



제418회 국회 (정기회)
제6차 법제사법위원회

형법 일부개정법률안

검 토 보 고

<군국주의 상징물 사용 금지 및 위반행위 처벌 등 신설>

- 문진석의원 대표발의(의안번호 제2200821호)
- 김용만의원 대표발의(의안번호 제2201033호)
- 문금주의원 대표발의(의안번호 제2201281호)

2024. 9.

법 제 사 법 위 원 회

수석전문위원 정환철

목 차

I . 제안경위	1
II . 제안이유 및 주요내용	1
III . 검토의견	4
IV . 관계기관 의견	20

I. 제안경위

1. 문진석의원안

- (1) 제 안 자 : 문진석의원 등 10인
- (2) 발 의 일 : 2024. 6. 21.
- (3) 회 부 일 : 2024. 6. 24.

2. 김용만의원안

- (1) 제 안 자 : 김용만의원 등 11인
- (2) 발 의 일 : 2024. 6. 27.
- (3) 회 부 일 : 2024. 6. 28.

3. 문금주의원안

- (1) 제 안 자 : 문금주의원 등 19인
- (2) 발 의 일 : 2024. 7. 2.
- (3) 회 부 일 : 2024. 7. 3.

II. 제안이유 및 주요내용

1. 문진석의원안

육일기는 일본 제국주의의 상징물임에도 불구하고, 최근 몇 년간 대

한민국 영토 내 욱일기 게양 및 사용과 관련한 사건이 수차례 발생해 전국민적인 분노를 야기한 바 있음.

이미 세계 각국의 전범기 사용을 금지하는 입법례에도 불구하고 우리나라에는 별도의 법령이 없는 실정으로, 올바른 역사의식 함양을 위해서라도 국내에서 욱일기 등 일본 제국주의 상징물의 사용을 금지하는 법 개정이 필요함.

이에 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 욱일승천기를 제작·유통·유포한 자를 처벌하는 근거를 마련하고자 함(안 제118조의2 신설).

2. 김용만의원안

일본 군국주의 상징물인 욱일기가 현충일에 부산에 한 아파트에서 게첩되고, 일본군 위안부 피해자 문제해결을 위한 정기 수요집회 현장에서 일부 단체가 욱일기를 앞세워 위안부 피해자들을 모욕하는 행위가 발생하고 있음. 그럼에도 현행법상 이에 대한 처벌규정이 없어 욱일기 사용 등 헌법질서를 파괴하는 친일반민족행위가 계속되고 있는 실정임.

한편, 역사의 진실과 민족의 정통성을 확인하기 위한 목적으로 일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법을 2003년 여야합의로 통과시킨 바 있고, 이 법에 따르면 친일반민족행위를 정의하고 있음.

이에 일제강점하 친일반민족행위 진상규명에 관한 특별법 상 친일반민족행위를 정당화하는 행위를 금지하여 이를 위반하는 경우 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하려는 것임(안 제118조의 2 신설).

3. 문금주의원안

2024년 6월 6일 현충일, 부산의 한 아파트 주민이 일본의 군국주의의 상징물인 욱일기를 내걸어 국민적 공분을 일으킨 사건이 발생함. 뿐만 아니라, 욱일기로 장식된 차량이 목격되어 사회적 논란이 일어나기도 함. 또 집회에서 욱일기를 사용하여 일본군 위안부 피해자를 모욕하는 사태까지 발생함.

이러한 행위는 대한민국 헌법이 계승하는 임시정부의 법통과 역사적 정당성을 심각하게 침해하는 행위로서 법으로 엄격하게 규제할 필요가 있음.

이에, 욱일기를 포함한 군국주의 상징물을 사용하는 행위를 금지시키고, 이를 위반한 자는 벌금에 처하도록 법률에 명시하여 전쟁 범죄로 인한 역사적 고통과 상처를 잊지 않게 하고, 국민들이 올바른 역사의식을 함양하도록 하려는 것임(안 제118조의2).

Ⅲ. 검토의견

1. 개정안(3건)의 주요내용 및 개정취지

먼저 문진석의원안은 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 욱일승천기¹⁾ 또는 그 문양의 전부 또는 누구나 식별할 수 있을 정도의 일부가 포함된 옷, 물건, 도화, 휘장, 영상, 마스코트 등 상징물(이하 “욱일기등”)을 국내에서 제작·유통·유포하거나, 욱일기등을 대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사용·착용하거나 누구나 볼 수 있는 장소에 게시하여 기본질서를 위태롭게 하거나 공공의 평온을 교란하는 행위를 처벌하되, 욱일기등을 역사의 재현을 위하여 영화, 공연 또는 전시에 사용하거나 교육, 연구, 보도 등 목적으로 제작·사용·착용 또는 게시하는 경우에는 처벌 대상에서 제외하도록 하려는 것임(안 제118조의2 신설).

다음, 김용만의원안은 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」에 따른 친일반민족행위²⁾를 정당화하는 내용을 선전·선동

1) 일본의 욱일승천기는 빨간색 원 주위에 옥광을 그린 깃발임. 태평양전쟁 등 일본이 아시아 각국을 침략할 때 사용된 전범기로서 일본의 국기가 아니며, 일본 육군자위대 등이 사용하고 있는 공식기(公式旗)임.

2) 「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. 국권을 지키기 위하여 일본제국주의와 싸우는 부대를 공격하거나 공격을 명령한 행위
2. 국권을 회복하기 위하여 투쟁하는 단체 또는 개인을 강제해산시키거나 감금·폭행하는 등의 방법으로 그 단체 또는 개인의 활동을 방해한 행위
3. 독립운동 또는 항일운동에 참여한 자 및 그 가족을 살상·처형·학대 또는 체포하거나 이를 지시 또는 명령한 행위
4. 독립운동을 방해할 목적으로 조직된 단체의 장 또는 간부로서 그 단체의 의사결정을 중심으로 수행하거나 그 활동을 주도한 행위
5. 밀정행위로 독립운동이나 항일운동을 저해한 행위

하는 행위를 처벌하려는 것임(안 제114조의2, 제118조의2 및 제118조의3 신설).

마지막, 문금주의원안은 군국주의를 상징하는 깃발, 휘장 및 그 문양(이하 “상징물”이라 함)을 제작·유포하거나 공중이 밀집하는 장소에서 또는 공공연하게 착용, 휴대, 전시 등 사용하거나 공동주택 또는 단독주택의 외부에 상징물을 게시하는 등의 행위를 처벌하되, 위와 같은 상징물을 교육, 학술, 보도 등 목적으로 사용하는 경우에는 처벌 대상에서 제외하도록 하려는 것임.

-
6. 을사조약·한일합병조약 등 국권을 침해한 조약을 체결 또는 조인하거나 이를 모의한 행위
 7. 일제로부터 작위를 받거나 이를 계승한 행위. 다만, 이에 해당하는 사람이라 하더라도 작위를 거부·반납하거나 후에 독립운동에 적극 참여한 사람 등으로 제3조에 따른 친일반민족행위진상규명위원회가 결정한 사람은 예외로 한다.
 8. 일본제국의회 의원 또는 중의원으로 활동한 행위
 9. 조선총독부 중추원 부의장·고문 또는 참의로 활동한 행위
 10. 일본제국주의 군대의 소위(少尉) 이상의 장교로서 침략전쟁에 적극 협력한 행위
 11. 학병·지원병·징병 또는 징용을 전국적 차원에서 주도적으로 선전(宣傳) 또는 선동하거나 강요한 행위
 12. 일본군을 위안할 목적으로 주도적으로 부녀자를 강제동원한 행위
 13. 사회·문화 기관이나 단체를 통하여 일본제국주의의 내선융화 또는 황민화운동을 적극 주도함으로써 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력한 행위
 14. 일본제국주의의 전쟁수행을 돕기 위하여 군수품 제조업체를 운영하거나 대통령령이 정하는 규모 이상의 금품을 헌납한 행위
 15. 판사·검사 또는 사법관리로서 무고한 우리민족 구성원을 감금·고문·학대하는 등 탄압에 적극 앞장선 행위
 16. 고등문관 이상의 관리, 헌병 또는 경찰로서 무고한 우리민족 구성원을 감금·고문·학대하는 등 탄압에 적극 앞장선 행위
 17. 일본제국주의의 통치기구의 주요 외곽단체의 장 또는 간부로서 일본제국주의의 식민통치 및 침략전쟁에 적극 협력한 행위
 18. 동양척식회사 또는 식산은행 등의 중앙 및 지방조직 간부로서 우리민족의 재산을 수탈하기 위한 의사결정을 중심으로 수행하거나 그 집행을 주도한 행위
 19. 일본제국주의의 식민통치와 침략전쟁에 협력하여 포상 또는 훈공을 받은 자로서 일본제국주의에 현저히 협력한 행위
 20. 일본제국주의와 일본인에 의한 민족문화의 파괴·말살과 문화유산의 훼손·반출에 적극 협력한 행위

현 행	문진석의원안	김용만의원안	문금주의원안
<신 설>	제118조의2(군국주의 상징물 사용 금지 등) ① 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 욱일승천기 또는 그 문양의 전부 또는 누구나 식별할 수 있을 정도의 일부가 포함된 옷, 물건, 도화, 휘장, 영상, 마스코트 등 상징물(이하 “욱일기등”이라 한다)을 국내에서 제작·유통·유포한 자는 2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 욱일기등을 대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중이 밀집하는 장소에서 사용·착용하거나 누구나 볼 수 있는 장소에 게시하여 기본질서를 위태롭게 하거나 공공의 평온을 교란한 자도 제1항의 형과 같다. ③ 제1항 및 제2항에도 불구하고, 욱일기등을 역사의 재현을 위하여 영화, 공연 또는	제118조의2(친일반민족 행위 정당화 금지) 「일제강점하 반민족 행위 진상규명에 관한 특별법」에 따른 친일반민족행위를 정당화하는 내용을 선전·선동하는 자는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다.	제118조의2(군국주의 상징물 사용 금지 등) ① 군국주의를 상징하는 깃발, 휘장 및 그 문양(이하 “상징물”이라 한다)에 대하여 각 호의 어느 하나의 행위를 하여서는 아니된다. 1. 상징물을 제작·유포하는 행위 2. 상징물을 대중교통수단, 공연·집회 장소, 그 밖에 공중(公衆)이 밀집하는 장소에서 사용(착용, 휴대, 전시 등 상징물을 이용하는 행위를 포함한다)하는 행위 3. 공동주택의 입주자 등(임대주택의 임차인을 포함한다)이 상징물을 타인이 볼 수 있도록 공공주택의 외부 또는 공용공간에서 사용(착용, 전시, 게시 등 상징물을 이용하는 행위를 포함한다)하는 행위 4. 단독주택의 소유자

	<u>전시에 사용하거나 교육, 연구, 보도 또는 이에 준하는 목적으로 제작·사용·착용 또는 게시하는 경우에는 벌하지 아니한다.</u>		<u>또는 거주자가 상징물을 타인이 볼 수 있도록 단독주택의 외부에서 사용(착용, 전시, 게시 등 상징물을 이용하는 행위를 포함한다)하는 행위</u> <u>② 상징물을 교육, 학술, 보도, 전시 목적으로 사용하는 경우에는 제1항을 적용하지 아니한다.</u> <u>③ 제1항을 따르지 아니하는 자는 2천만원 이하의 벌금에 처한다.</u>
--	---	--	--

3개의 개정안은 군국주의 상징물인 육일기 등의 제작 및 사용 등을 금지하고, 친일반민족행위라는 역사적 사실을 정당화하는 선전·선동 행위 등을 처벌하려는 것으로, 일제 강점기를 겪은 역사적 배경 하에서 우리 사회에 다양한 논란을 야기하고 기본질서를 위태롭게 하며 통합을 저해할 수 있는 행위를 제재하고자 하는 입법취지임.

2. 외국 입법례³⁾

미국의 경우 군국주의 등의 상징물 사용을 명시적으로 금지하는 연방법이나 주법은 없는 것으로 보이나, 표현의 자유를 중시하여⁴⁾ 연방대법원은 신 나치단체가 나치 복장을 착용하고 하는 시위가 수정헌법 제1조⁵⁾에 따른 보호 범위 내에 있는 상징적 표현에 해당한다고 판시한 바 있음.⁶⁾

독일 형법(Strafgesetzbuch; StGB)은 위헌조직 선전물 반포(제86조)와 위헌조직 표시 사용(제86a조)에 대하여 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌하는 명문의 규정을 둠. 처벌 대상이 되는 위헌조직으로 ‘연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당 또는 그와 같은 정당의 대체조직임이 확정된 정당이나 단체’, ‘헌법질서 또는 국제적 이해와 합의에 반하는 목적을 추구함을 이유로 금지된 단체 또는 그와 같은 금지된 단체의 대체조직임이 확정된 단체’ 등을 규정하고 있음.

또한, 침략전쟁에 대한 찬양·고무 등에 대한 명문의 처벌규정을 두어(제130조), 국가사회주의(나치) 지배 하에서 범하여진 국제형법

3) 외국 입법례에 대한 보다 상세한 내용은 ‘※ 참고자료: 표현의 자유에 관한 외국 입법례’ 참조

4) 박지원, “혐오표현의 제재 입법에 관한 소고-주요국 입법례와 시사점을 중심으로-”, 미국헌법연구 제27권 제3호(2016. 12.) 125~126면.

5) 제1조 의회는 종교를 만들거나, 자유로운 종교 활동을 금지하거나, 발언의 자유를 저해하거나, 출판의 자유, 평화로운 집회의 권리, 그리고 정부에 탄원할 수 있는 권리를 제한하는 어떠한 법률도 만들 수 없다.

6) National Socialist Party v. Skokie, 432 U.S. 43, 46 (1977).

제6조제1항에서 규정된 종류의 행위⁷⁾를 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 공연히 또는 집회에서 승인, 부인, 고무한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하고, 공연히 또는 집회에서 국가사회주의(나치)의 폭력적·자의적 지배를 승인하거나 찬양하거나 정당화함으로써 피해자의 존엄을 침해하는 방법으로 공공의 평온을 교란한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처하도록 함.

오스트리아 배지법(Abzeichengesetz)은 오스트리아에서 금지된 단체의 배지, 유니폼 또는 그 일부분을 공개적으로 착용, 전시 또는 배포를 금지하고, 위반 시 최고 4천 유로의 벌금 또는 최대 1개월까지의 구금에 처함(제1조 및 제3조제1항).

일본의 경우 욱일승천기 사용이나 자위대기와 자위함기의 훼손 등에 대한 처벌 조항을 두지 않고 있으며, 일본 국기인 일장기 훼손에 대한 처벌 규정도 두지 않음.

정리하면, 독일과 오스트리아를 제외하고는 군국주의 등의 상징물의 사용 등을 금지하는 입법례를 찾아볼 수 없는데, 이는 두 나라의 경우 제2차 세계대전 당사국이라는 특수한 지위에서 연유하는 것으로 보임.

7) 나치 정부가 아우슈비츠 수용소에서 자행한 홀로코스트 등 집단학살(genocide)을 의미함.

3. 개정안의 헌법적합성 검토

가. 표현의 자유의 보호범위

우리 헌법 제21조제1항⁸⁾은 표현의 자유를 규정하고 있고, 표현의 자유의 보호 대상일 경우 그 제한은 헌법 제37조제2항⁹⁾이 정한 기본권 제한에 대한 헌법상의 기본원칙에 따라 이루어져야 함. 따라서, 먼저 개정안이 규정한 구성요건 행위가 헌법상 표현의 자유의 보호 대상인지 검토할 필요가 있음.

헌법재판소는 ‘정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 관련 물품을 착용하는 행위’는 비언어적인 방법을 통한 정치적 의사표현으로서 표현의 자유의 보호범위에 포함되고,¹⁰⁾ ‘음란표현’ 역시 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호범위에 포함된다고 결정한 바 있음.¹¹⁾

-
- 8) 「대한민국헌법」 제21조 ① 모든 국민은 언론·출판의 자유와 집회·결사의 자유를 가진다.
② 언론·출판에 대한 허가나 검열과 집회·결사에 대한 허가는 인정되지 아니한다.
③ 통신·방송의 시설기준과 신문의 기능을 보장하기 위하여 필요한 사항은 법률로 정한다.
④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.
- 9) 「대한민국헌법」 제37조 ①국민의 자유와 권리는 헌법에 열거되지 아니한 이유로 경시되지 아니한다.
②국민의 모든 자유와 권리는 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있으며, 제한하는 경우에도 자유와 권리의 본질적인 내용을 침해할 수 없다.
- 10) 「국가공무원 복무규정」 제8조의2제2항 등은 공무원이 직무를 수행할 때 정치적 주장을 표시 또는 상징하는 복장을 하거나 관련 물품을 착용해서는 아니 된다.”라고 규정하고 있는바, 정치적 주장을 표시·상징하는 복장 등 관련 물품을 착용하는 행위는 복장 등 비언어적인 방법을 통해 정치적 의사표현을 행하는 것이라 할 수 있으므로, 이 사건 국가공무원 복무규정 제8조의2제2항 등 역시 공무원의 정치적 표현의 자유를 제한하는 규정이라 할 것이다.(헌법재판소 2012. 5. 31. 선고 2009헌마705 결정)
- 11) 음란표현이 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다고 해석할 경우 음란표현에 대하여는 언론·출판의 자유의 제한에 대한 헌법상의 기본원칙, 예컨대 명확성의 원칙, 검열 금지의 원칙 등에 입각한 합헌성 심사를 하지 못하게 될 뿐만 아니라, 기본권 제한에 대한 헌법상의 기

헌법재판소의 결정은 민주주의 전제가 되는 표현의 자유의 보호 범위를 최대한 넓게 인정하는 입장으로 보이는데, 이에 비추어 군국주의 상징물인 욱일기 제작 등 개정안이 규정한 구성요건이 비록 사회통합과 질서를 해하여 바람직하지 않은 행위라 하더라도 일응 헌법상 표현의 자유의 보호범위에 포함되는 행위로 해석될 소지가 크다고 할 것임. 따라서, 3개 개정안이 규정한 구성요건 행위는 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장, 질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률로써 제한할 수 있다 하더라도, 자유를 제한하는 법률은 명확하여야 하며(명확성 원칙), 그 제한은 과잉적인 것이 되어서는 아니되며 필요최소한도에 그쳐야 한다(과잉금지의 원칙)는 헌법상 원칙들을 충족시켜야 함.

나. 명확성 원칙 위반 여부

표현의 자유의 우월적 지위에 입각하여 표현의 자유를 제한하는 법률은 명확성 원칙이 엄격하게 고려될 필요가 있다는 것이 헌법재판소¹²⁾와 대법원¹³⁾의 입장임.

본원칙, 예컨대 법률에 의한 제한, 본질적 내용의 침해금지 원칙 등도 적용하기 어렵게 되는 결과, 모든 음란표현에 대하여 사전 검열을 받도록 하고 이를 받지 않은 경우 형사처벌을 하거나, 유통목적이 없는 음란물의 단순소지를 금지하거나, 법률에 의하지 아니하고 음란물출판에 대한 불이익을 부과하는 행위 등에 대한 합헌성 심사도 하지 못하게 됨으로써, 결국 음란표현에 대한 최소한의 헌법상 보호마저도 부인하게 될 위험성이 농후하게 된다는 점을 간과할 수 없다. 이 사건 법률조항의 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역 내에 있다고 볼 것인바, 종전에 이와 견해를 달리하여 음란표현은 헌법 제21조가 규정하는 언론·출판의 자유의 보호영역에 해당하지 아니한다는 취지로 판시한 우리 재판소의 의견(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16)을 변경한다.(헌법재판소 2009. 5. 28. 선고 2006헌바109 결정)

우선, 문진석의원안의 경우, “기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”(안 제118조의2제1항)와 “기본질서를 위태롭게 하거나”(안 제118조의2제2항)라는 표현과 관련하여, 우리 헌법은 전문과 제4조에서 “자유민주적 기본질서”¹⁴⁾를, 제8조제4항에서 “민주적 기본질서”¹⁵⁾라는 표현을 각각 규정하고 있으나 단순히 “기본질서”라는 표현은 사용하고 있지 아니함. 따라서, 문진석의원안에서 위법성에 대한 주관적 구성요건 표지 또는 보호대상인 법익을 구성하고 있는 “기본질서”가 우리 헌법상의 “자유민주적 기본질서” 또는 “민주적 기본질서”¹⁶⁾를 의미하는지 아니면 이러한 헌법상의 “자유민주

12) 법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.(헌법재판소 2010. 12. 28. 선고 2008헌바157 결정 등)

13) 죄형법정주의의 원칙에서 파생되는 명확성의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있도록 구성요건을 명확하게 규정하는 것(대법원 2014. 1. 29. 선고 2013도12939 판결 등)

14) 「대한민국헌법」(전문) 유구한 역사와 전통에 빛나는 우리 대한국민은 3·1운동으로 건립된 대한민국임시정부의 법통과 불의에 항거한 4·19민주이념을 계승하고, 조국의 민주개혁과 평화적 통일의 사명에 입각하여 정의·인도와 동포애로써 민족의 단결을 공고히 하고, 모든 사회적 폐습과 불의를 타파하며, 자율과 조화를 바탕으로 **자유민주적 기본질서**를 더욱 확고히 하여 정치·경제·사회·문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히 하고, 능력을 최고도로 발휘하게 하며, 자유와 권리에 따르는 책임과 의무를 완수하게 하여, 안으로는 국민생활의 균등한 향상을 기하고 밖으로는 항구적인 세계평화와 인류공영에 이바지함으로써 우리들과 우리들의 자손의 안전과 자유와 행복을 영원히 확보할 것을 다짐하면서 1948년 7월 12일에 제정되고 8차에 걸쳐 개정된 헌법을 이제 국회의 의결을 거쳐 국민투표에 의하여 개정한다.

제4조 대한민국은 통일을 지향하며, **자유민주적 기본질서**에 입각한 평화적 통일정책을 수립하고 이를 추진한다.

15) 「대한민국헌법」 제8조 ④ 정당의 목적이나 활동이 민주적 기본질서에 위배될 때에는 정부는 헌법재판소에 그 해산을 제소할 수 있고, 정당은 헌법재판소의 심판에 의하여 해산된다.

16) “헌법 제8조 제4항이 의미하는 ‘민주적 기본질서’는, 개인의 자율적 이성을 신뢰하고 모든 정치적 견해들이 각각 상대적 진리성과 합리성을 지닌다고 전제하는 다원적 세계관에 입각한 것으로서, 모든 폭력적·자의적 지배를 배제하고, 다수를 존중하면서도 소수를 배려하는 민주적 의사결정과 자유·평등을 기본원리로 하여 구성되고 운영되는 정치적 질서를 말하며, 구체적으로는 국민

적 기본질서” 또는 “민주적 기본질서”와 구분되는 별개의 질서를 의미하는지 불명확한 측면이 있음.

참고로, 「국가보안법」 제7조¹⁷⁾는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서” 하는 반국가단체나 그 구성원 등의 찬양·고무·선전 등의 행위를 금지함에 있어 “자유민주적 기본질서”라는 표현을 사용하고 있음.

또한, “욱일승천기 또는 그 문양의 전부 또는 누구나 식별할 수 있을 정도의 일부가 포함된 옷, 물건, 도화, 휘장, 영상, 마스코트 등 상징물”의 경우 옥광¹⁸⁾ 문양 등과 유사한 문양을 사용하는 경우도 포함하는지, 전체적으로 군국주의 상징물과 관련이 없는 예술적 표현 등의 경우에도 해당 문양 등이 일부라도 사용되면 처벌 대상이 되는 것인지 등이 명확하지 않음.

참고로, 「군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률」은 군인이 아닌 자의 군복 착용 및 군용장구 사용·휴대를 금지(제9조)¹⁹⁾하고

주권의 원리, 기본적 인권의 존중, 권력분립제도, 복수정당제도 등이 현행 헌법상 주요한 요소라고 볼 수 있다.”(헌법재판소 2014. 12. 19. 전원재판부 2013헌다1 결정)

17) 「국가보안법」 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.

18) 옥광(旭光·rising sun) 문양은 햇살이 사방으로 뻗치는 이미지로서, 전 세계가 사용하는 보편적 이미지라고 볼 수 있으나, 그 문양이 욱일기와 유사하여 여러 논란이 된 바 있음.

19) 「군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률」

제9조(군복 등의 착용·사용금지) ① 군인이 아닌 자는 군복을 착용하거나 군용장구를 사용 또는 휴대하여서는 아니 된다.

② 누구든지 유사군복을 착용하여 군인과 식별이 곤란하도록 하여서는 아니 된다.

③ 제1항 및 제2항의 규정은 제8조제2항 각 호의 경우에 착용·사용 또는 휴대하는 경우에는 이를 적용하지 아니한다.

있는데, 군복과 군용장구에 대한 정의 규정(제2조)²⁰⁾을 두어 수범자인 국민이 금지대상 물품이 무엇인지 명확히 알 수 있도록 한 바 있음.

다음, 김용만의원안의 경우, 외국입법례와 간략히 비교하면, “친일반민족행위를 정당화하는 내용”이라는 그 범주가 광범위한 표현을 사용하는바, 이와 달리 독일 형법은 “연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당” 등 대상이 되는 범위를 구체적으로 규정하고 있고, 단순히 선전·선동행위를 처벌하는 것이 아니라 “공공의 평온을 교란”한 승인·부인·고무 또는 찬양행위를 처벌하여 행위를 보다 구체화하고 있는 점을 참고할 필요가 있음.

마지막, 문금주의원안의 경우, “군국주의를 상징하는”에서의 군국주의²¹⁾의 개념이 명확한지가 문제됨. 예를 들어, 제2차 세계대전 당시 일본이나 독일 정권 뿐 아니라 스페인의 프랑코 정권이나 북한정권이 포함되는지, 당시 정권 뿐 아니라 대표적 민간기관이나, 일본의 일왕과 같은 경우가 포함되는지 등 그 범위가 명확하지 않은 측면이

20) 「군복 및 군용장구의 단속에 관한 법률」 제2조(정의) 이 법에서 사용하는 용어의 정의는 다음과 같다.

1. "군복"이라 함은 「군인사법」 제47조의3의 규정에 따른 군모·제복·군화·계급장·표지장·피아식별띠 및 국방부령이 정하는 특수군복을 말한다.
 2. "군용장구"라 함은 군용표지가 있는 물품으로서 「군수품관리법」에 따른 일반물자의 장구류 중 국방부령이 정하는 것을 말한다.
 3. "유사군복"이라 함은 군복과 형태·색상 및 구조 등이 유사하여 외관상으로는 식별이 극히 곤란한 물품으로서 국방부령이 정하는 것을 말한다.
- 21) 국립국어원의 표준국어대사전: 군국주의란 국가의 가장 중요한 목적을 군사력에 의한 대외적 발전에 두고, 전쟁과 그 준비를 위한 정책이나 제도를 국민 생활 속에서 최상위에 두려는 이념 또는 그에 따른 정치 체제를 말하며, 고대의 로마 제국, 근대의 프로이센 제국, 제2차 세계대전 때의 독일, 이탈리아, 일본이 대표적인 예이다.

있음.

또한, “깃발, 휘장 및 그 문양”의 경우 상징물 전체가 포함되어야 하는지 아니면 일부라도 포함되면 족한지, 객관적으로 위 문양 등이 포함되어 있으면 족한지 아니면 일반인의 주의력을 기준으로 쉽게 인식할 수 있어야 하는지 등 판단주체나 판단방법에 따라서 법 적용의 범위가 달라질 수 있어 편의적·자의적 법 운영의 위험성이 있을 수 있음.

다. 과잉금지원칙 위반 여부

개정안은 일제 강점기를 겪은 역사적 배경 하에서 사회적으로 다양한 논란을 불러일으킬 수 있는 육일기등의 제작, 사용 등을 금지함으로써 사회적 통합을 도모하고, 청소년을 포함한 국민의 올바른 역사의식 함양이 그 취지라는 점에서 입법목적의 정당성은 인정될 여지가 있는 것으로 보임.

다만, 수단의 적절성 및 피해의 최소성 측면에서 다음 사항을 고려할 필요가 있음.

먼저, 사회적 통합이나 청소년 등의 올바른 역사인식 형성은 국가의 지속적인 역사교육, 대국민 홍보, 사실에 입각한 건전한 해석과 비판 등 보다 완화된 수단을 통해서도 달성될 수 있는바, 이를 반드시 형벌을 통해 달성할 필요가 있는지 논의할 필요가 있을 것으로 사료됨.

다음, 문진석의원안의 경우 위법성에 대한 주관적 구성요건 표지로서 “기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서”라는 표현을 사용하고 있고(안 제118조의2제1항), 구성요건으로서 보호대상인 법익의 침해 발생과 관련하여 “기본질서를 위태롭게 하거나”라는 표현을 사용하고 있음(안 제118조의2제2항). 그러나, 앞서 살펴본 바와 같이 “기본질서”라는 개념이 불명확하여 행위자의 행위의사를 특정

하기 어렵고, 그 집행 또한 자의적으로 이루어질 위험성이 있음. 한편, 문금주의원안의 경우과 같이 위법성에 대한 주관적 구성요건 표지를 규정하지 않고 단순히 행위태양만을 보아 처벌한다면, 처벌 범위가 상당히 확대될 우려가 있다고 보임. 참고로, 「국가보안법」 제7조²²⁾는 “국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서” 하는 “반국가단체나 그 구성원 등의 찬양·고무·선전 등의 행위”를 금지하고 있음.

법익의 균형성 측면에서, 개정안이 달성하려는 사회적 통합 등의 공익과 그를 위해 제한되는 표현의 자유라는 사익 간 비교형량이 반드시 필요한바, 보다 신중하게 검토될 필요가 있다고 사료됨.

22) 「국가보안법」 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. 「형법」의 적용범위 및 법정형 문제

우리나라 형법의 적용범위 측면에서 살펴보면,

먼저, 「형법」 제2조의 속지주의²³⁾와 관련하여, 외국인이 대한민국 영역 내에서 욱일기 등 군국주의 상징물을 사용하거나 친일반민족행위를 정당화하는 내용을 선전·선동한 경우 등을 처벌할 것인지 여부에 대하여 외교적 갈등이나 국제분쟁 관점에서 논의가 필요한 것으로 보임.

다음, 「형법」 제3조의 속인주의²⁴⁾와 관련하여, 외국에서 대한민국 국민이 친일반민족행위를 정당화하는 내용을 선전·선동한 경우 해당 외국에서는 범죄행위에 해당하지 않더라도 그 행위에 대해 한국 「형법」이 적용되므로 처벌하여야 하는바, 이 경우 해당 국가와의 공조 가능성 관점에서 논의가 필요한 측면이 있음.

법정형 측면에서 살펴보면, 문진석의원안은 “2년 이하의 징역 또는 500만원 이하의 벌금”을, 김용만의원안은 “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금”을, 문금주의원안은 “2천만원 이하의 벌금”에 처하도록 각각 규정하고 있는바, 독일의 “3년 이하의 자유형 또는 벌금형”과 오스트리아의 “1개월 이하의 구금 또는 4천유로 이하의 벌금형”을 참고하여 법정형을 결정할 필요가 있다고 보임.

23) 「형법」 제2조(국내범) 본법은 대한민국영역내에서 죄를 범한 내국인과 외국인에게 적용한다.

24) 「형법」 제3조(내국인의 국외범) 본법은 대한민국영역외에서 죄를 범한 내국인에게 적용한다.

5. 종합의견

욱일기 등 군국주의 상징물을 제작·사용하거나 친일반민족행위를 정당화하는 내용을 선전·선동하는 행위에 대한 처벌은 헌법상 표현의 자유의 보호범위에 대한 신중한 논의가 필요하고, 그에 따라 헌법 제37조제2항에 따라 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 이유로 제한할 수 있는 입법정책적 결정의 영역인지에 대해서도 심도있게 논의한 후 결정하여야 할 것임.

개정안은 청소년 등 국민의 올바른 역사의식 함양 등을 위한 법안으로서는 긍정적인 측면이 있으나, 표현의 자유가 지니는 민주주의 헌법에서의 중요성과 엄격한 제한원리가 적용된다는 점을 감안하여 명확성 원칙 및 과잉금지원칙에 위배되지 않도록 규정할 필요가 있고, 독일과 오스트리아의 관련 입법례가 제2차 세계대전 당사국이라는 특수한 지위에서 연유하였다는 역사적 맥락, 「형법」의 적용범위나 법정형의 적정성 문제도 종합적으로 논의하여 입법정책적으로 결정할 필요가 있다고 사료됨.

IV. 관계기관 의견

1. 법원 행정처

법원행정처는, 먼저 문진석의원안과 관련하여, 일본 군국주의 상징인 욱일기 등이 사용되는 상황을 우려하는 목소리가 있고 이에 대한 대책이 필요하다는 점에 대해서는 공감하나, ① 사생활의 자유, 표현의 자유 등에 대한 과도한 제한이 아닌지 검토가 필요하고, ② ‘기본질서’가 무엇인지 해석이 광범위하고 추상적이어서 형벌조항의 명확성 원칙에 위배되는지 검토할 필요가 있으며, ③ 욱일기 등의 제작·유포로 인해 ‘기본질서가 위태롭게 되는 경우’를 상정하기 어려우며, ④ 내국인과 역사인식이나 교육 등에서 차이가 있는 외국인에 대한 처벌이 가능하므로 외교적 문제로 비화할 소지는 없는지 고려할 필요가 있고, ⑤ 형법의 보충성 원칙에 비추어 처벌보다는 지속적인 역사교육, 대국민 홍보, 사실에 입각한 건전한 해석과 비판 등 다양한 대안을 모색할 필요가 있다는 입장임.

다음으로, 김용만의원안과 관련하여, 청소년들에게 올바른 역사인식을 함양시키려는 취지에는 공감하나, ① 헌법상 기본권인 표현의 자유, 학문·예술의 자유, 양심의 자유 등과 충돌하는지 검토할 필요가 있고, ② 역사적 사실에 대한 평가를 법적으로 규제하는 것은 신중할 필요가 있으며, ③ ‘정당화’, ‘선전’, ‘선동’이라는 용어의 다의

성과 적용범위의 광범성으로 인해 자의적 법집행이 이루어질 우려가 있고, ④ 「일제강점하 반민족행위 진상규명에 관한 특별법」에 따른 친일반민족행위를 정당화하려는 행위를 처벌하는 것이 필요하다고 하더라도 기본법인 「형법」 보다는 해당 특별법 자체에 처벌규정을 마련하는 것이 법체계상 타당한 것이 아닌지 검토할 필요가 있다는 입장임.

※ 참고자료: 표현의 자유에 관한 외국 입법례

I. 미국²⁵⁾

1. 개요

- 미국에는 전쟁범죄 상징물 사용을 명시적으로 금지하는 연방법이나 주법이 없는바, 이는 현재 유효한 연방대법원 판례에 따라 위와 같은 취지의 법률은 위헌이기 때문인 것으로 보임.
- 수정헌법 제1조(First Amendment to the United States Constitution)에 보장된 ‘표현의 자유(Freedom of Speech)’는 헌법상 가장 높은 수준의 보호를 받는 권리인바, 개인의 견해를 표현하는 언행을 포괄적으로 금지하는 법률은 헌법상 보장되는 ‘표현의 자유’를 침해한다고 보는 것이 미국 법제의 특징임.²⁶⁾

미국 수정헌법
제1조 의회는 종교를 만들거나, 자유로운 종교 활동을 금지하거나, 발언의 자유를 저해하거나, 출판의 자유, 평화로운 집회의 권리, 그리고 정부에 탄원할 수 있는 권리를 제한하는 어떠한 법률도 만들 수 없다.

- 참고로 1989년 Texas v. Johnson 사건에서, 미국 연방대법원은 미국 성조기를 불태워 모독하는 행위는 헌법상 보호를 받는다고 판결하였으며, 이에 따라 이를 금지하는 취지의 법률은 연방 헌법상 위헌으로 판단하였음.

25) 박혜림, “전쟁범죄 상징물 사용 금지 및 처벌 관련”, 국회입법조사처 정치행정조사실(2019. 2.) pp.1~3

26) 실제로 1997년 미국 연방대법원 판결 이후 하급심 법원은 일관되게 온라인상 표현의 자유를 규제하는 대부분의 법률을 무효화하였음. Reno, Attorney General of the United States, et al. vs. American Civil Liberties Union et al., 521 U.S. 844 (1997).

2. 관련 판결 등

- 미국 50개 주(州) 중 48개 주가 성조기에 대한 모독행위를 금지하는 법률을 둔 적이 있었으나 1989년 Texas v. Johnson 사건에서 연방대법원의 위헌판결에 따라 기존 48개 주법은 모두 무효가 되었음. 또한, 연방대법원은 성조기를 불태운 행위는 「연방 수정헌법」의 보호대상 표현에 해당한다고 판결하였음.²⁷⁾
- 위 판결 직후, 연방의회는 제101대 의회에서 「1989년 국기보호법(Flag Protection Act of 1989)」를 제정하여, 미국 성조기 모독행위를 다시 법률로써 금지하고자 하였으나,²⁸⁾ 1990년에 United States v. Eichman 사건에서, 연방대법원은 「1989년 국기보호법」을 위헌으로 판결하여 무효화하였음.²⁹⁾
- 이후에도 연방의회에는 헌법상 기본권(Bill of Rights) 관련 조문을 수정하여, 미국 성조기에 대한 물리적 모욕행위를 법률로써 금지하고 이를 처벌하기 위한 수차례 국기모독금지법 개정안³⁰⁾이 발의된 바 있으나 모든 발의된 개정안이 실제 법률로는 제정되지 못하였다고 함.³¹⁾

27) Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

28) 전문 참고<<https://www.govinfo.gov/content/pkg/STATUTE-82/pdf/STATUTE-82-Pg291-2.pdf>>.

29) United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

30) Congressional Research Service, “Flag Protection: A Brief History and Summary of Recent Supreme Court Decisions and Proposed Constitutional Amendments” (January 7, 2009)<<https://fas.org/sgp/crs/misc/95-709.pdf>>.

31) S.J.Res.12 (A joint resolution proposing an amendment to the Constitution of the United States).

II. 독일³²⁾

1. 개요

- 하켄크로이츠 등 제국주의 및 전쟁범죄 상징물에 대한 국제법 또는 국제규약은 보이지 않음.
- 독일에서는 형법(StGB)³³⁾ 제86조(위헌조직 선전물 반포)와 제86a조(위헌조직 표시 사용)의 반헌법적인 단체 관련 선전물과 상징물을 금지하는 규정을 통해 하켄크로이츠 등 제국주의 및 전쟁범죄 상징물에 대한 규율을 하고 있으며, 금지되는 상징물에는 국제이해사상³⁴⁾에 반대하는 조직의 표시도 포함됨.
- 형법(StGB) 제86a조(위헌조직 선전물 반포)는 ① 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당 또는 그와 같은 정당의 대체조직임이 확정된 정당이나 단체의 선전물, ② 헌법질서 또는 국제적 이해와 합의에 반하는 목적을 추구함을 이유로 금지된 단체 또는 그와 같은 금지된 단체의 대체 조직임이 확정된 단체의 선전물, ③ 제1호 및 제2호에 기재한 정당이나 단체의 목적을 위

ed States authorizing Congress to prohibit the physical desecration of the flag of the United States, 109th Congress (2005-2006))<<https://www.congress.gov/bill/109th-congress/senate-joint-resolution/00012>>.

32) 박진애, “독일의 하켄크로이츠 등 제국주의 및 전쟁범죄 상징물 관련 입법례”, 국회도서관 법률정보실(2018. 11.), 1면.

33) 형법(Strafgesetzbuch: StGB, 제정: 1871. 5. 15., 최종 개정: 2017. 10. 30. BGBl. I S. 3618) <http://www.gesetze-im-internet.de/stgb/StGB.pdf>

34) Gedanken der Völkerverständigung, the principle of international peaceful understanding

하여 활동하고 있는 이 법의 장소적 적용범위 외의 정부, 단체 또는 기관의 선전물, ④ 과거 국가사회주의 조직의 목표를 계속 추구할 것을 내용으로 하는 선전물을 국내에 반포하거나, 반포할 목적으로 국내 또는 국외에서 제조, 보관, 반입 또는 반출하거나 공연히 전자기록을 통하여 그 접근을 용이하게 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처함.

- 형법(StGB) 제86a조(위헌조직 표시 사용)은 위 제86조제1항제1호, 제2호 및 제4호에 규정된 정당이나 단체의 표시를 국내에 반포하거나, 집회에서 또는 행위자에 의하여 반포된 문서에서 이를 공연히 사용하거나, 이러한 표지를 표현하거나 포함하고 있는 물건을 반포 또는 사용할 목적으로 국내 또는 국외에서 제1호에 기재된 방법으로 제조, 보관, 반입 또는 반출하는 경우 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처함.
- 금지되는 표시에는 나치의 하켄크로이츠 표시가 되어 있는 것발, 나치의 하켄크로이츠 표시, 히틀러인사 등을 의미하는 것으로 보임.³⁵⁾

35) StGB § 86a Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen, Ellbogen, BeckOK StGB, v. Heintschel-Heinegg, 39. Edition, 2018. 8. 1., Rn. 3-14.

2. 독일 형법(StGB)

원문	번역문
§ 86 Verbreiten von Propagandamitteln in verfassungswidriger Organisationen (1) Wer Propagandamittel 1. einer vom Bundesverfassungsgericht für verfassungswidrig erklärten Partei oder einer Partei oder Vereinigung, von der unanfechtbar festgestellt ist, daß sie Ersatzorganisation einer solchen Partei ist, 2. einer Vereinigung, die unanfechtbar verboten ist, weil sie sich gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder gegen den Gedanken der Völkerverständigung richtet, oder von der unanfechtbar festgestellt ist, daß sie Ersatzorganisation einer solchen verbotenen Vereinigung ist, 3. einer Regierung, Vereinigung oder Einrichtung außerhalb des räumlichen Geltungsbereichs dieses Gesetzes, die für die Zwecke einer der in den Nummern 1 und 2 bezeichneten Parteien oder Vereinigungen tätig ist, oder 4. Propagandamittel, die nach ihrem Inhalt dazu bestimmt sind, Bestrebungen einer ehemaligen nationalsozialistischen Organisation fortzusetzen, im Inland verbreitet oder zur Verbreitung im Inland oder Ausland herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt oder in Daten speichern öffentlich zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.	제86조 위헌조직 선전물 반포 1) 다음 각 호에 해당하는 선전물, 즉 1. 연방헌법재판소에 의하여 위헌으로 선언된 정당 또는 그와 같은 정당의 대체조직임이 확정된 정당이나 단체의 선전물, 2. 헌법질서 또는 국제적 이해와 합의에 반하는 목적을 추구함을 이유로 금지된 단체 또는 그와 같은 금지된 단체의 대체조직임이 확정된 단체의 선전물, 3. 제1호 및 제2호에 기재된 정당이나 단체의 목적을 위하여 활동하고 있는 동법의 장소적 적용범위 외의 정부, 단체 또는 기관의 선전물, 4. 과거 국가사회주의(나치) 조직의 목표를 계속 추구할 것을 내용으로 하는 선전물을 국내에 반포하거나, 반포할 목적으로 국내 또는 국외에서 제조, 보관, 반입 또는 반출하거나 공연히 전자기록을 통하여 그 접근을 용이하게 한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

(2) Propagandamittel im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche Schriften (§ 11 Abs. 3), deren Inhalt gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung oder den Gedanken der Völkerverständigung gerichtet ist.

(3) Absatz 1 gilt nicht, wenn das Propagandamittel oder die Handlung der staatsbürgerlichen Aufklärung, der Abwehr verfassungswidriger Bestrebungen, der Kunst oder der Wissenschaft, der Forschung oder der Lehre, der Berichterstattung über Vorgänge des Zeitgeschehens oder der Geschichte oder ähnlichen Zwecken dient.

(4) Ist die Schuld gering, so kann das Gericht von einer Bestrafung nach dieser Vorschrift absehen.

§ 11 Personen- und Sachbegriffe

(3) Den Schriften stehen Ton- und Bildträger, Datenspeicher, Abbildungen und andere Darstellungen in denjenigen Vorschriften gleich, die auf diesen Absatz verweisen.

§ 86a Verwenden von Kennzeichen verfassungswidriger Organisationen

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. im Inland Kennzeichen einer der in § 86 Abs. 1 Nr. 1, 2 und 4 bezeichneten Parteien oder Vereinigungen verbreitet oder öffentlich, in einer Versammlung oder in von ihm verbreiteten Schriften (§ 11 Abs. 3) verwendet oder

2. Gegenstände, die derartige Kennzeichen darstellen oder enthalten, zur Verbreitung oder Verwendung im Inland oder Ausl

(2) 제1항에 의한 선전물은 그 내용이 자유민주적 기본질서 및 국제적 이해와 합의에 반하는 문서(제11조제3항)만으로 한정한다.

(3) 선전물 또는 선전행위가 국민계몽, 위헌적 계획의 저지, 예술·학문, 연구·학술, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 제1항이 적용되지 아니한다.

(4) 법원은 책임이 경미한 경우 동조에 의한 형을 면제할 수 있다.

제11조(인적 개념 및 물적 개념)

(3) 문서라 함은 음성, 영상매체에 의한 기록, 전자기록, 도화 및 동 조항을 원용하는 규정에서 기타 표현물을 말한다.

제86a조 위헌조직 표시 사용

(1) 다음 각 호에 해당하는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

1. 제86조제1항제1호, 제2호 및 제4호에 규정된 정당이나 단체의 표시를 국내에 반포하거나, 집회에서 또는 행위자에 의하여 반포된 문서에서 이를 공연히 사용한 자

2. 전호에 규정된 표시를 표현하거나 포함하게 있는 물건을 반포 또는 사용할 목적으로 국내 또는 국외에서 제1호에 기재

and in der in Nummer 1 bezeichneten Art und Weise herstellt, vorrätig hält, einführt oder ausführt.

(2) Kennzeichen im Sinne des Absatzes 1 sind namentlich Fahnen, Abzeichen, Uniformstücke, Parolen und Grußformen. Den in Satz 1 genannten Kennzeichen stehen solche gleich, die ihnen zum Verwechseln ähnlich sind.

(3) § 86 Abs. 3 und 4 gilt entsprechend.

§ 130 Volksverhetzung

(3) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 6 Abs. 1 des Völkerstrafgesetzbuches bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost.

(4) Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt.

(5) Absatz 2 Nummer 1 und 3 gilt auch für eine Schrift (§ 11 Absatz 3) des in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalts. Nach Absatz 2 Nummer 2 wird

den 방법으로 제조, 보관, 반입 또는 반출한 자

(2) 제1항에 의한 표시란 특히 기, 휘장, 제복, 표어 및 경례형식 등을 말한다. 구분이 불가능할 정도의 유사물은 제1문에서 명시한 표시로 본다.

(3) 제86조제3항 및 제5항은 준용한다.

제130조(국민선동)

③ 국가사회주의(나치) 지배 하에서 범하여진 국제형법 제6조 제1항에서 규정된 종류의 행위를 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 공연히 또는 집회에서 승인, 부인, 고무한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

④ 공연히 또는 집회에서 국가사회주의(나치)의 폭력적·자의적 지배를 승인하거나 찬양하거나 정당화함으로써 피해자의 존엄을 침해하는 방법으로 공공의 평온을 교란한 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형으로 처벌한다.

⑤ 제2항은 제3항 및 제4항에 규정된 내용의 문서(제11조 제3항)에도 준용된다.
(생략)

auch bestraft, wer einen in den Absätzen 3 und 4 bezeichneten Inhalt mittels Rundfunk oder Telemedien einer Person unter achtzehn Jahren oder der Öffentlichkeit zugänglich macht. (6) In den Fällen des Absatzes 2 Nummer 1 und 2, auch in Verbindung mit Absatz 5, ist der Versuch strafbar.	⑥ 제86조 제3항은 제2항의 경우 및 제5항과 관련하여 제2항을 적용하는 경우 및 제3항 및 제4항의 경우에 준용한다.
---	---

III. 오스트리아³⁶⁾

1. 개요

- 오스트리아에서는 배지법(Abzeichengesetz 1960)³⁷⁾의 규정을 통해 하켄크로이츠 등 제국주의 및 전쟁범죄 상징물에 대한 규율을 하고 있음.
- 오스트리아에서 금지된 단체의 배지, 유니폼 또는 유니폼의 일부는 공개적으로 착용, 전시, 제시 또는 배포해서는 안됨. 배지에는 엠블럼, 기호 및 표시가 포함되고(동법 제1조제1항), 그 위반에 대하여 최고 4천 유로의 벌금 또는 최대 1개월까지의 구금에 처해지며(제3조제1항), 미수범은 처벌됨(제3조제3항).

36) 박진애, “오스트리아의 하켄크로이츠 등 제국주의 및 전쟁범죄 상징물 관련 입법례”, 국회도서관 법률정보실(2018. 11.), 1면.

37) 배지법(Abzeichengesetz 1960, 제정: 1960. 4. 5. BGBl. Nr. 84/1960, 최종 개정: 2012. 12. 28. BGBl. I Nr. 113/2012) <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10005262>

- 동법 제2조는 금지된 조직의 사상전체가 승인되거나 전파되지 않는다면 전시회의 필수적인 구성요소로 보지 않고, 전시회와 그 목적이 각각의 금지된 단체의 사상전체에 분명히 반대하는 경우 등이 위법성 조각사유에 해당됨.

2. 오스트리아 배지법(Abzeichengesetz)

원문	번역문
§ 1. (1) Abzeichen, Uniformen oder Uniformteile einer in Österreich verbotenen Organisation dürfen öffentlich weder getragen noch zur Schau gestellt, dargestellt oder verbreitet werden. Als Abzeichen sind auch Embleme, Symbole und Kennzeichen anzusehen. (2) Das Verbot des Abs. 1 erstreckt sich auch auf Abzeichen, Uniformen und Uniformteile, die auf Grund ihrer Ähnlichkeit oder ihrer offenkundigen Zweckbestimmung als Ersatz eines der in Abs. 1 erwähnten Abzeichen, Uniformen oder Uniformteile gebraucht werden. (3) Orden und Ehrenzeichen, die eines der im Abs. 1 oder Abs. 2 erwähnten Embleme aufweisen, dürfen öffentlich weder getragen noch zur Schau gestellt werden. § 2. (1) Die Verbote des § 1 finden, wenn nicht das Ideengut einer verbotenen Organisation gu	제1조 (1) 오스트리아에서 금지된 단체의 배지, 유니폼 또는 유니폼의 일부분은 공개적으로 착용, 전시, 제시 또는 배포해서는 안 된다. 배지에는 엠블럼, 기호 및 표시가 포함된다. (2) 제1항의 금지는 제1항에 언급된 배지, 또는 유니폼 또는 유니폼의 일부분 중 하나의 대체품으로 사용되는 배지, 유니폼 및 유니폼의 일부분에도 적용된다. (3) 제1항 또는 제2항에 언급된 엠블럼 중 하나를 지닌 주문 및 장식품은 공개적으로 착용하거나 전시되어서는 안 된다. 제2조 (1) 제1조의 금지는, 금지된 조직의 사상전체가 승인되거나 전파되지 않는다면, 인쇄물, 회화적

tgeheißen oder propagiert wird, keine Anwendung auf Druckwerke, bildliche Darstellungen, Aufführungen von Bühnen- und Filmwerken sowie Ausstellungen, bei denen Ausstellungsstücke, die unter § 1 fallen, keinen wesentlichen Bestandteil der Ausstellung darstellen.

(2) Auf sonstige Ausstellungen finden die Verbote des § 1 dann keine Anwendung, wenn sich die Ausstellung und deren Zweckbestimmung eindeutig gegen das Ideengut der betreffenden verbotenen Organisation richten.

§ 3.

(1) Wer einem Verbot des § 1 zuwiderhandelt, begeht eine Verwaltungsübertretung und ist von der Bezirksverwaltungsbehörde, im Gebiet einer Gemeinde, für das die Landespolizeidirektion zugleich Sicherheitsbehörde erster Instanz ist, von der Landespolizeidirektion, mit Geldstrafe bis zu 4 000 Euro oder mit Arrest bis zu einem Monat zu bestrafen. Überwiegen erschwerende Umstände, so können Geld- und Arreststrafen auch nebeneinander verhängt werden.

(2) Abzeichen, die den Gegenstand einer strafbaren Handlung im Sinne des § 1 bilden, sind, soweit dies nach der Beschaffenheit der Abzeichen möglich ist, für verfallen zu erklären.

(3) Der Versuch ist strafbar.

표현, 무대 및 영화작품의 공연은 물론 제1조에 해당하는 전시물품이 있는 전시회의 경우에는, 전시회의 필수적인 부분을 구성하지 않는다.

(2) 기타 전시회에서는 전시회와 그 목적이 각각 금지된 단체의 사상전체에 분명히 반대하는 경우, 제1항의 금지 사항이 적용되지 않는다.

제3조

(1) 제1조의 금지를 위반하고 행정위반사항을 저지른 자는, 그 위반이 기초지방자치단체 구역 내에서 지역행정관청으로부터의 금지 위반이고, 주(州)경찰청장이 동시에 보안관청 1심급인 경우에는, 주(州)경찰청장으로부터 최고 4천 유로의 벌금 또는 최대 1개월까지의 구금에 처해진다. 중대한 상황이 심각해진 경우, 벌금과 체포가 동시에 부과될 수 있다.

(2) 제1항에서 의미하는 처벌 가능한 범죄의 대상이 되는 배지는 배지의 성격에 따라 가능한 경우 실효(失効)선언을 해야 한다.

(3) 미수범은 처벌된다.

IV. 일본³⁸⁾

- 욱일승천기(旭日昇天旗)는 빨간색 원 주위에 욱광을 그린 깃발로 일본의 국기(國旗)가 아니며, 자위대시행령법³⁹⁾ 제1조의2에 근거하여 일본 육상자위대 연대에 대해 자위대기(自衛隊旗)를 교부하며, 해상자위대 함대에 자위함기(自衛艦旗)를 교부한다고 정하고 있음.
- 일본형법⁴⁰⁾뿐만 아니라 기타 법령에서는 욱일승천기의 사용 등에 관한 처벌 규정을 두고 있지 않고,⁴¹⁾ 자위대기와 자위함기의 훼손 등에 대해서도 처벌 조항을 두고 있지 않음. 참고로 일본 국기인 일장기(日章旗)에 대해서도 훼손에 대한 처벌 규정을 두고 있지 않음.⁴²⁾

문 의 처

02)6788-5056

38) 조경희, “일본 군국주의 상징물 욱일승천기 사용 등에 관한 처벌 입법례”, 국회도서관 법률정보실(2018. 12.), 면.

39) 自衛隊法施行令 <http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail/329CO0000000179_20170814_429CO0000000224/0?revIndex=22&lawId=329CO0000000179#2703>

40) 刑法<http://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=140AC0000000045>

41) 참고로, 1945년 연합국군총사령부(GHQ/SCAP)은 군국주의 상징물과 관련하여 패전한 일본에 대해 욱일승천기 등의 게양을 금지하였으나 1949년 맥아더 성명 발표로 게양이 인정됨. 민간에 있어서도 욱일승천기의 욱광(旭光) 등이 규모가 있는 행사 시에 이용되고 있음.

42) 衆議院, “衆議院議員石垣一夫君提出「国旗・日の丸、国歌・君が代」法制化等に関する質問” <http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_shitsumona.nsf/html/shitsumon/b145031.htm>