

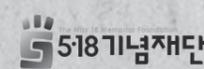
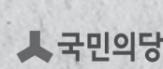
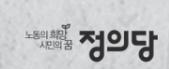
The May 18 Memorial Foundation

5·18왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회

날짜 2016. 7. 22(금) 14:00~17:00

장소 국회 의원회관 제1소회의실

주최 / 5·18역사왜곡대책위원회, 더불어민주당, 국민의당, 정의당
주관 / 5·18기념재단, 이개호 의원실, 최경환 의원실, 윤소하 의원실

 5·18기념재단  더불어민주당  국민의당  정의당

제목

국민토론회의 성공을 위해 자리를 가득 메워 주신 내빈 여러분.

5·18법률안의 개정을 위해 불철주야 노력해 주시는 대한민국 국회의원 여러분.

1980년 5월 27일, 신군부는 과잉진압을 사과하고 연행 구속자들을 석방하라는 광주시민들의 요구를 무시하고 참혹한 진압을 선택했습니다. 그리고 대규모의 연행과 군·경 합동수사단의 수사를 통해 광주시민항쟁을 간첩들의 준동에 의한 폭동으로 조작하려다가 여건이 어렵게 되자 결국 김대중 전 대통령의 사주에 의한 내란으로 조작하였습니다.

5·18 이후로 대한민국 정부와 국회, 그리고 사법부는 다섯 차례에 걸쳐 청문회와 재조사를 반복하였습니다. 85년 국방부 재조사, 88년 국회 청문회, 95년 검찰 및 국방부 조사, 96~97년 대법원의 5·18 재심, 2007년 국방부 과거사 진상조사위원회 활동이 그것입니다.

이러한 조사결과로 1990년 8월 6일 대한민국 국회는 ‘5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률’을 제정하였고, 1995년에는 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법’을, 2002년에는 ‘5·18민주유공자 예우에 관한 법률’을 제정하였습니다.

그러나 남북 대결 분위기에 편승한 선동가들이 민주주의의 가치를 부인하는 책동을 전개하고 있습니다. 그들은 우리 입법부가 법률로 제정한 ‘민주화운동’을 폭동이라 공격하며, 내

란목적살해 행위로 처벌한 자들을 공공연히 비호하고, 5·18은 민주화운동이 아니라 북한 특수군이 내려와 저지른 짓이라고 허위사실을 광범하게 유포함으로써, 오월영령들을 조롱하고 있습니다.

지금 각 정당에서는 이번에 5·18관련 법률의 일부 개정안의 발의를 준비하고 있습니다. 우리 광주광역시 5·18역사왜곡대책위원회는 국회의 노력에 지지와 성원을 보냅니다. 협조해 주신 의원님들을 반드시 기억하겠습니다.

우리는 우리나라의 민주주의를 위해 먼저가신 선열들과 망월묘역에 계신 5·18영령들이 국가의 정통성을 부인한 쿠데타 군인들의 살육에 맞서 피로 이룩한 5·18민주화운동의 고귀한 가치를 기억하고, 행동으로 단호히 지키겠습니다.

역사왜곡은 처벌되어야 하며, 마땅히 제재를 받아야 합니다.

2016년 7월 22일

광주광역시 5·18역사왜곡대책위원회를 대표하여
광주NGO시민재단 이사장 정구선

제목



김종인 국회의원
(더불어민주당
비상대책위원회 대표)

반갑습니다. 더불어민주당 비상대책위원회 대표 김종인입니다.

5·18역사왜곡대책위원회가 주최하고 5·18기념재단과 이계호·최경환·윤소하 의원이 공동 주관하는 「5·18 왜곡행위 처벌을 위한 법률개정 국민토론회」를 진심으로 뜻 깊게 생각합니다. 아울러 함께해주신 내외 귀빈 여러분과 시민 여러분께 깊은 감사의 말씀을 전합니다.

5·18 민주화 운동은 대한민국 민주주의의 살아있는 역사입니다.

5·18 민주화 운동은 3·1 독립운동과 4·19 혁명을 이은 자랑스러운 역사로, 지난 세기 민주사회를 여는 시금석이었습니다. 5·18 민주화 운동을 기점으로 자유, 인권, 평등, 평화는 그 누구도 부정할 수 없는 대한민국의 기본 가치가 되었습니다. 이제 우리 사회는 5·18 민주화 운동의 정신을 받들어 정치민주화와 경제민주화를 함께 이루기 위한 방향으로 나아가야 할 것입니다.

올바른 역사 인식을 가르치고 배우는 것은 후손들의 당연한 책무입니다.

그런데 36년의 역사가 흐른 지금에도 그 역사를 왜곡하고 폄하하는 잘못된 행위가 계속

되고 있습니다. 물론, 표현의 자유는 헌법에서 보장하고 있는 국민의 기본권입니다. 그러나 사회 구성원에게 상처를 주고 공동체에 해악을 끼치는 반사회적인 언행까지 자유라는 이름으로 용인될 수는 없습니다. 최소한의 인간존엄과 상호존중조차 저버린 언행들을 표현의 자유라고 방치하는 것은 옳지 못한 일입니다. 실제로도 독일에서는 ‘유태인 학살’에 대한 부정을 범죄로 규정하고 있습니다.

우리당은 광주정신을 받들어 민주주의와 인권이 꽃피는 사회를 만들 것입니다.

오늘 토론회에서도 5·18 민주화 운동에 대한 역사 왜곡을 방지하고 올바른 역사 인식을 이어가기 위한 법·제도적 방안들이 심도 있게 논의될 수 있길 기대합니다. 주제발표를 해주실 독일 훔볼트대학 잔트킬러 교수님과 건국대 이재승 교수님, 전남대 김재윤 교수님을 비롯하여 토론자로 참여해주신 각계 전문가 여러분께 깊이 감사드립니다.

함께하신 모든 분들, 고맙습니다.

2016년 7월 22일

제목



박지원 국회의원
(국민의당 비대위원장)

안녕하십니까? 국민의당 비대위원장 박지원입니다.

「5·18 왜곡행위 처벌을 위한 법률개정 국민토론회」개최를 진심으로 축하드리며 참석하신 모든 분들을 환영합니다. 특히 오늘 토론회를 주최하신 5·18기념재단 여러분 그리고 토론회를 주관하신 이개호·최경환·윤소하 의원님께도 감사의 말씀을 드립니다.

5·18 민주화운동은 우리나라의 운명을 바꾼 사건이고 국민의 자랑입니다. 또한 민주주의에 대한 확고한 신념을 가진 시민들이 주도한 민주혁명·시민 혁명으로 국제적으로도 크게 인정받고 있습니다.

그러나 최근 5·18민주화운동 정신인 민주주의가 크게 위협받고 있습니다. 저는 지난 5·13 청와대 회동에서 입을 위한 행진곡 제창을 대통령에게 간곡하게 부탁했고 이에 대한 긍정적 답변도 받았습니다. 그러나 정부는 ‘문제처장’ 박승춘 보훈처장을 앞세워 불허하였습니다. 또한 5·18민주화운동을 폄훼하는 일부사람들로 인해 국민통합이 저해되고 사회적 갈등이 심화되고 있습니다.

국민의당은 제가 20대 국회 개인 1호 법안으로 대표 발의한 5·18민주화운동 특별법 개정

안을 소속의원 38명 전원 참여하여 당론으로 채택하였습니다. 개정안은 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 처벌하고 입을 위한 행진곡을 기념곡으로 지정, 제창하게 하는 것을 주요내용으로 하고 있습니다.

앞으로도 저와 국민의당은 5·18 광주정신인 민주주의와 서민경제, 남북관계 발전을 위해 최선을 다하겠습니다는 것을 약속드립니다.

오늘 토론회가 5·18민주화운동에 대한 폄훼행위가 근절되는 시발점이 되기를 기대하고 광주정신을 발전시킬 수 있는 제도적 방안들이 활발히 논의되는 귀한 시간이 되기를 희망합니다. 다시 한번 참석하신 모든 분들께 감사의 말씀을 드립니다.

감사합니다.

2016년 7월 22일

제목



심상정 국회의원
(정의당 상임대표)

반갑습니다. 정의당 상임대표 심상정입니다. 먼저 이번 토론회를 준비하신 5·18역사왜곡대책위원회를 비롯한 주최측에 감사와 격려인사부터 드립니다. 진정한 민주사회의 의미를 새겨보게 만드는 매우 뜻 깊은 자리가 마련된 것 같습니다.

5·18민주화운동은 그저 흘러버린 과거의 단순한 사건이 아닙니다. 그것은 민주시민의 결연한 의지를 보여주는 하나의 표상처럼 자리 잡은 역사적 사건입니다. 지금 우리가 누리는 자유와 번영은 1980년 5월 광주에 숭고한 희생에 크게 빚진 것입니다. 불의와 폭력에 연대와 사랑으로 맞섰던 오월정신은 우리의 자랑스러운 현대사입니다.

그런데 5·18민주화운동을 불온하고 불순한 것으로 왜곡·편향하는 일부 몰지각한 사람이 있는 것 같습니다. 대다수 국민이 오월영령의 영전에 존경과 감사로 헌사를 바칠 때 몇몇 극우인사를 중심으로 여론을 오도하는 세력이 있습니다. 아마도 민주주의를 지지하는 사람이라면 누구나 깊은 분노를 느낄 것입니다.

표현의 자유를 폭넓게 지지하는 서구에서도 나치를 옹호하는 발언에 대해서는 가차 없는 제재를 가하고 있습니다. 개인의 의사와 자유가 아무리 소중해도 지켜야 할 선이란 게 있기

때문입니다.

80년 광주로부터 36년이 흘렀습니다. 민주주의 축소가 대한민국의 방향이 될 수는 없습니다. 비뚤어진 역사의식과 민주주의관을 개인의 취향 문제로 치부해도 좋을지, 표현의 자유라는 이름으로 민주주의 퇴행까지 방치해도 좋을지 오늘 토론회를 통해 여러 전문가분들께서 명쾌하게 짚어주실 것으로 기대합니다.

사실 정답은 나와 있다고 생각합니다. 현대사를 그릇된 방향으로 지우려는 시도는 결코 용인될 수 없습니다. 이것은 진보 보수의 이념 문제가 아니라 '정의'에 관한 문제입니다.

저희 정의당은 오월정신을 적극적으로 계승하는 데 앞장설 것입니다. 오월 영령이 피로 얻은 민주주의와 인권을 지키고 키워나가는 데 최선을 다할 것입니다. 그 출발점으로 우선은 국회에 제출돼 있는 5·18관련법이 통과될 수 있도록 역할을 다하겠습니다.

다시 한번 이번 토론회 개최에 애써주신 모든 분에게 감사와 격려 말씀 드립니다.

고맙습니다.

2016년 7월 22일

순서

	시간	분	내용	진행
개회	14:00	5	개회	사회 : 김양래 (5·18기념재단 상임이사)
	14:05	5	개회사	정구선 이사장 (광주 NGO시민재단)
	14:10	20	격려사	각 당 대표
좌 장 : 방송통신대학교 법학과 최정학 교수				
1부	14:30	30	[발표1] 독일의 나치청산과 입법의 사회적 배경	잔트퀼러 교수 (독일 훔볼트대학교) - 통역
	15:00	20	[발표2] 역사왜곡, 부인행위의 처벌과 표현의 자유	이재승 교수 건국대 법학전문대학원
	15:20	20	[발표3] 5·18왜곡행위에 대한 형사법적 처벌의 방향	김재윤 교수 전남대 법학전문대학원
[휴식 15:40~16:00]				
2부	16:00	40	[토론] 각계의 의견과 발언 -민주사회를 위한 변호사모임 박갑주 변호사 -민주언론시민연합 김서중 성공회대학교 교수 -인권연대 오창익 사무국장 -광주시민사회단체 공진성 조선대학교 교수	
	16:40	20	종합토론	
폐회	17:00			폐회

차례

1부

발 표1 : 독일의 나치청산과 입법의 사회적 배경	19
잔트퀼러 교수 (독일 훔볼트대학교)	
발 표2 : 역사왜곡, 부인행위의 처벌과 표현의 자유	35
이재승 교수 (건국대 법학전문대학원)	
발 표3 : 5·18왜곡행위에 대한 형사법적 처벌의 방향	67
김재윤 교수 (전남대 법학전문대학원)	

2부

각계의 의견과 발언	
토 론1 : 5·18민주화운동 부인·왜곡행위 형사처벌 법률에 대한 의견	85
박갑주 변호사 (민주사회를 위한 변호사모임)	
토 론2 : 5·18 왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회 토론문	90
김서중 성공회대학교 교수 (민주언론시민연합)	
토 론3 : 반 인도 범죄와 표현의 자유	96
오창익 사무국장 (인권연대)	
토 론4 :	
공진성 조선대학교 교수 (광주시민사회단체)	

종합토론



The May 18
Memorial Foundation

01

Historical Truth and the Criminal
Code: Some Remarks on the
German Case

Professor Dr. Thomas Sandkühler,
Department of History, Humboldt University, Berlin, Germany

5 · 18 왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회

01

Historical Truth and the Criminal Code : Some Remarks on the German Case

Communication Delivered at the Debate on Amendment of May 18 Related Bills, National Assembly of the Republic of Korea, Seoul, July 22, 2016

Mr./ Mrs. Chairman, Members of Parliament, Ladies and Gentlemen,

I feel deeply honored by your request to share some of my ideas and findings with this distinguished audience. I appreciate very much your invitation to contribute to this important debate and therefore want to express my gratitude in the first place.

I was asked to deliver an opinion on the aims and outcomes of the attempt of the German federal legislator to prevent the spread of Neo-Nazism and Genocide denial. Although I'm not an expert in Korean history and politics I do sense that besides and beyond this rather complicated matter some general and comparative observations should be made. Therefore I will not limit myself to Germany but want to also address some of the issues of Korean remembrance politics.

My opinion will address the following questions:

1. What is historical truth and why is it endangered?
2. Does the judiciary provide suitable measures to protect the historical truth?
3. What is the difference between the distortion of historical facts and the ever-ongoing superposition of history by memory?

1. Historical truth can be described in different ways. It comprises the facts of past events that can be extracted from the sources as well as their retrospective interpretation. Interpretations of historical events can be one-sided, for example because of a selective use of the facts at hand; they can be distorted for ideological reasons; they can inherit questionable judgements. But if the facts, the basic prerequisite of both history and remembrance, are denied interpretations will inevitably fail because their viewpoints are not measured to the accounts of past experience.

Unlike a general expectation of the public that truth will prevail, once the facts are established by historical research efforts, truth is indeed endangered by political interventions of those who are supposedly or in fact burdened by responsibility and guilt for wrongdoings of the past, by the passing of time and the corresponding loss of fresh remembrance, by legends about certain groups who claim to have been decisive for the course of past events, and so forth.

In the case of the Gwangju massacre of May 1980 the facts are well documented by a number of different sources, from copies of cables between the RKO government and the U. S. embassy as well as between the embassy and the Carter administration, by a large number of eyewitness accounts as well as photos and footage taken in the city during the days of the uprising. It seems, however, that this truth was threatened from the beginning by the intention of the U. S. government to disguise its consent with the employment of troops for the crushing of the growing protest movement, by the intention of later RKO administrations to disguise North Korean affiliations of the protesters, by the intention of South Korean policy-makers to rely on the heritage of May 18 as part of legitimization policies. Besides that it is my impression that the Kwangju massacre is particularly

remembered in Korean politics because it covers other painful chapters of Korean history, for example the large quantity of civilians who fell victim to massacres against non-combatants during the traumatic Korean War.

The requirement to protect the truth from distortion stems from the ethics of history and the quest for objectivity in science. It also stems from the respect for the victims of this tragedy whose memory demands sincerity and moral integrity. Every effort to safeguard knowledge and transmission of the truth, how painful it may be, deserves the support of the Korean society.

2. Conscious ignorance of historical facts and/ or their distortion are universal phenomena. In general the temptation to avoid or deny history grows to the extent that the events at stake generate feelings of pain and shame. Germany after World War II is an important example for this rule. I will try to illustrate this by some insights into the anti-Nazi legislation of my country.

In German criminal law “incitement of the people“, *Volksverhetzung* in German, extends to the denial of crimes of Genocide committed by the Nazi regime. Article 130 of the Criminal Code is directed against the allegation that no Jews had been murdered in Auschwitz and other death camps. This allegation is coined “the Auschwitz lie”, although this very term originates in the attempt of a former SS officer to ‘prove’ that Auschwitz was not a murderous place. Denial of the Holocaust only since the year of 1993 has been prosecuted as a criminal offense. The Constitutional Court of the Federal Republic had unmistakably decided shortly before that denial of the Holocaust was not the expression of an opinion but a “factual claim” that had been proven “untrue” by the evidence and consistent results of historical research. The Constitutional Court thus protected the human dignity of the victims and survivors of Nazi crimes against humanity. A former version of Article 130, implemented in 1960, had already invoked Article 1 of the German Constitution (Grundgesetz) of 1949: “Human dignity is inviolable”. Just as the founding fathers of the Federal Republic had drawn consequences from the dehumanizing practices of Nazi politics and warfare, the Federal Parliament penalized offenses against the “human dignity” of others by the incitement of hatred against “parts of the society”, by calling

to violent or arbitrary measures against them, or by the malicious defamation of these people.

The legal history of Article 130 is a mirror of the way the German society dealt with the Nazi past. Until 1960 it had become clear that antisemitism had survived the end of the Nazi regime, which was likewise neglected in school teaching. The amendment of a new number 3 to Article 130 in 1993 reflected the rise of neo-Nazism after the German unification. This provision made direct reference to the 1948 Convention for the Prevention of Genocide of the United Nations, which had been implemented as binding law into the German judiciary much earlier.

A number of other states have issued similar legal provisions against Holocaust denial as an ex-officio crime. In Austria convicts can even go to jail as long as twenty years, compared to a maximum of five years in Germany. One of the most prominent deniers of the Holocaust, the former British historian David Irving, lost a London court dispute with U. S. historian Deborah Lipstadt who he had sued for defamation and other offenses. The judgement ruled in 2000 that Irving was indeed an extreme right-wing Pro-Nazi, an anti-Semite and a racist who fostered Neo-Nazism in close cooperation with other people of his beliefs. The importance of the Irving-Lipstadt case however doesn't lie in the unmasking of the plaintiff but in the fact that a court had examined the Holocaust on the basis of historical evidence and consequently refuted Irving's claims that Auschwitz was not a death camp as deliberate ignorance of the historical facts.

Holocaust denial nowadays serves not just as a means of anti-Semitic propaganda. Rather it links together the different factions of Neo-Nazism throughout Europe. They share the belief that the States of the European Union are dictatorships maintained by both public lies about the fate of the Jews in the Nazi era and oppression of dissenting opinions through criminal prosecution. The psychological function of these shared beliefs is to view oneself and one's peers as victims of an ominous conspiracy of the elites and State authorities against the German nation. It is clear enough that this is an unholy tradition of German political thought that once led to the rise of Hitler's party.

Number 3 of Article 130 was never uncontroversial. Historians disputed the need for such a law. The core of this provision, some of them argued, establishes a right of defense of the State against the disturbance of the peace under law by disparaging communication. If, as the Constitutional Court has put it, the factual falseness of Holocaust denial has long been proven, why should the State interfere in such a way that this "truth" is protected against its enemies and a certain "untrue" view of history is oppressed? Other historians, to be sure, defended the requirement of this reform and emphasized its political benefits. The majority of German legal scholars justify restrictions of the freedom of opinion imposed by the law against public incitement since this law protects the constitution against Neo-Nazi offenses, including the freedom of opinion invoked by Holocaust deniers.

According to a recent report of the Federal Anti-Criminal Office (*Bundeskriminalamt*, comparable to the Federal Bureau of Investigation in the United States) law enforcement agencies recorded about 2000 offenses of instigation of the people in the year of 2014. Compared to a total of more than two million criminal offenses this number is extremely slight. The number of verdicts is even smaller because not every judicial inquiry ends up in trial. If or if not massive crimes under Nazi rule are approved, justified or glorified by an individual defendant is carefully examined by the criminal courts. These proceedings have a symbolic meaning. For example Horst Mahler, a German attorney who at the end of the 1960s co-founded the left-wing terrorist group Red Army Fraction (Rote Armee Fraktion) has become the mastermind of the extreme right-wing National Democratic Party (NPD) in the meantime. Mahler was sentenced for instigation and insulting statements several times. Mahler tried to utilize court proceedings for his propaganda. At the beginning of 2009 he denounced himself for instigation and denied the Holocaust in court. "I'm sitting here because I want to sit here," Mahler proclaimed. Since then he has been serving a twelve-year prison sentence. The judiciary won't change people like Mahler, but it justly protects the public against them.

Some critics argue that the German judiciary should crackdown on Nazi propaganda much sharper. The Internet, a channel for Nazi propaganda since decades, has turned to

a battlefield of populist hatred and distortion recently. The German Ministry of Justice has made some efforts towards providers in the United States have them effectively monitored and erased hatred messages. But the opportunities to control the global traffic of data and assertions by national laws are limited. Article 130 may thus have become a blunt sword in the fight against extremist propaganda. The “criminalization” of Holocaust denial doesn’t affect the educational practices of German memorials. They do however try to prevent the spread of Neo-Nazism by constantly discussing the strategies of Holocaust deniers and disapproving them through an investigation of the historical facts.

I’m not convinced that the protection of the historical truth about May 1980 against distortion and public lies must or should be justified in a similar way as in Germany. The Gwangju massacre was not an act of Genocide like the Holocaust. The attempt to equal both of these crimes would inevitably lead to either the downplaying of Auschwitz or to the substitution of historical remembrance by the politics of history. To be sure, I do think that the law constitutes the final resort against the politically conscious distortion of historical facts and the blaming of victims. But I don’t think that the Republic of Korea depends on a comparison with Germany in that respect. Likewise it seems at least a subject for debate whether the German Article 130 may serve as a role model for Korean legislation and politics.

3. It should be noted that the allegation to have “incited the people“ can be used and in fact has been used in Germany to exert political instead of criminal prosecution. In the German Empire of 1871 the original version of Article 130 was directed against the growing Socialist movement. In the Communist-ruled German Democratic Republic (GDR) the oppression of dissenting behavior would be legitimized by anti-Fascism as a reason of state, thus unwantedly supporting the rise of neo-Nazi attitudes among adolescents well before the breakdown of the Communist world.

Besides that the theory of history tells us that the propositional logic of historical accounts lies in their narrative structure. Individuals and groups make sense of past experience by telling stories whose vanishing point uses to be the present time of the

narrator. Historical “truth” therefore inevitably comprises value judgements. Historical thinking is a way of remembering and interpreting the past. A major feature of history is the very fact that retrospective viewpoints and corresponding value judgements constantly change in the course of time.

If state authorities claim to protect the “truth”, this vital law of history may be substituted by the approval or disapproval of political convictions. What maybe right and inevitable in terms of politics and jurisdiction may therefore prove problematic in terms of remembrance. I don’t think that the strain between the areas of law und judiciary on one side, history and memory on the other side can or should be resonated. These strains root in different ways of approaching and interpreting reality. Historians are not judges and vice versa.

If the Korean Parliament was going to implement special laws against the distortion of the truth about May 1980, it should carefully limit itself to proven factual accounts and do public prosecution in such a way that the State doesn’t exert censorship. History must not become an argument for undemocratic rule. On the other hand coming to terms with the past inevitably depends on the knowledge and acknowledge of proven facts. Their legal protection may therefore not only constitute the final resort for those humiliated by public lies but may also serve as a prerequisite of honest remembrance.

Thank you for your attention!

역사적 진실과 형법 : 독일 사례에 관하여

토마스 잔트퀼러 교수 (박사)
독일 베를린 훔볼트 대학교 역사학과

친애하는 좌장님, 국회의원 여러분, 그리고 이 자리에 계신 모든 참석자 분들,

오늘 이 자리에서 저의 소견과 연구결과물을 귀하신 분들께 발표하게 되어 큰 영광으로 생각합니다. 특히 이러한 중요한 토론의 자리에서 발표를 하게 되어 더욱 영광으로 생각하며 이에 감사의 말씀을 드립니다.

저는 신나치즘과 대량학살을 부정하는 움직임이 퍼지는 것을 방지하기 위한 독일 연방정부 입법부 차원의 노력의 목표와 결과물에 관한 저의 의견을 발표해달라는 요청을 받았습니다. 제가 한국역사나 한국정치를 전공하지는 않았지만, 어렵고 복잡한 문제들을 떠나서 어느 정도 일반적이고 비교적 관점의 의견을 제시할 수 있다고 생각합니다. 따라서 저는 독일에 국한하지 않고, 한국의 과거 정치 이슈들도 말씀드리고자 합니다.

저는 오늘 이 자리에서 세 가지 질문을 다뤄보려 합니다.

1. 역사적 진실이란 무엇이고, 왜 역사적 진실이 위협에 처하는가?
2. 현 사법체계는 역사적 진실을 지키기 위한 적절한 수단을 가지고 있는가?
3. 역사적 진실의 왜곡과 기억에 의존한 역사 덧씌우기의 차이는 무엇인가?

역사적 진실은 여러 가지로 정의할 수 있습니다. 역사적 진실의 정립은 근거에 기반할 수도 있고, 또한 과거에 대한 해석에 의존하여 정립될 수도 있습니다. 그런데 역사적 사건에

대한 해석은 몇 가지 이유로 일방적일 수 있습니다. 주어진 사실을 선별적으로 이용하거나, 이데올로기적인 이유로 왜곡하거나, 과거에 문제가 있었던 판단을 그대로 이어받을 수 있기 때문입니다. 만약 역사와 기억의 기본적인 요소인 사실 자체가 부인된다면, 사실을 바라보는 관점에 대해 과거 경험의 서술에 기반한 평가가 이루어지지 않고, 이 때문에 해석 자체가 잘못될 수밖에 없습니다.

진실이 승리한다라는 대중의 일반적인 믿음과는 달리, 역사적 연구 노력에 의해 한 번 사실이 정립되고 나면, 과거 잘못에 대한 책임감과 죄의식에 부담을 느낄 수 있거나 혹은 부담을 느끼고 있는 자들의 정치적 개입하고, 시간이 흐름에 따라 새로운 기억을 계속 상실하게 되고, 또한 과거 사건에 대해 결정적 영향력을 행사했다고 주장하는 집단에 관한 전설화된 이야기들에 의해 진실은 진정으로 위협을 받게 됩니다.

1980년 5월 광주사태의 경우 한국정부와 미대사관과의 전신, 미대사관과 미국 카터 정부와의 교신, 수많은 목격자의 증언과 사건 당시 찍힌 사진과 영상물 등 다양한 출처의 기록물로 사실이 뒷받침되고 있습니다. 그러나 미국정부가 초기부터 확산되는 시위대를 파멸하기 위해 공수부대의 투입에 동의했다는 사실을 왜곡하고, 한국정부가 훗날 시위대를 북한과 연관 지은 사실을 왜곡하고, 한국 정책 입안자들이 정당화시키는 정책의 일부로써 5·18의 유산을 이용하고자 하는 등 정치적 의도에 인해 이 진실은 위협받아왔습니다. 이 밖에, 광주 대량학살이 한국 정계에서 특별히 기념이 되는 이유는 이 사건이 한국역사상 아픈 과거인, 충격적인 한국전쟁 당시 시민에 대한 학살에서 목숨을 잃은 수많은 민간인의 희생자의 역사를 다루고 있기 때문이라고 생각합니다. 진실이 왜곡되지 않게 하기 위한 필수 조건은 역사의 윤리성과 과학적 객관성을 추구하는 것입니다. 또한 희생된 자들을 기억하고 존경하는 것에서 시작되고, 여기에는 진실성과 도덕적 완결성이 필수적으로 요구됩니다. 진실에 대한 지식과 진실을 전파하는 노력을 수호하는 것이 고된 과정일지라도 이는 한국사회가 지킬 가치가 있는 일입니다.

2. 의도적으로 역사적 사실을 무시하고 왜곡하는 일은 흔한 현상입니다. 전체적으로 보았을 때, 역사를 회피하거나 부인하는 시도가 확대되어 이제 고통과 수치심을 느끼게 할 정도입니다. 전후 독일의 모습이 중요한 사례입니다. 저는 독일의 만나치 법을 예로 들어서 독일의 상황을 말씀드리겠습니다.

독일 형법의 ‘민중선동죄’는 나치 정권에 의해 자행된 인종학살을 부정하는 행위에 적용이 되는 법입니다. 독일 형법 130조는 아우슈비츠와 다른 수용소에서 사망한 유대인이 전무하다는 주장을 겨냥한 것입니다. 이 주장은 ‘아우슈비츠의 거짓’이라고 이름이 붙여졌는데, 전 나치스친위대 교관이 아우슈비츠는 살인이 행해지는 곳이 아니라는 것을 입증하고자 한 것에서 유래한 이름입니다. 1993년 이후 홀로코스트를 부정하는 행위는 범죄로 인정하여 처벌합니다. 독일 헌법재판소는 홀로코스트에 대한 부정은 일개 의견의 표현이 아니라, 역사적 증거와 일관적 결론에 의해 사실이 아닌 것으로 밝혀진 ‘사실의 주장’이라고 판결을 내렸습니다. 이렇게 해서 헌법재판소는 인류애에 대한 나치 범죄의 희생자와 생존자들의 인간 존엄성을 수호한 것입니다. 1960년에 발효된 130조의 개정 이전 버전은 이미 1949년에 도입된 독일 헌법 제1조인 “인간 존엄성은 침범할 수 없는 영역이다”에서 비롯되었습니다. 독일 건국의 아버지들이 나치 정치와 전쟁에서 드러난 비인간적인 행위의 결과에서 결론을 도출한 것처럼, 독일 의회도 이른바 ‘사회의 일부’에 대한 혐오를 선동하거나 특정 집단에 폭력적 혹은 임의적 조치를 취하거나 이들의 명예를 훼손하는 등 이른바 타인의 ‘인간 존엄성’을 짓밟는 행위를 범죄로 규정했습니다.

제130조의 변천사는 독일사회의 나치주의 과거에 대한 입장의 변화를 그대로 반영합니다. 1960년대까지는 반유대주의가 나치정권 종식의 시점까지 존재했었다는 것이 분명했는데도 학교 교육과정에는 이것이 누락되어 있었습니다. 1993년 제3조에 추가된 3항은 독일 통일 이후 신나치즘이 부활하는 상황을 반영하고 있습니다. 이 조항은 이전부터 독일 사법부에서 구속력을 가진 법으로서 이행되고 있는 1948년 유엔 대량학살방지협약을 직접적으로 언급하고 있습니다.

여러 국가에서 홀로코스트에 대한 부정을 범죄로 규정하고 그것을 금지하는 유사한 법 조항을 도입했습니다. 독일에서 이 법을 어기면 최고 5년 징역형인 반면, 오스트리아에서는 최고 20년 형에 처할 수도 있습니다. 홀로코스트를 부정하는 이 중 가장 대표적인 인물로 전 영국인 역사학자 데이비드 어빙이 있습니다. 이 인물은 미국인 역사학자 데보라 립스터드를 명예훼손죄와 기타 항목으로 고소한 후 런던법정에서 립스터드와 분쟁을 벌인 끝에 패소를 당했습니다. 법정은 2000년에 어빙이 뜻을 함께하는 지인들과 협력하여 신나치즘을 촉진시킨 극우 나치주의자이며, 반유대주의자에 인종차별주의자라는 판결을 내렸습니다. 어빙 대 립스터드의 법정사건에서 중요한 점은 어빙의 실체가 드러났다는 사실이 아닙니다. 법정은 홀로코스트를 역사적 근거를 기준으로 판단했고 따라서 아우슈비츠에는 죽음의 수용소가

아니었다 등의 주장을 펼치는 등 고의적으로 역사적 사실을 외면하던 어빙의 주장에 반박할 수 있었던 것입니다.

홀로코스트를 부정하는 것은 반유대주의 정치선전의 역할을 하는 것에 그치지 않습니다. 이는 유럽 곳곳에 있는 여러 갈래의 신나치즘 집단을 하나로 묶어주는 역할을 한다는 것입니다. 이들은 유럽연합 회원국 정부들이 나치시대 유대인들의 운명에 대해 대중을 기만하고, 동시에 형사처벌을 통해 반대의견을 억압하는 독재적 정권이라는 생각을 공유하고 있습니다. 이 같은 사고가 갖는 심리적 기능은 자신들을 독일을 해치는 엘리트와 공무원들의 불길한 음모의 피해자로 인식하도록 하는 것입니다.

형법 제130조의 3항은 논란에 휩싸이지 않은 적이 없었습니다. 역사학자들은 이 법의 필요성에 대해 논란을 제기합니다. 일각에서는 제130조의 핵심은 폄하적 발언으로 법으로 보호되는 치안을 방해하는 행위에 대비한 국가 항변권을 제정하는 데 있다고 말합니다. 만약 1994년 헌법재판소가 제정한 것처럼 홀로코스트에 대한 부정이 오래전 허위로 드러났다면 왜 국가가 나서서 적들로부터 ‘진실’을 지키고, ‘허위적’ 역사관점은 억압하는 것일까요? 다른 역사학자들은 이 법 개혁의 필요조건을 정당화하고 정치적 이득을 분명히 강조하였습니다. 독일 법학자 대부분은 대중 선동을 반대하는 법에 의한 표현의 자유 억압을 정당화하고 있습니다. 이 법 조항은 헌법을 신나치주의적 범죄로부터 보호하고 있는데, “자유는 적에게 자유는 없다”고 외치는 홀로코스트를 부정하는 자들의 표현의 자유까지 포함합니다.

독일 연방 범죄국(미국의 FBI에 해당)에서 발간하는 보고서에 따르면, 2014년에 민중선동죄로 사법기관에 접수된 위법행위는 약 2,000건이었습니다. 총 범죄건수가 2백만 건이었던 것에 비하면 매우 적은 수입입니다. 기소된 형사 건수가 재판의 과정을 다 거치는 것은 아니기 때문에, 유죄평결의 수는 이보다 더 적습니다. 형사재판소는 개별 피고인이 나치 시대 자행된 대량학살 범죄를 지지하고, 정당화하고, 미화시켰는지에 여부를 세심하게 검토합니다. 이러한 과정은 상징적인 의미가 있습니다. 호르스트 말러라는 인물을 예로 들어보겠습니다. 1960년대 말 당시 독일에서 변호사로 활동하던 그는 ‘RAF’라는 좌익 테러리스트 집단을 공동 창설하였고, 극우파 독일 민족주의당을 뒤에서 조정하게 되었습니다. 말러는 여러 차례의 선동죄와 모욕적 발언 등으로 처벌을 받게 되었습니다. 말러는 재판과정을 역이용하여 정치적 선동에 이용하고자 했습니다. 2009년 초 법정에서 말러는 선동죄로 스스로를 고발하고, 홀로코스트를 부정했습니다. 그는 또한 “나는 내가 원해서 여기 앉아있는 것이다”라며 자신이 진실을 말하는 정치범, 순교자임을 주장했습니다. 그로부터 12년간 그는 감옥생활을

했습니다. 말리와 같은 이들은 어떤 처벌로도 변하지 않으며, 이에 사법부는 그들로부터 대중을 보호하는 것입니다.

일부 비평가들은 독일 사법부가 나치 운동을 더욱 엄중히 단속해야 한다고 주장합니다. 인터넷은 수십 년 간 나치 운동의 경로가 되어 왔습니다. 최근에는 인터넷이 포퓰리즘에 기반한 증오와 왜곡의 주 무대가 되고 있습니다. 독일 법무부는 그간 미국의 인터넷 서비스 공급자들에게 혐오 메시지를 효과적으로 감시하고 삭제하도록 요청해왔습니다.

그러나 국가의 법이 글로벌 망에서의 데이터 이동과 의견 피력을 통제하는 데에는 한계가 있습니다. 이에 형법 제130조는 극단선동자들과의 싸움에 있어 무딘 칼로 전략한 것일지도 모르겠습니다. 홀로코스트를 부정하는 것을 범죄화했다고 해서 독일 전쟁기념물에 대한 교육이 달라지지는 않았습니니다. 그러나 지속적으로 홀로코스트를 부정하는 자들의 전략에 대해 논의하고, 역사적 사실 연구를 통해 그들에 대해 비판하면서 신나치즘의 확산을 막으려는 시도를 하고 있습니다.

한국이 독일과 유사한 방식으로 5·18의 역사적 진실이 왜곡되거나, 거짓으로 폄훼되지 않도록 보호하는 것이 정당화되어야만 한다고 제가 확신하는 것은 아닙니다. 광주 학살은 홀로코스트처럼 인종학살은 아니었습니다. 이 두 범죄를 동일시하려면, 아우슈비츠를 가볍게 보거나, 혹은 역사를 정치적으로 보면서 역사적 기억을 다른 것으로 바꾸어야 할 것입니다. 저는 법이 역사적 사실을 정치적 의도를 가지고 왜곡하고, 피해자들을 비난하는 것에 대응하는 최종 방편이 된다고 확신합니다. 그렇다고 이러한 측면에서 한국이 독일과의 비교에 의존해서도 안된다고 생각합니다. 마찬가지로, 독일 헌법 130조가 한국 법과 정치의 역할모델이 될 수 있을지 생각해 보는 것도 토론거리가 될 수 있을 것 같습니다.

3. 독일의 경우 “대중 선동”을 했다는 주장이 범죄 기소가 아닌 정치력 행사를 위해 사용될 수 있고, 그렇게 사용되어 왔다는 주장을 주목해야 합니다. 1871년 독일황국은 헌법 제130조의 최초 버전은 사회주의 운동의 확산 방지를 겨냥하고 있었습니다. 공산당이 주도하는 독일 민주공화국에서는 반파시즘으로 인해 반대하는 의견을 억압하는 것이 국가존재의 이유로 정당화되고, 이에 따라 공산세계의 붕괴 훨씬 이전에, 독일 젊은 층 사이에 신나치주의 태도 확대를 부추기게 되는 원하지 않는 상황이 만들어졌습니다.

게다가 역사이론에 따르면 역사적 서술에 담겨있는 명제적 논리는 그 서술구조에 녹아 있

습니다. 개인과 집단은 화자가 전하는 이야기를 기준으로 과거의 경험을 이해하게 됩니다. 따라서 역사적 진실은 반드시 가치 판단이 포함됩니다. 역사적 사고란 과거를 기억하고 해석하는 방법입니다. 역사가 가진 중요한 특징은 과거를 돌아보는 시선과 가치 판단이 시간의 흐름에 따라 꾸준히 변화한다는 사실입니다.

정부가 ‘진실’을 보호한다고 주장한다면, 정치적 신념이 인정하는지 혹은 불인정하는지에 따라 역사의 중요한 법칙이 대체될 수도 있다는 것입니다. 따라서 정치와 권한의 측면에서 옳고, 필수불가결이었던 것이 훗날 이를 기억하다 보면 문젯거리로 밝혀질 수도 있습니다. 저는 법과 사법당국의 한 축과 역사와 기억 또 다른 축 간의 긴장관계가 확대되어서는 안된다고 생각합니다. 이러한 긴장관계는 현실을 이행하고 해석하는 방법이 다르다는 점에서 시작됩니다. 역사학자들이 이를 판사가 아니고, 그 반대의 경우도 마찬가지입니다.

만약 한국 국회가 1980년 5·18에 대한 진상 왜곡 반대 특별법을 이행할 예정이라면, 조심스럽게 입증된 사실 기록으로 한정시켜야만 하고, 마찬가지로 정부가 검열하지 않는 방식으로 처벌해야 합니다. 역사는 비민주적인 통치 찬성해서는 안 됩니다. 한편, 과거를 수용하기 위해서는 입증된 사실을 알고 인정해야 합니다. 따라서, 법적인 보호는 대중에 대한 거짓으로 수모를 당한 자들이 의존할 수 있는 마지막 수단일 뿐만 아니라, 정직한 기억을 하는데 필수조건일 것입니다.

경청해주셔서 감사합니다.

02

역사왜곡, 부인행위와 표현의 자유

이재승
건국대 법학전문대학원 교수

5·18 왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회

I. 지만원법

세상의 온도는 높아간다. 종교, 인종, 민족, 계급, 수저빛깔, 격차로 달궈지고 점차 분노가 공격으로 전환되고 있다. 난민, 브렉시트, 일베, 지만원. 이제 우리에게서 감정적 냉각법이 필요한지도 모른다. 영화 <이퀄리브리엄>은 감정의 격동을 야기하는 모든 것을 제거하는 국가의 전체주의적 통치기술을 보여준다. 특히 문제는 정의를 사랑하는 사람보다 인권을 극단적으로 침해하는 세력과 그 옹호자들의 감정이 뜨겁다는 데에 있다. 더구나 그들이 이 나라든 저 나라든 권력을 깔고 앉아 있다. 일본의 아베 수상은 1.28합의에도 불구하고 이른바 위안부 피해자 문제를 국가범죄로 인정하지 않았다. 현재 한국 정부의 책임자들도 과거 인권침해 행위에 대하여 아베와 유사한 태도를 취하고 있다. 보수세력들의 재집권 이후에 과거청산작업은 중단되고 한일과거사와 관련한 이슈들은 정권안보용으로 생산되고 유지되다가 매각된 것 같은 느낌이다. 한국현대사는 그들의 무기가 되었고, 정권교체를 이루지 못한다면 우리는 사라졌던 국정교과서의 시대에 살지도 모른다. 모든 민주화투쟁과 그 성과들을

* 이 글은 필자의 <국가범죄(엘피, 2010)>에 실린 “홀로코스트 부인”을 일부 수정하였고, 오늘 토론회를 위해 마지막 부분에 약간 첨언하였다.

왜곡하고 폄훼하는 데에는 마이더스의 터치가 작동한다. <님을 위한 행진곡>은 부인당하고 있다.님을 위한 행진곡을 부정하는 보훈처장을 버티게 하는 것은 누구인가? 정확하게 물으면 누구인가? 판사도 아닌데 그렇게 직무독립성을 보장하다니. 그래서 부인자를 처벌하고 징계하는 문제는 법의 문제가 아니라 권력과 정치, 문화의 문제이다. 문화적 투쟁을 통한 정치적 승리로서만 가치를 가진다. 부인의 언어는 모조리 권력의 언어이고, 권력의 언어이기 때문에 정치적으로 부인이 문제된다. 민주화가 속도를 내고 정의와 자유가 넘실댄다면 부인을 일삼는 자를 우리는 처벌하려고 애쓸 필요도 없다. 그냥 또라이라고 부르면 되기 때문이다. 그런데 부인의 권력집단이 집권하고 있다면 이것 법으로 될 일인가?

보수세력은 국가안보의 이름으로 과거 인권침해를 두둔하고, 광주민중항쟁을 폭동이라 부르고, 희생자를 불순분자라 부르고, 각종 진상조사결과조차도 백안시하였다. 북한의 특수 부대를 운운하던 지만원씨에 대한 명예훼손 소송은 2012년 무죄로 종결되었다. 지씨 발언에서 명예훼손의 대상이 되는 피해자가 특정되지 않았다는 점, 지씨의 주장은 사실이 아니라 의견이라는 점, 5·18에 대한 확립된 법적 평가는 지씨의 주장으로 전복되지 않는다는 점을 들어 지씨에 대해 법원은 무죄를 선고하였다.¹⁾ 그러나 5·18희생자들의 명예는 지씨의 주장에 의해 훼손되었으며, 5·18피해자도 일정하게 특정할 수 있으며, 때로는 제한된 범위 안에서 집단적 명예훼손의 피해자가 존재할 수 있다. 더구나 어떤 평가가 전복될 수 있느냐는 명예훼손의 요건이 아니기 때문에 표현의 자유를 옹호하는 것과 명예훼손의 법리를 관철하는 것 사이에 어정쩡한 태도를 취했다.

이 판결 이후 지만원씨는 진실이 승리한다는 어처구니 없는 논리를 설파하고 유튜브에 ‘5·18 광주에 북한특수군 왔다’는 제목의 18분짜리 동영상 올렸다. 이에 방심위는 5·18과 관련된 역사적 사실을 크게 왜곡하고 개인에 대한 편견을 준다면 2014년 7월 KT 등 9개 망 사업자에게 접속차단을 요구했고 곧바로 접속이 차단됐다. 지만원씨는 자신의 학문 연구의 자유를 침해한다며 소송을 제기하였고, 1심에 이어 2016년 6월 4일 서울고등법원도 방심위의 조치를 적법하다고 결정하였다. 재판부는 “이 동영상에는 5·18 관련자 대부분이 광주에서 천대받는 하층세력이라는 내용이 들어 있다”며 “지역과 집단, 개인을 비하하고 편견을 주는 내용”이라고 판단했다. 이어 “다른 사람의 명예나 권리를 침해하는 등 자극적인 이 동영상에 아무런 조치를 하지 않으면 나중에 피해 회복이 어렵다”며 “5·18 희생자들의 명예를 보호하고 역사 왜곡 등을 막고자 하는 공익은 접속차단으로 인해 제한되는 지씨의 사익보다

1) 서울고등법원 제5형사부 2011노308

우월하다”고 강조했다.²⁾ 최근에 지만원씨는 광주항쟁에 참여하거나 목격한 시민들을 ‘북한군 광수’라고 지칭하는 담대함을 보이다가 명예훼손으로 형사고발을 당했다.³⁾ 이 정도로 구체적으로 적시한 행위는 명예훼손죄의 책임을 면하기 어렵다고 생각한다. 그래서 지만원을 겨냥해서 5·18법을 만들 필요가 있을까 생각도 든다.

이른바 역사왜곡과 역사적 행위에 참여했던 사람들, 그러한 참여와 관련해서 국가권력에 의해 부당하게 인권을 침해당한 사람들에게 대하여 사실의 왜곡, 부인, 증오적 표현(hate speech)이 계속되고 있다. 이러한 언동에 대한 규제는 선형적인 문제가 아니라 경험적인 문제이다. 어떤 행위의 규제필요성은 어떤 행위의 위험과 결과에 달려 있다. 위험(해악)이 사회적으로 과도하게 확산된다면 규제할 필요는 증가한다. 그래서 역사부정이나 증오적 표현이 순전히 말에 지나지 않으므로, 정치적 진공상태에서 이루어진 순수한 말행위에 불과하므로 처벌할 수 없다는 순수한 자유지상주의적 견해에는 동의하지 않는다.⁴⁾ 즉 말이란 언제나 현실형성적인 힘을 가지고 있다. 그것은 상황을 악화시키며, 그러한 상황에서 일련의 공격, 가해, 절멸행위가 전개될 수 있다는 점을 부인할 수 없다. 그럼에도 표현의 자유를 중시하므로 홈즈 판사의 입장에 동조한다. 그는 United States v Schwimmer(1929)⁵⁾ 사건에서 다음과 같이 말했다.

“그녀(Schwimmer)의 답변중 일부는 대중적 편견을 조장할지도 모르지만, 만일 다른 무엇보다도 절실히 고수해야 하는 헌법상의 원칙이 있다면 그것은 자유사상의 원칙이다. 즉 우리와 뜻이 맞는 사람들의 자유사상이 아니라 우리가 증오하는 사상의 자유 원칙 말이다(the principle of free thought-not free thought for those who agree with us but freedom for the thought that we hate). 우리는 이 나라 안에서의 생활뿐만 아니라 국적취득과 관련해서도 이 원칙을 고수해야 한다고 생각한다.”

2) 서울고법 "5·18 왜곡 '지만원 동영상' 접속차단 적법", [http://news.zum.com/articles/31046818\(2016.06.05자입력기사\)](http://news.zum.com/articles/31046818(2016.06.05자입력기사))

3) "5·18은 북한군 소행" 주장 지만원, 3차 형사고소 당해, [http://www.vop.co.kr/A00001022753.html\(민중의소리, 2016.5.14.일자\)](http://www.vop.co.kr/A00001022753.html(민중의소리, 2016.5.14.일자))

4) Jeremy Waldron, Dignity and Defamation: The Visibility of Hate, Harvard Law Review, Vol. 123(2010), 1596~1657면.

5) UNITED STATES v. SCHWIMMER, 279 U.S. 644 (1929) 쉬빔머는 헝가리 태생의 여성으로서 미국에서 강연여행중에 귀화를 신청하였다. 그녀는 귀화의 요건인 충성선서를 거부하여 귀화를 거부당했다. 충성선서(Oath of Allegiance)는 미국헌법에 대한 수호의무뿐만 아니라 미국을 위한 집총의무를 담고 있었는데, 그녀는 철저한 평화주의자였다.

문제적 행위로서 역사왜곡은 “권위주의적 공권력에 의해 저질러진 중대한 인권침해사건의 진실을 부정하거나 왜곡하는 행위”라고 정의할 수 있겠다. 부인의 대상은 역사의 거대구조나 발전이론에서부터 역사의 소소한 문제에 이르기까지 다양하겠지만 중대한 국가폭력과 국제법상의 중대한 인권범죄--제노사이드, 전쟁범죄, 인도에 반한 범죄⁶⁾--에 대하여 확립된 평가를 전복하려는 행위로 제한하는 것이 적절하다. 그렇지 않으면 우리는 학문적, 일상적 논의의 장에 있어야 하는 문제까지 법률적 쟁점으로 만들기 때문이다. 문제적 행위로서 부인과 왜곡은 앞서 말한 행위에 대하여 확립된 법적 평가(재판이나 공식보고서)를 부정하고, 왜곡하고, 축소하고, 의미를 변질시키는 행위를 말한다. 또한 법적 평가를 부인하고 비판한다고 해서 범죄로 처벌할 수 없는 노릇이다. 법원의 판결이 부당하다고 생각한다면 엄밀한 논리로서 기존의 논리를 비판하는 것은 자유사회의 전제이므로 그것은 역사왜곡이나 명예훼손죄나 법정모욕죄에 해당하지 않는다. 역사왜곡은 표현으로서 관련자들에게 심리적 불쾌함과 불편함을 유발하는 정도로 그치지 않는다. 국가범죄 피해자와 유족의 명예를 침해하고 외상후 스트레스장애를 유발하고, 상황에 따라 피해자(집단)의 평화적 생존을 위협한다. 때로는 사회분위기와 세계관에서 이상조짐과 집단적 병증을 야기할 수 있다. 특히 인터넷과 통신기술의 확산에 따라 무엇보다도 역사왜곡의 파급효과가 크다는 점에서 역사왜곡과 증오적 언동을 간과해서는 안 된다. 역사왜곡은 정치적 증오와 내면적으로 깊이 연결된 정신질환이다. 성별, 인종, 민족, 종교, 사상, 지역 등을 이유로 특정한 집단을 증오하는 자는 그러한 집단이 과거에 겪었던 부당한 인권침해마저도 두둔하는 태도를 취하기 때문이다. 그래서 헤이트 스피치와 역사왜곡은 거의 구별되지 않는다.

지난 20여년간 지구적 차원의 민주화과정에서 진실규명, 책임자처벌과 피해배상, 재발방지체계의 구축, 기억과 화해 등이 과거청산의 기본원칙으로 정립되었다. 이때 진실과 기억은 불가분적이다. 모든 사회구성원은 인권침해의 역사적 진실에 대한 불가양의 권리를 보유하며, 국가는 국민의 집단적 기억을 보존시킬 의무를 지는 것으로 압축된다.⁷⁾ 공동체의 시민은 알권리와 진실을 기억할 의무를 지고 있는 것이다. 각국의 과거청산 관련법들도 희생자의 넋을 위로하고 그들의 정신을 계승하는 것을 목표로 삼고 있다. 인권침해의 기억을 보존할 때 미래의 인권침해를 막을 수 있기 때문이다. 진실규명, 진실교육, 교과서수정, 기록보존, 기념일지정, 기념재단설립, 기념관조성 등도 모두 올바른 기억을 확립하기 위한 방편이

6) 5·18당시 민간인 희생을 적극적으로 민주화운동이라고 표현하지만, 이 맥락에서 국가권력은 정치적 제노사이드(political genocide)나 인도에 반한 범죄(crime against Humanity)를 자행한 것이다.

다.⁸⁾

그런데 각자가 개인의 차원에서 희생자에 대하여, 나아가 보편적 관점에서 인류에 대하여 타임캡슐처럼 진실을 기억할 의무를 지고 있는가? 그리고 이 의무는 강제할 수 있을까? 아무래도 법적 강제로 접근하기에는 곤란하고 도덕적 차원에 속하는 것으로 보인다. 누군가 이제 이 ‘도덕적’ 의무에 반하여 의도적으로 인권침해의 진실을 부인하거나 왜곡하여 유포한다면 어떻게 할 것인가?⁹⁾ 이들은 전통적인 형법에 따르면 명예훼손, 모욕, 선동죄에 해당할 수도 있다. 다음으로 명예훼손의 요소를 포함하더라도 역사적 사건의 진실과 해석에 대한 논란을 법적으로 제재하는 것이 바람직한지 검토할 필요가 있다.¹⁰⁾ 여기에서 표현의 자유를 우선시할 것인지, 진실 자체를 중시할 것인지, 희생자의 명예를 존중할 것인지 문제가 남는다. 여기에서 헌정적 원칙의 결단해야 하는 부담이 생긴다.

필자는 역사의 부인 문제를 적절하게 해결하기 위해 국제사회에서 널리 문제되고 있는 홀로코스트 부인의 문제를 검토한다. 아울러 증오적 표현(hate speech)이나 증오 고취(advocacy of hatred)를 살핀다. 이 문제는 국제인도법과 국제인권법에서 중요한 문제로 취

7) 2005년 유엔인권위원회(Commission on Human Rights)는 과거청산과정에서 확립된 일련의 원칙을 <불처벌투쟁원칙>으로 제시하였다. 그 중에서 진실에 대한 권리를 옮기면 다음과 같다. ①국민의 진실에 대한 불가양의 권리(제2원칙) 모든 국민은 끔찍한 범죄의 발생에 대하여, 대량의 또는 체계적인 침해를 통해 그러한 범죄의 발생에 이르게 되었던 상황과 이유에 관해 진실에 대한 불가양의 알 권리를 가진다. 진실에 대한 권리의 완전하고 효과적인 행사는 권리침해의 재발을 방지하는 데에 필수적인 안전판이다. ②기억을 보존할 국가의 의무(제3원칙)억압의 역사에 대한 국민의 지식은 유산의 일부이며, 이러한 지식은 인권법과 인도법의 침해와 관련하여 문서고와 여타 증거를 보존할 국가의 의무 및 이러한 침해에 관한 지식을 접근하기 용이하게 할 국가의 의무를 이행하는 데 적절한 조치들을 통해 확보되어야 한다. 그러한 조치들은 집단적 기억이 멸실되지 않도록 해야 하며, 특히 수정주의나 부인주의 주장(revisionist or negativist arguments)에 맞서서 이루어져야 한다. ③희생자의 알 권리(제4원칙)온갖 법적 절차에 상관없이 피해자와 그 가족은 인권침해가 발생했던 상황, 그리고 피해자가 사망하거나 실종된 경우에는 그 피해자의 운명에 관한 진실에 대하여 시효로 소멸하지 않는 알 권리(the imprescriptible right to know the truth)를 가진다.

8) 5·18민주화운동등에관한특별법 제5조, 민주화운동관련자명예회복및보상등에관한법률 제23조, 민주화운동기념사업회법 제1조 등에서 기념사업과 정신계승사업을 규정하고 있다. 유엔 차원에서도 홀로코스트 추념일을 정하고 있다. 독일은 거액의 재원을 들여 '기억 책임 미래 재단'(http://www.stiftung-evz.de)을 설립하였다.

9) 민주노동당은 2007년 4월에 역사부정행위와 관련하여 의미있는 토론회를 개최하였다. 필자는 거기에서 역사의 부정을 규제하는 법안-올바른 기억에 관한 법률(안)-을 작성하였으나, 표현의 자유를 가둬거나 제약하고 있는 한국의 현실에서 이러한 규제법안은 또 하나의 국가보안법에 불과하다고 판단하게 되었다.

10) 제주4·3사건에서 발령된 계엄령이 불법 내지 초헌법적이라는 제민일보의 보도에 대하여 이 대통령의 양자가 명예훼손소송을 제기한 바 있다. 가문과 족보를 통해 계통적으로 빠듯한 한국사회에서 역사적 사건을 통렬하게 조명하는 것이 실제로 가능한지 의문이다. 최근 "死六臣/死七臣 事件"에서도 명예존중의 전통을 엿볼 수 있다. 이 사건은 조정으로 마무리되었다. 또한 영화 '그때 그 사람' 역시 조정으로 마무리되었다(2008/2/18 서울고법 민사14부).

급되고 있다.¹¹⁾ 이와 관련된 법제와 사례를 검토하고, 규제찬반론을 간략하게 개관하고, 마지막에 현안에 대한 소견을 개진하려고 한다.

II. 홀로코스트 부인

1. 홀로코스트 부인

홀로코스트 부인자들의 주장은 다음과 같이 정리된다.¹²⁾ i) 유대인절멸을 위한 단일한 마스터플랜은 없기 때문에 홀로코스트는 없었다. ii) 아우슈비츠나 여타 수용소에는 대량살상을 위한 가스실이 없었다. iii) 집단살해를 증명할 객관적인 문서가 없기 때문에 홀로코스트 연구자들은 생존자의 증언에 의존한다. iv) 1941년부터 1945년 사이에 유대인 인구의 감소는 없었다. v) 뉘른베르크 법정은 유대인의 이익을 위해 차린 광대극이다.

홀로코스트 부인(부인주의)은 처음에는 뉘른베르크 군사재판소에서 나치전범들이 책임을 회피하기 위한 술책이었다. 제노사이드의 심리학을 다룬 스탠튼(Gregory Stanton)은 집단살해의 마지막 단계를 부인으로 상정한 것은 참으로 지당하다.¹³⁾ 학살자들이 증거파괴, 목격자에 대한 위협, 시신암매장, 화장이나 소각 등을 통해 자신들의 범죄의 흔적을 지우려고 하였다. 가해자들의 행동은 범죄자로서 면책적 전략에 입각한 행동이라는 점을 알 수 있지만, 직접적인 가해자에 속하지 않는 부류들도 이러한 주장에 동조한다. 제2차세계대전후 미소간의 적대적 공생체제에 반감을 갖는 사회주의자들이나 이스라엘이나 미국의 팔레스타인 정책에 반감을 품은 사람들이 홀로코스트 부인과 반시오니즘에 동조적 태도를 취하고 있다(이란 대통령 Ahmadinejad). 또한 수정주의적 해석에 대한 역사학의 관용적인 태도도 이러한 현상에 기여하였다. 사실 정통 해석이라는 것이 지배적 힘과 이데올로기에 의해 구성되거나 영향을 받는다는 점을 감안한다면 수정주의적 해석은 도전적 입장으로서는 가치를 부정할 수 없다. 실제로 이러한 해석들이 건강한 지적 자극제가 되어 역사의 의미를 풍요

롭게 하였다.¹⁴⁾ 이런 연유로 규제법을 갖고 있는 나라들조차 부인이나 부인주의를 처벌하지만, 수정주의를 허용하는 태도를 취하고 있다.¹⁵⁾ 그러나 부인주의와 수정주의간의 예리한 경계선을 긋는다는 것은 말처럼 쉬운 일이 아니다. 또한 대표적인 홀로코스트 부인자들도 예외없이 자신의 입장을 수정주의라고 말하기 때문이다.

홀로코스트 부인을 처벌하는 국가중에서 독일,¹⁶⁾ 오스트리아,¹⁷⁾ 스위스¹⁸⁾의 법제와 유럽 이사회의 「컴퓨터를 통한 인종주의, 외국인증오적 행위의 처벌에 관한 사이버범죄에 관한 협약의 추가의정서(2003)」¹⁹⁾는 대체로 부인행위를 세 가지 유형으로 제시하고 있다. 앞서

-
- 14) 근자에 제2차세계대전과 홀로코스트에 관해 가장 많은 논란을 일으킨 저작은 Daniel Goldhagen의 『히틀러의 자발적 집행자들(Hitler's Willing Executioners: Ordinary Germans and the Holocaust, New York: Alfred A. Knopf, 1996)』과 Norman G. Finkelstein의 『홀로코스트산업(The Holocaust Industry: Reflections on the Exploitation of Jewish Suffering, Verso, 2000)』이다. 골드하겐은 '골수 나치만이 아니라' 평범한 독일인들도 히틀러의 유대인말살론에 기꺼이 동조했음을 보여주었으며, 핑켈스타인은 홀로코스트를 둘러싼 경제적 이해관계를 보여 주었다. 하나는 독일인을, 다른 하나는 유대인을 심히 불편하게 하였다.
 - 15) 독일형법에 따르면 부정의 표현이 '국민계몽, 헌법옹호, 예술이나 학문, 연구나 이론, 시사서술이나 역사서술 기타 유사한 목적에 기여하는 때'에는 처벌되지 않는다. 형법 제130조 제6항(제86조 제3항 준용).
 - 16) 독일형법 제130조 (3)국가사회주의 치하에서 저지른 국제형법전 제6조 제1항상의 범죄(제노사이드)를 치안을 교란시키는 방식으로, 공연히 또는 집회에서 시인하거나 부정하거나 경시하는 자는 벌금형 또는 5년 이하의 자유형에 처한다.
 - 17) 오스트리아 나치금지법(Verbotsgesetz 1947) 제3조의h 인쇄물, 방송, 여타 매체에서 또는 기타 공연히 많은 사람들의 접근을 가능하게 하는 방식으로 나치의 제노사이드, 나치의 인도에 반한 범죄를 부정하거나 전면적으로 경시하거나 두둔하거나 정당화를 시도한 자는 제3조의g의 예(1년에 10년/ 중한 경우에는 20년)에 따라 처벌한다.
 - 18) 스위스형법 제261조(인종차별) 공연히 인종, 종족 또는 종교를 이유로 사람 또는 사람의 집단에 대하여 증오 또는 차별을 사주하는 자, 특정한 인종, 종족 또는 종교에 속하는 자들에 대한 체계적인 비하 또는 부정을 지향하는 이데올로기를 공연히 전파한 자, 위와 같은 목적으로 선전행동을 조직하거나 촉진하거나 이에 가담하는 자, 공연히 말, 글, 그림, 몸짓, 행위 또는 여타 방법으로 인종, 종족 또는 종교를 이유로 인간존엄을 해치는 방법으로 개인 또는 개인의 집단을 폄하하거나 차별하거나 이러한 이유로 집단살해 또는 인도에 반한 여타 범죄를 부정하거나 전면적으로 경시하거나 정당화하려고 시도하는 자, 공익상 제공해야 할 급부를 인종, 종족, 종교를 이유로 개인이나 개인의 집단에 제공하지 않는 자는 3년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.
 - 19) 컴퓨터를 통한 인종주의, 외국인증오적 행위의 처벌에 관한 사이버범죄에 관한 협약의 추가의정서(2003) 제6조: 제노사이드 또는 인도에 반한 범죄의 부정, 터무니없는 축소, 시인 또는 정당화 (1)당사국은 다음과 같은 행위가 적법한 이유없이 의도적으로 이루어진 때에는 이를 국내법에서 범죄로 처벌하기 위하여 필요한 법적 조치를 취해야 한다. :국제법에 규정되고, 국제군사재판소의 최종판결로 인정되고, 1945년 8월 8일의 런던협정에 의하여 확립된 제노사이드 또는 인도에 반한 범죄에 해당하는 행위를 부정하고, 터무니없이 축소하고, 시인하거나 정당화하는 자료를 컴퓨터 시스템을 통하여 배포하는 행위 또는 여타의 방법으로 일반에게 접근할 수 있게 하는 행위 (2)당사국은 a. 제1항상의 부정 또는 터무니없는 축소행위가 인종, 피부색, 출신, 국민적 또는 민족적 기원, 종교에 근거하여 개인이나 개인들의 집단에 대하여 증오, 차별, 폭력을 선동할 의도로 저질러질 것을 요건으로 삼을 수 있고 또는 b. 제1항을 전부 또는 일부 적용하지 않을 권리를 유보할 수 있다.

11) Henry J. Steiner/Philip Alston, International Human Rights In Context 3.ed., Oxford U.P., 2008, 639면 이하.

12) <http://www.jewishvirtuallibrary.org/jsourc/Holocaust/denial.html>

13) 그는 제노사이드의 단계를 ①분류 ②상징부여 ③인간성박탈 ④조직동원 ⑤양극화 ⑥준비 ⑦절멸 ⑧부인으로 나누었다. <http://www.genocidewatch.org/genocide/8stagesofgenocide.html>

예시한 부인(negation/leugnen), 집단살해의 정당화(justification/billigen), 집단살해의 사소화(trivialization/verharmlosen)²⁰⁾이다. 프랑스에서는 conteste(부인 또는 도전)라는 용어를 사용하고 있다. 지만원씨의 행태는 전면적인 부인이라고 보기는 어렵고 집단살해의 정당화나 사소화에 해당한다. 다소 간접적인 수단을 통해서 광주항쟁의 의미를 깎아내려는 시도이기 때문이다.

앞서 예시한 독일, 프랑스, 오스트리아는 부정의 대상을 나치독일의 집단살해나 인도에 반한 범죄로 한정하고 있는데, 스위스법은 나치범죄를 전제하지 않고 일반적으로 제노사이드와 인도에 반한 범죄로 규정하고 있다. 지씨가 독일, 프랑스, 오스트리아에서 '다른 제노사이드'를 부정하는 경우에는 증오의 고취를 규제하는 선동죄로 규제당할 가능성이 높다.

2. 홀로코스트(제노사이드) 부인과 증오적 표현의 차이

실제로 처벌법들은 홀로코스트, 홀로코스트 부인 대신에 법적 개념인 집단살해와 인도에 반한 범죄를 주로 사용한다. 프랑스와 오스트리아 등은 제2차세계대전중 나치독일이 저지르고 국제군사재판소나 국내재판소에서 처벌된 전쟁범죄인 제노사이드나 인도에 반한 범죄로 한정하고 있다.

역사의 부인이 증오적 표현²¹⁾에까지 확장되는지를 설명할 필요가 있다. 대부분의 역사해석 또 재해석은 과거사의 정리에 머물지 않고 미래지향적이고 정치적인 작업이다. 홀로코스트 부인도 예외가 아니다. 홀로코스트 부인은 단순히 과거의 부인이 아니라 증오감정의 고취와 연결되어 있다. 그래서 학자들이 홀로코스트 부인을 인종주의, 증오적 표현의 특수사례로 취급한다. 유럽에서 인종주의는 반유대주의로부터 시작한다. 홀로코스트 부인은 우파 인종주의자들의 세계관에서 결정적인 요소이다.²²⁾ 국제사회는 증오적 표현을 일반 개념으로 상정하면서, 홀로코스트 부인과 증오적 표현을 동일사태로 규율하고 있다. 독일이나 스위스는 동일한 형법조항으로 규율하고 있으며, 오스트리아는 별도의 처벌규정을 마련하고

20) 독일연방법원은 부분적인 부정도 축소왜곡에 해당한다고 판시하였다. BGH, NJW 2005, 689면.

21) 로젠펠드는 전통적 방식으로 증오적 표현을 "인종, 종교, 종족(ethnicity) 또는 민족적 기원에 입각하여 증오를 조장하려는 표현"으로 정의한다. Michel Rosenfeld, "Hate Speech In Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis", 24 Cardozo Law Review, Vol. 24(2003), 1524면. 그러나 출신지, 장애, 연령, 성별, 성적 지향 등 차별사유들을 추가적으로 고려할 수 있다.

22) Danny Ben-Mosche, Holocaust Denial in Australia, 2005, 1면. <http://sicsa.huji.ac.il/acta25.pdf>

있다.

물론 우리에게도 역사 부인이 인종적, 민족적, 종교적 증오와 직결되지 않는다. 역사 부인은 대체로 정치적 시각에 뿌리를 두고 있기 때문이다. 정치적 입장에 의한 증오적 표현(빨갱이나 종북)이나 증오 고취도 여전히 규율대상으로서 논란이 될 수 있다. 정치적 차이에 입각한 집단적 박해도 개념상 인도에 반한 범죄에 속하기 때문이다.

III. 상이한 접근들

1. 전체현황

홀로코스트 부인과 증오적 표현에 대한 법적 취급방식은 나라마다 다르다. 엄밀하게 말하면 미국과 다른 나라들간의 차이로 요약할 수 있다. 미국은 표현의 자유에 우월한 지위를 인정한 수정헌법 제1조에 따라 홀로코스트 부인을 처벌하지 않지만 다수의 유럽 국가들은 처벌한다. 일부 학자들은 미국과 대륙간의 차이를 권리전통에 연결시킨다. 미국은 로크의 자유주의적 권리관념에, 유럽(독일)은 권리와 존엄간의 조화를 강조하는 칸트의 인격주의적 권리관념에 기반하고 있다는 것이다.²³⁾

유럽의 추축국들은 제2차세계대전 직후부터 대체로 홀로코스트 부인과 전쟁 선동을 범죄행위로 규제하였다. 부인행위를 처벌하는 것은 과거청산의 에필로그라고 할 수 있고, 이러한 행위의 처벌은 세계를 향한 평화의 상징에 가깝다. 1990년대 이후 유럽에서 홀로코스트 부인은 다른 양상을 띠기 시작하였다. 동유럽의 붕괴 이후에 인구의 자유이동과 이민자의 증가 속에 신나치가 발호하고 극우폭력행위도 확산되었고, 동구사회주의 붕괴 이후 그 동안 억압되었던 민족간 갈등요소들이 내전으로 불붙고 인종청소로 발전하기에 이르렀다. 한편 전쟁과 학살의 기억을 공유하지 못한 세대들이 이러한 극단주의 사고에 오염되자 유럽전체

23) Rosenfeld, 앞의 글, 1549면; Claudia E. Haupt, "Regulating Hate Speech", Boston University International Law Journal, Vol.23(2006), 314면.

24) 유럽에서 인종주의와의 투쟁에 대해서는 Tarlach McGonagle, Combating racially motivated crime and hate crimes through legislation, Roundtable Discussion, organised by Irish Human Rights Commission & Amnesty Internation(Irish Section), Dublin Castle-2005/6/8; 독일에서 극우파는 헌법보호차원에도 문제된다. Bundesamt für Verfassungsschutz, Rechtsextremistischer Revisionismus, 2001

가 홀로코스트 부인을 심각한 문제로 수용하게 된 것이다.²⁴⁾ 그리하여 90년대에 홀로코스트 부인을 범죄로 처벌하는 국가들도 부쩍 증가하였다. 나아가 캐나다²⁵⁾나 호주와 같은 이 민자사회도 홀로코스트 부인, 외국인 증오, 인종주의적 폭력을 민감한 사안으로 다루었다.

현재 홀로코스트 부인과 증오적 표현을 동시에 처벌하는 국가는 독일, 루마니아, 룩셈부르크, 리투아니아, 리히텐슈타인, 벨기에, 스위스, 오스트리아, 이스라엘, 체코, 프랑스, 포르투갈, 폴란드 등이다. 증오적 표현만을 처벌하는 나라는 남아공, 네덜란드, 노르웨이, 뉴질랜드, 덴마크, 세르비아, 스웨덴, 싱가포르, 아이슬란드, 아일랜드, 영국, 요르단, 인도, 칠레, 캐나다, 크로아티아, 핀란드, 호주 등이다. 어느 경우도 처벌하지 않는 나라는 미국, 스페인, 이탈리아 등이다.²⁶⁾

2. 국제법

연합국은 제2차세계대전후 뉘른베르크에 국제군사재판소를 설치하여 전쟁범죄와 제노사이드를 처벌하였다. 오늘날 「국제형사재판소에 관한 로마규정」은 전쟁범죄, 제노사이드, 침략범죄, 인도에 반한 범죄를 관할범죄로 규정하고 있다. 국제사회는 이미 전쟁 선동, 증오의 고취, 인종주의의 옹호와 전파, 아파르트헤이트도 규제대상으로 다루고 있다. 최근 르완다 국제법정은 증오적 표현이 국제관습법에 위반된다고 선언하였다.²⁷⁾

25) 캐나다는 다문화주의 정체성으로 인하여 인종적 증오의 문제를 엄격하게 다루고 있다. 여러 실정법에 처벌규정을 두고 있으며, 주차원에서 처벌법을 가지고 있다. 형법 제318조(제노사이드 옹호), 제319조(증오의 공개적 고취), 제320조(증오선전물의 압수); 인권법 제13조(증오메시지의 수수); 증오적 선전물의 수입금지를 규정한 관세법, 증오적 표현의 방송금지를 규정한 방송법 등이 있다. 캐나다에서 홀로코스트 부인에 관해서는 파란만장한 오디세이가 있다. 독일국적의 에른스트 쾨델(Ernst Z?ndel)은 캐나다에 장기간 체류하면서 출판사를 운영하고 『실제로 600만이 죽었나?』와 같은 홀로코스트 부인자료를 출판하였다. 1985년 온타리오 법원은 그에게 '허위사실유포죄(false news)'로 15개월의 징역형을 선고하였으나 캐나다 최고법원은 92년에 동죄목을 위헌으로 결정하였다. 쾨델은 그 후 홀로코스트 부인을 일삼는 웹사이트를 운영하였다. 2002년 캐나다인권법원(Canadian Human Rights Tribunal)은 그 웹사이트가 캐나다 인권법(Canadian Human Rights Act) 제13조(증오메시지 전파)를 위반했다고 결정하였다. 쾨델은 법망을 피해 불법으로 미국에 체류하다가 체포되었다. 쾨델은 이민법 위반으로 캐나다로 송환된 후 캐나다 당국에 난민을 신청하였으나 기각되어 국적국인 독일로 이송되었다. 2007년 2월 15일 쾨델은 독일에서 대중선동죄(제130조)로 유죄판결을 받았다. 캐나다 법제에 대해서는 Kathleen Mahoney, Hate Speech, Equality, and the State of Canadian Law, Wake Forest Law Review Vol. 44(2009), 321면 이하.

26) 스페인은 1996년에 처벌법을 도입했지만 2007년 11월에 헌법재판소가 표현의 자유 침해를 이유로 위헌결정을 내렸다.

27) The Prosecutor v. Ferdinand Nahimana, Jean-Bosco Barayagwiza & Hassan Ngeze, INTERNATIONAL CRIMINAL TRIBUNAL FOR RWANDA TRIAL CHAMBER I CASE NO. ICTR-99-52-T (2003) <<http://sломanson.tjsl.edu/RadioMachete.pdf>>

「시민적정치적권리에 관한 국제규약」 제19조는 국제인도법 위반행위를 사주하거나 유발할 경향이 있는 표현을 자유의 이름으로 옹호할 수 없다는 점을 명시하였다. 동규약 제20조는 전쟁선동과 증오의 고취에 대한 규제를 예정하고 있다.²⁸⁾ 이러한 방침은 자유사회에서 채택된 자유언론의 우월적 지위와 충돌할 소지가 없지 않다.²⁹⁾ 그러나 자유권위원회는 전쟁선전 및 증오고취의 금지가 규약 제19조 언론의 책임과 양립한다고 보았으며, 제20조를 실효적으로 만들기 위해서 당사국들이 전쟁선전이나 증오고취가 공공정책에 반한다는 점을 분명히 하고, 위반시에 적절한 제재를 가하는 실정법을 마련해야 한다고 밝혔다.³⁰⁾ 자유권위원회는 같은 취지에서 홀로코스트 부인자 포리송의 청원을 기각하였다.³¹⁾

인종차별철폐협약 제4조는 직접적인 폭력행동뿐만 아니라 인종주의의 전파, 인종적 증오의 고취, 폭력행동의 선동 등을 금지하고 있다. 인종차별철폐위원회는 협약의 제정당시 권위주의적 이데올로기의 부활에 대한 우려가 매우 높아 인종주의적 폭력행동뿐만 아니라 인종주의 이데올로기의 전파행위를 금지시키지 않을 수 없었고, 이는 지금도 유효하다고 판단하고 있다.³²⁾

유럽인권협약은 「시민적정치적권리에 관한 국제규약」 제20조와 같은 규정을 두고 있지 않다. 다만 제10조 (1)과 (2)가 언론의 자유와 책임을 포괄적으로 규정하고 있다.³³⁾ 홀로코스트 부인자들은 각국에서 처벌위험에 직면하자 유럽인권협약 제10조(1)항의 표현의 자유를

28) 제20조 1. 전쟁을 위한 어떠한 선전도 법률에 의하여 금지된다.

2. 차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다.

29) 미국, 벨기에, 덴마크, 핀란드, 아이슬란드가 제20조에 대하여 유보하였다.

30) Human Rights Committee, General Comment 11. 국가인권위원회(발간), 『유엔인권조약감시기구의 일반논평 및 일반권고 2(시민적 및 정치적 권리위원회/고문방지위원회)』, 2006, 24면.

31) Faurisson v France, 2 BHRC UN Doc. CCPR/C/58/D/550/1993, 1 (United Nations Human Rights Committee 1996); 독일인도와 관련한 쾨델의 청원에 대한 결정은 Communication No. 1341/2005, CCPR/C/89/D/1341/2005(14/5/2007),

32) CERD General Recommendation 15. 국가인권위원회(발간), 『유엔인권조약감시기구의 일반논평 및 일반권고 3(인종차별철폐위원회)』, 2006, 22면 이하.

33) 제10조(표현의 자유) 1. 모든 사람은 표현의 자유에 대한 권리를 가진다. 이 권리는 의견을 가질 자유와 공공당국의 간섭을 받지 않고 국경에 관계없이 정보 및 사상을 주고받는 자유를 포함한다. 이 조가 방송, 텔레비전 또는 영화 사업자에 대한 국가의 허가제도를 금지하는 것은 아니다. 2. 이러한 자유의 행사에는 의무와 책임이 따르므로, 법률에 의하여 규정되고, 국가안보, 영토의 일체성이나 공공의 안전, 무질서 및 범죄의 방지, 보건과 도덕의 보호, 타인의 명예나 권리의 보호, 비밀리에 얻은 정보의 공개 방지, 또는 사법부의 권위와 공정성의 유지를 위하여 민주사회에서 필요한 형식, 조건, 제약 또는 형벌에 따르게 할 수 있다.

34) 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.

원용하였지만 유럽인권법원(ECtHR)은 유럽인권협약 제17조 권리남용금지³⁴⁾에 따라 자유의 파괴자에게 자유를 부여할 수 없다는 관점에서 홀로코스트 부인자들의 제소를 일관되게 기각하였다.³⁵⁾

유럽이사회(Council of Europe)는 광범위한 유보를 허용하였지만 홀로코스트 부인을 처벌하는 「사이버범죄협약의 추가의정서(2007년 3월 1일 발효)」를 채택하였다.³⁶⁾ 2007년 4월 19일에는 유럽연합(European Union)은 27개 회원국으로 하여금 인종적 증오를 유포하거나 홀로코스트를 부정하는 행위에 대해 3년 이하의 징역형을 처할 수 있는 법을 제정하라고 결의하였다. 물론 회원국간의 의견의 불일치로 인하여 더 높은 단계의 협약을 채택하는 데에는 이르지 못하였다.

미주인권협약 제13조(5)도 민족적 인종적 종교적 증오의 고취를 범죄로 처벌할 것을 규정하고 있다.³⁷⁾

3. 독일

독일에서 반유대주의를 전파하거나 홀로코스트를 부정하는 행위는 전통적으로 명예훼손(185조)이나 사자명예훼손(제189조)으로 처벌되었다.³⁸⁾ 법원은 독일에 거주하는 유대인은 수효에 상관없이 나치박해를 통해 특정될 수 있으므로 집단적 명예훼손의 피해자지위를 인정하였다.³⁹⁾ 그러나 명예훼손은 개인적 법익에 관한 범죄이므로, 피해자의 특정 문제와 고

35) LEHIDEUX AND ISORNI v. FRANCE (55/1997/839/1045), judgment of 23 September 1998 ECtHR, Reports 1998-VII, para. 47; R. Garaudy v. France ECtHR, no. 65831/01, 24 June 2003.

36) 인터넷상의 증오적 표현의 규제 방법에 대해서는 Alexsander Tsesis, "Prohibiting Incitement on the Internet", Virginia Journal of Law and Technology Vol. 7(2002), 5면 이하. 최근에 프랑스인들이 프랑스 법을 위반해서 미국 캘리포니아에 주소를 둔 야후(Yahoo) 경매사이트에 접속하여 나치의 기념품을 구입하자 프랑스법원이 '국내적 효과'법리('domestic effects' doctrine)를 내세워 야후에게 프랑스인의 접속을 차단할 것을 명령하였다. 이 사건에 대해서는 Gregory S. Cooper, "A Tangled Web We Weave: Enforcing International Speech Restrictions In Online World", Pittsburgh Journal of Technology Law & Policy Vol. 8(2007), 2면 이하

37) 미주인권협약 제13조(사상과 표현의 자유)

5. 전쟁의 선전과 인종, 피부색, 종교, 언어 또는 민족적 출신을 이유로 사람 또는 집단에 대하여 불법적인 폭력 또는 기타 유사한 행동을 선동하는 민족적, 인종적 또는 종교적인 증오의 주장은 법률에 의하여 처벌되는 범죄로 간주되어야 한다.

38) 전후 독일에서 나타난 표현의 자유에 관한 사건의 개관은 Ronald J. Krotoszynski, A Comparative Perspective on the First Amendment: Free Speech, Militant Democracy, And The Primacy of Dignity As A Preferred Constitutional Value In Germany, Tulane Law Review, Vol. 78(2004), 1549면 이하.

39) BGH 11, 209

소권 행사에 좌우되는 문제점을 안고 있다. 이에 도서, 집회, 방송을 통해 나치체제에 의해 생명을 잃은 희생자의 명예를 훼손하는 행위는 비친고죄로 처벌하였다(형법 제194조 제2항).

명예훼손이 개인적 법익을 침해하는 범죄라고 한다면, 다른 규제수단은 대중선동(제130조)이다.⁴⁰⁾ 인종적 증오 표현, 홀로코스트 부인을 규율하고자 독일정부는 1960년에 구형법 제130조(계급투쟁선동)를 대중선동죄로 개정하였다(6차 개정 BGBL. I 478).⁴¹⁾ 이 규정은 통일 이후 증가한 외국인 적대행위에 대한 대책으로 도입된 [범죄와의 전쟁법](Verbrechensbekämpfungsgesetz 1994 BGBL. I 3186)에 의해 강화되었다. 이 법에 따라 제130조 제3항의 소위 "아우슈비츠 사기극 조항"⁴²⁾이 추가되었고, 2002년 국제형법시행법 제6조의 개정⁴³⁾에 따라 아우슈비츠 사기극 조항의 문구가 변경되었다(BGBl I 2254). 나아가 2005년 [집시법개정법률](das Gesetz zur Änderung des Versammlungsgesetzes und des Strafgesetzbuches v 24.3.2005, BGBl I 969)에 의하여 나치체제 찬양죄(제130조 제4항)까지도 처벌하게 되었다. 제130조는 일정한 집단에 대한 증오 고취, 폭력선동, 존엄성 침해(1항), 앞의 내용을 담은 도서를 제작·반포·전시·판매·보급(제2항), 나치체제가 저지른 제노

40) 독일형법 제130조(대중선동) (1)다음 각호에 따라 치안을 교란시킨 자는 3월 이상 5년 이하의 징역형에 처한다.

1. 거주민의 일부집단에 대한 증오를 선동하거나 그들에 대하여 폭력적인 조치나 자의적인 조치를 촉구하는 행위
2. 거주민의 일부집단을 비방함으로써 타인의 인간존엄을 공격하거나 악의로 경멸하거나 중상하는 행위

(2)다음 각호의 행위는 3년 이하의 징역이나 벌금형에 처한다.

1. 거주민의 일부집단에 대한 증오를 선동하거나 그들에 대하여 폭력적인 조치나 자의적인 조치를 촉구하거나 민족의 일부집단을 비방함으로써 타인의 인간존엄을 공격하거나 악의로 경멸하거나 중상하는 문서를 a)배포하는 행위 b)공연히 전시하거나 광고하거나 관람시키거나 여타 접근하게 하는 행위 c)18세 미만의 자에 제공하거나 양도하거나 접근하게 하는 행위 d)제작, 구입, 양도, 보관, 제공, 광고, 선전하는 행위 또는 a) 내지 c)의 의미에서 문서 또는 그 일부를 이용하거나 타인의 이용에 제공하기 위하여 수입 또는 수출을 시도하는 행위 또는

2. 제1호에 제시된 내용의 상연물을 라디오, 매체서비스, 원격서비스를 통해 전파하는 행위

(3)국가사회주의(나치) 치하에서 저지른 국제형법전 제6조 제1항상의 범죄(제노사이드)를 치안을 교란시키는 방식으로, 공연히 또는 집회에서 시인하거나 부정하거나 경시하는 자는 벌금형 또는 5년 이하의 자유형에 처한다.

(4)공연히 또는 집회에서 국가사회주의의 폭력적 지배를 시인하고 정당화함으로써 희생자의 존엄성을 침해하는 방식으로 치안을 교란시키는 자는 3년 이하의 징역형이나 벌금형에 처한다.

(5)-(6) 생략

41) Günter Bertram, "Der Rechtsstaat und seine Volksverhetzungs-Novelle", NJW, 2005, 1476면 이하.

42) 형법규정 130조 제3항(1994)

나치지배하에 저질러진 제220조a(집단살해)의 행위를 공공평화를 교란하는 방식으로, 공연히 또는 집회에서 시인하거나 부인하거나 사소화하는 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.

43) 일해공원조성행위는 이러한 유형에 속할 것이다.

사이드를 부인 정당화 사소화(제3항), 나치체제의 찬양(제4항)⁴³⁾ 등을 규정하고 있다. 제1항과 제2항은 개인의 존엄과 명예를 법익으로 삼고 있기 때문에 명예훼손죄와 중복적으로 적용될 여지가 많다. 그러나 제3항(아우슈비츠 사기극 조항)의 보호법익은 개인의 명예가 아니라 역사적 진실이다. 범죄 행위의 유형도 홀로코스트를 부정하는 모든 행위가 아니라 일정한 공연성을 갖춘 행위만을 처벌한다. 아우슈비츠 사기극 조항은 이른바 초개인적 법익인 공공안전에 대한 범죄를 확립함으로써 종래 명예훼손죄가 갖는 약점을 극복하였다.⁴⁴⁾

홀로코스트 부인과 관련해서 아우슈비츠 사기극 사건(1994)⁴⁵⁾, 전쟁책임 사건(1994)⁴⁶⁾, 군인살인자집단 사건(1991/1994)⁴⁷⁾ 이 중요한 의미를 갖는다. 아우슈비츠 사기극 사건은 유명한 홀로코스트 부인자인 어빙(D. Irving)을 네오나치계열 민족민주당(NDP) 지부가 뮌헨의 한 집회에 연사로 초청하자 시당국이 집시법 제5조 4호에 기하여 홀로코스트 부인행위를 범하지 것을 경고하였고, 홀로코스트 부인이 독일형법상 명예훼손, 사자명예훼손, 대중선동에 해당한다는 점을 통고하였다. 이에 민족민주당은 기본법상의 표현의 자유를 침해당했다며 헌법소원을 제기하였다. 독일연방헌법재판소는 홀로코스트 부인은 기본법 제5조 제1항의 자유에 속하지 않는다고 하였다. 홀로코스트 부인은 무수한 목격담, 문서, 수많은 형사법정의 사실인정, 역사학의 인식에 비추어볼 때 허위사실임이 증명되었다고 판단하였다. 따라서 증명된 허위사실은 의견형성에 아무런 기여를 할 수 없기 때문에 기본권의 보호범위에 속하지 않는다고 판시하였다. 어쨌든 ‘아우슈비츠 사기극 조항’의 위헌성은 현재까지 다투어지지 않았다.⁴⁸⁾

전쟁책임 사건은 독일이 제2차세계대전의 발발에 책임이 없고, 주변의 적국에 의해

44) 보호법익에 관한 논란은 Stefan Huster, "Das Verbot der Auschwitzlüge, die Meinungsfreiheit und das Bundesverfassungsgericht", NJW 1996, 488면; Robert Kahn, "Cross-burning, Holocaust Denial, and The Development of Hate Speech Law in the United States and Germany", University of Detroit Mercy Law Review, Vol. 83(2006), 189면; Jeremy Waldron, Dignity and Defamation: The visibility of Hate, Harvard Law Review Vol. 123(2010), 1605면 이하.

45) BVerfGE 90, 241면.

46) BVerfGE 90, 1면.

47) 21 EuGRZ 463-465(1994).

48) 브루거는 홀로코스트 부인을 처벌하는 것과 관련해서 몇 가지 문제를 제기한다. 첫째, 기억할 도덕적 의무를 형법적으로 강제할 필연적 이유를 제시해야 한다. 둘째, 나치 독일이 유대인을 집단적으로 박해했지만 명예는 집단성이 아니라 개별성으로 접근해야 한다. 셋째, 법원은 과거의 체험과 현재의 삶을 동일시하고 있다. 넷째, 법원은 홀로코스트 부인을 생명, 존엄, 평등에 대한 공격으로 파악하지만, 군인살인자집단사건에서 나타난 완고한 자유언론법리와는 전혀 양립하지 않는다. Winfried Brugger, Ban on or Protection of the Hate Speech? Some Observation Based on German and American Law, 17 Tul. Eur. & Civ. L.F. 17(2002)

서 말려 들어갔다는 취지의 도서 『독일의 진실-제2차세계대전의 책임문제(Wahrheit für Deutschland- Die Schuldfrage des Zweiten Weltkrieges)』에 관한 사건이다. 독일은 나치 죄상 때문에 인종적 중용을 고취하거나 전쟁을 찬양하는 서적에 대해 금서조치를 취했다. 문제의 도서도 청소년유해도서법(GJS)에 따라 금서로 분류되었다. 이에 저자가 표현의 자유를 침해당했다며 헌법소원을 제기하자 헌법재판소는 사실주장과 의견을 구별하고, 저자의 입장은 의견이고, 의견은 기본법 제5조 제1항에 따라 보호받는 표현이라고 결정하였다.

군인살인자집단 사건은 1991년 걸프전쟁시에 독일군대의 역할에 대해 비판적인 인물이 ‘군인은 살인자(Soldaten sind Mörder)’라는 스티커를 차에 부착하였다. 하급법원은 스티커는 모든 군인의 인간존엄성을 해치며 명예훼손적인 선동이라고 보았다(형법 제130조 제1항). 그러나 연방헌법재판소는 슬로건을 의견의 표현으로 해석하고 헌법적으로 보호받는다 고 보았다. 아우슈비츠 사기극 사건과는 달리 표현의 자유를 매우 중시하는 결정을 내렸다. 표현의 자유에 대한 높은 존중은 이미 오래 전에 뉘른 판결에서도 확인된다.⁴⁹⁾ 표현의 자유에 대한 존중태도에서 유일한 예외가 바로 홀로코스트 부인이다. 그래서 이 조항이 ‘특수 경우법률’⁵⁰⁾로, ‘자유주의 법치국가에서 이물질’⁵¹⁾로, 독일역사의 특수성으로부터 나온 ‘터부’⁵²⁾로 이해되고 있다.

4. 오스트리아

추축국의 일원이었던 오스트리아도 제2차세계대전 이후에 강력한 탈나치화정책을 시행하였는데, 그 대표적인 청산법이 나치금지법(Verbotsgesetz 1947)이다. 이 법은 나치당금지 및 친나치적인 행동을 광범위하게 금지하고 규제하고 있으며, 전후 나치청산 분위기 아래 제정된 탓에 그 형량도 매우 높다. 오스트리아는 홀로코스트 부인 이외에도 포괄적으로 집

49) BVerfGE 7, 198

50) Winfried Brugger, "Verbot oder Schutz von HaBrede?", AÖR 2003, 403면.

51) Bertram, 앞의 글, 1477면.

52) Kahn, 앞의 글, 184면 이하.

53) 오스트리아 형법 제283조(선동)①공연히 치안을 위태롭게 하는 방법으로 국내에 존재하는 교회 또는 종교공동체에 대하여 또는 그러한 교회 또는 종교공동체, 일정한 인종, 민족, 민족적 기원, 국적을 통해 구별되는 집단에 대하여 적대적 행위를 선동하거나 교사한 자는 1년 이하의 자유형에 처한다.
②제1항에 속하는 집단에 대항하여 공연히 선동하거나 인간존엄을 침해하는 방법으로 이러한 집단을 중상하거나 비방하려는 자도 동일한 형에 처한다.

단에 대한 증오를 고취하는 행위를 선동죄로 처벌하고 있다.⁵³⁾

홀로코스트 부인자로 유명한 영국 역사작가 어빙(D. Irving)은 홀로코스트 부인자들을 비판적으로 연구하고 그 결과물로서 『홀로코스트 부인 Denying Holocaust』을 출판한 립스타트와 펍출판사를 상대로 1998년에 명예훼손소송을 제기하였다. 립스타트는 그 책에서 어빙이 자신의 이데올로기에 따라 나치범죄와 홀로코스트에 관한 증거를 교묘하게 왜곡하였다고 주장하였다. 영국의 명예훼손죄에 따라 립스타트 측은 자신들의 주장이 진실임을 입증해야 했다. 립스타트 측은 케임브리지 대학 역사학자 R. 에반스의 도움을 받아 2년의 조사 끝에 어빙이 진상을 잘못 이해하고 있을 뿐만 아니라 문서를 날조했다는 점도 증명했다.⁵⁴⁾ 명예훼손 소송은 립스타트의 승리로 일단락되었다. 그러나 어빙에 대한 형사소송은 2006년에 오스트리아에서 개시되었다. 어빙은 이미 1989년 오스트리아에서 홀로코스트를 부정하는 연설을 한 혐의로 체포장이 발부되어 있는 상황에서 2006년 오스트리아에 입국하였다. 어빙은 법정에서 나치가 수백만의 유대인을 살해했음을 인정하고, 종래의 입장을 바꾸었다고 진술하였지만 징역형에 처해졌다.⁵⁵⁾

5. 프랑스

프랑스는 제2차세계대전후 나치협력자들에 대한 철저한 청산으로 유명하다. 홀로코스트 부인과 관련해서는 유럽에서 인종주의가 위협스럽게 발호하던 1990년에 공산당의원 계소의 발의로 「인종주의, 반유대주의, 외국인혐오 행위 처벌에 관한 법률(Loi no 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, 일명 계소법)」을 제정하였다. 이 법에 따르면 1945년 국제군사법정설치규정 제6조에 규정된 인도에 반한 범죄를 부인하는 행위는 처벌된다.⁵⁶⁾

54) Richard J. Evans, Lying About Hitler: History, Holocaust, and the David Irving Trial, Basic Books, 2002.

55) 어빙에 대한 재판에 대해 립스타트는 다음과 같이 말했다 “검열제가 승리했기 때문에 나는 기쁘지 않다. 나는 검열을 통해서 전투를 승리할 수 있다고 믿지 않는다. 홀로코스트를 부정하는 자와 투쟁하는 유일한 방법은 역사와 진실이다.” 립스타트의 블로그는 <http://lipstadt.blogspot.com>

56) 형법 제24조의 2: 제23조에 규정된 수단 중 하나를 이용하여 1945년 8월 8일 런던협정에 부속된 국제군사재판소규정 제6조에 명시되고, 같은 규정 제9조에 의해 범죄단체로 규정된 조직의 일원에 의해 저질러지고, 프랑스법원이나 국제법 정으로부터 유죄판결을 받은 자에 의해 저질러진 인도에 반한 범죄의 존재를 의문시키는 자는 형법 제24조 6항의 적용을 받는다.

리옹의 대학교수인 포리송(R. Faurisson)은 1977년과 1978년에 <르 몽드>에 홀로코스트를 부정하는 글을 기고하였으며, 1979년에는 「개스실의 문제」라는 팜플렛에서 홀로코스트를 전면적으로 부정하였다.⁵⁷⁾ 포리송은 대학내에서 학생들의 배척과 폭력의 위협에 직면하자 표현의 자유에 호소하였다. 석학 촘스키도 포리송의 구명대열에 동참하였다.⁵⁸⁾ 상당수 프랑스 지식인들은 촘스키가 포리송의 홀로코스트 부인에 정당성을 제공했다고 비난하자 촘스키는 “나는 당신이 쓴 내용은 싫지만, 당신이 계속 쓸 수 있도록 나의 생명을 걸겠다.”는 볼테르의 진술을 인용하였다.⁵⁹⁾ 촘스키는 홀로코스트를 인류역사상 최악의 불행으로 기술하면서도 표현의 자유를 우선하였다.

포리송은 계소법에 따라 326,832프랑의 벌금형에 처해졌다. 포리송은 대학에서 해직된 이후에 시민적정치적권리규약상의 표현의 자유를 침해당했다며 자유권위원회(Human Rights Committee)에 청원하였다. 위원회는 계소법이 반유대주의를 극복하려는 것이기 때문에 시민적정치적권리규약을 위반하지 않았다고 결정하였다.⁶⁰⁾

57) 로베르 포리송(Robert Faurisson)은 <가스실의 문제>에서 다음과 같이 주장하였다. ①히틀러의 가스실은 존재하지 않는다. ②유대인에 대한 제노사이드는 발생하지 않았고, 히틀러는 인종이나 종교 때문에 누군가를 죽여야 한다는 취지의 명령을 하달한 적이 없다. ③가스실이나 제노사이드는 거짓말이다. ④이 거짓말은 시오니스트들이 지어낸 것이고, 이를 통해 엄청난 정치적 재정적 사기가 가능했으며, 이러한 사기의 주요수혜자는 이스라엘이다. ⑤이 사기의 주요한 희생자는 독일사람들(독일 통치자가 아니라)과 팔레스타인 사람들이다. ⑥공식적인 정보서비스의 엄청난 힘은 지금까지 이 거짓말을 성공적으로 유지시켰고, 이 거짓말을 부정하는 사람들의 표현의 자유를 감시하는 역할을 했다. ⑦이 거짓말에 참여하는 자들은 수정주의의 취지를 왜곡한다. 그들은 역사적 진실을 향한 사려깊고 정당한 관심을 ‘나치즘의 발호’나 ‘역사의 날조’라고 낙인을 찍는다. 인용은 Catriona McKinnon, Toleration, New York: Routledge, 2006, 156면 이하.

58) 촘스키는 나중에 포리송이 그토록 강경한 홀로코스트 부인자라는 것을 미처 알지 못했으며, ‘다소 비정치적인 자유주의자’라고 오판했다고 언급하였다. 그러나 촘스키는 설혹 포리송의 주장을 다 읽었다 하더라도 여전히 표현의 자유를 유보 없이 옹호했을 것이기 때문에 처음부터 포리송의 주장내용은 관심사가 아니었다고 지적하였다. 나아가 촘스키는 프랑스 좌파사회의 지적 경직성과 폐쇄성을 통렬하게 비판하고 있다. 촘스키, 『누가 무엇으로 세상을 지배하는가』, 시대의 창, 2002, 38면 이하.

59) Noam Chomsky, "Some Elementary Comments on the Rights of Freedom of Expression", 1980(<http://www.chomsky.info/articles/19801011.htm> 최종검색일 2010-01-15)

60) 인권위원회는 한편 계소법이 너무나 광범위하게 제한하기 때문에 뉘른베르크 법정의 결론과 상충할 우려가 있는 진지한 역사연구의 출판까지도 금지한다는 점을 지적하고 있다. Faurisson v France, Communication No. 550/1993, UN. Doc. CCPR/C/58/D/550/1993(1996)

6. 미국

헌법 수정1조는 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없다고 추상같이 선언하였다.⁶¹⁾ 오늘날 표현의 자유를 중시하는 관행 때문에 표현의 자유는 미국문화의 상징으로 여겨진다. 표현의 자유를 강조하는 것은 자유에 대한 강한 선호와 소극적 자유를 중심으로 한 자연권 사상이 헌법형성과정과 입헌주의문화에 중요한 영향을 미쳤다. 미국 헌법 수정1조는 시민들간의 의사소통을 보장할 정부의 적극적인 의무를 규정한 것이 아니라 정부간섭을 방지하려는 취지에서 등장하였다.⁶²⁾ 물론 표현의 자유가 미국에서 절대적으로 보호되는 것은 아니다. 표현이 체제교란(sedition), 음란(obscenity), 명예훼손(defamation), 공격적 언동(fighting words)에 해당하면 체제를 받게 된다. 물론 수정1조 때문에 표현의 자유를 제한하는 법률을 제정할 수 없지만, 회사, 노동조합, 대학들은 발언강령(speech code)을 제정하여 중요적 표현을 규제하고 있다.⁶³⁾ 공공기관이 발언강령을 제정하는 것은 수정헌법 제1조를 위반하는 것이 된다.⁶⁴⁾

보아르내 대 일리노이즈 사건⁶⁵⁾에서 백인우월주의자인 보아르내는 흑인들을 강간, 강도, 여타 폭력범죄자로 비방하는 유인물을 살포하였다. 보아르내가 백인들에게 단결하여 흑인으로부터 자신들을 보호해야 한다고 했지만 폭력의 명백하고 현존하는 위협을 야기하지는 않았다. 그러나 대법원은 중요적 표현에 대해 유죄판결을 내렸다. 중요적 표현은 집단명예훼손(group libel)에 해당하여 표현의 자유를 누릴 수 없다고 판시하였다. 그러나 이 판결은 이후에 사실상 폐기된 것으로 보인다.

브란덴버그 대 오하이오 사건⁶⁶⁾은 폭력의 선동(incitement to violence)에 대한 기준이 되

었다. KKK(백인우월주의자단체)의 지도자였던 브란덴버그는 TV로 취재하는 집회에서 흑인과 유대인을 비방하였다. 연사들은 ‘흑인은 아프리카로, 유대인은 이스라엘로 돌아가라’고 언급했고, 정부가 조치를 취하지 않는다면 스스로 문제를 해결하겠다고 선언하였다. 이 집회의 일부내용이 나중에 지역 및 전국 TV에 보도되었다. 대법원은 KKK단이 폭력을 옹호(advocate)했지만 선동(incite)하지는 않았으며 무죄판결을 내렸다. 법원은 정부전복을 옹호하는 공산주의자의 연설⁶⁷⁾을 판단하면서 확립한 기준을 중요적 표현에 적용하였다.

미국나치당 대 스코키 사건⁶⁸⁾은 홀로코스트 부인과 밀접한 관련성이 있다. 나치당은 시카고 근교의 홀로코스트 생존자 및 유대인의 집단거주지가 있는 스코키(Skokie) 시에서 철십자를 갖춘 나치 정복을 입고 행진할 계획이었고, 시당국은 새로운 법을 제정하여 행진을 예방하는 조치를 취했으며, 주하급법원도 신나치의 행진이 폭력의 선동(incitement to violence)에 해당한다고 판단하였다. 연방법원은 이러한 조치가 나치들의 표현의 자유를 침해하는 조치로서 무효라고 선언하였다. 네오나치는 그 후 스코키 대신에 시카고에서 시위를 계획하였으나 영향력도 미미하고, 이를 반대하는 대중들의 시위도 예상되어 결국 취소되었다. 이 사건은 수십 년 전 휘트니 사건에서 브랜다이스 판사가 제시한 미국식 낙관주의의 실례라고 할 수 있다.

나치가 철십자를 착용하듯이, 십자가 태우기는 미국의 백인우월주의자들의 상징적 행동이다. R.A.V 대 세인트 폴 사건⁶⁹⁾에서 극단주의 백인청년들이 흑인 가정의 울타리 안에서 십자가에 불을 질렀다. 이들은 편견범죄조례(St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance) 위반으로 주대법원에서 유죄판결을 받았다. 그러나 연방대법원은 조례가 ‘폭력의 선동’에 해당하지 않는 행위를 규율하고 있으며, 십자가태우기가 선동의 기준을 충족시켰다고 하더라도 표현행위 내용에 따라 처벌하는 것은 부당한 차별이라는 이유로 조례가 위헌이라고 선언하였다.

미국에서는 홀로코스트를 부정하는 공개적인 의견표명이나 도서의 출판이 전혀 규제대상이 아니다. 앞에서 보듯이 심각한 중요적 표현조차도 “폭력의 선동”으로 규정하지 않고 있다. 중요적 표현과 관련하여 확립된 수정 제1조의 자유주의적 판결에 따르면 앞서 예시된 유럽의 사건들은 미국에서였다라면 무죄가 되었을 것이다.

62) Rosenfeld, 앞의 글, 1529.

63) 올만은 차별적 괴롭힘(discriminatory harassment)을 인종, 피부색, 민족적 기원, 종교, 성, 성적 지향, 나이, 장애, 예비역 등을 이유로 어떤 개인이나 개인의 집단을 겨냥한 공격적, 비하적, 위협적, 적대적 환경의 의도나 효과가 합리적으로 예측되는 구술적, 문자적, 회화적, 신체적 거동으로 정의한다. 이러한 언동과 표현을 제재하는 자율규범을 스피치 코드라 한다. Gerald Uelman, The Price of Free Speech: Campus Hate Speech Codes, <http://www.scu.edu/ethics/publications/iie/v5n2/codes.html>

64) 헌법위반을 선언한 하급심판결 DOE v. UNIVERSITY OF MICHIGAN, 721 F. Supp. 852 (E.D. Mich 1989) Decided September 22, 1989.

65) Beauharnais v. Illinois, 343 U.S. 250(1952)

66) Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444(1969)

61) 수정헌법의 잉크가 마르기도 전에 외국인 및 선동행위금지법(The Alien and Sedition Act 1798)을 제정하여 대통령 아담스는 자신을 정치적으로 보호하고자 하였고, 제1차세계대전중에는 방첩법(The Espionage Act 1917), 제2차세계대전중에는 외국인등록법(Alien Registration Act 1940)을 제정하여 정치적으로 불온한 표현을 처벌하였다. 외국인등록법(일명, 스미드법)은 매카시즘으로 악명을 떨쳤다.

67) Yates v. United States, 354 U.S. 298(1957) 미국공산당원 예이츠에 대한 무죄판결의 논리이고, 이 판결은 매카시즘에 대해 종지부를 찍었다. 스미드법은 추상적 이론으로서 정부전복을 옹호하는 것을 금지하지 않는다고 판시하였다.

68) Smith v. Collin, 436 U.S. 953(1978); Nat'l Socialist Party of Am. v. Vill. of Skokie, 432 U.S. 43(1977)

69) R.A.V v. City of St. Paul, 505 U.S. 377(1992)

IV. 규제찬반론

여기에 제시된 규제찬반론은 역사부인 뿐만 아니라 차별적 증오적 언동에 대한 부분까지도 포함하고 있다. 필자는 역사부인과 차별적 증오적 언동을 어느 정도는 구별해서 접근할 필요성을 인정한다. 이 경우 증오적 언동은 개인이나 개인이 속한 집단의 명예훼손의 문제로 다루기보다는 공공안전(public peace)의 측면에서 다루어져야 한다고 본다. 즉 개인적 법익에 대한 공격이 아니라 사회적 법익에 대한 범죄로 다루어져야 한다.

1) 규제반대론

밀, 볼테르, R. 룩셈부르크, B. 러셀, 흄즈는 표현의 자유를 거의 절대적으로 옹호하였다. 밀은 『자유론』에서 규제권력의 오류가능성, 주장간의 상충보완을 통한 진리도달가능성, 전제 정치의 예방과 민주주의 강화, 검열제의 위축효과 등을 이유로 표현의 자유의 가치를 적극 옹호하였다. 논거의 일부는 공리주의적이고, 일부는 본질주의적이다. 규제반대론을 펼치는 그룹은 대체로 시민자유주의전통에 서는 철학자들, 사회주의자들, 무정부주의자들이다. 홀로코스트 부인에 대한 규제를 반대하는 논거들은 대체로 다음과 같다.

첫째, 표현의 자유를 규제함으로써 특정한 역사관, 특정한 이데올로기만 보유하도록 하는 것은 민주사회의 가정에 어울리지 않는다. 이러한 국가규제의 해악은 개인이 언론자유를 남용해서 생기는 해악보다 크다. 검열은 언제나 창조적인 소수나 정치적 좌익을 제거하는 역할을 하였다.⁷⁰⁾

둘째, 역사나 역사관에 대한 진리논쟁은 문화적 과정이지 법적 과정이 아니다. 처벌을 매개로 진리를 달성하거나 수호할 수도 없다. 역사적 진실은 형법의 보호법익으로 삼을 수 없다.⁷¹⁾

셋째, 사실판단과 가치판단간의 구별, 사실과 의견간의 구별, 부인주의와 수정주의간의 구별 등은 이론상 가능하지 않다.

넷째, 말은 정서적 불쾌감을 주지만, 행위가 아니므로 해악을 야기하지 않으며, 특정한 범

70) Emanuela Fronza, "THE PUNISHMENT OF NEGATIONISM ; THE DIFFICULT DIALOGUE BETWEEN LAW AND MEMORY", Vermont Law Review Vol. 30(2006), 621면 이하.

71) Bertram, 앞의 글, 1477면.

죄를 직접 유발하지도 않는다. 표현이 구체적인 공격을 사주하지 않는 한 부정의 표현을 한 자가 타인의 공격행위에 대하여 책임을 질 수 없다.

다섯째, 처벌하더라도 부인자의 생각과 태도를 바꾸지 못하며, 처벌조치가 증거의 부족이나 정당성의 결여로 간주된다.⁷²⁾ 처벌은 오히려 순교자를 만들어 그의 입장을 확산시킬 수 있다.⁷³⁾

여섯째, 진리에 오류가 도전하지 않는다면 그것은 살아 있는 진리가 아니라 죽은 도그마이다. 영원한 진리는 날마다 뼈아픈 논쟁을 통해 생생하게 살아나야 한다. 이러한 투쟁은 국가의 몫이 아니라 개인들의 몫이다. 깨어있는 대중만이 오류를 극복할 수 있다. 자유의 최대의 적은 흐리멍덩한 대중이다.⁷⁴⁾

2) 규제옹호론

규제옹호론자들은 어떤 표현은 견해의 단순한 표출에 그치지 않고 그 표현이 겨냥하고 있는 집단과 구성원들에게 위협과 괴롭힘을 유발하고 심지어 살인과 절멸을 부추길 수 있

72) Peter Singer, "David Irving has a right to free speech, too", Jerusalem Post, 2006/5/2.

73) 홀로코스트 부인을 일삼던 친델이 유죄판결을 받자 그 부인이 친델을 양심수로 대서특필하고 있다. www.Zundelsite.org. 그러나 이 논거가 완전히 옳은 것인지 의문이다. 무죄판결을 받은 경우에도 여전히 지만원씨의 행태에서 보듯이 자신의 견해의 진실성을 법원이 인정했다는 식의 저질 논리를 일삼기 때문이다.

74) Peter Singer, 앞의 글; Whitney v. California, 274 U.S. 357, 375(1927)에서 브랜다이스(Brandeis) 판사의 별도 의견이다. "독립을 획득한 사람들은 국가의 최종적인 목적이 사람들로 하여금 자신의 역량을 자유롭게 펼치게 하는 것이라고 믿었고, 정부내에서는 토의적인 힘이 독단적인 힘을 이겨야 한다고 믿었다. 그들은 자유를 목적이자 동시에 수단으로서 평가하였다. 그들은 자유가 행복의 비밀이고, 용기가 자유의 비밀이라고 믿었다. 그들은 원한대로 생각할 자유와 생각한대로 말할 자유가 정치적 진리의 발견과 확산에 불가피한 수단이라고 믿었다. 그들은 표현의 자유와 집회의 자유가 없다면 토론은 무용지물이며, 표현의 자유와 집회의 자유가 인정될 때 토론은 통상 해로운 교리의 전파에 대하여 적절한 방어수단을 제공한다고 믿었다. 그들은 자유의 최대의 적은 흐리멍덩한 대중이라고 믿었다. 그들은 공개적인 토의는 정치적 의무이고 이것이 미국 정부의 근본원칙이라고 믿었다. 그들은 모든 인간적인 제도가 빠질 수밖에 없는 위험들을 깨닫고 있었다. 그러나 그들은 침해행위에 대해 처벌의 위하만으로는 질서가 확보될 수 없다는 것도 알고 있었다. 그들은 생각, 희망, 상상을 좌절시키는 것이 위험하다는 것을 알았다. 그들은 두려움이 억압을, 억압이 증오를 낳는다는 것을 알았다. 그들은 증오가 안정적인 정부를 위협한다는 것을 알았다. 그들은 안녕의 길은 소위 고충들과 구제책들을 자유롭게 토론하는 기회라는 것을 알았으며, 나쁜 조연에 대한 적합한 구제책은 좋은 조연이라는 것을 알았다. 공적인 토론을 통해 적용되는 이성의 힘을 믿기 때문에 그들은 법에 의해 강요된 침묵--힘의 가장 나쁜 형태--을 피했다. 그들은 통치하는 다수의 일시적인 전제를 인정하였지만, 그들은 표현과 집회의 자유가 보장되어야 한다고 헌법을 수정하였다."

다.⁷⁵⁾ 규제옹호론은 사회적 약자, 희생자, 소수자에 초점을 맞추는 페미니스트, 소수자법학자, 사회과학자, 비판적 인종이론가 등에 의해서 전개된다. 규제옹호론의 논거들은 대략 다음과 같다.

첫째, 표현의 자유에 대해서만 최고의 가치를 부여하려는 것은 독단적인 견해이고, 표현의 자유도 인간존엄, 명예 등 다른 근본적인 가치들과 조화를 이루어야 한다.⁷⁶⁾

둘째, 증오적 표현은 사회적 약자와 소수자들을 겨냥할 때 심각한 해악을 끼치고 있다. 증오적 표현은 말이 아니라 권력관계의 표현이다. 표현에 대한 감응 효과도 집단의 사회적 위치에 따라 결정된다. 따라서 표현의 자유보다 소수자·사회적 약자의 평등한 존재감과 평등한 자유가 중시되어야 한다.⁷⁷⁾

셋째, 홀로코스트의 부정은 진지하게 고려할 일말의 진리도 포함하지 않는다. 진리에 봉사하는 커녕 자유사회의 근본가정인 인간존엄을 정면으로 부정하는 사악한 견해이다. 이러한 해로운 견해에 대하여 자유를 부여해서는 안 된다.⁷⁸⁾

넷째, 모호성은 모든 법적 개념, 법체계에서 피할 수 없는 사항이다. 증오적 표현이나 홀로코스트 부인이 개념상 모호하다는 이유로 규제를 반대할 수 없다.

75) 규제를 옹호하는 학자로는 Kathleen E. Mahoney, "Hate Speech: Affirmation or Contradiction of Freedom of Expression", 1996 U. Ill. L. Rev. 789-808((1996); Richard Delgado, "Are Hate-Speech Rules constitutional Heresy? A Reply to Steven Gey," 146 U. Pa. L. Rev. 865-878(1998); Mari J. Matsuda, "Public Response to Racist Speech: Considering the Victim's Story", 87 Mich. L. Rev. 2320-2381(1989); William A. Schabas, "Hate Speech in Rwanda: The Road to Genocide", 46 McGill L.J. 141-171(2000); Kevin Boyle, "Hate Speech - The United States Versus the Rest of the World?", 53 Me. L. Rev. 487-502 (2001).

76) 시민적정치적권리규약 제19조 제3항, 유럽인권협약 제10조 제2항, 독일기본법 제5조 2항, 독일헌법재판소 BVerfGE 66, 116(151); 82, 272(281); 90,241(248) 참조.

77) Delgado, 앞의 글, 878면; Catharine MacKinnon, "Sexual Politics of The First Amendments(1986)", Feminism Unmodified, Harvard U.P., 1987, 206면 이하; 포르노그래피가 불평등한 사회경제적 구조에 기여한다고 하더라도 금지할 이유가 없다는 입장은 Ronald Dworkin, "Pornography and Hate", Freedom's Law, Harvard U. P., 1996, 219면.

78) Alexander Bickel, "Domesticated Civil Disobedience: The First Amendment, from Sullivan to the Pentagon Papers", in THE MORALITY OF CONSEQUENCE 55, 72-73면, 인용은 Peter R. Teachout, "Making Holocaust Denial A Crime: Reflection on European Anti-negationist Laws From The Perspective of U.S. Constitutional Experience", 30 Vermont L. Rev. 669(2006); 독일헌법재판소 BVerfGE 54, 208([219]; 61, 1[8]; 90, 241[247] 참조.

다섯째, 역사의 부인은 일정한 분위기를 조장하여, 전에는 불가능하다고 생각했던 일도 가능하다고 생각하도록 만든다. 말은 분위기를 만들고, 결국에는 행위를 유발한다. 증오적 표현과 폭력행위간의 상승작용이 존재한다.⁷⁹⁾

여섯째, 말과 행동의 이분법으로 법체계를 설명할 수 없다. 뇌물공여약속, 반역음모, 공갈, 음모, 괴롭힘, 가격담합, 기밀누설, 명예훼손, 모욕 등도 역시 언사(speech)에 불과하다. 그러나 이러한 규제대상행위가 모두 '명백하고 현존하는 위협'이라는 척도를 통과한 것도 아니다.⁸⁰⁾

일곱째, '명백하고 현존하는 위협'은 편향적 기준으로서 여성, 소수자, 사회적 약자, 국가폭력의 희생자들을 엄청나게 위축시킨다. 이들에게 남성이나 주류와 똑같은 법적 보호를 제공하지 못한다. 또한 이 기준은 단선적이고 즉각적인 위협을 평가하는 데에 적합하지만, 구조화되어 있는 악영향에 대해서는 속수무책이다.⁸¹⁾

마지막으로, '언론의 자유시장'은 나쁜 주장들이 좋은 논거 앞에서 물러간다는 것을 전제한다. 그러나 증오적 표현을 감싸고 있는 광적 사고방식은 자유시장에서 여과되지 못한다. 또한 언론과 시장은 진리의 장이 아니라 경제적 정치적 강자의 놀이터이다. 언론의 자유시장에서 승자는 진리가 아니라 강자이다.⁸²⁾

3) 평가

규제반대론은 유독 국가권력의 부정적인 역할을 강조하고 있다. 규제반대론은 본질적으로 18세기, 19세기 고전적 자유주의와 민주주의 이상에 근거하고 있다. 그 당시 예측할 수 없었던 사회세력과 극단주의자들이 오늘날 표현의 자유에 대한 위협요소로 등장하고 있지만, 미국헌법의 자유주의를 과거 식민지배를 극복하는 과정에서 확립된 19세기의 것이라고 낮

79) 유대인 학살의 심리적 과정을 밝힌 알포트에 따르면 편견과 차별은 다섯 단계로 발전한다(Allport's Scale). 부정적 발언(antilocution)에서 기피(avoidance)와 차별(discrimination)로, 물리적 공격(physical attack)을 거쳐 마지막으로 절멸(extermination)에 이른다. 증오적 표현은 제1단계인 부정적 발언에 해당한다. Gordon Allport, The Nature of Prejudice, Addison-Wesley, 1954, 14면 이하. Kenneth Lasson, "Holocaust Denial and The First Amendment: The Quest For Truth In a Free Society", 6 Geo. Mason L. Rev. 70(1997) 참조.

80) Mahoney, 앞의 글, 801면; Catharine A. MacKinnon, "Pornography: on morality and politics", Toward A Feminist Theory of The State, Harvard U.P., 1989, 206면.

81) Mahoney, 앞의 글, 801면 이하.

82) MacKinnon, 앞의 책, 205면.

게 평가할 수는 없다. 미국 역시도 표현의 자유의 제한에 있어서 심각한 변화를 겪어왔으며 지금의 입장도 원칙에 대한 결단에 가깝다.

규제의 필요성은 현실과 연동된다. 증오, 차별, 폭력, 절멸에 대한 역사적 체험과 연관된다.⁸³⁾ 헌법상의 특수한 보호규정을 둔 미국의 역사와 유대인 집단살해를 기억하는 유럽의 역사가 각기 다른 규제방식을 채택하도록 하였다. 역사적 체험과 결부되어 규제방향이 달라지고 문화도 달라진다. 민주주의체제임을 똑같이 자부하지만 미국은 표현의 자유를 민주주의의 조건으로 이해하고, 독일은 ‘방어적 민주주의’ 관점에서 가능한 한 초기에 극단주의자들의 싹을 자르려고 한다.⁸⁴⁾ 이 문제는 순전히 이론적으로 결정할 것이 아니라 결단과 비용을 수반하는 원칙의 문제이다.

자유주의자들의 주장처럼 ‘말은 말이고 오로지 행동만 행동’이라는 구별법은 유지될 수 없다. 오히려 규제론자들이 가정하는 말의 현실작용력을 인정하지 않을 수 없다. 오스틴(Austin)의 언어행동론이나 알포트(Allport)의 편견의 단계론은 이 점을 잘 보여준다. 언어도 다양한 형태의 해악을 야기할 수 있다. 그럼에도 불구하고 이를 법적으로 규제하고, 특히 형법적으로 규제하는 것이 적절한지는 다른 문제이다. 말은 나쁜 영향력을 갖기도 하지만, 그 말에 대항하여 참다운 표현이 등장하고 이러한 표현이 선한 힘을 발휘하도록 촉발한다. 말은 국가검열로부터 자유롭게 놓아두더라도 이성적 검토로부터 자유로울 수는 없다. 역사왜곡의 문제는 이성의 공론장에 맡기는 옳다. 오히려 정부가 나서서 역사를 왜곡하는 행위를 자행한 것이 불과 몇 해전의 일이라는 것을 기억해야 한다. 표현의 자유는 민주적 공론을 형성하는 데에 결정적인 역할을 하기 때문에 다른 가치보다 본질적으로 우월한 것으로 취급할 필요가 있다.

V. 법안 검토

사악한 논리라도 일관성을 갖춘 세계관은 토론을 통해 교정할 수 없다. 그것은 본질적으로 정신질환에 해당하기 때문에 치료의 대상이다. 오히려 자유토론을 통해 부정자의 인권억압

83) 권터는 ‘홀로코스트 부인행위 처벌법’을 제정하는 동기를 반유대주의를 예방할 필요성, 반유대주의에 대해 독일정부가 조치를 취했다는 점을 세계에 보여 주어야 할 조바심으로 요약하였다. Klaus Günther, The Denial of Holocaust: Employing Criminal Law to Combat Anti-Semitism in Germany, Tel Aviv University Studies in Law 15(2000), 51면 이하. 인용은 Winfried Brugger, 앞의 글, 378면.

84) Rosenfeld, 앞의 글, 1549면.

적이고 차별적 세계관을 폭넓게 드러내고 청중이 극단주의에 빠져들지 못하도록 차단하는 일이 중요하다. 현실적으로 더 큰 문제는 규제권력이 이러한 사명을 감당할 정도로 보편주의적인지가 문제이다. 현실의 정부는 계몽적 합리성을 가진 지성인들의 클럽이 아니라 정치적 논쟁을 통해서 중국적 이익을 취하려는 권력집단에 가깝기 때문이다. 그들은 바로 현재의 권력에 유리한 방향으로 역사논쟁을 전개하며, 나아가 역사전쟁의 당사자로서 특정한 세계관을 조장하기도 한다. 규제는 최소한 인간의 존엄과 인권의 평등, 인권보편주의를 승인하는 정부 아래서만 규제가 가능할 수 있다. 아직 표현의 자유의 한계를 중립적인 각도에서 다룰 법조사회는 정립되었다고 보기 어렵다. 독일은 좌우극단을 동시에 규제하는 법체제를 가지고 있으며, 이를 ‘방어적 민주주의’라고 한다. 한국은 비판세력을 규제하는 광범위한 법제를 가지고 있지만 극우를 규제하는 논리는 법체제 안에서 찾아보기 어렵다. 또한 이러한 극우세력들을 사상적으로 규제하는 법제가 탄생하리라고 기대하기는 어렵다. 한국에서 역사부인자들은 바로 보수정권의 든든한 벼들이기 때문에 역사왜곡을 일삼는 세력을 처벌하는 법을 제정하더라도 극우파 부인자들을 향해 현실적으로 작동할 수 있을지는 전혀 확신할 수 없다.

한국에서 체제이행기에 중대한 인권침해행위를 이유로 처벌된 사례는 극히 드물었다. 또한 과거의 중대한 인권침해행위를 처벌하려는 법을 제정한 사례도 거의 없다. 원래의 인권침해 행위를 이렇게 불처벌 상태로 방치하는 현실에서 인권침해의 역사를 사후적으로 두둔하는 행태를 규제하지는 발상은 불합리해 보이기도 한다. 또한 표현의 자유가 민주적 법치 국가의 초석으로서 갖고 있는 중대성을 주목한다면 역사부인행위의 처벌법을 반대하는 것이 옳다. 우리는 오히려 더 많은 표현의 자유를 요구해야 한다. 현재 상황에서 역사왜곡과 부인을 처벌하려는 시도는 실제로 역사부인을 정밀하게 타격하기보다는 표현의 자유를 포괄적으로 위축시키고, 비판적 역사관을 지닌 소수파들만 곤경에 처하게 할 우려가 없지 않다. 한국전쟁이나 한국사회의 본질과 관련하여 조정래의 <태백산맥>이나 사회과학자들의 <한국사회의 이해>나 <백년전쟁>가 그 동안 겪었던 고초를 감안하면 일반적으로 처벌범위를 확장하는 것이 유용한 정책이 아니라고 본다. 이와 같이 구체적인 위협이나 구체적인 행위도 없는 표현 자체를, 심지어 표현되지도 않는 심정까지도 처벌하려는 국가보안법 아래서 우리가 살고 있다는 점을 간과해서는 안 된다.

우리의 역사적 단계 또는 역사학계의 현실을 감안할 때 특정한 역사관의 주장자를 처벌하기보다는 오히려 공통의 인식지평을 마련하는 것이 중요하다. 공통의 지평을 확립하지 못한 곳에서 역사왜곡행위의 처벌은 더욱 파괴적이고 무절제한 공격도구로 전락할 수도 있다. 믿을 수 없는 공권력-지금도 바로 그들 부인자들의 정부가 아닌가!-에 역사왜곡을 차단해달

라고 촉구할 것이 아니라 표현의 자유를 존중하는 시민들이 형벌보다는 적극적이고 형성적인 방식으로 역사왜곡과 증오적 표현에 저항해야 한다. 끊임없는 표현의 문화적 투쟁이 필요하다.

1. 순수한 역사부인행위와는 달리, 역사부인을 차별과 증오의 맥락에서 구사하거나 활용하는 행위는 경중을 가려서 규제해야 한다고 본다. 그러한 행위는 증오적 차별적 발언으로서 불법화해야 한다. 그러한 언동의 경중을 가리는 기준이 필요하다.

- 가) 각종인권규약상의 의무이행사항을 고려한다.
- 나) 한국과거사의 특수주제인 헌정질서파괴범죄(집단살해유형)를 고려한다.
- 다) 행위의 공연성 또는 치안교란성에 대한 요건을 명확히 한다(피해자의 명예훼손죄를 넘어서 고려).
- 라) 보호법익은 개인 또는 집단의 명예가 아니라 공공질서(인간존엄, 인도주의적 원칙)이다.
- 마) 공적권위(주민투표)도 역사 부정행위를 정당화하지 못한다. 일해공원을 지정하는 행위. 범죄는 범죄다. 그것은 민주적으로 치유될 수 없는 결정이다.
- 바) 홀로코스트 부인죄는 과거에 있었던 나치에 대한 유죄판결을 전제로 하고 있지만, 우리의 경우에는 전두환 등 신군부에 대해서만 유죄판결이 있을 뿐이다. 과거청산이 전혀 이루어지지 않은 주제영역의 차이도 고려되어야 한다. 민간인학살과 관련한 문제도 고려해야 한다. 과거사위원회/유엔인권위원회/여성지위원회/인종차별철폐위원회 등의 권위있는 결정도 판결에 준하여 고려되어야 한다.
- 사) 국가인권위원회는 홀로코스트 부인행위와 유사 행위를 저지르고 있는 공공단체, 사적인 단체, 개인에 대하여 즉각적으로 시정조치를 권고해야 한다.
- 아) 부인행위의 심각성을 따져서 중죄, 경죄 수준으로 구별한다.
- 자) 범법자에 대하여 인권교육을 부과한다.
- 차) 사회봉사명령의 일환으로서 필사형(筆寫刑)을 도입하는 것도 좋겠다.

그들에게는 그들이 부인하고 왜곡하고 있는 역사적 사건과 그 피해자들의 문제를 다루는 대화소설이나 연구서를 정부공공도서관에 출두하여 손수 필기하는 과업을 부과하는 것이 좋겠다. 5·18을 왜곡하고 부정하는 사람에게는 공식보고서도 갖추지 못했기 때문에 임철우의 <<봄날>>을 필사하도록 하고, 제주4·3민간인학살을 부인하는 자에게는 김석범의 <<

화산도>>를 필사하게 하는 식이다. 참고로 화산도도 참 길다. 경중에 따라 1회형, 2회형, 3회형.....

- 카) 공적 공간, 공무원에 대한 행동강령 또는 스피치 코드의 필요성(범죄화 이전단계의 발언들의 규제)
예컨대, 군대, 교육공간, 예비군 교육장, 여타 공적인 공간에 역사부인적 발언을 하는 공직자에 대한 다양한 징계(speech code 위반 품위유지 위반)
- 타) 교육공간에서 역사교육의 기본적인 노선과 평가범위에 대한 진보/보수 역사학자들의 타협 또는 합의

논평1. 2013년 반인륜범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안

1. 이 법안은 반인륜범죄와 민주화운동부인행위를 벌함으로써 누구를 벌할 것인지 법의 방향은 분명하게 설정되어 있다. 그런데 다양한 문제를 하나의 법안으로 묶기 때문에 여러 가지 문제점이 드러난다. 이 법으로 단순히 비판적이고 진보적인 역사이해를 표출한 사람들을 처벌할 위험은 거의 없다. 그런데 범죄규정이 너무 느슨한 것은 아닌가 의문이 든다.

2. 우선 “반인륜 범죄”라는 용어는 일단 적합하지 않다. 그 말의 원어는 crime against humanity인데, 이는 인간성(humaneness) 또는 인류(mankind), 또는 인도성/인도주의(humanity) 등을 의미하는데, 인륜은 근본적인 도덕률을 연상시키므로 잘 맞지 않는다.

국제형사재판소에 관한 로마규정(ICC)의 국내입법법인 <국제형사재판소 관할 범죄의 처벌 등에 관한 법률(2007.12.21 법률 제8719호)>에서 “인도에 반한 죄”로 확립되어 있다.

제2조 ① 3. 집단살해죄는 인도에 반한 죄와 병렬적인 관계에 두기 때문에 집단살해죄를 반인륜범죄로 분류하는 것은 문제이다.

제2조 ① 2. 인도에 반한 죄는 정치적, 인종적, 종교적, 국민적 이유 등으로 인간의 생명에 대한 말살과 인간에 대한 가혹하고 비인도적이고 굴욕적인 처우 등을 의미한다. 반란죄나 이적죄 등 헌정질서 파괴범죄가 일반적으로는 여기에 해당하지 않는다. 불완전한 범죄 규정이다. 여러 차례 쿠데타를 감행한 박정희 대통령도 여기에 해당하는지도 의문이다. 이미 유죄판결을 받은 것만 고려해서 신군부만 해당하는가?

3. 제2조 ②에 대해

민주화운동을 한국민주주의 운동사에 중요한 사건을 대다수 예시하여 매우 보편적인 개념규정으로 설정하였다. 그런데 이것을 어떻게 하면 부인범죄에 해당하게 되는가? 잘못하면 보수적인 정치관을 가진 사람을 모두 처벌할 우려도 있다고 여겨진다. 보수적인 현대사

학자나 사회학자들이 다수가 처벌될 것 같다. 이렇게 법안을 제시하면 과연 통과될 수 있을지 의문이다. 특히 유신체제를 찬양하거나 이승만을 두둔하는 행위는 민주화운동과 정치적으로 도덕적으로 평가하는 행위와 모순관계에 있기 때문에, 이 조문(민주화운동부인죄)은 나치찬양죄와 유사하게 유신찬양죄/독재찬양죄라고 할 수 있다.

4. 제3조 부인행위와 관련해서

“국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반인륜 범죄를 부인, 찬양한 자는 7년이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.”

“국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 민주화운동을 부인 왜곡 날조한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처한다.”

앞부분이 국가보안법을 모사했는데 이러한 문구는 대단히 불편하다. 앞의 희생자와 피해자들의 다수가 이러한 문장을 가지고 있는 죄목에 의해 처벌되었기 때문이다.

그러한 추상적이고 제멋대로인 주관적인 요건보다는 구체적인 행위수행방식을 제시하는 것이 필요하다. 악영향을 미치는 정도를 판단하여 평가하고, 경죄와 중죄도 나눌 수 있다.

5. 결론-특정한 유형의 인권침해범죄를 부인하는 행위가 피해자들의 인권뿐만 아니라 관객으로서 인류의 인권을 잠재적으로 침해하는 행위라는 인식에 선다면 인권침해범죄로서 부인행위를 좀더 엄격하게 제한해서 규정하는 것이 필요하다. 추상적인 역사적 평가문제에 까지 하나의 견해를 확립하려는 것은 문제라고 생각한다.

논평2: 5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안(박지원 의원 대표발의)

제5조(기념사업등)

② 정부는 매년 5·18민주화운동을 기념하는 행사(이하 “5·18기념식”이라 한다)를 5·18민주유공자와 그 가족 및 유족 등과 협의하여 개최하여야 한다.

③ 정부는 ‘임을 위한 행진곡’을 5·18민주화운동 기념곡으로 지정하고 5·18기념식에서 제창하도록 하며, 이를 위해 필요한 사항을 대통령령으로 정한다.

제8조(5·18민주화운동에 대한 비방·왜곡·날조 등 금지) ①누구든지 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 하여서는 아니된다.

1. 반보벤-바시오우니 원칙에 따라 피해자의 권리를 검토할 때, 관례에 입각한 피해자의 감정을 보호하는 것이 필요하다. 이것은 우리 전통예법이면서 국제인권기준이기도 하다. 국

가공직자가 정부가 공식적으로 지정한 기념일에 관례적으로 불러온 노래를 부르지 않기 위해 잔수를 부리는 것은 공직자의 기본에 맞지 않다. 그가 양심상 부를 수 없다면 그 공직을 물러나야 한다.

2. 명예훼손형 범죄로 접근하는 약점을 극복하고 객관적인 사회적인 범죄(선동죄)로 접근한 것은 종래의 입법시도보다 낫다.

3. 이 법이 5·18민주화운동에 국한하여 5·18특별법에 둘 것인지, 좀더 일반적인 형태로 규정하면서 일반형법에 두는 것이 좋은지 고민해야 할 것이다.

인권피해자 권리장전(반 보벤-바시오우니 원칙)

22. 만족은 필요한 경우 이하의 전부 또는 각부분을 포함한다.

- (a) 지속적인 침해의 중단을 겨냥한 효과적인 조치
- (b) 진실의 공개가 추가적인 피해를 야기하지 않거나 피해자, 피해자의 친척, 증인 그리고 피해자를 돕기 위하여 또는 위반행위의 재발을 방지하기 위하여 개입한 사람들의 안전과 이익을 위태롭게 하지 않는 한도 내에서 사실의 검증과 진실의 완전한 공개
- (c) 실종자의 소재, 납치된 아동들의 신원, 피살자의 시신의 수색, 시신의 발견, 신원확인, 피해자의 명시적 또는 묵시적 희망, 가족들의 문화적 관례에 따른 시신의 매장에서 지원
- (d) 피해자 및 그와 밀접하게 연결된 사람들의 존엄, 명예, 권리를 회복시키는 공식적인 선언 또는 사법적 결정
- (e) 사실의 인정과 책임의 수용을 포함한 공식적 사과
- (f) 위반행위에 책임 있는 개인들에 대한 사법적 행정적 제재
- (g) 피해자에 대한 기념과 헌사
- (h) 국제인권법과 국제인도법 연수와 모든 수준의 교육자료 안에 자행된 위반행위에 대한 정확한 설명의 포함

제23조 재발방지의 보증은 필요한 경우 방지에 기여할 다음의 조치들의 전부를 포함해야 한다.

- (a) 군대 또는 보안부대에 대한 효과적인 민간 통제를 확보하는 것
- (b) 모든 민간 또는 군사 절차가 적법절차, 공정성, 불편부당성에 관한 국제기준을 준수하도록 보장하는 것
- (c) 사법부의 독립을 강화하는 것
- (d) 법조, 의료, 보건 직역, 미디어 및 여타 관련 직종의 종사자들 그리고 인권옹호자들을 보호하는 것

- (e) 우선적으로 그리고 지속적으로 사회의 전 부문에 인권 교육과 국제인도법 교육, 그리고 법집행공무원, 군인, 보안부대 요원에게 이러한 교육을 제공하는 것
- (f) 법집행공무원, 교정, 여론매체, 의료, 심리, 사회적 업무를 포함한 공무원뿐만 아니라 경제 기업들의 행동강령과 윤리규범, 특히 국제적 기준의 준수를 촉진하는 것
- (g) 사회갈등의 예방과 감시, 그 해결을 위한 장치를 촉진하는 것
- (h) 국제인권법의 중대한 위반과 국제인도법의 심각한 위반을 허용하거나 조장하는 법률을 재검토하고 개혁하는 것

03

5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌의 방향

김재운
전남대학교 법학전문대학원 교수

5·18 왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회

03

5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌의 방향* 김재윤**

I. 들어가는 말

최근 우리 사회에서는 일부 극우논객과 종합편성채널, 일간베스트저장소(일베) 등을 중심으로 “5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이다”, “5·18에 북한군이 개입하였다”라는 등의 발언을 통해 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 일들이 빈번히 벌어지고 있으며, 이러한 5·18민주화운동 부인은 인터넷을 통해 광범위하게 유포되고 있다. 신군부의 권위주의적 통치에 항거하여 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 것은 헌법상 기본권으로 보장된 표현의 자유의 한계를 넘어선 것으로 계엄군의 불법행위로 인해 고통을 겪은 희생자 및 그 유족 또는 가족 개인의 존엄성을 훼손시키고 사회통합을 저해하는 범죄행위가 아닐 수 없다. 그럼에도 불구하고 우리나라 법원은 인터넷에서 5·18민

* 이 발제문은 김재윤(2015), 「5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안」, 『법학논총』, 제35집 제2호, 227-233쪽; 김재윤(2016), 「5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 헌법적 정당성」, 『민주주의와 인권』, 제16권 제2호, 33-60쪽을 수정·보완한 것임.

** 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

주화운동을 부인하는 게시글을 올린 지만원씨 사건¹⁾에 대해 수원지방법원 1심,²⁾ 서울고등법원 항소심³⁾에서 각각 무죄를 선고하였고, 검찰의 상고에도 불구하고 2012년 12월 27일 대법원에서 검찰의 상고를 기각함으로써 최종적으로 무죄를 확정하였다.⁴⁾ 이는 향후 제2, 제3의 지만원씨가 등장하여 TV방송과 인터넷상에서 5·18민주화운동이라는 역사적 사실의 부인 발언을 아무리 하여도 집단표시에 의한 명예훼손죄의 법리로 이들을 형사처벌할 수 없다는 한계⁵⁾를 분명하게 보여주는 것이다.

그러나 시선을 독일로 돌린다면 사정은 전혀 다르게 변한다. 즉 독일형법 제130조 제3항은 “국가사회주의(나치) 지배 하에서 범하여진 국제형법 제6조 제1항에서 규정된 종류의 행위를 공공의 평온을 교란하기에 적합한 방법으로 공연히 또는 집회에서 찬양, 부인, 경시한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.”라고 규정함으로써 5·18민주화운동과 같은 역사적 사실의 부인으로서 이른바 ‘아우슈비츠 거짓말’(Auschwitzlüge) 내지 ‘홀로코스트 부인’(Holocaust-Leugnung)⁶⁾을 금지하고 있다. 1960년대부터 시작하여 최근 더욱더 독일 사회에서 문제되고 있는 극우주의자들과 신나치주의자들의 홀로코스트 부인을 정당화할 경우 아우슈비츠 희생자와 그 유가족의 존엄성이 훼손되기 때문에 이를 형법적으로 규제하는 방식을 채택하여 적극적으로 대처하고 있다.

따라서 이 글에서는 아우슈비츠 거짓말을 형사처벌하는 독일형법 제130조 제3항과 같은 형사처벌 규정이 없는 상황에서 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 행위를 형사처벌하는 규정을 도입할 필요가 있는지, 있다면 그 기본방향과 구체적 내용은 무엇인지를 검토하고자 한다.

1) 2008년 1월 극우논객 지만원씨가 운영하는 홈페이지 ‘시스템클럽’ 게시판에 ‘5·18의 진실’이라는 제목으로 “5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이라는 1980년 판결에 동의하며, 북한의 특수군이 파견되어 조직적인 작전지휘를 했을 것이라는 심증을 다시 한 번 갖게 되었다”라는 글을 게재하였고, 이에 검찰은 지만원씨를 정보통신망을 통하여 공연히 거짓의 사실을 드러내어 광주민주화운동 유공자들인 피해자 신OO, 김OO의 명예를 훼손함과 동시에 광주민주화운동으로 사망한 피해자 문OO의 명예를 훼손하였음을 공소사실로 하여 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 위반(명예훼손), 사자명예훼손죄(형법 제308조)를 적용하여 기소하였다.

2) 수원지방법원 안양지원 2011.1.19. 선고 2010고합51 판결.

3) 서울고등법원 2012.8.23. 선고 2011노308 판결.

4) 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10670 판결. 이 판결에 대한 자세한 분석으로는 김재운(2015), 앞의 논문, 227-233쪽 참조.

5) 이에 대한 자세한 설명으로는 김재운(2015), 앞의 논문, 227-233쪽 참조.

6) 홀로코스트는 제2차 세계대전 중 약 1,200만명의 민간인이 나치와 그 협력자들에 의해 희생된 사건을 의미하는데, 홀로코스트 부인자들은 아우슈비츠나 여타 수용소에서 유대인을 학살하기 위한 인간가스실이나 소각로 등이 없었다고 주장한다. 이에 대한 상세한 분석으로는 이소영(2013), 「기억의 규제와 ‘규제를 통한 기억하기’: 홀로코스트 부정(Holocaust denial) 규제 법제와 사회적 기억의 구성」, 『법학연구』, 제21권 제4호, 405쪽 이하; 이재승(2008), 「기억과 법: 홀로코스트 부정」, 『법철학연구』, 제11권 제1호, 223쪽 이하 참조.

II. 5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌의 필요성

5·18민주화운동 부인에 대해 민사상 손해배상이 아닌 형사처벌 규정을 새롭게 도입할 필요가 있다는 제안은 형법적 규제의 방식을 채택하는 것이다. 이는 독일을 비롯한 유럽의 많은 나라에서 홀로코스트 부인이라는 역사적 사실의 부인에 대해 형법적 규제의 방식을 따르는 것과 궤를 같이 하는 것으로 볼 수 있다.

그러나 역사적 사실을 부인하거나 특정한 역사적 사실에 대한 극단적인 이견을 표출하였다고 해서 이를 형벌로 금지한다면 이는 표현의 자유에 대한 지나친 제한이며, 국가가 개인에 대한 사상적 후견의 시도로 사상적 자유권을 침해할 우려가 높다는 비판이 제기될 수 있다. 이러한 이유에서 미국은 이른바 ‘사상의 자유시장이론’에 따라 정부가 표현의 자유를 법률로 규제하는 것을 허용하고 있지 않다. 이에 미국에서는 홀로코스트를 부인하는 공개적인 의견 표명이나 도서의 출판에 대해 법적 규제를 받지 않는다.⁷⁾ 이러한 입장을 바탕으로 국내에서도 “인권 유린의 잔인한 역사에 대해 극단적인 의견, 즉 찬동을 하거나 행위를 미화시키는 표현은 민사상의 손해배상 등의 법리로 풀어야지 형사적 제재의 대상이 되어서는 안 될 것이다”⁸⁾라든지, “역사의 부정을 처벌하는 새로운 규제법을 제정할 필요가 없을 정도로 규제법은 많으며, 역사부정을 포함하여 역사논쟁을 법원에 맡기려는 시도는 국가에게 상대의 뇌를 검열하게 하고, 급기야 자신의 뇌를 검증받으려는 것이다. 사상에 대해서는 언제나 보다 좋은 사상으로 맞서는 것이 원칙이다”⁹⁾라고 하여 민·형사법적 규제에 반대하는 견해가 제시되고 있다.

그러나 이러한 견해는 일정 부분 경청할만한 부분도 있지만 다음과 같은 이유에서 찬성하기 어렵다. 첫째, 미국에서 표현의 자유는 다른 어떤 기본권보다 강하게 보호되고 있지만 절대적으로 보호되는 것이 아니라 치안방해(sedition), 음란(obscenity), 명예훼손(defamation), 공격적 언동(fighting words)에 해당하는 표현은 법적 규제가 가능하다.¹⁰⁾ 그리고 미국은 독일이나 유럽과 같이 나치체제나 홀로코스트를 직접적으로 경험하지 않아 역사적 사실의 부인에 대한 인식과 대처에 커다란 간극이 있음을 간과해서는 안 된다. 나아가

7) 이재승(2008), 앞의 논문, 240쪽.

8) 김희정(2012), 「역사적 사실을 부인하는 행위에 대한 제재 법률의 헌법적 정당성」, 『고려법학』, 제67호, 101쪽.

9) 이재승(2008), 앞의 논문, 247, 249쪽.

10) 이재승(2008), 앞의 논문, 240쪽.

미국에서 문제된 국가사회당 대 스코키 사건¹¹⁾은 홀로코스트 부인과 같은 역사적 사실의 부인이 아니라 나치의 상징인 철십자를 갖춘 나치 정복을 입고 행진을 하고자 한 신나치 단체의 시위금지에 대한 합헌 여부를 다룬 것이다. 그리고 이 판결 내용 가운데 재심을 담당할 주법원은 나치마크 계양을 금지한 부분에 대해 해당 기호가 유대인의 생활공간에 의도적으로 계양된 경우에는 폭력적인 반응이 생길 가능성이 높다고 판단하였으며, 이에 인종이나 종교적 증오의 모멸 표현은 수정헌법 제1조에서 보호되는 표현이 아니기 때문에 유효하다고 판단하였다.¹²⁾ 둘째, 인권 유린의 잔인한 역사에 대해 민사적 규제 방식은 그 제재의 효과에 의문이 든다. 이는 미국에서 명예훼손에 대해 형법적 규제가 아닌 민사적 규제 방식을 채택하고 있다는 점에서 착안한 주장으로 보이나, 우리나라와 미국은 명예 관점, 표현의 자유의 보장 정도 등 민사소송절차가 다르며, 미국과 같은 징벌적 손해배상이라는 강력한 민사제재가 존재하지도 않다.¹³⁾ 이에 우리나라에서는 명예훼손에 대해 민사소송을 제기하는 동시에 형사소송을 제기하는 것이 일반적 현상이다. 셋째, 역사부정을 처벌하는 규제법이 많다고 하나, 현재까지 홀로코스트와 같은 역사적 사실의 부인을 형사처벌(독일형법 제130조 제3항)하는 독자적 처벌규정은 존재하지 않는다. 또한, 역사적 사실의 부인과 역사논쟁은 엄연히 구별되는 것으로, 5·18민주화운동은 폭동이 아니며, 북한군의 개입은 없었다는 것은 역사논쟁의 차원을 넘어 부인할 수 없는 역사적 사실이다.

따라서 최근 일부 극우논객과 종합편성채널, 일간베스트저장소(일베) 등을 중심으로 벌어지는 역사적 사실로서 5·18민주화운동에 대한 부인행위는 권위주의적 통치에 항거해 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 민주화운동을 부인, 왜곡, 날조 하는 것으로 표현의 자유의 한계를 넘어선 명백한 범죄행위이므로 명예훼손죄의 법리가 아닌 또 다른 방식의 형사법적 처벌방안을 마련할 필요하다고 본다.¹⁴⁾

Ⅲ. 5·18민주화운동 부인에 대처하기 위한 법률안의 내용과 문제점

1. 제19대, 제20대 국회 대표발의안의 주요내용

11) Skokie v. National Socialist Party, 51 III. App. 3d 279, 281 (App. Ct. 1977).
 12) Skokie v. National Socialist Party, 51 III. App. 3d 279, 287-94 (App. Ct. 1977).
 13) 조국(2013), 「사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성」, 『형사정책』, 제25권 제3호, 17쪽.
 14) 김재운(2015), 앞의 논문, 242-243쪽 재인용.

가. 제19대 국회 김동철의원 대표발의안

2013년 5월 새정치민주연합 소속 김동철의원은 “일제의 만행과 헌정파괴범죄와 같은 반인륜 범죄를 부인하고, 권위주의적 통치에 항거해 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 민주화운동을 왜곡·날조하는 것은 헌법적 권리인 ‘표현의 자유’의 한계를 벗어난 것으로 명백한 범죄행위”이기 때문에 이를 엄히 처벌함으로써 헌법상의 자유민주적 기본질서를 수호하고자 ‘반인륜 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안’을 대표발의하였다.¹⁵⁾

김동철의원 대표발의안 제3조에 따르면, 국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 반인륜 범죄를 부인·찬양한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하며(동조 제1항), 국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정을 알면서 민주화운동을 부인·왜곡·날조한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다(동조 제2항).

나. 제19대 국회 최민희의원 대표발의안

새정치민주연합 소속 최민희의원은 앞서 언급한 김동철의원 대표발의안과 달리 5·18민주화운동에 국한하여 민주유공자 또는 유족 및 관련자의 명예를 훼손한 자에 대한 형사처벌 조항을 신설하는 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안’을 제안하였다.¹⁶⁾

그 주요 내용은 5·18민주화운동에 관하여 사실을 왜곡하여 공연히 허위사실을 적시하여 민주유공자 및 유족 또는 가족 등의 명예를 훼손한 자에 대하여 5년 이하의 징역형 또는 3천만원 이하의 벌금에 처하도록 하는 것이다(안 제8조 신설).¹⁷⁾

다. 제20대 국회 박지원의원 대표발의안

국민의당 소속 박지원의원은 “정부가 매년 5·18기념식을 개최하고 ‘임을 위한 행진곡’을 기념곡으로 지정하여 제창하도록 하며, 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 처벌함으로써, 국가적으로 5·18민주화운동의 정신을 더욱 계승·고양하고 불필요한 사회적 논란과 갈등을 해소”하고자 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안’

15) 의안번호 5128, 2013.5.27.대표발의.
 16) 의안번호 5276, 2013.6.3.대표발의.
 17) 최민희의원은 동일한 내용으로 ‘국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안’ 제85조 제5항 신설(의안번호 5275, 2013.6.3.대표발의) 및 ‘5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안’ 제70조 제4항 신설(의안번호 5279, 2013.6.3.대표발의)할 것을 제안하였다.

을 2016년 6월 2일 대표발의(의안번호 65)하였다.

박지원의원 대표발의안은 제8조를 신설하여 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 한 자에 대하여 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다.

라. 제20대 국회 김동철의원 대표발의안

국민의당 소속 김동철의원은 “5·18광주민주화운동을 부인하는 행위는 헌법의 존립을 해치는 행위이므로 이를 엄히 처벌함으로써 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호”하고자 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안’을 2016년 6월 14일(의안번호 208) 대표발의하였다.

김동철의원 대표발의안에 따르면, 제8조를 신설하여 공연히 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금에 처하도록 하고 있다. 이는 김동철의원이 지난 19대 국회 때 대표발의한 반인류 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안에서 처벌대상 범죄를 반인류 범죄 및 민주화운동으로 설정한 것보다 그 범위를 5·18민주화운동으로 축소하여 제안한 것이다.

마. 제20대 국회 이개호의원 대표발의 준비 법안

더불어민주당 소속 이개호의원은 “5·18 민주화운동에 대한 역사적 진실을 왜곡, 비방, 날조하거나 민주화 운동에 관련된 사람들과 단체에 대해 명예를 훼손하고 존엄을 해치는 행위는 건전한 국가발전과 국민화합을 저해하는 행위로 결코 용인될 수 없다”는 인식 하에 2016년 7월 ‘5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안’을 대표발의하고자 준비 중에 있다.

이개호의원이 준비 중인 대표발의안에 따르면, 제8조를 신설하여 5·18민주화운동을 비방, 왜곡, 날조하거나 관련자 또는 단체를 모욕 또는 악의로 비방하거나 5·18민주화운동 또는 관련자에 대한 허위사실을 유포하는 사람은 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금에 처하도록 하며, 이 경우 ① 문서, 방송, 각종 출판물, 정보통신망을 이용하는 경우, ② 공연히 전시, 게시, 상영하거나, 그 밖에 접근을 용이하게 하는 행위, ③ 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고 또는 선전하는 행위 가운데 어느 하나에 해당하는 방법으로 전단의 죄를 저지르거나 그 죄를 도운 경우에도 동일한 형벌로 처벌하도록 하고 있다.

<표 1> 5개 법률안 주요 내용 비교·검토

		제안 법률안	구성요건	형벌
제19대 국회	김동철의원 (㉔)	반인류 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안	국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 반인류 범죄를 부인·찬양(안 제3조 제1항) 국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 점을 알면서 민주화운동을 부인·왜곡·날조(안 제3조 제2항)	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금
	최민희의원 (㉕)	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	5·18민주화운동에 관하여 사실을 왜곡하여 공연히 허위사실을 적시하여 민주유공자 및 유족 또는 가족 등의 명예를 훼손(안 제8조)	5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금
제20대 국회	박지원의원 (㉖)	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위(안 제8조)	5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금
	김동철의원 (㉗)	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	공연히 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조(안 제8조)	7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금
	이개호의원 (㉘)	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안 (2016.7.현재 대표발의 준비 중)	5·18민주화운동을 비방, 왜곡, 날조하거나 관련자 또는 단체를 모욕 또는 악의로 비방하거나 5·18민주화운동 또는 관련자에 대한 허위사실을 유포하는 행위(안 제8조 전단) ① 문서, 방송, 각종 출판물, 정보통신망을 이용하는 경우, ② 공연히 전시, 게시, 상영하거나, 그 밖에 접근을 용이하게 하는 행위, ③ 타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도, 보관, 공여, 광고 또는 선전하는 행위 가운데 어느 하나에 해당하는 방법으로 전단의 죄를 저지르거나 그 죄를 도운 경우(안 제8조 후단)	7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금

2. 제19대, 제20대 국회 대표발의안의 문제점

우선, 제19대, 제20대 국회에서 발의된 법률안들은 그 처벌대상으로 반인류적 범죄 사실과 민주화운동을 대상으로 하고 있거나(㉠), 5·18민주화운동에 한정된 것(㉡, ㉢, ㉣, ㉤)으로 대별할 수 있다. 그러나 제19대 국회 김동철의원 대표발의안에서 반인륜적 범죄행위로 언급된 일본제국주의의 국권침탈 행위가 어디까지인지, 헌정질서 파괴범죄는 구체적으로 어떠한 행위를 의미하는지가 불명확하여 명확성의 원칙에 반할 위험이 크다는 문제점이 있다.¹⁸⁾

둘째, 구성요건과 관련하여 최민희의원 대표발의안은 5·18민주화운동에 관하여 사실을 왜곡하여 공연히 허위사실을 적시하여 민주유공자 및 유족 또는 가족 등의 명예를 훼손하는 행위를 처벌함으로써 명예훼손죄의 한 형태로 규정한 반면, 나머지 3개의 법률안(㉢, ㉣, ㉤)은 5·18민주화운동 그 자체를 부인·왜곡·날조하는 행위를 처벌하고 있다. 그러나 최민희의원 대표발의안은 검토보서에서 지적하고 있듯이, ① 명예훼손죄에 대한 처벌규정은 이미 형법에 규정되어 있는데, 특별법에 별도로 규정할 실익이 없고 법률 조항 간에 혼란을 초래할 우려가 있다는 점, ② 명예의 주체를 “이 법의 적용대상자들”로 규정하고 있는데, 보호할 법익이 법 적용자 개인의 명예인지, 법 적용대상 집단 전체의 명예인지가 불분명하다는 점, ③ 형법상 명예에 관한 죄는 친고죄나 반의사불벌죄를 규정하고 있으나, 개정안은 명예훼손죄의 법적 성질을 가지면서도 이러한 규정이 없어 피해자의 의사를 고려하지 않고 무조건 처벌해야 하는 점 등의 문제점이 있다.¹⁹⁾

한편, 구성요건과 관련하여 이개호의원 준비 대표발의안은 하나의 구성요건에서 정범과 종범, 역사적 사실 부인과 모욕 또는 명예훼손이라는 서로 다른 보호법익을 가진 구성요건을 혼재시켜 놓고 동일한 법정형을 부과하고 있는데, 이는 형법과 형사특별법 전체 구성요건 가운데 어디에서도 찾아 볼 수 없는 구성요건으로 형사법 규정 체계를 전혀 고려하지 않고 있다는 문제점을 보이고 있다. 즉 형법은 정범과 종범을 구별하여 종범의 형은 정범의 형보다 감경하도록 하고 있는데(형법 제32조 제2항), 전단은 정범행위인 반면 후단 2호의 “그 밖에 접근을 용이하게 하는 행위”, 후단 3호의 “그 죄를 도운 경우”는 전형적인 종범행위임

에도 불구하고 이를 동일한 형벌로 처벌함은 형벌은 책임에 기초하고 그 책임에 비례하여야 한다는 책임주의 원칙에 위배되는 것이다. 또한 전단의 5·18민주화운동을 비방, 왜곡, 날조하는 행위(5·18민주화운동 부인죄), 관련자 또는 단체를 모욕(모욕죄) 또는 악의로 비방하는 행위(허위사실적시 명예훼손죄), 5·18민주화운동 또는 관련자에 대한 허위사실을 유포하는 행위(?)는 서로 다른 보호법익을 가지는 별개의 구성요건이며, 마지막의 5·18민주화운동 또는 관련자에 대한 허위사실 유포하는 행위는 앞의 두 구성요건(5·18민주화운동 부인죄, 허위사실적시 명예훼손죄)을 행하는 하나의 방법에 지나지 않아 독자적인 구성요건으로 파악할 수도 없다는 심각한 문제점을 보이고 있다. 정범과 종범을 구별하고 보호법익이 상이한 것은 구성요건을 별개의 조문으로 달리하는 동시에 그 형벌도 차등을 두어 규정해야 할 것이다.

셋째, 5개의 법률안 가운데 최민희의원 대표발의안과 제20대 국회 김동철의원 대표발의안은 명시적으로 공연성을 요구하고 있고, 박지원의원 대표발의안(이개호의원 준비 대표발의안 가운데 후단 1호 포함)은 공연성이 폭넓게 인정되는 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하는 행위방식을 요구하고 있다. 반면에 제19대 국회 김동철의원 대표발의안은 별도로 공연성을 요구하고 있지 않다. 그러나 이들 범죄구성요건은 표현의 자유를 제한할 가능성이 크므로 공연성이 인정되지 않는, 즉 불특정 또는 다수인이 인식할 수 있는 상태에 이르지 않은 행위를 처벌하는 것은 문제가 있다고 본다. 같은 이유에서 홀로코스트 부인을 처벌하는 독일과 오스트리아²⁰⁾의 입법례를 보더라도 공연성을 요구하고 있다.

넷째, 제19대, 제20대 국회 김동철의원 대표발의안은 그 행위태양으로 부인을 명시하고 있는데, 부인은 찬양, 왜곡, 날조와 달리 소극적 행태를 의미하므로 구성요건으로서의 적절성에 대한 의문이 제기된다는 견해²¹⁾가 있다. 그러나 부인은 민주화운동과 관련하여 확립된 역사적 사실을 부정하거나, 이론을 제기하거나, 거부하는 것을 뜻하므로 구성요건으로서의 적절성에 어떠한 문제도 없으며, 직무유기죄의 행위태양인 거부와 유기는 부인과 마찬가지로 소극적 형태이므로 구성요건적 행위를 적극적 행태를 의미하는 것으로만 규정할 필요는

18) 같은 지적으로 임중호(2013), 「반인류 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안 검토보고서」, 국회법 제사법위원회, 5쪽.

19) 조의섭(2013), 「국가유공자 등 예우 및 지원에 관한 법률 일부개정법률안 및 5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안 검토보고서」, 국회정무위원회, 4-7쪽.

20) 오스트리아 나치금지법 제3조의h 인쇄물, 방송, 여타 매체에서 또는 기타 공연히 많은 사람들의 접근을 가능하게 하는 방식으로 나치의 제노사이드, 나치의 인도에 반한 범죄를 부인하거나 전면적으로 경시하거나 두둔하거나 정당화를 시도한 자는 제3조의g의 예(1년~10년, 중한 경우 20년)에 따라 처벌한다.

21) 임중호(2013), 앞의 검토보고서, 7쪽.

없다.

다섯째, 5개의 법률안에서 제안된 형벌은 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위에 대한 형사처벌이라는 구성요건이 기본적으로 동일함에도 불구하고 7년 이하의 징역 또는 1억원 이하의 벌금(㉑, ㉒), 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금(㉓), 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금(㉔), 5년 이하의 징역 또는 3천만 원 이하의 벌금(㉕)로 서로 상이하다는 문제점을 보이고 있다.

마지막으로, 5개의 법률안은 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위에 대해 형사처벌을 할 경우 사상의 자유, 표현의 자유(특히 비판의 자유), 언론의 자유, 학문의 자유가 제약될 가능성이 매우 큼에도 불구하고 위법성조각사유에 관한 규정을 전혀 고려하고 있지 않다. 이는 사실적시 명예훼손죄에 있어 형법 제310조에서 위법성조각사유를 두어 헌법적 법익으로 보호되어 있는 개인의 명예와 언론의 자유, 표현의 자유가 충돌할 때 규범조화적으로 그 충돌의 해결을 시도하는 것과 비교할 때 기본권 상호간 규범조화적 충돌의 해결의 시도를 포기하는 것으로 문제가 있다.

IV. 5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌의 기본방향과 구체적 내용

5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌의 필요성이 인정되더라도 그 구체적인 내용은 국민의 기본권을 제한하는 내용을 담고 있기 때문에 헌법적 정당성이 인정되기 위한 요건인 과잉금지의 원칙을 갖추고 있어야 한다. 이러한 과잉금지의 원칙(목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성)에 위반 여부²²⁾를 염두에 두면서 5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌의 기본방향과 구체적 내용을 살펴보면 다음과 같다.

1. 처벌대상 관련

우선, 처벌대상과 관련하여 역사적 사실의 부인행위에 5·18민주화운동만을 국한시킬 것(㉑, ㉒, ㉓, ㉔)인지 아니면 제19대 국회 김동철의원 대표발의안(㉕)과 같이 반인륜 범죄 및

22) 이에 대한 상세한 검토는 김재운(2016), 앞의 논문, 42쪽 이하 참조.

「민주화운동기념사업회법」 제2조상의 민주화운동²³⁾까지 포함시킬 것인지가 문제된다. 이와 관련하여 제19대 국회 김동철의원 대표발의안은 반인륜적 범죄와 민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위를 형사처벌하고 있다. 그러나 동 대표발의안에서 반인륜적 범죄행위로 언급된 일본제국주의의 국권침탈 행위와 헌정질서 파괴범죄의 의미가 불명확하여 명확성의 원칙에 반할 위험성이 있다는 점은 이미 언급하였다. 또한, 민주화운동에 포함된 2·28대구민주화운동, 6·3한일회담 반대운동, 3선개헌 반대운동 등에서 광주시민에 대한 학살과 같은 심각한 인권유린 행위가 있었는지, 그리고 5·18민주화운동을 제외하고 이들 민주화운동을 부인하여 사회적 혼란과 지역적 편견을 심화시키는 한편, 희생자 및 그 유족 또는 가족 개인의 존엄성을 지속적·반복적으로 손상시킨 사례가 있는지 의문이다. 따라서 역사적 사실의 부인에 대한 형사법적 처벌의 대상은 5·18민주화운동에 한정하는 것이 타당하다고 본다.

2. 처벌행위 관련

처벌행위와 관련하여 독일형법 제130조 제3항은 찬양·부인·경시를 행위태양으로 하고 있다. 이는 국가사회주의(나치) 지배 하에서 범하여진 국제형법 제6조 제1항에서 규정된 종류의 행위라는 범죄행위에 초점을 맞추어 이러한 범죄행위를 찬양하거나 전적으로 부인하거나 홀로코스트의 불법성, 위험성, 결과에 대해 실질적 의미와 모순되게 경시하는 것을 행위태양으로 규정한 것이다. 그러나 5·18민주화운동 부인에 대한 형사법적 처벌은 5·18민주화운동 당시 계엄군에 의해 행해진 범죄행위에 초점을 맞추기보다 그에 저항하면서 펼쳐진 광주시민의 민주화운동에 초점을 맞추어 이러한 민주화운동을 전적으로 또는 부분적으로 부인하거나, 사실과 다르게 해석하거나 그릇되게 하거나(왜곡), 사실이 아닌 것을 사실인 것처럼 거짓으로 꾸미는 행위(날조)를 행위태양으로 규정함이 타당하다고 본다.

3. 행위방법 관련

행위방법과 관련하여 제19대 국회 김동철의원 대표발의안(㉕)은 공연성을 요구하고 있지

23) 민주화운동기념사업회법 제2조(정의) 이 법에서 "민주화운동"이란 2·28대구민주화운동, 3·8대전민주의거, 3·15의거, 4·19혁명, 부·마항쟁, 6·10항쟁 등 1948년 8월 15일 대한민국 정부수립 이후 헌법에 보장된 국민의 기본권을 침해한 권위주의적 통치에 항거하여 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 활동으로서 대통령령으로 정하는 활동을 말한다.

않으나, 앞서 언급한 바와 같이 공연성이 인정되지 않는 5·18민주화운동 부인행위까지 처벌하는 것은 침해의 최소성에 반할 위험이 있다. 이에 따라 5·18민주화운동 부인행위는 공연성이 폭넓게 인정되는 신문, 잡지, TV 등 언론매체, 인터넷 등 정보통신망에서 행해지므로 이러한 행위방법에 한정하여 규정함이 바람직하다고 본다.

4. 형벌 관련

형벌과 관련하여 제19대, 제20대 국회 김동철의원 대표발의안은 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금을, 이개호의원 준비 대표발의안은 7년 이하의 징역 또는 7천만원 이하의 벌금, 박지원의원 대표발의안은 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금, 최민희의원 대표발의안은 5년 이하의 징역 또는 3천만원 이하의 벌금을 제안하고 있다. 그러나 5·18민주화운동 부인행위는 허위사실에 해당하며, 그 행위방법도 공연성이 폭넓게 인정되는 출판물과 정보통신망에 의한 방법으로 행해지므로 5·18민주화운동 부인죄의 법정형은 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」(이하 ‘정보통신망법’이라 한다.) 제70조 제2항²⁴⁾과 동일하게 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금으로 규정하는 것이 형사법의 체계정합성 및 법익의 균형성에 부합하는 적절한 형벌이라 보인다.

5. 반의사불벌죄 적용 관련

형법 제309조나 정보통신망법 제70조에 대해서는 반의사불벌죄가 적용된다(형법 제312조 제2항, 정보통신망법 제70조 제3항). 반의사불벌죄란 피해자의 명시한 의사에 반하여 공소를 제기할 수 없는 죄를 말하는 바, 피해자에 대한 신속하고 적절한 피해배상을 유도하고자 하는 데 그 입법 목적이 있다.²⁵⁾ 반의사불벌죄는 폭행죄(제260조), 과실치상죄(제266조), 협박죄(제283조), 명예훼손죄(제307조), 출판물 등에 의한 명예훼손죄(제309조) 등 비교적 처벌의 필요성이 약한 경미한 범죄에 한하여 인정하고 있다. 이러한 반의사불벌죄 규정과 관련하여 5·18민주화운동 부인죄의 보호법익은 사람의 인격적 가치와 그의 도덕적·사회적 행위에 대한 사회적 평가를 말하는 외적 명예만을 보호법익으로 하는 명예훼손죄와 달리,

24) 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조(벌칙) ② 사람을 비방할 목적으로 공공연하게 거짓의 사실을 드러내어 다른 사람의 명예를 훼손한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

25) 이백휴/이일/최진우(2011), 『의료분쟁조정제도의 실효적 운영방안』, 의료정책연구소, 101쪽.

국가적 폭력에 의해 쓰러린 고통을 겪었던 5·18민주유공자와 그 유족 또는 가족과 관련하여 개인의 존엄성을 일차적 보호법익으로 하고, 이들의 명예를 부차적 보호법익으로 볼 수 있다. 즉 이 처벌규정의 보호목적은 신군부 체제 하에서 5·18민주화운동을 진압하기 위해 투입된 계엄군의 불법행위에 대한 부인, 왜곡, 심지어 날조를 통해 이러한 불법행위가 어쩔 수 없는 일로 용인될 수 있다거나, 심지어 계엄군의 정당한 진압활동으로 승인될 수밖에 없다는 잘못된 역사적 사실 인식의 경향을 제거하고, 이를 통해 일차적으로 신군부 체제 하에서 5·18민주화운동 당시 자행된 국가의 자의적·폭력적 인권침해로 인해 고통을 겪은 희생자에 대해 그들의 개인적 존엄성을 보호하는데 있고, 부차적으로 5·18민주유공자와 그 유족 또는 가족의 명예를 보호하는 데 있다. 따라서 5·18민주화운동 부인죄는 외적 명예만을 보호법익으로 하는 명예훼손죄와 비교할 때 보호법익을 달리 하기 때문에 반의사불벌죄 규정을 별도로 둘 필요는 없다고 본다.

6. 위법성조각사유 관련

앞서 언급한 바와 같이 제19대, 제20대 국회에서 제안된 5개의 법률안에서는 위법성조각사유에 대해 별도의 규정을 마련하고 있지 않고 있다. 그러나 5·18민주화운동 부인죄가 마련될 경우 자칫 국가보안법에 의해 좌파적 견해가 단죄되는 폐해가 5·18민주화운동 부인죄의 신설을 통해 우파적 견해를 처벌하는 폐해로 연결될 우려가 있고, 국가보안법과 더불어 사상의 자유, 표현의 자유, 언론의 자유, 학문의 자유가 제약될 가능성이 크다. 이에 독일형법 제130조 제6항²⁶⁾과 유사하게 “5·18민주화운동의 부인·왜곡·날조 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다”라는 위법성조각사유 규정을 신설하여 사상의 자유, 표현의 자유(특히 비판의 자유) 등의 기본권이 폭넓게 보호될 수 있는 완충제 역할을 할 필요가 있다.

7. 형법 또는 어느 특별법에 5·18민주화운동 부인죄를 위치시킬 것인가 관련

5·18민주화운동 부인죄를 형법과 특별법 가운데 어디에 위치시킬 것인가의 문제가 있다.

26) 독일형법 제130조 제6항은 “선전물 또는 선전행위가 국민계몽, 위헌적 계획의 저지, 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 제1항이 적용되지 아니한다.”는 독일형법 제86조 제3항을 준용하여 홀로코스트 부인의 위법성조각사유를 인정하고 있다.

5·18민주화운동 부인죄는 최민희의원 대표발의안과 이개호의원 준비 대표발의안과 같이 형법상의 모욕죄나 명예훼손죄와 법적 성질을 달리하기 때문에 형법전에 편입시키는 것은 타당하지 않다고 본다. 그렇다고 하여 제19대 국회 김동철의원 대표발의안처럼 하나의 독자적인 특별법을 제정하는 방식도 있을 수 있겠으나, 김동철의원 대표발의안과 달리 5·18민주화운동 부인죄 하나를 신설하기 위해 독자적인 특별법을 새롭게 제정하는 것도 바람직한 방법은 아니라고 본다. 이에 앞서 검토한 4개의 법률안은 기존의 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」에 5·18민주화운동에 관하여 사실을 왜곡하여 공언히 허위사실을 적시하여 민주유공자 및 유족 또는 가족 등의 명예를 훼손하거나(㉞), 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위(㉟, ㊱, ㊲)를 처벌하는 조항을 신설하는 것을 제안하고 있다. 그러나 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」은 제1조의 목적 조항에서 분명히 밝히고 있듯이 “1979년 12월 12일과 1980년 5월 18일을 전후하여 발생한 헌정질서 파괴범죄행위에 대한 공소시효 정지 등에 관한 사항 등을 규정함으로써 국가기강을 바로잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적”으로 한 것으로 위헌시비²⁷⁾의 위험성을 감수하면서까지 사후입법의 형식으로 헌정질서 파괴범죄자에 대한 사후처벌을 목적으로 제정한 특별법이다. 즉 이 특별법은 헌정질서 파괴범죄행위 이후에 벌어지고 있는 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위를 처벌하고자 한 법률은 아니다. 요컨대, 제안된 4개의 법률안과 같이 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」을 일부개정하여 5·18민주화운동 부인죄를 신설하는 것은 이 특별법의 제정 목적과 부합하지 않는 문제점이 있다. 따라서 5·18민주화운동 부인죄는 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」이 아닌 「5·18민주유공자 예우에 관한 법률」을 일부개정하여 제8장 벌칙에 제70조의2(벌칙)와 제70조의3(위법성조각사유)을 신설함이 타당하다고 본다. 왜냐하면 5·18민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위는 5·18민주화운동과 관련하여 희생하거나 공헌한 자와 그 유족 또는 가족에게 국가가 합당한 예우를 함으로써 민주주의의 숭고한 가치를 널리 알려 민주사회의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 「5·18민주유공자 예우에 관한 법률」 제1조에 정면으로 배치되는 행위이기 때문이다.

27) 헌법재판소는 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법」 제2조(공소시효의 정지)가 소급입법에 해당하는지 여부에 관해 “이른바 12·12 및 5·18 사건의 경우 그 이전에 있었던 다른 헌정질서파괴범과 비교해 보면, 공소시효의 완성 여부에 관한 논의가 아직 진행중이고, 집권과정에서의 불법적 요소나 올바른 헌정사의 정립을 위한 과거청산의 요청에 미루어 볼 때 비록 특별법이 개별사건법률이라고 하더라도 입법을 정당화할 수 있는 공익이 인정될 수 있으므로 위 법률조항은 헌법에 위반되지 않는다.”고 하여 합결결정을 내린 바 있다(헌법재판소 1996.2.16. 96헌가2,96헌바7,96헌바13 전원재판부 결정).

8. 소결: 5·18민주화운동 부인죄의 입법안

이상의 내용을 요약하여 5·18민주화운동 부인죄의 구체적 입법안을 제시하면 다음과 같다.

5·18민주유공자 예우에 관한 법률 제8장 벌칙

제70조의2(벌칙) 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여, 그리고 정보통신망을 통하여 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.

제70조의3(위법성조각사유) 전조의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.

V. 맺는 말

1993년 김영삼 문민정부가 들어서서 5·18이 ‘민중폭동’에서 ‘민주화운동’으로 제자리를 잡았다. 그로부터 벌써 20년이란 시간이 흘렀고, 올해는 5·18민주화운동 36주년을 맞이하였다. 그런데도 지난 이명박 정부와 박근혜 정부라는 보수적 가치를 내세운 정부가 들어서면서부터 5·18민주화운동을 폄훼하거나 심지어 기본적 사실관계까지도 부인·왜곡하는 일들이 최근 빈번히 벌어지고 있다. 지만원씨가 2008년 자신의 인터넷 홈페이지인 ‘시스템클럽’ 게시판에 “필자는 5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이라는 1980년 판결에 동의하며, 북한의 특수군이 파견되어 조직적인 작전지휘를 했을 것이라는 심증을 다시 한 번 갖게 되었다”라는 5·18 민주화운동 부인의 글을 올린 것이 그 대표적인 예이다. 그러나 지만원 사건에 대해 2012년 12월 대법원은 무죄를 선고하여 사회적 파장을 일으키고 있다. 이러한 5·18민주화운동 부인은 5·18을 직접 경험하지 않은 많은 국민들로 하여금 5·18민주화운동에 대한 그릇된 역사관을 심어 줄 수 있으며, 제2, 제3의 지만원씨가 나와도 명예훼손죄의 법리에 의해서는 형사처벌을 할 수 없다는 데 문제의 심각성이 있다. 정권이 바뀐다고 역사적 사실까지 바뀌어서는 안 된다.

따라서 발제자는 이러한 문제의식을 바탕으로 역사적 사실인 5·18민주화운동을 부인하는 행위에 대해 홀로코스트 부인을 형사처벌하는 독일형법 제130조 제3항의 대중선동죄와 유사한 형사처벌 규정을 마련하여 형법적 규제를 하는 것이 타당하며, 그 구체적인 형법적 규제 방안으로 「5·18민주유공자 예우에 관한 법률」 제8장 벌칙에 제70조의2(벌칙) “신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여, 그리고 정보통신망을 통하여 5·18민주화운동을 부

인, 왜곡, 날조한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.” 및 제70조의3(위법성조각사유) “전조의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.”는 것을 내용으로 하는 5·18민주화운동 부인죄와 그에 대한 위법성조각사유를 제언하였다.

이와 같은 5·18민주화운동 부인죄가 신설될 경우 대한민국에서 좌파적 견해는 국가보안법에 의해, 우파적 견해는 5·18민주화운동 부인죄에 의해 철저히 통제됨으로서 헌법상의 사상의 자유, 표현의 자유의 제약이 확대될 것이라는 비판이 제기될 수 있다. 그러나 5·18민주화운동 부인은 진지하게 고려할 일말의 진리도 포함하고 있지 않으며, 권위주의적 통치에 항거해 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 민주화운동을 부정, 왜곡, 날조하는 것으로 표현의 자유의 한계를 넘어선 명백한 범죄행위가 아닐 수 없다. 그리고 사상의 자유, 표현의 자유 등의 제약에 대한 우려는 위법성조각사유를 신설하여 사상의 자유 등이 폭넓게 보호될 수 있는 보충장치를 만들어 줌으로써 해소될 수 있다고 본다.

주제어 : 5·18민주화운동, 집합적 명예훼손, 대중선동죄, 홀로코스트부인, 아우슈비츠사기

토론

- 토론1 : 5·18민주화운동 부인·왜곡행위 형사처벌 법률에 대한 의견
박갑주 변호사 (민주사회를 위한 변호사모임)
- 토론2 : 5·18 왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회 토론문
김서중 성공회대학교 교수 (민주언론시민연합)
- 토론3 : 반 인도 범죄와 표현의 자유
오창익 사무국장 (인권연대)
- 토론4 :
공진성 조선대학교 교수 (광주시민사회단체)

토론 1

5·18민주화운동 부인·왜곡행위 형사처벌 법률에 대한 의견

박갑주 변호사
민주사회를 위한 변호사모임

1. 들어가며

현행 1987년 헌법 및 민주주의의 배경이자 원천인 5·18민주화운동과 관련한 부인·왜곡행위(이하 ‘5·18 왜곡행위 등’이라 한다)에 대하여 규제가 필요하다는 문제제기는 이해된다.¹⁾ 그러나 그에 대하여 형사처벌이 필요한 지 여부, 그 방식이 새로운 법률의 제·개정인 지 여부, 특히 형사처벌의 규정 내용과 방식은 충분히 논의되어야 한다. 아래에서는 발표자들의 의견을 전제로 형사처벌이 필요한가, 어떻게 할 것인가를 중심으로 몇 가지 의견을 밝히고자 한다.

2. 5·18 왜곡행위 등에 대한 새로운 형사처벌이 필요한가

가. 5·18. 기념식에서의 ‘임을 위한 행진곡’ 제창을 둘러싼 국가보훈처의 태도²⁾를 제외하면

1) ‘이는 선형적인 문제가 아니라 경험적인 문제이다.’(이재승 교수 발표문 제2면)

2) ‘임을 위한 행진곡’을 제창할 지 여부는 그 자체로는 5·18 왜곡행위 등이라 보기는 힘들다.

5·18민주화운동과 관련해서 문제되는 행위는 ‘일부 극우논객과 종합편성채널, 일간베스트 저장소(일베) 등을 중심으로 “5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이다.”, “5·18에 북한군이 개입하였다.”라는 발언과 그 유포(김재윤 교수 발표문 제1면 참조), 5·18 희생자, 유가족에 대한 조롱이다.

그러나 이와 같은 현상을 일반적 것으로 볼 수 있을 지, 공적 영역, 즉, 교육, 언론³⁾, 현실정치 등에서도 발생하고 있는 현상으로 볼 수 있을 지는 의문이다.

나. 언어와 행동은 이분법적으로 구분되지 않는다. 반복되는 왜곡은 기록이 되고, 역사와 정의의 것처럼 된다. 왜곡행위 등은 증오와 폭력을 낳을 수 있다.⁴⁾ 사회통합을 해치고, 사회와 국가에 대한 중대한 해악, 민주주의 파괴로 나갈 수도 있다. 이 지점에서 국가 형벌권의 개입이 필요하게 된다.⁵⁾

다. 개인, 국민은 올바른 역사인식이라는 교육적, 도덕적 의무가 있다(이재승 교수 발표문 제3면 참조). 그와 같은 도덕적, 교육적 의무에 법적 의무가 되는 데에는 분명한 이유, 충분한 합의가 있어야 한다.

라. 부인, 왜곡과 의견 제시, 의문 사이의 경계는 분명하지 않다. 5·18민주화운동의 왜곡행위 등에 대한 형사처벌이 논의될 수 있다면, 대한민국의 정통성, 천안함 폭파사건, KAL 사건에 의견제시, 의문에 대한 형사처벌이 논의될 수도 있다. 5·18 희생자, 유가족에 대한 조롱에 대응하기 위해 새로운 형사처벌 규정이 제·개정되어야 한다면 호남, 여성, 소수자, 이주민 조롱에 대해서도 각각 새로운 형사처벌 규정이 제·개정되어야 한다. 결국 5·18민주화운동의 왜곡행위 등에 대한 형사처벌의 논의는 ‘표현의 자유’라는 다른 가치가 침해되는 계기가 될 수도 있고, 모든 사회적 문제마다 새로운 특별법을 만들어야 하는 것이 될 수도 있다.

마. 그와 같은 이유로 개인적 법익의 침해문제(명예훼손죄, 모욕죄)를 넘어서 행위에 대한

3) 2013년 TV조선과 채널A에서의 5·18 당시 북한군 투입설 보도에 대해서는 방통위에서 징계가 있었고, 그 후 반복되지는 않고 있다.

4) ‘말이란 언제나 현실형성적인 힘을 가지고 있다.’(이재승 교수 발표문 제2면)

5) 다만, 이 경우에도 기존 법률에 더하여 새로운 법률의 제·개정이 필요한 지는 추가적으로 논증되어야 한다.

여는, 충분히 합의된 사회적, 국가적 법익(5·18 민주화운동에 대한 역사인식과 평가)과 관련한 중대한 침해일 경우에만 제한적으로 형사처벌을 도입하는 것이 필요하다.

바. 이와 관련, 김재윤 교수는 발표문에서 5·18 왜곡행위 등에 대한 형사법적 처벌의 필요성으로 ‘첫째, 미국에서 표현의 자유는 다른 어떤 기본권보다 강하게 보호되고 있지만, 절대적으로 보호되는 것이 아니라 치안방해, 음란, 명예훼손, 공격적 언동에 해당하는 표현은 법적 규제가 가능하다. 둘째, 인권 유린의 잔인한 역사에 대해 민사적 규제 방식은 그 제재의 효과에 의문이 든다. 셋째, 역사부정을 처벌하는 규제법이 많다고 하나, 현재까지 홀로코스트와 같은 역사적 사실의 부인을 형사처벌(독일형법 제130조 제3항)하는 독자적 처벌규정은 존재하지 않는다.’(제3~4면 참조)라는 점을 들고 있다. 하지만, 좀 더 적극적인 형태의 필요성이 제시되어야 한다고 본다.

‘표현의 자유’라는 측면에서 형사처벌의 도입을 제한적으로 고민하는 이재승 교수의 의견에 대체로 동의한다. 다만, 이재승 교수는 형사적 규제는 최소한 인간의 존엄과 인권의 평등, 인권보편주의를 승인하는 정부 아래서만 가능할 수 있고(규제권력의 성격), 표현의 자유의 한계를 중립적인 각도에서 다룰 법조사회가 정립되었다고 보기 어려우며(법조사회의 지형), 역사부인론자들이 보수정권의 벗들이기 때문에 역사왜곡을 일삼는 세력을 처벌하는 법을 제정하더라도 현실적으로 작동할 수 있을 지는 확신할 수 없다(현실 정치세력의 문제)는 점을 제한론의 근거로 제시하고 있지만(발표문 제16면 참조), 입법부, 법률 그 자체로 생명력을 가지고, 독립되어 있다는 점에서 그와 같은 근거에 부분적으로 동의하지 못한다. 오히려 규제권력의 성격, 법조사회의 지형, 현실 정치세력의 문제 등은 5·18왜곡행위 등에 대한 새로운 형사처벌 규정의 도입이 주장되는 사회적 배경인 것이고, 그와 같은 배경은 형사처벌 규정의 내용과 방식에서 고민해야 할 부분인 것이다.

3. 국내외의 법률 사례

가. 5·18 왜곡행위 등에 대한 형사처벌의 법제화와 관련하여 가장 많이 언급되는 것이 독일 형법 제130조(대중선동죄) 제3항이다.

‘국가사회주의 지배 하에 저질러진 제220조의a 제1항의 행위(집단살해)를 공공의 평온을 교란하는 방식으로, 공연히 또는 집회 중에 찬양, 부인, 고무한 자는 5년 이하의 자유형 또는 벌금형에 처한다.’

독일 형법 제130조 제3항은 2차 세계대전 과정에서의 홀로코스트를 분명한 과오로 인정하

고, 이에 동의하지 않는 사람은 구성원으로 인정하지 않는다는 완전한 사회적 합의를 배경으로 하고 있다. 대중선동죄는 홀로코스트에 대한 부인과 공공 안전의 위협이라는 사회적, 국가적 법익의 침해로 대상이 된다. 또한 찬양, 부인, 고무행위와 공연성을 요건으로 할 뿐만 아니라 '공공의 평온을 교란하는 방식'이라는 요건을 요구하고 있다.

시민적 및 정치적 권리에 관한 국제규약(1966) 제20조 제2항은 다음과 같이 선언하고 있다.

'차별, 적의 또는 폭력의 선동이 될 민족적, 인종적 또는 종교적 증오의 고취는 법률에 의하여 금지된다.'

위 국제규약은 증오의 고취가 차별, 적의, 폭력의 선동이 된다면 금지한다. 증오의 고취가 구체적인 행동으로 나갈 위험을 금지하는 형태이다. 다만, 금지가 바로 형사처벌을 의미하지는 않는다.

나. 여기서 현행 법률을 살펴보면, '왜곡'을 문제 삼고 있는 것으로는 '왜곡되거나 은폐된 진실'과 관련하여 동행명령(제24조 제1항), 사면·복권의 건의(제37조)를 규정하고 있는 진실·화해를 위한 과거사 정리 기본법, 성폭력 예방교육에서 장애여성을 왜곡해서는 안된다는 규정(제33조 제4항)을 두고 있는 장애인차별금지 및 권리구제 등에 관한 법률 정도가 존재한다. 즉, 현행 법률에는 왜곡행위에 대한 형사처벌 규정은 특별히 존재하지 않는 것이다. 반면 '날조'를 문제 삼고 있는 법률로는 반국가단체 구성원의 허위사실 날조, 유포를 처벌하는 규정(제7조 제4항)을 두고 있는 국가보안법이 두드러진다.

4. 왜곡행위 등에 어떻게 대응할 것인가

가. 왜곡행위 등에 대하여 먼저 형사처벌로 대응할 것이 아니라 교육, 발언 강령(speech code)의 제정, 방송심의 등을 통하여 올바른 역사인식을 확산하고, 왜곡행위자를 공적 영역(정치, 교육, 언론 등)에서 배제하는 것이 원칙적이고, 행정지도, 민사배상 등이 우선이다.

나. 강력한 사회적 합의를 바탕으로 형사처벌 규정의 도입할 수 있지만, 보호해야 할 법익의 측면에서 국가적, 사회적 법익 침해로 제한해야 한다. 개인적 법익 침해일 경우(명예훼손죄 등)는 기존 형사법 체계를 통하여 제재하면 충분하다. 따라서 5·18 희생자, 유족 자체에 대한 비방, 조롱은 기존 형사법 체계 내에서 해결하는 것이 타당하다. 하지만 국가적, 법률적

으로 민주화운동으로 규정된 5·18에 대하여 소극적 부인을 넘어서는 왜곡행위 등에 대해서는 형사처벌 규정을 도입할 수 있다. 그러나 그 경우에도 '표현의 자유'라는 기본권과 충돌한다는 점에서 공연성 요건과 위법성 조각 규정을 도입해야 한다(김재윤 교수 발표문 제10~12면 참조). 또한 독일의 대중선동죄와 유사하게 '명백한 위협'의 요건도 도입해야 할 것이다. 이것이 기본권 제한과 관련하여 '과잉금지의 원칙'(목적의 정당성, 수단의 적합성, 침해의 최소성, 법익의 균형성)을 규정하고 있는 헌법 제37조 제2항의 정신에도 부합하는 것이다.

다. 새로운 법률의 제정이 아니라 기존 법률을 개정하면 될 것으로 생각된다. 하지만, '5·18 민주유공자 예우에 관한 법률'도 '5·18민주화운동과 관련하여 희생하거나 공헌한 자와 그 유족 또는 가족에게 국가가 합당한 예우'(제1조)를 그 목적으로 하므로 5·18민주화운동에 대한 역사인식과 평가라는 점에서 '5·18민주화운동 등에 관한 특별법'이 적절할 수도 있다.

라. 형사처벌을 도입하더라도 그것을 통하여 역사의식을 달성하거나 역사평가를 수호할 수는 없다. 형사처벌을 하더라도 왜곡행위자의 생각과 태도를 바꾸지는 못한다(이재승 교수 발표문 제13면 참조). 행위자 처벌이라는 목적은 달성하겠지만, 정치적, 사회적 논의와 관심이 처벌에 집중됨으로써 5·18민주화운동에 대한 인식, 평가의 공유를 통한 사회통합 달성이라는 근본적 목적 달성에 장애가 될 수도 있다. 결국은 정치, 언론, 교육, 문화적 바탕의 문제이다(이재승 교수 발표문 제1면 참조).

1. 언론의 왜곡과 부인¹⁾

- 역사의 재해석을 통한 민주화운동의 정통성 부정과 새로운 정통성 획득 시도: 확립된 정통성을 체계적으로 재해석하는 것은 매우 어려운 일. 따라서 다양한 측면에서 동시다발적 공격을 통해 기반을 붕괴시키는 것이 필요하다고 판단했을 수 있음.(역사교과서, 박정희 부활(경제성장, 새마을 운동, 검소했던 박정희?), 건국 논쟁(독재의 희생) 등)
- 반복된 경험을 통한 의식의 전환 목표: 언론이 가장 좋은 의식 전파, 학습의 도구
- 정치적 투쟁으로만 볼 것인가?: 역사적 현실과 무관하게 민주화 세력은 개혁 세력이며, 반 기득권 세력이라는 상징과 결합되어 있음. 따라서 민주화운동의 경험은 우리 사회의 정치는 물론 경제, 사회, 문화 기득권 세력에게는 전복의 대상이라고 보아야 함.

◎ 왜곡과 회피: 상징 박탈(민주화 운동 의미 희석)

○ 북한군 침투설 주장(2013년):

1) 민주언론시민연합의 수 년간에 걸친 모니터 보고서와 논평 등 참조

- TV조선 <장성민의 시사탱크>(2013/5/13): 임천용(북한군 특수부대 출신 주장) “북한군 600명이 내려와 ‘광주사태’를 일으켰다” 주장.
- 채널A <김광현의 탕탕평평>(2013/5/15)에서: 김명국(가명, 실제 광주에 내려왔던 북한군이라 주장) 영상 인터뷰, “당시 시민군은 실제로 북한군이었다”. 진행자들은 이들의 주장을 검증하거나 반박하기는커녕 적극 동의했고, 프로그램은 이들의 주장을 자막으로 강조.
- TV조선의 <장성민의 시사탱크>(2013/5/22) 사과방송: 그리고 이틀 뒤, TV조선 <돌아온 저격수다>(2013/5/24)에서 변희재와 박성현 광주민주화 운동을 폭동이라 강조.²⁾
- 채널A <종합뉴스>(2013/5/21) 사과방송: 서석구(“시민군은 북한군”이라고 발언한 인물)는 이후 세 번이나 출연.
- 당시 방심위(에서 중징계 받음) 진술을 위해 회의에 참석한 채널A 당시 보도국장은 방심위원들에게 “북한군이 개입 안했다는 증거가 어디 있냐?”라며 강변.

○ 5·18 기념곡 ‘임을 위한 행진곡’ 왜곡

- 이명박 정부 2010년 기념식에서 ‘임을 위한 행진곡’을 빼버리고 ‘방아타령’으로 대체. 박근혜 정부, ‘임을 위한 행진곡’을 합창단의 ‘합창’으로만 규정하고, 제창을 허용하지 않음.
- 종편 시사토크쇼에서는 국론 분열, 제창 강요의 문제로 치환: TV조선 <장원준의 신통방통>(5/17)과 MBN <뉴스&이슈>(5/18)에 출연한 이진곤, “명분의 싸움이고 감정의 싸움”; 채널A <아침경제 골드타임>(5/17), TV조선 <김광일의 시사탱크>(5/18)에 출연한 여상원, “합창이라고 해서 따라 부르지 말라는 규정이 있냐”, “제창을 강요하는 것은 헌법상 양심의 자유 침해” 주장, 합창과 제창 문제로 축소.
- ‘색깔론’: TV조선 <김광일의 시사탱크>(5/17)에서 황성준, 곡을 만든 사람들의 이력을 언급하며 민중민주주의적 성격 강조. TV조선 <뉴스를 쏘다>(5/20)에서도 동일한 주장; TV조선 <김광일의 시사탱크>(5/16)에서 황장수 “반미항쟁의 시각”이라고 주장.
- TV조선 <이슈본색>(5/16)에서 이진곤, “혁명가 같다”면서 “국가 행사에 그런 원한이

2) 변희재, “광주 사태를 폭동이라고 주장한 걸 가지고 대한민국의 정통성을 흔들고, 충격적인 일들이다”; 박성현, “무기 들고 일어났으면 폭동이야”

가득한, 그런 투쟁적인 노래를 꼭 불러야겠냐”고 주장.

◎ 정서적 왜곡 : 선동

○ 인터넷 보수 사이트에는 5·18 희생자들을 조롱하고 폄훼하는 주장이 난무하는 등 몰지각한 수구 세력들의 역사왜곡이 5·18정신을 훼손시키고 있다. 보수 성향의 인터넷 사이트인 ‘일간베스트저장소(일베)’에는 광주 시민군을 ‘홍어’에 비유하고, 태극기로 덮은 희생자들의 관 사진을 두고 ‘배달된 홍어들 포장완료’라는 글을 다는 등 5·18정신을 폄훼하고 희생자들을 모욕하는 글이 연일 올라왔다. 이 사이트는 ‘민주화’라는 단어조차도 ‘반대·제압·토벌·왕따’라는 식의 부정적인 표현으로 바꿔 사용하며 역사를 왜곡하고 있다.

◎ 책임 부인

○ 전두환 회고록 2016년 :

- 조선일보 : 5·18민주화운동 기념일을 앞 둔 4월, 전두환은 회고록 발표를 앞두고 있다며, 5·18광주민주화운동 당시 시민군에 대한 계엄군의 발포에 직접 관여하지 않았다는 주장
- 동아일보의 <전두환 “광주 내려가서 뭘 하라고”>(5/17, 5면, 민동용 기자, <http://me2.do/x5jqJMIO>) 보도: 전두환의 목소리를 직접 소개하는 방식, ‘나는 광주 발포 책임이 없다’는 전두환의 주장이 언론 보도를 통해 소개되기 시작.³⁾
- 채널A <이용환의 쾌도난마>(5/17): 전두환 “광주사태하고 나하고는 전혀 상관이 없다. 그때 어떤 사람이 총 쏘라고 하겠냐. 바보 같은 소리다. 대통령 되려다가 못된 사람이 모함한 거다”라는 주장과, 이순자 “각하(전두환)가 광주에 가서 돌을 맞아서 모든 게, 518가족들과 오해가 말끔히 풀리고 하면 뭘 못하겠냐”며 ‘오해’라고 한 주장
- 조선일보 <조용헌 살롱/全斗煥의 뿌리>(5/16, 33면, <http://me2.do/FtVFBzyC>): “전두환의 뿌리는 전라도”; <최보식이 만난 사람/“전두환은 12·12와 상관있고 5·18과는 무관”>(5/16, 기사 삭제)

3) 신군부 최고 책임자였던 전두환이 이런 황당하고도 파렴치한 주장을 펼치게 된 배경에는, ‘5·18특별법’ 제정으로 합동수사본부가 꾸러지고 국방부 과거사 진상규명위원회 조사가 이뤄졌음에도 끝내 전두환을 최초 발포 명령자로 확정하지 못했다는 점이 놓여있다. 법원 판결 역시 주영복 당시 국방부 장관 등이 자위권을 발동했고, 계엄군은 이를 발포 명령으로 받아들였다고 했다.

- 동아일보 <횡설수설/전두환과 이순자의 천생연분>(5/18, 35면, 최영훈 수석논설위원, <http://me2.do/FyY7KKSV>) 칼럼
- 「신동아」 <전두환·이순자, 30년 침묵을 깨다!>(2016. 6월호, <http://me2.do/x2JHOAds>) : 전두환, “발포책임이 없다” 주장.
- TV조선 <장원준의 신통방통>(5/17)과 MBN <뉴스와이드>(5/17)에서 전화 인터뷰: 김총립(전 특전사 보안대장), 전두환 책임 부정, 광주 시민군 폭도로 몰아

○ 전두환 발포 결정 참여:

- 한겨레 정대하 기자는 ‘제5공화국 전사⁴⁾’와 ‘전두환·노태우 전 대통령의 재판 기록 등을 근거로 전두환이 사실상 “시민들에게 총을 쏠 수 있도록 하는 군의 자위권 발동 결정”에 실질적으로 관여했음을 강조.
- <전두환 ‘광주 발포 결정’ 회의 참석>(5/19, 1면, <http://me2.do/x0fn4Dkp>)과 <발포 직전 군 비공식회의 “전두환· 노태우가 기다리고 있었다”>(5/19, 2면, <http://me2.do/GBbsxfqS>) 보도에서 “5월21일 오전 10시50분” “광주에 출동한 군인들의 자위권 발동을 건의하는 자리에 전두환 당시 합수본부장 겸 보안사령관이 참석했”음을 지적. 자위권 발동 2시간 후 발포. ; 정석환 전 중앙정보부 전남지부장 직무대리의 검찰 진술을 통해 “군이 시민을 향해 집단 발포해 사상자가 발생했는데도, 국군통수권자인 최규하 대통령은 보고조차 받지 못했”음을 지적.
- <전두환, 광주 발포 다음날 공수부대장에 격려금>(5/20, 1면, <http://me2.do/FgeuKRnA>) 보도는 전두환·노태우 전 대통령의 재판 기록을 근거로 전두환이 “광주 금남로 집단 발포로 시민 수십명을 사살한 공수부대 지휘관에게 발포 다음날 ‘용기를 잃지 말고 분발하라’며 격려금 100만원을 준” 사실을 지적. ; <광주 발포뒤 자위권 담화문, 전두환의 보안사가 주도>(5/20, 6면, <http://me2.do/GIcKWmdy>)에서는 재판기록과 5공전사 등을 근거로 “계엄군의 집단 발포 이후 계엄사령관 명의로 나온 ‘계엄군은 자위권을 보유하고 있다’고 밝힌 담화문은 전두환 전 대통령이 사령관을 맡은 보안사령부가 문안 작성을 주도”했음을 지적했다.

4) 제5공화국 전사는 1982년 5공화국 인사들이 극비리에 제작한 것으로 “부록 3권까지 합쳐 총 9권 약 3800쪽에 이르며, 79년~81년 4월 11대 국회 개원에 이르는 격동기의 중요사건을 기록”하고 있을 뿐 아니라 “당시는 신군부의 위세가 하늘을 찌를 때라 신군부 인사들이 이 책에서 거리낌없이 이야기한” 내용을 담고 있다.

- <5·18 진압 이틀전 ‘최규하 광주방문 담화’는 전두환 작품>(5/21, 9면, <http://me2.do/FXhtiM3Q>)은 5공전사를 근거로 전두환이 계엄군의 광주 무력진압을 이틀 앞두고 최규하 당시 대통령을 광주 현지로 가 시민들의 자제를 요청하는 선무방송(5월25일)을 하도록 주도했음을 지적; 당시 최 대통령은 5월21일 계엄군의 집단 발포 다음날까지 어느 부대가 발포했는지 군 지휘관이 누구지 등 상황 파악을 전혀 못했을 뿐 아니라 신군부의 요구에 저항하지 못하고 있었다는 점도 지적
- JTBC <팩트체크/‘5·18 발포 명령’ 부인한 전두환, 책임 없나?>(5/17, 김필규 기자, <http://me2.do/GIPfmKit>) 참조)도 전두환 책임 지적

2. 형사법으로 다룰 문제인가?

○ 양날의 칼?

- 언론을 통하거나 표현 행위로 이루어진 역사 부정을 형벌적 조치로 처벌하는 것이 맞는가? 민사적 배상이나 저널리즘적 수정(정정보도나 반론보도 또는 심층기사 등)과 형사적 제재는 차원이 다르다고 봐야
- 새로운 제재법의 등장은 양날의 칼 위험: 예로서 건국을 중심으로 새로운 제재법의 등장 가능성은? 국가보안법 7조에 대한 그동안의 비판은?
- 별도의 특별법이어야 하는지 또 5·18 특별법의 취지와 적합한 내용인지?: 기존 법을 올바르게 적용하도록 개정할 방법은 없는지...
- 위법성 조각 사유의 중요성 : 혹 입법한다면 ‘5·18민주화운동의 부인·왜곡·날조 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.’는 김재운 교수의 위법성 조각 사유 명시 주장 적극 동의. 하지만 여전히 개인의 표현 행위를 처벌하는 것이 맞는지, 정도에 따라 처벌의 정도를 달리하는 고민을 명시하지 못하는 한계가 있음
- 명예훼손 피해자에게 민사상 배상이나, 진실을 위한 교정(저널리즘적 수정)이 실질적으로 집행되도록 하는 방법 강구 필요.
- 19대 김동철 의원 제안 “국가의 존립이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 정’을 알면서 민주화 운동 부인’은 그 전제 조건이 지니는 이념적 특성을 고려할 때 20대 국회 법률안들에서 삭제한 것이 바람직함.

○ 속의 민주주의의 중요성: 실질적 언론자유의 보장을 우선하는 노력 필요

- 전술한 한겨레나 JTBC 사례처럼 공정한 저널리즘의 중요성 인식해야(공정한 언론의 소비 증대의 중요성)
- 동시에 공영 언론의 선도적 기능 회복을 추구해야.(지배구조 개선, 편성권 독립 등 제도적 개선에 관심을 쏟아야)
- 법적 제재가 가능하기 위해서도, 법적 제재를 최소화하기 위해서도 의식 수준의 고양은 필수적임: 속의 민주주의에 대한 사회적 노력 고민해야

1. 문제의 핵심은 일부 극단세력의 5·18 왜곡, 폄하, 날조 등에 대해 형사처벌을 가능케 하는 법률을 만들자는 거다. 발제자 김재운 교수는 이를 위해 [5·18 민주유공자 예우에 관한 법률]을 개정하여, “신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여, 그리고 정보통신망을 통하여 5·18 민주화운동을 부인, 왜곡, 날조한 자는 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처한다.”는 조문을 삽입하자는 것이고, 위에 적은 행위가 “예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.”라며 위법성 조각사유를 붙여두자고 주장하고 있다.

1. 발제자들의 견해에 공감한다. 세상이 무너져도 일으켜 세워야 할 원칙이 있다. 대한민국 체제에서 대한민국의 헌법가치, ‘인간으로서의 존엄과 가치’(헌법 제10조)는 국가의 존재 이유이고, 국가의 존립근거이며, 국가에 대한 정당성 판단의 기준이 된다. 그 핵심에 5·18이 있다. 5·18은 3·1 혁명과 함께 20세기에 전개된 가장 능동적인 민중항쟁이며, 민주주의, 인권, 상생, 대동이라는 5·18 정신은 대한민국의 이념, 원칙이 되었다.

5·18 이후 대한민국 국민 모두는 5·18에 빛을 지게 되었으며 지금의 헌정질서도 5·18이란

희생과 고난 위에 서 있게 되었다.

따라서 5·18을 부인, 왜곡, 날조하는 행위는 헌법을 부정하고, 대한민국의 국체를 부정하며, 인간의 존엄과 가치를 부인, 왜곡, 날조하는 그 자체로 반인도 범죄에 다름 아니다. 따라서 오늘 토론회를 통해, 이런 범죄에 대해 뭔가 특별한 대책을 모색할 필요가 있다는 여러 발제자들과 토론자들의 견해에 공감하며, 비록 일개 인권운동가에 불과하지만 미력이나마 함께하고 싶다고 다짐해본다.

1. 그렇지만, 몇 가지 생각해 볼 문제는 있다. 논의를 풍부화하기 위해 조심스럽게 몇 가지 견해에 대한 발제자들의 의견을 구하고 싶다.

1. 첫째 한국현대사에는 5·18과 비슷한 위상을 갖는 민중의 능동적 참여, 이를 폭압적으로 진압하는 과정에서 자행된 집단학살 등의 사건이 있었다. 동학농민혁명, 3·1 혁명, 4월 혁명, 그리고 6월 항쟁 등의 역사가 바로 그렇다. 오늘의 논의는 5·18에 국한되어 있지만, 5·18 말고 다른 사건, 다른 반인도적 범죄에 대해 부인, 왜곡, 날조하는 범죄에 대한 안전장치는 어떻게 마련해야 할 것인가? 또한 반인도적 범죄의 범위는 어디까지여야 하는가? 만약 우리가 5·18에 대한 부인, 왜곡, 날조만 중요하고, 다른 역사적 사건에 대한 부인, 왜곡, 날조에 대해서는 별다른 관심을 갖지 않는다면, 이건 5·18의 정신에도 반하는 결과가 된다. 이에 대한 고민이 어떤지 궁금하다.

1. 둘째, 대한민국의 법체계는 기본적으로 법 만능주의, 형벌과잉, 특별법 전성시대라 일컬을 수 있다. 사회적 논란을 법을 통해 해결하려는 법 만능주의적 현실이 5·18 문제에 대해서도 적용되는 것은 아닌지 의문이다. 아시다시피 형벌은 최후의 수단이어야 한다. 박근혜 정권의 공안몰이 따위에서 보듯, 형벌이 과감한 선제공격의 수단이 되어선 안 된다. 5·18 정신은 ‘법 이전에 사람’이어야 하는데, 문제를 법률을 통해 해결하려는 발상의 문제는 없는지 모르겠다. 또한 그 법률이 굳이 형사처벌이어야 하는지도 의문이 있을 수 있다.

1. 형사처벌도 좀 과하다는 느낌이다. 법률안은 징역 7년형 이하로 상정하고 있는데, 다른 처벌과의 형평성에 문제가 있을 수 있다. 독일형법의 경우엔 비슷한 범죄에 대해 징역 3년 이하에 처하고 있다는 점을 생각해보면 어떨까 싶다.

1. 지만원처럼 악질적인 경우도 지금 확인하는 것처럼, 현행 법률 체계에서도 처벌이 가능

하다. 그렇기 때문에 뭔가 특별한 형사처벌 조항이 또 있어야 하는지에 대한 의문이 생길 수 있다. 지금처럼 악질 선동분자들을 모욕, 명예훼손으로 처벌하면 안 되는 걸까. 지금의 법률체계만으로 도저히 해결할 수 없다고 판단하는 근거가 뭔지 모르겠다. 역사적 사건으로서의 한계, 시간의 경과에 따른 당사자들의 부재 등을 생각한다면, 독일의 경우처럼 “도서, 집회, 방송을 통해 나치체제에 의해 생명을 잃은 희생자의 명예를 훼손하는 행위는 비친고죄로 처벌”하는 독일의 모범을 따르면 안 될까.

1. 5·18에 대한 기억, 역사적 평가 등을 형사처벌에 의존하려는 것은 진정한 의미에서의 5·18계승이 아닐 수도 있다. 문제가 심각하고, 상대의 죄질이 나쁘다고 해서, 우리까지 나쁜 방법에 의존하는 것은 아닐까. 이에 대해서는 이소영 박사의 논문 [기억의 규제와 ‘규제를 통한 기억하기’? - 홀로코스트 부정 규제 법제와 사회적 기억의 구성]을 참고하면 좋겠다.

1. 극히 일부라도 상대가 5·18을 부인, 왜곡, 날조한다면, 5·18을 기억하자는 쪽은, 그리고 5·18을 기억해야 할 책무를 지닌 국가는 극히 일부의 부인, 왜곡, 날조와는 비교할 수 없을 만큼 많은 정보를 충실하게 제공하고, 구체적인 기억 사업들을 전개하며, 부인, 왜곡, 날조에 맞서야 한다. 형벌을 통한 문제해결은 매우 손쉬운 방법이고, 실효성이 명확한 방법 이겠지만, 좋은 방법은 아니다. 더군다나 5·18의 정신, 민주주의, 인권, 상생, 대동의 정신 과도 맞지 않는다. 다양한 사회적 발언을 통한 부인, 왜곡, 날조에 대한 무기는 여기 다양한 사회적 발언을 통한 긍정, 기억, 진실 등이어야지, 국가형벌권을 앞장세우는 방식이어서 곤란하다.

5·18과 관련된 논의는 좀 다른 방향으로 확장되었으면 한다. 물론, 지만원 등의 도발을 그저 묵묵히 참기만 하자는 건 아니다. 지만원 등에게는 법이 무섭다는 것을 분명히 보여 주어야 하지만, 그건 현행 법률 체계에서도 얼마든지 가능한 일이다. 징역 7년형까지 가능한 중형을 선고할 수 있도록 하는 특별한 형사처벌조항으로 풀어야 할 문제는 아니다. 5·18을 부인, 왜곡, 날조하는 문제에 대한 5·18적인 해법은 형사처벌을 앞장세우는 방식이 아니다.

이런데 5·18 기념식에서 ‘님을 위한 행진곡’을 합창을 할 거냐, 제창을 할 거냐란 문제는 중요한 쟁점일 수 있지만, 보훈처장 박승춘이 짜놓은 프레임 안에서만 맴도는 결과를 빚을 수도 있다. 어차피 하고 싶지 않은 일, 참석조차 꺼림칙하게 생각할 게 뻔한 인사의 결정, 참석, 업무 해태 등을 놓고 왈가왈부하는 것이 아니라, 좀 다른 차원에서 문제를 다시

구성해보는 지혜도 있을 것이다. 물론 가장 실효성 있는 방법은 정권 교체를 통해, 5·18을 부인, 왜곡, 날조하는 세력의 권력을 박탈하면 된다. 하지만 당장 내년은 어떻게 해야 할까?

이런데 ‘님을 위한 행진곡’이란 영화가 제작되는 것처럼, 다른 차원에서의 접근이 훨씬 더 중요할 수도 있다. 노래 ‘님을 위한 행진곡’이 여러 나라에서 불리는 것도 그런 재구성의 하나일 게다. ‘님을 위한 행진곡’을 조용필, 이미자 등의 국민가수들이 부르고, 수백 명의 가수들이 부른 다양한 음원이 인터넷 공간에 차고 넘친다면, 우리는 제창이니 합창이니 하는 논란을 훌쩍 넘어설 수 있는 것이다. 우리가 좀 더 적극적으로 5·18에 대한 부인, 왜곡, 날조를 넘어서는 활동을 하는 것이 먼저일 수 있는 것이다.

건조하기 짝이 없는 보훈처 주관의 기념식을 넘어 그야말로 전국민과 새로운 세대가 함께할 수 있는 새로운 상상력의 전야제가 열린다면, 이것도 좋은 방법이 될 수 있다. 아무튼 훌쩍 넘어서기!

