

# 『제국의 위안부』 형사 판결의 비판적 분석\* \*\*

## - 서울고등법원 2017노610 판결을 중심으로 -

홍승기

인하대학교 법학전문대학원 교수

〈 목 차 〉

- I. 사안의 경위
- II. 법원의 판단
  - 1. 이 사건 표현
  - 2. 허위 사실의 적시
- III. 법원 판단의 분석
  - 1. 논의의 전제
  - 2. 합리적 의심을 배제할 증명
  - 3. 이 사건 표현의 분석
- IV. 결론

\* 투고일 : 2020. 03. 01, 심사일 : 2020. 03. 11, 게재일 : 2020. 03. 31.

\*\* 이 논문은 인하대학교 2019년 교내연구비의 지원으로 작성된 것임.

## 〈 국문초록 〉

일본문학을 전공하는 박유하 교수가 2013년 출간한 『제국의 위안부』와 관련하여 서울고등법원은 2017년 ‘허위의 사실을 적시’하여 위안부의 명예를 훼손하였다는 이유로 유죄 판결을 하였다. 항소심 판단은, 사용된 어휘의 통상적 의미, 전체적 흐름, 문구의 연결, 전체의 문맥이나 사회적 흐름 등을 종합적으로 검토하지 않고, 이 사건 표현을 파편화하여 그 의미를 왜곡하였다. 무엇보다도, 유죄에 대한 상당한 의심(actual and substantial doubt)을 무시하고 ‘합리적 의심의 배제’라는 형사 증거법의 기본원칙을 어겼다는 비난을 피하기 힘들다. 이 사건 표현은 기본적으로 학자의 의견이고 평가이다. 입장을 달리하여 이 사건 표현들 가운데 ‘사실’이 일부 있다 하더라도 그 사실은 『제국의 위안부』의 전체적 맥락에서 파악하면 ‘허위’ 사실이라고 단정할 수 없는 표현이다. 한편 『제국의 위안부』의 ‘위안부’란 ‘조선인 일본군 위안부 전체’를 의미한다는 점이 맥락상 분명한데, 항소심은 굳이 이 사건 피해자들을 지칭하는 것으로 범위를 좁혔다. 위안부 문제와 같이 공적인 관심사이자 역사적 사실의 표현에 있어서는, 관련자들의 명예와 함께 역사적 사실의 탐구 및 표현의 자유 역시 보호되어야 한다. 객관적 자료에 한계가 있고, 시각을 달리하는 새로운 자료가 뒤엎겨 객관적 진실 여부를 확인하는 것이 용이하지 않은 사건에서는 유죄 판단을 극도로 자제하여야 할 것이다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결 등). 항소심은 학술서에 대한 사법적 판단에 반드시 필요한 절제와 고심의 경계선을 크게 넘었다.

## 〈 주 제 어 〉

제국의 위안부, 사실, 의견, 공적인 관심사, 합리적 의심

## I. 사건의 배경

일본 문학자 박유하(이하 ‘저자’)가 2013년 출간한 『제국의 위안부』는 저자가 오랜 기간 일본에 유학하고 일본 문학 연구자로서 경험한 한일관계의 갈등, 특히 그 중심에 있는 위안부 문제에 집중한 학술서이다.<sup>1)</sup> 『제국의 위안부』는 그 내용이 위안부 할머니들의 명예를 훼손했다는 이유로 출판금지 및 접근금지 가처분 신청,<sup>2)</sup> 명예훼손을 원인으로 한 손해배상 청구<sup>3)</sup> 및 형사소송

1) 박유하, 『제국의 위안부』, 뿌리와 이파리, 2013, 5-9쪽.

등 여러 건의 분쟁에 휘말렸다.

형사소송을 담당한 서울동부지방법원은 2017년 1월 25일 35개 범죄사실에 대하여 전부 무죄를 선고하였다(2015고합329 판결).<sup>4)</sup> 2017년 10월 27일 서울 고등법원은 원심을 파기하고 공소장 첨부 범죄일람표 중 아래 11개 표현이 “피해자들의 명예를 훼손하는 허위사실”이고, 저자에게는 명예훼손의 “고의”가 있으며, 『제국의 위안부』가 지칭하는 위안부는 “조선인 일본군 위안부 전체”가 아니라 “자신이 위안부임을 밝히고 일본 정부에 사죄와 책임을 요구하는 ‘조선인 위안부’ 집단 내 구성원인 이 사건 피해자들을 지칭한다”고 하였다(2017노610 판결).

아래에서 학문의 자유를 전제로 ‘학자의 새로운 시각’을 허위사실로 단죄한 법원의 판단을 평가하고, 형사소송에 있어서 증거법의 적용이 적절하였는지를 비판적으로 모색할 것이다.

## II. 서울고등법원의 판단

### 1. 이 사건 표현

항소심이 유죄로 인정한 표현만 분류하면 다음과 같다. 아래에서는 이들 표현을 개별로는 ‘이 사건 표현’, 묶어서는 ‘이 사건 표현들’이라고 한다.

- 
- 2) 2015년 2월 17일 법원은 『제국의 위안부』 중 ‘34개 표현을 삭제하지 않고는 출판 등을 하여서는 안 된다’는 결정을 하였다(서울동부지방법원 2014가합10095 결정).
  - 3) 위안부 할머니 9인 명의의 손해배상 사건에 대하여 법원은 2016년 1월 13일 원고 9인에게 각 1천만원의 위자료를 인정하였다(서울동부지방법원 2014가합 104726 판결). 현재 이 사건은 서울고등법원에 계속 중이다.
  - 4) 1심 법원은, 35개 표현의 공소사실 중 일부는 의견의 표명에 불과하고, 일부는 사실의 적시에는 해당하나 구체적 사실의 적시라고 볼 수 없으며, 나머지 일부는 명예훼손적 사실의 적시에는 해당하나 집단의 명칭만을 표시한 것으로서 그 집단의 개별 구성원인 고소인들이 구체적으로 특정되었다고 볼 수 없다고 하였다. 항소심이 유죄를 인정한 ‘이 사건 표현들’만을 대상으로 하면 5, 20, 26은 사실적시에는 해당하나 명예훼손적이지 않고, 7, 10, 11, 23, 27, 30은 의견에 해당할 뿐이고, 16, 34는 명예훼손적 사실의 적시에는 해당하지만 피해자가 특정되지 않았다고 판단하였다.

5	그러나 '위안부'들을 '유괴'하고 '강제연행'한 것은 최소한 조선 땅에서는, <u>그리고 공적으로는 일본군이 아니었다.</u> 말하자면 수요를 만든 것이 곧 강제연행의 증거가 되는 것은 아니다.
7	“응모했을 때도 그랬지만, 이런 몸이 된 나도 군인들을 위해 일할 수 있다. 나라를 위해 몸바칠 수 있다고 생각하고 그네들은 기뻐하고 있었습니다. 그랬기 때문에, 자유로워져서 내지에 돌아가도 다시 몸 파는 일을 할 수밖에 없다는 것을 알고 있었기 때문에, 여성들은 군인들을 위해 온 힘을 다할 수 있었던 것입니다. 물론 돈도 벌고 싶었겠지만요.(26쪽)” 물론 이것은 일본인 위안부의 경우다. 그러나 조선인 위안부 역시 '일본제국의 위안부'였던 이상 기본적인 관계는 같다고 해야 한다.
10	버마의 양곤(랑군)에 있다가 전쟁 막바지에 폭격을 피해 태국으로 피신했던 이 위안부 역시 일본군의 안내로 일본까지 왔다가 귀국한 경우다. 이들이 '전쟁범인', 즉 전범들이 있는 곳으로 가게 된 이유는 이들이 '일본군'과 함께 행동하며 '전쟁을 수행'한 이들이었기 때문이다. 그건 설사 그들이 가혹한 성노동을 강요당했던 '피해자'라고 해도 '제국의 일원'이었던 이상 피할 수 없는 운명이었다.
11	조선인 여성이 위안부가 된 것은 오늘날에도 여전히, 다른 경제활동이 가능한 문화자본을 갖지 못한 가난한 여성들이 매춘업에 종사하게 되는 것과 같은 구조 속의 일이다.
16	그런 의미에서 봤을 때 “ <u>그런 유의 업무에 종사하던 여성이 스스로 희망해서 전쟁터로 위문하러 갔다</u> ”든가 “ <u>여성인 본인의 의사에 반해서 위안부를 하게 되는 경우는 없었다</u> ”(기무라 사이조)고 보는 견해는 '사실'로는 옳을 수도 있다.
20	그러나 국가가 군대를 위한 성노동을 당연시한 것은 사실이지만, 당시에 법적으로 금지되어 있지 않았던 이상 그것에 대해 '법적인 책임'을 묻는 것은 어려운 일이다. 또 <u>강제연행과 강제노동 자체를 국가와 군이 지시하지 않는 이상(일본군의 공식 규율이 강간이나 무상노동, 폭행을 제어하는 입장이었던 이상) 강제연행에 대한 법적 책임을 일본 국가에 있다고는 말하기 어려운 일이다.</u> 다시 말해 위안부들에게 행해진 폭행이나 강제적인 무상노동에 관한 피해는 1차적으로는 업자와 군인 개인의 문제로 물을 수밖에 없다.
23	그런 한, '피해자' 소녀에게 목도리를 돌려주고 양말을 신겨주고 우산을 받쳐 주던 사람들이, 그녀들이 <u>일본옷을 입고 일본이름을 가진 '일본인'으로서 '일본군'에 협력했다는 사실을 알게 된다면</u> 똑같은 손으로 그녀들을 손가락질할 지도 모른다.

26	그러나 일본 정부는 사죄했고 2012년 봄에도 다시 사죄를 제안했다. 그리고 앞으로도 정대협이 주장하는 국회입법이 이루어질 가능성은 없다. 그 이유는 1965년의 조약, 그리고 적어도 '강제연행'이라는 국가폭력이 조선인 위안부에 관해서 행해진 적은 없다는 점, 있다고 한다면 어디까지나 예외적인 사례여서 개인의 범죄로 볼 수밖에 없고 그런 한 '국가범죄'라고 말할 수는 없다는 점에 있다.
27	1996년 시점에 '위안부'란 근본적으로 '매춘'의 틀 안에 있던 여성들이라는 것을 알고 있었던 것이다.
30	'조선인 위안부'란 "이렇게 해서 조선이나 중국의 여성들이 일본의 공창제도의 최하층에 편입되었고, 아시아 태평양전쟁기의 '위안소'의 최대 공급원"(110쪽)이 되면서 생긴 존재였다.
34	그리고 '자발적으로 간 매춘부'라는 이미지를 우리가 부정해온 것 역시 그런 욕망, 기억과 무관하지 않다.

## 2. 허위사실의 적시5)

① 피해자 이OO등 9인은 일본군 위안부 피해자들로서, 사실은 일본국의 매춘부와는 달리 본인들의 의사에 반하여 일본군에 의해 '위안부'로 강제동원되거나 강제연행되어 일본군의 감시 아래 전시상황의 중국, 동남아 등지에 설치된 위안소에 간혀 최소한의 인간다운 생활도 보장받지 못한 채 하루에 수십 명의 군인들을 상대하며 성적 쾌락의 제공을 강요당한 '성노예'에 다름 없었고, 해야 할 일의 내용이 무엇인지를 알면서 본인 또는 부모의 선택에 의하여 자발적으로 간 매춘부가 아니었으며, 일본국과 일본군에 애국적 또는 자궁적으로 협력하지 아니하였고, 일본군은 위와 같이 설치된 위안소를 설치, 운영하고 위안부를 국의 송출하는 과정에 강제동원과 강제연행의 방법으로 광범위하게 개입하는 등의 행위를 하였다.

② 그럼에도 피고인은 ... “조선인 위안부 역시 ‘일본제국의 위안부’였던 이상 기본적인 관계는 같다”, “여성이 본인의 의사에 반해서 위안부를 하게 되

5) 판결문 원문의 뜻을 해하지 않는 범위에서 일부 축약하고 단락을 나누었다.

는 경우는 없었다”, “1996년 시점에 ‘위안부’란 근본적으로 ‘매춘’의 틀 안에 있던 여성들이라는 것을 알고 있었던 것이다” 등 범죄일람표 순번, 7, 11, 16, 27, 30, 34와 같이 기재하여 명시적 또는 암시적으로 “조선인 일본군 위안부들은 일의 내용이 군인을 상대하는 매춘임을 인지한 상태에서 생활을 위해 본인의 선택에 따라 ‘위안부’가 되어 경제적 대가를 받고 성매매를 하는 매춘업에 종사하는 사람이다”라는 허위의 사실을 적시하고,

③ “이들이 ‘전쟁범인’ 즉 전범들이 있는 곳으로 가게 된 이유는 이들이 ‘일본군’과 함께 행동하며 ‘전쟁을 수행한’ 이들이었기 때문이다”, “그녀들이 일본 옷을 입고 일본 이름을 가진 ‘일본인’으로서 ‘일본군’에 협력했다는 사실을 알게 된다면 똑같은 손으로 그녀들을 손가락 할지도 모른다”는 등 범죄일람표 순번 7, 10, 23과 같이 기재하여 명시적 또는 암시적으로 “조선인 일본군 위안부들은 일본군과 동지의식을 가지고 일본 제국 또는 일본군에 애국적, 자궁적으로 협력하였다”는 허위의 사실을 적시하고,

④ “‘위안부’들을 ‘유괴’하고 ‘강제연행’한 것은 최소한 조선 땅에서는, 그리고 공적으로는 일본군이 아니었다”는 등 범죄일람표 순번 5, 16, 20, 26과 같이 기재하여 명시적으로 또는 암시적으로 “조선인 일본군 위안부들의 동원 과정에서 일본군의 강제연행은 없었다, 있다고 한다면 군인 개인의 일탈에 의한 것이어서 공적으로 일본군에 의한 것이 아니다”는 허위의 사실을 적시한 『제국의 위안부』를 출판하고 배포하여 공연히 피해자들의 명예를 훼손하였다.

### Ⅲ. 법원 판단의 분석

#### 1. 논의의 전제

##### (1) 표현의 자유와 학문의 자유

우리 헌법은 문화국가의 원리를 기본원리로 채택하고,<sup>6)</sup> 문화국가를 실현하기 위한 정신적 기본권으로 양심과 사상의 자유, 언론·출판의 자유, 학문과 예술의 자유 등을 규정한다. 학문의 연구방법은 ‘학문적으로 논증되어야’ 하고 ‘학문적인 자기통제 과정’을 거쳐야 한다. 학문 연구결과와 발표는 학문외적 고려로 인한 제약 없이, 학계의 논쟁에 의하여 진위가 통제될 수 있을 때 그 효과를 기대할 수 있다.<sup>7)</sup> 학문의 연구는 기존 사상 및 가치에 대하여 의문을 품고 비판하여 기존의 틀을 개선하고 새로운 것을 창출하는 노력이다. 따라서 그 연구의 자료가 사회에서 현재 받아들여지고 있는 가치체계와 상반되거나 저촉된다고 하여도 용인되어야 할 것이다.<sup>8)</sup>

언론 출판의 자유는 학문의 자유 등 정신적인 자유를 외부적으로 표현하는 자유이다.<sup>9)</sup> 학문의 자유·표현의 자유를 행사하는 과정에서 명예훼손의 발생은 피하여야 하지만(헌법 제21조 제4항),<sup>10)</sup> 표현의 ‘내용’이 시민사회의 성숙한 여론형성에 미치는 영향이 심각할수록 표현의 보호가치가 커진다고 보아야 한다. 학문의 발표로 인한 명예훼손이 발생하였다고 하더라도 그 표현이 국민의 알권리를 충족시키고 성숙한 여론형성에 기여한다면 그 제한은 사적 영역에서보다 완화되어야 하는 것이다.<sup>11)</sup> 인격권으로서의 개인이나 단체의 명예 보호라는 법익과 학문의 자유 보장이라는 법익이 충돌하는 경우 학문의 자유로 얻어지는 이익과 인격권의 보호로 달성되는 가치를 형량하여, 공적인 관심사가 된 역사적인 사실에 관한 표현에 대하여서는 피해자의 명예 못지않게 역사적 사실에 대한 탐구 또는 표현의 자유 역시 보호되어야 하며, 또 진실 여부를 확인할 수 있는 객관적 자료에도 한계가 있어 진실 여부를 확인하는 것이 용이하지 않은 점도 고려하여야 한다.<sup>12)</sup>

6) 헌법전문은 “정치 경제 사회 문화의 모든 영역에 있어서 각인의 기회를 균등히”할 것은 선언한다.

7) 허영, 『한국헌법론(전정11판)』, 박영사, 2015, 438-440쪽.

8) 대법원 2007. 5. 31. 선고, 2004도 254 판결.

9) 헌재 1992. 11. 12. 89헌마88 결정.

10) 제21조 ④ 언론·출판은 타인의 명예나 권리 또는 공중도덕이나 사회윤리를 침해하여서는 아니된다. 언론·출판이 타인의 명예나 권리를 침해한 때에는 피해자는 이에 대한 피해의 배상을 청구할 수 있다.

11) 헌재 1999. 6. 24, 97헌마 265 결정.

## (2) 사실의 적시와 의견

명예훼손죄는 ‘사실의 적시’(statements of fact)에 대한 범죄이고 ‘의견’(opinion)을 대상으로 하지 않는다(형법 제307조). 사실과 의견의 취급에 대해서는 미국에서 판례법을 중심으로 활발하게 논증되었고, 우리 법원도 그 영향을 강하게 받고 있다.

### 1) 미국에서 논의의 전개

연방대법원은 1974년 거츠 판결<sup>13)</sup>의 방론(dicta)에서, 수정헌법 제1조에 의하여 ‘의견’은 절대적으로 면책된다고 하였다.<sup>14)</sup> 구속력이 없는 방론에서의 실시였음에도 연방과 주의 각 법원은 이를 헌법상의 명령으로 받아들였다(constitutional opinion privilege). 그러나 법원이 ‘의견’과 ‘사실’의 구분 기준을 제시하지 않았으므로 그 분류에 대한 새로운 논의가 필요하였다.<sup>15)</sup>

1977년 리스테이트먼트 제2판은 의견 형태의 진술이 있는 경우 상대방도 알고 있는 사실을 근거로 한 순수의견(pure opinion)은 면책이 되지만, 상대방에게 알려지지 않은 사실을 함축한 혼합의견(mixed opinion)에는 책임이 인정될 수 있다고 하였다. 이러한 입장은 1979년 올만 사건<sup>16)</sup>에서 순수의견과 혼성의견(hybrid opinion)으로 발전하였다.<sup>17)</sup> 대부분 의견은 사실을 포함

12) 대법원 1998. 2. 27. 선고, 97다19038 판결 등.

13) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323 (1974). 공직자(public official)도 공인(public figure)도 아닌 변호사 Gertz에 대해 지역신문이 명예훼손성 기사를 실어 분쟁이 되었다. 이 사건에서는 *New York Times v. Sullivan* 기준의 적용 여부가 쟁점이었다.

14) “Under the First Amendment, there is no such thing as a false idea. However pernicious an opinion may seem, we depend for its correction not on the conscience of judges and juries, but on the competition of other ideas. But there is no constitutional value in false statements of fact.” *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. at 339, 340. George C. Christie, “Defamatory Opinions and the Restatement (Second) of Torts”, 『Michigan Law Review』 Vol 75 (August, 1977), p.1623에서 재인용.

15) 박용상, 『언론과 개인법익』, 조선일보사, 1997, 443쪽.

16) *Ollman v. Evans*, 479 F.Supp. 292 (D.D.C.1979).

17) 정치학과 교수의 성향을 거친 언어로 공격한 칼럼니스트의 글이 면책 대상인 ‘의견’ 인지가 쟁점이었다.



하므로(opinion laden with factual content), 사실과 의견의 구별이 쉽지 않다.<sup>18)</sup> 올만 사건의 법원은 문제가 된 표현이 모두 의견에 해당하여 절대적으로 면책이 된다는 결론을 내리면서, 의견과 사실의 구별 기준을 제시하였다. 언어의 통상적 의미와 용법(the common usage or meaning of the language), 입증 가능성(the statement's verifiability), 문장의 맥락(the full context of the statement), 사회적 맥락(broader context of the setting in which the statement appears) 등 4개 요소 등 전반적 상황(totality of circumstances)을 전제로 판단하자고 한 것이다.<sup>19)</sup>

1990년 밀코비치 사건<sup>20)</sup>에서 연방대법원은 거츠 사건이 의견에 부여하는 특권을 부정하였다.<sup>21)</sup> 법원은 문제된 칼럼이 의견의 형식을 빌어 실제로는 명예훼손적인 '사실'을 표현하였다는 이유로 언론사의 책임을 인정하였다. 밀코비치 사건은 의견의 근거 사실을 밝히더라도 그 사실이 ① 부정확하거나(incorrect), ② 불완전하거나(incomplete), ③ 발표자의 평가에 오류가 있다면(erroneous assessment), 허위사실을 함축(false assertion of fact)하는 그러한 의견에 대하여는 책임을 질 수 있다고 함으로써 의견의 보호 범위를 축소하였다.<sup>22)</sup> 밀코비치 사건 이후의 변화에 대하여는, 의견에 사실이 숨어 있는지 기술적인 분석과 미세 조정이 필요하게는 되었으나, 의견 보호에 결정적 차이가 생긴 것은 아니라고 한다. 여전히 대부분 법원은 의견을 면책하고 있고, 다만 의견의 면책을 유지하기 위하여 더욱 고심하고 있다는 것이다.<sup>23)</sup> 대표

18) 박용상, 앞의 책, 444쪽.

19) Mark Sableman, "Opinion and Libel", Thompson Coburn LLP. p.10.

〈file:///C:/Users/user/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/6V9C511T/opinion-and-libel.pdf〉.

20) Milkovich v. Lorain Journal Co., 487 U.S.1 (1990).

21) 고등학교 레슬링 팀 코치가 해당 팀의 출장정지 조치의 적법성을 다투는 소송에서 위증을 했다는 취지의 칼럼이 게재되자 언론사를 제소하였고, 법원은 그 칼럼이 의견의 형식을 빌어 실제로는 명예훼손적인 '사실'을 표현하였다는 이유로 언론사의 책임을 인정하였다.

22) 박용상, 앞의 책, 471쪽.

23) Mark Sableman, "Opinion and Libel", Thompson Coburn LLP. pp.13-16.

〈file:///C:/Users/user/AppData/Local/Microsoft/Windows/INetCache/IE/6V9C511T/opinion-and-libel.pdf〉.

적으로 패러디(parody), 약한 비유적 발언(loose figurative speech), 수사적 과장(rhetorical hyperbole)등 허위를 입증할 수 없는 주관적 표현은 보호대상이라고 하겠다.<sup>24)</sup>

## 2) 우리나라에서의 적용

대법원은 사실과 의견의 구분과 관련하여 올만(Ollman) 사건의 분석방법을 따라, 어떠한 표현이 사실을 적용하는지 의견을 표명하는지, 의견을 표명하면서 묵시적으로 전제사실을 적시하는지를 판단하기 위해서는 “그 표현의 객관적 내용과 아울러 일반독자가 보통의 주의로 그 글을 접하는 방법을 전제로 사용된 어휘의 통상적 의미와 용법, 증명 가능성, 문제 된 말이 사용된 문맥, 그 표현이 행하여진 사회적 정황 등 전체적 정황을 고려하여 판단하여야 한다”는 법리를 반복하고 있다.<sup>25)</sup> 설령 일부 내용의 진위가 분명하지 아니하여 오해의 소지가 있거나 거기에 특정인에 대한 비판이 부가되어 있다고 하더라도, 다른 기재 내용이나 구두설명 등을 전체적·객관적으로 파악하여 그것이 허위사실의 적시에 해당하는지 여부를 가려야 할 것이고, 그 취지가 불분명한 일부 내용만을 따로 떼어내어 허위사실이라고 단정하여서는 안 되고( 대법원 2007. 1. 26. 선고 2004도1632 판결 등 참조), 표현의 주체가 그 의견의 기초가 되는 사실까지 따로 밝히고 있다면 그렇게 표명한 의견은 ‘순수의견’으로서 타인의 명예를 훼손하는 행위가 될 여지가 없다고도 하였다.<sup>26)</sup>

한편, 대법원은 비판적인 표현과 관련하여 주의를 요망하였다, 즉, “보도의 객관적인 표현형식이나 내용 등에 비추어 볼 때 이를 명예훼손적인 사실의 적시가 아닌 단순한 의견 표명으로 파악할 수 있음에도 불구하고, 그 보도가 비판적인 관점에서 작성되었다는 등의 주관적인 사정을 고려하여 이러한 표현행위를 명예훼손에 해당하는 것으로 단정하는 것”도 허용될 수 없다고 선언하였다.<sup>27)</sup>

24) 문재완, “허위사실의 표현과 표현의 자유”, 「공법연구」 제39집 제3호, 한국공법학회, 2011, 128쪽.

25) 대법원 1996. 11. 22. 선고, 96도1741 판결, 대법원 2008. 11. 13. 선고, 2006도7915 판결, 대법원 2011. 9. 2. 선고, 2010도17237 판결 등.

26) 대법원 2001. 1. 19. 선고, 2000다10208 판결, 2007. 10. 26. 선고, 2006도5924 판결 등.

27) 대법원 2009. 4. 9. 선고, 2005다65494 판결, 대법원 2007. 6. 15. 선고, 2004도4573

### (3) 명예훼손의 비범죄화 논의

헌법재판소는 2010년 12월 28일 전기통신기본법 제47조 제1항<sup>28)</sup>이 규정하는 공익을 해할 목적의 허위통신 행위의 처벌 규정에 대하여 위헌 결정을 하였다.<sup>29)</sup> ‘허위사실’이 명백한 관념이 아니고, 구체적 표현에서 ‘의견’과 ‘사실’을 구별하는 것이 매우 어려우며, 객관적인 ‘진실’과 ‘거짓’을 구별하는 것 역시 어렵고, 현재는 거짓인 것으로 인식되지만 시간이 지난 후에 그 판단이 뒤바뀌는 경우도 있다는 점 등을 이유로 들었다.<sup>30)</sup>

유럽안보협력기구(OSCE, Organization for Security and Co-operation in Europe), UN, 미주기구(OAS, Organization of American States), 아프리카인권위원회(African Commission on Human and People’s Rights)는 ‘공동선언’에서 국제사회를 향하여 지속적으로 형사 명예훼손이 표현의 자유의 관점에서 적절한 방식이 아니므로, 필요한 범위에서 민사 손해배상으로 대체할 것을 강조하고 있다.<sup>31)</sup> 전통적으로 명예의 보호를 언론의 자유보다 우위에 놓았던 영국도 2009년 명예훼손죄를 폐지하였다.<sup>32)</sup> 미국에서도 1960년대 이후 연방법으로는 명예훼손 처벌이 폐지되었고, 일부 주법에서 형식상 처벌 규정이 남아 있으나 이미 실효성이 상실되었다는 것이 일반적인 평가이다.<sup>33)</sup>

판결, 대법원 2007. 10. 26. 선고, 2006도5924 판결 등 참조.

28) 제 47조 (벌칙) ① 공익을 해할 목적으로 전기통신설비에 의하여 공연히 허위의 통신을 한 자는 5년 이상의 징역 또는 5천만원 이하의 벌금에 처한다.

29) 헌재 2010. 12. 28 2008헌바157 결정.

30) 다수의견은, “나아가 객관적으로 명백한 허위사실의 표현임이 인정되는 때에도, 그와 같은 표현이 언제나 타인의 명예·권리를 침해하는 결과를 가져온다거나, 공중도덕·사회윤리를 침해한다고 볼 수는 없으며, 행위자의 인격의 발현이나, 행복추구, 국민주권의 실현에 전혀 도움이 되지 않는 것이라 단언하기도 어렵다”고 하였다.

31) Adeline Hulin ed., *Joint Declarations of the representatives of intergovernmental bodies to protect free media and expression*, OSCE, 2013, p.29.

32) 허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 『공법학연구』 제16권 제4호, 한국비교공법학회, 2015, 125-130쪽.

33) 망인에 대한 명예훼손 민사소송이 인정되지 않으므로 일부 추가 형식상 형사 명예훼손을 인정하기는 한다. Wayne Overbeck, *Media Law (2006 ed.)*, Thomson, 2006, p.173.

## 2. 합리적 의심을 배제할 증명

형사재판에서 '범죄사실의 인정은 합리적인 의심이 없는 정도의 증명에 이르러야' 한다(형사소송법 제307조 제2항). 국가형벌권의 발동을 전제로 하는 형사소송에 있어서 검사의 증명 의무는, 재산상 분쟁을 전제로 하는 민사소송의 기준보다는 높아야 마땅하다.<sup>34)</sup> 국가형벌권의 행사가 방만하게 이루어진다면 공권력 앞에서 개인은 무력한 존재가 되고 자유주의의 기초는 형해화할 수밖에 없다.

### (1) 합리적 의심 배제 원칙의 등장

1970년 미국 연방대법원은 *In re Winship*<sup>35)</sup> 사건에서, 형사절차에서 '검찰이 합리적 의심을 배제할 정도로' 피고인의 유죄를 입증하지 못하다면 적법절차(due process)에 따라 피고인을 무죄 방면하여야 한다는 원칙을 선언하였다.<sup>36)</sup> '합리적 의심'이 구체적으로 어떤 의미인가에 대하여는 1994년의 빅터

34) 민사소송에서의 증명의 정도에 대하여는, 다수설은 경험칙에 비추어 보통사람이 의심을 품지 않을 정도의 확신을 뜻하는 역사적 증명(historischer Beweis), 즉 '고도의 개연성'을 뜻한다고 한다. 정영환, 『신민사소송법』, 박영사, 2019, 745쪽; 이시운, 『신민사소송법(제13판)』, 박영사, 2019, 535쪽; 전병서, 『강의 민사소송법』, 박영사, 2018, 345쪽. 대법원도 마찬가지 입장이다(2010. 10. 28. 선고, 2008다6755 판결 등). 한편, 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법(제7판)』, 법문사, 2019, 552쪽; 한충수, 『민사소송법(제2판)』, 박영사, 2018, 459, 460쪽 등은 '증거의 우월(preponderance of evidence)' 원칙을 따르고 있다. 대법원도, 영국해상보험법 및 관습을 준거법으로 하는 선박 보험계약 분쟁에서는 증거의 우월에 의한 증명으로 충분하다고 하였다(2001. 5. 15. 선고, 99다26221 판결).

현실 민사재판에서 법관이, 이미 과중한 업무부담에도 불구하고, 모든 사건을 '고도의 개연성의 확신' 또는 '10중 8,9 확실성에 대한 확신에 따라 판결을 하고 있다고 믿지 않는다. 암묵적으로 증거의 우월 원칙이 작용되고 있다고 인정하는 편이 적절할 것이다.

35) 397 U.S. 358 (1970).

36) 12세 소년 Samuel Winship의 절도 소년사건에서, 검찰이 합리적 의심을 배제할 정도의 입증에 실패하였으나 New York Family Court Act 744조가 요구하는 증거의 우월(preponderance of evidence) 원칙에 따라 유죄를 인정하였다. Winship의 상소는 주 항소법원과 상고법원에서 각 기각되었으나, 연방대법원이 상고를 허가하였다(certiorari granted). 연방대법원은 5대 3으로 형사사건에서는 - 피고인이 성인이든

사건<sup>37)</sup>에서 기준을 제시하였다. 연방대법원은 이 사건에서 캘리포니아주와 네브라스카주의 법원이 행한 ‘합리적 의심’에 대한 배심원 설명(jury instruction)이 적절하다고 판단하였다.<sup>38)</sup>

캘리포니아주 하급 법원은, 세상살이에 비추어 보면 매사가 이렇게 저렇게 약간씩은 의심을 가질만 한데, ‘합리적 의심’이란 그런 실낱같은 의심(a mere possible doubt)이 아니라고 하였다. “모든 증거를 비교하고 분석한 후, 기소가 적절한지에 대하여 배심원의 정서에 유죄라는 강한 확신(an abiding conviction to a moral certainty)<sup>39)</sup>이 형성되지 않은 상황”을 ‘합리적 의심’이라고 하였다. 네브라스카주 하급 법원은, ‘합리적 의심’이란 “세상살이의 중요한 국면에서, 합리적이고 신중한 사람으로 하여금, 제시된 사실이 진실이라고 믿고 그에 따라 행동하려니, 한 호흡 멈추고 주저하게 하는 그런 의심”이고, “모든 증거를 충분히(full), 공정하게(fair), 편견 없이(impartial) 검토한 후에 피고인의 유죄가 틀림없으리라는 강한 확신(an abiding conviction to a moral certainty)에 이르는 것을 막는 의심”이라고 하였다. 캘리포니아주 대법원과 네브라스카주 대법원은 각 하급심 법원의 ‘합리적 의심’에 대한 이러한 배심원 설명이 적절하다고 판단하였다. 연방대법원 또한 ‘합리적 의심’이란 실낱같은 의혹(mere possibility), 허망한 상상(bare imagination), 기발한 억측(fanciful conjecture)과는 구별되는 실체가 있는 의심(actual and substantial doubt)을 의미하므로, 캘리포니아주와 네브라스카주 대법원의 입장에 무리가 없다고 하였다.

한편 미국 연방대법원은 명예훼손으로 인한 손해배상 사건에서도 원고에게 일반 민사사건에서보다 강한 입증을 요구한다. 원고로 하여금 언론기관인 피

---

소년이든 - 합리적 의심을 배제하는 정도의 입증이 필요하다고 판단하였다. 법원은, 민사소송에서 전통적으로 적용되는 “증거의 우월” 원칙을 형사사건에도 적용한다면, 사실판단의 오류에 따라 피고인의 운명이 잘못 결정될 수 있는데, 이는 피고인의 헌법상 기본권을 부정하는 결과가 된다고 하였다.

37) *Victor v. Nebraska*, 511 U.S. 1 (1994).

38) *Victor v. Nebraska* 사건은 No. 92-8894로, *Sandora v. California* 사건은 No. 92-9049로 연방대법원에 접수되어 certiorari granted 되었다.

39) proof to a moral certainty는 beyond a reasonable doubt와 같은 의미라고 한다. *Fidelity Mut. Life Assn. v. Mettler*, 185 U.S. 308, 317 (1902) 등.

고의 현실적 악의(actual malice)에 대하여 명확하고 설득력 있는(clear and convincing) 입증을 요구하는 것이다.<sup>40)</sup>

## (2) 우리나라에서의 적용

형사소송에서 피고인에 대한 유죄판단에 필요한 심증의 정도는 증거의 우월보다는 높은 수준이고,<sup>41)</sup> 고도의 개연성을 뛰어넘는 수준이다.<sup>42)</sup> 합리적 의심이란 모든 의문, 불신을 포함하는 것이 아니라 논리와 경험칙에 기하여 요증사실과 양립할 수 없는 사실의 개연성에 대한 합리성 있는 의문을 의미한다. 피고인에게 유리한 정황을 사실인정과 관련하여 파악한 이성적 추론에 그 근거를 두어야 하는 것이므로 단순히 관념적인 의심이나 추상적인 가능성에 기초한 의심은 합리적 의심에 포함된다고 할 수 없다.<sup>43)</sup> 결국 ‘합리적 의심의 여지가 없는 정도의 증명’은 인간 능력의 한계 내에서 최선을 다하여 증명력 판단을 행하고 그렇게 해서 얻은 심증 형성의 정도를 말한다.<sup>44)</sup> 검찰이 합리적 의심을 배제할 정도의 입증에 실패하였다면 “의심스러울 때는 피고인에게 유리하게” 원칙에 따라 무죄를 선고하여야 한다.

## (3) 유죄 증거의 평가

### 1) 법원의 증거 판단

항소법원은 증거로서, ‘피고인의 법정 진술’과 ‘『제국의 위안부』, 대상자등록 확인서, 위안부 관계 조사결과 발표 - 고노 관방장관 담화, 라디카 쿠마라스 와미 보고서(1996),<sup>45)</sup> 맥두걸 보고서,<sup>46)</sup> 국제엠네스티 보고서(2005), 여성가

40) 신평, 『언론법』, 삼영사, 2007, 262쪽.

41) 신동운, 『신형사소송법(제5판)』, 법문사, 2014, 1398쪽; 이은모, 『형사소송법(제5판)』, 박영사, 2015, 605쪽. 다수 민사소송법학자가 민사소송에서의 증명의 정도를 ‘고도의 개연성’이라고 하는데, 형사소송법학자인 신동운/이은모 등이 민사소송에서의 증명의 정도는 ‘증거의 우월’이라고는 점을 전제로 하는 점은 흥미롭다.

42) 김인회, 『형사소송법』, 피엔씨미디어, 2015, 592쪽.

43) 대법원 2011. 9. 29. 선고, 2010도5962 판결 등.

44) 신동운, 위의 책, 1398쪽.

45) ‘전쟁 중 군대 성노예제 문제에 관한 보고서(Report on the mission to the Democratic People’s Republic of Korea, the Republic of Korea and Japan on the issue of military sexual slavery in wartime)’. E/CN.4/1996/53/Add.1., 4 January

족부 일본군 위안부 관련 국제기구 권고자료집(2005), 미국 연방하원 위안부 결의안(2007. 7. 30.), 일본군 위안부 피해자 생활안정지원 대상자 등록 확인서 발급통보 등을 들었다.

항소법원은, 이들 증거에 포함된 사실은 객관적인 국제기구에서 전문가들을 통하여 자료를 수집 검토하여 인정한 것으로 정확하고 객관적인 사실이라고 하였다. 그런데 피고인이 이 사건 표현들에서, 예외적인 경우를 빼고 서술하거나 단정적인 표현을 사용함으로써 이 사건 표현들을 접하는 독자는 “대부분의 ‘조선인 위안부’들은 자발적으로 ‘위안부’가 되어 경제적 대가를 받고 성매매를 하였고, 애국적으로 일본군에 협력하고 함께 전쟁을 수행하였으며, 일본국과 일본군은 ‘조선인 위안부’를 강제동원하거나 강제연행하지 않았다”는 것으로 받아들여도록 서술되었고, 이러한 내용이 객관적인 사실과 다르다는 것이다.

## 2) 증거의 분석

### 가. 쿠마라스와미 보고서

쿠마라스와미 보고서는 스리랑카 변호사 라디카 쿠마라스와미(Ms. Radhika Coomaraswamy)가 유엔 경제사회이사회 인권위원회 결의 1994/45에 따라 작성한 보고서이다. 쿠마라스와미는 남한과 북한 및 일본의 관계자들을 만난 후 이 보고서를 작성하였다. 그런데 이 보고서에서는 요시다 세이지(Yoshida Seiji)의 증언을 인용하고 있다(para. 29, 30; 각주 10, 11).<sup>47)</sup> 1942년부터 3년

1996.

46) ‘무력 분쟁 중 조직적 강간, 성노예 및 노예 유사 관행에 관한 최종 보고서(Final Report on Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict). E/CN.4/Sub.2/1998/13., 22 June 1998.

47) 29. ... Moreover, the wartime experiences of one raider, Yoshida Seiji, are recorded in his book, in which as many as 1,000 women were obtained for “comfort women” duties under the National Labour Service Association as part of the National General Mobilization Law. (Yoshida Seiji, *My War Crimes: the Forced Draft of Koreans*, Tokyo, 1983).

30. ... The girls seized

from villages appear to have been very young, the majority between the ages of 14 and 18, and the school system was exploited for the acquisition of girls.

간 일본 아마구치(山口)현 노무보국회(勞務報國會) 동원부장이었던 요시다 세이지(吉田清治)는 1982년 이후 저서와 언론 인터뷰를 통해 “1943년 일본에서 제주도로 직항하여 ‘노예 사냥꾼’으로 활약하였고, 본인이 직접 지휘하여 1천명 이상 여성을 위안부로 끌고 갔다”고 주장하였다. 이러한 주장을 여러 번 보도하였던 〈아사히신문〉은 2014년 8월 초 그 내용이 오보(誤報)임을 인정했다. 〈제주신문〉은 1989년 8월 향토학자들의 조사를 토대로 제주도에 위안부 강제연행이 이루어진 사실이 없다고 보도하였었다.<sup>48)</sup> 요시다는 1992년 8월 12일 경향신문 인터뷰에서도 “강제연행시 울부짖던 한국 여성들의 모습이 눈에 선하다, 일본정부의 행위는 나치의 유대인 학살에 버금가는 천인공노할 만행이다”고 주장하였다. 요시다의 주장은 일본에서나 한국에서나 사실상 위안부 논쟁을 촉발하였다는 점에서 의미가 큰 것이었다.<sup>49)</sup>

쿠마라스와미 보고서는, 위안부 모집(recruitment) 과정에서 조선에서 속임수(deception)와 강제력(force)이 빈번하게 이용되었고(para.14), 세 가지 유형의 징집방법, 즉 자발적인 매춘부를 모집한 경우, 식당이나 부대에서 요리와 빨래를 하는 보수 좋은 일자리라는 속임수로 모집한 경우, 노예사냥(slave raids)에 해당하는 대규모의 강제적이고 폭력적인 여성납치 방법이 이용되었으므로(para. 27), 대부분의(most) 여성들은 자신의 의사에 반해서 끌려갔고(taken against their will), 일본 제국군대는 위안소로 구성되는 광대한 네트워크를 주도적으로 규제하고 통제했으며, 따라서 일본 정부가 위안소에 대한 책임이 있다고 절대적으로 확신한다(para 95)고 결론을 맺었다.

...(Ibid., pp.24-25.).

48) 요시다 1983년 『나의 전쟁범죄』에서, 1943년 부하 6명과 함께 제주도 성산포에 들어가 단추공장에서 일하는 여성 16명을 위안부로 끌고 갔다고 하였다. 그러나 제주도의 향토학자들은 그런 사실이 없다고 하였다. ‘위안부 사냥’으로 알려진 이러한 사례에 대하여는 〈아사히신문〉의 오보 인정 후 ‘쿠마라스와미 보고서 수정 요구’로 이어졌으나 ‘쿠마라스와미’는 거절하였다. naver 지식백과 시사상식사전 요시다 증언; 이영훈외, 『반일종족주의』, 미래사, 2019, 305,306쪽; 한국일보 “쿠라마스아미 ‘위안부 보고서 수정 불필요’”, 2014. 9. 4. 입력; SBS “일본, 군위안부 관련 유엔보고서 일부 철회요구”, 2014. 10. 16. 입력.

49) 우리나라에서 위안부 논의는 1980년대 말 시작하여 1990년 11월 설립된 정신대대책협의회에 의해 주도되었다. 한국정신대대책협의회 20년사 편찬위원회, 『한국정신대문제대책협의회 20년사』, 2014, 한울, 15쪽.



### 나. 맥두걸 보고서

맥두걸 보고서는 유엔 경제사회이사회 인권위원회 산하 ‘소수자 차별금지 및 보호 소위원회’의 특별보고관 맥두걸(Ms. Gay J McDougall)이 1998년 제출한 최종보고서이다. 맥두걸 보고서 Appendix의 II(The Nature and Extent of the Rape Center)에서는, 위안부를 조달하기 위해 일본 군대가 물리적 폭력(physical violence), 유괴(kidnapping), 강요(coercion)와 속임수(deception)를 동원하였고(para. 7). 위안소 중에는 ① 일본 군대의 직접적인 관리와 통제를 받는 곳, ② 형식상 민간업자가 관리하지만 사실 일본 군대의 직접적인 관리와 통제를 받는 곳, ③ 군대에 우선권이 있으나 일본 시민(Japanese citizens)들도 이용할 수 있는 민간업자가 운영하는 곳 등 3개 유형이 있었고 이중 ②가 일반적이고(para. 8), 여성과 아이들(women and children)이 그들의 의사에 반하여 억류되어, 엄청난 규모로 강간과 성폭행을 당하였다(para. 10)고 하였다.

### 다. 미 하원 결의안 등

2007년 미 하원 결의안(HR121)은 일본 정부로 하여금, ‘제국주의 및 전쟁 중 아시아 및 태평양 군도에서의 제국 군대에 의한 ‘위안부’ 제도를 솔직하게 사과하고, 총리 사과의 진정성에 대한 의문을 해소하고, ‘위안부’가 존재하지 않았다는 주장을 명백히 공박하고, ‘위안부’에 대하여 현재 및 미래 세대에게 교육하라’는 내용이다.<sup>50)</sup> 고노 요헤이 관방장관의 1983. 8. 4. 담화문은 위안부 설치에 일본군이 관여했고 관현 등이 직접 가담한 적도 있었다는 내용이다.

기타 다른 증거도 이러한 범주의 사실을 넘지는 않는다.

---

50) H.Res. 121 (110th): A resolution expressing the sense of the House of Representatives that the Government of Japan should formally acknowledge, apologize, and accept historical responsibility in a clear and unequivocal manner for its Imperial Armed Forces’ coercion of young women into sexual slavery, known to the world as “comfort women”, during its colonial and wartime occupation of Asia and the Pacific Islands from the 1930s through the duration of World War II. <<https://www.govtrack.us/congress/bills/110/hres121/text>>.

### 3) 법원 판단에 대한 평가

#### 가. 과도한 증명력 부여

법원은 국제기구 관련 전문가 작성 보고서에 과도한 증명력을 부여하고 있다. 국제기구의 전문가가, 특정 지역의 지역 문제에 대하여, 오랜 기간 동일한 주제에 천착해 온 그 지역의 전문가보다 이해가 깊을 수는 없다. 국제기구 전문가의 보고서는 '지역 전문가의 도움'으로 작성되는 것이고, 그가 도움받은 지역 전문가의 시각과 성향에 크게 영향을 받기 마련이다. 쿠마라스와미 보고서와 맥두걸 보고서는 1990년대에 위안부 논의를 주도하고 있던(요시다 세이지 등) 국내외 인사들의 의견에 터 잡은 것이고, 『제국의 위안부』는 그들 국내외 인사들과 다른 시각에서 위안부 문제를 분석한 기록이다. 그렇다면 이들 보고서의 기재를 사실로 확정하고, 그것이 사실이라는 전제에서, 이 사건 표현들이 '허위'라고 하는 판단은 논리적으로 옳지 않다. 이 사건 표현들과 국제기구의 보고서는 각각 그것이 생산된 연원이 구분되는 독자적인 의견으로서, 그중 하나를 사실로 확정하고 그것에 반하는 표현을 허위사실로 판단할 수는 없는 관계인 것이다.

#### 나. 기본적인 내용이 동일

사정이 그러함에도 위 증거의 내용은 기본적으로 『제국의 위안부』에서의 '이 사건 표현'과 배치되지 않는다. 다만 '강제력'이라는 의미를 '물리적 폭력'으로 좁게 이해할지, '구조적 폭력'으로 넓게 이해할지 하는 용례로부터 드러나는 서술 방식의 차이가 있으나, 이 사건 표현의 맥락을 전체적으로 파악하면 실제로 '이 사건 표현들'은 위 증거와 같은 내용을 '약간 다른 방식으로' 기록하고 있을 뿐이라는 점을 알 수 있다.

## 3. 이 사건 표현의 분석

### (1) 『제국의 위안부』의 주제 - 구조적 폭력

우리 사회의 위안부 논의는 기본적으로 강력한 민족주의를 바탕으로 해 왔다.<sup>51)</sup> 『제국의 위안부』는 위안부의 본질을 민족 요인에 앞서는 “가난과 남성 우월주의적 가부장제와 국가주의”라고 강조한다.<sup>52)</sup> 『제국의 위안부』는 조선인 위안부를 사회구조가 행하는 폭력의 피해자로 인식하고 있는데, 이 ‘구조적 폭력’은 『제국의 위안부』 전체를 관통하는 주제이기도 하다.

유사한 관점은 재미 인류학자인 소정희에게서도 발견된다. 그도 조선인 위안부의 인생을 송두리째 바꾼 것은 ‘동원’과 결부된 ‘구조적인 힘’, 즉, 가부장제의 억압, 가정폭력과 가족 내의 성차별이라고 지적한다.<sup>53)</sup> 위안부 제도가 ‘제노사이드’라거나,<sup>54)</sup> ‘민족말살정책의 일환’이라는 민족주의 과잉에 대하여,<sup>55)</sup> 위안부의 가출에는 사회경제적 신분상승 욕구나 자아실현 욕망에 기초한 자발성도 무시할 수 없다고 주장한다. 위안부의 구술(口述)에서, 사랑하는 부모에게서 그들을 강제로 떼어낸 경찰이나 군대의 가증스러운 이미지와 구별되는, 가정폭력과 가족 내 성차별을 말하는 낮은 목소리가 들린다고 지적하는 것이다.<sup>56)</sup>

## (2) 범죄사실 ②에 대하여 ; 기초 사실을 밝힌 의견

### 1) 순수의견

범죄사실 (2)에 대하여 항소법원은 제3자의 진술을 인용하거나 평가한 ‘의

51) 정신대대책문제협의회는 자신들의 운동이 “민족주의를 지향한다는 비판을 ‘폭력처럼 받아왔다’”고 자인한다. 한국정신대대책문제협의회 20년사 편찬위원회 엮음, 『한국정신대문제대책협의회 20년사』, 한울, 2014, 22쪽.

52) 그런 점에서 본다면 ‘조선인 위안부의 고통이 일본인 창기의 고통과 기본적으로는 다르지 않다’고 하고(33쪽), 위안부에 대한 강제성을 문제 삼으려면, 식민지주의와 국가와 가부장제의 강제성을 먼저 거론해야 하고, 동시에 그런 구조의 실천과 유지에 가담한 이들의 강제성도 함께 추궁하자고 한다(26쪽).

53) 박지향 등, 『해방전후사의 재인식』, 책세상, 2006, 438, 439쪽(소병희 집필부분).

54) 박원순, 『아직도 심판은 끝나지 않았다』, 한겨레신문사, 1996, 301쪽.

55) 한국정신대대책협의회 진상조사연구회 엮음, 『일본군 ‘위안부’ 문제의 진상』, 역사비평사, 1997, 275쪽(윤정옥 집필부분); 김일면은, 일본이 조선에 아편을 밀수입하고 공창제와 도박을 성행하게 함으로써 멸망시키려 했다는 주장을 했다. 이시카와 이스코 지음/손지연 옮김, 『일본군 ‘위안부’가 된 소녀들』, 삼천리, 2014, 145쪽.

56) 박지향 등 엮음, 『해방전후사의 재인식 1』, 책세상, 2006, 436-439쪽(소병희 집필부분).

견까지 저자 자신의 '사실' 표현과 동일하게 취급하고, 나아가 그것이 허위의 사실이라고 하였다. 미국의 리스테이먼트에서는 기초사실이 공개된 순수의견(mere opinion)은 당연히 면책이라고 하고, '의견'을 연역 의견(deductive opinion),<sup>57)</sup> 평가 의견(evaluative opinion),<sup>58)</sup> 정보 의견(informational opinion)<sup>59)</sup>으로 분류하는 입장에서도, 공공에게 알려진 정보를 기초로 한 판단 즉, 연역 의견(deductive opinion)과 평가 의견(evaluative opinions)에 대하여는 책임을 묻지 않는다.<sup>60)</sup>

우리 대법원도 정당한 자료를 인용한 후의 판단은 순수의견으로서 타인의 명예를 훼손할 여지가 없다고 판단하고 있다는 점은 앞에서 밝혔다. 미국 법원은, 학자들간의 가열된 응수에 대하여는 폭넓은 허용범위가 있어야 하고,<sup>61)</sup> 학문적 자유에 대한 평가는 불가피하게 주관적인 요소를 포함하기 마련인데, 이 주관적 요소는 진술을 의견과 유사하게 만든다고도 한다.<sup>62)</sup>

## 2) 구체적 판단

순번 7번 표현은 저자가 일본인 '센다'의 글을 인용한 후, "조선의 위안부 역시 '일본제국의 위안부'였던 이상 기본적인 관계는 같다고 해야 한다"고 평가하였다. 순번 16번 표현 중 문제가 된 부분은 '기무라 사이조'의 진술을 인

57) 공공에게 제공된 진실한 정보를 근거로 원고에 관한 비위 또는 폄훼적 사실을 암시하는 경우, 예를 들어 "A, B 및 C라는 사실이 주어진다면 살인을 한 자는 John이 틀림없다." 제2판 리스테이먼트는 이 경우 기초사실이 모두 공개되었으므로 면책이라는 입장이다. 박용상, 앞의 책, 449, 450쪽.

58) 공공에게 알려지거나 공개된 진실한 정보를 기초로 한 가치 판단을 포함하는 의견, 예를 들어 "존 딘이 리처드 닉슨에 대하여 말한 바를 전제로 한다면 닉슨은 부패하고 부정직하였다." 제2판 리스테이먼트에 의하면 평가적 의견은 모두가 공개된 사실에 근거하므로 면책이 된다. 박용상, 같은 책, 450쪽.

59) 표현자가 외관상으로는 의견 표현의 형태를 취하고 있으나 공개되지 않은 새로운 정보 전달을 내용을 하는 경우이다. 이 의견은 연역의견 일 수도 있고 평가의견일 수도 있다. 제2판 리스테이먼트에서는 비공개 사실이 존재한다는 추리를 하게 하므로 그 비공개 사실이 의견을 정당화하지 못하는 경우에는 책임을 부담하여야 한다. 박용상, 같은 책, 452쪽.

60) W. Page Keeton, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, West Publishing Co, 1984, pp.813-814.

61) Buckley v. Littel 539 F.2d 882 (2nd Cir. 1976); 신평, 앞의 책, 394쪽에서 재인용.

62) Beckman v. Dunn 419 A.2d 583 (Pa. Super. Ct. 1980) at 535.

용한 부분이다. 저자는 ‘기무라 사이조’의 위안부의 자발성에 대한 진술이 ‘사실’로는 옳은 것일 수도 있다고 유보적인 ‘평가’를 하고 있다. 이어서 다음 문장에서는, ‘흰 쌀밥을 꿈꾸거나 가부장 사회에서 벗어나 하나의 독립적인 주체가 되고자 한 이들에 대하여도 ‘자발적’으로 갔다는 평가는 가능한데, 설사 ‘자발적’으로 ‘희망’했다 하더라도 그녀들로 하여금 추업(醜業)을 선택하게 한 것은 - ‘가난’과 ‘식민지 여자’와 ‘가부장제 속의 여성’이라는 - 그들의 의지로는 자립가능이 불가능했던 ‘사회적 구조’였다고 공박한다. 이어서 겉으로 ‘자발성’이라고 보이는 현상이 ‘국가’와 ‘남성’과 ‘가부장제의 차별’이 만든 (허구의) 자발성이라고 결론내렸다(158쪽~159쪽). 순번 27번 표현은 1996년의 쿠마라스와미의 보고서에 대한 ‘분석’이자 ‘평가’이다. 27번 표현의 앞 문장 “그런데 쿠마라스와미조차 ‘위안부’의 상황을 ‘강요된 매춘’으로 인식하고 있다. 위안부들을 세 가지 - 자발적인 매춘업, 음식점이나 세탁부로 갔다가 ‘위안’을 하게 된 경우, 강제연행 - 로 분류하는 등 ‘위안부’의 모습이 하나가 아니었다는 것도 알고 있었다”에 이어 순번 27번 표현 즉 “(쿠라마라스와미 보고서가 발표된) 1996년 시점에 ‘위안부’란 근본적으로 매춘의 틀안에 있던 여성”이라고 평가한 것이다. 마찬가지로 순번 30번 표현은 ‘야노 도루’의 연구를 인용한 것이다.<sup>63)</sup>

### (3) 범죄사실 ③에 대하여 : 동지의식론

#### 1) 식민지의 고착

1938년 2월 일본은 조선인의 황민화와 병력자원화를 목적으로 칙령 제95호 ‘육군특별지원병령’에 의하여 육군특별지원병제를 시행하였다. 1938년부터 1943년까지 16,500명을 모집하였는데, 80만3,317명이 몰려 약 49대 1의 경쟁률을 기록하였다고 한다. 1943년에는 해군특별지원병제와 학도지원병제, 1944년에는 징병령이 공포되었다.<sup>64)</sup> 1940년의 창씨개명(創氏改名) 실시 과정에서 그 신고 기간이 6개월에도 미치지 않았으나 전체 조선인의 80.3%가 기간에 맞추어 신고하였다.<sup>65)</sup> 그 무렵 한국에서는 군가 ‘勝ってくるぞ勇ましく(승리

63) 제국의 위안부 322쪽에는 참고문헌으로 야노 도루의 『南進の系譜』가 표기되어 있으나 이 표현에 등장하는 ‘110쪽’은 『南進の系譜』 중 110쪽을 의미한다.

64) 이영훈 외, 『반일종족주의』, 미래사, 2019, 102쪽.

하고 돌아오리라, 용맹스럽게)', 일본 동요 '夕焼け小焼け(저녁노을)가 거부감 없이 불러졌다.<sup>66)</sup> 1931년생인 작가 박완서는, 돌이켜 생각하면 그렇게 창씨개명이 신속하게 이루어진 점을 이해하기 힘들다고 하면서, "중국을 '짱꼴라' 장개석을 '쇼오가이새끼'라 부르며 덮어놓고 무시하고, 운동장에서 조회를 할 때마다 황국신민의 맹세를 하고 군가 행진곡에 발을 맞춰 교실에 들어갈 때면 괜히 피가 뜨거워지면서 호전적 정열이 끓어 올랐다"고 그 시절을 회상한다.<sup>67)</sup>

## 2) 이른바 동지의식 혹은 자긍적 협력

조선인 위안부는 일본에 합병된 이후에 출생하여 황국(皇國)의 신민(臣民)으로 성장한 제국의 2등 국민이다. 제국의 2등 국민이 전쟁 중 매사가 불안정한 동년배의 일본 남성에게 '군수품으로서의 동지의식을 느꼈다'하여 어색한 일이 아니다. 위안부 증언기록에도 일본 군인과의 우호적 관계가 적지 않다. 결혼을 약속했던 일본 군인 이름의 문신(ミタカ)을 팔에 새긴 사례,<sup>68)</sup> 점잖고 맑았던 지휘관에게 호감을 가졌고, 덕분에 다른 군인들을 멀리할 수 있었으며 결국 지휘관이 (고향으로 돌려보내려고) 사람을 붙여 서울까지 데려 주고, 고향인 청주까지 차표를 사줬다는 사례<sup>69)</sup>가 그 일부이다. 1998년 8월에는 대만에서 위안부 생활을 하였던 할머니가 '자신을 첫사랑으로 생각하였다'는 카미카제 장교와 54년 만에 영혼결혼식을 한 사실도 보도되었다.<sup>70)</sup>

65) 구광모, "창씨개명 정책과 조선인의 대응", 『국제정치논총』 45집 4호, 한국국제정치학회, 2005, 32쪽; 김두식, 『법률가들』, 창비, 2018, 166쪽에서 재인용.

66) 권오기/와카미야 요시부미 지음/이희재 옮김, 『한국과 일본군』, 샘터, 2005, 107쪽.

67) 자전적 소설 『그 많던 싱아는 누가 다 먹었을까』에서 작가가 표현한 대동아전쟁 시기의 심리상태이다(웅진출판, 1992, 128쪽, 130쪽).

68) 한국정신대문제대책협의회 2000년 일본군 성노예전범 여성국제법정 한국위원회 증언팀, 『강제로 끌려간 조선인 군위안부들 4, 기억으로 다시 쓰는 역사』, 풀빛, 2011, 127쪽.

69) 한국정신대문제대책협의회 2000년 일본군 성노예전범 여성국제법정 한국위원회 증언팀, 같은 책, 243-248쪽.

70) 송의호 기자 "위안부 출신 할머니 일본군 장교와 '영혼결혼식'", 『중앙일보』 1998년 8월 27일 입력. 황상철 기자 "군 위안부 할머니의 일본군 장교 위령제", 한겨레, 1998년 8월 27일자. 『한겨레』 신문 기사에서는 '일본군 막사에 들어가지 않으려다 두들겨 맞고 초주검이 돼 있는데, 21살의 이 장교가 보살피 쥐 목숨을 건졌다는 것

#### (4) 범죄사실 ④에 대하여 : 강제성의 의미

##### 1) 다양한 동원방식

1930년대에 일본군 위안부는 매춘부가 중심이었다.<sup>71)</sup> 1940년대 중일전쟁 중기 이후에는 변칙적인 모집방식이 동원된다.<sup>72)</sup> 위안부 동원방식에 대하여 강만길 교수는, 가난한 농촌 소녀들을 기만적으로 유괴하는 방법, 부채에 시달리는 농부들에게 돈을 주고 딸을 데려가는 ‘인신매매’, 가난한 집안의 소녀들을 여공으로 취직시켜주겠다고 속여 데려가는 방법, 구호간호부등으로 동원하여 위안부를 만드는 방법, 군경 및 공무원이 납치하는 방법, 근로정신대로 모집했다가 ‘위안부로 넘겼을 가능성’ 등 다양한 방법<sup>73)</sup>이 적용되었다고 하였다. ‘일제강점하 강제동원 피해자 조사위원회’는 2005년 2월부터 2006년 6월까지 ‘조선여자근로정신대로 동원된 사례를 신고하도록 한 결과 183건을 접수하였다. 신고 건수 중에서 정신대 동원에 빙자하여 실제로 위안부로 동원된 사례는 없었다.’<sup>74)</sup>

일본군의 기본적인 위안부 정책은 안전한 대도시에는 일본인 위안부, 전쟁 후방에는 조선인 위안부, 전쟁 전선에는 중국인 위안부를 배치하는 것이었다. 난징 주재 일본군 제15사단은, 난징의 ‘위안부’ 1,240명 중 78.9%를 현지에서 조달하였고, 나머지를 조선인과 일본인으로 충당하였다고 하였다.<sup>75)</sup> 중국에서

이다. 그렇다면 ‘폭행의 주체’는 일본군이라기 보다 위안소 운영업자였을 듯하다.

71) 1938년 초부터 가을까지 일군 당국이 업자를 통하여 약 3만 내지 4만명의 조선인 매춘부를 중국의 〈위안소〉, 〈간이위안소〉, 〈육군오락소〉에 조달하였다고도 한다. 송건호, 『한국현대사』, 두레, 1986, 332쪽. 같은 쪽에서 송건호는 “주목할 점은 중국전선에 동원된 조선인 위안부는 직업적인 매춘부만 있었던 것이 아니고 농촌의 가난한 처녀들이 많았다는 사실”이라고 강조함으로써 직업 매춘부가 주류였다는 판단을 밝히고 있다.

72) 倉橋正直, 『從軍慰安婦問題の歴史的研究, 賣春婦型と性的奴隸型』, 共營書房, 1994, 55-73쪽; 박지향 등 엮음, 위의 책, 301쪽에서 재인용.

73) 한국정신대대책협의회 진상조사연구회 엮음, 『일본군 ‘위안부’ 문제의 진상』, 27쪽(강만길 집필부분).

74) 일제강점하강제동원피해진상규명위원회, 『‘조선여자근로정신대’ 방식에 의한 노무동원에 관한 조사』, 2008, 138, 139쪽.

75) 김경일 외, 『동아시아일본군위안부연구』, 한국학중앙연구원출판부, 2017, 167쪽(손영홍 집필부분). 일본군이 중국 여성을 ‘위안부’로 선호한 이유를 일본 정보부대의 다이

는 위안부로 이용하기 위하여 길거리에서 마구잡이로 중국인 여성들을 강탈하였고,<sup>76)</sup> 심지어 중국 여군 포로 전원을 최전선에 설치된 수천 개의 분견대 위안부로 보냈기에 아예 여군 포로수용소를 개설한 적이 없다고도 한다.<sup>77)</sup>

## 2) 동원사례의 유형별 분류

위안부의 동원방식의 유형별 비율에 대하여는 연구자에 따라 차이가 있다. 표본과 조사 방식이 크게 다르지 않을 것인데도 응답자의 조사에 대한 태도 - 응답자의 주변 환경에 대한 민감성 - 이 영향을 미쳤을 것이다. 표본을 158명으로 한 강정숙의 연구에서는 취업사기 52.6%, 협박·폭력 6.3%, 유괴·납치 19.0%, 인신매매 11.4%, 공출·봉사대·근로대등 8.2%, 근로정신대와 근로정신대에서 도망한 경우가 1.2%, 자원이 1.3%로 파악되었다. 표본을 175명으로 한 정진성의 연구에서는 취업사기 46.9%, 협박·폭력 35.4%, 인신매매 2.3%, 유괴·납치 2.9%, 근로정신대 3.4%, 근로정신대 도망 1.1%, 공출·봉사대·근로대 기타 8%로 집계되었다. ‘취업사기’는 두 연구에서 모두 50% 내외로 나타났으나 ‘협박·폭력’은 6.3%와 35.4%로 큰 차이가 있다.<sup>78)</sup> 박정애는 98명의 사례를 조사하여, 취업사기 46명, 폭력납치 30명, 인신매매 6명, 강제동원 9명, 유괴유인 2명, 불명 5명으로 분류하였다.<sup>79)</sup> 위안부 피해자 31명을 조사하고 그중 20명이 취업사기에 해당한다는 윤명숙의 보고도 있다.<sup>80)</sup> 전반적으로

---

유 가즈오(大雄一男)는, 전장에서 (교전 상대인) ‘중국인 위안부의 육체는 사병을 치유하고 필승의 신념을 회복시키는데 예측할 수 없는 역할을 할 수 있다’고 주장하였다(『遠東審判案』 자료집 제103책, 51장 342쪽); 김경일 외, 앞의 책, 168, 169쪽(손영홍 집필부분).

76) 1942년부터 존속한 원난성 망시의 위안소에 충당하고자 일본군이 길가에서 태족 여성 80명을 잡아 트럭에 싣고 각 위안소로 이송하였다는 증언이 있고, 광시성 마링(馬嶺)에서도 현지 젊은 여성을 강탈해서 성노예로 충당하였다고 한다. 쑤즈량/천리페이 저/이선이 역, 『일본군 중국침략 도감 제19권 일본군 ‘위안부’와 성폭력』, 2017, 136쪽.

77) 김경일 외, 앞의 책, 183, 184쪽(손영홍 집필부분). 1938년 6월 7일경 쉬저우회전(徐州會戰)에서 생포한 중국인 여군 23명을 위안부로 이용하였다는 일본군 지휘관의 회고담도 있다(일본 화베이방면군 제2군 독립혼성 제3여단 제6연대장).

78) 김경일외, 앞의 책, 135쪽(강정숙 집필부분).

79) 동북아역사재단 일본군 ‘위안부’ 연구센터 편, 『일본군 위안부 문제와 일본의 역사수정정책』, 2018, 동북아역사재단, 84쪽(박정애 집필부분).

80) 윤명숙 지음, 최명숙 옮김, 『조선인 군위안부와 일본군 위안소 제도』, 이학사, 2015,



취업사기의 비율이 다수로 나타나는 것이다.

### 3) 구조적 폭력과 물리적 강제

‘위안부 운동을 주도한 연구자들은 일제의 식민지 조선에 대한 인력 동원방식을 포괄적으로 ‘강제동원’으로 파악한다.<sup>81)</sup> 훈련된 제국군대가 제복을 입고 조선반도를 헤집으며 어린 소녀를 총칼로 위협하여 위안부로 끌고 갔다는 주장의 설득력은 의문이다. 그러한 동원방식이, 중국이나 동남아시아 국가 등의 점령지에서 빈번하였다는 점은 별론으로 하고, 제국의 2등 국민을 대상으로 조직적으로 대규모로 발생하였다고 상정하기는 적절하지 않은 것이다. 그러한 전제에서 『제국의 위안부』는 제국군대에 의한 물리적 강제성이 위안부 동원의 ‘주된 방식’이 아니었다는 점을 서술하고 있고 그러한 표현은 위 2)의 분류와도 상응하는 것이다.

## IV. 결론

항소심은 “피고인이 주장하는 바와 같이 일본군 위안부 문제에는 사회 구조적 원인이 존재하고, ‘조선인 일본군 위안부’들의 모습이나 처지가 매우 다양하며, 이 사건 도서는 피고인이 기존 자료 등을 토대로 현재 우리 사회나 학계의 주류적인 시각과는 다른 입장에서 ‘위안부’ 문제에 관한 자신의 주장을 개진하는 내용이고, 이 사건 도서 곳곳에서 여러 예외적인 경우와 다양한 ‘위안부’들의 모습이나 처지가 서술되어 있다”는 점을 인정하였다. 그러함에도 “그러나 피고인은 이 사건 표현들에서는 예외적인 경우를 서술하지 않거나 단정적인 표현을 사용함으로써 이를 접하는 독자들은 마치 대부분 또는 많은 ‘조선인 위안부’들이 자발적으로 ‘위안부’가 되어 경제적 대가를 받고 성매매를 하였고, 조선인 위안부’들은 일본군과 함께 전쟁을 수행하였으며, 일본국과 일

344-347쪽; 김경일 외, 앞의 책, 230쪽(정현주 집필부분)에서 재인용..

81) 윤명숙 지음, 최민순 옮김, 같은 책과 강정숙, “일본군 위안부 제의 식민성 연구”, 성균관대학교 박사학위 논문, 2010이 이러한 입장이다. 김경일 외, 앞의 책, 226쪽에서 재인용.

본인은 ‘조선인 위안부’를 강제동원하거나 강제연행하지 않았다고 받아들일 수 있다”고 판단하였다. 이러한 법원의 판단은, 학자가 기존의 다수 견해에 반하는 새로운 주장을 하려면, 다수 견해로부터의 만일의 반박에 대비하여, 그 새로운 주장의 전제가 되는 모든 사실을 반복하고 또 반복하라는 과도한 요구로서 전혀 현실성이 없는 요청이다.

항소심 판단은, 사용된 어휘의 통상적 의미, 전체적 흐름, 문구의 연결, 전체의 문맥이나 사회적 흐름 등을 종합적으로 검토하지 않고, 이 사건 표현을 파편화하여 그 의미를 왜곡하였다.<sup>82)</sup> 무엇보다도, 위 Ⅲ. 3. (3), (4) 등에서 보듯 유죄에 대한 상당한 의심(actual and substantial doubt)을 무시하고 ‘합리적 의심의 배제’라는 형사 증거법의 원칙을 위반함으로써 자유심증의 한계를 일탈하였다는 비난을 피하기 힘들다. 이 사건 표현은 기본적으로 학자의 의견이자 평가이다. 입장을 달리하여 이 사건 표현들 가운데 ‘사실’이 있다 하더라도 그 사실은 『제국의 위안부』의 전체적 맥락에서 파악하면 ‘허위’ 사실이라고 단정할 수 없는 표현이다.

『제국의 위안부』의 ‘위안부’란 개인마다 사연과 고통의 층위가 다른 ‘조선인 일본군 위안부 전체’를 의미한다. 『제국의 위안부』 표지 상단에는 “실은 그 옛날의 ‘강제로 끌려간 소녀도 지금의 투사도 ‘위안부’의 전부는 아니다. ‘위안부’의 그 모든 모습을 보지 않고는 문제는 영원히 풀리지 않는다”라는 문장이 기록되어 있다. 그런데 항소심은 굳이 『제국의 위안부』의 ‘위안부’를 ‘이 사건 피해자들’로 좁게 해석하였다. 객관적 자료에 한계가 있고, 시각을 달리하는 새로운 자료가 뒤엎겨 객관적 진실 여부를 확인하는 것이 용이하지 않은 이러한 종류의 사건에서는 유죄 판단을 극도로 자제하였어야 마땅하다(대법원 1998. 2. 27. 선고 97다19038 판결 등). 항소심 판단은 학술서에 대한 형사 판단에 반드시 필요한 절제와 고심의 경계선을 크게 넘었다.

82) 저자가 『제국의 위안부』에서 사용하는 ‘관리 매춘’의 개념과 사회적 용어인 ‘매춘’ 개념을 구별하지 않고 판단한 점이 한 예이다.

## 〈참고문헌〉

### 1. 국내문헌

- 권오기/와카미야 요시부미 지음/이혁재 옮김, 『한국과 일본군』, 샘터, 2005.
- 김경일의, 『동아시아일본군위안부연구』, 한국학중앙연구원출판부, 2017.
- 김두식, 『법률가들』, 창비, 2018.
- 김인회, 『형사소송법』, 피엔씨미디어, 2015.
- 문재완, “히위사실의 표현과 표현의 자유”, 『공법연구』 제39집 제3호, 2011.
- 박완서, 『그 많던 싱아는 누가 다 먹었을까』, 웅진출판, 1992.
- 박용상, 『언론과 개인법익』, 조선일보사, 1997.
- 박원순, 『아직도 심판은 끝나지 않았다』, 한겨레신문사, 1996.
- 박유하, 『제국의 위안부』, 뿌리와 이파리, 2013.
- 박지향등, 『해방전후사의 재인식』, 책세상, 2006.
- 송건호, 『한국현대사』, 두레, 1986.
- 신동운, 『신형사소송법(제5판)』, 법문사, 2014.
- 신평, 『언론법』, 삼영사, 2007.
- 쑤즈량/천리페이 저/이선이 역, 『일본군 중국침략 도감 제19권 일본군 ‘위안부’와 성 폭력』, 2017.
- 이시윤, 『신민사소송법(제13판)』, 박영사, 2019.
- 이시카와 이스코 지음/손지연 옮김, 『일본군 ‘위안부’가 된 소녀들』, 삼천리, 2014.
- 이영훈외, 『반일종족주의』, 미래사, 2019.
- 이은모, 『형사소송법(제5판)』, 박영사, 2015.
- 일제강점하강제동원피해진상규명위원회, 『‘조선여자로군정시대’ 방식에 의한 노무동원에 관한 조사』, 2008.
- 전병서, 『강의 민사소송법』, 박영사, 2018.
- 정동윤/유병현/김경욱, 『민사소송법(제7판)』, 법문사, 2019.
- 정영환, 『신민사소송법』, 박영사, 2019.
- 한국정신대대책협의회 20년사 편찬위원회 엮음, 『한국정신대문제대책협의회 20년사』, 한울, 2014.
- 한국정신대대책협의회 진상조사연구회 엮음, 『일본군 ‘위안부’ 문제의 진상』, 역사비평사, 1997.
- 한국정신대문제대책협의회 2000년 일본군 성노예전범 여성국제법정 한국위원회 증언

- 팀, 『강제로 끌려간 조선인 군위안부들 4, 기억으로 다시 쓰는 역사』, 풀빛, 2011.
- 한충수, 『민사소송법(제2판)』, 박영사, 2018.
- 허순철, “영국의 명예훼손법 개정과 그 의미”, 『공법학연구』 제16권 제4호, 한국비교공법학회, 2015.
- 허영, 『한국헌법론(전정11판)』, 박영사, 2015.

## 2. 국외문헌

- Christie, George C., “Defamatory Opinions and the Restatement (Second) of Torts”, *Michigan Law Review* Vol 75 (August, 1977).
- Final Report on Systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict). E/CN.4/Sub.2/1998/13., 22 June 1998.
- Hulin, Adeline ed., *Joint Declarations of the representatives of intergovernmental bodies to protect free media and expression*, OSCE, 2013.
- Keeton, W. Page, *Prosser and Keeton on The Law of Torts*, West Publishing Co, 1984.
- Overbeck, Wayne, *Media Law (2006 ed.)*, Thomson, 2006.
- Report on the mission to the Democratic People’s Republic of Korea, the Republic of Korea and Japan on the issue of military sexual slavery in wartime). E/CN.4/1996/53/Add.1., 4 January 1996.
- Sableman, Mark, *Opinion and Libel*, Thompson Coburn LLP.

<ABSTRACT>

A Critical Analysis of the Criminal Ruling on  
『Empire's Comfort Women』  
- Seoul Appeals Court Case 2017no610 -

Hong, Sungkee\*

In 2017 regarding the book 『Empire's Comfort Women』 written by Prof. Park, Japanese literature professor, Seoul Appeals Court ruled some parts are criminally libelous “false statement of facts” defaming “comfort women” under Japanese Colonialism. The Korean Supreme Court repetitively held that, when assessing whether the statement is fact or opinion, “a totality of the circumstances” approach is best, considering the common usage or meaning of the language of the challenged statements, the statement’s verifiability, the full context of the statement, and the broader context or setting in which the statement appears. But in this case, the Appeals Court rejected this settled standard, leaving the challenged statements separate and apart from full context and the broader social context. What’s more, the Appeals Court seems to violated the criminal evidence rule by neglecting the principle of “beyond a reasonable doubt” as actual and substantial doubts still remains.

The challenged statements are basically opinions and evaluations of a scholar about diverse situations of comfort women. They are mostly “pure opinions” based on known references by the third parties. Even though some statements may be sorted out as “facts”, they are not “false” considering the relative contexts of the whole book. And the “comfort

---

\* Professor, Inha University School of Law.

women” referred to in the book comprises the whole comfort women who suffered during Japanese colonialism, however, the Appeals Court was of the opinion that the 9 ex-comfort women who filed the criminal action against the author were specified in the book. In dealing with criminal cases on historic issues like comfort women, the court should be careful in balancing the freedom of speech and accuser’s reputation. Where objective materials are scarce, and materials from different perspectives are confusing, the court should refrain from putting the defendant under penal liability. However, Seoul Appeals Court, in this case, seemed to cross the line.

**keyword** Comfort Woman, Empire’s Comfort Women, Opinion, Facts, Statement