발 간 등 록 번 호
33-9750040-000245-07

세계헌법재판 조사연구
2023-E-2

2023 제2호(통권 제59호)

세계헌법재판 조사연구보고서

Constitutional Research Institute

헌법재판소
헌법재판연구원

목 차

세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제2호 소개 / 비교헌법연구팀장 정유진

최신 세계헌법판례

독일

삼림지역에서 풍력발전시설 설치를 금지한 튀링엔 주 삼림법의 위헌성
/ 책임연구관 김태호 ····· 3

인체용 비처방 동종요법 의약품을 동물에게 사용할 때 수의사의 승인을 거치도록 한 동물의약품법 조항의 위헌성/ 책임연구관 김태호 ····· 13

유럽인권재판소

소송 진행 중 제정·시행된 신법의 소급 적용 등으로 불리한 판결을 받은 경우 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부
/ 책임연구관 장효훈 ····· 25

동성 관계를 묘사한 아동 도서의 판매를 제한한 공립대학 조치의 표현의 자유 침해/ 책임연구관 장효훈 ····· 48

세계헌법재판기관 소개

필리핀 대법원 ····· 67

세계헌법재판 관련 논문 목록

▌세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호) ····· 73

국외통신원 소식

▌독일 기본법상 아동 기본권 조항 신설에 관한 논의 ····· 79

▌오사카시 '혐오표현의 대처에 관한 조례' 규정의 합헌성을 인정한
일본 최고재판소 판결 ····· 89

알 림

「세계헌법재판 조사연구보고서」 2023 제2호(통권 제59호)는 헌법재판연구원에서 2023년 2월에 메일로 보내드린 「세계헌법재판 조사연구」 뉴스레터를 책자로 발간한 것임.

세계헌법재판 조사연구보고서 2023년 제2호 소개

❑ 최신 세계헌법판례

독일 연방헌법재판소는 <삼림지역에서 풍력발전시설 설치를 금지한 튀링엔 주 삼림법의 위헌성> 결정에서, 삼림지역에서 풍력발전시설의 설치를 전면 금지한 튀링엔 주 삼림법 조항이 연방과 주 간 경합적 입법권한에 관한 기본법 규정에 위반된다고 판단하였습니다. 연방헌법재판소는, 해당 조항이 규율하는 토지이용 관련 사항이 주가 연방과 다른 입법을 할 수 있는 경합적 입법사항에 속하지 않고, 연방법에서 이미 해당 사항을 규율하고 있으므로, 해당 조항으로 인한 재산권 제한이 정당화될 수 없다고 하였습니다.

독일 연방헌법재판소는 <인체용 비처방 동종요법 의약품을 동물에게 사용할 때 수의사의 승인을 거치도록 한 동물의약품법 조항의 위헌성> 결정에서, 처방을 요하지 않는 인체용 동종요법 의약품을 동물에게 사용하고자 할 때 수의사의 승인을 거치도록 한 동물의약품법 조항에 대하여, 위 조항은 동물치료에 있어 진단 및 치료의 질을 보장한다는 정당한 목적에 기여하나, 협의의 비례원칙에 반하여 동물 동종요법치료사 등의 직업의 자유 및 동물 소유주의 일반적 행동의 자유를 침해한다고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <소송 진행 중 제정·시행된 신법의 소급 적용 등으로 불리한 판결을 받은 경우 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부> 결정에서, 해당 사안에서 벨기에 의회가 진행 중인 소송의 결과에 영향을 줄 수 있는 신법을 제정·시행한 것과 벨기에 대법원이 하급심 판결 이유를 대체하여 소송 당사자인 청구인에게 불리한 판결을 한 것은 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 볼 수 없으나, 소송 절차가 합리적인 기간을 초과하여 진행된 것은 공정한 재판을 받을 권리를 침해하였다고 판단하였습니다.

유럽인권재판소는 <동성 관계를 묘사한 아동 도서의 판매를 제한한 공립대학 조치

의 표현의 자유 침해> 결정에서, 동성 관계를 긍정적으로 묘사한 아동 도서의 판매를 1년간 중지시키고 이후 유해성 경고 문구를 표기하여 출판하도록 한 공립 리투아니아 교육대학교의 조치가 유럽인권협약 제10조를 위반하여 저자인 청구인의 표현의 자유를 침해하였다고 판단하였습니다.

❑ 세계헌법재판기관 소개

이번 호에서는 필리핀 대법원을 소개하였습니다.

❑ 세계헌법재판 관련 논문 목록

최신 학회지에 실린 세계헌법재판 관련 논문들을 정리해 놓았습니다.

❑ 국외통신원 소식

독일 통신원의 <독일 기본법상 아동 기본권 조항 신설에 관한 논의>에서는, 자녀의 양육 및 교육에 대한 부모의 권리와 의무 등을 규정하고 있는 독일 기본법 제6조 및 연방정부가 기본법에 아동 기본권 조항을 신설하고자 2021년 3월 제출한 기본법 개정 법률안의 주요 내용을 살펴보고, 위 법률안에 대한 찬반을 중심으로 아동 기본권 조항 신설 논의의 현황을 소개하였습니다.

일본 통신원의 <오사카시 '혐오표현의 대처에 관한 조례' 규정의 합헌성을 인정한 일본 최고재판소 판결>에서는, 혐오표현의 정의 및 혐오표현에 대한 규제 조치의 내용과 절차 등을 규정한 오사카시 조례 조항들의 표현의 자유 침해 여부를 판단한 일본 최고재판소 판결을 소개하였습니다. 최고재판소는, 해당 조례가 인종・민족 관련 속성을 이유로 한 차별적 언동을 억제하기 위한 정당한 목적을 가지고, 규율 대상이 한정적이며, 혐오표현에 대하여 법적 강제력이 없는 확산방지조치를 취하도록 함에 그친다는 등의 이유로 해당 조례 조항들이 표현의 자유를 침해하지 않는다고 판단하였습니다.

독일

삼림지역에서 풍력발전시설 설치를 금지한 튀링엔 주 삼림법의 위헌성

/ 책임연구관 김태호

인체용 비처방 동종요법 의약품을 동물에게 사용할 때 수의사의 승인을 거치도록 한 동물의약품법 조항의 위헌성

/ 책임연구관 김태호

삼림지역에서 풍력발전시설 설치를 금지한 튀링엔 주 삼림법의 위헌성[1)]

Ⅰ. 사실관계

튀링엔 주 '삼림의 보존, 보호, 활용 및 임업 경제의 육성에 관한 법'(이하 '튀링엔 주 삼림법')[2)]은 산지를 다른 목적으로 사용하려면 사전허가를 받도록 하고 있는데, 2020년의 법 개정으로 제10조 제1항 제2문에서 풍력발전시설의 건설을 위한 목적으로 산지의 지목을 변경하는 것을 금지하였다. 이에 따라 튀링엔 주 삼림 지대에서는 주 법률로 풍력발전시설의 설치가 금지되었다.

튀링엔 주 전체 면적의 34%는 산지이다. 산지 중 풍해나 해충피해로 인해 사실상 임업 목적의 사용이 불가능하거나 제한적인 황무지 지역도 상당수이다. 청구인들은 튀링엔 주에 소재한, 해충 피해로 벌목된 산지의 소유자로서 해당 산지에서 풍력발전시설을 설치·운영하려 하는바, 튀링엔 주 삼림법 제10조 제1항 제2문이 헌법이 보장한 자신들의 재산권을 침해하고 있다고 하며 헌법소원을 제기하였다.

Ⅱ. 주문

1. 튀링엔 주 삼림법 제10조 제1항 제2문(2020년 12월 21일 개정, 주 관보 2020. 12. 30. 665면)은 기본법 제14조 제1항 및 제72조 제1항 및 제74조 제1항 제18호에 위배되어 무효이다.

2. 튀링엔 주는 청구인들에게 필요한 비용을 상환해야 한다.

1) 연방헌법재판소 2022. 9. 27. 결정, 1 BvR 2661/21.

2) Gesetz zur Erhaltung, zum Schutz und zur Bewirtschaftung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft: Thüringer Waldgesetz - ThürWaldG.

Ⅲ. 관련 법령 및 쟁점

1. 심판대상조항

문제된 **튀링엔 주 삼림법** 제10조 제1항 제2문(아래 밑줄 친 부분으로서 이하 '심판대상조항'이라 한다)은 다음과 같다.

제10조 지목(Nutzungsart)의 변경

제1항 삼림은 하급 산림청이 사전에 지목변경을 허가한 경우에만 변경할 수 있다. **풍력발전시설의 건설을 위한 지목변경은 허용되지 않는다**. 허가는 하급 자연보호청의 동의와 상급 주 계획청의 의견청취 후 이루어진다. 토지가 이후 농업적 목적으로 이용되어야 한다면 허가 시 상급 농업청의 동의도 얻어야 한다.

2. 쟁점 및 요지

연방헌법재판소는 심판대상조항이 풍력발전시설의 설치를 위한 삼림지역의 지목변경을 예외 없이 금지함으로써 삼림지역에서의 풍력발전시설 건설을 막고 있으므로 청구인들의 헌법상 보호되는 재산권[3]을 제한하고 있다고 하였다. 그런 다음 연방헌법재판소는 해당 사안에서 튀링엔 주에 입법권이 없기 때문에 주법을 통한 재산권 제한이 형식적으로 헌법에 위반되어 정당화될 수 없다고 하였다.

독일 기본법 제72조 제1항은 연방과 주가 경합적으로 입법권한을 가지는 영역에 대해서는 연방법률이 없는 한 그 범위 내에서 주가 입법권을 갖는 것으로 규정[4]하고 있고, 독일 기본법 제74조는 토지이용, 자연보호 · 경관보호를 경합적 입법영역으로 분류[5]한다. 연방헌법재판소는 심판대상조항이 토지이용에 관한 입법으로서 연방법

3) **[독일 기본법 제14조]**
(1) 재산권과 상속권은 보장된다. 그 내용과 한계는 법률로 정한다.

4) **[독일 기본법 제72조]**
(1) 경합적 입법사안에 대해 주는, 연방이 그 입법권한을 법률로써 행사하고 있지 않는 한, 또 그 범위 내에서 입법권을 갖는다.

5) **[독일 기본법 제74조]**
(1) 경합적 입법은 다음의 영역을 그 대상으로 한다.
18. 도시 건설에서의 토지거래, 토지법(개발분담금법 제외)(…)
29. 자연보호 및 경관보호

이 이미 종국적으로 건설계획법 차원에서 교외지역(Außenbereich)에서의 풍력발전시설 설치를 우대하고 있으므로 튀링엔 주가 심판대상조항과 같은 입법을 할 권한이 없어 헌법에 반한다고 보았다.

독일 기본법 제72조 제3항[6]에 따르면 자연보호 및 경관보호에 관한 입법영역의 경우에 주 입법자가 연방법률과 다른 입법을 할 수도 있다. 그러나 이는 특정지역이 생태적 기능 때문에 보호할 가치가 있거나 그 위치의 경관이 아름다워 보호할 필요가 있는 경우를 상정한 것이다. 튀링엔 주의 입법자는 심판대상조항의 도입 이전에 주법으로 자연보호 및 경관보호에 관한 다양한 규정을 두었지만, 이는 자연보호 및 경관보호에 대한 일반적인 요청을 넘어서 그 기능, 상태, 아름다움 때문에 특정 영역을 보존할 특별한 요청을 충족하고자 한 것이다. 이는 심판대상조항의 일반적인 금지규율과는 다르다.

이에 연방헌법재판소는 심판대상조항이 독일 기본법 제14조 제1항 및 제72조 제1항과 결부된 독일 기본법 제74조 제1항 제18호에 위반된다고 선언하였다.

Ⅳ. 판단

1. 재산권 제한

심판대상조항은 재산권에 대한 내용 및 한계를 정하는 조항으로서 독일 기본법 제14조 제1항에 의해 보호되는 재산권을 제한한다. 청구인의 삼림에 대한 재산권과 그 사용은 헌법상 재산권으로 보호된다.

심판대상조항은 기본권적으로 보호되는 청구인들의 재산권을 제한한다. 심판대상조항은 풍력발전시설로부터 전기를 생산하는 방식으로 삼림에 대한 재산권을 행사하는 것을 완전히 금지하고 있기 때문이다. 풍력발전시설 외의 다른 사용이 여전히 가능하다는 점은 기본권 제한 여부에 영향을 미치지 않는다. 여러 사용 중 하나의 사용 제한도 원칙적으로 재산권을 제한하는 것이다.

---

6) **[독일 기본법 제72조]**
(3) 연방이 자신의 입법권한을 행사한 경우에 주는 다음의 사항에 관하여 법률로 그와 다른 규율을 할 수 있다.
2. 자연보호 및 경관보호(자연보호의 일반적 원칙, 종 보존이나 해양환경보호에 관한 법은 제외한다)
(…)

심판대상조항은 수용에 해당하지 않는다. 재산권자의 권한 중 사용을 제한하는 것은 그것이 재산권의 사용을 거의 또는 완전히 쓸모없게 하더라도 수용과는 구별된다. 이에 심판대상조항은 재산권자의 지위를 박탈하는 수용이 아니며 공적 목적의 징발에도 해당하지 않는다.

2. 경합적 입법권한 해당 여부

독일 기본법상 입법권 배분에서 주 삼림법의 규정이 독일 기본법 제74조 제1항 제18호(토지이용) 및 제29호(자연보호 및 경관보호)와 관련하여 경합적 입법사항에 해당하는지가 문제된다.

가. 토지이용에 대한 입법권한

독일 기본법 제74조 제1항 제18호에 따른 토지이용에 관한 입법권한은 인간과 토지의 법적인 관계에 대한 공법적 규범을 통해 토지이용에 관한 질서를 규율하는 것을 의미하며, 이는 토지에 이용의 기능을 할당하고 기능 간의 구획을 짓는 것을 가리킨다. 이에 관한 입법은 토지이용에 대한 갈등이 발생하는 것을 방지하고 발생한 갈등을 해결하는 데 기여하며 토지이용을 둘러싼 긴장 관계를 조정하는 데 목적이 있다.

토지이용에 관한 규율은 토지의 이용 유형을 조정하는 것이다. 이에 관한 법은 넓은 의미에서의 이용 규율, 가령 토지를 이용할 때 발생할 수 있는 전형적인 형태의 위험을 방지하기 위하여 허용되는 이용과 허용되지 않는 이용의 종류와 방법을 개별적으로 규율하는 것을 포함하지 않는다. 토지이용에 관한 규율에 포함되는 것은 부동산이 어떤 방식으로 사용될 수 있는지, 또는 어떤 종류의 토지이용이 해당 입지에서 배제되는지에 대해 일반적으로 규율하는, 토지의 ‘법적 특성’이다.

나. 자연보호와 경관보호에 관한 입법권한

독일 기본법 제74조 제1항 제29호에 따른 자연보호 및 경관보호 조항은 자연과 경관에 대한 위험을 방지하기 위한 보호와 적극적인 국가활동에 의한 관리를 통해 자연과 경관의 상태를 개선하는 것을 목표로 삼는다. 전체적으로 이러한 조치는 야생 동식물의 보존과 육성, 그 서식지와 자연적 기반의 보호 및 자연환경에 관한 경관보호를 포함한다. 자연과 경관의 생태적인 기능 차원뿐만 아니라 그 미적인 기능 또한 규율대상이 된다.

자연보호 및 경관보호 영역의 규율은 그것이 토지를 대상으로 삼아 - 경우에 따라서는 일정 구역과 관련하여 - 특정 형태의 토지이용, 특히 부지의 건축 허용 여부에 영향을 미치는 경우에 토지이용에 대한 법적 규율과 유사한 측면이 있다. 반대로 교외지역에서의 건축 허용 여부에 대해 정하는 토지이용 규율은 해당 구역을 개발되지 않도록 하거나 자연과 경관을 위한 공간을 남겨두는 내용을 담고 있다는 점에서 자연보호 및 경관보호 영역으로 보이기도 한다. 여기서 자연보호와 경관보호 영역에 관한 규율이 토지이용 규율과 갖는 차이점은 자연과 경관이라는 보호법익에 특별히 방향성을 맞춘다는 점이다. 이 경우에는 자연과 경관의 특정 부분에 대해 기능적으로 특별한 보호 또는 개발이 필요하다는 속성 또는 특수한 상태에 맞추어 토지이용의 종류나 기능을 규율하게 된다.

다. 입법영역에 대한 판단

자연보호 및 경관보호에 관한 입법영역에서는 토지이용에 관한 입법과 달리 주법이 연방법과 다른 규율을 할 수 있기 때문에, 심판대상조항이 어떤 입법관할에 속하는지 구분하는 것이 필요하다. 이 때 구분 기준은 직접적인 규율의 대상, 규율의 효과 및 규율의 목적이다. 일차적으로 대상 법률의 객관적인 대상이 어디에 속하는지를 살펴야 한다. 다음과 같은 이유로 심판대상조항은 토지이용에 관한 규율에 해당한다.

1) 심판대상조항의 직접적인 규율대상은 토지로서 이는 토지이용에 관한 소재에 속한다. 이 조항은 전형적인 토지이용에 대한 규율로서, 풍력발전시설의 건설을 위한 삼림 이용을 배제하는 방식으로 토지의 이용기능을 규율한다.

산지에 관한 조항을 다룬다는 대상의 측면에서 자연보전 및 경관보호의 범위에 해당한다고 할 수도 있으나, 심판대상조항은 특정한 보호가 필요한 구체적인 삼림 지역을 규율하는 것이 아니라 예외 없이 모든 삼림지역을 풍력발전시설 설치로부터 보호하는 것으로서 교외지역이 개발되지 않도록 유도하는 토지이용에 관한 규율이다. 자연보호 및 경관보호로 분류하려면 삼림지역에 대한 개발 저지의 일반적인 요청을 넘어서 자연과 경관보호를 위해 구체적인 영역을 보호하거나 개발하려는 특별한 요청이 관련된 규율이어야 한다.

2) 심판대상조항의 효과 역시 토지이용과 관련이 있다. 그 효과는 결국 풍력발전시설을 설치하기 위한 토지의 지목변경을 금지하는 것이다. 토지와 관련한 특정한

지목변경 금지는 토지이용과 관련된 긴장관계를 조정하는 전형적인 수단이다. 다른 의미로 심판대상조항이 금지를 규정한 토지이용 규율의 효과는 교외 지역에 풍력발전시설을 설치하고자 할 때 특별히 우대하는, 연방건설법전 제35조 제1항 제5호[7]의 규율에 따른 토지이용 관련 법적 효과를 차단하는 것이다.

3) 심판대상조항의 문언, 체계적 지위, 맥락적 의미 및 발생사적 차원에서 그 규율 목적은 토지이용의 소재에 속한다.

심판대상조항의 문언 자체로는 그것이 토지이용에 관한 것인지 자연보호 및 경관보호에 관한 것인지 결론지을 수 없다. 그러나 그 조항의 체계적인 위치는 다음에서 보는 바와 같이 자연보호 및 경관보호의 소재로 분류할 수 없으며 토지이용의 소재에 속하는 것으로 보아야 한다.

심판대상조항을 보면 이 조항은 특히 그 조항의 효과에 있어서 제10조의 다른 규율과 완전히 독립적으로 존재하는 조항이다.[8] 다른 지목에 대한 규율과 형식적으로 다른 규율방식을 택하였고, 내용적으로도 다른 토지이용체계를 입법화하였다.

심판대상조항이 자연보호 및 경관보호에 대한 특정한 목표를 객관적 목적으로 삼고 있다는 가정은 체계상 맞지 않는다. 이러한 가정은 튀링엔 주 삼림법 제9조 및 제9a조가 산지에서의 자연 및 경관보호를 위한, 삼림구역에 관련한 규율을 이미 두고 있다는 사실과 모순된다.[9] 심판대상조항이 풍력발전 목적의 지목변경 금지를 통해 그 밖의 어떤 자연보호 및 경관보호에 대한 특별한 필요성을 담으려 했는지는 명백하지 않다. 오히려 이 규정은 객관적으로 볼 때 특정한 자연 및 경관의 법적 보호 필요성과 별개로 튀링엔 주의 삼림 전체를 풍력발전으로부터 보호하려는 것이고, 이러한 규율의 목적은 토지이용과 관련된 규율에 해당한다.

심판대상조항이 자연보호 및 경관보호에 대한 특정한 보호 필요성을 충족하려는 객관적인 목적을 가진다는 가정은 규정의 맥락을 보더라도 맞지 않다. 이 규정은 풍

7) [연방건설법전 제35조(교외지역에서의 건설)]
(1) 교외지역에서의 프로젝트는 공익에 반하지 않고, 충분한 개발이 보장되면서, 다음의 사항에 해당하는 경우에만 허용된다. (…)
5. 풍력 및 수력 에너지의 연구, 개발 및 이용을 위한 경우 (…)

8) 주 삼림법 제10조의 규정은 대체로 삼림 변경에 관한 허가의 가능성을 전제하면서 그 요건과 보완사항을 규율하고 있다.

9) 주 삼림법 제9조는 보호되는 삼림구역에 대한 규정이고, 제9a조는 임업적 이용을 하지 않는 삼림구역 지정에 대한 규정이다.

력발전시설을 완전히 배제함으로써 개별 이용대상 삼림이 갖는 속성이나 상태 및 특별한 보호필요성에 대해 고려하지 않는다. 막대한 생태 피해를 입고 죽은 나무나 개간된 땅으로 되어 있는 삼림구역에 대해서도 이 법은 풍력발전시설을 금지하는데, 튀링엔 주의 상당한 삼림은 그러한 상태에 있다.

이상과 같은 이유로 심판대상조항이 토지이용에 관한 규율에 귀속된다는 점은 의심할 만한 데가 없다.

3. 연방법과의 관계에서 주법의 형식적 위헌성

가. 연방건설법전과의 관계

연방이 법률을 통해 입법권한을 행사하지 않는 한 그 범위에서, 주가 토지이용에 관한 입법권을 행사할 수 있다. 그러나 연방은 이미 연방건설법전에서의 법률 규정을 통해 입법권한을 종국적으로 행사하였다.

연방건설법전 제35조 제1항 제5호[10]는 교외지역의 풍력발전 개발에 특권을 인정하여 풍력발전 프로젝트의 승인을 확실히 쉽게 하였다. 이러한 토지이용체계는 연방건설법전 제35조 제3항 제3문[11]을 통해서 보완되는데, 이에 따르면 특정 토지구역에 대해 풍력발전시설 지정을 하도록 하는 이른바 풍력발전집중구역계획을 하되 그에 속하지 않는 다른 구역 토지에 대해서는 풍력발전시설이 없는 상태를 유지할 수 있도록 한다.

반면 연방건설법전에서 심판대상조항처럼 주가 토지이용에 관한 규율을 할 수 있

10) 각주 7 참조. 그 밖에 연방건설법전 제35조 제2항의 관련 규율은 다음과 같다.
[연방건설법전 제35조(교외지역에서의 건설)]
(2) 그 밖의 프로젝트는 그 시행 및 이용이 공익에 손상을 가하지 않고 개발을 보장할 때 개별사례에 따라 승인될 수 있다.

11) [연방건설법전 제35조(교외지역에서의 건설)]
(3) 공익에 손상을 가하는 경우란 특히 다음과 경우에 인정된다.
(…)
2. 프로젝트가 경관계획 및 기타 계획, 특히 수자원, 폐기물, 공해방지법에 따른 계획에서 제시한 바와 상충되는 경우
공간을 차지하는 프로젝트는 공간정비(Raumordnung)의 목적에 반하지 않아야 한다; 이러한 프로젝트의 제시에서 공간정비의 목적으로 여러 이익들이 형량되었다면, 제1항 상의 공간을 차지하는 프로젝트가 공익에 반하지 않는다. 토지이용계획에서 제시된 바를 통해 또는 공간정비의 목적으로 다른 곳에서 지정이 되었다면, 제1항 제2호~제6호에 따른 프로젝트는 통상 공익에 반한다.

도록 한 명백한 조항은 없다. 연방건설법전 제249조 제3항 제1문[12]이 주로 하여금 풍력발전시설과 주거용 건축 간 거리에 관한 조항을 둘 수 있도록 한 것은 사실이지만, 본 사안에서 문제되는 것은 이격거리가 아니고 산지에서의 건설금지이기 때문에 연방건설법전 제249조 제3항은 풍력발전시설 설치의 근거가 될 수 없다.

나. 연방삼림법과의 관계

연방삼림법 제9조 제3항 제2호 또한 심판대상조항의 규율에 대한 연방법적 근거가 될 수 없다.[13] 이 조항은 삼림 전용에 추가적인 제한을 부과하고 보호림 및 휴양림에 대한 전용 금지를 정한 조항인데, 이 조항이 풍력발전시설 건설을 우대하는 연방건설법전 조항을 무력화할 수 있다는 것은 연방건설법전은 물론 연방삼림법 제9조 자체의 규율 취지에도 반한다.

연방건설법전 제35조 및 제249조가 교외지역에서의 풍력발전시설 건설에 대해 상세히 규율한 토지이용체계를 모든 산지를 규율하는 삼림법을 통해 배제할 수 있다고 볼 여지는 희박하다. 만약 그러한 메커니즘을 허용하고자 했다면 연방법률에 이를 허용하는 명확한 규정을 두었을 것이다.

내용적인 차원에서 보더라도 입법자가 연방건설법전으로 풍력발전에 대해 한 특별취급을 연방삼림법으로 무효화하려는 의도가 있었을 것으로 보이지 않는다. 독일 기본법 제20a조 및 기본권의 보호의무에 따라 명령된 기후변화의 저지를 위해 풍력에너지를 확대하는 것은 기후변화 대응 목표 달성에 포기할 수 없는 기여 조치이다. 헌법적으로 결정적인 문제라 할 기후보호의 목표, 즉 지구온난화로 인한 기온상승을 명확히는 2.0℃, 가능한 한 1.5℃ 이하로 저지한다는 목표를 준수하려면, 온실가스 배출량을 줄이기 위해 상당히 추가적인 노력이 이루어져야 하며, 풍력 이용의 확대는 특히 이에 기여할 수 있다. 동시에 풍력에너지의 확대는 현재 특별한 위험에 처해 있는 에너지 공급 안정성의 확보에도 도움이 된다.

---

12) [연방건설법전 제249조(풍력에너지에 관한 특별규율)]
(3) 주는 풍력발전을 위한 프로젝트에 대해 적용되는 제35조 제1항 제5호가 주 법에서 정한 건축이용에 관한 명시적 이격거리를 지킬 때에만 적용되도록 주 법으로 정할 수 있다. (…)

13) [연방삼림법(Gesetz zur Erhaltung des Waldes und zur Förderung der Forstwirtschaft: Bundeswaldgesetz) 제9조(삼림의 유지)]
(3) 주는 산지 전용(Umwandlung)에 대해 다음의 사항을 정할 수 있다.
(…)
2. 전용에 대한 그 밖의 제한 또는 특히 보호림 및 휴양림에 대한 전용 금지

연방신재생에너지법(EEG)[14] 개정안 제2조의 입법이유가 간접적으로 확인하고 있는 바는 연방삼림법 제9조 제3항 제2호가 풍력발전을 위한 전용의 전면적 금지를 허용하는 것으로 볼 수 없다는 것이다. 이 개정안 또한 풍력발전에 대한 판단에서 법률로 미리 제반 이익 형량과 관련하여 신재생에너지에 특별히 높은 비중을 두어 고려하도록 원칙을 정하고 있다. 다양한 법 영역에서 이러한 방식의 형량 규율을 정하고 있고 연방삼림법에서도 이러한 형량 규율이 원칙적으로 받아들여지고 있다.

연방삼림법 제9조 제3항 제2호의 취지가 주로 하여금 풍력발전시설을 위해 산지전용을 전면금지할 수 있도록 하는 것이라 보는 것은 연방삼림법 제9조 자체와도 모순된다. 제9조 제3항 제2호는 주가 모든 산지에 대해 교외 지역의 풍력발전시설에 대한 특별규정을 둔 연방건설법전 규정의 적용을 배제할 수 있도록 한다는 문언을 전혀 두고 있지 않다. 더욱이 이러한 배제는 연방삼림법 제9조의 구상과도 부합하지 않는 것이다. 이 조항은 임업법의 특수한 이익들(삼림보존 및 생태학, 임업경제)을 형량하도록 하는 규율이며, 동시에 삼림소유자의 이익까지도 이해관계의 균형에서 고려하도록 하는 규율이다. 이 규율은 내용적으로 명확히 윤곽을 정해 세부적인 형량을 하도록 하는 체계를 갖추고 있어 주가 이를 대신하여 전면적인 전용금지 규율을 할 수 없다.

Ⅴ. 결정의 의의

독일에서 삼림의 육상풍력발전을 허용할 것인지는 경제적·생태적 효과 차원에서 많은 논쟁의 대상이 되었다. 이에 삼림에서 풍력발전을 허용하는 경우에도 상당한 정도로 제한적 조건을 부가하는 사례는 여러 주에서 발견되었지만, 튀링엔 주는 좀 더 나아가 주 선거과정에서의 쟁점화를 거쳐 2020년에 이르러 삼림에서의 풍력발전시설 설치를 전면 금지하는 입법을 하였던바, 본 결정은 이에 관한 입법을 다툰 것이다.

연방헌법재판소는 본 결정에서 이상에서 살핀 바와 같이 삼림에서 풍력발전을 금지하는 튀링엔 주의 입법을 입법권한의 결여라는 사유를 들어 위헌으로 판단하였다.

14) Gesetz für den Ausbau erneuerbarer Energien.

이와 관련하여 연방헌법재판소가 본 결정에서 적시한, 경합적 입법에서 연방과 주의 입법권한 배분, 주법의 별도 규율 가능성에 대한 일반적 법리 및 해석방법론 전개는 비교법적 차원에서 연방과 주의 경합입법 법리에 대한 판단의 사례로서 참조의 가치가 있다. 특히 본 결정은 연방제 국가에서 연방과 주 간 입법권한 배분의 문제를 다룬 사례로서 의미가 있으나, 단방제 국가인 우리나라의 경우에도 지방자치단체 조례의 법령우위원칙 위배 판단 등 상·하위 규범 간 관계에 관한 분쟁에서 해당 법리를 참조할 수 있을 것이다.

다른 한편 본 결정은 그 소재 면에서 의미 있는 시사점을 제공하고 있다. 본 결정에서는 기후위기 및 최근의 당면한 에너지 공급 위기 상황에서 풍력에너지 확대의 중요성이 언급되고 있다. 무엇보다 독일은 최근 연방법률로 각 주의 풍력발전시설 증설 및 촉진에 관한 법률(WindBG)[15]을 제정하여(2023년 2월 발효) 각 주가 2032년 말까지 육상풍력발전을 위해 일정가치의 토지를 제공하도록 의무화하였다. 기후위기 대응과 재생에너지 확대라는 공통의 과제를 안고 있는 우리나라에서도 국토의 활용과 관련한 다양한 규율과 그에 따른 사회적 분쟁이 향후 더 늘어날 것이라는 점에서, 본 결정에서 언급된 다양한 관련 공·사익의 충돌 상황은 관심의 대상이 될 수 있을 것이다.

15) Gesetz zur Erhöhung und Beschleunigung des Ausbaus von Windenergieanlagen an Land (Windenergieflächenbedarfsgesetz, BGBl. 2022 I S. 1353).

인체용 비처방 동종요법 의약품을 동물에게 사용할 때 수의사의 승인을 거치도록 한 동물의약품법 조항의 위헌성[1)]

Ⅰ. 사실관계

독일에서는 종래 수의사가 아닌 사람이 처방전이 필요하지 않은 인체용 의약품을 식용이 아닌 동물에게 적용하는 데 대해 법적 제한이 별도로 없었다. 그런데 '동물의약품의 유통 및 동물의약품 관련 유럽연합 규정의 시행에 관한 법률'[2)](이하 '동물의약품법'이라 한다)이 2021. 9. 27. 개정(2022. 1. 28. 발효)되면서 인체용 의약품을 동물에게 사용하려면 수의사의 승인을 거치도록(수의사의 승인유보, Tierarztvorbehalt), 즉 수의사의 처방전을 받거나 수의사에게 동물을 인계하여 수의사의 치료지시에 따라 인체용 의약품을 동물에게 적용하도록 하는 규정이 동물의약품법에 포함되었다. 여기서 수의사의 승인을 받도록 한 인체용 의약품에는 처방전을 받을 필요가 없는 인체용 의약품을 동물에게 적용하는 경우가 포함된다.

청구인들은 동물 자연치료사 또는 동물 동종요법치료사로서 여러 해 동안 자신의 고유한 활동을 해온 사람들이다. 이들은 주로 개와 고양이를 치료하지만, 말이나 다른 반려동물들도 치료해 왔다. 이들은 대부분 전통적인 동종요법(Homöopathie)[3)]을 치료방법으로 사용하는데, 동종요법의 치료방식은 인체용 동종요법 의약품[4)]을 고도로 희석하여 사용하는 것이 일반적이다. 한편, 청구인들 중 한 명은 사적으로도 개와 말

1) 연방헌법재판소 2022. 11. 16. 결정, 1 BvR 2380/21, 1 BvR 2449/21.

2) Gesetz über den Verkehr mit Tierarzneimitteln und zur Durchführung unionsrechtlicher Vorschriften betreffend Tierarzneimittel (Tierarzneimittelgesetz – TAMG)

3) 동종요법(同種療法)은 치료하고자 하는 질병의 증상과 비슷한 증상을 유발하는 물질을 희석하여 투여함으로써 자연치유반응을 유도하고자 하는 대체의학의 일종이다.

4) [의약품법(Arzneimittelgesetz – AMG) 제4조(기타 개념 정의)]
(26) 동종요법 의약품(Homöopathisches Arzneimittel)은 유럽 약전(Europäischen Arzneibuch)에따르거나, 유럽 약전에 없는 경우 유럽연합 회원국에서 사용되는 공식 약전에 기술된 동종요법 제조 공정에 따라 제조된 의약품이다. 동종요법 의약품은 또한 여러 활성 물질을 포함할 수 있다.

을 키우는 사람인데 이 사람은 필요한 경우 동종요법 의약품을 자신의 동물들을 치료하는 데에도 사용한다.

Ⅱ. 주문

1. 동물의약품법 제50조 제2항(2021년 9월 27일 개정, 연방관보 I 4530면)은, 처방전을 받을 의무는 없으면서 등록이 되어 있는 인체용 동종요법 의약품을 식용으로 이용되지 않는 동물에게 수의사의 승인을 유보하여 적용하도록 하는 한, 독일 기본법 제2조 제1항[5] 및 제12조 제1항[6]에 위배되어 무효이다.

(이하 생략)

Ⅲ. 관련 조항 및 쟁점

1. 심판대상조항

문제된 **동물의약품법 제50조 제2항**(이하 '심판대상조항'이라 한다)은 다음과 같다.[7]

제50조 동물의약품의 적용

제2항 동물 소유주 및 수의사가 아닌 사람은 처방전을 필요로 하는 동물의약품, 수의학기술제품 및 의약품법 제2조 제1항, 제2항, 제3a항[8]에 따른 의약품을 다음의 경

---

5) **[독일 기본법 제2조]**
(1) 모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유롭게 실현할 권리를 가진다.

6) **[독일 기본법 제12조]**
(1) 모든 독일인은 직업, 직장 및 직업훈련장을 자유롭게 선택할 권리를 가진다. 직업의 행사는 법률에 의하여 또는 법률에 근거하여 규율될 수 있다.

7) [동물의약품법 제50조 동물의약품의 적용]
(1) 유럽연합 명령(EU Verordnung) 2019/6 또는 이 법의 규정에 따라 처방전을 받을 의무가 있는 동물의약품 또는 수의학기술제품은 동물 소유주가 수의사의 처방 확인에 따라서만 적용할 수 있다.

8) [의약품법(Arzneimittelgesetz – AMG) 제2조(의약품의 개념)]
(1) 이 법의 의미에서 의약품은 인간에게 사용하기 위한 의약품이다. (…)
(2) 제1항에 따른 의약품을 포함하거나 제1항에 따른 의약품이 적용되어 영구적 또는 일시적으로 인체에 접촉하도록 의도된 물품은 의약품에 해당한다.
(3a) 제품의 모든 특성을 고려할 때 제1항의 개념 정의에 해당하고 동시에 제3항에 따른 제품의 개념

우에만 동물에게 적용할 수 있다.

1. 수의사가 처방을 하였거나 수의사에게 동물이 인계되어 치료를 받고 있으면서,
2. 수의사의 해당 사안에 대한 치료지시에 따라 적용을 하는 경우

2. 쟁점 및 요지

독일의 인체용 동종요법 의약품은 의약품에 관한 허가 또는 등록절차를 거쳐 시장에 유통될 수 있다. 종래 처방을 요하지 않는, 등록된 인체용 동종요법 의약품의 경우 이를 동물에게 적용하는 데 법적인 제한이 없었으나, 2021년 동물의약품법이 개정되면서 처방전이 필요 없는 인체용 의약품도 동물에게 적용하려면 수의사의 승인을 받도록 변경되었다. 이에 처방이 필요 없는, 등록된 인체용 동종요법 의약품을 동종요법의 방법으로 동물에게 적용해 온 동물 치료사와 동물 소유주가 각각 독일 기본법 제12조 제1항에 따른 직업의 자유와 제2조 제1항에 따른 일반적 행동의 자유 침해를 주장하며 헌법소원을 신청하기에 이르렀다.

이에 대해 연방헌법재판소는 심판대상조항에 따른 청구인들의 기본권 제한이 비례원칙에 반하여 헌법상 정당화될 수 없다고 판단하였다. 심판대상조항이 청구인들의 직업의 자유에 대한 중대한 제한을 가져오는 것인데도, 동물보호의 저해 및 동물과 인간 건강의 손상이 발생할 개연성은 낮다고 평가할 수 있고, 인체용 비처방 동종요법 의약품을 적용하려는 이들에게 동물치료 분야에 대한 이론적 지식을 증명하도록 하는 의무를 도입하는 방식 등으로 손상의 개연성을 더 낮출 수 있음에도 불구하고, 입법자가 헌법적으로 적합한 조정을 시도하지 않은 것은 청구인들의 기본권을 침해한 것이라고 판단하였기 때문이다. 또 연방헌법재판소는 심판대상조항이 동물 소유주로 하여금 키우는 동물에게 인체용 비처방 동종요법 의약품을 적용하는 경우에도 수의사의 승인을 받도록 한 것 역시 동물 소유주의 일반적 행동의 자유를 비례원칙에 맞지 않게 침해한 것으로 보았다.

정의에 해당할 수 있는 물질 또는 그러한 물질로 만든 제제 또는 이를 포함하는 제품도 의약품이다.

Ⅳ. 판단

1. 직업의 자유 침해 여부

가. 직업의 자유 제한과 그 목적의 정당성

인체용 비처방 동종요법 의약품을 동물에게 사용할 경우 수의사 승인을 받도록 유보한 심판대상조항은 청구인들의 직업의 자유를 제한한다. 심판대상조항은 “동물 소유주와 수의사가 아닌 사람”을 대상으로 함으로써 이들이 직업적으로 의약품을 사용하고자 하는지 여부에 차이를 두지 않는다. 이에 심판대상조항은 전통적인 동종요법을 사용하여 동물을 치료하고자 하는 동물 자연치료사 및 동물 동종요법치료사가 직업의 자유를 행사하는 데 있어 그 핵심을 제한하고 있다.

심판대상조항은 정당한 목적을 추구하고 있다. 심판대상조항에 따라 인체용 비처방 동종요법 의약품을 수의사의 승인 하에서만 동물에게 사용하도록 한 것에 대해 입법자료는 ‘유럽법적 요구에 대한 준수와 적응’의 목적을 언급하고 있으나 이것은 심판대상조항의 목적으로 보기 어렵다. 유럽연합의 동물의약품명령[9]은 인체용 동종요법 의약품의 적용에 관한 수의사의 승인유보에 대해 규율하지 않았기 때문이다.

잘못된 투약으로부터의 보호, 즉 의약품 안전을 도모한다는 목적 또한 심판대상조항의 정당한 목적이 될 수 없다. 현재 고도로 희석화된 인체용 동종요법 의약품을 동물에게 적용할 때 동물, 인간 또는 환경에 위험을 초래하는지에 관하여 충분히 신뢰할 만한 지식이 확보되어 있지 않기 때문이다. 독일 수의사협회, 독일 동종요법 의사연합 및 전체론(全體論) 동물의약품협회가 등록된 인체용 동종요법 의약품을 정확한 방식으로 적용하였을 때만 해당 의약품의 적용이 위험하지 않다고 한 것은 해당 의약품의 적용 그 자체 - 오용을 포함해 - 에 위험성이 있다는 의미가 아니다.

입법절차에서 규율의 중요한 근거가 명시적으로 언급되었는지, 또는 입법자료로부터 이를 추출할 수 있는지는 규율에 대한 헌법적 심사를 함에 있어 결정적인 것은 아니다. 오히려 입법자의 의사로서 객관적으로 드러나거나, 헌법소원절차에서 입법절차에 참여한 기관이 제시한 입법의 목적 또한 고려되어야 한다.

이에 따라 볼 때 입법자는 심판대상조항에서 동물 치료에 있어 진단 및 치료의 품

9) 동물의약품에 관한 유럽연합 명령[Tierarzneimittel-Verordnung VO (EU) 2019/6]. 이 유럽연합 명령의 국내법적 반영이 동물의약품법 개정의 계기가 된 것은 사실이다.

질을 보장한다는 목적을 추구하고 있으며 이는 정당한 목적이다. 비의료인의 잘못된 진단과 치료를 피하게 되면 동물보호 및 인간과 동물의 건강보호에 기여할 수 있다.

나. 수단의 적합성 및 필요성

1) 인체용 비처방 동종요법 의약품의 적용을 위해 수의사의 승인을 유보한 것은 헌법적 차원에서 입법목적의 달성에 적합하다. 심판대상조항은 진단과 치료의 질을 보장하고 이를 통해 동물 및 동물과 사람의 건강을 보호하는 데 기여한다.

2) 심판대상조항의 제한은 필요한 것이다. 물론 전통적인 동종요법을 사용하는 치료사의 직업 행사를 위해, 자유를 보장하는 차원에서, 해당 의료지식과 능력이 있는지를 시험하여 증명서를 갖추는 방식의 규율을 둘 수도 있을 것이다. 진단과 치료와 관련하여 특별히 동물의약품에 대한 전문지식을 요구할 수도 있을 것이다. 그러나 그러한 면허 또는 증명 제도를 도입하더라도 수의사가 개입하는 것과 같은 수준의 질로 이를 수행할 수는 없다.

다. 협의의 비례원칙 위배

1) 심판대상조항은 등록된 인체용 동종요법 의약품의 적용에 대해 수의사의 승인유보를 요구하는 한 협의의 비례원칙에 위배된다. 심판대상조항에 따른 수의사의 승인유보는, 한편으로 헌법소원 청구인들의 기본권을 중대한 정도로 제한하고 있으나, 다른 한편으로 공공복리 및 헌법상 보호의무의 달성에 작지 않은 중요성을 가진다. 그런데 동물보호의 저해와 동물과 인간 건강 손상의 개연성이 낮은 것으로 볼 수 있다고 한다면, 다음에서 보는 바와 같이, 입법자가 관련 이익과 관련하여 헌법적으로 적합한 조정을 하지 않았다고 할 수 있다.

2) 심판대상조항에 의한 자유로운 직업행사의 제한은 중대한 비중을 갖는다. 전통적인 방식의 동종요법 적용, 즉 고도 희석의 방식으로 인체용 비처방 동법요법 의약품을 적용하는 것을 주된 활동으로 하는 동물 자연요법치료사 및 동물 동종요법 치료사에게 심판대상조항의 제한은 직업활동의 핵심에 관련된다. 심판대상조항에 따르면 이 영역에서 더 이상의 직업적 활동이 거의 불가능하다.

3) 기본권 제한에 맞서 동물보호 및 동물과 인간의 건강보호라는 보호할 가치가 있는 이익 또한 중대한 비중을 갖는다. 동물은 비의료인의 잘못된 진단과 치료에

따른 육체적 고통, 괴로움, 신체 손상으로부터 보호되어야 한다. 동물보호의 개선은 특별히 중요한 공공의 이익으로서 추구되어야 할 것인바, 헌법이 독일 기본법 제20a조[10]를 통해 입법자로 하여금 동물보호의 목적을 위한 적합한 규정을 제정하도록 의무화하고 있다. 인간의 건강 보호 및 공중보건 또한 대단히 중요한 공공의 이익으로서, 이를 통해 직업의 자유에 대한 민감한 제한을 정당화할 수 있다. 특히 이는 국가의 보호의무에 의거하는 것이기도 하다.

4) 그러나 심판대상조항이 추구하는 공공의 이익이 손상될 개연성이 아주 크다고 보기 어렵다.

동물보호법(TierSchG)[11]과 '동물의 질병 예방 및 질병 대응에 관한 법률'(TierGesG, 이하 '동물건강법'이라 한다)[12]은 다양한 행위 의무 및 보고 의무를 두고 있고 이를 위반할 경우 형사·질서위반 제재 규정도 두고 있다. 동물보호법은 동물 소유주에 대해 특정한 행위 의무를 부여함으로써 동물에 대한 돌봄과 동물복지를 보장하고 있다. 이러한 규정들은 중대한 사안에서 적어도 잘못된 진단과 치료에 대한 간접적인 보호 장치가 될 수 있다. 동물 소유주는 동종요법 치료를 감독하고 동물 자연요법치료사 또는 동물 동종요법치료사가 필요한 진단이나 치료를 위해 필요한 조치를 하지 않는 경우 수의사와 상담을 해야 한다. 또 동물건강법은 동물 자연요법치료사 또는 동물 동종요법치료사에게 인간에게 전염될 수 있는 특정 동물 질병을 고지할 의무를 규정하고 있다.

이러한 규정들은 중대한 사안에서 영업적인 방식의 치료를 할 때 잘못된 진단과 치료를 하여 동물보호와 동물 및 인간의 건강보호를 해칠 개연성을 일부 감소시킬 수 있다.

5) 무엇보다 입법자가 보호되는 공공 이익이 손상될 개연성을 매우 높게 보고 있지는 않다. 일반적으로 다른 여러 동물 치료 방법에서 발생할 수 있는 손상의 위험성은 입법자가 용인하고 있기 때문이다.

면허가 없는 사람이 수의사와 동일한 수준으로 고품질의 진단과 치료를 제공할 수

---

10) **[독일 기본법 제20a조]**
국가는 미래의 세대들에 대한 책임을 인식하고 헌법적 질서의 범위에서 입법을 통해, 그리고 법률과 법에 정해진 바에 따라 집행 및 사법을 통해 자연적 생활의 기초와 **동물을 보호**한다.

11) Tierschutzgesetz – TierSchG.

12) Gesetz zur Vorbeugung vor und Bekämpfung von Tierseuchen (Tiergesundheitsgesetz – TierGesG).

없기 때문에, 동물 자연요법치료사 및 동물 동종요법치료사에 의한 치료가 동물보호 및 동물과 인간의 건강보호에 대해 일정한 위험을 수반한다는 사실은 동물에게 인체용 동종요법 의약품을 적용하는 경우에만 나타나는 특별한 문제가 아니다. 예를 들어 처방전을 요하지 않는 동물의약품(가령 동물용 동종요법의약품)이나 대체 자연치료요법(가령 약초치료)을 적용하는 경우에도 이러한 문제가 마찬가지로 발생한다. 입법자는 그러한 경우에 있어 동물의약품법이나 여타의 법으로 수의사의 승인을 받도록 하지 않고 있으며, 특별한 교육을 받지 않은 사람들 역시 수의사의 승인 없이 다양한 치료방법들을 사용할 수 있다. 입법자는 잘못된 진단과 치료의 위험성, 인간에 전염될 수 있는 감염병이 밝혀지지 않은 채로 남아 이를 잘못 치료할 위험성을 감수하도록 하고 있는 것이다.

6) 동물보호의 저해와 동물 및 인간 건강의 손상이 발생할 개연성은 무엇보다 의사가 아닌 사람이 동물에게 인체용 비처방 동종요법 의약품을 적용하려 할 때 수의사와의 상담 및 수의사에 대한 의뢰가 필요한 사안인지 여부를 판단할 지식이 있는지 증명하도록 함으로써 손상 발생의 개연성을 더 완화할 수 있다.

이상의 배경에서 결과적으로 인체용 비처방 동종요법 의약품을 적용하는 데 대해 수의사의 승인을 받도록 유보하는 것은 진단과 치료의 질을 보장하는 데 적절하지 않다.

3. 일반적 행동의 자유 침해 여부

심판대상조항이 동물 소유주가 인체용 비처방 동종요법 의약품을 적용하는 경우에도 수의사의 승인을 받도록 유보한 것은 동물 소유주인 헌법소원 청구인의 일반적 행동의 자유를 제한하는 것으로서 정당화될 수 없다.

심판대상조항은 해당 조항이 동물 소유주를 대상으로 하는 경우에도 진단과 치료의 질을 확보하려는 입법 목적에 이바지하는 것임을 인정할 수 있다. 심판대상조항이 수의사의 승인을 받도록 하는 것은 그 입법 목적을 달성하기 위해 적합하고 필요한 것이기도 하다. 그러나 이 규율은 좁은 의미의 비례원칙에 부합하지 않는다.

심판대상조항이 동물 소유주와의 관계에서 기본권 제한의 강도가 높다고 할 수는 없다. 동물 소유주의 경우 심판대상조항으로 인해 생계 유지활동을 포기하게 되는

것도 아니고 직업적으로 새로운 방향을 모색해야 하는 것도 아니기 때문이다. 그러나 주목해야 할 점은 인체용 동종요법 의약품을 투여하기 위해 요구되는 수의사와의 상담은 동물 소유주에게 항상 비용을 발생시키는 일이라는 점이다. 이는 치료의 가능성을 소진하였거나 경미하게 다친 동물의 치료에서도 모두 마찬가지이다.

반면 이 경우에 어쨌든 동물보호 저해와 동물 및 인간 건강의 손상이 발생할 개연성을 낮추기 위한 동물보호법의 안전장치가 훨씬 강력하게 존재한다. 동물보호법에 따르면 동물 소유주에게는 더 강화된 동물보호법상의 책임이 부여된다. 동물보호법 제2조 제1호에 따르면 동물 소유주는 동물에 대해 적절한 돌봄의 의무를 다해야 하는데, 이에 대해서는 질병의 의심이 있는 경우 전문적 수의사를 동반하여 충분한 건강상의 돌봄을 하는 것이 포함된다. 나아가 동물보호법 제17조 및 제18조의 형사·질서위반 제재 조항은 동물 소유주가 자신의 동물들에게 필요한 치료를 제공하지 않음으로써 심각한 고통, 괴로움, 신체 손상을 주지 않도록 보장한다.

결국 등록된 인체용 동종요법 의약품 적용과 관련하여 동물 소유주에게 수의사의 승인을 유보하는 것이 진단과 치료의 질을 보장하는 데 있어서 적절하지 않다. 동물보호법 및 동물건강법에 따른 보장 수준 하에서 동물보호 저해 및 동물 및 인간 건강의 손상이 발생할 개연성은 낮다고 평가할 수 있다. 이에 일반적인 행동의 자유의 우위를 인정할 수 있다. 여기서 동물 자연요법치료사 또는 동물 동종요법치료사와 달리 동물 소유주가 영업적 치료행위와 연결된 신뢰를 담보하여야 할 위치에 있지 않는다는 점도 고려되어야 할 것이다.

Ⅴ. 결정의 의의

독일 연방헌법재판소의 본 결정은 동물보호 및 동물복지의 중요성에 대한 인식이 강화되어 가는 가운데, 동물건강 치료에 대한 규율 강화의 입법목적을 가진 개정 동물의약품법이 직업의 자유 등 기본권을 제한한 것에 대해 헌법적으로 그 정당화 가능 여부를 판단한 의미 있는 결정이다.

독일의 경우 독일 기본법 제20a조에서 동물보호를 국가목표규정으로 인정하고, 동물보호법 및 동물건강법 등을 통해 입법 개선 노력을 경주해 오고 있다. 우리나라에서도 문제시되고 있는 가축사육에서의 동물복지와 관련하여, 독일연방헌법재판소는 독

일의 가축사육과 관련한 법규명령(Tierschutz-Nutztierhaltungsverordnung, TierSchNutzV)의 소규모 집단 닭장에 관한 규정이 기본법 제20a조 및 동물보호법에 위배된다는 이유로 헌법불합치 결정을 한 바도 있다.[13] 현재도 위 법규명령의 돼지 사육과 관련한 규정에 대해서는 추상적 규범통제가 연방헌법재판소에서 심리 중에 있기도 하다.[14]

독일 연방헌법재판소의 본 결정은 동물보호를 위한 공공복리 목적으로 직업의 자유 및 일반적 행동의 자유를 제한하는 경우에 헌법원칙으로서 비례원칙을 적용하여 그 한계를 심사한 사례로서 의미를 가진다. 그 밖에도 본 결정은 우리나라에서도 그 효과 및 규율에 대해 논쟁이 있는 동종요법에 의한 질병 치료를 의약품법에 동종요법 의약품의 개념을 포함하여 일부 수용한 독일의 사례를 엿볼 수 있게 한다는 점에서도 관심을 가져볼 수 있을 것이다.

13) BVerfGE 127, 293 – Legehennenhaltung.

14) 2 BvF 1/19.

유럽인권재판소

▌소송 진행 중 제정 · 시행된 신법의 소급 적용 등으로 불리한 판결을 받은 경우 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부 / 책임연구관 장효훈

▌동성 관계를 묘사한 아동 도서의 판매를 제한한 공립대학 조치의 표현의 자유 침해 / 책임연구관 장효훈

소송 진행 중 제정·시행된 신법의 소급 적용 등으로 불리한 판결을 받은 경우 공정한 재판을 받을 권리의 침해 여부[1)]

Ⅰ. 사건개요

이번 청구는 Vegotex International S.A.(이하 "청구인 회사")에 부과된 세금과 가산세의 징수를 위한 소송 절차에 대해 다룬다. 청구인 회사는 유럽인권협약(이하 "협약") 제6조 제1항[2)]에 근거하여, 의회가 소송 절차 중 개입한 것에 대하여 이의를 제기하는 한편, 벨기에 대법원이 스스로의 의견으로 다툼의 대상이 된 판결의 이유를 대체한 것과 관련하여 법원의 재판을 받을 권리(right of access to a court)와 당사자주의 원칙(adversarial principle)이 침해당하였다고 주장하였다. 또한 청구인 회사는 절차의 신속성 요건(reasonable-time requirement)이 준수되지 않은 것에 대하여 이의를 제기했다.

청구인 회사는 벨기에의 공개유한회사(public limited company)로, 앤트워프에 등록된 사무소를 두고 있다. 1995년 10월 5일, 청구인 회사는 조세 당국으로부터 청구인 회사의 주식 전환 거래(stock change transaction)와 관련된 특정 비용을 세금 목적으로 공제하는 것이 허용되지 않는다는 이유로1993년도 회계연도의 세금 신고가 수정되어야 하고 50%의 가산세를 납부해야 한다고 고지 받았다. 1995년 11월 2일, 청구인 회사는 이에 이의를 표했다. 1995년 12월 11일, 조세 당국은 청구인 회사가 납부해야 하는 법인세(corporation tax)를 6,027,045 벨기에 프랑(149,405.54 유로)의 가산세가 추

1) *Vegotex International S.A. v. Belgium* [GC], Application No. 49812/09 (2022. 11. 03).

2) **유럽인권협약 제6조 (공정한 재판을 받을 권리) 제1항**
모든 사람은 민사상의 권리와 의무 또는 자신을 상대로 제기된 범죄혐의에 대한 결정을 위하여 법에 따라 설립된 독립적이고 공평한 법원에 의하여 합리적인 기간 내에 공정한 공개 심리를 받을 권리를 가진다. 판결은 공개적으로 선고되며, 다만 민주사회의 도덕, 공공질서 또는 국가안보를 위한 경우, 미성년자의 이익이나 당사자들의 사생활 보호를 위하여 필요한 경우, 또는 공개가 정의의 이익을 해할 특별한 사정이 있다고 법원이 판단하는 경우 엄격히 필요한 한도 내에서 언론 또는 대중에 대하여 재판의 전부 또는 일부가 공개되지 아니할 수 있다.

가된 12,054,089 벨기에 프랑(298,813.06 유로)으로 경정 결정했다. 이 결정은 1995년 12월 15일 청구인 회사에 통보되었다. 1996년 2월 22일 청구인 회사는 여러 근거를 들며 앤트워프 지역 담당자에게 경정 결정과 가산세에 대해 이의를 제기했다. 하지만 지역 담당자는 이를 거부하였다. 2000년 10월 24일, 조세 당국은 청구인 회사에 소멸시효를 중단시키는(interrupt) 납부 청구서를 송달하였다. 이 청구서에는 청구의 목적이 미납금 징수를 집행하기 위한 것이 아니라 소멸시효를 중단하기 위한 것이라고 구체적으로 명시되어 있었다.

2000년 12월 14일, 청구인 회사는 1993년도 회계연도에 관하여 부과된 가산세를 무효화하기 위해 앤트워프 제1심 법원에 소송을 제기했다. 2004년 3월 8일, 제1심 법원은 청구가 적법하고, 매우 제한된 범위에서는 근거가 충분하다고 판단했다. 법원은 투자비용의 공제에 대하여만 언급했는데, 투자 비용에 관한 50%의 가산세를 부과할 근거가 없다는 것이 명백하다고 하면서 법에 규정된 대로 가산세를 10%로 줄여야 한다고 판단했고, 나머지 청구를 기각하였다. 특히, 주식 전환 거래의 비용에 관한 50%의 가산세는 유효하다고 인정했다.

2004년 4월 15일, 청구인 회사는 항소했다. 청구인 회사는 특히 1993년도 회계연도의 세금을 징수하려는 정부 권리의 시효가 납부 기일로부터 5년 후에 완성되었다고 주장했다. 청구인 회사의 관점에서 5년의 기간은, 1995년 12월 15일 세액경정 및 가산세 결정 통지서(이하 “경정결정통지”)를 받고 두 달 후인 1996년 2월 15일부터 시작된 것이었다. 청구인 회사는 시효가 중단되지 않았기 때문에 미납금의 시효는 2001년 2월 15일 완성되었다고 보았다. 그리고 분쟁의 여지가 있는 미납금의 납부 청구 송달은 시효를 중단시키지 않는다는, 대법원의 2002년 10월 10일 판결[3](이하 “2002년 대법원 판결”)을 근거로 삼았다.

2004년 7월 9일, 의회는 기타 조항법(Miscellaneous Provisions Act)[4]을 제정하였고, 이 법은 2004년 7월 25일에 발효되었다.

---

3) **2002년 10월 10일 C.01.0157.F 판결**
벨기에 대법원은 납부 청구가 세금 총액이 확실히 결정되지 않은 상태로 정부에 의해 송달되었을 경우, 이는 “시효 진행의 효과”를 가지고 있지 않은, “집행 권한을 필요로 하는 사법절차의 단계이자 압류에 대한 예방책이다.”라고 판단했다. 이 입장은, 조세 경정에 대한 분쟁이 있을 때 납부 청구가 시효를 중단시킬 수 없다는 것을 의미했다.

4) 벨기에의 기타 조항법(loi-programme)은 정부의 지출 등 정부 행위에 대한 일반적인 조항을 규정하는 법률이다.

2007년 2월 6일, 앤트워프 항소법원은 제1심 판결을 유지했다. 항소법원은 처음에는 2000년 10월 24일 송달된 "시효를 중단시키는 납부 청구"는 민법 제2244조[5] 범위 내의 "납부 청구"에 해당하지 않기 때문에 시효의 진행을 막지 못했다고 판단했다. 청구인 회사가 1995년 12월 11일에 송달된 경정결정통지에 대해 이의를 제기하였으므로, 쟁점이 되는 납부 청구는 어떠한 집행 권한도 근거로 하지 않는다. 따라서 항소법원은 2004년 7월 9일 기타 조항법 제49조(이하 "법 제49조")[6]에 포함된 해석 규정(interpretative legal provision) – "청구"에 대하여만 규정하고 있는 – 이 적용되지 않는다고 확인했다. 하지만 항소법원은 시효 기간이 민법 제2251조[7]에 따라 정지되었다고 보았다. 미납된 조세에 대해 이의가 제기된 경우, 정부는 이를 납부하도록 요구할 수 없다. 따라서 해당 미납금에 대한 시효는 조세 분쟁에서 최종 결과가 있을 때까지 정지된다. 결론적으로 쟁점이 되는 조세를 징수할 권리에 대한 시효는 완성되지 않았다는 것이다. 본안 판단에서 항소법원은 제1심 판결에 대한 청구인 회사의 항소를 모두 기각했다.

2007년 8월 22일, 청구인 회사는 법에 따라 상고했다. 청구인 회사는 항소법원이 시효가 민법 제2251조에 따라 정지되었다고 판단한 하나의 상고이유에만 의지했다. 한편, 2007년 11월 19일 정부는 시효가 법 제49조에 따라 중단되지 않았다는 항소법원의 판결에 대해 상고했다. 2008년 10월 17일, 대법원의 법무관(advocate general)은 서면으로 된 검토보고서를 작성했다. 법무관은 대법원이 항소심 판결의 이유를, 법 제49조에 따라 2000년 10월 24일 납부 청구의 송달에 의해 시효가 중단되었다는 것으로 항소심 판결의 이유를 대체하더라도 항소심 판결이 어떻게든 적법할 것이기 때문에, 청구인 회사의 상고이유가 소의 이익이 없어 부적법하다고 결론 내렸다.

2009년 3월 9일, 청구인 회사는 재판법(Judicial Code) 제1107조[8]에 따라 서면을 제

---

5) **민법 제2244조**는 '청구가 집행 권한을 기반으로 한다면 이는 시효의 진행을 정지시키는 효과만 있다'고 규정하고 있다.

6) **기타 조항법 제49조**
납부 청구가 적절한 절차의 첫 단계를 구성한다는 사실에도 불구하고, 이는 분쟁 중인 조세의 미납 여부가 확정되지 않고 그 액수가 정해지지 않았더라도 민법 제2244조 의미 내에서 시효를 중단시키는 행위로 해석되어야 한다.

7) **민법 제2251조**는 '시효는 법령에 의해 명시된 예외에 해당하는 사람을 제외하고 모든 사람에 대해 진행된다'고 규정하고 있다.

8) **재판법 제1107조**는 '법무관(state counsel)이 서면 의견서를 제출한 경우, 재판 당사자들은 늦어도 심리 중에는 의견서에 대한 답변서에만, 새로운 이유로 상소하지 않겠다는 진술서를 제출할 수 있다. 각 당사자는 법무관의 서면 또는 구두 의견에 대해 구두로 또는 서면을 통해 답변하기 위하여 심리

출했다. 청구인 회사는 만일 대법원이 법무관의 제안처럼 항소심 판결의 이유를 대체한다면, 이는 청구인 회사가 새로운 이유에 대한 이의를 제기할 수 있는 기회를 박탈당하는 것이기 때문에 이는 협약 제6조에 위반된다고 주장했다.

2009년 3월 13일, 법무관의 검토보고서를 반영한 상고심 판결에서 대법원은 법 제49조에 따라 "분쟁의 여지없이 기한이 도래한" 미납금이 없더라도 시효를 중단시키는 납부 청구가 시효를 적절하게 중단시켰다고 판단했다. 그리고 다음과 같이 설명했다.

> "11. 법 제49조는 해석 규정이 아니다.
>
> 그럼에도 불구하고, 이 새로운 규정은 의회의 의도대로 법원에 의하여 소급적으로 적용되어야 한다. 이 조항의 입법 기록에 따르면, 의회가 이 규정을 소급 적용하도록 제정한 의도는 판례를 근거로 다투어지는 미납금의 소멸시효가 곧 완성되거나 이미 완성된 경우와 관련하여 진행 중인 소송에서 재무부의 권리를 보호하기 위한 것임이 분명하다.
>
> 12. 항소법원 판사들의 사실관계 판단을 고려하여, 상술한 것들로 인해 시효를 중단시키는 납부 청구는 쟁점이 되는 회계연도의 소득세 가산세를 징수할 권리의 소멸시효가 완성되지 않도록 하고 그 기간이 진행되는 것을 멈췄다.
>
> 13. 항소심 판결은 법원이 정립한 새로운 이유로 인해 적법한 법적 근거를 가진다. 따라서 항소법원 판사에 의해 사용된 문언과 관계없이 해당 판결은 상고이유에 기재된 조항을 위반하지 않는다.
>
> 상고이유는 소의 이익이 없기 때문에 적법하지 않다."

이에 따라 대법원은 청구인 회사의 상고를 기각했고, 정부의 상고에 대하여는 정부에 유리한 판결에 대한 것이어서 소의 이익이 없어 부적법하다고 선언했다.

중에 휴정을 요청할 수 있다. 이에 대해 대법원은 서면 제출에 대한 제한 시간을 설정할 수 있다'고 규정하고 있다.

Ⅱ. 쟁점 및 판단

이번 청구의 쟁점은 청구인 회사에 부과된 세금과 가산세 징수를 위한 소송 절차에서 의회의 개입이 협약 제6조에서 보호하는 청구인 회사의 공정한 재판을 받을 권리, 당사자주의 원칙, 그리고 절차의 신속성 요건을 위반했는지다.

1. 법정의견

가. 협약 제6조의 적용 여부[9)]

조세 관련 사안은 금전적인 특징에도 불구하고 납세자와 정부 사이에서 공적인 특성을 지니며 공공권력의 핵심 부분을 구성한다. 따라서 이번 청구에는 협약 제6조의 민사 영역이 적용되지 않는다.

협약 제6조 제1항에서 "범죄혐의"의 의미는 독자적인 것이다.[10)] 본 재판소의 선례는 일반적으로 "엥겔 기준(*Engel* criteria)"으로 알려진, 조세 관련 사건을 포함한 사건들에서 "형사소추" 여부를 결정하는 데 고려해야 할 세 가지 기준을 제시했다.[11)] 첫 번째 기준은 국내법상 범죄의 법적 분류이고, 두 번째는 범죄 자체의 성격, 그리고 세 번째는 관련된 사람이 받을 수 있는 처벌의 심각성이다.

이번 사건은 청구인 회사에 법적 책임이 있다고 여겨지는 세금의 50%인 가산세 부과와 조세 당국의 세액 경정 결정과 관련된 법적 소송 절차를 다룬다. 부과된 가산세가 벨기에에서는 형법의 영역에 해당하지 않고, 재정법 영역에 해당한다는 것은 사실이다. 그럼에도 불구하고, *Jussila* 결정[12)]에서 본 재판소가 판시한 바와 같이, 가산세는 납세자에게 일반적으로 적용될 수 있는 일반 조항을 근거로 하고, 예방적인

9) 유럽인권협약 제6조는 "모든 사람은 민사상의 권리와 의무 ... 의 결정을 위하여"라고 명시함으로써 민사 영역에 적용된다. 동시에 이 조항은 "모든 사람은 ... 자신을 상대로 제기된 범죄혐의에 관한 결정을 위하여"라고 명시함으로써 형사 영역에도 적용된다.

10) *Ramos Nunes de Carvalho e Sa* v. Portugal [GC], nos. 55391/13 and 2 others, § 122, 6 November 2018.

11) *Engel and Others v. the Netherlands*, 8 June 1976, § 82, Series A no. 22; and *Gestur Jonsson and Ragnar Halldor Hall v. Iceland* [GC], nos. 68273/14 and 68271/14, § 75, 22 December 2020.

12) *Jussila v. Finland* [GC], no. 73053/01, §§ 30-31 and 36, ECHR 2006 XIV; see also, from the standpoint of Article 4 of Protocol No. 7, *A and B v. Norway* [GC], nos. 24130/11 and 29758/11, § 107, 15 November 2016.

목적과 제재적인 목적을 둘 다 가진다. 더욱이, 이번 사건에서는 청구인 회사가 받게 될 불이익이 상당했다. 따라서 협약 제6조의 형사 영역이 적용된다.

쟁점이 되는 소송은 본래 협약 제6조 제1항의 형사 영역의 범위에 속하지 않는 세금의 징수와, 형사 영역의 범위에 속하는 가산세를 둘 다 다루고 있다. 원칙적으로 본 재판소는 청구인 회사에 대한 "범죄혐의"와 연관하여 절차를 검토해야 한다. 그럼에도 불구하고, 청구인 회사가 설명한 것처럼, 벨기에 법에서 이 두 가지 부분과 관련된 소송은 행정 단계와 사법 단계 모두에서 하나의 절차를 구성한다. 벨기에 법은 절차적인 측면에서 세액 경정 결정을 받은 납세자의 이의 제기와 가산세를 부과 받은 납세자의 이의 제기를 구별하지 않는다. 다시 말하면, 이러한 사건에서 "범죄혐의"를 다루는 부분만 구별해 내는 것은 어렵다. 따라서 가산세와 관련된 절차를 검토하는 것은 본 재판소로 하여금 어쩔 수 없이 세액 경정 결정 또한 고려하도록 한다.[13] 따라서 본 재판소는 과세 상황에서 비롯된 관련 사항들을 포함하는 개별 사건의 사실 관계를 고려하여, 청구인 회사에 부과된 가산세와 연관된 세액 경정 결정이 협약 제6조를 준수했는지 확인해야 한다.

또한 본 재판소는 이번 사건이 조세 절차를 다룬다는 사실을 유념해야 한다. 엄밀한 의미에서 벌금과는 다른 미납금을 근거로 산정되기 때문에 가산세 부과 방식의 총액 산정은 미납금의 증액을 의미한다. 적용되는 법에 따르면 이번 사건에서 가산세는 미납금의 일부를 구성한다. 게다가 본 재판소의 선례에 따르면, 가산세는 형법의 핵심 영역이 아니기 때문에, 본 재판소는 협약 제6조의 보호를 완전히 엄격하게 적용하지 않아도 된다.[14]

나. 소송 중 의회의 개입이 협약 제6조 제1항에 위반되는지 여부

청구인 회사는 국내 법원에서 소송을 진행하던 중 발생한 의회의 개입에 대해 법의 지배 및 법적 안정성 원칙을 위반하고 협약 제6조 제1항에서 보호하는 공정한 재판을 받을 권리를 침해했다고 주장한다.

---

13) *Jussila v. Finland* [GC], no. 73053/01, § 45, ECHR 2006 XIV; see also, to similar effect, *Georgiou v. the United Kingdom* (dec.), no. 40042/98, 16 May 2000; *Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, §79, ECHR 2002-VII; and *Strag Datatjanster AB v. Sweden* (dec.), no. 50664/99, 21 June 2005.

14) *Jussila v. Finland* [GC], no. 73053/01, § 43, ECHR 2006 XIV; see also, to similar effect, Segame SA v. France, no. 4837/06, §§ 56-60, ECHR 2012 (extracts); Chap Ltd v. Armenia, no. 15485/09, §§ 41 and 44, 4 May 2017; and, from the standpoint of Article 4 of Protocol No. 7, A and B v. Norway, cited above, § 133.

민사 영역에서 본 재판소는, 의회가 소급 적용되는 새로운 조항을 통해 현행법에 따라 발생한 권리를 규율하는 것이 원칙적으로는 허용되지만, 법의 지배 원칙과 협약 제6조에 명시된 공정한 재판의 개념은 공익상 긴절한 이유(compelling grounds of the general interest)에 근거한 경우 이외에는 사법 결정에 영향을 주는 모든 의회의 개입을 금지한다고 반복적으로 판단해 왔다.[15] 소급 입법에는 미확정된 소송에서 승소할 수 없도록 하는 등 정부가 당사자인 쟁송의 사법적 결과에 영향을 줄 위험이 내재한다.[16] 따라서 법의 지배와 공정한 재판의 개념에 대한 존중은 소급 입법을 정당화하기 위해 제시된 이유들을 가능한 최고로 엄격하게 다루도록 요구한다.[17] 본 재판소는 법적 안정성 개념과 소송 당사자의 적법한 신뢰 보호에 필수요소인 이러한 원칙이 형사 영역에도 적용된다고 본다.[18] 본 재판소의 관점에서 이 원칙은 가산세 관련 부분만 협약 제6조의 형사 영역에 포함되는 이번 사건과 같은 조세 관련 사건에도 동일하게 적용된다.

이번 사건의 쟁점은 법 제49조의 제정・시행을 통한 의회의 개입이 청구인 회사와 정부 간의 소송 진행 중 소송의 결과에 영향을 주어 청구인 회사에 의해 개시된 사법 절차의 공정성을 훼손했는지 여부이다. 본 재판소는 먼저 청구인 회사가 2000년 10월 납부 청구서를 송달받은 시기와 2000년 12월 제1심 법원에 소송을 제기한 시기에는, 당시 적용되었던 벨기에의 실무 관행에 따라 시효가 중단되었는지 여부에 관하여 당사자 간에 다툼이 없었음을 확인한다. 청구인 회사는 2004년 3월 제1심 판결이 선고되기 전에 2002년 대법원 판결을 위시한 판례를 근거로 시효의 완성을 주장할 수 있었지만 그렇게 하지 않았다. 청구인 회사가 시효 완성에 대한 쟁점을 제기하

15) *Stran Greek Refineries and Stratis Andreadis v. Greece*, 9 December 1994, § 49, Series A no. 301-B; *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France* [GC], nos. 24846/94 and 9 others, § 57, ECHR 1999-VII; *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], no. 36813/97, § 126, ECHR 2006-V; and, more recently, *Dimopulos v. Turkey*, no. 37766/05, § 45, 2 April 2019; and *Hussein and Others v. Belgium*, no. 45187/12, § 60, 16 March 2021.

16) *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 112, Reports of Judgments and Decisions 1997 VII.

17) *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 112, Reports of Judgments and Decisions 1997 VII; and *Maggio and Others v. Italy*, nos. 46286/09 and 4 others, § 45, 31 May 2011.

18) *Scoppola v. Italy* (no. 2) [GC], no. 10249/03, § 132, 17 September 2009; see also, to similar effect, *Biagioli v. San Marino* (dec.), no. 8162/13, §§ 92-94, 8 July 2014; and *Chim and Przywieczerski v. Poland*, nos. 36661/07 and 38433/07, §§ 199-207, 12 April 2018.

고 대법원 판결을 원용한 것은 2004년 4월 15일 제1심 판결에 대해 항소했을 때뿐이었다. 그 시점에 청구인 회사는 아마도 항소법원이 새로운 판례에 따라 미납금에 관한 과세권의 시효가 중단되지 않았다고 판결하기를 바랐을 것이다. 하지만 2003년, 제1심 법원의 판결 선고와 청구인 회사의 항소 전부터 의회는 대법원의 새로운 판례의 효력을 제한하는 방법을 알아보기 시작했다. 법 제49조는 청구인 회사의 소송이 항소법원에서 진행 중인 동안 발효되었고, 청구인 회사의 소송을 포함한 진행 중인 조세 소송에서의 시효 중단 관련 쟁점을 해결하는 방안을 제시했다.

본 재판소는 이번 사건의 상황에서 쟁점이 되는 의회의 개입이 공익상 긴절한 이유를 근거로 하고 있는지 확인해야 한다. 본 재판소는 공익상 긴절한 이유만이 쟁송의 사법적 결과에 영향을 주기 위해 고안된 법 집행에 대한 의회의 개입을 정당화할 수 있다고 강조한다.

먼저, 정부가 근거로 들고 있는 재무부의 권리 보호와 관련하여, 본 재판소는 원칙적으로 정부의 재정적 이익만으로는 입법의 소급 적용을 정당화할 수 없다고 반복해서 결정해 왔다.[19] 벨기에 정부 또한 문제된 대법원 판례의 효과가 너무 커서 정부의 재정적 안정성을 위협한다고는 주장하지 않았다.[20] 오히려 의회의 입법 기록은 법무부 장관이 “상대적으로 적은 수의 사건들”에서만 대법원의 관련 판례에 따라 시효가 완성될 것이라고 언급하였음을 보여준다.

두 번째로, 정부가 주장한 또 다른 목적인 대규모 조세 포탈에 대응하기 위한 노력과 관련하여, 본 재판소는 이것이 유의미한 공익적 이유를 형성한다고 본다.[21] 정부가 이번 사건이 대규모 조세 포탈에 관련되었다고 주장하지 않았고 또한 이 사건의 자료들이 이 사건이 그러한 조세 포탈이라는 것을 보여주지 않더라도, 이는 여전히 타당하다. 법안은 일반적이고 추상적인 언어로 상황을 규율하기 때문에, 의회의 동기가 된 근거는 단지 그 근거가 잠재적으로 영향을 받을 사람들과 개별적으로 연관되지 않았다는 이유만으로는 정당성을 잃지 않는다. 게다가 본 재판소는 정부가 언급

19) *Zielinski and Pradal and Gonzalez and Others v. France* [GC], nos. 24846/94 and 9 others, § 59, ECHR 1999-VII; *Scordino v. Italy* (no. 1) [GC], no. 36813/97, § 132, ECHR 2006-V; *Lilly France v. France* (no. 2), no. 20429/07, § 51, 25 November 2010; and *Maggio and Others v. Italy*, nos. 46286/09 and 4 others, § 45, 31 May 2011.

20) *Cabourdin v. France*, no. 60796/00, § 37, 11 April 2006; and *Arnolin and Others v. France*, nos. 20127/03 and 24 others, § 76, 9 January 2007.

21) *Hentrich v. France*, 22 September 1994, § 39, Series A no. 296-A; and *S.C. Service Benz Com S.R.L. v. Romania*, no. 58045/11, §§ 32 33, 4 July 2017.

한 것처럼 미납금을 납부하여 시효완성의 이익 일부를 자발적으로 포기한 납세자와 그렇지 않은 납세자 사이의 자의적인 차별을 하지 않겠다는 목표 또한 연관된다고 본다.

마지막으로, 정부는 법 제49조의 시행이 대법원의 판례를 바로잡고 법적 안정성을 보장하는데 필수적이었다고 주장한다. 본 재판소는 예외적인 상황에서, 특히 오래된 법 조항을 해석하거나 명확하게 하기 위해,[22] 법적인 공백을 채우기 위해,[23] 또는 새로운 판례의 효력을 없애기 위해[24] 소급 입법이 정당화될 수 있다고 인정해 왔다.

본 재판소는 상기에 언급된 관련 근거들의 중대성을 전체적으로, 그리고 의회의 개입으로 인해 뒤집힌 일련의 판례가 정착되었었는지, 법률 제정의 방식과 시기, 의회의 개입이 예측 가능했는지, 법률의 범위와 영향 등의 요소들에 비추어 판단할 것이다.

당사자들은 청구로 인한 시효의 중단에 대해 정립된 일련의 판례가 있었는지에 대해 동의하지 않았다. 국내법이나 이와 관련한 국내 법원의 판례가 발전된 방식을 해석하는 것은 본 재판소의 업무가 아니다. 본 재판소는 쟁점이 된 미납금에 관한 시효가 항상 납부 청구서의 송달로 인해 중단되었다는 점과 이러한 청구의 정당성이 2002년 대법원 판결 및 이를 재차 확인한 2003년 2월 21일 대법원 판결 전까지 대법원에서 확실히 인정되어 왔다는 점에 주목하는 것으로 충분하다.

당사자들은 2002년 대법원 판결이 분쟁의 여지없이 기한이 도래한 금액이 없는 경우에도 납부 청구가 유효하게 시효를 중단시키는지에 대한 구체적인 사안을 처음으로 다루었다는 것에 대해서는 이견이 없다. 2002년 대법원 판결은 여러 갈래 해석을 포함하는 판결들로 인한 모순이나 불안정성을 해결하는 대법원의 역할에 따른 것이었다.[25]

그럼에도 불구하고, 대법원의 해석은 이전의 실무 관행과 일치하지 않았고, 따라서 이번 사건처럼 납세자에 의해 제기된 세액 산정이 쟁점이 되는 법원에서의 사건들에

---

22) *Hôpital local Saint-Pierre d'Oléron and Others v. France*, nos. 18096/12 and 20 others, 8 November 2018.

23) *OGIS-Institut Stanislas, OGEC Saint-Pie X and Blanche de Castille and Others v. France*, nos. 42219/98 and 54563/00, 27 May 2004.

24) *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 112, Reports of Judgments and Decisions 1997 VII.

25) *Lupeni Greek Catholic Parish and Others v. Romania* [GC], no. 76943/11, § 123, 29 November 2016.

중대한 영향을 미쳤다.

이와 관련하여, 본 재판소는 대법원의 판결이 있고 얼마 지나지 않아 의회가 그 판결의 효력이 계속되지 않도록 하겠다는 그들의 계획을 분명히 암시했다는 사실에 중요성을 부여한다. 의회는 대법원의 판결이 있고 1년 반 만에 이를 개정했다.

본 재판소는, 이를 통해 의회가 민법 제2244조에 대한 대법원의 과거 해석으로부터 명시적으로 벗어났다는 것에 주목한다. 그럼에도 불구하고 2002년 대법원 판결과 이후 판결들은 의회에 대해 구속력을 가질 수 없었다. 법의 지배 원리에 의해 통치되는 국가에서 의회는 합당한 규칙과 원칙을 지키는 범위 내에서 사법부에 의한 법의 해석을 바로잡기 위해 법을 개정할 수 있다.

청구인 회사와 정부, 양 쪽 모두가 주장하는 법적 안정성 원칙과 관련하여, 본 재판소는 이 원칙은 법이 명확히 규율되고 그 적용이 예상 가능하도록 하거나, 법원이 어느 사안에 대하여 최종적으로 결정한 경우 그 판단에 대해서는 의문이 제기되어서는 안 된다는 것과 같이 다른 형태와 맥락으로 드러난다는 것을 강조한다.[26] 법, 특히 형법이 소급효를 갖지 않도록 하는 원칙은 법적 안정성을 보장하기 위해 의도된 것이다.

이러한 맥락에서 시효는 소송을 제기하는 데 시간적 제한을 두어 법적 안정성을 보장하고, 방어하기 어려운 정부의 청구로부터 잠재적 피고를 보호하고, 법원이 오랜 시간이 흘러 신뢰할 수 없고 불완전한 증거를 근거로 하여 오래 전 과거에 발생한 사건에 대해 판단해야 할 때 발생할 수 있는 부당함을 예방하는 등 몇 가지 중요한 목적을 가진다는 것이 강조되어야 한다.[27]

하지만 이번 사건에서 의회의 개입은 법적 안정성과 소송 당사자들의 적법한 신뢰를 훼손하지 않았다.[28] 오히려 의회는 대법원 판례의 예상치 못한 확장을 고려하여, 청구인 회사가 국내 법원에서 소송을 제기했을 당시 근거가 된 이전의 실무 관행들을 다시 정립하여 법적 안정성을 회복하려 했다.

즉 청구인 회사는 2000년 12월 14일 소송을 시작할 때 그들의 미납금과 가산세의

26) *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Iceland* [GC], no. 26374/18, § 238, 1 December 2020.

27) *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, no. 21722/11, § 137, ECHR 2013, and the Advisory opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture [GC], request no. P16-2021-001, Armenian Court of Cassation, § 72, 26 April 2022 (“Advisory opinion P16-2021-001”).

28) *Pressos Compania Naviera S.A. and Others v. Belgium*, 20 November 1995, Series A no. 332.

시효가 완성되었다고 예상할 수 없었다. 오히려 청구인 회사는 2002년 대법원 판결이 있은 뒤 항소법원에서의 재판 전까지 시효 기간에 대한 문제를 제기하지 않았다.

따라서 청구인 회사는 2002년 대법원 판결을 위시한 판례의 확장으로 인한 "뜻밖의 횡재(windfall)"로부터 득을 보기를 예상한 것이 아니라 소망했다는 것을 보여준다. 청구인 회사가 국내법하에서 가능한 구제수단을 소진하는 과정에서 그들에게 유리한 새로운 판례의 득을 보는 것에 대해 비난할 수 없다. 하지만 입법을 통한 의회의 개입이 청구인 회사가 소송을 시작할 당시에 가졌던 적법한 기대를 없앴다고 볼 수도 없다.

논란이 되는 법률의 효과와 관련하여, 본 재판소는 이번 사건의 경우 2002년 대법원 판결을 위시한 판례에 따라 시효가 완성된 것으로 볼 수 있었음에도 불구하고, 의회의 개입이 "소추(prosecution)"를 가능하도록 했다는 사실에 주목한다. 이러한 개입은 진행되고 있는 시효를 늘이는 것보다 더 큰 정당화를 필요로 한다.[29] 2002년 대법원 판결에 따라 이번 사건에서는 시효가 중단되지 않아 완성되었다고 여겨진 반면, 이 사실은 판결에 의해 아직 확립되지 않았고 기판력을 가지지 못했다. 가산세가 세금 경정 과정에서 청구인 회사에 부과되었을 때 또는 청구인 회사가 제1심 법원에서 소송을 제기했을 때 시효는 완성되지 않았다. 청구인 회사는 항소법원에서 비로소 시효가 적절하게 중단되지 않았기 때문에 완성되었다고 주장했고, 특히 이는 대법원 판례의 예상치 못한 확장에 따른 결과였다.

마지막으로 본 재판소는 이번 사건이 협약 제7조[30]가 아닌 제6조와 관련되어 있고 가산세가 세법의 영역에 주로 속하고 형법의 핵심에서는 벗어나 있기 때문에 제6조의 보장이 완전히 엄격하게 적용될 필요가 없다고 본다. 이번 사건의 특수한 상황과 관련하여 본 재판소는 (1) 대규모 조세 포탈에 맞서고, (2) 하급심 법원에서 지배적이던 판례를 반영하는 실무 관행을 부활시켜 납세자들 간의 자의적인 차별을 피하며,

---

29) *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96 and 4 others, § 149, ECHR 2000 VII; *Previti v. Italy* (dec.), no. 1845/08, § 80, 12 February 2013; and *Borcea v. Romania* (dec.), no. 55959/14, § 64, 22 September 2015.

30) **유럽인권협약 제7조**

1. 어느 누구도 행위 시의 국내법 또는 국제법에 의하여 형사 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 형사상 유죄가 되지 아니한다. 어느 누구도 형사 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다는 중한 형벌을 받지 아니한다.

2. 이 조는 그 행위 시 문명국가에 의하여 승인된 법의 일반원칙에 따라 범죄에 해당하는 작위 또는 부작위를 이유로 하여 당해인을 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 아니한다.

(3) 법적 안정성을 위하여 2002년 대법원 판결의 효과를 차단하기 위한 예상 가능한 의회의 개입은 공익상 긴절한 이유로 인해 정당화된다고 본다. 따라서 의회의 개입으로 인한 협약 제6조 제1항의 위반은 없었다.

다. 판결 이유를 대체한 것이 협약 제6조 제1항에 위반되는지 여부

협약 제6조 제1항에 따라 청구인 회사는 대법원이 판결 이유를 대체한 것에 대해 이의를 제기했다. 청구인 회사의 주장에 따르면, 이는 법원의 재판을 받을 권리와 무기 평등의 원칙(principle of equality of arms), 당사자주의 원칙을 위반한 것이다.

협약 제6조에서 보호하고, 재판을 받을 권리를 포함하는[31] 법원에 대한 권리는 절대적이지 않으며 암묵적으로 한계를 지닌다. 하지만 이러한 한계는 그 권리의 본질을 침해하는 방식으로 권리의 행사를 제한할 수 없다. 이 한계는 적법한 목적을 추구해야 하고, 채택된 수단과 성취하려는 목적 사이에는 합리적인 비례성이 존재해야 한다.[32]

또한 협약 제6조에 따른 공정한 재판의 개념은 당사자주의에 대한 권리를 포함하는데, 이는 당사자가 법원의 결정에 영향을 주기 위해 자신의 주장을 관철하는데 필요한 증거를 밝히고, 모든 제시된 증거나 제출된 진술에 대해 알 기회를 갖고 논의해야 한다는 것을 의미한다.[33] 예를 들면, 법원은 직권으로 제기한 근거를 바탕으로 상소를 기각하거나 판결을 할 때 당사자주의 원칙을 존중해야 한다.[34] 그러므로 중요한 요소는 당사자 중 한쪽이 법원이 직권으로 제기한 근거에 기반한 결정으로 인해 "기습당했는지(taken by surprise)" 여부이다.[35] 소송이 예측 불가능한 국면에 접어들

31) *Golder v. the United Kingdom*, 21 February 1975, § 36, Series A no. 18.

32) *Guérin v. France*, 29 July 1998, § 37, Reports 1998-V; see also, in a civil context, *Zubac v. Croatia* [GC], no. 40160/12, §§ 76-78, 5 April 2018; and *Nicolae Virgiliu Tănase v. Romania* [GC], no. 41720/13, §§ 192 and 195, 25 June 2019.

33) *Lobo Machado v. Portugal*, 20 February 1996, § 31, Reports 1996-I; and *Vermeulen v. Belgium*, 20 February 1996, § 33, Reports 1996-I.

34) *Skondrianos v. Greece*, nos. 63000/00 and 2 others, §§ 29-30, 18 December 2003; *Clinique des Acacias and Others v. France*, nos. 65399/01 and 3 others, § 38, 13 October 2005; *Čepek v. the Czech Republic*, no. 9815/10, § 45, 5 September 2013; *Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France*, nos. 4696/11 and 4703/11, § 50, 27 October 2016; and *Rivera Vazquez and Calleja Delsordo v. Switzerland*, no. 65048/13, § 41, 22 January 2019.

35) *Villnow v. Belgium* (dec.), no. 16938/05, 29 January 2008; *Clinique des Acacias and Others v. France*, nos. 65399/01 and 3 others, § 43, 13 October 2005; *Čepek v. the Czech Republic*, no. 9815/10, § 48, 5 September 2013; *Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France*, nos. 4696/11 and 4703/11, § 50,

었을 때, 특히 소송이 관련 법원의 재량에 맡겨진 사안과 연관이 있을 때 법원은 반드시 특별한 주의를 기울여야 한다. 당사자주의 원칙은 법원에 대하여 재판 중 논의되지 않았고 성실한 당사자마저도 예상할 수 없었던 결과를 가져오는 사실이나 법에 근거하여 판단하지 않을 것을 요구한다.[36]

여기서 논의되어야 할 쟁점은 대법원이 판결 이유를 대체한 것이 법원의 재판을 받을 권리와 무기 평등의 원칙, 당사자주의 원칙에 위반되는지이다. 이와 관련하여 본 재판소는 판결 이유를 대체한 것이, 대법원이 제출된 상고 이유를 조사하고, 이를 위법이라고 다투어지는 판결의 내용과 비교하고, 하급심 법원이 근거로 한 판결 이유를, 판결의 적법성을 설명하기에 적합한 새로운 이유로 대체하는 사법적인 방책(judicial construct)이라고 본다.

먼저, 본 재판소의 관점에서는 무기 평등의 원칙에 관한 쟁점이 발생하지 않는다. 이 원칙은 소송 당사자가 상대방에 비해 불리한 상태에 놓이지 않은 상황에서 자신의 사건을 주장할 합리적인 기회를 제공받도록 하는 것이다.[37] 사건 자료나 당사자들이 제출한 자료는 법무관의 검토보고서나 대법원에 의한 판결 이유의 대체에 관하여 청구인 회사나 정부가 서로 다른 상황에 처했다는 것을 보여주지 않는다.[38] 이 절차적 단계는 양 당사자에 대해 동일하게 진행되었다. 따라서 무기 평등의 원칙은 이번 사건에서 쟁점이 되지 않는다.

다음으로 당사자주의 원칙에 관하여 소재판부는 이번 사건의 결정문에서 다음과 같이 판시하였다.

> "청구인 회사는 이번 사건에서 '기습당한 것'처럼 보이지는 않는다.[39]
>
> 먼저, 본 재판소는 법 제49조의 적용에 관한 항소법원의 판단이 정부가 제기한 상고의 주요 쟁점을 구성한다고 본다. 따라서 청구인 회사의 상고와 정부의

---

27 October 2016; and *Rivera Vazquez and Calleja Delsordo v. Switzerland*, no. 65048/13, § 41, 22 January 2019.

36) *Čepek v. the Czech Republic*, no. 9815/10, § 48, 5 September 2013; *Les Authentiks and Supras Auteuil 91 v. France*, nos. 4696/11 and 4703/11, § 50, 27 October 2016; and *Rivera Vazquez and Calleja Delsordo v. Switzerland*, no. 65048/13, § 41, 22 January 2019.

37) *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18 February 1997, § 23, Reports 1997 I; and *Regner v. the Czech Republic* [GC], no. 35289/11, § 146, 19 September 2017.

38) Clinique des Acacias and Others v. France, nos. 65399/01 and 3 others, § 39, 13 October 2005.

39) *Clinique des Acacias and Others v. France*, nos. 65399/01 and 3 others, § 43, 13 October 2005; *Liga Portuguesa de Futebol Profissional v. Portugal*, no. 4687/11, §§ 61-62, 17 May 2016.

상고가 공식적으로 병합되지 않았더라도, 해당 조항의 적용 여부가 이번 절차의 한 부분을 형성했다고 본다.[40)]

두 번째로, 그리고 가장 중요하게, 당사자들은 법무관이 법원이 판결 이유를 대체하도록 요청한 검토보고서의 사본을 받았다. 청구인 회사가 재판법 제1107조에 따라 법무관의 검토보고서에 대한 답변으로 서면을 제출하고, 심리를 정지하여 구두 또는 서면으로 답변할 수 있게 요청할 수 있도록 열려 있었다는 사실은 여전히 유효하다."

대재판부는 소재판부의 근거에 동의하고, 당사자들이 대재판부에 제출한 진술서에서 이와 다르게 판단할 근거를 찾지 못했다. 따라서 본 재판소는 대법원이 판결 이유를 대체한 것이 당사자주의 소송에 대한 권리를 침해한 것이 아니라고 본다.

마지막으로 법원의 재판을 받을 권리와 관련하여 본 재판소는 판결 이유의 대체로써 해당 권리를 잠재적으로 제한한 것이 적법한 목적, 즉 절차적인 경제성과 적절한 법 집행을 위한 것이라는 정부의 주장을 수용한다. 또한 본 재판소는 청구인 회사가 대법원이 직권으로 제기한 근거에 대한 자신의 주장을 내세울 기회를 가졌다는 점에서 이러한 방법을 이용한 것이 법원의 재판을 받을 권리를 침해하지 않았고, 따라서 이번 사건에서 쟁점이 되는 권리의 본질이 훼손되지 않았다고 본다. 결론적으로, 판결 이유의 대체로 인한 협약 제6조 제1항의 위반은 없었다.

라. 절차의 신속성 요건 미준수가 협약 제6조 제1항에 위반되는지 여부

청구인 회사는 협약 제6조 제1항을 근거로 하여 절차의 신속성 요건의 위반을 주장하였다.

형사 사건에서 협약 제6조 제1항에서 언급된 "합리적인 기간"은 개인이 "입건(charged)"되자마자 시작된다. "범죄혐의"는 권한이 있는 기관으로부터 개인이 형사상 범죄를 저질렀다는 혐의를 공식적으로 통지받은 순간 또는 해당 개인의 상황이 혐의로 인한 기관의 조치로 인해 상당한 영향을 받았을 시점부터 존재한다.[41)] 이 기간은

40) *Les Authentiks and Supras Auteuil 91*, cited above, § 52; and *Ndayegamiye-Mporamazina v. Switzerland*, no. 16874/12, § 39, 5 February 2019; see also, conversely, *Prikyan and Angelova v. Bulgaria*, no. 44624/98, § 46, 16 February 2006.

41) *Deweer v. Belgium*, 27 February 1980, § 46, Series A no. 35; *Eckle v. Germany*, 15 July 1982, § 73, Series A no. 51; and *Simeonovi v. Bulgaria* [GC], no. 21980/04, § 110, 12 May 2017.

상소 절차를 포함하여 쟁점이 되는 절차의 모든 부분을 포괄한다.[42)]

절차의 기간에 대한 합리성은 사건의 특별한 상황, 본 재판소의 선례에서 정립된 기준, 청구인의 행위, 그리고 유권 기관의 행위에 비추어 평가된다.[43)]

"합리적 기간"을 계산하는 데에 있어서 기산점이 청구인 회사가 경정결정통지를 받은 날인 1995년 10월 5일이라는 것에는 양 당사자들 모두 이견이 없다.[44)] 그리고 이 소송 절차는 2009년 3월 13일 대법원의 판결과 함께 끝이 났다. 하지만 정부의 입장은, 청구인 회사가 조세법원 조직에 관한 법에 따라 행정 절차의 결과를 기다릴 필요 없이 국내 법원에서 소송을 제기할 수 있었지만 그러지 않았기 때문에 1999년 4월 6일부터 2000년 12월 14일까지의 1년 9개월의 기간은 이 기간에서 제외되어야 한다는 것이다. 그렇게 되면 대상이 되는 기간은 11년 9개월이 되고, 정부는 사건의 복잡성과 분쟁의 대상을 감안한다면 이 기간이 합리적이라고 본다. 하지만 조세법원 조직에 관한 법 제11조에 따르면, 청구인 회사는 행정상 이의에 대한 결정을 기다리지 않고 제1심 법원에 소송을 제기할 수 없다. 다시 말하면, 법은 정부가 주장하는 바와 다르다. 따라서 1999년 4월 6일과 2000년 12월 14일 사이의 기간은 소송 절차 기간에 포함되어야 한다.

결과적으로 청구인 회사에 의해 제기된 절차는 13년 6개월 이상 계속되었다. 행정 절차는 한 단계에서만 4년 7개월 동안 계속되었고, 이후의 사법 절차는 세 단계에서 거의 9년 동안 계속되었다. 정부는 기간이 특별히 긴 것에 대하여 타당한 이유를 제시하지 않았고, 소득세 사건 관련 업무가 쌓여있었다는 것에 대해 인정했다.

본 재판소는 조세와 관련된 이번 사건의 복잡성이 다른 종류의 사건들, 특히 사안으로 인해 특정한 조사를 요구하는 사건들보다 더 긴 기간을 정당화할 수 있음을 인정한다. 하지만 합리적인 기간 요건을 완전히 엄격하지는 않게 적용하더라도, 본 재판소는 전체적으로 그리고 사건의 상황에 비추어 보았을 때, 이번 절차는 합리적인 기간을 초과했다고 본다. 따라서 절차의 신속성 요건의 미준수로 인한 협약 제6조 제1항 위반이 인정된다.

---

42) *König v. Germany*, 28 June 1978, § 98, Series A no. 27.

43) *Pélissier and Sassi v. France* [GC], no. 25444/94, § 67, ECHR 1999-II.

44) *Janosevic v. Sweden*, no. 34619/97, § 92, ECHR 2002 VII.

마. 소결

위와 같은 이유로, 본 재판소는,

10대 7의 표결로, 소송 절차 중 의회의 개입으로 인하여 협약 제6조 제1항이 위반되지 않았다고 결정한다.

만장일치로, 협약 판결 이유의 대체로 인하여 협약 제6조 제1항이 위반되지 않았다고 결정한다.

만장일치로, 절차의 신속성 요건 미준수로 인하여 협약 제6조 제1항이 위반되었다고 결정한다.

2. LEMMENS 재판관의 보충의견

소송 절차 중 의회가 개입한 것이 협약 제6조 제1항을 위반하지 않았다는 법정의견에 동의한다. 또한 법정의견이 제시한 근거에도 동의한다. 하지만 언급되지 않은 중요한 부분에 주목하고, 본 재판소에 제기된 사건의 실질적인 범위를 명확히 하기 위해 법정의견에 짧은 “국내법적인(national)” 부가 설명을 남기고 싶다.

시효가 중단(interruption of the limitation period)되면 시효의 진행이 멈추고, 시효 중단의 사유가 소멸한 때를 기산점으로 하여 새롭게 시효가 진행된다. 법정의견은 시효의 중단의 관점에서 사건을 파악하는 것에 얽매인 것처럼 보인다. 시효가 완성되지 않았다는 것이 2009년 3월 13일 선고된 대법원 판결의 유일한 이유였다.

언급하고자 하는, 그리고 다뤄지기 꺼려지는 쟁점(elephant in the room)은 시효의 정지(suspension of limitation period)이다. 시효의 정지는 시효를 계속 진행되지 못하도록 하는 사유에 의해 발생한다. 해당 사유가 사라지면 시효는 완성될 때까지 재개된다.

이유는 알 수 없지만 소재판부와 대재판부의 재판 절차 동안 시효의 정지에 대한 쟁점은 양 당사자들로부터 거론되지 않았다. 하지만, 시효의 정지에 대한 쟁점은 국내 법원의 사법 절차에서 실질적인 주안점이다. 2007년 2월 6일 판결에서 앤트워프 항소법원은 시효가 청구인 회사와 조세 당국의 분쟁이 해결될 때까지 정지되었다고 판단했다. 하지만 상고심 판결에서 대법원은 시효의 정지에 대해서는 판단하지 않았다. 대법원은 이와 관련한 항소법원 판결의 적법성을 판단함으로써 시효의 정지에 대해 판단할 수 있었다. 하지만 대법원은 그렇게 하지 않았고, 법 제49조에 따른 납

부 청구에 의한 시효의 중단 - 항소법원에 의해 기각된 판결 이유 - 을 근거로 판결했다. 청구인 회사와 조세 당국 사이의 분쟁이 시효를 정지하는 효과가 있다고 한 판단에 이의를 제기한 청구인 회사의 항소 이유는 소의 이익이 없다는 이유로 배척되었다.

대법원이 항소법원의 판단과 달리 시효가 정지되지 않았다고 판단한 바는 없다. 대법원은 단순히 납부 청구가 시효를 중단시키는 효력을 가지기 때문에 조세 당국의 미납금을 징수할 권리가 시효 완성되지 않았다고 판단했다. 즉 대법원은 항소법원과 다른 이유로, 같은 결론에 도달한 것이다.

물론, 대법원이 판결 이유를 대체하고 청구인 회사의 상고를 기각했기 때문에 시효의 정지에 대한 쟁점은 더 이상 국내 법원에서 거론되지 않았다. 하지만 청구인 회사의 사건 이후에 다른 사건들에서는 이 쟁점이 거론되었다. 게다가, 몇몇 평론가들은 시효의 정지에 대한 쟁점이 시효의 중단에 대한 쟁점과 구분되었어야 한다고 본다. 또한, 국내 법원이나 본 재판소가 법 제49조가 협약에 위배되는지 결정해야 한다면 시효의 정지에 대한 쟁점은 여전히 결정되어야 한다고 본다.

3. SPANO, KJØLBRO, TURKOVIĆ, YUDKIVSKA, PEJCHAL, MOUROU-VIKSTRÖM AND FELICI 재판관의 일부 반대의견

"의회의 개입으로 인한 협약 제6조 제1항의 위반은 없었다."라는 법정의견의 결정과 근거에 동의할 수 없다. 법정의견은 이번 사건과 관련된 기존의 선례를 적용하지 않았다. 법정의견은 본 재판소에 제기된 청구의 핵심, 협약 제7조에서 파생된 기존의 선례, 협약 제6조와 제7조의 관계, 두 권리를 조화로운 방식으로 해석할 필요성, 그리고 이번 결정으로부터 이어질 본 재판소 결정례의 잠재적인 부정적 결과를 충분히 고려하지 못했다.

법 제49조가 제정 및 소급 적용되지 않았더라면, 대법원은 이 사건에서 2002년 대법원 판결과 대법원의 2003년 2월 21일 판결에 따라 미납금과 가산세의 시효가 완성되었다고 판단했을 것임이 명백하다. 이는 법 제49조가 "의회의 의도에 따라 법원에 의해 소급적으로 적용되어야" 하고, 의회가 소급효를 선택한 이유는 "판례의 입장을 근거로 진행 중인 소송 중에 쟁점이 되는 미납금에 대한 시효가 완성될 사건 또는 이미 완성된 사건에서 재무부의 권리를 보호하기 위한 것이다."라고 명시한 대법원

의 판결 이유에서 기인한다.

이번 사건에서 미납금과 가산세를 구분하는 것은 중요하다. 협약 제6조는 미납금에는 적용되지 않지만, 본 재판소의 선례에 따라 범죄혐의를 구성하는 가산세에는 적용된다. 이에 따라, 미납금에 대한 청구는 협약 제6조의 민사 영역과 형사 영역의 적용을 받지 않기 때문에, 의회가 법 제49조를 제정하고 소급효와 함께 적용하는 것을 무엇도 막지 않았을 것이라고 본다.

본 재판소에 의해 결정되어야 할 법적 쟁점은 다음과 같다. 법 제49조의 제정・시행과 청구인 회사의 사건에 대한 소급 적용이, 2002년 대법원 판결과 2003년 2월 21일 판결의 결과로 청구가 시효 완성되었음에도 불구하고 청구인 회사에게 형사제재를 야기하여 협약 제6조에 따른 청구인 회사의 권리를 침해했는가? 다시 말하면, 위법행위의 시효가 완성된 이후 청구인 회사의 가산세에 대한 형사적 책임(criminal liability)을 복원한 의회의 개입이 협약 제6조에 따른 청구인 회사의 권리를 침해했는가?

상술한 법적 질문에 대한 답변은, 협약 제7조에 따라 검토된다면 명백하고 간단하다. 기존의 선례에 따르면, 시효가 완성된 위법행위에 대해 형사상 책임을 복원하는 것은 협약 제7조를 위반한다. 형사상 책임이 의회의 개입에 의해 복원되었는지 또는 판례의 변경에 의해 복원되었는지는 중요하지 않다.

본 재판소는 공소시효 제도를 개정하거나 위법행위에 대한 시효를 늘이는 것에 대하여, 의회의 개입이 소급효와 함께 적용되더라도 입법 당시 위법행위의 시효가 아직 완성되지 않았다면 협약 제7조를 위반하지 않는다고 결정해 왔다. *Coëme and Others v. Belgium* 결정[45]에서 본 재판소는 관련 위법행위에 대한 시효가 완성된 바 없다면 위법행위의 시효를 늘이는 새로운 공소시효 제도의 즉각적인 적용은 협약 제7조를 위반하지 않는다고 판단했다.

Kononov v. Latvia 결정[46]에서 본 재판소는 공소시효 제도가 적용되지 않은 청구인의 범죄에 대한 유죄판결을 내리는 것이, 위법행위가 범해졌을 당시 적용되었을 시효의 소급적 연장에 해당하는지와 결과적으로 청구인을 기소한 것이 형법의 소급적 적용에 해당하는지 검토했다. 해당 청구를 검토하며 본 재판소는 다음과 같은 질문을 했다. “본 재판소가 결정해야 하는 본질적인 질문은 기소 전 어느 시점이라도

45) *Coëme and Others v. Belgium*, nos. 32492/96 and 4 others, § 149, ECHR 2000 VII.

46) *Kononov v. Latvia* [GC], no. 36376/04, §§ 232 and 233, ECHR 2010.

청구인의 행위에 대한 공소시효가 완성되었는지이다." 새로운 조항이 시행되기 전 쟁점이 되는 위법행위의 시효가 아직 완성되지 않았다면, 국가가 시효를 늘이는 입법을 하고 이러한 조항을 소급효와 함께 적용할 수 있다는 것은 이미 명백하다.

본 재판소는 실질적으로 고문행위를 구성하는 위법행위에 대한 소추, 유죄 판결 및 처벌에 적용되는 공소시효의 적용에 대한 권고 의견[47]에서 다음과 같은 결정을 내렸었다.

> "범죄행위가 국내법상 공소시효 제도의 적용을 받아 시효가 이미 완성되었다면, 협약 제7조는 해당 범죄에 대한 기소가 부활하지 못하도록 한다. 국내 법원이 범죄행위가 공소시효 제도의 적용을 받지 않는다고 결정하기 위해서는 국내법 체계에 법적 효력을 갖는 국제법 규칙이 협약 제7조의 의미 안에서 충분히 명확하고 예측 가능한 법적 근거를 제공할 수 있는지 최우선적으로 확인해야 한다."

상술한 선례에 따르면 범죄행위가 국내법에 따라 공소시효 제도의 적용을 받아 시효가 이미 완성되었을 때, 협약 제7조는 해당 범죄행위의 기소가 부활하지 못하도록 한다.

형사 사건에서 실체적인 보호를 제공하는 협약 제7조와 형사 사건에서 절차적인 보호를 제공하는 협약 제6조 사이에는 간극이 존재한다. 하지만 원칙에 따르면 협약의 조항들은 일관되게 읽혀야 하고 내적 일관성과 다양한 조항들 사이의 조화를 증진시키는 방식으로 해석되어야 한다.[48] 게다가 많은 사건에서 본 재판소는 형사 사건에서, 특히 "범죄혐의"의 개념과 관련하여 제6조와 제7조의 관계를 강조해 왔다. *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* 결정[49]에서 본 재판소는 예시로 다음과 같이 서술했다.

---

47) *Advisory opinion on the applicability of statutes of limitation to prosecution, conviction and punishment in respect of an offence constituting, in substance, an act of torture* [GC], request no. P16-2021-001, Armenian Court of Cassation, § 72, 26 April 2022.

48) *Austin and Others v. the United Kingdom* [GC], nos. 39692/09 and 2 others, § 54, ECHR 2012; *Catan and Others v. the Republic of Moldova and Russia* [GC], nos. 43370/04 and 2 others, § 136, ECHR 2012 (extracts); *Marguš v. Croatia* [GC], no. 4455/10, § 128, ECHR 2014 (extracts); and *Merabishvili v. Georgia* [GC], no. 72508/13, § 293, 28 November 2017.

49) *Gestur Jónsson and Ragnar Halldór Hall v. Iceland* [GC], nos. 68273/14 and 68271/14, § 112, 22 December 2020.

"본 재판소는 이번 절차가 협약 제6조의 '범죄혐의'에 대한 결정과 관련이 없고, 제6조의 형사 영역에 따라 위 조항은 이러한 절차에 적용되지 않는다고 판단했다. 이러한 상황에서 전체적인 협약 해석의 일관성을 위하여 본 재판소는 협약 제7조에 따라 다투어지는 벌금이 위 조항의 '처벌'로 여겨져야 한다고 보지 않으며, 따라서 협약 제7조가 적용되지 않는다."

더 중요하게, 시효를 늘이는 소급효를 가진 의회의 개입에 대해 협약 제6조에 따라 청구를 검토해야 하는 사건에서, 본 재판소는 협약 제7조에 관한 선례를 근거로 했다. 이에 따라 *Chim and Przywieczerski v. Poland* 결정[50]에서 본 재판소는 청구인에 대한 형사 절차의 진행 중 시효를 늘이는 의회의 입법이 협약 제6조를 위반하는 것이 아니라고 결정했다.

협약 제6조가 국내법하에서 이미 시효 완성된 범죄행위의 시효를 늘여서 형사상 책임을 복원하거나 부활시키는 소급효를 가진 새로운 입법을 허용하는 방식으로 해석된다면, 이것은 협약 제7조의 위반에 해당하고 부합하지 않기 때문에 금지된다고 주저 없이 결론 내린다.

이번 사건에서 협약 제6조의 위반이 없었다는 결론에 도달하면서 법정의견은 몇 가지 근거에 의존한다. 하지만 이러한 근거는, 개별적으로 그리고 복합적으로, 제6조의 위반이 없었다는 결정을 정당화하지 못한다. 법정의견은 가산세가 형법의 핵심 영역에 속하지 않고, 따라서 협약 제6조의 보호는 반드시 완전히 엄격하게 적용되지 않아도 된다는 취지의 일련의 선례에 의존한다. 이 일련의 선례 자체를 문제 삼지는 않겠지만, 이는 이번 사건과는 관련이 없다. 법정의견에 의해 인용된 모든 결정에서 제6조에 따른 청구는 시효 완성된 범죄행위에 대한 형사상 책임을 복원하는 의회의 개입이 아니라 절차적 보호와 연관되어 있다. 범죄혐의의 본질이 이미 시효 완성된 위법행위에 대한 형사상 책임을 복원시키는 것을 정당화할 수 있다고 결정하는 것은 다른 문제이다.

법정의견은 또한 진행 중인 소송에 대해 소급효를 가진 의회의 개입에 관한 선례와 "긴절한 이유"라는 심사기준에 의존하고 있다. 이에 대해서도 일련의 선례를 문제 삼지는 않겠지만, 몇 가지 이유로 선례가 법정의견의 판단을 정당화하지 못하는 이유를 제시하겠다. 첫째로, 근거가 된 선례는 주로 민사 영역에서 발전해 왔고, 몇몇의

50) *Chim and Przywieczerski v. Poland*, nos. 36661/07 and 38433/07, §§ 205 and 206, 12 April 2018.

사건에서만 형사 영역에서 적용되어 왔다.

둘째로, 진행 중인 사법 절차에 대한 의회의 개입이 협약 제6조의 목적을 위하여 "긴절한 이유"를 구성하는데 필요한 높은 기준을 충족했는지에 대한 근거를 정부가 충분히 보여줬는지 검토하는 과정에서, 협약 제7조를 직접적으로 위반하는 조치를 정당화하기 위해 제시된 이유가 이러한 목적에서 "긴절"하다고 여겨질 수 없다는 것이 자명하다고 본다. 법정의견에 의해 취해진 접근법은 사실 두 조항에 의한 보호책 사이에 직접적인 충돌을 야기한다. 이번 사건에서 법정의견은 "긴절한 이유" 심사기준을 적용하며 "관련된 근거"를 확인하고 "긴절한 성격"을 평가한다. 법정의견은 (1) 대규모 조세 포탈에 맞서는 것, (2) 납세자들 사이의 자의적인 차별을 피하는 것, 그리고 (3) 법적 안정성을 회복하는 것, 이렇게 세 가지 근거가 관련되어 있다고 보았다.

법정의견은 시효의 중단 사안을 다루는 실무 관행과 판례에 대해, 대법원이 이 사안에 대해 처음 판단했다는 사실을 강조하며 2002년 대법원 판결과 대법원의 2003년 2월 21일 판결의 소급효를 근거로 든다. 하지만 이 근거에서는 연관성이 발견되지 않는다. 국내 법원에 의해 판단되어야 할 쟁점은 2000년 10월 24일의 납부 청구가 시효의 진행을 중단 또는 정지했는지다. 상술한 판결에서, 대법원은 국내법을 올바르게 해석했고, 납부 청구가 시효의 진행을 중단시키지 않았다는 결론에 도달했다. 대법원이 최종 판결에서 국내법을 해석했을 때, 청구인 회사는 해당 판결의 법리가 자신의 사건에도 적용될 것이라고 정당하게 기대할 수 있었다. 다시 말하면, 청구인 회사는 조세 당국의 청구가 시효 완성되었고 그렇게 판단될 것이라고 정당하게 기대할 수 있었다.

법정의견은 또한 의회가 대법원 판결에 구속되지 않고 법을 개정할 권한이 있다는 근거를 든다. 물론, 의회가 대법원의 판결에 의해 구속되지 않고 공소시효와 시효의 중단과 관련된 법을 개정할 수 있다는 것에는 동의한다. 하지만 이번 사건이 협약 제6조 의미 안의 범죄혐의를 구성하는 가산세에 대한 것인 만큼, 의회는 시효가 완성되지 않은 사안에 대해서만 입법을 할 수 있었다.

더 나아가 법정의견은 법적 안정성이 훼손되지 않았으며, 의회의 개입이 법적 안정성을 회복시켰고, 2002년과 2003년의 판결이 예측불가능한 대법원 판례의 확장이었으며 기타 조항법이 이전의 행정 관행을 부활시켰다고 주장한다. 하지만 국내 최고 법원이 국내법의 올바른 해석에 대해 종국적인 입장을 취했다면, 법적 안정성의

원칙은, 의회의 개입이 이미 시효 완성된 위법행위에 대한 형사책임을 복원 또는 부활시키는 것이 아닌 한 의회의 개입을, 심지어 소급효를 가지는 개입을 저지하는 것은 아니더라도, 그러한 종국 판단이 준수되고 적용될 것을 요구한다.

상술한 이유들로 인해, 대법원의 2002년 대법원 판결과 2003년 2월 21일 대법원 판결의 결과로 권리의 시효가 이미 완성되었음에도 불구하고, 의회가 법 제49조를 제정・시행한 것과 이를 청구인 회사의 사건에 소급적으로 적용하여 청구인 회사에 형사 제재가 가해지도록 한 것은 협약 제6조에서 보호하는 청구인 회사의 권리를 침해한 것이다.

협약 제6조와 제7조에 관한 기존의 선례는 명백하게 이러한 결론을 지지한다. 법정의견의 “긴절한 이유”라는 심사기준에 대한 의존과 협약 제6조의 위반이 없었다는 것을 정당화하기 위해 제시된 가산세가 “형법의 핵심”에서 벗어난다는 주장은 의회의 개입이 협약 제6조에 합치한다는 유감스러운 결과를 가져왔다. 이로 인해 법정의견은 협약 제6조와 협약 제7조를 모순되는 방식으로 해석했다.

Ⅲ. 결정의 의의

이번 결정에서 유럽인권재판소는 소송 진행 중 발생한 의회의 개입이 유럽인권협약 제6조를 위반하지 않았다고 판단했다. 유럽인권협약 제6조는 공정한 재판을 받을 권리를 보호하고 있으며 이를 위해 청구인을 “상대로 제기된 범죄혐의에 대한 결정을 위하여 법에 따라 설립된 독립적이고 공평한 법원에 의하여 합리적인 기간 내에 공정한 공개 심리를 받을 권리”를 보장하고 있다.

이번 결정에서 청구인 회사는 조세 당국을 상대로 소송을 제기할 당시에는 존재하지 않았던 기타 조항법에 의해 자신에게 불리한 판결을 받게 되어 청구를 제기하였다. 이에 대해 유럽인권재판소는 의회의 입법이 상대적으로 빠르게 진행되었고, 충분히 예상 가능했던 것이라고 보았다. 따라서 의회의 개입이 법적 안정성과 청구인 회사의 적법한 신뢰를 훼손하지 않았다고 판단했다. 오히려 기타 조항법의 입법이 예상 불가능했던 2002년 대법원 판결을 뒤집고 이전 관행을 부활시켜 법적 안정성을 회복시켰다고 보았다.

또한 유럽인권재판소는 이번 사건의 특수한 상황과 관련하여 대규모 조세 포탈에

맞서고, 납세자들 사이의 자의적인 차별을 피하기 위한 의회의 개입이 정당하다고 판단했다. 결론적으로 대법원이 의회의 새로운 입법을 근거로 청구인 회사에게 불리하게 판결한 것이 유럽인권협약 제6조를 위반하지 않는다고 결정했다.

동성 관계를 묘사한 아동 도서의 판매를 제한한 공립 대학 조치의 표현의 자유 침해[1)]

Ⅰ. 사건개요

Neringa Dangvydė Macatė(이하 “청구인”)는 동화 여섯 편을 묶은 아동 도서를 출간했으며, 그 중에는 동성 관계를 묘사하는 두 동화가 수록되어 있었다. 해당 도서가 출판된 이후 학부모 단체 등의 비난이 쇄도하자 도서 판매가 1년간 중단되었고, 이후에는 이 도서의 내용이 14세 미만의 아동에게 유해할 수 있다는 경고 문구를 표기한 채로 출판이 재개되었다. 청구인은 유럽인권협약(이하 “협약”) 제10조[2)] 및 그와 결합한 협약 제14조[3)]에 근거하여 해당 도서 출판에 가해진 조치(이하 “이 사건 조치”)에 대해 이의를 제기하였다.

자신이 동성애자임을 공개적으로 밝힌 바 있는 청구인은 직업작가이자 아동문학가이다. 2012년 12월, 공립학교인 리투아니아 교육대학교(이하 “대학교”)의 출판부는 청구인의 저서 – 저학년을 대상으로 한 동화모음집 – 를 출판하기 위해 문화부(Ministry of Culture)에 지원금을 신청했다. 지원금 신청서에는 이 동화책은 고전동화를 모티프로 하지만, 아동들에게 자신과 다르게 생기거나 다르게 사는 사람들을 수용하는 법을 가르칠 목적으로 다양한 사회적 약자를 묘사한다는 내용이 포함되었다. 이 도서

1) Macatė v. Lithuania [GC], no. 61435/19, 23 January 2023.

2) **유럽인권협약 제10조 (표현의 자유)**
① 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공권력의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보와 사상을 주고받을 자유를 포함한다. 이 조항은 방송, 텔레비전 또는 영화사업에 대한 국가의 허가 제도를 금지하지 아니한다.
② 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로 국가안보, 영토보전 또는 공공의 안전을 위해, 무질서나 범죄의 방지를 위해, 보건이나 도덕의 보호를 위해, 타인의 명예나 권리의 보호를 위해, 비밀리에 얻은 정보의 공개를 방지하기 위해 또는 사법부의 권위와 중립성의 유지를 위해 민주사회에서 필요한 경우 법이 정하는 형식과 조건에 따라야 하고, 제한과 처벌의 대상이 될 수 있다.

3) **유럽인권협약 제14조 (차별의 금지)**
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 본 협약에 규정된 권리와 자유의 향유가 확보되어야 한다.

는 교육 전문가들과 아동 문학가들에 의해 검토되었으며, 검토위원들은 해당 도서가 초등학생들에게 적합하다고 보고, 혐오 받는 사회적 약자에 대한 관용을 기를 필요성에 대해 강조하였다.

2013년 12월, 대학교 출판부는 청구인의 저서 '호박빛 마음(Amber Heart)'이라는 동화모음집을 출판하였다. 이 도서는 소수민족 출신이거나 정신적 장애가 있는 등장인물에 대해 묘사했고, 혐오, 학교 폭력, 이혼 가정과 이민자 같은 문제를 다루었다. 대부분의 동화는 남성과 여성 사이의 사랑에 대해 묘사했지만, 두 동화의 주요 내용은 동성 간의 관계와 결혼에 대한 것이었다.

2014년 3월 3일, 공공매체물 등록기관(Registry of the Government)은 한 국민으로부터 이 도서가 "왜곡된 성을 조장한다."라는 이메일을 받았고, 이를 문화부에 전달했다. 문화부는 간행물 윤리심의위원회 (Inspectorate of Journalist Ethics; 이하 "위원회")에 이 도서가 아동들에게 유해한지 검토를 요청했다.

2014년 3월 20일, 리투아니아 의회의원 8인은 대학교 총장에게 서신을 보냈다. 이 서신에는 리투아니아 학부모 포럼(Lithuanian Parents' Forum) 및 가족 분야 시민단체들이 "아동들에게 동성혼이 환영받을 만한 현상이라는 생각을 주입하려는" 동화책의 판매에 대해 불만을 표시했다는 내용이 담겨있었다.

2014년 3월 27일, 대학교 총장은 출판부에 이 도서의 판매를 중단하라는 지시를 내렸다. 서점이나 도서관에 배포되지 않은 책과 아직 서점에서 판매되지 않은 책은 대학교의 창고로 회수되었다.

2014년 4월 8일, 위원회는 문화부에 동성 커플에 대해 묘사한 두 동화가 '아동・청소년 유해 공공정보 보호법(이하 "아동・청소년보호법")' 제4조 제2항 제16호[4]에 따라 아동에게 유해한 정보를 담고 있다는 심의결과를 전달하였다. 위원회의 심의결과서는 다음과 같은 내용을 담고 있었다.

"동성 커플이 가족을 구성할 수 있다는 두 동화의 묘사는 결혼은 남녀의 자

4) 아동・청소년보호법 제4조 제2항
① 아동・청소년에게 유해할 수 있는 정보는 아동・청소년의 정신적・신체적 건강, 또는 지적・정신적・도덕적 성장에 부정적인 영향을 줄 수 있는 공공정보를 의미한다.
② 다음 각 호의 공공정보는 아동・청소년에게 유해하다고 판단된다.
16. 가족의 가치를 무시하거나, 또는 헌법과 민법에서 보호하는 것과 다른 형태의 결혼이나 가족을 조장하는 정보

유로운 의사에 따라 결정된다고 규정한 리투아니아 공화국 헌법[5]과 결혼은 이성 간에만 성립할 수 있다는 리투아니아 공화국 민법[6]에 위배된다.

아동・청소년보호법이 '조장(encourage)'한다는 것을 아동・청소년이 특정한 행동을 하도록 또는 그들의 습관, 사고방식, 선호, 행동을 습득하거나 바꾸도록 부추기는 편향적인 정보로 규정했다는 것에 주목해야 한다.[7] 동화책에 포함된 정보는 그 내용뿐 아니라 그 형식(동화는 허구의 이미지를 통해 현실을 반영한다. 외견상 단순한 내용과 흥미를 끄는 형식은 정보를 아동이 이해할 수 있는 방식으로 전달한다.)으로 인해 의도적(purposeful) 성격을 갖는다. 이 동화책은 아동의 사고방식과 행동을 바꾸려 하고 있다.

본 위원회는 동화책에 담긴 정보가 아동・청소년보호법 제4조 제2항 제16호가 정한 정보에 해당하여 14세 미만 아이들에게 유해한 영향을 준다고 본다."

2014년 5월, 대학교 총장은 이 도서가 아동 교육에 관한 교내 정책을 위반하였으며, 따라서 출판부 책임자를 징계했다고 8인의 의회의원들에게 전달했다.

2014년 7월, 청구인은 위원회의 2014년 4월 8일 심의결과서와 위원회 권고를 이행하라고 문화부가 대학교에 내린 지침을 무효화해 달라는 취지로 행정법원에 소를 제기했다. 하지만 빌뉴스[8] 지방행정법원은 청구를 받아들이지 않았다. 행정법원은 당해 심의결과서와 지침이 법적 구속력이 없고 따라서 청구가 받아들여질 수 없다고 판단했다. 또한, 이 도서의 출판계약은 문화부와 대학교 간에 체결되었고, 청구인은 해당 계약의 당사자가 아니기 때문에 위 심의결과서와 지침이 청구인의 권리나 의무에 영향을 주지 않았다고 보았다. 청구인은 이 판결에 대해 항소하지 않았다.

2014년 10월, 대학교는 이 도서를 배포한 66개의 공립 도서관에 연락을 취했고 각 도서마다 14세 미만 아동들에게 유해한 내용이 담겨있다는 경고 문구를 표기해달라

---

5) **리투아니아 헌법 제38조**
가족은 사회와 국가의 근간이 되어야 한다.
가족, 어머니, 아버지, 자녀는 국가의 보호와 돌봄 하에 있어야 한다.
결혼은 남성과 여성 간의 자유의사로 성립된다.
부모의 권리와 의무는 그들의 자녀를 정직한 인간, 신실한 시민으로 양육하고 그들이 성년이 될 때까지 지원하는데 있다.

6) **리투아니아 민법 제3조 제7항**과 **제12항**은 '결혼은 남녀 간에만 성립된다'고 규정하고 있다.

7) **아동・청소년보호법 제2조 제5항**은 '조장하는 행위는 아동・청소년이 특정한 행동을 하도록 또는 그들의 습관, 사고방식, 선호, 행동을 습득하거나 바꾸도록 부추기는 편향적인 정보'라고 규정하고 있다.

8) Vilnius, 리투아니아의 수도.

고 요청했다. 그리고 2015년 3월 15일 대학교 총장은 출판부에게 위원회의 권고에 따라 도서 배포를 재개할 것을 지시했다. 인쇄되었지만 아직 배포되지 않은 책에는 14세 미만 아동들에게 유해할 수 있는 내용이 담겨있다는 경고 문구가 표기되어야 했다.

2014년 10월, 청구인은 대학교를 상대로 도서 배포 중지 결정에 대한 민사 소송을 제기했다. 또한 도서를 다시 배포하되 경고 문구를 표기하기로 한 대학교의 결정에 대해서도 이의를 제기했다.

2015년 4월 16일, 빌뉴스 지방법원은 청구인의 청구를 기각했다. 지방법원은 대학교가 청구인에 대해 특정한 방식으로 도서를 배포할 의무가 없고, 따라서 배포 방식에 관한 대학교의 결정은 청구인에 대한 차별을 구성할 수 없다고 판단했다. 2016년 3월 2일, 빌뉴스 항소법원은 이 판결을 유지했다.

2016년 12월 6일 리투아니아 대법원은 원심판결을 파기하고 사건을 환송해 다시 심판하도록 했다. 대법원은 하급심 법원이 아동・청소년보호법 제4조 제2항 제16호를 적용함에 있어 청구인의 저서가 헌법과 민법에서 보호하는 것과 다른 형태의 결혼과 가족형성을 조장했는지 아니면 다른 유형의 성적 지향에 대한 관용을 장려했는지 충분히 검토하지 못했다고 판단하였다.

지방법원에서 사건이 다시 심리되는 동안 청구인은 기존의 주장을 유지하였다. 이에 더하여 청구인은 출판 전에 자신의 저서를 문학・심리학・교육학 그리고 다른 관련 분야 전문가들이 검토하였고 내용에 대해 어떠한 이의도 제기하지 않았다고 진술했다. 반면, 대학교는 관련 전문가의 검토를 근거로 결정을 내렸다는 것을 증명하지 않았다.

2018년 3월 2일, 지방법원은 새로운 증거에도 다시 한 번 청구인의 청구를 기각했다. 지방법원은 대학교가 문화부와의 계약에 따라 동화책을 출판하고 공립 도서관에 일정량의 도서를 유통해야 하는 의무를 이행했고, 도서를 배포하는 방식에 관하여 청구인에 대한 의무는 없다고 보았다. 해당 도서와 관련하여 취해진 조치가 정당한지 검토하면서, 지방법원은 먼저 출판사의 아동・청소년보호법 준수 여부를 감독하는 기구인 위원회가 어떻게 해당 도서가 아동・청소년보호법 제4조 제2항 제16호에 위배된다고 결정했는지 검토했다. 지방법원은 다음과 같이 덧붙였다.

> “본 법원은 리투아니아 공화국 헌법 제38조 제3항에 따라 결혼이 남성과 여성의 자유로운 합의에 따라 성립된다는 것에 주목한다. 민법 제3조 제7항 제1

호에 따르면, 결혼은 이성 간에 자유롭게 맺어진 결합이며, 사회 구성원 다수는 이러한 방식으로 가족의 개념을 이해하고 있다."

지방법원은 상충하는 두 가치 – 청구인의 표현의 자유와 아동을 잠재적으로 유해한 정보로부터 보호할 필요성 – 의 균형을 모색해야 한다고 강조했다. 자녀를 양육하는 데 가장 큰 책임이 있는 부모의 이익 또한 고려되어야 했다. 지방법원은 대학의 결정으로 인해 도서 판매가 금지되거나 배포되지 않은 것이 아니기 때문에 청구인의 표현의 자유에 불합리한 영향을 주지 않는다고 보았다. 마지막으로 대학교의 조치가 차별적이었다는 청구인의 주장에 대해서는 다음과 같이 판단했다.

"본 법원은, 청구인에게 가해진 제한이 합리적이기 때문에, 대학교가 청구인의 차별을 의도하지 않았고, 아동・청소년의 이익을 보호하기 위해 정부의 의견에 기초하여 당해 제한을 하였다고 판단한다."

청구인은 이 판결에 대해 항소했지만, 항소법원은 항소를 기각했다. 항소법원은 차별에 대한 청구인의 주장에 대해 다음과 같이 판결했다.

"대학교는 동화가 등장인물의 성적 지향 때문이 아니라 성적인 욕망을 드러내는 것을 강조하여 동성 관계를 조장하기 때문에 유해하다고 보았다."

당해 제한의 적절성에 대해 항소법원은 이 도서가 아동에게 미칠 수 있는 유해성을 지방법원이 적절하게 평가했다고 보았다. 그리고 다음과 같이 판단하였다.

"리투아니아 고전동화의 내용에 익숙한 재판부는 '까마귀가 되어 날아간 열두 형제[9]'라는 동화에서 첫날밤에 동침하거나, 포옹하거나 다른 육체적인 사랑을 표현하는 장면이 없다는 것을 지적했다. 반면 청구인의 동화인 '공주, 구두장이의 딸, 그리고 열두 형제'에는 다음과 같은 묘사가 등장한다. '공주는 진정된 마음으로 '너를 평생 사랑해'라고 말했다.' '첫날밤 이후에 구두장이의 딸은 슬프고 창백해 보였다.' '행복한 공주가 구두장이의 딸 품에서 잠에 들자마자,' '공주는 구두장이의 딸이 그녀의 품에서 빠져나오는 것을 알아채지 못했다.'

9) 청구인이 '공주, 구두장이의 딸, 그리고 열두 형제'라는 동화의 모티프로 삼은 동화.

마찬가지로 청구인이 쓴 '지혜를 찾아 나선 세 왕자의 모험'은 아동에게 귀감이 되는 새로운 인물을 보여주기 위해 써진 것이 아니라, 이를 평가하고 사회적 성에 대한 특정한 태도를 형성하기 위한 것이다. 이를 통해 청구인이 스스로 다른 가치관을 가진 사회 구성원을 차별하려고 한 것은 아닌지 의문이 생긴다."

마지막으로, 항소법원은 대학교가 이 사건 조치를 지시하는 과정에서 아동・청소년보호법에 따른 정부의 지침을 준수했고, 모든 증거를 종합적으로 검토했다는 지방법원의 판단을 유지했다.

청구인은 하급심 법원에서 주장한 같은 근거를 토대로 하여 상고했으나, 2019년 5월 24일, 대법원은 중요한 쟁점이 없다는 이유로 청구인의 상고를 각하했다.

Ⅱ. 쟁점 및 판단

청구인은 대학교가 동화책의 판매를 일시적으로 중단하고 이후 경고 문구를 표기하기로 결정을 내린 것은 자신의 성적 지향 및 동성 관계에 대해 긍정적인 묘사를 한 자신의 저서에 대한 적대감에서 비롯된 것으로, 이는 협약 제10조 및 그와 결합한 협약 제14조를 위반한 것이라고 주장했다.

1. 법정의견

가. 이 사건 조치가 국가에 의한 공권력 행사에 해당하는지 여부

먼저, 본 재판소는 이 사건 조치 – 책의 판매를 일시적으로 중단한 것과 이후에 경고 문구를 표기한 것 – 가 공립기관인 대학교에 의해 행해졌다는 것에 주목한다. 대학교는 아동・청소년보호법을 준수하기 위해 이 사건 조치를 시행했다고 진술했다. 본 재판소는 책이 출판된 지 얼마 지나지 않아 대학교가 이 도서의 내용에 대해 우려를 표한 의회의원들로부터 서신을 받았다는 것에 주목한다. 게다가 아동・청소년보호법에 따라 아동・청소년 매체물의 건전성을 심의하는 기구인 위원회는 이 도서의 내용이 아동・청소년보호법 제4조 제2항 제16호에 따라 아동・청소년에게 유해할 수 있다고 보고 경고 문구를 표기하도록 권고하였다. 국내법에 따르면 위원회의 결

정은 대학교에 대해 법적 구속력이 없는 것처럼 보이지만, 정부는 해당 결정이 발표된 후 대학교가 반드시 경고 문구나 'N-14' 표시[10]를 표기해야 했다는 것을 인정했다. 또한 본 재판소는 국내법에 따라 경고 문구 없이 아동에게 유해할 수 있는 정보를 출판하거나 유통한 사람에 대해 행정벌이 부과될 수 있다는 것에 주목한다.[11] 마지막으로, 본 재판소는 이 사건 조치가 국내 법원에 의해 심판되고 승인되었다는 사실을 중요하게 본다.

이러한 상황에서 본 재판소는 이 사건 조치가 공공기관(public-law entity)에 의해 시행되었고, 나아가 이 조치가 국내법과 다른 공공기관의 개입에 직접적으로 기인한다는 것을 인정한다.[12] 따라서 본 재판소는 이 사건 조치가 피청구국(respondent State)에 의한 공권력 행사에 해당한다고 본다.

나. 청구인의 표현의 자유 제한 여부

본 재판소는 이 사건 조치가 "형식, 요건, 제한 또는 처벌"의 방식으로 청구인의 표현의 자유를 제한했는지 확인한다. 이 질문에 답하기 위해서는 이 사건의 사실관계와 관련 법령에 비추어 이 사건 조치의 범위를 확정해야 한다.[13]

정부는 이 사건 조치가 그 성격과 범위 측면에서 상당히 제한된 것이라고 주장했다. 이와 관련하여 본 재판소는 최소한의 제한을 가했다고 해서 이 제한이 협약 제10조하의 '침해'로 간주되지 않는 건 아니라는 일관된 입장을 다시 한 번 강조한다.[14] 이 사건에서 본 재판소는 다음과 같은 이유로 이 사건 조치가 청구인의 표현의 자유를 침해했다는 입장이다.

먼저, 본 재판소는 해당 도서의 판매가 1년간 중단되었고 그동안 서점에서 책이 회

10) 14세 미만 이용불가 표시

11) **행정법 위반행위에 관한 법전 제214조 제1항(1984년 4월 1일부터 2016년 12월 31일까지 시행)**은 '경고 문구 표기 요건을 이행하지 않거나 아동・청소년에게 유해한 정보를 유통한 사람은 경고를 받거나 최소 144유로 최대 579유로의 벌금이 부과된다.'라고 규정하고 있다.
또한, **행정벌에 관한 법전 제79조 제1항(2017년 1월 1일 시행)**은 '경고 문구 표기 요건을 이행하지 않거나 미성년자에게 유해한 정보를 유통한 사람은 최소 300유로 최대 850유로의 벌금이 부과된다.'라고 규정하고 있다.

12) Novoseletskiy v. Ukraine, no. 47148/99, §§ 80-82, ECHR 2005-II (extracts); and Gawlik v. Liechtenstein, no. 23922/19, § 48, 16 February 2021; and the cases cited therein.

13) Wille v. Liechtenstein [GC], no. 28396/95, § 43, ECHR 1999‑VII.

14) Godlevskiy v. Russia, no. 14888/03, § 36, 23 October 2008; and Kula v. Turkey, no. 20233/06, § 39, 19 June 2018.

수된 것에 주목한다. 해당 도서는 공립 도서관에 그리고 온라인상에 일정 기간 동안 남아 있었으나, 본 재판소는 판매 중인 서점으로부터 책을 회수한 것이 독자들이 책을 접할 가능성을 분명하게 낮추었다고 본다.

두 번째로, 본 재판소는 경고 문구의 효과를 판단함에 있어 청구인의 저서가 9세에서 10세 아동을 대상으로 집필되었다는 사실이 중요하다고 본다. 이 도서는 아동들의 흥미를 끌 만한 언어와 방식으로 써졌다. 그리고 14세 무렵의 일반적인 10대는 동화책에 대한 관심이 훨씬 덜하다고 가정하는 것이 합당하다. 경고 문구는 권고적인 표현이지만, 본 재판소의 입장에서 보았을 때 학부모와 보호자는 유관기관이 책 내용을 평가한 것을 신뢰할 것으로 예상할 수 있다. 폭력적이거나 외설적인 정보 또는 마약 사용이나 자해를 조장하는 정보를 표시하기 위해 유사한 문구가 사용되고 있다는 점과 리투아니아 내의 LGBTI(Lesbian, Gay, Bisexual, Transgender, Intersex) 공동체에 대한 고정관념, 편견, 적대감, 차별이 계속되고 있다는 점을 생각한다면, 본 재판소는 다수의 학부모와 보호자가 경고 문구 표기로 인하여 14세 이하 아동들에게 책을 읽지 못하도록 만류했을 가능성이 크다고 본다. 따라서 본 재판소는 청구인의 저서에 독자층으로 설정한 연령대에 유해하다는 경고 문구를 표기한 것이 청구인의 표현의 자유를 제한했다고 본다.

세 번째로, 본 재판소는 다양한 사회적 약자를 묘사한 아동 도서에 가해진 제한, 특히 14세 미만 아동에게 유해하다는 경고 문구를 표기한 것이 아동 작가로서 청구인의 명예를 훼손했고, 청구인을 비롯한 다른 작가들의 유사한 문학작품의 출판 의욕을 저하시켜 위축효과를 발생시킨 것에 책임이 있다고 본다.

위 논지에 따라, 본 재판소는 이 도서의 판매를 1년간 중단하고 이후 경고 문구를 표기하여 판매를 재개한 결정이 청구인의 표현의 자유를 제한했다고 결정한다.

다. 표현의 자유 제한에 적당한 목적이 존재하는지 여부

청구인은 이 사건 조치가 아동이 동성 관계에 대한 긍정적인 묘사에 노출되지 않는 것을 목적으로 했다고 주장하는 반면, 정부는 이 조치의 목적이 동화의 등장인물의 성적 지향과 관련이 없다고 주장한다. 따라서 본 재판소는 이 제한의 목적을 먼저 규명하고, 이 목적이 협약 제10조 제2항에 따라 '정당'한지 검토한다.

정부는 이 사건 조치의 목적이 두 가지라고 주장한다. 첫 번째 목적은 과도하게 외설적인 묘사로부터 아동들을 보호하는 것이고, 두 번째 목적은 동성 관계를 이성 관

계보다 우월하게 묘사하고, 이성 관계를 '모욕'·'폄하'·'비하'하는 방식으로 동성 관계를 조장하는 정보로부터 아동들을 보호하는 것이다.

먼저, 정부는 동화가 외설적이라는 주장과 관련하여 공주와 구두장이의 딸이 결혼식 날 밤 서로의 품 안에서 잠들었다고 묘사한 단락이 아동들에게 너무 개방적으로 육체적인 관계에 대해 묘사했다고 판단한 빌뉴스 항소법원의 판단을 인용했다. 하지만 본 재판소는 해당 단락이 외설적이라는 것에 동의하지 않는다.

정부는 또한 아동·청소년보호법이 외설적이거나 성관계를 조장하는 정보에 대해 명시한 여러 규정을 두고 있다는 것에 주목한다. 하지만 해당 조항들은 국내 소송 중에 소송 당사자나 참고인으로부터 언급되지 않았다. 동화가 외설적이라는 주장은 항소법원이 항소를 심리하는 과정에서 처음 언급되었다. 하지만 항소법원은 이 사건 조치의 법적 근거를 변경하거나, 아동·청소년보호법 제4조 제2항 제16호 이외에 어떠한 조항을 근거로 할 수 있는지 명시하지 않았다. 게다가 항소법원은 두 동화를 아동·청소년보호법 제4조 제2항 제16호에 의거하여 심의한 위원회의 보고서를 인용했고, 이에 따른 하급심 법원의 근거를 뒤집거나 비판하지 않았다. 이러한 상황에서 본 재판소는 이 사건 조치의 목적이 아동을 외설적인 정보로부터 보호하려는 것이었다는 정부의 주장을 받아들일 수 없다.

정부는 두 번째로 이 사건 조치의 목적이 동성 관계가 이성 관계보다 더 우월하다고 묘사하는 정보로부터 아동들을 보호하기 위한 것이라고 주장하였다. 본 재판소는 빌뉴스 항소법원이 이러한 결론에 도달하는 과정에서, 청구인의 동화가 다른 형태의 가족 관계를 받아들이도록 하는 것이 아니라 동성 관계를 '조장하거나' '독려'한다고 판단했는지에 대하여 이를 정당화할 충분한 근거를 제공하지 않았다고 본다. 이 사건의 절차에서 정부가 제출한 추가적인 주장이나 공개 변론 직전에 제출한 전문가 의견에서도 설득력 있는 근거를 찾을 수 없다. 오히려 청구인이 진술하고 출판 당시 대학교와 문화부가 인정한 것처럼 이 도서는 다양한 사회적 약자에 대한 관용과 이해를 독려하기 위한 것이다. 따라서 본 재판소는 청구인이 이성 관계를 '모욕'·'폄하'·'비하'하려고 했다는 정부의 주장이 근거가 없다고 판단한다.

상술한 이유들로 인하여 본 재판소는 이 사건 조치의 목적이 아동들을 동성 관계가 이성 관계와 '본질적으로 동등'하다는 것을 묘사한 정보로부터 차단하려는 것이었다고 판단한다.

본 재판소는 이제 청구인의 표현의 자유를 제한한 목적이 협약 제10조 제2항에 따

라 '정당'한지 확인할 것이다. 본 재판소는 이미 소수자들 사이의 '동성 관계나 다른 비전통적인 성적 관계'를 입법을 통해 금지하는 것이 '보건이나 도덕의 보호' 또는 '타인의 권리 보호'의 정당한 목적을 가지지 못한다고 결정했다. 또한 정부가 이러한 법을 제정함으로써 민주주의 사회에 내재하는 평등, 다원주의 그리고 관용의 개념에 위배되는 사회적인 낙인과 편견을 강화하고 동성애 혐오를 부추긴다고 결정했다.[15]

그럼에도 불구하고, 본 재판소는 이번 사건이 아동을 대상으로 하고 그들에게 쉽게 읽혀질 수 있는 형식과 언어로 집필된, 동성애를 묘사한 문학 작품에 가해진 제한을 처음으로 판단하는 것이라고 본다. 이러한 맥락에서 본 재판소는 이러한 제한이 추구하는 목적의 정당성을 더 광범위하게 분석해야 한다고 본다.

본 재판소는 다수의 아동 관련 사건에서 아동의 최선의 이익(best interest)이 반드시 고려되어야 한다고 보았다. 직접적이든 간접적이든, 아동에 대한 결정에서 아동의 최선의 이익이 가장 중요한 고려 대상이라는 것은 널리 합의된 것이다.[16] 또한 본 재판소는 다양한 맥락에서 아동이 자신보다 연령이 높은 사람에게 더 쉽게 영향을 받는다는 것을 인정한 바 있다.[17]

본 재판소는 협약 제1추가의정서 제2조[18]에 따른 교육을 받을 권리의 맥락에서 아동을 대상으로 한 정보에 대해 몇 차례 판단한 적이 있다. 본 재판소는 교육과정을 정하고 계획하는 것은 편의(expediency)의 문제로 본 재판소의 판단대상이 아니고 국가와 시대에 따라 적법하게 달라질 수 있기 때문에 체약국의 재량에 속한 것이라고 인정했다. 하지만 본 재판소는 국가가 교육에서 국가의 역할을 수행하는 과정에서 교육과정에 포함된 정보나 지식이 객관적이고 비판적이며 다원적인 방식으로 전달될

15) Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09, §§ 61 and 83-84, 20 June 2017.

16) Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], no. 41615/07, §§ 134-35, ECHR 2010; X v. Latvia [GC], no. 27853/09, §§ 95 - 96, ECHR 2013; Paradiso and Campanelli v. Italy [GC], no. 25358/12, § 208, 24 January 2017; and Vavřička and Others v. the Czech Republic [GC], nos. 47621/13 and 5 others, § 287, 8 April 2021.

17) Dahlab v. Switzerland (dec.), no. 42393/98, ECHR 2001-V; Kurtulmuş v. Turkey (dec.), no. 65500/01, ECHR 2006 - II; Kuliś and Różycki v. Poland, no. 27209/03, § 39, 6 October 2009; and Vejdeland and Others v. Sweden, no. 1813/07, § 56, 9 February 2012; see also Handyside v. the United Kingdom, 7 December 1976, § 52, Series A no. 24.

18) **유럽인권협약 제1추가의정서 제2조 (교육을 받을 권리)**
어느 누구도 교육을 받을 권리를 부인당하지 않는다. 국가는 교육 및 교수와 관련된 어떠한 기능을 수행하는 데 있어서도 부모가 자기의 종교적 및 철학적 신념에 일치하는 교육 및 교수를 확보할 권리를 존중해야 한다.

수 있도록 보장할 것을 반드시 고려해야 한다고 강조했다.[19]

따라서 본 재판소가 성소수자에 대한 다수의 편견이 내재한 정책과 결정에 대해 일관되게 반대해 왔다는 것이 강조될 필요가 있다.[20] 본 재판소는 성별에 따른 차별처럼 성적 지향에 따른 차별을 정당화하기 위해서는 '매우 설득력 있고 중대한 사유'를 필요로 한다고 반복적으로 결정해 왔다. 성적 지향만을 근거로 한 차별은 협약에 따라 용납될 수 없다.[21]

아동의 최선의 이익에 관하여, 본 재판소는 동성애에 대한 단순한 언급 또는 성소수자의 사회적 지위에 대한 공적인 토론이 아동에게 부정적으로 영향을 미친다는 과학적 증거나 사회적 데이터가 없다고 이미 여러 번 결정했다.[22] 본 재판소는 또한 LGBTI 인권을 옹호하는 시위를 목격한 미성년자들이 다양성, 평등 그리고 관용이라는 사상을 접한 결과로 이러한 사상을 수용하게 된다면 오히려 사회 통합에 도움이 된다고 보았다.[23]

이 사건에서 정부는 빌뉴스 항소법원의 판결이유를 근거로 하여 동성 관계를 보호하는 것이 이성애자에 대한 '모욕'·'폄하'·'비하'로 이어지거나 '동성 가족의 조장'으로까지 이어져서는 안 된다고 주장했다. 이와 관련하여, 본 재판소는 다원주의, 관용 그리고 관대함은 민주사회의 특징이라고 반복적으로 결정해 왔다.[24] 전술한 정부의 주장에 대하여, 본 재판소는 다른 성적 지향을 가진 사람들에 대한 동등하고 상호적인 존중이 협약의 기틀에 내재되어 있다는 것을 분명히 한다. 따라서 성적 지향을 근거로 사람을 모욕·폄하·비하하는 것 또는 어떤 방식의 가족 관계를 평가 절하하여 다른 방식의 가족 관계를 조장하는 것은 협약 하에서 절대로 용납되지 않는다. 하지만 본 재판소는 이 사건의 사실관계에서 이러한 목적이나 영향을 발견하지 못했다. 오히려 청구인이 저서에서 표현한 것처럼 이성 관계만큼 헌신적인 동성 관계를

19) Folgerø and Others v. Norway [GC], no. 15472/02, § 84 (g) and (h), ECHR 2007‑III, and the cases cited therein.

20) Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09, § 68, 20 June 2017.

21) Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, § 36, ECHR 1999 IX; E.B. v. France [GC], no. 43546/02, § 96, 22 January 2008; Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, § 77, ECHR 2013 (extracts); and Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09, § 68, 20 June 2017.

22) Alekseyev v. Russia, nos. 4916/07 and 2 others, § 86, 21 October 2010.

23) Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09, § 82, 20 June 2017.

24) Dudgeon v. the United Kingdom, 22 October 1981, § 53, Series A no. 45; and Bédat v. Switzerland [GC], no. 56925/08, § 75, 29 March 2016.

묘사하는 것은 사회의 모든 구성원에 대해 삶의 근본적인 면에서 존중과 수용을 가르친다고 본다. 따라서 본 재판소는 정부의 주장을 수용할 수 없다.

게다가 본 재판소는 성적 지향만을 근거로 하여 동성 관계에 대한 정보에 아이들이 접근할 권리를 제한한 조치는 더 큰 사회적 의미를 가지고 있다고 본다. 법을 통해 직접적으로 보호되든 아니면 개별 결정을 통해 채택되든 관계없이 이러한 조치는 정부가 특정한 방식의 관계와 가족형태를 선호한다는 것을 보여준다. 다시 말하면, 정부는 이성 관계를 동성 관계보다 더 사회적으로 용인되고 가치 있는 것으로 보고, 동성 관계에 대한 사회적 낙인이 계속해서 유지되도록 한다. 따라서 이러한 조치는 그 범위와 영향에 상관없이 민주사회에 내재된 평등, 다원주의 그리고 관용의 가치에 합치하지 않는다.[25)]

본 재판소는 이 사건 조치가 동성 관계가 근본적으로는 이성 관계와 동등하다고 묘사한 정보에 아동이 접근할 수 있는 권리를 제한했다고 본다. 따라서 이 조치는 협약 제10조 제2항의 정당한 목적을 추구하지 않았다. 결론적으로, 이 사건 조치는 협약 제10조를 위반하였다.

라. 협약 제10조와 결합한 협약 제14조의 위반 여부

청구인은 이 사건 조치는 성소수자에 대한 혐오에서 비롯된 것으로, 표현의 자유를 행사하는 데 차별을 당했다고 주장했다. 이를 주장하며 청구인은 협약 제10조와 결합한 제14조를 근거로 했다.

이 사건에서 협약 제10조가 위반되었다는 결정을 하며 본 재판소는 이 사건 조치의 목적이 아동이 동성 관계를 이성 관계와 동등하게 묘사한 정보에 접근할 권리를 제한하기 위한 것이라고 판단했다. 그리고 이 사건에 적용된 것과 같은 법률이 사회적 낙인과 혐오를 강화하고 동성애 혐오를 부추긴다고 판단했다.

이 사건 조치가 표현의 저자가 아닌 표현의 LGBTI 내용을 대상으로 하고 있는 상황에서, 본 재판소는 주요한 쟁점이 상술한 검토를 거쳐 협약 제20조 위반을 결정하는 과정에서 충분히 다루어졌다고 본다. 따라서 본 재판소는 협약 제14조에 따른 주장의 적법성 여부와 본안 판단은 장래의 사건에 남겨두기로 한다. 그리고 동일한 사실관계를 협약 제14조의 측면에서 별개로 검토할 이유가 없다고 본다.[26)]

---

25) Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09, § 83, 20 June 2017.

26) Vistiņš and Perepjolkins v. Latvia [GC], no. 71243/01, § 136, 25 October 2012; Orlandi and Others

마. 소결

위와 같은 이유로 본 재판소는,

1) 전원일치로, 협약 제10조가 위반되었다고 결정한다.

2) 12대 5의 표결로, 협약 제10조와 결합한 제14조하에서 청구인의 청구를 별개로 검토할 필요가 없다고 결정한다.

2. YUDKIVSKA, LUBARDA, GUERRA MARTINS AND ZÜND 재판관의 일부 반대의견

이 사건 조치가 정당한 목적을 추구하지 않았고, 따라서 협약 제10조를 위반했다는 결정에 동의한다. 하지만 이와 별개로 청구를 협약 제10조와 결합한 협약 제14조하에서 검토할 필요가 없다는 법정의견에는 동의할 수 없다. 차별이 이번 사건의 근본적인 쟁점이기 때문에 협약 제10조와 결합한 협약 제14조에 따른 판단이 내려져야 한다.

이 사건 조치와 그 법적 근거가 추구하는 목적을 고려해 보았을 때, 리투아니아 정부가 동일한 조치를 이성애자인 작가가 쓴 유사한 책에도 취할 것이라는 것은 분명하다. 이러한 조치가 이성애자보다 동성애자에게 더 큰 개인적인 영향을 준다고 할지라도, 이번 사건에서 중요한 쟁점은 조치의 내용이다. 그렇기 때문에 이번 사건은 동성애 혐오가 발현되는 방식을 다루고, 저자가 아닌 표현의 구체적 내용에 대해 차별적인 조치가 가해진 사건에서 취해야 할 접근법을 명확히 할 귀중한 기회를 본 재판소에 제공한다고 본다.

가. 차별 사건에서의 본 재판소의 종래의 접근법

성적 지향을 근거로 개인적으로 차별받았다고 주장하는 사건들에서 본 재판소는 해당 청구인이 성적 지향으로 인하여 동일하거나 유사한 상황의 사람들과 다르게 대우받았는지 확인하는 것으로 분석을 시작했다.[27] 하지만 본 재판소는 성소수자의 권

v. Italy, nos. 26431/12 and 3 others, § 212, 14 December 2017; Berkman v. Russia, no. 46712/15, § 66, 1 December 2020; and M.A. v. Denmark [GC], no. 6697/18, § 197, 9 July 2021.

27) Salgueiro da Silva Mouta v. Portugal, no. 33290/96, §§ 28-36, ECHR 1999-IX; Karner v. Austria, no. 40016/98, §§ 34-42, ECHR 2003-IX; and Vallianatos and Others v. Greece [GC], nos. 29381/09 and 32684/09, §§ 78-92, ECHR 2013 (extracts).

리 증진을 위한 출판이나 집회를 제한한 사건에서는 다소 다른 접근법을 취해 왔다. 이러한 사건들의 중점은 청구인들(출판물의 작가나 집회의 주최자)의 성적 지향보다 그들이 추구하고자 하는 목적에 놓여 있었다. 따라서 본 재판소는 해당 제한들이 청구인들의 성적 지향이 아니라 LGBTI를 지지하는 내용에 대한 반감으로 인한 것인지 확인했다.[28)]

많은 사건에서 본 재판소는 성소수자의 권리를 증진시키려는 결사가 성소수자 자신들의 권리 행사에 대한 차별의 피해자가 될 수 있다고 봤다.[29)] 결사 자체는 어떠한 성적 지향성도 가지지 않는 것이 분명하며, 위 사건들에서 본 재판소는 결사의 구성원 전부 또는 대다수가 성소수자인지 또는 해당 제한 조치들이 구성원의 성적 지향을 이유로 가해진 것인지 확인하지 않았다. 대신, 본 재판소가 이러한 결사들을 차별의 피해자로 보고, 협약 제10조나 제11조와 결합한 협약 제14조 위반을 인정함에 있어서는 LGBTI를 지지하는 내용으로 인해 결사의 자유가 제한되었다는 사실만으로 충분한 것처럼 보인다.

나. 표현 내용에 대한 차별이 문제된 사건에서 본 재판소의 접근법을 재검토할 필요성

유럽 차별금지법의 발전을 고려하면 일반적으로[30)], 그리고 성소수자 보호에 있어서는 구체적으로,[31)] 본 재판소는 성소수자의 성적 지향이 제한의 근거가 아닌, 성소

28) Bączkowski and Others v. Poland, no. 1543/06, § 100, 3 May 2007; Bayev and Others v. Russia, nos. 67667/09 and 2 others, §§ 90 91, 20 June 2017; Zhdanov and Others v. Russia, nos. 12200/08 and 2 others, §§ 180-81, 16 July 2019; and Berkman v. Russia, no. 46712/15, §§ 55 57, 1 December 2020.

29) Genderdoc-M v. Moldova, no. 9106/06, § 54, 12 June 2012; Identoba and Others v. Georgia, no. 73235/12, § 48, 12 May 2015; Association ACCEPT and Others v. Romania, no. 19237/16, § 146, 1 June 2021; and Women's Initiatives Supporting Group and Others v. Georgia, nos. 73204/13 and 74959/13, §§ 83-84, 16 December 2021.

30) Mark De Vos (2020), "The European Court of Justice and the march towards equality in European Union anti-discrimination law", International Journal of Discrimination and the Law, vol. 20 (I), pp. 62 et seq.

31) Robert Wintemute, "Sexisme et LGBT-phobie dans le cadre de la jurisprudence de la CourEDH et de la CJEU", in Daniel Borrillo & Félicien Lemaire (eds), Les discriminations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle et l'identité de genre, Paris, L'Harmattan, 2020, pp. 165 et seq., and Paul Johnson, "LGBT Rights at the Council of Europe and the European Court of Human Rights", in Jill Marshall (ed.), Personal Identity and the European Court of Human Rights, London, Routledge, 2022, pp. 99 et seq.

수자의 권리를 증진시키는 표현을 제한하는 사건에서 취할 접근법을 명확히 하고 발전시킬 필요가 있다. 본 재판소는 LGBTI를 지지하는 정보나 견해를 전파하지 못하도록 하는 조치들이, 청구인들이 성소수자가 아니더라도, 작가와 출판사들에 대한 차별이라는 것을 명시적으로 인정해야 한다. 개인적인 성적 지향에 따른 차별을 확인하는 결정과 구분되는 이 접근법은 협약 및 민주사회의 특징이자 협약에 내재된 다원주의, 관용, 포용과 같은 가치, 다양성에 대한 진정한 인정과 존중, 그리고 모든 사실상의 가족관계에 대한 존중과 완전히 합치한다.

성적 지향에 따른 차별이 저자의 개인 특성과 관계가 없다는 것을 확인하는 것은 본 재판소로 하여금 이러한 차별의 현실을 인식하고 차별 문제를 다양한 형태로 적절히 해결할 수 있도록 한다. 법정의견이 성소수자의 권리를 증진시키는 표현 방식에 대한 제한을 검토할 때 중요한 것은 이러한 제한이 표현의 내용으로 인한 것이었는지 명확히 하고 확인했으면 좋았을 것이다. 이 접근법에 따라, 작가가 성소수자가 아니거나 자신의 정체성을 밝히지 않았더라도, 출판이나 다른 형식의 표현이 LGBTI를 지지하는 내용으로 인해 제한되었다면, 이는 성적 지향으로 인한 차별을 입증하는 데 충분할 것이다. 만일 어떠한 사건의 사실관계에서 작가 개인의 성적 지향이 표현의 자유의 행사를 제한하도록 했다면, 이는 더 명백하게 성적 지향에 따른 차별을 구성할 것이다.

다. 이 사건에의 적용

협약 제10조에 따른 판시 부분에서 법정의견은 어떠한 표현 내용이 성소수자와 그 가족을 긍정적 또는 중립적으로-이성애자 및 그 가족들이 비슷한 작품에서 일반적으로 묘사되는 것과 유사하게-다룬다는 이유로 아동들에게 해당 내용의 전달을 제한하려는 조치를 강하고 분명한 어조로 질책했다. 하지만 이 사건 조치에 대하여 동성 관계가 이성 관계와 본질적으로 동등하다고 표현했다는 이유만으로 아동이 동화책에 접근할 권리를 제한했다고 결론을 내린 후에, 어떻게 법정의견이 협약 제10조와 결합한 협약 제14조 위반 여부에 대한 청구를 검토하지 않아도 된다고 했는지 이해할 수 없다. 법정의견의 위 논지는 LGBTI 공동체에 대한 차별적인 태도가 이 사건의 중요한 부분을 구성했다는 것을 분명하게 보여주고 있으며, 따라서 이에 대해 검토하여야 했다.[32)]

32) Oršuš and Others v. Croatia [GC], no. 15766/03, § 144, ECHR 2010.

만일 위에서 제시한 접근법에 따라 법정의견을 재검토했다면, 이 사건 조치가 협약 제10조와 결합하여 협약 제14조를 위반했다고 결정했을 것이다. 리투아니아 정부는 아동이 LGBTI를 지지하는 정보에 접근할 권리의 제한을 정당화하는 그 어떠한 근거도 제시하지 않았다. 따라서 청구인의 저서에 가해진 조치는 LGBTI를 지지하고 있는 이 도서의 내용에 기초한 것이다. 리투아니아 정부가 이에 대해 정당한 이유를 제시하지 않은 상황에서 본 재판소는 청구인이 표현의 자유를 행사함에 있어 청구인 개인의 성적 지향에 의한 차별을 받았다고 결정했어야 한다.

상술한 이유들로 인하여, 청구인 주장 중 협약 제10조와 결합한 협약 제14조 위반 여부에 관하여 법정의견이 내린 결론에 정중히 반대한다. 청구인의 청구는 이 조항들에 따라 검토되고 협약의 위 조항에 위반되었다고 결정되었어야 한다.

Ⅲ. 결정의 의의

이번 결정에서 유럽인권재판소는 아동을 대상으로 한 도서가 동성 관계를 묘사했다는 이유만으로 판매를 제한한 것은 유럽인권협약 제10조에 위배된다고 결정했다.

유럽인권재판소는 이번 사건을 크게 두 단계로 나누어 검토하였다. 첫째로 이 사건 조치로 인해 청구인의 권리가 제한되었는지 확인하였다. 둘째로는 해당 제한이 정당한 목적을 가지고 있는지 살펴보았다.

첫 번째 단계에서 유럽인권재판소는 도서 판매를 1년간 중단하고, 이후에 경고 문구를 표기하여 재출판한 것이 청구인의 표현의 자유를 제한한 것이라고 판단하였다. 두 번째 단계에서는 이 사건 조치가 동성 관계의 표현을 제한하기 위한 목적으로 취해진 것이기 때문에 정당하지 않다고 보았다. 결론적으로, 유럽인권재판소는 이 사건 조치로 인해 청구인의 표현의 자유가 제한되었고, 이 제한이 정당한 목적을 갖지 않았기 때문에 유럽인권협약 제10조를 위반한 것이라고 결정했다.

한편, 일부 반대의견은 이번 결정에서 차별금지를 규정하고 있는 유럽인권협약 제14조 위반 여부를 판단하여야 한다고 보았다. 일부 반대의견은, 성소수자 권리 보장을 목적으로 한 표현의 규제에 대해 검토할 때, 본안 판단의 주요 쟁점은 규제의 주된 목적이 표현의 내용을 규제하기 위한 것인지에 있다는 점을 법정의견이 이 사건에서 명확히 하고 확인할 기회를 놓쳤다고 보았다.

필리핀 대법원

필리핀 대법원

국 가 개 요

1. 국명 : 필리핀 공화국(Republic of the Philippines)
2. 수도 : 마닐라(Manila)
3. 인구・면적 : 1억 1,020만명(2021), 30만㎢(한반도의 약 1.3배)
4. 공용어 : 영어, 필리핀어(타갈로그어)
5. 1인당 GDP : 3,576달러(2021년)
6. 독립일 : 1946. 7. 4.(미국으로부터)
7. 정부형태 및 의회 : 대통령 중심제

1. 명칭 : 대법원

○ Supreme Court of the Philippines

2. 연혁

○ 1899. 1. 21. 말로로스 헌법 공포
○ 1901. 7. 11. 대법원 설립
○ 1935. 5. 14. 1935 헌법 개정
○ 1943. 11. 7. 1943 헌법 개정
○ 1973. 1. 17. 1973 헌법 공포 – 대법원의 구성과 역할에 영향
○ 1986. 3. 25. 자유헌법 (Freedom Constitution) 공포
○ 1987. 2. 11. 1987 헌법 발효 – 사법권의 개념에 대한 정의 포함

3. 구성

○ 대법원장 1인과 대법관 14인으로 구성됨(헌법 제8장 제4조 제1항).

○ 대법원장과 대법관은 사법인사위원회의 추천으로 대통령이 임명함(헌법 제8장 제8조). 임명에 승인은 필요로 하지 않음(헌법 제8장 제9조).

○ 대법관의 자격: ① 출생부터 필리핀 국민인 자, ② 40세 이상인 자, ③ 15년 이상 하위 법원의 판사 또는 변호사로서 경력을 가진 자, ④ 능력, 청렴, 정직, 독립성을 갖춘 자(헌법 제8장 제7조).

○ 대법관의 정년은 70세이며, 정년 또는 직무를 수행할 수 없게 될 때까지 근무할 수 있음(헌법 제8장 제11조).

4. 권한

○ 원심관할권(헌법 제8장 제5조 제1항)

- 대사관, 기타 공적 외교 사절, 그리고 영사에 관한 사건과 이송명령, 금지명령, 직무 집행 영장, 심문 영장, 인신 보호에 관한 탄원에 대한 결정을 내릴 수 있음.

○ 상고심관할권(헌법 제8장 제5조 제2항)

- 법률 또는 법원 규칙이 규정한 바에 따라 항소 또는 직무 집행 영장과 하위 법원의 최종 판결 및 명령을 검토, 정정, 취소, 수정 또는 확인할 수 있음.
  - 조약, 국제 또는 행정협정, 법률, 대통령령, 성명(proclamation), 명령(orders), 지시(instruction), 조례(ordinance) 또는 규정의 합헌성이나 유효성이 문제되는 모든 사건
  - 모든 세금, 부과금, 세금경정 또는 요금 또는 이와 관련하여 부과되는 모든 제재금의 적법성과 관련된 모든 사건
  - 하위 법원의 관할권 유무가 문제되는 모든 사건
  - 부과된 처벌이 무기징역(reclusion perpetua) 또는 그 이상인 경우의 모든 형사사건
  - 법률의 위반 또는 법률적 쟁점만 문제되는 경우의 모든 사건

5. 심리 및 결정

○ 전원합의체(대법원장과 대법관 14인)로 또는 3인, 5인 또는 7인의 대법관으로

구성된 재판부가 사건을 심리함(헌법 제8장 제4조 제1항).

❍ 전원합의체로 심리해야 하는 조약, 국제 또는 행정협정 또는 법률의 합헌성과 관련된 모든 사건과, 대통령령, 성명서, 명령, 지시, 조례 및 기타 규정의 합헌성, 적용 또는 운용과 관련된 사건 등 법원 규칙에서 전원합의체로 심리하도록 규정한 그 밖의 모든 사건은 해당 사건에 대한 평의(deliberation)에 실질적으로 참여하고 이에 대해 투표한 대법관 과반수의 동의로 결정됨(헌법 제8장 제4조 제2항).

❍ 재판부가 심리하는 사건 또는 사안은 해당 사건의 사안에 대한 평의에 실질적으로 참여하여 이에 대해 투표한 대법관 과반수의 동의로 판결 또는 의결됨. 정족수를 확보하지 못한 경우 해당 사건은 전원합의체로 결정함. 단, 전원합의체 또는 재판부의 판결에서 법원이 정한 원칙 또는 법리는 전원합의체에 의한 경우를 제외하고는 수정되거나 취소될 수 없음(헌법 제8장 제4조 제3항).

6. 연락처

❍ 주 소 : Supreme Court of the Philippines,
Padre Faura St., Ermita, Manila,
Philippines

❍ 전화번호 : +63-0928-500-9872, +63-02-85225094, +63-02-85225090

❍ 이 메 일 : pio.sc@judiciary.gov.ph

❍ 홈페이지 : https://sc.judiciary.gov.ph/

※ 출처 : 필리핀 대법원 홈페이지
필리핀공화국 헌법
Official Gazette (https://www.officialgazette.gov.ph/)

※ 참고 : 필리핀공화국 헌법 번역본(국회도서관)

(2023. 2. 작성)

세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)

▌세계헌법재판 관련 논문 목록(최신호)▐

강명원・심우영, 프랑스의 허위조작정보 규제에 관한 연구 –2018년 정보조작대처법을 중심으로–, 법이론실무연구 제10권 제4호, 2022. 11. 111-135면.

김라은, 법령의 개폐와 신뢰보호원칙에 대한 사법적 심사기준의 변화 – 미국연방대법원 Department of Homeland Security v. Regents of the University of California, 591 U.S. (2020)판결과 한국법상 신뢰보호원칙, 미국헌법연구 제33권 제3호, 2022. 12. 1-29면.

김성화, 독일 감염병예방법의 개정에 따른 기본권 제한, 법제 제699호, 2022. 12. 45-74면.

김송옥, 경찰의 안면인식기술 사용과 관련한 영국 판결의 헌법적 함의 – R (Bridges) v. Chief Constable of South Wales Police 사건을 중심으로–, 세계헌법연구 제28권 제3호, 2022. 12. 65-97면.

김연식, 핀란드 헌법의 권력 구조에서 대통령의 과거, 현재 그리고 미래, 법학연구 제32권 제4호, 2022. 12. 31-74면.

김은중, 라틴아메리카의 새로운 헌정주의와 탈식민지적 전회, 이베로아메리카 연구 제33권 제3호, 2022. 12. 1-30면.

김진한, 독일 헌법재판소 헌법소원의 사전심사 제도 – 미국 연방대법원의 사건선별 절차(Writ of Certiorari) 비교를 중심으로–, 경북대학교 법학논고 제80집, 2023. 1. 491-530면.

김재선, 입법과정에서 행정부와 입법부의 협의 절차에 관한 연구 – 미국 정부의 대통령 교서와 입법계획 제출 및 협의 절차를 중심으로–, 법학논집 제27권 제2호, 2022. 12. 125-155면.

문은영, 선거의 원칙에 대한 재고찰: 에스토니아 전자투표 사례를 중심으로, 정보화정책 제29권 제4호, 2022. 12. 67-90면.

배정훈, 세계입헌주의 논의에 대한 시론적 연구 – 성립 여부 및 구성요소를 중심으로–, 세계헌법연구 제28권 제3호, 2022. 12. 1-32면.

송근영, 스위스 프랑스어권 주헌법에 나타난 성평등 언어사용 양상, 프랑스어문교육 제79호, 2202. 12. 273-312면.

심민석, 현대판 노예제(노예제, 노예 상태, 강요된 노동)에 관한 입법방안 연구 – 유럽인권협약 제4조의 해석과 판례를 중심으로 –, 비교법연구 제22권 제3호, 2022. 12. 353-405면.

오수정・이인호, 미국 연방행정부의 백신접종명령에 대한 연방대법원의 집행정지 결정과 시사점 – National Federation of Independent Business v. OSHA (2022) 결정 분석 –, 미국헌법연구 제33권 제3호, 2022. 12. 177-214면.

이부하, 일반적 인격권에 대한 헌법적 고찰 – 독일 연방헌법재판소 판례 고찰을 통한 일반적 인격권의 구체화 –, 미디어와 인격권 제8권 제3호, 2022. 12. 133-169면.

이진철, 영국의 이주구금에 대한 불복절차와 변호인의 조력, 헌법재판연구 제9권 제2호, 2022. 12. 355-384면.

전은주, 미국령(U.S. Territory) 주민들의 연방 선거권, 세계헌법연구 제28권 제3호, 2022. 12. 99-130면.

정선미, 2022년 카자흐스탄 헌법개정의 주요 내용과 특징: 헌법개정 연혁과 권력구조 변화를 중심으로, 슬라브학보 제37권 제4호, 2022. 12. 181-208면.

정일영, 미연방대법원 적극적 평등실현조치 판례 경향의 분석과 전망, 중앙법학 제24권 제4호, 2022. 12. 7-42면.

정재황, 세계입헌주의와 인권보장체계, 헌법재판연구 제9권 제2호, 2022. 12. 93-133면.

정하명, 헌법위반 손해배상소송에 관한 미국 연방대법원의 최근 판결례: Egbert v. Boule, 경북대학교 법학논고 제80집, 2023. 1. 69-91면.

최경미・지성우, 디지털서비스 투명성・개인정보보호・위기대응에 관한 법 연구 – EU 디지털서비스법(DSA)을 중심으로 –, 미국헌법연구 제33권 제3호, 2022. 12. 177-214면.

최요섭, The Digital Constitutionalism of the EU: The Digital Services Act and Its Implications for Korea, EU연구 제64호, 2022. 11. 415-448면.

표명환, 북한사회주의 국유재산의 탈국가화에 관한 고찰, 법과 정책 제28권 제3호, 2022. 12. 219-244면.

한동훈, 프랑스 ‘2004년 환경헌장’의 헌법규범적 성격, 세계헌법연구 제28권 제3호, 2022. 12. 33-63면.

허영식, 헌정애국주의와 보이텔스바흐 합의를 지향한 정치교육의 과제, 한독사회과학논총 제32권 제4호, 2022. 12. 118-144면.

Kumm, Mattias, Global Constitutionalism, Human Rights and Proportionality: Institutionalizing Socratic Contestation, 헌법재판연구 제9권 제2호, 2022. 12. 193-285면.

Peters, Anne, Against a Deconstitutionalisation of International Law in Times of Populism, Pandemic, and War, 헌법재판연구 제9권 제2호, 2022. 12. 135-192면.

국외통신원 소식

▌독일 기본법상 아동 기본권 조항 신설에 관한 논의

▌오사카시 '혐오표현의 대처에 관한 조례' 규정의 합헌성을 인정한 일본 최고재판소 판결

독일 기본법상 아동 기본권 조항 신설에 관한 논의

독일 레겐스부르크 대학교 법학 박사과정 정 다 은

Ⅰ. 들어가는 말

독일에서 아동 기본권의 헌법적 보장에 관한 문제는 기본법(Grundgesetz)의 역사만큼이나 오래된 논제라고 할 수 있다.[1] 1949년 기본법의 제정 논의 시부터 고려된 사항이기 때문이다. 당시 기본법 제정을 위해 구성된 주의회 대표자 회의(Parlamentarischer Rat)에서 기본법 제6조 제1항[2]의 규정에 혼인 및 가족 외에 아동에 대한 특별한 보호 또한 추가해야 한다는 제안이 제기된 바 있는데, 이러한 제안은 최종적으로 수용되지 못했다.[3] 이후 독일에서 아동 기본권 보장에 관한 토의는 독일 연방의회와 연방참사원의 동의로 「유엔 아동권리협약」(UN-Kinderrechtskonvention)이 비준된 1992년에 이르러 다시 활발하게 이루어졌다.[4] 그러나 기본법 개정 사항들을 논의하기 위해 구성된 '공동 헌법 심의 위원회'(Gemeinsame Verfassungskommission)에서 과반을 얻지 못해 관련 기본법 규정의 신설은 1993년 또 한 번 무산되었다.[5] 다만 이러한 논의 경험에 바탕을 두어 각 연방주가 주헌법에 아동 기본권 관련 규정의 도입을 추진하였고,[6] 이에 힘입어 기본법상에 아동권 규정을 마련해야 한다는 논의 또한 지속될 수

1) Gregor Kirchhof, Stellungnahme - Die lange Debatte über die Kinderrechte des Grundgesetzes und der bemerkenswerte Kompromiss der Bundesregierung, 14.5.2021, S. 2.

2) 기본법 제6조 제1항: "혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다."

3) Hauptausschuss, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 14/I, 2009, S. 602. 기본법 제6조 제1항에서 제5항까지의 규정만으로도 아동권이 충분히 보호된다는 판단하에 당시에는 아동의 특별한 보호를 명시하는 문제와 관련하여 깊은 토론이 이루어지지 못했다. 기본법 제6조 제1항에서 제5항까지의 구체적 내용은 후술하는 'Ⅱ. 기본법 제6조' 부분에서 설명한다.

4) Gregor Kirchhof, Die Kinderrechte des Grundgesetzes - Sollte die Verfassung zugunsten von Kindern geändert werden?, NJW 2018, S. 2690.

5) Deutscher Bundestag, Bericht der Gemeinsamen Verfassungskommission, Drucksache 12/6000, 1993, S. 55.

6) 현재 함부르크를 제외한 모든 연방주의 헌법에 아동 기본권에 관한 규정이 마련되어 있다. 예를 들어 베를린 헌법(Verfassung von Berlin) 제13조 제1항은 "모든 아동은 자신의 인격을 발달시키고 실현할

있었다. 이후 2018년 제19대 연방의회가 새롭게 출범하면서 발표된 연정협약서(Koalitionsvertrag)상에 아동 기본권 조항 신설에 관한 내용이 포함되면서 논의는 더욱 심화되었다.[7] 특히 같은 해에 구성된 연방 및 주의 실무단(Bund-Länder-Arbeitsgruppe)에 의해 아동 기본권의 내용과 규율 방식에 대해 상세한 토론이 이루어지면서, 이에 바탕을 두어 2021년 3월 독일 연방정부가 기본법 제6조 제2항을 개정하는 내용의 「아동권의 명시적 규정을 위한 기본법 개정 법률안」[8]을 제출하였다.[9] 그러나 정당 간의 최종 협의에서 기본법 개정의 추진이 좌절되었고,[10] 현재 관련 입법 논의는 2021년 말에 새롭게 출범된 제20대 연방의회에서 계속되고 있다.

이 글에서는 아동 기본권 보장에 관한 독일의 오랜 논의 중에서 심도 있는 토론이 이루어진 2018년 이후의 논의 현황을 중점적으로 살펴보고자 한다. 이를 위해 먼저 아동 기본권 조항의 신설을 위해 개정 논의가 이루어지고 있는 기본법 제6조 제2항을 포함해 기본법 제6조의 모든 규정을 살펴본다. 이어 연방 및 주의 실무단이 제출한 최종 보고서의 주요 내용 및 연방정부가 제출한 기본법 개정 법률안의 내용을 살펴보고, 이와 관련하여 학계 및 아동 분야의 전문가, 정치권으로부터 어떠한 찬반 의견이 제기되고 있는지를 파악한다.

Ⅱ. 기본법 제6조

기본법 제6조는 기본법이 제정된 1949년 이후부터 현재까지 개정 없이 동일한 내용으로 유지되고 있다. 제6조 제1항은 혼인과 가족에 대한 특별한 보호, 제2항은 자

권리, 비폭력적 교육을 받을 권리, 폭력, 무관심, 착취로부터 공동체의 특별한 보호를 받을 권리를 갖는다. 국가공동체는 아동의 권리를 독자적인 인격권으로 존중하고, 보호하고, 장려하며 아동에게 적합한 생활 조건을 제공한다."라는 내용으로 아동 기본권을 규정하고 있다.

7) Gregorg Kirchhof, 앞의 논문, S. 2690.

8) Deutscher Bundestag, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte, Drucksache 19/28138, 31.03.2021.

9) 기본법 제79조 제1항 제1문에 따라 기본법의 개정은 기본법의 규정을 명시적으로 변경 또는 보충하는 법률에 의할 때 가능하며, 동조 제2항에 따르면 이러한 법률은 연방의회 재적의원의 3분의 2의 찬성과 연방참사원 의원 투표의 3분의 2의 찬성이 필요하다. 높은 의결 정족수가 요구되기 때문에 기본법 개정을 위해서는 대연정의 합의만으로는 부족하고 초당파적 합의가 필요하다. 보통 정당 간의 오랜 협의 과정이 요구된다.

10) Markus Sehl, Zu wenig für eine Grundgesetzänderung?, LTO, 08.06.2021, https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/kinderrechte-grundgesetz-gg-verfassung-verhandlungen-gescheitert/, 최종 검색일: 2023. 2. 2.

녀의 양육 및 교육에 대한 부모의 권리와 의무, 제3항은 양육권자의 의무 불이행 시 아동의 격리, 제4항은 어머니의 보호 및 부조 청구권, 제5항은 혼인 외 출생자의 발달 및 사회적 지위 보장을 규율한다. 현행 조항은 다음과 같다.

제1항: 혼인과 가족은 국가질서의 특별한 보호를 받는다.

제2항: 자녀의 양육과 교육은 부모의 자연적 권리이며 일차적으로 부모에게 부과된 의무이다. 그들의 역할 수행에 관하여 국가공동체가 감시한다.

제3항: 양육권자가 그 의무를 이행하지 않거나 그 밖에 그 자녀가 방치될 우려가 있을 때에 양육권자의 의사에 반하여 자녀를 가족과 격리시킬 수 있다. 이때 법률의 근거가 있어야 한다.

제4항: 모든 어머니는 공동체의 보호와 부조를 청구할 수 있다.

제5항: 혼인 외 출생자의 육체적·정신적 발달과 사회적 지위에 관하여는 법률에 의하여 혼인 중 출생자와 동일한 여건이 조성되어야 한다.

상기한 바와 같이 위 규정에는 아동의 헌법적 지위 및 아동 기본권의 보장에 관한 내용이 명시되어 있지 않다. 기본법의 제정 시에는 아동의 기본권을 명시하지 않아도 부모의 권리와 의무, 이에 대한 국가의 간섭 및 아동 보호 관련 입법 의무 등을 기본법상에 규정함으로써 간접적으로, 그러나 충분히 아동권이 보장될 수 있다고 여겨졌다.[11] 즉 기본법 제6조는 아동, 부모, 국가라는 삼각(Dreieck) 구도 속에서 부모 및 국가에 권리 또는 의무를 부여함으로써 아동권을 보장하는 시스템을 의도하였다.[12] 이와 관련해 주목해야 할 점은 독일 연방헌법재판소의 판례는 명시적 규정의 존재 여부와 상관없이 일찍부터 아동의 기본권 주체성을 인정하는 태도를 보였다는 점이다. 연방헌법재판소는 1968년 처음으로 아동이 고유의 인간 존엄성과 자신의 인격을 발현시킬 권리를 가진 기본권의 주체라고 판시하였다.[13] 즉 아동 또한 기본법 제1조 제1항[14]과 제2조 제1항[15]에 규정된 기본권을 향유한다고 보았다. 그뿐만 아니

11) Gregorg Kirchhof, 앞의 논문, S. 2690.

12) Gregor Kirchhof, 앞의 의견서, S. 6.

13) BVerfGE 24, 119 ff.

14) 기본법 제1조 제1항: “인간의 존엄성은 훼손될 수 없다. 이를 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 의무이다.”

15) 기본법 제2조 제1항: “모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다.”

라 이러한 아동의 기본권 주체성에서 기본법 제6조 제2항에 규정된 부모의 역할 수행에 대한 국가의 감시 의무가 도출되는 것이며, 부모의 친권과 양육 책임은 아동이 자신의 인격권을 발현시키기 위해 보호와 도움을 필요로 할 때만 정당화될 수 있다고 밝혔다. 나아가 부모와 국가의 역할에 있어 가장 중요한 기준은 아동 복리(Kindeswohl)라고 판시하였다.

판례의 이러한 명확한 태도와「유엔 아동권리협약」채택에 따른 아동 기본권에 관한 국제적 논의의 양상 및 독일의 동 협약 비준을 배경으로 1990년대 이후 독일 정치권에서는 아동 기본권 조항 신설에 관한 주장이 끊이지 않고 제기되었다.[16] 사회 공동체 안에서 아동이 가지는 중대한 의미와 아동 보호의 필요성을 강조하기 위해 아동의 기본권을 명시적으로 규정해야 한다는 주장이었다.[17]

Ⅲ. 연방 및 주의 실무단 보고서와 연방정부 제출 법률안

1. 연방 및 주의 실무단 보고서의 내용

2018년 3월 기독민주당(Christlich Demokratische Union Deutschlands, CDU), 기독사회당(Christlich-Soziale Union in Bayern, CSU), 사회민주당(Sozialdemokratische Partei Deutschlands, SPD)으로 구성된 대연정이 연정협약서를 통해 기본법상에 아동권에 대한 명시적 규정을 마련하겠다고 발표하면서 아동권의 헌법적 보장을 위한 정치권의 노력이 본격화되었다. 대연정은 아동권 관련 사무를 관할하는 연방과 주의 총 25개 정부 부처들로 실무단을 구성하였는데,[18] '아동권을 기본법으로(Kinderrechte ins Grundgesetz)'라는 명칭의 이 실무단은 약 2년여의 논의 끝에 2019년 10월 최종 보고서[19]를 제출하였다. 그 논의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

첫째, '아동은 기본권의 주체이다.' 혹은 '아동에게도 기본권이 인정된다.'와 같은

16) Günter Benassi, Kinderrechte ins Grundgesetz – alternativlos!, ZRP 2015, S. 24.

17) Wolfram Höfling, Zur Stärkung von Kinderrechten im Grundgesetz, ZKJ 2017, S. 354.

18) CDU/CSU/SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa: Eine neue Dynamik für Deutschland: Ein neuer Zusammenhalt für unser Land: Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD: 19. Legislaturperiode, 2018, S. 21 ff.

19) Bund-Länder-Arbeitsgruppe, Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Kinderrechte ins Grundgesetz", 2019.

단순 명시 조항으로 아동권의 헌법적 보장이 충분할 것인지 여부가 논의되었다.[20] 실무단은 이러한 규정만으로는 불충분하다고 판단하였는데, 이는 아동에게 특별히 중대한 의미가 있는 기본권이 엄연히 존재하기 때문이라고 밝혔다. 이에 따라 아동의 특별한 기본권의 경우에는 이를 개별적으로 명시하는 것이 타당하다는 데에 합의를 이루었다. 특히 상기한 연방헌법재판소 판례에 언급된 독립적 혹은 자기책임적 인격을 발달시킬 권리를 명시할 것인지와 관련해 집중적인 논의가 이루어졌는데, 실무단은 삶의 여러 단계 중 특히 아동기에 의미 있는 인격 형성이 이루어지기 때문에 이에 관한 규정이 필요하다고 판단하였다.

둘째, 기본법상에 아동 복리와 관련된 규정을 마련할 것인지와 관련해 논의가 이루어졌다.[21] 아동 복리는 상기한 연방헌법재판소 판례에서 부모의 양육권 행사 및 양육 의무 이행, 국가의 감시 의무 이행에 대한 중요한 기준이자 방침(Richtschnur)으로 제시된 바 있다. 실무단 또한 재판부가 강조한 아동 복리의 중대성과 이미 아동 복리 관련 규정을 마련한 일부 주헌법의 사례를 고려하여 기본법상에 관련 조항을 마련해야 할 필요성을 인정하였다. 다만 아동 복리 기준이 얼마나 엄격하게 고려되어야 하는지에 따라 '우선적으로(vorrangig)', '중대하게(wesentlich)' 또는 '적절하게(angemessen)'와 같은 다양한 문언상의 표현을 선택할 수 있다고 제시하였다.

셋째, 아동의 참여권(Beteiligungsrecht), 특히 청문권(Anhörungsrecht) 보장에 대한 논의가 있었는데, 법적으로 필수적인 것은 아니지만 정치권의 선택에 따라 청문권 관련 규정의 마련이 가능하다는 데에 합의가 이루어졌다.[22]

넷째, 아동 기본권을 기본법 제6조에 규정된 가족기본권(Familiengrundrecht)의 하나로 보아 동조의 개정을 통해 아동권 관련 규정을 마련할 것인지 또는 기본법 제2조[23]의 개정을 통해 마련할 것인지와 관련해 논의가 있었다.[24] 후자의 의견은 아동 복리의 훼손이 쟁점인 판례들에서 주로 기본법 제2조에 규정된 생명권, 신체 불훼손

20) Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 위 보고서, S. 34 ff.

21) Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 위 보고서, S. 48 ff.

22) Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 위 보고서, S. 82 ff.

23) 기본법 제2조
제1항: "모든 사람은, 다른 사람의 권리를 침해하지 않고 헌법질서나 도덕률에 반하지 않는 한, 자신의 인격을 자유로이 실현할 권리를 갖는다."
제2항: "모든 사람은 생명과 신체를 훼손당하지 않을 권리를 갖는다. 신체의 자유는 불가침이다. 이 권리들은 법률에 근거해서만 제한될 수 있다."

24) Bund-Länder-Arbeitsgruppe, 앞의 보고서, S. 115 ff.

권, 인격 발현의 자유권, 신체의 자유권 침해 여부가 검토된다는 것을 근거로 제기된 소수 의견으로, 아동 기본권을 기본법 제2조에 추가할 경우 동 규정의 기존 구조가 깨지고 기본권의 내용에도 영향을 미칠 수 있다는 점에서 큰 비판을 받았다. 덧붙여 아동의 참여권, 아동의 기본권 주체성에 관한 부분은 기본법 제2조의 구조 및 내용에 맞지 않는 일반적 성격의 규정이라는 의견 또한 제시되었다. 따라서 아동, 부모, 국가라는 삼각 구도하에 아동의 보호시스템을 형성하고 있는 기본법 제6조의 개정을 통해 아동 기본권 규정을 추가해야 한다는 데에 합의가 이루어졌다.

2. 연방정부 제출 법률안의 내용

연방 및 주의 실무단 보고서 내용에 바탕을 두어 2021년 3월 연방정부는 기본법 제6조 제2항을 개정하는 내용의 「아동권의 명시적 규정을 위한 기본법 개정 법률안」을 제출하였다. 법률안에 따르면 “자녀의 양육과 교육은 부모의 자연적 권리이며 일차적으로 부모에게 부과된 의무이다. 그들의 역할 수행에 관하여 국가공동체가 감시한다.”라고 규정한 기존의 제6조 제2항에 아래와 같은 내용으로 제3문에서 제6문까지의 규정이 추가된다.[25)]

> 제3문: 독립적 인격체로 발달할 수 있는 권리를 포함해 아동의 헌법상의 권리는 존중되고 보호되어야 한다.
> 제4문: 아동의 복리는 적절히 고려되어야 한다.
> 제5문: 아동의 헌법상 청문권은 보호되어야 한다.
> 제6문: 부모의 일차적 책임은 변함없이 유지된다.

연방정부는 제6조의 규정 중에서도 부모의 권리 및 의무, 국가의 의무에 대해 직접적으로 명시하고 있는 제2항에 아동 기본권 규정을 추가하여 아동, 부모, 국가의 삼각 구도하에서 논의되고 있는 아동 보호시스템을 좀 더 명확히 규율하는 방식을 제안하였다. 추가된 규정을 구체적으로 살펴보면, 연방 및 주의 실무단 보고서 내용을 수용하여 아동의 기본권 주체성, 아동 복리의 원칙, 아동의 청문권 관련 규정의 마련이 제안되었다. 먼저 제3문의 아동의 기본권 주체성과 관련해서는 독립적 인격체로 발달할 권리 또한 특별히 명시하여 이러한 권리가 아동에게 얼마나 중대한 의미가

25) Deutscher Bundestag, 앞의 법률안, S. 7.

있는지를 강조하였고, '포함해'라는 문언을 통해 명시되지 않은 다른 모든 기본권에 영향이 미치지 않도록 하였다.[26] 제4문은 「유엔 아동권리협약」 제3조 제1항[27]에 규정된 아동 복리의 원칙을 수용하되, 아동 복리의 고려가 '적절하게' 이루어져야 한다고 규정하였는데, 이러한 중립적 의미의 부사(Adverb)를 사용하여 아동의 기본권과 관련된 기본권 충돌의 상황 또한 '실제적 조화의 원칙'(Praktischer Konkordanz)에 따라 해결될 수 있도록 하였다.[28] 제5문은 기본법 제103조 제1항[29], 기본법 제20조 제3항[30]에 연계한 기본법 제2조 제1항에서 도출되는 청문권이 아동에게도 동일하게 인정됨을 명백히 밝혔다. 법률안에 따르면 아동의 청문권을 명시하는 것은 제4문의 아동 복리의 원칙을 절차적 측면에서 보충한다는 데에 큰 의미가 있다.[31] 즉 특정 아동에게 영향을 미치게 되는 국가의 결정은 해당 아동의 이익 및 이해관계를 반영하여 내려질 때만 아동 복리를 적절하게 고려했다고 할 수 있는데, 아동의 청문권이 절차적으로 보장되어야 결정권자가 아동의 이익 및 이해관계를 조사할 수 있다는 설명이다. 제6문은 추가된 제3문에서 제5문까지의 규정으로 인해 친권 및 양육 의무에 대한 부모의 우선적 책임이 제한되지 않음을 명시하기 위해 신설되었다. 따라서 아동의 기본권과 부모의 기본권이 충돌하는 상황은 계속해서 실제적 조화의 원칙에 따라 각자가 최대한의 효력을 발휘할 수 있도록 상호조정되어야 한다. 또한 국가는 여전히 부모가 아동의 복리를 위태롭게 할 때만 제6조 제2항 제2문에 규정된 감시 의무를 수행할 수 있다.

3. 찬반 논의

연방정부의 기본법 개정 법률안이 제출된 후 2021년 5월 연방의회 내 법무위원회를 통해 전문가 공청회가 개최되었다.[32] 8인의 학계 및 아동 분야 전문가들이 제출

26) Deutscher Bundestag, 앞의 법률안, S. 11.

27) 「유엔 아동권리협약」 제3조 제1항: "공공・민간 사회복지기관, 법원, 행정당국, 입법기관 등은 아동에 관련된 모든 조치에 있어 아동 복리를 최우선으로 고려해야 한다."

28) Deutscher Bundestag, 앞의 법률안, S. 12.

29) 기본법 제103조 제1항: "누구든지 법정에서 법적 진술권을 갖는다."

30) 기본법 제20조 제3항: "입법은 헌법적 질서에 구속되고, 집행과 사법은 법률과 법에 구속된다."

31) Deutscher Bundestag, 앞의 법률안, S. 13.

32) Deutscher Bundestag, Experten für die Aufnahme von Kinderrechten ins Grundgesetz, 17.05.2021, https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw20-pa-recht-kinderrechte-838844, 최종 검색일: 2023. 2. 2.

한 의견서를 바탕으로 진행된 전문가 공청회에서는 거의 모든 전문가가 아동 기본권 조항을 마련하는 것에 동의하였다.[33] 그러나 법률안의 내용과 관련해서는 다음과 같은 비판이 제기되었다.

첫째, 기본법 제6조 제2항의 개정을 통해 아동 기본권 규정을 마련하는 것은 아동 기본권의 보장을 오히려 제약하는 방식이라는 비판[34]이 있었다. 즉 아동, 부모, 국가 간의 관계에 관한 기본법 제6조 제2항에 규정될 경우 아동 복리와 참여권 등의 아동 기본권이 국가의 감시권이 행사되는 아동과 부모 간의 관계에서만 존중되고 보호될 수 있다는 지적이다. 이는 아동에 대한 국가의 모든 조치 및 결정에 직·간접적으로 관련되는 일반적인 전체 법영역 – 사회법, 건축법, 청소년 복지법 등 – 을 간과하는 결과로 이어질 수 있어 「유엔 아동권리협약」의 기준에 부합하지 않는다고 한다.[35]

둘째, 법률안에 규정된 신설 조항의 내용과 문언상 표현으로는 아동 기본권의 충분한 보장이 가능하지 않다는 비판이 제기되었다.[36] 즉 신설 조항의 내용은 아동의 기본권 보장과 관련된 지금까지의 연방헌법재판소 판례들을 반영하고 있을 뿐, 「유엔 아동권리협약」의 기준에 못 미치는 수준으로 규정되어 있다는 지적이다.[37] 구체적으로 제3문과 관련해서는 아동의 헌법상 권리에 대한 소극적 존중과 보호 외에도 국가의 적극적인 '장려(Förderung)' 또한 규정될 필요가 있고,[38] 제4문과 관련해서는

33) 기본법상에 규정된 기본권과 관련하여 보호흠결(Schutzlücke)이 존재하지 않기 때문에 이러한 기존의 기본권 규정들로도 아동의 기본권은 충분히 보호 가능하며, 따라서 이를 강화시키기 위해 명시적 규정을 마련하는 것은 불필요하다는 소수 의견도 있었다(Friederike Wapler, Stellungnahme im Rahmen der Öffentlichen Anhörung am 17. Mai 2021 zur Verankerung von Kinderrechten im Grundgesetz, 03.05.2021, S. 11, https://www.bundestag.de/resource/blob/842212/4217403170c5ee3a58d0790378ec9cfd/stellungnahme-wapler-data.pdf, 최종 검색일: 2023. 2. 2.).

34) Deutscher Bundestag, 앞의 인터넷 자료. 필립 도나트(Philipp B. Donath) 교수, '독일 아동보호 단체'(Deutschen Kinderhilfswerk)의 회장 토마스 크뤼거(Thomas Krüger), '유니세프 독일 위원회'(Deutsches Komitee für UNICEF)의 국장 제바스티안 제들마이어(Sebastian Sedlmayr)가 이러한 비판을 제기하였다.

35) Philipp B. Donath, Schriftliche Stellungnahme im Rahmen der öffentlichen Anhörung, 11.05.2021, S. 2, https://www.bundestag.de/resource/blob/841504/e2a01015b9fec1772004e8333c185fc7/stellungnahme-donath-data.pdf, 최종 검색일: 2023. 2. 2.

36) Deutscher Bundestag, 앞의 인터넷 자료.

37) Robert Seegmüller, Stellungnahme zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes zur ausdrücklichen Verankerung der Kinderrechte (BT-Drs. 19/28138), 15.05.2021, S. 8, https://www.bundestag.de/resource/blob/842210/63ef40bf0df0d450232664ff2faa8c3d/stellungnahme-seegmueller-data.pdf, 최종 검색일: 2023. 2. 2.

38) Sebastian Sedlmayr, Anhörung im Ausschuss des Bundestags für Recht Justiz und Verbraucherschutz, 17.05.2021, S. 13, https://www.bundestag.de/resource/blob/841950/d4cdb91b6f272dd69ede4774a0707f94/stellungnahme-sedlmayr_unicef-data.pdf, 최종 검색일: 2023. 2. 2.

아동의 복리가 '적절히' 고려되어야 할 것이 아니라 「유엔 아동권리협약」 제3조 제1항의 규정에 따라 '최우선적'으로 고려될 수 있도록 수정되어야 한다는 의견[39]이 제기되었다. 제5문과 관련해서는 「유엔 아동권리협약」 제12조 제2항[40]의 청문권만 명시되어 있어 「유엔 아동권리협약」 제12조 제1항[41]에 따라 포괄적 참여권 또한 보장해야 한다는 의견[42]이 있었다.

Ⅳ. 나가는 말

제19대 연방의회에서 대연정은 결과적으로 기본법 개정에 실패했다. 정치권에서 연방정부 제출 법률안에 대해 야당을 중심으로 거센 비판이 제기되었고, 정당 간 최종 협의에서도 야당이 기본법 개정에 명백히 반대했기 때문이다. 녹색당(Bündnis 90/Die Grünen, Grüne)은 연방정부 제출 법률안이 이미 아동에게 인정되던 권리들을 명시했을 뿐, 아동권 신장에 전혀 도움이 되지 않는다고 비판하며 기본법 개정에 동의할 수 없다는 입장을 밝혔다.[43] 자유민주당(Freie Demokratische Partei, FDP)은 대연정이 기본법 개정 논의 초기부터 의결 정족수 충족에 큰 영향을 미치는 야당을 배제한 것이 가장 큰 문제였다고 비판했다.[44] 이로써 독일에서 아동 기본권 보장을 위한 기본법 개정의 문제는 제20대 연방의회로 넘어왔다. 사회민주당, 녹색당, 자유민주당으로 이루어진 새로운 대연정 또한 연정협약서를 통해 아동 기본권 조항의 신설을 약속하였고,[45] 2022년 9월 유엔 아동 권리 위원회가 독일에 아동 기본권 조항의 신설을 권고한 현재의 상황에서 볼 때,[46] 앞으로 기본법 개정이 성사될 것이라 조심스

39) Philipp B. Donath, 앞의 의견서, S. 8.

40) 「유엔 아동권리협약」 제12조 제2항: "이러한 목적을 위해 아동에게는 자신에게 영향을 미치는 모든 사법적·행정적 절차에서 직접 또는 대리인 및 적절한 기관을 통하여 진술할 기회가 국내법적 절차에 부합되는 방식으로 제공되어야 한다."

41) 「유엔 아동권리협약」 제12조 제1항: "당사국은 자신의 견해를 형성할 능력이 있는 아동에게 (아동) 본인에게 영향을 미치는 모든 문제에 대해 자신의 견해를 자유롭게 표현할 권리를 보장해야 하고, 아동의 견해에는 아동의 연령과 성숙도에 따른 정당한 비중이 부여되어야 한다."

42) Philipp B. Donath, 앞의 의견서, S. 8.

43) Markus Sehl, 앞의 인터넷 기사.

44) Markus Sehl, 앞의 인터넷 기사.

45) SPD/Grüne/FDP, Mehr Fortschritt Wagen – Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeit, 07.12.2021. S. 77.

46) Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend, Kinderrechte ins Grundgesetz,

럽게 예상해 볼 수 있다. 다만 한 번의 실패 경험에 의해 개정 내용에 대한 정당 간 협의에는 시간이 필요할 것으로 예상된다. 아동 기본법의 제정 문제로 아동권에 대한 사회적 관심이 늘어가고 있는 한국의 상황을 고려할 때, 어떠한 내용으로 독일의 아동 기본권 보장에 관한 논의가 진척될지 그 추이를 살피는 노력이 필요해 보인다.

https://www.bmfsfj.de/bmfsfj/themen/kinder-und-jugend/kinderrechte/kinderrechte-ins-grundgesetz, 최종 검색일: 2023. 2. 2.

오사카시 '혐오표현의 대처에 관한 조례' 규정의 합헌성을 인정한 일본 최고재판소 판결

고베대학교대학원 법학연구과 연구조수 서 누 리*

1. 혐오표현의 규제에 대한 최초의 최고재판소의 판결

2022년 2월 15일, 일본 최고재판소 소법정은 재판관 5인의 전원 일치의견으로 오사카시의 '혐오표현의 대처에 관한 조례(大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例, 이하 본건 조례)' 제2조 및 제5조~제10조가 헌법에 합치한다는 판결(이하 본건 판결)을 내렸다.[1] 이 판결은 혐오표현의 규제에 대한 최초의 최고재판소 판결이라는 점에서 의미가 있다.

본건은 오사카시의 주민인 원고들이 본건 조례 제2조 및 제5조~제10조[2]가 헌법 제21조 제1항 등을 위반하고 무효이기 때문에, 오사카시의 혐오표현심사회[3] 직원의 보수 등에 대한 지급명령에 법령상의 근거가 결한 위법이 있다는 이유 등으로 제기한 주민소송으로서 시의 집행기관인 오사카시장을 상대로 지방자치법 제242조의2 제1항 제4호[4]에 근거하여 손해배상청구를 구한 사건이다.

---

* 법학박사.

1) 最決令和4年2月15日裁判所ウェブサイト。

2) 본건 조례 제2조는 아래에서 보는 바와 같이 혐오표현의 정의에 관한 조항이다. 제5조는 오사카시장이 취하는 '확산방지조치 및 인식 등의 공표'에 대한 조항, 제6조는 시장이 제5조의 조치를 취하기 전에 혐오표현심사회의 의견을 듣도록 하는 '심사회의 의견청취', 제7조는 '심사회의 설치', 제8조는 '심사회의 조직', 제9조는 '심사회의 조사・심의 절차', 제10조는 그 외 심사회의 조직 및 운영에 대한 사항을 시 규칙으로 정하도록 하는 '심사회에 관한 규정의 위임'에 관한 조항이다.

3) 본건 조례에서는 본건 조례에 의한 혐오표현에 해당하는지 조사・심의를 하거나 보고에 대해서 의견을 진술하게 하기 위하여 시장의 부속 기관으로서 심사회를 두도록 정하고 있다(본건 조례 제7조 이하 참고).

4) **지방자치법 제242조의2** ①보통지방자치단체의 주민은 전조 제1항의 규정에 따른 청구를 한 경우, 동조 제5항의 규정에 따른 감사위원의 감사결과나 권고나 동조 제9항의 규정에 따른 보통지방자치단체의 의회, 장 및 그 밖의 집행기관이나 직원의 조치에 불복이 있는 때 또는 감사위원이 동조 제5항의 규정에 따른 감사나 권고를 동조 제6항의 기간 내에 하지 않는 경우 또는 의회, 장 및 그 밖의 집행

2020년 1월 17일, 제1심인 오사카지방재판소는 표현의 자유는 제한될 수 있는 것이며, 본건 조례는 표현의 자유를 침해하지 않아 합헌이라는 판결을 내린 바가 있다.[5] 2020년 11월 26일, 오사카고등재판소의 항소심에서도 본건 조례는 규제의 대상이 되는 혐오표현을 필요최소한의 범위로 한정하고 있으며, 표현의 자유에 대한 법률의 유보가 없는 일본국헌법에서도 합리적이고 필요한 정도의 자유 제한은 용인되어야 한다며 항소를 기각하였다.

본건 판결에서도 본건 조례가 일본국헌법 제21조 제1항[6]에 위반하여 표현의 자유를 침해함으로써 무효인가 여부가 핵심 쟁점으로 다투어졌다.

이하에서는 본건 조례의 현황(2.)을 소개하고, 본건 판결의 내용(3.)과 본건 판결에 대한 일본 학계의 분석(4.)과 함께 혐오표현에 대한 일본의 규제 상황이 우리나라에 시사하는 바에 대하여 간략히 검토한다(5.).

2. 본건 조례의 현황

약 6만 7천명의 한국인이 사는 것으로 알려져 있는 오사카시에서는 혐오표현이 반복되어 왔다. 이러한 혐오표현의 심각성을 인식하고, 이에 대응하기 위하여 오사카시는 일본에서 최초로 혐오표현을 규제하기 위하여 본건 조례를 2016년 1월 18일 제정

기관이나 직원이 동조 제9항의 규정에 따른 조치를 강구하지 아니하는 때에는 재판소에 동조 제1항의 청구와 관련된 위법한 행위나 해태한 사실(怠る事実)에 대하여 다음의 청구를 내용으로 하는 소송을 제기할 수 있다.

4. 해당 직원 또는 해당 행위나 태만히 한 사실과 관련된 상대방에게 손해배상 또는 부당이득반환 청구를 할 것을 해당 보통지방자치단체의 집행기관 또는 직원에 대하여 요구하는 청구. 다만, 해당 직원 또는 해당 행위 또는 해태한 사실과 관련된 상대방이 제243조의2의2 제3항의 규정에 의한 배상명령의 대상이 되는 자인 경우에는 해당 배상명령을 할 것을 구하는 청구

제243조의2의2 ③보통지방자치단체의 장은 제1항의 직원이 동항에서 규정하는 행위에 의하여 해당 보통지방자치단체에 손해를 입혔다고 인정되는 때에는 감사위원에 대하여 그 사실이 있는가를 감사하여, 배상책임의 유무 및 배상을 결정할 것을 구한다. 그리고 그 결정에 근거하여 기간을 정하여 배상을 명해야 한다.

5) 서누리, 오사카시(大阪市)의 혐오표현의 대처에 관한 조례와 조례무효소송, 세계헌법재판 조사연구보고서 2020 제6호, 헌법재판연구원, 2020, 103-113면 참고. 당시의 마츠이 이치로(松井一郎) 오사카시장은 판결을 환영하며 “출신이나 국적으로 사람을 부정하는 표현은 사라져야만 한다.”라는 입장을 밝혔으며, 원고 측은 “혐오표현의 정의가 애매하여 표현활동의 위축으로 이어진다고 주장하였지만 받아들여지지 않았다.”라며 항소할 방침을 밝힌 바가 있다.

6) 일본국헌법 제21조(집회・결사 및 표현의 자유와 통신비밀의 보호)
① 집회, 결사 및 언론, 출판 그 외 일체의 표현의 자유는 보장된다.

하였다. 2016년 6월에는 '일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언행 해소를 위한 대응 추진에 관한 법률(本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律)'이 제정되었다. 동법은 벌칙규정을 두고 있지 않은 이념법이라는 점이 한계로 지적되기도 한다.

본건 조례는 혐오표현이 인권침해이며 허용되지 않는다는 자세를 대외적으로 나타내는 것이며, 이를 통하여 사회적인 비판을 이끌어내 혐오표현의 억제를 도모한다.[7] 또한 본건 조례는 오사카시에 의한 적극적인 대처뿐만 아니라 시민의 자발적인 노력을 요청하고 있다는 점에서도 의미가 있으며, 본건 조례의 제정 이후 다른 지방자치단체가 혐오표현에 관한 조례나 가이드라인을 제정하는 것에 상당한 영향을 미쳤다는 점에서도 상징적인 의미도 지닌다.

조례가 시행된 이후, 심사회에서 혐오표현으로 인정한 것은 8건이다. 2021년에는 성명을 확인할 수 있던 2인의 성명을 처음으로 공표했다.[8][9]

3. 일본국헌법 제21조 제1항 위반 여부에 대한 최고재판소의 판단

(1) 본건 조례의 취지

본건 조례의 제정 당시 오사카시 내에서는 특정 민족 등에 속하는 집단을 일률적으로 배척하는 내용, 동집단에 속하는 자의 생명, 신체 등에 위해를 가하는 취지의 내용, 동집단을 멸칭으로 부르는 등 특별히 비방하는 내용 등의 차별적 언동을 하는 가두활동 등이 빈번하였고, 이에 대응하기 위하여 본건 조례안이 제정되었다.

---

7) 오사카시 홈페이지 참고: https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000438270.html

8) https://www.asahi.com/articles/ASN1K4W12N1KPTIL00R.html

9) 혐오표현을 넘어서 혐오범죄에 대한 대응도 점차 문제화되고 있다. 2021년 9월에는 교토부 우지시의 우토로마을에서 방화사건이 있었다. 창고에서 화재로 인하여 마을의 역사를 전하기 위하여 평화기념관에 전시예정이었던 자료 등 50점이 소실되었다. 방화범은 비현주건조물방화죄 등의 죄목으로 2022년 8월 30일 형사재판에서 징역 4년을 선고받았다. 피고인은 기자와의 인터뷰에서 재일한국인에게 "공포심을 주어, 쫓아내려고 했다."라고 범행동기를 이야기했으며, 재판에서도 "한국인에 대하여 적대감정이 있다. 전시품을 사용할 수 없게 되어 기념관의 개관을 저지하려는 의도가 있었다."라고 진술했다.
(해당사건에 대하여는 다음의 기사를 참고:
https://www.asahi.com/articles/ASQ5H6K48Q5HPTIL01F.html,
https://www3.nhk.or.jp/news/html/20220830/k10013794281000.html)

이러한 본건 조례의 제정경위 그리고 본건 조례 제1조[10]와 제11조[11]에 비추어, 본건 조례는 “표현의 자유를 배려하면서, 인종이나 민족과 관련된 특정한 속성을 이유로 한 과격하고 매우 악질적인 차별적인 언동의 억제를 도모하는 것을 그 취지로 하는 것이라 해석함이 상당하다.”

(2) 본건 조례에서 ‘혐오표현’의 정의

본건 조례에서는 혐오표현을 다음과 같이 정의하고 있다.

> 제2조(정의) ①이 조례에서 ‘혐오표현’이란 다음에 해당하는 표현활동을 말한다.
> 1. 다음 각 목을 목적으로 이루어지는 것(다.에 대해서는 해당 목적이 명백히 인정될 수 있는 것이어야 한다)
> 가. 인종 혹은 민족에 관련된 특정한 속성을 지닌 개인 또는 해당 개인으로 구성되는 집단(이하 ‘특정인 등’이라 한다)을 사회에서 배제하는 것
> 나. 특정인 등의 권리 또는 자유를 제한하는 것
> 다. 특정인 등에 대한 증오 혹은 차별의식 또는 폭력을 조장하는 것
> 2. 표현의 내용 또는 표현활동이 다음 각 목 중 하나에 해당하는 것
> 가. 특정인 등을 상당정도로 모멸하거나 비방하는 것
> 나. 특정인 등(해당 특정인 등이 집단인 때에는 해당 집단에 속하는 개인의 상당수)에게 위협을 느끼게 하는 것
> 3. 불특정 다수의 자가 표현의 내용을 알 수 있는 방법 또는 알 수 있는 상태로 두는 장소에서 이루어지는 것
> (이하 생략)

해당 조항에 대하여 최고재판소는 다음과 같이 해석하고 있다.

본건 조례 제2조 제1항 제1호는 혐오표현이 일정한 부당한 목적을 지닐 것을 요건

10) 본건 조례 제1조(목적)
이 조례는 혐오표현이 개인의 존엄을 해치고 차별 의식을 일으킬 우려가 있는 것을 감안하여, 혐오표현에 대처하기 위하여 오사카시가 취할 조치 등에 관한 필요한 사항을 정함으로써 시민 등의 인권을 옹호함과 동시에 혐오표현의 억제를 도모하는 것을 목적으로 한다.
본건 조례의 번역에 있어서는 Asia Pacific Human Rights Information Center의 한국어 역(https://www.hurights.or.jp/archives/racism-elimination/osaka_city_hate%20speech_ordinance_hangul.pdf을 참고하였다.)

11) 본건 조례 제11조(적용상의 주의사항)
이 조례의 적용에 있어서는 표현의 자유 그 외 다른 일본국헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리를 부당하게 침해하지 않도록 유의하여야 한다.

으로 하고 있다. 구체적으로는 해당 표현활동이 인종 및 민족에 관련된 특정한 속성을 이유로 하여 동호 가목 내지 다목 중 하나에 해당하는 목적을 요하는 취지라고 해석하는 것이 상당하다. 또한 동항 제2호도 표현의 내용 및 표현활동이 매우 악질적일 것임을 요건으로 하는 것이고, 구체적으로는 해당 표현활동이 특정인 등을 상당 정도로 모멸하거나 비방하는 것(동호 가목), 또는 특정인 등의 생명, 신체 혹은 재산에 대하여 위해를 가한다는 취지를 고지하거나, 또는 이러한 위해를 가할 수 있음을 나타내는 등 사회통념에 비추어 특정인 등에게 위협을 느끼게 하는 것일 것(동호 나목)이 필요하다는 취지를 정한 것이라 해석함이 상당하다. 그리고 동항 제3호도 상기의 본건 조례의 취지 등에 입각하여 해당 표현활동은 동료와 같은 관계에서 일어나는 것이 아닌, 불특정 다수의 자가 표현의 내용을 알 수 있는 방법 또는 알 수 있는 상태로 두는 장소에서 행할 것을 요하는 취지를 규정하고 있다고 할 수 있다.[12)]

(3) 일본국헌법 제21조 제1항 위반 여부

헌법 제21조 제1항에서 보장하는 표현의 자유는 입헌민주정의 정치과정에 있어서 불가결한 기본적 인권으로서 민주주의 사회의 기초를 이루는 중요한 권리이지만 무제한으로 보장되는 것이 아니라 공공의 복지에 의하여 합리적이고 필요한 한도에서 제한을 받는다고 해야 한다. 그리고 본건에서 제2조, 제5조～제10조[13)]에 의한 표현의 자유에 대한 제한이 이러한 한도 내의 것으로 인정될 것인지는 본건 각 규정의 목적

12) 오사카시의 해당조문에 대한 해설에서도, 제2호에서 '상당정도'라는 요건을 마련한 것은 헌법이 보장하는 표현의 자유를 고려하여, 단순한 비판이나 비난은 본건 조례의 대상 외의 행위로 하는 취지임을 밝히고 있다(https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000437245.html).

13) 특히 본건 조례 제5조에서는 표현 활동이 혐오표현에 해당한다고 인정하는 때에는 사안의 내용에 따라 해당 표현 활동과 관련된 표현내용의 확산을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취하는 동시에, 해당 표현 활동이 혐오표현에 해당한다는 취지, 표현내용의 개요 및 그 확산을 방지하기 위하여 취한 조치와 해당 표현 활동을 한 자의 성명 또는 명칭을 오사카시장이 공표할 수 있도록 정하고 있다. 이러한 조치를 이하에서 '인식 등 공표'라고 한다.
인식 등 공표에 대하여는 본건 조례 제정에 영향을 미친 오사카시 인권시책추진심의회가 2015년 2월의 답신에서 오사카시가 독자적으로 취할 수 있는 조치로서 이를 제안하였다. 동답신에 의하면 혐오표현이 행해졌다고 인정되는 사안에 대하여, 그 인식 및 사안의 개요와 취한 조치를 공표함으로써, 오사카시가 혐오표현은 인권침해이고 허용되지 않는다는 자세를 대외적으로 나타내는 것에 의의가 있으며, 또한 공표하는 것에 의하여 혐오표현에 대한 사회적인 비판을 야기하여 그 억지로 이어질 것을 기대할 수 있다. 따라서 혐오표현이라고 인정하는 사안에 대하여는 차별의 확산으로 이어지지 않도록 충분히 유의하면서, 오사카시의 인식 및 필요최소한의 사안의 개요와 취해진 조치를 공표하는 것이 적당하다(大阪市人権施策推進審議会, ヘイトスピーチに対する大阪市としてとるべき方策について（答申）, 2015년 2월, 5-6면).

을 위해 제한이 필요한 정도와 제한되는 자유의 내용 및 성질과 구체적인 제한의 모습 및 정도 등을 비교해서 결정하는 것이 상당하다.[14)]

본건 각 규정(제2조, 제5조～제10조)은 확산방지조치 등을 통해서 표현의 자유를 일정한 범위에서 제약하는 것이라고 할 수 있다. 그 제약의 목적은 문리 등에 비추어 혐오표현의 억제를 도모하는 것이라 해석된다. 그리고 본 조례의 혐오표현에 해당하는 표현활동 가운데 특정 개인을 대상으로 하는 표현활동과 같이 민・형사상 책임이 발생할 수 있는 것에 대해서는 이를 억제할 필요성이 크다. 민족 전체 등의 불특정 다수의 사람들을 대상으로 하는 표현활동과 같이 즉시 민・형사상의 책임이 발생한다고 할 수 없는 행위도, 인종 혹은 민족에 관련된 특정한 속성을 이유로 특정인 등을 사회에서 배제하는 등의 부당한 목적을 갖고 공공연하게 이루어지고 그 내용과 양태에 있어서 일부러 해당 인종 혹은 민족에 속하는 자에 대한 차별의식, 증오 등을 유발・조장하려 하거나 그 사람의 생명, 신체에 위해를 가하겠다고 하는 행위는 범죄행위를 선동하는 것이라 할 수 있으므로 이를 억제할 필요성이 높다. 덧붙여 실제로 오사카시 내에서 과격하고 매우 악질적인 차별적인 언동을 하는 가두활동 등이 빈번하게 행해지고 있었다는 점을 감안하면, 본건 각 규정의 목적은 합리적이며 정당한 것이라고 할 수 있다.

본건 각 규정에 의해 제한되는 표현활동의 내용 및 성질은 과격하고 매우 악질적인 차별적 언동을 수반하는 것에 한정되며, 그 제한의 양태 및 정도에 있어서도 오사카시장에 의한 확산방지조치 등의 대상이 되는 것에 그친다. 그리고 확산방지조치에 관해서는 오사카시장이 간판, 게시물 등의 철거 요청이나 인터넷상의 표현에 대한 삭제 요청 등을 할 수 있다고 해석되지만, 해당 요청 등에 응하지 않는 것에 대한 제재는 없으며, 인식 등 공표에 대해서도 표현활동을 한 자의 성명 또는 명칭을 특정하기 위한 법적 강제력이 있는 수단은 존재하지 않는다.

그렇다면 본건 각 규정에 의한 표현의 자유의 제한은 합리적이고 필요한 한도에 머무르는 것이라고 할 것이다. 그리고 본건 각 규정 중 혐오표현의 정의를 정한 본건 조례 제2조 제1항 및 시장이 확산방지조치 등을 취하기 위한 요건을 규정한 본건 조례 제5조 제1항은 통상적인 판단 능력의 일반인의 이해에 따라 구체적인 경우에 해당 표현활동이 그 적용을 받는 것인지에 대한 판단을 가능하게 하는 기준을 읽을 수

14) 最高裁昭和５２年（オ）第９２７号同５８年６月２２日大法廷判決・民集３７巻５号７９３頁等参照.

있게 하므로 불명확한 것이라고는 할 수 없으며, 지나치게 광범위한 규제라고도 할 수도 없다.

4. 본건 판결의 의의

본건 판결은 혐오표현의 규제에 대한 최초의 최고재판소 판결이다. 이하에서는 본건 판결에 대한 일본학계에서의 분석을 소개한다.

(1) 혐오표현의 억제와 표현의 자유의 비교형량

본건 판결은 "인종이나 민족과 관련된 특정한 속성을 이유로 과격하고 매우 악질적인 차별적인 언동의 억제"라는 본건 조례 목적의 정당성을 인정하고 난 후, 표현의 자유에 대한 제한에 있어 "제한이 필요한 한도에 그칠 것"을 기준으로 본건 조례가 목적달성을 위하여 필요하고 합리적인 범위 내의 것인지를 검토하고 있다. 이것은 두 가지 점을 시사한다.

첫째로, 본건 판결은 본건 조례에서 정하는 확산방지조치나 인식 등 공표라는 혐오표현의 억제를 위한 조치가 표현의 자유를 제한한다는 입장에 있다. 본건 조례에서는 심사회의 심사를 거쳐서 혐오표현이라 인정된 행위를 한 자에 대한 벌칙 등의 형사벌을 담고 있지는 않으나, 혐오표현을 한 단체의 명칭이나 사람의 성명을 공표할 수 있도록 정하고 있다. 이렇게 오사카시의 인식 등 공표 행위에 의하여 표현주체에게는 사실상 억제적 효과가 발생한다고 할 것이고, 이를 표현의 자유에 대한 제약이라고 보고 있다.[15]

둘째로, 혐오표현의 억제라는 본건 조례의 목적과 이를 달성하기 위하여 제한되는 표현의 자유에 대한 보호라는 두 법익의 사이를 비교형량하고 있다. 규슈산업대학의 瑞慶山(주케야마)는 최고재판소가 비교형량을 함에 있어서 본건 조례에 의한 표현의 자유 제한이 ①과격하고 매우 악질적인 차별적인 언동에 한정되는 것 ②사후규제인 것 ③확산방지조치 위반에 대한 제재가 없는 것 ④인식 등 공표와 관련된 표현활동을 한 자에게 특정한 법적 강제력이 따르는 수단이 없는 것임을 들며 그 제한이 한

15) 다만, 오사카시는 시가 취하는 본건 조례 제5조의 인식 등 공표는 행정처분이 아니라는 입장이다(오사카시 홈페이지: https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000438270.html).

정적이고 경미한 것이라 판단하고 있다고 정리하고 있다.[16] 때문에 瑞慶山는 혐오표현이 만연한 지역이라 할 수 없는 지역에 이러한 조례가 제정되는 경우나, 성명에 더하여 주소까지 공표하는 규정을 두는 경우에 대해서는, 혐오표현에 대하여 벌칙을 두고 있는 조례에 대한 최고재판소의 입장이 명확하게 드러나지 않는다는 점을 지적한다.[17]

(2) 목적의 정당성 판단에 있어서 자유제약의 현실적 필요성

교토대학의 毛利(모리)는 목적의 정당성의 판단에 있어서 실제로 악질적인 차별적 언동이 따르는 가두활동이 빈번하게 일어나고 있다고 판결에서 설시한 부분에 주목하여, 자유 제약의 현실적 필요성이 제약의 목적을 정당화하는 하나의 요소로 되어 있다는 점을 지적한다.[18] 毛利에 따르면, 판결의 취지가 현실적 필요성을 결여한 자유제약은 애초에 이를 행하는 것이 인정되지 않는다는 것을 나타내는 것으로도 볼 수 있지만, 본건 판결이 목적심사를 건너뛰지 않는 구성을 취하면서 현실적 필요성을 이에 반영한 것은 목적심사에 제약의 현실적 필요성을 고려하는 선례로써 의미를 지닐 수 있다고 평가한다.

(3) 혐오표현이 정치적 표현에 해당한다고 할 수 있는가?

혐오표현이 정치적 표현에 해당하는지와 관련하여, 최고재판소는 혐오표현이 정치적 표현에 해당하는지에 대하여 언급하고 있지 않지만, 毛利는 본건 판결에서 혐오표현이 일반론적으로 폭넓게 보호되어야 하는 정치적 표현에 해당한다는 것을 전제하고 있다고 해석하고 있다.[19]

---

16) 瑞慶山広大, 大阪市ヘイトスピーチ対処条例の合憲性, 法学セミナーno.808, 2020년 5월호, 129면.

17) 瑞慶山広大, 앞의 논문(11), 129면. 瑞慶山는 대법정에서의 판결이 아닌 소법정에서의 판결이었기 때문에, 의식적으로 판결의 범위를 한정하였을 지도 모른다고 추측하고 있다.

18) 毛利透, 大阪市ヘイトスピーチ対処条例の合憲性, 新·判例解説 Watch 憲法.No.200, 2022년 4월, 3면. “미국의 목적심사에는 목적의 정당성·중요성에 더하여 그 ‘실현의 필요성’도 구성요소도 되어 있다. …미국의 예에 의하면 표현의 자유의 중요성을 인정하면서 혐오표현의 억제를 도모한다는 목적에 의한 제약의 정당화를 위해서 그것이 필요한 현실이 제시되어야 한다는 사고방식은 상식적이라 할 것이다. 물론 목적 실현의 구체적 필요성이 목적심사에서 고려되고 있지 않은 경우에도, 목적 실현의 구체적 필요성은 목적과 수단의 관련성심사에서 고려되어왔을 것이다. 필요성이 박약한 자유제약은 목적달성을 위한 필요최소한의 수단이라고 할 수 없기 때문이다.”

19) 毛利透, 앞의 논문(13), 3면. 毛利는 최고재판소가 이에 대하여 적시하는 것을 일부러 피한 것으로 분

5. 혐오표현 규제에 대한 우리나라에서의 시사점

(1) 일본에서 규제의 대상: 인종 혹은 민족적 집단에 대한 혐오표현

앞서 본건 조례에서 억제되어야 하는 혐오표현은 "인종 혹은 민족에 관련된 특정한 속성을 지닌 개인 또는 해당 개인으로 구성되는 집단을 사회에서 배제하는 것"을 내용으로 하는 것이다. 본건 조례는 개인뿐만 아니라 집단에 대한 혐오표현도 본건 조례의 대상으로 삼고 있다.[20)21)]

일본의 시민사회에서 문제화된 혐오표현은 특정한 인종 혹은 민족에 대한 인종차별적인 표현이고, 본건 조례에서도 인종 혹은 민족적 집단을 사회에 배제하는 것을 혐오표현으로 규정하고 있다. 즉, 일본에서 혐오표현의 규제는 인종차별적인 표현에 대한 규제이며, 이러한 점에서 인종차별철폐조약의 이행이라고도 할 수 있다.[22)] 때문에, 일본에서의 혐오표현이 전개되고 있는 양상은 우리나라와는 다소 다르다고 할 수 있다.[23)] 다양한 영역에서 혐오표현이 폭넓게 전개되고 문제시화되고 있는 우리나

석하고 있다.

20) 毛利는 최고재판소의 판시에 대하여 '불특정 다수를 대상으로 하는 표현활동'에 대한 제약에 있어서는, 특히 현실의 억지가 필요한 한 인정되어야 한다는 취지로 이해할 수 있다고 한다. (毛利透, 앞의 논문(13), 4면)

21) 가령, 혐오표현에 대한 대항조치로써 상정되는 명예훼손죄, 내지 모욕죄의 적용에 있어 "이른바 집단표시에 의한 모욕은, 모욕의 내용이 집단에 속한 특정인에 대한 것이라고는 해석되기 힘들고, 집단표시에 의한 비난이 개별구성원에 이르러서는 비난의 정도가 희석되어 구성원 개개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에 이르지 아니한 경우에는 구성원 개개인에 대한 모욕이 성립되지 않는다고 봄이 원칙"이라는 2011도15631에서의 대법원의 판시에 따르면, 집단에 대한 혐오표현에 있어 취할 수 있는 법적 대항조치는 제한적이라 할 것이다.
독일 형법에서의 집단모욕죄를 소개하는 문헌으로는, 송현정 외 2인, 혐오 표현의 판단 기준에 관한 비교법적 연구, 사법정책연구원, 2020년이 있다: "일반 대중으로부터 명백히 구별되는 집단 구성원 전체를 표적으로 하였다면 모욕죄를 인정하는 독일 법원의 (피해자의 특정성이 다소 완화된) 판단 기준을 참고할만하다."(송현정 외 2인, 같은 책, 129-130, 234면)

22) 일본에서 인종차별철폐조약은 1995년 10월에 조약의 가입에 대하여 국회의 승인을 구하는 각의결정을 거쳐, 11월 21일에는 중의원본회의에서 12월 1일에는 참의원본회의에서 체결승인이 의결되었다. 정부는 12월 14일 조약의 가입서를 유엔사무총장에게 위탁하였고, 조약 제19조 제2항에 따라 1996년 1월 14일부터 발효되었다(村上正直, 人種差別撤廃条約と日本, 日本評論社, 2005년, 2-3면).
일반적으로 인권보호를 목적으로 하는 조약은 국가에 의한 인권침해행위를 금지하는 것을 주된 목적으로 한다. 그러나 인종차별철폐조약은 조약의 제12조 제1항 (d)에서 서술하듯이 사인 간의 인종차별의 금지 및 종료를 위한 조치를 취할 것을 체약국에 부여하고 있다(村上正直, 같은 책, 61면).

23) 참고로, 前田(마에다)가 정리하고 있는 혐오표현의 양태는 다음과 같다.
①차별표현형: 인종적 민족적으로 자민족의 우월성을 주장한다던지, 인종이나 민족을 동기로 타자에 대한 차별적 감정을 드러내는 유형이다. 아리아인이나 일본민족을 우월성의 주장은, 유대인이나 조선

라와는 다르게 일본에서의 혐오표현은 특정 인종, 민족에 대한 것이 주로 문제되고 있다. 이러한 점에서 혐오표현의 규제의 정당성이 보다 강화된다고 할 수 있으며, 또한 규제의 대상을 한정하기도 보다 용이하다.

(2) 서울특별시 학생인권조례 사건

우리나라에서도 서울특별시 학생인권조례 제5조 제3항[24]에서 정하는 혐오표현의 금지의 합헌성이 다루어진 2017헌마1356 결정에서는 “이 사건 조례 제5조 제3항에서 금지하는 차별·혐오표현은 의견의 자유로운 교환 범위에서 발생하는 다소 과장되고, 부분적으로 잘못된 표현으로 자유로운 토론과 성숙한 민주주의를 위하여 허용되는 의사표현이 아니고, 그 경계를 넘어 ‘타인의 인권을 침해’할 것을 인식하였거나 최소한 인식할 가능성이 있고, 또한 결과적으로 그러한 인권침해의 결과가 발생하는 표현이다.”[25]라고 설시한 바 있다.

민족의 열등성의 주장으로 이어진다. 백인이 흑인보다 우월하다는 주장도 같은 유형이다.
②명예훼손형: 형법상의 명예훼손이나 모욕죄에 상응한다. 교토조선학교습격사건에서 조선학교를 스파이양성기관이라 비방하는 등 조선인을 멸시하는 발언을 연호했다. 일본의 형법에는 개인에 대한 명예훼손만을 범죄로 되어, 민족에 대한 명예훼손은 범죄가 아닌 것으로 되어 있으나, 독일에서는 집단모욕죄가 있다.
③협박형: 형법상의 협박죄에 상당하다. 명예훼손과의 차이는 해악의 고지의 유무이다. 살해의 예고도 여기에 해당한다.
④박해형: 단순한 협박을 넘어 타자를 사회에서 배재하는 유형이다. 광범위하고 조직적인 박해는, 국제형법에서는 인도에 대한 죄로 되어 있으나, 일본형법에서는 인도에 대한 죄로 규정되어 있지 않다.
⑤제노사이드형: 집단도살을 선동하는 유형이다.
⑥폭력부수형: 폭력을 행사하면서 차별발언이나 차별선동을 하는 경우나, 차별적인 동기에서 폭력을 행하는 경우이다. 미국에서는 혐오범죄라고 한다.
(前田朗, 表現の自由を守るためにどうすればよいか, ヘイトスピーチってなに? レイシズムってどんなこと?, 七つ森書館, 2014년, 118-119면)

24) 서울특별시 학생인권조례 제5조(차별받지 않을 권리)
① 학생은 성별, 종교, 나이, 사회적 신분, 출신지역, 출신국가, 출신민족, 언어, 장애, 용모 등 신체조건, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 인종, 경제적 지위, 피부색, 사상 또는 정치적 의견, 성적 지향, 성별 정체성, 병력, 징계, 성적 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다.
② 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원은 제1항에 예시한 사유로 어려움을 겪는 학생의 인권을 보장하기 위하여 적극적으로 노력하여야 한다.
③ 학교의 설립자·경영자, 학교의 장과 교직원, 그리고 학생은 제1항에서 예시한 사유를 이유로 차별적 언사나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다.

25) 헌재 2019. 11. 28. 2017헌마1356, 공보 278, 1387.
“따라서 이는 민주주의의 장에서 허용되는 한계를 넘는 것이므로 민주주의 의사형성의 보호를 위해서도 제한되는 것이 불가피하고, 특히 그것이 육체적·정신적으로 미성숙한 학생들이 구성원으로 있는 공간에서의 문제라면 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의하여 달성되는 가치를

즉, 서울특별시 학생인권조례의 위 조항에서 금지의 대상으로 삼고 있는 혐오표현은 타인의 권리 침해[26]를 인식, 용인하면서 하는 표현이라고 해석하고 있다. 때문에 혐오표현은 그 보호가치가 낮다고 할 수 있으며, 혐오표현의 이러한 속성은 해당 결정에서 비교형량에도 영향을 미치고 있다.[27]

혐오표현에 대한 규제는 한편으로 표현의 자유에 대한 제약을 의미하기 때문에 조심스러운 접근법이 요구되고 있다. 오사카시의 혐오표현 대처에 관한 조례와 서울특별시 학생인권조례에서도 혐오표현에 대한 규제를 할 때 이러한 점을 제도설계 시부터 의식하고 있었다고 할 것이다. 때문에 규제수단으로 채택된 오사카시의 혐오표현 대처에 관한 조례에서의 '인식 등 공표'와 서울특별시 학생인권조례에서 학생인권옹호관의 구제조치 등 '권고'는 그 법적 강도가 약한 조치라고 할 것이고, 이러한 점이 비교형량에서 반영되어 혐오표현 규제의 합헌성을 인정하는 판단으로 이어졌다고 사료된다.

비교형량할 때에도 사상의 자유시장에서 통용되는 기준을 그대로 적용하기는 어렵다고 할 것이다."

26) 참고로, 혐오표현에 의하여 어떠한 권리를 빼앗기는지에 대한 前田의 설명을 빌리면, 형법학에서는 피해자의 인간의 존엄(인격권, 개인의 존중 등)에 중점을 두는 견해와 사회적 법익 (공공의 평온, 공공의 안전, 공공의 질서 등)의 존중에 중점을 두는 견해로 나뉜다. 표적이 된 피해자가 인간의 존엄을 상실하여 범죄라고 생각하는 것인지, 현장에서 직접 피해자뿐만 아니라, 그 사람과 같은 속성을 지는 모든 사람이 잠재적으로 피해자라고 널리 보는 것인지, 혐오표현은 사회의 평등을 해치고, 차별과 폭력을 선동하는 것에 의하여 민주적 절차나 공공의 평온은 파괴하는 것이어서 범죄라고 생각하는 것인지, 이 점이 널리 논해지고 있다고 한다.
①시민적 권리(생명, 신체, 안전, 이동의 자유) '죽어라' '나가라'고 협박받아 신체에 위험을 느낀다던지, 실제로 폭력피해를 입는 경우도 있다.
②정치적 권리(사회참가의 권리) 인간의 존엄이 부정되고, 모멸을 받는 것에 의하여, 그 사회에 참가하여, 민주적 의사결정에 가담하는 것이 부정된다.
③경제적 권리(재산권, 영업의 자유, 직업선택의 자유, 취직 노동의 권리) 공연하게 차별이 주장되어, 선동되고 있는 사회에서는 취직에 있어서 차이가 생긴다.
④사회적 권리(교육권 등) 교토조선학교와 같은 교육기관도 피해를 입고 있다. 자신들의 언어, 문화, 역사를 배울 기회를 잃어버리게 된다.
⑤문화적 권리(언어의 권리, 자신의 문화를 향유할 권리) 유엔선주민족권리선언에서 적시되어 있는 바와 같이, 각각 민족의 고유의 언어, 문화의 권리를 보장하지 않으면 안 된다. 소수자의 권리이다.
⑥국제인권법상의 제반권리(평화에의 권리, 연대의 권리, 발전의 권리 등) 혐오표현에 의하여 사회적인 평온이 해쳐진다. 상호신뢰와 연대를 파괴한다.
(前田朗, 앞의 논문(23), 123-125면)

27) 헌재 2019. 11. 28. 2017헌마1356, 공보 278, 1380 "이 사건 조례 제5조 제3항으로 달성되는 공익이 매우 중대한 반면, 제한되는 표현은 타인의 인권을 침해하는 정도에 이르는 표현으로 그 보호가치가 매우 낮으므로, 법익 간 균형이 인정된다."

세계헌법재판 조사연구보고서

(2023 제2호)

2023년 3월 17일 인쇄

2023년 3월 23일 발행

발 행 : 헌 법 재 판 소
헌법재판연구원

인 쇄 : 성 문 인 쇄 사
02) 2272-7553

<비매품>