판소는 그러한 청구가 제13조의 목적을 "논증할 수 있다"라고 결론 내릴 수 밖에 없다. 따라서 청구인들은 실효적 구제조치를 이론으로 뿐만 아니라 실제로 행사할 수 있었어야 했다. 즉 실효적 구제조치가 이뤄졌다면 Firat Dink의 생명을 보호하는 것과 관련하여 부작위와 과실의 책임자를 찾아내 처벌하고 그에 따른 손해를 배상했을 것이다.

위에서 언급한 사건에 대한 효과적인 조사가 이뤄지지 않았으므로 재판소는 협약 제2조와 함께 제13조의 위반이 있었다고 결론 내린다. 따라서 청구인들은 손해배상 청구소송과 같이 이론적으로 이용 가능한 다른 구제책에 대한 접근을 박탈당하였다(*Kamer Demir and Others v. Turkey,* no.41335/98, 문단 52-55, 2006년 10월 19일).

Ⅳ. 협약 제41조의 적용에 대하여

146. 협약 제41조에 따라,

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 회원국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해배상

147. 청구인들은 정부가 Firat Dink의 표현의 자유를 침해한 것에 대하여 비금전적 손해배상으로 500,000유로를 그의 생명을 보호하지 못한 것에 대하여 500,000유로를 요구하였다. 청구인들은 문제가 되었던 유죄판결로 인해 Firat Dink가 터키인의 적으로 비춰졌고, Firat Dink가 평생 동안 싸워온 대상이었던 외국인 혐오행위를 하는 가해자들에게 노출되었다는 사실 때문에 가족 구성원 모두가 고통 받았다고 주장하였다.

148. 정부는 그 금액이 과도하고 부당하다고 보았다.

149. 재판소는 이 사건에서 다음과 같이 결론 내렸음을 상기한다. 당국은 제2조가 부과하는 중요한 의무에도 불구하고 극단적 민족주의자들의 위험한 공격에 대한 정보를 가지고 있었음에도 그러한 공격으로부터 Firat Dink의 목숨을 충분히 보호하지 못하였다(위 문단 75). 또한 협약 제2조가 부과하는 절차적 의무(위 문단 91)와 제13조에(위 문단 146) 반하여 제대로 된 수사를 진행하지 않았고, Firat Dink의 생명을 보호하는 것과 관련된 당국의 과실에 대하여 실효적 구제를 제공하지도 않았다. 터키의 정체성을 모욕한 것에 대하여 Firat Dink에게 내린 유죄판결을 확정한 것은, 그 판결 단독으로 보든 극단적 민족주의 단체 활동가들의 암살로부터 그를 보호할 수 있는 조치가 없었다는 사실과 함께 보든, 그의 표현의 자유에 대한 침해를 구성하였다. 이는 협약 제13조(위 문단 146)와 제10조(위 문단 139)를 위반한 것이다.

150. 이 사건의 정황을 고려하여 재판소는 청구인 Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink, Sera dink에게 합동으로 100,000유로를 재정하는 것이 적절하다고 본다. 재판소는 또한 청구인 Hasrof Dink에게 5,000유로를 지급할 것을 승인한다.

B. 비용과 지출금

151. 청구인들은 또한 변호사 비용으로 84,150유로를 요구하였다. 이는 다섯 명의 청구인 모두를 대리하여 변호사들이 국내 법원과 재판소에서 업무를 본 255시간에 대한 비용이었다. 그들은 기타 비용으로 3,595유로를 신청하였다. 청구인들은 이에 대해 상세한 증빙 서류를 제출하였다. 그들은 재판소가 청구인에게 손해배상금을 재정할 경우 총액의 15%를 변호사에게 주기로 한 조항이 계약에 있다는 사실을 지적하였다.

152. 정부는 비용이 과도하며, 변호사 비용은 이스탄불 변호사협회에 적용 가능한 기준을 고려해야 한다고 주장하였다.

153. 재판소의 판례법에 따르면, 청구인은 비용과 지출금의 실체와 필요성 그리고 그 금액의 합당함이 입증된

정도에 따라 그 비용을 보전 받을 수 있다. 재판소가 가지고 있는 서류와 위에서 언급한 기준을 고려했을 때, 재판소는 모든 비용을 합쳐 청구인에게 총 28,595유로를 재정하는 것이 합당하다고 본다.

C. 지연 이자

154. 지연 이자는 유럽중앙은행의 한계대출금리를 근거로 하여 그것에 3%를 더하는 것이 적절하다고 재판소는 판단한다.

이러한 이유로, 재판소는 만장일치로

1. 정부의 선결적 항변의 주장은 합치고 이를 기각한다;

2. 본 청구는 받아들여질 수 있다고 선고한다;

3. 협약 제2조와 관련하여 실질적 측면에서의 위반이 있었다고 판결한다;

4. 협약 제2조와 관련하여 절차적 측면에서의 위반이 있었다고 판결한다;

5. 협약 제10조의 위반이 있었다고 판결한다;

6. 협약 제2조와 함께 제13조의 위반이 있었다고 판결한다;

7. 협약 제6조, 제7조, 제14조에 따른 청구는 검토할 필요가 없다고 판결한다;

8. (a) 피청구국은 협약 제44조 제2항에 따라 본 판결이 최종 판결이 된 날로부터 3개월 이내에 청구인에게 다음의 금액을 지급일 기준 환율에 맞춰 터키 리라로 환전하여 지급해야 한다.

   i. 비금전적 손해에 대하여 손해청구인 Rahil Dink, Delal Dink, Arat Dink, Sera Dink에게 공동으로 100,000유로(일십만 유로) 그리고 청구인 Hasrof Dink에게 5,000유로(오천 유로)에 더해 이와 관련하여 발생하는 모든 세금;

   ii. 비용과 지출금에 대하여 청구인에게 공동으로 28,595유로(이만팔천오백구십오 유로)에 더해 이와 관련하여 발생하는 모든 세금;

(b) 위에서 언급한 석 달이 만료된 때로부터 지급일까지, 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

9. 정당한 구제에 대한 나머지 요구는 기각한다.

프랑스어로 작성되었고, 이후 재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라 2010년 9월 14일 서면으로 통지하였다.

Stanley Naismith	Françoise Tulkens
서기	재판장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라 Sajó 재판관이 작성하고 Tsotsoria 재판관이 동의한 별개의견을 이 판결문에 첨부한다.

F.T

S.H.N.

TSOTSORIA 재판관이 동의를 표현한 SAJO 재판관의 별개 의견

(번역)

나는 이 사건에서 Firat Dink의 생명권과 표현의 자유에 대한 침해가 있었다는 재판소의 결론에 동의한다; 그러나 내가 그러한 결론에 도달하게 된 이유는 이 판결에 대한 추론의 근거와는 다소 다르다.

A. 피해자로서의 신분과 국가의 의무-제10조

판결문 문단 106은 Dink의 피해자로서의 신분이 표현의 자유를 보호해야 할 국가의 적극적 의무와 연결되어 있다는 것을 보여준다. 그 근거는 다음과 같아 보인다: Dink의 암살은 그에 대한 유죄판결과 연결되어 있다. 따라서 국가가 제10조에 따른 적극적 의무를 준수하지 않았기 때문에 그가 피해자의 신분이 되었다. 다음과 같은 이유로 나는 이 사건에서 제10조로부터 구체적으로 야기되는 국가의 적극적 의무는 없으며, 재판소도 청구인의 피해자로서의 신분에 대한 정부의 반대를 기각하기 위해 그러한 추론에 의지할 필요가 없다고 생각한다. 정부는 파기원 절차의 마지막에 1심 법원으로 회부된 이 사건은 피고인의 사망으로 인해 종료되었다고 주장하였다.

Dink가 확실히 피해자인 이유는 다음과 같다. 첫째, 파기원이 청구인에 내린 유죄판결은 1심 법원에 의해 집행되어야 했다. 따라서 그것은 최종적이었다. 둘째, 정부는 제2조에 따라 청구인의 생명을 보호해야 하는 국가의 적극적 의무의 위반으로부터 비롯된 사실(죽음)을 원용할 수 없다.

재판소는 국가는 신문이나 언론인을 보호해야 할 적극적인 의무를 진다고 판결하였다. 판결문 107-108에 따르면 Firat Dink가 살해된 것은 일부 파기원의 판결에 따른 결과이고 다른 일부는 극단적 민족주의 집단이 이 형사소송에 참여할 수 있도록 허가했기 때문이다. 그리고 재판소는 "파기원이 Firat Dink에 대한 유죄판결을 확정한 것은, 그 판결 단독으로 보든 극단적 민족주의 단체 활동가들의 암살로부터 그를 보호할 수 있는 조치가 없었다는 사실과 함께 보든, 그의 표현의 자유에 대한 침해를 구성"한다고 결론 내렸다. 그러나 여기에서의 문제는 제10조의 침해가 아니라 Dink의 피해자로서의 신분으로, 이에 대해 정부는 파기원의 판결이 속행(follow up)되지 않았다는 이유로 이의를 제기하였다.

나를 당황스럽게 한 것은 재판소가 제10조, 심지어는 제2조의 침해가 "극단적 민족주의" 집단의 활동과 얼마나 밀접하게 연결되어 있었는지를 추정한 정도이다. 재판소가 확증한 사실은 다음과 같다: Ataturk의 입양딸에 관한 기사가 나간 이후 일어난 시위와 협박 편지는 극단적 민족주의자들이 벌인 짓이었다. 그러나 그 시위가 불법이었다거나 위협적이었다는 지적은 없었다. 같은 집단의 회원들이 소송을 제기한 후 Firat Dink에 대한 또 다른 합법적 시위가

있었고, 극단적 민족주의 단체의 회원들은 재판이 열리는 동안 시위를 진행하였다. Firat Dink가 극단적 민족주의자 활동가에게 살해당한 것은 그로부터 3년 뒤, 유죄판결 후 6개월 후였다. Firat Dink에 항의하는 시위에 참여했던 극단적 민족주의자 활동가들은 Dink의 살인을 조장한 사람들과, 적어도 부분적으로라도, 같은 사람들인가? 더군다나 이렇게 다양한 별개의 활동 배후에 하나 혹은 그 이상의 집단이 더 있는지 아무도 알지 못한다.

Firat Dink의 피해자로서의 신분을 결정함에 있어, 재판소는 파기원의 판결이 그를 여론에, 특히 극단적 민족주의 단체에게, 터키 출신의 모든 사람을 모욕한 사람으로 제시했다는 사실을 고려하였다. 그러나 그를 암살하려는 계획이 있었던 것은 적어도 2006년까지 거슬러 올라갈 수 있고(판결문 문단 33), 경찰도 그 점을 인지하고 있었다. 한편으로는 범죄에 대한 계획과 유죄판결 사이의 관계가, 또 다른 한편으로는 음모에 대한 준비 단계와 살해 자체 사이의 관계가 분명히 밝혀지지 않았다. 나는 그 유죄판결이 언론을 보호해야 하는 국가의 적극적 의무를 부분적으로 위반했다고 보기는커녕 살인 사건의 부분적 원인이라고조차 결론 내릴 수 없다.

더군다나 나는 이 판결에서 표현의 자유를 보호하고 관계된 모든 사람이 공적인 토론에 참여할 수 있는 환경을 만들기 위한 국가의 적극적 의무를 해석한 내용에 동의할 수 없다.

언론인에 대한 공격과 협박에 관하여 다수 의견이 표명한 우려는 공유하지만, 이 사건의 특정한 배경 속에서, 문제가 되는 사적 행위(시위, 소송 참여자의 구성)는 합법적인 것이었다. 이러한 행위들은 쟁점이 되는 기사의 발행 후 일어났기 때문에 그로 인해 검열이라는 조치가 일어나지는 않았다. 물론 국가는 표현의 자유를 효과적으로 보호할 수 있는 체계를 마련해야 한다. 그에 더해 당국은 언론 행위를 방해하는 개인을 막을 수 있는 구체적인 보호 조치를 취해야 한다(*Özgür Gündem v. Turkey,* no.23144/93, ECHR 2000-III 참고). 그러나 우리는 제10조에 따른 국가의 적극적 의무가 권위주의로 흐르지 않도록 주의해야 한다. 언론 보호의 적극적 측면이 표현의 자유에 대한 제한이 될 수도 있다. 예를 들어, 언론에 대한 비판이 언론(물론 주로 친-정부 언론)을 보호하는 조치로 귀결될 수 있다. 국가의 권력 남용은 종종 적극적 의무라는 이름으로 자행되곤 한다. 제10조의 맥락 속에서 이러한 의무는 구체적인 언론 활동과 연관된 것이어야 한다. 언론인의 생명이 위협받는 경우에 보호의 의무는 제2조에 따른 국가의 적극적 의무와 혼동되기도 한다. 제2조에 따른 의무는 두 가지 측면에서 구체적인 내용을 가지고 있다:

- 인종주의적 공격에 대한 *Šečić v. Croatia*사건(no.40116/02, ECHR 2007-VI)에서 명시된 원칙에 따라 인종차별적 동기를 가진 범죄에 대하여 특별 수사를 해야 할 의무가 요구되듯이(*Natchova et al. v. Bulgaria* [GC], nos.43577/98 및 43579/98, ECHR 2005-VII), 언론인을 침묵시키기 위한 살인에서도 동등한 수사를 할 특별한 의무가 있다.

- 취해야 할 보호 조치와 관련하여 나는 언론인의 신체 보전에 위협은 심각하게 다뤄져야 하며 그것이 실제로 일

어날 수 있음을 전제해야 한다고 본다. 그러한 위협을 받는 언론인이 있다면 당국은 이러한 위협이 실제로 수행될 가능성과 제10조에 연결된 공익(언론에 대한 공격은 일반적 억제효과를 가진다)을 고려하여 그에게 높은 수준의 보호를 제공해야 한다. 즉, 언론인의 신체 보전을 보호하는 것은, 터키 당국이 이해하는 것처럼, 단순히 장관의 재량이 아니다(정부 의견, 평가 보고서 138/23, p.33 참고).

B. 제10조의 위반

제10조와 관련된 재판소 판결의 대부분은 비례성 문제에 대한 광범위한 분석을 제공한다. 그러나, 이 사건에서처럼, 일부 사건에서는 그러한 접근법이 표현의 자유를 보호하기 위한 최선의 방법은 아니다. 그러한 분석을 위한 정황적 기준은 제10조가 보장하는 표현의 자유를 향유하고 싶어하는 사람이 자기 검열의 유혹에 끊임없이 노출되어 있음을 의미한다. 너무 광범위하거나 모호하거나 자의적인 법적 제한에 걸릴 경우 그는 기소될 수 있고, 어쩔 수 없이 당국이나 재판소가 자신에 대한 유죄판결을 비례적이지 않다고 판결해주기를 기대할 수밖에 없을 것이다. 그러나 무엇을 "비례적이지 않다고" 판단할 것인지 그 사람이 미리 추측하기란 불가능하다. 예를 들어 약한 처벌이나 벌금을 받은 사람은 다른 사건들에서 제10조에 따른 보호의 혜택을 누릴 수 있게 했을 의견을 얻지 못할 것이다. 만약 그가 무죄 판결을 받거나 가벼운 처벌만 받았다면, 기소 자체가 심각하게 성가신 일이라는 점에서 그것이 "처벌"에 해당함에도 불구하고 검찰은 재판소의 감시를 빠져나갈 것이다. 자기 자신을 소송에 노출하는 것에 동의할 사람은 거의 없으므로 자기 검열이라는 현상이 생기게 되는 것이다.

앞서 말한 점들과 터키 형법 제301조가 남용되는 경향이 있다는 점을 고려했을 때, 나는 그 조에서 적용 가능한 조항은 표현의 자유를 제한할 수 있는 근거로 협약이 인정하는 정당한 목적을 추구하지 않는다고 판단한다. 재판소는 관련된 공공 정책의 존재에 대해 의문을 표하였지만, 내가 보기에 이 사건에서 터키의 정체성에 대한 모욕을 형사처벌한 것을 정당화할 수 있는 근거는 전혀 없다. 이 사건에서처럼 법률 자체가 표현의 자유를 침해하는 경우, 이 사건에서 단지 그 법률의 적용이라는 비례적이지 않은 부담 때문에 협약의 위반을 구성하는 문제적 제한이 초래되었다는 인상을 줘서는 안 된다. 이러한 종류의 법률과 맞닥뜨린 경우, "주장하는 목적의 추구를 위하여 그 제한이 '필요한' 것이었는지"를 결정하기 위해 비례성을 포괄적으로 분석할 필요가 없다는 것이다. 그에 더해 터키 형법 제301조를 용납할 수 없는 또 다른 이유는 그것이 예측성의 조건을 충족할 수 없다는 점이다; 사실상 그 조항은 어떠한 지침도 제공하지 않고 이에 대한 파기원의 해석은 명료하지 않다.

나는 어떻게 터키의 정체성에 대한 모욕을 형사 처벌하는 것이 제10조 제2항에 따라 허용되는 제한의 근거 중 하나에 속할 수 있는지 이해할 수 없다. 정부는 공공질서 보호를 주장했지만 그 이상의 설명은 제공하지 않았다. 어

떻게, 일반적 상황에서, 국가기관을 의심하는 것이 공공질서를 해칠 수 있다는 말인가? 거기서 우리는 억측에 빠질 수밖에 없다. 공공기관의 기능에 대해 과장되거나 공격적인 설명조차도 일반적 이익과 관련된 문제에 관한 토론의 일부이다. 나는, 그러한 설명이 증명되었고 임박한 성격을 띠고 있다는 것을 입증해야 한다는 조건과 상관없이, 어떻게 그것이 폭력을 이끌거나 공공질서를 교란할 가능성이 있다고 주장할 수 있는지 이해할 수 없다. 만약 정부가 주장하는 공공 정책의 이익이란 것이 "터키의 정체성"에 대한 공격은 "공공기관"에 대한 불명예를 가져온다는 생각에 기초하고 있다면 이 주장은 순전한 억측이라고 봐야 하며 더 이상의 분석 없이 기각해야 한다.

여전히 내가 납득할 수 없는 이유이기는 하지만 공공질서와 관련된 두 가지 다른 설명을 고려해 볼 수 있다. 첫째, 터키의 정체성에 대한 모욕은 많은 사람이 폭력적으로 될 수 있는 실질적인 분노를 불러일으킨다고 주장할 수 있다(인도의 일부 지역에서 종교적 상징에 대한 모욕은 필연적으로 폭동을 촉발한다). 즉, 어떤 집단에 대한 모욕이 폭력적 반응을 일으킬 가능성이 있는 구체적인 상황이 있을 수 있다: 그렇다면 그것은 폭력의 도발이라는 구체적인 행위이다. 그러나 그러한 사법적 해석이 부재하고(있다고 하더라도 그것은 매우 문제적 해석이다) 터키의 상황이 너무 절망적이라 폭력과 폭동을 피할 수 없었을 것이라는 점을 정부가 보여주지 않았다는 것을 고려했을 때, 나는 공공질서와 관련된 주장은 받아들일 수 없다고 본다.

다수의 사람이 Firat Dink의 글에 너무나 분노하여 그를 죽이겠다고 결심했을 수도 있다. 그러나 이는 적절한 고려 사항이 될 수 없다. 당국은 살인을 막았어야만 했다. 당국이 공공질서와 치안 유지를 위한 국가 자원의 배치를 거부함으로써 사람들이 공개적으로 자신의 의견과 생각을 표현하는 것을 침묵시킬 수 있다면 표현의 자유와 민주주의는 존재할 수 없다. 경멸은 그것이 특정한 진술로부터 비롯된 것이라 하더라도, 그 자체로 폭력의 요인이 될 수 없다. 그리고 실제로 그러한 경멸적 진술의 대상에 대한 불만으로 인해 혼란이 일어났다고 주장하는 경우에도 그 진술의 저자가 그러한 잠재적 무질서의 원인이라고 볼 수는 없다. 경멸과 그로 인한 혼란 혹은 폭동을 표현의 자유를 제한할 수 있는 정당한 근거라고 받아들이는 것은 그러한 혼란을 일으키는 사람에게 표현의 자유를 금지할 수 있는 권리를 주고, 표현의 자유를 주장하는 사람을 반대하는 폭력적 집단이 무엇이 허용가능한 표현인가에 대한 자신들의 의견을 그에게 강제할 수 있도록 허용하는 것이나 마찬가지이다. 국가는 이러한 면과 관련하여 적극적 의무를 지지만 실질적으로 이는 그러한 집단에 의한 검열을 예방하는 것과 관련된 것이다. 공공질서는 공개적 진술을 한 사람이 아니라 그것을 청취한 사람의 폭력으로부터 보호되어야 한다.

둘째, 공공질서를 헌법에 명시된 가치에 따라 공적 업무를 체계화하는 "헌법적 질서"라고 정의할 수도 있다. 예를 들어 그 사회에서 일부다처제를 인정하는 것은 혼인, 평등 등에 대한 헌법적 가치와 조화될 수 없으므로 공공질서에 반하는 일이 될 것이다. 그러한 점에서 터키의 정체성이라는 가치는 헌법적 도덕 가치를 지칭하는 것이라고 주장할 수 있다. 그러나 표현의 자유는 그것이 그 체계를 파괴하지 않는 한 헌법적 가치에 대한 비판에까지 확장될 수

있다. 더군다나 추상적 개념인 가치의 보호가 형법의 기초가 될 수는 없고 이러한 가치와 연관된 감수성, 특히 헌법에 반영된 국가 정체성이 제한의 근거로 인정되어서는 안 된다(*Vajnai V. Hungary,* no.33629/06, 2008년 7월 8일).

파기원의 판결은 제한에 대한 다른 근거를 끌어낸다. 파기원은 "터키인을 모욕하려는... 악한 의도로 사용된 모욕적 구절"을 언급하였다. 터키의 정체성, 터키인 혹은 터키를 보호하는 것은 타인의 권리 보호, 즉 공동체 모든 회원의 명예를 보호하는 것의 한 측면이라고 주장할 수 있다.

내가 보기에 파기원의 판결은 Dink의 견해가 집단적 정체성에 대한 공격(따라서 공공질서보다는 타인의 권리에 영향을 미친다)을 구성하였다고 제안한다. 공동체는 다수의 개인으로 이뤄져 있다는 사실을 고려했을 때, 당국이나 대중이 공동체에서 중요한 것으로 다루는 것이 모욕당했다고 해서 같은 나라 사람들이 그 구성원들의 명성이 손상되었다고 본다는 것은 말도 안 되는 일이다. 언어적 공격으로 의해 집단 구성원의 존엄이 침해되었다 하더라고, 그러한 명예훼손적 발언이 명확히 확인된 집단을 겨냥하는 것이 아니라면, 보통 그로 인한 피해가 너무나 커서 형사적 개입까지 필요한 경우는 거의 없다. 충격적 의견도 보호받아야 한다. 그것이 집단적 명성과 관련된 것이라 하더라도 말이다. 모호한 "터키의 정체성에 대한 모욕"이 가진다고 주장하는 부정적 효과는 오직 정체성과 관련된 것이다. 그러한 모욕이 국가 정체성을 해한다고 매우 구체적으로 해석되지 않는 한 모욕은 타인의 권리와 관련된 문제가 아니고, 다시 말하지만, 협약상의 권리를 제한할 수 있는 정당한 근거도 될 수 없다.

파기원의 뒤틀린 논리를 따랐을 때, Dink의 관점에서 찾아낼 수 있는 가장 모욕적 의미는 아르메니아인의 마음속에 터키인은 중독된 피와 같다는 것이다. 따라서 터키의 정체성에 대한 모욕은 터키인이 가지고 있다고 여겨지는 "중독된"이라는 표현에 기인한다(청구인이 아르메니아인의 인식을 강박적이라고 묘사했다는 사실은 일단 제쳐두자). 그러나 그 경우, 타인의 권리가 법인과 관련된 권리를 어느 정도까지 포함하는지는 단정할 수 없다. 터키의 정체성 뒤에 있는 사람은 모욕당한 터키 사회의 일부이다. 파기원에 따르면, "어떤 사회를 옹호함으로써 다른 사회를 모욕하는 행위는 표현의 자유나 비판의 자유로 보호받을 수 없다"(판결문 문단 28). 파기원은 (통합형사재판부와 함께) 터키의 정체성을 침해하는 거대 범죄(Great Crime) 행위'와 관련된 것이라면 터키 사회의 특정 영역에 대한 해명이든 비판이든 공격적 발언이든 그것은 폭력적(abusive)이라고 선언하였다. 그러나 이 문제에 대하여 개인이 취한 입장(청구인이 주장한 내용)이 터키인과 터키의 역사적 가치, 따라서 그 정체성 뒤에 있는 법인의 권리에 대한 공격이라고 해석할 수 있는 증거는 없다. 분명히 청구인의 진술은 식별 가능한 개인을 향한 증오에 대한 변명이 아니다(그 개인들이 청구인의 목표가 된 집단에 속한다 하더라도 말이다) 오히려 그 기사는 부정적인 고정 관념을 쓰지 말자고 주장하였다. 재판소가 국내 법원이 제공한 법적 해석과 자격을 존중한다 하더라도, 나는 이와 관련된 파기원의 해석은 자의적 해석에 가깝다는 점을 지적하고 싶다(이는 다양한 전문가 의견과 반대 의견에서도 지적된 바이다).

재판소는 Firat Dink이 가졌던 견해의 의미에 대하여 그가 공격한 것은 아르메니아인 공동체에 대한 국가의 정책과 공공기관이었다고 결론 내렸다. 따라서 재판소는 "국가의 구성 요소 중 하나인 '터키 국민'을 언급하는 '터키 형법 제301조를 고려하여 터키의 정체성은 국가 그 자체와 유사한 것이고, 이는 정부가 추구한 정책이나 국가 기관의 행위로 구체적으로 실현되었다"고 보았다(문단 131). 파기원의 판결에 대한 이러한 해석을 정당화하는 유일한 근거는 같은 문장에 두 개의 개념(국가와 국민)가 있고 어떤 면에서 보면 국가는 터키 국민과 연결되어 있다는 사실이다: 파기원에 따르면 터키의 정체성이란 국가의 구성 요소 중 하나인 인간적 요소, 즉 "터키 국민"을 가리킨다(문단 130). 나는 이러한 연상이 불편하다.

따라서 나는 "이 사건에서 파기원이 청구인의 견해에 대해 유죄판결을 내린 것은 국가 기관이 1915년의 사건은 제노사이드라는 입장을 거부한 것에 대한 청구인의 비판을 간접적으로 처벌한 것"이라는(문단 132) 재판소의 결론에 동의할 수 없다. 사실상 파기원은 1915년 "사건"에 대한 분석은 표현의 자유의 보호를 받는다고 판시하였다. 결국 Dink는 "중독의 문제"는 인류애라는 공동의 가치와 개별적 양심에 따라 해결해야 한다고 말했을 뿐이다. 파기원은 이러한 종류의 개인적 의견(이는 거대 범죄를 제노사이드로 구분해야 하는가 하는 문제를 개인의 양심에 맡겨둔다)을 형사 처벌함으로써 다른 주장은 모두 배제하는 공식적 입장을 지지하였다. 그러나 의견을 논쟁하는 자리에서 정부의 단일한 생각을 명령하는 것은 결코 표현의 자유와 조화될 수 없다.

humanrights.go.kr 국가인권위원회

극단주의
(Extremism)

10. Ibragim Ibragimov and Others v. Russia

2018년 8월 28일

이 사건은 러시아의 반-극단주의 법률과 이슬람교에 대한 서적을 발행 및 배포하는 것에 대한 금지를 다루고 있다. 청구인들은 러시아 법원이 2007년과 2010년 저명한 터키의 무슬림 신학자이자 코란의 주석자인 Said Nursi의 저서를 극단주의적이라고 판결하고 그 책의 발행과 배포를 금지한 것에 대하여 소를 제기하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 특히 러시아 법원이 왜 그러한 금지가 필요했는지를 정당화하지 못했다고 보았다. 법원은 자체적으로 그 서적들을 분석하지도 않았고 심지어 어떤 책이 문제되는지 혹은 어떤 특정 표현이 문맥 속에서 문제가 되는지조차 정하지 않았다. 단지 언어학자와 심리학자들이 수행한 전문가 보고서의 전반적 결론에 동의하기만 했을 뿐이었다. 더 나아가 법원은 Nursi의 저서가 중도적이고 이슬람의 주류에 속한다는 것을 설명하는 청구인들의 모든 증거를 즉석에서 기각하였다. 전반적으로 청구인들의 사건에 대한 법원의 분석은 러시아 당국의 금지가 있기 7년 전부터 발행되고 있었던 Nursi의 저서가 러시아 혹은 그 책을 쉽게 구할 수 있는 다른 국가들에서 폭력은 커녕 종교 간 긴장을 일으켰거나 일으킬 위험이 있다는 것을 보여주지 못하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

10

3부문

IBRAGIM IBRAGIMOV과 그 외 v. RUSSIA 사건

(청구번호 1413/08, 28621/11)

판결

스트라스부르

2018년 8월 28일

확정

2019년 2월 4일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 2항에 의해 최종판결이 되었다. 편집 상 수정이 있을 수 있다.

IBRAGIM IBRAGIMOV과 그 외 v. RUSSIA 사건에서 유럽인권재판소(3부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

Helena Jäderblom, *법원장,*

Dmitry Dedov,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides,

Jolien Schukking,

María Elósegui, 이상 판사

Stephen Phillips, 서기

2018년 7월 10일 심리를 하였고, 판결 내용은 다음과 같다. 이 판결은 같은 날 채택되었다.

절차

1. 이 사건은 각각 2007년 12월 3일과 2011년 4월 4일, 한 명의 러시아 국적자와 러시아의 비영리단체 두 곳(부록에 나열되어 있음)이 유럽인권협약 제34조에 입각하여 유럽인권위원회에 러시아 연방을 상대로 제기한 두 개의 제소(청구번호 1413/08, 28621/11)로부터 시작되었다.

2. 청구인들을 대리하는 변호사는 모스크바에서 활동하는 S. Sychev였다. 러시아 정부(이하 "정부")는 유럽인권재판소의 러시아 연방 대리인인 G. Matyushkin이 이후에는 그의 후임자인 M. Galperin이 대리하였다.

3. 청구인들은, 특히, 이슬람교에 대한 서적의 출판과 배포를 금지하는 것은 종교의 자유와 표현의 자유를 침해하는 것이라 주장하였다.

4. 2011년 3월 18일과 2013년 11월 27일 위의 소장들을 정부에 전달하고 입장을 요청하였으며, 재판소 규칙54 제3조에 의하여 청구번호 28621/11의 나머지 내용은 각하하였다.

사실관계

I. 사건의 배경

A. 청구번호 1413/08(Ibragim Ibragimov 와 문화 교육 기금(Cultural Educational Fund) "Nuru Badi" v. 러시아)

5. 첫 번째 청구인은 두 번째 청구인인 비영리기구의 창립자 중 한 명이자 대표이다.

6. 두 번째 청구인은 Risale-I Nur 모음집의 출판사이다. *Risale-I Nur* 모음집은 터키 출신의 무슬림 학자 Said Nursi가 20세기 전반에 쓴 코란에 대한 해설집이다. 이 모음집의 서적들은 러시아 내 이슬람 사원과 신학교에서 종교적, 교육적 목적으로 쓰였다.

7. 2005년 3월 28일 타타르 공화국의 검사는 Said Nursi의 저술물에 근거한 종교 운동인 Nurculuk(*Нуржулар*)의 구성원에 대해 공소를 제기하였다. 이들은 *Risale-I Nur* 모음집에 있는 Said Nursi의 저서를 배포함으로써 증오 혹은 불화를 선동하고, 인간 존엄성을 실추시켜 형법 제282조를 위반했다는 혐의로 기소되었다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

8. 2006년 4월 24일 타타르 공화국의 검사는 모스크바의 Koptevskiy 지구법원에 두 번째 청구인이 출판한 *Risale-I Nur* 모음집 속 아래의 책들을 극단주의적인 것으로 공표하여 금지할 수 있는지 판단을 요청하였다(아래의 41번과 42번 문단에 인용된 극단주의 억제법(the Suppression of Extremism Act) 제1항과 제13항을 참조하라):

- "Faith and Man", 2000 edition, translated by M.G. Tamimdarov;

- "The Foundations of Sincerity", 2000 edition, translator not specified;

- "The Truths of an Eternal Soul", 2000 edition, translated by M. Sh. Abdullaev;

- "The Truths of Faith", 2000 edition, translator not specified;

- "The Guide for Women", 2000 edition, translated by M. Sh. Abdullaev;

- "The Fruits of Faith", 2000, translated by M. G. Tamimdarov;

- "Ramadan. Care. Thankfulness", 2000 edition, translator not specified;

- "Munajat(Prayer). The Third Ray", 2002 edition, translated by M. G. Tamimdarov;

- "Thirty-three Windows", 2004 edition, translated by M. Irsala;

- "The Foundations of Brotherhood", 2004 edition, translated by M. G. Tamimdarov;

- "The Path of Truth", 2004 edition, translated by M. Sh. Abdullaev and M. G. Tamimdarov;

- "The Staff of Moses", year of publication not specified, translated by T. N. Galimov and M. G. Tamimdarov;

- "The Short Words", year of publication not specified, translated by M. G. Tamimdarov; 그리고

- "Book for the Sick", 2003 edition, translated by M. G. Tamimdarov

9. 검사는 Nurculuk 구성원들에 대한 형사 사건을 위해 준비한 전문가 의견을 동봉하였다. 전문가 패널은 네 명의 심리학자와 한 명의 정신과 의사로 구성되었다. 전문가들은 위에 인용된 글들이 독자들에게 잠재의식적인 영향을 미쳐 비이성적인 가치와 의견을 형성하려 했다고 결론 내렸다. 그러므로 독자는 비판적이고 독립적으로 생각할 능력과 자유롭게 종교를 선택할 능력을 박탈당했다. 이 글들은 독자로 하여금 다른 믿음을 가진 신자들에 대해 부정적

인 의견을 형성하도록 만들어 증오와 적대감을 가지도록 했다. 또한 이 글들은 종교에 따라 어떤 사람이 우월할 수도 있고 열등할 수도 있다는 생각을 옹호하였다. 특히 Said Nursi의 글은 독자들에게 신앙을 믿지 않는 사람을 무시하고 혐오하도록 선동하였으며, 따라서 신앙을 가진 사람과 그렇지 않은 사람 사이에 불화를 조장하였다. 이슬람교를 배교한 이슬람교도는 심지어 생명권까지 부인 당했다. 전문가들은 Said Nursi의 글이 독자들에게 비신자에 대해 혐오, 분노, 증오, 적대감을 가지도록 만들었다고 결론 내렸다.

10. 두 번째 청구인과 러시아 이슬람 법률학자 협의회(Council of Mufti)는 이 형사 절차에 제3자로 참여하도록 요청 받았다.

11. 2006년 8월 4일 러시아 이슬람 법률학자 협의회는 신학 박사 한 명과 종교철학 박사 한 명으로 구성된 전문가 패널의 대안적 의견을 제출하였다. 이 전문가들은 Said Nursi의 책이 이슬람교의 교리의 토대를 설명하며, 코란에 대한 주석을 제공한다고 결론 내렸다. Said Nursi의 주석은 이슬람교에 대한 전형적인 설명과 일치한다. 그의 저서는 어떤 극단주의적 진술도 담고 있지 않으며, 폭력이나 종교적 적대감을 부추기지도 않는다. 비록 일부 글에서는 사실상 죄인과 비신자를 도덕적으로 규탄하며 현대 사회의 비도덕성을 그들의 탓으로 돌리지만, 그러한 담론은 모든 종교적 문서의 공통적 특징이다. Said Nursi의 글을 정독하면 저자가 주장하는 것은 종교들의 평화로운 공존과 대화라는 것을 알 수 있다. 이 전문가들은 검사 측 전문가들에게 종교적 문제를 판단할 능력이 없으며 이슬람교에 대한 기본적인 지식조차 없다며 그들이 내린 결론을 비판하였다. Said Nursi의 저서에 대한 그들의 비판은 이슬람교, 기독교, 유대교 혹은 다른 어떤 종교적 문서에 대한 신학적 논문에도 적용될 수 있을 것이다.

12. 협의회의 최고 법률학자는 2006년 8월 4일에 보낸 편지를 통해 위에 인용된 전문가 의견을 지지했다. 그는 검사 측 전문가들이 어떤 종교의 지당함에 대한 믿음과 그 믿음에 대한 가르침을 어떤 종교를 믿는 사람은 우월하고 그렇지 않은 사람은 열등하다는 식의 선전으로 해석했다고 말했다. 그러므로 전문가들의 결론은 반(反)종교적 개념에 기초한 것으로 어느 종교적 문서에도 적용될 수 있다. Said Nursi의 저서는 비신자 혹은 특정 종교의 신자에게 해를 입히라거나 그들의 권리를 침해하라거나 러시아의 법을 위반하라는 어떠한 요청도 담고 있지 않다.

13. 두 번째 청구인의 변호인은 다음과 같은 문건을 Koptevskiy 지구법원에 제출하였다.

- Central Spiritual Board of Muslims of Russia의 회장이 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 글은 극단주의적이거나 광신적인 내용이라고 보기 어렵다. 그의 글에는 폭력, 인종, 종교에 대한 증오 혹은 정부 전복에 대한 어떠한 내용도 담겨 있지 않다. 오히려 그의 글은 선량함의 이슬람적 가치, 사랑 그리고 신에 대한 믿음을 고취시킨다.

- 타타르 공화국의 Spiritual Board of Muslims의 회장이 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. 단언컨대 Said Nursi는 존경 받는 코란 해설자이다. 그는 민족적 기원, 인종, 종교에 상관 없이 모든 사람에 대한 사랑을 강조하였고, 관용, 연민, 평화, 형제애와 상호 이해를 옹호하였다. 그는 이종교간의 대화를 권장하였고, 모든 극단적 행동이나 태도에 반대하였다.

- 러시아 연방 옴부즈만(Ombudsman of the Russian Federation)에서 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 글을 극단주의적 문헌이라고 공표하는 것에 반대한다. 왜냐하면 그러한 조치는 이슬람교도의 종교의 자유를 침해하는 것이기 때문이다.

- 말레이시아의 국제 이슬람 대학의 J. 교수가 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 글은 화해와 평화로운 공존, 타 종교와 문화 간의 협력뿐만 아니라 정의, 관용, 평화와 사랑의 필요성을 피력했다.

- 타타르 공화국의 Institute of History 내 이슬람 연구 부서의 스페셜리스트가 보낸 의견에 따르면 Said Nursi의 저서는 자기 발전과 도덕적 완벽함을 강조하고 폭력에 반대해왔다. 이러한 이유로 그의 저서는 종교적 극단주의에 대한 싸움에서 중요한 도구로 쓰였다. 비록 사실상 그가 이슬람교가 다른 종교나 무신론에 비해 우월하다고 인용하기는 했으나 그러한 서술은 모든 종교적 문서에 내재해 있다.

- 가톨릭 신부이자 예수회의 Interreligious Dialogue의 사무총장인 M. 신부의 편지. 편지에서 M은 다음과 같이 단언했다. Said Nursi가 쓴 글은 이슬람교의 주류적 의견에 속하며, 수세기 동안 이어온 이슬람교의 전통에 뿌리를 두고 있다. 그의 글에는 어떠한 극단주의적 요소도 없다. 그와 반대로 그의 글들은 이슬람 교도들에게 관대하고 타인에게 열린 삶의 방식을 제안한다는 점에서 이슬람교의 중도적 세력의 성격을 띠고 있다고 할 수 있다. 또한 이슬람교와 기독교 간의 협력과 화합을 분명하게 지지하고, 이슬람교도와 기독교도 간의 우정과 긍정적 관계를 격려해왔다.

- 1984년 이스탄불 검찰청이 터키에서 *Risale-I Nur* 모음집의 출판인에 대한 형사 절차를 시작하지 않기로 했다는 결정문의 복사본. 검찰청은 Said Nursi의 글에서 어떠한 범법행위의 조짐도 찾을 수 없었다는 전문가의 의견을 참조하였다.

- 몇몇 터키 검찰의 요청에 의해 1960년에 터키 전문가 패널이 내린 전문가 의견의 복사본. 전문가들은 Said Nursi의 글에는 유해하거나 불법적 서술이 담겨있지 않다고 결론지었다.

- 터키 공화국 the Council on Religious Matters of the Committee of Ministers가 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 저서는 코란에서 영감을 받은 도덕적, 종교적 이슈에 대한 내용을 담고 있으며 정치는 다루지 않는다. Said Nursi는 존경 받는 신학자로서 정치적이거나 이데올로기적, 급진적 행위뿐만 아니라 극단주의적 이

슬람교 또한 항상 멀리하였다. 그는 진실은 대화를 통해 찾을 수 있다고 주장하였으며 증오나 모든 형태의 어리석은 충동에 반대해왔다.

- 이집트 아랍 공화국 법무부와 이집트의 이슬람 법률학자가 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 글은 신에 대한 사랑, 높은 도덕적 가치를 가르치고 질투, 혐오, 분노, 원한과 같은 감정을 비판하기 때문에 독자들에게 유익하다고 할 수 있다.

- the Research Centre for Islamic history, Art and Culture of the Organization of Islamic Conference의 센터장이 보낸 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 글은 신에 대한 사랑, 기도의 중요성과 높은 도덕적 가치를 고취한다. 그의 저서에는 다른 종교를 믿는 신도나 다른 인종의 사람에 대한 어떠한 모욕적, 적의적 서술도 담겨있지 않다.

- 영국 더럼 대학의 중동&이슬람 연구소(the Institute of Middle Eastern and Islamic Studies of the University of Durham) 교수인 T. 박사의 편지. 그 내용은 다음과 같다. Said Nursi의 저서에는 종교적 혐오를 불러 일으키는 것을 목적으로 하는 어떤 서술도 담겨있지 않다. Said Nursi는 다른 종교를 믿는 사람들 간의 연대감을 조성하기 위해 평생 열심히 노력했고, 그의 글에는 그런 모습들이 담겨있다. 그의 저서에는 배타성, 그리고 종교나 민족에 근거하여 사람들의 우월성과 열등성을 구분하는 것을 조장하거나 극단주의적 행위를 정당화하는 내용은 없다. Said Nursi는 극단주의적 사상, 정치적 행위, 혹은 공격적 성전(聖戰)을 분명하게 반대한 몇 안 되는 현대 이슬람 학자 중의 한 명이다. 그의 글은 공격적이든 방어적이든 모든 군사적 성전을 금지하면서 현대의 이슬람 담론의 호전성에 대해 환영할만한 해결책을 제시한다. 또한 이슬람교는 칼에 의해서가 아니라 이성, 진보, 문명화의 힘에 의해 수호되어야 한다고 말하고 있다.

14. 2006년 11월 9일 Koptevskiy 지구법원은 전문가 의견을 구할 것을 지시하고, 문헌학자, 언어 심리학자, 사회 심리학자, 러시아 과학 아카데미 언어·심리학과에서 일하는 심리학자로 구성된 전문가 패널을 지정했다.

15. 이에 대해 두 번째 청구인의 변호인은 법원이 지정한 전문가(experts)들은 종교적 문제를 다룰 능력이 없다며 항소했다. 변호인은 법원이 종교적 이슈에 전문성을 가진 사람들을 지정해 줄 것을 요청했다. 2006년 12월 26일 모스크바 시법원(Moscow City Court)은 항소를 기각하고, 2006년 11월 9일의 결정을 유지하였다.

16. 2007년 2월 15일, 전문가들은 합동 보고서를 제출하였다. 보고서는 Said Nursi의 글이 신앙인과 비신앙인 간의 불화를 부추기고, 비신앙인에 대해 부정적이고 치욕적인 서술들을 담고 있으며, 비신앙인에 비해 신앙인이 우월하다는 생각을 조장한다고 주장했다. 그에 따라 전문가들은 다음과 같이 결론내렸다:

"1. 전문가 검토를 위해 제출된 인쇄물은 (신앙인과 비신앙인 사이에, 즉 종교에 대한 사고방식에 근거하여) 신앙적 다툼을 선동하려는 목적을 가진 서술을 담고 있다. 그와 같은 서술과 선언을 전파할 필요성을 입증하고, 정당화하는 서술 또한 담고 있다.

2. 전문가 검토를 위해 제출된 인쇄물은 사람들이 종교에 대해 가지는 태도에 따라 그 그 사람들을 굴욕적으로 묘사하고, 비판적인 감정으로 평가하고, 부정적으로 평가하는 언어적 표현을 담고 있다.

3. 전문가 검토를 위해 제출된 인쇄물은 종교에 따른 태도(신앙인인가, 비신앙인인가)에 따라 우월한 시민과 열등한 시민으로 나눌 수 있다는 선전을 담고 있다. 그리고 이러한 생각과 세계관을 전파할 필요성을 입증하고, 정당화하는 서술 또한 담고 있다.

이 글은 민족에 근거하여 사람들의 우월성과 열등성을 나누는 사상은 옹호하지 않고 있다."

17. 두 번째 청구인의 변호인은 2007년 2월 15일자 보고서를 비판하면서 Koptevskiy 지구법원에 아래와 같은 전문가들의 의견을 제출했다.

- 러시아 이슬람 대학 총장 Mu.의 전문가 의견. Mu.에 따르면 법원이 지명한 전문가들은 종교적 문제를 다루는데 능숙하지 않고, 맥락을 고려하지 않은 채 Said Nursi의 서술을 인용하고 분석했다. 비록 Said Nursi가 자신의 저서에서 서구적 삶의 방식을 비판하고, 비신자들을 규탄하기는 하지만 그의 의견을 공유하지 않은 사람들을 향해 증오나 적대감을 조장하지는 않았다. 더군다나 그와 같은 서술은 모든 종교 문서에서 나타난다.

- 이슬람교 법을 전공한 법학자 S.의 전문가 의견. S.는 2007년 2월 15일자 보고서에 대해 비슷하게 비판했다. 그는 Said Nursi의 글은 차별, 혐오 혹은 종교적 열등성을 옹호하는 어떤 선전도 담고 있지 않고, 분노, 혐오는 분명히 규탄하면서 형제애, 우정, 선함으로 점철되어 있다고 주장했다.

- 종교적 문제를 전공한 철학 박사 Me.의 전문가 의견. Me. 또한 비슷한 결론을 내리며, 특히 Said Nursi의 글은 자신이 믿는 종교가 다른 종교에 비해 우월하고 믿지 않는 자들을 비판한다는 점에서 다른 종교의 문서와 다르지 않다고 주장했다.

18. 두 번째 청구인의 변호인은 법원이 종교 문제 전문가들을 지정해 주기를 다시 요청했다. 2007년 4월 9일 Koptevskiy 지구법원은 이 요청을 다시 기각하며, 오직 심리학, 사회 심리학, 언어학의 전문가만이 문서의 의미를 분석할 수 있다고 주장하였다.

19. 2007년 4월 28일 Koptevskiy 지구법원은 동일한 전문가들에게 추가 의견을 주문하였다.

20. 2007년 5월 15일 전문가들은 이전의 결론을 확정하는 전문가 보고서를 내놓았다.

21. Koptevskiy 지구법원에서 비공개로 진행된 공판에서 검찰 측 보고서를 작성한 전문가 중 두 명이 나와 자신들의 결론을 확정하였다. 그들은 사회 심리학적 관점에서 문서를 분석했다고 말했다. 그러나 그 중 한 명은 Said Nursi이 쓴 문서가 사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 다툼을 노골적으로 부추기고 있지는 않다는 대답을 덧붙였다.

22. 법원이 지명한 전문가 중 두 명이 질문을 받았고, 자신들의 결론을 확정하였다.

23. 러시아 이슬람 법률학자 협의회의 공동 의장은 Said Nursi는 세계적으로 저명한 무슬림 학자이며 그의 글은 이슬람교의 공식적 가르침에서 불가결한 부분을 차지하고 있다고 진술했다. 그의 글에는 어떤 극단주의적 서술도 찾아볼 수 없다. 무신론자가 보기에는 어떤 종교적 글도 비이성적이고 극단주의적으로 느껴질 수 있다. Said Nursi의 저서에 대한 금지는 러시아 내 무슬림의 종교적 삶을 저해하는 것이자 종교의 자유를 부당하게 제한하는 것이다.

24. 청구인들이 부른 철학박사 전문가는 검찰 측이 지명한 전문가들이 전체 맥락에서 부분만을 취해 그 의미를 왜곡하였다고 비판하였다. Said Nursi의 글이 사실상 다른 종교에 비해 이슬람교가 우월하다고 주장하기는 하지만 다른 종교들도 그런 주장을 펼친다.

25. 2007년 5월 21일 Koptevskiy 지구법원은 Said Nursi가 쓴 서적들은 극단주의적 서적이라고 판결했다. 해당되는 국내법과 양측의 진술, 각 측의 입장을 지지하는 문서들을 요약한 후, 재판부는 법원이 의뢰했던 전문가 의견을 인용하였다. 그 내용은 다음과 같다:

> "[법원이 지명한 전문가들의 2007년 2월 15일자, 5월 15일자 보고서에는] *Risale-I Nur* 모음집[책의 목록]에 있는 Said Nursi의 저서는 (신앙인과 비신앙인 사이에, 즉 종교에 대한 태도에 근거하여) 신앙적 다툼을 선동하려는 목적을 가진 서술을 담고 있다. 그와 같은 서술과 선언을 전파할 필요성을 입증하고, 정당화하는 서술 또한 담고 있다.
>
> 그 책들은 사람들이 종교에 대해 가지는 태도에 따라 그 사람들을 굴욕적으로 묘사하고, 비판적인 감정으로 평가하고, 부정적으로 평가하는 언어적 표현을 담고 있다.
>
> 그 책들은 종교에 따른 태도(신앙인인가, 비신앙인인가)에 따라 우월한 시민과 열등한 시민으로 나눌 수 있다는 선전을 담고 있다. 그리고 이러한 생각과 세계관을 전파할 필요성을 입증하고, 정당화하는 서술 또한 담고 있다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

법원은 이 전문가 보고서를 의심할 이유가 없다..."

법원은 오직 심리학, 사회 심리학, 언어학의 전문가만이 이론(異論)이 있는 문서의 의미를 확립할 수 있다고 주장하면서 청구인들이 제출한 전문가 의견을 기각하였다. 재판부는 청구인들이 부른 전문가들은 그러한 전문성을 가지고 있지 못하다고 판단했다. 법원은 러시아 이슬람 법률학자 협의회의 공동 의장이 이해관계자라는 이유로 그의 구두 진술 또한 기각하였다. 판결문은 다음과 같이 이어진다.

"위의 의견을 참조하여, 법원은 Said Nursi의 *Risale-I Nur* 모음집이 극단주의적 문헌이라고 결론 내린다. 그 책의 내용은 종교적 다툼을 선동하고, 종교에 따라 우월한 시민과 열등한 시민으로 나뉜다는 생각을 옹호하는 것을 목적으로 하고 있다. 또한 그러한 행동의 필요성을 옹호하고 정당화한다.

26. 2007년 9월 28일 모스크바 시법원은 항소심에서 2007년 5월 21일 하급심의 판결을 확정하면서 판결이 적법하고 근거가 충분하며 정당하다고 결론 내렸다. 법원은 사건의 주제가 Said Nursi의 가르침 자체라기 보다는 서적의 특정한 판(版)이라는 점을 강조하였다.

B. 청구번호 28621/11(United Religious Board of Muslims of the Krasnoyarsk Region vs 러시아)

27. 2008년 5월, 종교 단체인 청구인은 Klass 출판회사에 Said Nursi의 *Risale-I Nur* 모음집 중 "The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter"(《*Десятое Слово о воскресении из мертвых*》)의 출판을 의뢰했다.

28. 크라스노야르스크 지역(Krasnoyarsk Region)의 한 검사가 러시아 연방의 이익을 보호한다는 이유로 그 책을 극단주의 서적으로 공표하고 모든 인쇄본을 압수할 것을 크라스노야르스크의 Zhelezhnodorozhniy 지구법원에 신청하였다. 이는 *Risale-I Nur* 모음집에 포함된 다른 작품들을 극단주의적이라고 판단한 러시아 법원의 이전 판결과 2008년 12월 24일자 아스타피예프 크라스노야르스크(Astafyev Krasnoyarsk) 국립사범대학의 스페셜리스트 보고서에 근거하고 있다.

29. 2008년 12월 24일자 보고서는 문헌학자 한 명, 심리학자 한 명, 종교 연구 철학 박사 한 명으로 구성된 "스페셜리스트" 위원단이 작성한 것이다. 이 위원단은 다음과 같은 결론을 내렸다.

"전문가 감정을 위해 제출된 Said Nursi의 책 'The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter'는 넓은 독자를 대상으로 하는 이데올로기적 문헌이다. 이 책의 핵심내용은 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전이다.

평가를 위해 제출된 이 문서는 비신앙인에 대한 혐오, 분노, 적개심 그리고 불화를 일으키는 것을 목적으로 하고 있다.

이 책은 극단주의적 행위를 실현시키고, 정당화한다."

이러한 결론을 내린 여러 가지 이유 중 한 가지는 이 책이 군사적 은유를 담고 있기 때문이다. 전문가에 의하면 이러한 은유는 독자로 하여금 군영(軍營), 군사적 장(場)(military ground), 잠재적 군사 행위라는 조건의 프리즘을 통해 현실을 보는 경향을 만들어낼 수 있다. 전문가들은 또한 그러한 세계관적 가치가 긍정적인 형용어구에 의해 강조된다고 지적했다. 전문가 보고서는 다음과 같은 표현들을 인용하였다:

"들어라, 이 나라는 군사적 장이다; 훌륭하고 장엄한 예술의 전시;

군영은 지구 표면의 호화롭고, 형형색색의 꽃이 피는 정원처럼 된다. 영원한 왕(Eternal King)의 군대는 충분히 많다. 자신들의 삶을 보존하기 위해 싸우는 천사, 정령, 인간 그리고 무지한 동물과 식물로 구성되어 있다. '방어를 위해 너희의 무기와 장비를 준비하라'는 신의 명령을 받고 지구 위의 모든 토미(thomy) 나무와 식물들은 그들의 작은 총검을 연결하는데 그 모습이 마치 전투 준비를 끝난 위풍당당한 군영 같다.

현명하고 전지전능한 자가 '존재하라 그리고 현실이 되어라'라는 간단한 명령으로 무(無)로부터 새롭게 창조하고, 완벽한 질서에 따라, 현명하게 그리고 균형을 맞춰 모든 동물의 신체 부분들과 마치 부대와 같은 신체의 상세한 세부 사항 그리고 살아있는 존재들을 위치시키니 마치 군대와 같았다; 모든 세기, 모든 봄에 그는 지구의 표면에서 수백, 수천 가지의 종(種)과 살아있는 존재의 집단을 만드니 마치 군대와 같았다. 그가 할 수 있다는 것을 어찌 의심할 수 있으랴... 그가 말하길 '부활의 날에 너를 부활시켜줄 이는 마치 복종하는 군인처럼 온 우주가 순종하는 존재이다. 우주는 그의 명령에 완벽하게 복종한다. '존재하라 그리고 현실이 되어라'. 그가 봄을 창조하는 것은 한 송이의 꽃을 만드는 것처럼 쉽다.'"

30. 청구 단체는 이 형사 절차에 제3자로 참여하도록 요청 받았다. 해당 단체는 특별히 2008년 12월 24일자 전문가 보고서가 이슬람교에 대한 지식이 없는 전문가들에 의해 작성된 것이고, 그렇기 때문에 그 문서를 부정확하게 해석했다고 진술했다.

31. Zhelezhnodorozhniy 지구법원은 전문가 의견을 구할 것을 지시하며 심리학자 두 명, 로모노소프 모스크바(Lomonosov Moscow) 주립대학에서 종교 철학을 연구하는 박사 한 명으로 구성된 전문가(expert) 위원단을 지정했다.

32. 2010년 4월 28일 법원이 지정한 전문가들은 합동 보고서를 제출하였다. 보고서의 결과는 다음과 같다:

> "Bediüzzaman Said Nursi가 쓴 *Risale-I Nur* 2005년 판 모음집 중 서적 'The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter'는 코란의 대중적 해설서이다. 이 책의 목적은 Said Nursi의 관점을 독자들에게 알리는 것이다. 다른 유일신교의 전통이 그러하듯 이 문서의 주요한 부분은 신과 그의 지혜를 찬송하고 찬미하는 것에 주력한다. Said Nursi의 이데올로기 혹은 그의 세계관은 전통적인 이슬람교의 세계관과 거의 일치하고, 그것은 유일신교의 전통과 크게 다르지 않다. 저자의 목적은 '이슬람교의 진실이 이성적이고, 그 내용이 충실하며, 서로 관련되어있다는 것을 보여주는 것'으로, 이는 어느 신학자나 가질 법한 전형적인 목적이다.

이 책에 쓰인 말의 의미는 다른 종교 문헌에서 이용된 가치 판단의 범위를 넘지 않는다.

이 문서를 일반적 시각에서 봤을 때 이 책에는 인간의 의식이나 의지, 사회-심리학적 특성 혹은 행위에 자극적인 영향을 미칠 수 있는 어떤 내용도 담겨 있지 않다. 정서적으로 불안정하거나 쉽게 외부의 영향을 받는 사람들이 정도를 벗어난 관점으로 이 문서를 봤을 경우에 대해서는 이 평가의 체계로는 평가할 수 없다. 그 경우에는 문서 자체가 아닌 독자에 대한 평가가 요구되기 때문이다.

이 책에는 사회, 인종, 민족 혹은 종교와 관련하여 폭력과 관련된 다툼에 대한 선동 혹은 폭력에 대한 요청으로 확실하게 해석될 수 있는 어떤 서술, 호소, 선언도 담겨 있지 않다.

이 책에는 종교에 대한 태도 혹은 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전이라고 확실하게 해석될 수 있는 어떤 사상도 담겨 있지 않다.

이 책에는 어떤 사람의 성(性), 인종, 출신 민족, 모국어, 출신, 종교에 대한 태도, 특정 사회 집단의 소속여부 혹은 다른 어떤 것을 근거로 그 사람에게 굴욕감을 주는 것을 목적으로 한다고 확실하게 해석될 수 있는 어떠한 서술도 담겨 있지 않다.

과학적인 관점에서 이 책은 다른 어떤 종교적 문서와 다르지 않다; 소속된 종교나 종교에 대한 태도에 근거하여

누군가가 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있다고 생각하는 것을 실현시키지도, 정당화하지도, 옹호하지도 않는다.

이슬람교는 무신론을 포함한 다른 종교와 마찬가지로 다른 세계관에 비해 이슬람교의 세계관이 더 우월하다는 심리적 신념을 특징으로 한다. 이는 그 세계관에 대한 선택을 확증하는 것을 필요로 한다.

33. 공판에서 청구 단체는 전문가 결론에서 애매모호하다고 볼 수 있는 몇몇 부분을 명확하기 위해 지구법원에 모스크바 주립대학의 전문가의 출석과 법정에서의 심문을 요청하였다. 그러나 법원은 청구 단체가 예비 심문에서 그런 요구를 하지 않았고, 전문가들에게 이의를 제기 하는 것으로 전문가 보고서를 명확하게 하는 것은 불가능하다며 이를 기각했다. 추가적인 전문가 보고서를 지시하는 것은 가능했으나 청구 단체는 그런 요구를 하지 않았다. 그러므로 전문가에게 이의를 제기하는 것은 "형식적이고, 부당한" 것이며, "법원이 이 사건을 조사하고, 그 일에 대한 결정을 내리는 것을 방해하기 위한" 시도이다.

34. 지구법원은 또한 Said Nursi의 삶과 가르침에 대한 추가적 자료에 대해 조사를 해달라는 요청을 이 사건과 무관하다며 기각했다. 법원은 아스타피예프 크라스노야르스크 국립사범대학의 전문가들이 보고서에 인용한 것만으로도 충분하다며 그 책을 읽는 것 또한 거부하였다.

35. 2010년 9월 21일 크라스노야르스크의 Zhelezhnodorozhniy 지구법원은 검찰의 기소를 받아들여, Said Nursi 의 책 "The Tenth Work: The Resurrection and the Hereafter"을 극단주의적이라고 판결하고, 모든 인쇄본을 없앨 것을 명령했다. 해당되는 국내법과 양측의 진술을 요약한 후, 재판부는 다음과 같이 적었다:

아스타피예프 크라스노야르스크 국립사범대학의 2008년 12월 24일자 전문가 보고서에 따르면, [전문가들은] Bediüzzaman Said Nursi가 쓴 *Risale-I Nur* 모음집 중 책 'The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter'을 읽었다.

책의 본문 내용과 통사 구조, 장르적 특징 그리고 글과 표현을 구성하는 방법들을 분석한 후 전문가 위원단은 만장일치로 Bediüzzaman Said Nursi가 쓴 *Risale-I Nur* 모음집 중 'The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter'는 종교사이의 다툼을 선동하는 이데올로기적면서 종교적인 문헌이고, 종교에 대한 태도에 따라 누군가가 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있다고 보는 선전내용을 담고 있다고 결론지었다. 특히, 이 책은 무슬림과 비신앙인 사이의 불화를 선동하는데, 비신앙인에는 다른 종교의 지지자뿐만 아니라 종교를 믿지 않는 사람도 포함된다. 이 책의 핵심은 독자들로 하여금 비신앙인과 다른 신앙을 믿는 이들에 대해 부정적이고 공격적인 태도를 형성하도록 함으로써 종교간의 평등을 파괴하는 것이고, 이는 그들에 대한 혐오와 다툼을 선동하는 것과 마찬가

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

지이다([2008년 12월 24일자 전문가 보고서] 참고).

위에서 인용한 전문가 보고서에 의하면, 이 글이 독자들에게 고취시키는 가치는 이례적일 정도로 뛰어난 이슬람교적 믿음의 본질이고 이는 궁극적인 진실이라고 묘사된다. 사람들은 두 종류의 집단으로 나뉜다: 작가는 이슬람교의 믿음을 따르지 않는 사람들을 '방종한 자들', '철학자들'(the philosophers) 그리고 '쓸데없는 이야기나 하는 자들'이라고 묘사하고, 이슬람교에 속한 사람들은 '신실한 자들', '공정한 자들'로 묘사한다. 그리고 신앙인과 비신앙인은 이슬람교에 대한 충실함에 따라 다르게 평가된다고 쓰고 있다. 즉, 충실하지 못한 자는 부정적으로 평가 받는 반면 이슬람교에 충실한 자는 긍정적인 평가를 받는다는 것이다. 저자는 글에서 유럽의 문화를 무시하게 위해 헐뜯는 단어와 표현들을 이용하였다. 이 책의 종교적 내용을 고려할 때 유럽의 문화는 이슬람교 외의 신앙 고백으로 여겨진 것이라고 볼 수 있다. 저자는 글에서 군사적 은유를 사용하는데, 이는 필연적으로 독자로 하여금 군영(軍營), 군사적 장(場), 잠재적 군사 행위라는 조건의 프리즘을 통해 현실을 보는 경향을 만들 수 있다. 그러한 세계관적 가치는 긍정적인 형용어구에 의해 강조되고 있다. 동시에 작가는 언어적 수단(verbal menas)과 표현을 이용하여 독자의 마음 속에 은연 중에(드러내놓고 하는 것이 아니라 잠재의식에 영향을 미침으로서 넌지시) 적이라는 생각, 잠재적 침략자라는 개념을 형성한다. 종합하면 이 책은 독자들에게 싸울 준비가 필요하다는 생각을 하게 만든다. 이 책의 구조를 보면 한편으로는 싸움의 필요성, 싸울 준비가 되어 있어야 한다는 생각이, 직접적이 아닌 약화된 방식으로 표현되어 있다. 다른 한편으로는 이러한 생각이 독자의 마음 속에 강화될 수 있는데, 이는 이 글이 비신앙인은 신앙을 믿지 않는다는 그 사실 자체로 죄를 지었고 이러한 죄는 용서를 받을 가치가 없다는 생각을 불어넣기 때문이다. 그러므로 이 책의 작가는 잠재의식의 수준에서 독자의 정신과 믿음의 기제(機制)에 영향을 미치려 시도했다. 즉, 비이성적 근거에 기초하여 의식적 가치와 태도를 형성하려 했다는 것이다. 이는 독자들이 실제 삶에서 일어나는 변화에 대해 비판적으로 생각할 수 있는 능력을 박탈하고, 독립적인 결정을 할 수 있는 능력을 약화시킴으로써 종교의 자유를 침해하는 것이다. 이 책에 의하면 이슬람교를 받아들이지 않는 사람, 즉 비신앙인은 가장 열등한 사람으로 그의 권리는 박탈당해야 하고, 용서받을 자격도 없는 범죄자이다. 이 책은 독자들에게 공동의 규범과 모든 사람이 똑같은 규칙을 따르는 사회 모델을 제안한다; 그러한 사회에서는 모든 구성원의 행동이 철저히 규제 당하고, 아무 질문도 없이 지시와 명령을 수행해야만 하는 순종적 군인, 장교 혹은 공무원처럼 복종하기를 장려한다([2008년 12월 24일자 전문가 보고서] 참고).

위에서 인용한 전문가 보고서에 의하면([2008년 12월 24일자 전문가 보고서] 참고), 만장일치로 Bediüzzaman Said Nursi가 쓴 *Risale-I Nur* 모음집 중 'The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter'는 잠재적으로 다른 집단의 사람들을 대상으로 하고 있다.

한편으로 이 글은 비판적 사고 능력을 발달시키지 못한 비신앙인을 대상으로 하고 있다. 만약 독자가 삶에 대한 어떤 이데올로기를 가지고 있지 않다면, 이 글은 그 사람에게 이데올로기적으로 영향을 미치고, 최소한의 이성적 수

준에서 감정적으로 유도하는 방식으로 위에서 묘사한 생각들을 독자의 마음 속에 형성할 것이다.

다른 한편으로 이 글은 이슬람교와는 다른 종교적 세계관을 가진 사람들을 대상으로 하여 유일하고 진정한 신, 즉 알라를 받아들이도록 호소한다. 저자는 독자들에게 세계관을 바꾸는 것은 정상적인 일이라고 제안하며 그렇게 하기를 바라고 있다.

이 글은 또한 이슬람교의 종교 세계관을 가지고 있는 사람들을 대상으로 한다. 그들은 알라를 숭배하고 그의 뜻과 계명을 수행할 준비가 된 사람들이다. 이러한 자세는 저자의 뜻을 수신하는 사람들의 특질을 '영원한 생명'을 위해 싸울 준비를 하고, 알라와 그의 명령을 전하는 전달자들의 명령을 따르며 항상 섬기는 방식으로 재건함으로써 나타난다.

이 글은 또한 종교적인 행위를 언제까지고 '미루는' 독자들을 대상으로 한다... 그러나 그 독자는 명령하고, 지시를 내릴 마땅한 권리가 있는 누군가의 의지에 의해 이를 더 이상 미룰 수 없게 될 것이다.

이 글에는 '평범한 사람(little man)'이라는 표현이 나오는데, 이는 자신을 '평범함 사람'이라고 인지하는 '가장 보통의' 사람이라고 볼 수 있다. 저자는 이슬람교를 믿지 않는 '평범한 사람'의 본질은 '무한히 큰 범죄'라고 시사한다.

덧붙여, 작가는 독자에게 자신의 부모에게 책임을 다하도록 장려한다; 부모를 구하려면 자식은 이슬람교의 교리를 받아들여야만 한다. 이는 부모와 동질감을 느끼는 사람, 부모에 대해 일말의 존재론적 책임을 느끼는 사람이라면 저자가 제시하는 세계관을 받아들이려 할 것이라는 것이다.

전문가 위원단의 의견을 요약하자면, 위에 인용된 이 책의 잠재적 수신자(독자)의 심리적 특징은 이 책을 이해하는데 가장 중요한 요소는 아니다. 왜냐하면 이 책을 오랜 시간 읽으면, 책의 고유한 구조와 사람의 주의를 붙잡고 제안을 하는 [심리적] 방식이, 자신의 삶에 대한 이데올로기적 지지를 구하는 사람 중 심사숙고 하는 경향이 있고 자기 개발의 과정 중에 있는 사람에게 저자가 옹호하는 종교적 이데올로기를 전달할 수 있기 때문이다.

36. 법원은 아스타피예프 크라스노야르스크 국립사범대학의 보고서 결론을 신뢰할 수 있는 것으로 판단하였다. 왜냐하면 이 전문가들은 사회 심리학, 언어 심리학, 철학과 종교 연구 영역에서 전문성을 가진 이들로 과학적인 방법을 동원하여 분석했기 때문이다. 전문가들은 공판에서 질문을 받았을 때 자신들의 결론을 확인하였다.

37. 그와는 대조적으로, 법원은 법원이 Lomonosov Moscow 주립 대학에 요청하여 대학 측이 2010년 4월 28일 제출한 보고서는 "신뢰할 수 없다"고 판단하였다. 법원은 2010년 4월 28일자 보고서는 근거가 부족하며 추측에 근거하고 있다고 보았다. 특히, 전문가들은 "일반적인 시각"과 "정서적으로 불안정하거나 쉽게 외부의 영향을 받는

사람들이 가지는 정도를 벗어난 관점"이라는 것이 무엇인지 설명하지 않았다. 또한 "이 책에는 사회, 인종, 민족 혹은 종교와 관련하여 폭력과 관련된 다툼에 대한 선동 혹은 폭력에 대한 요청으로 확실하게 해석될 수 있는 어떤 서술, 호소, 선언도 담겨 있지 않다", "이 책에는 종교에 대한 태도 혹은 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전이라고 확실하게 해석될 수 있는 어떤 사상도 담겨 있지 않다", "이 책에는 어떤 사람의 성(性), 인종, 출신 민족, 모국어, 출신, 종교에 대한 태도, 특정 사회 집단의 소속 여부 혹은 다른 어떤 것을 근거로 그 사람에게 굴욕감을 주는 것을 목적으로 한다고 확실하게 해석될 수 있는 어떠한 서술도 담겨 있지 않다"는 문장으로는 전문가들의 의도하는 바가 명확히 드러나지 않는다. 법원은 전문가들의 표현법으로 인해 그런 해석을 배제할 수 없다고 볼 수도 있지만 독자 개인의 인식에 따라 해석이 달라질 수 있다고 판단했다. 전문가들은 자신들이 보기에 다르게 해석할 수 있는 진술들을 인용하지도 않았고 왜 자신들이 내린 결론에 이르게 되었는지도 설명하지 않았다. 법원은 다른 유일신 종교의 문서와 해당 서적 간의 비교는 일종의 오해라고 봤는데, 법원은 그러한 비교 연구를 요청하지 않았기 때문이다. 만약 그 책에 종교에 대한 태도 혹은 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전이 들어 있다면, 이는 다른 종교의 문서에도 그런 진술들이 들어 있는 것과는 무관한 일이다. 마지막으로 지구법원은 전문가 위원단에 언어학자 혹은 문헌학자가 없다는 점을 지적했다. 법원이 판단하기에 그러한 영역의 전문가 부재로 인해 연구의 종합적인 성격은 훼손되었다.

38. 지구법원은 Said Nursi의 책 "The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter"가 극단적인 문헌이라고 판결했다. 그 이유는 그 책이 종교적 다툼과 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전을 담고 있기 때문이다. 이 책의 내용은 그러한 행위를 수행할 필요성을 구체화하고 정당화한다. 그러므로 이 책은 발견되는 모든 곳에서뿐만 아니라 그 내용이 복제된 모든 정보 매체에서도 몰수되어야 한다.

39. 2010년 11월 29일 크라스노야르스크 지방법원(Regional Court)은 위 지구법원의 논리를 전체적으로 인정하면서 청구 단체가 제출한 항소를 기각하였다.

40. 정부에 따르면 유일하게 편집자의 사본만이 몰수되었는데, 나머지는 이미 배포되었기 때문에 몰수하는 것이 불가능했기 때문이다.

II. 관련 국내법

A. 반극단주의 법률

1. 극단주의 억제법(Suppression of Extremism Act)

41. 극단주의 억제법(연방법 no.114-FZ, 2002년 7월 25일, 이 법에 저촉된 행위가 일어난 때에 효력 발생)은 여러 행위 중 "극단주의적 행위"를 다음과 같이 정의하고 있다. (i) 사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 불화의 선동, (ii) 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전, (iii) 누군가의 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도로 그 사람의 인권, 시민권, 자유, 합법적 이익을 침해하는 것, (iv) 위에서 인용된 행위들을 저지르자는 공공연한 호소 혹은 극단주의적이라고 알려진 문서의 대량 유포 혹은 대량 유포를 목적으로 하여 그러한 문서를 생산하거나 보관하는 것. 더 나아가 이 법은 극단주의적 행위의 실천을 요청하거나 그러한 실천의 필요성을 입증하거나 정당화하며, 출판 혹은 다른 매체를 통해 이러한 정보의 유포를 의도하는 문서를 '극단주의적 자료'라고 정의한다(제1절).

42. 러시아 연방의 영토 내에서 위 법의 제1절이 인용하는 기준을 하나라도 충족하는 인쇄물, 청각, 시청각 혹은 다른 형태의 자료를 출판하거나 배포하는 것은 금지된다. 검사가 요청을 할 경우, 기록 자료는 그 자료를 출판한 기관의 소재지 관할에 속하는 연방 법원(federal court)에 의해 극단주의 자료인지 판명될 것이다. 어떤 기록 자료를 극단주의적이라고 공표하는 사법부의 판단은 문제가 되는 특정 호(號) 사본 몰수의 법적 근거가 된다. 1년 내 극단주의적 자료를 두 번 출판한 단체는 출판권이 금지된다. 어떤 기록 자료를 법적 효력을 가지는 의미에서 극단주의적이라고 결정한 사법부의 판결 사본은 연방 등록 기관에 보내진다. 연방 차원에서 모아진 극단주의적 자료의 목록은 정기적으로 언론에 공개한다. 특정 기록 자료를 극단주의적 자료의 연방 목록에 포함하기로 한 판결은 러시아 연방법에 의해 확립된 절차에 따라 법원에 항소할 수 있다. 극단주의적 자료의 연방 목록에 포함된 자료를 러시아 연방에 유포하는 것은 금지된다. 그러한 자료의 유포를 목적으로 생산, 전파, 보관하는 자는 형사법 혹은 행정법에 의해 처벌받는다(극단주의 억제법 제13절).

43. 2015년 11월 23일 개정된 극단주의 억제법에는 제3.1절이 추가되었다. 그 내용은 성경, 코란, 타나크, 강규르(Kangyur)와 이러한 경전의 내용 및 인용문은 극단주의적 자료라고 할 수 없다는 것이다.

2. 헌법재판소의 판례법

44. 2013년 7월 2일 헌법재판소는 극단주의 억제법의 제1절과 제13절의 합헌성을 심리해달라는 신청을 부적법하다며 각하하였다(판결번호 1053-O). 청구인은 특히 제1절의 내용 중 사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 불화의 선동 그리고 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전이라는 부분에 대한 합헌성 판단을 요청했다. 그 근거는 조항의 내용이 애매모호하고 그렇기 때문에 예견가능성이 부족하다는 것이었다. 이에 대해 헌법재판소는 예견가능성이라는 조건이 가치나 공통 용어의 사용을 막지는 못한다고 판결했다. 또한 그러한 가치나 공통 용어의 의미는 이 재판에서 문제가 되는 법률 조항 혹은 관련 법률 조항이나 법원의 해석을 통해 직접 이해할 수 있다고 판단했다. 극단주의 억제법의 제1절을 적용할 때, 법원은 극단주의 형태의 필수적 요소가 헌법이 금지하는 것(사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 불화의 선동 그리고 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전)을 명시적 혹은 암묵적으로 위배하고 있다는 점을 고려해야만 했다. 그러한 위배가 있었는지를 확증하기 위해 법원은 문제가 되는 행위나 정보의 형태와 내용, 그것의 수신자, 목적, 사회적·정치적 맥락과 같이 사건과 관련된 모든 정황 및 헌법으로 보호된 가치의 불법적 침해를 요청하거나 그러한 침해의 필요성을 입증하거나 정당화하는 것으로 인해 공공 질서에 대한 실제적 위협이 발생했는지를 고려했어야 한다. 헌법재판소는 반극단주의 법률이 양심·종교·표현의 자유에 대한 권리를 제한하지 않았다고 판단했다. 헌법재판소는 반극단주의법률이 그 행동이나 정보가 상식적 관점들, 확립된 전통과 믿음 혹은 도덕 그리고 종교적으로 선호하는 것에 부합하지 않는다는 이유만으로 양심, 종교 그리고 표현의 자유에 대한 제한을 부과하는 것을 허용하는 것은 아니라고 판결하였다. 그러한 제한은 필요성, 비례성 그리고 공정성이라는 헌법적 요건을 위반하는 것이다. 그러므로 극단주의 억제법 제1절의 자구는 예견할 수 없는 해석이나 자의적인 적용을 허용하지 않았다.

45. 그에 더해 헌법재판소는 극단주의 억제법의 제13절에 따른 극단주의적 자료의 몰수가 범법 행위에 대한 처벌이 아니라 극단주의와의 전쟁이자 극단주의적 활동을 예방하는 것이라고 판단했다. 어떤 자료를 극단주의적이라고 공표하는 것은 그 자료가 반극단주의 법률을 위반했음을 의미하는 것이고, 그 자체로 인권과 자유, 헌법 체제의 근간 그리고 러시아 연방의 안전과 안보에 실제적 위험을 가하는 것이다. 그러므로 이 문제에 대한 각각의 사법적 결정은 극단주의로 공표된 자료의 몰수로 이어져야 한다. 이는 그러한 자료에 대한 접근을 차단하기 위한 것이고, 이를 통해 그러한 자료가 그것의 소유자를 포함하여 사람들에게 미치는 부정적 영향의 위험을 예방하기 위한 것이다. 자료의 소유자는 각각의 소송 절차에 참여할 수 있는 권리를 가진다. 그러므로 극단주의적 자료의 몰수는 헌법에 위반되지 않는다.

46. 2017년 2월 28일 헌법재판소는 극단주의 억제법의 제3.1절의 합헌성을 심리해달라는 신청을 받아들여질 수 없는 것으로 판단하고 기각하였다(판결번호 463-O). 헌재는, 특히, 종교적 문헌을 포함하는 자료가 극단주의적인지를 판단하는 것이 자의적으로 이뤄져서는 안 된다는 법원의 결론을 유지하였다. 그러한 판단은 해당 사건의 모든 정황을 완전하고, 철저하며, 객관적으로 평가한 후 이뤄져야 하며, 문헌학, 언어학, 심리학, 종교 연구의 전문가에 의해 확인되어야 한다. 법원은 문서를 문자 그대로만 해석하여 판단해서는 안되며, 현대 사회와 이 사회에 널리 퍼져있는 신념들을 고려하여 이 문서가 헌법이 보호하는 가치라는 측면에서 허용할 수 없는 특성들을 획득할 수 있는 잠재적 능력이 있는지를 판단해야 한다. 법원은 해당 사건의 정황을 고려하여 문제가 되는 기록 자료의 일부만을 극단주의적이라고 판단할 수 있다. 그 경우 문서의 그 부분만 배포를 금지할 수 있다.

47. 2017년 4월 20일 헌법재판소는 극단주의 억제법의 제3.1절의 합헌성을 심리해달라는 또 다른 신청을 받아들여질 수 없다며 기각하였다(판결번호 906-O). 이 사건의 청구인은 검사가 여호와의 증인에 대한 살인을 요청하는 책을 극단주의로 공표하는 것을 거부한 것을 문제 삼았다. 검사는 이 책이 성경에 대한 해석과 성경을 인용하고 있다며 제3.1절을 근거로 들었다. 헌법재판소는 그 자료에 대한 일부 사람들의 주관적 인식에 근거하여 그 자료를 극단주의적이라고 공표할 수 없다는 판단을 유지하였다. 이와 더불어 헌재는 역사와 사람들의 문화의 일부분이자 특정 역사적 기간에 널리 배포되고, 방대한 과학적 연구의 주제가 되어왔으며, 널리 인용되었고, 신도들에게 극단주의적 활동을 하도록 요청하거나 극단주의적 이데올로기의 근원이라는 이유로 이전에 금지된 적이 없는 고전 문헌 작품은 극단주의로 공표될 수 없다는 판단을 유지하였다. 논쟁이 되는 제3.1절은 기독교, 이슬람교, 유대교, 불교와 같이 주요한 세계적 종교의 근원을 이루고, 러시아와 같은 다종파(多宗派) 사회에서 특별히 중요한 역할을 수행하는 종교적 문서(그 내용과 인용문까지 포함하여)는 극단주의적이라고 공표될 수 없다고 규정한다.

B. 민사적 절차들

48. 2002년 민사소송법(Code of Civil Procedure)은 증거를 다음과 같이 규정한다. 증거란 법원이 사건의 당사자들이 자신의 주장과 진술을 뒷받침하기 위해 참조하는 정황 그리고 사건에 대한 정확한 조사와 연관된 정황을 수립하는데 근거가 되는 사실에 대한 정보를 말한다. 이를 구하는 과정은 법률로 규정한 절차를 따라야 한다. 그러한 정보는 당사자나 제3자의 진술, 증인의 증언, 문서나 자료 증거, 전문가 보고서를 통해 얻을 수 있다(제55조 제1항). 증거는 당사자나 재판의 다른 참여자가 제출할 수 있다(제57조 제1항).

49. 전문가 보고서(expert report)는 공판에서 소리 내어 읽혀야 한다. 전문가 보고서의 의미를 명확히 하거나 보충하기 위해 전문가에게 질문을 할 수 있다. 법원은 다른 증거와 함께 전문가 보고서를 검토해야 한다. 보고서는 법원

에 어떠한 예정된 가치도 제공하지 않는다. 만약 법원이 전문가 보고서의 내용에 동의하지 않으면 본안에 대한 판결에서 그 이유를 설명하거나 추가적 전문가 보고서를 내도록 해야 한다(제187조).

50. 문서나 자료 증거를 검토하거나 청각, 시각 기록물을 재생하거나, 전문가 보고서를 지시하거나 증인에 대한 심문을 할 때, 필요하다면 법원은 전문가와 상의하여 의견이나 설명 혹은 기술적 지원(사진을 찍거나 도면이나 도표를 그리거나, 전문가 의견을 위한 표본을 선정하거나, 특성에 대한 평가를 받는 것)을 받을 수 있다. 전문가는 법원의 질문에 대답해야 하고 구두 혹은 지면으로 의견이나 설명을 주어야 하며 기술적 지원을 제공해야 한다. 전문가는 자신의 전문적 평가가 아닌 전문적 지식에 근거하여 의견을 제공해야 한다. 법원과 당사자들은 전문가에게 질문을 할 수 있다(제188조).

III. 관련 국제 자료

A. 국제연합(UN)

1. 시민적·정치적 권리에 관한 국제 규약

51. 1966년 시민적·정치적 권리에 관한 국제 규약(ICCPR)의 관련 조항은 다음과 같다:

제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.

2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다 이 권리는 구두 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

(a) 타인의 권리 또는 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

제20조

1. 전쟁을 위한 어떠한 선전도 법률에 의하여 금지된다.

2. 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다.

2. 인권이사회

52. 종교·신념의 자유 특별 보고관 Asma Jahangir 와 현대적 형태의 인종주의, 인종 차별, 외국인 혐오, 그와 관련된 불관용에 대한 특별 보고관 Doudou Diène 의 보고서에 덧붙인 유엔 인권이사회의 인종적, 종교적 혐오와 관용의 촉진에 대한 2006년 9월 20일자 결정 1/107, A/HRC/2/3(HRC 2006보고서)에서 관련 부분은 다음과 같다:

> "47. 특별 보고관은 규약의 제20조가 세계 2차 대전 동안 나치 정권이 저지른 참상이라는 역사적 배경을 염두에 두고 작성되었음을 주목한다. 제20조에서 지칭하는 행위의 허용한계치는 상대적으로 높다. 왜냐하면 이러한 행위가 민족적, 인종적 또는 종교적 증오라고 여겨져야 하기 때문이다. 따라서 특별 보고관은 어떠한 의견이 특정인 혹은 집단에게 폭력 혹은 차별 행위를 당장이라도 하라고 선동하는 경우에만 제20조에 의해 금지할 수 있다고 본다.
>
> 50. 국내 및 지역의 사법 기관은 -그 기관이 존재하는 곳에서- 종종 서로 경합하는 권리들 사이에서 미묘한 균형을 잡으려 노력한다. 특히 신념과 종교의 자유에 대한 권리가 연관되었을 경우 이는 매우 까다로울 수밖에 없다. 두 가지의 권리가 경합하는 상황에서, 지역 기구는 종종 재량의 여지를 국내 당국에 부여하였다. 종교적 감수성 관련 사례인 경우에는 재량의 여지를 조금 더 넓게 주었는데, 그렇다 하더라도 특정 인권을 제한하는 결정은 비례성이라는 기준을 따라야만 한다. 세계적 수준에서, 재량여지 제공에 대한 공통기반이 충분히 마련되어 있지는 않다. 세계적 수준에서, 규약의 제20조의 허용한계치를 낮추려는 시도는 자유로운 표현의 경계를 축소시킬 뿐만 아니라 종교와 신념의 자유 그 자체를 제한하게 될 것이다. 그러한 시도는 역효과를 낳을 수 있고 종교적 불관용이라는 분위기를 촉진하게 될 것이다."

53. 인권이사회 2012년 9월 7일자 결의안 16/4, A/67/357에 따라 제출된 의사·표현의 자유의 권리 증진과 보호를 위한 특별 보고관 Frank La Rue의 보고서에서 관련 부분은 다음과 같다:

"46. 위의 개념들 중 일부는 중복될 수 있지만, 특별 보고관은 어떤 표현이 증오 선동에 해당하는지 결정하는데 있어 다음과 같은 요소들이 극히 중요하다고 판단한다: 표현으로부터 초래되는 실제적이고 임박한 폭력의 위험; 차별, 적의 혹은 폭력을 선동하려는 화자의 의도; 혐오가 표현된 맥락에 대한 사법부의 철저한 심사숙고. 이러한 숙고는 어떤 형태의 발언은 내용 그 자체가 아니라 그것이 가져오는 결과 때문에 국제법에 의해 금지된다는 측면에서 이뤄져야 한다. 왜냐하면 어떤 곳에서는 모욕적이라고 여겨지는 표현이 다른 곳에서는 그렇지 않을 수 있기 때문이다. 그런 이유로 맥락적 평가는 종교적 혹은 인종적 공동체 간 갈등의 양상이 존재했는지, 목표 집단에 대한 차별이 존재했는지, 발언의 어조나 내용, 혐오를 선동하는 사람과 혐오 표현의 유포 수단 등과 같은 다양한 요소에 대한 숙고가 있어야만 한다. 예를 들어, 어떤 개인이 적은 수의 제한된 페이스북 사용자 집단에 대해 한 발언이 갖는 무게는 주류 웹사이트에 올려진 의견이 갖는 무게와 다를 수 밖에 없다. 그와 유사하게, 예술적 표현은 예술적 가치와 맥락을 참조하여 다뤄져야 한다. 왜냐하면 예술은 폭력이나 차별, 적의를 선동하려는 의도 없이 어떤 강력한 느낌을 일으키기 위해 이용될 수 있기 때문이다.

47. 이와 더불어 국가는 협약 제20조에 따라 차별, 적의 또는 폭력을 선동할 수 있는 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지할 필요가 있지만, 그러한 표현을 범죄화 할 필요는 없다(no requirement to criminalize). 특별 보고관은 혐오의 선동이 심각하고 극단적인 경우에만, 그래서 일곱 가지의 허용한계치(seven-part threshold)를 넘는 경우에만 범죄화되어야 한다고 강조한다.

48. 다른 경우에 있어서 특별 보고관은 국가가 다양한 구제책에 대한 지원을 포함한 민사적 법률들을 채택해야 한다고 본다. 여기에는 절차적 구제(예를 들어 사법 접근권(access to justice)과 국내 제도의 실효성을 보장하는 것)와 실제적 구제(예를 들어 평판의 회복, 재발 방지, 금전적 보상의 제공과 같이 적당하고 신속하고 표현의 심각성에 비례하는 배상)가 포함된다.

49. 이에 덧붙여 어떤 유형의 표현들은 관용, 공손함, 타인에 대한 존중이라는 관점에서 우려를 제기할 수 있지만, 형사적 혹은 민사적 처벌 모두 정당화될 수 없는 사례들도 있다. 특별 보고관은 표현의 자유의 권리에는 불쾌하거나, 혼란을 주거나, 충격적인 표현의 형태도 포함된다는 사실을 반복해서 말하고자 한다. 사실, 모든 유형의 자극적, 혐오적 혹은 불쾌한 발언이 선동인 것은 아니므로 이 둘을 하나로 합쳐서 봐서는 안 된다.

50. 모든 혐오 발언 법률은 최소 2001년에 나온 인종주의와 미디어에 대한 합동 보고서에 나온 다음의 원리들을 따라야 한다고 특별 보고관은 반복해서 강조한다.

(a) 어느 누구도 진실인 진술에 대해 처벌 받아서는 안 된다.

(b) 어느 누구도 차별, 적의, 폭력을 선동하고자 하는 목적을 가지고 발언하지 않은 이상 그 발언의 유포로 인해 처벌 받아서는 안 된다.

(c) 무엇이 대중과 정보와 생각을 소통하는 가장 좋은 방법인지를 결정하는 언론인의 권리는 존중받아야 한다. 특히 인종주의와 불관용에 대한 보도에서는 더욱 그러하다.

(d) 어느 누구도 사전 검열의 대상이 되어서는 안 된다.

(e) 법원에 의한 처벌의 도입은 비례성의 원칙을 엄격하게 따라야 한다.

53. 특별 보고관은 또한 반-신성모독 법률과 관련하여 다시 한 번 우려를 표명한다. 왜냐하면 이 법은 본질적으로 애매하고, 개념 전체가 악용될 가능성이 크기 때문이다. 특별 보고관은 국제 인권법은 종교, 신념 체계, 사회 제도와 같은 추상적 개념이 아닌 개개인을 보호하기 위해 존재한다는 사실을 다시 한 번 강조한다. 이는 자유권위원회도 단언한 내용이다(CCPR/C/GC/34, 문단 48). 게다가 관련 국제 법적 기준에 명시된 종교·신념의 자유에는 비판이나 조롱으로부터 자유로운 종교나 신념에 대한 권리는 포함되지 않는다. 사실, 표현의 자유에 대한 권리는 신념 체계, 의견, 제도(종교적인 성격의 것들까지 포함하여)에 대해 면밀히 조사하고, 공개적으로 토론하고, 그것에 어긋나거나 충격을 주거나 불안하게 만드는 발언을 하고, 비판할 권리까지 포함한다. 물론 그러한 표현은 적의나 차별, 폭력을 선동하는 혐오를 고취해서는 안 된다는 전제가 있다. 그러므로 특별 보고관은 모든 국가가 반-신성모독 법률을 폐지하고 국제인권기준에 부합하는 법률이나 다른 형태의 개혁을 통해 개인의 권리를 보호할 것을 다시 한번 요청한다..."

3. 인권위원회

54. 2011년 9월 12일자, 제19조: 의견과 표현의 자유에 대한 일반논평 34번에서 관련내용은 다음과 같다:

"48. 신성모독법 등 어떤 종교나 신앙체제에 대해 결례를 표하지 못하게 금지하는 규정은 규약의 제20조 제2항에서 상상하고 있는 한정된 상황을 제외하면 규약에 부합하지 않는다. 또한 이러한 금지규정은 제19조 제4항의 엄격한 요건과 함께, 제2조, 제5조, 제17조, 제18조, 제26조와 같은 조항들 역시 준수해야 한다. 따라서, 예컨대 법에서 어떤 종교나 신앙체제에 찬성 혹은 반대하거나, 특정 종교의 신자들을 다른 종교의 신자에 비해, 신앙인을 비신앙인에 비해 차별하는 것은 어떤 경우에도 용인되지 않을 것이다. 또한 이러한 금지규정이 종교지도자를 비판하거나 종교교리와 신앙의 교의에 대해 논평하는 것을 막거나 처벌하는데 사용되는 것 역시 용인되지 않을 것이다..."

B. 유럽이사회

55. 법을 통한 민주주의 유럽위원회(베니스 위원회)의 표현의 자유와 종교의 자유의 관계에 대한 보고서: 신성 모독, 종교 모독, 종교 혐오 선동에 대한 규제와 처벌(베니스, 2008년 10월 17~18일)은 다음과 같이 명시한다:

> "49. 어쨌든, 표현의 자유 속에 함축되어 있는 책임은 단지 자신의 종교가 아니라는 이유로 어떤 종교적 관점에 노출되는 것으로부터 보호되어야 한다는 것을 의미하는 것은 아니다. 바로 이것이 민주사회의 기본이 되는 다원주의, 관용과 포용성의 개념이 뜻하는 바다. 표현의 자유에 대한 제약의 목적은 신념 체계를 비판으로부터 보호하는 것이 아니라 특정한 신념이나 의견을 가진 개인을 보호하는 것이어야만 한다. 표현의 자유에 대한 권리는 신념 체계, 의견, 제도에 대해 면밀히 조사하고, 공개적으로 토론하고, 비판하는 것을 허용해야 한다. 심지어 그것이 지나치게 엄격하고, 불합리적인 방식이라 하더라도 말이다. 물론 그러한 표현이 개인이나 집단에 대한 혐오를 고취하는 것이어서는 안 된다.
>
> ...
>
> 60. 그러한 측면에서, 인종적 모욕과 특정한 종교에 속한다는 이유로 받는 모욕 사이에 근본적 차이가 있다는 주장은 상기시킬 가치가 있다. 인종은 물려받은 것이고 바뀔 수 없는 것임에 반해 종교는 그렇지 않다. 대신 종교는 그것을 믿는 사람이 유일한 진실이라고 여기는 신념과 가치에 기반하고 있다. 바로 이러한 차이가 혹자로 하여금 인종보다는 종교에 대해 훨씬 더 넓은 범위의 비판이 수용 가능하다는 결론을 내리게 만든 것이다. 이러한 주장은 특정 인종이 우월하다는 생각은 용인될 수 없지만, 특정 종교가 우월하다는 생각은 용인될 수 있다고 전제한다. 왜냐하면 "열등한" 종교를 믿는 사람은 일부 사상을 추종하기를 거부할 수 있고 심지어는 "우등한" 종교로 바꾸는 것이 가능하기 때문이다.
>
> 61. 위원회가 보기에 이러한 주장은 진실된 토론이라는 전제 하에서만 설득력을 가진다. 하지만 이러한 주장이 종교 사상에 대한 진실된 '철학적' 토론과 "열등한" 믿음을 가진 사람에 대한 불필요한 종교적 모욕 사이의 경계를 과도하게 확장하는데 이용되어서는 안 된다.
>
> 64. 위원회는 종교적 모욕(즉, 종교적 감정에 대한 모욕)이라는 공격을 만들어내는 것이 무조건적으로 필요하다거나 바람직하다고 여기지 않는다. 혐오 선동이라는 필수적 요소가 없다 하더라도 말이다.
>
> 68. 종교적 감정에 대한 모욕(심지어 신성모독까지 포함)과 증오표현 사이의 경계가 쉽게 흐려질 수 있다는 것은 사실이다. 그렇기 때문에 모욕적 표현에서 생각의 표현과 증오의 선동을 나누는 선을 찾는 것은 종종 어려운 일이 된다. 그러나 이 문제는 종교적 감정에 대한 모욕을 처벌하는 것이 아니라 증오 선동의 개념을 적

절하게 해석하는 것을 통해 해결되어야 한다.

69. 진술과 관련해서는, 어떠한 진술이 모욕인지 혹은 혐오표현인지를 결정하려면 몇 가지 요소들을 고려해야 한다. 진술이 행해진 맥락, 진술의 대상이 누구인지, 진술을 한 사람이 공적인 자리에 있는 사람인지, 특히 그 사람이 특정한 역할을 수행하는 사람인지...

70. 맥락의 문제와 관련된 요소는 진술(혹은 예술 작품)이 제한된 환경 내에서 유포되었는지 티켓 구입이나 혹은 공공 영역에 노출되거나 하여 일반 대중에게 널리 접근 가능했는지 여부이다. 예를 들어, 특정 언론을 통해 유포된 경우는 그 언론이 가지는 잠재적 영향력을 고려할 때 더욱 중요하다고 할 수 있다. 그런 측면에서 '시청각 매체는 인쇄 매체보다 종종 더 즉각적이고 강력한 영향력을 가진다는 것이 일반적으로 인정된다; 시청각 매체는 인쇄 매체는 만들 수 없는 영상적 의미를 통해 의미를 전달할 수단이 있다'는 점은 주목할 가치가 있다.

72. 내용의 문제와 관련하여 베니스 위원회는 민주사회에서 종교 집단은, 다른 집단이 그러하듯, 그들의 활동과 가르침, 신념에 대한 비판적인 공적 진술과 토론을 허용해야 한다는 점을 강조하고자 한다. 그러한 비판이 혐오에 대한 선동은 아니며, 공공의 평화를 깨뜨리는 선동이나 특정 종교를 믿는 사람에 대한 차별도 아니기 때문이다.

73. 이렇게 말했기는 하지만, 베니스 위원회가 절대적 자유주의를 옹호하는 것은 아니다. 원칙적으로 민주주의에서 모든 사상은, 그것이 충격적이거나 불쾌한 것이라 하더라도, 보호받아야 한다는 것은 의심의 여지가 없지만(위에서 설명한 것처럼 혐오를 선동하는 사상은 예외이다), 모든 사상이 유포될 가치가 있는 것은 아니다. 표현의 자유를 행사하는 것은 의무와 책임을 수반하므로, 민주사회의 모든 구성원들이 다른 사람에게 모멸감을 주는 표현, 까닭 없이 공격적인 표현, 타인의 권리를 침해하는 표현을 하는 것을 최대한 삼가기를 기대하는 것은 정당한 일이다.

...

86. 장기적으로 봤을 때, 민주사회의 모든 구성 요소들이 다른 믿음, 신념, 교리에 대해 자신의 사상을 그것이 얼마나 부정적인가와 상관 없이 평화로운 방식으로 표현할 수 있어야 한다. 서로 듣지 않는 자들 사이의 대화(dialogues of the deaf)가 아니라 건설적인 토론이 이뤄져야 한다."

56. 제91차 베니스 위원회 총회(2012년 6월 15~16일)에서 채택된 극단주의적 활동 해소를 위한 연방법에 대한 베니스 위원회의 의견은 다음과 같다:

"... 7. 사법당국이 "극단주의"의 개념을 넓게 해석하는 것, 최근 이 법의 적용이 증가한 것, 이 법이 시민사회 내 다양한 그룹에 행사하고 있는 압력, 이에 더해 이와 관련하여 보고 되고 있는 인권 침해 의혹들은 러시아 내에서 그리고 국제적으로 우려와 비판의 대상이 되고 있다...

14. 유럽인권협약 제9조에 따르면, 사상, 양심, 종교를 표명하는 것에 대한 제한은 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 위해서만 행사될 수 있다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제18조도 이와 매우 유사하다: 자신의 사상, 양심, 종교의 자유는 법률에 규정되고 '공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유'를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한 받을 수 있다. 두 문서 모두 '자신의 종교나 신념을 표명할 자유'에 대한 제한을 다룰 뿐 종교나 신념의 본질이나 내용에 대한 것은 아니라는 점을 주의해야 한다. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약의 제18조 제2항에 따르면, *'어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유를 침해하게 될 강제를 받지 아니한다'*...

A. '극단주의'의 정의

... 28. 러시아 연방이 준수할 의무가 있는 국제 조약 중 유일하게 '극단주의'의 정의를 담고 있는 것은 (테러리즘과 분리주의, 극단주의 해소를 위한) 상하이 협약(2001년 6월 15일, 러시아는 2003년 1월 10일 비준)이다. 극단주의 법(Extremism Law) 제1조 제1항 제1호 3목은 '극단주의'를 다음과 같이 정의한다. '폭력의 사용을 통해 정권을 장악하거나 유지하거나 국가 헌법 체제를 폭력적으로 바꾸거나 공공의 안전을 폭력적으로 침해하는 것을 목적으로 하는 행위. 여기에는 위의 목적을 위해 불법적으로 무장한 단체와 그 단체에 참여하는 것 그리고 국내 정당법(national laws of the Parties)에 따라 형사기소 당한 단체도 포함된다'. 후자의 문구로 인해 서명국은 국내법에 따라 그러한 '극단주의자'를 기소할 수 있다.

(a) '극단주의적 행위'

... 30. 베니스 위원회는 '극단주의'('극단주의적 행위/극단주의', '극단주의적 조직'과 '극단주의적 자료')의 '기본적 개념'에 대한 법 제1조에서 내리고 있는 정의가 극단주의의 일반적 특성을 개념으로 규정하지 못하고 있음을 지적한다. 대신 이 법은 매우 광범위한 다수의 행위들을 '극단주의적 행위' 혹은 '극단주의'로 나열하고 있다. 이것이 의미하는 것은, 이 법에 따르면, 제1조 제1항에서 정의하는 활동들만이 극단주의적 활동으로 간주되거나 극단주의의 범위에 들어가고, 제1조 제2항에서 정의하는 조직과 제1조 제3항에서 정의하는 자료만이 극단주의적인 것으로 간주되어야 한다.

31. 그러나 위원회는 '극단주의적' 활동의 목록 속에 특정한 활동들이 포함되어 있는 것에 대해 강한 의

구심을 가지고 있다. 사실 제1조의 몇몇 정의들은 러시아 연방의 다른 법률에서 상대적으로 잘 정리하고 있는 개념들을 참조하고 있는데 반해 제1조에 열거된 다수의 다른 정의들은 너무 광범위하고 명료성이 부족하며 다른 해석이 가능하도록 길을 열어주고 있다. 게다가 상하이 협약이 규정하는 '극단주의'뿐만 아니라 '테러리즘'과 '분리주의'의 정의는 모두 본질적 요소로 폭력을 필요로 하는데 반해, 극단주의 법에서 '극단주의적'이라고 정의하는 일부 행위들은 폭력이라는 요소를 필요로 하지 않는 듯 보인다(아래의 의견을 참고)...

제1조 제1항 제3호: '사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 불화를 유발하는 것'

35. 3번 사항에 따른 극단주의적 활동은 이전 법(2002)에 비해 덜 정확한 방식으로 정의되어 있다. 2002년도 법에서 특정 행위가 정의의 범위에 들어가기 위해서는 그 행위가 폭력과 연관되거나 폭력에 대한 요청이 있어야 했다. 그러나 현재의 정의('사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 불화를 유발하는 것')에는 폭력에 대한 인용이 삭제되면서 그것을 필요로 하지 않는다. 비정부기구의 보고서에 따르면 이로 인해 극단주의 법 그리고/혹은 형사법에 따른 심각한 반극단주의 조치가 취해지고 있다고 한다. 베니스 위원회가 표현의 자유와 종교의 자유의 관계에 대한 보고서에서 밝혔듯이 혐오 발언과 선동은 유럽인권조약 제10조에 따른 보호 혜택을 받을 수 없고 형사 처벌의 근거가 된다는 점을 상기한다. 위원회는 그러한 행위는 러시아 형법 제282조에 의해 처벌받는다는 점 그리고 제282조 제2항에 의거하여 폭력의 사용 혹은 이 범죄를 저지르는데 있어 폭력을 사용하겠다는 협박은 가중적 정황(aggravating circumstance)이라는 점에 주목한다.

36. 베니스 위원회가 보기에 '사회적, 인종적, 민족적 혹은 종교적 불화를 유발하는 것'이 '극단주의적 활동'이 되기 위해서는 정의에 폭력이라는 요소가 명시적으로 들어가 있어야 한다. 그래야지만 제1조 제1항에 포함된 다양한 정의에 대한 좀 더 일관적인 접근이 유지되고, 그 정의가 형법 그리고 대법원 전원합의체가 규정한 지침과 일치할 것이다. 또한 상하이 협약이 규정하는 '극단주의' 개념의 일반적 접근에 좀 더 가까워질 것이다.

제1조 제1항 제4호: 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전

37. 이 규정을 처음 보면 국제 조약이나 국내법 속 비차별에 대한 일반적 문구, 즉 인종이나 민족적 기원, 종교나 언어처럼 고유하거나 유전적인 특질에 근거하여 사람을 달리 대우하는 것을 금지하는 것을 되풀이 하고 있는 것처럼 보인다. 그럼에도 불구하고 이 규정이 속해있는 표제 하에서는 그러한 다른 대우에 대한 설교를 포함한 모든 종류의 선전 활동이 폭력과 연관있는지, 폭력에 대한 요청이 있었는지에 상관없이 '극단주의'로 간주된다.

38. 베니스 위원회가 보기에 특정 세계관이 이 우주에 대한 더 나은 설명이라는 것을 증명하기 위한 어떤 종교적 가르침이나 개종 활동을 극단적이라고 공표하는 것은 많은 사람의 양심과 종교의 자유에 영향을 미치고 특정 교회를 억압하려는 시도에 쉽게 악용될 수 있다. 그러므로 양심과 종교의 자유뿐만 아니라 결사의 자유에도 영향을 미칠 수 있다. 유럽인권재판소는 개종과 종교 공동체의 구성원이나 교회가 '가르침'을 통해 다른 사람들을 '설득하려 노력'하는 것을 보호한다. 양심과 종교의 자유는 사적인 특성을 가지기 때문에 다른 인권과 비교했을 때 가능한 제한이 더 적을 수 밖에 없다.

39. 그러므로 제4호에 따른 극단주의적 활동에서는 폭력을 수반한 종교적 극단주의뿐만 아니라 양심과 종교의 자유에 따라 보호받는 표현들도 예방 및 시정 조치의 적용으로 이어질 가능성이 커 보인다. 이는 최근 몇 년간 종교 문헌에 대한 광범위한 정밀 조사 후 수많은 종교 문서에 대해 '극단주의적 자료'라고 자격을 부여한 보고서에 의해서 확인되고 있다(아래의 (b)내용을 참고).

40. 위원회가 보기에 당국은 제1조 제1항 제4호에 따른 정의를 재검토하여 설득을 통해 다른 사람으로 하여금 특정한 종교나 삶의 기원을 믿도록 하는 것을 목적으로 하는 평화로운 행위뿐만 아니라 적의나 싸움의 선동을 직접적으로 의도하거나 목적으로 하지 않는 관련 가르침은 극단주의적 활동으로 간주되지 않도록 하고, 반극단주의 조치에 과도하게 포함되지 않도록 추가적 보장을 확보/제공해야 한다.

제1조 제1항 제5호: 누군가의 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도로 그 사람의 인권, 시민권, 자유, 합법적 이익을 침해하는 것

41. 제5호에 따른 극단주의적 활동은 한 무더기의 기준을 하나로 합친다. 이는 그 기준들이 반극단주의 법에 적용되는지 여부를 확립하기 이전에는 필요할 수도 그렇지 않을 수도 있는 조합이다. 여기서 의도하는 바가 무엇인지에 대한 설명이 필요하다. 만약 '누군가의 사회적, 인종적, 민족적, 종교적, 언어적 소속 혹은 종교에 대한 태도와 관련하여' 그 사람의 인권과 자유를 침해하는 것이, 어떤 폭력적인 요소가 없는데도 극단주의적 활동이라면 이것은 명확히 너무 광범위한 범주이다.

제1조 제1항 제10호: 앞서 인용한 행위들을 저지르자는 공공연한 호소 혹은 극단주의적이라고 알려진 문서의 대량 유포 그리고 대량 유포를 목적으로 하여 그러한 문서를 생산하거나 보관하는 것.

42. 유사하게, 제10호 하에서는 극단주의적 활동에 대한 선동 자체가 극단주의적 활동이다. 이 조항은, 위에서 지적한 것처럼, 극단주의적 활동이라는 범주에 전혀 들어가서는 안 되는 특정 활동들이 나열되어 있다는 점에서 문제적이다.

(b) '극단주의적 자료'

... 47. 이 조항에서 정의하는 극단주의적 자료에는 이미 출판된 문서뿐만 아니라 출판을 계획했던 문서 혹은 극단주의적 활동을 요청(아마도 제1조 제1항에 나와있는 극단주의적 행동에 대한 정의를 참조로 하여 이해될 수 있을 듯함)하거나 그러한 활동을 정당화하는 정보까지 포함된다.

49. '극단주의적 자료'에 대한 광범위하고 다소 모호한 정의를 고려했을 때(제1조 제3항), 베니스 위원회는 어떻게 어떤 문서가 극단주의적인 것으로 분류될 수 있는지에 대한 기준이나 지시가 법에 부재하다는 점에 대해 염려를 표한다. 그리고 이러한 부재가 자의성이나 남용으로 이어질 수 있는 가능성이 있다고 믿는다. 위원회는 법원의 결정이 해당 문서에 대한 사전 전문가 평가에 체계적으로 기초하고 있고 결정에 대해 법원에 항소할 수 있다는 사실을 공식적인 출처를 통해 알고 있다. 그럼에도 불구하고 위원회는 법에 명확한 기준이 부재함으로써 자료에 대한 평가나 소송 절차 관련하여 재량의 여지가 너무 크고 주관성이 개입할 여지가 있다고 생각한다. 비정부기구의 자료는 최근 러시아 연방에서 극단주의 자료 연방 목록으로 인해 비례성을 무시한 반극단주의적 조치가 취해지고 있다고 밝히고 있다. 위원회가 견해를 완전히 밝히기 위해서는 그 명단이 어떻게 구성되고 수정되는지에 대한 정보가 필요하다.

63. ... 베니스 위원회는 몇몇 구체적 사례에 대한 정보를 받았다. 그것은 반극단주의 법 하에서 '극단주의' 개념을 특별히 확대 해석하고, (전해지는 바에 따르면) 평화롭다고 알려진 종교 공동체를 극단주의 자료 목록에 추가하는 것과 같은 비례성을 무시한 조치가 취해진 사례들이었다.

... 결론

73. 베니스 위원회는 러시아 당국이 극단주의 및 관련 위협에 대응하기 위한 정당한 활동에서 직면하고 있는 어려움을 이해하고 있다. 극단주의에 맞서기 위한 싸움과 관련한 최근의 권고에서 유럽평의회 의원총회(Parliamentary Assembly of the Council of Europe)는 극단주의 및 그것의 가장 최근 형태에 대한 싸움이 수반하는 어려움에 대해 우려를 표명하였다. 또한 유럽평의회 모든 가입국들이 그 영역에서 단호한 행동을 취하는 한편 '인권과 법치에 대한 가장 엄격한 존중을 보장'하도록 장려하였음을 상기시키고자 한다.

74. 그러나 극단주의 법이 이 목표를 추구하는 방식에는 많은 문제가 있다. 위원회는 특히 '극단주의', '극단주의적 행동', '극단주의적 조직' 혹은 '극단주의적 자료'와 같이 법에서 정의하는 '기본 개념들'과 관련하여 극단주의 법이 광범위하고 부정확한 표현법을 쓰고 있다는 점에 우려를 표명한다. 법의 해석이나 적용에 있어 재량이 너무 많이 들어갈 수 있고 그것이 자의적 판단으로 이어질 수 있기 때문이다.

75. 위원회가 보기에 이 법이 극단주의라고 정의하고, 당국이 예방과 교정을 위한 조치를 취하도록 가능하게 해주는 행동 모두에 폭력의 요소가 들어가 있는 것은 아니다. 뿐만 아니라 그러한 행위들이 모두 충분히 정확하게 정의되어 있어 개인이 당국의 조치를 막기 위해 자신의 행위나 조직의 활동을 통제할 수 있는 것도 아니다. 개념에 대한 정의가 필수적 엄밀성을 갖추지 못할 때, 극단주의 법과 같이 매우 민감함 권리를 다루고 개인과 비정부기구에게 잠재적 위험성을 가지는 법은 해로운 방식으로 해석될 수 있다.

77. 베니스 위원회는 극단주의 법과 같이 기본적 자유에 심각한 제약을 가할 수 있는 가능성이 있는 법은 모든 자의성을 피할 수 있는 일관적이고 비례적인 접근 방식을 취하는 것이 매우 중요함을 상기시키고자 한다. 그러한 면에서, 극단주의 법은 유럽인권협약에 명시되어 있는 기본적 권리와 자유(특히 제6조, 제9조, 제10조, 제11조)에 과도한 제약을 부여할 수 있고 필요성과 비례성이라는 적법성(legality)의 원칙을 침해할 수 있다. 위의 의견에 비추어 볼 때 베니스 위원회는 이 법률이 규정하는 각각의 정의 및 수단(instrument)과 관련한 근본적 결점에 대해 조치를 취해 그 내용이 유럽인권협약과 일치하도록 만들 것을 권고한다.

C. 그 밖의 국제 자료

1. 종교 명예훼손과 반테러리즘, 반극단주의 법률에 대한 공동 선언

57. 2008년 12월 9일, 의견과 표현의 자유 증진 및 보호에 관한 UN특별보고관과 유럽안보협력기구(OSCE)의 언론 자유 대표, 미주기구(OAS)의 표현의 자유 특별보고관, 아프리카 인권 및 민권위원회(ACHPR)의 표현의 자유와 정보접근 특별보고관은 공동 선언을 채택하였다. 관련 내용은 다음과 같다.

종교 명예훼손

"'종교 명예훼손'이라는 개념은 명예훼손과 관련된 국제 기준과 맞지 않다. 국제 기준에서 명예훼손이란 개인의 명예 보호와 관련있는 것에 반해 종교는 다른 모든 신념과 마찬가지로 자기 자신의 명예를 가진다고 할 수 없기 때문이다.

표현의 자유에 대한 제한은 개인의 권리와 사회적 이익을 우선시 하는 것을 보호하기 위한 범위 안에서만 이뤄져야 하고, 종교적인 것을 포함하여 특정 제도나 추상적 관념, 개념, 신념을 보호하기 위해 이용되어서는 안된다.

불관용을 예방하기 위해 표현의 자유를 제한하는 것은 차별과 적대 혹은 폭력을 선동하는 민족적, 인종

적, 종교적 증오를 옹호하는 범위의 표현에만 적용되어야 한다.

유엔 총회와 인권 이사회를 포함한 국제 기구는 더 이상 '종교 명예훼손'이라는 개념을 지지하는 성명의 채택을 그만두어야 한다.

2. 캠든 원칙

58. 비정부기구인 아티클 19: 표현의 자유를 위한 글로벌 캠페인("아티클 19")은 2008년 12월 11일과 2009년 2월 23~24일 런던에서 열린 유엔 고위급 인사 및 관계자 집단, 시민 사회, 표현의 자유와 평등 문제 관련 국제 인권법 전문가 학자들과의 토론을 바탕으로 하여 표현의 자유와 평등에 관한 캠든 원칙("캠든 원칙")을 마련하였다. 관련 내용은 다음과 같다.

원칙 12: 증오의 선동

"12.1. 모든 국가는 차별과 적대 혹은 폭력을 선동하는 민족적, 인종적, 종교적 증오에 대한 옹호(증오 발언)를 금지하는 법률안을 제정해야 한다. 국가의 법률 제도는 명시적으로 혹은 정식 해석을 통해 다음의 내용을 명확히 해야 한다.

i. '증오'과 '적대'라는 용어는 대상 집단을 비난하는 강력하고 비이성적인 감정, 적의, 심한 혐오를 일컫는다.

ii. '옹호'라는 용어는 대상 집단에 대한 증오를 공공연하게 조장할 목적을 수반하는 것으로 이해되어야 한다.

iii. '선동'이라는 용어는 특정 민족, 인종, 종교 집단에 속한 사람들에 대해 차별, 적대 혹은 폭력의 임박한 위험을 만들어내는 발언을 일컫는다.

iv. 각각의 공동체들이 집단 정체성의 긍정적 가치를 주창하는 것은 증오 발언에 속하지 않는다.

...

12.3 국가는 특정 사상, 신념, 이데올로기, 종교 혹은 종교 기관에 대한 비판, 논쟁이 원칙 12.1에서 정의된 증오 발언에 해당되지 않는 한 이를 금지해서는 안된다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

...

12.5 국가는 자국의 법체계를 평가하여 증오 범죄에 대한 규제가 위의 내용과 일치하도록 해야한다."

판단

I. 사건의 병합

59. 재판소 규칙42 제1조에 따라 재판소는 사실관계상 그리고 법률상 유사성이 있는 두 개의 청구를 합치기로 결정한다.

II. 협약 제9조와 제10조를 위반했다는 주장에 대하여

60. 청구인들은 출판 이후 종교적, 교육적 목적으로만 사용된 Said Nursi의 이슬람교에 대한 책을 러시아 법원이 "극단주의적"이라고 선고함으로써 협약 제9조와 제10조에 규정된 종교의 자유와 표현의 자유에 대한 권리를 침해했다고 주장했다. 협약 제9조와 제10조의 내용은 다음과 같다.

제9조

"1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로, 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다.

2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서, 보건, 또는 도덕, 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다."

제10조

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

61. 청구번호 28621/11대하여 정부는 협약의 기본 가치에 위배되는 진술은 협약 제17조에 의해 제10조의 보호를 받지 못한다는 의견을 제출하였다. 그러므로 정부는 협약 제17조에 따라 이 진정이 각하되어야 한다고 주장했다. 제17조의 내용은 다음과 같다:

이 협약 중의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 협약에 규정된 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 협약에 규정된 범위 이상으로 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 수행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다.

62. 본 재판부는, 최근 재판부가 확정한 것처럼 제17조가 예외적인 근거 위에서 극단적인 사례에만 적용 가능하다는 점을 다시 한번 말하고자 한다. 제17조는 청구인이 재판소의 절차를 통해 주장하고자 하는 협약의 권리를 부정하는 효과를 가진다. 협약 제10조와 관련된 사례의 경우, 논란이 되는 진술이 협약의 가치와 확실히 상반되는 목적을 위해 표현의 자유의 권리를 이용함으로써 이 조항의 진짜 목적으로부터 피해가려고 하는 것이 직접적으로 명확할 때만 제17조에 의지해야 한다(*Perinçek v. Switzerland* [대재판부], 청구번호 27510/08, 문단 114, 유럽인권재판소 2015(발췌문) 참고).

63. 제17조의 결정적 지점은–문제가 되는 글이 증오, 폭력 혹은 불관용을 불러일으키려 하는지 그리고 그 문서를 출판함으로써 청구인이 협약에 기대어 협약이 규정하는 권리와 자유의 파괴를 목적으로 하는 활동에 참여하거나 그러한 행위를 하는지- 청구인의 표현의 자유와 종교의 자유에 대한 권리를 제한하는 "민주사회에 필요"한 것인지의 질문과 합치된다. 그렇기 때문에 재판부는 제17조의 적용 여부에 대한 질문은 협약 제9조와 제10조에 대한 청구인 진정의 본안과 합쳐져야 한다고 본다(위 인용, *Perinçek*의 문단 115 참고).

64. 재판부는 이 제소가 협약 제35조 제3항에 따른 명백한 근거가 없지 않다는 점을 지적한다. 더 나아가 재판부는 다른 어떤 이유로도 이 제소가 부적법하지 않다는 점을 지적한다. 그러므로 이 제소는 인용되어야 한다.

B. 본안 판단

1. 당사자들의 주장

(a) 정부

65. 정부는 양쪽 사건 모두에서 Said Nursi의 책은 극단주의적이고, 그 책의 출판과 배포를 금지하는 것은 합법적-이 결정은 극단주의 억제법에 근거하여 내려졌음-이라는 국내 결정이 있었다고 밝혔다. 극단주의 억제법은 "극단주의적 활동"과 "극단주의적 자료"에 대한 명확한 정의를 제공하기 때문에 그 법의 적용은 예견이 가능했다. 특히 그 법은 종교적 불화와 종교에 대한 태도에 근거한 우수성에 대한 선전이 극단주의적 활동이라고 명백하게 인용하고 있다.

66. 정부는 또한 이 책의 저자인 Said Nursi가 이슬람교 설교자이자 주석가로 국제적 종교 운동인 Nurculuk(*Нуржулар*)을 창설했다는 점을 제시했다. 이 운동은 2008년 4월 10일 러시아연방 대법원에 의해 극단주의적 단체로 공표되고 금지되었다. 그 후 국내 법원은 Said Nursi의 책이 종교적 불화를 선동하고 종교적 우월성을 선포했다고 판결했다. 이 판결은 각 사건에 대한 철저한 검토와 공정한 의사결정과정을 통해 내려진 것이므로 본 재판소가 이의를 제기할 것이 아니다.

67. 청구번호 1413/08과 관련하여 국내 법원은 청구인들이 제출한 종교 문제 권위자들의 의견을 사건 파일에 포함하여 검토하였다. 그러나 법원은 그 의견이 설득력이 없다고 봤는데, 법원이 지명한 전문가들이 문제가 되는 책들이 극단주의적 진술들을 담고 있다는 사실을 밝혀냈기 때문이다. 청구번호 28621/11와 관련한 국내 법원의 판결 또한 전문가 보고서에 기반하고 있다. 법원은 아스타피예프 크라스노야르스크 국립사범대학 스페셜리스트들의 보고서와 로모노소프 모스크바 주립대학 전문가들의 보고서를 검토한 후 전자가 좀 더 완전하고 조리있는 보고서라고 판단했다. 판사는 후자의 보고서를 폐기하는 것에 대해 상세한 근거를 제공하였다. 정부는 아스타피예프 크라스노야르스크 국립사범대학 스페셜리스트들의 보고서는 검사에 의해서 제출되었다는 점을 주장하였다. 그 검사는 법률에 규정된 절차에 따라 소송 절차에서 당사자가 되었고, 그렇기 때문에 그 보고서는 증거로 인용되었다. 정부에 따르면 그 보고서는 판사에게 영향을 미치기 위해 사전에 결정된 어떠한 가치도 담고 있지 않았고, 그것이 판사가 가진 유일한 증거도 아니었다. 사건 파일에 있는 모든 증거들을 검토한 후, 판사는 그 책이 극단주의적이라고 결론지었다.

68. 정부는 동일한 인구 안에서 여러 종교가 공존하는 민주적 사회에서 다양한 집단의 이익을 조정하고 모두의 믿음이 존중 받는다는 것을 보장하기 위해서는 누군가의 종교나 믿음을 나타내는 자유에 제약을 가하는 것이 필요하다고 밝혔다. 이 영역에 대한 규칙은 국가적 전통과 타인의 권리와 자유를 보호하고 공적 질서를 유지하기를 위해

부과되어야 할 요건에 따라 나라별로 다를 수 있다. 그에 따라 그러한 규제의 정도와 형태에 대한 결정은 국가가 관여하는 지점에 남겨두어야 한다. 이러한 맥락에서 정부는 *Leyla Şahin v. Turkey*([대재판부], 청구번호 44774/98, 문단 106-09, 유럽인권재판소 2005-XI)사건을 인용했다. 정부는 *Cha'are Shalom Ve Tsedek v. France*([대재판부], 청구번호 27417/95, 문단 84, 유럽인권재판소 2000VII)사건과 *Wingrove v. the United Kingdom*(1996년 11월 25일 문단 58, 판결과 심판 보고서 1996V)사건을 들며 국가와 종교들 간의 관례에 대한 질문이 위기에 처했을 때, 민주사회 속에서 의견의 차이가 매우 클 때, 국가적 의사 결정 기구의 역할에 특별한 중요성이 주어져야 한다고 해석하였다. Said Nursi의 책이 종교적 불화를 선동하고 종교적 우월성을 선포하며 그로 인해 종교간 심각한 충돌을 야기하여 예측 불가능한 부정적 결과를 가져올 수 있었다는 점을 감안하면 그 서적들의 출판과 배포를 금지한 것은 러시아의 영토 보존과 공공의 안전, 공공 질서와 타인의 권리를 보호하기 위한 목적을 수행한 것이다. 더군다나 국가 내 긴박한 민족적 상황과 그 책들이 비신앙인에게 미칠 수 있는 부정적 영향을 고려하는 것은 민주사회에서 필요한 일이다.

69. 정부는 또한 *Kutlular v. Turkey*(청구번호 73715/01, 2008년 4월 29일)사건에 대한 재판소의 판결을 인용하였다. 정부는 Said Nursi의 추종자 한 명이 나눠주던 소책자와 그의 책에서 몇몇 구절을 인용한 것은 미신과 불관용, 반계몽주의를 권장하고, 더군다나 비신앙인과 당국에게는 불쾌한 일이라고 그 판결을 해석하였다. 또한 정부는 청구인들이 출판한 진술들이 폭력에 대한 선동에 이른다고 판결 내린 *Sürek v. Turkey*(no.3)([대재판부], 청구번호 24735/94, 1999년 7월 8일)사건과 *Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş v. Turkey*((dec.), 청구번호 32842/02, 2006년 11월 14일)사건이 본건과 유사하다고 주장하였다.

70. 마지막으로, 정부는 청구인들이 특정 서적의 내용과 관련된 이 사건을 러시아 내 이슬람 신봉자들에 대한 종교적 박해로 나타내려 한다고 주장하며 청구인들의 주장은 잘못된 것이라고 단언하였다.

(b) 청구인들

71. 청구인들은 Said Nursi의 책을 금지함으로써 러시아 당국이 이슬람교의 원칙을 설명한 종교 문헌을 불법이라고 공표했고, 그럼으로써 청구인들의 종교의 자유, 표현의 자유에 대한 권리를 침해했다고 주장했다. 특히 "The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter"는 코란에 대한 해설서로 러시아 이슬람 법률학자 협의회와 같은 단체가 인정한 책이다. 이 책은 부활, 심판의 날 그리고 사후세계와 같은 주제를 다루고 있다. 청구번호 28621/11의 신청단체는 종교적·교육적 목적으로 그 책을 사용하려고 계획하고 있었다. 그 책을 극단주의적이라고 공표함으로써, 국내 정부는 책의 이용과 배포를 금지하였다.

72. 청구인 모두는 우선, Said Nursi의 책을 금지하는 법적 근거가 된 극단주의 억제법의 조항이 모호하고, 그렇기 때문에 조항의 적용이 예견 가능하지 못하다고 주장했다. 이 법은 "극단주의적 활동"이라는 용어의 주요 요소

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

에 대한 법적 정의를 담고 있지 않다. 특히, 이 법은 "불화" 혹은 "탁월한 본성, 우월성 혹은 결함에 대한 선전"이 무슨 의미인지 설명하지 않았다(신청자들은 이에 관해 베니스 위원회의 의견에 기대고 있다. 위 문단 56 참고). 이 용어들은 다른 의미를 가질 수 있고, 법이나 사법 실무(judicial practice)에서 명확한 정의가 부재한 것은 임의적 해석이나 법의 악용으로 이어질 수 있다. 본 사건에서 해당 글은 법이나 사법적 행위에 의해 확립된 법적 해석에 근거하여 해석되지 않고, 언어학자와 심리학자가 그들의 학문적 관점으로 해석하였다. 법원의 사법적 결정을 보장하는 유일한 근거는 그 전문가 혹은 스페셜리스트의 의견이었다.

73. 더 나아가 청구인들은 책에서 이슬람교의 영적 개념의 탁월함을 단언하는 구절이 종교에 대한 태도에 근거하여 사람의 우월성을 말하는 선전과 같지 않다고 주장했다. 기독교, 유대교, 이슬람교를 포함한 모든 종교는 그들의 종교적 가르침과 그들 종교적 문서에서 나타나는 믿음의 탁월함을 주장한다. 청구인들이 보기에 Said Nursi의 책에는 명시적 혹은 암시적인 방법으로 종교적 불화를 선동하는 어떠한 내용도 담겨있지 않다. 정부는 Said Nursi의 책이 "예측 불가능한 부정적 결과를 수반하는 종교 간의 심각한 충돌"(위 문단 68 참고)을 유발하거나 공공 질서에 어떠한 위협을 초래했다는 어떤 증거도 내보이지 못했다. 그러한 위험이 있다는 정부 측의 진술은 순전히 가설일 뿐 어떠한 사실에도 근거하고 있지 않다. 그러므로 정부는 그 책을 금지하는 것이 "민주사회에 필요하다"는 것을 정당화하지 못했다.

74. 청구번호 1413/08의 청구인들은 법원이 지명한 전문가들이 종교적 문제에 전문성이 없고, 특히 이슬람교에 대한 지식이 없다고 주장했다. 그러므로 그들은 그 글의 종교적 목적이나 종교적 문서의 특수성을 고려하지 않은 채 순수하게 세속적인 평가를 내린 것이다. 러시아 이슬람 법률학자 협의회의 공동 의장과 같이 이슬람교에서 널리 알려진 권위자들은 Said Nursi가 세계적으로 저명한 무슬림 학자이고, 그의 글은 이슬람교의 공식적 가르침에서 불가결한 부분을 차지하고 있으며 어떤 극단주의적 서술도 담고 있지 않다고 법원에 진술했다. 그는 또한 Said Nursi의 저서를 금지하는 것은 러시아의 무슬림의 종교 생활을 방해하는 것이며 그들의 종교의 자유를 도리에 맞지 않게 제한하는 것이라고 말하였다.

75. 청구번호 1413/08의 청구인들은 또한 법원이 지명한 전문가들이 문제가 되고 있는 글이 종교적 불화를 조장한다는 결론에 어떻게 도달했는지 설명하지 않았다고 주장했다. 그들은 *Risale-I Nur* 모음집에서 비신앙인에 대항하는 행위를 호소하거나 소속된 종교나 종교에 대한 태도에 근거하여 권리를 제한하는 것을 옹호하는 단 하나의 구절도 인용하지 않았다.

76. 청구번호 28621/11의 청구 단체는 국내 법원의 판결이 아스타피예프 크라스노야르스크 국립사범대학 스페셜리스트들의 보고서에만 전적으로 기반하고 있다고 주장했다. 청구 단체는 국내법에 의해 민사 사건에서 스페셜리

스트의 보고서는 증거로 쓰일 수 없고, 오직 전문가 보고서만이 증거가 된다고 주장했다. 스페셜리스트는 자신의 전문 영역 내에서 판사에게 구두 혹은 지면으로 의견을 줄 수 있을 뿐이다(위 문단 48과 50 참고). 이 사건에서 스페셜리스트들은 어떻게 문제가 되는 글이 종교적 불화를 선동한다는 결론에 도달하였는지에 대해 설명하지 않았다. 그들은 이 책에서 증오를 선동하거나 폭력을 요청하거나 비신앙인이나 다른 사람들에 반대하는 행위를 호소하는 단 하나의 구절도 인용하지 않았다. 보고서는 그 책이 독자들의 정신에 미치는 영향을 평가하기 위해 어떤 과학적 방법론(포커스 그룹 실험이나 그 외)을 이용했는지 인용하지 않았다. 그러므로 그 보고서는 세속의 학자들이 고도로 은유적인 종교적 문서를 개인적으로 해석한 것에 지나지 않는다.

77. 청구 단체는 또한 스페셜리스트들이 글에서 인용한 발췌문은 맥락을 고려하지 않은 채 분석되었다고 주장했다. 예를 들어 이 책에서 사용된 군사적 은유는 이 책이 대령(colonel)에 대한 응답으로 쓰였다는 사실로 설명할 수 있다. 맥락 속에서 읽을 때, 군사적 전문용어는 순전히 은유적으로 쓰였다는 것이 명확하게 드러난다.

2. 재판소의 평가

78. 먼저 재판소는 청구인들이 똑같은 사실들에 관하여 두 개의 개별 조항(협약의 제9조와 제10조)에 기대고 있다는 사실을 지적한다. 본 사건이 이미 출판된 혹은 출판을 의뢰한 책의 배포를 금지한 것과 관련 있다는 점을 고려할 때, 법원은 청구인들의 제소가 제10조에 따라 검토되어야 된다고 생각한다(위 인용, *Kutlular*사건의 문단 35를 참고). 그와 더불어 재판소는 본 사건에서 표현의 자유와 종교의 자유 문제가 서로 밀접하게 연결되어 있다는 점을 지적한다. 사실 문제가 되는 서적들은 코란에 대한 해설서이고, 청구인들은 그것을 종교 교육을 포함한 종교적인 목적을 위해 사용하려 했다. 그러므로 본 사건은 종교의 자유에 대한 재판소 판례법에 비추어 평가되어야 한다. 그러므로 재판소는 본 사건을 제10조에 입각하여 검토할 것인데, 이 때 제10조는 상황에 맞게 제9조를 고려하여 해석되었다.

(a) 제한의 존재

79. 재판소는 이미 출판된 혹은 청구인들이 출판을 의뢰한 Saids Nursi의 책을 "극단주의적"이라고 공표한 것 그리고 출판과 배포를 금지한 것은 청구인들의 표현의 자유에 대한 "공권력에 의한 제한"이라는 것에 대하여 당사자간 다툼이 없다는 점을 지적한다. 이 서적들이 종교적 성격을 가지고 있다는 점, 그리고 신청자들이 이 책을 종교적 목적으로 사용하려 의도했다는 점을 고려하기 위해 여기서의 표현의 자유는 종교의 자유에 비추어 해석되었다. 재판소는 그러한 간섭은 제10조 제2항의 필수요건을 충족하지 않는 한 협약의 위반이라는 점을 반복하여 말한다. 그러므로 그러한 간섭이 "법률에 규정"되어 있는지, 같은 문단에 기술된 하나 혹은 그 이상의 정당한 목적을 추구하기 위한

것인지, 그러한 목적을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요한 것"인지를 결정해야만 한다.

(b) "법률에 규정"

80. 국가에 의한 간섭이 국내법-극단주의 억제법 제1절과 제13절-에 근거하고 있다는 점 그리고 관련 조항이 접근 가능하다는 점은 논쟁의 여지가 없다. 오히려 청구인들은 그러한 조항의 예견가능성에 대한 의구심을 제기하면서 그 조항들이 충분히 정확하게 입안되지 않았다고 주장하였다.

81. 재판소는 제10조 두 번째 문단의 "법률에 규정"되었다는 표현은 의문이 제기되는 조치가 국내법에 근거를 가지고 있어야 한다는 점을 요구할 뿐만 아니라 문제가 되는 그 법의 본질에 대한 언급이기도 하다는 점을 반복해서 말한다. 즉, 법은 관련자들에게 접근 가능해야 하고, 그 결과를 예견할 수 있어야 한다는 것이다(다른 판례 중 *VgT Verein gegen Tierfabriken v. Switzerland,* 청구번호 24699/94, 문단 52, 유럽인권재판소 2001VI; *Gawęda v. Poland,* 청구번호 26229/95, 문단 39, 유럽인권재판소 2002-II; *Maestri v. Italy* [대재판부], 청구번호 39748/98, 문단 30, 유럽인권재판소 2004-I; *Delfi AS v. Estonia* [대재판부], 청구번호 64569/09, 문단 120, 유럽인권재판소 2015).

82. "법률에 규정"이라는 표현에서 요구되는 조건 중 하나가 예견가능성이다. 그러므로 어떤 규범이 제10조 두 번째 문단에서 의미하는 "법률"로 간주되기 위해서는 그것이 충분히 정확하게 입안되어 사람들이 자신의 행위를 통제하는 것을 가능케 해야 한다. 사람들은 -필요하다면 적절한 조언을 받아- 어떠한 행위가 수반하는 결과를 주어진 상황에서 합당한 정도로 예견할 수 있어야 한다. 그러한 결과에 대한 예측이 절대적으로 확실할 필요는 없다. 확실성은 바람직한 요소이기는 하지만 결과적으로 법이 과도하게 엄격해질 수 있다. 따라서 많은 법률이 불가피하게 다소 모호한 표현을 쓰고, 그로 인해 법률의 해석과 적용은 실행의 문제가 된다(예를 들어 *Lindon, Otchakovsky-Laurens* 와 *July v. France* [대재판부], 청구번호 21279/02, 36448/02, 문단 41, 유럽인권재판소 2007IV, *Centro Europa 7 S.r.l.과 Di Stefano v. Italy* [대재판부], 청구번호. 38433/09, 문단 141, 유럽인권재판소 2012, 위 인용된 *Delfi AS,* 문단 121을 참고).

83. 국내법에 요구되는 정확성의 수준-가능한 모든 결말에 대비할 수는 없지만-은 상당 수준 문제가 되는 법률의 내용, 그 법률이 다루고자 하는 영역 그리고 그 법률이 다루는 사람들의 숫자와 지위에 달려있다(위 인용된 *Centro Europa 7 S.r.l.과 Di Stefano,* 문단 142, 그리고 위 인용된 *Delfi AS,* 문단 122 참고).

84. 본 사건에서 청구인들은 해당 국내법이 모호하여 그 법률을 적용할 때 문제가 되는 법규를 예견할 수 없게 된다고 주장했다. 특히, 이 국내법에는 "불화" 혹은 "탁월한 본성, 우월성 혹은 결함에 대한 선전"과 같이 "극단주의적 활동"의 주요 요소들에 대한 법적 정의가 없어서 자의적 해석이나 남용의 위험이 있다. 이에 대해 정부는 극단주의

억제법은 "극단주의적 활동"과 "극단주의적 자료"에 대해 명확한 정의를 내리고 있다고 주장했다.

85. 재판소는 베니스 위원회가 2012년 낸 의견 1516(위 문단 56 참고)에서 "극단주의적 활동"에 대한 정의가 너무 광범위하고 명확성이 부족하며 서로 다른 해석이 가능할 수 있다고 간주한 것을 인지하고 있다(위의 베니스 위원회 의견 문단 31 참고). 또한 위원회는 "극단주의적 자료"에 대한 정의가 "광범위하고 다소 모호"하다는 우려를 표명하였다(위의 베니스 위원회 의견 문단 49 참고).

86. 비록 이번 사건에서 정부의 제한이 제10조가 의미하는 바에 따라 "법률에 규정"되었는지에 대해 의문이 있을 수 있으나 재판소는 극단주의 억제법의 해당 조항을 검토해달라는 요청을 받는 것은 아니라고 판단한다. 왜냐하면 재판소가 보기에 청구인들의 고충은 제한의 비례성이라는 관점에서 검토되어야 하기 때문이다.

(c) 정당한 목적

87. 정부측의 의견(위 문단 68 참고)을 참작하여, 재판소는 논쟁이 되는 조치가 무질서를 예방하고 영토 보존과 공공의 안전, 공공 질서 및 타인의 권리 보호라는 정당한 목적을 추구하기 위해 취해졌다는 것을 전제로 하여 소송을 진행할 것이다.

(d) "민주사회에서의 필요성"

(i) 일반적 원칙들

(α) 종교의 자유

88. 협약 제9조에 명시되어 있듯이, 사상, 양심, 종교의 자유는 협약이 의미하는 "민주사회"의 토대 중 하나이다. 종교적 측면에서의 이 자유는 신앙인의 정체성과 삶의 의미를 구성하는 가장 중요한 요소 중 하나이다. 종교의 자유는 무신론자, 불가지론자, 회의론자, 종교에 신경 쓰지 않는 사람들에게도 중요한 자산이다. 민주사회로부터 떨어질 수 없는 가치인 다원성은 수 세기 동안 큰 희생을 치르고 얻은 것이며 종교의 자유에 의존하고 있다. 이 자유는 특히 신앙적 믿음을 가지거나 가지지 않을 권리, 신앙 생활을 하거나 하지 않을 권리를 수반한다(*Kokkinakis v. Greece,* 1993년 5월 25일, 문단 31, Series A, 청구번호 260A, 위 인용된 *Leyla Şahin,* 문단 104; 그리고 *S.A.S. v. France* [대재판부], 청구번호 43835/11, 문단 124, 유럽인권재판소2014(발췌문)을 참고).

89. 종교의 자유는 본질적으로 개인적 양심의 자유의 문제이기는 하지만 누군가의 종교를 단독, 사적으로 혹은 다른 사람과 공동으로, 공적으로 믿음을 공유하는 사람들과 함께 나타낼 수 있는 자유를 의미하기도 한다. 제9조는 예배, 종교적 가르침, 종교적 관례, 의식과 같이 누군가의 종교나 신념을 나타내는 다양한 형태를 나열하고 있다

(위 인용된 *Cha'are Shalom Ve Tsedek,* 문단 73, 위 인용된 *Leyla Şahin* 문단 105; 위 인용된 *S.A.S. v. France,* 문단 125 참고).

90. 동일한 인구 내부에 여러 종교가 공존하는 민주사회에서 다양한 집단의 이익을 조화시키고, 모든 사람의 신념이 존중됨을 보장하기 위해 누군가의 종교나 신념을 나타낼 자유를 제한하는 것이 필요할 수도 있다(위 인용된 *Kokkinakis,* 문단 33; 위 인용된 *Leyla Şahin,* 문단 106 참고). 재판소는 다양한 종교와 믿음, 신념과 신념의 행사를 중립적으로 공정하게 보장해야 할 책임이 국가에게 있음을 종종 강조해왔다. 국가의 역할은 민주사회, 특히 서로 대립하는 집단 사이에서 공공의 질서와 종교적 화합, 관용의 유지를 돕는 것이다. 이는 신앙인과 비신앙인 사이의 관계 그리고 다양한 종교와 믿음, 신앙의 신봉자 사이의 관계 모두와 관련이 있다(*Lautsi and Others v. Italy* [대재판부], 청구번호. 30814/06, 문단 60, 유럽인권재판소 2011(발췌문)참고). 재판소는 중립성과 공정성이라는 국가의 의무는 종교적 신념 혹은 그 신념이 표현되는 방식이 합법적인지 평가하는 국가의 권력과 양립할 수 없다는 점 또한 강조한다(위 인용된 *S.A.S. v. France,* 문단 127, 추가 참고 자료 있음). 따라서 그런 상황에서 당국의 역할은 다원주의를 제거함으로써 긴장의 원인을 없애는 것이 아니라 경합하는 집단들이 서로를 허용하도록 하는 것이다(*Serif v. Greece,* 청구번호 38178/97, 문단 53, 유럽인권재판소 1999-IX; 위 인용된 *Leyla Şahin,* 문단 107 참고).

(*β*) 표현의 자유

91. 재판소는 시종일관 표현의 자유가 민주사회를 구성하는 극히 중요한 토대 중 하나이자 사회의 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본적 조건이라고 간주해왔다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않은 것 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 이는 '민주사회'에 필수불가결한 다원주의, 관용 및 넓은 마음이 요구하는 것이다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제약에 대한 필요성은 설득력 있게 규명되어야 한다(*Handyside v. the United Kingdom,* 1979년 12월 7일, 문단 49, Series A no.24; *Von Hannover v. Germany*(2번) [대재판부], 청구번호 40660/08 및 60641/08, 문단 101, 유럽인권재판소 2012; 그리고 *Bédat v. Switzerland* [대재판부], 청구번호 56925/08, 문단 48, 유럽인권재판소 2016 참고).

92. 제10조 제2항이 명백히 인정하는 것처럼 표현의 자유의 행사는 의무와 책임을 수반한다. 종교적 신념이라는 맥락에서 보면 그것은 제9조가 그러한 신념을 가지고 있는 사람들에게 보장하는 권리의 평화로운 향유를 위한 일반적 요건이다. 여기에는 아무 이유 없는 공격적인 표현으로 타인의 권리를 침해하는 것을 최대한 피하려는 의무도 포함된다. 이러한 표현은 인간사의 발전을 가능케 하는 어떤 형태의 공적 토론에도 공헌하지 못한다*(Otto-Preminger-In-*

stitut v. Austria, 1994년 9월 20일, 문단 49, Series A 청구번호 295A; 위 인용된 *Wingrove,* 문단 52; *Murphy v. Ireland,* 청구번호 44179/98, 문단 65, 유럽인권재판소 2003IX(발췌문); *İ.A. v. Turkey,* 청구번호 42571/98, 문단 24, 유럽인권재판소 2005VIII; *Giniewski v. France,* 청구번호 64016/00, 문단 43, 유럽인권재판소 2006I; *Sekmadienis Ltd. v. Lithuania,* 청구번호 69317/14, 문단 74, 2018년 1월 30일 참고).

93. 동시에 재판소는 자신의 신앙을 나타낼 자유를 행사하기로 선택한 사람이 모든 비판으로부터 면제되기를 기대하는 것은 타당하지 않다는 점도 강조하였다. 이는 그 사람이 주요 혹은 소수 종교의 신자인지와는 상관이 없다. 그들은 다른 사람이 자신의 종교적 신념을 부정하는 것, 심지어는 자신의 신념에 적대적인 다른 교리를 선전하는 것도 포용하고 받아들여야 한다(위 인용된 *OttoPreminger-Institut,* 문단 47; 위 인용된 *İ.A. v. Turkey,* 문단 28; 위 인용된 *Sekmadienis Ltd.,* 문단 81 참고). 그러므로 제9조가 보장하는 권리의 평화로운 향유를 위한 국가의 책임은 종교적 신념에 반대하거나 이를 부인하는 특정한 방법이 미치는 영향이 그러한 신념을 가지는 사람들이 자신들의 신념을 가지거나 표현하는 것을 행사할 자유를 방해하는 극단적인 사례에서만 적용될 수 있다(위 인용된 *Otto-Preminger-Institut* 참고).

94. 그러므로 재판소는 어떤 민주사회에서 (종교적 불관용을 포함한) 불관용에 기초한 증오를 퍼뜨리거나 선동하거나 조장하거나 혹은 정당화하는 모든 형태의 표현은 제재 조치를 취하거나 심지어는 금지하는 것이 필요할 수 있다고 판단해왔다. 그렇게 부여되는 "형식", "조건", "제한" 혹은 "벌칙"은 추구하는 정당한 목적에 비례적이어야 한다(*Gündüz v. Turkey,* 청구번호 35071/97, 문단 40, 유럽인권재판소 2003-XI; *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş. v. Turkey,* 청구번호 6587/03, 문단 28, 2007년 11월 27일; 위 인용된 *Kutlular,* 문단 47 참고). 예를 들어 재판소는 특히 특정 인종, 종교 혹은 다른 집단 전체를 부정적으로 보이게 만드는 포괄적 진술(sweeping statement)을 민감하게 다뤄왔다. 그러한 진술은 협약의 기본 가치, 특히 관용, 사회적 평화, 그리고 비차별과 모순되기 때문이다(위 인용된 *Perinçek* 문단 206과 거기에서 인용된 판례들을 참고). 또한 재판소는 신원이 확인된 사람들을 향한 뿌리 깊고 비이성적인 증오를 표현하는 진술이 폭력을 조장할 가능성이 있는 것으로 해석될 수 있다는 점을 강조해왔다(준용, *Dilipak v. Turkey,* 청구번호 29680/05, 문단 62, 2015년 9월 15일, 더 많은 참고 자료가 있음). 그러므로 증오의 선동은 폭력의 행위나 다른 범죄 행위에 대한 노골적 요청을 수반할 필요가 없다. 특정 인구 집단을 모욕, 조롱하고 중상함으로써 저지르는 타인에 대한 공격은 당국이 외국인혐오적이거나 그 이외의 차별적 발언과 싸우도록 하는데 충분할 수 있다. 그것은 표현의 자유를 무책임한 방식으로 행사한 것이기 때문이다(*Dmitriyevskiy v. Russia,* 청구번호 42168/06, 문단 99, 2017년 10월 3일, 여기에 더 많은 참고 자료가 있음).

95. 일반적으로 협약 비준 국가들이 표현의 자유를 규제함에 있어 어느 정도의 재량 여지는 허용된다. 이 때의 규제는 표현의 자유가 종교 영역 내에서 사적인 신념을 공격하거나 종교적 증오 혹은 불관용을 선동할 여지가 있을

때 이뤄지는 것이다. 유럽 내에서 종교적 신념에 대한 공격과 관련하여 "타인의 권리를 보호"하기 위한 필요 조건이 무엇인지에 대한 동일한 개념은 없다. 특정 종교적 신앙을 가진 사람을 매우 불쾌하게 만드는 것은 시대와 장소에 따라 현저히 다를 가능성이 높다. 믿음과 종파가 점점 늘어나는 시대에는 더욱 그러하다. 국가는 그 국가를 살아 움직이게 만드는 힘과 직접적, 지속적으로 접촉한다. 그렇기 때문에 국가 당국은 이러한 타인의 권리와 관련한 필수 조건의 정확한 내용이 무엇인지에 대한 의견을 주는 데 있어 원칙적으로 국제 판사보다 더 나은 위치에 있다고 할 수 있다. 뿐만 아니라 누군가의 감정과 신념을 심각하게 공격할 수 있는 자료로부터 사람들을 보호하기 위한 "제한"의 "필요성"에 대해서도 의견을 줄 수 있을 것이다(위 인용, *OttoPreminger-Institut,* 문단 50; 위 인용, *Wingrove,* 문단 58; 위 인용, *Murphy,* 문단 67 참고).

96. 그러나 당국의 재량의 여지는 무제한적인 것이 아니며 협약의 감독과 함께 진행되어야 한다(위 인용, *Otto-Preminger-Institut,* 문단 50 참고). 제한이 협약과 양립할 수 있는지에 대한 최종 판결은 유럽 재판소가 내린다. 재판소는 특정한 사건의 정황, 그 중에서도 제한이 "사회의 긴급한 필요"에 부합하는지, 그것이 "추구하고자 하는 정당한 목적에 비례"하는지를 평가하여 판결을 내릴 것이다. 사실 타인의 종교적 신념에 대한 존중이라는 다소 대략적인 개념과 불쾌감을 준다고 주장하는 자료에 대한 조치라는 구실로 표현의 자유에 대해 취해지는 과도한 간섭에 대한 위험을 고려할 때 이러한 감독은 더욱더 필요한 것이라고 여겨진다(위 인용, *Murphy,* 문단 68 참고). 사전 제한과 관련된 사건들은 재판소가 더욱 철저히 검토해야 한다(위 인용, *Wingrove,* 문단 58 참고).

97. 감독적 관할권(supervisory jurisdiction)을 행사함에 있어 재판소의 과업은 결정권이 있는 국가 당국을 대신하는 것이 아니다. 오히려 재량권 행사로 내려진 당국의 결정을 제10조에 의거하여 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국이 재량권을 합리적이고 신중하며 신념을 가지고 행사했는지의 여부를 알아내는 것에 국한된다는 것을 의미하지 않는다; 재판소가 해야 할 일은 사건에서 문제 제기가 된 간섭을 사건 전체를 고려하려 살펴보고, 그것이 "추구하고자 하는 정당한 목적에 비례"하는지, 그러한 간섭을 정당화하기 위해 국가권력이 제시한 근거가 "적절하고 충분한지" 결정하는 것이다. 그렇게 함에 있어, 재판소는 국가권력이 적용한 기준이 제10조에 구현된 원칙을 따르는지, 더 나아가 당국이 관련 사실에 대해 용인될 수 있는 방식으로 평가했는지를 확인해야 한다(*Mouvement raëlien suisse v. Switzerland* [대재판부], 청구번호 16354/06, 문단 48, 유럽인권재판소 2012(발췌문); *Morice v. France* [대재판부], 청구번호. 29369/10, 문단 124, 유럽인권재판소 2015; 그리고 *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* [대재판부], 청구번호 17224/11, 문단 75, 유럽인권재판소 2017 참고).

98. 제한의 대상이 특정 범주에 속했다는 이유 혹은 일반적 용어로 표현된 합법적 규칙에 걸렸다는 이유로 국가가 제한했다는 것은 보통 충분한 이유가 될 수 없다. 오히려 요구되는 것은 구체적 상황에서 제한이 필요했다는 사

실이다. 그러므로 핵심적 문제는 진술에 대해 국내 법원이 부여하는 법적 자격이 아니라 전체적인 맥락 속에 봤을 때 그러한 진술이 폭력이나 증오 혹은 불관용을 요청했는지의 여부이다(위 인용, *Perinçek,* 문단 240 및 275 참고).

99. 종교적 증오나 불관용을 고무한다고 일컬어지는 표현에 대한 사건과 관련하여 표현의 자유에 대한 제한을 평가할 때 재판소는 많은 요소들을 고려해야 한다. 이 요소들은 *Perinçek*의 사건에 요약되어 있다(위 인용됨, 문단 205-208, 여기에 더 많은 참고 자료가 있음). 재판소는 특히 논란이 되는 진술이 나온 맥락, 그 진술이 해로운 결과를 낳을 수 있는 잠재성, 문제가 되는 제한을 정당화하기 위해 국내 법원이 제시한 근거를 유념해야만 한다. 특정 사건의 결과를 결정하는 것은 다양한 요소들 간의 상호 작용이지 그 중 하나만을 별개로 고려한 것이 아니다(같은 글에서).

(ii) 본 사건에 대한 적용

100. 재판소는 처음부터 Said Nursi의 서적들을 극단주의적 문헌이라고 공표한 결정이 출판과 배포의 금지로 이어졌고, 이후 배포되지 않은 책들은 압수되었다는 사실을 인지하고 있다(위 문단 42를 참고). 그러므로 재판소는 서적을 금지하는 것과 같은 심각한 조치가 표현의 자유와 양립할 수 있는지에 대해 조사할 것이다(*Editions Plon v. France,* 청구번호 58148/00, 문단 53, 유럽인권재판소 2004-IV 참고).

101. 재판소는 Said Nursi가 저명한 터키인 무슬림 신학자이고 코란의 주석가라는 점을 알고 있다. 러시아와 해외의 무슬림 권위자들과 이슬람 연구자들까지도 모두 Said Nursi의 문서가 온건한 주류 이슬람에 속하고, 종교간의 개방적이고 관용적인 관계와 협력을 주장하며, 어떤 폭력에도 반대한다고 단언하였다(위 문단 11-13, 17 그리고 23 참고). Said Nursi는 *Risale-I Nur* 모음집을 20세기 전반에 썼다. 이후 그 모음집은 약 50개 언어로 번역되었고, 많은 국가에서 책으로 혹은 인터넷으로 구할 수 있다. 위의 사실들은 국가의 간섭이 "민주사회에서 필요"한 것이었는지를 평가하는데 관련있다(*Aydın Tatlav v. Turkey,* 청구번호 50692/99, 문단 29, 2006년 5월 2일).

102. 이와 관련하여 비록 그 책들이 수십 년간 많은 국가들에서, 러시아에서는 적어도 7년 동안 널리 이용 가능했음에도 정부는 그 책들이 러시아 혹은 다른 곳에서 종교간 긴장을 유발했거나 폭력은 고사하고 해로운 결과를 가져왔다는 어떠한 증거도 제시하지 않았다(유사한 추론을 보려면 *Öztürk v. Turkey* [대재판부], 청구번호 22479/93, 문단 69, 유럽인권재판소 1999VI 참고).

103. 종교간 관계를 규제하는데 있어 국가는 넓은 재량여지를 가지고 있다는 정부의 주장에 대해(위 문단 68 참고) 재판소는 다음과 같은 점을 반복해서 말한다. 국가에게 주어진 재량권은 각 국가의 문화적, 역사적, 종교적 배경을 고려하기 위한 것이다. 그렇다고 이 재량여지에 대한 논급이 보편적으로 구할 수 있는 중요한 종교적 문서에 대한 국가 전체 인구의 접근권을 거부한 것을 정당화하는 이유가 될 수는 없다(위 인용, *Akdaş*, 문단 30 준용하여 참

고). 그러므로 재판소는 국내 법원이 다른 국가들에서는 널리 구할 수 있고, 종교간 어떤 긴장도 일으킨 적 없는 것으로 보이는 서적들을 금지한 것을 정당화하는 적절하고 충분한 근거를 제시하였는지를 -특히 문제가 되고 있는 러시아어 출판물들의 표현법, 그 출판물들이 출판된 상황과 그것이 러시아 내에서 일으킬 수 있는 잠재적 해로운 결과와 관련하여- 검토할 것이다.

(α) 청구번호 1413/08

104. Said Nursi의 책 중 14권을 "극단주의적"이라고 공표한 2007년 5월 21일 판결에서 Koptevskiy 지구법원은 그 서적들에 담겨 있는 진술들이 극단주의 억제법 제1항에 나열된 활동들 중 두 가지에((i) 종교간 불화의 선동, (ii) 종교에 대한 태도에 따라 우월한 사람과 결함 있는 사람으로 나눌 수 있다는 선전, 위 문단 25 참고) 해당된다고 결론 내린 것을 재판소는 알고 있다. 여기에서 어떠한 활동이 "극단주의적 활동"에 해당되기 위해 국내법은 폭력이나 폭력에 대한 선동이라는 요소를 필요로 하지 않는다는 점을 유념하는 것이 중요하다(위 문단 56 베니스 위원회의 의견 중 문단 31과 35 참고).

105. 재판소의 Koptevskiy 지구법원의 판결이 기본적으로 2007년 2월 15일자 그리고 5월 15일자 전문가 보고서에 근거하고 있음을 알고 있다. 이 전문가 패널은 문헌학자 한 명, 언어 심리학자 한 명, 사회 심리학자 한 명 그리고 러시아 과학 아카데미 언어·심리학과에서 일하는 심리학자 한 명으로 구성되었다(위 문단 16과 20 참고). 사실상 지방법원은 적용 법률 조항과 양측의 의견, 전문가 보고서의 결론을 요약하는 것으로 분석을 제한하였다. 재판소는 다음과 같은 이유로 청구인의 사건에 대한 국내 법원의 결정에 결함이 있다고 본다.

106. 재판소는 지구법원이 전문가의 결론에 대해 어떤 의미 있는 평가도 내리지 않은 채 그냥 그것을 의심할 이유가 없다고만 하고 승인했다는 점을 유념하고 있다. 법원은 전문가 보고서에서 관련 부분을 별로 인용하지도 않은 채 그저 전반적인 결론만을 인용했을 뿐이다. 더군다나 관련 전문가 검토는 단순히 언어 혹은 심리학 문제의 분석을 훨씬 넘어섰다. 특정 단어나 표현의 의미를 정의하거나 그것의 잠재적 심리적 영향을 설명하는 것에 자신들의 역할을 제한하기 보다는 사실상 이 전문가들은 해당 문서에 대한 법적인 자격을 제공하였다. 판결을 보면 해당 서적들의 극단주의적 특징에 대해 중요한 법적 결론을 내린 것은 법원이 아니라 언어학과 심리학 전문가라는 것이 명확하게 드러난다. 재판소는 모든 법적 문제는 법원을 통해서만 분석되어야 한다는 점을 강조한다(위 인용된 *Dmitriyevskiy,* 문단 113 참고).

107. 이러한 점에서 Koptevskiy 지구법원이 문제가 되는 문서에 대해 자체 법적 분석을 시도하지 않았다는 점에 주목하는 것이 중요하다. 필요하다면 기술을 가진 전문가의 도움을 받을 수도 있었다. 특히 법원은 서적의 어떤 구절이 문제적이라고 봤는지 그리고 그것이 어떤 방식으로 종교적 불화를 선동하고 종교에 대한 태도에 따라 우월한 사

람과 결함있는 사람으로 나눌 수 있다고 선언하는지에 대해 상술하지 않았다(유사한 추론을 보려면 *Kommersant Moldovy v. Moldova,* 청구번호 41827/02, 문단 36-38, 2007년 1월 9일 참고; 그리고 *Soulas and Others v. France,* 청구번호 15948/03, 문단 43, 2008년 7월 10일과 비교, 대조해 볼 것). 비록 법원은 해당 서적들이 "사람들이 종교에 대해 가지는 태도에 따라 그 사람들을 굴욕적으로 묘사하고, 비판적인 감정으로 평가하고, 부정적으로 평가"하는 표현들을 담고 있다는 전문가의 결론을 되풀이하고 있지만, 그러한 표현들을 인용하지는 않았다. 법원은 그 서적들이 출판된 맥락, 서적의 특성과 표현, 그것들이 해로운 결과를 가져올 수 있는 잠재성을 고려하여 서적을 금지해야 하는 필요성에 대해서도 논의하지 않았다(위 문단 99 참고). 더군다나 지방법원은 금지가 협약 제9조, 제10조 혹은 그에 상당하는 국내법에 따른 청구인의 권리에 미칠 영향에 대해 상세히 논의하기는커녕, 인용조차 하지도 않았다(유사한 추론을 보려면 위 인용된 *Perinçek,* 문단 277 참고).

108. 청구인들이 전문가 보고서의 결론에 대해 이의를 제기할 수 없었던 것 혹은 자신들의 입장을 변호하기 위한 논거를 효과적으로 제출할 수 없었던 점 또한 중요하다. 사실 지방법원은 무슬림 권위자들과 이슬람 연구 학자들의 의견들을 포함하여 청구인들이 제출한 모든 증거를 즉석에서 기각했다. 그 의견들에는 해당 서적들이 쓰여진 역사적 맥락과 이슬람 종교 문헌의 전체에서 그 서적들이 차지하는 위치, 특히 그것들이 극진적 이슬람보다는 온건한 이슬람에 속한다는 사실, 그리고 그 서적들의 일반적 메시지는 관용, 종교간 협력 및 반폭력이라는 점이 포함되어 있었다(위 문단 11-13, 17 그리고 23 참고). 해당 서적에 대한 금지가 정당한 것인지를 평가하는데 있어 위의 사실들이 분명히 관련있음에도 불구하고, Koptevskiy 지구법원은 그 자료에 대해 어떤 의미 있는 분석도 하지 않았다. 오히려 청구인이 소환한 사람들이 언어학자 혹은 심리학자가 아니기 때문에 논란이 되는 문서의 의미를 확립할 능력이 없다는 이유로 그 자료를 무시해야 한다고 결론 내렸다. 재판소는 이전의 표현의 자유 관련 사건들에서 힘의 균형이 맞지 않았다는 이유, 특히 청구인들이 자신의 위치를 지지하기 위한 증거의 제출을 방해 받은 상황(*Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, 문단 48, Series A 청구번호 236; *Steel and Morris v. the United Kingdom,* 청구번호 68416/01, 문단 95, 유럽인권재판소 2005-II) 혹은 국내 법원이 신청자를 변호하기 위한 모든 논거들을 즉석에서 기각하여 협약 제10조로 보장하는 권리의 힘으로 향유할 수 있는 절차적 보호를 박탈한 것에 대해 협약 제10조 위반을 결정했음을 유념하고 있다(위 인용된 *Dmitriyevskiy,* 문단 116 참고). 재판소는 이 사건에 대해 다른 결론을 내야 할 이유를 알지 못한다.

109. 마지막으로, 재판소는 Said Nursi의 가르침 자체 보다 *Risale-I Nur* 모음집의 서적의 특정한 판(版)에 대한 금지라는 항소 법원의 의견에 주목한다(위 문단 26 참고). 그러나 국내 법원이 책의 어떤 구절을 "극단주의적"이라고 본 것인지를 알려주지 않았기 때문에 청구인들은 문제가 되는 구절을 편집하여 책을 다시 출판할 수가 없다. 그러므로 국내 법원의 판결은 문제가 되는 서적들의 출판과 배포에 대한 절대적 금지나 마찬가지이다.

110. 위의 사안들을 고려하여, 재판소는 국내 법원이 제10조가 구현하는 원칙과 일치하는 기준을 적용하지 않

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

았고, 그러므로 간섭에 대한 "적절하고 충분한" 근거를 제공하지 않았다고 판단한다.

111. 그러므로 협약 제10조에 대한 위반이 있었다.

(β) 청구번호 28621/11

112. 재판소는 Zhelezhnodorozhniy 지구법원이 2010년 9월 21일자 판결에서 Said Nursi의 책 "The Tenth Word: The Resurrection and the Hereafter"를 "극단주의적"이라고 공표하면서 이 책이 극단주의 억제법 제1절에 열거된 두 종류의 활동을 실현하고, 정당화했다고 결론 내린 것을 알고 있다. 그 활동은 다음과 같다: (i) 종교적 불화의 선동; (ii) 종교에 대한 태도에 따라 누군가를 탁월한 본성을 가지거나, 우월하거나 혹은 결함이 있는 사람으로 구분하는 선전(위 문단 35-38 참고). 이에 관하여 법원은 문헌학자 한 명, 심리학자 한 명, 종교 연구 철학 박사 한 명으로 구성된 스페셜리스트 위원단이 작성한 2008년 12월 24일자 스페셜리스트 보고서에 의존하고 있다(위 문단 29 참고).

113. 재판소는 본질적으로 이 판결이 위에서 검토한 Koptevskiy 지구법원의 2007년 5월 21일자 판결과 동일한 결함을 가지고 있다고 판단한다(위 문단 105와 107 참고). 비록 스페셜리스트 보고서의 결론을 간단히 정리하기보다 보고서를 꽤 자세히 인용하였지만 법원은 여전히 그 결론에 대한 의미 있는 평가도 하지 않고, 문제 되는 문서에 대한 자체적으로 법적 분석도 실시하지 않은 채 스페셜리스트의 결론-이는 단순히 언어 혹은 심리학의 문제를 해결하는 것을 넘어서 해당 문서에 대한 법적 자격을 제공하였음-을 승인하였다. 심지어 판사는 책의 내용이 스페셜리스트의 보고서에서 충분히 인용되었다고 하면서 그 책을 읽지도 않았었다(위 문단 34 참고).

114. 그러나 Zhelezhnodorozhniy 지구법원과 달리 Koptevskiy 지구법원은 스페셜리스트들이 "극단주의적"이라고 본 표현 몇 개를 인용하였고, 그 표현들은 법원에 의해 극단주의적이라고 공표되었다. 스페셜리스트의 보고서에 의존하면서 지구법원은 특히 이 책에서 무슬림들은 "신실한 자들"과 "공정한 자들"이라고 긍정적으로 묘사된 반면 다른 사람들은 "방종한 자들", "철학자들"(the philosophers), "쓸데없는 이야기나 하는 자들" 그리고 "평범한 사람"(little man)이라고 부정적으로 묘사된 점에 주목한다. 이 책은 또한 무슬림이 되지 않는 것은 "무한히 큰 범죄"라고 선언한다. 지방법원은 이러한 표현들로부터 이 책이 무슬림이 아닌 사람들을 무슬림에 비해 열등한 것으로 취급한다고 결론 내렸다.

115. 재판소는 그런 주장이 어떤 사람들에게는 불쾌할 수 있다는 것을 받아들이지만, 단순히 어떤 발언이 특정 개인들이나 집단들에게 불쾌하거나 모욕적이라고 해서 그것이 "증오표현"에 해당됨을 의미하는 것은 아니라는 점을 반복해서 말한다. 그러한 감정이 이해되기는 하지만 그러한 감정만으로 표현의 자유를 제한할 수는 없다(유사한 접근을 보려면 *Vajnai v. Hungary,* 청구번호 33629/06, 문단 57, 유럽인권재판소 2008 참고). 그러므로 본 사건에서 중

요한 쟁점은 문제가 되는 진술이, 전체적으로 맥락 안에서 읽힐 때, 폭력과 증오 혹은 불관용을 장려한다고 볼 수 있는지 여부이다(위 인용된 *Perinçek,* 문단 240 참고).

116. 재판소는 Zhelezhnodorozhniy 지구법원이 문제가 되는 진술들을 책 전체의 관점에서 평가하지 않았음에 주목한다. 법원은 그 진술들을 원문의 직접적 문맥으로부터 끄집어내어 인용하면서도 그 진술들이 전하고자 하는 사상이 무엇인지 조사하지 않았다. 특히, 법원은 그 진술들이 종교적 문서의 일부라는 사실과, 전문가들이 말한 대로, 종교적 문서에서 그러한 진술은 흔하다는 사실을 고려하지 않았다. 모든 일신교는 "다른 세계관에 비해 자기 종교의 세계관이 더 우월하다는 심리적 신념을 특징으로 하고, 이는 그 세계관의 선택을 확증하는 것을 필요"로 하기 때문이다(위 문단 32 참고). 특히 이는 자기 종교의 세계관이 다른 것보다 낫다는 주장을 통해 이뤄진다. 지구법원은 "비교 연구를 요청하지 않았다"고 지적하면서 이 소견을 관계가 없는 것으로 판단하였다.

117. 재판소는 더 나아가 종교 집단들이 모든 비판으로부터 면제받기를 당연하게 기대할 수는 없다는 점을 다시 한 번 강조한다. 그들은 다른 사람이 자신의 종교적 신념을 부정하는 것, 심지어는 자신의 신념에 적대적인 다른 교리를 선전하는 것도 포용하고 받아들여야 한다(위 문단 93에서 인용된 일반 원칙을 참고). 비록 논란이 되는 진술들이 무슬림이 되는 것이 무슬림이 아닌 것보다 낫다는 생각을 명확하게 고취하고 있기는 하지만 무슬림이 아닌 사람을 모욕하거나 그 사람들을 조롱 혹은 중상하는 것을 지지하는 것이 아니라는 점은 중요하다. 무슬림이 아닌 사람들이나 그들이 신성하다고 여기는 것에 대해 폭력적인 용어를 쓰지도 않았다(유사한 추론을 보려면 위 인용된 *Aydın Tatlav,* 문단 28; 위 인용된 *Nur Radyo Ve Televizyon Yayıncılığı A.Ş.*과 위 인용된 *Kutlular,* 문단 48 및 49 참고; 또한 대조를 위해 위 인용된 *İ.A. v. Turkey,* 문단 29 및 30; 위 인용된 *Soulas and Others,* 문단 40; *Balsytė-Lideikienė v. Lithuania,* 청구번호 72596/01, 문단 79, 2008년 11월 4일; *Féret v. Belgium,* 청구번호 15615/07, 문단 69 및 73, 2009년 7월 16일; *Le Pen v. France*(dec.), 청구번호 18788/09, 2010년 4월 20일; 그리고 *Vejdeland and Others v. Sweden,* 청구번호 1813/07, 문단 54 및 55, 2012년 2월 9일 참고).

118. 뿐만 아니라 판결에는 그 표현들이 공공소란을 초래할 수 있음을 지구법원이 인지하고 있었다는 것을 나타내는 어떤 표시도 없다. 국내 법원과 정부 모두 종교간 긴장이나 적대적 분위기, 러시아 내 종교 공동체들 사이의 증오와 같이 이 사건이 일어났던 때의 민감한 배경을 보여주는 어떠한 상황도 인용하지 않았다. 그런 상황이었다면 논란이 되는 진술들은 폭력을 촉발시켜 종교간 심각한 마찰을 낳거나 그와 비슷한 유해한 결과를 일으킬 수 있다.

119. 위의 관점에서 봤을 때, 재판소는 위에서 인용한 진술들이 폭력, 증오 혹은 불관용을 선동할 수 있는 것으로 보이지 않는다고 판단하였다.

120. Zhelezhnodorozhniy 지구법원은 재판부가 문제라고 여기는 다른 어떤 구절도 명시하지 않았다. 비록 재

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

판부가 문서에서 쓰인 군사적 비유가 독자의 정신에 적과 잠재적 군사 행위라는 생각을 형성했다는 스페셜리스트의 결론을 지지하기는 했지만 그러한 비유들을 인용하지도, 어떤 맥락에서 그런 비유들이 인용되었는지도 분석하지 않았다. 재판소가 보기에 위 문단 99에서 인용한 다른 요소들이 부재한 상황에서, 문서에서 군사적 비유를 사용한 것만으로는 그것을 "증오 발언" 혹은 폭력에 대한 요청이라고 하기에 불충분하다(*Moscow Branch of the Salvation Army v. Russia,* 청구번호 72881/01, 문단 92, 유럽인권재판소 2006-XI와 비교해 볼 것).

121. 지구법원은 또한 그 책이 무슬림이 아닌 사람들은 권리도 없고 용서를 받을 자격도 없음을 암시하고 있다는 스페셜리스트의 해석을 인용하였다. 그러나 법원은 그러한 생각을 장려하는 어떠한 구절도 인용하지 않았고, 그러므로 그러한 생각들이 책에 실제로 표현되었음을 보여주지 못했다. 그러므로 재판소는 이에 대해서는 조사하지 않을 것이다(유사한 추론을 보려면 위 인용된 *Kommersant Moldovy,* 문단 36-38 참고).

122. 마지막으로 지구법원은 문제가 되는 이 책이 독자로 하여금 저자의 종교적 이데올로기를 취하도록 만듦으로써 독자에게 영향을 미칠 수 있고, 그것이 저자의 의도라는 전문가의 결론을 지지하였다. 재판소는 이와 관련하여 종교를 나타낼 자유는, 예를 들어 "가르침"을 통해 자신 주변에 있는 사람을 설득하는 것을 시도할 자유를 포함한다는 것을 다시 한 번 되풀이해서 말한다. 그렇게 하지 못하는 되면 제9조에 명시되어 있는 "[자신의] 종교 또는 신념을 변경하는 자유"는 사문으로 남아있게 되기 쉽다. 본 사건에서 이 책의 내용이 부적절한 개종, 즉 폭력이나 세뇌를 통하여 혹은 고통 속에 있거나 어려움에 처한 사람들의 상황을 이용하여 개종을 하려고 시도하거나 그런 것을 권장한다는 주장은 전혀 나오지 않았다(같은 글, 문단 48). 이 책이 종교적 예배를 옹호하고 개인의 삶에서 이슬람교가 요구하는 것들을 지키는 것 이상의 활동들을 장려하거나 모든 사람들에게 이슬람교의 상징이나 종교적 가르침에 기반한 사회에 대한 개념을 받아들이게 함으로써 사회의 기능을 전체적으로 재편성하려 했다는 주장도 없다(유사한 추론을 보려면 위 인용된 *Gündüz,* 문단 51 참고, 그리고 *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia,* 청구번호 26261/05 및 26377/06, 문단 112, 2013년 3월 14일과 비교, 대조해 볼 것). 재판소가 보기에 저자의 의도가 독자들에게 자신의 종교적 신념을 받아들이도록 설득하려 했다는 그 사실만으로는 그 책을 금지한 것을 정당화하기 불충분하다.

123. 위의 고려 대상들과 이 문제와 관련된 판례법을 유념하여 재판소는 국내 법원이 협약 제10조가 구현하는 원칙과 일치하는 기준을 적용하지 않았고, 정부의 간섭에 대한 "적절하고 충분한" 근거를 제공하지 않았다고 판단한다. 특히 재판소는 국내 법원의 분석에서 문제의 책이 폭력, 종교적 증오 혹은 불관용을 선동했다거나 그 책이 출판된 맥락이 러시아 내의 긴장이 고조된 상황 혹은 특별한 사회적, 역사적 배경이라거나 그 책이 해로운 결과를 가져올 수 있었다고 결론 내릴 수 있는 어떤 요소도 파악할 수 없었다. 재판소는 민주사회에서 문제의 그 책을 금지하는 것은 필요하지 않은 일이었다고 결론지었다.

124. 그러므로 재판소는 협약 제17조에 따른 정부의 선결적 항변을 기각하고, 협약 제10조에 대한 위반이 있었다고 결론 내렸다.

III. 협약의 다른 내용을 위반했다는 주장

125. 끝으로 재판소는 가지고 있는 모든 자료들을 참조하고 청구의 내용이 재판소의 권한 내에 속하는지를 살펴 청구번호 1413/08에서 신청자들이 제출한 다른 진정 내용들을 살펴본 후, 협약 혹은 추가 의정서가 기술하고 있는 권리와 자유의 침해 상황이 드러나지 않았다고 결론 내렸다. 따라서 청구의 이 부분은 근거가 없는 것이 명백한 것으로, 협약 제35조 제3항 (a)와 제4항에 따라 각하되어야 한다.

IV. 협약 제41조의 적용

126. 협약의 제41조는 다음과 같이 규정하고 있다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 피해

127. Ibragimov는 협약 제9조, 제10조와 제14조에 따른 진정 관련 비금전적 손해에 대해 20,000유로를 청구하였다.

128. 정부는 Ibragimov의 청구 중 제14조에 따른 것은 전달되지 않았기 때문에 이에 따른 청구는 기각되어야 하며, 다른 청구도 과도하다고 주장하였다.

129. 재판소는 비금전적 손해와 관련하여 Ibragimov에게 7,500유로를 지급하라고 판결한다.

130. 나머지 두 청구인은 금전적 혹은 비금전적 손해를 청구하지 않았다. 따라서 재판소는 이와 관련하여 판단할 것이 없다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

B. 비용과 지출금

131. 청구인들은 비용과 지출금을 청구하지 않았다. 따라서 이 항목에 따른 액수를 결정하기 위해 판단할 것은 없다.

C. 지연 이자

132. 지연 이자는 유럽중앙은행의 한계대출금리를 근거로 하여 그것에 3%를 더하는 것이 적절하다고 재판소는 판단한다.

이러한 이유로 재판소는 전원일치로,

1. 진정 사건들을 병합하기로 결정한다;

2. 청구번호 28621/11 관련하여 피고 정부가 협약 제17조에 따라 제출한 항변을 본안과 병합하고, 그 항변은 기각하기로 결정한다.

3. 청구번호 1413/08 관련, 이슬람교 책의 출판과 배포를 금지한 것과 관련된 청구는 인용하고, 나머지는 각하한다.

4. 협약 제10조에 대한 위반이 있었다고 판결한다.

5. (a) 피청구국은 협약 제44조 제2항에 따라 이 판결이 최종적이 되는 날로부터 3개월 이내에 Ibragim Salekh Ogly Ibragimov에게 비금전적 손해와 관련하여 7,500유로에 부과되는 세금까지 더하여 지불하도록 판결한다. 배상금은 지급되는 날의 환율에 맞춰 피청구국의 통화로 환전하여 지불한다.

(b) 위에서 인용한 3개월이 만료된 때로부터 지급일까지, 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

6. 정당한 구제조치에 대한 Ibragimov의 나머지 청구에 대해서는 기각한다.

재판소 규칙77 제2조와 제3조에 의거하여 영어로 판결하였고, 2018년 8월 28일 서면으로 통지함.

Stephen Phillips
서기

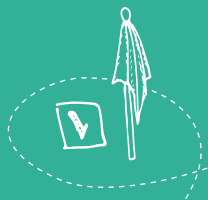
Helena Jäderblom,
법원장

부록

연번	청구번호	제기일	청구인	생년월일	거주지/ 등록지
1	1413/08	2007년 12월 3일	Ibragim Salekh Ogly IBRAGIMOV 문화교육기금 "Nuru Badi"(Культурно-образовательный фонд 'Нуру-Бади')	1968년 1월 3일	모스크바
2	28621/11	2011년 4월 4일	United Religious Board of Muslims of the Krasnoyarsk Region(Единое Духовное Управление Мусульман Красноярского Края)		크라스노야르스크

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr



논쟁의 여지가 있는 역사적 의미를 지닌 깃발을 남에게 보여줌

(Display of a flag with controversial historical connotation)

11. Fáber v. Hungary

2012년 7월 24일

청구인은 인종주의와 증오에 반대하는 집회가 열리는 곳으로부터 100m가 안 되는 곳에서 아르파드 줄무늬 깃발을 들고 있었다는 이유로 벌금형을 받은 것에 대하여 소를 제기하였다.

재판소는 협약 제11조(평화로운 집회 및 결사의 자유)를 고려하여 보았을 때 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 헝가리의 전체주의적 정권이 통치하는 동안 도처에 존재하였던 상징을 드러내는 것은 그러한 행위가 무례한 것이라고 볼 수 있는 과거의 피해자들이나 그들의 친척들에게 당연히 불편함을 일으킬 수 있다는 점을 받아들였다. 그럼에도 재판소는, 아무리 그러한 감정을 이해한다고 하더라도, 그러한 감정 자체만으로 표현의 자유의 한계를 정할 수는 없다고 보았다. 그에 더해 청구인은 공격적이거나 위협적인 방식으로 행동하지도 않았다. 그의 비폭력적 행위, 그와 집회 참가자들 사이의 거리, 그가 공공질서에 위협을 가했다는 증명이 부재하다는 점을 고려했을 때, 재판소는 헝가리 당국이 문제가 되는 깃발을 내리는 것을 거부한 것에 대하여 청구인을 기소하고 벌금형을 내린 것을 정당화하지 못했다고 판결하였다. 단순히 그 깃발을 내보이는 것은 위협적이지도 폭력을 선동할 수도 없었기 때문에 공공질서를 어지럽히지도 시위자들의 집회에 대한 권리를 방해하지도 않았다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

11

유럽인권재판소

2부문

FÁBER v. HUNGARY

(청구번호 40721/08)

판결

스트라스부르

2012년 7월 24일

최종판결

2012년 10월 24일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다. 편집 상 수정이 있을 수 있다.

Fáber v. Hungary 사건에서 유럽인권재판소(2부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Françoise Tulkens, *재판장,*

Dragoljub Popović,

Isabelle Berro-Lefèvre,

András Sajó,

Guido Raimondi,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Helen Keller, *판사,*

Stanley Naismith, *부문 서기,*

2012년 6월 26일 비공개 심리하였고, 다음과 같이 판결하였다. 판결은 그 날 채택되었다.

사건의 경과

1. 이 사건은 2008년 8월 12일 헝가리 국적의 Károly Fáber(이하 "청구인")가"인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 "협약") 제34조에 따라 헝가리 공화국을 상대로 재판소에 제기한 청구(청구번호 40721/08)로부터 비롯되었다.

2. 청구인은 부다페스트에서 활동하는 변호사 T.R. Gyurta가 변호하였다. 헝가리 정부(이하 "정부")는 공공행정법무부의 대리인 L. Höltzl가 대리하였다.

3. 청구인은 깃발을 게시했다는 이유로 그를 기소한 것은 협약 제10조 및/또는 제11조의 위반에 해당한다고 주장하였다.

4. 2011년 2월 15일 이 청구는 정부에 통지되었다. 또한 청구의 인용가능 여부와 본안에 대한 판단을 동시에 내리기로 결정하였다(제29조 제1항).

사실 관계

Ⅰ. 사건의 배경

5. 청구인은 1969년 생으로 부다페스트에서 거주하고 있다.

6. 2007년 5월 9일 헝가리 사회당(MSZP)은 인종주의와 혐오에 반대하는 집회를 부다페스트에서 개최하였다(이하 "MSZP 집회"). 그와 동시에 법적으로 등록된 우익 정당인 요비크(Jobbik)의 당원들도 반대 의사를 표현하기 위하여 부근에서 집회를 개최하였다.

다뉴브 강둑으로 이어지는 계단에서 다른 사람들과 함께 있던 청구인은 소위 아르파드 줄무늬[58] 깃발을 조용히 들고 있었는데, 청구인 옆에 서있던 경찰이 이를 목격하였다(그 장소는 1944~45년 화살십자가 체제 기간동안 유대인들이 대량 학살되었던 곳이었다). 그의 위치는 MSZP 집회에서 가까웠으며, 요비크 집회가 열리고 있던 잔디광장으로부터 몇 미터밖에 떨어져 있지 않았다.

이후 재판에서 경찰관은 만약 MSZP 집회 100미터 이내에 아르파드 줄무늬 깃발이 보이면 좌시하지 말 것을 지시받았다고 증언하였다. 청구인과 다른 증인들은 이후 법정에서 주변 사람들이 아르파드 줄무늬 깃발을 든 사람들

58) (역주) 아르파드 가문을 상징하는 붉은 색과 흰색의 가로 줄무늬, 아르파드는 9세기 말 헝가리를 영역을 지배한 마기야르족 연합의 수장.

을 "파시스트"나 "화살-십자가인들"로 불렀다고 진술하였다. 그 상황을 감독하고 있던 경찰관은 청구인에게 깃발을 보이지 않게 하든지 아니면 그 장소를 떠나라고 요구하였다. 청구인은 경찰관의 요구를 거부하면서 이 깃발은 역사적인 상징이고 어떤 법도 이 깃발을 전시하는 것을 금지하지 않는다고 주장하였다. 이후 그는 Budapest Gyorskocsi 경찰서 구치소에 수감되어 6시간 동안 조사를 받았다. 청구인이 석방된 후 부다페스트 5구역 경찰국은 그에게 경찰관 지시 불복종 질서위반범죄로 약 200유로에 해당하는 5만 헝가리 포린트의 벌금을 부과하였다. 청구인이 페스트 중앙 법원에 제기한 소송은 기각되었다.

7. 항소심은 2007년 12월 7일과 2008년 2월 21일 두 차례의 변론을 진행하였고, 청구인에 대한 유죄판결을 유지하였다. 법원은 당시 진행 중이던 사회당 집회를 고려할 때 그의 행위가 무법상태를 야기할 가능성이 있는 도발적 성격을 가지고 있었다는 점을 인정하였다. 그리고 그의 표현의 자유는 공공질서에 손상을 야기할 정도까지 인정될 수 있는 것으로 볼 수 없다고 판단하였다. 청구인이 제출된 문장(紋章)학 전문가는 문제의 깃발은 역사적인 것이라는 의견을 내놓았다. 그럼에도 불구하고 법원은 당시 상황에서 그 깃발을 내건 것은 모욕적인 것이라고 보았는데, 그 깃발이 헝가리 공화국을 상징하는 국가보다 더 높이 걸려있었기 때문이었다. 그러므로 청구인의 행동은 도발적이었다고 판단하였다.

Ⅱ. 관련 국내와 국제 문서들

8. 헌법에 관한 1949년 법률 no.XX(사건 발생 당시 발효 중이던)는 다음과 같다:

제61조

"(1) 헝가리 공화국에서 모든 사람은 표현과 발언의 자유를 가지고, 공공의 이익에 대한 정보에 접근하고 이를 배포할 권리를 가진다."

제62조

"(1) 헝가리 공화국은 평화적 집회에 대한 권리를 인정하고, 그러한 집회의 자유로운 실행을 보장한다."

9. 집회의 자유에 대한 권리에 관한 1989년 법률 no.III는 다음과 같이 규정하고 있다:

제1절

"집회의 권리는 모든 이에게 보장된 기본적 자유이다. 헝가리 공화국은 이 권리를 인정하고, 이 권리가 방

해받지 않고 향유될 수 있도록 보장한다."

제2절

"(1) 집회의 권리 실행의 토대에서, 평화로운 결집, 행진 그리고 시위(이하 집회 등)의 행사는 참석자들이 자유롭게 그들의 의견을 표현할 수 있는 곳에서 개최될 수 있다..."

제11절

"(1) 집회 주최자는 집회의 질서를 보장해야 한다.

(2) 경찰과 기타 관련 기관은, 주최자의 요구가 있을 때, 집회의 질서 유지에 기여할 수 있으며 집회를 방해하는 사람들을 저지할 수 있다."

제14절

"(1) 집회의 권리 행사가 제2절(3)을 위반하거나, 참가자들이 무기를 소지하거나 운반하거나 또는 무장한 상태에 있거나 혹은 금지 결정에도 불구하고 집회를 개최한다면, 그 집회는 경찰에 의해 해산될 수 있다.

(2) 집회를 해산하기 위해서는 사전 경고를 해야 한다."

10. 행정범죄에 대한 1999년 법률 no.LXIX는 다음과 같이 규정하고 있다:

제142절 - 방해

"(1) 다음 각 관에 해당하는 행위를 한 사람은 150,000헝가리 포린트 이하의 벌금형에 의해 처벌 받는다.

a) 다른 사람과 싸우거나 다른 사람에게 싸우도록 권하는 행위

b) 소란 행위나 무질서 행위가 업무 중인 공무원이 부과한 조치에 대한 불복종으로 나타나는 경우

(2) 공공 집회에 참여한 사람이 다음 각 호에 해당하는 행위를 한 경우 그 사람은 50,000헝가리 포린트 이하의 벌금형에 의해 처벌받는다.

a) 화기나 탄약 또는 살인이나 신체적 부상을 가할 수 있는 도구를 소지한 행위

b) 주최측이나 경찰이 내린 안전과 관련된 지시를 따르지 않는 행위

(3) (1)-(2)관에 명기된 행정범죄를 저지른 범법자는 또한 집회참여 금지대상이 될 수 있다.

(4) (1)관에 명기된 행정범죄에 대한 절차는 법원의 관할인 것에 비해 (2)관에 명기된 행정범죄에 대한 절차는 경찰의 관할이다.

(5) 이 법에서 공공 집회의 의미는 다음과 같다: 집회의 자유에 대한 권리에 관한 법률의 범위 내에 있으며 동일한 조건 하에서 모든 사람이 접근할 수 있는 집회

11. 국방과 헝가리 국방력에 대한 2004년 법률 no.CV의 제143절(사건 당시 시행 중이던)은 아르파드 줄무늬 깃발을 역사적인 헝가리 깃발 중 하나로 목록에 기재하고 있다.

12. 특정 행정범죄에 대한 정부 시행령 no.218/1999(XII.28.)은 다음과 같이 규정하고 있다:

40/A절 - 합법적 조치에 대한 불복종

"(1) 법집행관의 합법적 조치를 따르지 않는 사람은 50,000헝가리 포린트 이하의 벌금형에 처할 수 있다.

13. 헌법재판소의 결정 no.75/2008.(V.29.) AB은 다음과 같은 내용을 포함하고 있다:

"1. 헌법재판소는 헌법 제62조(1)이 인정하는 집회의 자유에는 어떤 행사 직후 열리는 집회와 같이 평화로운 행사를 포함하여 미리 계획된 행사들을 진행하는 것도 포함된다는 점을 분명히 한다. 또한 집회에 대한 권리에는 사전 조직 없이 열리는 집회도 포함된다.

2. 헌법재판소는 1989년 법률 no.III 제6절을 적용함에 있어 공공의 공간에서 열리는 조직적 행사에 대한 신고의 의무는 헌법 제62조(1)에 따른 헌법적 요건이라고 판결한다. 행사의 성격 때문에 집회 개최 3일 전에 신고할 수 없는 경우임에도 단지 늦게 신고했다는 이유만으로 평화적인 집회를 금지하는 것은 헌법에 반한다."

14. 헌법재판소 결정 no.55/2001.(XI. 29.) AB은 다음과 같은 내용을 포함하고 있다:

"... 집회의 권리를 제한할 필요성과 관련하여, 어떠한 공공장소에서 계획된 집회가 열린다는 것을 미리 신고해야할 의무와 관련된 제한 그리고 특정한 경우 집회 개최를 금지하는 당국의 권리와 관련된 제한에 대한 독립적 심사가 이루어져야 한다.

헌법재판소가 보기에 공공장소에서 개최되는 집회의 신고 의무를 적용할 필요성은, 1989년 법률 no.III 제15절(a)에 있는 구체적 정의에 따라, 공공장소라는 것이 모든 사람이 제한 없이 접근할 수 있는 지역, 도로, 거리 또는 광장이라는 사실에 의해 정당화된다. 여기서, 모든 사람에 의한 제한 없는 접근이라는 것은 집회 참가자나 참가자가 아닌 사람이나 그 공공장소에 동일하게 접근할 수 있어야 한다는 의미이다. 공공장소의 사용 가능성은 집회의 자유 행사뿐만 아니라 헌법 제58조가 보장하는 자유로운 이동권과 같은 다른 기본권의 행사를 위한 전제조건이기도 하다."

15. 2008년 6월 20일에 채택된 헝가리의 인종주의와 불관용에 대한 유럽위원회의 보고서(네번째 모니터링 주기)는 다음과 같은 내용을 포함하고 있다:

"61. 헝가리의 공적 담론에서 인종주의와 불관용주의의 우려스러운 증가가 있었다. 이는 [세 번째 모니터링 보고서] 이래로 그리고 적어도 부분적으로는 2006년 연말에 진행된 열띤 반정부집회에서부터 확장된 것이다. 특히, 극우 헝가리인 방위대(Magyar Gárda) -이 집단은 잘 알려진 급진적 우익 정당과 밀접한 연관이 있다-의 창설과 부상은 심각한 우려의 원인으로 지속적으로 지목되고 있다. 2007년 8월 창설과 2007년 10월에 수백명의 신입회원들의 공개적 선서 이후로 헝가리안 방위대는 집시민족들이 대규모로 거주하고 있는 마을을 포함하여 국가 전체에서 수많은 공공 집회를 진행하였다. 이 조직의 규약은 외관상 무해해 보이지만, 이 집단의 주요 메시지 중에는 헝가리 민족이 소위 "집시 범죄"를 방어해야 한다는 내용이 있다. 준군사 스타일의 검정 부츠와 유니폼에 화살십자가 당기와 대단히 흡사한 배지를 착용하고 깃발을 든 헝가리안 방위대 멤버들의 행진이 전국에서 열렸다. 화살십자가당은 제2차 세계대전 중 헝가리에서 짧은 기간동안 권력을 장악한 공개적 나치 조직으로 그 기간 동안 수천 명의 유대인과 집시들이 살해당하거나 추방당했다.

62. 2008년 1월, 법무부 장관은 헝가리인 방위대를 금지하기 위한 법정 절차를 시작하였다."[59]

16. 유엔 인권위원회는 *Kivenmaa v. Finland*사건(Communication no.412/1990, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/412/1990(1994)) 결정에서 다음과 같이 판단하였다:

"9.2 위원회가 판단하기에, 공공장소에서 열리는 의도된 집회의 경우 집회 시작 6시간 전에 이를 경찰에 알려야한다는 요건은 협약 제21조에서 규정된 허용 가능한 제한과 양립할 수 있다. 이 구체적 사건에서, 해당 당국이 미리 공개적으로 발표한 해외 국가 원수의 공식 방문 환영식 장소에 몇 명이 모인 것을 집회로 간주할 수 없다는 점은 명백하다. 배너를 거는 행위로 인해 그 모임이 집회가 되었다는 해당 당국의 주장에 대해 위

59) 2009년 7월 2일 헝가리인 방위대는 단체의 지위를 금지당했다. 관련된 청구가 재판소에 계류 중이다.

원회는 집회의 권리에 대한 제한은 협약 제21조의 제한 규정을 준수해야 한다는 점을 지적한다. 집회를 미리 알려야 한다는 요건은 보통 국가 안보나 공공안전, 공공질서, 공중보건이나 공중도덕의 보호 또는 타인의 권리와 자유의 보호를 위한 것이다. 따라서 그러한 모임에 집회에 대한 핀란드 법률을 적용한 것은 협약 제21조에 의해 허용된 제한의 적용으로 볼 수 없다.

9.3 개인이, 인권 관련 문제에 대한 명백한 의사 표현을 포함하여, 그의 정치적 의견을 표현할 권리는 협약 제19조에 의해 보장된 표현의 자유의 일부를 구성한다. 이 사건에서 의사 소통의 장본인은 배너를 내걺으로서 표현의 자유를 행사하였다. 협약 제19조가 특정한 경우에 법률로서 표현의 자유에 대한 제한을 허용하는 것은 사실이다. 그러나 이 사건에서 해당 당국은 이 자유에 대한 제한을 허용하는 법률을 언급하지 않았거나 Kivenmaa에게 적용된 제한이 어떻게 협약 제19조 제2항(a)와 (b)에 규정된 타인의 권리와 국가 안보의 보호를 위해 필요한 것이었는지를 입증하지 못하였다.."

17. 2005년 5월 6일 no.BVerfG, 1 BvR 961/05 결정에서, 독일 연방헌법재판소는 집회가 열린 장소와 시간으로 인한 특별한 상황을 고려하여 극우 세력의 집회 경로를 제한하는 것은 헌법적으로 허용될 수 있다고 판시하였다. 비록 그 집회가 더 먼저 발표된 것이기는 하지만 나치 폭력과 폭정에 의해 희생된 유대인 희생자들의 존엄을 지키기 위해 그러한 제한은 허용될 수 있다고 판단한 것이다. 독일연방공화국의 역사적 연원에 대한 평가에 기초하여 헌법재판소는 먼저 신고된 집회를 우선 보호해야 한다는 우월성 원칙을 양보하고, 제2차 세계대전 항복 기념일과 관련된 기념 집회가 그 장소에서 개최될 수 있도록 하기 위해 먼저 신고한 집회에 대한 제한이 허용될 수 있다고 결정하였다.

18. 미국 연방대법원의 현재 입장은 *Virginia v. Black,* 538 U.S. 343(2003)에 정리되어 있다. 이 사건은 십자가 태우기(클루 클럭스 클란(KKK)의 전통적 협박 행위)라는 맥락에서 이해되어야 한다. 그 판결에 의하면, 십자가를 태우는 것은 "증오의 상징"이다. 이는 그 메시지가 정치적인 것이었는지 위협하기 위한 것이었는지와는 무관하다. 그리고 십자가 태우기가 어떤 때는 위협적 메시지를 전하지 않을지라도, 다른 때는 위협적 메시지가 그 행위의 유일한 메시지일 때도 있다. 수정헌법 제1조에 의한 보호는 절대적이지 않다. 그리고 정부는 "진정한 협박"의 금지를 포함하여 특정 범주의 표현을 규제할 수 있다. 헌법적으로 금지 가능한 의미를 가진 단어로서의 위협이란 진정한 협박의 한 유형이고, 화자가 신체적 위해나 죽음의 공포를 불러일으킬 의도를 가지고 어떤 사람이나 집단을 협박하는 것을 말한다. 십자가 태우기가 상징 표현이라는 사실이 헌법적 문제를 해결하는 것은 아니다. 종종 십자가 태우기는 이념에 대한 언명이고 집단적 연대를 상징한다. 대법원은 다양한 유형의 십자자 태우기를 구분하려는 노력을 요구했으며, 특정한 십자가 태우기가 위협을 의도하기 위한 것이었는지 여부를 결정하기 위해 필요한 맥락적 요소들을 고려하였다. 연방대법원은 다음과 같이 판시하였다:

"십자가 태우기가 그것을 보는 많은 시민 다수에게 분노나 증오의 감각을 야기한다는 것은 진실일 수 있다. 그것이 정치적 시위에서 일어난 일이라 하더라도 말이다. 그러나 이러한 분노나 증오의 감각은 모든 십자가 태우기를 금지하기에 충분치 않다. 제럴드 군터(Gerald Gunther)가 말한 바와 같이, "나찌 치하의 어린 시절 그리고 이 나라에서의 행복한 성인 시절로부터 내가 얻은 교훈은 가끔은 나의 모든 힘을 이용해 광신자의 증오로 가득찬 생각을 비판할 필요가 있지만 동시에 법의 힘으로 증오로 가득찬 생각을 억압하려는 공동체의 시도에 도전하는 어려운 길을 걸을 필요가 있다는 것이다"(*Virginia v. Black,* 538 U.S. 343, 366-7(2003)).

Snyder v. Phelps(131 S.Ct. 1207(2011))에서는 부정할 수 없을 정도로 모욕적인 발언이 장례식에 준 충격에 대해 평가하였다. 한 교회의 신자들이 군인의 장례식으로부터 200-300피트 정도 떨어진 거리에서 피켓을 들고 있었다. 그 피켓 내용은 미국이 죄에 대해 지나치게 관용적이고 신이 그 벌로서 미국 군인들을 죽였다는 교회의 관점이 표현되어 있었다.

대법원은 다음과 같이 판시하였다:

"공적 토론에서 우리는 수정헌법이 보호하는 자유가 적절하게 "숨 쉴 공간"을 제공하기 위해 모욕적이고 그리고 심지어 터무니없는 발언도 인내하여야 한다... 장례식 피케팅은 확실히 유해하며 그것이 공적인 담론에 기여하는 정도는 무시할만하다. 그러나 그것은 공유 재산에서 공적으로 중요한 문제를 평화로운 방식으로 다루었다... 그 발언은... 그 자체로 장례식을 방해하지는 않았다... 발언은 힘이 세다. 그것은 사람들이 행동하도록 자극할 수 있으며, 기쁨과 슬픔의 눈물을 흘리도록 감동을 줄 수 있다, 그리고-그것이 여기에서 그러한 것과 같이- 커다란 고통을 줄 수도 있다. 주어진 사실에 기반했을 때, 우리는 발언자를 처벌하는 것으로 그러한 고통에 대응할 수 없다. 한 국가로서 우리는 공적 논쟁을 억누르지 않는다는 것을 확실히 하기 위하여, 공적인 문제에 대해 심지어 해로운 발언조차도 보호하는 다른 경로를 선택하였다"(*Snyder v. Phelps*(131 S.Ct. 1207(2011)).

Frisby v. Schultz, 487 U.S. 474(1988)에서, 연방대법원은 낙태 시술을 한 의사의 집에서 낙태를 반대하는 사람들의 피케팅을 금지한 시 당국의 금지가 타당하다고 판단하였다. 여기서, 공격적이고 불쾌한 피케팅은 "선택의 자유를 박탈당한" 청중이었던 의사의 가족들을 대상으로 한 것이었다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

판단

Ⅰ. 협약 제10조 위반 여부에 대하여

19. 청구인은 그에 대한 처벌이 자신의 표현의 자유에 대한 부당한 간섭에 해당한다고 주장하였다. 그는 협약 제10조와 제11조를 원용하였다.

재판소는 이 사건의 특별한 정황을 고려하여 이 문제는 협약 제11조와 공동으로 제10조에 따라 검토되어야 한다고 판단한다.

제10조는 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고 받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 무질서와 범죄의 방지, 보건이나 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전에 필요하여 법률에 규정된 바와 같은 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

협약 제11조는 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 자신의 이익을 보호하기 위하여 노동조합을 조직하고, 이에 가입하는 권리를 포함하여 평화적인 집회 및 타인과의 결사의 자유에 관한 권리를 가진다.
>
> 2. 이 권리의 행사에 관하여는 무질서와 범죄의 방지, 보건이나 도덕의 보호 또는 타인의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에서 국가안보 또는 공공의 안전에 필요하여 법률의 규정에 의한 경우 이외에는 어떠한 제한도 부과되지 아니한다. 본조는 국가의 군대, 경찰 또는 행정부의 구성원이 이러한 권리를 행사하는데 대하여 합법적인 제한을 부과하는 것을 방해하지 아니한다."

20. 정부는 청구인의 주장에 이의를 제기하였다.

A. 심리적격 여부에 대한 결정

21. 재판소는 이 청구가 협약 제35조 제3호 (a)의 의미에 따라 명백하게 근거가 없지 않다고 본다. 더 나아가 재판소는 어떤 다른 이유로도 이 청구가 받아들여질 수 없다고는 보이지 않는다 판단한다. 그러므로 이 사건 청구는 받아들여질 수 있는 것으로 판결한다.

B. 본안 판단

1. 당사자들의 주장

(a) 정부

22. 정부는 협약 제11조에서 집회의 자유는 절대적 권리가 아니고 따라서 제한이 가능하다고 주장하였다. 헝가리에서는 의회가 제정한 법률에 의해 집회의 자유를 제한하는 것이 가능하다. 공공 장소에서 열리는 집회나 회합은 3일 전에 미리 신고되어야 한다. 집회법 제11절(2)에 따라 경찰은 집회를 방해하는 사람들을 집회 장소로부터 이동시킬 권한을 가지고 있다. 집회를 보호하는 과정에서 경찰관은 행정적이거나 형사적인 범법행위라고 볼 만한 근거가 충분히 있는 경우 법위반자를 체포할 수 있다; 행정범죄에 관한 1999년 법률 no.LXIX 142절(2)에 따라 불복종은 벌금형으로 처벌받을 수 있다. 그러므로 청구인의 집회의 자유에 대한 권리는 법률에 의해 규정된 조건에 따라 제한되어졌다.

23. 제한은 정당한 목적을 추구했으며, 집회의 자유를 평화적으로 행사하는 집회 참가자들을 보호하기 위하여 경찰이 청구인에게 부과한 수단은 공공의 안전과 타인의 자유와 권리를 보호하는 데 기여하였다. 경찰의 조치는 두 개의 반대되는 집회 참가자들 사이에 적대적이거나 공격적인 사건의 발생을 예방하기 위하여, 이를 통해 공공의 평화를 보장하기 위하여 취해진 것이었다. 한 집단이 다른 집회를 방해하려 할 수 있다고 예상할 수 있는 상황이었으므로 두 집회 참가자들 사이의 출동을 예방하기 위한 경찰의 노력은 그 근거가 충분하였다. 청구인을 비롯한 어느 누구도 이 사건의 원인이 된 집회를 사전 신고하지 않았다; 게다가, 집회 참가자들이 나타난 곳은 경찰에 신고한 다른 장소로부터 좀 떨어져 있지만 반대 주장을 가지고 있는 사람들의 집회 장소로부터는 가까운 곳이었다.

24. 몇몇 사람들이 적절하게 신고된 다른 집회의 장소보다 더 높은 곳에서 나타났고, 그들이 명백히 다른 집회 참가자들을 자극하는 상징물을 들고 있었다는 사실은 당연하게 현장 담당 경찰관들로 하여금 정치적으로 반대 견해를 가지고 있는 사람들이 그 집회를 방해하려 한다는 결론을 내리도록 하였다. 사실, 경찰의 행동은 합법적 집회를 보호하여 그 집회 참가자들이 반대자들에 의해 신체적 폭행을 당할 수 있다는 두려움 없이 집회를 가질수 있도록 하

기 위한 것이었다. 합법적 집회가 평화적으로 진행될 수 있도록 합리적이고 적절한 조치를 취하는 것은 회원국의 의무이다. 그리고 이를 위해 어떤 수단을 선택할 지에 대해 회원국은 넓은 재량을 가진다. 어쨌든 청구인은 원래, 정식으로 신고한 집회에서 그의 반대 의견을 표현할 수도 있었다.

25. 마지막으로, 문제가 된 처벌은 배너의 사용에 대한 것이 아니라 배너를 사용하지 말라는 경찰의 지시를 청구인이 거부했기 때문에 부과된 것이다.

(b) 청구인

26. 청구인은 헌법재판소가 늦게 신고되거나 우발적으로 진행된 평화적 집회에 대한 금지를 금지했다는 점을 처음부터 강조하였다. 그는 문제가 되는 그 날에 별개의 행사나 집회가 없었다고 주장하였다. 그는 단순히 다뉴브 강둑으로 연결되는 계단의 꼭대기 부분에 몇몇 다른 사람들과 함께 있었고, 그 장소는 사회당의 집회 장소보다 오히려 요비크에서 신고한 집회에 가까웠다. 청구인과 그의 동료들이 가까이 있었다는 것은 별개의 집회로 취급되어져서는 않되고, 혹여 그렇게 간주되었다 하더라도, 그것을 알릴 필요는 없었다.

27. 그 장소에 청구인이 나타난 것이나 깃발을 이용한 것은 유해하지도 도발적이지도 않았다; 그러므로 경찰이 제한을 할 법적 근거는 없었다. 아르파드 줄무늬 깃발은 헝가리 법률 하에서 전체주의의 상징이거나 금지된 상징이 아니기 때문에 행정범죄 발생에 대한 인지에 근거한 경찰의 조치는 적법하지 않았다. 게다가 단지 반대의 정치적 견해를 가진 참가자들이 여는 다른 집회가 있었기 때문에 공공질서의 위반이 있었다는 주장은 확립될 수 없다. 잠재적 혹은 실제적 적대나 공격의 징후도 없었다; 어쨌든 그러한 일은 두 행사의 위치 때문에 일어날 수 없었다. 문제의 깃발을 사용함으로써 청구인은 그의 정치적 견해 및 역사적으로 봤을 때 자신은 그 국가에 속한다는 사실을 표현하려는 의도를 가지고 있었다.

2. 재판소의 평가

28. 재판소는 본 사건에서 국내 당국이 경합하는 다양한 협약상의 권리를 고려했다는 점을 알고 있다. 이론적으로 본건과 같은 사건들, 즉 집회의 자유가 표현의 자유 및 이른바 타인의 집회의 자유와 균형을 이룰 것이 요구되는 사건들에서 재판소는 사건을 제기한 이가 "집회 참가자"인지 "반대집회 참가자"인지에 따라 재판소의 검토 결과가 달라지지 말아야 한다고 본다. 따라서, 국가 당국에 허용된 판단재량은 원칙적으로 두 경우에서 동일해야 한다. 국내 당국이 재판소의 판례법에 규정된 기준에 따라 둘 사이에서 균형을 잡는 행위를 하였고, 그를 통해 경합하는 권리들 사이의 최적의 균형이 전반적으로 달성되었다면 국내 법원의 관점을 재판소의 관점으로 대체하기 위해서는 강력한

근거가 요구된다(*Von Hannover v. Germany*(no.2)[GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 106-107, 2019년 2월 7일, 준용하여 참고). 그러므로 재판소의 과업은 당국 기관들이 당사자들의 이해 관계 사이에서 공정한 균형을 유지하였는지 여부를 검토하는 것이다. 그렇게 하기 위하여 단순히 표현의 자유에 적용 가능한 일반적 원칙뿐만 아니라 집회의 자유에 적용될 수 있는 원칙-이것은 둘 사이의 균형을 결정하는 데 특별히 관련된다-을 고려하는 것이 필요하다.

(a) 제한이 있었는지 여부

29. 재판소는 이 문제는 당사자들 사이에 이견이 없다는 것을 알고 있다. 그러므로 청구인의 표현의 자유권에 대한 제한이 있었다고 결론 내린다.

(b) "법률에 근거가 있는지 여부"

30. 재판소는 집회법 제11절(2)이 경찰에게 집회를 방해하는 사람들을 집회 장소로부터 옮길 수 있는 권한을 부여하였다는 내용(위 문단 9 참고)의 정부의 주장을 알고 있다. 당시 환경에서 이러한 권한의 행사는 적법성의 요구에 부합한다는 점이 충족되므로 재판소는 그 제한이 "법률에 근거가 있다"고 결론 내린다.

(c) 정당한 목적

31. 재판소는 청구인이 적법한 명령에 대한 불복종으로 구금되고 벌금을 받았으며, 이는 청구인의 행동이 집회를 방해할 가능성이 있다는 당국 관련자의 인식이라는 배경 속에서 이뤄진 것이라는 점을 알고 있다. 그러므로 당국의 제한은 "무질서의 예방" 그리고 "타인의 권리 및 자유의 보호"라는 정당한 목적을 추구했다.

(d) 민주사회에서의 필요성

(i) 일반적 원칙들

32. 재판소는 "민주사회에서의 필요성" 심사를 통해 심판 대상이 되는 그 제한이 "긴박한 사회적 필요"에 부합하는지의 여부를 결정하여야 한다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 판단하는 데 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화될 수 있는지에 대해 최종 판결을 내릴 권한을 갖는다(*Perna v. Italy* [GC], no.48898/99, 문단 39, ECHR 2003-V; 그리고 *Association Ekin v. France,* no.39288/98, 문단 56, ECHR 2001-VIII 참고).

33. 감독 기능을 행사하는데 있어 재판소의 과업은 정당한 권한을 가진 국내 법원을 대체하는 것이 아니라

국내 법원의 재량권에 따라 내려진 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다(*Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 45, ECHR 1999-I 참고). 특별히 재판소는 제한을 정당화하기 위해 국가 기관이 제시한 근거들이 "적절하고 충분한지"를 결정하여야 하고, 취해진 조치가 추구하는 정당한 목적에 비례적이었는지 결정하여야 한다(*Chauvy and Others v. France,* no.64915/01, 문단 70, ECHR 2004-VI 참고). 그렇게 함에 있어, 재판소는 국가 기관이 관련 사실에 대한 인정 가능한 방식의 평가에 기초하여 제10조에 구현된 원칙들과 조화를 이루는 기준을 적용했는지 확인해야 한다(*Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일, 문단 51, 판결과 결정 보고서 1997-VII 참고).

34. 제10조 제1항이 보장하는 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다(예를 들어 *Oberschlick v. Austria*(no.1), 1991년 5월 23일, 문단 57, Series A no.204 참고).

35. 표현의 자유에 대한 예외가 있을 수 있지만 그러한 예외는 "엄격하게 해석되어야 하며", "제한의 필요성은 설득력있게 입증되어야 한다"(예를 들어 *Observer and Guardian v. the United Kingdom,* 1991년 11월 26일, 문단 59, Series A no.216 참고). 더 나아가 재판소는 정치적 발언이나 공익적 문제에 관련된 논쟁에 대한 제한은 협약 제10조 제2항으로 정당화 될 여지가 거의 없다는 것을 강조한다(예를 들어 *Feldek v. Slovakia,* no.29032/95, 문단 74, ECHR 2001-VIII; *Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 61, ECHR 1999-IV 참고).

36. 재판소가 보기에 상징적 깃발과 같은 정치적 운동 혹은 단위와 관련된 상징을 전시하는 것 은 특정 사상에 대한 공감 혹은 그러한 사상을 나타낼 수 있으며, 협약 제10조에 의해 보호되는 표현의 범위 내에 속한다. 표현의 자유가 상징의 사용을 통한 정치적 발언이라는 맥락 속에서 행사될 때, 제한의 적용은 극도로 주의깊게 이뤄져야 한다. 특히 그 사건이 복수의 의미를 갖는 상징에 대한 것이라면 더욱 그렇다. 이러한 점에서 재판소는 충격적이고 공격적이지만 제10조에 의해 보호되는 언어와 민주사회에서 관용할 수 없는 언어 사이의 의미있는 차이를 도출하기 위해서는 맥락에 대한 철저한 검토가 이뤄져야 한다는 점을 강조한다(*Vajnai v. Hungary,* no.33629/06, 문단 53, ECHR 2008 참고).

37. 또한 협약 제11조에 명시된 집회의 자유는 사람들을 짜증나게 하거나 그 집회가 장려하고자 하는 사상이나 주장에 반대하는 사람들을 불쾌하게 할 수 있는 집회도 보호한다(*Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria,* nos.29221/95 및 29225/95, 문단 86, ECHR 2001-IX 참고). 협약 제11조에 대한 보장은 집회 주최측과 참가자들이 폭력적인 의도를 가지고 있거나 "민주사회"의 근간을 부정하는 집회를 제외한 모든 집회

에 적용된다(*G. v. Germany,* no.13079/87, 위원회 결정, 1989년 3월 6일, Decisions and Reports(DR) 60, p.256; *Christians against Racism and Fascism v. the United Kingdom,* 위원회 결정, 1980년 7월 16일, DR 21, p.138 참고). 폭력을 선동하거나 민주주의의 원칙을 부정하는 것이 -당국이 보기에 특정 사상이나 언어가 너무나도 충격적이고 수용불가능하다 하더라도- 아닌 경우에 집회와 표현의 자유를 제한하는 조치를 취하는 것은 민주주의에 위해를 끼치고 심지어 종종 이를 위태롭게 한다(*Sergey Kuznetsov v. Russia,* no.10877/04, 문단 45, 2008년 10월 23일; *Alekseyev v. Russia,* nos.4916/07, 25924/08 및 14599/09, 문단 80, 2010년 10월 21일 참고).

38. 만약 시위에서 반대 집단 간의 긴장과 심한 언쟁이 일어날 가능성이 있을 때마다 시위를 금지하는 것이 정당화된다면 사회는 다수 의견의 감수성에 어긋나는 다른 견해들을 들을 기회를 박탈당하는 상황을 맞게 될 것이다(위 인용, *Stankov,* 문단 107 참고). 재판소는 집회는 그 집회가 장려하고자 하는 사상이나 주장에 반대하는 사람들을 짜증나게 하거나 불쾌하게 할 수 있다는 점을 덧붙인다. 그러나 집회 참가자들은 그들에게 반대하는 사람들에 의해 신체적 폭력을 당할 것이라는 두려움 없이 집회를 열 수 있어야 한다; 그러한 두려움은 공통적인 생각이나 이해관계를 지지하는 단체나 다른 집단들이 공동체에 영향을 미치는 매우 논쟁적인 문제에 대하여 자신들의 의견을 공개적으로 표현하는 것을 억제하도록 만들 수 있다. 민주주의에서 반대집회를 개최할 권리는 집회에 대한 권리 행사를 방해하는데까지 확장될 수 없다.

39. 합법적 집회가 평화적으로 진행될 수 있도록 합리적이고 적절한 조치를 취하는 것은 회원국의 의무이지만 이를 절대적으로 보장할 수는 없다. 그리고 국가는 이용할 수단을 선택하는데 있어 넓은 판단재량을 가진다(*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. the United Kingdom,* 1985년 5월 28일, 문단 67, Series A no.94; *Rees v. the United Kingdom,* 1986년 10월 17일, 문단 35-37, Series A no.106을 준용하여 참고). 이 영역에서 회원국이 협약 제11조에 따라 부담하는 의무는 선택하는 조치에 관한 의무이지 달성되는 결과에 대한 의무가 아니다(*Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria,* 1988년 6월 21일, 문단 32-34, Series A no.139 참고).

40. 그러나 단순히 위험이 존재한다는 것만으로는 행사를 금지하기에 불충분하다: 평가를 함에 있어 당국은 폭력적인 충돌의 위협을 상쇄하는데 필요한 자원을 평가하기 위해 소란의 잠재적 규모를 구체적으로 판단해야 한다(*Barankevich v. Russia,* no.10519/03, 문단 33, 2007년 7월 26일; 위 인용, *Alekseyev,* 문단 75 참고).

41. 사상과 그것을 표현할 자유에 대한 보호는 제11조에 명시된 집회 및 결사의 자유의 목적 중 하나이다(위 인용, *Stankov,* 문단 85 참고). 비례의 원칙은 제11조 제2항에 열거되어 있는 목적이라는 요건과 길거리 혹은 공공장소에 모인 사람들의 말이나 동작 심지어 침묵으로 나타나는 의견의 자유로운 표현이라는 요건 사이의 균형을 요구한다(*Ezelin v. France,* 1991년 4월 26일, 문단 52, Series A no.202 참고).

(ii) 본 사건에 대한 원칙의 적용

42. 재판소는 처음부터 본 사건이 경합하는 근본적 권리들과 관련된 사건이라는 점에 주목한다. 청구인의 표현의 자유와 평화로운 집회의 자유에 대한 요구는 MSZP 집회 참가자들의 권리, 즉 방해받지 않고 집회할 권리와 균형을 이루어야 한다. 재판소가 보기에 그러한 방해에 대한 보호를 제공함에 있어 국가 기관에게 넓은 재량이 보장된다. 왜냐하면 원칙적으로 두 개의 경합하는 권리는 동등한 보호(이러한 보호는 서로 반대되는 관점들이 충돌할 때 국가의 중립 의무를 충족해야 한다)를 보장받아야 할 뿐만 아니라 국가 기관이야말로 안전 및 소란과 관련된 위험과 추정된 위험에 따른 적절한 조치를 가장 잘 평가할 수 있기 때문이다.

43. 그러나 재판소는 폭력적인 반대집회가 심각한 위협을 취한다는 점이 확실하게 드러난 곳에서만 그러한 자유 재량이 적용되어야 한다고 본다; 반대집회자들은 자신들이 다른 집회 참가자들에 대해 동의하지 않는다는 것을 표현할 권리를 가진다. 그러므로 그러한 조치를 적용하는데 있어 국가는 두 개의 집단 모두의 집회의 권리를 적극적으로 보호할 의무를 충족해야 한다. 그리고 원칙적으로 두 개의 집회가 모두 진행될 수 있도록 하는 최소의 제한 수단을 찾아야만 한다.

44. 앞서 확립된 바와 같이 이 사건에서의 제한은 공공질서의 유지와 타인의 권리 보호라는 정당한 목적을 추구하였다(위 문단 31 참고). 집회에 대한 방해가 집회를 열려는 권리에 영향을 주는 한 이 두 목적은 밀접하게 연관된다. 공공질서의 일반적 문제인 두 집단들 사이의 폭력적 대립의 위험과 관련한 국가의 재량권 행사에서 과거 유사한 행사에서 발생한 폭력과 목표가 된 집회에 대한 반대집회가 미친 영향은 당국이 고려해야 할 관련 요소들이다(위 인용, *Öllinger,* 문단 47 참고). 본 사건에서처럼, 경찰이 두 집회를 분리하고 충분한 보호를 제공하는 것과 같은 당국의 예방적 조치가 가능한 상황에서는 과거에 발생한 무질서의 경험은 제한의 요소로서 관련성이 떨어진다. 비록 과거 유사한 행사에서 경찰의 개입이 필요했던 폭력의 역사가 있다고 하더라도 말이다. 이러한 맥락에서 재판소는 아르파드 줄무늬 깃발의 존재 때문에 폭력이 발생할 가능성이 증가했다거나 당국에 의해 도발적인 것으로 인식된 상징을 사용한 것이 명백한 위협이나 폭력의 현존으로 귀결되었다는 주장은 없었다는 점을 지적한다.

45. *Öllinger*사건에서 재판소는 반대집회가 그 집회의 목표가 되는 집회참가자들에게 미칠 수 있는 영향은 관련이 없다고 간주했던 것을 상기한다(판결 문단 45). 그 사건에서 경찰은 문제의 집회가 대중의 종교적 감정을 상하게 만들고 전사한 군인에게 무례함을 보임으로써 도발적이라고 간주될 가능성이 크기 때문에 기념식을 방해할 수 있다고 보았다. 공동 묘지에 찾아온 일부 방문자들의 항의가 그 집회참가자들과의 공개적 충돌로 변질될 위험이 있었음에도 불구하고 제한을 위한 긴박한 사회적 필요성이 성립되지는 않았다. 그 사건에서 금지는 미래의 사건들에 대한 가정에 근거한 예비적인 것이었다.

본 사건에서 재판소는 도발적인 것으로 인식되는 깃발은 실제로 전시된 반면 야기된 소란이 -비록 집회참가자들의 불편하게 만들었을 수도 있지만- 실질적으로 집회를 방해했다는 것은 증명되지 않았다는 점을 지적한다.

46. 본 사건의 특수한 배경에서, 재판소는 경찰이 다뉴브 강둑으로 이어지는 계단에 서 있었던 사람들 중에서도 아르파드 줄무늬 깃발을 들고 있던 사람들에 대해서만 조치를 취했다는 점을 알고 있다. 그 깃발로 식별되는 반대 집회자들이 집회의 방향으로 움직였을 거라는 점을 보여주는 표시는 없었다. 경찰들은 MSZP 집회의 근방에서 그러한 깃발을 없애라는 지침에 따라 행동한 것이라고 설명하였다. 청구인들의 행동뿐만 아니라 거기에 있었던 다른 누구의 행동도 위협적이거나 폭력적이지 않았다. 단지 깃발을 들고 있었던 것이 도발적인 것으로 여겨졌을 뿐이다(위 문단 6 참고).

47. 재판소는 국가 기관은 집회에서의 무질서를 예방하기 위해 적절한 조치를 취할 광범위한 재량을 갖는다는 점을 반복하여 말한다. 본 사건 속 상황에서 한 집단이 MSZP 집회를 방해하려 했을 것이라고 예상할 수 있다. 재판소가 보기에 두 집회참가자들 사이의 충돌을 예방하려는 경찰의 노력은 폭력 예방과 폭력에 대한 두려움으로부터 집회참가자들을 보호하기 위하여 쓸 수 있는 당국의 재량 범주 안에 속한다. 그러나 재판소는 평화로운 집회에 참여할 자유는 너무나도 중요하기 때문에 문제가 되는 사람이 그러한 행사에서 비난받아 마땅한 행동을 하지 않는 한 그러한 자유는 어떠한 방식으로도 제한되어서는 안 된다고 본다(위 인용, *Ezelin,* 문단 53 참고). 깃발의 전시가 도발적 성격을 가진다는 점을 받아들인다 하더라도(그렇더라도 이것이 표현의 자유의 행사라는 점은 자명하다.) 다른 추가적 요소가 없는 상황에서 재판소는 청구인에 대한 제한을 정당화하는 근거를 찾을 수 없다. 이러한 점에서 재판소는 "집회참가자들이 폭력적 행동을 하지 않는다면 공적 기관은 평화로운 집회에 대해 상당 정도의 관용을 보여야 하며, 그렇게 하지 않는 것은 협약 제11조가 보장하는 집회의 자유의 본질을 박탈하는 것이라는 점을 반복해서 말한다"(*Oya Ataman v. Turkey,* no.74552/01, 문단 41-42, ECHR 2006-XIV). 청구인의 소극적 행동, MSZP 집회로부터의 거리 그리고 불안전성이나 소란에 대한 증명된 위험의 부재를 고려했을 때, 문제가 제기된 제한을 정당화하기 위해 국가가 제시한 근거들은 적절하고 충분하다고 볼 수 없다.

48. 다음으로 재판소는 청구인의 표현의 자유라는 맥락에서 문제가 된 깃발의 전시가 비난받을 만한 행동을 구성하는지 살펴볼 것이다.

49. 정부는 청구인 혹은 다른 누구도 본 사건의 원인이 된 집회를 신고하지 않았다는 의견을 개진하였다. 이에 대해 재판소는 그것이 집회의 권리에 대한 제한의 비례성을 결정하는데 관련된 고려사항이기는 하지만 청구인은 다른 이유, 즉 아르파드 줄무늬 깃발의 전시로 인해 체포되었다는 점을 지적한다. 구금과 벌금형의 적법성을 다룬 국내 법원에서 청구인의 체포에 대한 법적 근거는 오로지 그가 깃발을 제거하라는 명령을 따르기를 거부했다는 사실에 근

거하고 있다(위 문단 7 참고). 그러나 이와 유사한 경우에 재판소는 정부가 제공한 추가적이고 사후적인 이유를 참작하지 않는다(*Bukta and Others v. Hungary,* no.25691/04, 문단 34, ECHR 2007-III 참고).

50. 정부는 청구인의 행위가 집회법 적용 대상이 되는 행위이기 때문에 제재를 받았다는 점을 증명하지 못하였기 때문에 -그러므로 그 법은 재판소의 검증에서 중요하지 않다- 재판소는 문제가 되는 이 사건을 표현의 자유의 행사로서 검토할 것이다.

51. 재판소는 경찰이 깃발의 게시가 타인의 권리를 침해하고 공공의 안녕을 방해할 수 있는 것으로 인식했기 때문에 조치를 취한 것이라는 청구인의 주장; MSZP의 집회를 방해하는 아르파드 줄무늬 배너를 보이지 않게 하라는 지침에 대한 경찰관들의 증언; 그 배너는 헝가리의 역사적인 깃발이었으며 법률에 의해 그렇게 인정되고 있다는(문단 11 참고) 전문가 의견(문단 7 참고)을 알고 있다.

52. 재판소가 보기에 어떤 물체의 게시가 가지는 표현적 성격은 그 상황의 환경에 달려있다. MSZP 집회는, 여러 의제 중에서도, 종종 스스로를 아르파드 줄무늬나 유사한 깃발로 표현하는 극우 세력 운동의 불관용적 관점에 항의하기 위해 열린 것이었다. 이는 인종주의와 불관용에 대한 유럽위원회도 지적한 바이다(위 문단 15 참고). MSZP 집회 근처에서 그 깃발을 게시하기로 한 청구인의 결정은 그의 정치적 견해, 즉 상징을 통해 MSZP 집회자들의 이념에 대한 반대를 표현한 것으로 보아야 한다. 청구인을 "파시스트"라고 규정한 집회참가자들은 깃발의 게시를 정치적 의견의 표현으로 인식하였다.

53. 재판소는 명백히 일부 집회참가자들이 배너의 게시 때문에 불편함을 느꼈으나 언어적 위협은 없었다는 점을 알고 있다. 재판소는 다른 집회참가자들의 권리와 공공 안녕이라는 맥락에서 경찰이 제한을 가할만한 긴박한 사회적 필요성이 성립되지 않았다고 이미 결론내린 바 있다(위 문단 47 참고). 그 게시가 그 자체로 무질서를 야기할 수 있었는지 또는 협약 제10조 제2항과 양립 가능한 법적 근거에 기초한 경찰의 개입이 요구되었는지는 두고 봐야 할 문제이다.

54. 문제의 배너가 다양한 의미를 가지고 있다는 것을 가정하면- 즉, 그것이 역사적인 상징과 그리고 화살십자가 체제를 연상시키는 상징 모두로 볼 수 있다면-오직 공격적인 표현이 나타난 맥락에 대한 주의 깊은 검토를 통해서만 충격적이고 공격적이지만 협약 제10조에 의해 보호되는 표현과 민주사회의 관용의 대상의 될 권리를 포기하는 표현 사이의 차이를 의미있게 구분할 수 있을 것이다(*Vajnai v. Hungary,* no.33629/06, 문단 53, ECHR 2008 참고). 재판소는 이미 붉은 별(red star)의 게시라는 맥락에서 그 사건의 핵심은 청구인의 행위가 사회에 대한 위험을 나타내는지 여부라는 정부의 관점을 공유한다고 밝힌 바 있다(*Vajnai (II) v. Hungary*(dec.), no.44438/08, 2011년 1월 19일 참고).

55. 정부는 깃발의 게시가 사람들을 자극하는 것이었다고 주장한 반면 청구인은 그것이 적법한 것이었다고 주장했다(위 문단 24, 27 참고). 따라서 재판소는 타인의 권리 보호라는 측면에서 깃발의 게시가 그 상징의 사용을 제한할 만큼 긴박한 사회적 필요를 만들어 낼 수 있었는지의 여부를 살펴볼 것이다. 재판소는, 표현의 의미 해석이라는 측면에서, 특정한 제한 조치의 비례성을 결정하는데 있어 다중적 의미를 가진 상징 또는 다른 형태의 표현을 게시한 위치와 시점이 중요한 역할을 한다는 점을 강조한다.

56. MSZP가 조직한 집회는 유대인의 절멸에 대한 끔찍한 기억으로 가득한 장소에서 진행되었고 인종주의 및 불관용과 싸우려는 의도를 가지고 있었다; 장소의 선택은 집회의 목적과 직접적으로 연관된 듯 하다. 그러나 몇몇 집회참가자들이 그 깃발을 불쾌하고 충격적이며 혹은 심지어 "파시스트적"인 것으로 간주했다 하더라고, 재판소가 보기에 단순히 그 깃발을 게시한 것은 공공질서를 방해하거나 혹은 집회참가자들이 집회의 권리를 행사하는 것을 방해할 수 없었다. 왜냐하면 그것은 위협적이지도 않았고 특정인들에 대한 뿌리 깊고 비이성적인 증오를 불어넣음으로써 폭력을 선동할 수도 없었기 때문이다(*Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV 참고). 재판소는 위협이 부재한 상황에서는 나쁜 느낌 혹은 심지어 분노조차도 협약 제10조 제2항의 목적을 위한 긴박한 사회적 필요를 보여줄 수 없다는 점을 강조한다. 특히 문제의 깃발이 불법적이 아니라는 사실을 고려하면 더욱 그러하다.

57. 헝가리에서 전체주의 체제의 상징이었던 붉은 별의 게시라는 맥락에서 언급한 바와 같이, 재판소는 그러한 체제의 집권 동안 어디서나 볼 수 있었던 상징을 게시하는 것이 과거의 희생자들과 그들의 친척에게 불편함을 야기할 수 있고, 그들은 그러한 게시가 실례되는 것이라고 볼 수 있다는 점을 받아들인다. 재판소는 그러한 감정이 충분히 이해할 수 있는 것이기는 하지만 그 자체만으로 표현의 자유에 대한 제한을 부과할 수는 없다고 본다. 이러한 입장을 견지하지 않는다는 것은 표현과 사상의 자유가 야유를 퍼붓는 자들의 거부에 의해 좌우될 수 있다는 것을 의미한다(위 인용, *Vajnai,* 문단 57 참고).

58. 대량 학살이 일어난 구체적 장소에서 맥락적으로 모호한 상징을 게시하는 것이 어떤 경우에는 그러한 범죄를 저지는 사람들에 대한 공감을 표현하는 것일 수 있다는 점을 재판소가 배제하는 것은 아니다; 이러한 이유 때문에 다른 조건에서는 보호되는 표현도 모든 장소와 모든 시간에 똑같이 허용될 수 없는 것이다. 헝가리의 트라우마와 비교될 수 있는 역사적 경험을 가지고 있는 일부 국가에서 특정한 추모일에 개최되는 집회 -특정한 장소에서 죽어간 전체주의의 피해자들의 기억을 모욕하는 성격을 가진 집회-는 긴박한 사회적 필요를 나타낸다고 볼 수 있을 것이다. 살해당한 사람들의 명예권과 친척들이 피해자인 가족에 대해 가지는 공경의 권리를 보호할 필요성은 표현의 자유 권리에 대한 제한을 요할 수 있다. 그리고 다른 상황에서는 보호되는 표현이 특정한 장소와 시간에서 나옴으로써 특정한 게시의 의미를 명확하게 바꿀 경우 이에 대한 제한은 적법할 수 있다. 만약 그 표현이, 그것의 시간과 장소 때문에, 전쟁범죄, 반인도주의 범죄 혹은 집단학살에 대한 찬양에 해당한다면 유사한 의견을 적용할 수 있다(*Garaudy*

v. France(dec.), no.65831/01, ECHR 2003-IX(발췌) 참고). 또한 청구인이 이와 같이 집단주의 체제의 희생자들을 모욕한다면 이는 협약 제17조의 적용에 따라 협약 권리의 남용에 해당할 수 있다(*Witzsch v. Germany*(dec.), no.41448/98, 1999년 4월 20일 참고).

그러나 재판소는 이 사건에서 그러한 남용적인 요소는 확인되지 않았다고 판단한다.

59. 앞선 말한 고려 사항들은 재판소가 문제가 된 제한이 긴박한 사회적 필요성 요건을 충족하지 못한다는 결론을 내리기에 충분한 근거가 된다. 그러므로 그러한 제한은 "민주사회에서 필요한" 것이라고 볼 수 없다. 따라서 협약 제11조를 고려한 제10조의 위반이 있었다.

Ⅱ. 협약 제6조와 제14조 위반 주장

60. 청구인은 협약 제6조 제1항과 제3항 및 제14조의 위반의 문제도 제기하였다.

61. 위의 고려 사항을 유념하여, 재판소는 이 조항들에 대한 별도의 검토가 필요하지 않다고 판단한다(*Öllinger v. Austria,* no.76900/01, 문단 52 및 53, ECHR 2006-IX를 준용하여 참고).

Ⅲ. 협약 제41조의 적용

62. 협약 제41조는 다음과 같다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해배상

63. 청구인은 비금전적 손해에 대하여 4,000유로를 청구하였다.

64. 정부는 이 요구에 대해 이의를 제기하였다.

65. 재판소는 청구인이 상당한 비금전적 손해를 입었을 것이므로 이에 대해 정부가 1,500유로를 지급해야 한

다고 판단한다.

B. 비용과 지출금

66. 청구인은 또한 재판소에 이 사건을 제기하기까지 지출하였던 비용과 경비에 대하여 1,500유로를 청구하였다. 이 금액은 시급 150유로를 기준으로 했을 때 청구인 변호사의 10시간의 법률작업에 상당하는 비용이다.

67. 정부는 이 요구에 대해 이의를 제기하였다.

68. 재판소의 판례에 따르면 청구인은 비용의 지출이 실질적이고 필연적으로 발생하고 그 액수가 적절한 때에만 비용과 경비를 청구할 수 있다. 본 사건에서, 재판소가 가지고 있는 문서와 위의 기준을 고려했을 때, 재판소는 청구인이 요구한 금액 1,500유로 전부를 헝가리 정부가 청구인에게 지급하는 것이 타당하다고 판단한다.

C. 지연 이자

69. 지연 이자는 유럽중앙은행의 한계대출금리를 근거로 하여 그것에 3%를 더하는 것이 적절하다고 재판소는 판단한다.

이러한 이유로, 재판소는

1. 만장일치로 이 청구는 인용가능하다고 선고한다.

2. 6대 1로 협약 제11조를 고려한 제10조의 위반이 있었다고 판결한다.

3. 만장일치로 협약 제6조와 제14조에 대한 검토는 필요하지 않다고 판결한다.

4. 6대 1로

(a) 피청구국은 협약 제44조 제2항에 따라 본 판결이 최종 판결이 된 날로부터 3개월 이내에 다음의 금액을 최종 지급일에 적용되는 환율에 따라 피청구국 통화로 환전하여 청구인에게 지급해야 한다;

(i) 비금전적 손해에 대하여 1,500유로(일천오백 유로)와 이에 부과되는 세금;

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(ii) 비용에 대하여 1,500유로(일천오백 유로)와 이에 부과되는 세금;

(b) 위 3개월 이후 최종 지급일까지, 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

5. 만장일치로 청구인의 나머지 청구는 기각한다.

이 판결문은 영어로 작성되었고, 재판소 규칙77 제2조과 제3조에 따라 2012년 7월 24일 서면으로 통지하였다.

Stanley Naismith	Françoise Tulkens
부문 서기	재판장

협약 제45조 제2항 및 재판소 규칙74 제2조에 따라 이 판결에 다음과 같은 별개 의견을 첨부한다:

(a) Keller 판사의 반대 의견;

(b) Berro-Lefèvre 판사가 함께한 Popović 판사의 별개 의견;

(a) Pinto de Albuquerque 판사의 별개 의견.

F.T.
S.H.N.

(a) KELLER 판사의 반대 의견

1. 유감스럽게도, 나는 다수 의견을 따를 수 없다. 내가 보기에 경찰의 지시에 불응한 것에 대해 50,000헝가리 포린트(약 200유로)의 벌금을 부과한 것은 -이 사건의 특수한 상황 속에서- 협약 제10조의 위반을 구성하지 않는다.

Ⅰ. 사실들

2. 본 사건의 사실들과 특수한 상황들(즉, 위치, 시간 그리고 역사적 맥락)은 유의미하다. 부다페스트 지방 당국은 한편으로는 인종주의와 혐오에 대해 반대하는 MSZP(헝가리 사회당)의 집회가, 다른 한편으로는 법적으로 등록된 우파 정당인 요비크 당원들이 MSZP의 이념에 대한 반대를 표현하기 위해 바로 근처에서 동시에 연 집회가 야기한 어려운 상황에 처해 있었다. MSZP 집회로부터 20미터 떨어진 곳에서 청구인은 몇몇 다른 사람들과 함께 소위 아르파드 줄무늬 깃발을 들고 있었다. 그 위치가 특별히 중요한 것은 화살십자가 체제 기간이었던 1944~45년 동안 유태인들이 그 장소에서 집단 학살을 당했기 때문이다.

3. 경찰은 MSZP 집회 주변 100미터 범위 안에서 아르파드 줄무늬 깃발을 용인하지 말라는 지시를 받았다. 이 예방적 조치는 공공질서와 양쪽 집회 참가자 모두를 보호하기 위한 것이었다. 참가자들은 모두 자신의 사상을 옹호하기 위해 합법적으로 시위를 하고 있었다. 당시 아르파드 줄무늬 깃발은 헝가리인 방위대라는 극우 정당(이후에 금지됨)에 의해 점점 더 많이 사용되고 있었다. 아르파드 줄무늬 깃발은 화살십자가당의 깃발과 유사하였다. 화살십자가당은 제2차 세계대전 기간 동안 헝가리에서 짧게 정권을 잡았고 유대인과 집시들 수천 명의 학살과 추방에 책임이 있는 공개적인 나치 조직이었다. 그러나 국내 법률이 그 깃발을 금지한 것은 아니었다.

Ⅱ. 민주사회에서의 필요성

4. 다수 판결은 협약 제11조 제2항과 결합하여 해석되는 제10조 제2항의 의미 내에서 제한이 민주사회에서 필요하였는지 여부에 집중하고 있다.

5. 국가들은 평화로운 집회와 반대집회를 열 권리를 보장하는 문제와 관련하여 특별히 어려운 상황에 처해있다. 재판소는 평화로운 집회와 반대집회의 참가자들을 보호해야 하는 당국의 의무를 강조해왔다. 특히, 반대집회는 첫 번째 집회를 보호한다는 명분만으로 금지되어서는 안된다(*Öllinger v. Austria,* 2006년 6월 26일, no.76900/01, 문단 36 참고). 더구나 재판소는 참가자들의 안전과 공공질서를 보호하기 위해 집회와 반대집회를 분리하는 전술을

국가인권위원회
humanrights.go.kr

인정하였다(같은 판결 문단 48참고).

6. 국가 기관은 집회와 반대집회 중 공공질서를 보호하기 위한 예방적 조치를 취함에 있어 광범위한 재량권을 가진다(*Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria,* 1988년 6월 21일, no.10126/82, 문단 34 참고). 이 점은 다수 의견에서도 최소 네 차례 강조되었다(문단 28, 32, 39, 47). 채택된 조치가 민주사회에서 필요한지 여부를 확인하는 검사를 소급 적용할 때, 경합하는 권리들 사이에 최적의 균형이 전반적으로 달성되었다면 재판소는 당국의 관점을 재판소의 관점으로 대체하지 않도록 주의해야 한다(*Axel Springer AG v. Germany,* 2012년 2월 7일, no.39954/08, 문단 106-107, 그리고 *Mouvement Raëlien Suisse v. Switzerland* [GC], 2012년 7월 3일, no.16354/06, 문단 59-66 참고).

7. 첫째, 위험을 사후 평가하는 것은 사전 평가하는 것보다 항상 쉽다. 그러나 두 집회가 근접하여 일어나는 상황에서 아르파드 줄무늬 깃발에 대한 일반적 불관용은 무질서를 예방하기 위한 합리적인 수단이자 경찰공무원들이 따를 수 있는 일반적인 지침이기도 하였다.

8. 둘째, 목격자, 구경꾼 그리고 제3자(집회에 참여하지 않은 사람들)들은 진행되는 집회와 경찰의 조치에 따른 영향을 받는다. 예를 들어, 집회 중 특정 순간에 어떤 장소에 대한 접근 제한을 수용해야 하는 것처럼 특정한 상징을 치우라는 경찰의 명령 또한 따라야 한다(*Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], 2012년 3월 15일, nos.39692/09, 40713/09 및 41008/09, 문단 62-63, 이 사건에서 재판소는 집회 참여 계획이 없었던 사람들 -그리고 폭력을 쓸 의도가 없었던 사람들-을 7시간 동안 특정 장소로부터 떠나지 못하도록 막은 것은 협약 제5조의 위반이 아니라는 영국 법원의 주장을 수용하였다.) 만약 그러한 상황에서 경찰의 행위가 "명백한 위협과 폭력에 대한 위험의 현존"이라는 심사를 조건으로 이뤄져야 한다면(본 판결의 문단 44), 이는 치안을 담당하는 공권력의 임무를 거의 불가능하게 만들 것이다.

9. 셋째, 국내 당국은 아르파드 줄무늬 깃발의 사용을 일반적으로 금지한 것이 아니라 해당 집회들의 인근에서만 금지하였다. 청구인은 아주 가까운 곳에서 열리고 있는 집회 근처에서 그 깃발을 게시하는 것 이외의 방법으로 요비크 집회에 대한 그의 공감과 지지를 보여 줄 권리가 있었다. 경찰의 조치는 시공간적으로 제한된 것이었고, 특정한 상징에 집중된 것이었다. 그렇기 때문에 제10조에 따른 청구인의 권리에 대한 제한은 비례적이었다. 그러므로 국내 당국이 경합하는 권리들 사이에서 전반적으로 최적의 균형을 달성하지 못했다고 주장하기 어렵다.

10. 이러한 논리를 따랐다면 재판소는 이 사건에서 위반이 없었다는 판결을 내릴 수 있었을 것이다.

Ⅲ. 대안적 논법

11. 대신 우리는 아르파드 줄무늬 깃발을 드는 것이 협약 제10조가 보호하는 표현의 범주 안에 포함되는지에 대해 정당하게 질문할 수 있을 것이다. 집회나 다른 형태의 표현들은 그것에 반대하는 사람들을 성가시게 하거나 불쾌하게 하거나(위 인용, *Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria,* 문단 32, 그리고 *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria,* 2001년 10월 2일, nos.29221/95 및 29225/95, 문단 86) 심지어 충격을 줄 수도 있다(예를 들어 *Handyside v. the United Kingdom,* 1976년 12월 7일, 문단 49, Series A no.24; *Gerger v Turkey* [GC], 1999년 7월 8일, no.24919/94, 문단 46; 그리고 *Monnat v. Switzerland,* 2006년 9월 21, no.73604/01, 문단 63).

12. 내가 보기에 본 사건은 이 한계점을 넘어섰다. 여론이 1944~45년 헝가리 나치 체제와 연관시켜 생각하는 깃발을 제2차 세계대전 동안 중대한 인권침해가 자행되었던 장소에서 드는 것이 (요비크 시위가 이미 표현하고 있던 메시지에 더해) 인종주의적이고 파시스트적인 메시지 이외에 나타낼 수 있었던 메시지는 무엇인가? 협약 제17조를 고려하였을 때(*Witzsch v. Germany,* (dec.), 2005년 12월 13일, no.7485/03 참고), 나는 그러한 의견의 표현이 제10조의 보호를 받을 수 있는지에 대하여 심각한 의문을 갖고 있다.

13. 그러므로 이 사건은 재판소가 여러 의미를 갖는 특정 상징에 대한 일반적 금지를 다루었던 *Vajnai v. Hungary*(2008년 7월 8일, no.33629/06)의 경우와는 다르다. 거기에 더해 *Vajnai*사건에서, 문제가 된 상징(붉은 별)을 게시한 사람은 전체주의적 목표를 가지고 있지 않은 집단-국제 노동자 운동과 관련 있는 법적으로 등록된 좌익 정당에 속한 사람이었다. 맥락에 대한 적절한 고려를 통해 재판소는 붉은 별의 게시는 인종주의적이거나 전체주의적 선전과는 무관하며, 이는 단지 좌익 정치운동의 상징이라고 판시하였다(같은 판결 문단 25, 51, 52). 본 판결에서 아르파드 줄무늬 깃발은 일반적으로 금지되지 않았다. 그것은 단지 집회들이 진행 중일 때에만 금지되었으며, -내가 보기에- 청구인이 게시한 구체적 장소와 시간에서 그 깃발은 명백하게 파시스트적인 의미를 가지고 있었다.

14. 그러나, 바로 그 장소에서 바로 그 순간에 아르파드 줄무늬 깃발을 게시한 것이 제10조의 영역에 속하는 메시지를 표현한 것일 수 있었다고 가정한다 하더라도, 나는 이 역사적 상징의 논쟁적 성격에 대해 결정하는 것은 재판소가 해야 할 일이 아니라고 확신한다. 이 사건은 어떤 상징의 해석적 의미는 장소, 시간 그리고 역사적 맥락에 따라서 달라질 수 있다는 것을 보여주는 강력한 예이다. 이러한 요소들을 가장 잘 평가할 수 있는 것은 당국이다(*Ždanoka v Latvia,* 2006년 3월 16일, no.58278/00, 문단 121 참고, 이 사건에서 재판소는 "매우 특별한 역사-정치적 맥락"을 고려하여 제1의정서 제3조를 적용함에 있어 해당국에 넓은 재량권을 부여하였다; 유사하게, *Evans v. the United Kingdom,* no.6339/05, 문단 77; *Leyla Şahin v. Turkey,* no.44774/98, 2005년 11월 10일, 문단 109 참고; 그리고 *Egeland and Hanseid v. Norway*에서 Rozakis 판사의 별개 의견, no.34438/04, 2009년 4월 16일 참고하라. 이 문

서들은 문제가 되는 민감한 주제들을 결정함에 있어 재판소보다 국내 당국이 더 나은 위치에 있고, 그러므로 국가의 결정에 특별한 중요성을 부여해야 한다는 점을 강조하였다).

15. 다양한 국제인권기구들은 헝가리에서 커지고 있는 불관용의 문제에 대해 심각한 우려를 표명하고 있다; 예를 들어 이 판결 문단 15에 인용된 인종주의와 불관용에 반대하는 유럽위원회의 보고서, 현재적 형태의 인종주의, 인종차별, 외국인 혐오주의 및 관련 차별에 관한 특별보고관인 기투 무이가이(Githu Muigai)의 헝가리 방문 보고서(A/HRC/20/33/Add.1 2, 2012년 4월 23일), 그리고 유엔 인권이사회(HRC)의 가장 최근 최종견해를 참고하라:

> "위원회는 공적 인물들, 미디어 그리고 해산된 마기야르 가르다(헝가리인 방위대)의 구성원들에 의해 격렬하고 광범위하게 퍼진 반-집시 발언들에 우려를 표한다. 위원회는 또한 경찰이 집시를 지속적으로 부당하게 대우하고 피의자 조사나 심문 때 인종 차별적 관행을 보여온 점에 대해서도 우려하고 있다. 거기에 더해 국가 정당 내에서 반-유대주의가 증가하고 있음을 나타내는 지표들에 대해서도 우려하고 있다... 국가 정당은 사회에서 관용과 다양성을 증진시키기 위해 인식 개선을 위한 구체적 조치를 취해야 한다. 그리고 판사, 치안판사, 검사 그리고 모든 법집행 공무원들이 증오나 인종차별적 동기를 가진 범죄들을 감지할 수 있도록 훈련시켜야 한다. 국가 정당은 마기야르 가르다의 현재 혹은 이전 구성원이나 협력자들이 조사받고 기소되도록 해야하며, 만약 유죄 판결을 받는다면 적절한 처벌을 내려야 한다."(HRC, CCPR/C/HUN/CO/5. 2010년 11월 16일, 문단 18).

나는 재판소는 한 국가의 일반적 인권 상황을 다루는 것이 아니라 개별 사건에 대한 결정을 내린다는 사실을 알고 있다. 그러나 본 사건에서 지방 당국은 인종주의에 대항하는 집회 그리고 이에 대한 반대집회를 허가하였고, 행사 중에 파시스트적인 상징들을 용인하지 않음으로써 공공질서를 지키려고 시도하였다. 이는 정확히 다양한 국제인권기구들이 당국에 요청한 일이다.

Ⅳ. 국제 문서 및 자료

16. 문단 16에서 다수 의견은 *Kivenmaa v. Finland*사건에 대한 유엔인권이사회의 관점을 인용하고 있다. 나는 이 인용의 유용성에 대하여 의문을 가지고 있다. 가장 먼저, (그 문서 문단 9.2에 묘사된 것처럼) 해외 국가 원수의 공식 방문 환영식 장소에 몇 명이 모인 것은 최근 *Tatár and Fáber v. Hungary*사건에서 나온 집회의 정의에 완벽하게 해당되는 것처럼 보인다(nos.26005/08 및 26160/08, 문단 29, 2012년 6월 12일). 이는 참여자들이 의도적으로 그 곳에 갔고 그들이 기꺼이 자신들의 의견, 즉 공식 방문에 대한 항의를 표현하려 했다는 점을 가정한 것이다. 둘째, 헝가

리 집회법(문단 9 참고)에서 모임을 집회로 만드는 특징이 무엇인가 하는 것은 이 사건에 대한 결정과는 무관하다. 왜냐하면 재판소는 집회가 미리 신고되지 않았다는 정부의 의견을 기각했기 때문이다(문단 49 참고). 셋째, *Kivenmaa v. Finland*사건에 대한 유엔인권이사회의 관점은 더 이상 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약에 따라 적법하다고 볼 수 없다. 왜냐하면 결정 이후 그에 따른 접근을 확정해 줄 청원이 단 하나도 없었기 때문이다. Kivenmaa 유형의 집회는 마이나 키아이(Maina Kiai) 평화로운 집회와 결사의 자유 특별보고관이 내린 정의에 완벽하게 부합한다:

> "'집회'는 구체적 목적을 위해 사적 혹은 공적 공간에 의도적이고 일시적으로 모인 것이다. 그러므로 여기에는 시위, 실내 모임, 파업, 행진, 궐기 대회 심지어 농성도 포함된다..."(A/HRC/20/27, 2012년 5월 21일, 문단 24).

게다가, 키벤마 결정은 문헌에서 다음과 같은 비판을 받았다(Manfred Nowak, CCPR Commentary, N.P. Engel, 2nd revised edition, 2005): "... 대규모 군중 속에서, 해외 국가 원수의 국가수반의 인권 기록을 비판할 목적으로 모인 개인 26명의 모임은... 제21조의 의미 내에서 집회로 간주되어야 한다..."(p.486). Nowak은 "특정한 목적을 위해 모인 몇몇 사람들의 의도적이고, 일시적 모임은 (정치적 시민적 권리에 관한 국제규약 제21조에 따른) 집회의 권리에 따른 보호를 받고", Kivenmaa 집회가 이 정의에 포함된다고 결론 내렸다.

17. 나는 일반적으로 국제법 자료를 인용하는 것에 찬성하지만, 재판소는 이 사건에 대한 추론에 도움이 되는 경우에만 이를 이용해야 한다. 이 판결에서 다른 결정들이나 판결들은 다른 인권 개념에 근거하고 있다는 점(즉, 협약 제10조의 표현의 자유가 아니라 미국 수정헌법 제1조에 따른 표현의 자유) 그리고 재판소와는 다른 기능과 권한을 가지는 기구(즉, 국제 법원과 대조되는 기구로서의 미국연방대법원)가 내린 결정 혹은 판결이라는 점을 언급하지 않고 다른 사법권의 선례를 인용하는 것은 위험하다는 것은 말할 필요도 없는 사실이다. 맥락을 비교하지 않은 채 그러한 판결들을 단순히 인용하는 것은 과도하게 단순화하는 것이고, 그러므로 호도하는 것이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(b) BERRO-LEFÈVRE 판사가 함께한 POPOVIĆ 판사의 별개 의견

나는 이 사건에서 주로 다수 의견에 따라 투표하였는데, 훈련된 재판관으로서 나는 내가 판사로 참여했던 *Fratanolo*(*Fratanolo v. Hungary,* app no.29459/10) 뿐만 아니라 이와 관련된 주요 사건이었던 *Vajnai*(*Vajnai v. Hungary,* app. no.33629/06)와 같이 재판소가 이전에 판결 내린 사건에 의해 구속을 받는다고 느꼈기 때문이다. 이 사건의 접근 방식에 대한 근거를 제공하는 논리는 단순하다: 어떤 상징을 노출함으로써 발생할지 모르는 결과와 무관하게, 만약 좌익 정치의 상징이 허용된다면 우익의 상징 또한 허용되어야 한다.

내가 보기에, 우리는 정치적 상징의 노출에 대하여 협약 제10조를 적용하는 문제에 대해 관심을 가지고 깊이 심사숙고 해야한다. 극단주의자들의 상징을 노출하는 것은 아무리 봐도 내가 찬성할 수 있는 목표라고 보이지 않는다. 내가 믿는 유럽은 결코 극단주의적 상징의 유럽이 아니다. 나는 스와스티카의 유럽, 강제수용소와 교정 노동 수용소의 유럽, 배너가 나타내는 증오의 유럽에 반대한다.

이것이 이 사건에서 내가 별개 의견을 제출하는 이유이다. 다수의견에 동의하면서 나는 재판소가 본 사건과 비슷한 부류에 속하는 사건들의 판결을 다시 살펴볼 것을 제안한다.

(c) PINTO DE ALBUQUERQUE 판사의 별개 의견

*Fáber*사건은 공공의 장에서 정치적 의미를 가지는 상징들의 사용에 대해 다루고 있다. 나는 유럽인권협약("협약") 제10조 위반이라는 결론에는 찬성하지만, 외람되게도, 판결의 논리에는 동의할 수 없다. 내가 생각하기에, 그 논리는 너무 많은 것을 말함과 동시에 너무 적게 말한다. 한편으로 그 논리는 간섭의 비례성 평가를 위한 법적인 기준을 늘린다. 다른 한편으로는 비례성 심사에서 고려해야 하는 관련 사실들을 모두 평가하지 않고, 요구되는 필요성 심사[60]도 수행하지 않는다. 바로 그것이 이 별개 의견의 목적이라 할 수 있다.

제한의 성격

청구인의 표현의 자유에 대한 제한에는 두가지 측면이 있다: 첫째 그는 깃발을 내리든지 아니면 그 장소를 떠나라는 경찰의 명확한 명령에 의해 공공 장소에서 깃발을 게시하는 것을 방해받았다. 둘째, 그가 주어진 명령을 거부했기 때문에 그는 연행되어 경찰서에 구금되었고 6시간 동안 조사를 받았으며 후에 경찰지시 불복종이라는 규제행정범죄로 유죄 판결과 벌금형을 받았다. 그 제한은 국가 기관에 의한 일련의 적극적 행동, 즉 시위 중 경찰의 행위, 청구인에 대한 경찰서의 유죄 판결 및 벌금으로 구성되어 있었다, 즉 집회 중 경찰관들의 행위, 경찰의 청구인에 대한 유죄 판결 및 벌금 부가, 그리고 그 처벌에 대한 페스트 중앙지역법원의 재심으로 구성되어 있었다.

경찰과 페스트 중앙지역법원이 그러한 행위를 실시하고 그러한 결정들을 내리는 것을 생략했다면, 이 사건은 절대 성립되지 않았을 것이다. 그러므로 살펴봐야 하는 문제는 청구인의 표현의 자유를 제한한 경찰의 행위와 페스트 중앙지역법원의 결정이다. 정부가 주장하듯이, 헝가리 사회당이 여는 합법적 집회와 법적 등록된 우익 정당인 요비크의 구성원들이 여는 동등하게 합법적인 반대집회가 평화적으로 진행될 수 있도록 적극적 조치를 취할 국가 기관의 의무는 쟁점이 아니다. 거기에 더해 경찰과 페스트 법원 모두 청구인과 그의 동료들이 불법집회를 꾀했다고 주장하지 않았다. 경찰은 불법집회를 종료시킬 의무를 가진다. 마지막으로 청구인은 현재 경찰이 행위를 하기 전의 그 상황으로 돌아갈 수 없는데, 이는 이 사건에서 국가의 의무가 소극적 성격을 지닌다는 것을 보여준다.

그래서 경찰의 행위와 법원의 행위 및 결정들은 협약 제10조로부터 야기되는 소극적 의무라는 측면에서 평가되어야 하며, 이것은 피청구국이 가지는 재량범위의 폭을 협소하게 만든다.

60) 이에 대하여 대재판부 *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*([GC] no.16354/06, 2012년 7월 13일)사건에서의 나의 반대의견에 나타난 시론적 생각을 참고하라. 여기서 나는 제10조와 관련된 사건들에서 활용된 비례성 테스트와 필요성 테스트의 요소들의 정의하였다.

표현의 형태

청구인은 침묵한 채로 단지 몇몇 다른 사람들 속에서 깃발을 들고 있었다. 깃발, 기장(記章), 제복 혹은 표어와 같은 상징들은 메시지를 전달하는 강력한 방법이 될 수 있다. 정치적 표현과 관련된 사건에서 상징은 어떤 노선이나 이념을 만들어낼 수 있다. 낫과 망치 혹은 붉은 오각별이 공산주의 이념을 나타내고 스와스티카 십자가가 국가 사회주의적 이념을 나타내는 것처럼 말이다.[61] 이는 종교적인 표현에도 동일하게 적용될 수 있다. 예를 들어 유대교의 다윗의 별, 기독교의 십자가, 그리고 이슬람교의 초승달이 있다.[62] 공공 장소에서 상징을 다루는 것은 일반적 이해관계[63]의 문제일 수 있으며, 엄격한 법적 조건하에서는 상징의 사용과 그에 대한 신성모독 모두 범죄화 될 수 있다.[64] 그러므로 공공 장소에서 깃발과 같은 상징을 게시하는 것은 협약 제10조에 따라 보호되는 표현의 한 형태이고, 이는 오로지 제10조 제2항의 한계 안에서만 제한될 수 있다.

이 사건에서 청구인은 아르파드 줄무늬 깃발을 전시했다. 이 깃발은 헝가리의 역사적 깃발들의 목록에 포함되어 있다. 아르파드 줄무늬는 헝가리 문장에서 적어도 1202년부터 사용된 특정한 문장 장식의 이름이다. 이 무늬는 헝가리의 건국 왕조인 아르파드 가문과 연관이 있었다. 그러나 헝가리의 후대 왕조들은 헝가리 왕위에 대한 자신들의 정당성을 강조하기 위하여 어떤 형태로든 그 무늬를 채택하였다. 네 개의 은빛 줄무늬(종종 흰색으로 묘사됨)는 종종 헝가리의 "4개의 은빛 강"-다뉴브, 티짜, 사바 그리고 드라바-을 상징한다고 알려져 있다. 그 무늬는 여전히 헝가리 군복의 문장에 쓰이고 있다.

1944년 10월 15일부터 1945년 3월 28일까지 국가통합정부를 이끌었던 사회주의 정당인 헝가리 화살십자당도 유사한 깃발을 이용했다는 점은 무시할 수 없는 사실이다. 그 당의 짧은 지배 기간 동안 15,000 명의 사람들이 살해당한 것으로 추정된다. 그 중 다수는 유대인이었다. 이 깃발들의 유사성에도 불구하고, 화살십자가당의 깃발은 아르파드 깃발과 혼동되어서는 안 된다: 아르파드 줄무늬는 19세기 말부터 붉은 빛으로 시작해서 은빛으로 끝나는 8개의 줄무늬 구획으로 정의되는데 이는 붉은 색으로 시작해서 끝나고 그 사이에 흰색 줄무니가 있으며 하얀 네모 안에 녹색화살십자가와 가운에 대문자 "H"가 있는 화살십자가당 깃발과 대조된다.

61) 재판소의 판례법에서 정치적 상징과 관련된 내용을 보려면 *Vajnai v. Hungary,* no.33629/06, ECHR 2008, 그리고 *Fratanoló v. Hungary,* no.29459/10, 2011년 11월 3일 참고.

62) 재판소의 판례법에서 종교적 상징과 관련된 내용을 보려면 *Lautsi and Others v. Italy* [GC], no.30814/06, ECHR 2011; *Dogru v. France,* no.27058/05, 2008년 12월 4일; 그리고 *Leyla Şahin v. Turkey* [GC], no.44774/98, 2005년 11월 10일 2005 참고.

63) *Filatenko v. Russia,* no.73219/01, 2007년 12월 6일, 이것은 라이브 TV쇼에서 한 기자가 선거 후보들에게 투바 공화국의 깃발을 찢어버린 것에 대해 한 질문에 대한 사건이다.

64) 금지된 상징의 사용과 관련해서는 위 인용된 *Vajnai,* 문단 53과 위 인용된 *Fratanoló,* 문단 26-27을 참고, 두 사건 모두 헝가리 형법 제269/B절과 관련 있다; 깃발에 대한 모욕과 관련해서는 그리스 군형법 제74조와 관련된 *Grigoriades v. Greece,* 1997년 11월 25일, 문단 38, 판결과 결정 보고서 1997-VII 참고, "터키의 정체성"(Turkishness)에 대한 모욕과 관련해서는 터키의 이전 형법 제159조 및 새로운 형법 제301조와 관련된 *Altuğ Taner Akçam v. Turkey,* no.27520/07, 문단 93-95, 2011년 10월 25일을 참고. 이 두 조항은 수용될 수 없을 정도로 광범위한 용어로 표현되었기 때문에 그 형법의 결과에 대한 예측가능성을 떨어뜨렸다; 같은 범죄에 대한 형사 처벌의 "사회적 필요"라는 측면과 관련해서는 *Dink v. Turkey,* nos.2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 및 7124/09, 문단 134-136, 2010년 9월 14일 참고.

아르파드 줄무늬 깃발은 사건 당시에 합법적이었고 여전히 합법적이기 때문에 그리고 그 깃발은 객관적으로 헝가리 화살십자가당의 깃발과 헷갈릴 수 없기 때문에 피청구국에게 남겨진 재량범위는 좁다고 할 수 있다.[65]

표현의 공간과 타이밍

정치적 이념, 체제, 당 혹은 운동을 나타내는 깃발 혹은 다른 상징의 사용이 그 자체로 제10조 보호 범위에 들어간다면, 이러한 형태의 표현은 그것이 공공질서에 대한 명백하고 긴박한 위험, 범죄 혹은 타인의 권리에 대한 침해를 야기할 때 더 이상 그러한 보호를 받지 못할 수 있다.[66] 위험은 상징 그 자체와 연관된 것이 아니라 특별한 맥락에서 상징을 사용하는 것과 연관된다.[67]

이 사건에서, 그 깃발을 날리는 행위가 일어난 곳은 공공 장소, 즉 1944년부터 1945년 사이의 화살십자가당 체제 동안 유대인들이 대량으로 학살당한 장소인 다뉴브 강둑으로 이어지는 계단이었다. 그 날은 헝가리에서 "승리의 날" 또는 제2차 세계대전 기념일인 5월 9일로 제2차 세계대전에서 나치 독일이 소련에 항복한 것을 기념하는 날이었다. 청구인은 두 개의 시위가 일어나는 동안 깃발을 들고 있었다. 시위 중 하나는 MSZP가 조직한 시위였고, 다른 하나는 요비크 구성원들이 지지하는 집회였다. 청구인과 그의 동료들은 두 개의 집회 사이에 위치하고 있었던 것 같다.

원칙적으로 국가는 강둑이나 의회 근처와 같은 공적 장소에서의 표현 행위에 대하여 좁은 재량의 여지를 가진다. 그러나 표현을 위해 선택된 장소나 시간이 그 나라의 역사와 관련되었다면 국가는 더 광범위한 재량여지를 가져야 한다. 왜냐하면 문화적 특수성을 고려했을 때 그 표현이 그 사회에 미치는 영향을 평가하는 것은 재판소보다 국가가 더 잘 할 수 있기 때문이다. 이 원칙에는 단서 조항이 있다: 역사는 언사와 표현의 내용 통제에 대한 만병통치약이 될 수 없다. 국가는 역사의 공식 버전을 감시하는 역할을 수행할 필요가 없다. 왜냐하면 민주사회에서 공식적 역사 같

65) 상징들을 비교하는 객관적 기준과 관련하여서는, 예를 들어, 2006년 6월 1일 독일연방헌법재판소의 판결과 2009년 8월 13일 독일대법원판결을 참고하라. 두 법원 모두 전문가가 아닌 일반적이고 관여되지 않은 시민의 관점이 상징들 사이의 유사성을 비교·평가할 수 있는 테스트라고 주장하였다.

66) 이 판결문에서는 제한의 비례성을 평가하기 위한 세 가지 기준을 제시하고 있다: "명백한 위협이나 폭력의 현존"(문단 44), "비난받을만한 행동"(문단 48), "무질서를 야기할 수 있음"(문단 53). 위 인용된 *Vajnai*사건에서(문단 49) 재판소는 "실질적이고 현존하는 위험"이라는 기준을 사용하였다. 위 인용된 *Fratanoló* 사건에서(문단 25-26), *Vajnai*사건의 선례를 인용한 뒤, 재판소는 그 기준을 사용하지는 않고, 청구인의 행위의 위험성에 대한 사법적 조사가 부족했다는 점에 대해서만 피청구국를 비판하였다. 이렇듯 여러 개의 다른 기준은 공공질서의 유지, 범죄발생 예방, 타인의 권리 보호를 위한 표현의 자유 제한에 대한 정당화와 관련된 재판소의 자체 판례법과 조화되지 않는다. 실제로 재판소는 "명확하고 현존하는 위험"이라는 기준을 *Gül and Others v. Turkey*(no.4870/02, 문단 42, 2010년 6월 8일)에서 분명히 하였고, 이미 *Ergin v. Turkey*(no.6)(no.47533/99, 문단 34, 2006년 5월 4일)에서 청구인의 행동이 "즉각적 탈영의 발생을 재촉"하였는지 여부를 고려하면서 암암리에 그렇게 했었다. Vajnai 사건에서 쓰인 표현들은 다른 기준을 넌지시 비친다. 왜냐하면 후자의 기준("현존하는")이 전자("실질적인")의 기준보다 더 엄격한 상황에서 존재하고 있는 위험이 아직 임박한 것은 아닐 수 있기 때문이다.

67) 상징의 위험성을 평가할 때 맥락의 중요성에 대해서는 위 인용된 *Vajnai*(문단 53)과 *Fratanoló*(문단 26-27)를 참고하라. 예를 들어, 스와티카는 힌두교나 불교의 상징으로 사용될 때는 무해한 반면 나치의 활동이라는 맥락 속에서 이용되면 위험하다.

은 것은 없기 때문이다.[68] 그러나 한 특정 공공 장소와 날짜라는 맥락에서 일어난 표현을 규제하려고 할 때 그 국가의 역사 속에서 벌어진 비극적 사건들에 대한 고려는 관련 요소라고 볼 수 있다.[69] 그러므로 이 사건의 특별한 배경, 제한이 일어났던 다뉴브 강둑의 역사적 배경은 피청구국의 재량여지를 확대한다.

표현의 성격

아르파드 줄무늬 깃발의 게시가 발생한 특수한 시간과 공간을 고려했을 때, 객관적으로 이는 정치적 의미를 가지고 있었다. 게다가 청구인과 동료들은 아르파드 체제의 깃발을 듦으로서 명백한 정치적 의도를 가지고 있었다. 즉 역사적으로 봤을 때 그들은 그 국가에 속한다는 것을 말하고자 한 것이다(판결문 문단 27 참고). 그 표현의 객관적이고 주관적인 정치적 성격은 논박할 수 없으며, 이는 피청구국의 재량여지를 현저히 축소시킨다.

비례성 심사

이 사건에서 제한의 성격과 표현의 성격은 좁은 재량여지라는 방향을 가리키지만 표현의 장소와 시간은 반대 방향을 가리키고 있다. 저울의 양팔 위에 이 두 요소들을 두고 무게를 잴 때, 이 사이에서 균형을 잡는 행위는 분명히 공간과 시간이라는 정황적 요소들을 고려하는 저울의 팔보다는 제한과 표현의 핵심을 고려하는 팔을 더 지지한다.

용인될 수 있는 기준과 그 기준들의 상대적이고 전체적인 비중을 입증한 후, 재판소는 청구인의 표현의 자유에 대한 제한에 대하여 국내 사법부가 제시한 근거들을 평가했어야 했다. 페스트 중앙지역법원은 두가지 이유를 제시했다: 첫째, 청구인의 행위는 도발적이었고, 당시 진행 중이었던 사회주의 집회라는 맥락에서 무질서로 귀결된 가능성이 높았다. 둘째, 청구인에 의해 게시된 깃발이 국기보다 더 높이 위치하고 있었다는 점 또한 모욕적인 일이었다. 이 두 논거는 유효하지 않은데, 첫 번째 논거는 사실적 관점에서 근거가 없고, 두 번째 논거는 민주사회에서 용인될 수 없기 때문이다.

첫 번째 논거의 근거는 표현의 자유 제한에 대한 정당한 목적으로서의 공공질서 보호이다. 이와 관련하여 페스

68) 재판소의 판례법은 "입증된 역사적 사실"(이는 반박될 수 없고 표현의 제한에 대한 근거를 형서할 수 있음)과 역사적 사실에 대한 지속적 논쟁(이는 제한받지 않는 표현을 허용함)을 구분한다("입증된 역사적 사실"의 예로는 홀로코스트가 있다. *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, no.24662/94, 문단 47, Reports 1998-VII, 그리고 *Garaudy v. France*(dec.), no.65831/01, ECHR 2003-IX 참고. 그리고 역사적 사실에 대한 지속적 논쟁의 예로는 *Fatullayev v. Azerbaijan,* no.40984/07, 문단 87, 2010년 4월 22일; *Karsai v. Hungary,* no.5380/07, 문단 35, 2009년 12월 1일; 그리고 *Giniewski v. France,* no.64016/00, 문단 50-51, ECHR 2006-I 참고).

69) 예를 들어, 극우 성향을 가진 시위자들이 홀로코스트 기념관 근처를 지나간 것에 대한 2005년 5월 6일 독일연방헌법재판소의 판결을 참고.

트 법원의 논리의 타당성을 부정할 수 있는 다섯 가지 사실들을 제시할 수 있다.[70] 첫째, 청구인은 물론이고 그와 함께 했던 사람들 누구도 결코 공격적이거나 위협적인 행동을 하지 않았다. 그들은 나치 슬로건을 내걸지 않았으며 나치식 인사를 하지도 않았다. 그들은 침묵을 지켰으며 움직이지 않았다. 공적 공간에서 이보다 자제하는 모습은 보이기는 어려울 것이다. 둘째, 그들은 경찰이나 다른 두 시위자 집단에 비해 명백히 수적 열세에 처해 있었다. 청구인 주변에 있었던 사람들의 수를 정확히 확인할 수는 없었지만 청구인과 주변 집단은 다른 두 시위 집단보다 훨씬 적었다. 셋째, 두 시위 집단과 청구인 그리고 그 동료들 사이에는 상당한 물리적인 거리가 있었다. 넷째, 경찰은 다른 시위 집단들을 분리하면서 계속 그 자리에 있었다. 다섯째, 경찰은 청구인이나 그와 함께 한 사람들이 공공 장소에서 혼란을 야기시킬 것이라고 합리적으로 예상할 수 있다는 주장을 정당화할 수 있는 이전 사례들을 제공하지 않았다. 이러한 상황에서, 명백하고 임박한 위험이 있었다는 주장은 전혀 근거가 없다. 실질적이고 현존하는 위험이라는 더 넓은 기준이나 명백하거나 현존하는 위험이라는 훨씬 더 넓은 기준조차도 이 사건의 실제적인 상황을 적절하게 묘사한다고 말할 수 없다. 페스트 법원의 첫 번째 논거와 관련하여, 누구라도 명백하고 임박한 위험이 없었다는 결론을 내릴 수밖에 없다. 그러므로 그 제한에 대한 근거는 충분하지 못하였다.

두 번째 논거는 헝가리의 국기에 대한 보호에 대한 것이다. 암묵적으로 페스트 법원은 국기보다 아르파드 줄무늬 깃발을 더 높이 위치시킨 청구인의 행위는 국기를 모독한 것이라고 간주하였다. 깃발에 대한 모독은 형법에 의해 처벌받을 수 있는 표현의 형태일 수 있고[71], 그러므로 범죄의 예방은 그러한 표현을 제한하는 것에 대한 정당한 근거가 될 수 있다. 심지어 형법에 그러한 규정이 없는 나라들에서조차 국기 모독은 공공 무질서의 예방을 위한 표현의 자유의 제한을 정당화할 수 있다.

이 사건에서 당국은 국기 모독죄가 국내 법률에 규정되어 있음에도 불구하고 청구인을 그 범죄로 고소하지 않았다. 청구인을 형사 범죄로 기소하지 않았다는 점을 생각하면 왜 페스트 법원이 동일한 정황을 규제적인 행정범죄를 확정하는데 적절하다고 간주했는지 이해하기 어렵다. 게다가 정치적 표현의 이러한 형태들은 제10조에 의해 보호되기 때문에 구 왕조의 깃발은 공화국 내에서 혹은 공화국 깃발보다 더 높이 게시될 수 있다. 그러므로 페스트 법원의 두 번째 논거는 논란이 되는 제한을 정당화하기에 충분하지 않다.

70) 일련의 유사한 정황에 대한 고려를 보려면 *Öllinger v. Austria,* no.76900/01, 문단 47, ECHR 2006-IX를 참고하라.

71) 적용 가능한 조항은 헝가리 형법 269/A 절로 이는 독일 제90조a와 제104조, 스위스 형법 제270조와 제298조, 오스트리아 형법 제248조와 제317조, 덴마크 형법전 제110절(e), 루마니아 형법 제236조, 세르비아 형법 제173조와 제175조, 2003년 3월 18일 법률 no.2003-239인 프랑스 형법 제433-5-1조, 포르투갈 형법 제323조와 332조였다. 협약 제10조 제2항을 엄격하게 적용했을 때, 일부 조항의 광범위함은 확실히 문제적이었다. 그 문제는 미국에서 해결되었다. *Texas v. Johnson,* 491 U.S. 397(1989)사건에서 미국연방대법원은 비록 깃발 모독이라는 표현의 시간, 장소, 방식을 규제하기 위해 내용-중립 제한을 부여할 수는 있지만 그렇다고 연방 정부, 주 정부 혹은 시 정부가 깃발 모독을 금지하는 것은 위헌이라고 판결하였고, *U.S. v. Eichman,* 496 U.S. 310(1990)에서 이를 재확인하였다.

필요성 심사

시위 중 경찰의 행동은 공공 무질서를 방지하기 위한 것이었다. 그 목적을 달성하기 위하여 경찰은 청구인에게 떠나라고 명령하는 것을 선택했으며 그가 거절하자 그를 체포하였다. 그의 불복종은 행정범죄법률에 따라 처벌받았다. 필요성 심사에 의해 제기된 질문은 다음과 같다: 청구인의 표현의 자유에 대한 그러한 강력한 제한 없이 경찰이 추구한 사회적 필요성을 달성할 수 있었을까? 그에 대한 대답은 너무나도 명백하다: 그렇다. 실제로 그 제한은 비례적이지 않았지만, 만약 그랬다 하더라도 경찰의 행동이 필요성 심사를 통과할 수 있었을 것이라고 말하기는 어렵다. 조용히 있었고, 움직이지도 않았고, 사회주의자 집회참가자들에 대하여 어떠한 위협적인 태도도 보이지 않았고, 우익 집회참가자들에 대해서 어떠한 도발적인 태도도 보이지 않았던 청구인을 체포하고 수갑을 채우는 대신 경찰은 전략적 경력 배치와 변화하는 상황에 대한 면밀한 감시와 같은 덜 가혹한 방법으로 상황을 통제하고 발생 가능한 위험에 대응할 수 있었을 것이다.[72]

경찰의 행동을 촉발할만한 명백하고 임박한 위험은 없었기 때문에 질서 교란을 피하기 위한 덜 침해적인 수단들을 사용했어도 충분했을 것이다. 공공무질서를 예방하기 위한 경찰의 일반적 권한 내에서(1994년 법률 no.XXXIV 경찰법 제30절), 그들은 계속해서 그 상황을 면밀하게 관찰할 수 있었다. 그러한 감시는 경찰이 개입하는 그 순간까지 효과적이었고, 그것이 효과적이지 않게 되었다는 것을 보여주는 것은 아무 것도 없다. 사실 청구인을 구금하는 것은 경찰이 취할 수 있는 가장 침해적 수단에 해당하였다: 이는 신청인이 깃발을 게시하고 있었던 장소로부터 깃발뿐만 아니라 청구인 자체도 물리적으로 제거하였다. 그러므로 청구인은 그 특정 장소와 그 특정 시간에 다른 방법으로 자신의 정치적 견해를 나타내는 것을 방해받은 것이다.

구금 후에 청구인이 불복종으로 벌금까지 부과당했다는 사실은 청구인의 표현의 자유에 대한 손상을 더욱 가중시킨다. 정부의 주장처럼 청구인에게 부과된 처벌은 깃발의 사용에 따른 벌칙이 아니라 경찰 지시에 대한 불복종 때문이라는 것을 주장하는 것은 허울 좋은 주장일 뿐이다. 왜냐하면 청구인은 자신의 의견을 표현하기 위해 경찰 지시에 불복종했기 때문이다. 게다다 적용가능한 국내법에 따르면, 이 사건에서 부과된 벌금을 내지 못할 경우 벌금형은 노역형으로 대체될 수 있었다. 청구인이 처벌받은 범죄의 규제적인 행정적 성격이 국가에 의한 제한의 심각성을 감소시킨다면, 벌금이 감옥에서의 규제적 감금으로 합법적으로 전환될 수 있는 이 시스템은 국가 제한의 과도함을 강화한다. 종합하면, 청구인의 표현의 자유의 본질(혹은 최소한의 핵심)은 존중받지 못하였다.[73]

72) 위 인용된 *Öllinge* 문단 48에서도 같은 논거를 내세웠다.

73) 이 상황은 유엔인권이사회가 검토한 *Kivenmaa v. Finland*(communication no.412/1990, U.N. Doc. CCPR/C/50/D/412/1990(1994))과는 다르다. 이 사건에서 경찰은 외국 정부를 비판하는 배너를 "내리기"는 했지만 시위는 계속하도록 하였다. 청구인과 그의 동료들은 자신들의 리플렛을 배포하도록 허가받았으며, 추정컨대 논쟁이 되는 해외 국가원수의 방문과 관련된 자신들의 의견을 공개적으로 말할 수 있었다. 당연하게도 유엔인권이사회는 시민적 정치적 권리에 관한 국제규약 제19조와 제21조 위반 결론을 내렸다. 본 사건은 청구인이 깃발이 제거당한 후 말을 하는 것조차 방해받았다는 점에서 더 심각하다고 볼 수 있다. 그렇기 때문에 *Kivenmaa*사건보다 더 유력한 이유로, 협약 침해 결론은 불변이라고 할 수 있다.

결론

청구인의 표현의 자유에 대한 제한을 자제해야 한다는 국가의 소극적 의무를 고려하여, 청구인의 표현의 법률적 형태와 정치적 성격, 그 표현으로부터 비롯되는 명확하고 임박한 위험의 부족, 경찰 행위의 과도한 성격, 처벌의 잠재적 가혹함 그리고 전반적으로 좁은 재량여지라는 측면에서 당국이 제시한 근거들을 평가한 후 나는 그 제한이 정당성을 결여하였고 피청구국이 청구인의 정치적 표현의 자유를 침해했다고 결론 내린다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

민족 증오 선동

(Incitement to ethnic hatred)

12. Balsytė-Lideikienė v. Lithuania

2008년 11월 4일

청구인은 출판사를 소유하고 있었다. 2001년 3월 폴란드 법원은 청구인이 "리투아니아 달력 2000"을 발행하고 배포함으로써 행정법 위반에 대한 법률을 위반하였다고 판결하였다. 정치과학 전문가는 그 달력이 민족적 증오를 촉진한다고 결론 내렸다. 청구인은 행정 경고를 받았고 아직 판매되지 않은 달력은 모두 몰수당하였다. 청구인은 특히 달력의 몰수와 추가 배포를 금지한 것은 자신의 표현의 자유를 침해한 것이라고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판결하였다. 재판소는 특히 청구인이 공격적인 국가주의와 자민족중심주의를 표현하였고, 폴란드인과 유대인에 대한 증오를 선동하는 진술을 함으로써 리투아니아 당국에 심각한 우려를 불러일으킬 수 있었다고 보았다. 그러한 상황에서 회원국에 주어진 재량 여지를 고려했을 때, 재판소는 이 사건에서 국내 당국이 청구인에 대한 조치를 취해야 할 긴박한 사회적 필요가 있다고 판단함에 있어 재량권의 한계를 넘지 않았다고 판결하였다. 재판소는 또한 청구인에게 부여된 몰수 조치가 상대적으로 심각하게 보일 수 있기는 하지만 청구인은 벌금형을 받지 않았고 가능한 행정적 처벌 중 가장 가벼운 처벌인 경고만 받았다는 점을 지적하였다. 따라서 재판소는 청구인의 표현의 자유의 권리에 대한 제한은 타인의 명성과 권리 보호를 위해 민주사회에서 필요하다고 합리적으로 볼 수 있다고 판결하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

12

유럽인권재판소

3부문

BALSYTÉ-LIDEIKIENÉ v. LITHUANIA

(청구번호 72596/01)

판결

스트라스부르

2008년 11월 4일

최종판결

2009년 4월 2일

편집상 수정이 있을 수 있다.

*Balsytė-Lideikienė v. Lithuania*사건에서 유럽인권재판소(3부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Josep Casadevall, *재판장*

Elisabet Fura-Sandström, Corneliu Bîrsan,

Boštjan M. Zupančič, Alvina Gyulumyan,

Egbert Myjer, *판사,*

Ineta Ziemele, *리투아니아측 배석 판사,*

Stanley Naismith, *부 부문서기,*

2008년 10월 7일 비공개 심리하였고 같은 날, 다음과 같이 판결하였다.

사건의 경과

1. 이 사건은 리투아니아 국민인 Mr. Danutė Balsytė- Lideikienė("청구인")이 인권 및 기본적 자유 보호에 관한 유럽협약("협약") 제34조에 따라 2001년 5월 23일 재판소에 제출한 리투아니아 공화국에 대한 청구(72596/01)로 시작되었다.

2. 최초에는 A. Vallieres가 청구인을 재판소에 대리하였으나, 이후에 청구인은 선임을 철회하고 Strasbourg에서 변호사로 활동하는 F. Ruhlmann을 대리인으로 선임했다. 2006년 2월 14일 청구인은 다시 위 선임을 취소하였고, 그때부터는 대리인이 없다. 리투아니아 정부("정부")는 M. D. Jočienė와 M. E. Baltutytė가 대리하였다.

3. 청구인은 관련 전문가들이 사건의 판단에 중요한 가치가 있는 의견을 제시하였음에도 제1심 법원이 전문가를 공판에 소환하지 않고 심리를 진행한 것은 협약 제6조 제1항을 위반한 것이라 주장했다. 또한 최고행정법원이 항소에 대한 심리를 진행하지 않았기 때문에 위 법원에서 자신의 사건을 심사 받지 못했다고 주장했다.

정부 당국이 발행된 달력을 몰수하고 추가 배포를 금지한 것은 협약 제10조에 따른 표현의 자유에 대한 권리를 침해한 것이라고 주장했다.

4. 청구인은 재판소의 제3재판부에 배정되었다(재판소 규칙52 제1조). 리투아니아 정부는 아일랜드에 의해 선출된 John Hedigan을 이 사건의 당사국 판사로 지명했다.

John Hedigan이 법원을 떠남에 따라, 정부는 라트비아에 의해 선출된 Ineta Ziemele을 그 자리에 지명하였다(협약 제27조 제2항 및 규칙29 제1조).

5. 2005년 11월 24일 재판소는 본안심사 신청을 부분 인용하는 결정을 하였다.

6. 청구인과 리투아니아 정부는 각각 추가 서면을 제출했고(규칙59 제1조), 위 당사자들은 서로의 주장을 서면으로 반박했다.

사실관계

I. 사건의 배경

7. 청구인 Danutė Balsytė-Lideikienė는 1947년에 태어난 리투아니아 국민이다. 현재 그녀는 리투아니아에

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

거주 중이다.

8. 청구인은 출판사 "Metskaitliai"의 설립자이며 소유자이다. 이 회사는 청구인과 그 밖의 기고자들이 작성한 다양한 역사적 기념일을 저자의 관점에서 설명하는 메모가 적힌 연간 달력 "리투아니아 달력(Lietuvio kalendorius)"을 1995년도부터 발행했다. 달력은 서점에서 구입이 가능했다. 리투아니아 국내 및 해외 거주 리투아니아 이민자들에게 배포되기도 하였다.

9. 2000년 1월 4일 리투아니아 의회(Seimas)의 한 의원은 "리투아니아 달력 2000"에 포함된 언어가 폴란드, 러시아 및 유대인을 모욕했다고 공개적으로 문제 제기 했다. "리투아니아 달력"의 관련 부분은 다음과 같다.

[달력의 첫 페이지] : "Lietuva-리투아니아인의 땅. 모든 발자국은 우리 국가의 피의 자취를 갖고"

2월 15일: "1998년 리투아니아 독립 회복 80주년 기념일 전 날, 폴란드인 한 명이 Širvintų 지구의 Draučių 마을에 사는 리투아니아인 9명을 아무도 모르게 살해했다. 그 마을에 사는 모든 주민은 충격을 당한 것이다... 국가는 36시간 후에야 이 비극에 대해 통보 받았다-이 기간 동안 리투아니아의 [상층 사회]는 자기들끼리 축하하고 즐기고 있었으며, 폴란드 대통령을 부둥켜안고, Pilsudski의 군대를 위하여 기념비에 꽃을 걸고 술을 마시고 춤을 추었다. 마을 주민이 몰살된 리투아니아인의 피 위에서 춤을 춘 것이다."

3월 17일: "새로운 리투아니아 정부... 는 유대인의 대량 학살에 관하여 국민인 리투아니아인을 재판했지만, ... 리투아니아인에 대한 대량 학살에는 관심이 없고, Wiesenthals와 Zurroffs 음악에 맞춰 유대인 foxtrots 족의 춤을 추고 있다."

4월 26일: "Rodūnia 인근에서 1944년 폴란드 Krajova 군대는 단지 리투아니아인이라는 이유만으로 리투아니아인 12명을 살해했다."

6월 15일: "소비에트의 리투아니아 점령세력은 공산주의 협력자들의 도움, 특히 그들 중 많은 유대인들의 도움을 받아 반세기 동안 대량 학살과 리투아니아 식민지화를 수행하였다."

6월 23일: "1944년 Dubingiai와 그 주변 지역에서 폴란드 Krajova 군대는 100명 이상의 리투아니아인... 을 잔인하게 살해했다. 그 중에는 여성, 어린 아이, 심지어 갓난아기와 노인도 있었다. 이것은 전쟁 상황에서 폴란드인들이 민족 청소를 수행하는 방식이었다. 리투아니아 전 지역(Krajova 군대의 구성원 중)에서 약 1,000명이 사망했으며, 리투아니아 민족에서는 약 3천명의 무고한 사람들이 리투아니아인이라는 이유만으로 사망했다. *Dubingiai*사건은 리투아니아 국가의 대량 학살로 간주되어야 한다. 그러나 [폴란드 사람들

과 연합한] 리투아니아 당국은 명백한 사실을 외면하고 이러한 전쟁 범죄를 평가하려고 시도조차 하지 않는다"고 말했다.

7월 15일: "전세계 유대인 공동체에 대해 조상의 피를 통해"

7월 18일: "1999년 폴란드 Krajova 군대의 희생자들을 위한 기념비가 Dubingiai에 세워졌다... 1944 년 Dubingiai 주변에서 폴란드 Krajova 군대는 리투아니아인이라는 이유로 무고한 사람들을 약탈하고 살해했다. 1944년 3월 8일과 6월 23일의 살인은 단순히 희생자들을 위한 기념비를 만드는 것만으로는 해결할 수 없는 끔찍한 집단 학살이자 잔인한 전쟁 범죄이다. 전쟁 범죄의 기소에 대한 법적 시효는 없으므로 전쟁 범죄자를 파악하여 재판을 해야 한다..."

8월 31일: "러시아 군대의 점령", "러시아 점령자"

9월 10일: "극빈자들의 행진. 1997년... 약 50명의 리투아니아 극빈자들이 의회 앞에서 시위를 했다. 그들은 수천 명의 Vilnius 주민들과 함께했다. 이 시위의 목적은 리투아니아의 빈곤 문제에 대한 국회와 정부의 관심을 끌기 위한 것이었다. 불행히도, 극빈자들의 공개적 집회는 리투아니아 국가의 지도자들로부터 아무런 관심을 받지 못했다. 동시에 유대인을 위한 연회가 Vilnius에서 열렸다. 리투아니아는 연회에 100만 litas 비용을 지출하였다. 전염병 시대의 잔치였다... 유대인들이 의회를 관리하고 있으며, 의회의 연설장에서 유대인들은 리투아니아의 피와 재산을 요구하며 리투아니아 국가를 모욕하고 꾸짖었다. 집권 보수당의 대다수는... 이러한 유대인들에게 기립 박수로 환답했다."

11월 24일: "리투아니아 국가는 민족주의자 국가로서 살아남을 것이다. 다른 방법은 없다!"

12월 5일: "1991년 리투아니아 최고 의회(국회)는 V. Landsbergis가 제안한 "제로" 시민권법을 채택했다. 위 법은 불법 거주자와 식민지 주민에게 시민권을 부여하였고 리투아니아인의 국적은 무가치하게 되었다."

12월 22일: "정치인들은 리투아니아의 반 리투아니아적 태도를 드러내는 법안을 채택했다. 이러한 방식으로 보수주의자인 신 볼세비키들은 리투아니아 국가에 복수를 하면서 유대인 극단주의자들의 의지를 실행해 나갔다."

12월 24일: "1944년 크리스마스 기간 동안 21명의 리투아니아인들이 잔인하게 살해당했다. 반세기가 지나고 새로운 크리스마스 이브에는 권력을 잡은 바리새인들이 리투아니아 국가에 대해 유대인 정치를 수행하며 새로운 처형을 시작했다."

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

10. “리투아니아 달력 2000”의 뒷 표지에는 리투아니아 공화국의 지도가 포함되어 있다. 폴란드 공화국, 러시아 연방 및 벨라루스 공화국의 인접 영토는 “임시로 점령 중인 리투아니아 민족의 땅”으로 표시되었다.

11. 2000년 1월 10일 Seimas 위원회는 검찰청에 위 달력이 리투아니아 헌법 및 기타 법규를 준수하였는지 여부에 대해 조사할 것을 요청했다.

12. 2000년 1월 12일 총리는 국가 안보국에 서한을 통해 “리투아니아 달력 2000”의 내용에 민족적 인종적 평등을 위반한 요소가 포함되어 있는지 조사하도록 요청했다.

13. 같은 날 리투아니아 외교부는 러시아 대사관으로부터 러시아 연방의 특정 영토를 “임시 점령 중인 민족 리투아니아 땅”으로 묘사한 위 출판물 지도에 대한 유감을 표명한 성명서를 받았다.

14. 2000년 1월 13일 벨라루스 대사관으로부터 유사한 성명서를 받았다.

15. 2000년 1월 14일 국가 안보국은 Vilnius 대학에 “리투아니아 달력 2000”이 민족적, 인종적 또는 종교적 적대감을 조장했는지에 대한 전문가 의견을 제출하도록 요청했다. 이와 관련하여 안보 정보 당국은 전문가들에게 “리투아니아 달력 2000”에 반유대주의, 반 폴란드, 반 러시아 표현 또는 리투아니아인 민족의 우월성을 주장하는 표현이 포함되어 있는지 조사하도록 요청했다.

16. 2000년 1월 20일 Vilnius 대학교의 역사학과 정치학 교수 2명은 “리투아니아 달력 2000”이 극단적 민족주의 이념을 조장하는 것으로 결론지었고, 이는 시민 사회의 통합을 위한 사유를 거부하고, 자민족중심주의를 고취하였으며, 특히 유대인과 폴란드인을 비롯한 외국인에 대한 혐오 및 공격적인 표현을 담고 있고 다른 민족에 대한 민족 우월주의와 영토 분쟁을 장려했다고 평가했다. 그럼에도 이 달력이 유대인 인구에 대한 폭력을 직접적으로 유발하지는 않았으며, 이 민족 집단에 대한 차별적 정책의 실행을 지지하지는 않았다고 지적했다.

17. 2000년 1월 말 안보 정보 당국은 리투아니아의 여러 서점에서 “리투아니아 달력 2000”을 몰수했다. 이 발행물의 배포는 중지되었다.

18. 2000년 1월 31일자 서한에 의하면 검찰 총장은 “리투아니아 달력 2000”의 내용을 검토한 결과 범죄 행위(민족적 또는 인종적 증오를 선동한 죄)의 구성요건이 충족되지 않았다고 총리에게 보고했다. 그러나 검찰 총장은 이와 관련하여 행정법 위반에 관한 법 제214조(민족적, 인종적 또는 종교적 증오를 조장하는 정보 자료의 생산, 저장 및 배포)에 의거 행정적 절차 방식에 따라 청구인이 처벌받아야 했다고 판단했다. 그는 안보 정보 당국이 국내법에 따라 청구인에게 벌금을 부과하기 위해 행정 법원에 신청했다고 밝혔다. 검찰 총장은 또한 법원에 의해 판결이 내려 질 때

까지 달력 배포가 중단되었다고 총리에게 알렸다.

19. 2000년 2월 14일 국가 보안국의 담당관은 청구인이 행정법 위반에 관한 법 제214조에 규정된 행정 절차에 따른 처벌을 받아야 한다고 판단했다.

20. 2000년 6월 28일 Vilnius시 제2지구법원은 청구인이 "리투아니아 달력 2000"을 3,000부 발행했으며 그 중 588개가 팔렸다는 사실을 인정했다. 법원은 2000년 1월 20일 전문가들의 결론에 근거하여 청구인이 행정법 위반에 관한 법 제214조 위반의 요건인 민족적 증오를 조장하는 자료를 배포할 의도가 있었다고 판단했다. 법원은 청구인에게 1,000 리투아니아 리타이(LTL)의 행정 벌금을 부과하고 서점에서 압수된 "리투아니아 달력 2000"의 모든 사본을 몰수하도록 명령했다.

21. 법원은 청구인과 그 변호사가 없는 상태로 사건을 심리했다. 청구인은 심리 날짜와 장소를 정식으로 통보 받았지만 심리 연기 요청이나 결석 사유에 대한 설명을 제출하지 않았다는 점이 고려됐다. 이에 따라 법원은 청구인이 참석하지 않아도 사건을 심리할 수 있다고 결론을 내렸다.

22. 청구인은 협약 제10조의 위반을 주장하며 항소하였다. 또한 궐석재판이 이뤄졌다고 주장했다.

23. 2000년 8월 16일 Vilnius시 제2지구법원은 청구인이 2000년 6월 27일부터 7월 3일까지 병원에 입원하여 1차 심리에 참여할 수 없었다는 이유로 사건을 파기하였다. 이 사건은 1심에서의 새로운 심리를 위해 환송되었다.

24. 2000년 9월 28일 Vilnius시 제2지구법원 판사는 또 다른 전문가 조사를 수행하도록 명했다. 법원은 Vilnius 대학교에 "리투아니아 달력 2000"이 민족적, 인종적 또는 종교적 증오를 조장했는지 여부와 반 유대, 반 폴란드, 반 러시아 등 다른 민족들에 대한 리투아니아인의 우월성에 대한 표현 또는 주장이 있었는지 여부에 대한 결론을 내기 위해 다양한 사회 과학 분야를 대표하는 전문가 그룹을 구성하도록 요청했다.

25. 법원의 결정에 따라 역사학, 심리학, 정치과학 및 서지학 분야의 전문가인 Vilnius 대학 교수들의 의견을 반영한 4개의 전문가 의견이 작성되었다.

26. 2001년 3월 12일 청구인은 Vilnius시 제2지구법원에 서면으로 진술서를 제출했고 다음 날 접수되었다. 위 서면을 통해 청구인은 전문가가 심리에 세 번 연속 출두하지 않았다는 이유로 법원에 심리 연기를 요청했다. 청구인은 또한 법원에 전문가 결석의 원인을 파악하고 제재할 것을 요청했다. 법원은 위 신청을 기각하였다.

27. 2001년 3월 13일 Vilnius시 제2지구법원은 청구인이 "리투아니아 달력 2000"을 출판하고 배포함으로써 행정법 위반에 관한 법 제214조를 위반하였다고 판결하였다. 법원은 청구인에게 경고 형태의 행정벌을 부과하였으

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

며, 판매되지 않은 달력과 달력 제작에 사용되는 물건을 몰수하였다.

28. 법원은 정치과학 분야의 전문가들의 결론을 참조하여 국가 간 관계의 일방적인 묘사가 시민 사회의 통합을 방해하고 민족적 증오를 조장한 사실을 인정했다. 법원은 "리투아니아 달력 2000"이 사회 곳곳에서 부정적 반응을 불러왔을 뿐만 아니라 폴란드, 벨라루스 그리고 러시아를 포함한 인접 국가에서 "임시 점령 중인 민족 리투아니아 땅"으로 일부 지역을 표시한 지도에 대한 외교적 유감 표명을 야기했다는 점을 언급했다. Vilnius시 제2지구법원은 서지학 전문가 보고서의 결론에 따라서, 출판물에 출처와 참고 문헌에 대한 표시가 없고 각 진술의 진술자 정보가 제공되지 않은 것을 지적했다. 법원은 신청자가 달력을 준비, 출판 및 배포하였으므로 그 내용에 대한 책임이 있다고 결론을 내렸다.

29. 역사와 심리학 분야의 전문가들의 결론을 참조하여 법원은 청구인의 행동이 고의가 아니라 중과실에 해당한다고 판단했다. 법원은 "리투아니아 달력 2000"이 신청자의 개인적인 성격, 가치관 및 감정을 표현한 것이라는 심리 전문가의 보고서를 따랐다. 법원은 심리학 전문가의 결론에 따라 위 출판물은 폴란드인에 대한 증오표현이 포함되어 있지 않고 다른 국가의 국민들에 비해 리투아니아인의 우월성이 강조되지 않았으며 유대인 인구에 대한 부정적인 언급은 반유대주의에 해당하지 않는다고 지적했다. 그러나 Vilnius시 제2지구법원은 심리학 전문가의 결론이 수집된 다른 증거들이 잘못된 것임을 증명해내지 못하였으며 이러한 다른 증거들로 행정법 위반 사실이 증명되었다고 결론 내렸다.

30. 법원은 청구인이 범한 행정법의 위반이 심각하지 않으며 사회의 이익에 중대한 해를 끼치지는 않았다는 점을 강조했다. 법원은 또한 청구인의 장애와 전과가 없는 점을 주목했다.

31. 이러한 상황과 위법 행위가 과실에 의한 점을 고려하여 법원은 행정법 위반에 관한 법 제301조에 따라 행정 경고를 부과하기로 결정했다. 이는 제214조에서 정한 LTL 1,000과 LTL 10,000 사이의 벌금보다 경미한 처벌에 해당한다.

32. 이 사건은 청구인과 안보 정보 당국 대표의 출석 하에 심리되었다. 청구인은 공판 계속 중에 심리에 참석하지 않았다. 청구인은 심리 중 변호사의 대리를 받지 않았다.

33. 청구인은 협약 제10조의 위반을 주장하며 항소했다. 청구인은 또한 제1심 법원이 전문가를 소환하지 않아 방어권이 침해되었다고 주장했다.

34. 2001년 5월 4일 최고행정법원은 서면 절차에 따라 사건을 검토했다. 신청자는 심리 전문가들의 보고서를 인용하여 "리투아니아 달력 2000"이 폴란드, 유대인 그리고 러시아인에 대한 증오를 조장하지 않았으며 다른 국민과

비교하여 리투아니아인의 우월성을 주장하지도 않았다고 주장했다. 위 법원에 따르면 보고서의 결론은 한 분야의 전문가에 의한 결론일 뿐이며 그 외의 증거, 즉 정치과학 및 서지 전문가의 보고서는 달력의 주석이 극단적인 민족주의 이데올로기에 기초한 것임을 입증했다고 판단했다. 그러한 극단적 민족주의 이데올리기는 시민 사회의 통합을 위한 사상을 거부하고 외국인 혐오, 국가적 증오 및 영토 분쟁을 지지하는 것이라고 판단했다.

35. 위 법원은 제1심 법원이 전문가를 심리에 소환하지 않았으므로 변호권이 침해되었다는 청구인의 주장에 동의하지 않았다. 최고행정법원은 다음과 같이 진술했다:

> "전문가가 법원 심리에 참석하지 않았기 때문에 [제1심] 법원이 절차적 법적 규범을 위반했다는 [청구인의] 주장은 타당하지 않다. 제1심 법원은 판사의 양심에 따라 전문가의 결론을 합리성과 종합성을 갖춰 평가했다. 행정법 위반에 관한 법 제277조 제1항은 전문가가 보고한 결론을 설명할 필요가 있는 경우 전문가를 소환할 수 있도록 하고 있다. 소환이 가능하다고 하여 소환을 하지 않았다는 사실을 절차적 법적 규범 위반으로 간주할 수는 없다."

위와 같은 이유로 최고행정법원은 항소를 기각했다.

36. 알려지지 않은 날짜에 청구인은 리투아니아를 떠났다. 청구인은 스위스에서 정치적 망명을 신청했다. 이후 청구인은 리투아니아로 돌아왔고 Vilnius에 거주 중이다.

II. 관련 국내법

37. 이 사건과 관련하여 리투아니아 공화국 헌법은 다음과 같이 규정한다:

제25조

"모든 사람은 의견을 유지하고 이를 자유롭게 표현할 권리가 있다.

누구든지 정보와 사상을 구하고, 수신하고, 제공하는 것을 방해 받지 않는다.

표현의 자유, 정보 수신 및 제공할 자유는 오로지 법률에 의하여 건강, 존엄성, 사생활 및 도덕의 보호 또는 헌법 질서의 보호를 위해 필요한 경우에만 제한될 수 있다.

표현의 자유와 정보를 제공할 자유는 범죄 행위(국가, 인종, 종교 또는 사회적 증오를 선동하는 것, 폭력

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

과 차별, 명예훼손 또는 허위사실유포)와 양립할 수 없다."

38. 행정법 위반에 관한 법("위 법")은 국내 형법에 규정되어 있지 않은 여러 가지 경범죄를 행정적 처벌로 처벌한다.

위 법 제1조는 모든 시민이 법규범과 다른 시민의 권리를 존중해야 함을 규정하고 있다. 위 법 제9조는 행정적 범죄를 공공 질서, 시민의 권리 또는 확립된 행정 질서에 위험을 초래하는 위법 행위로 정의한다.

위 법 제20조는 행정적 처벌이 범죄자들을 처벌하고 법을 준수하도록 교육하고 재범을 방지하는 것을 목적으로 한다.

행정상 경고는 제30조에 따른 처벌이며, 특정 범죄에 대해 법이 규정한 더 강력한 처벌을 대체하는 데 사용될 수 있다. 행정상 경고는 형사법의 집행유예와 같은 방식으로 예방 조치의 역할을 한다.

위 법 제214조는 LTL 1,000과 LTL 10,000 사이의 벌금으로 국가, 인종 또는 종교적 증오를 조장하는 정보 자료의 생산, 저장 및 배포를 처벌하도록 하며, 이러한 제작물을 몰수하도록 하며 이러한 제작물의 제작 설비를 몰수할 수 있도록 한다.

위 법 제256조는 전문가의 결론이 증거로 고려될 수 있다고 규정하고 있다. 제277조에 따라 사건을 해결하기 위해 특별한 지식이 필요할 때 전문가를 임명할 수 있다.

위 법 제272조에 따라 행정 제재를 받는 사람은 사건의 내용을 알 권리가 있고, 내용 설명과 증거를 제출할 권리와 다양한 요구를 할 권리가 있다.

위 법 제314조는 법원이 개인에게 벌금을 부과하였지만 벌금을 납부할 수단이 없는 경우에는 최대 30일의 행정구금으로 대체할 수 있도록 규정하고 있다.

39. 사건 발생 시에 발효되어 있던 행정절차법(LAP) 제53조는 절차상의 권리 중 증인 및 전문가를 포함한 재판 과정에 참여한 다른 참가자들에게 질문할 당사자의 권리와 증거 검토에 참가하고 설명할 당사자의 권리를 규정한다.

행정절차법 제130조에 따라 당사자는 제1심 법원의 결정에 대해 항소할 권리가 있다. 항소는 무엇보다도 항소이유를 뒷받침하는 증거를 제시해야 한다.

행정절차법 제144조는 행정법 위반과 관련된 결정 또는 판결에 대한 항소 절차가 서면으로 수행되도록 규정하고 있다. 법원 결정에 따라서는 특정 사건에 대한 구두 심리가 열릴 수도 있다.

III. 관련 국제법

40. 1992년 2월 20일 리투아니아 공화국에서 발효된 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제20조 제2항은 다음과 같이 규정한다.

"차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다."

41. 1999년 1월 9일 리투아니아가 비준한 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제 협약은 관련 범위에서 다음과 같이 규정한다.

제1조

"1. 이 협약에서 "인종 차별"이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다."

제2조

"1. 체약국은 인종차별을 규탄하며 모든 형태의 인종차별 철폐와 인종 간의 이해증진 정책을 적절한 방법으로 지체 없이 추구할 책임을 지며 이 목적을 위하여

...

(d) 각 체약국은 어느 인간, 집단 또는 조직에 의한 인종차별을 해당 사정에 따라 입법을 포함한 모든 적절한 수단으로써 금지하고 종결시키며"

제3조

"체약국은 특히 인종분리와 "남아프리카 인종차별정책"을 규탄하고 그들 관할 내의 영역에서 이런 부류의 관행을 방지, 금지 및 근절시킬 의무를 진다."

제4조

"체약국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도

하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 체약국은 이같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 체약국은

(a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 의법 처벌해야 하는 범죄로 선언해야 한다..."

42. 유럽 의회 체제 내에서 서명되고 2000년 7월 1일 이후 리투아니아 공화국에서 발효된 소수 민족 보호를 위한 기본 협약 제6조 제2항에 따르면:

"당사국은 민족적, 문화적, 언어적 또는 종교적 정체성의 결과로 위협, 차별행위, 적대 또는 폭력의 대상이 될 수 있는 사람들을 보호하기 위한 적절한 조치를 취해야 한다."

43. 인종 차별 및 불관용에 관한 일반 정책 유럽 위원회, 권고 제1호: 인종차별, 외국인혐오, 반유대주의 및 불관용에 대항하기 위하여 가입국 정부는 "국가 형사, 민사 및 행정법이 명시적이고 구체적으로 인종차별, 외국인혐오, 반유대주의 및 불관용에 대한 대응을 확실히 하도록" 권고한다.

44. 유럽 평의회 조직 내에서 작성된 "증오표현"에 관한 가입국 장관위원회의의 no.R(97)20 권고안 부록은 관련 범위에 대하여 다음을 제시한다.

범위

"여기서부터 제시되는 원칙은 증오표현, 특히 미디어를 통해 전파되는 증오표현에 적용된다.

이러한 원칙을 적용하기 위해 "증오표현"이라는 용어는 공격적인 민족주의와 자민족중심주의, 소수민족, 이민자 및 이민자 출신인에 대한 차별과 적개로 표현된 편협에 근거한 인종적 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 기타 형태의 증오를 퍼뜨리고, 선동, 조장 또는 정당화하는 모든 형태의 표현을 포괄하는 것으로 이해되어야 한다."

원칙 2

"당사국 정부는 증오표현에 관한 민사, 형사 및 행정법 조항으로 구성된 건전한 법적 체계를 확립하고 유지해야 하며, 이를 통해 행정 및 사법 당국이 개별 사안에서 표현의 자유가 인간 존엄성에 대한 존중과 타인

의 권리와 명예와 조화를 이룰 수 있도록 해야 한다."

원칙 3

"가입국 정부는 표현의 자유에 대한 제한이 객관적인 기준에 따라 합법적이고 비임의적인 방식으로 좁게 제한되어 적용되도록 해야 한다. 또한, 표현의 자유에 대한 한계나 제한은 독립적인 사법 통제의 대상이되어야 한다. 이러한 요청은 인간의 존엄성과 다른 사람의 명예 또는 권리 보호를 위해 표현의 자유가 제한되어야 하는 경우에 특히 중요하다."

원칙 4

"국내법과 실무는 법원에 대하여 특정 형태의 증오표현은 유럽인권협약 제10조가 제공하는 보호의 대상이 될 수 없을 정도로 개인이나 집단에게 모욕적일 수 있음을 상기하도록 해야 한다. 이는 증오표현이 협약에 규정된 권리와 자유의 파괴를 목적으로 하거나 협약의 보호 범위의 한계를 벗어난 경우이다."

원칙 5

"국내법과 실무는 관할 검찰 당국이 재량의 범위 내에서 증오표현과 관련한 특별한 주의를 기울이도록 해야 한다. 이와 관련하여, 위 당국은 특히 형사 제재의 부과가 일반적으로 피의자에 대한 표현의 자유에 심각한 제한이 된다는 점에서 위 표현의 자유에 대한 권리를 신중하게 고려해야 한다. 관할 법원은 증오표현으로 유죄 판결을 받은 사람에게 형사 제재를 가할 때 비례원칙에 대한 엄격한 적용을 보장해야 한다."

판단

I. 협약 제6조 위반에 관한 주장

A. 당사자의 주장 내용

1. 청구인

45. 청구인은 사안과 관련 범위 내에서 다음과 같이 규정된 협약 제6조의 위반을 주장한다.

"1. 모든 사람은 민사상의 권리와 의무 또는 형사상의 유죄의 결정를 결정하는 때 법률에 의하여 설립된 독립적이고, 공평한 법원에 의하여 합리적인 기한 내에 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다.

3. 형사 범죄로 기소된 모든 사람은 다음과 같은 최소한의 권한을 갖는다.

...

(d) 자기에게 불리한 증인을 심문하거나 심문받도록 할 것, 그리고 자기에게 불리한 증인과 동일한 조건으로 자신에게 유리한 증인을 출석시키도록 하고 또한 심문받도록 할 것; ..."

46. 청구인은 전문가가 사건의 쟁점을 판단하는 데 필수적인 결론을 내렸음에도 소환되지 않은 상태에서 제1심 법원이 사건을 평가했다고 주장했다. 특히 전문가의 결론 중 일부가 논란의 여지가 있다는 사실을 고려할 때, 심리에서 전문가가 조사 받을 수 있는 기회가 제공되어야 했다고 주장했다. 또한 최고행정법원이 심리를 진행하지 않아 항소심에서 자신의 사건을 적절히 진술할 수 없었다고 주장했다.

2. 정부

47. 정부는 위 사건이 협약 제6조가 적용될 수 있는 "민사" 또는 "형사"적 성격에 해당하지 않는다고 주장했다. 민사적 성격에 따른 협약 제6조가 적용될 수 없다는 점과 관련하여 정부는 이 쟁점이 공법적 성격을 가진다는 것을 강조했다. 행정벌의 부과, 즉 달력의 몰수와 경고 처분은 국민과 정부 사이의 관계에만 적용되는 것이다. 설령 민사적 성격을 인정하여 제6조가 적용되었다고 가정하더라도, 국내 법원이 심리에서 증인이나 전문가를 불러서 조사할 필요가 없었음을 주장했다. 정부는 소송절차의 어떤 단계에서도 청구인이 전문가에 대한 증인 조사를 요청하지 않았다고 주장했다. 또한 전문가 결론의 객관성을 의심할 이유가 없었다고 주장했다. 청구인은 이러한 전문가 결론을 포함하여 사건의 내용을 숙지할 수 있었고 서면으로 설명을 제출하거나 심리에서 구두로 의견을 제시할 수 있었다고 주장했다.

48. 정부는 최고행정법원의 서면 절차에 의한 신청자의 항소 심사와 관련하여 행정절차법 제137조 제2항에 의거하여 행정법 위반 사건에서 법원 판결에 대한 항소 절차는 일반적으로 서면으로 진행된다고 주장했다. 더군다나 청구인이 구두 심리를 요청하지도 않았고, 설사 청구인이 구두 심리를 요청하였다고 할지라도 법원은 그러한 요청을 승인할 의무가 없다고 주장했다. 정부는 또한 최고행정법원의 실무에서는 법원이 충분한 증거가 수집되지 않았거나 논란의 여지가 있다고 인정하는 경우 구두 심리가 개최된다고 언급했다. 이 사건에서 최고행정법원은 사실관계의 명확성 및 청구인의 주장의 명확성뿐만 아니라 Vilnius시 제2지구법원이 사실과 법의 문제를 엄중하고 철저히 검토했

다는 사실을 고려했다고 주장했다. 따라서 정부는 협약 제6조의 민사 항목에 따른 위반이 없었다고 결론을 내렸다.

49. "형사" 항목에 따른 협약 제6조의 적용 여부에 대하여 정부는 *Engel*사건에서 정립된 기준을 따랐다. 위 기준은 국내법상 범죄의 법적 분류, 법위반의 성질, 가능한 처벌의 심각성의 성격과 정도를 따진다(*Engel and Others v. Netherlands,* 1976년 6월 8일 판결, Series A no.22, 문단 82). 정부는 법적 분류는 제한적 관련성만을 갖는다고 인정하면서도 청구인의 리투아니아 국내법상 위법위반은 행정적인 것이라고 했다. 더 중요하게도 정부는 위반된 법적 규범의 범위를 자세히 설명하면서, 위 규범이 일반적 효력이 있음을 인정했다. 그럼에도 불구하고, 정부는 행정법 위반에 관한 법 제214조 위반에 대한 처벌의 목적이 징벌적이기보다는 예방적이라고 주장했다.

50. 처벌의 성질과 심각성에 관하여 리투아니아 정부는 청구인의 위법사실과 참작사실을 고려하여 법 제214조에 규정된 1,000 LTL(약 EUR 290) 및 10,000 LTL(약 EUR 2,900) 사이의 벌금이 아니라 법 제301조에 따른 단순 경고만 부과되었다는 것을 강조했다. 더욱이 부과된 행정벌은 구금형으로 전환될 수 없는 것이었다. 따라서 정부는 처벌의 심각성이 협약 제6조의 목적상 범죄로 간주되는 데 필요한 수준에 미치지 못했다고 주장했다.

51. 정부는 설령 제6조가 "형사" 항목에 해당되어 적용된다고 할지라도 절차의 공정성 요건이 지켜졌다고 주장했다. 이 협약은 변호인이 요청하고자 하는 모든 증인에게 질문할 수 있는 절대적인 권리를 부여하지 않는다. Vilnius 시 제2지구법원은 재량에 따라 제출된 정보의 명확성을 고려하여 전문가를 심리에 소환할 필요가 없다고 결정했다. 제1심 법원은 전문가의 결론뿐만 아니라 행정법 위반 관습법과 청구인의 서면과 같은 다른 증거들을 고려하여 결정을 내렸다. 정부는 절차의 청구인이 소송의 어느 단계에서도 서면 제출이나 심리 중에 전문가의 검토를 명시적으로 요구한 적이 없다고 강조했다.

52. 최고행정법원에 항소 공판이 열리지 않았다는 사실에 대해 정부는 청구인이 공판 개최를 요청을 하지 않았다고 주장했다. 더욱이 제6조에 따른 청구인의 권리는 제1심 법원에 의해 충분히 보장되었으며, 따라서 항소 법원에서는 심리가 필요하지 않았고 국내법 규정의 서면 절차에 따라 사건을 판단할 권한이 있다고 합리적으로 고려할 수 있었다고 주장했다.

B. 재판소의 판단

1. 협약 제6조의 적용

53. 청구인에게 행정상 경고와 "리투아니아 달력 2000"의 미판매 사본의 몰수의 제재가 가해졌다는 사실을 고

려하면, 위 사건이 제6조에서 사용하는 의미에서 "형사" 항목에 해당하는지에 대한 의문이 생긴다. 법위반이 "형사"로 분류되는지 여부를 판단 할 때, 국내법 위반의 법적 분류, 법 위반의 성질 및 가능한 처벌의 종류 및 심각성의 세 가지 기준이 적용된다(대표적 판례로, 위 인용 *Engel and Others,* 문단 82 그리고 *Lauko v. Slovakia,* 1998년 9월 2일 판결, 판결 및 결정 보고서 1998-VI, p.2504, 문단 56).

54. 첫 번째 기준에 대해 살펴보면 재판소는 "행정법 위반에 관한 법"이 국내법에 따라 "형법"으로 규정되지 않았다는 점을 인정하고 당사자 또한 이에 이의를 제기하지 않았다. 그러나 피소 국가의 국내법에서 규정되어있는 표현은 상대적인 가치만을 갖는다(*Öztürk v. Germany,*1984년 2월 21일 판결, Series A no.73, p.19, 문단 52 참고).

55. 또한 제2 및 제3기준은 대안적이고 반드시 누적적인 성격은 아니라는 것이 재판소의 확립된 판례이다. 협약 제6조가 적용 가능하기 위해서는 협약의 관점에서 볼 때 해당 법위반의 성질상 "범죄"로 간주되기에 충분한 경우거나, 법위반의 책임으로 인한 처벌이 그 성격과 심각성의 정도에 비추어 일반적으로 "범죄"를 대상으로 한 경우이다(*Ezeh and Connors v. United Kingdom* [GC], nos.39665/98 및 40086/98, 문단 86, ECHR 2003-X). 이러한 두 가지 기준에 대한 별도의 분석으로 "형사 책임"의 존재에 대한 명확한 결론에 도달 할 수 없는 경우에도 누적 접근법이 채택될 수 없다는 것은 아니다(위 인용, *Lauko,* 문단 57 참고).

56. 청구인이 행한 위법행위의 성격에 관하여 살펴보면, 위 재판부는 청구인이 "행정법 위반에 관한 법" 제30조 및 제214조에 따라 "리투아니아 달력 2000"의 생산 및 배포 금지처분을 받았다는 사실을 인정한다. 후자의 조항은 확립된 행정적 규범에 대한 행정법 위반행위를 규제한다(Administraciniai teisės pažeidimai, kuriais kėsinamasi į nustatytą valdymo tvarką). 따라서 위 법규는 모든 시민을 적용의 대상으로 하며 특별한 지위를 가진 특정 집단을 대상으로 하지 않는다. 위 법규의 이러한 일반적 성격은 행정법 위반에 관한 법 제1장에 의해 추가로 확인되는데, 모든 시민은 법규를 준수하고 다른 시민의 권리에 대한 존중과 함께 행정법 위반에 관한 법 제9조를 반드시 준수해야만 한다. 행정법 위반에 관한 법 제9조는 행정적 위법행위를 공공 질서와 시민의 권리 및 확립된 행정적 규범에 위험을 초래하는 잘못된 행위로 규정하고 있다. 따라서 문제되는 법규는 일반적 적용의 성격이 있으므로 두 번째 *Engel* 기준을 충족한다(위 인용, *Lauko,* 문단 58).

57. 본 재판소는 이제 세 번째 기준-처벌의 성격과 심각성을 검토한다. 국내 법원은 "행정법 위반에 관한 법" 제214조에 따라 유죄를 선고했는데, 이 법은 1,000 LTL과 10,000 LTL 사이의 벌금을 규정하고 있지만, 감경 사유를 고려하여 벌금은 "법" 제30조에 따라 경고로 대체되었다.

58. 처벌의 성격과 관련하여, 위 재판부는 행정 처벌의 목적은 범죄자를 처벌하고 재범을 방지하는 것임을 명시하는 행정법 위반에 관한 법 제20조에 특별한 의미를 부여한다. 위 재판부는 징벌적 성격은 형사처벌과 관습적으로

구분되는 특징임을 상기한다(위의 *Öztürk 판결*, 문단 53 참고).

59. 처벌의 심각성 정도에 대해 살펴보면, 위 재판부는 실제로 청구인에게 가해진 처벌의 정도가 심각성을 판단할 때 참조가 되지만, 원래 가해진 처벌 정도의 중요성을 상쇄하지 않는다는 것을 다시 주지한다(위 인용, *Ezeh and Connors,* 문단 120, 그리고 거기에서 인용된 판례들 참조).

60. 따라서 위 사건의 경우 국내 법원은 행정법 위반에 관한 법 제301조에 따라 경고만 하였지만, 청구인은 1,000 LTL과 10,000 LTL 사이의 벌금을 규정하고 있는 제214조에 따라 처벌받았다. 위 재판부는 벌금을 납부하지 않는 경우에 행정법 위반에 관한 법 제314조가 최대 30일의 행정 구금으로 벌금을 대체할 수 있도록 하는 것에 특별히 주목한다. 경고 이외에도 발행된 달력 및 미배포 사본이 몰수되었고, 몰수는 많은 경우에 형사 처벌로 간주된다는 사실이 망각되어서는 안 된다.

61. 청구인이 위반한 법률 조항의 일반적 적용의 성격과 처벌을 통한 억제 및 징벌적 목적 및 청구인에게 가해질 수 있는 처벌의 심각성을 종합하여 살펴보면 문제되고 있는 위법행위가 협약 제6조의 적용에 있어서 형법적 성격이 있음을 충분히 증명된다는 것이 요약된 결론이다. 따라서 위 재판부는 위 사건에서 협약 제6조 제3항 (d)가 적용된다고 판단한다.

2. 전문가 조사의 기회

62. 본 재판부는 협약 제6조 제3항의 요건이 제6조 제1항에 의해 보장된 공정한 재판을 받을 권리의 일부분으로 인정됨을 상기한다(1996년 3월 26일 판결, *Doorson v. the Netherlands* 판단 및 결정 보고서 1996-II, 문단 66). 이와 관련하여 본 재판부는 일반적으로 반대 주장을 지지하는 모든 증거는 공판에서 피고인의 참석하에 제시되어야 한다고 판결해왔다(*Van Mechelen and Others v. Netherlands,* 1997년 4월 23일의 판결, 판결과 결정에 대한 보고서 1997-III, 문단 51). 그러나 재판의 전 단계에서 얻은 진술증거의 사용은 방어권이 보장되었다면 그 사용 자체가 제6조 제3항 (d)와 제1항을 침해한 것은 아니다. 일반적으로 이러한 권리는 불리한 진술을 하는 증인에 대하여 증인이 그 진술을 할 때 또는 그 이후 소송 절차에서 충분하고 적절한 반대신문의 기회를 제공받는 것을 포함한다(대표적 판례로 *Isgrò v. Italy,* 1991년 2월 19일 판결, Series A no.194-A, p.12, 문단 34, *Lüdi v. Switzerland,* 1992년 6월 15일 판결, Series A no.238, p.21, 문단 47). 그러나 이에 대한 반대해석의 결과로 유죄의 유일한 증거가 되거나 결정적인 증거가 되는 증언을 한 증인에 대하여 공판 전이든 공판에서든 피의자가 반대신문할 기회를 갖지 못한 때에는 협약 제6조가 보장하는 권리의 침해에 해당한다(*Unterpertinger v. Austria,* 1986년 11월 24일, Series A no.110, 문단

31-33, 그리고 *Saïdi v. France,* 1993년 9월 20일, Series A no.261-C, 문단 43-44). 피고인의 참여 하에 신문할 수 없었던 증인의 증언과 관련하여, 위 재판부는 협약 제3조와 함께 제6조 제1항은 체약국에 대하여 피의자가 그 증인을 상대로 반대신문할 수 있도록 하는 등과 같은 적극적 조치를 취하도록 하도록 하고 있음을 상기한다(*Sadak and Others v. Turkey,* nos.29900/96, 29901/96, 29902/96 및 29903/96, 문단 67, ECHR 2001-VIII 참고).

63. 위 사건에서 위 재판부는 협약 제6조 제3항 제(d)호는 증인에 관한 것이고 전문가에 관한 것이 아님을 지적한다. 그러나 위 재판부는 제3항에 담긴 권리는 공정한 재판을 위한 기본 조건을 구성하는 요소들 중의 하나라는 사실을 되새기고자 한다(그 중에서도 *Artico v. Italy,* 1980년 5월 13일 판결, Series A no.37, p.15, 문단 32; *Goddi v. Italy,* 1984년 4월 9일 판결, Series A no.76, p.11, 문단 28; 그리고 *Colozza and Rubinat v. Italy,* 1985년 2월 12일 판결, Series A no.89, p.14, 문단 26 참고). 위 사건과 같은 상황에서 위 재판부는 명확히 기술된 제(d)호를 포함한 제3항에 대한 충분한 고려를 전제로 청구인의 청구를 일반 조항인 제1항에 따라 평가해야 한다고 판단한다.

64. 위 사건의 상황에서 재판소는 전문가의 결론이 다른 증거들에 비추어 중요성이 떨어졌다는 정부의 주장을 받아들일 수 없다. 재판소는 제1심 법원이 행정법 위반의 전제조건으로 "리투아니아 달력 2000"이 사회에 위험이 되었는지를 평가하고자 사회과학, 서지학, 심리학 및 역사학 보고서 채택을 위한 전문가를 임명하였다는 사실을 고려한다. 또한 재판소는 청구인의 유죄를 인정할 때 두 개의 심급 법원 모두에서 전문가들의 결론을 폭넓게 인용하였다는 사실에 특별한 관심을 갖고 있다. 특히 Vilnius시 제2지구법원은 편협하고 일방적인 국가 관계의 묘사는 시민사회의 화합을 방해하고 민족 간 증오를 선동한다고 평가한 사회과학 전문가의 결론을 인용했다. 마찬가지로 제1심 법원은 "리투아니아 달력 2000"이 원문과 인용문을 표시하는 일반적인 참고문헌 표시의 기준을 따르지 않았다는 서지학 전문가의 결론에 직접적으로 의존했다. 제1심 법원은 유죄를 결정하고 행정법 위반이 청구인의 과실에 의해 저질러졌다는 결론을 도출하며 심리학 전문가의 결론에 의존했다. 이상과 같은 이유에 근거할 때 재판소는 이 사건의 경우 재판 전 과정에서 제출된 전문가의 의견이 청구인에 대한 소송에 있어서 결정적인 역할을 했다는 결론이다. 그러므로 청구인이 공개 재판에서 전문가들을 심문할 의사를 표시하였는지 여부를 판단하는 것과 청구인에게 그러한 의사 표시의 기회가 있었는지 여부를 판단하는 것이 필수적이다.

65. 재판소는 판결문에 있는 문서에 근거하여 Vilnius시 제2지구법원에 2001년 3월 12일 작성되고 다음 날 수리된 청구인의 신청서를 중요하게 생각한다. 위 신청서는 전문가가 3회 연속 출정하지 않았다는 이유로 심리를 연기해줄 것을 요청한다(위 문단 26 참고). 청구인은 또한 전문가들의 결석의 이유를 밝히고 이들에 대한 제재 처분을 할 것을 요청하였다. 청구인은 항소심에서도 제1심 법원에서 심리 중 전문가의 출석을 요청하였다는 사실과 법원의 기각 사실을 언급하였다. 그러나 최고행정법원은 위 사건의 상황에서 전문가를 대면 심리하지 못하는 것이 소송법적 규범을 위반하는 것이 아니라는 이유로 이러한 요청을 기각했다.

66. 이에 관한 모든 관련 사실을 분석하여 재판소는 청구인이 공판 전 단계나 공판 단계에서 모순된 의견 진술이 있는 전문가들에 대하여 질문할 기회를 얻지 못한 것을 인정한다. 이러한 기회는 전문가의 신빙성을 조사하고 그 결론에 대한 비판을 하기 위한 것이다. 이와 관련한 판례법에 따라서 재판소는 위 사건 청구인이 공개 재판에서 전문가를 조사할 것을 요청한 것에 대한 기각은 협약 제6조 제1항이 요구하는 기준을 충족하지 못한 것이라고 판단한다. 이러한 결론을 고려하여 최고행정법원에서 공개 재판을 실시하지 않은 문제에 관하여는 따로 살필 필요가 없다고 판단한다.

II. 협약 제10조 위반에 관한 주장A. 당사자 제출

1. 청구인

67. 청구인은 협약 제10조의 위반을 주장한다. 이와 관련된 협약의 부분은 다음과 같다.

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 공공 당국의 간섭을 받지 않고 의견을 가질 자유와 국경에 관계없이 의견을 가질 자유와 정보와 사상을 주고받는 자유가 포함된다...
>
> 2. 이러한 자유의 행사는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 보전, 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호... 를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

68. 청구인은 표현의 자유에 대한 제한이 출판에 의해 비롯된 리투아니아 국가와 리투아니아에 사는 민족 집단들 또는 주변 국가들에 대한 위협과 비교할 때 협약 제10조 제2항의 의미에서 비례성을 상실했다고 주장했다. 이와 연관하여 청구인은 "리투아니아 달력"이 리투아니아 전역에서 6년 동안 제작되고 공식적으로 배포되었으며, 이 기간 대중이나 정부당국으로부터 특별히 큰 관심을 끈 적이 없다고 강조했다. 2000년의 "리투아니아 달력"판은 유사하게 총 3,000개의 소량으로 1999년 하반기에 발매가 되었다. 2000년 1월 러시아 대사관의 서한을 받은 정보당국의 개입이 있기 전까지 5개월 동안은 특별한 관심이나 반응이 없었다. 또한 청구인은 청구인의 출판물이 민족적 인종적 혐오를 유발하는 형법상 범죄의 구성요건에 해당하지 않기 때문에 형사 절차를 진행하는 것을 검찰총장이 거절하였다고 지적했다. 청구인은 "리투아니아 달력 2000"에 공표된 정보는 다른 역사자료를 통해 이미 공개된 것이라고 주장했다. 청구인은 출판물이 주로 다양한 역사적 사건에 대한 청구인의 개인 견해나 평가를 표현하는 것이며 정부는 그렇게 심각한 개입이 필요한 증거를 제출하지 않았다고 하였다. 소송의 결과로 청구인은 단지 경고의 형태의 행

정 처벌을 받은 것이 아니라 "리투아니아 달력 2000"의 모든 판매되지 않은 물건이 몰수되었고 그간 제작해오던 출판을 더 이상 할 수 없게 되어 주된 수입원을 잃게 되었다. 청구인은 달력의 출판을 중지하는 것 외의 다른 방법을 당국이 취할 수 있었다고 주장하였다. 예를 들어, 아직 판매되지 않은 남은 출판물의 경우 필요한 때에는 표지에 수정이나 공지를 하도록 청구인에게 기회를 주는 방식이 있다. 마지막 주장으로 청구인은 청구인의 고의가 없었다는 국내 법원의 판단과 출판물이 일으킨 사소한 위험은 당국의 제한이 민주사회에서 필수적인 것이었다는 주장을 반박하는 데 쓰여야 한다고 주장했다.

2. 정부

69. 리투아니아 정부는 협약 제10조가 위반되지 않았다고 주장했다. 정부는 표현의 자유가 견해를 유지할 권리를 규정할 뿐만 아니라 의무와 책임을 부여하는 것이므로 민족적 혐오, 적대 및 다른 민족 집단에 대한 하나의 민족의 우월성을 유발하고 유포하는 것까지 용인되는 것으로 해석될 수 없다고 하였다. 정부는 행정벌을 부과함으로써 청구인의 표현의 자유에 대한 제한이 발생한 것을 인정하면서도 리투아니아 사회의 근간이 되는 민주적 가치들을 보호하기 위한 필수적 조치로서 정당화되었다고 하였다. 1990년 3월 11일 독립의 재창설 이후 민족적 소수자와 영토의 보전에 관한 문제의 민감성을 강조하면서 "리투아니아 달력 2000"이 명백히 극단적인 민족주의 이념을 장려하였다고 주장했다. 이러한 민족주의 이념은 시민사회를 통합하는 사유를 거부하고 민족적 혐오와 불용을 조장하며, 영토의 통합에 대해 의문을 가하고, 폴란드 공화국, 벨라루스 공화국, 러시아 연방의 대사관의 서한을 통해 증명된 민족우월주의를 장려하는 것이라고 하였다. 출판물의 배포를 금지하고 청구인에게 행정 경고를 가함으로써 당국은 리투아니아에 거주 중인 소수민족의 권리와 리투아니아 주변국과의 관계를 훼손할 수 있는 사상의 유포를 방지하려고 하였다. 출판물이 야기하고 있는 정당한 이익에 대한 명백한 위협과 청구인에게 가해진 처벌의 경미한 성격을 두루 비추어 볼 때 정부는 청구인에 대한 권리 제한은 협약 제10조 제2항과 양립할 수 있다고 보았다.

B. 재판소의 판단

70. 재판소는 행정법 위반에 관한 법 제301조와 제214조에 따라 적용된 행정처벌과 출판물의 몰수가 청구인의 표현의 자유를 제한하였다는 사실을 인정하며, 당사자도 이를 다투지 않았다.

71. 이러한 제한은 "법률에 의하여", 협약 제10조 제2항에 언급된 정당한 목적 중의 하나를 위하여, 이러한 목적을 이루기 위해 "민주사회에서 필수적인" 제한이 가해진 경우가 아니라면 협약 제10조를 위반한 것이다. 재판소는

이러한 조건을 차례로 검토할 것이다.

1. 법률에 의한 제한

72. 청구인과 정부는 이 사건의 조치가 법률에 따른 것인지에 대하여 다투지 않았다. 행정법 위반에 관한 법 제301조와 제214조의 규정에 따라 조치가 취해졌다는 점을 고려할 때 재판소는 이러한 당사자의 입장과 다른 판단을 할 이유가 없다.

2. 정당한 목적

73. 재판소는 처벌 조치가 협약 제10조 제2항에서 보장하는 가치, 특히 리투아니아에 살고 있고 "리투아니아 달력 2000"에 언급된 민족 집단의 명예와 권리를 보호하기 위해 취해졌다는 정부의 주장에 동의한다. 조치가 민주사회에서 필수적인 조치였는지 여부에 대한 판단만이 남았다.

3. "민주사회에서 필수적인"

74. 확립된 재판소의 판례법에 따르면, 표현의 자유는 민주사회의 필수적인 기반을 구성하고 민주사회의 발전과 각 개인의 자아실현을 위한 기본 조건 중의 하나에 해당한다(대표적 판례로, *Lingens v. Austria,* 1986년 7월 8일 판결, Series A no.103, p.26, 문단 41). 협약 제10조 제2항의 보호 대상으로는 긍정적으로 받아들여지거나 공격적이지 않은 중립적인 "정보"와 "사상"만이 아니라 불쾌하거나 불편하거나 충격적인 것을 포함한다. 이러한 보호는 "민주사회"의 전제 조건인 다원성과 관용 그리고 아량이 요청하는 것이다(*Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일 판결, Series A no.298, pp.23-24, 문단 31 그리고 *Steel and Morris v. the United Kingdom,* no.68416/01, 문단 87, ECHR 2005-II)

75. 또한 재판소는 협약 제10조가 규정한 것처럼 표현의 자유에 제한이 가해질 수 있지만, 이러한 제한은 엄격히 적용되어야 하고 그러한 제한의 필요성이 설득력 있게 증명되어야 한다(*Handyside v. the United Kingdom,* 1976년 12월 7일, 문단 49, Series A no.24; *Lingens,* 위 인용, 문단 41; *Jersild v. Denmark,* 위 인용, 문단 37; *Piermont v. France,* 1995년 4월 27일, 문단 26, Series A no.314; *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, 문단 55,

판결과 결정 보고서 1998-VII; *Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 45, ECHR 1999-I; *Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC], no.23118/93, 문단 43, ECHR 1999-VIII).

76. 형용사인 "필수적인"의 협약 제10조 제2항에서의 의미는 "긴급한 사회적 필요"의 존재를 함축한다. 재판소는 체약국이 그러한 필요의 존재 여부를 판단하는 재량권이 있음을 인정한다. 그러나 이러한 재량은 유럽적 통제와 손을 맞잡고 가야한다. 이는 입법과 이를 적용하는 결정들, 특히 독립된 법원의 결정을 포함한다. 따라서 재판소는 협약 제10조에서 보호하는 표현의 자유와 "제한" 또는 "벌칙"이 조화로운지를 판단하는 최종 결정의 권한을 받았다(*Lingens,* 위 인용, p.25, 문단 39, 그리고 *Janowski v. Poland* [GC], no.25716/94, 문단 30, ECHR 1999-I 참고).

77. 이러한 감독적 사법권을 행사하면서 재판소는 논란이 된 제한을 사건 전체로서 조망해야 한다. 이는 청구인에 대한 기소의 근거가 된 표현의 내용과 위 표현이 만들어진 맥락을 포함한다. 특히 문제가 되는 제한이 "정당한 목적을 위한 비례성"을 갖췄는지, 국내 당국이 제출한 제한의 사유가 "연관되고 충분한" 것인지를 결정해야 한다(*The Sunday Times v. the United Kingdom*(no.1), 1979년 4월 26일 판결, Series A no.30, p.38, 문단 62; *Lingens,* 위 인용, pp.25-26, 문단 40; *Barfod v. Denmark,* 1989년 2월 22일 판결, Series A no.149, p.12, 문단 28; *Janowski,* 위 인용; 그리고 *News Verlags GmbH & CoKG v. Austria,* no.31457/96, 문단 52, ECHR 2000-I 참고). 이러한 과정에서 재판소는 국내 당국이 협약 제10조에 포함된 원칙들과 양립할 수 있는 기준을 적용하였고, 더 나아가 관련 사실에 대해 수긍할 수 있는 평가가 그 바탕이 되었다는 것을 인정할 수 있어야 한다(위 언급된 *Jersild* 문단 31 참고).

(a) "긴급한 사회적 필요"

78. 현 사건의 사실관계로 돌아와서 살펴보면, 재판소는 청구인이 편집자이자 출판자로서의 능력으로 표출한 진술에 근거하여 제재가 가해졌음을 지적한다. "리투아니아 달력 2000"이 출판된 맥락에 관하여 재판소는 리투아니아 공화국의 일반적 상황에 특별한 관심이 있다. 재판소는 1990년 3월 11일 리투아니아 공화국의 독립의 재창설 이후 영토통합의 문제와 소수민족 문제가 민감한 것이었다는 정부의 의견표명을 고려한다. 또한 위 출판물이 폴란드 공화국, 러시아 연방, 벨라루스 공화국의 외교 대표들의 부정적 반응을 얻었다는 것을 지적한다. 이러한 견지에서 국제인권법상 리투아니아 공화국의 의무, 즉 민족정체성으로 인한 위협의 대상이 되는 자들에 대한 적절한 조치를 취하고 국가적 혐오의 조장을 금지할 의무가 있음을 지적한다(위 문단 40-44 참고).

79. 이제 "리투아니아 달력 2000"에서 청구인이 사용한 특정 언어에 관한 문제에 대해 살펴본다. 청구인은 공격적인 국가주의와 민족중심주의적 표현을 사용했다("리투아니아 국가는 오로지 민족주의 국가로서만 살아남을 수 있을 것이다- 다른 방식으로 존재할 수 없다!"). 또한 반복적으로 유대인들을 전쟁범죄의 가해자이자 리투아니아인에 대한 집단 학살의 가해자로 언급했다(소련은 다수의 유대인의 도움으로 권력을 장악했고 리투아니아 국가의 식

민지화와 집단 학살을 자행했다). 또한 청구인은 폴란드인에 대한 언급에서도 비슷한 언어를 사용했다("1994년 폴란드 Krajova 육군은 12명의 리투아니아인을 단지 리투아니아인이라는 이유만으로 살해했다", "1944년에 폴란드 Krajova 육군은 100명 이상의 리투아니아인을 무참히 살해했다... 폴란드인은 전쟁 상황에서 인종청소를 자행했다. 리투아니아의 전체 지역에서 [Krajova 육군 소속 군인들은] 대략 1,000명을 살해했고, 리투아니아인 민족의 땅에서 단지 리투아니아인이라는 이유만으로 3,000명 이상의 무고한 사람들을 살해했다...") 문제가 되는 문단들은 폴란드인과 유대인에 대한 증오를 고무하는 주장을 담고 있다. 재판소는 이러한 주장들이 리투아니아 정부당국으로 하여금 심각한 우려를 갖도록 하였다고 여긴다.

80. "긴급한 사회적 필요"가 존재하였는지 여부와 정부가 제출한 해당 제재가 정당화될 수 있는 이유들이 있는지 여부에 대한 국내 법원의 접근 방식을 살펴보면, Vilnius시 제2지구법원은 청구인의 주장의 엄중함과 주장이 야기하는 사회적 위험에 대한 의견을 개진할 전문가를 지명한 것을 알 수 있다. 국내 법원은 편향되고 일방적인 국가 간 관계에 대한 묘사는 시민사회의 통합을 저해하고 민족적 증오를 양산한다는 것에 동의하였다. 국내 법원은 리투아니아 사회의 일부와 외국 대사관으로부터 받은 위 출판물에 대한 부정적 반응을 지적하였다. 또한 국내 법원은 청구인의 주장이 "극단적 민족주의의 이념"에 근거한 것이고, 이러한 이념이 국가적 증오와, 외국인 혐오, 그리고 영토 분쟁을 야기하는 것이라는 전문가의 의견을 고려하였다. 이러한 상황에서 체약국에게 주어진 재량의 범위에 관해 살펴보면, 재판소는 이 사건의 상황에서 국내 정부당국이 청구인에 대하여 조치를 취할 긴급한 사회적 필요가 있었다고 판단한 것이 재량의 범위를 일탈하지 않았다고 판단한다.

(b) "비례성"

81. 위 사건의 정치적 성격을 주지하며, 재판소는 협약 제10조의 제2항에서 정치적 표현이나 공공에 관한 토론에 가해지는 규제의 범위는 작은 것임을 상기한다(*Wingrove v. the United Kingdom,* 1996년 11월 25일 판결, *Reports* 1996-V, pp.1957-58, 문단 58 참고). 또한 정부가 차지하고 있는 우월적 지위는 형사소송을 진행하는 것을 자제할 필요가 있고, 정부 비판자에 대한 정당화되지 못한 공격과 비판에 대응할 형사소송 이외의 다른 수단이 있을 때에 특히 그러하다. 그렇지만 관계 정부 당국은 공공질서의 수호자로서의 역할에 맞게 이러한 표현을 과하지 않고 적절하게 대응하기 위한 목적으로 형법적 성격을 갖는 방법을 포함한 적절한 조치를 취할 수 있다(*Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일 판결, Reports 1998-IV, pp.1567- 68, 문단 54, 그리고 이 판례의 문단 42에서 인용된 the Appendix to Recommendation no.R(97)20 of the Committee of Ministers to Member States on "Hate speech" 참고).

82. 국내 법원의 판결에 대해 살펴보면, 리투아니아 공화국 헌법 제25조에서 규정한 표현의 자유에 대한 권리와 타인의 권리인 명예의 보호가 충돌하는 지점에서 이 사건이 다뤄지고 있다는 사실을 국내 법원이 인식하고 있음을

알 수 있다. 국내 법원은 청구인의 사상을 표현할 자유를 인정하면서도, 자유와 권리에는 의무가 함께함을, 특히 헌법과 법률을 위반하지 않을 의무가 있음을 강조했다. 국내 법원은 개인적인 믿음이 국내법의 위반과 행정적 위반행위를 정당화하는 것은 아님을 강조하기도 했다. 관련된 상황을 종합하여 국내 법원은 행정법 위반 법의 관련 조항을 이 사건에 적용하지 못할 이유를 발견하지 못했다.

83. 부과된 처벌의 성격과 심각성은 표현의 자유에 대한 비례성 심사를 할 때에 고려할 요소 중 하나이다(*Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 37, ECHR 1999-IV; *Tammer v. Estonia,* no.41205/98, 문단 69, ECHR 2001-I; 그리고 *Skałka v. Poland,* no.43425/98, 문단 41-42, 2003년 5월 27일 참고). 재판소는 국내 당국이 조치와 제한을 가하여 정당한 공공 문제에 대한 논의에 참가하려는 언론을 포기하게 한 경우에는 최대한의 주의를 기울여 권한을 행사하여야 한다(*Jersild,* 위 인용, 문단 35 참고).

84. 당해 사안의 경우, 재판소는 청구인에게 가해진 몰수 조치가 상대적으로 심각한 것으로 여겨질 수 있음을 인정한다. 그러나 청구인이 범한한 행위에 대하여 행정법 위반에 관한 법 제214조에 따른 벌금 부과는 없었다. 국내 법원은 청구인의 고의를 인정하지 않고 과실로 보았으며, 청구인의 행정규정 위반이 처음인 점, 청구인이 장애인인 점, 가장 경한 행정벌인 행정법 위반 법 제301조의 경고만을 부과한 점 등을 고려하였다.

85. 재판소는 상술한 바를 종합하여 청구인에 대한 처벌이 정당한 목적을 위한 조치로서 비례의 원칙에 따랐고, 그러한 권리의 제한을 정당화할 만한 충분하고 적절한 사유가 국내 법원을 통해 드러났다고 판단한다. 따라서 청구인의 표현의 자유 권리에 대한 위 제한은 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 타인의 권리와 명예를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 것으로 판단하는 것이 합리적이다.

86. 결과적으로 협약 제10조는 위반되지 않았다.

III. 협약 제41조의 적용

87. 협약 제41조는 다음과 같이 규정한다.

> "협약 또는 그 의정서에 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적 배상만을 허용하는 때에는 법원은 필요한 경우 피해자에게 정당한 구제를 제공하여야 한다."

A. 손해배상

88. 청구인은 달력의 몰수로 2,285,050유로의 금전적 피해가 있었다고 주장한다. 또한 청구인이 고국을 떠나야 했고 건강상 피해가 있어 비금전적 피해액 2,000,000유로가 있었다고 주장한다.

89. 정부는 배상에 대한 청구인의 주장은 완전히 불합리하고 입증되지 않았으며 과도한 것이라고 항변했다.

90. 재판소는 협약 제6조 제1항의 위반과 청구인이 주장하는 금전적 피해 사이에 어떠한 인과관계도 없다고 판단한다. 따라서 이 항목에 대하여는 어떠한 금액도 배상할 이유가 없다.

91. 그러나 제6조 제1항의 위반에 있어서 청구인은 위반 사실을 확인하는 것만으로는 충분히 배상될 수 없는 비금전적 손해를 입었다. 협약 제41조에서 보장하는 공평의 기준에 따라 재판소는 비금전적 손해의 항목에서 포괄하여 2,000 유로를 지급한다.

B. 비용과 지출금

92. 청구인은 또한 재판소에서의 소송 비용으로 2,000유로가 지출되었다고 주장했다.

93. 정부는 이에 항변했다.

94. 재판소는 청구인이 재판소의 소송구조제도에 따라 구조비용을 지급 받았음을 인정한다. 구조비용 355유로는 청구인의 변호인에게 소송인의 의견서를 제출하는 등의 비용에 쓰였다.

95. 재판소의 판례법에 따르면 청구인은 실제로 필수적으로 발생한 적정한 수준의 액수에 한하여 지출비용을 환불받을 수 있다. 이 사건에서 현출된 정보와 위에 언급된 기준과 고려하여 재판소는 이미 지급된 법률구조비용(355유로)을 제외한 신청 비용 전체를 지급한다. 따라서 재판소는 청구인의 지출비용에 대하여 최종 1,645유로를 지급한다.

C. 지연 이자

96. 재판소는 기본 이자가 유럽중앙은행의 한계 대출금리를 따르는 것이 적절하다고 판단한다. 따라서 3%가 더 해져야 한다.

재판소는 이상의 이유로 다음과 같이 판결한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

1. 재판관 6대 1의 의견으로 협약 제6조 제1항의 위반이 있었다고 결정한다.

2. 만장일치로 협약 제10조의 위반이 없었다고 결정한다.

3. 재판관 6대 1의 의견으로

(a) 피청구국가는 협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 나온 날부터 3개월 내에 지급일에 적용되는 환율로 피청구국가의 국내 통화로 환전하여 다음의 액수를 지급하여야 한다.

(i) 비금전 손해액 2,000유로
(ii) 지출비용에 대한 1,645유로
(iii) 그 밖에 부담해야 하는 세금액

이 액수는 지급일에 적용 가능한 환율로 피청구국가의 통화로 환전된다.

(b) 지급 전까지 위에 언급한 3개월의 만료시점부터 지급일까지의 이자는 지연기간 중 유럽중앙은행 한계 대출금리에 3%를 더한 이율을 더한 금액으로 지급되어야 한다.

4. 정당한 보상을 위한 청구인의 다른 주장은 만장일치로 기각한다.

영어로 작성되었으며 2008년 11월 4일 재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라서 공표되었다.

Stanley Naismith	Josep Casadevall
부 부문 서기	재판장

협약 제45조 제2항과 규칙74 제2조에 따라서 재판관 Myjer의 부분적 반대의견은 위 판결에 덧붙인다.

J.C.M.

S.H.N.

MYJER 판사의 부분 반대 의견

재판소는 만장일치로 협약 제10조의 위반이 없다고 판결하였다.

판결문 문단 79에서 재판소는 리투아니아 달력 2000에서 청구인이 사용한 언어와 관련하여 '청구인은 공격적인 민족주의와 자민족 중심주의적 표현을 사용했고, ... , 반복적으로 유대인들을 전쟁 범죄의 가해자이자 리투아니아인에 대한 집단 학살의 가해자로 언급했다... (그리고) 폴란드인에 대한 언급에서도 비슷한 언어를 사용했다...' 재판소는 다음과 같이 결론 내렸다: '문제가 되는 문단들은 폴란드인과 유대인에 대한 증오를 고무하는 진술을 담고 있다.' 나는 이 결론에 완전히 동의한다.

그러나 나의 동료 판사들은 공개 법정에서 전문가들을 심문하겠다는 청구인의 요청을 고려하기 거부한 국내 절차는 협약 제6조의 요구 사항을 충족하지 못했다고도 판결하였다. 나는 그들에게 동의하지 않았다.

첫 번째 이유는 다소 형식론적인 것인데, 사실관계를 두고 보면 청구인이 전문가들에게 질문을 할 기회를 요구했다는 것조차 분명하지 않다. 문단 26에서 언급한 사실을 보면 확실한 것은 청구인이 심리를 연기할 것과 전문가의 결석에 대한 이유를 확립할 것을 요청하고 그들에 대한 조치를 요구했다는 점뿐이다. 서면 절차에 따라 사건을 검토했던 항소심에 가서야 청구인은 자신의 방어권이 침해되었다고 언급하였다(문단 33).

두 번째 이유는 문제가 되는 쟁점과 관련이 있다. 국내 판사는 리투아니아 달력 2000이 민족적, 인종적 혹은 종교적 증오를 장려하는지를 결정해야 했다. 그것은 무엇보다 먼저 사실에 대한 평가에 기초해야 하는 법률적 문제이다. 위에서 언급한 것처럼, 재판소가 보기에 그 질문에 대한 대답이 '그렇다'라는 점은 분명하였다.

그러나 국내 수준에서, Vilnius시 제2지구법원은 별도의 전문가 의견을 구하기로 결정하였다. 그 전문가 의견에는 Vilnius 대학에서 역사, 심리학, 정치 과학, 서지학을 전공한 교수들의 견해가 들어가 있었다. 개인적으로, 나는 이 전문가 의견이 국내 법원이 결정해야 하는 법적 문제(그 달력에는 민족적, 인종적 혹은 종교적 증오를 장려하는 정보 자료가 담겨 있었나?)에 어떤 합리적인 도움을 줄 수 있는지 그리고 공개 법정에서 이 전문가들에게 질문을 하는 것의 추가적 쓰임새가 무엇인지 알 수 없었다. 이런 점에서, 나는 Vilnius시 제2지구법원이 마지막에 전문가들이 자신들의 서면 결론을 설명하기 위해 공판에 참여할 필요는 없다고 결정한 것을 이해한다(이에 대한 최고행정법원의 요약을 보려면 문단 35 참고).

어떤 그림이 진짜 렘브란트의 작품인지 아닌지를 설명하기 위해 전문가가 필요한 경우 전문가 의견을 구하는 것은 매우 적절하다. 그리고 만약 전문가들 사이에 이견이 있다면 공개 재판에서 그들에게 질문을 할 만한 충분한 이유가 있다. 복잡한 기술적 혹은 의학적 쟁점이 문제인 경우에도 마찬가지이다.

그러나 여기에서의 전문가 의견은 궁극적으로 판사가 법률적 문제로 결정해야 하는 문제를 그저 다른 과학적 각도에서 바라본 특정한 견해일 뿐이다. 분명히 청구인도 그 문제에 대한 자신의 견해를 제시했을 것이다. 그러나 이 사건의 상황에서 -리투아니아 법률에 따르면 문제가 되는 문제는 단순히 사소한 행정적 위반행위와 관련되었을 뿐이라는 점 또한 고려하여- 다른 견해를 작성한 전문가들이 법원에 와서 그들의 서면 주장을 설명해야 한다고 요구하는 것은 내가 보기에 도가 지나친 행위이다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가 증오 선동

(Incitement to national hatred)

13. Hösl-Daum and Others v. Poland

2014년 10월 7일(심리적격 여부에 대한 결정)

청구인들은 폴란드를 모욕하고 국가 증오를 선동한 혐의로 기소되었다. 그들은 포스터를 부착했다는 이유로 유죄 판결을 받은 것은 자신들의 표현의 자유에 대한 침해라고 주장하였다. 그 포스터에는 제2차 세계대전 후 폴란드인과 체코인이 독일인에게 저지른 잔악한 행위를 설명하는 내용이 독일어로 쓰여 있었다.

재판소는 국내 구제책을 다 소진하지 않았다는 이유로 이 청구를 받아들일 수 없다고 선언하였다. 재판소는 청구인들은 형법에서 문제가 되는 조항에 대하여 헌법재판소에 위헌심판제청을 신청하지 않았기 때문에 폴란드 법률에서 제공하는 구제책을 소진하지 않았다고 판결하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

13

4부문

Jurgen HÖSL-DAUM 및 그 외 v. 폴란드

(청구번호 10613/07)

결정

2014년 10월 7일, 유럽인권재판소(4부) 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

Ineta Ziemele, *재판장,*
George Nicolaou,
Ledi Bianku,
Nona Tsotsoria,
Zdravka Kalaydjieva,
Paul Mahoney,
Krzysztof Wojtyczek, *이상 판사,*
Fatoş Aracı, *부 부문서기,*

2007년 2월 24일 제출된 위 청구서와 관련하여, 피청구국가가 제출한 의견과 그에 대한 응답으로 청구인이 제출한 의견에 관하여, 심리를 진행하였고, 다음과 같이 결정하였다:

사실관계

1. 청구인 Hösl-Daum과 Stphan Roth, Robert Göpfer는 독일 국적자로 각각 1978년, 1980년, 1982년 생이며 브뤼겐, 오이빈, 치타우에 거주하고 있다.

그들을 대리했던 변호사는 에를랑겐에서 활동하는 S. Böhmer였다. 폴란드 정부("정부")는 처음에는 외교부의 J. Wołąsiewicz가, 이후에는 J. Chrzanowska가 대변하였다.

A. 사건의 배경

2. 이 사건의 사실관계는 당사자들이 제출한 바에 따라 다음과 같이 요약할 수 있다. 청구인들은 2004년 7월 20일 폴란드에 도착하였다. 2004년 7월 20일에서 21일로 넘어가는 밤에 그들은 아래와 같은 내용의 벽보를 폴란드와 독일 국경 근처의 도시인 볼레스와비에츠 버스 정류장과 벽보 게시판에 게시하였다. 2004년 7월 22일 청구인들은 벽보를 붙인 장소의 사진을 찍다가 경찰에 체포되었다.

1. 벽보

3. 벽보는 두 종류로 모두 A3 사이즈였으며, 독일어 문장과 출처를 알 수 없는 다수의 사진, 그 중에서도 공동 묘지와 대량 학살된 시체들, 기차에 탄 한 무리의 사람들을 보여주는 사진이 담겨 있었다.

4. 첫 번째 벽보의 내용은 다음과 같았다:

> **"폴란드인과 체코인- EU 가입을 진심으로 환영한다!**
>
> 우리의 사법 체계는 부지런히 작동하고 있다, 왜냐하면 살인에는 공소시효가 없기 때문이다.
>
> **폴란드와 체코가 독일에서 저지른 잔학 행위[에 대한] 기록**
>
> "죽은 자들의 땅으로부터"
>
> 이후 "1,000개의 태양보다 밝은("Brighter than a Thousand Suns")"을 쓴 저명한 저자이고 기술 비평가인 유대인 출신 망명자이자 베를린 출신인 로버트 융크(Robert Jungk)는 소위 "정기적" 추방이 시작되기 전에 취리히에서 "세계 주간(Weltwoche)"이라는 보고서를 발행하였다. 이 보고서는 폴란드 점령 하에 있던 독일 동부 지역에 만연했던 상황을 기술한 것으로 저자 자신의 경험에 기반하여 작성한 것이었다. 그의 보고서에는 "죽은 자들의 땅으로부터"라는 제목이 붙었다.
>
> 일부 구절을 인용한다:
>
> "폴란드 구역을 떠나 러시아 점령 지역에 도달한 사람들은 누구라도 즉각 다시 숨을 쉴 수 있다. 그는 완전히 약탈당한 마을, 전염병으로 고통받는 동네, 강제 수용소, 척박한 땅, 시체로 가득한 거리를 떠난다. 그곳은 도둑들이 숨어 있다. 추방당한 사람들의 마지막 소유물까지 강탈하는 곳이다... G. 마을의 광장에서 소

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

녀, 여성, 나이든 여성까지 폴란드 민병대의 친척들에 의해 강간당했다는 것은 사실이다. S. 마을의 기차역에서 난민들을 태운 모든 기차는 조직적으로 약탈당해 기차에 탄 사람들이 벌거벗은 채 서쪽으로 가야 했다는 것은 사실이다. 슐레지아의 중심 지역에 아직까지 살아있는 1살 이하 아동이 한 명도 없다는 것은 사실이다. 왜냐하면 모두 먹지 못해 죽었거나 살해당했기 때문이다. 매독을 앓고 있던 슐레지아 윗지역의 여성(이 여성은 이전에 강간을 당했다-편집자)은 "치료"로 머리에 총을 맞았다. 나라에 자살의 물결이 한바탕 일었고, 어떤 마을에서는 인구의 1/12이, 심지어는 1/10이 스스로 목숨을 끊었다는 것은 사실이다. C. 마을과 S. 마을의 소위 노동 수용소에서 포로들이 얼음물에 목까지 잠긴 채로 밤을 세웠다는 것과 정신을 잃을 때까지 구타당했다는 것은 사실이다."

1945년은 해방의 해였던가?

외국의 강제 수용소에서 발생한 대량의 죽음

전후 7백만 명의 독일인이 약탈당하고, 추방당하고, 강간당하고, 공격당하고, 살해당했다.

...

추방 후 이송 중에 죽은 독일인보다 폴란드와 폴란드 점령 지역의 1,255개 수용소에서 죽은 독일인이 더 많았다. 슐레지아 윗지역의 람스도르프 수용소에서는 8,000명 중 6,048명이 죽었다. 슐레지아 윗지역의 다른 강제 수용소에서도 극도의 잔악 행위가 있었다. 여러 수용소에서 너무 늙었거나 일할 수 없거나 아픈 이들을 사전에 계획된 대로 사살하는 것은 흔한 일이었다.

...

강제 노동이나 수용소에서 겪은 고통은 돈으로 보상될 수 없다. 그 금액이 얼마이든 말이다. 필요한 것은 그러한 잔악한 행위가 일어났던 국가에서 그 범죄 행위들을 인식하는 것이다. 더불어 생존해 있는 책임 당사자들을 처벌하는 것이다. 그 문제와 관련하여 독일인 피해자를 둘러싼 문제들에는 완벽한 침묵만이 있을 뿐이다."

5. 두 번째 벽보에는 다음과 같은 내용이 담겨 있었다:

"폴란드와 체코가 저지른 잔학 행위에 대한 기록... 우리의 EU 친구들은 폴란드와 체코의 역사에 대한 새로운 평가를 피하고 있는 것인가? 1,500만 명의 독일인들이 약탈당하고, 재산을 강제 수용당하고,

수십만의 사람들이 강제 수용소로 보내지고 강제 노동을 해야 했다. 350만 명의 독일인이 죽었다. 고소하는 사람도 없고, 판사도 없는 이 곳에... 오직 독일인만 있을 뿐이다... 독일인은 이등 시민인가?

...

전체적으로 1,100만 명의 독일인이 죽었는데 여기에는 전쟁 후 죽은 7백만 명이 포함되어 있다.

평화로운 유럽은 법과 진실 토대 위에서만 존재할 수 있다. 이전과 다른 민주적 폴란드와 체코 공화국은 법에 반해 수용된 주택과 대지를 보상해야 한다."

2. 기소와 제1심(initial court) 법원 판결

6. 2004년 12월 28일 검사는 옐레니아구라 지방 법원(Jelenia Góra Regional Court)에 청구인들을 기소했다. 청구인들은 폴란드를 공개적으로 모독한 것(형법 제133조)과 국가적 차이에 기반하여 증오를 선동한 것(형법 제256조)의 두 가지 범죄로 기소 되었다. 검찰은 2004년 5월과 7월 사이에 청구인들이 폴란드와 독일 국경 근처 도시의 버스 정류장과 벽보 게시판에 32장의 벽보를 게시했다고 주장했다. 검찰에 따르면, 그 벽보에는 제2차 세계대전 중 그리고 이후에 폴란드인이 독일 민간인을 상대로 저질렀다고 주장하는 대규모 범죄에 대한 허위 진술과 출처를 알 수 없는 사진들이 담겨 있었다. 더군다나 이들은 독일 사람들이 폴란드 영토에 남긴 땅과 재산의 반환을 요구하면서 폴란드와 독일 사이에 긴장을 야기했다.

7. 2005년 2월 7일 옐레니아구라 지방법원(Regional Court)은 청구인들의 사건에 대한 관할권이 없다고 판단하고 옐레니아구라 지구법원(District Court)으로 사건을 이송하였다. 지구 법원은 청구인들이 저지른 행위가 공공질서에 대한 행정적 위법행위에 해당한다고 결론 내렸다. 이 판결에 대해 검사는 항소하였다. 2005년 2월 25일 브로츠와츠 상소 법원은 원심을 파기하고 이 사건을 지방 법원으로 환송하였다. 상소 법원은 지방법원이 관할권을 결정하기 위한 절차의 사전 단계에서 검찰의 범죄 혐의에 대한 법적 분류의 온당함을 검토할 수 없다고 판단했다.

8. 2005년 5월 12일 지방법원은 판결을 내렸다. 법원은 청구인들이 제기된 위법 행위를 저질렀다고 판단하였고, 집행 유예 2년을 내리는 대신 형사 소송은 일시 중지하기로 하였다. 청구인들은 각자 2,000폴란드 즈워티를 아동보호 시설에 지불하도록 명령받았다.

9. 지역 검찰은 판결에 상고하였다. 검사는 특히 지방법원이 청구인들이 저지른 행위의 범죄 정도와 사회적 위험에 대해 하찮게 여겼다고 주장하였다. 2005년 9월 14일 브로츠와츠 상소 법원은 지방법원의 판결을

파기 환송하였다.

3. 사실심(Trial Court) 법원의 판결

10. 2006년 4월 7일 지방법원은 판결을 내렸다. 청구인들은 2004년 7월 20일과 20일에서 21일로 넘어가는 밤에 제2차 세계대전 중 그리고 이후에 폴란드인이 독일 민간인을 상대로 저질렀다고 주장하는 대규모 범죄에 대한 허위 진술과 출처를 알 수 없는 사진들이 담겨 있는 벽보를 볼레스와비에츠의 공공 장소에 게시함으로써 폴란드를 모독하고 폴란드와 독일 사이의 증오를 선동했다는 혐의에 대해 유죄 판결을 받았다. 더군다나 이들은 독일 사람들이 폴란드 영토에 남긴 땅과 재산의 반환을 요구하면서 폴란드와 독일 사이에 긴장을 야기했다. 또한 청구인들은 이전에 유사한 벽보를 게시하려고 시도한 것에 대해서도 유죄 판결을 받았다.

11. 지방법원은 첫 번째 청구인에게는 징역 10개월에 집행유예 3년, 나머지 두 청구인에게는 징역 8개월에 집행유예 3년을 선고했다.

12. 법원의 판결은 브로츠와츠 대학의 법학 교수, 역사학 교수, 사회학 교수 세 명이 준비한 의견에 근거하였다. 이 전문가 중 두 명은 폴란드 내 나치 범죄 조사 위원회의 위원이었다.

13. 지방법원은 증거를 참작하여 청구인들이 폴란드를 공개적으로 모독하고, 국가적 증오를 선동하는 죄를 저질렀다고 판결했다. 판결문에서 관련 부분은 다음과 같다:

> "형법 제133조에 명시된 범죄, 특히 폴란드를 공개적으로 모독한 사람에 의해 이 범죄가 저질러졌다. "모독"이라는 용어는 한 사회에 존재하는 가치 체계에 기반하여 해석될 수 있다. 이 단어의 의미는 일반적 언어 속에서 이 단어가 가지는 의미를 반영하기 때문이다. 모독한다는 것은 말이나 행위로 누군가나 무엇인가를 불쾌하게 하는 것이다... 이는 경멸을 보임으로써 신망이나 평판에 해를 끼치는 행위로 구성된다.
>
> "모독"이라는 용어는 가치 판단의 범주에 속하고, 다양한 의미를 가질 수 있다. 이 용어는 최대한 객관적인 기준과 일반적으로 수용되는 가치에 기반하여 해석해야 한다. 모독은 경멸, 굴욕, 무례한 언동의 표현과 마찬가지이다...
>
> 형법 제256조에 명시된 범죄, 특히 국가적 차이에 기반하여 증오를 공개적으로 선동하는 사람에 의해 이 범죄가 저질러졌다. 이러한 행위는 반감과 적대감의 씨앗을 뿌린다..."

14. 청구인들의 동기와 관련하여, 법원은 청구인들이 추방 기간 동안 독일인에게 벌어진 학살을 폴란드 대중에게 알리기 위해 볼레스와비에츠에 벽보를 게시했다고 주장했다는 점을 지적했다. 재판부는 그 주장이 설득력있다고 받아들이지 않았으며, 다음과 같이 판결하였다:

> "그 벽보는 폴란드 사람에 대한 수많은 거짓을 담고 있다. 전문가 의견을 통해 다음과 같은 사실이 밝혀졌다. 독일인의 사망률과 국외 추방 관련 정보는 혼란스러운 방식으로 제공되었는데 이는 의도적으로 그렇게 한 것이다. 그들은 그러한 일들이 폴란드 정권 혹은 러시아 정권하에서 일어났는지 아니면 체코슬로바키아 영토에서 일어났는지 구분하지 않았다. 그 정보들은 주로 폴라드인을 비난할 근거로 쓰일 수 있는 방식으로 제공되었다.
>
> 벽보에 인용된 숫자들은 일부 반(反) 폴란드 정치 소책자로부터 나온 것들이다. 포츠담 회담이 시작된 후 폴란드 정권으로 넘어간 지역에서 널리 일어난 상황에 대해 쓴 R. 융크의 보고서로부터 인용된 정보들은 사실이 아니다. 특히, 일상적 범죄 행위의 진짜 가해자에 대한 정보는 의도적으로 누락되었다. 제2차 세계대전이 끝난 후 독일인들이 폴란드의 강제 수용소에 수용되어 있었다는 정보 또한 사실이 아니다. 왜냐하면 그러한 수용소는 존재하지 않았고, 벽보에 있는 사진들은 기록적 가치를 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 사진 속 사람들을 알아보는 것도 불가능하기 때문이다.
>
> 전문가들은 벽보의 내용이 사실이 아니고, 폴란드와 독일의 사학자들의 연구에 의해 뒷받침되지 않는다는 점을 확실하게 확인해 주었다.
>
> 피고인들이 폴란드에서 질서위반행위법 제63a조 제1항에 따른 질서위반행위를 저질러 처벌을 받은 전력이 있다는 점은 특히 중요하다. 당시 피고인들은 "독일인들 1945-46"이라는 글귀가 적힌 백 개의 십자가를 게시했었다. 피고인들의 행위가 중대한 사회적 영향을 미쳤고, 그로 인해 처벌을 받았다는 사실 자체는 그들이 벽보를 게시함으로써 받게 될 법적, 사회적 영향을 인지하고 있었다는 점을 나타낸다.
>
> 피고인들은 벽보를 게시함으로써 폴란드를 모독하였다. 벽보에 포함된 허위사실들은 폴란드를 모독하는 것이다. 왜냐하면 폴란드인이 그 범죄들을 저질렀다고 주장하는 것-그것은 과학적으로 증명되지 않았다-은 폴란드에 대한 모독이기 때문이다. 벽보에 대한 이러한 해석은, 다른 여러 것 중에서도, 제3자에 의한 내용 평가와 벽보를 본 사람들의 반응에 근거한 것이다.

15. 더 나아가 1심 재판부는 다음과 같이 판결했다:

"벽보의 내용은 명백히 폴란드와 독일 사이에 동요, 반감 혹은 적대의 느낌을 불러일으킬 수 있다. 벽보에서 폴란드인이 범죄를 저질렀음을 강조하고, 폴란드 영토에 독일인들이 남긴 집과 토지를 되돌려달라는 근거 없는 주장을 포함함으로써 폴란드인에 대한 독일인들의 적대감을 되살리거나 혹은 불러일으킬 수 있다. 전문가 의견에 따르면, 한 벽보에 두개골 사진을 넣은 것은 증오를 불러일으키려는 목적밖에 없다...

16. 선고와 관련하여 재판부는 청구인들이 질서위반행위법 제63a조 제1항에 명시된 질서위반행위로 이전에 브로츠와츠-슈로드미에스치에 지구법원에서 유죄 판결 받은 점을 고려하여 판결하였다.

4. 청구인들의 항소

17. 청구인들은 항소하였다. 우선, 그들은 법원이 다수의 절차적 오류를 저질렀다고 주장했다. 그들은, 특히, 폴란드를 모독했다는 범죄가 일어났는지를 고려하는 데 있어 제1심 재판부가 사학자들이 준비한 전문가 의견을 맹목적으로 받아들였고, 문제 자체를 적절하게 고려하거나 벽보의 내용을 검토하는 데 실패했다고 주장했다. 더군다나 재판부는 벽보에 역사적 사건과 관련된 부정확한 정보가 포함된 것이 그 내용이 모독적이고 증오를 선동하는 것을 암시한다고 잘못 가정하였다.

18. 청구인들은 제1심 재판부가 특정 증거를 인정하기를 거부하였고, 증거를 자의적으로 평가했다고 주장했다. 특히 그들은 재판부가 첫 번째 전문가 의견이 모순된다고 주장하는 다른 전문가 의견을 인정하지 않은 점에 대해 문제를 제기하였다. 그들이 보기에 재판부는 벽보의 내용이 동요, 반감, 적대를 일으킬 수 있으며, 청구인들이 폴란드를 모독하고 증오를 선동하려는 의도를 가지고 이런 행동을 했다고 판단하는 오류를 저질렀다.

19. 그들은 폴란드와 독일인의 관계에 관한 그들의 과장된 표현방식이 오로지 화해의 관점에서 상호 관계에 대한 논의를 촉진하기 위한 목적이었으며, 어떤 식으로든 모욕으로 간주될 수 없다고 주장했다. 그러한 맥락에서 그들은 벽보의 내용에는 일부 사실적 역사 정보와 일부 역사적 논쟁의 주제가 담겨 있었다고 주장했다.

20. 폴란드를 모독했다는 혐의에 대해 그들은 재판부가 폴란드에 우호적이지 않은 진술과 모독적인 진술을 구분해내지 못했다고 주장했다. 게다가 근대 국가에서 형법 제133조와 같은 범죄는 법치주의에 근거하여 협소하게 해석되어야 하고, 역사에 대한 한 가지 해석을 보호하기 위한 도구로 이용되어서는 안 된다.

5. 상소 법원의 판결

21. 2006년 8월 30일 브로츠와츠 상소 법원은 청구인들의 항소를 기각하고, 제1심 재판부의 판결을 확정하였다.

22. 상소 법원은 제1심(trial court) 재판부가 절차적 오류를 저지르지 않았다고 결론 내렸다. 이 사건의 증거들은 사건을 검토하기에 종합적이고 충분하였으며, 청구인들이 제안한 증거를 인정할 필요는 없었다.

23. 상소 법원은 청구인들의 행동을 제2차 세계대전과 그 이후의 기간이라는 역사적 맥락 속에서 검토할 필요가 있었다고 밝혔다. 이를 위해 재판부는 브로츠와츠 대학의 교수 3명에게 전문가 의견을 준비하도록 명령했다. 그들은 이 벽보의 내용을 평가하도록 요청받았고, 다음과 같이 의견을 밝혔다:

> "그 벽보들의 내용은 전혀 사실이 아니었으며 포츠담 회담이 시작된 후 폴란드 정권으로 넘어간 지역에서 널리 일어난 상황에 대한 거짓 정보를 담고 있다. 또한 그 벽보들은 독인일들의 손해에 대한 거짓 정보를 담고 있는데, 이에 대한 벽보 속 정보는 폴란드와 독일 사학자들의 연구 결과와 일치하지 않는다."

24. 상소 법원은 청구인들의 주장이 불완전하고 모순적이라며 기각하였다. 법원은 전문가들이 벽보의 내용이 폴란드에 모독적이었는지 혹은 국가적 증오를 선동하였는지를 판단할 위치에 있지 못하다는 청구인들의 견해 또한 기각하였다. 항소 법원은 역사 연구, 예를 들어 전후 독일인이 입은 손실에 대해 일정한 의견 차이가 있을 수 있다는 점을 지적하였다. 그러나 그 전문가들은 폴란드-독일 연구 결과를 참고하여 이 문제를 고려하였다. 거기에 더해 법원은 비록 독일인이 겪은 인간적 비극, 특히 그들에 대한 추방으로 생긴 비극을 외면해서는 안 되지만 그 일들은 역사적 맥락으로부터 떨어질 수 없다고 밝혔다. 그 맥락이란 제2차 세계대전의 원인과 결과로, 거기에는 포츠담 회담이 열린 것도 포함된다.

B. 관련 국내법

1. 관련 헌법 조항

(a) 표현의 자유 관련 조항

25. 제14조의 내용은 다음과 같다:

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

"폴란드 공화국은 언론 및 기타 사회적 의사소통 수단의 자유를 보장한다."

26. 헌법적 권리와 자유에 대한 비례적이지 않은 제한을 일반적으로 금지하는 헌법 제31조 제3항(비례성의 원칙)의 내용은 다음과 같다:

"헌법적 자유과 권리의 행사에 대한 어떠한 제한이라도 법률에 의하여서만, 국가의 안전과 공공질서의 보호를 위하며 민주국가에서 필요한 경우에만, 또는 자연환경과 공중 보건, 공중도덕 또는 타인의 자유와 권리를 보호하기 위하여서만 부과딜 수 있다. 그러한 제한은 자유와 권리의 본질을 침해해서는 안 된다."

27. 헌법 제54조 제1항은 표현의 자유를 보장한다. 관련 내용은 다음과 같다:

"의견을 표명하고 정보를 획득하고 전파할 자유는 누구에게나 보장된다."

(b) 죄형법정주의

28. 헌법 제42조 제1항의 내용은 다음과 같다:

"행위시의 법률에 의하여 금지되고 형벌을 받도록 정해진 행위를 저지른 자만이 형사책임을 진다. 이 원칙은 행위시에 국제법적인 의미에서 범죄를 구성하는 행위의 처벌을 방해하지 아니한다."

(c) 위헌법률심판 관련 조항

29. 헌법 제79조 제1항의 내용은 다음과 같다:

"그 헌법적 자유와 권리가 침해된 자는 누구든지 법률로 정해진 원칙에 따라서, 법원 또는 공행정기관이 헌법상 정해진 자유·권리·의무에 대한 최종적 결정을 내린 근거가 된 법률 및 기타 법규가 헌법에 합치하는지 여부에 관한 그의 판결을 구하기 위하여 헌법재판소에 제소할 권리를 가진다."

30. 헌법 제190조에서 관련 내용은 다음과 같다:

"1. 헌법재판소의 결정은 일반적으로 구속력을 가지고 적용되며 최종적이다.

2. 헌법재판소의 결정은, ... 지체 없이 공시되어야 한다.

3. 헌법재판소의 결정은 공시된 날로부터 효력을 발생하나, 헌법재판소는 법규의 효력의 종료일을 달리 정할 수 있다. 그러한 기간은 법률에 대하여는 18개월, 기타 법규에 대하여는 12개월을 초과할 수 없다.

4. 법적으로 유효한 법원의 판결, 최종적 행정결정 또는 기타 사항의 해결에 근거가 된 법규가 헌법, 국제협약 또는 법률에 대해 합치하지 않는다는 헌법재판소의 결정은 -당해절차에 적용되는 규정에 정한 방식와 원칙에 따라- 재심절차의 근거 또는 결정을 취소하는 근거가 된다."

2. 형법 관련 조항

31. 형법 제133조의 내용은 다음과 같다:

"국가나 폴란드 공화국을 공개적으로 모독한 자는 최대 3년의 징역에 처한다."

32. 사건이 일어난 당시, 형법 제256조의 내용은 다음과 같다:

"파시스트나 다른 전체주의적 국가 체계를 장려하는 자, 국가적·민족적·인종적 혹은 종교적 차이 혹은 종교적 분파의 결핍을 이유로 증오를 선동하는 자는 벌금과 최대 2년의 징역에 처한다.

3. 형사소송법 관련 조항

33. 형사소송법 제540조 제2항은 헌법재판소 결정 후 재심절차를 규정하고 있다. 그 내용은 다음과 같다:

"헌법재판소 결정의 결과로 유죄판결이나 재판의 조건적 중단의 근거로 쓰인 법률 조항이 폐지되거나 수정되었을 때 재판은 피고의 이익을 위해 재개되어야 한다."

청구요지

34. 청구인들은 폴란드를 모독하고 증오를 선동했다는 이유로 유죄판결을 받은 것은 협약 제10조 위반이라고

주장했다. 그들은 정치적 이유로 역사적 토론을 억누르지 않기 위해 형법 제133조와 제256조는 협소하게 해석되어야 한다고 주장했다. 사실을 배포한 것 때문에 처벌받을 수 없다. 비록 그 사실이 한 국가의 명예를 해치는 것이라 하더라도 말이다. 비록 벽보에 인용된 몇몇 수치들이 정확하지 않았다 하더라도 폴란드 사람들이 추방 후반기에 독일인 민간인을 상대로 끔찍한 범죄를 저질렀다는 것은 명백한 사실이다. 그 사건들과 다른 사건들, 예를 들어 전후 폴란드에 독일인을 대상으로 하는 수용소가 존재했다는 것을 입증하는 잘 정리된 서류 자료가 있었다. 청구인들은 터키를 모독하는 언설을 형사처벌하는 터키 형법 301조와 폴란드 형법 제133조의 유사점을 지적하였다.

판단

35. 청구인들은 자신들의 사건 정황을 통해 협약 제10조의 위반이 드러났다고 주장했다.

A. 당사자들의 의견

36. 애초에 정부 측 주장은 청구의 적법요건 문제에 한정되었다. 따라서, 정부는 정당한 근거가 없음을 들어 이 청구가 부적법하다고 주장했다.

37. 정부는 사건의 실제 상황을 고려했을 때, 청구인들이 폴란드 법률이 제공하는 이용 가능한 구제수단을 소진하지 않았다고 주장했다. 이러한 점에서 정부는 보충성의 원리의 중요성을 강조했다. 정부가 보기에 청구인들은 자신들의 유죄 판결에 근거가 된 형법 제133조의 위헌성을 다퉈보는 위헌법률심판을 신청할 수 있는 기회를 이용하지 않았다. 정부는 청구인들의 사건이 재판소 판례에서 설명된 위헌법률심판의 유효성 관련 요건을 다 갖췄다고 주장했다.

38. 청구인들은 위헌법률심판은 법적 규범이 헌법에 합치하는지를 추상적으로 평가할 뿐 주어진 사건에 대한 법률 적용에 대해서는 평가하지 않는다고 주장하였다. 그러한 심판은 당연히 자신들의 사건에서는 성공할 가능성이 없었을 것이다. 비록 유럽에서 국가 명예를 형법이라는 수단으로 보호하는 것이 흔한 일은 아니었지만, 청구인들이 보기에 형법 제133조는 헌법에 합치하는 것이었다. 이와 유사하게 형법이라는 수단을 통해 국가 내 다른 민족들의 평화적 공존을 보호하는 형법 제256조도 국제법 규범이나 폴란드 헌법하에서 우려가 제기되지 않았다. 결과적으로 이 절차는 오직 논란이 되는 조항에만 문제를 제기할 수 있기 때문에 청구인들은 자신들이 위헌법률심판을 신청할 필요가 없었다고 주장했다.

B. 재판소의 평가

39. 협약에 의해 확립된 보호 장치는 인권 보호를 위한 국내 체제에 보조적 역할을 한다는 점을 재판소는 다시 한 번 말한다. 본 재판소는 협약에 따른 회원국의 의무 이행 감독과 관련이 있다. 재판소가 회원국의 역할을 강탈할 수도, 해서도 안 된다. 법에 명시된 기본적 권리와 자유가 국내 수준에서 존중되고 보호받도록 하는 것은 회원국의 책임이다. 그러므로 국내적 구제수단의 소진 원칙은 이러한 보호 체계가 기능하는 데 필수적이다. 국가는 국내 사법 체계를 통해 사건을 바로 처리할 기회를 가지기 전에는 국제 기구에서 자신의 행위에 대해 항변하지 않아도 된다. 그러므로 국가에 대한 제소를 통해 재판소의 감독 관할권을 발동하고 싶은 사람은 우선 국내 사법 체제가 제공하는 구제수단을 이용해야 한다. 재판소는 제1심 법원(court of first instance)이 아니라는 점은 아무리 강조해도 지나치지 않다. 재판소는 그럴 자격도 가지고 있지 않을 뿐만 아니라 기본적 사실들을 찾아내고 금적전 보상을 계산해야 하는 수많은 사건들에 대해 판결을 내리는 것은 국제 재판소에 적합하지 않은 역할이다. 원칙과 효율적 수행이라는 측면에서 사실을 찾고, 보상을 계산하는 일은 국내 관할권의 역할이다(*Akdivar and Others v. Turkey,* 1996년 9월 16일, 문단 65, *Reports* 1996-IV; 그리고 *Demopoulos and Others v. Turkey*(dec.) [GC], nos.46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04 및 21819/04, 문단 69, ECHR 2010 참고).

40. 국내적 구제수단의 소진과 관련하여 입증 책임의 분배 문제가 있다. 구제수단이 소진되지 않았음을 주장하는 정부는 재판소를 설득할 책임이 있다. 정부는 구제수단이 효력이 있으며, 이론적으로 그리고 실제로 관련된 때 이용 가능함을 입증해야 한다. 즉, 구제수단은 접근 가능했으며, 청구인의 제소에 대해 보상을 제공할 수 있었으며, 합당한 성공 전망을 보였어야 한다. 그러나 일단 그 입증 책임이 충족되면 정부가 내놓은 구제수단이 사실상 소진되었다거나 사건의 특정 상황에서 그 구제수단은 부적절했다거나 혹은 효과적이지 않았다거나 청구인이 그러한 요건을 면제받을 수 있는 특별한 정황이 있었다는 것을 입증할 책임은 청구인의 몫이다. 관련 구제절차의 효과성에 대한 단순한 의심만으로는 청구인이 협약 제35조 제1항에 따른 의무로부터 면제받을 수 없고, 물적 증거, 특히 국내에서 실행되어 확립된 예시와 같은 증거가 필요하다(*위의 문헌*; *Pikielny and Others v. Poland*(dec.), no.3524/05, 2012년 9월 18일, 문단 57 또한 참고).

41. 정부는 청구인들이 국내 구제수단을 소진하지 않았다면서 형법 제133조에 대한 위헌법률심판을 신청했어야 했다고 주장했다. 재판소는 이미 폴란드 내 위헌법률심판 절차의 효과성에 대한 질문을 다룬 적이 있음을 상기한다(*Szott-Medyńska v. Poland*(dec.), no.47414/99, 2003년 10월 9일; *Pachla v. Poland*(dec.), no.8812/02, 2005년 11월 8일; *Wiącek v. Poland*(dec.), no.19795/02, 2006년 1월 17일; *Tereba v. Poland*(dec.), no.30263/04, 2006년 11월 21일; *Łaszkiewicz v. Poland,* no.28481/03, 문단 68, 2008년 1월 15일; *Liss v. Poland*(dec.), no.14337/02, 2010년 3월 16일; 그리고 *Urban v. Poland*(dec.), no.29690/06, 2010년 9월 7일 참고). *Szott-Medyńska v. Poland*

판결에서 재판소는 폴란드 위헌법률심판 모델의 두 가지 주요한 한계, 즉 그 범위와 그것이 제공하는 보상의 형태에 대해 고찰하였다.

42. 위에서 언급한 폴란드의 위헌법률심판 절차의 한계를 분석하면서 재판소는 위헌법률심판이 협약의 의미 안에서 효과적인 구제수단으로 인정될 수 있다고 평하였다. 그러나 그것은 1) 협약을 위반하였다고 보이는 개별 판결이 위헌적 국내 법조항의 직접적 적용에 의해 채택되었을 때, 2) 헌법 재판소의 위헌 판결의 결과로 인한 재판의 재개 혹은 최종 판결 파기의 전제가 되는 그런 종류의 개별 판결들을 정정하기 위한 절차적 법규가 있는 경우에만 그러하다. 따라서 재판소는 위에서 언급한 요건들이 충족되는 경우라면 협약 제35조 제1항에 따라 위헌법률심판 절차를 소진하는 것이 요구된다고 결론 내렸다.

43. 본 사건에서 재판소는 청구인들이 형법 제133조에 따른 폴란드 모독죄, 형법 제256조에 따른 국가적 혐오 선동죄에 대해 유죄를 선고받았음을 알고 있다. 이 형법 조항들은 청구인들이 저질렀다고 주장되는 위법 행위에 대한 개별 판결의 직접적 법적 근거를 구성한다.

44. 재판소는 본 사건과 유사한 사건, 형법 제136조 제1항과 제3항에 따른 외국 국가원수 모독 범죄 관련 사건을 다룬 바 있다. 그 사건에서 재판소는 위 조항에 근거하여 유죄 판결을 받은 청구인은 먼저 헌법재판소에 위헌법률심판을 신청했었어야 한다는 정부 측의 이의를 인정하였다(위 인용, *Urban v. Poland* 참고). 그 이전의 *Pachla v. Poland*(위 인용)사건에서 재판소는 대중 매체를 통해 이뤄진 명예훼손을 형사처벌하는 형법 제212조 제2항으로 유죄 판결을 받은 청구인에 대해서도 같은 입장을 취했다.

45. 형법 제256조와 관련하여, 재판소는 최근 헌법재판소가 이 조항의 일부에 대한 위헌여부 결정을 선고했음을 알고 있다. 2014년 2월 25일자 선고(사건번호 SK 65/12)에서 헌법재판소는 특히 형법 제256조에 쓰인 "증오 선동"이라는 어구에 대해 헌법 제54조 제1항과 더불어 헌법 제31조 제3조, 헌법 제42조 제1항과 양립할 수 있다고 선고했다. 이에 더해 헌법재판소는 그 위헌법률심판이 국가 및 다른 차이에 근거하여 증오를 선동한 것을 실제 법으로 처벌하는 것 혹은 형법 제256조에 따라 부여되는 그 처벌의 심각성은 문제삼지 않았다는 점을 언급하였다. 또한 헌법재판소가 폴란드 대통령을 공개적으로 모독하는 행위를 법으로 처벌하는 형법 제135조 제2항의 합헌성과 협약 제10조와의 양립가능성에 대한 수많은 법적 질문은 받았다는 점 또한 지적하고자 한다. 헌법 재판소는 논쟁이 된 조항의 합헌성을 검토하였고 2011년 7월 6일 이에 대해 선고하였다(사건번호 P 12/09). 2011년 7월 19일자 선고(사건번호 K 11/10)에서 헌법재판소는 증오를 선동하는 정보의 유포를 법적 처벌하는 형법의 신설 조항(제256조 제2-4항)의 합헌성에 대해 재검토한 후, 일부 위헌 결정을 내렸다.

46. 앞서 말한 점들을 고려할 때, 재판소는 본 사건의 청구인들이 재판소에 청구하기 전 위헌법률심판을 먼저

신청했어야 했다고 본다. 청구인들은 위헌법률심판을 통해 형법 제133조와 제256조의 합헌성에 대해 이의를 제기하고, 이 조항들이 헌법 제54조 제1항(표현의 자유), 제31조 제3항(비례성의 원칙), 제42조 제1항(법률이 없으면 범죄도 없고 형벌도 없다, 죄형법정주의)을 위반했다고 주장할 수 있었다.

47. 청구인들이 위헌법률심판을 신청하고, 만약 그 결과가 성공적이었다면 청구인들은 형사소송법 제540조 제2항에 따라 관할법원에 자신들의 사건을 다시 재개하라고 요청할 수 있었을 것이다. 사건을 새롭게 검토하면서 법원은 위헌이라고 결정된 법 조항을 무시했을 수도 있다. 그렇다면, 형사 소송을 재개한 결과로 협약 제10조 침해 주장에 대해 적정한 보상을 받을 수도 있었을 것이다.

48. 결론적으로, 재판소는 본 사건에서, 형법 제133조와 제256조에 대해 위헌법률심판을 신청하지 않음으로써 청구인들은 폴란드 법이 제공하는 구제수단을 소진하지 않았다고 판결한다. 그러므로 본 사건에서 청구인들이 위헌법률심판을 이용하지 않았다는 정부 측의 이의는 그 근거가 충분하다.

49. 국내 구제수단을 소진하지 않았으므로 협약 제35조 제1항과 제4항에 따라 이 청구를 각하한다.

이러한 이유로, 재판소는, 만장일치로, 이 청구를 각하로 결정한다.

Fatoş Aracı
부서기

Ineta Ziemele
재판장

국가인권위원회
humanrights.go.kr

humanrights.go.kr 국가인권위원회

인종 차별이나 증오의 선동 (Incitement to racial discrimination or hatred)

14. Jersild v. Denmark

1994년 9월 23일

언론인인 청구인은 자칭 "그린자켓"이라는 청년 집단의 구성원 세 명을 대상으로 진행한 TV 인터뷰의 발췌분을 담고 있는 다큐멘터리를 제작하였다. 인터뷰에서 그 세 명의 청년들은 덴마크 내 이주민과 소수 민족 집단에 대해 폭력적이고 경멸적인 발언을 하였다. 청구인은 인종주의적 발언의 유포를 방조했다는 혐의에 대해 유죄 판결을 받았다. 그는 자신의 표현의 자유가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 공개적으로 인종주의적 발언을 한 "그린자켓" 구성원들과 이 청년 집단을 알리고, 분석 및 설명을 통해 "당시 이미 대중이 크게 염려하던 문제의 구체적인 측면"을 다루려고 했던 청구인을 구분하였다. 전체적으로 봤을 때 그 다큐멘터리의 목적은 인종주의적 관점과 생각을 선전하려 했던 것이 아니라 대중에게 사회적 문제를 알리는 것이었다. 따라서 재판소는 협약 제 10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

14

유럽인권재판소

재판소(대재판부)

JERSILD v. DENMARK 사건

(청구 번호. 15890/89)

판결

스트라스부르

1994년 9월 23일

*Jersild v. Denmark*사건에서[74], 유럽인권재판소는 재판소 규칙51[75] 에 따라 대재판부로 참여하며, 다음의 판사들로 대재판부를 구성하였다.

R. Ryssdal, *재판장,*

R. Bernhardt,

F. Gölcüklü,

R. Macdonald,

C. Russo,

A. Spielmann,

N.Valticos,

S.K. Martens, Mrs E. Palm,

R. Pekkanen,

A.N. Loizou,

J.M. Morenilla,

M.A. Lopes Rocha,

L. Wildhaber,

74) *사무국 각주* 이 사건의 번호는 36/1993/839/1045이다. 첫 번째 숫자는 관련 연도(두 번째 숫자)에 재판소에 회부된 사건들의 목록에서 이 사건의 위치를 나타낸다. 마지막 숫자 두 개는 재판소가 만들어지고 난 후 회부된 사건의 목록에서 이 사건의 위치 그리고 위원회로 송부된 본래 청구 목록에서 이 사건의 위치를 나타낸다.

75) https://www.echr.coe.int/documents/rules_court_eng.pdf 4장-심리적격 여부에 대한 결정 절차, 국가간 청구, 규칙51-청구의 배당 및 이후 절차

G. Mifsud Bonnici,

J. Makarczyk,

D. Gotchev,

B. Repik,

A. Philip, *특별 판사;*

H. Petzold, *서기,*

1994년 4월 22일과 8월 22일에 비공개 심리 후, 다음과 같이 판결하였다. 판결은 마지막으로 언급된 날짜에 채택되었다.

사건의 경과

1. 이 사건은 인권과 기본적 자유의 보호에 관한 유럽 협약(이후 "협약") 제32조 제1항과 제47조에 규정된 바에 따라 소재판부의 판결 후 3개월 이내인 1993년 9월 9일 유럽인권위원회(이하 "위원회")와 1993년 10월 11일 덴마크 왕국 정부(이하 "정부")에 의해 재판소에 회부되었다. 이 사건은 1989년 7월 25일 덴마크 국민인 Jens Olaf Jersild가 제25조에 따라 덴마크를 피청구국가로 하여 위원회에 제출한 청구(번호 15890/89)로부터 비롯되었다.

위원회는 요청서에서 제44조와 제48조 그리고 재판소의 강제 관할권(제46조)을 인정한 덴마크의 주장을 언급하였다. 정부의 청구는 제44조와 제48조를 언급하였다. 요청서와 정부의 청구의 목적은 이 사건의 사실관계에 따라 협약 제10조에 따른 피청구국가의 의무 위반을 밝힐 수 있는지에 관한 결정을 구하는 것이었다.

2. 재판소 규칙33 제3조 제d항에 따라 이루어진 조사에 대한 응답에서 청구인은 소송 절차에 참여하기를 원하며, 그를 대리할 변호사를 지명하였다고 진술하였다(규칙30).

3. 당연직인 덴마크 국적 선임 판사 I. Foighel(협약 제43조)과 재판소장 R. Ryssdal(규칙21 제3조 제b항)를 포함하는 소재판부가 구성되었다. 그러나 1993년 9월 20일 Foighel 판사는 규칙24 제2조의 규정에 따라 사건에서 물러났다. 1993년 9월 24일 서기의 입회 하에 재판소장은 7명의 다른 판사(R. Macdonald, E. Palm, R. Pekkanen, M.A Lopes Rocha, G. Mifsud Bonnici, J. Makarczyk, D. Gotche)를 추첨으로 뽑았다(규칙21 제4조 및 협약 제43조). 10월 29일에 보낸 서한을 통해 정부의 대리인은 K. Waaben을 특별 판사로 지명한 사실을 서기에게 통보했다. 대리인은 11월 16일에 보낸 편지에서 서기에게 Waaben 판사가 빠지고 A. Philip 판사가 그 자리를 대신하도록 지명했다고 통보했다(규칙23 및 협약 제43조).

4. 재판장인(규칙21 제5조) Ryssdal은 서기를 통해 정부, 청구인의 변호사, 위원회 대표와 함께 절차의 구성에

대해 논의하였다(규칙37 제1조 및 규칙38). 그 결과에 따른 명령으로 서기는 1994년 2월 18일에 정부의 청원서를, 2월 20일에는 청구인의 청원서를 받았다. 3월 7일자 서한에서 위원회의 총장은 대표가 서면으로 회신하기를 원치 않는다고 통보했다.

5. 1994년 2월 23일 소재판부와 협의한 재판장은 뉴욕에 기반을 둔 비정부 인권기구인 휴먼 라이츠 워치(Human Rights Watch)에 사건의 특정 측면에 대한 의견을 제출할 권한을 부여하였다(규칙37 제2조). 그 기관의 의견은 3월 23일에 제출되었다.

2월 23일 소재판부는 청구인이 사건에 참여한 재판관들에게 자신의 사건에서 문제가 되는 TV 프로그램의 비디오 녹화물을 상영하는 것을 승인했다(규칙41 제1조). (녹화물은) 4월 20일 공판 직전에 상영되었다.

6. 2월 23일 소재판부는 대재판부(Grand Chamber)에 재판권을 넘겨주기로 결정했다(규칙 제51조). 재판장과 부재판장 R. Bernhardt와 소재판부의 다른 재판관들은 당연직으로 대재판부에 참여했으며, 추가된 9명의 재판관 이름은 2월 24일 서기 입회하에 재판장의 추첨으로 정해졌다(규칙51 제2조 제a항-제c항). 추첨이 된 재판관들은 F. Gölcüklü, C. Russo, A. Spielmann, N. Valticos, S.K Martens, A.N Loizou, J.M Morenilla, L. Wildhaber와 B. Repik 였다.

7. 1994년 3월 22일과 4월 15일 사이의 여러 날짜에 재판장의 명령에 따른 서기의 요청에 따라 위원회는 다수의 문서와 2개의 비디오카세트를 만들었다. 그리고 청구인은 협약 제50조에 따라 자신의 주장에 대한 자세한 내용을 제출했다.

8. 재판장의 결정에 따라, 1994년 4월 20일 스트라스부르의 인권빌딩(the Human Rights Building)에서 공개심리를 진행하였다. 재판소는 사전에 예비 회의를 개최하였다.

공판 참석자:

- 정부 측

T. LEHMANN, 대사, 법률 자문관, 외무부, *대리인,*
M.B. ELMER, *대리 사무 차관, 수석 법률 고문, 법무부*
J. RECHNAGEL, *공사 참사관, 법무부*
J. LUNDUM, 부서장 법무부, *고문들;*

- 위원회 측

C.L. ROZAKIS, *대표*

- 청구인 측

K. BOYLE, *변호사, 에섹스 대학(the University of Essex) 법학교수*

T. TRIER, *변호사, 코펜하겐 대학(at the University of Copenhagen) 법학 강사 변호사,*

L. JOHANNESSEN, *변호사, 자문.*

재판소는 Rozakis, Lehmann, Elmer, Boyle, Trier의 변론 및 재판장이 제기한 질문에 대한 답변을 청취하였다.

사실 관계

Ⅰ. 사건의 특정한 배경

9. 덴마크 국민인 Jens Olaf Jersild는 기자이며 코펜하겐에 거주한다. 그는 현재도, 이 재판의 원인이 된 사건이 일어난 당시에도 선데이 뉴스 매거진(Søndagsavisen)이라는 프로그램을 방송하는 덴마크 라디오(덴마크 방송사. 라디오뿐만 아니라 TV 프로그램도 방송함)에 고용되어 있었다. 이 프로그램은 청중들에게 정확한 정보를 주는 진지한 TV 프로그램으로 알려져 있으며, 이주민과 난민 등 외국인 혐오와 광범위한 사회 및 정치 문제를 다룬다.

A. 그린재킷 방송 아이템

10. 1985년 5월 31일 인포메이션(Information) 신문은 코펜하겐의 외스테르브로(Østerbro) 지역에서 자신들을 "그린재킷"("grønjakkerne")이라 부르는 청소년 그룹 구성원들의 인종 차별주의적 태도를 기술한 기사를 발행하였다. 이 기사를 참고로 하여 선데이 뉴스 매거진의 편집자는 그린재킷에 대한 다큐멘터리를 제작하기로 하였다. 그 후 청구인은 그룹의 대표자들에게 연락을 취하고, 그 중 세 명을 초대하여 지역 청소년 센터에 고용된 사회복지사 Per Axholt과 텔레비전 인터뷰에 참여하도록 하였다. 청구인이 진행한 인터뷰 중 그린재킷의 세 명은 덴마크 내 이민자와 소수 민족 집단에 대해 폭력적이고 경멸적인 발언을 하였다. (인터뷰는) 5시간에서 6시간 동안 진행되었으며, 그중 2시간에서 2시간 30분 분량이 녹화되었다. 덴마크 라디오는 일반적인 관행에 따라 인터뷰 사례비를 지급했다.

11. 청구인은 이후 인터뷰 영상을 몇 분 분량으로 편집했다. (이 영상은) 1985년 7월 21일 덴마크 라디오의 선데이 뉴스 매거진에서 방송되었다. 이날의 프로그램은 남아공의 계엄령, 덴마크의 이익 분배 논쟁, 독일 작가 고(故) 하

국가인권위원회
humanrights.go.kr

인리히 뵐(Heinrich Böll)과 같은 다양한 항목으로 구성되었다. 그린재킷 방송의 녹취록 내용은 다음과 같다. [(I): TV 진행자. (A): 청구인; (G): 그린재킷 중 한 명 또는 그 이상] :

(I) "최근 몇 년 동안 덴마크에서는 인종주의에 대해 많은 논의가 있었다. 현재 신문들은 소수 집단에 대한 불신과 분노에 관한 기사들을 발행하고 있다. 소수 민족을 혐오하는 사람들은 누구인가? 그들은 어디에서 왔나? 그들의 심리는 어떠한가? Jens Olaf Jersild가 코펜하겐의 외스테르브로에서 극단주의자 청년집단을 방문했다.

(A) 벽에 있는 깃발은 미국 남북 전쟁에서 남부 주(州)들의 깃발이었지만, 오늘날 그것은 The Ku Klux Klan(KKK)로 대표되는 미국 인종주의 상징이기도 하다. 이것은 Lille Steen, Henrik와 Nisse가 누구인가를 보여준다. 당신은 인종 차별주의자인가?

(G) 그렇다. 나는 스스로 인종 차별주의자라고 생각한다. 인종 차별주의자라서 좋다. 우리는 덴마크는 덴마크인의 것이라고 믿는다.

(A) Henrik, Lille Steen과 다른 모든 사람들은 코펜하게의 외스테르브로 지역의 Studsgardsgade에 살고 있는('STUDSEN'라고 불린다) 젊은이 집단의 구성원이다. 이 공동주택의 주민 다수는 사회보장의 도움을 받는 실업자이며 범죄율도 높다. 이웃에 사는 일부 청년들은 범죄에 가담하여 유죄 판결을 받았다.

(G) 평범한 주유소 무장 강도였다.

(A) 무엇을 했나?

(G) 아무것도 하지 않았다. 나는 단지 총을 가지고 주유소로 돌진했다. 그리고 그들이 나에게 약간의 돈을 주도록 한 후 다시 밖으로 나왔다, 그게 다다.

(A) 당신은 무엇을 했나? 무슨 일이 있었나?

(G) 나는 더 이상의 논의를 원하지 않는다.

(A) 하지만, 그것은 폭력이었는가?

(G) 그렇다.

(A) 당신은 막 밖으로 나와서... 체포되었는데, 무엇 때문에 체포된 것인가?

(G) 길거리 폭력.

(A) 무슨 일이 있었나?

(G) 몇 명의 친구들과 함께 경찰관과 약간 싸웠다.

(A) 그런 일이 자주 발생하는가?

(G) 그렇다. 자주 있다.

(A) 대체로, 같은 그룹에 STUDSEN 출신의 젊은이들이 20-25명 있다.

그들은 공공 주택 지역에서 그리 멀지 않은 무너질 것 같은 오래된 집 근처에서 만난다. 그들은 여기에서 자신들의 인종주의와 이민자에 대한 혐오 그리고 KKK단에 대한 지지를 확인한다.

(G) KKK단은 옛날, 그러니까 남북 전쟁이랑 그런 것들 동안에 미국에서 온 건데, 미국 북부 국가가 깜둥이도 자유로운 인간이 되는 것을 원했기 때문인데, 진짜로, 그들은 사람이 아니다, 그들은 동물이다. 맞다. 그것은 완전히 잘못된 거다. 진짜로, 그때 일어난 일 말이다. 사람들은 노예제를 지켜야 한다. 어쨌든 나는 그렇게 생각한다.

(A) 흑인은 인간이 아니기 때문에?

(G) 그렇다. 당신도 그들의 신체 구조를 보면 알 수 있다. 진짜로. 크고 납작한 코, 콜리플라워 귀 등등, 진짜로. 넓은 머리와 커다란 체구, 진짜로, 털도 많고, 고릴라를 보면서 유인원과 비교해보면, 진짜로, 둘이 똑같이 [행동한다], 진짜로, 똑같은 동작, 긴 팔, 진짜로, 긴 손가락 등, 긴 다리.

(A) 많은 사람들은 다른 이야기를 한다. 다르게 이야기하는 사람들이 많지만...

(G) 고릴라 사진을 찍은 다음 깜둥이를 봐라, 진짜로, 평평한 이마와 다른 모든 기관, 신체 구조 등 모든 것이 같다.

(A) 예를 들면 미국에도 중요한 직업을 가진 흑인이 있다.

(G) 물론, 백인 남성보다 낫다는 것을 과시하고 싶은 사람은 항상 있지만, 장기적으로 더 나은 사람은 백인 남자다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

(A) KKK단은 당신에게 어떤 의미인가?

(G) 그들의 행동이 옳다고 생각하기 때문에 매우 중요하다. 깜둥이, 그것은 사람이 아니다. 동물이다. 터키인들, 유고슬라비아인들 그리고 그들이 뭐라 불리든 간에, 다른 외국인 노동자들 모두 마찬가지다.

(A) 헨릭은 19살이며 복지 원조를 받고 있다. 그는 Studsgardsgade의 임대 방에서 살고 있다. 헨릭은 KKK단의 가장 강력한 지지자 중 한 사람이며, 외국인 노동자인 'Perkere'[76](덴마크 내 이민 노동자를 매우 경멸하는 말)를 싫어한다.

(G) 그들은 여기에 와서, 진짜로, 우리 사회에 기생하고 있다. 우리는 사회적 혜택을 얻는 데 많은 문제를 가지고 있지만 그들은 쉽게 얻는다. 빌어먹을. 우리는 사회복지 사무소에서 돈을 얻기 위해 그 바보들과 논쟁을 벌여야 한다. 하지만 그들은 그냥 받는다. 그들은 주택(지원) 목록에서 최우선이며, 우리보다 더 좋은 아파트를 얻을 수 있다. 아이가 있는 우리의 이웃 중 일부는 최악의 빈민가에 살고 있다. 그들은 심지어 집에서 씻을 수도 없다. 일곱 명의 아이가 있는 Perkere 가족은 여기에 와서 바로 저기에 있는 비싼 아파트를 받았다. 그들은 모든 것을 공짜로 얻는다. 그것은 옳지 않다. 덴마크는 덴마크인을 위한 것이 아닌가? 맞지 않는가?

그들이 Perkere라는 것은 사실이다. 우리는 그걸 좋아하지 않는다. 맞다. 우리는 그들의 사고방식을 좋아하지 않는다. 내 말은 그들이... 무슨 뜻이냐면. 뭐더라... 내 말은, 만약 그들이 자신들의 집에서 러시아어를 하고 싶어 한다, 그럼 그건 괜찮다. 하지만 우리가 싫어하는 것은 그들이 짐바브웨 옷을 입고, 거리에서 훌라훌라 언어로 떠드는 것이다. 만약 당신이 그들에게 무언가를 묻거나 당신이 그들이 운전하는 택시 중 하나를 탄다면, 당신이 가려고 하는 곳에 대해서 그들은 이렇게 말할 것이다: 나는 거기가 어딘지 모른다. 당신이 정확한 방향을 알려줘야 한다.

(A) 아마도 당신은 당신이 'Perkere'라고 부르는 사람 중 일부가 자신의 가게와 자동차를 소유하고, 생계를 유지하는 것을 부러워하는 것은 아닌가?

(G) 그들은 약을 팔고 있다. 진짜로. 'Vestre'의 감옥에 있는 사람들의 절반은 마약 때문이다. 진짜로. 어쨌거나 Vestre 감옥에 있는 사람의 절반은 그렇다. 그들은 마약이나 그 비슷한 것을 취급해서 감방에 들어간 거다.

그들은 거기 있다. 모든 'Perkere' 말이다. 마약 때문에, 맞다. [그거면] 충분하다. 뭐더라, 이 나라에서 마약은 없어져야 한다. 그러나 정말로 밀수라도 해야 한다면 우리 스스로 해야 한다고 생각한다. 내 말은, 진짜

76) 덴마크에서 중동사람들을 부르는 말. 덴마크에서는 칠면조를 Tyrkiet라고 부르고, 터키인을 Tyrker라고 부르며, Persia(이란) 출신의 사람들을 Perser라고 하는데 Perker은 perser와 tyrker의 조합이다. 현재는 인종 차별주의자들이 모든 중동사람들을 부르는 말로 사용된다.(역자주)

불공평하다. 외국인들이 여기로 와서... 뭐더라... 덴마크를 마약에 더 의존적으로 만들고 뭐 그런거 말이다.

우리는 그들의 문에 페인트칠을 했고. 그들이 질려서 곧 떠나기를 바랐다. 또 그들의 차에 올라타고, 그들이 침대에 누워있을 때 얼굴에 페인트를 던졌다.

(A) 페인트로 그렇게 한 이유가 무엇인가? 왜 페인트인가?

(G) 그것이 흰색이라서, 내 생각에 그들과 잘 맞는다. 그것은 의도된 효과였다.

(A) 이민자 가족의 창문으로 페인트를 던졌나?

(G) 그렇다.

(A) 어떤 상황이었나?

(G) 얼굴에 페인트가 묻었다. 그것뿐이었다. 글쎄, 그가 일어난 후 나와서 훌라 훌라 언어로 뭐라고 고함을 쳤던 것 같다.

(A) 그가 경찰에 신고했나?

(G) 그가 신고를 했는지 모르겠다. 내 말은, 그가 그렇게 한다고 해도 아무 데도 도움이 되지 않을 것이다.

(A) 왜 그렇게 생각하나?

(G) 나도 모른다. 그건 단지 어린이의 장난 같은 거다. 사람들의 얼굴에 물을 던지는 다른 사람들처럼. 그는 페인트를 맞았다. 그게 뭐라고.

(A) ' Pax ' [(P)] 로 알려진 Pax Axholt는 Studsgårdsgade의 청소년 센터에서 일한다. 그는 몇 년 동안 그곳에서 일했지만, 많은 사람이 힘든 환경 때문에 일찍 일을 포기했다. Axholt은 젊은이들이 이민자들을 괴롭히는 이유는 그들 자신의 무기력함과 실망감 때문이라고 한다.

만약 당신이 그들에게 묻는다면, 그들은 무엇을 원한다고 말할 것 같은가?

(P) 그저 당신과 내가 원하는 것. 자신의 삶에 대한 약간의 통제, 자신이 좋아하고 남 보기에 괜찮은 일, 사리에 맞는 경제 상황, 제대로 기능하는 가족, 아내 또는 남편, 그리고 몇 명의 자녀. 당신과 내가 누리는 무

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

리 없는 중산층의 삶이다.

(A) 그들은 그런 삶을 얻지 못하게 만드는 일들을 많이 한다.

(P) 맞다.

(A) 왜 그렇다고 생각하는가?

(P) 할 일이 별로 없기 때문이다. 그들은 오랜 기간에 걸쳐 성공하기 위한 수단이 돈이라는 말을 들었다. 그들은 합법적으로 돈을 벌 수 없기 때문에 자주 범죄 행위를 통해 돈을 얻으려고 한다. 때때로 그들은 성공하기도 하고 실패하기도 한다. 그렇기 때문에 그러한 상황에 놓여있는 많은 젊은이들이 감옥에 가는 것을 보았다. 그런 범죄는 통하지 않기 때문이다.

(A) 범죄 행위를 시작한 때 몇 살이었나?

(G) 글쎄, 한 14살쯤인 것 같다.

(A) 뭘 했나?

(G) 첫 번째는, 기억이 안 난다. 모르겠다. 강도였다.

(A) 사람들이 범죄 경력이라고 부르는 걸 가지고 있다고 생각하나?

(G) 그렇게 부를 수 있는지 모르겠다.

(A) 당신은 14살 때 첫 범죄를 저질렀다.

(G) 글쎄, 당신은 그렇게 표현할 수도 있겠다. 내 말은, 만약 그것이 범죄 경력이라면 말이다. 만약 당신이 15세부터 범죄에 관여하였다면 범죄 경력이 있다고 말할 수 있다고 생각한다.

(A) 당신이 한 일들에 대해서 나에게 말해 줄 수 있는가?

(G) 아니, 별로. 비슷한 일들이 반복해서 일어날 뿐이다. 우리의 고객인 'Perkere'의 영상을 찍어 돈을 뜯어냈다. 사람들은 밖에서 즐거운 시간을 보내고, 인종주의자가 되고, 맥주를 마시고, 즐기기를 원한다. 유치장에 가고 싶지 않다는 것이 명백하지 않나?

(A) 그러나 감옥에 갈 수 있다는 위협이 실제로 사람들이 불법적으로 행동하는 것은 막는 것 아닌가?

(G) 아니, 감옥은 아니다. 그것은 사람들을 위협하지 못한다.

(A) 그래서 매일 밤마다 여기 사람들이 칼 등을 가지고 싸우는 소식이 들리는 것인가? 그 이유는 경찰이 자신들을 잡을 수 있다는 것을 두려워하지 않기 때문인가?

(G) 그렇다. 그건 아무 소용이 없다. 무슨 말이냐면, 그 이유가, 나쁜 결과가 없다는 거다. 아마, 그래서 그런 걸거다. 예를 들어 싸우거나, (누군가를) 찌르거나, 물건을 부수는 것 등등, 만약 당신이 진짜 조직에 들어간다면 그것은 웃길 정도로 사소한 처벌일 것이다. 그래서, 내 말은... 보통 우리는 다음 날 풀려난다는 거다. 지난번에 우리가 술집에서 문제를 일으켰을 때, 경찰은 다음 날 아침 우리를 풀어줬다. 큰일이 아닌거다. 그게 우리를 낙담시키지는 않는다. 우리는 다섯 명이었는데, 금방 나왔고, 다음에 우리는 어제 풀려난 마지막 친구를 위해 함께 축하해줬다. 그들은 아마도 잠깐은 거기에 다시 들어가는 걸 원치 않을 거라서 다시 큰 범죄를 저지르지는 않을 것이다.

(A) 당신은 당신이 자란 Studsgårdsgade로 다시 돌아가고 싶겠지만, 우리는 그 곳이 범죄율이 높은 환경이라는 것을 잘 알고 있다. 당신 자녀가 당신처럼 자라길 원하나?

(G) 아니, 나는 그 애가 그렇게 될 거라 생각하지 않는데, 그 애는 여자이기 때문이다. 통계를 보면 위험이 그렇게 크지 않다. 내 말은 여자애들은 아마 그러지 않을 거다. 범죄율이 높은 환경에서 산다고 범죄자가 될 필요는 없다. 그 애가 만약 여자 노인을 공격하고 핸드백을 훔친다면 절대 용인하지 않을 것이다.

(A) 만약 그녀가 이민자를 구타하는 사람이라면 어떻게 할 것인가? 그럼 어떻게 할 것인가?

(G) 그건 괜찮다. 나는 그것에 반대하지 않는다.

(I) 우리는 이 가족의 사고방식이 다음 세대에 가면 바뀌는지 알아봐야 할 것이다. 마지막으로 외스테르브로의 STUDSEN에 있는 이 젊은이들의 모임이 코펜하겐의 다른 곳에서도 결성되었다는 것을 말하고 싶다.

B. 코펜하겐 시법원 소송절차

12. 이 프로그램의 방송 후, 이러한 문제에 대한 권한을 가지는 라디오 협의회나 덴마크 라디오에는 어떠한 불

만도 제기되지 않았다. 그러나 Ålborg 주교가 법무부 장관에게 이 프로그램에 대해 항의했다. 수사 후 검사는 코펜하겐 시법원(Københavns Byret)에 청구인이 인터뷰한 세 명의 젊은이에 대하여 형법(straffeloven) 제266조(b) 위반으로 기소했다. 기소의 이유는 아래에 인용된 진술 때문이다.

> "... 북부 주들이 깜둥이도 자유로운 인간이 되는 것을 원했기 때문인데, 진짜로, 그들은 사람이 아니다, 그들은 동물이다."
>
> "고릴라 사진을 찍은 다음 깜둥이를 봐라, 진짜로, 평평한 이마와 다른 모든 기관, 신체 구조 등 모든 것이 같다."
>
> "깜둥이들은 사람이 아니다. 동물이다. 터키인들, 유고슬라비아인들 그리고 그들이 뭐라 불리든 간에, 다른 외국인 노동자들 모두 마찬가지다."
>
> "그들이 Perkere라는 것은 사실이다. 우리는 그걸 좋아하지 않는다. 맞다. 우리는 그들의 사고방식을 좋아하지 않는다... 하지만 우리가 싫어하는 것은 그들이 짐바브웨이 옷을 입고, 거리에서 훌라 훌라 언어로 떠드는 것이다..."
>
> "그들은 약을 팔고 있다. 진짜로. 'Vestre'의 감옥에 있는 사람들의 절반은 마약 때문이다... 그들은 마약이나 그 비슷한 것을 취급해서 감방에 들어간 거다."
>
> "그들은 거기 있다. 모든 'Perkere' 말이다. 마약 때문에... "

청구인은 제23조(아래 문단 19 참고)와 함께 제266조(b)에 따라 청년 세 명의 범죄를 방조했다는 이유로 기소되었다. 같은 기소 사실이 덴마크 라디오 뉴스 부서의 부서장인 Lasse Jensen에게도 제기되었다.

13. 시법원에서 청구인과 Jensen의 변호인은 무죄를 주장했다. 변호인은 청구인과 Jensen은 다른 세 피고인의 견해에 공감하지 않았기 때문에 청구인과 Jensen의 행동은 다른 피고인들의 행동과 절대 비교될 수 없다고 주장했다. 그들은 단순히 사회적 문제에 대한 사실적 묘사를 제공하기 위해 노력했다; 실제로 이 프로그램은 분노만 일으켰고, 자신들이 한 말로 인해 조롱당한 세 명의 피고인들에 대한 동정심이 일어났다. 따라서 다른 사람에게 그린재킷과 동일한 견해에 동의하도록 설득하는 것은 결코 덴마크 라디오의 의도가 아니었다. 오히려 그 반대였다. 관련법에 따라 발언을 한 사람과 프로그램 편집자는 구분되어야 하는데, 후자는 특별한 표현의 자유를 누리기 때문이다. 당시 독점 방송을 하면서, 덴마크 라디오는 화자가 자신을 표현하는 방식이 반영되는 방법으로 공익과 관련된 의견을 전달할 의무가 있었다. 대중 또한 악명이 높을 정도로 나쁜 사회적 태도, 심지어 불쾌한 태도에 대한 정보를 얻는

데 관심이 있었다. 이 프로그램은 언론 기사(예를 들어 "인포메이션" 신문)로 귀결된 공적 논쟁 토론이라는 맥락 속에서 방송되었으며, 이 사건에서 문제가 된 청년들의 현실에 대한 정직한 보고서였을 뿐이었다. 위에서 언급한 인포메이션의 기사를 언급하며 변호인은 이러한 성격을 가진 사건들에서 기소에 관한 일관된 정책이 이뤄지지 않았다는 사실 또한 지적하였다.

14. 1987년 4월 24일 시법원은 세 명의 청년 중 한 명은 "깜둥이"와 "외국인 노동자"는 "동물"이라고 말한 것, 나머지 두 명은 마약과 "Perkere"의 관계에 대한 주장에 대해 유죄 판결을 내렸다. 청구인은 Jenses와 함께 프로그램 관리자라는 자격으로 그들의 범죄를 방조한 것에 대해 유죄 판결을 받았다; 법원은 그들에게 각각 총 1,000과 2,000의 덴마크 크로네의 일수 벌금을 내거나 금고형 5일 중 하나를 선택하도록 선고하였다.

청구인과 관련하여 시법원은 1985년 5월 31일 인포메이션 신문 기사 이후 청구인은 그린재킷을 방문하였고, Axholt와 대화를 나눈 후 다른 사람 중에서도 그 세 명의 청년이 텔레비전 프로그램에 참여하는 데 동의했다고 보았다. 이 프로그램의 목적은 이전에 인포메이션 신문 기사에서 언급된 Østerbro 지역의 그린재킷의 인종 차별적 태도를 증명하고 그들의 사회적 배경을 보여주는 것이었다. 따라서 시법원은 청구인이 스스로 텔레비전 프로그램을 만들려는 계획을 세웠고, 거기에 더해 인터뷰 중에 인종주의적 성격을 띠는 차별적 발언이 있을 것임을 사전에 알고 있었다고 보았다. 인터뷰는 몇 시간 동안 계속되었고, 인터뷰 중에 덴마크 라디오가 일부 계산한 맥주를 마셨다. 이러한 점에서 청구인은 그린재킷이 그들의 인종 차별적 견해를 표현하도록 장려하였으며, 그것이 텔레비전에서 방송되는 한, 그 자체는 형법 제266조(b)의 위반을 구성하였다. 그 발언은 청구인에 의해 편집된 후 균형을 잡아 주는 어떤 멘트도 없이 방송되었다. 따라서 청구인은 형법 제266조(b)의 위법행위를 방조한 것이다.

C. 동부 덴마크 고등법원 소송절차

15. 청구인과 Jenses은 시법원의 판결에 대해 동부 덴마크 고등법원(Østre Landsret)에 항소하였다. 세 명의 그린재킷은 항소하지 않았다. 그들은 기본적으로 시법원에 제출한 주장을 반복하였다. 거기에 더해 청구인은 그린재킷의 진술이 처벌 가능할 수 있다고 의심하기는 했지만 그들의 실제 태도를 보여주는 것이 중요하다고 생각해 프로그램에서 발언을 생략하는 것을 자제했다고 설명하였다. 청구인은 그들이 그러한 진술을 함으로써 형사적 책임을 질 수 있다는 것을 알고 있을 것으로 추측했고 그래서 그 사실에 대해 경고하지 않았다.

16. 1988년 6월 16일 고등법원은 5대 1로 항소를 기각했다.

반대 의견을 표명한 판사는 그린재킷의 진술은 형법 제266조(b)에 따라 범죄를 구성하지만, 이 프로그램의 목

적이 문제 있는 청년집단의 특정 인종 차별적 태도와 그들의 사회적 배경에 대해 정보를 제공하고 이에 대한 공적 토론을 하도록 하는 것이었기 때문에 청구인과 Jensen은 텔레비전 및 그 외의 미디어가 누리는 표현의 자유의 범위를 넘어서지 않았다는 의견을 밝혔다.

D. 대법원 소송절차

17. 청구인과 Jensen은 고등법원의 판결에 대하여 대법원(Højesteret)에 상고하였다. 1989년 2월 13일 대법원은 4대 1로 이 사건을 기각하였다. 다수 의견은 다음과 같이 판시하였다:

> "피고인은 좁은 인간관계에 있는 사람들이 한 인종 차별적 발언을 방송하여 그들이 처벌을 받도록 만들었고, 그러므로 시법원과 고등법원이 판결한 것처럼 형법 제23조와 함께 제266조(b)를 위반하였다. [우리는] 인종 차별로부터의 보호라는 이익과 대립적인 것으로 상정된 공익적 문제에 대한 표현의 자유로는 피고인에 대한 무죄 선고를 정당화할 수 없다고 본다. 따라서 [우리는] [항소심의] 판결을 확정하는 것에 찬성한다."
>
> **Pontoppidan 판사의 반대 의견:**
>
> "이 프로그램의 목표는 광범위하고 때로는 감정적이기도 한 공적 토론의 문제인 외국인에 대한 태도에 대한 정보를 제공하는 것이었다. 이 프로그램은 그린재킷의 견해를 분명하게 제공했다고 가정해야 하고, 이를 통해 대중은 정보를 얻고 자신의 의견을 형성할 기회를 가질 수 있었다. 이러한 견해의 본질을 고려했을 때, 방송 중 또는 직전 또는 직후에 그 견해에 대해 균형을 잡아 주는 것은 어떤 유용한 목적도 이루지 못했을 것이다. 비록 그것은 극단적 견해를 가진 비교적 작은 집단의 사람들에 대한 것이었지만 이 프로그램은 상당한 수준의 뉴스 및 정보 가치를 가지고 있었다. 피고가 그러한 견해를 전파할 계획을 세웠다는 사실이 그들의 행동에 대한 평가에서 가장 중요한 점은 아니다. 이러한 정황에서, 그리고 그 진술들은 당연히 제266조(b)의 위반이라는 판결과 상관없이, 나는 피고인이 이 규정을 위반하는 행위를 방조한 것에 대해 유죄라고 판결하는 것이 바람직한지 의문을 제기한다. 그러므로 나는 피고인의 무죄에 표를 던진다."

18. 대법원이 중요한 원칙의 문제를 제기하는 사건에 대해 판결하는 경우, 다수 중 한 명이 판결의 이유에 대한 구체적이고 권위 있는 성명을 발표하는 것이 일반적인 관례이다. 이 관례에 따라 1990년 1월 20일 Hermann 판사는 주간법률잡지(the Weekly Law Journal)에 그러한 성명을 발표하였다(*Ugeskrift for Retsvæsen,* 1989, p.399).

청구인과 Jensen의 유죄 판결과 관련하여 다수는 그들이 인종 차별적 진술을 대중에게 공개했다는 사실에 중

요성을 부여하였다. 청구인의 방송 보도는 그 청년들과의 만남(meeting)에 대한 직접적 보도가 아니었다. 그는 직접 세 명의 청년에게 연락해서 이전 인포메이션 신문의 기사에서 그들이 했던 주장들을 하도록 하였다. 그는 그들의 주장을 이미 알고 있었고, 아마도 그들이 그 주장을 반복할 것을 예상하고 있었다. 그는 몇 시간의 인터뷰를 편집하여 날것 그대로의 발언을 담고 있는 몇 분 길이로 줄였다. 광범위한 층("videre kreds")의 사람들에게 전달되지 않았다면 형법 제266조 (b)에 의해 처벌할 수 없었을 그 진술은 청구인의 주도적 계획과 Jensen의 승인으로 텔레비전에 방송되어 명확한 처벌의 대상이 되었다. 그러므로 그들이 그 진술의 전파를 방조했다는 것은 너무나 분명하다.

청구인과 Jensen의 무죄 판결은 그들 행위의 위법성보다 확실히 더 중대한 사유가 있을 때만 정당화될 수 있다. 이러한 점에서, 그러한 진술로 심각하게 모욕을 당한 사람들에 대한 보호라는 이익은 그러한 진술을 대중에게 알리는 이익보다 더 중요한 것이었다. 사회에 대한 보도를 위한 최상의 조건을 허용하는 것은 바람직하지만 표현의 자유는 책임과 연결되어 있으므로 언론의 자유는 무제한으로 허용될 수 없다.

관련된 여러 이익 사이에서 균형을 잡는 데 있어, 다수는 광범위한 층의 사람들에게 전달된 그 진술이 제대로 표현되지도 않았고, 명예 훼손적인 발언과 모욕으로 이뤄져 있었으며, 그 발언을 한 사람들은 다수의 사람이 관심을 가지지 않는 중요하지 않은 집단의 구성원이었다는 사실을 고려하였다. 그 발언의 뉴스 혹은 정보 가치가 그것의 전파를 정당화할 수 있는 정도는 아니었으므로 피고인의 무죄를 정당화하지는 못하였다. 그렇다고 이것이 방송에서 극단적 견해를 보도할 수 없다는 뜻은 아니다. 다만 그러한 보도는 문제가 되는 텔레비전 프로그램의 사건보다 균형감 있고 포괄적인 방식으로 이뤄져야 한다. 공익의 문제와 관련하여 누군가와의 만남을 직접적으로 보도하는 것 또한 허용되어야 한다.

반면 소수 의견은 정보권이 형법 제266조(b)의 보호 이익보다 더 중요하다고 보았다.

끝으로, Hermann 판사는 협약 제10조와 문제가 되는 조치가 양립 가능한가라는 문제는 재판 중에 제기되지 않았다고 지적하였다.

II. 관련 국내법

A. 형법

19. 해당 시기에 형법 제266조(b)는 다음과 같이 규정하였다.

"인종, 피부색, 국적 혹은 민족적 기원이나 신념을 근거로 특정 집단의 사람들을 위협, 모욕, 폄하하는 진술이나 다른 형태의 의사소통을 공공연하게 혹은 광범위한 층의 사람에게 전파할 목적으로 한 자는 벌금 또는 2년 이하의 징역 또는 금고형에 처한다."

제23조 제1항은 다음과 같다:

"형사 범죄를 규정하는 조항은 선동, 조언 또는 행동으로 그 범죄를 저지르는 것을 조력한 모든 사람에게 적용된다. 문제가 되는 사람의 의도가 가벼운 도움을 주려 했거나 이미 결심한 의도를 강화하려 했거나 위반 행위가 완료되지 않았거나 의도한 지원이 실패로 끝난 경우에는 처벌이 감경될 수 있다."

B. 1991년 미디어 책임법

20. 이 사건의 원인이 된 사건이 일어난 후인 1992년 1월 1일 시행된 1991년 미디어 책임법(Medieansvarsloven, 1991:348)은 텔레비전 방송과 관련된 형사상 책임을 규정하고 있다. 제18절은 다음과 같이 규정한다:

"연출되지 않은 방송(a non-direct broadcast)에서 진술을 한 자는 일반 법률 규정에 따라 그 내용에 책임을 진다. 다만 아래의 상황은 예외가 될 수 있다:

(1) 해당 인물의 신원이 방송에 나타나지 않은 경우; 또는

(2) [해당 인물이] 그 진술이 방송되는 것에 동의하지 않은 경우; 또는

(3) [그 사람이] [자신의] 신원 노출 없이 [방송에] 참여한다는 약속을 받고, 이런 취지로 합리적인 예방 조치가 취해진 경우.

위의 제1항 제(1)호~제(3)호에 기술된 상황에서 고의가 아니거나 부주의로 법률 위반이 일어난 경우라도 진술의 내용에 대한 책임은 편집인에게 있다.

제22절에 따라:

"낭독이나 그 외의 다른 방법으로 글이나 진술을 전달하는 자는 해당 그 글이나 진술의 내용에 대한 책임을 지지 않는다."

III. 유엔 문서

21. 다수의 국제 문서에서 인종 차별 금지, 인종 차별적 견해 및 사상 선전 방지와 관련된 조항을 찾을 수 있는데, 예를 들어 1945년 유엔헌장(전문 문단 2, 제1조 3항, 제13조 1항 (b), 제55조 (c), 제76조 (c)), 1948년 세계인권선언(제1조, 제2조 및 제7조), 1966년 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(제2조 제1항, 제20조 제2항, 제26조)가 있다. 가장 직접적인 관련성을 가지는 협약은 1965년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약("유엔 협약")으로 덴마크를 포함한(1971년 12월 9일) 유럽협약의 회원국 대다수가 이 협약을 비준하였다. 협약 제4조와 제5조는 다음과 같이 규정한다:

제4조

"체약국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 체약국은 이같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 체약국은

(a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 의법 처벌해야 하는 범죄로 선언해야 한다..."

제5조

"제2조에 규정된 기본적 의무에 따라 체약국은 특히 아래의 제 권리를 향유함에 있어서 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 구별없이 만인의 권리를 법 앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종차별을 금지하고 폐지할 의무를 진다.

(d) ...

viii. 의견과 표현의 자유에 대한 권리

..."

제4조의 "적절한 고려"(due regard)라는 문구는 다른 해석을 야기하였으며, 유엔 인종 차별철폐위원회("유엔 위원회"- 유엔 협약의 이행을 감독하기 위해 설립됨)는 청구인의 유죄 판결에 대한 의견에서 서로 나뉘게 되었다. 덴마

크 정부는 유엔 위원회 보고서에 이 사건을 제출하였다. 일부 회원국은 "모든 국가에서 인종 차별로부터 보호받을 권리가 표현의 자유에 대한 권리보다 우선되어야 한다는 것을 가장 확실하게 보여주는 성명"이라고 이를 환영한 반면, 다른 회원국은 "그러한 사건에서는 두 가지 권리와 관련된 사실들을 살펴볼 필요가 있다."고 보았다(위원회가 총회에 제출한 보고서, 공식 문서, 45회 총회, Supplement no.18(A/45/18), p.21, 문단 56).

위원회 절차

22. 1989년 7월 25일 위원회에 제출한 청구서(청구번호 15890/89)에서 청구인은 자신에 대한 유죄 판결이 협약 제10조에 따른 표현의 자유에 대한 권리를 침해했다고 주장하였다.

23. 1992년 9월 8일 위원회는 청구를 인용 가능하다고 선고하였다. 1993년 7월 8일 보고서(제31조)에서 위원회는 협약 제10조의 위반이 있었다는 의견을 표명했다(12표 대 4표).

보고서에 담긴 위원회의 의견과 두 개의 반대 의견 전문은 판결문의 부속 문서에 수록되어 있다.[77]

재판소에 제출된 정부의 최종 주장

24. 1994년 4월 20일에 열린 심리에서 정부는 문서에서 주장한 것처럼 재판소가 협약 제10조의 위반이 없었다고 판결해야 한다고 주장하였다.

판단

Ⅰ. 협약 제10조 위반 주장

25. 청구인은 자신에게 인종 차별적 발언의 전파를 방조하였다는 이유로 유죄 판결과 처벌을 내린 것은 협약 제10조의 의미에 따른 표현의 자유에 대한 권리를 침해한 것이라고 주장하였다. 제10조의 내용은 다음과 같다:

77) 서기의 주석. 실무적인 이유로 본 부속문서는 판결문 인쇄본(법원 간행물 시리즈 A의 298권) 또는 법원 등기부의 위원회 보고서 사본에서 구할 수 있다.

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가 제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

26. 정부는 청구인의 주장에 이의를 제기한 반면 위원회는 이를 지지하였다.

27. 청구인의 사건의 원인이 된 조치가 청구인의 표현의 자유에 대한 제한을 구성했다는 점에 대해서는 모두 동의하였다.

청구인의 유죄 판결은 형법 제266조(b)와 제23조 제1항에 따른 것으로 이 제한이 "법률에 근거"한 것이라는 점 또한 명백하였다. 이러한 맥락에서 정부는 유엔 협약을 준수하기 위하여 전자의 조항이 제정되었다고 지적하였다. 재판소가 이해한 바에 따르면 정부는 이 사건에 협약 제10조를 적용할 수 있지만 재판소는 제2항을 적용함에 있어서 유엔 협약의 근거에 따라 형법의 관련 조항을 광범위한 방식으로 해석하고 적용해야 한다고 주장하였다(위 문단 21 참고). 다시 말해 협약 제10조는 유엔 협약에 따른 인종 차별로부터 보호받을 권리를 제한, 훼손 또는 파괴하는 방식으로 해석되어서는 안 된다.

마지막으로 그 제한이 "타인의 명성과 권리 보호"라는 정당한 목표를 추구했다는 점에는 논쟁의 여지가 없었다.

소송의 유일한 쟁점은 그 조치가 '민주사회에서 필요한 것'이었는지의 여부이다.

28. 청구인과 위원회는 유엔 협약 당사국으로서 덴마크에 주어진 의무에도 불구하고(위 문단 21 참고), "타인의 명성과 권리 보호"와 청구인의 정보를 제공할 권리 사이에 적정한 균형을 잡아야 한다는 의견을 피력하였다. 청구인에 따르면 그러한 균형은 유엔 협약 제4조에 담긴 "세계인권선언에 구현된 제 원칙 및... [유엔] 협약 제5조의에... 권리"에 대한 '적절한 고려'라는 구절에 그려져 있었다. 그 구절은 초안 작성 단계에서 도입되었는데, 다수의 국가가 "[국가]는 인종적 우월성 또는 (인종) 증오에 기초한 모든 신념의 확산을 법률로 처벌하여야 하는 범죄로 선언해야 한다."라는 협약 제4조 (a)항의 요구 사항이 너무 포괄적이고 타인의 인권, 특히 의견과 표현의 자유에 관한 권리와의 어려움을 야기할 수 있다고 우려했기 때문이었다. 청구인의 추가 의견에서는 유럽의회 각료위원회가 회원국에게 유엔 협약의 비준을 촉구할 때 왜 비준서에 설명적 진술이 추가되었는지를 설명하였다. 그러한 진술은 유럽 협약에 명시된

권리들 또한 존중되어야 함을 강조하는 것이었다(부장관들이 채택한 결의안(68) 30, 1968년 10월 31일).

청구인과 위원회는 방송 전체의 맥락을 고려할 때, 위법적 발언들은 인종 차별주의적 견해를 조장하기보다 오히려 화자를 조롱하는 효과를 낳았다는 점을 강조했다. 그 프로그램의 전반적 인상은 인종주의나 외국인 혐오와 같은 중요한 대중적 관심사에 사람들의 관심을 가지게 하려고 노력한다는 것이었다. 청구인은 인종주의적 의견을 전파하려는 의도가 아니라 그런 의견을 노출함으로써 그것에 대항하기 위해 의도적으로 불쾌한 진술들을 프로그램에 포함하였다. 청구인은 자신은 덴마크에 나타난 새로운 현상, 즉 감정을 말로 잘 표현하지 못하고 사회적으로 불리한 처지에 있는 청년들이 나타내는 폭력적 인종주의를 시청자들에게 보여주고, 분석하고, 설명하려 했다고 지적하였다. 청구인은 그 방송이 "타인의 명성과 권리"에 현저하게 해로운 영향을 미칠 수 없었을 것이라고 보았고, 위원회도 그 점에 동의하였다. 타인의 명예나 권리"에 영향을 미칠 수 없다고 생각했다. 그러므로 청구인의 표현의 자유를 보호하는 것에 따른 이익이 타인의 명예나 권리를 보호하는 것에 따른 이익보다 더 중요하였다.

그에 더해 청구인은 해당 시기에 1991년 미디어 책임법이 시행되었더라면 자신은 기소를 당하지 않았을 것이라고 주장하였다. 왜냐하면 그 법에 따르면 원칙적으로 처벌을 받을 수 있는 진술을 한 저자만이 그 진술에 대한 책임을 지기 때문이다. 이는 청구인에 대한 유죄 판결은 유엔 협약에 따른 것이며 협약 제10조의 의미에 따라 "필요한 것"이었다는 정부의 주장을 약화시켰다.

29. 정부는 청구인이 정보를 전달하는 방식이 아닌 선정주의적 방식으로 그린재킷의 내용을 편집했으며 그 보도의 뉴스 또는 정보 가치는 아주 적었다고 주장하였다. 텔레비전은 강력한 매체였으며, 대부분의 덴마크인은 보통 그 보도가 방송되었던 뉴스 프로그램을 시청하였다. 청구인은 그러한 진술이 형사적 책임을 초래하리라는 것을 알면서도 그린재킷이 인종 차별적 진술을 하도록 독려하였으며, 프로그램에서 그 진술들을 논박하지도 않았다. 시청자가 그 진술들을 있는 그대로 받아들이지 않을 것이라고 가정하는 것은 너무나 교묘한 일이었다. 이 프로그램에 대해 단지 몇 건의 불만 사항밖에 접수되지 않았다는 점을 중요하게 볼 필요는 없다. 왜냐하면 이 모욕적인 발언의 피해자들은 정보 부족과 덴마크어에 대한 지식 부족, 심지어는 폭력적 인종주의자들에 의한 보복의 두려움으로 인해 불만을 제기하는 것을 단념했을 가능성이 크기 때문이다. 따라서 청구인은 텔레비전 기자로서 자신의 '의무와 책임'을 이행하지 못하였다. 그에게 부과된 벌금은 제266조(b) 범죄행위에 적용 가능한 처벌 기준의 하한액이었고, 다른 언론인이 인종 차별과 외국인 혐오에 대한 공적 토론에 이바지하는 것을 막을 가능성은 적었다; 단지 그것은 인종 차별주의 표현은 심각한 문제이고 용인될 수 없다는 것을 대중에게 상기시키는 효과를 가질 뿐이었다.

거기에 더해 정부는 사건이 일어난 당시 1991년 미디어 책임법이 시행 중이었다면 이 사건은 다르게 다뤄졌을 것이라는 주장을 반박하였다. 처벌 가능한 진술을 한 저자만 책임을 진다는 규정에는 예외가 있었다(위 문단 20 참고);

청구인의 사건이 1991년 법에 따라 어떻게 평가되었을지는 순전히 추측의 문제였다.

정부는 덴마크 내 모든 심급 법원들이 관련된 모든 이익 사이에서 신중하게 균형을 잡는 과제를 달성했다고 강조하였다. 원칙적으로 국내 법원은 재판소보다 그 프로그램의 효과를 더 잘 평가할 수 있었다. 국내 법원에 의한 평가는 제10조에 따른 평가와 유사하였다; 국내 법원의 결정은 국가 당국의 재량 여지 범위 내에 속하며 긴박한 사회적 필요에 부합하였다.

30. 재판소는 모든 형태와 표현의 인종 차별에 대항하는 것의 중요성을 특히 잘 인지하고 있다는 점을 처음부터 강조하고자 한다. 청구인이 제기한 바와 같이, 최근에 벌어진 여러 사건의 결과로 인종 차별의 위험에 대한 인식은 이 사건이 일어난 10년 전보다 더욱 확산되었다는 점은 사실일 수 있다. 그러나 유엔 협약이 1965년에 시작되었다는 사실에서 알 수 있듯이 이 문제는 이전부터 중요한 문제였다. 따라서 유엔 협약이 추구하는 목적과 의도는 청구인의 유죄 판결이 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 "필요한 것"이었는지를 결정하는 데 있어 매우 중요하다. 청구인에 대한 유죄 판결은 -정부가 강조한 바와 같이- 유엔 협약을 준수하기 위해 덴마크가 제정한 조항에 근거한 것이었다.

제10조에 따른 덴마크의 의무는 유엔 협약에 따른 의무와 조화될 수 있는 범위 내에서 해석되어야 한다. 이와 관련하여 다양한 해석이 가능한 유엔 협약 제4조의 "적절한 고려"라는 문구를 해석하는 것은 재판소가 할 일이 아니다. 그러나 재판소는 이 사건에서 유럽 협약 제10조에 대한 해석이 유엔 협약에 따른 덴마크의 의무와 양립할 수 있다고 생각한다.

31. 이 사건의 중요한 특징은 청구인 스스로 불쾌한 진술을 한 것이 아니라 덴마크 라디오 뉴스 프로그램에 책임이 있는 텔레비전 언론인으로서 그러한 진술의 전파를 도왔다는 점이다(위 문단 9-11 참고). 따라서 그에 대한 유죄 판결과 선고가 "필요한 것"이었는지를 판단함에 있어 재판소는 언론의 역할과 관련하여 판례법에서 확립된 원칙을 고려할 것이다(예를 들어 *the Observer and Guardian v. the United Kingdom,* 1991년 11월 26일, Series A no.216, pp.29-30, 문단 59 참고).

재판소는 표현의 자유가 민주사회의 필수 토대 중 하나이며 언론을 위한 안전장치는 특히 중요하다는 것을 재확인한다(상동). 언론은 정해진 한계, 그중에서도 "타인의 명성 또는 권리 보호"의 이익이라는 한계를 넘어서는 안 되지만 동시에 공익과 관련된 정보와 사상을 전달할 의무를 진다. 언론에 그러한 정보와 사상을 전해야 할 과업이 있지만, 대중 역시 이를 받을 권리가 있다. 그렇지 않으면 언론은 "공적 감시자"라는 중요한 역할을 할 수 없을 것이다. 주로는 인쇄 매체와 관련하여 정해진 것이지만 이러한 원칙은 당연히 시청각 매체에도 적용된다.

언론인의 "의무와 책임"을 고려할 때 관련 매체가 미치는 잠재적 영향은 중요한 요소이며 시청각 매체는 인쇄 매

체보다 종종 훨씬 즉각적이고 강력한 영향을 미친다(*Purcell and Others v. Ireland,* 1991년 4월 16일 심리적격 여부에 대한 위원회 결정, 청구번호 15404/89, Decisions and Reports(DR) 70, p.262 참고). 시청각 매체는 영상을 통해 인쇄 매체가 전달할 수 없는 의미를 전달할 수 있다.

동시에 어떤 문제에 대한 객관적이고 균형 잡힌 보도 방법은 여러 가지 요소, 그중에서도 문제가 되는 미디어에 따라 현저히 달라질 수 있다. 언론인이 어떤 보도 기법을 채택해야 하는지에 대한 언론의 입장을 대변하는 것은 본 재판소나 국내 법원의 역할이 아니다. 이와 관련하여 재판소는 제10조가 표현된 사상이나 정보의 내용뿐만 아니라 그것이 전달되는 형태 또한 보호한다는 것을 상기한다(*Oberschlick v. Austria,* 1991년 5월 23일 판결, Series A no.204, p.25, 문단 57 참고).

재판소는 사건 전체를 고려하여 소가 제기된 제한을 살펴보고 국내 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 적절하고 충분한지, 제한이 추구하고자 하는 정당한 목적에 비례했는지를 판단할 것이다(위 언급한 *the Observer and Guardian judgment,* pp.29-30, 문단 59 참고). 그렇게 함에 있어 재판소는 국내 당국이 적용한 기준이 제10조에 구현된 원칙을 따랐고, 나아가 당국이 관련 사실을 인정할 수 있는 방식으로 평가했다는 점을 납득할 수 있어야 한다(예를 들어 *Schwabe v. Austria,* 1992년 8월 28일 판결, Series A no.242-B, pp.32-33, 문단 29 참고).

재판소는 그린재킷 보도가 준비된 방식, 그 내용, 보도가 방송된 맥락과 프로그램의 목적을 고려하여 평가할 것이다. 유엔 협약 및 기타 국제조약에 따라 모든 형태의 인종 차별을 없애고 인종주의적 원칙과 관행을 예방 및 대항하기 위한 효과적인 조치를 취해야 하는 당사국의 의무를 명심하며(위 문단 21 참고), 재판소는 문제가 되는 보도 아이템을 전체적으로 봤을 때 그것이 객관적 관점에서 인종 차별적 견해와 사상의 선전을 목적하였는지를 중요하게 평가할 것이다.

32. 국내 법원은 청구인 자신이 그린재킷의 출연을 준비하는 일을 주도하였고, 인터뷰 중 인종 차별적 진술이 나올 가능성이 있다는 것을 미리 알았을 뿐만 아니라 그러한 진술을 하도록 장려했다는 사실을 매우 중요하게 생각한다. 그는 공격적인 주장을 포함하는 방식으로 프로그램을 편집하였다. 그의 개입이 없었다면 그 발언은 광범위한 범위의 사람들에게 전파되지 않았을 것이고, 그러므로 처벌 가능하지 않았을 것이다(위 문단 14 및 18 참고).

재판소는 이러한 사실이 제10조 제2항의 목적과 관련된 적절한 이유라고 본다.

33. 그린재킷 보도의 내용과 관련하여, TV 진행자는 덴마크의 인종 차별에 관한 최근의 공적 토론과 언론의 의견을 언급하며 프로그램을 시작함으로써 시청자가 그런 맥락 속에서 프로그램을 시청할 수 있도록 하였다. 그는 그 프로그램의 목적이 특정한 인종 차별주의자를 식별하고 그들의 심리와 사회적 배경을 조명함으로써 그 문제의 여러

측면을 다루는 것이라고 밝혔다. 이후의 인터뷰가 그러한 목표를 달성했다는 것은 분명하다. 전체적으로 볼 때 객관적으로 이 프로그램이 인종 차별적 견해와 사상의 선전을 목적으로 하였다고 볼 수는 없을 것이다. 반대로, 분명히 이 프로그램은 인터뷰라는 방법을 통해 자신들의 사회적 상황 때문에 한계와 좌절을 경험하고, 전과와 폭력적 태도를 가지고 있는 특정 청년 집단을 드러내고, 분석하고 설명함으로써 이미 그 당시 대중의 관심사였던 문제의 특정한 측면을 다루려고 하였다.

대법원은 이 프로그램의 뉴스 혹은 정보 가치가 공격적인 발언의 전파를 정당화할 수는 없다고 판결하였다(위 문단 18 참고). 그러나 위 문단 31에 명시된 원칙에 비추어 볼 때, 재판소는 선데이 뉴스 매거진 직원들이 문제가 된 방송 아이템의 뉴스나 정보 가치에 대한 평가에 이의를 제기할 이유를 찾을 수 없다. 직원들은 그러한 평가를 기반으로 그 프로그램을 제작하고 방송하기로 결정하였다.

34. 그뿐만 아니라 이 보도는 진지한 덴마크 뉴스 프로그램 중 일부로 방송되었으며 정보에 대해 박식한 시청자를 대상으로 했다는 점을 명심해야 한다(위 문단 9 참고).

재판소는 그린재킷 보도가 극단주의적 견해에 대해 균형을 맞추려는 어떠한 시도도 없이 방송되었다는 주장-국내 법원도 이를 강조하였다-(위 문단 14, 18 참고)을 납득하지 못하였다. TV 진행자의 도입말과 인터뷰 중 청구인의 행위, 예를 들어 인터뷰 대상들을 KKK단을 지지하는 "극단주의자 청년들의 집단"이라고 설명하거나 그들 중 일부의 범죄 기록을 언급하는 것은 분명히 인터뷰 대상들로부터 자기 자신을 분리하는 행위였다. 또한 청구인은, 예를 들어 중요한 직업을 가진 흑인들이 있었다는 사실을 상기시킴으로써 인종주의적 진술을 반박하였다. 마지막으로, 전체적으로 보았을 때, 촬영된 영상은 방송 속 인종주의적 진술은 그린자켓이 가지고 있는 일반적인 반사회적 태도의 일부라는 의미를 명확하게 전달했다는 점을 잊어서는 안 된다.

확실히 이 보도가 인종적 증오와 특정 인종의 우월성을 주장하는 사상의 부도덕함, 위험성 및 위법성을 명시적으로 떠오르게 하지는 않았다. 그러나 위에서 언급한 균형을 잡아주는 요소와 긴 프로그램 속 짧은 보도 속에서 그러한 요소를 반영하는 것이 가지는 자연적 한계, 더불어 표현의 형식에 대한 언론인의 재량을 고려할 때, 재판부는 예방적 조치의 부재는 관련성이 없다고 본다.

35. 인터뷰에 근거한 뉴스 보도는 편집 여부와 관계없이 언론이 "공적 감시자"의 중요한 역할을 수행할 수 있는 가장 중요한 수단 중 하나다(예를 들어 위에서 언급한 *the Observer and Guardian judgment,* pp.29-30, 문단 59 참고). 인터뷰에서 다른 사람이 한 진술을 전파하는 데 도움을 준 언론인을 처벌하는 것은 언론이 공익 관련 문제에 대한 논의에 이바지하는 것을 심각하게 저지하고, 그렇게 해야 할 특별히 강력한 이유가 없는 한 이를 꾀해서는 안 된다. 이와 관련하여 재판소는 벌금이 많지 않다는 점과 관련이 있다는 정부의 주장을 받아들이지 않는다. 중요한 것

은 언론인이 유죄 판결을 받았다는 것이다.

유죄 판결을 받은 그린재킷의 발언은(위 문단 14 참고) 그 대상이 된 그룹의 사람들에게는 모욕 이상이었다는 점 그리고 제10조에 의한 보호를 누리지 못한다는 점은 명확하다(예를 들어, *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands의 심리적격 여부에 대한 위원회 결정,* applications nos.8348/78 및 8406/78, DR 18, p.187; 그리고 *Künen v. Germany*, application no.12194/86, DR 56, p.205 참고). 그러나 청구인이 그린재킷 보도를 준비한 방식을 보더라도, 전체적으로 봤을 때, 그 방송이 형법에 따른 범죄로 청구인에게 유죄 판결과 처벌을 내린 것을 정당화할 수 있을 정도의 내용이라고는 보이지 않았다.

36. 문제가 되는 방송을 편집하는 과정에서 청구인이 인종주의적 목적을 가지지 않았다는 점은 논란의 여지가 없다. 청구인이 국내 절차에서 이러한 사실을 주장했음에도 불구하고 관련 판결문의 근거를 봤을 때 국내 법원이 그러한 요소를 고려했다고 보이지는 않는다(위 문단 14, 17 및 18 참고).

37. 앞서 말한 내용을 고려하여 청구인에 대한 유죄 판결과 이를 뒷받침하기 위해 제시된 근거는 청구인의 표현의 자유에 대한 권리의 향유로부터 생겨난 제한이 "민주사회에 필요한 것"이라는 것을 설득력 있게 확립하지 못하였다; 특히, 사용된 수단은 "타인의 명성 또는 권리"의 보호라는 목적에 비례적이지 않았다. 따라서 이 조치는 협약 제10조를 위반하였다.

II. 협약 제50조 적용

38. Jersild는 협약 제50조에 따라 정당한 배상을 요청하였다.

> "만약 재판소가 사법 당국 또는 회원국의 다른 기관이 내린 결정이나 조치가 협약상 의무와 전적으로 또는 부분적으로 상충한다고 판단하는 경우, 그리고 당사국의 국내법이 그 결정이나 조치의 결과에 대한 부분적 배상만을 허용하는 경우, 재판소의 결정은, 필요한 경우, 피해 당사자가 정당한 배상을 받도록 제공할 것이다.

39. 정부는 그의 주장 일부를 수용하였다. 위원회는 의견을 제시하지 않았다.

A. 금전적 손해

40. 청구인은 자신에게 부과된 벌금을 임시로 대납한 덴마크 라디오에 1,000크로네를 상환하기를 요구하였다.

41. 정부는 이의를 제기하지 않았으며, 재판소는 그 금액을 지급해야 한다고 판결한다.

B. 비금전적 손해

42. 청구인은 비금전적 손해 배상에 대해 20,000크로네를 요구하였다. 그는 전문가로서의 자신의 명성이 손상되었고 유죄 판결의 결과로 심적 고통을 느꼈다고 주장하였다.

43. 재판소는 청구인이 여전히 덴마크 라디오의 선데이 뉴스 매거진에서 일하고 있고 그의 고용주가 소송 절차 내내 그를 지지했으며(위 문단 9 및 40 참고), 특히 벌금과 법적 비용(아래 문단 44 참고)을 지불한 것을 알고 있다. 재판소는 제10조 위반 판결 자체가 비금전적 손해에 대한 적절한 정당한 배상에 해당한다는 정부의 주장에 동의한다.

C. 비용과 지출금

44. 비용과 지출과 관련하여 청구인이 다음의 내역을 요구하였다:

(a) 국내 소송에서 자신의 변호사 J. Stockholm에게 지급해야 할 45,000 크로네;

(b) 재판소 소송에서 발생한 법정 수수료, Johannessen에게 지급해야 할 13,126.80크로네, Boyle에게 지급해야 할 6,900 파운드 및 Trier에게 지급해야 할 50,000크로네(부가가치세 25% 제외);

(c) 번역, 통역 및 전문가 의견에 들어간 비용 충당을 위한 20,169.20크로네;

(d) 위원회 및 재판소 심리와 관련하여 발생한 여행 경비 및 생활비와 기타 경비 25,080크로네, 965.40파운드 및 4,075프랑스 프랑:

위 비용 및 지출금의 일부는 덴마크 라디오가 임시로 지급하였다.

45. 정부는 위 요구에 이의를 제기하지 않았다. 재판부는 청구인이 이 금액의 전부를 회수할 권리가 있다고 본다. 총액에는 부과될 수 있는 부가가치세가 더해져야 한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

이와 같은 이유로, 재판소는

1. 12대 7로 협약 제10조 위반이 있었다고 판결한다.

2. 17대 2로 덴마크가 3개월 이내에 금전적 손해에 대한 배상으로 청구인에게 1,000덴마크 크로네를 지급해야 한다고 판결한다; 그리고 비용과 지출금에 대해서는, 판결문 문단 34에 따른 계산의 합계 금액을 지급하도록 판결한다.

3. 정당한 배상에 대한 나머지 주장은 만장일치로 기각한다.

영어와 불어로 작성되었고, 1994년 9월 23일 스트라스부르 인권 빌딩에서 열린 공개 심리에서 선고하였다.

Herbert PETZOLD
서기

Rolv RYSSDAL
재판장

협약 제51조 제2항 및 재판소 규칙53 제2조에 따라, 다음의 별도 의견을 판결에 첨부한다:

(a) Ryssdal, Bernhardt, Spielmann, Loizou 판사의 공동 반대 의견

(b) Gölcüklü, Russo, Valticos 판사의 반대 의견

(c) Gölcüklü, Valticos 판사의 보충 공동 반대 의견

R. R.
H. P.

(a) RYSSDAL, BERNHARDT, SPIELMANN, LOIZOU 판사의 공동 반대의견

1. 재판소는 이 사건을 통해 거대한 무리의 사람들의 "인간"이라는 특징을 부정하는 인종 차별적 발언의 전파를 처음으로 다루었다. 이전의 결정에서 재판소는–우리가 봤을 때, 정당하게- 일반적으로 민주사회에서 언론과 미디어의 자유는 매우 중요하다고 강조했었다. 그러나 재판소는 "타인의 명성이나 권리"(제10조 제2항)이 이 사건에서와 같은 정도로 위험에 처했던 상황을 고려해야 했던 적은 없었다.

2. 우리는 그린재킷이 "제10조의 보호를 향유하지 못한다"는 다수의 의견에 동의한다(판결문 문단 35). 이는 지지하는 말이나 방송에 대한 승인을 통해 그러한 발언을 전파한 언론인에게도 똑같이 적용되어야 한다. 이는 분명히 청구인이 한 말은 아니다. 그러므로 언론의 자유와 타인의 보호 사이에서 적당한 균형을 잡은 것은 분명히 어려운 일이다. 그러나 다수 의견은 인종 차별적 증오로 고통받는 사람들을 보호하는 것보다 언론의 자유에 훨씬 더 중점을 두었다.

3. 인터뷰의 녹취록(판결문 문단 11)과 우리가 시청한 영상 모두 그린재킷의 발언이 인권 존중을 바탕으로 하는 사회에서 용납될 수 없다는 것을 분명히 밝히지 않는다. 청구인은 전체 인터뷰를 몇 분으로 단축했는데, 결과적으로 혹은 심지어는 의도적으로 가장 날것 그대로의 발언들을 남겨두었다. 만약 그렇다면, 적어도 그 내용에 동의하지 않는다는 명확한 진술을 추가하는 것은 절대적으로 필요한 일이었다. 다수 의견은 인터뷰의 맥락에서 그러한 반대 의사를 보았으나, 이것은 수수께끼 같은 발언을 해석한 것이다. 일부 대중은 그 텔레비전 프로그램이 인종 차별적 편견을 지지한다고 결론 내렸을 수 있다.

그린재킷에 의해 인간의 존엄성을 공격받았거나 심지어 부정당한 사람들의 느낌은 어떠할 것인가? 맥락을 고려했을 때, 그들은 텔레비전 방송이 자신들을 보호하기 위해 기여한다는 인상을 받을 수 있을까? 그러한 상황에서 언론인의 선의만으로는 충분치 않은데, 언론인 자신이 인종 차별적 발언을 자극한 경우에는 더욱 그렇다.

4. 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 국제 협약은 아마도 이러한 종류의 텔레비전 방송에 책임이 있는 언론인의 처벌을 요구하지는 않을 것이다. 그러나 다른 한편으로 협약은 인종 차별과 증오의 영역에서 언론이 분명한 입장을 취할 의무가 있다는 의견을 지지한다.

5. 우리 사회에서 인종 차별과 박해의 위협은 매우 심각하다. 재판소는 마땅히 모든 형태 및 표현의 인종 차별과 싸우는 것이 매우 중요하다는 점을 강조해 왔다(판결 문단 30). 덴마크 법원은 표현의 자유에 대한 권리는 존엄성을 공격받은 사람들에 대한 보호와 균형을 이뤄야 한다는 점을 충분히 인정하였다. 그들은 신중하게 청구인의 책임을 고려하였고, 결론에 대한 근거는 적절하였다. 인종적 소수 민족에 대한 보호는 정보 제공의 권리보다 가볍게 다뤄져서는 안 되며, 이 사건의 구체적인 상황 속에서 덴마크 대법원이 상충하는 이해들 사이에서 잡은 균형을 재판소

가 대신해서는 안 된다는 것이 우리의 의견이다. 우리는 덴마크 법원이 민감한 영역에서 회원국에게 주어져야 할 재량 여지 내에서 행동하였다고 확신한다. 따라서 덴마크 법원의 판결이 협약 제10조를 위반한 것으로 봐서는 안 된다.

(b) GÖLCÜKLÜ, RUSSO과 VALTICOS 공동 재판관 반대 의견

(번역문)

우리는 이 사건에서 재판소의 다수 의견에 동의하지 않는다.

이 사건에는 쟁점이 되는 두 가지 주요 원칙이 있는데, 하나는 협약 제10조에 구현된 표현의 자유이고, 다른 하나는 인종적 증오를 옹호하는 것에 대한 금지이다. 이는 명백히 협약 제10조 제2항에서 인정하는 제한 중 하나이다. 또한 이는 유엔 총회에서 채택한 기본권에 대한 문서, 특히 1965년 모든 형태의 인종 차별 철폐에 관한 협약의 주제이기도 하다. 명백하게도, 유럽협약을 실행할 때 이 협약을 무시해서는 안 된다. 더군다나 이 협약은 덴마크에도 구속력을 가진다. 이 협약은 또한 유럽인권재판소의 판단 기준이 되어야 하는데, 특히 이 협약의 영역이 유럽인권협약의 용어 및 유럽인권협약에서 개괄적 용어로 명시된 예외에 적용되는 경우에는 더욱 그러하다.

이 사건에서, 문제가 된 덴마크 텔레비전 방송에서 그린자켓이 말하고 기꺼이 재현한 진술은 실제로 외국인 일반, 특히 흑인에 대한 경멸의 선동이나 마찬가지였다. 그들은 외국인과 흑인을 열등한 인간 이하의 종족으로 묘사하였다("깜둥이들은... 인간이 아니다. 그냥 고릴라의 사진을 찍고... 그런 다음 깜둥이를 보면, 같은 신체 구조다... 깜둥이는 인간이 아니라 동물이다. 다른 외국인 노동자도 마찬가지이다. 터키인, 유고슬라비아인 그리고 뭐라고 불리든 모두다.").

일부 판사들이 표현의 자유에 특별한 중요성을 부여하는 것을 이해한다. 그러나 최근 그들의 국가에서 표현의 자유가 크게 박탈되고 있다고 하더라도 우리는 이러한 자유가 인종적 증오의 조장, 자신의 인종 이외의 인종에 대한 경멸, 문제가 되는 인종에 속한 사람들에 대한 폭력을 옹호하는 데까지 확장되어야 한다는 것을 받아들일 수 없다. 그러한 프로그램은 시청자의 거부와 같은 건강한 반응을 불러일으킬 것이라는 근거로 그 방송을 옹호하려고 했었다. 그러나 그것은 낙관주의일 뿐이고, 경험에 의하면 그야말로 거짓에 불과하다. 오늘날 대다수 젊은이, 심지어 인구 대다수는 삶의 어려움, 실업과 빈곤에 압도당하여 살고 있다. 그들은 단지 어떤 경계의 실질적 말도 없이 자신들에게 붙들려 있는 희생양을 찾고 싶어 한다; 그리고- 이것은 중요한 지점이다- 문제가 된 방송에 책임이 있는 언론인은 자신이 시청자들에게 보여주는 관점에 이의를 제기하려는 실질적 노력을 하지 않았다. 적어도 시청자들에게는 그러한 진술이 미치는 영향에 대해 균형을 잡기 위한 언론인의 이의 제기가 필요하였다.

따라서 우리는 덴마크의 사법 기관이 형사적 조치-게다가 그것은 온건한 처벌이었다-를 취한 것은 절대 협약 제10조의 위반이 아니라고 본다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(c) GÖLCÜKLÜ와 VALTICOS 판사의 보충 공동 반대 의견

(번역)

우리는 판결의 효력 규정 2번에 반대표를 던졌다. 우리는 청구인이 인종주의에 대한 옹호를 반대하지 않은 것은 잘못된 것이었다고 강하게 확신하기 때문에 그에게 어떤 것이라도 배상하는 것은 전혀 정당하지 않다고 본다.

15. Soulas and Others v. France

2008년 7월 10일

이 사건은 "이민과 이슬람에 대한 진실의 말하기"라는 부제를 가진 "유럽의 식민지화"라는 책의 출간 후 청구인들에게 제기된 형사 절차를 다루었다. 청구인들은 북부 아프리카와 중앙 아프리카 출신의 무슬림 공동체에 대한 증오와 폭력을 선동했다는 이유로 유죄를 선고받았다. 청구인들은 특히 자신들의 표현의 자유가 침해되었다며 소를 제기하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판결하였다. 특히 재판소는 국내법원이 청구인들에게 유죄를 선고하면서 그 책의 용어들이 주적으로 지정된 공동체에 대한 거부감과 적대감을 유발할 목적으로 쓰였고, 군사 용어를 사용함으로써 그러한 감정을 악화시켰다는 점 그리고 독자에게 저자가 추천하는 해결책, 즉 민족적 재정복을 위한 전쟁을 공유하도록 촉구했다는 점을 강조했다는 사실을 지적하였다. 청구인들에 대한 유죄 판결을 뒷받침하기 위해 제시된 근거들은 충분하고 적절했다고 판시하면서 재판소는 청구인들의 표현의 자유의 권리에 대한 제한은 민주사회에서 필요한 것이었다고 보았다. 마지막으로 재판소는 그 책에서 논쟁이 된 구절은 청구인들의 사건에 대해 협약 제17조(권리남용의 금지)를 적용하는 것을 정당화할 수 있을 정도로 충분히 심각하지는 않았다고 보았다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

15

유럽인권재판소

5부문

SOULAS AND OTHERS v. FRANCE

(청구번호 15948/03)

판결

스트라스부르흐

2008년 7월 10일

최종

2008년 10월 10일

편집 상 수정이 있을 수 있다.

*SOULAS AND OTHERS v. FRANCE*사건에서 유럽인권재판소(5부)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Peer Lorenzen, *재판장,*

Jean-Paul Costa,

Karel Jungwiert,

Volodymyr Butkevych,

Renate Jaeger,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Mirjana Lazarova Trajkovska, *판사,*

Stephen Phillips, *서기,*

2008년 5월 17일과 6월 17일 심리하였고, 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 마지막 날짜에 채택되었다.

사건의 경과

1. 프랑스 공화국을 대상으로 하는 이 사건(청구번호 15948/03)은 프랑스 국적의 두 사람Gilles Soulas와 Guillaume Faye, 그리고 유럽피언 방송·출판사("청구인들")가 2003년 5월 6일 유럽인권협약("협약") 제34조에 따라 재판소에 제기하였다.

2. 청구인들을 대리하는 변호사는 파리에서 활동하는 E. Delcroix 였다. 프랑스 정부(이하 "정부")는 프랑스 외교부 법률팀장 E. Belliard가 대리하였다.

3. 청구인들은 특히 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유를 침해당했다고 주장했다.

4. 2005년 10월 6일 재판소는 소장을 정부에 전달하였다. 협약 제29조 제3항에 따라 재판소는 적법요건심사와 평결이 동시에 이뤄져야 한다고 결정했다.

사실관계

I. 사건의 배경

5. 두 청구인은 각 1955년, 1949년 생이며 파리에 거주하고 있다. 세 번째 청구단체는 본사를 파리에 두고 있다.

6. 첫 번째 청구인 G. Soulas는 세 번째 청구단체(SEDE)의 편집자이자 경영자이다. 두 번째 청구인 G. Faye는 정치학 박사로 저널리스트이자 작가이다. 세 번째 청구단체는 2000년 2월 "이민과 이슬람에 대한 진실의 말하기"라는 부제를 가진 "유럽의 식민지화(Colonization of Europe)"라는 책을 출판했다. 서점에 배포된 이 책에서 저자는 특히 "특정 지역에서는 유럽 문명과 이슬람 문명이 양립할 수 없음"을 강조하였다.

7. 345페이지 분량인 이 책의 내용은 다음과 같다.

"1장 식민지화의 기제와 인구통계적 잠수(潛水)
2장 무의식의 유럽
3장 공산주의자와 다민족적 유토피아
4장 이슬람교가 유럽을 정복하다
5장 비행으로부터 민족 내전으로

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

6장 이민이 공립학교를 파괴한다

7장 새로운 인종적·민족적 문제들

8장 금기와 거짓말

9장 해결책

재정복의 원칙

비현실적이고 너무 늦은 해결책들

주요 위기의 필요성

가능한 각본

재정복의 각본

결론: 유럽의 젊은이들에게 하는 권고의 말

부록"

저자는 독자들에 대한 경고로 책을 시작하였다. 그는 많은 사람들이 이 책이 그를 곤란하게 할수도 있다며 책을 쓰는 것을 만류했다고 밝혔다. 그는 특정 정당이나 단체, 사상의 학파를 위해 말하는 것이 아니고, 자신의 접근방식은 완벽히 그리고 자발적으로 혼자서 만든 것이며 완전한 자유가 깃들어 있다고 확언하였다. 그는 이것이 전통문화를 만드는 문제도, 누구를 모욕하거나, 혐오적 망상이나 저급한 인종주의에 빠지는 문제도 아니라고 말했다. 이것은 엄밀함과 결단력을 가지고 자신의 의견을 주장하는 것의 문제이며 유럽인들이 변함없이 그들 자신으로 남을 수 있도록 하는 불가침의 권리를 옹호하는 것의 문제라고 말했다.

8. 이 책의 출판 후, 파리지방법원의 검사는 세 청구인들을 각각의 역할에 따라 저자(두 번째 청구인), 공범(첫 번째 청구인), 민사책임이 있는 단체(세 번째 청구단체)로서 소환하였다. 이들은 그들의 기원 혹은 특정 인종, 국가, 민족, 종교 등 인종에 속함 혹은 속하지 않음을 이유로 어떤 개인이나 집단에 대한 차별과 증오 혹은 폭력을 유발했다는 혐의를 받았다. 이는 1881년 7월 29일 법률 제23조와 제24조 제6항에 근거한 것이었다. 소환장에는 이 책의 여러 구절이 적혀 있었다. The International League Against Racism and Anti-Semitism(LICRA)과 the Movement Against Racism and for Friendship among Peoples(MRAP)이 시민적 당사자로서 이 소송에 결합했다.

9. 2000년 12월 14일 내려진 판결에서 파리지방법원은 작가와 출판사 경영자에게 책의 일부 내용에 대하여 언론의 자유에 대한 1881년 7월 29일 법률 제23조와 제24조 제6항에 근거하여 각각 저자와 공범으로 유죄를 선고하였다. 그들은 각자 벌금 50,000프랑스 프랑을 선고 받았다. 이를 유로로 환산하면 7,622.45유로이다. 이에 더해 그들은 각자 그리고 연대하여 각 시민측 당사자가 입은 손해에 대해 1 프랑스 프랑(0.15유로)씩을 배상하도록 선고 받았다. 출판사는 민사적 책임이 있다는 판결을 받았다.

10. 청구인들은 항소하였다. 그들은 특히 1881년 7월 29일 법률 제24조 제6항이 세속적 이데올로기가 아니라 종교신자에 대하여 차별적으로 보호했다는 점에서 협약 제9조 제1항과 제10조 그리고 제14조에 반한다고 주장하였다. 이 조항은 서로 다른 형태로 보호되는 두 가지의 의견의 범주를 만들고, 이 중 한 범주에 속한 사람들을 차별하였다는 것이다. 그것은 특정 범주에 속한다는 이유로 공정성이 결여된다고 의심되는 판사를 공정성의 이름으로 배제하는 길로 이끌 수 있을 것이었다. 또한 청구인들은 어떤 사건에서도 자신들의 행위가 범죄를 구성하지 않았다고 주장하였다.

11. 2002년 1월 31일 파리항소법원은 그 책의 모든 구절이 특정 집단의 사람들에 대한 증오와 폭력선동 범죄를 구성한다고 판단하여 청구인들, 작가와 출판사 경영자를 각 저자와 공범이라고 결정하면서 이들에게 유죄를 선고하였다. 법원은 그들에게 각각 7,500유로의 벌금을 내렸다. 또한 손해배상으로 LICRA에게는 1유로를 MRAP에게는 0.15유로를 책정하였다.

12. 항소법원은 판결문에서 1881년 7월 29일 법률 제24조 제6항은 협약 제9조 제1항과 제10조 그리고 제14조의 원칙들에 반하지 않는다고 판결했다. 법원은 다음과 같이 밝히고 있다:

> "... 제24조 제6항에 의해 확립된 차별 선동의 금지는 다른 종교를 믿는 사람뿐만 아니라 종교를 믿지 않는 사람에게도 적용된다;
>
> ... 그 법은 무신론자들을 배제하고, 종교를 믿는 사람들에게만 혜택을 주는 보호 체제를 성립하지 않도록 그리고 협약 제9조 제1항이 규정하는 사상과 양심, 종교의 자유라는 원칙을 위반하지 않도록 종교를 믿는 것과 믿지 않는 것 중 어떤 것을 근거로 차별을 선동하는 것을 처벌한다..."

13. 또한 법원은 책의 여러 구절을 검토한 후 범죄가 성립되었다고 결론 내렸다. 법원은 우선 다음과 같이 평했다:

> "... 책의 내용에서 저자는 한편으로는 북아프리카 출신의 이민자들과 무슬림들을, 다른 한편으로는 아열대 아프리카에서 온 이민자들을 겨냥하고 있다; ... 첫 번째 경우 이 집단의 사람들은 그들의 출신과 종교 때문에, 두 번째 경우에는 출신국가와 백인이 아니라는 이유 때문에 뽑힌 것이다. 그러므로 양쪽 사례 모두 1881년 7월 29일 법률 제24조 제6항에 속하는 특정한 사람들의 집단을 구성한다..."

14. 유죄가 내려진 그 책의 여러 구절에 대해 법원은 다음과 같이 밝혔다:

> "[저자는 다음과 같이 단언한다] "잠재적 도시 게릴라"의 형태를 띤 민족적 전쟁이 시작되었다. 아프로-

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

마그레브 젊은이들의 범죄는 영토를 정복하고 유럽인들을 프랑스 국토 내부로부터 추방하기 위한 수단이다; ... 저자는 이어지는 두 개의 구절에서 동일한 사상을 주장한다...: "이것은 게토의 문제가 아니라 영토가 정복당하고 식민지화 되는 문제이다", "아프로-마그레브 출신 사람들이 대다수인 지역에서 프랑스 출신 사람들이 추방당하고 있다", 또한 이러한 "법이 없는 지역"이 만들어지는 것이 빈곤과 연관되는 것이 아니라고 확실히 한다. 왜냐하면 이러한 지역의 사람들은 범죄적 경제와 "연금의 합법적 혹은 부정한 사용"으로부터 편안한 삶의 수준에 의해 혜택을 얻을 수 있기 때문이다";

[저자는 다음과 같이 주장한다] "고유 유럽인"이 소수자가 된 코뮌에서는 코란을 가지고 재판을 하는 사람이 시민권을 받을 자격을 가지고, 더 이상 민법도 통하지 않는다. 그리고 "무슬림과 다른 이주민들"이 운영하는 수 천 개의 작은 사업장들은 "통제나 제제도 받지 않은 채 세금도 사회적 비용도 지불하지 않는다;

[저자에 따르면] 프랑스를 포함하여 유럽 내 이슬람교는 정치 권력의 점진적 획득과 이슬람 공화국의 수립을 목적으로 하고 있다. 그를 위한 첫 번째 단계는 수 백 개의 지자체들을 이슬람 정당들이 장악하는 것이다;

... [책에는] 이주민들의 과도한 태만이 다음과 같이 환기되어 있다. 약탈 논리로 쓰여져 있는 "유럽 형태의 사회경제적 논리에 맞게 적응하는 것에 적응하지 않는 것", 강조되어 있는 이주민 중 젊은 세대의 "프랑스인 혐오"와 반-프랑스인 인종주의;

[이 책의 페이지들은] 아프로-마그레브 무리의 "민족적 내전"의 행위와 관련 있다. 그들은 자신들의 범죄를 복수를 위한 욕망이라고 정당화한다. 이는 특히 유럽 여성들에 대한 의례적 강간... 이라는 예를 통해 구체적으로 나타난다... 구체적 사례를 환기함으로써 이를 명백히 하기 위해 든 예시...

... 문제에 대한 해결책을 다루는 장에서 저자는 그가 제3세계에 의한 유럽의 식민지화라고 생각하는 것을 치료하기 위한 해법을 상상한다. 저자는 부제에서 이렇게 단언한다; "민족적 내전이 발발해야지만 해결책을 찾을 수 있다". 그는 자신의 주장에 대한 근거로 민족 집단의 범죄와 지방군 게릴라의 확장을 들었다. 그에 의하면 이는 예측 가능한 것이다. 뿐만 아니라 유럽 내 조직된 이슬람 이식에 대한 의지도 근거로 들었다. 이런 측면에서 그는 "새로운 전사들이 결합할" "하드코어"인 적극적인 소수자 젊은이들을 준비해야 할 필요성을 강조한다."

15. 항소법원은 다음과 같이 결론을 내렸다

"... 그러므로 저자는 앞서 언급된 모든 구절들에서 아프리카로부터 온 사람들뿐만 아니라 마그레브 출신의 무슬림 이주민들, 특히 이 집단에 속하는 젊은이들을 프랑스 법의 적용 받는 것을 거부하는 반군, 범죄 행위에 전반적으로 가담하는 사람들로 제시하였다. 그들이 이런 짓을 하는 이유는 정상적인 경제적인 생활에 통합되기 위해 그들이 토지를 가지고 있지 못한 것으로부터 발생하는 이익을 얻을 목적을 위해서일뿐만 아니라 반-유럽적 인종주의를 통해 생기를 얻으려는 목적도 있다. 영토를 점령함으로써 유럽출신의 인구를 배제하고 자신들의 권력을 공고히 하면서 이슬람교의 패권적 이식을 확실히 하려는 것이다; ... 그는 위의 동일한 집단의 구성원들에 속하는 동료들이 프랑스에서 적용될 수 있는 사회법과 회계법에 대한 존중 없이 완전한 면책을 가지고 프랑스에서 그들의 활동을 수행한다는 특징을 가질수 있을 것이라고 확고히 하면서 자신의 주장을 마무리하였다.

... 발췌문에서 체계적으로 반복되어 말해지고 있는 부정적 요소는 독자들에게 앞서 말한 공동체에 대한 거부감과 적대감을 유발하기 위해 쓰였다. 이 책은 군사 용어를 이용함으로써 적개심을 최고로 강조했는데, 앞에서 언급된 공동체들을 이책에서 사용된 표현에 따르면 주적으로 지정하였다. 그리고 독자들로 하여금 저자가 옹호하는 해결책, 즉 민족적 재정복을 위한 전쟁을 공유하도록 촉구한다.

... 그러므로 인용문에서 쓰인 말은 전체적으로 보면 범죄를 구성한다. 선의가 배제되었으며, 이 공동체들에 대한 증오와 폭력을 선동한다."

16. 청구인들은 파기원에 법률적 이유로 항소하였다. 그들은 항소장에서 1881년 7월 29일 법률 제24조 제6항이 차별적 성격을 지니기 때문에 적용할 수 없다고 주장했다. 또한 협약 제6조 제1항, 제9조, 제10조, 제14조의 침해를 주장했다.

17. 2002년 11월 19일 파기원은 항소를 기각했다. 파기원은 그들이 항소법원이 정당하게 기각한 주장들을 단순히 반복했으며, 그 주장이 불충분하고 모순됐다고 결론 내렸다.

II. 관련 국내법

18. 언론의 자유에 대한 1881년 7월 29일 법률의 관련 조항 내용(이 법에 저촉된 행위가 일어난 때에 효력 발생)은 다음과 같다:

제23조

"어떤 장소 또는 공공장소에서 연설, 고함 또는 큰소리로 행한 위협을 통해서건, 어떤 장소 또는 공공장소에서 팔려지거나, 배포되거나, 매매되거나 또는 진열된 문서, 출판물, 도화, 조각,그림, 상징, 이미지 또는 문서, 발언 및 이미지의 다른 모든 매체에 의해서건, 대중의 시선에 노출된 벽보나 게시물에 의해서건, 전자적 수단을 통한 대중에 대한 모든 통신수단을 통해서건 직접적으로 행위자 또는 행위자들에게 전술한 행위를 저지르도록 교사한 자는 그와 같은 교사에 대한 결과가 일어났을 경우, 중범죄 또는 경범죄로 규정되는 행위의 공범자로 처벌된다. 또한 이 조항은 교사에 따른 범죄의 시도가 일어났을 때에도 형사법 제2조에 규정된 바에 따라 적용된다."

제24조 제6항

"... 제23조에 제시된 수단으로 특정인 혹은 특정 집단에 대해 그들의 기원 혹은 민족, 국적, 인종 혹은 종교에 속함 혹은 속하지 않음을 이유로 차별과 증오를 선동하는 사람은 1년 이하의 징역과 300,000프랑스 프랑의 벌금 혹은 이 둘 중의 하나의 처벌을 받는다..."

판단

I. 협약 제10조 침해에 대한 주장

19. 청구인들은 프랑스 법원이 자신들에게 유죄 판결을 내린 것은 자신들의 작업을 제대로 이해하지 못했기 때문이라고 주장한다. 그들은 협약 제10조의 침해를 주장한다. 협약 제10조의 내용은 다음과 같다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고 받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 무질서와 범죄의 방지, 보건이나 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전에 필요하여 법률에 규정된 바와 같은 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

20. 정부는 협약 제17조와 제35조 제3항 (a)에 따라 이 제소는 받아들일 수 없는 것이라고 주장했다. 왜냐하면 정부가 보기에 청구인들은 협약의 정신과 민주주의의 본질적 가치 자체를 침해하는 문서의 출판을 정당화하기 위해 표현의 자유에 대한 권리를 발동하고 있기 때문이다. 정부는 청구인들이 출판한 책이 모욕적이고 인종차별적인 생각에 바탕하고 있으며, 프랑스 영토에서 북아프리카나 준 마그레브 아프리카의 기원을 갖는 혹은 무슬림 신념의 이민자들에 대한 폭력을 요청하는 일반적인 묘사를 담고 있다고 주장했다.

21. 주장을 뒷받침하기 위해, 정부는 청구서 저자들이 표현의 자유에 대한 그들의 권리 훼손을 주장하는 청구가 유럽인권위원회가 협약 제17조에 직·간접적으로 의존하여 표현의 자유 권리 침해를 주장한 청구를 각하한 판결을 인용하였다(*Netherlands,* 8348/78, 1979년 10월 11일 위원회 결정, *Walendy v. Germany,* 21128/93, 1995년 1월 11일, *Remer v. Germany,* 25096/94, 1995년 9월 6일, *Nationaldemokratische Partei Deutschlands v. Germany,* 25992/94, 1995년 11월 29일, *Marais v. France,* 31159/96, 1996년 6월 24일, 그리고 *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, 판결과 결정 보고서, 1998-VII, 문단 47).

22. 청구인들은 정부의 주장에 이의를 제기하였다.

23. 재판소는 정부가 협약 제17조에 따라 제기한 주장, 즉 협약 제10조의 적용가능여부에 대한 주장은 제10조에 따른 대한 청구인의 제소 내용과 밀접과 관련이 있고, 특히 민주사회에서의 필요성의 문제와 관련이 있다고 판단한다. 따라서 재판소는 본안 평결에서 이 문제를 검토한다.

24. 재판소는 청구인들의 주장이 협약 제35조 제3항의 의미 안에서 명백히 잘못 근거지워지지 않았다고 판단하지 않는다. 게다가 이 사건을 부적법하다고 판단할 이유가 없다. 그러므로 이 사건은 받아들일 수 있는 것으로 선언해야 한다.

B. 본안 판단

25. 청구인들은 국내법원이 협약 제10조 제2항에 근거한 간섭의 필요성을 정당화하지 못했고, 범죄가 이뤄졌다는 것을 입증하지 못했으므로 자신들의 표현의 자유를 침해했다고 주장했다. 그들은 저자의 발언의 진정한 의미와 범위를 이해하려면 담당 판사는 단순히 검사가 선택한 구절 이상을 보고 추론했어야 했다고 믿었다. 특히 그들은 판사가 책 서두의 "독자에 대한 경고"를 충분히 고려하지 않았다고 보았다. 그들이 보기에 그 경고는 없어서는 안 될 불빛과 같이 꼭 필요한 것이었다. 더군다나 판사는 범죄를 입증할 충분한 증거를 제공하지 않았다. 문제가 되는 책

은 증오와 폭력을 선동을 야기하지 않았다. 그리고 특정한 동기를 밝히지도, 충분한 설명을 제공하지도 않은 채 판사는 유죄 판결을 내렸다. 청구인들은 자신들에 대한 유죄판결이 협약 제10조 제2항에 의해 정당화되지 않기 때문에 불법하다고 주장했다.

26. 청구인들은 프랑스가 자신들에게 제24조 제6항을 적용한 것 때문에 비난받도록 하는 것이 청구의 목적이 아니라는 점을 강조하였다. 오히려 청구는 협약 하에서 민족 집단, 국가 혹은 인종에 소속과 같은 어떤 무형의 상태가 종교로 동화되는 것에 대한 평결에 관심이 있다. 왜냐하면 그들에 따르면 종교는 이데올로기 상태에 비교될 수 있고 그리고 항상 비판에 공개되어 있는 그러한 것이기 때문이다. 그들은 인종주의를 할 권리를 주장하는 것이 아니라 신앙을 "믿음" 혹은 "의견"과 같은 초월적 변형으로 개념화하는 것의 불가능성을 비난하는 것이다. 문제는 존엄과 권리의 측면에서 속인, 무신론자, 불가지론자 혹은 자유 사상가들이 신자들과 동일한 보호를 받느냐이다. 정부의 주장도, 파기원의 판결도 이 질문에 대한 답을 하지 않았다. 반종교적 논쟁 혹은 사람들이 미신과 광신에 대한 싸움으로 맞게 혹은 틀리게 생각하는 것은 협약의 의미 안에서 인종주의가 될 수 없다.

27. 정부는 간섭이 법에 따른 것이었고(언론의 자유에 대한 1881년 7월 29일 법률 제23조와 제24조 제6항), 외국 출신의 사람들의 권리 보호와 인종주의에 대한 싸움이라는 정당한 목적을 추구했다고 주장했다. 또한 간섭은 법의 문제로 민주사회에서 필요한 것이라고 보았다. 책 속 진술들은 커다란 사람들의 집단을 대상으로 한 것이었고, 용인될 수 있는 비판의 한계를 넘었으며 증명된 사실에 근거하고 있지도 않았다.

28. 재판소가 보기에 문제가 되는 판결은 청구인의 표현의 자유 행사에 대한 "간섭"이다. 이러한 간섭은 법에 규정되고, 제10조 제2항에 나와있는 한 가지 이상의 정당한 목적을 달성하기 위한 것이어야 하는 것이며 민주사회에서 필요한 것이어야 한다. 그렇지 않으면 그 간섭은 협약 10조에 대한 침해이다(대표적 판례로 *Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 41, CEDH 1999-I).

1. "법률에 규정"

29. 재판소는 관할 법원이 언론의 자유에 대한 1881년 7월 29일 법률 제23조와 제24조 제6항에 근거하고 있다고 판단한다. 그러므로 간섭은 법에 의해 규정된 것이었다.

2. 정당한 목적

30. 재판소는 간섭의 목적이 공공 질서의 보호와 타인의 명예와 권리 보호였다고 간주한다.

3. "민주사회에서 필요한"

31. 재판소는 간섭이 민주사회에서 정당한 목적의 추구를 위해 필요한 것이었는지 판단해야 한다.

(a) 일반적 원칙

32. "민주사회에서의 필요성"의 조건이 충족되려면 재판소는 제소된 간섭이 "긴박한 사회적 필요"에 상응하는 것이었는지를 결정해야 한다. 협약 체약 당사국은 그러한 필요가 존재하는지를 평가하는데 있어 일정 정도의 재량 여지를 가진다. 그러나 이는 유럽연합이 국가의 법률과 그것을 적용한 결정에 대해 가지는 감독과 병행된다. 그것이 독립적 법원이 내린 결정이라 하더라도 말이다. 그러므로 재판소는 '제약'이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화가능한지에 대한 최종 결정을 내릴 수 있다(대표적 판례로, 위 인용, *Lehideux and Isorni v. France,* p.2885, 문단 51, *Association Ekin v. France,* no.39288/98, 문단 56, ECHR 2001-VIII, 그리고 *Perna v. Italy* [GC], no.48898/99, 문단 39, CEDH 2003-V).

33. 감독권을 행사함에 있어 재판소의 과업은 결정권이 있는 국가 기관의 자리를 차지하는 것이 아니라, 재량권 행사로 내려진 국가 기관의 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다(위 인용, *Fressoz et Roire,* précité, 문단 45). 책임 국가가 선의를 가지고 신중하게 합리적인 방식으로 권력을 사용했는지를 검토하는 것으로 재판소의 역할을 국한해야 하는 것은 아니다; 재판소는 사건 전체를 고려하여 논쟁이 되는 간섭을 평가해야 한다. 여기에는 청구인들이 한 진술의 내용과 그 진술이 만들어진 맥락이 포함된다(*News Verlags GmbH & CoKG v. Austria,* no.31457/96, 문단 52, CEDH 2000-I). 특히 간섭을 정당화하기 위해 당국이 기대고 있는 근거가 "적절하고, 충분한지" 그리고 문제가 되는 방법이 "추구하고자 하는 정당한 목적에 비례적이었는지"를 판단하는 것이 재판소가 해야 할 일이다(*Chauvy and others v. France,* no 64915/01, 문단 70, CEDH 2004-VI). 그렇게 함에 있어 재판소는 당국이 관련 사실에 대한 받아들일 수 있는 평가에 근거하여 협약 제10조에 명시된 원칙에 따른 규정을 적용하였는지를 확인해야 한다(대표적 판례로, *Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일 판결, *Reports* 1997-VII, pp.2547-2548, 문단 51, 그리고 위 인용, *Lehideux and Isorni*, p.2885, 문단 51).

34. 또한 표현의 자유는 다원주의, 관용 및 넓은 마음으로 특징 지어지는 민주사회의 본질적 토대 중 하나이다

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

(위 인용, *Handyside v. United Kingdom,* 문단 49). 재판소는 표현의 자유의 중요성을 여러 번 반복해 강조해왔다. 이는 민주주의가 제대로 기능하기 위한 필수 조건 중 하나이다(*Özgür Gündem v. Turkey,* no.23144/93, 문단 43, CEDH 2000-III). 표현의 자유의 사회적 역할에 대한 이러한 단언은 재판소의 협약 제10조 관련 판례법의 기본 철학을 구성한다.

35. 마지막으로 그리고 무엇보다도 먼저, 협약 제10조 제2항의 규율을 받는 표현의 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않은 것 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라, 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 협약 제10조에 명시된 것처럼 표현의 자유에도 예외가 적용될 수도 있다. 그러나 그 예외는 좁게 해석되어야 하며, 표현의 자유를 제한하기 위한 필요성은 설득력 있게 확립되어야 한다(특히 위 인용, *Handyside,* p.23, 문단 49, 위 인용, *Lingens,* p.26, 문단 41, *Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일, series A no.298, p.26, 문단 37, *Piermont v. France,* 1995년 4월 27일, series A no.314, p.26, 문단 76, 위 인용, *Lehideux and isorni,* p.2887, 문단 55, 그리고 위 인용, *Fressoz and Roire,* 문단 45 참고).

(b) 본 사건에 대한 원칙의 적용

36. 재판소는 우선 논쟁이 되는 책에서 다루는 문제들은 공통의 관심사라는 점을 주목한다. 이주국 내 이주민의 정착 및 통합과 관련된 문제는 현재 유럽 사회에서 상당수의 정치적 토론과 언론의 토론 주제이다.

37. 최근 몇 년 간 많은 수의 외국인을 받아들이고, 이들을 수용하기 위한 시설과 통합 정책을 마련한 프랑스에서 이는 특히 더 진실이다. 그러나 그러한 통합은 시간이 오래 걸리고 힘든 과정을 거쳐야만 이룰 수 있고, 이것은 외국에서 온 인구에 영향을 미칠 실행 중 허점이나 어려운 점이 수반될 수 있다. 이것은 사람들 간의 의견 불일치와 오해를 낳을 수 있다. 이러한 오해는 그들의 가장 심각한 표현에서, 이미 경찰과 이 인구의 어떤 급진적 요소들 사이의 폭력적 충돌의 결과가 되었다.

38. 이주 및 통합 정책을 실행하는 데 있어 국가들이 직면하는 문제들은 필요에 따라 각 국가마다 다르다. 마찬가지로 이 정책이 이주민들과 원주민에게 미치는 영향뿐만 아니라 이 두 집단 사이의 관계 역시 다른데 역사적, 인구통계학적, 문화적 요소를 포함한 다양한 요소의 영향을 받기 때문이다. 이러한 문제들의 범위와 이들 중 가장 극단을 치료하는 최선의 방법은 그 나라의 실체를 가장 잘 이해하는 국가당국의 책임이다. 그러므로 그들은 그러한 간섭의 존재와 그러한 간섭이 필요한 정도를 결정하는데 있어 충분한 재량의 여지를 가져야 한다.

39. 논란이 되는 이 책은 프랑스에서, 특별한 맥락 속에서 출판되었다. 헌신적인 언론인이자 작가에 의해 씌여진, 그 책은 현재의 사회문화론적인 문제들을 다루는 에세이의 형태를 취하고 있다. 읽기 쉽고, 인쇄물을 읽는 독자들에

게 익숙한 언어를 사용하여 독자층을 넓히려 하였다. 이 책은 현 상황에 대한 분석, 제안과 그것이 가져올 수 있는 효과 그리고 미래에 대한 예측으로 구성된 고전적 형태에 따라 디자인된 계획을 따른다.

40. 저자는 일반적으로 비-유럽 출신 사람들, 특히 무슬림의 유럽 이주가 가져오는 사악함을 폭로한다. 특히 이 책은 이슬람교가 프랑스와 유럽에 대한 적대적 정복을 착수하고 있다는 것, 그리고 젊은이들의 비행은 단지 영토를 정복하려는 민족적 내전의 시작을 명백히 보여주는 것임을 증명하려고 시도한다. 저자에 따르면 유럽 대륙은 문명 소멸을 위협하는 혼돈 속으로 빠져들고 있다. 저자는 이 문제야말로 유럽이 알고 있던 모든 거대한 대역병과 전쟁보다 더 심각한 사건이라고 보고, 자신이 유럽인들의 무의식이라고 간주하는 것과 공산주의적이고 다민족적인 사회라는 유토피아를 비판한다.

41. 재판소는 이 책의 몇몇 구절들이 관련된 공동체에 대해 부정적 이미지로 묘사했다는 점에 주목한다. 이러한 방식은 종종 논란이 되며, 이주의 효과의 묘사는 파국적이다.

42. 재판소는 인종 차별주의의 모든 형태 및 표현과 싸우는 것이야말로 최우선으로 중요한 일임을 반복해서 말한다(*Jersild v. Denmark,* 23 September 1994, Series A. no 298, 문단 30). 이러한 접근은 유럽인권협약 이외에도 시민적·정치적 권리에 관한 국제규약(제20조 제2항) 혹은 인종차별철폐위원회의 일반권고 no.15-42와 같은 여러 국제 기구의 문서에 명시되어 있다. 일반권고에 따르면 "인종적 우월성이나 증오에 근거한 사상의 유포 금지는 사상이나 표현의 자유와 양립할 수 있다...". 마지막으로 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제4조는 체약국이 인종적 우월성이나 증오, 인종차별적 선전에 근거한 관념의 보급을 포함하여 모든 형태의 인종차별을 범죄화하고, 인종차별주의적 집단을 금지할 것을 요구한다.

43. 청구인들에게 유죄 판결을 내림에 있어, 항소법원은 이 책의 내용이 독자들로 하여금 거부감과 적대감을 유발하려는 의도를 가지고 있다고 강조하였다. 이러한 감정은 이들에 대해 군사 용어를 사용하여 타겟 대상이 된 공동체를 주적으로 지정하고, 저자가 옹호하는 민족적 재정복을 위한 전쟁이라는 해결책을 공유함으로써 최고조화 되었다. 법원은 유죄 판결을 이끌어낸 인용문을 명백하게 언급한다. 여기에는 "이 문제에 대한 해결책은 민족적 내전이 발발해야지만 찾을 수 있다", "민족 집단에 의한 범죄와 이들에 의한 지방군 게릴라의 예측 가능한 증가에 근거하고 있다"는 발언들이 포함되어 있다. 법원은 특히 이 책이 다양한 사실에 근거하여 교외 지역의 마그레브 혹은 무슬림 청년들이 반유럽 인종주의에 의해 젊은 백인 여성들을 "의례적으로 강간"한다고 확언한 점을 주목하였다.

44. 그러므로 재판소는 항소법원의 근거가 충분하고 적절하다고 생각한다. 물론 1881년 7월 29일 법률의 존재와 그 법률을 국내 법원이 적용함으로써 표현의 자유가 엄격하게 규제 받는 것은 사실이다. 그러나 본 사건의 정황에서 표현의 자유에 대한 한계는 당국의 재량범위를 넘어서지 않았다.

45. 마지막으로 청구인들에 대한 처벌과 관련하여, 재판소는 간섭에 대한 비례성을 평가할 때 처벌의 성격과 정도를 고려해야 한다는 점을 상기한다(*Sürek v. Turkey*(no.1), 1999년 7월 8일 판결, Reports 1999-IV, 문단 64).

46. 청구인들에게 부과된 금액(각 7,500유로씩)은 본 사건의 정황을 고려할 때 많은 것처럼 보일 수 있다. 그러나 원칙적으로 청구인들은 징역형을 받을 수도 있었다.

47. 앞서 언급한 내용들을 고려하면 청구인들의 유죄판결에 대한 근거들은 재판소가 청구인들이 표현의 자유를 행사하는 과정에서 발생한 간섭이 "민주사회에서 필요한 것"이었다고 확신할 수 있는 것이다.

48. 마지막으로 재판소는 문제가 되는 책에서 논란이 되는 구절들이 협약 제17조의 적용을 정당화할 정도로 심각하지는 않다고 결론내린다. 따라서 재판소는 제17조에 따른 정부의 이의제기를 각하하고, 협약 제10조에 대한 위반이 없었다고 판결한다.

II. 협약 제10조와 결합하여 제14조를 위반했다는 주장

49. 협약 제14조와 결합된 제10조의 맥락 속에서, 청구인들은 관련법 제24조 제6항이 차별적이며, 프랑스 법원이 저자의 프로필에 따라 그를 달리 취급하였다는 주장도 제기하였다. 협약 제14조의 내용은 다음과 같다:

성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

50. 재판소는 청구인과 *Taslima Nasreen, Samuel P. Huntington, V.S Naipul*과 같은 외국 작가 사이의 비교가 지지받지 않는다는 점을 주목한다.

51. 따라서 협약 제35조 제3항과 제4항에 따라 이 제소는 근거가 없는 것이 명백하므로 각하한다.

III. 협약 제6조 제1항 및 제9조와 결합하여 제14조를 위반했다는 주장

52. 청구인들은 협약 제6조 제1항을 언급하며 파기원의 판결이 근거가 충분히 제시되지 않아 절차적 공정성이 부족하다고 주장하였다. 더 나아가 그들은 협약 제9조 제1항과 결합된 제14조에 근거하여 1881년 7월 29일 법률 제24조 제6항이 "신학"에는 우호적이면서 "이데올로기"는 차별한다고 주장했다.

53. 협약 제6조 제1항 위반 주장에 대하여 재판소는, 파기원 절차의 특정한 성격을 고려했을 때, 파기원이 판결에 대한 근거를 명시할 의무를 준수하지 않았다고 보지 않는다. 협약 제9조와 결합하여 제14조 침해 주장에 대해, 재판소는 협약 제10조의 관점에서 1881년 7월 29일 법률 제24조 제6항에 따른 청구인들에 대한 유죄판결을 검토했음을 상기한다. 게다가 이해 관계자들이 내세운 주장들은 민중소송(action popularis)에 속한다.

54. 그러므로 협약 제35조 제3항과 제4항에 따라 청구의 이 부분은 근거가 없는 것이 명백함으로 각하한다.

이러한 이유로 재판소는 전원일치로,

1. 협약 제17조에 따른 정부의 반대는 본안 평결에 병합하였고, 이의를 각하한다.

2. 협약 제10조에 대한 청구는 적법한 것으로 판결하고, 나머지는 각하한다.

3. 협약 제10조에 대한 침해가 없었다고 판결한다.

재판소 규칙77 제2조와 제3조에 의거하여 프랑스어로 판결하였고, 2008년 7월 10일 서면으로 통지함.

Stephen Phillip	Peer Lorenzen
서기	재판장

국가인권위원회
humanrights.go.kr

16. Féret v. Belgium

2009년 7월 16일

청구인은 벨기에 의회의 의원이었고 벨기에의 정당 국민연합(National Front)의 의장이었다. 그는 선거 운동 기간에 여러 종류의 전단을 배포했는데 전단에는 "벨기에의 이슬람화 반대", "허위 통합 정책의 중단", "비고용 상태의 비유럽인의 본국 송환" 등의 구호들이 적혀있었다. 청구인은 인종 차별을 선동했다는 혐의에 대해 유죄 판결을 받았다. 그는 사회봉사명령을 받았고 10년간 피선거권을 박탈당하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판결하였다. 재판소는 명백하게 청구인의 발언은 특히 정보를 덜 가지고 있는 대중에게 외국인에 대한 불신과 거부감 심지어는 증오의 감정을 일으킬 수 있다고 보았다. 선거라는 맥락 속에서 전해진 그의 메시지는 고조된 울림을 가지고 있었고 명백히 인종적 증오의 선동에 해당하였다. 청구인에 대한 유죄 판결은 무질서 예방과 타인, 즉 이주민 공동체 구성원의 권리 보호라는 이익을 위하여 정당화되었다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

16

유럽인권재판소

2부문

FÉRET v. BELGIUM

(청구번호. 15615/07)

스트라스부르

2009년 7월 16일

최종 판결

2009년 12월 10일

편집상 수정이 있을 수 있다.

*Féret v. Belgium*사건에서 유럽인권재판소(2부문) 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Ireneu Cabral Barreto, *재판장;*

Francoise Tulkens,

Vladimiro Zagrebelsky,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović

Andras Sajo,

Nona Tsotsoria, *판사;*

그리고 부(副)서기 Francoise Elens-Passos,

2009년 6월 16일에 심의 후 다음과 같이 판결하였고, 판결은 같은 날 채택하였다.

사건의 배경

1. 본 청구는 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, "협약") 제34조에 따라 2007년 3월 29일 벨기에 왕국의 국민인 Daniel Féret("청구인")이 벨기에 왕국을 대상으로 제기한 소송(번호: 15615/07)으로부터 비롯되었다.

2. 청구인 측 변호인은 브뤼셀에서 활동하는 변호사 Mr X. Magnee이었다. 벨기에 정부 측 변호인은 연방 법무부 국장 Daniel Flore였다가 그의 후임인 Marc Tysebaert으로 대체되었다.

3. 청구인은 협약 제10조가 보장하는 표현의 자유에 관한 권리가 침해되었다고 주장하였다.

4. 2008년 9월 25일 2부문 재판장은 이 청구를 벨기에 정부에 통지하기로 하였다. 또한 협약 제29조 제3항에 따라 소재판부가 청구의 인용가능여부와 본안에 관한 판단을 동시에 내리기로 하였다.

사실 관계

I. 사건의 배경

5. 청구인은 1944년생으로 브뤼셀에 거주하고 있다.

6. Féret은 의사이면서 벨기에의 정당인 "국민전선당"의 당 대표다. 그는 정당 문서의 작성자이며 당의 웹사이트를 소유하고 있다. 검찰청이 Féret의 의원 면책특권을 박탈할 것을 요구한 시점에 그는 벨기에 하원의원이었다.

A. 소송의 원인이 된 소책자

7. 인종주의나 외국인 혐오에 따른 특정 행위를 제한하는 1981년 7월 30일 법률에 근거하여 1999년 7월부터 2001년 10월 사이에 국민전선당이 인종, 피부색, 출신국, 민족에 근거하여 혐오, 차별, 폭력을 조장하는 선거운동을 했다는 여러 건의 소송이 제기되었다.

8. "당신 일이나 신경 쓰시오!"라는 제목의 소책자와 관련하여 시민들이 아에웨일(Aywaille), 말메디(Malmedy), 리에주(Liege)의 경찰서에 여러 건의 형사소송을 제기하였다. 이 책자는 벨기에인과 유럽인 우선 고용, 이민자의 본국 송환, 벨기에인 및 유럽인 우대 원칙 적용, 정치적 난민의 거처를 벨기에 노숙인 쉼터로 전환, 이민자 대상 별도의 사

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

회보장기금 마련, "허위 통합 정책"의 중단 그리고 "모두를 위한 사회보장"의 중단을 옹호하였다.

9. "국민전선 프로그램"이라는 제목의 또 다른 소책자 또한 "평등한 기회와 인종주의 퇴치를 위한 센터"("센터")가 검찰에 제출한 소송의 주제였다. 이 프로그램은 이민자의 본국 송환, "벨기에의 이슬람화 반대", "허위 통합 정책의 중단", "비고용 상태의 비유럽인의 본국 송환", "벨기에인 및 유럽인 위주의 사회복지 실시", "이민자 통합을 돕는 사회-문화 단체에 대한 지원 중단", "유럽 출신 사람에게... 순수하게 정치적 이유인 경우에만 망명 신청 허용", "불법 이민자의 추방을 단순한 법집행으로 이해하기"와 같은 내용을 포함하고 있다. 그에 더해 이 프로그램은 벨기에 내 주택소유를 보다 강력하게 규제함으로써 비유럽인 가족의 장기 정착과 벨기에 영토 내 특정 민족의 빈민가 형성을 방지하고 "이슬람의 정복으로부터 보호"를 요구하였다.

10. 2000년 6월 29일 센터는 "팔미에 거리: 난민수용시설이 거주자의 삶을 위협하고 있다"라는 제목의 소책자에 대한 편집자로 청구인에 대한 소송을 제기했다. 이 소책자의 내용은 다음과 같다:

Rendeux, Rixensart에 이어 Woluwe-Saint-Pierre도 난민수용시설의 문제에 대해 우려하고 있다.

팔미에 거리에서 운영되는 난민수용시설 때문에 수개월 간 주민들은 물적 손해, 소음, 폐기물, 이따금 발생하는 난폭한 언쟁과 같은 여러 가지 문제를 겪고 있다.

자유당 시장이 관리하는 경찰은 주기적으로 새로운 난민이 유입되어 치안에 심각한 문제가 있음에도 질서 회복을 위해 아무것도 하지 못하는 상황이다. 다수 정당(PS-SP-PRL-FDF-MCC-RTL-TVI-VLD-ECOLO-AGALEV)은 비겁하게도 이 공동체의 안타까운 운명을 그냥 내버려 두고 있다.

생태당(ECOLO)은 벨기에로 돌아온 집시들이 불법으로 머무는 것에 분노하였고, PS, PSC, PRL, FDF, MCC, ECOLO, AGALEV 정당의 의원들은 집시들이 안락함을 보장하기 위해 슬로바키아로의 이동을 지원하는 것이 적절하다고 보았다. 이들은 자국민보다 집시들의 상황을 더 염려하는 것이 분명하다!"

11. 2001년 5월과 6월에 "모로코의 Laurette, 벨기에의 Papy"라는 제목의 소책자가 배포된 것에 대해 여러 개인과 인종주의와 반유대주의, 외국인 혐오 반대운동 단체가 소송을 제기하였다.

12. 이 소책자는 고용, 노동, 기회균등부 장관인 L.O가 모로코에서 지폐를 나눠주는 모습을 나타내는 그림과 함께 "사회당은 여러분의 세금으로... 자선사업을 합니다."라는 자막을 덧붙였다. 반대쪽 두 번째 그림에는 연금수급자가 두 장의 지폐와 잔돈을 손에 쥔 채 낡은 건물에서 나오는 모습과 함께 "연금수급자 여러분, 정부는 여러분을 놀리고 있습니다."라는 자막이 쓰여있었다. 그 뒷면에는 다음과 같은 내용이 들어 있었다:

"극좌파는 죄수들이고, 진보주의자들은 거짓말쟁이다!

극좌성향의 생태당은 자신들의 이민정책을 강요한다. 전 세계 국가 중 벨기에만큼 쉽고 빠르게 시민권을 부여하는 국가는 없다.

불법인, 따라서 범죄자인 이민자들이 대거 합법적 신분을 부여받고 있다. 내무부 장관의 주장과는 반대로 망명 신청자의 수가 폭등하고 있다– 2000년에만 42,000명.

프랑스어 공동체 의회 의원 중에 Daniel Féret만이 이에 반대표를 던졌다!

사회주의자들은 사기꾼이다.

사회주의자인 고용부 장관[L.O]은 제3세계에 원조를 제공하는 것도 아니고, 모로코 출장에서 번번하게 벨기에 국민의 세금을 나눠주었다. 마치 공공사회복지서비스센터(CPAS)가 정치적 난민의 유입으로 폐허가 된 것으로는 모자란 것처럼 말이다.

통치자들은 도둑이다.

..."

13. 이 글의 마지막에는 청구인의 사진과 "벨기에인과 유럽인 먼저!"라는 국민전선당의 구호가 포함된 국민전선당의 명문(銘文)이 있었다.

14. 2001년 7월 5일 무료 주간지 파크 메일(Park Mail)의 편집인은 청구인이 1981년 7월 30일 법률의 특정 조항을 위반했다며 민사소송을 제기하였다. 이 전에 국민전선의 일부 소책자가 발행인이 알지 못한 상태에서 그의 의지에 반하여 파크 메일에 끼워 넣어진 것에 대하여 동일한 발행인이 2001년 6월 25일에 이미 또 다른 소송을 제기한 상태였다. 이 소송은 청구인의 의원 면책특권으로 인해 각하되었다. 이후 발행인은 민사소송을 제기하였고, 민사 법원은 2002년 6월 25일 Féret에게 파크 메일의 비재산적 손해에 대해 1유로를 배상하고 Féret 자신의 비용으로 파크 메일과 일간지 Le Soir의 1면에 판결내용을 게재하라는 판결을 내렸다.

15. 2001년 10월에 또 다른 소송이 제기되었다. 이 소송은 베일을 쓴 여성과 터번을 두른 남성이 "코란은 이슬람을 믿지 않는 자는 대량 학살해야 한다고 말한다."라고 쓰인 팻말을 든 모습을 보여주는 "쿠스쿠스 집단"이라는 제목의 포스터를 대상으로 한 것이었다. 포스터의 하단에는 붉은색 글씨로 "국민전선은 이에 반대한다!"라고 적혀 있었다.

16. 2001년 11월에는 "누가 노동자들을 배신하였는가?"라는 제목의 소책자와 관련한 형사소송이 Lessines와

Brussel에서 제기되었다. 인쇄물에는 두건을 쓴 두 명이 약국과 은행을 약탈하는 모습과 함께 "인종주의적 그림"이라는 자막이 쓰여 있었으며, 하단에는 "다를 권리를 존중하지 않음"이라고 쓰여있다.

17. 2002년 2월 5일 인권연맹(League of Human Rights)이 국민전선의 소책자에 대한 소송을 제기하였다. 이 소책자는 동일한 포스터를 전단 형태로 제작되었고 "미국에서 일어난 공격: 쿠스쿠스 집단의 짓이다"라는 내용이 추가되었다. 인권연맹은 "모로코의 Laurette", "누가 근로자들을 배신했는가", "2001년, 온갖 위험이 발생한 해"와 같은 다른 소책자도 그 소송의 대상으로 삼았다. "2001년, 온갖 위험이 발생한 해" 소책자에는 Gauloises사의 담뱃갑 그림과 함께 "갈색 역병"이라는 설명글이 쓰여 있었다. 담뱃갑의 옆면에는 허리에 천을 두르고 코에 뼈를 끼운 "야만인"들의 모습이 그려져 있었고, 다른 옆면에는 "블랙 인터내셔널"이라는 설명글이 있었다.

18. 2002년 2월 19일에 청구인은 이러한 소송과 관련하여 경찰의 조사를 받았다.

B. 청구인의 의원 면책특권 박탈 절차

19. 국민전선당의 여러 소책자와 프로그램을 대상으로 제기된 소송들은 병합되었다. 2002년 6월 6일 브뤼셀 검찰청의 검사는 항소 법원의 검사에게 청구인에 대한 형사소송의 진행을 위해 의회 면책특권의 박탈을 제안하는 보고서를 제출하였다.

20. 2002년 6월 13일 검찰총장은 하원의장에 다음과 같은 요구안을 제출하였다.

요구안은 다음의 내용을 포함하고 있다.

"검찰은 Féret이 다음과 같은 행동을 했다고 판단한다.

- 위기에 빠진 사회에서 분별력을 잃은 일부 시민들의 외국인 혐오 감정을 고의로 부추기고 특히 이를 통해 다른 선출직 공무원들과의 차이를 드러내려고 하였다.

- 특정 집단- 이 사건에서는 비유럽지역 출신 외국인-을 모욕하고 비웃는 진술을 지속적으로 유포함으로써 이들이 반사회적 특징을 가진다고 자의적, 조직적으로 주장하고, 범죄를 저지르거나 무정부주의적 의도를 가진 집단으로 묘사하며, 미래의 범죄자나 사회복지 수급자로 제시하였다. 이는 사회적, 정치적 권리로부터 비유럽지역 출신 외국인들을 배제하려는 의도를 가진다...;

- 국민전선당의 소책자에 아프리카계 혈통 혹은 무슬림을 비하하는 풍자만화를 수록하였다.

시민권의 보장으로부터 외국인을 배제하자고 선동하였다. 특히 주택 소유를 어렵게 만들자고 주장하였다.

...

1. 인종주의 행위를 적극적으로 기소하는 것은 선택이 아니라 국제적 약속에 따라 벨기에가 따라야 할 의무이다.

...

2. 이 보고서에 언급된 사실관계들은 1981년 7월 30일 법률의 제1조 제2항과 제4항, 제3조의 위반에 따른 Féret에 대한 소송의 근거이다... 이는 Féret이 공공연하게 표현한 차별적 의견과 관련된 것으로 이는 의원으로서의 업무 범위 밖에서 일어난 일이다.

3. 이 파일에는 직접 인용된 내용이 포함되어 있다.

..."

21. 2002년 6월 20일 하원 총회에서 기소위원회에 파일을 전달하였고, 기소위원회는 6월 26일과 7월 3일, 9일, 10일, 15일, 16일에 개최한 회의에서 그 내용을 검토하였다.

22. 2002년 7월 3일 청구인에 대한 심리가 열렸다. 청구인은 검사의 요구안이 작성된 시기뿐만 아니라 적절성에 대해 이의를 제기하였다. 또한 자신은 의견을 표명한 것 때문에 기소되었고, 그가 표현한 의견은 의원으로서의 직무 수행으로 인해 유발된 것이기 때문에 자신은 면책특권을 누려야 한다고 주장하였다.

23. 면책특권에 대한 주장에 대해 기소위원회는 면책특권은 의원의 임무 수행과 관련된 행위에만 적용된다고 지적하며 이번 사건의 대상이 된 의견은 청구인의 임무 수행 중 표현된 것이 아니라고 판단하였다. 기소위원회는 1981년 7월 30일 법률과 협약 및 재판소 판례법을 언급하며, 표현의 자유는 그것이 의원의 권리라 하더라도 제한받을 수 있다고 주장하였다. 위원회는 다음과 같이 결론 내렸다:

"검찰이 보고서에서 사실관계를 밝혔지만 기소위원회 위원들은 사실을 전체적으로 볼 필요가 있다고 생각한다. 이 사건을 전체적으로 봤을 때 우리는 Féret의 행위가 즉흥적이고, 불규칙적이고, 자의적이며, 보잘것없는 요소에 기반하고 있다는 결론에 이르지 못하였다.

정치적 측면에서 봤을 때, 위원들은 이 사건의 사실은 실질적이고, 특정한 이해관계를 가지며, 정치적인

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

성격만 띠는 것은 아니라고 본다."

24. 위원회는 5대 2로 청구인의 면책특권을 박탈하기로 결정하였다.

C. 형사소송절차

25. 2002년 11월 24일 검찰은 청구인(및 그의 보좌관, 비영리 협회 국민전선)을 브뤼셀 형사법원으로 소환하여 다음의 혐의에 대해 대답하도록 하였다:

"A1. 인종, 피부색, 혈통, 국적, 민족에 근거하여 특정 집단, 지역 공동체 혹은 그 구성원에 대한 차별, 분리, 증오, 폭력을 선동함...;

A2. 2000년 2월 1일과 2001년 10월 14일 사이에 "팔미에 거리: 난민수용시설이 거주자의 삶을 위협하고 있다"는 제목의 전단을 배포함"...;

A3. "모로코의 Laurette, 벨기에의 Papy"라는 전단 45만 부를 주기적으로 배포함. 이 전단의 앞면에는 연금수급자들의 수령액을 모로코에 전달하는 벨기에 장관에 대한 풍자만화가 담겨있음. 뒷면에는 "불법 이민자", "범법자","불안정을 일으키는 자들", "우리의 주요 사회보장기금을 고갈시키고 비유럽인에 대한 차별을 선동하는" "정치적 난민"이라는 말들이 섞여 있었다."...;

A4. 1999년 6월 선거를 위한 국민전선당의 프로그램 통합판을 배포하고 국민전선당의 웹사이트에 해당 내용을 2001년 10월 14일까지 게시함. 이 프로그램은 특히 다음의 내용을 강조하였음:

...

- 사회복지서비스는 벨기에인과 유럽인들에게 우선 제공한다;

...

- 결혼에 따른 벨기에 시민권 부여를 중단한다;

- 벨기에 내 주택 소유 관련 규제를 강화한다. 스위스 법을 참고로 한 이 제도는 비유럽인 가족의 장기적 정착이나 벨기에 영토 내의 소수민족 슬럼이 생겨나는 것을 막을 것이다. 벨기에 국민을 이슬람 정복의 위험으로부터 반드시 보호해야 한다;

- 정부는 이민자 통합을 돕는 사회-문화 단체에 대한 지원 중단해야 한다;

- 망명 신청권은 제한된 수의 인원, 즉, 정치적 망명을 신청한 유럽인에게만 허용해야 한다.

- 유럽연합 소속 국가 출신이 아닌 외국인에 대한 비기여형 사회보장급여를 제한하고 출신국가에 체류 중인 아동에 대한 가족수당을 폐지한다;

- (불법 이민자들의) 추방을 단순한 법 집행으로 이해한다...

A5. 글이 포함된 포스터 배포

* "2001년 온갖 위험이 발생한 해-갈색 역병"(굴와즈 담뱃갑 그림);

* "블랙 인터내셔널"(검정색 천을 허리에 두르고 코에 뼈를 끼운 남성과 여성);

* "미국에서 일어난 공격: 쿠스쿠스 집단의 짓이다."...

B. 인종, 피부색, 혈통, 출신국, 국적에 근거하여 특정 집단, 지역 공동체 혹은 그 구성원에 대한 차별, 증오, 폭력, 분리를 이용하려는 의도를 널리 알림. 이 사건에서는 특히 다음의 내용이 포함되었음.

...

B4. 1999년 6월 선거를 위한 국민전선당 프로그램의 통합판을 홍보하고 2001년 10월 14일까지 당의 웹사이트에 해당 내용을 게재함...

B5. 위에서 언급한 풍자만화들을 배포하고 그 그림들을 웹사이트에 게시함.

C. 차별 혹은 분리를 실천하는 집단 혹은 협회의 일원임. 이 사건에서는 비영리단체 "국민전선"이 이에 해당함."

26. 청구인은 문제가 되는 소책자의 작성자, 발행인이자 책자의 일부 내용을 게시한 웹사이트의 소유자라는 이유로 기소되었다.

27. 2003년 6월 4일 브뤼셀 형사법원은 청구인의 복권 요청이 계류되고 있는 동안 소송을 연기하지 않기로 하였다. 재판부는 법원의 관할권을 인지하고 있었으나, 본안판결에 앞서 당사자들에게 선출된 정치인의 표현의 자유의 제한과 장애물에 대해 변론할 기회를 제공하기 위해 소송을 재개할 것을 명령하였다. 법원은 유럽인권재판소의 판례

법, 특히 A4와 B4에 명시된 사실과 관련하여 2001년 2월 27일 예루살렘 대 오스트리아 사건의 판결을 고려하였다. 그에 따라 재판부는 2003년 9월 1일 본 사건을 재개하였다.

28. 2003년 6월 18일 청구인은 "오로지 1심법원의 관할권에 대한" 판결에 대해 브뤼셀 항소법원에 항소하였다. 2003년 6월 19일 검찰도 항소하였다. 검찰은 항소법원이 논쟁이 되는 판결을 재검토하여 변론을 다시 열도록 명령하고, 1심 판결에 대한 참고 없이 본안을 판단해줄 것을 요청하였다. 2003년 11월 4일 항소법원은 검찰의 항소만을 인정했다. 2004년 3월 10일 파기원은 항소법원 판결에 대한 청구인의 상고를 기각하였다.

29. 2004년 6월 13일 청구인은 브뤼셀-수도권 지역의회 의원(Council of Brussels-Capital Region) 그리고 프랑스어 공동체 의회의 의원으로 선출되었다. 이로 인해 청구인은 두 개의 면책특권을 부여받게 되었다.

30. 2004년 6월 23일 검찰은 진행 중인 소송을 재개하면서 서면 요청서를 제출하였다. 국민전선은 평등한 기회와 인종주의 퇴치를 위한 센터, 인권주의 연맹, 인종주의, 반유대주의 및 외국인 혐오 반대 운동과 같은 1심 재판의 민간 당사자들이 항소에 참여할 수 있는 것에 대해 이의를 제기하였다. 이들이 2003년 6월 4일 1심 판결에 대해 항소하지 않았기 때문이었다.

31. 2004년 6월 29일 청구인의 브뤼셀-수도권 지역의회 의원 임기가 시작되었다.

32. 2004년 6월 30일 민간 당사자들은 검찰이 고발한 것과 같은 내용에 대하여 교차 항소하였다. 2004년 8월 17일 항소법원은 민간 당사자들이 상소 절차에서 제외될 수 없다고 판단하며 교차 항소를 받아들였다. 국민전선은 법의 문제에 대해 파기원에 상고하였으나 2004년 12월 22일 기각되었다.

33. 2006년 2월 20일 브뤼셀 항소법원은 상기 재판을 재개하였다. 재판부는 2003년 11월 4일, 2004년 8월 17일에 판결을 내린 재판부와는 다르게 구성되었다. 재판은 2006년 2월 21일과 2006년 3월 7일에 열렸다.

34. 2006년 4월 18일 브뤼셀 항소법원은 청구인에게 유죄를 판결하고 외국 국적자들의 사회통합 업무를 수행하는 기관에서의 봉사활동 250시간 및 보충적 구금 10개월의 보충형을 선고하였다. 이에 더해 10년간 피선거권을 박탈하였다. 마지막으로 민사 당사자들에게 각각 1유로씩 지급하라고 명령하였다.

35. 항소법원을 다음과 같이 판결하였다:

> "처벌을 결정함에 있어 법원은... 검찰이 문서에서 주장한 정도의 폭력의 선동이 있었다고 보지는 않으며... 국민전선의 선동 행위나 차별, 분리, 증오를 이용한 것은 민주주의의 가치를 훼손한다는 점에서 강력한

처벌을 내려야 한다..."

36. 항소법원은 본안평결에서 청구인에 대한 혐의 사실은 청구인의 현재 혹은 과거 의원으로서의 활동과 관련된 것이 아니기 때문에 헌법 제58조(양원의 의원은 그 직무를 수행함에 있어 표시한 의견 및 표결에 대하여 소추되지 않음을 명시)가 적용되지 않는다고 판결하였다. 항소법원은 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약 제10조와 제11조에 관한 유럽인권재판소의 판례법(특히 *Gündüz v. Turkey,* 35071/97, 2003년 12월 4일에 주목)을 언급하며 인종주의와 외국인 혐오를 막기 위해 제정된 1981년 7월 30일 법률을 적용한 것은 타인의 평판, 권리와 자유의 보호를 위해 필요한 조치였으며 청구인에 대한 제한은 표현의 자유, 집회 및 결사의 자유에 대한 합법적인 제한이었다고 강조하였다.

37. 그에 더해 항소법원은 예비 심문에서 묘사된 문서에는 인종, 피부색, 혈통, 출신국가나 민족을 근거로 특정 집단이나 지역 공동체 혹은 그 구성원에 대해 폭력까지는 아니더라도 차별, 분리, 증오를 직접적으로 때로는 넌지시 선동하는 요소가 있고 그러한 차별, 분리 또는 증오를 이용하려는 작성자의 의도가 드러나 있다고 판단하였다. 이러한 측면에서 항소법원은 1981년 7월 30일 법률 제1조 제1항과 유럽평의회 각료위원회 1997년 10월 30일 권고안 no.R(97)20의 부속문서에 명시된 "증오 발언"에 대한 정의를 참고하여 "증오"라는 용어를 "소수자, 이민자, 이민자 출신에 대한 공격적인 민족주의, 자민족 중심주의, 차별 및 적대의 형태로 드러나는 불관용을 포함하는 것으로 정의하였다.

38. 특히 "당신 일이나 신경쓰시오!"라는 제목의 소책자와 관련하여 항소법원은 해당 소책자 내용의 상당 부분이 국민전선 프로그램의 차별적이고 분리주의적 특성을 충분히 드러내고 있다고 지적하였다. "팔미에 거리: 난민수용시설이 거주자의 삶을 위협하고 있다"는 제목의 소책자와 관련해서는 증명되지 않고 원인과 결과가 확실하지 않은 진술이 가득한 비합리적인 말들의 결합물이고 난민과 외국인에 대한 혐오를 부추기며 이러한 혐오를 이용하여 소책자의 수령자들이 난민수용시설의 폐쇄를 요구하도록 촉구하려는 저자의 의도가 드러난다고 강조하였다. "모로코의 Laurette, 벨기에의 Papy"라는 제목의 소책자에 대해 항소법원은 이 책자가 혐오를 부추기고 이를 이용하려는 작성자의 의도가 드러낸다고 판단하였다. 항소법원은 또한 "1999년 6월 총선용으로 제작된 국민전선 프로그램"에서 직접 인용된 일부 내용은 이 프로그램의 차별적, 분리주의적 관점을 충분하게 드러낸다고 판단하였다. "미국에서 일어난 공격: 쿠스쿠스 집단의 짓이다"라는 제목의 소책자와 포스터는 차이를 구분하지 않은 채 이슬람교도 전부를 테러리스트로 표현하는 것은 이 집단의 모든 구성원에 대한 혐오를 선동하는 것이고 이러한 혐오를 이용하려는 작성자의 의도를 드러내는 것이라고 판단하였다. 마지막으로 항소법원은 "2001년: 온갖 위험이 발생한 해"라는 제목의 소책자와 포스터는 1981년 7월 30일 법률에 따라 처벌될 수 있는 행위에 속하지 않고, 국민전선의 자조적 표현을 담고 있다고 보았다.

39. 청구인은 파기원에 상고하였다. 2006년 7월 19일 변론에서 청구인은 헌법 제58조 및 제59조의 위반(의원 면책특권), 헌법 제150조의 위반(청구인은 해당 사건이 정치적 성격을 띠기 때문에 순회재판소(Assize Court)로 회부되어야 한다고 주장), 협약 제6조, 제9조, 제10조, 제11조의 위반을 주장하였다.

40. 2006년 10월 4일 파기원은 다음과 같은 이유로 상고를 기각하였다. 첫째, 청구인이 당선된 공동체 및 지역 의회는 이 사건이 1심법정으로 회부되는 것을 승인할 필요가 없었는데, Féret이 당선되기 전에 이미 소송이 주기적으로 제기되었었기 때문이다. 둘째, 파기원은 문제가 된 행위는 정치제도의 존립, 조직, 기능에 영향을 미치려는 목적을 갖거나 그러한 결과로 이어지지 않았다고 판결한 항소법원이 어떠한 침해도 판결하지 않았고, 이는 정당한 판결이라고 결론 내렸다. 셋째, 파기원은 어떻게 항소법의 판사가 협약 제11조를 무시했는지를 제대로 표현하지 않았고, 따라서 이러한 부정확성 때문에 이와 관련된 주장은 받아들일 수 없다고 판결하였다. 파기원은 협약 제10조와 관련된 주장에 대해 다음과 같이 판시하였다:

> "... 인종, 피부색, 혈통, 출신 국가나 민족을 근거로 특정 집단, 지역 공동체 혹은 그 구성원에 대한 차별, 혐오, 폭력을 선동하는 행위를 금지하는 것은 협약 제10조와 양립할 수 없는 표현의 자유에 대한 제한이라고 할 수 없다...
>
> Féret는 이와 반대로 주장하지만, 그에 대한 법적 근거는 거의 없다.
>
> 청구인은 국민과 외국인들을 구분하고 다른 경우에 대해 다르게 대우하는 것이 "반드시" 처벌 가능한 차별행위가 되는 것은 아니라는 의견을 제출했다.
>
> 이러한 의견에 대해 파기원은 1981년 7월 30일 법률 제1조는 경제, 사회, 문화 혹은 그 밖의 사회적 삶의 영역에서 동등한 조건으로 인권과 기본적 자유를 인정받고 향유하며 행사하는 것을 무효로 하거나 어렵게 하거나 제한하는 구분, 배제, 제약, 선호를 언급한다며 이를 반대하였다."

41. 마지막으로 파기원은 문제가 되는 판결은 항소법원 판사가 독립적인 평가에 근거하여 차별이나 혐오를 선동한다고 판단한 발언이나 이미지가 담긴 문서에 근거하고 있다고 지적하였다. 파기원은 항소법원 판사가 판결에 대한 타당한 근거를 제공하였다고 결론 내렸다.

II. 관련 국내법

42. 인종주의와 외국인 혐오를 제한하기 위해 제정된 1981년 7월 30일 법률의 관련 조항은 다음과 같다.

제1조

"이 법에서 차별이란 정치, 경제, 사회, 문화 혹은 그 밖의 사회적 삶의 영역에서 동등한 조건으로 인권과 기본적 자유를 인정받고 향유하며 행사하는 것을 무효로 하거나 어렵게 하거나 제한하는 구분, 배제, 제약, 선호를 의미한다.

...

1개월 이상 1년 이하의 징역과 50프랑 이상 1,000프랑 이하의 벌금에 처하거나 두 개의 처벌 중 하나에만 처한다 :

...

2항 "형법 제444조에 명시된 상황에서 인종, 피부색, 혈통, 출신국가, 민족을 이유로 특정 집단, 지역사회, 그 구성원의 일부 혹은 전부에 대한 차별, 분리, 혐오, 폭력을 선동하는 자;"

제5조의2

이 법률의 제1조, 제2조, 제2조의2, 제3조, 제4조에 명시된 범죄를 저지르고 이에 대해 유죄 판결을 받은 경우 형법 제33조에 따른 처벌을 추가로 받을 수 있다.

43. 헌법의 관련 조항은 다음과 같다.

제58조

"양원의 의원은 그 직무를 수행함에 있어서 표시한 의견 및 표결에 대하여 소추되거나 수사를 받지 아니한다."

제59조

"양원의 의원은 현행범인 경우를 제외하고 자신이 소속된 원의 동의 없이 회기 중에 형사사건으로 소추되거나 체포되지 아니한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

..."

제120조

"공동체 및 지역의회의 모든 의원은 제58조 및 제59조에 규정된 면책특권을 가진다."

제150조

"모든 형사사건과 정치 및 언론에 관한 범죄에 대하여는 배심재판을 한다. 다만, 인종차별 또는 외국인 혐오로 인하여 야기된 언론에 관한 범죄의 경우는 제외한다."

III. 국제 문서 및 보고서

A. 유럽평의회 각료이사회 권고안 no.R(97)20

44. 1997년 10월 30일에 채택된 유럽평의회 각료이사회권고안 no.R(97)20의 "혐오발언"관련 부속문서는 다음의 내용을 포함한다.

"적용 범위

아래에 제시된 원칙은 혐오발언, 특히 언론을 통해 유포되는 혐오발언을 대상으로 한다.

이러한 원칙을 적용하기 위해 "혐오발언"이라는 용어는 인종주의적 혐오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 소수자, 이주민 내지 이민자 출신의 사람에 반한 공격적인 민족주의, 자민족중심주의, 차별, 적대감에 따라 표현된 무관용에 기초한 혐오의 다른 형태들을 유포하고 조장하고 증진하고 또는 정당화하는 모든 형태의 표현을 포함하는 것으로 본다.

...

원칙 4

국내법과 관행은 개인이나 집단에게 상당한 모욕적인 구체적 증오표현의 경우 유럽 인권 협약 제10조에 따라 다른 형태의 표현이 향유하는 것과 같은 정도의 표현의 자유를 누릴 수 없다는 점을 법원이 고려할 수 있

도록 허용해야 한다. 이러한 경우 증오표현의 목적은 협약이 보호하는 타인의 권리와 자유를 파괴하거나 상당한 정도로 제한하기 위한 것이다.

원칙 5

국내법과 관행은 재량권이 허용하는 내에서 관할권을 가진 정당한 국내 기관이 증오표현과 관련된 사건에 특별한 관심을 가지도록 허용해야 한다. 이와 관련하여 이러한 기관은 형사 처벌을 부여하는 것이 피의자의 표현의 자유를 심각하게 제한한다는 점을 고려하여 이러한 자유에 대한 권리를 주의 깊게 고려해야 한다. 관할 법원은 혐오발언 관련 범죄로 유죄 판결을 받은 자에게 형사 처벌을 부여할 때 비례성의 원칙을 철저하게 준수해야 한다.

B. 유럽 인종주의 및 불관용 철폐 위원회(ECRI, European Commission against Racism and Intolerance)의 벨기에 관련 보고서

45. ECRI는 2000년 3월 21일 벨기에에 대한 두 번째 보고서에서 다음과 같이 지적하였다:

"정치에서의 인종주의 악용

29. 위원회는 벨기에의 극우 정당에 의한 인종주의적이고 외국인 혐오적인 담화가 증가하고 있을 뿐만 아니라 그러한 정당들이 상당한 성공을 거두고 있다는 사실에 심각한 우려를 표한다. 앞서 언급한 것처럼 이주민, 망명 신청자, 난민들은 이러한 선전의 첫 번째 공격대상이다. 이로 인해 벨기에 선주민들은 이러한 범주의 사람들이나 그들의 자손들에 대해 부정적인 인식을 가지게 된다. 전형적으로 일반적으로 벨기에 내의 비유럽연합국가 출신 외국인들은 실업률 증가, 사회보장제도의 악용, 범죄, 불안감 확산의 주범으로 꼽힌다. 이러한 생각은 명백하게 인종주의적 성격을 띠는 소책자를 통해서 자주 유포된다. 그에 더해 벨기에 극우 정당이 다양한 민족주의적 소속으로 이뤄져 있다는 점은 벨기에의 지역사회간 관계를 더 긴장시키는 데 일조하고 무관용적인 행동과 생각의 발전을 갈등의 분위기를 장려하는 불안한 환경을 조성한다.

30. 위원회는 특히 이런 정당이 주요 정당에 미치는 영향에 대해 우려를 표한다. 주요 정당은 외국인에게 적대적인 태도를 보이는 다수 국민의 지지를 잃을 것을 두려워하여 점점 더 정의와 연대 원칙을 기반으로 하는 사회라는 개념에 어긋나는 행동을 한다. 그로 인해 제한적 성격의 법안과 조치의 채택을 선호하는데, 이는 특히 이주민과 망명 신청자에 대한 것이 대부분으로 이는 인권을 항상 완벽하게 존중하지는 못한다.

31. 벨기에 내 극우 정당의 굳건한 입지를 고려할 때, 공공 당국은 정치내 인종주의 악용에 대해 더욱 단호하게 대처해야 한다. 이러한 맥락에서 최근 제안된 벨기에 헌법 개정안은, 만약 그것이 인종주의적 소책자와 외국인 혐오적 소책자의 작성자에 대한 효과적 기소로 귀결된다면, 바람직한 방향으로의 변화가 될 것이다. 위에서 언급한 바와 같이 불안을 일으키는 자료를 작성하는 이들은 주로 극우 정당의 대표이기 때문이다."

46. 인종주의 및 불관용 금지를 위한 유럽위원회(ECRI)는 2004년 1월 27일 발간한 세 번째 보고서에서 다음과 같은 내용을 강조했다.

"정치 내 인종주의 및 외국인 혐오의 악용

87. 인종주의 및 불관용 금지를 위한 유럽위원회(ECRI)는 벨기에 정치 내에 인종주의적이고 외국인 혐오적 담화가 지속적으로 존재한다는 점 그리고 인종주의적이고 외국인 혐오적인 선전에 의존하는 정당에 대한 지지가 증가하고 있다는 점에 대해 우려를 표한다. 또한 위원회는 플람스 연합(Vlaams Blok)의 민족주의적 선전 활동으로 인해 벨기에 내 서로 다른 지역과 공동체 간 갈등이 촉진되고 있다는 점에 대해서도 반복해서 우려를 표한다.

88. 위원회는 벨기에에 대한 두 번째 보고서에서 벨기에 헌법 제150조의 개정으로 인종주의나 외국인 혐오적 내용을 담은 인쇄물의 배포와 관련된 사건에 대한 기소를 순회재판소가 아닌 형사법원에서 할 수 있게 된다면 인종주의적이고 외국인 혐오적인 인쇄 선전물에 의존하는 정당에 대응하는 효과적인 도구가 될 것이라고 지적한 바 있다.

89. 하지만 위원회의 두 번째 보고서가 작성된 이후로 이러한 새로운 가능성이 광범위하게 이용된 것 같지는 않다.

...

93. 위원회는 정치 내 인종주의 및 외국인 혐오의 악용에 대해 당국의 대응을 강화할 것을 권고한다.

94. 위원회는 특히 벨기에 당국이 인종주의적이거나 외국인 혐오 내용을 담은 인쇄물의 배포와 관련하여 정당 혹은 당과 연결된 단체에서 이러한 인쇄물의 작성한 자를 기소할 것을 권고한다.

95. 위원회는 또한 본 유럽인권재판소가 보장하는 권리와 자유에 대해 적대적 태도를 보이는 정당의 보조금 지급을 철회하는 결정을 벨기에 국가평의회(Council of State)가 내릴 수 있도록 하는 규정을 당국이 조

속히 채택할 것을 권고한다."

47. 인종주의 및 불관용 금지를 위한 유럽위원회(ECRI)가 2009년 5월 26일 발간한 네 번째 보고서는 다음의 내용을 포함하고 있다.

"88. 인종주의 및 불관용 금지를 위한 유럽위원회(ECRI)는 지난 보고서 발간 이후 정치 내 인종주의적 담화를 퇴치하기 위한 수단의 마련과 활용에 있어 의미 있는 진전이 있었다고 평가한다.

89. 다수의 정치인이 인종주의적 이념을 유포한 것에 대해 기소되었다. 2006년 국민전선의 대표와 비서관이 선거 공보물과 다양한 풍자 만화를 통해 인종적 증오를 선동했다는 이유로 인종주의와 외국인 혐오적 행동을 제한하는 1981년 7월 30일 법률 제5조에 따라 봉사활동과 벌금형을 선고받았다. 같은 법의 제5-1조에 따라 국민전선 대표는 7년간 정치적 활동에 대한 권리를 박탈당했다...

94. 그러나 극우 정당이 인종주의적, 반유대주의적, 외국인 혐오적 선전 활동을 지속적으로 확산하고 있으므로 주의가 필요하다. 또한 다수의 극우 정당의 지도자와 활동가들은 극단적 민족주의라는 이름으로 다른 언어를 사용하는 공동체에 대하여 공공연하게 인종주의적 발언을 하고 있다...

95. 위원회는 벨기에 당국이 정치적 담화에서 인종주의를 퇴치하기 위해 도입된 제도의 효과를 주기적으로 평가하고, 필요한 경우 보완조치를 시행하여 정치에서 인종주의를 퇴치하려는 노력을 강화해야 한다고 권고한다."

판단

I. 협약 제10조 위반에 관한 주장

48. 청구인은 자신에 대한 항소법원의 유죄 판결은 협약 제10조 제2항에서 허용하는 제한 범위를 과도하게 적용한 것이라고 주장하였다. 표현의 자유에 대한 권리를 보장하는 제10조의 내용은 다음과 같다.

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 갖는다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공 당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다...

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, ... 무질서 및 범죄의 방지, ... , 타인의 명예나 권리의 보호... 를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

A. 심리적격 여부에 대한 결정

49. 정부는 협약 제17조에 근거하여 이 청구를 각하해 줄 것을 재판소에 요청하였다. 국민전선의 포스터, 소책자, 풍자 만화와 프로그램이 전달하는 메시지는 특정 집단은 사회에서 동등한 지위를 누려서는 안되고, 그 집단의 구성원은 타인과 동등한 존중, 존경, 배려를 받을 자격이 없는 존재라는 생각을 전파하기 때문에 인종주의적이라고 할 수 있다. 소송과 관계된 모든 문서는 외국 국적이나 외국 출신자들을 벨기에에 체류하면서 복지혜택을 악용하는 것이 주로 관심 있는 범죄집단으로 규정하는 등 이들에 대해 명백하고도 과도하게 공격적이고 모욕적인 표현을 사용했다. 이러한 표현은 대중들, 특히 취약계층이 외국인에 대한 경멸, 막연한 거부감, 심지어 무조건적인 혐오를 가지게 할 수 있다.

50. 정부는 이러한 주장을 뒷받침하기 위해 유럽인권위원회가 채택한 *Lawless v. Ireland* 및 특히 이 사건과 매우 유사한 *Glimmerveen and Hagenbeek v. Netherlands*(1979년 10월 11일, DR 18)를 인용하였다. 정부는 *Norwood v. UK*(No.23131/03, 2004년 11월 16일)의 판결도 인용하였다. 이 사건에서 문제가 된 포스터가 유포하려고 했던 것은 테러 행위와 이슬람교 사이에 명백한 연관성이 있고 테러에 대한 싸움은 이슬람교에 대한 싸움을 의미한다는 내용이라는 점에서 청구인이 자신의 소책자를 통해 선전하려고 했던 메시지와 동일한 것이라고 볼 수 있었다. 이번 사건에서 쟁점이 되는 행위가 선거 목적으로 이뤄진 것이라는 사실이 청구인의 탄원을 허용하는 결론으로 이어져서는 안 된다.

51. 청구인은 협약 제10조와 관련한 변론을 제시하였고, 항소법원의 판결이 협약이 보장하는 표현의 자유를 부정하거나 최소한 심각하게 제약하였다고 주장하였다.

52. 재판소는 협약 제17조에 관한 정부의 주장과 협약 제10조의 적용 가능성은 제10조에 따라 청구인이 제기한 소송의 내용, 특히 민주사회에서의 필요성이라는 질문과 밀접한 관련이 있다고 판단한다. 따라서 재판소는 이러한 이의를 본안에서 심사할 것이다.

53. 재판소는 제10조와 관련한 제소는 협약 제35조 제3항의 의미에 따라 명백하게 근거가 없다 볼 수 없으며, 따라서 받아들여질 수 없다는 근거를 제기하지 않는다고 본다. 그러므로 이 제소는 받아들여질 수 있다고 선언한다.

B. 본안 판단

54. 정부는 이번 사건에서 명백히 드러나는 바와 같이 정책적 견해가 민주주의 및 인권과 양립할 수 없는 경우 형사처벌이 필요하다고 주장하였다. 정치적 담화에는 높은 수준의 보호가 보장되어야 한다면 정치인들은 불관용을 선동하는 표현을 자제해야 한다. 정부는 재판소의 *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey*(판결과 결정 보고서 1998-I,1998년 1월 30일,) 그리고 *Refah Partisi v. Turkey*([GC], nos.41340/98, 41342/98, 41343/98 및 41344/98, ECHR 2003-II)의 판결을 인용하면서, 그 지도자가 인종차별을 포함한 정치적 계획을 제안하는 정당은 민주주의의 규칙을 무시하거나 심지어 파괴하려하여 하는 것이므로 협약의 보호를 받을 수 없다고 주장하였다. 최소한 협약 제10조 제2항은 협약 제17조와 연계되어 적용되어야 한다. 더군다나 청구인이 정당의 프로그램을 선전했다는 이유로 기소되었다고 보는 것은 이 사건을 너무나도 단순하게 보는 것이다.

55. 정부는 또한 선거 소책자와 연관된 이 사건의 맥락은 관련성이 없다고 주장하였다. 표현의 자유와 마찬가지로 정치적 토론의 자유는 분명히 절대적인 것이 아니다. 문제가 되는 정치적 활동이 민주주의 자체를 훼손할 의도를 가지지 않을 때만 다양한 정치적 활동에 대한 논의가 가능하다. 청구인에게 선고된 형량과 관련하여 법원은 재판소가 정한 기준을 준수했다. 벨기에 법원은 청구인에게 외국 국적자들의 사회통합을 위한 기관에서 250시간의 봉사활동을 하도록 하고 10년간 피선거권을 박탈함으로써 형사 절차를 사용함에 있어 신중함을 보여주었다.

56. 청구인은 자신의 정치적 입장은 차별, 혐오, 폭력의 선동이 아니고 합리적이고 합법적으로 특정 정치적, 사회적 문제를 다루는 것을 목표로 하고 있다고 주장하였다. 또한 항소법원의 판결은 제10조 제2항과 예외적으로 허용하는 과도하게 적용한 것이라고 주장하였다. 그 증거로서 국민전선은 금지당하지 않았고 어떠한 사법적 장애물 없이 선거 캠페인을 진행할 수 있었으며 청구인이 참여했다는 이유로 기소되었던 정치적 의제는 선거 홍보 동안 청구인이 자유롭게 홍보할 수 있었고 이는 청구인의 재선으로 이어졌다. 청구인은 자신과 타인과 다를 권리(a right to difference) 때문에 유죄 판결을 받았으며, 이 권리는 청구인 자신과 청구인을 뽑아준 유권자에게 속하는 권리로 동화되고 섞이는 것에 대한 거부를 표현할 수 있게 한다고 주장하였다. 선거 활동의 내용을 근거로 당선인을 후험(後驗)적으로 기소하는 것은 청구인에 대한 제한이 심각한 위협의 존재에 대한 긴급한 사회적 필요라는 조건을 만족하지 못한다는 것을 보여준다.

57. 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결은 자신의 표현의 자유를 주장하는 자에 대한 "제한"에 해당한다고 판단한다. 이러한 제한이 "법률에 근거하고" 있지 않고, 제10조 제2항에 명시된 한 가지 이상의 정당한 목적을 위한 것이 아니고, 그러한 목적을 달성하기 위해 민주사회에 "필요한" 것이 아니라면 제10조 위반에 해당한다(대표적 판례로, *Fressoz and Roire v. France* [GC], no.29183/95, 문단 41, ECHR 1999-I 참고).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

1. "법률에 근거"

58. 재판소는 관할 법원의 판결은 인종주의 및 외국인 혐오로 인해 발생하는 특정 행위를 제한하는 1981년 7월 30일 법률에 근거하고 있다는 점을 알고 있다. 그러므로 청구인에 관한 제한은 "법률에 근거"한 것이다.

2. 정당한 목적

59. 재판소는 제한의 목적은 질서를 확립하고 타인의 명예와 권리를 보호하기 위한 것이었다고 판단한다.

3. "민주사회에 필요"

60. 따라서 재판소는 이와 같은 목표를 달성하기 위해서 이러한 제한이 민주사회에 "필요한" 것이었는지를 판단해야 한다.

(a) 일반 원칙

61. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다(*Handyside v. The United Kingdom,* 1976년 12월 7일, 문단 49, Series A no.30 참고).

62. 재판소는 문제가 되는 제한이 민주사회에 "필요"한 것이었는지를 판단하기 위해서 "긴박한 사회적 필요성"이 있는지, 그 제한이 추구하는 합당한 목적에 비례적이었는지, 제한을 정당화하기 위해 국내 당국이 제시한 근거가 적절하고 충분했는지를 검토해야 한다(*Sunday Times v. United Kingdom*(no.1), 1979년 4월 26일, 문단 62, Series A No.30 참고). 그러한 "필요성"이 존재하는지 그리고 그것에 대응하기 위해 어떠한 조치를 취해야 할지를 결정하는데 있어 국내 당국은 일정 정도의 재량 여지를 가진다(*Nilsen and Johnsen v. Norway*[GC], no.23118/93, 문단 43, ECHR 1999-VIII 참고).

63. 협약 제10조 제2항은 정치적 담화나 공익에 대한 문제와 관련된 표현의 자유를 제한할 여지를 거의 두지 않는다(*Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Austria,* no.39394/98, 문단 30, ECHR 2003-XI 참고). 재판소는 민주사회에서 자유로운 정치적 토론을 보장하는 것은 필수적이라고 강조한다. 재판소는 정치적 토론이라는 맥

락에서 표현의 자유는 가장 중요한 것이고, 강력한 근거가 없다면 정치적 담화를 제한해서는 안 된다고 본다. 개별 사건들에서 광범위한 제한을 허용하는 것은 분명히 해당 국가의 표현의 자유 전반에 영향을 미칠 것이다(*Feldek v. Slovakia,* no.29032/95, 문단 83, ECHR 2001-VIII 참고). 그러나 정치적 토론의 자유는 절대적인 것이 아니다. 회원국은 표현의 자유에 특정한 "제한"이나 "제재"를 가할 수 있으나 이러한 제한이나 제재가 제10조에 명시된 표현의 자유와 양립 가능한지를 최종 판단하는 것은 재판소의 역할이다(*Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, 문단 46, Series A no.236).

64. 관용과 모든 인간의 존엄성에 대한 동등한 존중은 민주적, 다원적 사회의 근간이다. 따라서 표현의 자유에 대한 "제한" 혹은 "제재"의 "형식"이나 "조건"이 추구하는 정당한 목적에 비례적이라면 민주사회에서 불관용(종교적 불관용 포함)을 바탕으로 혐오를 선전, 조장, 장려 혹은 정당화하는 모든 형태의 표현을 처벌하거나 금지하는 것은 필요한 일이라고 간주할 수 있다(증오표현 및 폭력에 대한 변호와 관련해서는 *Surek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV를 준용, 특히 *Gunduz v. Turkey* 35071/97, 문단 40, ECHR 2003-XI 참고).

65. 표현의 자유는 모두에게 중요하지만 선출직 의원에게는 특히 중요하다. 의원은 유권자를 대변하고 그들의 고충을 알리고 이익을 옹호한다. 그러므로 재판소는 청구인과 같은 야당 의원의 표현의 자유에 대한 제한에 대해서는 가장 엄격하게 감독한다(*Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, 문단 42, Series A no.236, *Jerusalem v. Austria,* no.26958/95, 2001년 2월 27일, 문단 36 참고).

(b) 이 사건에 대한 원칙 적용

66. 재판소는 Féret에 대한 유죄 판결이 "긴박한 사회적 필요"라는 기준을 충족하였고 "추구하는 정당한 목적에 비례적이었는지"를 결정하기 위하여 고발이 된 진술의 내용과 그것들이 선전된 맥락을 포함, 사건의 모든 측면을 고려하여 문제가 되는 "제한"을 검토해야 한다.

67. 재판소는 처음부터, 의원에 대한 면책 원칙의 적용과 관련하여, 벨기에 정당의 구성원들은 발언이나 자신이 유포한 글에 대하여 개인적 민·형사상 책임이 있다는 점에 주목한다. 따라서 청구인은 문제가 된 소책자의 저자이자 이러한 소책자의 편집자, 그리고 이 중 일부 내용을 유포한 웹사이트의 소유자로서 기소된 것이다.

68. 재판소는 또한 인종차별에 대응하기 위한 국제기구의 권고를 준수하기 위해 벨기에가 인종주의나 외국인 혐오적 내용을 담은 인쇄물의 배포와 관련된 사건에 대한 기소를 기존의 순회재판소가 아닌 형사법원에서 할 수 있게 하는 방향으로 헌법 제150조를 개정했다는 점을 주목한다. 순회재판소는 이러한 위법 행위를 거의 기소하지 않

았었다.

69. 기소 대상이 된 발언의 내용과 관련하여 소책자가 전달하고자 하는 메시지는, 벨기에 국민과 목표가 된 집단 간 문화차이에 바탕을 두고 있는 것에 더하여, 후자를 범죄를 조장하는 환경으로 나타내고 벨기에 정착으로부터 나오는 이익을 취하는 데에만 관심이 있는 것으로 묘사하며 이들을 조롱하려 한 것으로 보인다. 이러한 화법은 필연적으로 대중, 특히 정보를 가지지 못한 대중에게 외국인에 대한 경멸, 거부, 심지어는 증오의 감정을 가지도록 만든다.

70. 항소법원은 청구인에게 유죄를 선고함에 있어 청구인이 대표로 있는 정당의 정치 프로그램이 아닌 선거 운동 기간에 배포된 전단과 삽화를 근거로 하였다(위 문단 8-17 참고). 특히 항소법원은 해당 자료가 인종, 피부색, 혈통, 국적, 민족을 근거로 특정 집단 혹은 공동체에 대해 폭력까지는 아니더라도, 차별, 분리, 증오를 명백히, 때로는 암묵적으로 조장하는 요소와 이러한 차별, 분리, 증오를 이용하겠다는 전단 작성자의 의지를 드러내고 있다고 지적하였다.

71. 특히 "당신 일이나 신경 쓰시오"라는 제목의 소책자와 관련하여 항소법원은 그 내용의 상당 부분이 차별적이고 분리주의적인 성격의 제안을 담고 있다고 지적하였다. "팔미에 거리: 난민수용시설이 거주자의 삶을 위협하고 있다"라는 제목의 소책자와 관련해서는 차별의 원인과 결과에 대한 불명확하고 입증되지 않은 진술과 비합리적인 짜깁기로 외국인 난민에 대한 혐오를 조장하고 이러한 혐오를 이용하겠다는 소책자 작성자의 의지를 드러내며 소책자를 받은 사람들이 난민수용시설의 폐쇄를 요구하도록 독려하였다고 지적하였다. "모로코의 Laurette, 벨기에의 Papy"라는 소책자와 관련하여 항소법원은 해당 소책자가 차별을 조장하고 작성자가 차별을 이용하겠다는 의지를 드러내었다고 판단하였다. 항소법원은 직접 인용된 "1999년 6월 선거를 위한 국민전선 프로그램"의 일부 발췌본만으로도 이 프로그램의 차별적이고 분리주의적인 내용이 충분히 드러난다고 판단하였다. "미국에서 일어난 공격: 쿠스쿠스 집단의 짓이다"라는 제목의 전단 겸 포스터와 관련하여 법원은 미묘한 차이를 구분하지 않고 모든 이슬람교도를 테러리스트에 비유하는 것은 전체 이슬람교도에 대한 증오를 선동하는 것이고 작성자가 이런 혐오를 이용하겠다는 의지를 보여주는 것이라고 보았다.

72. 재판소는 모든 형태와 표현의 인종차별에 맞서 싸우는 것은 무엇보다 중요한 일이라는 점을 상기하며 (*Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일, 문단 30, Series A no.298) 유럽 인종주의 및 불관용 철폐 위원회에 대한 유럽평의회 각료 위원회의 여러 결의안 내용, 위원회의 다양한 작업과 보고서를 언급한다. 이 문서들은 유럽 전역, 특히 벨기에에서 인종차별주의, 외국인 혐오, 반유대주의, 불관용에 맞서 싸우기 위한 단호하고 지속적인 노력을 보여준다.

73. 재판소는 증오 선동이 반드시 폭력행위나 그 밖의 범죄행위를 호소해야 하는 것은 아니라고 본다. 이 사건

에서 그러했던 것처럼, 개인을 모욕하거나 특정 인구나 집단을 조롱, 비방하거나 차별을 선동하는 것만으로 정부 당국이 피해자 집단의 존엄성, 심지어 그러한 차별의 대상이 되는 사람들 혹은 집단의 안전에 대한 위협을 방지하기 위해서 무책임한 표현의 자유라는 이름으로 자행되는 증오 발언에 맞서 싸우는 것을 우선시하도록 하는데 충분하다. 종교적, 민족적, 문화적 편견에 따른 증오를 선동하는 정치적 담화는 민주주의 국가의 사회 평화와 정치적 안정에 위협이 된다.

74. 더 나아가 유럽 인종주의 및 불관용 철폐 위원회는 잇따라 두 차례 발간한 벨기에 국가 보고서에서 극우 정당에 의한 인종주의적이고 외국인 혐오적 발언의 증가를 언급하며 국가 정책에 인종주의와 외국인 혐오가 악용되고 있다고 지적하고 이에 대해 깊은 우려를 표명하였다.

75. 의원이라는 청구인의 지위를 그의 책임을 경감시키는 조건으로 보아서는 안 된다. 이러한 점에서 재판소는 정치인들이 공개적으로 발언할 때 불관용을 조장할 수 있는 언어의 사용을 피하는 것이 매우 중요하다는 점을 상기시킨다(*Erbakan v. Turkey,* no.59405/00, 2006년 7월 6일 2006, 문단 64 참고). 재판소는 정치인의 궁극적 목표는 권력을 장악하는 것이기 때문에 민주주의와 그 원칙을 보호하는 것에 특히 유의해야 한다고 본다. 이 사건에서 하원은 브뤼셀 항소법원의 검찰의 구체적인 제안에 따라 문제의 발언은 청구인의 면책특권 해제를 정당화한다고 판단하였다. 재판소는 외국인에 대한 배제를 선동하는 것은 인간의 권리에 대한 근본적인 공격이므로 정치인을 포함한 모든 이들이 이에 대해 특히 주의해야 한다고 본다.

76. 재판소는 이 사건에서 문제가 되는 진술이 유포된 수단과 맥락 그리고 그것이 공공질서와 사회통합에 미치는 잠재적 영향을 특히 중요하게 살펴보았다. 그 소책자는 선거운동이라는 맥락에서 배포되었고 이는 넓은 의미에서의 유권자, 즉 모든 사람을 대상으로 한 표현의 형태였다. 만약 선거라는 맥락에서 정당이 유권자를 설득하기 위하여 폭넓은 표현의 자유를 누릴 수 있어야 한다면, 인종주의적이거나 외국인 혐오적인 논의가 있는 경우 선거라는 맥락은 혐오와 불관용 부추기는 데 일조하게 된다. 왜냐하면 선거에서 후보자의 입장은 더욱 고착되게 마련이고 고정관념에 기반한 구호나 문구가 합리적인 주장을 압도하기 때문이다. 그렇게 되면 인종주의적이고 외국인 혐오적 발언은 더 큰 영향과 피해를 주게 된다.

77. 재판소는 정치적 담화는 높은 수준의 보호를 필요로 한다는 점을 인정한다. 이는 벨기에를 포함한 여러 국가의 국내법에서 의회의 면책특권이나 의회에서 표명한 의견에 대한 기소 금지와 같은 방식으로 인정되고 있다. 재판소는 정당은 공개적으로 의견을 표명하고 보호받을 권리가 있다는 점에 이견을 제기하지는 않는다. 비록 일부 의견이 특정 대중에게 공격적이고, 충격이나 걱정을 주는 것이라 하더라도 말이다. 따라서 정당은 이민 관련 문제에 대한 해결책을 옹호할 수 있다. 그러나 그 과정에서 인종주의적 차별을 옹호하거나 분노를 표출하거나 모욕적인 언어나 태도

를 보이는 것은 피해야 한다. 왜냐하면 이러한 행동은 사회 안정에 위협이 되는 반응을 끌어낼 수 있고 민주적 제도에 대한 신뢰를 저해할 수 있기 때문이다.

78. 재판소는 청구인이 공개한 자료를 검토한 후 이 발행물에 대한 국내법원의 판결은 전적으로 합당하다고 판단한다. 청구인이 사용한 언어는 명백히 차별과 인종 혐오를 선동한 것으로 선거 과정이라는 말로 위장될 수 없다. 이에 따라 재판소는 공공질서 유지와 타인, 즉 이민자 집단의 권리 보호라는 가장 중요한 사회적 필요를 감안 할 때, 국내법원이 청구인의 표현의 자유에 대한 제한의 근거로 제시한 내용은 적절하고 충분하다고 판단한다.

79. 마지막으로 선고된 처벌과 관련하여 재판소는 표현의 자유에 대한 제한의 비례성을 판단함에 있어 처벌의 성격과 수준 또한 고려해야 할 사항이라는 점을 상기한다(*Surek v. Turkey*(no 1), 1999년 7월 8일, 문단 64, Reports 1999-IV 참고).

80. 재판소는 항소법원이 청구인에게 외국 국적을 가진 사람들의 통합을 돕는 기관에서 봉사활동 250시간과 10년간 피선거권 박탈이라는 처벌을 선고했다는 점에 주목한다. 피선거권 박탈의 기간은 문제적이라고 볼 수 있으나 벨기에 법원은 재판소가 종종 상기하는 원칙, 어떤 이의 정적에 대한 부당한 공격이나 비판에 대응할 수 있는 다른 방법이 있다면 형사 절차를 이용하는 것을 자제해야 한다는 원칙을 이 사건에 적용하였다(*Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일 문단 54, Reports 1998-IV 참고).

81. 청구인에 대한 유죄 판결과 관련하여 앞서 서술된 근거들을 고려할 때 재판소는 청구인의 표현의 자유에 대한 권리 행사에 대한 제한은 "민주사회에서 필요한" 것이었다고 확신한다.

82. 마지막으로 이번 사건에서 문제가 된 소책자의 내용과 관련하여 재판소는 이 사건에 협약 제17조를 적용할 수 없다고 판단한다. 따라서 재판소는 이 조항에 따른 벨기에 정부의 이의신청을 기각한다. 그리고 제10조의 위반이 없었다고 결론 내린다.

Ⅱ. 기타 침해 주장

83. 청구인은 협약 제6조 제1항을 언급하며 자신의 사건은 "법률에 의하여 설립된" 법원에서 다뤄지지 않았다고 주장하였다. 청구인은 자신에게 씌워진 혐의는 정치적 성격을 띠고 있었기 때문에, 이 사건은 이러한 유형의 위법 행위에 대해 관할권을 가지는 법원인 순회재판소에 회부되었어야 했다고 주장하였다. 청구인은 또한 자신이 브뤼셀-수도권 지역 의회와 프랑스어 공동체 의회에 재선된 것이 하원에서 승인한 자신에 대한 면책특권의 해제를 무효로 한

다고 주장하였다. 청구인은 협약 제6조 제1항에 근거하여 항소법원이 처음부터 명백한 편견에 근거한 극단적인 정보를 가지고 청구인을 판단하는 등 중립적인 태도를 보이지 않았다고 주장하였다.

84. 청구인은 협약의 제6조 제2항을 언급하며 항소법원이 위에서 인용한 재판소의 *Gunduz v. Turkey*사건에 근거하여 자신에 대한 유죄 판결을 내림으로써 무죄추정의 원칙을 무시했다고 주장하였다. 이 사건은 혐오와 불관용으로 특정 집단에 낙인을 찍는 행위와 관련된 것으로 이 사건에는 해당하지 않는 내용이다.

85. 청구인은 협약 제9조를 언급하며 항소법원의 판결은 제9조 제2항에서 허용하는 제한을 지나치게 적용한 것이라고 주장하였다. 또한 청구인은 협약 제11조를 근거로 합법적 기관인 국민전선당의 일원이라는 이유로 자신이 유죄 판결을 받았다고 주장하였다.

86. 청구인은 협약의 제13조를 언급하여 자신은 국내법에 따른 유효한 구제 절차를 이용할 수 없었다고 주장하였다. 파기원은 문제가 되었던 청구인의 발언은 대중에 대한 차별 및 혐오 선동이라는 점을 항소법원 재판관들이 "독립적으로 평가"했다고 판단함으로써 파기원 스스로 사실을 판단할 기회가 없었다고 주장하였다.

87. 청구인은 협약의 제14조 및 제16조를 언급하며 자신이 정치적 차별을 옹호했다는 이유로 유죄 판결을 받았다고 주장하였다. 그러나 청구인이 보기에 정치적 혹은 사회적 대응에서 당사자의 국적을 고려해야 한다는 제안은 반드시 법률적으로 심지어 도덕적으로도 비난받을 만한 차별은 아니었다. 제16조는 외교정책 활동의 제한 가능성을 명시하고 있기 때문이다.

88. 청구인은 또한 협약 제17조 및 제18조의 위반을 주장하였다.

89. 제1부속의정서 제3조를 언급하며 청구인은 항소법원이 그의 선거 프로그램에 대해 후험적으로 유죄 판결을 내렸고, 청구인의 면책특권을 무시함으로써 2004년 6월 13일 재선 이후 선거에 나갈 권리를 박탈했다고 주장하였다.

90. 재판소는 우선 청구인의 일부 주장, 특히 협약 제6조 제2항, 제14조, 제16조와 제1부속의정서 제3조에 따른 주장과 관련하여 국내 구제책 소진 요건이 충족되지 않았다는 점을 지적한다. 둘째, 청구인은 협약 제17조 및 제18조의 위반 주장을 뒷받침할 만한 구체적인 근거를 제시하지 않았다. 셋째, 협약의 제9조 및 제11조와 관련된 주장은 제10조와 관련 주장과 구별되지 않는다.

91. 마지막으로 협약 제6조 제1항에 근거한 두 건의 주장 및 항소법원의 편견에 관한 주장에 대하여 재판소는 청구인이 국내의 구제책을 소진하지 않았다는 점을 지적한다. 청구인의 사건을 "법률에 의하여 설립된" 법원에서 다루지 않았다는 주장에 대하여 재판소는 이는 명백히 근거가 없는 주장임으로 각하되어야 한다고 본다. 실제로 항소법

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

원과 파기원 모두 청구인에 대한 기소는 순회재판소가 관할권을 가지는 정치적 성격의 사건이 아니라고 판결하였다. 청구인의 위법 행위는 정치적 기관의 존립, 조직, 운영을 저해할 의도를 가진 행위가 아니었기 때문이다.

92. 따라서 청구의 이 부분은 협약의 제35조 제3항 및 제4항에 따라 명백히 근거가 없는 것으로 각하되어야 한다.

이러한 내용을 근거로 하여 재판소는

1. 협약 제17조에 따른 벨기에 정부의 이의제기를 만장일치로 기각한다.

2. 협약 제10조에 따른 청구인의 주장은 받아들여질 수 있고, 나머지 주장은 받아들여질 수 없다고 선언한다.

3. 4대 3으로 협약 제10조의 위반이 없었다고 판결한다.

재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라 프랑스어로 작성되고 2009년 7월 16일 서면으로 통지되었다.

Francoise Elens Passos	Ireneu Cabral Barreto
부(副)서기	재판장

협약 제45조 제2항 및 규칙74 제2조에 따라 판결문에 Sajo, Zagrebelsky, Tsotsoria 판사의 반대 의견을 첨부한다.

I.C.B.

F.E.P.

Vladimiro Zagrebelsky 판사와 Nona Tsotsoria 판사가 지지한 Andras Sajo 판사의 반대 의견

유감스럽게도 나는 협약 제10조의 위반이 없다는 다수 의견에 동의할 수 없다. 내가 보기에 이 사건에서 정치적 발언을 형사 처벌하는 것은 표현의 자유에 반하는 것이다. 나는 불관용이 미치는 위험에 대한 재판소의 우려에 공감하고, 외국인 혐오적 선전의 장기적 영향이 민주사회의 주요한 문제가 될 것이라는 점에 동의한다. 나의 동료들과 나는 표현의 자유에 대해 다른 관점을 가지고 있으며, 따라서 민주사회에서 청구인에게 가해질 수 있는 형사처벌에 대해서도 다른 의견을 가지고 있다. 나는 합당한 이유도 없이 협약이 보장하는 기본권을 제한하는 방식으로 표현의 자유가 비차별 정책에 희생되는 것에 대한 두려움을 가지고 있다.

발언의 내용만을 근거로 규제하고 그 발언을 제한하는 가능성은 특정한 표현은 협약의 정신에 반한다는 생각에 근거한 것이다. 그러나 이러한 "정신"에는 명백한 기준이 없으며 악용될 소지가 있다. 재판관을 포함한 인간은 자신의 마음에 들지 않는 의견은 전적으로 받아들일 수 없는 것으로 규정하고 표현의 자유의 영역에서 제외하려는 경향이 있다. 그러므로 혐오나 증오를 조장하는 의견을 마주했을 때, 개인적 의견이 무엇이 정말 위험한 것인지에 대한 우리의 생각에 영향을 미치지 않도록 신중하게 살펴야만 한다. 어떤 진술이 가지는 가치가 너무나 적어서 진실에 대한 추구에 도움이 되지 않을 때, 이러한 태도를 확실하게 견지해야 한다. 특히 이 사건의 상황과 같은 맥락에서는 더욱 그러하다. 마찬가지로 유럽의 역사가 특정 주제를 영구히 금지하기 위하여 그것에 낙인을 찍어야 한다고 요구한다면 그것은 최소한 명확하고 제한적인 방식으로 이뤄져야 한다.

문제가 된 대부분의 문구는 1999년 선거 운동 중에 배포되었던 국민전선당의 소책자에서 발췌된 것이다. 이 프로그램은 불법 이민에 대한 국민전선당의 관심을 잘 보여준다(예를 들어 프로그램의 4부 "사회" 참고). 국민전선당은 활동이 금지된 적이 없었고 Féret이 유죄 판결을 받은 재판에서 당은 문제가 되는 표현에 대해 무죄를 받았다. Féret의 발언 중 상당수는 벨기에 정부나 여당 그리고 그들의 친이민 정책에 대한 비판이기 때문에 명백히 정치적 비판의 영역에 속한다. 예를 들어 고용부 장관과 그의 외국 원조 정책에 대한 캐리커처("모로코의 Laurette")가 그런 경우이다. ("쿠스쿠스 집단"에 대한 만화를 제외한) 다른 진술들은 정부를 대상으로 한 모호한 정책 제안으로 대중의 행동을 요구한 것은 아니었다. 진술의 모호함과 관계없이 다수는 판결에서 이러한 진술의 다른 의미들에 대해서는 고려하지 않았다.

본 판결문은 Féret의 발언이 "정치적 담화"라고 인정하였다. 재판소의 판례법에 따르면 정치적 담화에 대한 제한은 합당한 이유가 존재할 때만 가능하다(판결문 문단 63참고). 그러한 합당한 이유가 존재하는지, 적용하는 방법이 최소로 제한적인 것인지를 증명하는 것은 국가가 할 일이다. Féret의 진술에는 특정 집단에 대한 폭력을 요청하는 내용은 없다. 이런 경우 당국은 조금 더 넓은 재량 여지를 가진다(*Ceylon v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 34, ECHR 1999-IV).

논쟁의 여지가 있는 진술의 성격을 규정함에 있어 재판소는 종종 그 진술들이 전달되는 구체적 과정에 집중하고, 일반적으로 개별적으로 봤을 때 문제가 되는 진술을 상쇄할 수 있는 요소들을 살펴본다(*Fuentes Bobo v. Spain,* no.39293/98, 문단 46, 2000년 2월 29일, *Gündüz v. Turkey,* no.35071/97, 문단 51, ECHR 2003-XI 참고). 정치적 발언의 자유를 보호하기 위하여 진술은 나머지 글이나 메시지에서 분리하지 않고 발행물의 맥락 속에서 전체적으로 검토해야 하고 우연히 선택된 다른 진술들과 합치면 안 된다. 당국이 서로 다른 진술들을 하나의 메시지로 합친다면 대중 또한 이렇게 할 수 있을 것이다. 2001년 9월에 나타났을 이슬람 혐오적 의미를 ("쿠스쿠스 집단" 풍자 만화) 1999년 배포된 문장 때문이라고 판단하는 것이 타당한가?

일부 자료는 2001년 9월 그 당시 Féret이 소유한 웹사이트에서 이용 가능했던 것(비록 개별적으로이긴 했지만)이 사실이다. 그러나 웹사이트의 자료는 이용자의 판단으로 다운로드 받을 수 있는 것이기 때문에 다른 배포 형식과는 구분된다(이 정보에 관심이 있는 사람은 적극적으로 정보를 찾아야 한다). 즉, 종이 문서를 공개할 때와 달리 의견이 "강요"되는 것은 아니다.

판결문은 청구인의 진술이 인종주의적이라고 규정하였다. 벨기에 정부 당국과 다수재판관 모두 Féret가 제안한 정책이 그로 하여금 진정한 차별 및 분리 행위를 하게 만들었다고 주장하지는 않았다. 그럼에도 불구하고 다수 의견은 그 자체로 위법 행위를 구성하지 않는 문서가 특정 집단의 분리 등을 암묵적으로 촉구하는 요소를 담고 있다고 판단하였다(판결문 문단 70 참고). 본 판결문은 청구인이 사용한 언어는 인종 혐오를 조장하고 인종주의적 성격을 띤다고 결론 내린다. 사람들은 인종주의자들은 받아들일 수 없는 주장을 하므로 그들의 발언에 숨겨져 있는 비인간적인 메시지를 파악해야 한다고 가정한다. 더 나아가, 어떤 진술이 인종주의자의 주장과 유사하다면 그 맥락이나 진정한 의미와는 관계없이 인종주의적으로 보일 수 있다. 하지만 Féret의 다양한 암시적 발언들이 불쾌함을 준다고 하더라고 그 자체로 인종주의적인 것은 아니다.

인종주의는 대량학살이나 노예제와 같이 의심할 바 없는 실질적 결과로 이어졌다는 점에서 역사에서 고유한 범주로 분류된다. 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약의 서문은 인종주의를 다른 형태의 차별과 명확하게 구분한다. 이러한 구분을 무시하는 것은 인종주의를 사소한 문제로 만들고 제한적 조치를 과도하게 적용하도록 장려하는 것이다. 이 사건에서 인용된 진술들은 특정 인종의 우월함이나 열등함을 나타내는 것이 아니라 단지 선천적 생물학적 특성으로 구분 가능한 인구집단을 인지할 뿐이다. 따라서 Féret의 발언을 인종주의적 발언으로 규정하기 위해 재판소가 사용한 인종주의적 발언 및 분명한 인종 증오 선동 표현을 보면 충격을 받지 않을 수 없다(문단 77-78). 명확히 정의된 의미를 의심스러운 표현에까지 확장하는 것은 이해할 수 없는 행위이다. 빨간 불에는 멈추는 것이 맞지만 당국이 노란 불이나 초록 불까지 빨간 불로 간주한다면 경찰은 모든 운전자와 모든 보행자에게 벌금을 물리게 될 것이다.

재판소는 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약이 제시한 기술적 의미의 인종주의 개념을 이용할 수 있다. 이는 인종 이외의 다른 요소를 근거로 하는 차별 또한 포함한다. 그러나 국적 혹은 시민권에 따른 구분, 더욱 중요하게는 내국인과 외국인 간의 구분은 이 협약에 언급되어 있지 않다.

청구인의 진술이 특정 인종의 우월함을 주장하는 엄밀한 의미의 인종주의가 아니라고 해서 문제가 없어지는 것은 아니다. 벨기에 국내법원과 재판소는 판결문에서 해당 진술이 차별, 분리, 증오를 선동하였고 이러한 차별과 분리는 타인의 권리를 제한할 수 있다고 판시하였다. 유감스럽게도 차별을 언급하는 것만으로도 이민자 공동체의 구성원과 같은 타인의 권리와 공공질서를 위협할 수 있는 사회적, 정치적 상황이 존재한다. 그렇다면 안타깝게도 국가의 상황이 그렇다거나 지역 상황에서 직접적인 영향이 있었다는 것(예를 들어 잘 조직된 단체 회원들이 주도하는 배척 운동이나 감정을 통제하기 어려운 군중이 나타나는 상황)을 보여주는 것은 정부가 해야 할 일이다. 그러나 청구인의 발언으로 인해 선동 혹은 불가피한 차별이 발생했다는 것은 증명되지 않았다. 또한 타인의 권리에 미칠 수 있는 잠재적 영향은 인권을 제한할 수 있는 충분한 근거가 되지 않는다. 증오라는 의혹을 받는 감정은 범죄로 규정하면서 그러한 감정으로부터 야기되는 행위, 즉 합헌적이거나 인용할 수 없다고 간주되는 입법 제안은 합법적이라고 보는 것은 매우 문제적이다.

따라서 Féret의 진술은 국민전선당의 정책은 이민에 반대하는 입장인 반면, 반대 정당은 이민에 우호적이라는 것을 입증하기 위해 사용된 것이다. Féret의 제안은 개인의 차별행위를 촉구하는 것이 아니라, 선거에 출마한 정당과 지도부의 정치활동 및 의회활동을 지원하기 위한 것이었다. 이중 일부 의견이 명백하게 인종주의자인 사람들에 의해 공유되었을 가능성은 있지만 그 때문에 그 의견을 표명한 사람을 유죄로 판단할 수는 없다.

모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약 제4조는 인종차별의 선동과 다른 인종, 피부색이나 출신 민족이 다른 집단에 대한 폭력행위의 선동을 처벌할 것을 요구한다. 그러나 본 판결문은 1997년 10월 30일 유럽평의회 각료위원회가 "증오표현"에 대한 권고안 no.R(97)20의 부속문서에서 제시한 광범위한 정의를 참고하고 있다. 이 권고안은 (구속력은 없다!) 미디어와 관련된 것으로, 라디오나 TV 방송국이 방송으로 내보낼 수 없는 내용을 결정하려는 목적으로 작성된 것이기 때문에 이 사건에 적용될 수 없다. 라디오와 TV가 조직적 행동에 미치는 영향은 소책자와 웹사이트가 미치는 영향과 다르다는 점은 굳이 설명할 필요가 없다. 재판소는 다른 사건들, 특히 *Gunduz v Turkey*사건에서 위에 언급한 부속문서를 참고하였다. 그러나 이 사건의 경우 문제가 되었던 발언은 TV 방송에서 직접적으로 이뤄진 것이었다. 권고안(원칙 4) 자체는 모든 형태의 증오표현이 협약 제10조의 보호를 받지 못할 만큼 모욕적이지는 않다는 점을 인정한다. 협약에서 보장하는 협약의 보호를 받는 다른 권리나 자유를 훼손하려는 증오표현만이 제한을 받을 정도로 모욕적인 것이다. 재판소의 판례법은 공적 토론에서 표현이 기여하는 주요한 역할을 인정한다. 이러한 기여가 없다면 표현은 이유 없이 공격적인 것이 되고 타인의 권리를 침해하게 된다(위 인용된 *Gunduz*, 문단 37 참고).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

이러한 증오표현 개념의 적용은 또한 표현이 불관용에 기반한 혐오를 선동하거나 폭력으로 이어질 수 있음을 전제로 한다. 선동은 "혐오를 불러일으키는" 것을 의미한다(*Sürek v. Turkey*(no.[GC], no.26682/95, 문단 63, ECHR 1999-IV). 선동의 구성 요소는 (폭력 혹은 기타 불법 행위에 대한 강력하고 직접적인 호소와는 별개로) *Surek*사건 판결문 문단 62에 분명하게 나타나 있다. 이 사건에서 반대 정당을 낙인찍은 것을 선동으로 본 유일한 이유는 "[편지의] 내용은 잔학 행위라고 불리는 행위의 책임자라고 묘사되는 이들에 대한 뿌리 깊고 비이성적인 증오를 주입함으로써 그 지역에서 추가적 폭력을 선동할 수 있었다고 봐야한다. 잔혹범죄를 저지른 것으로 묘사된 이들에 대한 심오하고도 비합리적인 혐오를 불러일으키고 이를 통해 지역 내에서 폭력이 발생하도록 할 수 있다. 실제로 독자에게 전달된 메시지는 침략자를 직면했을 때 폭력을 쓰는 것은 필요하고 정당한 조치라는 것"이었기 때문이다. 만약 판결문에서 규정된 기준을 차별 사건에 적용한다면 증오표현은 잔혹한 행위라고 불리는 행위에 책임이 있다고 묘사되는 이들에 대한 뿌리 깊고 비이성적인 증오를 주입함으로써 차별을 조장하는 것이어야만 한다. 폭력과 마찬가지로 차별은 행동을 수반한다.

"의견 자체가 범죄"라는 개념이 민주적 질서와 양립할 수 있는 것이라고 받아들이지 않는 한, 그러한 표현으로부터 직접적으로 생겨난 처벌 가능한 행위 혹은 그러한 표현으로부터 상당한 그리고 진정한 조력을 받아 처벌 가능한 행위를 수립하는 것이 필요하다. 발생하였거나 발생할 가능성이 있는 다른 형사 범죄가 존재하는데 이를 예방하기 위한 조치가 필요한 것이다. 선동은 강력하고 심지어 결정적인 심리적 강요로 다른 형사 범죄를 일으킬 가능성이 있다. 그러나 단순한 불관용, 행동이 수반되지 않은 혹은 최소한 행동에 대한 명확한 의도가 보이지 않는 경우에는 범죄가 성립되지 않는다. 정부 정책에 대한 Féret의 진술은 일반 대중이 할 수 있는 차별행위를 요청하지는 않았다. Féret의 발언은 이주민에 대한 지원을 거부하거나 회피하는 배척 운동을 요구하지 않았다. "정보를 가지지 못한 대중"이 불관용(그들의 태도나 사고방식으로)을 드러낸다고 하더라도 그들이 이민자에 대한 사회서비스 제공에 영향을 미칠 수는 없다. 그러나 판결문에 따르면 Féret의 발언은 필연적으로 혐오를 선동하였으며 "이러한 발언으로 인해 대중, 특히 정보가 없는 대중은 외국인에 대한 경멸, 거부, 증오의 감정을 느끼게 될 것"이라고 판시하였다(판결문 문단 69). 잠재적 결과가 필연적인 것이 되는 것이다. 이는 표현의 자유에 대한 예외는 "좁게 해석되어야 하고 [이러한 자유를] 제한할 필요성은 설득력 있게 수립되어야 한다"(위 인용된 *Ceylon,* 문단 32 참고)는 원칙에 어긋나는 것이다.

유해한 사고방식은 같은 감수성을 가진 이들의 수많은 상호작용의 결과로 생겨나는 것이다. 이러한 상호작용은 서로의 사고방식을 더욱 강화한다. 불관용의 편견이 형성되고 강화되는 것은 장시간 일어나는 정신적 과정이다. 이는 선동에서 요구되는 "혐오의 부채질"과 같은 갑작스러운 감정과는 다른 것이다. 다수 판사를 신경 쓰이게 만드는 것 그리고 차별 사건을 우려하는 모든 이들의 신경이 쓰이게 만드는 것은 모호함이 (분리주의적이고 차별적인) 외국인 혐오적 사고방식의 형성에 기여하거나 적어도 기여할 수 있다는 점이다. 그러한 사고방식은 차별적인 개인적 행동이나

심지어 실질적 폭력으로 이어질 수 있다. 또한 민주주의나 인권 보호와 양립할 수 없는 목표를 가지거나 그러한 행위를 하는 정당이나 정치적 운동을 지지하는 결과를 낳을 수도 있다. 그러나 이는 개인보다 정당에 더 많은 기준을 적용하는 방어적 민주주의에 해당하는 문제이다.

이 판결이 취하고 있는 방어적 가정은 표현의 자유에 대한 원칙적 가정과 대립한다. 표현의 자유가 보장되어야 한다면 그 이유는 민주사회에서 제약 없는 의견 교환을 통해서만 진실에 근접할 수 있고, 정치적 절차에서 모든 참여자의 의견을 고려하여 정보에 근거한, 더 나은 정치적 혹은 개인적 결정을 내릴 수 있기 때문이다. 정치적 의견의 보호를 이야기하는 이유는 인간은 정보에 근거하여 선택을 할 수 있을 정도로 합리적이라고 믿기 때문이다. 거짓된 혹은 받아들일 수 없는 생각의 목록을 만드는 것은 정치 권력을 장악한 자들이 해야 할 일이 아니다(그들은 자신의 이익만을 유지하려고 한다). 그러나 이 사건의 판결은 인간과 "바보 같은 존재"로 이뤄진 전체 사회는 비합리적인 감정에 대한 억누를 수 없는 충동으로 인해 어떤 주장과 그 주장에 반대되는 주장에 대해 대응할 수 없다고 판결하였다(따라서 정치적 담화에 대한 재판소 자체의 개념으로부터 벗어나게 됨).

표현의 자유는 인간의 마음은 파렴치한 거짓말에 저지당하기 때문에 우리는 끊임없는 검열을 받아야 한다는 가정에 기반하고 있다는 관점을 받아들여야 하는가? 그러나 단기적으로는 감정이 종종 이성을 압도한다고 주장할 수 있다. 이러한 주장의 신뢰성을 지지하기 위해 히틀러 선전의 영향과 반향이 언급된다. 히틀러의 선동은 지속적이고 체계적이며 조직적인 노력으로 구성되었으며 제1차 세계대전으로 충격을 겪은 독일의 현실의 일부라고 할 수 있었다. 이러한 선동에는 사법부를 포함한 권력의 지지를 받는 준군사조직의 일상적 폭력행위가 수반되었다. 가장 안정적인 민주사회에서조차 방어적 민주주의의 무기와 관련된 조치를 채택하여 불관용이라는 선전에 기반한 조직적인 차별행위에 대응해야 하는 때가 있을 수 있다. 그러나 이 사건에서 보호된 표현의 영역의 밖에 있다고 간주된 것은 정당의 "표현 행위"가 아니었다. 또한 위협이 있었다는 어떠한 증거도 없었다. 반론이나 감정이 표출될 수 없는 단기적 고려의 상황에 처해있는 것도 아니었다. 국가는 (민주주의 국가는 의무적으로) 편견의 형성을 방지할 수 있으나 이러한 목표가 제한적인 조치를 정당화할 수는 없다. 제2차 세계대전의 후유증 이후의 민주주의 국가의 역사는 의심스러운 정치세력의 정치 담화 참여가 극단주의의 위험을 감소시킬 뿐만 아니라 개방과 관용을 바탕으로 하는 민주국가의 토대를 약하게 하지 않는다는 것을 보여준다.

본 판결문은 증오표현 개념의 적용을 제한하는 조건에 주목하는 대신에 증오 선동이 반드시 특정한 폭력행위나 기타 위법 행위를 요청할 필요는 없다고 명시하였다. 다시 말해 불쾌한 감정만으로 범죄가 성립될 수 있다는 것이다. 증오 발언이 [특정] 범죄의 선동을 암시하는 것은 아니라고 단언한 후, 판결문은 다음 문장에서 특정 집단에 대한 명예훼손은 차별을 구성한다고 주장하였다. 실제로 인구의 일부 혹은 특정 집단을 조롱하는 것은 처벌의 충분한 근거가 된다는 것이다. 한 집단의 명예를 훼손하는 것(심지어 조롱하는 것)은 보호를 받는 집단에 속한 어떤 한 사람을

부당한 이유로 모욕하고 괴롭히는 것이 아니다. 그것은 그 사람(즉, 그 집단에 속하는 모든 사람)의 안전을 해치는 것이다. 다음 문장에서는 인종차별의 개념을 종교적, 문화적 편견의 선동으로 확대함으로써 새로운 접근방식을 취한다(!). 그 근거는 무엇인가? 이 또한 민주주의 국가의 사회적 평화와 정치적 안정에 대한 위협이 된다(판결문 문단 73 참고). 표현의 내용을 통제하기 위해 시작된 것은 금지된 내용을 담은 확장된 목록으로 끝나고 말았다. 이 목록은 "위험한 표현"이라는 단순한 근거에 기반하고 있을 뿐이다. 이러한 경솔함은 어떤 집단에 대한 명예훼손과 (가장 포괄적인 정의에서의) 증오발언이 공공질서를 약화시켜 안정적 사회 분위기를 해치고 민주주의 제도에 대한 신뢰를 저해하는 대중의 반응을 촉발할 수 있다는 확인되지 않은 두려움에 기인한 것이다. 이러한 대참사의 시나리오는 단순히 상황의 힘에 나타난다(판결문 문단 76). 누가 무엇을 하고 그 이유는 무엇인가? 제대로 답해지지 않은 질문이 너무나도 많다. 한 가지 명확한 것은 이 모호한 환경에서 어떤 일이 발생하든 그것은 정치인과 그의 발언의 탓이 될 것이라는 점이다. 한 때 표현의 자유의 증거였던 정치인의 말은(본 판결도 이를 인정한다, 문단 63 참고) 어느 순간 짜증이 나는 것이 되고 그들의 말에 대한 책임으로 인해 자기 검열의 대상이 되었다. 정치인들은 궁극적으로 권력을 잡는 것이 목표이기 때문에 더 큰 책임을 져야 한다(문단 75). 그러나 민주적 선거를 통해 집권하는 것은 잘못된 것이 아니다. 민주주의에서 선거는 표현에 특정한 제약을 가할 수 있는 위험의 원인이 아니다. 오히려 반대로 표현의 자유가 있기에 현명한 정치적 선택과 책임 있는 행동이 가능한 것이다.

위험에 대한 이와 같은 추정은 반론의 힘과 판결의 독립성을 부정한다. "위험한 표현"의 개념이 재판소의 판례법에 들어온다면 발언이 나온 실질적 조건이나 상황에 대한 고려 없이 그러한 발언이 위법 행위가 되는 영역이 확장될 것이다. 이 사건에서 "범죄적 담화"의 대담한 확장은 판결문에서 수용 불가능하다고 판단한 부분과 아무런 관련이 없는 정치적 진술과 관련된 것이다.

청구인에게 부여된 처벌이 "긴박한 사회적 필요성"에 부응하는지를 판단하기 위하여 형량의 엄격함을 반드시 고려해야 한다(위 인용된 *Sürek,* 문단 64 참고). 본 판결은 이 사건에서의 행위와 같은 행위를 처벌하는 것이 합당하다고 확신하고 있다. 비록 10개월의 징역형과 10년간의 피선거권 박탈(즉, 정치적 담화에 대한 장기적이고 예방적인 공격)이라는 처벌의 가능성은 청구인에 대한 혐의에 비해 그리고 판례법과 재판소가 정치인의 발언에 대해 지금까지 취해온 잘 확립된 입장을 고려했을 때 비례적이지 않은 처벌이라는 것이 드러남에도 불구하고, 여기에서 구체적 형사적 조치와 그러한 조치의 심각성을 다루지 않는다는 점은 놀라운 일일 뿐만 아니라 확립된 관습에도 어긋나는 일이다.

인권위원회가 *Becker v. Belgium*사건(no.214/56, Reports, 1960년 1월 22일, 150쪽)에서 밝힌 것처럼:

> "... 제10조 제2항은 위법 행위의 성격상 반드시 필요한 경우를 제외하고는, 형사처벌 혹은 안보를 위한 조치로서의 표현의 자유의 제한을 허용하지 않는다."

*Becker v. Belgium*사건(원래 사형선고를 받은 나치 협조자에 대한 사건)에서는 영구적인 표현의 자유의 박탈이 선고되었으나 이러한 처벌의 자율적 성격에 대해 위원회는 특별한 우려를 표명하였다. 그러나 *Féret*사건에서 60세의 의원에게 10년이라는 기간의 처벌은 종신형과 다름없다.

표현의 자유의 근간을 이루는 기본적 원칙은 *Féret*의 발언에 대한 유죄 판결과 상충한다. 폭력행위나 불관용에 대한 선동을 직접적으로 언급하지 않는 증오표현의 개념은 정치적 담화에 대한 진지한 보호와 양립하기에는 지나치게 포괄적이다.

제10조의 위반이 없다는 판결문의 결론은 정치적 담화와 관련된 재판소의 비례성 평가에서 벗어난 것이다. 타인의 권리나 공공질서에 직접적으로 위협을 가하지 않는 일련의 단발적 정치적 발언이 갖는 잠재적 영향은 긴박한 사회적 필요를 나타낸다고 할 수 없다. 순전히 이론적인 위험은 형사처벌과 10년의 피선거권 박탈이 유일한 해결책인 위험을 구성하지도 않는다. 이러한 처벌은 나치와의 협력 때문에 원래 사형을 선고받아 부적절한 처벌을 받았다고 여겨진 전범자의 사건과 비교할 수 있는 수준의 처벌이라고 할 수 있다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

17. Le Pen v. France

2010년 4월 20일(심리적격 여부에 대한 결정)

사건이 일어났을 당시 청구인은 프랑스 "국민연합"당의 대표였다. 그는 르 몽드 일간지와의 인터뷰에서 프랑스 내 무슬림에 대해 발언하면서 "프랑스에 5백만이 아니라 2천 5백만의 무슬림이 살게 되는 날, 그들이 주도권을 가지게 될 것이다"라고 주장하였다. 이를 이유로 그는 출신 지역 혹은 특정 민족, 국가, 인종 혹은 종교 집단에 속하거나 속하지 않는 것을 근거로 특정 집단의 사람들에 대한 차별과 증오, 폭력을 선동한 것에 대하여 유죄 판결을 받았다. 그는 이 판결이 자신의 표현의 자유에 대한 권리를 침해하였다고 주장하였다.

재판소는 이 청구를 받아들일 수 없다고 선언하였다(명백하게 근거가 없음). 재판소는 청구인의 발언이 수용국 내 이민자들의 정착 및 통합 관련된 문제에 대한 일반적 토론이라는 맥락에서 나온 것이라는 점을 지적하였다. 더군다나 해당 문제의 정도가 다양하다는 점으로 인해 종종 오해와 몰이해가 생길 수 있고, 국가는 표현의 자유 제한의 필요성을 평가하기 위하여 상당한 재량의 여지를 필요로 한다. 그러나 이 사건에서 청구인의 발언은 분명히 무슬림 공동체 전체를 충격적인 관점으로 나타내었고 이는 이들에 대한 거부감과 적대감을 불러일으킬 가능성이 있었다. 그는 한쪽에는 프랑스인을 그리고 그 반대쪽에는 종교적 소속이 확실하게 언급되어 있고, 그들의 성장으로 이미 프랑스인의 존엄과 안전이 잠재적으로 위협받고 있다고 이야기되는 공동체를 설정하였다. 따라서 청구인의 유죄 판결에 대하여 국내법원이 제공한 근거는 적절하고 충분하였다. 더군다나 청구인에게 부여된 처벌이 비례적이지 않다고 볼 수 없었다. 그러므로 재판소는 청구인의 표현의 자유를 제한한 것은 민주사회에서 필요한 것이었다고 판결하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

17

유럽인권재판소

5부문

Jean-Marie LE PEN v. Fracne

청구번호 18788/09

심리적격 여부에 대한 결정

2010년 4월 20일, 유럽인권재판소(5부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Peer Lorenzen, *재판장,*

Renate Jaeger, *판사,*

Jean-Paul Costa,

Karel Jungwiert,

Mark Villiger,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Zdravka Kalaydjieva, *판사,*

Stephen Phillips, *서기,*

2009년 4월 3일 제출된 위의 청구서에 대하여, 심리 후, 다음과 같이 판결하였다.

사실관계

청구인, 장-마리 르펭(Jean-Marie Le Pen)은 프랑스 국적자로 1928년 생이며, 생클라우드(Saint-Cloud)에 거주하고 있다. 그를 변호하는 변호사는 Boulogne-Billancourt의 변호사 왈레렁드 드 생쥐스트(Wallerand de Saint-Just) 였다.

사건의 배경

"국민전선" 정당의 대표인 청구인은 2003년 4월 19일 일간지 르몽드(Le Monde)와의 인터뷰 도중 아래와 같이 말했다:

> "프랑스에 5백만이 아니라 2천 5백만의 무슬림들이 살게 되는 날, 그들이 주도권 가지고 갈 것입니다. 프랑스인들은 눈을 내리깐 채 최대한 눈에 안 띄게 다니고, 도보를 내려가게 될 겁니다. 그렇게 하지 않으면 이런 말을 듣게 되겠지요: "왜 그렇게 쳐다보는 거야? 한판 붙고 싶은 건가?" 당신은 도망을 가지 않으면 한 대 맞을 수 밖에 없을 겁니다."

2004년 4월 2일, 파리 형사합의 법원은 청구인에게, 출신이나 혹은 특정 민족, 특정 국가, 특정 인종, 특정 종교에의 소속 혹은 비소속을 이유로 특정 그룹의 사람들에 대해 차별, 증오, 폭력을 조장하였다는 이유로 10,000 유로의 벌금을 명하였다.

2005년 2월 24일, 파리 항소법원은 이를 재확인하는 판결을 하였으며, 이는 현재 확정되었다.

청구인은 2004년 4월 30일자 발간 주간지 리바롤(Rivarol)에서 파리 형사합의 법원의 판결에 대하여 다음과 같이 언급하였다:

> "제가 프랑스에 2천 5백만의 무슬림이 살게 될 때 프랑스 사람들은 최대한 눈에 안 띄게 다니게 될 것이라고 하였더니 사람들이 아니라며: 르펜씨, 이미 현실이 그런걸요! 라고 하더군요"

2004년 6월 30일 인권연맹은 파리 형사합의 법원 앞으로 위 발언이 과거 발생한 사안과 같은 혐의점에 해당한다고 소환하였다.

2005년 11월 25일 법원은 법률 규정에 어긋난다는 이유로 본 소환을 파기하는 판결을 하였다.

2006년 3월 29일 파리 항소법원은 형사법원의 그 판결을 파기하고 사안에 대한 심사를 차후 심의로 넘겼다.

2008년 3월 12일 항소법원은 청구인에게 10,000유로의 벌금을 명하며, 공익과 관련하여 다음과 같이 판결하였다:

> "... 계속되는 발언들을 통하여, 본인이 발언자임을 부정하지 않는 장-마리 르펜은 국가전선의 대표로서 직설적으로 "사람들"에게 무슬림 공동체의 고도 성장은 그들에게 정복당하고, 모욕당하며, 폭력의 피해자가 될 프랑스인들에게는 위협이라는 점을 분명히 하고 있으며, 유권자들과 리바롤의 독자들 이상의 프랑스 국민

들이 그에게 지금 이미 무슬림 인구의 존재로 인해 무슬림들과 거리를 두어야만 하며 그들에게 굴복해야만 한다고 말해 주었다고 말하고 있다.

... 그렇게 함으로써, 피고인은 "프랑스인"과 "무슬림들"을, 그리고 프랑스의 "사람들"과 그 반응이 원래의 의도보다 더 멀리 가기는 하였지만 침략하는 다수로서 대표되는 외국인 집단들을 대조하였으며, 그 의미와 그의 메시지가 가서 닿는 범위를 통해, 그가 궁극적으로 그 자신의 것으로 만드는 "사람들"에게 무슬림 공동체를 향한 거부감 및 적대감을 선동하는 경향이 있다."

이처럼 항소법원에 따르면, 청구인의 목적은 대중의 심리에 프랑스인들의 안전은 무슬림들을 배척하는 데 달려 있다는 확신과 또한 프랑스 내 증가하는 그들의 존재에 대한 불안과 두려움은 그들의 수가 줄어들거나 그들이 사라지면 함께 사라질 것이라는 확신을 침투시키는 데 있다.

그 판결은 더 나아가 청구인의 표현의 자유가 어떤 사람들의 집단에 대하여 차별, 증오나 폭력에 대한 선동을 포함하는 발언들을 정당화시킬 수 없다는 점을 명시하였다.

청구인은 이 판결에 대하여, 그의 의도는 증오나 차별을 자극하고자 하는 것이 아니며, 그들의 종교를 이유로 무슬림들을 문제 삼은 것이 아니며, 이슬람에 대한 언급은 정치적인 의제를 겨냥한 것이지 종교적 신앙을 겨냥한 것이 아니므로 자신의 행위는 해당 범죄를 구성하지 않는다는 이유로 상소를 하였다.

2009년 2월 3일, 파기원(La Cour de Cassation)은 특히 항소 법원의 판결은 모순되지 않고 충분한 목적으로 결론에 응답하며 논란이 된 발언들의 의미와 범위를 정확하게 평가하였고 해당 범죄의 모든 구성요건을 특정하였다고 판단하면서 (2006년 3월 29일의 판결에 대해 제기된) 그 상소를 기각하였다.

관련 국내법

사안 발생 당시 적용된 언론의 자유에 대한 1881년 7월 29일 법률(La loi du 29 juillet 1881)의 조항들은 다음과 같다:

제23조

"누구나 공적인 장소나 공적인 집회에서 발화된 연설, 선전, 혹은 협박에 의하거나, 글, 인쇄물, 데생, 조각, 그림, 상징, 이미지 혹은 공적인 장소나 공적인 집회에서 배포되거나, 팔리거나, 노출되는 모든 종류의 글,

발언, 그림에 의하거나, 공공에게 노출되는 벽보나 게시문 등을 통하거나, 음성과 영상에 의한 모든 소통방식에 의하거나 하는 방식으로 행위자나 행위자들이 해당 행위를 하도록 도발하는 경우, 그러한 도발이 효과가 있다면, 범죄 혹은 범법행위에 해당하는 행동의 공범자로서 처벌될 것이다.

이러한 처분은 그러한 도발이 형법 제2조에 규정된 범죄의 시도로 이어지지 않더라도 똑같이 적용될 것이다."

제24조

"... 제23조에 서술된 방식으로 특정인이나 특정인들의 집단에 대해 그 출신이나 특정 민족, 특정 국가, 특정 인종이나 특정 종교에의 소속 혹은 비소속을 이유로 차별, 증오 혹은 폭력을 야기하는 자는 1년의 징역과 45,000유로의 벌금 혹은 그 중 하나에 처하게 될 것이다.

전항에서 규정한 사실에 대한 유죄 판결이 있는 경우에도 법원은 이에 더하여 다음과 같이 명할 수 있다:

1° 행위자의 책임이 본 법의 제42조나 제43조 제1항 혹은 1982년 7월 29일의 제82-652호 법률의 제93-3조의 처음 세 항에 근거하는 경우를 제외하고는, 5년 이상의 기간 동안 형법 제131-26조의 2와 3에 열거된 권리의 박탈

2° 형법 제131-35조에 의해 규정된 조건에 따라 판결의 공시 및 배포"

청구요지

1. 청구인은 프랑스 법원이 그가 2004년 4월 30일 주간지 리바롤과 진행한 인터뷰를 이유로, 그가 출신이나 혹은 특정 민족, 특정 국가, 특정 인종, 특정 종교에의 소속 혹은 비소속을 이유로 특정 그룹의 사람들에 대해 차별, 증오, 폭력을 조장하였다는 이유로 내린 유죄판결이 협약 제10조 위반이라고 주장한다. 그는 필요성과 비례성뿐만 아니라 법적 근거를 다투고 있는 국가의 간섭을 비난한다. 특히 그는 그의 발언들이 이민과 관련된 정치적 논쟁의 부분이었고, 그들의 종교를 이유로 무슬림들을 겨냥하거나, 그들의 종교적 신앙을 이유로 이슬람을 겨냥한 것이 아니라고 주장한다.

2. 또한 청구인은 협약 제6조 제1항에 의거, 파기원의 판결이 불충분할 뿐만 아니라 실제로 합리적이지 않다고 불만을 제기하고 있다.

판단

1. 청구인은 프랑스 법원에 의한 유죄판결에 대해 문제제기하고 있다. 그는 그의 표현의 자유가 침해되었다고 주장하고 있는바, 협약 제10조에 의해 보장되는 본 권리는 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

재판소는, 청구인의 유죄 판결이 협약 제10조 제1항에 의해 인정되는 표현의 자유에 대한 간섭에 해당한다는 점을 주목한다.

이러한 개입은 언론의 자유에 대한 1881년 7월 29일 법률(La loi du 29 juillet 1881)의 제23조 및 제24조에 의한 것이었다. 이 점에 대한 청구인의 비판과 관련하여, 재판소는 그것이 개입의 비례성 하에서 심사가 이루어질 국내법원 재판의 적절성과 충분성에 사실상 목표가 지워져 있다고 본다.

재판소는 이에 더하여 이러한 개입이 협약 제10조 제2항에서 명시하는 타인의 명예와 권리의 보호라는 합법적인 목적을 추구했다고 본다.

"민주사회에서의 필요성" 조건에 대하여, 재판소는 문제되는 개입이 "긴박한 사회적 요청"에 해당하는지를 결정할 것을 요구한다는 점을 상기한다. 이점에서, 재판소는 일차적으로 국내 기관, 특히 법원들이 국내법의 해석과 적용을 한다는 점을 상기한다(특히 *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, 문단 50, 판결 및 결정례 모음 1998-VII 을 참조하라). 재판소의 유일한 임무는 협약 제10조를 기준으로 해당 국내법원이 그들의 재량범위 내에서 판결을 행한 것인지를 확인하는 것이다. 이것으로부터 재판소가 자신의 역할을 해당 국가가 그 권력을 선의에서 주의를 가지고 합리적인 방식으로 사용하였는지 만을 판단해야 한다는 것이 뒤따르는 것은 아니다; 법원은 문제가 된 간섭을 청구인들에게 제기된 발언의 내용과 그것이 만들어진 맥락을 포함하여 사안 전체의 관점에서 판단하여야 한다(*News Verlags GmbH & CoKG v. Austria,* no.31457/96, 문단 52, CEDH 2000-I). 특히 재판소는 국가기관이 해당 개입을 정당화하기 위해 사용한 근거들이 '적절하고 충분"한지, 그리고 문제되는 수단이 '추구하는 합법적

목적에 비례"하여 이루어진 것인지를 결정해야 한다(*Chauvy and others v. France,* no.64915/01, 문단 70, CEDH 2004-VI). 그렇게 함에 있어서 국가기관들이 관련 사실들에 대해 수용가능한 평가에 기초하였다는 것이 만족되어야 한다(*Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일, 문단 48, 1998-IV, 그리고 위 인용, *Lehideux and Isorni,* 문단 51 참고).

재판소의 판례법은 표현의 자유가 민주주의 사회에서 갖는 우월하고 필수적인 특성을 확립해왔다(여러 판례들 중에서도 다음을 참고하라. *Handyside v. United Kingdom,* 1976년 12월 7일, 문단 49, series A no.24, *Lingens v. Austria,* 1986년 7월 8일, 문단 41, series A no.103, 그리고 *Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일, 문단 31, series A no.298). 재판소는 이와 관련하여 정치적 토론 맥락 속에서 표현의 자유에 가장 고도의 중요성을 두고 있다는 것을 상기하며, 긴박한 사유 없이는 정치적 발화가 제한될 수 없다고 본다. 재판소는 민주사회에서 정치적 토론의 자유로운 행사를 보호하는 것이 본질적이며, 이는 민주사회라는 개념의 핵심이라고 본다(*Willem v. France,* no.10883/05, 문단 33, 2009년 7월 16일, 그리고 *Almeida Azevedo v. Portugal,* no.43924/02, 문단 32, 2007년 1월 23일).

재판소는 또한 협약 제10조 제2항에 따라, 표현의 자유가 무해하고 대단치 않은 것으로 여겨지거나 우호적으로 받아들여지는 "정보"나 "생각"에만 적용되는 것이 아니라, 공격적이거나, 충격을 주고, 우려를 주는 것들에도 똑같이 적용된다는 점을 상기한다.

더 나아가, 제10 조에 관한 재판소의 판례에서 도출되는 기본 원칙에 따라(여러 판례들 중에서도 다음을 참고하라 *Jerusalem v. Austria,* no.26958/95, 문단 32-34, CEDH 2001-II ; *Brasilier v. France,* no.71343/01, 문단 31-32, 2006년 4월 11일, 그리고 *Mamère v. France,* no.12697/03, 문단 19-20, CEDH 2006-XIII), 청구인과 같이 유권자들을 대변하고 그들의 우려를 표하며, 그들의 이익을 방어하는 선출직 공무원의 표현의 자유에 대한 개입은 재판소가 가장 엄격한 통제를 할 것을 명령한다(위 인용된 *Jerusalem,* 문단 35 및 *Brasilier,* 문단 42). 보다 일반적으로, 재판소는 보편적 이익과 관련된 공적 토론에 참여하는 모든 개인은 일정 수준의 과장이나 도발 즉, 어느 정도의 무절제한 발언까지도 할 수 있다고 본다(위 인용된 *Mamère,* 문단 25).

그러나 이러한 발언들은 특히 타인의 평판이나 권리에 대한 존중과 관련하여 일정한 한계를 넘어서는 안 된다 *(위의 문헌).* 예를 들어 재판소는 이미 "모든 형태와 표현의 인종 차별에 대항하는 것이 매우 중요하다"고 확인한 바 있다(위 인용된 *Jersild,* 문단 30).

이 사건에서, 재판소는 청구인의 발언들이 이민자들의 수용국 정착 및 통합과 관련된 문제들에 대한 보편적 이해의 논쟁의 부분을 구성한다는 것에 유의한다. 프랑스와 관련된 이러한 논쟁의 맥락에 대해 *Soulas and others V. France*사건(no.15948/03, 문단 37-38, 2008년 7월 10일)에서 재판소는, 이민자들의 수용국 정착 및 통합에 관한 문제들이 현재 유럽 사회에서 정치적으로 그리고 언론에서 광범위하게 토론되고 있는 주제임을 명확히 하였다. 특

히 프랑스와 관련하여, 재판소는 이러한 통합은 길고 힘든 과정이 동반될 수 밖에 없으며, 이는 이주 배경을 가진 인구에게 균열 및 적응의 어려움을 가지고 올 수 있는 위험이 있다고 명시하였다; 이로부터 불화와 몰이해의 문제가 유래하는데, 그것들의 가장 심각한 표현에서, 이미 기동대와 이들 인구 중 극단적인 일부와의 폭력적인 충돌들로 이어지기도 하였다.

이와 관련하여 재판소는 국가가 이민 및 통합 정책의 맥락에서 직면할 수 있는 다양한 범위의 문제를 상기하였으며, 이는 국가가 개입의 필요 여부 및 필요 범위를 결정하기 위한 판단의 큰 여지를 가질 것을 요구한다.

그러나 재판소는 청구인의 발언들이 모두 확실히 전체적으로 무슬림 공동체에 대해 부정적이며 우려되는 이미지를 줄 수 있었다는 점에 유의한다. 재판소는, 프랑스 항소법원이 그 판결에서, 청구인의 발언이 프랑스인들의 안전은 무슬림 배척에 달려 있으며, 프랑스에서 증가하는 무슬림의 존재에 관한 우려나 두려움은 그 수가 줄어들거나 사라지는 경우에만 멈추게 될 것이라는 확신을 대중에게 심어주었다는 것을 추론하기 위해 청구인의 단어들을 분석하였다는 점에 주목한다. 그래서 항소법원의 판사들이 주목한 것처럼, 청구인은 증인으로서 그가 말을 하고 있는 독자들과 유권자들을 넘어, 프랑스인들로 정체화되는 "사람들"에게 무슬림 공동체의 고도성장을 하나의 위협으로 제시하면서도 지금 이미 무슬림 인구의 존재로 인해 무슬림들과 거리를 두어야 하고 의견을 개진해야 한다고 외쳤다.

재판소는 이러한 방식으로 청구인이 한쪽에는 프랑스인들을, 그리고 다른 쪽에는 종교적 소속이 확실하게 언급되었으며, 그들의 성장이 프랑스의 존엄과 안전에 위협을 구성한다고 하는 하나의 공동체를 대립시켰다고 본다. 재판소는 또한 청구인의 단어들이, 그가 사용한 "사람들"이라는 개념과 그의 메시지 둘 다에게 주었던 의미와 범위를 받아들인다면, 대상이 된 공동체에 대한 배척과 적대감의 감정을 야기하는데 책임이 있다고 본다.

논란이 되는 발언들을 뒷받침한다고 보이는 다양한 사실들에 대한 특별한 참고를 포함해, 청구인들이 자신의 청구를 뒷받침하는 설명들에 대하여, 그들은 그 발언들에 의해 대표되는 가치 판단을 위한 충분한 사실적 근거를 구성할 수 없고, 실제로는 국내 법원에 의해 행해진 판단에 단순히 다시 의문을 제기하는 정도이다.

이러한 조건에서, 재판소는 국내법원의 판결이유는 적절하며 충분하다고 보인다.

게다가, 청구인에게 부과된 벌금의 액수를 고려하는 경우에도, 원칙적으로 그에게 징역형의 책임이 있음이 명확했기 때문에, 이러한 벌금이 이 사건의 상황상 비례의 원칙에 위배된다고 보이지 않는다(*Soulas and others,* 위 인용, 문단 46).

따라서 본 사건의 상황을 고려할 때, 재판소는 청구인의 표현의 자유 권리 행사에 대한 개입이 "민주사회에 필요"하였다고 판단한다.

이 청구는 협약 제35조 제3항 및 제4항에 따라 명백히 근거 없는 청구로서 각하되어야 한다.

청구인은 이에 더하여 파기원 판결에 대하여 근거 부족에 대하여도 다투고 있다. 이는 다음과 같은 내용의 협약 제6조에 의한 것이다.

"모든 사람은 자신에게 제기된 혐의에 대해 결정... 하게 될 법원... 에 의해 공정한... 재판을 받을 권리가 있다."

재판부가 확보한 모든 정보를 고려할 때, 해당 법원은 그러한 혐의를 심사할 재판권을 가지고 있는 한, 재판소는 이와 관련하여 협약 제6조에 대한 어떠한 위반도 발견할 수 없었다.

따라서 이 사건은 명백히 이유 없는 것으로서 협약 제35조 제3항과 제4항에 따라 각하되어야 한다.

이러한 이유로, 재판소는 만장일치로 이 청구가 받아들여질 수 없음을 선언한다.

Stephen Phillips
서기

Peer Lorenzen
재판장

국가인권위원회
humanrights.go.kr

18. Perinçek v. Switzerland

2015년 10월 15일(대재판부)

이 사건은 터키의 정치인인 청구인이 스위스에서 공공연하게 표현한 의견, 즉 1919년과 그 이후에 오스만 제국에서 아르메니아인이 고통받은 대규모 추방과 대량학살이 제노사이드에 해당하지 않는다는 의견에 대해 형사 판결을 받은 내용을 다룬다. 스위스 법원은 특히 그의 동기가 인종주의적이고 민족주의적인 것처럼 보이고 그의 발언이 역사적 토론에 기여하지 않는다고 판시하였다. 청구인은 자신에 대한 형사 판결과 처벌은 표현의 자유의 권리에 대한 침해라고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 대규모 추방과 대량학살을 제노사이드로 볼 것인가라는 문제가 아르메니아인 공동체에 가지는 중요성을 인지하면서, 당시 아르메니아인 피해자들의 존엄성 그리고 현대 아르메니아인의 존엄성과 정체성은 협약 제8조(사생활을 존중받을 권리)에 의해 보호된다고 보았다. 따라서 재판소는 이 사건의 구체적 정황과 사용된 방법 및 달성하고자 한 목적 사이의 비례성을 고려하여 협약에 따른 두 개의 권리 –표현의 자유에 대한 권리와 사생활을 존중받을 권리– 사이에서 균형을 잡아야만 했다. 이 사건에서 재판소는 위기에 처한 아르메니아인 공동체의 권리를 보호하기 위하여 청구인에게 형사처벌을 내리는 것은 민주사회에서 필요하지 않았다고 결론 내렸다. 특히, 재판소는 다음의 요소들은 고려하였다: 청구인의 발언은 공공의 관심사에 대한 것이었고 증오나 불관용을 요청하지 않았다는 점; 그 발언들이 나온 맥락이 긴장으로 고조된 것도 아니었고 스위스 내에서 특별한 역사적 함의를 지니는 것도 아니었다는 점; 스위스에서 형법으로 대응해야 할 정도로 그 진술들이 아르메니아 공동체 구성원의 존엄성에 영향을 미쳤다고 볼 수 없는 점; 스위스 법원이 단순히 스위스에서 확립된 의견으로부터 벗어난 의견을 낸 것에 대하여 청구인을 검열하려 한 것처럼 보이는 점; 그의 표현의 자유에 대한 권리의 제한이 형사 판결이라는 심각한 형태를 띠는 점.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

18

대재판부

페린첵(PERİNÇEK) 대 스위스

(청구번호 27510/08)

판결

스트라스부르

2015년 10월 15일

이 판결은 최종판결문임.

Perinçek 대 *Switzerland*사건에서, 유럽인권재판소 대재판부 구성은 다음과 같다:

Dean Spielmann, *재판장;*

Josep Casadevall,

Mark Villiger,

Isabelle Berro,

Işıl Karakaş,

Ján Šikuta,

Päivi Hirvelä,

Vincent A. De Gaetano,

Angelika Nußberger,

Linos-Alexandre Sicilianos,

Helen Keller,

André Potocki,

Helena Jäderblom,

Aleš Pejchal,

Johannes Silvis,

Faris Vehabović,

Egidijus Kūris, *재판관,*

Johan Callewaert, *대재판부 부서기,*

2015년 1월 28일 및 7월 9일 비공개로 심의한 결과, 최종 판결한 것으로 명시된 날짜에 다음과 같이 결정한다:

사건의 경과

1. 이 사건은 2008년 6월 10일 터키 국적자 도그 페린첵("청구인")에 의해 인권 및 기본적 자유의 보호를 위한 협약(이하 "협약") 제34조에 근거하여 스위스 연방을 상대로 제기된 청구(no.27510/08)에 의해 시작되었다.

2. 청구인은 그가 2005년 스위스에서 공개적으로 행한 발언 때문에 받은 유죄 판결과 형 선고에 의해 표현의 자유에 대한 권리 및 법 없이 처벌받지 않을 권리를 침해 받았다고 주장하였다.

3. 이 청구는 재판소 제2부에 배당되었다(재판소 규칙52 제1조). 2013년 11월 12일 제2부 재판부는 Guido Raimondi(재판장), Peer Lorenzen, Dragoljub Popović, András Sajó, Nebojša Vučinić, Paulo Pinto de Albuquerque and Helen Keller(판사), 그리고 Stanley Naismith(서기)로 구성되었으며, 해당 청구에 대해 부분적으로 인정, 부분적으로는 불인정하는 것으로 선언하고 협약 제10조의 위반이 있었다고 판결함과 동시에 협약 제7조에 따라 청구인의 청구에 대한 인정 가능성과 평결을 분리하여 심사하는 것은 불필요하다는 입장을 밝혔다. Raimondi 판사와 Sajó 판사의 별개 의견 및 Vučinić 판사와 Pinto de Albuquerque 판사의 부분적 반대의견이 2013년 12월 17일 판결문에 첨부되었다.

4. 2014년 3월 17일, 스위스 정부는 협약 제43조에 따라 이 사건을 대재판부에 이관해야 한다고 요구하였다. 대재판부는 2014년 6월 2일 이 요구를 수용하였다.

5. 대재판부 구성은 협약 제26조 제4항과 제5항 및 규칙24의 규정에 따라 결정되었다. 2014년 10월 15일 아르메니아 정부는 이 사건에 관여할 수 있도록 허가를 받았으며(문단 7 참조), Keller 판사가 이미 재판소의 제2부 재판부에 참여했다는 것을 인용하면서, 대재판부 구성에서 제외되어야 한다고 요청하였다. 2014년 10월 16일 Keller 판사는 해당 요청을 거부하였다. 2014년 12월 22일, 아르메니아 정부는 이에 대재판부 재판장이 Keller 판사를 이 사건의 재판부 구성에서 제외시켜줄 것을 요청하였다. 2015년 1월 7일, 협약 제26조 제4항과 제5항 그리고 규칙24 제2조 제d항에 근거하여 재판장은 아르메니아 정부의 요구를 수용하지 않았다. 2015년 5월 28일, Silvis 판사는 이

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

사건의 이후 심리과정에 참여할 수 없게 된 Lazarova Trajkovska 판사 대신 재판부에 참여하였다(규칙24 제3조).

6. 2014년 6월 3일, 스위스 정부는 대재판부에 이 사건의 공판을 진행하지 않거나 비공개로 심리할 것을 요청하였다(협약 제40조 제1항 그리고 규칙63 제1조 및 제2조). 2014년 6월 10일 재판소는 규칙59 제3조과 연계하여 규칙71 제2조에 따라, 공판을 진행하지 말아 달라는 스위스 정부의 요청을 수용하지 않기로 결정하였다. 2015년 1월 15일 재판소는 심리를 비공개로 진행할 것을 요구한 스위스의 요청 또한 각하했다.

7. 청구인과 스위스 정부는 각각 의견서를 제출하였다(규칙59 제1조 및 규칙71 제1조). 또한 터키 정부도 이 사건에 관여할 수 있는 권한을 부여받아 제3자 진술서를 제출했다(협약 제36조 제1항과 규칙44 제1조 제b항). 서면 절차에 관여할 수 있는 권한을 부여 받은 아르메니아 정부와 프랑스 정부 또한 제3자 진술을 제출했으며(협약 제36조 제2항과 규칙44 제3조), 이 사건에 관여할 권한을 부여 받은 다음과 같은 비정부기구와 개인 또한 진술서를 제출했다: (a) 스위스-아르메니아 연합; (b) 프랑스어를 사용하는 스위스의 터키 연합 연맹; (c) 프랑스 소재 아르메니아 조직 조정위원회; (d) 터키 인권 연합, 진실 정의 기억 센터와 제노사이드와 인권연구를 위한 국제 기구; (e) 인권을 위한 국제연방; (f) 인종주의와 반유대주의에 반대하는 국제연대; (g) 국제보호센터; 그리고 (h) 프랑스와 벨기에 연구학회가 이에 해당한다. 이들은 심리과정에서 구두로 답변했다(규칙44 제6조).

8. 아르메니아 정부는 추가적으로 심리에 참여하도록 허가를 받았다(협약 제36조 제2항과 규칙44 제3조).

9. 심리는 2015년 2월 28일 스트라스부르 소재 인권재판소에서 공개로 진행되었다(규칙59 제3조 및 규칙71 제2조).

심리에 참여한 사람들은 다음과 같다.

(a) 스위스 정부 측

정부 대표 F. Schürmann, *연방법무부 국제인권보호국 국장*
대리인 D. Thürer, *취리히 대학교 명예교수*
J. Lindenmann, *연방외교부 공공국제법담당국 부국장*
A. Scheidegger, *연방법무부 국가인권보호국 및 연방결창청 법무부 부국장*
자문 C. Ehrich, *연방법무부 국제인권보호국, 연방경찰청 법무부 법률담당관*

(b) 청구인 측

대리인 M. Cengiz, *변호사*
L. Pech, *미들섹스 대학교 유럽법 교수*

(c) 터키 정부, 제3 관여자

정부 대표 E. İşcan, *주유럽평의회 터키 대사*

대리인 S. Talmon, *본 대학교 법학교수*

A.M. Özmen, *외교부 법률자문*

H.E. Demircan, 외교부 국장

자문 M. Yilmaz, *주유럽평의회 터키 참사관*

(d) 아르메니아 정부, 제3 관여자

정부 대표 G. Kostanyan, *검찰 총장*

부대표 A. Tatoyan, *법무부 차관*

G. Robertson QC,

대리인 A. Clooney, *변호사*

E. Babayan, *검찰 부총장*

자문 T. Collis,

청구인 또한 출석하였다. 재판소는 청구인, Cengiz, Pech 교수, Schürmann, Thürer 교수, Talmon 교수, Kostanyan , Robertson QC 및 Clooney의 진술을 들었다.

사실관계

Ⅰ. 사건의 배경

A. 청구인

10. 청구인은 앙카라에서 1942년에 태어나 현재도 살고 있다.

11. 그는 법학 박사이며 터키 노동자당 의장이다.

B. 쟁점 발언

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

12. 2005년 청구인은 스위스의 공개 행사 세 곳에 참여했다.

13. 첫 번째 행사는 2005년 5월 7일 로잔(Vaud 주) 오시 성(Château d'Ouchy) 앞에서 열린 기자회견이었다. 해당 기자회견에서 청구인은 터키어로 다음과 같은 발언을 했다.

[서기에 의한 번역]

"나는 베른과 로잔에서 온 유럽 대중 여론에게 다음과 같이 말한다: '아르메니아인 제노사이드'의 주장은 국제적인 거짓말이다. 국제적인 거짓말이 존재할 수 있는가? 그렇다, 히틀러가 그러한 거짓말의 대가였다; 지금은 미국과 유럽연합 제국주의자들이 그렇다! 터키뿐만 아니라 러시아 문서에서도 이러한 전 세계적인 거짓말을 논박하고 있다. 해당 문서는 서구 제국주의자들과 러시아 제정군주제 지지자들이 무슬림과 아르메니아인들의 갈등 상황을 불러일으킨 책임이 있다는 것을 보여준다. 오스만 제국의 분할을 바랬던 서구 열강들은 수세기 동안 평화롭게 살아왔던 아르메니아 분파를 부추겼고 폭력을 일으키도록 선동했다. 터키인과 쿠르드인들은 이 공격으로부터 그들의 조국을 지키고자 했다. 히틀러가 동일한 방식, 즉 민족 집단과 공동체를 이용하여 사람들이 서로 죽이게 만들면서 자신의 제국주의 목표를 실현하기 위해 각국의 분열을 일으키는 방식을 사용했다는 것을 잊어서는 안 된다. '아르메니아인 제노사이드'라는 거짓말은 1915년 제1차 세계대전 중 오스만 제국의 분열을 원했던 영국과 프랑스 제국주의자들 및 러시아의 제정군주제 지지자들이 만들어 낸 것이다. 이후 챔벌린(Chamberlain)이 인정한 바와 같이, 이 거짓말은 전쟁을 선전하기 위한 것이었다... 미국은 1991년과 2003년 사이에 걸프전을 일으켜 이라크를 점령 및 분할했고 이라크 북부에 괴뢰 국가를 세웠다. 그리고 키르쿠크 유전지대를 이 괴뢰국가의 영토에 포함시켰다. 현재 터키는 이 괴뢰국가의 보호자로서 행동할 것을 요구받는다. 우리는 제국주의자들의 포위에 둘러싸인 상황에 직면해 있다. '아르메니아인 제노사이드'의 거짓말과 에게해 및 사이프러스 지역과 관련된 압박은 상호 연결되어 있으며 우리를 분열시키고 인질로 잡으려는 것이다... 심지어 우리의 해방을 위한 전쟁을 '인간성에 대한 범죄'라고 언급하며 이후 일어난 일련의 결정을 보면, 사실 미국과 유럽연합이 아시아와 중동을 향한 그들의 전략 속에 아르메니아 문제를 포함시키려고 하는 것을 알 수 있다. 미국과 유럽연합은 '아르메니아인 제노사이드'에 대한 거짓말을 선전하기 위해 터키의 정체성이라는 카드를 이용해 사람들을 조종해왔다. 특히 일부 역사가들은 매수되었고 언론인들은 미국과 독일 비밀조직에 의해 고용되어 여기저기 회견장마다 이러한 거짓말을 퍼뜨리고 다녔다. '아르메니아인 제노사이드'와 같은 히틀러 식의 거짓말에 속지 마라. 갈릴레오와 같이 진실을 추구하고 진실을 옹호하라."

14. 두 번째 행사는 1923년 로잔 조약(1923년 7월 24일 로잔에서 체결된 평화 조약으로 영국, 프랑스, 이탈리아, 일본, 그리스, 루마니아, 세르비아-크로아티아-슬로베니아가 포함된 연합국과 터키 간 체결한 조약, 국제연맹 협약 시

리즈, vol.28. no.701)을 기념하기 위해 2005년 7월 22일 오피콘(Opfikon, 취리히 주)의 힐튼 호텔에서 열린 컨퍼런스였다. 컨퍼런스 도중에 청구인은 처음에는 터키어로, 나중에는 독일어로 다음과 같이 언급했다:

[서기에 의한 번역]

"쿠르드족 문제와 아르메니아인 문제는 그러므로, 무엇보다도 먼저 문제 자체가 아니다. 무엇보다도 먼저 심지어 존재하지도 않았다..."

15. 이후 청구인은 "열강과 아르메니아 문제" 라는 제목으로 자신이 쓴 글의 복사본을 배포하였는데, 이 글에서 그는 1915년과 그 이후 일어난 사건들은 제노사이드를 구성한다는 것을 부정하였다.

16. 청구인이 참가한 세 번째 행사는 2005년 9월 18일 쾨니즈(Köniz, 베른 주)에서 열린 터키 노동자당 집회였다. 집회 도중에 청구인은 독일어로 아래와 같은 발언을 하였다.

[서기에 의한 번역]

"... 심지어 레닌과 스탈린, 소비에트 혁명의 다른 지도자들도 아르메니아 문제에 대해 언급하는 글을 남겼다. 이들의 보고서에서 아르메니아인 제노사이드는 터키 정부에 의해 자행되지 않았다고 밝히고 있다. 이는 선전용으로 쓰여진 보고서가 아니었다. 소비에트 지도자들은 기밀 보고서에서, 이 부분이 매우 중요한데, 소비에트 측 문서는 그 당시 아르메니아인들과 무슬림 사이에 민족 갈등, 살육과 학살이 있었다는 것을 입증해준다. 그러나 터키는 조국을 지키고자 하는 사람들의 편이었던 반면, 아르메니아인들은 제국주의 강대국들과 조직의 편이었다... 베른, 스위스 의회(Swiss National Council), 그리고 스위스의 모든 정당에게 요청한다: 진실에 관심을 가져줄 것과 편견을 버려줄 것을 간청한다. 이것이 내가 발견한 진실이다. 나는 아르메니아인 문제와 관련된 모든 논문을 읽었다. 그리고 모든 것이 단순히 편견이다. 제발 이러한 편견들은 버려라. 그리고 진실에 동참하길 바란다. 이것이 진실이다: 1915년 아르메니아인에 대한 제노사이드는 일어나지 않았다. 그것은 사람들 간의 전쟁이었고 우리는 많은 죽음의 고통을 겪었다... 당시 러시아 정부에서는 아르메니아 군대가 터키인과 무슬림들을 대량 학살한 것에 매우 실망스러워했다. 이러한 진실은 한 러시아 사령관에 의해 밝혀졌다..."

C. 쟁점 발언에 대해 청구인을 대상으로 진행된 형사절차

17. 2005년 7월 15일, 스위스-아르메니아 연합은 위에서 언급된 청구인의 발언 중 첫 번째 발언에 대해 청구인을 고소하였다. 이후 나머지 두 발언에 대해서도 수사가 진행되었다. 2005년 7월 23일, 청구인은 그가 오피콘의 힐튼 호텔에서 발언한 내용에 대해 빈터투어(Winterthur) 공공검사의 조사를 받았다. 2005년 9월 20일, 그는 Vaud 주 수사판사의 조사를 받았다.

18. 2006년 4월 27일, Vaud 주 수사판사는 청구인의 세 발언이 모두 형법 제261조의2 제4항의 영역(문단 32 참조)에 해당함을 고려하여 청구인을 기소하였다.

19. 2007년 3월 6일과 8일, 로잔 즉결심판소(이하 "즉결심판소")에서 청구인에 대한 재판이 진행되었다.

20. 2007년 3월 6일, 법원은 청구인, 공공 검사 그리고 시민단체로 구성된 스위스-아르메니아 연합의 진술을 들었다. 당시 법원은 전문 역사학자 6명(미국인 1명, 프랑스인 3명, 독일인 1명, 영국인 1명)과 양측이 요청한 사회학자 1명의 진술을 들었다.

21. 2007년 3월 8일, 청구인의 대리인은 법원에 1915년 및 이후 발생한 사건에 대한 추가 증거를 수집해줄 것을 요청했으나 법원은 재판이 지연되고 절차가 연기될 수 있다는 이유로 수용하지 않았다. 더 중요한 점은 관련하여 추가 증거 수집이 필요하지 않았다는 것이다. 해당 사건들은 "수십 년 동안 수백 명의 역사학자"들에 의해 분석되었고 "수없이 많은 연구"의 대상이었기 때문이다. 이미 법원은 청구인과 연합 측에서 요청한 가장 전문적인 역사학자들로부터 증언을 들었다. 따라서 추가 증거를 수집하는 것은 더 이상 필요하지 않았다.

22. 2007년 3월 9일, 경찰 법원은 청구인이 형법 제261조의2 제4항을 위반했다고 판결했다(문단 32 참조). 따라서 그에게 하루당 100스위스 프랑(당시 62유로)을 90일간 납부해야 하는 벌금형과 2년동안의 집행유예를 선고했으며, 3,000스위스 프랑(당시 1,859유로)의 벌금형(30일 구금형으로 대체 가능) 및 스위스-아르메니아 연합에 대한 비금전적 손해 배상으로 1,000스위스 프랑(당시 620유로)를 선고했다. 법원은 아래와 같이 판시하였다.

> "1. 피고인 도구 페린첵(Doğu Perinçek)은 1942년 6월 17일 터키 가지안테프(Gaziantep)에서 출생했다. 페린첵은 터키에 거주하는 터키 정치인으로, 그는 1962년에서 1963년까지 독일에서 약 10개월 간 기술노동직으로 일했으며 이후 앙카라 대학교에서 법학을 전공하고 1968년에 박사학위를 받았다. 피고인은 극좌파 언론 창립자로, 1969년에 터키 혁명노동자-농민당을 창당했다. 도구 페린첵은 좌익 극단주의자이자 레닌과 마오쩌둥의 추종자로 정의될 수 있다. 그는 그의 정치적 관점으로 인해 1980년대에 몇 년간 수감생활을 했다. 현재 피고인은 터키 유권자의 0.5%를 대변하는 터키 노동자당의 의장이며, 본인을 역사에 매우 조예가 깊은 지식인으로 평가한다. 그는 독일어를 유창하게 구사한다.

개인적인 생활과 관련하여, 피고인은 기혼으로 네 자녀의 아버지이며, 자녀들 중 3명은 성인이다. 그는 한 달에 약 3,000스위스 프랑의 소득이 있다고 밝혔다. 그의 소득 중 일부는 저작권료와 노령연금이다. 배우자의 수입으로부터도 그는 혜택을 받는다. 그는 자신의 재정 상태는 좋다고 말했다. 청구인은 스위스에서는 한번도 형사범죄를 저지른 적이 없다. 법원이 아는 한 터키에서 그가 받은 형사 처벌은 정치적 범죄와 관련되어 있기 때문에 터키에서의 그의 형사범죄에 대해서는 검토하지 않는다. 청구인은 유럽인권재판소에 터키를 대상으로 두 건의 사건 청구를 한 바 있다. 따라서 이 사건에서 청구인은 처음으로 기소된 사람으로 본다.

II. 사실과 법률

이 사건은 그 자체로 사실과 관련된 문제를 거론하지는 않는다. 사건을 단순화하기 위해 2006년 4월 27일 지방 수사판사의 집행명령 사본이 이 판결문에 첨부될 수 있다. 해당 집행명령은 도구 페린첵이 반대 심문 이후 재판에 출석하여 이 법원에서 기소장의 내용과 같이 심문을 받았다는 것을 명시한다.

2005년 5월 7일 로잔, 2005년 9월 18일 쾨니즈, BE에서 도구 페린첵은 공개적으로 아르메니아인 제노사이드는 국제적인 거짓말이라고 주장했다. 피고인은 또한 2005년 7월 22일 아르메니아인 제노사이드는 쿠르드족의 문제와 마찬가지로 아르메니아인의 문제이며 제노사이드는 존재하지 않았다고 주장(집행명령 문단 2)한 것을 인지하고 있었다.

도구 페린첵은 스스로 아르메니아인 제노사이드를 부정한다는 것을 인정하고 있으므로 사실과 관련된 논쟁의 여지는 없다. 그러므로 그의 혐의는 형법 제261조 2의 적용범위에 해당한다. 도구 페린첵은 대학살이 있었다는 것은 인정하지만 이를 전쟁의 원칙으로 정당화하고 대학살은 터키측에 의해서만이 아니라 아르메니아인에 의해서도 자행되었다고 주장한다. 또한 그는 터키 오스만 제국이 수천명의 아르메니아인들을 지금의 시리아와 이라크에 해당하는 당시의 러시아 영토로 강제 이동시켰다는 것 또한 인정한다. 그러나 이러한 강제이주가 제노사이드라는 것에 대해서는 완전히 부정한다. 그는 대규모 강제이주는 안보의 필요성을 반영한 것이라고 주장한다. 그는 심지어 오스만 제국 군대가 러시아로부터 아르메니아인들을 보호하는 조치를 취했다고 주장했다. 또한 공공연하게 아르메니아인들 중 일부는 배신자라고도 말했다. 이들이 오스만 제국의 군대에 대항하여 러시아와 연대했기 때문이다. 피고인은 그가 요청한 역사가들에게는 다양한 정도의 지지를 받았다. 그러나 시민단체가 부른 역사가들은 그의 의견에 동의하지 않았다. 이러한 맥락에서, 도구 페린첵의 발언에 대해 스위스-아르메니아 연합이 2005년 7월 15일, 고소장을 제출했다는 점을 주목해야 한다. 연합의 고소와 관련해서는 이후 검토될 것이다.

양 측의 주장과 같이, 법원은 아무리 규모가 크다고 하더라도, 그러한 학살의 존재를 부정하는 것이 그

자체로 형법 제261조의2의 위반으로 볼 수 없다는 것을 인지하고 있다. 형법 제261조의 2가 명백히 명시한 바와 같이, 제노사이드와 관련해서는 1948년 12월 9일 가입된 제노사이드 범죄 처벌 및 방지에 관한 협약과 로마 규정 제6조에서 정의한 대로 해석되어야 한다. 피고인 측은 형법 제261조의 2가 만들어질 당시, 의회는 제2차 세계대전 시기 유대인 제노사이드에 대해서만 고려했다고 주장했다. 피고인은 또한 형법 제261조의 2가 보장되기 위해서는, 국제사법재판소에 의해 해당 사건이 제노사이드라고 반드시 인정받아야 한다고 주장했다. 또한 아르메니아인 제노사이드는 터키를 포함해 국제적으로 제노사이드로 인식되고 있지 않으며, 페린첵의 의견에 동의하는 역사가들도 있었음을 강조했다. 피고인은 첫째로 해당 사건은 명확하지 않으며, 두 번째로는 무엇보다 아르메니아인 제노사이드는 국제사법재판소에 의해 인정되지 않았으므로 자신의 아르메니아인 제노사이드에 대한 부정은 형법 제261조의2의 범위에 해당하지 않는다고 주장했다. 피고인 측은 법원이 역사가로서 행동할 수 없으므로 이 특정 사건에 대해 중립적 역사학자 위원회를 구성하여 1915년에서 1917년 사이에 일어난 대량학살이 제노사이드에 해당하는지 여부를 조사해달라는 임시적 명령 판결(interlocutory application)을 요청했다는 점을 언급했다.

시민단체와 검찰은 양 측 간 제노사이드가 좀 더 넓은 범위에서 해석되어야 하며, 법원이 이를 국제적인 차원에서 인정하는 공식적인 입장을 취해 줄 것에 동의했다. 그러나 법원은 독학을 통한 역사가가 되어야 할 필요는 없다. 법원은 사실과 법률에 근거하여 판단한다. 시민단체와 검찰 측은 국제사법재판소의 인정 여부에 상관없이 아르메니아인 제노사이드는 매우 잘 알려진 사실이라고 주장했다. 반대 측에서도 법원이 역사를 쓰지는 않는다는 점에 대해서는 동의한다. 법원 또한 양 측과 의견을 같이한다. 따라서 법원이 역사적 근거를 제시하는 역사가들의 관점을 언급하거나 시민단체 또는 피고인에 의해 제출되는 증거에 대해 언급하는 것 외에는, 법원이 역사를 써야 하는 일은 없다는 것을 분명히 한다.

따라서 첫째로 검토되어야 할 문제는 스위스 형법에 의해 인정되는 제노사이드의 범위가 국제사법재판소에서 인정하는 범위에 국한되어야 하는지에 관한 것이다. 법원은 이 문제에 대한 답을 내리기 위한 몇 가지 수단을 가지고 있다. 문리적 해석의 관점부터 본다면 형법 제261조의2는 제노사이드에 대해서만 언급하고 있을 뿐, '국제사법재판소에 의해 인정된 제노사이드'라고 명시하지 않았다. '유대인 제노사이드'라고 명시하거나 '아르메니아인 제노사이드는 제외'한다고 명시하지 않았다. 해당 조항이 만들어질 당시, 의회가 이것도 생략했다고 볼 수 있는가?

역사적인 해석 또한 이 문제에 대한 유용한 답을 제공한다. 국회 공보에 따르면, 국회의원들은 명백히 1948년 12월 9일 제노사이드 범죄 처벌 및 방지에 관한 협약을 언급하면서 이에 대한 사례로 쿠르드족과 아르메니아인 제노사이드를 언급했다(BO/CN [Official Gazette/National Council] 1993, p.1076). 따라서

역사적인 관점에서도 국회가 협약 제261조의 2를 작성할 당시 아르메니아인 제노사이드를 이에 대한 예로 적용했음을 알 수 있다. 그러므로 국회의원들이 형법 제261조의2를 만들 당시, 유대인 제노사이드만을 염두에 두고 입법을 추진했다는 주장은 사실이 아니다.

의회는 아르메니아인과 쿠르드족 제노사이드를 명백히 언급함으로써, 국제사법재판소에 의해 인정되는 제노사이드만 적용되지 않는다는 사실을 보여주고자 했다. 제노사이드 범죄 처벌 및 방지에 관한 협약에서도 이에 대한 명시적인 언급이 있다. 법학자들은 이러한 관점을 지지한다. 법학자 Corboz(*Bernard Corboz, Les infractions en droit Suisse,* vol. II, p.304)는, 아르메니아인과 쿠르드족에 대한 대학살은 제노사이드로 확립되어야 한다고 주장한다. 이 주장은 즉, 반드시 국제사법재판소 또는 다국적 기구(예를 들어, 국제적인 전문가들로 구성된 역사학자 위원회 등) 등에 의해 인정되지 않더라도, 제노사이드로 인정하기에 필요하고도 충분하다는 것이다.

Trechsel(*Stefan Trechsel, Kurzkommentar,* ad Article 261 bis no.35)에 따르면, 제노사이드에 대한 부정과 관련하여 독일법 이론에서는 공개적으로 '아우슈비츠 거짓말(Auschwitz lie)'을 인정한다. 그러나 다른 제노사이드에 대한 부정 또한 형법 제261조의2에 의해 적용된다.

Guyaz 또한 그의 논문을 통해 동일한 결론에 도달한다(Alexandre Guyaz, L'incrimination de la discrimination raciale, thesis, Lausanne, 1996, p.300). 해당 내용에 대한 요약을 인용하면 다음과 같다:

'형법은 여기서 수정주의에 대한 더 광범위한 접근을 포함한다. 그 이유로는 제261조의2 제4항은 나치 체제에 의한 인간성에 반하는 범죄를 부정하는 것에 한정되지 않는다. 이러한 넓은 범위는 국회에 의해 명백히 인정되었다. 국회에서는 제2독회 당시 "the genocide"를 "a genocide"라고 해당 프랑스 단어를 수정했다. 이로써 모든 제노사이드에 대해 해당 조항을 적용할 수 있게 되었다.'

따라서 제노사이드는 발생한 것 자체로 필요하고도 충분하게 인정되어야 한다. 그러나 이런 제노사이드는 반드시 알려지고 공식화될 필요가 있다: 이와 같이, Corboz는 인정된 제노사이드에 대해 언급한다(인용된 Corbos로 수정).

그렇다면 당시 우리 나라의 상황은 어떠한가?

스위스와 관련하여, 법원은 국회가 제노사이드를 인정하는 문제와 관련하여 비구속적인 의회 차원의 조치를 취했다는 것에 주목한다(the deBuman motion). 해당 조치는 2003년 12월 16일에 승인되었으며, 앞서 언급한 바와 같이 아르메니아인 제노사이드는 형법 제261조의2 제정 당시 근거로서 적용되었다(Comby

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

report). 이러한 의회의 조치는 연방 의회의 반대에도 불구하고 승인되었다. 연방 의회에서는 이러한 역사적 문제는 역사가들의 독점적인 영역이어야 한다는 이유로 반대했다. 그러나 연방 의회에서도 1999년 3월 31일 제노사이드 범죄의 처벌과 방지에 관한 협약에 대한 신속처리 과정에서 아르메니아인 제노사이드를 명백히 언급했으며, 이 협약은 제노사이드를 형사처벌하는 내용인 현 형법 제264조의 근거가 되었다(Feuille fédérale [FF-Federal Gazette], 1999, pp.4911 et seq.). 로잔대학교에서는 인도주의법에 관한 출판물에서 아르메니아인 제노사이드를 예로 들었다. 학교의 역사 교과서 또한 아르메니아인 제노사이드를 다룬다. 보(Vaud) 주와 제네바 주 정부 또한 아르메니아인 제노사이드를 인정하고 있다: 보(Vaud) 주는 2005년 7월 5일, 제네바 주는 1998년 6월 25일, 현재 외교부 장관인 Micheline Calmy-Rey가 주 정부의 대표였을 당시 아르메니아인 제노사이드를 인정했다. 이와 같은 신속한 검토를 통해 법원은 아르메니아인 제노사이드가 스위스의 여론에 의해 인정된 역사적 사실인 것으로 판단한다. 연방 의회는 불안정한 상황에서 극도로 신중한 태도를 취하고 있는 것으로 볼 수 있는데, 이러한 입장은 그 어떤 것도 변화시키지 못한다. 왜 정부가 특별히 민감한 현안에 개입하기를 꺼리는지는 쉽게 이해할 수 있다. 이 사건이 야기한 국제적인 반향은 주목할만한 가치가 있다.

프랑스를 포함한 인접 국가에서는 아르메니아인 제노사이드를 인정해왔다. 프랑스의 사례와 관련하여, *Yves Ternon*에 따르면 2001년 1월 29일 법은 수백명의 역사가들의 의견을 근거로 제정되었다. 피고인이 제출한 명단 no.1. 항목 15에서는 Jean-Baptiste Racine은 아르메니아인 제노사이드에 대한 그의 저서에서, 국가의 인정은 종종 학계에 의해 주도되기도 한다고 언급하고 있다. 따라서 이러한 결정은 절대 가볍게 내려진 것이 아니다. 특히 아르메니아인 제노사이드를 인정하는 것은 터키와의 관계에 불리한 영향을 미칠 수 있기 때문이다.

국제기구 또한 아르메니아인 제노사이드를 인정해왔다. 확실히 이 사건은 유엔에서 주목받지는 못했다. 이 사건과 관련된 유일한 중요한 자료는 Whitaker 보고서이다(인용된 *Jean-Baptiste Racine*으로 수정, p.63, item 96). 한편, 유럽 의회에서는 1981년 처음으로 아르메니아 이슈를 들여다보기 시작했다. *Jean-Baptiste Racine*에 따르면 관련 위원회 보고관은 그의 보고서에서 이 사건을 매우 신중히 주장했으며 문서화했는데, 아래와 같이 언급하고 있다:

'1915년에서 1917년에 걸친 전쟁기간 동안 터키의 아르메니아인들이 희생된 사건은 제노사이드 범죄의 예방과 처벌에 대한 협약에 따라 제노사이드로 인정되어야 한다.'

1987년 6월 18일, 유럽 의회는 아르메니아인 제노사이드를 인정하는 결의안을 채택했다.

유럽평의회 또한 아르메니아인 제노사이드를 인정해왔다. 유럽평의회에 대한 설명을 하자면, 유럽평의회는 50개 회원국으로 구성되어 있으며, 민주주의와 인권의 가치를 수호하는 활동을 한다. 본부는 동일한 1950년 협약을 적용하는 유럽인권재판소와 같은 스트라스부르에 있다(인용된 *Jean-Baptiste Racine,* pp.66, 이하 상세 설명).

그러므로 아르메니아 제노사이드는 확립된 역사적 사실로 인정되어야 한다.

그렇다면 도구 페린첵의 언행이 의도적이었는지를 살펴보아야 한다. 이는 그가 의도적으로 잘못된 행동을 한 것이 아니라, 진심으로 그렇게 믿었을 가능성이 있는지를 살펴보는 것과 같은 것이다. 즉, 그가 세 번 이상 아르메니아인 제노사이드는 일어나지 않았고, '국제적인 거짓말'이라고 말한 것이 명백한 사실을 부정한 것이 아니라는 것을 살펴보는 것이다.

도구 페린첵은 조사 및 재판 과정에서 스위스를 포함한 많은 국가에서 아르메니아인 제노사이드를 인정한다는 것을 알고 있었다. 또한 국제사회에서 이 사건을 제노사이드라고 인정하는 것을 그가 몰랐다면, '국제적인 거짓말'이라고 묘사하지도 않았을 것이다. 그는 심지어 스위스 법이 위헌이라고 생각한다고까지 언급했다.

피고인은 법학박사이다. 그는 정치인이다. 그는 자신을 작가이자 역사가라고 부른다. 그는 그와 의견을 달리하는 사람들의 의견을 알고 있다. 그는 정말로 단순히 그들을 무시하기로 선택했고 아르메니아 제노사이드가 결코 일어나지 않았다는 것을 공개적으로 선언했다. 도구 페린첵은 그러므로 제노사이드가 존재하지 않았다고 주장하거나 믿을 수 없다. 또한 공공 검사는 매우 중립적인 재판부가 아르메니아인 제노사이드를 실제로 발생한 사건으로 판결한다 해도, 도구 페린첵은 공식적으로 결코 입장을 바꾸지 않을 것이라고 언급했다. 피고인은 정말로 자신의 신념에 의한 것이 아니라면, 그의 제노사이드 부정은 적어도 명백한 민족주의적 성향의 정치적 슬로건이라고 결론지을 수 있을 것이다.

법학적으로 이 사건에 대해서는 인종주의적 의도가 있음을 고려하는 데 이견이 없다. 도구 페린첵의 동기가 인종주의적이고 민족주의적인 것은 명백해 보인다. 이는 역사적인 논쟁과는 매우 거리가 멀다. 검찰에 따르면, 도구 페린첵은 이 사건에 대해 터키의 위대함을 훼손하기 위한 제국주의자들의 음모라고 주장한다. 학살을 정당화하기 위해 그는 전쟁의 법칙을 주장하고 아르메니아인들을 터키인을 공격하는 침략자로 묘사해왔다. 그는 Talaat Pasha의 추종자이며, 피고인은 Talaat Pasha의 이름을 딴 위원회의 구성원이다. Talaat Pasha는 그의 두 형제들과 함께 역사적으로 아르메니아인 제노사이드의 주동자이자 선동가였다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

도구 페린첵은 형법 제261조에서 명시한 주관적이고 객관적인 모든 조건을 충족한다.

따라서 인종적 차별 혐의에 대하여 그는 유죄로 인정되어야 한다.

III. 처벌

도구 페린첵은 지성적이고 교양있는 사람처럼 보이기 때문에, 그의 완고함을 이해하기 힘들게 만든다. 그는 선동가다. 그는 특수하게는 재판소를 향하여, 일반적으로는 스위스 법에 대하여 공격성을 보였다. 그는 그의 죄를 경감시킬만한 어떠한 상황도 제시할 수 없다. 피고인은 각기 다른 장소 세 곳에서 세 번에 걸쳐 비극적 역사를 부정함으로써 아르메니아인들을 차별하는 여러 범죄를 저질렀다. 그의 행동양식은 선동가와 같다. '국제적인 거짓말'과 같은, 사용된 단어들은 특별히 치명적이다. 이러한 환경하에서 법원은 90일 선고가 피고인의 행위에 대한 적절한 처벌이라는 검찰에 동의한다.

검찰은 그의 진술에서 하루당 벌금이 100스위스 프랑으로 정해져야 한다고 제안했다. 앞서 살펴본 바와 같이, 도구 페린첵의 재정 상태는 양호하다고 파악되었으며, 3,000스위스 프랑은 터키에서 고연봉에 속한다. 피고인은 또한 그가 원하는 변호인을 수임할 수 있다. 그는 터키에서 스위스로 여행하고 재판이 진행되는 동안 Beau-Rivage Palace(61쪽 참조)에서 지냈다. 이러한 모든 사실을 종합해볼 때 검찰이 제안한 100스위스 프랑은 그에게 과도한 금액의 벌금이 아니다.

법에 기반하여, 법원은 도구 페린첵의 향후 행보에 대한 우호적인 평가를 할 수는 없을 것이다. 최근에는 특별히 비우호적인 상황이 아니라면 집행 유예를 선고하는 것이 일반적이나, 이 사건의 경우에는 이에 해당하지 않는다. 도구 페린첵은 외국인이다. 그는 터키로 돌아갈 것이다. 법원은 그에게 그가 아르메니아인 제노사이드를 계속해서 부정한다면, 또다른 형사책임을 피하지 못할 것이며 추가 유죄 판결을 받을 위험이 있고, 결정적으로 그의 집행유예가 철회될 수 있다는 것을 공식적으로 경고했다. 재판소는 이러한 경고만으로도 피고인의 재범을 억제하는 데 충분하다고 생각했으며, 따라서 벌금이 집행유예와 함께 수반될 것이다. 그는 30일 집행유예에 상응하는 3,000스위스 프랑의 대체 벌금형을 받을 것이다.

IV. 민사 소송 및 비용

스위스-아르메니아 연합은 대리인을 통해 비금전적 손해에 대한 배상으로 10,000스위스 프랑과 형사소송 비용으로 동일한 금액을 배상할 것을 요구했다. 스위스-아르메니아 연합의 정관과 법률(의무법 제49조)에 따라, 연합 측은 비금전적 손해에 대한 배상을 요구할 권한이 있다. 그러나 법적인 기관 또는 조직은 감정을 느끼는 주체가 아니기 때문에 해당 배상을 요구하기는 어렵다. 따라서 재판소는 10,000스위스 프랑을 배

상하라는 판결로 한정한다.

이 사건은 변호인의 개입이 필요한 복잡한 사건이다. 전문 변호인의 업무량을 고려할 때, 법원은 변호사 수임료로서 연합에 10,000스위스 프랑을 지급할 것이다. 연합의 대표인 Sarkis Shahinian에게 해당 배상을 지급하는 것은 적절치 않다.

도구 페린첵은 이 사건의 모든 비용을 부담할 것이다."

23. 청구인은 이 판결에 대하여 항소하였으며, 1915년과 그 이후의 사건에 대한 연구와 역사가들의 입장을 확보하기 위해 추가적인 조사를 요구했다. 스위스-아르메니아 연합은 그것을 분리하여 1915년과 이어진 년도의 사건에 대한 연구의 상태와 역사가들의 입장을 확고히하기 위하여 추가적인 조사수단을 취하려고 하였다. 스위스-아르메니아 연합도 또한 항소했으나 나중에 철회하였다.

24. 2007년 6월 13일, Vaud 주 지방법원의 형사 파기부는 다음의 이유로 항소를 기각하였다.

"C. 도구 페린첵은 원심판결에 대하여 적법하게 항소하였다. 그는 원심에 대한 무효화 소송을 제출했으며, 아르메니아 문제에 대하여 현재 연구와 역사가들의 입장을 확립해줄 추가 조사를 요청했다. 대안으로 일반적 항소 또한 진행했는데, 형법 제261조의2 제4항 제2문에 따른 그의 인종적 차별에 대한 혐의를 벗고 비용부담 및 배상금 등을 지급할 의무를 무효화하기 위해 원심 판결에 대해 항소했다.

스위스-아르메니아 연합, 이는 또한 항소하였는데, 항소를 철회하였으며 추도의 글을 제출하였다.

판단

1. 항소인의 항소이유는 무효의 주장과 일반항소 모두 포함하고 있기 때문에, 파기원은 특별한 성질과 제기된 문제에 따라 근거를 검토할 순서를 정해야 한다(*Bersier, "Le recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal en procédure vaudoise",* in JT 1996 III, pp.66, 이하 상세 설명, 특히 pp.106 이하 상세 설명과 인용된 참고문헌; Besse-Matile and Abravanel, *"Aperçu de jurisprudence sur les voies de recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal cantonal Vaudois",* in JT 1989 III, pp.98 이하 상세 설명, 특히 p.99 그리고 인용된 참고문헌).

항소인의 원심 무효에 대한 근거로, 항소인은 원심에서 형사소송법 제411조 (f), (g), (h)와 (i)가 위반되었다고 주장했다. 이 조항들은 비일관성이 발견된 경우, 이러한 비일관성이 판결에 영향을 미쳤거나 미칠 수 있

국가인권위원회
humanrights.go.kr

을 경우 그 결정을 유보할 수 있는 무효의 근거와 관련이 있다(인용된 *Bersier,* p.78). 일반적인 항소는 무효와 관련된 근거를 검토하기 전에 심사하는 것이 일반적이다(*Bovay, Dupuis, Moreillon, Piguet, Procédure pénale vaudoise, Code annoté, Lausanne,* 2004, no.1.4. ad Article 411).

항소인이 제기한 무효의 근거는 주로 사실과 관련된 문제이며, 이러한 문제들은 판결에 영향을 줄 수 있을 때만 고려되는 문제로, 이 사건에서는 형법 제261조의2의 범위 내에서 일반 항소에 대해 먼저 검토하고 이러한 특수한 맥락에서, 하급심 법원이 예외적으로 역사적 판결을 내릴 수 있을지에 대한 여부를 결정해야 한다(*Chaix and Bertossa, "La répression de la discrimination raciale: Loi d'exception?"* in SJ 2002, p.177, esp. p.184).

I. 일반 항소

2. (a) 항소인은 형법 제261조의2에 따른 제1심법원의 적용에 반대한다. 그는 우선 제261조의2를 적용하기 전에 법원이 아르메니아인 제노사이드의 실제 발생 여부에 대해 결정하는 역사가의 임무를 수행해야 한다고 주장한다. 그의 관점에서, 아르메니아인 제노사이드는 인정되지 않는다. 따라서 항소인은 이와 관련하여 법원이 형법 제261조의2의 적용과 제노사이드의 개념에 대해 잘못 해석한 것이라고 주장한다.

(b) 형법 제261조의2 제4항에 따라, 범죄는 타인 또는 집단을 인종, 민족 또는 종교를 이유로 공개적으로 폄하하거나 훼손하여 인간의 존엄성을 침해하는 행위 또는 제노사이드나 다른 반인도적 범죄를 극도로 사소한 것으로 취급하거나 정당화하는 행위에 해당하며, 이러한 행위는 구두 또는 문서, 이미지, 행동, 공격적 행위 또는 다른 방법으로 행해질 수 있다.

형법 제261조의2는 스위스가 1994년 12월 29일 발효된 모든 형태의 인종차별철폐협약에 서명했을 때 그것의 이행을 국내법으로 명시한 것이다(RS [Recueil systématique-Compendium of Federal Law] 0.104; Favre, Pellet, Stoudmann, Code pénal annoté, 2nd edition, Lausanne, 2004, no.1.1. ad Article 261 bis of the Criminal Code). 형법 제261조의2가 협약에 근거하고 있다는 사실은 국내법에 국제조약의 규정을 통합시키는 현재 추세를 반영한다. 그러나 인종차별금지법을 별도로 제정한 것은 국회가 제노사이드 또는 반인도적 범죄의 경우 인종차별철폐협약이 정해놓은 최소 기준보다 더 엄격히 다루겠다는 결정에 의한 것이다(*Chaix et Bertossa,* 상세 설명, 특히 p.183).

(c) 현재 제노사이드에 대한 개념은 형법 제264조에 의해 정의된다. 법원이 형법 제261조의2 제4항을 적용할 때는 제노사이드 범죄 처벌 및 방지협약에 의한 개념을 따라야 한다. 그러나 법원의 임무는 제노사이드

자체를 처벌하는 것이 아니라, 제노사이드가 일어났다는 사실을 부정하는 사람을 처벌하는 것이다(*Chaix et Bertossa,* 상세 설명, 특히 p.183).

제노사이드의 개념의 범위와 관련하여, 몇몇 작가들은 연방 의회의 보고서가 단지 2차 세계대전 동안의 유대인들에 대한 제노사이드를 언급한다는 점을 주목한다(FF 1992 III 308; Chaix and Bertossa, 상세 설명, 특히 p.183). 그러나 의회는 명백하게 형법 제261조의2의 범위를 국가사회주의 체제에 의해 자행된 반인도적 범죄의 부정에만 한정하지 않고 수정주의의 더 넓은 개념으로 확장했다. 이 확장된 범위는 명백하게 국회에 의해 승인되었으며, 의회는 제2독회에서 프랑스 단어의 'the genocide'를 'a genocide'로 수정하였다(*Guyaz, L'incrimination de la discrimination raciale, thesis, Lausanne,* 1996, p.300). 의회는 입법이 불행하게 발생하였던 모든 제노사이드 사건에 적용되어야 하며, 이에 대한 사례로 아르메니아인 대학살을 인용함으로써 이러한 수정을 정당화하였다(BO/CN 1993, p.1076).

따라서 역사적으로 의회는 형법 제261조의2 제4항의 적용을 유대인 제노사이드에 한정하려고 의도하지 않았다. 단어의 수정을 통해 이 규정이 모든 제노사이드에 적용되어야 하며, 특히 아르메니아인 제노사이드에 적용되어야 한다는 것을 지적하였다.

그러므로, 법원은 아르메니아인 제노사이드의 존재 여부를 밝히기 위해 역사가들에게 의존할 필요는 없다. 이 사건은 특별히 입법에 의해 포함되었으며, 이 조항을 입법화한 사람들의 의도에 의해 제2차 세계대전 당시 유대인 제노사이드와 동일한 근거로 포함되었기 때문이다. 따라서 아르메니아인 제노사이드는 이미 확립된 사실로 인정되어야 한다.

(d) 이 사건에서, 하급심 법원은 아르메니아인 제노사이드에 대해 국내외 기관의 의견을 평가하고자 하는 등 역사학적 검토를 했지만, 법원은 역사가로서 행동할 의도가 전혀 없다는 것을 명백히 밝혔다. 법원이 이러한 수고를 할 필요는 전혀 없었다. 그 이유는 이 모든 것이 의회의 뜻이었기 때문이다. 의회는 명백히 준비토론 당시 형법 제261조의2의 문구가 아르메니아인 제노사이드를 포함한다고 말했다. 연방 의회의 보고서에 근거하여, 형법 제261조의2 문구가 아르메니아인 제노사이드를 포함하는지에 대한 사실은 인정되지 않았다는 항소인의 주장은 잘못되었다. 연방법원의 판례 또한 결정적이지 않다. 여태까지 모든 사건이 제2차 세계대전 당시 유대인 대학살과 이와 관련된 수정주의에 관한 사건이었기 때문이다.

마지막 분석에서, 아르메니아 제노사이드가 의회에 의해 확립된 사실임이 인정되었기 때문에, 추가적인 조사와 제노사이드 존재 여부를 평가하기 위한 역사적 접근 또한 불필요하다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제노사이드의 개념의 의미와 범위에 근거한 항소의 근거를 잘못된 것으로 기각한다.

3. (a) 범죄가 성립하기 위해서는 형법 제261조의2에서 명시한 행위가 의도적이고 증오 또는 인종차별의 동기가 있어야 한다. 이와 관련하여 무모한 행동만으로도 범죄로 성립되기에 충분하다(ATF [arrêts du tribunal fédéral-Judgments of the Swiss Federal Court] 124 IV 125 point 2b, 123 IV 210 point 4c). Corboz는 차별의 성립조건에 대해서는 매우 엄격하게 해석해야 한다고 주장한다. 차별 행위는 자신과 다른 인종, 민족 또는 종교를 가진 사람을 증오하거나 경멸하는 행위자의 정신상태를 주로 반영해야만 한다고 주장한다. 협약 제261조의2는 반드시 적개심 또는 인종적 편견이 없는 객관적인 학술연구나 심각한 정치적 논쟁의 경우 적용되어서는 안 된다(*Corboz, Les infractions en droit suisse,* Volume II, Berne 2002, note 37 on Article 261 bis of the Criminal Code).

(b) 이 사건에서, 항소인은 역사가들의 논쟁 속에서 그의 입장을 설명하고자 시도하는데, 이는 표현의 자유에 대한 존중을 필요로 한다. 항소인은 또한 아르메니아인에 대한 대량학살은 전쟁의 법칙을 따른 것이라고 정당화하며 이에 대한 논쟁을 하지 않고, 이 사건이 제노사이드에 해당한다는 것을 단순히 부정한다.

이 주장은 범죄의 주관적 측면과 관련되어 있으나, 그가 제노사이드라는 단어를 '국제적 거짓말'이라는 단어와 결합하여 사용함으로써 이러한 주관적 측면을 무효화했다. 하급심 법원은 '국제적 거짓말'이라는 단어를 특히 악의적인 것으로 해석했다. 이러한 점에서 문제의 발언은 인종주의적 선입견이 없는 진지한 역사적 논쟁과는 거리가 먼 강한 민족주의적 주장과 함께 공개적인 석상에서 언급되었다는 데 주목해야 한다. 자신을 작가이자 역사가로 묘사한 피고인은 지극히 단순히 자신의 주장에 반대하는 사람들의 의견을 부정했으며, 아르메니아인 제노사이드는 결코 존재한 적이 없다고 공표했다. 그는 아르메니아인 제노사이드가 널리 인정되고 있다는 사실을 인지하고 있었으며, 역사적인 쟁점을 언급하기보다 정치적인 쟁점을 주장하고자 했다. 또한 그가 1923년 로잔 조약을 기념하는 행사에서 해당 발언을 한 점은 우연이 아닌 것으로 보인다. 따라서 재판부는 피고인의 동기가 인종주의적, 민족주의적이라는 하급법원의 판결에 동의한다.

마지막으로, 이 판결은 항소인의 제노사이드라는 용어 사용에 대한 부정 뿐만 아니라, 이를 표현한 방식, 인용된 내용, 확실히 의도적으로 역사적 사실로 인정되는 아르메니아인 제노사이드를 부정한 점, 여러 차례 그의 주장을 굽히지 않고 표현한 점 등 모든 점을 고려하여 내린 결정이다.

따라서 항소의 근거를 잘못된 것으로 기각한다.

4. (a) 항소인은 비금전적 피해에 대한 자신의 모든 배상 의무를 면제해 줄 것을 요구했다.

(b) 의무에 관한 법 제49조 제1항에 따라, 불법적으로 인격권이 침해된 사람은 침해의 심각성이 인정되는 경우, 그리고 가해자가 다른 형태의 보상을 제공하지 않은 경우, 비금전적 손해에 대한 재정적 배상을 요구할 수 있다. 이 조항에 따라, 해당 침해는 고통의 지속성과 강도 등 인간이 일반적으로 감내할 수 있는 범위를 넘어서는 것에 해당한다(Bucher, Personnes physiques et protection de la personnalité, 4th edition, Basel, Geneva, Munich 1999, no.603, p.141; 위 인용된 Tercier, nos.2047 상세 설명., pp.270 상세 설명.; 인용된 Deschenaux and Tercier, nos.24 상세 설명., p.93). 배상의 정도는 주로 침해의 심각성, 좀 더 구체적으로는 침해로 인한 신체적 또는 심리적 고통의 심각성, 그리고 금전적 배상으로 인해 비금전적 손해를 현저히 낮출 수 있는 가능성 등에 의해 결정된다(ATF 125 III 269, point 2a; ATF 118 II 410, point 2a).

법원은 배상의 정도를 결정할 재량 권한을 가지고 있다. 비금전적 손해에 대한 배상의 특성상, 단순한 금전적 가치의 산정이 매우 어려우며 특정 수준의 금액을 초과하지 않도록 수학적 기준을 참고하여 결정할 수도 없다. 그러나 적정 수준의 배상이 주어져야 한다. 따라서 법원은 고통의 심각성을 반영하여 배상금을 결정하고 피해자에게 모욕을 주지 않는 적절한 배상금액을 결정해야 한다(위 인용된 ATF 125 III 269; 위 인용된 ATF 118 II 410).

비금전적 손해에 대한 배상의 수준은 연방법의 문제이므로 당 법원은 이에 대해 자유로이 검토할 수 있다(형사소송법 제415조 제1항과 제3항 그리고 제447조 제1항). 배상 수준은 대개 사건의 배경에 대한 판단에 의해 결정되므로, 항소심은 하급심이 관련없는 조항 또는 정보를 적용하거나 배상의 수준을 터무니없이 낮게 또는 높게 결정하는 경우와 같이 재량권을 남용하는 경우에만 제한적으로 관여해야 한다(위 인용된 ATF 125 III 269; 위 인용된 ATF 118 II 410). 그러나 이는 공정의 문제로, 엄격한 의미에서 재량권 행사의 문제가 아니기 때문에, 항소법원은 하급심이 배상액의 결정과 관련하여 침해의 강도에 대해 충분히 고려하는지, 또는 희생자가 겪은 고통과 배상의 수준이 비례하는지에 대한 여부 등을 판단할 권한이 있다(위 인용된 ATF 125 III 269; 위 인용된 ATF 123 III 10, point 4c/aa; ATF 118 II 410).

(c) 이 사건에서, 항소인은 인종적 차별에 대한 유죄판결을 받았으므로 민사상의 책임을 져야 한다.

하급심은 연합체가 감정을 느끼는 주체라고 보기 힘들기 때문에 연합체의 비금전적 손해에 대하여 CHF 10,000의 보상명령을 내리는 것이 어렵다고 생각하였다. 그러므로 청구인의 요구를 감액하여 스위스-아르메니아 연합에 상징적인 배상의 의미로 1,000스위스 프랑을 지급할 것을 명령하였다. 하급심의 이 판단은 자의적이지 않으며 배상의 정도 또한 적절한 것으로 판단한다.

따라서 이에 대한 항소인의 요구와 모든 일반항소의 근거를 잘못된 것으로 기각한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

5. (a) 항소인은 형사적 비용을 지급해야 하는 모든 의무를 면제해 줄 것을 요구했다.

(b) 청구인은 법률 상 민사 당사자이다(형사소송법 제94조). 형사소송법 제97조에 따라 민사 당사자가 청구할 수 있는 비용은 형사소송법 제163조 제2항에 규정된 원칙에 따라 지급되며, 이는 비용 관련 규칙이 유추에 의해 적용된다는 것을 규정한다.

비용청구의 권리는 주(canton) 절차법에 명시되어 있다. 판례에 따르면 당사자들은 원칙적으로 가해자가 형을 선고받거나 손해에 대한 비용을 지급해야 한다고 판결 받아야 비용을 청구할 권리가 주어진다(JT 1961 III 9). 하급심 법원은 가해자가 피해자에게 지급해야 할 비용의 정도를 결정할 재량권이 있으며, 파기원은 하급심 법원이 명백히 잘못된 법을 적용하거나 특히 손해 배상 비용을 결정하는 데 있어 재량권을 남용하는 경우에만 개입할 수 있다(JT 1965Ⅲ 81).

(c) 이 사건 하급심에서는 형사 소송 비용에 대한 배상을 명령할 수 있는 모든 필요한 조건이 충족된 것으로 보았다. 하급심 법원은 변호사의 선임이 필요할 만큼 충분히 사건이 복잡하다고 판단했으며, 이에 스위스-아르메니아 연합에 변호사 선임 등의 형사 소송 비용으로 10,000스위스 프랑을 배상할 것을 명령했다. 이 사건에 대한 변호인의 업무량을 고려할 때 하급심 법원이 재량권을 남용한 일은 없는 것으로 판단한다.

이러한 근거 그리고 법적인 관점에서 전체적인 항소는 잘못된 것으로 기각한다.

II. 무효화 요구에 대한 항소

1. 형사소송법 제411조, letters (f), (g), (h) 그리고 (i)의 침해를 주장하면서, 항소인은 법원이 특정 역사가들의 증거와 문서를 참조하지 않아 판결이 부적절한 사실에 기초했다고 주장했다. 그는 또한 이 사건의 사실에 대해 의심의 여지가 있고, 정말로 아르메니아인 대학살에 대한 특정 역사적 자료만을 인용했다는 점과 관련하여 증거의 평가가 매우 자의적이었다는 주장을 유지했다. 마지막으로, 그는 1915년 아르메니아인 사건을 규명하고 이 사건에 대해 제노사이드라는 용어를 사용할 수 있을지에 대한 여부를 결정하는 데 필요한 추가적인 조사를 요청하는 임시적 명령 판결을 요구했으나 법원이 이를 기각함으로써 사실에 대한 무효를 근거로 항소하는 것이라고 주장했다.

항소인의 이러한 주장의 근거는 판결에 영향을 미칠 가능성이 거의 없는 사실에 대한 문제에만 해당하는 것이므로 이러한 요구는 기각되어야 한다(Bersier, op. cit., p.78). 아르메니아인 제노사이드에 대해 법원은 역사가가 되어야 할 필요가 없다. 그 이유로는 이미 의회에 의해 아르메니아인 제노사이드가 인정된 사실임이 드러났기 때문이다(point 2(c) 참고).

따라서 무효에 근거한 항소인의 항소를 근거가 없는 것으로 기각한다.

2. 마지막으로, 항소는 무효의 근거 및 일반 항소 모두 근거가 없는 것으로, 항소인이 요구한 모든 항소를 기각한다.

항소의 결과에 따라, 항소인은 2심에 대한 모든 비용을 부담해야 한다."

25. 청구인은 스위스 연방법원의 판결에 대하여 항소하였으며, 판결을 파기하여 모든 형사적 혐의와 민사적 책임으로부터 벗어날 수 있게 해 줄 것을 요청했다. 실질적으로 그는 형법 제261조의2 제4항 적용 및 기본권 침해 여부를 검토하기 위해, 주(canton) 법원이 1915년 아르메니아인 학살 사건과 그 이후의 사건들을 제노사이드로 보는 것이 사실인지에 대한 충분한 심사를 하지 않았다고 주장했다.

26. 2007년 12월 12일 판결에서(6B_398/2007), 스위스 연방법원은 다음과 같이 항소를 기각하였다.

"3.1. 형법 제261조의2 제4항은 구두 또는 문서, 이미지, 행동, 공격적 행위 또는 다른 방법으로 인종, 민족 또는 종교를 이유로 다른 개인 또는 집단을 공개적으로 폄하하거나 훼손하여 인간의 존엄성을 침해하는 행위 또는 제노사이드나 다른 반인도적 범죄를 극도로 사소한 것으로 취급하거나 정당화하는 행위를 처벌하는 규정을 명시하고 있다. 법률에 쓰인 단어에 대한 문자 및 문법적 접근(a genocide)을 통해 알 수 있듯이, 법률에서 명시한 제노사이드는 특정 역사적인 사건을 명시적으로 언급한 것이 아님을 보여준다. 따라서 법률에서 명시한 제노사이드는 나치 체제에 의해 자행된 유대인 대학살 외 다른 제노사이드에 대한 처벌을 배제하는 것이 아니다. 또한 형법 상 인종차별의 행동으로써 아르메니아인 부정을 명시하고 있지도 않다.

3.2. 형법 제261조의2 제4항은 스위스가 1965년 12월 21일 모든 형태의 인종차별 철폐협약에 가입하면서 제정되었다(RS 0.104). 연방 의회가 상정한 초기 입법안에는 제노사이드의 부정이 포함되어 있지 않았다(FF 1992 III 326). 수정주의 또는 홀로코스트 부정은 형법 제261조의2 입법안 초안의 4번째 문단에 명시된 고인을 욕되게 하는 행위에 포함되었다(1965년 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약에 대한 스위스의 가입과 이에 따른 형법 개정 관련 1992년 3월 2일 연방의회 보고서; FF 1992 III 265 et seq., esp.308 et seq). 해당 보고서에서는 특별히 1915년 사건에 대해 언급하고 있지는 않다.

해당 조항의 제정과 관련한 의회의 논의 중, 연방의회 하원 법사위원회는 형법 제261조의2 제4항에 다음 내용을 추가할 것을 제안했다: '... 또는 제노사이드나 다른 반인도적 범죄를 극도로 사소한 것으로 취급하거나 정당화하는 자'... 법사위원회의 프랑스어 사용자인 보고관 Comby는 독일어 문서와 프랑스어 문서 사

이에 일치하지 않는 것이 있다고 설명하면서 해당 내용은 홀로코스트만이 해당되는 것이 아니라 모든 제노사이드를 다 포함한다고 지적했다(BO/CN 1992Ⅱ 2675 상세 설명). 그럼에도 불구하고 하원은 위원회의 제안을 수용했다(BO/CN 1992 Ⅱ 2676). 연방의회 상원에서는 하원에서 채택한 형법 제261조의2 제4항의 문구를 유지하는 것과 관련하여 Küchler 가 이를 반대하는 제안서를 제출했다. 그러나 '또는 제노사이드나 다른 반인도적 범죄를 극도로 사소한 것으로 취급하거나 정당화하는 자'에 대한 내용을 추가하는 것에 대해서는 문제를 제기하지 않았다(BO/CE [Official Gazette/Council of States] 1993 96; 이 제안의 범위에 대하여, 참조 ATF 123 IV 202, point 3c, p.208, and Poncet, 위의 문헌). 이 제안은 아르메니아인 제노사이드에 대한 부정과 관련해서는 별 다른 언급 없이 채택되었다. 의견의 차이를 조율하는 과정에서, 하원 법사위원회는 Comby 보고관을 통해 앞으로 일어날 모든 제노사이드의 상황을 포괄할 수 있도록 4번째 문단에서 'a genocide'라는 용어를 사용하자고 제안했다. 보고관은 일부 의원들이 쿠르드족 대학살을 포함해 아르메니아인 등 다른 민족에 대한 대학살을 언급했고, 따라서 모든 제노사이드에 대해 포괄할 수 있어야 한다고 주장했다(BO/CN 1993 I 1075 상세 설명).

제노사이드의 용어에 대한 정의, 아르메니아인 학살의 비극을 터키 국민은 어떻게 인용하고 있는지 등에 대한 의견도 있었으며, 법사위원회의 제안은 어떤 특정한 제노사이드에 대해서만 이 조항에서 적용되도록 하려는 것이 아니라 보스니아 헤르체고비나 사건과 같이 모든 종류의 제노사이드에도 적용될 수 있도록 하려는 의도라는 점도 언급되었다(BO/CN 1993 I 1077; statement by Ms Grendelmeier). 연방의회 하원은 최종적으로 조항의 4번째 문단의 용어를 다음과 같이 채택하였다: '[...] 또는 다른 방법으로 인종, 민족 또는 종교를 이유로 다른 개인 또는 집단을 공개적으로 폄하하거나 훼손하여 인간의 존엄성을 침해하는 행위 또는 '제노사이드(a genocide)'나 다른 반인도적 범죄를 극도로 사소한 것으로 취급하거나 정당화하는 자'(BO/CN 1993 I 1080). 이후 의회 입법 절차에서, 연방의회 상원은 간단한 프랑스어 용어상의 편집을 거쳐 용어 'a genocide'의 적용을 채택하였으며, 최종적으로 하원이 아르메니아인 제노사이드의 부정에 대한 추가 언급 없이 상원의 결정에 동의하였다(BO/CN 1993 I 1300, 1451; BO/CE 1993 452, 579).

따라서 위와 같이 검토한 의회 절차를 고려할 때, 형법 제261조의2 제4항은 나치 체제의 대학살 사건에 대해서만 적용되는 것이 아니라 모든 다른 제노사이드에도 명백히 적용된다.

...

3.4. 그러나 이러한 의회의 입법 절차가 항소인이 주장하는 바와 같이 해당 조항의 제정 당시 입법 의원들이 특정 제노사이드 사건을 염두에 두고 입법을 추진했다는 것으로 해석될 수 없다.

3.4.1. 홀로코스트 부정주의자와 수정주의자에 대응하고자 하는 의도는 명백히 형법 제261조의2 제4항 제정의 핵심 요건이 되었다. 그러나 판례에서 연방법원은 홀로코스트를 부정하는 것은 명백히 형법 제261조의2 제4항에서 명시한 범죄의 사실적 근거를 구성한다는 입장을 취하였다. 판결에서 해당 조항 제정에 대한 역사적 의도를 인용하지는 않았음에도 홀로코스트는 확립된 것으로 널리 인정된 역사적 사실에 관한 것이었기 때문이다(... ATF 129 IV 95, point 3.4.4, pp.104 상세 설명). 이와 같이, 많은 저자들 또한 홀로코스트를 형사법상 논쟁의 여지가 없는 역사적 사실(인용된 Rom, p.140)로서 일반적인 지식의 범위로 보거나(Vest, Delikte gegen den öffentlichen Frieden, note 93, p.157), 제노사이드로 정의내리는 데 의심의 여지가 없는 것으로 보았다(Niggli, Discrimination raciale, note 972, p.259, 홀로코스트가 해당 조항의 제정을 앞당겼다고 언급함, 같은 맥락에서 Guyaz op. cit.. p.305 또한 참고). 아주 일부에서만 해당 조항의 제정이 홀로코스트를 역사적 사실로 인정하려는 의도였다고 주장했다(Weder, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Kommentar(ed. Donatsch), Zürich, 2006, Article 261 bis 문단 4, p.327; 인용된 Chaix and Bertossa, p.184).

3.4.2. 또한 해당 조항의 입법 과정에서 어떤 특정한 제노사이드 사건을 염두에 두었는지를 확인하는 과정은 문리적 해석에도 어긋난다(3.1 참고). 이는 의회가 프랑스 법률과 같이 특정 사건 등을 '추모하는(memorial)' 법률을 반대하고 개방된 용어의 사용을 선호하는 의도를 보여준다(법률 no.90-615, 1990년 7월 13일, 'Gayssot Act'으로 알려져 있음; Law no.2001-434, 2011년 5월 21일, 인신매매 및 노예제와 같은 반인도적 범죄를 기억하고 처벌하기 위한 프랑스의 'Taubira Act' 및 1915년 아르메니아인 제노사이드를 기억하고 처벌하기 위해 2001년 1월 29일 제정된 프랑스의 법률 Law no.2001-70가 관련된 예임). 따라서 홀로코스트의 부정이 형법 제261조의2 제4항에 명시된 형사적 범죄에 해당한다는 사실은 이 조항이 제정될 당시 홀로코스트에 대한 부정과 수정주의를 처벌하려는 의회의 특별한 의도로부터 기인한다고 보기는 어려우며, 일반적으로 역사적 사실로 인정된 사건에 대한 부정을 처벌하는 문제와 관련되어 있다. 따라서, 의회가 이 조항을 제정할 당시 아르메니아인 제노사이드에 대해 어떠한 의도를 가지고 있었는지 여부를 판단할 필요가 없다(비교 Niggli, Rassendiskriminierung, 2nd ed., Zürich, 2007, notes 1445 상세 설명, pp.447 상세 설명). 또한 해당 조항의 제정 당시 의회에서 어떠한 문제에 대해서는 격렬한 논쟁이 있었겠지만, 1915년 아르메니아인 대학살 사건과 관련된 것은 아니었으며, 의회 의원들 중 단 두 사람만이 독일어 문서와 달리 조항에 대한 과도하게 제한된 해석을 하지 않는 프랑스어 문서상의 형법 제261조의2 제4항을 채택할 것을 주장했다.

3.4.3. 법률가들과 법원은 홀로코스트가 이미 의심 또는 부정의 여지 없이 널리 알려진 사건이 되었으므로 더 이상 형사적 절차에 필요한 근거를 추론해야 할 필요가 없다. 따라서 법원은 이에 대해 역사가들의 진술을 참고해야 할 필요가 없다(Chaix and Bertossa, 위의 문헌; unreported judgment 6S.698/2001, point

2.1). 결과적으로 홀로코스트에 대한 부정을 불법으로 인정하는 근거는 법원이 다른 제노사이드의 부정과 관련된 사건을 검토할 때 그 방법을 제시해준다. 그러므로 현재 살펴보아야 할 것은 항소인이 부정한 이 사건에 대해 홀로코스트와 같은 일반적 합의가 있는지 여부이다.

4. 따라서 이 문제는 역사적 사실과 관련된 문제를 제기한다. 그러나 이는 오스만 제국에 의해 일어난 대학살과 추방을 제노사이드로 규정할 수 있는지에 대한 문제라기보다, 대중과 역사가들이 어떻게 이 사건을 받아들이고 있는지에 대한 일반적 평가에 관한 문제이다. 이러한 관점에서, 사실에 관한 문제에 대해 의견을 제시하기에 앞서(판결문 point II, P.17 참조), 경찰 법원 또한 법원의 임무는 역사를 쓰는 것이 아니라 아르메니아인 제노사이드가 '알려지고 인정된 것인지' 또는 정말로 '증명된 것인지'(판결문 point II. P.14 참조)를 검토하는 일이라고 강조한 바 있다. 이는 주 법원의 판결의 핵심요소를 구성한다(주 법원 판결문, point B, p.2).

4.1. 이 사건의 사실적 근거는 연방 법원에 구속력이 있다.

4.2. 결정적인 사실의 쟁점에 대하여, 경찰 법원은 이 사건을 인정하는 정치적 선언이 있었는지를 살펴보는 것뿐만 아니라 이러한 선언이 전문가의 의견을 바탕으로 하고 있는지(예로, 2001년 1월 29일 법을 제정할 당시 프랑스 국회에서는 약 100명의 역사가들이 패널로 참여하였음), 또는 설득력 있고 근거가 있는 것으로 입증된 보고서를 기반으로 판단한다. 이러한 정치적 선언은 학술적인 합의를 근거로 하며 대중의 합의를 반영하는 것이므로, 1915년 아르메니아인 제노사이드에 대한 정치적 선언의 존재 여부뿐만 아니라, 이 사건에 대한 대중적 합의가 있는지에 대해서도 검토한다. 같은 맥락에서, 연방 의회 하원에서 아르메니아인에 대한 공식적 합의를 논의하는 과정에서 참고한 국제연구 Der Völkermord an den Armeniern und die Shoah(BO/CN 2003 2017; statement by Mr Lang) 또한 참고할 수 있다. 마지막으로, 아르메니아인 제노사이드는 제노사이드와 관련된 연구 및 국제형사법에서 '대표적인(classic)' 사례로 언급되고 있다는 점 또한 주목한다(Niggli, Rassendiskriminierung, notes 1418 상세 설명., p.440, 그리고 많은 인용된 참고문헌 참고; 또한 note 1441, p.446와 참고문헌들 참고).

4.3. 항소인의 1915년 제노사이드의 존재와 이 사건을 법적으로 제노사이드로 인정하는 것에 대한 부정과 관련하여, 특히 항소인이 주장한 국제법원 또는 전문가 위원회의 판결 결여, 형법 제264조 또는 1948년 유엔협약에서 명시한 객관적, 주관적 조건에 부합하는 명백한 사실적 근거의 부족, 지금까지 세 개의 사건에 대해서만 국제적으로 제노사이드로 인정했다는 점에 대하여, 이는 이 사건의 결정과 아무런 관련이 없는 것으로 판단한다. 즉, 처음부터 형법 제261조의2 제4항의 적용과 관련된 형사절차상 1915년 사건을 제노사이드로 규정하는 문제와 관련된 역사적 논쟁을 배제하기 위해 특히 역사가들을 중심으로 한 일반적인 합의가 있

는지 여부를 검토하는 것이 필요할 뿐이다. 또한 주 법원이 그가 요구한 추가적인 조사와 무효화에 대한 소송을 자의적으로 검토하지 않았다는 항소인의 주장도 같은 맥락으로 본다. 그러므로 일반적 합의의 존재 여부와 관련된 부분을 제외한 그의 주장은 검토할 필요가 없는 것으로 판단한다.

4.4. 항소인은 그가 아르메니아인 학살 사건과 관련한 지금까지의 연구와 역사가들의 관점을 확인하기 위한 추가적인 조사를 요구했음을 강조했다. 그는 1915년 사건에 대해 국가나 역사가들 사이에서 제노사이드로 인정한 사례가 없는 것처럼 주장한다. 그러나 그의 주장은 주 당국의 의견을 반박하기 위한 것이었을 뿐, 경찰 법원이 제시한 일반적 합의가 존재하지 않는다는 것을 입증하거나 법원의 판단이 자의적임을 입증할 만한 어떠한 구체적 근거도 제시하지 않았다.

명백히, 항소인은 많은 국가에서 아르메니아인 제노사이드의 존재 인정을 거부했다는 점을 언급했다. 그러나 염두에 두어야 할 것은 2007년 1월에 채택된 홀로코스트 부정을 규탄하는 유엔 결의안 61/L.53에 대해서도 192개 회원국 중 단지 103개 회원국만이 찬성했다는 점이다. 특정 국가들이 국제사회에서 홀로코스트의 부정을 공식적으로 규탄하는 것을 거부했다고 해서 홀로코스트에 대한 일반적인 합의가 이루어지지 않았다고 볼 수는 없다. 합의란 만장일치를 의미하는 것이 아니다. 일부 국가가 제노사이드의 존재를 공개적으로 규탄하는 것을 하지 않겠다고 선택하는 것, 또는 제노사이드의 부정을 규탄하는 결의안에 찬성하는 것은 정치적 결정과 관련된 것으로 역사적 사건에 대한 해당 국가의 실질적 평가, 특히 학술단체 내 합의에 대해 의심하는 것과는 다를 수 있다.

4.5. 항소인은 또한 스위스가 터키와의 관계의 맥락 속에서 역사가 위원단의 구성을 지지하면서, 아르메니아 제노사이드의 존재를 승인하는 것이 모순적일 수 있다고 주장한다. 그의 주장에서 이것은 제노사이드의 존재가 확립되어 있지 않음을 보여준다.

그러나, 연방 의회가 터키 당국에 국제 전문가 패널을 구성하기를 권고하는 것과 같은 방식으로 아르메니아인 제노사이드의 존재 여부에 대해 공식적으로 인정하기를 지속적으로 거부하는 것을 두고 해당 사건을 제노사이드로 인정하는 일반적 합의를 자의적이라고 결론 지을 수 없다. 연방 의회가 명확히 그 의사를 표현한 바와 같이, 연방 의회의 접근 방식은 터키가 과거에 대한 공통의 기억에 동참하기를 장려하는 의도에서 비롯된 것이다(BO/CN 2001 168: Zisyadis씨의 비구속적 동의에 대한 연방 의원 Deiss의 반응; BO/CN 2003 2021 상세 설명: 1915년 아르메니아 제노사이드의 인식에 대한 Vaudroz씨의 비구속적 동의에 대한 연방 의원 Calmy-Rey의 반응). 이와 같이 대화에 참여하고자 하는 개방적인 태도는 제노사이드의 존재에 대한 부정으로 해석될 수 없으며 연방 의회가 2001년 국제조사위원회의 구성을 지지한 것에 대해서도 다른

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

관점으로 해석할 여지가 없다.

1915년 사건을 제노사이드로 인정하는 합의를 자의적인 것으로 만들기 위해 이 사건에 대해 특히 학자들을 중심으로 사람들이 충분한 의문을 제기한다고 추론할 수는 없다.

4.6. 그러므로 항소인은 경찰 법원이 1915년 사건에 대해 학자를 중심으로 형성된 일반적 합의에 대한 판단을 자의적으로 했다는 자신의 주장을 증명하지 못했다. 따라서 이 문제에 대한 역사 및 법적 논쟁을 이끌어 내고자 한 항소인의 의도를 승인하지 않은 주 법원 당국의 결정은 옳다.

5. 주관적 요소와 관련하여, 형법 제261조의2 제1항 및 제4항에서 명시한 범죄가 인정되기 위해서는 의도적인 행위여야 한다. 판결 ATF 123 IV 202, point 4c, p.210, 그리고 124-IV 121, point 2b, p.125에서, 연방 법원은 이러한 의도적 행위는 인종 차별의 동기에 의해야 한다고 판결했다. 법률가 사이에서 논쟁이 벌어진 이 입장에 대하여, 판결 ATF 126 IV 20, point 1d, in particular p.26, 그리고 127-IV 203, point 3, p.206에서도 이에 대해 개방적 입장으로 남겨두었으며, 이 사건에서도 아래와 같이 개방적인 입장을 견지하고자 한다.

5.1. 의도적 행위와 관련하여, 형사 법원은 법학박사이자 정치인, 그리고 자칭 작가이자 역사가인 항소인은 결과에 대해 충분히 인지하고 있으며, 중립적 전문가 위원회에서 아르메니아인 제노사이드가 실제로 있었다고 결론 내린다 하더라도 여전히 그의 입장을 고수할 것이라는 결론을 내렸다. 제노사이드를 부정하는 항소인의 이러한 내적 의지에 대한 형사 법원의 결론은 사실의 문제와 관련되며(참고 ATF 110-IV 22, point 2, 77, point 1c, 109-IV 47, point 1, 104-IV 36, point 1 및 인용), 연방 법원은 이러한 사실의 문제에 따라 판단한다(section 105(1) of the Federal Court Act). 또한 항소인은 이에 대해 어떠한 주장도 하지 않았다. 그는 이러한 사실에 대한 판단이 자의적이며 협약 및 헌법에 명시된 그의 권리를 침해하는 것이라는 주장을 뒷받침할 증거를 제시하지 않았으므로 이에 대해서는 고려할 필요가 없는 것으로 본다(section 106(2) of the Federal Court Act). 항소인의 의도를 외부적인 사항을 토대로 추론한 주 법원 당국이 어떻게 이 문제와 관련하여 연방법에 따라 의도라는 개념을 무시할 수 있었는지는 분명치 않다.

5.2. 항소인의 동기에 대하여, 형사 법원은 항소인의 동기가 인종주의적이고 민족주의적인 것으로 드러났으며 아르메니아인들을 터키의 침략자로, 그리고 그 스스로 아르메니아인 제노사이드의 주동자이며 선동자인 Talaat Pasha의 추종자임을 주장함으로써 역사적 논쟁에 기여하지 않았다고 판단했다.

이 사건에서 아르메니아인들은 국민 또는 특히 역사적으로 1915년 사건을 통해 그 스스로의 정체성을 증명한 민족 집단임에는 논쟁의 여지가 없다. 따라서 아르메니아인 제노사이드를 부정하거나 항소인이 주

장한 바와 같이 아르메니아인들을 침략자로 표현하는 것은 아르메니아인의 정체성에 위협을 가하는 것이다(Schleiminger, op. cit., Article 261 bis of the Criminal Code, note 65 and reference to Niggli). 형사 법원은 항소인의 의도를 인종주의적인 것으로 판단했으며 마찬가지로 항소인이 역사적 논쟁에 기여하는 의도 또한 아닌 것으로 판단했다. 이러한 판단에 대해 항소인은 문제제기를 하지 않았으며(연방법section 106(2)), 이는 연방 법원에 구속된다(연방법 section 105(1)). 이러한 판단은 민족주의를 넘어 인종 또는 민족에 대한 차별로 볼 수 밖에 없는 충분한 의도적 증거를 제공한다. 그러므로 이 사건에서는 6번(point 6)에서 다룬 법률가들 간 논쟁에 관한 판단을 할 필요가 없다. 모든 재판에서, 항소인은 이 문제에 대한 연방법의 적용에 어떠한 이의도 제기하지 않았다.

6. 항소인은 이에 주 법원 당국이 형법 제261조의2 제4항을 해석함에 있어 협약 제10조에 명시된 표현의 자유를 침해했다고 주장했다.

그러나 Winterthur/Unterland 공공 검찰청(2005년 7월 23일) 의 항소인 심문기록을 보면 항소인은 특히 Glattbrugg 를 포함한 공개 석상에서 자신의 의도는 '스위스 국민들과 연방 의회 하원이 오류를 바로잡을 수 있도록 돕는 것'이라고 말했다. 또한 항소인은 제노사이드의 부정은 형사 처벌의 대상임을 알고 있었고 중립적인 전문가 위원회가 언젠가 조사 끝에 아르메니아인 제노사이드는 실제 있었다고 결론 내더라도, 그의 입장은 변하지 않을 것이라고도 말했다(형사법원 판결 point II, p.17). 이러한 점에서 볼 때, 항소인은 아르메니아인 제노사이드를 '국제적인 거짓말'이라고 표현한 점, 1915년 사건이 제노사이드라는 것을 명백히 부정한 점으로 인해 자신이 스위스에서 형사 처벌을 받을 수도 있다는 것을 모르지 않았을 것이다. 따라서 항소인은 예측의 어려움을 이유로 본인에게 유리한 방식으로 법을 해석할 수 없다. 또한 이는 항소인이 선동의 방식으로 그의 주장을 스위스 법원 당국에 의해 인정받고 아르메니아인들의 정체성에 중심이 되는 사건을 손상시켜 아르메니아인 사회 구성원에게 해를 끼치는 것을 본질적으로 추구했다고 결론 지을 수 있는 근거가 된다. 따라서 항소인에 대한 유죄 판결은 1915년 제노사이드의 기억을 통해 그들 스스로의 정체성을 추구하는 아르메니아인 사회 구성원의 존엄성을 보호하기 위한 결정이다. 마지막으로, 제노사이드의 부정을 범죄로 규정하는 것은 1948년 12월 9일 뉴욕에서 결의안이 채택되고 2000년 3월 9일 연방 의회에 의해 가입이 승인된 제노사이드 범죄의 처벌과 방지에 관한 협약 제1조의 목적인 제노사이드 방지를 위한 수단이다(RS 0.311.11).

7. 또한 항소인은 반인도적 범죄로밖에 해석될 수 없는(Niggli, Discrimination raciale, note 976, p.262) 집단학살이나 강제추방의 사실에 대해서는 부인하지 않았다(point A 참조). 이러한 범죄에 대한 정당화는 전쟁 당시의 법칙과 안보의 문제를 고려하더라도 형법 제261조의2 제4항을 위반하는 것이다. 따라서 해당 범죄를 제노사이드로 규정할 것인지의 여부와 상관없이 형법 제261조의2 제3항에 따라 항소인의 유죄 판

국가인권위원회
humanrights.go.kr

결은 자의적이라 볼 수 없으며 연방법을 위반한 것도 아니다.

D. 항소인에 대한 터키의 형사 절차(2008년)

27. 2008년 청구인은 체포되었고 소위 Ergenekon 절차라고 불리는 혐의가 제기되었다(이 절차에 대한 간략한 설명은 이하 참고, *Nedim Şener v. Turkey*, no.38270/11, 문단 6, 2014년 7월 8일; *Şık v. Turkey*, no.53413/11, 문단 10, 2014년 7월 8일; *Tekin v. Turkey*(dec.), no.3501/09, 문단 3-16, 2014년 11월 18일; and *Karadağ v. Turkey* (dec.), no.36588/09, 문단 3-16, 2014년 11월 18일). 2013년 8월 5일 이스탄불 아지즈 법원은 그에게 유죄를 선고하고 종신형을 선고하였다. 청구인은 이에 항소하였고 항소 건은 현재 터키 파기원에 제기되어 계류 중이다(*Tekin,* 문단 17, *and Karadağ,* 문단 17, 둘 다 위에서 인용되었음. 마찬가지 *Yıldırım v. Turkey*(dec.), no.50693/10, 문단 14, 2015년 3월 17일 참고). 그는 미결구금 상태에서 2014년 3월 석방되었다.

E. 재판 관여자들에 의해 제출된 자료

28. 터키인권연합, 진실과정의기억센터, 국제제노사이드와인권연구소는 두 건의 온라인 신문기사를 제출했다. 첫 번째 기사는 2007년 7월 26일 일간지 Vatan에 게재된 기사로, 기사의 내용은 흐란트 딘크(Hrant Dink) 역자 주: 흐란트 딘크는 터키에서 유일하게 아르메니아계 소식을 전하고 제노사이드 증언 등을 싣는 신문사의 설립자로, 2007년 1월 "거짓된 보도로 국가를 모독했다"는 이유로 16세 소년이 쏜 총에 맞아 숨졌다. 그가 암살된 이후 청구인이 이스탄불의 아르메니아인 총 대주교에게 공개 서한을 보냈으며, 서한에서 청구인은 흐란트 딘크의 암살은 터키를 적대시하는 미국의 소행이며 총 대주교에게 이 암살이 미국에 의해 자행되었음을 공개적으로 진술하여 아르메니아인의 대표로서 터키의 결속을 옹호하는 모범의 예가 되어달라고 권고했다는 내용이었다. 두 번째 기사는 2007년 5월 19일 일간지 Milliyet에 게재된 기사로 청구인을 언급하고 있지는 않다. 기사의 내용은 1915년 아르메니아인 학살 사건에 대한 아르메니아인들의 입장을 이유로 누군가 이스탄불 내 아르메니아인 학교에 익명의 서한을 보내 위협했다는 내용이다. 교육청장은 이에 아르메니아인들을 안심시키고 교육부 당국에 사전조치를 취하여 주의를 기울일 것을 당부했다.

Ⅱ. 관련 국내법

A. 스위스 헌법

29. 1999년 스위스 헌법은 1874년 헌법을 대체한 헌법으로, 헌법 제7조는 "인간의 존엄성"을 명시하고 있으며 그 내용은 아래와 같다.

> "인간의 존엄성은 존중받고 보호받아야 한다."

30. 헌법 제16조는 "표현과 정보의 자유"를 명시하고 있으며 그 내용은 아래와 같다:

> "1. 표현과 정보의 자유는 보장된다.
>
> 2. 모든 사람은 자유롭게 그들의 의견을 형성하고 표현하고 공유할 권리를 가진다..."

31. 헌법 제36조는 "기본적 권리의 제한"를 명시하고 있으며 그 내용은 다음과 같다:

> "1. 기본적 권리에 대한 제한은 법적인 근거를 가지고 있어야 한다. 중대한 제한행위는 연방법에 그 근거가 명시되어 있어야 한다. 그러나 다른 조치가 불가능한 심각하고 즉각적인 위험이 있는 경우에는 적용되지 않는다.
>
> 2. 기본적 권리에 대한 제한은 공익의 목적 또는 타인의 기본권 보호를 위해서만 정당화될 수 있다.
>
> 3. 기본적 권리에 대한 어떠한 제한이라도 비례적이어야 한다.
>
> 4. 기본적 권리의 핵심은 불가침이다."

B. 스위스 형법 제261조의2

1. 조문

32. 스위스 형법 제261조의2는 "인종적 차별"을 명시하고 있으며 1993년 6월 18일 제정되었다. 이 규정은 형법에서 1995년 1월 1일 시행된 '공공의 평화를 침해하는 행위'를 다루는 장에 포함되어있으며, 1995년 1월 1일 시행되

었다. 조문의 내용은 다음과 같다:

> "인종, 민족 출신, 종교를 이유로 개인이나 집단을 차별하거나 증오를 선동하는 자;
>
> 인종, 민족 집단, 종교의 구성원을 조직적으로 폄하하거나 명예를 훼손하는 사상을 공개적으로 유포하는 자;
>
> 이와 동일한 목적으로 선전행위를 조직하거나, 조장하거나, 참여하는 자;
>
> 구두 또는 문서, 이미지, 행동, 공격적 행위 또는 다른 방법 등을 통해 개인 또는 집단을 인종, 민족 또는 종교를 이유로 공개적으로 폄하하거나 훼손하여 인간의 존엄성을 침해하는 행위 또는 제노사이드나 다른 반인도적 범죄를 극도로 사소한 것으로 취급하거나 정당화하는 행위를 하는 자;
>
> 일반 대중에게 제공되는 서비스에 대해, 인종, 민족 출신, 종교 등을 이유로 개인 또는 집단에게 해당 서비스의 제공을 거부하는 자는;
>
> 3년 이하의 징역이나 벌금형에 처할 수 있다."

2. 법률제정사

33. 이 조항 제정의 계기는 스위스의 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(1965년 결의, "인종차별철폐협약", 문단 62 참조) 가입과 관련된다. 스위스 정부는 1992년 3월 2일 보고서 FF 1992 III 265-340에서 인종차별철폐협약의 가입에 따른 국내 형법의 개정 필요성을 제기했다. 정부는 특히 인종차별철폐협약의 제4조(문단 62 참조)에서 명시한 요건을 고려하여 보고서 297쪽에서 인종차별철폐협약 제4조(c)에서 명시한 '정부 당국의 차별 금지'는 이미 1874년 스위스 헌법에 명시되어 있으므로 이 조항은 제외하겠다는 의견을 밝혔다. 이에 따라 스위스 국내법은 인종차별철폐협약의 요건을 충족하지 못하거나 일부 요건만 충족하는 상태로 시행되었다.

34. 스위스 정부는 보고서 298-301쪽에서 다른 집단을 폄하하거나 명예를 훼손하는 인종주의적 선전이나 사상을 유포하는 것에 대해 처벌하는 것과 결사와 의견의 자유라는 헌법적 권리가 서로 상충될 수 있다는 점을 지적했다. 관련하여 인종차별철폐협약에서는 제4조에 "세계인권선언에 명시된 원칙을 존중"한다는 조문을 통해 이러한 충돌을 해결하고자 했다. 스위스에서는 이 두 가지 권리가 동등한 가치를 지니며 동등한 보호를 받아야 한다는 관점을 견지한다. 따라서 권리의 충돌에 있어 핵심은 두 권리 간의 균형을 이루는 것이다. 인간의 존엄성을 침해하는 인종차

별은 스위스 헌법상의 자유와 평등의 권리를 위반하고 국제법으로도 금지된 행위이다. 반면, 결사와 의견의 자유에 대한 권리는 민주사회에서 정치적 토론에 중요한 역할을 하며 절대 과소평가되어서는 안 될 중요한 권리이다. 이 권리들의 핵심은 물론 인종차별의 범죄화에 영향을 받지 않으나, 인종차별철폐협약 제4조에 따른 모든 형태의 연설에 대한 범죄화를 제외한다. 예를 들어 어떤 경우에는 사회학 또는 민족학 연구에 대한 부당한 제한이 가해질 수도 있는 것이다. 따라서 핵심은 인종 증오와 외국인 혐오로 이어지는 인종우월주의의 주요 요소인 인종 증오와 차별, 경멸과 폄하 선동행위에 초점을 맞추어야 한다는 것이다. 이 조항은 따라서 인종차별철폐협약을 준수함에 있어 기본적 자유 또한 보장할 수 있도록 제정되었다. 서구 사회와 스위스의 반직접 민주주의에서 특별한 의미를 지니는 결사와 의견에 대한 자유의 특성을 고려할 때 이러한 조치는 정당화되며, 따라서 인종차별철폐협약 제4조에 대한 유보의 필요성은 인정된다(문단 63 참고).

35. 따라서 제261조의2 제4항의 발의 제정(안)은 다음과 같다(위의 문헌, p.304):

> "구두 또는 문서, 이미지, 행동, 공격적 행위 또는 다른 방법 등을 통해 개인 또는 집단을 인종, 민족 또는 종교를 이유로 공개적으로 폄하하거나 훼손하여 인간의 존엄성을 침해하는 행위 또는 이와 동일한 근거로 고인의 명예를 훼손시키는 자는 징역형 또는 벌금형에 처한다."

36. 스위스 정부의 보고서(308쪽-309쪽)에 따르면:

> "고인의 명예를 훼손하는 것은 역사 왜곡의 범죄에 포함되어있다. 이러한 역사 왜곡의 범죄는 일명 '아우슈비츠 거짓말' 로 알려진 유사과학적 이론을 배포한 수정주의자들에 대한 처벌로, 이들은 홀로코스트가 일어난 적이 없으며 가스실 또한 존재하지 않았다고 주장한다. 600만 명보다 훨씬 더 적은 수의 유대인들이 살해당했으며 유대인들은 홀로코스트를 통해 경제적 부를 창출했다고 주장한다. 이러한 역사적 왜곡은 단순히 역사가들 간의 논쟁이라고 볼 수 없으며 은폐된 인종주의적 선전의 형태로 활용되며 이는 특히 학생들의 교육에 있어 매우 위험하다."

37. 이후 스위스 연방 의회 토론에서, 한 하원 의원은 인종차별철폐협약과 새로 제정되는 형법 조항 모두 홀로코스트에만 국한되는 것이 아니라 외국인혐오, 인종차별주의, 반유대주의에 대한 대응을 모두 포괄하는 것이라고 강조했다(BO/CN 1992 VI 2650-79, at p.2654). 의회 보고관은 1992년 12월 17일 하원 의회에서 독일어와 프랑스어 조문 간 차이가 있는 것을 지적하며 이를 명확하게 하기 위하여 "해당 조항의 대표적인 예는 물론 유대인 홀로코스트에 해당하나 이에 국한되지 않고 모든 종류의 제노사이드를 포괄해야 하므로, '제노사이드(genocide)' 보다는 '모든 제노사이드(any genocide)'로 용어를 정리하자고 제안했다(위의 문헌, at p.2675). 1993년 6월 8일 계속된 의회 토론

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

에서, 하원 위원회 보고관은 형법 제261조의2 제4항의 범위를 규정하는 것에 대해 다음과 같이 우려를 표했다(BO/CN 1993-III 1075-80, at pp.1075-76):

> "위원회는 상원과 하원 간 의견의 차이를 고려했으며 최종적으로 문단 4의 제노사이드와 관련된 부분을 제외하고 상원이 발의한 개정안을 채택할 것을 제안하며, '모든 제노사이드(any genocide)'를 대체할 용어로 '제노사이드(a genocide)'를 사용할 것을 제안한다. [전 이라크 정권에 의해 자행된] 쿠르드족 집단학살 또는 아르메니아인 집단학살 등 다른 민족에 대한 집단학살에 대해서도 여러 의원들을 통해 언급되었으며, 이러한 모든 제노사이드를 포괄하는 조항이 되어야 한다.
>
> 유엔 제노사이드 범죄의 처벌과 방지에 관한 협약을 근거의 기준으로 적용하며, 제노사이드의 개념에 대한 정의를 위해 국제 협약을 적용하는 것이 필요하다."

38. 이러한 접근은 Grendelmeier 하원 의원에 의해 아래와 같이 확정되었다(*위의 문헌,* at p.1077):

> "어떤 요소가 제노사이드를 구성하는지에 대해서도 논의되었다. 터키 국민들은 아르메니아인의 극적인 사건을 정의할 때 제노사이드라는 용어를 사용하지 않을 것이다. 위원회는 제노사이드라는 용어를 조문에 명시하는 것과 관련하여, 'a'나 'the'와 같은 관사를 사용하지 않고 'genocide'라는 일반적 용어로 표현함으로써 보스니아-헤르체고비나에서 일어난 사건과 같이 모든 사건에 대해 처벌할 수 있도록 의도했다. 한 민족이 생존권을 부정당할 뿐만 아니라 소멸되는 상황에 내몰릴 때 이는 제노사이드에 해당하며 범죄 행위로 볼 수밖에 없다."

39. 형법 제261조의2 제4항은 1993년 6월 18일 스위스 연방 의회에서 하원의 경우 찬성 114표, 반대 13표로, 상원의 경우 찬성 21표, 반대 0표로 제정되었다. 그러나 우여곡절 끝에 스위스 국민투표를 거쳐 시행될 수 있었다(FF 1993 II 868-69). 국민투표는 1994년 9월 25일에 시행되었다. 투표율은 45.9%로, 54.7%의 찬성표를 얻어 1,132,662명이 투표하고 939,975명이 반대표를 던졌다(*연방통계청,* 1996, pp.378 상세설명).

40. 형법 제261조의2가 제정된 이후로 폐지를 요구하거나 조항의 적용 범위에 대한 제한을 요구하는 건이 총 16건 있었으나 모두 스위스 의회에 의해 거부당했다.

3. 항소인의 사건 이전 아르메니아인 집단학살 사건에 대한 진술 관련 신청

41. 1915년부터 이어진 아르메니아인 제노사이드에 대한 청원은 2건으로, 각각 아르메니아인과 터키인에 의해, 1995년 9월과 1996년 1월에 있었다. 그리고 터키인의 청원에 서명한 일부 사람들을 대상으로 1997년 4월, 스위스-아르메니아 연합은 형법 제261조의2 제4항을 근거로 사적 기소하였다.

42. 1998년 7월 16일, 베른-라우펜(Bern-Laupen) 지방법원은 형법 제261조의2 제4항과 관련하여 개인이 아닌 스위스-아르메니아 연합이 희생자로 해석될 수는 없다고 판결하여 절차를 기각했다. 스위스-아르메니아 연합은 1999년 2월 10일 항소했으나, 베른 주 대법원은 하급심의 판결을 유지했다.

43. 이에 2000년 4월 18일, 아르메니아계 스위스 국적자 2명이 제261조의2 제4항을 근거로 청원에 서명한 터키인 12명에 대해 사적으로 기소했다.

44. 2001년 9월 14일, 베른-라우펜 지방법원은 피고인에게 무죄를 선고했다. 지방법원은 홀로코스트에 관한 사건만을 적용하는 오스트리아와 프랑스의 홀로코스트 부정에 관한 법과는 다르게 제261조의2 제4항은 어느 특정 역사적 사건에 국한되지 않는다는 점을 밝혔다. 그러나 1915년부터 몇 년간 이어진 이 사건에 대한 법원의 입장을 자세히 검토한 결과, 지방법원은 피고인들이 터키에서 자라고 교육을 받았기 때문에 터키의 교육시스템의 영향으로 아르메니아인 제노사이드를 부정한 것이며 인종차별주의적 동기는 없는 것으로 판단했다. 따라서 이들에게는 범죄를 저지를 의도가 없었으므로 무죄로 판결했다. 이로써 법원은 형법 제261조의2 제4항에서 명시한 "a genocide"가 이 사건에 적용되는지에 대한 문제는 판단하지 않고 남겨두기로 했다.

45. 원고 두 명은 이에 베른 주 대법원에 항소했다. 2002년 4월 16일, 대법원은 이들의 항소를 기각했다. 대법원은 형법 제261조의2 제4항은 개인의 법적 이익을 위한 조항이 아니라 공공의 평화를 보호하는 조항이며, 제노사이드에 대한 부정이 개인의 과거사와 상관없이 개인에게 해를 끼치는 것이 아니므로 사적 기소를 할 수 없는 것으로 판결했다.

46. 스위스 연방법원에 제출한 이들의 추가 항소는 2002년 11월 7일 기각되었다(ATF 129 IV 95). 연방법원은 형법 제261조의2 제4항은 공공질서를 지키기 위한 목적으로, 이 조항에 의해 개인적 권리는 간접적으로만 보호된다고 보았다. 따라서 개인으로서의 피해자들은 혐의자들에 대한 법적 절차에 참여할 수 없다고 판단했다. 또한 제노사이드에 대한 단순한 부정, 축소, 정당화하고자 하는 시도만으로는 엄격한 의미에서 제261조의2 제4항의 인종차별행위로 볼 수 없다고 판단했다. 혐의자들의 이러한 발언은 물론 개인에게 영향을 미치지만, 그 피해가 심각한 수준이더라도 간접적이라고 판결했다.

C. 기타 스위스 형법의 관련 규정

47. "제노사이드"를 다루는 스위스 형법 제264조는 이 범죄를 다음과 같이 정의한다:

> "국가, 인종, 종교 혹은 민족과 관련된 집단을 파괴할 전부 또는 일부 의도를 가지고 다음의 행위 중 하나를 자행하는 자는 무기징역 또는 10년 이상의 징역에 처한다:
>
> (a) 집단의 구성원을 살해 또는 그들에게 심각한 신체적 혹은 정신적 상해를 입히는 행위;
>
> (b) 집단의 전부 또는 일부의 물리적 손상을 목적으로 집단 구성원의 생활 조건에 위해를 가하는 행위;
>
> (c) 집단 구성원의 출생을 막기 위한 행동을 명령 또는 행하는 행위
>
> (d) 집단 내 아동들을 다른 집단으로 강제 이동시키거나 관련된 조치를 취하는 행위"

D. 비구속적 조치(non-binding motion, postulat) no.02.3069

48. 2002년 3월 18일, 하원 의원 Jean-Claude Vaudroz는 하원에 아르메니아인 학살 사건을 제노사이드로 인정하는 비구속적 조치를 상정했다. Vaudroz 의원의 임기가 종료된 후 2003년 12월 8일, Dominique de Buman의원이 이어 상정안을 추진했다. 비구속적 조치 상정의 지지 이유로는 제1차 세계대전 당시 오스만 제국의 아르메니아인 학살은 라파엘 렘킨(Raphael Lemkin)이 "제노사이드"라는 용어를 만드는 과정에서 기준점이 된 사건이었으며, 아르메니아인들이 겪은 몰살의 과정은 이후 체결된 [제노사이드 범죄의 처벌과 방지에 관한] 협약에서 규정하는 바와 명확히 일치한다는 내용이 언급되었다. 또한 이 사건을 제노사이드로 인정함으로써, 스위스는 희생자와 생존자, 그리고 그들의 자손들에 대한 정의를 실현하고 다른 반인도적 범죄의 자행을 방지하며 소수자들과 국제 사법 정의를 존중하는 것이 된다는 내용이 언급되었다. 이 사건을 제노사이드로 인정한 다른 사례들이 인용되었을 뿐만 아니라, 역사적 진실을 수용하는 공통의 비전을 기반으로 할 때 비로소 실현될 수 있는 터키인과 아르메니아인 간의 지속적인 평화를 이루는 데 이 비구속적 조치가 기여할 수 있기를 바란다는 희망 또한 언급되었다.

49. 2002년 5월 15일, 스위스 정부는 이 제안에 반대하는 의사를 밝히며, 스위스는 이미 여러 차례 오스만 제국 통치 당시 많은 아르메니아인 희생자들을 낳은 비극적인 학살과 대규모 이주와 관련하여 유감을 표시한 바 있으나, 반면 이 문제는 역사적 연구와 관련된 문제라는 입장을 밝혔다. 또한 이 문제는 고통스러운 역사적 사건을 다루고 있으므로 이 사건을 지칭하는 용어의 문제는 당사국들이 주로 나서야 할 문제라고 언급했다. 스위스는 외교 정책을 통해 2000년 터키와 아르메니아 간 특히 인권 문제에 대해 정치적 회담을 통해 화해를 할 수 있도록 지원했다. 그

러므로 이러한 비구속적 조치를 채택하는 것은 정부 간 정기적 공식 회담에 편견을 야기할 수 있다고 주장했다. 비구속적 조치를 찬성하는 측에서는 아르메니아인 희생자들에 대한 정의를 실현하기 위한 메시지를 전달함으로써 터키와 아르메니아 간 지속적인 평화를 이루는 데 기여할 수 있을 것이라고 주장하지만, 비구속적 조치를 채택하는 것은 반대의 결과를 가져올 수 있으며 양국 간 관계를 저울질해야 하는 감정적 문제까지 야기할 수 있다고 주장했다.

50. 2003년 12월 16일, 본회의에서 하원은 비구속적 조치를 찬성 107표, 반대 67표, 기권 11표로 승인했다. 해당 조치는 02.3069호로 지정하고 다음과 같이 밝혔다:

> "하원은 1915년 일어난 아르메니아인 제노사이드를 인정한다. 따라서 연방의회가 이에 대해 주목하고 통상적인 외교절차를 통해 이러한 입장을 전달하기를 요청한다."

E. 2005스위스 연방법

51. 2005스위스 연방법 106(2)절에서는 항소인이 적절하게 이 문제를 제기하고 항소하지 않는 이상 기본권 또는 주(canton) 혹은 주들 간(inter-cantonal) 법의 위반에 대해서는 검토하지 않는다고 명시되어 있다.

III. 관련 국제법 및 유럽법

A. 일반 국제법

1. 제노사이드 관련

52. 제노사이드 범죄 처벌 및 방지에 관한 협약(제노사이드 협약, 78 유엔조약시리즈(UNTS) 277)은 1948년 12월 9일 유엔총회에서 채택되었으며 1951년 1월 12일 발효되었다. 스위스는 2000년 9월 7일 가입하고 2000년 12월 6일 시행하였다(2121 UNTS 282). 관련 조항은 다음과 같다:

> 제1조
>
> "협약 당사국들은 평시이건 전쟁 중이건 제노사이드는 국제법상 방지와 처벌 대상인 범죄임을 확인한다."

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

제2조

"본 협약에서 규정하는 제노사이드는 국가적, 민족적, 인종적 혹은 종교적 집단을 파괴할 목적으로 전체적 혹은 부분적으로 저질러지는 행위를 말한다. 이러한 행위는 다음과 같다.

(a) 한 집단의 구성원을 살해하는 행위

(b) 한 집단의 구성원에게 심각한 신체적 혹은 정신적 위해를 가하는 행위

(c) 한 집단의 전체적 혹은 부분적인 파괴를 목적으로 집단의 생활 조건에 고의적인 영향을 미치는 행위

(d) 한 집단의 출산을 막기 위한 의도적인 조치를 강요하는 행위

(e) 한 집단의 어린이들을 다른 집단으로 강제로 이주시키는 행위"

제3조

"다음 행위는 처벌받는다.

(a) 제노사이드

(b) 제노사이드 자행 공모

(c) 제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동

(d) 제노사이드를 자행하려는 시도

(e) 제노사이드 공모"

제5조

"협약 당사국들은 각국의 헌법에 의거해 본 협약의 조항에 효력을 발생시키는, 그리고 특히 제노사이드나 제3조에 열거된 기타 행위에 대해 유죄 판결을 받은 사람들에게 유효한 처벌을 가할 수 있는 법을 제정해야 한다."

제6조

"제노사이드나 제3조에 열거된 기타 행위로 기소된 사람들은, 해당 행위가 자행된 영토의 국가에 있는

해당 법정에서 또는 협약 당사국들이 사법권을 인정하는 국제 형사 재판소에서 재판을 받아야 한다."

제9조

"제노사이드나 제3조에 열거된 기타 행위에 대한 국가의 책임과 관련된 사항을 포함한 본 협약의 해석, 적용 또는 이행과 관련된 협약 당사국들 간의 분쟁사안은 분쟁 당사국의 요청에 따라 국제 사법 재판소에 제출해야 한다."

53. 1945년 8월 8일 체결된 유럽 추축국 주요 전범자의 소추 및 처벌을 위한 협정("런던 협정", 82 UNTS 279)의 부속서 국제 군사재판소 헌장 제6조에서는 반평화적 범죄, 전쟁 범죄와 반인도적 범죄에 대해 명시하고 있으며 관련 내용은 다음과 같다:

"...

다음 행위들 및 다음 행위 중 어느 하나에 해당하는 행위는 개별 책임으로서 재판소의 관할의 적용을 받는다:

...

(c) 반인도적 범죄: 전쟁 이전 또는 전쟁 동안 민간인을 대상으로 자행된 살인, 말살, 노예화, 강제수용 및 기타 반인도적 행위 또는 범죄가 발생한 국가의 국내법 위반 여부와 상관없이 재판소의 관할에 해당하는 범죄의 실행 또는 이와 관련하여 정치, 인종, 또는 종교를 이유로 한 박해"

54. 국제형사재판소("ICC")에 관한 로마 규정("로마 규정", 2187 UNTS 3)은 1998년 7월 17일 채택되었고 2001년 10월 12일 스위스에서 비준되었다(2187 UNTS 6). 이후 2002년 7월 1일 발효되었으며, 관련 조항은 다음과 같다:

제5조

ICC 관할 범죄

"ICC는 전체적으로 국제사회에 심각한 범죄로 여겨지는 범죄에 한해서만 다룬다. ICC는 로마 규정에 따라 다음의 범죄를 관할한다:

(a) 제노사이드 범죄

(b) 반인도적 범죄

국가인권위원회
humanrights.go.kr

(c) 전쟁 범죄

(d) 침략 범죄

..."

제6조
제노사이드

"로마 규정의 목적에 따라, '제노사이드'는 국가적, 민족적, 인종적 혹은 종교적 집단을 파괴할 목적으로 전체적 혹은 부분적으로 저질러지는 행위를 말한다. 이러한 행위는 다음과 같다.

(a) 한 집단의 구성원을 살해하는 행위

(b) 한 집단의 구성원에게 심각한 신체적 혹은 정신적 위해를 가하는 행위

(c) 한 집단의 전체적 혹은 부분적인 파괴를 목적으로 집단의 생활 조건에 고의적인 영향을 미치는 행위

(d) 한 집단의 출산을 막기 위한 의도적인 조치를 강요하는 행위

(e) 한 집단의 어린이들을 다른 집단으로 강제로 이주시키는 행위"

제7조
반인도적 범죄

"1. 로마규정의 목적에 따라, '반인도적 범죄'는 의도적으로 민간인을 대상으로 광범위한 또는 조직적인 공격을 자행하는 다음의 행위 중 하나를 말한다.

(a) 살인

(b) 말살

(c) 노예화

(d) 추방 또는 집단 강제이주

(e) 감금 또는 국제법의 기본규칙을 위반하는 심각한 신체적 자유의 박탈

(f) 고문

(g) 강간, 성노예, 강제 성매매, 강제 임신, 강제 불임, 또는 이에 준하는 다른 형태의 성폭력

(h) 문단 3에서 정의된 정치, 인종, 국가, 민족, 문화, 종교 또는 성별에 기반한 공동체 또는 인식가능한 집단에 대한 박해 또는 이 문단 또는 ICC 관할의 범죄와 관련하여 국제법상 전 세계적으로 용인할 수 없다고 인정되는 다른 근거에 의한 박해

(i) 강제실종

(j) 인종차별정책 범죄

(k) 의도적으로 심각한 고통 또는 신체 또는 정신적, 심리적 건강에 심각한 손상을 가하는 이와 유사한 다른 반인도적 행위

..."

55. 1998년 9월 2일 *The Prosecutor v. Akayesu*(no.ICTR-96-4-T)판결에서 1994년 1월 1일부터 12월 31일까지 르완다 및 접경국가에서 자행된 제노사이드와 국제인권법에 위반되는 기타 범죄에 관한 국제 전범 재판소("ICTR")의 제1심 재판부는 제노사이드 범죄의 특수성을 다음과 같이 강조했다:

"498. 제노사이드는 특별한 의도 또는 특수한 의도를 동반한다는 점에서 다른 범죄와 구분된다. 범죄의 특별한 의도란 행위자가 명백히 의도를 가지고 범죄를 저지른다는 점에서 구체적 의도를 가지며, 따라서 제노사이드의 특수한 의도란 '국가, 민족, 인종, 또는 종교집단 전체 또는 일부를 파괴할 의도'를 말한다."

56. ICTR은 또한 로마 규정에 의한 다른 범죄와 관련하여 제노사이드를 다음과 같이 설명하였다:

"469. 로마 규정에 따라, 재판부는 규정에 명시된 제노사이드, 반인도적 범죄, 제네바 협약 및 추가 의정서 II 공통 제3조 위반이 다른 범죄와는 다른 요건을 지니며 다른 이익을 보장하는 의도를 가지고 있다고 믿는다. 따라서 동일한 사실과 관련하여 이러한 범죄를 기소하는 것은 합법적이다. 또한, 사건에 따라, 피고인이 어떤 범죄를 저질렀는지 반영하기 위해 이러한 범죄들 중 하나 이상의 유죄판결을 기록할 필요가 있을 수 있다. 예를 들어, 한 장군이 특정 민족에 속하는 모든 전쟁 포로를 제거하기 위한 목적으로 살해하도록 명령했다면, 이것은 반드시 인도에 반하는 범죄는 아니지만 대량학살이자 공통 제3조 위반이다. 대량학살에 대한

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

유죄판결과 공통 제3조 위반은 피고인 장군의 행태를 정확히 반영할 것이다.

470. 반면, 재판부는 제노사이드, 반인도적 범죄와 제네바 협약 및 추가 의정서 공통 제3조 위반이 동시에 일어난 경우 가장 중범죄에 해당하는 범죄만 처벌하는 것은 아니라는 입장을 밝혔다. ICTR 규정은 규범의 서열을 정해놓고 있지 않으며 위 세 가지 범죄 모두 동등한 수준의 범죄로 본다. 물론 제노사이드를 가장 중대한 범죄로 간주할 수 있으나, 반인도적 범죄와 공통 제3조 위반이 모든 상황에서 제노사이드를 대체하는 범죄로 정당화될 수는 없다. 따라서 이 세 가지 범죄 사이의 경중을 나누어 판단하지 않는다."

57. 재판소는 제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동에 대하여 다음과 같이 판시하였다(각주 생략):

"557. 선동의 '직접적인' 요소는 선동이 직접적인 형태를 띠고 특히 다른 사람이 범죄적 행동에 관여하도록 선동하는 것을 의미한다. 또한 단순히 막연한 혹은 간접적인 암시를 넘어 보다 직접적인 선동을 의미한다. 민법에서 선동과 동일하게 해석되는 도발(provocation)은 특정 범죄를 야기할 목적으로 행하는 직접적인 행위로 간주된다.

기소를 위해서는 선동이나 도발에 해당하는 행위와 특정 범죄 간 명확한 인과관계가 증명되어야 한다. 그러나 재판부는 문화적, 언어적 맥락에서 선동을 구성하는 요소를 파악해야 한다는 의견을 밝힌다. 실제로, 특정 발언에 대해 어떤 국가에서는 '직접적'인 것으로 해석되는 반면, 다른 국가에서는 청중에 따라 그렇지 않을 수도 있다. 재판부는 또한 선동이 직접적일 수 있으나 동시에 암시적일 수도 있다는 점에 주목한다. 그래서, 제노사이드에 관한 협약 초안이 마련되고 있던 때에, 폴란드 대표단은 범죄의 자행에 우호적인 분위기를 형성하기 위해 특정 집단에 대해 의혹을 제기하면서 경제적인 어려움 및 다른 문제가 특정 집단의 책임이라고 암시하는 군중심리를 유도하는 것이 충분히 가능하다고 판단했다.

558. 따라서, 재판부는 사건별로 르완다의 문화와 해당 사건의 구체적인 상황을 고려하여 선동 행위의 대상이 된 사람들이 이 행위가 암시하는 바를 즉시 파악했는지에 중점을 두어 해당 선동행위가 직접적인지 아닌지를 판단할 것이다.

559. 앞서 언급한 내용에 비추어 볼 때, 최종 분석에서 어떤 법적 제도, 직접적, 공공의 선동을 정의해야 하는지를 알 수 있다... 연설을 통해서든, 공공장소 또는 공공집회에서 고함이나 협박을 통해서든, 또는 판매나 보급을 통해서든, 플래카드나 포스터의 공개전시를 통해서든, 서면 자료나 인쇄물을 판매하거나 진열하는 것이든, 또는 시청각을 이용하거나 다른 수단을 통해서, 가해자가 대량학살을 저지르도록 직접적으로 자극

하는 것으로 정의해야 한다."

58. *Nahimana et al. v. the Prosecutor*사건(no.ICTR-99-52-A)의 2007. 11. 28. 판결에서, ICTR의 항소재판부는 제노사이드를 자행하기 위한 선동범죄에 관하여 아래와 같이 판시하였다(각주 생략):

"692. 항소재판부는 일반적인 증오 발언(또는 차별이나 폭력을 선동하는 것)과 제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동 간에는 차이가 있다고 판단한다. 제노사이드를 자행하기 위한 직접적인 선동은 해당 연설이 어떤 행동[제노사이드의]을 자행하기 위한 직접적인 호소라는 것을 가정한다; 이는 단순히 막연하거나 간접적인 암시를 넘어서는 수준이어야 한다. 대부분의 경우에 제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동에 있어, 증오 발언이 선행되거나 동반될 수 있다. 그러나 제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동만 [제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동을 구성하는 것으로서] 금지된다. 이러한 결론은 제노사이드 범죄 처벌 및 방지에 관한 협약의 사전준비문서(travaux préparatoires)를 통해 확증된다.

693. 따라서 항소재판부는 피고가 기소되었을 때[직접적이고 공개적인 제노사이드를 선동한 것으로] 직접적으로 제노사이드를 선동하지 않는 증오 발언에 대해 책임이 있다고 판단하지 않는다. 또한 항소재판부는 모든 증오 발언이 제노사이드에 대한 직접적인 선동을 구성하지 않는다는 입장을 취하며, 따라서 증오, 차별과 폭력 선동에 대한 법리해석이 제노사이드에 대한 직접적인 선동을 구성하는 요소를 판단하는 문제에도 직접적으로 적용되는 것은 아니라고 판단한다..."

59. 2007. 2. 26. 판결에서(Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*), Judgment, I.C.J. Reports 2007, p.43), 국제사법재판소("the ICJ")는 다음과 같이 주목했다:

"(8) 제노사이드를 자행하려는 의도에 관한 질문

186. 재판소는 제노사이드 협약 제2조에서 정의된 제노사이드는 '행위'와 '의도'로 구성된다는 점을 주목한다.

(a) 한 집단의 구성원을 살해하는 행위

(b) 한 집단의 구성원에게 심각한 신체적 혹은 정신적 위해를 가하는 행위

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

(c) 한 집단의 전체적 혹은 부분적인 파괴를 목적으로 집단의 생활 조건에 고의적인 영향을 미치는 행위

(d) 한 집단의 출산을 막기 위한 의도적인 조치를 강요하는 행위

(e) 한 집단의 어린이들을 다른 집단으로 강제로 이주시키는 행위"

위와 같은 행위들은 정신적 요소를 포함한다는 것을 잘 보여준다. '살해'는 '심각한 신체적 혹은 정신적 위해를 가하는 행위'와 같이 의도적이어야 한다. 정신적인 요소는 제II조의 문단 (c)와 (d)에서 "영향을 미치는", "강요하는"과 같은 표현과는 전혀 별개로 "고의적인", "의도적인"과 같은 단어에 의해 명백히 드러나며, 강제 이주 또한 고의적인 행위여야 한다. 국제법위원회(International Law Commission, ILC)의 표현에 따르면, 이와 같은 행위는 계획적, 의도적, 자의적인 특성을 지닌다(Commentary on Article 17 of the 1996 Draft Code of Crimes against the Peace and Security of Mankind, ILC Report 1996, Yearbook of the International Law Commission, 1996, Vol. II, Part Two, p.44, para. 5).

187. 이러한 정신적 요소뿐만 아니라, 제II조는 더 많은 정신적 요소를 요구한다. 제II조에서는 '전체적 혹은 부분적인 파괴를 목적으로'와 같은 조건을 명시하고 있다. 예를 들어, (a)에서 명시된 집단의 구성원을 의도적으로 살해하는 행위를 넘어 추가적인 의도가 반드시 있어야 하며, 이에 대해 매우 자세하게 정의되어 있다. 이는 특별한 또는 특수한 의도, 혹은 dolus specialis 라고 불린다. 이 판결에서는 '특정 의도(specific intent, dolus specialis)'로 정의하겠다. 특정 집단 구성원들이 범죄의 대상이 되는 이유로, 그 구성원들이 그 집단에 속한다는 이유만으로는 특수한 의도가 될 수 없다. 행위자가 차별하고자 하는 의도가 있어야 한다. 더 많은 조건이 충족되어야 하는데, 제II조에서 명시된 행위는 반드시 전체적 혹은 부분적인 파괴를 목적으로 이루어져야 한다. '이와 같은 행위(as such)'라는 표현은 특정 집단을 파괴할 목적을 강조한다.

188. 특정 의도와 이를 충족하는 특정 요건은 제노사이드가 반인도적 범죄와 박해와 같은 다른 연관된 범죄 행위와 같은 맥락에서 해석될 때 특히 강조된다. 이와 관련하여, 구유고슬라비아 국제형사재판소(이하 'ICT') 재판부는 *Kupreškić et al.*사건에서 다음과 같이 판단했다:

'박해에 대한 범죄의 고의적 요건은 제노사이드의 고의적 요건보다는 그 수준이 낮지만 반인도적 범죄보다는 더 높은 수준을 요구한다. 이에 대해 재판부는 반인도적 범죄와 같은 박해는 제노사이드와 같은 범죄라는 것을 강조하고자 한다. 박해와 제노사이드 모두 특정 집단 구성원을 대상으로, 해당 집단에 소속되었다는 이유로 자행된 범죄이다. 박해와 제노사이드의 범위에서 중요한 것은 차별하고자 하는 의도에 있다. 민족적, 인종적, 혹은 종교의 특성을 이유로 한 공격행위(박해의 경우에는 정치적 소속 또한 포함)와 같은 것이

다. 박해의 경우에는 차별의 의도가 다양한 비인간적 형태로 나타날 수 있으며 살인을 포함해 범죄 행위가 매우 다양하다는 점이 명백한 특징이다. 제노사이드의 경우, 전체 또는 부분적으로 희생자들이 속한 집단을 파괴하고자 하는 의도를 동반해야 한다. 고의적인 의도로 보자면, 제노사이드가 가장 극단적이고 비인간적인 형태의 박해라고 볼 수 있을 것이다. 다르게 말하면, 박해가 한 집단 전체 또는 일부를 파괴하고자 하는 의도를 가지고 극단적인 형태로 나타나는 경우 제노사이드에 해당한다고 볼 수 있을 것이다.' (IT-95-16-T, 판결, 2000년 1월 14일 문단 636).

60. 동일한 판결에서, ICJ는 수많은 자료들이 있었음에도 불구하고 '구유고슬라비아 국제형사재판소("ICTY")에서 스레브레니차(Srebrenica) 집단학살을 제노사이드로 규정하는 결론을 내도록 한 사실의 근거를 기초로 했다(IT-95-16-T, 2000년 1월 14일 결정;, para.636.).

61. 2015년 2월 3일 판결(Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide(*Croatia v. Serbia*)(http://www.icj-cij.org/docket/files/118/18422.pdf, 2015년 6월 5일에 마지막 접속)에서, ICJ는 특히 ICTY가 발견한 사실의 근거에 중점을 두고 양 측에서 제출한 수많은 서면 또는 구두 증거자료들을 검토했으며, 크로아티아에 대항하는 유고슬라비아 인민군과 세르비아 군대에 대해 특정한 패턴의 행동이 있었음을 발견해냈다(판결문 문단 407-16). 그러나 이러한 무력행위가 발생한 맥락과 기회 등을 고려하여 ICJ는 크로아티아군의 전체 또는 일부를 파괴하고자 하는 의도와, 또한 유고슬라비아 국군과 세르비아 군대는 특정 의도를 가지고 제노사이드 협약 제II조 (a)와 (b)항의 행위를 저지른 것이 아니라는 점만을 추론해냈다는 점에서 궁극적으로 이를 인정하지 않았다. 이를 기반으로, ICJ는 크로아티아의 제노사이드 범죄 혐의는 입증되지 못한 것으로 결론을 내렸다(판결문 문단 417-41). ICJ는 크로아티아가 저지른 크라이나(Krajina) 지역 세르비아인 학살이 제노사이드임을 주장하는 세르비아의 맞고소 또한 제노사이드를 충족하는 특정 의도가 있었다는 점이 입증되지 않았다는 이유로 같은 결론을 내렸다(판결문 500-15).

2. 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약

62. 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약("CERD")(660 UNTS 195)은 1965년 12월 21일 유엔총회에 의해 채택되었고 1966년 3월 7일부터 회원국 가입이 시작되었으며, 1969년 1월 4일 발효되었다. 스위스는 1994년 11월 29일 협약에 가입했고 1994년 12월 29일부터 발효되었다(1841 UNTS 337). 관련 조항은 다음과 같다:

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

제1조

"1. 이 협약에서 "인종차별"이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다.

..."

제2조

"1. 체약국은 인종차별을 규탄하며 모든 형태의 인종차별 철폐와 인종간의 이해증진 정책을 적절한 방법으로 지체없이 추구할 책임을 지며 이 목적을 위하여:

...

(d) 각 체약국은 어느 인간, 집단 또는 조직에 의한 인종차별을 해당 사정에 따라 입법을 포함한 모든 적절한 수단으로써 금지하고 종결시키며;

..."

제4조

"체약국은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 체약국은 이같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 체약국은:

(a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 의법처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 의법처벌해야 하는 범죄로 선언한다.

(b) 인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시킨

다. 그리고 이러한 조직이나 활동에의 참여를 의법처벌하는 범죄로 인정한다.

...

제5조

"제2조에 규정된 기본적 의무에 따라 체약국은 특히 아래의 제 권리를 향유함에 있어서 인종, 피부색 또는 민족이나 종족의 기원에 구별없이 만인의 권리를 법 앞에 평등하게 보장하고 모든 형태의 인종차별을 금지하고 폐지할 의무를 진다.

...

(d) 기타의 민권 특히

...

(viii) 의견과 표현의 자유에 대한 권리

..."

제6조

"체약국은 권한 있는 국가법원 및 기타 기관을 통하여 본 협약에 반하여 인권 및 기본적 자유를 침해하는 인종차별행위로부터 만인을 효과적으로 보호하고 구제하며 또한 그러한 차별의 결과로 입은 피해에 대하여 법원으로부터 공정하고 적절한 보상 또는 변제를 구하는 권리를 만인에게 보증한다."

63. CERD에 가입할 때 스위스는 제4조에 대해 다음과 같이 유보하였다(1841 UNTS 337):

"스위스는 그중에서도 특히 세계인권선언에서 규정된 의견의 자유와 결사의 자유를 적절히 고려하여, 제4조의 이행에 필요한 입법 조치를 취할 권리를 유보한다."

64. 1997년 3월 14일 제출한 CERD 정부 보고서(UN Doc. CERD/C/270/Add.1)의 문단 71에서, 스위스는 표현의 자유를 행사함을 통해 얻는 공익은 인격의 보호를 받을 권리를 가지는 희생자들을 차별로부터 보호함으로써 얻는 이익보다 크지 않다고 주장했다. 이러한 이유로 스위스 형법 제261조의2 제4항(문단 32 참조)은 CERD에서 이에 대한 금지를 명시하지 않았음에도 이러한 차별행위에 대해 처벌할 수 있도록 명시하고 있다. 나치 정권이 자

행한 범죄 부인 또는 정당화 시도, 그리고 좀 더 일반적인 범위에서 제노사이드를 부정 또는 축소하려는 행위에 대해서도 동일하게 금지했다.

65. 2001년 5월 22일 제출한 세 번째 CERD 정기 보고서(UN Doc. CERD/C/351/Add.2) 문단 102와 109에 따르면, 스위스 형법 제261조의2 제4항이 적용된 최초 판결(ATF 123 Ⅳ 202)에서, 스위스 연방법원은 이 규정이 공공질서 만이 아니라 개인의 존엄도 보호한다고 판시하였다. 그러나 공공질서는 인간의 존엄성을 보호하기 위한 결과로서, 간접적으로만 보호된다는 것이 핵심이었다.

66. CERD의 이행을 모니터링하는 독립 전문가들로 구성된 기구인 유엔 인종차별철폐위원회는 1997년 독일과 벨기에의 홀로코스트 부인에 관한 법률에 대해 모든 제노사이드를 포괄할 수 있도록 그 범위를 확장하지 않은 것에 대해 비판하면서(UN Doc. A/52/18(Supp), 문단 217 및 226), 2013년 9월 26일 인종에 관한 증오 발언에 대한 일반논평 no.35 문단 14 및 15에서 다음과 같이 언급했다(UN Doc. CERD/C/GC/35)(각주 생략):

> "국제법에 의해 정의된 바와 같이, 제노사이드 범죄나 반인도적 범죄를 공개적으로 부정하거나 이를 정당화하려는 시도가 명백히 인종적 폭력이나 증오의 선동에 해당한다면, 법률에 의해 처벌되는 범죄로 규정되어야 한다. 위원회는 또한 '역사적인 사실에 대한 의견의 표현'이 금지되거나 처벌받지 않아야 한다는 것을 강조한다.
>
> 15. CERD 제4조가 어떤 행동의 형태가 법률로 처벌될 수 있는 범죄라고 규정되어야 하는지를 명시하고 있으나, 형법상 범죄행동의 구성 요건에 대한 구체적인 지침을 제공하지는 않는다. 법률로 처벌되는 범죄로써 배포와 선동의 구성요건과 관련하여, 위원회는 다음과 같은 맥락적 요소를 고려하고자 한다:
>
> - 발언의 내용과 형식: 발언이 충동적이고 직접적인지 아닌지, 발언이 구성되고 배포된 형식, 그리고 발언의 전달 형태
>
> - 해당 발언이 만들어지고 배포된 당시 일반적으로 만연했던 경제적, 사회적, 그리고 정치적 환경(이러한 환경에는 원주민을 포함하여 민족 또는 다른 집단에 대한 차별의 형태를 포함함). 한 맥락속에서 무해하거나 중립적인 담론이 다른 맥락에서는 위험한 중요성을 띨수 있다: 제노사이드를 판단하는 지표에 대하여 위원회는 인종주의적 증오 발언의 의미와 잠재적인 효과를 평가하는데 있어서 지역성을 강조했다.
>
> - 사회에서 발언자의 위치나 지위 그리고 그 발언을 듣는 청중의 위치나 지위. 위원회는 지속적으로 정치인이나 다른 여론 형성자들이 협약에 의해 보호되는 집단들에 대해 부정적인 발언을 하는 것에 대해 주의를

기울여왔으며, 이들에게 상호 문화의 이해와 조화의 증진을 위해 긍정적인 영향력을 행사해줄 것을 권고해왔다. 위원회는 정치적 문제에서 표현의 자유가 특별히 중요하다는 것을 알고 있으며, 또한 표현의 자유의 행사에는 특별한 의무와 책임이 수반된다는 것도 잘 알고 있다.

- 청중의 특성과 전달 방식을 포함한 발언의 도달: 해당 발언이 주류 미디어나 인터넷을 통하여 전파되는지 여부 그리고 통신의 빈도와 범위, 특히 반복적으로 민족적 그리고 인종적 집단을 향하여 위험한 적대감을 만들기 위한 의도적인 전략이 있음을 암시할 때

- 발언의 목적: 개인이나 집단의 인권을 보호하거나 방어하는 표현이 형벌이나 다른 제재의 대상이 되지 않아야 한다."

3. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약

67. 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약("ICCPR")(999UNTS 171)은 1966년 12월 16일 채택되었으며, 1966년 12월 19일부터 서명을 위해 공개되었으며, 실질 규정은 1976년 3월 23일 발효되었다. 스위스는 1992년 6월 18일 가입했으며 1992년 9월 18일부터 발효되었다(1678 UNTS 394). 관련 규정은 아래와 같다:

제19조

"1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.

2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경과 관계없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.

3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

(a) 타인의 권리 또는 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호"

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제20조

"1. 전쟁을 위한 어떠한 선전도 법률에 의하여 금지된다.

2. 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다."

68. 1992년 스위스의 ICCPR 가입과 관련하여, 스위스 정부는 당시 스위스 형법이 규약 제20조 제2항에 명시된 내용의 일부만 포함하고 있어 해당 조항에 대해 유보할 필요가 있다고 판단했다. 그러나 스위스 정부는 이어 새로운 형법이 스위스의 CERD 가입 당시 유보한 조항(문단 62 참조)을 염두에 두고 구상되었다는 점에 주목했다. 그리고 스위스 형법 제261조의2(문단 32 참조)가 발효되면 협약 유보를 철회할 수 있을 것이라는 점 또한 주목했다(FF 1991 Ⅰ 1129-85, pp.1139-40).

69. 해당 유보의 내용은 다음과 같다(1678 UNTS 395):

"스위스는 1966년 CERD 가입과 관련하여 제20조 제2항의 요건을 포함하는 형법 규정을 제정하는 권리를 유보한다."

70. 해당 유보는 1995년 10월 16일, 해당 조항이 즉각 발효됨에 따라 철회되었다(1891 UNTS 393).

71. 제102차 회기(2011)에서 각국의 ICCPR의 이행을 점검하는 독립 전문가들로 구성된 기구인 유엔인권이사회는 규약 제19조와 관련된 일반논평 제34번을 채택했다(CCPR/C/GC/34). 이 논평은 다음과 같다(각주 생략):

"**의견의 자유**

9. 제19조 제1항은 간섭없이 의견을 가질 권리의 보호를 요구한다. 이것은 규약이 예외나 제한을 허용하지 않은 권리이다. 의견의 자유는 언제든 그리고 무슨 이유에 의해서든 어떤 사람이 자유롭게 선택한 의견을 바꿀 수 있는 권리로도 확장된다. 그 누구도 자신의 의견으로 인해 규약에서 명시한 권리가 침해되어서는 안된다. 정치, 과학, 역사, 도덕 또는 종교적 성격의 의견을 포함하여 모든 형태의 의견은 보호된다. 특정 의견을 가지고 있다는 이유로 범죄화하는 것은 규약 제1항에 위배된다. 특정 의견을 가지고 있다는 이유로 체포, 감금, 재판, 또는 투옥을 포함하여 누군가를 괴롭힘, 협박, 낙인화하는 것은 제19조 제1항에 위배된다.

10. 어떠한 의견을 가지고 있거나 가지고 있지 않은 것을 강요하기 위한 어떤 형태의 노력도 금지된다. 어떤 사람의 의견을 표현하는 자유는 필연적으로 의견을 표현하지 않을 자유 또한 포함한다.

표현의 자유

11. 제2항은 가입국이 국경과 무관하게 모든 종류의 정보와 생각을 구하고 받고 나눌 권리를 포함하여, 표현의 자유를 보장할 것을 요구한다. 이 권리는 제19조 제3항과 제20조의 적용을 받는, 다른 사람들에게 전달할 수 있는 모든 형태의 생각과 의견의 통신을 받는 것과 표현하는 것을 포함한다. 이는 정치적인 대화, 그 자신과 공적인 일에 대한 비평, 권유, 인권의 토론, 저널리즘, 문화적 그리고 예술적 표현, 가르침 그리고 종교적인 대화를 포함하며, 상업적인 광고도 포함할 수 있다. 제2항의 범위는 심지어 심히 공격적인 것으로 간주될수 있는 표현조차도 포괄하나 이러한 표현은 제19조 제3항과 제20조에 따라 제한될 수도 있다.

...

제19조 제3항의 적용

...

28. 제3항에 명시된 제한을 위한 정당한 근거 중 첫 번째는 다른 사람들의 평판 또는 권리에 대한 존중을 위한 것이다. '권리'라는 개념은 규약 및 일반적인 국제인권법에서 명시한 인권을 포함한다. 예를 들면 제17조 권리뿐만 아니라 제25조 투표권을 보호하기 위하여 표현의 자유를 제한하는 것은 적법할 수 있다(문단 37 참조). 해당 권리의 제한은 매우 유의해야 한다: 공포 또는 위협을 유발하는 형태의 표현으로부터 유권자들을 보호하도록 해당 표현을 제한하더라도 정치적 논쟁을 저해해서는 안 된다. 예를 들어, 비강제 투표에 대한 보이콧 운동 등이 이러한 정치적 논쟁에 포함될 수 있다. 그리고 '다른 사람들'이란 개인과 한 공동체의 구성원을 포함하는 개념이다. 예를 들면 종교적 또는 민족적 공동체의 개인 구성원을 지칭할 수 있다.

29. 두 번째 정당한 근거는 국가안보의 보호나 공공질서 혹은 공공건강이나 도덕의 보호이다.

...

35. 체약국이 정당한 근거에 의해 표현의 자유의 제한을 제기할 때, 특히 제한하려는 표현과 위협 사이의 직접적이고 즉각적인 관련성을 증명함으로써 해당 표현이 가진 구체적이고 개별적으로 명백한 위협의 특성과 제한의 필요성 및 비례성을 입증해야 한다.

36. 유엔인권이사회는 주어진 상황에서 각 체약국이 표현의 자유를 제한할 필요성이 있었는지에 대해 평가할 권한을 스스로 가진다. 관련하여 위원회가 자유의 범위에 대해 '재량의 여지'를 참조하여 판단하지 않는다는 점을 밝히고 있다. 또한, 위원회가 이러한 기능을 수행할 수 있도록, 체약국은 제한하고자 하는 해당

표현이 가진 명백한 위협의 특성이 제3항에서 명시한 표현의 자유 제한의 근거에 해당한다는 점을 구체적인 방식으로 입증해야 한다.

...

특정 영역에서 표현의 자유에 대한 제한의 한정적인 범위

...

49. 역사적 사실에 대한 의견의 표현을 처벌하는 법률은 의견과 표현의 자유에 대한 존중과 관련하여 규약이 체약국에게 부여한 의무와 양립할 수 없다. 규약은 잘못된 의견 혹은 과거 사건의 부정확한 해석에 해당하는 표현들을 일반적으로 금지하는 것을 허용하지 않는다. 의견의 자유에 대한 권리를 제한하는 것은 결코 허용되어서는 안 된다. 또한 표현의 자유의 경우 제3항에서 허용하는 범위 또는 제20조에서 요구하는 범위를 초과해서는 안 된다.

제19조와 제20조 사이의 관계

50. 제19조와 제20조는 양립 가능하며 서로 보완한다. 제20조에서 규정된 행동들은 제19조 제3항에서 명시한 제한에 모두 해당한다. 이와 같이 제20조에 따라 정당화되는 제한은 제19조 제3항과도 양립 가능해야 한다.

51. 제19조 제3항의 제한에 해당하는 행위와 제20조에서 규정된 행위를 구분하는 것은 규약이 체약국에 제20조에 명시된 행위에 대해 법률로 금지하라는 요구하는 것을 의미한다. 그래야만 제20조가 특별법으로서 제19조보다 우선될 수 있다.

52. 제20조에서 명시한 특정 형태의 표현에 한해서만 체약국은 법적인 금지 조치를 할 수 있다. 표현의 자유를 제한하는 모든 사건에 대해 체약국은 제한을 정당화할 수 있는 근거를 제시하고 해당 조치가 제19조를 확실히 준수하는 것임을 증명할 필요가 있다.

72. 2012년 9월 7일, 유엔총회에 제출된 보고서(의견과 표현의 자유에 대한 권리의 증진과 보호, UN Doc. A/67/357)를 통해, 의견과 표현의 자유에 대한 권리의 증진과 보호에 대한 유엔 특별보고관은 "국제 기준과 규범에 모순되는 국내 법체계"와 관련된 장 제55항에서 다음과 같이 언급하였다:

"역사적인 사건들은 공개적으로 토론될 수 있어야 하며, 유엔인권이사회가 언급한 바와 같이, 역사적 사

실에 대한 의견의 표현을 처벌하는 법률은 의견과 표현의 자유와 관련하여 ICCPR이 체약국에게 부과한 의무와 양립할 수 없다. 체약국이 작가, 언론인, 시민들에게 정부가 승인한 형태의 사건에 대해서만 표현할 수 있도록 한다면, 이는 표현의 자유를 공식적 형태의 사건에 종속되도록 하는 것이다."

73. 2013년 7월 1일, 유엔인권이사회에 제출된 보고서(UN Doc. A/HRC/24/38)에서, "민주적이고 공정한 국제적 질서의 증진을 위한 유엔 독립 전문가"는 문단 56(e)에서, 가입국들은 "ICCPR 제18조 및 제19조와 양립할 수 없는 입법, 그 중에서도 특히 정치적이고 역사적 사건들에 대한 공개 토론을 저해하는 기념법률(memory law, 역사적 사건에 대한 해석을 지배하는 법률) 및 법률을 폐지해야"한다고 권고했다. 그는 2013년 8월 7일 유엔총회에 제출한 보고서(UN Doc. A/68/284) 69(j)항에서도 유사한 권고를 하였다.

B. 관련 유럽평의회 협약 및 문서

1. 사이버범죄에 관한 협약 추가 의정서

74. 사이버범죄에 관한 협약 추가의정서는, 컴퓨터 시스템을 통해 발생한 인종주의 및 외국인 혐오 성격의 행위에 대한 범죄화에 관한 의정서로(유럽 규약 시리즈 189번, 2466 UNTS 205), 2003년 1월 28일 서명을 위해 공개되었으며 2006년 3월 1일 발효되었다. 본 추가의정서에 유럽평의회 47개 회원국(캐나다와 남아프리카공화국 또한 추가) 중 36개국이 가입했으나, 단지 24개국만이 비준하였으며 이들 중 3개국(덴마크, 핀란드, 노르웨이)은 제6조 제2항에 의해 제6조 제1항(문단 75, 76 참조)에서 명시한 전부 또는 일부 행위를 범죄화하는 입법을 유보하였다. 스위스는 2003년 10월 9일 추가의정서에 가입했으나 비준하지는 않았으며, 추가의정서는 제10조 제2항에 의거하여 발효되지 않았다.

75. 추가의정서 제6조는 "제노사이드 또는 반인도적 범죄 부정, 심한 축소, 찬성 혹은 정당화"를 주제로 다루고 있으며 다음 내용을 명시하고 있다:

"1. 각국은 다음 행위가 의도적으로, 권한없이 자행되었을 때 국내법상 범죄로 처벌할 수 있도록 입법 조치를 취해야 한다:

1945년 8월 8일 런던 협정에 의해 설립된 국제군사재판소의 결정 또는 당사국이 인정한 이와 유사한 성격의 국제 재판소에 의해 인정된 국제법에 의해 규정된 바와 같이, 제노사이드 또는 반인도적 범죄를 부정하거나 과도하게 축소하거나, 승인하거나 또는 정당화하는 자료를 컴퓨터 시스템을 통해 대중에게 배포하거나

활용할 수 있도록 하는 행위

2. 가입국은

(a) 이 조항의 제1항에 명시된 부정이나 과도한 축소가 인종, 피부색, 혈통 혹은 국가나 민족 출신 또는 종교를 이유로 또는 이를 구실로 개인 또는 집단에 대한 증오, 차별 혹은 폭력을 선동할 의도로 자행된 것으로 그 범위를 규정할 수 있다.

(b) 또는 전체적으로 혹은 부분적으로 이 조항 제1항을 적용할 권리를 행사할 수 있다."

76. 추가의정서의 주석보고서의 관련 내용은 다음과 같다(각주 생략):

"39. 최근 각국 법원에서는 특히 제2차 세계대전(특히 홀로코스트) 시기에 일어난 심각한 범죄의 발생을 부정하거나, 과도하게 축소하거나, 승인하거나 또는 정당화하려는 의도를 가지고 의견이나 이론을 주장하는 것과 관련된 다양한 사건을 다루었다. 해당 사건들의 행위의 동기는 자주 과학적 연구를 명분으로 했는데, 이 또한 홀로코스트를 일으킨 정치적 동기를 지지하거나 선동하는 것을 목표로 하는 동기에서 비롯된 것이었다. 또한 이러한 행위는 컴퓨터 시스템을 통한 행위를 포함하여 인종주의 및 외국인혐오 집단에게 영감을 주었을 뿐만 아니라, 자극하고 장려했다. 이러한 주장의 표현은 사건의 희생자들뿐만 아니라 유족들을 모욕하는 행위이며, 궁극적으로는 인류 공동체의 존엄을 위협하는 행위이다.

40. 제6조는 제3조와 유사한 구조를 가지고 있는데, 이 문제에 대해 규정하고 있다. 이 조항 초안의 작성자들은 국제법 및 1945년 8월 8일 런던 협정에 의해 설립된 국제군사재판소의 결정에 의해 정의된 제노사이드 또는 반인도적 범죄를 부정하거나 과도하게 축소하거나, 승인하거나 또는 정당화하는 표현을 범죄로 규정하는 것이 중요하다는 데 동의했다. 이는 제노사이드와 반인도적 범죄로 가장 중요하게 인식되고 인정된 사건이 1940년에서 1945년 사이에 일어났기 때문이다. 그러나 초안 작성자들은 그 이후로 일어난 제노사이드 및 반인도적 범죄가 인종주의적이고 외국인혐오적 성격을 지닌 의견과 이론에 의해 강력하게 동기 부여된다는 점을 인식했다. 따라서 이들은 이 조항의 적용범위에 대해 단지 제2차 세계대전 당시 나치 정권에 의해 일어난 범죄 및 뉘른베르크 재판에서 규정된 범죄로만 국한해서는 안되며, 관련 국제 법률 제도(유엔안전보장이사회 결의, 다자조약 등)에 따라 1945년 이후 설립된 국제 법률 재판소에 의해 인정된 제노사이드와 반인도적 범죄까지 적용되어야 한다고 생각했다. 이러한 국제 법률 재판소에는 구유고슬라비아 국제 형사재판소, 르완다 국제형사재판소 및 상설 기구인 국제형사재판소가 해당될 수 있을 것이다. 이 조항은 재판소의 관할이 이 추가의정서에 서명을 한 가입국에 의해 승인되는 범위에서 미래 국제재판소의 최종적이고 구속력있는

결정을 언급하는 것을 허용한다.

41. 이 조항은 혐오스러운 이론이나 의견을 지지하기 위한 의도로 역사적으로 올바른 것으로 인정된 사실이 부정되거나 과도하게 축소되거나, 승인 혹은 정당화될 수 없다는 것을 명확하게 하기 위한 목적으로 규정되었다.

42. 유럽인권재판소는 홀로코스트와 같은 명백히 확립된 역사적 사실에 대한 부정이나 수정이 ECHR의 제17조에 의해 제10조의 보호를 받을 수 없다는 점을 명확히 해왔다(관련하여 1998년 9월 23일 *Lehideux and Isorni*판결 참고).

43. 제6조 제2항은 가입국이 (i) 선언을 통하여, 제6조 제1항에서 언급된 부정이나 과도한 축소가 인종, 피부색, 혈통 혹은 국가나 민족 출신 또는 종교를 이유로 또는 이를 구실로 개인 또는 집단에 대한 증오, 차별, 혹은 폭력을 선동할 의도를 가지고 자행된 것으로 범위를 규정하거나 또는 (ii) 이 조항의 전부 또는 일부를 적용하지 않는 것을 허용함으로써 이 조항의 적용에 대한 가입국의 유보를 허용한다."

2. 각료위원회 결의안(68)30

77. 1968년 10월 31일, 유럽평의회 각료위원회는 결의안(68)30을 채택했다. 결의안은 유럽평의회 회원국을 대상으로 (a) CERD 가입을 하지 않은 회원국은 CERD에 가입 및 비준할 것과, (b) 협약 비준 시 "해석 성명(an intepretative statement)을 통해 협약에서 명시된 권리의 중요성을 강조할 것"을 권고했다.

3. "증오 발언"에 대한 각료위원회 권고 97/20

78. 1997년 10월 30일, 유럽평의회 각료위원회는 "증오 발언"에 대하여 권고 97/20을 채택했으며, 그 내용은 다음과 같다:

"유럽평의회의 목표가 회원국 간의 화합 증진임을 고려하여 특히 공통의 유산인 이상과 원칙들을 보호하고 실현할 목적을 위하여;

1993년 10월 9일 비엔나에서 채택된 유럽평의회 회원국 정부와 정상 선언을 상기하며;

비엔나 선언이 현재 인종주의, 외국인혐오 그리고 반유대주의 그리고 불관용이 현재 다시 퍼지고 있는 것에 깊은 우려를 표했으며 인종 증오, 폭력, 차별의 선동을 구성하는 모든 관념, 정책 및 사례뿐만 아니라 다른 인종, 민족, 국가, 종교 또는 사회적 배경을 가진 집단 간 공포와 긴장을 심화시킬 가능성이 있는 모든 행위와 언어의 대항에 착수하는 것을 포함하고 있음을 상기하며;

1982년 4월 29일 채택된 표현과 정보의 자유에 관한 선언에서 표현된 바와 같이 표현과 정보의 자유에 대한 깊은 믿음을 재확인하며;

대중매체 정책에 관한 제4차 유럽 각료 컨퍼런스에서 채택된(1994년 12월 7~8일, 프라하) 민주사회에서의 미디어에 관한 선언과 비엔나 선언에 따라, 민주적 안보, 문화적 화합과 다원주의를 훼손하는 인종 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 및 모든 형태의 불관용을 선동하는 모든 형태의 표현을 규탄하며;

해당 표현들은 미디어를 통해 전파될 때 더욱 심각한 영향을 미친다는 점에 주목하며;

해당 표현들에 대한 대항의 필요성은 긴장의 상태, 전쟁 시기 및 무장 충돌의 상황에서 더욱 시급하다는 점을 믿으며;

대부분 미디어가 그러한 표현의 형태들에 대하여 비난 받을 수 없다는 것을 인정하는 반면 이러한 표현의 형태들을 해결하는 방법에 대하여 가입국 정부를 위하여 가이드라인을 제시하는 것이 필요하다는 것을 믿으며;

유럽인권협약 제10조와 제17조 하에서 협약의 기관들의 판례와 국경을 초월하는 TV에 관한 유럽협약의 제7조 제1항을 마음에 새기며;

인종적, 국가적 그리고 종교적 증오 선동에 반대하기 위해 취해진 수단에 대한 각료위원회의 결의안 (68)30과 모든형태의 인종차별철폐 유엔협약을 고려하며;

모든 가입국들이 이 협약에 서명하고 비준한 것은 아니며, 그리고 국가입법의 수단에 의해 그것을 실행하지 않은 것을 주목하며;

민주주의를 수호할 목적으로 민주주의를 훼손할 위험을 피하기 위해, 표현의 자유와 인종주의와 불관용에 대한 대항 간의 대립을 조율할 필요성을 인식하며;

미디어의 편집 상의 독립과 자율성을 충분히 존중할 필요 또한 인식하며,

회원국에 다음과 같이 권고한다:

1. 이 권고에 포함된 원칙에 근거하여 증오 발언에 대항하기 위한 적절한 조치를 취할 것;

2. 이러한 조치가 증오 발언 현상의 포괄적 접근(이는 또한 사회적, 경제적, 정치적, 문화적, 그리고 다른 근본원인을 목표로 한다)의 한 형태임을 확실히 할 것;

3. 인종적, 민족적 그리고 종교적 증오 선동에 대항하기 위한 수단과 관련된 각료위원회의 결의안(68)30에 따라, 모든 형태의 인종차별 철폐협약에 가입하지 않은 회원국은 협약에 가입 및 비준하며, 국내법상 이를 효과적으로 시행할 것;

4. 이 권고의 부록에서 제시하는 원칙에 부합하는지를 확실히 보장하기 위해 국내법과 사례를 검토할 것."

79. 권고의 부록에서는 "'증오 발언'을 인종에 대한 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 혹은 불관용에 근거한 다른 형태의 증오를 확산시키고, 선동하고, 심화시키거나 정당화하는 모든 표현형태를 포괄하는 것으로서 정의했다. 이는 공격적인 민족주의 그리고 자민족중심주의, 소수자와 이주민, 이주 배경을 가진 사람들에 대한 차별과 적대감을 포함한다." 부록에서는 증오 발언에 적용되는 많은 원칙들을 제시하였다. 관련 내용은 아래와 같다;

제2원칙

"회원국 정부는 각 사건에서 행정부와 사법부가 표현의 자유와 인간의 존엄에 대한 존중 및 다른 사람들의 평판 혹은 권리의 보호를 적절히 조율할 수 있는 증오 발언에 대한 민사, 형사, 행정적 법률 규정으로 구성된 적절한 법 체계를 확립 및 운영해야 한다.

이를 위해 회원국 정부는 다음와 같은 방법과 수단을 검토해야 한다:

- 기존 법률과 법적 관행의 효과성에 대한 연구를 장려하고 관장할 것;

- 다양한 새로운 미디어와 정보통신 서비스 및 네트워크에 적절히 적용될 수 있도록 기존 법 체계를 검토할 것;

- 이 권고에서 제시된 원칙을 존중하는 국내 지침을 기초로 한 조정된 기소 정책을 발전시킬 것;

- 가능한 형사제재의 범위에 사회봉사 명령을 추가할 것;

- 민법을 통한 증오 발언에 대항할 수 있는 기회를 확대할 것. 예를 들어, 관련 비정부기구에게 민사소송을 취할 수 있도록 허용하고 증오 발언의 희생자들에 대한 보상을 제공하며, 희생자들이 증오 발언에 대항 또는 철회를 요구할 수 있는 권리를 허용하는 법원 명령 방안을 제공하는 것 등이 있음.

- 증오 발언에 적용되는 법률규정에 대한 정보를 대중과 미디어 전문가들에게 제공할 것."

제3원칙

"회원국 정부는 제2원칙에서 명시한 법률 체계에 대하여, 표현의 자유에 대한 제한이 객관적인 기준에 따라 법률적이고 비자의적으로 엄격하게 제한되고 적용된다는 것을 확실히 해야 한다. 또한 법의 지배의 기본적 요구에 따라, 표현의 자유의 한계 혹은 표현의 자유에 대한 제한은 독립적인 사법적 통제에 의해야 한다. 이는 특히 표현의 자유가 인간의 존엄성에 대한 존중과 다른 사람들의 평판과 권리의 보호 간 조율을 필요로 하는 사건의 경우 더욱 중요하다."

제4원칙

"국내법과 관습은 법원이 증오 발언의 특정 사건의 경우 유럽인권협약 제10조 표현의 자유에 관한 권리를 보장할 수 없을 정도로 개인 또는 집단에게 모욕을 줄 수 있다는 사실을 인정할 수 있도록 이를 허용해야 한다. 이는 증오 발언이 협약에 명시된 권리와 자유의 훼손을 목적으로 하거나, 협약에서 명시된 권리보다 더 큰 범위 내에서 그 제한을 목적으로 하는 경우다."

제5원칙

"국내법과 관습은 관할 검찰 당국이 재량권이 허용하는 한 증오 발언을 포함한 사건에 특별한 관심을 기울일 수 있도록 해야 한다. 이런 점에서 특히 당국은 범죄 제재의 부과가 일반적으로 그 자유에 대한 심각한 제한에 해당한다는 점에서 피의자의 표현의 자유에 대한 권리를 신중하게 고려해야 한다. 관할 법원은 증오 발언 범죄로 유죄판결을 받은 사람에 대해 형사 제재를 가할 때 비례의 원칙을 엄격히 준수해야 한다."

4. 인종주의와 불관용에 대항하는 유럽위원회 관련 자료

80. 유럽평의회의 산하기구로서 인종주의, 인종적 차별, 외국인혐오, 반유대주의 그리고 불관용주의에 대한 대응을 담당하는 반인종주의 및 불관용 유럽위원회("ECRI")는 2002년 12월 13일 인종주의와 인종차별에 대항하기

위한 국내법률에 관한 정책 권고 7번 제18(e)조(CRI(2003)8)에서, "제노사이드, 반인도적 범죄 또는 전쟁범죄의 자행을 공개적으로 부정, 축소하거나 정당화 또는 용인하는 행위가 인종주의에 기반하여 의도적으로 자행된 경우 이를 형사처벌해야 한다"고 권고하고 있다. 권고 주석보고서에서, 위원회는 제18(e)조에서는 "제노사이드, 반인도적 범죄 및 전쟁범죄"를 명시하고 있다고 언급했다. 제노사이드 범죄는 "제노사이드 협약 제2조 및 로마 규정 제6조에 명시된 제노사이드와 로마 규정 제7조와 제8조에서 명시한 반인도적 범죄 및 전쟁범죄"의 개념으로 해석되어야 한다.

81. 터키에 대한 제3차 모니터링 과정에서 2010년 12월 10일 채택된 보고서(CRI(2011)5)에서, 다음의 내용에 주목했다(각주 생략):

> "83. ... 현재 터키에 거주하는 다양한 소수자 집단들의 규모를 확인하는 것은 어렵다. 가장 최근에 공개적으로 활용가능한 공식적 자료는 2000년 자료이며 이는 모든 관련 집단들을 포괄하지 못하기 때문이다... 해당 자료에 따르면 터키에 있는 아르메니아 인구수는 50,000~93,500명으로 예측된다...
>
> ...
>
> 90. 재단의 재산에 대한 배상 문제뿐만 아니라, 아르메니아 소수자는 아르메니아어로 쓰인 교과서의 부족과 아르메니아어 교사의 부족으로 인해 소수자 언어 교육영역에서 어려움을 겪고 있다고 보고했다. 이는 자녀를 아르메니아인 학교에 보내는 부모의 수가 감소하는 결과를 야기했다. 또한 보고에 따르면, 일부 아르메니아인 부모들은 본인 또는 자녀들이 받을 위협이 두려워 아르메니아인 학교에 자녀를 보내는 것을 꺼린 것으로 나타났다. 위원회는 2008년에 교육부가 '금발의 신부: 아르메니아인 문제 뒤에 숨겨진 진실'이라는 제목의 선전용 다큐멘터리를 모든 초등학교에 배포 및 상영하라고 지시한 것에 주목한다. 해당 다큐멘터리는 대량학살의 핏빛 이미지를 보여주었고, 초등학생들은 다큐멘터리를 시청한 후에 어떻게 느꼈는지에 대하여 감상평을 쓰도록 했다. 교육부는 학부모들의 수많은 항의를 받은 이후에야 다큐멘터리의 배포를 중단했으나, 다큐멘터리 DVD는 수거되지 않았고 상영 여부는 학교별 결정에 맡겨졌다. 위원회는 해당 다큐멘터리의 배포와 상영이 좀 더 포용적이고 관용적인 사회를 건설하고자 하는 목적과 직접적으로 대치되는 행위라는 입장을 취했으며, 특히 해당 영상이 아동을 대상으로 배포 및 상영되었다는 점에 유감을 표시했다.
>
> 91. 위원회는 2009년 7월 23일, 교육부가 아르메니아인 학교들이 아르메니아어, 종교문화 및 윤리를 가르칠 교사를 임용하는 것을 승인한 것에 주목한다. 임용되는 교사들은 아르메니아인 배경을 가진 터키 국적자로 터키 교육위원회에 의해 인정된 학부로부터 필요한 교사 자격을 갖추어야 했다. 그들은 현직 연수를 받을 수 있다. 위원회는 터키와 아르메니아 사이의 발전된 관계가 아르메니아 소수자 학교에서 교사의 훈련과 교

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

과서의 공급과 같은 구체적인 문제들 중 일부를 풀기 위한 기회가 되기를 바랐다. 위원회는 현재 이러한 상황이 이상적인 것과는 거리가 먼 것처럼 보일수 있을지라도, 아르메니아 그 자체가 아르메니아어 교과서의 적절한 범위를 만드는 유일하고 실질적인 원천이라는 점을 주목한다.

...

137. ... 2007년 1월, 아르메니아-터키어 주간지인 Agos의 편집국장 흐란트 딩크가 암살당했는데, 그는 이전부터 암살 위협을 받았으며 터키 정부 당국도 이를 이미 알고 있었다고 한다.

이러한 구체적이고 심각한 수준의 폭력 행위 외에도 아르메니아인 학교, 기업인, 종교 기관들이 이메일, 편지, 전화 등으로 위협을 받고 있는 것으로 알려졌다.

...

142. ... 주요 정치인들의 발언 중에서도 특히 아르메니아인 제노사이드 주장과 관련된 발언은 정치적으로 민감한 문제를 언급할 때 상당한 주의를 기울이지 않으면 다시 상호 간의 분노와 불신이 심화될 수 있다는 것을 보여주었다.

...

151. ... 2008년 말부터 2009년 초까지... 유대인들이 운영하는 사업에 대한 불매운동이 전개되었고, 에스키셰히르 주(Eskişehir)에 있는 일부 상점에서는 유대인과 아르메니아인, 그리고 개는 출입할 수 없다는 경고문을 게시하였다. 한 언론에서 법무부가 더 이상 무엇을 기다리고 있는지를 해당 경고문의 사진과 함께 기사화하자, 그제서야 법무부는 행동을 취했다."

C. 관련 유럽연합 법률

82. 형사법의 수단에 의해 인종주의와 외국인 혐오의 표현과 어떤 형태들과 투쟁하는 것에 대한 유럽연합(EU) 이사회의 2008년 11월 28일 2008/913/JHA 프레임워크 결정(Framework Decision)에서는 인종주의와 외국인혐오를 포함하는 범죄들에 대한 EU 회원국의 국내법과 관련된 목표를 제시하였다.

83. 해당 프레임워크 결정은 2001년 11월 EU 집행위원회에 의해 최초로 제안되었고(인종주의와 외국인 혐오에 대한 투쟁에 대한 위원회 프레임워크 결정을 위한 제안, COM(2001) 664 final, OJ C 75 E, 2002년 3월 26일,

pp.269-73), 2008년 11월 28일 EU 이사회에 의해 채택되었으며, 2008년 12월 6일 발효되었다. 해당 결정 제10조 제1항에 의하면, EU 회원국은 2010년 11월 28일까지 해당 결정의 내용을 적용하는 데 필요한 수단을 취해야 한다.

84. 해당 결정의 내용은 아래와 같다:

"...

(6) 회원국은 인종주의와 외국인 혐오에 대항한다는 것은 포괄적인 체계 내에서 다양한 조치가 취해져야 한다는 점과 이는 형사적인 문제에만 국한되지 않는다는 점을 인정한다. 이 프레임워크 결정은 형법의 수단에 의한 심각한 형태의 인종주의와 외국인 혐오에 대항하는 범위에 한해 적용된다. 일정 수준에서 회원국 간 문화적, 법적 전통이 다르기 때문에 특히 이 문제에 대해 형법의 완전한 조화를 이루는 것은 현 시점에서 불가능하다.

...

(14) 이 프레임워크 결정은 기본권을 존중하고 유럽연합조약 제6조와 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제10조와 제11조에 의해 인정된 원칙 및 유럽연합 기본권 헌장, 특히 제2장과 제6장에 반영된 원칙들을 준수한다.

(15) 단체 결사의 자유와 표현의 자유, 특히 언론과 다른 미디어의 표현의 자유와 관련된 검토는 많은 회원국에서 법적 책임에 대한 결정 또는 제한과 관련된 국내법의 절차적 보장과 특별 규정을 만들어냈다.

..."

85. 이 결정의 제1조는 "인종주의와 외국인혐오에 관한 범죄"를 다루고 있으며 그 내용은 아래와 같다:

"1. 각 회원국은 다음과 같은 의도적 행위가 처벌될 수 있다는 것을 확실히 하기 위하여 필요한 수단을 취해야 한다:

...

(c) 인종, 피부색, 종교, 혈통 혹은 국가, 민족 출신을 이유로 한 집단 또는 집단의 구성원에 대한 폭력 또는 증오를 선동할 수 있는 방식으로 런던 협정에서 첨부된 국제군사재판소 헌장 제6조, 제7조 및 제8조에 규정된 제노사이드, 반인도적 범죄 및 전쟁 범죄를 공개적으로 용인하거나 부정, 또는 과도하게 경시하는 행위;

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

(d) 인종, 피부색, 종교, 혈통 혹은 국가, 민족 출신을 이유로 한 집단 또는 집단의 구성원에 대한 폭력 또는 증오를 선동할 수 있는 방식으로 국제군사재판소 헌장 제6조에서 규정된 범죄를 공개적으로 용인하거나 부정, 또는 과도하게 경시하는 행위;

2. 제1항의 목적 상 회원국은 공공 질서를 방해할 수 있는 방식으로 수행되거나 협박, 학대 또는 모욕적인 행동만을 처벌할 수 있다.

...

4. 모든 회원국은 이 프레임워크 결정을 채택한 시점 또는 그 이후에, 제1(c)조 및(또는) (d)에 언급된 범죄(해당 범죄는 회원국 국제법원 또는 국내법원의 최종판결, 또는 국제 재판소의 최종결정에 의해 확립된 범죄를 말한다)를 부정하거나 과도하게 경시하는 행위를 처벌할 것이라는 성명을 발표할 수 있다."

86. 그 결정의 제7조는 "헌법적 규정들과 기본적 원칙들"에서 다루고 있으며 그 내용은 다음과 같다:

1. 이 프레임워크 결정은 유럽연합조약 제6조에 규정된 표현의 자유와 단체결사의 자유를 포함한 기본 권리와 기본 법적 원칙을 존중할 의무를 수정하는 효력을 갖지는 않는다.

2. 이 프레임워크 결정은 회원국이 결사의 자유와 표현의 자유, 특히 언론 및 다른 미디어의 표현의 자유와 관련된 기본 원칙과 모순되는 조치를 취하도록 요구하지 않는다. 그 이유로는 언론이나 기타 매체의 권리 및 책임을 지배하는 헌법적 전통이나 규칙으로부터 기인하기 때문에 그리고 절차적 보증을 지배하는 헌법적 전통 또는 규칙으로부터 기인하기 때문이다(거기서 이러한 규칙들은 책임의 결정 혹은 제한과 관련이 있다).

87. 2014년 1월 27일 발표된 이 프레임워크 결정의 이행에 대한 보고서(COM(2014) 27 최종)에서, 위원회는 이 프레임워크 결정의 제1조 제1(c)항에서 규정된 행위를 특히 형사범죄화했던 회원국들(문단 85 참고) 중에서, 프랑스, 이탈리아, 라트비아, 룩셈부르크와 루마니아에서는 해당 행위가 폭력과 증오를 선동할 수 있는 방식으로 수행되어야 한다는 점을 조건으로 명시하지 않은 반면, 불가리아, 포르투갈, 슬로베니아와 스페인은 단순한 선동의 가능성 그 이상을 조건으로 명시했다는 점을 주목했다. 위원회에 따르면, 13개 회원국(오스트리아, 벨기에, 체코, 덴마크, 에스토니아, 핀란드, 독일, 그리스, 헝가리, 아일랜드, 네덜란드, 스웨덴, 영국)은 해당 행위를 지배하는 형법 규정이 없고 독일과 네덜란드의 경우 홀로코스트 부정과 경시의 행위에 적용할 수 있는 국내 판례가 해당 조항의 근거로 적용된다.

88. 일부 회원국은 단지 해당 행위가 공공질서를 훼손할 가능성이 있는 방식 또는 위협적이거나 학대 또는 모욕적인 경우에 해당한다면, 프레임워크 결정 제1조 제2항 하에서 처벌할 수 있도록 했다. 사이프러스와 슬로베니아

는 두 가지 경우를 모두 채택했다. 독일은 모든 해당 행위가 공공의 평화를 훼손하는 경우에 처벌할 수 있도록 했다. 마찬가지로, 헝가리의 판례는 해당 행위가 공공의 평화를 훼손하는 경우에 처벌한다고 규정했다. 몰타와 리투아니아에서는 범죄의 용인, 부정 또는 경시 행위에 대해 두 가지 경우 중 하나에 해당할 때 처벌하는 것으로 규정했다.

89. 사이프러스, 프랑스, 리투아니아, 룩셈부르크, 몰타, 루마니아 및 슬로바키아는 로마법에 규정된 범죄의 부정 또는 중대한 경위와 관련하여, 그러한 범죄가 권한이 있는 국가 또는 국제법원에 의해 성립된 경우에만 해당 행위를 처벌할 수 있는 결정 제1조 제4항에 따른 가능성을 이용했다(문단 85 참고).

90. 위원회는 많은 회원국들이 완전히 또는 올바로 해당 프레임워크 결정의 규정을 적용하지 않은 것으로 결론지었다. 2014년 동안 위원회는 표현의 자유에 대한 충분한 검토와 함께 해당 국가들이 결정의 규정을 제대로 적용할 수 있도록 소통할 것이라고 언급했다.

Ⅳ. 비교법 자료

91. 소재판부 재판 과정에서 스위스 정부는 스위스 비교법 연구소(the Swiss Institute of Comparative Law)에 의해 2006년 12월 19일 발간된 비교법 연구(의견 06-184)를 제출했다. 이 연구는 14개 유럽 국가(오스트리아, 벨기에, 덴마크, 핀란드, 프랑스, 독일, 아일랜드, 이탈리아, 룩셈부르크, 네덜란드, 노르웨이, 스페인, 스웨덴 그리고 영국) 및 미국과 캐나다를 대상으로 반인도적 범죄, 특히 제노사이드를 부정하는 범죄와 관련된 입법을 분석했고 해당 연구의 요약은 아래와 같다:

"반인도적 범죄와 제노사이드 부정 관련 범죄에 대한 연구 결과, 국가마다 상당한 편차를 보인다.

스페인, 프랑스와 룩셈부르크는 모두 해당 범죄를 부정하는 행위에 대해 광범위한 접근을 택하고 있다. 스페인 입법은 일반적으로 전부 또는 부분적으로 민족적, 인종적 혹은 종교적 집단을 제거하려는 입증된 목적을 가진 행동을 부정하는 행위를 범죄로 명시하고 있다. 이에 따라 해당 범죄를 저지른 자는 1-2년의 구금형을 선고받는다. 프랑스와 룩셈부르크의 법률은 1945년 8월 8일 런던협정의 부속서인 국제군사법원헌장 제6조에서 정의된 바와 같이 반인도적 범죄를 부정하는 행위를 명시하고 있다... 룩셈부르크는 제노사이드 범죄의 부정행위에 대한 특별법이 따로 있어 반인도적 범죄를 부정하는 행위에 대한 범죄가 해당 특별법에 적용될 수 있다. 제노사이드를 부정하는 범죄는 반인도적 범죄를 부정하는 행위와 같은 선고(8일~6개월 사이의 구금과 (또는) 251~25,000유로에 해당하는 벌금형)를 받을 받을 수 있고, 이 목적을 위해 적용되는 제노사이드는 1985년 8월 8일 룩셈부르크법에 명시된 정의를 따르

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

나, 해당 정의는 일반적이고 추상적으로 명시되어 있어 2차 세계대전 중에 자행된 범죄로만 제한되어 있지 않다. 프랑스에서는 관련 규정의 범위가 너무 제한적이라는 비판에 따라, 아르메니아인 제노사이드에 대한 부정을 형사범죄화하는 것을 목표로 하는 법안이 2006년 10월 12일 국회 제1독회에서 승인되었다. 따라서, 룩셈부르크와 스페인만 제노사이드에 대한 부정을 처벌하는 법률과 관련하여, 이를 특정 역사적 사건에 대한 부정으로 그 범위를 제한하지 않았다. 또한 일반적으로 반인도적 범죄의 부정은 현재 어느 나라에서도 형사범죄로 적용되지 않는다.

이와 관련하여, 프랑스를 포함한 일부 국가들에서는 2차 세계대전 중에 자행된 행위에 대한 부정만 형사범죄로 처벌하고 있다. 독일에서는 공개적으로 혹은 회합에서 국가사회주의체제 도중에 국가적, 종교적 혹은 민족적 집단을 전부 혹은 부분적으로 말살하려는 의도로 자행된 행위를 부정하거나 축소하는 발언을 하는 경우, 5년이하의 구금 혹은 벌금형으로 처벌받을 수 있다. 오스트리아에서는 국가사회주의 체제에 의해 자행된 반인도적 제노사이드나 혹은 다른 범죄들을 부정하거나 또는 과도하게 축소하는 발언을 많은 사람들에게 유포한 경우 누구든지 10년 이하의 구금으로 처벌받을 수 있다. 이와 유사하게 벨기에 법은 독일 국가사회주의 체제에 의해 자행된 제노사이드를 부정하거나 사소한 것으로 취급, 정당화 또는 찬성하는 것을 추구하는 자는 누구든지 8일에서 1년 사이 구금형의 처벌을 받을 수 있도록 명시하고 있다.

다른 국가의 경우, 이와 관련된 형사 범죄에 대한 특별한 법률 규정이 부재한 경우에 법원은 이와 같은 부인주의(negationism)를 처벌하기 위해 개입해왔다. 특히 네덜란드 대법원은 반인도적 범죄의 처벌이 차별행위를 금지하는 형법 규정의 적용을 받아야 한다고 판시했다. 또한 부인주의를 범죄로 처벌할 수 있도록 하는 법안이 현재 검토되고 있다. 캐나다 인권재판소는 캐나다 인권법에 명시된 바와 같이, 부인주의자가 운영하는 웹사이트 내용에 대한 판결 근거로 타인을 증오 또는 경멸에 노출시키는 형사범죄를 명시했다. 미국의 경우, 역사적, 문화적으로 표현의 자유를 보호하고 중시하는 특성이 있어 다른 나라들에 비해 단호한 입장을 취하지는 않는다. 그러나 일반적으로 지금까지 공격적 언행의 피해자들은 그들의 신체적 온전함(physical integrity)이 위협받음으로써 받는 손해를 법적으로 인정받았다.

또한 반인도적 범죄에 대한 부정 행위가 직접적으로 법에 명시되어 있지 않는 국가들도 있다. 이 중 일부 국가에서는 이와 같은 부정 행위가 좀 더 일반적인 범죄 행위의 범주에 포함될 수 있다. 예를 들어, 이탈리아 법률에 의하면 제노사이드 범죄를 용납하는 것은 범죄에 해당한다. 그러나, 범죄를 용납하는 것, 축소하는 것, 그리고 부정하는 것의 경계는 극도로 애매하다. 노르웨이 법률에서는 공공연한 차별적 또는 증오적인 발언에 대해서는 처벌하게 되어 있어, 부인주의를 해당 규정에 적용할 수 있을 것으로 보인다. 그러나 아직 대법원에서 이 문제에 대해 판결을 내린 사례는 없었다. 덴마크와 스웨덴과 같은 다른 국가에서는 아직까지 판례는 없었으나 부인주의에 대해 차별적 또는 증오적 발언을 처벌하는 형법 규정을 적용할 수 있을지 검토하겠다는 입장을 취해왔다. 핀란드 정권에서는 부인주의가 해당

규정의 적용을 받을 수 없다는 관점을 취했다. 마지막으로, 영국과 아일랜드 법에서는 부인주의를 다루지 않고 있다.

92. 소재판부는 2006년에 해당 보고서 발간 이후로 프랑스와 스페인에서는 중요한 발전이 있었다는 점에 주목했다.

93. 프랑스에서, 2001년 1월 29일(법률 no.2001-70) 제노사이드와 관련하여 아래의 절로만 구성된 법이 제정되었다.

> "프랑스는 공개적으로 1915년 아르메니아인 제노사이드를 인정한다."

94. 그 이후 2012년 1월 23일, 프랑스 의회는 제노사이드와 반인도적 범죄, 전쟁 범죄를 용납, 부인, 또는 심각하게 축소하는 행위를 범죄로 처벌하는 규정이 제1절에 명시된 법안을 통과시켰다. 해당 법안은 로마 규정 제6조, 제7조, 제8조 및 프랑스 형법 제211-1조, 212-1조, 그리고 국제군사재판소 헌장 제6조에 "비열거적으로 정의된(defined non-exhuastively)" 바와 같이, 그리고 "프랑스가 가입 또는 비준한 국제 협약, 유럽연합이나 국제기구에 의한 결정, 또는 프랑스 법원의 판단에 의해 프랑스에서 집행할 수 있는 결정"에 따른 것이라고 밝혔다. 이 법안의 제2절은 시민단체로서 해당 법률 절차에 참여할 수 있는 단체 명단을 명시하는 것으로 확장되었다.

95. 2012년 2월 28일 판결에서(Décision no 2012-647DCdu28 février2012) 프랑스 헌법위원회는 다음과 같은 이유로 이 법이 위헌이라고 선언하였다:

> "...
>
> 3. 청구인들의 주장에서, 해당 법률은 인간과 시민의 권리에 관한 1789선언의 제11조 및 선언 제8조에 법에 의해 명시된 형사범죄 및 처벌과 관련된 원칙에서 보장하는 표현 및 소통의 자유를 침해한다. 청구인들이 첫째로 프랑스 법에서 인정하는 제노사이드만 적용할 경우, 둘째로 다른 반인도적 범죄를 제외시키고 제노사이드에 대해서만 적용할 경우, 이는 또한 평등의 원칙에 위배된다. 청구인 의회 의원들은 더 나아가 의회가 주어진 권한을 넘어섰으며 1789선언의 제16조에 명시된 권력분립의 원칙을 위반했다고 주장한다; 이들은 마찬가지로 1789선언의 제8조에 명시된 처벌의 필요성에 관한 원칙과 연구의 자유, 그리고 헌법 제4조에 명시된 바와 같이 정당의 자유로운 활동에 관한 원칙을 위반했다고 주장한다.
>
> 4. 첫째로, 1789 인간과 시민의 권리에 관한 선언 제6조는 다음을 규정한다: '법률은 일반적 의지의 표현이다...' 그 규정으로부터 그리고 법의 목적과 관련된 헌법적 지위를 갖는 모든 다른 규정들로부터 헌법에 의

해 구현된 어떠한 특별규정에 대하여 선입견 없이, 법률은 규칙을 정하는 기능을 가지고 있고 따라서 규범적 범위를 가지고 있어야 한다.

5. 둘째로, 1789선언 제11조에서: '생각과 의견의 자유로운 소통은 가장 중요한 인간의 권리 중 하나에 해당한다. 따라서, 모든 시민은 자유롭게 말하고, 쓰고, 문서를 인쇄할 수 있으나 법에 의해 명시된 바와 같이 이러한 권리의 남용에 대해서도 책임져야 한다.' 헌법 제34조는 다음과 같다: '법률은 시민적 자유의 행사를 위해 시민들에게 제공된 기본적 보장과 시민적 권리... 에 대하여 규칙을 정한다'. 이를 근거로, 의회는 자유로운 소통, 표현의 자유, 글을 통한 표현의 자유 및 언론의 자유의 행사를 규율하는 규정에 대한 입법의 권한이 있다. 의회는 또한 공공질서와 타인의 권리를 훼손하는 표현과 소통의 자유를 남용하는 행위를 형사범죄로 처벌할 수 있도록 하는 법을 제정할 권한 또한 가진다. 그러나 표현과 소통의 자유는 민주주의의 전제조건이자 타인의 권리와 자유에 대한 존중을 보장하는 조건이므로 더욱 중요한 권리이다. 이러한 자유의 행사를 제한하는 행위는 반드시 그 제한이 필요하고 적절하며 추구하는 목적에 비례해야 한다.

6. 제노사이드 범죄를 '인정하는' 목적을 가진 법률은 그 자체로 법에 부여된 규범적 범위를 가질 수 없다. 그러나, 해당 법률의 제1절은 '프랑스 법에 의해 인정된' 제노사이드 중 하나 이상의 제노사이드 범죄의 존재에 대해 이의를 제기하거나 경시하는 행위를 범죄 행위로 규정한다. 법에 의해 인정되고 규정된 범죄의 존재 및 법적 정의에 이의를 제기하는 행위를 범죄로 규정함으로써, 의회는 표현과 소통의 자유의 행사를 헌법에 위배되는 방식으로 제한하고 있는 것이다. 따라서, 다른 사건에 대해 검토할 필요가 없으므로, 해당 법률의 제1절은 위헌으로 선언하며 제2절 또한 제1절과 분리될 수 없으므로 위헌으로 판결한다.

결정:

제1조-법률에 의해 인정된 제노사이드의 존재의 부정을 형사범죄화하는 법률은 위헌이다.

..."

96. 소재판부는 계속해서 2007년 11월 7일 판결(no.235/2007; BOE-T-2007-21161)에서 스페인 헌법재판소가 스페인 형법 제607조 제2항에 규정된 제노사이드 부정범죄를 위헌이라고 선언한 것에 주목했다. 해당 판결에서는 그 법률이 어떤 수단에 의해서든, 제노사이드를 "부정하거나 정당화하는 생각이나 방침"을 유포하는 것을 범죄로 만들었다고 명시했다. 판결의 결과로, 해당 법률은 "부인하거나 또는"의 표현이 삭제되었다.

97. 해당 판결에서 스페인 헌법재판소는 스페인이 "전투적 민주주의"를 가지고 있지 않으며 그리고 스페인의 헌법은 협약 제17조와 유사한 규정을 가지고 있지 않은데, 헌법적 권리를 사실상 훼손하지 않는 한 본질에 반하는 발언

을 금지하지 않는다는 데 주목했다. 이어 헌법재판소는 제노사이드 또는 인종이나 민족에 대한 증오를 선동하는 행위는 형법의 다른 규정 및 스페인의 국제법 준수에 따라 범죄 행위로 규정되어 있다고 밝혔다. 국가사회주의에 의해 자행된 제노사이드의 영향을 특별히 받은 일부 다른 국가에서는 홀로코스트에 대한 부정을 범죄로 규정했다. 형법 제607조 제2항이 표현의 자유라는 헌법적 권리와의 양립가능성을 검토하면서, 헌법재판소는 이 규정의 해석에 대한 명확한 방향을 결정하고자 했다. 헌법재판소는 제노사이드의 정당화와 부정이 모두 위법행위라는 점에 주목했다. 헌법재판소의 판단으로, 부정은 특정 행위가 아예 발생하지 않았다고 주장하거나 혹은 제노사이드로 규정되는 행위의 방식대로 일어나지 않았다고 주장하는 것으로 해석해야 한다. 반면 정당화는 제노사이드의 존재에 대해 전면적으로 부인하는 것이 아니라, 어느 정도 자신을 가해자와 동일시하면서 제노사이드를 상대화하거나 불법적 행위가 아니었다고 주장하는 것을 수반한다. 가장 핵심적인 질문은 헌법재판소의 판례에서 제시된 바와 같이, 부정과 정당화의 표현이 "증오표현"이었는지 여부이다. 단순한 부정만으로는 실제 발생 여부가 논란이 있는 제노사이드의 희생자 집단에 대한 적대감의 분위기를 형성할 수 없기 때문이다. 따라서 실제로 특정 집단에 대한 적대심을 야기하는 표현이어야만 금지될 수 있다. 특정 행위 또는 불법 행위에 대한 가치 판단이 수반되지 않은 특정 행위에 대한 단순한 결론은 헌법적으로 더 높은 수준의 표현의 자유가 보장되는 학술의 자유의 범주에 포함될 수 있기 때문이다. 그러나 제607조 제2항은 이를 제한하는 조건을 포함하고 있지 않았다. 따라서 잠재적 위협의 조건을 충족하지 않아 헌법적으로 형사범죄화될 수 없는 행위라 하더라도 위법으로 보았다. 한편, 가치 판단으로서의 정당화는 제노사이드를 간접적으로 선동하는 행위의 사례로 해석될 수 있었다. 만약 그 행위가 제노사이드를 권리로서 표현함으로써 특정한 집단에 대한 증오를 선동한다면, 이는 적대감과 폭력의 분위기 조성을 유도할 수 있으므로 정당하게 형사범죄화될 수 있는 것이다. 즉 특정 집단을 경멸하거나 모욕하는 행동은 합법적으로 불법 행위가 될 수 있다.

98. 마지막으로, 소재판부는 룩셈부르크 형법의 관련 규정에 대해 주목하였다.

99. 위의 자료들에 더하여, 대재판부는 관련 영역에서 보다 최근의 발전을 보여주는 관련 규약과 조항을 참고할 수 있었다(M. Whine, Expanding Holocaust Denial and Legislation Against It, in I. Hare and J. Weinstein(eds.), Extreme Speech and Democracy, OUP, Oxford, 2009, pp.538-56; C. Tomuschat, Prosecuting Denials of Past Alleged Genocides, in The UN Genocide Convention, A Commentary, P. Gaeta(ed.), OUP, Oxford, 2009, pp.513-30; M. Imbleau, Denial of the Holocaust, Genocide, and Crimes Against Humanity: A Comparative Overview of Ad Hoc Statutes, in L. Hennebel and T. Hochmann(eds.), Genocide Denials and the Law, OUP, Oxford, 2011, pp.235-77; N. Droin, État des lieux de la répression du négationnisme en France et en droit comparé, RTDH 2014, no.98, pp.363-93; and P. Lobba, A European Halt to Laws Against Genocide Denial, European Criminal Law Review, Volume 4, Number 1(April 2014), pp.59-77). 위에서 언급

국가인권위원회
humanrights.go.kr

된 발전과 대재판부에 활용가능한 좀더 최근의 정보가 보충된, 이러한 자료들은 회원국들 사이에 제노사이드 부정의 범죄와 관련하여 현재 근본적으로 4개의 체제 유형이 존재한다는 것을 보여준다: (a) 오스트리아, 벨기에, 프랑스, 독일, 네덜란드와 루마니아 같은 국가는 단지 홀로코스트의 부정 혹은 일반적으로 나치 범죄의 부정만을 범죄화하였다(루마니아는 추가하여 나치가 자행한 로마인 몰살에 대한 부정을 형사범죄화하였으며 그리스는 홀로코스트와 나치 범죄뿐만 아니라 국제법원이나 의회에 의해 인정된 제노사이드의 부정을 형사범죄화한다); (b) 체코 공화국과 폴란드 같은 국가는 나치와 공산주의 범죄의 부정을 범죄화한다; (c) 안도라, 사이프러스, 헝가리, 라트비아, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 마케도니아의 구 유고공화국, 몰타, 슬로바키아, 슬로베니아와 스위스와 같은 국가는 모든 제노사이드의 부정도 형사범죄화하였다(리투아니아는 이외에도 특별히 리투아니아인들에 대한 소비에트와 나치 범죄의 부정을 형사범죄화하고 있다. 그러나 사이프러스는 단지 권한 있는 법원에 의해 인정된 제노사이드의 부정만 범죄화한다); 그리고 (d) 핀란드, 이탈리아, 스페인(위 문단 96에서 인용된 헌법재판소 2007년 판결에 이어), 영국과 스칸디나비아 국가들은 이와 관련된 행위에 대해 형사범죄화하는 특별한 규정을 두고 있지 않다.

판단

Ⅰ. 사건의 범위

100. 먼저 재판소는 본 사건에 대한 재판소의 관할의 범위를 명확히 하는 것이 중요하다고 판단하며, 이 사건은 협약 제34조에 의해 스위스 정부에 대한 개인의 청구에 따라 제기되었다(문단 1 참고).

101. 협약 제19조에 의하여 재판소의 임무는 "협약과 추가의정서에 대한 명확한 준수를 확인하는 것"에 제한되며 제32조 제1항에 따라, 재판소의 관할은 "협약과 추가의정서의 해석과 청구에 대한 문제"에만 해당한다. 구 유고슬라비아 국제형사재판소, 국제형사재판소나 국제사법재판소와 달리, 본 재판소는 제노사이드 관련 협약이나 이와 연관되는 국제법에 대한 형사상 또는 다른 관할 권한을 가지고 있지 않다.

102. 본 사건에서, 재판소는 소재판부 판결문 문단 111에서 지적된 바와 같이, 단지 1915년경 오스만 제국에 의해 아르메니아 사람들이 겪은 대량학살과 대량이주가 국제법 용어 범위 내 제노사이드로 인정될 수 있을지에 대한 사항뿐만 아니라, 이에 대해 법적 구속력이 있는 선언을 할 권한이 없음을 명확히 한다.

Ⅱ. 협약 제17조의 적용 여부

103. 결정을 위한 첫 번째 쟁점은 본 사건을 협약 제17조에 따라 각하해야 하는지 여부이다.

> "이 협약 중의 어떠한 규정도 어느 국가, 집단 또는 개인이 이 협약에 규정된 권리 및 자유를 파괴하거나 또는 이 협약에 규정된 범위 이상으로 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 수행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다."

A. 소재판부 판결

104. 소재판부는 협약 제17조 하에서 이 청구를 각하할지 여부에 대하여 직권으로 검토하였다. 청구인의 발언은 아르메니아인들에 대한 증오의 선동에 해당하지 아니하였다는 것과 그가 1915년경 사건의 희생자들에게 경멸을 표현하지 않았다는 것, 그리고 그가 제노사이드를 정당화하려는 시도로 인해 기소되지 않았다는 것을 발견하고, 소재판부는 청구인이 협약의 내용과 정신에 반하는 목적을 위하여 표현의 자유를 사용하지 않았다고 결론을 내렸다. 그러므로 제17조 하에서 그의 청구를 각하할 이유는 없었다.

B. 대재판부에 제출된 주장

1. 양측 당사자들

105. 청구인이나 스위스 정부나 이 점에 대해 제출의견에 특별히 언급하지 않았다.

2. 제3 관여자들

106. 터키 정부는 홀로코스트 부정과 달리, 1915년경 발생한 해당 사건들이 제노사이드를 구성하지 않았다는 청구인의 진술들이 명백히 확립된 역사적 사실에 대한 부정에 해당하지 않는다고 주장하였다. 청구인은 대량학살과 대량 국외이주의 존재에 의문을 제기하지는 않았으며 단순히 그것들의 법적인 성격에 대하여 의문을 제기한 것인데 그에 대해서는 국제적 합의가 존재하지 않았다. 그것들은 여전히 열띤 논쟁의 주제였다. 이것은 청구인의 발언 약 6개월 전에 영국정부에 의해 만들어진 선언과 2012년 영국의회의 구성원들에게 제공된 보고서에 의해 입증되었다. 공개적인 국제법과 국제형사법 교과서의 제노사이드 관련 챕터에서 이 사건들에 대한 언급이 없었으며 제노사이드 협약

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

에 대한 어떤 주석도 이 사건들을 "제노사이드"로 언급하거나 하나의 예로서 제시하지도 않았다. 이를 배경으로 홀로코스트와 해당 사건을 같은 선상에 놓으려는 시도 또한 설득력이 없었다. 1915년과 그 이후에 일어난 해당 사건을 법적으로 정의하고자 한 시도가 논쟁거리가 된 이유는 이와 같은 대량학살에 제노사이드의 법적 구성 요건인 '파괴하고자 하는 특별한 의도'가 존재하는지 여부에 있었다. 홀로코스트를 제외한 사건에서 이와 같은 특별한 의도가 국내 또는 국제법원에서 인정된 사례는 없었으며, 국제군사재판소에서는 "제노사이드"라는 용어를 사용하지는 않았으나 제노사이드에는 그러한 의도가 있다고 판결했다.

107. 추가적으로 터키 정부는 청구인은 단순히 관련 사건에 대한 그의 의견을 표명했을 뿐이라는 주장을 제출했다. 터키의 주장에 따르면, 정부 당국은 어떠한 의견이 근거가 없거나 감정적이거나, 가치없거나 위험하다고 하여 이를 제한할 수는 없다. 청구인은 희생자들의 고통에 의문을 제기하기 위하여 혹은 그들에게 경멸을 표현하기 위하여, 범죄자들을 무죄로 만들거나 혹은 그들의 행동들에 찬성하거나 제노사이드 친화적인 정책을 정당화하기 위하여 아르메니아인들의 대량 살해를 부정하려고 시도하지 않았다.

108. 프랑스 정부는 제노사이드 부정이 그 자체로 혐오와 인종주의에 대한 선동에 해당한다고 주장하였다. 해당 행위는 역사적 사실에 의문을 제기하는 식으로 위장하여 사실상 이러한 행위를 선동하기 때문이다. 협약 제10조의 권리를 향유하기 위해서는, 역사에 관한 논쟁은 진실을 밝히기 위한 노력이어야 하며, 이데올로기적 목적을 실현하기 위한 동력이 되어서는 안 된다고 주장했다. 이 사건은 자기비판의 부족을 드러내는 의견 또는 사건에 연루된 증인들의 증언을 명백히 무시하는 의견에 대한 사건이 아니므로, 역사적 방법을 따르지 않았다고 주장했다. 또한 이들은 역사적 진실을 밝히거나 토론을 위한 주장을 한 것이 아니었으며, 따라서 제노사이드에 대한 청구인의 주장은 피해자들의 기억과 명예를 침해하는 것으로서 협약 제17조의 범위에 해당한다고 주장했다.

109. 스위스-아르메니아 연합은 재판소의 기존 판례에 의거하여 이 청구를 협약 제17조에 따라 각하할 수 있다는 것이 명백하다는 의견을 제출했다.

110. 프랑스어권 스위스 지역의 터키인 협회 연맹은 1915년경 사건의 제노사이드 부정 발언을 협약 제17조에 의거한 권리 남용으로 정당화하는 것이 어려우며 그 이유는 홀로코스트에 대한 부정과 달리 해당 발언들은 인종주의나 반민주주의적 목적에 의한 것이 아니기 때문이라는 의견을 제출했다.

111. 국제인권연맹(FIDH)은 협약 제17조에 급진적 효과와 주관적 평가라는 위험이 있다는 관점에서, 제17조의 적용은 극도의 주의가 필요함을 주장하였다. 청구인의 문제가 된 발언이 제17조의 적용을 받는지 여부에 대한 재판소의 판례는 일관되지 않고 격렬한 논쟁의 주제에 해당하므로, 이러한 문제는 협약 제10조 제2항과 비례심사에 의해 다루어지는 것이 더 낫다고 주장했다.

112. 인종주의와 반유대주의 반대 국제연맹(LICRA)은 제노사이드 부정과 사건의 축소화는 인간의 존엄과 협약의 가치에 대한 모욕이라는 의견을 제출하였다. 이것은 형법 제261조의2 제4항의 문구에서도 드러나며, 해당 발언들은 증오를 선동하거나 최소한 인간의 존엄성을 침해하기 위한 목적 하에 자행되었다는 의견을 제출하였다.

C. 재판소의 평가

113. 재판소는 *Ždanoka v. Latvia*([GC], no.58278/00, 문단 99, ECHR 2006-IV)사건에서 다룬 협약에 대한 예비 심사내용을 검토한 것을 토대로. 제17조가 협약에 포함된 이유는 어떤 사람이나 집단이 권리를 침해하는 행동을 할 권리를 보장받기 위해 협약에 명시된 권리에 의존하지 않도록 하기 위함이라고 밝혔다.

114. 그러나 제17조는 재판소에 의해 최근 확정된 바와 같이, 예외적으로, 그리고 극단적인 경우에 한해 적용될 수 있다(*Paksas v. Lithuania* [GC], no.34932/04, 문단 87 마지막 부분, 2011년 1월 6일 참고). 제17조의 효과는 청구인이 정당화하고자 하는 협약의 권리에 대한 행사를 부정하는 것이다. 협약 제10조와 관련된 사건에 이를 적용한다면, 청구인이 쟁점 발언에 대해 협약의 가치에 명백히 반대되는 목적을 위해 자신의 표현의 자유를 활용함으로써 진정한 권리 보장의 목적을 왜곡하려고 하는 것이 매우 명백한 경우에 한해서만 적용될 수 있다(최근 판례로, *Hizb ut-Tahrir and Others v. Germany*(dec.), no.31098/08, 문단 73-74 및 78, 2012년 6월 12일, and *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia,* nos.26261/05 및 26377/06, 문단 106-13, 2013년 3월 14일 참고).

115. 청구인의 발언이 증오나 폭력을 선동할 목적이든, 협약에 명시된 표현의 자유를 침해할 목적의 행위를 위해 협약의 권리에 의존하고자 하는 것이든, 협약 제17조의 핵심은 즉각적으로 명백하게 드러나지 않으며, 청구인의 표현의 자유를 제한하는 조치가 "민주사회에서 필요한지"에 대한 문제와 중복되기 때문에, 재판소는 제17조 적용 여부가 청구인의 협약 제10조에 대한 청구에 대한 판단과 통합되어야 한다고 판단한다(다음 판례 참고: 준용, *United Communist Party of Turkey and Others v. Turkey,* 1998년 1월 30일, 문단 32, 판결과 결정 보고서 1998-I; *Refah Partisi(the Welfare Party) and Others v. Turkey* [GC], nos.41340/98 및 3 others, 문단 96, ECHR 2003-II; *Soulas and Others v. France,* no.15948/03, 문단 23, 2008년 7월 10일; *Féret v. Belgium,* no.15615/07, 문단 52, 2009년 7월 16일; *Varela Geis v. Spain,* no.61005/09, 문단 31, 2013년 3월 5일; 그리고 *Vona v. Hungary,* no.35943/10, 문단 38, ECHR 2013).

국가인권위원회
humanrights.go.kr

Ⅲ. 협약 제10조 위반에 대한 주장

116. 청구인은 자신이 공개적으로 아르메니아 제노사이드는 없었다고 말한 것에 대해 형사상 유죄 판결과 처벌을 받은 것은 표현의 자유에 대한 권리가 침해된 것이라고 주장하였다. 그의 주장은 협약 제10조에 근거한 것이었다. 제10조의 관련 내용은 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다...
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

117. 청구인에 대한 유죄 판결과 처벌, 그리고 스위스-아르메니아 연합에 대해 손해를 배상하라는 결정이 표현의 자유의 권리 제한이라는 점에는 이견이 없었다. 만약 해당 제한이 제10조 제2항의 요건을 충족하지 못한다면 이는 협약 제10조에 대한 침해에 해당할 것이다. 그러나 재판소는 이 사건에 협약 제16조가 적용될 수 있는지를 먼저 심사할 것이다.

A. 협약 제16조

118. 결정을 위해 다룰 첫 번째 문제는, 스위스 정부가 제시한 바와 같이, 청구인이 외국인이라는 사실 때문에 그러한 제한이 협약 제16조에 의해 정당화될 수 있는지에 대해 살펴보는 것이다.

119. 협약 제16조는 다음과 같다:

> "제10조, 제11조 및 제14조의 어떠한 규정도 체약국이 외국인의 정치 활동에 대하여 제한을 부과하는 것을 금지하는 것으로 간주되지 아니한다."

120. 재판소가 이 조항을 검토했던 유일한 사건은 *Piermont v. France*(1995년 4월 27일, 문단 64, Series A no.314)이다. 이 사건의 청구인은 유럽의회의 독일 소속 의원으로, 프랑스령 폴리네시아에서 한 발언 때문에 그곳에서 추방되었다. 재판소는 Piermont가 유럽연합의 다른 회원국의 국적을 가지고 있었고 유럽의회의 구성원이었기 때

문에 "외국인"이 아니었으며, 따라서 그를 대상으로 제16조는 적용될 수 없다고 판시하였다.

121. 이 사건은 해당 사건과 같은 경우가 아니지만, 재판소는 제16조가 이 사건에서의 제한을 정당화하는 근거를 제공할 수 있다고 보지 않는다. 구 위원회는 *Piermont*사건 보고서에서 이 조항이 반영하고 있는 국제법에 대한 이해는 시대에 뒤떨어졌다는 점을 지적하였다(*Piermont v. France,* nos.15773/89 및 15774/89, 1994년 1월 20일 위원회 보고서, 문단 58, 보고되지 않음, 참고). 외국인의 정치적 권리와 지위에 관한 권고 799(1977) point 10(c)에서 유럽평의회 총회는 해당 조항의 폐지를 요청하였다. 구 위원회나 재판소도 그 조항을 적용한 적이 없었으며, 외국인들이 표현의 자유에 대한 권리를 행사할 가능성을 제한하기 위해 제16조에 노골적으로 의존한다면 이는 외국인들이 이 권리를 행사할 자격을 가진다고 판결해왔던 재판소의 판례와 상충할 수 있다. 그러한 권리가 제16조에 의해 제한될 수 있다는 어떠한 암시도 없이 말이다(Women On Waves and Others v. Portugal, no.31276/05, 문단 28-44, 2009년 2월 3일, *Cox v. Turkey*, no.2933/03, 문단 27-45, 2019년 5월 20일 참고). 사실 후자의 판결(문단 31)에서 재판소는 표현의 자유에 대한 권리는 협약 제10조 제1항에 의해 "국경과 무관하게" 보장되기 때문에 국적자와 외국인이 표현의 자유를 행사함에 있어 어떠한 차이도 도출될 수 없다는 점을 구체적으로 언급하였다.

122. 협약이 보장하는 권리들에 대한 제한을 허용하는 그 조항들은 엄격하게 해석되어야 한다는 점을 염두에 두고(*Vogt v. Germany,* 1995년 9월 26일, 문단 52, Series A no.323; *Rekvényi v. Hungary* [GC], no.25390/94, 문단 42, ECHR 1999-III; 그리고 *Stoll v. Switzerland* [GC], no.69698/01, 문단 61, ECHR 2007-V), 재판소는 제16조는 정치적 과정에 직접적인 영향을 미치는 "활동들"에 대한 제한만이 승인될 수 있다는 뜻으로 해석되어야 한다고 결론 내린다. 이 사건은 그러한 경우가 아니기 때문에 이 조항은 스위스 정부에 의한 제한의 근거가 될 수 없다.

123. 결론적으로, 협약 제16조는 이 사건에서 스위스 당국에게 청구인의 표현의 자유에 대한 권리 행사를 제한할 권한을 부여하지 않는다.

B. 협약 제10조 제2항에 따른 정당화

124. 표현의 자유에 대한 제한이 협약 제10조 제2항에 의해 정당화되려면 그 제한은 "법률에 규정된" 것이어야 하고, 그 항에 규정된 하나 이상의 정당한 목표를 추구하여야 하며 그러한 목표를 달성하기 위하여 "민주사회에 필요"한 것이어야 한다. 재판소는 차례로 이 지점들을 살펴볼 것이다.

1. 제한의 적법성

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

(a) 소재판부 판결

125. 소재판부는, 스위스 연방법원이 이 사건에서 형법 제261조의2 제4항을 해석한 방식을 고려하여, 이 조항에 있는 "a genocide"라는 용어의 엄밀함이 의혹을 초래할 수 있다고 판단하였다. 그러나 소재판부는 변호사이자 박식한 정치인이었던 청구인은 자신의 발언이 형사적 책임을 초래할 수 있다는 것을 추측할 수 있었을 것이라고 보았다. 왜냐하면 스위스 하원이 아르메니아인에 대한 대량학살을 이미 인정하였고, 이후에 청구인은 자신이 발언할 당시 스위스에서는 대량학살의 공개적 부정이 형사처벌의 대상이라는 것을 알고 있었다고 인정했기 때문이다. 그러므로 청구인은 "아르메니아인 대량학살을 '국제적 거짓말'로 묘사함으로써 스위스 영토 내에서 형사처벌 당할 수 있다는 사실을 인지하지 않을 수" 없었다(소재판부 판결문 문단 71 참고). 그러므로 그의 표현의 자유에 대한 권리 제한은 "법률에 규정되었다"고 간주할 수 있다.

(b) 대재판부에 제출된 주장들

(i) 당사자들

126. 청구인은 이 지점에 대해서 협약 제10조에 근거한 의견을 제출하지 않았다; 대신 그는 제7조를 인용하여 변론하였다(아래 문단 286 참고).

127. 스위스 정부는 형법 제261조의2 제4항이 현재의 형태로 제정되게 된 발전 과정에 대해 언급하였다. 정부에 따르면 이러한 발전들은 이 조항을 작성할 당시 스위스 입법부가 그 조항의 의도 범위를 명확하게 정의했다는 것을 보여준다. 이 조항은 1915년과 그 이후 일어난 사건들과 관련된 발언들에 적용되었는데(그 결과가 베른-라우펜 지구법원의 2001년 9월 14일자 판결이다), 이 사건에서 법원은 아르메니아인 대량 학살과 잔학 행위가 제노사이드로서 규정될 수 있는지에 대하여 확실한 결론을 내리지 않았다. 또한 스위스 정부는 제261조의2 제4항을 통해 제노사이드나 반인도적 범죄를 부정하는 것이 위법 행위가 되었다는 점을 지적하면서 아르메니아인들에 대한 잔혹 행위가 해당 범죄를 구성하였다는 것에 대해서는 이견이 있을 수 없다고 덧붙였다. 이러한 점에 근거하여 정부는 그 조항이 충분한 정확성에 의해 제정되었다는 결론을 내렸다.

(ii) 제삼의 관여자들

128. 터키 정부는 형법 제261조2 제4항은 심각한 처벌로 귀결될 수 있는 형법 규정이 갖춰야 하는 높은 수준의 예측 가능성이 부재하기 때문에 청구인이 자신의 발언으로 인해 이 규정에 따라 유죄 판결을 받을 것이라고 예상할 수 없었을 것이라고 주장하였다.

129. 터키 정부는 "제노사이드"가 잘 정의된 법적 개념이라는 것을 인정하는 한편 1915년과 그 이후 일어난 사

건들이 제노사이드를 구성하는지 결정하려 했을 때 스위스 법원이 스위스 사회 대다수의 합의를 참고로 했다고 주장하였다. 그러므로 국내법원에게 중요한 점은 이 사건들이 실제로 제노사이드에 해당하는지가 아니라 스위스 사회가 그렇게 믿는지 아닌지였다. 이에 대하여, 그 원칙에서 지적한 바와 같이, 국내법원이 이러한 사건들에서 역사적 사건들을 국제법과 국내법의 의미상 제노사이드로 부를 수 있는지 결정하는 것은 실질적으로 불가능하다고 해명할 수 있을 것이다. 그러나 빠르게 변화할 수도 있는 사회적 합의를 고려할 때, 이에 대한 지침을 제공하는 법적 기준이 없었다는 것이다. 이와 같은 애매함은 법적 확실성과 양립할 수 없었다. 스위스 정부를 비롯한 다른 많은 정부가 1915년과 그 이후 일어난 사건들을 "제노사이드"라고 부르지 않았다는 점, 그리고 다수의 역사가가 그 사건들을 제노사이드로 보지 않았다는 점은 청구인으로 하여금 스위스에서는 이 문제가 아직 정리되지 않았다고 생각하게 할 수도 있었다고 주장했다. 터키 정부에 따르면, 청구인은 법학박사이기 때문에 "제노사이드"를 매우 엄격하게 정의된 법적 개념으로 생각했으며 그것이 단지 사회적 공감을 참고하여 결정될 수 있다고 예상하지 못하였다. 그 원칙 역시 캄보디아, 보스니아, 다르푸르에서 발생한 잔혹 행위를 참고하여 "제노사이드"라는 용어의 엄격한 법적 개념과 법적 영역 밖에서의 느슨한 사용의 차이에 대해 지적하였다. 그러한 점에 대해 사회적 공감에 의존하는 것은 정치적으로 활발하게 활동하는 이익집단이 의회에 대한 로비를 통해 그 용어의 법적 정의를 고려하지 않은 채 특정한 사건들을 "제노사이드"로서 승인하게 함으로써 형법 제261조의2 제4항의 범위를 확대하려는 시도를 가능하게 할 수 있다. 그러므로 스위스 법원의 접근은 표현의 자유에 대한 청구인의 권리 제한이 "법률에" 규정된 것이 아니라 "여론에 의해" 규정되었다는 것을 의미하였다.

(c) 재판소의 평가

130. 청구인의 표현의 자유 제한이 스위스 법률, 즉 형법 제261조의2 제4항(위 문단 32 참고)에 근거하고 있다는 점 그리고 관련 법률이 접근 가능했다는 점에 대해서는 이견이 없었다. 당사자들과 제삼의 관여자들의 주장은 그 법률이 협약 제10조 제2항의 목적을 위해 충분히 예측 가능했는지에 대한 지점에 한정되어 있었다.

(i) 일반 원칙

131. 재판소가 협약 제10조 제2항의 "법률에 의해 규정된"이라는 문구의 의미를 정의해야 했던 첫 번째 사건은 *The Sunday Times v. the United Kingdom*((no.1), 1979년 4월 26일, 문단 48-49, Series A no.30)이었다. 이 사건에서 재판소는 그것이 예측 가능성이라는 요건을 수반해야 한다고 판시하였다. 규범이라는 것은 그것과 관련된 사람이 자신의 행동을 규제할 수 있을 정도로 충분히 정확하지 않으면 "법률"로 간주될 수 없었다: 그 사람은-필요하다면 적절한 조언을 받아서- 주어진 환경에서 합리적인 수준으로 어떤 행동이 수반할 수 있는 결과를 예측할 수 있어야 했다. 그러나 재판소는 이러한 결과에 대한 예측이 절대적 확실성을 가질 필요는 없다고 명시하였다. 경험에서 알 수 있

듯이 그러한 예측은 성취 가능한 것이 아니기 때문이었다.

132. 뒤 이은 제10조 제2항 관련 판례에서 재판소는 어구를 약간 변경하기는 하였지만 이러한 입장을 일관되게 고수하였다(*Rekvényi,* 위 인용, 문단 34; *Öztürk v. Turkey* [GC], no.22479/93, 문단 54, ECHR 1999-VI; 그리고 *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 41, ECHR 2007-IV 참고).

133. 심지어 청구인의 표현의 자유에 대한 제한이 형사적 "처벌"의 형태를 띠는 사건에서도 재판소는 법률을 만드는 데 있어 절대적 정밀함을 달성하는 것은 불가능하다는 점, 특히 사회에 만연한 관점에 따라 상황이 변하는 영역에서는 더욱 그렇다는 점을 인정하였다. 또한 많은 법률이 어느 정도는 모호한 용어로 표현되고, 그 법률에 대한 해석과 적용은 실행의 문제라는 점은 경직성을 피하고 변화하는 환경에 발맞추려는 필요에 따른 것이라는 점을 재판소는 받아들였다(*Müller and Others v. Switzerland,* 1988년 5월 24일, 문단 29, Series A no.133; *Tammer v. Estonia,* no.41205/98, 문단 37, ECHR 2001-I; 그리고 *Chauvy and Others v. France,* no.64915/01, 문단 43, ECHR 2004-VI).

134. 물론 제10조 제2항에서 '법률'을 이야기할 때 그것은 협약의 다른 곳에서 쓰이는 것과 같은 개념으로 쓰인다. 예를 들어-이 사건의 목적과 특별히 관련된 것으로- 제7조가 있다(*Grigoriades v. Greece,* 1997년 11월 25일, 문단 50, Reports 1997-VII; *Başkaya and Okçuoğlu v. Turkey* [GC], nos.23536/94 및 24408/94, 문단 49, ECHR 1999-IV; 그리고 *Erdoğdu and İnce v. Turkey* [GC], nos.25067/94 및 25068/94, 문단 59, ECHR 1999-IV). 제7조와 관련된 맥락에서, 재판소는 위법 행위가 법률에 명확하게 정의되어야 한다는 요건이 충족되어야 하며 누구라도 관련 규정의 표현으로부터-필요하다면 그 규정에 대한 해석에 대해 법원의 해석을 받아- 어떤 행위나 부작위가 그 사람이 형사적 책임을 지도록 만드는지 알 수 있어야 한다고 일관되게 판시해 왔다(일반적으로는, *Kononov v. Latvia* [GC], no.36376/04, 문단 185, ECHR 2010; *Del Río Prada v. Spain* [GC], no.42750/09, 문단 79, ECHR 2013; *Rohlena v. the Czech Republic* [GC], no.59552/08, 문단 50, ECHR 2015 참고; 그리고 협약 제7조와 제10조 모두와 관련된 사건에 대해서는 *Radio France and Others v. France,* no.53984/00, 문단 20, ECHR 2004-II 참고). 제7조는 사건에 따라 사법부의 해석을 통해 형사적 책임에 대한 규칙들을 점진적으로 설명하는 것을 막지 않는다. 다만 그 결과로 전개되는 일은 위법 행위의 핵심과 일맥상통하고 합리적으로 예측할 수 있어야 한다(*Kononov,* 문단 185; *Del Río Prada,* 문단 93; 그리고 *Rohlena,* 문단 50, 참고, 모두 위에서 인용함).

135. 재판소는 또한 협약 제9조, 제10조 및 제11조를 참고하여 단순히 법적 규정에 대한 해석이 하나 이상 가능하다는 사실만으로는 예측 가능성의 요건이 충족되지 못한다고 볼 수 없다고 판시해왔다(제9조 관련해서는 *Leyla*

Şahin v. Turkey [GC], no.44774/98, 문단 91, ECHR 2005-XI 참고; 제10조 관련해서는 위 인용된 *Vogt,* 문단 48 in fine 참고; 그리고 제11조 관련해서는 *Gorzelik and Others v. Poland* [GC], no.44158/98, 문단 65, ECHR 2004-I 참고). 제7조 및 제10조와 관련된 맥락에서 재판소는 입법에 따라 새로운 위법 행위가 만들어질 때는 언제나 그 법률의 의미와 관련된 불확실성이라는 요소가 있을 수밖에 없는데, 형사 법원의 해석과 적용을 통해 이 불확실성이 줄어들 수 있다고 지적하였다(*Jobe v. the United Kingdom*(dec.), no.48278/09, 2011년 6월 14일 참고).

136. 본 사건에서 이러한 점들을 검토하며 재판소는 잘 확립된 판례법에 따라 다음의 사실을 염두에 두고 있다. 협약 제34조에 따른 개별 청구로부터 비롯된 절차들에서 재판소의 임무는 국내 법률을 추상적으로 검토하는 것이 아니라 그것이 청구인에게 적용된 방식이 협약의 위반을 야기하였는지를 결정하는 것이다(*Golder v. the United Kingdom,* 1975년 2월 21일, 문단 39 in fine, Series A no.18; *Minelli v. Switzerland,* 1983년 3월 25일, 문단 35, Series A no.62; and *Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 116, ECHR 2012 참고).

(ii) 본 사건에 대한 원칙 적용

137. 위의 원칙들로부터 다음과 같은 내용을 알 수 있다. 이 사건의 핵심은 형법 제261조의2 제4항이 그 적용에 있어, 특히 "a genocide"라는 용어를 사용함에 있어 원칙적으로 충분히 예상 가능한지가 아니라 청구인이 자신에 대한 유죄 판결의 근거가 되었던 발언들을 했을 때-만약 필요하다면, 적절한 법적 조언을 받은 후에- 그러한 발언으로 인해 이 규정에 따라 형사적 책임을 질 수 있다는 것을 알았거나 알 수밖에 없었는지에 대한 것이다.

138. 즉결심판소와 연방법원은 청구인에 대한 기소 당국의 인터뷰 기록에 근거하여 청구인이 스위스 하원이 1915년과 그 이후 일어난 사건들을 제노사이드로 인정했다는 것을 알고 있었으며 "그 잘못을 시정"하는 것을 도우려는 마음으로 그런 행동을 했다고 결론 내렸다(위 문단 22, 26을 참고). 이러한 점과 형법 제261조의2 제4항의 표현을 고려하여-특히 이 조항의 입안 역사를 참고하여(위 문단 33-38과 *Olsson v. Sweden*(no.1), 1988년 3월 24일, 문단 62, Series A no.130 참고)- 재판소는, 청구인의 반대주장에도 불구하고, 청구인이 이 사건들과 관련된 자신의 발언이 그 조항에 따라 형사적 책임으로 귀결될 수 있다는 사실을 합리적으로 예측할 수 있었을 것이라고 판단한다. 유사한 발언들에 대한 이전의 기소가 무죄 판결로 끝났다는 사실이 이러한 결론을 바꾸지는 않는다. 특히 베른-라우펜 지구법원이 무죄 판결을 내린 것은 법원이 1915년과 그 이후 일어난 사건들을 제261조의2 제4항의 목적에 따라 "a genocide"로 간주할 수 있는지에 대한 질문에는 대답하지 않은 채(위 문단 44 참고) 청구인이 인종주의적 동기를 가지고 행동하지는 않았다고-이는 관련자와 그 사람이 한 발언의 정확한 내용에 따라 매번 달라질 수 있다- 보았기 때문이라는 점을 염두에 두어야 한다. 청구인이 적절한 법률 조언을 얻었다면 이에 대해 알 수 있었을 것이다. 이

점과 관련된 충분한 판례법이 부재한 상황에서 스위스 법원이 이후 사건에서 이러한 사건들이 제261조의2 제4항의 의미에 따라 "a genocide"에 해당하는지에 대해 어떤 결정을 내릴 것인지 전적으로 명확하지 않았다는 것은 사실이다. 그러나 이 법원들이 그러한 상황에 대해 비난을 받을 이유는 없다. 왜냐하면 어느 모로 보나 법원이 청구인이 저지른 것과 같은 행위를 다룰 기회는 별로 없었기 때문이다(*Soros v. France,* no.50425/06, 문단 58, 2011년 10월 6일, 필요한 변경을 가하여 참고). 청구인의 사건에 대한 법원의 접근 방법은 합리적으로 예측할 수 있었다. 특히 스위스 하원이 1915년과 그 이후 일어난 사건들을 제노사이드로 승인하는 발의안을 채택했다는 점을 고려하면 더욱 그러하다(위 문단 48-50 참고). 이러한 접근 방법은 판례법에 대한 갑작스럽고 예측 불가능한 변화에 해당하지 않았으며(*Jorgic v. Germany,* no.74613/01, 문단 109-13, ECHR 2007-III 참고; *Pessino v. France,* no.40403/02, 문단 34-36, 2006년 10월 10일, 대조하여 참고) 유추에 의한 형사 법령 범위의 확장이라고도 볼 수 없었다(*Karademirci and Others v. Turkey,* nos.37096/97 및 37101/97, 문단 42, ECHR 2005-I 대조하여 참고).

139. 무엇이 형법 제261조의2 제4항의 목적을 위한 "a genocide"를 구성하는지에 대한 질문과 관련된 스위스 법원의 접근 방법이 협약에서 받아들여질 수 있는지는 청구인의 유죄 판결을 정당화하기 위하여 법원이 제시한 근거의 적절성 및 충분성과 관련 있다. 이에 대해서는 아래의 "필요성"이라는 제목 하에서 심사할 것이다(위 인용된 *Lindon,* Otchakovsky-Laurens and July, 문단 42 마지막 부분 참고).

140. 청구인의 표현의 자유에 대한 제한은 충분히 예측 가능하였고 그러므로 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 "법률에 의해 규정"된 것이었다.

2. 정당한 목적

(a) 소재판부 판결

141. 소재판부는 청구인의 표현의 자유에 대한 제한이 "타인의 권리", 즉 1915년부터 오스만 제국이 아르메니아인에게 자행한 잔학 행위 희생자 친척들의 명예를 보호하기 위한 것이었다는 점을 받아들였다. 그러나 재판소는 더 나아가 청구인의 발언이 공공질서에 심각한 위험을 초래했다는 스위스 정부의 주장은 충분히 입증되지 않았다고 판결하였다.

(b) 대재판부에 제출된 주장들

(i) 당사자들

142. 청구인이 제출한 의견에서는 이 지점이 구체적으로 다뤄지지 않았다.

143. 스위스 정부는 표현의 자유에 대한 청구인의 권리 제한이 타인의 권리(1915년과 그 이후 일어난 사건들의 희생자와 그 후손들)의 권리를 보호하기 위한 것이었다고 주장하였다. 청구인이 가지고 있던 관점은 아르메니아인 공동체의 정체성에 대한 위협이었다. 그 제한은 또한 공공질서를 보호하기 위한 것이었다. 2004년 7월 24일 청구인은 로잔 조약을 기념하기 위한 집회에서 연설을 했는데, 이 집회에는 스위스 및 해외에서 2,000여 명이 참여하였다. 이와 동시에 열리는 또 다른 집회로 인해 어느 정도의 위험이 예상되는 상황이었다. 스위스 정부는 형법 제261조의2 제4항이 "공공의 평화에 반하는 범죄"를 다루는 장에 있다는 점과 스위스 연방법원의 판례에 따르면 그 조항의 목적은 특정 민족 혹은 종교 집단의 구성원들을 보호하는 것뿐만 아니라 공공질서를 유지하기 위한 것이라는 점 또한 지적했다. 이는 1965년 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약(CERD) 제4(b)조(660 UNTS 195)와 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제협약(ICCPR) 제20조 제2항(999 UNTS 171)에 따른 스위스의 의무에서도 명백하게 드러나는 바이고, 유엔인권이사회도 이와 같이 해석하였다.

(ii) 제3의 관여자들

144. 터키 정부는 청구인에 대한 유죄 판결과 공공안전의 유지 사이에 연관이 있다는 점이 확립되지 않았으며 공공안전과 관련된 구체적 위협에 대한 어떠한 언급도 없었다고 주장하였다. 그들은 협약 제10조 제2항의 "무질서의 예방"이라는 표현과 ICCPR의 제19조 제3(b)항의 "공공질서의... 보호"라는 표현 사이의 차이에 주목하며, 청구인의 발언이 무질서를 초래할 것이거나 혹은 실제로 초래했음을 나타내는 징조는 없었다고 지적하였다. 이 사건 이전과 이후에도 유사한 발언들이 있었지만 그로 인해 무질서가 야기되었다는 보고는 없었다.

(c) 재판소의 판단

145. 스위스 정부는 청구인의 표현의 자유에 대한 권리 제한이 협약 제10조 제2항에 따른 두 가지의 정당한 목적, "무질서의 예방"과 "타인의 권리... 보호"를 지향하려 했다고 주장하였다. 재판소는 차례로 이 쟁점들을 각각 다룰 것이다.

(i) "무질서의 예방"

146. 협약과 추가 의정서에 명시된 권리에 대한 제한을 정당화할 수 있는 다양한 목적들을 규정할 때, 협약과 추가 의정서의 영어판에 있는 다양한 조항들은 다른 표현들을 사용한다. 협약 제10조 제2항은 제8조 제2항 및 제11조 제2항과 마찬가지로 "무질서의 예방"이라는 단어를 포함하는 반면 협약 제6조 제1항과 추가 의정서 제7번 제1조 제2항은 "공공질서를 위하여"라고 말하고, 협약 제9조 제2항은 "공공질서의 보호"라는 표현을 사용하며, 추가 의정

국가인권위원회
humanrights.go.kr

서 제4번 제2조 제3항은 "공공질서의 유지"라고 언급한다. 위 문단 134에서 지적한 바와 같이 협약과 추가 의정서에서 같은 단어를 사용할 때는 원칙적으로 같은 개념을 지칭하는 것으로 봐야 하지만 일반적으로 사용된 용어들의 차이는 반드시 전제되어야 하는데 이는 의미의 변화를 나타내기 위한 것이다. 이러한 맥락에서 보았을 때 후자의 표현들은 대륙 국가들이 사용하는 더 넓은 개념의 공공질서에 기초하였기 때문에(추가의정서 제4번에 대한 설명 보고서 문단 16 참고)-종종 사회 구조를 유지하는데 필수적인 정치적, 경제적 그리고 도덕 원칙의 본체를 나타내기 위해 쓰이는 데 일부 사법권에서는 심지어 인간 존엄성까지 포함하기도 한다- 더 넓은 의미를 지니는 것처럼 보이는 반면 전자는 더 좁은 의미를 전달하는 것처럼 보인다. 이 사건에서는 본질적으로 폭동이나 공공연한 소요의 다른 형태 같은 유형으로 해석하였다.

147. 다른 한편 프랑스어판 협약 제8조 제2항 및 제11조 제2항뿐만 아니라 제10조 제2항은 "la défense de l'ordre"라고 말하는데 이는 영어 문서에 있는 "무질서의 예방"이라는 용어보다 더 넓은 의미를 가지는 것으로 볼 수 있다. 그러나 여기에도 표현의 차이가 있는데, 프랑스어판 추가의정서 제4번 제2조 제3항과 추가의정서 제7번 제1조 제2항뿐만 아니라 협약 제6조 제1항도 "공공질서"를 언급하기 때문이다.

148. 실제로 재판소는 최근 협약 제8조 제2항에 있는 "무질서의 예방"("défense de l'ordre")이라는 용어와 "공공질서"("ordre public")라는 용어의 차이를 지적한 바 있다(*S.A.S. v. France* [GC], no.43835/11, 문단 117, ECHR 2014 참고).

149. 1969년 조약법에 관한 비엔나 협약 제31조 제1항에 따라 조약은 "그 맥락과 목적, 목표를 고려하여 조약의 용어에 주어진 일반적 의미에 따라 선의를 가지고 해석해야만 한다". 같은 협약의 제33조 제3항은 이 협약처럼 두 개 혹은 그 이상의 언어로 작성된 조약의 해석 문제를 다루는데, 이 조항에 따라 조약의 용어는 "각 언어의 문서에서 같은 의미를 가진다고 전제한다." 같은 조약의 제33조 제4항은 다른 언어의 원본을 비교하였을 때 다른 해석의 규칙들을 적용해도 없앨 수 없는 의미가 차이가 있다면 그런 상황에서 채택해야 하는 의미는 "조약의 목적과 목표를 고려하였을 때, 다른 언어의 글들을 가장 잘 조화시킬" 수 있는 것이어야만 한다고 명시한다. 후자의 규칙들은 같은 협약 제31조 제1항에 규정된 해석에 대한 일반적 규칙의 요소들로 봐야 한다(위 인용된 *Golder,* 문단 30, 그리고 *Witold Litwa v. Poland,* no.26629/95, 문단 58, ECHR 2000-III 참고).

150. 재판소는 이미 이전에 이러한 규칙들로 인해 -이러한 규칙들은 일반적으로 수용되는 국제법의 원칙을 반영하는데(위 인용된 *Golder,* 문단 29 참고), 이 원칙들은 이미 관습법의 지위를 획득하였다(LaGrand(*Germany v. United States of America),* Judgment, ICJ Reports 2001, pp.501-02, 문단 99 및 101 참고)-재판소가 관련 글을 해석할 때는 그 글들을 최대한 잘 조화시키고 협약의 목적과 목표를 실현하기에 가장 적절한 방식을 채택해야 한다

고 명시한 바 있다(*Wemhoff v. Germany,* 1968년 6월 27일, p.23, 문단 8, Series A no.7; 위 인용된 *The Sunday Times,* 문단 48; *Brogan and Others v. the United Kingdom,* 1988년 11월 29일, 문단 59, Series A no.145-B; 그리고 위 인용된 *Stoll,* 문단 59-60 참고).

151. 논쟁이 되는 용어들이 사용된 맥락은 개별적 인권의 효과적인 보호를 위한 조약이라는 점(*Saadi v. the United Kingdom* [GC], no.13229/03, 문단 62, ECHR 2008 참고), 협약의 권리에 대한 제한을 허용하는 제10조 제2항과 같은 규정들은 엄격하게 해석되어야 한다는 점(위 인용된 *Vogt,* 문단 52; *Rekvényi,* 문단 42; 그리고 특히 *Stoll,* 문단 61 참고), 그리고 좀 더 일반적으로, 일반 규칙에 대한 예외에 대해서는 광범위한 해석이 주어질 수 없다는 점(위 인용된 *Witold Litwa,* 문단 59 참고)을 염두에 두고, 재판소는 영어 협약과 프랑스어 협약 제10조 제2항의 "무질서의 예방"과 "la défense de l'ordre"이라는 표현은 협의를 가지는 것으로 읽을 때 가장 잘 조화될 수 있다고 판결한다. 그 이유는 영어로 쓰인 글에 사용된 단어들이 협소한 의미만 나타낼 수 있는 것처럼 보이기 때문이다.

152. 형법에서의 제261조의2 제4항의 위치와 그 조항이 스위스 법률에 따라 보호하려는 법익에 대한 스위스 정부의 주장은 광의와 관련 있는 것이기 때문에 이 맥락과는 관련이 없다. 오히려 스위스 정부는 청구인의 발언이 무질서 -예를 들어 공공연한 소요와 같은 형태- 로 이어질 수 있었다거나 실제로 이어졌다는 점과 그를 처벌하려는 과정에서 스위스 당국이 이 점을 염두에 두고 있었다는 점을 증명해야 했다.

153. 그러나 이를 증명하기 위해 스위스 정부가 제출한 유일한 증거는 2004년 7월 24일 -청구인이 유죄 판결을 받은 사건이 일어나기 약 1년 전- 로잔에서 서로를 반대하는 두 개의 집회가 열렸고 그중 한 집회에 청구인이 연사로 참여했다는 것에 대한 언급뿐이었다. 스위스 정부는 이와 관련된 세부 내용을 제공하지 않았고 집회에서 실제로 충돌이 일어났다는 어떠한 증거도 존재하지 않았다(*Plattform "Ärzte für das Leben" v. Austria,* 1988년 6월 21일, 문단 12-13, 19 및 37-38, Series A no.139, 그리고 *Chorherr v. Austria,* 1993년 8월 25일, 문단 7-8 및 28, Series A no.266-B, 대조하여 참고). 더 중요한 점은 이 문제 중 어떤 것도 청구인의 형사사건에 대한 법원의 결정에 언급되지 않았다는 점이다. 이 사건은 당국 스스로 개시한 것이 아니라 스위스-아르메니아 연합이 제기한 고소에 따라 개시된 것이었다(위 문단 17 참고). 마지막으로 스위스 당국이 청구인이 발언을 한 공공 행사들로 인해 공공연한 소요가 일어날 수 있다고 인식하였고, 그것을 근거로 그 행사들을 규제하려 시도했다는 것을 보여주는 증거가 없다. 스위스에는 아르메니아와 터키 공동체가 모두 존재함에도 불구하고 이러한 종류의 발언이 이들 사이의 심각한 긴장과 충돌을 야기할 위험이 있었다는 것을 보여주는 증거 또한 없다(*Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, 문단 39, Series A no.236, 대조하여 참고).

154. 그러므로 재판소는 "무질서를 예방"하기 위해 청구인의 표현의 자유를 제한했다는 주장은 받아들일 수

없다.

(ii) "타인의 권리... 보호"

155. 이 목적과 관련하여 분명하게 구분해야 할 것이 있다. 하나는 1915년과 그 이후 일어난 사건들로 인한 사망자와 생존한 희생자들의 존엄이고 다른 하나는 그들 후손들의 존엄으로, 여기에는 현재 아르메니아인들의 정체성이 포함된다.

156. 스위스 연방법원이 판결문 5.2에서 지적한 바와 같이, 1915년과 그 이후 일어난 사건 희생자들의 후손 중 많은 이들 -특히 아르메니아 디아스포라의 사람들-의 정체성은 자신들의 공동체가 제노사이드의 희생자였다는 인식에 기반하여 형성되어 있다(위 문단 26 참고). 이러한 관점에서 재판소는 아르메니아인이 제노사이드로 고통받았다는 것을 부인한 청구인의 발언을 제한한 것은 이들의 정체성을 보호하기 위한 것이었으며 그러므로 현재 아르메니아인들의 존엄성 보호라는 의도가 있었다는 점을 받아들인다. 그러나, 이와 동시에 청구인이 해당 사건들의 법적 자격에 대해 의문을 제기하여 희생자들을 부정적으로 보이게 만들거나 또는 존엄성을 박탈하거나 그들이 인간이라는 점을 훼손했다고 볼 수는 없다. 그가 아르메니아인 집단학살이라는 생각은 "국제적 거짓말"이라고 비난한 것이 희생자들과 그 후손들을 향한 것이라고 볼 수도 없다; 해당 발언의 전체적 취지는 오히려 이러한 비난이 "영국과 프랑스, 러시아 제국"의 "제국주의자들" 그리고 "[미국]과 [유럽연합]"을 향한 것이었다는 점을 보여준다(위 문단 13 참고). 반면 청구인이 쾨니츠에서 한 발언에서 그 사건들에 연루된 아르메니아인들을 "제국주의 열강들"의 "도구"라고 말한 점과, 그들이 "터키인과 무슬림에 대한 집단학살을 수행"했다고 비난한 것은 간과될 수 없다(위 문단 16 참고). 이러한 상황 속에서 재판소는 스위스 정부의 제한이 이들의 존엄을 보호하기 위한 것이었고 그러므로 이들 후손의 존엄을 보호하기 위한 것이었다는 점에 동의할 수 있다.

157. 그러므로 청구인의 표현의 자유에 대한 제한은 "타인의 권리를... 보호하기 위한" 것으로 간주할 수 있다. 다음으로는 형사처벌이 그러한 목적을 달성하는데 "민주사회에서 필요한"지에 대해 살펴봐야 한다.

3. 민주사회에서 제한의 필요성

(a) 소재판부 판결

158. 소재판부는 청구인이 발언을 한 맥락을 검토하고 청구인의 지위를 고려하여 청구인의 발언은 "역사적, 법적, 정치적 성격"을 띠며 공익에 대한 논쟁과 관련 있다고 판결하였다. 이러한 점에 기초하여 소재판부는 청구인의 발

언에 대해 스위스 당국이 가지는 재량 여지는 줄어들었다고 결론 내렸다. 소재판부는 스위스 법원이 청구인에 대한 유죄 판결을 정당화하기 위하여 1915년과 그 이후 몇 년간 일어난 사건들에 대한 법적 성격을 "일반적 합의"라는 개념에 의지하여 규정지은 것은 문제라고 보았다. 소재판부는 청구인의 발언들이 증오나 폭력을 불러일으킬 것이라는 징표는 없었다고 명시하였다. 그리고 청구인의 발언과 홀로코스트를 부정하는 발언을 구분하며 이 두 발언은 동일한 의미를 가지지 않았으며 동일한 영향을 미칠 가능성이 적었다는 근거를 제시하였다. 소재판부는 최근 비교법의 발달 상태와 유엔인권이사회의 입장 또한 살펴보았다. 이러한 점들을 근거로 소재판부는 청구인에 대한 유죄판결이 긴박한 사회적 필요 때문에 요구된 것이었는지에 대하여 의문을 표하였다. 소재판부는 또한 청구인에게 부과된 처벌의 심각성을 고려한 후 청구인에 대한 유죄 판결과 처벌은 1915년과 그 이후 몇 년간 일어난 사건 희생자들 후손의 명예와 감정의 보호를 위하여 "민주사회에 필요"하지 않았다는 결론에 도달하였다.

(b) 대재판부에 제출된 주장들

(i) 당사자들

(α) 청구인

159. 청구인은 자신의 발언으로 인해 1915년과 그 이후 일어난 사건뿐만 아니라 논란이 되는 역사적 사건들에 대해 다른 의견을 내는 것을 범죄화하는 것에 관한 토론이 촉발되었으므로 그 발언은 협약 제10조에 따른 강화된 보호를 받을 자격이 있다고 주장하였다; 두 가지 모두 공익과 관련된 주제들이었다. 이 발언에 형사처벌을 부과한 것은 그러한 논쟁을 억누르고 역사적 사건에 대한 다른 해석을 대중에게 알리는 것을 막으려는 시도였으며 오스만 제국에서 아르메니아인들이 겪은 고통에 대한 정사(正史)를 만들어내는 효과를 가져왔다. 이러한 행위는 민주사회의 본질인 열린 토론과 질문할 자유에 반대되는 것이었다. 그는 특히 오스만 제국에게 아르메니아인 집단을 없애려는 구체적 의도가 있었음을 보여주는 증거가 부족한 상황에서 그 사건들을 국제법에 쓰인 용어의 의미에 따른 제노사이드로 규정하는 것에 대해 의문을 제기했을 뿐 있었던 사건 자체를 부정하지는 않았다. 그는 자신의 주장을 지지하기 위하여 제노사이드 협약의 소급 적용이 부족하다는 점 그리고 쟁점이 되는 사건들이 관할 법원에서 제노사이드로 인정받지 못했다는 사실을 제시하였다. 바로 이것이 그의 발언과 홀로코스트를 부정하는 발언을 구분 짓는 지점으로 이러한 차이는 단순히 역사적 사실을 어떻게 분류할 것인가가 아니라 구체적 역사적 사실 자체와 관련이 있었다. 더군다나 홀로코스트의 존재는 국제 법원이 확실한 법적 규정에 근거하여 명백히 확립한 사실로 이제는 기본적 사실들과 법적 정의가 서로 구분되지 않을 정도였다. 재판소는 반유대주의적이고 반민주주의적 의도를 가지고 홀로코스트를 부정하는 행위를 형사 처벌하는 것을 사실상 묵인해 왔다. 현대 유럽의 사회적 환경을 고려했을 때 그러한 부정은 유사한 범죄를 합리화하고 인종적 증오의 징후를 나타내는 독특한 현상이라고 볼 수 있었다. 반면에 유럽에 아르

메니아인에 대한 박해의 역사는 없었다. 이와 관련하여 청구인은 자신이 보기에 1915년과 그 이후 일어난 사건들과 홀로코스트를 구분하는 다수의 특징을 강조하면서 어떤 사건을 제노사이드로 인정하는 것과 그에 대한 다른 의견을 표현하는 것을 법으로 금지하는 것은 별개의 일이라고 말하였다.

160. 청구인은 또한 1915년과 그 이후 일어난 사건들에 대한 역사적 조사는 계속 진행 중이었고 학자들 사이에 그 사건들에 대한 합의가 존재하지 않았다고 주장하였다. 수많은 저명한 역사가들과 정치적 인물들의 발언은 스위스 당국의 주장이 거짓이었다는 점을 드러냈다고 주장했다. 또한 2009년에는 스위스 정부의 중재에 따라 아르메니아와 터키 정부는 역사적 기록을 조사하고 권고를 하기 위한 통합 위원회를 출범하기로 합의하였다; 그러나 각국 의회가 합의를 승인하지 않음으로써 위원회는 출범하지 못하였다. 국제법에서 정의된 "제노사이드"라는 용어가 라파엘 렘킨(Raphael Lemkin)이 애초에 고안한 개념과 완전히 조화되지 않는다는 점 또한 염두에 두어야 했다. 이 지점에 대한 렘킨의 발언을 보면 그 용어를 만들 때 그는 광범위한 역사적 사건들로부터 영감을 받았다는 것을 알 수 있다.

161. 청구인은 더 나아가 그의 발언들은 극단적 의견도 아니었으며 아르메니아인의 정체성을 심각하게 훼손하지도 않았다고 주장하였다. 그는 증오를 선동하거나 인종차별을 조장하지도 않았다. 그러므로 CERD 제4조에 따라 그의 발언을 범죄로 간주할 필요도 없었다. 중립적 위원회가 내린 결론에 대해서도 자신의 관점을 바꾸는 것에 대한 거부가 결론을 바꾸지는 않았다; 숙련된 변호사로서 그는 그러한 위원회가 제노사이드 협약 제6조가 그리는 정당한 권한을 가지는 법원을 대체할 수 있다는 것에 동의할 수 없었다. 그의 발언은 인종주의적 동기가 아니라 법적이고 역사적인 고찰에 의해 추동된 것이었다. 변호사로서 그는 제노사이드를 정의함에 있어 법적 원칙에 충실해야 한다고 주장했으며 이익집단들이 그 용어를 정치적으로 사용하는 것을 거부하였다. 사회주의자 정치인으로서 그가 가지고 있는 확신은 아르메니아인이 아니라 자신이 제국주의 열강이라고 생각하는 국가들이 "국제적 거짓말"을 유포하는 것을 비난하도록 이끌었다. 그러므로 그는 피해자들이 역사를 왜곡하였다고 비난한 것이 아니라 단순히 오스만 제국에서의 "아르메니아인 문제"는 헤게모니 담론의 주요한 부분으로 남아있다는 점을 강조하였을 뿐이었다. 역사가로서 작업하면서 그는 그 이슈에 대한 역사가들의 합의가 없다는 점을 알게 되었다. 스위스 당국의 결론과는 반대로, 그가 단순히 탈라트 파샤를 언급한 것이 그의 모든 말과 행동을 지지했다는 것을 의미하는 것은 아니었다.

162. 청구인의 주장에 따르면 그의 발언이 스위스 법에 의해 금지된 주제를 다루고 있었기 때문에 그 발언은 스위스 내의 논쟁과 관련이 있었다. 형법 제261조의2 제4항은 스위스 내에서도 매우 논쟁적인 조항이었으며 심지어 전 법무부 장관도 이를 비판하였다. 1915년과 그 이후 일어난 사건들의 성격을 법적으로 어떻게 정의할 것인가에 대한 논쟁이 유럽 전역에서 벌어지고 있다는 사실은 이 문제가 터키뿐만 아니라 국제적으로 대중의 관심사라는 점을 보여주었다. 여기에는 스위스도 포함되는데 스위스 내 터키 공동체가 이 문제에 대하여 특별한 관심을 가지고 있었기 때문이었다.

163. 청구인은 또한 자신은 반인종주의 영역의 대표적 활동가로 LICRA와 유럽 의회의 초청을 받아 그 문제에 대해 발언을 한 적도 있다고 주장하였다. 그는 알레비파, 쿠르드족 그리고 소수의 기독교인과 같이 터키 내에서 소외당하는 집단들을 포함한 모든 터키 시민들의 평등을 위하여 투쟁하다가 13년간 수감 생활을 하였다; 이와 관련하여 재판소는 협약에 따른 그의 권리가 침해되었다고 두 번 판결 내린 바 있다. 그러므로 그를 인종주의자라고 낙인찍는 것은 말도 안 되는 일이라고 주장하였다.

164. 마지막으로, 청구인은 스레브레니차 제노사이드(the Srebrenica genocide)-이 일은 훨씬 최근에 발생한 일로 국제사법재판소는 이를 제노사이드로 인정함-를 부정했던 두 사람에 대하여 이들이 인종주의적 동기를 가지고 행동한 것은 아니었다고 판단하여 기소하지 않기로 한 스위스 당국의 결정을 지적하였다. 이는 형법 제261조의2 제4항의 적용이 공정하지 않고 정치적인 방식으로 이뤄지고 있다는 것을 보여주었다.

(β) 스위스 정부

165. 스위스 정부는 1915년과 그 이후 일어난 사건들에 대한 법적 성격 규정은 제한적 관련성만을 가진다고 주장하였다. 스위스 연방 재판소가 판결문 문단 7에서 아르메니아인에 대한 집단 학살과 집단 추방은 인도에 반하는 범죄를 구성한다고 판결하였기 때문이다. 그에 대한 정당화는 형법 제261조의2 제4항에 근거하고 있기도 하였다. 스위스 정부는 청구인이 이 사건들에 대한 법적 성격을 부정한 것에 대해서만 유죄 판결을 받았다는 점에 대하여 소재판부와 의견을 달리하였다. 정부는 이에 대하여 청구인의 주장, 즉 터키 사람들에게 아르메니아인은 침략자였으며, 아르메니아인들에 대한 잔학 행위를 묘사하기 위해 "제노사이드"라는 용어를 사용한 것은 "국제적 거짓말"이라고 주장했다는 점을 지적하였다; 또한 그는 자신이 이러한 사건들과 관련된 논쟁의 주창자인 탈라트 파샤의 추종자라고 주장하였다. 그러므로 그의 관점은 그 사건들에 대한 법적 성격을 어떻게 규정할 것인가를 논쟁하는 것에만 국한되지 않았다. 아르메니아인들을 침략자로 묘사함으로써 그는 그들에게 자행된 행위들을 정당화하려고 시도하였는데, 이는 희생자들과 그들 친척들의 존엄성을 훼손할 가능성이 큰 방식이었다. 스위스 연방법원에 따르면 실제로 청구인의 발언은 특히 1915년과 그 이후 일어난 사건들로 얼룩진 역사를 통해 형성한 아르메니아인 공동체 구성원들의 정체성에 대한 심각한 위협이었다. 소재판부는 제노사이드를 부정한 것에 대하여 청구인을 기소한 것만을 고려함으로써 청구인의 발언이 나온 맥락과 자신은 결코 이 사건들에 대한 의견을 바꾸지 않을 것이라는 발언의 확고함을 주목하지 않았다고 주장했다.

166. 스위스 정부는 소재판부가 청구인의 발언이 "역사적, 법적, 정치적 성격"을 띤다고 설명한 것과 그에 따라 국내 기관의 재량 여지는 줄어들었다고 판결한 것에 대해 문제를 제기하였다. 스위스 정부가 보기에 역사적 논쟁의 자유는 오직 역사적 진실의 추구와 관련된 발언 그리고 그 발언을 한 사람이 불필요한 논쟁을 유발하기보다는 공개

적이고 냉정한 토론을 하려는 취지를 가진 경우에만 적용되어야 하였다. 청구인은 결코 자신의 의견을 바꾸지 않을 것이며 자신은 결코 진정한 토론을 추구하지 않았다는 점을 여러 번 반복하여 말하였다. 그의 발언의 취지는 그가 역사적 방법의 기본 규칙을 따르지 않았다는 것을 보여주었다. 이러한 환경에서는 국내 기관에 넓은 재량권이 허용되어야 했다고 주장했다.

167. 청구인의 발언은 스위스 국내정책 또는 스위스 사회 내부의 논쟁과 아무런 연관이 없었기 때문에 일반적으로 정치적 발언이 보장받는 수준의 보호를 받을 수 없었다. 그는 형법 제261조의2에 이의를 제기하거나 스위스의 정치적 생활의 다른 측면에 대해 논의하려 시도하기보다는 자신이 태어난 국가의 정책 관련 문제에 대해 발언하였다. 그는 자국의 정치적 논쟁에서 자신의 의견을 표현하는 사람과 동등한 위치에 놓일 수 없었다. 그렇게 하는 것은 표현의 자유에 대한 권리의 목적을 충분히 고려하지 않는 것이기 때문이었다. 이는 협약 제16조로부터 도출되는 지점이기도 하였다. 협약 제16조에 근거하여 회원국은 외국인의 정치 활동에 대하여 제한을 부과할 수 있었다. 청구인의 발언을 정치적 발언으로 간주함으로써 소재판부는 스위스가 스스로 영향을 미치지 못하는 정치적 논쟁에 대처하지 못하도록 만들었다. 스위스 당국이 진짜 관심을 가진 것은 표현의 자유 행사는 의무와 책임을 수반한다는 원칙의 적용을 보장하는 것이었는데도 말이다.

168. 스위스 연방법원은 주(州) 당국이 오스만 제국이 아르메니아인에게 자행한 잔혹 행위를 법적으로 어떻게 규정할 것인가에 대한 일반적 합의가 존재한다고 한 것은 자의적 행위가 아니었다고 판결하였다. 청구인의 주장을 기각하면서 연방법원은 합의가 만장일치를 의미하는 것은 아니라고 언급하였다. 스위스 법원은 단순히 이 지점에 대한 정치적 선언들을 받아들이지 않은 것이 아니라, 이 선언들을 야기했던 당국의 관점이 자격을 갖춘 전문가의 조언이나 설득력이 입증된 보고서에 기반하고 있는지를 고려하였고 국제형법과 제노사이드에 대한 문헌들을 검토하였다. 이 점에 대한 하급 법원의 판결이 자의적이지 않다는 점을 확인하면서 스위스 연방법원은 역사와 관련된 문제들에 대하여 판결을 내리지 않기로 선택하였다. 소재판부가 스위스 법원이 그러한 일반적 합의가 존재한다는 것을 받아들인 것은 잘못이었다고 판결한 것과 관련하여 다음과 같은 점들을 언급해야 한다. 첫째, 소재판부에 따르면 청구인이 문제 삼은 것은 그 사건들이 실질적으로 발생했다는 사실이 아니라 그 사건들에 대한 법적 성격 규정의 문제였다. 둘째, 그 사건들이 제노사이드가 아니라 인도에 반하는 범죄로 규정된다 하더라도 형법 제261조의2 제4항의 의율을 받을 것이다. 회원국은 단지 그것이 일반적 합의의 주제라 할지라도 그러한 범죄를 부정하는 것을 형사처벌할 수 있어야만 했다. 이는 그러한 접근 방법을 취하는 국가가 얼마나 되는지와는 무관한 문제이다.

169. 형법 제261조의2 제4항이 단순히 제노사이드나 인도에 반하는 범죄에 대한 부정, 사소화 혹은 정당화를 금지하는 것만은 아니라는 점을 염두에 두어야 한다; 거기에 더해 이 조항의 적용을 받으려면 이러한 행위가 인종, 출신 민족, 종교를 근거로 하여 인간 존엄성을 파괴하는 방식으로 이뤄져야 한다. 청구인의 사건에서 스위스 법원은 그

의 발언이 인종주의적 동기에 의한 것이었다고 판결할 만한 충분한 근거가 있었다. 그는 아르메니아인에게 자행된 행위를 변호하려 시도했고 그런 행위에 대해 아르메니아인들을 비난하고 그들의 자손이 역사를 왜곡한다고 비난하려 하였다. 그러므로 청구인의 발언에는 역사적 논쟁에 기여하려는 의도가 없었다고 판단한 스위스 법원은 비난을 받을 이유가 없었다. 청구인이 1915년과 그 이후 일어난 사건들의 피해자에 대한 경멸을 표현하지 않았다고 판결함에 있어 소재판부는 국내법원이 발견한 사실에서 벗어나 제4심 법원처럼 행동하였고 맥락에 대한 고려 없이 그 발언을 평가하였다. 청구인의 고집은 그의 생각이 역사적 연구의 결과가 아니라는 것을 보여주었다; 그 발언은 인종주의와 무관용에 대항하는 싸움을 떠받치는 가치들을 위협하였고 희생자 친척들의 권리를 침해하였으며 협약의 가치와 양립할 수 없었다. 이러한 점들은 단지 제17조의 맥락뿐만이 아니라 제10조 제2항의 맥락과도 관련이 있으며 국가 법원과 당국에게 넓은 재량 여지가 주어져야 한다는 점을 보여주었다.

170. 인종주의와 싸우는 것은 인권 보호의 중요한 측면이었다. 인종주의와 불관용에 대항하는 유럽위원회(ECRI)가 한 일은 이를 잘 보여주었다. 스위스에 대한 가장 최근 보고서에서 유럽위원회는 인종차별에 대항하기 위하여 행정법과 민법을 강화할 것을 권고하였다. "증오표현"에 대한 각료위원회의 no.R(97)20 권고도 이러한 점을 잘 보여준다. 각료위원회는 이 권고를 통해 인종적 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 및 불관용을 선동하는 모든 형태의 표현을 규탄하였다. 스위스 정부도 이와 관련하여 최근의 비교법 발전을 언급하였다. 또한 인종주의 및 인종차별에 대항하기 위한 국가입법에 대한 2002년 12월 13일자 ECRI의 일반정책권고(CRI(2003)8) 제7번과 형법이라는 수단을 이용하여 인종주의 및 외국인 혐오표현에 대항하기 위한 2008년 11월 28일자 유럽연합이사회 기본 결정 2008/913/JHA(OJ L 328, pp.55-58("EU Framework Decision 2008/913/JHA"))이 보여주듯이 유럽의 추세 또한 이 방향을 향하고 있다고 언급하였다. 이 문제에 대한 완전한 합의가 없다는 것은 회원국에게 광범위한 재량 여지가 주어져야 함을 의미하였다. 이와 반대되는 소재판부의 판결은 설득력이 없었다. 더군다나 지금껏 형법 제261조의2 제4항을 폐지하려는 시도가 여러 번 있었지만 한 번도 성공하지 못했는데 이는 이 규정이 스위스 내에서 강력하고 지속적인 민주적 정당성을 획득했다는 것을 의미하였다.

171. 홀로코스트의 독특한 성격에 대해 의문을 제기하고 싶어하지 않는 것과 동시에 스위스 정부는 회원국이 다른 제노사이드나 혹은 인도에 반하는 범죄의 부정에 대항하기 위한 그들의 노력과 관련하여 재량을 가질 수 있어야 한다고 보았다. 이 둘 중 어느 것이든 피해자들이 역사를 왜곡한다고 비난하는 것은 인종적 명예훼손의 가장 심각한 형태 중 하나였다.

172. 마지막으로 스위스 정부는 청구인에게 부과된 처벌이 과도하게 가혹한 것은 아니었다고 주장하였다. 그러한 처벌이 그의 의견을 공공연하게 표현하는 것을 막은 것도 아니었고 그가 공동체 생활에 영향을 미치는 문제에 대한 토론에 기여한 것도 아니었기 때문이라고 밝혔다.

(ii) 제삼의 관여자들

(α) 터키 정부

173. 터키 정부는 청구인의 발언이 정치적 표현으로서의 자격을 갖추고 있으며 정치적 표현이라는 개념은 대중의 관심과 관련된 문제와 관련된 발언을 포괄하는데 이는 단지 국내 문제에 대한 발언이나 주류의 발언에만 제한되는 것은 아니라고 주장하였다. 청구인의 발언은 1915년과 그 이후 일어난 사건을 제노사이드로 인정하는 것과 그것을 부정하는 것을 법률로 금지하는 것과 관련된 스위스 내의 토론에 영향을 미치기 위한 것이었고 스위스 국내정책에 영향을 미치기 위해 계산된 행동이었다. 이 문제가 스위스 내부에서도 논란거리였다는 사실은 스위스-아르메니아 연합과 프랑스어권 스위스 지역 터키인 협회 연맹이 이 사건에 제삼자로서 관여했다는 사실에서도 드러난다. 그러므로 스위스 당국은 청구인에 대해 어떤 조치를 취할 것인지 결정함에 있어 오직 제한된 재량 범위를 가지고 있었다; 그 재량은 청구인이 스위스 입법부를 비판했다는 사실에 의해 더욱 제한되었다고 주장했다.

174. 청구인의 의도는 아르메니아인을 인종 차별하려던 것이 아니라 1915년과 그 이후 일어난 사건을 제노사이드로 인정한 스위스 하원의 결정을 비판하고 이에 도전하려던 것이었다. 이러한 의도는 그의 발언 내용과 형사 재판 과정에서 그가 한 선언 그리고 스위스 법원이 제시한 근거에서 명백하게 드러났다. 그는 불필요한 논쟁을 야기하려던 것이 아니라 진행 중이었던 토론에 기여하려 했을 뿐이었다. 이는 국내 절차에서 청구인이 요청한 역사가와 스위스-아르메니아 연합이 요청한 역사가가 서로 다른 견해를 제시했다는 점에서도 드러났다. 청구인은 집단 학살과 집단 이주가 존재했다는 것을 문제 삼은 것이 아니라 그것을 제노사이드로 규정하는 것을 반대하였을 뿐이었다. 홀로코스트를 부정하는 사람은 역사적인 사실의 실체에 대하여 의문을 제기하기 때문에 이 사건은 홀로코스트의 부정과 관련된 사건들과는 다른 것이었다고 주장했다.

175. 청구인이 아르메니아인의 깊은 슬픔의 원인에 대하여 도발적인 태도를 보여왔던 것은 사실이었다. 그러나 청구인이 이런 일을 한 것은 1915년과 그 이후 일어난 사건의 피해자나 스위스에 거주하는 아르메니아인을 모욕하려던 것이 아니라 공적인 토론을 유발하기 위한 것이었다. 표현의 자유는 어느 정도의 도발을 포괄한다. 그것은 충격적이거나 불쾌한 생각 그리고 그러한 생각이 전달된 양식에도 적용된다. 아무리 그것이 악의적인 방식이라 할지라도 말이다. 청구인이 탈라트 파샤의 사상에 대한 지지를 표명하였다는 점, 그가 결코 자신의 입장을 바꾸지 않을 것이라고 말한 점, 미국과 유럽연합을 히틀러와 동격으로 취급했다는 점은 관련이 없는데 그는 다른 발언이 아니라 "a genocide"를 부정한 것에 대해 인종차별로 유죄 판결을 받았기 때문이었다. 청구인의 발언은 아르메니아인에 대한 폭력, 적의 혹은 인종적 증오를 선동하는 발언과 동일하지 않았다. 1915년과 그 이후 일어난 사건에 대해 규정된 법적 성격을 거부한 것은 그 집단의 존엄에 대한 무언의 공격도 아니었고 당시 그 집단이 당한 차별 대우를 지속한 것도 아니었다. 스위스 정부는 이러한 거부가 스위스 내 아르메니아인 공동체에 대한 인종적 차별을 부추겼다는 것을 적

절히 증명하지 않았으며, 그로부터 인종주의적이고 민족주의적인 동기나 차별하려는 의도를 자동적으로 추론할 수 있는 근거 또한 없었다. 이 지점에서 홀로코스트 관련 발언(홀로코스트에 대한 부정은 오늘날 반유대주의의 주요한 수단 중 하나이다)과의 주요한 차이는 청구인의 발언은 과거와 현재의 증오 사이에 연관성이 부재하다는 점이었다.

176. 맥락이라는 측면에서 살펴보면 유럽평의회 회원국 중 어떤 국가도 1915년과 그 이후 일어난 사건의 성격을 부정한 것에 대해 유죄 판결을 내린 적이 없었다. 이는 민주사회가 그런 조치를 할 필요를 느끼지 못했다는 점을 시사하는 것이었다. 특히 프랑스의 사례는 공식적으로 어떤 사건을 제노사이드로 인정하는 것과 그 사건이 제노사이드임을 부정하는 것을 법으로 처벌하는 것은 별개의 일이라는 점을 보여주었다. 독일 정부 또한 그러한 처벌이 적절하지 않다는 입장이었다. 관련 유엔기구도 같은 취지의 입장을 보였다. 다른 국가에서는 청구인의 발언과 유사한 발언을 합법적으로 할 수 있고 그러한 발언은 인터넷과 스위스가 합법적으로 수입할 수 있는 역사적, 법적 조약에도 광범위하게 퍼져있다는 사실을 유념했어야 한다. 독일과 오스트리아에 대한 홀로코스트와 관련 사건에서 이 두 국가가 가지는 위치와는 다르게 1915년과 그 이후 일어난 사건은 스위스의 역사적 경험의 일부라고 말할 수 없었다. 스위스 영토에 약 5,000명의 아르메니아인 공동체가 존재한다는 것만으로는 그 점을 충족할 수 없었다. 이 사건들이 거의 100여 년 전에 일어났다는 점을 고려하면 더욱 그러하다. 스위스 당국이 청구인이 발언하려는 것을 막으려 시도하지 않았다는 점 또한 중요하였다; 어떻게 그러한 발언을 표현하는 것을 막지도 않으면서 그 발언을 처벌할 긴박한 사회적 필요성이 존재한다고 할 수 있는지 이해하기 어려웠다. 이러한 발언에 형사 처벌을 부과하는 것은 비례적이지도 않았고, 국제법에 따라 스위스에 요구되는 것도 아니었다.

(β) 아르메니아 정부

177. 아르메니아 정부는 ICCPR 제20조와 CERD 제4조에에 근거하고 있는 형법 제261조의2는 인종적 반감을 불러일으키거나 사회적으로 위험한 결과를 끼칠 가능성이 있는 발언만을 금지하기 때문에 협약과 양립할 수 있다고 주장하였다. 재판소의 판례법에 따라 증오표현을 규제하는 법률은 문제가 되는 발언이 진정한 공익과 관련이 있는지 고려해야 하는데, 청구인의 사건은 진정한 공익과 관련있는 경우가 아니었다. 그는 제노사이드를 철저하게 부정하는 사람으로서 자신의 조잡하고 근거 없는 공격적 발언을 지지할 수 있는 근거나 학문적 타당성조차 제시하지 못하였다. 이러한 발언이 역사적, 법적, 정치적 성격을 띤다는 소재판부의 결론은 극도로 단순한 결론이었다. 그 발언은 아르메니아인에게는 인종차별적 동기를 띤 모욕이었고 터키인으로 하여금 아르메니아인은 거짓말쟁이라고 믿도록 만드는 유인책이었다. 그러므로 스위스 법원은 그 발언이 아르메니아인의 존엄성을 훼손함으로써 사회적 조화를 해칠 수 있는지를 결정함에 있어 통상적 재량 범위를 가지고 있었다. 청구인의 발언은 적절한 역사적 논쟁의 일부라고 볼 수 없었다. 그리고 역사연구에 객관적 진실은 있을 수 없다는 소재판부의 분명한 의견은 터무니없는 것이었다. 그렇게 보기에는 아르메니아인이 겪은 잔학행위는 너무나 사실적이었기 때문이었다. 홀로코스트를 부정하는 사람들

국가인권위원회
humanrights.go.kr

의 주장은 종종 매우 정확한 사실과 관련 있다는 점, 나치 범죄인지를 판단하기 위한 잘 정리된 법적 기준이 있다는 점, 홀로코스트가 존재한다는 것은 국제 법원에 의해 확립되었다는 점에 근거하여 아르메니아인에 대한 제노사이드를 홀로코스트와 구분하는 것은 차별적인 것이며, 이는 홀로코스트만이 명백한 근거를 가지는 현대의 제노사이드라고 규정하려는 시도였다. 소재판부가 제안한 것과 반대로, 증거로부터 명백하게 추론할 수 있거나 가해자가 인정한 경우 집단 학살의 목적을 입증하는 것은 어려운 일이 아니었다. 1915년과 그 이후 일어난 집단 학살과 집단 이주는 분명히 제노사이드에 해당하였다. 단순히 이 사건을 "비극"으로 묘사함으로써 소재판부는 모든 아르메니아인을 모욕하였다. 홀로코스트에 대한 부정이 반유대주의의 주요 추동력인 것과 마찬가지로 아르메니아인 제노사이드의 부정은 반아르메니아주의의 주요 추동력이었다; 바로 이것이 제노사이드 부정이 작동하는 방식이었다. 소재판부가 스페인과 프랑스 그리고 유엔인권이사회의 관점에 의지한 것은 잘못된 일이었다. 왜냐하면 그 관점들은 형법 제261조와 심각한 차이가 있었기 때문이었다.

178. 소재판부 판결의 진정한 결함은 제노사이드를 부정하는 사람들에게 아르메니아인 제노사이드의 실재에 대한 의심이 존재한다는 주장이 권위를 갖는 것으로 비춰졌다는 점이다. 인권과 관련된 법원이 그러한 메시지를 보냈다는 것은 몹시 유해하고 불공평한 일이었다. 그 판결이 청구인이 만들어 낸 잘못되거나 허위의 증거에 기초하고 있었다는 것은 의심의 여지가 없었다. 이 점에 대해서는 광범위한 학문적 합의가 있었다. 그것을 부정하는 사람들은 대부분 법적 자격을 갖추지 못하고 집단 학살의 의도가 국제법에 따라 증명될 수 있는 방식을 제대로 이해하지 못하는 역사가들이었다; 게다가 그들 중 많은 이가 터키 정부에 고용된 사람들이었다. 이 점에 대해서 아르메니아 정부는 다수의 조사, 분석, 보고서, 공식적 승인 및 다른 증거들을 참고하였다.

(γ) 프랑스 정부

179. 프랑스 정부는 국가가 인종주의와 부인주의를 제대로 제지하기 위하여 형사처벌에 의존할 수 있어야 한다고 주장하였다. 표현의 자유에 대한 권리가 민주사회의 기본 신조를 위협하는 방식으로 행사될 때 입법부는 형사법적 처벌을 규정함으로써 이에 대응할 수 있어야 했다. 이는 ECRI의 입장과 유럽연합이사회 기본 결정 2008/913/JHA 제1조 제1항에 의해서 확인된 바였다. 제노사이드 부정은 불관용을 촉진하는 경향을 띠는 왜곡의 의도이며 그러한 부정이 수반하는 위협이라는 관점에서 이를 형사 범죄로 만드는 법률은 협약 제10조와 일맥상통하는 것이었다. 이러한 법률은 역사적 논쟁이나 연구를 억누르려는 것이 아니라 해로운 결과를 초래하는 부인주의적 발언에 맞서 싸우려는 목표를 추구하였다. 적절한 사건에 그 법률을 적용하는 것은 국내 법원의 재량 범위에 속하는 것이었다. 그러한 재량 여지의 목적은 그 문제에 대한 일반적 합의가 부재한 상황에서도 회원국이 그러한 행위에 대항할 수 있도록 하는 것이었다고 주장했다.

(δ) 스위스-아르메니아 연합

180. 스위스-아르메니아 연합은 이 사건은 청구인의 표현의 자유에 대한 권리뿐만 아니라 1915년과 그 이후에 오스만 제국이 자행한 잔학행위의 희생자들과 그 후손들의 명예, 평판 그리고 기억과 관련되었다고 주장하였다. 협약 제8조에 따라 피해자들과 그 후손들은 보호를 받을 자격을 가지고 있었다. 최근 재판소는 민족적 정체성이 그 조항과 관련이 있다고 인정하였다. 그러므로 이 사건은 동일한 보호를 받아야 하는 협약 내 두 개의 권리 사이의 갈등을 수반하고 있었다. 회원국은 이러한 권리들 사이의 균형을 잡는 데 있어 광범위한 재량 범위를 가졌다. 그러므로 청구인의 사건에서 스위스 법원이 내린 판결, 특히 1915년과 그 이후 일어난 사건에 대한 법적 성격 규정에 대한 "일반적 합의"와 관련된 결정은 상당한 존중을 받았어야 했다. 이 문제에 대하여 판결을 내리는 것은 재판소의 임무가 아니었다.

181. 스위스-아르메니아 연합에 따르면, 청구인의 발언은 의도적인 것이었다. 그는 구체적으로 그러한 목적을 위해 스위스로 온 것이었다. 청구인의 발언은 1915년과 그 이후 일어난 사건들의 법적 성격 규정에만 한정된 것이 아니었다; 그 발언은 실제로는 그 사건들의 실재를 부인하였다. 그 결과로 청구인이 받은 형사 유죄 판결은 그러므로 협약과 양립할 수 없는 것이 아니었다. 이 판결을 홀로코스트 부정과 연관된 판결들과 구분하려는 소재판부의 시도는 매우 충격적으로 다가왔는데 이는 제노사이드 희생자에 대한 불평등한 대우가 있다는 것을 의미하는 것이기 때문이었다. 어쨌거나 청구인은 확실히 인도에 반하는 범죄를 구성하는 대량 학살을 정당화하려 시도하였다. 스위스 연방법원보다 스페인과 프랑스 헌법재판소의 의견을 더 경청했어야 할 이유는 없었다. 마지막으로 청구인의 행위의 심각성을 고려했을 때 그에게 부여된 벌칙은 매우 상징적인 것이었다.

(ε) 프랑스어권 스위스 지역 터키인 협회 연맹

182. 프랑스어권 스위스 지역 터키인 협회 연맹은 민주국가 중 단지 소수만이 제노사이드를 부정하는 것을 법으로 금지하였음을, 특히 유럽연합 기본 결정 2008/913/JHA의 채택 전에는 더욱 그러하였다고 주장하였다. 그들은 이에 대한 미국의 입장을 언급했으며, 독일과 프랑스도 홀로코스트에 대한 부정만을 불법화했다고 지적하였다. 지금껏 어떤 역사적 사건도 그에 대한 부정이 재판소의 판례에 따라 협약 제10조의 보호를 받지 못하는 "명백히 확립된 역사적 사실"의 범주에 포함된 적이 없었다. 그러한 확장은 형사처벌의 뒷받침을 받는 과거에 대한 공식적 해석을 수반한다. 프랑스와 스페인 헌법재판소가 제시한 근거를 고려했을 때 이러한 확장과 표현의 자유를 조화시키는 것은 불가능한 일이었다. 그러한 문제에 대한 표현은 명백히 인종주의적이거나 반민주주의적 동기를 가지거나 공공질서에 대한 임박한 위협을 야기하는 경우에만 범죄로 간주할 수 있었다. 이러한 문제에 대해 회원국이 가지는 넓은 재량 여지는 단지 자국 영토에서 발생한 사건에만 확장되는 것이었다.

183. 연맹은 유럽연합 기본 결정 2008/913/JHA의 규정, 특히 그 결정의 제한 조항과 제노사이드의 부정은 그

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

것이 폭력이나 증오를 선동할 가능성이 있을 때만 처벌해야 하다고 강조한 점에 주목하였다. 연방은, 법을 제대로만 해석한다면, 그 법률은 주요 사실을 부인하거나 용납하지 않는다면 1915년과 그 이후 일어난 사건이 제노사이드에 해당한다는 것을 부정하는 것을 금지하지 않는다고 결론 내렸다. 연방은 또한 유럽연합 기본 결정 2008/913/JHA의 시행에 대한 최근 보고서에 주목하면서 그 보고서는 이 영역에서 형사법적 조치가 필요한지에 대한 합의가 계속해서 부재하다는 것을 보여주었다고 말하였다. 이 제삼의 관여자는 적용 가능한 국제법도 그러한 요구 사항을 담고 있지 않다고 주장하였다. 마지막으로 연방은 이 점에 대한 표현의 자유는 스위스에 살고 있는 130,000명의 터키인에게 중요한 문제이며, 그들은 개방성이라는 정신 속에서 논쟁적 문제를 토론하고 싶어한다고 말하였다.

(ζ) 프랑스 내 아르메니아인 단체 조정협의회(CCAF)

184. CCAF는 자신들은 아르메니아 디아스포라 중에서 세 번째로 큰 프랑스 내 60만 명의 아르메니아인 공동체를 위해 활동하고 있다고 밝혔다. 그들 모두는 자신들이 절멸의 고통을 겪었던 민족에 속한다는 것을 알고 있었는데 시간도 그들의 고통스러운 기억을 지우지 못하였다. CCAF는 그 점을 설명하기 위해 프랑스 내 아르메니아인들이 희생자들을 기리는 다양한 공적, 사적 방식에 대하여 자세히 묘사하였다. CCAF는 국제법에 따라 제노사이드는 인간 존엄성에 대한 공격으로서 인정받았고, 프랑스 법원은 존엄성을 공공질서(ordre public)의 한 요소로 보았다고 진술하였다. 마찬가지로 제노사이드를 부정하는 것은 그 존엄성을 침해하는 것이었다; 그것은 단지 역사만이 아니라 기억에도 영향을 미쳤는데 기억은 존엄에 대한 권리의 불가결한 측면이었다. 제노사이드에 대한 부정을 법으로 금지하는 것은 그 권리를 보호하는 유일한 방법이었다. 더군다나 그러한 부정은 적어도 프랑스와 같이 상당한 규모의 아르메니아인이 살고 있는 국가에서는 공공질서에도 영향을 미쳤다. 이는 특히 아르메니아인이 터키 출신의 사람들과 함께 살아가는 지역과 인터넷에서 겪은 모욕과 위협의 피해뿐만 아니라 수많은 기물 파괴 및 신성 모독 행위를 통해 드러났다. 그런 점에서 프랑스 안팎에서 제노사이드를 부정하는 사람들이 조직한 대중 집회는 특별한 긴장의 원인이었는데 그 집회들은 언제든지 충돌로 쉽게 변질될 수 있기 때문이었다.

185. CCAF는 만약 대재판부가 소재판부의 판결을 유지한다면 그 판결은 아르메니아 제노사이드나 다른 제노사이드 부정을 법으로 금지하는 것을 잠재적으로 불가능하게 만들고 이 문제에 관한 터키의 태도를 강화할 것이라고 주장하였다. 만약에 반대로 대재판부가 소재판부의 판결을 뒤집는다면 그 판결은 회원국들이 형사법적 조치를 통해 부인주의와 싸우고 잠재적 제노사이드 부인론자들을 저지하며 디아스포라 상황에 있는 아르메니아인에게 일종의 도덕적 보상을 제공하는 것을 가능하게 할 것이고 심지어는 터키가 부정 정책을 포기하도록 만들지도 모른다.

(η) 터키 인권협회, 진실 정의 기억 센터, 제노사이드와 인권연구를 위한 국제 연구소

186. 터키 인권협회, 진실 정의 기억 센터, 제노사이드와 인권연구를 위한 국제 연구소는 공동 의견을 제출하여

청구인이 유죄 판결을 받은 행위는 단순히 제노사이드 부정이 아니라 차별 선동이었다고 주장하였다. 그들은 또한 청구인이 단지 1915년과 그 이후 일어난 사건의 법적 성격을 부정했을 뿐이라는 소재판부의 판결에 이의를 제기하면서 로잔 즉결심판소는 그가 대량 학살을 정당화하려고 시도했으며 아르메니아인을 "침략자들" 그리고 "반역자들"이라고 묘사했고 소재판부 스스로가 청구인이 탈라트 파샤의 추종자라고 주장한 것을 언급했음을 지적하였다. 그들은 또한 청구인이 발언 장소를 의도적으로 선택하였다고 진술하였다. 그러나 청구인의 인종주의적 동기를 가장 잘 나타내주는 요소는 탈라트 파샤 위원회에서 그가 가지고 있는 리더십이었다. 유럽의회는 이 위원회를 "외국인 혐오적이고 인종주의적"이라고 규탄한 바 있다. 이 모든 것은 스위스가 아니라 터키 그리고 그것이 터키 내 소수자인 아르메니아인에게 미치는 효과라는 맥락 속에서 이해해야 한다. 청구인은 소위 에르게네콘(Ergenekon) 재판이라고 불리는 절차를 통해 유죄 판결을 받았는데, 특히 그의 탈라트 파샤 위원회 활동이 문제가 되었다. 이스탄불 아지즈 법원은 이 위원회가 "아르메니아인 제노사이드에 대한 주장"을 반박하기 위해 설립되었고 사람들 사이에 증오와 적대감을 부추기는 "민족주의적"이고 "국수주의적" 조직의 일부라고 판결하였다. 실제로 1915년과 그 이후 일어난 사건이 제노사이드에 해당한다는 의견을 "거짓말"이라고 표현한 것은 2007년 1월 터키 국수주의자 집단의 선동에 의해 발생한 아르메니아계 터키인 언론인 흐란트 딘크(Hrant Dink)의 암살과 연결될 수 있었다.

187. 이 지점에 대하여 제삼의 관여자들은 딘크의 암살 사건 이후 2007년 5월에 청구인이 이스탄불에 있는 아르메니아 총대주교청에 보낸 공개 편지와 터키에 있는 아르메니아인 학교에 보낸 익명의 편지를 언급하였다. 편지의 사본을 제출하지 않은 대신 참고 자료로 터키 신문에 발행된 두 편지의 온라인 버전을 제출하였다(위 문단 28 참고). 그들은 소위 에르게네콘 재판에서 이스탄불 아지즈 법원의 판결문과 그 재판의 사건 파일에 있는 다른 문서들도 언급하였다.

188. 마지막으로 그들은 터키에서는 1915년과 그 이후 일어난 사건에 대해서 외국인 혐오적이고 인종주의적 선전만이 지속적으로 이야기되고 있다고 주장하였다. 이 사건들의 성격에 대한 청구인의 발언은 그러므로 터키 내 아르메니아인들에 대한 적대적 환경과 직접적으로 연결될 수 있는 것이었다. 이 점에 대해서는 ECRI도 문서로 남긴 바 있다.

(θ) 국제인권연맹(FIDH)

189. FIDH는 이 사건이 표현과 토론의 자유, 특히 역사적 문제들에 대한 표현과 토론의 자유 그리고 혐오표현(특히 그것이 부인주의의 형태를 띠는 경우)에 대한 대항의 중요성 사이의 갈등을 부각시켰다고 주장하였다. 협약 하에서 이 두 가지는 동등하게 중요하다. 이 영역에 대한 재판소의 최근 판례는 다소 일관성이 없는데 대재판부는 분명한 원칙을 정하고 서로 경합하는 가치 사이에서 적절한 균형을 잡음으로써 이를 명확하게 정리할 필요가 있었다. 그

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

렇게 하는 과정에서 대재판부는 다음과 같은 세 가지 점을 명확히 해야 했다. 첫째, 이들 가치 중 어느 것도 자동적으로 다른 가치를 압도하지 못한다. 둘째, 표현의 자유가 원칙이고 그에 대한 제한은 예외이다. 셋째, 이 영역에서 회원국이 가질 수 있는 재량 여지는 거의 없다.

190. FIDH는 소재판부가 1915년과 그 이후 일어난 사건이 제노사이드에 해당한다는 것을 부정한 발언 그 자체로는 아르메니아인에 대한 증오나 폭력을 조장할 수 없다는 점을 아무 망설임 없이 받아들인 것을 비판하였다. FIDH가 보기에 그 발언의 요점은 훨씬 더 미묘한 차이를 가지고 있었으며, 그 발언이 나온 맥락을 주의 깊게 봐야지만 결정할 수 있는 것이었다. 터키에 만연한 분위기를 고려하면 그러한 부정은 증오나 폭력으로 이어질 수 있었다; 이는 재판소가 맡은 여러 사건을 봐도 알 수 있었다. 고려해야 할 맥락 중 가장 중요한 것은 그 발언이 어느 국가에서 나온 것인가이기는 하지만 새로운 통신 수단을 통해 그러한 발언이 전 세계적으로 미칠 수 있는 영향을 고려하면 재판소는 훨씬 더 광범위한 맥락을 참작해야만 했다.

191. FIDH는 소재판부가 1915년과 그 이후 일어난 사건들의 법적 성격 규정과 관련된 발언들과 홀로코스트를 부정하는 발언을 구분한 것을 문제 삼았다. 소재판부의 구분은 전자와 달리 후자는 국제 법원에 의해 명백하게 확립된 사실이라는 점에 근거하고 있었다. FIDH가 보기에 이러한 접근 방식은 적절한 기준이 아니었는데, 사건의 역사적 실체와 그에 대한 법적 규정을 분리하는 것은 허울만 그럴듯한 일이기 때문이었다. 게다가 제노사이드에 대한 사법적 인정은 여러 가지 역사적 요소에 의존할 수밖에 없으므로 그러한 방식은 "제노사이드의 위계"를 만들어 낼 위험을 수반하였다. 다른 한편으로 사법적 인정이 제노사이드에 대한 더 많은 토론을 막을 수 있는 것도 아니었다. 이 이슈를 다루는 훨씬 더 좋은 방법은 -그리고 홀로코스트를 특별한 사건으로 다루는 것을 피하고 훨씬 더 예측 가능한 결과들을 낳는 방법- 문제가 되는 발언에 증오나 차별을 선동하려는 의도가 있었는지에 집중하는 것이다. 그리고 그러한 발언에 대한 형사처벌이 정당화될 수 있는 것은 그 발언이 단순히 역사적 사실을 부정한 것에 해당하기 때문이 아니라 그러한 의도를 가지고 행해진 것이었기 때문이라고 결론 내리는 것이다. 증오나 차별의 선동은 종종 부인주의자들이 가지고 있는 동기의 핵심이다. 이는 홀로코스트 부정과 관련된 판례법에서 입증된 바인데 그 사건들에서 그러한 목적이 전제되었다는 점은 거의 반론의 여지가 없었다. 그리고 이것이야말로 이러한 발언은 협약에 따른 보호를 받을 수 없다는 진짜 근거이기도 했다. 마찬가지로 아르메니아 제노사이드 부정에도 그러한 의도가 근간에 깔려있을 가능성이 높았다. 이러한 부정은 종종 그 시기의 오스만 제국의 명성을 되찾고 싶거나 그 당시 일어났던 행위를 정당화하고 싶어하는 욕구에 의해 촉발되었다. 그러나 재판소는 이에 대해 개별적 근거에 따라 결정해야만 한다.

(ㄴ) 인종 차별 및 반유대주의에 반대하는 국제 연맹(LICRA)

192. LICRA는 제노사이드 부정을 법으로 금지하는 것은 표현의 자유와 양립 가능할 뿐만 아니라 인권 보호를

위한 유럽 체제하에서 요구되는 바라고 주장하였다. LICRA는 이 점과 관련하여 특별히 사이버 범죄에 대한 협약 추가 의정서 제6조 제1항을 언급하였다.

(κ) 국제적 보호를 위한 센터

193. 국제적 보호를 위한 센터는 민족 정체성과 관련된 발언에 대해서는 국가 기관이 좀 더 넓은 재량 여지를 가져야 한다고 주장하였다. 이와 관련하여 아르메니아 디아스포라가 일어나게 된 것은 1915년과 그 이후 일어난 사건의 결과 때문이라는 점을 염두에 두어야 한다. 이러한 발언에 대한 적절한 검사는 그것이 대중적 토론에 도움이 되었는지 혹은, 그와 반대로, 그것이 이유 없이 공격적이었는지를 보는 것인데 이는 오로지 그 발언과 맥락에 대한 광범위한 조사에 근거하여 결정될 수 있는 것이었다. 어떤 발언이 근본적 토론에 진정으로 도움이 된다면 그 발언은 합법적 혹은 역사적 발언으로 간주될 수 있었지만 만약 증오 발언에 해당한다면 그것은 정치적 표현이라는 망토 아래에 숨을 수 없었다. 마찬가지로 어떤 발언이 파괴적인 목표를 가지는지 그리고 그것에 대해 협약 제17조를 적용해야 할지를 평가하기 위해서는 맥락적 평가가 필요하였다. 이러한 점에서 "거짓말"이라는 단어의 사용은 특별히 중요한데 그것은 희생자와 그 후손들의 진실성에 의심을 표명하고 그들이 경험했던 사건을 훨씬 덜 심각한 것으로 재정의하며 그들을 가해자로 둔갑시켜 궁극적으로는 그들의 운명에 대한 책임이 그들 자신에게 있는 것처럼 만들려고 시도했기 때문이었다.

194. 제한에 대한 긴박한 사회적 필요성이 존재하는지는 인구의 다양성이나 그 사회의 근본 가치 및 원칙과 같은 관련 국가의 상황을 고려하여 측정되어야 한다. 이 영역과 관련하여 단순히 다른 국가가 다른 선택을 했다는 점은 결정적인 요인이 아니었다. 그러한 긴박한 사회적 필요성은 국제법에 따른 의무에 의해 생길 수도 있는 것이었다: 이 사건에서는 관련 유엔기구들이 해석한 바와 같이 CERD의 제4조와 ICCPR의 제20조 제2항에 따른 의무가 있었다. 마지막으로 국가는 어떤 사건을 제노사이드로 분류함에 있어 재량 여지를 가져야만 한다. 그래야만 그것을 부정하는 것은 법으로 금지하고 그러한 부정에 대하여 비례적인 처벌을 부과할 수 있기 때문이다.

(λ) 프랑스인과 벨기에인 학회

195. 프랑스인과 벨기에인 학회는 증오표현이 공개적으로 폭력을 쓰라고 요청하는 발언들에 한정되지 않는다고 주장하였다; 제노사이드를 부정하거나 정당화하는 것 또한 그 범주에 포함된다. 이와 관련하여 고려해야 하는 요소들에는 발언의 성격이 포함된다. 이는 적절한 맥락 속에서 파악되어야 하며 단순히 문자 그대로의 의미나 작가가 말했다고 알려진 것에 국한되지 않는다. 궁극적으로 중요한 것은 그 발언을 전체적으로 살펴본 합리적 대중이 그에 대해 부여하는 의미이다. 이는 그러한 사건들에 대한 독일 법원들의 판례법과 유엔 인종차별철폐 위원회가 정한 기준으로부터 나온 것이었다. 어떤 발언이 역사적 연구에 부여되는 보호를 받으려면 작가는 그 조사 방법에 따라 행동해

야 한다. 악의적인 정치적 발언의 경우 재판소의 판례법에 따라 그 발언이 국내에서 논란이 되는 문제와 관련이 있는 경우에만 강화된 보호를 받을 수 있는 것처럼 보였다. 어쨌거나 증오표현은 정치적 표현에 부여되는 보호를 절대 받을 수 없었다. 이는 국제법 및 유럽법에서 증오표현을 법으로 금지함으로써 더욱 확실해졌다. 국제법 및 유럽법에서는 이러한 조치가 평화와 정의를 위한 싸움, 차별과 인종주의, 외국인 혐오에 반대하는 투쟁에 필요하다고 보았다. 적용 가능한 국제 법률 문서들은 이와 관련하여 제노사이드와 인도에 반하는 범죄, 전쟁범죄를 구분하지 않았으며 이 범죄들을 어떻게 정립할 것인지에 대해서는 국가가 자유롭게 결정하도록 하였다. 특히 그 문서들은 그러한 범죄를 법으로 금지하는 것에 대한 가능성을 이 범죄에 대한 국제 법원의 공식적 인정 여부 문제와 묶어서 고려하지 않았다. 이는 국제형사재판소의 과업의 기본을 이루는 보충성의 원칙과도 일치하는 것으로 이에 따라 원칙적으로 국제 범죄에 대한 처벌은 국내법원이 해야 할 일이다.

(c) 재판소의 평가

(i) 일반적 원칙들

(α) 협약 제10조 제2항에 따라 정부의 제한 조치가 "민주사회에서 필요한지"에 대한 여부 검토

196. 표현의 자유에 대한 권리 제한이 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 "민주사회에서 필요한"지 여부를 평가하는 것에 대한 일반적 원칙들은 재판소의 판례에 잘 정립되어 있다. 소재판부에 의해 주목된 바와 같이, 최근 *Mouvement raëlien suisse v. Switzerland*사건([GC], no.16354/06, 문단 48, ECHR 2012)과 *Animal Defenders International v. the United Kingdom*사건([GC], no.48876/08, 문단 100, ECHR 2013)에서도 언급되었으며, 관련하여 아래와 같이 요약될 수 있다.

(i) 표현의 자유는 민주사회의 근간을 이루는 가치에 해당하며 민주사회의 발전과 개인들의 자기충족을 위한 기본적 조건 중 하나이다. 제10조 제2항에 따라, 표현의 자유는 호의적이거나 무해한, 또는 무관심한 "정보" 또는 "의견"에만 적용되는 것이 아니라 공격적, 충격적 또는 불쾌한 정보와 의견에도 적용된다. 이는 다원주의와 관용, 넓은 포용의 마음을 필요로 하는 것이며, 이러한 가치 없이는 "민주적인 사회"가 존재할 수 없다. 제10조에 명시된 바와 같이, 표현의 자유에는 예외가 있으나 예외의 경우는 엄격하게 해석되어야 하며 제한의 필요성은 설득력 있게 확립되어야 한다.

(ii) 제10조 제2항에 명시된 형용사 "필요한"은 긴박한 사회적 필요의 존재를 내포한다. 회원국들은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 평가하는 데 재량의 여지를 가진다. 그러나 이러한 재량 또한 유럽의 감독과 협조적 관계 하에서 적용되며, 이에 적용되는 법률과 결정을 모두 포함한다. 심지어 독립적인 법원에 의해 적용

된 재량 또한 포함한다. 따라서 재판소는 어떤 "제한"이 표현의 자유와 조화를 이룰 수 있는지 여부에 대하여 최종적인 기준을 제시할 권한이 있다.

(iii) 재판소의 임무는 유능한 국가 당국의 임무를 대신하는 것이 아니라 국가 당국이 제10조에 의해 내린 결정을 다시 살펴보는 것이다. 이것은 재판소의 감독이 이러한 당국들이 그들의 재량을 합리적이고 주의 깊게 그리고 선의에 의해 행사했는지 여부를 확인하는 것에 한정된다는 의미는 아니다. 재판소는 사건의 전체적인 맥락에서 정부 당국의 제한 조치를 심사하고 이것이 정당하게 추구한 목표에 비례적인지 그리고 해당 제한을 정당화하기 위하여 국가 당국이 인용한 근거가 적절하고 필요한지 여부를 심사하고 결정한다. 이를 위해 재판소는 국가 당국이 제10조에 명시된 원칙과 조화를 이루는 기준들을 적용했으며 적절한 사실에 기반한 평가에 근거했는지에 대해 심사한다.

197. 재판소 판례에서 일관되게 강조된 또 하나의 원칙은 협약 제10조 제2항 하에 정치적 표현이나 공익의 문제에 대해서는 표현의 자유에 대한 제한이 거의 허용되지 않는다는 점이다(다음의 판례 참고: *Wingrove v. the United Kingdom,* 25 November 1996, 문단 58, Reports 1996-V; *Ceylan v. Turkey* [GC], no.23556/94, 문단 34, ECHR 1999-IV; and Animal Defenders International, 위 인용, 문단 102).

(*β*) 협약 제10조와 제8조의 균형 여부에 대하여

198. 협약 제10조에 명시된 표현의 자유에 대한 권리가 협약 제8조에 명시된 사생활을 존중 받을 권리와 균형을 이루어 적용될 수 있는 일반 원칙들은 앞서 인용된 *Von Hannover*사건(문단 104-07)과 *Axel Springer AG v. Germany*사건([GC], no.39954/08, 문단 85-88, 2012년 2월 7일)에서 제시되어 있다. 해당 사건들은 아래와 같이 요약될 수 있다.

(i) 이와 같은 사건에서, 결과는 해당 청구가 제8조에 의한 것이든, 제10조에 의한 것이든 같아야 한다. 원칙적으로 각 조항에 명시된 권리는 동일하게 존중되어야 하기 때문이다.

(ii) 개인 간 관계의 영역에서 제8조 준수를 확보하기 위한 수단의 선택은 원칙적으로 그 의무가 긍정적이든 부정적이든, 회원국의 재량범위에 포함되는 문제이다. 사생활에 대한 존중을 보장하는 다양한 방법이 있으며, 이에 대한 의무의 성격은 해당 사생활의 성격에 따라 달라질 것이다.

(iii) 마찬가지로, 협약 제10조에 따라, 회원국은 표현의 자유에 대한 제한의 필요성 여부, 그리고 어떤 범위에서 이러한 제한이 필요한지를 평가할 재량권을 가지고 있다.

(iv) 그러나 재량 범위는 유럽의 감독과 협조적 관계를 가지고 있으며, 그것에 적용되는 입법과 결정들 둘 다를 포함한다. 심지어 독립적인 법원들에 의한 결정도 적용 받는다. 이와 관련된 감독기능을 행사함에 있어 재판소는 국내법원의 자리를 대신하지 않으며, 사건의 전체적 맥락에서 해당 결정이 협약의 규정과 양립가능한지의 여부를 다시 살펴보는 것이다.

(v) 만약 이러한 균형에 대한 심사가 재판소 판례에서 주어진 기준과 부합하게 국가당국에 의해 수행된다면, 재판소는 이를 대체하기 위해서는 매우 강력한 이유를 확보해야 한다.

199. 보다 최근에 *Aksu v. Turkey*([GC], nos.4149/04 및 41029/04, 문단 67, ECHR 2012)사건에서, 대재판부는 이러한 강력한 이유에 대하여 좀더 상세하게 설명하였다. 만약 특별히 관건이 되는 권리 중 하나의 중요성이나 범위가 적절하게 고려되지 않았기 때문에 국가당국에 의한 균형과 관련된 심사가 만족스럽지 못하다면, 재량범위는 협소하게 될 것이라는 판단을 유지하였다.

(ii) 재판소의 관련 판례

(α) 집단 정체성과 선조들의 평판

200. *Aksu*사건에서(위 인용, 문단 58-61, 81 참고), 재판소는 그 중에서도 특히 민족 집단에 대한 부정적 낙인이 어느 수준에 도달하면 그 집단의 정체성에 영향을 줄 수 있으며 구성원의 자기가치와 자존감에 영향을 줄 수 있다고 판시하였다. 따라서 협약 제8조 제1항에 명시된 "사생활"에 영향을 끼칠 수 있다고 보았다. 이에 근거하여 재판소는 터키 내 로마인에 대한 책과 사전 등에 명시된 내용으로부터 공격을 받는다고 느꼈던 로마족 배경을 가진 개인이 배상을 요구한 사건 또한 이 조항과 관련된다고 보았다.

201. *Putistin v. Ukraine*(no.16882/03, 문단 33 및 36-41, 2013년 11월 21일)사건에서, 재판소는 어떤 선조의 평판이 어떤 환경에서 어떤 사람의 "사생활"과 정체성에 영향을 준다는 것과 그런 이유로 이것이 협약 제8조 제1항의 범위에 적용된다는 점을 인정하였다. 이에 기반하여, 제2차 세계대전 당시 키에프에서 있었던 축구 경기에 참가했던 유명 축구선수 Putistin의 작고한 부친이 게슈타포에 협력했다는 점을 간접적으로 일부 드러낸 신문기사가 협약 제8조 제1항에 따른 Putistin의 권리에 영향을 주었다고 판시하였다.

202. 마찬가지로, *Jelševar and Others v. Slovenia*((dec.), no.47318/07, 문단 37, 2014년 3월 11일)사건에서, 재판소는 허구의 문학 작품에 의해 선조를 공격하는 것이 협약 제8조 제1항에 따른 개인의 권리에 영향을 미칠 수 있음을 인정했다.

203. *Dzhugashvili v. Russia*((dec.), no.41123/10, 문단 26-35, 2014년 12월 9일)사건에서, 재판소는 청구인의 조부, 스탈린의 역사적인 역할을 다루는 두 개의 신문기사가 협약 제8조 제1항에 명시된 청구인의 권리에 영향을 주었다는 전제에 기반하여 사건을 심사했다.

(β) 폭력과 "증오표현"에 대한 청구

204. 재판소는 폭력, 혐오 또는 불관용을 선동하거나 정당화한 것으로 쟁점이 된 언어적 또는 비언어적 행위와 관련된 많은 사건에 대해 협약 제10조의 적용을 검토해달라는 많은 청구를 받았다. 해당 발언의 저자 혹은 종종 출판자들에 대한 표현의 자유 권리 행사 제한이 판례에서 확립되어 형성된 일반 원칙에 따라 "민주사회에서 필요한"지 여부를 평가하는 점과 관련하여(문단 196-197 참고), 재판소는 여러 요소들을 고려해왔다.

205. 그들 중 하나는 해당 발언들이 민감한 정치적, 사회적 배경에 의한 것인지를 살펴보는 것이다; 이와 같은 배경이 있는 경우, 재판소는 몇몇 형태의 표현의 자유에 대한 제한이 정당화될 수 있다는 결정을 내렸다. 관련 판례로는 1980년대와 1990년대 터키 동남부 지역의 PKK(쿠르디스탄의 노동자당, 불법적인 무장조직)와 터키 보안부대 사이의 무력 충돌을 둘러싼 민감한 배경을 고려한 사건(다음 판례 참고: *Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일, 문단 57-60, Reports 1997-VII; *Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 52 및 62, ECHR 1999-IV; 그리고 *Sürek v. Turkey*(no.3) [GC], no.24735/94, 문단 40, 1999년 7월 8일); 2000년 12월 터키에서 발생한 심각한 감옥 폭동과 관련된 사건(*Falakaoğlu and Saygılı v. Turkey,* nos.22147/02 및 24972/03, 문단 33, 2007년 1월 23일, 그리고 *Saygılı and Falakaoğlu v. Turkey*(no.2), no.38991/02, 문단 28, 2009년 2월 17일); 프랑스 내 비유럽인, 특히 무슬림 이주민들의 통합과 관련된 사건(*Soulas and Others,* 위 인용, 문단 38-39, 그리고 *Le Pen v. France*(dec.), no.18788/09, 2010년 4월 20일); 1990년 리투아니아의 독립 재확인 직후 소수민족과의 관계(*Balsytė-Lideikienė v. Lithuania,* no.72596/01, 문단 78, 2000년 11월 4일) 등이 있다.

206. 또 하나의 고려 요소는 쟁점이 되는 발언들이 공정하게 해석되고 즉각적 또는 보다 넓은 범위의 맥락에서 해석되었다는 가정 하에, 폭력에 대한 직접 또는 간접적 선동, 폭력과 증오 또는 불관용의 정당화로 볼 수 있는지에 대한 여부이다(다음 판례 참고: *Incal v. Turkey,* 1998년 6월 9일, 문단 50, Reports 1998-IV; *Sürek*(no.1), 위 인용, 문단 62; *Özgür Gündem v. Turkey,* no.23144/93, 문단 64, ECHR 2000-III; *Gündüz v. Turkey,* no.35071/97, 문단 48 및 51, ECHR 2003-XI; *Soulas and Others,* 위 인용, 문단 39-41 및 43; *Balsytė-Lideikienė,* 위 인용, 문단 79-80; *Féret,* 위 인용, 문단 69-73 및 78; *Hizb ut-Tahrir and Others,* 위 인용, 문단 73; *Kasymakhunov and Saybatalov,* 위 인용, 문단 107-12; *Fáber v. Hungary,* no.40721/08, 문단 52 및 56-58, 2012년 7월 24일; 그리고 *Vona,* 위 인용, 문단 64-67). 이 점을 평가하는 데 있어, 재판소는 특별히 민족, 종교 또는 다른 집단을 부정적으로

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

공격 또는 부정적으로 나타내는 발언들이 유포되는 것에 매우 민감한 입장을 취해왔다(다음 판례 참고: *Seurot v. France(*dec.), no.57383/00, 2004년 5월 18일, *Soulas and Others,* 위 인용, 문단 40 및 43, 그리고 *Le Pen,* 위 인용, 이 모든 판례는 프랑스에 있는 비유럽인 이주민 그리고 특히 무슬림에 대한 일반화된 부정적 발언들과 관련이 있다; *Norwood v. the United Kingdom*(dec.), no.23131/03, ECHR 2004-XI, 이 판례는 2001. 9. 11. 미국에서 발생한 테러리스트 행위들과 영국에 있는 모든 무슬림들을 연결시키는 발언들과 관련이 있다; *W.P. and Others v. Poland* (dec.), no.42264/98, ECHR 2004-VII, 그리고 *Pavel Ivanov v. Russia*(dec.), no.35222/04, 2007년 2월 20일, 이 판례 둘 다 격렬한 반 유대 발언들과 관련이 있다; *Féret,* 문단 71에서 인용이 되었는데, 이 판례는 벨기에에 있는 비유럽 이주자 공동체들을 범죄인 심성을 갖는 것으로서 묘사한 발언들과 관련이 있다; *Hizb ut-Tahrir and Others,* 문단 73, 그리고 *Kasymakhunov and Saybatalov,* 두 판례 모두 문단 107에서 인용되었는데, 유대인, 이스라엘 국가, 그리고 일반적으로 서구에 대항하는 폭력에 대한 직접적 요구와 관련이 있다; and *Vejdeland and Others v. Sweden,* no.1813/07, 문단 54, 2012년 2월 9일, 이 판례는 동성애자들이 소아성애를 선호하고 HIV/AIDS 확산에 책임이 있다는 소문과 관련이 있다).

207. 재판소는 또한 해당 발언의 방식과 직간접적으로 유해한 결과를 초래한 효과에 대하여 주의를 기울였다. 관련 판례로는 *Karataş v. Turkey*사건([GC], no.23168/94, 문단 51-52, ECHR 1999-IV)이 있는데, 이 사건의 쟁점 발언은 대중매체에 의해 전달된 것이 아니라, 시(poetry)를 통해 전달된 것이었으며 이러한 경우 제한 조치가 특수한 안보적 맥락으로 정당화될 수 없는 것으로 판결 내렸다; *Féret*(문단 76 참고) 사건에서는 쟁점 발언이 선거 전단지를 통해 유포되어 차별적, 혐오적 메시지의 효과가 더 증폭된 것이 인정되었다; *Gündüz*(문단 43-44 참고) 사건의 경우, 쟁점 발언이 의도적으로 다중 TV 채널에서 중계된 토론 과정에서 이루어졌으므로, 부정적 효과가 감소되었다고 결론 내렸다; *Fáber*(문단 44-45 참고) 사건에서는 쟁점 발언이 집회 후 깃발을 들고 있는 행위를 통해 이루어졌는데, 이는 효과가 있다 하더라도 매우 제한적일 것이라는 결론을 내렸다; *Vona*(문단 64-69 참고) 사건에서는 쟁점 발언이 로마족이 많이 거주하는 헝가리의 한 마을에서 군사 행진을 통해 이루어졌는데, 이는 헝가리의 역사적 맥락을 고려할 때 그 효과의 해악성이 인정되었다; *Vejdeland and Others*(문단 56 참고)의 쟁점 발언은 중학교 학생들의 사물함에 남겨진 리플렛을 통해 이루어졌다.

208. 앞서 언급된 모든 사건에서, 하나의 요소만 고려된 것이 아니라 다양한 요소 간 작용이 해당 사건의 판결을 결정했다. 사건의 유형에 대한 재판소의 접근은, 따라서 매우 맥락적인 특성을 고려하는 것으로 해석될 수 있다.

(γ) 홀로코스트의 부정과 나치 범죄와 관련된 다른 발언

209. 구 위원회는 홀로코스트의 부정과 나치 범죄에 대한 발언과 관련된 협약 제10조에 따른 사건들을 다수

다루었으며, 해당 사건들의 청구는 모두 받아들여지지 않았다(다음 판례 참고: *X. v. Germany,* no.9235/81, 1982년 7월 16일 위원회 결정, Decisions and Reports(DR) 29, p.194; *T. v. Belgium,* no.9777/82, 1983년 7월 14일 위원회 결정, DR 34, p.166; *H., W., P. and K. v. Austria,* no.12774/87, 1989년 10월 12일 위원회 결정, DR 62, p.216; *Ochensberger v. Austria,* no.21318/93, 1994년 9월 2일 위원회 결정, 보고되지 않음; *Walendy v. Germany,* no.21128/93, 1995년 1월 11일 위원회 결정, DR 80-A, p.94; *Remer v. Germany,* no.25096/94, 1995년 9월 6일 위원회 결정, DR 82-A, p.117; *Honsik v. Austria,* no.25062/94, 1995년 10월 8일 위원회 결정, DR 83-A, p.77; *Nationaldemokratische Partei Deutschlands Bezirksverband München-Oberbayern v. Germany,* no.25992/94, 1995년 11월 29일 위원회 결정, DR 84-A, p.149; *Rebhandl v. Austria,* no.24398/94, 1996년 1월 16일 위원회 결정, *unreported; Marais v. France,* no.31159/96, 1996년 6월 24일 위원회 결정, DR 86-B, p.184; *D.I. v. Germany,* no.26551/95, 1996년 6월 26일 위원회 결정, 보고되지 않음; 그리고 *Nachtmann v. Austria,* no.36773/97, 1998년 9월 9일, 보고되지 않음). 위 사건들은 거의 동일하게 나치와 유사한 관점 또는 나치로부터 영감을 받은 운동으로부터 나온 발언들과 관련된 사건이었는데, 해당 발언들은 나치 체제 하에서 박해의 실재 여부와 수백만 명의 유대인 학살의 사실 여부에 의문을 제기하는 내용이었다; 홀로코스트가 정치적 강요의 수단으로서 널리 유포된 "용납할 수 없는 거짓말", "시온주의적 사기"라고 주장하거나; 강제수용소의 존재를 부정 또는 정당화하는 발언; 또는 수용소의 가스실 존재에 의문을 제기하며 가스실에서 죽은 유대인의 수가 지나치게 과장되었을 뿐만 아니라, 기술적으로도 불가능한 일이라는 발언 등이 이에 해당한다. 구 위원회는, 해당 사건을 다루면서 각국의 역사적 경험을 자주 언급하였으며 쟁점 발언들은 유대인 공동체에 대한 공격이며 본질적으로 나치주의와 연결된 관점이고, 이는 반민주적이고 반인권적인 관점이라고 밝혔다. 또한 해당 발언들은 인종적 증오, 반유대주의와 외국인 혐오를 선동하는 것으로 보았으며, 따라서 각국 정부가 청구인들에 대해 내린 유죄 판결은 "민주사회에서 필요한" 것으로 판단하였다. 해당 사건들 중 일부는 협약 제10조 제2항을 해석함에 있어 제17조를 근거로 하였으며 제한의 필요성을 인정한 결정을 강화하는 근거로도 활용하였다.

210. 1998년 11월 1일 이후 재판소는 또한 이와 유사한 사건들을 다루었으며 마찬가지로 이 사건들의 청구는 모두 받아들여지지 않았다(다음 판례 참고: *Witzsch v. Germany*(no.1)(dec.), no.41448/98, 1999년 3월 20일; *Schimanek v. Austria*(dec.), no.32307/96, 2000년 2월 1일; *Garaudy v. France*(dec.), no.65831/01, ECHR 2003-IX; *Witzsch v. Germany*(no.2)(dec.), no.7485/03, 2005년 12월 13일; 그리고 *Gollnisch v. France*(dec.), no.48135/08, 2011년 6월 7일). 위 사건들은 모두 다양한 관점으로 가스실의 존재의 부정과 관련된 발언에 관한 사건이었다; 가스실의 존재와 관련하여 "속임수"라고 묘사했으며, 홀로코스트를 "신화"라고 묘사하거나; "쇼아[78] 사업(Shoah business)", "정치적 목적의 속임수" 혹은 "선전"이라고 부르거나; 또는 학살된 유대인의 수에 의문을 제기하고 애매한 용

78) 쇼아(Shoah)는 히브리어로 재앙을 뜻하는 말로, 1940년대부터 유럽과 이스라엘에서는 홀로코스트를 지칭하는 히브리 단어가 되었다.

어를 사용해 가스실은 역사가들이 검토해야 할 문제라고 한 발언 등이 쟁점 발언이 되었다. 이 사건들 중 한 사건에서는 히틀러와 국가사회주의 독일 노동자당이 유대인의 대량 학살을 계획, 시작, 조직했다는 사실은 거짓이라고 말한 부분만 쟁점 발언으로 한정되었다(위 인용된 *Witzsch*(no.2) 사건 참고).

211. 재판소는 세 개의 사건에 대해 구 위원회의 판단을 유사하게 적용하여 청구인들의 표현의 자유에 대한 제한은 "민주사회에서 필요한" 것이었다고 판단했다(위 인용된 *Schimanek; Witzsch*(no.1); 그리고 *Gollnisch*사건 참고).

212. 그러나 이와 다른 두 개의 사건에 대해서는 제10조에 따른 청구가 협약의 규정과 그 특성상 양립불가 하다고 선언하기 위하여 제17조를 근거로 하였다. *Garaudy*사건에서 (위 인용된) 청구인은 역사가들의 논쟁거리가 아니라 이미 명백히 확립된 홀로코스트의 실재, 범위와 심각성에 의문을 던짐으로써, 나치 체제를 부활시키고자 했으며 희생자들이 역사를 왜곡한다고 비난하고자 하였다. 이러한 청구인의 행위는 민주주의 및 인권과 양립할 수 없으며 협약의 내용과 정신에 반하는 목적을 위하여 표현의 자유를 행사한 것에 해당했다. *Witzsch*(no.2)(위 인용된)사건에 대해서는, 재판소는 청구인 *Witzsch*의 발언이 홀로코스트의 희생자들에 대한 경멸을 보여준다는 독일 법원의 판단에 동의하였다.

(δ) 역사적인 논쟁들

213. 재판소는 역사적인 논쟁들과 관련된 많은 사건을 다루었다.

214. 관련 사건 중 다수의 사건에 대해 재판소는 역사적 논쟁을 중재하는 것이 재판소의 역할이 아님을 명백히 밝혔다(다음 판례 참고: *Chauvy and Others,* 위 인용, 문단 69; *Monnat v. Switzerland,* no.73604/01, 문단 57, ECHR 2006-X; *Fatullayev v. Azerbaijan,* no.40984/07, 문단 87, 2010년 4월 22일; 그리고 *Giniewski v. France,* no.64016/00, 문단 51 in fine, ECHR 2006-I).

215. 저자 또는 출판업자들이 역사적인 문제를 다루는 발언과 관련하여, 그들의 표현의 자유 행사에 대한 정부의 제한 조치가 "민주사회에서 필요한"지 여부를 결정함에 있어, 재판소는 몇 가지 요소를 검토해왔다.

216. 해당 요소 중 하나는 쟁점 발언의 방식과 이 발언의 해석 방식을 고려하는 것이다. 관련 사건으로 *Lehideux and Isorni v. France*사건(1998년 9월 23일, 문단 53, Reports 1998-VII)이 있는데, 이 사건의 쟁점 발언은 친 나치 정책을 정당화하는 행위로 해석될 수 없었다; *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden v. Bulgaria*(nos.29221/95 및 29225/95, 문단 102 및 106, ECHR 2001-IX) 사건의 쟁점 발언은 "격렬한 반 불가리아 선언"으로 해석될 수 있으나, 단순히 관심을 끌기 위해 과장된 부분이 있다는 점이 인정되었다; *Radio France and Others*(위 인용, 문단 38)사건의 쟁점 발언은 심각한 명예훼손적 주장이 포함되어 있었으며, 재판소는 해당 발언의

어조가 매우 단언적이라는 점을 판결에 고려하였다; 또한 *Orban and Others v. France*(no.20985/05, 문단 46, 49 및 51, 2009년 1월 15일)사건의 쟁점 발언은 단순히 알제리 전쟁 참전자의 증언에 대한 설명이었으며 고문의 정당화 또는 가해자들에 대한 찬양은 아닌 것으로 판단되었다.

217. 또 하나의 고려 요소는 발언에 의해 영향을 받는 특정 이익이나 권리에 관한 것이다. 예를 들면, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden* 건(위 문단 106에서 인용됨)에서, 쟁점 발언은 불가리아인의 국가적 상징과 관련된 것이었다. *Radio France and Others*(위 문단 31, 34-39에서 인용됨), *Chauvy and Others*사건(위 문단 52 및 69에서 인용됨)에서 쟁점이 된 발언은 생존해 있는 사람들에 대한 발언으로 그들이 비난을 받게 만들었으며, 그들의 평판에 영향을 미쳤다. *Monnat*사건(문단 60에서 인용됨)에서, 쟁점 발언은 비난 대상 또는 스위스 국민들의 평판 또는 인격권에 직접적인 영향을 미친 것이 아니라, 제2차 세계대전 당시 국가를 이끈 지도자들을 대상으로 한 것이었다. *Association of Citizens "Radko" and Paunkovski v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*사건(no.74651/01, 문단 69 및 74, ECHR 2009) 에서, 쟁점 발언은 모든 마케도니아인의 국가적, 민족적 정체성에 영향을 미치는 것이었다. *Orban and Others*사건(문단 52에서 인용됨)에서 해당 발언은 고문 희생자들의 고통스러운 기억을 다시 끄집어낸 것으로 해석되었다.

218. 또 하나의 고려 요소는 쟁점 발언의 영향력이다. 관련 사건으로, *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden*사건(위 문단 102-03 및 110에서 인용됨)에서 재판소는 발언을 한 집단이 전혀 실질적인 영향력이 없어, 지역 차원에서도 영향을 미치지 못했다는 점을 고려했다. 따라서 해당 집단의 집회는 폭력 또는 불관용을 선동하는 장이 되지 못할 것으로 보았다; 이러한 영향력의 부재는 유사한 사건인 *The United Macedonian Organisation Ilinden-PIRIN and Others v. Bulgaria*사건(no.59489/00, 문단 61, 2005년 10월 20일)에서도 언급되었다. 이와는 반대로, *Radio France and Others*사건(위 문단 35 및 39에서 인용됨)에서, 재판소는 해당 발언이 현재 생존해 있는 사람에 대한 심각한 명예훼손적 주장을 포함하고 있는 발언으로, 국영라디오방송을 통해 62번이나 보도되었다는 점을 고려했다.

219. 마지막으로 재판소는 쟁점 발언과 관련된 역사적 사건이 발생한 지 얼마나 지났는지에 대한점도 고려해 왔다: 재판소는 *Lehideux and Isorni*사건에서 관련된 역사적 사건은 50년 전에 발생한 것이며(위 문단 55에서 인용됨), *Monnat*사건은 15년 전(위 문단 64에서 인용됨), *Orban and Others*사건에서는 40년 전에 발생한 것이라는 점을 고려했다(위 문단 52에서 인용됨).

220. 따라서 위에서 언급된 사건들은 재판소가 "증오표현"과 관련하여, 역사적 사건에 대한 청구인의 발언 제한의 필요성을 평가함에 있어 각 사건의 특수성과 해당 발언의 성격과 잠재적 효과, 해당 발언이 행해진 맥락 등의 상

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

호작용에 의해 판단했음을 보여준다.

(ε) 1915년 및 그 이후 발생 사건과 관련된 발언에 대한 터키 정부 대상 청구 사건

221. *Güçlü v. Turkey*사건(no.27690/03, 2009년 2월 10일)에서, 변호사이자 정치인으로 활동하는 청구인은 기자회견 중 개인적으로 본인이 생각할 때 1915년과 그 이후 일어난 사건들은 제노사이드이며 터키는 그 사건을 제노사이드라는 용어로 인정하고 이 문제에 대한 공개토론에 참여할 필요가 있다고 발언했다. 그는 이후 터키의 영토 보전에 반대하는 선전을 금지하는 법률을 위반한 혐의로 유죄 판결을 받았으며, 언급된 발언 및 동일한 기자회견에서 언급한 쿠르드족 관련 발언을 이유로 1년의 징역형을 선고받았다. 그는 그에 대해 유죄판결을 내린 해당 법률 조항이 폐지될 때까지 3개월 넘게 수감되어 있었다. 결과적으로 그의 유죄는 무효화되었고 그는 풀려났다. 재판소는 청구인 Güçlü의 발언이 명백히 공익의 문제에 대한 논쟁과 관련이 있다는 것을 발견하였다. 이러한 의견의 표현이 정부의 입장과 다르다 할지라도, 또한 타인에 대한 공격 또는 충격을 줄 수 있다고 하더라도, 협약 제10조의 보호를 받을 자격이 있으며, 논쟁이라는 것은 정의에 의해 다양한 관점의 표현으로 구성된다고 밝혔다. 재판소는 또한 청구인이 그의 발언을 통해 정치적인 문제에 대한 논쟁을 추구했다는 점에 주목했다. 이러한 관점에서, 청구인에게 선고된 형벌이 중한 것을 고려하여, 재판소는 제10조 침해로 판단하였다(위 판결, 문단 33-42).

222. *Dink v. Turkey*사건(nos.2668/07 및 4 others, 2010년 9월 14일)에서 청구인은 이후 암살당한 뛰어난 아르메니아계 터키인 작가이자 언론인이었는데, 당시 유효했던 터키 형법 제159조에 의해 "터키스러움*(Türklük)*"을 폄하한 혐의로 유죄 선고를 받았다. 협약 제10조에 근거하여 청구인의 유죄 판결을 심사하면서, 재판소는 청구인의 쟁점 발언에 포함된 용어 "독(poison)"이라는 단어의 사용이 아르메니아인들 사이에서의 "터키인들의 인식"을 나타낸 것이며 1915년과 그 이후 일어난 사건들이 제노사이드로 인정되어야 한다는 인식을 확실히 심어주기 위해 벌인 아르메니아 공동체 캠페인의 "강박적인" 성격이었음을 의미하는 것으로 판단했다. 청구인은 아르메니아인들의 강박관념, 즉 여전히 자신들을 "희생자"로 생각하는 관념이 터키에 거주하는 아르메니아인들의 삶에 해악을 끼쳤고, 건강한 방식으로 자신들의 정체성을 발전시키는 것을 가로막았다고 주장한 것이었다. 이러한 그의 주장은 증오표현으로 간주될 수 없었다(문단 128 참고).

223. 재판소는 또한 Dink가 언론인으로서, 아르메니아계 터키인 신문 편집자라는 그의 역량을 바탕으로 기고해왔으며, 터키의 정치적 장면에 등장하는 배우의 관점으로 아르메니아인이라는 소수민족의 문제에 대해 언급했다고 보았다. 1915년과 그 이후 일어난 사건들을 부정하는 것에 대한 분노를 표현할 때, Dink는 민주사회에서 논쟁이 되는 공공의 문제에 대한 그의 의견을 전달해왔다. 이러한 사회에서 특별히 심각한 성격을 갖는 역사적 사건들을 둘러싼 논쟁이 자유롭게 이루어지는 것은 매우 중요하다. 이와 관련하여 표현의 자유의 필수적인 부분은 역사적 진실

을 찾는 것이고 여전히 논쟁거리가 되고 있는 역사적 문제에 대하여 중재하는 것은 재판소의 역할이 아니다. 더 나아가 Dink의 기사는 근거 없이 모욕적이거나 공격적이지 않았으며, 경멸과 혐오를 조장하지도 않았다(문단 135 참고). 그러므로 "터키스러움"을 모욕한 혐의로 그에게 유죄를 선고할 긴박한 사회적 필요성은 존재하지 않았다.

224. Cox 사건에서(위 인용) 1980년대 터키의 대학 두 곳에서 강의를 했던 미국인 Cox는 1986년에 터키에서 추방되었고 학생들과 동료들 앞에서 "터키인들이 쿠르드인들을 동화시켜왔다", "추방당하고 대량 학살당한 아르메니아인들"이라는 말을 했다는 이유로 터키 재입국이 금지되었으며 이후 두 번 더 추방당했다. 1996년, 청구인은 재입국 금지 무효화를 위한 절차를 진행하였으나 성공하지 못하였다. 재판소는 특히 청구인의 발언이 쿠르디족과 아르메니아인 문제들과 관련되어 있으며 이는 여전히 터키뿐만 아니라 국제사회에서도 열띤 논쟁의 주제였다는 점, 그리고 청구인이 터키에 대한 반대의 관점을 주장하였다는 점을 주목하였다. 재판소는 이러한 이슈들에 대한 의견 표현이 종종 상대 측을 공격할 수 있다는 것을 인식하였으나 민주사회는 논쟁적인 표현에 대해 관용과 넓은 포용력을 요구한다는 것을 강조하였다(문단 41-42 참고). 청구인에 대한 터키 재입국 금지는 그녀의 표현의 자유에 대한 권리 행사를 억압하고 그녀의 생각을 전파하는 것을 방해하기 위한 정부의 조치라고 판단되었다. 그러므로 그녀의 표현의 자유에 대한 정부의 제한은 민주사회에서 필요한 것으로 인정되지 않았다(문단 44-45 참고).

225. *Altuğ Taner Akçam v. Turkey*사건(no.27520/07, 2011년 10월 25일)에서, 청구인은 1915년과 그 이후 일어난 사건들에 대해 많은 출판물을 발간했으며 수차례 검찰 조사(흐란트 딩크의 기소를 비판하는 신문 기사를 쓴 것과 관련하여 조사를 받았으나 기소가 진행되지는 않았음)를 받은 적이 있는 역사학과 교수였다. 그는 터키 형법 제301조가 아르메니아인 문제에 대한 학술 행위를 한 것만으로 기소될 수 있도록 하는 조항이라고 비판하며 해당 조항에 대한 문제를 제기했다. 청구인 Akçam의 검찰 조사와 아르메니아인 문제에 대한 터키 법원의 입장, 그리고 검찰 조사에 따른 Akçam에 대한 대중의 캠페인 등에 기반하여 볼 때, 재판소는 이 문제에 대해 "우호적이지 않은" 의견으로 인해 기소될 수 있는 위험이 존재한다고 판단하였다(문단 65-82). 또한 입법부가 만들어 놓은 보호 제도에도 불구하고 해당 조항에서 사용된 용어들이 터키 정부 당국이 해석한 바와 같이 너무 광범위하고 막연하다고 보았다. 해당 조항을 근거로 한 많은 조사와 기소는 공격적, 충격적 또는 방해가 되는 것으로 간주되는 의견들이 쉽게 그 대상이 될 수 있음을 보여주었다(문단 89-94 참고). 그 조항은 그러므로 예측가능성의 요구를 충족하지 못하였다.

(iii) 위에서 언급된 원칙과 판례의 본 사건 적용

226. 본 사건에서, 재판소는 제노사이드나 다른 역사적인 사실에 대한 부정의 형사범죄화가 원칙적으로 정당화될 수 있는지 여부를 결정할 의무가 없다. 프랑스나 스페인 헌법재판소는 이러한 점에서 추상적으로 법률 규정을 검토할 권한과 의무가 있는 반면(문단 95와 97 참고) 개인의 청구에 의해 사건을 심사하는 재판소는 사실에 한해서만

사건을 검토한다(위 인용된 *T. v. Belgium*, at p.169 참고). 따라서 재판소는 청구사건에서 형법 제261조의2 제4항의 적용이 협약 제10조 제2항에 따라 "민주사회에서 필요한"지 여부를 다시 살펴볼 수 있다(다음 판례 참고: *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers v. the United Kingdom,* no.31045/10, 문단 98, ECHR 2014).

227. 민주사회에서의 필요성이 있는지 여부에 대한 판단은 형사법적으로 "다른 사람들의 권리들"을 보호할 필요성이 있는지의 여부에 의존한다. 문단 56에서 언급된 바와 같이, 해당 문제는 아르메니아인들이 자신과 조상의 존엄을 존중하기 위한 권리이며, 이는 그들의 공동체가 제노사이드라는 고통을 겪었다는 공통의 이해를 바탕으로 형성된 그들의 정체성에 대한 존중의 권리를 포함하는 권리이다. 재판소가 민족 정체성과 조상들에 대한 평판을 모두 협약 제8조의 "사생활"과 관련되는 문제로 인정한 판례(문단 200-03 참고)를 고려할 때, 재판소는 제8조에 의해 이들의 권리가 보호되어야 한다는 데 동의한다.

228. 따라서 재판소는 협약에 명시된 두 개의 권리- 협약 제10조 하의 표현의 자유에 대한 권리와 협약 제8조 하에서 사생활을 존중 받을 권리- 사이의 균형을 유지할 필요에 직면한다: 따라서 이러한 균형의 유지와 관련된 판례에서 적용된 원칙들을 고려할 것이다(문단 198 참고). 관련하여 핵심적인 문제는 원칙적으로는 동등한 중요성을 지니는 두 개의 권리 중, 이 사건의 특수성을 고려할 때 어떠한 권리에 더 중요성을 부여할 것인지에 관한 문제이다. 이를 위해 재판소는 긴급성, 제한 또는 보호의 필요성, 수단과 추구된 목적의 비례성에 해당하는 두 권리의 구체적인 측면을 살펴보고 상대적 중요성을 검토할 것이다. 재판소는 이를 위해 청구인의 발언의 성격; 정부의 제한 조치의 맥락; 아르메니아인들의 권리에 영향을 미치는 범위; 그러한 발언들에 대하여 형사법 제제에 의존할 필요에 대한 가입국들 사이 공감의 존재여부; 청구인의 유죄를 정당화하기 위하여 스위스 법원이 활용한 방식; 제한의 심각성 정도 등을 검토하고자 한다.

(α) 청구인의 발언의 성격

229. 표현의 자유에 대한 권리의 행사에서 청구인의 이익의 경중을 평가하기 위하여, 재판소는 먼저 그의 발언의 성격을 심사해야 한다. 재판소는 해당 발언들이 형법 제261조의2 제4항의 목적을 위하여 적절하게 제노사이드 부정이나 정당화로 규정될 수 있는지 여부, 혹은 그들이 그 규정의 의미 내에서 "인종, 민족적 기원 혹은 종교"의 "기반 위에서" 만들어졌는지 여부에 대해 다루지 않는다. 이는 스위스 법의 해석과 적용에 관한 것이고 스위스 법원이 결정할 문제이다(위 문단 50에서 인용된 *Lehideux and Isorni* 판례 참고). 재판소가 검토할 문제는 청구인의 발언이 협약 제10조에 따라 강화 또는 축소된 보호를 받을 자격이 있는 표현에 해당하는지 여부이며, 이는 궁극적으로 재판소의 판단 권한이며, 이와 관련한 스위스 법원의 판단을 고려하는 것이다(위 문단 196(iii) 참고).

230. 재판소의 판례와 관련하여, 공익의 문제에 대한 표현은 원칙적으로 강한 보호를 받을 자격이 있다. 폭력, 증

오, 외국인 혐오 혹은 불관용의 또 다른 형태를 선동하거나 정당화하는 표현은 정상적으로 보호받을 권리를 주장할 수 없을지라도(문단 197과 204-07에서 인용된 사건 참고) 역사적인 문제에 대한 발언은, 대중 집회 또는 책이나 신문, 라디오나 텔레비전 프로그램 같은 매체에서 만들어지거나 일반적으로 공익의 문제를 언급하는 것으로 보인다(위 문단 197과 204-07 에서 인용된 사건 참고). 역사적인 문제에 대한 발언은, 공개집회에서 이루어졌든 책이나 신문, 라디오나 텔레비전 프로그램과 같은 매체에서 이루어졌든, 원칙적으로 대중적 흥미의 문제들에 대한 언급으로 해석된다(*Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden,* 문단 79, 85 및 97)(집회에서의 발언); *Chauvy and Others,* 문단 68 및 71, 그리고 *Orban and Others*, 문단 45(책); *Lehideux and Isorni,* 문단 10-11(신문광고); *Radio France and Others,* 문단 34-35(라디오 방송); 그리고 *Monnat*, 문단 56(텔레비전 프로그램), 모두 위에서 인용됨).

231. 소재판부는 청구인의 발언들이 역사적, 법적, 정치적인 성격을 가지고 있다고 판단했다. 스위스 정부와 제3의 관여자들 중 일부는 근본적으로 청구인이 학자적인 냉정한 태도의 부재, 그리고 역사적 논쟁을 열린 자세로 포용하는 정신이 부재했다는 이유로 청구인의 발언이 공익적 성격을 지닌다는 점에 동의하지 않았다. 그러나 대재판부는 이 주장을 받아들일 수 없다. 청구인의 발언들이 역사적, 법적 문제를 다루었다고 하더라도, 해당 발언들이 언급된 맥락은-청구인이 같은 의견을 가진 지지자들에게 말하고 있었던 공개적 행사에서- 그가 역사적이거나 법적인 학자로서가 아니라 정치인으로서 발언을 했다는 것을 보여준다. 그는 재판소가 터키 정부를 대상으로 한 많은 청구 사건에서 이미 공적인 관심의 문제와 관련된 것으로서 인정되었고(문단 221 및 223 참고) 터키뿐만 아니라 국제사회에서도 열띤 논쟁이 되었던(위 문단 224 참고), 오래 지속된 논쟁에 참여했다. 또한 해당 이슈는 이미 2002년과 2003년에 스위스 의회에서 논쟁이 된 바 있다(문단 48-50 참고). 이 문제가 스위스의 주류 정치학과 관련이 없다고 하여 공적인 이익이 줄어드는 것은 아니다. 청구인의 발언의 형태가 매우 강했다는 사실도 공적인 이익을 줄어들게 할 수는 없다(다음 판례 참고: *Morice v. France* [GC], no.29369/10, 문단 125 in fine, ECHR 2015). 이는 논쟁적이고, 종종 악의적이기도 한 정치적 표현의 특성에 기인한 것이다(다음 판례 비교하여 참고: *Erbakan v. Turkey,* no.59405/00, 문단 59, 2006년 7월 6일; *Faruk Temel v. Turkey,* no.16853/05, 문단 8 및 60, 2011년 2월 1일; 그리고 *Otegi Mondragon v. Spain,* no.2034/07, 문단 10 및 53-54, ECHR 2011). 이러한 표현이 선을 넘지 않는다면 그리고 폭력과 증오 혹은 무관용을 야기하는 것으로 전환되지 않는다면 표현의 자유로부터 얻는 공익을 줄어들게 하지 않는다. 이것이 재판부가 심사해야 할 지점이다.

232. 스위스 법원은 청구인이 인종주의적 동기를 가지고 말하였다고 판단하였다. 이는 아르메니아인들이 터키인들에 대한 침략자들이었고 1915년과 그 이후 일어난 사건들의 시기에 오스만 제국 내무부장관이었던 탈라트 파샤에 대한 자발적 연합 세력이었다는 그의 단언에 의해 판단된 것이었다. 그러나 또한 이 사건이 비록 완고한 방식이었으나 결론적으로 제노사이드가 아니라는 부정에 근거한 판단이었다(문단 22, 24, 26 참고). 소재판부는 청구인이 스

위스 법률에 의하면 독립적인 범죄가 되는 증오에 대한 선동 때문에 기소되지 않았다는 점과 그가 희생자들에 대한 경멸을 표현하지 않았다는 점에 주목하여 위의 결론에 동의하지 않았다(소재판부 판결의 문단 51-53과 119 참고).

233. 청구인이 언급한 사건에 대해 아르메니아 공동체가 가지고 있는 민감성을 충분히 의식한다고 하더라도, 재판소는 청구인 발언의 전체적인 요지를 고려하면서, 이 발언을 증오나 불관용에 대한 선동의 형태라고 인식하지 않는다. 청구인은 터키인들과 아르메니아인들이 수세기동안 평화롭게 살아왔다는 것을 주목하면서, 그리고 두 민족 모두 "제국주의자" 음모들의 희생자들로 전락했다는 것-현재 맥락에서 중요하지 않은 하나의 이론-을 암시하면서, 1915년과 그 이후 일어난 사건들의 희생자들에 대한 경멸이나 증오를 표현하지 않았다. 그는 아르메니아인들을 거짓말쟁이라고 부르지 않았고 이들을 향해 욕설을 사용하지 않았으며 이들을 정형화하려는 시도 또한 하지 않았다(위 인용된 *Seurot; Soulas and Others,* 문단 40; *Balsytė-Lideikienė,* 문단 79; *Féret*, 문단 12-16 및 69-71; 그리고 *Le Pen* 사건들과 비교하여 참고). 강한 어조로 표현된 그의 주장은 "제국주의자들"을 대상으로 하였고 제국주의자들이 오스만 제국과 터키를 향한 음모를 꾸몄다는 것이었다(위 인용된 *준용; Giniewski* 문단 45-49와 비교 참고. 이 사건에서 재판소는 국내 법원의 판단과 달리 교황 회칙을 비난함으로써 즉 교황의 지위를 비난한 언론인이 기독교 전체를 비난했다고 판단하지 않았다. 그리고 *Klein v. Slovakia,* no.72208/01, 문단 51, 31 October 2006사건에서 재판소는 국내 법원의 판단과 달리, 슬로바키아에 있는 로마 카톨릭 대주교에 대한 어떤 언론인에 의해 매우 강하게 언급된 발언이 그 나라에서 카톨릭 교회의 추종자들을 헐뜯는 것으로서 간주될 수 없다는 입장을 취하였다).

234. 다음 질문은 청구인의 발언이 그럼에도 불구하고 청구인의 지위에 대한 고려와 발언이 언급된 넓은 범위의 맥락을 고려할 때 아르메니아인들에 대한 증오나 불관용에 대한 선동의 형태로서 해석될 수 있는지 여부이다. 구 위원회나 재판소에 청구되었던 홀로코스트 관련 발언들에 대한 사건은 홀로코스트의 역사적이고 맥락적인 이유로 인해 예외 없이 증오나 불관용의 선동 형태로 추정되었다(위 문단 209와 211 참고). 그러나 재판소는 이 사건 또한 동일하게 적용되어야 한다고 보지 않는다. 이 사건에서는 청구인이 약 90년 전에 오스만 제국의 영토에서 일어난 사건들에 대해 스위스에서 발언하였기 때문이다. 이 사건 또한 마찬가지로 인종주의적이고 반민주적인 문제를 선동할 수 있다는 점을 배제할 수는 없으나, 그리고 직접적이지는 않지만 암시적으로 가정될 수는 있겠지만, 해당 사건의 맥락에 대해 자동적으로 이것이 인종주의와 반민주적 문제를 선동하는 것으로 추정할 수는 없다. 그리고 이것이 현 사건에서 그렇다는 충분한 증거도 없다. 이러한 가능성을 나타내는 유일한 부분은 청구인의 탈라트 파샤에 대한 자발적 소속감이었다. 그러나 스위스 법원은 이 점에 대해 상세히 설명하지 않았다. 그리고 청구인이 소위 탈라트 파샤 위원회의 회원이라는 점은 제노사이드에 대한 그의 이의제기와 관련된 것으로 보여지며, 이 점이 아르메니아인을 비난하고 혐오를 조장하려는 행위의 동기로 보이지는 않는다 *Lehideux and Isorni,* 문단 53 참고).

235. 제삼의 관여자인 터키 인권협회, 진실과정의기억센터 그리고 제노사이드와 인권연구를 위한 국제기구는

소위 에르게네콘(Ergenekon) 재판과 관련된 자료를 언급했다(위 문단 186-87 참고). 그러나 그것은 자료의 원본이나 전체 번역문이 제출되지 않았으며, 선택적으로 인용된 부분만 제출되었다. 더 중요한 점은, 해당 재판이 여전히 터키 파기원에서 진행 중이라는 점, 이 사건의 공정성에 대한 많은 문제 제기가 있다는 점, 여전히 사건이 계류 중이라는 점에서 검토하기에 불충분하여 각하되었다는 점이다(다음 판례들을 참고: *Özkan v. Turkey*(dec.), no.15869/09, 2011년 12월 13일; *Göktaş v. Turkey*(dec.), no.59374/10, 2011년 12월 13일; *Kireçtepe and Others v. Turkey*(dec.), no.59194/10, 2012년 2월 7일; *Güder v. Turkey*(dec.), no.24695/09, 문단 64-65, 2013년 4월 30일; *Karabulut v. Turkey*(dec.), no.32197/09, 문단 64-65, 2013년 9월 17일; *Tekin,* 위 인용, 문단 64-65; 그리고 *Yıldırım v. Turkey* (dec.), no.50693/10, 문단 43-44, 2015년 3월 17일). 그러므로 이 자료들은 현 사건에서 다룰 수 없다.

236. 청구인의 반 아르메니아적 의식 또한 제삼의 관여자들이 제출한 두 개의 신문기사로는 추정할 수 없다.(문단 187 참고). 일간지 Vatan으로부터 나온 첫 번째 기사는 2007년 흐란트 딩크의 암살 후 그 암살을 비난하는 청구인이, 이스탄불의 아르메니아 총대주교에게 이 암살이 미국에 의한 사악한 음모의 결과였다는 것을 인식하게 되었다고 언급한 것이다. 두 번째는 일간지 Milliyet로부터 나왔는데 이는 이스탄불에 있는 아르메니아 학교들에 대한 익명의 위협에 관심을 가졌고 청구인을 전혀 언급하지 않았다(위 문단 28 참고).

237. 좀 더 전체적으로는, 스위스 정부와 제삼의 관여자들 중 일부는 청구인을 무책임하고 위험한 인물로 표현의 자유를 악용하는 습관을 지닌 극단주의자로 묘사하고자 하였다. 재판소의 관점에서, 이는 청구인이 터키를 대상으로 청구한 두 건의 사건에 대한 판결과 양립할 수 없다. 그 판결들 중 첫 번째는, 1992년에 청구인이 청구한 사건으로, *Socialist Party and Others v. Turkey*사건(1998년 5월 25일, Reports 1998-III)이었다. 재판소는 당시 청구인이 의장이었던 정당의 해산에 관련하여 협약 제11조의 침해가 있었다고 판결하였다. 재판소는 정당 해산의 이유가 된 청구인의 발언들이 쿠르드족 또한 함께 집회에 참여할 것과 동일한 정치적 요구를 함께 요구하자고 초대하는 내용을 포함하고 있었으나, 폭력, 폭동, 민주원칙을 거부하는 요구를 포함하지는 않았다. 따라서 정당해산이 정당화될 수 없었다. 두 번째 판결은, 1999년에 청구한 건으로 *Perinçek v. Turkey*사건(no.46669/99, 2005년 6월 21일)이었다. 해당 사건에서 재판소는 증오표현으로 규정될 수 없었던 유사한 발언들과 관련하여 청구인에 대한 유죄판결이 민주사회에서 필요하지 않았으며, 따라서 협약 제10조의 침해가 있었다고 판결하였다.

238. 청구인의 발언들이 집단으로서 아르메니아인들에 대한 것이었다는 사실은 그 자체로 국제법에서 "제노사이드" 용어 정의의 관점에서 인종주의적 문제로 보는 근거로 해석될 수 없으며(위 문단 52와 54 참고), 한 역사적 사건을 제노사이드로 분류하는 문제에 관한 적절성은 특정 국가, 민족, 또는 종교 집단의 문제와 관련된다.

239. 청구인의 발언을 전체적으로, 즉각적이고 더 넓은 범위의 맥락에서 검토할 때, 재판소는 청구인의 발언이

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

아르메니아인들에 대한 증오, 폭력 혹은 불관용에 대한 선동으로 볼 수 없다고 판단한다. 청구인의 발언들은 치명적이고 비타협적인 것은 사실이나, 청구인은 해당 발언을 통해 주의를 끌고자 했으므로 과장된 측면이 있다는 부분이 인정되어야 한다(위 인용된 *Stankov and the United Macedonian Organisation Ilinden,* 문단 102 참고. 이 사건은 집회 진행 과정에서 특정 조직의 회원 및 지지자들에 의해 언급된 "격렬한 반-불가리아 선언"과 관련된 사건이다).

240. 소재판부는 청구인이 기소되지 않았거나 혹은 제노사이드를 정당화하려고 시도한 것 때문에 유죄판결을 받지 않았으며 단지 그것을 부인했기 때문에 유죄판결을 받았다고 보았다. 스위스 정부는 스위스 연방법원이 판결문 7번(point 7)에서 1915년경 대량학살과 강제이주가 반인도적 범죄에 해당한다고(정당화 또한 형법 제261조의2 제4항의 범위에 해당함) 판단한 것을 지적하며 문제를 제기했다. 재판소는 *Varela Geis*사건(문단 45-53에서 인용됨)에서 재판소의 판결에 따라, 우연히, 위 문단 96에서 인용된 스페인 헌법재판소 판결을 야기했던 사건과 관련되는데-두 개의 혐의가 상당히 다를 수 있다는 점에 주목한다. 그러나 이미 주목된 바와 같이, 중요한 문제는 스위스 법원에 의해 청구인의 발언에 주어진 법적인 자격이 아니라, 그 발언들이 전체적으로, 그리고 맥락을 고려할 때 폭력, 증오 혹은 불관용에 대한 선동으로 해석될 수 있는지 여부이다. 재판소는 이미 해당 발언은 선동이 될 수 없다고 판단하였다. 스페인 헌법재판소에 의해 설명된 바와 같이, 제노사이드에 대한 정당화는 특별한 사건이 제노사이드를 구성하지 않는다는 단언으로 구성되는 것이 아니라, 사건의 엄중함을 상대적인 개념으로 만들거나 이를 권리로써 제시함으로써 그것에 대한 가치판단을 표현하는 발언들로 구성된다(위 문단 97 참고). 재판소는 청구인의 발언들이 이러한 의미를 내포하는 것으로 간주될 수 있다고 생각하지 않는다; 청구인의 발언은 다른 반인도적 범죄를 정당화하는 것으로 간주될 수도 없다.

241. 청구인의 발언들은 공익의 문제와 관련되며, 협약 제10조에 명시된 권리의 보호를 받을 자격이 있다. 또한 스위스 당국은 해당 권리에 대해 제한적인 재량권만을 가진다.

(*β*) 제한과 관련된 맥락

지리학적 그리고 역사적인 요소들

242. 협약의 권리에 대한 제한을 판단함에 있어 긴박한 사회적 필요성이 존재했는지 여부를 다시 살펴볼 때, 재판소는 회원국의 역사적 맥락에 주의를 기울여왔다. 예를 들어, 재판소는 Vogt 사건에서(위 문단 51과 59에서 인용됨) "독일의 바이마르 공화국 하의 경험 그리고 그 체제의 붕괴부터 1949년 기본법의 채택에 이르기까지의 고통스러운 시기" 와 스스로 방어할 수 있는 민주주의여야 한다는 이념에 근거하여 새로운 국가를 건설함으로써 과거 경험의 반복을 회피하고자 한 독일의 열망을 고려하였다. 마찬가지로 개별 국가의 역사적인 경험은 긴박한 사회적 필요의 존재를 평가하는 데 중요한 고려 요소가 된다(다음 판례 참고: *Rekvényi,* 위 인용, 문단 41 및 47; *Refah Partisi(the*

Welfare Party) and Others, 위 인용, 문단 124-25; *Jahn and Others v. Germany* [GC], nos.46720/99 및 2 others, 문단 116, ECHR 2005-VI; *Leyla Şahin,* 위 인용, 문단 115; *Ždanoka,* 위 인용, 문단 119-21; *Fáber,* 위 인용, 문단 58; 그리고 *Vona,* 위 인용, 문단 66).

243. 이와 같이 역사적 맥락에 대한 고려는 특별히 홀로코스트 사건을 다룰 때 중요하다. 재판소는 홀로코스트의 부정을 범죄화하는 것에 대한 정당화는 이 사건이 명백히 역사적인 사실로 확립되었다는 점 때문이 아니라, 오히려 관련된 국가에서 역사적 맥락의 관점과 관련이 있다고 판단한다. 따라서, 구 위원회 및 재판소가 검토한 사건들이 오스트리아, 벨기에, 독일, 그리고 프랑스와 관련된 사건이라는 점도 이를 보여준다(위 문단 209-10 참고; 위 인용된 *Varela Geis* 문단 59와 비교 참고. 여기서 재판소는 협약 제10조 하의 문제제기를 심사하지 않았다). 홀로코스트를 부정하는 것은 비록 공정한 역사적인 연구로서 포장되어 있다하더라도, 변함없이 반민주적 이념과 반유대주의를 내포하는 것으로서 판단되어야 한다. 홀로코스트 부정은 그래서 중복적으로 위험하다. 특히 나치 체제의 공포를 경험했던 국가와, 홀로코스트에 대한 도덕적 책임으로 홀로코스트 부정을 범죄화하는 국가들에게는 더욱 그러하다.

244. 이와 반대로, 스위스와 1915년과 그 이후 오스만 제국에서 일어났던 사건들 사이에 직접적 관련이 있다는 주장은 없었다. 스위스 영토에 있는 아르메니아 공동체가 유일한 관련성으로 볼 수 있으나, 관련성으로 볼 때 그 영향은 미미하다. 청구인에 의해 야기된 논쟁은 스위스의 정치적 사안이 아닌 외부적인 문제이며, 이는 스위스 로잔 즉결심판소의 판결에 의해서도 드러난다. 해당 판결에서는 청구인의 선고를 중단하는 결정에 있어 그가 외국인이며 그의 나라로 돌아갈 것이라는 점에 주목했다(위 문단 22 참고). 또한 청구인이 해당 발언을 언급한 당시, 스위스에 정치적 긴장감이 있었다거나 아르메니아인과 터키인 사이의 심각한 마찰의 가능성이 있었다는 증거는 없었다(다음 판례와 비교 참고: *Zana,* 문단 57-60, 그리고 *Sürek*(no.1), 문단 62, 이 사건들은 1980년대와 1990년대 터키 동남부지역의 긴장 상황과 관련되었다. 마찬가지로 *Falakaoğlu and Saygılı,* 문단 33, 그리고 *Saygılı and Falakaoğlu,* 문단 28 in fine, 둘 다 위에서 인용되었다, 이 사건들은 터키에 있는 여러 수용소에서 보안군과 수형자들 사이의 충돌이 일어났을 때 공표된 선언과 관련되어 있으며 충돌은 양 측의 사상자를 발생시켰다). 또한 이와 관련하여 형법 제261조의 2 제4항에 의해 형사기소된 이전 사건을 고려할 때, 1915년 및 그 이후 발생한 사건들에 대해 아르메니아인과 터키인 공동체 사이에서는 강한 대립 의견이 있었으나 이것이 법적 절차 외에 다른 결과를 야기하지는 않았음을 보여준다(위 문단 41-46 참고). 또한 청구인을 실질적으로 기소하지 않은 것은 스위스 당국의 입장에서 이 견해를 정당화하는 형태로 인식되었다고 볼 수는 없다(비교하기 위해 위 인용된 *Vona,* 문단 71 준용한다).

245. 다만 문제는 스위스에서 청구인의 유죄가 터키에서 상황에 의해 정당화될 수 있는지 여부인데, 터키의 아르메니아인 소수집단은 적대감과 차별로부터 고통을 받는다고 알려져 있다(위 문단 186과 188 참고). 재판소는 정당화 가능성의 여부에 부정적 입장을 밝힌다. 청구인에게 유죄판결을 할 때, 스위스 법원은 터키의 상황적 맥락을 언급

하지 않았다. 스위스 정부 또한 이를 언급하지 않았다. 다만 협약 제16조를 언급함으로서 제한의 정당화를 주장한 것은 스위스 정부가 주로 스위스 국내의 정치적 상황을 고려했다는 점을 보여준다.

246. 전자통신의 발달로, 현 시점 어떤 메시지도 완벽히 지역 차원의 것으로 간주될 수 없는 것이 사실이다. 이는 발전적이며 인권의 보편적인 보호의 정신과 상통한다. 스위스가 해당 역사적 사건의 발생 지역과 상관없이 대량 잔학행위 희생자들의 권리를 옹호하는 것을 추구했다는 점에서도 그러하다. 그러나 "민주사회에서 필요한" 것에 해당하는 비례성의 넓은 개념은 정부에 의해 취해진 수단들과 이를 통해 추구했던 목표 사이의 합리적인 연관성을 요구한다. 그 수단들이 합리적으로 그 요구된 결과를 생산할 수 있다는 의미에서 그러하다(*Weber v. Switzerland,* 1990년 5월 22일, 문단 51, Series A no.177, 그리고 *Observer and Guardian v. the United Kingdom,* 1991년 11월 26일, 문단 68, Series A no.216를 준용한다). 터키에서 아르메니아 소수자에 대해 존재하는 적대감이 스위스에서 청구인이 한 발언들의 결과라는 말은 거의 적용될 수 없다(위 인용된 *Incal,* 문단 58을 준용한다). 혹은 스위스에서 청구인의 형사 유죄 판결이 어떤 실질적인 방법에서 그 소수자의 권리를 보호했다고 보거나 이러한 조치가 더 안전함을 느끼게 만들었다고 해석할 수도 없다. 또한 청구인의 발언들이 터키에 있는 아르메니아인들을 향하여 혐오를 불러일으켰다는 증거가 없으며, 혹은 그가 다른 시점에 아르메니아인들에 대한 혐오를 선동하려는 시도를 했다는 증거도 없다. 이미 주목된 바와 같이, 제삼의 관여자인 터키인권협회, 진실과정의기억센터 그리고 제노사이드와 인권연구를 위한 국제연구소가 언급했던 두 개의 신문기사들은 이를 지지한다고 볼 수 없다. 이들이 제시하고자 한 자료는 에르게네콘 재판과 관련된 자료로, 이는 이미 언급한 바와 같이 적용될 수 없다.

247. 2007년 1월 아르메니아계 터키인 작가이자 언론인 흐란트 딩크가 암살된 사건을 포함하여 아르메니아인에 대한 일부 초국가주의자들의 적대감을 부정할 수는 없으나, 1915년과 그 이후 일어난 사건들에 대한 그의 관점 때문에(위 인용된 *Dink*사건 문단 66 참고) 이러한 적대감이 스위스에서 청구인이 언급한 발언의 결과로 해석될 수는 없다.

248. 제삼의 관여자인 CCFA가 제안한 프랑스와 같은 다른 국가의 국내적 맥락을 고려할 이유는 없다고 판단한다. 프랑스는 아르메니아인 공동체가 3번째로 많이 거주하는 국가이다. 또한 1915년과 그 이후 일어난 사건이 프랑스에서 주요한 논쟁의 주제였던 것도 사실이다(위 문단 93 및 94 참고). 그러나 청구인의 발언들이 프랑스에 직접적인 영향을 끼쳤거나 스위스 당국이 이러한 맥락을 고려했다는 증거가 발견되지 않았다.

시간 요소

249. *Lehideux and Isorni*사건(위 인용, 문단 55 참고)에서 재판소는 정신적 외상을 초래한 역사적인 사건들에 관한 발언이 다시 논쟁을 야기할 가능성이 높고 과거 고통의 기억들을 소환하기 쉽다는 점을 인정하나, 약 40년이

지난 사건을 10년 또는 20년 전과 동일한 심각성을 가지고 다루는 것은 부적절하다고 보았다. 마찬가지로, 재판소는 다른 사건에서도 동일한 원칙을 적용해왔다(다음 판례들을 참고: *Editions Plon v. France,* no.58148/00, 문단 53, ECHR 2004-IV; *Monnat,* 위 인용, 문단 64; *Vajnai v. Hungary,* no.33629/06, 문단 49, ECHR 2008; *Orban and Others,* 위 인용, 문단 52; and *Smolorz v. Poland,* no.17446/07, 문단 38, 2012년 10월 16일; 그리고 또한 *Hachette Filipacchi Associés v. France,* no.71111/01, 문단 47, 2007년 6월 14일).

250. 이 사건에서, 청구인의 발언들과 그가 언급했던 비극적 사건들 사이의 시간적 간격은 약 90년이라는 상당히 긴 기간이다. 그리고 그가 발언을 하였던 당시, 그 비극적 사건의 생존자들(만약 있다하더라도)은 없었다. 제삼의 관여자들 중 일부가 여전히 해당 사건은 많은 아르메니아인들이 심각하게 인식하는 사건이며 특히 유랑민족에게는 더욱 그러하다는 점을 강조하였으나, 시간적 조건은 무시할 수 없다. 사건과 관련된 발언에 대한 규제의 정도, 규제의 필요성 등은 시간의 경과와 함께 감소할 수밖에 없다.

(γ) 청구인의 발언들이 아르메니아 공동체 구성원들의 권리에 영향을 미친 범위

251. 청구인의 표현의 자유에 대한 제한의 목적인 "타인의 권리"보호는 협약 제8조 하의 보호를 받는 권리라는 점이 인정되므로 재판소는 비례성에 대한 검토를 위해 청구인의 발언이 어느 정도로 타인의 권리에 영향을 미쳤는지를 검토해야 한다.

252. 재판소는 1915년경 일어난 비극적인 사건들이 제노사이드로서 간주될 수 있는지 여부에 대한 중요성과 관련 사건의 발언에 대한 피해자 공동체의 민감성을 인식하고 있다. 그러나 이 사건의 쟁점이 된 청구인의 발언들이 스위스에서 형사 처벌을 받을 정도로 아르메니아인들의 존엄성과 그들의 후손들의 정체성과 존엄성을 훼손했다는 점은 인정되지 않는다. 이미 주목된 바와 같이, 청구인의 발언은 아르메니아인들을 대상으로 한 것이 아니라, 그 잔학행위에 대해 책임이 있다고 주장한 "제국주의자"를 대상으로 한 것이었다. 아르메니아인에 대한 공격으로 해석될 여지가 있는 일부 발언의 내용은 아르메니아인들을 "제국주의 강대국들의 도구"라고 언급한 부분과 "터키인들과 무슬림의 대량학살을 자행한 것"이라고 언급한 부분에 해당한다. 그러나 청구인의 발언은 아르메니아인들이 잔학행위나 학살을 당할 만한 정당성이 있었다는 결론을 도출하지 않았다. 그는 오히려 터키인과 아르메니아인들 사이에 폭력을 선동한 것에 대하여 "제국주의자들"을 비난했다(위 문단 13과 16 참고). 따라서 역사적 사건의 시간적 경과를 함께 고려할 때 그의 발언이 그에게 부과된 처벌이 정당할 만큼 심각한 효과를 야기했다고 볼 수 없다(준용을 위해 다음 판례 참고, *Vajnai,* 문단 57; *Orban and Others,* 문단 52, *Putistin,* 문단 38; 그리고 *Jelševar and Others,* 문단 39, 모두 위 인용; 마찬가지로 *John Anthony Mizzi v. Malta,* no.17320/10, 문단 39, 2011년 11월 22일).

253. 재판소는 청구인의 발언들이-그 발언에서 그는 1915년과 그 이후 일어난 사건들이 제노사이드로서 분류

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

될 수 있다는 것을 부정했으나 대량학살과 대량추방의 실재를 논박하지 않았다- 집단으로서 아르메니아인들의 정체성에 심각한 충격을 가질 수 있다는 설득을 받아들일 수 없다. 재판소는 이미 다른 환경에서라도, 비록 사악한 용어라도, 어떤 나라에 대하여 특별한 민감성과 민족적인 정체성을 자극하는 역사적인 사건들의 중요성을 다투는 발언들이 그 자체로는 수신인들에게 심각하게 영향을 미치는 것으로서 간주될 수 없다는 것을 유지하였다(S*tankov and the United Macedonian Organisation Ilinden,* 문단 104-07). 어떤 민족집단의 정체성을 다투는 발언들과 관련해서도 동일한 결론에 도달하였다(위 인용된 다른 판례 참고 *Association of Citizens "Radko" and Paunkovski,* 문단 70-75). 재판소는 특별한 맥락의 관점에서 정신적 외상을 초래하는 역사적 사건들과 관련된 발언들이 그러한 사건들에 의해 영향을 받은 집단들의 존엄성에 대하여 심각한 손상을 불러일으킬 수 있다는 것을 배제하지 않는다: 예를 들면, 만약 그것들이 특별히 사악하고 무시하기 어려운 형태로 전파되는 경우가 그러하다. 재판소는 *Vejdeland and Others*사건(위 인용된 문단 8 및 56-57 참고)에서 동성애 혐오적인 전단지가 상급 중학교의 학생들 사물함에 남겨져 있었던 것과 관련하여, 이것이 협약 제10조의 침해가 아니라고 한 데에서, 전단지가 감수성이 예민하고 민감한 나이이며 그것을 받지 않을 가능성이 없는 사람들에게 전달된 사실에 특별한 중요성을 두었다는 것을 주목한다. 그러나 현 사건에 그러한 환경이 있다고 말할 수 없다. 구 위원회와 재판소가 특별한 증거 없이 그러한 점을 받아들였던 유일한 사건들은 홀로코스트 부인에 관련된 것들이다. 그러나 이미 주목된 바와 같이, 이것은 그 사건들이 펼쳐진 매우 특별한 맥락으로부터 발생하는 것으로서 간주될 수 있다. 이 맥락은 구 위원회와 재판소가 홀로코스트 부인이 비록 공정한 역사적 연구로서의 외피를 쓰고 있다고 하더라도, 불변적으로 반민주적인 이념과 반유대주의를 내포하는 것이라는 점을 받아들이도록 하는 원인을 제공했다(위 문단 234 및 243 참고). 그러므로 홀로코스트 부인은 이 단계에서 관련자들을 특별히 분노하게 만드는 것으로 간주되어야 한다.

254. 마지막으로, 재판소는 청구인의 발언들이 세 가지 공적인 이벤트에서 발생했다는 것을 주목한다. 그래서 그것의 영향은 비교적 제한적이었다(준용을 위해 위 인용된 *Fáber,* 문단 44-45 참고 그리고 위 인용된 *Féret,* 문단 76과 비교 참고 여기서 재판소는 논란이 된 발언들이, 인구의 일부를 헐뜯는 정형화된 공식들로 구성되어 있는데, 선거운동 도중에 배포된 리플렛에 포함되어 그 나라의 전 국민들에게 도달된 사실에 특별한 중요성을 부과했다).

(δ) 협약국 사이에 공감의 존재 혹은 부족

255. 재판부에 유용한 비교법 데이터는 과거 수년 동안에 협약국들의 법적 시스템에서 이 영역 안에서 들쑥날쑥한 발전이 있었음을 보여준다. 몇 나라에서-프랑스와 스페인- 이것들은 헌법판례(위 문단 95-97 참고)의 영향을 받았다. 다른 나라들에서는, EU 프레임워크 결정 2008/913/JHA가 발전의 추동력이 되었다(위 문단 82-90 참고).

256. 그래서 유용한 데이터는 국가가 차지한 위치들의 스펙트럼을 드러낸다. 몇몇 협약국들-덴마크, 핀란드, 스

페인(헌재 2007년 재판 이래로), 스웨덴, 그리고 영국-은 역사적 사건들의 부정을 형사범죄화 하지 않는다. 다른 나라들-오스트리아, 벨기에, 프랑스, 독일, 네덜란드와 루마니아와 같은-은 단지 다른 방법들을 사용함으로써, 홀로코스트와 나치 범죄들의 부정만을 형사범죄화 한다. 세 번째 집단-체코 공화국과 폴란드와 같은-은 나치와 공산주의자 범죄의 부정을 형사범죄화 한다. 네 번째 집단-안도라, 사이프러스, 헝가리, 라트비아, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 구 마케도니아의 유고슬라비아 공화국, 몰타, 슬로바키아, 슬로베니아와 스위스와 같은-은 모든 제노사이드의 부정을 형사범죄화 한다(위 문단 99 참고). 유럽연합 수준에서, 적용가능한 규정들은 광범위한 범위를 가지고 있으나 동시에 제노사이드 부정을 형사범죄화해야 하는 요구를 명백히 부정적 결과들을 초래할 수 있는 필요성과 연결시킨다(위 문단 85 참고).

257. 스위스 정부와 제3의 관여자들 중 일부는 이 영역에서 다른 국가적 맥락들과 입법 필요성의 인식들을 강조하면서, 비교법적 전망의 중요성에 대하여 의문을 표시하였다. 재판소는 이러한 다양성을 인정한다. 그럼에도 불구하고, 폭력이나 증오 선동이라는 조건 없이도 집단 학살 부인에 대한 형사처벌에 있어 스위스가 비교 범위의 한 끝에 서 있다는 것은 명백하다. 이러한 상황에서 그리고 현 사건에서 적용가능한 재량범위(위 문단 242-54 및 아래의 문단 274-78참고)의 폭에 중요한 함의를 가지고 있는 다른 요소들이 있다는 점을 고려할 때, 재판소의 결론에 있어 비교법적 위치는 중요한 역할을 할 수 없다.

(ε) 그 간섭이 스위스의 국제법 준수 의무 하에서 요구되어지는 것으로 간주될 수 있는가?

258. 결정할 다음 쟁점은 제3의 관여자들 중 몇몇이 주장한 바와 같이, 그 간섭이 스위스의 국제법적 의무 하에서 요구되어졌기 때문에 정당화 되어질 수 있는지 여부이다(준용, 인종차별철폐협약(CERD) 제4조에서 요구되는 간섭과 관련하여 *Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일, 문단 28, 30 및 31 in fine, Series A no.298 참고; *Al-Adsani v. the United Kingdom* [GC], no.35763/97, 문단 56-57 및 60-66, ECHR 2001-XI; *Cudak v. Lithuania* [GC], no.15869/02, 문단 57 및 63-67, ECHR 2010 참고; 외국 국가 면책과 관련된 국제법에 따라 요구되는 법원의 접근 금지와 관하여 *Jones and Others v. the United Kingdom,* nos.34356/06 및 40528/06, 문단 189, 196-98 및 201-15, ECHR 2014 참고; 국가의 유럽연합 회원국으로서의 의무와 관련하여 *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Ireland* [GC], no.45036/98, 문단 149-51, ECHR 2005-VI 참고). 협약국이 협약 하에서 갖는 의무들과 그것의 다른 국제법 의무들 사이의 추정적 갈등에 대한 심사를 지배하는 원칙들은 *Nada v. Switzerland*사건([GC], no.10593/08, 문단 168-72, ECHR 2012)에서 자세하게 제시되었다; 가능한 한 명백한 모순은 효과를 조정하고 그들 사이의 반대를 피하는 방법으로 동시에 적용 가능한 조항을 구성함으로써 피해야 한다는 사실을 강조해야 하는 것을 제외하고는 여기서 반복할 필요는 없다.

259. 이 사건에서, 재판소는 이미 청구인의 발언들이 증오나 차별에 대한 선동의 한 형태로서 보여 질 수 없었다고 판단했기 때문에 스위스가 제노사이드 부정을 형사범죄화하는 국제법적 의무에 따라 결정을 해야 했는지만 살펴보면 되었다. 재판소는 그렇지 않다고 판단하였다.

260. 특히, 스위스가 CERD에 가입했기 때문에 이것이 필요하지 않았던 것으로 보인다. 형법 제261조의2가 협약 가입으로 인해 입법화된 것은 사실이다(위 문단 33-37과 문단 26에서 인용된 스위스 연방 재판소의 판결 3.2점에 포함된 이 점에 대한 설명 참고). 그러나 그 조항은 제노사이드 부인과 동떨어진 많은 행동들을 불법화한다. 그리고 그것의 제4항의 두 번째 절-제노사이드 부인을 다루며 청구인의 유죄에 대한 근거-이 특별히 CERD에서 요구된다는 것을 지적하는 것은 없다. 보드 지역법원이 언급한 이러한 관련속에서, 그 판결의 문단 2(b) 마지막에서, 제261조의2 제4항이 CERD 하에서 스위스의 의무를 넘어 갔다는 것을 주목하는 것으로 충분하다(위 문단 24 참고). 동일한 관점이 스위스가 인종차별철폐위원회와 유엔인권이사회에 제출한 초기 보고서에 취해져 있다(위 문단 64 참고).

261. CERD 제4조 문구 숙독은 그것이 제노사이드 부정이 그것과 같이 형사범죄화 되어야 한다는 요구에 대하여 직접적으로나 간접적으로 표현하고 있지 않다는 것을 보여준다. 그것은 단지 가입국들이 "또 다른 피부색이나 민족적 기원의 사람들의 집단 혹은 어떤 인종에 반대하는 그러한 행동에 폭력이나 선동의 행동 뿐만 아니라, 인종적 우월감이나 증오, 인종적 차별에 대한 선동에 기초한 생각들의 모든 배포"를 형사범죄화 하는 것을 선택했다는 것을 말하고 그리고 이것을-그것이 스위스가 CERD(위 문단 34 참고)에 가입해야만 하는지 여부를 생각하던 그 시기에 스위스 정부에 의해 주목된 바와 같이- CERD의 제5조에 명백하게 규정된 권리에 대한 적절한 관심과 함께(이것은 표현과 의견의 자유에 대한 권리를 포함한다(위 문단 62 참고) 말하고 있다. 게다가 CERD에 가입할 때 스위스는 유럽각료이사회결정(68)30에서 만들어진 권고와 일맥상통하게 행동하면서(위 문단 77 참고), 제4조의 시행을 위하여 필요한 입법적 수단들을 채택할 때 "의견의 자유에 대한 적절한 설명"을 취할 권리를 유보했다(위 문단 63 참고). CERD의 시행을 모니터하는 국제기구, 인종차별철폐에 관한 유엔 위원회는 제노사이드의 범죄와 인간성에 반하는 범죄들을 정당화하려는 시도 혹은 공개적인 부인들이 법에 의해 처벌받을 수 있는 범죄로서 선언되어져야 한다는 것을 권고했다. 만약 그들이 명백하게 인종적 폭력이나 증오에 대한 선동을 구성한다면 그러하다. 그러나 동시에 역사적 사실들에 대한 의견의 표현은 금지되거나 혹은 처벌받지 않아야 한다는 것을 강조했다(위 문단 66 참고).

262. 재판소는 스위스가 그것의 다른 국제법 의무 하에서 그러한 것과 같은 제노사이드 부정을 형사처벌하도록 요구 받는다는 것에 설득 당하지 않는다.

263. 그러한 형사범죄화를 직접적으로 요구하는 유일한 조약 규정은 스위스가 서명을 했으나 비준을 하지 않아 아직 발효되지 아니한 사이버범죄에 대한 협약 추가의정서 제6조 제1항이다(위 문단 74 및 75 참고).

264. 제노사이드 협약 제III(c)조는 가입국이 "제노사이드를 자행하기 위한 직접적이고 공개적인 선동"을 처벌할 수 있는 것으로 만들 것을 요구한다. 그러나 이 점에 관한 르완다 국제형사재판소의 판례는 맥락에 따라 차이가 빈틈이 있을지라도, 그럼에도 불구하고 제노사이드에 대한 직접적인 선동과 "증오표현" 사이에 상당한 차이가 있다는 것을 보여준다(위 문단 57 및 58 참고). 제노사이드를 금지하는 제노사이드 협약 제1조의 의무가 "혐오표현"을 형사범죄화 하는 것에 무조건적으로 확장하는 것으로 해석되는 것 같지 않다. 어떤 사건에서, 청구인의 발언들은 혐오나 차별에 대한 선동에 해당하는 것으로서 간주되어질 수 없다는 것이 이미 확립되었다. 그러므로 스위스가 그들 규정들 하에서 그것들을 형사범죄화 할 의무를 가지고 있다는 결론이 내려질 수 없다.

265. ICCPR 제20조 제2항, 이것은 1992년에 스위스에서 발효되었는데, 그러한 것과 같은 제노사이드 부정의 형사범죄화에 대하여 명문으로 그리고 명확하게 요구하고 있지 않다. 그것은 "차별, 적대감이나 폭력에 대한 선동을 구성하는 민족적, 인종적 혹은 종교적 증오의 어떠한 주장"의 금지를 요구한다(위 문단 67 참고). 2011년에 ICCPR의 시행을 모니터하는 국제기구인, 유엔인권이사회는 "역사적인 사실들에 대하여 의견의 표현을 처벌하는 법률들은 규약이 의견과 표현의 자유에 대한 존중과 관련하여 가입국에게 부과하는 의무와 양립할 수 없다", 자유권규약이 "어떤 틀린 의견 혹은 과거 사건들의 잘못된 해석의 표현을 일반적으로 금지하는 것을 허용하지 않는다", "의견의 자유의 권리에 대한 제한들이 결코 부과되지 않아야 한다. 그리고 표현의 자유에 대하여, 그들은 제19조 제3항에서 허용된 것 혹은 제20조 하에서 요구된 것 이상으로 가지 말아야 한다 그리고 제20조의 기초위에서 정당화되는 한계는 또한 제19조 제3항에 순응해야 한다(위 문단 71 참고)는 관점을 표현하였다.

266. 스위스가 제노사이드 부정을 형사범죄화 하는 것을 요구하는 관습적인 국제법 규정이 존재하는 것 같지도 않다. 위 문단 87-97로부터 보여진 바와 같이, 국가 실천은 일반화되고 지속되기 어렵다(*North Sea Continental Shelf Cases(Federal Republic of Germany/Denmark; Federal Republic of Germany/the Netherlands),* Judgment, ICJ Reports 1969, p.43, 문단 74 참고). 위에서 언급된 사이버범죄협약 추가의정서 제6조 제1항은 단지 "컴퓨터 시스템을 통하여" 자행된 제노사이드 부정에 대하여 적용될 수 있다. 그리고 유능한 "국제 법원"의 "최종적이고 구속력 있는 결정에 의해 그러한 것으로 승인되어진" 제노사이드와 관련된 것에만 적용될 수 있다; 그 추가의정서에 대한 설명보고서는 이것이 "적절한 국제법적 기구들, 구유고슬라비아 국제형사재판소, 르완다 국제형사재판소, 국제형사재판소 같은 그러한 것들에 의해 1945년 이래 만들어진 다른 국제 법원을 참고한다고 말한다(위 문단 76 참고). 게다가 그 조항의 두 번째 문단은 추가의정서에 대한 가입국 당사자들이 전체나 부분에서 그것의 첫 번째 문항을 적용하지 않을 권리를 유보하는 것을 허용한다(*North Sea Continental Shelf Cases,* paragraph 72 참고). 추가의정서는 지금까지 단지 유럽이사회의 47개 회원국 중에서 24개국에 의해서만 비준되었는데 이들 중 3개는 제6조 제1항(위 문단 74 참고)을 적용하지 않을 가능성을 활용하였다. 그래서 그것은 거의 관습적인 국제법의 지위를 확보한

하나의 규칙임을 선언한 것으로서 간주될 수 없다(*X and Others v. Austria* [GC], no.19010/07, 문단 150, ECHR 2013, 그리고 *the North Sea Continental Shelf Cases,* 문단 73 참고, 그리고 *Van Anraat v. the Netherlands*(dec.), no.65389/09, 문단 90-92, 2010년 7월 6일 비교참조, 여기서 국제적 갈등에서 전쟁 무기로 겨자가스의 사용을 금지하는 규칙이, 1925년 한 조약에서 최초로 규정되었는데, 관습법의 지위를 갖게 되었다는 것이 발견되었다). 동일한 것이 EU 프레임워크 결정 2008/913/JHA에서 규정된 규칙에도 적용이 되는데 이것은 그래서 유럽연합의 많은 가입국들에 의해 충분히 시행되고 있지 않는다(위 문단 90 참고).

267. 그 점을 다루었던 대부분의 국제기구들-유엔인권이사회, 인종차별철폐위원회, 의견과 표현의 자유에 대한 권리의 보호와 증진에 대한 유엔특별보고서, 그리고 민주적이고 평등한 국제질서의 증진에 대한 유엔독립전문가-은 이 점에서 잠정적인 선언과 권고(위 문단 66, 71, 72, 73)를 만들었다는 것도 또한 주목할 만한 가치가 있다. ECRI는 제노사이드 부정의 형사범죄화를 명료하게 요구해온 유일한 그러한 기구인 것 같다: 그것은 법이 만약 의도적으로 자행된다면, 인종주의적 목표를 가지고 제노사이드 범죄, 인간성에 반하는 범죄 혹은 전쟁범죄를 공개적으로 부정하거나 사소화 하거나 정당화하거나 용서하는 것을 처벌해야 한다고 권고하였다(위 문단 80참고). 이것은 그것의 제목으로부터 명백한 것과 같이, 중요하지만 구속력 있는 국제법이 아닌 정책 권고였다.

268. 요약하면, 그러한 것과 같은 제노사이드 부인에 대하여 형벌의 부과를 명확하고 명시적인 언어로 요구한 스위스에 대하여 발효 중인 국제 규약이 없다. 관습적인 국제법 하에서 그렇게 하도록 요구되어지는 것 같지도 않다. 그러므로 청구인의 표현의 자유에 대한 권리에 대한 간섭이 스위스의 국제법 의무에 의해 요구되어지고 정당화될 수 있다고 말할 수 없다(준용을 위해 위에서 다음 판례 참고, *Al-Jedda v. the United Kingdom* [GC], no.27021/08, 문단 100-06, ECHR 2011, 그리고 *Capital Bank AD v. Bulgaria,* no.49429/99, 문단 110, 2005년 11월 24일; 위 인용된 Nada, 문단 172과 비교 참고).

(ζ) 청구인의 유죄판결을 정당화하기 위해 스위스 법원에 의해 채택된 방법

269. 재판소는 재판소가 스위스 법원들이 1915년과 그 이후 일어난 사건들이 형법 제261조의2 제4항의 의미 내에서 "제노사이드"를 구성했다는 결론에 도달했던 경로를 세세하게 다시 살펴봐야한다고 생각하지 않는다. 이미 주목한 바와 같이, 이것은 스위스 법의 해석과 적용에 관련된 것이다.

270. 그러나, 재판소는 스위스 법원의 이점에 대한 판단이 협약 하에서 청구인의 권리에 미치는 영향을 다시 살펴볼 권한을 가지고 있다.

271. 재판소는 이 관련 속에서 1915년과 그 이후 일어난 사건들이 "제노사이드"를 구성했다는 결론을 내리는

데에서, 경찰법원이 형법 제264조, 제노사이드 협약 제2조 그리고 로마규칙 제6조와 같이 그 용어를 정의하는 스위스의 규칙이나 국제법을 언급함으로써 그 점을 분석하지 않았다는 것을 주목한다(위 문단 47, 52, 54 참고). 그것은 단지 스위스, 외국과 국제적 기구들, 전문가 보고서들, 법적인 규약들과 교과서들에 의한 많은 공식적인 승인의 행동들을 언급했다(위 문단 22 참고). 이 부분에 대하여, 보드 지구 법원은 제노사이드를 정의하는 법률규정을 인용했으나 그 판결의 points 2 (c) in fine 및 (d)에서 1915년과 그 이후 일어난 사건들이 제노사이드를 구성하는지 여부에 대한 스위스 의회의 관점이 종국적이라는 것을 발견했다(위 문단 24 참고). 스위스 연방법원은 그 판결의 포인트 3, 4에서 이 판단을 뒤집었고, 포인트4에서 경찰법원에 의해 취해진 접근을 승인했으며 그리고 그 사건들을 형법 제264조의 의미 내에서 제노사이드로 분류하는 것의 적절성과 관련된 청구인의 주장이 부적절하다는 입장을 유지하였다(위 문단 26 참고). 결론으로, 청구인이 1915년과 그 이후 일어난 사건들에게 할당된 법적 규정 혹은 이 점에 대하여 스위스 사회에서 널리 퍼져 있는 관점들에 부동의한 것 때문에 처벌받았는지 여부가 불명확하게 남아있다. 이 후자 사건에서, 청구인의 유죄선고는 "민주사회"에서, 당국이나 인구의 어떤 부분의 관점과 다른 의견들을 표현할 가능성에 적대적인 것으로서 보인다는 것은 틀림이 없다.

(η) 간섭의 심각성

272. 협약 제10조 하의 2개의 최근 사건들에서, 재판소는 표현의 자유가 공공영역에서 행사될 수 있는 기술적 수단들을 제한하는 규범적 기획으로 구성된 간섭들의 비례성을 살펴보았다(*Mouvement raëlien suisse,* 문단 49-77, 그리고 *Animal Defenders International,* 문단 106-25 참고). 대조적으로 이 사건에서 이슈에 있는 간섭의 형태-심지어 징역이라는 용어로 귀결될 수 있는 형사유죄선고-는 청구인에 대한 그것의 결과의 용어에서 훨씬 더 심각하고 그리고 더 엄격한 심사를 요구한다.

273. *Lehideux and Isorni*사건(위 문단 57에서 인용)에서, 재판소는 그것이 협약 제10조 하의 많은 다른 사건들에서 했던 것과 같이, 간섭과 반박의 다른 수단의 존재, 특히 민사적 수단을 통한 것을 고려했을 때 형사적 유죄선고는 심각한 제재라는 것을 주목했다. 동일한 것이 여기서도 적용된다: 중요한 것은 청구인의 선고의 심각성이라기 보다 오히려 그가 형사적으로 유죄선고를 받았다는 사실 그 자체인데, 이것은 표현의 자유에 대한 권리에 대한 간섭의 가장 심각한 형태 중 하나이다.

(θ) 청구인의 표현의 자유에 대한 권리와 아르메니아인들의 사생활 존중 받을 권리의 형량

274. 위의 요소들 모두를 고려하면, 재판소는 이제 스위스 당국이 청구인의 표현의 자유에 대한 권리와 아르메니아인들의 존엄성을 보호받을 권리 사이에 적절한 균형을 이루었는지 여부를 결정해야 한다. 위 문단 198과 199에서 주목된 바와 같이, 그러나 단지 만약 그들의 당국들이 재판소 판례 기준에 부합하게 형량을 한다면 그리고 문제가

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

된 권리들의 중요성과 범위를 적절히 고려했다면, 협약국들은 그 점에서 재량범위를 제공받는다.

275. 나중에 형법 제261조의2 제4항이 될 입법을 제안할 때, 스위스 정부는 한편으로 의도된 규정 하에서 불법화된 행동을 위한 형사벌칙의 부과와 다른 한편으로 그때 유효한 1874년 스위스 헌법 하에서 보장된 의견과 결사의 자유에 대한 권리 사이의 잠재적 갈등을 언급하였다. 그 두 개가 단지 진짜로 비난 받을 만한 사건들이 벌칙을 받는 그러한 방식에서 개별 상황 들에서 균형이 잡히는 것을 필요로 했다는 것을 설명하면서(위 문단 34 참고). 이러한 관심들은 개별사건 들에서 그 규정을 적용하면서, 스위스 법원 들은 주의 깊게 상충하는 이익들의 무게를 다는 것을 필요로 하였다는 것을 입증하였다. 게다가 형사유죄 선고의 형태를 띠는 표현의 자유에 대한 권리에 대한 간섭은 필연적으로 처벌받기 위해 추구되어진 특별한 행동의 자세한 사법적 평가를 요구한다. 이 유형의 사건에서, 간섭이 부과된 것은 정상적으로 충분하지 않다. 왜냐하면 그것의 주제가 특별한 범주 안으로 떨어지거나 혹은 일반적 용어에서 구성된 법적인 규칙에 의해 잡혔기 때문이다; 오히려 요구되어지는 것은 그것이 특별한 환경에서 필요하다는 것이다 (문단 65 마지막에서 인용된 *The Sunday Times* 문단 65 참고).

276. 그러나, 청구인 사건에서 스위스 법원의 판결들을 위한 논리의 숙독은 그들이 이 균형에 대하여 어떤 특별한 주의를 기울였다는 것을 보여주지 않는다.

277. 보드 지구 법원은 심지어 협약 제10조 혹은 국내법적 등가물인 스위스 연방의 1999년 헌법의 제16조와 제36조 하의 청구인의 권리들에 대한 유죄선고의 효과에 대해 언급도 하지 않았다(위 문단 30과 31 참고).

278. 스위스 연방법원은 그것의 판결의 포인트 5.1에서(위 문단 26 참고), 연방법원법 2005(위 문단 51 참고)의 제106(2)조에 의해 하급심 법원들이 청구인이 충분히 세세하게 그 점을 변호하지 않았기 때문에 스위스 헌법이나 협약 하에서 청구인의 권리들을 침해했는지 여부를 고려하는 것이 요구되어지지 않았다. 이것은 그 판결의 포인트6과 화해하기 힘들다. 거기서 법원은 청구인이 협약 제10조 하에서 표현의 자유에 대한 권리에 의지했다는 것을 발견했으며 그리고 그의 유죄가 그 조항과 양립할 수 있는지 여부를 심사하기위해 절차를 진행했다. 그러나 그 점을 토의하는 데에서 그 것은 단지 유죄선고의 예측가능성과 목표를 분석했다: 아르메니아인들의 권리를 보호하는 것. 그 것은 민주사회에서 유죄선고의 필요성에 언급을 하지 않았다. 그리고 그 점과 관계가 있는 다양한 요소들에 대한 어떠한 토의에도 참여하지 않았다.

279. 이러한 관점에서, 재판소는 그 것이 형량 시행 그 자체를 수행해야 한다는 것을 발견한다.

280. 위에서 분석된 모든 요소들을 고려함으로써-청구인의 발언들이 공익의 문제와 관련이 되며 그리고 증오나 불관용을 요구하는 것에 해당하지 않는다는 것, 그 들이 만들어진 맥락이 스위스에서 고양된 긴장이나 특별한 역사

적인 함의에 의해 특징 지워지지 않는다는 것, 스위스가 그러한 발언들을 형사범죄화 할 국제법적 의무가 없다는 것, 그 발언들이 스위스에서 형법반응을 요구하는 것의 지점에 아르메니아 공동체 구성원들의 존엄성에 영향을 미치는 것으로서 간주될 수 없다는 것, 스위스가 그러한 발언들을 형사범죄화 할 국제법적 의무가 없다는 것, 스위스 법원들이 스위스에서 확립된 것들로부터 발산하는 의견을 주장하는 것 때문에 청구인을 감시했던 것으로 보이는 것, 그리고 그 간섭이 형사유죄 선고라는 심각한 형태를 띠었다는 것- 재판소는 현재 사건에서 심사 중인 아르메니아 공동체의 권리들을 보호하기 위해 청구인에게 형사벌칙을 부과하는 것이 민주사회에서 필요하지 않다는 결론을 내린다.

281. 그러므로 협약 제10조 침해가 있었다.

282. 또한 협약 제17조를 적용할 근거들이 없다는 것이 뒤따른다(준용을 위해 위 인용된 *United Communist Party of Turkey and Others,* 문단 60; *Soulas and Others*, 문단 48; 그리고 *Féret*, 문단 82 참고).

Ⅳ. 협약 제7조 위반여부에 대하여

283. 청구인은 스위스 형법 제261조의2 제4항의 단어의 내용이 너무 막연하다는 문제를 제기하였다. 그는 협약 제7조 제1항에 의지했는데 그 규정은 아래와 같다.

> "어떤 누구도 행위 시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 어느 누구도 범죄가 행해진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다..."

284. 소재판부는 협약 제7조 하의 불만이 제10조 하의 불만과 연관 속에서 그것에 의해 심사된 것들로부터 어떠한 독립적인 이슈를 제기하지 않았다는 것을 발견하였다. 그러므로 독립적으로 그것의 받아들여질 수 있음이나 평결을 심사할 필요가 없었다.

285. 청구인은 이 판단이 잘못되었다고 주장했다. 그가 협약 제10조의 보호로부터 이익을 얻었을지라도, 제노사이드 부정이 형사범죄에 해당하지 않았다는 것을 제7조 하에서 독립적으로 발견하는 것은 원칙의 문제로서 거대한 중요성을 가질 수 있을 것이다.

286. 그 불만에 대한 평결에 대하여, 청구인은 그의 발언과 유사한 발언들과 관련된 앞선 사건은 무죄가 되었다는 점을 주목했다. 스위스 국가이사회가 1915년과 그 이후 일어난 사건들이 제노사이드를 구성하였는지 여부에 대

국가인권위원회
humanrights.go.kr

해 동의에 이르지 못하였다는 것을 염두에 둔 채 그리고 이 사건들이 하나에 해당한다는 것을 발견한 유능한 법원에 의한 결정이 존재하지 않는다는 것을 염두에 둔 채, 청구인은, 그의 법적으로 지향된 마음과 함께, 이것이 그 사건이라는 것을 부정하는 것은 스위스 법 아래에서 범죄가 될 것이고 그리고 그는 그러한 행동 때문에 유죄선고가 될 수 있다는 것을 예측할 수 없었다.

287. 스위스 정부는 이 점에 대한 소재판부의 판단에 동의를 했고 청구인의 표현의 자유에 대한 권리에 대한 간섭의 적법성에 관하여 그들의 주장을 언급하였다.

288. 제3당사자들 중 누구도 이점에 대하여 주장을 하지 않았다.

289. 재판소는 협약 제7조 하의 불만이 청구인의 유죄선고의 기초로서 기여한 법률이 충분히 예측가능하지 않았다는 협약 제10조 하의 요구의 재진술에 해당한다는 것을 발견한다. 그리고 이것은 재판소가 충분히 다루었다(위 문단 137-40 참고). 그러므로 그것은 독립된 심사를 요구하지 않는다.

V. 협약 제41조의 적용

290. 협약 제41조는 아래와 같다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 체약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해

291. 소재판부 절차에서, 청구인은 그 손해의 성격을 특정하지 않고, 금전적 손해에 대하여 20,000유로를 요구했다. 그는 또한 비금전적 손해에 대하여 100,000유로를 청구하였다. 스위스 정부는 특히 그가 3,000스위스 프랑의 벌금 또는 스위스-아르메니아 협회에 지불하도록 명령받았던 1,000스위스 프랑의 합을 지불했다는 것을 보여주지 않았기 때문에, 청구인이 어떤 금전적 손해를 유지했는지를 입증하지 않았다고 주장하였다. 비금전적 손해에 대하여, 스위스 정부는 제10조의 위반의 발견이 그 자체로 충분할 것이라고 주장하였다.

292. 소재판부는 금전적 손해에 대한 요구가 충분히 실질화되지 못하였고 그리고 협약 제10조의 침해의 발견이 청구인의 유죄가 그에게 야기할 수 있었던 어떠한 비금전적 위해를 치료하기에 충분하다고 판시하였다.

293. 대재판부에서, 청구인은 그가 소재판부 절차에서 했던 주장을 반복하였다.

294. 스위스 정부는 그가 소재판부에서 제기했던 주장들을 언급하였고 대재판부는 이 점에 대한 소재판부의 판단을 유지하였다.

295. 대재판부는 소재판부의 평가에 충분히 동의한다. 따라서 청구인의 금전적 손해에 대한 요구 전부는 기각되고 그리고 제10조의 위반의 판단은 청구인이 겪은 비금전적 손해는 협약 제10조 위반 결정으로 충분하다고 판단한다.

B. 비용과 지출금

296. 소재판부 절차에서, 청구인은 그 자신, 그의 변호사, 그의 전문가에 의한 여행경비에서 초래된 약 EUR 20,000의 변상을 구하였다. 스위스 정부는 이 제목으로 어떠한 보상도 청구인에게 제공될 수 없다고 주장했는데 왜냐하면 그의 요구가 충분히 입증되지 않았기 때문이다. 대신에 그들은 합계 CHF 9,000이 국내법원과 재판소 앞의 절차를 위한 모든 비용과 지출을 충당할 것이라고 주장하였다.

297. 소재판부는 가지고 있는 문서들과 이점에 대한 재판소의 잘 확립된 판례를 고려하여, 청구인의 요구가 충분히 입증되지 않았다는 것을 발견하고 이를 기각하였다.

298. 대재판부 앞에, 청구인은 그의 초기 요구를 반복했으며 대재판부 앞의 심리와 관련해서 야기된 상담비용과 교통비와 숙박비로 추가적인 EUR 15,000을 청구하였다.

299. 스위스 정부는 그들이 소재판부 절차에서 제출했던 주장을 다시 언급했으며 대재판부가 이점에 대하여 소재판부의 판단을 유지할 것을 요청하였다. 그들은 계속하여 청구인이 대재판부 절차를 위한 비용과 지출에 대한 그의 요구를 지지하는 어떠한 문서도 제출하지 않았다는 것을 주목하고 그리고 대재판부가 이것을 각하할 것을 요청하였다.

300. 대재판부는 충분히 소재판부 절차 등에서 비용과 지출에 대한 요구에 대한 소재판부 판단에 대해 동의한다. 그것은 더 나아가 청구인이 대재판부 절차에 대하여 비용과 지출에 대한 그의 요구의 적절한 명세서를 결코 제공하지 않았으며 이 요구를 지지하는 어떤 문서도 제출하지 않았다는 것을 주목한다. 재판소 규칙60 제2조와 정당한 만족 요구에 대한 실무지침 제21문단을 고려함으로써 그리고 재판소의 판례 하에서 청구인이 단지 그것들이 실질적이고 필연적으로 야기되었다는 것이 보여지는 한 비용과 지출의 변상을 받을 자격이 있다는 것을 주목하면서(최근

국가인권위원회
humanrights.go.kr

판례로, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpeanu v. Romania* [GC], no.47848/08, 문단 166, ECHR 2014 참고), 대재판부는 이 요구들을 전부 각하한다.

이러한 이유들 때문에, 재판소는

1. 협약 제17조가 협약 제10조 하의 청구의 평결에 적용되어져야 하는지 여부에 대한 문제에 대해 14명이 찬성하고 3명이 반대하여 쟁점으로 검토한다;

2. 협약 제10조 침해 여부에 대해 10명이 찬성하고 7명이 반대하여 제10조 침해를 판결한다.

3. 협약 제17조를 적용할 근거가 없다는 것에 대해 13명이 찬성하고 4명이 반대하여 제17조 부적용을 판결한다.

4. 협약 제7조 하의 불만을 받아들일 수 있는지 여부 또는 평결을 분리하여 심사할 필요성이 없다는 것에 대해 16명이 찬성하고 1명이 반대하여 제7조를 위반하지 않았다고 판결한다.

5. 협약 제10조의 침해의 발견이 그 자체로 청구인에 의해 고통받은 비금전적 손해에 대한 충분하고 정당한 만족이 된다는 것에 대하여 12명이 찬성하고 5명이 반대하여 비금전적 손해에 대해 배상하지 않는 것으로 판결한다.

6. 정당한 만족을 위한 청구인의 요구 중 나머지 것에 대하여 만장일치로 기각한다.

2015. 10. 15. 스트라스부르 인권건물에서 공개심리가 영어와 프랑스어로 진행되고 판결되었다.

Johan Callewaert	Dean Spielmann
부 서기	재판장

협약 제45조 제2항과 재판소 규칙74 제2조에 따라, 다음과 같이 분리된 의견들이 이 판결문에 첨부된다:

(a) Nußberger 판사의 부분적 별개 의견 및 부분적 반대 의견;

(b) Spielmann, Casadevall, Berro, De Gaetano, Sicilianos, Silvis와 Kūris 판사들의 반대 의견;

(c) Silvis 판사와 Casadevall, Berro and Kūris 판사의 공동 추가 반대 의견.

D.S.

J.C.

Nußberger 판사의 부분적 별개 의견 및 부분적 반대 의견

표현의 자유에 있어 역사에 대한 논쟁들

역사적 사건들에 대하여 평가하고 언급하는 것은 과거에 발생했던 것들을 의식하고 필요한 곳에서 책임감을 가지며 사회에서 평화롭게 함께 살기위한 전제들이다. 영구히 변하지 않을 수 있을 유일한 역사적 진실은 존재하지 않는다. 반대로 문서들과 증거에 대한 새로운 연구와 발견들은 도전 받지 않는 관점같이 보였던 것에 대한 새로운 빛을 쪼일 수 있다. 그러므로 역사에 대한 논쟁과 토론은 표현의 자유의 핵심적 부분이고 원칙적으로 민주사회에서 제한되지 않아야 한다. 특히 공개적 논쟁에서 자유로운 평가로부터 배제되어져야 하는 어떤 사건들에 대한 금기를 규정하거나 또는 도전 받지 않아야 하는 어떠한 "공식적 관점들"을 확립함으로써 그러하다.

그럼에도 불구하고 만약 역사에 대한 논쟁이 특정집단에 대한 증오의 자극으로 전락한다면 그리고 다른 사람들의 존엄을 공격하기 위하여 사용되어 진다면 그리고 그들의 가장 친밀한 감정들을 파괴하기 위하여 사용되어진다면 제한이 필요할 수 있다. 가장 유명한 예가 홀로코스트 부정인데 이것은 몇몇 나라에서 형사범죄로 규정되었다(예를 들어 이 판결문 문단 91에 개요가 설명되어 있는 독일, 오스트리아 그리고 벨기에 입법을 비교해보라). 그러한 수단들은 보통 재판소 판례에서 받아들여져 왔다(이 판결의 문단 209-12 참고).

이러한 배경과 달리 현 사건에서 침해의 발견은 재판소 판례의 일관성에 대하여 중요한 문제들을 제기한다. 왜 홀로코스트 부정에 대한 형사적 제재가 협약과 양립해온 반면에 1915년에 터키에서 발생한 아르메니아인들에 대한 대량학살을 "제노사이드"라고 규정하는 것을 부정하는 것에 대한 형사적 제재가 표현의 자유침해를 구성해야 하는가?

다수의 접근에 대한 반대의 지점들

나는 이 사건에서 인권침해라는 결론에 찬성했다. 그러나 홀로코스트의 부정과 1915년 아르메니아 사람들에 대한 대량학살의 부정 사이의 차이의 결정적인 문제에 관하여, 나는 소재판부의 다수에 의해 주어진 답이나(소재판부 판결의 문단 117 참고) 대재판부 다수에 의해 주어진 답(이 판결문 문단 242-243 참고)을 받아들일 수 없다.

나는 이 사건에서 표현의 자유의 실질적인 침해가 있었다고 보지 않는다. 내 관점에서는 단지 절차적인 침해가 있었을 뿐이다. 이것은 법적인 명확성의 부족 때문이며 포함된 권리들 간의 균형의 부족 때문이다(협약 제10조의 절차적 침해의 예로서 다음 판례들과 비교해 참고, *Association Ekin v. France,* no.39288/98, 문단 58, ECHR 2001-

VIII, and *Lombardi Vallauri v. Italy,* no.39128/05, 문단 46, 2009년 10월 20일). 역사적인 진실이라고 생각되어지는 것의 진실성을 의심할 수 있는 신청인의 자유와 아르메니아인들의 역사적 정체성에 대한 그들의 감각과 그들의 감정을 보호하는 것 사이의 갈등은 스위스 법률에서 명쾌하고 예측가능한 방식으로 해결되어져야 했다. 그러나 형법 제261조의2 제4항은 그렇게 하는데 실패했다. 그리고 스위스 법원은 이러한 흠결을 보완할 수 없었다.

홀로코스트 부정에 대한 재판소 판례와 이 사건 사이의 차이

소재판부와 대재판부는 이 사건을 홀로코스트 부정을 포함하고 있는 사건들과 구분하기위해 다른 주장들에 의지했다. 소재판부는 1915년과 그 이후에 터키에서 발생했던 사건들이 아르메니아인들에 대한 대량학살로서 특징 지워질 수 있는지에 대한 질문을 바탕으로 "일반적인 공감"의 존재에 대하여 의문을 표현했다. 이러한 바탕위에 소재판부는 신청인의 연설에 대하여 부과된 형사적 재제와 홀로코스트와 관련된 범죄들의 부정에 관한 사건들 사이의 차이를 끌어냈다(소재판부 판결 문단 117 참고). 소재판부가 역사적인 사건들을 평가하는 것이 자신들의 임무가 아니라고 말을 했을지라도(소재판부 판결 문단 99 참고), 그것의 논리는 1915년에 터키에서 발생했던 것과 나찌 체제동안 독일에서 발생했던 것 사이의 다른 확실성의 정도의 가정에 근거하고 있는 것 같다. 이러한 접근은 역사적 사실들에 대한 지식의 유효성에 대한 평가로서 오해될 수 있다.

대재판부 다수는 스스로를 이러한 접근과 구분하고 홀로코스트 부정을 범죄로 만드는 것의 정당성은 그것이 명백하게 확립된 사실이라는 것에 근거하고 있지 않다(이 사건 문단 243 참고). 대신에 그들은 시간요소뿐 아니라(이 사건 판결문 문단 249-250 참고) 지리적 그리고 역사적 요소들을 언급함으로써(이 사건 판결문 문단 242-48 참고) 그 맥락을 적절한 요소로서 본다. 이러한 관점에 따라, 홀로코스트 부정의 금지가 협약과 양립할 수 있어 온 나라들은 나찌 공포를 경험했던 나라들이고 그들이 자행하거나 사주한 대량학살로부터 그들 자신을 거리를 두어야 할 특별한 도덕적 책임을 가지는 것으로 간주될 수 있는 나라들이다(이 사건 판결문 문단 243 참고). 다수는 스위스와 오토만 제국에서 발생했던 사건들 사이의 책임과 그러한 연결고리를 발견할 수 없다(이 판결문 문단 244 참고). 더 나아가 다수는 시간 요소를 언급하고 그리고 잔악행위 발생과 논쟁의 분출 사이의 시간간격이 비판적 언술의 효과를 경감시킨다고 주장한다.

나는 이러한 접근에 동의할 수 없다. 나에게 잔악행위가 어디서 발생했든지 대량학살의 희생자들의 권리의 정당성을 입증하려고 시도하는 것이 칭찬할 만하고 그리고 인권의 보편적 보호의 정신에 부합할 뿐만 아니라(이 판결문 문단 246 참고), 이것이 이러한 종류의 법률을 정당화하기에 완전히 충분하다. 중요한 것은 재판소가 받아들여야

하는 "사회의 선택"이다(다음 판례를 참고, *S.A.S. v. France* [GC], no.43835/11, 문단 153, ECHR 2014). 대량학살과 인간성에 반하는 범죄의 희생자와 연대를 표현하는 법률은 어디서나 가능해야 한다. 비록 그 사건들이나 희생자들과 직접적인 연관이 없다고 하더라도, 비록 오랜 시간이 흘러갔다고 하더라도, 비록 법률이 직접적으로 갈등을 예방하는데 맞추어져 있지 않다고 하더라도, 각 사회는 역사적 사건들에 대한 자유롭고 제한되지 않은 논쟁과 제노사이드라고 일컬어지는 사건에서 역사적인 정의의 전망에 부합하게 희생자들과 그들의 자손들의 인격적 권리들 사이의 갈등을 안정화시키는데 자유로워야 한다.

그러나 사회의 선택은 사회 속에서 투명하고 열린 민주적 토론에 근거해야 하고 어떤 발언들이 허용되고 어떤 발언들이 금기시될 뿐 아니라 형사적 제제에 해당한지를 명확하게 예측가능하게 만드는 그러한 방식으로 법률에 의해 규정되어져야 한다. 형사책임을 부담하게 될지도 모른다는 불안은 토론의 초입부터 역사적인 토론을 질식시킬 수 있고 역사가들이 어떤 주제에 대하여 더 이상 다루지 못하게 할 수 있다. 재판소가 평가한 독일, 오스트리아 그리고 벨기에에서 홀로코스트 부정법률(이 판결문 문단 209-12 참고)은 이러한 맥락에서 모호하지 않다. 모든 관련 법률들은 직접적으로 "국가 사회주의자 체제"를 언급하고 있다(이 판결문 문단 91의 관련 규정들에 대한 언급들을 참고). 프랑스에서 법률은 1945. 8. 8. 런던협약에 첨부된 국제군사법원 헌장 제6조에 규정된 바와 같이 인간성에 반하는 범죄들에 대한 부정을 언급하고 있다(이 판결문 문단 91 참고). 그래서 마찬가지로 어떤 역사적 사건들이 의미 되어지는지를 명료하게 만들고 있다.

협약 제10조에 대한 절차적 위반

위에서 언급되어진 상황들과 반대로, 스위스에서 입법절차는 "아르메니아 문제"에 초점이 맞추어져 있지 않았다. 대신에 그것은 제노사이드와 인간성에 반하는 범죄들의 부정을 금지하는 것에 대한 일반적인 토론의 형태를 띠었다. 그 토론 속에서 아르메니아 문제는 단지 하나의 예로서 언급되어졌다(그 판결문의 문단 37-38에 있는 입법과정에 대한 문서들을 비교. 이 판결문 문단 22-26에 있는 스위스 법원들에 의한 입법과정에 대한 명시적 분석뿐만 아니라). 형법 261조의2 제4항의 문구에서 아르메니아 제노사이드의 예는 결코 취해지지 않았다.

형법 제261조의2 제4항 규정은 그 규정을 적용하는 법원들이 어떤 역사적 사건들을 제노사이드로 특징화 할 수 있는지에 대하여 그들 스스로가 결정해야 하는지 만약 그렇다면 어떤 근거위에서 그러한지를 스스로 결정하는지 여부가 불명료한 방식으로 조문화 되어 있다. 이 극복하기 힘든 어려움은 스위스 법원의 결정들에 의해 명확하게 예시된다. 국제법과 스위스 국내법이 법원들이 의지할 수 있는 "제노사이드"의 명확한 정의를 제공한다고 하더라도

(그 판결 문단 47과 52-54 참고), 그들은 역사에서 시간적으로 멀리 거슬러 올라가는 사건들의 법적인 성격 규정에 대한 결정에 도달하기 위하여 어떤 방법론을 사용해야 하는지 결정하기 위해 분투해야 한다(국가기구들과 국제적 기구들에 의한 과학논문에 대한 참고, 정치적 발언들 등등에 대한 참고-이 판결문 문단 22-26 참고). 그들은 국제적 법원의 판결이나 국가적 그리고 국제적 수준에서, 그것이 학자들에 의해서든 혹은 정치인에 의해서든, 그 논쟁에 만장일치가 없다는 문제에 직면해있다. 그래서 스위스 연방대법원은 그것이 "일반적인 공감을 얻기에 충분한, 특히 역사가들 사이에서"라고 부르는 것을 언급할 수 밖에 없었다(이 판결문 문단 26에서 인용된 스위스연방대법원 판결의 4.3점). 그것은 "제노사이드"의 성격규정을 의문시하는 의견에 대하여 형사처벌하는데 충분할 수 있는가?

내 관점에서는 이것은 스위스 입법이 1915년에 터키에서 발생한 사건들에 대한 논쟁이 관련되는 한 제10조에 의해 보호되는 권리들과 제8조에 의해 보호되는 권리들의 균형을 잡는데 실패했다는 것을 보여준다. 그러한 민감한 영역에서 특별한 역사적 사건에 대한 언급 없이 추상적으로 충돌하는 권리들에 대하여 입법하는 것은 충분할 수 없다. 이것은 이 사건과 홀로코스트 부정을 포함하는 사건들 사이의 차이인데, 여기서 역사적 논쟁의 한계가 명확하게 국가 법률의 근거위에서 규정되어지고 법원들이 그들의 형사책임에 대한 평가를 위한 출발점인 "제노사이드"로써 홀로코스트의 법적인 특징화를 취할 수 있는 곳에서 그러하다. 그러한 중요한 논쟁에서 실질적인 의심을 남겨놓는 것은 민주사회에서 필요한 것 이상으로 표현의 자유를 위태롭게 한다.

그러므로 나는 협약 제10조의 (절차적인) 침해를 발견한 것에 찬성했다. 그리고 또한 협약 제7조하에서 이 사건의 분리심사를 수행하는 것에 찬성했다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS와 KŪRIS 판사들의 반대 의견

1. 우리는 이 사건에서 협약 제10조의 위반이 있었다는 결론에 동의할 수 없다.

2. 무엇보다도 먼저, 우리는 오토만 제국의 손아귀에 있었던 아르메니아 사람들이 겪었던 대량학살과 추방이 국제법 용어의 의미에서 제노사이드로 특징 지워질 수 있는지 여부를 결정하는 것이 요구되지는 않는다는, 그러나 또한 이 점에 대하여 하나의 방법이나 다른 방법으로 법적으로 기속력 있는 공표를 할 수 있는 권위를 가지고 있지 못하다는 소부의 입장을 반복하는데에서 재판소 일부에서 보이는 결정적으로 소심한 접근에 주목한다(이 판결문 문단 102을 참고). 아르메니아 사람들이 겪었던 대량학살과 추방이 제노사이드를 구성한다는 것은 자명하다. 아르메니아 제노사이드는 명백하게 확립된 역사적 사실이다. 그걸 부정하는 것은 눈에 보이는 것을 부정하는 것이다. 그러나 여기서 그것이 문제가 아니다. 그 사건은 역사적인 진실에 대한 것이 아니라 또는 1915년의 사건의 법적인 성격규정이 아니다. 여기서 문제가 되는 진짜 이슈는 국가가, 재량범위를 넘지 않으면서 제노사이드를 겪었던 사람들의 기억을 모욕하는 것을 형사범죄로 만드는 것이 가능한지 여부이다. 우리들의 관점에서 이것은 정말로 가능하다.

3. 그것이 그렇기 때문에, 우리는 청구인들의 발언들(I)에 대한 평가에 관하여 다수의 접근을 따를 수 없다. 동일한 것이 지정학적이고 역사적인 요소들(II), 시간요소의 함의들(III) 그리고 공감대의 부족(IV), 그러한 발언들을 형사범죄화하기 위한 의무의 부족(V), 그리고 국가당국에 의해 수행된 형량(VI)의 영향에도 적용된다.

I. 청구인 발언들에 대한 평가

4. 우리의 반대는 주로 청구인의 발언들에 대한 다수의견의 이해와 주로 관련이 있다(이 판결문 문단 229-41 참고). 그의 특별히 치명적인 연설과 그것의 결과들은 그 판결을 관통하여 낮게 평가되었다. 문제가 된 발언들이 필연적으로 협약 제17조 범위에 포함되는 연설을 구성하지는 않을지라도-우리들 중 일부는 그 발언들이 제17조 범위에 포함된다는 관점을 가지고 있을지라도- 그러한 언사들은, 우리가 그것들을 이해하는 것과 같이, 법적인 정의에서 아르메니아 제노사이드의 단순한 부정을 뛰어넘는 역사적 사실들의 왜곡에 해당한다. 문제가 된 발언들은 전체 사람들을 모욕할 의도를 가지고 있다. 그 발언들은 총체적으로 잘못된 표현이다. 그 발언들은 연방대법원이 옳게 발견했듯이 그들을 거의 자기방어행위로 묘사함으로써 오토만 당국의 행위를 정당화하려고 시도하면서 그리고 희생자들의 기억을 모욕하는 인종주의자 과장을 포함하면서, 집단으로서 아르메니아 사람들에 맞춰져 있다. 그것이 명백한 것을 불신하는 것을 추구하는 범위에서, 문제가 된 연설-법정에서 청구인에 의해 명확하게 확정되었기 때문에-은 만약

증오나 폭력에 대한 요청이 아니라고 하더라도, 최소한 아르메니아 사람들에 대한 불관용 선동을 구성한다고 말해질 수 있다. 역사적인, 법적인 그리고 정치적인 진실과 달리, 청구인의 연설은 아르메니아인들을 터키인들에 대한 공격자로서 묘사했으며 아르메니아인들에 대해 행해졌던 잔학행위를 언급하기 위해 제노사이드라는 용어를 사용하는 것을 "국제적 거짓말"로 묘사한다. 더 나아가 청구인은 아르메니아인들의 최선의 친구로서 법정에서 묘사된 이 사건들에서 주인공 중의 한명인 탈라트 파샤의 추종자라고 주장하였다. 이 발언들은, 우리들의 관점에서는, 협약 제10조 하에서 받아들여질 수 있는 것의 한계를 벗어난다.

5. 이 방법에서, 이 사건은 정말로 단순하게 표현의 자유의 한계와 관련된다. 협약 제10조의 다양한 요구로 돌아와서 보면, 우리는 거기에 간섭이 있었고 그것이 합법적이라는 것을 발견하는데 어려움이 없다.

2007. 3. 9. 결정에서 로잔느 지구 경찰법원은 대량학살을 정당화함으로써 아르메니아 제노사이드를 부정했다는 것을 발견했다. 연방법원은 2007. 12. 12. 판결에서 그 범죄의 범의를 길게 다루었는데(인종차별의 동기들- 포인트 5.1과 5.2), 사실의 발견들이 민족주의를 뛰어넘어, 단지 인종적이거나 민족적인 차별로서 간주될 수 있는 동기들의 존재에 대한 충분한 증거를 제공한다고 결론을 내렸다. 청구인은 형법 제261조의2에 의해 기소되었는데, 이 규정은 협약에 의해 보호되는 가치들과의 관계에서 그것의 정당성이나 그 내용에서 어떤 문제도 제기하지 않았던 규정이다. 법원들은 사실들을 심사하고 청구인의 발언들을 평가했다. 청구인은 공격적인 발언들이 그를 형법 제261조의2에 의한 처벌을 받을만하게 만들었다는 것을 인식하고 있었다. 게다가 이 규정은 다른 사람들의 권리를 보호하고 무질서를 예방한다는 정당한 목적을 추구한다.

Ⅱ. 지리적이고 역사적인 요인들의 영향

6. 이러한 점을 뛰어넘어, 우리는 다수의견에 의해 적용된 방법론이 곳곳에서 문제적이라고 믿는다. 이것은 특히 판결의 문단 242-48에서 자세히 검토된 "지리적이고 역사적인 요인들"에 대하여 그러하다. 그들의 지리적인 도달범위를 제한하려고 함으로써 청구인의 발언의 중요성을 최소화하는 것은 오늘날 인권을 정의하는데 핵심적 요소인 보편적이고 예외 없이 적용되는 범위를 심각하게 희석시키는 것에 해당한다. 국제법 기구에 의해 강력하게 천명되었던 것처럼, 인권을 준수해야 하는 국가의 의무는 예외 없이 적용되는 의무이다; "그것은 전체로서 국제공동체와 관계에서 모든 국가에게 부과된 의무이다 그리고 모든 국가는 인권보호에 법적인 이해를 가지고 있다"(1989년 9월 13일 권고 "인권보호와 국가의 내부 문제에서 불간섭 원칙", 국제법 기구 연감, 1989, vol. 63-II, p.341, Article 1). 동일한 맥락에서 비엔나 인권 컨퍼런스에서 채택된 선언과 행동프로그램은 모든 인권의 증진과 보호는 국제공동체의 정당한 관심이라고 언급한다"(1993, UN Doc. A/CONF.157/23, 문단 4).

7. 명백하게, 이 보편적 접근은 현 판결에서 다수의견에 의해 채택된 것과 대조적이다. 다수에 의해 명백하게 채택된 지리적으로 제한된 접근으로부터 모든 논리적 추론을 뽑아냄으로써, 르완다 제노사이드나 캄보디아에서 벌어진 크메르 루즈에 의해 자행된 제노사이드와 같은 다른 대륙에서 벌어졌던 제노사이드의 유럽에서의 부정은 어떠한 또는 거의 아무런 제한 없이 표현의 자유에 의해 보호될 수 있다는 결론에 이를 수도 있다. 우리는 그러한 전망이 협약에서 규정된 보편적 가치들을 반영하지 못한다고 믿는다.

Ⅲ. 시간의 영향

8. 우리의 관점에서 유사한 문제가 시간요소의 강조에 의해 제기된다(이 판결 문단 249-54 참고). 우리는 2-30년 안에 홀로코스트 부정이 그 자체로 표현의 자유라는 언어에 의해 받아들여질 수 있을 것이라고 추론해야 하는가? 이 요인이 법에 명시된 한계들이 전쟁범죄와 반인도범죄에 적용되지 않을 수 있다는 원칙과 어떻게 조화로울 수 있을까?

Ⅳ. 의견의 불일치

9. 다수의견이 문단 255-257에서 그들의 결론의 근거로 삼았던 공감의 부족은 스위스당국의 재량범위를 확장하는 추가적인 요소로서 가장 극적으로 보여질 수 있을 것이다. 반복의 위험을 무릅쓰고 말한다면, 우리는 입법부가 완벽하게 청구인에 의해 행하여진 발언들과 같은 발언들을 범죄화 할 권한을 가지고 있다고 생각한다. 국가당국의 재량범위에 대한 제한으로서 공감의 문제는 단지 그러한 행동을 범죄화 하는 것이 명백하게 금지되는 공감이 존재한다면 제기될 수 있다. 그러나 그것은 이 사건의 경우와는 다르다.

Ⅴ. 그러한 발언들을 범죄화 하기 위한 의무의 부족

10. 청구인의 발언들을 범죄화 하기 위한 스위스의 의무가 부재하다는 것에 대한 발견에 대하여(이 판결 문단 258-68 참고), 우리는 그 논리의 적절성에 대하여 심각한 의문을 가지고 있다는 것을 고백한다. 반대로 인종주의와 불관용(정책권고 7번)에 반대하는 국가들, 유럽연합(Framework Decision 2008/913/JHA) 혹은 유럽위원회의 실천을 통하여 어떤 (지역적) 관행이 점진적으로 등장하고 있다는 것이 주장될 수 없는가? 우리는 또한 유럽을 뛰어넘어, 인종차별철폐 유엔위원회가 반복적으로 부정주의자 담론을 형사범죄화 하는 것을 반복적으로 권고했다는 것을 주목할 수도 있을 것이다. 이 모든 발전들이 의무들의 언급된 갈등의 언어들 속에서 그 사건을 심사함으로써 결정적

상황에서 무시될 수 있는가?

11. 이러한 발전들을 제외하고도, 이것들은 다수의견에 의해 추구되어진 접근에 반대되는 방향을 추구하는데, 보드주의 파기원이 2007년 6월 13일 판결에서 스위스 반 인종주의 입법의 특수성이 특히 제노사이드와 인간성에 반대되는 다른 범죄들의 사건에서 그 법이 모든 형태의 인종차별 철폐를 위한 1965년 국제협약에 의한 최소기준을 뛰어넘어야 한다는 것을 결정했다는 것을 강조했다는 것이 주목되어져야 한다. 우리 의견에서는 어떤 입법이 청구인에 의해 만들어진 것과 같은 발언들을 범죄화 할 능력을 완벽하게 가질 수 있다. 스위스 하원은, 오랜 논쟁을 거쳐서, 청구인에 의해 주어진 것들과 같은 발언들이 형사처벌을 받을 만하다는 관점을 택하였다. 우리는 민주사회에서 그러한 행위를 형사처벌할 필요는 이 사건에서 국가의 재량범위에 포함되는 문제라고 생각한다.

VI. 문제가 되는 권리들 사이의 균형

12. 마지막으로, 문제가 되는 다른 권리들 사이의 균형을 잡는 것에 대하여(이 판결 문단 274-80 참고), 우리는 연방법원이 신중하고 꼼꼼하며 이성적인 판결을 함으로써 뛰어난 업적을 남겼다고 생각한다. 연방법원은 다음과 같이 판시함으로써 협약 제10조에서 보장된 표현의 자유에 (주문의) 제6점을 할애했다:

> "... 항소인은 본질적으로 이 질문이 그들의 정체성에서 중심적 역할을 하는 아르메니아 공동체 구성원들에게 손상을 가하고자 하는, 스위스 사법당국에 의해 확인된 발언들을 도발의 수단으로서 추구하고 있다. 그래서 신청인의 유죄는 1915년 제노사이드의 기억을 통하여 그들 자신의 정체성을 구성한 아르메니아 공동체 구성원들의 인간으로서의 존엄성을 보호하기 위해 의도되어진다. 끝으로 제노사이드 부정을 범죄화 하는 것은 1948년 12월 9일 뉴욕에서 서명이 시작되었고 2000년 3월 9일 연방총회에 의해 통과된 제노사이드 범죄 예방과 처벌 협약 제1조 목적을 위하여 제노사이드를 예방하기 위한 수단이다..."

13. 그러므로 이 사건에서 적절한 형량의 실행이 있었다. 따라서 이 판결 문단 280에서 결론을 위한 정당화가 존재하지 않는다.

14. 요약하면, 우리는 이 사건에서 협약 제10조의 침해가 없었다는데 동의한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

SILVIS 판사와 CASADEVALL, BERRO and KŪRIS 판사의 공동 추가 반대 의견

1. 이 추가적인 반대의견은 주로 협약 제17조를 적용하지 않으려 하는 다수의견의 성향에 대한 것이다. 협약 제10조 침해를 발견하는 데에서 반대의견에서 언급된 바와 같이, 그 반대의견에 참가한 재판관 중 일부는 제17조의 적용을 선호했을 수 있다. 나는 존경스럽게 이 이슈에 대하여 다수의견에 동의하지 않은 판사들 중 한사람이다.

2. 제노사이드 부정과 증오표현의 다른 형태들과 관련해서, 제17조에 대한 스트라스부르의 접근이 균일하지 않아왔다는 것은 진실이다. 니콜라스 브라짜 경을 추모하는 그의 수필에서, 빌리거 판사는 4개의 다른 접근으로 존재하는 사건들을 4개의 범주로 유형화하였다.

3. 첫 번째 유형은 협약 제17조의 직접적 적용으로 구성되어 있는데 그래서 그 유형에서는 청구가 받아들여질 수 없다고 선언되어진다. 이 유형의 예시는 유럽인권위원회의 자주 인용되는 결정인 *Glimmerveen and Hagenbeek v. the Netherlands*사건이다(nos.8348/78 및 8406/78, 1979년 10월 11일 위원회 결정, Decisions and Reports(DR) 18, p.187). 그 청구인들은 위원회가 협약의 규정과 정신에 반대된다고 생각했고 인권의 파괴에 기여할 수도 있을 정치적 프로그램을 갖고 있는 강한 인종주의적 관점의 주창자들이었다. 제17조의 취지에 의하면, 청구인들은 제10조의 보호를 주장할 수 없었을 것이다. 동일한 접근이 법원에 의해 어떤 사건들에서 취해졌는데 대표적으로 *Norwood v. the United Kingdom*((dec.)사건이 그러하며, no.23131/03, ECHR 2004-XI). *Garaudy v. France*((dec.), no.65831/01, ECHR 2003-IX)사건도 이러한 접근의 또 다른 예인데, 거기서 분석은 제17조가 적용된다는 것을 발견하고 종결된다. 그리고 제10조 침해주장은 받아들여질 수 없는 것으로 각하된다. 이러한 접근은 최근의 판례에 의해 보여지듯이 현재적이다(예를 들면, *Kasymakhunov and Saybatalov v. Russia,* nos.26261/05 및 26377/06, 2013년 3월 14일). *the Kasymakhunov and Saybatalov*사건 판례는 제17조가 적용되면 어떠한 적절한 법적 분석도 존재하지 않는다는 것을 의미한다는 비판에 대한 반응으로서 보여 질 수 있다는 점에서 주목할 가치가 있다. 재판소는 상당히 상세하게 청구인들의 정치적 관점(히쯥 우트-타리 Hizb ut-Tahrir 근본주의자 그룹에 속하는 그들)에 대한 평가를 수행했는데, 제17조의 적용을 통하여 제9조, 제10조와 제11조의 보호를 철회하는데 대한 이유를 제시하였다.

4. 두 번째 접근은 결합된 접근인데 이것은 청구인이 홀로코스트 부정에 관여하였거나 (그리고/또는) 다른 반유대 언사, (그리고/또는) 나찌식 이념들의 전파에 관여한 그러한 일련의 사건들에서 사용되어졌다(예를 들어 다름 사건들을 참고, *Kühnen v. Germany,* no.12194/86, 1988년 5월 12일 위원회 결정, DR 56, p.205). 여기서 협약 제10조와 제17조는 그 사건이 표준적인 제10조 제2항 분석에 의해 검토되었다는 의미에서 결합되었다. "필요성" 단계에서 제17조가 적용되는데 신청이 명백하게 근거가 없다(평결 없이 그러나 제10조의 범위 밖은 아닌)는 결론으로 이끄는 역할을 한다.

5. 그러나 이들 두 접근법은 *Molnar v. Romania*((dec.), no.16637/06, 2012년 10월 23일)사건이 보여주는 바와 같이, 상호 배타적이지는 않다. 위에서 개괄된 첫 번째 접근을 추구함으로써, 재판소는 그 사건에서 청구인의 행동이 민주주의와 인권과 양립불가라고 하기 때문에, 그는 제10조에 의지할 수 없을 것이라고 판시하였다. 그러나 그것은 최종적 언사가 아니었다. 그것은 그 사건에 대한 그것의 심사를 "~을 가정하더라도" 기초 위에서 완성하였다: 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭이 있었다는 것을 가정하더라도, 이것은 제10조 제2항에 의해 정당화되어졌다.

6. 이 유형분류체계의 세 번째 집단은 제17조가 적용되어질 수 있는, 그러나 *Leroy v. France*(no.36109/03, 2008년 10월 2일)사건에 의해 예시되어지는 것과 같이, 실제로 적용되지는 않는 사건들로 구성되어 있다. 그 사건 청구인은 그가 세계무역센터에 대한 테러리스트 공격에 근거하고 2일 후에 발표했던 만화 칼럼 때문에 테러리즘을 옹호한다는 이유로 유죄판결을 받았다. 테러리즘을 옹호하는 것으로 인한 그의 유죄에 뒤를 이어, 그는 협약 제10조에 근거하여 항소하였다. 재판소는 그 사건이 본질적으로 협약 제10조의 범위를 뛰어넘는 것으로 고려되어져야 한다는 정부의 주장에 의해 설득되지 않았으며, 그것은 그 사람의 증오스러운, 해로운 의도가 모호하지 않은 곳에서 이미 언급된 좀 더 전형적인 제17조 사건들과 그 자신을 구분했다. 나는 재판소가 궁극적으로 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭이 정당화되었고 적용된 제재가 비례적이라는 입장을 취했다 라는 것을 덧붙여야 한다.

7. 마지막으로, 그리고 이 접근이 진실로 다르지 않다고 하더라도, 어떤 사건들에서 재판소의 접근은 그것이 그 사건의 평결을 심사하고 결정할 때까지 제17조의 질문을 개방된 채로 남겨두는 것이었다. 이것은 *Soulas and Others v. France*(no.15948/03, 2008년 7월 10일) 그리고 또한 *Féret v. Belgium*(no.15615/07, 2009년 7월 16일)사건에서 보여 질 수 있다. 두 사건들은 재판소가 궁극적으로 (제한이) 정당화된다는 입장을 취했던 인종주의자, 이슬람 공포 발언에 대한 제한들을 포함했다. 이러한 결론에 도달했기 때문에, 그것은 문제의 표현들이, 거의 나중에 생각이 났기 때문에, 제17조의 적용을 정당화시키지 않았다는 것을 덧붙였다. 이것은 약간 말(馬) 앞에 카트를 놓는 것 같이 보여 질 수 있다.

8. 제17조에 대한 스트라스부르 접근의 특징적인 면은 재판소가 그것의 조건들을 개방적으로 유지해오고 있다는 점이다. 필요성이 개별사건에서 제기되는 것으로 보여 질 때 사용될 수 있기 위하여, 박스 안에 하나 이상의 도구가 존재한다. 나는 재판소가 제17조의 사용을 오히려 비축해두고 있다고 생각한다. 증오표현의 가장 지독하고 끔찍한 형태들로서 인식되어지는 것들로부터, 재판소는 제10조의 경계선 안의 표현의 자유에 대한 제한들의 불만자들에 대한 답변을 발견하는 경향이 있다. 현 사건들에서 재판소는 제17조가 적용되어질 수 있는지 여부에 대한 질문이 협약 제10조 하에서 청구인의 불만에 대한 평결에 결합되어져야 한다는 것을 발견했다. 청구인의 발언들이 증오나 폭력을 야기하는 것을 추구하는지 여부를 제17조 하에서 결정적인 쟁점으로 고려하면서, 내 마음에서 인종주의적 발언과 제노사이드 부정이, 다른 사람을 모욕하고자 하는 의도나 다른 사람을 고통스럽게 만들고자 하는 의도와 결합하여,

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

제17조의 의미 내에서 협약에서 규정된 어떠한 권리와 자유의 파괴에 맞춰져 있는 행동으로서 특징 지워질 수 있다. 이것이 *Hizb ut-Tahrir and Others v. Germany*((dec.), no.31098/08, 문단 72, 2012년 6월 12일) 사건에서 재판소의 입장이었다. 재판소는 특히 "협약이 강조하는 가치들에 반대되는 발언"이 제17조에 의해 제10조의 보호로부터 제거된다는 입장을 취하였다(위 인용된 *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, 문단 53, 판결과 결정 보고서 1998-VII, 그리고 *Garaudy*사건을 참고). 그래서, 가라우디 사건에서, 이것은 특히 나찌에 의해 자행된 반 유대인 공동체 범죄를 체계적으로 부정했던 어떤 책의 저자의 인간성에 반대되는 범죄의 부정으로 인한 유죄와 관련되어 있는데, 재판소는 청구인의 제10조 주장과 협약의 규정들이 본성 상 양립 불가하다는 것을 발견했다.

9. 나는 아르메니아 제노사이드의 희생자들의 기억을 모욕하고자 하는 의도가 이 사건에서 명백하고 그러한 청구인의 발언들은 협약이 기초하고 있는 가치들에 반대된다고 생각한다. 그러나 대재판부의 특별한 절차적 입장은 제10조 관련 불만이 이미 소재판부에 의해 받아들여질 수 없는 것으로 선언되어졌다는 것이다. 그러므로 제17조의 적용은 제10조 불만에 대한 수용할 수 없음으로 이끌지 않을 수도 있다. 그러한 맥락에서 나는 제10조의 영역 안으로 들어가기 전에 평결에 대하여 제17조의 적용을 포함하는 접근을 더 선호하는 것 같다. 단지 그 평결들에 대한 제17조를 다룬 후에서야 재판소는 내 관점에서 제10조 제2항의 "필요성" 단계에서 제10조의 해석을 위한 향도 원칙으로서 제17조를 적용하는 것을 보조적인 접근으로 채택해야만 했다.

10. [실비스 재판관;] 마지막으로, 침해를 발견한 것에 대해 반대의견을 던지면서, 나는 침해의 발견이 충분히 청구인을 보상할 수 있다는 것에 동의할 수 없다. 이러한 입장은 단지 취향의 문제라는 것을 받아들인다; 물론 나는 청구인에게 어떠한 금전적 보상을 제공하지 않기로 한 결정에 동의한다.

19. Šimunić v. Croatia

2019년 1월 22일(심리적격 여부에 대한 결정)

축구 선수인 청구인은 축구 시합 중 관중에게 인종, 국적, 신앙에 기반한 증오를 표현하거나 부추기는 내용의 메시지를 전달한 것에 대하여 경범죄로 유죄 판결을 받았다. 그는 그의 표현의 자유에 대한 권리가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)에 따른 청구인의 제소는 명백하게 근거가 없으므로 받아들일 수 없다고 선언하였다. 재판소는 크로아티아 당국이 제출한 그의 표현의 자유의 권리에 대한 제한의 이유는 적절하고 충분하였다고 판단하였다. 또한 청구인에게 부과된 벌금이 상대적으로 적절한 점 그리고 청구인이 문제가 되는 구절을 외친 맥락을 고려했을 때 그 제한은 자유로운 발언이라는 청구인의 이익과 스포츠행사에서의 관용과 상호 존중 촉진 및 스포츠를 통한 차별철폐라는 사회적 이익 사이에서 적절한 균형을 잡았으므로 크로아티아 당국은 재량 여지 안에서 행동하였다고 보았다. 재판소는 특히 청구인이 유명한 축구 선수이자 많은 축구팬에게 본보기가 된다는 점에서 자신의 도발적 구호가 관중의 행동에 미칠 수 있는 부정적 영향에 대해 좀 더 인식하고 있었어야 했고 그렇게 처신하는 것을 삼갔어야 했다고 지적하였다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

19

유럽인권재판소

제1부문

Josip ŠIMUNIĆ v. Croatia

(청구번호 20373/17)

결정

2019년 1월 22일, 유럽인권재판소(1부문) 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

Linos-Alexandre Sicilianos, *재판장,*

Ksenija Turković,

Krzysztof Wojtyczek,

Armen Harutyunyan,

Pauliine Koskelo,

Tim Eicke,

Jovan Ilievski, *판사,*

and Abel Campos, *부문 서기,*

2017년 3월 9일 제출된 위의 청구에 대하여 심리를 진행하였고, 다음과 같이 결정하였다:

사실관계

1. 청구인 요시프 시무니치(Josip ŠimuniĆ)는 크로아티아 국적자로 1978년생이며 자그레브에 거주하고 있다. 그를 대리했던 변호사는 자그레브에서 활동하는 T. Vranjican Đerek이었다.

A. 사건의 배경

2. 이 사건의 사실관계는 청구인이 제출한 바에 따라 다음과 같이 요약할 수 있다.

3. 2015년 12월 8일 자그레브 경범죄 법원은 축구 선수인 청구인에게 "[축구 경기의] 관중들에게 인종, 국적, 신념을 근거로 한 증오 선동의 내용을 담은 메시지를 말한 것"에 대해 유죄를 선고하였다. 스포츠 경기에서의 무질서 예방을 위한 법률의 4절(1)(7)에 따라 이러한 행위는 경범죄를 구성했다. 법원은 그에게 5,000크로아티아 쿠나의 벌금을 부과하였다. 이 사건은 크로아티아와 아이슬란드 축구 국가대표 팀 경기에서 일어났다. 제1심 판결에서 관련 부분의 내용은 다음과 같다:

"법원이 피고인의 항변을 받아들이지 않은 이유는 피고인이 혐의를 받고 있는 경범죄를 저질렀다는 것이 재판 과정에서 입증되었고, 2013년 11월 19일의 사건을 녹화한 비디오 기록물에서도 분명하게 보였기 때문이다. 문제가 되는 사건은 막시미르 경기장에서 일어났다. 공식적 [축구] 경기가 끝난 후 피고인은 마이크를 잡고 경기장 가운데로 걸어가 관중들을 향해 돌아서서 "조국을 위해(For Home)"라고 외쳤다. 피고인은 자신이 관중들에게 구호를 외친 장소를 고려했을 때, 그 구호에 관중들이 어떤 반응을 보일지 알았어야 했고 인지했어야 했다. '조국을 위해'라는 구호에 대해 관중들은 '준비됐다!(Ready)'라고 응답했다. 관중들의 응답을 들었음에도 불구하고 그는 관중들에게 똑같은 방식으로 손을 들고 세 번이나 더 '조국을 위해'라고 구호를 외쳤고, 관중들은 다시 '준비됐다!'라고 응답했다. 그러므로 장소, 방식, 피고인의 의사소통과 같은 이 사건의 모든 정황은 피고인이 스포츠 경기의 관중들을 대상으로 인종, 국가, 지역 혹은 종교적 정체성에 근거하여 혐오를 선동하는 내용의 메시지를 전하려 했다는 점을 보여준다. 왜냐하면 '조국을 위해'라는 구호와 '준비됐다'는 응답은 크로아티아 독립국(Nezavisna država Hrvatska)의 전체주의 정권에서 공식적으로 사용하던 인사말이었기 때문이다. 또한 이러한 인사말은 인종주의적 이데올로기와 종교나 출신 민족을 근거로 한 타인에 대한 경멸, 인도에 반한 범죄의 피해자들을 별것 아닌 것으로 만드는 것의 상징으로 자리잡고 있기 때문이다.

J.J 교수가 설명한 것처럼, '조국을 위해'라는 문구는... 크로아티아 사람들 사이에 뿌리 내린 크로아티아의 오래된 인사말이다. 이 때 이 인사말을 두 가지 관점에서 볼 수 있다. 첫 번째는 역사적 맥락을 가지지 않을 때이다. 이 관점에서 보면 이 문구는 인종주의와 전혀 연관이 없다. 이 때 조국은 말 그대로 조국을 말하며, 조국을 수호하고 보호해야 한다는 의미를 가진다. 여기에서는 공격성을 찾아볼 수 없으며, 이 문구는 다른 인종이나 사회적 집단을 향해 말해진 것도 아니다. 이 문구는 오직 조국과 관련 있으며, 근원적 고향이라는 뜻을 가진 모든 단어와 관련성을 가진다. 다른 차원은 역사적인 것이다. 왜냐하면 이 문구는 다양한 상황에서 사용되었던 크로아티아의 오래된 표현이기 때문이다. 우리는 시와 예술에서부터 정치적·사회적 맥락과 같이 사회의 모든 측면에서 이 문구를 찾을 수 있다. 예를 들어 이반 자이츠(Ivan Plementi Zajc)의 오페라 '니콜라 슈비치 즈린스키'에서는 이 문구가 자주 쓰였다... 그리고 '조국을 위하여'라는 구호는 세르비아의 무장 공격에 대한 방어 전쟁에서 종종 쓰였고, 그 인사말은 또한 다수의 크로아티아 군대에서 하는 인사말과 관련 있

다. J.J 교수는 또한 모든 전체주의 정권과 마찬가지로 크로아티아 독립국도 이미 존재하던 전통들을 휘장과 사람들 사이에서 이용했다고 말했다. 이를 통해 '조국을 위해'라는 표현은 가장 영향력이 큰 표현 중 하나가 되었으며, 가장 흔하게는 '조국과 지도자를 위해[*'Za Dom i Poglavnika'*]'라는 의미로 쓰였다. J.J교수는 크로아티아는 침공을 위한 전쟁을 벌인 적이 없고, 오직 방어를 위한 전쟁만을 했기 때문에 '조국을 위해'라는 표현은 어떤 형태로든 방어적으로만 쓰였을 뿐 절대로 공격적인 의미로 쓰이지 않았다는 점, 그러므로 그 문구는 크로아티아의 오래된 전통 인사말이라는 점을 강조했다.

그러나 문제가 되는 사건에서 모든 정황들을 감안했을 때(피고인이 그 문구를 외친 장소, 외친 방식, 관중과의 의사소통 -피고인이 처음 '조국을 위해'라고 외쳤을 때 관객들은 '준비됐다!'라고 응답했음, 그 이후 세 번이나 같은 인사말을 반복한 점 -'조국을 위해'라고 처음 외쳤을 때 관중들의 반응을 분명히 들었음에도 피고인은 계속해서 관중을 향해 세 번이나 같은 문구를 외쳤고, 관중들은 매번 '준비됐다!'를 반복했음), 피고인의 '조국을 위해'라는 구호는 특정한 목적을 가지고 관중에게 외쳐진 것이다. 다시 말해 피고인은 자신의 '조국을 위해'라는 구호에 관중들이 '준비됐다!'라고 응답하도록 분명하게 권하고 있었던 것이다. 이는 크로아티아 독립국의 전체주의 정권에서 사용하던 공식적 인사말이었다. 크로아티아가 유엔의 여러 협약, 특히 모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제협약의 체약국이라는 점을 강조하는 것 또한 중요하다. 유럽인권재판소 역시 Sugg와 Dobbs에 대한 판결에서 같은 관점, 즉 인종주의적 발언을 금지하는 것은 민주사회에서 매우 중요하다는 점을 분명히 밝혔다."

4. 명시되지 않은 날짜에 청구인은 제1심 판결에 대해 항소했다. 청구인은 제1심 재판부가 전문가 J.J의 의견을 고려하지 않았고, 그의 행동이 누군가에 대한 증오나 차별을 선동하지도 않았다고 주장했다.

5. 2016년 1월 27일 고등 경범죄 법원은 청구인에 대한 유죄를 확정하고, 25,000크로아티아 쿠나 벌금형을 선고했다. 판결문에서 관련 부분의 내용은 다음과 같다:

"'조국을 위해-준비됐다!'는 구호에 대한 의미를 더 설명하기 위해 제1심 재판부가 새로운 전문가 의견을 의뢰했었어야 한다는 주장에 대해, [법원은] 그 주장이 근거가 없다고 생각한다. 왜냐하면 전문가 의견을 포함하여 재판에 제출된 증거들은 법원이 경범죄의 근거가 되는 관련 사실을 평가하는 것과 관련하여 어떤 의무도 강요할 수 없기 때문이다. 증거의 가치를 독립적이고 공정하게 평가하고 유죄 판결을 내리는 것은 법원이 결정할 일이다. 이 때 법원은 결정을 내림에 있어 일반적으로 받아들여지는 방식을 준수한다. 어떤 사람도 역사가이자 정치가인 전문가 J.J의 의견에 근거하여 '조국을 위해- 준비됐다'라는 인사말 사용의 본성이 무엇인지에 대한 보편적 대답을 얻을 수는 없다. 크로아티아의 다른 역사적 시간들에서 사용된 그 표현의 복잡성

과 다양한 의미들을 고려했을 때 그런 것을 기대할 수도 없었을 것이다. 제1심 재판부는 합리적 의심의 여지를 넘은 사실 및 이 사건과 관련 있는 확립된 사실들에 근거하여 판결을 내렸다. 그 사실은 다음과 같다. 피고인은 축구 경기가 끝난 후 경기장에서 관중들에게 소위 '조국을 위해'라는 구호를 (마이크를 가지고) 반복적으로 말했다. 그 내용은 인종, 국적, [민족적] 지역적, 종교적 정체성에 근거한 증오를 표현하고 선동하는 것이었다. 그 구호가 그 말의 문학적 기원 혹은 시적 의미와는 상관 없이 우스타시 운동(제2차 대전 중 독일의 비호를 받아 크로아티아를 지배했던 극우 민족파 조직)과 크로아티아 독립국 전체주의적 정권의 공식 인사말이었다는 것은 논쟁의 여지가 없는 사실이다. 이는 그 인사말의 원래 형태로든('조국과 지도자를 위해- 준비됐다!'), 축약된 형태로든('조국을 위해- 준비됐다!' 혹은 '조국을 위해') 모든 공식 문서에 나타나 있다. 그 운동은 파시즘, 그 중에서도 특히 인종주의로부터 파생되었다. 그러므로 그 인사말은 다른 종교적, 민족적 정체성을 가진 사람들을 향한 증오를 상징하고 인종주의적 이데올로기의 표명이며 인도에 반한 범죄 피해자에 대한 비하의 의미를 담고 있다... "

6. 2016년 6월 6일 청구인은 헌법재판을 청구하였다. 그는 헌법 제14조 제2항, 제29조 제1호와 제4호, 제38조 제1호, 제2호, 제16호에 따른 자신의 권리와(아래의 문단 8 참고) 더불어 협약 제6조 제1항에 따른 자신의 권리를 침해 당했다고 주장했다. 그는 자신의 주장을 다음과 같이 설명했다.

그는 다른 법원이 자신과 동일한 상황에 놓인 피고인들, 즉 자신이 썼던 표현을 똑같이 사용하여 기소된 다른 피고인들에 대해 무죄를 선언했기 때문에 헌법 제14조 제2항에 따른 법 앞의 평등할 권리가 침해 당했다고 주장했다. 그와 연관하여 피고인은 끄닌(Knin) 경범죄 법원이 2011년 12월 22일 채택한 판결과 자그레브 경범죄 법원이 2008년 12월 23일 채택한 판결에 기대어 이 두 사건의 피고인들에 비해 자신은 차별 당했다고 주장했다.

더 나아가 하급 법원들이 자신이 말했던 구절의 진짜 의미를 평가하지 않았기 때문에 법원의 판결이 임의적인 것이고, 이는 헌법 제29조와 협약 제6조 제1항의 내용에 반하는 것이라고 주장했다. 특히 법원은 문제가 되는 표현이 크로아티아 독립국의 전체주의적 정권의 공식적 인사말을 상징하는 것이었는지를 피고인이 인지하고 있었는지 그러므로 인종주의적 이데올로기와 종교적, 민족적 정체성이 다른 타인에 대한 경멸을 나타내고 있었는지를 평가하지 않았다. 법원은 축구 국가대표팀의 성공을 축하하는 맥락 속에서 피고인이 크로아티아 축구 응원단에게 말을 했다라는 사실을 고려하지 않았다. 그것은 인종주의적 이데올로기의 표현이 아니었다.

더군다나 하급 법원은 전문가 J.J.의 의견도 사실대로 평가하지 않았다. 그러므로 합리적 결정을 받을 권리뿐만 아니라 *의심스러운 것은 피고인에게 유리하게*라는 원칙 또한 침해되었다.

그는 또한 하급 법원이 어떤 맥락에서든, 어떤 관중 앞에서든, 잘못된 것처럼 보이는 표현을 사용하는 것은 절대

적으로 받아들일 수 없다고 판단했고, 그러므로 비례성에 대한 어떠한 평가도 없이 그 표현을 절대적으로 금지했기 때문에 자신의 표현의 자유에 대한 권리도 침해 당했다고 주장했다.

7. 헌법재판소는 2016년 11월 8일 청구인의 헌법재판 청구를 기각했다.

자신이 차별 당했다는 청구인의 청구에 대해 헌법재판소는 다음과 같이 판결했다:

> "... 청구인이 기대고 있는 사건들은 제1심 판결이고, 이 사건들이 관할 제2심 법원인 고등 경범죄 법원에서 논쟁되었다는 표시는 없다. 그러므로 청구인이 인용하는 판결들은 일관적이고 동일한 판례법에 따른 것이라고 할 수 없다. 끄닌 경범죄 법원은... 범죄에 대한 법적 필요조건이 잘못되어 피고인에 대해 무죄판결을 내렸기 때문에 [인용된] 사건의 본안을 평가하지 않았다... [청구인이 인용한] 또 다른 사건에서 자그레브 경범죄 법원은 공공질서와 평화에 반하는 경범죄 법률 제6절 하의 범죄에 대하여 피고인에게 무죄를 선고했다. 그 이유는 사건의 사실적 배경이 범죄의 구성요소-특히 관련성이 없고 실례되는 행동과 다른 콘서트 청중들의 평화를 깨는 행동-를 충족하기 못한다는 점이 확립되었기 때문이다. 그러므로 이 상황들이 [자신의 상황과] 비슷하다는 청구인의 주장은 근거가 없다."

청구인의 표현의 자유에 대한 권리에 대하여 헌법재판소는 다음과 같이 결론 내렸다. 이는 유럽인권재판소의 판례법에 기대고 있는데, 그 중 특히 *Guja v. Moldova*([GC], no.14277/04, 2008년 2월 12일)사건 판결 중 문단 69의 내용을 명백히 인용하였다.

> "헌법재판소는 청구인에 대한 경범죄 처벌이 법률[공공질서와 평화에 반하는 경범죄 법률]에 근거하고 있다고 판단한다. 또한 이 헌법적 절차에서 논쟁된 법원의 판결은 청구인의 표현의 자유에 대한 간섭이었다고 판단한다. 그러나 그 간섭은 법률에 근거한 것이고 정당한 목적을 가지고 있다. 스포츠 경기에서 인종 혹은 다른 정체성에 근거하여 증오를 표현하거나 선동하는 행동을 처벌하는 것의 정당한 목적은 타인의 존엄성뿐만 아니라 민주사회의 기본 가치를 보호하는 것이다.
>
> 헌법재판소는 표현의 자유에는 의무와 책임 또한 따른다는 점을 강조한다. 경범죄에 대한 법률이나 형법은 사회의 가치를 보호하는 최후의 보루이다. 실제사건의 모든 정황을 고려했을 때, 청구인에 대해 [공공질서와 평화에 반하는 경범죄 법률의] 관련 조항을 적용한 것은 청구인의 표현의 자유에 대한 권리에 관한 과도한 간섭이라고 볼 수 없다.
>
> 그러므로, 비록 청구인이 자신의 행위에 대해 경범죄 [재판 절차]로 제재를 받기는 했지만, 헌법재판소

는 위에서 언급한 내용들을 고려했을 때 문제가 된 간섭이 정당한 목적을 추구하는데 있어 과도하지 않았다고 판결한다."

B. 관련 국내법

8. 크로아티아 공화국의 헌법(*Ustav Republike Hrvatske,* Official Gazette nos.56/1990, 135/1997, 113/2000, 28/2001, 76/2010 및 5/2014)에서 관련 내용은 다음과 같다:

제14조

"...

(2) 법 앞에서 모든 사람은 평등하다.

제16조

"(1) 권리와 자유는 오직 법률로만 제한될 수 있고, 이는 타인의 권리와 자유, 법적 질서, 공중 도덕과 보건을 보호하기 위해서만 이뤄져야 한다.

(2) 권리와 자유에 대한 제한은 모두 각 개별 사건에 따라 그 제한의 필요성의 성격에 맞추어 비례적으로 이뤄져야 한다.

..."

제29조

"(1) 모든 사람은 법률이 규정한대로 독립적이고 공정한 재판을 받을 권리를 가진다. 그 재판은 합리적 기간 내에 피고인의 권리와 의무, 형사 범죄 의혹 혹은 혐의에 대해 결정한다.

...

(4) 불법적인 방식으로 얻어진 증거는 법정 절차에서 사용될 수 없다.

제31조

"어떤 사람도 행위가 일어난 시점의 국내법 혹은 국제법에 의해 범죄 행위로 구성되지 않는 범죄 행위에

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

대해서는 처벌받지도, 법에 의해 규정되지 않은 형벌을 받지도 않는다..."

제38조

"(1) 사상과 표현의 자유를 보장한다.

(2) 표현의 자유는 특히 언론과 다른 형태의 미디어의 자유, 발언의 자유와 공적으로 말할 자유, 모든 미디어 기관을 설립할 자유를 포함한다.

..."

제134조

"헌법에 따라 체결하고 비준하여 시행하고 있고, 공공연하게 알려진 국제협약은 크로아티아 공화국 내부의 법적 질서의 일부를 구성하며, [국내] 법규에 우선한다..."

9. 스포츠 경기에서의 무질서 방지를 위한 법률에서 관련 내용(*Zakon o sprječavanju nereda na športskim natjecanjima,* Official Gazette nos.117/2003, 71/2006, 4320/09, 34/2011 및 68/2012)은 다음과 같다:

제14절

"1. 이 법률에서 의미하는 불법적 행동이란:

...

- 인종, 민족 혹은 신념에 기반하여 증오 혹은 폭력을 표현하거나 부추기는 노래를 부르거나 메시지를 외치는 것..."

제39 a절

"(1) ...

다음과 같은 경범죄를 저지른 사람에 대해 5,000쿠나 이상 25,000쿠나 이하의 벌금 혹은 최소 30일 최대 60일의 수감에 처한다:

...

2. 상대팀 혹은 관중들에게 인종, 민족 혹은 신념에 기반하여 증오를 표현하거나 부추기는 내용의 노래를 부르거나 메시지를 외치는 것(제4항(1)(7)

..."

C. 관련 국제법과 관습(practice)

10. 2016년 7월 3일 채택되고 2017년 11월 1일부터 시행된 축구 경기 및 다른 스포츠 대회에서 통합적 안전과 보안, 서비스 접근을 위한 유럽 협약(CTES no.218, 크로아티아는 비준하지 않음)에서 관련된 내용은 다음과 같다:

제5조- 스포츠 경기장에서의 안전과 보안 그리고 서비스

"...

7. 체결국들은 권한을 가지는 대행사들이 선수들과 감독 혹은 참가팀 내 다른 대표자들이 중요한 스포츠 원칙에 따라 행동할 필요성을 강조하도록 독려해야한다. 그러한 원칙은 관용, 존중, 페어플레이와 더불어 폭력적이고 인종주의적인 방식 혹은 다른 도발적 방식으로 행동하는 것이 관중들의 행동에 부정적인 영향을 줄 수 있다는 것을 인지하는 것이다."

"설명을 위한 보고서는

...

32. 스포츠는 가치를 전달하는 수단으로 쓰이기 때문에, 전문(前文)은 서로 다른 행위자들이 서로를 존중하고 유럽평의회의 중심 가치를 장려하기를 요구한다. 그 가치란 사회적 유대감, 관용, 이러한 통합된 접근을 시행하면서 차별에 대해 저항하는 것 같은 것들이 포함된다.

..."

11. 유럽평의회 각료회의의 권고문(2001)6은 개정된 스포츠 윤리 규정(2010년 6월 16일 각료회의에서 채택됨)을 통해 회원국 정부에게 모든 스포츠, 특히 축구 경기에서 인종주의적, 외국인 혐오적, 차별적, 비관용적 행위들을 예방하기 위한 효과적인 정책과 조치들을 도입할 것을 권고했다. 또한 경기장 안과 주변에서 인종주의적 구호, 상징, 몸짓 및 외침은 엄격하게 금지되고, 이러한 규제를 어길 경우 처벌을 받을 것이라는 점을 명확하게 밝히도록 권고하였다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

12. 유럽연합 '인종주의와 불관용 반대 위원회'(ECRI)의 스포츠 경기장 내에서의 인종주의와 인종차별 방지에 대한 일반 정책 권고 12번(2008년 12월 19일에 채택)의 내용은 다음과 같다:

"... 운동 경기 중에 일어난 인종주의적 행위를 사소한 것으로 취급하려는 시도를 거부한다;

...

회원국 정부에게 권고한다:

...

II. 스포츠에서의 인종주의와 인종차별을 방지한다. 이를 위해서:

...

5. 스포츠에서 인종주의와 인종차별을 금지하는 일반적 법안, 필요하다면 구체적 법안을 마련해야 한다. 특히 입법자는 다음의 내용을 규정해야 한다:

a) 인종주의와 인종차별에 대한 명확한 정의;

b) 필요에 따라 인종주의와 인종차별의 구체적 형태를 정의하고 금지해야 한다;

c) 적절하고 포괄적인 반차별 제정법;

d) 인종주의적 행위를 처벌하는 법률 조항

...

10. 스포츠 연맹과 스포츠 클럽들이 다음과 같은 조치를 취하도록 권한다:

a) 스포츠에서 인종주의는 그 수위를 막론하고 금지되어야 할 중요한 문제라는 것을 인식하고, 그 문제를 해결하겠다는 약속을 공개적으로 나타낸다;

b) 인종주의와 인종차별 사례를 다루는 내부적 체계를 수립한다;

...

11. 선수들과 코치들에게 다음과 같은 내용을 상기시킨다:

a) 어떤 상황에서도 인종주의적 행동을 삼간다.

..."

13. 동일한 권고에 대한 법안 주석(Explanatory Memorandum) 중 관련 내용은 다음과 같다:

II. 스포츠에서의 인종주의와 인종차별을 방지한다. 이를 위해서:

권고의 5번 항:

'스포츠에서 인종주의와 인종차별을 금지하는 일반적 법안, 필요하다면 구체적인 법안을 마련해야 한다.'

31. ... 일반적 팬뿐만 아니라 운동 선수, 코치 및 스태프도 인종주의적 행위를 저지를 수 있다는 것을 아는 것이 중요하다. 그 중에서도 특별히 더 주목해야하는 것은 신나치주의 극단론자와 극우 집단의 활동, ...

32. 스포츠에서의 인종주의를 평범한 것, 일상적인 것으로 만듦으로써 인종주의 일반을 평범하고, 일상적인 것으로 만드는 위험 등이다. 그러므로 유럽연합 '인종주의와 불관용 반대 위원회'는 스포츠 경기가 진행되는 상황은 매우 감정적이라는 핑계로 그러한 행동들을 정당화하거나 사소한 것으로 만들려는 어떠한 시도도 절대적으로 거부한다. "경기장 밖에서 불법인 것은 경기장 안에서도 불법이라는 점을 명확히 해야만 한다.

33. 누군가 다음과 같은 행위를 의도적으로 저질렀을 경우 법에 의해 처벌받아야 한다:

a) 폭력, 증오 혹은 차별을 공개적으로 선동하는 것

b) 공개적 모욕과 명예훼손 혹은

c) 인종, 피부색, 언어, 종교, 국적, 혹은 국가적/민족적 기원을 이유로 경기장의 다른 사람을 위협하는 것;

d) 인종주의적 목적을 가지고, 인종, 피부색, 언어, 종교, 국적, 혹은 국가적/민족적 기원을 이유로 특정 집단이 더 우수하다고 주장하거나 특정 집단을 얕잡아보거나 모욕하는 이데올로기를 공개적으로 표현하는 것;

e) 인종주의적 목적을 가지고 집단 학살 범죄, 인도에 반한 범죄 혹은 전쟁 범죄를 공개적으로 부정하거

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

나 사소한 것으로 만들거나, 정당화하거나 용납하는 것;

..."

14. 유럽연합 '인종주의와 불관용 반대 위원회'의 크로아티아 보고서(2018년 3월 21일에 채택, 2018년 5월 15일에 발표) 중 관련 내용은 다음과 같다:

"스포츠에서의 증오 발언

...

32. 스포츠 경기는 계속해서 증오 발언 관련 사건이 빈발하는 공공의 장이 되고 있다. 국제축구연명은 반복적으로 크로아티아 축구연맹에 벌금을 부과하고 축구 경기 중에 우스타시 정권에 대한 향수를 나타내는 팬들과 표현들을 금지해왔다. 2015년 6월 이탈리아와의 경기에서 크로아티아 팬들은 스와티카를 내보이기도 했다.

...

36. ... 13건의 사례에서 가해자들은 '조국을 위해-준비됐다'(Za dom spremni)라는 표현을 공공연하게 사용하여 경범죄 유죄 판결과 700쿠나(약 100유로)의 벌금을 선고받았다. 옴부즈퍼슨은 이러한 죄에 대해 가벼운 처벌을 내리는 것이 거의 통상적 관습이라는 점을 강조하였다. 위원회는 우려를 가지고 이러한 경향을 지켜보고 있다. 또한 증오 발언 사건을 경범죄로 취급하면서 서로 다른 종류의 처벌 체제를 적용함으로써 법적 불확실성이 발생한다는 점에 주목하고 있다. 이는 옴부즈퍼슨과 비정부기구 역시 지적한 바이다.

...

46. 위원회는 정치적이고 공적인 인물들이 대항 발언(counter speech)이라는 수단을 통해 불관용적인 언설에 대해 강력한 입장을 취해야 한다고 본다. 비록 그러한 언설이 형사적 처벌이 필요한 수준에 미치지 못하더라도 말이다. 위원회가 보기에 시민 사회가 중대하게 노력해온 것에 비해 오피니언 리더들은 대항 발언에 적극적으로 참여하지 않았다. 비록 희귀하기는 하지만 좋은 예들이 몇몇 있기는 하다. 예를 들어 2016년 5월, 콜린다 그라바르키타로비치 크로아티아 대통령은 증오 발언이 증가하는 상황에 대응하기 위해 우스타시 정권을 공개적으로 규탄하며 민족간의 관용을 촉구하였다."

청구요지

15. 청구인은 협약 제6조 제1항에 근거하여 크로아티아 법원이 자신의 사건과 비슷한 사건들이 일관적이지 않은 방식으로 다뤘다고 주장했다.

16. 그는 협약 제7조에 근거하여, 국내 법률은 문제가 되는 구절의 사용을 절대 금지하지 않고 있다고 주장했다.

17. 청구인은 또한 협약 제10조에 근거한 표현의 자유에 대한 권리가 침해당했다고 주장했다.

18. 더 나아가 그는 협약 제13조에 근거하여 사용된 구제책이 효과적이지 않았다고 주장했다.

19. 마지막으로 그는 추가의정서 12번 제1항에 근거하여 자신이 차별받았다고 주장했다. 그 근거는 똑같은 표현을 썼던 다른 사람들은 무죄방면된 것에 비해 자신은 유죄 판결에 벌금을 선고받았기 때문이다.

판단

A. 협약 제6조

20. 청구인은 크로아티아 법원의 접근 방법이 일관적이지 않았다고 주장했다. 그의 주장은 협약 제6조 제1항의 내용에 기대고 있는데, 관련 내용은 다음과 같다:

> "모든 사람은... 형사상의 죄의 결정을 위하여... 법원에 의하여 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다."

21. 재판소의 역할은 국내법에 대한 국내 법원의 해석에 대해 문제를 제기하는 것이 아니라는 점을 되풀이해서 말한다. 이와 유사하게 국내 법원들이 내린 상이한 판결들을 비교하는 것도 원칙적으로는 재판소의 역할이 아니다. 명백하게 유사한 절차에 의해 재판이 진행되다 하더라도 말이다. 재판소는 국내 법원들의 독립성을 존중해야 한다 (*Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey* [GC], no.13279/05, 문단 49-50, 2011년 10월 20일 및 그 안에 인용된 판례 참고). 법의 해석에 있어 어느 정도의 다양성은 사법 체제에 내재된 특성으로 받아들여질 수 있는 것으로 간주되어 왔다. 해석에 대한 상이한 의견 또한 크로아티아의 사법 체제와 같이 특정 영역에 권한을 가지는 제1심 법원과 항소 법원 조직에 있어서는 수용될 수 있는 것으로 간주되어 왔다(*준용; Tudor Tudor v. Romania,* no.21911/03, 문단 29, 2009년 3월 24일, 그리고 *Tomić and Others v. Montenegro,* nos.18650/09 및 9 others, 문단 53, 2012년 4월 17일 참고). 그러나 그 차이의 정도가 깊고 오랫동안 지속된다면 국내 최고 법원의 관행 자체가 법적 확실성이라는

원칙에 반하는 것일 수도 있다. 이 원칙은 협약에 내포되어 있는 것이고, 법치의 기본 요소 중 하나이기도 하다(*Beian v. Romania*(no.1), no.30658/05, 문단 37-39, ECHR 2007-V(extracts) 참고).

22. 국내 최고 법원의 상충하는 판결이 협약 제6조 제1항에 명시된 공정한 재판에 대한 요건들을 위배했는지를 평가하는 기준은 다음과 같은 것들이 확립되는지 여부이다. 최고 법원의 판례법에 "그 정도가 깊고 오랫동안 지속된 차이"가 존재하는가, 국내법에 이러한 불일치를 해결할 수 있는 일련의 장치가 존재하는가, 그러한 장치가 적용된 적이 있는가, 만약 적절히 적용되었다면 어떤 효과를 가져왔는가(*Nejdet Şahin and Perihan Şahin,* 위 인용, 문단 53 참고).

23. 마지막으로, 문제가 되는 사실적 상황에 차이가 있을 경우 두 개의 분쟁을 다르게 처리하는 것은 정당화되므로 이것이 판례법을 상충하게 만드는 것으로 간주되어서는 안된다는 점도 받아들여져 왔다(준용, *Hayati Çelebi and Others v. Turkey,* no.582/05, 문단 52, 2016년 2월 9일; 그리고 *Ferreira Santos Pardal v. Portugal,* no.30123/10, 문단 42, 2015년 7월 30일 참고).

24. 본 사건으로 돌아와서, 재판소는 청구인이 경범죄 소송에서 채택된 두 개의 판결에 기대어 헌법재판을 청구한 것을 알고 있다. 이 판결에서 피고인들은 무죄 방면되었다. 무엇보다도 헌법재판소가 지적한 것처럼, 이 두 사건 중 한 사건의 피고인은 "범죄에 대한 법적 구성요건이 잘못"되었기 때문에 무죄를 선고받았다. 그러므로 그 판결이 본 사건과 관련있다고 볼 수는 없다. 다른 사건의 경우, 재판소가 보기에 하나의 분리된 사례는 아무리 봐도 그 정도가 깊고 오랫동안 지속된 차이의 증거가 될 수 있다고 볼 수 없다.

25. 이러한 고려사항들은 이 소송의 근거가 없는 것이 명확하다고 결론내리기에 충분하다. 그렇기 때문에 협약 제35조 제3항(a)부터 제4항에 따라 이 제소는 각하되어야 한다.

B. 협약 제7조

26. 청구인은 범죄를 구성하지 않는 행동에 대해 처벌받았다고 주장했다. 그는 협약 제7조에 기대어 이런 주장을 했다. 제7조의 내용은 다음과 같다:

> "1. 어떤 누구도 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄로 되지 아니한다. 어느 누구도 범죄가 행하여 진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다.

2. 이 조는 그 행위시 문명국가에 의하여 승인된 법의 일반원칙에 따르면 범죄에 해당하는 작위 또는 부작위를 이유로 하여 당해인을 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 아니한다."

27. 청구인은 국내법에서 그 문구의 사용이 금지된 적이 없다고 주장했다. 그는 똑같은 표현을 쓴 몇몇 다른 사람들이 경범죄 소송에서 무죄를 선고받은 것에 비해 자신은 유죄 판결에 벌금을 선고 받았다고 주장했다. 그는 또한 그에 대한 소송 중 의뢰한 사학자의 전문가 의견을 지적하였다. 그 전문가는 문제가 되는 표현이 역사를 통해 다양한 맥락에서 널리 이용되었던 "오래된 크로아티아식 인사"라고 단언했다.

28. 국내적 구제절차의 완료라는 규정의 목적은 회원국에 의한 인권 침해의 주장이 재판소에 제출되기 전에 회원국이 그러한 침해를 예방하거나 바로잡을 수 있는 기회를 제공하기 위한 것이라는 점을 반복해서 말한다(*G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* [GC], nos.1828/06 및 2 others, 문단 176, 2018년 6월 28일 참고). 재판소의 판례법에 따르면 국내 절차에서 유럽인권협약이 명시적으로 제기될 필요는 없다. 이는 그 청구가 "최소한 실질적으로(at least in substance)" 제기되었다는 전제조건을 가진다. 이는 청구인이 국내법에 근거하여 동일하거나 유사한 정도의 법적 주장을 제기해야 한다는 것을 의미하는데, 그것은 국내 법원이 침해 주장을 시정하기 위한 기회를 주기 위해서이다. 그러나 재판소의 판례법이 실증하듯이 진정으로 회원국에게 침해 주장을 예방하거나 시정할 수 있는 기회를 주기 위해서는 사실 뿐만 아니라 청구인의 법적 주장 또한 고려하는 것이 필요하다. 이는 재판소에 제출된 청구가 정말로 사전에, 실질적으로, 국가 기관에 제기되었는지를 결정하기 위한 것이다. 왜냐하면 "만약 청구인이 논란이 된 조치에 대해 문제를 제기함에 있어 협약에 근거하여 할 수 있는 주장은 무시한 채 국가 기관에는 다른 근거에 기대어 주장하고, 재판소에는 협약에 근거한 주장을 근거로 진정을 낸다면 이는 협약이라는 장치의 보충적 성격에 반하는 것이기 때문이다"(*Radomilja and Others v. Croatia* [GC], nos.37685/10 및 22768/12, 문단 117, 2018년 3월 20일 참고).

29. 크로아티아 국내 구제절차의 완료라는 문제와 관련하여 재판소는 청구인이 재판소에 제소하기 전에 자신들의 주장을 국가 기관, 특히 크로아티아의 최고 법원인 헌법재판소에 제시하여 국가 기관에게 상황을 구제할 수 있는 기회를 주어야 한다고 판결한 바 있다. 이는 보충성의 원칙을 지키기 위해서이다(보다 상세한 설명은 *Habulinec and Filipović v. Croatia*(dec.), no.51166/10, 문단 31, 2013년 6월 4일, 그리고 *Pavlović and Others v. Croatia,* no.13274/11, 문단 32, 2015년 4월 2일 참고).

30. 이러한 지점에서 재판소는 청구인이 국내 단계에서는 협약 제7조에 호소한 적이 한 번도 없다는 점에 주목한다. 청구인은 협약의 제7조에 상응하는 헌법 제31조 제1항에도 호소하지 않았다(위 문단 8 참고).

31. 더군다나 청구인이 헌법재판소에서 주장한 것은 법 없이 처벌받지 않을 자신의 권리가 실질적으로(even in substance) 침해받았다는 것이 아니었다(*Merot d.o.o. and Storitve Tir d.o.o. v. Croatia*(dec.), nos.29526/08 및

29737/08, 문단 36, 2013년 12월 10일과 비교). 대신 그는 사건의 사실관계에 대한 국가 기관의 평가에 대해서만 이의를 제기하면서한, 자신과 유사한 상황에 처해있던 다른 두 피고인은 무죄를 선고 받았기 때문에 자신이 차별 당했다고 주장했다. 그는 또한 자신의 표현의 자유가 침해되었다고 주장했다(위 문단 6 참고).

32. 그러나 재판소가 *Merot d.o.o. and Storitve Tir d.o.o.*의 사건에서 강조한 것처럼(*위의 문헌,* 문단 36), 재판소의 판례법은 청구인이 자신의 사건을 다양한 관할법원에 제출했다는 사실 그 자체만으로는 협약 제35조 제1항의 요구사항을 따랐다고 볼 수 없다고 명확하게 밝히고 있다. 왜냐하면 국내 법원이 심사를 할 수 있거나 할 의무가 있는 관할구역에서도 청구인이 이후에 재판소에 제기할 소송을 국내 법원에도 제기해야 할 의무로부터 면제되는 것은 아니기 때문이다. 국내 구제절차를 올바르게 완료하려면 사건에 대한 사실이나 청구인의 주장에서 협약의 위배가 "명확하게" 드러날 수 있다는 것만으로는 충분하지 않다. 오히려 청구인은 정말로 (명시적 혹은 실질적으로) 권리의 침해를 주장해야 하는데, 이 과정에서 이후 재판소에 제출하는 소송과 동일한 소송을 국내 수준에서도 제기했다는 것이 명확하게 드러나야 한다.

34. 따라서 이 청구는 모든 국내적 구제절차가 종료되지 않았으므로 협약 제35조 제1항과 제4항에 따라 각하되어야 한다.

C. 협약 제10조

35. 청구인은 국내 법원이 경범죄 소송에서 청구인에게 유죄를 선고함으로써 자신의 표현의 자유에 대한 권리를 침해했다고 주장했다. 그는 협약 제10조에 기대에 이런 주장을 했다. 제10조의 내용은 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

36. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 극히 중요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기

본적 조건 중 하나라고 재판소는 일관되게 판결해왔다. 협약 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 것 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "의견"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "의견"에도 적용된다. 이는 '민주사회'에 필수불가결한 다원주의, 관용 및 넓은 마음이 요구하는 것이다. 이러한 것 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다. 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는 엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제약에 대한 필요성은 설득력 있게 확립되어야 한다(*Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 101, ECHR 2012; *Couderc and Hachette Filipacchi Associés v. France* [GC], no.40454/07, 문단 88, ECHR 2015(extracts); 그리고 *Bédat v. Switzerland* [GC], no.56925/08, 문단 48, ECHR 2016 참고).

37. 재판소는 협약 제17조를 언급하는 것 또한 중요하다고 본다. 이 문맥에서 제17조의 목적은 어떤 집단이나 개인이 협약에 규정된 권리 및 자유의 파괴를 목적으로 하는 행위에 관여하거나 이를 수행할 권리를 협약으로부터 이끌어 내는 것을 불가능하게 하는 것이다; "... 그러므로 누구도 전술한 권리 및 자유의 파괴를 목적으로 하는 행위를 수행하기 위해 협약의 조항들을 이용할 수 없다..."(*Lawless v. Ireland,* 1961년 7월 1일, 문단 7, Series A no.3 참고). 비록 그 목적을 달성하기 위해 협약의 문장과 정신에 반하는 활동에 관여한 집단들과 개인들에게 보장된 권리와 자유를 모두 박탈할 필요는 없지만 재판소가 보기에 협약 제9조, 제10조, 제11조에 보장된 종교, 표현, 결사의 자유는 제17조가 다루고 있는 권리들이다(다른 판례 중에서도 *W.P. and Others v. Poland*(dec.), no.42264/98, ECHR 2004-VII(extracts); *Garaudy v. France*(dec.), no.65831/01, ECHR 2003-IX(extracts); *Pavel Ivanov14 ŠIMUNIĆ v. CROATIA DECISION v. Russia*(dec.), no.35222/04, 2007년 2월 20일; 그리고 *Hizb ut-Tahrir and Others v. Germany*(dec.), no.31098/08, 문단 72-75 및 78, 2012년 6월 12일 참고).

38. 협약이 선언하고 보장하는 가치와 양립할 수 없는 발언은 협약 제17조에 의해 제10조의 보호를 받지 못한다(다른 판례 가운데 위 인용된 *Delfi AS v. Estonia* [GC], 문단 136 참고). 언어적 혹은 비언어적 진술이 제17조에 의해 제10조의 보호를 받지 못하는지 여부를 평가할 때 결정적 지점은 진술이 협약의 근간을 이루는 가치에 위배되는지 여부, 예를 들어 증오나 폭력을 불러 일으키는 발언, 그리고 진술을 함으로써 화자가 협약에 규정되어 있는 권리와 자유의 파괴를 목적으로 하는 행위에 관여하거나 이를 수행하기 위해 협약에 기대려고 시도하는지 여부이다(예를 들어, *Perinçek v. Switzerland* [GC], no.27510/08, 문단 115, ECHR 2015(extracts) 참고). 그럼에도 제17조는 예외적 원칙으로 극단적 사건들에서만 이용되어야 한다.

39. 어찌 되었든 이 청구는 받아들여질 수 없기 때문에 재판소는 본 사건에서 협약 제17조의 적용 가능여부를 다뤄야 할 필요성이 없다고 본다. 왜냐하면 이 사건에서 행해진 간섭은 다음과 같은 이유로 협약 제10조 제2항에 따라 정당화되기 때문이다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

40. 재판소는 크로아티아 법에 따라 인종, 국적, 신념에 근거하여 증오 선동 범죄의 구성 요소가 존재하는지를 입증하기 위해 어떤 증거가 필요한지를 결정하는 것은 재판소의 역할이 아니라는 점을 처음부터 강조했다. 국내 법을 해석하고 적용하는 것은 국가 기관, 특히 법원이 할 일이다. 재판소의 과업은 국가 기관이 자신들의 재량권에 따라 내린 판결을 협약 제10조에 근거하여 평가하는 것이다(다른 판례 중에서도 *Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, 문단 50, 판결과 결정보고서 1998-VII, 그리고 *Pavel Ivanov v. Russia*(dec.), no.35222/04, 2007년 2월 20일 참고).

41. 재판소는 문제가 되는 국내 법원의 판결, 즉 청구인에 대한 경범죄 유죄 판결이 협약 제10조의 제1항에 따른 청구인의 표현의 자유의 권리에 대한 제한이라고 본다. 제10조 제2항에 따라 그러한 제한이 허용되려면 그것은 "법률에 의하여 규정되고", 한 가지 이상의 타당한 목적이 있어야 하며, 그러한 목적 혹은 목적들의 달성을 위해 "민주사회에서 필요한" 것이어야 한다.

42. 재판소는 그 제한이 법, 즉 스포츠 경기에서의 무질서 방지를 위한 법률 제4항 (1) (7)과 제39a항 (1) (2)에 근거했음을 지적한다. 그 간섭은 스포츠 경기에서의 무질서 예방 및 인종주의와 차별 방지라는 타당한 목적을 추구했다.

43. 최근 *Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others v. Bosnia and Herzegovina* 소송([GC], no 17224/11, 문단 74, 2017년 6월 27일)에서(이 사건은 *Bédat v. Switzerland* 소송([GC](no.56925/08, 문단 48, ECHR 2016)에 기대고 있다) 표현의 자유에 대한 간섭 행사의 필요성을 평가하는 일반 원칙이 반복되었다. 그 내용은 다음과 같다:

> (ii) 협약 제10조 제2항의 의미 안에서 "필요한"이라는 형용사는 '긴급한 사회적 필요'가 존재함을 의미한다. 협약 체약 당사국은 그러한 필요가 존재하는지를 평가하는데 있어 일정 정도의 재량권을 가진다. 그러나 이는 유럽연합이 당사국의 법률과 그것을 적용한 결정에 대해 가지는 감독과 병행된다. 그것이 독립적 법원이 내린 결정이라 하더라도 말이다. 그러므로 재판소는 '간섭'이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 조화가능한지에 대한 최종 결정을 내릴 수 있다.
>
> (iii) 감독적 관할권을 행사함에 있어 재판소의 과업은 관할 국가 기관의 자리를 차지하는 것이 아니라 재량권 행사로 내려진 국가 기관의 결정을 제10조에 의거하여 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국이 재량권을 합리적이고 신중하며 신념을 가지고 행사했는지의 여부를 알아내는 것에 국한된다는 것을 의미하지 않는다; 재판소가 해야 할 일은 사건에서 문제 제기가 된 간섭을 사건 전체를 고려하려 살펴보고, 그것이 "추구하고자 하는 정당한 목적에 비례"하는지, 그러한 간섭을 정당화하기 위해 국가권력이 제시

> 한 근거가 "적절하고 충분한지" 결정하는 것이다... 그렇게 함에 있어, 재판소는 국가권력이 적용한 기준이 제10조에 구현된 원칙을 따랐는지, 이에 더해 국가 기관은 관련 사실에 대해 용인될 수 있는 방식으로 평가했는지를 확인해야 한다..."

44. 논쟁 중인 본 사건과 관련하여 재판소는 국내 법원이 청구인에게 유죄를 선고하면서 제시한 근거가 관련이 있고 충분하다고 판단한다. 국내 법원은 청구인이 축구 경기에서 관중들에게 "조국을 위해"라고 외쳤고, 그에 대해 관중들이 '준비됐다!(Ready)'라고 응답했을 때 그가 똑같은 구호를 세 번 더 반복했음을 알아냈다. 국내 법원은 이 사건의 모든 측면을 주의 깊게 분석하여 청구인의 표현이 우스타시 운동과 크로아티아 독립국 전체주의적 정권의 공식 인사말이었다고 결론 내렸다. 그것은 그 표현의 크로아티아 문학 내 기원 및 시적 의미와는 관계 없는 것이었다. 그 문구는 독립국의 모든 공식 문서에 나타나 있다. 국내 법원은 또한 우스타시 운동이 파시즘 그 중에서도 특히 인종주의로부터 파생되었기 때문에 그 인사말은 다른 종교적, 민족적 정체성을 가진 사람들을 향한 증오를 상징하고 인종주의적 이데올로기의 표명이며 인도에 반한 범죄 피해자에 대한 비하의 의미를 담고 있다고 결론 내렸다. 그러한 근거를 바탕으로 국내 법원은 축구 경기에서 관중들에게 인종, 국적, 신념에 근거하여 증오를 표현하거나 유도하는 내용의 메시지를 말한 경범죄에 대해 청구인에게 유죄를 선고하였다.

45. 재판소는 이 사건의 맥락, 즉 청구인이 축구 경기의 많은 관중들 앞에서 전체주의적 정권의 인사로 사용되었던 문구를 외쳤고 그에 대해 관중들이 대답했다는 점, 그리고 청구인이 그것을 네 번이나 반복했다는 점에 특별한 중요성을 부여한다. 재판소는 유명한 축구 선수이자 많은 축구 팬들의 롤모델인 청구인이 도발적 구호가 관중들의 행동에 미칠 부정적 영향에 대해 인지했었어야 하고(위 문단 10-14 참고), 그러한 행위를 삼가했어야 한다고 판단한다.

46. "필요성"을 평가하는데 있어 고려해야 할 요소 중 하나는 청구인에게 가해진 제재가 얼마나 심각한가이다. 이와 관련하여 재판소는 간섭의 비례성을 평가할 때 가해진 처벌의 성격과 심각성이라는 요소를 고려해야 한다는 점을 반복해서 말한다(*Medžlis Islamske Zajednice Brčko and Others,* 위 인용, 문단 118 참고).

47. 본 사건에서 청구인은 25,000크로아티아 쿠나(약 3300유로)의 벌금을 받았다. 재판소는 국내 법원이 추구하고자 하는 정당한 목표에 비해 청구인이 지불하도록 명령받은 벌금의 금액 자체가 비례성에 어긋난다고 보지 않는다.

48. 앞서 말한 내용의 관점에서, 재판소는 국내 법원의 의견을 재판소의 의견으로 대체해야 할 정도의 강력한 이유도, 그 두 의견 사이에 유지되고 있는 균형을 무시할 이유도 없다고 본다(*Von Hannover v. Germany*(no.2) [GC], nos.40660/08 및 60641/08, 문단 107, ECHR 2012 참고). 재판소는 이의가 제기된 제한이 적절하고 충분한 근거를 가지고 있다고 납득한다. 또한 청구인에게 부과된 벌금액이 상대적으로 크지 않다는 점, 청구인이 문제가 되는 문구

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

를 외친 맥락을 고려했을 때 피청구국의 국가 기관이 발언의 자유라는 청구인의 이익과 스포츠 경기에서의 관용 및 상호존중의 촉진과 더불어 스포츠를 통해 차별를 방지함으로써 달성되는 사회적 이익 사이에서 균형을 잘 잡았다고 본다. 이는 곧 국가의 행위가 재량 여지 안에서 이뤄졌다는 의미이기도 하다.

49. 따라서 이 청구는 근거가 없는 것이 명확하므로 협약 제35조 제3호 제(a)목과 제4호에 따라 각하되어야 한다.

D. 그 밖의 고소

50. 청구인은 협약 제13조에 근거하여 사용된 구제책이 효과적이지 않았고, 협약 제12번 추가의정서 제1조에 근거하여 자신이 차별받았다고 주장했다. 그 근거는 똑같은 표현을 썼던 다른 사람들은 무죄방면된 것에 비해 자신은 유죄 판결에 벌금을 선고받았기 때문이었다.

51. 그러나 재판소가 가지고 있는 모든 자료를 고려하고 제소한 내용들이 재판소의 권한 내에 속하는 한, 재판소는 청구인의 이러한 주장이 협약이나 그것의 추가의정서에 공표된 권리나 자유의 어떠한 침해 상황도 드러내지 않는다고 판단한다.

52. 따라서 청구의 이 부분도 근거가 없는 것이 명확하므로 협약 제35조 제3호 제(a)목과 제4호에 따라 각하되어야 한다.

이러한 이유로, 재판소는, 다수의 의견에 따라 이 청구가 받아들여질 수 없음을 선언한다.

영어로 판결하였고, 2019년 1월 29일 서면으로 통지하였다.

Abel Campos	Linos-Alexandre Sicilianos
서기	재판장

국가인권위원회
humanrights.go.kr

종교적 불관용 선동
(Incitement to religious intolerance)

20. İ.A. v. Turkey(no.42571/98)

2005년 9월 13일

출판사의 소유주이자 사장인 청구인은 소설 형태로 신학적·철학적 문제를 다루는 책을 2,000부 발행하였다. 이스탄불 검찰은 청구인이 그 책의 출판을 통하여 "신, 종교, 예언자 그리고 성서"를 모욕하였다는 이유로 청구인을 기소하였다. 1심 법원은 청구인에게 징역 2년 형과 벌금형을 선고한 후, 즉시 징역형을 소액의 벌금형으로 감형하였다. 청구인은 파기원에 항소하였으나 파기원은 1심판결을 확정하였다. 청구인은 자신에 대한 유죄 판결과 처벌이 자신의 표현의 자유에 대한 권리를 침해하였다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 없다고 판결하였다. 특히 재판소는 표현의 자유를 행사하여 자신의 종교를 나타내기를 선택하는 사람은, 그 사람이 다수 종교 혹은 소수 종교의 구성원인지와 상관없이, 모든 비판으로부터 면제되기를 합리적으로 기대할 수 없다는 점을 반복하여 강조하였다. 그들은 타인이 자신들의 종교적 신념을 부정하거나 심지어 자신들의 믿음에 적대적인 교리를 선전하는 것도 참고 받아들여야만 한다는 것이다. 그러나 이 사건에서 문제가 되는 발언은 불쾌하거나 충격적이거나 "도발적인" 의견일 뿐만 아니라 이슬람의 예언자를 모욕적으로 공격하는 발언이었다. 터키 사회는 세속주의 원칙과 깊이 연결되어 있기 때문에 종교적 원칙에 대한 비판을 어느 정도 받아들이고 있지만, 신앙을 가진 사람들은 문제가 되는 이 책의 특정 구절로 인해 자신들이 부당하고 불쾌한 공격의 대상이 되었다고 정당하게 느낄 수 있었다. 이러한 정황을 고려하여 재판소는 문제가 되는 조치는 무슬림이 신성하다고 여기는 문제를 불쾌한 공격으로부터 보호하기 위해 제공된 것이고, 따라서 "긴박한 사회적 필요"를 충족한다고 보았다. 재판소는 문제가 되는 서적을 몰수하지 않기로 한 터키 법원의 결정 또한 고려하였다. 따라서 재판소는 청구인에게 부여된 크지 않은 액수의 벌금은 당국의 조처가 추구하는 목적에 비례적이라고 판시하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

20

유럽인권재판소

2부문

İ.A. v. TURKEY

(청구번호 42571/98)

결정

스트라스부르

2005년 9월 13일

최종 판결

2005년 12월 13일

*İ.A. v. TURKEY*사건에서 유럽인권재판소(2부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

J.-P. COSTA, *재판장,*

A.B. BAKA,

I. CABRAL BARRETO,

R. TÜRMEN,

K. JUNGWIERT,

M. UGREKHELIDZE,

A. MUKARONI, *판사,*

S. DOLLÉ, *부문 서기,*

2005년 6월 28일과 8월 25일에 비공개 심리 후 다음과 같이 판결하였고, 마지막으로 언급된 날짜에 채택하였다.

사건의 경과

1. 본 사건은 터키 국적자인 İ.A.("청구인")가 1998년 5월 18일 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약("협약")의 구[79] 제25조에 따라 터키공화국을 대상으로 유럽인권위원회에 제출한 제소(청구번호. 42571/98)로부터 비롯되었다.

2. 청구인은 법률 구조를 받아 이스탄불에서 활동하는 변호사 S. Kuşkonmaz가 변호했다. 터키 정부("정부")는 재판소 절차를 위한 대리인을 지정하지 않았다.

3. 2003년 11월 13일 재판소는 청구의 일부가 받아들여질 수 있다고 판결하였다.

사실관계

I. 사건의 배경

4. 청구인은 1960년 생이고, 프랑스에 거주하고 있다.

5. 그는 출판사 Berfin의 사업주이자 사장이다. 이 출판사는 1993년 11월 Abdullah Rıza Ergüven가 쓴 *"Yasak Tümceler"*(*"금지된 구절들"*)이라는 제목의 소설을 출간했다. 그 책은 철학적, 신학적 이슈들에 대한 저자의 관점을 소설 스타일로 풀어냈다.

6. 1994년 4월 18일 이스탄불 검사("검사")는 청구인이 문제의 책을 출판함으로써 "신, 종교, 예언자와 경전"에 대한 모독을 저질렀다며 형법 제175조 제3항과 제4항에 따라 청구인을 기소했다.

7. 검사의 기소는 이스탄불 검찰청 언론 담당 부서의 요청에 따라 사건 당시 Marmara 대학의 신학대학장이던 Salih Tuğ 교수가 작성한 전문가 보고서에 근거하였다. 1994년 2월 25일자 보고서에서 전문가는 다음과 같이 진술하였다:

> "... 저자는 자신이 이 책으로부터 끌어내고 싶어하는 결론 쪽으로 독자들의 마음을 움직이기 위해 우주의 물리적 실체, 창조 그리고 자연법의 존재에 대한 이론들을 제멋대로 이용하고 있다. 특히 신학에 대한 부분에서 저자는 독자를 자기 자신의 관점에 가두어 두는데, 그 관점에는 모든 학문적 엄밀함이 결여되어 있

79) (역자) 협약의 1950년 버전은 66개의 조항으로 이뤄져 있으며, 제25조는 개별적 제소에 대한 내용이다.

다... 그는 우리 민족을 자신이 적합하다고 생각하는 방식으로 계몽하고 충고하기 위해 르네상스 시대의 지도자, 사상가 및 과학자에 대한 독립적이고 비신봉자적인 관점을 채택하였다. 그리고 그렇게 함으로써 아나톨리아[80] 터키 사회의 신앙, 개념, 전통과 삶의 방식을 비난하고 있다... 유물론과 실증주의에 기반하고 있는 이런 사고 방식은 신앙과 신의 계시를 부인한다는 점에서 무신론으로 이어지게 된다... 이 부분들을 저자의 철학적 관점을 뒷받침하는 반론으로 간주할 수도 있지만 신앙 및 이슬람교에 따른 예언자, 신에 대한 믿음에 대해 굴욕감, 냉소, 불신을 암시하는 진술들을 담고 있다고 볼 수도 있다... 저자의 견해로는 종교적 신념과 의견은 단지 모호한 것에 불과하며, 자연과 이성에 바탕을 둔 사상은 명석한 시각으로 묘사된다. 저자는 종교적 믿음은 '사막의 신기루', '원시적 생각', '사막의 황홀경'이며, 종교적 행위는'사막 생활의 원시주의'라고 묘사한다..."

8. 보고서에서 전문가는 검토되고 있는 책에서 다수의 구절을 인용하였다. 특히:

"... 한 번 생각해 보자, ... 모든 신앙과 모든 종교는 근본적으로 공연에 불과하다. 배우들은 그 의미도 모른 채 자신의 역할을 연기한다. 모두가 맹목적으로 그 길로 안내된 것이다. 사람들이 상징적으로 애착을 가지게 된 상상 속 신은 무대에 한 번도 나타나지 않는다. 그는 항상 커튼 사이로 말하도록 만들어졌다. 사람들은 이 병적인 상상 속 투사에 사로잡혀있다. 그들은 상상의 이야기에 세뇌당한 것이다...

... 이는 이맘[81]으로부터 사상과 사고하는 능력을 빼앗아 그들을 한 더미의 풀과 같은 상태로 전락시킨다... [예언자 아브라함의 희생에 대한 이야기와 관련하여] 우리가 속고 있는 것이 분명하다... 신은 사디스트인가? ... 아브라함의 신은 무함마드의 신처럼 잔인하다..."

전문가는 다음과 같이 보고서를 마무리 지었다:

"이 책으로부터 내가 인용한 구절들은 형법 제175조에서 규정하는 범죄 행위를 구성한다. 나의 분석은 범행 의도 역시 성립된다는 것은 보여준다. 특히 저자가 책의 제목을 '금지된 구절들'이라고 지은 점에서도 이 점이 드러난다."

9. 이스탄불 1심 법원에 보낸 1994년 6월 28일자 편지에서 청구인은 전문가 보고서에 대해 이의를 제기하였다. 청구인은 그 책이 소설이었기 때문에 문학 전공자가 분석했어야 한다고 주장하며 다른 전문가의 견해를 요청하였다. 또한 전문가의 공정성에 대해서도 의문을 제기하였다.

10. 1995년 11월 2일 Kayıhan İçel 교수, Adem Sözüer 교수, Burhan Kuzu 교수로 구성된 전문가 위원회는

80) (역자) 서남아시아의 한 지역으로, 오늘날 터키 영토에 해당하는 반도를 말한다.
81) (역자) 이슬람 교단의 지도자를 가리키는 직명

보고서를 제출하였다.

11. 이스탄불 1심 법원에 보낸 1996년 4월 19일 편지에서 청구인은 두 번째 전문가 보고서의 정확성에 대해 논쟁하면서 그것은 첫 번째 보고서의 복사본이나 마찬가지라고 주장했다.

12. 1996년 4월 24일 이스탄불 1심 법원에서 청구인은 그 책이 형법 제175조의 제3항 해석에 따라 불경스럽지도 모욕적이지도 않으며, 단지 저자의 철학적 관점을 전하고 있을 뿐이라고 주장했다.

13. 1996년 5월 28일 판결에서 1심 법원은 청구인의 유죄를 인정하고, 징역 2년 및 벌금형을 선고했다. 징역형은 벌금형으로 감형하였고, 최종적으로 청구인은 총 3,291,000터키 리라(당시 16 미국 달러에 상당)를 지불하도록 명령 받았다. 판결 이유에서 법원은 두 번째 전문가 보고서를 언급하면서 문제가 되는 책의 다음 구절을 인용하였다.

> "코란 속 공포, 불평등, 모순의 삼각형을 보라; 그것은 지렁이를 떠오르게 한다. 신이 말하기를 모든 말은 신의 사자(使者)의 말이다. 더욱이 이 말 중 일부는 아이샤[82]의 팔 속 밀려오는 환희 속에서 영감을 받은 것이다... 신의 사자는 저녁 식사 후와 기도 전에 성교를 하고 단식을 멈췄다. 무함마드는 죽은 사람 혹은 살아있는 동물과의 성교를 금지하지 않았다."

14. 1996년 9월 3일 청구인은 피기원에 항소하였다. 그는 문제가 되는 책에서 저자는 단지 자신의 관점을 표현했을 뿐이라고 주장하였고, 전문가 보고서의 내용에 대해 이의를 제기하였다.

15. 1997년 10월 6일 파기원은 1심 판결을 확정하였다.

16. 청구인은 1997년 12월 2일자 소인으로 지불명령 최종 판결을 송달받았다.

II. 관련 국내법과 관습

17. 형법 제175조 제3항, 제4항의 내용은 다음과 같다:

> "신, 종교, 예언자, 교단 혹은 경전을 모독하거나 다른 사람의 종교적 신념 혹은 종교적 의무의 수행을 이유로 비방하거나 모욕하는 것은 처벌 가능한 범죄로 6개월에서 1년 이하의 징역 및 5,000리라에서 25,000리라 이하의 벌금에 처한다...

82) (역자)무함마드의 부인

이 조항의 제3절에서 규정한 범죄에 대한 벌칙은 간행물을 이용하여 행한 경우 2배로 가중한다.

18. 언론법(법률 제5680호)의 제16(4)절은 다음과 같이 규정한다:

> "정기간행물을 제외한 간행물을 매개로 하여 이뤄진 범죄에 관해서는 형사책임은 범죄를 구성하는 간행물의 저자 〔혹은〕 번역가... 그리고 발행인이 진다..."

판단

협약 제10조 위반 주장에 관하여

19. 청구인은 자신에 대한 유죄 판결이 표현의 자유에 대한 권리를 침해했다고 주장했다. 그의 주장은 협약 제10조에 기대고 있는데 관련 부분의 내용은 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다...
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고,... 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, ... 타인의 명예나 권리의 보호, ... 를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

20. 정부는 문제가 되는 책이 종교, 특히 이슬람교에 대한 폭력적인 공격을 담고 있고, 종교적 감정을 해치고 모욕했다는 점에서 청구인의 유죄 판결에 대한 긴박한 사회적 필요성이 있었다고 주장하였다. 이어서 책 내용의 이슬람교에 대한 비판은 인구의 대다수가 이슬람교도인 국가에서 비난이 예상될 정도로 책임감이 부족했다고 주장했다.

21. 재판소는 문제가 되는 책이 철학적, 신학적 문제에 대한 저자의 관점을 소설의 형태로 풀어낸 책이라는 점을 알고 있다. 재판소는 국내 법원이 그 책이 종교에 대한 모욕과 비방을 의도하는 표현들을 담고 있다고 결론 내렸다는 점도 알고 있다.

22. 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결이 협약 제10조 제1항에 따른 표현의 자유에 대한 권리를 제한한다는 점에 당사자 모두가 공감하고 있음을 지적한다. 또한 그러한 제한은 제10조 제2항의 의미 내에서 법률에 의해 규정되었

고 무질서 방지와 도덕 및 타인의 권리 보호라는 정당한 목적을 추구했다는 것에 대한 논쟁은 없었다. 재판소는 그 평가를 지지한다. 이 사건에서의 논쟁은 그 제한이 "민주사회에 필요한 것"이었냐는 질문과 관련 있다.

23. 재판소는 제10조와 관련된 판결의 근본을 이루는 중요한 원칙, 예를 들어 *Handyside v. the United Kingdom*(1976년 12월 7일 판결, Series A no.24)사건과 *Fressoz and Roire v. France*([GC], no.29183/95, 문단 45, ECHR 1999-I)사건에서 정리된 원칙에 대해 반복해서 말한다. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 극히 중요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본적 조건 중 하나이다. 협약 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 것 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다.

24. 제10조 제2항이 인정하는 것처럼, 자유의 행사는 의무와 책임을 수반한다. 종교적 믿음이라는 맥락 속에서 봤을 때, 그 의무와 책임에는 타인에게 까닭없이 불쾌하거나 불경스러운 표현을 삼가는 것도 정당하게 포함될 수 있다(예를 들어 *Otto-Preminger-Institut v. Austria,* 1994년 9월 20일 판결, Series A no.295-A, pp.18-19, 문단 49 및 *Murphy v. Ireland,* no.44179/98, 문단 67, ECHR 2003-IX 참고). 그렇다면, 원칙적 측면에서 종교적 숭배의 대상에 대해 부적절한 공격을 처벌하는 것은 필요한 것으로 간주될 수 있다(동일 판례).

25. 협약이 보장하는 권리와 자유에 대한 제약이 "민주사회에서 필요한 것"인지의 여부를 검토하는데 있어, 재판소는 회원국이 무제한은 아니지만 어느 정도의 재량 여지를 누릴 수 있다고 종종 판결해왔다(*Wingrove v. the United Kingdom,* 1996년 11월 25일 판결, 판결과 결정 보고서 1996-V, p.1956, 문단 53 참고). 타인의 종교적 신념에 대한 공격과 관련된 권리를 보호하기 위해 필요한 조건이 무엇인가에 대해 유럽 내에서 동일하게 적용되는 개념은 없다. 바로 이 사실 자체가 도덕 혹은 종교의 영역에서 내밀하고 개인적인 신념을 침해하기 쉬운 내용들과 관련된 표현의 자유를 규제할 때 회원국이 좀 더 넓은 재량의 여지를 가진다는 것을 의미한다(위 인용된 *Otto-Preminger-Institut,* p.19, 문단 50; 위 인용된 *Wingrove,* pp.1957-58, 문단 58; 그리고 위 인용된 *Murphy,* 문단 67 참고).

26. 따라서 국가는 타인의 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 존중과 양립불가능하다고 판단되는 정보와 사상의 전달을 포함하여, 특정 형태의 행위를 억제하기 위한 조치를 취하는 것이 필요하다고 정당하게 고려할 수 있다(*Kokkinakis v. Greece,* 1993년 5월 25일 판결, Series A no.260-A의 제9항 맥락 및 *Otto-Preminger-Institut,* 위 인용, pp.17-18, 문단 47 참고). 그러나 그 제한이 협약과 양립할 수 있는지에 대한 마지막 판결을 내리는 것은 재판소이다. 재판소는 특정 사건의 정황, 특히 그 제한이 "긴박한 사회적 필요성"에 부합하는 것이었는지, "추구하는 정당한 목적에 비례적"이었는지를 평가함으로써 그러한 판결을 내린다(위 인용된 *Wingrove,* p.1956, 문단 53 및 위 인용된 Murphy, 문단 68 참고).

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

27. 그러므로 재판소가 판단해야 하는 문제는 두 개의 기본적 자유, 즉 종교적 교리에 대한 자신의 관점을 대중에게 알릴 청구인의 자유와 타인의 사상, 양심 및 종교의 자유를 존중받을 권리 사이의 상충하는 이해관계를 신중하게 평가하는 것이다(위 인용된 *Otto-Preminger-Institut,* p.20, 문단 55 참고).

28. 다원주의, 관용, 넓은 마음은 "민주사회"의 특징이다(위 인용된 *Handyside,* p.23, 문단 49 참고). 종교의 다수 혹은 소수 구성원으로 문제를 제기하는 것과 관계없이 자신의 종교를 분명히 드러낼 자유를 행사하기로 선택한 사람이 모든 비판에서 면제될 것이라고 합리적으로 기대할 수 없다. 그들은 타인이 자신의 종교를 부정하는 것, 심지어는 자신의 신앙에 적대적인 교리를 선전하는 것도 참고 받아들어야 한다(위 인용된 *Otto-Preminger-Institut,* p.17-18, 문단 47 참고).

29. 그러나 본 사건은 불쾌하거나 충격적인 발언 혹은 "도발적인" 의견뿐만 아니라 이슬람의 예언자에 대한 폭력적 공격도 다루고 있다. 터키 사회는 세속주의 원칙과 깊이 연결되어 있기 때문에 종교적 교리에 대한 비판을 어느 정도 용인하고 있지만 신앙인들은 몇몇 구절에 의해 자신들이 부당하고 불쾌한 공격의 대상이 되었다고 느낄 수 있다. 관련 구절은 다음과 같다. "더욱이 이 말 중 일부는 아이샤의 팔 속 밀려오는 환희 속에서 영감을 받은 것이다... 신의 사자(使者)는 저녁 식사 후와 기도 전에 성교를 하고 단식을 멈췄다. 무함마드는 죽은 사람 혹은 살아있는 동물과의 성교를 금지하지 않았다."

30. 그러므로 재판소는 문제가 되는 진술에 대해 취해진 조치는 불쾌한 공격으로부터 무슬림들이 신성하다고 여기는 것들을 보호하기 위해 취해진 것이라고 본다. 그런 점에서 재판소는 그 조치가 "긴박한 사회적 필요성"에 부합했다고 타당하게 판결 내릴 수 있다고 본다.

31. 재판소는 그런 점에서 당국이 재량 여지의 한계를 넘었다고 할 수 없으며, 국내 법원이 청구인에 대해 그러한 조치를 취한 것을 정당화하기 위해 제시한 논거의 관련성이 충분하다고 결론 내린다.

32. 이의가 제기된 조치의 비례성과 관련하여 재판소는 국내 법원이 그 책을 몰수하지 않기로 결정했다는 점을 유념한다. 따라서 사소한 벌금의 부과는 추구하고자 하는 목적에 비례했다고 본다.

따라서 협약 제10조에 대한 위반은 없었다.

이러한 이유로, 재판소는

4대 3으로 협약 제10조 위반은 없었다고 판결한다.

재판소 규칙77 제2조와 제3조에 의거하여 프랑스어로 판결하였고, 2005년 9월 13일 서면으로 통지함.

S. DOLLE	J.-P. COSTA
서기	재판장

협약 제45조 제2항와 재판소 규칙74 제2조에 따라 Costa, Cabral Barreto, Jungwiert 판사의 공동 반대의견을 이 판결에 덧붙인다.

J.-P. C.
S.D.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

COSTA, CABRAL BARREON, JUNGWIERT 판사의 공동 반대의견

1. "민주사회의 근본적 특징"인 표현의 자유는 "우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 것 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 '정보' 혹은 '견해'에만 적용되는 것이 아니라 국가나 인구의 일부에게 충격적이거나 불쾌하거나 혼란을 일으키는 '정보' 혹은 '견해'에도 적용된다." *Handyside v. the United Kingdom*(1976년 12월 7일 판결, Series A no.24, p.23, 문단 49) 판결에서 인용한 이 문구는 유럽인권위원회와 인권재판소의 판례법에서 자주 상기되어 왔다. 우리는 이 말들이 주문(呪文) 또는 의례적인 문구가 되어서는 안 된다고 생각한다. 이 말들은 심각하게 받아들여져야 하고 재판소가 도달하는 해결책에 영감을 제공해야 한다.

2. 본 사건에서 출판사 사장인 청구인은 1993년 소설 2,000부를 출간했다. 재판소에 제출된 증거에는 얼마나 많은 사람들이 실제로 그 소설을 읽었는지는 나타나지 않으나 증쇄를 하지 않은 것으로 보았을 때 아마도 그 수는 적었을 것이다. 더군다나 터키 당국은 저자의 진술이 사회에 미치는 실질적 영향의 제한성을 고려하지 않았으며, 이는 진술에 대해 추상적 평가(이미 지적되었다시피 소설 형식으로 쓰여졌다는 것)에 국한되었다.

3. 발행인을 기소하고 그에 대한 유죄를 선고하는 과정에서 검사와 법원은 소설에서 발췌한 다수의 구절들을 부각시켰다. 이 구절들은 신앙과 종교를("모든 신앙과 모든 종교"- 판결의 문단 8 참고) 비판하였는데, 이는 명백히 소설가의 회의론 혹은 실질적 무신론을 드러내는 것이었다. 터키와 같이 매우 종교적인 사회에는 상대적으로 무신론자나 유물론자가 거의 없는 것이 사실이고, 무신론적 관점이 인구의 다수인 신앙인들에게 불쾌함이나 충격을 줄 수도 있다. 그러나 그것이 민주사회에서 서적의 발행인에게 처벌을 가할 충분한 이유가 된다고 보이지는 않는다. 그렇지 않으면 *Handyside*판례의 위 격언은 모두 유명무실해질 것이다.

4. 내용이 더 충격적이라 좀 더 문제가 되는 것은 판결의 문단 13에 인용된 구절이다. 그 구절에서 저자는 두 가지 측면, 즉 무함마드가 성교를 통해 단식을 멈췄고, 죽은 사람 혹은 살아있는 동물과의 성교를 금지하지 않았다고 주장하며 무함마드를 공격했다. 이러한 비난의 말, 특히 두 번째 주장이 신앙심 깊은 무슬림에게 깊은 불쾌함을 불러일으킬 수 있다는 점을 받아들이는 것은 어렵지 않다. 그들의 신념은 당연히 존중 받아야 한다. 이슬람교에 따르면 확실히 무함마드는 신이 아니라 신의 예언자이다. 그러나 그가 창시한 종교 내에서 그가 차지하고 있는 위치는 어떤 면에서 그를 "신성한" 자로 만든다. 마치 유대교에서의 아브라함이나 모세와 같은 것이다.

5. 그러나 이렇듯 의심할 여지없이 모욕적이고 유감스러운 진술이라도 하더라도 이를 별개로 취급하여 책 전체에 대해 유죄판결을 내리고, 발행인에게 형사 처벌을 해서는 안 된다고 생각한다. 더군다나 누구도 소설을 사거나 읽도록 강요당하지 않았고, 책을 사서 읽은 사람들은 협약 제9조 제2항과 제10조의 제2항에 따른 권리 침해로 자신의 신앙에 모독적이고 적대적인 내용에 대해 법원에 구제를 요청할 권리가 있다. 그러나 검찰이 "신, 종교, 예언자와 경

전"이라는 명목으로 자발적으로 발행인에게 공소를 제기하는 것은 다른 문제이다(판결문 문단 6 참고); 민주사회는 신정(神政) 사회가 아니다.

6. 본 사건에서 다수 의견의 근거 중 하나는 모든 것을 고려해 보건대, 청구인에게 부과된 처벌이 가벼운 것이라는 점이었다. 2년의 징역형은 결국 많지 않은 벌금으로 감형되었기 때문이다. 이 주장이 의미있게 우리가 볼 때 결정적인 것은 아니다. 언론의 자유는 원칙의 문제이고, 이에 대한 형사처벌은 "위축 효과"를 낳아 출판사들이 전적으로 순응적이지 않거나 "정치적으로 (혹은 종교적으로) 올바르지" 않은 내용의 서적들을 만들어내는 것을 단념하게 만들기 쉽다. 자기 검열의 위험은 블랙리스트 작성에 대한 무언의 장려 혹은 "파트와"[83]에 대해 아무 말도 하지 않도록 만드는데, 이는 민주주의의 핵심인 언론의 자유에 매우 위험한 것이다.

7. 확실히 재판소의 판례와 이 판결이 취하고 있는 접근 사이에는 일관성이 있다. *Otto-Preminger-Institut v. Austria*(1994년 9월 20일 판결, Series A no.295-A)사건과 *Wingrove v. the United Kingdom*(1996년 11월 25일, 판결과 결정 보고서 1996-V)사건에서 재판소는 사람들의 종교적 감정에 대한 과도한 공격 그리고/혹은 신성 모독과 관련하여 협약 제10조에 대한 위반이 없었다고 판결했다(두 사건 모두에서 "피해자들"은 무슬림이 아니라 기독교인이었다).

8. 그러나 이 선례들이 우리를 설득하지는 못했다. 왜냐하면 첫째, 영화나 비디오는 제한적으로 배포된 소설보다 훨씬 큰 영향을 미칠 가능성이 크다. 이는 이 세 사건을 각각 구분해 봐야 할 충분한 요인이 된다. 둘째, Otto-Preminger-Institut 와 Wingrove는 그 당시 훨씬 더 큰 논란의 중심에 서 있었다(유럽인권위원회의 경우 두 사건 모두에서 대다수가 제10조에 대한 위반이 있었다는 의견을 표명하였다). 마지막으로, 아마도 이 판례법을 "재검토"할 때가 도래한 것 같다. 우리가 보기에 이 판례법은 순응주의와 사상의 동일성을 너무 강조하고, 지나치게 조심스럽고 소심한 언론의 자유의 개념을 나타내고 있다.

9. 유감스럽게도 이러한 이유들로 우리는 동료들과는 달리 본 사건에서 제10조에 대한 위반이 있었다고 결론 내렸다.

83) (역자) 이슬람 법에 따른 결정이나 명령.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

21. Erbakan v. Turkey

2006년 7월 6일

정치인인 청구인은 터키의 수상을 역임했었다. 사건이 일어났을 당시 그는 복지당의 대표였다. 복지당은 세속주의의 원칙에 반하는 활동을 했다는 이유로 1998년 해산되었다. 그는 자신이 대중 연설 중 한 발언이 증오를 선동하고 종교적 불관용을 구성한다는 이유로 유죄 판결을 받은 것은 자신의 표현의 자유에 대한 권리를 침해당한 것이었다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 재판소는 저명한 정치인이 대중 모임에서 한 발언은 -발언을 이미 했다는 전제하에- 종교적 가치만을 근거로 구성된 사회의 이상을 더 잘 보여주고 이는 넓은 범위의 다양한 집단들이 서로를 마주하여 살아가는 현대 사회의 특징인 다원주의와 조화를 이루기 어려운 것처럼 보인다고 판시하였다. 또한 모든 형태의 불관용을 철폐하는 것은 인권 보호에 필수적이라는 것을 지적하면서 재판소는 정치인이 연설할 때 불관용을 조장할 수 있는 발언을 삼가는 것이 매우 주요하다고 판시하였다. 그러나 민주사회 내 자유로운 정치적 토론이라는 근본적 성격을 고려했을 때, 재판소는 청구인에 대한 처벌을 정당화하기 위하여 제공된 근거는 그의 표현의 자유에 대한 권리 행사제한이 민주사회에서 필요하다는 것을 납득시키기에 충분하지 않았다고 결론 내렸다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

21

유럽인권재판소

1부문

ERBAKAN v. TURKEY

(청구번호 59405/00)

결정

스트라스부르

2006년 7월 6일

최종 판결

2006년 10월 6일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다. 편집 상의 수정이 있을 수 있다.

Erbakan v. Turkey 사건에서 유럽인권재판소(1부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되어 있다.

C.L. ROZAKIS, *재판장,*

R. TÜRMEN,

P. LORENZEN,

N. VAJIC,

S. BOTOUCHAROVA,

A. KOVLER,

E. STEINER, *판사*

S. QUESADA, *부문 서기*,

2006년 6월 15일 비공개 심리 후, 다음과 같이 판결하였고, 같은 날 채택하였다.

절차

1. 본 사건은 터키 국적자인 Necmettin Erbakan("청구인")이 2000년 7월 26일 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약("협약") 제34조에 따라 터키공화국을 대상으로 유럽인권위원회에 제출한 제소(청구번호 59405/00)로부터 비롯되었다.

2. 청구인은 스트라스부르흐에서 활동하는 변호사 L. Hincker가 변호하였다. 터키 정부("정부")는 재판소 절차를 위한 대리인을 지정하지 않았다.

3. 본 청구의 목적은 이 사건의 관련사실들이 피청구 국가가 협약 제6조와 제10조에서 요구하는 바를 준수하지 않았다는 것을 밝힐 수 있는지 여부를 결정하는 것이다.

4. 본 청구는 제1부에 배당되었다(절차규칙51 제1조). 제1부 안에서(협약 제27조 제1항), 절차규칙26 제1조에 따라 재판부가 구성되었다.

5. 2005년 11월 10일 판결에서 재판소는 이 청구가 부분적으로 적법하다고 선언하였다.

6. 정부는 본 사건의 본안에 대해 서면 의견서를 제출하였다.

7. 2006년 4월 1일 재판소는 부 구성을 변경하였다(절차규칙25 제1조). 그러나 본 청구는 그 날짜 이전에 존재하였던 제1부 재판부에서 계속해서 담당하였다.

사실관계

I. 사건의 배경

8. 청구인은 1926년생이고, 앙카라에 거주하고 있다. 그는 정치인이며 국무총리를 지냈다. 사건이 일어났던 시기에, 그는 Refah Partisi(복지당)의 대표였다. 1998년 1월 16일 복지당의 반(反) 세속주의적 활동을 인정한 헌법재

판소의 결정에 의해 복지당은 해산되었다.

9. 1994년 2월 25일, 지방 선거기간에 청구인은 터키 남동지역의 빙괼(Bingöl)시에서 대중 연설을 하였다. 이 연설은 공식적으로 기록되지 않았다.

10. 정부는 문제가 되는 발언들이 유포되던 당시 그 지역에 만연했던 상황에 대해 강조하였다. 빙괼시는 지리적으로 테러리스트 활동이 빈번하게 일어났던 지역의 중심인 터키의 남동쪽에 위치해 있다. 빙괼시는 여러 번 테러 공격을 감행했던 이슬람 극단주의 조직 헤즈볼라의 근거지이기도 하다. 더구나 그 연설은 시바스에서 방화 공격으로 인해 33명이 사망한 사건이 일어난 지 6개월 후에 일어났다. 그에 더해 그 지역 사람들은 이슬람 근본주의자들이 벌인 유사한 비극적 사건의 피해자들이었다.

11. 1998년 7월 2일 검찰은 형법 제312조 제2항에 따라 청구인을 디야르바키르 국가안보법원에 기소했다. 청구인은 문제가 되는 연설에서 종교와 인종, 지역의 차이에 대해 발언함으로써 증오와 적대를 공공연하게 선동했다는 혐의를 받았다. 검사는 또한 그 발언이 녹화된 비디오 카세트("카세트1")를 제출했다. 이 카세트는 1997년 8월 6일 소송 근거를 위한 수색 과정에서 압수된 것이다. 문제가 되는 발언의 내용(공소장에도 기술되어 있음)은 다음과 같다.

> "... 알라의 뜻으로 고통의 시대는 막을 내렸다. 탄압은 끝났다. 러시아에서 일어난 혁명보다 더 큰 혁명이 터키에서 일어났다. 러시아에서 공산주의가 무너졌듯이 서구에 대한 모방, 불신자들에 대한 사랑은 무너졌다. 이것은 대단한 사건이다. 알라의 도우심으로 3월 27일이 한 달 밖에 남지 않았다.
>
> ... 우리의 권력을 강탈하고, 압제적인 이 체제는 완전히 바뀔 것이다. 알라의 뜻으로 1994년 10월까지 위대한 선거가 진행될 것이며, 복지당은 절대 다수당으로 의회에 진입할 것이다. 알라의 뜻으로 이 시대는 끝날 것이고, 새로운 시대가 열린 것이다(알라신의 뜻이라면).
>
> ... 첫 번째 소견은 이 나라에 더 이상 12개의 정당이 존재하지 않는다는 것이다. 정의로운 이들의(hak) 정당과 부정의한 이들의(batil) 정당 두 개가 있을 뿐이다. 정의로운 이들을 대변하는 정당은 빙괼 지역 형제들의 믿음 또한 대변한다. 형제들의 정당이기도 한 당은 복지당이다. 나머지 정당은 누구의 정당인가? 그들, 그들은 누구인가? 복지당을 뺀 당은 모두 부정의하다. 나머지는 불신자를 사랑한다는 측면에서 하나의 정당이라고 볼 수 있다. 그들은 독립적이지 않다. 그들은 서구의 보호 하에 권력을 얻었다. 그들은 서구의 지시를 받아 터키 사람들을 탄압하였다. 그들은 모두 고리대금업자들이고, 착취자들이며, 압제자들이다. 무엇보다 우리는 이슬람 세계를 버리게 될 것이고, 기독교인들과 함께 하게 될 것이며, 불신자들이 법을 만들고 우리를 통치할 것이다. 그들은 단일 시장의 일원이 되는 것이 좋다고 주장하는 사고 방식을 가지고 있는 자들이다. 물

론 믿음을 가진 사람들은 그들을 따르지 않는다. 그들의 시대가 끝났다는 것에 대해 신에게 감사할 뿐이다.

... 알라의 뜻으로 이 시대는 끝나고, 새로운 시대가 올 것이다.

... 자, 빙괼 지역의 나의 형제들이여, 유럽을 모방하는 이 자들이 50년 전 나타났을 때 이들은 이 땅의 자손들에게 뭐라고 했던가? 너의 신앙을 버리고, 우리를 따르라. 그러면 이 세상에서 네게 필요한 것을 주리라. 이 나라의 사람들은 50년 간 인내하며 기다렸다. 그는 50년을 기다렸다. 독일은 30년 안에 복구되었다. 일본도 30년 안에 복구되었다. 기다린 사람들은 50살이 되었다. 50년이 지난 지금 그들은 무엇을 했는가? 실업자가 천백만 명이다. 최저 임금을 받으며 사는 사람이 550만명이다. 은퇴한 사람들 4백만명이 버려진 채 죽어가고 있다. 바로 이것이 그들이 당신에게 준 것이다...

... 자, 빙괼 지역의 나의 형제들이여. 보라! 이 나라의 성스러운 자식들이여. 지난 50년간 우리는 인내했고, 매 선거마다 투표를 했다. 매번 우리는 모든 것을 바꿔야 한다고 말했다. 하지만 우리는 배우도 바뀌고, 극장도 바뀌었지만, 연극은 바뀌지 않았다는 것을 깨달았다.

... 올 3월 27일, 우리는 배우를 바꾸지도, 극장을 바꾸지도, 연극을 바꾸지도 않을 것이다. 우리는 알라의 뜻으로 세상을 바꿀 것이다...

간단하게 설명해보겠다. 그들은 우리가 올바른 질서(*adil düzen*)를 이해하지 못한다고 말한다. 만약 배움이 충분하지 않으면 어떻게 되는가? 당신은 지금껏 책을 거꾸로 읽어 왔다. 그들은 항상 불신자들의 영향력 아래에 있는 학교에서 교육을 받았다. 그들은 모든 것을 거꾸로 읽었다. 그들은 이익이 선을 가져올 것이라고 믿는다. 그게 그들의 사고 방식이다...

... 그들은 고리대금업자들이다. 오! 그들이 우리의 종교로부터 배울 수 있을까! 그들의 귀는 닫혀있고, 심장은 잠겨있다.

... 이 끔찍한 테러들이 우리에게 닥친 것은 이 모방자들 때문이다. 불행하게도 그들은 이것을 해결할 수 없다. 왜? Çiller [당시 국무총리]가 와서 나에게 어떻게 이 테러를 해결할 수 있는지 물었다. 나는 총리가 무엇을 질문할지 알고 있었기 때문에 목록을 미리 준비해뒀다. 나는 열 두개의 조항으로 구성된 목록을 준비하여 총리 앞에 놓았다. 나는 총리에게 말했다. "여기, 이것이 그 약이다. 하지만 당신은 이것을 적용할 수 없을 것이다. 왜냐? ... 첫째, 테러를 지지하는 미국 망치의 힘을 몰아내야 하는데, 당신은 미국과 연결되어 있기 때문에 미국을 저버릴 수 없기 때문이다. 둘째, 터키의 남동 지역을 마비시키고 있는 이라크에 대한 통상 금지를 없애야 한다. 우리에게 200억 달러 규모의 손실이 있다고 말한 것은 당신 자신이다. 저길 보라. 녹슨 트럭이 있다.

아무도 가게에서 물건을 사지 않는다. 당신은 200억 달러의 손실을 낸 것이다. 그들(이라크인)도 무슬림이다. 그들에게 필요한 것을 여기에서 보내자. 그러면 우리의 경제도 성장할 수 있다. 당신은 이를 할 수 없다... 테러를 종식할 수 있는 주요한 조건은 이슬람에 기반한 우애를 확립하는 것이다...

이 나라의 어린이들이 수세기 동안 학교에 들어가서 가장 먼저 하는 것은 신성한 어구[Basmala, 바스말라: 코란의 첫 구절은 다음과 같다: "인자하고 자애로우신 알라의 이름으로"]를 소리내어 말하는 것이었다고 나는 말했다. 당신은 이 어구를 배웠고, 이 어구를 삭제해버렸다. 당신은 다음과 같은 문장으로 그 어구를 대체했다: 나는 공정하고, 열심히 일하는 터키인이다. 당신이 그렇게 말할 때 쿠르드족 출신의 무슬림 어린이는 다음과 같이 말할 권리를 얻는다 "나는 쿠르드 족이다. 나는 더 공정하고, 더 열심히 일한다"...

1400년 간 우리는 마음으로 통합되어 있었고, 각자 다른 사람들을 보호하기 위해 자신의 몸을 희생했다. 아무도 자신의 출신을 묻지 않았는데, 그것은 우리 모두가 무슬림의 자녀들이었기 때문이다. 바로 그것이 약이다. 그러나 오직 복지당만이 그것을 집행할 수 있다. 왜냐하면, 올바른 질서 속에서는 모두에게 종교의 자유에 대한 권리가 보장되기 때문이다. 모든 사람은 전통과 관습에 맞춰 자신의 삶을 주도하고, 자신의 종교를 자유롭게 나타낼 수 있다. 그들은 아직 헤드 스카프를 두르는 것을 허락하지 않는다. 올바른 질서 속에서 모든 사람은 자신의 확신에 따라 그들 자신을 조직하고, 우리는 함께 일할 것이다. 모든 사람은 자신의 종교를 가르칠 것이다. 모든 사람은 모든 인권을 향유할 것이다. 우리가 우리의 모국어를 사용할 것이라는 것은 자명하다. 이것들은 자연적 권리들이다.

... 이것이 평온, 평화, 우애는 오직 올바른 질서 속에서만 보장될 수 있는 이유이다. 1400년 간 우리는 그러한 자유 속에서, 행복한 방식 속에서 살아왔다. 다시 한 번, 알라의 뜻으로, 우리는 그렇게 살 것이다.

존경하는 빙괼 지역의 형제들이여, 그들은 불신자들과 사랑에 빠졌기 때문에 외교 정책을 망쳐버렸다.

... 내일 이 집회는 믿는 자들에 의해 택하여진 것이고, 그들의 모든 권리는 유혈사태 없이 인정받을 것이다. 이것이 옳은 길이다.

... 이 테러로 가장 많은 고통을 받은 사람은 남동 지역 주민들이다. 두 살짜리 아이가 자다가 살해당했다. 마을이 불타고 작은 시골 마을이 진공화되었다. 당신의 대리인들은 항상 이 탄압의 사진들을 가지고 왔다. 당신이 증언을 하자 그들은 사람들을 Demiral[당시 터키 대통령]앞에 세웠다. 보라! 당신은 우리 사람들을 탄압했다. 당신은 사람들을 교육시켜야 한다. 당신은 사람들을 이런 식으로 대우해서는 안 된다. 그들은 실수를 저질렀다. 그러나 우리는 정당한 사람들과 함께 해야 한다. 그래야 모든 것이 제대로 돌아갈 수 있다.

... 알라의 뜻으로, 3월 27일, 우리는 선거를 치를 것이고, 구원받을 것이다. 복지당에 투표함으로써 우리는 일석이조의 효과를 거둘 수 있을 것이다. 무엇보다 재난으로부터 이 나라를 구할 수 있을 것이다. 다른 한 편으로 우리는 기독교의 노예가 되지 않을 것이며, 이슬람 연합을 수립할 수 있을 것이다...

... 정당한 자들(Hak)이 지배할 수 있도록 하겠다는 약속으로 오늘 집회를 마무리한다. 손을 들어보라! 바로 이것이 우리를 이 비탄들로부터 구할 수 있는 방법이다. 빙괼 사람들의 행복과 구원을 위해, 최대한 빨리 이 수탈적 체제를 바꾸기 위해 그리고 정당한 질서를 확립하기 위해, 보스니아와 아제르바이젠, 예루살렘을 구하고, 기독교 연합이 아닌 이슬람 연합을 위해 있는 힘을 다하겠다고 약속한다.."

12. 1998년 9월 5일, 두 명의 민간인 판사와 한 명의 군판사로 이루어진 국가안보법원에서 청구인은 다음과 같이 자신을 변호하였다. 그는 지방선거 운동 중 빙괼에서 대중 연설을 한 적이 있음을 시인하였다. 그러나 그 연설에는 사람들에게 증오나 적대를 선동하려는 의도를 가진 어떠한 단어도 담겨있지 않았다. 더군다나 법원에 제출된 녹음물에는 연설의 정확한 내용이 반영되어 있지 않았다. 그러므로 이는 기소의 증거로 간주될 수 없었다. 더 나아가 그는 이 사건이 일어난 지 5년 이상의 시간이 지났기 때문에 이 형사 소송은 공소시효가 지났다고 주장하였다. 더군다나, 그의 주장에 의하면, 이 발언들은 이미 국회 심의 중에 했던 발언들이고, 헌법에 따른 절대적 불가침에 의해 보호받는 발언들이다. 보충적 항변으로 청구인은 형법 제312조 범죄의 구성요건이 충족되지 않았다고 주장하였다. 그는 공소장에 나와있는 그 연설은 어떤 식으로도 증오와 적대의 선동에 해당할 수 없음을 덧붙였다. 그는 복지당과 다른 정당의 차이점을 강조했고, 수탈적 체제를 비판하며, 우애에 호소하였다. 마지막으로 그는 협약 제10조의 보호를 호소하였다.

13. 1998년 10월 21일에 내린 선결적 판결에서 국가안보법원은 카세트 1번의 신뢰성을 결정하기 위해 전문가를 지정하기로 결정하였다.

14. 1998년 12월 14일, Toz 씨, 시청각 전문가인 Güna, Bayrak씨가 작성한 전문가 보고서가 증거에 추가되었다. 그 보고서는 이것이 원기록물의 사본이 맞는다는 것과, 문제의 카세트가 함부로 변경되지 않았다고 결론 내렸다.

15. 1999년 2월 10일 제출한 의견서에서, 청구인은 이미 제시된 방어논리를 반복하였다. 그 견해를 지지하기 위해 그는 Bahri Öztürk 교수가 작성한 보고서를 제출하였다. 이 문제와 관련한 터키 법원의 판례를 언급하며, 그는 비디오 카세트가 기소의 증거로 간주될 수 없다는 점을 다시 강조하였다. 그는 또한 1998년 12월 14일자 전문가 보고서의 결론에 대해 이의를 제기하였다; 그는 카세트 1번이 1997년 10월 31일에 제조되기 시작하였다고 주장하면서 새로운 전문지식을 요구하였다.

16. 1999년 2월 10일자 공소장에서 검찰은 청구인에 대한 유죄 판결을 내려달라고 요청하였다.

17. 같은 날 이뤄진 공판에서 국가안보법원은 새로운 전문가 의견에 대한 요구를 기각하였다.

18. 1999년 3월 3일에 내린 선결적 판결에서 국가안보법원은 한편으로, 카세트 1번 제조사에 제품 제조일을 확인하고, 다른 한편으로, 1994년 2월 25일에 있었던 연설의 녹화 테이프가 존재하는지 여부를 빙괼 주에 확인하기로 결정하였다.

19. 1999년 3월 22일 빙괼주는 1994년 2월 25일에 있었던 연설의 녹화물은 없다는 사실을 확인하였다.

20. 카세트 1번의 제조사는 카세트의 제조일이 청구인이 지적한 날짜가 맞다는 점을 확인하였다. 국가안보법원은 카세트 1번을 제출한 앙카라 검찰에 이 점을 지적하였다. 검사는 1번이 원본이 아니라며 또 다른 비디오 기록물("카세트 2번")을 제출하였다.

21. 1999년 6월 18일, 터키 대국회는 헌법 제143조를 수정하여 국가안보법원의 구성에서 군판사(혹은 군검찰)를 제외하였다. 1999년 6월 22일 국가안보법원 법률도 헌법과 유사하게 개정되어 그 때까지 앙카라 법원에서 근무했던 이 재판의 군판사는 비-군인 판사로 교체되었다.

22. 1999년 7월 5일, 세 명의 민간인 판사로 구성된 국가안보법원에 제출한 피고인측 의견서에서 청구인은 카세트 1번은 가짜 사본이므로 검찰 측 증거에서 제외되어야 한다고 요구하였다.

23. 국가안보법원은 카세트 2번에 대한 전문의견을 명령하였다.

24. 1999년 12월 2일 세 명의 대학교수 Çavuşoğlu, Hızal, Çakıloğlu로 구성된 college는 그들의 전문가 보고서를 제출하였다. 그들은 카세트 1번은 카세트 2번의 사본이 될 수 없다고 결론 내렸다. 거기에 더해 두 테이프 사이에 몇몇 차이점 또한 발견되었다.

25. 2000년 2월 7일 공판에서 검사는 재판부에 제출된 증거에 따라 청구인에게 유죄를 판결해 달라고 요청하였다.

26. 2000년 2월 21일, 청구인은 두 개의 카세트가 원본이 아니라는 사실이 확립되었다고 주장하였다. 전문가는 이 카세트들에 수정이 가해졌을 가능성을 배제하지 않았고, 녹음된 음성이 누구의 것인지 확실하게 결정할 수 없다는 점을 지적하였다. 그러므로 두 개의 카세트들은 폐기되어야 한다. 더군다나 관련 법령에 따르면, 판사의 감독 하에 녹화된 비디오테이프만이 법적 증거로 간주될 수 있었다.

27. 2000년 3월 7, 8일 의견서에서 청구인은 전에 제출된 자신의 변론을 반복하였다. 그는 또한 당시 대중 연설 현장에 정부위원이 있었고, 그 위원이 연설에 대해 빙괼 주에 공식 보고서를 제출했다고 주장하였다. 그 보고서에서 관련 부분의 내용은 다음과 같다:

"... 오전 11시 5분, 복지당 대표인 Erbakan씨가 모임 장소에 나타났다. 25분~30분간 이어진 연설에서 그는 경제적·정치적 문제에 대해 이야기하였다. 빙괼 주와 무슈 주 사이에 비어있는 땅이 있다는 것을 주장하면서 그는 자신이 짓기 시작했다는 시멘트 공장에 대해 설명하였다. 그는 이 나라에 공항을 짓고 싶다는 욕망을 표현하였다. 그 이후 모임은 끝났다. 모임은 합법적으로 이루어졌다."

28. 2000년 3월 10일 공판에서 국가안보법원은 청구인에게 발언할 기회를 준 후 판결을 내렸다. 재판부는 청구인에게 유죄 판결을 내리고, 징역 1년에 벌금 220,000터키 리라를 선고하였다(아래 문단 39).

29. 법원은 우선 이 행위가 선거운동 기간 중에 일어난 것으로 문제되는 조항은 형법 제312조 제2항이라고 보았다. 그러므로 제312조의 범죄 구성 행위의 시효는 5년이기 때문에 그 범죄 행위에 대한 시효가 지났다는 변호는 인정되기 어렵다. 절대적 불가침 관련 변호에 대해 법원은 문제가 되는 연설의 내용은 국민의회 심의 중에 했던 발언과는 다르다는 것을 주목하였다. 비디오 녹화물이 법적 증거로 간주될 수 있는지에 대해, 법원은 문제가 되는 두 개의 카세트 테이프 속 이미지들과 소리가 동시에 일어났다는 점을 고려할 때, 녹화물은 소송 근거를 위한 수색 과정에서 적법하게 획득한 원본으로부터 복사되었을 가능성이 크다고 생각하였다. 법원은 보안군이 카세트 테이프를 조작했을 가능성은 배제하였다. 다른 한편, 문제가 되는 발언들은 인쇄 매체와 전파 매체로 전파되었다. 그때부터 법원은 연설이 피고인에 의해 행해졌다는 것과 정부위원이 그 일에 대해 쓴 공식 보고서가 세부내용까지 담고 있지는 않다는 점을 당연하게 받아들였다. 이를 근거로 법원은 테이프에 녹화된 발언들이 피고인이 1994년 2월 25일 빙괼에서 행해졌다고 추론하였다.

30. 문제가 되는 연설이 종교에 따른 구분을 근거로 증오와 적대를 선동하는 내용을 담고 있었는지와 관련하여 법원은 다음의 구절을 언급하였다:

> "... 이 나라에는 더 이상 12개의 정당이 존재하지 않는다. 정의로운 이들의(hak) 정당과 부정의한 이들의(batil) 정당 두 개가 있을 뿐이다. 정의로운 이들을 대변하는 정당은 빙괼 지역 형제들의 믿음 또한 대변한다. 그 자신의 정당이기도 한 당은 복지당이다. 나머지 정당은 누구의 정당인가? 그들, 그들은 누구인가? 복지당을 뺀 당은 모두 불공정하다. 나머지는 불신자를 사랑한다는 측면에서 하나의 정당이라고 볼 수 있다. 그들은 독립적이지 않다. 그들은 서구의 보호 하에 권력을 얻었다. 그들은 서구의 지시를 받아 터키 사람들을 탄압

하였다. 그들은 모두 고리대금업자들이고, 착취자들이며, 압제자들이다. 무엇보다 우리는 이슬람 세계를 버리게 될 것이고, 기독교인들과 함께 하게 될 것이며, 불신자들이 우리의 법을 만들고 우리를 통치할 것이다..."

법원은 문제가 되는 구절에서 청구인이 어떤 종교의 구성원인지의 기초에 근거하여 "믿는 자"와 "믿지 않는 자"를 구분했다고 지적하였다.

31. 거기에 더해 법원은 다음의 구절도 인용하였다.

"이 나라의 어린이들이 수세기 동안 학교에 들어가서 가장 먼저 하는 것은 신성한 어구를 소리내어 말하는 것이었다고 나는 말했다. 당신은 이 어구를 배웠고, 이 어구를 삭제해버렸다. 당신은 다음과 같은 문장으로 그 어구를 대체했다: 나는 공정하고, 열심히 일하는 터키인이다. 당신이 그렇게 말할 때 쿠르드족 출신의 무슬림 어린이는 다음과 같이 말할 권리를 얻는다 "나는 쿠르드 족이다. 나는 더 공정하고, 더 열심히 일한다"..."

이 구절은 인종 차별에 근거하여 증오와 적대를 선동하는 것으로 해석되어야 한다고 법원은 결론 내렸다.

32. 법원은 또한 문제의 연설이 이뤄진 곳이 빙괼이라는 점을 주목하였다. 당시의 상황에서 봤을 때, 청구인은 표현의 자유의 한계를 넘었고 이 연설은 선거 캠페인이라고 볼 수 없었다.

33. 청구인은 항소이유서에 의해 법률의 관점에서 항소하였다. 그는 1심에서의 증거 평가, 좀 더 구체적으로 대중연설의 내용을 녹화한 두 개의 테이프에 대해 문제를 제기하였다. 그는 또한 이 형사 소송은 시효가 지났다고 주장하였다. 그는 고등법원이 2000년 3월 10일 자 판결을 파기해줄 것과 공청회를 열어줄 것을 요구하였다.

34. 2000년 7월 5일, 파기원은 형법소송법 제318조에 근거하여 공청회에 대한 요청을 기각한 후에 파기원은 1심 판결의 근거가 법률과 절차규칙에 따른 것이라며 이를 유지하였다. 파기원은 아래와 같이 판결하였다:

"피고인은 자신의 당을 제외한 모든 정당을 부정의하고, 불신자들과 사랑에 빠져있고, '이익에 기반한 체제'를 방어하는 당이라고 묘사하였다. 피고인은 법의 지배의 민주적, 세속적, 사회적 특성을 알고 있고, 헌법 제66조 하에서 터키 국적을 가지고 있는 사람은 모두 터키인으로 간주되다는 사실을 알고 있음에도 불구하고, 자신의 당을 제외한 다른 당들이 코란에 따라 알라에 대항하여 전쟁을 선언했다고 주장하였다. 그는 테러를 끝내기 위한 주요한 조건은 이슬람에 기반한 형제애를 받아들이는 것이라고 강조했다. 아래의 발언을 함으로써 피고인이 종교, 인종, 지역을 이유로 한 차별에 근거하여 증오와 적대를 선동하려 했다는 점은 입증되었다: "이 나라의 어린이들이 수세기 동안 학교에 들어가서 가장 먼저 하는 것은 신성한 공식을 소리내어 말

하는 것이었다고 나는 말했다. 당신은 이 공식을 배웠고, 이 공식을 삭제해버렸다. 당신은 다음과 같은 문장으로 그 어구를 대체했다: 나는 공정하고, 열심히 일하는 터키인이다. 당신이 그렇게 말할 때 쿠르드족 출신의 무슬림 어린이는 다음과 같이 말할 권리를 얻는다 "나는 쿠르드 족이다. 나는 더 공정하고, 더 열심히 일한다". 전체적으로 봤을 때 피고인의 연설은 형법 제312조 제2항에 규정된 범죄를 구성한다. 그리고 1심 재판부는 사실을 정리하는데 있어 실수를 저지르지 않았다. 1심 재판 공판내용과 1심 판결에서 취합되고 목록화된 증거들과, 1심 재판부가 조사의 결과에 대한 심사에 따라 내린 유죄 판결과 심리를 고려하여 파기원은 피고인의 변론을 기각하고, 원심 판결을 채택한다..."

35. 2001년 1월 3일, 국가안보법원은 법률 제4454호와 제4616호에 따라 청구인에 대한 처벌의 집행을 유예하기로 결정하였다.

36. 2005년 4월 27일, 디야르바키르 순회재판소는 청구인이 집행유예 3년 동안 어떠한 범죄도 저지르지 않았음을 확인하고 그에 대한 판결이 실효되었음을 선언하고 형사절차가 중단됨을 공표하였다. 이로 인해 청구인의 범죄기록은 삭제되었고, 기소와 관련하여 내려졌던 금지 사항들은 제거되었다.

37. 청구인은 2005년 4월 27일자 판결에 대해 법률의 관점에서 항소하였다. 형사 소송의 종료와 관련한 절차는 파기원에 계류 중이다.

II. 관련 국내법과 관습

38. 사건이 일어난 당시 형법 제312조 제2항 다음과 같았다:

"사회 계층 사이의 증오와 적대를 공공연하게 선동하여 특정 계급, 인종, 종교, 종파 혹은 지역에 속하는 자를 차별을 조장한 자는 1년 이상 3년 이하의 징역 및 무거운 벌금... 에 처한다. 만약 그러한 선동이 공공 안전을 위협하는 경우, 그 형을 1/3에서 1/2 이하로 가중한다.

39. 형법 제312조 제2항에 따른 선고는 다른 결과도 수반하는데, 특히 특별법의 지배를 받는 어떤 활동 실행에 대하여 그러하다. 그러므로 예를 들면 이 혐의로 유죄판결을 받은 사람은 단체나 노조를 만들 수 없고(법률 제2908호 제4조 제2항 (b)), 단체나 노조 사무실의 구성원이 될 수도 없다(법률 제2929호, 제5조). 창당을 할 수도 정당에 가입을 할 수도 없으며(법률 제2820호 제11조 제5항), 국회 의원 피선거권도 상실한다(법률 제2839호 제11조 제3항 (f)). 만약 6개월 이상의 징역형을 받으면, 그 범죄가 고의적인 것으로 간주되어 공무원이 될 권리를 박탈당한다(법률

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제657호 제5조).

40. 1999년 9월 3일 법률 제4454호 제1조는 다음과 같이 규정한다:

> "1999년 4월 23일까지 활자, 구두, 시청각 언론을 통해 범죄를 지어 12년 이하의 징역형을 받은 자와 12년의 징역형 혹은 12년보다 적은 형을 받은 자는 그 집행을 유예한다.
>
> ...
>
> 첫 번째 문단에 열거된 자 중 12년 이상의 징역형을 받지 않는 자, 아직 기소되지 않은 자, 예비 조사 단계에서 아직 재판이 시작되지 않은 자, 재판의 마지막 단계에서 아직 판결을 받지 않은 자, 아직 판결이 확정되지 않은 자에 대해서는 재판을 유예한다..."

41. 같은 법률 제2조는 다음과 같이 규정한다:

> "제1조에 의해 혜택을 받은 자가 3년의 유예 기간 중 의도적으로 범죄를 저지른 경우 유예되었던 형벌을 집행해야 한다... "

42. 1999년 4월 23일까지 저지른 범죄에 대한 재판과 집행을 유예하고 그 범죄를 지은 자를 조건부로 석방하는 것에 관한 법률 제4616호는 2000년 12월 21일부터 시행되었다. 이 법률은 1999년 4월 23일 이전에 이 법에 나열된 범죄를 저지른 자에 대한 처벌의 집행을 유예하도록 하고 있다. 유사하게 1999년 4월 23일 이전에 죄를 저질렀다는 혐의를 받는 자에 대한 재판도 유예한다. 이 법률의 제4조에 따르면 재판 혹은 처벌을 유예 받은 자가 5년 이내에 범죄를 저지를 경우 이전에 부여된 유예는 철회된다.

판단

Ⅰ. 협약 제10조 위반 주장

43. 청구인은 형법 제312조에 따른 유죄 판결이 자신의 표현에 대한 자유의 권리를 침해했다고 주장하였다. 협약 제10조의 내용은 다음과 같다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다...

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

44. 당사자들은 이 사건에서 취해진 조치가 청구인의 표현의 자유에 대한 권리를 제한했다는 점에 대해 이의를 제기하지 않았다. 그러한 제한은 "법률에 규정된" 것이어야 하고, 협약 제10조의 두 번째 문단에서 제시된 정당한 목적을 달성하기 위해 취해진 것이어야 하며, "민주사회에서 필요한 것"이어야 한다.

A. "법률에 규정된"

45. 청구인의 판결은 형법 제312조에 근거하고 있으므로 이러한 제한이 법률에 규정된 것이라는 점에는 논란이 없다.

B. 정당한 목적

46. 이러한 제한이 정당한 목적, 즉 질서 보호, 범죄 예방, 도덕의 보호, 특히 타인의 권리 보호라는 정당한 목적을 위해 취해진 것이라는 점은 의심의 여지가 없다.

C. "민주사회에서 필요한"

1. 양측의 주장

47. 정부는 청구인이 악명이 높다는 점을 강조하였다: 그는 30년간 터키 정치에서 중요한 역할을 해왔다. 최초로, 1970년에, 그는 국민질서당(MNP)을 창당하여 터키공화국의 세속적 구조에 반대하는 운동을 펼쳐왔다. 이 당은 반-세속 운동의 중심이 되었다는 이유로 1971년 5월 20일 헌법재판소에 의해 해산되었다. 이후 여전히 같은 이상에 고취되어 청구인은 국민구제당을 창당하였으나 당시 다른 모든 정당들과 마찬가지로 1980년에 금지당했다. 그 이

후 1987년 9월 25일 그는 복지당의 당대표로 선출되었다. 이 당은 이후 1996년 국회의원 선거에서 연립 정부를 구성하였다. 1996년 7월 8일 연정의 의장이었던 청구인은 국회의 신임을 얻어 1997년 7월까지 총리직을 역임하였다. 마지막으로 복지당은 세속주의 원칙에 반하는 활동을 했다는 이유로 1998년 1월 16일 헌법재판소에 의해 해산되었다.

48. 정부는 더 나아가 정치적 이슬람은 실질적 위협을 야기하며, 당시 그러한 주장이 만연했던 상황을 고려했을 때 문제가 되는 연설은 터키라는 국가와 사회에 "현존하는 위기"과 "임박한 위험"을 만들어냈다고 단언하였다. 정치적 이슬람이 인권에 기초하고 있는 민주적 체제에 가하는 위험을 직면했을 때 이 체제는 위험으로부터 자신을 보호하기 위해 조치를 취할 권리가 있었다고 주장하였다. 민주주의 체제를 파괴하려는 모든 정치적 운동으로부터 스스로를 보호하는 민주주의 체제인 "전투적 민주주의"는 두 번의 세계 대전 사이 독일과 이탈리아에서 나타난 파시즘과 국가 사회주의의 경험으로부터 비롯되었는데, 이 두 운동은 다소간 자유투표를 통하여 권력을 잡았다. 정부에 의하면, 전투적 민주주의는 정치의 필수적 행위자인 정당들에게 민주적 원칙에 대한 충성을 부과함으로써 세속주의 원칙에 대해서도 충성을 부과한다. 전투적 민주주의의 개념 및 표현과 결사의 자유를 남용하는 정치적 형성들을 억누르는 것에 대한 가능성은 유럽 국가의 헌법에서도 인정되고 있다(예를 들어 이탈리아 헌법 제18조, 경과 및 최종 규정 제XII조, 독일 기본법 제9조 제2항, 제18조, 제21조 제2항).

49. 국가안보법원의 판결에서 인용된 구절을 근거로 정부는 청구인이 정당을 정의로운 정당과 부정의한 정당 두 가지로 지칭함으로써 어떤 종교에 소속되었는지에 근거하여 차별을 조장했다고 주장하였다. 정부는 또한 청구인의 연설 속에서 민족적 기원, 즉 쿠르드족 기원의 무슬림 어린이를 이야기한 구절이 국가의 영토적 일체성과 단일 구조를 위태롭게 할 수 있다고 간주하였다.

50. 정부는 더 나아가 청구인에게 가해진 처벌이 궁극적으로 유예 되었기에 문제가 되는 간섭이 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 비례적이었다고 주장하였다. 그 간섭은 긴급한 사회적 필요에 의한 것이었으므로 민주사회에서 필요한 것이었다.

51. 청구인은 정부측의 주장에 반대하였다. 청구인에 따르면 앙카라 검찰청이 제시한 문제의 연설이 1994년 2월 25일 청구인의 연설과 일치한다고 말할 수 없다. 왜냐하면 그 비디오 테이프가 진짜인지가 불확실하기 때문이다. 더군다나 법원에 제출된 것과 같은 연설을 청구인이 했다고 하더라도, 거기에는 민족적 기원이나 종교에 기반하여 증오를 선동하는 내용은 명시적으로나 혹은 암묵적으로 담겨있지 않았다. 청구인이 한 발언은 지방 선거를 위한 정치적 캠페인이라는 맥락 속에서 이뤄진 것으로 단순히 사회에 대해 자신이 가지고 있는 이미지나 개념에 대한 의견을 표현한 것 뿐이었다. 그러나 정치인으로서, 청구인은 사회에 대해 당시 정부가 가지고 있는 것과는 다른 개념을 가지고 있었다. 그의 연설 중 국가 법원이 형법 제312조 위반이라고 판결한 부분은 그 주제에 대해 소수적 혹은 도발적 생각

을 표현한 것으로 이는 표현의 자유의 보호를 받는다.

52. 전체적으로 봤을 때, 문제가 된 그 연설은 빙괼 지역 사람들의 폭동을 선동하기 위한 것이 아니라 사회의 당면 문제를 부각시키고 쿠르드족과의 문제를 그들의 관점에서 접근하기 위한 것이었다. 이러한 맥락에서 이 연설은 정치적 토론의 영역에 속한다.

53. 유사하게, 몇 달 전에 그 지역에서 사고가 일어났었다는 사실이 청구인의 유죄 판결을 정당화할 수는 없다.

54. 문제가 되는 그 연설이 임박한 위험을 나타냈고, 국가 안보와 공공 안전, 범죄 방어를 위험하게 할 가능성이 있다는 주장에 대하여, 청구인은 왜 사건이 있은 후 5년 뒤에야 자신에 대한 형사 절차가 시작되었는지에 대해 의문을 표하였다. 청구인은 이 시간의 간격에 비추어 취해진 수단이 추구하는 목적에 비례적인 것으로 볼 수 없다고 주장하였다. 더군다나 기소된 행위에 비해 징역 1년에 벌금 220,000터키 리라는 너무 극단적 처벌이라고 밖에 할 수 없다.

2. 재판소의 평가

(a) 관련 원칙들

55. 재판소는 협약 제10조와 관련된 판결들로부터 드러난 근본적 원칙들을 상기한다:

> i. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 근본적 토대 중 하나이자 사회 진보와 개인 발전을 위한 기본적 조건 중 하나이다. 협약 제10조 제2항에 따라, 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 것 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 것들에도 적용된다(*Handyside v. United Kingdom,* 1976년 12월 7일, Series A, no.24, p.23, 문단 49).
>
> ii. 제10조 제2항의 문구 자체에서 알 수 있듯이 제10조 제1항에 제시되어 있는 권리와 자유를 행사하는 모든 사람은 책임과 의무를 가진다. 그 중에는 -종교적 의견과 신념이라는 맥락 속에서- 되도록 타인을 이유 없이 모욕하여 그들의 권리를 침해하는 표현을 삼가해야 할 의무도 있다. 그러한 표현은 타인의 이익을 증진할 수 있는 공적 토론에 기여하지 않는다(준용, *Otto-Oreminger-Institut v. Austria,* 1994년 9월 20일, Series A no.295-A, pp.18-19, 문단 49, *Wingrove v. United Kingdom,* 1996년 11월 25일, 판결과 결정 보고서 1996-V, p.1956, 문단 52 참고). 더하여 도덕과 특히 종교의 영역에서 내밀한 신념을 모욕할 가능성이

국가인권위원회
humanrights.go.kr

있는 문제에 대한 표현의 자유를 통제할 때에는 일반적으로 회원국에 어느 정도의 재량 여지가 주어진다(준용, *Müller and Others v. Switzerland,* 1988년 5월 24일, Series A no.133, p.22, 문단 35, 가장 최근 사례로 *Gündüz v. Turkey,* no.35071/97, 문단 37. ECHR 2003-XI 참고).

iii. 문제의 제한이 "민주사회에서 필요한 것"이었는지를 입증하는 것은 재판소가 그 간섭이 "사회의 긴급한 필요"에 부합하는지 여부 및 그것을 정당화 하기 위해 국가가 제시하는 이유들이 적절하고 충분한지를 결정할 것을 요구한다(*Sunday Times v. United Kingdom*(no.1), 1979년 4월 26일, Series A no.30, p.38, 문단 62 참고). 그러한 필요가 있었는지, 그 필요를 다루기 위해 어떤 방법을 취했어야 하는지를 결정하는데 있어서, 국가 당국은 일정 정도의 재량 여지를 가지고 있다. 그러나 그것이 무제한적인 것이 아니며 재판소에 의해 행사되는 유럽적 통제와 함께 진행되어야 한다. 당국의 제한이 협약이 보호하는 표현의 자유와 양립할 수 있는지에 대한 최종 판결은 유럽 재판소가 결정해야 한다(다른 것들 중에서, *Nilsen and Johnsen v. Norway* [GC] no.23118-93, 문단 43 ECHR 1999-Ⅷ 참고).

iv. 협약 제10조 제2항은 정치적 연설이나 일반적 이익과 관련된 문제의 영역에서 표현의 자유를 제한할 여지를 거의 남겨두지 않는다(*Scharsach and News Verlagsgesellschaft v. Autriche,* no 39394/98, 문단 30, ECHR 2003-XI 참고). 재판소는 민주사회에서 자유로운 정치적 토론을 보호하는 것이 근본적이라는 점을 강조한다. 재판소는 정치적 토론이라는 맥락에서 표현의 자유가 극단적으로 중요한 것이며 긴박한 이유들 없이 제한될 수 없다고 생각한다. 구체적 사건들에 대한 광범위한 제한을 허용하는 것이 일반적으로 그 국가의 표현의 자유에 대한 존중에 영향을 미칠 것이라는 것은 의심의 여지가 없다(*Feldek c. Slovakia,* no 29032/95, 문단 83, ECHR 2001-VIII). 그렇다고 정치적 토론의 자유가 절대적인 것은 아니다. 회원국은 일정한 "제한"이나 "벌칙"을 둘 수 있지만 그것이 협약 제10조에 명시된 표현의 자유와 양립할 수 있는지를 최종적으로 결정하는 것은 재판소의 역할이다(*Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, series A no 236, p.23, 문단 46).

56. 이 사건의 특징은 청구인이 국내 법원이 "증오 발언"이라고 묘사한 언명 때문에 처벌을 받았다는 점이다. 이 점에서 재판소는 관용과 모든 인간의 동일한 존엄에 대한 존중은 민주적이고 다원적 사회의 근간을 구성한다는 것을 강조한다. 원칙적으로 민주사회에서 불관용(종교적 불관용을 포함하여)에 기반하여 증오를 선전하고, 선동하고, 조장하거나 정당화하는 모든 형태의 표현을 처벌하거나 심지어 아예 하지 못하도록 막는 것이 필요하다고 생각할 수 있다. 물론 그러한 "형식", "조건", "제한" 혹은 "벌칙"은 추구하는 정당한 목적에 비례적이야 한다(증오표현과 폭력의 옹호와 관련하여 준용, *Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no 26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV, 그리고 특히 위 인용된 *Gündüz,* 문단 40 참고).

57. 게다가 재판소가 *Jersid v. Denmakr*(1994년 9월 23일, series A no.298, p.25, 문단 35) 사례에서 언급한 것처럼, 개인이나 집단에 모욕적일 수 있는 증오표현을 구성하는 구체적인 표현이 협약 제10조의 보호를 향유할 수 없다는 것에 대해서는 의문이 없다.

(b) 이 사건에 대한 위 원칙들의 적용

58. 재판소가 청구인에 대한 유죄 판결이 "긴급한 사회적 필요"에 부합하고 추구하는 정당한 목적에 비례적이었는지를 결정하기 위해서는 문제가 되는 "제한"을 사건 전체에 비추어 고려해야 한다. 거기에는 기소가 되었던 발언들의 내용과 그 발언들이 유포된 맥락이 포함된다. 그렇게 하기 위해서 재판소는 국내 법원이 그러했던 것처럼(위 문단 32) 청구인의 발언의 내용을 그 당시 터키 남동부에 만연했던 상황에 비추어 분석하는 것이 중요하다고 본다. 그러나 재판소는 문제가 된 연설이 있었던 공공 집회 후 4년 5개월 후에야 청구인에 대한 재판이 시작되었다는 사실 또한 명심하고 있다. 더 나아가 청구인에게 가해진 처벌의 성격과 정도 또한 간섭의 비례성을 평가할 때 고려되어져야 하는 요소들이다(*Pedersen et Baadsgaard v. Danemark* [GC], no.49017/99, 문단 93, ECHR 2004-...).

59. 청구인은 대중 연설 중 증오와 종교적 불관용을 특별히 선동하는 발언을 했다는 혐의에 대해 유죄를 선고받았다. 1심 법원은 특히 청구인의 발언 중 다음의 부분을 언급하였다:

> "... 이 나라에는 더 이상 12개의 정당이 존재하지 않는다. 정의로운 이들의(hak) 정당과 부정의한 이들의(batil) 정당 두 개가 있을 뿐이다. 정의로운 이들을 대변하는 정당은 빙괼 지역 형제들의 믿음 또한 대변한다. 형제들의 정당이기도 한 당은 복지당이다. 나머지 정당은 누구의 정당인가? 그들, 그들은 누구인가? 복지당을 뺀 당은 모두 불공정하다. 나머지는 불신자를 사랑한다는 측면에서 하나의 정당이라고 볼 수 있다. 그들은 독립적이지 않다. 그들은 서구의 보호 하에 권력을 얻었다. 그들은 서구의 지시를 받아 터키 사람들을 탄압하였다. 그들은 모두 고리대금업자들이고, 착취자들이며, 압제자들이다. 무엇보다 우리는 이슬람 세계를 버리게 될 것이고, 기독교인들과 함께 하게 될 것이며, 불신자들이 법을 만들고 우리를 통치할 것이다..."

60. 극단주의 단체들의 테러 행위로 인해 주민들이 피해를 겪고 있었던 당시 빙괼의 상황을 고려하여, 국가안보법원은 청구인이 특히 "믿는 자"와 "믿지 않는 자"를 구분함으로써 정치적 토론의 자유에서 허용가능한 한계를 넘었다고 결론내렸다(위 문단 30).

61. 파기원에 따르면 청구인은 자신의 당을 제외한 모든 정당을 '이익에 기반한 체제'를 옹호하면서 부정의한 당, 불신자들과 사랑에 빠져있는 당이라고 규정함으로써, 이 당들이 코란에 따라 알라에 대항하여 전쟁을 선언했다는 이념을 주창하였다(위 문단 34).

62. 악명 높은 정치인이 공개적 모임에서 한 발언들은 -만약 그러한 발언이 실제 있었다면- 그것은 오직 종교적 가치에만 근거한 구조를 가진 사회에 대한 전망을 더 잘 나타내고 그래서 가장 다양한 집단들이 서로를 마주하며 사는 현대 사회의 특징인 다원주의와 조화를 이루기 어려운 것으로 보인다고 간주될 수 있다. 실제로 청구인은 종교적 용어를 사용함으로써 모든 사회에 고유한 이 다양성을 "믿는 자"와 "믿지 않는 자"로 단순하게 구분하였고, 종교적 연합에 기반하여 정치 노선을 형성할 것을 호소하였다.

63. 추가하여, 정부측이 밝힌 것처럼(위 문단 9), 이 발언들이 빙괼 지역에 전파되었을 당시 그 지역의 주민들은 근본주의자들에 의한 공격 때문에 비극을 겪는 피해자였다는 점이 고려되어져야 한다(준용, *Zana v. Turkey,* 1997년 11월 25일, Report 1997-VII, p.2539, 문단 10, 그리고 *Sürek v. Turkey*(no 2) [GC], no.24122/94, 문단 37, 1999년 7월 8일).

64. 모든 형태의 불관용에 대한 투쟁은 인권 보호에서 필수적인 부분이라는 것을 강조함으로써, 정치인이 대중 연설에서 불관용을 부채질할 것 같은 발언을 전파하는 것을 회피하는 것이 결정적 중요성을 갖는다.

65. 그러나 민주사회에서 자유로운 정치적 토론의 중요성을 고려한다면, 재판소는 정치적 담론의 영역에서 엄한 처벌을 내려야 할 강력한 이유가 있는지 여부를 심사해야 한다. 이점이 더욱 중요한 것은 청구인이 종교에 기반한 증오를 선동하는 연설을 해서 유죄판결을 받았을 뿐만 아니라 연설 중 일부에서 인종 차별에 기반한 증오와 적대감을 선동한 것으로 간주되었기 때문이다(위 문단 31과 34).

66. 이점에서 재판소는 특히, 청구인이 국내 법원 앞에서 그러했던 것처럼(문단 12, 15, 22, 26, 27, 33 참고), 비디오 카세트가 진품인지 확실하지 않기 때문에 앙카라 검찰청이 제시한 연설이 1994년 2월 25일 청구인이 말한 내용과 일치하지 않는다는 청구인의 주장에 주목한다. 마찬가지로 문제의 모임 직후 공식 보고서를 작성한 정부위원은 에르바칸 씨가 "경제적, 정치적 문제에 대한 이야기를 꺼냈고... 집회가 합법적으로 이루어졌다"고만 명시하는데 그쳤다(위 문단 27).

67. 재판소는 특히 당국이 이 모임이 있은 지 5년이 지난 후에야 단지 그 진위가 논란이 된 비디오 녹화에만 근거하여 문제가 되는 연설의 내용을 모으려고 시도했다는 점을 주목한다. 이 점에서, 비록 국내 법원이 채택한 터키 법률 하에서 증거를 받아들일 수 있는지에 대한 기준을 판결하는 것이 재판소의 업무가 아니라는 사실에도 불구하고, 재판소는 이 사건에서 검찰이 기소한 발언 모두에 대해 청구인에게 책임을 묻는 것은 특히 어렵다고 생각한다(같은 취지의 판결은 *Amihalachioaie v. Moldova,* no.60115/00, 문단 37, CEDH 2004-III).

68. 마찬가지로, 재판소는 본 사건의 상황을 고려했을 때, 청구인에 대한 소송이 시작되었을 당시 문제가 되는

연설이 사회에 "현존하는 위기"과 "임박한 위험"을 불러일으켰다던지 혹은 그러할 가능성이 컸다는 점이 확립되지 못했다고 판단한다(위 문단 48). 이 점에서 정부와는 달리 재판소는 이 소송이 청구인에게 미칠 영향을 고려했을 때 문제가 되는 발언의 유포와 형사 소송의 시작이라는 시점 사이에 4년 5개월이라는 긴 기간이 흘렀다는 사실이 고려해야 할 요소라고 생각한다. 이것이 더욱 중요한 것은 국가안보법원이 문제가 되는 모임이 있었던 빙괼의 당시 상황을 고려하여 판결을 내렸기 때문이다(위 문단 32).

69. 마지막으로 재판소는 청구인이 220,000터키 리라의 벌금에 더해 1년의 징역형을 받았고, 몇몇 시민적·정치적 권리의 행사를 금지 당했음을 알고 있다(위 문단 28과 39). 이는 분명히 저명한 정치인에게 매우 가혹한 처벌이다. 그러한 처벌은 그 특성으로 인해 필연적으로 억제 효과를 불러일으킬 수 밖에 없다는 점, 그리고 청구인에 대한 처벌이 집행되지 않았다는 사실이 어떤 방식으로도 결론 자체를 바꿀 수 없다는 점이 주목되어져야 한다(준용, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no.33348/96, 문단 116, 2004년 12월 17일). 게다가 청구인에 대한 처벌의 유예와 관계된 사람이 혜택을 보는 형사 절차의 뒤 이은 종료는 단순히 유예 기간 종료와 특히 유사한 범죄를 저지르지 않은 것의 결과일 뿐이다(준용, *Asli Güneş v. Turkey*(dec.), no.53916/00, 2004년 5월 13일 참고).

70. 결론적으로 청구인에 대한 기소의 필요성을 뒷받침하는 이유들은 표현의 자유에 대한 청구인의 권리를 간섭하는 것이 "민주사회에서 필요했다"는 점을 납득시키기에 충분하지 않았다. 특히 자유로운 정치적 토론을 보장하고 유지하는 것이 민주사회의 이익이라는 점을 고려했을 때, 죄가 될 만한 발언을 퍼뜨린 지 4년 5개월 이후에야 정치인에 대한 형사 소송을 시작했다는 것은 추구하는 정당한 목적에 비례적인 수단이라고 볼 수 없다.

71. 그러므로 협약 제10조에 대한 위반이 있었다.

Ⅱ. 협약 제6조 제1항 위반 주장

72. 청구인은 자신의 사건이 독립적이고 공평한 법원에 의해 처리되지 않았다고 주장하였는데 왜냐하면 디야르바키르 국가안보법원에서의 재판 일부에 군판사 한 명이 재판부의 일원으로 있었기 때문이었다. 청구인은 협약 제6조 제1항을 행사했는데, 관련 부분은 다음과 같다:

> "모든 사람은... 형사상의 죄의 결정을 위하여... 독립적이고, 공평한 법원에 의하여... 공정한 공개심리를 받을 권리를 가진다..."

73. 정부는 청구인의 주장에 이의를 제기하였다.

74. 재판소는 *Öcalan v. Turkey*사건([GC], no 46221/99, 문단 116-118, ECHR 2005-...)에서 민간인이 군 인사가 포함(부분적 구성이라 할지라도)된 법정에 출두해야 한다는 사실을 중요하게 간주하며 그러한 상황이 민주사회에서 법원이 고무격려해야 할 신뢰를 심각하게 약화시킨다고 보았다는 점을 상기한다. 재판부는 이의가 제기된 사법부가 재판의 세 단계, 즉 조사, 재판, 판결의 각 단계에서 행정부나 입법부로부터 독립적이어야 한다는 점을 강조함으로써, 군 판사가 나머지 소송에서 계속해서 유효한 한 가지 이상의 절차적 행위에 참여할 때, 이후의 법정 절차가 이러한 의심을 충분히 해소했다고 볼 수 없다면 청구인이 절차 전체의 규칙성에 대해 충분히 의심할 수 있다고 결론 내렸다.

75. 재판소는 이 사건에서 1999년 6월 23일 군 판사에 대한 교체가 있기까지 본안에 대한 세 번의 공판에 군 판사가 참여했다는 점을 주목한다. 본안에 대한 판결을 내리기 전까지 재판부는 두 번의 결정을 내렸다(위 문단 13, 18 참고). 재판소는 또한 군 판사가 교체된 이후 이 과정들이 갱신되지 않았고, 그것들이 모두 교체판사에 의해 유효하게 되었다고 점을 알고 있다.

76. 이러한 환경에서, 이 사건은 위에서 언급한 *Öcalan*사례와 그리 다르지 않다. 또한 재판부는 소송이 끝나기 전에 군 판사가 교체된 것이 자신을 재판한 재판부의 독립성과 공평함에 대한 청구인의 합리적 의심을 누그러뜨렸다는 주장을 받아들일 수 없다.

따라서 이 지점에 대해 협약 제6조 제1항에 대한 위반이 있었다.

Ⅲ. 협약 제41조의 적용

77. 협약 제41조의 내용은 다음과 같다:

> "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 회원국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다"

78. 청구인은 제한된 기간 내에 정당한 배상에 대한 요구를 제출하지 않았다. 따라서 재판소는 그 부분에 있어 청구인에게 어떤 금액도 지불할 필요가 없다고 판단한다(절차규칙60 제3조).

이러한 이유로 재판소는

1. 6대 1로, 협약 제10조에 대한 위반이 있었다고 판결한다.

2. 만장일치로 협약 제6조 제1항에 대한 위반이 있었다고 판결한다.

불어로 판결하였고, 절차규칙77 제3조에 따라 2006년 7월 6일 서면으로 통지함.

Santiago Quesada	Christos Rozakis
서기	재판장

협약 제45조 제2항과 절차규칙77 제3조에 따라, Steiner 판사의 부분 반대 의견을 판결문에 첨부한다.

Steiner 판사의 부분 반대 의견

1. 판결문의 문단 64까지는 재판부 다수의 논리에 동의할 수 있지만 협약 제10조와 관련하여 다수가 도달한 결론에 대해 동의할 수 없음을 안타깝게 생각한다.

잘 알려진 정치인인 청구인은 대중 모임에서 극단주의 단체에 의해 자행된 테러행위로 인해 주민들이 피해를 입은 지역에서 종교적 불관용을 퍼뜨렸다. 특히 청구인은 스스로를 "믿는 자"라고 여기는 모든 사람들을 대상으로 그렇지 않은 자들을 향해 폭력을 쓰라고 공개적으로 호소하였다.

내가 보기에 그러한 공적 발언은 증오 발언을 구성하고, 폭력에 대한 변명 혹은 폭력에 대한 선동을 구성한다; 이러한 발언은 관용의 정신과 양립할 수 없으며 협약의 전문에 표현된 정의와 평화라는 근본적 가치에도 반한다. 이 발언들은 자유로운 정치적 토론의 일부분으로 간주되어서는 안된다. 이것들은 자유로운 정치적 토론은 민주사회라는 개념의 중심에 놓여있고 내가 깊이 관심을 가지고 있는 정치적 토론의 자유로운 행사의 부분으로서 간주될 수 없다.

청구인은 터키 형법 제312조에 따라 증오 선동에 대해 유죄 판결을 받았다. 터키 형법 제312조는 증오 발언에 대한 국제 문서의 내용과 유사하다. 이 점에서 국내 법률과 국제 기구 모두에게 증오 발언의 개념은 인종에 대한 증오뿐만 아니라 종교적 근거에 근거를 둔 증오 혹은 불관용에 기반한 다른 형태의 증오에 대한 선동도 또한 포함한다 (*Gündüz v. Turkey,* no.35071/97, 문단 18-24, ECHR 2003-XI 참고).

결국, 만약, 판결문의 문단 62가 암시하는 것처럼, 문제가 되는 연설이 종교적 불관용에 기반한 증오표현을 구성한다는 것을 다수가 받아들인다면, 재판소의 판례법에 따라 그러한 발언은 협약 제10조의 보호를 받아서는 안되었을 것이다(*Jersild v. Denmark,* 1994년 9월 23일 판결, Series A no.298, pp.24-25, 문단 33, 그리고 *Gündüz,* 위 인용, 문단 41 참고). 심지어 협약 제17조의 적용을 고려할 수 있었을 것이다.

마찬가지로 나는 "모든 형태의 불관용에 대한 투쟁은 인권 보호에서 필수적이지만 정치인이 대중 연설에서 불관용을 부채질할 수 있는 발언을 하지 않는 것은 매우 중요하다"는 다수의 견해에 동의한다(판결문 문단 64).

재판소가 *Gündüz v. Turkey*((dec.), no.59745/00, ECHR 2003-XI(extracts)) 판결에서 지적한 것처럼, 특정 행위가 다원적 민주주의의 성립 가치를 부정함으로써 위에서 내린 결론의 수준에 다다르고 용납할 수 없게 되었을 때, 국내법에 제지를 위한 처벌를 포함하는 것은 필요할 수 있다는 것이 나의 의견이다.

확실히 우리는 검사가 청구인의 발언이 유포된 지 4년 6개월 후에야 이를 기소한 것에 대해 비판해야 한다. 그러나 그 점이 청구인이 완전히 받아들인 연설의 내용을 거의 바꾸지 않는다(판결문 문단 51).

게다가 우리는 경험을 통해 그러한 연설의 영향력은 오직 시간이 흐른 후에야 측정할 수 있다는 점을 알고 있다. 이것은 원시적인 편견과 분열을 조장하는 불관용의 풍토를 조성하는데 기여한다. 또한 나는 이 발언이 모든 민주사회에 내재된 다원주의에 대한 부정이라고 본다.

3. 결론적으로 당국이 증오 선동으로 청구인에게 유죄 판결을 내렸을 때, 그들은 민주제도에 적대적인 테러리스트의 폭력과 위협에 대한 투쟁 속에서 재판소의 판례법에 따라 주어진 재량 여지 안에서 행위하였다. 더군다나 청구인이 징역형을 살지 않았다는 점을 고려하면, 나는 이 사건에 대한 처벌이 추구하는 정당한 목적, 즉 증오의 대중적 선동 예방이라는 목적에 비례적인 것이 아니라 할 수 없다고 생각한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가인권위원회
humanrights.go.kr

국가 공무원에 대한 모욕

(Insult to State officials)

22. Otegi Mondragon v. Spain

2011년 3월 15일

의회에서 바스크 분리주의를 주장하는 좌파 집단의 대변인인 청구인은 기자 회견에서 바스크 일간지의 폐쇄(신문사와 ETA의 연결이 의심된다는 이유로)와 폐쇄를 위한 경찰 작전 중 연행된 사람들에 대한 학대가 있었다는 주장을 언급하였다. 그는 발언 중 스페인의 국왕에 대하여 "스페인 군대의 수장, 즉 고문관들의 지휘관으로 고문을 옹호하며 고문과 폭력으로 우리 주민에게 군주제를 강요한다"고 말하였다. 청구인은 국왕에 대한 중대한 모욕죄로 징역형을 선고받았다. 그는 자신의 표현의 자유가 침해되었다고 주장하였다.

재판소는 청구인에 대한 유죄 판결과 처벌이 추구하고자 하는 목적, 즉 스페인 헌법이 보장하는 스페인 국왕의 명성 보호라는 목적에 비례적이지 않다고 보면서 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있었다고 판결하였다. 특히 재판소는 청구인이 사용한 언어가 도발적이고 적대적이라고 볼 수도 있지만, 폭력의 선동이 없었고 증오 발언에 해당하지는 않는다는 점을 명심하는 것이 중요하다고 지적하였다. 더군다나 청구인의 발언은 기자 회견 중 나온 구두 발언으로 이는 그 발언이 대중에게 공개되기 전에 청구인이 그 말을 다시 하거나 다르게 표현하거나 철회할 수 없었다는 것을 의미한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

22

유럽인권재판소

3부문

OTEGI MONDARGON v. SPAIN

(청구번호 2034/07)

판결

스트라스부르

2011년 3월 15일

최종 판결

2011년 9월 15일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다.

---

*Otegi Mondragon v. Spain*사건에서 유럽인권재판소(3부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다:

Josep Casadevall, *재판장,*

Corneliu Bîrsan,

Alvina Gyulumyan,

Ján Šikuta,

Luis López Guerra,

Nona Tsotsoria, Mihai Poalelungi, *판사,*

Santiago Quesada, *부문 서기,*

2011년 3월 8일 비공개 심리하였고 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 같은 날 채택되었다.

사건의 경과

1. 본 사건은 2007년 1월 5일 스페인 국적의 청구인 Arnaldo Otegi Mondragon(이하 "청구인")이 "인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 "협약")" 제34조에 따라 스페인 정부를 상대로 재판소에 제기한 청구(청구번호 2034/07)로부터 비롯되었다.

2. 청구인은 셍-쟝-드-류즈(Saint-Jean-de-Luz)에서 활동하는 변호사 D. Rouget와 빌바오(Bilbao)에서 활동하는 변호사 J. Goirizelaia Ordorika 가 대리하였으며 스페인 정부(이하 "정부")는 법무부 인권법률국장인 I. Blasco 가 대리하였다.

3. 청구인은 스페인 국왕에 대한 중대한 모욕죄로 자신에게 유죄 판결을 내린 스페인 대법원의 결정이 협약 제10조에 따른 표현의 자유에 대한 그의 권리를 부당하게 침해했다고 주장하였다.

4. 2008년 11월 27일, 재판소의 3부문장은 스페인 정부에 본 사건이 재판소에 청구되었음을 통보하기로 결정하였다. 또한 본 청구의 심리적격 여부와 본안에 관하여 동시에 판결하기로 결정하였다(협약 제29조 제1항).

5. 2009년 6월 7일, 청구인은 재판소에 공청회를 열어줄 것을 요청하였다. 재판소는 청구인의 요청을 검토하였고, 재판소가 이용할 수 있는 정보를 고려하였을 때 공청회 개최가 필요치 않다고 판단하였다.

사실 관계

I. 사건의 배경

6. 청구인은 1956년생이다. 청구 당시 그는 Elgoibar(Gipuzkoa)에 거주하고 있었다.

7. 사건 당시 청구인은 스페인 바스크(Basque) 지방 자치단체 의회 내에 좌익 성향의 바스크 분리주의 정당인 Sozialista Abertzaleak의 대변인이었다.

A. 사건의 배경

8. 2003년 2월 21일, 스페인 마드리드 중앙법원(Audiencia Nacional)의 중앙수사판사(no.6)의 명령에 따라 일간지 Euskaldunon Egunkaria 건물이 수색 당하고 폐쇄되었는데 이는 이 일간지와 테러단체 ETA와의 연관성이

제기되었기 때문이었다. 이 날 신문사의 간부(이사회 구성원들과 편집장)를 포함한 10명이 체포되었다. 사건과 관련된 사람들은 비밀 구금시설에서 5일을 보낸 뒤, 경찰에 구금되어 있는 동안 자신들이 부당한 대우를 받았다고 주장하였다.

9. 2003년 2월 26일, 바스크 지방의 자치단체장은 비스카야(Biscay) 주의 전력발전소 개소식에서 스페인 국왕을 영접하였다.

10. 같은 날 산세바스티안(San Sebastián)에서 열린 기자회견에서 Sozialista Abertzaleak의 대변인이었던 청구인은 일간지 Euskaldunon Egunkaria 폐쇄에 대한 당의 입장을 발표하였다. 한 기자의 질문에 답변하면서 그는 국왕의 바스크 지역 방문을 "한심한 일"이라고 말했다. 또한 바스크 지방의 자치단체장이 이 프로젝트의 개소식에 후안 카를로스 1세와 함께 한 것은 "진정한 정치적 수치"이며 "그들이 함께 있는 모습은 천 마디 말보다 더 많은 것을 보여준다"고 덧붙였다. 또한 그는 스페인 민병대인 과르디아 시빌(Guardia Civil)의 최고 사령관이자 스페인 군대의 총사령관인 국왕과 프로젝트를 시작하는 것은 너무나도 비참한 일이라고 말했다. 그는 일간지 Euskaldunon Egunkaria에 대한 경찰의 행위를 언급하면서 구금된 사람들을 고문한 자들에 대해 스페인 국왕이 책임을 져야 한다고 덧붙였다.

> "스페인 국왕은 스페인 군대의 총사령관으로 고문관들을 총괄할 뿐만 아니라 고문을 옹호하고 고문과 폭력으로 우리 주민에게 군주 정권을 강요하는 장본인인데 어떻게 오늘 그들은 빌바오에서 국왕과 함께 사진을 찍을 수 있는가?"

B. 바스크 지방 고등법원의 형사소송

11. 2003년 4월 7일, 검사는 2003년 2월 26일의 발언을 이유로 청구인을 형법 제208조 및 제490조 제3항에 따른 "왕에 대한 중대한 모욕 행위"로 형사 고발했다.

12. 청구인은 의원 신분이었기 때문에 그의 재판에 대한 관할권은 바스크 지방 고등법원이 가지고 있었다. 재판에 앞서 청구인은 자신의 발언이 바스크 지방자치단체장에 대한 정치적 비판에 해당한다고 주장하였다. 또한 그는 스페인 국왕이 민병대의 최고사령관이라는 말은 왕의 존엄성이나 명예를 훼손하는 의도를 담고 있지 않으며 현재 국왕이 군대의 최고 지휘권을 행사하고 있는 스페인의 정치적 현실을 진술한 것에 불과하다고 덧붙였다. 더 나아가 청구인은 민병대가 일간지 Euskaldunon Egunkaria의 폐쇄와 관련하여 구금된 사람들을 고문했다고 말한 것에는 모욕하거나 명예를 훼손하려는 의도가 없었다고 주장했다. 왜냐하면 그것은 사실이었기 때문이다. 또한 이에 대한 소

송 절차가 마드리드 수사판사(no.5) 담당으로 이미 시작되었다고 주장하였다. 수많은 공인들 또한 이 문제에 대해 발언하였다. 요컨대 청구인은 정치인으로서 법치주의와 민주주의의 근간 중 하나인 표현의 자유라는 맥락 속에서 정치적 비판을 표현하려 했다. 그런 점에서 그는 공익적 사안을 사회에 알리는 경우 정치인에게는 더 큰 표현의 자유가 인정되어야 한다고 주장하였다.

13. 2005년 3월 18일 판결에서 고등법원은 청구인의 혐의에 대해 무죄라고 판결했다. 법원은 그의 발언이 "명백히 공격적이고 부적절하고 부당하고 수치스러운 것이었으며 현실과 괴리가 있었다"고 언급한 뒤 다음과 같이 판시하였다:

> "... 본 사건은 국가 원수의 사생활과 관련된 문제가 아니라 국왕으로 상징되는 제도의 세습적 특성에서 파생하는 정치 권력과의 유대 관계를 거부하는 문제에 관한 것이다... 헌법 기관에 대한 비판은 표현의 자유의 범위 내에 포함된다. 이 경우, 후자(표현의 자유)는 명예권보다 더 우선하는 헌법적 권리에 해당한다. 헌법은 옳다고 여겨지는 특정 관점이 아닌 모든 사상에 대한 표현의 자유를 보장한다. 그러나 여기에도 헌법이 규정하는 한계가 있다."

14. 고등법원은 다음과 같이 요약하였다:

> "청구인의 해당 발언은 공적이고 정치적이며 제도적 환경 속에서 행해진 것이다. 이는 청구인의 신분이 의회 의원이었다는 점 뿐만 아니라 그 발언이 국가 최고 사법당국을 대상으로 한 것이라는 점, 일간지 [Euskaldunon] Egunkaria가 폐쇄되고 신문사 고위 간부들이 구금되었으며 그들이 구금 중에 부당한 대우를 받았다고 공공연히 주장하는 가운데 [바스크 지방의 자치단체장]이 국왕 후안 카를로스 1세를 영접한 것에 대한 정치적 비판이라는 맥락과 관련이 있다. 따라서 이러한 맥락은 법률이 제3자의 제한으로부터 보호하는 개인의 존엄성이라는 가장 내밀한 핵심과는 관련이 없다."

C. 대법원 상고심 판결

15. 검사는 법률적 문제를 제기하며 대법원에 상고하였다. 검사의 주장은 다음과 같다. 첫째, 법률은 사적인 존엄성을 지닌 한 구체적 개인으로서 국왕의 명예를 보호한다. 이 사건에서 국왕은 모욕적 공격의 대상이 되었다. 둘째, 법률은 스페인 헌법이 수립하고 "통일성과 영속성의 상징인 국가 원수가 나타내는" 왕권 제도의 상징적 내용에 대한 존중을 보장해야 한다. 이 범죄의 심각성은 입법부가 다른 공권력과 함께 왕권의 존엄성 보호를 강화하고자 노력했

다는 점에서도 알 수 있다(형법 제496조 및 제504조). 게다가 헌법 제56조 제3항에 선언된 국왕에 대한 불가침성은 1978년 스페인 헌법이 제정될 당시 왕권이 가진 특유의 지위를 나타내는 것이었다. 이러한 국왕의 헌법상 지위는 청구인의 불쾌하고 모욕적인 발언이 비례적이지 않다는 점을 부각시킨다. 검사는 재판소의 판례를 여러 번 인용하면서 국왕은 공적 임무를 수행하고 있었고 공인인 점은 분명하나 그 사실이 국왕의 명예를 존중 받을 권리를 박탈하는 것은 아니라고 주장하였다. 이와 관련하여 검사는 헌법 제20조 제1항 (a)는 모욕적 행위를 할 권리를 보장하지 않는다는 점을 지적하였다. 검사는 협약 제10조 제2항에 따른 사법부에 대한 특별 보호와의 유사점을 끌어내며 "국가의 통일성과 영속성의 상징"이자 정당 정치를 넘어서는 인물인 국가원수도 청구인의 "유해하고 근거 없는 공격"으로부터 사법부와 동일한 보호를 받아야 한다고 주장하였다. 마지막으로 검사는 청구인의 발언이 테러리스트의 공격과 관련된 현 상황을 감안했을 때 재판소 판례법 상의 "증오표현"에 해당할 수 있다고 주장하였다.

16. 2005년 10월 31일에 선고된 두 판결에서 대법원은 재판소의 판례를 여러 차례 참조하면서 하급심의 판결을 파기하였다. 대법원은 국왕에 대한 중대한 모욕 행위에 대해 형사 책임을 물어 청구인에게 1년의 실형을 선고하고 형기 동안 그의 피선거권을 정지시켰으며 소송과 관련된 비용을 지불하도록 명령했다. 대법원은 문제가 되는 청구인의 발언은 사실에 대한 진술보다는 가치 판단이라고 보았다. 하급심에서 "수치스러운" 것으로 표현된 발언은 국왕과 그가 대표하는 제도에 대한 모독을 나타낸 것이다. 이는 국왕이 법치주의 국가에서 가장 중대한 범죄 행위 중 하나를 저질렀다는 혐의를 제기함으로써 개인의 존엄성이라는 가장 내밀한 핵심에 영향을 미쳤다. 그러므로 이 사건에서 표현의 자유에 대한 권리 행사는 비례의 원칙에 반하여 이뤄졌고, 불필요한 것이었으며, 비판이 초래할 수 있다고 볼 수 있는 상처나 기분 상함의 한계를 넘어섰다. 또한 대법원은 발언이 일어난 맥락이 발언의 공격적 성격을 바꾸지는 못했다고 판단하였다. 첫째, 일간지 Euskaldunon Egunkaria에 대한 조치와 관련하여 구금된 사람들에 대한 부당한 대우에 관한 법적 절차는 증거 불충분으로 중단된 상태이다. 둘째, 문제가 된 발언은 국왕과의 정치적 논쟁에 대한 반응 혹은 응답이라고 해석할 수 없다. 모욕적 발언의 심각성과 청구인이 의도적으로 공공연하게 해당 발언을 했다는 점을 고려하여 대법원은 청구인에게 1년의 실형을 선고하였다.

17. 판사 P.A.I.는 반대 의견을 내어 청구인이 의회 의원이라는 점과 그 발언이 나온 맥락, 즉 국왕의 바스크 지역 방문과 그와 관련하여 바스크 지방자치단체장이 보인 태도를 고려했을 때, 고발된 발언은 정치적 성격을 가진다고 주장했다. P.A.I. 판사는 청구인의 발언은 국왕의 사생활이나 개인적 명예를 목표로 한 것이 아니라 오로지 스페인 군대의 최고사령관으로서 국왕의 제도적 역할에 대한 것이었다는 바스크 지방 고등법원의 판결에 동의하였다. 청구인은 국왕이 실제 고문행위에 대한 책임이 있는 것이 아니라 국가 기관의 수장으로서 전적인 책임을 져야한다고 주장한 것이다. 또한 P.A.I. 판사는 제도가 그 특성상 개인에게 보장되는 명예를 가지고 있다고 볼 수 없기 때문에 제도에 대한 표현의 자유는 더욱 넓게 적용되어야 한다고 지적하였다.

D. 헌법소원 심판청구(amparo)

18. 청구인은 자신의 표현의 자유(헌법 제20조 제1항 (a))와 사상의 자유 (헌법 제16조)가 침해당했다며 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다.

19. 청구인은 고발된 발언이 모욕적이거나 불쾌한 표현을 담고있지 않았고 스페인 국왕보다는 주로 바스크 지방자치단체장을 향한 것이었으며 어쨌거나 당시 상황의 현실을 반영한 것이었을 뿐 스페인 국왕의 사생활이나 태도에 대한 것이 아니었기 때문에 상충적인 법익에 대한 대법원의 비교 형량이 틀렸다고 주장하였다. 문제가 된 진술들은 발언이 나온 맥락, 즉 일간지 Euskaldunon Egunkaria가 폐쇄되고 이와 관련하여 구금되었던 사람들이 법원과 바스크 지방의회에서 자신들이 고문을 당했다고 진술한 상황에서 바스크 지방정부가 스페인 국왕을 환대했다는 사실을 고려하면 비례적이지 않은 것이 아니었다.

20. 헌법재판소는 2006년 7월 3일 판결을 내리고 2006년 7월 11일 이를 송달하였다. 판결에서 헌법재판소는 청구인의 헌법소원 심판청구가 명백히 헌법적 내용을 결여하고 있다며 각하 결정을 내렸다. 헌법재판소는 처음부터 표현의 자유에 대한 권리가 모욕 행위를 할 수 있는 권리를 포함하는 것은 아니라고 밝혔다. 헌법재판소는 이와 관련하여 헌법이 모든 상황에서 위해적인 표현의 사용을 금지하는 것은 아니라고 지적하였다. 하지만 표현의 자유는 표현의 진실성 여부와는 상관없이, 불쾌하고 수치스러운 표현, 문제가 되는 의견 또는 정보 전달의 목적과 상관없는 표현까지 보호하지는 않는다.

21. 헌법재판소는 대법원이 상충되는 권리를 적절하게 비교형량 하였다고 보았다. 대법원은 발언이 나온 맥락, 행위의 공적 성격, 문제가 되는 주제(고문 여부)에 대한 대중의 관심, 그리고 발언의 대상(정치인과 국왕)이 공인이라는 점을 모두 고려하여 문제가 되는 발언이 비례적이지 않았다는 판결을 내렸기 때문이다. 헌법재판소는 청구인의 발언이 공인을 대상으로 한 것이라 하더라도 불명예스럽고 불쾌하며 경멸스러운 발언이라는 점은 부인할 여지가 없다고 보았다. 이러한 결과는 헌법 제56조 제3항에 따라 국왕은 "책임을 묻지 않고", "국가의 통일성과 영속성의 표상"이었다는 점에서 더욱 타당하다. "국가의 모든 제도가 정상적으로 기능하도록 하는 중재자이자 조정자"의 역할을 수행함에 있어 국왕은 정치적 논쟁에서 중립적 입장을 취하였다. 이는 다른 국가기관에 대한 존중과 비교하여 국왕은 "실질적으로" 다른 종류의 제도적 존중을 받아야 했다는 것을 의미한다. 헌법재판소는 다음과 같이 명시하였다:

> "... 표현의 자유와 사상의 자유가 인정되는 민주주의 체제에서 국왕이라는 인물이 이러한 특징을 가진다는 사실이 '직무 수행 중 또는 직무를 이유로 하거나 그와 관련한' 모든 비판으로부터 국왕을 보호하는 것은 아니다...; 그러나 이러한 비판은 그의 존엄성이나 대중의 존경을 불필요하게 공격하는 구실로써 공권력의 행위를 국왕의 탓으로 돌리는 것으로까지 확대되어서는 안 된다. 이는 위에서 지적한 바와 같이 헌법에 의

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

해 금지된다."

22. 마지막으로 헌법재판소는 청구인의 발언이 명백히 경멸적인 성격을 띠고 있었기 때문에 합법적인 것으로 볼 수 있는 범위를 넘어섰다고 판단했다. 헌법재판소는 그 발언이 국왕과 국왕이 상징하는 제도에 대한 공개적 모욕이며 이는 국왕의 존엄성이라는 핵심에 영향을 미친다는 대법원의 판단에 동의하였다. 따라서 그러한 진술은 명백히 표현의 자유라는 권리의 행사 범위 안에 들어가지 않는다.

E. 형 집행과 후속 조치

23. 2006년 5월 15일 판결에서 바스크 지방 고등법원은 청구인에게 집행유예 3년을 선고했다. 정부에 따르면 2009년 7월 16일 청구인의 형은 면제되었다.

24. 테러리즘을 공개적으로 옹호한 것에 대해 청구인에게 15개월의 징역형을 선고한 중앙법원(Audiencia Nacional)의 2006년 4월 27일 판결을 대법원이 확정함에 따라 청구인은 2007년 6월 8일 구금되었다.

25. 청구인은 현재 다른 형사 소송 건과 관련하여 미결 수감된 상태이다.

II. 관련 국내법 및 국제법

A. 스페인 국내법

26. 스페인 헌법 중 관련 조항은 다음과 같다:

제14조

"스페인 국민은 법 앞에 평등하며 출생, 인종, 성별, 종교, 의견 또는 기타 다른 조건, 개인적 또는 사회적 상황을 이유로 차별 받지 아니한다."

제16조

"1. 개인과 단체는 사상, 종교, 예배의 자유를 갖는다. 다만, 그 표현에 있어 법률이 보호하는 공공질서 유지에 필요한 제한을 받을 수 있다.

..."

제20조

"1. 다음 각 호의 권리는 인정되고 보장된다

(a) 사상, 생각, 의견을 구두, 서면, 또는 어떠한 재생산의 방식으로든 자유롭게 표현하고 전파할 수 있는 권리; ...

2. 이 권리의 행사는 어떠한 형태의 사전검열에 의해서도 제한을 받지 아니한다...

4. 이러한 자유는 이 장에서 보장되는 권리에 대한 존중과 시행 법률의 규정, 특히 명예, 사생활, 초상권 및 아동청소년의 보호를 위해 제한될 수 있다."

제56조

"1. 국왕은 국가 원수로서 통일성과 영속성의 상징이다. 국왕은 국가기관의 정상적 기능을 위한 중재자이자 조정자이다 ; 그는 국제관계에 있어, 특히 역사적 공동체에 속하는 국가들에 대해 스페인 국가의 최고 대표자이다. 국왕은 헌법과 법률이 그에게 명문으로 부여한 기능을 수행한다...

3. 국왕의 인격은 불가침이며 책임을 묻지 아니한다..."

제62조

"국왕은 다음을 담당한다.

...

(h) 국방군을 통수한다;

(i) 일반사면을 명할 수 없되, 법률에 따라 특별사면권을 행사한다.

..."

27. 형법 중 관련 조항(1995년 11월 23일 국가기관에 관한 법률 10/1995에 의해 개정됨)은 다음과 같다:

국가인권위원회
humanrights.go.kr

제208조

"개인의 평판이나 자아존중감을 손상함으로써 타인의 존엄성을 훼손하는 행위나 표현은 모욕죄에 해당한다. 다만 그 성격과 효과, 맥락에 있어 일반적으로 중대하다고 인정되는 모욕 행위만이 범죄에 해당한다..."

제209조

"공연하게 이루어진 중대한 모욕 행위는 6개월 이상 14개월 이하의 일수벌금형에 처한다. 그렇지 않은 경우에는 3개월 이상 7개월 이하의 일수벌금형에 처한다.."

28. 국왕에 대한 모욕죄의 경우 형법 제490조에 따라 다음과 같은 형에 처한다:

제490조

"...

3. 국왕과 그의 조상 및 후손, 왕비 또는 여왕의 부군, 섭정자 또는 섭정 가문의 일원, 왕세자를 직무 수행 중 또는 직무를 이유로 하거나 그와 관련하여 비방 또는 모욕한 자는 그 비방이나 모욕이 중대한 경우 6개월 이상 2년 이하의 징역, 그렇지 않은 경우 6개월 이상 12개월 이하의 일수벌금형에 처한다.

이 조항은 형법 제2권 21("헌법에 대한 위법행위") 제2장("왕권에 대한 위법행위")에 수록되어 있다.

29. 형법 제496조와 제504조는 의회, 정부 및 기타 국가기관에 대한 중대한 모욕으로 인한 위법행위에 대해 다루고 있다. 본 조항들은 형법 제2권 21("헌법에 대한 위법행위") 및 제3장("국가기관 및 권력분립에 대한 위법행위")에 수록되어 있다.

제496조

"의회(상원 및 하원) 또는 자치단체 의회를 중대하게 모욕한 자는 12개월 이상 18개월 이하의 일수벌금형에 처한다..."

제504조

"국가 정부, 사법부 총평의회, 헌법재판소, 대법원, 또는 자치단체의 정부나 고등법원에 심각한 위협을 가하거나 허위로 비방하거나 모욕을 가한 자는 12개월 이상 18개월 이하의 일수벌금형에 처한다."

B. 유럽평의회 문서

30. 가장 먼저 참고해야 하는 문서는 2004년 2월 12일 유럽평의회 각료위원회가 채택한 언론에서의 정치적 논쟁의 자유에 관한 선언이다. 관련 내용은 다음과 같다:

"유럽평의회 각료위원회는,

...

여전히 몇몇 국가의 사법 체계가 언론에서 정치인이나 공무원에 대한 정보나 의견 유포를 금지함으로써 그들에게 법적 특권을 보장하고 있다는 것을 알고 있다. 이는 협약 제10조에 의해 보장되는 정보와 표현의 자유라는 권리와 양립할 수 없다.

...

II. 국가 또는 공공기관에 대한 비판의 자유

국가, 정부 또는 행정, 입법, 사법부의 기관들은 언론의 비판 대상이 될 수 있다. 해당 기관들은 지배적 위치에 있으므로 명예훼손적이거나 모욕적인 발언에 대해 형법의 보호를 받아서는 안 된다. 그러나 이러한 법적 보호를 받는 경우, 이는 비판의 자유를 제한하는데 사용되지 않도록 제한적으로 적용되어야 한다. 이러한 기관을 대표하는 개인의 경우 개인으로서의 법적 보호를 누린다.

...

VI. 정치인 및 공무원에 대한 평판

정치인이라고 해서 다른 개인에 비해 평판 및 다른 권리들을 더 보장받아서는 안 된다. 따라서 언론이 정치인을 비판했다는 이유로 국내법상 더욱 무거운 제재를 가해서는 안 된다.

...

Ⅷ. 언론에 의한 권리 침해의 구제

정치인과 공무원은 개인이 언론에 의한 권리 침해를 당한 경우에 받을 수 있는 법적 구제와 동일한 구제만을 받을 수 있다... 특히 증오표현과 같이 언론에 의한 명예훼손적, 모욕적 발언으로 인해 기본권이 중대하게 침해 당한 경우, 권리 및 평판이 심각하게 훼손되어 그에 대한 비례적 처벌이 전적으로 필요하다고 인정되

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

는 경우를 제외하고는 언론을 통한 명예훼손 또는 모욕에 대해 실형이 선고되어서는 안 된다."

31. 평의회 결의안 1577(2007년) "명예훼손의 비범죄화"에는 다음과 같은 내용이 들어 있다:

"...

11. 평의회는 많은 회원국에서 국내법상 명예훼손죄에 대한 실형 선고가 가능하고, 아제르바이잔과 터키와 같은 몇몇 국가에서는 여전히 실형을 부과하고 있다는 점에 대해 깊은 우려를 표한다.

...

13. 따라서 평의회는 명예훼손죄로 인한 실형 선고가 지금 바로 폐지되어야 한다고 본다. 특히 실제로 실형을 부과하고 있지 않음에도 법률상 여전히 실형 선고가 가능한 국가들에 대해서는 지금 바로 그 법률을 폐지할 것을 촉구한다. 그 부당함에도 불구하고 계속해서 실형을 부과하여 기본적 자유를 약화시키는 국가들에게 어떤 구실도 제공하지 않기 위함이다.

...

17. 그에 따라 평의회는 회원국에게 다음과 같이 촉구한다:

17.1. 지체 없이 명예훼손에 대한 실형을 폐지한다;

17.2. 형사 기소가 남용되지 않도록 조치한다...;

17.3. 명예훼손에 대한 법적 개념을 보다 명확하게 정의하여 법률의 자의적 적용을 막고, 명예훼손으로 영향을 받은 개인의 존엄성에 대한 효과적인 보호는 민법이 제공하도록 보장한다.

17.6. 유럽인권재판소의 판례법에 따라, 명예훼손 관련 법률에서 정치인만이 누리는 보호를 폐지한다..."

판단

I. 협약 제10조 위반 주장

32. 청구인은 스페인 대법원이 국왕에 대한 중대한 모욕죄로 자신을 유죄 판결한 것은 협약 제10조에 따른 표현의 자유에 대한 과도한 제한이라고 주장하였다. 협약 제10조의 내용은 다음과 같다:

> "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 제한을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.
>
> 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다."

33. 스페인 정부는 청구인의 주장에 이의를 제기하였다.

A. 심리적격 여부에 대한 결정

34. 재판소는 협약 제35조 제3항에 따라 이 제소가 명백하게 근거가 없지 않고, 더 나아가 어떤 근거로도 이 제소를 심리 부적격이라고 볼 수 없음을 지적한다. 따라서 이 제소는 받아들여질 수 있다고 선고한다.

B. 본안 판단

1. 당사자들의 주장

(a) 청구인

35. 청구인은 먼저 자신에 대한 유죄 판결의 근거 조항인 스페인 형법 제490조 제3항은 그 표현에서 정확성과 명료성이 떨어진다고 주장하였다. 형법 제490조 제3항에 따라 강화된 보호는 실제로 개인의 명예나 존엄성의 보장을 넘어 입헌 군주제에 대한 절대적 옹호로 변하였다. 청구인은 이 조항에 대한 광범위한 해석은 협약 제10조 제2항의 의미에서 "법률에 근거하고 있다"고 볼 수 없다고 주장하였다.

36. 더 나아가 정부의 제한은 제10조 제2항의 의미 내에서의 "정당한 목적"을 추구하지 않았다. 왜냐하면 군주제 및 이와 관련된 헌법에 대한 문제를 제기하려는 시도를 상징적으로 처벌하려는 의도를 가지고 있었기 때문이다.

37. 청구인은 자신에 대한 유죄 판결이 추구하는 정당한 목적에 비례하지 않았으며 "민주사회에서 필요한"것도 아니었다고 주장하였다. 그는 자신이 바스크 분리주의 정당인 Sozialista Abertzaleak의 대변인이라는 점과 이 사건의 특정한 정황, 즉 바스크 지방 일간지 Euskaldunon Egunkaria의 폐쇄와 이와 관련되어 구금된 사람들이 고문을 당했다는 주장에 대해 바스크 지역 대중들의 격렬한 항의가 있었다는 점을 언급하였다. 청구인의 발언은 공익과 관련된 주제였다. 즉, 스페인의 치안 부대가 테러와의 싸움에서 고문을 사용했다는 것인데 이러한 관행은 수많은 국제인권단체에 의해 이미 확인된 바다. 고문과 관련된 소송 절차가 중단되었기 때문에 청구인의 주장이 근거 없다는 대법원의 주장에 대해, 청구인은 다음과 같이 주장하였다. 첫째, 발언을 했을 당시 청구인은 범죄 수사의 결과가 어떻게 될지 알 수 없었다. 왜냐하면 수사는 사건이 일어난 지 몇 달 후에야 시작되었기 때문이다. 둘째, 소송 절차 중단에 대한 최종 결정이 나지 않았었다. 이와 관련하여 청구인은 *Martinez Sala and Others v. Spain*(no.58438/00, 문단 160, 2004년 11월 2일) 판결을 인용하며, 스페인에서는 고문을 당했다고 주장하는 수많은 소송이 제기되었으나 이에 대해 제대로 된 수사도 진행되지 않았고 아무런 추가 조치 또한 이뤄지지 않았다고 진술하였다. 거기에 더해 국왕은 고문으로 유죄 판결을 받은 스페인 치안 부대의 수많은 군인들을 스페인 헌법에 따라 사면해 왔다. 청구인은 *Kepa Urra Guridi v. Spain*(Communication no.212/2002, UN doc. CAT/C/34/D/212/2002) 사건에 대한 유엔 고문방지위원회의 결정을 예로 들었다. 그의 발언은 청구인 자신도 1987년 7월에 체포된 후 고문을 당했다고 주장하는 배경 속에서 이해되어야 한다.

38. 국가 원수에 대한 모욕과 관련된 재판소의 판례(*Colombani and Others v. France,* no.51279/99, 문단 66-69, ECHR 2002-V, *Pakdemirli v. Turkey,* no.35839/97, 문단 51-52, 2005년 2월 22일 참고)를 언급하면서 청구인은 스페인 형법에 따른 왕실에 대한 지나친 보호는 협약 제10조와 상충된다고 주장하였다. 일반 개인과 다른 기관에 대한 것일 경우 모욕의 수준이 매우 중대해야 모욕죄로 기소되는 반면 왕실에 대한 모욕의 경우 수준에 상관 없이 기소 및 처벌이 가능했다. 왕실에 대한 중대한 모욕죄는 6개월 이상 2년 이하의 징역형을 받을 수 있다는 점에서 특별하다. 일반적 법률의 경우 그리고 다른 기관에 대한 중대한 모욕죄의 경우에는 벌금형을 선고하기 때문이다. 따라서 문제가 되는 조항은 왕실에게 "현대의 관행 또는 정치적 개념과는 일치하지 않는 특수한 특권(청구인은 위 인용된 *Colombiani and others* 문단 68을 언급하였음)"을 부여한 것이다. 청구인은 유럽평의회의 회원국 대부분이 통치권에 대한 공격을 일반 법률로 다루고 있는 입법 동향을 언급하였다. 따라서 국왕에 대한 모욕을 범죄 행위로 다루는 것은 민주사회에서 불필요한 일인데, 특히 명예훼손이나 모욕죄가 형사 범죄인 것 자체가 국가 원수나 왕실의 명예를 실추시킨 발언에 대한 충분한 보상이 된다는 점에서 더욱 그러하다.

39. 처벌의 비례성에 대하여 청구인은 자신이 2007년 6월 8일부터 2008년 8월 30일까지 형을 복역했음을 강조하였다. 이는 청구인이 테러리즘을 공공연하게 옹호한 것에 대해 대법원이 2006년 판결을 확정함으로써 실행된 것이다. 그는 정치적 토론이라는 맥락 속에서 일어난 범죄 행위에 대해 징역형을 부과하는 것은 오직 예외적인 상황에서만 표현의 자유와 양립할 수 있다는 내용의 재판소 판례를 언급하면서(*Feridun Yazar v. Turkey,* no.42713/98, 문단 27, 2004년 9월 23일 참고) 이 사건에는 그에게 그러한 처벌을 부과할 만한 근거가 없으며, 자신에게 부여된 처벌은 추구하는 목적에 전혀 비례적이지 않았다고 주장하였다. 마지막으로 그는 국왕이 자신의 발언으로 어떠한 해도 입지 않았으며 어떠한 민사소송도 제기되지 않았다고 주장하였다.

(b) 정부

40. 정부는 청구인이 한 발언의 대상이 된 사람은 그것이 왕이든 누구든지 그 명예가 실추되었을 것이라고 주장하였다. 누군가를 고문자로 표현하는 것은 그가 자신이 속한 사회의 핵심 가치를 위반했다고 말하는 것이며 그의 존엄성과 진실성에 대한 부정적 관점을 나타내는 것과 같다. 이는 이 사건에서 더욱 그러한데, 발언의 목표가 되는 대상이 문제가 되는 핵심 가치를 준수하고 사람들이 이를 준수하도록 해야 할 특정한 의무를 가지고 있었기 때문이다.

41. 정부가 보기에 국내 법원은 이 주제와 관련된 재판소의 판례를 충분히 고려하였다. 그러한 점에서 정부는 스페인 헌법재판소가 표현의 자유는 자유로운 여론의 필수 요건이고, 자유로운 여론은 민주적 다원주의와 불가분의 관계에 있다는 점을 인지하고 있다고 지적하였다. 그러나 표현의 자유에 대한 권리는 모욕할 권리라는 것까지 보호하는 것은 아니다. 그러므로 관련 정보나 의견의 전달이라는 목적과 관련 없고 불필요하며 불쾌한 발언은 여기에 포함되지 않는다. 정부는 재판소의 판례(*Lingens v. Austria,* 1986년 7월 8일, Series A no.103 참고)를 인용하며 비록 공인을 대상으로 한 허용 가능한 비판의 한계가 더 넓기는 하지만, 공인이 개인의 자격으로 행위를 할 때가 아니더라도 협약 제10조 제2항의 목적을 위해 이들의 평판이 보장되어야 함을 강조하였다.

42. 정부는 또한 스페인 헌법에 따라 국왕이 차지하고 있는 특수한 위치를 강조하면서, 책임을 묻지 아니하고 헌법에 따라 정치적 토론에서 중립적 지위를 지닌다는 것은 국왕은 다른 국가기관에 대한 존중과는 "실질적으로" 다른 종류의 제도적 존중을 받아야 한다는 것을 의미한다고 지적했다.

43. 지방의회 의원이 국왕을 비판할 수 있는 범위의 폭이 넓다고 가정하더라도 스페인 헌법과 협약 모두 한 사람의 존엄성을 무시하는 모욕을 행할 권리를 인정하고 있지는 않다. 정부는 문제가 된 제한 행위가 청구인의 반군주제적 관점이 아니라 표현의 자유의 적법한 행사의 범위를 넘어 국왕의 명예권을 침해한 구체적 발언에 대한 것이라는 스페인 법원의 판결에 동의하였다. 마지막으로 스페인 법원은 이 사건의 배경을 고려하여 청구인의 유죄 판결에 대한 충분한 근거를 제공하였다.

2. 재판소의 평가

44. 청구인에 대한 유죄 판결이 협약 제10조 제1항에서 보장하는 표현의 자유에 대한 "공권력의 제한"에 해당한다는 점에는 당사자 간 이견이 없다. 이러한 제한이 협약 제10조 제2항의 요건을 충족하지 못하는 경우에는 협약 위반에 해당한다. 그러므로 그 제한이 "법률에 근거가 있는지", 동 조항에서 제시하는 하나 또는 그 이상의 정당한 목적을 추구하는지, 그러한 목적들을 달성하기 위해 "민주사회에서 필요"한지 여부를 결정해야 한다.

(a) "법률에 근거가 있는지" 여부

45. 재판소는 청구인의 유죄 판결의 법적 근거가 형법 제490조 제3항이라는 점에 주목한다. 이 조항은 국왕을 모욕하는 행위를 처벌할 수 있다. 청구인은 국내 법원이 본안 심사 시 군주제를 옹호하기 위해 이 조항의 예측 가능성을 떨어지게 할 정도로 이 조항을 적용했다고 제안하였다. 이러한 문제는 사실 국내 법원이 청구인의 표현의 자유에 대한 제한을 정당화하기 위해 제시한 근거들이 관련성 있고 충분한 것인지 여부와 연결되어 있다. 따라서 재판소는 이 쟁점을 제한의 "필요성"이라는 맥락에서 심사할 것이다.

46. 재판소는 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 쟁점이 되는 제한이 "법률에 근거하고 있다"고 결론 내린다.

(b) 정당한 목적

47. 재판소는 정부의 제한은 제10조 제2항에서 나열하고 있는 목적, 즉 "타인의 명예나 권리의 보호", 이 사건에서는 스페인 국왕의 명예 보호를 추구하고 있다고 판단한다.

"민주사회에서의 필요성"

(i) 일반 원칙

48. 표현의 자유는 민주사회를 구성하는 주요한 토대 중 하나이자 사회 발전과 개인의 자기 실현을 위한 기본 조건이다. 제10조 제2항을 조건으로 하는 이 자유는 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 혹은 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고, 충격적이거나 혼란을 일으키는 "정보" 혹은 "견해"에도 적용된다. 다원주의, 관용, 포용력 없이 "민주사회"는 존재할 수 없다(*Handyside v. the United Kingdom,* 1976년 12월 7일, 문단 49, Series A no.24; *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 45, ECHR 2007-IV; *Verein gegen Tierfabriken Schweiz(VgT) v. Switzerland*(no.2) [GC], no.32772/02, 문단 96, ECHR 2009참고). 제10조에 명시되어 있듯이 표현의 자유에도 예외가 있기는 하지만 이는

엄격하게 해석되어야 한다. 그리고 제한에 대한 필요성이 충분히 인정되어야 한다.

49. 협약 제10조 제2항에서 "필요한"이라는 형용사는 "긴박한 사회적 필요"라는 의미를 내포하고 있다. 회원국은 그러한 필요가 존재하는지 여부를 판단함에 있어 재량의 여지를 가지지만 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 그러므로 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 양립 가능한지 여부에 대한 최종 판결을 내릴 권한을 가지고 있다.

감독 관할권을 행사하는 데 있어 재판소의 과업은 정당한 권한을 가진 국가기관의 자리를 대신하는 것이 아니라 재량권 행사에 따른 정부의 결정을 제10조에 따라 검토하는 것이다. 이는 재판소의 감독이 피청구국의 재량권 행사가 합당하고, 신중하고, 성실하게 이루어진 것인지를 확인하는 것에만 국한됨을 의미하지 않는다. 재판소는 사건 전체를 고려하여 문제가 된 제한을 살펴보고 국내 당국이 제한을 정당화하기 위해 제시한 사유가 "적절하고 충분한지", 제한이 "추구하고자 하는 정당한 목적에 비례했는지" 여부를 판단해야 한다. 그렇게 함에 있어 재판소는 국내 당국이 제10조에 구현된 원칙에 맞는 기준을 적용하였는지, 나아가 당국이 관련 사실을 수긍 가능한 방식으로 평가했는지 여부를 확인해야 한다(*Mamère v. France,* no.12697/03, 문단 19, ECHR 2006-XIII, 위 인용, *Lindon,* Otchakovsky-Laurens and July, 문단 45 참고).

50. 협약 제10조 제2항에 따라 정치적 발언 혹은 토론의 영역(표현의 자유가 가장 중요한 영역이다)이나 공익과 관련된 문제에서 표현의 자유를 제한할 수 있는 여지는 거의 없다. 표현의 자유는 모두에게 중요하지만 특히 선출된 대표에게는 더욱 그러하다. 그는 유권자를 대표하고 그들이 염려하고 있는 일들이 주목을 받게 만들며 그들의 이익을 옹호한다. 따라서 의회 의원의 표현의 자유에 대한 제한의 경우 재판소는 이를 가장 철저하게 검토해야 한다(*Castells v. Spain,* 1992년 4월 23일, 문단 42, Series A no.236 참고).

더욱이 사인에 비해 정치인에 대한 비판은 더 폭넓게 인정된다. 사인과 달리 정치인의 모든 언행은 언론인과 대중의 철저한 조사에 노출되는데 이는 불가피한 것이고 정치인 자신도 아는 바이다. 따라서 그는 더 큰 관용을 보여야 한다(위 인용된 *Lingens,* 문단 42; *Vides Aizsardzības Klubs v. Latvia,* no.57829/00, 문단 40, 2004년 5월 27일; *Lopes Gomes da Silva v. Portugal,* no.37698/97, 문단 30, ECHR 2000-X 참고). 물론 정치인도 개인의 자격으로 행동하는 때가 아니라 하더라도 자신의 평판을 보호받을 권리가 있다. 그러나 표현의 자유에 대한 예외는 매우 좁은 범위에서 해석되어야 하므로, 그러한 보호에 대한 요건은 정치적 문제들에 대한 자유토론으로 인한 이익과 균형을 이루어야 한다(위 인용된 *Pakdemirli, 문단 45, Artun and Güvener v. Turkey,* no.75510/01, 문단 26, 2007년 6월 26일 참고). 비록 정치인과 동일한 기준을 적용할 수는 없지만 공무원에 대한 비판의 한계도 사인보다는 넓다는 것을 재

판소는 인정한 바 있다(*Janowski v. Poland* [GC], no.25716/94, 문단 33, ECHR 1999-I 참고).

(ii)원칙의 적용

51. 재판소는 청구인이 선출된 대표이자 정당의 대변인으로서 발언하고 있었다는 점은 부인할 여지가 없고, 따라서 그의 발언은 정치적 표현의 한 형태였다는 점을 애초에 지적한다(위 인용된 *Mamère* 문단 20 참고). 게다가 청구인의 발언은 바스크 지역의 공익적 문제, 즉 2003년 2월 26일 바스크 지역을 방문한 스페인 국왕을 바스크 지방자치단체장이 환대한 일과 관련된 것이었다. 이 일의 배경에는 바스크어로 출간되는 일간지 Euskaldunon Egunkaria의 폐쇄, 신문사 간부들에 대한 며칠간의 구금 그리고 구금 과정에서 그들이 부당한 대우를 받았다고 주장한 일이 있었다. 그러므로 청구인의 진술은 공익적 문제에 대한 토론이라는 맥락에서 일어난 것이다. 따라서 청구인에 대한 처벌의 "필요성"을 확립함에 있어 당국이 쓸 수 있는 재량의 여지는 특히 적었다(위 인용된 *Mamère* 문단 20를 준용하여 참고).

52. 재판소는 국내 법원이 이의가 제기된 판결을 내리게 된 근거들을 살펴 청구인에 대한 유죄 판결을 정당화하기에 적절하고 충분했는지 여부를 알아볼 것이다. 청구인에 대한 유죄 판결은 정당한 목적, 즉 스페인 국왕의 평판 보호라는 목적에 근거한 것이었다. 대법원은 바스크 지방 고등법원이 내린 청구인에 대한 무죄 판결을 뒤집으면서 국왕에 대한 중대한 모욕죄로 청구인에게 1년의 징역형을 선고하였다. 법원은 논쟁이 된 발언이 국왕 개인과 국왕이 구현하는 제도를 직접적으로 겨냥하고 있었고 허용 가능한 비판의 한계를 넘었다고 판단하였다.

53. 국내 법원은 청구인이 국가원수에 대해 "법치주의 국가에서 가장 심각한 범죄 행위" 즉, 고문("고문관들에 대한 책임이 있는", "고문을 옹호하는", "고문과 폭력으로 우리 주민들에게 군주제를 강요하는")을 저질렀다고 주장하면서 사용한 표현은 수치스럽고 불쾌하고 권위를 손상시키는 것이라고 보았다. 이에 대해 재판소는 사실 진술과 가치 판단 진술을 구분할 필요가 있다는 점을 지적한다. 사실은 증명될 수 있는 반면 가치 판단은 증거의 영향을 받지 않는다. 가치 판단이 진실인지 증명하도록 요구하는 것은 이행 불가능한 요구이며 그 자체로 표현의 자유를 침해하는 것이다. 어떤 진술이 사실인지 가치 판단인지의 구분은 제일 먼저 국내 당국, 특히 국내 법원이 재량을 통해 결정한다. 그러나 진술이 가치 판단이라 할지라도 이를 뒷받침할 충분한 사실적 근거가 있어야 하며, 그렇지 않은 경우에 그것은 과도한 것이 될 것이다(예를 들어 위 인용된 *Lindon,* Otchakovsky-Laurens and July 문단 55 참고). 또한 가치 판단을 뒷받침하는 사실이 이미 일반 대중에게 알려진 정보인 경우 사실을 제공해야 한다는 요구는 덜 엄격하게 적용된다(*Feldek v. Slovakia,* no.29032/95, 문단 86, ECHR 2001-VIII 참고).

본 사건에서 재판소는 스페인 대법원이 문제가 된 발언을 사실에 대한 진술보다는 가치 판단인 것으로 판결문에서 명시했음을 알고 있다. 그러나 대법원은 그러한 발언이 나온 맥락이 발언의 심각성을 정당화하지는 못한다고 보

았다. 일간지 Euskaldunon Egunkaria의 운영진이 고문을 당했다는 주장에 대한 법적 절차가 증거 부족으로 중단되었기 때문이다. 재판소는 청구인의 발언과 Euskaldunon Egunkaria의 편집국장이 구금에서 풀려나면서 공식적으로 밝힌 부당한 대우에 대한 주장 사이에 매우 밀접한 연관이 있다고 판단한다. 이와 더불어 청구인이 사용한 표현들은 부당한 대우와 관련된 사건들에 스페인 치안 부대가 연루되었을 수 있다는 문제에 대해 더 넓은 공적 토론을 형성한다고 볼 수 있음을 지적한다.

54. 표현 자체에 관하여 말하자면, 재판소는 청구인이 사용한 표현이 도발적으로 받아들여질 수 있다는 점을 인정한다. 그러나 일반적 문제에 대한 공적 토론에 참여하는 어느 누구도-이 사건에서의 청구인처럼- 특히 타인의 평판과 권리를 존중하는 것과 관련하여 일정선을 넘어서는 안 되지만, 어느 정도의 과장과 심지어는 도발, 즉 일정 수준의 과도함은 허용된다(위 인용된 *Mamère* 문단 25 참고). 재판소는 청구인의 연설 중 일부 발언이 국왕이 구현하는 제도를 매우 적대적 느낌을 가지고 부정적으로 묘사하기는 했지만 그것이 폭력의 사용을 옹호하거나 증오표현에 해당한다고 보지는 않는다. 재판소가 보기에 증오표현인지의 여부는 반드시 고려해야 할 요소이다(역으로, *Sürek v. Turkey*(no.1) [GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV 참고). 또한 재판소는 스페인 국내 법원과 정부 모두 폭력의 선동이나 증오표현을 참조하여 청구인에 대한 유죄 판결을 정당화하지는 않았다는 점을 지적한다.

더 나아가 재판소는 청구인의 발언은 기자 회견 중 구두로 이루어진 것으로, 대중에게 전해지기 전에 그것을 달리 말하거나 순화하거나 철회할 가능성이 없었다는 사실을 고려한다(*Fuentes Bobo v. Spain,* no.39293/98, 문단 46, 2000년 2월 29일, *Birol v. Turkey,* no.44104/98, 문단 30, 2005년 3월 1일 참고).

55. 다음으로, 스페인 국내 법원은 형법 제490조 제3항에 근거하여 청구인에게 유죄 판결을 내렸다. 이 조항은 정보 공개나 의견 표명과 관련하여 (모욕에 대해 일반 법률로 보호를 받는) 일반 사람이나 (정부와 국회 같은) 기관보다 국가 원수에게 더 큰 정도의 보호를 제공하고, 모욕적 진술에 대해 더 무거운 처벌을 부과한다(위 문단 27-29 참고). 이와 관련하여 재판소는 모욕적 언동에 대해 특별법을 적용하여 더 높은 수준의 보호를 제공하는 것은 일반적으로 협약의 정신에 어긋나는 것임을 이미 밝힌 바 있다. *Colombani and Others*사건 판결에서 재판소는 1881년 7월 29일 프랑스 법률의 제36절을 검토한 바 있다. 이후 폐지된 이 절은 외국 정상과 외교관을 대상으로 한 범죄에 대한 내용을 담고 있었다. 재판소는 외국 정상에게 특권을 부여하여 그들의 역할이나 지위만을 이유로 비판으로부터 보호받을 수 있도록 하는1881년 프랑스 법률의 제36절은 현대적 관행 및 정치적 개념과 조화되지 않는다고 판단하였다. 그러므로 재판소는 표현의 자유를 훼손한 것은 제36절이 그들에게 제공하는 특별한 보호이지, 외국 정상의 명예가 공격당했을 때 모든 사람이 이용 가능한 일반적 절차로서 제소할 수 있는 그들의 권리가 아니라고 보았다(위에서 *Colombani and Others,* 문단 69 참고). *Artun and Güvener*사건에서 재판소는 *Colombani and Others*사건을 통해 외국 정상에 대해 내린 결론은 자국 정상의 명예 보호라는 국가의 이익과 관련된 경우 더 강력하게 적용

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

된다는 관점을 취했다. 재판소는 그러한 이익이 국가 정상에 대한 의견이나 정보를 전달할 권리와 비교하여 국가 정상에게 특권적 지위나 특별한 보호를 제공하는 것을 정당화할 수는 없다고 보았다(위 인용된 *Artun and Güvener,* Colombani 문단 31 참고; 또한 공화국의 대통령 지위를 과도하게 보호하는 것과 관련된 민사소송 사건은 위에서 언급된 *Pakdemirli,* 문단 52 참고).

56. 재판소는 터키의 공화국 제도와의 차이점에도 불구하고 스페인과 같은 군주제(스페인 정부는 군주제에서 왕이 차지하는 독특한 제도적 지위를 지적한 바 있다)에서도 재판소의 판례법을 통해 확립된 원칙은 타당하다고 본다. 또한 *Pakdemirli*사건에서 공화국의 대통령에게 제공된 과도한 보호는 그 공직에 오른 자는 더 이상 인기에 영합하는 정치가(politician)가 아니라 존경받는 정치인(statesman)의 지위를 획득한다는 점에서 기인한 것이다(위에서 언급된 *Pakdemirli* 문단 51 참고). 재판소가 보기에 국왕이 정치적 논쟁에서 중립적 위치를 취하고 중재자로 행위하며 국가 통일성의 상징이라는 사실은 왕이 공무를 수행하면서 받을 수 있는 모든 비판 혹은 이 사건에서처럼 그가 상징하는 국가의 대표라는 자격에 대한 비판으로부터 그를 보호할 이유가 되지는 못한다. 특히 정당한 방식으로 군주제를 포함하여 국가의 헌법 구조에 대해 문제 제기를 하는 사람의 비판으로부터 보호 받아서는 안된다. 이러한 관점에서 재판소는 청구인에게 무죄를 선고했던 바스크 지방 고등법원이 헌법 기관에 대한 비판이라고 해서 표현의 자유로부터 제외되는 것은 아니라고 결론 내린 것에 주목한다(위 문단 13 참고). 재판소는 불쾌하거나 충격적이거나 기존의 질서에 도전하는 사상을 전달할 때 표현의 자유가 더욱 더 중요하다는 점을 강조하지 않을 수 없다(*Women On Waves and Others v. Portugal,* no.31276/05, 문단 42, 2009년 2월 3일 참고). 더 나아가 재판소는 스페인 헌법에 따라 국왕에게 특히 형법과 관련하여 "책임을 묻지 아니한다"는 사실 자체가 국가의 대표로서의 그의 위치와 관련된 제도적 혹은 상징적 책임에 대한 자유로운 토론을 막는 장애물이 되어서는 안 된다고 본다. 아무리 국왕에 대한 명예 존중이 요구된다 하더라도 말이다.

57. 그러한 점에서 재판소는 본 사건에서 쟁점이 되는 발언이 국왕의 사생활이나(역으로 엄격하게 오스트리아 대통령의 사생활에 대한 사적 측면에 대한 사례로는 *Standard Verlags GmbH v. Austria*(no.2), no.21277/05, 2009년 6월 4일 참고, *Von Hannover v. Germany,* no.59320/00, 문단 64, ECHR 2004-VI 참고) 개인적 명예에 대한 것도 아니고 까닭 없는 개인적 공격에 해당하는 것도 아니라는 점을 지적한다(역으로 위 언급된 *Pakdemirli,* 문단 46 참고). 또한 재판소는 바스크 지방 고등법원이 청구인의 발언을 "개인 존엄이라는 내밀한 핵심"(위 문단 14 참고)과는 관련 없는 공적 및 정치적 맥락에서 행해진 것이라고 판단한 점에 주목한다. 문제가 되는 발언은 특정 영역에서 국왕의 공무 수행 방식을 비판하지도, 특정 범죄행위에 대해 국왕의 개인적 책임이 있다고 하지도 않았다. 청구인의 발언은 오로지 국가의 상징으로서 그리고 국가 기관과 군대의 수장으로서 국왕이 가지는 제도적 책임에 대한 것이었다. 청구인의 주장에 따르면 국왕이 책임을 지는 군대가 일간지 Euskaldunon Egunkaria의 편집자들과 관리

자들을 고문하였다.

58. 마지막으로 청구인에게 내려진 처벌을 살펴보겠다. 제도적 공공 질서를 수호하는 국가기관이 권한 있는 당국의 보호를 받는 것은 지극히 당연한 일이나 그러한 기관이 가지는 지배적 위치를 고려할 때 정부 당국이 형사 절차를 이용하는 것은 매우 제한적으로 이뤄져야 한다(위 인용된 *Castells,* 문단 46를 준용하여 참고; 위의 유럽평의회 자료 문단 30, 31 참고). 그런 점에서 재판소는 제한의 "비례성"을 평가함에 있어 부과된 처벌의 성격과 정도를 고려해야 한다고 본다. 재판소는 청구인에게 부과된 징역 1년형이 특별히 가혹하다고 판단한다. 또한 그는 정치인임에도 불구하고, 형사 유죄 판결로 인해 형기 동안 피선거권이 박탈되었다.

59. 형을 선고하는 것은 원칙적으로 국내 법원의 관할이나, 정치적 표현의 영역에서 일어난 위법 행위에 대해 징역형을 선고하는 것은 협약 제10조에 의해 보호되는 표현의 자유와 매우 예외적인 상황에서만 양립할 수 있다고 재판소는 판결한 바 있다. 즉, 증오표현이나 폭력의 선동과 같이 기본권이 심각하게 침해된 상황에서만 징역형을 선고해야 한다는 것이다(*Bingöl v. Turkey,* no.36141/04, 문단 41, 2010년 6월 22일, *Cumpănă and Mazăre v. Romania* [GC], no.33348/96, 문단 115, ECHR 2004-XI를 준용하여 참고). 그러한 점에서 재판소는 유럽평의회 각료위원회와 의회 자료 중 정치적 발언과 관련된 영역에서의 징역형에 대한 자료들을 참고하였다(위 문단 30, 31 참고).

60. 본 사건에서 청구인은 정당한 공익적 문제에 대한 논쟁이라는 맥락에서 발언을 한 바, 청구인에 대한 징역형 선고를 정당화할 수 있는 근거는 없다. 청구인이 집행 유예를 받았다는 사실에도 불구하고 이러한 처벌은 본질적으로 표현의 자유를 위축시킬 수 밖에 없다. 집행 유예로 인해 청구인의 상황이 완화되었을 수는 있으나 그것이 그의 유죄 판결이나 전과로 인한 장기적 영향을 없앨 수는 없기 때문이다(위 인용된 *Artun and Güvener,* 문단 33을 준용하여 참고, *Marchenko v. Ukraine,* no.4063/04, 문단 52, 2009년 2월 19일 참고).

61. 앞서 다룬 내용들을 고려하면, 국내 법원이 제시한 근거들이 적절하다고 가정하더라도 문제가 된 제한이 "민주사회에서 필요한" 것이었음을 증명하기에는 충분치 않다. 국가 당국에게 주어진 재량의 여지에도 불구하고 재판소는 청구인에 대한 유죄 판결이 추구하고자 한 목적에 비례하지 않았던 것으로 본다.

62. 따라서 협약 제10조의 위반이 있었다.

II. 협약 제10조 및 제14조 공동 위반 주장

63. 청구인은 자신의 정치적 의견과 바스크 분리주의 운동의 대변인이라는 역할 때문에 차별의 피해를 입었다고 주장하였다. 그의 주장은 협약 제10조와 함께 제14조에 근거하고 있다. 제14조의 내용은 다음과 같다:

"성, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적 또는 기타의 의견, 민족적 또는 사회적 출신, 소수민족에의 소속, 재산, 출생 또는 기타의 신분 등에 의한 어떠한 차별도 없이 이 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다."

64. 재판소는 이 문제가 앞서 검토한 내용과 연관되어 있으므로 마찬가지로 받아들여질 수 있는 것으로 선고해야 한다고 판단한다.

65. 협약 제10조와 관련된 결론을 고려하여(위 문단 62 참고), 재판소는 제10조와 제14조에 따른 청구인의 청구를 별도로 검토할 필요가 없다고 판단한다(위 인용된 *Bingöl,* 문단 44 참고).

III. 협약 제41조 적용

66. 협약 제41조의 내용은 다음과 같다:

"협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 회원국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 금전적 손해

67. 청구인은 금전적 피해와 관련하여 78,586유로를 요구하였다. 그는 이 금액이 청구인이 주장하는 권리 침해로 인한 직접적 결과, 특히 2007년 6월 8일부터 2008년 8월 30일까지의 수감으로 인해 받지 못한 의원 수당에 해당한다고 주장하였다.

68. 정부는 이에 대해 이의를 제기하였다.

69. 재판소는 권리 침해와 청구인이 주장한 금전적 손해 사이의 인과적 연관은 없는 것으로 판단하므로 청구인의 주장을 기각한다.

B. 비금전적 손해

70. 청구인은 비금전적 피해와 관련하여 30,000유로를 요구하였다.

71. 스페인 정부는 그 금액이 과도하다고 보았다.

72. 재판소는 침해된 권리와 관련하여 청구인이 입은 비금전적 피해는 단순히 권리 침해 인정만으로 보상되지 않는다고 본다. 재판소는 협약 제41조에 따른 정당한 기준에 따라 청구인에게 비금전적 손해에 대한 배상액 20,000 유로를 지급한다.

C. 비용과 지출금

73. 청구인은 또한 재판소 심판 청구로 인해 발생한 비용으로 3,000유로를 요구하였다.

74. 스페인 정부는 이의를 제기하였다.

75. 재판소가 소유하고 있는 문서와 판례법을 고려했을 때, 재판소는 심판 청구 절차에 소요된 비용으로 청구인에게 3,000 유로를 지급하는 것이 합당하다고 본다.

D. 지연 이자

76. 지연 이자는 유럽중앙은행의 한계대출금리를 근거로 하여 그것에 3%를 더하는 것이 적절하다고 재판소는 판단한다.

1. 이러한 이유로 재판소는 전원일치로,

2. 본 청구는 받아들여질 수 있다고 선고한다.

3. 협약 제10조 위반이 있었다고 판결한다.

4. 협약 제14조에 대한 청구는 검토할 필요가 없다고 판결한다.

(a) 피청구국은 협약 제44조 제2항에 따라 본 판결이 최종 판결이 된 날로부터 3개월 이내에 청구인에게 다음의 금액을 지급해야 한다:

(i) 비금전적 피해와 관련하여 20,000유로

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

(ii) 청구 비용 및 지출금과 관련하여 3,000유로

(iii) 위 금액과 관련하여 발생하는 모든 세금

(b) 위에서 언급한 3개월이 만료된 때로부터 지급일까지, 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

5. 정당한 구제조치에 대한 청구인의 나머지 주장은 기각한다.

프랑스어로 작성되었고, 재판소 규칙77 제2와 제3조에 따라 2011년 3월 15일 서면으로 통지하였다.

Santiago Quesada	Josep Casadevall
서기	재판장

23. Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain

2018년 3월 13일

이 사건은 2007년 9월 국왕의 지로나 지역 공식 방문 중 열린 대중 시위에서 왕과 왕비의 사진에 불을 지른 스페인 국민 2명에 대한 유죄 판결을 다룬다. 청구인들은 그들에게 내려진 왕에 대한 모욕죄 판결은 표현의 자유에 대한 부당한 제한에 해당한다고 주장하였다.

재판소는 협약 제10조(표현의 자유)의 위반이 있다고 판결하였다. 특히 청구인들의 행위에 대한 혐의는 국가로서의 스페인 왕국, 일반적인 군주제에 대한 개인적 비판이라기보다는 정치적 비판의 일부라고 판단하였다. 또한 재판소는 이 행위가 언론의 관심을 끌기 위해 "연출된" 도발적인 "행사"였고, 표현의 자유라는 틀 안에서 비판적인 메시지를 전달하기 위하여 허용 가능한 수준의 도발을 이용하였다고 보았다. 더욱이 재판소는 문제가 되는 행위가 폭력과 증오 선동으로 해석될 수 있다고 확신하지 못하였다. 이 사건에서, 연출된 행사의 '소도구'에 대한 공동 조사나 이 행사가 열린 맥락을 살펴보아도 폭력의 선동이 있었다는 것을 추론할 수 없었다. 이 행사가 폭력적 행동이나 무질서로 이어지지 않았던 만큼 행위의 결과에 근거해도 폭력의 선동은 성립되지 않는다. 더욱이 사실이 증오 발언을 구성한다고 볼 수는 없다. 마지막으로 재판소는 청구인들에게 내려진 징역형은 추구하는 정당한 목적(타인의 명예나 권리 보호)에 비례하지도 않고 민주사회에 필요한 것도 아니었다고 판결하였다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

23

유럽인권재판소

3부문

STERN TAULATS AND ROURA CAPELLERA v. SPAIN

(청구번호 51168/15, 51186/15)

판결

스트라스부르

2018년 3월 13일

최종 판결

2018년 6월 13일

이 판결은 유럽인권협약 제44조 제2항에 따라 최종 판결이 되었다. 편집 상의 수정이 있을 수 있다.

*Stern Taulats and Roura Capellera v. Spain*사건에서 유럽인권재판소(3부문)의 재판부는 다음과 같이 구성되었다.

Helena Jäderblom, *재판장,*

Branko Lubarda,

Luis López Guerra,

Helen Keller,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides, *판사,*

and Fatoş Aracı, *서기,*

2018년 2월 13일 회부된 위 청구에 대해 심리하였고 다음과 같이 판결하였다. 이 판결은 같은 날 채택되었다.

사건의 경과

이 사건의 발단에는 스페인 왕국을 상대로 한 두 건의 청구가 있으며 이 중 스페인 국적자인 청구인 Enric Stern Taulats(청구번호 51168/15)와 청구인 Jaume Roura Capellera(청구번호 51186/15)가 2015년 10월 2일 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 "협약") 제34조에 따라 재판소에 본 사건을 청구하였다.

청구인들은 Girona 지역의 변호사 B. Salellas i Vilar를 선임하였고, 스페인 정부(이하 "정부")의 경우 스페인 법무부 인권법률국장이자 검사인 M. R.-A. León Cavero가 변호를 맡았다.

청구인들은 협약 제9조 및 10조 상 권리의 침해를 주장하였다.

2016년 2월 22일, 스페인 정부에 청구인들의 청구 사실이 통보되었다.

사실 관계

I. 사건의 배경

청구인들은 각각 1988년과 1977년 출생으로 각각 Girona와 Banyoles에 거주하고 있다.

2008년 7월 9일의 판결에 따르면, 스페인 고등법원의 중앙수사판사는 청구인들에게 형법 제490조 제3항에 의거 국왕 모욕죄로 유죄 판결을 선고하였으며 판결에 의해 증명된 사실은 다음과 같다:

"2007년 9월 13일 오후 8시 경, 국왕의 Girona 방문에 맞추어 Jaume Roura Capellera와 Enric Stern Taulats는 국왕의 광장 행차 시에 국왕 내외의 사진(얼굴 부분)을 불태웠다. 피고인 두 명 모두 전과 기록은 없었다. 이러한 행위는 부르봉 왕가 300년, 스페인 점령에 대항한 100년 투쟁이라는 슬로건 아래 행해졌고 스페인 국왕 내외의 대형 사진을 광장 중앙에 놓고 Enric Stern이 인화성 액체를 사진 위에 뿌리고 Jaume Roura는 이를 횃불 위에 올려놓았다. 광장에 모여든 수십 명의 사람들이 다양한 구호를 외치며 사진 소각을 기념했다."

스페인 고등법원의 중앙수사판사는 다음과 같이 판단했다:

"피고인들은 부르봉 왕조가 카탈로니아 자치구의 점령군으로 표현된 시위 도중에 국왕 내외를 경멸하려는 분명한 의도를 가지고 있었다."

8. 판사는 또한 다음을 지적하였다:

"군주제 반대를 표현하기 위해 국왕과 왕비의 사진을 거꾸로 불태울 만큼 국왕을 경멸하고 비방할 필요는 없었다."

9. 판사는 청구인들에게 국왕 모욕죄로 징역 15개월과 해당 기간 동안 피선거권 박탈, 재판 진행절차 비용 절반을 부담할 것을 선고하였다. 그러나 청구인들이 전과 기록이 없었던 점과 청구인들의 연령 및 직업을 고려하여 판사는 2,700유로 벌금형으로 징역형을 대신할 수 있도록 선고하였다. 그러나 형법 제88조에 따라, 청구인들이 벌금을 납부하지 않거나 또는 일부만 납부한 경우에는 징역형을 부과할 것이라고 밝혔다.

10. 2008년 12월 5일, 스페인 고등법원의 형사재판부는 판사의 이와 같은 판결을 유지하였다. 형법 제490조 제3항에 명시된 국왕 모욕죄를 법원은 다음과 같이 언급하였다:

"국왕이 그의 헌법적 지위를 행사하는 선에서 국왕의 명예가 보호되나 국왕의 지위 행사를 넘어서는 범위에 대해서도 국왕의 명예를 위법적으로 침해하는 경우, 형법 제208조 일반 원칙에 의해 보호된다. 따라서 국왕 및 형법 제490조 제3항에서 보호대상자로 명시하고 있는 인물에 대한 모욕죄는 개인이 아니라 집단을 보호한다."

11. 고등법원은 청구인들이 표현의 자유를 넘어서는 범위의 행위를 한 것으로 결론 내리고 다음과 같이 언급하였다:

"시위 참가자들은 어떠한 제재 없이 시위의 자유를 보장받았으며 자신의 의견을 표현하고 표출하였다. 그럼에도 불구하고 청구인들은 마녀의 안식일이나 종교재판으로 부를 수 있는 상황을 시각적으로 연출하였으며, 거기에서 사진 속 국가 원수의 머리를 아래에 오도록 하여 인화성 휘발유 등을 뿌리고 불을 지르는 행위를 함으로써 그것이 사용된 맥락 속에서 제도의 파괴와 경멸을 상징적으로 표현하였고, 명백히 부정적 혐의를 갖게 되었다."

12. 본회의에 참석한 16명의 재판관 중 6명이 반대의견을 표명했다.

13. 최종 판결 이후, 청구인들에게 2009년 1월 13일과 2009년 2월 10일 각각 벌금이 부과되었다.

14. 청구인들은 스페인 헌법에서 보장하는 표현과 사상의 자유를 침해 당했다고 주장하며 스페인 헌법재판소에 헌법소원심판을 청구하였다. 이에 헌법재판소는 2015년 7월 22일, 청구인들이 국왕과 군주제에 대해 증오와 폭

력을 표출했음을 이유로 청구인들의 행위는 표현 및 사상의 자유 행사에 의해 정당화 될 수 없다고 결론 내렸고 다음과 같이 밝혔다.

> "청구인들의 상징적인 해당 행위는 이를 보는 사람에게 군주는 처형되어야 마땅하다는 메시지를 전달할 뿐만 아니라 헌법에 의해 사형이 폐지된 스페인 같은 민주주의 사회에서는 더욱 더 심각한 영향을 초래한다. 해당 행위와 같이 공공장소에서 한 인물의 사진이나 그림을 불태우는 행위는 해당 인물 또는 그가 대표하는 기관에 대한 공격을 고무하고 위협을 표현한다. 궁극적으로 왕가의 초상을 공공연히 불태운 것은 그들의 이미지를 소각하는 것이 그들이 배제와 증오를 받을 만하다는 것을 표현하는 한-이는 이런 해석을 거의 피하기 어려운 방식인데- 공격적인 행위일 뿐만 아니라 증오심을 야기하는 행위이다."

15. 헌법재판소의 재판관 11명 중 4명은 헌법소원 심판청구(amparo)를 받아들일 수 있다고 주장하는 반대의견을 냈다.

II. 관련 국내법 및 국제법

A. 국내법

16. 스페인 국내 헌법 중 관련 조항은 다음과 같다:

제16조

"개인과 단체는 사상, 종교, 예배의 자유를 갖는다. 다만, 그 표현에 있어 법률이 보호하는 공공질서 유지에 필요한 제한을 받을 수 있다."

제20조

"1. 다음 각 호의 권리는 인정되고 보장된다"

(a) 사상, 생각, 의견을 구두, 서면, 또는 어떠한 재생산의 방식으로든 자유롭게 표현하고 전파할 수 있는 권리; ...

2. 이 권리의 행사는 어떠한 형태의 사전검열에 의해서도 제한을 받지 아니한다...

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

4. 이러한 자유는 이 장에서 보장되는 권리에 대한 존중, 시행 법률의 규정, 특히 명예, 사생활, 초상권 및 아동청소년의 보호를 위해 제한될 수 있다..."

제56조

"1. 국왕은 국가 원수로서 통일성과 영속성의 상징이다. 국왕은 국가기관의 정상적 기능을 위한 중재자이자 조정자이다; 그는 국제관계에 있어, 특히 역사적 공동체에 속하는 국가들에 대해 스페인 국가의 최고 대표자이다. 국왕은 헌법과 법률이 그에게 명문으로 부여한 기능을 수행한다."

17. 형법 중 관련 조항(1995년 11월 23일 국가기관에 관한 기본법 10/1995에 의해 개정됨)은 다음과 같다:

제208조

"개인의 평판이나 자아존중감을 손상함으로써 타인의 존엄성을 훼손하는 행위나 표현은 모욕죄에 해당한다. 다만 그 성격과 효과, 맥락에 있어 일반적으로 중대하다고 인정되는 모욕 행위만이 범죄에 해당한다..."

제209조

"공연하게 이루어진 중대한 모욕 행위는 6개월 이상 14개월 이하의 일수벌금형에 처한다. 그렇지 않은 경우에는 3개월 이상 7개월 이하의 일수벌금형에 처한다."

제490조

"...

3. 국왕과 그의 조상 및 후손, 왕비 또는 여왕의 부군, 섭정자 또는 섭정 가문의 일원, 왕세자를 직무 수행 중 또는 직무를 이유로 하거나 그와 관련하여 비방 또는 모욕한 자는 그 비방이나 모욕이 중대한 경우 6개월 이상 2년 이하의 징역, 그렇지 않은 경우 6개월 이상 12개월 이하의 일수벌금형에 처한다."

B. 유럽평의회 문서

18. "증오표현"에 관한 각료위원회 no.R(97)20 부록은 그 원칙들의 적용범위를 다음과 같이 언급하고 있다:

"해당 원칙을 적용함에 있어, "증오표현"은 인종에 대한 증오, 외국인 혐오, 반유대주의 또는 불관용을 바탕으로 한 다른 형태의 증오를 전파, 촉진 및 정당화하는 표현의 모든 형태를 포괄하는 것으로 이해되어야 하며, 공격적 민족주의와 자민족 중심주의, 이주 배경을 가진 사람들과 이주자, 소수자들에 대한 적대심과 차별의 모든 형태에서 표현된 불관용을 포함한다."

판단

I. 사건의 병합

19. 두 청구가 제기하는 사실들과 실질적인 쟁점들에 대한 청구들 사이의 상호연관성을 고려하여, 재판소는 두 청구를 하나로 병합하여 검토하는 것이 적절한 것으로 판단한다.

II. 협약 제10조 위반 주장

20. 청구인들은 국왕에 대한 모욕 행위를 이유로 유죄를 선고한 판결이 표현의 자유를 부당하게 침해하였다고 주장한다. 청구인들은 협약 제10조의 내용을 언급한다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제한 또는 벌칙에 따르게 할 수 있다.

..."

A. 심리 적격 여부

21. 정부는 협약 제17조(권리 남용의 금지)에 의해 신청들이 받아들여질 수 없다고 선언되어야 한다고 주장하였다. 정부는 그 근거로 본 사건이 폭력과 증오를 선동하는 언행과 관련이 있거나, 또는 청구인들에 대한 유죄 판결이 민주적이고 균형적인 사회에서 필요한 것으로 고려되어야 한다는 것을 강조하였다.

22. 청구인들은 자신들의 행위는 협약 제10조에 해당할 뿐 증오를 선동하는 행위로 판단할 사유가 없다고 주장하였다.

23. 재판소는 협약 제17조에 대한, 또 결과적으로 제10조의 적용가능성에 대한 정부의 주장이 협약 제10조에 기반한 청구인들 주장의 실질과 특히 민주사회에서의 필요성 문제와 밀접하게 연관되어 있다고 판단한다. 그러므로 재판소는 이에 대한 심리 청구에 동의한다.

24. 청구인들의 청구는 협약 제35조 제3항의 의미 내에서 명백한 근거가 없는 것이 아니며 더 나아가 심리 부적격의 근거로 볼 수 있는 사유가 없으므로, 재판소는 본 청구를 받아들여 질 수 있다고 결정한다.

B. 본안 판단

25. 재판소는 청구인들에 대한 유죄 판결이 협약 제10조 제1항에 의해 보장된 표현의 자유에 대한 제한에 해당한다는 데에 양측의 이견이 없다고 판단한다. 이러한 제한이 법률에 근거하고 있고 그것이 정당한 목적, 즉 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 다른 사람들의 명예와 권리의 보호를 추구하였다는 것에도 또한 이견이 없다. 이 사건에서 그 제한이 "민주사회에서 필요한 것이었는지" 여부를 판단하는 것에 중점을 두어야 한다.

당사자들의 주장

26. 정부는 스페인 법원들이 이 영역에서 재판소의 판례법을 적절하게 고려하였으며 "증오표현"의 영역에서 채택된 접근법을 따라야 한다고 판단하였다. 정부는 청구인들의 기소된 행위가 폭력적 행동들을 야기했기 때문에 혐오를 선동했다고 주장하였다. 이 점에서, 정부는 2007년 9월 말경 바르셀로나와 마드리드에서 두 청구인들의 기소에 반대하여 일어난 항의 행위들을 언급한다.

27. 청구인들은 그들의 유죄 판결이 추구하는 정당한 목적에 비례하지도 않았고 "민주사회에서 필요하지도 않

았다"는 입장을 유지하였다. 관련된 것들에 따르면, 위에서 언급된 행동은 특정 인종이나 신념, 특정한 필수적 태도들을 대상으로 한 것이 아니었다. 청구인들은 또한 정치적 맥락 속에서 상징들의 사용이 *Fáber v. Hungary*사건(no.40721/08, 2012년 7월 24일), *Murat Vural v. Turkey*사건(no.9540/07, 2014년 10월 21일), 특별히, *the Christian Democratic People's Party v. Moldova*사건(no.2)(no.25196/04, 2010년 2월 2일)에서 표현의 자유에 의해 보호되는 것으로 고려되었음을 언급하였다.

28. 이 사건에서 제3자로서 국제 조직인 "ARTICLE 19"는 특히 국내 형법에 의해, 국가의 원수를 모욕하는 행위를 금지하는 것은 민주체제에서 정부가 시민의 통제를 받기 원하는 "근본 원칙"을 뒤집는다고 생각하였다.

ARTICLE 19는 정치적 비판과 공격을 포함하는 사건들에서 부과된 형사 처벌이 거의 비례적이지 않다고 단언한다. ARTICLE 19는 "모욕"과 "증오표현" 사이에 중요한 차이가 있다고 믿었다,

증오표현의 금지는 차별과 폭력으로부터 권리를 보호하고 평등을 증진하는 것을 목표로 한다는 점과 공격적이거나 충격적이거나 걱정을 끼치는 표현을 단순히 겨냥한 것은 아니라는 점을 명확히 하였다

재판소의 평가

(a) 일반 원칙

29. 재판소는 협약 제10조와 관련된 재판소 판례법으로부터 도출되는 근본적 원칙들을 아래에서 다시 확인한다.

30. 표현의 자유는 민주사회에서 필수 근간이 되는 권리로, 개인의 발전과 민주사회의 발전에 필수적인 조건들 중 하나이다. 협약 제10조 제2항에 따라, 그것은 단지 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 "정보" 또는 "견해"에만 적용되는 것이 아니라 불쾌하고 충격적이거나 혼란을 일으키는 그것들에 대해서도 적용된다: 다원주의, 관용, 포용력 없이 민주사회는 존재할 수 없다(*Handyside v. United Kingdom,* 1976년 12월 7일, IV 49, Series A, no.24, *Lindon, Otchakovsky-Laurens and July v. France* [GC], nos.21279/02 및 36448/02, 문단 45, ECHR 2007-IV 참고). 협약 제10조에 명시한 바와 같이, 표현의 자유에 대한 예외도 있으나, 예외 조항은 좁은 범위 내에서 해석되어야 하며, 표현의 자유를 제한할 필요성이 설득력 있게 인정되어야 한다.

31. 협약 제10조 제2항의 의미 내에서 형용사 "필요한"은 "긴박한 사회적 필요"를 내포한다. 회원국은 그러한 필요성의 존재를 판단하는데 어느 정도의 재량을 향유하지만, 그것은 유럽인권체제의 감독과 함께 이뤄져야 한다. 이

는 그러한 감독이 적용된 법적 규범과 결정 모두를 수용하는 것을 의미한다. 그것이 독립된 법원의 결정이라 할지라도 말이다. 따라서 재판소는 "제한"이 협약 제10조가 보호하는 표현의 자유와 양립 가능한지 여부에 대한 최종 판결을 내릴 권한을 가지고 있다.

32. 협약 제10조 제2항에 따르면 정치적 발언 혹은 토론의 영역이나 공익과 관련된 문제에서 표현의 자유를 제한할 여지가 거의 없다. 또한 일반인에 비해 정치인을 대상으로 한 비판은 더 넓게 허용된다: 정치인은 일반인과 달리 필수적, 의식적으로 대중과 언론에 그 자신을 노출시키기 때문이다; 그러므로 정치인은 더 큰 관용을 보여주어야 한다(*Lingens v. Austria,* 1986년 7월 8일, 문단 42, Series A no.103, *Vides Aizsardzības Klubs v. Austria,* no.57829/00, 문단 40, 2004년 5월 27일, *Lopes Gomes da Silva v. Portugal,* no.37698/97, 문단 30, ECHR 2000-X 참고). 물론 정치인도 개인의 자격으로 행동하는 때가 아니라 하더라도 자신의 평판을 보호받을 권리가 있다. 그러나 이 보호의 긴요함은 정치적 문제들에 대한 자유토론으로 인한 이익과 균형을 이루어야 한다. 표현의 자유에 대한 예외는 매우 좁은 범위에서 해석되어야 한다(*Pakdemirli v. Turkey,* no.35839/97, 문단 45, 2005년 2월 22일, *Artun and Güvener v. Turkey,* no.75510/01, 문단 26, 2007년 6월 26일).

33. 그러나 정치적 비판의 영역에서 표현의 자유가 무제한적이라고 볼 수는 없다. 재판소는 민주적이고 다원적인 사회의 근간이 되는 모든 인간의 평등한 존엄을 위해 존중과 관용의 가치를 상기시키고자 한다. 따라서 원칙적으로 민주사회에서 해당 "형식", "조건", "제한", "벌칙"이 정당한 목적에 비례적 수준으로 적용된다는 전제 하에 불관용(종교적 불관용을 포함)을 기반으로 하여 증오를 전파, 조장, 선동 및 정당화하는 모든 형태의 표현에 제재를 가하거나 예방하는 것이 민주사회에서 필요한 것일 수 있다(증오표현과 폭력의 선동과 관련한 다음 판례 참고, *Sürek v. Turkey,* no.1[GC], no.26682/95, 문단 62, ECHR 1999-IV, 특히 *Gündüzv. Turkey,* no.35071/97, 문단 40, ECHR 2003-XI). 국가기관이 공공질서의 수호자로서 권한 있는 당국의 보호를 받는 것은 마땅하나, 기관이 가지는 지배적 위치를 고려할 때 정부 당국이 형사 절차를 이용하는 것은 매우 제한적으로 이뤄져야 한다(*Jiménez Losantos v. Spain,* no.53421/10, 문단 51, 2016년 6월 14일 참고).

34. 따라서 표현의 자유에 대한 정부 당국의 제한이 "민주사회에서 필요한"지의 여부를 판단하기 위하여, 재판소는 정치적 논쟁의 틀 내에서 자행된 범죄에 대한 징역형 선고가 단지 예외적 환경에서만 표현의 자유와 양립할 수 있다는 것을 강조했다. 그리고 이 때 고려해야 할 본질적 요소는 그 발언이 폭력의 사용을 선동하고 증오의 표현을 구성하는지 여부라는 것을 강조했다(*Gerger v. Turkey* [GC], no.24919/94, 문단 50, 1999년 7월 8일, 위 인용된 *Sürek*(no.1), 문단 62, 위 인용된 *Otegi Mondragon,* 문단 54 참고).

35. 국가 원수에 대한 범죄와 관련하여, 재판소는 특별법에 의해 범죄의 방식으로 보호를 강화하는 것이 협약

이 추구하는 가치에 상충된다고 이미 밝힌 바 있다(*Colombani et al v. France,* no.51279/99, 문단 66-69, ECHR 2002-V, *Pakdemirli v. Turkey,* no.35839/97, 문단 51-52, 2005년 2월 22일, *Artun and Güvener v. Turkey,* no.75510/01, 문단 31, 2007년 6월 26일, *Otegi Mondragon v. Spain,* no.2034/07, 문단 55-56, ECHR 2011 참고). 게다가 국가 원수의 명성을 보호하는 국가의 이익은 국가 원수에 관한 의견을 전달하고 표현하는 권리와 비교할 때, 국가 원수에게 특권을 부여하거나 특별한 보호를 제공하는 것을 정당화 할 수 없다(위 인용된 *Otegi Mondragon,* 문단 55 참고).

이 사건에 대한 위 원칙의 적용

36. 재판소는 우선 청구인들의 기소된 행위가 개인적인 비판이 아니라 일반적으로는 군주제, 특히 국가로서 스페인 왕국에 대한 정치적 비판에 해당한다는 것에 주목한다. 이러한 결론은 해당 행위가 발생한 맥락을 살펴보았을 때 명백하다. 이것은 스페인 국왕이 Girona를 공식적으로 방문한 기회에 발생했는데, "부르봉 왕조 통치 300년, '스페인 점령'에 대한 저항의 100년"이라는 모토 아래 일어난 군주제 반대 및 독립을 위한 집회가 이어졌던 것이다.

한 집회가 마을 광장에서 개최되었고 청구인들은 광장에서 그들이 유죄판결을 받게 된 행위, 즉 국왕 부부의 사진을 사용하는 (사진 소각) 행위에 참여하기 위하여 이 광장의 중앙으로 나아갔다.

이 논란이 되는 장면은, 카탈로니아 지방의 독립, 국가의 군주 그리고 스페인 국가의 상징으로서의 국왕에 대한 비판과 같은 공익적 쟁점들에 대한 논쟁의 한 부분이었다.

이러한 모든 요소들은 그 행위가 스페인 국왕 개인에 대한 경멸과 비난을 위한 개인적 공격이 아니라 (청구인들의 주장에 따르면) 카탈로니아를 점령했던 공권력과 국가기관의 수장 및 상징으로서 왕이 대표했던 것에 대한 비판이었다. 이것은 비판이나 정치적 반대의 영역에 해당하고 제도로서의 군주제에 대한 반대의 표현에 해당한다는 결론에 이르게 한다.

37. 또한 재판소는 청구인들이 정치적 비판을 표현하는 방식, 즉 대형 사진을 뒤집어 불태우는 방식에 대하여 스페인 헌법재판소가 판결을 통해 문제를 제기했던 점을 주목한다. 이러한 표현의 형태가, 헌법재판소에 따르면, 표현의 자유의 범위를 넘어 증오표현 또는 폭력 사용의 선동에 해당하였다.

38. 이 세가지 요소들을 고려함으로써, 재판소는 그것들이 청구인들에 의해 표현된 구체적인 정치적 비판(이 비판은 스페인 국가와 군주제 형태를 목표로 하였다)과 명확하고 명백한 관계를 갖는 상징적 요소들이라는 것에 주목

한다: 스페인 국왕의 초상이 국가의 원수를 상징한다는 것은 화폐나 도장을 주조할 때 또는 공공기관을 상징하는 문양에도 활용된다는 점을 고려하면 명백하게 드러난다 ; 불을 사용한 것과 사진을 뒤집은 것은 과격한 거부를 나타내며 이 두 가지 상징의 조합은 정치적 또는 다른 종류의 비판으로서의 성격을 명백하게 드러내기 위해 사용되었다(앞서 언급한 기독민주당(the Christian Democratic People's Party)사건 판례 참조). 또한 사진의 크기와 관련하여 해당 크기는 공공장소에서의 시각화를 고려한 것으로 판단된다. 재판소는 청구인들의 도발적 행위가 언론과 대중의 관심을 끌기 위한 의도적인 행위로 해석되며 표현의 자유의 범위 내에서 비판적인 메시지를 전달하는 정도를 넘지 않은 것으로 판단한다(*Mamère c. France,* no.12697/03, 문단 25, ECHR 2006-XIII 참고).

39. 재판소는 또한 청구인들이 국가 원수의 사진을 불태우는 자극적인 행위를 했으나 이는 국왕에 대한 폭력을 선동하려는 의도로 해석될 수 없다는 의견을 가지고 있다(위 인용된 *the Christian Democratic People's Party,* (no.2), 문단 27 준용하여 참고). 재판소는 이러한 유형의 행위가 불만족과 저항의 상징적 표현으로 해석되어야 한다는 점을 주목한다.

이 사건에서 청구인들이 조직하여 실행한 행위는 비록 이미지 소각으로 귀결되었을 지라도, 공익의 문제, 즉 군주 제도에 대한 논쟁의 맥락에서 표현된 어떤 의견의 한 형태이다. 이러한 맥락에서 재판소는 표현의 자유에서 의미하는 "정보" 또는 "견해"가 우호적으로 수용되거나 거슬리지 않는 혹은 무관심의 대상으로 간주되는 것만을 의미하지 않으며 비록 그것이 불쾌하고 충격적이거나 혼란을 일으키는 표현이라 하더라도, 민주사회의 필수요소인 다원성과 관용, 포용력을 추구하기 위해서는 이 또한 포용해야 한다는 점을 재강조하고자 한다(위 문단 27참고).

40. 따라서 재판소는 이 사건 전체에서 청구인들의 해당 행위가 합리적인 관점에서 증오나 폭력의 선동으로 간주될 수 있다고 확신하지 않는다.

재판소는 폭력의 선동은 현장에서 사용된 요소들과 그 행동이 일어났던 맥락 등에 대한 종합 조사만으로 추론될 수 없으며, 판사가 입증한 사실들에 따라 행동의 결과가 폭력적인 행위나 공공질서의 교란을 수반하지 않은 경우에도 인정될 수 없다고 생각한다.

두 청구인들의 기소에 반대하는 저항의 맥락에서 며칠 후에 일어났다는 사건들을 정부가 언급했는데, 이는 위 결론을 바꾸지 못한다. 이 사건들은 청구인들이 조직하여 실행한 행위의 결과로서 해석되어서는 안 되고 국가의 형사적 억압의 사용에 대한 반응으로 해석되어야 한다.

41. 스페인 정부가 유죄판결의 정당한 근거로 제시한 증오표현과 관련하여, 재판소는 기존 판례가 민주사회 내 표현의 자유의 핵심과 필수적인 특징을 확립한 반면, 표현의 자유에 대한 제한 또한 정의했다는 사실에 주목하고자

한다. 협약에 의해 보장되고 선언된 가치들과 양립할 수 없는 표현들은 제17조에 의해 제10조 표현의 자유의 보호가 적용되지 않는다(*Lehideux and Isorni v. France,* 1998년 9월 23일, 문단 47 및 53, 판결과 결정 보고서 1998-VII, WP, *Others v. Poland*(dec.), no.42264/98, ECHR 2004-VII(발췌), *Norwood v. United Kingdom*(dec.), no.23131/03, ECHR 2004-XI, *Witzsch v. Germany*(dec.), no.7485/03, 2005년 12월 13일 참고).

증오표현의 경우, 협약 제10조에 의한 보호가 제한되거나 아예 금지될 수 있다. 증오표현이란 인종에 대한 증오, 외국인 혐오, 반유대주의, 또는 불관용을 기반으로 한 다른 형태의 증오 등을 전파, 선동, 조장하거나 정당화하는 모든 형태의 표현으로 이해되어야 한다(위 인용된 *Gündüz,* 문단 22 참고). 맥락을 고려하여 본 판례를 참조하여야 한다(*Perinçek v. Switzerland* [GC], no.27510/08, 문단 204-208, ECHR 2015(발췌)).

이 사건에서 기소된 청구인들의 해당 행위와 같이, 제도에 대한 정치적 비판과 거부의 상징적 표현을 증오표현으로 편입하는 것은 표현의 자유에 의해 보장되는 보호 범위로부터 배제하는 결과를 발생시킨다. 이는 판례법에 의해 허용되는 예외를 지나치게 광범위하게 해석하는 것으로, "민주사회"의 근간인 다원주의, 관용과 포용력을 훼손할 위험을 초래할 수 있을 것이다.

42. 결론적으로, 재판소는 청구인들의 해당 행위를 증오표현으로 해석할 수 없다고 판단하며 협약 제17조에 의한 스페인 정부의 선결적 항변을 기각한다(*Féret v. Belgium,* no.15615/07, 문단 82, 2009년 7월 16일 준용하여 참고). 청구인들이 벌금을 내지 않았을 경우 집행되어야 하는 징역형에 대하여, 재판소는 이미 기존 판례를 통해 명시한 바와 같이(위 문단 34 참고), 정치적 논쟁의 틀 내에서 실행된 범죄에 대하여 부과된 징역형 선고는 가장 강력한 법적 비난을 대표한다는 점에서, 표현의 자유와 관련하여 추구하는 정당한 목적에 비례하지도 않고 민주사회에서 필요하지도 않은 제한을 구성한다고 생각한다. 따라서 협약 제10조를 위반하였다.

III. 협약 제9조 위반 주장

43. 청구인들은 또한 협약 제10조와 결합하여 제9조의 침해를 주장하였다. 이러한 청구인들의 주장은 협약 제10조와 관련하여 검토한 동일한 사실들과 관련이 있으므로, 재판소는 그것을 별개로 심사하는 것이 불필요하다고 판단한다.

KOR 국가인권위원회
humanrights.go.kr

IV. 협약 제41조 적용

44. 협약 제41조에 따르면, "협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 회원국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 재판소는 필요하다면 피해자에게 정당한 구제조치를 제공하여야 한다."

A. 손해

45. 청구인들은 각각 유죄 판결로 인해 부과된 벌금에 해당하는 2,700유로와 그들이 입은 비금전적 손해에 해당하는 6,000유로를 배상해 줄 것을 주장하였다.

46. 금전적 손해와 관련하여, 스페인 정부는 정부의 협약 위반으로 판결이 날 경우, 국내법 절차에 따라 국내 법원들이 그 벌금의 배상문제를 심사해야 하기 때문에 국내 절차가 다시 열려야 한다고 생각한다. 정부는 비금전적 손해에 관해서는 증거가 없다고 말한다.

47. 재판소는 협약 제10조의 위반과 청구인들에게 부과된 벌금 2,700유로로 인한 청구인들의 금전적 손해 사이에 인과적 관계가 있다고 판단한다. 그러므로 재판소는 스페인 정부가 청구인들에게 각 2,700유로를 지급할 것을 판결한다.

48. 비금전적 손해에 관해서, 재판소는 이 사건의 모든 상황을 종합하면 권리 침해 확인이 협약 제10조에 반하여 이루어진 유죄 판결로 인한 해악을 치유하기에 충분하다고 생각한다.

B. 비용과 지출금

49. 청구인들은 국내 법원과 재판소 소송비용과 지출금에 대해 각 1,740유로와 7,260유로를 청구했다. 청구인들은 그들의 주장을 뒷받침하기 위해 법적인 비용을 지급했다.

50. 국내 소송절차와 관련된 비용에 대해, 정부는 협약 제41조에 의해 청구인들은 해당 비용의 배상을 청구할 수 없다고 주장하였다. 재판소 절차 비용에 대하여는 재판소의 판결에 의해 액수가 결정되어야 한다고 주장하였다.

51. 재판소의 판례법에 따라, 청구인들은 금액과 관련하여 현실성, 필요성 및 합리성이 충족된 경우에 한해 소송비용을 보전 받을 수 있다. 이 사건의 경우 청구인들이 제시한 근거 및 위에서 제시된 기준, 그리고 사건의 중요성과 복합성을 고려하여, 재판소는 청구인들이 요구한 총액에 해당하는 9,000유로를 지급할 것을 판결한다.

C. 이자 지연

52. 재판소는 유럽중앙은행의 한계대출금리에 3%를 가산하여 지연이자율을 정하는 것이 적절하다고 판단한다.

이러한 사유로, 재판소는 전원일치로 다음과 같이 결정한다:

1. 청구인들의 청구를 병합한다;

2. 평결을 내리는 것으로 결정하고 협약 제17조에 의한 정부의 이의 제기를 기각한다;

3. 청구인들의 청구는 받아들여질 수 있다고 선고한다;

4. 협약 제10조 위반이 있었다고 판단한다;

5. 협약 제9조의 위반 여부를 별도로 판단할 필요가 없는 것으로 결정한다;

6. 청구인들의 비금전적 손해에 관해서는 권리 침해 확인으로 충분한 배상이 이루어진 것으로 판단한다;

7. 따라서,

(a) 스페인 정부는 협약 제44조 제2항에 따라 본 판결이 최종 판결이 된 날로부터 3개월 이내에 청구인들에게 다음의 금액을 지급해야 한다:

(i) 청구인들에게 각 2,700유로 및 금전적 손해배상금에 대한 세금 부담

(ii) 청구인들과 연대하여 9,000유로 및 비용과 지출금에 대한 세금 부담

(b) 지급기간 만료 시점 이후에는 위의 금액에서 유럽중앙은행의 한계대출금리와 동일한 이율에 3%를 더하여 단리를 지급해야 한다.

8. 청구인들의 나머지 주장은 기각한다.

국가인권위원회
humanrights.go.kr

프랑스어로 작성되었고, 재판소 규칙77 제2조와 제3조에 따라 2018년 3월 13일 서면으로 통지하였다.

Fatoş Aracı	Helena Jäderblom
서기	재판장

국가인권위원회

국가인권위원회는 '사람이 사람답게 사는 세상'을 만들기 위해 2001년 11월 출범하였으며, 인권정책, 조사·구제, 교육·홍보, 국내·외 협력의 4대 기능을 수행하고 있습니다.

- **인권정책**
  - 법령·제도·정책·관행의 조사·연구 및 개선 권고·의견 표명
  - 국제인권조약 가입 및 조약의 이행에 관한 권고·의견 표명
- **조사·구제**
  - 국가기관, 지자체 또는 구금·보호시설의 인권침해 조사·구제
  - 법인, 단체 또는 사인(私人)에 의한 평등권침해의 차별행위 조사·구제
  - 성희롱 조사·구제
  - 「장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률」 및 「고용상 연령차별금지 및 고용촉진에 관한 법률」에 따른 조사·구제
- **교육·홍보**
  - 인권의식 향상을 위한 교육
  - 인권문화 확산 및 홍보
- **국내·외 협력**
  - 국내 인권단체 및 개인과 협력
  - 인권관련 국제기구 및 외국인권기구와 교류·협력

인권교육센터

▷ edu.humanrights.go.kr

▷ m.edu.nhrc.go.kr

인권 상담은 전국 어디서나 **1331**

유럽인권재판소 판례
- 증오표현 -

European Court of Human Rights
- Hate Speech Fact Sheet -

2

협약 제10조(표현의 자유)에 따른 보호의 제한

발간등록번호
11-1620000-000819-01

ISBN 978-89-6114-809-2 95360
ISBN 978-89-6114-807-8 95360(전3권)

국가인권위원회