

정책토론회

‘5.18특별법 개정안’의 反헌법성

일 시 | 2016년 7월 28일(목) 오전 10시30분

장 소 | 바른사회시민회의 회의실 202호

주 최 | 자유민주연구원·바른사회시민회의

【 프 로 그 램 】

시 간	내 용	비 고
10:15~10:30	등록	
10:30~10:35	개회	
	사회 : 박인환(건국대 법학전문대학원 교수)	
10:35~10:55	발제1. 역대 국회 5.18 관련법 제·개정 현황과 실태	이옥남 바른사회시민회의 정치실장
10:55~11:15	발제2. 5·18민주화운동법 개정안의 헌법적 문제	김상겸 동국대 교수
11:15~11:25	토론1	유동열 자유민주연구원 원장
11:25~11:35	토론2	차기환 자유와통일을향한변호사연대 대표/변호사
11:35~11:50	종합토론	

【 목 차 】

발 제 문

- 역대 국회 5.18 관련법 제·개정 현황과 실태 ————— 09
이 옥 남 (바른사회시민회의 정치실장)
- 5·18민주화운동법 개정안의 헌법적 문제 ————— 23
김 상 겸 (동국대 교수)

토 론 문

- 토론 1 ————— 37
유 동 열 (자유민주연구원 원장)
- 토론 2 ————— 41
차 기 환 (자유와통일을향한변호사연대 대표/ 변호사)

〈자유민주연구원·바른사회시민회의 정책토론회〉

‘5.18특별법 개정안’의 反헌법성

발 제

[발제 ①]

역대 국회 5.18 관련법 제·개정 현황과 실태 - '5.18 민주화운동'에서 '5.18 성역화(?)'로 -

이 옥 남
바른사회시민회의 정치실장

1. 들어가는 말

‘광주 5.18’에 대한 정부의 조치는 전두환 정권의 위로금 지급으로 시작되었다. 이후 1990년 노태우 정권 당시 국회에서 제정된 「광주민주화운동관련보상자등에관한법률」로 5.18에 대한 금전적 보상이 이루어 졌고, 1997년 김영삼 정부는 5.18 관련 책임자를 처벌하고 5.18을 국가기념일로 지정했다. 2002년 김대중 정권에서는 「5.18민주유공자예우에관한법률」을 제정함에 따라 5.18 희생자 및 관련자들은 명실 공히 “5.18민주유공자”로 인정했다. 5.18 관련자들은 불과 20년 사이 일각에서 언급하는 것처럼 “폭도에서 민주유공자”로 지정된 것이다.

5.18 희생자 및 피해자에 대한 금전적 보상과 민주유공자 지정 외에도 국회에서는 꾸준한 입법 활동을 통해 5.18 진실규명, 책임자 처벌, 피해자 명예회복과 기념사업 추진 등 5.18에 대한 재조명 작업이 계속 되고 있다. 그러나 5.18이 공식적으로 ‘민주화 운동’으로 인정되고 국가기념일로 지정되었음에도 불구하고 5.18에 대한 논란은 현재까지도 지속되고 있다. 최근 몇 년 동안 ‘임을 위한 행진곡’의 5.18 기념곡 지정 문제, 5.18에 대한 왜곡되고 과장된 주장 등을 처벌하기 위한 5.18 특별법(일명 ‘5.18 펌 휘방지법’)개정 움직임 등을 둘러싼 사회적 갈등이 그 예다.

5.18에 대한 이러한 요구들은 5.18을 단순히 민주화 운동으로 기념하고 관련자들을 유공자로 지정하는 것을 넘어, 헌법이 보장한 ‘표현의 자유’ 그리고 표현의 자유를 통한 국민의 행복추구권까지 제한하는 등의 우려와 논란을 낳고 있다. 이에 본 발제문에서는 역대 국회의 5.18에 대한 입법 활동의 현황과 흐름을 살펴보고 5.18에 대한 올바른 인식 방안을 모색하고자 한다.

2. 역대 국회 5.18관련 입법 활동 현황

민주화 이후의 국회인 제13대 국회에서부터 제20대 국회에 이르기까지 광주 5.18에 대한 국회 입

법 활동은 꾸준히 지속되고 있다. 2016년 7월을 기준으로 역대 국회에서 5·18과 관련하여 총 72건이 법률안이 발의되었다. 법안 처리현황을 보면 72건 중 가결이 20건, 대안반영폐기 11건, 철회 3건, 폐기 3건, 임기만료폐기 32건, 계류 3건으로 각각 집계되었다(【표 1】 참고).

【표 1】 역대 국회 5·18 관련법 처리현황(제13대~20대 국회)

(기준: 2016.07.20., 단위: 건)

제안 대수	발의	처리현황					계류	비고 (정부제출)
		가결	대안반영	철회	폐기	임기만료 폐기		
13	3	1	0	1	1	0	0	0
14	4	1(위원장1)	0	0	0	3	0	0
15	7	2(위원장2)	0	2	1	2	0	0
16	6	3(위원장1)	2	0	0	1	0	1
17	9	6(위원장1)	0	0	0	3	0	4
18	12	3(위원장1)	2	0	1	6	0	4
19	28	4(위원장4)	7	0	0	17	0	4
20	3	0	0	0	0	0	3	0
계	72	20(위원장10)	11	3	3	32	3	13

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

발의된 법안을 내용별로 분류해보면 72건 중 민주유공자 지원 신설 및 확대에 관한 내용이 30건으로 가장 많았다. 다음으로는 민주화운동 대상자 확대 등 19건, 법안 내용 중 용어 수정 등이 9건, 5·18 관련 정부 조직간 기능 조정 등 4건, 5·18 관련 왜곡 등에 대한 처벌 관련 6건, ‘임을위한행진곡’의 국가기념곡 지정이 4건 순이다. 반면, 유공자 지원 축소 등에 관한 내용은 3건이다(【표 2】 참고).

【표 2】 역대 국회 5.18 관련법 내용별 분류

(기준: 2016.07.20, 단위: 건)

제안 대수	발의	내용						법 용어 순화	기타
		민주화 운동자 대상 지정/확대	유공자 지원 신설/확대	유공자 지원축소	처벌 신설/ 강화	정부조직 간 기능 조정/통합	기념곡지정		
13	3	3	3	0	0	0	0	0	2
14	4	1	1	0	1	0	0	0	0

제안 대수	발의	내용						법 용어 순화	기타
		민주화 운동자 대상 지정/확대	유공자 지원 신설/확대	유공자 지원축소	처벌 신설/ 강화	정부조직 간 기능 조정/통합	기념곡지정		
15	7	5	2	0	1	0	0	0	1
16	6	3	3	0	0	0	0	1	0
17	9	2	4	2	0	1	0	1	
18	12	2	5	0	0	2	0	2	1
19	28	3	11	1	3	1	2	5	2
20	3	0	1	0	1	0	2	0	0
계	72	19	30	3	6	4	4	9	6

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>).

1건의 법안에 여러 내용이 포함된 경우 내용별로 분류처리 했음.

1) 제13대 국회(1988-1992, 노태우 정부): 5·18 진상규명과 물질적 보상

1980년 광주 5·18 사건 발생 이후, 5·18 관련자들과 종교계, 시민단체 등은 전두환 정권에 대해 5·18 진상규명을 요구했다. 이에 전두환 정권은 희생자들에 대해서는 위로금과 장례비 등을 비공식적으로 보상했다. 1980년 6월 6일자 동아일보의 보도에 따르면 전두환 정권은 5·18로 인한 민간인 사망자에 대해서는 위로금 4백만 원과 장례비 20만 원 등 4백20만 원을 지급했고, 부상자에게는 10만 원씩 지급하며 완치할 때까지 치료비 전액을 국고에서 지원했다.

1988년 노태우 정부가 출범하자 5·18희생자 가족 등을 중심으로 5·18에 대한 국가적 차원의 진상규명, 책임자 처벌과 피해자 배·보상 및 명예회복에 대한 목소리가 높아졌다. 이에 노태우 대통령은 1988년 11월 26일 특별담화를 통해 5·18을 ‘광주민주화운동’으로 규정하고, 광주 문제를 조기에 치유할 것을 지시했다.

한편, 국회차원에서는 1988년 6월 27일, 광주진상특위 등 7개의 특위 구성결의안이 통과되었다. 특위차원에서 청문회를 개최하여 5·18에 대한 진상규명과 책임자 처벌을 위한 조사 작업이 활발히 이루어졌다. 이어 국회는 5·18에 대한 정부 차원의 금전적 보상을 위한 입법활동에 착수했다.

1989년 3월 3일, 민정당 김운환 의원은 5·18 관련 사망자, 행방불명자 및 부상자들에 대한 명예회복과 실질적인 보상과 지원에 대한 법적 근거를 골자로 하는 「광주민주화운동관련자보상등에 관한 법률

안」을 대표 발의했다. 이어 1990년 2월 21일 민주당 신기하 의원은 「5.18광주의거희생자의명예회복과 배상등에관한법률안」을 대표 발의했다. 법안의 주요 골자는 ‘광주항쟁을 “민주의거”로 규정하고 희생된 사람들을 배·보상하고 국가적 예우를 취함으로써 명예회복을 하기 위한 것’이다. 또한 1990년 당시 통일 민주당 김동영 의원은 「광주민주화운동관련자보상등에 관한 법률안」을 대표 발의했고 이 법안은 동년 7월 14일 수정 가결되었다. 1990년 8월, 5.18 희생자들에 대한 (금전적) 보상에 비중을 둔 5.18 보상법이 시행됨으로써 5.18 희생자 및 피해자들 대한 보상의 길을 제도적으로 마련했다(【표 3】 참고).

【표 3】 제13대 국회 5.18 관련법 처리현황

연번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리 결과
1	광주민주화운동관련자보상등에관한법률안	김윤환	'89.03.03	'90.03.07	철회
2	5.18광주의거희생자의명예회복과배상등에관한법률안	신기하	'90.02.21	'90.07.14	폐기
3	광주민주화운동관련자보상등에관한법률안	김동영	'90.03.08	'90.07.14	수정가결

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

2) 제14대 국회(1992-1996, 노태우·김영삼 정부): 5.18 및 12·12 책임자 처벌

제13대 국회가 입법을 통해 5.18 희생자 등에 대한 금전적 보상 문제를 일단락 지었다면 제14대 국회에서는 5.18에 대한 책임자 처벌 문제가 중점적으로 논의되었다. 1995년 9월 22일, 당시 새정치국민회의 조순형 의원은 「5.18광주민주화운동의진상규명등에관한특별법안」을 대표 발의했다. 이 법안은 2가지 주요목적이 있었는데 하나는 특별검사를 임명하여 5.18의 “배경, 경과 및 희생자 탄압과 세칭 12·12사태를 시발로 하는 군부 일부의 권력찬탈 등에 관한 진상을 규명”하는 것이고, 다른 하나는 “광주민주화운동희생자등의심의위원회를 설치하여 희생자 등의 명예회복을 강구”하는 것이었다.

동년 11월 13일, 민주당 장기욱 의원은 5.18 책임자뿐만 아니라 12·12에 대해서도 ‘성공한 쿠데타는 처벌할 수 없다’는 결정을 바로 잡는 취지의 「12·12군사반란 및 5.18내란사건처리특별법안」을 대표 발의했다. 국회에서 관련 법안이 발의되는 동안 1995년 11월 24일 김영삼 대통령은 5.18 특별법 제정을 결단하고 당시 집권여당인 민자당에 법을 제정할 것을 지시한다.

대통령 지시 이후, 국회에서도 5.18 관련 입법활동이 활발했다. 1995년 12월 1일, 민주자유당 유수호 의원은 5.18 사건은 물론 김영삼 대통령의 1992년 선거자금까지도 특별검사를 임명하여 수사

할 수 있도록 하는 「5·18사건 및 92년 대선자금수사를위한특별검사의임명에관한법률안」을 발의했다. 1995년 12월 19일 법제사법위원회는 대통령의 지시에 부응하여 기존에 발의된 5·18 관련법 3건을 통합하여 위원장안으로 제출했고, 12·12와 5·18을 전후하여 헌정질서 파괴행위에 대한 공소시효 정지 등에 대한 내용을 골자로 하는 법안을 제정했다(【표 4】참고).

이 법률안의 제정에 따라 전두환, 노태우 두 전직 대통령 및 관련자 8명이 법정에 서게 되고, 1997년 이들의 형이 확정된 후 정부는 5·18을 국가기념일로 지정했다. 이로써 5·18에 대한 금전적 보상, 책임자 처벌과 국가기념일 지정으로 이어지는 일련의 조치가 진행되었다.

【표 4】 제14대 국회 5·18 관련법 처리현황

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
1	5.18광주민주화운동의진상규명등에관한특별법안	조순형	'95.09.22	'96.05.29	암기완료
2	12·12군사반란및5·18내란사건처리특별법안	장기옥	'95.11.13	'96.05.29	암기완료
3	5·18사건및92년대선자금수사를위한 특별검사의임명에관한법률안	유수호	'95.12.01	'96.05.29	암기완료
4	5·18민주화운동등에관한특별법안	위원장	'95.12.19	'95.12.19	완전가결

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

3) 제15대 국회(1996-2000, 김영삼·김대중 정부): '5·18민주유공자' 지정을 위한 준비 단계

제15대 국회에서는 1990년 국회에서 제정된 5·18 보상법에 의해 법정시한 내 구제 신청을 미처 하지 못한 자, 5·18 관련 유죄 확정판결을 받은 421명에 대해 재심 판결을 통한 명예회복 조치 등과 5·18 희생자 등을 '민주유공자'로 지정하려는 논의가 본격적으로 진행되었다. 1996년 11월 20일 신한국당 김영진 의원이 대표 발의한 「광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안」부터 1999년 4월 13일 김종배 의원이 발의한 「국가유공자등예우및지원에관한법률중개정법률안」 등에서 이러한 논의는 구체화되기 시작했다(【표 5】참고).

이 중 1997년 7월 30일, 내무위원회 위원장 안으로 발의된 「광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안」이 가결됨(1997.11.17)으로써 종전의 5·18피해 보상 신청 기간 중 신청을 못했거나 증거자료 미제출자에 대한 추가 구제 조치가 가능하게 되었다. 또한 1998년 10월 16일 새정치국민회의 정동채 의원이 발의한 「광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안」이 가결(1999.12.28)되어 추

가 조치는 한차례 더 연장되었다. 1999년 4월 13일 새천년민주당 김종배 의원은 5·18희생자를 ‘국가유공자’에 걸맞은 예우를 할 수 있도록 하는 「국가유공자등예우및지원에관한법률중개정법률안」을 발의했지만 제15대 국회가 종료됨에 따라 임기만료폐기 되었다.

【표 5】 제15대 국회 5·18 관련법 처리현황

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
1	광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안	김영진	'96.11.20	'99.12.28	폐기
2	5·18민주화운동등에관한특별법중개정법률안	박찬주	'97.07.05	'00.05.29	임기만료
3	광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안	박광태	'97.07.22	'97.11.14	철회
4	광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안	위완장	'97.07.30	'97.11.17	수정가결
5	광주민주화운동관련교육공무원보상에관한법률안	박광태	'97.10.31	'97.11.14	철회
6	광주민주화운동관련자보상등에관한법률중개정법률안	정동채	'98.10.16	'99.12.28	수정가결
7	국가유공자등예우및지원에관한법률중개정법률안	김종배	'99.04.13	'00.05.29	임기만료

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

4) 제16대 국회(2000-2004, 김대중·노무현 정부): ‘5·18민주유공자’ 지정

2000년 제16대 국회가 개원하자 당시 여당인 새정치국민회의를 중심으로 5·18 희생자에 대해 ‘민주유공자’로 지정하려는 입법활동이 활발하게 전개되었다. 2000년 12월 5일, 새정치국민회의 이훈평 의원은 「민주유공자예우에관한법률안」을 대표발의했다. 이 법률안은 일 년 만에 가결(2001.12.21, 「광주민주유공자예우에관한법률」로 바뀜)되었다. 이로써 “5·18 폭도”로 규정되었던 희생자들은 20여년 만에 “광주민주유공자”로 예우 받게 되었다.

또한 정부는 5·18민주유공자에 대한 예우 및 지원을 강화하기 위해 5·18민주유공자의 공무원 우선 채용제도를 개선하는 등의 지원법을 2003년 12월 29일 제출했다. 새천년민주당 김충조 의원은 5·18 희생자 등에 대한 보상금 신청 기간을 2004년 3월까지 연장하는 법안을 발의(2003.10.29)했고 이 법안은 원안 가결(2004.3.2)되었다. 2003년 12월 27일 정부위원회에서 이훈평 의원이 발의하여 통과된 「광주민주유공자예우에관한법률」에 대해 “광주민주유공자예우에관한법률”을 “5·18민주유공자예우에관한법률”로 변경하는 개정안이 가결(2003.12.29)됨으로써 “5·18민주유공자”라는 공식적 지위를

인정받게 되었다(【표 6】 참고).

【표 6】 제16대 국회 5·18 관련법 처리현황

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리 결과
1	민주유공자예우에관한법률안 (제정과정에서 '광주민중유공자예우에관한법률'로 개정)	이훈평	'00.12.04	'01.12.21	수장가결
2	광주민중유공자예우에관한법률중개정법률안	정부	'03.09.08	'03.12.29	대안반영
3	광주민중유공자예우에관한법률중개정법률안	이훈평	'03.10.24	'03.12.29	대안반영
4	광주민중화운동관련자보상등에관한법률중개정법률	김충조	'03.10.29	'04.03.02	완안가결
5	광주민중화운동관련행방불명된자보상등에관한법률안	전갑길	'03.11.28	'04.05.29	임기만료
6	광주민중유공자예우에관한법률중개정법률안	위원장	'03.12.27	'03.12.29	완안가결

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

5) 제17대 국회(2004-2008, 노무현 정부): '5·18민주유공자' 지위 제도화

제17대 국회에서는 역대 국회에서 법률로 인정된 5·18 관련 보상 및 민주유공자 지위를 제도화하고 공고화하는 법률안이 주로 발의되었다. 2004년 12월 7일, 새천년민주당 이낙연 의원은 5·18 특별법에 대해 특별 재심 대상을 규정하여 기준을 명확히 하는 등을 골자로 한 5·18 특별법개정안을 발의했다. 2005년 6월, 정무위원회에서 위원장안으로 발의된 5·18민주유공자예우개정법률안은 '5·18민주유공자의 제대(弟妹)에 대해서도 취업보호대상자로 포함시켜 가산점을 주도록 하는 것'을 골자로 하고 있으며 이 법안은 2005년 6월 29일 원안 가결되었다(【표 7】 참고). 기타 개정법률안 등에서도 5·18민주유공자에 대한 지원체계를 보완하기 위한 법적·제도적 장치를 마련하는 내용이 다수였다.

【표 7】 제17대 국회 5·18 관련법 처리현황

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리 결과
1	5·18민주화운동등에관한특별법중개정법률안	이낙연	'04.12.07	'08.05.29	임기만료

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
2	5·18민주유공자예우에관한법률 일부개정법률안	위완장	'05.06.28	'05.06.29	완안가결
3	5·18민주화운동등에관한특별법 일부개정법률안	장영달	'05.09.08	'08.05.29	암기만료
4	광주민주화운동관련자보상등에관한법률 일부개정법률안	양형일	'05.10.10	'06.03.02	수정가결
5	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'05.11.08	'06.02.09	수정가결
6	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'06.05.26	'06.12.07	수정가결
7	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'06.12.27	'07.03.06	완안가결
8	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'07.08.24	'08.02.26	완안가결
9	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	안상수	'08.01.21	'08.05.29	암기만료

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

6) 제18대 국회(2008-2012, 이명박 정부): '5·18민주유공자' 지위 공고화

이명박 정부의 출범과 함께 시작된 제18대 국회에서는 노무현 정부 당시 난립했던 과거사 관련 위원회의 유사·중복을 방지하고 이에 5·18민주화운동관련보상지원위원회를 폐지하여 진실화해위원회에 통합하는 등의 개정안(신지호 의원, 2008.11.20) 등이 발의되었다. 그러나 이러한 법안들은 거의 외면당했다.

야당 의원을 중심으로는 5·18의 국가적 책임을 명시하여 '보상'을 '배상'으로 변경하는 5·18민주화보상개정안(김재균 의원, 2011.2.22) 등이 발의되었다. 기타 5·18 관련자들이 무죄재판을 받고도 법적 지식이 부족하거나 고령이라는 이유로 청구 기간을 해태하여 보상을 받지 못한 경우를 보완하는 개정안(이정현 의원, 2011.11.18) 등 5·18민주유공자의 지위를 공고히 하고 유공자들의 지원에 관해 지속적인 제도적 보완을 요구하는 법안들이 다수 발의되었다(【표 8】 참고).

【표 8】 제18대 국회 5·18 관련법 처리현황

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
1	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	임두성	'08.07.15	'09.01.08	대안반영

연 번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
2	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'08.11.12	'09.01.08	대안반영
3	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	신지호	'08.11.20	'11.09.08	폐기
4	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안(대안)	위원장	'09.01.07	'09.01.08	원안가결
5	5·18민주화운동등에관한특별법 일부개정법률안	정부	'09.12.29	'10.02.26	원안가결
6	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	조정식	'09.12.30	'12.02.27	원안가결
7	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'10.03.09	'12.05.29	임기만료
8	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	유정현	'10.04.30	'12.05.29	임기만료
9	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	김재균	'11.02.22	'12.05.29	임기만료
10	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'11.03.21	'12.05.29	임기만료
11	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	이정현	'11.11.18	'12.05.29	임기만료
12	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	김재균	'11.12.29	'12.05.29	임기만료

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

7) 제19대 국회(2012-2016, 박근혜 정부): '5·18민주유공자'를 넘어서

제19대 국회에서는 역대 국회 중 5·18 관련 개정안이 가장 많이 발의되었다. 총 28건의 5·18관련 개정안이 발의되었지만, 가결된 건은 4건에 불과했다. 제19대 국회에서 발의된 5·18 개정안의 특이 내용은 5·18에 대한 일부 '보수언론사 및 보수인터넷 매체와 커뮤니티를 중심으로 5·18에 대해 사실을 왜곡하거나 허위사실을 적시하여 5·18을 폄훼하고 민주유공자 및 유족의 명예를 훼손하는 행위'에 대해 중형에 해당하는 처벌 조항을 신설하는 것이다(최민희, 2013.6.3 발의).

이러한 법률안은 주로 야당 의원을 중심으로 발의되었는데 이들은 독일, 프랑스, 오스트리아 등 다수의 유럽 국가들에서 나치의 홀로코스트를 부인하는 행위를 처벌하는 명문 규정을 예로 들며 민주화운동을 부인하는 행위는 헌법의 존립을 해치는 행위이므로 엄격히 처벌해야 한다는 주장을 펼쳤다(김동철, 2013.5.27 발의). 그러나 이러한 개정안은 헌법에서 보장한 표현의 자유를 침해할 소지가

있을 뿐만 아니라 명예훼손에 대한 법익의 문제, 반의사불벌죄 적용여부 등으로 국회입법조사처에서도 우려사항을 검토의견으로 제시했다.

또한 '임을위한행진곡'을 5·18 기념곡으로 지정하고 제창하게 하여 모든 국민으로 하여금 강제로 부르게 하겠다는 개정안도 발의되었다(홍종학, 2013.5.21 발의; 강기정, 2015.4.30 발의). 5·18 관련 유죄판결을 받고 항소심 또는 상고심에서 피고인이 사망하여 공소 기각된 경우에도 특별재심을 청구할 수 있도록 하는 즉, 5·18 희생자라면 망자에 대해서도 특별재심을 통해 명예를 회복하게 하는 개정안도 발의되었다(김동철, 2013.4.17 발의).

제19대 국회에서 일부 야당의원들에 의해 발의된 이러한 내용은 역대 국회에서는 논의된 적이 없는 새로운 것으로 5·18을 단순히 민주화운동으로 기리는 국가적 추념을 넘어 5·18에 대해서는 어떠한 부정적인 견해도 용납하지 않겠다는 의도로 보여 진다.

【표 9】 제19대 국회 5·18 관련법 처리현황

연번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
1	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	이낙연	'12.07.25	'16.05.19	대안반영
2	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	임내현	'13.03.21	'14.12.09	대안반영
3	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	김영록	'13.04.08	'16.05.29	압기완료
4	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	김동철	'13.04.17	'16.05.29	압기완료
5	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	홍종학	'13.05.21	'16.05.29	압기완료
6	반인륜범죄및민주화운동을부인하는행위의처벌에 관한법률안	김동철	'13.05.27	'16.05.29	압기완료
7	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	최민희	'13.06.03	'16.05.29	압기완료
8	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	최민희	'13.06.03	'16.05.29	압기완료
9	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	박범계	'13.06.13	'16.05.29	압기완료
10	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	임내현	'13.06.20	'16.05.29	압기완료
11	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	임내현	'13.06.20	'16.05.29	압기완료

연번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
12	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'13.07.26	'16.05.29	압기완료
13	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'13.10.30	'16.05.19	대안반영
14	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	박민수	'13.11.28	'16.05.29	압기완료
15	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	강기정	'13.12.04	'16.05.29	압기완료
16	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정창래	'13.12.09	'16.05.29	압기완료
17	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	위원장	'13.12.30	'13.12.31	완안가결
18	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'13.12.30	'14.12.09	대안반영
19	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	정부	'14.11.07	'16.05.19	대안반영
20	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	위원장	'14.12.05	'14.12.09	완안가결
21	5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률 일부개정법률안	민병두	'15.02.10	'16.05.29	압기완료
22	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	박민수	'15.03.06	'16.05.29	압기완료
23	국가기념일의기념곡지정등에관한법률안	강기정	'15.04.30	'16.05.29	압기완료
24	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	김태년	'15.06.12	'16.05.19	대안반영
25	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	김정훈	'15.10.27	'16.05.19	대안반영
26	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	강기훈	'15.10.30	'16.05.29	압기완료
27	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	위원장	'15.11.27	'15.11.30	완안가결
28	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	위원장	'16.05.13	'16.05.19	완안가결

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

8) 제20대 국회(2016 ~, 박근혜 정부): '5·18 성역화'를 향해

2016년 6월 1일, 제20대 국회가 개원하자마자 국민의당 박지원 의원은 국민의당 소속 의원 37명을 공동발의자로 한 「5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안」을 발의했다. 이 법안의 주요 골자는 첫째, 정부는 매년 5·18민주화운동을 기념하는 행사(5·18기념식)를 5·18민주유공자와 그 가족 및 유족 등과 협의하여 개최하도록 하며, 둘째, 정부는 ‘임을 위한 행진곡’을 5·18민주화운동 기념곡으로 지정하고 5·18기념식에서 제창하도록 하며, 이를 위해 필요한 사항을 대통령령으로 정하도록 하고, 셋째, 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 한다는 것이다.

이 외 6월 14일 김동철 의원이 발의한 개정안은 제19대 국회에서 발의한 ‘반인륜범죄 및 민주화운동을 부인하는 행위의 처벌에 관한 법률안’을 재발의 한 것이다. 이는 제19대 국회에서 처리하지 못한 5·18관련 개정안을 20대 국회 초기부터 적극적으로 추진하려는 것으로 해석된다.

【표 10】 제20대 국회 5·18 관련법 발의현황

연번	의안명	제안자	제안일	의결일	처리결과
1	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	박지원	'16.06.01	-	소관위 접수
2	5·18민주화운동 등에 관한 특별법 일부개정법률안	김동철	'16.06.14	-	소관위 접수
3	5·18민주유공자예우에 관한 법률 일부개정법률안	황주홍	'16.07.15	-	소관위 접수

※ 출처: 국회의안정보시스템(<http://likms.assembly.go.kr/bill/main.do>)

3. 맺는 말: “5·18은 성역인가?”

광주 5·18은 역대 국회에서 꾸준한 입법활동을 통해 다른 과거사 사건보다 비교적 짧은 시간에 역사적으로 재조명되었다. 발생 직후 “폭도”로 규정되었던 5·18 희생자 및 관련자들은 20년 만에 “5·18민주유공자”로 명예를 회복했다. 이들은 권위주의 통치에 맞서 민주주의와 인권의 가치를 지키는 등 민주주의의 발전에 기여한 공로를 인정받아 금전적 보상은 물론 유공자 지위도 인정받았다. 또한 5·18은 국가기념일로 지정되어 해마다 국가 차원의 기념행사가 거행되고 있으며, 5·18재단 등의 설립을 통해 민주주의와 인권의 증진을 위한 후속사업도 진행하고 있다.

5·18은 우리나라 근현대사의 수많은 과거사 사건과 달리 비교적 온전한 행태의 '과거사 정리'가 이루어졌다고 볼 수 있다. 대부분의 과거사 사건이 진실규명과 피해자의 명예회복에 중점을 두는 '화해(reconciliation)' 중심으로 이루어진 것과는 달리 광주 5·18은 국회에서의 꾸준한 입법활동을 통해 피해자에 대한 물질적 보상, 명예회복은 물론이고 가해자에 대한 책임(accountability)과 처벌까지 이루어짐으로써 과거사 정리의 새로운 모델로 자리 잡았다.

그럼에도 불구하고 5·18에 대한 의혹과 논란은 사라지지 않는다. 이러한 의혹과 논란에 대해서는 신뢰성 있는 기관의 객관적인 조사를 통해 밝혀내는 작업이 선행되어야 한다. 그러나 의혹 자체를 제기하는 것을 포함하여 5·18에 대한 어떠한 부정적인 견해도 형벌로 다스리겠다는 국회의 입법 활동 취지는 헌법의 기본적 가치인 표현의 자유, 표현의 자유를 통한 국민의 행복추구권까지 침해할 소지가 있어 또 다른 우려를 낳고 있다. 이는 권위주의 정권에 저항하고 민주주의를 수호하려고 했던 5·18정신에도 어긋난다고 할 수 있다. 이러한 행위가 다른 곳도 아닌 입법기관인 국회에서 벌어지고 있다는 것에 대해 국민들은 우려를 금할 수 없다. 대한민국의 5·18은 성역이 아니다. 누구든지 역사적 사건에 대한 견해는 다를 수 있다.

[발제 ②]

5.18민주화운동법 개정안의 헌법적 문제

김 상 겸
동국대 교수

1. 들어가는 말

최근 야당들은 5·18 민주화운동에 대한 비방을 차단하는 법안을 동시에 추진하고 있다. 이미 더불어민주당의 이개호의원은 개정안을 발의하였고, 국민의당은 관련 법안을 당론으로 발의하였으며, 더불어민주당도 곧 이개호의원안을 당론 법안으로 추진할 예정이다. 정의당도 내부적으로 당론 입법을 검토 중이라고 한다. 그리고 야3당의 의원들은 지난 22일 5·18 역사 왜곡 대책위 등 관련 단체들과 국회에서 5·18 왜곡 행위 처벌을 위한 법률 개정 국민 토론회를 열었고, 이 토론회에서 야당의 대표들은 5·18 민주화 운동의 왜곡을 막는 특별법 개정안의 필요성을 강조하기도 하였다.

5·18민주화운동 등에 관한 특별법은 1980년 5월 18일 당시 비상계엄이 전국으로 확대 실시된 상황에서 이에 반발한 광주시민의 민주화운동을 진압한 헌정질서파괴범을 처벌하여 국가기강을 바로잡고 민주화를 정착시키며 민족정기를 함양함을 목적으로 1995년 제정되었다(동법 제1조). 또한 이 법 제5조는 5·18민주화운동 정신을 계승하는 기념사업의 추진의무를 정부에 부여하고 있다. 그리고 당시 민주화운동에서 희생을 당한 사람들의 보상과 배상을 위하여 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률도 제정하여 시행하고 있다. 나아가 국가는 1997년 5·18민주화운동을 기념하기 위하여 법정기념일로 정하였다.

5·18민주화운동과 관련하여 법과 제도적으로 근거를 뒀으로써 그 역사적 사실에 대한 평가가 끝난 것처럼 보이지만, 현재까지도 논란이 계속되고 있다.¹⁾ 그런데 헌법재판소는 1995년 5·18민주화운동법에 대한 헌법소원심판사건에서 “이 사건 반란행위 및 내란행위자들은 우리 헌법질서의 근간을 이루고 있는 자유민주적 기본질서를 파괴하였고, 그로 인하여 우리의 민주주의가 장기간 후퇴한 것은 말할 것도 없고, 많은 국민의 그 생명과 신체가 침해되었으며, 전 국민의 자유가 장기간 억압되는 등 국민에게 끼친 고통과 해악이 너무도 심대”하다고 하여 간접적으로 5·18민주화운동을 인정하였다.²⁾

1) 이와 관련해서는 정태호, “5·18 광주민주화운동과 저항권”, 공법연구 제28집 제2호(2000), 217면 이하 참조.

2) 현재 1995. 12. 15. 95헌마221(병합).

5·18민주화운동법과 5·18보상법이 제정·시행되고 있음에도, 5·18민주화운동과 관련하여 논란은 계속되고 있다. 2013년에는 일부 종합편성채널과 ‘일간베스트’ 등에서 5·18민주화운동과 관련하여 북한 개입설을 방영하면서 논란을 촉발시켰다. 이에 대하여 2013년 5월 20일 당시 강운태 광주광역시장은 종편 TV조선과 채널A, ‘일간베스트’ 등이 5·18 정신을 왜곡한다고 강력한 법적 대응 방침을 밝혔다.³⁾ 또한 당시 동아일보는 채널A의 보도에 대하여 허위날조라고 비난하였다.⁴⁾

언론기관이 특정 사안에 대하여 보도를 할 때는 근거가 있어야 한다. 물론 언론기관은 헌법 제21조 제1항의 언론의 자유로부터 나오는 언론기관의 자유, 취재·보도의 자유 등을 보장받지만, 제4항에 따라 타인의 명예나 권리, 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해해서는 안 되며, 필요한 경우 국가의 안전보장이나 질서유지, 공공복리를 위하여 법률로 제한받는다. 그런 점에서 아무런 근거 없이 5·18민주화운동을 왜곡하거나 폄훼해서는 안 된다. 이런 상황에서 야당의 대표가 일부 세력에 의한 5·18민주화운동에 대한 왜곡을 차단해야 한다는 주장에는 일리가 있다.

기존의 사실을 왜곡하거나 폄하하여 명예를 훼손하거나 권리를 침해하면 법적 책임을 져야하고 관련 형사법에 따라 제재를 받게 된다. 5·18민주화운동에 대한 왜곡이나 폄해를 통하여 그 의미를 훼손시킨다면 이에 대한 법적 제재가 필요하다. 그런데 문제는 5·18민주화운동을 폄훼하는 것을 방지하기 위하여 특별법에 이에 대한 처벌규정을 두는 것이 법체계상 맞는 것인지, 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것은 아닌지의 여부이다. 헌법재판소는 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자를 형사 처벌하는 전기통신기본법 제47조 제1항이 죄형법정주의에 있어서 명확성원칙을 위반한다고 위헌 결정을 내렸다.⁵⁾ 또한 헌법재판소는 대한민국 또는 헌법상 국가기관에 대하여 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 또는 기타 방법으로 대한민국의 안전, 이익 또는 위신을 해하거나 해할 우려가 있는 표현이나 행위에 대하여 형사처벌하도록 규정한 구 형법(1975. 3. 25. 법률 제2745호로 개정되고, 1988. 12. 31. 법률 제4040호로 개정되기 전의 것) 제104조의2가 표현의 자유를 침해한다고 위헌 결정을 내렸다.⁶⁾ 이렇게 볼 때 5·18민주화운동을 왜곡하거나 폄훼하는 등 비방하는 행위에 대하여 특별법으로 이를 형사처벌하는 것이 표현의 자유를 과도하게 제한하는 것은 아닌지 여부가 문제될 수 있다.

3) <http://www.viewsnnews.com/article?q=99701> 참조.

4) <http://www.viewsnnews.com/article?q=99680> 참조.

5) 헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157등.

6) 헌재 2015. 10. 21. 2013헌가20.

2. 현대 민주주의와 표현의 자유

1) 표현의 자유의 현대적 의미

(1) 표현의 자유의 개념

대의제 민주주의를 받아시킨 근대 입헌주의는 표현의 자유를 중요한 기본권으로 보았다. 표현의 자유는 영국의 시민혁명을 통하여 확산되기 시작하였고, 미국의 연방권리장전인 수정헌법을 통하여 헌법에 그 이름을 올렸다. 그 후 표현의 자유에 대한 역사는 보면 19세기와 20세기를 거치면서 각국 헌법에 명문화되었고, 우리 헌법은 1948년 헌법부터 제9차 개정헌법인 현행헌법에 이르기까지 헌법적 근거를 두고 있다. 물론 표현의 자유라는 이름으로 헌법에 있는 것은 아니다. 현행 헌법 제21조 제1항은 언론·출판·집회·결사라는 형태로 표현의 자유를 규정하고 있다. 이는 우리 헌법이 표현하는 대표적인 방법으로 언론이나 출판, 집단적 표현의 방식인 집회와 결사로 구분하여 나열함으로써 좀 더 표현의 자유를 구체화하겠다는 것으로 이해된다.⁷⁾

표현의 자유는 사상이나 의견을 외부로 표현하는 자유를 말하는 것으로 불특정 다수에게 전달하는 자유까지 포함한다.⁸⁾ 헌법에서 언급하는 언론의 자유에는 담화·토론·연설·방송과 통신 등 구두에 의한 사상 또는 의견의 표명과 전달을 말하고, 출판의 자유에는 문서·도화·사진·조각 등 문자와 형상에 의한 사상이나 의견의 표명이나 전달을 의미한다.⁹⁾ 이러한 표현의 자유는 현대사회에 오면서 다양한 형태의 자유를 포함하는 넓은 의미로 사용되고 있다. 즉 현행 헌법에 명문의 규정이 없지만, 언론의 자유는 알 권리나 액세스권, 언론기관설립의 자유, 취재의 자유와 보도의 자유 등을 포함한다. 나아가 표현의 자유는 의사표현의 다양한 형태인 비언어적 표현이나 행동 등 상징적인 표현도 포함한다.¹⁰⁾

아무튼 헌법상의 표현의 자유에서 표현은 모든 형태의 표현을 포함하며, 의사의 표현과 그 전달의 형식에는 아무런 제한이 없다.¹¹⁾ 그렇기 때문에 의사표현은 오프라인이나 온라인을 구분하지 않고 원칙적으로 표현의 자유에 포섭된다. 헌법재판소는 인터넷상의 표현 행위와 관련하여 헌법 제21조 제1항에서 보장되는 언론·출판의 자유는 그 보호대상인 의사표현이나 의사를 전달하는데 있어서 어

7) 제2장에 해당하는 Ⅱ. 현대 민주주의와 표현의 자유 부분은 필자가 이미 2012년 한국인터넷법학회 정기학술대회에서 발표하였던 “프라이버시보호와 표현의 자유의 충돌”에서 발췌한 것임을 밝힌다.

8) 권영성, 헌법학원론, 2009, 491면.

9) 권영성, 전거서, 491면.

10) 권영성, 전거서, 491면.

11) 허영, 한국헌법론, 543면.

편 형태 매개체이건 제한을 두지 않는다고 한다.¹²⁾ 인터넷이 온라인매체로 의사형성의 작용을 하는 한 의사를 표현하고 전파하는 형식의 하나로 인정되며, 인터넷을 통하여 유통시킬 목적으로 제작되는 정보는 당연히 표현의 자유의 보호대상이 된다.¹³⁾

(2) 표현의 자유의 기능과 그 중요성

표현의 자유는 인간의 정신적 활동에 관한 자유이며, 의사소통에 관한 자유이다. 그런 점에서 우리 헌법질서에서 표현의 자유는 개별기본권으로서 헌법 제10조의 인간의 존엄과 가치를 실현하기 위한 정신적 기본권이다. 표현의 자유를 헌법이 보장하는 것은 누구나 자신의 생각을 자유롭게 표현하는 것이 인간에게 있어서 가장 기본적인 욕구에 해당하고, 인격의 발현을 위한 전제조건 표현을 통하여 인간의 존엄성을 보장하는 것이다. 또한 표현의 자유는 개인이 자유롭게 자신의 의사를 상대방에게 표명하고 전달함으로써 자신을 표현하고 다른 사람에게 영향을 미침으로써 인간 상호 간에 정신적 교류를 보장하는데 있다.¹⁴⁾ 따라서 인간은 표현의 자유를 보장받음으로써 인간으로서 존엄과 가치를 유지할 수 있고 인격의 발현을 이루게 된다.

그 뿐만 아니라 표현의 자유는 인간으로 하여금 다양한 사상과 의견을 교환하게 하여 민주시민으로서 정치에 적극적으로 참여하게 하는 기능을 갖는다. 그리고 이러한 사상이나 의견의 형성을 위해서는 자유롭게 필요한 정보에 접근하고 이를 수집할 수 있어야 한다는 점에서 알 권리와 액세스권 또는 취재의 자유 등이 보장되어야 한다.¹⁵⁾ 민주주의가 실현되기 위해서는 표현의 자유를 통하여 다양한 사상이 형성되고 소통되어야 한다는 점에서 표현의 자유가 보장되어야 한다. 이렇게 사상의 다양성을 전제로 하여 공개토론과 대화를 통하여 비판하고 상대방의 의견을 수렴함으로써 민주주의가 실현될 수 있다는 점에서 표현의 자유의 중요성이 부각된다.

12)헌재 1992. 6. 26. 90헌가23 이래 헌법재판소의 일관된 입장이다.

13)헌재 2004. 1. 29. 2001헌마894.

14)한수웅, 헌법학, 2013, 701면 참조.

15)알 권리가 헌법상 표현의 자유에 속하는 기본권인지, 아니면 독자적 기본권인지의 여부는 아직 학계나 헌법재판소가 명확하게 밝히고 있지 않다. 학계에서는 알 권리를 독자적 기본권으로 보고 일종의 정보의 자유라는 주장이 있지만(한수웅, 헌법상의 '알 권리', - 헌법재판소의 주요 결정에 대한 판례평석을 곁하여 -, 법조 2002. 8. 35면 이하 참조), 다수의 학자는 표현의 자유 영역에서 다루고 있다. 물론 헌법재판소는 알 권리의 헌법적 근거를 헌법 제21조 제1항에서 구하고 있으며, 헌법해석을 통하여 국가의 방해를 받지 않고 자유롭게 정보를 얻을 권리(정보의 자유)와 국가로부터 정보의 공개를 청구할 수 있는 적극적 권리(정보공개청구권)까지 포함시키고 있다(헌재 1989. 9. 4, 88헌마22 참조). 나아가 독일 기본법 제5조 제1항 제1문 후단에 정보의 자유(Informationsfreiheit)를 규정하고 있는데, 이를 알 권리에 있어서 중요한 내용인 정보수집권이란 점에서 알 권리를 규정하고 있는 입법례라고 할 수 있다.

(3) 민주국가에서 표현의 자유의 우월적 지위

오늘날 표현의 자유는 민주정치에 있어서 필수불가결한 자유로서 인정되고 있다. 민주주의는 국민 주권원리를 기초로 하여 작동되고 국민주권은 선거와 투표를 통하여 행사된다.¹⁶⁾ 선거와 투표를 통하여 국민의 의사가 올바르게 반영된 국가기관의 구성과 정치적 의사결정이 이루어지기 위해서는 국정에 대하여 정확하게 알 수 있고 이를 비판하는 자유가 보장되어야 한다. 표현의 자유는 이를 위하여 보장된다고 할 때, 표현의 자유는 민주정치의 생명선이라고 할 수 있다. 그래서 국가에 대한 소극적·방어적 권리를 의미하였던 근대적 의미의 표현의 자유는 오늘날 정치적 기본권인 참여권과 함께 국가질서를 형성하는 적극적 권리로 성격이 변화하였다.¹⁷⁾ 이렇게 현대 정보사회에서 표현의 자유는 고전적 의미의 소극적 자유에서 현대 정보사회에서의 적극적인 정보의 자유까지 포함하는 자유로 발전하고 있다. 알 권리나 액세스권은 표현의 자유가 단순히 사상이나 의견을 단순히 표현하거나 전달하는 자유만이 아니라는 것을 보여준다.

표현의 자유는 민주국가에서 필요불가결한 자유이다. 헌법재판소는 언론의 자유가 민주체제에서 불가결한 본질적 요소이며 민주사회의 기초로서, 사상의 자유로운 공간이 확보되어야만 민주정치를 기대할 수 있고 공동사회의 일원으로서 인간이 자신의 인격을 발현하게 된다는 것을 강조하면서, 언론의 자유를 보장하는 것은 이와 같은 헌법적 가치를 확보하기 위한 전제조건을 마련하기 위한 것이라 하고 있다.¹⁸⁾ 헌법재판소의 이러한 관점은 표현의 자유가 민주국가에서 차지하고 있는 중요성과 다른 기본권보다도 우월한 지위를 갖고 있다는 것을 간접적으로 표현하는 것이라 볼 수 있다.¹⁹⁾

이것은 판례를 통하여 표현의 자유에 대한 우월적 지위를 인정한 미국의 예와 일맥상통한다. 미국의 우월적 지위이론은 연방헌법 수정 제1조에 규정된 정신적 자유는 민주주의 근거이자 조건이기 때문에 경제적 자유를 비롯한 다른 자유보다 보다 근본적이기 때문에 우선적으로 보장되어야 한다는 이론이다. 이 이론은 정신적 자유와 경제적 자유를 구분하고 전자를 제한하는 경우 엄격하게, 후자를 제한하는 경우 완화된 기준을 적용하게 함으로써 이중기준이론을 낳게 되었다. 미국은 표현의 자유에 대한 우월적 지위를 부여함으로써 인격권과의 충돌에서 통상의 경우 우위를 누리게 되었다. 또한 이는 명백하고 현존하는 위험이 존재하지 않는 한, 법률이 불명확하게 막연한 경우, 표현이 현실적으

16)허영, 한국헌법론, 2009, 541면.

17)김철수, 헌법학개론, 2015, 714면; 성낙인, 헌법학, 2016, 1155면 이하 참조.

18)헌법재판소는 표현의 자유의 의의를 민주주의와 관련하여 “언론·출판의 자유는 민주체제에 있어서 불가결의 본질적 요소이다. 사회구성원이 자신의 사상과 의견을 자유롭게 표현할 수 있다는 것이야말로 모든 민주사회의 기초이며, 사상의 자유로운 교환을 위한 열린 공간이 확보되지 않는다면 민주정치는 결코 기대할 수 없기 때문”이라 하고 있다(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16 참조).

19)헌재 1991. 9. 16. 89헌마165; 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88(“민주정치에 있어서 정치활동은 사상, 의견의 자유로운 표현과 교환을 통하여 이루어지는 것이므로 언론·출판의 자유가 보장되지 않는 상황에서 민주주의는 시행될 수 없으며 표현의 자유가 보장되어 있지 않은 나라는 엄격한 의미에서 민주국가라 하기 어려운 것”).

로 악의가 분명하게 있지 않는다면 표현의 자유는 제한을 받지 않는 원칙들로 인하여 표현의 자유는 우월적 지위를 확보하게 되었다.²⁰⁾

2) 표현의 자유의 내용과 그 제한

(1) 표현의 자유의 보호범위

표현의 자유는 우선 누구든지 자신의 생각을 자유롭게 표현할 수 있어야 한다는 것을 보장하는 것이기 때문에, 그 보호법익은 의견의 표명이다. 의견의 표명은 어떤 형태로 하던 관계가 없다. 그래서 의견을 표명하고 전달하는 수단인 방송·통신·영화·음악·문사·도화·사진·조각 등은 표현의 자유에 의하여 보호를 받는다.²¹⁾ 그리고 익명으로 표현하는 경우에도 보호를 받는다. 그래서 헌법재판소는 인터넷 게시판을 통하여 자신의 신원을 누구에게도 밝히지 아니한 채 익명 또는 가명으로 자신의 사상이나 견해를 표명하고 전파하는 익명표현의 자유도 표현의 자유에 포함시키고 있다.²²⁾ 나아가 표현의 자유는 자신의 사상이나 견해를 표명해야 하는 자유뿐만 아니라, 자신의 견해를 표명하지 아니할 소극적 자유도 포함한다.

표현의 자유의 보호범위에는 어떤 의견이든 의견의 내용이나 질을 문제 삼지 않는다. 표현이 공익이나 다른 사람의 권리를 침해하는지, 국가의 기본질서에 충돌되는지 여부는 표현의 보호범위에서 논하지 않는다.²³⁾ 표현의 자유에서 표현을 통하여 침해되는 법익의 여부는 표현의 자유를 제한하는 문제와 관련되어 있다. 즉, 이 문제는 표현 자체를 가지고 판단하는 것이 아니라, 다른 법익과의 충돌에서 표현의 자유를 제한하는 것이 정당한지 여부에 관한 문제이다. 만약 표현의 내용에 대하여 판단을 해야 한다면 국가가 표현의 내용을 판단하여 표현 자체를 사전에 제한하는 것이 되기 때문에 사전허가제를 금지하고 있는 헌법 제21조 제2항에 저촉된다.²⁴⁾ 물론 그렇다고 하여도 명백하게 객관적으로 증명된 허위의 사실은 표현의 자유의 보호범위에 속하지 않는다. 이는 표현의 자유가 의견형성의 기능을 갖고 있다는 점에서 허위의 사실은 의견형성에 기여하지 못하기 때문에 보호받지 못한다. 물론 헌법재판소는 허위통신에 대한 형사처벌 사건에서 재판관 5인의 보충의견은 개관적으로 명백한 허위사실도 표현의 자유의 보호범위에 있다고 하였다.²⁵⁾

20)한수웅, 헌법학, 2013, 730면 이하 참조.

21)헌재 1993. 5. 13, 91헌바17; 헌재 2002. 4. 25, 2001헌가27.

22)헌재 2010. 2. 25, 2008헌마324.

23)BVerfGE 90, 241 (247) 참조.

24)같은 의견으로 한수웅, 전제서, 763면 참조.

25)헌재 2010. 12. 28, 2008헌바157(병합).

그리고 표현의 자유에서 고려되어야 할 것은 그 행사로 인하여 개인의 인격발현이나 사회공동체의 이익에 대하여 어떤 영향을 미치는지 여부이다. 물론 이는 표현의 자유에서 내용에 대한 보호범위를 정하는 것과는 다른 문제이다. 이 문제는 표현의 자유의 중요성에 비추어 개인의 인격발현이나 공익에 기여하는 바가 크다면 다른 법익과 충돌에서 표현의 자유를 더 보호해야 하기 때문이다. 그래서 소비자의 불매운동의 경우, 논리적 의견표명을 통하여 상대방을 설득시키려는 범위 내에서 보호되어야 하지만, 다른 사람의 의사형성에 개입하여 강제하거나 자신의 의견을 강요하는 행위는 보호받지 못한다.²⁶⁾

(2) 표현의 자유의 제한

헌법은 기본권의 최대한 보장을 이념으로 하나 절대적 보장을 인정하고 있지 않다. 헌법 제37조 제2항은 국민의 모든 자유와 권리를 제한할 수 있다고 규정하고 있다. 물론 동 조항에 의하여 기본권을 제한하기 위해서는 기본권의 본질을 침해하지 않는 범위 내에서 국가의 안전보장과 질서유지 및 공공복리를 위하여 필요한 경우에 한하여 국민의 대표기관인 국회가 제정하는 법률로 해야 한다는 조건이 있다.

우리 헌법질서에서 표현의 자유 역시 최대한 보장을 요구한다. 표현의 자유는 오늘날 민주적 법치 국가에 있어서 핵심적인 기본권이다. 그런 점에서 표현의 자유를 제한함에 있어서는 엄격한 기준이 적용된다. 표현의 자유에 대한 사전제한은 헌법 제21조 제2항에 의하여 금지된다. 동 조항에 의하면 언론·출판의 자유에 있어서 허가제나 검열제는 금지된다.²⁷⁾ 특히 언론·출판의 자유는 사상이나 의사가 외부로 표출된다는 점에서 타인의 권리와 충돌할 가능성이 있고, 헌법은 제21조 제4항을 통하여 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하는 경우 이에 대한 법적 책임을 규정하여 제한하고 있다.

표현의 자유가 제한되는 경우에 헌법 제37조 제2항에 의하여 기본권제한의 일반원칙인 일반적 법률유보의 원칙이 적용된다. 이 원칙에 의하여 표현의 자유를 제한하더라도 표현의 자유가 갖는 중요한 기능을 고려하여 엄격한 기준을 적용한다. 특히 표현의 자유를 제한하는 입법에 있어서는 법치국가원리로부터 나오는 명확성의 원칙이나 비례성원칙 등이 적용된다.²⁸⁾

26)한수웅, 전게서, 705면.

27)그러나 등록이나 신고는 허가나 검열이 아니기 때문에 허용된다(헌재 1996. 8. 29. 94헌바15).

28)헌법재판소는 표현의 자유를 제한하는 입법의 경우 “표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서 명확성의 원칙은 특별히 중요한 의미를 지닌다. 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에, 자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규

표현의 자유에 대한 제한은 인터넷상 표현의 자유에 있어서도 원칙적으로 그대로 적용된다. 앞에서 오프라인이나 온라인상 표현행위에 대한 헌법적 보호는 동일한 기준에 의하기 때문에 그 제한도 동일하다. 그러나 인터넷상 표현행위에 대한 제한에는 인터넷의 특성을 고려해야 하는 문제가 있다. 특히 전자정보의 시대에 인터넷은 그 중심에 서서 쌍방향성, 익명성, 시공간초월성, 전파성, 탈중심성 등의 특성을 가진 표현촉진적 매체라는 점이다.²⁹⁾ 그래서 헌법재판소는 인터넷상 표현의 자유에 대한 제한문제를 다음과 같이 언급하고 있다.³⁰⁾ “인터넷은 공중파방송과 달리 ‘가장 참여적인 시장’, ‘표현촉진적인 매체’이다. 공중파방송은 전파자원의 희소성, 방송의 침투성, 정보수용자측의 통제능력의 결여와 같은 특성을 가지고 있어서 그 공적 책임과 공익성이 강조되어, 인쇄매체에서는 볼 수 없는 강한 규제조치가 정당화되기도 한다. 그러나 인터넷은 위와 같은 방송의 특성이 없으며, 오히려 진입장벽이 낮고, 표현의 쌍방향성이 보장되며, 그 이용에 적극적이고 계획적인 행동이 필요하다는 특성을 지닌다. 오늘날 가장 거대하고, 주요한 표현매체의 하나로 자리를 굳힌 인터넷상의 표현에 대하여 질서위주의 사고만으로 규제하려고 할 경우 표현의 자유의 발전에 큰 장애를 초래할 수 있다. 표현매체에 관한 기술의 발달은 표현의 자유의 장을 넓히고 질적 변화를 야기하고 있으므로 계속 변화하는 이 분야에서 규제의 수단 또한 헌법의 틀 내에서 다채롭고 새롭게 강구되어야 할 것이다.”

3) 새로운 미디어와 표현의 자유

인터넷의 일상화와 정보통신기술의 발전으로 인한 통신기기의 보급은 의사소통의 장을 무한대로 확장시키고 있다. 표현의 자유는 새로운 미디어의 출현으로 인하여 획기적인 전기를 맞이하고 있다. 인터넷이 발명된 후 초기에는 표현의 자유를 위하여 방임론이 주장되었으나, 인터넷이 갖는 영향력 내지 파괴력이 확인된 후에는 법치국가적 질서에 따른 규제는 필연적이다. 즉 인터넷이 보편화되면서 인터넷의 영향력이 사회 전반에 미치고 있기 때문에, 헌법이 국가의 최고규범으로서 사회질서를 유지하여 사회적 평화를 추구하고 있는 한 헌법에 의한 통제는 당연한 귀결이다.³¹⁾ 그렇지만 새로운 미디어가 출현한다고 하여도 표현의 자유가 민주국가에서 중핵에 해당하는 기본권이란 점에는 변함

정할 것이 헌법적으로 요구된다.”라고 하여, 명확성의 원칙을 강조하고 있다(헌재 2002. 06. 27, 99헌마480).

29)권영준, 인터넷상 표현의 자유와 명예의 보호, 저스티스 제91호 (2006. 6), 6면 참조.

30)헌재 2002. 06. 27, 99헌마480.

31)이와 관련하여 강경근교수는 다음과 같이 언급하고 있다. “인터넷에서 책임지지 않고 그래서 정제되지 않은 언설들이 현실세계에 포퓰리즘이라는 대중영합주의를 가져온다면 헌법이 상정하는 민주적 기본질서에 역행하는 경향성으로부터 자유로울 수 없다. 언론의 순기능이 아니라 그 폐해로서의 ‘저속물(kitsch)’을 인터넷에서의 자유로운 표현의 만개로 착각하는 우로부터 벗어날 수 있게 하여야 한다.”(강경근, 인터넷실명제 - 공공, 민간 나누어 개별법에서 구체적 제도화, 인터넷실명제 민·당·정 간담회, 2005. 8. 26, 15면).

이 없고 법적 근거 없이 표현수단에 대한 통제는 허용될 수 없다. 그리고 인터넷상 표현에 대하여 별도의 기준으로 제한하는 것은 오히려 법치국가원리에 반하고 법질서에 혼란만 초래할 뿐이다. 따라서 헌법이 허용하고 있는 방법과 범위 내에서 다른 법익과 형량을 통하여 표현의 자유를 제한해야 하는 것에도 변함이 없다고 본다.

3. 5·18민주화운동법 개정안의 헌법적 문제

1) 개정안의 내용과 제안이유

2016년 7월 20일 더불어민주당 소속 이개호의원은 5·18민주화운동법 개정안을 대표발의 하였다. 이 의원이 발의한 개정안은 “5·18민주화운동을 비방, 왜곡, 날조하거나 관련자 또는 단체를 모욕하거나 악의적인 비방, 그리고 허위사실을 유폐하는 자에게는 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처한다.”라는 내용으로 제8조를 신설하였다. 또한 동조는 역사 왜곡과 관련자, 단체에 대한 비방 이외에 “전시나 게시, 상영, 그 밖에 다른 사람들에게 접근을 용이하게 하는 행위”와 “타인의 사용을 가능하게 하기 위하여 제조, 취득, 인도 및 보관, 공연, 광고 또는 선전하는 행위”에 대해서도 처벌하도록 규정하고 있다. 즉 역사적 사실에 대한 왜곡뿐만 아니라, 민주화운동 관련자와 단체에 대해서도 비방, 허위사실을 유폐할 경우 처벌 하도록 하고 있으며, 특히 표현의 자유를 이유로 전시회를 개최하거나 광고나 공연을 하는 행위, 그리고 그것을 제조하거나 보관, 선전하는 행위를 처벌하도록 함으로써 5·18민주화운동에 대한 일체의 왜곡, 비방행위를 금지하도록 개정안에 명시하였다.

이개호의원은 5·18민주화운동은 3·1독립운동과 4·19혁명에 이은 자랑스런 역사로 지난 세기 민주사회를 여는 계기가 되었음에도 36년의 역사가 흐른 지금에도 그 역사를 왜곡하고 폄하는 잘못된 행위가 계속되고 있다고 지적하고 5·18민주화운동에 대한 역사 왜곡 행위에 대하여 정부가 방치하고 관용하는 것은 옳지 않다며 법안 발의 배경을 밝혔다.³²⁾

이개호의원 개정안과 유사한 내용으로 국민의당 박지원의원도 2016년 6월 1일 5·18민주화운동법 개정안을 대표발의 하였다. 이 개정안 제8조는 누구든지 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 하여서는 아니 되며, 이러한

32) <http://view.asiae.co.kr/news/view.htm?idxno=2016072016402462856>(아시아경제 참조).

행위를 한 자에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

박지원의원은 개정안의 제안이유로 5·18민주화운동은 대한민국의 민주주의와 인권 발전에 기여한 숭고한 애국·애족정신의 본보기로서 항구적으로 존중되어야 하고, 국가와 국민은 5·18민주유공자와 그 유족 또는 가족의 희생과 공헌에 감사하며 그 명예를 존중하여야 할 것이며, 5·18민주화운동을 폄훼하는 일부 사람들로 인하여 사회적 갈등이 심화되고, 불의와 폭력에 맞선 연대와 사랑이라는 5·18민주화운동의 정신이 퇴색될 우려까지 제기되고 있기 때문이라 하고 있다.

2) 개정안의 헌법적 문제

앞에서 본 개정안을 보면 5·18민주화운동을 폄훼하는 행위가 5·18민주화운동의 정신을 훼손하고, 5·18민주유공자와 그 유족의 희생이나 공헌을 훼손하는 것이기 때문에 형사처벌 등 엄정한 법적 책임을 물어야 한다는 것이다. 개정안은 법의 목적에서 볼 때 정당하다고 볼 수 있으나, 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 비방·왜곡하거나 허위사실을 유포하는 등의 행위를 처벌하는 것은 자칫 헌법상 표현의 자유를 과도하게 제한할 가능성이 있다.

이미 헌법재판소는 구 형법 제104조의2의 국가모독죄에 대한 위헌법률심판에서 “대한민국의 안전·이익 또는 위신을 해하거나, 해할 우려가 있는 모욕, 비방, 사실 왜곡, 허위사실 유포 등의 행위를 처벌하므로, 이는 결국 국가가 법률로써 국민의 표현행위를 제한하는 경우에 해당한다. 이처럼 국가가 개인의 표현의 자유, 특히 표현의 내용을 규제하는 것은 원칙적으로 중대한 공익의 실현을 위하여 불가피한 경우에 한하여 엄격한 요건 하에서 허용된다고 보아야 할 것이다.”라고 하였다.³³⁾ 또한 헌법재판소는 설령 그 입법목적은 진정한 것으로 보더라도, 형사처벌을 통해 국민의 표현행위를 일률적으로 규제함으로써 국가의 안전·이익 또는 위신을 보전할 수 있다고 보기 어렵기 때문에 수단의 적합성을 인정할 수 없다고 하였다.³⁴⁾

나아가 헌법재판소는 표현의 자유가 관련하여 전기통신기본법 제47조 제1항의 헌법소원심판사건에서 “현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 무엇이 금지되는 표현인지가 불명확한 경우에,

33)헌재 2015. 10. 21. 2013헌가20.

34)헌재 2015. 10. 21. 2013헌가20.

자신이 행하고자 하는 표현이 규제의 대상이 아니라는 확신이 없는 기본권주체는 대체로 규제를 받을 것을 우려해서 표현행위를 스스로 억제하게 될 가능성이 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다.”고 하였다.³⁵⁾

표현의 자유는 학계나 헌법재판소의 견해를 볼 때 현대 민주국가에서 민주주의의 실현을 위한 가장 중요한 기본권이다. 그런 점에서 볼 때 5·18민주화운동을 폄훼하는 표현에 대하여 얼마든지 다른 방법으로 대응할 수 있고, 다양한 표현과 건전한 비판까지 위축시킬 우려가 있기 때문에, 이를 형사처벌로 규제한다면 표현의 자유가 위축될 가능성이 높다.

IV. 정리하며

5·18민주화운동은 1980년 우리나라 민주주의에 있어서 암울한 시대에 발생한 민주화운동이다. 당시 많은 국민이 희생되었고, 그 아픔과 고통은 지금도 계속되고 있다. 5·18민주화운동을 기리고, 그 희생자를 유공자로 대우하며 배상하는 것은 국가의 책무이며 과제이다. 5·18민주화운동을 폄훼하거나 민주화유공자의 명예를 훼손하거나 모욕을 하는 행위는 처벌되어야 한다. 그러나 이를 특별법에 규정하는 것은 문제가 있고, 형사법을 통하여 폄훼행위를 처벌하는 것이 법체계에 합치되는 것이다. 그리고 이미 헌법재판소가 자신의 결정을 통하여 밝히고 있듯이, 민주주의의 실현에 있어서 가장 중요한 기본권이 표현의 자유이다. 그래서 특별법을 통하여 규제하는 것은 헌법에 위배될 가능성이 많다.

표현의 자유는 어떠한 표현이든 보호되어야 하고, 표현의 자유를 제한하는 것은 어디까지나 헌법 제21조 제4항과 제37조 제2항에 따라 국가의 안전보장과 질서유지 및 공공복리, 그리고 다른 사람의 권리를 침해할 때 필요한 경우 최소한 범위 내에서 제한되어야 한다. 비방이나 허위사실의 유포 등을 일률적으로 규제할 경우 표현의 자유의 위축을 가져옴으로 인하여, 다른 방법으로도 가능한 규제를 형사처벌로만 규제한다면 표현의 자유를 과도하게 제한하게 되어 오히려 민주주의를 후퇴시킬 수도 있음을 알아야 한다.

35)헌재 2010. 12. 28. 2008헌바157등

〈자유민주연구원·바른사회시민회의 정책토론회〉

‘5.18특별법 개정안’의 反헌법성

토론

[토론 ①]

「5.18 특별법 개정법률안」의 국가사회적 폐해
- 5.18 개정안은 유신시대 긴급조치를 능가하는 反헌법적 악법 -

유 동 열
자유민주연구원 원장

2016년 6월 1일 박지원이 대표 발의한 5.18 특별법 개정법률안은 대한민국 헌법과 사법체계를 훼손하는 내용을 담고 있어, 즉각 개정작업을 중단해야 할 것이다.

첫째, 대한민국 헌법의 기본원리는 자유민주주의와 국민주권주의의 발현인데, 5.18 특별법 개정법률안은 헌법이 보장하는 정치적 자유의 가장 핵심적인 부분인 ‘표현의 자유’를 심각히 제한, 침해하고 있다. 토론자는 5.18 특별법 개정법률안을 접하면서, 유신체제 당시 <긴급조치>를 연상하게 된다.

<긴급조치>란 박정희 전 대통령이 1972년 제정한 유신헌법 53조에 기반하여 1호~9호까지 발령되었는데, 국민의 자유와 권리를 정지시키고 군사독재를 강화했다는 비판을 받았다. 이후 대법원과 헌법재판소에 의해 위헌임이 수차례 판시(2010년 12월16일 대법원 전원합의체, 2013년 4월18일 대법원 전원합의체, 2013년 3월21일 헌법재판소-긴급조치 1호, 2호, 9호 위헌 결정 등)된 바 있다.

5.18 특별법 개정법률안이 통과되면, 유신시대 긴급조치를 능가하는 악법이 될 것이며, 대한민국 스스로 자유민주국가임을 포기하는 대표적 법률이 될 것이다. 바로 대법원과 헌법재판소에 의해 위헌으로 판시 받아 폐지될 것이다.

【표1】 5.18 특별법 개정법률안과 긴급조치 제1호 비교

5.18 특별법 개정법률안(2016)	긴급조치 제1호(1974)
제8조를 다음과 같이 신설한다. 제8조(5·18민주화운동에 대한 비방·왜곡·날조 등 금지) ① 누구든지 <u>신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5·18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 하여서는 아니 된다.</u>	1. 대한민국 헌법을 부정, 반대, 왜곡, 또는 비방하는 일체의 행위를 금한다. 2. 대한민국 헌법의 개정 또는 폐지를 주장, 발의, 제안 또는 청원하는 일체의 행위를 금한다. 3. 유언비어를 날조, 유포하는 일체의 행위를 금한다.

5.18 특별법 개정법률안(2016)	긴급조치 제1호(1974)
② 전항의 행위를 한 자에 대해서는 5년 이하의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.	4. 위의 1.2.3.호에서 금한 행위를 <u>권유, 선동, 선전하거나 방송, 보도, 출판, 기타의 방법으로 이를 타인에게 알리는 일체의 언동을 금한다.</u> 5. 이 조치에 위반하는 자와 이 조치를 비방하는 자는 법관의 영장 없이 체포, 구속, 압수, 수색하며 15년 이하의 징역에 처한다. 6. 이 조치에 위반한 자와 이 조치를 비방하는 자는 <u>비상군법 회의에서 심판, 처단한다.</u>

둘째, 5.18 특별법 개정법률안에서 ‘임을 위한 행진곡’을 △ 기념곡으로 지정하고 △ 5.18기념식에서 제창토록하며 △ 정부가 5.18 기념행사를 5.18 유공자, 가족 및 유족 등과 협의하여 개최하라고 규정한 것은 대한민국 헌법정신에 반(反)하는 조치이므로 결코 수용할 수 없다.

이는 ‘임을 위한 행진곡’의 실체를 파악하면 확인될 것이다.

① 「임을 위한 행진곡」은 대한민국의 헌법적 가치인 자유민주주의를 수호하고 구현하기 위해 투쟁한 민주화운동가를 기리는 노래가 아니다. 이 노래는 이른바 광주항쟁에서 끝까지 투쟁한 윤상원의 무장투쟁정신을 기리기 위해 만들어진 노래이고, 넓게는 이른바 그들이 지향하는 혁명을 위해 윤상원과 같이 최후까지 무장투쟁하다 사망한 소수의 혁명기들을 기리는 노래이다.

이러한 노래를 5.18 광주민주화운동의 기념곡으로 지정하자는 것은 진정한 ‘광주민주운동 정신을 훼손하고 광주민주화운동 희생자들을 욕되게 하는 것이다. 광주민주화운동 정신이란 당시 군부독재에 항거하여 자유민주주의를 수호하려는 정신이지, 대한민국의 자유민주주의체제를 부정하고 사회주의혁명을 지향하는 운동이 결코 아니다.

② 「임을 위한 행진곡」은 대한민국의 자유민주주의를 부정하는 이른바 운동권세력(지하혁명세력 포함)들에 의해 애국가를 대신하여 불리워 지는 대표적 운동권 가요이다.

실제 운동권세력들은 각종 행사나 비밀회합 시 국민의례를 거부하고 이른바 민중의례를 진행하며, 국기에 대한 경례나 애국가 제창 대신 「임을 위한 행진곡」을 제창하고 있다. 이는 그 동안 적발된 간첩사건 등 국가보안법 사건 및 이석기 내란선동사건이나 위헌정당으로 해산된 통진당 사건 등에서

도 확인되고 있다. 「임을 위한 행진곡」이 자유민주주의를 수호, 구현하려는 가요라면, 결코 혁명세력들에 의해 불릴 수 없는 것이다.

③ 「임을 위한 행진곡」은 북한에 의해 남조선혁명을 선동하는 이른바 혁명가요로 활용되고 있다. 북한은 ‘광주민중화운동’을 “남한(적화)혁명을 위한 인민봉기” 또는 “남조선 인민들의 반파쇼민주화 투쟁사에 빛나는 장을 기록한 역사적 사변”으로 규정하고 매년 기념행사를 성대히 치루고 있다. 또한 5.18 관련자들을 ‘애국열사능’에 가묘를 세워 안장했다는 증언도 있다.

특히, 1990년대 검거된 복수의 남파간첩(전향)들에 의하면, 북한에서 공작교육시 5.18이 실패로 돌아간 원인에 대해 연구하고 더불어 남조선혁명가요인 ‘임을 위한 행진곡’의 성향에 대해 교육받은바 있다고 증언하고 있다.

또한, 북한은 1991년 5.18를 소재로 한 「임을 위한 교향시」라는 영화를 제작했는데 시나리오를 당시 불법 방북한 황석영과 리춘구(북한작가)가 공동 집필하고 음악은 재독 친북음악가 윤이상과 리종오(북한 음악가)가 담당하였다. 동 영화에 「임을 위한 행진곡」이 두차례에 걸쳐 배경음악으로 삽입되어 있다.

국내에서 「임을 위한 행진곡」을 작사하고 제작을 주도했던 황석영이 불법 방북하여 5.18 관련 혁명영화제작에 참여하고, 이 영화에 「임을 위한 행진곡」을 배경 음악으로 삽입한 것은 결코 우연이 아닌 것이다.

북한이 발간한 혁명가요집 <통일노래 100곡 모음집>(윤이상음악연구소, 1990)에 국내 운동권 가요가 24곡이 수록되어 있는데, 바로 「임을 위한 행진곡」도 포함되어 있다. 이러한 제반 정황은 「임을 위한 행진곡」이 북한에 의해 남한혁명을 선동하는 혁명가요의 반열에 있음을 명백히 보여준다.

셋째, 5.18 특별법 개정법률안은 이른바 광주민중화운동 정신을 정면으로 부정하고 훼손하는 것이다.

광주민중화운동의 정신이 진정으로 당시 군부독재에 항거하여 자유민주주의를 수호하려는 정신이라면, 앞서 지적했지만 5.18 특별법 개정법률안은 대한민국의 자유민주주의 원리를 근본적으로 부정하고 훼손하는 것이기에 수용할 수 없는 것이다. 또한 행정절차측면에서도 5.18 기념행사를 5.18 유공자, 가족 및 유족 등과 협의하여 개최하라고 규정한 조항은 아예 정부의 가 존재하는 법적 기반을 무시하는 초법적 발상이다.

따라서 「임을 위한 행진곡」을 5.18 기념곡으로 지정하자는 주장이나, 5.18 기념식에서 제창하자는 법개정안 발의는 대한민국 헌법체계를 정면으로 부정하고 훼손하는 행위이다.

그럼에도 불구하고 헌법을 수호하고 입법 활동을 통해 헌법적 가치를 구현해야 할 국회의원들이 나서서 헌법정신을 훼손하고 부정하는 법개정안을 발의한 것은 반국가적 행위이며 스스로 헌법적 가치의 파괴자임을 자인하는 것이다.

우리는 이들의 만행에 대해 끝까지 기억하고, 정치적 책임과 별도로, 헌법파괴세력으로 역사적으로 단죄를 해야 할 것이다.

[토론 ②]

5.18 민주화운동 등에 관한 특별법 개정안은 철회되어야 한다.

차 기 환

자유와통일을향한변호사연대 대표/ 변호사

1. 서언

20대 국회가 개원하자마자 ‘5.18 민주화운동 등에 관한 특별법’ 중 몇 개 조문을 신설하는 개정을 통해 ‘5.18 민주화운동’ 폄훼 방지를 위한 특별법 개정안이 쏟아지고 있다. 일부 시민들이 5.18 운동에 대한 재조명을 주장하면서 북한군 개입설을 주장하는 것에 대한 반작용으로 보이지만 ‘5.18 민주화운동’에 대한 새로운 사실이 계속 발굴되는 상황에서 학술적 연구나 토론, 그리고 시민들 사이의 건전한 여론을 통한 해결을 추구하지 않고 위 특별법 개정을 통한 비판적 연구나 의견을 봉쇄하려는 것이라는 강한 비판이 제기되고 있다. 이러한 상황에서 각각의 개정안의 내용을 정리하고 이에 대한 의견을 밝히고자 한다.

2. 발의된 법안의 내용

1) 박지원 의원 등 38명이 발의한 의안

박지원 의원 등 발의한 의원들은 ‘5.18 민주화운동’이 숭고한 애국·애족 정신의 본보기이므로 국가와 국민은 ‘5.18 민주유공자와 그 유족 또는 가족’의 희생과 공헌에 감사하여야 하고 명예를 존중하여야 한다고 하면서, 매년 정부가 ‘5.18민주화운동’ 기념식을 그 가족 및 유족들과 협의하여 개최하고(제5조 제2항), ‘임을 위한 행진곡’을 기념곡으로 지정하며(제5조 제3항), 신문, 방송이나 각종 출판물 또는 정보통신망을 이용하여 5.18민주화운동을 비방·왜곡하거나 사실을 날조하는 행위를 한 자는 5년 이하의 징역 또는 5천만 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다(제8조).

2) 김동철 의원 등 17명이 발의한 의안

김동철 의원 등 17명의 발의 의원들은 “독일, 프랑스, 오스트리아 등 다수의 유럽 국가들은 제2차 세계대전 직후부터 나치의 홀로코스트를 부인하는 행위를 처벌하는 명문 규정을 두고 있다. 홀로코스트의 가해국인 독일의 형법 제130조는 나치 지배 하에서 행해진 집단학살을 승인, 부인, 고무한

자에 대해 국민선동죄로 5년 이하 자유형 또는 벌금형에 처하고 있고, 프랑스는 1990년 게소법(Gaysot Law)을 제정하여 나치의 유대인 학살을 부인하는 행위를 범죄로 규정하였다”고 하면서 5·18 민주화운동을 부정하는 자는 헌법의 존립을 해치는 자이므로 이를 엄히 처벌함으로써 헌법상 자유민주적 기본질서를 수호하고자 한다고 입법취지를 설명하였다. 그 법안 내용은 제5조 제2항 및 제3항을 두어 정부가 ‘5·18 민주화운동’을 기리는 기념식을 엄숙히 실시하고, 관련 유가족·기관·단체의 의견을 수렴하여 기념곡을 지정해 제창하도록 하고, 제8조에 공연히 5·18민주화운동을 부인(否認)·왜곡·날조한 자는 7년 이하의 징역 또는 1억 원 이하의 벌금에 처하도록 규정하고 있다.

3) 이개호 의원 등 41명이 발의한 의안

이개호 의원 등 41명의 발의 의원들은 ‘5·18민주화운동’이 대한민국 민주주의 발전에 기여했고 유네스코 세계기록문화 유산에 등재됨으로써 세계 민주화에 큰 영향을 끼쳤으며 3·1 항일운동과 4·19 혁명에 이은 자랑스러운 역사임에도 최근 ‘5·18 민주화운동’에 관한 역사적 진실을 왜곡, 비방, 날조하는 일이 있으므로 이를 엄하게 처벌하고, ‘임을 위한 행진곡’을 기념곡으로 지정, 제창함으로써 모든 사람들이 자유롭고 평등하게 민주적인 공론의 장에서 목소리를 낼 수 있고 최소한의 인간 존엄과 상호 존중을 지키고자 한다고 입법취지를 설명하였다.

그 법안 내용을 보면, 제5조 제2항을 신설하여 정부가 ‘5·18 민주화운동’ 기념행사를 ‘5·18 민주유공자와 그 가족 및 유족’과 협의하여 진행하고, 그 행사에서 ‘임을 위한 행진곡’을 제창하여야 한다고 규정하고, 5·18민주화운동을 비방, 왜곡, 날조하거나 관련자 또는 단체를 모욕 또는 악의로 비방하거나 5·18민주화운동 또는 관련자에 대한 허위사실을 유포하는 사람은 7년 이하의 징역 또는 7천만 원 이하의 벌금에 처하도록 하고, 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 방법으로 위 죄를 저지르거나 그 죄를 도운 경우에도 같은 형으로 처벌하도록 하고 있다(제8조).

4) 이개호 의원 등 41명이 발의한 의안

황주홍 의원 등 10명의 발의 의원들은 ‘5·18민주유공자예우에 관한 법률’의 개정안을 제시하여 ‘5·18민주화운동’ 가족 자녀에 대하여 대학의 정원 외 특별전형에 의한 입학에 허용하는 규정을 신설하는 의안을 제출했다(제18조).

3. 개정안의 문제점

1) '5·18 민주화운동' 폄훼 방지를 위한 특별법이 별도로 필요하지 않다.

현재 시행되고 있는 형법상의 명예훼손이나 모욕죄로도 근거 없는 폄훼나 인격적인 모욕 행위를 충분히 처벌할 수 있다. 실제 다른 명예훼손이나 모욕이 기껏해야 벌금형에 그치고 있는 반면, '5·18 민주화운동'에 대하여는 법원이 징역형을 선고하는 등으로 엄하게 처벌하고 있어 별도의 특별법이 전혀 필요 없다.

2) 처벌 규정의 위헌성

'5·18민주화운동'의 역사적 진실 규명은 학문적인 연구와 토론에 맡겨져야 한다. 그러한 법리는 대법원이 지만원씨에 대한 판결에서도 밝힌 바 있다.

처벌규정상의 '비방', '왜곡', '날조' 등의 용어는 형사처벌 규정으로는 추상적이고 포괄적이며 애매하여 학문, 사상, 표현의 자유를 심각하게 훼손하는 것이므로 위헌의 개연성이 매우 높다. 비판과 비방의 경계선이 어디이며, 표현을 하다 보면 일부 과격한 용어나 표현이 있을 수 있는데 그것이 형사 처벌로써 다스려야 하는 사항이라고 보기는 어렵다고 생각한다.

최근 국가보안법상 찬양·고무죄 등의 경우에도 '목적범' 규정을 강화하고 그 행위로 인하여 '국가의 존립·안전이나 자유민주적 기본질서를 위태롭게 한다는 것에 대한 인식'을 요구하는 것과 비교하여 볼 때, 이번 특별법안의 내용은 금지 범위 및 처벌의 정도가 매우 지나친 것이라 하지 않을 수 없다. 남북 분단과 대치 상황에서 북한을 찬양·고무·동조하는 행위를 해도 위와 같은 위험성과 이에 대한 인식을 요구하는데 '5·18 민주화운동'에 대하여는 그러한 위험의 실재나 이에 대한 인식 여부를 불문하고 처벌하겠다는 것은 법익과 처벌 사이에 균형이 맞지 않는다.

3) '5·18민주화운동'의 역사적 진실은 이제 규명되기 시작했을 뿐이므로, 형사처벌로 규제할 사항이 아니라 자유로운 공론의 장에 맡겨져야 한다.

일반인들이 인식하고 있는 '5·18민주화운동'의 내용과 진실이 다른 경우가 너무도 많이 있다. 지만원씨에 대한 대법원 판결과 '5·18민주화운동' 기록의 유네스코 문화유산 등재, 김대령씨가 위 유네스코 문화유산 등재된 문헌 자료를 기초로 '역사로서의 5·18' 책 출간, 시민들의 이에 대한 관심 등을 계기로 이제 겨우 역사적인 진실을 찾기 위한 논의가 시작되고 있는 단계이다. 이런 단계에서 자유로운 공론의 장을 열되, 지나친 표현에 대하여는 형법상의 명예훼손이나 모욕으로 의율하면 될 것을 특별법 제정을 통해 비판적 연구나 발언에 대하여 재갈을 물리려는 것은 비판을 받아 마땅하다.

일반인들이 알고 있는 인식과 진실의 괴리 사례에 대하여 몇 가지 사례를 들어본다.



위 사진은 군경에게 희생당한 ‘5·18 민주화 운동’의 유족 사진으로 대표적으로 활용되고 있으나, 진실은 이와 다르다. 위 액자 속의 인물은 조사천씨로 그는 군경의 총에 희생된 것이 아니라 시민군의 오발탄에 맞아 사망한 것이다. 사망원인에 ‘칼빈 총상’이라고 명시되어 있다.

또한, 영화 ‘화려한 휴가’에서 나오는 장면을 일반 시민들이 사실로 인식할 수 있다. 평화롭게 손에 손을 잡고 시위를 하는 시민들을 향해 계엄군이 조준 사격을 하여 학살하는 듯 인식을 하는 국민들이 있다. 실상은 전혀 그렇지 않다. 이에 대한 보다 정확한 사실 규명과 토론, 증거의 발굴과 검증이 있어야 한다.

4. 결어

광주 시민들이나 ‘5·18 민주화운동’이 전두환 보안사령관의 정권 장악에 저항하여 자유민주적 기본 질서의 수립에 기여하였다고 생각하는 분들은 이러한 특별법 제정을 통하여 명예를 지키려 하기보다 ‘5·18민주화운동’을 분단 조국의 현실에서 악용하는 친북 세력들과 선을 명백히 긋는 것이 필요하다고 생각한다.

아래 사진을 보자.



위 사진은 2015. 5. 17. 광주시내에서 '5·18민주화운동' 기념 행진을 하는 사진이다. 2014년 12월 유엔 총회가 북한을 20세기 정치학자들이 규정한 전체주의 체제에 해당한다면서 북한 인권 결의안을 통과시킨 지 불과 몇 개월 후에 김정일 인형을 고(故) 김대중 대통령의 인형과 나란히 하고 시가행진을 하고 있다. 북한의 노동신문이 '5·18민주화운동'을 '무장봉기'라 표현하고 각종 유인물에 김일성의 영향을 받은 것처럼 표현하고 있는 상황에서 저런 시가행진을 하고 이를 방치하고 있는 것이 문제이다. 저런 행동이 '5·18 민주화운동'의 명예를 진정으로 훼손하고 있는 것이라고 생각한다.

김동철 의원 등 17명은 히틀러의 나치를 찬양하거나 동조하는 발언, 행위를 독일이 엄하게 처벌하고 있는 것을 지적하고 있는데, 유엔이 전체주의 국가로 지목한 북한 체제, 광범위하고 조직적인 인권 유린을 자행하고 있는 북한 체제의 사실상 책임자인 김정일을 대한민국의 민주화운동의 대표적 인물인 김대중 대통령과 같이 '5·18 민주화운동'의 기념 대상 인물로 선정하여 시가행진을 한 행위에 대하여 비판을 하고 처벌을 주장하여야 할 것이다.

