



제429회 국회 (정기회)
제6차 법제사법위원회

일제 식민지배 찬양 등의 처벌에 관한 특례법안

검 토 보 고

〈 식민지배 찬양, 일제강점기 전쟁범죄 부정 등 처벌 〉
■ 허성무의원 대표발의(의안번호 제2208088호)

2025. 9.

법 제 사 법 위 원 회
수석전문위원 정 환 철

목 차

I. 제안경위	1
II. 제안이유	1
III. 주요내용	3
IV. 검토의견	4
1. 제정안의 입법취지 및 체계	4
2. 해외 입법례 및 과거 입법 논의 경과	5
가. 해외 입법례	5
나. 그간의 입법 논의 경과	9
3. 주요조문별 검토	10
가. 법률용어의 정의	10
나. 식민지배 찬양 등 처벌	12
다. 일제강점기 전쟁범죄 부정 등 처벌	15
라. 독립유공자 등에 대한 명예훼손·모욕행위 처벌	17
마. 고소 및 반의사불벌의 특례	23
4. 종합의견	24

I. 제안경위

1. 발 의 자: 허성무의원 등 26인
2. 발 의 일: 2025. 2. 12.
3. 회 부 일: 2025. 2. 13.

II. 제안이유

「대한민국헌법」은 전문에 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통”을 계승한다고 명시하고 있음. 이는 대한민국을 건국하기 위해 노력하였던 선조들의 명예를 회복하고, 외부 침략으로부터 대한민국을 지켜내고 발전시켜 항구적인 세계평화와 인류공영의 의지를 밝힌 것임.

일본은 대한제국의 국권을 강제로 침탈하여 군인·군속·노무자 등을 강제 징용하거나 부녀자를 강제동원하여 성적 학대를 가하며 위안부로서의 생활을 강요하는 등 우리 민족을 억압·수탈하고 반인륜적인 전쟁범죄 행위를 자행하였음.

그럼에도 불구하고 일본은 패전 후 역사적인 만행에 대하여 진심으로 반성하고 사과하기는커녕 A급 전범이 봉안된 야스쿠니 신사에 매년 참배하고 역사교과서를 날조하는 등 역사적 사실을 부인하고 침략전쟁을 정당화하고 있음.

또한 국내에서 이러한 역사적 사실을 부인하고, 일제를 옹호·미화

하거나, 전쟁범죄 피해자를 모욕하고 명예를 훼손하는 일이 발생하고 있음.

이는 단순한 역사 해석이나 학술활동의 문제가 아니라 독립유공자 및 그 유족의 명예를 훼손하고 강제징용 피해자, 일본군 위안부 등 전쟁범죄 피해자의 인권과 존엄을 침해하는 행위로서, 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하고 대한민국의 자주독립을 공표한 「대한민국헌법」에 위배되는 것임.

그러므로 역사적 사실을 부인하고 일제의 식민지배를 찬양하거나 독립운동을 폄훼하는 행위 및 독립유공자와 전쟁범죄 피해자를 모욕하거나 명예를 훼손하는 행위를 처벌하여 헌법 정신을 공고히 하고 앞으로 대한민국에서 살아나아야 하는 국민들에게 올바른 역사의식을 제고하기 위함.

Ⅲ. 주요내용

- 가. 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하는 헌법 정신을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 공연히 일제의 국권 침탈과 식민지배를 찬양, 정당화, 미화 또는 지지하거나 독립운동을 비방 또는 폄훼(貶毀)하는 행위를 처벌함(안 제3조).
- 나. 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하는 헌법 정신을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 신문, 잡지, 라디오, 텔레비전 그 밖의 출판물에 의하거나 집회에서의 연설 또는 정보통신망을 통하여 공연히 일제강점기 전쟁범죄를 불인정 또는 정당화하는 등의 행위를 처벌함(안 제4조).
- 다. 일제강점기 전쟁범죄나 독립운동 또는 독립유공자에 관한 허위의 사실을 적시하여 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자의 명예를 훼손하는 행위를 처벌함(안 제5조).
- 라. 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자를 모욕하는 행위를 처벌함(안 제6조).
- 마. 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자에 대한 명예훼손죄 및 모욕죄는 고소가 없거나 피해자가 처벌을 원하지 않는다는 의사를 명시한 경우라도 공소를 제기할 수 있도록 함(안 제7조).

IV. 검토의견

1. 제정안의 입법취지 및 체계

제정안은 대한민국의 정통성과 민족정기를 수호하고 후손들의 올바른 역사의식을 제고하기 위하여, 역사적 사실을 부인하고 일제의 식민지배를 찬양하거나 독립운동을 폄훼하는 행위와 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자를 모욕하거나 명예를 훼손하는 행위를 처벌하는 내용임.

제 정 안	
제1조(목적)	이 법은 일제(日帝)의 전쟁범죄를 부정하고 식민지배를 옹호하는 행위, 독립유공자와 전쟁범죄 피해자의 명예를 훼손하는 행위를 처벌함으로써 대한민국의 독립국가로서의 정통성과 민족정기를 수호하고 후손들의 올바른 역사의식을 제고하는 것을 목적으로 한다.

제정안은 7개의 본칙 조문과 1개의 부칙 조문(시행일)으로 구성되어 있음.

조문	내 용
<본칙>	
제1조	목적
제2조	일제강점기 전쟁범죄 등 정의
제3조	식민지배에 대한 찬양 등 처벌
제4조	일제강점기 전쟁범죄 부정 등 처벌
제5조	독립유공자 및 전쟁범죄 피해자에 대한 명예훼손 처벌
제6조	독립유공자 및 전쟁범죄 피해자에 대한 모욕 처벌
제7조	고소와 피해자의 의사에 관한 특례
<부칙>	
	시행일

2. 해외 입법례 및 과거 입법 논의 경과

가. 해외 입법례

「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」 제19조¹⁾는 표현의 자유를 규정하면서도, 국제인도법 위반행위를 사주하거나 유발할 경향이 있는 표현을 자유의 이름으로 옹호할 수 없다는 점을 명시함.²⁾

프랑스는 「인종주의, 반유대주의, 외국인혐오 행위 처벌에 관한 법률」(Loi no 90-105 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, 이하 ‘게소법’³⁾)로 「1881년 7월 29일 법률」(「언론자유에 관한 법률」)에 제24조의⁴⁾를 신설하여 유대인 학살 등을 부인하는 행위를 처벌함.⁵⁾ 그러나, 국제연합

1) 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」

제19조

1. 모든 사람은 간섭받지 않고 의견을 가질 권리를 가진다.

2. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 구두, 서면 또는 인쇄, 예술의 형태 또는 스스로 선택하는 그 밖의 수단을 통하여, 국경에 관계없이, 모든 종류의 정보와 생각을 구하고 받으며 전달하는 자유를 포함한다.

3. 이 조 제2항에 규정된 권리의 행사에는 특별한 의무와 책임이 따른다. 따라서 그러한 권리의 행사는 일정한 제한을 받을 수 있다. 다만, 그 제한은 법률에 규정되고 다음 사항을 위하여 필요한 경우로 한정된다.

가. 타인의 권리 또는 평판의 존중

나. 국가안보, 공공질서, 공중보건, 또는 공중도덕의 보호

2) 이재승, 홀로코스트 부인과 역사왜곡, 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁 부정에 대한 처벌 토론회 자료집, 2013, p.11

3) 법안의 발의자인 장클로드 게소(Jean-Claude Gayssot)의 이름을 따서 ‘게소법’이라 함.

4) 「프랑스 언론자유에 관한 법률」(1990년 게소법으로 개정된 것)

제24조의2

1945년 8월 8일 런던협정에 부속된 「국제군사재판소 헌장」 제6조의 정의에 따른 하나 이상의 반인도적 범죄의 사실과 관련하여 같은 헌장 제9조에 따라 선언된 범죄조직의 구성원이나 프랑스 또는 국제 법원에서 이러한 범죄로 유죄가 인정된 사람이 저질렀던 해당 범죄 사실을 제23조에서 열거한 수단 중 하나를 통하여 부정하는 경우, 해당인은 제24조제6항에 규정된 처벌을 받는다.

법원은 정해진 형 이외에 다음의 명령을 할 수 있다.

1° 「형법전」 제51조에서 정한 조건에 따라 그 결정을 공고

2° 출판 또는 게재 비용이 최대 벌금을 초과할 수 없는 「형법전」 제51조의1에 규정된 조건에 따른 공보의 출판 또는 게재

5) 나승철, 일제 침략 옹호 발언 처벌의 법적 타당성, 일제강점하민족차별행위옹호방지법 입법공청회 자료집,

인권위원회는 게소법이 「시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약」상의 표현의 자유를 침해한다는 청원에 대해 게소법이 같은 규약을 위반하지 않는다고 결정하면서도, 너무나 광범위하게 제한하여 진지한 역사연구의 출판까지도 금지한다는 점을 지적한 바 있음.⁶⁾ 또한, 2017년 프랑스 헌법위원회는 집단학살 범죄 등의 부정, 축소 또는 일반화는 일반적으로 그 자체로는 표현의 자유의 남용에 해당한다고 볼 수 없으며, 입법부가 사법적으로 유죄판결을 받지 않은 특정 범죄를 사전에 부정, 축소, 일반화를 억제함으로써 역사적 논쟁의 대상이 될 가능성이 있는 사실과 관련된 행위나 발언의 합법성에 대한 불확실성을 야기함으로써 불필요하거나 비례하지 않는 방법으로 표현의 자유의 행사를 침해한 것으로 판단된다며 2017년의 「1881년 7월 29일 법률」 개정법률⁷⁾에 대해 위헌결정⁸⁾을 한 바 있음.

2005, p.37

6) 이재승, 앞의 글, p.18

7) 「프랑스 언론자유에 관한 법률」(2017년 개정된 것)

제24조의2

1945년 8월 8일 런던협정에 부속된 「국제군사재판소 헌장」 제6조의 정의에 따른 하나 이상의 반인도적 범죄의 사실과 관련하여 같은 헌장 제9조에 따라 선언된 범죄조직의 구성원이나 프랑스 또는 국제 법원에서 이러한 범죄로 유죄가 인정된 사람이 저질렀던 해당 범죄 사실을 제23조에서 열거한 수단 중 하나를 통하여 부정하는 경우, 해당인은 1년의 징역 또는 45,000유로의 벌금에 처한다.

이 조 제1문에서 명시한 것 이외의 집단 살해 범죄와 1998년 7월 18일 로마에서 채택된 「국제형사재판소 규정」 제6조, 제7조 및 제8조와 「형법전」 제211-1조부터 제212-3조, 제224-1A조부터 제224-1C 조 및 제461-1조부터 제461-31조까지에 정의한 그 밖의 반인도적 범죄, 노예화 또는 노동력 착취 범죄 및 전쟁 범죄의 사실을 제23조에서 열거한 수단 중 하나를 통하여 극단적으로 부정하고 축소하거나 대수롭지 않은 일로 만드는 사람도 같은 형벌에 처한다.

1° 이러한 범죄는 프랑스 또는 국제 법원에서 유죄판결을 받았을 것

[2017년 1월 26 일 헌법재판소 결정 제2016-745 DC호에 따라 위헌이 선고된 규정들]

공권력의 집행자나 공공서비스 담당자가 그 직무 또는 임무 수행 중이나 그 권한 행사를 빌미 삼아 이 조에 명시된 행위를 저지른 경우 해당인은 3년 징역과 75,000유로의 벌금에 처한다.

법원은 정해진 형 이외에 다음의 명령을 할 수 있다.

1° 「형법전」 제131-35조에서 정한 조건

8) Decision n° 2016-745 DC du 26 janvier 2017, 192.-197.

독일은 명예훼손죄가 갖는 약점을 극복하기 위하여 「독일 형법」 제130조(국민에 대한 선동)⁹⁾에 소위 ‘아우슈비츠 사기극 조항’(제3항)과 ‘나치 체제 찬양죄’(제4항) 등을 추가하여 공공안전에 대한 범죄로 확립하였음.¹⁰⁾ 이와 관련하여 독일 연방헌법재판소는 사실의 전달 역시 의사형성을 촉진하는 면이 있기 때문에 헌법적으로 보호되어야 하지만, 그것이 명백한 허위로서 더 이상 의사형성에 기여할 수 없고 사상의 자유시장에서도 그 해악을 교정할 수 없는 경우에는 제한되어야 한다고 보았음.¹¹⁾

9) 「독일 형법」

제130조(국민에 대한 선동) (1) 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 공공의 평안을 해치는 자는 3개월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다.

1. 국가, 인종, 종교적 특정 집단이나 또는 민족적 유래로 특정된 집단 또는 대중 일부에 대해 또는 전술한 집단에 소속되었다는 이유로 해당 개인 또는 대중의 일부에 대해 증오를 조장하거나 폭력이나 횡포를 도발하는 자
2. 전술한 집단, 대중의 일부 또는 전술한 집단에 소속되었다는 이유로 개인 또는 대중의 일부에 대해 비방하거나 악의적으로 모욕 또는 명예를 훼손함으로써 다른 사람의 인간 존엄성을 훼손하는 자

(2) 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 다음 중 어느 하나에 해당하는 내용(제11조제3항)을 유포 또는 공중에게 공개하거나 18세 미만의 사람에게 내용(제11조제3항)을 제공, 양도 또는 공개한 자
 - a) 제1항제1호에 언급된 집단, 대중의 일부 또는 제1항제1호에 언급된 집단에 소속되었다는 이유로 개인 또는 대중의 일부에 대해 증오를 조장하는 내용
 - b) a목에 언급된 사람이나 다중에 대해 폭력이나 횡포를 도발하는 내용
 - c) a목에 언급된 사람이나 다중을 비방하거나 악의적으로 모욕 또는 명예를 훼손함으로써 이들의 인간 존엄성을 훼손하는 내용

2. 제1호 a목부터 c목에 명시된 내용(제11조제3항)을 방송이나 텔레미디어를 통해 18세 미만의 사람이나 공중에게 공개한 자

3. 제1호 a목부터 c목에 명시된 내용(제11조제3항)을 제작, 취득, 인도, 보관, 제공, 홍보하는 자 또는 제1호의 의도로 사용하거나 다른 사람으로 하여금 그러한 이용이 가능하도록 시도한 자

(3) 국가사회주의 정권 아래 저지른 행위이면서 「국제형사법」 제6조제1항에 명시된 방법으로 공공의 평안을 해칠 수 있는 행위를 공공연하게 또는 집회에서 동조 또는 부정하거나 축소한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

(4) 공공연하게 또는 집회에서 국가사회주의 정권의 폭력과 횡포에 동조하거나 이를 찬양 또는 정당화함으로써 피해자의 존엄성을 침해하는 방법으로 공공의 평안을 해치는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

(5) 국제형사법 제6조부터 제12까지에서 규정된 유형의 행위를 공개적으로 또는 집회에서 제1항제1호에 명시된 집단 또는 개인에 대해 그 집단에 속한다는 이유로 증오나 폭력을 조장하고 공공의 평화를 해치기 위해 시인, 부인 또는 심각하게 축소한 자는 3년 이하의 징역 또는 벌금형에 처한다.

(6) 제2항은 제3항부터 제5항까지 언급된 내용(제11조제3항)에도 준용된다.

(7) 제6항과 함께 제2항제1호의 경우 미수범은 처벌한다.

(8) 제6항·제7항과 함께 제2항의 경우 그리고 제3항부터 제5항까지의 경우 제86조제4항을 준용한다.

10) 이재승, 앞의 글, p14

11) BVerfGE 54, 208 (219); 61, 1 (8). 최규환, 일제 식민역사의 청산과 역사부정, 헌법연구 제2권제2호(2015), p.121에서 재인용

프랑스, 독일 이외에도 1990년대 이후로 오스트리아, 벨기에, 캐나다, 체코, 헝가리, 이스라엘, 리히텐슈타인, 리투아니아, 룩셈부르크, 네델란드, 폴란드, 포르투갈, 루마니아, 슬로바키아, 스위스 등의 국가에서 홀로코스트 부정을 규제하는 법안을 마련하였으며, 유럽연합은 1996년 인종차별주의와 외국인 혐오행위를 방지하려는 목적으로 채택한 공동행위(Joint Action to Combat Racism and Xenophobia; Joint Action/96/443/ JHA)에서 「국제군사재판소 헌장」 제6조에 규정된 범죄¹²⁾에 대하여 공공연히 부정하는 것을 금지하는 결의를 하였음.¹³⁾

유럽인권법원(ECtHR)은 홀로코스트 부정을 규제하는 유럽 각국의 규제와 관련한 홀로코스트 부인자들의 제소에 대하여 「유럽인권협약」 제17조¹⁴⁾의 권리남용금지에 따라 자유의 파괴자에게 자유를 부여할 수 없다며 이를 기각한 바 있음.¹⁵⁾

12) 「국제군사재판소 헌장」(1945년 런던협정에 의해 첨부된 것) 제6조

제1조에 언급된 유럽 추축국의 주요 전범에 대한 재판 및 처벌을 위한 협정에 의해 설립된 재판소는 유럽 추축국을 대신하여 개인 또는 조직의 구성원으로서 다음 범죄를 저지른 사람을 재판하고 처벌할 권한을 가진다. 다음 각 행위 또는 그 일부는 재판소의 관할권에 속하는 범죄이며 개인적 책임의 대상이 된다.

(A) 평화에 대한 범죄

즉, 침략 전쟁을 계획, 준비, 개시 또는 수행하거나 국제 조약, 협정 또는 약속을 위반하거나 이러한 행위를 달성할 목적으로 공통 계획 또는 음모에 관여하는 행위

(B) 전쟁 범죄

즉, 전쟁법이나 관습을 위반하는 것. 노예 노동 또는 기타 목적으로 점령지에 속하거나 점령지에 있는 민간인의 살해, 학대, 전쟁 포로 또는 해상 인민의 살해 또는 학대, 인질 살해, 공공 및 사유 재산의 약탈, 도시 또는 마을의 자의적 파괴 또는 군사적 필요로 정당화되지 않는 황폐화가 포함되나, 이에 국한되지 않는다.

(C) 반인도적 범죄

해당 범죄가 국내법 위반인지 여부에 관계없이, 전쟁 전 또는 전쟁 중에 민간인에 대해 자행된 살해, 말살, 노예화, 추방 및 기타 비인도적 행위 또는 정치적, 인종적 또는 종교적 이유에 의한 박해 및 재판소의 관할권에 속하는 범죄와 관련된 범죄

13) 이소영, 기억의 규제와 ‘규제를 통한 기억하기’, 법학연구 제21권제4호(2013. 10.), p.414; (스페인 1996년에 처벌법을 도입했지만, 2007년 11월에 헌법재판소가 표현의 자유 침해를 이유로 위헌결정을 내렸음)

14) 「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.

15) 이재승, 앞의 글, p.12

나. 그간의 입법 논의 경과

17대 국회인 2005년에 ‘일제강점하 민족차별 옹호행위자 처벌 법률안’(의안번호 제172382호, 원희룡의원 대표발의)이 발의되었으나, 법제사법위원회 심사결과 “본회의에 부의하지 아니하기로 의결”되어 폐기된 바 있음.¹⁶⁾ 19대 국회인 2014년에 ‘일제 식민지배 옹호행위자 처벌 법률안’(의안번호 제1910932호, 이종걸의원 대표발의)과 ‘일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁 등을 부정하는 개인 또는 단체의 처벌 등에 관한 법률안’(의안번호 제191299호, 홍익표의원 대표발의)이 발의되어 임기만료로 폐기된 바 있음. 20대 국회인 2018년에 일제강점기 식민통치 및 침략전쟁 행위를 왜곡·찬양·고무 또는 선전한 자를 처벌하는 내용의 ‘형법 일부개정법률안’(의안번호 제2016907호, 박광온의원 대표발의)이 발의되어 임기만료로 폐기된 바 있음.

현재 친일반민족행위를 정당화하는 내용을 선전·선동하는 자를 처벌하는 내용의 ‘형법 일부개정법률안’(의안번호 제2201033호, 김용만 의원 대표발의)이 발의되어 법제사법위원회에 계류 중임.

16) “원희룡의원이 대표발의한 일제강점하 민족차별 옹호행위자 처벌법안은 그 실효성에 의문이 있고, ... 점을 감안하여 각각 본회의에 부의하지 아니하기로 하였습니다.”[소위원장대리 선병렬 위원 소위원회 심사결과 보고 중, 2007. 11. 21., 제269회국회(정기회) 제14차 법제사법위원회 회의록, p.103]

3. 주요 조문별 검토

가. 법률용어의 정의(안 제2조)

안 제2조는 제정안에서 사용하는 “일제강점기 전쟁범죄”, “식민지배”, “독립유공자”, “전쟁범죄 피해자” 등의 용어를 정의하고 있음.

제 정 안
제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다. 1. “일제강점기 전쟁범죄”란 일제의 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지의 기간 동안 일제에 의하여 저질러진 집단살해, 군인·군무원·노무자 등의 강제동원, 일본군위안부에 대한 성적 학대 등의 전쟁범죄를 말한다. 2. “식민지배”라 함은 1910년 8월 29일부터 1945년 8월 15일까지 일본이 구 대한제국의 국권을 침탈하고 국토를 강점하여 국민을 무력 지배함으로써 식민지로 전락시킨 침략·지배 행위를 말한다. 3. “독립유공자”란 「독립유공자예우에 관한 법률」 제4조 각 호의 독립유공자를 말한다. 4. “전쟁범죄 피해자”란 「대일항쟁기 강제동원 피해조사 및 국외강제동원 희생자 등 지원에 관한 특별법」 제2조제2호부터 제5호까지에 해당하는 사람 또는 「일제하 일본군위안부 피해자에 대한 보호·지원 및 기념사업 등에 관한 법률」 제2조제1호에 해당하는 사람을 말한다.

이는 제정안에서 사용되는 용어를 정의하여 그 내용을 명확히 함으로써 죄형법정주의에 충실하기 위한 것임.

다만, 안 제2조제1호에서는 일제강점기 전쟁범죄”를 러·일전쟁 개전 시부터 1945년 8월 15일까지의 기간 동안 일제에 의하여 저질

러진 집단살해 등으로 정의하고 있음. 이는 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 제2조¹⁷⁾의 “친일반민족행위”에 대한 정의와 유사하나,¹⁸⁾ 법률의 용어는 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지하는 것이 필요한 점에서,¹⁹⁾ 일제강점기를 1910년 국권침탈 이후의 기간으로 보는 일반적인 인식²⁰⁾과의 차이가 있을 수 있는 점에 대한 논의가 필요함.

아울러, 제2조제1호 및 제4호에서 “일제강점기 전쟁범죄” 및 “전쟁범죄 피해자”를 정의하면서 “전쟁범죄”의 용어를 사용하고 있으나, 국제법적으로는 ‘국제적 무력충돌 또는 비국제적 무력충돌’²¹⁾을

17) 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」

제2조(정의) 이 법에서 “친일반민족행위”라 함은 일본제국주의의 국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지 행한 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. ~ 20. (생략)

18) 2004년 「일제강점하친일반민족행위진상규명에관한특별법」 제정 당시에는 “일본제국주의의 국권침탈 전후로부터 1945년 8월 14일까지”로 규정되어 있었으나, 2005년 전부개정시 “국권침탈이 시작된 러·일전쟁 개전시부터 1945년 8월 15일까지”로 개정되었음.

19) “법은 원칙적으로 불특정 다수인에 대하여 동일한 구속력을 갖는 사회의 보편타당한 규범이므로 이를 해석함에 있어서는 법의 표준적 의미를 밝혀 객관적 타당성이 있도록 하여야 하고, 가급적 모든 사람이 수긍할 수 있는 일관성을 유지함으로써 법적 안정성이 손상되지 않도록 하여야 한다.”(대법원 2009. 4. 23. 선고 2006다81035 판결)

20) 국립국어원 표준대사전은 “일제강점기”를 “1910년에 일본에 의해 우리나라가 국권을 빼앗긴 이후 1945년 광복되기까지 35년간의 시대”로 설명함.

21) 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」

제10조(사람에 대한 전쟁범죄) ① 국제적 무력충돌 또는 비국제적 무력충돌(폭동이나 국지적이고 산발적인 폭력행위와 같은 국내적 소요나 긴장 상태는 제외한다. 이하 같다)과 관련하여 인도에 관한 국제법 규에 따라 보호되는 사람을 살해한 사람은 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

② ~ ⑦ (생략)

「국제형사재판소에 관한 로마규정」

제8조 전쟁범죄

1. 재판소는 특히 계획이나 정책의 일부로서 또는 그러한 범죄의 대규모 실행의 일부로서 범하여진 전쟁범죄에 대하여 관할권을 가진다.

2. 이 규정의 목적상 “전쟁범죄”라 함은 다음을 말한다.

가. 1949년 8월 12일자 제네바협약의 중대한 위반, 즉 관련 제네바협약의 규정하에서 보호되는 사람 또는 재산에 대한 다음의 행위 중 어느 하나

(1) ~ (8) (생략)

나. 확립된 국제법 체계 내에서 국제적 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 기타 중대한 위반, 즉 다음 행위중 어느 하나

(1) ~ (26) (생략)

다. 비국제적 성격의 무력충돌의 경우 1949년 8월 12일자 제네바 4개 협약 공통 제3조의 중대한 위반, 즉 무기를 버린 군대 구성원과 질병·부상·억류 또는 기타 사유로 전투능력을 상실한 자를 포함하여 적대행위에 적극적으로 가담하지 않은 자에 대하여 범하여진 다음의 행위중 어느 하나

전제로 하는 “전쟁범죄”와 “비인도적 범죄”²²⁾가 구분되고, 러일전쟁 이후 및 일제강점기에 일제가 저지른 집단살해 등의 만행(蠻行)이 “전쟁범죄”²³⁾에 한정되는 것이 아닌 점²⁴⁾에서, 제정안에서 규제하려는 범위 및 용어에 대한 논의가 필요함.

나. 식민지배 찬양 등 처벌(안 제3조)

안 제3조는 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하는 헌법정신(이하 “헌법정신”이라 함)을 부정·훼손하는 정을

(1) ~ (4) (생략)

라. 제2항다호는 비국제적 성격의 무력충돌에 적용되며, 따라서 폭동이나 국지적이고 산발적인 폭력 행위 또는 이와 유사한 성격의 다른 행위와 같은 국내적 소요나 긴장사태에는 적용되지 아니한다.

마. 확립된 국제법 체제 내에서 비국제적 성격의 무력충돌에 적용되는 법과 관습에 대한 여타의 중대한 위반으로 다음의 행위중 어느 하나

(1) ~ (12) (생략)

바. 제2항마호는 비국제적 성격의 무력충돌에 적용되며, 따라서 폭동이나 국지적이고 산발적인 폭력 행위 또는 이와 유사한 성격의 다른 행위와 같은 국내적 소요나 긴장사태에는 적용되지 아니한다.

제2항마호는 정부당국과 조직화된 무장집단간 또는 무장집단들간에 장기적인 무력충돌이 존재할 때, 그 국가의 영역에서 발생하는 무력충돌에 적용된다.

3. 제2항다호와 마호의 어떠한 조합도 모든 합법적 수단에 의하여 그 국가내에서 법과 질서를 유지 또는 재확립하거나 또는 그 국가의 통일과 영토적 일체성을 보호하려는 정부의 책임에 영향을 미치지 아니한다.

22) 「국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률」

제9조(인도에 반한 죄) ① 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 사람을 살해한 사람은 사형, 무기 또는 7년 이상의 징역에 처한다.

② 민간인 주민을 공격하려는 국가 또는 단체·기관의 정책과 관련하여 민간인 주민에 대한 광범위하거나 체계적인 공격으로 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 한 사람은 무기 또는 5년 이상의 징역에 처한다.

1. ~ 9. (생략)

③ ~ ⑤ (생략)

23) 일본에 대한 전쟁책임을 묻기 위하여 1946년 1월 19일에 발효된 극동 국제군사재판소 조례는 인도에 관한 죄를 전쟁범죄 C유형으로 규정하였지만, 일본의 전범들에 대해서는 전쟁범죄로 적용하지는 않았음.(오경식, 전쟁범죄의 개념적 한계와 그 적용가능성에 대한 연구, 비교형사법연구 제16권 제2호, p.282)

24) 제2차 세계대전 중에 일어난 범죄의 처벌범위는 전쟁범죄와 비인도적 범죄가 포함되나 제2차 세계대전 이전의 일본의 침략과 점령과정에서 벌어진 범죄 행위까지 처벌범위에 속할 수 있는가라는 문제, 즉 전쟁 선포가 없는 평화시의 잔혹행위에까지 전쟁범죄 개념에 포함시킬 수 있는가에 대해, 뉘른베르크 재판 이후 계속되었던 재판에서 전쟁과 관련되지 않았던 야만적이고 인류 양심에 충격을 준 비인도적 범죄를 처벌한 사례도 있어 제2차 세계대전 이전의 일본의 침략과 점령에서 한반도에서 벌어졌던 많은 비인도적 행위들을 전쟁범죄로 처벌할 수 있다. 즉 한반도 침략과정에서 일어난 의병들의 살해, 민간인에 대한 비인도적 행위, 그리고 식민정책의 일환으로 행해진 독립운동가들의 살해와 고문과 박해 등이 모두 처벌 범위에 속하며, 제2차 세계대전 중의 위안부에 대해서도 전쟁범죄 또는 비인도적 범죄로 처벌할 수 있음.(오경식, 앞의 글, p.290)

알면서 언론매체나 집회에서의 연설 또는 정보통신망을 통하여 일체의 국권침탈과 식민지배를 찬양·정당화·미화 또는 지지하는 자를 처벌하도록 규정하고 있음.

제 정 안

제3조(식민지배에 대한 찬양 등) 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통을 계승하는 헌법정신(이하 “헌법정신”이라 한다)을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 신문, 잡지, 라디오, 텔레비전 그 밖의 출판물에 의하거나 집회에서의 연설 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1호의 정보통신망을 통하여 공연히 일체의 국권침탈과 식민지배를 찬양, 정당화, 미화 또는 지지한 사람은 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

이는 언론매체 등을 통해 헌법정신과 올바른 역사인식을 침해하는 역사 왜곡행위를 처벌함으로써, 역사적 자긍심과 역사적 일체감에 따른 사회적 통합과 평온을 유지하려는 것으로 이해됨.²⁵⁾

다만, 이러한 규제는 표현의 자유, 학문의 자유 등과의 관계에서 다음의 사항을 고려할 필요가 있음.

첫째, 표현의 자유는 현대 민주사회에서 다양한 의견, 사상의 표출을 가능하게 하고, 그러한 표현들이 상호 검증을 거쳐 여론을 형성하게 하는 중요한 기능을 담당함. 그러므로, 국가가 개인의 표현

25) 형사상 보호법익은 ‘개인적 법익’과 ‘공공적 법익’으로 나뉘고 ‘공공적 법익’은 다시 국가의 존립, 기능에 관한 ‘국가적 법익’과 사회생활에 있어 공존·공영을 위한 ‘사회적 법익’으로 구분되는데, 안 제4조는 ‘국가적 법익에 관한 죄’로 볼 여지도 있으나, 올바른 역사인식의 침해를 방지하여 사회적 통합과 평온을 유지할 수 있도록 한다는 점에서 ‘사회적 법익에 관한 죄’로 분류할 수 있을 것으로 보임. 한편, 제정안과 유사한 내용을 담고 있는 독일 형법 제130조의 국민선동죄는 ‘공공의 평온을 교란하기에 적합’한 행위가 처벌대상이라고 규정하여, 이가 ‘사회적 법익에 관한 죄’임을 분명히 하고 있음.

행위를 규제하는 경우 표현 내용에 대한 규제는 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용되는 것임.²⁶⁾ ‘허위사실의 표현’도 헌법 제21조가 규정하는 표현의 자유의 보호영역에는 해당하되, 헌법 제37조제2항에 따라 제한될 수 있는 것임.²⁷⁾

그런데, 안 제3조는 헌법정신을 부정하거나 훼손하는 정을 알면서 일제의 국권침탈과 식민지배를 찬양, 정당화, 미화 또는 지지 행위를 범죄로 규정하면서도, 「독일 형법」 제130조제3항과 같이 “공공의 평온을 해치는” 정도일 것을 요구하지는 않고 있음. 일제의 국권침탈과 식민지배와 관련한 허위사실의 표현에 대한 형벌의 부과가 중대한 공익의 실현을 위해 불가피한 경우로 과잉금지의 관점에서 정당화될 수 있는지 살펴볼 필요가 있음.²⁸⁾

둘째, 표현의 자유에 대한 제한이 허용되는 경우에도 그러한 제한은 기본권의 주체가 규제받을 것을 우려하여 표현행위를 스스로 억

26) 헌법재판소 2002. 12. 18. 2000헌마764 결정.

27) 헌법재판소 2010. 12. 28. 2008헌바157, 2009헌바88(병합) 결정.

28) 국가의 안전과 국민의 생존 및 자유의 확보를 목적으로 하는 「국가보안법」의 경우에도 특정한 사실 또는 개인적 견해의 표현은 행위자가 반국가단체의 구성원 등에 해당하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조·유포한 경우에만 처벌의 대상이 되도록 하고 있으며, 이러한 처벌규정의 해석적용은 필요 최소한에 그쳐야 함을 명시하고 있음(같은 법 제1조제2항).

「국가보안법」 제4조(목적수행) ① 반국가단체의 구성원 또는 그 지령을 받은 자가 그 목적수행을 위한 행위를 한 때에는 다음의 구별에 따라 처벌한다.

1. ~ 5. (생략)

6. 제1호 내지 제5호의 행위를 선동·선전하거나 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 때에는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제7조(찬양·고무등) ① 국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반국가단체나 그 구성원 또는 그 지령을 받은 자의 활동을 찬양·고무·선전 또는 이에 동조하거나 국가변란을 선전·선동한 자는 7년 이하의 징역에 처한다.

④ 제3항에 규정된 단체의 구성원으로서 사회질서의 혼란을 조성할 우려가 있는 사항에 관하여 허위사실을 날조하거나 유포한 자는 2년 이상의 유기징역에 처한다.

제하지 않도록 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 요청되는데,²⁹⁾ 안 제3조에서 사용하고 있는 ‘미화 또는 지지’ 등의 표현³⁰⁾은 형사처벌 대상을 불명확하게 하여 명확성의 원칙에 반할 소지가 있음.

다. 일제강점기 전쟁범죄 부정 등 처벌(안 제4조)

안 제4조제1항은 헌법정신을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 언론매체 등을 통해 공연히 일제강점기 전쟁범죄를 불인정, 정당화, 미화 또는 지지한 사람을 처벌하도록 하고,

같은 조 제2항은 헌법정신을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 언론매체 등을 통해 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 위하여 일제에 항거한 행위를 비방하거나 폄훼한 사람을 처벌하도록 규정하고 있음.

제 정 안
제4조(일제강점기 전쟁범죄의 부정) ① 헌법정신을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 제3조의 방법으로 공연히 일제강점기 전쟁범죄를 불인정, 정당화, 미화 또는 지지한 사람은 2년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
② 헌법정신을 부정하거나 훼손한다는 정을 알면서 제3조의 방법으로 일제의 국권침탈을 반대하거나 독립운동을 위하여 일제에 항거한

29) 헌법재판소 2009. 5. 28. 2006헌바109, 2007헌바49·57·83·129(병합) 결정.

30) “찬양”을 금지하는 입법례로는 「국가보안법」 제7조(찬양·고무등), 「경찰공무원법」 제23조(정치 관여 금지), 「국가정보원법」 제11조(정치 관여 금지) 및 「군형법」 제94조(정치 관여)가 있으며, “정당화”를 금지하는 입법례로는 범죄행위를 정당화하는 광고물을 제한하는 「옥외광고물 등의 관리와 옥외광고산업 진흥에 관한 법률」 제5조(금지광고물등)가 있으나, “미화”와 “지지”를 금지하는 입법례는 없음.

행위를 비방하거나 폄훼(貶毀)한 사람은 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

이는 안 제3조와 마찬가지로 언론매체 등을 통해 헌법정신과 올바른 역사인식을 침해하는 역사 왜곡행위를 처벌함으로써, 역사적 자긍심과 역사적 일체감에 따른 사회적 통합과 평온을 유지하려는 것으로 이해됨.

다만, 이러한 규제는 표현의 자유의 관계에서 다음의 사항을 고려할 필요가 있을 것임.

첫째, 표현의 자유와의 관계에 대해 안 제3조에서 검토한 바와 같이, 허위사실의 표현에 대한 규제가 중대한 공익의 실현을 위해 불가피한 경우로 과잉금지의 관점에서 정당화될 수 있는지 및 명확성의 원칙에 반할 소지가 없는지 검토가 필요함.³¹⁾

둘째, 안 제4조제2항에서 “비방”은 ‘남을 비웃고 헐뜯어서 말함’을, “폄훼”는 ‘남을 깎아내려 헐뜯음’을 각각 의미하는데,³²⁾ 허위사실인지 여부를 객관적으로 판단할 수 있는 것과 달리, 개인의 의견을 밝히는 ‘비방’ 및 ‘폄훼’의 경우에는 그 객관적 기준을 제시하기 어려운 점에서 그 불명확성으로 표현의 자유 및 학문의 자유에 대한

31) “비방”을 금지하는 입법례로는 「경찰공무원법」 제23조(정치 관여 금지), 「공공단체 등 위탁선거에 관한 법률」 제62조(후보자 등 비방죄), 「공직선거법」 제251조(후보자비방죄), 「교육공무원법」 제24조의 2(선거운동의 제한), 「국가정보원법」 제11조(정치 관여 금지), 「국민투표법」 제117조(특정인 비방죄) 등이 있음. “폄훼”를 금지하는 입법례는 없음.

32) 국립국어원 표준국어대사전

과도한 제한이 되지 않도록 신중할 필요가 있음.

또한, 현행법에서 비방행위가 처벌되는 것은 대개 특정인에 대한 비방 등 비방 대상이 구체적으로 특정되는 경우인데,³³⁾ 안 제4조에 따르면 비방 대상이 특정되지 않더라도 처벌될 여지가 있을 것으로 사료되는바, 비방 대상이 구체적으로 특정되지 않는 경우에도 처벌 대상으로 할 경우에는 「형법」상 명예훼손죄로 처벌되지 않는 일반적·평균적 판단의 발언조차 처벌 대상이 될 위험이 있음.³⁴⁾

셋째, 역사적 사실은 끊임없는 재평가의 대상이 되고, 역사적 재평가와 그에 대한 표현 역시 국민의 기본권인 표현의 자유, 학문의 자유 등에 의해 보호받아야 하는 점에서, 구체적·개별적인 독립운동 및 일제 항거행위에 대한 역사적 재평가 자체를 어렵게 함으로써,³⁵⁾ 학문의 자유를 과도하게 제한할 소지에 대한 검토가 필요함.

라. 독립유공자 등에 대한 명예훼손·모욕행위 처벌(안 제5조 및 제6조)

안 제5조는 언론매체 등을 통하여 공연히 일제강점기 전쟁범죄나

33) 예컨대, 「공직선거법」상의 후보자비방죄 등이 이에 해당함.

「공직선거법」 제251조(후보자비방죄) 당선되거나 되게 하거나 되지 못하게 할 목적으로 연설·방송·신문·통신·잡지·벽보·선전문서 기타의 방법으로 공연히 사실을 적시하여 후보자(후보자가 되고자 하는 자를 포함한다), 그의 배우자 또는 직계존·비속이나 형제자매를 비방한 자는 3년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 진실한 사실로서 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

34) 명예훼손죄는 어떤 특정한 사람 또는 인격을 보유하는 단체에 대하여 그 명예를 훼손함으로써 성립하는 것이므로 그 피해자는 특정한 것임을 요함. 다만, 집합적 명사를 쓴 경우에도 그것에 의하여 그 범위에 속하는 특정인을 가리키는 것이 명백한 경우에는 이를 각자의 명예를 훼손하는 행위라고 볼 수 있음(대법원 2000. 10. 10. 선고 99도5407 판결례 참조).

35) 형사정책연구원, 제19대국회 의안번호 제10932호 일제 식민지배 옹호행위자 처벌 법률안 검토의견서(일제 식민지배 옹호행위자 처벌 법률안 법제사법위원회 검토보고서에서 재인용)

독립운동 또는 독립유공자에 관한 허위의 사실을 적시하여 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자의 명예를 훼손한 사람을 처벌하도록 하고, 안 제5조는 언론매체 등을 통하여 공연히 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자를 모욕한 사람을 처벌하도록 하고 있음.

제 정 안

제5조(독립유공자 및 전쟁범죄 피해자에 대한 명예훼손) 제3조의 방법으로 공연히 일제강점기 전쟁범죄나 독립운동 또는 독립유공자에 관한 허위의 사실을 적시하여 독립유공자 또는 전쟁범죄 피해자(이하 “전쟁범죄 피해자등”이라 한다)의 명예를 훼손한 사람은 7년 이하의 징역 또는 3억원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 이미 사망한 전쟁범죄 피해자의 명예를 훼손한 경우에는 3년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.

제6조(독립유공자 및 전쟁범죄 피해자에 대한 모욕) 제3조의 방법으로 공연히 전쟁범죄 피해자등을 모욕한 사람은 2년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다. 다만, 이미 사망한 전쟁범죄 피해자를 모욕한 경우에는 1년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.

이는 독립유공자와 전쟁범죄 피해자에 대한 명예훼손이나 모욕 행위를 방지하여 전쟁범죄 피해자 등을 보호하고 나아가 올바른 역사적 인식을 제고하려는 것으로, 독립유공자와 전쟁범죄 피해자의 사회적 명예라는 개인적 법익과³⁶⁾ 공공의 평온이라는 사회적 법익을 보호하려는 것임.

안 제5조 및 안 제6조는 사람의 가치에 대한 사회적 평가인 이른

36) 일반적으로 모욕죄와 명예훼손죄의 보호법익은 모두 개인의 사회적 명예로 이해됨.

바 외부적 명예를 보호법익으로 하는³⁷⁾ 「형법」상 명예훼손죄나 모욕죄와 유사한 면이 있으나, 보호법익, 행위의 객체나 태양, 처벌 등에서 다소 차이가 있음.

< 「형법」 규정과의 비교 >

구분		「형법」	제정안
명예 훼손	행위 객체	◦ 사람(제307조, 제309조) ◦ 사자(死者)(제308조)	◦ 독립유공자 및 전쟁범죄 피해자(안 제5조)
	행위 태양	◦ 공연히 사실을 적시(제307조제1항, 제309조제1항) ◦ 공연히 허위사실을 적시(제307조제2항, 제308조, 제309조제2항) ◦ ㉠ 비방할 목적으로 ㉡ 출판물 등에 의해 ㉢ 공연히 사실 또는 허위사실을 적시(제309조)	◦ ㉠ 출판물·연설·정보통신망을 통해 ㉡ 공연히 허위사실 적시(안 제5조)
	처벌	◦ 사실 적시: 1년↓ 징역·금고 또는 200만원↓ ◦ 허위사실 적시: 5년↓ 징역, 10년↓ 자격정지 또는 1,000만원↓ ◦ 사자 허위사실: 2년↓ 징역·금고 또는 500만원↓ ◦ 출판물 비방: 3년↓ 징역 또는 700만원↓ ◦ 출판물 허위사실 적시: 7년↓ 징역, 10년↓ 자격정지 또는 1,500만원↓	◦ 명예훼손: 7년↓ 징역 또는 3억원↓ ◦ 사자 명예훼손: 3년↓ 징역 또는 1억원↓
모욕	행위 객체	◦ 사람(제311조)	◦ 독립유공자 및 전쟁범죄 피해자(안 제6조)
	행위 태양	◦ 공연히 모욕(제311조)	◦ ㉠ 출판물·연설·정보통신망을 통해 ㉡ 공연히 모욕(안 제6조)

37) 대법원 1987. 5. 12. 선고 87도739 판결례 등

	처벌	1년↓ 징역·금고 또는 200만원↓	◦ 모욕: 2년↓ 징역 또는 5,000만원↓ ◦ 사자 모욕: 1년↓ 징역 또는 3,000만원↓
--	----	---------------------	---

그리고 안 제5조와 유사한 행위를 규율하고 있는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」의 사이버 명예훼손죄와 비교하면 다음과 같은 차이가 있음.

< 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 과의 비교 >

구분		「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」	제정안
명예훼손	행위 객체	◦ 사람(제70조)	◦ 독립유공자 및 전쟁범죄 피해자(안 제5조)
	행위 태양	◦ ㉠ 비방할 목적으로 ㉡ 출판물 등을 통하여 ㉢ 공공연하게 사실 또는 허위사실을 드러내어 명예훼손(제70조)	◦ ㉠출판물·연설·정보통신망을 통해 ㉡공연히 허위사실 적시(안 제5조)
	처벌	◦ 사실 적시: 3년↓ 징역 또는 3,000만원↓ ◦ 허위사실 적시: 7년↓ 징역, 10년↓ 자격정지 또는 5,000만원↓	◦ 명예훼손: 7년↓ 징역 또는 3억원↓ ◦ 사자 명예훼손: 3년↓ 징역 또는 1억원↓

안 제5조·제6조는 충실한 법익보호를 위하여 「형법」상의 모욕죄 및 명예훼손죄 및 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조보다 형을 가중하고 있는데,

이러한 중한 형벌은 국권회복을 위해 헌신한 독립운동가와 일제강점하에서 부당하게 자유와 권리를 침해받은 전쟁범죄 피해자 등

의 사회적 명예를 보호함으로써 국민의 애국정신을 기르고 국민의 역사적 자긍심을 고취시켜 사회적 통합을 유지하려는 것임.

다만, 안 제5조 및 제6조도 표현의 자유, 학문의 자유 등에 대한 제한을 내용으로 한다는 점에서, 다음의 사항을 고려할 필요가 있음.

첫째, 안 제5조 및 제6조 역시 안 제3조·제4조와 마찬가지로 표현의 자유, 학문의 자유 등을 제한하는 점에서 이러한 제한이 중대한 공익 실현을 위하여 불가피한 경우에 해당하는지, 그리고 이러한 제한이 사자에 대한 역사적 재평가 자체를 곤란하게 하는 것은 아닌지 등을 독립운동가 및 전쟁범죄 피해자의 사회적 명예 보호의 필요성 등과 형량할 필요가 있음.

둘째, 제정안을 고려하지 않으면, 사자에 대한 명예훼손 및 모욕 행위는 「형법」 제308조에 따라 상대적으로 가볍게 처벌되거나 또는 불가벌적인 행위라는 점에 대하여 검토가 필요함.

「형법」이 사자에 대한 사실적시 명예훼손죄나 모욕죄를 두고 있지 않은 것은 역사적 인물에 대한 객관적이고 공정한 평가 등이 처벌받게 될 경우 역사의 정확성과 진실이 은폐되기 때문인 점을 염두한 것으로 보이므로,³⁸⁾ 이러한 「형법」의 취지를 고려할 필요가 있음.

38) 박상기, 형법학 총론·각론 강의, 2016, p.541; 이재상·장영민·강동범, 형법각론 제10판, 2016, p.199

별도의 범죄구성요건을 신설하거나 가중구성요건을 규정하는 것은 종전의 규정으로는 어떠한 행위가 처벌되지 않거나 처벌되더라도 그 행위에 특유한 불법성이 제대로 평가되지 못하는 등으로 인해 별도 규정을 신설할 합리적 필요성이 인정되는 경우라야 할 것인데, 안 제5조의 행위는 이미 「형법」 제307조제2항 및 제308조에 의해 처벌받고 있는 점에서 안 제5조의 법정형이 기존의 「형법」 규정과 비교하여 그 행위의 특유한 불법성을 반영하기 위한 것인지 검토가 필요함.

또한, 안 제5조·제6조에 의할 경우에는 사자에 대한 모욕·명예훼손이 생존한 자에 대한 모욕·명예훼손보다 중한 형으로 처벌받게 되므로,³⁹⁾ 이러한 가중처벌이 타당한 것인지 사회통합의 유지를 위한 법익보호의 필요성, 언론매체의 활용 등에 따른 불법성의 가중, 사자와 생존한 자 간의 법익침해의 가능성 등을 종합적으로衡量하여 논의하여야 할 것임.

셋째, 국가와 민족을 위하여 희생한 다양한 형태의 순국선열, 애국지사 등이 있는바, 그 중 일제강점 하에서 사망한 순국선열, 애국

39) 생존한 자에 대한 명예훼손 등을 규정하고 있는 법률 중에서 안 제5조·제6조보다 중한 처벌을 규정한 경우는 친일반민족행위가 확정되지 조사대상자의 명예를 훼손한 자를 처벌하는 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 밖에 없으며, 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」은 안 제6조와 같은 형을 규정하고 있음.

「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」 제34조(벌칙) ① 다음 각호의 어느 하나에 해당하는 자는 10년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

1. (생략)

2. 제23조제1항 및 제2항의 규정을 위반하여 공개함으로써 사람 또는 사자(死者)의 명예를 훼손한 자

「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조(벌칙) ① (생략)

② 사람을 비방할 목적으로 정보통신망을 통하여 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

지사 등을 특별히 취급하여 그 사회적 명예를 더 두텁게 보호하는 것의 적정성을 심도있게 논의할 필요가 있을 것으로 생각됨.⁴⁰⁾

참고로, 「동학농민혁명 참여자 등의 명예회복에 관한 특별법」, 「부마민주항쟁 관련자의 명예회복 및 보상 등에 관한 법률」, 「제주4·3사건 진상규명 및 희생자 명예회복에 관한 특별법」 등 다른 명예회복 관련 법률에서도 명예훼손이나 모욕을 별도로 가중처벌하지 않음을 고려할 필요가 있음.

마. 고소 및 반의사불벌의 특례(안 제7조)

안 제7조는 안 제5조 및 안 제6조의 죄는 고소가 없거나 피해자가 명시한 의사에 반하여서도 공소를 제기할 수 있도록 함.

제 정 안
제7조(「형법」상 고소와 피해자의 의사에 관한 특례) 제5조 및 제6조를 위반하는 죄를 범한 때에는 「형법」 제312조를 적용하지 아니할 수 있다.

이는 제정안의 내용이 피해자의 개인적 법익뿐만 아니라, 공공의 평온이라는 사회적 법익도 보호법익으로 삼고 있다는 점을 고려한 것으로 보임.

그러나 본래 친고죄와 반의사불벌죄는 범죄에 대한 공소제기가 도리어 피해자의 명예 등에 불이익을 초래할 우려가 있거나, 범죄로

40) 형사정책연구원, 앞의 검토의견

인한 법익침해가 경미하여 피해자의 의사를 존중할 필요가 있는 경우에 인정되는 것이므로,

안 제5조와 제6조가 사회적 법익을 보호하기 위한 범죄로서의 성격을 가지고 있더라도, 독립운동가 및 전쟁범죄 피해자의 개인적 법익을 보호하기 위한 범죄로서의 성격도 가지는 이상 고소권자의 의사와 관계없는 공소제기는 국가형벌권의 과잉행사를 가져올 수도 있음.⁴¹⁾

4. 종합의견

헌법은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통계승을 강조하고 국민의 기본적 인권을 보장할 국가의 의무를 규정하고 있으며, 일제강점기에 강제동원되는 등 인간의 존엄과 가치를 침해받은 피해자들을 보호하여야 할 의무는 국가가 국민에 대하여 부담하는 가장 근본적인 보호의무에 해당하는 것이라는 점에서,⁴²⁾ 독립운동가와 일제강점기 피해자를 보호하고 헌법이 담고 있는 역사적 인식을 제고하려는 제정안의 취지는 타당성이 있음.

다만, 제정안은 이를 위하여 표현의 자유, 학문의 자유 등을 제한하는 측면이 있으므로, 학계 및 전문가의 의견, 국민일반의 가치관, 형사정책적 필요성, 해외 사례, 형사법체계 정당성 등을 종합적으

41) 형사정책연구원, 앞의 검토의견.

42) 헌법재판소 2011. 8. 30. 2006헌마788 결정례 참고

로 고려하여 충분히 논의한 후에 결정할 사항인 것 보임.

문 의 처
02)6788-5056