



## 518민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 헌법적 정당성

Necessity and Constitutional Legitimacy of the Introduction of the Crime of Denial of the May 18 Democratization Movement

---

|                    |   |
|--------------------|---|
| 저자<br>(Authors)    | 김재윤<br>Kim, Jae-Yoon  |
| 출처<br>(Source)     | <a href="#">민주주의와 인권 16(2)</a> , 2016.6, 33-60(28 pages)<br><a href="#">Journal of Democracy and Human Rights 16(2)</a> , 2016.6, 33-60(28 pages) |
| 발행처<br>(Publisher) | <a href="#">전남대학교 5.18연구소</a><br>The May 18 Institute of Democracy and Human Rights   |
| URL                | <a href="http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE06723553">http://www.dbpia.co.kr/journal/articleDetail?nodeId=NODE06723553</a>   |
| APA Style          | 김재윤 (2016). 518민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 헌법적 정당성. 민주주의와 인권, 16(2), 33-60   |
| 이용정보<br>(Accessed) | 전남대학교<br>168.131.53.***<br>2020/01/21 15:35 (KST)   |

---

### 저작권 안내

DBpia에서 제공되는 모든 저작물의 저작권은 원저작자에게 있으며, 누리미디어는 각 저작물의 내용을 보증하거나 책임을 지지 않습니다. 그리고 DBpia에서 제공되는 저작물은 DBpia와 구독계약을 체결한 기관소속 이용자 혹은 해당 저작물의 개별 구매자가 비영리적으로만 이용할 수 있습니다. 그러므로 이에 위반하여 DBpia에서 제공되는 저작물을 복제, 전송 등의 방법으로 무단 이용하는 경우 관련 법령에 따라 민, 형사상의 책임을 질 수 있습니다.

### Copyright Information

Copyright of all literary works provided by DBpia belongs to the copyright holder(s) and Nurimedia does not guarantee contents of the literary work or assume responsibility for the same. In addition, the literary works provided by DBpia may only be used by the users affiliated to the institutions which executed a subscription agreement with DBpia or the individual purchasers of the literary work(s) for non-commercial purposes. Therefore, any person who illegally uses the literary works provided by DBpia by means of reproduction or transmission shall assume civil and criminal responsibility according to applicable laws and regulations.

# 5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 헌법적 정당성\*

김 재 윤\*\*

## 국문초록

이른바 홀로코스트 부인은 제2차 세계대전 이후 지속적으로 존재해왔으나, 1960년대부터 시작하여 최근 더욱더 독일 사회에서 문제되고 있다. 극우주의자 또는 신나치주의자들에 의한 홀로코스트 부인의 대표적인 예로 “유대인 말살을 위한 단일한 계획은 없었기 때문에 홀로코스트는 존재하지 않는다”, “아우슈비츠 및 여타 수용소에 인간가스실은 없었다” 등을 언급할 수 있다. 독일은 이러한 홀로코스트 부인에 대해 독일형법 제130조 제3항을 마련하여 형법적 규제의 방식을 채택하고 있다.

독일의 홀로코스트 부인과 유사하게 최근 우리 사회에서는 일부 극우논객과 종합편성채널에 의해 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 행위가 증가하고 있다. “5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이라는 1980년 판결에 동의한다” 또는 “5·18민주화운동에 북한군이 개입하였다” 등이 그 대표적인 예이다. 이러한 5·18민주화운동 부인행위는 사회통합을 저해하고 5·18민주화운동 희생자와 그 유가족의 명예와 존엄성을 침해한다.

이에 이 글에서는 홀로코스트 부인을 형사처벌하는 독일형법 제130조 제3항과 유사하게 우리나라에서도 역사적 사실의 부인으로서 5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 그 구체적 내용, 그리고 그러한 형벌규정이 과잉금지원칙에 위배되지 않아 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부를 검토하였다.

결론적으로 5·18민주화운동 부인은 신군부의 권위주의적 통치에 항거해 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 것으로 표현의 자유의 한계를 넘어서 명백한 범죄행위이다. 따라서 「5·18민주유공자예우에 관한 법률」 제70조의2(벌칙)을 신설하여 5·18민주화운동 부인죄를 도입하는 것이 타당

\* 이 논문은 2015년 5·18기념재단의 지원으로 연구된 것으로, 5·18민주항쟁 제36주년 기념학술대회(2016.5.13.)에서 발표한 것을 수정·보안한 연구입니다. 학술대회에서 귀중한 토론을 해주신 전남대학교 법학전문대학원 안진 교수님께 감사드립니다.

\*\* 전남대학교 법학전문대학원 교수, 법학박사

하다. 이 규정은 당벌성과 형벌필요성을 갖추고 있어 헌법상 정당화될 수 있다. 이러한 5·18민주화운동 부인죄는 자유민주주의 사회의 공론의 장에서 민주적 토론을 위한 하나의 행동규칙으로서의 역할을 담당할 수 있을 것이다.

중심어 : 5·18민주화운동, 홀로코스트 부인, 집단 명예훼손, 표현의 자유, 비례성원칙

## I. 들어가는 말

최근 우리 사회에서는 일부 극우논객과 종합편성채널, 일간베스트 저장소(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 유가족 개개인의 존엄성을 훼손시키고 사회통합을 저해하는 범죄행위가 아닐 수 없다. 그럼에도 불구하고 우리나라 법원은 인터넷에서 5·18민주화운동을 부인하는 게시글을 올린 지만원씨 사건<sup>1</sup>에 대해 수원지방법원 1심,<sup>2</sup> 서울고등법원 항소심<sup>3</sup>

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 신○○, 김○○의 명예를 훼손함과 동시에 광주민주화운동으로 사망한 피해자 문○○의 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.

에서 각각 무죄를 선고하였고, 검찰의 상고에도 불구하고 2012년 12월 27일 대법원에서 검찰의 상고를 기각함으로써 최종적으로 무죄를 확정하였다.<sup>4</sup> 이는 향후 제2, 제3의 지만원씨가 등장하여 TV방송과 인터넷상에서 5·18민주화운동이라는 역사적 사실의 부인 발언을 아무리 하여도 집단표시에 의한 명예훼손죄의 범리로 이들을 형사처벌할 수 없다는 한계<sup>5</sup>를 분명하게 보여주는 것이다.

그러나 시선을 독일로 돌린다면 사정은 전혀 다르게 변한다. 즉 독일 형법 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)<sup>6</sup>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

4 대법원 2012.12.27. 선고 2012도10670 판결. 이 판결에 대한 자세한 분석으로는 김재운(2015), 「5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안」, 『법학논총』, 제35집 제2호, 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.

제130조 제3항과 같은 형사처벌 규정이 없는 상황에서 5·18민주화운동 부인, 왜곡, 날조하는 행위를 형사처벌하는 규정을 도입할 필요가 있는지, 있다면 그 내용은 무엇인지, 그리고 그와 같은 형사처벌 규정이 과잉금지의 원칙에 위배되지 않고 헌법적으로 정당성을 확보할 수 있는지를 검토하고자 한다.

## II. 5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 그 내용

### 1. 5·18민주화운동 부인죄 도입의 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.<sup>7</sup> 이러한 입장을 바탕으로 국내에서

---

7 이재승(2008), 앞의 논문, 240쪽.

도 “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”<sup>8</sup>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”<sup>9</sup>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(obsenity), 명예훼손(defamation), 공격적 언동(fighting words)에 해당하는 표현은 법적 규제가 가능하다.<sup>10</sup> 그리고 미국은 독일이나 유럽과 같이 나치체제나 홀로코스트를 직접적으로 경험하지 않아 역사적 사실의 부인에 대한 인식과 대처에 커다란 간극이 있음을 간과해서는 안 된다. 나아가 미국에서 문제된 국가사회당 대 스코키 사건<sup>11</sup>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 담당한 주법원은 나치마크 계양을 금지한 부분에 대해 해당 기호가 유대인의 생활공간에 의도적으로 계양된 경우에는 폭력적인 반응이 생길 가능성이 높다고 판단하

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.

11 Skokie v. National Socialist Party, 51 Ill. App. 3d 279, 281 (App. Ct. 1977).

였으며, 이에 인종이나 종교적 증오의 모멸 표현은 수정헌법 제1조에서 보호되는 표현이 아니기 때문에 유효하다고 판단하였다.<sup>12</sup> 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 민사소송 절차가 다르며, 미국과 같은 징벌적 손해배상이라는 강력한 민사제재가 존재하지도 않다.<sup>13</sup> 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 범리가 아닌 또 다른 방식의 형법적 규제가 필요하다고 본다.<sup>14</sup>

12 Skokie v. National Socialist Party, 51 Ill. App. 3d 279, 287-94 (App. Ct. 1977).

13 조국(2013), 「사실적지 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성」, 『형사정책』, 제25권 제3호, 17쪽.

14 김재윤(2015), 앞의 논문, 242-243쪽 재인용.

## 2. 5·18민주화운동 부인죄의 구체적 내용

5·18민주화운동 부인죄 도입이라는 형법적 규제의 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 여부를 염두에 두면서 5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제의 내용을 살펴보면 다음과 같다.

우선, 처벌대상과 관련하여 역사적 사실의 부인행위에 5·18민주화운동만을 국한시킬 것인지 아니면 반인륜 범죄, 「민주화운동기념사업회법」 제2조상의 민주화운동,<sup>15</sup> 증오표현 등까지 포함시킬 것인지가 문제된다. 이와 관련하여 김동철의원 대표발의안은 반인륜적 범죄와 민주화운동을 부인·왜곡·날조하는 행위를 형사처벌하고 있다.<sup>16</sup> 그러나 동 대표발의안에서 반인륜적 범죄행위로 언급된 일본제국주의의 국권침탈 행위가 어디까지인지, 헌정질서 파괴범죄는 구체적으로 어떠한 행위를 의미하는지가 불명확하여 명확성의 원칙에 반할 위험이 크다.<sup>17</sup> 그리고 역사적 사실의 부인과 증오표현은 그 개념을 달리하는 것으로, 독일형법은 증오표현과 역사적 사실의 부인을 동일하게 형사처벌하고 있지만 조문을 달리하여 그 구성요건과 법정형을 상이하게 규정하고 있다. 즉 독일형법 제130조 제1항과 제2항은 증오표현을, 동조 제3항과 제4항은 역사적 사실의 부인을 형사처벌하고 있다. 이처

15 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.

16 김동철의원 대표발의안(의안번호 제5128호, 발의일 2013.5.27.)

17 같은 지적으로 임중호(2013), 「반인륜 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안 검토보고서」, 국회법제사법위원회, 5-6쪽.



럼 증오표현을 형사처벌해야 하는가는 역사적 사실의 부인과 구별하여 별도의 논의가 필요한 것으로 보인다.<sup>18</sup> 따라서 역사적 사실의 부인에 대한 형법적 규제의 대상은 5·18민주화운동에 한정하는 것이 타당하다고 본다.

둘째, 처벌행위와 관련하여 독일형법 제130조 제3항은 찬양·부인·경시를 행위태양으로 하고 있다. 이는 국가사회주의(나치) 지배하에서 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 형법적 규제는 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.

셋째, 행위방법과 관련하여 공연성을 요구할지 여부가 문제된다. 이와 관련하여 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.

넷째, 형벌과 관련하여 5·18민주화운동 부인행위는 허위사실에 해

18 증오표현의 규제에 대한 대표적인 논의로는 김지혜(2015), 「차별선동의 규제-혐오 표현에 관한 국제법적, 비교법적 검토를 중심으로-」, 『법조』, 제64권 제9호, 36쪽 이하; 이준일(2014), 「혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식」, 『고려법학』, 제72호, 65쪽 이하; 홍성수(2015), 「혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색」, 『법과 사회』, 제50권, 287쪽 이하 참조.

당하며, 그 행위방법도 공연성이 폭넓게 인정되는 출판물과 정보통신망에 의한 방법으로 행해지므로 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 제2항<sup>19</sup>과 동일하게 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금이 법익의 균형성에 부합하는 적절한 형벌이라 보인다.

다섯째, 위법성조각사유와 관련하여 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 제6항<sup>20</sup>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 위법성조각사유를 만들어 사상의 자유 등이 폭넓게 보호될 수 있는 완충제 역할을 할 필요가 있다.

마지막으로, 5·18민주화운동 부인죄를 형법과 특별법 가운데 어디에 위치시킬 것인가의 문제가 있다. 5·18민주화운동 부인죄는 형법상의 모욕죄나 명예훼손죄와 법적 성질을 달리하기 때문에 형법전에 편입시키는 것은 타당하지 않다고 본다. 그렇다고 하여 하나의 독자적인 특별법을 제정하는 방식도 있을 수 있겠으나, 5·18민주화운동 부인죄 하나를 신설하기 위해 특별법을 제정하는 것도 바람직한 방법은 아니다. 따라서 5·18민주화운동 부인행위는 5·18민주화운동과 관련하여

19 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 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

20 독일형법 제130조 제6항은 “선전물 또는 선전행위가 국민계몽, 위헌적 계획의 지지, 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.

여 희생하거나 공헌한 자와 그 유족 또는 가족에게 국가가 합당한 예우를 함으로써 민주주의의 숭고한 가치를 널리 알려 민주사회의 발전에 이바지함을 목적으로 하는 「5·18민주유공자예우에 관한 법률」(이하 '5·18유공자법' 이라 한다) 제1조에 정면으로 배치되는 행위이므로, 5·18유공자법 제8장 벌칙에 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.”와 제70조의3(위법성조각사유) “전조의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.”를 신설함이 타당하다고 본다.<sup>21</sup>

### Ⅲ. 5·18민주화운동 부인죄의 헌법적 정당성

역사적 사실의 부인으로서 아우슈비츠 거짓말을 형사처벌하는 독일 형법 제130조 제3항과 유사하게 5·18유공자법 제8장 벌칙에서 제70조의2와 제70조의3을 신설하여 5·18민주화운동 부인죄를 도입할 필요성이 있다고 하더라도 이러한 5·18민주화운동 부인죄가 과잉금지 원칙에 위배되지 않고 헌법적으로 정당화되기 위해서는 당벌성과 형벌 필요성을 갖추고 있어야 한다. 즉 5·18민주화운동 부인죄의 당벌성으로 규범의 보호목적, 기본권과의 합치성, 형법적 체계정합성 및 사회유해성의 증명에 대해, 그리고 형벌필요성으로 비례성원칙에 따른 적합성, 필요성 및 균형성을 갖추고 있는지가 상세히 검토되어야 한다.

---

21 김재윤(2015), 앞의 논문, 243-246쪽 재인용.

## 1. 당벌성(Strafwürdigkeit)의 검토

### 1) 규범의 보호목적

우선 새로운 구성요건에 대한 입법안이 제안될 때 그 당벌성의 검토가 선행되어야 한다. 이 때 당벌성이란 “일정한 행위에 대한 법공동체의 사회윤리적 비난을 의미하며, 당벌성 여부는 사회가 지향하는 가치, 사회적 유해성 등에 따라 판단”된다.<sup>22</sup> 그런데 형벌을 포함하고 있는 새로운 구성요건은 당벌성이라는 하늘에서 그저 우연히 떨어지는 산물이 아니고, 국민의 다양한 이익충돌에 대한 타협의 산물이다. 이와 관련하여 우선적으로 새로 도입하고자 하는 구성요건상 규범의 보호목적이 명확하게 설정될 수 있는지를 살펴보아야 한다.

제안된 5·18민주화운동 부인죄는 “신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여, 그리고 정보통신망을 통하여 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조”하는 행위를 형사처벌하고자 한다. 이 때 보호객체는 5·18민주화운동이라는 역사적 사실 그 자체이다. 1980년 당시 군부독재에 항거하여 발생한 5·18민주화운동은 세계적 석학들에게 ‘전환기의 정의’(Transitional Justice)라고 평가받을 정도로 대한민국의 민주주의를 고양한 의거라고 할 수 있으며,<sup>23</sup> 1960년 4·19혁명에 뒤 이은 우리 국민의 살아있는 민주화운동의 상징으로 여겨지고 있다. 그러나 최근에는 일부 극우논객과 종합편성채널 등에서 5·18민주화운동을 ‘폭동’으로 묘사하고 심지어 ‘북한군 개입설’을 유포하는 등 역사적 사실의 부인, 왜곡, 날조하는 행위가 도를 넘어서고 있다. 이러한 악의적인 역사적 사실의 왜곡은 사회적 통합이 절실한 우리 사회를 분열시키고 5·18민주화운동의 희생자 및 그 유가족 개개인의 존엄성을 훼손시키는 범죄행위가 아닐 수 없다.

22 이보영·이무선(2012), 「마약범죄 처벌의 정당성」, 『법학연구』, 제47집, 225쪽.

23 임중호(2013), 앞의 검토보고서, 6쪽.

이에 따라 5·18민주화운동 부인죄는 1980년 5월 봄 광주시민에 대해 제5공화국 군부 독재 정권의 계엄군에 의해 저질러진 수많은 불법행위의 부인, 왜곡, 날조하는 역사적 사실의 부인을 금지하고 계엄군의 불법행위로 인해 고통을 겪은 희생자 및 그 유가족 개개인에 대한 존엄성을 보호하고자 한다. 즉 5·18민주화운동 부인죄의 보호목적은 계엄군이 광주시민들에게 자행한 불법행위에 대해 그러한 사실이 전혀 없었다거나 북한군이 개입된 행위라는 왜곡과 날조를 용인하거나 승인하지 않음으로써 역사적 사실의 부인을 금지하고 이를 통해 평화로운 공동체의 삶을 방해하는 것을 억지하는 한편, 계엄군에 의한 폭력적·자의적 인권침해의 희생자 및 그 유가족 개개인의 존엄성을 보호하는데 있다.

## 2) 헌법과의 합치성

헌법상 가치목록과 관련하여 5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 대처는 5·18민주화운동이 폭도들에 의한 광주사태가 아니라 제5공화국 군부 독재 정권 하에서 계엄군이 광주시민에게 저지른 수많은 불법행위에 항거한 민주화운동이었다는 역사적 사실과 그 희생자의 존엄성을 보호하려는 것으로 공공의 법적 평온이란 이익의 관점에서 긍정적 목표설정이다. 반면에 이로써 헌법 제21조 제1항의 표현의 자유가 제한되기 때문에 부정적이기도 하다. 하지만 표현의 자유라는 기본권이 절대적인 것은 아니다. 헌법 제37조 제2항은 국가안전보장·질서유지 또는 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 법률에 의해 기본권에 대한 일정한 제한을 허용하고 있다. 그러나 이러한 기본권 제한의 허용과 관련하여 충돌하는 관련 법의 상호간의 이익형량을 언제나 고려해야 한다. 즉 민주적 국가형성을 위해 필수불가결한 기본권으로 설명되는 표현의 자유<sup>24</sup>에 대한 제한이 정당화될 정도로 중요

24 BVerfGE 7, 198 (208) = NJW 1958, 257.

한 보호목적이 있는가라는 물음에 대한 답변은 이익형량을 필요로 하게 한다.<sup>25</sup>

이와 관련하여 5·18민주화운동이라는 역사적 사실을 부인, 왜곡, 날조하는 행위를 방지하기 위해 표현의 자유를 제한하는 것은 역사적 경험에 비추어 볼 때 정당화될 수 있다. 나치 체제 하에서의 범죄에 대한 역사적 사실의 부인을 형사처벌하는 독일형법 제130조 제3항과 유사하게 신군부 정권 하에서 행해진 불법행위로 인해 피해를 입은 피해자 자신의 기억을 보존하기 위해 피해자 자신에게 이익이 될 뿐만 아니라 그 유가족에게도 이익이 된다. 직·간접적으로 5·18민주화운동 당시 계엄군의 폭력과 테러를 경험한 모든 생존자는 그들의 쓰러린 고통과 그들의 역사적 정체성에 대한 진실논쟁으로부터 보호될 필요가 있다. 따라서 표현의 자유의 제한에 대한 개인의 이익을 고려할 뿐만 아니라 군부 독재에 의한 폭력적 조치의 반복을 방지하기 위해서 일반인의 이익도 고려해야 한다. 이러한 점에서 표현의 자유, 즉 5·18민주화운동에 대한 부인, 왜곡, 날조를 신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여, 그리고 정보통신망을 통하여 유포할 자유에 대한 제한은 예술, 학문, 연구 및 교육의 이익과 관련하여 특히 시민에 대한 교육과 위헌적 행동의 방어를 위해 정당하다고 본다.

### 3) 형법적 체계정합성

다음으로, 보호법익의 선택이 형법적 체계정합성이 있는지, 달리 표현하면 그 밖의 형법적 법익보호에 모순이 없는지 여부를 검토해야 한다. 이와 관련하여 우선 거짓말을 하는 것은 도덕적 금지에 위반될 뿐 일반적으로 형사처벌의 위협에 의해 금지되지 않음은 자명한 사실이다.<sup>26</sup> 법익보호의 관점에서 거짓말은 허위사실 명예훼손에 해당할

25 Ostendorf(1985), 『Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der Auschwitzlüge』, 『NJW』, 1062쪽.

26 Ostendorf(1985), 앞의 논문, 1063쪽.

경우 형법 제307조 제2항에 따라 형사처벌된다. 그러나 5·18민주화운동이라는 역사적 사실에 대한 보호는 명예라는 개인적 법익을 보호하는 명예훼손죄의 구성요건들에 의해 실현되기 어렵다. 왜냐하면 명예훼손죄에 있어 사실과 가치판단의 구별이 쉽지 않다는 점, 집합적 명사를 쓴 경우 그 범위에 속하는 개인을 특정하기 어렵다는 점, 명예훼손죄로 보호받아야 할 구성원이 많은 대규모 집단의 경우 피해자 특정이 쉽지 않다는 점 등의 여러 한계를 가지고 있기 때문이다.<sup>27</sup>

더욱이 검찰은 5·18민주화운동 부인의 문제에 대한 형법적 해결을 그 동안 5·18민주화운동 희생자에게만 떠맡겨져 온 경향이 있었다. 즉 검찰은 5·18민주화운동 희생자와 그 유가족의 이익을 위한 개입도 소극적 자세로 임했을 뿐만 아니라 공공의 평온과 같은 사회적 법익의 보호를 위해서 개입하지도 않았다. 또한 명예훼손죄는 친고죄(형법 제308조(사자의 명예훼손), 제311조(모욕) 내지 반의사불벌죄(형법 제307조(명예훼손), 제309조(출판물 등에 의한 명예훼손), 정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률 제70조)로 규정되어 있어 5·18민주화운동 부인이라는 전체 사회적 갈등의 문제를 피해자 개인의 고소권 행사 내지 처벌불원의 의사표시 여부에 의존시켜 개인적 문제로 파악하는 한계를 보여 왔다. 이는 전체적으로 볼 때 가벌성을 확대해 온 현재의 형사정책적 방향, 즉 형법은 더욱더 사회통제의 규제적 수단으로 회귀하고 있다는 방향과 모순되는 것이다. 형법의 단편성 내지 겸역성이 형사정책적 원칙으로 언급되지만, 오늘날 형사정책의 일상에서는 가벌성의 흠결이 더욱 빈번히 언급되고 있다. 이에 형법은 경제범죄, 환경범죄, 컴퓨터범죄, 마약범죄 등의 영역에서 부분적으로 확대되고 있다.<sup>28</sup> 사회통제의 수단으로서 형법이 이러한 변화된 사회

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

28 이러한 현대형법의 팽창현상에 대한 상세한 분석으로는 김재운(2009), 『현대형법의 위기와 과제』, 전남대학교출판부, 16쪽 이하 참조.

와 국가에 의해 요구되어지는 한 본래의 의미에서 사회유해적 행위에 대한 가벌성의 흠결은 보완되어야 한다는 ‘동등한 대우의 원칙’(Gleichbehandlungsprinzip)이 요구될 수 있다.<sup>29</sup> 즉 우리가 일상에서 흔히 발생하는 상점절도를 형사처벌하는 한 5·18민주화운동 부인에 대해 형사처벌을 포기하는 것은 형법체계에 있어 가치모순으로 인식될 수 있다.

#### 4) 사회유해성의 증명

마지막으로, 당벌성을 위해 금지된 행위의 사회유해성이 인정되어야 한다. 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 발언에 대해 일부 국민들은 이를 무시하거나 분노하지만 일부 국민들은 이에 대해 부분적으로 동의하는 서로 상반된 태도를 보이고 있다. 이 때 이러한 종류의 발언이 어떠한 정치적 의견표현의 맥락에서 행해졌는가 하는 관련성이 무엇보다 중요하다.<sup>30</sup> 최근 우리 사회에서 일부 극우논객과 종합편성채널에 의해 5·18민주화운동 부인 발언이 광범위하게 유포되고 있다. 이러한 부인 발언은 특히 아직 미성숙한 청소년들에게 5·18민주화운동이라는 역사적 사실에 대한 왜곡된 인식과 희화화된 민주주의의 관념을 심어주게 되고 그 결과 일간베스트저장소(일베)라는 인터넷 사이트에서 5·18민주화운동 희생자들을 폄훼하는 게시글이 다수 등장하여 사회적 갈등을 야기시키고 있다. 더욱이 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 자는 지난 신군부 독재 하에서 행해진 다수의 폭력적·자의적 조치를 정당한 것으로 찬양하고 선동할 것이라는 연상이 가능하다. 이에 따라 5·18민주화운동 부인은 피해 당사자는 물론이고 그 유가족들에게 분명 사회유해적 행위로 인정될 수 있음을 부인할 수 없다. 나아가 이러한 역사적 사실에 대한 악의적인 부인 발

29 Ostendorf(1985), 앞의 논문, 1063쪽.

30 Ostendorf(1985), 앞의 논문, 1063쪽.



언은 통합이 절실한 우리 사회를 분열시킴으로써 평화로운 공동체 삶의 영위라는 관점에서조차 사회유해성이 인정될 수 있다.

## 2. 형벌필요성(Strafbedürftigkeit)의 검토

### 1) 비례성원칙의 의의

5·18민주화운동 부인죄라는 새로운 구성요건이 헌법상 정당화되기 위해서는 당벌성 이외에 비례성원칙에 따른 적합성, 필요성 및 균형성을 갖추고 있어야 한다. 이 때 ‘비례성원칙’(Verhältnismässigkeitsprinzip)이란 일반적으로 국가의 권력은 무제한으로 행사되어서는 아니 되고, 이는 반드시 실현하고자 하는 목적을 위해 비례적인 수단을 사용하라는 원칙을 말한다. 바꾸어 말하면 비례성원칙이란 수단이 목적에 (a) 적합하고(적합성원칙), (b)필요하며(필요성원칙 내지 최소침해원칙), (c)과잉되지 않아야 한다(균형성원칙 내지 좁은 의미의 비례성원칙)는 것으로, ‘목적과 수단의 관계’(Zweck-Mittel-Relation)로 이해된다.<sup>31</sup> 다만 헌법재판소는 이와 같은 비례성의 원칙의 세 가지 부분원칙 이외에 기본권 제한의 입법목적이 헌법 및 법률의 체계상 정당한 것이어야 한다는 ‘목적의 정당성’을 추가적으로 포함시키고 있다.<sup>32</sup>

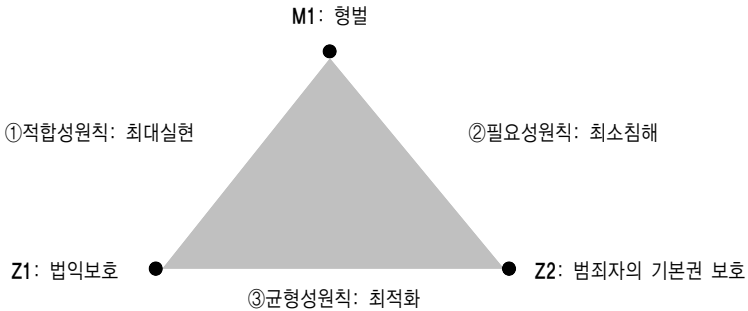
적합성원칙, 필요성원칙 및 균형성원칙이라는 비례성원칙의 부분원

---

31 비례성원칙에 관한 주요 국내문헌으로는 김대환(2005), 「우리나라 헌법상 과잉금지 원칙」, 『공법학연구』, 제6권 제3호, 191쪽 이하; 이준일(2006), 「헌법재판의 법적 성격」, 『헌법학연구』, 제12권 제2호, 321-334쪽; 이용식(2006), 「비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계」, 『형사법연구』, 제25호, 27쪽 이하 참조. 독일문헌으로는 Alexy(1986), 『Theorie der Grundrechte』, Frankfurt a.M.; L. Clérico(2001), 『Die Struktur der Verhältnismäßigkeit』, Baden-Baden; Hirschberg(1981), 『Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit』, Göttingen; Lerche(1961), 『Übermaß und Verfassungsrecht』, Köln u.a. 참조.

32 헌법재판소 1990.9.3. 89헌가95 결정 참조. 헌법재판소와 같이 비례성원칙의 부분원칙에 ‘목적의 정당성’을 포섭시킬 것인지 여부에 대한 자세한 분석으로는 김대환(2005), 앞의 논문, 199-200쪽 참조.

칙을 형사실체법 영역에 적용시켜 살펴보면 다음과 같은 관계가 성립함을 알 수 있다:<sup>33</sup> 형사실체법은 법익보호라는 목적(Z1)의 실현을 위하여 형벌이라는 수단(M1)을 사용하지만 이는 범죄자(피의자·피고인·수형인)을 포함한 개념의 기본권 보호라는 또 다른 목적(Z2)을 침해한다. 여기서 비례성원칙은 <그림 1>과 같이 Z1, Z2, M1을 세 꼭짓점으로 하는 이른바 ‘관계삼각형’의 구조를 형성한다.



<그림 1> 형법영역에 있어 비례성원칙의 ‘관계삼각형’

## 2) 적합성원칙

우선 5·18민주화운동 부인죄의 도입에 따른 형벌위협이 법익보호를 위해 적합한지 여부, 즉 새롭게 도입하고자 하는 구성요건에서 규정된 형벌, 즉 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만 원 이하의 벌금이라는 법정형과 그 범위가 당해 구성요건이 설정한 법익을 보호하게 하거나 그 보호를 촉진시키는 것인지 여부(<그림 1>에서 M1→Z1)를 검토해야 한다. 법익을 보호할 수 없는 형벌위협은 아무런 의미 없이 시민의 자유를 제한할 뿐이기 때문에 위헌이다.

그런데 현실에 있어 모든 국가는 대체로 형벌의 효과에 의존하고

33 이하의 논의는 이상돈(2005), 『헌법재판과 형법정책』, 고려대학교출판부, 98-100쪽; 이준일(2014), 앞의 논문, 322-326쪽 참조.

있다. 독일 연방헌법재판소는 자유형이 형벌목적의 의미에서 적합한 것으로 보고 있다.<sup>34</sup> 이에 따라 형벌목적이 무엇인지가 결정적으로 중요하다. 오늘날 단지 과거에 행한 범죄의 속죄와 응보라는 형벌 목적을 더 이상 유효하지 않고 일반예방과 특별예방이라는 예방목적이 중요한 형벌목적으로 자리 잡고 있다. 5·18민주화운동 부인의 형사처벌과 같은 새로운 형벌규정을 위반한 개인에 대한 긍정적 영향의 가능성은 개별 사례에 있어 제외되지 않는다. 하지만 일반적으로 이러한 범주의 행위자에게 긍정적 영향을 미칠 수 있는지는 다소간 의문이다. 왜냐하면 이러한 범죄자는 정치적 신념에 따라 범죄를 행한 이른바 사상범 내지 확신범(Überzeugungsverbrechen)이거나 청소년과 같이 정치적 이념이 아직 미성숙한 자이기 때문이다. 그리고 모든 규제적 수단이 범죄자의 태도의 변화로 이어지지 않으며, 반대로 범죄자의 기존 태도를 고착시키기도 한다. 이러한 부정적 형사제재의 효과는 유죄선고를 받은 자가 정치적 순교자로 과대 선전될 수 있기 때문에 진지하고 보다 면밀한 검토가 요구된다. 자칫 잘못하면 5·18민주화운동 부인에 따라 처벌되는 범죄자를 ‘재사회화’(Resozialisierung)시키는 것이 아니라 사회에서 축출시켜 ‘탈사회화’(Desozialisierung)시킬 수 있기 때문이다. 따라서 소극적 일반예방으로서 ‘위하’(Abschreckung)가 아닌 적극적 일반예방으로서 ‘규범의 안정화’(Normstabilisierung)라는 일반예방에 여전히 희망을 걸어야 한다. 그리고 형사제재의 내용을 언론보도를 통해 일반 국민에게 적극적으로 전파함으로써 이러한 행위의 사회유해성을 국민들이 분명하게 인식할 수 있도록 하여 규범 인식을 보다 견고히 할 수 있을 때 올바른 방향으로의 행위조종의 효과를 충실히 달성할 수 있을 것이다. 그러나 이러한 적극적 일반예방의 형벌목적이 달성되기 위해서는 위반행위가 있는 경우 형벌이 실제로 부과되어 형벌위협이 실현되어야 한다는 전제조건이 충족되어야

34 BVerfGE 45, 187 (253 ff.) = NJW 1977, 1525.

한다.<sup>35</sup> 왜냐하면 5·18민주화운동 부인에 대해 실제 형벌이 부과되는 것은 그러한 범죄의 예방을 위해 그 법정형이 얼마나 중하게 설정되어 있는가보다 중요하기 때문이다.

### 3) 필요성원칙

다음으로, 필요성원칙이란 형벌의 투입은 최후수단으로 이루어져야 하고, 이때에도 범죄자의 기본권 침해를 최소화(Gebot der Minimierung)하는 형벌의 종류와 범위를 선택해야 한다는 것을 의미한다(〈그림 1〉에서 M1→Z2). 이러한 필요성원칙에 따라 5·18민주화운동 부인죄가 도입되더라도 시민에게 가장 최소한의 침해가 되는 수단을 선택할 것을 요구한다. 왜냐하면 형벌은 타인의 법익침해를 통한 법익보호를 의미하며, 형법적 사회통제의 가장 강력한 수단으로 설명되기 때문에 최후수단(ultima ratio)의 원칙이 적용된다. 5·18민주화운동 부인, 왜곡, 날조에 따른 법익침해의 위험과 그로 인한 당벌성이 인정되지 않는 한 어떠한 형사제제도 그 필요성이 인정될 수 없다.

필요성원칙과 관련하여 한편으로 5·18민주화운동의 희생자와 그 유가족의 명예보호를 위해서 이들에 대한 계엄군의 폭력행위의 부인, 왜곡 및 날조를 새로운 형사처벌 규정을 만들어 특별히 형사처벌한 필요성은 존재하지 않는다고 주장할 수 있다. 왜냐하면 5·18민주화운동 부인은 일차적으로 생존한 피해자 및 그 유가족에 대한 명예훼손 내지 모욕으로 충분히 인정되어 기존의 명예훼손의 범리로 처벌될 수 있기 때문이다. 그러나 이에 대한 형사소추의 조건으로 당사자의 고소가 있거나 처벌불원의 의사표시가 없어야 한다. 하지만 앞서 언급한 바와 같이 5·18민주화운동 부인에 대한 기존 명예훼손죄의 범리는 피해자 특성의 곤란 등과 같은 여러 한계를 가지고 있으며, 5·18민주화운동 부인죄는 피해 당사자의 명예 내지 존엄성의 보호와 아울러

35 Ostendorf(1985), 앞의 논문, 1063쪽 이하.

수많은 증언자, 신뢰할만한 문서, 법원의 판결 및 학문적 연구를 통해 증명된 5·18민주화운동이란 역사적 사실도 보호하고자 한다는 데서 차이점을 발견할 수 있다. 이에 따라 5·18민주화운동 부인죄의 필요성은 긍정될 수 있다.

다른 한편으로 5·18민주화운동 부인의 유포를 막기 위해 형벌이 아닌 보다 더 약한 규제수단으로도 충분하다는 견해가 제시될 수 있다. 5·18민주화운동 부인에 대한 최선의 예방은 단지 그들을 형사처벌하는 데 그치지 않고 그 원인과 뿌리를 근절하는 데 있기 때문이다. 무엇보다 일부 극우논객의 극우적 사상은 하루아침에 변경될 수 없기 때문에 청소년의 5·18민주화운동에 대한 왜곡된 인식 가능성이 보다 중요하게 다루어질 필요가 있다. 이와 관련하여 5·18민주화운동에 대한 올바른 역사관의 정립과 관련된 교육이 학교, 적어도 중고등학교에서 거의 수행되지 않고 있으며, 학업을 모두 마친 이후에는 국가에 의해 교육이 이루어질 수 없기 때문에 이에 대한 보다 적극적인 교육 정책이 5·18민주화운동 부인을 예방하기 위한 최선의 보호책이 될 수 있음은 분명하다. 다만 5·18민주화운동 부인에 대한 최후의 예방수단으로서 형벌이 고려될 수 있다. 이러한 형법적 예방수단이 필요한지 여부는 5·18민주화운동 부인이 지속적이고 조직적으로 이루어져 희생자의 명예와 존엄성의 침해가 심화되고 역사적 사실의 보호가 얼마만큼 어려워지는가에 따라 달라진다. 그런데 이미 현실점에서도 5·18민주화운동에 대한 부인이 지속적이고 반복적으로 자행되고 있으며, 이러한 왜곡된 역사인식이 일부 일베 청소년을 중심으로 계속해서 새롭게 싹트는 현실을 고려할 때 입법적 조치가 필요함을 부인할 수 없다. 특히 개인 간의 평범한 대화 과정에서의 5·18민주화운동 부인이 아니라 “신문, 잡지 또는 라디오 기타 출판물에 의하여, 그리고 정보통신망을 통하여” 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 행위는 너무나 손쉽게 사회에 유포될 우려가 있기 때문에 형벌에 의한 규제의 필요

성이 있다고 본다.

#### 4) 균형성원칙

마지막으로, 비례성 검토에 있어 세 번째 기준은 5·18민주화운동 부인죄의 도입을 통한 형벌위협이 균형성을 갖추고 있는가이다. 이때 균형성원칙은 형법으로 추구하는 목적과 형법이 사용하는 수단, 특히 형벌은 균형이 잡혀 있어야 함을 의미한다. 이러한 균형성원칙은 목적과 수단의 균형(M1≒Z1) 여부를 경험적으로 확인하는 과정에 그치지 않고, 규범적 차원에서 형벌에 의해 추구하고자 하는 법익보호(Z1)와 범죄자의 기본권 보호(Z2) 사이의 '최적상태의 실현'(Z1→Z2; Gebot der Optimierung)을 포괄한다.<sup>36</sup> 이와 관련하여 입법자는 법익보호의 목적 및 범죄자의 기본권 보호의 목적이라는 서로 충돌하는 두 가지 목적과 수단 사이의 이익형량을 구체화하여 최적화할 필요가 있는데, 이때 본질적으로 고려해야 하는 대상은 형사제재로서의 형벌, 즉 법정형의 종류와 범위가 법익보호를 목적으로 하는 행위규범과 일정한 비례관계에 있는가의 여부이다.

제안된 5·18민주화운동 부인죄의 법정형은 7년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 5천만원 이하의 벌금이다. 그런데 아우슈비츠 거짓말 처벌조항인 독일형법 제130조 제3항의 법정형은 “5년 이하의 자유형 또는 벌금형”으로 제안된 5·18민주화운동 부인죄의 자유형과 비교할 때 그 상한에 있어 2년이나 낮다. 그러나 독일형법과 우리나라 형법은 동일한 범죄행위라 할지라도 개별 국가의 전체 법정형 구조의 상이함으로 인해 그 법정형에 있어 다소 간 차이가 있다.<sup>37</sup> 이에

36 이상돈(2005), 앞의 책, 99-100쪽.

37 예컨대 상해죄를 규정하고 있는 독일형법 제223조 제1항의 법정형은 “5년 이하의 자유형 또는 벌금형”이지만 우리나라 형법 제257조 제1항의 법정형은 “7년 이하의 징역 또는 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금”으로, 자유형의 상한을 비교할 때 우리나라 형법이 2년이나 높다.

5·18민주화운동 부인죄의 법정형이 독일형법 제130조 제3항의 법정형과 동일할 이유는 없으며, 그 보다 5·18민주화운동 부인죄의 법정형이 이와 유사한 죄질을 갖는 다른 구성요건과 비교할 때 지나치게 가중된 것은 아닌지 살펴볼 필요가 있다. 이와 관련하여 5·18민주화운동 부인죄의 법정형은 정보통신망에 의한 허위사실적시 명예훼손죄를 규정한 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 제2항의 법정형과 동일하며, 출판물 등에 의한 허위사실적시 명예훼손죄를 규정한 형법 제309조 제2항의 법정형과 비교할 때 징역형과 자격정지형은 동일하나 벌금형은 1천5백만원 이하의 벌금보다 상향된 것이다. 따라서 문제는 벌금형이 상향된 데 있어 보이나, 5·18민주화운동 부인죄는 개인의 명예만을 보호하는 것이 아니라 5·18민주화운동 희생자 및 그 유가족의 존엄성도 보호뿐만 아니라 부차적으로 역사적 사실도 보호하는 것이므로 벌금형의 법정형을 「정보통신망 이용촉진 및 정보보호 등에 관한 법률」 제70조 제2항과 동일하게 규정하고 있으므로 균형성을 갖춘 것으로 판단된다. 나아가 5·18유공자법 제70조의3에 “전조의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니한다.”라는 위법성조각사유의 신설을 함께 제안하였는데,<sup>38</sup> 이는 사실적시 명예훼손죄에만 적용되는 형법 제310조의 위법성조각사유보다 그 적용범위가 넓은 것으로 비록 5·18민주화운동에 대한 부인, 왜곡, 날조행위가 예술·학문, 연구·학설 등 공익적 목적을 위한 것인 한 위법성을 인정하지 않음으로써 목적과 수단의 균형을 달성하고 있다고 본다.

---

38 이에 대한 자세한 설명으로는 김재운(2015), 앞의 논문, 245쪽 참조.

#### IV. 맺는 말

이른바 아우슈비츠 거짓말 내지 홀로코스트 부인은 제2차 세계대전 이후 지속적으로 존재해왔다. 그러나 1960년대부터 시작하여 최근 더욱더 독일 사회에서 문제되고 있다. 극우주의자 또는 신나치주의자들에게 의한 아우슈비츠 거짓말의 대표적인 예로 “유대인 말살을 위한 단일한 계획은 없었기 때문에 홀로코스트는 존재하지 않는다”, “아우슈비츠 및 여타 수용소에 인간가스실은 없었다”, “집단학살을 증명할 문서화된 증거가 존재하지 않기에 증언에만 의지할 수밖에 없다”, “홀로코스트는 유대인들이 이스라엘 건국 등의 목적을 위해 꾸며낸 이야기이다” 등을 언급할 수 있다.<sup>39</sup> 독일은 이러한 아우슈비츠 거짓말에 대해 독일형법 제130조 제3항을 마련하여 형법적 규제의 방식을 채택하고 있다.

독일의 아우슈비츠 거짓말과 유사하게 최근 우리 사회에서는 일부 극우논객과 종합편성채널에 의해 “5·18은 김대중이 일으킨 내란사건이라는 1980년 판결에 동의한다” 또는 “5·18민주화운동에 북한군이 개입하였다” 등의 5·18민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 행위가 증가하여 사회통합을 저해하고 5·18민주화운동 희생자와 그 유가족의 명예와 존엄성을 침해하는 사례가 빈번히 발생하고 있다.

이에 이상에서는 아우슈비츠 거짓말을 형사처벌하는 독일형법 제130조 제3항과 유사하게 우리나라에서도 역사적 사실의 부인으로서 5·18민주화운동 부인죄 도입의 필요성과 그 구체적 내용, 그리고 그러한 형벌규정이 과잉금지원칙에 위배되지 않아 헌법적으로 정당화될 수 있는지 여부를 검토하였다.

결론적으로 최근 우리 사회에서 일부 극우논객과 종합편성채널에

39 이소영(2013), 앞의 논문, 413쪽.



의해 유포되고 있는 5·18민주화운동에 대한 부인, 왜곡, 날조행위는 진지하게 고려할 일말의 진리도 포함하고 있지 않다. 또한, 5·18민주화운동 부인은 신군부의 권위주의적 통치에 항거해 국민의 자유와 권리를 회복·신장시킨 민주화운동을 부인, 왜곡, 날조하는 것으로 표현의 자유의 한계를 넘어선 명백한 범죄행위가 아닐 수 없다. 그리고 사상의 자유, 표현의 자유 등의 제약에 대한 우려는 “전조의 행위가 예술·학문, 연구·학설, 시사사건이나 역사의 진행과정에 관한 보도, 기타 이와 유사한 목적에 기여하는 경우에는 처벌하지 아니 한다”라는 내용의 위법성조각사유를 신설하여 사상의 자유, 표현의 자유 등이 폭넓게 보호될 수 있는 보충 장치를 만들어 둠으로써 해소될 수 있다. 이러한 사항을 고려할 때 「5·18민주유공자예우에 관한 법률」 제70조의2(벌칙)를 신설하여 “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.”라는 내용의 5·18민주화운동 부인죄를 도입하는 것이 타당하다고 본다. 이 규정은 당벌성으로 규범의 보호목적, 기본권과의 합치성, 형법적 체계정합성 및 사회유해성의 증명뿐만 아니라 형벌필요성의 내용으로 적합성, 필요성 및 균형성을 갖추고 있어 헌법상 정당화될 수 있다. 이러한 5·18민주화운동 부인에 대한 형사처벌 규정은 자유민주주의 사회의 공론의장에서 민주적 토론을 위한 하나의 행동규칙으로서의 역할을 담당할 수 있을 것이다.

## 참고문헌

- 김대환. 2005. “우리나라 헌법상 과잉금지원칙”. 『공법학연구』 제6권 제3호 191-223쪽.

- 김지혜. 2015. “차별선동의 규제-혐오표현에 관한 국제법적, 비교법적 검토를 중심으로-”. 『법조』 제64권 제9호 36-77쪽.
- 김재윤. 2009. 『현대형법의 위기와 과제』. 전남대학교출판부.
- 김재윤. 2015. “5·18민주화운동 부인에 대한 형법적 규제 방안”. 『법학논총』 제35집 제2호 225-253쪽.
- 김희정. 2012. “역사적 사실을 부인하는 행위에 대한 제재 법률의 헌법적 정당성”. 『고려법학』 제67호 75-113쪽.
- 임중호. 2013. “반인류 범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안 검토보고서”. 국회법제사법위원회. 1-8쪽.
- 이보영·이무선. 2012. “마약범죄 처벌의 정당성”. 『법학연구』 제47집. 217-238쪽.
- 이상돈. 2005. 『헌법재판과 형법정책』. 고려대학교출판부.
- 이소영. 2013. “기억의 규제와 ‘규제를 통한 기억하기’: 홀로코스트 부정(Holocaust denial) 규제 법제와 사회적 기억의 구성”. 『법학연구』 제21권 제4호 405-430쪽.
- 이용식. 2006. “비례성 원칙을 통해 본 형법과 헌법의 관계”. 『형사법연구』 제25호 27-54쪽.
- 이준일. 2006. “헌법재판의 법적 성격”. 『헌법학연구』 제12권 제2호 313-346쪽.
- 이준일. 2014. “혐오표현과 차별적 표현에 대한 규제의 필요성과 방식”. 『고려법학』 제72호 65-90쪽.
- 이재승. 2008. “기억과 법: 홀로코스트 부정”. 『법철학연구』 제11권 제1호 223-252쪽.
- 조 국. 2013. “사실적시 명예훼손죄 및 모욕죄의 재구성”. 『형사정책』 제25권 제3호 9-46쪽.
- 홍성수. 2015. “혐오표현의 규제: 표현의 자유와 소수자 보호를 위한 규제대안의 모색”. 『법과 사회』 제50권 287-336쪽.

Alexy. 1986. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt a.M.

L. Clérico. 2001. *Die Struktur der Verhältnismäßigkeit*. Baden-Baden.

Hirschberg. 1981. *Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit*. Göttingen.

Lerche. 1961. *Übermaß und Verfassungsrecht*. Köln u.a.

Ostendorf. 1985. "Im Streit: Die strafrechtliche Verfolgung der Auschwitzlüge".  
*NJW* S. pp.1049-1112.

투 고 2016.05.18.

심 사 2016.06.03.

확 정 2016.06.27.

ABSTRACT

## Necessity and Constitutional Legitimacy of the Introduction of the Crime of Denial of the May 18 Democratization Movement

**Kim, Jae-Yoon**

*(Professor, Law School of Chonnam National University)*

The so-called Holocaust denial has occurred since 1960s following World War II, but it has emerged as a critical issue in German society in recent years. Representative examples of the Holocaust denial from right-wing extremists and neo-Nazis include “The Holocaust didn’t exist because there was no single plan for the genocide of Jews.” and “There were no gas chambers in concentration camps including Auschwitz Concentration Camp.” In this regard, Section 130(3) of the Criminal Code of Germany was added and such denial became regulated by Criminal Code.

Similar to the Holocaust denial, denials, distortions, and fabrications of the May 18 Democratization Movement by some extreme right-wing commentators and comprehensive programming TV channels are on the rise in Korean society. “I agree with the trial for rebellion in 1980 stating that the May 18 Uprising was a rebellion by Daejung Kim.” and “North Korean forces were involved in the May 18 Democratization Movement.” are representative examples. Such denials of the May 18 Democratization Movement hinder social integration and violate the honor and dignity of the victims and the bereaved of the Movement.

In this context, with reference to Section 130(3) of the Criminal Code of Germany that regulates the Holocaust denial, the present study examined the necessity of the introduction of the crime of denial of the May 18

Democratization Movement with respect to the denial of Korean history, and details of such provision. Whether such criminal regulation is contrary to the principle of proportionality and constitutional was also investigated.

In conclusion, the denial of the May 18 Democratization Movement is the negation, distortion, and fabrication of the democratic movement that recovered and promote the freedom and rights of the people through the resistance against the military-authoritarian regime, and therefore, it is obviously a criminal offence beyond the boundary of the freedom of expression. For this reason, it is reasonable to introduce the crime of denial of the Movement by adding Clause 2 of Article 70 (Penalty) in the Act on the Honorable Treatment of Persons of Distinguished Services during the May 18 Democratization Movement. As this regulation meets the validity and necessity of criminal punishment, it can be justifiable under the Constitution. This crime of denial of the May 18 Democratization Movement may serve a role of a code of conduct for debate in a liberal democratic society for the sake of a democratic debate.

**Key Words** : 5·18 Democratization Movement, Holocaust denial, Group defamation, Freedom of expression, Principle of proportionality