

『역사왜곡방지법안』  
[김용민 의원 대표발의,  
의안번호: 2110105]  
의견서

2021. 6.

[사] 오픈넷



대표자: 황성기

주소: [우]06650 서울시 서초구 서초대로 50길 62-9, 402 (서초동, 한림빌딩)

전화번호: 02-581-1643 팩스: 02-581-1642

## 1. 법안 요지

- 역사왜곡방지법 (김용민 의원 대표발의, 의안번호: 2110105, 이하 ‘본 법안’)은 ① 3.1운동, 4.19민주화운동, 일본제국주의의 우리나라에 대한 폭력적·자의적 지배 또는 그 지배하에서 범하여진 폭력, 학살, 인권유린 및 이에 저항한 독립운동에 관한 사실을 왜곡하거나 이에 동조하는 행위, 외국인 또는 외국의 국가·단체가 역사왜곡 또는 일제찬양을 하는 것에 동조하거나 경제적 지원을 하는 행위, 공연히 일본제국주의를 찬양·고무·선전할 목적으로 일본제국주의를 상징하는 군사기 또는 조형물을 사용하는 행위 등을 금지하고 위반시 처벌하는 내용, ② 역사적 사실에 대한 왜곡 여부 등을 전문적으로 심리하기 위하여 ‘진실한역사를위한심리위원회’를 설치하고, 역사왜곡행위, 일제찬양행위에 대해 시정명령 등 시정조치를 할 수 있도록 하고, ③ 악의적 역사왜곡으로 타인에게 손해를 끼친 자에게 징벌적 손해배상책임을 지우는 내용을 골자로 하고 있음.

## 2. ‘역사왜곡’ 행위에 대한 처벌 등 표현 규제는 민주주의 원리에 위배

- 표현의 자유를 보장하는 근본적 이유는 국가의 사상 통제를 벗어나 민주주의의 전제인 사상의 다원성·다양성을 보장하기 위함임. 헌법재판소 역시 “대저 전체주의 사회와 달리 국가의 무류성(無謬性)을 믿지 않으며, 다원성과 가치상대주의를 이념적 기초로 하는 민주주의 사회에서 ... 표현의 허용 여부를 국가가 재단하게 되면 언론과 사상의 자유시장이 왜곡되고, 정치적, 이데올로기적으로 악용될 우려가 있다 ... 민주주의에서 어떤 표현이나 정보의 가치 유무, 해악성 유무를 국가가 1차적으로 재단하여서는 아니되고 시민사회의 자기교정기능, 사상과 의견의 경쟁메커니즘에 맡겨야 한다”고 판시한 바 있음(헌법재판소 2002. 6. 27. 결정, 99헌마480 참조). 국가가 역사에 대한 일정한 방향의 ‘국론’이나 ‘진실’을 결정하고 이

에 반하는 표현행위나 사상을 표출하는 행위를 금지하고 형사처벌하는 방식의 규제는 민주주의 원칙에 위배됨.

- 본 법안에서 역사왜곡행위 여부 심리 및 판단에 있어 중점적 역할을 수행하는 ‘진실한역사를위한심리위원회’는 대통령이 지명하는 3명, 국회의장이 추천하는 3명, 국사편찬위원회가 추천하는 3명을 대통령이 임명하는 구성으로, 행정기관의 성격을 가지고 있으며, 정부나 다수당으로부터의 정치적 영향력으로부터 자유로울 수 없는 기관임. 이러한 기관이 역사왜곡행위, 일제찬양행위에 대해 중지 등 시정명령을 하고 미이행시 이행강제금을 부과하도록 한 것은 역사를 다루는 표현물에 대한 국가의 검열 권한을 부여한 것으로 민주주의 원리에 정면으로 위배하고 있는 것으로 보임. 또한 이러한 표현 규제에 이어지는 본 위원회의 조사 및 심리 절차는 본 위원회에 동행명령권, 자료제출요구권, 증인이나 감정인 출석요구권 등의 권한을 부여하고, 이에 정당한 이유 없이 따르지 않은 경우 형사처벌이나 과태료에 처하도록 규정하고 있는 등 형사사법상 수사절차에 준하는 강제성을 띠고 있는데, 이는 삼권분립 원칙에 위배하여 표현물 규제에 있어 행정기관이 사실상 사법기관의 역할까지 수행하도록 규정한 것과 다름없어 더욱 문제됨.

### 3. 명확성 원칙에 위반하여 표현의 자유 침해

- 헌법상의 명확성의 원칙은 법률을 명확한 용어로 규정함으로써 적용대상자에게 장래의 행동지침을 제공하고, 집행자에게는 객관적인 판단지침을 제공하여 차별적이거나 자의적인 집행을 예방할 수 있어야 한다는 원칙임. 헌법재판소는 “법률은 되도록 명확한 용어로 규정하여야 한다는 명확성의 원칙은 민주주의·법치주의 원리의 표현으로서 모든 기본권제한입법에 요구되는 것이나, 표현의 자유를 규제하는 입법에 있어서는 더욱 중요

한 의미를 지닌다. 현대 민주사회에서 표현의 자유가 국민주권주의 이념의 실현에 불가결한 것인 점에 비추어 볼 때, 불명확한 규범에 의한 표현의 자유의 규제는 헌법상 보호받는 표현에 대한 위축효과를 수반하고, 그로 인해 다양한 의견, 견해, 사상의 표출을 가능케 하여 이러한 표현들이 상호 검증을 거치도록 한다는 표현의 자유의 본래의 기능을 상실케 한다. 즉, 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 높은 것이다. 그렇기 때문에 표현의 자유를 규제하는 법률은 규제되는 표현의 개념을 세밀하고 명확하게 규정할 것이 헌법적으로 요구된다”(헌재 1998. 4. 30. 95헌가16, 판례집 10-1, 327, 342 참조), “불명확한 규범에 의하여 표현의 자유를 규제하게 되면 헌법상 보호받아야 할 표현까지 망라하여 필요 이상으로 과도하게 규제하게 되므로 ... 표현의 자유를 규제하는 경우에 일반적으로 명확성의 요구가 보다 강화된다”(헌재 2002.06.27 결정, 99헌마480)고 판시하여 표현의 자유 제한입법에 대하여 보다 엄격한 명확성을 요구하고 있음.

- 또한 “죄형법정주의의 원칙은 법률이 처벌하고자 하는 행위가 무엇이며 그에 대한 형벌이 어떠한 것인지를 누구나 예견할 수 있고, 그에 따라 자신의 행위를 결정할 수 있게끔 구성요건을 명확하게 규정할 것을 요구한다. 형벌법규의 내용이 애매모호하거나 추상적이어서 불명확하면 무엇이 금지된 행위인지를 국민이 알 수 없어 법을 지키기가 어려울 뿐만 아니라, 범죄의 성립 여부가 법관의 자의적인 해석에 맡겨져서 죄형법정주의에 의하여 국민의 자유와 권리를 보장하려는 법치주의의 이념은 실현될 수 없기 때문이다”(헌재 1996. 12. 26. 93헌바65)라고 하여, 형벌조항에 대해서 더욱 강화된 명확성을 요구하고 있음.

- 본 법안은 표현의 자유에 대한 제한입법이며, 동시에 형벌조항에 해당하므로, 엄격한 의미의 명확성 원칙이 적용된다고 할 것임. 그런데 역사적 사실을 ‘왜곡’, 역사왜곡 또는 일제찬양에 대한 ‘동조’, ‘찬양, 고무, 선전’ 등의 구성요건 개념은 추상적·주관적이고 불명확하여 판단자의 자의에 따라 남용될 위험이 높아 표현의 허용 여부 및 형사범죄의 성부를 결정하는 기준으로 부적절하며, 헌법상의 명확성 원칙, 죄형법정주의 원칙에 위배됨.

#### 4. 과잉금지원칙(비례의 원칙)에 위반하여 표현의 자유 침해

- 표현행위로 인하여 초래되는 해악은 추상적인 것이기 때문에 막연한 해악 발생의 가능성만으로 함부로 규제해서는 안 됨. 즉, 표현이 특정한 내용을 담고 있다거나 사회윤리 등에 반한다는 이유만으로 규제할 수는 없는 것이며(헌재 2009. 5. 28. 2006헌바109 참조), 표현으로 인하여 명백하고 현존하는 위험이 발생할 때에만 규제가 정당화됨. 특히, 표현행위에 대한 ‘형사처벌’은 가장 최후의 수단으로써 형벌과 책임간의 비례원칙도 고려되어야 하며, 표현행위로 인한 해악이 일단 표출되면 처음부터 해소될 수 없거나 너무나 심대한 해악이 발생하는 경우에만 정당화됨. 헌법재판소 역시 반국가단체에 대한 찬양, 고무를 처벌하는 국가보안법 제7조에 대해 “국가의 존립·안전을 위태롭게 하거나 자유민주적 기본질서에 위해를 줄 명백한 위험이 있을 경우에만 축소적용”되는 선에서 헌법에 위반하지 않는다고 선언하였는바, 그럼에도 이 역시 여전히 위헌 논란은 지속되고 있음.
- 그러나 본 법안은 표현행위로 발생하는 ‘결과’나 ‘해악’을 구성요건으로 규정하지 않고, 표현행위 자체가 역사적 사실을 ‘왜곡’하거나 역사적 행위에 ‘동조’, 일본제국주의를 상징하는 군사기 또는 조형물을 ‘사용’했다는 이유만으로, 즉, 특정한 내용의 표현행위를 했다는 이유만으로 금지 및 처벌

대상으로 규정하고 있음.

- 제안이유에서는 일본제국주의를 찬양하는 행위가 빈번히 발생하여 국민적 공분이 점차 커져가고 있음을 배경으로 설명하며 헌법적 가치와 국가의 존엄을 유지하고, 국민의 역사인식 고양에 기여함을 규제의 목적으로 밝히고 있음. 그러나 ‘국민적 공분’과 같이 추상적이고 불분명한 해악은 표현물을 규제할만한 명백하고 현존하는 것으로 볼 수 없으며, 국가 존엄 유지와 역사 인식 고양을 위해 표현의 자유를 제한하는 것은 전체주의적 사고방식에 기인하는 것으로써 정당한 규제 목적이 될 수 없음.
- 역사 왜곡 행위가 불러올 수 있는 해악은 ‘역사적 사실의 관련자와 유족의 인격권 침해 등의 피해’ 및 ‘장래에 유사 사건의 재발가능성’을 생각할 수 있음. 그러나 사건 관련자들의 현저한 인격권 침해에 대해서는 현행 명예훼손·모욕 법제로도 충분히 규제가 가능하고, 사회통념상 건전한 상식을 가진 대다수의 국민들은 일본제국주의에 대하여 올바른 역사인식을 가지고 있으며, 일본제국주의의 피해 당사국에서 일본제국주의를 찬양하는 행위는 오히려 공격과 비판의 대상이 될 뿐 영향력을 가지지 못하기 때문에 관련자 등이 사회에서 차별, 배제된다거나 유사 사건이 재발될 위험 등의 해악을 발생시킨다고 볼 수 없음.

## 5. 결론

- 위와 같이 본 법안은 헌법상 원칙들에 위배하여 국민의 표현의 자유를 침해하는 법안으로써 철회되어야 함.

<끝>