

# 〈제국의 위안부〉 재판, ‘학문적 표현’과 ‘명예훼손’

김주연 법무법인 시화 변호사

2024년 4월 12일 박유하 세종대 교수(이하 ‘박교수’)는 저서 〈제국의 위안부〉 명예훼손 사건에서 최종적으로 무죄를 선고받았다. 2015년에 기소가 됐으니, 최종 무죄가 나기까지 거의 10년이란 세월이 걸린 셈이다. 〈제국의 위안부〉는 일본군 위안부 피해자에 대한 우리의 기존 상식과 반대되는 내용이어서 사회적 논란이 있었고, 1심에서는 무죄, 2심에서는 유죄, 대법원에서는 다시 무죄가 선고되는 등 공방도 치열했다. 노엄 촘스키(Noam Chomsky), 브루스 커밍스(Bruce Cumings), 홍세화 등 국내외 지식인이 박교수의 형사처벌에 반대하는 탄원서를 제출하기도 했다. 〈제국의 위안부〉는 어떤 내용이고, 법원에서의 쟁점은 무엇이였을까.

## 공소사실의 요지

조선인 일본군 위안부였던 피해자들은, 본인들의 의사에 반하여 일본군에 의해 위안부로 강제 동원되거나 강제연행되어 일본군의 감시 아래 전시상황의 중국, 동남아 등지에 설치된 위안소에 갇혀 최소한의 인간다운 생활도 보장받지 못한 채 하루에 수십 명의 군인들을 상대하며 성적 쾌락의 제공을 강요당한 ‘성노예’에 다름없었고, 해야 할 일의 내용이 무엇인지를 알면서 본인 또는 부모의 선택에 의하여 자발적으로 간 매춘부가 아니었다. 일본국과 일본군에 애국적 또는 자긍적

으로 협력하지 아니하였으며, 일본군은 위와 같이 설치된 위안소를 설치, 운영하고 위안부를 국외 송출하는 과정에 강제동원과 강제연행의 방법으로 광범위하게 개입하는 등의 행위를 하였다.

그럼에도 박교수는 ① 조선인 일본군 위안부는 본인 또는 부모의 선택에 의해 자발적으로 갔으므로 본질은 매춘이었고, ② 이들은 일본군의 협력자로서 동지적 관계에 있었으며, ③ 일본국(일본군)에 의한 위안부 강제동원 또는 강제연행은 없었다는 사실을 적시한 <제국의 위안부> 책을 출판, 배포하여, 공연히 피해자들의 명예를 훼손하였다.

검사는 <제국의 위안부>에 수록된 35개 표현에 대해 공소를 제기하였다.

### 소송의 경과

1심 무죄: 5개 표현 사실적시 인정했으나, 사회적 평가 침해라고 보기 어렵거나 피해자 특정 부인, 명예훼손 고의도 부정(서울동부지방법원 2017. 1. 25. 선 고 2015고합329 판결)

1심은 공소제기된 35개 표현에 대하여 5개는 사실의 적시에 해당하고 30개는 사실의 적시에 해당하지 않는다고 보았다. 그러나 사실의 적시에 해당하는 5개 표현도 아래와 같이 일부는 명예가 훼손되지 않고, 일부는 집단표시에 의한 것으로 피해자가 특정되었다고 볼 수 없고, 무엇보다 박교수에게 명예훼손의 고의가 없다고 보아, 무죄를 선고했다.

공소사실 관련 내용	사실의 적시라고 본 부분 (문장 앞뒤 생략한 부분 있음)	1심 법원 판단
일본국이 공식적인 정책을 통해 조선인 여성들을 유괴하거나 물리적으로 강제연행하여 일본 군위안부로 만든 사실이 없다.	<ul style="list-style-type: none"> <li>· '위안부'들을 '유괴'하고 '강제연행'한 것은 최소한 조선 땅에서는, 그리고 공적으로는 일본군이 아니었다.</li> <li>· 강제연행과 강제노동 자체를 국가와 군이 지시하지 않는 이상</li> <li>· '강제연행'이라는 국가폭력이 조선인 위안부에 관해서 행해진 적은 없다</li> </ul>	일본군위안부 피해자들의 사회적 가치나 평가를 저하시키는 내용이 아님 : 피해자로서의 사회적 평가의 핵심은 자신의 의사에 반하여 위안부로서의 생활을 강요당하였다는 것이지, 강제연행 등의 주체가 일본국(일본군)인지 아니면 민간인 포주나 업자인지는 피해자의 사회적 가치나 평가에 영향을 미치는 것이 아니라는 점 고려
자발적인 의사에 따라 위안부가 된 사람이 있다.	<ul style="list-style-type: none"> <li>· "그런 유의 업무에 종사하던 여성이 스스로 희망해서 전행터로 위문하러 갔다"든가 "여성이 본인의 의사에 반해서 위안부를 하게 되는 경우는 없었다"(N)고 보는 견해는 '사실'로는 옳을 수도 있다.</li> <li>· '자발적으로 간 매춘부'라는 이미지를 우리가 부정해온 것 역시 그런 욕망, 기억과 무관하지 않다.</li> </ul>	명예훼손적 사실의 적시에는 해당하나, 집단의 명칭만을 표시한 것으로서 비난의 정도가 희석되어 고소인 개인의 사회적 평가에 영향을 미칠 정도에까지 이르지 않음. 조선인 일본군위안부 전체규모가 아무리 적게 잡아도 1만5,000여명이상이고 많게 보면 32만명에 달할 뿐더러, 무엇보다 박교수가 '10대 소녀시절 일본 군인에 의하여 직접 강제 연행되어 위안부가 된 사람의 모습'뿐만 아니라 그와 다른 모습의 위안부도 존재했다는 점을 알 필요가 있다'라고 주장하는 점을 감안하면, 일반독자들은 문제된 표현이 고소인들을 가리키는 것으로 인식하지 않고 그동안 위안부 피해를 입었다고 밝히지 못하여 세상에 드러나지 않았던 나머지 피해자들을 가리키는 내용으로 인식할 여지가 많음

마지막으로 1심은 <제국의 위안부>가 연구 결과의 발표에 해당하는 이상, 명예훼손 고의를 인정함에 매우 신중해야 하는바, 박교수에게 명예훼손의 고의가 없다고 보았다.

“학문의 자유에는 언론·출판의 방법으로 학문적 연구의 결과를 발표하는 자유가 포함되는 것이므로, 결국 연구 결과를 발표하는 행위는 표현의 자유의 보호대상이 되고 동시에 학문의 자유의 보호대상도 되어 다른 일반적인 언론·출판에 비하여 고도의 헌법상 보장을 받는다. 또한 학문의 연구는 기존의 사상과 가치에 대하여 의문을 제기하고 비판을 가함으로써 이를 개선하거나 새로운 것을 창출하려는 노력이므로, 그 연구의 자료가 사회에서 현재 받아들여지고 있는 기존의 사상 및 가치체계와 상반되거나 저촉된다 하더라도 용인되어야 한다(대법원 2007. 5. 31. 선고 2004도254 판결 등 참조). 따라서 명예훼손 여부가 문제 되는 표현이 학문적 연구 결과의 발표에 해당하는 경우에는, 이러한 이유에서도 그러한 표현에 대한 제한이 완화되고, 명예훼손의 고의를 인정함에 있어서 더욱 신중하여야 한다.”

1심이 박교수에게 명예훼손의 범의를 인정할 수 없다고 본 주요 근거는 아래와 같다.

첫째, 박교수는 위안부 문제가 20년 동안 해결이 되지 않고 있는 이유 중에 하나는 ‘위안부’가 결코 하나로 설명될 수 있는 존재가 아님에도 취사선택된 정보만으로 하나의 이미지와 기억만을 만들어 그로 인한 결과로 한일 양국의 혐오가 커졌기 때문이고, <제국의 위안부> 연구결과가 이러한 한일 관계에 도움이 되었으면 한다고 밝힌 바, 박교수의 저술 의도가 피해자들의 사회적 평가를 저하시키려는 데 있지 않다.

둘째, 조선인 일본군위안부 문제는 공공성, 사회성을 가지는 공적 관심사안이므로, 사적인 영역에 관한 사안과 달리, 활발한 공개 토론과 여론 형성을 위하여 폭넓은 표현의 자유를 보장하여 줄 필요가 있다.

셋째, <제국의 위안부>가 이미 알려진 기존의 사료와 선행연구결과를 토대로 우리 사회의 주류적 시각과 다른 입장을 담은 학술적 성격의 대중서로, 새로운 사료를 날조하거나 기존 사료 내용을 자체를 왜곡하는 방법으로 허위의 역사적 사실을 작출하려는 의도를 가졌다고 보이지 않는다. 피해자들에 대해서 이미 어느 정도 역사적 평가가 확립되어 가는 상황인바, 이 책이 기존의 사회적 평가에 유의미할 정도로 부정적인 영향을 미치기도 어렵다.

넷째, 이 책에 대해서 여러 비판이 있을 수 있으나, “이는 어디까지나 서로 다른 가치판단과 평가 사이의 당부를 따지는 문제로서, 그에 관한 판단은 형사소송절차에서 법원이 수행할 수 있는 능력과 권한의 범위를 벗어난다. 학문적 표현의 자유는 옳은 의견뿐 아니라 틀린 의견도 보호한다. 옳은 의견만 보호를 받는다면, 의견의 경쟁이란 존재할 수 없을 것이고, 그 경우 학술적 의견의 옳고 그름을 결정하는 주체는 결국 국가기관이 될 것이다. 피고인의 견해에 대한 당부의 판단은 학문의 장에서 전문가들이, 나아가 사회적 공론의 장에서 모든 시민이 서로 자유롭게 의견을 교환하여 상호 검증과 논박을 거치는 방식으로 이루어져야 하고 또 그렇게 함으로써 가장 잘 이루어질 수 있다. 실제로 피고인이 이 사건 책을 펴낸 이후 국내외 학계의 전문가들을 비롯한 많은 사람들이 위와 같은 여러 관점에서 피고인의 주장을 비판

하는 의견을 개진하였 (중략) 이를 보더라도 우리 사회의 공론의 장은 피고인이 이 사건 책에서 개진한 주장에 대해 합리적인 검증과 논박을 행함으로써 조선인 일본군위안부 문제에 대하여 역사적 진실을 밝히고 적정한 의견 접근에 도달할 수 있는 충분한 능력이 있다고 보인다.”

2심 1,000만원 선고: 허위사실적시 명예훼손 (서울고등법원 2017. 10. 27. 선고 2017노610판결)

검사가 항소하였고, 2심은 11개 표현에 대하여 허위사실 적시 명예훼손을 인정하고, 피해자 특정, 명예훼손 고의도 인정하여 벌금 1,000만원을 선고하였다.

먼저 2심은 유엔(UN)경제사회위원회 인권위원회 특별보고관 보고서, 유엔인권소위원회 특별보고관 보고서 등을 참조하면 당시 위안부가 본인의 의사에 반하여 모집된 사례가 많은 것이 분명한데, 그럼에도 불구하고 <제국의 위안부>에서 단정적으로 표현된 서술이 독자들에게 ‘대부분 또는 많은 조선인 위안부들이 자발적으로 위안부가 되어 경제적 대가를 받고 성매매를 하였고 애국적으로 일본군에 협력했다고 받아들여도록 서술되어 있으므로, 명예를 훼손하는 허위사실에 해당한다고 보았다.

또한 비록 조선인 일본군위안부가 수만 명에서 수십만 명까지 추산되기는 하나 집단 내에서 피해자가 특정되는지 여부는 반드시 집단의 크기만을 고려하여서는 안 되고, 공표의 대상이 광범위한 경우에도, 제3자가 보아 집단에 대한 명예훼손이 개별 구성원에게 되어진 것이라고 이해될 가능성이 큰 경우라면 개별 구성원에 대한 명예훼손이 된다고 보았다. 오늘날 위안부 문제의 중심에는 자신이 일본군 위안부였음을 밝히고 일본의 사죄와 배상을 요구하는 위안부 피해자들이 있고, 자신이 일본군 위안부임을 밝히지 않는 한 제3자는 이를 알 수 없고, 스스로 일본군 위안부였다고 나타내고 있는 사람에게만이 명예훼손 문제가 생길 뿐이므로, 이를 밝히지도 않는 사람까지 포함하여 명예훼손 성립을 논할 수 없다고 보았다. 따라서 피해자 특정이 된다고 보았다.

마지막으로 명예훼손의 고의와 관련하여, 허위사실 적시로 인한 명예훼손죄는 비방의 목적까지 요하지 않고, 허위 인식 여부는 성질상 외부에서 증명하기 어려우므로, 공표된 사실의 내용과 구체성, 소명자료의 존재 및 내용, 피고인이 밝히는 사실의 출처 및 인지 경위 등을 토대로 피고인의 학력, 경력, 사회적 지위, 공표 경위, 시점 및 그로 말미암아 예상되는 파급효과 등의 여러 객관적 사정을 고려하여 판단할 수밖에 없는데, 박교수는 오래 위안부 문제를 연구하여 왔고, 각종 자료들을 통하여 조선인 일본군위안부들이 자신들의 의사에 반하여 동원되었던 사실 등에 대해서 잘 알고 있었을 것임에도, 많은 조선인 위안부들이 자발적으로 위안부가 되어 경제적 대가를 받고 성매매를 한 것으로 독자들이 인식하게끔 단정적인 표현을 사용하였으므로, 박교수는 명예훼손 고의가 있었다고 보았다.

대법원 무죄 취지 파기환송 : 사실의 적시 부인 (대법원 2023. 10. 26. 선고 2017도18697 판결)

검사, 피고인이 모두 상고하였다.

대법원의 주요 판시는 아래와 같다.

“(중략) 학문적 표현의 자유는 학문의 자유의 근간을 이룬다. (중략) 헌법 제22조 제1항이 학문의 자유를 특별히 보호하는 취지에 비추어 보면, 학문적 표현의 자유에 대한 제한은 필요 최소한에 그쳐야 한다. 따라서 기본적 연구윤리를 위반하거나 해당 학문 분야에서 통상적으로 용인되는 범위를 심각하게 벗어나 학문적 과정이라고 보기 어려운 행위의 결과라거나, 논지나 맥락과 무관한 표현으로 타인의 권리를 침해하는 등의 특별한 사정이 없는 한 원칙적으로 학문적 연구를 위한 정당한 행위로 보는 것이 타당하다”

“학문 연구도 헌법질서 내에서 이루어질 때에 보호받을 수 있으므로, 인간의 존엄성 및 그로부터 도출되는 인격권에 대한 존중에 바탕을 두어야 한다. 따라서 연구자들은 연구 주제의 선택, 연구의 실행뿐만 아니라 연구 결과 발표에 이르기까지 타인의 명예를 보호하고, 개인의 자유와 자기결정권을 존중하며, 사생활의 비밀을 보호하는 것을 소홀히 하여서는 안 된다. 특히 사회적 약자나 소수자와 같이, 연구에 대한 의견을 표출하거나 연구 결과를 반박하는 데에 한계가 있는 개인이나 집단을 대상으로 연구를 하는 경우에는, 연구의 전 과정에 걸쳐 이들의 권리를 존중하여야 할 특별한 책임을 부담한다.”

(단정적인 표현이 아닌 전문 또는 추측의 형태로 표현되었다라도 표현 전체의 취지로 보아 사실 암시 방식으로 인정되는 경우에는 사실의 적시로 인정하여 왔다. 하지만) “학문적 표현의 자유를 실질적으로 보장하기 위해서는, 학문적 연구 결과 발표에 사용된 표현의 적절성은 형사 법정에서 가려지기보다 자유로운 공개토론이나 학계 내부의 동료평가 과정을 통하여 검증되는 것이 바람직하다. 그러므로 학문적 연구에 따른 의견 표현을 명예훼손죄에서 사실의 적시로 평가하는 데에는 신중할 필요가 있다. 역사학 또는 역사적 사실을 연구 대상으로 삼는 학문 영역에서의 ‘역사적 사실’과 같이, 그것이 분명한 윤곽과 형태를 지닌 고정적인 사실이 아니라 사후적 연구, 검토, 비판의 끊임없는 과정 속에서 재구성되는 사실인 경우에는 더욱 그러하다. 이러한 점에서 볼 때, 학문적 표현을 그 자체로 이해하지 않고, 표현에 숨겨진 배경이나 배후를 선불리 단정하는 방법으로 암시에 의한 사실 적시를 인정하는 것은 허용된다고 보기 어렵다.”

주요 판시에 따라 대법원은 2심에서 명예훼손으로 인정된 표현은 박교수의 학문적 주장 내지 의견의 표명일 뿐, 명예훼손죄로 처벌되는 사실의 적시로 볼 수는 없다고 판단했는데, 구체적인 논거는 아래와 같다.

첫째, <제국의 위안부>는 박교수의 학문적 표현물이고, 이 과정에서 기본적인 연구윤리를 위반했다거나, 연구자료를 위조, 변조했다거나, 피해자들의 자기결정권, 사생활 비밀의 자유, 존엄을 경시했다고 보이지 않는다.

둘째, <제국의 위안부> 전체적인 내용을 보면, 강제로 끌려가는 조선인 일본군위안부들을 양산

한 구조는 일본이라는 사실을 부정하는 것이 아니다. 다만 일본 이외에 다른 사회 구조적 문제(제국주의 사조, 전통적 가부장제 질서 등)도 있었으므로, 일본의 책임 부분에만 주목한다면 위안부 문제가 해결되지 않는다는 이 책의 주제 의식을 부각하는 과정에서 명예훼손이 문제된 표현이 나온 것이다.

셋째, 소규모 집단이나 비교적 균일한 특성을 갖고 있는 집단에 관한 과거의 구체적 사실의 표현은 비교적 증명이 용이할 뿐만 아니라, 표현으로 인한 인격권 침해의 효과가 피해자에게 그대로 미치게 되지만, 이를 넘어서는 범위의 집단에 관한 일반화되고 추상화된 표현은 시대상(時代相)을 정의하는 것과 같이 역사적 사실에 기반한 연구자 개인의 해석으로서 학문적 주장 내지 의견의 표명으로 볼 여지가 크다. 조선인 일본군 위안부는 집단의 크기 상 소규모도 아니고, 다양한 연행 경위나 피해 양상에 비추어 균일한 특성을 가지고 있는 집단도 아니다. 따라서 이 사건 표현은 조선인 일본군 위안부 전체에 대한 의견에 해당한다.

넷째, 학문적 표현에 사용된 용어의 개념에 관하여 다양한 입장이 존재할 수 있고, 어느 하나의 견해만이 옳다고 국가가 선언하는 것은 학문의 자유에 대한 부당한 침해이다. 이를테면 ‘공적 강제연행’ 개념에 대하여 검사는 일본의 공적 강제연행이 있었다고 주장하나, 박교수는 일부 군인의 일탈행위가 있었으니 공식계통을 통한 공적강제연행이 있었다고 볼 수 없다고 주장한다. 국가 차원에서 어느 정도 개입이 존재하여야 이를 ‘공적 강제 연행’으로 부를 수 있는지에 대해서 다양한 해석이 가능하므로, 이에 대한 서술 부분을 사실의 적시라 볼 수 없다.

다섯째, 학문적 표현, 특히 역사적 사실에 관한 학문적 표현을 그 자체로 이해하지 않고, 표현에 숨겨진 배경이나 배후에 주목하여 손쉽게 암시에 의한 사실을 적시한다고 평가할 수 없다.

“학문적 표현의 자유를 위해서 명예훼손 사실적시는 신중해야”

〈제국의 위안부〉 판결은 대법원이 학문적 표현의 자유를 실질적으로 보장하기 위해서 해당 표현의 적절성이 형사 법정에서보다는 자유로운 공개토론 등을 통해 검증이 되어야 한다고 보고, 이를 위해 명예훼손 사실 적시 인정을 신중하게 할 필요가 있다고 본 점에서 의미가 깊다. 이와 동시에 대법원은 학문 연구가 헌법질서 내에서 이루어질 때 보호받을 수 있다는 제한은 분명히 명시하였다. 〈제국의 위안부〉 사례는 학문의 자유와 명예훼손이 충돌하는 유사사안에서 유효한 기준이 될 수 있을 것으로 보인다. 