부르키니 착용 금지의 위헌성[1)]

1. 사건개요

프랑스는 세속주의(laïcité)[2)]에 따라 2004년 3월 15일 법률 제2004-228호를 통하여 학교에서 이슬람 여학생들의 히잡(hijab) 등 종교적 상징을 갖는 의복 착용을 금지하였다.[3)] 그리고 2010년에는 공공장소에서 이슬람 여성들의 니캅(niqab) 및 부르카(burqa) 착용을 금지하는 법률을 제정하였으며,[4)] 이에 대하여 헌법재판소는 합헌결정을 하였다.[5)]

한편, 프랑스의 기초자치단체들이 해변에서 부르키니(burkini, 부르카와 비키니의 합성어)의 착용을 금지하는 아레떼(arrêté)[6)]를 제정함에 따라 부르키니의 착용을 금지하는 아레떼가 이동의 자유(liberté d'aller et venir), 양심의 자유(liberté de conscience) 및 개인적 자유(liberté personnelle)에 대한 과도한 제한인지가 문제되었다.

특히, 기초자치단체인 빌뇌브-누베(Villeneuve-Loubet)는 2014년 6월 20일 아레떼 및 2016년 7월 18일 아레떼를 통하여 국가로부터 이양된 해변 이용을 규제하였고, 상기의 두 아레떼가 2016년 8월 5일 신규 아레떼에 의해 폐지되고 대체되었는데, 상기의 새로운 아레떼는 "6월 15일부터 9월 15일까지 꼬뮌의 해변 전체에서 선량한 풍속 및 세속주의 원칙을 준수하고 공물해안(domaine public maritime)[7)]에 적용되는 물놀이 위생・안전 규칙을 준수하

---

1) Conseil d'État, 26 septembre 2016, N° 403578, Rcueil Lebon.

2) [프랑스 헌법 제1조 제1항]
프랑스는 불가분적·비종교적·민주적·사회적 공화국이다. 프랑스는 출신·인종·종교에 따른 차별 없이 모든 시민이 법률 앞에서 평등함을 보장한다. 프랑스는 모든 신념을 존중한다. 프랑스의 조직은 지방분권이다.

3) LOI n° 2004-228 du 15 mars 2004 encadrant, en application du principe de laïcité, le port de signes ou de tenues manifestant une appartenance religieuse dans les écoles, collèges et lycées publics
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000417977&categorieLien=id

4) LOI n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public
https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000022911670&categorieLien=id

5) Décision n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010, 헌법재판연구원, "공공장소에서의 얼굴 은폐를 금지하는 법률안에 관한 결정",「세계헌법재판동향」, 2013년 제2호, 42면.
http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2010/2010-613-dc/decision-n-2010-613-dc-du-7-octobre-2010.49711.html

6) 아레떼는 집행기관(각부 장관, 프레페, 꼬뮌의 시장)이 제정한 명령 혹은 규칙을 총칭하는 형식을 말한다. 한국법제연구원, 「프랑스 법령용어집」, 2008, 87면.

는 바른 옷차림(une tenue correcte)을 하지 않은 사람 모두에 대하여 물놀이를 금지한다. 물놀이를 하는 동안 상기의 원칙들에 반하는 의미를 암시하는 복장의 착용은 꼬뮌의 해변에서 엄격히 금지된다."고 규정한 제4.3조를 포함하고 있었다.

이에 대하여 인권단체 및 B.D.와 A.C.는 2016년 8월 5일 행정소송법전(code du justice administrative) 제L.521-2조[8]에 근거하여 니스 1심 법원에 동 아레떼 규정의 집행을 정지시켜줄 것을 신청하였으나 기각되자, 2016년 8월 23일과 25일에 최고행정법원에 항고하면서 1심 법원의 명령(ordonnance)을 취소하여 줄 것을 요청하였다. 이에 대하여 최고행정법원은16년 8월 26일 심판대상 아레떼가 과잉조치금지의 원칙에 위반되며 이동의 자유, 양심의 자유, 개인적 자유와 같은 기본적인 자유를 중대하고 명백하게 침해하여 위법이라고 판시하면서 니스 1심 법원의 명령을 취소하고 심판대상 아레떼 제4.3조의 집행을 정지하였다.[9]

그런데 이와 같은 최고행정법원의 결정이 있은 후, 2016년 9월 12일, 니스 1심 행정법원의 긴급심리법관(juge des référés)은 '인권단체 - 프랑스 내 이슬람공포증에 대항하는 단체(L'Association de défense des droits de l'homme - Collectif contre l'islamophobie en France)'가 신청한 꼬뮌 깐쉬르메르(Cagnes-sur-Mer)의 부르키니 착용을 금지한 2016년 8월 24일 아레떼의 집행 정지 요청을 기각하였다. 이에 상기 인권단체는 2016년 9월 19일 최고행정법원에 항고하였다.

---

7) 공물은 공적 목적에 제공된 물건을 의미하며, 우리나라에서는 공법인 소유일 것을 요건으로 하지 않음에 비해, 프랑스에서 공물 또는 공공재산(domaine public)은 국가, 지방자치단체, 영조물법인과 같은 공법인 소유의 공적 목적에 제공된 재산을 의미한다. 한편, 공공재산법전(code générale de la propréte des personnes publiques) 제L2111-6조는 공물해안을 인공적인 것과 자연적인 것으로 구분하고 있다. 자연적인 공물해안은 현재 자연현상(예, 연안해역(바다 및 바닷가, rivage)) 및 과거 자연현상(예, 바다에 의한 퇴적물(lais, relais))에 따른 상황을 단순히 확인함으로써 정해진다.
http://www.developpement-durable.gouv.fr/Consistance-du-domaine-public.html

8) [행정소송법전 제L.521-2조]
긴급성이 인정되는 신청이 제기되면, 긴급심리법관은 공법상 법인이나 공공서비스의 관리를 담당하는 사법상 기관이 권한을 행사함에 있어 사인의 기본적 자유(liberté fondamentale)에 대한 중대하고 명백한 침해를 가한 경우에, 그 자유의 보호를 위한 모든 조치를 명할 수 있다. 긴급심리법관은 48시간 이내에 판결하여야 한다.

9) Conseil d'Etat, ORD., 26 août 2016, Ligue des droits de l'homme contre Villeneuve-Loubet (arrêté anti-burkini), requête numéro 402742.

2. 명령(ordonnance)

1) 2016년 9월 12일 니스 1심 행정법원의 긴급심리법관의 명령(ordonnance)을 취소한다.

2) 2016년 8월 24일 깐쉬르메르 시장의 아레떼의 집행을 정지한다.

3) 행정소송법전 제L.761-1조[10]의 집행에 관한 당사자의 주장은 기각한다.

4) 본 결정은 '인권단체 - 프랑스 내 이슬람공포증에 대항하는 단체', 꼬뮌 깐쉬르메르 및 내무부장관에게 고지된다.

3. 판결이유

(1) 행정소송법전 제L.521-2조에 근거하여, 단기간에 선고되는 것이 정당화되는 특별히 긴급한 상황인 경우, 긴급심리법관은 행정청이 중대하고 명백히 위법하게 침해한 '기본적 자유(liberté fondamentale)'를 보호하기 위하여 필요한 모든 조치를 명할 수 있다.

(2) 깐쉬르메르의 시장은 2016년 8월 24일, 제1조에 "선량한 풍속 및 세속주의 원칙을 준수하고 공물 해안(domaine public maritime)에 적용되는 물놀이 위생·안전 규칙을 준수하는 바른 옷차림(une tenue correcte)을 하지 않은 모든 사람에게 ... 꼬뮌 깐쉬르메르의 공공 해변 및 물놀이터의 접근을 금지한다."고 규정한 아레떼를 제정하였다. 또한 상기 아레떼는 물놀이터 및 해변에서 종교적인 액세서리를 공공연하게 드러내는 복장의 착용을 금지하였다.

---

10) [행정소송법전 제L.761-1조] 모든 소송에서, 법관은 당사자(partie tenue)에게 소송비용의 부담을 선고하거나, 필요한 경우 패소한 당사자에게, 비용(depense)에 포함되지 않은 지출 경비(frais exposés)를 참고하여 법관이 정한 금액을 다른 당사자에게 지불할 것을 선고한다. 법관은 선고 받은 당사자의 경제적 상황 또는 형평(équité)을 고려한다. 법관은 직권으로 위와 동일한 고려를 통하여 비용부담 판결이 필요 없다고 선고할 수 있다.

(3) 인권단체 - 프랑스 내 이슬람공포증에 대항하는 단체는 행정소송법전 제L.521-2조에 근거하여, 니스 행정법원의 긴급심리법관에게 동 아레떼의 집행 정지를 요청하였다. 행정법원의 긴급심리법관은 2016년 9월 12일 명령(ordonnance)으로써 그 요청을 기각하였다. 따라서 인권단체는 항고하였다.

(4) 지방자치법전(code général des collectivités territoriales) 제L.2212-1조에 근거하여, 시장은 프레페(préfet)[11]의 행정적 통제하에, 동 법전 제L.2212-2조에 따라 "공공질서(bon ordre publique), 공공의 안녕(sûreté publique), 공공의 안전(sécurité publique), 공중위생(salubrité publique)을 보장하기 위하여" 지방경찰권을 갖는다. 그 외에도 제L.2213-23조는 "시장은 연안해역(rivage)에서 행해지는 물놀이 및 수상활동에 대한 경찰권을 행사한다. ... 시장은 그러한 활동을 수행하기 위하여 구현된 설비의 사용을 규제한다. 시장은 모든 원조 및 구조 조치를 긴급히 마련한다. 시장은 물놀이 및 상기한 활동의 안전을 충분히 보장하는 연안 내에 하나 또는 여러 개의 감시지역의 경계를 정한다(délimitation). 시장은 감시기간을 정한다. ... "고 규정하고 있다.

(5) (4)에서 언급한 규정에 의하여 시장이 꼬뮌의 질서 유지의 책무를 지는 경우, 그 임무의 완수와 법률에 의해 보장된 자유에 대한 존중을 양립시켜야한다(concilier). 연안 도시(꼬뮌)의 시장이 해변(plage)에 접근하거나 물놀이하는 것을 규제하기 위하여 제정한 경찰조치들은 오직 공공질서, 물놀이 안전, 그리고 해변에서의 위생 및 품위(décence)에 대한 필요성의 견지에서 적합하고(adaptées), 필요하며(nécessaires), 침해하는 법익과 추구하는 공익 사이에 비례관계(proportionnées)가 유지되어야 한다. 시장은 다른 동기를 고려할 권한을 가지지 않으며, 그가 취하는 자유에 대한 제한은 공공질서 침해

11) 프레페(préfet)는 프랑스의 지방 일반 행정기관에 해당한다. 국가단일성의 유지와 국가이익의 보호를 위한 국가행정기관으로서 지방자치단체의 법적 행위에 대해 일종의 통제적 기능을 수행한다. 한국법제연구원, 「프랑스 법령용어집」, 2008, 602면.

에 대한 명백한 위험에 의해 정당화되어야 한다.

(6) 깐쉬르메르 시장이 발령한 훈령으로부터, 2016년 7월 14일 니스와 2016년 7월 26일 셍-에띠엔느-루브레이(Saint-Etienne-du-Rouvray) 테러 이후, 2016년 8월 23일 꼬뮌 깐쉬르메르의 한 해변에서 한 가족의 구성원 두 명이 "부르키니(burkinis)"라고 불리는 수영복을 착용하였는데, 이때 해변의 다른 이용자와 이들 사이에 일어난 언쟁을 통해서 발생한 긴장상태를 고려하여 이러한 상황에 의해 발생 가능한 공공질서의 침해를 예방하기 위하여 깐쉬르메르 시장이 계쟁 아레떼를 제정하였다는 것을 알 수 있다. 그러나 구두변론[12]때 어떠한 다른 침해도 원용되지 않았다. 계쟁 아레떼의 개입을 부추겼던 사건은 니스 테러와의 지리적 근접성 및 긴급사태(l'état d'urgence)의 유지에도 불구하고, 그 성격과 제한의 중대성을 고려할 때, 의문이 제기된 금지 조치를 법적으로 정당화할 수 있는 공공질서 침해에 대한 명백한 위험을 드러냈다고 할 수 없다. 이러한 상황하에서, 종교를 공공연하게 드러내는 복장을 착용한 자의 해변 접근 및 물놀이를 금지하는 규정은 시장이 가진 경찰권의 한계를 넘은 것이었다. 계쟁 아레떼는 기본적 자유 즉, 이동의 자유, 양심의 자유 및 개인적 자유에 대하여 명백히 위법하고 중대한 침해를 가져왔다. 이러한 규정들의 적용은 긴급심리법관이 행정소송법전 제L. 521-2조에 속하는 권한을 사용하는 것을 정당화하는 긴급한 상황(situation d'urgence)을 구성한다. 따라서 2016년 9월 12일 니스 1심 행정법원의 긴급심리법관의 명령을 취소하고 2016년 8월 24일 깐쉬르메르 시장의 아레떼에 대한 집행정지를 명할 필요가 있다.

12) 긴급심리절차의 경우 대심절차가 대부분 구두로 진행된다.