

혐오표현: 표현의 자유와 차별 금지 — 유럽인권재판소의 최신 판례 분석을 중심으로 —

이 현 정*

목 차

- | | |
|------------------------------|--------------------------|
| I. 서론 | IV. 혐오표현의 '대상'과 관련된 판례: |
| II. 혐오표현에 관한 논의 | Beizaras and Levickas v. |
| III. 혐오표현의 '화자'와 관련된 판례 | Lithuania (2020) |
| : Atamanchuk v. Russia(2020) | V. 결론 |

I 국문초록 I

표현의 자유와 혐오표현의 관계를 정확히 어떻게 규명할 수 있는지 구체적인 기준을 제시하기는 어렵다. 우리가 경험적으로 알 수 있는 것은 혐오표현은 성별, 장애, 종교, 나이, 출신지역, 인종, 종족, 국적, 혈통, 성적지향 등 사람들의 고유한 정체성을 이유로 발생한다는 점이다. 특히 혐오표현은 해악을 구체적으로 찾는 것이 쉽지 않고 대부분 대상이 되는 개인이나 집단에게 모욕, 비하, 멸시, 위협 또는 차별·폭력의 선전과 선동을 함으로써 차별을 정당화하는 효과를 가지며, 정신적인 피해를 주기 때문에 이를 규제하는 것 또한 쉽지 않다. 국제인권법 하에서 표현의 자유는 모든 다른 인권들을 향유할 수 있도록 하는 데에 있어서 보다 근본적인 권리라고 간주되고 있으며, 이러한 이유로 표현의 자유에 대한 제한은 예외적이고, 그 조건을 좁게 해석하며, 엄격한 감시의 대상이 되어 왔다. 유럽인권재판소는

* 법학박사 (헌법), 변호사, 독일 엘랑겐 뉘른베르크 대학교 전임강사

논문접수일 : 2021. 12. 31., 심사개시일: 2022. 2. 7., 게재확정일 : 2022. 2. 23.

혐오 표현의 제한과 관련하여 어떠한 다른 목적을 달성하기 위해서라도 혐오 표현을 규제하는 법을 남용해서는 안 된다는 점을 분명히 확인한 바 있다. 2018년의 *Stomakhin v. Russia* 판례에서 유럽인권재판소는 국가는 혐오 표현을 범죄로 규정하고 그 범위를 결정할 때에는 신중하게 접근해야 하며, 혐오 표현에 대한 과도한 간섭을 피하기 위하여 관련 법적 규정을 엄격하게 해석해야 한다고 강조하였다.

유럽인권재판소는 *Atamanchuk v. Russia*(2020) 사안에서 청구인 *Atamanchuk*에게 부과된 형사처벌이 협약 제10조 위반인지 판단하기 위하여 3단계의 심사를 진행하였다. 첫 번째 단계는 청구인이 받은 제한이 법에 근거한 것인지 여부를 판단하는 것이고, 두 번째 단계는 청구인의 인권인 표현의 자유를 제한하는 이와 같은 형법 규정이 목적의 정당성을 갖는지 여부를 심사하는 것이며, 세 번째 단계는 형사 판결에 의한 청구인의 표현의 자유에 대한 침해가 민주 사회에서 필요한 것인지(*necessary in a democratic society*) 판단하는 것으로 비례의 원칙에 따른 심사이다. 유럽인권재판소는 해당 사안에서 러시아 정부가 유럽인권협약 제10조(표현의 자유)를 위반하지 않았다고 결론지었다.

유럽인권재판소는 혐오 표현의 ‘대상’과 관련된 판례로서 *Beizaras and Levickas v. Lithuania* (2020)에서 유럽인권협약 제10조가 규정하는 표현의 자유와 제8조가 규정하는 사생활을 존중할 권리가 충돌하는 경우, 어떤 권리가 우선하는지에 관한 문제를 중요하게 다루었다. 이 사안에서 유럽인권재판소는 사안을 둘러싼 전후사정(Context)을 파악하는데 많은 노력을 기울였으며, 이를 위하여 리투아니아의 성소수자 인권과 관련한 여러 보고서를 참조하여 리투아니아 당국이 유럽인권협약 제8조와 관련한 제14조를 위반하였다고 결론지었다. 유럽인권재판소는 이 판례를 통하여 리투아니아 당국의 심각한 동성애 혐오 표현 작성자들에 대한 기소 거부 행위는 청구인들에 대한 성적지향에 근거한 차별행위에 해당하고 리투아니아 당국은 성소수자들을 혐오 표현의 가해자들로부터 보호할 적극적인 의무를 부담한다고 판시하였다. 민주주의란 다양성을 존중하는 것이고 사회의 다수가

가진 의견이나 생각뿐만 아니라 소수에 속하는 사람들이 가진 의견이나 생각 또한 다수의 그것과 동등하게 존중되어야 한다는 유럽인권재판소의 판결 내용은 우리 사회에도 똑같이 적용되어야 한다.

주제어 : 혐오표현, 표현의 자유, 비례성의 원칙, 차별금지, 민주주의의 다원성

I. 서론

혐오표현(Hate Speech)은 표현의 자유 보호 범위의 바깥에 존재하는 것일까? 아니면 표현의 자유 보호 범위에 포함이 되는 것일까? 만약 표현의 자유의 보호 범위에 포함이 된다면 항상 표현의 자유의 틀 안에서 평가해야 할 것인가? 표현의 자유와 혐오표현으로 인한 폭력 방지의 균형을 어떻게 찾을 수 있을까? 혐오표현을 제지하지 않는 것을 혐오표현의 ‘대상’에 대한 차별 금지 원칙 위반으로 볼 수 있을까? 국가에게 혐오표현을 제지하고 혐오표현의 ‘대상’인 피해자들을 보호할 적극적 의무가 인정되는 것일까? 혐오 표현과 표현의 자유, 그리고 차별 금지에 관하여 제기될 수 있는 의문들이다.

혐오표현은 자유의 영역 안에서 허용되는 것으로 볼 것이 아니라 규율의 대상이며 또한 혐오표현은 인간본성에서 유래하는 것인데 반해 자유는 인간 이성에서 기원한다¹⁾고 볼 수 있다. 문제는 표현의 자유와 혐오표현의 관계를 정확히 어떻게 규명할 수 있는지에 관한 구체적 기준을 제시하기 어렵다는 점이다. 우리가 경험적으로 알 수 있는 것은 혐오표현은 성별, 장애, 종교, 나이, 출신지역, 인종, 종족, 국적, 혈통, 성적지향 등 사람들의 고유한 정체성을 이유

1) 채영길, “혐오표현 규제의 정당성과 방법적 논의”, 동서언로 제45호, 2019, 13면.

로 발생한다²⁾는 점이다. 특히 혐오표현은 일반적인 차별과는 달리 그 해악을 구체적으로 찾는 것이 쉽지 않고 대부분 그 ‘대상’인 개인이나 집단에게 모욕, 비하, 멸시, 위협 또는 차별·폭력의 선전과 선동을 함으로써 차별을 정당화하는 효과³⁾를 가지며, 정신적인 피해를 주기 때문에 이를 규제하는 것 또한 쉽지 않다.

다만 더 이상 이런 혐오표현이 보호되어야 할 사적 자유의 문제만은 아니라는 점은 분명해 보이고 최근 유럽인권재판소의 판례의 결론도 이와 결을 같이 한다. 즉 표현의 자유는 중요한 헌법적 가치를 가지는 권리이지만 혐오표현에 있어서 민주주의의 기본원리와 보편적 권리 보호 취지의 바깥에 존재하는 부분에 대하여 규제해야 할 필요성이 더욱 중요해진 것이다. 왜냐하면 혐오표현은 특정 개인에게만 피해가 머무르지 않고 사회 전체에 영향을 미치며 집단의 갈등을 지속적으로 유발하기 때문이다. 따라서 혐오표현에 대한 제재, 특히 형사처벌의 문제에서는 표현의 자유라는 중요한 가치와 표현에 의한 권리 침해의 중대성 간의 관계가 신중하게 다루어져야 한다.

국제인권법 하에서 표현의 자유는 모든 다른 인권들을 향유할 수 있도록 하는 데에 있어서 보다 근본적인 권리로 간주되고 있으며, 이러한 이유로 표현의 자유에 대한 제한은 예외적이고, 그 조건을 좁게 해석하며, 엄격한 감시의 대상이 된다. 이러한 제한에 관하여, UN 인권위원회(The Human Rights Committee)는 정당한 이유가 있더라도 그 제한이 ‘권리 자체를 위협에 빠뜨려서는 안 된다⁴⁾’고 하

2) 홍성수, “공직선거에서의 혐오표현 - 더 강력한 규제가 필요한가? 더 많은 자유가 필요한가? -”, 법학연구 제32권 제1호, 2021, 117면.

3) 혐오표현 리포트 작성팀, “혐오표현 리포트”, 국가인권위원회, 2019.

4) Office of the High Commissioner for Human Rights, General Comment No. 10: Freedom of expression (Art. 19) : 29/06/1983, CCPR General Comment No. 10.

며 그 한계를 강조한다. 표현의 자유에 대한 제한의 예외적 성질은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(International Covenant on Civil and Political Rights) 제19조⁵⁾ 제3항에 기재되어 있으며, 국가는 법률에 의해 규정되고, 타인의 권리 또는 평판을 존중하거나 국가 안보를 보호하기 위하여 필요한 경우에만 제19조 제2항에 따른 표현을 제한할 수 있다고 규정한다. 제한의 사유로서 공서 양속, 공중 위생 또는 도덕 등을 표현의 자유를 제한하는 한계로 고려할 수 있으나, 이러한 사유도 좁게 해석하며 해당 사유가 존재함에 관한 입증책임 또한 표현의 자유를 제한하고자 하는 국가가 부담한다.⁶⁾

유럽인권재판소(European Court of Human Rights)는 표현의 자유를 민주주의의 본질적인 기반 중 하나로 간주하고, 그 자세한 내용은 유럽인권협약(Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms) 제10조⁷⁾에서 규정한다. 본 논문에서는

(General Comments) 4.

- 5) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 (International Covenant on Civil and Political Rights)

제19조 제1항. 모든 사람은 간섭받지 아니하고 의견을 가질 권리를 가진다.
제2항. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 기타의 방법을 통하여 국경에 관계 없이 모든 종류의 정보와 사상을 추구하고 접수하며 전달하는 자유를 포함한다.
제3항. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 의하여 규정되고 또한 다음 사항을 위하여 필요한 경우에만 한정된다.

(a) 타인의 권리 또는 신용의 존중

(b) 국가안보 또는 공공질서 또는 공중보건 또는 도덕의 보호

- 6) A/67/357, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 07/09/2012, 41 단락 참조; A/HRC/29/32, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, 22/05/2015, Paragraphs 32-35.

- 7) 제10조 (표현의 자유)

1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유

국제인권법에서 표현의 자유와 혐오표현에 관한 어떠한 접근 방식을 취하고 있는지 살펴보고, 특히 유럽인권재판소에서 혐오표현과 차별에 관련된 두 가지 상황인 혐오 표현의 ‘화자’와 관련된 판례로서 *Atamanchuk v. Russia*(2020) 및 혐오표현의 ‘대상’과 관련된 판례인 *Beizaras and Levickas v. Lithuania* (2020)를 검토하고 그 시사점을 논의해보고자 한다.

II. 혐오표현에 관한 논의

이 장에서는 혐오표현에 관한 국제인권법 하에서의 논의를 간단히 살펴 본 후, 유럽인권협약 하에서는 그 논의가 어떻게 이루어지고 있는지, 유럽인권재판소가 다루는 혐오표현과 그 혐오표현의 대상에 대한 차별의 2가지 상황, 즉 혐오표현의 ‘화자’와 관련된 상황 및 혐오표현의 ‘대상’과 관련된 상황을 소개한다.

1. 국제인권법 하에서의 논의

국제인권법(International Human Rights Law) 하에서 혐오표현에 관한 명확하고 구체적인 정의를 찾는 것은 쉽지 않다. 1997년 유럽

와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다.

2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.

의회 장관 위원회(Council of Europe, Committee of Ministers)에서 채택한 권고에 따르면, 혐오표현이라는 용어는 인종적 증오, 외국인 배척, 반유대주의 또는 ‘무관용(intolerance)’에 바탕을 둔 혐오를 전파, 선동, 촉진시키거나 정당화하는 모든 형태의 표현을 포함하는 개념으로 이해된다.⁸⁾ 여기서 ‘무관용’이라 함은 공격적인 민족주의와 자기 민족 중심주의, 소수 집단, 이주민들 그리고 이민 출신 사람들에 대한 차별과 적대를 포함한다고 정의한다. 결국, 표현의 자유는 무한정 절대적으로 인정될 수 있는 권리가 아니므로, 국가는 다른 인권을 수호할 의무와 표현의 자유를 비교 형량해야 한다.

국제인권협약에서는 표현의 자유와 혐오표현과 관련하여 일정한 한계를 규정하고 있는데, 예를 들어, 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제 규약 제20조⁹⁾ 제1항에서는 ‘전쟁을 위한 어떠한 선전’도 법률에 의하여 금지된다고 규정하고 있으며, 동조 제2항에서는 ‘차별, 적개심 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취’는 법률에 의하여 금지된다고 규정하고 있다. 제20조 제2항과 관련하여 유엔인권이사회¹⁰⁾는 ‘증오와 적개심(Hatred and Hostility)’은 대상 집단에 대한 강압적이고 비합리적인 감정, 적개심, 혐오감으로, ‘고취(advocacy)’는 혐오표현의 대상에 대한 증오를 공개적으로 촉진할 의도로, ‘선동(incitement)’은 차별, 적개심 또는 그 집단에

8) Council of Europe Committee of Ministers, Appendix to Recommendation No. R(97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech” (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers’ Deputies, Scope.

9) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 20

1. Any propaganda for war shall be prohibited by law.

2. Any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law.

10) Human Rights Council, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013.

속한 사람들에게 대한 폭력의 임박한 위험을 일으키는 국가, 인종 또는 종교 집단에 대한 진술을 의미하는 것으로 해석한다.

이러한 규정이 바로 제19조¹¹⁾에서 규정하는 간섭받지 않고 의견을 가질 권리, 표현의 자유에 대한 권리의 한계로서 혐오표현의 금지를 규정한 것이라고 볼 수 있다. 또 다른 국제인권협약인 인종차별철폐를 위한 국제규약 제4조¹²⁾에서도 ‘인종차별과 폭력을 선동하는 행위’는 법으로 처벌받을 수 있는 범법행위라고 규정하고, 이에 관하여 표현의 자유를 포함하는 기타 권리에 대한 적절한 고려(du regard)가 필요하다고 규정하고 있다. 국제인권법 하에서 혐오표현을 금지할 필요성이 인정되고 있으며, 다만 혐오표현의 ‘범죄화’는 규약 제20조 제2항에 따라 가장 심각한 종류의 선동에 대해 적용되어야 하며 일반적으로 다른 접근 방식을 먼저 고려해야 하는 것¹³⁾

11) International Covenant on Civil and Political Rights, Article 19

1. Everyone shall have the right to hold opinions without interference.
2. Everyone shall have the right to freedom of expression; this right shall include freedom to seek, receive and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing or in print, in the form of art, or through any other media of his choice.
3. The exercise of the rights provided for in paragraph 2 of this article carries with it special duties and responsibilities. It may therefore be subject to certain restrictions, but these shall only be such as are provided by law and are necessary:
 - (a) For respect of the rights or reputations of others;
 - (b) For the protection of national security or of public order, or of public health or morals.

12) International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, Article 4

State Parties condemn all propaganda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and

13) Human Rights Council, Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013, 34 단락 참조.

으로 합의가 이루어져 있다.

2. 유럽인권협약 하에서의 논의

유럽인권협약 하에서의 혐오표현에 관한 논의는 표현의 자유 보호 범위 내에서 평가할 것인가 그렇지 않으면 표현의 자유 보호 범위에 속하지 않는다고 볼 것인가에 관하여 이견이 존재하여 왔다. 그러나, 유럽인권재판소는 1976년의 핸드사이드 판결(*Handyside v. UK*)을 통하여 충격을 주거나, 불쾌하게 하거나, 불안하게 만드는(shock, offend or disturb)¹⁴⁾ 표현이라고 하더라도 유럽인권협약 제10조에서 규정하는 표현의 자유의 넓은 보호범위에 포함된다고 하여 혐오표현에 관한 논의의 출발점으로서 표현의 자유 보호 범위 내에서 평가하는 것이 보다 타당함을 확인한 바 있다.

혐오표현을 표현의 자유 보호 범위 내에서 평가한다고 하여, 혐오표현이 표현의 자유 보호 범위 내에서 무한정 인정된다는 것을 의미하는 것은 결코 아니다. 국가는 혐오표현에 대하여 특정 행위를 할 수 있으며, 이 경우에도 당연히 국가가 혐오표현에 대항하고자 도입한 조치나 정책은 비례의 원칙(The Principle of Proportionality)을 위반하지 않아야 한다. 유럽인권재판소는 2006년의 *Erbakan* 판례(*Erbakan v. Turkey*)¹⁵⁾를 통하여 이러한 한계의 중요성을 강조하고 있다. 모든 사람들의 평등한 존엄성에 대한 관용과 존중이 중요하기 때문에 국가는 ‘무관용(intolerance)’에 근거한 증오를 전파, 선동, 장려하거나 정당화하는 모든 형태의 표현을 제재하

14) European Court of Human Rights, *Handyside v. United Kingdom*, Judgement of 07 December 1976, Application no. 5493/72, Paragraph 49.

15) European Court of Human Rights, *Erbakan v. Turkey*, Judgement of 06 July 2006, Application no. 59405/00.

거나 미리 예방할 수 있고, 이러한 제재나 예방 조치가 무한정 허용되는 것이 아니라 ‘민주 사회에서 필요한 만큼(necessary in a democratic society)’ 허용된다¹⁶⁾고 하여 비례의 원칙이 적용됨을 시사하고 있는 것이다.

이 터키의 사례에서 문제가 된 것은 청구인인 터키 정치인 Erbakan 씨가 지방 선거 유세에서 대중을 상대로 한 연설이 종교, 인종 그리고 지역을 이유로 사람들을 구분하는 내용이 포함되어 있었다는 점이다. 그의 1994년에 있었던 이 연설은 증오나 혐오를 선동한다는 이유로 기소되어 2000년 터키 형사 법원에서 1년의 징역 및 벌금을 선고 받고 항소 기각으로 해당 판결이 확정되었다. 유럽인권재판소는 이러한 형사 판결이 유럽인권협약 제10조에 따른 청구인에게 표현의 자유를 보장할 의무를 위반한 것인지 심사하였다. 유럽인권재판소는 연설이 있고난 이후 4년 5개월이 지난 이후에 비로소 형사 절차가 시작된 점, 연설 내용의 진위를 확인할 수 있는 녹음이 존재하지 않는 점 등을 고려하여 Erbakan에게 부과된 형사처벌은 비례의 원칙에 위반된다는 이유로 터키 정부가 청구인의 표현의 자유를 보장할 의무를 위반하였다고 판시하였다.

유럽인권재판소는 혐오 표현의 제한과 관련하여 어떠한 다른 목적을 달성하기 위해서라도 혐오 표현을 규제하는 법을 남용해서는 안 된다는 점을 분명히 확인하고 있다. 2018년의 *Stomakhin v. Russia* 판례에서 유럽인권재판소는 국가가 혐오표현을 범죄로 규정하고 그 범위를 결정할 때에는 신중하게 접근해야 하며, 혐오표현에 대하여 과도한 간섭을 피하기 위하여 관련 법적 규정을 엄격하게 해석해야 한다고 강조한다.¹⁷⁾ 청구인 Stomakhin은 활동가이

16) 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약 제 10조 참조.

17) European Court of Human Rights, *Stomakhin v. Russia*, Judgement of 09 May

자 언론인으로 Chechnya에서 있었던 전쟁에 관하여 뉴스레터를 발간하였는데, 러시아 정부는 해당 논설이 증오를 선동한다고 하면서 형사 고소하였고, 이어진 형사 재판에서 청구인은 5년의 징역형과 3년의 자격정지를 선고받게 된다. 이 사안에서 유럽인권재판소는 이러한 형벌이 과도하다고 하면서 러시아가 청구인의 표현의 자유를 위반하였다고 판시하였다.

혐오표현과 관련하여 유럽인권재판소는 두 가지 접근방식을 취하고 있다. 첫 번째 접근방식은 유럽인권협약의 보호범위에서 제외하는 것으로 본안전 판단에서 각하 결정을 내리는 방식이다. 즉, 유럽인권협약 제17조 (권리남용의 금지)¹⁸⁾를 적용하여 문제가 되는 혐오표현을 유럽인권협약 제10조 (표현의 자유)의 보호범위에서 제외시킨다. 예를 들어, 반유대주의 혐오 표현과 관련된 사안인 Pavel Ivanov v. Russia 판례¹⁹⁾에서 유럽인권재판소는 ‘관용, 평화 및 차별 금지(tolerance, peace and non-discrimination)’와 같은 ‘협약의 기본 가치(fundamental values of the Convention)’를 부정하는 민족적, 종교적, 인종적 혐오표현과 폭력을 선동하는 사안은 유럽인권협약 제17조를 적용할 수 있다고 하면서, 반유대주의적 출판물로 인해 기소된 청구인은 유럽인권협약 제10조의 보호를 받을 수 없다고 하여 각하(inadmissible) 결정을 한 바 있다. 또한, 유럽인권재판소는 인종차별, 홀로코스트 부정, 이슬람 공포증, 비신자에 대한 이슬람 증

2018, Paragraph 117.

18) 유럽인권협약 제17조(권리남용의 금지)이 협약 중의 어떠한 규정도 국가, 집단 또는 개인이 이 협약에 규정된 권리 및 자유를 파괴하거나, 또는 이 협약에 규정된 범위 이상으로 제한하는 것을 목적으로 하는 활동에 종사하거나 수행할 권리를 가지는 것으로 해석되지 아니한다.

19) European Court of Human Rights, Pavel Ivanov v. Russia, Judgement of 18 December 1996, Paragraph 1.

오 등의 경우와 관련된 혐오표현에도 협약 제17조를 적용하여 본안 전 판단에서 각하 결정을 하고 있다.

두 번째 적용방식은 유럽인권협약 제10조의 보호 범위에 포함시킨 다음, 본안 판단에서 비례의 원칙(The Principle of Proportionality)을 적용하여 심사하는 방식이다. 이 방식에서는 특히 이익형량(balancing)에 관련된 여러 가지 요소들이 고려된다. 예를 들어 2015년의 판례인 *Perincek v Switzerland*²⁰⁾에서 유럽인권재판소는 이익형량과 관련한 요소들로 첫째, 혐오 표현의 배경 및 ‘전후 사정(context)’, 예를 들어, 긴장된 정치적 또는 사회적 배경이 있는지 여부를 고려하였고, 둘째, 폭력, 증오, 무관용을 선동하거나 그러한 것들을 정당화하는 것이 혐오 표현의 ‘내용(content)’에 포함되었는지 여부를 검토하였으며, 셋째, 혐오 표현 발언의 ‘형식(form)’과 그러한 혐오 표현이 직접적 또는 간접적으로 특정 그룹에 대한 위협로 이어질 가능성이 있는지 등을 검토하였다. 이 사안에서 정치인인 청구인이 아르메니아인 집단 학살과 관련된 연설을 한 행위가 징역형으로 이어질 수 있는 형사법상 유죄 판결을 받게 된 것은 엄격한 심사의 대상으로 간주되었다. 스위스 정부가 다른 제재 수단을 부과할 수 있는 경우에는 이와 같은 형사처벌이 정당화 될 수 없고, 청구인의 표현의 자유를 침해하는 것으로 민주적 사회에 필요하지 않은 조치이므로, 스위스가 협약 제10조를 위반한 것으로 결론 내렸다.²¹⁾

20) European Court of Human Rights, *Perincek v. Switzerland*, Judgement of 15 October 2015.

21) 앞의 판결, Paragraphs 127-130.

3. 혐오표현과 차별의 두 가지 상황

유럽인권재판소는 혐오표현과 관련한 사례를 다룸에 있어서 두 가지 상황을 구분한다. 첫 번째 상황은 혐오표현의 '화자'와 관련한 사안으로 혐오표현의 '화자'의 행위에 정부가 형사법적 처벌 등으로 제재를 가하는 경우, 혐오표현의 '화자'의 발언이 과연 유럽인권협약 제10조의 표현의 자유에 의하여 보호될 수 있는지, 혐오표현의 '화자'에 대하여 부과된 제재나 처벌이 비례의 원칙에 따라 정당화될 수 있는지 검토한다. 이 경우에 있어서 유럽인권재판소는 위에서 언급한 *Perincek v Switzerland*²²⁾ 판례의 경우와 같이 청구인에게 부과된 처벌이 침해의 최소성을 위반하지 않는지 검토한 후, 청구인에게 가해진 처벌과 이로써 국가가 달성하고자 하는 이익을 형량하여 국가의 협약 위반 여부를 판단한다.

두 번째 상황은 혐오 표현의 '대상'과 관련한 사안인데, 이 경우에 유럽인권재판소는 혐오표현의 '대상'인 피해자에게 국가가 적절한 보호를 제공하였는지와 관련하여 국가가 적극적 의무(Positive Obligations)를 위반하지 않았는지를 검토한다. 혐오표현의 대상인 피해자에게 국가가 아무런 보호 조치를 제공하지 않은 경우에는, 그러한 보호 조치가 충분하였는지 여부를 판단하여 사안이 유럽인권협약 제8조 사생활을 존중할 권리와 관련한 협약 제14조의 차별 금지원칙을 위반하지 않았는지 심사한다.

본 논문에서는 첫 번째 상황인 혐오표현의 '화자'와 관련된 유럽인권재판소의 최근 판례로서 *Atamanchuk v. Russia*(2020)와 두 번째 상황인 혐오표현의 '대상'과 관련된 최근 판례로서 *Beizaras and*

22) European Court of Human Rights, *Perincek v. Switzerland*, Judgement of 15 October 2015.

Levickas v. Lithuania (2020)를 소개, 평가, 분석하여 유럽인권재판소의 최근 판례에서 혐오 표현과 표현의 자유의 관계를 어떻게 다루고 있는지, 이러한 유럽인권재판소의 판례가 우리 법에 어떠한 영향을 미칠 수 있을지 혐오 표현과 관련한 시사점을 검토해보고자 한다.

Ⅲ. 혐오표현의 ‘화자’와 관련된 판례:

Atamanchuk v. Russia(2020)

이 장에서는 유럽인권재판소의 2020년 판례인 Atamanchuk v. Russia의 사실 관계, 당사자의 주장, 판결 및 그 시사점을 논의한다. 특히 러시아²³⁾의 사례는 유럽인권재판소가 표현의 자유를 제한하는 사유를 엄격하게 해석하고, 특히 표현의 자유를 제한하는 제재로서 형사법적 처벌을 허용하지 않았던 기존의 판례에서 벗어나 혐오표현에 대하여 강경하게 대응하겠다는 의지를 보여주는 예외적인 판결에 해당하기 때문에 중요한 사례로 평가받고 있다.

1. 사실 관계 및 당사자의 주장

청구인인 Atamanchuk은 신문사를 소유한 사업가로 신문 사설에

23) 현재 유럽 연합 회원국은 그리스, 네덜란드, 덴마크, 독일, 라트비아, 루마니아, 룩셈부르크, 리투아니아, 몰타, 벨기에, 불가리아, 스웨덴, 스페인, 슬로바키아, 슬로베니아, 아일랜드, 에스토니아, 오스트리아, 이탈리아, 체코, 크로아티아, 키프로스, 포르투갈, 폴란드, 프랑스, 핀란드, 헝가리의 총 27개국으로 러시아는 유럽 연합 회원국은 아니다. 그러나, 러시아는 1998년 5월 유럽인권협약을 비준하였고, 이에 따라 유럽인권재판소에서 러시아에 대한 첫 번째 판례가 2002년에 나오게 되었다. (Russia and the European Court of Human Rights, <https://www.srji.org/en/echr/russia/>, 마지막 방문일 2022. 02. 23.)

비러시안 소수 민족들에 관하여 매우 부정적인 글을 썼는데, 이 글에서 청구인은 비러시안 소수 민족들이 범죄와 관련되어 있으며, 결국에는 이 나라를 장악하려고 한다면 ‘그들은 그들의 야만적인 생각에 따라 불태우고, 학살하고, 강간하고, 빼앗아, 노예로 만들기 시작할 것이다.’²⁴⁾라고 서술하였다. 청구인이 작성한 신문 사설에 비러시안 소수 민족들을 대상으로 폭력 행위를 선동하는 내용은 포함되어 있지 않았다. 청구인은 자신이 작성한 신문 사설의 내용이 ‘증오와 적의의 선동, 민족, 언어, 출신 및 종교적 신념에 근거하여 개인 또는 특정 그룹에 속하는 사람들의 인간 존엄성을 모독하였다’²⁵⁾는 이유로 기소되었고, 러시아 법원은 청구인에게 5000 유로 상당의 벌금형과 2년간의 언론인으로서의 자격 정지를 선고하였다.²⁶⁾

이에 청구인은 유럽인권재판소에 이 사안의 청구를 제기하면서, 이러한 형사법적 처벌이 유럽인권협약 제10조 표현의 자유 위반이라고 주장하였다. 이에 대해, 러시아 정부는 청구인의 사설이 비러시아인들에 대한 혐오 표현에 해당하고, 폭력을 선동하며, 비러시아인들을 공격하였으므로, 청구인의 청구는 유럽인권협약 제17조 (권리남용의 금지)에 근거하여 부적법 각하(inadmissible) 사유에 해당한다고 주장하였다. 만약, 유럽인권협약 제17조에 해당하지 않아 본안 판단에서 유럽인권협약 제10조에 따라 검토한다고 하더라도 청구인에 대한 형사처벌은 비례의 원칙을 위반하지 않았고 결국

24) “they will start to burn, slaughter, rape, rob and enslave, in line with their barbaric ideas.” (European Court of Human Rights, *Atamanchuk v. Russia*, Judgement of 12 October 2020, Paragraph 8).

25) “inciting hatred and enmity, debasing the human dignity of a person or group of people on account of their ethnicity, language, origin and religious beliefs” (앞의 판결, Paragraph 22.).

26) 앞의 판결, Paragraph 24.

러시아는 유럽인권협약을 위반하지 않았다고 주장하였다²⁷⁾. 유럽인권재판소는 러시아 정부의 협약 제17조에 따른 각하 사유 주장의 내용이 청구인의 청구에 따라 본안에서 판단할 내용과 밀접하게 관련된다고 하면서, 사안을 협약 제10조에 따라 판단하기로 하였다.²⁸⁾

2. 유럽인권협약 제10조에 따른 평가

유럽인권재판소는 이 사안에서 청구인 Atamanchuk에게 부과된 형사처벌이 협약 제10조 위반인지 판단하기 위하여 3단계의 심사를 진행하였다. 첫 번째 단계는 청구인이 받은 제한이 법에 근거한 것인지 여부를 판단하는 것이다. 청구인이 자신의 생각과 의견을 신문의 사설에 투고하여 출판되었고, 이로 인해 유죄 판결을 받은 것인데, 해당 형사처벌은 러시아 형법 제282조 제1항에 근거한 것이므로²⁹⁾ 법에 규정된 것(provided by law)에 해당하였다.

두 번째 단계는 청구인의 인권인 표현의 자유를 제한하는 이와 같은 형법 규정의 목적이 정당성을 갖는지 여부를 심사하는 것이다(목적의 정당성, Legitimate Aim). 해당 형법 규정은 타인의 권리, 본 사안에서는 러시아 민족이 아닌 사람들의 권리를 보호하기 위한 목적으로 제정되었다. 특히 인종을 근거로 차별하는 것은 타인에게 심한 불쾌감을 야기할 수 있고(invidious), 인종 차별적 행위에 대해서는 특별히 주의를 갖고 대응해야 하며(special vigilance), 매우 적극적으로 반응(vigorous reaction)해야 함을 고려할 때, 타인의 권리를 보호하기 위한 목적에는 정당성이 인정된다고 하였다³⁰⁾. 그

27) 앞의 판결, Paragraph 33.

28) 앞의 판결, Paragraph 35.

29) 앞의 판결, Paragraph 38.

러나, 러시아 정부가 주장한 두 번째 목적인 ‘폭력의 위험을 예방한다’는 점은 인정하지 않았는데, 그 이유는 청구인이 작성한 신문 기고문이 ‘폭력으로 이어질 수 있는 것인지(capable of leading to violence)’ 분명하지 않고, 직접적으로나 간접적으로 폭력을 선동하거나 폭력이 일어나도록 요구하고 있지 않기 때문이었다.³¹⁾

세 번째 단계는 형사 판결에 의한 청구인의 표현의 자유에 대한 침해가 ‘민주 사회에서 필요한 것인지(necessary in a democratic society)’ 판단하는 것으로 비례의 원칙에 따른 심사이다. 유럽인권재판소는 러시아 형사 법원에 의해 이루어진 청구인에 대한 형사 판결의 근거가 ‘적절하고 충분한지(relevant and sufficient)’를 심사하였는데 이는 비례성 심사 중 수단의 적절성, 침해의 최소성, 나아가 혐의의 비례성 심사로서의 이익 형량을 평가한 것으로 볼 수 있다. 해당 형사 판결의 근거가 ‘적절하고 충분한지 판단하기 위하여’ 유럽인권재판소는 러시아 형사 법원에서 제시한 근거의 ‘내용(content)’, ‘전후 사정(context)’, ‘형량의 비례성(proportionality of sentence)’을 고려하였다.

첫째, ‘내용’의 측면에서, 청구인이 신문 사설에서 사용한 언어가 ‘충격을 주고, 불쾌하게 하거나, 불안하게 만드는 것임(shock, offend, and disturb)’에 주목하였다³²⁾. 특히 선거 기간 중에, 마치 선거에 관하여 조언하는 것처럼 의도하였지만, 실제로는 특정 정부의 정책을 비판하는 것이 아니고³³⁾, 청구인의 진술은 어떠한 ‘사실(fact)’에 기반한 근거를 바탕으로 하지 않았음³⁴⁾이 지적되었다.

30) 앞의 판결, Paragraph 42.

31) 앞의 판결, Paragraph 43.

32) 앞의 판결, Paragraph 57.

33) 앞의 판결, Paragraphs 59-60.

34) 앞의 판결, Paragraph 61.

둘째, 청구인의 신문 사설에서 주장한 내용에 관한 배경 및 ‘전후 사정’을 고려할 때, 유럽인권재판소는 해당 사설의 주장이 여러 민족이 함께 모여 사는 다민족 지역에서 발생할 수 있는 배타적인 감정들과 그 속에 내재된 편견을 불러일으키기에 충분한 것으로 평가하였다³⁵⁾. 마지막으로, 청구인에게 부과된 형사처벌에 ‘형량의 비례성’이 존재하는지에 관하여 이익형량 함에 있어서 혐오 표현에 대항하여 싸울 필요성, 언론의 역할, 청구인의 직업이 언론인이라기 보다는 사업가인 점 등과 같은 ‘예외적인 상황들을(exceptional circumstances)’ 고려하여 청구인에게 부과된 형사처벌에 형량의 비례성이 존재하는 것으로 인정하였다.

3. 판결 및 시사점

위와 같은 이유로 유럽인권재판소는 해당 사안에서 러시아 정부가 유럽인권협약 제10조(표현의 자유)를 위반하지 않았다고 결론지었다. 재판관 여섯 명이 이러한 결론에 함께하였고, 한 명의 키프러스 출신 재판관은 청구인에게 가해진 제한이 비례의 원칙에 위반된다고 하면서 유럽인권재판소가 표현의 자유를 가능하면 넓게 보장하고 표현의 자유 위반에 가해지는 형사 제재가 과도하다고 판단했던 과거의 선례를 따르지 않았다고 비판하였다.³⁶⁾

실제로, 비례성 심사에 있어서 청구인의 신문 사설이 실제로 인종 간에 긴장과 갈등을 야기하였는지 여부가 전혀 고려되지 않았고, 청구인이 사업가이면서 한 정당의 지역 대표라는 사실도 유의미한 요소로 고려되지 않았으며 만약 이러한 점이 이익 형량의 판

35) 앞의 판결, Paragraph 64.

36) 앞의 판결, DISSENTING OPINION OF JUDGE SERGHIDES, Paragraph 4.

단에 고려되었다면 결론이 달라질 수도 있었을 것이라고 생각된다. 해당 판례는 그 동안 유럽인권재판소가 표현의 자유를 제한하는 제한 사유를 엄격하게 해석하고, 특히 표현의 자유를 제한하는 제재로서 과도한 형사법적 처벌은 특히 침해의 최소성 관점 및 이익 형량에 있어서 허용하지 않았다는 점을 고려할 때 예외적인 판결에 해당하지만 혐오표현에 대하여 강경하게 대응하겠다는 유럽인권재판소의 태도 변화를 보여주는 판례라고 하겠다.

IV. 혐오표현의 ‘대상’과 관련된 판례:

Beizaras and Levickas v. Lithuania (2020)

혐오표현의 ‘대상’과 관련된 판례에 있어서는 유럽인권협약 제10조가 규정하는 표현의 자유와 제8조가 규정하는 사생활을 존중할 권리가 충돌하는 경우, 어떤 권리가 우선하는지 예를 들어 정치인과 관련된 사안에서는 표현의 자유가 우선하는 것인지, 혐오 표현의 ‘대상’인 피해자에게 영향을 미치는 경우에는 사생활을 존중할 권리가 우선하는 것인지 등과 같은 문제가 제기된다.

1. 사실 관계 및 당사자의 주장

청구인인 Beizaras와 Levickas는 리투아니아 국민으로 동성 관계에 있는 커플이었고, 2004년 12월 8일, Beizaras는 그들이 키스하는 사진을 자신의 페이스북 페이지에 공개적으로 게시하면서 그들이 파트너 관계임을 알렸다. 이 사진에는 약 800건의 댓글이 작성되었고, 이 댓글의 대부분은 일반적인 성소수자들뿐만 아니라 청구인들

에게 개인적으로 위협을 가할 만큼 증오에 가득한 것들이었다. 예를 들면, 댓글에는 ‘죽이겠다’, ‘가스실에 넣어버리겠다’, ‘그들의 머리를 부숴버리겠다’, ‘쓰레기’, ‘지옥에서 불타라’등의 혐오표현이 포함되어 있었다.³⁷⁾

청구인들과 청구인들을 지원한 성소수자 권리 보호를 위한 비정부 기구(NGO)인 LGBT 협회는 검사에게 재판전 조사(Pre-trial Investigation)를 개시해 줄 것을 요청했으나, 검사는 해당 댓글들이 비윤리적이긴 하지만 증오나 폭력을 선동한다고 보기 어렵다며 해당 요청을 받아들이지 않았다. 이러한 검사의 거부 결정에 대하여 리투아니아의 클라이페다 지방법원은 기행적인 행동은 서로 다른 견해를 가진 사회 내 사람들 간에 결속과 관용을 촉진하는 데 실제로 기여하지 않으며, 그러한 사진을 게시하는 사람은 다른 사람의 견해와 전통을 존중할 의무가 있다고 하였다. 결국 지방법원은 증오로 가득 찬 댓글을 단 가해자 대신에 피해자인 청구인들의 행동을 탓하면서 검사의 거부 결정을 지지하였다. 청구인들은 혐오표현의 가해자들에 대하여 형사 절차를 개시해달라고 요청했지만 2015년 2월 18일의 최종 판결에 따라 클라이페다 지방 법원은 청구인들의 청구를 기각하였다. 나아가 항소 법원은 사진을 게시한 청구인의 행위가 자신과 다른 견해를 가진 사람들을 고의적으로 조롱하고, 충격을 주며, 부정적인 댓글 게시를 오히려 장려한 행위라고 하였다.³⁸⁾

청구인들은 이 사안에서 리투아니아 정부가 혐오표현 및 증오표현의 가해자들에게 아무런 법적 조치를 취하지 않음으로 인하여 자

37) European Court of Human Rights, BEIZARAS AND LEVICKAS v. LITHUANIA, (Application no. 41288/15), Judgement of 14 May 2020, Paragraphs 6-10.

38) 앞의 판결, Paragraph 23.

신들이 성적지향을 근거로 차별받았다고 주장하였다. 나아가 청구인들은 리투아니아 정부가 유럽인권협약 제8조 사생활을 존중할 권리와 관련하여 제14조 차별금지 원칙을 위반한 것이며, 리투아니아 당국이 재판전 조사를 개시하는 것을 거부함으로써 청구인들을 차별하였고, 이러한 당국의 행위는 피해자들인 청구인들을 오히려 탓하고 망신을 주는(shaming and blaming) 행위에 해당한다고 주장하였다. 이에 대해, 리투아니아 정부는 청구인들이 페이스북에 게재한 ‘두 사람의 남성 동성애자가 키스하는 사진 자체가 이미 논란을 일으킬 만한 것’³⁹⁾이었다고 반박하였다. 나아가, 정부는 증오 발언과 혐오표현이 있었지만 신체에 위해를 가하는 공격이 일어난 것도 아니고, 댓글 중에서 긍정적인 댓글이 오히려 부정적인 댓글보다 많았기 때문에 가해자들에게 아무런 법적 조치를 취하지 않았다고 하여 유럽인권협약 위반에 해당하지 않는다고 주장하였다.

이 사안에서 유럽인권재판소는 사안을 둘러싼 ‘전후사정(Context)’을 파악하는데 많은 노력을 기울였으며, 이를 위하여 리투아니아의 성소수자 인권과 관련한 여러 보고서를 참조하였다. 첫 번째 자료는 2016년 6월 7일 인종차별과 불관용에 대한 유럽위원회(The European Commission against Racism and Intolerance, ‘ECRI’)가 발표한 리투아니아에 관한 보고서⁴⁰⁾이다. 해당 보고서는 역사적으로 리투아니아 정부가 소수자들을 향한 인종차별적인 혐오표현과 폭력 사건뿐만 아니라, 동성애 혐오 및 증오를 광범위하게 선동하였고, 이로써 성소수자들에 대한 폭력 행위를 포함하는 여러 문제

39) 앞의 판결, Paragraph 94.

40) The European Commission against Racism and Intolerance, ECRI REPORT ON LITHUANIA (fifth monitoring cycle), Adopted on 18 March 2016, Published on 7 June 2016, CRI(2016)20, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-lithuania/16808b587b> (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

가 존재한다고 보고하였다. 이와 더불어, 해당 보고서는 리투아니아에서의 성소수자들에 대하여 관용적이지 않은 태도는 전혀 개선된 바 없으며, 성소수자인 사람들에게 대한 차별은 사회의 많은 분야에서 계속되고 있음을 지적하였다. 유럽인권재판소는 해당 보고서 외에 보다 더 최근인 2019년 6월 6일에 발간된 보고서⁴¹⁾의 결론을 인용하면서, 리투아니아 당국이 인종차별 및 성소수자에 대한 혐오표현 문제를 해결하기 위한 예방 활동을 계속 확대해 나가야 할 의무가 있음을 지적⁴²⁾하였다.

유럽인권재판소가 참조⁴³⁾한 두 번째 중요한 자료는 유럽연합 기본권 기구(EU Fundamental Rights Agency)에서 2012년 4월 2일 시행한 “레즈비언, 게이, 양성애자, 트랜스젠더 사람들의 차별과 피해에 관한 유럽 연합 조사(European Union survey of discrimination and victimisation of lesbian, gay, bisexual and transgender persons)⁴⁴⁾”라는 제목의 온라인 조사의 결과였다. 해당 조사의 결과에 따르면, 리투아니아의 성소수자인 응답자의 61%가 지난 12개월 이내에 성적 지향을 이유로 차별 또는 괴롭힘을 당했다고 느꼈으며, 이것은 유럽 연합 내에서 가장 높은 비율로 유럽 연합 내의 전

41) ECRI CONCLUSIONS ON THE IMPLEMENTATION OF THE RECOMMENDATIONS IN RESPECT OF LITHUANIA SUBJECT TO INTERIM FOLLOW-UP, Adopted on 3 April 2019, Published on 6 June 2019, CRI(2019)25, <https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-lithuania-5th-monitoring-cycle-/168094ce17> (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

42) 앞의 판결, Paragraph 62.

43) 앞의 판결, Paragraph 63.

44) FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, EU LGBT survey Europe an Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey: Results at a glance, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

체 평균인 47%보다 훨씬 높은 수치였다. 게다가 리투아니아 성소수자인 응답자 27%는 지난 12개월 이내에 직장에서 차별을 받았다고 느꼈으며, 이것은 유럽 연합 내에서 두 번째로 높은 비율로, 해당 응답에 관한 유럽 연합 전체 평균은 19%였다. 리투아니아 성소수자들에 대한 폭력 사건의 평균 건수는 응답자 1,000명당 525명에 달하였고, 이 수치 또한 유럽 연합 내에서 가장 높은 비율에 해당하였다.

세 번째 참고 자료는 성적 지향에 근거한 혐오 표현이 범죄 행위로 규정되어 있는 리투아니아 국내 형법⁴⁵⁾이었다. 유럽인권재판소는 리투아니아 지방 법원이 첫 번째 청구인의 페이스북 페이지에 있는 게시물과 해당 게시물 아래의 댓글이 ‘공공 공간(public space)’에 해당한다는 점에 주목했는데, 이는 리투아니아 형법 제170조에 따른 범죄의 필수 구성 요건 중 하나였기 때문이다. 또한, 유럽인권재판소는 리투아니아 대법원이 인터넷상의 댓글과 페이스북과 같이 특히 인기 있는 인터넷 웹사이트에 게시될 때 발생할 수 있는 위험에 대해서도 강조한 바 있음에 주목하였다. 이런 이유에서, 유럽인권재판소는 인터넷의 접근성과 방대한 양의 정보를 저장하고 전달할 수 있는 능력에 비추어 볼 때 인터넷이 뉴스에 대한 대중의 접근성을 높이고 정보의 일반적인 보급을 촉진하는 데 중요한 역할을 함과 동시에, 그러한 정보를 제공하는 사람들의 ‘의무와 책임’을 고려할 때 관련 매체의 잠재적 영향력이 중요하게 고려되어야 함을 강조하였다. 이런 맥락에서, 청구인의 페이스북에 이런 사람들은 ‘죽여야 한다(should be killed)’와 같은 증오성 댓글을 진지하게 받아들이지 않고 가해자들에게 아무런 형사법 절차를 개시하지 않고

45) 앞의 판결, Paragraph 127.

페이스북의 댓글이 인터넷 뉴스 포털의 댓글보다 덜 위험하다는 리투아니아 정부의 주장을 배척하게 된 것이다. 결국, 유럽인권재판소는 리투아니아 형사법 규정을 참조하여, 범죄구성요건에 해당됨에도 증오 표현의 가해자들에게 아무런 조치를 취하지 않은 리투아니아 당국의 위반을 찾아낼 수 있었던 것이다.

2. 판결 및 시사점

이 사안에서 유럽인권재판소는 리투아니아 당국이 유럽인권협약 제8조와 관련한 제14조의 위반하였다고 결론지었다. 이러한 유럽인권재판소의 추론은 비례의 원칙 중 혐의의 비례성 심사로서의 이익형량을 위반한 것으로 재구성해볼 수 있다. 리투아니아 당국이 청구인들에게 심각한 수준의 혐오 표현을 한 가해자들에 대하여 아무런 법적 조치를 취하지 않음으로 인하여 청구인들의 명예권에 대한 침해의 정도는 매우 심각한 것(very serious)으로 간주된다. 유럽인권재판소가 인정한 바와 같이, 사람의 육체적 또는 정신적 완전성에 대한 범죄는 매우 심각하기 때문에 이러한 경우에는 효율적인 형법 매커니즘에 의하여 적절한 보호를 제공해야 하기 때문이다.⁴⁶⁾ 이 사안에서 청구인들이 겪은 고통은 매우 심각했던 것으로 보인다. 첫 번째 청구인이 다니던 학교의 교장은 ‘너의 생각을 펴트리지 말라’고 강하게 요구하였고, 두 번째 청구인이 다니던 대학교의 신학부 학부장은 청구인에게 기존의 수업 과정을 변경하도록 요청하기까지 하였다⁴⁷⁾. 무엇보다 심각한 수준의 혐오 댓글들은 청구인들의 심리적 행복과 존엄에 매우 부정적으로 영향을 미쳤다.⁴⁸⁾

46) 앞의 판결, Paragraph 111.

47) 앞의 판결, Paragraph 24.

48) 앞의 판결, Paragraph 117.

반면에 댓글 작성자들의 표현의 자유를 보장하여야 할 중요성은 이에 비하여 약했던 것(light)으로 보인다. 나아가 단순히 ‘공격적이고 천박하기만 한(offensive and vulgar)’⁴⁹⁾ 부정적인 댓글들은 표현의 자유로 보호받기 어렵기 때문이다. 리투아니아 당국은 청구인들이 받은 심각한 수준의 침해를 이익 형량할 만큼의 충분한 근거를 제시하지 못하였다. 이 사안에서 유럽인권재판소는 민주주의 사회의 특징으로서의 다원주의, 관용을 강조하였고, 이것은 유럽인권재판소가 혐오표현에 의한 성소수자의 고통을 어떻게 받아들이고 있는지에 관하여 매우 인상적으로 보여준다. 유럽인권재판소는 이 판례를 통하여 리투아니아 당국의 심각한 동성애 혐오 표현 작성자들에 대한 기소 거부 행위는 유럽인권협약 제8조와 관련한 제14조 위반에 해당하고 리투아니아 당국에게 성소수자들을 혐오표현의 가해자들로부터 보호할 적극적인 의무를 부과한 것이다. 획기적인 판결이지만, 아직 유럽인권재판소에게는 리투아니아와 같은 차별적인 성향을 지닌 회원국이 성적 지향을 기반으로 한 차별을 금지하는 효과적인 구제 수단을 어떻게 마련하도록 할 것인지, 어떤 방법으로 이들 국가가 성소수자들을 혐오표현에서 보호할 수 있는 적극적인 역할을 감당할 수 있도록 할 것인지⁵⁰⁾ 등에 관하여 해결해야 할 과제가 남아 있다고 하겠다.

49) Ibid.

50) ‘A picture of a same-sex kiss on Facebook wreaks havoc: Beizaras and Levickas v. Lithuania’, <https://strasbourgobservers.com/2020/02/07/a-picture-of-a-same-sex-kiss-on-facebook-wreaks-havoc-beizaras-and-levickas-v-lithuania/>. (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

V. 결론

위에서 검토한 최근의 판례를 통하여 유럽인권재판소는 그 동안 표현의 자유를 가능하면 넓게 인정하고 표현의 자유에 대한 제한을 좁게 해석하던 기존의 태도에서 벗어나 혐오표현과 증오 표현에 대하여 단호하게 대응하겠다는 입장을 보여주었다. 나아가 국가가 혐오표현과 증오 표현에 대하여 단호하게 대응하여야 하며, 이는 유럽인권협약에 따라 요구되는 국가의 적극적 의무에 해당함을 강조하였다. 혐오표현과 관련하여 유럽인권재판소는 두 가지 상황 - 첫째, 혐오표현의 '화자'의 입장에서 해당 사안이 유럽인권협약 제10조의 표현의 자유에 의하여 보호될 수 있는지, 둘째, 혐오표현의 '대상'의 입장에서 사안이 유럽인권협약 제8조 사생활을 존중할 권리와 관련한 유럽인권협약 제14조 차별금지 위반에 해당하는지, 이와 관련하여 국가의 적극적 의무를 인정할 수 있는지-를 다루어 왔다. 최근 판례를 통하여 유럽인권재판소는 그 동안 첫 번째의 상황인 혐오표현의 '화자' 입장을 강조하여 왔던 것에서 벗어나 두 번째의 상황인 혐오표현의 '대상'의 입장을 고려하는 쪽으로 그 관점을 옮겨가고 있다. 이러한 유럽인권재판소의 태도는 법원을 포함하여 국가 권력이 소수자에 반대하는 어떠한 편견이나 차별 행위를 하지 않도록 더욱 더 주의를 기울여야 함을 시사한다고 하겠다.

이러한 유럽인권재판소의 변화는 우리 법원에 크게 두 가지 중요한 시사점을 준다. 첫 번째는 최근 국제인권법 특히 '전환기적 정의(Transitional Justice)'와 관련하여 강조되고 있는 '피해자 중심주의(Victim-centered perspective)'⁵¹⁾이다. 증오 표현에 있어서도 더

51) Tonny Raymond Kirabira, Elements of aggravation in ICC sentencing: victim centred perspectives, Amsterdam Law Forum, 6 Jul 2021, pp.25-42.

이상 그 중심은 ‘화자’가 아니라 증오 표현에 의하여 고통 받는 피해자인 ‘대상’에 있어야 하고, 이러한 피해자들을 보호하기 위하여 국가에게 적극적으로 보호하고 예방할 의무를 부과한 것이다. 두 번째 시사점은 법원이 구체적인 사안을 평가하고 판결을 내리기 위하여 사안과 관련한 전후 사정(context)을 파악할 수 있도록 다양한 자료를 참고하여야 한다는 것이다. 이러한 법원의 접근 방식은 ‘contextual approach’ 또는 ‘case-by-case approach’⁵²⁾로 불리는데 특히 취약한 상태에 놓여 있는 소수자인 피해자를 보호하기 위하여 법원이 다양한 자료를 참고하여 사안의 전후 사정을 꼼꼼하게 살펴보는 것이 아주 중요하다는 것이다. 이 글에서 검토한 첫 번째 판례인 *Atamanchuk v. Russia*(2020)의 혐오표현의 대상인 러시아 사회 내 비러시아인들과 두 번째 판례인 *Beizaras and Levickas v. Lithuania* (2020)의 혐오표현의 대상인 성소수자들은 사회에서 다수 그룹에 속하지 못한 취약한 계층에 놓여 있음을 부인할 수 없다. 이들이 처한 상황을 보다 더 정확하게 살펴보기 위하여 법원은 당사자들이 제출한 주장과 증거뿐만 아니라 나아가 그들이 처한 구체적인 상황을 고려할 수 있도록 다양한 신뢰성 있는 자료를 참고하여야 한다는 것이다.

유럽인권재판소의 최신 판례는 혐오표현의 피해자와 관련하여서도 더 이상 피해자들의 행동이 혐오표현이나 증오 표현을 오히려 유발하였다고 하면서 그 책임을 피해자들에게 돌려서는 안 된다는 점을 시사한다. 민주주의란 다양성을 존중하는 것이고 사회의 다수가 가진 의견이나 생각뿐만 아니라 소수에 속하는 사람들이 가진

52) A. Shachar, *Constituting Citizens: Oaths, Gender, Religious Attire*, IN: R. Albert and D. R. Cameron (eds.) *CANADA in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution*, Cambridge, 2017, pp.141-142.

의견이나 생각 또한 다수가 가진 의견이나 생각과 동등하게 존중되어야 한다는 유럽인권재판소의 판결 내용은 우리 사회에도 똑같이 적용되어야 한다. 형사법적 처벌은 최후의 수단성을 가지지만 차별적인 행동에 근거한 직접적인 언어폭력과 협박과 같은 심각한 수준의 증오 표현에 대하여 이를 제재하기 위한 효과적인 수단으로 사용될 수 있음을, 또한 그러한 상황에서 피해자들을 혐오표현으로부터 보호할 적극적인 의무가 국가에 있음을 기억해야 한다.

참 고 문 헌

1. 국내문헌

- 채영길, “혐오표현 규제의 정당성과 방법적 논의”, 동서언로 제45호, 2019.
홍성수, “공직선거에서의 혐오표현 - 더 강력한 규제가 필요한가? 더 많은 자유가 필요한가? -”, 법학연구 제32권 제1호, 2021.
혐오표현 리포트 작성팀, “혐오표현 리포트”, 국가인권위원회, 2019.

2. 외국문헌

- Tonny Raymond Kirabira, Elements of aggravation in ICC sentencing: victim centred perspectives, Amsterdam Law Forum, 6 Jul 2021.
Ayelet Shachar, Constituting Citizens: Oaths, Gender, Religious Attire, IN: R. Albert and D. R. Cameron (eds.) CANADA in the World: Comparative Perspectives on the Canadian Constitution, Cambridge, 2017.

3. 외국 판례

- European Court of Human Rights, Handyside v. United Kingdom, Judgement of 07 December 1976.
European Court of Human Rights, Pavel Ivanov v. Russia, Judgement of 18 December 1996.
European Court of Human Rights, Erbakan v. Turkey, Judgement of 06 July 2006.
European Court of Human Rights, Perinçek v. Switzerland, Judgement of 15 October 2015.
European Court of Human Rights, Stomakhin v. Russia, Judgement of 9 May 2018.
European Court of Human Rights, BEIZARAS AND LEVICKAS v. LITHUANIA, Judgement of 14 May 2020.

European Court of Human Rights, *Atamanchuk v. Russia*, Judgement of 12 October 2020.

4. 기타

A/67/357, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, 07/09/2012.

A/HRC/29/32, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, David Kaye, 22/05/2015.

‘A picture of a same-sex kiss on Facebook wreaks havoc: Beizaras and Levickas v. Lithuania’, <https://strasbourgobservers.com/2020/02/07/a-picture-of-a-same-sex-kiss-on-facebook-wreaks-havoc-beizaras-and-levickas-v-lithuania/>. (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

Council of Europe Committee of Ministers, Appendix to Recommendation No. R(97) 20 of the Committee of Ministers to Member States on “Hate Speech” (Adopted by the Committee of Ministers on 30 October 1997 at the 607th meeting of the Ministers’ Deputies, Scope.

ECRI CONCLUSIONS ON THE IMPLEMENTATION OF THE RECOMMENDATIONS IN RESPECT OF LITHUANIA SUBJECT TO INTERIM FOLLOW-UP, Adopted on 3 April 2019, Published on 6 June 2019, CRI(2019)25, <https://rm.coe.int/interim-follow-up-conclusions-on-lithuania-5th-monitoring-cycle-/168094ce17> (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, EU LGBT survey European Union lesbian, gay, bisexual and transgender survey: Results at a glance, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2013, https://fra.europa.eu/sites/default/files/eu-lgbt-survey-results-at-a-glance_en.pdf (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

Human Rights Council, Annual report of the United Nations High Com-

- missioner for Human Rights, A/HRC/22/17/Add.4, 11 January 2013
- Office of the High Commissioner for Human Rights, General Comment No. 10: Freedom of expression (Art. 19) : 29/06/1983. CCPR General Comment No. 10. (General Comments) 4.
- Russia and the European Court of Human Rights, <https://www.srji.org/en/echr/russia/> (마지막 방문일 2022. 02. 23.)
- The European Commission against Racism and Intolerance, ECRI REPORT ON LITHUANIA (fifth monitoring cycle), Adopted on 18 March 2016, Published on 7 June 2016, CRI(2016)20, <https://rm.coe.int/fifth-report-on-lithuania/16808b587b> (마지막 방문일: 2021년 12월 31일).

<Abstract>

**Hate Speech: Freedom of Expression
and non-discrimination
- Analysis on the recent case-law of
the European Court of Human Rights -**

Hyun Jung Lee*

It is difficult to set specific standards to exactly define the relationship between freedom of expression and hate speech. Empirically, hate speech is related to the intimate identity of individuals. In particular, it is not easy to find specific harms of hate speech, which makes it difficult to regulate it by law. Under international human rights law, freedom of expression is regarded as a fundamental right to the enjoyment of all other human rights, and for this reason restrictions on freedom of expression are narrowly interpreted. In the ECtHR case of ‘Atamanchuk v. Russia (2020),’ a three-step review was conducted to determine whether or not the criminal punishment imposed on the applicant Atamanchuk violated Article 10 of the Convention. The first step is to determine whether the restrictions are ‘provided by law.’ The second step is to examine whether the aim of the Criminal Act provision can be considered as ‘legitimate.’ The third step is to determine whether the infringement of the applicant’s freedom of expression by criminal punishment is considered as ‘necessary in a democratic society.’ The European Court of Human Rights concluded that the Russian government did not violate Article 10 (Freedom of Expression) of the European Convention. In the case of ‘Beizaras and

* Dr. jur. Attorney at law, Wiss. Mitarbeiterin bei Prof. Dr. Jan Sieckmann, Friedrich Alexander University.

Levickas v. Lithuania (2020),’ the European Court of Human Rights referred to several reports on LGBTI human rights in Lithuania, and found that the Lithuanian authorities’ refusal to prosecute those who wrote serious homophobic expressions violated Article 8 in conjunction with Article 14. Furthermore, the Lithuanian authorities have positive obligations to protect LGBTI people from perpetrators of hate speech. Democracy respects diversity, and the judgment of the European Court of Human Rights shows that the opinions and ideas of the minority should be respected equally with those of the majority.

Key Words : Hate Speech, Freedom of Expression, Principle of Proportionality, Anti-Discrimination, Pluralism of Democracy

