형사정책연구 Korean Criminological Review
제32권 제2호(통권 제126호, 2021 · 여름)

혐오표현에 대한 형사법적 개선방안에 관한 연구*

문덕민**

국 | 문 | 요 | 약

혐오표현의 법적 규제의 필요성 특히 형사제재의 필요성 등의 논의는 구체적 입법안에 대한 논의에 앞서 전제되어야 함은 당연하다. 그리고 형법의 보충성에 비추어 형벌을 신설하는 형사입법은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 그런데 이번 5·18 특별법 개정을 통한 5·18 역사부정죄 신설과 같이 학계 특히 형사법학계의 논의가 있기는 하였지만 그렇게 활발하지 않았던 사이에 실제 입법이 앞서는 일은 앞으로도 발생가능할 것으로 본다. 이러한 측면에서 일반적 혐오선동에 대한 형사제재의 필요성에 대한 논의와 동시에 구체적 입법안에 대한 검토와 대안제시도 시기상조가 아니라고 볼 수도 있을 것이고 오히려 입법에 비하여 학계의 논의가 뒤쳐질 위험이 있다는 측면에서 필요하다고 본다.

혐오표현 규제에 대한 지금까지 있었던 학계와 국회에서 제시되었던 제안 중에서는 혐오표현 형사처벌을 위한 우리 국회의 기존 입법안에 대해서는 안효대의원안의 경우 혐오표현 규제에 대한 논의가 성숙하기 이전에 제안되었다는 한계가 있어서 혐오의 이유는 물론 행위를 규정한 문언이 명확성의 원칙에 어긋날 수 있다는 점이, 김부겸의원안의 경우 행정권의 개입근거를 마련한 법규정과 함께 규정되면서 혐오의 이유를 지나치게 광범위하게 규정하고 있었던 점 등이 문제로 지적될 수 있었다.

학계의 논의에 대해서는 검토한 결과 구체적 입법안을 제시한 연구는 발견할 수 없었다. 이에 본 연구에서는 이상의 논의에 대한 검토를 거쳐 우리 형법 제114조의 2에 혐오선동죄를 신설할 것을 시론적으로 제안하였다. 이때 보호법익은 혐오선동죄는 혐오표현을 통한 집단에 대한 차별, 폭력, 증오를 선동함으로써 사회의 불안을 야기함으로써 사회적 안정성을 해치는 행위를 규율하고자 하므로 본 죄의 보호법익을 공공의 평온으로 설정하였다. 그리고 제안된 혐오선동죄는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하거나 모욕하거나 허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손한 자를 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처하는 것을 그 내용으로 한다.

* 본 논문은 문덕민의 2020년도 박사학위논문의 일부를 수정 및 보완한 것임을 밝힙니다. 건설적인 논평을 통해 본 논문의 수정 및 보완에 큰 도움을 주신 익명의 심사위원 여러분들께 감사드립니다. 여전히 부족한 부분들은 향후 연구를 통해 발전된 형태로 보완해 나갈 것을 약속드립니다.

** 연세대학교 강사, 법학박사.

DOI : https://doi.org/10.36889/KCR.2021.6.30.2.1.
❖ 주제어 : 혐오표현, 명예훼손, 모욕, 공공의 평온, 표현의 자유, 혐오선동

Ⅰ. 들어가며

5·18민주화운동에 관한 역사왜곡의 형사처벌을 도입한 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법’(이하 ‘5·18 특별법’) 일부개정안이 작년 12월 9일에 국회를 통과해 올해 1월 5일부터 시행되었다.[1] 5·18민주화운동은 대한민국 민주주의 발전에 이바지한 대표적인 민주화운동임과 동시에 한국 현대사의 비극이기도 하다. 이 입법은 이러한 5·18민주화운동에 대하여 40년이 지난 지금까지도 이를 왜곡하고 날조하여 5·18 관련 유족 및 피해자들의 분노를 유발함은 물론 더 나아가 국론분열을 조장해 왔던 일이 반복되었던 점에 대한 반성적 고려의 결과라고 하겠다. 본법의 시행으로 인하여 출판물, 온라인, 전시, 공연, 공개 토론회 등에서의 5·18민주화운동에 대한 허위사실 유포는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금이라는 비교적 강력한 처벌을 받게 되었다.[2]

5·18과 같은 역사적 사건에 대한 왜곡이 혐오표현에 해당하는지에 대해서는 논란이 있을 수 있다. 하지만 특정 집단에 대한 학살에 대한 역사부정은 단순한 역사적 사실의 부정에 그치지 않는다. 이러한 역사부정행위 특히 공개적 발언을 통한 역사부정과 선동은 해당 피해집단에 대한 차별을 조장하고 선동한다는 측면에서 피해집단에 대한 차별과 적대를 조장하는 것을 본질로 하는 혐오표현의 한 종류로 구분할 수 있을 것이다. 이러

1) 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 제8조(5·18민주화운동에 대한 허위사실 유포 금지)
① 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 방법으로 5·18민주화운동에 대한 허위의 사실을 유포한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.
1. 신문, 잡지, 방송, 그 밖에 출판물 또는 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제2조제1항제1호에 따른 정보통신망의 이용
2. 전시물 또는 공연물의 전시·게시 또는 상영
3. 그 밖에 공연히 진행한 토론회, 간담회, 기자회견, 집회, 가두연설 등에서의 발언
② 제1항의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도를 위한 것이거나 그 밖에 이와 유사한 목적을 위한 경우에는 처벌하지 아니한다.

2) 허위사실을 출판물 등에 의하여 유포함으로써 타인의 명예를 훼손함으로써 성립하는 형법 제309조 제2항의 허위사실적시 출판물 명예훼손죄의 경우 법정형이 7년이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천500만원 이하의 벌금이다. 징역형을 기준으로는 형법상 허위사실적시 출판물 명예훼손죄가 법정형이 더 높고, 벌금형을 기준으로 할 때에는 5·18특별법 제8조의 위반죄의 법정형이 더 높다. 5·18 특별법 개정안 원문은 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금을 규정하고 있었으나 법안심사단계에서 과잉형벌의 문제가 제기되었고, 그 결과 본회의를 통과할 때에는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금형으로 수정되어 통과되었다. 이형석 의원 대표발의, “5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안”, 2020. 10. 27.

한 측면에서 본다는 우리나라는 혐오표현에 대한 형사제재입법을 하기 시작했다고 볼 수도 있다.

하지만 5·18 역사부정죄는 일반적인 혐오선동에 대한 형사 규제와는 차이가 있다. 일반적 혐오선동에 대한 형사규제는 인종, 국적, 민족 성적지향 등으로 특정되는 피해집단을 전제하는데 특정 사건과 직접적 관련성을 요구하지 않는다는 측면에서는 역사부정죄와는 구분된다고 하겠다. 이러한 측면에서 본다면 우리나라의 일반적 혐오표현에 대한 형사제재입법은 미비한 것으로 볼 수 있다.

혐오표현의 법적 규제의 필요성 특히 형사제재의 필요성 등의 논의는 구체적 입법안에 대한 논의에 앞서 전제되어야 함은 당연하다. 그리고 형법의 보충성에 비추어 형벌을 신설하는 형사입법은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 그런데 이번 5·18 특별법 개정을 통한 5·18 역사부정죄 신설과 같이 학계 특히 형사법학계의 논의가 있기는 하였지만[3] 그렇게 활발하지 않았던 사이에 실제 입법이 앞서는 일은 앞으로도 발생가능할 것으로 본다. 이러한 측면에서 일반적 혐오선동에 대한 형사제재의 필요성에 대한 논의와 동시에[4] 구체적 입법안에 대한 검토와 대안제시도 시기상조가 아니라고 볼 수도 있을 것이고 오히려 입법을 학계의 논의가 뒤따라 갈 수 있다는 측면에서 필요하다고 본다.

본 연구에서는 지금까지 제안되었던 혐오표현의 규제방안과 입법안들을 분석하고 새로운 입법안을 제시하고자 한다. 이를 위해 기존의 학계와 국회에서 제시되었던 규제방안들을 비교분석하고(Ⅱ). 이를 토대로 우리사회 실정에 맞는 새로운 입법안을 모색하여 제시하고 이에 대한 해석을 더하기로 한다(Ⅲ).

3) 김재윤, “5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제방안”, 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015; 홍성수, “역사부정죄의 정당성 근거 – 한국 역사부정죄 법안에 대한 비판적 검토 –”, 법학논총 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2019, 193-194면 참조.

4) 이에 관한 논의로는 문덕민, “혐오표현에 대한 형사법적 대응방안으로써 혐오선동죄의 신설에 관한 연구”, 박사학위논문, 연세대학교 일반대학원, 2020, 7-73면, 159-182면 참조.

Ⅱ. 국내 문헌상 논의 및 기존 법률안의 검토

1. 국내 문헌상의 논의와 이에 대한 검토

국내 문헌상에 나타나는 혐오표현의 형사처벌을 위한 논의는 주로 우선 혐오표현을 유형화한 다음, 이들 혐오표현의 유형 중 형사처벌이 필요하다고 주장하는 유형을 제시하고 있다. 아래에서는 먼저 혐오표현의 유형화와 관련하여 크게 4단계, 3단계, 2단계로 분류하는 견해들을 순서대로 정리하고, 이 견해들에서의 각각의 혐오표현 분류방식과 형사처벌을 주장하는 혐오표현의 유형을 소개하고자 한다.

가. 4단계 분류설

홍성수 교수는 혐오표현의 유형을 일단 네 가지로 구분하고 각 단계별로 대응방안을 달리해야 한다고 주장한다. 이 견해는 혐오표현을 고용·서비스·교육 등의 영역에서 차별적 속성을 이유로 하여 소수자(개인, 집단)에게 수치심,·모욕감· 두려움 등의 정신적 고통을 가하는 행위를 의미하는 ① 차별적 괴롭힘, 편견과 차별을 확산하고 조장하는 행위를 의미하는 ② 편견 조장, 소수자를 멸시·모욕 또는 위협하여 인간의 존엄성을 침해하는 표현행위인 ③ 모욕, 소수자 집단에 대하여 차별·적의 또는 폭력을 조장하거나 선동하는 증오고취행위를 의미하는 ④ 증오선동으로 구분하고, 마지막 ④ 증오선동에 대해서는 형사범죄화해야 한다고 주장한다.[5] 증오선동의 형사범죄화를 통해 국가가 소수자들의 인권을 보호하고 있다는 신호를 소수자들에 보냄으로써 그들을 안심시키고 시민사회에 대해서는 혐오표현이 관용되지 않는다는 도덕적 정체성 및 사회적 가치를 확인시켜주는 '상징적 기능'이 극대화될 수 있다고 주장한다.[6]

한편 김지혜 교수는 혐오표현을 앞의 견해와 같이 혐오표현을 구체적으로 세분화하여 설명하지는 않았지만, 혐오표현의 형태 중에 '집단에 대한 차별, 적의, 또는 폭력을 선동하는 행위'를 차별선동이라고 명명하면서 이에 대해서는 형사범죄화해야 한다고 주장하는데,[7] 형사처벌을 주장하는 혐오표현의 유형과 관련해서는 앞의 견해와 유사하다고 해

5) 홍성수, 말이 칼이 될 때, 어크로스, 2018. 58, 187, 189면.
6) 홍성수, 같은 책, 163-164면.

석된다.[8)]

나. 3단계 분류설

박승호 교수는 미국 연방대법원의 판례의 법리를 차용하여 우리나라에서의 혐오표현 규제를 꾀하려 한다. 표현의 자유를 거의 전적으로 보호하는 미국에서조차 헌법 보호상에서 배제하는 ① ‘임박한 불법행위 선동(inciting or producing imminent lawless action)’과 ‘② 진정한 협박(true threat)’ - ‘특히 적의에 찬 위협(a particularly virulent form of intimidation)’을 고려해야 한다고 주장한다.[9)] 먼저 ① ‘임박한 폭력의 선동’은 우리 형법상의 다른 선동 처벌규정들이 존재함을 근거로 이를 형사처벌화하는데 문제가 없을 것이라고 주장하고, 다음으로 ② ‘특히 적의에 찬 위협’으로서 ‘진정한 협박(true threat)’과 관련하여서는 생명이나 신체에 해를 가하겠다는 협박이 있을 경우 대상집단의 구성원들이 이에 대한 공포심을 느낄 수 있다는 점에서 우리 형법의 협박죄의 성립을 인정할 수 있다고 주장한다.[10)]

다. 2단계 분류설

박용숙 교수는 혐오표현을 광의와 협의의 혐오표현으로 구분한다. 이 견해는 ‘광의의

---

7) 김지혜, “차별선동의 규제 - 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로-”, 법조 제64권 제9호, 법조협회, 2015, 36, 66, 67면.

8) 이외에도 이승현 박사는 우선 혐오표현 유형을 목적대상과 진술방식이라는 두 가지 기준을 가지고 세분화한다. 먼저 목적대상에 따른 분류로 타인을 부추겨 일정한 태도 혹은 사고체계를 갖도록 유도하거나 특정한 행위를 하도록 부추기고 유도하는 ① 선동형 혐오표현과 표적집단 구성원에게 직접적 전달을 목적으로 하는 것을 의미하는 ② 표적형 혐오표현으로 구분한다. 그리고 진술방식에 따른 분류로 상스러운 모욕이나 욕설로 형태로 나타나는 ③ 형식적 혐오표현과 외견상으로는 명백한 모욕으로 볼 수는 없지만 증오·멸시를 전달하려는 것을 의미하는 ④ 실질적 혐오표현으로 구분하고, 폭력 및 제노사이드 선동표현과 공직자의 선동형·실질적 혐오표현은 형사범죄화할 필요가 있다고 주장한다. 이승현, 혐오표현에 대한 헌법적 고찰, 박사학위논문, 연세대학교, 2015, 50-54면, 223-225면.

9) 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019. 72-75면.

10) 박승호 교수는 이를 위한 전제로 집단에 대한 협박도 인정되어야 한다고 주장한다. 박승호, “혐오표현의 개념과 규제방법”, 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019, 72면-75면.

혐오표현'을 '협의의 혐오표현'과 '폭력 및 제노사이드 선동표현'을 포괄하는 개념으로 해석한다.[11] 그리고 광의의 혐오표현 중 '폭력 및 제노사이드 선동표현'에 대해서는 이에 대한 형사처벌은 표적집단에 대한 적대성이 가장 강한 표현으로서 표적집단 구성원에 대한 인격권 침해뿐만 아니라 생명권까지 위협할 수 있고, 인간에 대한 살인이나 폭행은 공적 토론의 대상이 될 가치가 없으므로 정당화된다고 주장하나, 반면에 적대적 표현 또는 모욕적 표현 중에서 '폭력 및 제노사이드 선동표현'을 제외한 것을 의미하는 '협의의 혐오표현'에 대해서는 표현행위에 대해 형사규제의 방법으로 국가가 개입하고자 할 때에는 죄형법정주의 원칙상 명확성의 원칙이 엄격히 관철되어야 한다고 하면서 적대적 표현 또는 모욕적 표현 등 포괄적인 용어를 구체화시키고, 화자의 혐오표현의 반복성·계획성 및 조직성, 그리고 사회적 파급력 등 요건을 구체적으로 규정하여야 한다고 주장한다.[12]

한편 박해영 박사는 혐오표현의 개념을 협의과 광의의 혐오표현으로 구분하고 이들 중 협의의 혐오표현에 대해서는 형사범죄화해야 한다고 주장한다. 박해영박사의 분류에 따르면 혐오표현은 인종, 성별, 민족, 국적, 종교, 장애 등 객관적 해악성이 큰 차별사유에 근거한 개인이나 집단에 대한 혐오 또는 폭력 선동표현을 의미하는 ① 협의의 혐오표현과 위에서 언급한 차별사유와 이에 더하여 기타 차별적 사유를 이유로 하는 혐오를 포함한 ② 광의의 혐오표현으로 나뉘고, 이들 중 전자에 한해서 형사처벌을 해야한다고 주장한다.[13]

---

11) 박용숙, "혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구", 법학논총 제38권 제2호, 전남대 법학연구소, 2018, 55면.

12) 박용숙, "혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구", 법학논총 제38권 제2호, 전남대 법학연구소, 2018, 55면.

13) 박해영, "혐오표현(hate speech)에 관한 헌법적 고찰", 공법학연구 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 2016, 141면.

라. 검토

형사처벌이 필요한 혐오표현의 유형

학 설		형사처벌이 필요한 혐오표현의 유형
4단계 분류설		모욕, 소수자 집단에 대하여 차별·적의 또는 폭력을 조장하거나 선동하는 증오고취행위
3단계 분류설		임박한 폭력의 선동
2단계 분류설	박용숙	폭력 및 제노사이드 선동표현
	박해영	인종, 성별, 민족, 국적, 종교, 장애 등 객관적 해악성이 큰 차별사유에 근거한 개인이나 집단에 대한 혐오 또는 폭력 선동표현

앞서 언급한 문헌들은 공통적으로 각자 자기 나름의 분류기준으로 혐오표현의 유형을 구분한 후 그 중 가장 해악이 심각한 유형을 제시하고 이에 대한 형사범죄화를 주장하고 있다. 다만 이들 견해들은 혐오표현에 대한 형사규제안을 구체적인 입법안을 통해 제시하고 있지 않다. 따라서 구체적 처벌안을 제시하지 않고 있다보니 구체적으로 무엇을 어떻게 규제하고자 하는지 알기 힘들다. 그럼에도 불구하고 위 문헌들을 통해서 혐오표현 중 어떤 유형이나 내용들이 형사적 규제에 포함되어야 하는지 시사점을 얻을 수 있다. 이를 검토하여 구체적으로 정교하게 다듬는 일은 다음 단계인 입법의 영역에서 행해져야 할 것이다. 아래에서는 국회에서 구체적으로 입법안으로 제시되었던 내용들을 검토하고 새로운 입법안에는 어떠한 내용이 담겨야 할지 제시해보고자 한다.

2. 기존 법률안의 검토

이 항목에서는 실제 입법의 결과로는 이어지지는 못했지만 국회에서 발의되었던 혐오표현 관련 입법안들에 대해서 살펴보고자 한다. 우리 국회에서 발의되었던 혐오표현 규제와 관련되 입법안을 크게 구분하자면 ① 혐오표현 자체를 처벌하고자 하는 입법안과 ② 혐오가 동기가 된 범죄에 대한 입법안으로 구분된다.

먼저 혐오표현 자체를 처벌하고자 하는 입법안으로는 ①-① ‘형법 일부개정법률안’(안효대의원 대표발의, 의안번호 5550, 발의연월일 2013.6.20.)과 ①-② ‘혐오표현규제법

안'(김부겸의원 대표발의, 의안번호 11936, 발의연월일 2018.2.13.)이 있다. 전자가 형법전에 혐오죄를 신설하는 방식으로 혐오표현을 처벌하려는 방식을 취한 반면, 후자는 혐오표현규제법을 신설하여 혐오표현을 처벌하는 방식을 취하고 있다.

그리고 혐오가 동기가 된 범죄에 대한 입법안으로는 이에 대한 가중처벌을 규정한 입법안으로 ②-① '특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안'(이종걸의원 대표발의, 의안번호 8190, 발의연월일 2013.11.29.)과 ②-②혐오범죄의 통계관리를 규정한 '증오범죄 통계법안'(이종걸의원 대표발의, 의안번호 4328, 발의연월일 2016.12.12.)가 있다.

아래에서는 이들 입법안의 구체적 내용과 문제점을 검토하고 이로부터 새로운 입법에 있어서 반영해야 할 내용에 대한 시사점을 얻고자 한다.

가. 안효대 의원의 '형법 일부개정법률안'

안효대의원의 법률안은 형법전에 제311조의2 혐오죄를 신설하는 것을 그 내용으로 하고 있다. 구체적으로는 "인종 및 출생지역 등을 이유로 공연히 사람을 혐오한 자는 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다"고 규정하고, 형법 제312조도 개정하여 혐오죄를 고소가 있어야 공소를 제기할 수 있는 친고죄로 규정하는 것을 그 내용으로 하고 있었다. 이 법률안은 국회의 임기만료로 인해 폐기되었고, 이에 대한 후속 입법은 없었다.

이 법률안의 특징은 혐오의 이유를 "인종 및 출생지역 등"으로 한정하고 있고, 행위를 "혐오"로 규정하고 있다는 점이다. 먼저 혐오의 이유를 인종 및 출생지역만으로 한정지을 경우 성별, 국적, 장애 등의 우리 사회에서 문제되고 있는 다른 혐오의 이유들에 대한 대처가 곤란하다는 문제가 있다. 이를 회피하고자 인종 및 출생지역 '등'이라는 표현을 쓴 것으로 보인다. 그런데 본 법률안은 형법전에 형사처벌을 위해 범죄행위의 구성요건을 규정하는 것을 내용으로 하고 있다는 점에서 죄형법정주의 원칙상 명확성의 원칙을 엄수해야 한다. 그런데 '등'이라는 표현을 통해서 자의적 해석을 통한 형사처벌의 가능성을 남겨두는 것은 형법전의 범죄행위행위 구성요건 기술로는 부적합하다. 시혜적 법률이나 일반적 원칙을 선언하는 규정이라면 이러한 기술은 수용할 수 있겠지만 형사처벌조항에서 이러한 기술은 곤란하다. 그리고 본조의 행위를 "혐오"라고만 기술한 점도 명확

성의 측면에서 부적합하다.

앞서 형사처벌규정에서의 명확성의 원칙의 중요성을 언급한 바와 같이 범죄의 구성요건은 그 의미가 명확하게 규정되어야 한다. 그런데 혐오란 싫어하고 미워한다는 감정을 의미하는데 본 입법안의 내용대로라면 혐오를 이유로 어떠한 행위를 한 것을 처벌한다는 의미는 물론 혐오라는 감정을 가진 그 자체로 처벌이 가능한 것 아닌지 의문이 든다.[14] 어떠한 감정을 밖으로 드러내지 않고 개인 내면의 영역에만 가지고 있을 때가지 이를 처벌한다는 것은 받아들이기 힘들다. 감정을 가지고 있다는 자체만으로 형법상 어떠한 법익을 침해하는지 혹은 침해할 위험이 있는지 의심스럽고 그러한 감정을 가지고 있었다는 것을 입증하기도 어려울 것이다. 게다가 혐오라는 단어가 형법의 구성요건으로 규정될 만큼 명확한 개념인지도 문제이다. 그리고 본 입법안은 혐오라는 감정에 '공연히'라는 조건을 첨가하고 있는데 공연히 혐오라는 감정을 갖는다는게 무슨 의미인지 불분명하다.

나. 김부겸 의원의 '혐오표현규제법안'

이 법률안은 혐오표현의 규제를 위한 법적근거를 마련하는 것을 그 목적으로 했다.[15] 이 법률안에서는 국가 및 지방자치단체의 혐오표현에 규제에 대한 책무와 국가인권위원회의 혐오표현에 대한 개입 근거를 규정하고, 혐오표현의 형사처벌에 대해서 법률안 제18조에 이를 규정하고 있었다. 법률안 제18조는 "누구든지 혐오표현을 하여서는 아니 된다"는 법률안 제3조 제1항에 위반하여 법률안 제2조 제1호와 제2호에서 정의한 혐오

14) 이 법안의 심사를 담당했던 국회 법제사법위원회 법안심사제1소위원회의 회의 참여자 대부분 이러한 문제의식에 동조했다. 남궁석 당시 법제사법위원회 수석전문위원은 "혐오감정의 경우에는 일시적인 비언어적 행위로 나타나는 경우가 많아서 구체적인 명예훼손이나 모욕행위까지 이어지지 아니하는 경우에는 실체에 대한 판단이 매우 어려워서 피해자의 주관적 상태에 따라 혐오죄의 적용 가능성이 달라지는 난점이 있습니다"라고 하였고, 당시 법무부차관 김주현도 "이 혐오라는 구성요건을 명백하게 해석 운영한다는 게 거의 어려울 것 같이 보여지고요."라고 하였으며, 당시 법원행정처차장 강형주 또한 "혐오라는 개념 자체의 의미가 분명하지 않기 때문에 명확성의 원칙에 위배될 소지가 있다"고 하였으며, 임내현 의원 또한 "혐오라는 것은 자기 마음속에 있는 건데 그것을 가지고 처벌한다는 것은 구성요건 해당성이 명확해야 한다는 측면에서 죄형법정주의에 위배될 소지가 있다고 발언하였다. 제19대 국회 제334회 제2차, "법제사법위원회회의록(법안심사제1소위원회)", (2015.7.2.), 45면.

15) 한편 이 법률안은 2018년 2월 28일에 철회되어 입법의 결과로 연결되지는 못했다.

표현을 한 자에 대해서는 “3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금에 처한다”고 규정했다. 법률안 제18조에 의하여 처벌되는 혐오표현은 “합리적인 이유 없이 행해지는 성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등의 특성에 따라 규정된 집단 또는 개인에 대한 행위로서” “개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 차별하거나 분리·구별·제한·배제하는 내용을 공개적으로 드러냄으로써 해당 개인 또는 집단에 대한 차별, 폭력 또는 증오를 선동·고취하는 행위”(법률안 제2조 제1호)와 “개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 이유로 해당 개인 또는 집단을 공개적으로 멸시·모욕·위협하는 행위”(법률안 제2조 제1호)이다.[16)]

이 법률안은 앞서의 안효대 의원안과 다르게 혐오의 이유들을 “성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등”으로 비교적 상세히 규정하고 있는 점에서 크게 구별된다. 그러나 앞서 안효대 의원안에 대하여 지적했듯이 형사처벌규정에서의 명확성의 원칙상 ‘등’과 같이 열거규정이 아닌 예시규정으로 해석될 수 있는 형식으로 규정하는 것은 바람직하지 않다. 그런데 본 규정의 보다 큰 문제점은 열거된 혐오의 이유들이 너무 많고 이러한 이유들에 근거한 혐오표현이 실제 우리나라에서 행해지고 있는지도 의심스

---

16) 동 법률안 제2조는 “이 법에서 “혐오표현”이란 합리적인 이유 없이 행해지는 성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분 등의 특성에 따라 규정된 집단 또는 개인에 대한 행위로서 다음 각 호의 어느 하나에 해당하는 행위를 말한다.

1. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 차별하거나 분리·구별·제한·배제하는 내용을 공개적으로 드러냄으로써 해당 개인 또는 집단에 대한 차별, 폭력 또는 증오를 선동·고취하는 행위
2. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 이유로 해당 개인 또는 집단을 공개적으로 멸시·모욕·위협하는 행위
3. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 차별하거나 제한·배제하는 내용을 유인물, 이미지 등의 형태로 공개적으로 보급하거나 인터넷, 미디어, 통신기기 등을 이용하여 게시·배포하는 행위
4. 개인 또는 집단이 가지고 있는 특성을 이유로 해당 개인 또는 집단에게 수치심, 모욕감, 두려움 등 정신적 고통을 주는 행위”로 규정하여 혐오표현을 4단계로 구분한다. 이는 2016년 국가인권위원회 연구용역보고서상의 개념 및 유형분류와 유사하다. 홍성수 외 8인, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회, 2016, 21-26면.

러운 사유들이 보인다는 점이다. 예를 들어 혼인여부, 임신 또는 출산, 전과, 학력 등의 사유의 경우 우리사회에서 실제로 이를 이유로 한 혐오표현이 존재하는지, 존재한다고 하더라도 이를 형사처벌해야할 만큼 큰 사회적 문제를 야기하고 있는지 의문이다. 외국의 입법례나 연구물 등에서도 이러한 사유를 혐오의 이유로 규정한 것은 그 예를 찾기 힘들다.

이 법률안은 왜 이러한 문제점을 안게 된 것일까? 이 질문에 대한 답은 이 법률안의 주안점이 어디에 있는지를 살펴보면 얻을 수 있다. 이 법률안은 혐오표현을 정의하고 혐오표현에 대한 국가와 지방자치단체의 책무를 규정함과 동시에 혐오표현에 대한 국가인권위원회의 시정명령 등을 통한 개입의 근거를 마련하기 위해 제정된 것이고, 혐오표현에 대한 형사처벌은 오히려 이 법률안의 부수적 내용인 것으로 보인다.[17] 그러다 보니 이 법률안에서 혐오표현에 대한 국가와 지방자치단체의 책무의 발생과 국가인권위원회의 개입이 용이하게 하게 하는 점에서 혐오표현의 이유에 대해서 폭 넓게 규정함으로써 혐오표현을 넓게 해석하는 것은 일응 이해가 가는 부분이다. 하지만 법률안이 제시한 혐오의 이유를 앞서의 행정처분의 근거조항과 형벌의 근거조항이 공유하는 지점에서 문제가 발생한다. 언급한 혐오의 이유들은 전자에 적용할 때는 타당할 수 있지만 후자에 적용하기에는 적절하지 않다고 본다.

그리고 제2조 제1호의 차별, 폭력 또는 증오의 선동·고취의 형사처벌은 앞서 검토했던 학계의 의견들과 어느 정도 일치하는 부분으로 보인다. 반면 제2호의 멸시·모욕·위협의 형사처벌에 대해서는 좀 더 논의가 필요해 보인다. 이에 대한 논의는 후술할 필자의 입법안을 제시하면서 검토하고자 한다.

다. 이종걸 의원의 ‘특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안’

이 법률안은 출신지역, 출신국가, 인종, 사상, 정치적 의견 등을 이유로 한 개인적·사회적 편견에 의하여 생성된 혐오감을 표현하기 위하여 특정한 범죄를 저지르는 경우에는 가중처벌할 수 있도록 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률을 개정하는 것을 그 내용으로 하고 있었다.[18] 구체적인 내용으로는 특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률에 제5조의13을

17) 실제로 이 법률안은 제일 마지막 조항에 혐오표현에 대한 형사처벌을 벌칙조항의 형태로 규정하고 있다. 한편 동 법률안은 국회의 임기만료로 폐기되었다.

신설하여 “출신지역, 출신국가, 인종, 사상 또는 정치적 의견 등을 이유로 한 개인적·사회적 편견에 의하여 생성된 혐오감을 표현하기 위한 목적으로” 살인죄(제5조의13 제1항), 상해죄·폭행죄·상해치사죄·폭행치사죄(제5조의13 제2항), 재물손괴죄(제5조의13 제3항), 명예훼손죄·사자명예훼손죄·출판물 등에 의한 명예훼손죄·모욕죄(제5조의13 제4항)를 범한 자를 형법의 형에 비해 가중처벌하는 것을 그 내용으로 하고 있다.

이 법률안의 문제점으로는 상해죄·폭행죄(제5조의13 제3항) 명예훼손죄·사자명예훼손죄·출판물 등에 의한 명예훼손죄·모욕죄(제5조의13 제4항)의 경우 형법상의 법정형이 상이한데 이를 구분하지 않고 각항에서 일률적으로 법정형을 규정하여 형벌 사이의 비례성의 원칙에 위배될 소지가 있다는 점이 지적된다. 그리고 본 법률안의 적용대상이 되는 범죄들의 경우 일단 형법상의 범죄구성요건을 충족하는 행위들이기 때문에 이를 특별법의 제정으로 가중처벌하기 보다는 범행의 동기로서 양형기준을 통해 판단하면 족하다는 법무부와 대법원의 본 법률안에 대한 검토의견도 있었다.[19]

라. 이종걸 의원의 ‘증오범죄 통계법안’

이 법률안은 “국가나 사회에 대한 불만 등을 이유로 개인적 증오(憎惡)를 표현하는 증오범죄에 대한 과학적이고 전문적인 조사·분석을 위하여 증오범죄에 대한 통계조사의 주체·방법 및 절차 등에 필요한 사항을 규정함으로써 증오범죄에 대한 연구 역량을 강화하고 국민의 생명·신체 및 재산을 보호함을 목적으로”(동 법률안 제1조) 제안되었다.[20] 이 법률안은 “증오범죄”를 “국가나 사회에 대한 불만, 성별·종교·인종 또는 사회적 소수자에 대한 편견 등을 이유로 한 개인적 증오를 표현하기 위한 목적으로 저지른 범죄로서 대통령령으로 정하는 범죄”로 규정하였다(제2조).

미국의 경우 증오범죄통계법(The Hate Crime Statistics Act)의 제정 및 시행을 통하여 미국 전역의 증오범죄 통계를 자료를 분석·관리하여 이에 대한 정책적 대응 수립에 이용한다. 이 법률안은 미국의 증오범죄통계법을 수용하여 우리나라에서 심각한 사회

---

18) 이 법률안 2016년 5월 29일에 국회의 임기만료로 폐기되었다.

19) 임중호, “특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고”, 법제사법위원회, 2014, 4-5면.

20) 이 법률안 또한 2016년 12월 22일 철회되어 실제 입법으로 이어지지는 않았다.

문제화되고 있는 혐오표현 및 혐오를 동기로 한 범죄에 대응하기 위하여 제안된 법률안이다.

한편 이 법률안은 제2조에서 혐오의 이유를 열거하면서 특이하게도 "국가나 사회에 대한 불만"을 제시하고 있다. 그런데 국가나 사회 자체에 대한 불만이 혐오표현의 개념에 포섭될 수 있을지는 의문이다. 그리고 "사회적 소수자"에 대한 편견 또한 혐오의 이유로 열거하고 있는데 소수자라는 개념이 가지는 불명확성은 죄형법정주의의 명확성의 원칙에 위배될 소지가 커 보인다.

Ⅲ. 혐오표현 형사처벌을 위한 구체적 방안

위에서 살펴 본 우리나라에서의 혐오표현 형사처벌과 관련한 학계의 논의와 국회의 입법안에 대한 검토와 아울러 유엔 인권고등판무관실(The Office of the High Commissioner for Human Rights(OHCHR))에서 채택한 권고지침 라바트 행동계획(Rabat Plan of Action)[21]에서 제시한 혐오표현의 형사처벌의 기준에 대한 검토를 바탕으로 새로운 입법안을 시론적으로 제시하고 이에 대해서 설명하고자 한다. 이를 위해 우선 구체적 입법안의 제시하기 전에 형법전에 새로운 구성요건을 추가할 것인지 아니면 특별법의 형태로 규정할 것인지 입법형태에 대하여 검토하기로 한다. 그리고 혐오표현죄의 보호법익을 무엇으로 볼 것인지와 규정의 형식에 있어서 이를 침해범의 형태로 규정

21) 라바트 행동규약은 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(ICCPR) 제20조 제2항(차별, 적의, 또는 폭력 선동에 해당하는 민족적, 인종적, 또는 종교적 혐오의 고취는 법률에 의하여 금지된다)를 법적 근거로 혐오표현이 형법상 범죄행위로 성립할 수 있는 기준을 제시한다. 라바트 행동계획에서 제시한 기준은 발언행위가 행해지고 발언이 전파된 시점의 지배적인 사회적·정치적 맥락을 의미하는 ① 맥락(Context)기준, 해당 사회 내에서의 화자의 입장 또는 지위, 특히 발언의 상대방인 청중에게 해당 화자가 어떠한 지위를 갖는지를 의미하는 ② 화자(Speaker)기준, 단순한 자료의 배포나 유통이 아니라 "고취"와 "선동"이라는 행위자의 적극성을 의미하는 ③ 의도(Intent)기준, 발언의 내용이 얼마나 선동적이고 직접적인지 그리고 발언이 어떤 양식과 형식을 띄는지를 의미하는 ④ 내용 및 양식(Content and form)기준, 발언 행위가 도달할 수 있는 범위, 발언의 공개성, 청중의 규모와 수 등을 의미하는 ⑤ 발언행위의 범위(Extent of the speech act)기준, 위해의 위험이 어느 정도 있음이 확인되어야 한다는 의미의 ⑥ 임박성을 포함한 가능성(Likelihood, including imminence)기준이 그것이다. "Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights", United Nations Human Rights Council, A/HRC/22/17/Add.4, 6면 이하.

할 것인지 위험범으로 규정할 것인지와 관련하여 혐오표현죄의 보호정도를 검토한다. 또한 우리나라의 현실을 반영하여 어떠한 혐오의 이유들을 규정할 수 있을지 그리고 다른 범죄와의 균형을 고려하여 법정형의 검토를 하고자 한다. 그리고 이를 종합하여 본고의 입법안을 제시하도록 하고자 한다.

1. 입법형태

혐오표현의 형사처벌규정을 신설하기 위해 형법전에 처벌규정을 신설할 것인지 아니면 새로운 법률에 이를 규정할 것인지 문제된다. 결론을 먼저 밝히자면, 필자는 형법전에 혐오표현죄의 규정을 신설해야 한다고 본다.

먼저 기존 형사특별법에 이를 신설하는 경우를 가정해보자. 현재도 우리나라의 형사특별법은 너무 많아 형사특별법에 처벌근거조항이 있는 경우 일반인들은 물론 법률가들도 처벌규정이 있는지 조차 모르는 경우가 비일비재하다. 이러한 상황에서 형사특별법에 이를 규정하는 것은 혐오표현의 근절이라고 하는 일반적 예방의 효과는 기대하기 힘들다.

그리고 김부겸의원안과 같이 혐오표현규제법률 자체를 신설하는 경우를 가정해보자. 앞서 김부겸의원안에 대해서 검토했듯이 국가인권위원회 등의 시정명령 등의 행정행위를 위한 근거 조항으로서 혐오표현을 규정하고 이를 다시 형벌조항에서 인용하는 방식으로 규정하다보니 행정행위의 근거로서는 정당할지 모르겠으나 형벌의 근거로는 너무 광범위하게 적용대상이 넓어져 버리는 문제가 발생할 수 있다. 행정의 근거와 형벌의 근거가 동일한 기준에서 규정되어서는 곤란하다. 게다가 혐오표현이 이러한 특별법을 통해서 규제할 만큼 세법이나 건축법과 같이 매우 기술적이거나 전문적인 분야도 아니다.

이와 같이 혐오표현의 형사처벌규정을 특별법의 형태로 규정할 경우 혐오표현 규제의 일반적 예방효과도 떨어질 뿐 아니라 형벌의 근거조항으로 부적합한 형태로 입법될 가능성이 높다. 따라서 필자는 혐오표현 처벌규정은 형법전에 신설되어야 한다고 본다.

2. 보호법익 및 보호정도

혐오표현을 규제함으로써 보호하고자 하는 법익을 무엇으로 보아야 할지 문제된다. 이 문제는 혐오표현 형사처벌규정이 형법전상 어떤 장에 위치하게 될지와 관련된 문제이기도 하다. 독일의 경우 독일통설은 제130조 제1항의 국민선동죄의 보호법익을 공공의 평온으로 보고, 부차적 보호법익으로는 인간의 존엄성으로 해석한다.[22] 영국의 경우도 공공질서 주로 보호를 목적으로 하는 공공질서법에 혐오표현의 형사처벌규정을 두고 있다. 이외에도 오스트리아 형법과 스위스 형법상의 혐오표현 처벌규정의 경우에도 공공의 평온을 해하는 죄의 장에 각각 위치하고 있다.[23] 그리고 앞서 검토한 일련의 혐오표현 규제관련 법안들은 제안이유에서 혐오표현의 확산을 통해 국민상호간의 갈등의 골이 깊어지고 사회통합이 저해되어 결국 우리사회를 분열시킬 것을 방지함을 그 목적으로 한다고 명시하고 있다.[24] 이미 시행중인 5·18 역사부정죄의 경우 입법 목적에서 국론 분열의 방지를 직접 밝히고 있다.[25] 이러한 제안이유들을 고려하건대, 우리의 경우에도 사회생활상의 안정을 해치는 것을 방지한다는 측면에서 공공의 평온을 주된 보호법익으로 설정하는 것이 무리가 없어 보인다.[26] 그리고 공공의 평온을 혐오표현 형사처벌규정의 보호법익으로 해석하는 한, 공공의 평온을 보호법익으로 하는 다른 범죄들과 마찬가지로 우리 형법전 제5장 공안을 해하는 죄의 장에 법조문을 신설하는 것이 타당하다고 본다.

그리고 본 죄의 보호정도와 관련하여, 공공의 평온의 파괴라는 결과는 구체적으로 입증하기도 어려울 뿐더러 법익의 침해의 위험을 야기하는 것만으로도 충분히 가벌성을 긍정할 수 있다고 보이므로 침해범의 형태보다는 추상적 위험범의 형태로 규정하는 것이 불가피하다고 생각한다.

---

22) MK-Schäfer, §130 Rn. 2.

23) 오스트리아 형법전의 경우 제20장에, 스위스 형법전은 제12장에 각각 규정되어 있다.

24) 김부겸의원 발의, “혐오표현규제법안”, 2018.2.13. 1-2면, 이종걸의원 발의 “증오범죄 통계법안”, 2016.12.12. 1면, 이종걸의원 발의, “특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안”, 2013.11.29. 1면, 안효대 의원 발의, “형법 일부개정법률안”, 2013.6.20. 2면.

25) 이형석 의원 대표발의, “5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안”, 2020. 10. 27. 4면.

26) 다만 혐오표현에 의하여 피해자들의 존엄성이 침해되는 경우가 많으므로 부차적으로 피해자들의 존엄성도 보호하는 것으로 설정할 수 있다고 본다.

3. 혐오의 이유(보호특성)

가. 법률안과 해외입법례 그리고 국제규약

먼저 앞서 살펴본 국회의 입법안의 내용으로는 안효대 의원안에서 “인종, 출생지역”을, 김부겸 의원안에서는 “성별, 장애, 병력, 나이, 언어, 출신국가, 출신민족, 인종, 피부색, 출신지역, 용모 등 신체조건, 혼인 여부, 임신 또는 출산, 가족형태 또는 가족상황, 종교, 사상 또는 정치적 의견, 전과(前科), 학력(學歷), 고용형태, 사회적 신분”을, 이종걸 의원의 특가법 개정안에서는 “출신지역, 출신국가, 인종, 사상 또는 정치적 의견”을, 이종걸 의원의 증오범죄 통계법안에서는 “국가나 사회에 대한 불만, 성별·종교·인종 또는 사회적 소수자”를 혐오의 이유로 열거하고 있다.

해외 입법례로는 독일 형법의 경우 “민족, 인종, 종교”를, 영국 공공질서법은 “인종, 종교, 성적지향”을,[27] 캐나다 형법은 “피부색, 인종, 종교, 출신 국가 또는 민족, 연령, 성별, 성적지향, 정신적·신체적 장애”를[28], 덴마크 형법의 경우 “인종, 피부색, 국적, 민족적 배경, 믿음, 성적지향”을[29] 혐오의 이유로 열거하고 있다.

한편 UN의 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약에서는 “민족, 인종, 종교”를,[30] 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약에서는 “인종, 피부색, 종족의 기원”을,[31] 혐오의 이유로 열거하고 있다.

나. 검토

외국의 입법례를 참고하여 우리의 입법을 하고자 할 때 가장 중요한 것 중 하나는 우리나라의 실정에 맞게 규정하는 것일 것이다. 우리의 현실사회에서 가장 빈번하게 일어나고 사회적 문제가 되고 있는 혐오의 이유들부터 찾는 노력이 필요하다.

이를 위해 참고할 만한 조사결과로는 한국형사정책연구원과 국가인권위원회의 조사결

27) Public Order Act 1986, p III·IIIA.
28) Criminal Code, R.S.C., 2019, c. 25, s. 120.
29) Danish Criminal Code, 2005. §266b(1).
30) 시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약 제120조 제2항.
31) 모든 형태의 인종차별철폐에 관한 국제협약 제4조.

과가 있었다. 2017년 한국형사정책연구원의 보고서에 따르면 2016년 1년간 온라인상의 4개 주요 차별사유별 혐오표현 게시물 81,890건 중 여성혐오 관련 게시물이 5만 여건으로 전체 게시물 중 가장 높은 비중을 차지했고 그 다음으로는 성소수자, 장애, 인종관련 혐오게시물 순으로 높은 비중을 차지했다.32) 그러나 이 연구결과는 같은 해 5월에 있었던 강남역 살인사건이후 급격히 여성혐오 게시물이 늘어났던 점을 고려하여 주의해서 해석해야 한다. 그리고 온라인 데이터 추출기준은 여성, 성소수자, 인종, 장애 이렇게 4가지 범주에 한정하여 추출하였다는 점에서 다른 혐오의 이유들에 대한 조사결과가 없다는 한계도 존재한다. 한편 2019년 국가인권위원회의 '2019년 혐오차별 국민인식 조사' 결과에 따르면 대상별 혐오표현 경험 빈도에 따르면, 여성, 성소수자, 이주민, 장애인의 순서로 높은 혐오표현 경험빈도를 보였다.33)

두 개의 조사에서 공통적으로 대상집단으로 삼은 것은 성소수자, 장애인, 여성이고, 차이가 있는 지점은 형사정책연구원의 대상집단에는 인종이 있었고 국가인권위원회의 대상집단에는 이주민이 있었다는 점이다. 그런데 인종과 이주민이라는 집단은 민족주의 정서가 강한 우리나라의 현실을 고려할 때 완전히 다른 집단으로 해석할 것이 아니라 중첩적 요소가 많은 집단으로 해석할 수 있다고 본다.34) 즉 두 개의 조사가 혐오표현의 대상집단으로 설정한 집단들은 거의 유사하다고 볼 수 있다.

우리 형법에서 혐오의 이유를 설정함에 있어 형사정책연구원과 국가인권위원회가 공통적으로 대상집단으로 삼은 성적지향, 장애, 성별의 경우 양쪽의 조사결과 우리사회에서 적지 않은 문제를 일으키고 있고 피해자들이 극심한 고통을 호소하고 있는 점에 비추어 이를 포함해야 한다고 생각한다. 그리고 우리사회가 다문화사회로 들어서고 있고 외국인들에 대한 혐오표현이 이미 사회문제화되어 있기 때문에 이를 혐오의 이유로 포함해야 한다고 본다. 한편 국가인권회가 제시한 이주민 개념은 우리나라에 이주하지 않고 일

32) 박미숙/추지현, 혐오표현의 실태와 대응방안, 한국형사정책연구원, 2017, 95-96면.

33) 한편 2017년 국가인권회의 조사결과에서는 성소수자의 혐오표현 피해 경험율이 가장 높았다. 홍성수 외 8인, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회, 2016, 98,119면 참조. 그리고 2019년 조사결과에서도 여성과 성소수자에 대한 혐오표현 경험빈도는 각각 68.7%와 67.7%로 차이가 거의 없었다. 국가인권위원회, 2019년 혐오차별 국민인식 조사, 국가인권위원회. 2019. 28면 참조.

34) 굳이 차이를 찾자고 한다면 북한출신 이주민들의 경우 형사정책연구원의 대상집단인 인종에 포함되지 않지만 국가인권회의 대상집단인 이주민에는 포함될 수 있다는 점 정도일 것이다.

시적 방문한 외국인들을 포괄하지 못하므로 인종과 민족을 혐오의 이유로 포함하는 것이 타당해 보인다.

정리하자면 본 논문에서는 성적지향, 장애, 성별, 인종, 민족을 혐오의 이유로 제시한다. 이는 독일에서는 포함되는 국적, 종교는 빠진 것이고, 성적지향, 장애, 성별은 포함된 것이다. 독일의 경우 혐오의 이유가 주로 이주민들이 많은 사회 특성상 이에 중점을 두고 규정이 확장되어 왔지만, 우리사회의 경우 위에서 살펴본 바와 같이 현재 성별, 성적지향 등의 이유로 한 차별과 혐오발언의 문제를 중심으로 사회문제화 되어 있다. 이러한 현실을 반영하여 우리 실정에 걸맞는 혐오의 이유를 나름대로 제시하였다. 그리고 캐나다 형법의 혐오선동죄 규정의 혐오의 이유가 여러차례 확장되어 왔던 점을 통해서도 볼 수 있듯이, 혐오의 이유는 급격하게 변화하는 우리사회의 모습을 반영해야 하고, 이를 위해 사회적 상황의 변화에 따라 이를 추가하거나 수정할 수 있다고 본다.[35]

4. 법정형

가. 기존 법률안의 법정형

안효대 의원의 법률안에서는 혐오죄의 법정형을 1년 이하의 징역 또는 1천만원 이하의 벌금형을 규정하고 있었고, 김부겸 의원의 법률안에서는 3년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금형을 규정하고 있었다.

나. 검토

징역형을 기준으로 보면, 안효대의원의 법률안의 1년 이하의 징역형을 법정형으로 정하고 있는 형법전 상의 범죄로는 제106조 국기, 국장의 비방죄, 제122조 직무유기죄, 제145조 범인도주죄, 제192조의 음용수 사용방해죄, 제205조 아편 등의 소지죄, 제221

35) 실제로 혐오표현을 처벌하는 많은 국가들의 법률들이 여러차례의 개정을 거쳐왔다. 예를 들어 독일 형법 제130조의 국민선동죄도 여러차례의 개정을 거쳤고, 캐나다 형법의 혐오의 이유를 열거한 조항도 여러 차례의 개정을 거쳤다. 특히 성적지향의 경우 많은 국가들에서 이를 보호특성으로 추가하는 개정입법이 진행되었는데, 예를 들어 오스트리아의 경우 2012년에, 스위스의 경우 2020년에 성적지향을 보호특성으로 추가하는 형법 개정이 있었다.

조 소인말소죄, 제236조 사문서 부정행사죄, 제243조 음화반포죄, 제244조 음화제조죄, 제245조 공연음란죄, 제269조 낙태죄, 제311조 모욕죄, 제369조 점유이탈물횡령죄, 제364조 업무상과실·중과실죄 등이 있다.

한편 김부겸의원의 법률안에서 규정했던 3년 이하의 징역형을 법정형을 법정형으로 정하고 있는 형법전 상의 범죄로는 제108조 외국사절폭행죄, 제 112조 중립명령위반죄, 제117조 전시공수계약불이행죄, 제118조 공무원자격사칭죄, 제122조 직무유기죄, 제126조 피의사실공표죄, 제129조 제2항 사전수뢰죄, 제132조 알선수뢰죄, 제138조 법정 또는 국회의장 모욕죄, 제158조 장례식등의 방해죄, 제167조 제2항 자기소유 일반물건 방화죄, 제171조 업무상실화·중실화죄, 제179조 제2항 자기소유 일반건조물 일수죄, 제242조 음행매개죄, 제283조 제1항 협박죄, 제309조 제1항 사실적시 출판물 등 명예훼손죄, 제319조 주거침입죄 등이 있다.

독일형법의 경우 독일형법 제130조 제1항의 국민선동행위에 대해서 3월 이상 5년 이하의 자유형에 처한다고 규정하고 있다. 자유형 상한인 5년 이하의 형을 기준으로 보면, 같은 장 공공질서에 대한 죄에 규정된 범죄 중 독일형법 제129조의 범죄단체조직죄(Bildung krimineller Vereinigungen)의 법정형과 동일하다. 우리형법의 경우 형법 제114조 범죄단체 등의 조직죄를 “사형, 무기 또는 장기 4년 이상의 징역에 해당하는 범죄를 목적으로 하는 단체 또는 집단을 조직하거나 이에 가입 또는 그 구성원으로 활동한 사람은 그 목적한 죄에 정한 형으로 처벌한다. 다만, 형을 감경할 수 있다.”고 규정하고 있어 사형까지도 선고가 가능하다.

생각건대 독일과 마찬가지로 우리 혐오표현 형사처벌의 법정형을 범죄단체조직죄의 법정형[36]과 유사하게 규정하는 것은 너무 과한 처벌이 된다는 생각이다. 필자는 혐오표현에 의하여 피해자가 가지게 되는 공포라는 측면을 고려한다면 혐오표현은 명예훼손보다는 협박과 유사한 측면이 있다고 생각한다. 그런 면에서 우리형법 제283조 제1항의 협박죄의 법정형과 동일한 3년 이하의 징역을 규정한 김부겸 의원안이 더 적절하다고 생각한다. 혐오표현죄의 법정형에 대해서는 입법과정에서 좀 더 세밀한 논의를 거쳐야 하겠지만 본 논문에서는 김부겸 의원안의 3년 이하의 법정형을 따르기로 한다. 그리고

36) 필자는 우리형법상의 범죄단체조직죄의 법정형 자체가 너무 과한 것은 아닌지 의심스럽다. 입법자도 과잉처벌의 우려에서 이를 완화하기 위하여 제114조의 단서에서 임의적 감경을 규정한 것으로 보인다.

벌금형은 협박죄의 법정형과 마찬가지로 500만원 이하로 규정하기로 한다.

5. 제안안

이상의 검토를 거쳐 본 논문에서는 혐오표현에 대한 형사처벌규정을 다음과 같이 시론적으로 제안한다.

〈표〉 혐오선동죄 규정 제안안

형법 제114조의 2(혐오선동) 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 다음 각호의 1에 해당하는 행위를 한자는 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처한다. 1. 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하는 행위 2. 제1호의 집단 또는 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 모욕하거나 허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손하는 행위

가. 보호법익 및 보호정도

앞서 검토한 바와 같이 혐오선동죄는 혐오표현을 통한 집단에 대한 차별, 폭력, 증오를 선동함으로써 사회의 불안을 야기함으로써 사회적 안정성을 해치는 행위를 규율하고자 하므로 본 죄의 보호법익을 공공의 평온으로 설정한다.

그리고 본 죄의 보호정도는 추상적 위험범으로서 본 죄의 성립을 위해서는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 행위한 것으로 족하고, 공공의 평온이 교란되는 결과는 물론 교란의 구체적 위험이 발생할 것을 요구하지 않는다.[37]

37) 라바트 행동계획은 ‘임박성을 포함한 가능성’(Likelihood, including imminence) 항목에서 이와 관련하여 설명한다. 표현의 직접적 결과로 위해의 위험이 어느정도 발생되어야 한다고 한다. 즉, 해당 혐오표현이 대상집단을 공격하는 실제의 행위를 일으키는 것에 성공할 합리적 가능성(reasonable probability, begründete Wahrscheinlichkeit)이 있어야 한다고 한다. 이러한 기준은 공공의 평온의 교란의 구체적 위험이 발생할 것을 요구한 것으로 해석될 수 있는데, 이는 본 논문이 제시한 기준보다는 상대적으로 높은 것으로 보인다. “Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights”, United Nations Human Rights Council, A/HRC/22/17/Add.4, 11.

본 조항의 위치는 보호법익을 공공의 평온으로 설정하므로 형법 제5장 공안을 해하는 죄의 장에 위치한다. 한편 제5장의 범죄단체조직죄(제114조), 소요죄(제115조), 다중불해산죄(제116조), 전시공수계약불이행죄(제117조), 공무원자격사칭죄(제118조)의 죄들 중 구성요건과 성질상 혐오선동죄와 특히 유사점이 있는 규정이 있는 것으로 보이지는 않아 불가피하게 제5장 첫 번째 규정인 제114조 뒤인 제114조의2에 혐오선동죄 신설을 제안한다.

나. 객관적 구성요건

(1) 행위의 객체

본죄의 행위의 객체는 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인이다. 여기서의 민족은 다른 집단과 구별되는 몇가지의 문화적 공통사항을 지표로 상호 전통적으로 연결되어 있다고 생각하는 사람들의 집단을 의미하고, 인종은 피부색, 머리색, 체격 등 신체적 특징이 유전적 차이와 더불어 문화적 차이로 인해 구분되는 되는 사람들의 집단을 의미한다. 또한 성별은 남녀의 구별을 의미하고, 성적지향은 개인이 감정적, 성적으로 끌리는 사회적 성적 기호를 의미하며, 마지막으로 장애는 심리적, 정신적, 지적, 인지적, 발달적 혹은 감각적으로 신체적 기능이나 구조에 문제가 있어, 활동을 하는 데 한계가 있거나 삶을 사는 데 방해가 되는 요소들을 의미한다.

그리고 이때의 집단은 단순한 물리적 집합을 의미하는 것이 아니라, 공통되는 표지로 연결되어 이를 통하여 타인과 구별되는 사람들의 집합을 의미한다. 그리고 본 죄의 객체에는 특정된 집단은 물론 이에 소속원인 개인도 포함되는데, 이때 개인은 해당집단에 소속되었음을 이유로 본 죄의 행위의 대상이 되었었어야 한다. 집단은 물론 한 개인도 행위의 대상으로 규정하여 해당 집단에 대한 행위는 물론 그 소속원 개인 1인에 대한 행위를 통해서도 본 죄는 성립할 수 있음을 명확히 한 것이다.

(2) 행위

본 죄의 행위는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에

속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하거나(제1호),[38] 앞의 집단 또는 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 모욕(제2호)[39]하는 것이다.

먼저 제1호의 행위인 차별, 폭력, 증오의 선동의 의미에 대해서 살펴본다. 먼저 차별을 선동하는 행위는 기본적으로 평등한 지위를 가진 집단을 불평등하게 대우하도록 하여, 피해집단과 그 구성원을 사회적으로 격리시키려는 행위를 의미하며, 폭력을 선동하는 행위는 피해집단과 그 구성원에 대한 공격행위 등의 불법한 방법으로 행사되는 물리적 강제력을 행사하도록 하는 행위를 의미한다. 구체적으로는 같은 장의 형법 제115조 소요죄의 폭행의 의미와 마찬가지로 최광의의 폭행, 즉 사람 또는 물건에 대한 모든 종류의 유형력 행사를 의미한다. 그리고 증오를 선동하는 행위는 감정적 측면은 물론 이성적 측면에서의 영향도 포함되며, 이 때의 영향은 상대방으로 하여금 단순한 거부나 경멸을 하도록 하는 것에 그치지 않고 피해자들에 대하여 적대적 태도를 갖도록 하는 것을 의미한다. 이와 같이 본 죄의 행위인 선동은 차별, 폭력, 증오를 단순히 지원하거나 지지하는 단계를 넘어서서 적극적으로 이러한 행동을 하도록 마음먹도록 하기 위한 행위를 의미한다.

그리고 제2호의 죄의 행위인 모욕은 모욕죄의 모욕행위와는 그 의미가 다르다. 즉 여기서의 모욕은 그 내용이나 형식상 모욕죄의 모욕보다 더 침해적이고 경멸적 표현을 의미한다. 제1호의 차별, 폭력, 증오의 선동행위와 같은 법정형으로 처벌하므로 그에 상응하는 정도의 불법이 요구된다. 즉, 단순하게 개인의 명예를 훼손하는 모욕이 아니라 공공의 평온을 해하기에 적합한 해악적 표현일 것을 요구한다. 또한 '허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손'하는 행위는 의도적으로 대상집단의 명예를 훼손하기 위하여 진실이 아닌 사실을 의도적으로 주장하는 것을 의미한다.

---

38) 독일형법 제130조 제1항 제1호의 규정과 달리 '폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 행위'는 제안안의 '차별, 폭력, 증오를 선동하는 행위'에 충분히 포섭될 수 있다고 보아 행위태양에서 삭제하였다. 독일형법 제 130조 제1항의 경우 '증오심을 선동하는 경우'와 '폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 행위'를 규정하고 있어 후자가 전자에 포섭되지 않을 수 있지만, 제안안의 경우 차별과 폭력의 선동도 포함하고 있으므로 별도로 폭력적 또는 자의적 조치를 촉구하는 행위를 함께 규정하지 않았다.

39) 제안안에서는 독일형법 제130조 제1항 제2호의 행위와 달리 '악의로 비방'하는 행위를 별도로 규정하지 않았다. 먼저 '악의로 비방'하는 행위 자체가 '모욕'행위와 실질적으로 구별이 힘들다는 비판이 독일학계에서도 제기되고 있고(S/S-Sternberg-Lieben, §130 Rn. 5d) 개인적 의견도 이와 같아 별도로 규정하지 않았다.

그리고 본죄의 선동과 모욕 그리고 명예훼손이 인정되는지 여부에 대한 판단은 구체적 상황에 비추어 라바트 행동계획에서 제시한 기준과 같이 화자(speaker)의 지위, 발언의 맥락(Context), 발언자의 의도(intent), 발언의 내용과 형태(content and form), 발언의 파급정도(Extent of the speech act) 등을 고려하여 판단해야 할 것이다.

한편 제1호의 선동과 제2호의 모욕과 명예훼손행위는 그 방법이 공공의 평온을 교란하기에 적합하여야 한다. 이 때 공공의 평온은 일반적 법적 안정성이 유지되며, 국민들의 평화로운 공존상태가 계속되는 것을 의미한다. 즉, 본 죄의 선동과 모욕행위는 이러한 평화로운 공존상태를 해치기에 적합한 방법으로 행하여져야 한다.

다. 주관적 구성요건

본 죄의 성립을 위해서 주관적 구성요건으로 고의가 필요하다. 행위자는 행위 당시 본 죄의 객관적 구성요건에 대한 인식과 의사를 가지고 있었어야 하며, 원칙적으로 이는 미필적 고의로 족하다. 다만 제1호의 선동의 경우 선동에 대한 행위자의 고의는 확정적 고의여야 한다.[40)]

한편 본 죄의 성립을 위해서 공공의 평온을 해할 목적을 요하는 것은 아니다. 즉 행위자는 자신의 행위가 공공의 평온을 교란하기에 적합하다는 사실에 대한 고의만 인정되면 본 죄는 성립하는 것이고, 더 나아가 행위자가 행위 당시 공공의 평온을 해하겠다는 목적을 가지고 행위하였어야 본 죄가 성립하는 것은 아니다.

라. 위법성

우선 명예훼손죄에 관한 형법 제310조의 위법성조각사유의 적용여부를 고려해볼 수 있다. 그러나 형법 제310조의 위법성조각사유는 사실적시 명예훼손행위에 적용되는 것이고 그 행위가 오로지 공익에 관한 것이어야 한다는 점에서 본 죄에는 적용될 수 없다.

40) 라바트 행동계획에서 제시한 지침에서 이를 '의도'(intent)항목에서 이에 대하여 설명하고 있는데, 제안안과 유사한 내용이다. 즉 형사처벌이 가능한 혐오표현은 증오심의 고취나 선동을 의도해야 하는데, 이 때 의도는 단순한 과실(Negligence, Fahrlässigkeit)만으로는 불충분하다고 한다. "Annual report of the United Nations High Commissioner for Human Rights", United Nations Human Rights Council, A/HRC/22/17/Add.4, 11.

앞서 설명했듯이 제안안의 제2호의 모욕행위는 형법 제311조의 모욕행위보다 협의의 개념으로 다르고, 무엇보다 형법 제310조 자체가 모욕죄에 대해서는 적용되지 않는다. 또한 혐오선동행위의 해악적 측면을 고려할 때 공공의 이익을 추구한다고도 볼 수 없다.

한편 형법 제20조 이하의 일반적 위법성조각사유, 특히 제20조의 정당행위의 적용 가능성과 관련하여서는 학술활동, 언론보도, 예술활동 등의 영역에서 구체적 사정을 고려하여 적용할 여지가 있다고 본다.

마. 경합관계

본 조 제1호와 제2호의 행위가 특정 집단 자체 하나만을 상대로 행하여진 경우 하나의 죄가 성립한다. 반면에 개인을 상대로 행해진 경우 본 죄의 보호법익은 피해자의 명예 내지 인격을 포함하므로, 피해자의 수만큼 죄가 성립하며, 이 때 하나의 행위로 이루어진 경우에는 죄들은 상상적 경합관계에 있고, 별개의 행위로 이루어진 경우에는 실체적 경합관계에 있다.

본 조 제1호의 행위가 동시에 제2호의 구성요건을 충족하는 경우에는 양죄는 행위의 구성요건이 상이하므로 각 죄를 구성하지만, 모욕행위를 함으로써 차별, 폭력을 선동을 하는 경우 등과 같이 행위의 주요부분이 동일한 경우에는 양죄는 상상적 경합관계에 있다.

한편 개인에 대하여 제2호의 행위를 함으로써 형법상의 모욕죄와 허위사실적시 명예훼손죄의 구성요건을 함께 충족한 경우에는 제2호의 죄와 모욕죄 등의 보호법익이 상이하고 구성요건도 차이가 있어 제2호의 위반죄에 모욕죄 또는 허위사실적시명예훼손죄가 포섭된다고 보기는 힘드므로 각 죄를 구성하며, 이 때 각 죄는 주요행위가 동일하므로 상상적경합관계에 있다.

Ⅴ. 나가며

혐오표현의 법적 규제의 필요성 특히 형사제재의 필요성 등의 논의는 구체적 입법안에 대한 논의에 앞서 전제되어야 함은 당연하다. 그리고 형법의 보충성에 비추어 형벌을

신설하는 형사입법은 매우 신중하게 이루어져야 한다. 그런데 이번 5·18 특별법 개정을 통한 5·18 역사부정죄 신설과 같이 학계 특히 형사법학계의 논의가 있기는 하였지만 그렇게 활발하지 않았던 사이에 실제 입법이 앞서는 일은 앞으로도 발생가능할 것으로 본다. 이러한 측면에서 일반적 혐오선동에 대한 형사제재의 필요성에 대한 논의와 동시에 구체적 입법안에 대한 검토와 대안제시도 시기상조가 아니라고 볼 수도 있다.

혐오표현 규제에 대한 지금까지 있었던 학계와 국회에서 제시되었던 제안 중에서는 혐오표현 형사처벌을 위한 우리 국회의 기존 입법안에 대해서는 안효대의원안의 경우 혐오표현 규제에 대한 논의가 성숙하기 이전에 제안되었다는 한계가 있어서 혐오의 이유는 물론 행위를 규정한 문언이 명확성의 원칙에 어긋날 수 있다는 점이, 김부겸의원안의 경우 행정권의 개입근거를 마련한 법규정과 함께 규정되면서 혐오의 이유를 지나치게 광범위하게 규정하고 있었던 점 등이 문제로 지적될 수 있었다.

그리고 학계의 논의에 대해서는 검토한 결과 구체적 입법안을 제시한 연구는 발견할 수 없었다. 이에 본 연구에서는 이상의 논의에 대한 검토를 거쳐 우리 형법 제114조의 2에 혐오선동죄를 신설할 것을 시론적으로 제안하였다. 이때 보호법익은 혐오선동죄는 혐오표현을 통한 집단에 대한 차별, 폭력, 증오를 선동함으로써 사회의 불안을 야기함으로써 사회적 안정성을 해치는 행위를 규율하고자 하므로 본 죄의 보호법익을 공공의 평온으로 설정하였다. 그리고 제안된 혐오선동죄는 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 민족, 인종, 성별, 성적지향, 장애에 의하여 특정되는 집단 또는 이에 소속된 개인에 대하여 위와 같은 집단에 속함을 이유로 차별, 폭력, 증오를 선동하거나 모욕하거나 허위사실 적시에 의하여 명예를 훼손한 자를 3년 이하의 징역, 500만원 이하의 벌금에 처하는 것을 그 내용으로 한다.

참고문헌

〈국내문헌〉

김대휘/김신, 주석 형법: 각칙. 4, §269-§312, 제5판, 韓國司法行政學會, 2017.

김재윤, "5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안", 법학논총 제35권 제2호, 전남대학교 법학연구소, 2015.

김지혜, "차별선동의 규제 - 혐오표현에 관한 국제법적·비교법적 검토를 중심으로 -", 법조 제64권 제9호, 법조협회, 2015.

박승호, "혐오표현의 개념과 규제방법", 법학논총 제31권 제3호, 국민대학교 법학연구소, 2019.

박용숙, "혐오표현에 대한 규제방법의 모색을 위한 시론적 연구", 법학논총 제38권 제2호, 전남대 법학연구소, 2018.

박해영, "혐오표현(hate speech)에 관한 헌법적 고찰", 공법학연구 제16권 제3호, 한국비교공법학회, 2016.

신동운, 형법각론, 제2판, 법문사, 2017.

오영근, 형법각론, 제4판, 박영사, 2017.

윤성옥, "혐오표현 규제와 법적 쟁점에 관한 연구", 미디어와 인격권 제5권 제1호, 언론중재위원회, 2019.

이승현, 혐오표현에 대한 헌법적 고찰, 박사학위논문, 연세대학교, 2015.

이영희/이재진, '집단표시에 의한 모욕죄'와 혐오표현, 언론과 법 제19권 제1호, 한국언론법학회, 2020.

이재상/장영민/강동범, 형법각론, 제10판, 박영사, 2016.

임중호, "특정범죄 가중처벌 등에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고", 법제사법위원회, 2014.

최란, "현행법상 혐오표현의 규제, 특히 명예에 관한 죄 적용 가능성을 중심으로", 미디어와 인격권 제4권 제2호, 언론중재위원회, 2018.

문덕민, "혐오표현에 대한 형사법적 대응방안으로써 혐오선동죄의 신설에 관한 연구",

박사학위논문, 연세대학교 일반대학원, 2020.
박미숙/추지현, 혐오표현의 실태와 대응방안, 한국형사정책연구원, 2017.
한상훈/안성조, 형법개론, 제2판, 정독, 2020.
홍성수, 말이 칼이 될 때, 어크로스, 2018.
홍성수, “역사부정죄의 정당성 근거 - 한국 역사부정죄 법안에 대한 비판적 검토 -”, 법학논총 제39권 제1호, 전남대학교 법학연구소, 2019.
홍성수 외 8인, 혐오표현 실태조사 및 규제방안 연구, 국가인권위원회, 2016.
국가인권위원회, 혐오표현(hate speech) 리포트, 국가인권위원회, 2019.
국가인권위원회, 2019년 혐오차별 국민인식 조사, 국가인권위원회, 2019.

〈국외문헌〉

Gerhard Simson/Friedrich Geerds, Straftaten gegen die Person und Sittlichkeitsdelikte in rechtsvergleichender Sicht, C.H. Beck, 1969.
Joecks/Miebach, Münchener Kommentar zum StGB, 3. Auflage C.H. Beck, 2017(MK-저자).
Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch Kommentar, 29. Auflage, C.H. Beck, 2018 (Lackner/Kühl).
Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 30. Aufl. C.H. Beck, 2019.(S/S-저자).
山口厚, 刑法各論, 第2版, 有斐閣, 2010.

A Study on the Criminal Law Improvement Measures for Hate Speech

Moon, Deok Min*

The necessity of legal regulations on the hate speech, particulary criminal sanctions, should be discussed in advance of the debate about its specific legislations.

The crime of defamation is similar to hate speech that it is a crime that can meet the constituent elements only through languages, not through physical activities. The crime of defamation and hate speech are clearly distinguished in terms of protection legal interests and history. Like this, defamation and hate speech look similar in appearance, but have different personalities. There is, therefore, no reason why we cannot claim the regulation of hate speech just because we insist on the easing or abolition of the punishment for defamation.

It is difficult to effectively regulate hate speech only by the punishment regulations for defamation and insult in our criminal law. When it is desired, thus, to criminally regulate hate speech, it is inevitable to establish a new law that regulates hate expression as a way to do this.

Among the proposals that have been proposed by the academia and the National Assembly on the regulation of hate speech, as regards the proposal of Congressman Ahn Hyo-dae, there is a limitation that the discussion on the regulation of hate speech was proposed before maturity in the community(society), which is problematic in that not only the reason for hate but also the words defining the behavior may violate the principle of clarity. In the case of the proposal of Rep. Kim Bu-gyeom's proposal, it could be pointed out that the reason for hate was defined too broadly because the reason for hate was stipulated along with the legal

* Lecturer, Yonsei University, Ph.D. in Law.

regulations that established the basis for the intervention of the administrative authority.

As a result of reviewing the discussions of the academic community, no studies were found that suggested specific legislation. In response, this study proposes to establish a crime of hate incitement in Article 114-2 of the Korean Criminal Code after reviewing the above discussions. The protective interest of the regulation is set in the public peace. This is because hate inciting crimes seek to discipline acts that harm social stability by inciting discrimination, violence, and hatred against groups through hate speech.

❖ key words: hate speech, defamation, insult, public peace, freedom of expression, incitement to hatred

투고일 : 5월 29일 / 심사일 : 6월 24일 / 게재확정일 : 6월 24일