

## 한국 대중매체의 음란실태와 그 규제현황

평원순

한양대 신문방송학과 교수

음란이란 상대적인 개념이다. 그것은 시대와 사회와 문화적 가치에 따라 달라질 수 있는 상대적인 개념인 것이 분명한 것이다. ...일본 형법의 조항을 보면 우리 형법의 음란물죄 규정이 일본법의 것을 본보기로 해서 얼마간 그 표현을 바꾸어 놓은 것임을 알 수 있는데 ... 음란물에 대한 규제는 표현행위에 대한 규제이기 때문에 표현의 자유, 언론의 자유와 밀접한 관계를 맺고 있는 것이다. ... 그러나 무엇이 음란인가를 판단하는 우리 나름대로의 명확한 기준을 조속히 확립해야 할 필요가 있다는 것은 더 말할 것도 없는 것이다. ... 특히 문학작품이나 예술작품과 음란문서 사이의 명확한 구별은 정신문화의 올바른 계승과 언론·출판, 문예예술의 자유를 위해 절대 필요한 것이다. ... 따라서 음란성의 문제를 검토함에 있어서는 음란을 규제해야 할 필요성과 성표현의 자유를 보호해야 할 필요의 두 가지 상반되는 이익을 어떤 기준에서 조화시키느냐 하는 것을 결정하는 것이 중요한 것이다.

### I. 음란개념의 상대성

음란이란 상대적인 개념이다. 1) 그것은 시대와 사회와 문화적 가치에 따라 달라질 수 있는 상대적인 개념인 것이 분명한 것이다. 2) 우선 그것은 시대에 따라 변화해 왔다. 몇 백 년은 고사하고 몇 십 년 전만해도 남녀간의 키스나 애무의 장면을 묘사하는 정도만 갖고도 음란이라고 해서 역제의 대상이 되던 것이 이제는 아무도 그런 것을 음란이라고 문제 삼는 일이 없게 되었다는 간단한 사실을 갖고도 그것을 알 수 있는 것이다. 미국이나 서구사회에서도 제 2 차 세계대전 때까지만 해도 음란에 대한 매우 엄격한 태도가 그대로 유지되었으며 미, 영국의 경우 빅토리아 여왕 때부터 적용되어온 이른바 「히클린 원칙」 3)이 비록 그 동안 수차례 걸쳐 수정되어 그 내용이 다분히 완화되기는 하였으나 재판소에서 음란성 여부를 판단하는 기준으로 여전히 살아있었다. 그러나 1950 년대에 이르러서는 음란성 판단의 기준에 있어 큰 변화를 보게 되었다. 그 결과 전에 음란적이라고 하여 출판판매가 금지되고 있었던 「Fanny Hills」 나 「채털레 부인의 사랑」 과 같은 책들도 이제는 자유로이 출판할 수 있게 된 것이다. 그것은 더 말할 것도 없이 시대의 흐름에 따라 성도덕이 변화하여 이른바 「성해방」 이 진전되고 그 결과 성에 대해서도 「보다 더 허용하는 사회」 (more permissive society)로 바뀌고 있기 때문에 음란한 표현에 대한 태도에 있어서도 그러한 변화가 초래되게 된 것이라고 할 수 있을 것이다. 한가지 분명히 말할 수 있는 것은 시대가 흐름에 따라 음란의 개념이 자꾸만 축소되어 왔으며 그에 따라 음란에 대한 규제의 대상도 그만큼 감축되어 왔다는 것이다. 음란은 또 사회에 따라 그 의미를 달리하고 있다. 우선 동양과 서양 사이에서 음란의 의미를 새기는 데 있어 큰 차이가 있다. 성 자체에 대해서도 동양의 여러 사회는 일반적으로 서양보다도 훨씬 보수적이고 금압적인 것으로 인식되어 왔으며 지금까지도 그러한 것으로 알려지고 있는데 그것은 동양사회가

갖는 윤리관과 도덕관, 그리고 거기에서 유래하는 성도덕관 때문인 것은 더 말할 필요도 없을 것이다. 그러한 엄격한 성도덕이 그대로 유지되고 있는 동양사회와는 달리 특히 근년에 미국이나 서구 여러 나라에서는 성에 대한 여러 가지 금기가 모두 깨뜨려지고 매스미디어 특히 신문, 방송, 영화, 연극, 음악, 광고 등 모든 분야에서 성적표현의 혁명이라 할 만큼 획기적인 변화가 일고 있어서 큰 대조를 보이고 있는 것이다. 미국연방최고재판소가 1973년 밀러 사건에 대한 판결 4)에서 음란의 뜻을 새기면서 「미국헌법개정 제 1 조(The First Amendment)가 메인주나 미시시피주의 사람들에게 라스베가스나 뉴욕시에 사는 사람들이 용인하고 있는 것과 같은 행동의 규범을 받아들이도록 요구하는 것이라고 해석하는 것은 현실적인 것도 아니며 헌법해석의 견지에서 필요한 것도 아니다」 라고 한 것은 음란의 의미가 사회뿐만 아니라 지역을 달리함에 따라서도 얼마든지 달라질 수 있다는 것을 명백히 한 것이라고 할 수 있을 것이다. 음란에 대한 규제를 직접 규정하는 것은 법률인데 이 법률상 음란의 의미를 판단하는 재판소의 태도에도 역시 여러 시대를 거치는 가운데 큰 변화가 있어 왔다. 다만 음란이라는 것 자체는 법적으로 보호할 아무런 가치도 없는 것이며 음란한 표현이나 그것을 전파하는 행위가 범죄로서 처벌을 받아야 하는 것이라고 보는 데 있어서는 어느 사회할 것 없이 거의 뜻을 같이해 온 것으로 생각된다. 미국최고재판소가 1957년의 로스 사건에 대한 판결 5)에서 음란한 표현은 「보상할만한 사회적인 중요성이 전혀 없는 것」(utterly without redeeming social importance)으로서 그것은 사상의 표현에 있어 하등 불가결의 역할을 수행하는 것이 아니며 미국헌법개정 제 1 조가 보호하고자 하는 언론·출판의 범주에 속하지 않는 것이라고 단정한 것도 그것을 말해 주는 것이라고 할 수 있을 것이다. 문제는 음란의 뜻을 어떻게 정하고 무엇을 음란으로 규정할 것인가 하는 데 있는 것인데 어떤 것이 음란인가를 판단하는 기준과 그 요건이 시대에 따라 줄곧 변화해왔다는 것이다. 법을 적용하는 데 있어서는 음란이 무엇인가를 명백히 규정해주어야 한다는 것은 더 말할 필요도 없을 것이다. 음란한 표현은 대부분의 경우 소설이나 연극, 미술 등의 형식으로 신문, 방송, 잡지, 서적, 영화 등 매스미디어에 의해 전파되는 것이 일반적인 것으로 되어 있는데 만약 음란의 뜻이 명확하게 정해지지 않을 경우 음란을 규제한다는 것이 헌법이 보장하는 언론·출판의 자유를 침해하는 결과를 초래할 가능성도 없지 않다고 할 수 있을 것이다. 근년에 이르러 미국이나 일본에서 음란표현의 문제를 헌법론의 차원에서 표현의 자유와 관련하여 논의하게 된 것도 바로 그런데 이유가 있는 것이다. 여기서는 음란에 관한 법적인 정의가 외국에서 어떻게 변해왔는가를 자세히 설명할 겨를이 없지만 다만 미국에 있어서의 최근의 경향을 보면 음란성 적용에 있어서 일반적으로 음란의 뜻이 지역이나 국가에 따라 다를 수 밖에 없다는 상대주의의 입장으로 압도적으로 기울어지고 음란개념의 폭을 최소한으로 축소시켜가면서 그 적용의 대상을 자꾸만 줄여가고 있다는 것을 지적할 수 있을 것이다. 또 1959년에 영국에서 제정된 음란출판물 법(Obscene Publication Act)이 처벌의 대상이 되는 음란출판물을 「완전한 음란본」(hard-core pornography)에만 한정하고 있는 것도 주목할만한 일이라고 할 수 있다. 동법은 또 「...(예술)작품이...그 효과가...전체로써 모든 관련된 상황에 비추어 그것에 포함되거나 혹은 구상화된 내용을 읽고 보고 듣고 하는 사람들을 타락, 부패시키는 것과 같은 것일 때에는 음란인 것으로 인정된다」고 규정하고 분명히 히클린 원칙과의 결별을 선언하고

있다. 그러면 이러한 외국의 경향에 비추어 볼 때 우리나라의 경우는 어떠한가. 우리나라에서는 음란을 어떤 뜻으로 받아들이고 있으며 그것을 규제하는 데 있어서 어떤 기준을 적용해 왔는가 또 음란에 관해 법을 적용하는 데 있어 우리나라의 법원은 어떤 태도를 보여 왔는가 그러한 문제들을 알아보기 위해서는 우리나라에 있어서의 음란에 관한 관계법규나 음란사건에 관한 판례 등을 소상히 검토하는 것이 필요할 것이다.

## II. 음란성 규제를 위한 법규

우리나라 형법은 제 243 조와 244 조에서 이른바 「음란물 죄」를 규정하고 있는데 그것이 즉 음란적 표현에 관한 규제를 규정한 조항인 것이다. 제 243 조는 「음란한 문서, 도화, 기타물건을 배포, 판매, 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1 년 이하의 징역 또는 1 만원 이하의 벌금에 처한다」고 규정하고 있으며 제 244 조는 「전조의 행위에 공할 목적으로 음란한 물건을 제조, 소지, 수입 또는 수출한 자는 1 년 이하의 징역 또는 1 만환 이하의 벌금에 처한다」로 되어있다. 이 두 조항을 근거로 해서 경찰이나 검찰 또는 재판소는 「음란」적인 것이라고 판단된 문서, 도화, 기타의 표현물을 제조하거나 판매, 배포, 전시, 소지, 수입, 수출하는 행위를 규제하거나 그에 처벌을 가할 수 있도록 되어 있는 것이다. 이들 음란물죄 조항은 강간죄(제 297 조), 강제추행죄(제 298 조) 등과 같이 「성생활의 자유」와 같은 개인법익을 보호하고자 하는 것이 아니라 사회적 법익으로서의 성윤리질서를 보호하고자 하는 것이 그 특색이라고 할 수 있을 것이다. 형법 이외에 영화법, 음반에 관한 법률, 출판사 및 인쇄소의 등록에 관한 법률, 관세법 등이 성적 표현물의 규제와 관계가 있는 조항들을 담고 있으나 이들 대별법의 관계 조항들은 그러한 성격의 표현물들을 검열하거나 그 유통을 금하거나 수입, 수출을 막을 수 있는 법적 근거를 마련해 주는 것으로서 음란물에 대한 규제를 직접 규정한 것은 아닌 것이다. 우리 형법의 음란물에 관한 조항은 일본형법의 같은 음란성 표현규제에 관한 조항인 제 175 조와 비교할 수 있다. 일본형법 제 175 조는 「외설의 문서, 도화, 기타의 물건을 배포 혹은 판매 또는 공연히 이를 진열한 자는 2 년 이하의 징역 또는 5 천엔 이하의 벌금 혹은 과료에 처한다. 판매의 목적을 위해 이를 소지한 자도 또한 같다」고 규정하고 있다.<sup>6)</sup> 이 일본형법의 조항을 보면 우리 형법의 음란물 죄 규정이 일본법의 것을 본보기로 해서 얼마간 그 표현을 바꾸어 놓은 것임을 알 수 있는데 음란의 뜻을 해석하는 데 있어서도 일본법의 음란조항에 대한 해석론을 거의 그대로 따르고 있는 것이다. 일본에서는 1957 년의 D. H. 로렌스의 「채털레이 부인의 사랑」의 역서를 음란으로 규정 했던 사건에 대한 최고재판소의 판결<sup>7)</sup>이 제시한 원칙을 그 동안 얼마간 수정하기는 하였으나 오늘에 이르기까지 거의 그대로 적용하고 있는데 흔히 「음란개념의 3 기준」으로 알려져 있는 그 원칙에 따르면 「음란문서」란 ① 그 내용이 함부로 성욕을 자극 또는 흥분시키고 ② 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 ③ 선량한 성적 도의관념에 반하는 문서를 말하는 것으로 되어 있다. 일본판례의 원칙을 일본에서도 여러모로 비판을 받고 있는 것이지만 우리도 우리자신의 입장에서 그것을 비판적으로 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 음란물에 대한 규제는 표현행위에 대한 규제이기 때문에 표현의 자유, 언론의 자유와 밀접한 관계를 맺고

있는 것이다. 만약 성도덕을 보호한다고 해서 음란개념을 지나치게 넓게 해석한다면 그만큼 표현의 자유가 제약을 받게 된다고 해야 할 것이다. 특히 음란한 표현물은 일반적으로 신문, 방송, 서적, 영화 등 매스미디어에 의해 전파되고 유통되는 것이기 때문에 음란물의 개념을 올바르게 규정하지 못한다면 언론의 자유를 침해받고 정보의 자유로운 유통을 저해하는 결과를 가져올 수도 있을 것이다. 그렇기 때문에 음란의 개념을 엄격히 한정적으로 해석해서 헌법이 보장하는 언론의 자유의 폭을 부당하게 축소시키는 일이 없도록 해야 할 것이다.

### III. 우리나라 판례의 경향

그러면 우리나라에서의 음란물 사건에 대한 판례의 경향은 어떠했는가 그러한 사건들에 대한 결정에 있어 우리나라 법원은 어떤 기준을 적용해 왔는가 그것을 알아보기 위해서는 먼저 지금까지의 음란물 사건에 관한 판례를 한번 소상히 검토해 볼 필요가 있을 것이다. 형법 제 243, 244 조에 관한 그 동안의 판례들을 보면 우선 그 판례의 수가 극히 적은데다가 또 실질적인 내용도 매우 빈약한 것이어서 그러한 판례들을 통틀어 살펴보아도 일관성 있는 기준을 찾아낼 수 있을 것인지 매우 의문스러운 일이라고 아니할 수 없다. 그러나 이하 음란물 사건에 관계되는 주요 판례들을 대충 검토해 보도록 할 것이다.<sup>8)</sup>

#### 1. 영화 「춘몽」 (1967 년)<sup>9)</sup>

사건내용 : 이 사건은 영화감독 유현목씨가 일본인의 원작인 「백일몽」을 번안하여 제작한 영화 「춘몽」이 지나치게 음란한 장면을 보여주고 있다고 해서 문제가 된 사건이었다. 이 영화는 변태 성욕자가 젊은 여인에게 폭행, 린치, 전기고문 등 갖은 가혹한 행위를 가하여 그 변태적인 색욕을 만족시키는 내용의 것인데 특히 문제가 된 장면은 주인공인 여인이 앞가슴 일부에 살결색의 나일론 천을 두르고 나체로 음부를 노출시킨 채로 변태 성욕자에게 쫓기어 계단 윗층으로부터 아래층계로 약 20 피트 가량 도망쳐 내려오면서 완전 나체가 된 뒷모습을 약 6 초 가량 촬영해 보여준 것이다. 이 사건에 대하여 변호인은 「음란의 개념을 정하는 가치기준은 시대에 따라 변천하고 있는 것으로 현재 우리나라에서는 서구문명의 도움으로 과거와 같은 폐쇄적인 성질서로부터 해방되어 현대인의 성적 의식은 과거와는 판이한 가치판단기준 위에 서 있으므로 위와 같은 예술작품의 제작과정에서 일시적으로 신체 일부의 노출이 있었다 할지라도 이는 현재의 성적 도덕관념에 비추어 볼 때는 그 음란성을 갖춘 것이라고 할 수 없다」고 하여 무죄를 주장하였다. 또 변호인은 「문제의 영화는 인간의 잠재의식 속에 숨어있는 선악의 갈등을 묘사하고 파헤친 예술작품이므로 가령 이 영화의 일부 장면에 나체부분이 연출되었다고 해도 이는 인간의 원형을 있는 그대로 묘사하려고 한 예술작품의 성격상 불가피한 것이며 이와 같은 예술작품은 그 예술성으로 인하여, 음란한 것으로 규정될 수 없다」고 주장하였다. 이 사건에 대하여 재판부는 유죄를 선고하였다. 판결요지 : 「음란한 물건이라 함은 사람의 성욕을 자극, 흥분시키는 일체의 물건을 지칭한다. 이것은 보통인의 정상적인 수치심을 해하는 것으로서 사회의 선량한 성적 도덕관념에 반하는 정도의 것을 말하는 바 위의 기준은 그 시대의

일반사회문화를 배경으로 한 대중의 교양수준을 통찰하여 이와 같은 문서나 물건이 전시, 판매되거나 배포될 경우 사회일반의 성생활에 대한 올바른 인식을 그르치게 하여 선량한 풍속을 파괴할 우려가 있느냐 여부에 달려있다.」 「변호인의 주장과 같이 우리 사회의 성에 대한 통념이 서구문물의 도입으로 인하여 급격히 변천되어 과거와 같은 성에 대한 폐쇄적인 관념은 점점 수정, 해소되어가고 있는 것은 사실이나 이와 같은 풍조에 맞추어 근래 영화 · 소설 등 각종 작품에서 우리 사회의 종래의 전통적인 성적 풍속감정에서는 찾아 볼 수 없었던 각종의 성의 표현이나 여자의 유방 등 신체의 전부 또는 일부를 함부로 노출시키는 장면을 대담하게 묘사하고 있는 바 우리 사회의 성에 관한 관념에 변화가 있고 또 현재 변화가 이루어지고 있다 하더라도 이와 같은 성의 표현 중 사회대중에게 일반화되지 않아 그 환경과 전후 사정으로 보아 그 표현이 현재의 문물을 익히고 있는 정상적인 대중에게 혐오, 수치, 감정을 일으키게 한 때에는 이는 현재의 선량한 성적 도덕관념을 파괴하는 물건이 된다.」 위 영화는 상대방 여자에게 폭행, 린치, 전기고문 등 가혹한 행위를 하여 고통을 받고 신음하는 현상을 보고 또 이와 같은 행위를 당하고 남녀가 서로 성적인 자극과 만족을 얻는 것을 그린 후

이와 같은 상황에서 변태 성욕자에게 쫓기어 완전나체로 달아나는 장면을 촬영한 것이므로 이는 현재 우리 사회의 건전한 양식에 비추어 정상인에게 이상한 성적 자극을 주고 수치, 혐오감을 일으키게 함에 족하다고 인정된다.」 「예술작품은 궁극적으로 인간의 성적 충동을 다루면서 그 정서에 호소하는 것이기 때문에 예술작품에 있어서의 그 성적 충동의 표현은 완곡하고 미화되어 나타나는 것이 정상적이나 예술인이 그 작품에서 성적 충동을 강조한 나머지 건전한 정상인에게 윤리적으로 혐오의 대상이 되는 내용을 싣고 이를 예술작품이라고 하여 그 예술성을 강조하더라도 작품이 갖는 음란성은 동시에 스스로 별개의 차원에 속하는 도덕적, 법적 측면에 있어서의 평가이므로 작품의 예술적 가치 여부는 별개의 개념인 그 음란성을 정하는 표준으로 될 수 없다. 따라서(문제의) 영화가 인간의 선악문제를 다룬 예술적 가치 있는 작품이라 하더라도 별개의 측면인 법적 가치판단기준에서 그 내용의 일부가 음란성을 띠고 있는 한 그 예술성의 유무는 그 음란성의 소장에 아무런 영향이 없다고 할 것이다.」 「헌법에서 보장된 학문 · 예술 및 표현의 자유도 헌법 제 32 조가 정한 <공공복리>의 개념에 의하여 제한되고 이 한도 내에서만 허용되는 것이므로 이 범위를 벗어난 권리행위는 권리 남용에 해당하여 헌법의 보장을 받지 못한다고 할 것인 바... 음란한 물건을 제조, 판매, 배포하는 것은 대중을 성적으로 타락시켜서 사회질서의 기강이 되는 선량한 풍속을 파괴하는 것이므로 위와 같은 행위는... <공공복리>에 반하고 따라서...이러한 범법행위의 처벌은 헌법이 보장하는 인권의 침해라고 할 수 없다.」 이 판결은 영화의 음란성을 그 대상으로 한 것인데 여러 가지로 문제를 제기하고 있는 것이다. 우선 그것은 일본의 판례가 정한 전기한 바와 같은 음란의 기준 10)을 적용해서 음란성에 관한 판단을 내리고 있음을 지적할 수 있다. 이 판례는 우리나라에서도 서구문물의 도입으로 과거와 같은 폐쇄적인 성 관념이 무너지고 있음을 인정하고 있으나 그럴지라도 문제된 영화의 음란으로 지적된 장면이 그러한 성 의식의 변화를 감안하더라도 사람들의 「성욕을 자극, 흥분」 시키고 「보통인의 정상적인 차치심을 해」 함으로써 「지회의 선량한 성 도덕관념에 반」 할 수 있는 것이므로 일본의 판례가

제시한 음란성의 기준을 능히 충족시키는 것이라고 주장하고 있는 것이다. 이 판결은 또 예술성과 음란성은 별개의 차원에 속하는 개념으로서 양립할 수 있는 것이라고 한 점에서도 일본의 판례와 입장을 같이하고 있다. 전기한 「채털레 부인의 사랑」 사건에 대한 판례에서 일본최고재판소는 「예술성과 외설성은 별개의 차원에 속하는 개념으로서 양립하지 못하는 것이 아니다. … 왜냐하면 예술적으로 우수한 작품이라고 할지라도 그것과 차원을 달리하는 도덕이나 법적인 면에 있어서 외설성을 지니고 있는 것으로 평분하는 것이 불가능하지 않기 때문이다. … 예술이라고 할지라도 공중에게 외설적인 것을 제공할 아무런 특권도 없는 것이다」 라고 지적하고 있는데 예술성과 음란성을 몇 개의 문제로 인정하려는 그러한 이원논의 주장에 「춘몽」 사건의 판례도 동조한 것이라고 할 수 있는 것이다. 또 동 판결이 문제된영화의 내용 중 일부만이라도 음란성을 띠고 있으면 그것이 예술성이 있는 것이라고 할지라도 그 예술성의 유무와는 상관없이 음란물로서의 법적 규제를 면치 못한다고 한 것은 문서들의 일부가 음란이면 그 전체가 음란으로 인정 된다고 한 이른바 히클린 원칙에 따른 것이라고 해야 할 것이다. 이것은 1957년 Roth 사건에 대한 미국최고재판소의 판례가 새로 제시한 「작품의 음란성 여부는 작품전체로 본 지배적인 테마를 기준으로 해서 판단해야 한다」 는 기준과는 아주 거리가 먼 것이다. 그리고 학문 · 예술 및 표현의 자유도 「공공의 권리」 에 의하여 제한될 수 있으며 음란물을 제조, 판매, 배포하는 따위의 행위는 대중을 성적 으로 타락시켜 선량한 풍속을 파괴하는 것으로 「공공복리」 에 반하는 것이기 때문에 그것을 처벌하는 것은 인권의 침해라고 할 수 없다고 한 것도 헌법이 보장하는 정신적 자유권에 관해서 일본의 최고재판소가 전통적으로 지켜온 「공공복리」 론의 입장과 완전히 일치하고 있는 것임을 지적할 수 있다.11)

## 2. 고야의 나체화(1970년)12)

사건내용 : 이 사건은 스페인의 화가 고야(GoYa, 1746~1828)의 작인 명화 「나체의 마하」 를 판매할 목적으로 세계명화집에서 복사, 제조하여 성냥갑에 부착해서 시중에서 판매한 것이 음화제도로 기소되어 3심을 통하여 모두 유죄가 선고된 사건이다  
원심판결 13)은 「…공소사안의 도화가 세계명화인 것이 인정되나 우리나라의 경우 연로한 노인과 아동은 이를 현해하지 못하므로 미풍양속에 해가 될 것으로 인정된다」 고 한 데 대해 피고인은 그가 성냥갑에 부착해서 판매한 그림은 이미 시중에 판매되고 있는 「세계명(책보기 39)집」 에 수록되어 있는 것을 발췌, 복사한 것이므로 미풍양속을 해하는 행위라고 한 것은 잘못이라고 주장했다. 판결요지(대법원) 「…침대 위에 비스듬히 위를 보고 누워있는 본건 천연색 나체화 카드사진이 비록 명화집에 실려 있는 그림이라 하여도 것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위하여 이용하는 것이 아니고 본건과 같이 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 그 카드사진을 복사, 제조하거나 시중에 판매하였고, 이러한 그림은 정상적인 성적 정서와 선량한 사회의 풍습을 해칠 가능성이 있다 할 것이므로 이를 음화라고 본 원심판결은 정당하고 또 피고인은 본건 그림이 음란함을 인식치 못하였다 하여도 그 음란성의 유무는 그 그림자체로서 순 관적으로 판단하여야 할 것이고 그 제조자가 판매자의 주관적인 의도에 의하여 좌우되는 것이 아니어야 할 것이며 그

음화제조, 판매죄의 범죄성립에 있어서도 그러한 그림이 존재한다는 것과 이를 제조 또는 판매하고 있다는 것을 인식하면 되고 그 이상 더 나아가 그 그림이 음란한 것인가를 인식할 필요는 없다 할 것이므로 원판결은 소설과 같이 사실 오인 내지 법리오해의 위법이 있다고 말할 수 없다」 이 판결은 명화인 나체화를 복사해서 성냥갑에다 붙여서 판매한 것이 음화제조라 해서 기소된 사건으로서 예술작품인 명화도 경우에 따라서는 음란물로 인정될 수 있다는 것을 보여준 것이다. 그것은 작품 자체는 예술품이라도 출판방법이나 광고, 독자층의 한정 등에 따라서는 상대적으로 음란물이 될 수 있다는 것을 말해준 것인데 그런 점에서는 과학이나 예술작품은 본래 음란물이 아니지만 음란적인 부분만을 따로 떼어서 배포하게 되면 그것이 음란물로서 법적 규제의 대상이 될 수 있다는 빈딩(Binding)의 상대성개념 14)과 뜻을 같이하는 것이라고 할 수 있을 것이다. 이 사건의 판결은 이미 세계명화집에 수록되어 널리 알려져 있는 명화가 복사되어서 상품에 부착되어 일반인에게 판매됨으로써 음란물의 성격을 띠게 된 것으로 본 것이라고 할 수 있다. 또 일본의 판례에서는 음란물의 정도 16)에 관하여 성교장면, 성교 전후의 포옹이나 키스, 성교의 전희나 후희, 그러한 행위와 관련된 음성 등의 묘사나 표현, 성교에 관련된 성기의 사태묘사, 성교를 용이하게 연상시키는 도화나 이부의 호색적인 자태 등이 법적 규제의 대상으로 나타나 있는데 「마하」의 경우에는 침대 위에 비스듬히 누워있는 나부의 그림도 음란물로 규정될 수 있다는 것을 알려준 것이다.

### 3. 「수기동경의 밤 25 시」 (1971 년)16)

사건내용 : 이 사건은 일본의 주간지 「주간여성」이 게재한 일본의 어느 재벌대기업의 간부들이 미혼인 여직원들과 성관계를 갖고 놀아난다는 이야기를 수기의 형식으로 묘사한 글을 우리나라의 월간지 「인기」가 우리말로 번역하여 6 회에 걸쳐 연재한 것이 음란물의 제조라고 하여 기소된 것인데 그 연재 가운데 특히 1969 년 4 월호에 실린 내용이 음란한 것으로 인정되어 서울 형사지방법원에서 유죄가 선고된 사건이다. 피고인은 그 판결에 불복하여 항소하였다. 판결요지(항소심) : 「...무릇 사람은 본원적으로 자연생물학적인 면에서의 성욕을 향락하려는 본능적 충동과 동시에 역사적인 존재로서 이를 혐오하는 감정을 아울러 가지고 있고 그러한 혐오감 내지 수치감의 존재는 인종 · 역사 · 풍토 · 문명의 정도에 따라 다소의 차리는 있겠지만 보편적인 도덕의 기초를 형성하고 있으며 법은 사회질서의 유지에 있어 중요한 의의를 가지는 최소한도의 도덕을 유지하는 것을 그 임무의 하나로 하고 있으므로 형법 제 244 조 소정의 음란성의 개념 역시 위와 같은 법의 임무에 입각하여 해석하여야 할 것인 바 이와 같은 입장에서 보아 동조소정의 음란한 문서관 성욕을 흥분 또는 자극시켜 일반인의 정상적인 성적 정서(성적 혐오감)와 선량한 사회풍기를 해칠 가능성이 있는 문서라고 해석함이 상당하다고 하겠다.」 「...어떤 문서가 구체적으로 음란한가의 여부를 결정함에 있어서 그 판단의 기준은 일반사회에서의 양식 즉 건전한 사회통념에 두어야 한다고 할 것인 바 그 사회통념이란 결코 단순한 국민 개개인의 인식의 집합 또는 그 산술적 평균가치가 아닌 그들을 초월한 집단의식인 동시에 때와 장소에 따라 계속적으로 변천을 거듭하는 유동적인 관념이라고 하겠으므로 본건 음란성의 유무는 현재의

시점에서 본 우리나라전체의 집단적의식인 건전한 사회통념을 기준으로 하여, 작자의 주관적인 의도를 떠나 객관적으로 판단해야 될 것이다.」 「이와 같은 관점에서…본건 수기는 재벌상사의 40 대 부장과 미혼 여사원(19 세) 사이에 자동차내에서의 성교장면을 묘사함에 있어서 ‘내 것은 킹사이즈야, 킹사이즈란 흔치 않은 것’이라는 부장의 말이라든가 ‘차내에서 옆으로 누운 탓인지 좀처럼 잘되지 않는다’라는 여사원의 말… 등 성적 행위를 노골적이고도 상세하게 표현하고 있는 바 이러한 표현은 한국의 현재의 시점에서의 건전한 사회통념에 비추어 보아 이를 읽는 사람에게 성욕을 자극하여 흥분시키는 동시에 일반인의 정상적인 성적 정서와 선량한 사회풍기를 해칠 가능성이 있다 할 것이므로 결국 본건수기 중의 위 표현부분은 음란성이 있다고 봄이 상당하다.」 「음란성의 유무는 그 표현 자체로부터 순 객관적으로 판단할 것이고 그 작자의 주관적인 의도에 의하여 좌우되는 것은 아니라 할 것인바 음란문서제조 · 판매죄의 범의에 있어서도 그러한 표현이 있다는 것과 이를 제조 · 판매하고 있다는 것을 인식하고 있다면 족하고 그 이상 더 나아가 그 표현이 음란한 것인가 아닌가를 인식할 필요는 없다고 할 것이다.」 이 판결은 일본잡지에 실린 성관을 다룬 흥미위주의 글을 번역해서 게재한 것이 음란물제조로 기된 것인데, 이 경우에도 일본판례의 기준에 따라 음란성 여부를 판단하고 있음을 알 수 있다. 다만 이 판례는 음란성판단의 기준으로서의 성에 대한 「사회통념」이 「때와 장소에 따라 계속적으로 변천을 거듭하는 유동적인 관념」임을 인정하여 음란성을 상대적인 개념으로 받아들이고 우리나라에서도 근래 서구문물의 유입으로 성에 대한 사회통념이 급격히 변천하고 있어 과거와 같은 성의 폐쇄인 관념이 수정되어 타부(taboo)로서의 성이 크게 완화되고 있음을 지적한 것은 주목할 만한 점이다. 또 이 수기는 예술작품이라고 보기는 어렵지만 판례가 그 문서 중 일부의 표현이 음란적인 것을 지적하여 전체를 음란물로 판정한 것은 히클린의 원칙을 그대로 따른 것이라고 해야 할 것이다.

#### 4. 「서울의 밤-남대문에서 워커힐까지」 및 「영점구멍과 뱀과의 대화」 (1973)17)

사건개요 : 이 사건은 작가 박승훈의 문학작품인 「서울의 밤-남대문에서 워커힐까지」와 「영점구멍과 뱀과의 대화」를 음란물로 규정하여 기소한 사건인데 다분히 정치적인 동기에서 나온 것이라고 할 수 있는 것이었다. 1969 년 공화당정부가 3 선개헌을 계획하게 되자 서울의 대학생들이 그에 반대하는 데모를 벌이면서 그 전초전으로 예로잡지, 도서추방캠페인을 전개하게 되었는데 그러자 검찰이 갑자기 음란도서단속에 다시 문제작품의 작가인 박승훈을 「반노」의 작가인 염재만 등과 함께 체포하여 구속, 기소한 것이었다.18) 작가인 박승훈은 미국의 소설가인 「존 도스파소스」의 강한 영향을 받아 사회의 퇴폐상과 부정, 부패를 적나라하게 파헤쳐 이를 고발하려는 고발문학의 작가로서 문제의 작품들도 그러한 고발문학의 성격을 지닌 것이었다고 주장하고 있다. 그럼에도 불구하고 음란, 불량도서일소를 내세운 검찰의 단속에 따라 그의 작품이 음란도서로 지목되어 재판 받게 된 것이다. 이 사건에 대해 서울 형사지법은 「비록 문예작품이라도 그 일부 내용이 음란성을 지닌 것이라면 그 작품이 음란물이 될 수 있다」는 요지의 판정을 하며 유죄(벌금판결)를 선고하였다. 이 판결은 처음으로 문예작품에 대한 음란성제정을 내린

것인데 이 역시 예술성과 음란성을 별개의 차원으로 볼 수 있다는 일본판례의 2원론적 입장을 따른 것이었다. 이 판결에 대해 저자는 불복, 항소하면서 그의 작품들을 「현대에 있어서의 성의 부패, 타락상을 있는 그대로 공개, 고발함으로써 사회에 경종을 울림과 동시에 현대인에 원죄로부터의 해방을 위한 미래모색의 길을 터줌을 목적으로 한 고차원적인 예술작품으로서 음란문서가 아닐 뿐만 아니라 비록 부분적으로 음란한 표현이 있다고 하더라도 이는 작품이 갖는 고도의 예술성 내지 사상성에 의하여 둔치되는 것이어서 음란문서로는 볼 수 없는 것」 19)이라고 주장하였으나 항소심에서도 받아들여지지 않고 기각되고 말았다.

## 5. 소설 「반노」 (1973 년)

이 사건은 작가 염재만의 문예작품으로 남녀간의 변태적인 성생활을 다룬 「반노」가 음란물로 고발되어 기소된 사건이다. 이 소설은 우연히 알게 되어 동거하게 된 남녀가 변태적인 성생활을 영위해가는 과정을 소상하게 묘사한 작품으로서 제 1 심에서는 음란물제조로 유죄선고를 받았으나 항소심에서 무죄가 된 뒤 검찰이 다시 상고하여 기각되었다가 대법원의 최종재심에서 무죄가 확정된 것이다. 유죄를 선고한 원심에 대해 항소심 20)은 「반노」가 「그 주제나 표현에 있어서 선정적인 작품이라고 인정되지 아니 함에도 불구하고 원심이 이를 음란문서라 하여 피고인에게 유죄를 선고한 것은 문서의 음란성에 관한 법리를 오해한 것」이라고 하고 원판결을 파기하고 다음과 같이 판결했다. 「<반노>는 인간의 성에 대한 본능을 그 주제로 하고 군데군데 성교장면이 나오기는 하나 남녀간의 성교에서 향락적이고 유희적인 면을 탈피해버리고 본능에 의한 맹목적인 성교와 그 뒤에 오는 허망함을 반복 묘사함으로써 인간에 내재하는 성에 대한 권태와 허무를 깨닫게 하고 권태기로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하자는 것을 주제로 한 작품으로서 그 주제나 표현에 있어서 음란성 즉 선정적인 면이 없다고 인정된다」고 판시하였다. 그에 대해 검찰이 상고하였으나 대법원이 원심(70 노 2255)의 무죄판결을 심리미진을 이유로 파기·환송한 뒤 항소심은 최종적으로 다음과 같은 판결을 내렸다. 21)판결요지 : 음란문서라 함은 과도하게 성욕을 자극하고 보통사람의 정상적인 수치심을 해치며 선량한 성적 도덕관념에 반하는 문서라 할 것인 바 무릇 문학작품의 음란성의 여부는 그 작품 중 어느 일부분만을 따로 떼어 논할 수 없고, 그 작품 전체와 관련시켜 이를 판단하여야 할 것이다. 「피고인은 본건 <반노>가 인간의 포태를 전제로 하지 않는 단순한 향락만을 위주로 한 성의 본능을 노예적인 것으로 보고 남녀간의 성교와 그 뒤에 오는 허탈함을 되풀이하여 묘사함으로써 인간의 성행위에서 향락적이고 유희적인 면을 없애고 성에 대한 권태와 허무를 깨닫게 하는 다시 말하여 성의 노예성을 딛고 일어나 새로운 자아를 발견케 하는 것을 주제로 한 작품이었다고 변소하고……남녀간의 성교장면을 다소 실감적으로 반복하여 묘사한 대목이 있기는 하나 그렇다고 그 표현에 있어서 과도하게 성욕을 자극시키거나 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 노골적이고 구체적인 묘사라고는 볼 수 없으며 더욱이 그 전체적인 내용의 흐름이 피고인의 변소와 같이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는

과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니 이에 비추어 본건 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다」 이 「반노」에 대한 판결은 우리나라에 있어서의 음란성개념의 규정과 관련하여 가히 하나의 이정표(landmark)적인 의의를 지닌 것이라고 할 수 있는 것이다. 이 판결은 「문학작품에 대한 음란성 여부는 작품 중 인간의 성행위의 향락적이고 유희적인 장면을 묘사한 작품의 어느 한 부분만을 떼어놓고 논할 수 없으며 작품 전체와 관련시켜 판단해야 한다」는 새로운 기준을 확립한 것이다. 이 판결은 예술성과 음란성을 별개의 차원의 것으로 떼어놓고 보려는 일본판례의 2원론적인 입장에서 비로소 떠나 예술작품을 전체로서 파악하여 음란성도 그 <전체>(whole)속에서 규정하려는 이른바 Roth 판결의 원리로 접근한 것이라고 할 수 있다. 또 일부만이 음란적이라도 음란물로 인정된다는 히클린의 원칙에서 벗어나서 비록 일부 남녀간의 성교장면을 소상하게 반복하며 묘사한 대목이 있더라도 작품의 주제와 그 예술성을 판단하여 그 음란성을 규정해야 한다는 것을 선언한 것이다.

#### IV. 음란물과 자율규제

우리나라에서는 매스미디어에 의해 전파되는 음란물은 형벌에 의해 규제되는 외에 신문윤리위원회를 비롯한 각종 윤리위원회에 의해서도 규제되고 있다. 형벌에 의한 규제가 국가적 강제력에 의한 타율적 규제라고 한다면 윤리위원내에 의한 규제는 원칙적으로 언론기관들 자체에 의한 자율적 규제라고 할 수 있다. 매스미디어의 자율규제는 미디어가 처해 있는 정치, 경제, 사회, 문화적 환경에 적응하고 거기에서 생존하기 위한 하나의 방위방법이라고 할 수 있는 것이다. 그것은 모든 유기체가 주위 환경에 적응하거나 생존을 유지하기 위해 스스로를 통제하는 것과 같은 것이다. 그런 의미에서 자율규제는 권력에 대한 자기방어의 필요에서 그 수단으로 도입된 것이며 국가권력이나 사회적 압력에 의한 통제를 배제하고 독립을 지켜야 한다는 요청에서 나온 것이라고 할 수 있다. 매스미디어의 경우 비록 그 언론활동이 법에 저촉되는 경우라 할지라도 언론이 사회적으로 수행하는 역할의 중요성에 비추어 언론에 대한 국가권력의 개입을 최소한으로 억제한다는 관점에서 타율보다 자율에 의한 규제가 보다 바람직한 것이라고 해야 할 것이다. 영국, 스웨덴을 비롯한 많은 나라에서 그 성격은 서로간에 다소 차이가 있으나 이미 오래 전부터 언론에 의한 자율기관을 설치하여 언론기관들에 대한 자율 규제를 실시하고 있는 것은 바로 그런 이유때문인 것이다. 우리나라에서도 1961년 9월에 처음으로 신문윤리위를 설치한 이후 주로 미디어 별로 된 각종 윤리위원회를 설치하여 자율규제를 시행해오고 있는 것이다. 그러한 자율기관으로 중요한 것으로는 신문을 위한 신문윤리위원회와 영화, 연극, 음반 등을 대상으로 하는 공연윤리위원회, 방송에 관계되는 방송심의위원회, 출판, 잡지, 주간신문 등을 규제하는 도서 잡지주간신문윤리위원회 등이 있다. 그 중 방송심의위원회와 공연윤리위원회는 각기 언론기본법과 공연법이라는 법에 의해 설치된 기관이지만 그 구성원이 주로 언론과 공익대표들로 되어 있고 법에 의한 형벌을 가하는 것이 아니기 때문에 넓은 의미로 자율기관이라고 할 수 있는 것이다. 그 모든 자율기관의 중요한 규제대상의 하나가 음란인 것이다. 그들은 각기 신문이나 방송, 출판, 만화, 잡지, 주간신문,

영화, 연극, 음반 등의 내용에 있어서의 여러 가지 문제가 되는 사항들과 함께 음란성의 것을 사전, 사후에 심의하고 이에 대해 일정한 제재를 가하도록 되어있다. 그러한 음란성에 대한 심의와 제재의 근거는 각 부문마다 제정되어 있는 윤리 강령과 그실천 요강 등에 규정되어 있는데 그러한 윤리 강령과 실천요강 속에 들어있는 음란성에 직접, 간접으로 관계되는 조항들을 추려보면 다음과 같다.

#### ● 신문윤리강령

6. 신문은 그 공공성에 비추어 마땅히 높은 품격과 금지가 요구되며 특히 저급한 행동이나 그 유인이 되는 행동은 일체 용납되지 않는다.

#### ● 신문윤리실천 요강독립성

3. 기사의 작성 및 취합 정리에 있어 사회의 건전한 발전에 유해한 것을 오직 대중의 호기심을 충족시키기 위하여 과대하게 보도해서는 안 된다. 특히 외설 기타 부도덕의 과대한 보도로서 미풍양속을 저하시켜서는 안 된다.

#### ● 신문광고 윤리 강령

2. 신문광고는 공공질서와 미풍양속을 해치거나 신문 자체의 품위를 손상하는 것이어서는 안 된다.

● 신문광고 윤리실천요강(기준) 강령(2)에 따라 다음과 같은 사항은 게재를 보류 또는 금지한다.

3. 어린이 및 청소년을 대상으로 하는 광고에 그들을 육체적 혹은 도덕적으로 가르치게 할 표현.

4. 공중에게 혐오감이나 어떤 욕정을 불러 일으키는 외설, 추악 또는 잔인한 내용.

#### ● 주간신문윤리실천 요강독립성

3. 기사의 작성 및 취합정리에 있어 사회의 건전한 발전에 유해한 것을 오직 대중의 호기심을 충족시키기 위하여 과대하게 보도해서는 안 된다. 특히 외설 기타 부도덕의 과대한 보도로서 미풍양속을 저하시켜서는 안 된다.

#### ● 원서잡지윤리 강령

5. 도서, 잡지는 사회적으로 공공성을 가지며 또한 그것이 미치는 영향이 심대하기 때문에 사회 질서와 도덕을 존중하며 공공의 이익에 위배되는 개인 또는 특정기관, 단체의 이익이나 부도덕한 목적에 이용되지 않는다.

#### ●도서윤리실천 요강

1. 도서는 민족고유문화를 보호 육성하고 미풍양속을 해치거나 사회에 악영향을 미칠 요소가 있는 내용이어서는 안 된다.

### ●잡지윤리실천 요강

1. 잡지는 민족고유의 문화를 보호 육성하며 외설 또는 선정적인 표현으로 미풍양속을 해치거나 사회에 악영향을 미칠 요소가 들어있는 내용을 게재하여서는 안 된다.

### ● 만화윤리실천 요강

11. 만화는 사회통념을 존중하며 미풍양속을 해치거나 선정정적 또는 외설적인 내용을 묘사, 표현하여서는 안 된다.

이상과 같은 윤리 강령이나 실천 요강 등을 근거로 하여 신문윤리위원회의 경우는 제소에 의한 심의나 자율심의의 결과 신문의 내용 중 음란성이 인정될 경우에는 해당 신문사나 통신사에 대해 ① 주의, ② 비공개경고, ③ 경고, ④ 정정, ⑤ 취소, ⑥ 사과, ⑦ 관계자에 대한 위원회가 정한 징계의 요구, ⑧ 회원의 자격정지 또는, 제명요구 등의 제재를 결정하도록 되어 있다. 주간신문도 마찬가지로의 절차를 거쳐 같은 제재를 가하게 되어 있다. 도서나 잡지, 만화 등에 있어서는 사전심의의 경우는 ① 수정 및 삭제, ② 수정 확인 ③ 전면수정, ④ 폐기 등의 제재를 또 사후심의의 경우는 ① 주의, ② 해명, ③ 경고, ④ 정정, ⑤ 게재중지 ⑥ 취소, ⑦ 사과, ⑧ 변상 등의 제재를 가할 수 있게 되어 있다.

공연윤리위원회의 경우는 각종 영화 시나리오, 연극 등 무대예술과 각종 공연물의 내용에 대한 사전심의를 하며 각종 가요와 음반의 내용과 각종 선전·광고에 대한 심의를 한 결과 음란성이 인정되면 ① 수정, ② 개작, ③ 반류 등의 조치를 취하고 차후라도 윤리규정에 위배된 사항이 발견되었을 때에는 그의 시정 요구나 활동정지 등의 조치를 취할 수 있게 되어 있다.

## V. 신문과 음란성규제

신문의 내용에 있어서 음란성이 흔히 문제가 되는 것으로서는 사회면기사와 신문소설의 두 가지를 들 수 있을 것이다. 사회면 기사의 경우는 신문윤리실천 요강의 협립성 제 3 항이 규정한 「사회의 건전한 발전에 유해한 것」으로써 지금까지 실제로 문제가 된 것으로는 주로 다음과 같은 것들이 포함되어 있는 것으로 지적되고 있다.<sup>22)</sup> ① 간통사건 등 피해 증언의 상세한 보도, ② 기행문 중 사창가 실태의 구체적인 기술, ③ 청소년의 악질흥악범사건의 미화보도, ④ 사회상을 풍자하는 가십기사의 치졸한 표현, ⑤

「읽을거리」 등의 저속한 표현, ⑥ 해학성을 띤 기사이지만 불건전한 소재를 담은 것, ⑦ 성문제 등에 관한 논문을 소개함에 있어 흥미있는 부분만을 확대 과장보도한 것, ⑧ 외설스럽고 선정적인 예술 작품의 대중지 보도, ⑨ 패륜적이거나 염세적인 풍자만화 ⑩ 사주, 관상, 작명 등 허무맹랑한 기사. 이상의 것은 지금까지 신문윤리위원회가 심의한 사례들 중에서 사회면기사로서 음란성을 포함하여 「사회의 건전한 발전에 유해한 것」으로 인정된 신문의 기사들을 여러 가지 유형으로 나누어 본 것이다. 그런데 음란성이 가장 흔히 문제를 일으키는 것은 신문소설이다. 이 신문소설에 대한 규제는 주로 신문윤리위원회가

담당하고 있다. 신문소설도 외설성이 문제가 되면 형법 제 243, 244 조의 음란물죄 규정에 따라 법적 규제의 대상이 될 수 있는 것이나 실제로는 1964년 경향신문에 연재되었던 박용구 작인 「계룡산」이 지나치게 음란적이라고 해서 검찰에 고발되었다가 재판에는 이르지 않은 사건을 제외하고는 신문소설이 음란성 때문에 검찰에 입건되거나 재판을 받은 일은 전혀 없었으며 신문소설의 음란성에 대한 규제는 신문윤리위원회가 주로 담당해 온 것이다. 보도기사가 아닌 창작물인 신문소설까지 신문윤리위원회가 규제할 수 있느냐 하는 문제에 관해서는 당초부터 논란이 있었으며 특히 작가를 비롯한 문예계로부터는 강한 비판론이 제기되었었다. 그러나 1964년에 전기한 박용구의 「계룡산」이 도착적인 성행위장면을 자세히 그리고 저속하게 묘사하여 강한 음란성 때문에 검찰에 입건되는 등 사회적으로 크게 물의를 일으키게 되자 신문윤리위원회가 신문소설 규제의 필요성을 본격적으로 논의하게 된 것이다. 작가들은 어디까지나 예술작품인 신문소설을 규제한다는 것은 예술의 자유를 침해하고 작가들의 창작의욕을 위축시킬 수 있다고 반론을 제기하였으나 일반적으로 신문소설이 상업주의에 치우쳐 예술성을 저버리고 독자의 저속한 호기심을 만족시키기 위해 도색물을 방불케 할 만큼 음란한 성행위묘사를 일삼아 그것이 사회적으로 크게 해로운 영향을 미치고 있다는 강한 비판론이 나타나게 됨에 따라 신문윤리위원회가 1965년부터 3년간에 걸쳐 관계자들과 수차의 토론을 거친 끝에 1967년부터 신문소설에 대한 본격적인 심의를 시작하게 되었다.<sup>23)</sup> 신문소설의 음란성 여부를 판정함에 있어 가장 문제가 되는 것은 그 기준을 어떻게 할 것인가 하는 데 있다. 먼저 신문소설은 발표양식이 특이해서 매일 적은 분량씩을 장기간에 걸쳐 발표하도록 되어 있기 때문에 그 작품의심의도 적은 분량을 단위로 해서 부분적으로 밖에 할 수 없다는 데 문제가 있는 것이다. 그 때문에 작품의 테마나 전체적인 구성, 예술성 등과 관련하여 작품을 전체적으로 평가할 수 없고 부분마다 들어있는 표현을 고립적으로 떼어서 판단할 수밖에 없는 것이다. 이런 경우 부분만을 갖고 음란성 여부를 판정하는 전세기적인 기준인 히클린 원칙밖에 적용할 수 없다는 것이 신문소설의 음란성판정에서 가장 크게 문제가 되는 것이라고 할 수 있을 것이다. 따라서 신문윤리위원회가 신문소설의 음란성판정에 있어서 규제의 대상을 과도한 음란성표현에만 국한하고 작품의 본질은 손상시키지 않도록 최대한의 주의를 기울일 책임이 있는 것으로 지적되고 있다. 신문윤리위원회는 1967년 9월 6일에 처음으로 S일보의 연재소설 「미완의 고백」에 대해 자체심의를 실시한 결과 「공개경고」의 규제를 결정했다. 이것이 신문윤리위원회가 신문소설에 대한 제재를 정식으로 결정한 최초의 케이스였다. 이때 윤리위원회는 자체대로 음란에 대한 개념규정을 하지 않았으나 그 결정속에서 신문의 윤리적 책임을 강조하면서 음란성 판정의 기준을 다음과 같이 제시하고 있다.<sup>24)</sup> ① 공연히 공람 내지 낭독하기 어려울 만큼 음란한 것(수치심을 느끼게 하는 것), ② 소설내용이 사회적으로 악영향을 끼치는 것, ③ 신문의 성격상 비록 예술 작품이라도 전체 아닌 부분만으로도 규제된다는 것, ④ 저속한 표현은 신문의 품격을 실추케 하는 것, ⑤ 예술성 규제보다 신문의 윤리성 강조. 그보다 앞서 1967년 4월에 역시 S일보가 연재한 소설은 아니지만 연재야담 「농염의 상」에 대한 규제결정에서는 그 판단의 기준을 다음과 같이 지적하고 있다. ① 독자의 저속한 호기심 유발, ② 성교장면의 관능적 묘사, ③ 성교행위의 구체적인 표현, ④ 독자가정에 미칠 악영향, ⑤ 신문의 품격 실추 신문소설에

대한 신문윤리위원회의 규제의 실태를 최근의 자료를 통해 보면 25) 1978 년과 1979 년의 2 년간에 전국의 일간신문이 실은 신문소설의 총 편수는 77 편이었는데 그 중에서 34 편 이주로 음란적인 성행위묘사로 해서 제재결정을 받았다. 제재를 받은 총 회수는 79 회였는데 연평균 해보면 제재를 받은 신문소설이 2 회씩은 윤리위원회로부터 주의나 경고를 받은 것으로 되어 있는 것이다. 그 중 4 회 이상 제재를 받은 것으로는 조남사의 「청산에 살어리랏다」, 정을병의 「이브의 건너방」, 허문영의 「새벽의 하얀 무늬」, 이대원의 「개국」, 이원수의 「욕망의 밤」, 금주영의 「객주」 등이 있다. 신문 중에서는 일반적으로 지방지가 중앙지보다 더 많은 제재를 받은 것으로 나타났으며 중앙지에서 동아일보와 중앙일보가 신문소설로 해서 제재를 받은 일이 전혀 없었다는 사실이 특히 눈을 끈다. 그러한 제재를 받은 신문소설들 중에서는 남녀의 성교장면을 세밀하게 기발한 표현으로 묘사한 것들이 있으나 단행본이라면 전혀 문제로 될 수 없는 것이 신문소설이기 때문에 규제의 대상이 되었다는 사실을 지적해야 할 것이다. 그런 점에서 윤리위원회가 제재의 근거로 제시한 이유 중에서 「발표의 무대가 신문이며… 신문이 모든 사람 앞에 노출되어지는 대중매체이며 따라서 그 공기성과 계도성이 강조되지 않을 수 없다」 고 지적하고 신문에 발표되는 이상 신문소설도 「신문이 받아야 하는 제약에서 벗어날 수 없다」 고 강조한 점에 유의할 필요가 있을 것이다.26)

## VI. 맺는 말

이상으로 음란물에 대한 우리나라에 있어서의 형법적 규제의 문제와 그 판례 그리고 음란성에 대한 각종 윤리위원회의 규제기준 등을 대충 살펴보았다. 판례의 경우를 보면 아직 판례의 수가 극히 적고 그 규제의 대상이나 내용이 아주 한정되어 있어 일관된 원리를 찾아내기는 어려울 것이나 대체로 우리의 재판소가 성 표현에 대해 보수적인 태도를 갖고 있다는 것을 알 수 있다. 음란성에 대해 재판소가 보수적이라는 것은 우리나라뿐만 아니라 서구나 미국을 비롯한 외국에서도 일반적으로 볼 수 있는 것이지만 더욱이 전통적으로 성에 대해 폐쇄적인 태도를 지켜온 우리나라의 경우 그러한 보수적인 태도는 어느 정도는 이해할 수 있는 것이다. 그러나 무엇이 음란인가를 판단하는 우리 나름대로의 명확한 기준을 조속히 확립해야 할 필요가 있다는 것은 더 말할 것도 없는 것이다. 앞서도 지적한 바와 같이 음란의 개념은 시대와 장소와 문화적 배경에 따라, 변화하는 것이다 또 음란이라고 해도 그 내용과 범위가 매우 넓고 무엇이 음란이고 아닌지 그 한계가 명확하지 않은 것이다. 음란의 문제에 있어서는 그 음란개념의 상대성이 문제의 근원이 되어 있다고도 할 수 있는 것이다. 그러나 그에 관한 명확한 개념규정은 반드시 필요한 것이다. 특히 문학작품이나 예술작품과 음란문서 사이의 명확한 구별은 정신문화의 올바른 계승과 언론 · 출판, 문화예술의 자유를 위해 절대 필요한 것이다. 그런데 한편으로는 음란의 한계란 시대와 장소에 따라 다를 수 있는 것이어서 어떤 획일적인 기준이 있을 수 없는 것인데 그런 상대적인 개념인 음란을 이유로 해서 언론이나 예술작품에 대해 자의로 규제를 행할 수 있게 한다면 헌법이 보장하는 표현의 자유가 부당하게 침해를 받는 결과를 가져올 수 있을 것이다. 과도한 성표현 즉 음란물이 사회에 좋지 않은 영향을 미칠 것이 분명하여 그 때문에 어느

나라에서나 음란적인 표현에 대한 규제가 불가피한 것으로 인정되는 것이 사실이지만 음란이라고 해서 국가권력이 자의적인 판단에 따라 그것을 멋대로 규제한다면 그것이 음란을 빙자해서 헌법이 보장하는 표현의 자유를 부당하게 제한하는 결과를 초래할 수 있다는 것이다. 미국의 전 연방대법원장 얼 워렌은 1957년 로스 사건에 대한 판결에서 「음란물을 억제하기 위해 제정된 법률의 적용에 관한 역사를 보면 위대한 예술이나 문학, 과학논문 또는 사회적으로 논의를 일으킨 작품을 억제하기 위해 국가권력이 작용될 수 있었음을 명백히 보여주고 있다」 27)고 지적하고 있지만 그것이 바로 그런 가능성을 말해 준 것이라고 할 수 있는 것이다. 따라서 음란성의 문제를 검토함에 있어서는 음란을 규제해야 할 필요성과 성 표현의 자유를 보호해야 할 필요의 두 가지 상반되는 이익을 어떤 기준에서 조화시키느냐 하는 것을 결정하는 것이 중요한 것이다. 그런 관점에서 음란성판단을 위한 합리적이고 명확한 그리고 우리 사회에 적합한 기준이 법적으로나 사회적으로나 하루속히 확립되는 것이 필요하다고 해야 할 것이다.

## <주>

- 1) 본고서 말하는 「음란」이란 음란한 행위(강제적 음란행위)가 아니라 우리나라 형법 제 243, 244 조가 규정하는 「음란한 문서, 도화…」 등 음란 내지는 「음란적 표현」과 관계되는 것임을 분명히 한다. 문서, 도화나 영화, 연극 등에 있어서의 음란성은 본질적으로 표현에 관계되는 것으로서 개인의 성적 자유를 직접 침해하는 강간 등 음란의 행위와는 같은 범주의 개념으로 논의할 수 없는 것이다.
- 2) 다만 「음란」을 상대적인 개념으로 받아들이지 않고 절대적인 개념으로 내세우려는 경향은 어느 시대에도 있었으며 오늘날에도 있다고 해야 할 것이다.
- 3) 이 원칙은 영국에서 처음으로 음란출판물에 대한규제를 규정한 캠벨경 법(Lord Campbell's Act, 1857)에 따라 제기된 히클린 사건(Queen v. Hickin; L. R.3 Q. B. 360, 1868)에 대한 판결에서 채택된 원칙으로서 Hicklin test 혹은 그 사건을 담당한 Chief Justice Cockburn 의 이름을 따서 Cockburn's test 라고도 한다.
- 4) Miller v California, 413 U. S. 15(1973)
- 5) Roth v. U. S., Alberts v. California, 354 U. S. 475(1957)
- 6) 일본정부의 법제심의회가 마련한 「개정형법초안」은 제 175 조를 개정하여 「외설적인 문서, 도화, 기타의 물건을 반포하거나 판매하거나 업으로서 대여하거나 또는 공연히 전시한 자는 2년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금에 처한다」고 하여 「업으로서 대여하거나」라는 구절을 보탠 외에 새로이 제 2 항으로서 「전항의 행위에 공할 목적으로 외설적인 문서, 도화, 기타의 물건을 제조, 소지, 운반 또는 수출한 자는 전항과 같이한다」고 규정하고 있다.
- 7) 최판 소화 32(1957)·3·13 형집 11 권 3 호 997 항. 이 판결의 원칙은 본래 1951년(소화 26년) 5월 10일의 「선데이오락」지 사건에 관한 판결(최판 소화 26·5·10 형집 5 권 6 호 1026 항)에서 제시되었던 것을 거의 그대로 합승한 것이다.

- 8) 이하 음란물 사건에 관한 주요판례의 요지는 장용, 「외설의 한계와 판단기준」, 신문평론, 1975년 1월호(서울 : 한국신문연구소)와 송광준, 음란물의 규제에 관한 비교법적 연구(서울대대학원, 1976년, 석사논문)에 의거하였다. 음란물 재판의 사례로서는 이 글에서 소개하는 것 외에도 약식절차에 의한 기소사건을 포장하여 몇 건이 더 있는 것으로 알고 있으나 여기서는 다루지 않기로 하였다.
- 9) 서울 형사지방법원, 1967년 3월 10일 판결. 이 사건은 반공법위반 및 음화제조로 되어 있다.
- 10) 1957년의 「채털레 부인의 사랑」 사건에 대한 판결에서 일본최고재소가 제시한 외설성 판정의 3기준.
- 11) 청수영부, 법과 매스커뮤니케이션 (동경 : 사회사상사, 1972년) p. 205
- 12) 대법원 1970년 10월 30일 판결(70도 1879호 : 음화제조 · 판매), 판례월보 1971년 1월호(통권 4호)79면.
- 13) 부산지방법원, 1970년 7월 24일 판결(70노 1422호
- 14) relatio schriften. 전전신이랑, 「외설의 의의」 청수영부편, 법과 표현의 자유, 법학문헌원집 9(동경 : 학양서방, 1972) p. 297
- 15) 중산연일, 「일본의 판례 12-외설성의 추이」, 1971년 3월 15일호(474호) (동경: 유비각) p. 20
- 16) 서울 형사지방법원 1971년 6월 24일 판결(70노 3137호) 판례월보, 1971년 9월호(통권 12호) 115면
- 17) 서울 형사지방법원 1969년 12월 15일 판결(69고 27460)
- 18) 그 당시 검찰은 아래와 같은 양 외설출판물 단속 3대원칙을 발표했다 ①성욕을 흥분 또는 자극시키고 정상적인 성적 차치심을 해하거나 성 도덕관념에 위배되는지 여부가 사회통념, 즉 건전한 양식에 의해 판단되어야 하고, ②예술작품이라도 차원을 달리하여 법적인 면에서 음란성이 있다면 장내로 인정되어야 하며, ③작품이 발표되는 때와 장소에 따라 음란성이 판별되어야 한다.
- 19) 송광준 전계논문
- 20) 서울 형사지방법원, 1971년 6월 1일 판결(70노 2255호) 판례월보, 1971년 9월호(통권 12호)
- 21) 대법원은 1975년 12월 9일의 최종재심에서 이 사건에 대한 무죄를 확정시켰다.
- 22) 엄기형, 「신문윤리론(서울 : 일지두) p. 33923) 신문윤리위원회는 1967년 3월 22일의 회의에서 「신문소설 및 그 교잡화를 심의대상으로 한다」는 것을 정식으로 결정 했다.
- 24) 엄기형, 전게서. p.365
- 25) 한국신문윤리위원회결정, 1978~79년
- 26) 한국신문윤리위원회, 「9, 10월에 제재된 신문들」 「신문과 방송」, 1979년 11월호, p.92
- 27) Roth v. U. S., Alberts v. California, 354 U.S.476 (1957)

- 저술 : 「비교인문학」 (공저) 「매스커뮤니케이션 법제이론」 등 다수
- 현재 한양대학교 신문방송학과 교수