

역사적 사실 부정과 표현의 자유1)

1. 사건개요

2005년 5월, 스위스 로잔에서 열린 기자회견에서 청구인(Doğu Perinçek)²⁾은 아르메니아인이 터키 제국에 의해 학살당했다는 ‘아르메니아 제노사이드’가 ‘국제적인 거짓말(mensonge international)’이라고 발언했다. 무슬림과 아르메니아인들 사이의 폭력에 대한 책임은 서구 제국주의자 및 제정 러시아에 있으며 오스만 제국의 강력한 권력을 나누고자 했던 사람들이 수세기 동안 평화롭게 살고 있던 아르메니아 일부를 선동하고 폭력을 부추겼다고 주장했다.

2005년 7월, 스위스 오피콘에서 열린 제1차 세계대전 종전 평화조약 기념 행사에서 ‘아르메니아 문제는 존재하지 않았었다’³⁾라고 표명했고 청구인은 그 자리에서 1915년에 발생한 아르메니아 학살사건을 부정하는 소책자를 배부했다.

2005년 9월, 스위스 코니스에서 열린 터키 노동당 집회에서 ‘소련 자료가 당시 아르메니아인과 무슬림 사이에 민족갈등과 민족학살이 있었음을 확인해 주고 있다. 그러나 터키는 조국을 지키기 위해서 어쩔 수 없었지만 아르메니아인들은 제국주의자들의 농간에 놀아났을 뿐이다. 1915년에 아르메니아 집단학살이 없었다’⁴⁾고 재확인했다.

1) CEDH, AFFAIRE PERİNÇEK c. SUISSE(Requête n°27510/08), 2015년 10월 15일 결정.

2) 1942년 앙카라에서 출생한 터키국민이고 터키 정당 노동당 대표이자 법학박사.

3) “무엇보다도, 쿠르드족 문제와 아르메니아 문제는 문제가 아니었다. 그들은 존재조차 하지 않았었다. (...)”

4) “심지어 레닌, 스탈린과 다른 소련 혁명의 지도자들은 아르메니아 문제에 대해 터키당국이 아르메니아 사람들에 대한 집단학살을 저지르지 않았다고 작성했다. 이러한 발언은 그 당시 선전에 제공하기 위한 것이 아니었다. 그들의 비밀문서에서 소련 지도자들은 아르메니아인과 무슬림 사이의 민족갈등이 있었음을 소련문서가 확인해주고 있다고 하였다. 터키는 조국을 지키기 위해서 어쩔 수 없었지만 아르메니아인들은 제국주의자들의 농간에 놀아났을 뿐이다. 진실에 관심을 갖고 편견은 잊으세요! 이러한 것들은 내가 평가한 것이고 아르메니아 문제에 대한 기사를 읽었다. 편견이 아니다. 사실은 여기에 있다. 즉 1915년에 아르메니아 집단학살은 없었다. 그것은 사람들 간의 싸움이었으며 우리도 많은 손실을 입었다. (...) 당시 러시아 장교는 아르메니아 군대가 터키와 무슬림 학살을 하여서 무척 실망했다. 이러한 사실은 러시아 사령관이 말한 것이다. (...)”

스위스-아르메니아 협회⁵⁾는 첫 번째 행사에서 청구인이 한 발언⁶⁾에 대하여 고소했다. 조사는 이후의 두 개의 연설내용도 포함하도록 확장되었다.

2007년 3월 9일 로잔 경찰법원은 청구인의 발언이 스위스 형법 제261조의 2 제4항⁷⁾에서 규정하는 범죄에 해당한다고 판단⁸⁾하여 청구인에게 90일의 징역(하루에 100 스위스 프랑) 및 2년의 집행유예를 명하고 스위스-아르메니아 협회에 대한 정신적 손해로서 1,000 스위스 프랑을 배상할 것을 결정했다.

청구인은 이러한 판결의 취소 및 1915년에 발생한 사건에 관한 추가조사를 요구하는 항소를 제기하였다. 그러나 2007년 6월 13일 파기형사법원은 이러한 항소를 기각 하였고⁹⁾ 2007년 12월 12일 연방대법원 또한 기각하였다.

2008년 6월 10일, 청구인은 공개적으로 아르메니아 집단학살이 없었다고 말한 것에 대해 형사적 제재를 부과하는 것은 유럽인권협약 제10조¹⁰⁾에서

5) 스위스-아르메니아 협회는 스위스와 아르메니아 사이의 문화경제적 우호적 관계를 발전시키고 장려하기 위한 목적을 가지고 있고 아르메니아의 역사적 기억과 문화를 강화하는 사업을 지원한다. 동 협회는 스위스에서 아르메니아 대학살이 인식되는 과정에 적극 노력하고 있으며 아르메니아 대학살의 역사적 사실을 정치적으로 인식하기 위해 싸우는 전 세계의 모든 협회를 지원하고 있다. <http://www.armenian.ch/index.php?id=saa>

6) “아르메니아인 집단학살”은 국제적인 거짓말이다. 국제적인 거짓말이 존재할 수 있는가? 그렇다. 히틀러가 이러한 거짓말의 대가(maitre)였고 지금은 미국과 유럽연합이 제국주의자들이다. 터키의 자료 뿐만아니라 러시아 자료들은 국제적인 거짓말쟁이들을 반박한다. 이러한 자료들에 따르면 무슬림과 아르메니아인들 사이의 격렬한 폭력에 대한 책임은 서구 및 차르 러시아의 제국주의자들에게 있다. 오스만제국을 공유하기를 원했던 거대한 권력들은 수세기 동안 평화롭게 살고 있던 아르메니아 일부를 선동했다. 터키와 쿠르드족은 이러한 공격에 대해 자신의 조국을 옹호했다. 히틀러가 같은 방법을 사용했던 것을 잊어서는 안 된다. 다시 말해 제국주의 구상을 완성하기 위해 국가를 분열시킬 필요가 있었고 이를 위해 서로 죽이고 밀어내도록 민족 및 공동체를 도구로 간주하였다(instrumentalisation). ‘아르메니아인 집단학살’이라는 거짓말은 제1차 세계대전 동안 오스만제국을 공유하고 싶었던 영국제국주의, 프랑스 및 차르 러시아에 의해 1915년에 최초로 만들어졌다. 이후 체임벌린(Chamberlain) 수상이 고백한 것처럼 이것은 전쟁 선전(propagande)이었다. 미국은 1991년에서 2003년 사이에 걸프전쟁으로 이라크를 점령하고 분할하여 북쪽에 괴뢰정권을 만들었다. 이 후에 키르쿠크 유전을 여기에 추가하였다. 오늘날 터키는 그 괴뢰정권의 보호자 역할을 수행하도록 요구받고 있다. 우리는 제국주의의 포위에 직면해 있다. ‘아르메니아인 집단학살’에 대한 거짓말과 예게해와 키프로스화 관련한 압력은 우리를 나누고 우리를 인질로 잡으려는 목적인 것이다. 심지어 우리의 해방전쟁을 인류범죄로 여기는 연속적인 의사결정의 채택은 미국과 유럽이 아르메니아 문제를 아시아 및 중동을 위한 그들의 전략 내에 포함하고 있음을 보여주는 것이다. 미국과 유럽연합은 터키인의 아르메니아 집단학살의 거짓말 캠페인을 조작하였다. 특히 미국과 독일 정보기관은 몇몇의 역사가들과 언론인들을 고용하였다. ‘아르메니아 집단학살’과 같은 히틀러 스타일의 이러한 거짓말을 믿지 마십시오, 찾으세요, 갈릴레오처럼, 진실을 그리고 주장(옹호)하세요!”

7) [스위스 형법 제261조의2 제4항(인종적 차별)]
공개적인 발언, 문서, 이미지, 행동 폭력 또는 깎아내리거나 차별하는 다른 모든 방법으로 인종, 민족 혹은 종교를 이유로 인간 혹은 커뮤니티의 존엄성을 훼손하는 자 혹은 같은 이유로 부인하고 과소평가하거나 집단학살 혹은 인류에 반하는 범죄를 정당화 하고자 하는 자는 3년의 자유박탈형 혹은 벌금형에 처해진다.

8) 프랑스와 스위스 등은 나치의 홀로코스트와 함께 터키의 아르메니아 제노사이드에 관한 역사적 사실을 부정하는 발언을 할 경우 형사 범죄로 처벌하고 있다.

9) 아르메니아 학살은 역사적 사실로 인정되었고 따라서 법원은 이러한 사실을 인정하기 위해 역사적 작업을 사용할 필요가 없다고 했다.

10) [유럽인권협약 제10조(표현의 자유)]

1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업

보장하는 표현의 자유에 위반되고 유럽인권협약 제7조11)에 근거하여 심판에 적용된 스위스 형법규정이 모호하여 죄형법정주의 원칙에 반한다며 유럽인권재판소에 제소하였다. 이에 대하여 2013년 12월 17일 소재판부는 재판관 5:2의 의견으로 유럽인권협약 제10조 위반이 있다고 판단¹²⁾하였지만 스위스 정부는 동 사건을 유럽인권협약 제43조¹³⁾에 근거하여 대재판부로의 회부를 요청하였고 2014년 6월 2일 대재판부는 이를 받아 들였다. 동 사안은 청구인이 세 번의 행사자리에서 1915년 오스만제국이 아르메니아인들을 집단학살하고 강제수용한 사실이 민족말살(génocide)행위가 아니라고 한 발언에 대해 스위스 연방대법원이 내린 유죄판결 및 스위스-아르메니아 협회에 대한 배상 명령이 유럽인권협약 제10조에서 보호하는 표현의 자유에 위배되는지 여부가 쟁점이다.

2. 실시내용

[정당한 목적(Buts légitimes)을 추구하는 제한이었는지에 대한 판단]

- 자에 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.
- 11) [유럽인권협약 제7조(죄형법정주의)]
 1. 어떤 누구도 행위 시의 국내법 또는 국제법에 의하여 범죄를 구성하지 아니하는 작위 또는 부작위를 이 유로 유죄로 되지 아니한다. 어느 누구도 범죄가 행하여진 때에 적용될 수 있는 형벌보다도 중한 형벌을 받지 아니한다.
 2. 이 조는 그 행위 시 문명국가에 의하여 승인된 법의 일반원칙에 따르면 범죄에 해당하는 작위 또는 부작위를 이유로 하여 해당인을 재판하고 처벌하는 것을 방해하지 아니한다.
 - 12) 소재판부는 “스위스 법원이 청구인에게 유죄판결을 내리는 것이 1915년 만행을 겪었던 피해자들의 후손들의 명예와 감정의 보호를 위하여 민주사회 내에서 긴밀한 사회적 필요(besoin social impérieux)에 부합함을 증명하지 못했다. 청구인의 발언이 인종적 혐오와 불관용을 선동할 의도가 있다고 보기까진 어렵고 터키어로 발언이 진행되었기 때문에 스위스 내부의 긴장을 고조시키기도 어려웠다. 그리고 스위스는 발언과 관계된 특별한 역사적 의미가 없는 나라인데다가 스위스 법원이 청구인의 발언이 일반적 여론에 반하기 때문에 형사처벌한 것은 스위스 법원이 판단의 여지를 초과하였다. 그러므로 스위스가 유럽인권협약 제10조를 위반하였다”고 판단하였다. AFFAIRE PERİNÇEK c. SUISSE(Requête n°27510/08), DEUXIÈME SECTION, 17 décembre 2013.
 - 13) [유럽인권협약 제43조(대재판부로의 회부)]
 1. 예외적인 경우 소재판부의 판결일로부터 3개월 이내에 사건의 당사자는 사건이 대재판부로 회부되도록 요청할 수 있다.
 2. 대재판부의 5명의 재판관으로 구성된 패널은 그 사건이 협약 또는 의정서의 해석이나 적용에 심각한 영향을 미치는 문제나, 일반적인 중요성을 갖는 심각한 문제를 야기하는 경우 그 요청을 받아들여야 한다.
 3. 패널이 그 요청을 받아들이는 경우, 대재판부는 판결로써 이 사건을 결정하여야 한다.

스위스 정부는 청구인의 권리에 대한 제한이 유럽인권협약 제10조에서 열거한 질서예방(défense de l'ordre)과 타인의 권리보호(la protection des droits d'autrui)라는 두 가지 목적을 위해서였다고 주장했다. 그러나 간섭(개입)이 정당한 목적을 추구하는지에 대한 문제에 대해서 질서예방에 필요했다는 주장은 받아들이기 어렵다. 이것이 인정되기 위해서는 청구인의 발언이 무질서를 조장할 수 있거나 실질적으로 무질서가 조장되었다는 것이 입증되어야 하나 스위스 정부는 이를 제시하지 못하였다. 소재판부의 판단처럼 유럽인권협약 제10조 제1항의 의미 내에서 '타인의 권리에 대한 보호'를 목적으로 하면 개입은 가능하다고 본다. 1915년 발생한 아르메니아인 집단학살사건 피해자들 상당수의 후손들은 그들의 공동체가 학살의 희생자(피해자)였다는 생각을 하며 자신들의 정체성을 구축해왔다. 따라서 청구인의 표현의 자유에 대한 제한은 이러한 정체성과 오늘날 아르메니아인들의 존엄성을 보호하려는 데 그 목적이 있는 것이다.

청구인의 발언이 이들을 비방하거나 존엄성을 훼손했다고 볼 수는 없다. 아르메니아 대학살을 '국제적인 거짓말'이라고 발언한 주장은 학살의 희생자 혹은 이들의 후손들에 대하여 발언한 것이 아니라 오히려 전체적인 맥락에서 영국, 프랑스 및 차르 러시아 제국주의자와 미국과 유럽연합을 겨냥한 것으로 보인다. 그러나 청구인이 스위스 코니스에서 '아르메니아인들이 제국주의 세력의 도구로서 사건에 참여했었다'는 발언은 간과할 수 없다. 이러한 상황에서 재판소는 이러한 사람들의 존엄성을 보호하고자 했던 간섭은 허용된다고 보고 결국 청구인의 표현의 자유에 대한 제한은 타인의 권리를 보호하기 위하여 이루어졌다고 할 수 있다. 그렇다면 그러한 개입이 '민주사회 내에서 필요한' 것이었는지에 대해 결정하는 일이 남아있다.

[민주사회 내에서 필요한 개입이었는지에 대한 판단]

재판소는 간섭(개입)이 유럽인권협약 제10조 제2항의 의미 내에서 '민주사회 내에서 필요한(nécessaire dans une société démocratique)' 것이었는지에

대해서¹⁴⁾ 집단학살 혹은 기타 역사적 사실에 대한 부인을 범죄화 하는 것이 원칙적으로 정당화 될 수 있는 것인지에 대해서 판단할 필요는 없다. 법률규정 자체에 대해 추상적 규범통제를 행하는 프랑스와 스페인의 헌법재판소와 달리 유럽인권재판소는 제소된 개별사건의 사실에 구속된다. 즉 재판소는 청구인에게 적용된 스위스 형법 제261조의2 제4항이 유럽인권협약 제10조의 의미 내에서 ‘민주주의 사회에 필요한’ 것이었는지에 대해서만 검토할 뿐이다.¹⁵⁾ 이러한 문제에 답하기 위해서 청구인이 받은 형사적 처벌이 타인의 권리를 보호하는데 필요했었는지 살펴보아야 한다. 동 사건에서 문제되는 권리는 아르메니아인들이 대량학살의 피해자라는 생각을 중심으로 구축해 온 정체성을 포함한 아르메니아인들에 대한 존엄성 존중이다. 유럽인권재판소 판례에 비추어 아르메니아인들의 존엄성은 유럽인권협약 제8조¹⁶⁾에 의해서 보호되는 것이다. 재판소는 이렇게 협약에서 보호하는 두 개의 권리(표현의 자유와 사생활 존중권)에 대한 균형을 맞추어야 한다. 그러기 위해서 구체적인 측면, 제한의 필요성 혹은 보호의 필요성 및 취한 조치와 추구하는 목적 사이의 비례성을 비교하여 두 권리에 대한 균형을 평가할 것이다. 이러한 방법

14) 표현의 자유의 행사에 대한 개입이 민주사회에서 필요한 것인지 결정하기 위해서 유럽인권재판소가 설립한 일반원칙들은 다음과 같이 요약될 수 있다 :

- ① 표현의 자유는 민주사회의 필수요소 중 하나를 구성하고 개인의 성숙과 발전을 위한 중요한 조건이다. 표현의 자유가 보호하는 것은 호의적인 혹은 불쾌하지 않거나 무관심한 정보나 의견 뿐만 아니라 불쾌하거나 충격적인 또는 불온한 정보나 의견까지도 보호한다. 즉 다원주의, 관용, 개방정신 없이는 민주사회도 없다. 제10조에 대한 예외는 엄격히 해석되어야 하며 제한의 필요성은 설득력이 있어야 한다.
- ② 유럽인권협약 제10조 제2항의 ‘필요한’의 형용사는 시급한 사회적 필요를 의미한다. 계약 당사국들은 필요의 존재를 판단하기 위해 판단재량을 가지지만 법률과 독립한 법원이 법률을 적용하여 내린 결정에 대한 유럽적 통제를 받는다. 유럽인권재판소는 마지막으로 제한이 표현의 자유와 양립하는지 최종결정권을 갖는다.
- ③ 유럽인권재판소는 관할권 있는 국가기관을 대신할 수는 없지만 이들이 유럽인권협약 제10조에 의거하여 내린 결정에 대해서 검토할 책임이 있다. 이것은 국가기관들이 합리적인 방법으로 선의로 재량권을 사용했는지 검토하는 것에 한정하지 않는다. 개입이 추구하는 정당한 목적에 비례하고 개입을 한 국가가 주장하는 이유가 적절하고 충분히 정당했는지 결정하기 위해 사건 전체에 비추어 판단하여야 한다. 이러한 과정에서 재판소는 국가가 제10조가 구현하는 원칙에 따라 규정들을 적용했고 관련성 있는 사실에 인정되는 평가에 기초했는지 판단해야 한다.(라엘리안 무브먼트사건, *Mouvement raélien suisse c. Suisse*, GC, n°16354/06, §48, CEDH 2012, 국제동물보호협회 사건, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, GC, n°48876/08, §100, CEDH 2013)

15) *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, n°31045/10, §98, CEDH 2014.

16) [유럽인권협약 제8조(사생활 및 가족생활을 존중받을 권리)]

1. 모든 사람은 그의 사생활, 가정생활, 주거 및 통신을 존중받을 권리를 가진다.
2. 법률에 합치되고, 국가안보, 공공의 안전 또는 국가의 경제적 복리, 질서유지와 범죄의 방지, 보건 및 도덕의 보호, 또는 다른 사람의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 필요한 경우 이외에는, 이 권리의 행사에 대하여는 어떠한 공공당국의 개입도 있어서는 아니된다.

을 통해 청구인 발언의 성격이 아르메니아인들의 권리를 침해하는지, 계약국들 사이에 청구인 발언의 성격에 대한 형사적 처벌 필요성에 대한 합의와 국제법 규정이 존재하는지, 청구인에 대한 처벌을 정당화하는 스위스 법원의 논리 및 개입의 심각성(중요성)에 대해 살펴볼 것이다.

- 청구인 발언의 성격 -

청구인의 표현의 자유를 평가하기 위해서 먼저 그가 한 발언의 성격에 대해 검토한다.

재판소는 스위스 형법 제261조의2 제4항의 규정대로 누구든지 '민족, 인종 혹은 종교'를 이유로 인간 혹은 커뮤니티의 존엄성을 훼손하는 자 혹은 같은 이유로 부정하고 과소평가하거나 집단학살 또는 인류에 반하는 범죄에 해당하는지를 살펴보는 것이 아니라 오히려 문제의 발언이 유럽인권협약 제10조에서 제한하거나 강화하는 보호 중 어디에 속하는지에 대해 판단하여야 한다. 유럽인권재판소 판례에 따르면, 일반적으로(원칙적으로) 폭력, 증오, 외국인 혐오 또는 다른 형태의 무관용을 조장하거나 정당화하는 표현은 보호를 받지 못하지만, 공익문제에 관련된 발언은 통상적으로 강한 보호를 받는다. 공공집회 혹은 미디어(예를 들어, 도서, 신문, 라디오 혹은 텔레비전 방송)에서 하는 역사문제에 관련된 발언은 원칙적으로 공익문제와 관계가 있는 것으로 보인다. 소재판부는 청구인의 발언이 역사적, 법적 및 정치적 문제에 대한 것이라고 판단했다. 청구인의 발언이 역사적·법적 문제를 다루고 있었다 하더라도 그 발언들이 행해진 상황을 고려해 보면 청구인은 역사학자나 법학자로 얘기한 것이 아니라 정치가로서 얘기한 것이다. 정치적인 연설은 본래 논쟁의 원천이고 신랄하다. 그러나 그렇다고 해서 이것의 공익적 성격이 감소되는 것은 아니다. 다만 이러한 발언이 폭력이나 증오, 무관용을 조장하여서는 안 된다.

재판소는 아르메니아 커뮤니티 사회에서 청구인의 발언이 매우 민감한 것이라는 것을 잘 알고 있지만 문제가 된 발언의 일반적인 영향력을 고려해

보건대, 어떠한 증오나 무관용을 조장하는 것으로 보이지는 않는다. 터키와 아르메니아가 수세기 동안 평화롭게 살았었다라는 사실을 언급하면서 행한 청구인의 발언은 1915년에 발생한 사건 희생자들을 증오하거나 경멸하는 것이 아니었다. 청구인은 아르메니아인들을 거짓말쟁이들이라고 하지 않았고 모욕적인 용어도 언급하지 않았다. 그의 주장들은 제국주의자들을 비판하면서 오스만제국과 터키에 관해 이야기한 것이었다. 해당사건이 발생한 스위스가 대량학살의 희생자 권리를 보호하기 위해 노력하는 것은 칭찬할만하고 인권보호 정신에 합치한다. 그럼에도 불구하고 '민주사회 내에서 필요한'이라는 문구에 내재하는 비례성의 개념은 당국이 취한 조치와 이러한 조치에 의해 추구하는 목적 사이에 합리적인 관련(lien rationnel)이 있어야 함을 요구한다. 즉 다시 말해서 취한 조치가 원하는 결과를 얻을 수 있는 만큼 합리적이어야 한다는 것이다.

터키에서 아르메니아 소수에 대해 존재하는 적대감이 스위스에서 청구인이 행한 발언의 결과라고 주장할 수 없고, 스위스에서 청구인이 받은 유죄판결이 실제로 아르메니아 소수의 권리를 보호하거나 이들이 안전한 느낌을 받게 하지도 않았다. 그리고 청구인의 발언이 터키에 있는 아르메니아인들에 대한 증오를 유발하지 않았고 그러한 증오를 선동하고자 하려는 증거도 없다. 결국 청구인의 발언이 터키에 있는 아르메니아인들을 향한 적대감에 직접적인 영향을 미쳤다는 증거는 없다. 만일 홀로코스트¹⁷⁾에 관련된 발언의 경우라면, 재판소가 (역사와 맥락을 고려한 이유로) 증오 혹은 비관용주의를 선동하는 형태라고 일관되게 간주할 수 있지만 동 사건이 그와 같다고 판단하지 않는다. 청구인 연설의 맥락을 보건대, 1915년 사건에 대한 청구인의 발언이 인종차별주의적 혹은 반민주주의적인 목적을 품고 있다고 틀림없이 가정할 수 없고 그렇다고 가정할 충분한 증거도 없다.

역사적으로도, 문맥상으로도 홀로코스트 부정은 유대인혐오의 한 형태라

17) 제2차 세계 대전 중 아돌프 히틀러가 이끈 나치당이 독일 제국과 독일군 점령지 전반에 걸쳐 계획적으로 유대인과 슬라브족, 집시, 동성애자, 장애인, 정치범 등 약 1천 1백만 명의 민간인과 전쟁포로를 학살한 사건을 말한다.

고 볼 수 있으나 청구인의 1915년 아르메니아 대학살 부정 발언은 그렇다고 보기는 어렵다. 청구인이 당시 오스만 제국의 내무부 장관이자 아르메니아 학살을 일으킨 주범인 탈라트 파샤(Talat Pasha)를 추종한다곤 하나, 그것과 대학살 부정 발언만으로는 그가 아르메니아인을 혐오한다고 볼 수 없다. 한편 국제법상 '대량학살'이라는 용어의 정의를 비추어 봤을 때, 역사적 사실에 대한 부정발언은 필연적으로 민족적, 인종적 혹은 종교적 단체를 목표로 하고 있다. 물론 청구인의 발언들은 신랄했고 완강했지만 관심을 끌기 위해 분명히 과장된 요소를 포함한 것으로 인식해야 한다. 이러한 발언이 공익이라는 문제와 근접하면 유럽인권협약 제10조의 전형적인 보호의 대상에 해당하고 스위스 당국이 이를 제한하기 위해선 오직 좁은 판단의 여지가 있을 뿐이다. 재판소는 청구인의 발언이 스위스 형사법 조치가 필요할 정도로 아르메니아인들의 존엄성을 해쳤다고 판단하지 않는다. 청구인은 제국주의 세력(*puissances impérialistes*)의 도구(*instruments*)로서 아르메니아인들에 대해 이야기 했지만 청구인의 발언이 일반적인 취지에서 아르메니아인들이 잔학 행위를 겪거나 전멸될 필요가 있다는 결론은 도출되지 않는다.

- 시간적 요소(*facteur temporel*) -

청구인이 언급한 발언과 비극적인 사건 사이에는 시간(약 90년)에 있어서 중요한 차이가 존재하고 청구인이 발언할 당시에는 아르메니아 대학살 사건의 생존자 수는 있다 하더라도 매우 소수이다. 고통스러운 역사적 사건에 대한 공격적인 발언은 논쟁을 불러일으키고 그러한 사건에 해당하는 사람들의 고통을 되살아나게 한다. 그러나 아르메니아 현안문제(시사문제)와 같이, 특히 분산된 민족집단에게 시간적 요소는 무시될 수 없다. 상대적으로 최근에 발생한 사건들은 너무나도 비극적이어서 당분간은 그것들과 관련된 한층 더 강화된 규제를 정당화해 줄 수도 있겠지만, 그러한 규제의 필요성은 시간이 지남에 따라 약화될 것이 분명하다.

- **계약국 사이의 합의의 존재 혹은 부존재** -

협약의 체결국(hautes parties contractantes)들 중 첫 번째 카테고리에 속하는 국가들은 역사적 사건부인을 일체 범죄화하지 않으며 두 번째 카테고리에 속하는 국가들은 유일하게 홀로코스트와 나치범죄 부정에 대해서만 범죄화 하고 있다. 첫 번째 카테고리에 속하는 국가들은 덴마크, 스페인, 핀란드, 영국, 스웨덴이 있으며 두 번째 카테고리에 속하는 국가들은 독일, 오스트리아, 벨기에, 프랑스, 네덜란드, 루마니아가 있다. 또한 나치범죄와 공산주의 범죄 부인을 범죄로 규정하고 있는 국가들(폴란드, 체코공화국)도 있고 마지막으로 모든 학살부인을 범죄로 규정하고 있는 네 번째 카테고리의 국가들(안도라, 키프로스, 헝가리, 라트비아, 마케도니아 공화국, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 몰타, 슬로바키아, 슬로베니아, 스위스)도 있다. 즉 역사적 사실 부인을 범죄로 규정할 것인지에 대해 엄격한 국가가 있는 반면 그렇지 않은 국가도 있다. 재판소는 홀로코스트 혹은 나치 그리고 공산주의자들이 행한 범죄의 부인을 범죄화하거나 혹은 그렇게 하지 않는 국가들을 통해 역사적 사건부인에 관한 법률에 있어서 회원국 사이에 거대한 차이가 존재함을 확인한다. 유럽인권재판소는 이러한 다양성을 인정하기에 특정 외국의 예를 가지고 비교법적으로 분석할 수 없다. 동 사안에서 스위스가 폭력 혹은 증오를 선동하는 방식으로 표현될 것을 요구하지 않고 모든 학살부인을 범죄로 규정한 것은 엄격하게 통제하는 것으로 보인다. 물론 스위스 형법 제261조의2 제4항이 ‘모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약(Convention internationale sur l’élimination de toutes les formes de discrimination raciale)’ 가입에 따라 채택되었지만 시행중인 어떠한 국제적 조약도 학살행위 부인을 범죄화 할 것을 분명하고 명시적인 방법으로 요구하고 있지 않다. 또한 어떠한 국제법과 국제관습법에서도 청구인에게 유죄판결을 내릴 수 있게 하는 근거를 찾을 수 없다. 그러므로 이 경우 비교법적 상황은 재판소가 내리는 결론에 큰 영향을 미치지 않는다.

- 간섭의 심각성 -

문제가 된 간섭의 형태는, 즉 구금까지 가능한 형사판결은 존재하는 다른 조치들에 비해서 심각한 조치이다. 유럽인권협약 제10조에 관련된 다른 사건들의 간섭은 예를 들어 출판물의 배포에 대한 제한 등을 의미하는 것이었다. 따라서 청구인이 형사상 유죄판결을 받았다는 사실은 표현의 자유에 대한 권리 내에서 가장 심각한 간섭을 의미하는 것이다. 이러한 모든 요소들에 기초하여 재판소는 아르메니아 공동체의 권리를 보호하기 위하여 청구인에 대한 유죄판결이 민주사회에서 필요하지 않았다고 판단한다.

3. 결론

위에서 분석한 모든 요소를 살펴보면, 청구인의 발언은 공익문제에 관련이 있고 증오 혹은 불관용을 선동하는 것으로 동일시될 수 없으며 청구인 연설의 문맥상 아르메니아 커뮤니티 구성원의 존엄성을 훼손한 것으로 간주할 수 없다. 재판소는 아르메니아 커뮤니티에게 있어 1915년에 발생한 비극적인 사건이 대량학살로 간주되어야 하는지에 대한 문제가 상당한 중요성을 가지며 이러한 사항에 대한 모든 발언에 대해 아르메니아 커뮤니티가 극도로 민감하다는 것을 잘 알고 있다. 그러나 청구인의 연설이 비극적인 사건 동안 고통 받은 아르메니아인들의 존엄성과 그들 자손들의 존엄성과 정체성을 훼손하여 스위스 형법을 필요하게 할 정도라고 인정할 수 없다. 청구인의 발언이 향한 공격은 아르메니아인들을 상대로 한 것이 아니라 제국주의자들에 대항하여 이러한 잔학행위에 대한 책임을 가리키는 것이었다.

유럽인권조약 제8조에 따라 아르메니아 대학살 피해자의 존엄성은 보호를 받고 있지만 현대 민주주의 사회에서 그들의 인권을 위해 표현의 자유를 제한해가며 형사처벌을 할 필요는 없다. 또한 어떠한 국제적인 의무가 청구인의 발언을 범죄화 하도록 스위스에 부과하고 있지 않다는 점에 비추어 스위스 법원이 청구인에 대해 내린 형의 선고는 심각하고 재판관 10:7의 의견으

로18) 유럽인권협약 제10조에 위반된다고 판단한다.

[반대의견]19)

우리가 보기에 청구인의 발언은 아르메니아 대학살에 대한 단순한 부정을 넘어서 역사적 사실의 왜곡을 구성하고 아르메니아인들을 모욕하는 적의가 포함되어 있다고 판단한다. 스위스 법원이 올바르게 판단한 것처럼 청구인의 발언은 오스만 제국의 만행을 정당화하기 위한 아르메니아인들을 겨냥한 왜곡이고 피해자들의 기억을 폄하하는 인종차별주의적인 양상을 띠고 있다. 아르메니아인들을 터키 침략자로서 표현한 청구인의 발언은 우리가 보기에는 유럽인권협약 제10조가 보호하는 표현의 한계를 넘은 것으로 보인다.

시간적 요소에 대한 주장 역시 우리는 납득할 수 없다. 지금으로부터 20 혹은 30년 내에 홀로코스트 부인이 표현의 자유로서 허용될 수 있다는 결론을 내릴 것인가? 시간적 요소와 전쟁범죄 및 반인도적 범죄가 시효의 대상이 되지 않는 원칙과의 양립가능성을 어떻게 생각해야 하는가? 우리는 입법자에게 청구인이 행한 발언과 같은 발언들에 대해 처벌을 규정하는 권리가 있다고 생각한다. 국가기관의 판단여지에 대한 제한으로서 체약국들 사이의 합의의 존재는 명시적인 금지에 대해 합의가 있는 경우에 발생한다. 그러나 동 사안은 그러한 상황이 아니다. 유럽을 넘어 국제연합은 인종차별철폐에 대해 수차례 나치를 부정하는 발언을 범죄화하도록 권고했다. 청구인에 대한 처벌은 1915년 대량학살을 기억하는 아르메니아 커뮤니티 구성원들의 존엄성을 보호하는 것이라고 판단한 스위스 연방대법원의 결정에 동의하며 요컨대 유럽인권협약 제10조에 위반되지 않는다고 판단한다.

18) [결정에 대한 재판관 분포]

아르메니아 대학살 부정 처벌은 표현의 자유에 위배됨	터키, 슬로바키아, 핀란드, 독일, 스위스, 프랑스, 스웨덴, 체코, 보스니아, 리히텐슈타인 재판관
아르메니아 대학살 부정 처벌은 표현의 자유에 위배되지 않음	룩셈부르크, 안도라, 모나코, 몰타, 그리스, 네덜란드, 리투아니아 재판관

19) 재판관 SPIELMANN, CASADEVALL, BERRO, DE GAETANO, SICILIANOS, SILVIS, KÜRIS.