남녀차별행위 등을 처벌하는 법률이 죄형법정주의와 표현의 자유 등을 침해하는지 여부[1)]

1. 사건개요

벨기에 자유당(Parti Libertarien)과 소송참가인은 2015년 1월 20일에 벨기에 헌법재판소에 접수된 청구를 통해 '공공장소에서의 성차별에 대처하고, 차별행위를 형사처벌하기 위하여 여성과 남성의 차별에 대처하고자 하는 2007년 5월 10일 법률을 개정하는 2014년 5월 22일 법률'[2)] 제2조와 제3조가 죄형법정주의와 표현의 자유 등을 침해하였다는 이유로 그 폐지를 청구하였다.

2. 심판대상규정

제2조 "본 법률의 적용에 있어서 성차별주의는 형법전 제444조에 규정된 상황[3)]에서 어떤 사람의 성적인 소속을 이유로 어떤 사람에 대한 경멸을 표현하는 것을 명시적으로 그 목적으로 하거나 동일한 이유로 어떤 사람을 열등한 것 또는 본질적으로(주로) 그 성적인 측면으로 단순화하게 간주하는 것을 명시적으로 그 목적으로 하며, 그 사람의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래하는 모든 몸짓 또는 행동으로 이해된다."

제3조 "제2조에 규정된 행위를 하는 자는 1개월에서 1년의 구금형 및 50유로에서 1000유로의 벌금형 또는 두 형벌 중의 하나에 처해진다."

---

1) Arrêt n° 72/2016 du 25 mai 2016.

2) loi du 22 mai 2014 tendant à lutter contre le sexisme dans l'espace public et modifiant la loi du 10 mai 2007 tendant à lutter contre la discrimination entre les femmes et les hommes afin de péaliser l'acte de discrimination.

3) - 모임 또는 공공장소에서; - 공공장소는 아니지만 그 장소에 참석 또는 드나들 수 있는 권리를 가진 일정한 사람들에게 개방된 장소에 여러 사람이 있는 경우; - 어디든지, 제3자 앞에서 모욕을 당한 사람이 있는 경우; - 인쇄되거나 인쇄되지 않는 출판물, 영상 또는 기호를 통하여 대중에게 게시되거나 배포 또는 판매 또는 진열된 경우; - 출판물이 대중에게 제공되지는 않았으나 여러 사람에게 전달되거나 통지 된 경우.
http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a1.pl?language=fr&caller=list&cn=1867060801&la=f&fromtab=loi&tri=dd+ as+ rank#LNK0124

3. 판결요지

(1) 죄형법정주의 위반에 대하여

1) 청구인은 심판대상법률 제2조와 제3조가 유럽인권협약 제5조(신체의 자유와 안전에 대한 권리)와 결합된 벨기에 헌법 제10조(평등권), 제11조(이념적 및 철학적 소수자에 대한 차별의 금지), 제12조 제2항(죄형법정주의) 및 제14조(죄형법정주의)[4]의 위반 또는 벨기에 헌법 제10조, 제11조, 제12조 제2항 및 제14조만의 위반, 그리고 합법성 및 법적 안정성, 형법의 예견가능성의 일반적 원칙에 위반되며, 입법자는 심판대상법률 제2조의 범죄행위를 충분히 명확하고 분명한 표현으로 규정하지 않았음을 주장하였다.

2) 벨기에 헌법 제12조 제2항은 "누구든지 법률이 정하는 경우가 아니거나, 법률이 정하는 형식에 의하지 아니하고는 소추되지 아니한다."고 규정하며, 유럽인권협약 제7조는 "누구든지 행위시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이유로 유죄판결을 받을 수 없다. 마찬가지로 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다 중한 형벌을 받지 아니한다."고 규정한다.

3) 형사 분야의 합법성의 원칙은 형법은 각자가 어떤 행위를 할 때 그 행위가 처벌될 수 있는지 또는 아닌지를 알 수 있는 표현으로 규정되어야 한다는 사고에서부터 비롯되었다. 합법성의 원칙은 어떤 행위를 하는 사람이 사전에 자신의 행위의 형법적 결과를 충분하게 평가할 수 있도록 하기 위하여, 그리고 판사가 지나치게 광범위한 판단을 할 수 없도록 하기 위하여 입법자로 하여금 충분히 명확하고, 분명하며, 법적 안정성을 부여하는 표현으로 어떤 행위가 처벌되는지를 규정할 것을 요청한다.

4) 벨기에 헌법 제14조 "어떠한 형벌도 법률에 근거하지 않고는 규정되거나, 적용될 수 없다."

그렇지만, 합법성의 원칙은 법률이 판사에게 판단권을 부여하는 것을 금지하는 것은 아니다. 따라서 법률의 일반성이라는 특성, 법률이 적용되는 다양한 상황, 그리고 법률이 처벌하는 행위의 전개에 대한 고려가 필요하다.

4) 범죄가 법률에 의해 명확하게 규정되어야 한다는 조건은 법원의 관할에 속하는 범죄자가 직접적으로 관련된 규정이 적용될 때부터 필요한 경우 법원의 해석의 도움으로 어떠한 작위와 부작위가 자신의 형사책임을 발생시키는지를 알 수 있을 때 충족된다.

따라서 입법자가 사용한 일반적인 표현이 형사 분야의 합법성의 원칙을 위반할 정도의 모호함이 있다는 점에 대한 판단은 구체적 형벌 규정에 대한 검토와 형벌 규정이 처벌하는 범죄행위에 고유한 여러 요소들에 대한 고려를 통해서만 가능하다.

5) 법률의 프랑스어판과 네덜란드어판 간의 규정의 차이와 관련하여

심판대상규정 제3조는 본 법률 제2조에서 규정한 행위를 하는 자를 처벌한다. 즉 심판대상규정 제2조는 성차별주의를 처벌하고자 하며, 성차별주의를 제2조에서 규정하는 정의에 부합하는 모든 “몸짓 또는 행동”으로 정했다. 네덜란드어판에서는 제3조에서 “gedrag”라는 용어를, 제2조에서는 “gebaar of handeling”이라는 용어를 사용하였다.

청구인의 주장과 달리 프랑스어판에서 어떤 사람의 “행위”의 개념은 일반적인 의미에서 어떤 사람의 취하고 있는 몸짓을 포함하고 있기 때문에 처벌될 수 있는 행위의 정의에서 성차별적인 몸짓을 제외하고 있지 않다. 제2조가 프랑스어판에서 “몸짓 또는 행동”이라는 표현을 사용하고, 제3조에서 “행위”라는 용어를 사용하였다는 사정만으로 입법자가 “행위”라는 낱말의 일반적인 의미에서 벗어나 “몸짓”을 제외하였다고 결론내릴 수 없다. 그리고 이와 같은 해석은 법률안의 이유서에서도 확인할 수 있다.

그리고 제2조의 네덜란드어판이 “wegen zijn geslacht”라는 표현을 사용하였지만, 제2조의 프랑스어판이 “성적인 소속을 이유로”라는 표현을 사용하였다는 점으로부터 두 언어의 판이 다른 범죄규정을 창설하였다고 결론내릴 수 없다.

법률안의 이유서의 내용에 따르면 입법자는 “어떤 사람이 어떤 또는 다른 성에 소속되는 범위에서 어떤 사람의 존중을 위한 권리를 촉진하는 것”은 입법자의 권한이라 판단하였다. 그리고 “성적인 소속을 이유로”(en raison de son appartenance sexuelle)라는 표현은 “그 성을 이유로”(en raison de son sex)라는 표현과 동의어이며, 이는 네델란드어의 “wegen zijn geslacht”라는 표현에 해당한다. 따라서 심판대상규정이 창설한 범죄행위는 명시적으로 어떤 사람이 여성 또는 남성이라는 이유로 어떤 사람에 대한 경멸을 표현하는 것 또는 동일한 이유로 어떤 사람을 열등하거나 본질적으로(주로) 그 성적인 측면으로 단순화하게 간주하는 것을 그 목적으로 하는 몸짓 또는 행동을 그 대상으로 한다.

그리고 청구인은 제2조에서 사용한 “본질적으로(주로)”(essentiellement)라는 표현이 네덜란드어판에는 없다고 주장하였다.

이와 관련하여, 제2조의 프랑스어판과 네덜란드어판의 불일치가 형사 분야의 합법성의 원칙에 반하여 해석의 어려움을 초래하는 점을 고려하여 심판대상법률규정 제2조의 프랑스어판에서 “본질적으로(주로)”(essentiellement)라는 표현은 삭제하는 것이 바람직하다.

6) 인간의 존엄성에 대한 심각한 침해와 관련하여

청구인은 “그 사람의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래하는”이라는 표현이 피해자에게 해당하는지 아니면 행위자에 해당하는지 명확하게 규정되지 않았으며, 이는 형사 분야의 합법성의 원칙에 반하여 예측가능성에 위반된다고 주장하였다.

어떤 사람의 존엄성 또는 인간의 존엄성에 대한 침해의 개념은 이미 헌법과 여러 입법 그리고 판례에 의해 사용되었다. 그리고 어떤 사람의 인간 존엄성에 대한 심각한 침해의 개념은 행위의 피해자의 개인적 및 주관적 평가에 따라 다른 내용을 포함할 수 있다. 피해자의 동의가 없다는 점은 심판대상규정이 창설한 범죄행위의 구성요건적 요소가 아니다. 몸짓 또는 행위가 있었던 구체적인 상황을 고려하여 범죄행위의 구성요건적 요소가 충족되었는지 - 여기에는 관계되는 사람의 존엄성에 대한 심각한 침해의 측면에서의 결과들이 포함된다 - 를 판단하는 것은 사건을 담당하는 판사의 몫이다. 따라서 행동 또는 몸짓의 피해자의 동의는, 비록 이와 같은 행동 또는 몸짓이 피해자의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래하는지를 판단하고, 필요한 경우 그 형벌을 정하는 판사에 의해 고려될 수는 있지만, 그 자체만으로는 몸짓 또는 행위의 주체의 형사책임을 배제하지는 않는다. 그리고 범죄행위로 "어떤 사람에 대한 … 모든 몸짓 또는 행동"이라는 표현은 행위자 자신을 대상으로 하는 몸짓 또는 행위를 의미하지는 않는다. 따라서 심판대상규정이 이와 같은 점에서 불명확한 점이 없기 때문에 입법자가 어떤 사람이 자기 자신의 존엄에 대한 심각한 침해를 초래할 수 있는 몸짓 또는 행위를 취하는 경우를 명시적으로 배제하지 않았다는 점을 이유로 입법자를 비난할 수 없다.

따라서 형법적으로 처벌되기 위해서 심판대상규정 제2조가 대상으로 하고 있는 몸짓 또는 행동에 따른 조건이 어떤 사람의 인간의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래해야 한다는 점은 충분히 명확하고, 분명하며, 예견가능하다.

7) 어떤 사람의 열등함을 고려하는 행위와 관련하여

청구인은 입법자가 심판대상규정 제2조에서 "<u>어떤 사람을(법문에는 명시적으로 표현되지 않았음)</u> 열등한 것으로 간주하는 것"(considérer [une

personne] comme inférieure)이라는 표현으로 규정되었어야 할 것을 명확하게 규정하지 않았다고 주장하였다.

심판대상규정 제2조의 표현은 단지 어떤 사람을 그 성을 이유로 열등한 것으로 간주하는 행위자의 의도를 표현하는 모든 몸짓 또는 행위를 처벌하는 것을 그 목적으로 하는 것으로 이해되어야 한다. 따라서 "간주하다"(considérer)라는 말의 사용은 모호한 점이 없다.

8) 어떤 사람에 대한 경멸의 표현과 관련하여

"경멸"의 개념은 이미 입법자에 의해 사용되었다. 따라서 심판대상규정을 통해 창설된 범죄와 관련하여 입법자는 전혀 "경멸"이라는 말의 일반적 의미로부터 벗어나지 않았다.

따라서 "어떤 사람에 대한 경멸을 표현하는 것을 명시적으로 그 목적으로 하는"이라는 표현은 범죄를 정의하는 데 있어 충분할 정도로 명확하고, 분명한 규범적 내용을 포함하고 있다.

9) 성적인 측면으로 단순화하는 것의 표현과 관련하여

마지막으로, 명시적으로 어떤 사람을 성적인 측면으로 단순화하는 것을 그 목적으로 하는 행동 또는 몸짓을 하는 행위로 구성되는 범죄는 이와 같은 행위가 사람의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래하는 것을 요구하기 때문에 형사 분야에서의 합법성의 원칙의 관점에서 충분히 명확하게 규정되었다.

이 밖의 사항의 경우 비록 청구인이 비판하고 있는 용어들이 충분히 명확한 효과 또는 내용을 포함하고 있는지 고려할 필요가 있지만, 범죄의 구성요건적 요소인 행동 또는 몸짓이 인간의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래해야 한다는 요청은 심판대상규정의 적용영역과 관련하여 법원에 충분할 정도

의 정보를 제공한다. 행위의 심각함을 판단하는 것과 그 결과 행위가 형법의 적용영역에 속하는지 여부를 결정할 권한은 형사법관의 임무에 속한다. 인간의 존엄성에 대한 심각한 침해를 초래하는 행동 또는 몸짓에 한정하여 형사적 제재를 받도록 규정한 입법자는 형사 분야의 합법성의 요청을 충족하였다.

요컨대, 제2조에서 사용한 "본질적으로(주로)"(essentiellement)라는 표현은 프랑스어판에서 폐지되어야 한다는 점을 제외하고, 죄형법정주의에 관한 첫 번째 청구이유는 이유 없다.

(2) 표현의 자유 위반에 대하여

1) 청구인은 심판대상규정이 헌법 제19조만의 위반 또는 유럽인권협약 제9조 및 제10조 및 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조와 제19조와 결합된 헌법 제19조를 위반하여 표현의 자유에 대한 권리를 침해한다고 주장하였다.

2) 벨기에 헌법 제19조는 "신앙의 자유와 신앙의 공개적 행사의 자유 및 모든 사항에 관하여 개인의 의견을 표명하는 자유는 보장된다. 단, 이러한 자유를 행사함에 있어서 저지른 범죄는 처벌될 수 있다."고 규정한다.

유럽인권협약 제9조는 "1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 관한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자기의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 공적 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다. 2. 자기의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 법률에 규정되고, 공공의 안전, 공공질서,

보건, 도덕 또는 다른 사람의 권리 및 자유의 보호를 위하여 민주사회에 있어서 필요한 경우에만 제한받을 수 있다."고 규정하며, 유럽인권협약 제10조는 "1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 본조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다. 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토 보전이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주주의 사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 제재에 따르게 할 수 있다."고 규정한다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제18조 "1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유와 단독으로 또는 다른 사람과 공동으로 공적 또는 사적으로 예배, 의식, 행사 및 선교에 의하여 그의 종교나 신념을 표명하는 자유를 포함한다. 2. 어느 누구도 스스로 선택하는 종교나 신념을 가지거나 받아들일 자유의 침해를 강제당하지 아니한다. 3. 자신의 종교나 신념을 표명하는 자유는, 법률에 규정되고 공공의 안전, 질서, 공중보건, 도덕 또는 타인의 기본적 권리 및 자유를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제한받을 수 있다. 4. 이 규약의 당사국은 부모 또는 경우에 따라 법정 후견인이 그들의 신념에 따라 자녀의 종교적, 도덕적 교육을 확보할 자유를 존중할 것을 약속한다." 그리고 제19조는 "1. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 자신의 의견을 개진할 수 있다. 2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면, 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계없이 모든 종류의 정보와 사실을 추구하고 수신하며 전달하는 자유를 포함한다. 3. 본 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일

정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에 한정된다. a) 타인의 권리 또는 신용의 존중, b) 국가안보, 공공질서, 공중보건 또는 도덕의 보호."라고 규정한다.

3) 이들 조항들에 의해 규정된 표현의 자유는 민주사회의 본질적 토대 중의 하나이다. 표현의 자유는 호의로 또는 해를 끼치지 않거나 별 것 아닌 것으로 간주되어 수집된 "정보" 또는 "생각"에 적용될 뿐만 아니라, 국가 또는 일부분의 국민을 "놀라게 하거나, 불안하게 하거나, 해치는" 정보 또는 생각에도 적용된다. 따라서 민주사회의 전제조건인 다원주의, 관용, 개방적 사고는 표현의 자유를 요구한다.

그렇지만 유럽인권협약 제10.2조가 규정하는 바와 같이 표현의 자유의 행사는 일정한 의무와 책임을 요구하며, 특히 "타인의 명예와 권리의 보호와 관계되는" 일정한 한계를 넘어서지 말아야 할 원칙적 의무가 있다. 유럽인권협약 제10.2조에 따르면 표현의 자유는 타인의 명예와 권리의 보호를 위하여 일정한 조건하에 형식, 조건, 제한 또는 제재가 따를 수 있다. 그렇지만 표현의 자유에 부가되는 예외는 축소해석이 요구되며, 표현의 자유를 제한할 필요성은 납득할 만해야 한다.

벨기에 헌법 제19조는 표현의 자유가 예방적 제한에 종속되는 것을 금지하지만, 표현의 자유의 행사시에 저질러지는 범죄를 제재할 것을 금하지는 않는다.

4) 어떤 사람에 대한 경멸을 언어 또는 서면을 통한 표현 또는 어떤 사람을 열등한 것으로 간주하거나 성적인 측면으로 단순화하는 행위의 표현을 범죄로 규정한 2014년 5월 22일 법률 제2조는 표현의 자유에 대한 권리의 간섭이 된다.

그러므로 이와 같은 간섭이 충분히 이해가능하고, 명확한 법률에 의해 규정되었으며, 민주사회에 필요한지, 긴급한 사회적 필요에 부응하는지, 그리고

입법자가 추구하는 정당한 목적과 관련하여 비례적인지 살펴볼 필요가 있다.

5) ① 죄형법정주의의 위반 주장에 대한 판시에서 살펴본 바와 같이 표현의 자유에 대한 간섭은 충분히 이해가능하고 명확한 법률에 의해 규정되었다.

② 심판대상규정이 추구하는 목적인 여성과 남성 간의 평등은 정당하며, 이는 유럽인권협약 제9조 및 제10조에서 열거되어 있다. 그리고 이는 이들 규정에 의해 보호되는 근본적 권리에 대한 간섭을 정당화할 수 있다. 왜냐하면, 이들 규정은 타인의 권리의 보호, 질서의 방어 및 민주주의의 근본적 가치의 긍정을 동시에 언급하고 있기 때문이다.

③ 청구인은 심판대상규정은 성차별적 행동을 하는 사람이 처벌받지 않는 점을 방지하기 위한 입법목적이 실행불가능하며, 형사법원에 의해 적용되지 않을 것이기 때문에 그 달성의 측면에서 효과가 없다고 주장한다.

그렇지만, 이와 같은 논거는 확인할 수 없는 추측에 근거하였을 뿐만 아니라, 법원이 적용함으로써 측정되는 형법의 실효성 그 자체는 앞에서 언급한 헌법규정 및 국제협약 규정과의 조화를 위한 조건이 되지 않는다. 입법자가 민주주의의 근본적 가치와 양립할 수 없다고 판단한 이유로 어떠한 행위를 범죄로 인정한 점은 교육적 및 예방적 효과 또한 가질 수 있다. 이와 같은 효과를 추구하는 것은 비록 객관적으로 측정할 수는 없지만 원칙적으로 형벌적 성격을 가지는 제재를 채택하는 점을 정당화할 수 있다.

④ 심판대상규정 제2조에 따르면 몸짓 또는 행동은 “어떤 사람에 대한 경멸을 표현하는 것을 명시적으로 그 목적으로 하거나 … 어떤 사람을 열등한 것 … 으로 간주하는 것”이어야 한다. 뿐만 아니라, 몸짓 또는 행동은 “어떤 사람의 존엄성에 대한 심각한 침해”를 초래해야 한다.

그리고 심판대상규정의 표현과 법률의 제정작업을 통해 볼 때 고의의 범죄가 문제가 되며, 입법자는 처벌을 가장 심각한 경우로 제한하고자 했음을 알 수 있다. 즉 입법자는 몸짓과 행동이 어떤 사람의 존엄성에 대한 침해를 초래할 수 있다는 점을 알고 어떤 사람에 대한 경멸을 표현하거나 어떤 사람을 열등한 것으로 간주하는 의도를 요구하였다. 뿐만 아니라, 처벌되기 위해서는 이와 같은 몸짓 또는 행동이 실제로 심각한 침해를 초래해야 한다. 따라서 여기서 대상으로 하는 범죄는 실체적인 요소들이 충족되어야 하기 때문에 추정되는 범죄가 아니며, 특별히 요구되는 악의의 존재는 소추를 하는 측이 증명해야 한다.

또한 심판대상규정 제2조에서 "어떤 사람에 대하여"라는 표현의 사용은 범죄가 문제의 표현이 하나 또는 여럿의 정해진 사람을 대상으로 하였을 때에만 실현될 수 있다는 점을 나타낸다. 그리고 특별한 악의와 범죄가 어떤 특정한 사람의 존엄에 대한 심각한 침해를 초래해야 한다는 요청들은 고의가 없는 경우와 어떤 특정한 사람에 대한 것이 아닌 경우에 풍자문, 농담, 캐리커처, 의견, 특히 사회내에서 성과 관련하여 사람의 상이한 위치와 역할에 관한 의견, 광고 및 특별히 요구되는 악의가 없는 채 표현의 자유의 영역에 속하는 모든 표현이 범죄화되는 것을 막는다.

따라서 심판대상규정은 마땅히 추구하는 목적에 비례한다. 따라서 헌법 제19조 및 앞에서 언급한 국제협약의 규정이 보장하는 표현의 자유에 대한 권리의 간섭은 정당하며, 심판대상규정이 표현의 자유를 침해하였다는 주장은 이유가 없다.