

일본의 외국인법제의 현황과 과제

인종차별금지법제정의 필요성

아오야아가쿠인대학 법학부 교수 신혜봉

일본에는 요즘 「괘씸한 조선인 추방」 「조선인은 전부 죽이자」라는 헤이트 스피치¹가 거리시위나 인터넷 투고의 형태로 격렬함을 더하고 있다. 이러한 활동을 전개하고 있는 것은 주로 재일한국인이 특권을 가지고 있고 그것을 박탈해야 한다고 주장하는 단체인 재특회이지만 그들이 지탄하는 특별영주자격이나 통명(通名)사용은 애초에 도무지 특권이라고 할 수 있는 것이 아니다². 그러나, 히틀러가 큰 거짓말 만큼 큰 소리로 반복해서 대중에게 새겨넣는 것을 모토로 했던 것처럼, 근거도 없는 단순한 테마지만, 거리시위나 언론에서 반복해서 노출됨으로 해서 마치 실체가 있는 주장처럼 사회에 침투하게 되는 우려가 있다³. 하물며 「~인을 죽여」라는 언동이 공연히 행해지는 사태는 쉽게 실제 폭력행위의 빌미가 된다. 인종차별과 헤이트 스피치가 제노사이드에 다다른 수많은 경험(홀로코스트나 르완다제노사이드, 일본에서는 관동대지진때의 조선인학살)을 가진 인류사회는 도저히 이것을 방치할 수는 없다. 실제로 2014년 12월 19일 현재 일본을 포함 177개국에 체결되어있는 인종차별철폐조약은 4조에서, 인종적 우월이나 증오에 근거한 사상의 유포, 다른 인종집단에 대한 폭력행위의 선동 등을 법률로 처벌해야 하는 것으로 규정하고 있다. 일본은 이 조항에 유보를 한 채로 입법조치를 미루고 있지만, 작금에는 헤이트스피치를 법으로 규제해야 하지 않을까 하는 것이 학계⁴뿐만 아니라

¹ 직역하면 「증오언론」이지만, 이와 같은 언론에는, 예를 들면 동성애자나 타종교의 신자에 대한 헤이트스피치 등 다양한 것이 있을 수 있다. 본고에서는 인종차별철폐협약4조의 규정과 일본의 상황을 바탕으로, 인종적증오를 유포하고, 또한 인종차별이나 거기에 근거한 폭력행위를 선동하는 언론의 뜻으로 「헤이트스피치」라는 단어를 사용하고 있다.

² 특별영주자격은, 전후 일본정부에 의해 일방적으로 일본국적을 박탈당한 구식민지출신자와 그 자손에 대해, 정주의 역사적 경위에 비추어 인정받은 것이지만, 본래 이들은 1세는 국적의 선택권을, 2세이후는 신고에 의한 일본국적취득권을 제공받아 마땅한 존재이다. 퇴거강제나 재입국허가 등 통상의 외국인에 적용되는 제도는, 요건이 완화되었다고는 하나 특별영주자에게도 여전히 적용된다. 통명(通名)에 있어서도, 일본사회의 극심한 차별을 피하기 위해 어쩔 수 없이 사용하게 된 경우가 많으며, 그 가운데는 회사가 통명(通名)사용을 강제하는 경우도 있다 (김임만씨 사례. 그는 회사와 국가를 상대로 제소했지만 패소하고 있다. 大阪高判 2013 (平25) 年11月26日)

³ 현재의 인터넷 회사에서는 특별히 검색기능이나 소셜미디어의 발달의 의해 근거가 없는 테마라도 쉽게 확산·과격화하는 경향이 있다.

⁴ 국제인권법학회 2012년도 연구대회의 특집 「차별표현·증오표현의 금지에 관

정계에서도 논의에 이르게 되었다.

헤이트스피치의 법적규제는 이처럼 중대한 과제이지만, 실제로 일본의 경우 거기에 앞서 문제가 되어야 하는 것은 일본은 인종차별을 법률로 명확하게 금지하는 것도 하지 않고 있는 것이다⁵. 헤이트스피치는 인종차별의 하나의 심각한 발현형태이지만, 애초에 인종차별을 근절해야 한다는 명확한 국가적·사회적 합의 없이는 헤이트스피치의 규제도 기대하기 어렵다⁶. 인종차별에 단호히 대처한다고 하는 시점이 애매한 채로, 스피치의 규제만을 강조하는 것은, 오히려 헤이트스피치와 함께 원전반대데모도 규제하자라는 정권측의 의도에 이용되는 사태를 불러올 수도 있다. 여기서 본 논문에서는 인종차별철폐협약의 관점에서 인종차별금지법의 필요성에 대해서 주로 검토하고, 그것에 관련해서 헤이트스피치의 법적규제의 필요성도 아울러 언급하기로 한다.

I. 인종차별철폐협약에 있어서 계약국의 의무

1 「인종차별」의 정의

이 협약에 있어서 인종차별이라 함은 인종, 피부색, 가문 또는 민족이나 종족의 기원에 근거를 둔 어떠한 구별, 배척, 제한 또는 우선권을 말하며 이는 정치, 경제, 사회, 문화 또는 기타 어떠한 공공생활의 분야에 있어서든 평등하게 인권과 기본적 자유의 인정, 향유 또는 행사를 무효화시키거나 침해하는 목적 또는 효과를 가지고 있는 경우이다. (1조 1항).

「인종」은 피부색, 머리카락 색깔 등 신체의 생물학적 특징을 공유하는 사람들의 집단을 가리키고, 「피부색」은 그와 같은 생물학적 특징의 대표적인 것이다. 「민족적 또는 종족적 출신」은, 언어나 종교 등을 공유하는 집단의 출신인 것을 말한다⁷. 「가문

한 국제인권법의요청과 각국의 대응」『国際人權』24号、2013年、36頁 이하를 참조.

⁵ 법아래 평등에 관한 헌법14조는 있지만, 사인에는 직접 적용되지 않음.

⁶ 櫻庭総 「刑法における表現の自由の限界—ヘイト・スピーチの明確性と歴史性の関係」金尚均編 『ヘイト・スピーチの法的研究』法律文化社、2014年、p107~127頁는, 표현의 자유와의 관계에서 처벌범위의 명확성을 담보하기 위해서도 그 전제로서 첫째, 차별의 실태조사와 그 사회적 인지가 필요한 점, 둘째, 형사규제 이외의 광의의 헤이트 스피치에도 대응할 수 있는 준사법적인 인권구제기관이 필요하다는 점을 강조한다.

⁷ 또한 「민족적출신」의 영어 표현은 national origin이지만, national은 「국민적」나 「민족적」으로도번역할 수 있는 다의어이다. 본 협약의 경우, 1조2항

(descent)」은 출생을 가리키고, 출생에 의해 그 지위가 결정되는 법률이나 사실상의 신분제도(인도의 카스트제도, 일본의 부락차별 등)을 포함한다.

「공공생활(public life)」은 국가나 지방공공단체의 활동에 한하지 않고, 기업의 활동 등도 포함하는 인간사회의 일원으로서의 활동 전반을 말하고, 인간의 활동분야 중, 특정 소수자를 대상으로 하는 순수한 사적 활동을 제외한, 불특정다수자를 대상으로하는 모든 활동을 포함한다⁸. 법 앞에 평등에 관한 5조는 (e)에서 주거에 관한 권리나 교육에 대한 권리, 운송기관이나 호텔, 음식점, 극장, 공원과 같은 일반 공중이 이용을 목적으로 하는 모든 장소 또는 서비스를 이용하는 권리 등을 명문으로 언급하고 있으나, 이들 권리의 평등한 향유는 1조에서 말하는 「공공생활」에 있어서 차별의 금지에 대응하는 것이라 할 수 있다.

2 인종차별철폐협약이 정하는 체약국의 의무 (특히 2조·4조·6조·7조)

협약은 2조 1항에서, 「체약국은 인종차별을 규탄하며, 모든 형태의 인종차별 철폐와 인종간의 이해증진 정책을 적절한 방법으로 지체없이 추구」하도록 국가의 기본적 차별철폐의무에 대해서 규정하고, 구체적으로 (a) 부터 (e) 까지의 의무를 규정하고 있다. (a)는 국가가 인종차별행위를 하지 않을 것과 함께, 「국가 및 지방공공기관과 공공단체가 그러한 의무에 따라 행동하도록 보증할」 의무, (b)는 국가가 「어떠한 인간이나 또는 조직에 의한 인종차별을 후원, 옹호 또는 지지하지 않을」 의무를 규정한다. (c)는 국가와 정부(국가 및 지방)의 정책을 재검토해서 인종차별을 야기시키거나 또는 영구화시키는 효과를 가진 법령을 개폐할 의무를 지우고 있다. (e)는 적절한 경우, 인종간의 유화를 목적으로 하는 다종족으로 구성된 단체나 운동을 지원하는 것이나, 인종간의 분열을 강화할 움직임에 대해서는 이것을 억제하는 것에 대해서 규정하고 있다.

더욱이, 2조 1항중에 중요한 것은, 체약국은 모든 적절한 수단(해당 사정에 따라 필요한 경우에는 이 법을 포함)에 의해, 어느 인간, 집단 및 조직에 의한 인종차별을 금지하고 종료시키는 것을 정한 (d)규정이다. 차별을 「종료시킨다」는, 차별철폐를 위해 필요한 모든 조치를 취할 일반적 의무로 해석되며, 교육, 계몽 등을 포함한 폭 넓은 활동을 행할 것을 가리키는 것으로 생각된다⁹. 여기에 반해 「금지하는」의무에 관해서는 어떤

에서 당사국이 국민과 국민이 아닌 자 간의 설정한 구별에는 적용되지 않는다고 하고, 1조3항에서 국적에 관한 법규에는 영향이 없다고 되어있기 때문에, 공정역에서는 「민족적 출신」으로 번역되었다고 생각된다. 그러나 현실에서는 일본에 있어서 재일한국·조선인차별이 민족차별과 국적차별 둘다 포함하는 것처럼, 양자는 오버랩되서 나타나고 있는 것으로부터 national origin은 국민적 출신 즉 현재 또는 과거의 국적을 이유로 한 차별도 포함한다고 해석되어야 한다.

⁸ 일본정부견해. 외무성 웹사이트

<http://www.mofa.go.jp/mofaj/gaiko/jinshu/top.html>.

⁹ 村上正直 『人種差別撤廃条約と日本』 日本評論社、2005年、65頁。

조치를 취하는가에 있어서 재량의 여지는 있지만, 사인(私人)의 의한 인종차별을 「금지하는」 것 자체가 조약체결의 시점에서 계약국이 저야 할 명확한 의무라고 할 수 있다¹⁰.

4조는, 인종적 우월의 사상에 근거 및 인종적 증오·인종차별을 정당화하고 조장하려는 선전·단체를 규탄하고, 인종차별의 선동 및 행위를 근절하기 위한 신속하고 적극적인 조치를 취할 의무를 규정한다. 이를 위해서 특별히 다음 사항을 행할 것으로 하면서, (a) 인종적 우월이나 증오에 근거한 사상의 유포, 인종차별의 선동, 타 인종집단에의 폭력행위나 그런 선동, 인종주의활동에의 원조 제공을 법률에 의해 처벌받는 범죄로 할 것, (b) 인종차별을 조장하고 선동하는 단체 및 선전활동을 금지하고, 그런 단체·활동에 참가를 법률에 의해 처벌받는 범죄로 할 것, (c) 국가 및 지방 공공당국과 기관이 인종차별을 조장·선동하는 것을 인정하지 않는 것이라고 정하고 있다. 일본은 이 중에서 (a)·(b)에 관해서, 헌법상의 집회·결사·표현의 자유 그 외 다른 권리의 보장과의 저촉하지 않는 한도 내에서 의무를 이행하기로 하는 유보를 붙여놓고 있다.

6조는 구제에 관해서 규정하는데, 계약국은 관할 하에 있는 모든 사람에 대해서 법원 및 기타국가기관을 통해 인종차별행위에 대한 효과적인 보호·구제조치를 확보하고, 차별의 결과로 입은 손해에 대해서 공정하고 적절한 보상 또는 변제(배상 또는 구제)를 법원에 구하는 권리를 확보해야 하는 것으로 규정하고 있다. 게다가 7조에서는 계약국은 인종차별을 초래하는 편견에 대항하기 위한 인종간의 이해, 관용, 우호를 증진시키기 위하여 특히 교육 및 문화 분야에서 즉각적이고 효과적인 조치를 취할 의무를 진다고 하고 있다.

일본은 조약 가입 시, 2조1항(d)를 포함 조약상의 의무는 기존의 국내법으로 실시 가능하다는 입장에서 국내법의 정비를 아무것도 하지 않았다. 그리고 4조 중에 (c)에 대해서는 유보를 붙이지는 않았지만, 이시하라(石原慎太郎) 전(前)도지사의 거듭된 인종차별 발언을 방지하여 온 것처럼 이 조항의 관해서 특히 조치를 취해 오지 않았다. 이러한 가운데 사법의 영역에서 입점거부와 같은 사적인종차별의 사안에서 불법행위규정을 이용하여 구제를 준 케이스가 있고, 최근에는 헤이트스피치의 사안에서도 주목해야 할 판결들이 보인다. 이하에서는 그러한 판례를 검토하면서, 현행의 법제도에 의한 인종차별에의 대처의 불비에 관하여 지적하기로 한다.

II 일본에 있어서의 인종차별과 이에 대한 현행법에서의 대처 불비

1 사인에 의한 인종차별 (입점거부, 입주거부 등) 과의 관련에 있어서

일본은 조약의 「자동적 수용」 체제를 취해서 비준한 조약은 국내에서도 법적 효력을 갖는다. 그리고 서열로서는 조약은 법률보다 상위에 있다고 되어있다. 조약은 법률보다 상위의 있다는 것은 일반적으로 법률의 해석·적용은 가능한 한 조약의 규정에 합치하도록 해야 한다는 것을 의미한다. 예를 들면, 민법상, 무엇이 「불법행위」가 되는 것인가

¹⁰ 同上、66頁。

에 관하여 일본이 인종차별철폐협약에 가입하고 있고 사인에 의한 인종차별을 금지하는 의무를 지고 있다는 것을 근거로 하여, 인종차별의 위법성을 고려한 해석을 한 것이다.

(1) 입점차별의 사안에서 불법행위의 성립을 인정한 판례

실제로 입점차별과 같은 사안에서는 동협약의 취지를 불법행위의 해석을 반영시키는 것으로 피해자에게 금전배상을 제공한 판례가 있다. 보석점에서 윈도우 쇼핑을 하고 있던 브라질인 여성에게 「외국인 사절」의 포스터를 보여주고 쫓아 낸 사건에서, 시즈오카지방법원은 1999년 「인종차별철폐협약은… 우리나라에 있어서도 국내법으로서의 효력을 가진다…아무런 입법조치를 필요로 하지 않는다는 외무성의 견해를 전제로 한다면, 본건과 같은 개인에 대한 불법행위에 근거한 손해배상청구의 경우에는 이 조약의 실제규정이 불법행위의 해석요건으로서 작용하는 것으로 생각되어진다.」 라고 하여, 점주들에 대하여 손해배상을 명했다¹¹. 또한 미국출신 남성이 목욕탕에서 입장거부 당하고 일본에 귀화한 후에도 똑같이 거부당한 사안에서, 삿포로지방법원은 2002년 점주의 행위는 인종차별에 해당한다고하여, 불법행위에 의한 손해배상을 명했다. 「국제인권B [=자유권] 협약 및 인종차별철폐협약은, 국내법으로서의 효력을 가지고 있다 하더라도 그 규정 내용으로보아…사인상호관계를 직접 규율하는 것은 아니다. … 그렇지만, 사인의 행위에 의해 다른 사인의 기본적 자유나 평등이 구체적으로 침해당하거나 그럴 우려가 있고, 또한 그것이 사회적으로 허용할 수 있는 한도를 넘은 것이라고 평가될 경우는… 민법1조, 90조나 불법행위에 관한 제규정등에 의해 사인의 의한 개인의 기본적인 자유와 평등에 대한 침해를 무효 내지는 위법으로서 사인의 이익을 보호해야하는 것이다. 그리고…국제인권B규약 및 인종차별철폐협약은, 위에 기술한 사법의 모든 규정의 해석에 있어서 기준의 하나가 될 수 있다.」 「본건 입욕거부는 국적에 의한 차별처럼 보이지만, 외견상 국적의 구별을 할 수 없는 경우도 있으며, 제2입욕거부에 있어서는 일본 국적을 취득한 원고J가 거부당한 것으로 부터 본다면, 실질적으로는 일본국적의 유무라는 국적에 의한 구별이 아니라, 외견이 외국인으로 보인다고 하는 인종, 피부색, 가문 및 민족적 또는 종족적 출신의 근거한 구별, 제한이라고 인정된다…국제인권B규약26조, 인종차별철폐조약의 취지에 비추어, 사인간에 있어서도 철폐되어야하는 인종차별에 해당한다.」¹²

(2) 현행 사법적 구제의 문제점

한편, 사인에 의한 인종차별에 관해서 입법조치를 취하지 않고 현행법의 해석에 의한 사법적 구제로 대처하는 방법에는 미흡한 점을 많이 지적할 수 있다.

첫째는, 현실의 일본사회에서는 입점거부외에 입주거부, 골프클럽에의 입회거부 등 다양한 상황에 있어서 외국인(이른바 뉴커머, 즉 근래에 일본에 온 사람들과 역사적 경위로 인해 일본에 영주하고 있는 재일한국·조선인들과 그 자손들을 포함한다) 및 외국인

¹¹ 静岡地判(浜松支部) 1999(平11)年10月12日、判時1718号92頁

¹² 札幌地判2002(平14)年11月11日、判時1806号84頁。

같은 용모의 사람에 대한 인종차별이 광범위하게 존재하고 있고, 또한 그 대부분이 참고 넘어가는 것으로 끝나거나, 재판으로 가도 실효적인 구제를 기대할 수 있다고는 할 수 없다는 것이다. 일본에서 태어나서 자란 2세 이후의 재일한국·조선인들과 같이 모국어로서 일본어를 쓰고, 문화적으로 일본인과 차이가 없는 생활을 하고 있는 사람들조차도 국적¹³이나 성씨 때문에 맨션이나 아파트에의 입주거부를 당하는 것은 현재에도 결코 드문 일이 아니다. 재판으로 간 경우도, 입주차별소송의 원고가 진술하는 것처럼¹⁴ 불법행위소송에서는 원고가 입증책임을 지기 때문에, 피해자측에 있어서는 먼저 사실인정의 단계에서 사실입증의 벽이라는 리스크가 따른다. 다른 입주차별의 사안에서도, 피고 부동산업자와 소유주는, 임차를 거부한 것은 원고가 고양이를 키우고 싶다고 말했기 때문이라고 하는 주장을 반복하면서, 피고가 원고의 국적을 알고 거부행위에 달한 것을 다툼없는 사실로 하는데까지 원고는 대단한 어려움에 처했다¹⁵. 이와 같이 차별의 피해자에게 입증책임을 부과하는 방식 자체가 사인에 의한 인종차별을 금지하고 실효적구제를 확보하는 협약상의 의무를 충족시켰다고 말할 수 있을지 아닐지는 의심스럽다.

두번째는 사법적구제는, 개별사안의 심리라는 성격상, 골프클럽에의 입회거부와 같은 사안에서는 클럽측의 결사의 자유와의 관계를 고려할 필요가 있는 것 처럼, 상황에 따른 사법판단의 틀을 취하지 않을 수 없는 것이다. 이것은 차별을 소송하는 측에 있어서는 사법적구제에 기대할 수 있는 정도가 분명하지 않고 제소에 보다 더 큰 리스크가 수반되지만, 피소당한 쪽에 있어서는 어떤 행위가 차별이 되는지가 예측하기 어렵다. 이것은 사인에 의한 차별의 금지를 사법적구제에만 의지하려는 것의 근본적 한계이다. 사법적구제는 중요하고 필요하지만, 무엇이 금지된 차별인지를 구체적으로 정의한 입법과는 대

¹³ 일본의 국적법은 혈통주의이기 때문에 쌍방이 외국 국적인 양친으로 부터 일본에서 출생한 자는 외국 국적이 되고, 귀화에 의해 국적을 취득하지 않는 한 일본국적으로 되지 않는다. 재일한국·조선인이 국적 때문에 받은 차별에 대해서 「그럼 귀화하면 될거 아니야」라고 말하는 논조가 일본정부뿐만 아니라 일반사회, 가끔은 이민문제연구자등으로 부터도 듣게 되는 경우가 있지만, 귀화는 어디까지나 일본정부에 「허가」를 구해야 하는 절차로, 일본에 영주하게 된 역사적 경위나 극심한 피차별체험으로부터 본다면 받아들이기 어렵다고 생각하는 사람도 당연히 있는 것을 알아야 한다. 1980년대말경 행정지도로 행하여진 일본식 씨명에의 개명강요도 식민지시대의 창씨개명을 상기시키는 것으로써 이런 거부 반응에 박차를 가하고 있다.

¹⁴ 康由美 「入居差別裁判をたたかって」 部落解放研究595号、2008年、77～78頁。

¹⁵ 尼崎入居差別訴訟を支える会 『尼崎入居差別訴訟記録集』2007年参照。결과로써, 이 사건의 판결은 고양이를 키우는 것 뿐만 아니라 한국국적을 이유로 임차거부가 행하여졌으며, 불충분한 사실인정 위에 입각한 판단이 되버리고 말았다. (神戸地判尼崎支部2006(平18)年1月24日) 항소심의 大阪高判2006(平18)年10月5日 에서도 같았다.

체할 수 없다.

세번째로 사법적 구제의 현황은 인종차별철폐협약에 비춰보면 여전히 결코 충분하지 않다. 입점거부 사안에서는 인종차별철폐협약의 취지에 따라서 불법행위를 해석·적용하여 금전배상을 인정한 사례가 있지만, 입주차별 사안에서는 봐야 할 판례는 아직 존재하지 않는다¹⁶.

이와 같이, 일본사회의 현황에서는 입주차별 등의 차별이 산발적인 사태이고, 극히 일부의 악덕업자가 예외적으로 행해지는 것이라면 몰라도 현실에서 상당히 광범하게 보여지고, 또한 거기에 대한 실효적인 사법적구제가 확보되어있다고는 인정하기 어려운 이상, 사인에 의한 차별을 금지하는 입법조치는 분명히 필요하다고 말할 수 있다¹⁷.

2 헤이트스피치와의 관련에 관하여

(1) 불법행위의 성립을 인정한 판례 - 수평사(水平社)사건

헤이트스피치에 대한 민사소송으로서는, 「재특회」 멤버가 2011년에 수평사박물관앞 노상에서 마이크를 사용해 「백정박물관」 「비인박물관」 「나와라, 백정들아」라고 연설을 하고, 다시 그 영상을 인터넷에 올린(투고) 사건에서, 나라지방법원이 이것을 명예훼손으로 인정, 언동의 내용이나 시기·장소·방법등에 비추어 명예훼손의 정도가 현저하기에 불법행위에 의한 유형·무형의 손해가상당히 크다고 하여 150만엔의 손해배상을 명한 것이 있다.¹⁸

(2) 형사·민사에서 다룬 판례-교토조선학교사건

교토조선학교사건은 현행법에서 헤이트스피치를 대처하는 가능성의 한계가 민·형사 양면에서 보여진 중요한 사건이다. 2009년, 「재특회」 멤버들은 교토조선제일초등학교(당시, 현재는 이전) 교문 앞에서 약 1시간에 걸쳐, 애들이 있는 학교를 향해 확성기로 「여기는 북한 스파이 육성기관」 「범죄조선인」 「쓸모없는 조선학교를 일본에서 내쫓아라」 등의 구호(노호)를 외치며 인접한 공원(교정이 없는 동교가 교토시와 합의에 근거 사용하고 있었다)에 놓여 있던 축구 골대를 넘어뜨리고 조레대를 이동시켜서 대문에 세우고, 스피커의 배선코드를 절단했다. 학교는 이들을 형사고소했지만 이듬해도 동일한 가두선전이 벌어지고, 다시 이들이 그것을 촬영한 영상이 인터넷에 공개됐다.

¹⁶ 앞에 제시한 고베지법판례는 헌법14조의 취지를 불법행위의 해석·적용에 활용하고 있으나, 인종차별철폐협약의 규범은 언급하고 있지 않다.

¹⁷ 同旨、村上前掲書、229～231頁。

¹⁸ 2012(平24)年6月25日奈良地判LEX/DB25482112。

이 사건에서 4명이 체포·기소당했으나, 상술한 것 처럼 헤이트스피치에 관해서 학교 측은 명예훼손죄로 기소를 원했던 것에 반해, 검찰측이 사용한 죄상은 모욕죄였다¹⁹. 어느 쪽이든 양방모두 보호대상은 사람의 개인적 법익이며, 「조선인」과 같은 민족집단을 공격하는 언론을 처벌대상으로 한 규정은 형법에 존재하지 않는다. 판결에서는 기물손괴죄와 위력에 의한 업무방해죄가 인정되었기 때문에 집행유예의 징역형이 과해졌지만²⁰, 헤이트스피치 그 자체에 대한 규제면에서 일본형법의 흠결이 있는 것은 분명하다.

한편, 학교법인이 기소한 민사소송에서, 교토지법은 2013년, 본건 활동에 따른 업무방해와 명예훼손은 인종차별이며 불법행위에 해당한다고 하고, 함께 1200만엔정도의 손해배상과 새로운 가두선전활동을 금지하는 명하는 판결을 내렸다²¹. 이 판결에서 높게 평가되는 것은 첫째, 사인간의 인종차별에 대한 소송에서 인종철폐협약이 어떻게 영향을 미치는 가를 검토하는 중에, 2조1항(d) 및 6조의 규정에서 「체약국의 법원은 동협약의 규정에 적합하도록 해석할 책무를 진다」고 명확하게 판시한 것이다²². 그리고 본건 업무방해와 명예훼손은 재일조선인에의 차별의식을 사회에 호소할 의도로 차별적 발언을 섞은 것이며, 민족적 출신에 근거한 차별이며 평등의 입장에서 인권향유를 방해할 목적을 가지고 있는 것으로 말할 수 있기에 협약1조 소정의 인종차별에 해당하며 불법행위를 구성한다고 했다. 두번째, 법원은 손해배상액의 결정에 있어서는 협약2조1항과 6조에 의해 「인종차별행위에 대한 효과적인 보호 및 구제조치가 될 만한 액수를 정해야 한

¹⁹ 전자에는 사실적시의 요건이 있는 것의 고려도 있었겠지만, 명예훼손죄의 법정형이 3년이하의 징역형이나 금고 또는 50만엔이하의 벌금이라는 것에 비해 모욕죄에는 구류 또는 과료로 극히 가볍다.

²⁰ 京都地判2011 (平23) 年4月21日LEX/DB25502689. 피고인 4명중 3명에 대해서는 판결이 확정되고, 1명은 항소했지만 같은 해 10월 20일 오사카고법판결에서 항소가 기각당했다.

²¹ 京都地判2013 (平25) 年10月7日判時2208号74頁LEX/DB25501815. 재특회 측은 항소했지만, 2014 (平26) 年7月8日 오사카고법판결에서 기각당했다.

²² 인종차별을 금지하는 것과 구제를 제공하는 것을 구했던 이러한 규정의 수신인은 국가이며, 재판소에 「직접 의무를 지게하는 규정이다」고 하는 판시는 정확하지 않다라는 비판이 있다. (寺谷広司「ヘイトスピーチ事件—朝鮮学校への街宣活動と人種差別撤廃条約」ジュリスト1466号『平成25年度重要判例解説』、2014年、293頁). 그러나 통치기구 중에 이러한 의무를 다하는 것에 있어서 가장 기대되는 것은 재판소이며 (2조1항에 관해서는, 차별을 금지하는 입법조치가 취해지지 않은 현황이다), 재판소는 이러한 규정을 바탕으로 그 책무를 다하는 것을 요청받고 있다는 의미에서 이 판시의 취지는 이해할 수 있고 긍정적인 평가를 해야한다.

다」고 하고, 손해배상액의 인정에 있어서도 협약에 적절한 해석을 행할 것이 요청된다고 하였다. 「업무방해나 명예훼손이 인종차별로서 행해진 본건의 경우, 인종차별철폐협약2조1항 및 6조에 의해, 우리 나라 법원에 대해 동조약의 규정에 적절한 법의 해석적용이 의무지워진 결과, 법원이 행하는 무형손해의 금전평가에 대해서도 고액으로 해야한다」. 게다가 이 점에서 판결은 협약에 근거한 정부보고서 심의시에 정부가 「레이시즘의 사건에 있어서는 재판관이 자주 그 악의의 관점에서 참조하고, 이것을 양형의 무게에 반영된다」고 답변하고 있고, 형사사건에서 범죄의 동기가 인종차별인 것이 양형가중요인이 된다고 하는 것을 언급하고 있으나, 실제로는 인종차별적동기에 의한 범죄(헤이트크라임, 증오범죄)에서도 이것이 양형에 반영되어있다고는 말하기 어렵다²³. 그런 의미에서도 본 판결은 헤이트스피치에 대한 현행법상의 민사적 구제의 가능성을 보여준 것이었다.

그러나 이러한 획기적인 판결이 나왔음에도 여전히 불특정다수로 이루어진 인종집단에의 차별발언을 그 자체로 불법행위로 간주하는 것은 어렵다는 점에서, 헤이트스피치에의 대처에는 한계가 있다. 이에 더해 피해자에게 있어서는 민사소송이 사용하기 불편한 문제이다. 본건에서도 원고가 되어야할 피해자는 아동들이지만, 상대방에 아이들의 개인정보를 넘기는 것이 어려운 학교법인을 원고로 할 수 밖에 없었던 점, 법정에서 피고가 반복된 헤이트스피치에 의해 피해자가 거듭 큰 고통을 겪게 되는 것이 지적되고 있다²⁴.

III 자유권규약·인종차별철폐협약의 국내실시를 위한 입법조치 (1)

－ 차별금지법 제정과 국내인권기관 설치의 필요성

인종차별철폐협약 이외에도 일본이 비준한 자유권조약은 26조에서 법률이 모든 차별을 금지하고 인종이나 국민적 출신, 출생 등의 어떠한 이유에 의한 차별에 대하여도 평등한 보호를 모든 사람에게 보장하는 것을 체약국에 의무지우고 있다. 이 규정과, 인종차별철폐협약의2조1항(d)의 규정 및 「공적생활의 분야에 있어서」 평등한 인권향유를 방해하거나 침해하는 것이라는 인종차별의 정의(동조약1조)로 미루어, 국가는 고용, 주거,

²³ 예를 들면, 1997년 일본인 소년 그룹에 의한 집단폭행을 받아 사망한 일본계 브라질 에루크라노 군 사건에서 피해자는 가해자와 면식은 없고, 「브라질인」을 노린 범행에 휘말린 경우였지만 (西野瑠美子『エルクラノはなぜ殺されたのか』明石書店、1999年参照), 범행이 외국인에 대한 편견에 의한 것이었다는 검찰측 주장은 판결(주범격의 소년에게 상해치사등에 의한 징역5년의 실형판결, 名古屋地判1998(平成10)年10月27日)에 반영되지 않았다.

²⁴ 中村一成「ヘイト・スピーチとその被害」金尚均編『ヘイト・スピーチの法的研究』法律文化社、2014年、49～50頁。

교육, 사회적서비스, 일반공중의 사용이 가능한 장소나 서비스의 이용을 포함한 공적생활의 분야의 있어서 차별을 금지하는 법률을 제정해야한다는 결론에 도달한다²⁵. 인종차별철폐위원회는, 정부보고심사후 총괄소견에서 인종차별을 금지하는 법률을 제정하도록 일본에 대해 반복해서 권고하고 있다²⁶.

차별금지법 제정과 겹쳐서 반드시 요구되는 것은 국내인권기관의 설치이다. 국내인권기관(National Human Rights Institution)이란, 국가가 국가기관으로서 설치하는 것으로 정부로부터 독립된 입장에서 인권기준의 준수 촉진을 위해 활동하는 기관의 총칭이다. 유엔에서는 「국내인권기관의 지위에 관한 원칙」(파리 원칙)을 채택하고, 독립성과 권한 등의 면에서 동원칙의 지침에 합치한 국내인권기관의 설치를 가맹국에 장려하고 있다²⁷. 각국의 국내인권기관이 파리 원칙에 준거하고 있는지 여부를 인정하는 제도를 운영하고 있는 국내인권기관국제조정위원회에 따르면 2014년 5월 23일 현재, 국내인권기관의 수는 106개이다²⁸. 이러한 기관은 인권에 관한 조사·연구나 인권교육프로그램개발 등에 더해 해당국의 차별금지법을 소관하고 있는 경우가 많다. 그 중에는 헤이트스피치 피해에 관해서도 국내인권기관의 관할사항으로 보고 있는 것이 있다(아래 서술하는 오스트리아).

인종차별철폐협약의 체약국의 대부분은 동조약 비준을 받거나 종래의 법률을 동조약에 따라 강화하는 형식으로 공적생활의 영역에 있어서 인종차별을 금지하는 입법을 제정하는 것과 함께, 그 법률을 소관하는 국내인권기관을 설치하고 있다. 영국이 동조약 비준과 함께 인종관계법을 개정·강화하고, 1976년 인종관계법에서는 「인종평등위원회」를

²⁵ 申惠丰 『国際人權法—国際基準のダイナミズムと国内法との協調』 信山社、2013年、359~360頁。

²⁶ 최근에는 2014년의 총괄소견. UN Doc. CERD/C/JPN/CO/7-9, para.8.

²⁷ 1992년 유엔인권위원회결의 및 이듬해의 유엔총회결의

²⁸ 그 중에 A랭크의 인정을 받은, 즉 정부로부터 독립한 국내인권기관으로서 국제적으로 인지도된 국내인권기관은 71개 이고, 아시아태평양은 15개, 아프리카에는 18개, 미주에는 16개, 유럽에는 22개이다. (Chart of the Status of national Institutions, [http://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Chart%20of%20the%20Status%20of%20NHRIs%20\(23%20May%202014\).pdf](http://nhri.ohchr.org/EN/Documents/Chart%20of%20the%20Status%20of%20NHRIs%20(23%20May%202014).pdf)) 일본의 낙후는 여기에서도 눈에 띈다. 자유권규약위원회와 인종차별위원회 양쪽 모두 일본에 대해서 파리 원칙에 따라서 국내인권기관을 설치하도록 반복해서 권고하고 있다. (2014년의 총괄소견, UN Doc. CCPR/C/JPN/CO/6, para.7; CERD/C/JPN/CO/7-9, para.9)

설치한 것이 그 예이다²⁹. 영국은 그외에도 성차별, 장애인차별 등에 관한 개별 차별금지법을 제정하고 있고, 각각의 법률을 소관하는 위원회를 두고 있지만, 2010년부터는 여러 차별금지를 종합한 「평등법」이 성립하고 이것을 소관하는 인권위원회가 설치되어있다³⁰. 동법은 연령, 장애, 젠더, 혼인상의 지위 (미혼, 기혼여부 등), 인종, 종교 또는 신념, 성적지향성 등 12개의 차별금지사유를 아우르는 포괄적인 차별금지법이다. 또한 오스트리아는 1975년에 인종차별철폐조약을 비준하고 그 국내실시법으로서 인종차별금지법을 제정하고 연방의 차별금지제법(성차별법, 장애차별법, 연령차별법)과 함께 오스트리아인권위원회에 소관시키고 있다³¹. 1995년에는 인종차별금지법 개정예 의해, 헤이트스피치규제도 여기에 담기게 된다³².

또한 미국은 표현규제에 신중한 점에서 일본과 동일시되는 경우도 있지만, 미국은 헤이트스피치규제입법뿐만 아니라 불특정다수가 이용하는 시설에 있어서 인종차별을 공민권법에서 금지하고 있고, 또한 인종적동기에 의한 범죄에 형벌을 가중하는 헤이트크라임(증오범죄)법을 갖는 점에서 일본과는 다르다³³. 헤이트스피치규제는 커녕, 인종차별을 금지하는 법규정조차 없는 일본은 그런 의미에서 극히 특이한 법상황에 있다.

IV. 자유권규약·인종차별철폐협약의 국내실시를 위한 입법조치 (2)

－헤이트스피치 규제의 필요성

²⁹ 인종차별을 처음으로 법적으로 금지한 입법은 1965년 인종관계법이지만, 이것은 그 이후 인종차별철폐협약의 비준도 있어서 여러 번 개정되었다. 小林学「イギリスの人種平等委員会と機会均等委員会—司法と市民を結ぶ試み」NMP研究会・山崎公士編『国内人権機関の国際比較』現代人文社、2001年、336～337頁参照

³⁰ Equality Act 2010, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2010/15/contents>.

³¹ Racial Discrimination Act 1975, <http://www.comlaw.gov.au/Details/C2014C00014>.

³² ステファニー・クープ「オーストラリアにおける人種に基づく中傷の禁止と表現の自由—イトックV. ボルト事件を中心に」大阪経済法科大学アジア太平洋研究センター『アジア太平洋レビュー』10号、2013年を参照。개정법은 인종, 피부색, 국민적·종족적 출신을 이유로 개인 또는 집단에게 불쾌감을 주거나 모욕하고 굴욕을 주거나 헐박하는 행위를 위법으로 하고 있다. (18条C). 피해를 입은 자는 오스트리아인권위원회 (Australian Human Rights Commission) 에 신청할 수 있다.

³³ 小谷順子「言論規制消極論の意義と課題」金尚均編前掲書、102頁。

일반적인 인종차별금지법에 더해, 헤이트스피치 중에서도 악질적인 것에 대해서는 형사처벌을 검토할 필요가 있다. 인종차별철폐협약 기준을 받고, 헤이트스피치의 처벌을 형법에 담는 국가는 적지 않다. 예를 들면 프랑스는 1965년에 동조약을 비준시, 「인종차별주의와의 전쟁에 관한 1972년 7월 1일의 법률」³⁴에서 「개인 또는 집단에 대해서 그 출신을 이유로, 또는 민족, 국가, 인종 혹은 특정 종교에 소속하는 것 또는 소속하지 않음을 이유로 차별, 증오 또는 폭력을 선동한 자는 1년의 금고 또는 45,000유로의 벌금 또는 그 중 하나의 형에 처한다」고 규정했다(24조. 2004년 개정후의 조문). 프랑스는 동조약 비준시, 표현과 결사의 자유와 4조의 의무이행간에 적절한 균형을 찾는 것에 있어서 자국의 재량권을 남기는 뜻의 선언을 붙이고 있지만, 일본처럼 유보를 한 채로 어떤 입법조치도 취하고 있지 않는 국가와는 다르다. 캐나다는 1970년 동조약 비준과 함께 연방형법에 「헤이트 프로파간다」의 금지를 도입하고 318조에서는 「제노사이드(집단살해)의 창도(唱道)」³⁵를 319조에서는 「공적인 증오의 선동」³⁶에 관해서 규정했다.

일본도 체약국으로 되어있는 국제형사재판소(ICC)규정은 제노사이드죄를 동재판소의 관할범죄의 하나로 하고, 25조에서 개인이 「다른 사람을 대하여 집단살해의 실행을 직접 또는 공공연히 선동하는 것」도 형벌을 과하는 대상으로 하고 있다. EU에 있어서 2008년의 「인종주의 및 외국인혐오와의 전쟁에 관한 EU이사회결정」은 「인종, 피부색, 가문, 종교 또는 신념, 혹은 민족적 또는 종족적출신에 근거하여 정의되는 집단 혹은 그와 같은 집단의 구성원에 대한 폭력 또는 증오의 공적인 선동」, 「국제형사재판소규정에서 정의된 제노사이드죄, 인도에대한죄 및 전쟁범죄를 공적으로 허용하고, 부정하거나 대폭으로 왜소화하는 행위에 있어서, 그러한 집단 또는 그 구성원에 대하여 폭력 또는 증오를 선동하는 방법으로 행하여진 것」등 일정한 행위는 범죄로서 처벌할 수 있다

³⁴ Loi n°72-546 du 1 juillet 1972 relative à la lutte contre le racisme.

³⁵ 1항 「제노사이드를 창도하거나 촉진한 자는, 소추된 죄를 범한 자로 5년 이상의 금고형에 처한다」. 2항 「본조에 있어서 제노사이드는 특정가능한 하나의 집단의 전부 또는 일부를 파괴할 의도를 가지고 행하여진 이하의 행위를 말한다. (a) 해당 집단의 구성을 파괴하는 것. (b) 해당 집단의 육체적 파괴를 야기하는 것을 의도하는 생활조건을 고의로 부과하는 것. 4항 「본조에 있어서, 특정가능한 집단은 피부색, 인종, 종족적 출신 또는 성적지향성에 의해 구별된 공중의 어느 부분을 말한다」.

³⁶ 1항 「그런 선동이 평화의 파괴를 야기할 가능성이 높은 상황에 있어서, 공공장소에서 의견을 전도하는 것에 의해 특정가능한 어느 한 집단에 대해서 증오를 선동한 자는, (a) 소추된 자를 범한 자로서 2년이하의 금고형에 처하거나 (b) 약식형에 처함」. 2항 「사적인 대화이외에 있어서, 의견을 전도하는 것에 의해 특정가능한 어느 한 집단에 대해 증오를 의도적으로 촉진한 자는 (a) 소추된 죄를 범한 자로서 2년이하의 금고형에 처하거나 (b) 약식형에 처한다」.

록 확보해야하는 것을 가맹국에게 요구하고 있다³⁷.

인종차별철폐위원회는 2013년 일반적권고35 「인종주의적 헤이트스피치와의 전쟁」에서 인종주의적 표현의 범죄화는 심각한 사안으로 남겨져야 하고, 또한 형사제재의 적용은 합법성, 균형성 및 필요성의 원칙에 따라야 하는 것, 정도가 심각하지 않는 것에 대해서는 그 성질이나 표적이 된 사람이나 집단에 대한 영향의 크기를 특히 고려하면서, 형법이외의 방법으로 대처해야하는 것이라는 견해를 보이고 있다³⁸. 범죄로 해야할 지 여부는 언론의 내용과 형태(도발적이고 직접적인 것인가), 전도방법을 포함해, 언론이 미치는 범위(주류 매스컴이나 인터넷에서 유포됐는가, 반복해서 행해졌는가)등의 요소를 고려해야 한다고 되어있다³⁹. 동 권고는 또한 개별 사안의 사실과 법적평가가 국제인권기준에 따라 행해질 것을 확보하기 위해서는, 독립되고 공평한 사법기관이 불가결하고, 또한 이 점에서 파리 원칙에 따른 국내인권기관이 그 역할을 보완해야하는 것⁴⁰, 인종차별주의적 헤이트스피치를 규제하기 위한 조치가, 부정의에의 항의, 사회적 반대 등의 표현을 억제하기위한 구실로서 사용되어서는 안된다는 것⁴¹도 언급하고 있다.

2014년 총괄소견에서 인종차별철폐위원회는 전회소견(2010년)에 이어서 헤이트스피치 규제를 요구하고 4조의 대한 유보를 철폐하고 법개정 조치를 취할 것을 권고하고 있다⁴². 그리고 이번 회의 소견에서는 특히, 일반적권고35에 언급하면서, 「위원회는 인종주의적 언론을 감시하고 싸우기 위한 조치가 항의의 표명을 억제하는 구실로서 사용되어서는 안된다는 것을 상기한다. 그렇기는 하지만, 위원회는 당사국에 대해, 인종주의적 헤이트스피치 및 헤이트크라임으로부터 방어의 필요가 있는 피해를 입기 쉬운 입장에 있는 집단의 권리를 지키는 것의 중요성을 상기하도록 촉구한다」하면서, 헤이트스피치 규제에 있어서는 마이너리티의 권리보호가 제일 중요하다는 관점을 명확히 하고 있다⁴³. 더욱이

³⁷ 가맹국은 또한 이러한 범죄가 균형성과 억지력이 있는 형벌에 의해 처벌되도록 하는 것, 그리고 금고형의 형기는 적어도 1년에서 3년으로 하는 것을 확보해야한다. (Council Framework Decision on combating racism and xenophobia, http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/133178_en.htm)

³⁸ CERD/C/GC/35, para.12.

³⁹ *Ibid.*,para.15.

⁴⁰ *Ibid.*,para.18.

⁴¹ *Ibid.*,para.20.

⁴² CERD/C/JPN/CO/7-9, para.10.

⁴³ 이것은, 심사시 헤이트스피치 규제가 반레이시스트 집단의 데모에 남용되는 것은 아닌가 하는 NGO의 우려를 고려한 위원의 발언이 있었다는 것을 반영한 것

총괄소견은, (a)집회에 있어서 증오 및 인종주의의 표명 내지는 인종주의적 폭력과 증오의 선동과 단호하게 싸울 것, (b)인터넷을 포함한 매스컴에 있어서의 헤이트스피치와 싸우기 위한 적절한 방법을 취할 것, (c)그러한 행동에 대해 책임이 있는 민간의 개인 및 단체를 수사하고, 적절한 경우에는 기소할 것, (d)헤이트스피치 및 증오선동을 유포하는 공인 및 정치가에 대해서 적절한 제재를 추구할 것, (e)인종차별로 이어지는 편견과의 싸우고, 다른 국적, 인종 또는 민족의 모든 집단 사이에서의 이해, 관용 및 우호를 촉진하기 위해서, 인종주의적 헤이트스피치의 근본적 원인과 싸우고, 교육, 문화 및 정보의 정책을 강화할 것, 을 권고하고 있다⁴⁴.

(번역 서건진, 감수 유혁수)

이다. (師岡康子「ヘイト・スピーチに関連する2014年CERD総括所見の意義」反差別国際運動日本委員会『IMADR-JC通信』179号、2014年、4～5頁)。CERD/C/JPN/CO/7-9, para.12.

⁴⁴ CERD/C/JPN/CO/7-9, para.12.