

In the case of Castells v. Spain*,

유럽인권재판소는 인권과 기본적 자유의 보호를 위한 협약 (이하 협약) 제 43 조와 관련 재판소 규칙에 따라 다음과 같은 재판관으로 구성된 재판원(院)으로 개정(開廷)한다:

Mr R. RYSSDAL, *President*,

Mr Thór VILJÁLMSSON,

Mr R. MACDONALD,

Mr J. DE MEYER,

Mr S.K. MARTENS,

Mrs E. PALM,

Mr R. PEKKANEN,

Mr A.N. LOIZOU,

Mr J.A. CARRILLO SALCEDO, *ad hoc Judge*,

and also of Mr M.-A. EISSEN, *Registrar*, and Mr H. PETZOLD, *Deputy Registrar*,

Having deliberated in private on 29 November 1991 and 26 March 1992,

Delivers the following judgment, which was adopted on the last-mentioned date:

재판절차

1. 본 사건은 1991년 3월 8일과 21일에 유럽인권위원회(이하 "위원회")와 스페인 왕국 정부(이하 "정부" 또는 "스페인 정부")에 의해 법원에 회부되었고, 이는 협약 제32조 제1항과 제47조(제32-1조, 제47조)상에서 규정하고 있는 3개월의 청구기간을 준수한 것이다. 스페인 국적자 Miguel Castells씨가 위원회와 함께 1985년 9월 17일에 협약 제25조에 따라 제출한 청구서 (no. 11798/85)에서 비롯된 것이다.

위원회의 요청은 제44조 및 제 48조와 스페인이 재판소의 강제관할권을 인정한 선언서에 따른 것이며 (제 26조), 정부측의 청구는 제48조에 따른 것이다. 요청 및 청구의 목적은 사건의 사실관계가 스페인 정부의 제10조 위반 여부 또는 제10조와 제14조를 함께 위반하는지 여부를 밝히는 지에 대한 결정을 구하는 것이다.

2. 청구인은 법원규칙 제 33 조 제 3 항 d 호에 따라 두명의 스페인 변호사와 함께 변호사인 자신이 직접 재판에 참여하고 싶다고 요청했다.

1991년 4월 15일 재판장은 이 요청을 받아들였고 청구인이 스페인어로 변론을 할 수 있도록 허가했다 (규칙 제 27 조 제 3 항)

3. 재판원은 직권으로 스페인 국적의 J.M Morenilla 를 재판관으로 선출하여 포함시켰고, (협약 제 43 조) R.Ryssdal 이 재판장을 맡았다 (규칙 제 21 조 3 항 b 호) 1991년 3월 22일 F. Matscher 가 절차에 따라 재판장에 의해 임명되었고, 다른 일곱명의 재판관(Mr Thór Vilhjálmsón, Mr R. Macdonald, Mr J. De Meyer, Mr S.K. Martens, Mrs E. Palm, Mr R. Pekkanen, Mr A.N. Loizou) 은 추첨을 통해 배정되었다(협약 제 43 조, 규칙 제 21 조 제 4 항).

Morenilla 가 자신이 위원회에 스페인 정부측 대표였다는 이유로 재판장에게 편지를 보내 사임의사를 표시했다 (규칙 제 24 조 제 2 항에 따라). 4 월 26 일 스페인 정부는 세비아 대학 교수인 Juan Antonio Carrillo Salcedo 가 임시 재판관으로 임명되었다고 재판소장에게 알려왔다 (협약 제 43 조, 규칙제 23 조)

4. Mr Ryssdal assumed the office of President of the Chamber (Rule 21 para. 5) and, through the Registrar, consulted the Agent of the Government, the Delegate of the Commission and the applicant on the organisation of the procedure (Rules 37 para. 1 and 38). Pursuant to the President's orders and instructions, the Registrar received the memorials of the Government and the applicant on 29 July and 29 August 1991 respectively. On 25 September the Secretary to the Commission produced various documents at the Registrar's request, then on 5 November submitted the Delegate's observations.

5. In accordance with the President's decision, the hearing took place in public in the Human Rights Building, Strasbourg, on 27 November 1991. The Court had held a preparatory meeting beforehand.

There appeared before the Court:

- for the Government

Mr J. BORREGO BORREGO, Head
of the Legal Department for Human Rights, Ministry of
Justice, *Agent,*

Mr J.M. VILLAR URIBARRI, Ministry of Justice, *Counsel;*

- for the Commission

Mr L. LOUCAIDES, *Delegate;*

- for the applicant

Mr M. CASTELLS, abogado, applicant,
Mr J.M. MONTERO, abogado,
Mr E. VILLA, abogado, *Counsel,*
Mr J. VERVAELE, Professor,
Mr D. KORFF, assistants.

The Court heard addresses by Mr Borrego Borrego for the Government, by Mr Loucaides for the Commission and, for the applicant, by Mr Castells himself, by Mr Montero, by Mr Villa and by Mr Vervaele, as well as their replies to its questions and to the question of a judge.

AS TO THE FACTS

6. Miguel Castells 씨는 스페인 국적자로 산 세바스티안 (기푸스코아 州)에서 거주중인 변호사이다. 당시 그는 바스크 지역 독립을 지지하는 Herri Batasuna 당 소속 스페인 상원의원이었다.

A. 사건의 배경상황

1. 문제의 사실

1979년 6월 4일~11일까지 주간지 "Punto y Hora de Euskalherria"에 정부를 비판하는 내용의 Insultante Impunidad (outrageous impunity) 라는 청구인의 사실을 게재하였다. 사실의 내용은 다음과 같다:

“몇 일 뒤면 산 페르민 축제 기간이고 Germán Rodríguez 가 팜플로나에서 그리고 Joseba Barandiarán 가 산 세바스티안에서 살해당한지 일년이 된다. 당국은 이 살인의 가해자가 누구인지 밝혀내지 않았다. 아직 어느 단체에 속한 사람에 의한 범죄인지도 밝혀내지 않았다. 1977 년 5 월 12 일과 15 일 사이에 누가 Rentería 에서 Gregorio Marichalar Ayestarán(63 세), Rafael Gómez Jaúregui (78 세)를 살해하였는지, Ortuella 에서 José Luis Canoat Irun 과 Manuel Fuentes Mesa 를 살해하였는지; 1977 년 5 월 14 일 San Sebastián 에서 José Luis Aristizábal, 비슷한 시기에 같은 마을에서 IsidroSusperregui Aldekoa 를 죽였는지; 같은 해 6 월 초에 Bilbao 에서 Javier Núñez Fernández 를 죽였는지, Aznar Clemente, Pedro María Martínez Ocio,Romualdo Barroso Chaparro, Juan José Castillo, Bienvenido Pereda Moral 를 Gasteiz 에서 1976 년 3 월 3 일, Vicente Antón Ferrero 를 같은 해 3 월 7 일에, Aniano Jiménez 와 RicardoPellejero 를 5 월 9 일에 Montejurra 에서, Alberto Romero Soliño 를 Eibar 에서 6 월에, Jesús María Zabala 를 Fuenterrabía 에서 Santiago Navas 와 José Javier Nuin 를 Santesteban 에서 11 월에, Normi Menchaka 를 7 월 10 일에 Santurce 에서, 16 살 짜리 José Emilio Fernández Pérez, 15 살 짜리 Felipe Carro Flores 를 7 월 24 일, 25 일에 Apatomonasterio 와 Sestao 에서 살해하였는지 밝혀지지 않았다. 여기서 언급된 사람들은 모두 사망자이고 일부분에 불과하다. 한 건도, 다시 말하건데 한 건도, 누가 범인인지 밝혀지지 않았다. 바스크 지역에서 파시스트에 의한 범죄는 당국 관계자들에 의해 해결될 기미도 보이지 않는다. 가장 최근에 살해된 Emilia Larrea, Roberto Aramburu, JosemariIturrioz, Agurtzane Arregui, Argala, José Ramon Ansa, Gladys del Estal 들을 죽인 범인을 잡을 수 있을까? 내가 최근이라 표현하는것 보단 날짜를 정확히 적는 것이 나올 것 같다- 1979 년 6 월 9 일이다- 왜냐하면 내일 또 누가 죽을지 모르기 때문이다.

그리고 권총을 찬 사람들이 마을 술집이나 교외지역에 사람들을 폭행하고 (Amorebieta, Durango, Eguía, Loyola, etc.), 길거리에서 사람들을 닥치는대로 폭행하거나 공공장소나 차에 폭탄을 설치해(Punto y Hora, Bordatxo, Alay Bar, Santi Bar, Askatasunaetc.) 아직까지도 생존자들도 평생 고통받는 피해를 입힌 수 백건의 사건들도 있다.

이러한 범죄행위를 저지른 사람들은 전혀 처벌받지 않은채, 아직도 주요 직책을 차지하고 있다. 그들을 체포하기 위한 영장이 발부된 적이 없으며, 정확히 누가 이러한 범죄를 저질렀는지 공개된 적이 없다. 신문에 명단이 발표된 적도 없고 사진이 공개된 적도 없다. 심지어 체포나 수색이 이루어진 적도, 현상수배가 된 적도 없다. 다른 사건들과 달리 언론을 통해 대중의 지원이 요청된 적도 없고, 이러한 범죄행위와 관련해서는 원조가 받아들여지지도 않았다. 범죄자들과의 연결관계가 밝혀진 적도 없으며, 언론에 의한 공식적인 분명한 비난이나 비판도 이루어지지 않았다.

우익 정권은 이렇게 수없이 많은 범죄의 범인을 잡아내 처벌할 수 있는 수단을 지배하고 있다(수사기관, 법원, 교도소). 그러나 그들이 자기 자신들을 처벌할리는 없을 것이다.

극우 단체? 프랑코가 죽기전에 바스크 지역에서는 아무도 "Triple A", "Batallón Vasco-Español", "Batallón Guezalaga", ATE, Adolf Hitler commando, Francisco Franco commando, Mussolini commando, New Order, of Omega, "Movimiento Social Español", "Acción Nacional Española", "Guerrilleros de Cristo Rey" 과 같은 극우폭력 단체의 지도자들이 단 한명도

“불법단체” 혐의로 체포될 것이라고 믿지 않았다. 그리고 지금도 아직 아무도 그렇게 믿지 않는다.

“ETA”(바스크 조국과 자유) 구성원이 감옥에 간 것은? 수백명이 감옥에 갔다. 그렇다면 “ETA” 구성원으로 의심된 자들은? 수천명이 경찰서에 구금되었다. 지지자들은? 수도 없이 많은 사람들의 지지자들이 있다. 그럼에도 Triple A 의 지도자 중 단 한명에겐 아무일도 일어나지 않았다.

이곳 바스크 지역의 형사소추의 책임이 있는 자들의 처우는 오늘날에도 다를 바가 없다. 그들은 아직도 처벌을 받지 않고 있고 어떠한 법적 책임도 지지 않고 있다. 변한 것은 아무것도 없다.

Ibanez Freire 가 민방위대(Civil Guard)의 국장이고 Fraga 가 내무부장관(Minister of the Interior)일 당시가 바로 바스크 지방에서의 극우세력의 활동이 급격하게 증가한 시점이었다. 같은 상황이 지금 현재 다시 발생하고 있다.

단체들의 활동의 자유는 치안 부대의 권한이 강화됨에 따라 증가하고 있다.

이 특공대원들은 (굳이 이름을 붙이자면) 바스크 지역 커뮤니티의 그들에 대한 적개심에도 불구하고 매우 편해보인다. 어떻게 그럴 수 있는지 어떠한 이유로도 설명이 불가하다. 그들은 지역 주민들에게 주어진 것보다 더욱 상세한 정보를 가지고 공격을 진행한다.

그들은 충분한 양의 최신식의 정보를 가지고 있다. 또한 상당한 양의 무기류와 돈도 가지고 있다. 어떠한 처벌도 없이 무제한적인 자원을 활용한다. 그들의 작전 수행 방식과 타이밍을 살펴보면 마치 그들이 “법적 면역력”을 갖추고 있는 것처럼 보인다. 이와 같은 사실을 일반인이 알지 못하도록 하는 것은 불가능에 가깝다.

이러한 사실은 일반 바스크 주민들에게 매우 중요한 것이다. 자치 정부, 민주적 합의, 또는 다른 의미 없고 추상적인 난센스들보다 더욱 중요한 사실이다. 왜냐하면 이러한 사실은 일상에서 마주칠 수 있는 가시적이며 실재하는 현실이기 때문이다.

솔직히 말하자면 나는 앞서 말한 파시스트 집단들이 정부 기구의 영향력 밖에서 독자적으로 존재하는 실재를 갖추고 있다고 생각하지 않는다. 그들이 존재조차 하지 않는다고 믿는다. 배지는 다르지만, 그들은 항상 같은 사람들이다.

이러한 활동들 배후에는 정부가 존재한다. 바스크 지역의 반체제 인사들을 무분별하게 추적하고 제거하는 행위 자체를 정치적 도구로 활용할 것을 우리 모두는 알고 있다. 만약 이와 같은 사실을 무시하고 정치적 시야를 가리고 싶다면 그것은 그들의 문제이다! 앞으로의 피해자를 예방하기 위해 책임있는 자들의 신원이 하루빨리 밝혀져야 할 것이다

2. 청구인에 대한 형사소송절차

(a) 사법수사

8. 1979년 7월 3일, 검찰은 Castell 씨를 정부에 대한 모욕을 한 혐의로 (스페인 형법 제 161 조) 형사소송을 제기하였다. 수사과정에 권한을 지닌 대법원이 상원에 Castells 에 대한 체포동의를 요청하였고, 1981년 5월 27일 과반수의 찬성으로 가결되었다.

9. 1981년 7월 7일 대법원은 청구인이 정부와 공무원에 대한 모욕한 혐의로 기소하였다 (스페인 형법 제 161 조 제 1 항, 제 242 조). 법원은 문제가 되는 형사처벌 조항 (6년이상 12년 이하의 징역; 20 문단 참고)을 고려하여 구금을 명령하였으나 청구인이 상원의원인 점, “사회적 위험이 없는”(“Lack of Alarm”) 범죄라는 점을 고려해 보석을 허용하였다.

1981년 9월 28일 법원은 이전 결정을 변경하여 법원에 정기적으로 출석하는 것을 조건으로 가석방을 허락하였는데, 심문중 Castells 씨가 협조적이었다는 점, 그리고 자신의 글이 정치적인 비판일 뿐이지 정부와 정부 구성원을 모욕하거나 헐박하기 위한 것이 아니라고 주장한 것을 이유로 하였다.

10. 1981년 12월 12일, 청구인의 변호인단은 대법원 해당부 다섯 재판관 중 네명에 대해서 이의를 제기하였다. 해당 재판관들이 이전 정권에 의해 임명되었기 때문에, 청구인과 같이 이전 정권과 적대해온 개인들의 이전 정권에 대한 표현의 자유를 심사하기에는 부적합하다고 주장했다. 형사소송법 제 54 조 제 9 호를 근거로 하였다.

1982년 7월 12일 헌법재판소 판결로 이어진 청구를 포함하여, 몇 번의 중간 청구 끝에 헌법 재판소는 1983년 1월 11일에 끝내 청구를 각하했다. 대법원은 비록 재판관들이 이전 정치 권력에 의해 형사부에 임명된 것이 사실이고, 1966년부터 1968년까지 ‘공공질서법원’ 재판관이었던 것이 사실이나 당시 시행중이던 법령을 적용하지는 않았었다는 입장을 취했다.

1983년 5월 4일, 헌법재판소는 Castells 씨가 청구한 헌법 제 24 조 제 2 항 (공정한 재판을 받을 권리)에서 보장되는 권리가 침해당하였다는 내용의 헌법소원 (amparo)를 기각했다. 헌법재판소는 문제가 된 재판관들이 청구인과 다른 정치적 견해를 가지고 있을 수 있다는 점은 형사소송법 제 54 조 제 9 항에서의 분쟁 해결방법에 직간접적 관련성이 있다고 볼 수 없다고 보았다.

11. 그러는 동안 사건에 대한 수사는 계속되었다. 1982년 2월 3일 검찰은 정부에 대한 모욕을 한 죄가 인정된다며 6년 하고도 하루의 징역을 구형했다.

1982년 4월 2일 피고측 변호인단은 문제가 된 사실은 피고 개인의 개인적인 견해가 아닌 정확한 사실이며 대중의 견해를 반영한 것이라고 주장하며 추가 증거를 제출하였다. 또한 해당 정부당국 관계자가 사실에서 비난한 극우단체 구성원을 경찰 조사나, 구금, 기소 또는 어떠한 다른 조치를 취했다는 사실을 증명해야 한다고 증명해야 한다고 주장했다. 단순한 사실의 기술은 모욕이라고 볼 수 없다는 것이 일반적 지식이기 때문이다. 또한 피고측 변호인단은 벨기에, 이탈리아, 프랑스인, 영국, 아일랜드, 덴마크, 유럽 의회 의원들 52 명으로 구성된 증인들로부터 의회절차에서의 정치적 비판의 자유에

대한 증거를 채택해 줄 것을 요청했다. 피고가 상원의원이라는 선출 대표로서의 권한내에서 정치적 비판을 한 것이라는 주장에서이다.

12. 1982년 5월 19일 판결에서 대법원은 배포된 정보가 사실임을 증명하기 위해 피고측에서 제출한 추가 자료의 대부분을 증거로 채택하는 것을 거부했다.

학계와 실무에서 국가기관에 대한 모욕에 관하여 defence of truth (exception veritatis) 가 적용 가능한지에 대해 일치된 의견이 없다. 그러나 당시 통과를 기다리고 있던 형법 개정안을 살펴보면 defence of truth 와 이를 명시하고 있는 형법 제 461 조는 국가기관이 아닌 공직자에 대해서만 적용된다. 따라서 피고측에서 제출한 추가 증거는 채택이 불가하다.

이에 Castells 씨는 재심사를 요청했지만, 1982년 6월 16일 대법원은 문제된 사실에서의 정보가 정확하였는지는 정부기관에 대한 모욕죄 판단에 있어 판단기준이 되지 않는다는 결정을 확인했다.

이에 청구인은 다시 헌법재판소에 자신의 방어권이 침해당하였다고 헌법소원을 제기하였고, 헌법재판소는 1982년 11월 10일 해당 재판에서 판결이 이루어진 뒤 전체적으로 심사할 수 있다며 이를 기각했다

(b) 재판

13. 대법원 형사부는 1983년 10월 27일 공판 심리를 가지고 10월 31일 판결을 내렸다. 법원은 정부에 대한 모욕에 대한 처벌로 1년 1일의 징역과 같은 기간동안의 자격정지, 그리고 재판 비용부담을 선고하였다.

법원은 우선 범행의 객관적 요소에 관하여 문제의 사실에서의 표현이 명예를 훼손할 정도로, 그리고 정부를 모독하겠다는 피고의 범행의도가 드러날 정도로 강했다고 보았다. 주관적 요소에 관해서는 상원의원인 Castells 씨가 의회의 절차에 관한 규정을 준수하여 정부에 대한 감시와 비판이라는 임무를 수행할 수 있었음에도 그러한 방식을 취하지 않았기 때문에, 유권자를 대표한 정치 활동으로 볼 수 없다고 보았다. 피고의 정치적 비판을 위함이었다는 피고의 두번째 주장에 대해서는 명예훼손적 요소가 소각되지는 않고, 정치적 비판이라는 의도가 인정되더라도 모욕의 수위가 정부에 정치적 비판과 명예에 대한 공격으로서 그 수인한도를 넘어섰기 때문에 범죄의 심각성이 경감될 뿐이라고 보았다. 따라서 형법 제 161 조 보다는 제 162 조 상의 덜 심각한 모욕의 죄를 적용하는 것이 적합하다. 헌법상 보장되는 표현의 자유에 관한 문제에 대해서 (헌법 제 20 조. 아래 19 문단 참조) 법원은 표현의 자유는 절대적인 권리가 아니며, 명예권과 사생활의 비밀의 자유와 초상권의 보호를 위해 제한될 수 있다고 하였다. 덧붙여, 이러한 모욕이 신문매체에 게재되었다는 점을 들어 이러한 모욕은 복잡한 지적 작용에 의해 분명하고 정밀한 판단의 의한 것이라 보았다.

마지막으로 대법원은 1982년 5월 19일 defence of truth 인정여부에 대한 판단을 확정했다.

청구인은 헌법 제 14, 20, 23, 24 조에 근거해 헌법소원을 제기하겠다는 뜻을 다시 대법원에 밝혔고, 1983년 11월 22일 헌법소원을 제기하였다.

14. 1983년 12월 6일 대법원은 사건의 정황을 고려하여 2년의 징역형을 유예하였다(형법 제 93 조). 그러나 부가형은 그대로 선고하였다. 1984년 2월 22일 헌법재판소는 부가형에 대해서도 집행을 유예하였다.

3. 헌법재판소 상고

15. 1983년 11월 22일, Castells 씨는 대법원의 판결에 대하여 상급법원의 심사를 받지 못했다는 점과 재판절차 기간에 대해서 헌법소원을 청구하였다.

그는 또한 법원이 추가 증거 채택을 기각하면서 무죄추정의 원칙을 위반하였다고 주장했다. 그는 다른 사건들과 비교하였을 때 -그리고 자신이 상원의원이라는 점을 고려했을 때- 지역사회에 응급히 자세한 내용을 알려야 할 중요성이 있는 사실에 대해 발언 내용이 정확하였는지를 증명할 기회를 주지 않은 것은 부당하다고 주장하였다.

또한 다른 시민들이 비슷한 글을 발표했음에도 이러한 처벌을 받지 않았기 때문에 평등권이(헌법 제 14 조) 단독적으로, 그리고 표현의 자유(헌법 제 20 조)와 결합해서 침해되었다고 주장했다. 나아가 청구인은 헌법 제 23 조와 상원의원으로서의 권한이 보장하는 정치적 비판의 자유가 침해되었다고 주장하였다. 청구인의 주장에 따르면 공공문제에 대해 참여할 수 있는 권리를 보장하는 해당 조항은 가능한 모든 매체와 수단을 통해서 정부에 대한 감시라는 의원으로서의 의무를 수행할 권리를 보장한다.

16. 1984년 3월 22일, 검찰은 의견서를 통해 헌법 제 14 조는 법 앞에서의 평등을 보장하는 것이지, 법 밖에서의 평등을 보장하는 것이 아니라고 밝혔다. 제 23 조에 관한 항변에 대해서는 앞선 주장과 반복이 되는 내용이거나 법 조항에 대한 오해에서 비롯된 것이라고 주장했다- 의원은 물론 자신의 임무를 의회 안에서만 수행하는 것은 아니지만, 의회 밖에서는 면책특권이 적용되지 아니한다는 것이다. 다른 시민들과 마찬가지로 피고는 표현의 자유를 보장 받지만 표현의 자유에는 헌법이 규정한 바와 같이 한계 범위가 존재한다는 것이다.

이에 관하여 Castells 씨는 1984년 5월 21일 서신을 통해 자신의 주장이 사실임을 밝힘으로서 “헌법 제 20 조 상의 ‘사실의 정보를 전달받고 어떠한 매체를 통해서든 자유롭게 배포할 수 있는’ 자유의 침해에 대한 심사”를 할 수 있도록 해줄 것을 요청하였다. 그는 또한 그의 1985년 2월 21일 의견서와 헌법재판소의 기각결정(1984년 7월 20일)에 대한 상소문에서 이러한 권리에 대해 언급하였다.

17. 1985년 4월 10일 헌법재판소는 청구인의 상고를 기각했다.

제출된 청구서의 “법률에 따르면” 부분 두번째 요점에 대한 판결을 요약하자면, 검찰 측 주장과 같이 제 14 조와 제 23 조에 관한 부분을 제 20 조를 적용하여 해석하지 않았다. 제 14 조 상의 법 앞에서의 평등에 대해서는 독립적으로 심사되거나 제 23 조와 연계하여 심사된 것으로 보인다. 해당 판결에서 상원으로서의 정부 감시, 감사, 비판의 권한을 제한했다는 점을 고려하면 그러하다.

여섯번째 주장에 대해서는 의회 특권은 엄격하게 해석되어야 하며 그렇지 않으면 타인의 권리를 침해하게 된다고 보았다. 법원은 청구인이 선출된 정치인으로서 권한을 가짐에도 불구하고 그를 일반 시민으로 간주하는 오류를 범했다.

아홉번째와 열번째 주장에서 중심적인 내용을 다루었다: 관련 증거에 기하여 항변을 할 권리 특히, defence of truth 의 주장을 위해서 일 때이다. 법원은 다음과 같이 언급했다:

" In order to assess whether evidence which it is sought to adduce is relevant, it is necessary to establish a link between that evidence and the thema decidendi, which must first be determined on the basis of the parties' allegations. Except in the case of facts which are manifest or common knowledge, the court must not intervene in this regard, otherwise it will prejudice the merits, if only in part It is preferable for the courts to avoid [such a preliminary assessment]; it does not however in itself infringe constitutional rights provided that the other defence rights are respected. Even though in the present case the court ought perhaps not to have anticipated its opinion on the defence of truth when assessing the relevance of the evidence, [that irregularity] therefore infringes the constitutional right to use relevant evidence - particularly where as here the decision is taken at a single level of jurisdiction - only if there has been a breach of a substantive right in issue...."

형법 제 161 조는 학자들에 의해 표현의 자유를 제한하는 것으로 비판을 받아왔다. 이에 관하여 형사 법령은 근본적인 권리를 제한하는데 있어 적절한 수단이 될 수 있다는 점이 인정된다. 정보와 신념에 대한 자유는 국가 기관의 명예를 훼손하므로써 국가안보를 위협하게 하는 경우에는 제한될 수 있다는 점에는 이견의 여지가 없다. 결론적으로 defence of truth 가 인정 가능한지 가능하지 않은지에 대해서는 순전히 법률 해석의 문제이며 대법원이 관할하는 부분이다.

18. On 1 April 1986 the Supreme Court ruled that the term of imprisonment had been definitively served. Subsequently, the record of the conviction was annulled in accordance with Article 118 of the Criminal Code. It could therefore no longer be disclosed by investigation of the applicant's criminal record unless the request came from judges or courts in connection with a new criminal inquiry.

B. 관련법령

1. 1978 년 헌법

19. 관련 스페인헌법 조항은 다음과 같다:

제 14 조

"모든 스페인 국민은 법 앞에 평등하다. 누구도 신분, 인종, 성별, 종교, 신념, 또는 어떠한 상태, 개인적 사회적 사정에 따른 차별을 금지한다."

제 18 조

"1. The right to honour, to a private life and to a family life and the right to control use of one's likeness shall be protected...."

제 20 조

1. The following rights shall be recognised and protected:

(a) the right freely to express and disseminate thoughts, ideas and opinions by word of mouth, in writing or by any other means of reproduction;

...

(d) the right to receive and communicate true information by any means of dissemination. The right to invoke the conscience clause and that of professional confidentiality shall be governed by statute.

2. The exercise of these rights may not be restricted by any prior censorship.

...

4. These freedoms shall be limited by respect for the rights secured in this Title, by the provisions of the implementing Acts and in particular by the right to honour and to a private life and the right to control use of one's likeness and to the protection of youth and children."

제 23 조

"1. Citizens shall have the right to participate in public life directly or through their representatives freely elected at periodically held elections by universal suffrage...."

2. 스페인 형법

20. The Institutional Act 8/1983 of 25 June 1983 reformed the Criminal Code. It provides that the offences of insulting the Government shall be punishable by the following penalties:

제 161 조

"The following shall be liable to long-term prison sentences [from six years and a day to twelve years - Article 30 of the Criminal Code]:

1. Those who seriously insult, falsely accuse or threaten ... the Government ...;

2. ..."

제 162 조

"When the insult or threat referred to in the preceding Article is not serious, it shall be punishable by a short-term prison sentence [from six months and a day to six years - Article 30 of the Criminal Code]."

These provisions appear in a separate chapter of the Criminal Code. The chapter in question is based on the principle of authority (decision of the Supreme Court of 19 May 1982; see paragraph 12 above) and provides for a strengthened protection for the life, freedom and honour of the senior officials of the State. The offence of falsely accusing the Government was not introduced until 1983.

21. Title X of Book II of the Criminal Code defines the offences of proffering insults and making false accusations. The latter consists of accusing a person wrongly of an offence coming within the category of those which have to be prosecuted even without a complaint (Article 453 of the Criminal Code). On the other hand, an insult is any expression or action which discredits a person or exposes him to contempt, in particular by accusing him of an offence of the kind which may be prosecuted only if a complaint is laid (Articles 457 and 458 of the Criminal Code). The practical importance of the distinction is that the defence of truth is admissible for the offence of false accusation (Article 456) but not for the offence of proffering insults, except where the insults are directed against civil servants in respect of acts relating to the performance of their duties (Article 461 of the Criminal Code).

By the judgment of 31 October 1983 the Supreme Court specified that the defence of truth could not be pleaded in connection with the offence of insulting one of the senior institutions of the State: in the first place no official as such was concerned and, secondly, the institutions in question enjoyed extra protection in this field under the criminal law (see paragraphs 12 and 13 above).

PROCEEDINGS BEFORE THE COMMISSION

22. Castells 씨는 협약 제 6 조, 제 7 조, 제 10 조와 제 14 조를 근거로 1985 년 9 월 17 일 위원회에 청구서(no.11798/85)를 제출하였다.

1989 년 5 월 9 일 위원회는 부분결정에서 제 6 조, 제 7 조에 의한 청구서 채택은 불가하다는 결정을 내렸다. 1989 년 11 월 7 일 청구서의 다른 부분에 대해서는 인정하였다. 위원회의 1991 년 1 월 8 일 보고서에서 (제 31 조) 협약 제 10 조의 위반이 있었다는 의견과(9 대 3 표결) 제 14 조에 대해서는 문제 없다는 입장을 밝혔다 (만장일치). 이러한 의견의 전문은 복사되어 본 판결문 부록으로 첨부되어있다*.

AS TO THE LAW

I. 제기된 제 10 조 위반

23. Castells 씨는 자신이 협약 제 10 조에 의해 보장되는 표현의 자유를 침해당하였다고 주장했다. Castells 씨의 주장은 다음과 같다:

"1. 모든 사람은 표현의 자유를 가진다. 이러한 권리는 신념의 자유와 정보와 생각을 공권력의 개입과 한계에서부터 자유롭게 전하고 전달받을 권리를 포함한다..."

2. 이러한 자유의 행사는 의무와 책임을 동반하기 때문에 절차, 조건, 제한, 법률 규정에 따른 차별에 의해 민주주의적 사회의 필요, 국가 안보, 국토 수호, 공공안전, 범죄와 무질서의

예방, 미풍양속의 보호, 비밀정보의 유출 방지, 타인의 명예와 권리 보호, 사법부의 권위와 독립성 등을 위해 제한될 수 있다.

정부는 이러한 주장에 반박했고 위원회는 이를 받아들였다.

A. 정부의 선결적 항변

24. 정부는 청구인이 국내에서 구제받을 수 있는 절차를 모두 거치지 않았다고 주장했다 (협약 제 26 조). 정부는 청구인이 아마도 “전략적인 이유에서” 헌법재판소에서 헌법 제 20 조에서 보장되는 표현의 자유가 침해당하였다는 주장을 하지 않았다고 주장했다. 헌법소원에서 (amparo appeal) 청구인은 이러한 조항(헌법 제 20 조)을 간접적으로만 언급하며 자신의 권리가 침해당했다는 주장만을 했다. 협약 제 10 조나 다른 국제 규범 조항에 대한 언급을 하지 않았다. 헌법소원심판청구에 대해 규정하는 Institutional Act (no. 2/1979)에 따르면, 청구인은 침해당한 사실과 관련 법규를 정확히 밝혔어야 했다. 또한 정부는 Castells 씨가 현재 다루어지고 있는 문제들에 대하여 헌법재판소에서 심사할 기회를 제공하지 않았다고 주장했다.

25. 이에 대해 청구인은 헌법재판소에서 헌법 제 20 조에 대한 주장을 확실하게 했다고 답했다. 첫째로 헌법소원심판에서 다루어진 내용은 표현의 자유와 관련하여 전형적인 내용이며, 표현의 자유에 대한 제한이 있었다는 사실을 분명하게 밝혔기 때문이다. 또한, 청구인은 상소서에서 분명하게 다른 법규정에 대한 내용들과 함께 헌법 제 20 조상의 표현의 자유가 제 14 조 (모든 사람은 법 앞에 평등하다)와 연계되어 침해되었음을 주장하였다. 청구인이 제 23 조상에서의 선출 대표의 권리와 정치적 비판의 자유에 대해 한정적으로만 언급한 것이 사실이긴 하나 1985년 4월 10일 판결문 “법에 따르면” (“As to the Law”) 부분을 보면 제 10 조에 관한 논의가 있었음을 충분히 알 수 있다. 그 대목에서 헌법재판소는 형법 제 161 조와 헌법 제 10 조의 양립 가능성에 대해 자세하게 심사한 바 있다.

26. While expressing its agreement with the applicant, the Commission primarily invited the Court to find that it lacked jurisdiction to entertain the objection.

27. On this point the Court confines itself to referring to its consistent case-law, confirmed most recently in its B. v. France judgment of 25 March 1992 (Series A no. 232-C, p.45, paras. 35-36).

As regards the merits of the submission, it observes that Article 26 (art. 26) must be applied "with some degree of flexibility and without excessive formalism"; it is sufficient that "the complaints intended to be made subsequently before the Convention organs" should have been raised "at least in substance and in compliance with the formal requirements and time-limits laid down in domestic law" (see the *Guzzardi v. Italy* judgment of 6 November 1980, Series A no. 39, p. 26, para. 72, and the *Cardot v. France* judgment of 19 March 1991, Series A no. 200, p. 18, para. 34).

28. 청구인은 두가지 측면에서 자신의 주장을 위해 제 10 조에 의존한다: 그는 그에 주장에 따르면 사실인 내용을 주장한 혐의로 기소되고 유죄 판결을 받았고 그 주장의 내용이 사실인지 여부를 입증할 기회가 주어지지 않았다는 점과, 사건의 사실은 상원의원으로서 다른 모든 상원의원들과 같이 정부에 대해 정치적 비판을 가하는 의무가 주어지며 이를 행사하는 범위내에 것이라는 주장이다.

29. Castells 씨는 이 두가지 논점을 모두 대법원에서 제기한 것으로 보여진다. 대법원은 1983 년 10 월 31 일 판결에서 정부에 대한 모욕 혐의에 대해서 defence of truth 를 인정하는 것을 거부하였고, 청구인이 용인될 수 있는 정치적 비판의 범위를 넘어섰다고 결정하였다 (13 문단 참고).

30. 1983 년 11 월 22 일 헌법소원심판청구에서 헌법 제 20 조에 대해서 간접적인 언급만 하는데 그쳤다는 주장에 있었으나 청구인의 변호인단은 위와 같은 청구서에서 충분히 언급했다.

청구인은 적용 대상이 좀 더 좁은 규정인 헌법 제 23 조를 토대로 자신이 상원의원으로서 정부를 비판할 권한을 가지고 있으며, 이는 표현의 자유에 명백하게 내재되어 있는 권리이며 선출 대표에의 경우에는 더욱 넓게 보장되는 권리라고 주장했다. 또한 헌법재판소는 청구서 요약에서 이러한 사실을 인정하였고 제 14 조와 제 20 조를 제 23 조와 연계하여 판단하였다.

청구인은 또한 무죄추정의 원칙과 자신의 글의 사실적 정확성을 증명할 추가 증거를 제출할 권리를 언급하였다. 이렇게 함으로써 협약 제 10 조가 위반되었다는 내용의 항변을 형성해내었다. 헌법재판소도 이에 따라 청구를 해석하여, 형법 제 161 조- 이 또한 헌법상 표현의 자유와 양립 가능성이 문제되는- 위반 행위에 관한 본안판단에 있어 증거의 관련성을 심사하였다. (points 9 and 10 of the "As to the Law" part of the judgment of 10 April 1985; see paragraph 17 above).

31. The Court notes finally, like the Commission, that Mr Castells cited Article 20 of the Constitution both in his notice of the amparo appeal, filed in the Supreme Court, and in the suplico of his application of 22 November 1983 (see paragraphs 13 and 15 above).

Subsequently, in a number of written communications to the Constitutional Court, he also referred, in connection with the defence of truth, to his right "to receive and communicate true information" (see paragraph 16 above).

No doubt the reason why the appeal failed in this respect is to be found in the limits which at the time the Constitutional Court set to its jurisdiction. In its view, the problem of the admissibility of the defence of truth in relation to the offence of insulting the Government raised a question of statutory interpretation rather than an issue of compliance with the Constitution, and the application of Article 161 of the Criminal Code in the case under review was exclusively a matter for the ordinary courts (see paragraph 17 above; and, *mutatis mutandis*, the *Guzzardi v. Italy* judgment, cited above, Series A no. 39, p. 27, para. 72).

32. 따라서 법원은 청구인이 적어도 형식적으로나마 헌법재판소에서 제 10 조에 관한 청구를 했다고 본다. 따라서 국내에서의 구제방법이 남아있다는 항변에 대해서 기각한다.

B. Merits of the complaint

33. Castells 씨의 청구서에서 그에 대한 정부를 모욕한 혐의에 의한 형사기소와 유죄판결은 그의 표현의 자유를 침해한다. 특히 그의 글에 포함된 내용이 사실이라는 점을 입증할 기회가 주어지지 않았다는 점에서 더욱 그러하다.

34. 청구인에 대한 제한과 처벌은 의심의 여지 없이 표현에 자유에 대한 “개입”이다. 이러한 표현에 제한에 대한 개입은 협약 제 10 조에 대한 위반이 되지 않기 위해서는 “법률의 규정에 따라” 제 10 조 제 2 항에서 명시된 정당한 이유로 “민주적 사회를 유지하기 위해 필요한” 상황에서 이루어져야 한다.

1. "법률에 규정에 따라"

35. 논란이 되는 기소가 법적근거 - 형법 제 161 조, 제 162 조-를 가지고 있음에는 의심의 여지가 없다. 청구인은 이에 이의를 제기하지 않았다. 하지만 그는 1978 년 헌법이 채택되었는데도 그의 defence of truth 가 불용될 것임을 예상할 수 없었다고 주장하였다. 그는 1982 년 5 월 19 일 이전 대법원이 정부를 모욕하는 것과 관련한 어떠한 위법행위에 대해서도 판결을 내놓은 적이 없다고 주장하였다. 제 240 조와 관련한 위법행위에 대한 학설과 판례 또한 대립해왔다.

36. 정부측은 이에 대하여 스페인 제정법률, 특히 형법 제 461 조는 defence of truth 가 공무원이나 그들의 업무에 직접적으로 관련한 내용에 대한 모욕에 있어서만 적용 가능하다고 주장하였다. 1978 년 전뿐만 아니라 그 후의 판례에서도 개인을 상대로 하지 않은 모욕에 관하여 대법원이 exception veritatis 를 적용한 실례를 찾아볼 수 없다고 주장하였다. 하지만 Castells 는 정부 전체의 혐의를 고발하였다.

37. 형법 제461조의 문언을 해석해보았을때 이와 같은 해석이 타당하다고 본다. 선례가 존재하지 않았으나 – 1982년 5월 19일 결정에 있어서 대법원이 주저한 것도 이 때문이다 (paragraph 12 참조) – 그 사실은 여기서 중요하지 않다: 위 사건의 쟁점이 된 글은 여러 종류의 모욕적 표현을 담고 있었으며 상황에 따라 여러 방면으로 해석될 수 있었다: 앞서 명시된 결정은 그것을 다른 상황에 적용한 것이다 (see, *mutatis mutandis*, the *Observer and Guardian v. the United Kingdom* judgment of 26 November 1991, Series A no. 216, pp. 27-28, para. 53).

따라서 법원은 위원회의 결정과 같이 논란이 되는 개입과 관련한 법률은 협약 제 10 조 2 항에 의거 예측가능하였음을 판시하는 바이다.

2. 목적은 정당하였는가?

38. 청구인의 주장에 따르면, 그에 대한 혐의와 유죄판결 모두 협약 제 10 조 제 2 항에서 규정된 정당한 목적에 부합하지 않는다. 대법원도 인정했듯이 청구인의 행위는 사회적 위험이 전혀 없다(위 문단 9 참고). 또한, 1983 년 10 월 31 일 판결에서도 볼 수 있듯이 청구인에 대한 제재는 국가 안보나 공공질서를 위한 것이 아니라 정부의 명예를 지키기 위한 것에 불과하다.

39. 그러나 1985 년 4 월 10 일 헌법재판소의 판결 –정부 주장이 의존하고 있는 판결–은 정부기관의 명예를 훼손하려는 시도가 국가 안보를 위협할 수 있다고 보았다 (위 17 문단 참고). 청구인은 자신의 사설에서 단순히 바스크 지역에서 벌어진 살인과 폭력사건을 열거하는 것에서 그치지 않고, 정부의 무작위, 특히 경찰의 무대응과 범죄자들과 정부 관계자들과의 유착이 있었으며 따라 정부가 책임이 있음을 지적하였다.

따라서 1979 년 청구인에 대한 재판절차는 단순히 “타인의 명예를 보호하기 위한” 것 뿐만이 아니라 협정 제 10 조 제 2 항에서 명시된 “무질서의 예방”에도 해당할 수 있다고 할 것이다.

3. 개입의 필요성

40. Castells 와 위원회는 유권자의 의견과 불안을 대변하는 선출된 정치인이 가지는 표현의 자유의 중대함을 강조하였다. 선출 대표로서 상원의원은 공익에 관련된 사안에 대해 더욱 높은 수준의 자유가 보장된다. 본 사건에 관해서도 마찬가지이다. 청구인의 사설은 1977 이후 바스크지역에서 만연했던 불안정에

대한 폭넓은 논의의 일부분으로서 의미를 가진다. 청구인에 대한 유죄선고는 비난여론으로부터 정부를 보호하기 위한 것이지, 정부를 부당한 명예훼손으로부터 보호하기 위한 것이 아니다. 정부의 입장에서는 민망한 일이겠지만, 청구인에 의한 사실폭로는 공공의 이익에 부합한다.

41. 정부는 표현의 자유가 절대적인 권리가 아니며 “의무”와 “책임”이 따른다는 점을 강조하였다 (협약 제 10 조 제 2 항). Castells 씨가 정치적 토론의 정상적인 한도를 넘어섰으며, 민주적 정부를 흔들기 위하여 모욕을 하였고, 다른 정치집단이 서로에게 폭력을 사용하고 헌법을 채택한지 얼마 되지 않은 스페인의 아주 민감하고 중요한 시기에 정부를 모욕했다고 주장했다.

42. 법원은 협정 제 10 조 제 1 항에 명시된 표현의 자유가 민주주의적 사회를 위한 근본적 기반을 이루고 진보의 기본 전제가 된다는 점을 강조하고자 한다. 제 10 조 제 2 항은 “정보” 혹은 “견해” 중 긍정적으로 받아들여지거나 거슬리지 않거나 중립적인 것들 뿐만 아니라 불쾌하거나 충격적이거나 거슬리는 것에도 적용된다. 이는 다원주의, 관용, 이해 없이는 “민주주의적 사회”가 불가능하다는 요청이다. (see, *inter alia*, the *Handyside v. the United Kingdom* judgment of 7 December 1976, Series A no. 24, p. 23, para. 49, and the *Observer and Guardian* judgment, cited above, Series A no. 216, p. 30, para. 59 (a)).

표현의 자유는 모두에게 중요하나, 선출 대표에게는 더욱 중요한 의미가 있다. 선출 대표는 유권자들이 선입견으로부터 벗어나 중요 사실을 주목하게 하고 그들의 이익을 대변해야한다. 따라서 청구인과 같이 정부에 반대하는 의회 의원의 표현의 자유를 제한하는 것은 시민들이 법원에 입맛에 따라 정부를 평가하게 만든다.

43. 본 사건에서 Castells 씨는 제재의 위험이 없는 상원 의사당내에서가 아닌 정기 간행물을 통해서 자신의 의견을 밝혔다. 그러나 이러한 사실로 인해 그가 정부에 대해 비판할 권리를 잃게되는 것은 아니다.

이와 관련하여, 법치주의 국가에서 언론이 차지하는 역할의 중요성을 잊어서는 안된다. 물론 언론이 무질서의 예방, 타인의 명예 보호와 같은 한계를 벗어나서는 안되지만, 정치적 문제와 공공이익에 관한 여러 사안에 대하여 공정한 정보와 의견을 제시하는 중요한 역할을 수행한다. (see, *mutatis mutandis*, the *Sunday Times v. the United Kingdom* judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, p. 40, para. 65, and the *Observer and Guardian* judgment, cited above, Series A no. 216, p. 30, para. 59 (b)).

출판의 자유는 정치 지도자들의 견해, 신념, 태도를 발견하고 형성하는데 중요한 수단이다. 특히 출판의 자유는 정치인들로 하여금 대중 여론을 비추어 반영할 수 있게끔 한다. 따라서 이를 통해 사회의 구성원 모두가 자유로운 정치적 토론에 참여할 수 있게 되어 민주주의적 사회라는 개념에 가장 부합할 수 있게 된다. (see the *Lingens v. Austria* judgment of 8 July 1986, Series A no. 103, p. 26, para. 42).

44. 대법원은 1983년 10월 31일 판결에서 본 사건에서의 사실이 정치적 비판에서 정부에 대한 모독으로의 선을 -비록 그것이 특정 언어표현 선택에 의한 약간의 것임 일지라도- 넘었다는 견해를 밝혔다. 비록 그것이 특정 언어적 표현 선택에 의한 약간의 것임일지라도 말이다 (위 13문단 참고).

45. 법원은 위원회가 이해한 것과 같이, Castells 씨가 1977년부터 바스크 지역에서 극우단체들에 의해 자행된 폭력사태에도 불구하고 그러한 극우단체의 구성원들이 처벌되지 않았다는 사실을 비난하는 것으로 그의 주장을 시작했다고 본다. Castells 는 이러한 사실이 대중의 큰 관심사인 바스크 지역에서 주요 판매되는 주간지에 이러한 사실을 발표했다. 그러나 글의 결론에서 Castells 씨는 당시 사태에 정부의 책임이 크다고 주장하며 정부를 심각하게 비난하였다.

46. 정치적 토론의 자유는 물론 절대적인 권리가 아니다. 정부는 이러한 행위에 대하여 “제한”이나 “처벌”을 가할 수 있으나, 협약 제 10 조가 보장하는 표현의 자유에 대한 제한이 적합한 것인가에 대한 최종 판단은 법원의 몫이다.

일반 시민에 대한 비판에 비하여 정부에 대한 비판은 좀 더 높은 수인한도를 가진다. 민주주의 체제에서 정부의 작위, 무작위는 입법부와 사법부 뿐만 아니라 대중과 언론에 의한 감시의 대상이 되어야 한다. 또한, 정부는 지배적인 지위에 있기 때문에 언론이나 비판여론에 대응하는 방식으로서의 형사소송절차는 제한적으로 이루어져야 한다. 특히 대응을 위해 선택할 수 있는 다른 수단이 존재할 때는 더욱 그러하다. 그러나 물론 공공질서를 유지하기 위한 수단으로서 허락된 범위 내에서 - 형사 처벌을 포함하여- 명예훼손에 대한 혐의를 과도하게 적용하거나 나쁜 의도를 가지고 대응하지 않는 한 어떠한 방식의 수단을 채택할 것인지는 정부가 결정할 일이다.

47. 본 사건에서 Castells 씨는 여러차례 대법원과 헌법재판소를 상대로 자신이 발표한 글의 내용이 사실이며 대중에게 널리 알려져 있는 사실임을 증명할

기회를 요구하였다. 그의 주장에 따르면 자신의 표현이 가진 모독적 효과에 대한 항변의 기회를 박탈당한 것이다 (위 11 문단, 16 문단 참고).

1982 년 5 월 19 일 대법원은 defence of truth 가 국가 기관에 대한 모독에 대해서는 적용되지 않는다는 이유로 청구인이 제출한 증거의 채택을 거부하였고(위 12 문단, 21 문단 참고), 1983 년 10 월 31 일 이러한 해석을 확정하였다 (위 13 문단 참고). 헌법재판소는 일반 법률해석의 문제라는 이유로 헌법재판소의 관할이 아니라는 입장을 취했다 (위 17 문단 참고).

청구인은 그리하여 형법 제 161 조 위반여부에 대한 형사소송절차에서 defences of truth 와 good faith 를 항변할 수 없었다.

48. 정부는 Castells 의 글이 정확하고 자세하지 않아 사실을 밝히지 못한다고 주장한다. 그리고 그렇기 때문에 가치판단에 관한 글이며 defence of truth 가 적용되지 않는다고 주장한다.

그러나 이러한 정부의 주장은 설득력이 없다. Punto y Hora de Euskalherria 에 기고된 Castells 의 글은 전체적으로 고려되어야 한다. 청구인은 그의 글을 바스크 지역에서 자행된 살인과 공격을 나열하고, 그에 따른 처벌이 이루어지지 않았다는 내용으로 시작한다. 그리고 그러한 폭력사태가 과격극우단체의 소행임을 주장하며 단체들의 이름을 언급했다. 그리고 정부가 책임이 있음을 밝혔다. 사실 이러한 Castells 의 주장은 객관적인 사실을 밝히는데 중요한 부분이며, Castells 가 법정에서 자신의 의도가 좋은 것이었음을 밝힐 수 있었을 수도 있다.

헌법재판소가 청구인이 추가하고자 한 증거를 채택하였다면 재판절차의 결과가 어떻게 되었을지는 확실하게 말할 수 없다. 그러나 법원은 그러한 증거의 채택이 기각되었다는 사실이 결정적인 중요성을 가진다고 본다. 민주주의적 사회에서 표현의 자유에 대한 정부의 이러한 간섭은 필요하지 않다.

49. 또한 정부는 제재의 포괄적인 측면에 의존한 면이 있다. 그러나 아래와 같은 결론을 내리기 위해 이에 대한 심사까지 필요하지는 않다.

50. 협약 제 10 조가 위반되었다.

II. 제 14 조가 제 10 조와 함께 결합되어 침해되었다는 주장

51. Castells 씨는 자신과 비슷한 견해를 밝힌 다른 사람들은 처벌을 받지 않았으며 자신이 차별의 피해자라고 주장했다. 이러한 주장은 제 14 조를 근거로 한 것이다. 제 14 조는 다음과 같다:

"협약에서 보장하는 권리와 자유는 성별, 인종, 피부색, 언어, 종교, 정치적인 신념 외 기타 다른 신념, 국적 및 사회적 출신, 소수 민족인지 여부, 재산, 출생 및 다른 요인으로 인한 신분으로 인해 차별받지 않고 모든 사람이 동등하게 누린다."

정부는 이러한 주장을 부인했다.

52. 이러한 문제가 사건의 근본적인 부분이 아니기 때문에, 법원은 따로 이를 다룰 필요가 없다고 본다. (see, *inter alia*, the *Airey v. Ireland* judgment of 9 October 1979, Series A no. 32, p. 16, para. 30).

III. APPLICATION OF ARTICLE 50 (art. 50)

53. According to Article 50 (art. 50):

"If the Court finds that a decision or a measure taken by a legal authority or any other authority of a High Contracting Party is completely or partially in conflict with the obligations arising from the ... Convention, and if the internal law of the said Party allows only partial reparation to be made for the consequences of this decision or measure, the decision of the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party."

54. The applicant sought in the first place the publication of a summary of the Court's judgment in the newspapers of the Basque Country, of Madrid and the rest of the State, and the removal of any reference to his conviction in the central criminal records (*Registro Central de Penados y Rebeldes*).

The Court points out that it does not have jurisdiction to make such orders (see, *mutatis mutandis*, the *Manifattura FL v. Italy* judgment of 27 February 1992, Series A no. 230-B, p. 21, para. 22).

A. Pecuniary damage

55. Mr Castells also claimed 375,000 pesetas in respect of loss of earnings. As an accused on bail, he had to appear fifty- two times before the court of his place of residence (San Sebastián) and three times before the Supreme Court of Madrid (see paragraphs 8-9 above), which resulted in a loss of time and opportunity in the exercise of his professional activity as a lawyer.

The Court takes the view that this constraint can have caused him hardly any loss since, as a lawyer, he frequently attended the courts in question. That he sustained pecuniary damage is therefore not established.

B. Non-pecuniary damage

56. The applicant also claimed, without giving any figures, compensation for non-pecuniary damage. The Court does not rule out the possibility that he may have sustained such damage, but in the circumstances of the case the finding of a violation set out in the present judgment constitutes in itself sufficient just satisfaction.

C. Costs and expenses

57. In respect of his costs and expenses incurred in the Spanish courts, Mr Castells claimed 2,181,476 pesetas. The Court awards him only 1,000,000 of this amount, since some

of the sums in question related to amparo appeals unconnected with the complaints found admissible by the Commission.

58. Finally the applicant sought 3,328,000 pesetas for his costs and expenses before the Convention organs, together with 20,000 DM for the fees of Mr Korff and Mr Vervaele.

Like the Government, the Court considers excessive the number of lawyers representing Mr Castells, who appeared before it with four lawyers; it should also be borne in mind that the Commission declared inadmissible some of the complaints raised initially.

Making an assessment on an equitable basis, the Court awards Mr Castells an overall amount of 2,000,000 pesetas.

FOR THESE REASONS, THE COURT UNANIMOUSLY

1. Holds that it has jurisdiction to consider the Government's preliminary objection, but dismisses it;
2. Holds that there has been a violation of Article 10 (art. 10);
3. Holds that it is not necessary to consider the case also under Article 14, taken together with Article 10 (art. 14+10);
4. Holds that, as regards the non-pecuniary damage alleged, the present judgment constitutes sufficient just satisfaction for the purposes of Article 50 (art. 50);
5. Holds that the Kingdom of Spain is to pay to the applicant, within three months, 3,000,000 (three million) pesetas for costs and expenses;
6. Dismisses the remainder of the applicant's claims.

Done in English and in French, and delivered at a public hearing in the Human Rights Building, Strasbourg, on 23 April 1992.

Rolv RYSSDAL
President

Marc-André EISSEN
Registrar

In accordance with Article 51 para. 2 (art. 51-2) of the Convention and Rule 53 para. 2 of the Rules of Court, the following separate opinions are annexed to this judgment:

- (a) concurring opinion of Mr De Meyer;
- (b) concurring opinion of Mr Pekkanen;
- (c) concurring opinion of Mr Carillo Salcedo, ad hoc judge.

CONCURRING OPINION OF JUDGE DE MEYER

(Translation)

논란이 된 사실에서 Castells 씨는 바스크 지역에서 벌어진 살인, 폭력 사태에 대해 자세히 다루었고, 가해자들이 처벌되지 않은 것¹에 대해 outrageous 하다고 비난하였다.² 그는 정부 관계자들이 아무런 조치를 취하지 않았음을 비판했는데,³ 그는 정부 관계자들은 가해자를 밝혀내려는 아무런 노력을 하지 않은 채 “다른 사건들”에 대해선 놀랍도록 부지런했다고 주장했다⁴. 그는 이것이 관계자들이 정부당국 관계자들과 가해자들이 공모관계에 있다는 증거이며,⁵ “이러한 소행”의 책임을 정부와 지지자들에게 돌렸다⁶.

이러한 그의 주장은 의심할 여지없이 아주 수위 높은 비난이다⁷.

이러나 그의 이러한 주장은 단순히 자신의 신념의 자유와 표현의 자유를 행사한 것에 지나지 않는다. 본 사건에서 그는 이러한 권리를 침해당하였다고 볼 수 있다. 공익에 관한 사안에 대하여 자신의 견해를 글로 쓰고 이를 출판하였다는 이유로 기소되어 유죄를 선고 받았기 때문이다. “민주주의적 사회”에서 시민이 이러한 이유로 처벌 받는다는 것은 있을 수 없는 일이다.

Castells 의 주장이 사실인지 거짓인지는 전혀 중요하지 않다. 사실 입증에 관한 문제는 이 사건을 심사하는데 무관하다. 사실에서 언급된 살인과 폭력행위들은 이루어졌던 것이 사실이며, 가해자들이 처벌 받지 않았다는 사실은 정부가 부인하지도 않았다.

또한 덧붙여서, 모욕과 거짓에 기반한 비난, 그리고 명예훼손으로부터 공공기관이 개인에 비해, 또는 정부가 시민(정부에 반대하는)에 비해 더 높은 수준의 보호를 받아야 할 이유가 없다⁸.

¹ 사실 제목, 판결문 45, 48 문단.

² 판결문 48 문단. 사실 첫 문단, 두번째 참조. (판결문 7 문단).

³ 판결문 39 문단.

⁴ See in particular the third and sixth paragraphs of the article.

⁵ Paragraph 39 of the judgment.

⁶ Last paragraph of the article and paragraphs 39 and 45 of the judgment.

⁷ Paragraph 45 of the judgment.

⁸ I cannot therefore approve the "strengthened protection" afforded the Government under Articles 161 and 162 of the Spanish Criminal Code (paragraph 20 of the judgment).

CONCURRING OPINION OF JUDGE PEKKANEN

Castells 씨는 자신의 사설에서 바스크 지역에서 자행된 살인과 폭력을 열거하는 것을 시작으로, 이 사건이 해결되지 않았으며 처벌 받은 사람도 없다는 것을 강조하였다. 또한 그는 여러 극우 단체가 개입되어 있었음을 상기시켜주었다. 이러한 사실들을 가지고 “뒤에 정부와 정당, 그리고 관련된 개개인이 있을 수 밖에 없다.” 라는 결론을 냈다.

스페인 대법원은 Castells 에게 정부를 모욕한 죄로 처벌을 선고하였다. 대법원은 그 중에서도 정부를 향한 모욕이 허용 한도를 넘는 정치적 비난이며 정부의 명예에 대한 공격이라고 보았다. 또한, 본 사안에서 스페인 법에 의하면 defence of truth 가 해당되지 않는다고 보았다.

법원은 대법원이 defence of truth 가 인정될 수 없다고 한 것에 크게 주목했다. 그러나 안타깝게도 난 이러한 견해에 동의할 수 없다. 내가 보기에 제 10 조 위반에 대한 심사에 있어 가장 중요한 사실은 Castells 씨가 정부가 문제가 된 사건의 책임이 있다는 견해를 밝히고 이를 출판했다는 이유로 처벌받았다는 사실이다.

판결문에서 길게 논의된 Exceptio veritatis (defence of truth)에 대해서는, Castells 가 자신의 주장이 사실임을 밝히는 것이 애초에 불가능 했다고 생각한다. 이러한 주장은 정부가 살인, 폭력 사태에 배후에 있다는 정치적 논쟁의 일환이다. Exceptio veritatis는 따라서 관련이 없다. 제 10조 (표현의 자유) 를 위반했는지 여부를 판단하기 위해서는 Castells가 민주주의 사회에서 보장된 표현의 자유에도 불구하고 정부를 비판했다는 이유로 처벌 받았는지만 판단하면 족하다.

CONCURRING OPINION OF JUDGE CARRILLO SALCEDO

법원이 46 번째 문단에서 밝힌 견해에 전적으로 동의한다. 덧붙여 표현의 자유는 민주주의적 사회를 위한 근본적인 토대를 구성한다는 것을 강조하고 싶다. 그러나 이러한 권리의 행사는 “책임과 의무를 동반” (Convention 제 10 조 2 항)하며, 정치적인 동기에 의한 폭력이 시민들의 생명을 위협하는 상황에서 표현의 자유의 보호와 민주국가의 보호 사이에서 균형을 잡는 것이 어렵다.

제 10 조 제 2 항을 인용하며 위원회는 표현의 자유의 행사는 신념의 자유와 견해를 전달하거나 전달 받을 자유를 포함하며 “법이 정하는 바에 따라 민주주의적 사회의 요구에 따라 절차, 조건, 제한, 처벌의 수단으로 제한될 수 있다” 고 밝히며 표현의 자유가 절대적이 아닌 것임을 인정하였다. 또한 협약은 제 17 조에서 어떠한 개인이나 단체도 협약에서 규정된 권리를 파괴할 목적으로 어떠한 행위를 할 수 없다고 규정하였다. 내 개인적인 견해로는 반대로 정부가 작위의무도 가지고 있다고 볼 수 있다.

따라서 정부가 어떤 수단 - 형사소송절차를 포함하여-을 과도하지 않은 선에서 사용하여 협약을 준수하며 허위나 악의에 의한 비난에 대응할 것인지는 정부측의 몫이다.