

오사카시 ‘혐오표현의 대처에 관한 조례’ 규정의 합헌성을 인정한

일본 최고재판소 판결

고베대학교대학원 법학연구과 연구조수 서누리*

1. 혐오표현의 규제에 대한 최초의 최고재판소의 판결

2022년 2월 15일, 일본 최고재판소 소법정은 재판관 5인의 전원 일치 의견으로 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~제10조²⁾가 헌법 제21조 제1항 등을 위반하고 무효이기 때문에, 오사카시의 혐오표현 심사회³⁾ 직원의 보수 등에 대한 지급명령에 법령상의 근거가 결한 위법이 있다는 이유 등으로 제기한 주민소송으로서 시의 집행기관인 오사카시장을 상대로 지방자치법 제242조의2 제1항 제4호⁴⁾에 근거하여 손해배상청구를 구

* 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 집행기관이나 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 입었다고 인정되는 때에는 감사위원회에 대하여 그 사실이 있는가를

한 사건이다.

2020년 1월 17일, 제1심인 오사카지방법재판소는 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 제1항⁶⁾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 제정하였다. 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 대외적으

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 조사연구 보고서 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.

로 나타내는 것이며, 이를 통하여 사회적인 비판을 이끌어내 혐오표현의 억제
제를 도모한다.⁷⁾ 또한 본건 조례는 오사카시에 의한 적극적인 대처뿐만 아니
라 시민의 자발적인 노력을 요청하고 있다는 점에서도 의미가 있으며, 본건
조례의 제정 이후 다른 지방자치단체가 혐오표현에 관한 조례나 가이드라인
을 제정하는 것에 상당한 영향을 미쳤다는 점에서도 상징적인 의미도 지닌
다.

조례가 시행된 이후, 심사회에서 혐오표현으로 인정한 것은 8건이다. 2021
년에는 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 등
의 차별적 언동을 하는 가두활동 등이 빈번하였고, 이에 대응하기 위하여 본
건 조례안이 제정되었다.

이러한 본건 조례의 제정경위 그리고 본건 조례 제1조¹⁰⁾와 제11조¹¹⁾에 비

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 우지시
의 우토로마을에서 방화사건이 있었다. 참고에서 화재로 인하여 마을의 역사를 전하기 위하여 평
화기념관에 전시예정이었던 자료 등 50점이 소실되었다. 방화범은 비현주건조물방화죄 등의 죄목
으로 2022년 8월 30일 형사재판에서 징역 4년을 선고받았다. 피고인은 기자와의 인터뷰에서 재
일한국인에게 “공포심을 주어, 쫓아내려고 했다.”라고 범행동기를 이야기했으며, 재판에서도 “한
국인에 대하여 적대감정이 있다. 전시품을 사용할 수 없게 되어 기념관의 개관을 저지하려는 의
도가 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>)

10) 본건 조례 제1조(목적)

이 조례는 혐오표현이 개인의 존엄을 해치고 차별 의식을 일으킬 우려가 있는 것을 감안하여, 혐
오표현에 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.pdf) 을 참고하였다.)

11) 본건 조례 제11조(적용상의 주의사항)

이 조례의 적용에 있어서는 표현의 자유 그 외 다른 일본국헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리를

추어, 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 요건으로 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 상당정도로 모멸하거나 비방하는 것(동호

부당하게 침해하지 않도록 유의하여야 한다.

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~제10조¹³⁾에 의한 표현의 자유에 대한 제한이 이러한 한도 내의 것으로 인정될 것인지는 본건 각 규정의 목적을 위해 제한이 필요한 정도와 제한되는 자유의 내용 및 성질과 구체적인 제한의 모습 및 정도 등을 비교해서 결정하는 것이 상당하다.¹⁴⁾

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 취지를 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 사회적 비판을 야기하여 그 역지로 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).

14) 最高裁昭和52年(オ)第927号同58年6月22日大法院判決·民集37卷5号793頁等参照.

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 일반인

의 이해에 따라 구체적인 경우에 해당 표현활동이 그 적용을 받는 것인지에 대한 판단을 가능하게 하는 기준을 읽을 수 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 제재

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>).

가 없는 것 ④인식 등 공표와 관련된 표현활동을 한 자에게 특정한 법적 강제력이 따르는 수단이 없는 것임을 들며 그 제한이 한정적이고 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 자유계약의 현실적 필요성

교토대학의 毛利(모리)는 목적의 정당성의 판단에 있어서 실제로 악질적인 차별적 언동이 따르는 가두활동이 빈번하게 일어나고 있다고 판결에서 실시한 부분에 주목하여, 자유 계약의 현실적 필요성이 계약의 목적을 정당화하는 하나의 요소로 되어 있다는 점을 지적한다.¹⁸⁾ 毛利에 따르면, 판결의 취지가 현실적 필요성을 결여한 자유계약은 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 계약의 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

16) 瑞慶山広大, 大阪市へ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, 大阪市へ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 계약의 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 자유계약은 목적달성을 위한 필요최소한의 수단이라고 할 수 없기 때문이다.”

판결에서 혐오표현이 일반론적으로 폭넓게 보호되어야 하는 정치적 표현에 해당한다는 것을 전제하고 있다고 해석하고 있다.¹⁹⁾

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 혐오표

19) 毛利透, 앞의 논문(13), 3면. 毛利는 최고재판소가 이에 대하여 적시하는 것을 일부러 피한 것으로 분석하고 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 각의 결정을 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 계약국에 부여하고 있다(村上正直, 같은 책, 61면).

23) 참고로, 前田(마에다)가 정리하고 있는 혐오표현의 양태는 다음과 같다.

현이 폭넓게 전개되고 문제시화되고 있는 우리나라와는 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 제3항²⁴⁾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 실시한 바

①차별표현형: 인종적 민족적으로 자민족의 우월성을 주장한다든지, 인종이나 민족을 동기로 타자에 대한 차별적 감정을 드러내는 유형이다. 아리아인이나 일본민족을 우월성의 주장은, 유대인이나 조선민족의 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 배제하는 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, 장애, 성적 등을 이유로 차별받지 않을 권리를 가진다.

② 학교의 설립자·경영자, 학교의 장 및 교직원 등은 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 언어나 행동, 혐오적 표현 등을 통해 다른 사람의 인권을 침해하여서는 아니 된다.

25) 현재 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

있다.

즉, 서울특별시 학생인권조례의 위 조항에서 금지의 대상으로 삼고 있는 혐오표현은 타인의 권리 침해²⁶⁾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.

가치를 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 위협을 느낀다든지, 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) 현재 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.”