

오사카시(大阪市)의 혐오표현 대처에 관한 조례와 조례무효소송

고베대학교 법학정치학 박사과정 서누리

1. 일본에서 혐오표현의 확산과 혐오표현에 대한 규제

2010년대에 들어서부터 일본에서는 혐오표현¹⁾에 대한 문제가 부상하였다. 그러나 일본의 법무성에서 2017년 10월 실시한 설문조사에서는 ‘혐오표현에 대하여 알고 있고 있는가?’라는 질문에 일본시민의 42.6%가 모른다고 답변하였다.²⁾ 이 결과는 일부 집단은 혐오표현을 확산시키는 가운데, 일반시민들은 혐오표현 자체에 대하여 무엇인지 알지 못하는 경우가 많다는 것, 혹은 혐오표현을 하면서도 그것이 혐오표현임을 알지 못한다는 점을 나타낸다. 또한 일본에서의 혐오표현은 중국이나 홋카이도의 아이누민족³⁾도 대상으로 한 적이 있지만 특히 혐한으로 대표되는 재일한국인, 조선인과 같은 일본 외 출신자들에 대하여 집중적으로 이루어지고 있다는 특징이 있다.⁴⁾

혐오표현에 대응하기 위하여 2016년 ‘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)’⁵⁾이 제정되었다. 이 법률은 ‘일본 외 출신자에 대한 부당한 차별적 언행’을 ‘일본 외의 국가나 지역 출신인 자 또는 그 자손으로서 적법하게 거주하고 있는 자에 대하여 오로지 차별적 의식을 조장 또는 유발할 목적으로 공공연하게 그 생명, 신체, 자유, 명예, 재산에 위해를 가할 것을 고지하거나 현저하게 모멸감을 주는 등 일본 외 지역의 국가 또는 지역의 출신임을 이유로 하여 그들을 지역사회에서 배

1) 일본에서는 헤이트스피치(イトスピーチ)라고 표기하는 것이 일반적이다. 본고에서는 선행연구(홍성수, 혐오표현의 규제 : 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색, 법과사회 50호, 2015년)를 참고하여 혐오표현이라고 표기한다.

2) 일본 법무성 홈페이지 참조(http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00108.html)

3) 일본 홋카이도의 소수민족. 과거에는 러시아의 사할린과 쿠릴열도에도 거주하였다고 한다.

4) 일본 법무성이 2015년 공익재단법인 인권교육개발추진센터에 위탁하여 실시한 ‘혐오표현’에 관한 실태조사에서는 (1) 특정 민족이나 국적에 속하는 집단을 일률적으로 배척하는 내용 (2) 특정 민족이나 국적에 속하는 집단의 생명, 신체 등에 위해를 가한다고 하는 내용 (3) 특정 민족이나 국적에 속하는 집단을 비방하는 내용으로 분류하고 그에 해당하는 발언의 빈도와 추이를 조사하였다. (http://www.moj.go.jp/JINKEN/jinken04_00110.html)

5) 2016년 법률 제68호 2016년 6월 3일 공포 및 시행.

제하는 것을 선동하는 부당하고 차별적인 언행'이라 정의하고 있다. 이러한 차별적 언행을 해소하기 위하여 상담체제를 정비하고(제5조), 충실한 교육(제6조)과 계몽활동 등(제7조)을 할 것을 규정하고 있다.

이에 더하여 오사카시에서는 2016년 '혐오표현의 대처에 관한 조례(大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例)'를 제정하였다. 오사카시의 조례는 혐오표현의 확산을 방지하기 위하여, 혐오표현에 해당하는 경우 그러한 사실을 공표하는 등의 구체적 조치를 취할 수 있도록 규정하고 있다. 또한 중립적인 기관인 심사회를 설치하여 이러한 조치를 취함에 있어 심사회의 심사를 받도록 하고 있다. 그러나 이 조례에 반발하는 일부 주민들이 조례폐지소송을 제기하였으며⁶⁾ 이에 대한 제1심 판결이 2020년 1월 17일에 나왔다.⁷⁾

본고에서는 이 오사카시의 조례의 내용을 소개하고, 이에 대하여 제기된 조례폐지소송에서의 오사카 지방법원의 혐오표현과 관련된 헌법적 판단의 내용을 소개하고자 한다.

2. 오사카시의 혐오표현의 대처에 관한 조례

오사카시의 '혐오표현의 대처에 관한 조례'는 제4조부터 제6조를 제외하고 2016년 1월 18일부터 시행하였으며, 제4조(조치 등의 기본원리), 제5조(확산 방지조치 및 인식 등의 공표), 제6조(심사회의 의견청취)는 2016년 7월 1일부터

6) 오사카시의 주민인 원고들이 위 조례가 일본헌법 제13조(개인의 존중과 공공복지), 제21조 제1항(집회·결사 및 표현의 자유와 통신비밀의 보호), 제31조(생명 및 자유의 보장과 형벌의 제약), 제94조(지방자치단체의 권능)에 위반하여 무효임을 주장하면서, 오사카시의 집행기관인 피고(오사카시 시장)에 대하여 오사카시민국 총무과장이 해당 조례를 실시하기 위하여 내린 지급명령 가운데 ① 본건 조례에 의거하여 설치된 오사카시 혐오표현 심사회의 위원의 보수 115만 2480엔에 대한 지급부분 ② 본건 조례에 근거하여 조사 등에 소요한 우편요금으로써 합계 1272엔에 대한 지급부분은 법령상의 근거를 결하여 위법임을 구하는 확인소송을 제기하였다.

재판부는 오사카시의 혐오표현의 대처에 관한 조례 제2조, 제5조 내지 제10조가 헌법 제21조 제1항, 제13조, 제31조, 제94조 및 지방자치법 제14조 제1항에 위반하지 않으며, 조례 제9조에 근거하여 조사 또는 관계인에 대한 의견청취의 기회를 부여하기 위한 연락에 이용된 우편의 후납요금의 지불명령은 조례 제5조 제1항에 근거하는 것으로 법령상의 근거를 결여하였다고 할 수 없다고 판단하였다.

* 일본 지방자치법 제12조 ① 일본국민인 보통지방자치단체의 주민은 이 법률이 정하는 바에 따라서 그 속한 보통지방자치단체의 조례(지방세의 과세징수 및 분담금, 사용료 및 수수료의 징수에 대한 것은 제한다)의 제정 및 폐지를 청구할 권리를 지닌다.

* 동법 제2조의3 ① 지방자치단체는 보통지방자치단체와 특별지방자치단체로 구성된다.

② 보통지방자치단체는 도도부현과 시정촌으로 한다.

③ 특별지방자치단체는 특별구, 지방자치단체의 조합 및 재산구(財産区)로 한다.

7) 2020년 2월 17일자 오사카지방법원 판결. 大阪地方裁判所(第一審) 平成29年(行ウ)第161号.

터 시행하였다.

우선 이 조례는 혐오표현이 차별의식을 만들어 낼 우려가 있다는 점에서 이러한 혐오표현에 대하여 오사카시에서 취할 수 있는 조치 등에 관하여 필요한 사항을 정함에 따라 시민 등의 인권을 옹호함과 동시에 혐오표현의 억제를 목적으로 하고 있다(제1조).

본 조례에서는 인종 또는 민족과 관련된 특정한 속성을 지닌 개인 또는 이러한 개인들에 의하여 구성되는 집단(이하, ‘특정인 등’이라고 한다)을 사회에서 배제하고 특정인 등의 권리 또는 자유를 제한하거나 특정인 등에 대한 증오나 차별의식 혹은 폭력을 부추기는 것을 목적으로 하는 행위를 혐오표현으로 정의하고 있다(제2조 제1항). 표현 활동의 목적, 양태 및 발신대상이라는 세 가지 점에 착안하여 혐오표현에 대한 정의를 명확히 하였다.⁸⁾

본 조례의 의의에 대하여 오사카시에서는 ① 혐오표현의 정의 명시, ② 계몽, ③ 혐오표현의 확산방지조치 및 해당 표현 활동이 혐오표현에 해당한다는 취지 등에 대한 공표, ④ 중립적 기관(오사카 혐오표현 심사회)에 의한 심사라는 네 가지를 열거하고 있다.⁹⁾

제5조 (확산방지조치 및 인식 등의 공표) ① 시장은 이하에서 열거하는 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 공표한다. 단, 해당 표현 활동을 실시한 자의 성명 또는 명칭에 대해서는 이를 공표함으로써 제1조의 목적을 저해한다고 인정될 때, 해당 표현 활동을 실시한 자의 소재가 판명되지 않을 때, 기타 특별한 이유가 있다고 인정하는 때에는 공표하지 않을 수 있다.

(1) 오사카시의 구역 내에서 이루어진 표현 활동

8) 오사카시 홈페이지 참조(<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000309374.html>)

9) 오사카시 자료(<https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/cmsfiles/contents/0000339/339043/29.8.17gaiyousyuusei.pdf>)

(2) 오사카시의 구역 외에서 행해진 표현 활동(오사카시의 구역 내에서 행해졌는지 여부가 명확하지 않은 표현 활동을 포함한다)으로 다음의 어느 하나에 해당하는 것

가. 표현의 내용이 시민 등에 관한 것이라고 명확하게 인정되는 표현 활동

나. 가목에서 열거한 표현 활동 이외의 표현 활동으로 오사카시의 구역 내에서 이루어진 혐오표현의 내용을 오사카시의 구역 내로 확산시키는 것

② 전항의 규정에 따른 조치 및 공표는 표현 활동이 자신에 대한 혐오 표현이라 사료되는 특정인인 시민 등의 신청에 의하거나 직권에 의한다.

③ 시장은 제1항의 규정에 따른 공표를 하려는 때에는 사전에 해당 공표와 관련된 혐오표현을 한 자에게 공표의 내용 및 이유를 통지하는 동시에 상당한 기간을 정하여 의견을 진술하고 유리한 증거를 제출할 기회를 주어야 한다. 다만, 해당 공표와 관련된 혐오표현을 한 자의 소재가 불분명하거나, 해당 공표의 내용이 다음 조 제3항의 규정에 기초하여 제7조의 규정에 따른 오사카시 혐오표현 심사회(이하, '심사회'라 한다)의 의견을 듣기로 한 공표내용과 동일하고, 심사회에서 해당 공표의 내용이 타당하다는 의견을 진술한 경우에는 그러하지 아니하다.

④ 전항 본문의 의견은 시장이 구두로 하는 것을 인정하는 경우를 제외하고 서면으로 해야 한다.

⑤ 시장은 제1항의 규정에 의한 공표에 있어서는 해당 혐오표현의 내용이 확산되지 않도록 충분히 유의해야 한다.

⑥ 제1항의 규정에 의한 공표는 인터넷을 이용하거나 그 외, 시의 규칙에서 정하는 방법으로 한다.

표현내용의 확산을 방지하기 위하여 필요한 조치에는 웹사이트 운영자에 대한 삭제요청 등이 포함된다. 혐오표현에 해당함을 공표하고 게재하는 기간은 원칙적으로 공표한 날로부터 1년간이다.¹⁰⁾

오사카시에 따르면 2016년 7월 1일(조례의 전부 시행일)의 이전부터 인터넷에 게재되어 있는 기사나 시설 등에의 낙서 등으로서 조례 전부 시행일 이후에도 계속 게재되어 불특정 다수가 표현의 내용을 알 수 있는 상태에

10) <https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000339043.html#kohyou>

있는 것은 조례의 적용을 받는다.¹¹⁾ 그러나 출판물에 대하여는 시행일 전에 출판되었지만 시행일 후에 서점이나 도서관에서 열람할 수 있는 서적에 대하여는 확산방지조치 등의 대상이 될 수 없다고 한다. 동영상 공유 사이트의 경우, 투고자는 삭제 권한을 해당 사이트로부터 부여받고 있는 것이 일반적이지만, 서적 등에 대해서는 일단 서점이나 도서관으로 넘어가면, 저자나 발행자는 해당 서적 등의 판매나 열람을 중지시킬 수 있는 권한을 가지고 있지 않은 것이 일반적이기 때문이라고 한다.¹²⁾

본 조례는 오사카시의 조례이기 때문에 조례의 적용범위에 있어서 장소상의 한계가 존재한다.¹³⁾ 특히 인터넷을 이용한 표현 활동의 경우 그 영상을 인터넷 상에 공개하여 오사카시에서 시청가능한 상태로 두는 것이 오사카시 안에서의 표현 활동이라고 주장한 사례에 대하여, 심사회는 그것을 오사카시 안에서 이루어진 행위로 보아야 하는지는 명확하지 않다고 답변하였다. 그리고 이 주장을 인정한다면 인터넷을 통하여 행해진 표현 활동이 전부 오사카시 내에서 행해진 표현 활동으로 되어 버리는 난점이 있다고 첨언하였다.

3. 조례폐지소송의 제1심 판결 내용

(1) 표현의 자유 제한 여부

본건 조례가 일본국헌법 제21조 제1항¹⁴⁾에 위반하여 무효인가에 대한 쟁점에 대하여 원고는 본건 조례는 표현의 자유를 제약하는 것으로서 엄격한 심사기준이 적용되어야 한다고 주장하였다. 본건 조례 제5조 제1항에 근거하는 확산방지조치 등은 엄격한 심사기준에 비추어 위헌무효라는 것이다. 피고는 본건 조례가 애초에 표현의 자유를 제약하는 내용을 지니지 않으며, 혐오표현은 표현의 자유의 보장을 받지 않고, 보장을 받더라도 본건 조례의 내용은

11) <https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000465999.html>

12) 角松生史, 인터넷을 이용한表現活動とヘイトスピーチ対策, 世界人権問題研究センターGL OBE101号.

13) 지방자치단체는 그 '지역에 대한 사무'에 대하여 조례를 제정할 수 있다(일본 지방자치법 제14조 제1항, 제2조 제2항).

14) 일본헌법 제21조 (집회·결사 및 표현의 자유와 통신비밀의 보호)

① 집회, 결사 및 언론, 출판 그 외 일체의 표현의 자유는 보장된다.

공공복지에 의하여 정당화된다고 주장하였다.¹⁵⁾

오사카 지방법원 재판부는 본 조례의 규정이 표현의 자유를 제약하는 것이나 합리적인 범위 내의 것으로 그러한 제한은 정당화된다고 실시하고 있다.

1) 본건 조례가 표현의 자유를 제한하는가?

헌법 제21조 제1항이 보장하는 표현의 자유는 민주주의 국가의 정치적 기반을 이루고, 국민의 기본적 인권 중에서도 특히 중요하며, 법률에 의하여도 함부로 제한할 수 없는 것이다. 즉, 주권이 국민에게 속하는 민주주의 국가에서 그 구성원인 국민은 어떠한 사상·주장 등을 표현함과 동시에 이러한 정보를 상호 교환하며, 그러한 가운데 자유로운 의사를 지니고 자기가 정당하다고 믿는 것을 채택함에 따라 다수의견이 형성되고, 이러한 과정을 통하여 국정이 결정되는 것을 그 존립의 기반으로 하고 있다. 따라서 표현의 자유는 특히 중요한 헌법상의 권리로서 존중되어야만 하여, 헌법 제21조 제1항

15) 다음은 판결문에 적시된 피고의 주장의 요지이다.

① 본건 규정은 애초에 표현의 자유를 제약하는 내용을 지니지 않는다.

본건 조례 제5조 제1항에 의한 혐오표현 확인 등 공표는 표현 활동을 한 자의 어떠한 표현 활동도 규제 또는 금지하는 것이 아니며 해당 표현 활동을 한 자의 인격적 가치에 관한 어떠한 평가도 포함하지 않는다. 또한 헌법 제21조 제1항은 표현의 내용에 대한 사회적 평가를 보호하는 것이 아니다.

그리고 본건 조례는 인터넷에서 실명의 사용을 의무화하는 것이 아니므로, 익명에 의한 표현의 자유를 제약하는 것이 아니다. 그리고 성명이 공표된다 하여도 프라이버시의 침해 문제에 지나지 않아 표현의 자유를 침해하는 것이 아니다.

② 혐오표현은 표현의 자유의 보장을 받지 않는다.

어떠한 표현행위가 표현의 자유의 보장을 받는지 아닌지, 그리고 그 보장의 정도는 해당 표현행위와 자아실현의 가치와 연결되는 정도나 해당 표현행위가 가져오는 사회적 병폐를 고려하여 판단된다. 그리고 혐오표현은 개인의 존엄을 부정하고, 평온하게 생활할 권리, 명예권, 인격권, 지역사회에서 배제되지 않을 권리, 평등권 등을 침해하는 것으로 심각한 사회적 병폐를 가져오는 것이어서 표현의 자유의 보장을 받지 않는다고 해야 한다.

③ 본건 규정이 표현의 자유를 제약한다고 하여도 해당 제약은 공공복지에 의한 필요 또는 합리적 제한이다.

판례는 표현의 자유의 사후규제를 표현의 내용에 기초한 규제와 표현 활동에 중립적인 규정으로 구별하고 있지 않다. 표현 활동의 규제 일반에 대하여 제한이 필요한 정도와 제한되는 표현의 내용 및 성질, 그에 대한 구체적 제한의 형태 및 정도 등을 형량하여 공공복지에 비추어 필요 또는 합리적인 제한인지 아닌지를 판단하고 있다(最高裁昭和61年(行ツ)第11号平成4年7月1日大法院判決·民集46卷5号437頁, 最高裁昭和61年(才)第1428号平成5年3月16日第三小法院判決·民集47卷5号3483頁). 본건 조례에서 정하는 인식 등의 공표의 목적은 표현 활동의 내용이나 그것에 대한 인식 및 조치에 관한 정보를 제공하고, 혐오표현의 실태에 대한 시민들의 관심과 이해를 깊게 하며, 시민사회의 자회복력을 지원하여, 혐오표현을 방지하고 시민 등의 인권을 옹호하는 것이어서, 공권력에 의하여 특정한 내용의 표현을 자의적으로 억제하는 것이 아닌, 오히려 시민들의 알 권리에 기여하는 것이다. 혐오표현은 자아실현의 가치와 연결되지 않고 심각한 사회적 병폐를 야기하므로 엄격한 심사기준은 타당하지 않다. 따라서 본건 조례에 의한 제약은 공공복지에 비추어 필요하고 합리적인 것이다.

의 규정은 그 핵심에 이러한 취지를 포함한 것이라 해석된다.

그리고 본건 조례는 시장이 오사카시 내에서 행해진 표현 활동에 대하여 조례에서 정하는 혐오표현에 해당하는 것으로 인정할 때에는 1) 혐오표현의 내용의 개요를 공표할 뿐만 아니라 2) 사안의 내용에 따라 해당 표현 활동과 관계된 표현의 내용의 확산을 방지하기 위하여 필요한 조치를 취함과 동시에 3) 해당 표현 활동을 한 자의 성명 또는 명칭을 공표하는 것 등을 내용으로 한다. 이러한 확산방지조치 등에 의하여 해당 표현 활동이 일정 정도 억제될 수밖에 없다는 점에서 비추어 본건 각 규정은 해당 표현 활동(다만, 표현의 자유의 남용에 해당하는 활동은 제외한다)에 관하여 헌법 제21조 제1항이 보장하는 표현의 자유를 제한하는 측면을 지닌다.

2) 본건 조례에 의한 표현의 자유에 대한 제한이 용인되는가?

① 조례 각 규정의 목적의 정당성

‘특정인’을 비방하거나 모멸하는 표현 활동에 대하여 시장이 확산방지조치 등을 취하는 부분은 특정인이 속하는 인종 또는 민족에 관하여 비방하거나 모멸하는 표현 활동으로서 억제하여야 하는 것이고, 해당 특정인의 명예를 보호하기 위한 것으로 해석되는 바, 그 특정인의 인격의 근본을 형성하는 점도 고려하여 그 규제의 목적은 합리적이고 정당하다고 할 수 있다.

‘특정집단’을 비방하거나 모멸하는 표현 활동에 대하여 시장이 확산방지조치 등을 취하는 부분은 특정집단에 대하여 해당 특정집단과 관계되는 인종 또는 민족에 관하여 비방하거나 모멸하는 표현 활동을 억제하고, 해당 표현 활동이 확산되거나, 해당 표현 활동과 동등 또는 유사한 표현 활동이 반복됨에 따라 해당 인종 또는 민족에 대한 편견, 차별의식, 증오 등의 감정을 온존, 조성, 조장, 증폭시키는 등 이러한 감정이 해당 인종 또는 민족에 속한 개인에 대한 비방·모멸이나 폭력행위로 나아가는 것을 억제하는 것이 그 목적인 것으로 해석된다.¹⁶⁾ 현대사회에서 사람이 특정 인종이나 민족에 속한

16) “혐오표현을 수반하는 데모가 행해지고 있다는 보도 등에서 지적되는 단체의 활동내용을 조사한 결과 (가) 특정민족 등이 속한 집단을 일률적으로 배척하는 내용 또는 (나) 특정민족 등이 속한 집

것은 그 사람의 인격의 근본을 형성하는 것이다. 인종차별을 금지하는 것이 헌법 제14조의 취지이고 이를 고려하여 규제의 목적은 정당하고 합리적이라 할 수 있다.

특정인에게 위협을 느끼게 할 정도의 내용의 표현 활동에 대하여 시장이 확산방지조치 등을 취하는 부분은 특정인에 대하여 특정인이 속한 인종 또는 민족에 관하여 그 생명, 신체 또는 재산이 구체적으로 침해받을 위협을 느끼게 하는 표현 활동을 억제하고, 특정인의 사생활의 평온 등을 보호하는 것을 목적으로 한다고 해석되는 바, 사생활의 평온은 개인에게 있어 중요한 가치이므로 그 규제의 목적은 합리적이고 정당한 것이라 할 수 있다.

② 본건 조례에 근거하는 확산방지조치 등에 의한 표현 활동에 가해지는 구체적인 제한의 양태 및 정도

본건 조례에 근거하는 확산방지조치 등은 표현 활동에 대한 규제를 수반하는 것이지만, 확산방지조치 등에 의해 혐오표현을 규제할 필요성이 크고, 또한 확산방지조치에 의한 표현의 내용에 대한 제한은 표현 활동이 행해진 후 요청에 응하지 않는 경우 제재를 가하거나, 해당 표현 활동을 한 자의 성명을 파악하고 있는 웹사이트 운영자 등에 대하여 성명의 게시를 의무지우는 규정은 없으며, 혐오표현 확인 등의 공표를 시 측에서 실시하는 것에 그치고 있고, 나아가 시장이 확산방지조치 등을 취하기에 앞서 이것이 합리적인지에 대하여 전문가 등에 의해 구성되는 부속기관에 의한 자문이 예정되어 있다. 따라서 본건 규정에 근거하는 확산방지조치 등은 공공복지에 비추어 합리적이고 필요한 한도의 제한이라 할 수 있다.

단의 생명, 신체 등에 위협을 가하는 취지의 내용을 수반한 데모 가운데 2012년 4월부터 2015년 9월 까지(3년 6개월간) 오사카부(府)에서 행해진 건수가 164건(전국에서 행해진 건수의 14.2%를 점한다)에 달하는 점, 영상 투고 사이트에서는 2012년 6월부터 2015년 4월 간 오사카시에서 행해진 데모에서 (가)와 (나)의 내용의 발언을 수반하는 영상이 투고되고 있는 점이 확인되고 있다는 점에 비추어서, 본건 조례 제정 당시 오사카시 내에서 특정집단을 모멸하거나 비방하는 표현 활동이 반복하여 행해지고, 해당 표현 활동을 확산하는 행위가 다수 행해지고 있다”는 점이 본 판결에서 전제사실로 인정되었다.

③ 익명의 자유

원고들은 혐오표현 확인 등의 공표는 표현 활동을 한 사람이 차별적 표현을 했다는 취지를 공표하여, 그 사람의 사회적 평가를 현저하게 저하시켜, 표현을 위축시킴과 동시에, 익명으로 표현 활동을 하는 사람에 대해서 표현을 현저하게 위축시킨다고 주장한다.

이 점에 대하여 검토하면, 익명으로 표현 활동을 할 자유는 헌법 제21조 제1항에 의해 보장되는 것으로 해석되는 바, 혐오표현 확인 등의 공표는 대상이 되는 표현 활동이 조례에서 규정하는 혐오표현에 해당한다는 점과 해당 표현 활동을 실시한 사람의 성명 또는 명칭을 공표하는 것이기 때문에, 해당자의 사회적 평가를 저하시킬 수 있는 것이지만, 앞에서 기술한 바와 같이, 이러한 조치에 의하여 행해지는 혐오표현에 대한 규제의 필요성이 높고, 또한 전문가 등에 의해 구성되는 부속기관에 대한 자문이 원칙적으로 예정되어 있는 것에 비추어 볼 때, 혐오표현 확인 등의 공표는 공공복지에 비추어 합리적이고 부득이한 한도의 것이라 해야 한다.

3) 본건 각 규정이 막연하여 무효인가?

표현의 자유를 규제하는 법령의 규정이 불명확하여 헌법 제21조 제1항에 위반하여 무효가 되는 것은 그 규정이 통상의 판단능력을 지닌 일반인이 표현의 자유가 규제되는 행위인지 그렇지 않은 행위인지를 식별하기 위한 기준을 제시하는 바가 없거나, 그 적용을 받은 국민에 대하여 표현의 자유의 규제의 대상이 되는 행위임을 미리 고지하는 기능을 다하지 않거나, 또한 그 운영이 이를 적용하는 국가 또는 지방자치단체의 주관적 판단에 맡겨져 자의적으로 운용되는 등 중대한 병폐가 생기기 때문이라 판단된다. 그러나 일반적으로 법규는 문언의 표현력에 한계가 있을 뿐만 아니라, 그 성질상 추상성을 지니고, 표현의 자유를 규제하는 법규도 그 예외는 아니다. 표현의 자유를 규제하는 행위와 그렇지 않은 행위를 식별할 수 있게 하는 기준도 항상 절대적으로 요구할 수는 없는 것으로, 합리적인 판단을 필요로 하는 경우

가 있다. 그러한 이유에서 어떠한 표현의 자유를 규제하는 법령의 규정이 불명확하여 헌법 제21조 제1항을 위반하는지 여부는, 통상의 판단능력을 지닌 일반인의 기준에서 구체적인 경우에 해당 행위가 그 적용을 받는지 판단할 수 있는 기준을 읽어낼 수 있는가 아닌가에 의하여 결정하여야 한다.¹⁷⁾

본건 각 규정에서 혐오표현의 개념은 그 표현의 목적, 표현의 내용 및 표현 활동의 양태, 불특정 다수의 자가 표현내용을 알 수 있는 상태에 있을 것 등, 그 요건이 구체적으로 규정되었다. 또한, 확산방지조치 등의 대상은 오사카시의 구역 내에서 이루어진 것일 것, 표현내용이 시민 등에 관한 것일 것이라는 기준이 명확하게 규정되어 있다고 할 수 있다. 그렇다면, 통상의 판단능력을 지닌 일반인의 기준에서 구체적인 경우에 해당 행위가 본건 조례에 근거하는 확산방지조치 등의 적용을 받는지에 대한 판단을 가능하게 하는 기준을 읽어낼 수 있다고 해야 한다.

(2) 인격권의 침해여부

본건 조례가 일본국헌법 제13조¹⁸⁾에 위반하여 무효인가에 대한 쟁점이다.

헌법 제13조는 국민의 사생활 상의 자유가 공권력의 행사에 대하여도 보호되어야만 하는 것이라 규정하는 것으로, 개인의 사생활의 자유의 하나로서 그 누구도 자신의 개인정보를 함부로 제3자에 개시 또는 공표당하지 않을 자유를 지닌 것이라 해석된다.¹⁹⁾

이에 따라 본건 조례에 근거하여 혐오표현에 해당하는 것으로 인정되는 표현 활동을 한 자의 성명을 공표하는 것이 상기의 자유를 침해하는 것인가에 대하여 검토한다. 익명에 의한 표현 활동에 대하여 해당 표현 활동을 한 자의 성명은 전기의 자유에 의하여 보호되는 개인정보를 포함하는 것으로 해

17) 最高裁昭和50年判決, 最高裁昭和57年(行ツ)第156号同59年12月12日大法院判決·民集38卷12号1308頁参照.

18) 일본헌법 제13조 (개인의 존중과 공공복지)

모든 국민은 개인으로서 존중된다. 생명, 자유 및 행복추구에 대한 국민의 권리에 대하여는 공공복지에 반하지 않는 한 입법 그 외 국정에서 최대한 존중이 필요하다.

19) 最高裁平成19年(オ)第403号, 同年(受)第454号同20年3月6日第一小法院判決·民集62卷3号665頁, 最高裁昭和40年(あ)第1187号同44年12月24日大法院判決·刑集23卷12号1625頁.

석된다. 그러나 해당 표현 활동이 타자의 권리의익을 침해하고 해당 표현 활동에 대한 민·형사상의 책임을 확정할 필요가 있는 등 정당한 이유가 있는 경우에는 해당 표현 활동을 한 자의 성명은 그 의사에 반하여도 게시할 수 있는 것이어서, 성명에 대한 상기의 자유는 무제한으로 보장되는 것이 아니다. 또한 표현 활동의 내용이 해당인의 사생활의 중대한 비밀 등에 관한 것이라면 해당인의 성명을 익명으로 해야 할 특별한 사정이 있다고 할 수 있으나, 혐오표현은 일반적으로 볼 때 이러한 사정이 인정되는 표현 활동이라 할 수 없다. 이에 더하여 혐오표현은 억제해야 할 필요성이 높으며, 전문가 등에 의하여 구성된 부속기관에 의한 자문을 원칙으로 정하고 있다는 점도 감안한다면, 혐오표현 확인 등의 공표는 공공복지에 비추어 합리적이고 필요한 범위 내에 머무르고 있다고 해야 할 것이다.

4. 판결의 의의: 혐오표현 규제에 대한 첫 헌법적 판단

혐오표현에 대한 규제 그리고 혐오표현을 한 자에 대한 처벌은 현재 일본 내에서 여러 방면에서 문제가 되고 있다. 오사카시뿐만 아니라 2018년 도쿄도도 혐오표현을 규제하는 조례가 제정되었고, 카와사키시(川崎市)는 2019년 12월 일본에서 처음으로 혐오표현에 대하여 형사벌을 과하는 조례를 제정하였다. 오사카 지방법원도 상기 조례에 대하여 제기된 폐지소송에서 시측의 손을 들어주면서 혐오표현에 대한 규제의 필요성에 대하여 긍정하며 합헌이라 인정하였다. 본 판결은 일본에서 혐오표현의 규제의 시비에 대한 첫 헌법적 판단이 포함되어 있는 판결이라는 점에서 의미가 있다. 이 판결에 대하여 마츠이 이치로(松井一郎) 오사카시장은 판결을 환영하며 “출신이나 국적으로 사람을 부정하는 표현은 사라져야만 한다.”고 밝혔다. 한편, 원고 측은 “혐오표현의 정의가 애매하여 표현 활동의 위축으로 이어진다고 주장하였지만 받아들여지지 않았다.”며 항소할 방침을 밝혔다.²⁰⁾

우리나라에서는 2018년 2월 13일 김부겸 의원 등 20인이 ‘혐오표현규제법

20) 산케이 신문 2020년 1월 17일 기사 (<https://www.sankei.com/affairs/news/200117/afr2001170029-n1.html>)

안'을 발의한 바 있으나 철회된 적이 있다.²¹⁾ 우리나라에서도 혐오표현에 대한 규제는 앞으로의 중요한 과제가 될 것이라 사료된다. 혐오표현의 규제는 혐오표현을 하는 자의 표현의 자유와 혐오표현의 대상이 되는 소수자의 권리 충돌로 나타난다. 혐오표현에 대한 규제는 혐오표현이 사회에 끼치는 해악을 고려하여 소수자의 보호를 우선시한 것이라고도 볼 수 있지만, 피고 측의 주장과 같이 과연 혐오표현이 표현의 자유의 보호를 받는 표현이라고 할 수 있는지에 대하여 의문이 남아있다. 또한 혐오표현에 대한 규제가 오히려 표현의 자유를 증진하는 규제라는 관점에서²²⁾ 혐오표현에 대한 규제가 정당화될 수 있다. 다만, 공권력의 개입으로 인하여 표현의 자유가 위축될 위험성을 고려하여 무엇이 규제대상인 혐오표현인지에 대하여 충분한 사회적 토의를 거쳐서 그 범위를 명확히 하고, 개입에 있어서도 최소화하려는 노력이 필요하다. 그러한 점에서 오사카시의 조례의 내용은 혐오표현의 규제에 있어서 참고가 될 수 있을 것이라 생각한다.

21) 당시 법안의 제안이유로 다음과 같은 내용을 들고 있다. “인터넷상에서 특정 성별, 직업 또는 지역에 대한 혐오성 발언이 점차 증가하고 있으며 특정 성별을 노린 범죄가 발생하는 등, 개인 또는 집단이 가지고 있는 어떠한 특성 자체를 차별·배제하는 내용을 공공연하게 드러내거나 실제 피해를 유발하도록 편견을 조장하거나 선동하는 혐오표현이 증가하고 있는 실정으로, 혐오표현이 장기간 이어질 경우 특정한 특성에 대한 편견을 야기함으로써 장기적으로 사회자본의 형성을 저해하고 우리 사회를 분열시켜 불필요한 비용을 증대시킬 가능성이 크므로 이를 조기에 방지할 필요가 있으나 현재 혐오표현을 규제하기 위한 법적 근거가 없으므로 법률의 제정이 시급한 상황이다.”

22) 홍성수, 앞의 논문(각주1), 308-310면 참조.