



‘제국(帝國)’과 자유

– 역사적 인물에 대한 표현의 자유와 그 한계

장철준 · 단국대학교 법과대학 교수



역사해석의 자유와 인격 피해

인간이 “해석적 동물”이라면 우리에게 역사란 인식 너머의 존재물이 아니라 텍스트와 사회 문화의 정합적 해석 대상임이 분명하다. 시간을 되돌려 사태를 확인할 능력을 가진 이는 세상에 아무도 없기에 명철과 의지로 기록된 텍스트의 중요성만큼이나 그것을 열심히 읽어 낼 해석자들 또한 소중하고 중요한 존재다. 이들의 작업을 아끼고 보호하는 것이 역사 그 자체의 발전을 위해 옳은 태도라는 것을 우리는 이미 알고 있다. 역사의 산물인 헌법이 학문과 예술, 그리고 표현의 자유를 보호한다고 천명한 이유 또한 그와 같을 것이다.

그런데 인간과 그 관계를 다루는 작품이나 연구는 사실에 대한 분석과 함께 인간에 대한 윤리적 평가가 뒤따르기도 한다. 이러한 까닭에 평가의 주체와 대상 사이에 감정의 갈등이 생길 수 있다. 즉, 평가의 대상이 되는 인물의 인격과 명예가 손상될 가능성이 존재하는 것이다. 우리 헌법이 인간을 존엄과 가치의 대상으로 규정하고 이를 훼손해서는 안 된다는 원칙을 갖고 있지만, 자유로운 예술과 학문 활동은 때로 타인의 인격을 훼손하는 폭력으로 다가설 수도 있다. 특히 그것이 객관적 사실에 근거하지 않거나, 사실에 대한 해석의 방식과 결론이 합리적이지 못하다면 폭력의 강도는 더욱 세질 것이다.

결국 해석적 존재로서 인간이 지니는 능력의 한계가 모든 인격 갈등의 원인이며, 이를 어느 정도까지 용인할 것인지는 선택의 문제일 수밖에 없다. 법은 모든 해석적 자유를 존중하고 보호하겠다는 약속을 담고 있지만, 어디까지나 이성적 사고의 합리성과 유용성이라는 범위 내로 한정된다. 역사해석의 자유와 인격적 피해가 충돌하여 법적 문제를 야기하였다면 역사해석의 컨텍스트(context)뿐 아니라 지금 우리 앞에 있는 법적 갈등의 컨텍스트를 모두 읽어야 하며, 우리의 협력적·자율적 선택에 대한 믿음과 존중의 태도가 바탕이 되어야 한다. 이런 의미에서 이번 『제국의 위안부』 사태(박유하 교수가 쓴 『제국의 위안부』라는 저작을 둘러싼 법적, 사회적 갈등 양상을 축약하여 칭한다.)는 위안부 할머니들의 인격적 상처와 더불어 연구자의 학문의 자유, 그리고 우리 사회의 역사 갈등 해결의 성숙도를 가늠해보는 시험대라 볼 수 있다.

이제 법정으로 무대가 옮겨진 이 사태는 단순히 개인의 명예를 두고 벌어진 법적 갈등에 관한 문제 정도

에 그치지 않는다. 사태 자체가 역사적 실존의 주체로서 엄연히 현실을 공유하고 있는 위안부 할머니들과 그들을 객체로 한 담론의 자유를 둘러싸고, 우리 사회의 공적, 사적 권력의 민낯을 그대로 드러낼 것을 요구하고 있기 때문이다. 이러한 맥락에서 이 사태에 대한 법적 판단은 단지 인격권과 학문(표현)의 자유가 어떤 선후관계에 있는지를 법리와 판례에 따라 결론짓는 것이 전부가 아니다. 그 법적 숙의의 과정에는 다양한 사회적 담론이 반영되어야 하며 이성적 대화가 교류될 수 있는 절차가 마련되어야 한다. 법원도 손해와 배상액, 죄와 형벌의 종류로 승패를 따지는 데 집중할 것이 아니라, 충돌하는 자유를 어떻게 조화롭게 할 것인지에 더욱 힘써야 할 것이다.

요컨대 우리에게 역사적 희생자의 고통이 진실한 것인지 여부를 재정립할 자유가 있는지, 있다면 어느 정도 수준까지 용인되는지의 문제를 부득불 결정할 때가 되었다. 상처를 담고 있는 사건인 까닭에 고통스러울 수밖에 없는 과정이지만, 이는 식민의 역사를 제대로 걸러 계승하지 못한 우리의 업보일지도 모른다. 하지만 제국의 자유와 공화국의 자유, 그 흐릿한 경계선이 분명해질 의미 있는 작업임에 틀림없다.

『제국의 위안부』 사태와 2016년 대한민국

2013년 『제국의 위안부』가 출간된 직후, 위안부 할머니들은 위안부를 지칭하는 표현 등에 문제가 있음을 지적하며 출판 금지 등 가처분 소송을 제기하였다. 법원은 2015년 2월 해당 표현을 삭제하지 않은 채 출판 등을 해서는 안 된다고 결정하였다.¹⁾ 그 후 1년여가 지난 2016년 1월에는 위안부 할머니들이 저자인 박유하 교수를 상대로 제기한 손해배상 소송에서 박 교수가 위안부 할머니들에게 총 9,000만 원의 손해배상을 하도록 선고하였고,²⁾ 그가 재직하는 세종대 급여에 대한 압류 및 추심명령 또한 인용하였다. 민사 재판과는 별도로 검찰은 2015년 11월, 허위사실에 의한 명예훼손을 이유로 박유하 교수를 불구속 기소하였다. 이에 박 교수는 사법부의 학문의 자유 수호에 대한 의지를 불신한다며 국민참여재판을 신청하여 현재 재판이 진행 중이다.

재판이 진행되는 와중에 법정 밖에서도 많은 일이 있었다. 우선 박 교수가 위안부 할머니들을 매춘부로 비하했다는 여론의 비난이 거세지는 가운데 학계와 문화계, 언론계 등의 지식인 194명은 검찰의 기소조치가 학문의 자유를 위배한다는 내용의 성명을 발표하였다.³⁾ 당사자인 박유하 교수 또한 법원 결정에 의해 일부 삭제된 책을 인터넷에 무료로 배포하고 동시에 법원 판결 및 검찰 기소의 부당성을 지적하는 입장을 수차례

1) 서울동부지법 2015. 2. 17. 선고 2014카합10095 판결.

2) 서울동부지법 2016. 1. 13. 선고 2014가합104726 판결.

3) 이들의 논지에 대한 소개는 『한겨레』, 2015. 12. 2. A6면, 강희철·김기성, “박유하 책 문제 많지만, 기소는 사상·학문 자유 옥죄다” 등 참조.



표명하였다.⁴⁾ 그리고 또 다른 한편에서는 “학문적 논의 속의 해결”을 주장하며 학문적 관점에서의 문제점을 들어 박 교수를 비판하는 지식인들의 성명이 발표되기도 했다.⁵⁾

이들 소송의 법적 쟁점은 『제국의 위안부』에 기술된 허위사실(“자발적 매춘부” 등의 표현들)에 의하여 소송 당사자인 위안부 할머니들의 명예와 인격권이 침해되었는가, 그리고 이것이 형법상의 명예훼손죄에 해당하는가 등이다.⁶⁾ 전자의 손해배상소송에서는 명예훼손으로 인한 할머니들의 정신적 피해가 있다고 보았고, 후자의 형사소송은 죄의 성립 여부와는 별개로 소송 자체가 국가의 형벌권을 통한 학문의 자유 침해라는 반발이 제기되고 있는 상황이다.

당사자인 박유하 교수는 시종일관 자신의 저서는 위안부 할머니들의 명예를 훼손하려는 의도가 없었다고 항변하고 있다. 본인이 직접 위안부 할머니를 “자발적 매춘부”라 지칭한 적이 없다는 것이다. 이러한 오해는 대부분 “기초적인 독해력 부족이나 의도적인 왜곡이 만든 것”이라 주장한다.⁷⁾ 다시 말해 저자의 의도와 다르게 읽은 독자들이 고의 또는 과실에 의해 자신의 연구 성과를 명예훼손으로 잘못 받아들여 결국 소송에까지 이르게 되었다는 것이다.

그에 의하면 이 책을 통해 궁극적으로 달성하고자 하는 목표는 그동안 우리가 잘못 알고 있는 역사적 사실이 있다면 이를 바로잡고, 지금까지와는 다른 관점에서의 접근을 통해 한·일 관계를 반목으로부터 화해로 이끌어 나가는 것이다. 그는 특히 위안부 할머니들을 돕고 있는 운동단체(한국정신대문제대책협의회, 이하 ‘정대협’)가 강경한 반일 감정을 조장하고, 이념적인 접근방법만을 택해 한·일 관계 개선에 걸림돌이 되고 있다고 주장한다. 정대협의 활동배경에는 소녀상으로 대표되는 일제 강점기 위안부들에 대한 왜곡된 이미지가 자리 잡고 있으며, 그의 연구에 의하면 이는 사회 운동을 성공시키기 위한 잘못된 이미지 조작의 결과라는 것이다.⁸⁾ 즉, 아무것도 모른 채 일본군에 의해 강제로 끌려간 어린 소녀들은 당시 위안부의 전형적인 모습이 아니었으며, 많은 수가 일본군이 아닌 조선인 민간 “업자”들에 의하여 동원되었다는 주장이다. 그들의 모습을 성노예로 규정할 수 없는 증거들이 있으며 이 불편한 사실은 우리 역사에서 고

4) 2015.12.2. 검찰기소항의 기자회견 ; 박유하, 2015, 『제국의 위안부: 식민지 지배와 기억의 투쟁』 제2판(34곳 삭제판) 서문 등.

5) 이들의 논지에 대한 소개는 『프레시안』, 2015. 12. 9. 이재호, “박유하, ‘조선’여성이 처한 식민지 구조 삭제”, http://www.pressian.com/news/article.html?no=131708&ref=nav_search(검색일: 2016. 3. 15.) 등 참조.

6) 민사상 불법행위를 구성함으로써 손해배상책임이 발생하게 되는 법률상 근거는 민법 제750조 등의 규정이며 형사상 명예훼손죄에 관한 규정은 형법 제307조 등이다.

민법 제750조(불법행위의 내용) 고의 또는 과실로 인한 위법행위로 타인에게 손해를 가한 자는 그 손해를 배상할 책임이 있다.

형법 제307조(명예훼손) ① 공연히 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 2년 이하의 징역이나 금고 또는 500만원 이하의 벌금에 처한다. ② 공연히 허위의 사실을 적시하여 사람의 명예를 훼손한 자는 5년 이하의 징역, 10년 이하의 자격정지 또는 1천만원 이하의 벌금에 처한다.

형법 제310조(위법성의 조각) 제307조 제1항의 행위가 진실한 사실로서 오로지 공공의 이익에 관한 때에는 처벌하지 아니한다.

7) 앞의 박유하(2015) 서문 iii.

8) 박 교수는 『제국의 위안부』를 비롯, 많은 매체를 통해 자신의 연구가 위안부 할머니들의 명예를 훼손할 의도에서 이루어지지 않았으며, 자신의 주된 비판 대상은 정대협으로 대표되는 이념 성향의 운동단체임을 명시적으로 밝히고 있다. 예컨대, 『제국의 위안부』 저자 박유하 교수 기자회견 질의응답 영상(<https://www.youtube.com/watch?v=HO1CtMmzlf8>) 등.

의로 감추어져 왔고 결국 이러한 이유로 위안부를 매개로 한 우리의 반일 감정이 지속되어 왔다는 것이다.

그간 이와 비슷한 취지의 연구와 주장이 뉴라이트 계열 학자들을 중심으로 발표된 바 있으나,⁹⁾ 한시적인 비난과 사과가 이어졌을 뿐 이번 사건처럼 사회적 파장을 몰고 온 적은 없었다. 아마도 2015년 이래 우리 사회를 뜨겁게 달구었던 역사교과서 국정화 문제와 정부의 위안부 협상 타결 등의 관련 이슈가 첨예한 여론 대립을 야기함으로써, 비슷한 시기에 1심 법원 판결이 나온 이 사건에 상대적으로 더 많은 시민들이 주목한 것이라고 생각한다. 검찰이 위안부 문제와 관련하여 명예훼손을 이유로 형사 기소한 것을 두고 다수의 지식인들이 찬·반 성명을 제출한 점 또한 이례적인 일이다.

당사자인 위안부 할머니들이 적극적으로 법적 조치를 취하게 된 것은 명예감정의 극심한 손상은 물론, 『제국의 위안부』 내용의 진위 여부와 무관하게 이 책을 중심으로 한 사회적 논란이 자신들의 오랜 주장, 즉 일본 정부의 진정한 사과와 실질적 배상이라는 목표 달성에 위협이 될 것으로 보았기 때문인 것으로 해석된다. 이 책이 거의 최초로 본격적이고 체계적인 학문 연구의 형태로 위안부 문제를 다루었다는 점 때문에 더욱 그러하다.¹⁰⁾ 박 교수가 이 문제에 오래 천착하여 온 전문가로 학계에 알려져 있을 뿐 아니라, 자신의 주장을 정당화하기 위해 한·일 양국의 꽤 많은 구체적 자료를 근거로 제시하고 있는 점도 주목할 필요가 있다. 결국 이 책의 내용은 헌법상 학문(표현)의 자유를 주장할 수 있는 외형적 요건을 갖춘 것으로 보인다. 이 책을 중심으로 여론이 첨예하게 대립하고 있는 사회적 상황과는 별개로, 법원의 판단이 더욱 신중해야 할 필요가 여기에 있다. 법적인 관점에서 보면 이 문제는 인격권으로 대표되는 명예권의 보호를 위해 학문(표현)의 자유가 어느 정도까지 제한되어야 하는가의 문제로 환원된다. 따라서 이 문제를 해결하기 위해서는 헌법적 원리에 의해 표현 내용에 대한 평가가 이루어져야 한다. 『제국의 위안부』의 주장과 근거가 위안부 할머니들의 인격권 훼손이 용인될 수 있을 만큼 정당한 것인지 따져볼 수밖에 없는 것이다.

역사적 인물(사실)과 명예훼손 법리

표현의 자유에 대해 특별히 헌법적인 관심을 기울여야 하는 까닭은 민주 사회를 이루고 유지하기 위한 필연적 요청 때문이다.¹¹⁾ 우리가 민주주의를 포기하지 않는 이상 표현의 자유와 관계된 사안은 이러한 고려

9) 『오마이뉴스』, 2005. 4. 26. 손병관, "이영훈교수 "교과서 속 '위안부 20만'에 찬성 못해", <http://news.naver.com/main/read.nhn?mode=LSD&mid=sec&sid1=100&oid=047&aid=0000062704>(검색일: 2016. 3. 15.) 등.

10) 헌법재판소가 정의하는 '학문의 자유' 대상인 학문이란 "일정한 지식수준을 기반으로 방법론적으로 정돈된 비판적인 성찰을 함으로써 진리를 탐구하는 활동"을 말한다. 이 책에서 근거로 인용되는 일본 자료에 대해 그 학문적 수준을 논쟁할 수는 있겠지만, 위 정의의 범주 안에 해당하지 않는다고 단정할 수는 없을 것이다.

11) 특별히 중요한 표현 주체인 언론의 자유에 대해서는 헌법재판소 또한 "민주주의를 지키고 발전시켜 나가기 위하여 표현의 자유의 우월적 지위는 반드시 보장되어야 한다."는 견해를 표시하고 있다(헌법재판소1991. 9. 16. 89헌마165). 물론 이러한 태도가 미국 헌법상 표현의 자유 법리인 '이중기준(double standard)' 원칙을 우리 헌법재판소에서 실질적으로 채택·적용하고 있다는 뜻은 아니다.



를 하지 않을 수 없다. 특히 국가와 개인 간의 문제가 아닌, 사인 간에 표현의 자유와 다른 기본권(인격권 혹은 프라이버시권)이 충돌할 경우 판단은 더욱 어렵게 된다. 최근 이러한 충돌 구도는 정보통신기술의 급격한 발달로 개인의 표현 기회와 욕구가 급증하면서 빈번히 발생하고 있다. 네트워크를 통해 사람과 사람 사이의 연결성이 대폭 강화되었기 때문이다. 인터넷의 익명성에 기대 타인을 무분별하게 비난하거나 프라이버시를 침해하는 일이 잦아짐에 따라 명예훼손 소송도 늘어나고 있다.¹²⁾ 표현의 자유와 명예라는 법의 사이에서 법원의 고민이 깊어질 수밖에 없는 대목이다.

하지만 『제국의 위안부』 사태는 단순한 의견과 감정표현에 의해 명예가 훼손된 것이 아니라 학문적 연구 성과를 표현하는 방법에 의해 발생하였다는 점에서 일반적인 명예훼손 사건에서의 표현의 자유 문제와는 다르다. 이러한 문제는 역사적 사실이나 인물 등에 대해 기존에 우리가 갖고 있던 평가나 인상을 뒤집는 새로운 연구나 해석이 내려지는 경우에 많이 나타난다. 즉, 학술적 목적에서 이루어진 연구 성과가 학문의 언어나 예술작품의 모습으로 등장하여 당사자 및 유족의 명예 혹은 명예감정을 훼손하면서 문제가 발생하는 것이다.

명예훼손에 해당되는 표현인지 여부를 판단하기 위해서는 먼저 중요한 형식적 요소를 짚고 넘어가야 한다. 바로 표현 행위가 사실(fact)을 진술한 것인지 의견(opinion)을 표명한 것인지를 구분하는 것이다. 헌법상 표현의 자유 이념을 제대로 구현하기 위해서는 의사·의견 표명은 사실의 진술보다 더욱 특별히 보호할 필요가 있다.¹³⁾ 소위 “사상의 자유 시장(marketplace of ideas)”이라 불리는 개념의 핵심, 즉 ‘아이디어’라는 것도 단순한 사실의 나열이 아니라 새로운 의견을 말하는 것이다. 의견 혹은 아이디어를 보호하고 존중하겠다는 것은 결국 인간의 해석활동에 더 높은 가치를 부여하겠다는(는 합의가 존재한다)는 뜻이다. 해석은 본질적으로 주관적 성격을 가지며 참여를 전제로 함께 견주고 다투는 과정에서 가치가 매겨진다. 처음부터 ‘틀린’ 해석이란 있을 수 없다. 자유로운 토론을 위한 ‘공론장(public sphere)’이 중요한 것도 이 때문이다.

헌법상 표현의 자유는 이러한 인식적 토대 위에서 실천된다. 나와 달라 불편한 의견까지 일단 공론장으로 수용하여야 한다. 이성적 토론을 통해 오류를 밝히는 것은 그 이후의 일이다. 미국법에서 “공정한 논평의 법리(fair comment rule)”, “의견 특권론(opinion doctrine)” 등 의견을 넓게 보호하려는 판례 이론이 등장하였던 것도 이 같은 맥락으로 이해할 수 있다.¹⁴⁾ 하지만 때로 의견과 사실을 명확히 구분하는 것은 상당히 어려운 문제다. 인간의 해석은 사실이 그 해석의 전제가 되거나 포함되는 경우가 있다. 이 경우, 그 해석을 명확한 사실로 볼 것인지 의견으로 볼 것인지 애매한 경우가 발생하는 것이다. 또한 해석의 바탕

12) 『뉴스1』, 2015.11.25. 윤진희, “‘명예훼손 소송 급증’ 대한민국... 처벌 강화추세에 우려 목소리”, <http://news1.kr/articles/?2495688>(검색일: 2016. 3. 15.)
13) 사실과 의견을 이론적으로 더욱 자세히 분석한 결과에 의하면, 전자는 “사실 관계의 전달: 그 내용이 인식과 현실 간의 일치 여부로서 진실인가 허위인가가 문제되는 경우”를 말하고, 후자는 “과정이나 상태를 표현행위자의 입장에 따라 판단한 결과: 가치적도에 따른 판단의 표현, 존재하는 사실관계에 대한 평가로서 옳고 그름이 문제되는 경우”를 가리킨다고 한다. 박용상, 2008, 『명예훼손법』(현암사), 79쪽.
14) 이들 판례이론에 대한 자세한 설명은 앞의 박용상(2008), 81-88쪽.

이 되는 사실이 진실이 아닌 경우에는 해당 사실을 바탕으로 한 해석 또한 오류에 빠질 수밖에 없다. 따라서 사실 전제에 대한 진실 검증을 적극적으로 하지 않았거나 실수로 하지 못해서 이에 기반한 의견으로 인해 명예가 훼손된 경우에는 순수한 의견이나 진실한 사실에 바탕을 둔 의견 표현과는 다른 법적 취급을 하는 것이 정당할 것이다.¹⁵⁾

사실과 해석 및 의견이 가장 복잡하게 혼재된 분야가 바로 역사를 소재로 한 학문 연구나 예술 작품일 것이다. 사료에 대한 해석의 자유는 폭넓게 인정되어야 하겠지만, 부정확하거나 조작된 사료를 의도적으로 인용하거나 검증 노력을 선행하지 않은 결과물까지 보호하여야 하는지에 대해서는 의문을 제기할 수 있다. 또한 진술 자체가 사실인지 의견인지 명확하지 않은 경우, 혹은 의견을 사실로 일반화한 경우에는 합리적 판단의 결과가 사실로써 받아들여질 수 있다면 사실 진술에 대한 책임을 부여할 수 있을 것이다. 『제국의 위안부』 관련 손해배상 사건에서 법원의 판단도 이러한 맥락에서 이루어진 것으로 볼 수 있다.

과거에도 논쟁적 역사물과 예술 표현에 관한 법적 문제를 다룬 사례가 있었다.¹⁶⁾ 대표적으로 한국방송공사가 2006년 방송한 역사드라마 「서울 1945」 사건을 들 수 있다.¹⁷⁾ 고 장택상 전 국무총리 유족은 방송사를 상대로 명예훼손에 대한 손해배상 소송을 제기하였고, 검찰은 고 이승만 전 대통령 등에 대한 사자에 대한 명예훼손죄를 적용하여 작가 및 연출자를 상대로 형사소송을 제기하였다. 소송의 주된 이유는 드라마의 몇몇 장면에서 위 두 인물이 친일경찰을 동원한 여운형 암살사건의 배후인 것처럼 묘사하였다는 것이다. 유족들은 드라마가 허위 사실을 들어 사자의 명예를 훼손함으로써 손해가 발생하였다 주장하였고, 검찰 또한 허위사실을 통한 사자의 명예훼손을 인정해야 한다고 주장하였다.

대법원은 위 손해배상 소송에서 “역사드라마가 그 소재로 된 역사적 인물의 명예를 훼손할 수 있는 허위 사실을 적시하였는지 여부를 판단함에 있어서는, 예술적 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의해 달성되는 가치의 이익형량은 물론 ... 역사드라마의 창작물로서의 특성에 따르는 여러 사정과 드라마의 주된 제작목적, 드라마에 등장하는 역사적 인물과 사건이 이야기의 중심인지 아니면 배경인지 여부, 실존인물에 의한 역사적 사실과 가상인물에 의한 허구적 이야기가 드라마 내에서 차지하는 비중, 드라마상에서 실존인물과 가상인물이 결합된 구조와 방식, 묘사된 사실이 이야기 전개상 상당한 정도 허구로 승화되어 시청자의 입장에서 그것이 실제로 일어난 역사적 사실로 오해되지 않을 정도에 이른 것으로 볼 수 있는지 여부 등이 종합적으로 고려되어야 한다.”는 기준을 제시하였다. 주목할 만한 것은 “다소 과장되고 추

15) 미국 연방대법원은 *Milkovich v. Lorain Journal Co.*, 497 U.S. 1 (1990) 판결에서 의견의 부정확한 사실 전제 등에 대해 보호의 폭을 좁히기도 하였다.

16) 예를 들어, 영화 「실미도」의 내용 중 특정 부대에서 복무하였던 군인들에 대하여 오해를 불러일으킬 수 있는 부분을 삭제하지 않고 DVD 세트 등을 제작, 판매, 광고하지 못하도록 하였던 판례(서울고법 2005. 1. 17. 선고 2004라439), 영화 「그때 그 사람들」 내용 중 “특정 장면을 통해 간접적이고 우회적으로 비유적이거나 상징적인 표현을 사용함으로써 고인의 인격적 가치에 대한 사회적 평가를 저하시키는 등 고인의 인격적 법익을 침해하였으나, 고인의 역사적 특수성, 위 영화가 다른 사건의 역사적 특수성, 영화라는 표현물이 갖는 특수성, 위 영화의 특수성을 종합하여 볼 때, 위 영화로 인한 고인의 인격적 법익에 대한 침해가 영화상영 등을 금지해야 할 정도로 중대, 명백하지는 않다.” 고 보았던 판례(서울중앙지법 2006. 8. 10. 선고 2005가합16572) 등이 있다.

17) 대법원 2010. 6. 10. 선고 2010다8341 판결; 대법원 2010. 4. 29. 선고 2007도8411 판결.



측적인 표현이 사용되었더라도 ... 합리적 수준의 근거자료와 정황이 존재하는 이상” 실제 사실과 다르더라도 허위표현으로 단정할 수 없다고 판단한 점이다. 나아가 “역사드라마에서 그 소재로 된 역사적 인물에 대한 묘사가 명예훼손에 해당하려면 이미 망인이 된 인물의 사회적·역사적 평가를 저하시킬 만한 구체적인 허위사실의 적시가 있어야 하고, 그와 같은 허위사실의 적시가 있었는지 여부는 그 드라마를 시청하는 통상의 건전한 상식을 가진 합리적인 시청자를 기준으로 판단하여야 한다.”고 하여 드라마를 통한 역사 해석의 자유를 비교적 넓게 인정하였다.

법원은 위 사건의 형사소송에서도 “소재가 된 역사적 인물의 명예를 훼손할 수 있는 허위사실을 적시하였는지 여부를 판단할 때에는 적시된 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 신빙성, 예술적 표현의 자유로 얻어지는 가치와 인격권의 보호에 의해 달성되는 가치의 이익형량은 물론 역사드라마의 특성에 따르는 여러 사정과 드라마의 주된 제작목적, 드라마에 등장하는 역사적 인물과 사건이 이야기의 중심인지 배경인지 여부, 실존인물에 의한 역사적 사실과 가상인물에 의한 허구적 이야기가 드라마 내에서 차지하는 비중, 드라마상에서 실존인물과 가상인물이 결합된 구조와 방식, 묘사된 사실이 이야기 전개상 상당한 정도 허구로 승화되어 시청자의 입장에서 그것이 실제로 일어난 역사적 사실로 오해되지 않을 정도에 이른 것으로 볼 수 있는지 여부 등을 종합적으로 고려하여야만 한다.”며 무죄로 판결하였다.

학문(표현)의 자유와 그 한계

이제 『제국의 위안부』 사태를 법적 관점에서 살펴보자. 우선 내용의 사실 관계 여부와 관계없이 이 책을 학문적 성과로 보는 데는 큰 문제가 없을 것이다. 저자 나름의 학문적 방법론을 동원하여 이끌어 낸 결과물이므로 이 책은 학문의 자유의 대상에 해당한다. 그런데 위안부 문제에 대한 저자의 의견은 기존 학계의 견해와 일반 시민의 상식과 상당히 다른 것이 사실이다. 이에 대한 가장 바람직한 대응은 공론장, 즉 학문적 연구와 토론의 기회를 통해 대화하는 것이다. 더구나 저자인 박유하 교수는 자신의 책에 대한 독자의 오해를 주장하고 있기 때문에, 상식적인 선에서 저자의 의도대로 책의 내용이 읽힐 수 있을 것인지는 공론장에서 비판하고 검증하면 될 것이다. 지식인들이 『제국의 위안부』를 비판하면서도 형사소송으로 처리하기보다 공개적인 토론을 제안한 이유도 이 때문일 것이다.

피해자인 위안부 할머니들의 동의가 있어야겠지만 명예훼손을 이유로 한 형사소송은 양 당사자들 모두를 위해 바람직한 절차가 아니라고 생각한다. 학문 활동의 주체인 저자는 처벌의 가능성을 예상하면서 임하는 형사소송 과정 자체가 학문의 자유 및 표현의 자유 실현에 있어 부담으로 느껴질 수 있다. 사후 그 내용에 문제가 있다 판명될지라도 현재 존재하는 학문적 의견이나 표현은 공론장의 검증을 거칠 수 있게 해야 한다. 형벌권을 통한 국가의 개입은 그 후에 논의되어도 늦지 않다. 오히려 성급한 처벌은 연구의 당부를 객관적으로 검증하는 공론장의 역할을 축소시키는 결과를 낳을 수도 있다. 연구 결과에 대해 형사상 유

죄의 명예를 씌우는 순간, 이후의 논의 역시 공정성의 시비가 따르게 될 것이다. 또한 오로지 명예훼손 법리에 의해 판단하게 될 형사소송에서는 책의 가치에 대한 입체적이고 본격적인 검증과 평가가 제대로 이루어지기 어렵다. 이는 피해자인 할머니들에게도 결코 이롭다고 할 수는 없을 것이다.

그러나 박유하 교수가 『제국의 위안부』에 의해 명예가 훼손되는 피해를 입은 할머니들에게 손해를 배상하도록 하는 것은 다른 차원의 문제다. 명예훼손 법리에 따라 불법행위에 대한 손해를 배상하는 일은 개인 간에 발생한 분쟁의 해결을 위한 합리적인 방법이다. 박 교수가 『제국의 위안부』를 통해 학문의 자유를 누리는 동안 책의 주된 대상인 할머니들의 명예가 훼손되었다면 그에 대한 책임이 발생하는 것은 당연하다. 저자의 입장에서는 손해배상의 금전적 부담 또한 학문의 자유를 위축시키는 요인이 된다고 주장할 수도 있겠으나, 이는 소송에서 『제국의 위안부』의 저술이 불법행위에 해당하지 않는다는 점을 충분히 소명하면 될 일이다. 위안부 할머니들에게 손해배상을 해주었다는 사실은 개인적 차원에서 발생한 손해를 금전으로 갚아주었을 뿐, 이로 인해 『제국의 위안부』에 대한 공적 토론의 가치가 반감되는 것은 아니다.

한편, 도서출판 등 금지 가치분결정에 대해서도 학문 및 표현의 자유가 문제될 수 있다. 표현에 대한 허거나 검열을 금지하는 표현의 자유 범리상 법원의 조치가 지나친 자유의 제한으로 평가될 수도 있다. 그러나 법원은 이 사건에서 문제되는 법익은 개인의 명예에 관한 것으로 일단 출판되어 대중에 공개되고 나면 회복할 수 없는 상태가 된다는 점을 인정하였다. 만약 이후의 손해배상 소송에서 삭제된 표현들이 불법행위로 판단되지 않았다면 다시 온전한 형태로 출판할 수 있는 기회가 열렸을 것이다.

이후 법원은 손해배상 소송 진행 과정에서 삭제된 34개의 표현이 위안부 할머니들의 명예를 훼손한 것인지에 대해 판단하였다. 우선 법원은 문제가 된 표현들이 각각 의견과 사실 중 어느 쪽에 해당하는지를 구분하고, 순수한 의견이 아닌 구체적 사실을 적시한 진술에 대해서만 허위사실 여부를 판단했다.¹⁸⁾ 위법성 측면에서도 “행위자가 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유가 있었는지 여부는 그 적시한 사실의 내용, 진실이라고 믿게 된 근거나 자료의 확실성과 신빙성, 사실 확인의 용이성, 적시로 인한 피해 정도 등 여러 사정을 종합하여 행위자가 그 내용의 진위 여부를 확인하기 위하여 적절하고도 충분한 조사를 다하였는가, 그 진실성이 객관적이고도 합리적인 자료나 근거에 의하여 뒷받침되는가 하는 점에 비추어 판단하여야 한다.”¹⁹⁾는 기준을 제시하였다. 또한 법원은 이 사건 위법성 판단의 전제 조건으로 학문의 자유를 염두에 두고, 학문적 결과물에 대한 판단 기준을 “학문의 연구는 ... 그 연구의 자료가 사회에서 현재 받아들여

18) 그 구체적 표현 내용에 대해서는 이 자리에서 기술하지 않겠다. 책 전체의 내용 없이 발췌 평가하는 것이 이 한정된 지면 안에서 수행할 작업은 아니라 판단하였고, 법원에서 삭제 결정이 내려졌던 명예훼손적 표현을 다시 공개하는 것도 바람직하지 않다고 생각하였기 때문이다. 다만 일반 독자인 필자의 입장에서 볼 때, 본인의 의사에 반하여 성적 착취를 당하였다고 주장하며 1천 번이 넘는 집회를 이어나가고 있는 할머니들이 엄연히 존재하는 현실에서, 문제가 되는 표현 중 이들에게는 적용될 수 없는 위안부에 대한 일반화의 진술도 있다는 생각이다.

19) 대법원 2012. 12. 27. 선고 2010다61793 판결 등.



지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉된다고 하여도 용인되어야 한다.”²⁰⁾는 점을 인정하였다. 또 “학문의 자유에 관한 헌법 제22조 제1항은 표현의 자유에 관한 제21조 제1항에 대하여 특별 규정의 성격을 갖는다 할 것이므로, 연구 결과 발표를 목적으로 하는 언론·출판의 경우에는 그 밖의 일반적인 언론·출판에 비하여 보다 고도의 보장을 받게 된다. 따라서 학문 연구 결과를 발표하는 언론·출판에서 타인의 명예를 훼손하는 사실을 적시한 경우, 그 위법성 조각 여부를 판단함에 있어서는 그 적시 사실이 진실이라고 믿을 만한 상당한 이유 등 그 상당성의 정도를 완화하여 판단하여야 할 것이다.”라고 밝혔다.

판단의 구체적 기준으로는 “학문의 자유 보장과 개인의 명예보호라는 두 법익을 어떻게 조정할 것인가는 학문 결과 출판으로 얻어지는 이익, 가치와 공표가 이루어진 범위의 광범, 그 표현 방법 등 그 학문결과 출판 자체에 관한 제반 사정을 감안함과 동시에 그로 의하여 훼손되거나 훼손될 수 있는 타인의 명예 침해의 정도를 비교·고려하여 결정하여야 한다.”²¹⁾고 전제하였다. 나아가 “학문의 자유에 속한다고 하더라도 그 실험 결과가 잘못되었는데도 이를 사회에 알려서 선의의 제3자를 해친다면 이는 학문의 자유권의 범위를 넘어선 것으로 허용될 수 없다.”²²⁾고 하였다.

판결의 가장 핵심 내용이라 할 수 있는 표현의 진실성 판단에 있어서는 책에서 사용된 지나친 일반화와 단정적 표현의 위험성을 지적하였다. 비록 저자의 (사실)주장이 부분적으로 진실로 밝혀지더라도, 그 주장에 반하는 많은 근거가 존재하고 있는 이상 저자의 일반화·사실화된 주장이 진실이 될 수는 없다는 것이다. 일반화로 인해 할머니들의 명예에 피해가 발생한 이상, 이들 표현을 불법행위로 인정할 수 있으며 발생한 손해에 대해서는 배상되어야 한다는 취지이다.

또 판결에서는 “역사적 인물이 생존하고 있는 경우라면 그들의 인격권에 대한 보호의 정도가 학문의 자유에 대한 보호보다 상대적으로 중시될 수 있다.”면서, “일반적인 학문연구결과와 발표보다 신중함과 엄격함이 요구된다.”는 점을 명확히 밝히고 있다. 이는 인간의 존엄성을 바탕으로 인격권을 최대한 보호하겠다는 의미로 해석할 수 있다. 이와 더불어 ‘민주주의 헌법’이 작동하고 있는 대한민국에서 헌법 주체로서의 개인이 가지는 자유와 권리를 최대한 보장하는 것이 헌법의 이상에 부합한다는 법원의 해석을 드러낸 것이라 생각한다. 여기서 ‘자유와 권리’란 공동체의 일원으로서 민주주의 절차에 자발적이고 자유롭게 참여할 수 있는 권리를 말한다.²³⁾ 위안부 할머니들은 식민지 시대의 국가 폭력에 의해 엄청난 고통을 받았고,

20) 대법원 2007. 5. 31. 선고 2004도254 판결 등.


21) 대법원 1996. 9. 6. 선고 96다19246,19253 판결 등.

22) 대법원 1967. 12. 26. 선고 1967다591 판결.

23) 미국 연방대법원 스티븐 브라이어(Stephen Breyer) 대법관은 이를 ‘역동적 자유(active liberty)’라 명명하였다. 이는 국가 간섭으로부터의 자유(freedom from the government)라는 근대적 자유 개념과 별개로, 참여를 통해 민주주의 국가 공동체의 의사를 형성하는 자유를 말하는 것이다. 이에 대한 자세한 내용은 Stephen Breyer, 2016, 이국운·장철준 역, 『역동적 자유: 민주주의 헌법을 해석하는 방법』(사회평론아카데미) 참조.

한·일 양국의 방치 속에 일생을 수치심으로 살아왔던 우리 사회의 소수자이다.²⁴⁾ 1991년 김학순 할머니의 첫 공개 증언 이후 구체적이고 본격적인 실상이 드러나기까지 이들이 우리 사회의 ‘동등한 일원’의 자격으로 민주적 의사결정에 참여할 수 있었을까? 최소한 자신의 이익을 조금이라도 더 추구하기 위한 민주주의 과정에 자유롭고 적극적으로 참여할 마음을 가질 수 있었을까?

소수자에 대한 억압적 표현은 민주주의 발전을 위해 자제되어야 한다. 그것이 학문의 자유의 결과라 하여도 혹시 한 치의 예외는 없지 않은지 신중해야 한다. 헌법 해석에 있어서도 소수자들이 민주주의 국가의 동등한 참여적 주체로서, 그들의 참여를 고취시킬 수 있도록 배려해야 한다. 그들이 민주주의에 대한 존재감과 애정을 버리지 않도록, 그들이 참여의 의미를 잃어버리지 않도록 헌법 공동체의 노력이 필요한 것이다. 이러한 헌법 해석이 우리 헌법이 가지고 있는 민주적 정체성을 살리는 길이다. 따라서 역사적으로 성공한 것으로 평가 받는 인물이나 높은 지위에 올랐던 인물에 관한 것과 소수자에 대한 것은 표현의 자유에 있어서의 해석이 각각 달라질 수 있겠다. 소위 공적 인물(public figure)에 대한 명예훼손적 표현이 상대적으로 넓게 용인되는 이유는 주로 해당 표현으로 인한 공적 이익이 더 크다는 데 있는데, 민주주의 참여의 관점에서 보아도 같은 결론이 도출될 것이라 본다. 공적 인물의 참여적 자유는 이미 단단히 구축되어 있으므로 웬만한 표현으로는 그것이 위축되지 않을 것이다.

학문 및 표현의 자유와 명예 등 인격권의 보호는 모두 중요한 가치로 보장되어야 한다. 그러나 두 가치는 끊임없이 충돌하는 상황을 맞이할 수 밖에 없는 처지다. 두 영역의 충돌문제를 해결함에 있어 국가 공권력에 의한 판단을 내리기 전에, 기본권적 측면의 법적 판단과 학문 영역의 자율적 판단이 함께 이루어져야 한다. 무엇보다 자신이 받아들이기 어려운 의견도 수용할 수 있다는 관용의 자세가 필요하며, 약자와 소수자를 동등한 사회 참여적 구성원으로 수용하려는 의지도 필요하다. 『제국의 위안부』 사태는 우리 사회에서 이러한 사회적 덕목들이 어느 정도 수용되고 있는지를 점검하는 지표가 될 수 있다. 우리의 자유가 제국의 자유에 머물러 있는지, 공화국의 자유로 진전되었는지를 결정할 중요한 분기점이 될 것이다. 



24) 물론 『제국의 위안부』에 의하면, 자발적으로 위안부에 참여하여 그리 수치감을 느끼지 못한 이들도 존재할 수도 있을 것이다.