

제3장 해외 각국의 규제 현황

제1절 독일

I. 실태 및 논의 배경

우리 헌법 제21조 제1항과 비교·고찰되는 독일 기본법 제5조에서는 표현의 자유(Meinungsfreiheit)를 (1) 의사표현의 자유(Meinungsäußerungsfreiheit), (2) 의사전달의 자유(Meinungsverbreitungsfreiheit), (3) 정보의 자유(Informationsfreiheit),²⁶⁾ (4) 프레스의 자유(Pressefreiheit), (5) 방송의 자유(Rundfunkfreiheit), (6) 영화의 자유(Filmfreiheit) 등 6개의 자유권으로 분류하여 직접 기본법에 규정하고 이들 각 기본권들을 각각 독립적인 특성과 기능을 가지는 개별적인 기본권으로 보아,²⁷⁾ 각 기본권 별로 상이한 법적 성격과 내용을 고찰하고 있다. 즉 독일 기본법 제5조의 해석에 의하면 표현의 자유 중 의사표현의 자유, 의사전달의 자유, 정보의 자유는 그 주된 내용이 방어권적 성격이 강한 주관적 공권인 반면에, 매스 커뮤니케이션의 자유에 속하는 프레스의 자유, 방송의 자유도 역시 주관적 공권성이 인정되기는 하지만 기본적으로는 제도적 보장으로서의 성격도 아울러 가지는 이중적 성격을 가지고 있다고 한다. 그 중 방송의 자유는 공적 의견형성(öffentliche Meinungsbildung)이라는 기능적 측면에서는 프레스의 자유와 동일하나, 프레스의 자유와 비교할 때 그 기술적·경제적 희소성과 사회적 영향력으로 인하여 객관적 성격이 더욱 강하게 나타나게 되므로 더욱 엄격한 제한이 가능한 기본권으로 보고 있다.²⁸⁾

독일의 연방헌법재판소는 “국가권력에 의해서 통제되지 않고 검열을 받지 않는 자유언론이 자유국가의 기본요소”라고 판결함으로써 언론의 자유를 보장하고 있으

26) 독일 기본법상의 “정보의 자유(Informationsfreiheit)”는 가령 신문이나 방송 등과 같이 모든 국민이 자유로이 접근할 수 있는 일반적 정보원에의 접근을 방해받지 않을 자유를 의미하는 것으로서, 제도적 보장으로서의 성격보다는 주관적 공권으로서의 성격을 가진다. Vgl. Katz, Alfred. (2002). *Staatsrecht*, Heidelberg 15. Aufl., S. 352f.

27) Vgl. BVerfGE 8, 104(112); 20, 56(88).

28) Vgl. Pieroth and Schlink (2002). *Grundrechte Staatsrecht II*, Heidelberg 18. Aufl. S. 133ff.

며, 공영방송 조직, 운영의 필요 요건 등에 관한 견해 표명, 신문의 표현의 자유와 제도상 가치를 보장하는 견해 표명 등 민주주의 하에서 출판과 방송의 중요성 및 임무를 강조하는 법적 해석을 부여하는 기능을 수행하고 있다.

특히 독일은 히틀러와 홀로코스트로부터 법치주의의 소중함을 배웠다. 인류역사상 최악의 독재자로 불리는 아돌프 히틀러는 1차 세계대전 패배로 인한 막대한 배상금 부담과 대공황 발발로 독일 경제가 파탄해지고 민심이 극도로 흉흉해진 상황에서 부유한 유대인에 대한 반감과 증오를 부추겨서 권력을 잡고 유지하였다. 그는 1933년부터 1945년까지 유대인을 ‘지구에 존재하는 가장 악한 인종’으로 규정하고 유럽에 거주하는 600만 명 이상의 유대인을 무차별하게 학살하여 반인류적인 범죄를 자행하였다. 그런데 당시 히틀러는 오히려 탄탄한 지지층을 확보하며 독재정치를 이어갔으며, 패망 이후 독일인들은 다시는 이러한 반민주적인 사상을 가진 정치인이 출현하지 않아야 한다는 정신을 1949년 기본법에 담았다. 그리하여 기본법 제20조는 “국가의 모든 권력은 국민으로부터 나온다”는 규정과 함께 “국민은 선거를 통해 행정, 입법, 사법 등 삼권을 창출해 권력을 행사”하도록 정하고 있다.

하지만 1949년 독일 분단 직후 서독은 극우 및 극좌파 정당이 출범하며 정치적 혼란이 극심했다. 특히 1949년 10월 2일 창당한 사회주의제국당(SRP)은 네오나치를 표방하며 나치의 영광을 재연하려 노력하였다. 이 제국당은 나치당원들을 적극적으로 영입하여 당시 자민당 당원 수의 절반에 해당하는 4만 명의 당원을 보유하기까지 하면서 당세를 확장시켜 나갔다. 마침내 제국당의 불법적인 행동은 헌법수호청의 정보망에 걸려들었고 연방헌법재판소는 1952년 사회주의제국당을 해산시켰다. 또한 뒤이어 헌법재판소는 1956년 독일공산당(KPD)에게 위헌 판결을 내리고 정당해산을 명령하였으며, 2016년에도 독일민족민주당(NPD)에 대해 위헌을 선언하였다. 이로써 정치적·집단적으로 극우·극좌정당이 초법적·반헌법적 활동을 하지 못하도록 법제화하고 있다.

하지만 그럼에도 불구하고 독일에서 2018년 외국인 혐오와 반(反)유대주의 범죄가 전년보다 20% 정도 증가한 것으로 나타났다. 독일 내무부의 발표에 의하면 2018년 정치적 동기에 의한 범죄는 3만6,062건으로 전년보다 8.7% 늘어났다. 이 가운데 외국인 혐오 범죄는 7,701건으로 전년보다 19.7% 증가하였다. 반유대주의 범죄 가운데 89.1%는 극우주의자에 의해 저질러진 것으로 조사됐다.²⁹⁾

이렇게 유럽 전역에서 유대인과 소수민족에 대한 폭력과 증오범죄가 만연하면서 이들에 대한 합리적인 수준에서의 표현의 자유와 그 제한 및 처벌에 관한 문제가 심각하게 제기되고 있다. 이 문제에 대해 독일에서는 세계인권선언, 유럽인권선언, 유럽의 제반 관련 규정을 참고하여 다음과 같은 입법을 하고 있으며, 관련 판례가 집적되고 있다.

II. 입법 현황

1. 독일의 표현의 자유와 제한 가능성

가. 독일의 표현의 자유(Meinungsfreiheit)와 제한 법리

독일에서는 국가의 권력구조에 관한 사항과 국민의 기본권에 관한 사항에 대해 규정하고 있는 최고규범을 ‘헌법(Verfassung)’이라고 하지 않고 기본법(Grundgesetz, GG)이라는 용어를 사용하고 있지만 이는 독일의 헌법에 해당한다.³⁰⁾

기본법 제1조는 “인간의 존엄성은 훼손할 수 없다. 인간의 존엄성을 존중하고 보호하는 것은 모든 국가권력의 책무이다”라고 규정하여 인간의 존엄성을 국가적 최고의 가치로 선언하고 있다. 특히 기본법 제1조는 개헌의 대상이 아니라는 점에서 인간의 존엄성이 독일 헌법체계에서 가지는 우월한 가치를 잘 나타내고 있다. 이에 따라 독일연방헌법재판소는 평등이나 인간의 존엄성과 같은 가치를 보호하기 위하여 표현의 자유를 제한하는 것을 합헌으로 결정한 바 있다. 다만 재판소의 결정에 따르면 기본권의 제한이 합헌으로 결정되기 위해서는 다양한 기준을 충족하여야 하는데 그 중 가장 중요한 기준은 ‘과잉금지(비례)의 원칙’을 준수하는 것이다.

또한 기본권을 제한해야 할 현실적인 필요성이 아무리 크다고 하더라도 기본권

29) URL: <https://www.yna.co.kr/view/AKR20190514183500082?input=1195m>

30) 독일 정치지도자들은 독일의 분단을 영구화하는 것을 우려하였으나, 서방 3개국 연합군 측과 협상을 통하여 통일을 방해하지 않는 선에서 임시정부를 구성하고자 하였다. 따라서 독일에서는 독립된 국가의 헌법(Verfassung)이 아니라 최소한의 정치 질서를 유지하는데 필요한 기본법(Grundgesetz)을 제정하기로 합의하고, 또 제헌의회가 아니라 점령지역 11개 주의 주의회에서 선출된 대표로 구성된 의회평의회에서 기본법을 제정하기로 하였다. 1949년 5월 8일 제정된 서독기본법은 서독의 정치적 안정을 가져왔을 뿐 아니라 이후 동독과의 통일에도 무리 없이 적용되고 있어 독일이 그동안 거쳤던 정치적·헌법적 혼란을 정리하는 법이 되었다.

의 본질적인 내용을 침해하는 기본권 제한 입법은 허용되지 않는다. 기본권의 본질적 내용이란 당해 기본권의 핵이 되는 실체이며, 본질적인 내용의 침해라 함은 그 침해로 말미암아 자유나 권리가 유명무실한 것이 되어 버리는 정도의 침해를 말한다. 즉, 표현의 자유도 일반적으로 다른 기본권과 마찬가지로 기본권 조항에 따라 필요할 때 제한이 가능하지만 과잉 금지의 원칙과 기본권의 본질적 내용 침해 금지의 원칙 등 기본권 제한의 일반 원칙을 준수해야 한다.³¹⁾

한편, 헌법상 표현의 자유는 기본법 제5조에 명시되어 있다. 독일 기본법 제5조 제1항은 “누구든지 자기의 의사를 말, 글 및 그림으로 자유로이 표현·전달하고, 일반적으로 접근할 수 있는 정보로부터 방해받지 않고 알 권리를 가진다. 신문의 자유와 방송과 영상으로 보도할 자유는 보장된다. 검열은 허용되지 아니한다.”라고 규정하고 있다. 또한 동조 제2항에서는 “이 권리는 일반 법률의 조항, 청소년 보호를 위한 법규 및 개인적 명예권에 의하여 제한된다.”라고 규정하여 의견의 자유에 대한 제한을 규정하고 있다. 한편 제3항에서는 “예술과 학문, 연구와 강의는 자유이다. 강의의 자유는 헌법에 충실할 의무로부터 면제되지 아니한다.”라고 규정하고 있다.³²⁾

먼저 방송의 자유에 관하여 살펴보면, 기본법상 방송의 자유의 상위 개념으로서의 언론·출판의 자유는 사상·양심 및 지식·경험 등을 대중매체를 통하여 표현하는 자유이다. 이러한 언론·출판의 자유보장은 개인의 자유로운 인격발전을 이룩하고, 인간의 존엄성을 유지하며, 국민주권을 실현시켜주는 역할을 한다. 비록 현행 헌법

31) 기본권과 ‘일반법률’의 상호관계를, ‘일반법률’에 의한 기본권 효력의 일방적인 제한으로 이해할 수는 없다. 문언에 따르자면 ‘일반법률’이 기본권을 제한하기는 하지만, 다른 한편 이 기본권(표현의 자유)이 자유민주적 법치국가에서 가치를 설정한다는 중요성에 비추어 해석함으로써 그 기본권 제한 작용이 다시 제한된다는 의미에서 상호작용이 있는 것이다.(BVerfGE 7, 198, 208f)” 여기서 일반법률은 “어떤 의견 자체를 금지하거나 특정 의견의 표명 자체를 규제하는 것이 아니라, 특정 의견에 무관하게 보호해야 할 법익, 즉 표현의 자유보다 우월한 공동체의 가치에 기여하는 (BVerfGE 7, 198, 208f)” 법률 모두를 의미한다.

32) Artikel 5

- (1) Jeder hat das Recht, seine Meinung in Wort, Schrift und Bild frei zu äußern und zu verbreiten und sich aus allgemein zugänglichen Quellen ungehindert zu unterrichten. Die Pressefreiheit und die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film werden gewährleistet. Eine Zensur findet nicht statt.
- (2) Diese Rechte finden ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, den gesetzlichen Bestimmungen zum Schutze der Jugend und in dem Recht der persönlichen Ehre.
- (3) Kunst und Wissenschaft, Forschung und Lehre sind frei. Die Freiheit der Lehre entbindet nicht von der Treue zur Verfassung.

에서 ‘방송의 자유’를 명시적·직접적으로 규정하고 있지는 않으나, ‘언론’이라 함은 ‘담화·토론·연설·방송 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 표명과 전달을 뜻하는 것’이라고 보고 있으므로, 이러한 일반적인 견해에 의하면 방송의 자유 역시 언론·출판의 자유의 일종으로 간주되고 있다.³³⁾

현재 일반적으로 방송의 자유의 기본권적 특징을 논할 때 방송의 자유가 주관적 공권이자 제도적 보장으로서 이중적 성격을 가졌다는 점까지만 설명되고 있다. 그러나 방송의 자유의 기본권적 특징은 단순히 방송의 자유가 이중적 성격을 가졌다는 데에 있는 것이 아니고, 동일한 기본권적 구조와 사회적 기능을 가지는 언론의 자유에 비해 상대적으로 특별한 제한을 받아왔다는 데 있다.

즉 방송의 자유와 흔히 비교되는 ‘언론의 자유’도 공적 의견형성기능(Funktion der öffentlichen Meinungsbildung)을 가지고 있어 방송의 자유와 같이 자유로운 의견형성에 봉사하는 자유이며, 기본권적으로는 주관적 공권이자 제도적 보장으로서의 양자의 성격을 모두 가지고 있는 것으로 이해되고 있다.³⁴⁾ 따라서 이러한 이중적 성격은 방송의 자유에만 인정되는 고유한 특성이 아니라 언론·출판의 자유의 공적 의견형성 기능에서 유래하는 공통적인 성격이라고 보아야만 한다.³⁵⁾

이런 견지에서 보면 일단 신문의 자유와 방송의 자유는 동일한 기본권적 의미와 기능을 갖고 있다. 즉 주관적 공권이자 제도적 보장으로서의 이중적 성격은 방송의 자유의 고유한 법적 성격이 아니며, 언론·출판의 자유가 갖는 공통된 성격이다.³⁶⁾ 하지만 이러한 기능상의 동일성에도 불구하고 언론은 국가적 형성보다는 언론 기관의 설립·존속에 있어 개인의 주관적 공권을 보장함으로써 다수의 언론기관에 의한 다양한 의견형성에 주안점을 두고 있다. 이와 같이 동일한 규범구조와 기능을 가지고 있는 언론의 자유에 비하여, 방송의 자유는 그 제도적 성격이 더욱

33) 우리 헌법과 비교해보면 우리 헌법 제21조 제1항에서는 언론·출판의 자유, 집회의 자유 및 결사의 자유를 동일한 조항에서 규정하고 있다. 이 기본권들을 통칭하여 ‘표현의 자유’라고 부른다. 이는 사회 내에서 개인 간의 ‘의사소통을 위한 기본권 또는 의견 교환을 위한 기본권’으로서의 성격을 가진다는 의미다. 표현의 자유는 개인이 자기 결정과 인격 발현의 기본 요소인 동시에 자유민주적 국가 질서를 구성하는 요소이다.

34) Vgl. BVerfGE 12, 205(261); Löffler and Ricker (2000). *Handbuch des Presserechts*, München 4. Aufl., S. 15ff.

35) Vgl. Degenhart, Christoph. (1999). in Dolzer, Rudolf. and Vogel, Klaus. (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1, 2, Heidelberg, Rn. 638ff.

36) 독일의 연방헌법재판소는 “언론은 국민과 그 대표자간의 중개자”이며, “기본법 제5조 제1항이 보도라고 규정하여 법문상 협의로 규정되어 있기는 하지만 본질적으로 방송과 언론은 구별되지 않는다”고 보고 있다. Vgl. BVerfGE 20, 162(174ff.)

강조됨으로써 언론의 자유에서는 극히 예외적으로만 인정되는 진입상의 허가제, 내용규제, 소유규제 등의 구조규제 등 특별히 중한 기본권적 제한이 정당화되어 왔으며,³⁷⁾ 그 공공적 성격 역시 신문에 있어서보다 더욱 강하게 요구되어 왔던 것이다.

반면 공공성과 공정성을 이념적 기반으로 하여 도구적 성격을 가지는 방송의 자유와는 달리 통신³⁸⁾의 자유에 있어서는 통신주체간의 비밀보호가 핵심적인 기본권의 내용이 된다. 여기서 통신의 비밀(Korrespondenzgeheimnis)이란 ‘편지·전화·전보·소포·우편환·텔레크스 등 모든 가용한 통신수단을 이용함에 있어서 그 통신형태, 통신내용, 통신의 당사자 배달의 방법 등이 본인의 의사에 반해서 공개되는 일이 없어야 한다는 의미’이다. 이러한 통신의 비밀은 구체적으로 열람금지(Einsichtsverbot)·누설금지(Mitteilungsverbot)·정보금지(Auskunftsverbot) 등을 내용으로 하고 있다.

나. 온라인상 표현의 자유 규제 논의

EU의 ‘2002 규제프레임워크’에 의하면 콘텐츠 계층은 ①시청각미디어서비스(audiovisual media services)와 ②정보사회서비스(information society services)로 구분하고 있다. 이 중 ‘시청각미디어서비스’는 ‘상당수의 일반 대중에게 수용되어 명확한 영향력을 미칠 수 있는 매스미디어로서의 성격을 가지며, 프로그램(programme)의 공급이 서비스의 주요 목적인 것’을 말한다. 여기에는 자막 서비스나 프로그램 가이드 등과 같이 프로그램과 연동되어 제공되는 데이터 기반 콘텐츠의 경우를 포함한다. 반면, ‘정보사회서비스’에는 온라인게임, 검색엔진, 전자상거래, 복권추첨이나 내기도박 서비스, 전자출판 등이 포함된다.³⁹⁾

37) 언론의 자유에 비하여 방송의 자유에 가해지는 특별한 제한과 그 정당성에 관하여는 지성우(2003). 방송허가제의 헌법적 근거와 문제점에 관한 연구, <토지공법연구>, 20, 245면 이하(247-262면) 참조.

38) 여기서 ‘통신’이란 단순히 전자적 장치를 통한 통신만을 의미하는 것이 아니라 편지, 전신(전화·전보·텔레크스), 기타 우편(소포·우편환)의 비밀 등 모든 개인적 의사전달 수단을 포괄하는 개념이라고 보아야 하며, 이는 아래에서 설명하는 단행법적 의미에서의 통신개념을 모두 포함하는 광의의 통신개념으로 볼 수 있을 것이다. 독일 기본법에서는 통신의 의미를 이렇게 광의의 개념으로 파악하고 있다. 독일 기본법 제10조(Das Brief-, Post- und Fernmelegeheimnis) 및 Sachs, Michael. (2007). *Verfassungsrecht II - Grundrechte*, Heidelberg 2. Auflg 2002, S. 386f. 참조.

39) EU에서의 미디어 콘텐츠계층의 개념에 대해서는 European Commission (2013.4.24). *Green Paper: Preparing for a Fully Converged Audiovisual World: Growth, Creation and*

당해 프레임워크에 의하면 ‘프로그램(programme)’이라 함은 ‘미디어서비스제공자에 의해 결정된 편성 스케줄 또는 제공되는 콘텐츠의 목록 내의 개별 아이템을 구성하는 유성(有聲) 또는 무성(無聲)의 동영상 이미지의 집합으로서 형태와 내용에 있어서 텔레비전 방송프로그램의 형태 및 내용에 준하는 것’을 의미한다.⁴⁰⁾

한편, 독일에서는 「텔레미디어법(Telemediengesetz)」 및 「방송·텔레미디어주간협약(Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien)」에 의거하여 ‘텔레미디어서비스’를 크게 두 가지로 분류하고 있다.

첫째, 저널리즘적 성격을 갖거나, 방송과 유사성이 있는 주문형 텔레미디어 서비스에 대해서는 「방송텔레미디어주간협약」의 제6장의 규정을 적용한다. 이에 속하는 미디어유형은 ‘저널리즘편집 텔레미디어’, ‘유사방송 텔레미디어’, ‘유사TV텔레미디어’가 있다.

〈표 1〉 독일 방송·텔레미디어주간협약의 규제를 적용받는 텔레미디어서비스

구분	설명
보도적 텔레미디어	정기적으로 발행되는 뉴스물(텍스트, 이미지, 영상)을 주문형으로 제공하는 텔레미디어 서비스
유사TV 텔레미디어	콘텐츠 내용, 형식면에서 TV와 유사하고(TV-like 콘텐츠), 콘텐츠 카탈로그를 통해 주문형으로 제공되는 텔레미디어서비스
유사방송 텔레미디어	일반 공중을 대상으로 주문형으로 제공되는 텔레미디어서비스(non-TV-like 콘텐츠 텔레미디어서비스)

둘째, 실시간으로 방영되지 않고, 보도기능이 없으며, 텔레비전 또는 방송과 유사성도 없는 텔레미디어서비스(동영상, 텍스트, 이미지 모두 포함)는 연방관할의 「텔레미디어법」의 규제대상이 된다.

이와 같이 독일에서는 ‘방송’의 개념을 일단 ‘인터넷을 포함한 모든 송신 수단을

Values; European Commission (2016. 5. 25). *Synopsis report of the public consultation on Directive 2010/13/EU on audiovisual media service directive: A media framework for the 21st century* 등을 참조. 한편 영국에서의 콘텐츠 계층에 대해서는 Onay, I. (2009). *Regulating webcasting: An analysis of the Audiovisual Media Services Directive and the current broadcasting law in the UK. Computer Law & Security Review*, 25(4), p.335-351 참조.

40) 앞의 EU보고서 참조.

포괄하는 것'으로 폭넓게 규정하면서 방송에 속하지 않는 범위를 명확히 제시하여 과잉규제의 가능성을 피하고 있다. 즉 「방송·텔레미디어주간협약」 제2조 제1항에 따르면, “방송이란 일반 공중을 대상으로 동시간대에 실시간으로(linear) 영상과 음성을 제공하는 정보통신서비스(linear information and communication service)를 말한다.”고 규정하고 있는 것이다. 이와 같이 수평적 규제체계에 따라 정보통신서비스를 제공하는 전송망을 구분하지 않는 독일식 개념규정 방식에 의하면 인터넷을 통해 제공되는 동영상서비스 중에서 실시간으로 방영되는 서비스는 방송으로 분류할 수 있다.

반면, 독일의 「방송·텔레미디어국가협약」 제2조 제3항에 의하면 동시 수신을 위한 잠재적 이용자 수가 500인 이하인 서비스 등은 방송의 개념에서 제외하고 있다.

이러한 독일의 방식은 우선 방송의 개념을 포괄적·종합적으로 정의함으로써 전송기술의 발전으로 인해 규제의 공백의 발생을 방지하면서도, 방송으로 분류되는 개인 인터넷 방송서비스의 범위를 제한하고 있다. 당해 기준은 방송과 통신의 기본권적 속성을 해치지 않으면서도 단행법적으로 규제의 기준을 설정할 수 있는 장점이 있다.

2. 형법상 혐오표현 규제

가. 개설

혐오표현에 대한 독일의 정책은 기본적으로 나치시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한 민감한 인식으로부터 비롯된 것이다. 독일 형법 제130조 제1항은 구술 또는 간행물을 통해 치안방해가 되는 방식으로 “특정 인구집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위” 및 “특정 인구집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위”를 금지하는 매우 광범위한 혐오표현 처벌규정을 두고 있다. 특히 제130조 제2항은 치안방해의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다.

게다가 제130조 제3항은 홀로코스트를 부정하는 표현행위와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 이 조항은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에 관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논쟁을 불러일으켰으며, 제130조 제4항은 나치 찬양행위도 처벌하고 있다.

나. 형법 중 모욕죄와 명예훼손죄

독일에서는 타인을 모욕한 때에는 ‘모욕죄’가, 타인을 비방하거나 세평을 저하시키기에 충분한 사실을 주장하거나 전파할 때에는 (사실 적시 또는 허위사실의 적시) 명예훼손죄가 성립한다.

독일 형법 제186조의 명예훼손죄(Üble Nachrede) 관련 규정에 의하면 타인의 인격적 가치를 저하시킬 수 있는 사실을 적시하고, 그 적시한 사실이 진실임을 증명하지 못하는 한 행위자는 본 죄로 처벌된다. 아울러 이러한 허위의 사실을 공연히(öffentlich) 적시하거나 출판물 등에 의해 유포한 경우에는 형을 가중한다.

한편 독일 형법상 집단구성원 모두가 모욕이나 명예훼손죄의 객체가 되었을 경우에는 집단모욕죄 또는 집단명예훼손죄가 성립한다는 점에서 우리나라의 법체계와는 다르다. 또한 오프라인에서의 혐오표현이나 폭력 또는 비방죄를 별도의 법으로 규율하고 있는 우리나라와 달리 독일에서는 인터넷상 폭력이나 혐오표현에 대하여 별도의 법률로 규율하고 있지 않으며, 모욕이나 비방 등의 표현이나 명예훼손의 경우에는 오프라인이나 인터넷 어느 쪽이든 상관없이 동일하게 처벌된다.

따라서 독일 형법상 인터넷상에서의 허위사실 유포나 비방 그리고 모욕적인 발언에 대해서는 형법상으로 모욕죄(제185조), 사실적시에 의한 명예훼손죄(제186조), 허위사실에 의한 명예훼손죄(제187조) 등으로 형사처벌된다.

독일형법 제130조 제1항 및 제2항의 대중선동죄는 일반적 법률로서 의견표명의 자유 제한이 정당화된다는 의견이 다수라서 처벌의 합헌성에 폭넓은 합의를 얻고 있지만, 독일형법 제130조 제3항 및 제4항과 같이 홀로코스트를 부정하는 표현 등의 처벌에 관해서는 의견표명의 자유와의 충돌을 우려하는 견해가 있었다. 이 문제에 대하여 독일 연방헌법재판소는 독일형법 제130조 제1항부터 제4항까지의 규정을 모두 합헌으로 결정하였다.⁴¹⁾

다. 형법의 규범 중 대중선동죄

1) 의의

독일에서 혐오표현 규제의 근거가 되는 법률은 형법(Strafgesetzbuch: StGB)이다. 독일 형법 제130조 제1항과 제2항에서는 대중선동죄(Volksverhetzung)에 관해 규정하고 있다.⁴²⁾ 이 조문은 독일형법 제7장 ‘공공질서에 대한 죄(Straftaten gegen die öffentliche Ordnung)’에 규정되어 있으며, 통설에 의하면 주된 보호법익은 공공의 평온이다.

홀로코스트라는 역사적 사건을 특정하여 만들어진 이 법은 국민선동에 관한 형법 제130조의 하위 조항으로 1994년 10월 통과되었다.

이 규정은 홀로코스트라는 사건이 있었다는 것을 부정하거나, 그 참혹성을 축소하거나, 혹은 그것이 정당한 것이었다고 주장하는 사람은 독일 형법 제130조 제3항에 근거하여 5년 이하의 자유형(징역, 금고, 구류에 해당)이나 벌금형을 선고받는다고 규정한 것이다.

역사적으로 이 조항은 1950년대 이후 제2차 세계대전의 종결 후에도 여전히 줄어들지 않던 반유대주의가 더욱 증가하는 데 대응하기 위하여 제정된 것이지만, 그 보호대상은 유대인에 국한되지 않고 넓게 ‘주민의 일부’⁴³⁾라고 규정하고 있다.⁴⁴⁾

독일 형법 제130조 제3항에 근거한 홀로코스트에 대한 왜곡에 대한 처벌은 “이러한 왜곡이 한 국가의 특정집단(소수집단)에 대한 공격을 선동하는 효과에 의해

41) 독일 헌법재판소는 독일형법 제130조 제1항부터 제4항까지를 합헌이라 하고 있지만, 구체적인 사안의 판단에 있어서는 의견 표명의 자유를 배려하고 대중선동죄의 성립에는 대체로 신중한 입장을 취하고 있다.

42) 독일 형법 제130조(대중선동죄)

① 공공의 평화를 어지럽히는 적정한 방법으로 1. 일정한 국적, 인종, 종교 또는 출신민족으로 이루어진 특정집단이나 일부의 인구집단 또는 거기에 속한 개인에 대하여 그에 속한다는 이유로 증오 또는 폭력적이거나 자의적인 조치를 선동하는 경우, 또는 2. 전술한 일부의 인구집단 또는 개인을 그에 속한다는 이유로 모욕하거나 악의적으로 경멸 또는 중상함으로써 인간의 존엄을 침해하는 경우에는 3월 내지 5년의 자유형에 처한다.

43) 쾰른의 미디어법 전문가 Christian Solmecke는 이 법에 대해 나치의 경험을 통해 만들어졌고, 타자에 대한 적대를 줄이기 위해 만들어진 법이라고 하면서, “모두를 선동으로부터 보호하자는 목적은 한번도 없었다”며 이 법의 역사성을 강조했다. 베를린의 변호사 Benjamin Grunst도 이 법이 독일인 전체가 아니라 일부를 보호하기 위한 법임을 분명히 했다.

44) 이 조문에 관하여 독일 판례가 인정한 집단은 가톨릭, 개신교, 유대인, 공화국에 거주하는 모든 외국인, 강제이주자, 난민신청자, 독일에 거주하는 객원 아르바이트생, 유학생, 집시, 노동자, 농민, 공무원, 판사, 검사, 보안경찰관, 형사경찰관, 국방군인 등이다.

공공의 평화를 위협할 수 있다”는 인식에 근거하고 있다. 이 때 공공의 안전이라는 자유주의 국가의 목표와 특정한 집단에 대한 혐오의 선동을 연결시킨 것은 나치를 경험한 독일이 무엇을 국가 평화에 대한 위협으로 보는지를 알 수 있게 해준다.

2) 연혁

1960년 이전 독일형법 제130조는 사회주의자에 대처하기 위한 계급선동죄에 관해 규정하고 있었는데, 1960년 제6차 형법일부개정에 의해 대중선동죄에 관한 규정을 두고 있었다.

그런데 1970년대 이후 서독에서 홀로코스트를 부정하는 표현이 대두하게 되었고, 특히 1990년대에 들어서면서 극우세력들에 의해 외국인 배척운동이 격화되기 시작하면서 외국인을 대상으로 하는 과격한 폭력사건이 사회문제가 되어 왔다.

이러한 상황을 타개하기 위해 독일 정부는 1994년 독일형법 제130조 제3항에 ‘홀로코스트 부정죄’에 관한 조항을 신설하였고, 2005년에는 같은 조 제4항에 나치 폭력지배찬양죄가 신설되었으며, 2011년에는 같은 조 제1항 및 제2항의 행위객체를 개인으로 확장하는 등 수차례에 걸친 개정을 거쳐 점차 적용범위를 확대하는 방향으로 조문을 개정해왔다.

개정된 법은 “공공의 평화”라는 형법 제130조의 전통적 목적을 계속해서 사용하고 있다. 하지만 기존의 “계급투쟁 선동”죄가 특수한 소수 집단인 “노동자 계급”, 혹은 “공산주의자”가 공공 전체를 위협하는 원인이 될 수 있다는 인식에 기초한 것이라면, 새로운 “국민선동죄”는 대중에 대한 선동을 통해 독일에 살고 있는 소수 집단의 평화를 위협하는 것이 독일 전체의 평화에 위협이 된다는 정반대의 구조를 가지고 있다.

라. 대중선동죄의 현황

1996년 독일의 헌법수호보고서(Verfassungsschutzberichten)에 따르면 매년 1만 건 이상의 범죄가 극우적 배경을 가진 것으로 증명되거나 추정된다고 한다. 지난 1960년 6월 30일 제6차 형법개정률에 의해 독일형법 제130조가 새롭게 개정되어 삽입됨에 따라 특히 반유대주의적 표현에 대한 고소가 본격적으로 이루어지기 시작하였다.

이후에는 좌파의 요청(linken Aufrufen)에 의한 형사 소추가 증가되었는데, 이 경우 검찰과 개별 법원은 독일형법 제130조를 국가의 기능보호를 위해 적용하였다. 오늘날에는 다시 등장한 신나치 행위자들(이들 대부분은 젊은 독일남성임)에게 주로 적용되고 이들이 처벌의 대상이 되고 있다.

이는 무엇보다 최근 인터넷에서 ‘극우 증오 슬로건(rechtsradikale Hassparole)’의 유포가 급격히 증가하였고, 아직 제대로 미디어 교육을 받지 못한 청소년들이 인터넷을 통해 극우적인 선전선동에 다수 노출되고 있어 청소년들에 의한 혐오표현범죄가 증가하는 데 그 원인이 있다. 또한 범죄유형별로 보면 단독범행보다는 공범의 형태로 이루어지고 있다는 특징이 발견된다.

한편, 독일의 경우 차별금지와 관련한 주요법률로는 「일반 평등대우법(Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz)」, 「군인의 평등대우에 관한 법(Gesetz über die Gleichbehandlung der Soldatinnen und Soldaten)」이 있다.

이 중 「일반 평등대우법」은 인종, 민족적 출신, 성별, 종교·세계관, 장애, 연령 또는 성적 정체성을 사유로 하는 차별을 예방하고 배제하는 것을 목적으로 한다. 독일의 「군인의 평등대우에 관한 법률」도 「일반 평등대우법」의 목적과 동일하지만 그 대상을 ‘군인’과 ‘병역법의 규정에 따라 징집된 자 또는 자발적 의무에 기초하여 병역근무관계에 응모한 자’로 하고 있는 점에 차이가 있다.

마. 내용⁴⁵⁾

45) § 130 Volksverhetzung

- (1) Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören,
 1. gegen eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung zum Hass aufstachelt, zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen auffordert oder
 2. die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er eine vorbezeichnete Gruppe, Teile der Bevölkerung oder einen Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer vorbezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft.
- (2) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer
 1. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder einer Person unter achtzehn Jahren eine Schrift (§ 11 Absatz 3) anbietet, überlässt oder zugänglich macht, die a) zum Hass gegen eine in Absatz 1 Nummer 1 bezeichnete Gruppe, gegen Teile der Bevölkerung oder gegen einen

선동죄에서 규제하고 있는 금지행위유형은 다음과 같다.

형법

제130조 제1항

공공의 평온을 어지럽히는 방식으로 1. 국적, 인종, 종교 또는 그 민족적 출신에 따라 특정되는 집단에 대하여, 주민의 일부에 대하여 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인에 대하여 증오를 불러일으키거나 이에 대한 폭력적 또는 자의적 조치를 유발하는 자, 또는 2. 위에 열거한 집단이나 주민의 일부 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인을 저주하고 악의로 경멸하거나 비방하여 타인의 인간의 존엄성을 공격한 자는 3개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

제130조 제2항

- Einzelnen wegen seiner Zugehörigkeit zu einer in Absatz 1 Nummer 1 bezeichneten Gruppe oder zu einem Teil der Bevölkerung aufstachelt,
- b) zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen in Buchstabe a genannte Personen oder Personenmehrheiten auffordert oder
 - c) die Menschenwürde von in Buchstabe a genannten Personen oder Personenmehrheiten dadurch angreift, dass diese beschimpft, böswillig verächtlich gemacht oder verleumdet werden,
2. einen in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder
 3. eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in Nummer 1 Buchstabe a bis c bezeichneten Inhalts herstellt, bezieht, liefert, vorrätig hält, anbietet, bewirbt oder es unternimmt, diese Schrift ein- oder auszuführen, um sie oder aus ihr gewonnene Stücke im Sinne der Nummer 1 oder Nummer 2 zu verwenden oder einer anderen Person eine solche Verwendung zu ermöglichen.
- (3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.
 - (4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.
 - (5) Absatz 2 Nummer 1 und 3 gilt auch für eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalts. Nach Absatz 2 Nummer 2 wird auch bestraft, wer einen in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht.
 - (6) In den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist der Versuch strafbar.
 - (7) In den Fällen des Absatzes 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, und in den Fällen der Absätze 3 und 4 gilt § 86 Abs. 3 entsprechend.

1. 위에 열거한 집단이나 주민의 일부 또는 위에 열거한 집단이나 주민의 일부에 속한다는 이유로 개인에 대한 증오를 불러일으키는 문서, 폭력적이거나 자의적인 조치를 유발하는 문서, 또는 그들을 저주하고 악의로 경멸하거나 비방하여 타인의 인간의 존엄성을 공격하는 문서(제11조 제3항)를 a) 배포, b) 공개적으로 전시, 게시, 열람시키거나 기타의 방법을 통해 눈에 보이는 상태로, c) 18세 미만의 자에게 제공, 교부하거나 그 사람의 눈에 보이게, 또는 d) 이 문서 또는 이 문서에서 얻은 일부를 a)에서 c)의 의미로 사용 또는 다른 사람에게 의한 이용을 가능하도록 작성, 조달, 교부, 보관, 제공, 광고, 수입이나 수출한 자, 또는 2. 제1호의 내용의 표현을 방송, 미디어 서비스나 텔레서비스에 의해 유포한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금에 처한다.

제130조 제3항

공공의 평화를 혼란하게 하는 방법으로서, 국제형법전 제6조 제1항에서 명시하고 있는 국가사회주의에 의해 이루어진 행위를 공연히 혹은 집회로 용인하거나, 부인하거나 경시하는 자는 5년 미만의 자유형 또는 벌금에 처한다.

제130조 제4항

국가사회주의의 전단적 폭력을 승인하거나 찬미하거나, 정당화함으로써 피해자의 존엄을 해치는 방법으로, 공연히 혹은 집회로 공공의 평화를 혼란하게 한 자는 3년 이하의 자유형이나 벌금에 처한다.

제130조 제5항

제2항은 제4항의 내용을 담은 문서(제11조 제3항)에도 적용된다.

제130조 제6항

제2항은, 이와 연결된 제5항, 제3항, 제4항은 제86조 제3항이 준용된다.

1) 혐오조장(제1항 제1호)

‘혐오조장’이란, 의도된 것인지의 여부는 관계없이 사람의 의식과 사고에 영향을 주어서 국민의 일부에 대하여 거부감과 경멸감을 고조시켜 적대적인 행동을 부추기거나 증가시키는 것을 말한다. 여기에는 해당 국민집단에 대한 과잉행동을 부추기는 여론을 조장하는 내용이 포함되어야 한다.

만일 예컨대 유대인 6백만 명 학살은 거짓이라는 주장이나 “유대인 뉘저라”라는 문구와 함께 나치의 문양을 스프레이로 쓰거나, 망명 신청자를 사기꾼이나 기생충으로 묘사하는 것, 유대인들이 독일에게 정치적인 압력을 행사하고 있으며 금전적인 보상을 빌미로 돈을 요구한다는 주장 등은 혐오조장에 해당할 수 있다. 또한 “독일이 너희를 지켰다”라는 표어나, “아우슈비츠는 조작된 사건”이라는 주장도 이에 해당한다.

반대로 단순히 외국인 출입금지 뜻말이나, 독일 제국기를 계양하는 것은 혐오표

현에 포함되지 않는다. 사실적시의 경우 이것이 객관적인 보도라면 특정 집단 구성원에 한 부정적인 인식을 만들거나 심화시키는 결과를 낳더라도, 혐오조장에 포함되지 않는다.

2) 폭력 및 잔혹행위 선동(제1항 제1호)

‘폭력 및 잔혹행위’란 국가의 참여(예: 소수민족 박해) 없는 민간의 개별적 행동을 하는 것이며, ‘선동’이란 타인에게 연속적, 명시적 혹은 묵시적 영향을 끼쳐, 특정한 행동을 하도록 유도하는 것이다. 규범적인 의미에서는 ‘폭력행위’에 경제적·직업적 측면과 함께, 기타 차별적인 행위나 모든 형태의 반인륜적인 행위 등이 포함되지만, 여기서 폭력행위란 자유를 막는 폭력적인 박해나 공격을 의미한다.

“유대인 아웃”, “터키인 아웃”과 같은 구호는 선동이 아니지만 “유대인 아웃”이라는 구호와 함께 과거 자행되었던 유인 박해나 나치 문양을 연결시킨다면, 폭력적인 박해를 의미하는 것으로 해석된다. 다만 제1호에서와 같이 폭력 및 잔혹행위 선동이 반드시 인권을 침해할 필요는 없다.

3) 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손을 통한 인권침해(제1항 제2호)

욕설, 악의적 모욕, 명예훼손은 특정 국적, 인종, 종교, 민족의 집단, 국민의 일부 혹은 개인 등을 대상으로 하는 것이어야 한다. 반드시 집단적인 모욕일 필요는 없으나, 특정 기관이나 특정 직업에 대한 모욕이지만 실제로 그 기관이나 직업군에 속한 개인들을 염두에 두지는 않는 경우는 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손을 통한 인권침해에는 해당하지 않는다.

4) 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손

당사자나 제3자에 한 가치판단이나 사실주장으로 인해 명예를 훼손하는 행위들이 욕설, 악의적 모욕, 명예훼손에 해당하는지 여부는 제187조의 명예훼손죄와의 관계에 따라 판단된다. 가치판단에는 욕설이나 모욕만이 포함되지만 사실주장의 경우는 우선 제3자에 대해서만 이루어질 경우에는 명예훼손이 되지만 당사자가 포함될 경우에는, 욕설이나 모욕이 된다.

욕설과 악의적 모욕은 대부분 완전히 구분하기 어렵다. 다만 욕설이란 단순한 모욕을 포함하는 개념으로, 그 내용이나 형식이 경멸하는 방식인 언행을 말한다. 반

대로 악의적 모욕이란, 비난의 의도를 가지고, 타인의 가치와 품위를 평가절하하는 언행을 말하는 것으로 양자는 구분되는 개념이라고 봐야 한다.⁴⁶⁾

5) 인권침해행위일 것

독일 형법 제130조 제1항 제2호에서 규정하고 있는 ‘인권침해’의 적용범위는 기본법 제1조의 적용범위보다 좁은 개념이며, 여기서의 인권침해는 오직 평등원칙에서 벗어나 개개인의 인격권이나 인격의 본질을 평가절하하여 표현함으로써 공동체에서의 생존권을 침해하는 경우를 말한다.

단순한 욕설과 인권침해 표현의 경계는 모호한 경우가 많다. 다만 혐오조장의 주관적인 목표설정, 동기부여 등이 있다고 판단하기 위해서는, 객관적인 자료를 통해 혐오의 경향이 객관적으로 드러나야 한다. 반면 자료 자체에서 그러한 내용이 명확하게 드러나지 않은 경우는 인권침해행위로 볼 수 없다.

바. 특징

혐오표현에 관한 독일의 법·정책은 대부분 국가사회주의(나치)시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한 민감한 인식으로부터 비롯되었다. 이에 따라 「형법」 제130조 제1항에서는 구술 또는 간행물을 통해 치안 방해가 되는 방식으로 ‘특정 인구 집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위’ 및 ‘특정 인구 집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위’를 금지하는 등 매우 광범위한 혐오표현 처벌 규정을 두고 있다. 특히 「형법」 제130조 제2항에서는 원래의 형법의 목적이어야 하는 치안 방해가 발생했는지의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체를 처벌의 대상으로 할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다고 볼 수 있다.⁴⁷⁾

독일의 법률에서도 볼 수 있듯이 이러한 법률의 적용을 위해서는 한 국가에 살고 있는 다양한 사람들과 국가를 동일시하지 않을 수 있는 의식, 즉 자유롭게 살아가는 혹은 자유와 평화 속에서 살아가기를 희망하는 사람의 삶과 민족은 동일한

⁴⁶⁾ 이상의 요건에 대해서는 형사정책연구원 (2017). <혐오표현의 실태와 대응방안> 참조.

⁴⁷⁾ Cohen, Roni. (2014). Regulating Hate Speech: Nothing Customary About It, *Chicago Journal of International Law* 15(1), p.229, p.240 참조.

것이 아니라는 의식이 필요한 것으로 보인다. 독일의 형법 제130조는 그런 점에서 국가의 평화가 무엇인지를 새롭게 해석할 수 있는 참조점이 될 수 있을 것이다.

III. 판례 현황

1. Auschwitz Lie 사건⁴⁸⁾

헌법소원 청구인은 NPD(국가민주당)의 지역 협회이다. 당 협회는 우익의 수정주의자로 널리 알려진 역사가 데이비드 어빙(David Irving)⁴⁹⁾을 강의 행사에 초대했다.

국가민주당은 그 기관지에서 ‘정치적 공갈에 떠는 독일의 장래’라는 제목의 강연회를 공지하며 그 내용에 유대인 홀로코스트가 날조된 사실이라는 취지를 담고 있었다. 구체적으로 이 팸플릿에서는 “잘 알려진 수정주의자 역사가는 독일과 유럽의 이웃들이 ‘현대 역사를 정치적 협박 수단’으로 전될 수 있을지에 대한 질문에 대해 처음으로 논평할 것이다”라고 말했다.

정부는 이에 대한 금지를 하였고 연방헌법재판소는 이 금지행위가 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

2. Auschwitz Lie 문신 정치인 처벌 사건

지난 2016년 11월 7일 독일 동부 브란덴부르크 주 지방법원은 아우슈비츠 죽음의 수용소(Auschwitz death camp)인 나치 강제수용소의 건물 등을 새긴 문신을 일반인들이 이용하는 수영장에서 노출시켜 ‘민중선동죄’ 혐의로 기소된 28세의 정

⁴⁸⁾ BVerfGE 90, 241-255(1994. 4. 13), 소위 “Auschwitz Lie”사건.

⁴⁹⁾ 데이비드 어빙(1938. 3. 24 ~ 현재)은 나치 독일에 중점을 둔 제2차 세계 대전의 군사 및 정치 역사에 대해 글을 쓴 영국 작가이자 홀로코스트를 부인한 자이다. 그의 작품으로는 드레스덴의 파괴(1963), 히틀러의 전쟁(1977), 처칠의 전쟁(1987), 괴벨스: 제3제국의 대가(1996) 등이 있다. 그는 자신의 작품에서 히틀러(Adolf Hitler)가 유대인의 대량학살을 알지 못했고, 만약 알았다면 반대했을 것이라고 주장했다. 구체적으로 그는 “1. 히틀러는 유대인을 죽일 생각이 없었다. 2. 가스실은 없었다. 3. 히틀러는 유대인의 가장 친한 친구였다. 4. 홀로코스트는 유대인들이 관심을 끌기 위한 계략이다”라고 주장하였다.

치인 마르셀 제크(Marcel Zech)에게 금고 8개월의 실형 판결을 내렸다. 2015년 11월 오라리엔부르크 지역에 있는 수영장에서 2시간에 걸쳐 나치의 만행을 부인하는 문신을 노출한 혐의다.

마르셀 제크는 독일 극우 국가민주당(NPD: National Democratic party of Germany) 소속의 브란덴부르크 주에서 의원직을 맡고 있다. NPD는 인종주의와 과거 독일 제국의 영토 회복 등을 내걸고 있는 ‘네오나치(Neo Nazi, 신나치당)’라고 평가받고 있다. 마르셀 제크가 새긴 문신은 독일 부헨발트 나치 강제수용소(Buchenwald concentration camp) 입구에 써 붙인 “Jedem Das Seine”라는 구호를 포함하고 있었다. 이는 ‘자기 방식대로(To each his own)’, ‘자업자득(自業自得)’ 또는 “당할 만한 이유가 있다”로 해석되는 문구이다. 브란덴부르크주 지방법원은 이 같은 실형 판결 이유로 실형을 내리지 않으면 “국가권력이 극우주의로 후퇴하고 있다는 이미지를 줄 것”이기 때문이라고 판시하였다.

3. Monika & Alfred Schaefer 남매 사건

캐나다 여성인 Monika Schaefer와 독일계 캐나다인 Alfred Schaefer는 ‘증오에 대한 자극’을 이유로 대중선동죄(Volksverhetzung) 혐의로 기소되었다. 두 사람은 유대인의 대량 학살 거부에 대한 동영상을 유튜브에 게시했다. 이 동영상에서 Alfred Schaefer는 “유대인들이 독일인들을 파괴하고 싶어서 두 차례의 세계대전을 시작했다”고 비난했으며, 홀로코스트를 “유대인 판타지”라고 언급했다.

Monika Schaefer는 2018년 1월 실비아 스톨츠의 법원 청문회에 참석하기 위해 독일에 왔다가 체포되었고, M. Schaefer에 대한 재판은 2018년 7월 초에 독일에서 시작되었다. M. Schaefer는 2006년, 2008년 및 2011년 연방 선거 중 앨버타 주 알버타(Alberta)라이딩에서 녹색당(Green Party) 후보였지만, 2016년 7월 동영상에 관한 뉴스 보고서가 발표된 후 당에서 추방되었다. 그녀는 홀로코스트를 “모든 역사에서 가장 지속적인 거짓말”이라고 묘사하고 강제수용소에 있는 사람들은 가능한 한 건강하고 충분히 식사를 했었으며, 이 수용소들은 실제로는 사형집행장이 아니고 노동수용소에 불과했다고 주장했다.

2018년 10월 말, Monika Schaefer는 종종 뉴스매체를 통해 일반인들에게 홀로코스트에 대한 부정을 했다는 혐의로 유죄 판결을 받았다. Alfred Schaefer는

캐나다 녹색당의 전 후보인 Monika Schaefer의 형제이며, 그녀가 홀로코스트를 “역사상 가장 크고 가장 치명적이며 지속적인 거짓말”이라고 부른 비디오를 제작 하는데 도움을 주었다. 이 범죄에 대하여 독일 법원은 Monika Schaefer에 대해서는 3년 2개월의 징역형을, Alfred Schaefer에 대해서는 10개월의 징역형을 선고하였다.

4. 유대인 학살에 대한 선동죄 판례⁵⁰⁾

가. 사실관계

심판청구인⁵¹⁾은 자신의 인터넷 사이트와 유튜브 계정에 객원사회자라 소개된 제 3자의 음성자료를 올렸다. 이 자료는 수년 전 독일 내 여러 곳에서 열린 나치독일의 군사 자료 전시(Wehrmachtausstellung)에서 공개된 독일군의 사진이 잘못된 것이라고 비판하고 있다.

또한 청구인은 당해 전시의 책임자에 대해서는 조작과 대중선동이라고, 점령연합군에 대해서는 거짓 선전이라고 비난하였다. 나아가 역사적 진실이 박해와 형벌을 받고 있으며, 사람들은 자발적으로 친위대(SS)와 함께 수용소로 갔다고도 하였다. 그리고 나치에 대해 투쟁하는 자와 나치를 처리하는 법정의 증인들은 모두 거짓말을 했으며, 홀로코스트에서 살아남은 자들이 대규모 학살에 관한 강연으로 돈을 번다는 등의 비난을 하였다.

결정문에 인용된 심판청구인의 주장을 구체적으로 보면 다음과 같다.

“다하우(Dachau)든 부헨발트(Buchenwald)든 독일 땅에서 수용자들을 독가스로 처리했다고 법정에서 함부로 주장하여, 위증을 하고 거짓 맹세를 한 이른바 증인들이 왜 기소되지 않는가, 왜 목사라는 자가 다하우에서 20만 명 이상의 유대인이 독가스로 학살되었다고 비열하게 거짓말을 했는가”라고 주장하였다.

나. 사건의 경과

제1심은 시법원은 심판청구인에 대해 대중선동이라 하여 형법 제130조 제3항 3

50) 2018년 6월 22일자 사건번호 1 BvR 2083/15.

51) 원판결에서 피고인으로 처벌된 자를 말한다.

목52)에 따라 벌금형에 처했다. 심판청구인이 파더본(Parderborn) 지방법원에 항소하였으나 제2심은 벌금 액수를 상향하여 기각했으며, 함(Hamm) 고등법원에 제기한 상고 역시 패소했다. 이후 심판청구인은 연방헌법재판소에 당해 판결에 대한 헌법소원을 제기하였다.

다. 판결의 요지

이에 대해 연방헌법재판소는 파더본 지방법원의 2015년 3월 12일자 판결(03 NS-40 Js 81/13-178/14)과 함(Hamm)고등법원의 2015년 7월 21일자 결정(III-4 RVs 76/15)은 기본법 제5조 제1항 1문에서 도출되는 심판청구인의 기본권을 침해한다고 판시하였다. 따라서 연방헌법재판소는 이 재판들을 파기하고 파더본 지방법원으로 환송하였다. 이 판결에서 연방헌법재판소는 다음과 같이 판시한다.

“(1) 판결의 근거가 되는 해당 주장은 산만한 사실주장과 섞인 가치판단으로서 의사표현의 자유의 보호영역에 속한다. 파더본 지방법원이 심판청구인의 웹사이트에 공개한 제3자의 주장이 여기에 속한다고 한 데에는 문제가 없다.

(2) 본 사안에서 쟁점이 되는 내용을 전파했다 하여 형벌을 과하는 것은 의사표현의 자유에 대한 제한이다. 그 제한의 근거가 되는 형법 제130조 제3항이 일반법이 아니라 오로지 나치에 대한 주장만을 형벌에 처한다고 하여 이 유죄판결과 모순되는 것은 아니다. 이 조항은 1933년에서 1945년 사이 나치의 폭력과 자의의 지배에 대해 호의적인 프로파간다의 방지를 도모하는 규정으로서, 기본법 제5조 제2항에 따라 일반적으로 적용되는 형식적 요청의 예외라는 것이 연방헌법재판소의 판례⁵³⁾이다.

52) 독일 형법 “제130조 ③ 나치 지배 하에서 국제형법전(Völkerstrafgesetzbuch) 제6조 제1항에 적시된 방식으로 행해진 범죄를, 공연히 또는 집회에서 공공의 안녕을 해할 정도로, 승인 또는 부정하거나 사소한 것으로 치부하는(billigt, leugnet oder verharmlost) 자는 5년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다.”

53) “기본권과 ‘일반법률’의 상호관계를, ‘일반법률’에 의한 기본권 효력의 일방적인 제한으로 이해할 수는 없다. 문언에 따르면 ‘일반법률’이 기본권을 제한하기는 하지만, 다른 한편 이 기본권(표현의 자유)이 자유민주적 법치국가에서 가치를 설정한다는 중요성에 비추어 해석함으로써 그 기본권 제한 작용이 다시 제한된다는 의미에서 상호작용이 있는 것이다.”(BVerfGE 7, 198, 208f.) 여기서 일반법률은 “어떤 의견 자체를 금지하거나 특정 의견의 표명 자체를 규제하는 것이 아니라, 특정 의견에 무관하게 보호해야 할 법익, 즉 표현의 자유보다 우월한 공동체의 가치에 기여하는” 법률 모두를 의미한다(BVerfGE 7, 198, 209f.).

(3) … 2) (중략) 기본법 제5조 제1항에 비추어 공공의 안녕을 교란할 만한가의 판단에는 좀 더 상세한 요청이 도출된다. 출발점은 의사표현의 자유가 정신적 자유라는 점이다. 의견의 표명이 순수하게 정신적이기만 한 효과를 갖는 경우, 이에 대응하는 조치를 내리기 위해 기본권이 제한되어서는 안 된다. 헌법에 적대적인 관점의 유포를 막으려 한다는 것이 의사표현을 제한하는 근거가 되지 못한다. 그에 반해 법익침해를 방지하기 위해서라면 정당하다. 따라서 공공의 안녕이라는 개념은 제한적으로 이해해야 한다. 도전적인 주장이나 이념에 맞닥뜨림으로써 겪게 되는 주관적인 혼란으로부터 보호하려는 의도로 공공의 안녕을 해석하는 것은 수긍하기 어렵다. 혼란을 주는 주장의 내용이 설사 실현되면 위험하거나, 심지어 현실서의 전복을 지향한다 하더라도, 이와 맞닥뜨린다는 것은 자유주의국가에서 있을 수 있는 일이다. 전체주의 이데올로기나 명백히 잘못된 역사해석을 통해 법의식이 훼손되지 않도록 국민을 보호한다는 것이 제한의 근거가 되지 않듯이 “사상 풍조의 오염”에 대한 보호 역시 제한의 근거가 되지 않는다. 나치의 해악을 사소한 것으로 치부하는 역사해석이 불쾌하기는 하지만, 이것만으로 가벌성의 근거가 되지 못한다.

이에 반해 평온의 보장이라는 의미의 공공의 안녕은 정당한 보호법익이다. 명백히 법익위태화 행위를 내용으로 한다고 해석되는 주장으로부터의 보호가 그 지향점이다. 이러한 점에서 공공의 안녕 보장은, 예컨대 상대방에게 행동의 의지를 부추기거나 억제기제를 누그러뜨리거나 제3자를 직접 위협하는 호소 내지 감정축발이 일으키는, 의견의 표명이 갖는 외부효과를 대상으로 한다. 의견의 표명이 확신을 넘어 간접적으로 현실적 효과를 도모하고, 범법행위를 촉구하거나 공격적인 감정을 축발하는 방식으로 또는 억제기제를 누그러뜨림으로써 법익을 위태롭게 하는 결과를 야기할 수 있다면, 그러한 의견의 표명은 유죄판결로 이어질 수 있다.

3) 심판대상인 재판들은 이러한 요청에 부합되지 않는다. 해당 지방법원은 공공의 안녕을 해할 만하다는 근거로, 그러한 주장이 공적인 법적 안정성에 대한 신뢰를 흔들고, 감내할 수 없는 모욕이라는 점을 들었다. 이는 사상 풍조의 오염과 국민의 법의식 훼손이라는 주장에 불과하고, 평온의 위태화라는 경계에 이르지 못하는 것이다. 그 인터넷 사이트가 정치적으로 극우성향의 대중을 대상으로 한다는 점 그 자체에서 공론의 평온이라는 의미의 공공의 안녕을 위태화한다는 논거가 되지 못한다. 그 주장에 대한 법원의 평가 자체에서 보더라도 간접적으로라도 공공

의 안녕을 해한다는 결론이 도출되지 않는다.

파더본 지방법원은 그러한 주장을 함으로써 나치의 폭력행위가 상대화되고 하찮아진다고 확정하였다. 여기서 파더본 지방법원은, 심판청구인이 그 주장을 통해 공격성을 부추기고 인간성에 대한 나치의 지배와 범죄를 승인하거나 부정한다고 비난하지 않는다. 나치를 위한 일방적인 변명에 초점을 맞추고 있을 뿐이다. 하지만 이미 인정된 역사서술이나 희생자를 적절하게 평가하지 않는다고 해서 바로 의사표현의 자유의 한계를 넘은 것은 아니다.

그러한 주장을 의사표현의 자유로써 보호한다고 해서, 수용할 수 있는 내용으로 공론에서 예민하지 않게 받아들여야 한다는 것은 아니다. 기본법의 자유질서는 민주주의의 개방성으로도 받아들이기 어려운 주장을 원칙적으로 금지하기보다는 공론으로써 대응할 것을 예정하고 있다. 의사표현의 자유는, 그 주장이 비평화적인 성격으로 돌변하는 곳에 그 형법적 한계가 있다. 하지만 이에 관해 심판대상인 재판들은 전혀 판단하지 않았다.”

이러한 논거 하에 연방헌법재판소는 “당해 제한이 실체적 관점에서 의사표현의 자유를 충족시키지 못한다. 해당 형사법원은 기본법 제5조 제1항의 요청을 충분히 고려하지 않았다.”고 실시하면서 당해 행위를 형사법적으로 처벌한 하급심의 판결을 파기환송하였다.

5. Fredrick Töben 사건

가. 사실관계

1944년 독일에서 태어난 피고인 퇴벤(Fredrick Töben)은 호주시민으로서, 1996년 호주에 아델라이드 연구소(Adelaide Institute)를 설립하여 소장으로 근무하였다. 그는 1992년부터 홀로코스트에 관심을 가지고 인터넷상 뉴스레터와 기사를 작성하였다. 이 기사들에서 그는 이른바 수정주의적 주제(revisionistische Thesen)를 표명하였다. 그는 학문연구를 핑계 삼아 국가사회주의 지배 하에서 저질러진 유대인 집단학살은 이론(異論)의 여지가 있으며, 그 발견으로 재정적 후원을 받으며 독일을 정치적으로 비방하려는 의도를 가진 자들로 구성된 유대인 집단(jüdischer Kreise)을 설명하는 글을 게시하였다.

구체적으로 그의 글 중 문제가 된 주로 부분은 다음과 같이 3가지이다.⁵⁴⁾

먼저 그는 1997년 4월과 1999년 5월경(시점 특정은 불가능) 다음과 같은 글을 게재하였다.

“그동안 우리는 아우슈비츠의 400만 명의 사망자라는 처음의 숫자는 … 최대한으로 보아도 80만 명 정도로 축소된다고 확신한다. 이는 이미 그 자체로 좋은 소식이고, 약 320만 명은 아우슈비츠에서 죽지 않았다는 것을 의미한다. 이는 축하해야 할 이유가 된다.” “우리는 현재까지도 수백만 명의 사람이 인간가스실에서 사망했다는 어떠한 증거도 없음을 자랑스럽게 설명한다.” “이러한 주장은 독일정부로부터 연금을 받을 것을 노리고 흥분이 되어 있는 골통들인 의심스러운 증인의 증언을 제외하고 어떠한 형태의 사실 또는 문서상의 자료를 통해 입증되지 않았다.”

둘째, 1998년 8월 독일 지방법원의 한 여판사는 극우정치인 Günter Deckert에게 아우슈비츠 생존자인 Max Mannheimer를 모욕했다는 혐의로 유죄판결을 내렸는데, 피고인은 이에 반대하여 호주에서 당해 판사에게 공개서한을 작성하여 보냈고, 이를 베를린 잡지인 슬레이프니르(Sleipnir)와 독일 내 다른 여러 사람에게 송부하였다. 동시에 피고인은 이 공개서한의 영문본을 연구소 홈페이지에 게시하였다. 여기에서 그는 “나는 1997년 4월 아우슈비츠를 방문하였으며, 나의 독자적인 연구에 근거하여 전쟁기간 동안 결코 인간가스실이 운영된 적이 없다는 결론에 도달했다.”라고 하면서 아우슈비츠의 만행을 규탄하는 이들에 대해 비판하는 글을 게재하였다.

셋째, 1998년 12월말과 1999년 1월초에 피고인은 홈페이지에 영문으로 “Fredrick Töben의 1999년 새해 단상(斷想)”이란 제목으로 글을 게재하였다. 그 내용 중 일부를 요약하면 다음과 같다.

“새천년의 전환기에 있는 첫 번째 달에 우리는 지난 5년간의 성과를 되돌아보면서, 확신에 차 다음과 같이 말할 수 있다: 독일인은 아우슈비츠 수용소에서 또는 그 밖의 다른 장소에서 유럽의 유대인을 인간가스실에서 살해한 적이 결코 없다. 이 때문에 모든 독일인과 독일계 사람은 강요된 죄책감에 시달리고 살았으며, 이로 인하여 나쁜 사고방식이 독일인들을 지난 반세기 동안 노예로 만들었다.”

“또한 비록 독일인이 현재 안도의 숨을 쉴 수 있지만, 독일인은 호주 유대인을

⁵⁴⁾ 이 부분에 관한 보다 상세한 해석은 김재운 (2016). 인터넷상 아우슈비츠 거짓말에 대한 독일 연방대법원 판례 고찰. <법학논총>, 36(4), 전남대, 319-343면.

조직화시킨 Jeremy Jones와 같은 사람이 하룻밤 사이에 변하지 않기 때문에 계속해서 비방을 당할 수 있다는 것을 각오해야 한다. 그들의 ‘아우슈비츠-곤봉(Auschwitz-Keule)’은 그들을 위해 훌륭한 수단이 되고 있다. 그들은 Jones가 언급한 것처럼 ‘그것이 기능할 수 있도록 하기 위하여’ 이 곤봉을 자신들의 정치적 신념에 동의하지 않는 사람들에게 휘두를 것이다.”

나. 사건의 경과

피고인은 유럽여행 중에 독일 경찰에 의해 체포되었다. 원심인 만하임 지방법원(LG Mannheim)은 세 가지 사례에 대해 독일형법 제185조의 모욕죄(Beleidigung)와 독일형법 제189조의 사자에 대한 추모감정 모독죄(Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener)에 대해 상상적 경합관계를 인정하였다. 이 중 공개서한 사례(두 번째 사례)는 독일형법 제130조 제1항 또는 제130조 제3항의 대중선동죄와 상상적 경합관계를 인정하여 10개월의 자유형을 선고하였다.

반면 법원은 앞의 첫 번째 사례와 세 번째 사례에 대해서는 비록 피고인의 행위가 대중선동죄를 규정한 독일형법 제130조 제1항 또는 제130조 제3항의 구성요건해당성은 인정되지만 이 행위에 대해 독일형법을 적용할 수 없다는 이유에서 대중선동죄로 처벌할 수 없다고 판시하였다.

이에 대해 검찰은 만하임 지방법원의 첫 번째 사례와 세 번째 사례에 대한 무죄 판결에 대하여 독일 연방대법원에 상고를 제기하였고, 이 상고는 인용되었다. 반면 피고인 측의 상고는 기각되었다.

다. 판결의 요지

당해 만하임지방법원의 판결에 대한 상고심에서 대법원은 다음과 같이 판시하였는데 판결의 요지(Leitsätze)는 다음과 같다.

- ① 외국인이 독일형법 제130조 제1항 또는 제130조 제3항의 의미에서 대중선동죄의 구성요건을 충족시키는 표현(‘아우슈비츠 거짓말’)을 독일에서 인터넷 이용자의 접근이 가능한 외국 서버에서 운용되는 인터넷에 게시했을 경우,

이러한 표현이 독일 내에서 평온의 교란을 위해 구체적으로 적합한 것인 한, 구성요건에 해당하는 결과(독일형법 제9조 제1항 3문)는 독일 내에서 발생한 것이다.

- ② 독일형법 제130조 제1항과 제130조 제3항의 대중선동죄는 추상적-구체적 위협범이다. 이러한 위협범은 추상적 위협범의 하위 그룹에 속한다(BGH NJW 1999, 2129).
- ③ 추상적-구체적 위협범의 경우 독일형법 제9조의 의미에서 결과는 구성요건에서 기술된 보호법익과 관련하여 구체적 행위가 그 위험성이 발현되는 곳에서 발생한다. 추상적 위협범의 경우 독일형법 제9조의 의미에서 '구성요건에 해당하는 결과'는 가능하다.
- ④ 독일형법 제9조의 의미에서 '구성요건에 해당하는 결과'라는 구성요건표지는 일반적인 구성요건론의 개념형성을 토대로 해서 찾아낼 수 없다.
- ⑤ 평온의 교란을 위한 적합성은 어떤 공격이 공공의 법적 안정성(Rechtssicherheit)에 신뢰를 동요시킨다는 두려움에 대한 합리적인 -최소한 구체적인- 근거가 있으면 그것으로 충분히 인정된다. 평온의 교란을 위한 적합성을 위해 구체적 위협의 현실적 발생은 요구되지 않는다. 그러나 평온의 교란을 위한 구체적인 적합성은 필요하다. 이는 단지 추상적으로 존재해서는 안 되고 일반적인 고려를 근거로 할지라도 구체적으로 확정될 수 있어야 한다. 판사는 개별 행위가 일반적으로 고려할 경우 위협에 적합한 것인지 여부를 검토해야 한다. 개별 사안에서 평온의 교란을 위한 적합성이 존재하지 않는다는 반증은 가능하다.
- ⑥ 독일에서 인터넷 이용자가 접근 가능한 게시글이 유대인과 그 밖의 민족 집단 사이의 평화로운 공존을 방해하고 유대인으로 하여금 그들의 안전감과 법적 안정성에 대한 신뢰를 침해하기에 적합할 경우 원칙적으로 평온의 교란을 위한 적합성이 충분히 인정된다.⁵⁵⁾

6. 라인넥카블로그(Rheinneckarblog.de) 사건

⁵⁵⁾ 이상의 판결내용에 대한 번역은 김재운 (2016). 인터넷상 아우슈비츠 거짓말에 대한 독일 연방대법원 판례 고찰, <법학논총>, 36(4), 전남대, 319-343 참조.

독일 중부 2018년 3월 25일 만하임지역의 온라인 미디어 ‘라인넥카블로그(Rheinneckarblog.de)’는 ‘[단독] 만하임에서 대규모 테러공격-사망 136명, 부상 237명으로 도심 대혼란, 테러대응팀 투입’이라는 기사를 작성해서 온라인에 게재하였다. 이 기사에 따르면 테러리스트 50여 명이 마체테 칼 등을 들고 도시를 공격, 도시를 피바다로 만들었으며, 해당 미디어는 페이스북과 트위터에도 기사를 공유했다.

하지만 이 기사의 내용은 완전히 허위정보였다. 만하임 경찰은 인터넷에 게재된 지 15분 만에 이 정보가 가짜임을 밝혔지만 기사는 이미 SNS를 타고 약 2만 번 공유된 후였다.

독일 법원은 이 사건에서 2019년 1월 기사가 아니라 ‘소설’을 쓴 기자에게 벌금 1만2,000유로(한화 약 1,600만원)를 선고했다. ‘가짜뉴스’를 처벌한 것이지만 적용된 법 조항은 독일 형법 제126조 ‘범죄위협에 의한 공공 평온 교란죄’였다. 또한 만하임 검찰은 라인넥카블로그 편집장인 하르디 프로트만(Hardy Prothmann)을 사기와 인격권 침해 및 공공의 평화를 해친 혐의로 기소했다. 프로트만은 재판에서 자신들의 기사는 실제 테러 발생 시 대응을 위한 것으로서 국민들에게 경각심을 고취시키기 위한 것에 불과했다고 항변하였지만 만하임 법원은 프로트만에게 공공 평온 교란죄를 적용하여 벌금 1만 2,000유로를 선고했다.⁵⁶⁾

7. 판결의 의의 분석

가. 표현의 자유의 위축 가능성

독일 「형법」 제130조 제3항은 홀로코스트를 부정하는 표현 행위⁵⁷⁾와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오 표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 이 조항은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에 관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논쟁을 불러일으키고 있다. 더불어 제130조 제4항은 나치 찬양행위도 처벌하고 있다.

56) 이상에 대해서는 미디어오늘 (2019. 9. 21). 독일에서 ‘소설’ 쓴 기자가 벌금 참조. (URL: <http://www.mediatoday.co.kr/news/articleView.html?idxno=202523>)

57) 독일에서는 이를 ‘아우슈비츠 거짓말(Auschwitz Lie)’이라고 한다. 이는 홀로코스트가 거짓이거나 사망자 수가 과장되었다는 주장이다.

독일 형법 제130조 제3항의 이러한 태도에 찬성하는 견해에 의하면 나치의 불법행위와 집단학살은 수많은 증거자, 신뢰할 만한 문서, 법원의 판결 및 학문적 연구를 통해 이미 증명된 것이고, 이는 명백히 입증된 주지의 역사적 사실에 해당한다고 한다. 따라서 이러한 역사적 사실과 반대되는 주장은 올바르지 않으며, 의식적으로 허위의 주장을 하는 것에 지나지 않은 것이기 때문에 이를 처벌하는 것이 학문의 자유나 연구의 자유 등의 이름으로 방해되고 은폐되어서는 안 된다고 주장한다.⁵⁸⁾

반대로 만일 이렇게 역사에 대한 부인행위를 형사처벌할 경우 헌법상 기본권으로 보장된 (인터넷상) 표현의 자유를 침해 내지 지나치게 위축시킬 수 있다고 보는 견해도 있다.

이러한 견해는 독일 형법 제130조 제3항이 독일 기본법 제5조 제1항 제1문에서 보장된 표현의 자유와 조화를 이룰 수 있는가에 대해 규범의 헌법 합치성에 의문을 제기하고 있다.⁵⁹⁾ 또한 독일형법 제130조 제3항의 보호법익은 부분적으로 나치 희생자에 대한 인간의 존엄성이기 때문에 독일기본법 제5조 제2항에서 규정하고 있는 개인적 명예권과 직접적으로 연결되지 않는다는 것을 반대의 논거로 삼기도 한다.

현재의 통설에 의하면 아우슈비츠 찬양, 부인 및 경시를 처벌함으로써 인간의 존엄성을 보호하려는 독일형법 제130조 제3항의 목적은 표현의 자유와 인간의 존엄성 사이에 기본권 충돌을 불가피하게 발생시킴을 부인할 수 없다고 한다. 하지만 독일기본법 제1조 제1항 제1문의 인간의 존엄성이란 보호법익이 언제나 다른 보호법익보다 우선하기 때문에 표현의 자유에 대한 제한이 가능하다. 따라서 독일형법 제130조 제3항은 표현의 자유의 제한과 관련하여 헌법에 위배되지 아니한다는 것이다.

나. 국내 판결의 역외적용의 문제

당해 판결에서 독일 연방대법원은 대상판결에서 외국인(호주인)인 피고인이 외국(호주)에서 행위를 하였음에도 불구하고 독일형법 제9조 제1항 3문⁶⁰⁾상의 '구성요

58) 이러한 견해는 BVerfG v. 9. 6. 1992 - 1 BvR 824/90 참조.

59) Beisel, Die Strafbarkeit der Auschwitzlüge - Zugleich ein Beitrag zur Auslegung des neuen § 130 StGB, NJW 1995, S. 997 ff.

건에 해당하는 결과'가 독일에서 발생했음을 인정하여 독일형법을 적용함으로써 유죄를 선고하였다. 이 판결을 통해 인터넷상 아우슈비츠 거짓말을 게시하고 유포하는 행위에 대해 독일형법의 적용범위를 외국인에게 확대해도 되는지에 관한 논쟁이 야기되었다.

독일 연방대법원은 당해 판결에서 처음으로 독일형법 제6조(국제적으로 보호되는 법익에 대한 국외범)에 있어 발전된 원칙들을 독일형법 제6조의 범주에 포함된 범죄행위가 아닌 다른 범죄행위에까지 확대 적용함으로써 인터넷상 국가사회주의적 선동에 대해 이른바 '탈출구'(Hintertür)를 마련하여 세계주의를 적용할 수 있음을 선언했다는 데 의미가 있다.⁶¹⁾

독일 연방대법원에서는 우선 인터넷상에 널리 유포된 아우슈비츠 거짓말에 대해 독일형법의 관할권이 전 세계적으로 미칠 경우 나타날 국제법적 영향력을 매우 정확하게 인식하고 있다. 따라서 연방대법원은 독일형법 제3조부터 제9조까지에 규정된 독일의 국제형법의 원칙만이 적용될 뿐이고, 그 밖의 관할권의 원칙들은 여전히 '국제법으로 승인된 준거점(völkerrechtlich legitimierender Anknüpfungspunkt)'⁶²⁾이 요구된다고 판시하였다.⁶³⁾

다. 전통적인 명예훼손죄에 대한 특칙으로 규정

나치의 유대인 말살정책은 그 기억까지 말살하는 것이어서 학살의 증거도 제거

⁶⁰⁾ § 9 Ort der Tat(행위장소)

(1) Eine Tat ist an jedem Ort begangen, an dem der Täter gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem der zum Tatbestand gehörende Erfolg eingetreten ist oder nach der Vorstellung des Täters eintreten sollte.

(2) Die Teilnahme ist sowohl an dem Ort begangen, an dem die Tat begangen ist, als auch an jedem Ort, an dem der Teilnehmer gehandelt hat oder im Falle des Unterlassens hätte handeln müssen oder an dem nach seiner Vorstellung die Tat begangen werden sollte. Hat der Teilnehmer an einer Auslandstat im Inland gehandelt, so gilt für die Teilnahme das deutsche Strafrecht, auch wenn die Tat nach dem Recht des Tatorts nicht mit Strafe bedroht ist.

⁶¹⁾ Koch (2002). Zur Strafbarkeit der Auschwitzlüge im Internet - BGHSt 46, 212, JuS, S. 124.

⁶²⁾ Eser (2000). 50 Jahre Bundesgerichtshof, in Festgabe aus der Wissenschaft IV, S. 3, 24; Sieber, Internationales Strafrecht im Internet - Das Territorialitätsprinzip der §§ 3, 9 StGB im globalen Cyberspace, NJW, S. 2068; Hilgendorf (1997). Überlegungen zur strafrechtlichen Interpretation des Ubiquitätsprinzips im Zeitalter des Internet, NJW, S. 1873ff.

⁶³⁾ BGHSt 46, 212 (224).

하는 방식으로 이루어졌다. 이에 대해 독일 판례는 전통적으로 반유대주의의 유포나 유대인 학살사실의 부정을 명예훼손이나 사자명예훼손으로 보았다. 그 집단의 특정성에 관해 유대인 그 자체가 아니라 나치의 박해를 받고 생명을 잃었거나 국내에서 거주하고 있는 사람으로서, 유대인의 운명이라는 표지로서 그들은 좁은 범위의 집단이 된다고 보았다.⁶⁴⁾

유대인 학살사실에 대한 부정은 나치추종자들에 의해 유산처럼 이어지다가, 독일 통일을 계기로 동구권까지 네오나치가 발호하자 그에 대한 입법적 차원의 대응을 새로 논의하게 된다. 그 결과 개인적 법익의 차원을 넘어 사회적 법익의 차원에서 규율해야 한다는 관점에서 1994년 형법 제130조 제3항을 신설하였다. 그 규율대상인 행위의 유형은 유럽에서 일반적으로 거론되는 대로 학살사실의 부정(Leugnung), 학살의 정당화 내지 승인(Billigung), 그리고 학살을 사소한 것으로 치부하는 행위(Verharmlosen)로 나누어 규정하고 있다. 이와 같이 현행 독일 형법상의 대중선동죄는 사회적 법익에 대한 중대한 침해로서 개인의 명예훼손에 대한 특칙의 형태로 구성되어 있다.

IV. 자율규제 현황

1. 네트워크집행법에 의한 자율규제 개관

2015년 당시 독일 연방 법무소비자부(Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, BMJV) 장관인 하이코 마스(Heiko Mass)는 「소셜네트워크에 있어서의 법 집행개선을 위한 법률(Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, NetzDG, 이하 ‘네트워크집행법’이라 함)」을 발의하였다. 그 후 2017년 6월 독일 연방의회에서는 이 법을 통과시켰고, 2018년부터 시행되고 있다. 이 법은 대표적인 SNS 사업자인 ‘Facebook’의 이름을 따서 ‘페이스북법’(Facebook-Gesetz)이라고도 불리고 있다.

이 법에 의하면 소셜네트워크를 비롯한 인터넷 망에 일정한 범죄의 내용이 담겨

⁶⁴⁾ BGHSt 11, 207, 208; 16, 49 57.

있는 게시물은 국가가 직접 통제하는 것이 아니라 ‘망 사업자에게 일정한 의무를 부과하는 방식’으로 SNS상에서의 표현행위의 내용을 규제하는 것을 목적으로 한다. 독일에서는 이에 대해 혐오표현을 남발하는 불법적인 게시물로 인한 이용자의 권리침해를 막아야 하므로 찬성하는 견해와 인터넷 게시물의 규제로 인한 헌법상 표현의 자유를 침해한다는 이유로 반대하는 견해도 있었다. 그러나 더 이상 SNS를 비롯한 인터넷 공간이 위법한 게시물로 인하여 더 이상 무법천지가 되어서는 안 된다는 점에 두 견해가 기본적인 합의를 이루면서 양자의 이익을 형량하는 방향으로 입법된 것으로 평가된다.

2. 입법과정에서의 논의

연방법무소비자부(BMJV)에서는 게시물을 이용자 스스로 자율적으로 통제하는 절차로는 위법한 게시물이나 가짜뉴스에 대한 문제점을 해결하기가 매우 어렵다고 판단하였다. 이에 위법한 게시물이나 혐오적 표현을 사용하는 게시물을 신고하는 절차를 마련하고, SNS 운영자에게 자율규제기관으로서의 권한을 부여함은 물론, 이를 적절하게 해결할 수 있도록 하는 자율규제 방법을 법제화해야 한다고 판단하였다.

입법과정에서는 찬반양론이 대립하여 표현의 자유와 관련하여 매우 의미 있는 논의가 진행되었다.

이 법안에 비판적인 견해에 의하면 첫째, 사기업에 불과한 SNS 사업자에게 과도한 규제권한을 부여하는 것에 대하여 정당하지 않다는 점을 지적하였다. 만일 사기업인 SNS사업자가 네트워크상의 표현을 자기 마음대로 SNS상에서 삭제하거나 차폐할 수 있다면 국민의 표현의 자유를 직·간접적인 방법으로 심각하게 저해하고, 국가에 의한 중립적인 여론형성을 위한 법 집행의무에도 배치된다는 것이다.

둘째, 이미 텔레미디어법(Telemediengesetz, TMG) 제14조 제2항⁶⁵⁾에 의하면 인터넷 서비스 제공자는 개별 사안에서 주 경찰기관에서의 위협통제, 연방 또는

⁶⁵⁾ 텔레미디어법 제14조

(2) 인터넷 서비스 제공자는 개별 사안에서 주 경찰기관에서의 위협통제, 연방 또는 주의 헌법수호 기관, 연방공보처, 국방서비스 또는 연방범죄국에서의 국제적 테러 위협이나 지식재산권의 집행을 위한 임무수행과 관련하여 형사소추의 필요가 있는 경우에는 관련 기관의 요청에 따라 자료를 제공하여야 한다.”

주의 헌법수호 기관, 연방공보처, 국방서비스 또는 연방범죄국에서의 국제적 테러 위협이나 지식재산권의 집행을 위한 임무수행과 관련하여 형사소추의 필요가 있는 경우에는 관련 기관의 요청에 따라 자료를 제공하여야 한다는 규정이 있으므로 굳이 특별법을 제정하여 처벌하는 것은 중복처벌의 가능성이 있다는 것이다.

반대로 가짜뉴스 내지 명예훼손성 게시물은 보호받아야 할 의견의 표명이 아니므로 표현의 자유의 보호범위에 속하지 않는다는 견해에 의하면 가짜뉴스나 혐오 표현은 엄격한 규제 대상이 되어야 한다고 주장하였다.⁶⁶⁾

연방의회에서는 심의과정에서 국가원수에 대한 모독죄(형법 제90조) 등을 내용으로 하는 게시물을 이 법의 규율대상에서 제외하였고, 사생활 침해죄(형법 제210a조)와 같은 범죄를 추가하였다. 또한 심의절차 중 SNS라는 플랫폼에서 형법을 기준으로 하여 명확히 금지된 위법한 게시물을 법에 정한 ‘사적 집행(Privatisierung der Rechtsdurchsetzung)’ 절차를 신설하였다. 이에 의하면 게시물로 인해 피해를 입은 당사자들은 플랫폼사업자들에게 피해사항을 신고하고, 사업자들은 이를 처리한 후 보고할 의무를 부여함으로써, 게시물로 인한 이용자의 피해를 최소화하고자 하였다.

3. 내용

이 법의 규제대상이 되는 위법한 게시물이라 함은 ‘인터넷 사이트를 이용하고 있는 이용자가 자신 또는 타인의 계정 내지 게시판에 임의로 작성한 게시물로서 그 내용이 독일 형법(Strafgesetzbuch, StGB)에서 규정하고 있는 범죄 중 21개 범죄⁶⁷⁾의 구성요건을 충족하고 정당화 사유가 존재하지 않는 게시물’을 의미한다(제1조 제2항).

이 중 가짜뉴스와 관련되는 부분은 모욕죄(Beleidigung, 형법 제185조), 비방죄(Üble Nachrede, 형법 제186조), 중상모략죄(Verleumdung, 형법 제187조) 및 문서위조죄에 준하는 중요 데이터의 위작죄(Fälschung beweisheblicher Daten, 형법 제269조)에 해당하는 게시물 등인데, 이와 같은 위법한 게시물이 이

⁶⁶⁾ Peifer, Karl-Nikolaus (2017). Fake News und Providerhaftung. CR 12/2017, S.810

⁶⁷⁾ 독일 형법 제86, 86a, 90, 90a, 111, 126, 129-129b, 130, 131, 140, 166조, 184b조 및 184d조, 제185-제187조, 제201a조, 제241조 또는 제269조에 해당하는 죄.

법의 적용대상이다.

당해 법은 여섯 개의 조문으로 구성된 비교적 간단한 내용이다. 주요 내용을 살펴보면 다음과 같다.

가. 법 제1조(적용범위)

제1조는 본 법률의 적용범위에 대하여 정하고 있는데, 이 법률 제1조 제1항 g에 의하면 '사용자가 다른 사용자와 임의의 콘텐츠를 공유하거나 공개할 수 있도록 고안된, 이익창출을 목적으로 인터넷에 플랫폼을 운영하는 텔레미디어 제공자(즉 소셜네트워크)에게 적용' 된다. 다만 서비스 제공자 자신의 책임 아래에서 저널 편집을 위해 제공된 플랫폼은 이 법률의 SNS에 해당하지 않으며, 개인간 커뮤니케이션이나 특정 콘텐츠의 배포만을 위한 소규모 플랫폼도 마찬가지로 본 법률의 적용대상에서 제외된다(제1항).

법 제1조 제1항에 의하면 이메일 서비스와 메신저 서비스는 적용대상에서 배제된다. 직무상 활용되는 네트워크와 전문포털, 온라인게임, 온라인숍 등도 규제대상이 아니다. 그리고 본 법률의 규제대상이 되는 불법 콘텐츠라 함은 형법 제86조(위헌조직 선전물 반포), 제86조a(위헌조직의 표시 사용), 제89조a(중대한 국가위해적 폭력행위 예비), 제91조(중대한 국가위해적 폭력행위 지시), 제100조a(간첩목적 위조), 제111조(공연한 범죄선동), 제126조(범죄위협을 통한 공공평온 교란), 제129조부터 제129조b(범죄단체조직 등), 제130조(국민선동), 제131조(폭력물 반포), 제140조(범죄의 대가지급 및 찬양), 제166조(신앙, 종교단체, 세계관단체 모욕), 제184조b(아동음란 물 반포, 취득, 소지), 제184조d(방송 및 텔레미디어를 이용한 음란물 공개), 제185조부터 제187조(모욕 등), 제201조a(사진촬영을 통한 가장 개인적인 생활영역 침해), 제241조(협박), 제269조(증거가치가 있는 정보의 조작)이며, 이 중 위법성조각사유가 없는 경우로 한정된다.(법 제1조 제3항).

다만 독일 국내에서 등록된 사용자의 수가 200만 명 미만인 소셜네트워크 서비스 제공자는 아래의 제2조와 제3조의 의무로부터 면제된다(제1조 제2항).

나. 법 제2조(신고처리내역 보고서 작성의무)

법 제2조에서는 불법콘텐츠 신고에 대한 처리내역 보고서 작성에 대해 규정하고

있다. 이에 의하면 연간 100건 이상의 불법 콘텐츠 신고를 접수한 SNS 서비스 제공자는 반기별로 해당 플랫폼에 불법 콘텐츠 신고된 내용에 대한 처리여부를 담은 내역에 대해 독일어로 보고서를 작성해야 하며, 연방관보에도 게재하여야 한다.

다. 법 제3조(불법콘텐츠 검색·감시·차단의무)

법 제3조에서는 SNS서비스제공자들의 불법콘텐츠 검색과 감시 및 차단의무를 규정하고 있다. SNS서비스 제공자들은 신고가 제기된 콘텐츠에 대해 24시간 이내에 차단하고, 불법성이 확인된 경우 7일 이내에 해당 콘텐츠를 삭제한 후(제3조), 신고자에게 통보하면 된다. 이때 SNS서비스제공자들이 불법 콘텐츠를 찾아내기 위해 검색이나 감시를 할 필요는 없다. 다만 불가피한 경우(예를 들면 콘텐츠의 위법성에 대한 판단이 사실주장의 허위성이나 다른 객관적 정황에 따라 달라질 수 있는 경우 등)에는 7일 이후에도 해당 콘텐츠를 삭제 또는 차단할 수 있다.

라. 법 제4조(신고처리절차위반에 대한 처벌)

만일 SNS서비스 제공자가 고의 또는 과실로 제2조에서 규정한 보고서를 작성의무를 해태하거나, 실제적·절차적으로 부당하게 작성 또는 공개한 경우와 아울러 제3조에 따른 신고처리절차를 위반한 경우에는 질서위반행위로서 500만 유로 이하의 과태료를 부과할 수 있다(제4조). 이때 과태료는 질서위반법(Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) 제17조 제4항에 따라 해당 위반행위로 취득한 이익보다 많아야 한다.

나아가 질서위반법 제130조에 의하면 SNS네트워크를 운영하는 기업의 소유자에게도 효과적인 신고관리체계 유지의무 또는 보고의무 위반을 이유로 과태료 처분을 부과할 수 있다. 같은 법 제30조에 따르면 만일 과태료처분의 대상이 법인이나 조합일 경우에도 과태료를 부과할 수 있는데, 그 액수는 최대 5,000만 유로까지 부과할 수 있다(질서위반법 제30조 제2항 제3문 참조).

4. 평가 및 시사점

독일의 네트워크 집행법은 우선 수많은 인터넷 게시물 가운데 모든 표현물에 대

한 콘텐츠를 규제의 대상으로 하는 것이 아니라 기존의 형법에 위배되는 표현물만을 적용대상으로 하고 있다는 특징이 있다. 이는 만일 네트워크집행법이라는 특별법의 처벌조항을 다른 범죄유형을 신설하여 적용할 경우에 발생할 수 있는 표현의 자유 위축의 문제를 고려하여 입법적인 타협점을 찾은 것으로 보인다.

둘째, 독일 네트워크집행법은 형법적으로 명백히 불법적인 콘텐츠가 SNS상에 게재된 경우 신고절차, 온라인서비스 제공사업자의 처리절차, 처리결과를 이용자인 신고자와 게시자 및 규제기관에 고지하는 방법 및 그에 대한 제재사항을 명확히 규정하고 있다는 점에서 우리의 정보통신망법에 비해 진일보한 규정이라고 평가된다.

셋째, 민간사업자인 SNS사업자에게 1차 규제권한을 위임하면서도 그에 대한 한계를 명백히 함으로써 국가와 민간의 관계를 확실히 규정하였다. 또한 국내사업자와 해외사업자에 대해 차별 없이 이 법을 적용함으로써 규제의 형평성을 제고하고 입법 공백을 방지하고 있다.

V. 소결

1. 독일의 혐오표현 규제 현황과 법제

가. 실태 및 논의배경

독일 기본법 제5조의 해석에 의하면 표현의 자유 중 의사표현의 자유, 의사전달의 자유, 정보의 자유는 그 주된 내용이 방어권적 성격이 강한 주관적 공권인 반면에, 매스커뮤니케이션의 자유에 속하는 프레스의 자유, 방송의 자유도 역시 주관적 공권성이 인정되기는 하지만 기본적으로는 제도적 보장으로서의 성격도 아울러 가지는 이중적 성격을 가지고 있다고 한다.

독일의 연방헌법재판소는 “국가권력에 의해서 통제되지 않고 검열을 받지 않는 자유언론이 자유국가의 기본요소”라고 판결함으로써 언론의 자유를 보장하고 있으며, 공영방송 조직, 운영의 필요 요건 등에 관한 견해 표명, 신문의 표현의 자유와 제도상 가치를 보장하는 견해 표명 등 민주주의 하에서 출판과 방송의 중요성 및

임무를 강조하는 법적 해석을 부여하는 기능을 수행하고 있다.

특히 독일은 히틀러와 홀로코스트로부터 법치주의의 소중함을 배웠다. 인류역사상 최악의 독재자로 불리는 아돌프 히틀러는 1차 세계대전 패배로 인한 막대한 배상금 부담과 대공황 발발로 독일 경제가 파탄해지고 민심이 극도로 흉흉해진 상황에서 부유한 유대인에 대한 반감과 증오를 부추겨서 권력을 잡고 유지하였다. 그는 1933년부터 1945년까지 유대인을 '지구에 존재하는 가장 악한 인종'으로 규정하고 유럽에 거주하는 600만 명 이상의 유대인을 무차별하게 학살하여 반인륜적인 범죄를 자행하였다.

패망 이후 독일인들은 다시는 이러한 반민주적인 사상을 가진 정치인이 출현하지 않아야 한다는 정신을 1949년 기본법에 담았다. 그럼에도 불구하고 독일은 극우 및 극좌파 정당이 출범하며 정치적 혼란이 극심했다. 특히 1949년 10월 2일 창당한 사회주의제국당(SRP)은 네오나치를 표방하며 나치의 영광을 재연하려 노력하였다.

이렇게 유럽 전역에서 유대인과 소수민족에 대한 폭력과 증오범죄가 만연하면서 이들에 대한 합리적인 수준에서의 표현의 자유와 그 제한 및 처벌에 관한 문제가 심각하게 제기되고 있다. 이러한 문제점에 근거해서 독일에서는 다양한 입법으로 이 문제를 해결하고자 입법적 노력을 기울이고 있다.

나. 입법현황

공공성과 공정성을 이념적 기반으로 하여 도구적 성격을 가지는 방송의 자유와는 달리 통신의 자유에 있어서는 통신주체간의 비밀보호가 핵심적인 기본권의 내용이 된다.

독일에서는 「텔레미디어법(Telemediengesetz)」 및 「방송·텔레미디어주간협약(Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien)」에 의거하여 '텔레미디어서비스'를 크게 두 가지로 분류하고 있다.

첫째, 저널리즘적 성격을 갖거나, 방송과 유사성이 있는 주문형 텔레미디어 서비스에 대해서는 「방송텔레미디어주간협약」의 제6장의 규정을 적용한다. 이에 속하는 미디어유형은 '저널리즘편집 텔레미디어', '유사방송 텔레미디어', '유사TV텔레미디어'가 있다.

둘째, 실시간으로 방영되지 않고, 보도기능이 없으며, 텔레비전 또는 방송과 유사성도 없는 텔레미디어서비스(동영상, 텍스트, 이미지 모두 포함)는 연방관할의 「텔레미디어법」의 규제대상이 된다. 독일의 「방송·텔레미디어국가협약」 제2조 제3항에 의하면 동시 수신을 위한 잠재적 이용자 수가 500인 이하인 서비스 등은 방송의 개념에서 제외하고 있다.

독일 형법 제130조 제1항은 구술 또는 간행물을 통해 치안방해가 되는 방식으로 “특정 인구집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위” 및 “특정 인구집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위”를 금지하는 매우 광범위한 혐오표현 처벌규정을 두고 있다. 특히 제130조 제2항은 치안방해의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체로 처벌할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다.

게다가 제130조 제3항은 홀로코스트를 부정하는 표현행위와 같이 역사를 부정하는 행위(historical revisionism)까지도 혐오표현의 일환으로 처벌하고 있다는 점이 특징적이다. 이 조항은 특히 사실(fact)과 견해(opinion)의 구별의 경계에 관한 논쟁뿐만 아니라 학문적 자유의 제한과 관련하여 많은 논쟁을 불러일으켰으며, 제130조 제4항은 나치 찬양행위도 처벌하고 있다.

특히 「형법」 제130조 제2항에서는 원래의 형법의 목적이어야 하는 치안 방해가 발생했는지의 여부와 관계없이 혐오표현 그 자체를 처벌의 대상으로 할 수 있도록 규정하고 있다는 점에서 독일은 혐오표현을 광범위하게 규제하고 있다고 볼 수 있다.

다. 판례 현황

먼저 Auschwitz Lie 사건에서는 유대인 홀로코스트가 날조된 사실이라는 취지를 담고 있었던 강연회를 허가하지 않은 관계 기관의 행위가 헌법에 위반되지 않는다고 판시하였다.

둘째, Auschwitz Lie 문신 정치인 사건에서는 아우슈비츠 죽음의 수용소(Auschwitz death camp)인 나치 강제수용소의 건물 등을 새긴 문신을 일반인들이 이용하는 수영장에서 노출시켜 ‘민중선동죄’ 혐의로 기소된 28세의 정치인에게

금고 8개월의 실형 판결을 내렸다.

셋째, Monika & Alfred Schaefer 남매 사건에서는 종종 뉴스매체를 통해 일반인들에게 홀로코스트에 대한 부정을 했다는 혐의로 피고인이 유죄 판결을 받았다. Alfred Schaefer는 캐나다 녹색당의 전 후보인 Monika Schaefer의 형제이며, 그녀가 홀로코스트를 “역사상 가장 크고 가장 치명적이며 지속적인 거짓말”이라고 부른 비디오를 제작하는데 도움을 주었다. 이 범죄에 대하여 독일 법원은 Monika Schaefer에 대해서는 3년 2개월의 징역형을, Alfred Schaefer에 대해서는 10개월의 징역형을 선고하였다.

넷째, 유대인 학살 선동죄 사건에서는 자신의 인터넷 사이트와 유튜브 계정에 객원사회자라 소개된 제3자의 음성자료를 올렸다. 이 자료는 수년 전 독일 내 여러 곳에서 열린 나치독일의 군사 자료 전시(Wehrmachtausstellung)에서 공개된 독일군의 사진이 잘못된 것이라고 비판한 자를 처벌하는 것은 합헌이라고 판시하였다.

다섯째, 독일계 호주시민인 Fredrick Töben의 유대인 학살에 대한 부정과 망언 행위를 처벌하였다. 이 사건의 특징은 Töben이 외국인이었음에도 불구하고, 독일이 아닌 다른 나라에서 체포하여 처벌했다는 것이다.

여섯째, ‘라인넥카블로그(Rheinneckarblog.de) 사건’은 ‘[단독] 만하임에서 대규모 테러공격-사망 136명, 부상 237명으로 도심 대혼란, 테러대응팀 투입’이라는 기사가 온라인에 게재된 사건이다. 이 기사는 가짜뉴스였으며, 이 기사를 작성한 기자는 ‘공공평온 교란죄’로 처벌당하였다.

라. 자율규제 현황

‘인터넷 사이트를 이용하고 있는 이용자가 자신 또는 타인의 계정 내지 게시판에 임의로 작성한 게시물로서 그 내용이 독일 형법(Strafgesetzbuch, StGB)에서 규정하고 있는 범죄 중 21개 범죄의 구성요건을 충족하고 정당화 사유가 존재하지 않는 게시물’을 인터넷상에 방치한 정보통신서비스 제공자들은 「네트워크집행법(NetzDG)」에 의하여 최대 5,000만 유로까지 과태료를 부과할 수 있다.

2. 독일의 혐오표현과 국내 시사점

먼저 독일에서는 「방송·텔레미디어국가협약」을 통해 새로운 미디어서비스들이 인터넷 방송에 포함될 수 있는 기준을 설정하였다. 독일의 「방송·텔레미디어국가협약」 제2조 제3항에 의하면 동시 수신을 위한 잠재적 이용자 수가 500인 이하인 서비스 등은 방송의 개념에서 제외하고 있다.

이러한 독일의 방식은 우선 방송의 개념을 포괄적·종합적으로 정의함으로써 전송 기술의 발전으로 인해 규제의 공백의 발생을 방지하면서도, 방송으로 분류되는 개인 인터넷 방송서비스의 범위를 제한하고 있다. 당해 기준은 방송과 통신의 기본권적 속성을 해치지 않으면서도 단행법적으로 규제의 기준을 설정할 수 있는 장점이 있다.

혐오 표현에 관한 독일의 법·정책은 대부분 국가사회주의(나치)시대의 경험으로 인해 인간의 존엄성을 훼손하는 경우의 잠재적 위험성에 대한 민감한 인식으로부터 비롯되었다. 이에 따라 「형법」 제130조 제1항에서는 구술 또는 간행물을 통해 치안 방해가 되는 방식으로 ‘특정 인구 집단에 대한 혐오를 선동하거나 그들에 대한 폭력적 또는 독단적 조치를 요구하는 행위’ 및 ‘특정 인구 집단을 모욕하거나 악의적으로 비방하여 타인의 인간적 존엄성을 침해하는 행위’를 금지하는 등 매우 광범위한 혐오 표현 처벌 규정을 두고 있다.

독일의 법률에서도 볼 수 있듯이 이러한 법률의 적용을 위해서는 한 국가에 살고 있는 다양한 사람들과 국가를 동일시하지 않을 수 있는 의식, 즉 자유롭게 살아가는 혹은 자유와 평화 속에서 살아가기를 희망하는 사람의 삶과 민족은 동일한 것이 아니라는 의식이 필요한 것으로 보인다. 독일의 형법 제130조의 ‘대중선동죄’는 그런 점에서 국가의 평화가 무엇인지를 새롭게 해석할 수 있는 계기가 될 수 있을 것이다.

독일의 「네트워크집행법(NetzDG)」은 우선 수많은 인터넷 게시물 가운데 모든 표현물에 대한 콘텐츠를 규제의 대상으로 하는 것이 아니라 기존의 형법에 위배되는 표현물만을 적용대상으로 하고 있다는 특징이 있다. 또한 민간사업자인 SNS사업자에게 1차 규제권한을 위임하면서도 그에 대한 한계를 명백히 함으로써 국가와 민간의 관계를 확실히 규정하였다. 또한 국내사업자와 해외사업자에 대해 차별 없이 이 법을 적용함으로써 규제의 형평성을 제고하고 입법 공백을 방지하고 있다.

제2절 영국

I. 실태 및 논의 배경

1. 영국 혐오표현의 실태

다른 유럽국가에서와 마찬가지로 제2차 세계 대전 이후 영국에서도 인종주의나 반유대주의의 확산과 이에 대한 대응의 필요성이 대두되었다. 기존 보통법(common law)상 선동죄 혹은 선동적 명예훼손(seditious libel)으로는 적절한 규제가 이루어지지 않은 틈을 메우기 위해 입법의 필요성이 요구되었고, 그 결과 「인종관계법(1965)」이 제정되었다.⁶⁸⁾ 그 이전 보통법상 선동죄를 보완하여 제정된 공공질서법(1936)은 실질적인 폭력을 유발하지 않았다 하더라도 그러한 우려(“likely”)가 있는 경우도 처벌의 대상으로 한다는 점, 폭력 유발의 의도가 있는 경우만을 대상으로 한다는 점이 기존의 선동죄와 차이가 있었으나 인종주의에 대응하는 것이 명시적인 입법목적이 아니었다. 이는 파시즘 선동을 주요 목적으로 하고 있었기 때문에 부수적으로 유대인에 대한 공격이 처벌될 수 있을 따름이었다.⁶⁹⁾

1950년대와 1960년대 영국에서는 카리브해나 인도반도 지역으로부터 이민이 증가하는 한편, 1950년대 영국의 경제불황으로 실업자가 증가하는 등 이민자에 대한 반감이 커지고 있었다. 1958년 노팅엄 폭동이나 노팅힐 폭동 등 대규모 인종폭동이 일어나는 등 이민자의 사회통합을 위한 정책적 대응이 요청된 결과, 인종관계법(1965)의 제정에 이르게 되었다.⁷⁰⁾ 또한 후술하는 바와 같이 혐오표현을 규제하기 위한 인종관계법은 그 이후 공공질서법(1986)으로 개정되는데 그 배경 역시 1980년대 들어 런던 브릭스톤사건을 비롯한 대규모 집단시위와 폭행사건이 빈발하였던 것이 계기가 되었다.

현재 영국의 혐오표현 규제법으로 이야기되는 공공질서법(1986)은 그 이후

⁶⁸⁾ Brendt, Eric. (2005). *Freedom of Speech(2nd ed.)*. Oxford University Press, p.177.

⁶⁹⁾ Courtney, Nathan. (1993). British and United States Hate Speech Legislation: A Comparison, *Brooklyn Journal of International Law* 727, p.731 참조.

⁷⁰⁾ 奈須祐治 (2015). イギリスにおけるヘイト・スピーチ規制法の歴史と現状, 西南学院大学法学論集 48(1), p.78.

2000년대 들어서 인종 등을 이유로 하는 행위에서 종교와 성적 지향에 대한 혐오 표현으로 그 규제대상이 확대되었으며, 혐오범죄 관련법의 제정과 이에 대한 대응을 통해 보다 규제 대상이 명확해지게 되었다.

특히 21세기 들어와서 온라인을 매개로 이루어지는 혐오표현의 문제점에도 주목하게 되었으며, 브렉시트 이후 인종적 혐오 등이 늘고 있다는 평가도 있다는 점⁷¹⁾에서 20세기와는 또 다른 국면을 맞이하고 있다.

특히 종교에 기한 혐오범죄는 2017/2018년은 2016/2017 대비 유죄판결이 478건에서 691건으로 44.6% 증가하였다는 점에서, 1,211건에서 1,282건으로 5.9% 증가한 동성애혐오/트랜스혐오에 기한 혐오범죄, 800건에서 564건으로 29.5% 하락한 장애에 기한 혐오범죄, 9,583건에서 9,450건으로 1.4% 하락한 인종에 기한 혐오범죄에 비하여 급격한 증가세를 보이고 있다.⁷²⁾

국가검찰청은 혐오범죄에 대해 연간 통계를 제공하고 있으며, 소셜미디어, 이메일, 문자 메시지, 스마트폰 앱을 포함하여 온라인 혐오범죄를 기소하고 있다. 2017-2018년 국가검찰청은 「악의적 통신규제법(Malicious Communication Act 1988)」과 「커뮤니케이션법(Communications Act 2003)」에 따라 6,029건을 기소하였고 이 중 7.2%에 해당하는 435건이 혐오범죄로 파악되며, 이 통계는 전년 대비 12.7%가 증가한 수치이다.⁷³⁾ 특히 근래의 위협적 행위들에 소셜미디어가 중요한 요인으로 등장하고 있으며, 특히 여성, 흑인과 소수인종, LGBT(레즈비언·게이·바이섹슈얼·트랜스젠더), 기타 소수자인 국회의원선거 후보자들에 대해 더 많은 부정적 영향을 미치고 있다는 점을 발표하기도 하였다.⁷⁴⁾ 또한 2017년 영국 내무부는 온라인 혐오표현에 대한 대응을 선언하고, 전국경찰청장협의회(National Police Chiefs' Council: NPCC)를 중심으로 온라인 혐오범죄 국가 허브로 기능할 수 있도록 정비하겠다고 밝혔다.⁷⁵⁾

71) 2019년 2월 1,006명의 영국 내 인종적 소수자에 대한 설문에서 인종차별의 경험 비율이 2016년 64%에서 2019년 76%로 증가했으며, 소셜미디어에서의 인종주의 경험도 50%로 이상이 응답하여 2016년 대비 2배 가까이 늘었다. (URL: <https://www.theguardian.com/world/2019/may/20/racism-on-the-rise-since-brexit-vote-nationwide-study-reveals>) 이외에도 (URL: <https://www.bbc.com/news/uk-wales-48692863>), (URL: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0306396816686283>) 참고

72) Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*.

73) Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.18.

74) Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.19.

75) URL: <https://www.gov.uk/government/news/home-secretary-announces-new-national->

2. 혐오표현 관련법 제정의 배경

영국은 일찍이 보통법(common law)상 선동적 명예훼손(seditious libel)이 인정되었으며, 이는 기본적으로 군주를 보호하는 목적에서 형사처벌의 대상이 되는 표현행위였으며, 나아가 사회의 평화와 질서를 보호하기 위한 것이었다.⁷⁶⁾ 이 때 선동의 의도에 ‘다른 계급 간 증오나 적의의 감정을 증진할 의도’⁷⁷⁾를 포함하는 것으로 보고 있다는 점에서 다른 집단에 대한 언어적 공격이 선동에 해당하는 것으로 간주될 여지가 있었는데, 역시 처벌의 목적 자체는 사회질서 유지라는 점은 주목할 만하다. 이는 현행 혐오표현 규제법으로서의 공공질서법(1986)의 규제 목적으로 이어지기 때문이다. 보통법상 선동적 명예훼손죄는 그러나 범죄 구성요건의 모호성, 폭력·질서파괴를 직접 선동하는 경우에 한정하여 해석한다는 점, 양 범죄의 중첩성 등의 문제로 인종에 대한 폭동 사태에 대응하기에는 충분하지 않았다.⁷⁸⁾

이에 1936년 「공공질서법(1936)」이 제정되는데, 동법 제5조는 1930년대 확산된 파시스트 집회 규제를 입법목적으로, ‘공공의 장에서 혹은 공적인 모임에 참가하는 자에 의해서, 치안을 위협할 의도를 가지거나 그에 의해 치안을 위협할 우려가 있는 위협적, 매도적, 혹은 모욕적인 말을 사용하거나 그러한 성질의 행동을 하는 것’을 범죄화하여 최고 3개월의 자유형을 규정하였다. 그러나 이 역시 인종 등 혐오표현 대상이 되는 속성을 특정하고 있지 않으며, 입법목적 역시 혐오표현 규제를 목적으로 한 것이 아니기 때문에 공공질서에 위협이 되는 집회에 적용되었다. 따라서 유대인을 공격하는 내용을 포함하는 신나치국가사회주의운동가의 연설에 적용되는 경우(Jordan v. Burgoyne)⁷⁹⁾도 있었지만, 노동자 파업집회에도 마찬가지로 적용되었다. 1984년에서 1985년에 걸쳐 대규모의 탄광노동자 파업과 집회

online-hate-crime-hub

76) 보다 구체적으로는 박용상 (2019). <영미 명예훼손법>. 한국학술정보, 31-44면 참고.

77) ‘an intention to bring into hatred or contempt or to excite disaffection against the person of Her Majesty...or to promote feelings of ill-will and hostility between different classes of [her] subject.’

78) 奈須祐治 (2015). イギリスにおけるヘイト・スピーチ規制法の歴史と現状, 西南学院大学法学論集 48(1), p.74.

79) 1 All E.R. 225 (Q.B. 1963). “히틀러는 옳았다...우리의 진정한 적, 우리가 싸워야 할 것은 독일의 히틀러와 국가사회주의자가 아니라 유대인과 그에 결탁하는 국가들이다”라는 발언으로 공공질서법 제5조에 의해 처벌되었다.

과정에서 7,000여명의 노동자가 체포되었는데 그 반수 이상의 체포 근거 규정이 공공질서법(1936) 제5조였다.⁸⁰⁾ 특히 이 탄광노동자 파업과 1981년 낙후된 브릭스톤 지역에서 경찰의 흑인 검문 중에 발생할 소요사태가 대규모 폭력시위로 발전한 브릭스톤 사건은 1986년 공공질서법 개정이 추진된 배경이 되었다.⁸¹⁾ 1986년 공공질서법은 현행 영국의 혐오표현 규제법으로 알려져 있으며, 이 개정은 혐오표현 규제를 직접적인 목적으로 한 규정이 포함된 「인종관계법(1965)」의 개정과 함께 살펴보아야 한다.

「인종관계법(1965)」은 영국에서 제정된 첫 차별금지법으로 평가되며, 제6조에 인종에 기한 혐오표현을 금지하였다. 동법의 입법배경은 유엔의 ‘모든 형태의 인종 차별철폐에 관한 국제협약’(이하 ‘인종차별철폐협약’)의 선언⁸²⁾과 영국 내 비백인 이민노동자에 대한 폭력사태 및 이들에 대한 명시적이고 조직적인 적대감을 표현하는 혐오단체 및 정당의 등장⁸³⁾이라는 국내외 상황에서 기인한다. 그러나 동법의 구성요건이 엄격하였기 때문에 실제로 기소되거나 처벌에 이르는 경우는 드물었으며⁸⁴⁾ 인종주의 철폐에 실효적이지 못하다는 비판들이 지속되면서 1976년에 구성요건을 확대하기 위한 개정이 이루어졌다(「인종관계법(Race Relation Act 1976)」).⁸⁵⁾ 이와 동시에 해당규정은 「공공질서법(1936)」 제5A조로 이동되었다. 동규제가 ‘폭력과 공공 무질서(public disorder)를 초래하는 인종적 적대감의 선동을 막기’ 위한 것으로 민사적 차별금지 규제(civil anti-discrimination statute)가 아닌 형사적 공공질서 규제의 문제라고 정부가 판단했기 때문이다.⁸⁶⁾ 따라서 1986년

80) 공공질서 위반에 따른 공공질서법 제5조 위반이 52%였으며, 그 외에는 경찰 업무방해 25%, 도로교통 방해 11%, 기물파손 11%, 경찰 폭행 6%로 체포되었다. Brake, Michael. and Hale, Chris. (1992). *Public Order and Private Lives*, Routledge Revivals.

81) Fenwick, Helen. (2007). *Civil Liberties and Human Rights(4th edition)*. Routledge-Cavendish, p.427.

82) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (ICERD).

83) Hartesveldt, Fred R. van. (1983). Race and Political Parties in Britain, 1954-1965. *Phylon* (1960-) 44(2), pp.126-128.

84) Halpin, Stanley. (2010). Racial Hate Speech: A Comparative Analysis of the Impact of International Human Rights Law Upon the Law of the United Kingdom and the United States. *Marquette Law Review* 94, p.469; Secretary of State for the Home Department, *Racial Discrimination*, Cmnd. 6234, para.126.

85) 동법은 다른 차별금지법들과 함께 2010년 「평등법(Equality Act 2010)」으로 통합되면서 폐지되었다.

86) 단, 공공질서 관련 제한법에서 전통적으로 포함되어 오던 요소인 ‘치안방해(breach of peace)’는 명시되어 있지 않으며, 이는 현재에도 동일하다. MaxNamara, Luke. (2007). *Human rights*

해당조항인 제5A조가 구성요건을 완화시키는 동시에 「공공질서법(1986)」 제18조로 이동하였다고 하더라도 정부가 동조항을 공공질서 규제를 목적으로 이해하고 있다는 점에 차이는 없다고 할 것이다.

즉 직접적으로 혐오표현을 규제하기 위한 입법도, 비록 규제목적에 직접적으로 해당하지는 않지만 결과적으로 혐오표현을 규제하게 된 입법도 「인종관계법」이 제정된 1965년에서 1976년 개정 전까지의 시기를 제외하고는 「공공질서법」에 해당 규정이 포함되어 있었으며, 일관되게 인종에 기한 특정 표현행위의 규제가 인종적 소수집단의 보호를 목적으로 한다기보다는 인종주의적 표현이 과격한 표현 혹은 폭력사태 유발의 우려가 있다는 점에서 그와 같이 공공질서와 치안유지에 혼란을 주는 상황을 규제할 필요에서 나온 것이다.⁸⁷⁾ 이는 전술한 바와 같이 1976년 「인종관계법」 개정에서 정부가 해당조항의 규제목적은 공공질서로 본다고 재차 확인한 데에서도 명확히 드러난다.

II. 입법 현황

1. 공공질서법

가. 인종·종교·성적지향에 대한 적대감 고무 표현 등

영국에서 혐오표현 규제는 「공공질서법(Public Order Act 1986)」 규정에 의한다. 「공공질서법(1986)」 제3장은 제17조에 ‘인종적 적대감(Racial Hatred)’에 대한 정의규정으로 인종적 적대감이란 ‘피부색, 인종, 국적(시민권 포함) 또는 민족적 혹은 출신 국가에 의해 정의되는 사람의 집단에 대한 적대감’이라고 규정하고 있다. 이어 제18조는 ‘위협적, 매도적 혹은 모욕적(threatening, abusive or

controversies: the impact of legal form. Routledge-Cavendish, p.169; Brendt, Eric. (2005). *Freedom of Speech(2nd ed.)*. Oxford University Press, p.178.

⁸⁷⁾ 1976년 개정 이전 인종관계법에 대한 법원의 해석 역시 폭력 발생의 가능성과 의도를 고려하고 있다는 점, 그리고 실제로 오히려 차별대상인 표적집단의 표현에 대한 처벌이 함께 이루어졌다는 점에서도, 차별금지법인 「인종관계법」에 규정되었던 때조차 동조 규제목적은 차별금지나 소수자 보호로 보기는 힘들다고 판단된다. 이승현 (2016). <혐오표현(Hate Speech)에 대한 헌법적 고찰>. 연세대학교 박사학위논문, 61-62면.

insulting) ‘말이나 행동(words or behaviour)’을 하거나, ‘위협적, 매도적 혹은 모욕적인 글(written material)을 공개(display)’하는 경우로서, ‘인종적 적대감을 고무하기 위한 의도를 가지거나’ 혹은 ‘모든 상황 상 인종적 적대감이 유발될 것 같은 경우’를 처벌하고 있다. 이 때 대상이 되는 글에는 신호, 기타 가시적인 표현이 포함된다(동법 제29조).⁸⁸⁾

이후 2006년과 2008년에는 대상 집단을 확대하여 종교에 기한 적대감과 성적 지향에 기한 적대감을 포함하도록 개정되었다(「인종과 종교적 적대감에 관한 법(Racial and Religious Hatred Act 2006)」, 「형사사법과 이민에 관한 법(Criminal Justice and Immigration Act 2008)」). 이에 앞서 유럽연합의 인종 평등지침과 고용평등지침을 이행하고자 하는 과정에서 2003년 영국정부는 「성적 지향과 종교 및 신념에 대한 고용평등조례(Employment Equality(Sexual Orientation, Religion or Belief Regulation))」를 제정하였다. 또한 2006년 「인종과 종교 혐오법(Racial and Religious Hatred Act 2006)」을 통하여 종교를 원인으로 한 발화에도 「공공질서법」을 적용한 것 역시 유엔인종차별철폐위원회의 권고의 영향을 받았다는 점에서, 대상집단의 속성에 대한 확대는 유럽공동체 및 국제기구의 요청을 수용하는 과정의 도상에 있다고 보인다.

2001년 9·11 이후 영국에서도 예외 없이 이슬람교도에 대한 폭언·폭행이 빈발하였는데, 기존의 「공공질서법」은 ‘종교’가 포함되어 있지 않아서 법원은 유대인이나 시크교도는 민족적 출신으로 해석하였으나, 기독교나 이슬람교도의 경우 이를 부정하였다.⁸⁹⁾ 이후 2003년 유엔인종차별철폐위원회로부터 규제대상을 이슬람교도로 확대해야 한다는 권고를 하였으며, 이 권고를 받은 당시 노동당정부가 이슬람 포비아에 대응하기 위한 법안을 제출한 것이 「인종과 종교 혐오법(Racial and Religious Hatred Act 2006)」이다.⁹⁰⁾ 다만, 표현의 자유의 침해라는 강한 비판을 받고 법안을 수정하여 기존 제한보다 상당히 축소시켰다.

즉, ‘위협적’인 말, 행동, 글의 공개에만 해당하며, 종교적 적대감을 선동할 ‘의도’

88) 29. ...“written material” includes any sign or other visible representation.

89) 예를 들어, 2004년 BNP당대표 Griffin이 당집회에서 현재 영국은 다민족지옥이라고 하면서 Keighley 지역의 백인소녀 폭행사건을 이슬람교도와 연결지어 반복적으로 이슬람교도를 비난하여 공공질서법으로 기소되었으나 2006년 무죄판결이 이루어졌다.(Wainwright, Martin. (2006. 11. 4). Retrial begins of BNP leaders accused of stirring racial hatred. The Guardian. note31)

90) 師岡康子 (2013). ヘイト・スピーチとは何か. 岩波新書, p.94.

가 있어야 한다. 그리고 나아가 ‘표현의 자유의 보호’를 위한 조항을 명시하여, 특정종교에 대한 논쟁, 비판, 반감·싫음·조롱·모욕·욕설을 금지하거나 제한하기 위해 적용될 수 없다고 규정하고 있다.⁹¹⁾ 이는 2년 후 삽입된 성적지향에 있어서도 마찬가지로, 역시 ‘위협적’인 말, 행동, 글의 공개에만 해당하며, 성적지향에 대한 적대감을 선동할 ‘의도’가 있어야 한다. ‘표현의 자유의 보호’와 관련하여서는 성적 행위에 대한 논쟁이나 비판, 억제나 수정의 주장은 위협이나 적대감 고무의 의도라고 보지 않는다.⁹²⁾

나. 괴롭힘

혐오표현은 괴롭힘 규정을 통해서도 일부 규제가 가능하다. 「공공질서법(1986)」 제5조는 ‘괴롭힘, 불안, 고통(Harassment, alarm or distress)’을 제목으로 하고 있는 괴롭힘 금지 조항으로, 적대적 표현으로 인해 특정 개인에게 괴롭힘, 불안, 고통을 가져올 것을 의도하고 그러한 행위를 한 경우를 처벌대상으로 하고 있다. 동조는 혐오표현의 대상이 되는 속성을 명시하고 있지 않으며, 인종주의나 인종차별철폐의 연장선에서 접근한 규정은 아니다. 괴롭힘 행위는 소위 ‘불량소년의 사소한 행위’로부터 사회적 약자를 보호하는 것을 목적으로 한다. 다만, 정부(Home Secretary)는 법안 제출 시 동 규정이 인종적 학대(racial abuse)에도 적용될 수 있다는 점을 언급하였다. 이는 「괴롭힘 방지법(Protection from Harassment Act 1997)」의 경우도 마찬가지이다. 동법은 스토킹 행위가 기존 보통법상 불법행위 및 「공공질서법」의 해석상 적용되기 어렵다는 점에서 스토킹 행위 규제를 입법 목적으로 제정되었다. 그리고 동법 역시 입법목적에서 인종적 폭언을 포함한 괴롭

91) 「Racial and Religious Hatred Act 2006」 29J. Protection of freedom of expression
Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytising or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system.

92) 「Criminal Justice and Immigration Act 2008」 14. After section 29J insert—“29JA Protection of freedom of expression (sexual orientation)
In this Part, for the avoidance of doubt, the discussion or criticism of sexual conduct or practices or the urging of persons to refrain from or modify such conduct or practices shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred.”

힘에도 적용될 수 있다는 점을 언급하였다. 더욱이 동법은 괴롭힘에 발언(speech)을 포함시키고 있어서 이것이 실제로 혐오표현의 일부를 포함하는 규제가 될 수 있다.

「공공질서법(1986)」

제5조(괴롭힘, 불안, 고통)⁹³⁾

(1) 괴롭힘, 불안, 고통을 일으킬 수 있는 사람이 보거나 들을 수 있도록, 다음 행위를 한 자는 위법행위로서 유죄이다

- (a) 위협적, 매도적, 모욕적 단어나 행위 또는 풍기문란한 행위를 하거나
- (b) 위협적, 매도적, 모욕적인 말, 몸짓, 기타 가시적인 표현을 드러내는 것

(중략)

(3) 피고인은 다음을 증명하여 변호할 수 있다

- (a) 괴롭힘, 불안, 고통을 일으킬 수 있는 사람이 보거나 들을 수 있는 상황이라고 믿을 만한 이유가 없거나
- (b) 거주지 안에 있었고 자신이 사용한 말이나 행위, 글, 몸짓 기타 다른 가시적인 표현이 밖에 있거나 다른 거주지에 있는 사람에게 보이거나 들린다고 믿을 만한 이유가 없거나
- (c) 그의 행위가 합리적인 경우

제17조 ('인종적 적대감'의 의미)⁹⁴⁾

이 장에서 '인종적 적대감'이란 피부색, 인종, 국적(시민권 포함) 또는 민족적 혹은 출신 국가에 의해 정의되는 사람의 집단에 대한 적대감이다.

제18조(말이나 행동의 사용 또는 글의 공개)⁹⁵⁾

(1) 위협적, 매도적, 모욕적인 말이나 행동(words or behaviour)을 사용하거나, 위협적, 매도적, 모욕적인 글(written material)을 공개(display)하는 자는 다음의 경우 유죄이다

- (a) 인종적 적대감을 고무하기 위한 의도를 가지거나
- (b) 모든 상황상 인종적 적대감이 유발될 것 같은 경우

「인종과 종교적 적대감에 관한 법(2006)」

공공질서법(1986)은 종교를 기반으로 하는 사람에 대한 적대감의 고무에 대해서도 적용되도록 개정한다.

「형사사법과 이민에 관한 법(2008)」

제74조. 성적지향에 기한 적대감

(a) 공공질서법(1986) 3A장 성적 지향에 따라 규정되는 집단에 대한 적대감에도 적용되도록 개정한다.

⁹³⁾ 5. Harassment, alarm or distress.

(1) A person is guilty of an offence if he—

2. 악의적 통신규제법

「공공질서법」과 「괴롭힘 방지법」에서 금지되는 행위는 인터넷에서 행해진 경우에도 동일하게 적용될 수 있다.⁹⁶⁾ 그러나 특히 인터넷 규제법으로서 「악의적 통신 규제법(Malicious Communication Act 1988)」을 통해서도 온라인상 혐오표현이 규제될 수 있다. 동법에서 타인에게 고의적으로 극히 공격적이거나 허위의 정보(허위의 정보로서, 유포자가 허위라고 알고 있었거나 허위라고 알려진 정보)를 전달하는 행위가 금지되어 있다. 동조를 통해 이메일, 사진 또는 녹음 등으로 전달하는 행위도 규제된다는 점에서 이 또한 온라인상 혐오표현에 적용될 수 있다.⁹⁷⁾

제1조 고통이나 불안을 야기할 의도를 가진 편지 등의 송부의 죄⁹⁸⁾

(1) 다른 사람에게 아래와 같은 메시지나 정보를 송부한 사람은, 그 목적 혹은 목적 중 하나가 (a)또는 (b)에 해당하며 그 수신자 또는 그 메시지 자체·내용·진의를 의도한 다른 사

- (a) uses threatening or abusive words or behaviour, or disorderly behaviour, or
- (b) displays any writing, sign or other visible representation which is threatening or abusive, within the hearing or sight of a person likely to be caused harassment, alarm or distress thereby.

(중략)

(3) It is a defence for the accused to prove—

- (a) that he had no reason to believe that there was any person within hearing or sight who was likely to be caused harassment, alarm or distress, or
- (b) that he was inside a dwelling and had no reason to believe that the words or behaviour used, or the writing, sign or other visible representation displayed, would be heard or seen by a person outside that or any other dwelling, or
- (c) that his conduct was reasonable.

⁹⁴⁾ 17. Meaning of "racial hatred" In this Part "racial hatred" means hatred against a group of persons defined by reference to colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins.

⁹⁵⁾ 18. Use of words or behaviour or display of written material.

(1) A person who uses threatening, abusive or insulting words or behaviour, or displays any written material which is threatening, abusive or insulting, is guilty of an offence if—

- (a) he intends thereby to stir up racial hatred, or
- (b) having regard to all the circumstances racial hatred is likely to be stirred up thereby.

⁹⁶⁾ McGoldrick, Dominic. (2013). Limits of Freedom of Expression on Facebook and Social Networking Sites_ A UK Perspective. *Human Rights Law Review*, 13(1), p.131.

⁹⁷⁾ Article19, United Kingdom(England and Wales): Responding to 'hate speech', Article19, 2018, 21.

람에 대해 고통과 불안을 야기하는 경우에는 유죄이다.

(a)

(i) 저속(indecent)하거나 극히 공격적인 메시지

(ii) 위협적인 메시지

(iii) 송신자가 허위라고 알고 있거나 혹은 허위라고 믿고 있는 정보

(b) 전체적 또는 부분적으로 저속(indecent)하거나 극히 공격적인 성질을 가진 모든 글 또는 전자적 커뮤니케이션

3. 커뮤니케이션법

인터넷 규제법인 「커뮤니케이션법(Communications Act 2003)」 제127조(1)(a)는 공공의 전기통신 네트워크를 사용하여 극히 공격적이거나 저속, 외설, 위협적인 성질을 가진 메시지의 전송을 처벌대상으로 하고 있다. 동시에 이 조항은 인종, 종교, 장애, 동성애혐오적, 성적지향 및 트랜스젠더혐오적 범죄를 포함한 증오범죄, 해킹정보, 사이버불링과 사이버스토킹 등의 처벌에 사용될 수 있다고 해석된다는 점에서 인터넷을 통한 혐오표현에도 적용된다.⁹⁹⁾¹⁰⁰⁾

⁹⁸⁾ 1. Offence of sending letters etc. with intent to cause distress or anxiety.

(1) Any person who sends to another person—

(a) a letter, electronic communication or article of any description which conveys—

(i) a message which is indecent or grossly offensive;

(ii) a threat; or

(iii) information which is false and known or believed to be false by the sender; or

(b) any article or electronic communication which is, in whole or part, of an indecent or grossly offensive nature, is guilty of an offence if his purpose, or one of his purposes, in sending it is that it should, so far as falling within paragraph (a) or (b) above, cause distress or anxiety to the recipient or to any other person to whom he intends that it or its contents or nature should be communicated.

⁹⁹⁾ Crown Prosecution Service, 'Legal Guidance on Communications Offences'. URL: http://www.cps.gov.uk/legal/a_to_c/communications_offences

¹⁰⁰⁾ 동조에 대한 해석과 SNS에 대한 적용은 McGoldrick, Dominic. (2013). Limits of Freedom of Expression on Facebook and Social Networking Sites_ A UK Perspective. *Human Rights Law Review*, 13(1) 참조.

제127조 공공의 전기통신 네트워크의 부적절한 사용¹⁰¹⁾

(1) 다음의 행위를 한 자는 유죄이다.

- (a) 공공의 전기통신 네트워크를 통해서 극히 공격적이거나, 저속하거나, 외설적이거나, 위협적인 성질의 메시지를 송부하는 것 또는
- (b) 전 항의 송신의 원인을 야기하는 것

4. 범죄 및 질서위반법

「범죄 및 질서위반법(Crime and Disorder Act 1998)」은 혐오범죄에 대한 형사처벌 가중을 규정하고 있다. 동법 제29조에서 제32조는 각각 폭행죄, 기물손괴죄, 공공질서범죄, 괴롭힘 등이 인종적 혹은 종교적 증오를 동기로 하는 경우에 대해 처벌을 가중하고 있다는 점에서 혐오범죄법이라고 할 수 있다.¹⁰²⁾

동법 제28조 제1항은 이와 같이 ‘인종적, 종교적’ 이유로 가중처벌되는 경우를 1) 범죄가 이루어진 때 또는 그 직전이나 직후에 피해자가 해당 인종적 또는 종교적 집단에 속해 있다는 (혹은 속해 있다고 믿는) 데 근거하여 적의를 드러낸 경우, 2) 혹은 특정 인종적 또는 종교적 집단에 속해 있는 사람에 대해 해당 집단에 속해 있다는 적의(전적이든 부분적이든)를 동기로 범죄가 이루어진 경우로 규정하고 있다.

동법은 혐오표현을 직접적으로 규정하고 있지 않지만, 혐오범죄의 범위에서 포섭되는 혐오표현이 형사처벌의 대상이 된다는 점을 확인할 수 있다. 예를 들어 공공기물에 낙서가 이루어지는 경우는 기물손괴죄가 적용될 수 있는데 그 내용에 인종적, 종교적 동기가 반영된 내용의 경우는 가중처벌 될 수 있다. 또한 공공질서범죄의 경우는 공공질서법 제4조, 제4A조, 제5조 등을 가중 처벌의 대상으로 하고 있으며, 괴롭힘의 경우 역시 마찬가지로 표현으로 이루어지는 경우가 존재한다는 점

¹⁰¹⁾ 127. Improper use of public electronic communications network

(1) A person is guilty of an offence if he—

(a) sends by means of a public electronic communications network a message or other matter that is grossly offensive or of an indecent, obscene or menacing character; or

(b) causes any such message or matter to be so sent.

¹⁰²⁾ 영국의 혐오범죄 관련 법에 대한 설명으로는 이정념 (2019). 영국의 혐오범죄 규율 체계에 대한 이해와 분석: 입법적 측면을 중심으로. <법과 사회>, 60면. 참고.

에서 동범이 적용되어 가중처벌 될 수 있다.

영국의 국가검찰청(Crown Prosecution Service, CPS)은 혐오범죄(hate crime)에 대한 기소 가이드라인과 통계를 공개하고 있으며, 혐오범죄를 ‘피해자의 장애, 인종, 종교, 성적지향, 트랜스젠더 정체성에 대한 범죄자의 적의를 동기로 이루어지는 범죄행위’¹⁰³⁾로 규정하고, 이와 같이 5개로 제시하고 있는 ‘보호되는 특성(protected characteristics)’을 가졌거나 가졌을 것이라는 이유가 범죄의 동기로 작용하는 범죄를 다루고 있다. 이러한 혐오범죄는 언어적 공격, 협박, 위협, 괴롭힘, 폭행, 재산 손괴 행위로 나타날 수 있다고 제시하고 있다.¹⁰⁴⁾

온라인에서 이루어지는 혐오범죄의 경우 표현범죄의 성격을 띠게 된다는 점에서 영국에서 온라인 혐오범죄에 대한 처벌 사례는 혐오표현 규제의 사례로 이해할 수 있다. 특히 국가검찰청은 2017년 소셜미디어상 혐오표현에 대응할 것을 공식 발표하고, 2017년 시경찰국(Mayor’s Office for Policing and Crime, MOPAC)에 설치된 온라인 혐오범죄 허브 운영위원회(Online Hate Crime Hub Steering Group)에 참여하는 등 다른 공공기관과 공조하고 있으며, 2018년 소셜미디어상 혐오표현 대응 가이드라인을 발표하였다.¹⁰⁵⁾

5. 오프콤 방송규약

「커뮤니케이션법(Communications Act 2003)」에 근거하여 설립된 방송통신통합규제기구인 오프콤 방송규정(Ofcom Broadcasting Code)¹⁰⁶⁾ 제3장(section 3)에서는 ‘범죄나 질서위반을 고무하거나 선동하는 표현물(3.1)’, ‘혐오표현(hate speech)을 담은 표현물(3.2)(맥락상 정당화될 수 있는 경우를 제외)’, ‘개인, 집단,

¹⁰³⁾ Criminal Justice Act 2003 145조와 제146조 참조.

¹⁰⁴⁾ Crown Prosecution Service 홈페이지(URL: <https://www.cps.gov.uk/hate-crime>)

¹⁰⁵⁾ Social Media - Guidelines on prosecuting cases involving communications sent via social media (URL: <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/social-media-guidelines-prosecuting-cases-involving-communications-sent-social-media>)

¹⁰⁶⁾ 3.1 Material likely to encourage or incite the commission of crime or to lead to disorder must not be included in television or radio services or BBC ODPS.

3.2 Material which contains hate speech must not be included in television and radio programmes or BBC ODPS except where it is justified by the context.

3.3 Material which contains abusive or derogatory treatment of individuals, groups, religions or communities, must not be included in television and radio services or BBC ODPS except where it is justified by the context. (See also Rule 4.2).

종교 또는 커뮤니티에 대한 모욕적이거나 경멸적(abusive or derogatory) 취급이 이루어지는 표현물(3.3)(맥락상 정당화될 수 있는 경우를 제외)’은 텔레비전, 라디오, BBC ODPS에서 금지된다고 명시하고 있다. 이 때 규제 대상이 되는 혐오표현의 정의를 ‘장애, 민족, 성(gender), 성전환(성별재지정, gender reassignment)¹⁰⁷⁾, 국적, 인종, 종교, 성적 지향에 대한 불관용을 통해 적대감을 확산, 선동, 증진 또는 정당화하는 모든 형태의 표현’으로 설명하고 있다. 특히 3.2와 3.3은 2016년 5월 개정과 함께 삽입되었으며, 혐오표현을 명시적으로 금지하였다는 의미가 있다.

6. 축구(범죄)법

1991년 「축구(범죄)법(Football (Offences) Act 1991)」 제3조는 축구경기장에서 폭력을 행사하는 홀리건에 제재를 가하여 경기장의 안전을 확보할 것을 목적으로 제정된 것으로, 법에 정한 축구시합을 대상으로 축구시합 중의 인종차별적 표현을 금지한다. 구체적인 표현행위는 인종 등을 이유로 하는 ‘매도적 혹은 모욕적(threatening, abusive or insulting)’인 내용으로 규정하고 있다는 점에서 그 표현행위의 양태는 공공질서법 제5조 및 제18조와 동일하다.

3. 저속하거나 인종주의적 구호¹⁰⁸⁾

(1) 지정된 축구시합에서 저속하거나 인종주의적 성질의 구호를 하거나 이에 참여하는 것은 유죄이다.

(2) 전 항에서 (a) “구호(chanting)”란 (혼자 혹은 1인 이상의 사람과 협동하여) 반복적으로 말이나 소리를 내는 것 (b) “인종주의적 성질”이란 피부색, 인종, 국적(시민권 포함), 민족, 출신 국가를 이유로 위협적, 매도적 혹은 모욕적(threatening, abusive or insulting) 내용으로 구성되거나 이를 포함하는 것을 의미한다.

¹⁰⁷⁾ 자신의 성별정체성이 출생증명서 등 공문서에 부합하지 않는 경우 성별승인법(Gender Recognition Act 2004)에 따라 성별변경이 가능하며, 트랜스젠더의 법적 성별 및 성별 표기 변경의 근거가 된다. 이러한 성별재지정(gender reassignment)을 본 보고서를 읽는 독자의 이해를 돕기 위해 ‘성전환’으로 표기하였다. ‘성별 정체성’이 아니라 ‘성별재지정’으로 명시한 것이 특징적이다.

¹⁰⁸⁾ 3. Indecent or racist chanting.

(1) It is an offence to engage or take part in chanting of an indecent or racist nature at a designated football match.

(2) For this purpose—

(a) “chanting” means the repeated uttering of any words or sounds (whether alone

7. 기타 법률

혐오표현은 때로는 차별취급 상황에서 이루어진다. 따라서 반차별법에 따른 규제에 있어서 혐오표현의 사실이 사안의 적용에 포섭될 수 있다.

차별금지법인 「평등법(Equality Act 2006)」은 2006년에 제정되었고, 당시 인종평등위원회, 기회균등위원회, 장애인권리위원회가 통합된 ‘평등인권위원회(Equality and Human Rights Commission)’의 설치로 이어졌다. 나아가 2010년 전면개정이 이루어진 「평등법(Equality Act 2010)」에서는 기존의 「인종관계법(Race Relations (Amendment) Act 2000)」을 비롯한 반차별 관련법¹⁰⁹⁾을 모두 폐지하고 하나로 통합하였다. 동법 제4조(The protected characteristics)는 차별금지사유로서 인종, 연령, 장애, 성전환(gender reassignment), 결혼과 시민결합(marriage and civil partnership), 임신 및 모성, 종교와 신념, 성(sex) 및 성적지향을 명시하고 있다.

III. 판례 현황

전술한 바와 같이 영국의 혐오표현 규제법 제·개정의 배경을 살펴보면 그 입법 목적이 인종적 소수집단 혹은 차별의 대상이 되어 온 대상 집단에 대한 차별 확산 방지를 주요한 취지로 하기 보다는 혐오표현으로 인한 폭력사태 유발의 방지, 즉 공공질서의 혼란을 예방하기 위한 입법목적에 가지고 있다. 이러한 이유로 당시 공공질서법에 의해 규제된 사례 중에는 인종적 소수자의 발언도 포함되기도 하였고, 혐오표현이 가해지는 집단의 피해 여부보다는 사회질서에 미치는 영향력의 여부에 따라 처벌이 이루어지지 않는 경우도 있었다. 예를 들어 2명의 백인남성이 흑인 비난 연설로 기소되었으나 사용한 용어가 너무 난폭하여 흑인에 대한 증오를

or in concert with one more others); and

(b) “of a racialist nature” means consisting of or including matter which is threatening, abusive or insulting to a person by reason of his colour, race, nationality (including citizenship) or ethnic or national origins.

¹⁰⁹⁾ 전체 폐지법률. 「Equal Pay Act 1970」, 「Sex Discrimination Act 1975」, 「Race Relations Act 1976」, 「Sex Discrimination Act 1986」, 「Disability Discrimination Act 1995」

유발하기보다는 오히려 동정을 가져왔기 때문에 무죄로 판단한 사례(1978)¹¹⁰⁾, 흑인 인권운동이 활발하던 1960-70년대 당시 흑인 운동가가 백인은 ‘잔인하고 위험한 사람들’이라고 표현하여 1년의 징역형에 처해진 사례(1968)¹¹¹⁾를 들 수 있다. 이러한 점에서 공공질서법을 혐오표현 규제법으로 볼 수 없다는 지적이 제기되기도 하였다.¹¹²⁾

다음은 최근의 혐오표현 규제 사례를 소개한다. 특히 페이스북에서 이루어진 혐오표현에 대해 혐오범죄로서 형량을 가중한 최근 사례들을 통하여 온라인 혐오표현에 대해서도 형사처벌이 이루어지고 있음을 알 수 있다.¹¹³⁾

1. 온라인 혐오범죄 처벌 사례

① 성 데이비스 자작(Viscount St Davids)은 브렉시트 국민 투표와 관련해서 영국 정부를 상대로 소송을 제기한 지나 밀러(Gina Miller)를 인종 차별적으로 학대한 혐의로 기소되었다. 밀러의 행동이나 정부를 상대로 한 법적소송의 판결에 반감을 품은 자작은 페이스북에 그녀의 살해에 대한 현상금을 게시하고 인종차별적인 발언들을 하였다. 그의 발언은 인종 차별적일 뿐 아니라 성적 편향적인 부분도 포함되어 있었으며, 「커뮤니케이션법(Communications Act 2003)」 section 127 위반으로 12주의 징역형이 선고되었다.¹¹⁴⁾

② 피고인은 페이스북에 유대인에 대한 공격적인 코멘트를 게시하였고, 그 친구는 홀로코스트를 포함하여 인종주의적이고 반유대주의적 이미지와 욕설 등의 내용을 포스팅하였다. 고소인은 그로 인해 충격과 분노를 느꼈다. 피고인은 「악의적 통신규제법(Malicious Communication Act 1988)」의 section 1과 4 위반으로 9

¹¹⁰⁾ Rosenfeld, Michael. (2012). Hate speech in Constitutional Jurisprudence: A comparative analysis. in Herz, Michael. and Molnar, Peter. (ed.) (2012), *The Content and Context of Hate Speech*, Cambridge University Press, p.264.

¹¹¹⁾ R v. Malik, [1968] 1 All ER 582, 58.

¹¹²⁾ Goodall, Kay. (2009). Challenging hate speech: incitement to hatred on grounds of sexual orientation in England, Wales and Northern Ireland. *The International Journal of Human Rights* 13(2-3), p.224.

¹¹³⁾ Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.9.

¹¹⁴⁾ R v Viscount St Davids (2017)

개월 형(youth referral order)과 24파운드 손해배상 판결이 이루어졌다. 이때 9개월형은 인종적 범죄에 의한 것이 인정되어서 6개월에서 3개월이 더 부과된 형량이다.¹¹⁵⁾

③ CPS Cymru / Wales는 페이스북 게시물의 내용을 이유로 두 사람을 기소했다. 이 게시물은 2017년 6월 Finsbury Park Mosque 사건 이후 이 사건에 대해 인종적 공격의 내용을 담은 것(당시 테러에 사용된 벤 차량의 회사 소유주의 아들)이었고, 이 글을 지지하는 댓글을 게재한 사람도 마찬가지로 기소되었다. 「커뮤니케이션법(Communications Act 2003)」 제127조 위반으로 12주 구류(custody) 12개월 집행유예를 받았다. 이는 본래 8주형이었으나 종교적 범죄로 판단되어 상향된 것이다.¹¹⁶⁾

④ 트랜스젠더 여성에게 트랜스포비아적이고 위협적인 문자 메시지를 보내며 인터넷에 사진을 올리겠다는 협박을 한 사람에 대해 괴롭힘에 해당하는 범죄로 200파운드의 벌금과 5년의 접근금지 명령이 내려졌다. 200파운드의 벌금은 트랜스젠더에 대한 혐오범죄라는 점이 인정되어 100파운드 상향된 금액이다.¹¹⁷⁾

이외에도 온라인 혐오표현에 해당하지는 않으나, 참고할 만한 다음의 사례가 있다. 카디프의 LGBT 퍼레이드 행진 중 접근하여 ‘아담과 이브지, 아담과 아담이 아니다’, ‘더럽다(disgusting)’라고 말하면서 가방에 폭탄을 가지고 있다고 말한 사람에 대해 경찰 신고가 이루어졌고, 실제로는 가방에 폭탄이 아니라 장난감 총을 넣고 있었던 사건으로, 9개월의 징역형이 선고되었다. 이는 성적 지향에 대한 혐오범죄라는 점이 인정되어 3개월이 상향된 것이다.¹¹⁸⁾

2. 오프콤 방송규정 위반 사례

¹¹⁵⁾ Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.6-7.

¹¹⁶⁾ Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.6-7.

¹¹⁷⁾ Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.9.

¹¹⁸⁾ Crown Prosecution Service (2018). *Hate Crime Annual Report 2017-18*, p.6-7.

오프콤 방송규정 위반 사례를 살펴보면 다음과 같다. 2016년 5월 방송규정이 발효되기 전 오프콤의 혐오표현 규제 사례는 2012년 첫 사건을 시작으로 총 4건으로 많지 않다. 이는 혐오표현을 명시적으로 규정하고 있지 않아, 공공질서법 등 기존의 혐오표현 규제법에 대한 적용이 이루어지는 3.1, 혹은 유해한 표현물이나 차별적 언어를 규제하는 2.1¹¹⁹⁾이나 2.3¹²⁰⁾을 적용하는 방식으로 규제했기 때문인 것으로 보인다. 그리고 혐오표현 금지가 명시적으로 삽입된 2016년 5월 이후 2년간 총 5건의 규제가 보고되고 있다. 아래 표에서 1-4는 2016년 5월 이전, 5-9는 그 이후의 사례를 정리한 것이다.

〈표 2〉 영국 오프콤 방송규정 위반 사례

	규제대상	위반 조항	사건개요
1	아시아 피버 (Radio Asian Fever)	3.1 2.3 2.4 4.1	리즈 지역 라디오 방송국 라디오 아시아 피버(Radio Asian Fever)에서 동성애자에 대한 관련하여 코란의 구절을 다음과 같이 해석했다. “(신체적으로) 고문하고, 처벌하고, 때리고 정신적으로 고문한다.” 그리고 “육체적으로나 정신적으로 그들을 처벌한다... 그들을 때리고, 모욕하고, 훈계하고 저주하고 폭행하라.” 이 해석은 규칙 3.1항에 더하여 2.3항(차별적 대우 또는 언어), 2.4항(폭력, 위협 또는 심각하게 반사회적 행동을 용인하거나 돌보이게 하는 자료 포함) 및 4.1항(종교적 프로그램의 책임)도 위반한다고 결론지어졌다.
3	누어 TV (Noor TV)	4.1	영어, 우르두어 및 펀자브어 등의 다국어로 이슬람계 디지털 위성 텔레비전 방송국 누어 TV(Noor TV)의 한 프로그램 진행자는 이슬람교의 이름으로 살인을 저지른 특정 개인에 대해 긍정적인 표현을 사용하였다. 그는 또한 선지자 모하메드에게 무례한 것으로 보이는 개인을 살해하는 것이 이슬람 신자의 의무인지에 대한 주제에 관하여 다양한 진술을 하였는데, 이는 규칙 4.1항(종교적 프로그램의 책임)을 위반하는 것으로 결론 났다.

¹¹⁹⁾ 2.1 Generally accepted standards must be applied to the contents of television and radio services so as to provide adequate protection for members of the public from the inclusion in such services of harmful and/or offensive material. (현행 규정은 ‘BBC ODPS’를 삽입한 것 이외에는 동일)

¹²⁰⁾ In applying generally accepted standards broadcasters must ensure that material which may cause offence is justified by the context (see meaning of “context” below). Such material may include, but is not limited to, offensive language, violence, sex, sexual violence, humiliation, distress, violation of human dignity, discriminatory treatment or language (for example on the grounds of age, disability, gender, race, religion, beliefs and sexual orientation). Appropriate information should also be broadcast where it would assist in avoiding or minimising offence. (현행 규정과 동일)

	규제대상	위반 조항	사건개요
4	상가 TV (Sangat TV)	3.1	영어와 편자브어로 종교 및 일반 연예 프로그램을 방송하는 디지털 위성 채널인 상가 TV(Sangat TV)는 주로 영국의 시크교인 시청자를 주 대상으로 하는데, 한 프로그램에서 8명의 패널은 런던에서 있었던 전 인도군 중위 바(Bar) 대한 폭력적인 거리 공격에 대해 논의하였다. 전 인도군 중위 바는 1984년 암리 차르의 황금 사원에 대한 군사 작전을 지휘하였는데, 8명의 패널 중 다수는 시크교 지역 사회 구성원에게 바 소령과 다른 인디언 군대에 대한 폭력 행사에 관하여 행동을 요구하는 어조를 간접적으로 취하였다.
5	칸시 라디오 (Kanshi Radi)	3.2 3.3	칸시 라디오(Kanshi Radio)는 영국의 동양계 지역 사회를 위한 시사 및 음악 프로그램을 제공하는 위성 라디오 방송국으로 폭력적이고 성적인 이미지와 이슬람 신앙에 대한 극도로 불쾌한 언급이 자주 반복되는 곡을 방송하였다. 다수의 예 중에서도 특히 일부 곡에서는 이슬람 신자 여성과 성관계를 갖는 시크교 남자를 매우 조잡하고 무례한 표현으로 묘사했다.
6	아리아나 뉴스 (Ariana News)	3.1 3.3	아리아나 뉴스는 아프가니스탄 방송국으로 영국에는 위성 방송을 통해 방송된다. 이 방송국은 일반 연예 프로그램을 주로 방송하는데, 한 프로그램에서 이슬람 국가 IS 지지자에 의한 독일 열차 공격 관련 뉴스를 가해자의 위협 현장 영상을 통해 과도하게 보도하였다. 이 영상에는 가해자가 칼을 흔들고 이슬람 국가에 대한 충성에 대해 이야기하는 장면 및 독일인들을 학살하겠다고 위협하겠다는 메시지를 담아 자기 집에서 촬영한 장면이 그대로 담겨 있었다.
7	이만 FN (Iman FN)	3.1 3.2	이만 FN은 셰필드 지역 라디오 방송국으로 라마단 기간 동안 일일 아침 생방송 프로그램을 미국 급진 이슬람 성직자 안와르 알 아우라키(Anwar al-Awlaki)의 강의 시리즈로 대체했다. 라디오 방송국 관계자는 유튜브 채널에서 자료를 입수했으며 시간 제약으로 자료가 방송되기 전에 자료를 완전히 검토하지는 못했다고 설명했다. 2017년 7월 5일 오프콤은 이 사례의 위반 수준이 매우 심각하다고 판단, 21일 동안 Iman FM 라이선스를 정지하기로 결정했다. 라이선스 정지 기간이 끝날 무렵 오프콤은 이 방송국의 라이선스를 영구 취소했다.
8	라디오 다운 (Radio Dawn)	3.1 3.2 3.3	라디오 다운은 노팅엄 및 인근 지역 라디오 방송국으로 비이슬람교 신자에 대해 이슬람교 신자가 저지른 폭력적인 행동은 명예롭다는 내용의 가사가 담긴 이슬람교 찬양곡을 방송하였다. 또한 이 곡에서는 비이슬람교 신자를 겨냥하는 불쾌한 표현을 담은 가사도 포함되어 있다.
9	라디오 이클라스 (Radio Ikhlas)	3.2 3.3	이 방송국은 노르맨튼(Normanton) 더비(Derby) 지역 라디오 방송국으로 아마디야(Ahmadiyya)계 지역 사회에 대한 '혐오표현'이 언급된 프로그램을 방송하였다. 2018년 3월 오프콤은 그 위반 수준이 매우 심각하다고 결론짓고 법정 제재가 부과될 것임을 해당 방송국 라이선스 담당자에게 통지했다.

Article 19, United Kingdom(England and Wales): Responding to 'hate speech', 2018; Ofcom, Ofcom Broadcast Bulletin, Issue number 222, 21 January 2013을 재구성함

IV. 자율규제 현황

영국의 언론 자율규제기구인 독립언론표준기구(IPSO: Independent Press Standards Organisation)와 독립언론모니터(IMPRESS: Independent Monitor for the Press) 각각의 시행강령(Editor's Code of Practice)을 기초로 이루어진 분쟁 조정 사례들도 살펴볼 필요가 있다.¹²¹⁾

1. 독립언론표준기구(IPSO)

2014년 출범한 독립언론표준기구는 온라인 언론사를 포함 신문·잡지 등 언론사를 회원으로 하는 자율기구로 편집자 시행강령에 따라 불만 접수 및 처리 등 중재를 주요 업무로 하는 한편, 편집자와 언론인에 대한 상담과 교육 및 24시간 괴롭힘 방지 고충서비스 라인을 운영하고 있다.¹²²⁾

독립언론표준기구의 편집자 시행강령(Editor's Code of Practice)은 차별과 관련한 제12조를 두고 있으며, 별도로 혐오표현을 명시한 조항은 없다.¹²³⁾ 또한 정확성을 요청하는 제1조도 혐오표현 대응을 위한 조항으로 활용된다. 특히 현행 강령은 제12조는 개인에게만 적용된다는 점에서 적용범위가 한정적이기 때문에 제1조를 통한 신고가 이루어지고 있는 것으로 보인다.

제12조

- 1) 언론(press)은 개인의 인종, 피부색, 종교, 성, 성별 정체성, 성적 지향, 신체적·정신적 질환이나 장애에 대한 편견이나 경멸적 언급을 하여서는 안 된다.
- 2) 언론(press)은 기사 내용과 진정하게 관련되지 않는 한 개인의 인종, 피부색, 종교, 성, 성별 정체성, 성적 지향, 신체적·정신적 질환이나 장애를 드러내는 것을 삼가야 한다.¹²⁴⁾

¹²¹⁾ 영국의 언론자율규제기구는 신문평의회(The Press Council), 프라이버시 및 관련문제위원회(CPRM)과 언론불만처리위원회(PCC)를 거쳐 언론 개혁의 일환으로 2014년 이후 출범된 IPSO(2014년)와 IMPRESS(2016년)에 이르고 있다. 자세한 내용은 윤성옥 외, 해외 언론 자율규제 현황 및 개선방안, 한국언론진흥재단, 2017, 45-55.

¹²²⁾ IPSO URL: <https://www.ipsos.co.uk/>

¹²³⁾ 그 외에 구체적인 기사 작성 가이드라인을 통하여 고려해야 하는 시행강령의 규정을 상세히 제시하고 있기도 하다. 예를 들어 트랜스젠더 개인에 대한 기사 보도 가이드라인(Guidance on researching and reporting stories involving transgender individuals (URL: https://www.ipsos.co.uk/media/1275/guidance_transgender-reporting.pdf))

¹²⁴⁾ i) The press must avoid prejudicial or pejorative reference to an individual's, race,

독립언론표준기구는 해당 출판물에 대한 이의 신청이 언론 기사 또는 뉴스 등의 게재, 방송 내용에 심각한 부정확성과 관련이 있는 경우 편집자 시행강령 제1조에 의거하여 신고를 접수하며, 누구나 신고 가능하다. 제기된 부정확성이 일반적으로 사실과 관련되지 않거나, 시행 강령의 그 외 조항에 해당하는 경우 기사로 인해 불이익을 받은 당사자 개인이나 그 법적 대리인이 신고를 접수한다. 또한 독립언론표준기구는 다음의 사항을 설명 가능한 위치에 있는 해당 집단의 불만 청구도 접수받을 수 있다. 1) 해당 집단이 어떻게 영향을 받았는가, 2) 위반 사례라 제기된 사례가 얼마나 중대한가, 3) 신고와 관련 독립언론표준기구의 권한 행사가 공익에 긍정적 영향을 미칠 것인가.

만약 편집자 시행강령 위반으로 인정되는 경우 독립언론표준기구는 위반 기관에게 보류되었던 위반 사실을 알리고 정정 보도를 요구할 수 있다. 위원회가 위반 기관의 위반 사실 여부 및 정정 보도가 기준에 부합하지 않는다고 판단한 경우에는 추가 수정 조치 필요 여부를 위반 당사자에게 서면으로 고지할 수 있다.

아래는 편집자 시행강령 위반 사례이다.¹²⁵⁾

① 베르시(Versi)와 일간지 더 썬(The Sun)의 사례: 일간지 더 썬은 “전체 [비호 신청자] 3명 중 2명은 신청자 본인의 연령을 허위로 신청한다.”고 언급한 논평을 게재함으로써 제1조를 위반한 것으로 밝혀졌다. 실제로 본인이 미성년자라고 주장하는 [비호 신청자]로부터 접수된 3,472명의 난민 신청 건 중 933건은 신청자의 실제 연령이 서류상 연령과 일치함을 확인했으며, 636건은 실제 연령이 미성년자가 아닌 것으로 밝혀짐으로써, 실제 연령이 허위로 작성된 [비호 신청자] 케이스의 비율은 전체의 18.3%인 것으로 나타났다.

② 이슬람 신자의 참여와 발전(Muslim Engagement and Development: MEND) 단체와 일간지 더 썬(The Sun)의 사례: 일간지 더 썬은 외부 위임 기관

colour, religion, sex, gender identity, sexual orientation or to any physical or mental illness or disability.

ii) Details of an individual's race, colour, religion, gender identity, sexual orientation, physical or mental illness or disability must be avoided unless genuinely relevant to the story.

¹²⁵⁾ Article 19, United Kingdom(England and Wales): Responding to “hate speech”, 2018, 40-41.

에 의해 실시된 여론 조사 결과 관련 기사에서 ‘영국인 이슬람 신자 5명 중 1명은 무자헤딘(성전(지하드)에서 싸우는 “전사”. 20세기 후반에 이슬람 이념에 따라 투쟁 단체에서 싸우는 의용군을 가리키는 용어로 사용됨.)에 공감’이라는 표제를 사용함으로써 제1조를 위반한 것으로 밝혀졌다. 또한 더 썬은 설문 조사에서 해당 질문(시리아의 무자헤딘과 합류하기 위해 출국한 영국인에 관한 질문)에 IS에 관련된 언급이 전혀 없는 데에 반하여, 추가 연재 기사에서는 IS와 지하디 존(Jihadi John, 영국계 아랍인 테러리스트)에 대한 ‘공감’ 또는 ‘지원’이라는 표현을 사용한 것으로 밝혀졌다. 제12조와 관련하여, “이 조항에 따라 우려를 제기하는 다수의 불만에 비추어” 위원회는 제12조가 “개인”의 인종이나 종교에 대한 증대한 또는 편견적 표현에 한하고 있음을 공개적으로 언급할 기회를 가지며 다음과 같이 밝혔다. “불만이 제기된 기사에는 [개인]에 대한 비판적이거나 편견적인 언급이 포함되어 있지 않다. 그러므로 제12조의 조건과 관계없다.”

③ 트랜스 미디어 워치(Trans Media Watch) 단체와 일간지 더 썬의 사례: 더 썬은 에밀리 브라더즈(Emily Brothers)의 의원직 선거 출마와 관련 다음과 같은 표현을 사용한 칼럼을 게재함으로써 제12조를 위반한 것으로 밝혀졌다. “에밀리 브라더즈는 노동당의 첫 시각 장애인 트랜스젠더 의원이 되고자 한다. 그녀는 다음 썬튼(Sutton) 및 침(Cheam) 지역구 선거에 출마할 것이다. 그러나 다음의 사실에 주목해보자. 시각 장애인인 그녀가 자신이 성별이 잘못되었다는 것을 어떻게 알았을까?” 위원회는 브라더즈가 시각적으로 본인의 신체적 차이를 봄으로써만 그녀의 성별을 알 수 있다는 조잡한 제안은 명백히 잘못되었다고 밝혔다. 또한 위원회는 칼럼이 브라더즈의 성별 정체성 및 장애 면에서 다수와 다르다고 ‘인식된 차이’ 외에 다른 이유 없이 그녀를 비하했다고 밝혔다. 이 사례에서 트랜스 미디어 워치는 에밀리 브라더즈의 동의하에 그녀의 대리인으로서의 권한을 개인이 아닌 단체로서 행사하였다.

④ 퍼킨스(Perkins)와 켄티쉬 관보(Kentish Gazette) 사례: 켄티쉬 관보는 켄트(Kent) 지역의 비호 신청자에 대한 기사를 ‘난민이 학생들의 치안 위협 공포에 불을 붙이다.’라는 제목 및 “20대 남성 비호 신청자는 본인의 나이를 속이고 학교에 간다.”라는 부제로 제1조를 위반한 것으로 밝혀졌다. 그러나 실제로 기사는 이 주장을 뒷받침하는 어떠한 근거도 제시하지 않았다.

2. 독립언론모니터(IMPRESS)

2016년 출범한 독립언론모니터(IMPRESS)는 후원 등을 통하여 자체적으로 재원을 마련하는 정부로부터 독립된 기관으로, 언론사를 회원으로 불만 접수 및 처리뿐만 아니라 언론사·언론인·대중에 대한 교육과 회원사의 표준규약 준수에 대한 평가를 하고 있다.¹²⁶⁾

IMPRESS의 표준규약(Standard Code)은 차별과 관련한 제4조의 규정을 두고 있으며, 별도로 혐오표현을 명시한 조항은 없다. 다만, 정확성을 요청하는 제1조에서 “동등한 중요성을 가지고 다루어질 것(which should normally be equal prominence)”을 포함하고 있다는 점에서 혐오표현의 경우에 IPSO의 편집자 시행규정에 비해 적극적으로 활용될 수 있는 가능성이 있다.

IMPRESS는 표준 규약의 위반에 대해 적절하고 공정한 제재를 부과할 수 있는 권한이 있다. IMPRESS는 표준규약의 잠정적 위반 사실 여부에 의해 직접적으로 영향을 받는 개인 및 관련 단체(자선 단체 또는 비정부기구)로부터 해당 기사 및 뉴스 등의 표준규약 위반 신고를 접수한다. 개인이 아닌 단체의 신고는 신고한 단체가 위반 사실 여부에 영향을 받은 집단의 이익을 대변하며, 해당 사안이 공적 이익과 관련 있는 경우에 가능하다. 또한, 개인이나 단체인 제3자는 신청 사건의 정확성 문제에 관하여 IMPRESS에 대해 마찬가지로 문제를 제기할 수 있다. 그러나 2018년까지 IMPRESS가 혐오표현과 관련하여 대응한 사례는 없다.¹²⁷⁾

4.1 언론(Publishers)은 나이, 장애, 정신건강, 성전환(gender reassignment) 혹은 성별 정체성, 혼인 혹은 시민결합(civil partnership), 임신, 인종, 종교, 성 혹은 성적 지향 기타 차별에 취약하게 만드는 특징들에 기하여 편견이나 경멸적 언급을 하여서는 안 된다.

4.2 언론(Publishers)은 기사 내용과 관련되지 않는 한 사람의 장애, 정신 건강, 성전환(gender reassignment) 혹은 성별정체성, 임신, 인종, 종교, 성적 지향에 대해 언급해서는 안 된다.

4.3 언론(Publishers)은 나이, 장애, 정신건강, 성전환(gender reassignment) 혹은 성별 정체성, 혼인 혹은 시민결합(civil partnership), 임신, 인종, 종교, 성 혹은 성적 지향 기타 차별에 취약하게 만드는 특징들에 기하여 적대감을 선동해서는 안 된다.¹²⁸⁾

¹²⁶⁾ IMPRESS URL: <https://www.impress.press/>

¹²⁷⁾ Article 19, United Kingdom(England and Wales): Responding to “hate speech”, 2018, 41.

¹²⁸⁾ 4.1. Publishers must not make prejudicial or pejorative reference to a person on the basis of that person’s age, disability, mental health, gender reassignment or

3. 기타

언론매체상의 광고에 대한 자율규제기구인 광고표준기구(ASA, Advertising Standards Authority)는 광고표준강령(Advertising Codes)을 통하여 ‘심각한 폭력(offence)이나 폭력을 확산시킬 우려가 있는 내용의 광고를 제공해서는 안 되며, 특히 인종, 종교, 성별(gender), 성적지향, 장애, 나이에 기한 폭력에 대해서는 특별한 주의를 기울여야 한다.(CAP CODE 4.1)’고 규정하고 있다,

한편 광고주를 회원사로 구성된 영국광고주협회(ISBA)는 2018년 “소셜미디어 플랫폼에서의 혐오표현 대응”¹²⁹⁾이라 지침을 발표한 바 있다. 그 내용을 요약하면 다음과 같다. 1) 자신의 발언이나 콘텐츠가 혐오표현이거나 이를 확산하는 것이 아닌지 확인하기, 2) 타인의 혐오표현을 공유하거나 팔로우하여 공공의 관심을 확대시키지 않기, 3) 혐오표현에 대한 대응은 즉각적으로 하며, 과거의 오래된 코멘트에 답하는 것은 해당 혐오표현을 되살리는 부정적인 효과를 가져 올 수 있다는 것에 유념하기, 4) 혐오표현에 대해 지속적으로 대항하기, 5) 혐오표현에 대항하는 해시태그를 활용하기, 6) 불법적인 혐오표현 신고하기, 7) 혐오표현 대응 캠페인 등을 지지하기.

V. 소결

1. 영국의 혐오표현 규제 현황과 법제

identity, marital or civil partnership status, pregnancy, race, religion, sex or sexual orientation or another characteristic that makes that person vulnerable to discrimination.

4.2. Publishers must not refer to a person’s disability, mental health, gender reassignment or identity, pregnancy, race, religion or sexual orientation unless this characteristic is relevant to the story.

4.3. Publishers must not incite hatred against any group on the basis of that group’s age, disability, mental health, gender reassignment or identity, marital or civil partnership status, pregnancy, race, religion, sex or sexual orientation or another characteristic that makes that group vulnerable to discrimination.

¹²⁹⁾ ISBA, “Challenging hate speech on social media platforms: A Guide for Advertisers”, 2018, (<https://www.isba.org.uk/media/1589/challenging-hate-speech-guidance.pdf>)

가. 실태 및 논의배경

20세기 이민자에 대한 공격, 파시스트 시위 등 폭력시위를 계기로 공공질서에 위협을 가하는 표현을 규제해 온 영국은 영국의 첫 차별금지법인 「인종관계법(1965)」 및 「공공질서법(1986)」을 통해 혐오표현을 규제해 왔다. 그러나 실제 처벌의 대상 및 건수 등을 통해 해당 법률이 혐오표현을 억제하거나 인종차별의 대응에 실효성이 없다는 비판이 지속되어 왔다. 한편, 브렉시트 등 사회적 배경과 온라인을 매개로 한 미디어의 다변화로 혐오표현에 대한 정책적 관심이 확대되는 가운데, 영국 정부는 혐오범죄에 대한 대응에 관심을 기울이며 온라인 혐오범죄의 형태로 온라인상 혐오표현을 다루는 모습을 보이고 있다.

나. 입법현황

혐오표현 규제법으로서 인종, 종교, 성적지향에 대한 적대적인 표현을 형사처벌의 대상으로 하는 「공공질서법」이 있다. 이 때 인종적 적대감은 피부색, 인종, 국적(시민권 포함) 또는 민족적 혹은 출신 국가를 포함하고 있으며 이에 대한 '위협적, 매도적 혹은 모욕적' 표현을 금지하고 있다. 반면 종교와 성적 지향에 대해서는 '위협적' 표현의 금지하고 적대감을 선동할 의도가 인정되어야 하며, 규제되지 않는 예외조항을 두는 것을 통하여 규제 대상 표현을 축소하고 있다. 한편 「공공질서법」상 괴롭힘 규정 및 「괴롭힘 방지법」을 통해서도 일부의 혐오표현이 규제될 수 있다.

온라인 혐오표현의 경우 위 법 이외에도 「악의적 통신규제법」상 타인에게 고의적으로 극히 공격적이거나 허위의 정보 전달행위, 「커뮤니케이션법」상 공격적이거나 저속, 외설, 위협적인 성질을 가진 메시지의 전송행위에 대한 규제가 적용될 수 있다. 방송통신통합규제기구인 오프콤 방송규정은 장애, 민족, 성(gender), 성전환(성별재지정, gender reassignment), 국적, 인종, 종교, 성적 지향에 대한 불관용을 통해 적대감을 확산, 선동, 증진 또는 정당화하는 모든 형태의 표현을 명시적으로 금지하고 있다.

한편, 「범죄 및 질서위반법」은 혐오범죄에 대한 형사처벌을 가중처벌을 하고 있는데 특히 장애, 인종, 종교, 성적지향, 트랜스젠더 정체성을 동기로 하는 혐오범죄를 다루고 있으며, 온라인상 혐오표현은 온라인상 혐오범죄로 다루어지고 있다.

다. 판례 현황

기존의 공공질서법을 통한 처벌 사례는 많지 않은 것으로 평가된다. 최근의 온라인 혐오표현이 처벌된 사건중에는 「악의적 통신규제법」, 「커뮤니케이션법」 위반으로 형사처벌된 사례들이 있다.

라. 자율규제 현황

영국의 언론 자율규제기구인 독립언론표준기구(IPSO)의 편집자 시행강령과 독립언론모니터(IMPRESS)의 표준규약은 각각 '인종, 피부색, 종교, 성, 성별 정체성, 성적 지향, 신체적·정신적 질환이나 장애'와 '나이, 장애, 정신건강, 성전환 혹은 성별 정체성, 혼인 혹은 시민결합, 임신, 인종, 종교, 성 혹은 성적 지향 기타 차별에 취약하게 만드는 특징들'에 기한 편견이나 경멸적 언급을 하지 않도록 규정하고 있다.

2. 영국의 혐오표현과 국내 시사점

영국의 혐오표현 규제의 특징과 시사점은 다음과 같이 정리해볼 수 있다.

첫째, 혐오표현에 대한 규제목적은 차별 확산의 방지나 소수자 보호에 두기보다는 공공질서와 치안혼란 예방에 두고 있다. 먼저 보통법상 선동적 명예훼손죄가 정부에 대한 비판을 억제하기 위한 목적으로 적용되기 시작하였으며, 「공공질서법(1936)」은 파시즘 억제를 목적으로, 그리고 「인종관계법(1965)」에 이르러서 인종주의의 억제를 그 목적으로 제정되었다. 그러나 이들 규정은 거의 대부분의 시기 「공공질서법」에 포함되어 있었으며, 그 주된 보호법익은 시종일관 공공질서였고 이 점을 정부도 명시적으로 밝히고 있다. 이는 인종차별금지법으로써 제정된 「인종관계법(1965)」상의 혐오표현 규제가 실제로 흑인인권활동가의 처벌에도 적용되었던 점에서도 반증된다. 인종적 소수집단에 대한 보호가 규제에 중심이 있는 것이 아니라, 공공질서와 치안유지에 혼란을 주는 상황에 대한 규제가 필요하다는 인식하에서 문제되는 과격한 표현 혹은 폭력사태의 우려가 있는 표현들이 실제 적용대상으로 이해되었으며, 혐오표현의 대상이 되는 집단과 그 구성원에 대한 해악보다는 대중들에게 적대감이 확산되는 것을 방어하는 것에 중점이 두어져 있다. 따라

서 다른 유럽 국가들과는 달리 집단모욕(group insult)이나 차별선동(incitement to discrimination)에 대한 논의가 부각되지 않은 특징을 가지고 있다.¹³⁰⁾ 이에 대해 영국에서 혐오표현 규제 문제는 특정 법제도의 문제라기보다는 그 제도를 낳은 사회적·정치적 맥락에 더 관계하기 때문이라는 평가가 있다. 즉, 영국으로 유입된 인종적 소수자의 흡수와 순응에 대한 관심보다는 파시즘에 대한 관심이 우선된다는 더 큰 합의(Consensus)가 있기 때문이라는 것이다.¹³¹⁾

영국 사회의 맥락과 표현 규제의 발달 배경은 한국과는 차이가 있다. 그러나 국내에서 혐오표현의 규제 목적을 무엇으로 이해할 것인가에 대해 시사하는 바가 크다. 공공질서 유지를 규제 목적으로 하게 되는 경우 혐오표현에 의한 차별 확산을 방지하는 목적이 충분히 달성되기 어려울 수 있다는 지적이 마찬가지로 가해질 것이다. 특히 일부의 혐오표현을 규제할 수 있는 현행법의 적용 과정에서 인종, 성별, 성적 지향 등의 속성에서 사회구조적 권력 관계를 파악하지 않거나 이를 판단 과정에 수용하지 않은 채 단순히 인종, 성별, 성적 지향 등 해당 속성에 기한 표현이라면 모두 동일하게 취급하는 경우, 즉 소위 다수자와 소수자를 향한 공격을 동일한 규제 대상으로 접근하거나 동일한 정도의 처벌을 가한다면 영국에서 이루어진 비판과 유사한 비판이 제기될 수 있다.

둘째, 특정 속성을 명시하는 전형적인 혐오표현 규제법의 형식을 갖춘 「인종관계법(1965)」 이후, 해당 법규정의 구성요건이 지속적으로 확대되었다.¹³²⁾ 한편, 그럼에도 실제로 기소되거나 처벌되는 경우가 비교적 많지 않았다고 평가된다.¹³³⁾ 그

¹³⁰⁾ Noorloos, Marloes van. Hate speech revisited : a comparative and historical perspective on hate speech law in the Netherlands and England & Wales. *School of Human Rights Research series* v.45, c2011, 281.

¹³¹⁾ 그 결과 「공공질서법」이 파시스트와 나치에 대한 대항하는 데는 성공했으나, 백인과 비백인 간의 적대감을 해결하지는 못한 것으로 보인다. Rosenfeld (2012). Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis. *The Content and Context of Hate Speech*, 2012, 269.

¹³²⁾ 법률의 연혁에 따라 정리해보면 다음과 같다. 이승현 (2016). <혐오표현(Hate Speech)에 대한 헌법적 고찰>. 연세대학교 박사학위논문, 76.

	공공질서법(1936)	인종관계법(1965)	인종관계법(1976)	공공질서법(1986)
요건	치안방해 의도 or 우려	적대감고무 의도 and 우려	적대감고무 우려	적대감고무 의도 or 우려
의도	○ or	○ and	×	○ or
우려	○	○	○	○

¹³³⁾ 1965년에서 1976년까지 총 20건이 기소되고 이 중 3분의1은 처벌되지 않았다. 이는 「인종관계법」 제정 이후도 마찬가지이다. 「공공질서법(1986)」 제정 이후 역시 1990년에서 1997년 간 총 41건(동법 제3장 기준)으로, 민간인에 의한 비교적 경미한 죄가 많았다. Stanley Halpin

원인 중 하나로 검찰총장(Attorney General)의 기소동의를 요구하는 규정을 유지하고 있기 때문이라고 지적된다. 검찰총장의 기소동의 요구 규정은 미미한 위반행위보다는 위험하고, 지속적이며 전파될 가능성이 있는 위반행위를 가림으로써 법적인 논란을 피하고자 한 것이다. 이는 혐오표현에 대한 규제가 제대로 이루어지지 않는 원인 중 하나로 꼽힌다.¹³⁴⁾

이러한 특징은 혐오표현 규제의 대상 표현행위를 어떻게 규정할지에 대한 고민과 그 대상 표현행위를 확대한다고 하더라도 실제 적용의 확대로 반드시 이어지지 않는다는 점을 시사한다. 규제 법률 제정을 통해 혐오표현이 범죄행위나 위법행위로 인식되는 계기나 효과를 있을 것으로 예상되지만, 실제 사건에 얼마나 적극적으로 적절하게 적용될 것인가는 정부와 법원의 해석과 의지에 기대는 측면이 발생할 수 있다.

셋째, 혐오표현의 대상이 되는 집단의 특정 속성을 확대하는 한편 각각에 대하여 구성요건을 달리하고 있음을 알 수 있다. 기존에 인종 등에 기한 혐오표현으로만 한정되었던 「공공질서법」에 2006년 종교, 2008년 성적지향이 포함되었다. 이는 2001년 9·11 이후 이슬람교도에 대한 폭언·폭행이 빈발하였음에도 기존의 「공공질서법」은 ‘종교’가 포함되어 있지 않아서 기독교나 이슬람교도의 경우 적용되지 못하는 사례¹³⁵⁾가 있었다. 결국 2003년 유엔인종차별철폐위원회로부터 받은 권고를 수용하여 「인종과 종교 혐오법」이 성립되었다. 또한 영국정부는 유럽연합의 인종평등지침과 고용평등지침을 이행하고자 하는 과정에서 「성적 지향과 종교 및 신념에 대한 고용평등조례」 제정하는 등 성적지향에 대한 차별철폐정책을 법제화하기도 하였다. 이와 같은 국제사회의 요청을 수용해나가면서 혐오표현 규제의 대상 속성이 확대되었으나, 그 구성요건이 되는 행위는 축소하여 인종 등에 기한 경우와 다르게 규율하고 있다. 즉, 종교에 기한 경우, ‘위협적’인 말, 행동, 글의 공개에만 해당하며, 종교적 적대감을 선동할 ‘의도’가 있어야 한다. 그리고 나아가 ‘표현의

(2010), “Racial Hate Speech: A Comparative Analysis of the Impact of International Human Rights Law Upon the Law of the United Kingdom and the United States”, *MARQUETTE LAW REVIEW* 94, 471; 469. Kenneth Lasson(1987), “Racism in Great Britain: Drawing the Line on Free Speech”, *Boston College Third World Law Journal* vol.7 issue2, 171, Paul Iganski (1999), “Legislation against Hate: Outlawing Racism and Anti-Semitism in Britain”, *Critical Social Policy*, vol.19, 134.

¹³⁴⁾ Kenneth Lasson, *Racism in Great Britain: Drawing the Line on Free Speech*, *Boston College Third World Law Journal*, vol.7 issue2, 1987, 167.

¹³⁵⁾ 각주 89 참고.

자유의 보호'를 위한 조항을 명시하여, 특정종교에 대한 논쟁, 비판, 반감·싫음·조롱·모욕·욕설을 금지하거나 제한하기 위해서는 적용될 수 없다고 규정하고 있다.¹³⁶⁾ 이는 성적지향에 있어서도 마찬가지로, 역시 '위협적'인 말, 행동, 글의 공개에만 해당하며, 성적지향에 대한 적대감을 선동할 '의도'가 있어야 한다. '표현의 자유의 보호'와 관련하여서는 성적 행위에 대한 논쟁이나 비판, 억제나 수정의 주장은 위협이나 적대감 고무의 의도라고 보지 않는다.¹³⁷⁾

이와 같이 대상 속성에 대해 구성요건을 달리하는 입법례는 독일, 프랑스 등 다른 유럽 국가나 동일한 영미법계의 캐나다에서도 발견되지 않는 특징이다. 이는 규제 여부에 논쟁이 있는 대상 속성에 대해 처벌 범위를 축소하는 것을 통하여 정치적 합의를 이끌어 낼 수 있는 사례라고 볼 수 있는 한편, 평등권 침해에 대한 헌 논란이 발생할 가능성이 존재한다는 점을 유의하며 논의해야 할 것이다.

넷째, 혐오표현의 대응을 기존의 공공질서법 이외에, 공공질서법 제5조 괴롭힘 규정 등 다른 개인적 법익 침해 범죄를 적용하여 보완하거나, 인종관계법, 성차별 금지법, 장애인차별금지법 등 기존의 차별금지법을 하나로 통합한 평등법의 제정을 통해 대응하거나, 혹은 규제 대상을 명확하게 설정한 혐오범죄 관련법을 제정하고 있다는 점이다. 특히 온라인상 혐오표현에 대해서 기존 법상의 규제가 적극적이지 않다는 비판이 있는 가운데¹³⁸⁾ 「범죄 및 질서위반법」은 '피해자의 장애, 인종, 종교, 성적지향, 트랜스젠더 정체성에 대한 범죄자의 적의를 동기로 이루어지는 범죄 행위'에 대해 가중처벌을 하고 있으며, 여기에 언어적 공격이나 괴롭힘이 포함됨으로써 온라인 혐오표현의 처벌 규정으로 활용되고 있다.

혐오표현의 성질상 직접적인 표현행위를 형사규제 하는 것으로는 그 확산을 저

¹³⁶⁾ 「Racial and Religious Hatred Act 2006」 29J. Protection of freedom of expression
Nothing in this Part shall be read or given effect in a way which prohibits or restricts discussion, criticism or expressions of antipathy, dislike, ridicule, insult or abuse of particular religions or the beliefs or practices of their adherents, or of any other belief system or the beliefs or practices of its adherents, or proselytising or urging adherents of a different religion or belief system to cease practising their religion or belief system.

¹³⁷⁾ 「Criminal Justice and Immigration Act 2008」 14. After section 29J insert—“29JA Protection of freedom of expression (sexual orientation)
In this Part, for the avoidance of doubt, the discussion or criticism of sexual conduct or practices or the urging of persons to refrain from or modify such conduct or practices shall not be taken of itself to be threatening or intended to stir up hatred.”

¹³⁸⁾ Article 19, United Kingdom(England and Wales): Responding to “hate speech”, 2018, 46.

지하기에 충분하지 않다. 근본적으로 혐오표현이 발생하는 원인인 특정 속성을 가진 집단에 대한 불관용과 차별의식의 변화를 위한 사회적·제도적 대응이 병행되어야 한다. 영국에서 차별금지법으로서 평등법의 제정하고 괴롭힘을 형사규제하는 것 역시 그러한 사례로 볼 수 있다.

또한 혐오범죄에 대한 정부의 적극적인 대응도 국내 혐오범죄 관련법 제정의 필요성을 논의하는 데 참고할 만하다. 특히 다섯 가지 속성 중 트랜스젠더 정체성을 포함시킴으로써 현재 국내에서 정책적 논의의 대상으로 조차 포함되고 있지 못하는 성별 정체성에 따른 범죄나 차별에 대해서도 논의할 필요성을 시사한다.

제3절 미국

I. 실태 및 논의 배경

1. 유럽과 다른 미국의 혐오표현 규제

지난 50여 년간 미국과 유럽에서 혐오표현 정책은 매우 상이하게 전개되어 왔다. 미국은 표현의 자유를 중시해왔고 유럽의 국가들은 혐오표현 규제법을 강화해 왔다(Bleich, 2014). 미국과 유럽 간 혐오표현 규제가 다른 것에 대해서는 해석이 다양하다.

나치즘이 주요 쟁점이었던 유럽과 달리 미국의 자유주의는 공산당 색출, 매카시즘, 스미스법(Smith Act)을 경험해왔다. 1950년대 매카시즘 시대에 많은 사람들이 직장을 잃고 투옥되었다. 처벌자 대부분의 판결은 나중에 번복되었으며, 위헌적으로 공포된 법과 면직 조치도 나중에 불법으로 결정되거나 소송을 청구할 수 있게 되었고 혹은 적법하지 않은 절차로 인정받았다.¹³⁹⁾ 외국인등록법으로 알려진 스미스법에 따라 공산주의자, 무정부주의자, 파시스트로 지목된 사람들이 기소되었으며 많은 사람들의 법원 판결이 위헌결정으로 번복되기까지 했다.¹⁴⁰⁾ 홈즈(Holmes)는 미국이 다른 나라와 달리 혐오표현 규제에 대해 저항해온 이유는 역사적 경험이 다르기 때문이라고 설명한다. 즉 미국과 유럽이 혐오표현에 대해 다르게 접근하는 것은 ‘규제에 대한 공포’와 ‘규제받아야 하는 행동에 대한 공포’라는 차이가 있다(Holmes, 2012).

학자들은 정치문화적 요소가 미국과 유럽이 혐오표현에 대해 다르게 접근한 이유였다고 해석한다. 예를 들면 독일과 프랑스 법은 인간 존엄이나 명예에 보다 가

¹³⁹⁾ 미국에서 1950년대 매카시즘이라고 불리는 시대가 있었다. 이 과정에서 공무원, 연예 사업의 인물, 교육자, 노동조합 활동가 등 공산주의와 무관한 사람들이 조사를 받기도 했다. 무고한 경우도 있었고, 그러한 혐의는 종종 확정되지 않거나 의심스러운 증거로도 확실하다고 여겨졌으며, 그 사람이 실제로 공산주의 사상을 가지거나 관련되어 있어서 위협이 되는지에 대해서도 크게 부풀려지는 경우가 많았다. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Hate_crime_laws_in_the_United_States#Laws_by_state

¹⁴⁰⁾ 스미스법으로 잘 알려진 외국인등록법은 1940년 6월 29일 의회에서 제정된 미국 연방 법률이다. 이 법률은 시민이 아닌 거주자에게 연방정부에 등록하도록 요구하고 무력이나 폭력으로 미 정부를 전복하는 자를 처벌하는 내용을 담고 있다. URL: https://en.wikipedia.org/wiki/Smith_Act

치를 두고 제한하는 법률을 만들어왔고, 미국은 인간 모독에 대해 자유롭고 공격적인 표현까지도 존중하는 자유법을 가지고 있다(Whitman, 2000). 미국이 정부의 '중립성'을 중시했다면 유럽은 '시민의 보호'를 중시하는 관점도 차이가 있다. 인종 관련 표현에 의해 위협받는 사회적 공고함이나 민주주의의 안정 측면에서도 차이가 있었다는 해석이다(Post, 2009). 표현의 자유에 대해 부정적이거나 긍정적인지, 사상의 자유시장의 유효성에 대한 믿음도 유럽과 미국이 혐오표현에 다르게 접근해왔던 근거로 제시되었다(Brems, 2002; Zoller, 2009)

2. 미국사회 내 혐오표현

미국 사회 내 혐오표현은 인종, 성, 종교, 민족, 성 정체성, 정치적 견해 등을 기반으로 특정한 그룹에 대한 편견, 폭력을 부추길 목적으로 이루어지는 의도적인 비하, 위협, 선동 등을 담은 발언으로 정의될 수 있다. 미국 사회에서의 혐오표현은 오래 전부터 사회적 문제로 논의되어 왔지만, 인터넷의 발달과 사회관계망 서비스(SNS; Social Network Service)의 보급에 따라 중요도가 더 부각되었다.

최근 미국 한 비영리 기관인 반명예훼손연맹(ADL; Anti-Defamation League)이 실시한 설문조사에 따르면 미국인의 과반(53%)이 혐오표현으로 인한 온라인 괴롭힘(online harassment)을 당한 경험이 있는 것으로 나타났다(Guynn, 2019). 이는 2017년 퓨리서치 센터가 실시한 설문조사의 결과보다 18%가 더 증가된 수치로 온라인 혐오표현이 매년 증가하고 있음을 보여준다(Pew Research Center, 2017). 미국 내 대부분의 혐오표현은 SNS를 통해 표출 및 확대되고 있으며, 개인의 정체성을 공격하는 표현이 주를 이루고 있다. 그 중 개인의 성별에 관련한 혐오표현이 가장 많으며, 인종과 민족성에 관련한 표현이 그 뒤를 잇고, 성 정체성, 종교, 직업, 그리고 장애와 관련한 혐오표현이 나머지를 이룬다(Guynn, 2019).

최근 몇 년간 미국 사회가 목격한 혐오표현의 급격한 증가는 정치인들의 언동과도 관련이 깊다. 대표적인 예로 2016 대선을 기점으로 미국 온라인상의 혐오표현이 급격히 증가했다고 보는 시각이 있는데, 이는 혐오표현의 증가가 대선 캠페인 동안 보였던 트럼프 대통령의 언동에 많은 영향을 받았을 것이라는 의견이다. 전문가들은 트럼프 대통령의 인종차별적이고 백인우월주의적인 혐오표현의 사용이 당시의 주류 문화로 강요됐던 정치적 옳음(political correctness)을 와해시키고,

일반 대중으로 하여금 혐오표현의 사용을 부추기는 역할을 한 것이라고 보고 있다 (Washington Post, 2017).

3. 온라인 혐오표현의 심각성

혐오표현이 미국 내 주요 사회적 문제로 대두된 이유 중 하나는 혐오표현이 단순히 부정적인 감정을 야기하는 것에서 끝나는 것이 아니라, 혐오의 대상이 되는 이들에게 직접적인 해를 가할 수 있는 혐오범죄(hate crime)로 이어질 수 있다는 데 있다. 특히 온라인상에서 표출된 혐오표현은 짧은 시간 내 많은 사람들에게 노출이 되며, 이를 반복적으로 접하게 된 사람들에게 의해 실질적인 폭력으로 이어질 수 있다. 또한 혐오표현이 허용되는 온라인 공간이 늘어남에 따라 특정집단에 대한 혐오를 목적으로 하는 집단이 생겨나고, 이러한 집단 속에서 혐오범죄가 배양될 수 있다.

실제 상당수의 혐오범죄는 온라인 혐오표현 이후에 벌어졌다는 공통점이 있다. 예를 들어 2018년 피츠버그주 유대교 예배당 총기난사 사건의 범인인 로버트 바우어스는 평소 극우 성향의 이용자들이 많이 이용하는 온라인 커뮤니티인 갭(Gab)에 반유대주의의 글을 올렸던 것으로 알려져 있다. 또 다른 예로는 몇 달 전 텍사스주의 대형쇼핑몰에서 일어난 총기난사 사건을 들 수 있는데, 이 사건의 용의자인 패트릭 크루시어스 역시 범행 직전 극우사이트인 에잇찬(8chan)에 인종주의를 옹호하는 글을 올린 것으로 알려져 있다.

혐오표현은 혐오의 대상이 되는 개인 혹은 집단에도 심각한 영향을 미칠 수 있다. 한 연구는 (자신 혹은 자신이 속한 그룹을 향한) 혐오표현의 노출정도와 자살률 간의 높은 상관관계가 있음을 발견했다(Mullen & Smyth, 2004). 또한 혐오표현은 혐오의 대상과의 감정 공유를 어렵게 하고 그들에게 연민을 느끼지 못하게 함으로써 혐오의 대상을 “비인간화(dehumanizing)”하는 결과를 초래할 수 있다. 이 비인간화의 과정은 과거 나치가 유대인을 학대하고 핍박하는 데 사용된 방법이다. 이는 오늘날의 혐오표현이, 마치 과거 나치가 유대인을 억압한 것과 같은 방식으로, 사회적 약자 집단들의 억압을 정당화하는 도구로 사용될 수 있다는 점을 시사한다.

4. “혐오표현 대 표현의 자유”: 혐오표현 규제에 대한 논쟁

심각성을 안고 있는 혐오표현을 규제하는 것은 개인의 표현의 자유를 중시하는 미국 사회에서 상당히 어려운 문제이다. 혐오표현의 심각성이 사회적 이슈로 부각되면서 이를 규제해야 한다는 의견이 대두됐지만, 동시에 트럼프 정권의 당선과 함께 우세해진 백인우월주의자들의 시각과 첨예하게 대립하게 된다.

이를 단적으로 보여주는 한 예로 2017년 버지니아주 샬롯빌(Charlottesville) 폭력시위가 있다. 이 시위는 원래 버지니아주 내 백인우월주의 상징물인 ‘로버트 리’ 장군의 동상을 제거한다는 주지사 테리 맥컬리프의 결정에 반대하는 지역시민들의 반대로 시작됐다. 그러나 곧 극우백인우월주의자인 네오나치, 쿠클럭스클랜(KKK) 등이 합세하여 거리에 나치 상징물을 전시하고 구호를 외치는 등 극우백인우월주의적인 시위로 변모하게 되고 결국 폭력적 사태로 번지게 됐다. 이 시위를 계기로 미국 사회는 특정 인종을 겨냥한 인종차별주의적인 혐오표현이 표현의 자유라는 명목 하에 과연 정당화될 수 있는가에 대한 논쟁을 마주하게 됐다. 이를 비판적으로 바라보는 일각에서는 사회 내 우세한 위치에 있는 집단의 표현의 자유는 미국 내 권력적 위계질서의 불평등을 고착화시키고, 역사적으로 억압되어 왔던 사회적 약자 집단의 목소리를 강제적으로 침묵시킬 수 있는 유해한 결과를 초래할 수 있기 때문에 이에 대한 경각심을 촉구했다.

또 다른 예로는 미국 대학 캠퍼스 내에서 벌어진 양 진영 간의 대립이다. 이는 시카고대학의 존 엘리슨 학생처장이 신입생들에게 보낸 공문에서 시작이 됐다. 이 공문을 통해 시카고 대학은 학문의 자유를 보장하며, 학생들이 다양한 정치적인 의견에 노출될 수 있고, 이를 두려움 없이 배울 것을 장려한다는 대학의 입장을 표명했다. 당시 시카고 대학은 극우 진영의 정치적 연사들의 연설이 계획이 되어 있었으나 연사들의 정치적 성향이 학생들의 반발을 사고, 그 결과 학생들의 시위로 인해 연설이 취소되는 일들을 겪고 난 후였다. 이러한 상황 속에서 시카고 대학은 그 어떠한 의견들도 캠퍼스 안에서 존중받고 표현될 수 있어야 하며, 논란이 될 수 있다는 이유만으로 다양한 의견들이 억압되는 일을 용인하지 않을 것이라는 메시지를 공문을 통해 표명한 것이다. 다양한 배경을 가진 학생들로 구성된 미국 대학에서는 학생들이 혐오표현 및 미묘한 차별(microaggression) 등에 노출되지 않고, 이로부터 보호될 수 있는 지적 안전 공간(safe space)을 제공받는 것을 중

요하게 여겨왔다. 그에 반해 시카고대학이 선언한 캠퍼스 내 모든 표현의 자유는 다른 대학들이 중시하던 가치와는 극명한 대조를 이루는 방침이었기에 미국 내 큰 논란을 일으켰을 뿐만 아니라 양 진영의 첨예한 대립의 장이 되었다. 일각에서는 동의할 수 없거나 불편함을 야기하는 의견이라 할지라도 이러한 의견이 표현될 수 있는 자유를 마땅히 보장해야 한다는 이유로 시카고 대학의 방침을 환영한 반면, 또 다른 일각에서는 편협하거나 때로는 혐오표현을 포함할 수 있는 의견에서 학생을 보호하는 것이야말로 대학의 의무일 수 있다며 이를 비판했다.

그런데 표현의 자유가 주요한 가치로 여겨져 왔던 사회인만큼 실제 미국의 여론은 타 국가에 비해 표현의 자유에 대한 갈망이 높고, 혐오표현에 훨씬 관대한 것으로 나타났다. 예를 들어 미국인의 77%는 자신의 종교적 신념을 공격하는 의견 일지라도 그 의견의 표현의 자유가 보장되어야 한다고 답했다. 사회적 소수 집단을 공격할 수 있는 의견도 마찬가지로 표현의 자유가 보장되어야 한다고 답한 비율도 67%로 높았다. 이는 함께 조사한 38개의 국가 중 가장 높은 수치로 표현의 자유를 중요하게 생각하는 미국인들의 성향을 잘 알 수 있는 대목이다(Wike, 2017).

II. 입법 현황

1. 미국의 수정헌법 제1조

미국은 수정헌법 제1조에 따라 기본적으로 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다. 법률로써도 표현의 자유 제한을 금지하는 만큼 표현의 자유에 대해서만큼은 우월적인 지위를 부여하며 보장해왔다고 할 수 있다. 표현의 자유 보호가 주는 사회적 유용함을 그 어느 나라보다 잘 인식하고 실천하고 있는 게 미국이다.

미 연방대법원은 민주주의가 열린 사상의 교환을 통해서만 기대 가능하다는 전제하에, 수정헌법 제1조가 공적 토론의 영역에서 정부의 통제를 배제하기 위한 목적을 가진다는 점을 강조하면서 자유로운 표현을 규제하는 정부의 행위는 매우 제한된 상황 하에서만 가능하다는 점을 지속적으로 강조하고 있다(이노홍, 2019). 미국의 수정헌법 제1조가 표현의 자유를 제한하는 법률을 금지하는 원칙을 수립했다

면 미 연방대법원은 그러한 표현의 자유 보호 원칙을 지금까지 변함없이 적용해오고 있다는 것이다.

혐오표현 금지는 일종의 표현과 관련된 규제이다. 따라서 수정헌법 제1조 원칙 아래 혐오표현 규제도 유지되기 어려운 구조인 것이다. 다만 혐오범죄는 행동(conduct)에 대한 규제이므로 법률 제정에서 보다 용이한 측면이 있다. 혐오표현의 규제 필요성이 혐오범죄를 전제로 하고 있다 하더라도 혐오범죄와 혐오표현의 규제 법률 제정은 전혀 다른 접근을 요구한다는 의미이다.

물리적 폭력행위로서 혐오범죄는 형법 및 민사책임을 져야 하는 사안이다. 특히 미국에서 혐오에 기반해 다른 사람에게 물리적 해를 끼치면 가중 처벌을 받는다. 이를 편견에 기반한 혐오범죄라고 한다. 그러한 편견은 주로 인종, 피부색, 종교, 출신국가, 성적 지향, 젠더, 장애 등 속성에 기반한다. 미국은 1968년 민권법 제정에 따라 혐오범죄를 처벌하고 있다.¹⁴¹⁾

1968년 미국의 혐오범죄 법률 제정 이후 혐오표현에 대해서도 금지하거나 규제할 필요성에 대해 미국에서도 끊임없이 문제가 제기되고 있다. 그러나 수정헌법 제1조의 보호 아래 혐오표현이 놓여있어 여전히 규제가 쉽지 않다. 다만 최근 미국 내에서도 혐오표현 금지법률의 제정을 주장하는 학자들이 등장하고 있다.

혐오표현에 대한 규제주의 입장은 혐오표현의 해악성에 특히 주목한다. 대표적으로 제레미 월드런(Jeremy Waldron)이 있다. 월드런은 혐오표현 행위 그 자체가 인간존엄성에 대한 침해라고 본다. 특정집단의 구성원들에게 불쾌한 감정과 현실적인 공포를 느끼게 하며, 명예를 훼손하거나 인격에 상처를 입힘으로써 존엄성을 침해한다는 것이다(Waldron, 2012). 월드런은 혐오표현이 일으킬 수 있는 해악을 구체적으로 적시하며 혐오표현을 금지하는 법제를 직접적으로 제정하여 규제하자는 주장을 펼치고 있는데 그의 이론은 미국 사회의 반응과 학계, 연방대법원에 미칠 영향에 주목할 필요가 있다고 평가받는다(장철준, 2019).

2. 민권법(Civil Rights Act) 제정

혐오범죄에 대한 논쟁은 제2차 세계대전과 홀로코스트로부터 비롯된 것으로 보

¹⁴¹⁾ 미 법무부 홈페이지 참조. URL: <https://www.justice.gov/hatecrimes/laws-and-policies>

는 것이 일반적이다. 유럽의 많은 국가들을 중심으로 혐오범죄 법률이 생겨난 반면 미국은 주 법률과 연방 체제이다 보니 변화가 서서히 느리게 진행되어왔다. 그러다가 1968년 새 민권법(Civil Rights Act of 1968)의 일부로 채택되었고 이제는 대부분의 주에서 혐오범죄 법률을 가지게 되었다(Kader, 2015).

원래 미국의 민권법은 흑인차별을 금지하기 위해 1964년 제정되었는데 제7장 703(a)(1)에서는 고용차별을 금지했다. 이 법에는 괴롭힘에 대한 명시적인 조항이 없으나 인종, 피부색, 종교, 임신 여부를 포함한 성별, 출신국가, 연령(40세 이상), 장애 또는 유전정보에 기초해 관리자, 동료, 기타 직장관계자가 욕설, 놀림, 위협, 조롱, 모욕, 불쾌한 농담 등 괴롭힘(harassment)으로 그 대상이 된 사람들에게 적대적 업무 환경이 만들어졌다고 판단되는 경우 그것이 실질적으로 근로자의 고용 조건을 변경하는 효과를 발생시키므로 고용차별에 해당한다고 본다(홍성수 외, 2016). 미국의 차별금지법은 1991년 민권법(The Civil Rights Act of 1991), 장애인법(Americans with Disabilities Act), 고용상 연령차별금지법(The Age Discrimination in Employment Act of 1967), 평등임금법(The Equal Pay Act of 1963) 등이 있다.

1968년 새 민권법으로 제정된 혐오범죄예방법(Hate Crime Prevention Act) 제18장 제245(b)(2)에서는 타인을 ‘인종, 피부색, 종교 또는 출신국가를 이유로’ ‘의도적으로 해치거나 위협 또는 방해하는’ 사람에 대해 연방 기소를 하도록 하고 있다(18 U.S.C. §245(b)(2)). 이 법을 위반하는 사람은 벌금이나 최대 1년의 징역형, 또는 두 가지 모두의 처벌을 받는다. 만약 신체적 위해가 가해졌거나 위협에 충거나 폭발물 또는 화기가 사용되었을 경우 행위자는 최대 10년의 징역형에 처해질 수 있다. 또한 납치, 성폭력 또는 살인이 연루된 범죄의 경우 행위자는 무기징역이나 사형 선고를 받을 수 있다(박미숙·추지현, 2017).

1968년 혐오범죄예방법 이후 1990년 혐오범죄통계법(Hate Crime Statistics Act, 28 U.S.C. §534)이 제정되었고, 2009년 매튜 셰퍼드와 제임스 버드 주니어 혐오범죄방지법(Matthew Shepard and James Byrd, Jr. Hate Crimes Prevention Act)으로 수정되었다.

3. 혐오범죄 관련 연방법률

가. 2009년 매튜 셰퍼드와 제임스 버드 주니어 혐오범죄방지법¹⁴²⁾

일명 셰퍼드 버드 법은 실제적이거나 인지된 성적 지향이나 젠더 정체성에 기반한 혐오범죄를 처음으로 처벌하는 첫 연방 형법 규정이다. 셰퍼드 버드 법은 실제적 또는 인지된 인종, 피부색, 종교, 출신국가를 이유로 고의로 신체적 해를 가하거나 위협한 무기를 이용해 그러한 행위를 하는 것을 연방 범죄로 규정하고 있다. 또한 이 법은 실제적 또는 인지된 종교, 출신국가, 젠더, 성적 지향, 젠더 정체성, 장애인이라는 이유로 저지른 범죄를 포함한다.

나. 평온한 주거권에 대한 불법방해죄법¹⁴³⁾

이 법률은 희생자의 인종, 종교, 성, 장애, 가족상 지위, 출신 국가를 이유로 평온한 주거권을 침해하는 위협이나 무력을 범죄로 규정하고 있다.

다. 종교재산침해, 교회방화방지법¹⁴⁴⁾

종교를 이유로 하는 종교 부동산에 대한 의도적인 손상, 손해, 파괴를 금지하고 있다. 재산과 관련된 사람들의 인종, 피부색, 민족적 특징을 이유로 하는 것도 포함한다. 개인의 종교적 신념에 있어 자유로운 활동에 대한 무력적 위협이나 무력을 사용한 의도적인 방해에 대해서도 범죄로 처벌한다.

라. 연방보호권리에 대한 폭력방해법¹⁴⁵⁾

이 법률은 인종, 피부색, 종교, 출신국가나 공공교육, 고용, 사법 서비스, 여행, 공공 숙박 등 연방에서 보호되는 행위에 참여하고 있거나 그러한 사람을 돕는다는 이유로 의도적으로 그것을 방해하기 위해 무력을 사용하거나 무력을 사용해 위협하는 것을 범죄로 규정하고 있다.

마. 권리방해공모법¹⁴⁶⁾

¹⁴²⁾ Shepard, Matthew. and Byrd, Jr. James. Hate Crimes Prevention Act of 2009, 18 U.S.C. § 249

¹⁴³⁾ Criminal Interference with Right to Fair Housing, 42 U.S.C. § 3631

¹⁴⁴⁾ Damage to Religious Property, Church Arson Prevention Act, 18 U.S.C. § 247

¹⁴⁵⁾ Violent Interference with Federally Protected Rights, 18 U.S.C. § 245

¹⁴⁶⁾ Conspiracy Against Rights, 18 U.S.C. § 241

미국 법률이나 헌법에 의해 보장되는 특권이나 권리에 대한 자유로운 행사에서 차별하거나 각 주 또는 영토 내에서 사람들을 위협, 협박, 상해를 가하도록 들 또는 그 이상 사람들이 공모하는 경우 불법으로 처벌한다.

4. 혐오범죄 관련 주(州) 법

대부분의 주(州)와 미국 영토에서는 혐오범죄 관련 주법을 가지고 있고 주법원이 나 지방법원에서 집행하고 있다. 미 법무부 자료에 따르면 각 주의 혐오범죄는 매우 다양한 편인데 다음과 같은 특징을 보이고 있다.

- ① 편견 기반(Bias motivations): 서로 다른 주법은 혐오범죄 정의에서 서로 다른 편견의 동기를 제시하고 있다.
- ② 처벌 조항: 일부 주법은 혐오범죄 정의에서 특정 요인에 의한 범죄를 규정하기 위해 문장을 추가하고 있다. 최소 45개 주는 편견 기반에 대한 범죄에 처벌조항을 가지고 있다.
- ③ 데이터수집: 일부 주는 혐오범죄에 대한 자료수집을 요구하고 있다. 데이터는 주정부가 지역사회의 요구에 자원과 지원을 배분하는 데 도움을 주고 범죄가 발생하는 데 있어 투명성을 제공한다.

〈표 3〉 미국의 혐오범죄 규제 현황

혐오범죄 법률과 데이터수집 법률이 모두 있는 주	혐오범죄 법률은 있으나 데이터수집 법률은 없는 주	혐오범죄 법률과 데이터수집 법률이 모두 없는 주
30개 주	18개 주	8개주
Arizona (AZ) California (CA) Connecticut(CT) District of Columbia (DC) Florida (FL) Hawaii (HI) Idaho (ID) Illinois (IL) Indiana (IN) Iowa (IA)	Alabama (AL) Alaska (AK) Colorado(CO) Delaware (DE) Kansas (KS) Mississippi (MS) Missouri (MO) Montana (MT) New Hampshire (NH) North Carolina (NC)	American Samoa (AS) Arkansas (AR) Georgia (GA) Guam (GU) Northern Mariana Islands (MP) South Carolina (SC) U.S. Virgin Islands (VI) Wyoming (WY)

Kentucky (KY)	North Dakota (ND)	
Louisiana (LA)	Ohio (OH)	
Maine (ME)	Puerto Rico (PR)	
Maryland (MD)	South Dakota (SD)	
Massachusetts (MA)	Tennessee (TN)	
Michigan (MI)	Vermont (VT)	
Minnesota (MN)	West Virginia (WV)	
Nebraska (NE)	Wisconsin (WI)	
Nevada (NV)		
New Jersey(NJ)		
New Mexico(NM)		
New York (NY)		
Oklahoma (OK)		
Oregon (OR)		
Pennsylvania (PA)		
Rhode Island (RI)		
Texas (TX)		
Utah (UT)		
Virginia (VA)		
Washington (WA)		

출처: 미 법무부 홈페이지 <https://www.justice.gov/hatecrimes/laws-and-policies>

5. 혐오표현과 표현규정(Speech Code)

미국은 표현의 자유를 제한하는 법률을 의회가 제정할 수 없기 때문에 혐오표현 규제 법률도 제정 및 유지되기가 어렵다.¹⁴⁷⁾ 미국의 혐오표현 규제법은 명확하지 않지만(Chetty & Alathur, 2018), 미국에서는 공립 대학교들이 일종의 사회적 책무로서 학교 내에서 교직원과 학생들의 차별을 방지하기 위해 표현 규정(Speech Code)을 마련하고 있다. 이러한 표현 규정은 미국의 수정헌법 제1조를 위반하기 때문에 법원에서 수용되기 어려운 측면이 있다.

미국에서 표현 규정(Speech Code)이란 엄격하게 표현을 금지 또는 규제하는 것으로 이해한다. 표현 규정은 일반적으로 괴롭힘, 모욕, 명예훼손이나 싸움어(fighting words)에 대한 법적 정의에서 등장하고 있으며 보통 직장, 대학 등에서 혐오표현에 대한 규제로 활용하고 있다.¹⁴⁸⁾

¹⁴⁷⁾ Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.

〈표 4〉 미국의 표현의 자유와 혐오표현 조항

수정헌법 제1조 표현의 자유 보호	혐오표현 규정
· 의회는 종교의 설립, 표현의 자유, 언론의 자유를 제한하거나 평화로운 집회시위를 금지하는 법을 제정할 수 없음.	· 공립 대학교는 사회적 책무로서 교직원과 학생들의 차별을 방지하기 위해 표현에 관한 규정을 마련해야 함.

출처: Chetty, N. & Alathur, S. (2018). Hate speech review in the context of online social networks. *Aggression and Violent Behavior* 40, 112.

1980년대~1990년대 초까지 미국의 공립 대학들은 소위 표현규정(speech code)을 통해 교내 괴롭힘과 차별을 해결하고자 했다. 표현규정에 대한 지지자들은 교내에서 차별적 괴롭힘을 방지하는 데 필요하다고 주장하지만 반대자들은 정치적 교정일 뿐이라고 비판하였다. 자유포럼연구소(Freedom Forum Institute)에 따르면 1995년 당시 미국의 350개 이상의 대학에서 표현규정을 가지고 혐오표현을 규제했다고 한다.¹⁴⁹⁾

지금까지도 미국 대학의 표현규정에 대해서는 찬반 논쟁이 끊임없이 이어지고 있다. 혐오표현 규정을 반대하는 입장은 그러한 규제가 표현의 자유 개념에 맞지 않고 전체주의이자 수정헌법 제1조를 무효화한다고 비판하고 있다. 헌법학자인 어빈 케머린스키(Erwin Chemerinsky)는 공립 대학은 수정헌법 제1조의 원칙을 위반하지 않고 혐오표현을 금지할 수는 없다고 주장한다. 반대로 혐오표현에 대한 대학 내 규정을 찬성하는 입장은 학문의 자유에 대한 대학의 임무는 교내에서 위협적인 말을 제한한다고 약화되는 것이 아니라고 주장한다. 왜곡된 인종주의자나 집단학살 표현은 진실 채택이 핵심적인 가치인 교육 목적을 오히려 약화할 수 있다는 것이다(TESIS, 2010).

대학 내에서 혐오표현 규정을 반대하는 입장은 존 스튜어트 밀과 같은 자유주의 사상에 근거하는 반면 찬성하는 입장은 철학적으로 비판이론 관점인 프랑크푸르트 학파에 근거하고 있다고 한다(Chamlee-Wright, 2018). 대학 내 혐오표현에 반대하는 학자들은 마이클 존이 말한 표현의 자유와 자치(self-government)와의 관계

¹⁴⁸⁾ URL: <https://definitions.uslegal.com/s/speech-code/>

¹⁴⁹⁾ URL: <https://www.freedomforuminstitute.org/first-amendment-center/topics/freedom-of-speech-2/free-speech-on-public-college-campuses-overview/hate-speech-campus-speech-codes/>

를 중시하며 표현을 제한하려는 노력에 경고한다. 특히 무엇보다 사상의 자유로운 교환이 중요한 대학에서 잘못되고 공격적인 표현일지라도 이를 규제한다면 그 폐해가 표현의 자유를 보호하는 데서 오는 이익을 능가할 수는 없다는 입장이다 (Strossen, 2018; Lukianoff & Haidt, 2018; Whittington, 2018; Chemerinski & Gillman, 2017).

대학 내의 혐오표현 규제를 찬성하는 입장은 주변부에 대한 사회 지배체제와 폭력을 영속화 한다는 점을 비판하면서 대학은 표현의 자유를 절대적으로 보호하는데 부적절한 곳이라고 주장한다. 집단학살, 백인우월주의, 거짓 정보를 전파한다면 고등교육을 전달하는 대학 사명에 역행한다는 것이다. 나아가 그러한 표현이 소외된 학생들의 학습권을 제한하므로 금지되어야 한다고 본다(Delgado & Stefancic, 2017).

III. 판례 현황

1. 표현을 제한하는 규제에 대한 합헌성 판단: 엄격 심사 기준

정부의 규제가 합헌인지 아닌지 판단하기에 앞서 미 법원은 그것이 수정헌법 제 1조로 보호받는 표현과 관련된 규제인지부터 판단한다. 따라서 '내용 기반 규제'인지 '내용 중립 규제'인지에 따라 위헌성 심사기준을 달리하여 적용한다. 즉 내용 기반 규제(content based regulation)는 엄격 심사 기준(Strict Scrutiny Test)을 적용하고, 내용 중립 규제(content neutral regulation)는 중간 심사 기준(Intermediate Scrutiny Test)을 적용하고 있다. 표현내용과 관련한 규제라면 엄격한 심사기준을 적용하여 표현의 자유를 폭넓게 보장하고, 내용과 무관한 기술형 식적 규제인 내용 중립 규제에 해당한다면 그보다 완화된 심사기준을 적용하여 위헌성을 심사한다(윤성욱, 2008).

내용과 관련된 규제에 적용하는 엄격 심사 기준은 두 단계를 거친다. 첫째 그 규제가 압도적인 정부 이익(compelling government interest)을 달성하는가? 둘째 그 규제가 필요하고도 최소화되어 있는가? 만약 둘 중 하나라도 충족하지 못한다면 그 규제는 위헌이다. 엄격 심사 기준에서는 그 규제를 통해 압도적인 이익이

있는지 정부가 입증해야 하기 때문에 거의 불가능하고 실질적으로 표현과 관련된 규제가 합헌성을 인정받기 어렵다. 미국에서 표현의 자유를 제한하는 법률이 제정되기 어려운 이유이다.

그러나 정부의 규제가 내용과 무관하고 기술형식적인 규제에 불과하여 내용 중립 규제에 해당한다면 오브라이언 기준(O'Brien Test)이라고도 불리는 중간 심사 기준을 적용해서 합헌성을 판단한다. 오브라이언(O'Brien) 사건에서 미국 연방대법원은 보호되는 표현 행위에 대해 2단계 심사 기준을 제시한 바 있다. 중간 심사 기준인 오브라이언 기준에서는 네 조건을 요구한다. 첫째 규제받는 행위가 헌법상 정부 권한의 범위에 있어야 한다. 둘째 그 규제가 중요한 정부 이익(important government interest)을 달성해야 한다. 셋째 정부 이익이 표현의 자유의 억압과 무관해야 한다. 넷째 표현의 자유에 대한 제한이 정부 이익보다 더 작아야 한다. 엄격심사 기준처럼 압도적인 정부이익이 아니라 중요한 정부 이익을 증명하는 것이기 때문에 내용 중립 규제라면 합헌성을 인정받기가 보다 수월한 것이다.

미국에서 혐오표현을 제한하는 경우 내용과 관련된 규제일 가능성이 높기 때문에 합헌성을 인정받기가 쉽지 않다. 다만 현재 온라인 혐오표현에 대해 다양한 의견이 개진되고 있음을 감안할 때 온라인서비스사업자에게 혐오표현을 차단하는 기술장치를 의무화 한다든지 내용과 무관한 기술형식적 규제인 경우 미국도 중간심사 기준을 적용할 수도 있을 것이다.

2. 행위(conduct)와 표현(speech)에 대한 구분

코헨(Cohen) 사건은 표현의 범주가 어디까지 적용되는지에 대한 판단이라는 데 의미가 있다. 1968년 폴 로버트 코헨은 로스앤젤레스 지방 법원에 욕설("Fuck the Draft")이 적힌 재킷을 입고 걸어 들어갔다. 코헨은 악의적 또는 고의로 이웃이나 다른 사람의 평온이나 평화를 해치는 공격적인 행위를 금지하는 캘리포니아 법 조항을 위반했다는 혐의로 체포되었다. 그러나 미 대법원은 코헨의 행위는 표현에 해당하므로 수정헌법 제1조로 보호받는다고 판단했다(Cohen v. California, 403 U.S. 15, 27 (1971)). 다만 소수의견(3명)은 코헨의 행동은 행위이지 표현이라고 보기 힘들다고 했다.

코헨이 욕설이 담긴 재킷을 입고 법정에서 들어간 것에 대해 소수의견은 그것이

적절하지 않은 행위이지만 그것은 표현이 아닌 행동에 불과하다고 본 것이다. 판단대상이 행위라면 수정헌법 제1조의 보호의 대상으로 보호받을 수 없다. 그러나 다수의견은 코헨의 행위는 수정헌법 제1조의 보호범위인 표현이라고 판단했다.

따라서 법원에서 그 대상이 표현인가, 행위인가 먼저 결정하는 것은 매우 중요하다. 수정헌법 제1조의 보호대상인지 아닌지 판단해야 하기 때문이다. 표현행위가 어떤 메시지를 표현하려는 의도를 가지고 있는지, 그 메시지가 이해될 가능성이 있는지를 판단하는 것이다. 만약 그러한 의도도 없고 이해될 가능성도 없다면 그 행위는 표현이 아니다. 수정헌법 제1조의 대상으로 보호될 수 없다는 의미이다. 그러나 표현(speech)과 행위(conduct)는 평행선상에 있는 문제일 수도 있다고 한다(Hopkins, 2019). 표현은 행위로 이루어지고 행위는 표현으로 이루어진다. 행위가 표현으로 발생하므로 때때로 표현은 행위와 같다는 의미이다.

대체로 표현과 행위를 구분할 수는 있지만 항상 명확한 것은 아니다. 특히 혐오 표현의 경우 그 자체가 표현행위이자 표현과 행위가 중첩되는 영역에서 문제가 발생하기도 한다. 혐오표현 규제에 대해 논의할 때 어떤 범위까지 표현의 자유로 보호하고 제한할지 접근해야 한다는 측면에서 코헨의 사건은 의미가 있다.

3. 보호받지 못하는 표현으로서 혐오표현: 싸움어 원칙

혐오표현을 판단하는 데 ‘싸움어 원칙(fighting word doctrine)’을 적용한 것은 1942년 채플린스키 대 뉴햄프셔(Chaplinsky v. New Hampshirs) 사건이다.

여호와의 증인인 채플린스키가 길거리에서 종교활동을 하면서 종교를 비난하는 말을 하여 시민들이 소요하기 시작했다. 시민들이 소란해지자 경찰관이 채플린스키에게 경고를 했다. 그러나 채플린스키가 멈추지 않자 경찰관이 그를 데려가려는데 경찰서장에게 욕설(‘damned fascist’, ‘God damned racketeer’)을 함으로써 체포되었다. 법원은 채플린스키 행동이 공공장소에서 합법적으로 근무하는 공직자에게 공격적이고 조소적 또는 귀찮게 하는 말을 사용하거나 그들의 합법적인 직무수행을 방해할 목적으로 소란을 피우거나 소리칠 수 없도록 규제하고 있는 뉴햄프셔의 주법을 위반했다고 인정하였다.

이에 주 대법원은 법원의 유죄결정을 지지했는데 그러한 언어폭력을 ‘싸움어(fighting word)’의 공격이라고 하였다. 연방대법원은 “급박하게 평화를 깨뜨리거

나 해를 가하는 표현”인 싸움어의 경우 “표현의 자유의 본질적인 부분이 아니며 진실로 나아가는 과정에서 사회적 가치가 별로 없다(slight social value)”고 하였다(315 U.S. 568, 571(1942)).

채플린스키 사건에서 미국 연방대법원은 수정헌법 제1조에서 표현의 자유를 보호하는 취지가 공론장에서 진실을 발견하는 데 이익이 되는 표현이라는 점을 강조하고 있다. 싸움어란 너무도 불쾌하고 용납할 수 없는 것이어서 물리적 반응을 일으킬 수 있는 말을 의미한다. ‘평화를 즉각적으로 깨뜨리거나’ ‘해를 가하는’ 표현으로 싸움어인 경우 수정헌법 제1조로 보호해야 할 사회적 이익이 거의 없다고 본 것이다.

4. 보호받는 표현으로서 혐오표현: 쟁점에 반대할 표현의 자유

1992년 R.A.V vs. St. Paul 사건은 혐오표현과 관련한 대표적인 판결이다. 이 사건에서 미 연방대법원은 세인트폴 시의 혐오범죄 조례가 위헌이라고 결정했다. 1990년 로버트 A. 비크토라(Robert A. Viktora) 등 십대들은 주로 백인들이 사는 곳으로 이사한 아프리카계 미국인 가정 마당 앞에서 십자가에 불을 질렀고 유죄가 결정되었다. 미네소타 대법원은 이를 싸움어(fighting words)라고 보았고 십자가에 불을 지르는 등의 행위가 인종, 피부색, 신념, 종교, 성(gender)을 이유로 분노, 공포를 불러일으키는 행동을 규제하는 시 조례 위반이라고 보았다.

그러나 법원의 결정은 뒤집혔다. 미 연방대법원은 세인트폴 시가 “조례를 통해 싸움어(fighting words)를 금지할 수는 있지만 특정한 집단의 대상자를 목적으로 하지 않는 한 허용되어야 한다”고 했다. 아울러 정치적 연합, 구성원이든 아니든, 성적 지향성 등에 반대하는 데 있어 법원은 “수정헌법 제1조는 어떤 주제에 대해 반대 관점을 표현하는 것을 금지하도록 하고 있지 않다”고 하였다(505 U.S. 377, 1992). 따라서 미네소타 주의 혐오표현 금지법은 정치적 옳음(politically correct)을 선호하는 효과가 있으므로 수정헌법 제1조를 위반한다고 본 것이다. 법이 인종적 관용을 지지하는 것은 허용하고 그것에 반대하는 것은 금지해서는 안 된다는 의미이다(Creech, 2007).

5. 혐오표현 판단에 대한 기준

가. 대면성(confrontational nature) 요건

아서 테르미니엘로(Arthur Terminiello)는 강당에서 우익 반유대주의 연설을 하고 있었는데 강당 밖에서 시위자들이 항의를 하였다. 강당 안의 연사였던 테르미니엘로는 바깥 시위자들을 ‘쓰레기’라고 반복적으로 언급하면서 비판하였다. 그 발언은 군집한 대중들에게 너무도 선동적이어서 경찰은 소요를 우려했고 테르미니엘로는 시카고시 평화조항 위반으로 체포되었다. 이 사건에서 연방대법원의 윌리엄 더글라스 판사(William O. Douglas)는 “표현의 자유 목적은 원래 분쟁을 일으키도록 만들어진 것”이라며 시카고 평화조항에 대해 위헌 결정을 내렸다(337 U.S. 1, 4(1949)).

테르미니엘로 사건이 채플린스키 사건과 다른 점은 면대면 대립 상황이 아니었다는 점이다. 1977년 스코키(Skokie) 사건에서도 주 대법원은 신나치주의자들이 유대인 마을 스코키에서 행진할 권리를 인정하면서도 면대면 혐오표현을 금지했다.

따라서 홉킨스는 미 법원은 혐오표현 판단에서 대면성을 매우 중요한 판단기준으로 삼고 있다고 한다(Hopkins, 2019). 미 대법원은 폭력적이고, 위협적이고, 모욕적인 언어를 금지하는 주법이 싸움어(fighting word)로 최소화 되어 있지 않으면 모호하고 과도한 규제라는 이유로 위헌이라는 결정을 해왔다는 것이다. 예를 들면 법원은 폭동의 위협이 있을 때 폭력적인 언어사용을 금지해왔지만 그 위협은 가급적 직접적이어야 한다. 발언자가 “We’ll take the fucking streets”라고 외친다면 그건 싸움어(fighting word)가 아니고 대중에게 선동적이지도 않다. 발언자가 명확하게 즉각적인 행동을 언급하지도 않고 가능한 미래 행동을 의미하지 않기 때문이다(Hess v. Indiana 414 U.S. 105, 107 (1973)).

나. 실질적인 위협(true threat)으로서 요건

미국 법원은 싸움어(fighting words) 원칙에서 실질적인 위협(true threat)이 있어야 금지될 수 있다고 판단한 바 있다. “희생자에게 신체적 해나 생명의 위협을 느끼게 할 목적으로 특정 개인이나 집단에게 직접적으로 위협할 때 일종의 실질적인 위협(true threat)인 경우는 합헌적으로 금지될 수 있다”고 하였다(Watts v. United States, 384 U.S. 705, 707(1969)).

2000년대 버지니아 대 블랙 사건(Virginia v. Black)은 십자가를 불태우는 쟁점

이 다시 등장한 사건이다. 미 대법원은 수정헌법 제1조에서 보호되지 않는 표현의 범주로 협박(intimidation)을 언급하고 있다. 대법원은 “십자가를 불태우는 모든 행위가 제한되지는 않지만 십자가를 불태우는 것이 협박하는 수준까지 이르렀을 때는 금지될 수 있다”고 했다.

그러나 미국 연방대법원은 ‘버지니아 주법이 특정인이나 단체에게 협박을 하기 위해 십자가를 불태우는 것을 금지하고 있는데 그 행위 자체가 협박 의도의 증거라고 정하고 있기 때문에 위헌’이라고 했다(538 U.S. 343, 2003). 즉 해당 조항은 십자가를 불태우는 것이 곧 협박이라고 규정하고 있었기 때문에 위헌이라고 판단한 것이다.

특히 이 사건에서 산드라 데이 오코너(Sandra Day O'Connor) 판사는 십자가를 불태우는 행위가 다수에게 특별히 일종의 치명적인 협박이고 혐오의 상징으로 간주되어왔으나 아울러 하나의 공유된 사상의 메시지로 커뮤니케이션하는 데도 이용되어 왔던 점을 강조했다. 십자가를 불 지르는 것을 금지하기 위해서는 사상을 표현하는 수단이 아니며 반드시 협박이어야 함을 입증해야 한다는 것이다.

6. 혐오표현에 대한 미 법원의 입장

보호받지 못하는 표현으로서 ‘싸움어의 원칙’을 정한 채플린스키 사건 이후 미국 정부는 혐오표현에 대한 규제를 만들려고 했지만 법원은 수정헌법 제1조의 원칙 아래 혐오표현의 규제를 인정하지 않아 왔다. 미국에서 혐오표현 규제가 존재하기 힘든 이유이다.

최근까지도 미 법원은 협박에 이르는 혐오표현의 범위를 매우 제한적으로 적용하고 있다. 미국 제7항소법원은 밀워키의 연방정부를 폭파할 계획을 세운 교도소 수감자의 진술이 수정헌법 제1조의 보호를 받을 수 없다고 결정했다. 그러나 미 연방대법원은 ‘버지니아 대 블랙(Virginia v. Black)’ 사건을 인용하면서 오코너 판사는 보호받지 못하는 표현으로서 협박보다는 실질적인 위협에 대한 정의를 구축한 것이라고 평가하면서 제7항소법원의 결정을 받아들이지 않았다(United State v. Parr, 545 F.3d 491, 499-500(7th Cir. 2009), cert. denied 556 U.S. 1181(2009)). 연방 건물의 폭파 가능성에 대한 수감자의 발언이 실질적인 위협이나 협박 표현이라는 연방 정부의 주장을 받아들이지 않은 것이다.

2017년 6월 대법원은 Matal v. Tam에 대한 만장일치의 결정으로 연방상표법(Lanham Act)의 조항이 수정 헌법 제1조의 언론 자유 조항을 위반한다고 확인했다. 연방상표법(Lanham Act)은 미국 특허청이 사람, 기관, 신념 또는 국가적 상징을 비하하는 상표 등록을 금지하고 있었다. 그런데 아시아계 미국인들로 구성된 오리건주 포틀랜드의 록밴드 그룹이 미국 특허청에 인종차별적인 관점이 담긴 이름(The Slants)을 자신들의 상표로 등록 신청을 하였다. 특허청은 연방 상표법(Lanham Act)에 근거하여 이 상표의 등록을 거부하였다. 이에 록밴드는 소송을 제기하였다.

미 연방대법원의 결정에서 사무엘 알리토(Samuel Alito) 판사는 “인종, 민족, 성별, 종교, 연령, 장애 또는 기타 유사한 근거에 근거하여 비방하는 말은 혐오”라고 하면서도 “언론 자유에 대한 법원의 입장은 ‘우리가 싫어하는 생각’을 표현할 자유를 보호한다는 것”이라고 강조했다(Matal v. Tam , 582 US(2017)).

IV. 자율규제 현황

1. 혐오표현에 대한 자율규제 논의

2016년 3월 미국의 마이크로소프트사가 만든 AI 채팅봇 테이가 차별 발언을 쏟아내 16시간 만에 운영을 중단한 사건이 있었다. 또한 폭력적인 총기난사 사건, 자살 증계사건 등이 페이스북을 비롯한 소셜미디어를 통해 전 세계로 실시간 증계되면서 콘텐츠 필터링 방법에 대해서도 주목하고 있다.

최근 유튜브는 기존 언론과 협력해 신뢰도 높은 영상뉴스 검색이 이뤄지도록 하는 자체 알고리즘을 개발하고 있다.¹⁵⁰⁾ 실제 2018년 7월부터 9월 동안 유튜브에서 삭제된 동영상은 780만 개로 이중 81%가 기계로 자동 검색되어 삭제되었다. 유튜브는 콘텐츠 모니터와 삭제 업무만 전담할 인력으로 1만 명을 고용한 바 있고, 인스타그램을 소유한 페이스북은 자율 규제를 위해 3만 명을 고용했는데, 2018년 10월에서 12월(3개월)간 실제 1,540만 개의 폭력적 콘텐츠를 삭제했다고

¹⁵⁰⁾ URL: http://www.hani.co.kr/arti/society/society_general/864204.html#csidxedd912436f266828c65c1bc9e343cc1

한다. 페이스북은 전체 내용 중 99.5%를 모두 자동 검색 기술이 처리하고 있다고 밝혔다¹⁵¹⁾.

최근 들어 혐오표현 이용의 기계학습에 컴퓨터어를 적용하려는 시도도 나오고 있다(Gitari, Zuping, Damien, & Long, 2015). 이는 감정 분석과 유사한데 인종, 민족, 종교 집단에 사용된 용어를 추적하는 기술이다. 온라인 혐오표현 문제를 해결하기 위해 컴퓨터어를 활용한 동시출현 단어 분석(Co-Occurrence Analysis), 형식 개념 분석(Formal Concept Analysis) 등 디지털 미디어 분석 기법을 적극적으로 활용해야 한다는 주장이다(Meza & Meza, 2019).

한편 2016년 6월 세계의 주요 IT회사들인 페이스북, 마이크로소프트, 트위터, 유튜브는 유럽연합 주도로 결성한 EU 인터넷 포럼에 참여했다. 이 때 만들어진 “불법적 온라인 혐오표현 대응을 위한 행동강령(Code of Conduct on Countering Illegal Hate Speech Online)”은 법적인 구속력은 없지만, 인터넷사업자들이 자율적으로 혐오표현을 모니터링하고, 관계기관에 신고하거나 자체적으로 처리하는 절차를 시행하겠다고 한 공적 약속의 성격을 갖고 있다(홍성수, 2016).¹⁵²⁾ 그런데 EU 중심의 이러한 행동강령이 미국에서는 표현의 자유를 제한한다는 이유로 온라인 혐오표현 규제를 반대하는 단체들도 있다.¹⁵³⁾

아울러 미국에서는 사업자의 자율규제 실효성에 회의적인 의견을 가진 사람들이 늘어나면서 반드시 혐오표현에 국한한 것은 아니지만 온라인에서 투명성이 담보될 수 있도록 구글과 페이스북에게 데이터를 공정하고 투명하게 다루는 시스템을 의무적으로 도입하도록 해야 한다는 주장들이 많이 제기되고 있다¹⁵⁴⁾.

2. 온라인서비스제공자들의 혐오표현 규제

¹⁵¹⁾ BBC News. (2019. 4. 8.). Social media: How can governments regulate it? URL: <https://www.bbc.com/news/technology-47135058>

¹⁵²⁾ The Article19. (2018. 03. 02) Self-regulation and ‘hate speech’ on social media platforms. URL: <https://www.article19.org/resources/self-regulation-hate-speech-social-media-platforms/>

¹⁵³⁾ The Conversation, (2019. 03. 28.). Stop outsourcing the regulation of hate speech to social media URL: <http://theconversation.com/stop-outsourcing-the-regulation-of-hate-speech-to-social-media-114276>

¹⁵⁴⁾ Jankowicz, Nina. (2018. 11. 30.). Social media self-regulation has failed. Here’s what Congress can do about it. URL: <https://medium.com/@nina.jankowicz/social-media-self-regulation-has-failed-heres-what-congress-can-do-about-it-5b38b6bf9840>

SNS가 혐오표현의 확산 및 재생산의 가장 큰 경로이자 혐오범죄의 원인으로 지목되었고, 사회적 압력을 느낀 거대 온라인서비스제공자들인 페이스북, 트위터, 유튜브 등은 각자의 혐오표현 가이드라인을 수립하고, 중재인(moderator)을 채용하거나 인공지능 소프트웨어를 사용하여 혐오표현 정책을 위반하는 유저 및 콘텐츠를 경고 조치하거나 삭제하는 등 혐오표현을 규제하기 위한 나름의 노력을 하고 있다.

혐오표현에 대한 국가적 규제와 사회적 합의는 각각 다르다. 급속도로 광범위하게 퍼져나가는 인터넷 특징상 세계 여러 나라들은 실질적으로 공론장의 기능을 하는 인터넷에 대한 국가 규제를 강화하려는 경향이 나타나고 있다. 그런데 대개의 경우 인터넷 기업들이 해외에 본거지를 두어 규제 문제가 쉽지 않다.

특히 SNS 유형의 온라인 플랫폼들은 자료를 공개하지 않으려고 하기 때문에 실제 혐오표현의 현상을 파악하기가 대단히 어렵다는 비판도 나오고 있다. 온라인 플랫폼 사업자들이 서로 다른 접근과 정책을 수립하고 있기 때문에 온라인 혐오표현 현상과 폭력 행동 간의 관계에 대해 파악하기 어렵다는 것이다(Gagliardone et al., 2015).

따라서 미국의 구글, 페이스북, 유튜브 등 온라인서비스제공자들이 미국뿐 아니라 전 세계적으로 이용자를 위한 유해 콘텐츠 정책을 가지고 있지만 혐오표현에 대한 정책이 무엇이고 어떻게 처리하는지 정확하게 파악하기란 어렵다. 다만 약관 등을 통해 공개하고 있는 내용을 살펴볼 수는 있을 것이다.

구글의 경우 사용자가 제공하는 콘텐츠에 대한 책임과 범위 그리고 유해 콘텐츠에 대해 구글이 처리(삭제 및 일부 삭제)할 권한을 갖게 된다는 것을 명시하고 있다.¹⁵⁵⁾

페이스북은 혐오표현 관련 사항을 커뮤니티 규정 제3장 ‘불쾌한 콘텐츠’에서 다루고 있다. 페이스북은 협박과 배척의 환경을 만들고 실제 폭력을 조장할 수 있기 때문에 혐오표현에 대해 허용하지 않는다는 원칙을 밝히고 있다. 혐오표현에 대한 정의로는 “인종, 민족, 국적, 종교, 성적 지향, 성별 또는 성적 정체성, 심각한 신체적 장애 또는 질병과 같이 보호받는 특성을 이유로 타인을 직접적으로 공격하는 것”이라고 했다. 그리고 게시하면 안 되는 혐오표현을 3가지 등급으로 구분하고

¹⁵⁵⁾ URL: https://www.google.com/intl/en_ZZ/policies/terms/archive/20070416/

있다. 방대한 영역의 혐오표현을 다루고 있으나 가급적 구체적인 표현으로 예시를 들고 있다는 점이 특징이다. 이는 이용자들에게 금지되는 혐오표현 가이드라인으로서 의미는 있다. 그러나 규정상으로도 예외조항을 전제로 하고 있고 실질적으로 얼마나 자율규제 하는지에 대해서는 파악하기 힘들다.

〈표 5〉 페이스북의 혐오표현 3단계 구분

구분	혐오표현 주요내용
1단계	<ul style="list-style-type: none"> •시각적 콘텐츠 또는 글로 표현한 모든 폭력적인 발언 또는 지지 •다음에 관한 비교나 일반화 또는 자격이 없는 행동 진술 형태의 비인간적 발언 또는 이미지: 벌레, 문화적으로 지적 또는 신체적 능력이 열등하다고 여겨지는 동물, 오물, 세균, 질병, 배설물, 성범죄자, 인간 이하, 폭력범죄자, 성범죄자, 기타 범죄자로 표현 •실제 사람이 이미지에 묘사되지 않았더라도 혐오범죄의 개념, 사건 또는 희생자를 조롱함 등
2단계	<ul style="list-style-type: none"> •다음과 같은 방법으로 일반화를 통해 열등성을 서술: 신체적 결함(위생, 신체적 외모 포함), 정신적 결함(지적 능력), 교육, 정신 건강, 도덕적 결함, 문화적으로 인식되는 부정적 성격 특성, 성적 행위와 관련된 경멸적 용어, 기타 •다른 보호되는 특성보다 우월하거나 열등하다는 표현으로 다음을 포함하되 이에 국한되지는 않음: '남성이 여성보다 우월하다고 생각함.' •경멸이 담긴 표현이나 이에 준하는 시각적 표현 보호되는 특성을 기반으로 한 편협성의 시인(동성애 혐오, 이슬람 혐오, 인종 차별 주의자를 포함하되 이에 국한되지는 않음) •욕설. 예: 대상을 성기 또는 항문으로 언급 등
3단계	<ul style="list-style-type: none"> •차별 유도 •명시적 제외: '제명' 또는 '허용되지 않음' 포함하되 이에 국한되지 않음. •정치적 제외: 참정권의 거부로 정의됨. •경제적 제외: 경제적 지원 혜택 이용 거부 및 노동시장 참여 제한. •사회적 제외: 공간(온라인 포함) 및 사회복지 서비스를 이용할 기회의 거부를 포함하되 이에 국한되지 않음.

3. 혐오표현 규제와 시민단체

미국의 시민자유연합(ACLU; American Civil Liberties Union)은 대학 내 표현규정을 반대하는 운동을 비롯해 혐오표현 규제를 거부하는 운동을 벌여오고 있다. 특히 ACLU는 인터넷에서 표현이 자유를 보호하려는 노력으로 '사이버 시민 자유' 운동을 펼친 바 있는데 성 관련 웹사이트의 접근 차단을 한 도서관을 대상

으로 소송을 제기해 승소하기도 했다. 많은 단체들이 원고로 참여했는데 원고 중 하나였던 ACLU는 법원은 도서관이 비합리적으로 접근을 차단했다고 결정했다. ACLU는 법원의 결정을 지지하며 ‘사이버 시민 자유’ 측의 승리라고 했다. 또한 ACLU는 홀로코스트를 부정하는 웹사이트와 함께 검열에 반대하는 운동을 하기도 했다(Becker, Byers & Jipson, 2000).

ACLU는 스코키 사건에서도 나치 운동의 변호를 맡았다. “우리와 의견이 다르다는 이유로 소수자의 표현의 자유를 제한하면, 우리가 소수가 됐을 때 똑같은 일을 당할 것”이라며 나치 변론이 불가피하다고 밝혔다는 것이다. 흥미로운 점은 법원이 스코키 사건에서 나치 운동을 하도록 허용했지만 사건 이후 다시는 스코키에 나치 주의자들이 나타나지 않았다는 점이다. 미국의 지식인, 종교인, 인권운동가를 비롯한 엄청난 수의 시민들이 나치 시위가 벌어진 스코키에 모여 반나치즘 시위로 대응한 것이다.¹⁵⁶⁾

물론 혐오표현 규제에 지지하는 시민단체도 있다. 반명예훼손연맹(ADL; Anti-Defamation League), 남부빈곤법률센터(SPLC; Southern Poverty Law Center) 등이 대표적이다. 남부빈곤법률센터는 백인우월주의 단체들에 대한 법률적 대응, 혐오행위 피해자를 위한 법률적 대변, 극단주의 조직이나 혐오 그룹에 대한 분류 등으로 유명한 미국의 비영리 법률지원기구이다. 남부빈곤법률센터는 각종 혐오행위 조직 분류 및 목록화에도 참여했는데, 혐오행위란 “어떠한 불변의 성질로서 성립하는 계층 전체에 대한 공격 또는 비방증상행위”로 정의하고 있다.¹⁵⁷⁾ 명예훼손반대연대는 미국 최대 유대인 단체로 합법적으로 혐오표현 문제에 맞서고 극단주의 단체들과 대립하고 있다.¹⁵⁸⁾

비영리 인터넷 언론인 프로퍼블리카에 따르면 ADL이나 SPLC가 규정한 ‘지하드 위치’와 같은 혐오표현 사이트 69개 중 39개가 수익을 창출하고 있으며 아마존,페이팔, 뉴스맥스 등이 직간접적으로 도움을 주고 있다고 한다. 온라인 뉴스네트워크인 뉴스맥스는 이용자가 헤드라인에서 클릭하는 대가를 지불하고, 페이팔은 혐오 사이트에 쉽게 기부할 수 있도록 사용되고 있으며, 아마존은 책 판매 수익 공유

156) URL: <http://www.pdjournal.com/news/articleView.html?idxno=59974>

157) URL: <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%82%A8%EB%B6%80%EB%B9%88%EA%B3%A4%EB%B2%95%EB%A5%A0%EC%84%BC%ED%84%B0>

158) URL: <https://ko.wikipedia.org/wiki/%EB%B0%98%EB%AA%85%EC%98%88%ED%9B%BC%EC%86%90%EC%97%B0%EB%A7%B9>

프로그램에 지하드 위치가 참여할 수 있도록 허가했다고 한다.¹⁵⁹⁾

V. 소결

1. 미국의 혐오표현 규제 현황과 법제

혐오표현 규제에 대한 미국의 접근방식은 유럽과 매우 상이하다. 역사적 경험, 정치문화적 배경과 상황 등 다양한 원인으로 미국은 표현의 자유 보호에 더 무게를 두고 있다. 미국의 혐오표현 규제 현황과 법제를 검토한 결과 주요 특징은 다음과 같다.

가. 실태 및 논의배경

미국의 혐오표현 실태 및 논의배경에서는 유럽과 다른 혐오표현 규제방식, 최근 미국사회 내 혐오표현 논의, 온라인 혐오표현의 심각성, 혐오표현 규제에 대한 논쟁을 다루어보았다.

첫째 미국의 혐오표현 규제는 유럽 방식과 매우 대조된다. 이에 대해 정치문화적 배경이 다르기 때문이라는 해석이 많다. 역사적 경험을 통해 유럽은 나치즘을 경험했고 미국은 매카시즘을 겪었다. 미국이 규제에 대한 공포가 있다면 유럽은 규제해야 하는 대상에 대한 공포를 체득했다. 그 외에 표현의 자유(미국)와 인간의 존엄성(유럽), 정부의 중립성(미국)과 시민의 보호(유럽) 등 관점의 차이와 법제의 접근이 다르기 때문이라고 한다.

둘째 최근 미국 사회 내 혐오표현 문제는 SNS 등장과 함께 새로운 문제가 되고 있다. SNS의 증가로 혐오표현이 매년 증가하고 있고 성별, 인종, 민족성 순으로 심각하게 나타나고 있다고 한다. 최근 몇 년간 혐오표현이 급증한 데는 정치인들의 인종차별적이고 백인우월주의적인 혐오표현 사용이 영향을 미쳤다는 비판도 나오고 있다.

셋째 온라인 혐오표현의 심각성이다. 혐오표현은 혐오범죄로 이어지기에 문제인

¹⁵⁹⁾ URL: <https://www.propublica.org/article/leading-tech-companies-help-extremist-sites-monetize-hate>

데 온라인 환경에서 짧은 시간에 많은 사람들이 반복적으로 노출됨으로써 실질적으로 혐오범죄로 이어진다는 비판이 나오고 있다. 실제로 특정집단을 대상으로 한 총기난사 사건의 범죄용의자들이 범행 직전 극단주의자들의 사이트 등에 글을 올린 것으로 밝혀지기도 했다. 나아가 혐오표현의 노출정도와 자살률 간의 상관관계 등 실증적 분석들도 나오고 있다.

넷째 미국은 트럼프 정부와 함께 우세해진 백인우월주의 등 혐오표현의 문제가 더욱 첨예하게 대립되고 있다고 한다. 2017년 샬롯빌 폭력시위가 대표적이다. 대학 캠퍼스 내의 차별금지와 표현의 자유 보장 문제도 여전히 대립적인 상황이다. 그럼에도 미국인들은 사회적 소수집단을 공격하는 의견일지라도 표현의 자유가 보장되어야 한다는 비율이 67%로 나타났다. 여전히 미국인의 정서에 표현의 자유가 중요한 가치로 자리 잡고 있음을 알 수 있는 대목이다.

나. 입법현황

혐오표현 관련 미국의 입법현황으로 표현의 자유 보호 원칙이 담긴 수정헌법 제 1조, 차별금지를 담고 있는 민권법(Civil Rights Act), 그리고 연방 법률, 주 법률, 표현규정(Speech Code) 순으로 살펴보았다.

첫째 미국은 수정헌법 제1조에 따라 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없도록 원칙을 마련하고 표현의 자유를 제한하는 정부의 행위를 매우 제한되게 허용하고 있다. 미 연방대법원도 수정헌법 제1조의 원칙을 적용해 표현의 자유를 제한하는 법률의 위헌성을 판단해왔다. 미국에서 표현의 자유와 무관한 혐오범죄의 경우에는 1968년 민권법 제정에 따라 제재해왔지만 혐오표현에 대한 법적 규제는 유지되기 힘든 이유이다. 그러나 미국 내에서도 혐오표현의 해악성에 주목하면서 규제의 필요성이 제기되고 있기는 하다.

둘째 차별금지 등 혐오범죄에 대한 규제는 미국의 1968년 새 민권법에 포함되면서 도입됐으며 지금까지 이르고 있다. 1968년 민권법은 타인을 인종, 피부색, 종교 또는 출신국가를 이유로 의도적으로 해치거나 위협 또는 방해하는 사람에 대해 처벌할 수 있도록 했다. 미국의 차별금지법으로는 1991년 민권법, 장애인법, 고용상 연령차별금지법, 평등임금법 등이 있다. 혐오범죄와 관련해서는 1990년 혐오범죄통계법, 2009년 매튜 세퍼드와 제임스 버드 주니어 혐오범죄방지법 등으로

수정되었다.

셋째 현재 미국의 혐오범죄 연방법률로는 2009년 매튜 세퍼드와 제임스 버드 주니어 혐오범죄방지법, 평온한 주거권에 대한 불법방해죄법, 종교재산침해, 교회방화방지법, 권리방해공모법이 있다. 2009년 매튜 세퍼드와 제임스 버드 주니어 혐오범죄방지법은 성적 지향이나 젠더 정체성에 기반한 혐오범죄를 처벌하는 첫 연방 형벌 규정이라는 측면에서 의미가 있다. 평온한 주거권에 대한 불법방해죄법은 인종, 종교, 성, 장애, 가족상 지위, 출신 국가를 이유로 한 혐오범죄를 처벌할 수 있는 법률이다. 종교재산침해, 교회방화방지법은 종교를 이유로 종교 부동산에 대한 의도적 손상, 손해, 파괴를 금지하는 법률로서 십자가를 불태우는 등의 혐오범죄를 처벌하는 내용이 담겨있다. 연방보호권리에 대한 폭력방해법은 인종, 피부색, 종교, 출신국가 등 연방에서 보호되는 권리에 대해 위협하는 범죄를 규정하고 있다. 권리방해공모법은 미국 법률이나 헌법에 의해 보장되는 권리에 대해 차별하거나 위협, 협박, 상해를 가하는 데 공모하는 경우 처벌하는 법률이다.

넷째 혐오범죄 관련 주 법률은 일반적으로 연방법률에 편견의 동기를 추가하는 방식이거나 특정 요인에 의한 범죄를 추가하는 방식이다. 또 각 주들은 주정부가 혐오표현에 대한 데이터를 수집할 것을 요구하고 있다. 현재 미국에서 혐오범죄 법률과 데이터수집 법률이 모두 있는 주는 30개 주, 혐오범죄 법률은 있으나 데이터수집 법률이 없는 주는 18개 주, 혐오범죄 법률과 데이터수집 법률이 모두 없는 주는 8개 주이다.

다섯째 미국의 혐오표현 규제가 수정헌법 제1조의 원칙에 따라 존재하기가 힘든 구조인데 공립 대학들의 경우 사회적 책무로 표현 규정(Speech Code)을 제정하고 있다. 1980년대~1990년대 초까지 미국의 대학들은 교내 괴롭힘과 차별을 해결하고자 표현 규정을 활용하였고 당시 350개 이상의 대학이 규정을 가지고 있는 것으로 조사되기도 했다. 그러나 현재까지도 미국 대학의 표현규정에 대해서는 찬반 논란이 많다. 표현 규정 반대론자들은 표현의 자유를 중시하는 입장으로 무엇보다 사상의 자유로운 교환이 중요한 대학에서 수정헌법 제1조를 무효화하는 것이 자 전체주의라고 비판한다. 표현 규정 찬성론자들은 왜곡된 인종주의, 집단학살 표현은 고등교육을 담당하는 대학 사명에 역행하며 그러한 표현이 소외된 학생들의 학습권을 제한한다고 주장한다.

다. 판례 현황

미국에서는 수정헌법 제1조에 따라 표현의 자유를 제한하는 혐오표현 규제가 합헌성을 인정받기가 매우 어려운 구조이다. 판례 현황에서는 미국의 합헌성 판단기준(엄격심사기준), 행위(conduct)와 표현(speech)에 대한 구분, 보호받지 못하는 표현으로서 혐오표현, 보호받는 표현으로서 혐오표현, 혐오표현 판단에 대한 기준, 혐오표현에 대한 미 법원의 입장을 다루었다.

첫째 미국은 표현과 관련된 규제에 대해서는 엄격심사기준을 통해 합헌성을 판단하므로 실질적으로 내용 기반 규제(content based regulation)는 제정되기 어렵다. 우선 정부의 규제가 내용 기반 규제인지, 내용 중립 규제(content neutral regulation)인지 구분하고 내용 기반 규제인 경우 엄격 심사 기준을 적용한다. 엄격 심사 기준의 경우 중간 심사 기준과 달리 그 규제를 통해 압도적인 이익(compelling interest)이 달성되는지를 정부가 입증해야 하므로 현실적으로 합헌성을 인정받기 어렵다. 혐오표현의 경우 온라인서비스사업자의 기술장치 의무화 등 기술형식적 규제가 아닌 한 내용 기반 규제에 위헌성이 매우 높다는 의미이다.

둘째 미국에서 규제대상이 행위인지, 표현인지 구분하는 것은 매우 중요하다. 1968년 코헨 사건은 어디까지가 표현의 범주인지를 판단했다는 점에서 의미가 있다. 표현행위가 어떤 메시지를 표현하려는 의도를 가지고 있는지, 그 메시지가 이해될 가능성이 있는지가 중요한 기준이다. 그러나 표현과 행동은 같은 선상에 있는 개념으로 항상 명확하게 구분되는 것은 아니다.

셋째 미국 법원은 혐오표현이 보호받지 못하는 표현이라며 싸움어 원칙(fighting word doctrine)을 적용하였다. 싸움어의 원칙은 채플린스키 사건에서 처음 등장하였다. 싸움어란 너무도 불쾌하고 용납할 수 없는 것이어서 물리적 반응을 일으킬 수 있는 말을 의미한다. 법원은 싸움어가 '평화를 즉각적으로 깨뜨리거나 해를 가하는 표현'으로 수정헌법 제1조로 보호해야 하는 사회적 이익이 거의 없다고 하였다.

넷째 미 연방대법원은 혐오표현 금지에 있어 '수정헌법 제1조는 어떤 주제에 대해 반대관점을 금지하고 있지 않다'고 강조하였다. 1992년 R.A.V. 사건에서 미 연방대법원은 '싸움어를 금지할 수는 있지만 특정한 집단의 대상자를 목적으로 하지 않는 한 허용되어야 한다'고 판단하면서 '수정헌법 제1조는 정치적 연합, 성적 지

향성 등에 반대하는 관점을 표현하는 것을 금지하도록 하고 있지 않다'고 하였다. 정치적 옹호를 선호하는 효과가 있는 규제라면 수정헌법 제1조 위반이라고 본 것이다.

다섯째 혐오표현 판단에 있어 미 법원은 대면성의 요건, 실질적 위협을 중요하게 판단하고 있다. 테르미니엘로 사건에서 윌리엄 더글라스 판사는 “표현의 자유 목적은 원래 분쟁을 일으키도록 만들어진 것”이라고 하였다. 스코키 사건에서 주 대법원은 신나치주의자들이 유대인 마을 스코키에서 행진할 권리를 인정하면서 면대면 상황은 금지하였다. 따라서 미 법원은 싸움어의 원칙에서 대면성을 중요하게 본다. 또 한편으로는 실질적 위협(true threat)도 중요한 요건이다. 싸움어 규제에서 실질적인 위협이 있어야 금지될 수 있다는 것이다. 특히 2000년대 블랙 사건에서 법원은 ‘십자가를 불태우는 모든 행위가 제한되지는 않지만 십자가를 불태우는 것이 협박(intimidation)하는 수준에 이르렀을 때 금지될 수 있다’고 하였다. 십자가를 불태우는 것을 금지하기 위해서는 사상의 표현이 아니라 협박이어야 함을 입증해야 한다는 의미이다.

여섯째 미 법원은 혐오표현에 대해 최근까지도 매우 제한적으로 적용하고 있다. 이에 따라 미 법원은 인종, 민족, 성별, 종교, 연령, 장애 등에 근거한 혐오표현을 인정하면서도 ‘언론자유에 대한 법원 입장은 우리가 싫어하는 생각을 표현할 자유를 보호한다는 것’이라고 함으로써 표현의 자유에 힘을 실어주고 있다.

라. 자율규제 현황

미국의 혐오표현에 대한 자율규제는 최근 논의, 온라인서비스제공자의 혐오표현 규제, 혐오표현 규제와 시민단체 동향을 살펴보았다.

첫째 전 세계를 대상으로 하는 미국의 온라인 플랫폼 사업자는 혐오표현에 대해 EU의 논의에 보조를 맞추려는 행보도 일부 보이고 있으나 미국 내에서는 여전히 표현의 자유를 제한한다는 목소리가 나오고 있다. 다만 온라인서비스제공자에게 공개와 투명성의 원칙을 요구하거나 알고리즘을 통해 혐오표현을 검색 및 삭제하는 방안에 대한 논의도 주목할 필요가 있다.

둘째 국가들이 온라인 규제를 강화하려고 해도 온라인 플랫폼 사업자들이 해외에 있거나 이용자 정책이 각기 다르고 이를 공개하지 않아 파악하기가 매우 어렵

다. 특히 혐오표현은 현상과 폭력 행동 간의 관계 등을 파악해야 하나 정보 제한으로 현상에 대해 접근하기가 어렵다. 구글 등 대부분의 온라인 플랫폼 사업자가 유해 콘텐츠에 대한 정책을 가지고 있다. 페이스북은 금지되는 혐오표현에 대해 3 단계로 제시하고 있다. 외형적으로 세부적이고 구체적으로 제시한 것처럼 보이나 실질적으로 이러한 혐오표현이 어떻게 얼마나 삭제 처리되고 있는지는 파악하기 어렵다.

셋째 미국은 혐오표현에 대한 규제보다 표현의 자유 보호에 중점을 두는 법제를 가지고 있는 가운데 시민사회에서도 서로 다른 의견이 개진되는 것으로 판단된다. 혐오표현일지라도 표현의 자유를 위해 인종차별, 나치주의자 등 과감하게 대변하는 단체가 있는가 하면 혐오표현에 대해 적극적으로 나서는 법률지원기구, 시민단체, 언론들도 있다. 그야말로 다양한 목소리가 상존하는 상황이라고 할 수 있다. 다만 스코키 사례를 보건대 나치주의자들일지라도 자유롭게 표현을 할 수 있도록 허용하면 결국 공론장에서 자연스럽게 해결될 수 있음을 미국 사회에서는 경험적으로 터득하고 있고 그러한 사회적 믿음이 표현의 자유를 최대한 보장하는 방식으로 법제가 자리 잡았다고 판단된다.

2. 미국의 혐오표현과 국내 시사점

한국도 최근 혐오표현의 문제가 심각하게 대두되고 있다. 이는 한국사회에서 혐오범죄로 추정되는 사건들이 사회적으로 주목을 받으면서 비롯된 것으로 보인다. 이미 국회에서도 혐오표현과 관련된 다양한 법률안이 제기되고 있다. 국내의 경우 형법, 민법, 정보통신망법 등 명예훼손, 모욕에 대한 법제가 강한 편이지만 피해자가 특정되지 않은 혐오표현의 경우 규제할 방법이 없기 때문이다. 혐오표현은 성별, 인종, 출신국가, 성적 지향, 장애 등 인간의 실제적 또는 인지된 속성에 기반하여 차별과 배제를 동기로 한다는 점에서 주목할 필요가 있다. 즉 혐오표현 규제의 문제는 차별받지 않을 권리와 표현의 자유 침해가 충돌하는 영역이다. 그러나 단순히 양자 간의 택일을 요구하는 상황은 아닐 것이다. 세계의 여러 나라들도 차별 금지와 표현의 자유 보장을 조화롭게 모색하는 방법을 각기 다른 방식으로 찾아가고 있다고 판단된다. 그런 측면에서 미국의 경우도 표현의 자유 보호가 가져오는 사회적 유익함을 강조하면서 국민들이 차별받지 않도록 다양한 장치를 마련하고자

노력한다고 보는 것이 더 타당하다. 따라서 국내에 혐오표현에 대한 규제 논의에서 다음과 같은 함의를 도출해볼 수 있다.

첫째 차별금지과 표현의 자유는 선택의 문제가 아니다. 즉 양자는 선택의 문제가 아니라 국가가 성별, 인종, 종교, 지역 등 속성에 근거해 모든 국민이 차별받지 않도록 사회적으로 보장하는 것과 표현의 자유 보장은 함께 병행되어야 한다는 점이다. 미국도 표현의 자유 보장이 중요한 사회적 가치임에도 차별금지나 혐오범죄에 대해 다양한 법제를 마련하고 있다. 혐오표현일지라도 표현의 자유 보호 범위를 최대한 적용하되 혐오표현이 야기하는 혐오범죄에 대해서는 다양한 규제법이나 방지법을 제도화 하고 있다는 것이다. 표현의 자유 보호도 그 자체가 목적이 아니라 민주주의 제도를 위한 수단이다. 따라서 혐오표현 문제와 별개로 우리사회에서 차별금지를 어떻게 제도화할 것인가, 혐오범죄에 어떻게 대응할 것인가는 매우 중요한 문제이다. 국내에서 포괄적인 차별금지기본법 등의 제정 논의는 표현의 자유 침해와 별개로 활발하게 논의되어야 하는 영역이라는 의미이다.

둘째 표현의 자유 보호가 우리 사회에서 가지는 의미를 짚어볼 필요가 있다. 많은 학자들이 유럽과 달리 미국이 독특하게 혐오표현보다는 표현의 자유에 더 힘을 싣는 이유가 있다고 분석한다. 매카시즘, 반공법 등 규제를 함으로써 더 큰 사회적 손실을 경험했기 때문이고 표현의 자유를 보장한다고 하더라도 사회나 민주주의 제도가 그만큼 위협을 받지 않는다는 사회적 믿음이 있기 때문이다. 따라서 국내의 역사적 교훈, 정치적 상황, 사회적 제도 등을 살펴 우리 상황에 맞는 혐오표현의 문제와 해결방안은 무엇인지 접근할 필요가 있다. 그런 측면에서 표현의 자유를 제한함으로써 많은 피해가 있었고 표현의 자유라는 민주화를 달성하기 위해 희생해야 했었던 우리 근현대사도 돌아볼 필요가 있다. 우리 사회에서 표현의 자유가 쉽게 제한되어서는 안 되는 이유일 것이다. 다른 한편으로는 5.18 민주화 운동, 일본군 위안부와 같은 역사적 아픔 속에 반복되어서는 안 되는 역사적 사실도 존재한다. 최소한 혐오표현을 규제한다면 어느 영역부터 적용할 것인지 논의의 시작점이 될 수도 있다.

셋째 혐오표현 규제법이 도입되더라도 우리 사회의 문제를 일시에 모두 해결해 줄 수는 없다. 다시 말해 혐오표현 규제에 대한 법리는 오랜 시간을 축적되어야 하는 영역이다. 미국도 1960년대 혐오표현을 보호받지 못하는 영역으로 적용했던 싸움어의 원칙부터 최근까지 여전히 '직접적인 협박'임을 입증해야 한다는 원칙까

지 법리를 축적해나가고 있다. 또 혐오표현에 대한 미국의 법리도 여전히 명확하고 안정적이라고 보기는 어렵다. 따라서 국내에 혐오표현의 법제를 도입하더라도 최대한 합헌성 판단기준에 맞게 도입하되 그 이후에도 혐오표현 판단에 있어 표현의 자유 보호범위와 제한의 법리를 꾸준히 축적해나가는 과정이 필요하다.

넷째 혐오표현에 대한 사업자 자율규제 문제는 보다 복잡하다. 일단 국내 법제를 마련한다고 하더라도 글로벌 사업자인 구글, 유튜브와 같은 온라인 플랫폼 사업자의 규제 문제는 다른 쟁점과 동일한 형편이다. 한편으로 국내 온라인 플랫폼 사업자에게 혐오표현 규제 정책과 원칙을 사회적으로 어떻게 요구할 것인지도 문제이다. 다만 알고리즘 기계어 등을 통한 혐오표현 규제에 대해 우리도 주목할 필요가 있다. 혐오표현이 최소한 특정집단을 대상으로 차별과 배제를 근거로 한 공격적인 표현과 폭력을 선동하는 표현이라는 점에서 기술적 장치에 의한 규제도 적극 검토할 필요가 있다고 본다. 인터넷 규제의 보편적 논의가 그러하듯 혐오표현도 법적 규제로만 해결될 수 없고, 사회적 규제, 기술적 규제, 자율 규제 등 다양한 측면에서 모색되어야 할 것이다.

다섯째 미국의 혐오표현 논의에서 중요한 함의 중 하나는 사회에서 다양한 목소리의 중요성이다. 즉 인종차별을 옹호하든 반대하든 이러한 목소리가 자유롭게 공존하고 나름의 사회적 시민운동으로 존중받고 있다는 사실이다. 이는 미 연방대법원이 천명하고 있는 입장이기도 하다. 수정헌법 제1조는 생각의 옳고 그름에 따라 표현의 자유 보호를 달리 판단하는 것이 아니고 국민들은 잘못된 주장도 할 수 있어야 한다고 본다. 물론 미국 방식의 표현의 자유 보호 원칙이 한국에 꼭 맞다고 할 수는 없지만 그 원리만큼은 우리가 되새겨볼 가치가 있을 것이다.

제4절 일본

최근, 일본국내에서 특히 인터넷 상을 중심으로 중국, 북한 그리고 우리나라 출신의 사람들에 대한 혐오표현이 빈번하게 이루어져 사회문제로 주목받게 되었다.¹⁶⁰⁾ 일본사회에 혐오표현이 퍼지면서, 이러한 표현이 피해자 또는 사회 전체에 미치는 해악을 방지하기 위해 법적으로 규제해야 한다는 의견이 제기되는 한편, 일본국헌법 제21조의 표현의 자유의 보장에 비추어 법적 규제는 타당하지 못하다는 의견도 제기되고 있다.¹⁶¹⁾

지금까지 반정부 표현규제 또는 부도덕 표현규제 등의 표현내용 규제를 비판해 온 일본의 통설적 견해의 입장에서는 혐오표현에 대해서도 그 내용에 기초하여 규제하는 것은 피해야 한다고 결론을 맺을 가능성이 높다. 특히 인종차별적 혐오표현이 정치적 표현으로서 발신된 경우, 그 자유는 더욱 두텁게 보호해야 한다고 주장될 수도 있다.

그러나 혐오표현은 종래의 표현의 자유 규제를 둘러싼 논의의 주제였던 ‘반정부 표현 또는 부도덕 표현’과는 크게 다른 성질을 가지고 있다. 지금까지 규제대상이 되었던 표현은 정부 또는 다수파 등의 사회적 강자를 공격하는 표현인 반면에, 작금의 문제로 되고 있는 혐오표현은 사회적 약자를 공격하는 표현이다. 이 구조에 입각하면, 혐오표현 규제에 의해 혐오표현이 사회적 약자에게 정신적 고통을 가하거나 피해자의 일상생활에 지장을 초래하거나 하는 것을 방지함과 더불어, 혐오표현의 만연이 사회의 편견이나 차별구조를 조장하는 것을 방지하는 것은 오히려 헌법상의 자유 또는 평등을 수호하기 위한 당연한 수단이라 할 수 있을 것이다.

본 절에서는 먼저, 혐오표현 규제에 관한 일본정부의 입장을 정리하고, 기존의 일본법제도 아래에서의 혐오표현 규제가 어떻게 이루어지고 있는지를 검토한 다음, 혐오표현 관련 판례를 소개하며 우리나라에의 시사점을 살펴보겠다.

¹⁶⁰⁾ 1990년대부터 2000년대 일본 국내의 혐오표현에 관한 논의가 이루어질 때 주로 상정되었던 것은, 지금과 같은 동아시아 제국 사람들에 대한 혐오표현보다도, 오히려 피차별부락에 관한 혐오표현이었다.

¹⁶¹⁾ 혐오표현 규제의 해악에 대해서는, 小谷順子 (2011). アメリカにおけるヘイトスピーチ規制, 駒村圭吾・鈴木秀美(編)〈表現の自由I—状況へ〉, 尚学社, 454頁参照.

I. 실태 및 논의 배경

1. 기존의 논의 현황

가. 부락차별표현(部落差別表現)

일본에서 혐오표현을 규제하고자 하는 시도는 과거에도 있었지만, 모두 실패하여 현재에 이르게 되었다. 혐오표현이 사회문제가 되기 이전에는 논의의 중심이 피차별부락에 대한 차별표현 규제의 시비였다. 제1, 2차 세계대전 이전에는 부락차별표현의 규제가 제안되거나, 지방을 중심으로 입법요구 운동이 행해지는 등의 움직임이 있었지만, 결국 규제는 실현되지 못했다.¹⁶²⁾

세계대전 이후에도 부락차별표현의 규제를 요구하는 움직임은 계속되었다.¹⁶³⁾ 물론, 1965년 8월 11일에 제출된 동화대책심의회답신(同和対策審議會答申)은 차별표현의 규제를 명기하지 않았다. 그렇지만, 답신은 ‘인권문제에 관한 대책’이라는 항목 가운데, 구체적인 대책으로서 ‘차별에 대한 법적규제, 차별로부터 보호하기 위한 필요한 입법조치를 강구하고, 사법적으로 구제할 방안의 확대’에 대해 기술했다. 실제 차별에 대한 법규제가 이루어지지 않는 않았지만, 답신이 동시에 요구한 차별조치법의 제정과 동화대책사업(同和対策事業)의 실시와 관련해서는, 1969년의 「동화대책사업특별조치법(同和対策事業特別措置法)」으로 실현되었다. 그 이후, 동화대책사업은 1982년의 「지역개선대책특별조치법(地域改善対策特別措置法)」, 1987년의 「지역개선대책특정사업에 관한 국가의 재정상의 특별조치에 관한 법률(地域改善対策特定事業に係る国の財政上の特別措置に関する法律, 地対財特法)」에 의해 지속되고, 최종적으로는 2002년 3월 말까지 지속되었지만, 차별금지에 관해서는 결국 입법화되지 못했다.¹⁶⁴⁾

시민단체로부터의 차별적 표현규제를 둘러싼 요구 역시 계속되었다. 예를 들면, 부락해방기본법안 이전에 공표되었던 「부락해방기본법」 요강(안)에서는, ‘국가는 부락차별의 선동, 부락차별의 의도를 가진 모욕, 명예 훼손, 차별적 도서의 출판·판

162) 藤野豊 (1985). ‘差別言動取締法令’制定運動史, 〈京都部落史研究所紀要〉 五号 68頁参照.

163) 内野正幸 (1990). 〈差別的表現〉. 有斐閣, 138-46頁参照.

164) 奥田 (2015). 均「半世紀にわたる法制定運動の悲願—差別撤廃にかかわる実体法の「禁止法」と組織法の「救済法」」 〈部落解放〉 703号 39-42頁参照.

매' 등의 규제와 그 피해에 대한 구제수단 등의 구체적 조치를 강구하도록 하였다. 또한 함께 공표되었던 「차별규제법」 요강(안)에서는, '누구든지 일부러 부락차별 혹은 민족차별의 의도로, 개인 또는 집단을 공연히 모욕하고, 또는 그 명예를 훼손해서는 아니 된다.'고 하는 규정, '누구든지 고의로 전항 기술의 차별을 선동할 목적으로, 공연히 개인 또는 집단에 대한 폭력행위 또는 살해행위를 도발해서는 아니 된다.'고 하는 규정이 명시되었다. 또한 여기에는 부락차별을 조장할 위험이 있는 개인정보의 조사결과 보고나 동화지구일람표의 매매 등을 금지하는 조항도 두고 있었다.¹⁶⁵⁾

나. 인종차별철폐조약(International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination)

일본에서 차별적 표현의 규제논의는, 일본이 '모든 형태의 인종차별 철폐에 관한 국제조약'(이하, 인종차별철폐조약)을 가입할 무렵인 1995년까지도 계속되었다.¹⁶⁶⁾

UN의 인종차별철폐조약은 UN헌장 제1조¹⁶⁷⁾에서 파생된 것이다. 그런데 1948년 UN 총회에서 세계인권선언을 채택함에 따라, 제1조¹⁶⁸⁾에 인종·성별·언어·종교 등의 모든 영역에서 인간을 차별하지 않을 것이 규정됨에도 불구하고 끊이지 않는 민족분쟁¹⁶⁹⁾으로 인해 인종차별철폐조약은 채택되지 못하다가, 비로소 1965년 제20차 UN 총회에서 채택되어졌다.

동 조약은 체결국에게 인종차별을 철폐하는 정책을 취할 의무가 부여되어 있다는 점에서 매우 강력한 규제로 평가된다.¹⁷⁰⁾ 동 조약은 인종차별에 대해 '인종·피

165) 상기의 2개의 요강안에 대해서는, 内野正幸 (1990). <差別的表現>. 有斐閣, 140-42頁参照.

166) 内野正幸 (1990). <差別的表現>. 有斐閣, 144-45頁参照.

167) Article 1-3. To achieve international co-operation in solving international problems of an economic, social, cultural, or humanitarian character, and in promoting and encouraging respect for human rights and for fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language, or religion; and

168) Article 1. All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood

169) 대표적인 예로 네오나치즘(neo-nazism), 아파르트헤이트(Apartheid) 등을 들 수 있다.

170) 이에 더하여 1966년에 채택된 "시민 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제20조 제2항은 "Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law."라고 규정하여 가입국은 혐오발언을 법률로 규제할 의무를 지게 되었다.

부색·가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별·배척·제한 또는 우선권을 말하며, 이는 정치·경제·사회·문화 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정 및 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지는 것¹⁷¹⁾으로 정의한다. 더불어 동 조약은 체약국에게 ‘인종차별을 규탄하며 지체 없이 모든 형태의 인종차별 철폐 및 인종간의 이해 증진을 위한 적절한 정책을 마련할 책임¹⁷²⁾을 부과하고 있다. 구체적으로 체약국은 개인이나 집단 또는 특정단체 등에 대하여 인종차별 행위를 하지 않을 의무를 부담하며, 국가 및 모든 지방자치단체와 공공단체가 그러한 의무를 수행함을 보증해야 한다.¹⁷³⁾ 그리고 각 체약국은 개인 또는 집단에 의한 인종차별 행위를 후원·옹호 또는 지지하면 안 된다.¹⁷⁴⁾ 또한 인종차별을 야기하거나 고착화시키는 국가 및 지방자치단체의 정책을 면밀히 검토하고 그러한 효과를 야기하는 법규의 경우에는 개정 또는 폐기시켜야 한다.¹⁷⁵⁾ 나아가 체약국은 개인 또는 집단 또는 특정단체에 의한 인종차별을 해당국의 사정을 고려하여 입법을 포함한 모든 적절한 수단을 통해 금지하고 철폐시켜야 한다.¹⁷⁶⁾ 또한 인종간의 분열을 야기할 가능성이 있는 것이라면 무엇이든 이를 막아야 한다.¹⁷⁷⁾

그리고 제4조에서는 이러한 내용을 실천하기 위하여 체약국에게 ‘어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 체약국은 이 같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무¹⁷⁸⁾를 규정하고 있다.

일본정부는 이 조약의 발효로부터 20년 이상 경과했음에도 불구하고 가입을 주저했다. 그 주요한 이유는, 동 조약 제4조와 일본헌법 제21조의 표현의 자유 등과

171) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination Article 1 (1)

172) Article 2 (1)

173) Article 2 (1) (a)

174) Article 2 (1) (b)

175) Article 2 (1) (c)

176) Article 2 (1) (d)

177) Article 2 (1) (e)

178) Article 4

의 저축 우려 때문이었다.¹⁷⁹⁾ 그 후, 일본은 1995년에 이르러 제4조 a호와 b호를 유보하면서(c호는 유보하지 않았다) 동 조약에 가입했다.¹⁸⁰⁾

다. 인권옹호법안(人權擁護法案)

2000년대에 이르러, 인권옹호법안이 국회에 제출되면서 다시 규제논의에 불이 지펴졌다.¹⁸¹⁾ 먼저, 이 법안의 배경에 대해 살펴보도록 하겠다.

전술한 바와 같이((1) 부락차별표현) 동화대책입법이 2002년 실효되어, 이를 대신할 법률이 필요했다. 이에 1996년 5월 17일, 지역개선대책협의회가 내각총리대신 및 관계 각 대신 명의로 제출한 「동화문제의 조기해결을 위한 향후 대책의 기본적 방향에 대해」를 받아들여, 「동화문제의 조기해결을 위한 향후 방향에 대해」 내각의 결정(각의결정)이 행해진 것이다. 그러나 여당 내에서 이와 관련한 의견의 합의를 이루지 못하자, 법무성은 심의회를 설치하여 전문가 검토를 실시했다. 그 결과 1996년 12월에 「인권옹호시책추진법」이 제정되고, 인권옹호추진심의회가 설치되었다.¹⁸²⁾

인권옹호법안의 배경에는 국제적 동향도 있었다. 1993년 12월 20일에 UN 총회에서 결의된 「국가인권기구의 지위에 관한 원칙(Principles relating to the status of national institutions)」¹⁸³⁾은 국내의 인권기구에 대해 독립성과 다양성을 보장함과 동시에, 광범위한 권한을 부여하도록 규정되었다. 나아가 1998년 11월 5일에 UN 규약인권위원회가 「인권위원회의 최종의견」을 채택하고, 인권옹호법제의 준비를 요구해 왔다.¹⁸⁴⁾

179) 久保田真苗 (1987). 人種差別撤廃条約第4条と言論の自由 -国会審議を中心に-. 〈部落解放研究〉 59号(1987年12月号), 3-11頁参照.

180) 미국의 경우 1992년에 연방대법원의 증오표현규제는 위헌이라는 판결에 따라, 인종차별철폐조약 제4조를 유보하는 형태로 동조약을 비준하였는데 일본도 이러한 미국식의 방식을 따르면서 “일본국헌법에서 집회, 결사 및 표현의 자유 기타 권리의 보장과 저촉되지 않는 한도에서 이들 규정에 기한 의무를 이행한다”고 하는 조건을 붙이는 형태로 1995년에 조약을 체결하였다(小谷順子 (2014).日本国内における憎悪表現(ヘイトスピーチ)の規制についての一考察. 〈法学研究〉, 87卷2号 (慶應義塾大学法学研究会. 慶應義塾大学, 2014年2月) 387-89頁.)

181) 법안의 전문을 포함한 소개는, 법무성 홈페이지 참조 (URL: <http://www.moj.go.jp/content/000104841.pdf>)

182) 본 심의회는, 피차별부락에 한정되지 않는 피차별집단 일반을 보호하는 인권법의 제정을 지향했다.佐久間達哉 (2003). 人權擁護法案について. 〈國際人權〉 14号, 66-67頁.

183) 이 원칙은 1992년 3월 3일 유엔 인권위원회 결의 1992/54 ; 1993년 12월 20일 유엔 총회 결의 48/134 부록으로 채택되었다. 이 원칙을 제정하는 회의가 프랑스 파리에서 열렸기 때문에 이 원칙을 "파리원칙 Paris Principles"이라고도 한다.

전술한 인권옹호추진심의회는 2001년 5월 25일에 「인권구제제도의 본질에 대해(人権救済制度の在り方について)」라고 하는 주제의 답신을 제출했다. 여기에는, ‘차별표현’이라는 항목 아래, 다음의 내용의 제언이 이루어졌다. ㉔ 특정개인에 대한 모욕이나 명예훼손에 해당하는 차별표현에 대해서는, 조정·중재·권고·공표·소송원조 등에 의해 적극적 구제를 도모해야 한다. ㉕ 부락지명총람의 유포와 같은 인종 등에 관련된 불특정 다수인의 속성을 공표하는 등의 행위 가운데, 차별을 조장·유발할 위험이 높음에도 불구하고, 법률상 또는 사정상 개인으로서 효율적인 대응이 현저하게 곤란한 경우, 권고·공표의 방법으로 해결이 불가능한 경우 등에는 소송원조의 방법이 기능하지 않기 때문에 인권구제기관의 적극적 관여에 의한 배제의 조치를 도입해야 한다. ㉖ 집단비방적표현(인종 등의 집단을 비방·중상하는 표현)은 인간으로서의 존엄을 해치며, 집단에 대한 차별의식을 증폭시키는 등 인권옹호의 관점에서 간과할 수 없으므로 적절한 대응이 요구된다.

본 답신을 기초로 작성된 「인권옹호법안」이 2002년 3월에 국회에 제출되었다. 이 법안은 3종류의 차별표현을 규제대상으로 하고 있다.¹⁸⁵⁾ 그러나 본 법안은 많은 비판을 받고, 국회에서 결국 폐기되었다. 학설은 특히 인권위원회가 법무성의 외국으로서 설치되어 독립성이 보장되지 않는 점, 공권력에 의한 인권침해의 위험이 경시되고 있는 점 등을 지적하고 있다. 특히, 차별표현규제와 관련한 규정에 대해서는, 애매하거나 과도하게 광범위하여 표현의 자유에 위축효과를 야기하고, 불법행위에 해당하지 않는 언동까지 구제의 대상이 됨을 비판했다.¹⁸⁶⁾ 또한 본 법안은 보수논단으로부터 격렬한 공격도 받았다. 예를 들면, 보수정치가에게 큰 영향력을 가진 일본회의(日本會議)는 저서를 간행하여 법안의 문제점을 지적했으며,¹⁸⁷⁾ 일본회의의 중심 구성원인 헌법학자 모모치 아키라(百地章) 교수는 법안이 특히 표현의 자유에 위협임을 호소하는 저서를 출판했다.¹⁸⁸⁾ 학설 가운데에서는 인권옹호법안이나 인권법일반의 의의와 필요성을 주장하는 의견도 보이지만, 소수설에 그친다.¹⁸⁹⁾

184) 山崎公士 (2012). 〈国内人権機関の意義と役割 人権をまもるシステム構築に向けて〉. 三省堂, 3-12頁参照.

185) 법안의 해설로서는, 田島泰彦·梓沢和幸 (2003). 〈誰のための人権か—人権擁護法と市民的自由〉 第2章 条文解説—人権擁護法案の批判的検討(総則 人権委員会と人権擁護委員 ほか). 日本評論社, 参照.

186) 市川正人 (2003). 〈表現の自由の法理〉. 日本評論社, 67-71頁参照.

187) 〈あぶない! 「人権擁護法案」—「人権」濫用で脅かされる自由社会〉. 日本会議, 2006.

188) 百地章 (2008). 〈「人権擁護法」と言論の危機—表現の自由と自由社会を守れ!〉. 明成社.

189) 奈須祐治 (2019). 〈ヘイト・スピーチ法の比較研究〉. 信山社, 383頁.

2. 국가차원의 대응 동향(2000년대 후반 이후)

가. 혐오표현의 과격화

2006년 12월, 향후 최대 배외주의(排外主義) 단체가 되는 ‘재일특권을 허용하지 않는 시민의 모임(在日特權を許さない市民の会)’(이하, 재특회)이 창립되고, 과도한 데모 또는 가두시위가 전국적으로 행해지게 되었다.¹⁹⁰⁾ 2009년 12월에는 후술하는 도쿄 조선학교를 둘러싼 사건이 발생했다. 도쿄 시내의 조선학교가 인접하는 공원을 불법으로 점거하고 있다고 주장하며, 대부분의 아동이 있는 시간대에 학생기를 사용하여, ‘일본으로부터 꺼져버려’, ‘조선 야쿠자’ 등의 발언을 한 상당히 공격성을 띤 사건이었다.

그 후에도 과도한 데모 또는 가두시위가 계속되고, 이에 항의하는 카운터(대항연론) 활동도 활발해졌다.¹⁹¹⁾ 이에 따라, 배외주의 단체와 카운터와의 격렬한 충돌이 빈번히 발생하게 되었다. 2013년에 동경이나 오사카의 재일조선인 집단거주지역에서 배척데모가 지속적으로 발생하자, 3월 14일에 당시 민주당 참의원 의원이었던 아리타 요시후(有田 芳生)의 주도에 의해 참의원 의원회관에서, 처음으로 ‘혐오표현 대책을 위한 원내집회’가 개최되었다.¹⁹²⁾ 이듬해 4월에는 의원들 사이에 초당파 그룹 ‘인종차별철폐기본법을 바라는 의원연맹(人種差別撤廃基本法を求める議員連盟)’이 결성되었다. 그리고 8월에는 여당·자민당의 ‘헤이트 스피치 대책 프로젝트 팀’이, 9월에는 여당·공민당의 ‘헤이트 스피치 대책 프로젝트 팀’이 연속하여 발족되었다.

2014년에는 국가의 입법을 촉구하는 움직임이 나타났다. 7월 23일에는 자유권 규약위원회가, 8월 28일에는 인종차별철폐위원회가 각각 일본정부의 정기보고에 최종의견을 발표하고, 혐오표현의 법 규제를 바라는 권고를 실시했다. 또한 9월 19일에 동경도 국립시가 국가에, ‘헤이트 스피치를 포함하는 인종 및 사회적 마이너리티에 대한 차별을 금지하는 법정비를 바라는 의견서(ヘイトスピーチを含む人種及び社会的マイノリティーへの差別を禁止する法整備を求める意見書)’를 제출

190) 재특회에 대해서는, 安田浩一 (2012), 〈ネットと愛国 在特会の「闇」を追いかけて〉. 講談社, 參照.

191) 카운터 활동에 대해서는, 神原元 (2014). 〈ヘイト・スピーチに抗する人びと〉. 新日本出版社, 參照.

192) 「ヘイトスピーチ: 「殺せ」「たたき出せ」デモなどで目立つ過激言動言動」 毎日新聞 2013年3月18日 夕刊 (東京版) 11頁參照.

했다. 이것은 그 이후 많은 지방자치단체에서 가결된 동종의 의견서·결의의 선두가 되었다.

나. 인종차별철폐시책추진법안

여당을 선두로 2015년 5월 22일에 ‘인권차별철폐기본법을 바라는 의원연맹’ 소속의원 7명이, 「인종 등을 이유로 하는 차별의 철폐를 위한 시책의 추진에 관한 법률안(人種等を理由とする差別の撤廃のための施策の推進に関する法律案)(이하, 인종차별철폐시책추진법안)」을 참의원에 제출했다.¹⁹³⁾ 이 법안은 참의원 법무위원회에서 심의되었지만, 최종적으로 부결되었다. 그럼에도 불구하고 이 법안은 국회에서 심의된 최초의 인종차별금지법안으로서의 의의를 가진다.¹⁹⁴⁾ 법안은 차별방지를 위해 국가와 지방자치단체의 기본적 책무, 정부의 기본방침책정·재정조치·연차보고의 의무, 국가와 지방자치단체가 강구해야 할 기본적 시책(계몽, 교육, 실태조사 등)을 정함과 함께, 인종 등 차별방지정책심의회를 설치하여 소정의 권한을 부여하고 있다. 그러나 이 법안은 차별적 언동을 ‘해서는 안 된다’고 규정하는 데 그치고, 벌칙을 과하지 않았다.

특히, 혐오표현에 관해서는, ‘특정인에 대해, 그자의 인종 등을 이유로 하는 모욕, 해코지 기타 부당한 차별적 언동’을, 누구도 ‘해서는 안 되는’ 권리침해라고 규정함과 동시에(제3조 제1항 제2호), ‘누구든지 인종 등의 공통의 속성을 가지는 불특정인에 대해, 그들에게 현저히 불안 혹은 괴로움을 느끼게 할 목적 또는 그들에 대한 해당속성을 이유로 하는 부당한 차별적 취급을 하는 것을 조장 혹은 유발할 목적에서, 공연히 해당속성을 이유로 하는 부당한 차별적 언동을 해서는 안 된다.’고 하고 있다(동조 제2항). 또한 국가와 지방자치단체에 대하여, ‘인터넷을 통해 행해지는 인종 등을 이유로 하는 차별을 방지하기 위해, 인종 등을 이유로 하여 모욕하는 표현, 인종 등을 이유로 하는 부당한 차별적 취급을 조장 또는 유발하는 표현, 기타 인종 등을 이유로 하는 부당한 차별적 표현의 제한 등에 관한 사업자의 자주적 대응을 지원하기 위해 필요한 조치에 대한 강구’를 규정하고 있다(제15조).

193) 법안의 전문은, 중의원 홈페이지 참조 URL: http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18902007.htm

194) 明戸隆浩 (2016). 2015年人種差別撤廃施策推進法案審議の背景と過程—日本における「人種差別に対する法的対処の不在」とその変化. 〈移民政策研究〉第8号, 182頁参照.

다. 헤이트스피치 억제법

그 후, 2016년 「본국 이외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 향한 대응의 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)(이하, 헤이트스피치 억제법)」이 제정됐다. 「헤이트스피치 억제법」에 대한 자세한 내용은 후술(II. 입법 현황)하도록 하겠다.

3. 지방자치단체 차원의 대응 동향(2000년대 후반 이후)

혐오표현의 사회문제화 이후의 지방자치단체의 동향으로서, 가장 중요한 것은 2016년 1월에 제정된 「오사카시 헤이트스피치의 대처에 관한 조례(大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例)」¹⁹⁵⁾이다. 2014년 7월 10일 하시모토 토오루(橋下徹) 당시 오사카 시장은 정례회견에서, 오사카시에서 혐오표현 대책에 대한 검토를 시작했음을 밝혔다. 그리고 9월 3일에 오사카시 인권시책추진심의회에, ‘증오표현」에 대해 오사카시로서 채택해야 할 방책에 대한’ 자문을 의뢰했다. 심의회는 이듬해 2월 25일에, 「헤이트스피치에 대한 오사카시가 채택해야 할 방책에 대해(답신)(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))」¹⁹⁶⁾을 시장에게 제출했다.

오사카시 헤이트스피치의 대처에 관한 조례안은 거의 이 답신에 기초하여 작성되었는데, 시의회에서 조례심의회 의 경과로 중요한 수정이 이뤄졌다. 첫째, 조례안은, 혐오표현의 피해를 받은 시민에 대해 시가 소송비용 등을 지원하는 규정을 답신에 따라 두고 있었는데, 소송당사자의 일방에 대해서만, 오사카시가 소송비용 등의 지원을 행하는 것은 공금의 사용방법으로서 적절치 못하다는 비판이 제기되어, 오사카 시의회를 설득하지 못했다. 둘째, 혐오표현 해당 여부 등의 판단을 행하는 심의회 의 위원 선임과 관련하여 시장의 동의를 필요로 했다.

이러한 수정을 거쳐, 2016년 1월 15일에 「오사카시 헤이트스피치의 대처에 관한 조례」가 제정되었다. 지방자치단체의 조례에 대한 자세한 내용은 II. 입법 현황에서 살펴보도록 하겠다.

¹⁹⁵⁾ 조례의 해설에 대해서는, 오사카시 홈페이지 참조 URL: <http://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000339043.html>

¹⁹⁶⁾ URL: <https://www.city.osaka.lg.jp/shimin/page/0000299917.html>

II. 입법 현황

1. 기존 법률에 의한 대처 가능성

가. 일본정부의 입장

오늘날 일본사회에서 이루어지고 있는 혐오표현에 대해, 기존의 법제도로 대응할 경우, 구체적으로 어떤 규정에 근거하여 대응이 가능한 것인가? 또한 제외국의 규제를 참고한다면, 현재 일본에서 채용 가능한 규제방법은 어떤 것이 있는가? 이하에서는 먼저 인종차별철폐국제조약(International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination)¹⁹⁷⁾ 제4조¹⁹⁸⁾에서 규정하는 표현규제에 관해, 동 조약에 관한 일본정부의 정기보고서(2000년, 2008년, 2013년)의 설명을 기초로 살펴보도록 하겠다.

첫째, 제4조에서 요구하는 ‘인종적 우월 또는 증오(혐오)에 의한 사상의 유포’의 규제에 관해, 일본의 현행법에서는 이에 해당하는 혐오표현을 일반적으로 처벌 대상으로 하는 규정은 없지만, 특정의 개인이나 단체의 명예 또는 신용을 해하는 내용을 포함하는 표현은, 형법의 명예훼손죄(제230조), 모욕죄(제231조) 또는 신용훼손·업무방해죄(제233조)에 의해 처벌된다. 한편 특정개인에 대한 협박적 내용을 포함하는 경우에는, 형법의 협박죄(제222조), 폭력행위 등 처벌에 관한 법률의 집단

197) 국제연합헌장과 세계인권선언의 정신에 입각하여 인종·피부색·가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거한 구별·배척·제한 또는 우선권을 주장하는 모든 것을 인종차별로 규정하고 이를 금지하기 위한 국제협약이다.

198) 제4조 제1항은 어떤 인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단이 우수하다는 관념이나 이론에 근거를 두고 있거나 또는 어떠한 형태로든 인종적 증오와 차별을 정당화하거나 증진시키려고 시도하는 모든 선전과 모든 조직을 규탄하며 또한 제4조는 이 같은 차별을 위한 모든 고무 또는 행위를 근절시키기 위한 즉각적이고 적극적인 조치를 취할 의무를 지며 이 목적을 위하여 세계인권선언에 구현된 제 원칙 및 이 협약 제5조에 명시적으로 언급된 제 권리와 관련하여 특히 제4조는 (a) 인종적 우월성이나 증오, 인종차별에 대한 고무에 근거를 둔 모든 관념의 보급 그리고 피부색이나 또는 종족의 기원이 상이한 인종이나 또는 인간의 집단에 대한 폭력행위나 폭력행위에 대한 고무를 위법처벌해야 하는 범죄로 선언하고 또한 재정적 지원을 포함하여 인종주의자의 활동에 대한 어떠한 원조의 제공도 위법처벌해야 하는 범죄로 선언한다. (b) 인종차별을 촉진하고 고무하는 조직과 조직적 및 기타 모든 선전활동을 불법으로 선언하고 금지시킨다. 그리고 이러한 조직이나 활동에의 참여를 위법처벌하는 범죄로 인정한다. (c) 국가 또는 지방의 공공기관이나 또는 공공단체가 인종차별을 촉진시키거나 또는 고무하는 것을 허용하지 아니한다.

적 협박죄(제1조), 상습적 협박죄(제1조의3) 등에 의해 처벌된다.

둘째, 제4조에서 요구하는 ‘인종차별적 선동’의 규제에 관해서는, 전술한 각 죄가 성립하는 경우에, 그 교사범(형법 제61조) 또는 방조범(제62조)로서 처벌되는 이외에, 공무원의 평등 취급의 원칙위반(국가공무원법 제27조, 제109조, 지방공무원법 제13조, 제60조) 등에 의한 처벌도 가능하다.

셋째, 제4조에서 요구하는 ‘인종이나 특정 피부색 또는 특정 종족의 기원을 가진 인간의 집단에 대한 모든 폭력행위’의 ‘선동’의 규제에 관해서, 폭력행위를 규제하는 형법의 소란죄(제106조), 강간죄(제177조), 집단강간죄(제178조의2), 살인죄(제199조), 상해죄(제204조), 흉기준비집합죄(凶器準備集合罪)(제208조의2) 및 강도죄(제236조) 등의 죄가 성립하는 경우에, 그들의 교사죄(제61조) 또는 방조범(제62조)으로서 처벌되는 이외에, 상해의 현장조력죄(제206조)로도 처벌될 수 있다.

나. 형사법에 의한 규제: 표현내용에 대한 규제유형(협박죄, 명예훼손죄, 모욕죄)

첫 번째 방법으로, 형사법에 의한 규제 가운데 특정 내용의 표현을 금지하는 규정을 혐오표현에 적용하는 방법을 들 수 있다. 일본의 현행형법의 관련규정 가운데, 특히 혐오표현에 대해 적용 가능한 것은 이미 전술(1. 기존 법률에 의한 대처 가능성)한 바와 같지만, 그 가운데 실제로 적용될 가능성이 높은 것은 협박죄(형법 제222조), 명예훼손죄(제230조), 모욕죄(제231조) 등이다.

먼저, 협박죄를 살펴보도록 하겠다. 협박죄가 성립하기 위해서는 피고인 또는 그 친족의 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 대해 해악을 가할 것을 고지(통지)하여 협박할 것 및 당해 해악의 고지가 피고인에게 공포심을 일으킬 정도의 것임이 요구되고 있다. 그러므로 “××시 ××동의 ○○가 경영하는 가게는, 30일 이내에 폐점하기 않는 한, 모두 때려 부술 것이다.”라고 하는 것처럼 구체적인 가해대상을 특정한 혐오표현을 발신한 경우에는, 협박죄에 해당할 가능성이 있다.

그리고 명예훼손죄는 특정의 개인 또는 법인 혹은 단체의 사회적 평가를 저하시키는 구체적 사실을 적시할 것 및 그것을 불특정 또는 다수의 사람이 인식할 수 있는 상태에서 적시할 것 등이 요구된다. 또한 모욕죄의 경우에는 공연하게 사람

에 대하여 모욕적 평가판단을 표시하는 것 및 그것이 불특정 또는 다수의 사람이 인식할 수 있는 상태에서 표시된 것 등이 요구되어 진다. 이에, “○○가 경영하는 ××시 ××동의 상점”을 지명하여 사실의 적시를 하면서 ○○의 사회적 지위를 저하시키는 내용을 발신한 경우에는 명예훼손죄가 성립할 가능성이 있다. 그리고 사실의 적시는 하지 않았지만, ○○를 모욕하는 내용의 발신을 행한 경우에는 모욕죄가 성립될 수 있다.

그러나, 불특정 다수에 속하는 인종집단 전체에 대한 혐오표현은 이들 규정의 구성요건을 충족시킬 가능성이 매우 희박하다. 그러므로 만약 불특정 다수의 인종집단 전체에 대한 혐오표현을 규제한다면, 협박죄, 명예훼손죄 또는 모욕죄 등의 개념을 응용하여 인종·민족적 집단에 대한 명예훼손죄 또는 모욕죄를 성립시킬 가능성을 찾거나, 혐오표현의 규제를 위한 새로운 규정을 제정할 필요가 있다.¹⁹⁹⁾

다. 형법에 의한 규제: 표현의 2차적 효과에 대한 규제유형(위력업무방해죄)

형법에 의한 규제 가운데에서는 앞서 살펴본 바와 같이, 표현내용 그 자체에 대한 것이 아니라, 표현에 의한 2차적·부수적 효과를 규제하는 방법도 상정해 볼 수 있다. 예를 들면, 발신된 혐오표현의 메시지의 내용이나 발신행태가 원인이 되어 또는 혐오표현을 발신하는 집단행동의 물리적 측면이 원인이 되어, 상용시설 또는 교육시설 등의 업무가 방해받게 된 경우에는, 위력업무방해죄(형법 제234조)가 성립할 여지가 있다. 후술하는 도쿄 조선학교를 둘러싼 사건에서도 동죄의 성립이 인정된 것처럼, 동죄는 물리적 방해 행위에 한정되지 않고 사람의 의사에 작용하여 자유로운 업무수행을 방해하는 행위에 대해서도 폭넓게 적용되는 경향이 있다.²⁰⁰⁾

무엇보다도 위력업무방해죄가 성립하는 것은 업무 즉 “직업 기타 사회생활상의 지위에 기초하여 계속 행하는 사무 또는 사업”²⁰¹⁾에 대한 방해가 발생한 때에 한정된다. 따라서 상용시설이나 교육시설 등에 직접 행한 혐오표현이라면 동죄가 성립할 여지가 충분하지만, 인종집단 전체에 대한 일반적 혐오표현에 관해서는 동죄

199) 집단모욕죄 성립의 가능성에 대해서는, 平川宗信 (1983). 〈名譽毀損罪と表現の自由〉. 有斐閣, 173頁 참조.

200) 山口厚 (2010). 〈刑法各論[第2版]〉. 有斐閣, 162頁.

201) 山口厚 (2010). 〈刑法各論[第2版]〉. 有斐閣, 153頁.

가 성립할 가능성이 높지 않다.

라. 공안조례에 의한 데모규제

혐오표현의 발신을 목적으로 한 집단행동(데모 등)에 관해서는, 도도부현(都道府縣)의 공안조례를 근거로 데모의 허가조건을 엄격화하여 데모의 실시를 억제하는 방법이 상정될 수 있다. 예를 들면, 혐오표현 선전을 위한 데모를 허가하지 않거나, 혐오표현 선전의 데모의 허가 시에 장소 또는 시간에 관한 조건을 가함으로써, 데모의 수행에 제한을 과하는 방법이다.

분명히, 집단행동은 문서 또는 구두에 의한 순수한 표현활동과는 달리 다수의 인간의 행동에 의해 성립하기 때문에, 도로교통 정리 등을 위한 제약에 따라야 한다. 그러나 한편 집단행동은 효과적인 의견전달 방법을 가지지 못한 일반시민이 자기의 의견을 세간에 알리는 방법으로서, 민주주의의 역사 속에서 상당히 중요한 역할을 수행해 온 표현형태의 하나이다. 그러므로 집단행동의 자유는 최대한 보장되어야 한다고 여겨져 왔으며, 본래는 허가제가 아니라 신고제여야 한다는 견해도 강력한 지지를 받고 있다.²⁰²⁾ 그리고 실제 공안조례를 살펴보아도, 도쿄조례(집회, 집단행진 및 집단시위운동에 관한 조례)에서는 허가제를 채택하면서, “공공질서 또는 공중의 위생을 보지하기 위해 어쩔 수 없는 경우의 진로, 장소 또는 일시의 변경”을 조건으로 한 허가방법을 인정하며, 불허가를 행할 수 있는 경우를 “공공의 안녕을 유지하기 위해 직접위험에 영향을 미치는 것이 명확하게 인정되는 경우”에 한정하고 있다. 그러므로, 혐오표현 발신을 목적으로 한 집단행동에 대해, 그 발신되는 메시지의 내용이 부적절하지 않고 과도함을 이유로 허가하지 않는 것은 허용되지 않는다.

마. 민사법의 불법행위

혐오표현이 발신됨에 따라 법적이익의 손해가 발생한 경우에, 이것을 민법 제 709조의 불법행위로 구성하여, 피해자에 의한 손해배상청구를 인정하는 방법도 상정해 볼 수 있다. 후술하는 도쿄 조선헌교 민사소송에서는 이러한 손해배상이 실제로 인정되었다. 그러나 당해사건의 판결문에도 지적되고 있는 것처럼, 현행 법제

202) 芦部信喜·高橋 和之 (2019). <憲法 [第7版]>. 岩波書店, 209頁.

도 하에서는 불특정 다수인으로 구성된 인종적 집단전체에 대한 공격발언을 불법행위로 간주한 다음 당해집단에 속하는 개인에 손해배상청구를 인정하는 여지는 거의 없고, 이러한 발언을 단독불법행위로서 구성하는 것은 곤란하다.

바. 소결

이처럼, 기존의 법제도 하에서 특정 개인이나 법인에 대한 혐오표현에 대해 규제하는 것은 가능하지만, 불특정다수로 구성된 인종집단 전체에 대한 혐오표현을 규제하는 것은 어렵다. 그리고 가령 후자의 혐오표현을 규제하기 위한 새로운 법률을 제정한다 하더라도, 그 경우에는 그러한 신규 규제가 표현의 자유 보장에 대한 위협이 됨을 부정하기 어렵다.

2. 혐오표현에 대응하기 위한 새로운 입법현황

일본은 현재 심각한 사회문제가 되고 있는 혐오표현의 양상,²⁰³⁾ 즉, 재일한국인이나 한국인이 많은 공개 장소에서 행해지고, 재일한국인 및 한국인과 그 장소에서 혐오표현을 보거나 듣게 되는 불특정 다수 모두가 그 혐오표현의 청자가 되는 그러한 양상을 반영하여, 2015년 「오사카시 헤이트스피치 대처에 관한 조례」, 2016년 「본국(일본) 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대책 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)」(이하 “헤이트스피치 억제법”)을 채택하여, 출신 민족 및 국적 등에 기반한 혐오표현에 대해 규제하고 있다. 이하에서는 이와 관련한 구체적 내용을 살펴보도록 하겠다.

가. 헤이트스피치 억제법

일본 의회는 2016년 5월 이른바 「헤이트스피치 억제법」을 제정하였다. 이 법률은 ‘부당한 차별적 언동’을 일본 이외 지역의 출신자에 대하여 차별을 조장하거나 유발할 목적으로 공공연히 생명·신체·명예·재산에 위해를 가하는 의도를 고지하거나, 이들을 ‘현저하게 모욕하는’ 등 일본지역 이외 출신자를 지역사회로부터 배제하

203) 일본 내 혐오표현 문제에 대해서는 모로오카 야스코. <증오하는 입>. 1장 참조.

고자 선동하는 언동으로 정의하고, 이러한 언동은 용납될 수 없음을 명시적으로 선언하였다. 국가 및 지방공공단체는 이러한 부당한 차별적 언동의 해소를 위해 대책을 마련해야 할 책임이 있음을 명기하였고, 상담체제의 정비, 교육 및 홍보활동의 실시 등을 기본 시책의 내용으로 담고 있다.

1) 헤이트스피치 억제법의 개요

헤이트스피치 억제법은 「전문」, 「제1장 총칙」, 「제2장 기본적 시책」으로 구성되어 있다.

전문에서는, 혐오표현이 피해자에게 ‘막대한 고통을 강요함과 동시에, 해당 지역 사회에 심각한 균열을 초래하고 있다.’고 하며, 혐오표현을 ‘행해져서는 아니 되며, … 용납되지 않는 것으로 선언한다.’라고 규정하고 있다.

제1장 총칙은 제1조부터 제4조까지에 다음과 같은 내용이 규정되어 있다.

제1조에서는 혐오표현은 ‘억제가 시급한 과제’이기 때문에, 국가 등이 억제를 위한 대책을 추진하는 것을 본 법의 목적으로 한다고 규정하고 있다.

제2조에서는 ‘본국 이외의 출신자’라 함은, ‘오로지 일본의 역외에 있는 국가 또는 지역 출신인 자 또는 그 자손으로 적법하게 거주하는 자’로 규정하고 있다. 또한 ‘부당한 차별적 언동’으로는 ① 차별적 의식을 조장하거나 유발할 목적으로, ② 외국 출신임을 이유로, ③ 생명 등에 위해를 가하는 취지를 고지하거나 현저하게 모멸하는 등 지역사회로부터 배제할 것을 선동하는 것이 규정되어 있다.

제3조는 국민이 ‘부당한 차별적 언동이 없는 사회의 실현에 기여’하도록 노력하는 것을 기본이념으로 규정하고 있다.

제4조는 ‘책무’에 대한 것으로, 제1항에서 국가는 ‘억제 조치를 위한 시책’을 강구하며, 지방공공단체에 ‘필요한 조언 기타 조치의 강구’를 규정하고 있다. 그리고 제2항에서는 지방공공단체에 ‘지역의 실정에 적절한 시책강구’를 위해 노력하도록 책무를 지우고 있다.

다음으로 제2장 기본적 시책은 제5조부터 제7조에 규정되어 있는데, 각각 상담체제의 정비, 충실한 교육, 계발활동 등이 추상적으로 거론되어 있다.

2) 헤이트스피치 억제법의 의의

헤이트스피치 억제법은 ‘차별적 언동’이 피해자에게 ‘막대한 고통’을 주며, ‘지역

사회에 심각한 균열을 발생시킨다.’고 하는 피해를 인정하고, 전문에서 ‘차별적 언동은 용납되지 않는다.’고 선언하여, 제1조에서 ‘억제가 시급한 과제’로서, 국가 및 지방공공단체가 억제를 위한 조치를 추진할 것을 목적으로 두어, 일본에서 처음으로 제정된 반인종차별법이라 할 수 있다.

국가는 식민지 지배의 결과 일본에 거주하도록 강요당한 재일한국인을 전쟁 후에도 입관체제에 의해 관리, 차별의 대상으로 취급했고, 인권보장 관점에서의 법률은 거의 없다시피 했다. 1995년에는 인종차별철폐조약에 가입하여, 차별을 금지하고 종결할 의무를 지면서도, 심각한 차별의 존재 자체를 인정하지 않고, 법 정비의 필요성도 부정해 왔다. 이미 혐오표현이 사회문제화 된 2014년 8월에 행해진 인종차별철폐위원회에 의한 심사에서도 일본 정부 대표는 비슷한 발언을 했다. 이에 본 법은 전쟁 후 70년, 조약 가입 이후를 기준으로 해도 20년이라는 시간이 흘러, 차별과 싸우는 사람들의 계속된 요구로 마침내 이뤄낸 결과인 것이다.

국가가 차별을 묵인하고, 경찰이 혐오데모·가두시위를 표현의 자유로서 지켜온 것이 피해자를 더욱 괴롭히며, 사회 전체에 절망감을 가져왔다. 이에 헤이트스피치 억제법의 제정으로 표면적으로라도 반차별이 국가와 사회의 표준이 된 것만으로도 그 의의는 크다고 할 수 있다.

3) 헤이트스피치 억제법의 과제

헤이트스피치 억제법의 과제에 대해서는 각각의 입장에서 다양한 의견이 제기되기 때문에, 여기에서는 각자의 의견을 소개하기로 한다.

가) 師岡康子씨 (변호사, 오사카 경제법과대학 아시아태평양연구센터 객원연구원)

모든 조문이 그동안 정부가 어느 정도 인권시책으로 행해온 사항이며, 지금까지와 다른 어떤 시책을 취할 것인지 문언상 불분명하다.

원래 헤이트스피치 억제법은, 인종차별철폐기본법이 아니라, 그 틀이 외국출신자에 대한 혐오표현에 관한 이념법이며, 인종차별철폐조약이 인종차별 전체에 대한 철폐를 요구하고 있는 것에 비추어 보면 너무 제한적이다. 또한 외국출신자 가운데에서도 ‘적법하게 거주하는 자’라는 문구는 불법체류자에 대한 혐오표현은 용인하는 것처럼 받아들여져 차별적이며 조약에 위반된다.

기타 야당 법안과 비교한다면, 국가에 의한 기본방침책정과 국회에 대한 보고의

무, 차별금지조항, 인터넷대책, 실태조사의무, 피해자의 의견청취 의무, 제언 기능을 하는 지식인에 의한 심의회의 설치, 예산조치가 없는 등, 인종차별철폐에 대해서는 불충분한 내용임을 부인할 수 없다.²⁰⁴⁾

나) 郭辰雄씨 (특정비영리활동법인 코리아NGO센터 대표이사)

본 법률은 향후 개선되어야 하는 심각한 문제가 몇 가지 있다.²⁰⁵⁾

첫째, 보호대상자를 일본 본국 이외의 출신자 가운데에서도 ‘적법하게 거주하는 자’로 한정된 것이다. 원래 혐오표현이라 함은 인종 등에 따른 특성을 이유로 행해지는 차별선동이며, 그 피해당사자가 거주국에 ‘적법’하게 체류하는가 그렇지 않은가는 전혀 별개의 문제이다. 그러나 이러한 정의가 존재함에 따라, ‘조선인을 내쫓자’라는 명백한 혐오표현이 ‘불법체류 조선인을 내쫓자’로 바뀔으로써, 혐오표현이라 간주되지 않는 왜곡을 야기할 수밖에 없다. 그러므로 ‘적법하게 거주하는’이라는 정의는 인종차별철폐조약의 이념에 위반하는 것으로, 반드시 제거되어야 한다.

둘째, 이 법률이 ‘일본 이외의 출신자’만을 대상으로 한 법률로, 피차별부락이나 오키나와, 아이누 등 인종적·민족적 소수자에 대한 혐오표현이 제외되어 버렸다. 그런데 지금까지 전개되어 온 혐오표현은 이런 사람들에게도 명확하게 타겟팅되어 펼쳐졌다. 이러한 현상을 근거로 모든 인종적·민족적 소수자가 그 보호 대상이 되도록 법 개정 또는 별도법률의 제정이 요구된다.

셋째, 이 법률은 ‘차별적 언동은 용납되지 않는다.’고 선언하면서도, 혐오표현이 ‘위법’이라고 명확하게 규정하지 않고, ‘금지규정’도 설정되어 있지 않기 때문에, 그 실효성이 충분히 담보되어있다고 할 수 없다.

다만, 이러한 문제점에 대해서는 본 법률의 심의과정에서 최종적으로 부칙에서 ‘법률의 시행 후에도 실태를 감안하여 필요에 따라 검토를 추가한다.’라는 점이 명기되었다. 또한 법적 구속력이 없다고는 해도, 부대결의에서 국가 또는 지방자치단체에 ‘헌법이나 인종차별철폐조약의 정신에 비추어, 적절하게 처리할 것’을 요구하고, 또한 보호 대상자에 대해서도 ‘(정의) 이외의 것이라면, 차별적 언동이 용납되는 이해는 잘못된 것이며, 용납되지 않는 것이 있음에 입각한다.’고 명기되어 있다.

204) 「ハイトスピーチに関する実態調査報告書」(2016年、(公財)人権教育啓発推進センター)

205) URL: <http://www.jicl.jp/old/hitokoto/backnumber/20160718.html> (法学館憲法研究所 홈페이지)

나. 오사카시 헤이트스피치 대처에 관한 조례²⁰⁶⁾

일본 오사카시는 2016년 1월 「헤이트스피치의 대처에 관한 조례」를 채택하였다.

1) 목적

2016년 7월 1일부터 시행되기 시작한 이 조례는 인간으로서 존엄을 해치고, 사회에 차별의식을 야기하는 언동 ‘혐오표현(헤이트스피치)’에 대해, 시의 입장에서 ‘용납하지 않는다.’고 하는 자세를 명확히 하고, 시민 등의 인권을 옹호하며, 혐오표현의 억제를 꾀하는 것을 목적으로 하고 있다.

2) 조례의 내용

조례의 내용은, 혐오표현의 정의를 명확히 함과 동시에 헌법에서 보장하고 있는 표현의 자유 역시 충분히 배려하고, 시민 등의 인권옹호, 혐오표현의 억제를 위해, 현행의 법제도를 바탕으로 가능한 조치 등을 정하고 있다.

구체적으로는, 시민의 신고 등을 근거로, 대상이 된 표현활동이 혐오표현에 해당하는가에 대해 학자, 변호사 등 5명의 전문가로 구성된 「오사카시 헤이트스피치 심사위원회」에서 심사하고, 혐오표현에 해당하는 것으로 판단된 경우에는 확산방지 조치로서, 사안의 내용에 따라 게시물 등의 제거 또는 인터넷 상의 영상의 삭제요청을 행하거나, 헤이트스피치 억제 효과가 있다고 인정하는 경우 표현내용의 개요, 해당 표현을 행한 자의 성명 또는 명칭을 오사카시의 홈페이지에 공표하도록 하고 있다.

3) 혐오표현의 정의

조례에서는 표현활동의 ‘목적’, ‘양태’ 및 ‘발신대상이 불특정다수 여부’의 3가지 관점에서 요건을 규정하고(제2조 제1항), 대상이 된 표현활동이 혐오표현에 해당하는가 등에 대해서는, 전문가로 구성된 「오사카시 헤이트스피치 심사위원회」에서 조례의 정의를 근거로 심사하여, 그 심사결과를 바탕으로 시가 진중히 판단하도록 하고 있다.

조례에서는 다음 중 어느 하나라도 해당하면 ‘혐오표현’이라 정의하고 있다.

²⁰⁶⁾ 류지성 (2016). 최근 일본에서 헤이트스피치 규제에 관한 연구: 일본 오사카시의 규제조례를 중심으로. <법제> 672, 26-50면, 36-45면.

가. 다음의 내용 가운데 어느 하나를 목적으로 행해지는 것

- ① 인종 또는 민족에 관한 특정 속성을 가지는 개인 또는 해당 개인에 의해 구성된 집단 (이하, '특정인 등'이라 함)을 사회로부터 배제하는 것,
- ② 특정인 등의 권리 또는 자유를 제한하는 것,
- ③ 특정인 등에 대한 증오 혹은 차별의식 또는 폭력을 부추기는 것

나. 표현의 내용 또는 표현활동의 태양이 다음의 내용 어느 하나에 해당하는 것

- ① 특정인 등을 상당정도 모멸하거나 비방중상하는 것,
- ② 특정인 등(해당 특정인 등이 집단인 경우는, 해당집단에 속하는 개인의 상당수)에 위협을 느끼게 하는 것,

다. 불특정 다수가 표현의 내용을 알 수 있는 상태에 두도록 장소 또는 방법으로 행해지는 것

또한 표현활동은 ① 표현 그 자체뿐 아니라, ② 표현의 내용을 기록한 인쇄물, 디스크 및 그 외의 물건의 판매, 배포, 반포 또는 상영, ③ 인터넷 등을 통해 불특정 다수가 볼 수 있도록 하는 것, ④ 그 외 표현물의 내용을 확산하는 활동을 포함하고 있다.

4) 오사카시 헤이트스피치 심사위원회

심사위원회에는 신청인 또는 표현활동을 행한 자에 대해, 서면으로 의견을 개진하게 함과 동시에 유리한 증거를 제출할 기회를 마련하고 있다. 또한 필요에 따라 신청한 시민 등에 의견서 또는 자료의 제출을 요구할 수 있으며, 적당하다고 인정되는 자에게 알고 있는 사실을 진술하게 하는 등의 조사를 실시한다.

심사위원회의 위원은 시장이 학식과 경험이 많은 자 가운데 적당하다고 인정하는 자를 선정하여 시의회의 동의를 얻어 5명 이내로 조직하도록 하고 있다. 심사위원은 중립성·공평성을 한층 담보하기 위해, 재임 중, 정당 기타 정치단체의 임원이 될 수 없으며, 적극적인 정치운동 역시 금지하고 있다. 또한 시장은 이를 위반한 위원을 해촉할 수 있다.

5) 오사카시 헤이트스피치 대처에 관한 조례의 운용상의 과제

가) 심사위원회에서의 심사의 장기화

오사카시 조례는 시장이, 특정 표현활동이 혐오표현에 해당한다고 인정되는 경우에, 당해 표현활동의 확산방지조치를 하거나 당해 표현활동이 혐오표현에 해당한다

는 내용, 표현내용의 개요 및 그 확산방지조치 그리고 당해 표현활동을 행하는 자의 이름 또는 명칭을 공표하는 것을 규정하고 있다(동 조례 제5조).

그런데, 동 조례의 전면시행(2016년 7월 1일) 이후, 많은 신청이 제기되었는데 특히 2016년 7월 중에 신고가 이뤄진 것만도 13건에 이른다. 그러나 5~6개월의 시간이 경과했음에도 불구하고 이 중 1건의 심사가 종료되지 못하자, 심의의 장기화로 인한 문제가 제기되고 있다.²⁰⁷⁾

나) 직권발동의 판단

동 조례에는 신청에 의한 경우뿐만 아니라, '직권'에 의한 확산방지조치 및 인식 등의 공표가 규정되어 있다(동 조례 제5조 제2항).

동 조례의 전면시행 후에도, 오사카 시내에서 혐오표현이 행해질 개연성이 높은 가두활동 또는 데모행진이 사전 예고되어 있었다. 나아가 오사카 시청 앞에서 10여 차례의 혐오표현을 내용으로 하는 가두선전도 행해졌다. 이에 오사카시가 시민 등의 신고를 기다리지 않고, 보다 적극적으로 직권을 발동하여, 혐오표현의 억제해야 한다는 의견도 제기되고 있다.

다. 가와사키시(川崎市) 차별 없는 인권존중의 도시 만들기 조례(안)(差別のない人権尊重のまちづくり条例)

1) 조례제정의 배경

가와사키시(川崎市)는 일본 각지뿐만 아니라 해외로부터 많은 사람들이 이주하여 지역의 뿌리를 내리고 살면서 다양한 문화가 교류하는 「다문화 사회」로 발전하는 가운데, 「가와사키시 외국인 시민대표자 회의조례(川崎市外国人市民代表者会議条例)」의 제정을 시작으로, 「가와사키 아이들의 권리에 관한 조례(川崎市子どもの権利に関する条例)」나 「남녀평등 가와사키 조례(男女平等かわさき条例)」를 제정하는 등 착실하게 인권시책을 실시해 왔다.

그런데 최근 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동, 이른바 「혐오표현」이나 인터넷을 이용한 인권침해 등의 인권문제가 대두되자, 2016년 7월 가와사키 시장이 「가와사키시 인권시책 추진 협의회(川崎市人権施策推進協議会)」에 「혐오

207) 「ヘイトスピーチ解消に向けた積極的施策の早期実施を求める意見書」(2017년1월18일, 大阪弁護士会)

표현 대책에 관한 것」의 우선 심의를 의뢰함과 더불어, 그 해 12월에는 동 협의회가 시장에게 「혐오표현 대책에 특화된 것이 아니라, 혐오표현으로 이어지는 토양에 직접 대처하는 광의의 조례로서 혐오표현 대책까지 포함된 다문화 공생, 인종차별 철폐 등 인권전반을 고려한 조례」의 제정을 권고했다.

또한 2016년에는, 「장애를 이유로 하는 차별의 해소 추진에 관한 법률(障害を理由とする差別の解消の推進に関する法律)」, 「헤이트스피치 억제법」, 「부락차별의 해소 추진에 관한 법률(部落差別の解消の推進に関する法律)」(이른바, 차별해소 3법)이 시행되어, 지방자치단체에도 지역의 실정을 감안한 시책마련이 요구되고 있었다.

이에, 2019년 6월 24일, 「차별 없는 인권존중의 도시 만들기 조례(안)」을 의회에 제출했다. 이 조례(안)은 혐오표현을 금지하고, 일본에서 처음으로 혐오표현에 대한 실효적 조치(벌금상한 50만 엔)를 제정한 것으로, 2020년 7월 전면시행을 목표로 하고 있다.²⁰⁸⁾

2) 조례의 기본 및 특징

가) 조례제정의 이념

이른바 「혐오표현」이나 인터넷을 이용한 인권침해 등의 인권과제가 대두되고 있는 현상을 감안하여, 모든 시민이 부당한 차별을 받지 않고, 개인으로서 존중되며 생기 넘치게 살아갈 수 있는 인간존중의 도시를 만들기 위해, 조례를 제정한다.

나) 조례의 특징

(1) 인권전반을 고려한 조례

「가와사키시 인권시책 추진 협의회」의 제안을 바탕으로, 혐오표현에 대한 대책마련에 특화된 것이 아니라 혐오표현으로 이어지는 모든 영역에, 직접 대처하는 광범위한 조례이다. 따라서, 인종, 국적, 민족, 신조, 연령, 성별, 성적 취향, 성적 정체성, 출신, 장애 등의 인권 전반을 고려하여 부당한 차별 없는 인간존중 도시를 만들고자 한다.

²⁰⁸⁾ URL: <http://www.city.kawasaki.jp/templates/pubcom/250/0000108585.html>

(2) 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 규제하는 조례
특히, 일정의 요건에 해당하는 혐오표현에 대해서는, 벌칙 등의 형사벌(벌금 최고 50만 엔)로 규제한다.

3) 조례(안)의 내용

가) 전문

가와사키시는 일본국헌법 및 인권에 관한 조약의 이념을 바탕으로, 모든 부당한 차별의 해소를 위해 한 사람, 한 사람 인간의 존엄을 최우선으로 하는 인권시책을, 평등과 다양성을 존중하며, 착실히 실시해 왔다.

지금도 부당한 차별은 존재하여, 이른바 「혐오표현(Hate speech)」이나 인터넷을 이용한 인권침해 등의 인권과제도 발생하고 있다.

시(市), 시민 및 사업자가 협력하여 부당한 차별의 해소 및 인권과제의 해결을 위해, 인권 존중 이념의 보급을 보다 강력히 추진할 필요가 있다.

모든 시민이 부당한 차별을 받지 않고, 개인으로서 존중되며, 생기 넘치는 삶이 가능한 인권존중의 도시를 만들기 위해, 이 조례를 제정한다.

나) 총칙

(1) 목적

- ㉠ 부당한 차별 없는 인권존중의 도시 만들기와 관련하여, 시·시민 및 사업자의 책무를 명확하게 한다.
- ㉡ 인권에 관한 시책의 기본이 되는 사항과, 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대책과 관련한 사항을 정한다.
- ㉢ 전술한 ㉠ 및 ㉡에 의해, 인권존중의 도시 만들기를 종합적 그리고 계획적으로 추진하며, 이로써 인권을 존중하고 공생 사회의 실현에 이바지 한다.

(2) 정의

- ㉠ 부당한 차별이라 함은, 인종, 국적, 민족, 신조, 연령, 성별, 성적 지향, 성적 정체성, 출신, 장애 기타 사유를 이유로 하는 부당한 차별을 말한다.
- ㉡ 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동이라 함은, 헤이트스피치 억제법 제2조에 규정된 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동을 말한다.

다) 부당한 차별 없는 인권존중의 도시 만들기 추진

(1) 시의 책무

시는 부당한 차별을 해소하기 위한 시책 기타 인권에 관한 시책을 종합적 그리고 계획적으로 추진한다.

(2) 시민 및 사업자의 책무

시민 및 사업자는, 시가 실시하는 부당한 차별을 해소하기 위한 시책 기타 인권에 관한 시책에 협력한다.

(3) 부당한 차별적 취급의 금지

누구든지, 인종, 국적, 민족, 신조, 연령, 성별, 성적 지향, 성적 정체성, 출신, 장애 기타 사유를 이유로 하는 부당한 차별적 취급을 받아서는 아니 된다.

(4) 인권시책추진 기본계획

㉠ 시장은 부당한 차별을 해소하기 위한 시책 기타 인권에 관한 시책을 종합적 그리고 계획적으로 추진하기 위해, 기본계획을 책정하고, 기본계획에는 인권에 관한 시책의 기본이념, 기본목표, 기본적 시책, 기타 인권에 관한 시책을 추진에 필요한 사항을 정한다.

㉡ 시장은 기본계획을 책정(변경)하고자 하는 경우에는, 사전에 「인권존중의 도시만들기 추진협의회」의 의견을 듣고 기본계획을 책정(변경)하여 공표한다.

(5) 인권교육 및 인권계몽

시는 부당한 차별을 해소하고 인권존중의 도시 만들기와 관련한 시민 및 사업자의 이해를 높이기 위해, 인권교육 및 인권계몽을 추진한다.

(6) 인권침해를 받은 자에 대한 지원

시는 관계기관 등과 연계하여, 인터넷을 이용한 부당한 차별 기타 인권침해를 받은 자에 대한 상담을 실시하는 등 기타 필요한 지원에 노력한다.

(7) 정보의 수집 및 조사연구

시는 부당한 차별을 해소하기 위한 시책 기타 인권에 관한 시책을 효과적으로 실시하기 위해, 필요한 정보의 수집 및 조사연구를 수행한다.

(8) 인권존중의 도시만들기 추진협의회

㉠ 전술한 (4)-㉠의 경우 이외, 부당한 차별이 없는 인권존중의 도시만들기의 추진에 관한 중요사항에 대해, 시장의 자문에 대응하여 조사심의를 위한 부속기관으로서 「인권존중 도시만들기 추진협의회」를 설치한다. 협의회는 위원 12인 이내로 조직하며, 위원은 학자, 관계단체의 임직원, 시민 가운데에서 시장이 위촉한다.

㉡ 위원의 임기는 2년으로 하며, 재임할 수 있다. 기타 임시위원을 두거나 그 해촉, 비밀유출금지, 부회 설치에 대해 규정하고, 기타 협의회 조직 및 운영에 관해 필요한 사항은 규칙으로 정한다.

라) 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대책 마련

(1) 취지

시는 「헤이트스피치 억제법」 제4조 제2항의 규정에 근거하여, 시의 실정을 감안한 시책을 강구함으로써 「본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」의 해소를 도모한다.

(2) 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 금지

누구라도 시의 구역 내의 도로, 공원, 광장, 역 기타 공공의 장소에서, 다음에 해당하는 「본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」을 행하거나, 행하게 해서는 아니 된다.

<유형>

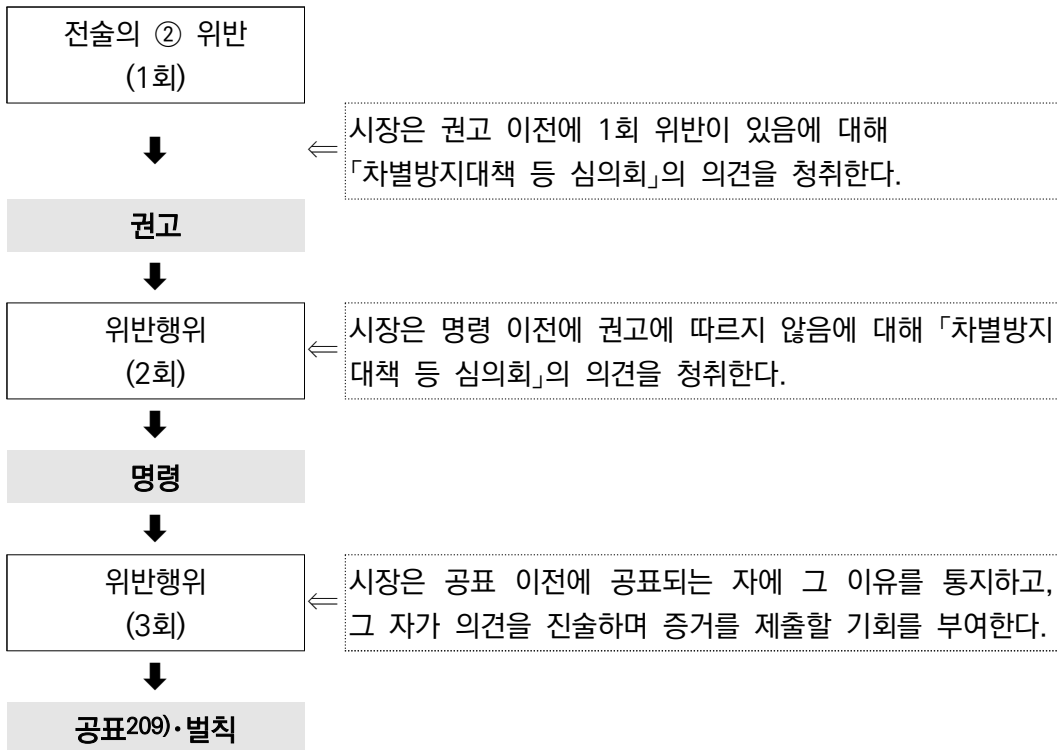
- 특정국 또는 지역의 출신인 자 또는 그 자손(이하, '특정국출신자 등'이라 함)을 본토 역외로 퇴거시키는 것을 선동 또는 고지하는 것
- 특정국 출신자 등의 생명, 신체, 자유, 명예 또는 재산에 위해를 가하는 것을 선동 또는 고지하는 것
- 특정국 출신자 등을 현저하게 모멸하는 것

<수단>

- 확성기를 사용한다.

- 간판, 플래카드 등을 게시한다.
- 전단, 팸플릿 등을 배포한다.
- 다수의 사람이 일제히 큰 소리로 연호한다.

(3) 권고·명령·공표



(4) 공공시설의 이용허가 등의 기준

시장은 시가 설치한 공공시설에서, 「본토 이외 출신자에 대한 부당하나 차별적 언동」이 행해질 우려가 있는 경우에 공공시설의 이용허가 및 그 취소의 기준 기타 필요한 사항을 정한다.

(5) 인터넷 표현활동에 관련된 확산방지조치 및 공표

209) 이름 또는 단체의 명칭, 주소, 단체의 대표자 등의 이름 이외, 명령의 내용 기타 규칙에서 정하는 사항을 공표한다.

〈대상〉

- 시 구역 내에서 행해진 인터넷 표현활동
- 시 구역 외에서 행해진 인터넷 표현활동(시의 구역 내에서 행해진 것이 명확하지 않은 것을 포함함)에서 다음의 어느 하나에 해당하는 것
 - 표현의 내용이 특정 시민 등(시 구역 내에 주소를 가진 자, 재직 중인 자, 재학 중인 자, 그 외 시와 관련된 자로서 규칙으로 정하는 자를 말한다. 이하 같음.)을 대상으로 하는 것
 - 앞서 언급한 인터넷 표현활동 이외에 시 구역 내에서 행해진 「본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」의 내용을 시 구역 내에서 확산하는 것
- ※ 인터넷 기타 고도의 정보통신 네트워크를 이용하는 방법에 의한 표현활동에서, 데모나 강연 등 다른 표현활동의 내용을 기록한 문서, 도화, 영상 등을 불특정 다수에게 열람 또는 시청할 수 있는 상태로 두는 것(이른바, ‘확산’)을 포함함.

㉠ 인터넷 표현활동에 관련된 확산방지 조치

시장은 인터넷 표현활동이 「본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」에 해당한다고 인정될 때, 인터넷 표현활동과 관련하여 표현 내용의 확산을 방지하기 위해 필요한 조치를 강구한다.

㉡ 인터넷 표현활동에 관련된 공표

시장은 전술의 ㉠의 조치를 강구할 때, 「본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」에 해당하는 취지, 표현의 내용의 개요, 확산을 방지하기 위해 강구된 조치 기타 규칙에서 정하는 사항을 공표한다. 다만, 공표로 인해, 전술의 ㉠의 「본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」의 해소를 도모한다’는 취지를 저해한다고 인정될 때 그리고 기타 특별한 이유가 있다고 인정된 때에는 공표하지 않을 수 있다.

(6) 차별방지대책 등 심사회

㉠ 전술한 ③의 권고, 명령, 전술한 ⑤의 조치, 공표를 하는 경우 이외에, 부당한 차별의 해소를 위해 필요한 사항에 대해, 시장의 자문요청에 따라, 조사심의를 하기 위해, 부속기관으로서 「차별방지대책 등 심사회」를 둔다. 심사회는 위원 5인 이내로 조직하며, 위원은 학자 가운데 시장이 위촉한다. 기타 세목에 대해서는, 전술한 다-⑧의 「인권존중의 도시 만들기 추진협의회」와 동일하다.

㉡ 심사회는, 전술한 ⑤의 조치와 공표와 관련하여 신청한 시민 등에게 의견서 또는 자료의 제출을 요구하는 등 필요한 조사를 행할 수 있으며, 전술한 ②에 위

반했다고 인정되는 자, 전술한 ③의 권고에 따르지 않았다고 인정되는 자 또는 전술한 ⑤의 인터넷 표현활동을 행했다고 인정되는 자에 대해, 서면으로 의견을 진술할 기회를 부여할 수 있다.

(7) 표현의 자유 등에의 배려

여기(라. 본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동의 해소를 위한 대책 마련)에 기재된 항목의 적용에 있어서, 표현의 자유 기타 일본국헌법이 보장하는 국민의 자유와 권리를 부당하게 침해하지 않도록 유의한다.

마) 기타(잡칙, 벌칙, 시행기일 등)

(1) 보고 및 질문

㉠ 시장은 전술한 라)-(2)에 위반했다고 인정된 자, 전술한 라)-(3)의 권고나 명령에 따르지 않은 자에 대해 보고를 요구할 수 있으며, 또한 그 직원 또는 관계자에게 질문할 수 있다.

㉡ 질문하는 직원은, 그 신문을 나타내는 증명서를 휴대한다.

㉢ 전술한 ㉠의 권한은, 범죄 수사를 위해 인정된 것으로 해석되어서는 아니 된다.

(2) 위임

이 조례의 실시를 위해 필요한 사항은 규칙에서 정한다.

(3) 벌칙

전술한 라)-(3)의 명령에 위반한 자는, 500,000엔 이하의 벌금에 처한다. 또한 법인 등의 경우에는 행위자를 벌하는 이외에 법인 등도 처벌한다(양벌규정).

(4) 시행일

㉣ 공표일로부터 : 다음의 ㉤과 ㉥ 이외의 것

㉤ 2020년 4월 1일부터 : 「인권존중의 도시만들기 추진협의회」, 인터넷 표현과 관련된 확산방지조치 및 공표 더불어 「차별방지대책 등 심사회」와 관련된 것

㉥ 2020년 7월 1일부터 : 「본토 이외 출신자에 대한 부당한 차별적 언동」의 해소를 위한 대책과 관련한 것 가운데, 금지, 권고, 명령, 공표, 보고 및 질문 나아가

별칙

(5) 경과조치

㉠ 이 조례의 시행시 현재 책정된 「인권시책 추진 기본계획」은 전술한 다)-(4)에 의해 책정된 「인권시책 추진 기본계획」으로 본다.

㉡ 이 조례의 시행시 현재 책정된 「헤이트스피치 억제법」에 근거하는 ‘공공시설’ 사용허가에 관한 가이드라인은, 전술한 라)-(4)에 의해 정해진 공공시설의 이용허가 등의 기준으로 본다.

3. 인터넷 상에서의 혐오표현 유통 및 확산방지를 위한 조치

가. 종래의 상황

1) 프로바이더 책임제한법 하에서의 대응

현재 인터넷 상에서의 권리침해 정보의 유통 및 확산방지와 관련하여, 「특정 전기통신 역무제공자의 손해배상책임의 제한 및 발신자 정보의 개시에 관한 법률(特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律, 이하, ‘프로바이더 책임제한법’이라 함)」이 제정·운영되고 있으며, 동 법을 바탕으로 한 대응이 실무상 정착하여 효과를 발휘하고 있다.

프로바이더 책임제한법에 의거하여, 자기의 권리를 침해당한 특정 개인은 프로바이더 등에 대해 삭제요청을 행할 수 있으며, 삭제요청을 받은 프로바이더 등은 법이 규정하는 요건을 충족한 경우에는, 삭제 등의 조치를 강구하여도 손해배상책임을 부담하지 않는다. 이에 프로바이더 등에 의한 임의 삭제조치가 촉진되었다.

또한, 프로바이더 책임제한법은, 자기의 권리를 침해받은 특정인에게 프로바이더 등에 대해 발신자 정보공개청구권을 부여하고 있으며, 이로 인해 위법한 게시를 한 개인에 대해 책임 추궁이 가능해졌다. 그러나 프로바이더 책임제한법이 삭제요청·발신자 정보공개청구의 대상으로 하는 “타인의 권리를 침해한 정보”는 현재 특정 개인의 권리를 침해하는 정보에 한정되는 것으로 해석되고 있으며, 어떤 인종·민족에 속하는 불특정 다수를 향한 혐오표현에 대해서는 동법의 적용을 받지 못한다.

2) 불법·유해정보에 대한 종래의 대응

한편, 지금까지 특정 개인의 권리침해 정보가 아닌 정보에 대해서도, 프로바이더 또는 관계단체 등의 자주적 조직에 의해 유통방지 조치가 강구되어 왔다. 예를 들면, 특정 개인의 권리침해에 직결되지 않은 불법정보(인터넷상의 유통이 법령에 위반하는 정보) 또는 유해정보(공서양속에 반하는 정보 또는 위법행위를 초래할 수 있는 정보 등)에 대해서는, 프로바이더가 제정한 계약 약관상 삭제조치의 대상이 되거나, 업계 단체 등이 통보창구를 설치하여, 경찰 등과 연계하여 프로바이더에게 삭제의뢰를 행하는 대응이 이뤄져 왔다. 이와 같은 대응으로, 아동 포르노, 자살이나 범죄에 유인하는 정보 등의 신속한 제거가 가능했다.

3) 혐오표현 정보의 유통방지에 대한 늦은 대응

그러나 불특정 다수를 향한 혐오표현의 경우, 이러한 자주적 대응의 대상으로부터 누락되었던 것이 현 실정이다. 예를 들면, 통신관련업계 4개의 단체 대표자로 구성된 「위법정보 등 대응 연합회」가 작성 공표하는 “불법·유해정보에 대한 대응 등에 관한 계약약관 모델 조항(이하, ‘모델조항’이라 함)”²¹⁰⁾은 “타인을 부당하게 차별 또는 비방·모욕하고, 타인에 대한 부당한 차별을 조장하거나 그 명예 또는 신용을 훼손하는 행위”를 금지 사항으로 규정²¹¹⁾하고 있지만, “불법·유해정보에의 대응 등에 관한 계약약관 모델조항의 해설(이하, ‘모델조항해설’이라 함)”²¹²⁾에서는 “구체적으로는 특정 개인의 명예를 훼손하는 내용이나 모욕하는 내용의 문장 등을 홈페이지 등에 게재하는 행위, 국적, 출신지 등을 이유로 한 개인에 대한 부당한 차별을 조장하는 등의 행위가 이에 해당한다.”라고 하는 해설이 첨부되어 있으며, 특정 개인에 대한 혐오표현이 아니라면, 금지 사항에 직접 해당하지 않는 것처럼 해석되어 있다.

나. 최근의 변화

210) 違法·有害情報への対応に関する契約約款モデル条項 URL: https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/illegal_info/pdf/The_contract_article_model_Ver11.pdf

211) 불법·유해정보에 대한 대응 등에 관한 계약약관 모델 조항 제1조 제3호.

212) 違法·有害情報への対応等に関する契約約款モデル条項の解説 URL: https://www.telesa.or.jp/ftp-content/consortium/illegal_info/pdf/Explanation_of_The_contract_article_model_Ver11-1.pdf

그런데 일본 법무성은 2019년 3월 8일, 인터넷 상의 혐오표현이나 차별적 언사와 관련한 삭제 등의 구제조치의 대상을 개인만이 아니라 집단에까지 확대시키는 지침을 각 지방 법무국에 통지했다.

인터넷 상의 혐오표현이 문제시 되는 가운데, 6개월 동안 프로바이더나 통신사업자, SNS 또는 플랫폼 사업자 등과 함께 검토를 거듭한 결과이다. 전술한 바와 같이, 법무성 인권옹호국²¹³⁾은 지금까지도 인터넷 상의 인권침해에 관한 통지가 있는 경우, 프로바이더에게 삭제요청 또는 조언을 실시해 왔다. 다만, 인권침해 가운데에서도 「차별적 언동」의 대상은 「특정」되어야 했다. 그러나 최근 혐오표현 등, 「부당한 차별적 언동은 집단이나 불특정 다수인에 대해 이루어진 것이 적지 않은」 가운데, 대응할 수 없었던 경우가 많아 이 범위를 확대하기로 한 것이다.

1) 새롭게 대상이 되는 것

새롭게 대상이 되는 것은, ① 집단 등을 구성하는 자연인의 존재가 인정되는 것, ② 집단 등에 속하는 사람이 정신적 고통 등을 받는 등의 구체적 피해가 발생하고 있다(또는 그런 우려가 있다)고 인정되는 차별적 언동이다.

따라서 인권옹호국은 특정 인종이나 출신의 범위까지는 대응할 수 없지만, “○○시 ○○구” 등의 지명이나, 학교·조직명 등의 지명에 대응할 수 있다고 주장한다. 다시 말해, “○○에 거주하는 재일한국인”, “○○조선학교의 학생”, “○○회사의 사원” 등과 같은 언동이 새롭게 대상이 되었다. 구체적 피해에 대해서는, ‘사회적 통념에 비추어 객관적으로 판단’한다고 하며, 실제로 피해를 입은 사람들의 피해 실태의 청취가 반드시 필요한 것은 아니라고 하고 있다.

그러므로, “○○인” 등의 범주는 대상에서 제외된다. 다만, 전술한 ① 또는 ②에 해당하지 않아 삭제요청이 불가능한 경우에도, 헤이트스피치 억제법 제2조의 ‘본토 이외의 출신자에 대한 부당한 차별적 언동’에 해당하는 경우는, 프로바이더에 대해 삭제 등의 대응을 촉구하고 있다. 또한 2019년 4월 9일 참의원 법무위원회에 참석한 인권옹호국장은, 이러한 해석이 “가두 시위에서의 차별적 언동에도 적용된다.”는 견해를 나타내고 있다.

213) URL: <http://www.moj.go.jp/JINKEN/>

2) 의의

이러한 법무성의 방침은, 특정되지 않아도 마이너리티의 속성을 가지는 개개인에 구체적 손해를 야기하는 실태에 주목하고, 피해구제의 관점에서 “특정”의 개념을 확대한 것으로 평가할 수 있다.

Ⅲ. 판례 현황

1. 교토 조선학교에 대한 혐오표현을 둘러싼 사건

본건은, 재특회(在特會)의 회원 등(본건에서는 재특회 이외에, ‘주권회복을 지향하는 모임’의 회원이나 이들 단체의 회원이 아닌 자도 관계하고 있다. 이하에서는 ‘Y 등’이라고 함.)이 교토 조선 제일 초급학교 부근에서, 3회에 걸쳐 행한 시위활동이 문제가 된 사건이다. 이들 시위활동에 있어서도 Y 등은 확성기를 사용하여, ‘(본건 학교는) 공원을 50년 동안 불법 점거하고 있다.’, ‘우리 선조의 토지를 빼앗았다. 전쟁 중, 남자들이 없는 틈을 타서 여자를 강간하여 빼앗은 것이 이 토지’, ‘여기는 북한 스파이 양성기관’, ‘범죄자에게 교육받은 아이들’, ‘이놈들은 밀입국의 자손’, ‘약속이라는 것은, 인간 간에 하는 것이다. 인간과 조센징과의 약속은 성립하지 않는다.’, ‘일본을 떠나’, ‘조센징을 보건소에서 처분해라’, ‘강아지가 훨씬 똑똑하다.’, ‘바퀴벌레 조센징’ 등과 같은 모욕적 발언을 행했다. 또한 Y 등은 그 영상을 인터넷을 통해 공개했다(이하, 일련의 행위를 ‘본건 행동’이라 함).

Y 등의 본건 행동이 위력업무방해를 실시한 때에 모욕죄에도 해당한다고 하여 기소되었다. 또한 교토 조선 제일 초급학교를 운영하는 학교법인 교토조선학원은, Y 등에 의한 본건 활동이 불법행위에 해당한다고 하여 손해배상 및 시위활동 등의 금지를 구하는 소송을 제기했다.

가. 형사재판

1) 제1심

모욕죄의 규정은 명확성의 원칙에 반하여 위헌이며, 가령 그렇지 않다고 하여도

이것을 정치적 언동에 대하여 적용하는 것은 위헌이라는 Y 등의 주장에 대하여, 교토지방법원은 ‘모욕죄의 구성요건은 명확하기 때문에, 이것이 헌법에 위반하지 않는다는 것은 명확하며, 정치적 목적을 가지는 것 하나만으로 공연히 사람을 모욕하는 행위가 모두 허용된다고 할 수 없다.’고 판시했다.

또한 본건 각 행위가 정치적 언론에 해당하며, 위법성이 없다는 등의 주장에 대해서는 본건 각 행위는 허용될 여지가 없으며, 특히 본건 기물파손행위를 정당한 정치적 표현으로 볼 여지는 없다고 판단했다. 또한 피고인들의 행위는 모두 정당한 정치적 표현의 한도를 탈피한 위법한 것으로 인정되고, 그에 대해 경찰관이 제지 조치를 강구하지 않았다는 사정을 고려해도 변하는 것은 없으며, 고의 또는 위법성의 의식 및 가별성, 위법성의 주장 등 역시 포함하여 변호인의 주장은 모두 채용될 수 없다고 판시하며, 피고인 1명을 징역 2년에, 2명을 징역 1년 6월에, 1명을 징역 1년에 처했다(모두 집행유예 함께 선고됨).²¹⁴⁾

2) 제2심 및 제3심

오사카 고등법원은 헌법 제21조 위반이라는 주장에 대해, 표현의 자유에 해당하는 행위라고 할지라도 무제한으로 허용되는 것이 아니라, 공공의 복지 또는 다른 사람의 인권과 저촉됨에 따른 합리적 제한을 받는 것으로, 판시 사실과 같은 내용을, 평일 오후 시간대에 학교를 향해 확산기를 사용하여 외치는 것은 허용되는 행위라 할 수 없는 것으로, 본건에 대해 모욕죄를 적용하는 것이 헌법위반이라 할 수 없다고 판단하며 기각했다.²¹⁵⁾ 그리고 최고재판소에서도 본건에 대해 기각했다.²¹⁶⁾

나. 민사재판(교토지방법원)

1) 제1심

교토지방법원은 ‘우리나라의 법원은 인종차별철폐조약상 법률을 동 조약에 적합하도록 해석하는 책무를 부담하고 있다.’고 실시하고 있다. 또한 이를 위해 인종차별이 되는 행위가 무형손해를 발생시키고 있으며, 민법 제709조에 근거하여, ‘행위

214) 京都地判平成23年4月21日.

215) 大阪高判平成23年10月28日.

216) 最高裁決定平成24年2月23日.

자에 대해, 피해자에 대한 손해배상을 명할 수 있는 경우에 우리나라의 법원은 인종차별철폐조약상의 책무에 근거하여, 동 조약에서 정함에 적합하도록 무형손해에 대한 배상액을 인정해야 하는 것으로 해석되어야 한다.’고 판단하고 있다. 즉, ‘인종차별행위에 의한 무형손해가 발생한 경우, … 가해자에 대해 지불을 명하는 배상액은, 인종차별행위에 대한 효과적인 보호 및 구제조치가 되는 액수로 정해야 한다.’

교토지방법원은 Y 등의 본건 활동이 업무방해, 명예훼손의 불법행위에 해당하며, 나아가 ‘본건 활동이, 전체로서 재일조선인에 대해 차별의식을 세간에 호소할 의도 아래 행해진 것은, … 명확’하며, ‘보건 활동에 수반되는 업무방해와 명예훼손은, 모두 … 재일조선인이라는 민족적 출신에 근거한 배제로서, 재일조선인 평등의 입장에서 인권 및 기본적 자유의 향유를 저해할 목적을 가지는 것이라 할 수 있기 때문에, 전체로서 인종차별철폐조약 제1조 제1항 소정의 인종차별에 해당한다.’고 판시했다.

그리고 ‘명예훼손 등의 불법행위가 동시에 인종차별에도 해당하는 경우, 혹은 불법행위가 인종차별을 동기로 행해지는 경우에도, 인종차별철폐조약이 민사법의 해석적용에 직접적으로 영향을 미치며, 무형손해의 인정을 가중시키는 요인으로 작용하는 것을 부정할 수 없고’, 또한 ‘업무방해나 명예훼손이 인종차별로 행해진 본건의 경우, 우리나라의 법원에 대해 인종차별철폐조약 제2조 제1항 및 제6조로부터, 동 조약에 정함에 적합한 법 해석적용이 의무시 되는 결과, 법원이 행한 무형손해의 금전평가에 대해서도 고액의 것이 되지 않으면 안 된다.’고 했다.

교토지방법원은 이상과 같이 판시하며, Y 등에 대해 손해배상(약 1,200만 엔) 및 시위활동 등의 금지를 명했다.

2) 제2심 및 제3심

오사카 고등법원²¹⁷⁾은 1심과는 달리, ‘인종차별철폐조약은 … 사인 상호 관계를 직접 규율하는 것이 아니며 사인 상호의 관계에 적용 또는 유추 적용되는 것도 아니기 때문에, 그 취지는 민법 제709조 등의 개별 규정의 해석적용을 통해, 다른 헌법원리 또는 사적자치의 원칙과의 조화를 도모하면서 실현시켜야 하는 것이다.’

217) 大阪高判平成25年7月8日.

라고 판시했다. 따라서, ‘사인 간에서 일정 집단에 속하는 자의 전체에 대한 인종 차별적 발언이 행해진 경우에는, 상기 발언이 헌법 제13조, 제14조 제1항이나 인종차별철폐조약의 취지에 비추어 합리적 이유를 결하고, 사회적으로 허용되는 범위를 초과하여, 타인의 법적 이익을 침해한다고 인정되는 경우에는, 민법 제709조에서 이야기하는 “타인의 권리 또는 법률상 보장된 이익을 침해했다.”고 하는 요건을 충족한 것으로 해석해야 하며, 이에 의해 발생한 손해를 가해자에게 배상하도록 하여, … 인종차별철폐조약의 취지를 사인 간에도 실현시켜야 한다.’ 그리고, ‘인종차별철폐조약의 취지는, 당해 행위의 악질성을 기초로 하는 것으로, 불합리, 부조리한 불법행위에 의한 피해 감정, 정신적 고통 등의 무형손해라는 관점에서 당연히 고려된다.’

그리고 오사카 고등법원은, 본건 활동의 발언은, ‘오직 재일조선인을 우리나라로부터 배제하고, 일본인이나 다른 외국인과 평등의 입장에서 인권 및 기본적 자유를 향유하는 것을 방해하고자 하는 것으로서, … 인종차별철폐조약 제1조 제1항에서 말하는 “인종차별”에 해당’하며, 또한 ‘본건 발언은, … 재일조선인을 혐오, 멸시하여 그 인격을 부정하고, 재일조선인에 대한 차별의식을 세간에 호소하여, 우리나라의 사회로부터 재일조선인을 배척해야 한다는 견해를 목소리 높여 주장하는 것이며, 주로 공익을 피할 목적이었다고 할 수 없다.’고 판단하며, 1심의 판단을 인정하고, Y 등의 항소를 기각했다. 이에 Y 등은 상고했지만, 최고재판소는 상고를 기각했다.²¹⁸⁾

다. 소결

교토 조선학교 사건의 경우, 형사재판은 그다지 주목받지 못했지만, 민사재판은 그 손해배상액의 규모 때문에 신문 등에서도 크게 다루어졌다. 오사카 고등법원·교토지방법원 모두 본건에서 문제가 된 발언은, 재일조선인이 ‘평등의 입장에서 인권 및 기본적 자유를 향유하는 것을 방해하고자 한 것’이며, 인종차별철폐조약 제1조 제1항의 ‘인종차별’에 해당한다고 지적했다. 이것은 틀림없이 혐오표현 문제의 본질을 명확히 표현²¹⁹⁾하는 것이라 할 수 있다. 그리고 민법 제709조 소정의 불법행위에 해당함과 동시에, ‘인종차별’에 해당하는 경우에는 손해배상액의 산정에서

218) 最高裁決定平成26年12月9日.

219) 奈須祐治 (2019). 〈ヘイト・スピーチ法の比較研究〉. 信山社, 417-21頁.

그 악질성이 고려된다고 판단했다. 본 판결에 의해, ‘적어도 특정의 개인이나 단체의 대상이 된 혐오표현에 대한 실효적 구제가 가능하게 된 점’²²⁰⁾은 본 판결의 큰 의의라 할 수 있다.

그러나 본건 민사판결은 어디까지나 ‘업무방해와 명예훼손의 불법행위 책임만을 인정한 판결’이며, 결코 혐오표현 그 자체를 위법이라 판단한 것은 아니다.²²¹⁾ 1심 교토지방법원이 지적한 것처럼, ‘어떤 집단에 속하는 자의 전체에 대한’ 혐오표현에 대해서는, ‘개인에게 구체적인 손해가 발생하지 않음에도 불구하고 … 어떤 집단에 속하는 자에 대해 배상금의 지급을 명하는 것은 … 불법행위에 관한 민법의 해석을 탈피하고 있는 것이라 말하지 않을 수 없으며, 새로운 입법을 행하는 것은 불가능’²²²⁾하다. 이처럼 개인 또는 특정의 단체가 아니라, 불특정 다수—인종 등의 일정의 집단에 속하는 자 전체—에 대한 혐오표현에 대해서는, 현행법상의 해석상 불법행위에 해당하지 않는다. 이 점은 형사규제도 마찬가지이다.

본건은 일본의 법제도의 한계를 드러낸 판례라고 할 수 있다.²²³⁾ 즉, 기존의 법을 적용할 수 있는 것은 특정 개인 또는 단체에 대한 혐오표현뿐이다. 불특정다수에 대한 혐오표현을 규제하려면, 새로운 법의 제정이 필요하다.

2. 혐오 데모 금지사건

가. 사건개요

채권자 X는 가와사키시(川崎市) 시내의 재일조선인이 집단 거주하는 사쿠라기 지구(桜木地区)에서 고령자·장애자 교통시설 등을 운영하는 회사복지법인이다. X의 사업소 및 시설은 주 사무소의 입구부터 반경 500m 이내에 소재한다. X의 이 사장은 한국 국적으로, X의 직원 및 시설이용자에는 많은 재일조선인이 포함되어 있다. 한편 채무자 Y는 재일조선인의 배척을 주장해온 활동가이다. Y 주최의 2015년 11월의 데모(가와사키發! 일본정화데모) 및 이듬해 1월의 데모(同 ‘제2

220) 奈須祐治 (2013). 大きな意義を持つ京都地裁判決—この国の法制度の限界も明らかに. 〈Journalism〉 282号, 110-15頁.

221) 梶原健佑 (2013). 名誉毀損不法行為責任と人種差別的発言 : 京都地判平成25年10月7日判時2208号74頁. 〈山口経済学雑誌〉 6卷24号, 109, 118頁.

222) 大阪高判平成25年7月8日判時2208号74, 96頁.

223) 奈須祐治 (2014). 判批. 〈新・判例解説 Watch〉 14号, 18頁.

탄)에서는, 사쿠라기에서의 진행이 계획되었지만, 항의하는 지역주민 등에 의해 저지당했다. 이들 데모에서 Y와 데모참가자는 ‘조선인을 내쫓아버리자.’, ‘가와사키에 사는 쓰레기, 구더기, 진드기를 구축하는 데모를 하게 되었습니다.’, ‘한 명도 남기지 말고 일본에서 나갈 때까지.’ 등의 발언을 해왔다. Y가 2016년 6월 5일에 상기 데모의 ‘제3탄’ 실시를 예고함에 따라, X는 그 데모 등을 금지하는 가처분 명령을 요코하마 지방법원 가와사키지부에 신청했다.

나. 판결요지

요코하마 지방법원 가와사키지부는, 다음과 같은 이유로 신청을 받아들이며, 가처분 명령을 내렸다.²²⁴⁾ 명령의 내용은 대체로 다음과 같다. Y는 X의 주 사무소의 입구부터 반경 500m 이내에서 데모를 진행하거나, 가두시위 차량 등에 의해, ‘죽어, 죽여 버려’, ‘바퀴벌레 조센징은 꺼져버려’ 등의 단어를 사용하여, 재일한국, 조선인 및 그 자손 등에 대해 「헤이트스피치 억제법」 제2조에서 말하는 차별적 언동을 행하는 등, X의 사업을 방해하는 일체의 행동을 해서는 아니 되며, 또한 제3자에 그것을 행하게 해서도 아니 된다.

① 누구든지 생활의 기반으로 거주함에 평온하게 생활하고 인격을 형성하면서, 자유롭게 활동함으로써, 그 품성, 덕행, 명성, 신용 등의 인격적 가치에 대해 사회로부터 평가를 획득한다. 이들이 거주와 관련하여 평온하게 생활할 권리, 자유롭게 활동할 권리, 명예, 신용을 보유할 권리는, 헌법 제13조에서 유래하는 인격권으로 강하게 보호되며 또한 본법에 적법하게 거주하는 자에게 동등하게 보장된다.

② 본국 이외 출신자가, 오로지 본법의 영역 이외에 있는 국가 또는 지역의 출신인 것을 이유로 차별받아, 본법의 지역사회로부터 배제되지 않는 권리는, ... 상기의 인격권을 향유하기 위한 전제가 되는 것으로 강하게 보호된다. 특히 우리나라(일본)가 비준한 인종차별철폐조약의 각 규정(제1조 제1항, 제2조 제1항, 제6조) 및 헌법 제14조가 인종 등에 의한 차별을 금지하고 있는 것, ... 차별적 언동 해소법이 제정되어, 시행을 앞두고 있음을 감안하면, 그 보호는 매우 중요하다. 또한 본국 이

²²⁴⁾ 横浜地川崎支決平28年6月2日判時2296号14頁.

외의 출신자의 자신의 민족이나 출신국, 지역과 관련한 감정, 심정이나 신념은 그들의 인격형성의 초석이 되며, 개인의 존엄의 가장 근원적인 것으로, 본국에서 다른 사람도 이것을 위법하게 침해해서는 아니 되며, 상호 이것을 존중해야 한다.

③ 그래서, 오로지 본국 이외의 출신자에 대한 차별적 의식을 조장하거나 유발하는 목적으로, 공연히 그 생명, 신체, 자유, 명예 혹은 재산에 위해를 가할 의지를 고지 … 하는 등으로, … 본국 이외의 출신자를 지역사회로부터 배제하는 것을 선동하는 차별적 언동해소법 제2조에 해당하는 차별적 언동은, 상기의 … 인격권에 대한 위법한 침해 행동에 해당하는 것으로 불법행위를 구성한다. 인격권을 침해하는 정도가 현저한 경우에는 해당 권리자는 … 인격권을 기초로 방해배제청구권으로서 그 차별적 언동의 금지를 청구할 권리를 가진다.

④ 무엇보다도 그 인격권의 침해행위가 침해자들에 의한 집회 또는 집단에 의한 시위활동 등으로 행해지는 경우에는, 헌법 제21조가 규정하는 집회의 자유, 표현의 자유와의 조절을 배려할 필요가 있기 때문에, 그 침해행위를 사전에 방지하기 위해서는, 그 침해권리의 종류 및 성질과 침해행위의 양태, 침해의 정도와의 상관관계에서 위법성의 정도를 검토하는 것이 상당하다.

⑤ 피침해 권리인 인격권은, 헌법 및 법률로 보장되고 보호되는 강력한 권리이다. 한편 침해행위인 차별적 언동은, … 고의 또는 중대한 과실에 의해 인격권을 침해하는 것이며, 그리고 오로지 본국 이외의 출신자에 대한 차별적 의식을 조장하거나 유발하는 목적에서, 공연히 그 생명, 신체, 자유, 명예 혹은 재산에 위해를 가할 뜻을 고지하고, 또는 본국 이외의 출신자의 명예를 훼손하고 또는 현저히 모욕하는 것이다. 나아가 가두시위 차량이나 스피커의 사용 등의 … 행위의 태양도 함께 고려하면, 그 위법성은 현저하다고 할 수 있으며, 오히려 헌법이 정하는 집회 또는 표현의 자유의 보장 범위 외임이 명확하고, 사법상으로도 권리남용이라 할 수 있다. 덧붙여, 이 인격권의 침해에 대한 사후적 권리의 회복은 매우 곤란한 것으로, 사전 예방은 허용된다.

⑥ 법인은 '사무소에서 평온하게 사업을 행할 권리, 자유롭게 사업의 활동을 할

권리, 명예, 신용을 보유할 권리'를 가지는 것으로, 법인에게도 가처분을 청구(금지 청구)할 권리가 인정된다.

다. 소결

이 사건은 특정의 개인이나 단체를 대상으로 하는 것이 아닌 마이너리티 집단 거주 지역을 대상으로 하는 혐오데모를 사전에 금지하는 것이 가능한가가 다투어진 것이다. 「헤이트스피치 억제법」이 2016년 5월 24일에 제정되어, 6월 5일에 시행되었는데, 본 결정은 그 3일 전에 내려진 것임에도 불구하고, 시행 전의 「헤이트스피치 억제법」을 적극적으로 참조하여 혐오데모의 금지를 인정했다는 점에 그 의의가 있다.

3. 인터넷 상의 혐오표현을 둘러싼 사건

인터넷 상의 혐오표현에 의한 피해를 둘러싼 판례로는, 도쿄 지방법원과 오사카 지방법원이 재특회 및 사쿠라이 마코토(桜井誠)에게 위자료 지급을 명한 판례가 대표적이다.

가. 도쿄 지방법원 판결

이 사건은 사쿠라이 마코토(桜井誠)가 참의원 의원인 아리타 요시후(有田芳生)의 “(사쿠라이는) 존재 그 자체가 혐오표현”, “차별에 기생해 살고 있다”고 하는 트위터에 대해 손해배상을 구함으로써 판례로부터 시작되었다. 도쿄지방법원은 아리타의 트위터를 혐오표현에 반대하는 취지를 담고 있다며 공익성을 인정하고, 사쿠라이의 과거 발언은 차별발언이며 헤이트스피치 억제법 위반이라 결론지으며 원고 패소 판단을 내렸다.²²⁵⁾

나. 오사카 지방법원 판결

이신혜(李信惠)²²⁶⁾는 2014년 8월 18일, 민족차별적 발언으로 명예를 훼손시켰다

225) 在特会の言動は「差別的」 元会長の損害賠償請求を棄却 URL: <https://www.asahi.com/article/s/ASK9V5RX0K9VUTIL037.html>

226) 동오사카시 출신으로 1971년 8월 18일 생의 재일한국인 2.5세 기자이다.

는 취지로 재특회 사쿠라이 전 회장 및 재특회에 550만 엔(이하, '재특회 사건'이라 함), 인터넷 게시물 정리 사이트 보수속보(保守速報) 운영자에 2,200만 엔의 손해 배상을 청구(이하, '보수속보 사건'이라 함)한 소송을 오사카 지방법원에 제기했다.

먼저, 재특회 사건에서 사쿠라이는 고베시(神戸市)에서의 가두행진 및 단문투고 사이트(트위터)에서, 민족·성별·연령을 모욕하는 발언 및 게시물을 게재한 것이 문제가 됐다. 본 사안에 대해 오사카 지방법원은 2016년 9월 27일 77만 엔의 위자료를 지급하라 명령했다.²²⁷⁾²²⁸⁾²²⁹⁾ 이에, 재특회 등은 항소, 상고하였지만, 2017년 11월 29일 최고재판소는 재특회 측의 상고를 기각하고, 재특회 측에 77만 엔의 배상을 확정했다.

그리고 보수속보 사건은 인터넷에 게시된 여러 게시물을 종합하여 정리해 주는 사이트인 '보수속보'가 민족성을 모욕하는 게시물 기사를 게재했다는 이유로 제기된 것이다. 1심에서 보수속보 관리자에게 200만 엔의 배상을 명하는 판결을 내리며, “퍼온 기사[轉載]²³⁰⁾ 또는 “종합 정리” 행위에 대해 실제로 손해배상 청구가 인정된 최초의 사례가 되었다. 2심에서도 1심의 판결이 유지되어, 해당 사이트 관리자는 상고하였지만, 2018년 12월 11일 최고재판소에서 200만 엔의 배상이 확정되었다.

다. 기타

이 밖에도 2018년 12월, 오이타현(大分県)에 거주하는 남성이 한국 국적의 소년을 비방하는 혐오표현을 블로그에 게재한 사건에서, 소년이 거주하고 있는 가나가와현(神奈川県)의 가와사키시(川崎市) 가와사키구(川崎区) 검찰이 모욕죄로 약식 기소하여, 2019년 1월 가와사키 간이재판소가 벌금 9,000엔의 약식명령을 내린 사례가 있다.²³¹⁾ 본 사건은 2018년 가나가와현에 거주하는 한국 국적의 15세 소년이 실명으로 인종차별에 반대하는 생각을 밝힌 취재기사를, 오이타현에 거주하는

227) “ヘイトスピーチ賠償命令 在特会、ネットで「差別助長」大阪地裁”. 読売新聞大阪朝刊. (2016年9月28日)

228) “ヘイトスピーチ訴訟 大阪地裁、在特会に賠償命令「差別を助長」”. 毎日新聞西部朝刊. (2016年9月28日)

229) “在特会ヘイトスピーチ、77万円賠償命令 大阪地裁判決”. 朝日新聞デジタル. (2016年9月27日)

230) 다른 곳에 게재된 게시물을 가져와 해당 사이트에 다시 게재하는 행위를 의미한다.

231) URL: https://web.archive.org/web/20190122094656/https://news.tbs.co.jp/newseye/tbs_newseye3575685.htm

66세의 남성이 익명 블로그에서 소년의 실명을 노출하여, 재일한국인·조선인에 대한 차별적 게시물을 작성한 것이 문제된 사안이다. 게시자는 블로그는 일기 형식이며, 소년 개인을 겨냥한 것이 아니라며 반박했지만, 가와사키 간이재판소는 남성의 불법행위를 인정했다. 본 판결은 인터넷상에서 혐오표현에 대해 처음으로 형사벌이 내려진 판결로서 그 의의가 있다.

IV. 자율 규제

2016년 재일 한국인 모자를 비방한 인터넷 게시물에 대해, 요코하마 지방 법무국은 “인격권을 침해한다.”고 판단하여, 트위터, 구글, 인터넷 서비스 제공자 3사에 삭제요청을 실시하였다.²³²⁾ 또한 2017년 1월에는 동 법무국의 요청에 따라, 라인(LINE)이 종합정리 사이트(일명, ‘마토메 사이트’라 함)의 해당 스레드(thread)를 삭제했다.²³³⁾ 본 삭제 요청은 공권력으로 표현의 자유를 제약하는 것이 아니라, ISP가 정하는 이용규약에 의거하여 적절하게 운영하도록 하는 것으로 자율규제라 할 수 있다. 이처럼 일본의 ISP들은 권력에 의한 강제적 삭제를 피하고 표현의 자유를 보장하기 위하여 스스로 정한 기준에 따라, 자주적으로 규제하는 모습도 보이고 있다.²³⁴⁾

또한 여러 시민단체는 혐오표현에 대해 강력하게 저항하며, 항의운동을 전개하고 있다. 예를 들어, 2017년 9월 9일에는 일본의 반(反) 차별 운동단체로 알려진 ‘C.R.A.C(Counter-Racist Action Collective)’나 인종차별에 대항하는 지식인들이 결성한 ‘노리코에넷(のりこえねっと)’ 등이 참가한 집회에서는 트위터 재팬 앞에서 혐오표현이 포함된 게시물의 감시나 즉시 삭제를 요구하는 항의운동이 행해지기도 했다.²³⁵⁾

232) 石橋学. “差別ブログを削除 法務局要請で運営会社”. 神奈川新聞(2016年10月29日), 22頁.

233) 石橋学. “在日3世への差別書き込み まとめサイトも削除 LINE 法務局要請応じ”. 神奈川新聞(2017年1月21日), 24頁.

234) 나아가, 전술한 바와 같이 2019년 3월 8일에는 일본 법무성이 인터넷 상의 혐오표현과 관련한 삭제 등의 구제조치의 대상을 개인만이 아니라 집단으로까지 확대하는 지침을 각 지방 법무국에 통지하기도 했다.

235) URL: <https://www.sankei.com/life/news/170908/lif1709080047-n1.html>

V. 소결

1. 일본의 혐오표현 규제 현황과 법제

가. 실태 및 논의배경

일본에서는 종래 부락차별 표현의 규제가 주된 논의의 대상이 되었지만, 정부가 대체로 규제에 소극적이었으며 시민단체 내부에서도 규제에 관한 의견이 나누어져, 결국 규제가 실현되지 못했다. 다만, 일부의 지방자치단체의 조례에서 한정적인 법규제가 이루어졌음을 확인할 수 있었다. 인종차별철폐조약, 인권옹호법안을 둘러싸고 혐오표현 규제논의가 다시 제기되었지만, 표현의 자유를 존중하고자 하는 목소리가 강하여 규제는 이뤄지지 못했다.

2000년 후반 이후 혐오표현이 과격화됨에 따라, 다시 격렬하게 논의가 제기되었는데, 야당의원 제출에 의한 인종차별철폐추진법안은 성립되지 못하였지만, 여당의원이 제출한 「헤이트스피치 억제법」이 2016년 제정되었다. 이 법률은 형사처벌을 부과하는 것이 아니라 차별적 언동을 용납하지 않는다고 함에 그치지만, 다른 법률의 해석지침이 됨을 의도한 것으로 실제 법원에 의해 혐오표현 데모의 금지를 인정할 때에 근거로 인용되었다. 또한 「헤이트스피치 억제법」이 제정된 2016년에는 「부락차별해소추진법」도 제정되었다. 지방자치단체 차원에서는 오사카시를 비롯하여 여러 지방자치단체가 주축이 되어 혐오표현에 대한 확산 방지조치 등을 정한 「헤이트 스피치 대처에 관한 조례」가 제정되었다.

나. 입법현황

앞에서 살펴본 바와 같이 일본의 경우, 기존의 법제도 하에서 특정 개인이나 법인에 대한 혐오표현에 대해 규제하는 것은 가능하지만, 불특정다수로 구성된 인종 집단 전체에 대한 혐오표현을 규제하는 것은 어렵다.

일본은 현재 심각한 사회문제가 되는 혐오표현을 규제하기 위하여, 2016년 「헤이트스피치 억제법」을 제정하였다. 본 법은 일본에서 처음으로 제정된 반인종차별법으로서 그 의의가 있다고 하겠다. 그러나 벌칙 규정을 제정하지 않았기 때문에, 그 실효성에 의문이 제기되며, 개정의 목소리가 커지고 있다.

오사카시를 비롯한 여러 지자체에서도 헤이트스피치의 대처에 관한 조례 등을 제정하여 혐오표현의 확산 방지 및 피해구제에 적극 노력하고 있다. 대부분의 조례의 내용은, 혐오표현의 정의를 명확히 함과 동시에 헌법에서 보장하고 있는 표현의 자유 역시 충분히 배려하고, 시민 등의 인권옹호, 혐오표현의 억제를 위해, 현행의 법제도를 바탕으로 가능한 조치 등을 정하고 있다. 그런데 이 가운데가와 사키시의 조례(안)이 유독 주목을 받고 있다. 일정 요건에 해당하는 혐오표현에 대해서는, 벌칙 등의 형사벌(벌금 최고 50만 엔)을 규정하고 있기 때문이다.

이 밖에도 인터넷 상에서의 혐오표현 유통 및 확산방지를 위하여, 프로바이더 책임제한법 등을 제정하여 운영²³⁶⁾하고 있다. 그러나 불특정 다수를 향한 혐오표현에 대해서는, 이러한 자주적 대응의 대상으로부터 누락됨에 따라, 일본 법무성은 2019년 3월 8일, 인터넷 상의 혐오표현이나 차별적 언사와 관련한 삭제 등의 구제조치의 대상을 개인만이 아니라 집단에까지 확대시키는 지침을 각 지방 법무국에 통지하여, 그 범위를 확대하고 있다.

다. 판례 현황

일본에서 혐오표현과 관련된 대표 판결은, ‘교토 조선학교 사건’이다. 그러나 이 사건의 민사판결은 결코 혐오표현 그 자체를 위법이라 판단한 것이 아니라, 업무방해와 명예훼손의 불법행위 책임만을 인정한 판결이라는 점을 분명히 하고 싶다. 즉, 일본에서는 개인 또는 특정의 단체가 아닌 불특정 다수에 대한 혐오표현에 대해서는, 현행법상의 불법행위에 해당하지 않는다. 손해배상액의 규모로 주목을 받긴 하였지만, 해당 사건은 일본의 법제도의 한계를 명확히 드러낸 판례라고 할 수 있다.

이 밖에도 오프라인에서 이루어지는 혐오표현이 아니라 인터넷 상, 즉 온라인에서 이루어지는 혐오표현에 의한 피해를 다루는 사건도 최근 급증하고 있다. 특히 도쿄 지방법원은 재특회 간부인 사쿠라이 마코토에 대해 “(그의) 존재 자체가 혐오표현”이라 게시한 참의원 의원인 아리타의 트윗에 대해, 공익성을 인정하며 원고패소 판결을 내렸다. 즉, 사쿠라이의 과거 발언이 명백한 혐오표현으로 헤이트스피치 억제법 위반이므로 이에 대한 반대의 취지를 담고 있는 게시물에 공익성을 높이

²³⁶⁾ 자기의 권리를 침해당한 특정개인은 프로바이더 등에 대해 삭제요청을 행할 수 있으며, 삭제요청을 받은 프로바이더 등은 법이 규정하는 요건을 충족한 경우에는, 삭제 등의 조치를 강구하여도 손해배상책임을 부담하지 않는다.

판단한 것이다. 나아가 혐오표현 게시물을 작성한 것이 아니라, 작성된 게시물을 퍼오거나 종합 정리하여 게시한 게시물에 대해서도 손해배상 청구를 인정하고 있음에 주목할 필요가 있다.

라. 자율규제 현황

온라인 자율규제와 관련하여 일본은 정부의 개입보다는 ISP의 자율규제를 확보하는 방향을 선호하고 있는 것으로 보인다. 또한 재특회 등 혐오집회의 확산에 일본 시민들이 항의집회를 전개해나갔는데, 이는 시민들의 ISP 스스로 혐오표현에 대응을 할 것을 요청하는 집회로 이어지기도 하였다.

2. 일본의 혐오표현과 국내 시사점

우리나라에서도 혐오표현의 해악으로 인해 관련 문제가 심각한 사회문제로 대두되고 있으나, 대부분의 혐오표현은 피해자를 특정하고 있지 않기 때문에 현행 법률로는 규제하기 어렵다. 이에 시민사회 및 국회는 해결책으로서 혐오표현을 규제하기 위한 새로운 법률안을 제정하기 위해 노력하고 있다. 그러나 혐오표현에 대한 규제는 표현의 자유에 대한 침해의 문제로 귀결된다는 반대의 목소리도 강하게 제기되고 있는 실정이다.

그러나 혐오표현에 대한 규제는 ‘표현의 자유’와의 충돌의 관점에서 바라보는 것이 아니라, 혐오표현의 해악의 심각성에 초점을 맞추어 혐오표현의 궁극적 목표가, 피해자 또는 피해자 그룹을 우리사회로부터 차별하고 소외시키기 위한 행위임을 기억해야 할 것이다. 이에 혐오표현에 대한 규제는 타당하다.

일본에서도 이와 같은 혐오표현의 해악의 심각성을 인지하고, 2016년 「헤이트스피치 억제법」을 제정하였다. 그러나 벌칙규정을 마련하지 않아, 그 실효성에 대해 의문이 제기되고 있으며 개정의 목소리까지 강하게 대두되고 있다. 인터넷 상에서의 혐오표현 유통 및 확산방지를 위해서는 「프로바이더 책임제한법」을 제정하였지만, 이 역시 불특정 다수에 대한 혐오표현은 규제대상에서 제외되었다. 이에, 2019년 3년 일본 법무성은 최근 방생하고 있는 불특정 다수인에 대한 혐오표현에 대응하기 어려운 문제점에 대한 반성으로, 규제대상을 개인에 대한 혐오표현뿐만 아니

라 집단에 대한 혐오표현까지 확대시키는 지침을 각 지방 법무국에 통지하였다.

우리나라는 일본의 사례를 거울삼아, 혐오표현에 대한 규제법규의 규제 내용 및 규제 방법에 대한 충분한 고민과 사회적 합의가 필요할 것이다. 특히 우리나라의 근현대의 역사적, 정치적 그리고 사회적 상황에 대한 깊은 이해를 바탕으로 한 규제방식이 요구된다.