카탈루냐 투우금지법의 위헌성[1)]

1. 사건개요

국민당(PP) 소속 50명의 상원의원들은 카탈루냐 자치주의 '위임입법으로 개정이 승인된 동물보호법 제6조를 개정하는 법 28/2010'[2)]의 제1조에 대하여 2010. 10. 28. 헌법재판소에 추상적 규범통제를 청구하였다. 이는 원래의 조문에 f항이 추가되는 것인데, 심판대상조항의 내용은 다음과 같다.

6.1 동물의 고통을 야기하거나, 조롱의 대상이 되거나, 자연에 반하여 취급하거나, 이를 바라보는 사람들의 감성을 불쾌하게 할 수 있다면, 다음과 같은 싸움, 공연 또는 다른 활동에서 동물의 이용이 금지된다.

f) 동물의 죽음과 막대기창, 작살, 칼의 사용 기술 및 투우장 내부 또는 밖에서 발생하는 투우와 같은 어떠한 형태의 구경거리를 포함하는 투우와 황소에 관한 공연. 다만 제2항에 따른 황소에 관한 축제는 제외된다.

상원의원들은 카탈루냐 자치주의 법으로 투우를 (규제하는 것이 아닌) 금지하는 것이 국가의 권한을 침해하는 것이라고 보고, 위헌의 이유를 세 가지로 나누어서 제시하였다. A) 헌법 제149조 제1항 제28호, 제29호[3)] 및 제149조 제2항,[4)] B) 헌법 제20조,[5)] 제27조,[6)] 제44조,[7)] 제46조[8)] 및 제149조 제1항

---

1) 전원재판부 2016년 10월 20일 결정, 판례번호 177/2016.

2) Ley 28/2010, de 3 de agosto, de modificación del art. 6 del texto refundido de la Ley de protección de los animales, aprobado por Decreto Legislativo 2/2008, de 15 de abril.

3) 헌법 제149조: ① 국가는 다음의 사항에 있어서 배타적인 권한을 가진다:
28. 스페인의 문화적, 예술적 및 사회적 유산을 수출과 약탈로부터의 보호; 국립인 박물관, 도서관 및 기록보관소, 다만 자치주에 의한 관리를 해하지 아니한다.
29. 공공의 안전, 다만 조직법이 정하는 범위 내에서 해당 자치주 현장에서 정하는 형태에 따라 자치주의 경찰을 설립할 수 있다.

4) 헌법 제149조: ② 자치주가 인수할 수 있는 권한을 해함이 없이, 국가는 문화적 공적 역무를 의무적이고 필수적인 권한으로 보며, 합의에 따라 자치주 간 문화적 교류를 용이하게 한다.

5) 헌법 제20조: ① 다음 각 호의 권리는 인정되고 또한 보호된다:
a) 사상, 이념 및 의견을 구두, 서면 내지 다른 방법에 의하든 자유롭게 표명하고 전파
b) 문학적, 예술적, 과학적, 기술적 생산 및 창조
c) 강의의 자유
d) 어떠한 보급 방법에 의하든 정확한 정보의 발신 내지 수신. 법률은 이러한 자유의 행사에 있어서 양심조

제1호,[9] C) 제9조,[10] 제38조,[11] 제40조,[12] 제128조[13] 및 제149조 제1항 제3호[14]에 반한다는 주장이다.

2. 결정요지

(1) 법정의견

1) 본안판단에 앞서, 이 추상적 규범통제 사건의 구조와 관련하여 두 가지 측면으로 구분해서 살펴볼 수 있다. 먼저 법 28/2010을 통해 카탈루냐 자치주가 권한을 과도하게 행사하여, 즉 헌법 제149조 제1항 제28호, 제29호 및 제149조 제2항과의 관계, 헌법 제149조 제1항 제13호[15]과 제139조 제2항[16]과의 관계에서, 국가에 부여된 권한을 침해하거나 훼손하는 것인지에 관한 쟁

항 및 직업상의 비밀의 권리를 규정한다.

6) 헌법 제27조: ① 모든 국민은 교육을 받을 권리가 있다. 교육의 자유는 인정된다.
② 교육은 공동생활의 민주적 제 원칙, 기본권과 자유를 존중하여 인격의 완전한 발현을 목적으로 한다.
③ 공권력은 부모가 각자의 신앙에 따라 자녀를 종교적 · 도덕적으로 양육할 수 있는 권리를 보장한다.

7) 헌법 제44조: ① 공권력은 모든 사람이 가지는 문화에 대한 접근을 촉진하고 장려한다.
② 공권력은 공공의 이익을 위하여 과학, 학술조사 및 기술연구를 촉진한다.

8) 헌법 제46조: 공권력은 스페인 국민의 역사적 · 문화적 및 예술적 유산과 이를 구성하는 자산의 법적 지위 및 권리관계에 상관없이 그 보존을 보장하고 이를 풍부하게 할 것을 장려한다. 형사법은 이들 재산에 대한 범죄를 처벌한다.

9) 헌법 제149조: ① 국가는 다음의 사항에 있어서 배타적인 권한을 가진다:
1. 헌법상의 권리의 행사와 의무의 이행에 있어서의 모든 스페인 국민의 평등을 보장하는 기본조건의 규정

10) 헌법 제9조: ① 시민과 공권력은 헌법과 기타 법질서에 따라야 한다.
② 공권력은 개인과 개인이 구성하는 단체의 자유 및 평등이 현존하고 실현되도록 여건을 개선하며, 그 완전성을 침해하거나 또는 곤란하게 하는 장해를 제거해야 하며, 모든 국민의 정치적 · 경제적 · 문화적 및 사회적 생활의 참여를 용이하게 해야 한다.

11) 헌법 제38조: 기업의 자유는 시장경제의 범위 안에서 인정된다. 공권력은 일반경제의 수요와 경우에 따라서는 계획에 의해 기업의 자유권의 행사 및 생산성의 수호를 보장하고 보호한다.

12) 헌법 제40조: ① 공권력은 경제안정정책의 범위 안에서 사회적 · 경제적 발전을 위하여 그리고 소득의 지역적 · 인적 분배를 보다 균일화하기 위한 조건을 장려한다. 특히 완전고용을 지향하는 정책을 실행한다.
② 또한 공권력은 직업창출 및 재훈련을 위한 정책을 추진하고; 근로의 안전 및 건강에 유의하고 근로시간의 제한을 통해 기본적인 휴가와 유급휴가를 보장하고, 적합한 시설을 증진시킨다.

13) 헌법 제128조: ① 국내의 모든 형태의 부는 그 소유권을 막론하고 일반의 이익에 공여된다.
② 경제활동에 있어서의 공공의 주도권은 인정된다. 법률에 의하여 특히 독점의 경우 필수의 자원 또는 공적 역무를 공공부문에 유보하고, 또 일반의 이익이 요구한 때에는 기업에 대한 개입을 규정할 수 있다.

14) 헌법 제149조: ① 국가는 다음의 사항에 있어서 배타적인 권한을 가진다:
3. 국제관계

15) 헌법 제149조: ① 국가는 다음의 사항에 있어서 배타적인 권한을 가진다:
13. 경제활동의 일반계획의 기반과 조정

16) 헌법 제139조: ② 어떠한 권력도 스페인 전역에서의 사람의 이동과 주거의 자유, 재화의 자유로운 유통을 직접적 또는 간접적으로 방해하는 수단을 취할 수 없다.

점이 있다. 다른 한편, 상기 법의 내용이 헌법 조문, 기본권과 자유에 반하는지, 구체적으로 헌법 제20조 제1항의 예술, 표현의 자유, 아니면 기타 경제적 사회적 권리와 원칙에 관하여 - 구체적으로 헌법 제38조의 기업의 자유, 헌법 제44조의 문화에 접근할 권리, 헌법 제46조의 문화유산의 번영의 원칙 - 에 위배되는지 문제된다.

우선 권한적인 부분에 대한 검토를 하여, 만약 카탈루냐의 입법자가 과도하게 권한을 행사한 것이라면, 심판대상조항의 실질적인 내용과 위배된다고 제기된 기본권, 헌법 원칙과의 관계를 심도 있게 분석할 필요가 없을 것이고; 해당 법률이 그 권한에 맞게 행사되어 승인된 것이라면, 심판대상조항이 헌법에 부합되는지 따져볼 필요가 있을 것이다.

2) 특정의 공연을 금지하는 법 28/2010의 여러 부분에서 확인할 수 있듯이 동물의 보호를 그 이유로 두고 있으며, 이를 통해 보호하고자 하는 법적 대상을 분명히 명시하고 있다. 심판대상조항에서 규정하고 있는 투우금지는 (자치주에서의 최고 규범인) 카탈루냐 자치주 헌장 제116조 제1항 d)[17]의 동물의 보호와 제141조 제3항[18]의 공연에 관하여 자치주 권한의 행사 범위 내에 속한다고 할 수 있다. 그렇지만 이러한 권한의 행사는 헌법적으로 국가에 유보된 권한과 조화를 이루어야 하고(cohonestarse con las competencias reservadas constitucionalmente al Estado), 심판대상조항에서의 자치주의 권한은 국가의 권한에 관한 헌법 제149조 제1항 제28호, 제29호 및 제149조 제2항과의 관계 속에서 이해되어야 한다.

3) 우선 헌법 제149조 제1항 제29호에 따라 자치주는 (국가의 권한에 해당되는 공공의 안전에 관한 것이 아닌) 공연 질서를 규제할 수 있는 권한을 보

17) 카탈루냐 자치주 헌장 제116조: ① 헌법 제149조 제1항 제11호, 제16호에 따른 권한의 행사로 국가에서 규정한 것을 존중하면서, 농업과 가축에 관하여 배타적으로 카탈루냐 자치주 정부에 해당한다. 이러한 권한은 다음을 포함한다: d) 인간의 건강과 동물의 보호에 아무런 영향이 없는 경우 식물과 동물의 건강

18) 카탈루냐 자치주 헌장 제141조: ③ 카탈루냐 자치주 정부는 공연과 오락 활동에 관하여 배타적인 권한을 가지며, 어떤 경우든 구역의 관리, 행정적 개입 제도, 공공 장소와 시설에서의 모든 종류의 공연의 관리를 포함한다.

유하고 있으며, 예를 들어 황소 축제에 참여할 수 있는 나이를 14세 이상으로 하는 등이다. 사실 투우에 관한 법이나 규칙이 상당히 많은데, 공연 질서에 관한 것이거나 공연의 구성, 기술, 예술에 관한 것을 제정할 수 있다. 이러한 내용들은 '공연 부문에서의 국가 행정당국으로부터 카탈루냐 자치주에 기능과 공적 역무의 이전에 관한 명령 1771/1985'[19]에서 유래하는 것인데, 그렇지만 동 명령에 의해 권한이 부여되거나 인정되는 것은 아니며, 정확하게는 헌법, 자치주 헌장과 합헌성 블록을 구성하는 규범에 의해 비롯되는 것이다.

4) 다음으로 상기 카탈루냐 법 28/2010에서 국가의 권한에 영향을 미칠 수 있는 내용으로 헌법 제149조 제2항과 제149조 제1항 제28호를 살펴보면, 문화에 관한 권한의 배분에 있어 헌법재판소의 1984년 결정[20]에서부터 설시되었듯이 국가와 자치주의 권한이 경합되는(competencias concurrentes) 부분이 있다. 이에 따라 문화 부문에서 국가나 자치주 중 어느 하나의 권한을 배제할 수 없지만,[21] 특히 국가의 권한과 관련하여, 헌법재판소는 "우선적인 관심의 영역(área de preferente atención)"이 있다고 확인해왔고, 구체적으로 "공통의 문화유산의 보전(preservación del patrimonio cultural común)"과 더불어 "전반적인 처리를 구체화하거나 다른 권력기관에 의해 행해질 수 없는 것(lo que precise de tratamientos generales o que no puedan lograrse desde otras instancias)"은 국가에 해당된다고 판단하였다.[22]

따라서 국가와 자치주는 문화에 관한 권한을 각각 독립적으로 행사할 수 있으면서, 동일한 일반의 목적을 추구하거나 아니면 적어도 각각 양립할 수 있는 문화적 목적을 갖는 경우에는 권한의 행사가 경합될 수 있다. 다시 말

19) Real Decreto 1771/1985, de 1 de agosto, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos.
20) 전원재판부 1984년 4월 5일 결정, 판례번호 49/1984.
21) 전원재판부 1987년 6월 25일 결정, 판례번호 106/1987.
22) 전원재판부 1984년 4월 5일 결정, 판례번호 49/1984; 전원재판부 1985년 11월 15일 결정, 판례번호 157/1985; 전원재판부 1987년 6월 25일 결정, 판례번호 106/1987; 전원재판부 1991년 1월 31일 결정, 판례번호 17/1991.

해 궁극적으로 문화에 대한 접근(헌법 제44조 제1항, 카탈루냐 자치주 헌장 제44조[23]))과 스페인의 역사적, 예술적 및 문화적 유산의 보전과 번영(헌법 제46조)의 보장에 관한 원칙이 효과적일 수 있도록 권한을 조율하는 것을 의미한다. 국가는 헌법 제149조 제2항에 의해 문화 부문에 개입할 수 있는데, 특히 전반적인 처리가 요구되는 사안이거나 한 개 이상의 자치주를 관리할 공적인 행위가 요구되는 경우를 가리킨다.

5) 투우술(tauromaquia)이 스페인 사회현실에서 두드러진 위치를 가지고 있고, 투우는 여러 단계 내지 측면으로 구성된 활동으로 이에 관한 입법에 있어 국가와 자치주의 권한이 경합되는데, 이것은 역사적, 문화적, 사회적, 예술적, 경제적 및 경영적인 것을 아우르는 복합적인 특징을 나타내는 결과이다. 상기와 같이 투우 및 이와 유사한 공연은 문화적 성격의 현상으로, 공통의 문화유산의 일부를 이루어서 그 보존을 위해 국가의 개입이 허용되는 것이다. 특히 투우와 관련하여 문화 부문에서의 국가의 권한을 구체화하고 있는 규범들을 찾을 수 있는데, 심판대상조항 이후에 제정된 것도 있고, 이러한 규범이 직접적으로 합헌성의 기준이 되지는 않지만 이 심판 절차에서 참고 요소로 고려해볼 수 있다.

'투우 공연의 행정적 권한에 관한 법 10/1991'[24]의 입법목적 및 제4조 제1항을 보면 "황소 축제의 전통과 문화생활에 대한 관심을 갖고" 국가 당국은 이러한 활동을 보호하고 증진시키기 위한 수단을 채택할 수 있다고 되어 있다. 또한 황소 축제와 스페인의 문화유산에 관계된 내용이 1998년 10월 20일 대법원 판결에서도 강조되었었다. 이후에 '문화유산으로서 투우술을 규정하기 위한 법 18/2013'[25]의 입법목적에서 투우술을 "국가 전역에 걸쳐 문화유산의 한 부분으로서 보호할 가치"가 있다고 밝히고 있고, '무형문화유산 보

23) 카탈루냐 자치주 헌장 제44조: ④ 공권력은 연구, 우수한 과학연구, 예술적 창의성, 카탈루냐 문화유산의 보존과 보급을 장려해야 한다.
⑤ 공권력은 모든 사람들이 문화, 재산, 문화 서비스 그리고 문화적, 고고학적, 역사적, 산업적, 예술적 유산의 접근을 용이하게 하도록 필요한 조치를 취해야 한다.
24) Ley 10/1991, de 4 de abril, sobre potestades administrativas en materia de espectáculos taurinos.
25) Ley 18/2013, de 12 de noviembre, para la regulación de la Tauromaquia como patrimonio cultural.

전을 위한 법 10/2015'[26]에서는 "각 권한의 범위에서 무형문화유산을 구성하는 자산에 대해 공권력이 의무를 갖는 보전 행위"를 정하려는데 그 목적이 있다고 명시하였다.

6) 한편, 헌법 제46조에 따라 공권력이 문화유산의 보존을 보장하고 그 번영을 장려해야 한다는 것을, 보호를 받는 다른 권리와 이익을 고려하지 않은 채, 투우와 같이 전통적인 공연에 관계되는 모든 사항의 관리에 관한 해석을 동일하게 유지해야 할 의무가 있다고 이해하는 것은 타당치 않으며, 때로는 상반되는 특히 다른 문화적 가치 또한 적절히 고려되어야 한다. 카탈루냐 자치주의 입법자는 공연에 관한 권한 행사를 입법하면서 그 당시의 카탈루냐 사회에서 존재하는 의견이나 가치를 반영할 수 있는 자유를 가지는데, 그렇지만 권한 배분에 관한 헌법 질서에 따라 이러한 차이가 표출되어야 하고, 헌법 제149조 제2항의 문화 부문의 보호에 있어 국가 권한의 정당한 행사를 저지하거나, 방해하거나 훼손하는 극단에 이를 수 없다(no pueden llegar al extremo de impedir, perturbar o menoscabar el ejercicio legítimo de las competencias del Estado). 이에 따라 공연에 관한 권한을 행사하면서 자치주의 법 규범으로 투우 및 이와 유사한 공연을 금지하는 내용을 포함하는 것은, 문화 부문에서의 국가의 권한을 훼손하는(menoscaba las competencias estatales en materia de cultura) 것이며, 스페인 의회에서 보호의 가치가 있다고 밝혔음에도 불구하고 전통문화를 보존하려는 국가의 권한 행사를 카탈루냐에서 저지하고 직접적으로 이러한 보호를 불가능하게 하고 있다.

(2) 주문

위임입법으로 개정이 승인된 동물보호법 제6조를 개정하는 카탈루냐 법 28/2010의 제1조를 위헌 및 무효로 선고한다.

---

26) Ley 10/2015, de 26 de mayo, para la salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial.

(3) 반대의견 - 기각

Juan Antonio Xiol Ríos 재판관

이 사건에서 해결해야 했던 쟁점은 각각 자치주와 국가의 규범에 따른 동물의 보호와 투우술의 보호가 양립될 수 있는 것인지, 가능한 것이면 어떤 방식에 의해야 하는 것인가라고 생각한다.

스페인 헌법에서 일반적인 공연이나 특히 투우 공연에 관한 권한을 명시하고 있지 않으며, 빠이스 바스코, 카탈루냐, 안달루시아, 발렌시아, 카나리아, 나바라 자치주의 각 자치주 헌장에서 공연과 오락 활동을 배타적인 권한으로 포함시킨 것이다. 이에 따라 법정의견에서 심판대상조항이 승인되었을 당시에 (ⅰ) 공연과 동물보호에 관한 자치주의 배타적인 권한에 따른 것이고, (ⅱ) 문화 부문에서 국가가 기본적인 권한을 가지는 것이 아니라 권한이 경합된다는 점을 강조했어야 한다. 헌법 제149조 제2항에서 투우술을 문화 보호의무의 대상으로 인식하고 있지 않았고, 심판대상조항 이후의 규범인 법 18/2013을 통해 비로소 이러한 보호의무가 반영된 것이다. 결론적으로 심판대상조항은 권한 배분을 존중한 내용으로 합헌이다.

Adela Asua Batarrita, Fernando Valdés Dal-Ré 재판관

법정의견에서는 위와 같이 투우를 금지시키는 방법에 의해 문화 부문에서의 국가의 권한이 훼손되었고 이러한 보호를 불가능하게 하고 있다고 밝히고 있으나, (판단이유에서) 이러한 개입의 내용과 범위가 구체화되지 않았기 때문에 자치주의 어떠한 수단이 위헌 선언으로부터 보호를 받는지 명확히 알 수 없다. 구체적으로 투우장이 아닌 곳에서만 투우를 금지하였던 이전의 동물보호에 관한 법 3/1988이 유지되는지 여부이다.

또한, 권한쟁의와 관련된 일련의 사건들을 보면 전원재판부의 다수는 우려되는 태도를 취하고 있다.[27] 이 사건에서 자치주의 법이 합헌성 블록에 해

당되는 규범에 모순되거나 반대되어서(contradicción normativa) 위헌이라고 한정짓는 것이 아니라, 위헌성의 개념으로 권한의 훼손이라는(menoscabo competencial) 모호한 생각을 채택하고 있는 것이다. 이러한 판례들이 형성되면, 자치주의 규범과 이에 위임하는 것을 담고 있는 국가 규범의 본질을 파악할 필요도 없이, 어떠한 자치주 규범의 내용이 국가의 권한을 훼손한다고 확인되는 것만으로 해당 규범이 위헌 및 무효로 선고될 수 있다. 이것은 위헌성의 개념과 이에 대한 판단기준을 다시 정의하게 되는 위험을 발생시킨다.

27) 전원재판부 2015년 5월 14일 결정, 판례번호 93/2015; 전원재판부 2016년 1월 21일 결정, 판례번호 8/2016.