

여호와의 증인 종교성전 건축 거부행위가 종교의 자유를 침해하는지 여부1)

1. 사건개요

(1) 청구인의 종교성전 건축을 위한 부동산 매수

청구인은 우크라이나 크리보이로크 시 Ternivsky 구에 위치한 여호와의 증인 종교단체이다. 청구인은 2004년 자연인인 소외인으로부터 크리보이로크 시에 위치한 50제곱미터 상당의 단층 주택 건물과 부속 건물을 매수하였다. 청구인은 건물 부지에 여호와의 증인 예배당, 즉 ‘종교성전’을 건축할 의도로 위 주택 건물과 부속 건물을 매수하였는데, 해당 건물 부지는 매도인의 소유가 아닌 크리보이로크 시의 소유였다. Ternivsky 구에는 3개의 여호와의 증인 예배당, 즉 ‘종교성전’이 이미 존재하였는데, 청구인은 해당 건물 부지에서 이 종교성전들이 각각 30km 이상 떨어져 있다는 이유로 새로운 성전 건축이 필요하다고 주장하였다.

2004년 9월 7일 청구인은 크리보이로크 시에 위 건물 부지에 관한 5년 기간의 임대차계약 체결을 요청하였다. 2005년 2월 24일 크리보이로크 건설계획위원회는 부지의 종교성전 건축을 허가하였으며, 2006년 9월 28일 시의회는 청구인에게 종교성전 건축의 예비허가를 하기로 결정하고 청구인에게 1년 이내로 건설계획서를 제출하도록 요청하였다. 이에 건설계획위원회는 2006년 9월 6일 시의회에 토지 배분 계획과 임대차계약 체결을 위한 초안을 제출함과 동시에 청구인에게 부지에 이웃하는 가구 중 2가구가 종교성전 건축을 반대한다는 사실을 전달하였고, 2006년 9월 15일 청구인은 해당 2가구의 구체적인 반대 내용을 포함한 서면을 요청하였다. 그러나 2006년 9월 27일 건설계획위원회의 초안이 시의회에서 승인되지 아니하였고, 2006년 10월 17일 청구인은 건설계획위원회로부터 종교성전 건축 반대의사 서면을 청구

1) Application no. 21477/10, 3 September 2019.

인에게 제공할 수 없다는 답변을 받았다.

(2) 제1차 소송

이에 청구인은 2007년 2월 14일 시의회가 임대차계약을 체결하지 않은 부작위가 위법하다는 이유로 제소하였다. 2007년 6월 7일 Dnipropetrovsk 지방법원(이하 ‘지방법원’이라 함)은 청구를 인용하였으며 판결이 확정되었다. 2007년 6월 11일 시 토지관리위원회는 청구인에게 위원회가 2007년 5월 14일에 시의회에 재차 초안을 제출하였으나 2007년 5월 30일에 반려되었다는 사실을 통지하였다. 청구인은 2007년 7월 11일 시의회에 해당 초안을 검토할 것을 요청하였으나 위 사건은 2007년 8월 29일 시의회에서 정족수 미달로 부결되었다.

(3) 제2차 소송

2008년 청구인은 시의회의 부작위가 위법하고 인권 및 기본적 자유의 보호에 관한 유럽협약(이하 ‘유럽인권협약’이라 함) 제13조²⁾를 위반하였다는 이유로 지방법원에 재차 제소하였다. 지방법원은 2008년 12월 11일 청구를 기각하였다. 항소법원도 항소를 기각하였으며 2009년 10월 1일 대법원이 상고를 기각하였다.

이후에도 청구인은 종교성전 건축을 위하여 시 관계자들과 협상을 지속하여, 2011년 4월 29일 시의회에 종교성전 건축을 위한 허가를 신청하였다. 2011년 5월 17일 신청이 반려되었고, 건설계획위원회는 청구인에게 건설계획법이 2011년 3월에 개정되었으나 새로운 입법사항을 적용하기 위한 규칙이 아직 개정되지 않았다는 사실을 알렸다. 이에 청구인은 2014년 1월 16일 새로이 종교성전 건축허가를 신청하였으나 2014년 5월 6일 건설계획위원회는 Ternivsky 구에서 종교성전 건축 부지가 이미 3곳이나 존재한다는 이유로 반려하였다.

이에 청구인은 유럽인권재판소에 제소하였다.

2) 유럽인권협약 제13조 실효적 구제를 받을 권리 “이 협약에 규정된 권리와 자유를 침해당한 모든 사람은 그 침해가 공무집행중인 자에 의하여 자행된 것이라 할지라도 국가당국 앞에서 실효적 구제를 받는다.” 정인섭 편역, 증보 국제인권조약집, 경인문화사, 2008, 620.

2. 관련 국내법 규정: 2001년 우크라이나 토지법전

제120조는 건물의 소유권 이전시, 소유권과 그 부지에 대한 점유권은 계약에 따른다고 규정한다.

제123조 §6은 토지할당계획은 토지, 환경, 보건, 계획 및 문화유산 관련 행정청의 허가를 받아야 한다고 규정한다. 또한 이 조항은 특정한 대규모 계획의 경우 추가적인 전문가의 진단이 필요할 수 있다고 규정한다. 이후 해당 계획안은 1개월 이내로 “검토하여야 하는” 시의회에 제출되고, 시의회는 “토지할당계획에 대한 결정을 내려야만 한다”고 규정한다.

제123조 §9는 중대한 시기에 시의회 또는 행정청이 토지를 할당하지 않거나 그 계획안을 검토하지 않는 경우 사법심사를 거쳐야 하고, 이러한 거부행위는 정당한 근거가 있어야 하며 입법 또는 계획 관련 근거규정을 인용하여야 한다고 규정한다.

3. 당사자의 주장

(1) 청구인 여호와의 증인 종교단체의 주장

1) 유럽인권협약 제9조³⁾ 위반 주장

청구인은 사안의 주택을 종교적 목적으로 사용하고 있었으나, 240명 이상의 여호와의 증인 신도를 수용하기에는 위 주택이 충분한 공간을 확보하지 못하여 종교적인 목적을 수행할 수 없었다고 주장하였다. 즉, 이 주택은 공개적 회합에 적절한 배관, 수도, 전기, 환풍구 및 조명을 갖추지 못하여 청구인 종교단체를 다른 주류 종교와 비교하여 “감지할 수 있을 정도의 열등한 상황”에 처하게 하였다.⁴⁾

3) 유럽인권협약 제9조 사상·양심·종교의 자유 “1. 모든 사람은 사상, 양심 및 종교의 자유에 대한 권리를 가진다. 이러한 권리는 자신의 종교 또는 신념을 변경하는 자유와 단독으로 또는 타인과 공동으로, 공적으로 또는 사적으로 예배, 선교, 행사와 의식에 의하여 그의 종교 또는 신념을 표명하는 자유를 포함한다. 2. 자신의 종교 또는 신념을 표명하는 자유는 공공질서, 보건 또는 도덕이나 타인의 권리 및 자유를 보호하기 위하여 민주사회에서 공공의 안전에 필요하여 법률의 규정에 의한 경우에만 제한받을 수 있다.” 정인섭 편역, 증보 국제인권조약집, 경인문화사, 2008, 620.

4) *Magyar Keresztény Mennonita Egyház and Others v. Hungary*, nos. 70945/11 and 8 others, § 94, ECHR 2014 (extracts).

청구인 종교단체 구성원 모두가 예배당의 상태를 중요하게 생각하였다는 점은 자명하다.⁵⁾

입법 그 자체로는 중립적이었기 때문에 유럽인권협약을 위반하지 않았으나, 자의적으로 해석하여 이를 적용하지 않은 것이 협약을 위반하였다. 지방법원이 청구인 종교단체가 토지에 대한 임대차계약 체결을 허가받을 수 있는 토지법전상의 모든 요건을 충족하였다고 인정하였다. 토지법전 제123조 § 6은 시의회로 하여금 1개월 내로 결정하도록 규정하였으나, 시의회는 그러하지 않았다. 시의회의 부작위는 오직 “종교적으로 편협한” 이웃들의 항의로부터 비롯된 것이다.

시의회의 무제한적 재량권 행사는 “행정부에 부여된 법적 재량이 무제한적으로 표출되는 것은 유럽인권협약에 규정된 민주사회의 기본 원칙 중의 하나인 법치주의에 위반된다”는 유럽인권재판소의 확립된 원칙을 위반하였다.⁶⁾

2) 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조7) 위반 주장

청구인은 지방법원이 청구인의 주장을 인용하였으며 시의회의 부작위를 위법하다고 판시하였다는 점을 상기하였다. 지방법원은 청구인이 임대차계약을 체결할 요건을 충족하였음을 인정하였고, 단지 시의회에게 임대차 체결을 명령하거나 그 대신 계약을 체결할 법적 권한이 없기 때문에 청구를 기각하였다.

그러므로 청구인은 시의회가 법과 판결에 따라 임대차계약을 체결할 것에 대한 “정당한 기대”가 있다.

시의회의 부작위는 자의적이었으며 토지법전 제123조 § 6을 위반하였다. 시의회가 청구인의 신청을 단순히 무시할 수 있다면, 토지법전의 적용은 예

5) *Association for Solidarity with Jehovah's Witnesses and Others v. Turkey*, nos. 36915/10 and 8606/13, § 89, 24 May 2016.

6) *Hasan and Chaush v. Bulgaria* [GC], no. 30985/96, § 84, ECHR 2000-XI.

7) 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조 재산의 보호 “모든 자연인 또는 법인은 자신의 재산을 평화적으로 향유할 권리를 가진다. 어느 누구도 공익을 위하여 그리고 법률 및 국제법의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는 경우를 제외하고는 자신의 재산을 박탈당하지 아니한다. 단 위의 규정은 국가가 일반의 이익에 따라 재산의 사용을 규제한다거나, 세금이나 기타의 부담금 또는 벌금을 확보하기 위하여 필요한 법률을 시행할 권리를 결코 해하지 아니한다.” 정인섭 번역, 중보 국제인권조약집, 경인문화사, 2008, 628.

견가능성이 없으며 법치주의에 위반될 것이다.⁸⁾

시의회의 위법하고 자의적인 부작위에 따라 240여 명으로 구성된 지역 여회와의 증인 종교단체는 작고 부적합한 주택을 예배에 사용하는 치욕적인 상황에 처하였다. 이러한 사용조차도 행정청이 사전통보 없이 수시로 단체의 주택 사용을 불허할 수 있으므로 임시적인 것이다.

3) 유럽인권협약 제6조 및 제13조 위반 주장

청구인은 유럽인권협약 제6조(공정한 재판을 받을 권리) 및 제13조(실효적 구제를 받을 권리) 위반 역시 주장하였다. 즉, 지방법원의 2차 판결에 의하여 1차 확정판결이 사실상 그 효력을 부정당하였고 시의회가 자의적이고 위법하게 재량을 행사할 수 있었다는 점에서, 청구인의 공정한 재판을 받을 권리와 실효적 구제를 받을 권리를 위반하였다는 것이다.

(2) 피청구인 정부의 주장

1) 유럽인권협약 제9조 관련

피청구인 정부는 일반 법률조항이 청구인의 개인적인 신념과 어떠한 관련이 없이 중립적으로 적용되므로 원칙적으로 유럽인권협약 제9조를 위반한다고 볼 수 없다고 주장하였다.⁹⁾ 즉, 우크라이나 입법부는 토지의 배분 문제를 시의회의 재량에 맡겼고, 이러한 시의회의 재량권 행사는 국적, 언어, 종교적 신념 및 기타 요인과 상관없이 “토지관계에 얽힌 모든 자”에게 적용된다. 시의회는 청구인에게 토지를 배분한 적도 없으며 배분하기를 거부한 적도 없다. 시의회가 이 사안을 청구인이 주장하는 것처럼 특정한 시각에서 바라봤다고 볼 이유가 없고, 따라서 이웃 가구가 종교 성전 건축을 반대하는 것은 종교적 편견으로부터 비롯된 것이라는 주장을 뒷받침할 근거가 없다. 그러므로 피청구인 정부는 이 청구 부분이 이유가 없다고 주장하였다.

8) *Broniowski v. Poland* [GC], no. 31443/96, § 47, ECHR 2004-V.

9) *Skugar and Others v. Russia* (dec.), no. 40010/04, 3 December 2009.

2) 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조 관련

피청구인 정부는 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조가 재산 취득 기회를 보장하지는 않는다는 유럽인권재판소의 확립된 판례를 근거로 들었다. 피청구인으로 하여금 청구인에게 부지를 임대하도록 하는 의무를 부여하여야 한다는 청구인의 주장을 지방법원이 배척하였으므로, 청구인은 부지 임차에 대한 정당한 기대가 인정되지 않는다. 피청구인은 청구인이 이미 주택을 종교적인 목적에 맞게 사용하고 있다고 주장하였다.

3. 판단

(1) 유럽인권협약 제9조 위반 여부

유럽인권협약이 종교적 예배를 위한 장소 제공을 보장하지는 않지만,¹⁰⁾ 종교시설 건축에 대한 제한은 제9조에 의하여 보장되는 권리를 침해할 수 있다.¹¹⁾

목사의 성향이나 종교행사 장소 등은 종교단체의 구성원에게 있어 중요한 요인이다. 그러므로 건물을 예배장소로 사용할 수 있는 가능성은 종교단체 참여에 있어 중요하고, 종교적 표현의 자유에 있어서도 중요하게 된다.¹²⁾

우리는 그동안 도시계획에 관련되었다는 이유로 예배당 건설이 제한된 사안을 보아왔다.¹³⁾ 국내 행정청은 행정계획에 있어 폭넓은 재량권을 행사한다는 것이 우리 유럽인권재판소의 확립된 판례이다.¹⁴⁾ 피청구인은 청구인이 직면한 상황은 자의적이지 않은 결정에 의한 것이라고 주장한다. 우리는 이에 대하여 추후 판단한다.

현 사안과 관련하여 우리는 청구인이 시 소유의 부지에 자리한 주택의 소

10) *Griechische Kirchengemeinde München and Bayern E.V. v. Germany* (dec.), no. 52336/99, 18 September 2007.

11) *Manoussakis and Others v. Greece*, 26 September 1996, § 38, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I; *Vergos v. Greece*, no. 65501/01, §§ 36-43, 24 June 2004; *Association for Solidarity with Jehovah's Witnesses and Others v. Turkey*, nos. 36915/10 and 8606/13, § 89, 24 May 2016.

12) *Izzettin Doğan and Others v. Turkey* [GC], no. 62649/10, § 111, 26 April 2016.

13) *Johannische Kirche and Horst Peters v. Germany* (dec.), no. 41754/98, 10 July 2001; *Vergos*, cited above, §§ 40-43; and *Tanyar and Küçükergin v. Turkey* (dec.), no. 74242/01, 7 June 2005.

14) *Chapman v. the United Kingdom* [GC], no. 27238/95, § 92, ECHR 2001-I, and *Association for Solidarity with Jehovah's Witnesses and Others*, cited above, § 103.

유자임을 상기한다. 우리는 청구인이 수년간 당해 주택을 종교적 예배장소로 사용하였으며, 50제곱미터 상당의 공간이 협소하여 예배에 적합하지 않은 사실을 인정한다.

우리는 위 건물이 종교적 예배장소로서 적합하지 않다는 청구인의 주장의 진실성을 의심할 이유가 없다. 게다가 청구인 주택을 예배당으로 사용하는 것을 피청구인이 사실상 허용함에도 불구하고 공식적으로는 허가신청을 반려하는 행태는 청구인에게 있어 법적 불안을 야기한다.¹⁵⁾

우리는 청구인이 예배당을 건설하지 못하는 것이 중립적인 사안에 적용되는 일반 법률조항에 의거한 것이라는 피청구인의 주장에 동의할 수 없는데, 이는 피청구인이 어떠한 일반 법률조항도 인용하지 못하였기 때문이다.¹⁶⁾ 피청구인이 유일하게 인용한 이유였던 ‘이웃들의 반대’는 지방법원에서조차도 증거로 인정되지 않았다. 그런데 지방법원은 청구인이 종교성전을 건설하기 위하여 필요한 모든 법적 요건을 충족하였다고 인정하였다.

우리는 이러한 경우에 청구인이 당해 주택을 종교적 예배장소로 사용하는 데 있어 직면한 어려움과 법적 불안을 고려하면, 청구인이 종교성전 건축 요건을 충족하였음에도 불구하고 시의회가 새 종교성전 건설을 허가하지 않고 부지의 임대차계약을 체결하지 아니한 것은 유럽인권협약 제9조의 위반 여부와 관련된 것이라고 본다.

이 결론은 청구인의 건축허가신청을 받아들이지 않은 시의회의 부작위가 위법하다고 판시한 지방법원의 판결로써 뒷받침된다. 이러한 판결 이후 이를 번복할 수 있는 사정변경이 있었다고 볼 수 없다. 시의회는 판결을 따르지 아니하였으며 정당한 이유 없이 부작위를 유지하였다.

따라서 시 관계자들의 행위는 자의적이었으며 “법에 합치하지 않는” 것이었음이 인정된다.

이 판결에서는 유럽인권협약 제9조 제2항의 위반 여부와, 피청구인의 ‘적극 의무’ 또는 ‘소극적 의무’가 문제되는지 여부는 더 나아가 판단할 필요 없

15) *Izzetin Doğan and Others*, cited above, § 130.

16) 대조적으로는 *Johannische Kirche and Horst Peters and Vergos*, §§ 40-43.

다.

그러므로 우리는 유럽인권협약 제9조 위반을 인정한다.

(2) 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조 위반 여부

우리는 청구인이 시 소유의 부지에 위치한 주택의 소유자라는 사실을 상기한다. 청구인은 수년간 부지에 대하여 사실상 방해받지 않는 사용을 하고 있었고, 부지를 임차하여 새 건물을 짓고자 하였다. 지방법원은 1차 판결에서 청구인이 임대차계약 체결의 요건을 모두 충족하였음을 인정한 바 있다. 그렇다면 제1 추가의정서 제1조가 보장하는 “재산”¹⁷⁾의 침해가 있었다고 볼 수 있다.

우리는 도시계획 분야에서 국내 행정청은 광범위한 재량이 인정된다고 강조한다.¹⁸⁾ 그러나 제1 추가의정서 제1조는 공권력에 의한 재산권 행사 제한은 무엇보다도 합법적이어야 한다고 규정한다. 제1조 제1항 2문은 재산의 박탈은 “법률의 일반원칙에 의하여 규정된 조건에 따르는” 경우에 허용된다. 제2항은 국가가 “법률”의 시행을 통하여 재산권 행사를 제한할 수 있도록 규정한다. 게다가 민주사회의 기본적 원칙 중 하나인 법치주의는 유럽인권협약의 모든 조문에 내재되어 있다.¹⁹⁾

지방법원은 1차 판결에서 시의회가 토지 할당 청구와 임대차계약 체결 신청을 거부한 것은 위법하다고 판시한 바 있다. 이는 2차 판결에서 재차 확인되었다. 위 판결 이후 이를 무효화하거나 더 이상 적용할 수 없게끔 하는 사정변경이 있다고 할 수 없다.

우리는 그 결론을 의심할 만한 이유가 없고 재산권의 제한이 합법적이지 않음을 인정한다.²⁰⁾

그러므로 이 사건 부작위는 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조에 위반된

17) *Allan Jacobsson v. Sweden*, no. 47473/99, § 45, 28 February 2006.

18) *Sporrong and Lönnroth v. Sweden*, 23 September 1982, § 69, Series A no. 52.

19) *G.I.E.M. S.R.L. and Others v. Italy* [GC], nos. 1828/06 and 2 others, § 292, 28 June 2018.

20) 대조적으로는 *Iatridis v. Greece* [GC], no. 31107/96, §§58, 61 and 62, ECHR 1999-II; *Antonetto v. Italy*, no. 15918/89, §§ 35-38, 20 July 2000; *Fraschino v. Italy*, no. 35227/97, §§ 32-34, 11 December 2003; and *Paudicio v. Italy*, no. 77606/01, §§ 40-47, 24 May 2007.

다.

(3) 유럽인권협약 제6조와 제13조 위반 여부

우리는 이 사안에서 청구인이 주장하는 바는 유럽인권협약 제9조와 제1 추가의정서 제1조 위반에 해당하여 별도로 유럽인권협약 제6조나 제13조 위반 여부를 다룰 이유가 없다고 판단한다.

(4) 손해와 배상

1) 유럽인권협약 제41조 적용

유럽인권협약 제41조는 “협약 또는 의정서의 위반이 있었으나 해당 계약국의 국내법이 부분적인 보상만을 허용하고 있는 경우, 유럽인권재판소는 필요하다면 피해 당사자에게 정당한 만족방법을 제공하여야 한다”고 규정한다.

2) 손해

청구인은 정신적 손해로 5,000유로를 청구하였다.

피청구인은 위 청구가 근거가 없다고 주장하였다.

재판부는 형평성의 차원에서 판결하여, 청구인에게 1,000유로의 정신적 손해를 인정한다.

3) 소송비용

청구인은 국내법원에서의 소송비용으로 2,000유로를, 유럽인권재판소에서의 소송비용으로 6,000유로를 청구한다. 청구인은 그 근거로 해당 소송대리인의 계약서와 비용청구서를 제출하였다.

피청구인은 청구인이 충분한 근거를 제시하지 않았다는 이유로 당해 소송비용 청구가 부당하다고 주장하였다.

유럽인권재판소의 선례에 따르면, 청구인은 소송비용이 필요하였으며 실제로 발생한 경우에만 그에 대한 청구를 할 수 있다.

당해 사안에서 재판부는 청구인이 제출한 자료가 지방법원과 유럽인권재판

소에서 소송에 필요한 비용을 충분히 증명하였다고 판단한다. 그러나 청구인의 최초 청구는 유럽인권협약 제6조 및 제14조 등의 위반 주장도 포함하였으며, 이들 주장은 각하되었다. 그러므로 소송비용 청구액의 전액을 인용할 수는 없으며 감액규정이 적용되어야 한다.²¹⁾

위 기준과 증거를 기준으로, 재판부는 총 6,000유로의 소송비용액을 부과한다.

4) 지연이자

재판부는 지연이자율의 경우 유럽중앙은행 기준의 3%의 이자율을 따르는 것이 적정하다고 판단한다.

4. 주문

- (1) 재판부는 만장일치로 청구에 대한 본안판단을 결정한다.
- (2) 재판부는 6대 1로 유럽인권협약 제9조 위반을 인정한다.
- (3) 재판부는 만장일치로 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조 위반을 인정한다.
- (4) 재판부는 만장일치로 유럽인권협약 제6조 및 제13조 위반 청구는 기각한다.
- (5) 재판부는 만장일치로 다음과 같이 결정한다.
 - a) 피청구인은 청구인에게 유럽인권협약 제44조 §2에 의하여 판결이 확정된 날로부터 3개월 내에 다음과 같은 금액을 지급일 당시의 피청구인 국가의 통화 환율로 변환한 금액을 지급한다.
 - (i) 1,000유로 및 비재산적 손해로 청구 가능한 금액
 - (ii) 6,000유로 및 소송비용으로 청구 가능한 금액
 - b) 지급기일 다음날부터는 3% 및 유럽중앙은행 기준금리와 동일한 비율의 지연손해금을 지급한다.

21) *Bayatyan v. Armenia* [GC], no. 23459/03, §§ 133-35, ECHR 2011.

(6) 재판부는 만장일치로 청구인의 나머지 청구를 기각한다.

유럽인권재판소법 제77조 §§2 및 3에 의하여 영문으로 작성되어 2019년 9월 3일에 공포한다.

Yudkivska 및 Pinto de Albuquerque 재판관의 보충의견

1. 우리는 유럽인권협약 제9조 위반 등 이 사건의 주요 쟁점에 대해서는 다수의 재판관과 의견을 같이 한다. 그러나 다수의견이 유럽인권협약 제9조에 관한 피청구인의 적극적 의무에 대하여 구체적으로 실시하지 않음에 따라 우리는 이에 전적으로 동의할 수는 없다.

2. 청구인은 여호와의 증인 종교단체로, 사안에서의 유럽인권협약 제9조 위반은 시의회가 지방법원의 판결을 따르지 않았던 데에서 기인하였다는 점을 명확히 주장하였다. 다수의견은 이 점을 실시하나 이 부작위가 국내 행정청의 적극적 의무 위반을 야기하였다고는 하지 않는다. 그러므로 이 결정은 유럽인권협약 제9조의 종교의 자유로부터 비롯되는 실질적인 적극적 의무에 대하여 상술할 기회를 놓치고 말았다.

3. 당사자들은 다음과 같은 사실관계에 대하여 다투지 않고 있다. 청구인은 종교성전으로 사용하기 위하여 주거용 부동산을 구입하였다. 청구인이 사실상 이 주거용 부동산을 종교용 목적으로 사용하고 있었지만, 더 큰 성전을 짓기 원하였다. 이를 위하여는 임대차계약이 필요하였으나, 이 임대차계약은 시의회에 의하여 허용되지 아니하였다. 시의회의 부작위가 위법하다는 지방법원의 판결에도 불구하고 시의회는 다시금 임대차계약 체결을 거부하고야 말았다. 그 결과 청구인은 임대차계약을 체결하지 못하여 종교성전을 건축하지 못하게 되었다.

4. 당해 사안에서 다수의견은 “새 종교성전 건축을 허용하지 않고 이를 위한 임대차계약 체결을 거부한 시의회의 부작위는 유럽인권협약 제9조 위반 여

부와 연관된다”고 판시하였다. 다수의견은 또한 유럽인권협약에 의하여 “피청구인의 ‘적극적 의무’ 또는 ‘소극적 의무’가 문제되는지 여부는 더 나아가 판단할 필요 없다.”고 설시하고 있다.

5. 우리는 이 중요한 논점을 미해결 상태로 두는 것은 문제가 있다고 생각한다. 이러한 접근 방식은 유럽인권협약 하에서의 피청구인의 의무를 명확히 정의하고 경계를 설정하지 않아 행정청이 그러한 의무를 인지하고 준수하지 못하게 하기 때문이다.

6. 유럽인권재판소는 오랫동안 확고하게 국가의 적극적 의무와 소극적 의무의 경계는 명확하지 않다고 설시하여 왔다. 두 경우 모두 정당한 이익형량이 이루어져야 한다. 그러나 국가의 의무가 적극적 의무인지 소극적 의무인지에 따라 국가의 재량의 정도가 달라지는데, 소극적 의무일수록 재량의 범위가 좁아진다는 것이 유럽인권재판소의 확립된 판례이다.

7. 이 사안의 사실관계를 고려하면, 우리는 이것이 피청구인의 소극적 의무(예를 들어 제9조에 의하여 청구인의 권리행사에 개입하지 아니하는 것)보다는 적극적 의무(예를 들어 제9조에 따라 청구인의 권리를 보호하는 것)와 관련되어 있다고 생각한다. 다음과 같이 네 가지 이유가 이를 뒷받침한다.

8. 첫 번째로, 종교적 신념을 행사할 청구인의 권리에 대한 제한은 이를 방해한 국내 행정청의 행위로부터 비롯된 것이 아니고, (임대차계약 체결을 하지 않은 등의) 부작위로부터 비롯된 것이다. 따라서 이 사안은 행정청이 허가를 발급하지 않았을 뿐더러 청구인의 종교시설을 폐쇄한 사건과,²²⁾ 청구인이 사전적 허가 없이 시설을 이용하였다고 하여 기소된 사건이나,²³⁾ 청구인이 12년 동안 어떠한 방해 없이 사용해왔던 종교시설로부터 퇴거당한 사건²⁴⁾과는 대조된다. 그러므로 이 사건은 유럽인권재판소가 그동안 종교시설에 관하여 판결을 내린 사건들과는 근본적으로 다른 것이다.

9. 두 번째로, 청구인이 종교행사를 거행하는 것이 완전히 금지되지는 않았

22) *Association for Solidarity with Jehovah's Witnesses and Others v. Turkey*.

23) *Manoussakis and Others v. Greece*.

24) *Juma Mosque Congregation and Others v. Azerbaijan*.

으나, 문제되는 종교시설의 규모가 적정 크기가 되지 못하여 신도들의 불편을 야기하고 “다른 종교와 비교하여 현저히 열등한 상황”에 처하게 되었으므로 종교행사 거행이 제한되었다. 종교단체의 구성원이 모여서 종교적 행사를 수행할 수 있는 장소를 마련하지 못하게 된다면 제9조는 그 의미를 박탈당할 것이다. 당해 사안에서 유럽인권협약 위반을 발견한 재판부는 청구인으로 하여금 제9조의 자유를 향유할 수 있도록 하기 위하여 피청구인에게 특정한 행위를 금지하는 것은 아니다 - 청구인은 문제되는 부동산을 사실상 사용하고 있었으므로 - 다만 재판부는 피청구인이 청구인으로 하여금 제9조의 자유를 향유할 수 있는 힘을 실어주도록 행동해야 한다고 보고 있다. 다시 말해, 다수의견은 국내 행정청의 부작위가 유럽인권협약 위반을 야기하는지 자문했어야 했다. 시의회가 허가신청에 관하여 아무런 결정을 하지 않았다면 이는 위법했을 것이다. 지방법원이 청구인의 임대차계약 체결 권리를 인정하였고 시의회에 법적 의무를 부여했기 때문이다. 요컨대 청구인의 임대차계약 체결 권리와 이를 이행할 시의회적 적극적 의무는 동전의 양면이며, 피청구인에게는 어떠한 재량의 여지도 남아있지 않게 된다.

10. 세 번째로, 청구인이 종교행위를 하는 것을 방해하는 것이 피청구인의 적극적 의무 위반을 구성하는지에 관하여, 다수의견은 국내 행정청이 상당한 주의를 거쳐 청구인의 유럽인권협약 제9조상의 권리를 보장하기 위해 노력했는지(예를 들어 당해 상황에서 최선을 다했는지) 검토했어야 했다. 지방법원이 시의회가 청구인의 임대차계약 체결을 거부한 것이 위법하다고 판시하였으므로, 시의회는 지방법원의 판결을 이행하고 임대차계약을 체결하기 위하여 상당한 주의를 기울여야 했다.

11. 네 번째로, 다수의견은 유럽인권협약 위반이 발생했을 때, 이를 시정하기 위한 추가적인 행위가 피청구인에게 요구되는지의 여부를 고려했어야 했다. 협약 위반에 따라 국내 행정청의 추가적인 복구행위가 필요하다면, 이는 적극적 의무를 의미한다. 이 사안에서는 국내 행정청이 문제되는 임대차계약을 체결하여야 하므로 복구행위가 가능하다.

12. 종합적으로 볼 때, 다수의견은 유럽인권협약 제9조의 적극적 의무를 실시하는 것을 회피하였다. 실제로 우리는 “허가의 불이행”과 “작위의 불이행” 등 다수의견이 사용한 단어가 적극적 의무와 합치한다는 점을 짚고 넘어가야 한다. 이러한 “작위의 불이행” 문제의 결론을 도출하는 데에는 일관성이 필요하다. 다수의견이 일관성이 있었다면 우리 보충의견과 같이 시의회의 부작위가 정당화될 수 없으며, 따라서 행정청이 유럽인권협약 제9조상의 적극적 의무를 위반하였다는 결론을 내렸을 것이다.

Vehabović 재판관의 일부반대의견

나는 유감스럽게도 유럽인권협약 제9조 위반을 판단한 다수의견에 동의할 수 없다. 동시에 나는 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조 위반의견에는 동의한다.

당해 사안에서, 여호와의 증인 신도들이 특정한 장소에서 종교행사를 거행할 수 있는지의 여부는 그들의 종교활동을 하는 데 있어 장애물이 되지 않는다. 행정청이 여호와의 증인에게 어떠한 추가적인 의무를 부여하는 결정을 내렸다면 이는 제9조의 영역 안에서 이루어질 것이다. 그러나 당해 사건에서는 여호와의 증인들에게 종교와 관련하여 어떠한 의무도 부여되지 않았다. 청구인은 단지 시 소유의 부지에 위치한 주택의 소유자로서 종교성전을 짓기 위한 허가를 받지 못했다는 주장을 할 뿐이다. 이것은 완전히 다른 문제라고 생각된다.

나는 이 문제는 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조와만 관련된다고 생각한다.

오늘날에는 정당성이 결코 인정되지 않아야 하는 수많은 일탈적인 형태의 종교행사와 신념이 존재하며, 그러한 신념 등을 전파하는 기회 역시 적지 않다. 물론 이 사안은 그러한 일탈적인 형태와는 관계가 없으나, 이 문제는 국가의 폭넓은 재량 행사에 대한 선례 생성의 가능성과 연관되어 있다.

이 사안에서 청구인은 이미 크리보이로크 내에 세 곳의 종교성전을 보유하고 있고, 국가의 어떠한 방해도 받지 않고 있다. 도시 내에서 매우 구체적인 장소를 지정하여 종교성전 건축을 허가해달라고 하는 것은 유럽인권협약 제9조의 진정한 의미와는 동떨어져 있다고 생각된다.

즉, 나는 이 사안을 유럽인권협약 제9조의 보호범위보다는 유럽인권협약 제1 추가의정서 제1조의 보호범위에 속한다고 본다. 여호와의 증인 종교단체가 유럽인권협약 제9조가 보장하는 권리에 대한 어떠한 제한을 받는다고 보이지 않는다. 오히려 청구인은 재산권의 행사에 관하여 청구하고 있다. 더욱이 청구인은 국가의 어떠한 간섭 없이 당해 주택에서 종교행사를 거행하였다.

경제적, 사회적 정책에 있어서 국가는 폭넓은 재량을 행사한다. 이는 해당 영역에 대한 전문적인 지식을 고려할 때 행정청이 국제사법부보다 “공익에 더 부합하는 것이 무엇인지”에 대한 판단을 더 잘 할 수 있기 때문이다.²⁵⁾

결국 유럽인권협약상 국가는 종교의 분야에서 적극적인 지원을 할 의무가 인정되지 않는다.

25) *James and Others v. the United Kingdom*, 21 February 1986, § 46, Series A no. 98; *National & Provincial Building Society, Leeds Permanent Building Society and Yorkshire Building Society v. the United Kingdom*, 23 October 1997, § 80, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VII, *Church of Jesus Christ of Latter-Day Saints v. the United Kingdom*, no. 7552/09, 4 March 2014.