

표현의 자유와 음란성

김 동 철

이화여대 신문방송학과 교수

음란에 대한 연구는 음란이 사회에 미칠 수 있는 영향에 비추어 그것을 규제할 필요성의 문제와, 음란을 이유로 하는 표현의 자유에 대한 부당한 제약을 제거하기 위해, 음란성의 한계를 명확하게 해야 할 필요성의 두 가지 관점에서 모두 이루어져야 한다. …오늘날 우리의 주위에서는 음란한 내용을 담은 여러 가지 내용의 표현물이 범람하고 있다. …그런데 표현의 자유를 둘러싼 위와 같은 문제상황을 음란출판물이나 음란방송 또는 영화 등의 규제와 관련 지어 볼 때 국민 등이 음란한 내용물을 제한 없이 볼 권리, 들을 권리, 알 권리가 있느냐, 또 아무 제한 없이 음란한 내용을 표현하거나 발표하거나 판매할 수 있도록 보장되어야 할 것이냐의 문제는 국민이 갖는 여러 가지 기본권과의 비교교량 하에서 신중하게 판단되어야 할 과제이다. …과도적 단계에 있는 지금, 우리는 외국의 사회적 풍토에 대비하여 치밀한 과학적 조사가 이루어져야 할 것으로 판단된다.

I. 문제의 제기

음란(obscenity)에 관한 논란은 도덕주의와 현실주의자들 사이에서 끊임없이 전개 되어지고 있다.¹⁾ 음란에 대해 비판적인 도덕주의자들은 일부 매스미디어가 인간관능을 자극하는 에로티시즘과 퇴폐적이고 저속한 묘사로서 창조적 활동을 저해할 뿐만 아니라, 사회윤리를 파괴하여 건강한 생활기풍을 해치고 있다고 주장한다. 그들은 그러한 음란적 내용에 대해 검열 등 규제를 가하도록 요구하고 있다.

반면 현실주의자들은 음란이 반드시 이성적 혹은 공리적인 문제로 다루어질 필요는 없으므로, 정부의 규제 영역에서는 제외될 분야이며, 관능적 사고나 성적 욕구가 반드시 수치스러운 것은 아니며, 그것은 즐길 수도 있는 것이라고 반박하고 있다.²⁾

한편 이러한 철학적인 문제가 아니더라도, 음란에 대한 문제는 언론의 자유, 예술의 자유와 통제라는 차원에서도 거론되고 있다. 언론의 자유, 예술의 자유는 국민의 기본권인

자유권내에 속하므로 수호되어야 마땅하나, 그 내용이 미풍양속이나 공공윤리·도덕 등 사회적 법익과 상충할 때, 무엇을 어느 정도 제한해야 하는가가 문제시되는 것이다.

이러한 문제는 음란의 개념자체를 정의하는 데에서부터 그 해결점을 모색해 나가야 할 것이다. 음란의 개념은 시대와 문화의 배경에 따라 그 내용이 달라질 수 있는 상대적인 차원이기 때문에 문제는 복잡성을 띠 수도 있다. 그러한 상대적 개념인 음란을 이유로 해서 언론이나 예술을 자의로 규제할 수 있게 한다면, 헌법이 보장하는 표현의 자유·예술의 자유가 침해를 받는 결과를 가져올 수도 있다. 그러나 과도한 성 표현 즉 음란물이 사회에, 특히 청소년에게 악영향을 미칠 수 있다는 것도 또한 분명한 사실이다.

이러한 점으로 미루어 음란에 대한 연구는 음란이 사회에 미칠 수 있는 영향에 비추어 그것을 규제할 필요성의 문제와, 음란을 이유로 하는 표현의 자유에 대한 부당한 제약을 제거하기 위해, 음란의 한계를 명확하게 해야 할 필요성의 두 가지 관점에서 모두 이루어져야 한다.

이 소고에서는 음란의 개념을 살펴보고, 그것을 둘러싼 법률적 해석 또는 견해가 어떻게 역사적으로 발달·변천해 내려왔는가를 주로 외국에서의 예를 중심으로 고찰하며, 더 나아가서 표현의 자유와 관련된 음란사건에 관한 외국의 판례를 검토해 보기로 한다.

II. 음란의 개념과 그 발달

1. 음란의 개념

우리나라 형법은 그 제 243 조에서 「음란한 문서, 도서, 기타 물건을 반포, 판매 또는 임대하거나 공연히 전시한 자는 1년 이하의 징역 또는 1만원 이하의 벌금에 처한다」고 규정하고 있다. 그러나 형법전은 음란의 그 이상의 제정법적 정의를 갖고 있지 않는 것이 사실이다. 이런 점에 있어서는 일본의 형법전도 마찬가지이다.

그러나 일본에서 1951년에 최고재판소가 「외설문서판매 피고사건」 재판에서 「형법에서 정하고 있는 외설이란, '함부로 성욕을 흥분 또는 자극시키고, 또 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해치며, 선량한 성적 도의 관념에 위배되는 것'이라고 해석한다」라고 내린 판결이 최고재판소의 기본적 음란의 정의가 되고 있다.³⁾

이러한 법적 개념은 우리나라의 경우도 동일한 것으로서 1975년 12월 9일 대법원이 소설 「반로」의 음란성과 관련하여 내린 판결에서도 위와 똑같은 내용을 포함하고 있다.⁴⁾

여기서는 세 가지 요건을 불가분의 구성요소로 다루고 있음을 알 수 있다. 먼저 충격적인 성침해의 요건으로서 「함부로 성욕을 흥분 또는 자극시키」는 효과가 있고, 그것이 모욕적인 성 정서를 침해한다는 것, 「보통인의 정상적 성적수치심을 해칠」 정도이면 되고, 또 동시에 사회윤리적 질서를 침해하는 「선량한 성적 도의 관념에 위배하는」 성질의 것임을 요건으로 한다. 이러한 세 가지 요건이 모두 갖추어지지 않는 한 형법에서 말하는 음란에는 해당하지 않는다. 그러나 실제에 있어서는 하나의 요건이 충족되면 나머지 요건 전부에 해당하도록 되어 있다.

위와 같은 판결로 말미암아 형식적으로는 음란성 판정의 기준이 보통사람 즉 평균인에게 요구된 것이라고 할 수 있다. 보통사람이라는 표준에 해당한다면 공공의 질서나 선량한 풍속에 위반됨을 뜻하게 되는 것이지만, 그러면 음란이란 무엇인가, 그 표현을 평균인이 어떠한 방법으로 평가하는가, 예술과 음란과의 혼합을 어떻게 처리해야 할 것인가 등에 대한 해답은 위의 판결에서는 이를 찾아볼 수 없는 것이었다.

그런데 위의 판결이 있은 후 일본에서는 1952년에 최고재판소의 재판에서 「형법은 불건전한 외설감정을 도발하고, 일반 성도덕의 퇴폐를 촉진시키며, 청소년의 타락불량화를 유발할 우려가 있는 작품을 처벌함을 목적으로 한다」라는 새 판결⁵⁾이 나와, 청소년을 표준으로 하는 평가기준으로 바뀌어지게 되었다.

한편 영미의 판례에서는 위와 같은 「대상」뿐만 아니라 「표현」에 관한 행위에 대해서는 음란의 개념 해석상 많은 진전을 보게 되었다. 문서의 평가와 대상의 표준화라는 양면에 대해 새로운 법적 해석과 원칙의 논리가 전개되기에 이르렀다.

이와 같이 음란에 대한 개념과 해석은 시대적으로 많은 변화를 보이고 있으나 또 그것은 문화적 배경을 달리하는 지역적, 국가적 차이에 따라서도 해석이 달라지는 상대적 개념이라 할 수 있다.

2. 음란개념의 발달과정

음란에 대한 개념과 해석이 어떻게 변천·발달되어오고 있는가는 역사적으로 가장 문제시되었던 영국과 미국의 판례를 중심으로 볼 때 대체의 경향을 엿볼 수 있을 것이다.

1) 제 2 차 대전 전까지의 조류

역사적으로 가장 먼저 문제시된 음란에 관한 재판인 히크린(Hicklin) 사건⁶⁾에서 다루어진 이른바 「히크린 원칙」은 1868 년에 영국에서 채택된 것으로서, 이 원칙은 작품의 음란성의 판정기준이 첫째 당해 문서가 독자에게 어떠한 악영향을 주는가는 고려되지 않고, 둘째 청소년이나 성적으로 민감한 자에 대한 영향을 기준으로 할 것, 셋째 문서의 일부분만이라도 음란하면 그 책 전체가 음란문서라는 것이었으며, 그 중에서도 특히 둘째와 셋째의 기준이 중요시되었다.

이 원칙은 그 뒤 미국으로 건너가 재판이나 입법에 커다란 영향을 주게 되는데, 그 무렵인 1873 년 미국에서 「컴스톡크 법」(Comstock Act)이라고 불리는 음란출판물 단속법이 출현하게 되었다. 이 법은 합중국법전(U.S.C.) 제 18 호(연방형법 및 형사소송법 제 71 장) 제 1461~2 조로 아직까지 상존하고 있는 것으로서, 그 제 1461 조는 『음란 또는 범죄를 자극하는 서적을 우송하는 죄』라는 제목하에 「음란하고 호색적이며 비외한 모든 서적」, 기타 인쇄물, 또는 기타 저속한 품위의 출판물의 우송함을 금하며 이를 위반한 자는 처벌한다는 규정이다.

미국에 있어서는 연방법으로서 각 주간의 통상이라는 견지에서 연방우정성이 검열권과 배제권을 갖고 있을 뿐 아니라, 외국으로부터의 수입에 있어서는 세관이 관세법(Title 19, U.S.C.)의 규정에 따라 압수권을 가지고 있으며 또 주에 따라서는 매우 엄격한 단속을 실시하는 곳도 있다. 우정성의 음란서적우송금지대상서적은 매우 광범위한 것이었다. 19 세기 중에는 에컨대 보카치오의 「데카메론」이나 성교육서적은 물론이고 심지어는 성문제를 다룬 의학학술잡지까지도 이에 포함 되었었다.⁷⁾ 1930 년대에까지도 우정성은 헤밍웨이의 「누구를 위하여 종은 울리나」(For whom the Bell Tolls), 존 오하라의 「사마라 마을의 약속」(Appointment in sammala)이라든가, 또는 E. 칼드웰의 대부분의 저작물의 우송에 대해 금지조치를 취하였다.

그런데 「히크린」원칙의 중요한 일부분이 있던 청소년을 기준으로 하는 음란성의 판단기준은 1879 년의 「베네트」사건에서 채용된 이래, 미국에서는 1913 년경까지 판례법상 음란사건의 재판에 있어서 거의 확고한 기준이 되어 있었다. 그러다가 1913 년 다니엘 굿맨의 소설 「Hagar Revelley」를 재판한 「케너리」사건⁸⁾에서 당시 뉴욕연방지방법원의 러니드 핸드(Learned Hand) 판사가 결론적으로는 판례에 따르면서도 후세에 음란관계법령에 관해 많이 인용되는 견해를 밝힘으로써 「히크린」원칙에 대한 항변을 내놓게 되었다.

즉 「판례로서 정해져 있는 이 원칙이…현대의 분별과 윤리성에 적합하지 않다고 생각된다 해도 부당한 것은 아닐 것이다… 소수의 호색가라고 판단될만한 사람들에게 영향을 상정키 위해, 우리의 성문제에 대한 취급을 어린이 도서관의 수준에까지 끌어내리려 할 정도로, 우리가 문학에의 이익을 지키는 데 있어서나 또는 진지한 의논을 함에 있어서 그다지도 냉담하거나, 또는 인간성의 가장 중요하고 아름다움을 충분히 묘사하는 것을, 성적 수치심이 언제까지나 방해하리라고 하는 것은 실제로 있어서는 안되리라고 생각한다…시대의 평균적 양심으로 사상을 속박하는 것은 아직은 허용되겠지만, 최소 최저의 능력밖에 갖지않은 사람의 필요때문에 사상을 구속한다는 것은 파멸을 가져오는 정책이다」⁹⁾고 지적하였다.

「히크린」 원칙에 대해 이와 같이 통박한 핸드판사의 사상의 배경에는 표현의 자유를 방해하는 것에 대한 비판이 담겨져 있음을 알 수 있다.

1920 년대로부터 30 년대에 있어서의 음란성에 관한 영 · 미 양국의 판례의 주된 경향은 그 작품의 음란성과 예술성 및 과학성을 비교 교량하는 입장을 확립하는 과정이었다.¹⁰⁾ 즉 1922 년, 「할레이」 판결¹¹⁾에서 무죄를 언도한 것에 이어, 그 다음에 있었던 몇 재판사건에서 음란개념의 상대성에 입각한 판결을 하게 되었으며, 그 중에서도 특기 할만한 것은 전술한 핸드 판사의 종형인 오가스타스 핸드(Augustus Hand) 판사가 1934 년에 행한 「울리시즈」 판결¹²⁾이었다. 이 판결은 연방 제 2 순회항소법원의 판결이었으나, 이는 그 제 1 심의 존 울지(John woolsey) 판사의 판결과 함께 그 후의 음란사건의 재판에 많은 영향을 준 것으로 유명하다.

제임스 조이스(James Joyce) 원작의 소설 「울리시즈」(Ulysses, 1922)는 두 사람의 주인공을 중심으로, 소위 의식의 흐름의 묘사를 통해 적나라한 내면적 추구를 시도했던 20 세기 전반의 영국문학의 대표작 중 하나인데, 이는 「채털리 부인의 사랑」과 함께 법정에서의 재판의 대상이 된 현대문학작품의 운명을 대표하게 된 것이었다. 이 1, 2 심 재판에서는 「울리시즈」의 음란성을 부정하고 그 책의 수입을 허가하였다. 이 판결에서의 상세한 내용에 대하여는 제 3 장에서 다루겠지만, 요컨대 이 재판은 「히크린」 원칙에서 세워진 기준, 즉 일부만이라도 음란한 내용을 담고 있으면 그 책 전부가 음란이라는 소위 「부분적시의 원칙」을 전복한 것이었고, 또 성적 자극을 줄 우려에 대해서는 「평균인」을 표준으로 해야 한다는 새 표준설(위는 제 1 심인 울지 판사의 창의에 의한 것이었음)도 종전의 히크린 원칙을 뒤엎는 새 원칙이 되었다는 데 큰 의의가 있다.

2) 제 2 차 대전 후의 미국의 조류

제 2 차 대전 전까지의 미국법원의 견해는 대체로 음란표현을 헌법적 차원에서 보려고 하지는 않았음을 유의하여야 한다. 전쟁 전의 미국 판례의 경향에서도 음란을 다루는 데 있어 쟁점이 되는 출판물의 예술성 · 학문성이나 저자의 집필태도 등 전체효과나 목적성을 점차 중요시하게는 되었으며, 음란개념을 감축하거나 엄밀화 하려는 노력이 명확하게 나타나게 됨을 지적할 수 있다. 그러나 음란표현에 대한 가장 중대한 접근, 즉 헌법적 표현자유라는 관점은 제 2 차 대전 이후에 이르러 비로소 나타나게 된다.

헌법적 관념에서 음란을 다루려 했던 시도는 미국에서 1946 년에 이르러 처음으로 나타나기 시작했었다. 뉴욕의 「악덕추방협회」가 적발한 월슨(Edmund Wilson)의 「Memories of Hecate County」를 둘러싼 Doubleday & Co. 사건¹³⁾에서 출판사 더블데이 측은 음란을 이유로 출판물을 단속함은 미합중국 수정헌법 제 1 조와 제 14 조를 침해하는 것이라고 주장하면서 소송을 제기하였다. 이에 대해 연방대법원은 아무런 의견을 보이지 않고 상고를 기각하였다. 그러나 이 사건재판은 음란표현을 헌법적 언론표현자유라는 관점에서 다루려고 했다는데 매우 큰 법률적 의미를 부여할 수 있다.

그러던 것이 1948, 9 년에 이르러 헌법적 표현의 자유원칙에 관해 비로소 두 개의 판결이 나오게 된다. 그 중 하나는 「윈터즈」 사건 4)으로 음란을 다룬 서적 등의 출판판매를 금지하는 뉴욕 주 형법의 규정이 불명확한 것이고, 언론의 자유의 보장을 받는 것까지 처벌함은 위헌이라는 주장의 쟁송을 가져오게 되었다(이 사건에 대한 자세한 내용 역시 후술할 것임). 미국 연방수정헌법 제 14 조는 「어떠한 주에서도 법의 정당한 절차에 의하지 아니하고 생명, 자유 또는 재산을 박탈당하지 아니한다」라고 규정하고 있는데, 뉴욕 주 형법은 이 법의 정당한 절차에 위반하는 것이라는 주장이었다. 이에 대해 연방대법원은 1948 년 「범죄는 적절한 용어로 정의되지 않으면 안 된다... 보통의 지성을 갖는 사람이 법문의 의미를 살필 수 있게 되어야 한다」라고 판시하면서 뉴욕 주 형법은 표현의 자유를 제약하는 입법으로서는 그 기준이 불명확하며 따라서 이는 위헌이라고 판시하였다. 이 「윈터즈」 사건을 이른바 「불명확한 법령규정의 무효이론」(doctrine of 「void-for-vagueness」)의 선구적 판결로서 널리 알려진 것이지만, 동시에 이 판결은 비속한 오락물을 담은 서적(여기서 쟁송된 것은 범죄만화책이었음)조차도 헌법의 표현자유를 보장받는다라고 판시한 두 가지 점에서 중요한 법적 의미를 갖는다.

또 하나의 주목할만한 판결은 1949 년, 펜실베이니아 주의 법정에서 복(Bok) 판사가 내린 것으로서 이제까지 정치적 사상의 표현에 한하여 적용되어 온 「명백하고도 현존하는 위협의 원칙」을 처음으로 음란출판물에 적용한 것이었다.

1957 년에 이르러 미국연방대법원이 본격적으로 음란을 헌법적 시각에서 다루게 되었으니 「로스」 사건¹⁵⁾의 판결이 바로 그것이다. 이 사건은 캘리포니아 주 형법

제 311 조의 위헌성을 주장하며 쟁송한 「알버츠」 사건을 병합 심리한 것으로서, 로스 측은 직접 연방 형법과 형사소송법 제 1461 조를 대상으로 한 획기적인 것이었다.

이 사건에서 연방대법원 판사들의 의견은 여러 갈래로 나누어졌으나 결론적으로 「로스」 사건에서는 6 명의 판사가, 「알버츠」 사건에서는 7 명의 판사가 합헌법의 판결에 동의한 데 반하여, 전자에서는 3 명의 판사가, 후자에서는 2 명의 판사가 위헌이라는 소수의견을 나타냈다.

「로스」 사건에 대한 상론은 후술하겠으나, 이 판결에서 다수의견은 미국헌법의 역사, 연방 및 각 주의 제정법 및 50 여 개국이 가입한 국제조약인 「음란물의 유포 및 거래의 금지에 관한 협정」(쥘레브 국제협정, 1923) 등의 존재에 비추어 보아도, 음란적 표현이 「사상의 표현에 불가결한 부분은 아니다」는 것, 또 「사회적 중요성은 전혀 아니다」라고 하여 헌법상 보장되어 있는 표현 및 출판의 범위 내에 속하는 것은 아니라고 하였다. 더욱이 이 판결은 헌법으로 보장되지 않은 이상, 「명백하고도 현존하는 위협의 원칙」으로 이러한 출판물이 실제상 어떠한 사회적 영향을 주는가를 검토할 필요는 없는 것이라고 단정하고 있다.

이 다수의견은 한편으로는 「히크린」 원칙을 부정하면서도 결론적으로는 종전의 지배적 견해를 확인하는데 그치고 있다. 그러나 이 사건재판에서 소수의견은 이와 정반대의 견해를 나타냈었는데, 그들의 의견은, 표현행위가 표현의 영역에 있는 한 헌법의 보장을 받게 되고, 출판물이 독자의 반사회적 행동의 방아쇠가 됨이 증명되지 않은 이상 국가권력으로 규제해서는 안 된다는 것이었다. 그 중에서도 특히 하란 판사는 연방법은 악성적인 음란물(hard-core pornography)에 한해서 범죄로 규정해야 마땅하다는 새 견해를 밝혔으며, 이 견해가 후에 「채털리 부인의 사랑」 사건판결에 큰 영향을 미치게 되었다.

1959 년 7 월에 있었던 연방지방법원과 1960 년 3 월에 있었던 동 고등법원의 「채털리 부인의 사랑」 사건재판에서 이 소설책을 비음란물이라 판결하였고, 정부도 상고하지 않아 무죄가 확정되었으며, 그 후 미국법원의 태도는 매우 완만하기는 하였으나 드디어 1966 년 연방대법원은 종전까지 악성적 음란물의 범주 속에 넣어왔던 「파니 힐」(Fanny Hill)로 알려진 존 크릴란드의 「Memories of a Woman of Pleasure」까지도 해금하기에 이르렀다.¹⁶⁾

이 사건의 원심이었던 마사추세츠 주 대법원은 음란물이기 위해서는 그것이 ① 전체적으로 호색감을 자극하는 것이어야 하고, ② 현대사회의 기준에 비추어 명백히 비속한 것이어야 하며, ③ 사회적 가치가 전혀 없다는 세 요건을 충족하지 않으면 안된다고 하면서 이 사건에서 이 작품이 ①, ②에는 틀림없이 해당되지만, ③에 대해서도 최소한도의 문학적 가치는 있다 할지라도 사회적 중요성을 갖고 있다고 볼 수는 없다고 하면서 결국, 이를

음란물이라고 인정하였다. 그러나 연방대법원의 견해를 대표하는 브레난 판사는 이 사건의 원심이 ③에 대해 「최소한도의 문학적 가치가 있다」고 한 견해를 포착하여 심리불충분이라 인정하고 5 대 3 의 다수의견으로 원심을 파기하였다.

음란물을 둘러싼 미국법원의 일련의 판결을 통해 보면, 시대가 바뀌어 현대로 내려옴에 따라 점차 음란에 관한 법정의 견해도 많이 완화되어온 것을 엿볼 수 있다. 또 음란성 여부의 판단의 기준으로 죄의식의 존재 여부, 판매 행동의 양상, 미성년자에 대한 판매인가, 또는 자기 가정에서 즐기는 안정된 것인가 여부를 판단하여 그 단속이 완화되어가는 경향에 있음을 알 수 있다. 뿐만 아니라 음란이라는 개념 자체도 시대와 장소, 대상에 따라 많은 변천을 겪어 왔음을 알 수 있다.

특히 1970 년대 이후의 미국의 법원판례는 새로운 요소를 첨가한다기 보다는 과거의 판례를 축소 해석하는데 그치고 있으며, 음란의 문제는 음란성 그 자체보다는 그것을 둘러싼 외부적 환경과 조건으로 결정되고 있고, 음란물로부터의 청소년의 보호를 중요한 과제로 삼고 있으며, 그 밖에 관련된 문제는 완전히 자유라는 방향으로 전개되고 있는 듯한 인상을 주고 있다.

3) 유럽 각국의 조류

한편 영국에서는 미국의 로스 사건 판결 및 그 이후의 판결과 같은 현저한 법 이론해석상의 전개변화는 보이지 않았으나, 그래도 상당한 진전을 계속하고 있음을 지적할 수 있다. 즉 1959 년에 제정된 음란출판물법(Obscene Publication Act, 1959)이 큰 전기를 이루게 되었는데, 이 법률은 처벌되어야 할 음란출판물을 소위 악성음란물에 한정했다는 점에서 주목을 끈다.

1959 년 음란출판물 법에서의 가장 큰 법률적 의미는 음란의 정의를 다음과 같이 정함으로써 「히크린」 원칙을 완전히 바꾼 것을 선언한 데 있다. 즉 동법 제 1 조에서, 「작품은 만약 그 효과 또는 그 구성부분의 어느 한 가지(그 작품이 두 개 이상의 명확한 부분으로 구성되어 있는 경우)의 효과가 전체로서 모든 관련된 상황으로 보아 거기에 포함되었거나 구상화되어 있는 내용을 읽거나 보거나 들음으로써 그 사람을 타락 부패하게 할 때에는 이를 음란이라고 본다」라고 규정하고 있다.

이 법률은 음반이나 영화에게도 적용되는데, 비록 제 1 조에 해당된다 해도, 그것이 과학, 문학 또는 학술상의 목적을 위해 또는 기타 일반적인 목적에 관련되는 것으로서 공공의 이익(the Public good)을 위한 정당한 것이라는 것이 증명될 때에는 누구도 유죄로 판정되거나 몰수의 명령을 받지 않으며, 이러한 판단을 행함에 있어서 전문가의 증언은 증거로서 허용될 수 있다는 것도 규정하고 있다(동법 제 4 조).

프랑스에서는 선량한 풍속에 위반하는(contraires aux bonnes moeurs) 문서 · 도화를 영업을 목적으로 제작 · 소지 · 운반 · 반포 · 판매 · 수입 내지 수출을 하거나 또는 이러한 물건을 광고하는 행위를 처벌하게 되어 있다. 문학이나 기타의 가치 있는 것도 예외는 아니지만 정상이 참작된다. 다만 ① 3년 이내에 소추되어야 하며, ② 재판소는 이러한 물건의 폐기처분을 하는 대신 국립박물관에 이를 기증할 수 있으며 ③ 또 서적에 한하여 그 소추를 함에 있어서는 법무부의 특별자문위원회의 결정을 필요로 한다는 등 구제규정이 포함되어 있다.¹⁷⁾

그런데 「선량한 풍속의 침해」(음란죄, Outrage aux bonnes moeurs)에 대한 정의는 법률 속에 규정되어 있지 않으나 재판소는 영국보다 더 법률학자의 학설을 존중하고 있다. 그리고 전체의 성격이 음란에 해당되거나 순수한 영리목적의 출판물이 아니면, 비록 청소년에게 부적당한 것이라도 학술 · 문학작품일 때에는 위법성이 없는 것으로 판단하고 있다.

한편 스위스의 법률도 프랑스의 그것에 유사하나 이태리에서는 형법 제 529 조 제 2 항이 「예술작품 또는 과학작품은 음란이라고 보지 않는다. 다만, 연구 이외의 동기로 18 세 미만의 사람에게 판매, 배포 또는 기타의 방법으로 공여되는 경우는 그러하지 아니하다」고 규정하고 있어, 음란의 적용에 있어 매우 신중하게 하고 있음을 알 수 있다.¹⁸⁾ 덴마크는 1967년 형법 제 234 조를 개정하여 음란문서에 대한 일체의 제약을 전제하였으며, 1969년에는 16 세 이상의 사람에 대해 음란물 · 사진의 제작 · 판매를 허용함과 함께 영화의 경우에도 16 세 이상에 대해서는 일체의 검열을 폐지하고, 12 세 이하 또는 16 세 이하의 청소년에게 부적당한 것만을 중지하도록 결정했다. 스웨덴도 이와 대체로 유사한 형편이다.¹⁹⁾

4) 일본의 조류

일본에서의 음란출판물에 대한 법적 규제 방식은 제 2 차 대전 전과 전후에 매우 다른 구조를 나타내고 있다.

음란문서의 배포 · 판매를 처벌하는 일본 현행형법 제 175 조는 이미 전쟁 전인 1907(明治 40)년에 제정된 것이고, 전쟁 후에도 법정형량이 가중되기는 했으나 그대로의 형태로 오늘에까지 답습하고 있으므로 이점에서는 큰 변화가 있지는 않는 것으로 보인다.

그러나 전쟁 전에는 형법 제 175 조 이외에 「출판법」, 「신문지법」 등과 같은 보다 강력한 언론통제입법이 존재하고 있었다. 이러한 특별법은 「풍속을 괴란하는」 문서 · 도화의 제작 · 출판에 대해 가중처벌함을 정한 것으로서, 형법 제 175 조보다 우선 운용되었을 뿐만 아니라 사후의 사법적 규제를 넘어서서, 내무장관에게 직접적인 「발매금지처분」이라는 사전의 행정적 규제방법의 적용을 널리 허용했다는 점을 최대의 특색으로 하는 것이었다. 저명한 문예작품을 포함하는 많은 출판물이 이 발매금지처분의 대상이 되었었다. 여기에는 「안녕 질서를 문란케 하거나 풍속을 괴란한다」고 당국이 판단한 문서는 모두 국민의 눈에 띄지 못하게 하고, 사전에 단속해야 하며, 또 그렇게 하는 것이 당연하다는 절대주의적이며 권위주의적 통제방식이 전형적으로 나타나는 것이었다.

제 2 차 대전 후, 출판법과 신문지법이 폐지되었고, 새 헌법이 제정되었으며, 이 새 헌법은 「검열의 금지」를 명문화하게 되어, 외설문서규제의 법체계에도 원칙적인 변화가 생기게 되었다. 먼저 가장 큰 변화는 발매금지 처분이란 사전의 행정적 규제가 검열금지와의 관련으로 불가능하게 되었다. 그러면서도 한편으로는 세관검열의 형태에서의 사전규제방법이 전후에도 그대로 답습되는 외에도 소위 「자주규제」라는 형태로 사전규제의 기능이 실질적으로 상존하고 있음을 볼 수 있다.

일본의 판례는 형법 175 조가 갖는 음란개념의 불명확성의 문제점을 특히 헌법상의 표현의 자유나 국민의 알 권리와 관련하에서 자각적으로 재검토하는 정도까지는 이르지 못하고 있고, 오히려 전쟁 이전의 그것과의 기본적 동질성 내지는 연속성이란 특징이 뿌리깊게 남아있는 형편이라고 할 수 있다.

전후의 판례 중 가장 대표적인 것은 「채털리 부인의 사랑」 사건 최고재판소 대법정 판결²⁰⁾(1957년 3월 13일) 속에서 이를 찾아볼 수 있다. 여기에는 특히 성에 관한 국민의 의식이 시대와 함께 변화한다 해도 넘을 수 없는 한계가 자연법적으로 존재한다는 것(즉 성행위 비공연성 원칙), 예술작품이라 할지라도 성적으로 직접적인 묘사를 하는 한 음란이라는 규제를 면할 수는 없다는 것, 표현의 자유도 성적 질서의 유지라 하는 공공의 복지에 의해 제한될 수 있다는 것, 그리고 재판소는 사회를 도덕적 퇴폐로부터 수호해야 할 임상적 기능을 갖고 있다는 점들의 강조가 특징적이다.

그러나 이러한 전통적 사고방식에 대해서는 「채털리 부인의 사랑」 사건 이후 약간의 하급심판례와 1969년에 있었던 「사도 악덕의 영화」 사건 최고재판소 판결²¹⁾(1969년 10월 15일)의 소수의견(13명 중 5명) 속에서 작품의 가치, 출판방법, 광고, 독자층 등의 구체적 검토에까지 파고들어 음란성을 판단하려(즉, 상대적 음란문서개념)고 하였고, 더욱이 작품의

출판으로 침해를 당한 법익과 사회가 받는 이익과를 비교하여 전자가 우월한 경우에만 표현의 자유가 제약될 수 있다는 생각(즉, 이익교량론)이 전개되어 오고 있다는 점에 주목할만하다. 특히 상기의 소수의견 속에서 色川 재판관은 「문예 작품을 감상하고 그 가치를 향수하는 자유는, 출판·배포 등의 자유와 함께 충분히 존중되지 않으면 안 된다」고 강조하고 있다. 이는 이러한 법 해석의 발전이 일본 형법 제 175 조를 국민의 알 권리라는 관점에서 재검토해야 함을 요청하고 있는 징조로 볼 수 있다.²²⁾

한편 일본에 있어서 외국영화를 수입할 때 또는 여행자가 외국으로부터 휴대 반입하고자 할 때, 단속되는 사례가 적지 않다. 이 조치의 법적 근거는 수출입화물에 대해 소정사항을 세관장에게 신고하고 필요한 청사를 거쳐서 허가를 받아야 한다는 「관세법」의 규정과, 마약·위조지폐 등 「공안 또는 풍속을 해치는 서적, 도화, 조각물 기타 물품」의 수입을 금지하는 「관세정률법」의 규정에 의한 것이다.

이중 관세정률법은 1910 년에 제정되어서 아직까지 효력을 갖고 있는 것인데, 구체적으로 문제가 된 것은 수입 영화를 금지 또는 일부 삭제조치를 둘러싸고 이러한 조치가 표현의 자유를 보장하고 사전검열을 금지하는 현행헌법에 위반하는 것이 아니냐 하는 의문이 제기된 데에서 시작되었다. 이점에 대해서는 1961 년의 개정으로 수입금지품 중 상술한 「공안 또는 풍속을 해치는」 출판물 등에 대해서는 수입 업자에게 그 취지를 통지하며 이의신청이 있을 때에는 「수입영화 등 심의회」에 자문을 구한 다음 그 답신에 입각해서 세관장이 결정하여야 하도록 됨으로써 일종의 구제절차가 규정된 셈이다.²³⁾

III. 외국의 음란사건 판례

앞에서 본 바와 같이 세계적으로 성풍속이 변화하게 됨에 따라 음란에 관한 각국의 법령도 적지 않게 변화를 가져오게 되었으며, 이에 따라 음란사건에 대한 각국의 판례도 매우 다양하다. 이에 영·미·일 등 외국의 음란사건에 관한 입법과 판례 중 대표적인 몇 가지를 들어보고자 한다.

1. 「히크린」 사건(The Hicklin Rule)²⁴⁾

영국에서는 1857년 캠벨경법(Lord Campbell's Act, 1857)에 의해 음란문서가 단속되기 시작했다. 이 법은 「청소년의 도덕을 타락시킬 목적으로 쓰여진 작품을 없애고, 자제력 있는 사람들에게 공통의 품위 있는 감정에 충격을 줄 목적으로 쓰여진 작품을 억제함」 목적으로 한 것이었다.

이러한 음란의 개념은 「캠벨경」 법이 제정된 10년 후 「고해장의 내막」이라는 제목의 반가톨릭적 문서를 음란문서라고 한 소위 「히크린」 사건의 판결 속에서 확대되기에 이르렀다. 코크번(Cockburn) 대법원장은 다음과 같이 판시하고 있다.

「음란이라고 비난되는 것이 부도덕적 영향을 받기 쉬운 사람의 손에 들어갔을 때에, 그 사람들을 타락 부패케 할만한 경향을 갖고 있는지 여부가 음란성을 판가름하는 기준이 된다」.

이와 같은 기준이 「히크린」 원칙을 구성하게 된다. 이 정의에는 「경향」이란 용어가 쓰여져 있어, 출판물이 청소년에게 나쁜 영향을 주리라고 상정할 수 있다면, 그것을 발행 금지할 수 있게 되는 것이다. 그 출판물이 정상적인 성인에게 실제로 해를 가하느냐 여부는 문제시되지 않는다.

이 「히크린」 원칙이 미국으로 건너가 입법이나 재판에 영향을 주게 되어, 소위 「부분적 음란」의 기준이 가미되게 되었다. 이 원칙에 의하면 책의 음란성을 증명하는 데에 그 책의 일부분만이라도 음란적 내용이 있으면 그 책은 음란이라고 판단된다는 이론이다.²⁵⁾

2. 「율리시즈」 판결(The Ulysses Decision)²⁶⁾

미국에서는 「컴스톡크」 법의 해석에 「히크린」 원칙이 적용되게 되었으나, 1930년대에 이르러 「히크린」 원칙의 적용을 완화하려는 경향이 태동되게 된다. 제임스 조이스의 소설 「율리시즈」가 관세법 제 305 조에서 규정하는 음란문서이냐 여부를 둘러싸고 쟁송된 이 사건의 판결은 그 대표적인 것이었다. 이 판결에서 진지한 의도로 쓰여진 책은 만약 그것이 예술성이 있는 것이라면 음란이 아니라는 견해가 나온 것이다.

제임스 조이스의 「율리시즈」는 더블린의 중류계급의 생활을 의식의 흐름에 따라 묘사한 작품이다. 이 작품을 어떤 여자배우가 외국여행에서 귀국할 때 미국에 반입하려 했던 바 관세법 제 305 조에 저촉된다는 이유로 세관에서 통관이 거절되었다. 이를 알게 된 랜덤

하우스(Random House)사가 책 전체를 읽고 이것이 진정 음란인가 여부를 판단해달라는 소송을 일으키게 되었다.

1심 재판에서 존 울지(John Woolsey) 판사는 이 책을 전부 읽고 「히크린」 원칙에 반대하면서 이 작품은 예술이지 음란이 아니라고 판단하였다. 즉 「어떤 책을 음란이라 하려면, 어떤 경우이든 먼저 그 책이 쓰여진 동기가 음란을 매물로 하는 포르노그라픽한 것인지 여부를 판단하여야 한다.」고 울지 판사는 지적하였다.

음란성 여부를 판단함에 있어서는 저자의 의도가 중요할 뿐 아니라, 작품의 사회적 영향 또한 중요하다. 그 작품이 쓰여진 의도와는 관계없이 그 작품이 어떤 사회적 영향을 갖고 있느냐를 판단하려면 객관적 기준을 설정해야 한다. 울지 판사는 음란을 「성적 충동을 일으키고, 성적으로 불순하며, 음란한 사상을 유도하는 경향」이라고 정의했다.

그는 지적하기를 「어떤 책이 그와 같은 충동이나 사상을 불러 일으키고 있느냐 여부는 정상적인 성적 본능을 가진 사람에 대한 영향에 대한 법정의 의견으로 결정되지 않으면 안 된다. 그 사람들은 이 법적 심리부문에서 불법행위법에 의한 이성을 가진 사람이나 특허법에서 발명의 문제에 관하여 <기술적으로 통달한 사람>과 같은 역할을 다하는 것이다」.

그리하여 울지 판사는 배심원에 의존하지 않고 재판관이 단독으로 하는 위험성을 고려해서 정상인이라고 판단되는 두 사람에게 의뢰하여 이 책을 모두 읽게 한 다음 법률적 정의에 의한 성적 충동이나 음란한 사상을 일으키는 것이 아니라는 결론을 얻어 음란이 아니라고 판단한 것이었다.

이 재판의 2심인 연방 제2 순회고등법원의 오가스타스 핸드(Augustus Hand) 판사 역시 같은 의견이었다. 울지 판사가 평균인 즉 평균적인 성본능을 구비한 사람을 표준으로 하여 성적 자극을 줄 우려가 있는가 여부를 판단해야 한다는 이른바 「표준인설」을 주장한 데서 법적 의미가 특징지어진다면, 2심인 핸드 판사의 의견은 「전체효과성」을 주장한 데서 법적 의의를 찾을 수 있다.

즉 일부분에 음란적 표현이 있다 하더라도 그 책 전체로서의 효과로 보아 음란성 여부가 판단되어야 한다는 것을 강조하였다. 요컨대 1심과 2심의 두 법정이 협력하여 「히크린」 원칙을 부정하는 판결을 내린 것이다.

이 두 판결을 종합하여 다음과 같은 4개의 원칙을 도출할 수 있다

(1) 저자의 집필의 목적이 고려되어야 하고, 만약 그 목적이 순수하다면 불순한 용어는 무시할 수 있다.

(2) 부분적 표현이 아니라 책 전체로서의 효과를 고려하여 음란성 여부가 판단되어야 한다.

(3) 어린이나 비정상적인 어른이 아니라, 정상적 사람에게 주는 영향의 효과 면에서 책을 판단해야 한다.

(4) 그 책 속의 부수적인 음란성보다도 책의 문학과 예술성을 고려하지 않으면 안된다.²⁷⁾

3. 「윈터즈」 판결(The Winter's Decision)

제 2 차대전이 끝난 후의 음란법의 발전에 중요한 의의를 가져온 것은 1948 년의 「윈터즈」 사건(Winter's v. New York)²⁸⁾의 판례이다.

이 사건판결이 중요한 법률적 의의를 갖는 것은 음란성 문제가 헌법이 보장하는 표현의 자유와의 관련하여서 논하여졌기 때문이다. 이 사건에서 문제가 된 것은 뉴욕주 형법의 음란서적 등의 출판 · 판매를 금지하는 규정이 불명확했기 때문이었다. 뉴욕주 법규에 의하면 「뉴스, 유혈, 색욕, 범죄의 기사를 내용으로 하는 출판물을 인쇄, 출판, 판매, 배포하는 것은 경범죄를 범하는 것이다」라 규정되어 있는데, 만약 이 조문이 법문대로 적용된다면 보통의 범죄 기사를 게재한 신문도 처벌되게 된다. 리드 판사는 다음과 같이 지적하고 있다. 「표현의 자유를 제한하는 법률이 어떠한 행위를 처벌할 것인가를 명시하지 않고, 헌법의 수정 제 1 조의 금지조항을 포함하지 않은 경우에는 법의 정당한 절차와 언론 및 출판의 자유하에서 지적되는 권리를 침범하게 되는 것이다」.

「윈터즈」 사건에서 문제가 된 것은 뉴욕 밖에서 음란만의 문제만은 아니었으나, 그중 음란의 문제가 헌법의 표현의 자유와 관련하여 검토된 데 있다. 이 「윈터즈」 사건 판결 이후, 음란의 유죄결정에는 피고가 법률위반을 하고 있다는 인식을 갖고 있었음이 입증되지 않으면 안되게 되기에 이르렀다.

4. 「로스」 사건(The Roth Test)

미국의 음란사건재판에서 획기적 판례로서 「로스」 사건²⁹⁾을 들 수 있는데, 이 사건 재판은 연방법의 음란과 캘리포니아주법의 음란을 동시에 심리한 것이다.

전자는 「Roth v. U.S」 사건의 판례로서, 뉴욕의 서적상, 사무엘 로스(Samuel Roth)가 음란문서를 우송했기 때문에 미연방 지방법원에서 유죄판결을 받고 징역 5 년과 벌금 5,000 달러의 형을 받았다. 연방 제 2 순회고등법원은 지방법원의 판결을 지지하였으나, 제롬 프랑크(Jerome Frank) 판사는 연방 음란법의 애매함을 지적하고 합헌성을 문제 삼으면서 「연방음란법의 문제점은 ① 음란출판물이 정상적이고 평균적인 성인에 대해 영향을 갖는다는 것을 타당한 개연성을 가지고 보여줄 수가 없다는 점과 ② 연방법에 의하면 바람직하지 않은 성적사상, 감정, 욕망(실제적인, 개인적인 또는 명백한 위험이나 반사회적 행위가 아닌)을 그와 같은 사람에게 불러일으키게 함으로써 처벌된다는 데에 있다」 고 주장하였다.³⁰⁾

이에 반해 클라크(Clark) 재판장은 연방 음란법의 합헌성 여부의 문제는 그것이 합헌이라는 판결을 내린 연방대법원에서 다루어 질 문제라 주장하고, 순회고등법원에서의 합헌성 심리를 거부했었다.

후자는 「Alberts v. California」 사건의 판례로서, 로스앤젤레스의 서적상이 우편판매의 방법으로 음란문서를 판매했기 때문에 캘리포니아 주법에 위반했다는 이유로 기소된 것이었다. 캘리포니아 주법에 따르면 「음란한 문서를 집필, 구성, 인쇄, 출판, 판매, 배포, 판매 목적 소지, 전시함을 금한다」 고 되어 있다. 1 심 재판에서는 알버츠가 음란문서를 판매하기 위해 소지하였다 하여 유죄판결을 내렸다. 이 판결은 로스앤젤레스의 2 심 법정에서도 지지되었다.

이에 대해 미연방대법원은 「로스」 사건과 「알버츠」 사건을 동시에 병합심리하고, 음란법의 합헌성을 처음으로 확인한 것이다. 이 두 사건의 심리에 있어, 연방법원은 로스나 알버츠가 판매한 서적이 음란인지 여부는 문제로 삼지 않고 있다. 다만 여기서 문제시한 것은 음란법이 합헌인지 여부의 문제였다. 윌리엄 브랜난(William Brannan) 판사는 법정의 다수 의견을 대표하여 다음과 같이 서술하고 있다.

「재결해야 할 문제는 음란성이 보호되어 있는 언론과 출판의 영역내의 표현인지 여부의 문제이다. 이 문제가 정면으로부터 법정에 제기된 것은 최초의 일이지만, 수정헌법 제 1 조이든 제 14 조이든 간에 음란성의 표현이 언론출판의 자유로 보호될 수 없음은 당 법정의 판단으로 누차 표명되어 왔다」 그리고 이 판결에서 「사회적 중요성을 지닌 모든 사상은 그것이 더욱 중요한 이익을 침해하지 않는 한 완전한 헌법적 보장을 받는다」 그러나 수정헌법 제 1 조의 연혁으로 보아 음란성의 표현은 「보호할만한 사회적 중요성을 전혀 결여」 하고 있으므로 헌법적 보장으로부터 전적으로 배제된다… 즉 무엇이 음란인가 하는 기준은 「현 사회의 표준에 비추어 볼 때, 전체로서의 문서를 지배하는 주제가 평균인의 호색적 취미에 호소하는가의 여부에 있다」 고 밝히고 있다.

「로스」 사건 판결에 나타난 연방대법원의 견해는 다음과 같은 명제로 요약될 수 있다.

- ① 음란의 표현은 보충할 만한 사회적 중요성을 전혀 결여하고 있고 또한 그것이 사상표현에 있어서 필요 불가결한 역할을 담당하는 것이 아니므로, 헌법상 보호되지 아니한다.
- ② 음란표현물의 규제에 있어서는 언론출판자유 의 제한원리로서 인정되어 온 「명백하고도 현존하는 위험의 법칙」의 적용을 받지 않는다.
- ③ 어느 특정한 부분의 음란한 표현에 대한 영향력이 유달리 민감한 사람을 기준으로 하여, 문서의 음란성을 판단하는 것이라는 히크린 원칙을 부정하고, 「현 사회적 기준에 비추어 볼 때 전체적 주제가 평균인의 호색적 흥미에 호소하는가의 여부」를 그 판단기준으로 삼는다.
- ④ 부수적인 음란성보다는 전체적인 예술성을 고려해야 한다.

한편 이 사건의 연방대법원의 재판에서 소수의견으로 더글러스(William O. Douglas) 판사와 블랙(Hugo L. Black) 판사는 음란법과 음란성재판에 반대의견을 표시하고, 어떤 문서가 전혀 사회적 의의가 없다라고 하는 재판소의 판단으로 표현의 자유의 가치를 희생해서는 안 된다고 주장하였다. 더글러스 판사는 「오늘날 쓸데없는 팜플렛을 발매금지 하려고 하는 조치는 내일 주옥과 같은 문학작품조차 발매금지 할 수 있는 것이다」라고 지적하였다. 이 「로스」 사건의 판결은 미국에 있어서의 음란사건 재판의 획기적 판례로서, 그 후의 음란성재판에서 많이 인용되고 있는데, 다수의견은 음란성의 문제가 수정헌법 제 1 조나 제 14 조와는 무관한 것이라고 하면서도, 소수의견에서 시사된 것과 같이 언론출판의 자유의 문제와의 관련하여서 신중하게 재검토되어야 한다는 여운을 크게 남기는 것이라 할 것이다.

5. 미국의 기타사건판례

(1) Smith v. California³¹⁾

이 사건에서는 「시엔타」(scienter)라는 법적 개념이 최초로 음란성규정에 적용되었다. 「시엔타」란 일종의 「죄의식」을 말하는 것으로, 예컨대 서적도매상인이 책의 내용을 잘 알면서 판매하는 경우에 생겨나는 죄의식 등이다. 즉 죄의식이 있으면서 음란한 서적을 판매·유포할 때 유죄가 된다는 것이며, 그렇지 않으면 무죄라는 견해를 말한다.

(2) Ginzburg v. U. S.³²⁾

이 사건에서는 처음으로 상업행위, 광고행위, 판매촉진행위 등이 음란성을 결정하는 요인으로 등장하였는데, 미연방대법원은 「객관적 검사가 작품의 음란성을 결정하지 못했을 경우는 판매행동의 양상으로 나타나는 출판사의 의도를 기준으로 고려할 수 있다」고 판시하였다.

(3) Ginsberg V. New York³³⁾

이 사건에서는 미성년자를 대상으로 한 판매행위가 음란성의 기준으로 판단되었다. 법원의 이 판결을 계기로 성인을 위한 판매는 계속 완화되기 시작하였다. 법원은 이 사건에서, 미성년자를 겨냥하는 음란출판물을 악성 음란출판물(hard-core pornography)로 규정하여, 범죄로 취급해야 한다고 결정하였다.

(4) Stanley v. Georgia³⁴⁾

이 사건에서는 프라이버시 개념이 음란과 복합적으로 작용하고 있는 현상을 볼 수 있다. 법원은 「개인의 어떤 작품이든지 음란성에 관계없이 자기 가정에서 즐기는 한 음란으로 규제할 수 없다」고 판시하였다.

6. 「채털리 부인의 사랑」 재판사건

일본에서의 소위 「채털리 부인」 재판사건은 D. H. 로랜스 원작인 「채털리 부인의 사랑」을 전문 번역하여 일본어로 일본에서 출판하였던 바 이 책이 음란문서라는 이유로 형사사건화되어 쟁송된 사건으로서, 음란의 의의와 그 한계를 놓고 논란되다가 1957년 3월 최고재판소 대법정판결로 확정된 지도적 판례의 하나이다.³⁵⁾

제 2 차 대전 전의 종전의 일본 대심원판례에서 「외설문이라 함은 성욕을 자극 흥분시키고, 또 이를 만족시키는 것으로서, 사람으로 하여금 수치혐오의 감정을 낳게 함을 말한다」는

정의가 내려져 있었다. 또 1951년 5월의 최고재판소 판결에서는 「외설이란 함부로 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또 보통인의 정상의 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 위배하는 것을 말한다」고 정의하고 있다.

음란의 대상이 되는 것은 시대감각의 변천에 따라 변하는 것이나 일본의 판례에 따르면 외설문서에는 수치심을 해칠 것, 성욕을 흥분 자극시킬 것, 선량한 성적 도의관념에 위배하는 것을 조건으로 하고 있다.

어떤 작품이 음란이냐 아니냐의 판단은 어떤 기준에서 내려져야 할 것인가? 「채털리 부인」사건의 최고재판소 판결에 따르면 그 판단은 재판소가 해야 할 일이고, 그 기준은 일반적 통념에 입각해야 한다고 되어 있다. 최고재판소의 판결문에는 다음과 같이 서술되어 있다.

「저작 자체가 형법 제 175조의 외설문서인가 아닌가 하는 판단은 당해 저작에 대해 내리는 사실인정의 문제가 아니라, 법해석의 문제이다. 이 저작이 일반독자에게 주는 흥분, 자극이나 독자가 품는 수치감정의 정도라 할지라도 재판소가 판단해야 한다. 그리고 재판소가 이 판단을 할 때의 기준은 일반사회에서 행하여지는 양식 즉 사회통념이다. 이 사회통념은 <개인의 인식의 집합 또는 그 평균치가 아니라, 그것을 초월한 집단의식이며 개개의 사람이 이에 반하는 인식을 갖게 됨으로써 부정되는 것은 아니다>는 것은 원심판결이 판시하는 바와 같다」.

「이 서적의 예술성은 그 전부에 대해서 뿐 아니라 검사가 지적한 12개소나 되는 성적 묘사의 부분에 대해서도 인정될 수 있다 그러나 예술성과 외설성과는 별도의 차원에 속하는 개념이며, 양립하지 못하는 것은 아니다. ...그것이 외설물이 아니라 예술적 작품이라는 이유로 그 외설성을 부정할 수는 없다. 왜냐하면 예술적 측면에서 아무리 훌륭한 작품이라 할지라도 이것과 차원을 달리하는 도덕적 법적 측면에서 외설성을 갖고 있다고 평가될 수 있기 때문이다. ...예술이라 할지라도 공중에게 외설한 것을 제공할 하등의 특권을 갖는 것은 아니다. 예술가도 그 사명을 완수함에 있어 수치감과 도덕적 법을 존중해야 할, 일반국민이 부담해야 하는 의무에 위반해서는 안되기 때문이다. 외설성의 존재 여부는 순 객관적으로, 즉 작품 자체로부터 판단되지 않으면 안되고, 작가의 주관적 의도에 따라 영향받아서는 안될 일이다.³⁶⁾」

일본 최고재판소의 이 판결은 「히크린」원칙을 답습하여, 문학 작품 속에 있는 음란한 부분을 근거로 하여 그 예술성과는 무관하게 음란물이라고 판단하고 있다.

그러나 「로스」판결의 경우와 같이 음란의 문제를 출판의 자유와의 관련하에서 논급하고 있는 데에는 주목할 만하다. 다만, 출판 기타의 표현의 자유의 중요성을 인정하면서도 그것은 공공의 복지에 의해 제한될 수 있음을 강조하고 있다. 그리고 성적 질서를 수호하는 것이 공공의 복지를 위해 필요하다 함은 의심의 여지가 없으므로 「채털리 부인」의

사랑이라는 서적은 음란문서이며, 그것을 출판한다는 것은 공공의 복지에 위배된다는 원심판결을 지지하고 있다.³⁷⁾

IV. 맺는 말

이상에서 음란의 개념과 그 발달과정을 살펴보고, 표현의 자유와 매스미디어에 나타난 음란한 표현내용과의 관련성을 고찰했으며, 외국에서의 음란관련 재판사건의 판례를 골라 검토해 보았다.

오늘날 우리의 주위에서는 음란한 내용을 담은 여러 가지 내용의 표현물이 범람하고 있다. 예컨대 일부의 신문소설 영화 또는 텔레비전 매체에 나타난 음란한 내용이 우리의 청소년교육에 적신호를 울리고 있다. 이 소고에서 응당 이러한 내용에 대해서도 검토했어야 할 것이었으나 대중매체와 음란과의 관계나 또는 우리나라에 있어서의 여러 가지 사례에 대하여는 본지의 이 특집에서 별도의 제목의 논문으로 취급되도록 되어 있으므로 중복을 피하기 위하여 이 소고에서는 다루지 않기로 한다.

표현의 자유는 오늘날 단순히 표현하는 자 즉 정보의 전달자가 출판물 기타 표현내용을 자유롭게 발표할 수 있도록 보장하여야 한다는 것을 뜻할 뿐만 아니라 더 나아가서 그 수용자인 국민일반에게 있어서도 그가 원하는 정보를 방해 받지 않고 자유롭게 받을 수 있도록 보장한다는 것도 의미한다. 이른바 알 권리, 들을 권리, 볼 권리가 보장되어야 함을 의미하는 것이다.

그런데 표현의 자유를 둘러싼 위와 같은 문제상황을 음란출판물이나 음란방송 또는 영화 등의 규제와 관련 지어 볼 때 국민 등이 음란내용물을 제한없이 볼 권리, 들을 권리, 알 권리가 있느냐, 또 아무 제한없이 음란내용을 표현하거나 발표하거나 판매할 수 있도록 보장되어야 할 것이냐의 문제는 국민이 갖는 여러 가지 기본권과의 비교교량 하에서 신중하게 판단되어야 할 과제이다.

앞에서 본 바와 같이 자유세계의 많은 나라에서 음란물에 대한 제한 또는 금지조치가 많이 완화하는 경향에 있음을 엿볼 수 있다. 우리나라의 문화적 맥락에서 볼 때 가까운 시일 내에 이러한 상황이 오리라고 예측할 수는 없다 하겠지만, 과도적 단계에 있는 지금, 우리는 이러한 사회적 풍조에 대비하여 치밀한 과학적 조사가 이루어져야 할 것으로 판단된다. 예컨대 음란물은 제어할 수 없는 성적 자극이나 행동을 일으킬 것인가? 음란물은 청소년에게 어느 정도로, 어떻게 악영향을 주는가? 만약 음란물에 대한 금지해제를 한다면

음란물이 거리에 범람하게 될 것인가? 금지조치가 해제된다면 문필가들은 더 한층 무궤도하게 될 것인가? 덴마크나 기타 스칸디나비아 제국에서 해방조치는 무엇을 가져왔는가? 등이 그러한 조사과제에 포함되어야 할 것이다.

<주>

1) Donald M. Gillmor (1965) , "The Puzzle of Pornography" Journalism Quarterly, Vol. p.365.

2) Ibid.

3) 일본 최고재판소 1951 년 5 월 10 일 제 1 소법정판결, 소화 26 년 제 172(외설) 문서판매피고사건, 형집 5 권 6(호), p.1026

4) 대법 75. 12. 9 선고 · 74 도 975 사건 제 2 부 판결

5) 일본 최고재판소 1952 년 4 월 1 일, 형집 6 권 4(호), p.573

6) Regina v. Hicklin, 1868 LR 3Q, B.390.

7) Don a. Pember (1977), Mass Media Law(Dubuque, iowa : Wm C. Brown Company Pub.), p.316

8) U. S. v. Kennerley, 209 F.119, 121 (1913)

9) Ibid.

- 10) 전중구지, "문여재판과 외설의 개념: 외설 개념의 역사적 사회고찰," 「형법잡지」, 제 16 권, 제 1 호, p.93 을 인용한 청수 영부 (1972), 「법과 매스커뮤니케이션」 (동경 : 사회사상사) , p.211
- 11) Raymond D. Halsey v. The New York Society for the Suppression of Vice, 136 N. E. 219, 220 (1922)
- 12) U. S. v. One Book Called "Ulysses," 5F. Supp. 182 (1933) ; Harold L. Nelson and Dwight L. Teeter, Jr (1978), Law of Mass Communications, 3rd ed.(Mineola, N.Y. : The Foundation Press), pp.353-54
- 13) Doubleday & Co. v. New York, 335 US 848 (1948)
- 14) Winters v. People of State of New York, 333 U. S. 507 (1948)
- 15) Roth v. U. S., Alberts v. California, 354 U. S. 476 (1957)
- 16) A Book Named "John Cleland's Memories of a Woman Pleasure" v. Massachusetts, 383 U. S. 413 (1966)
- 17) 청수 영말 (1972), 「법과 매스커뮤니케이션」 (동경 : 사회사상사), pp.222-23
- 18) Ibid., p.223
- 19) J. R. Moskin, "The Danes' Bold Experiment : Legalized Pornography," Look, July 29, 1969 를 인용한 청수 영부 (1972), pp.170-71
- 20) 일본 최고재 1957 년 3 월 13 일 대법정판결(소화 28 년 외설문서 판매피고 사건)제 1713(형립 11 권 3 호), p.997
- 21) 일본 최고재 1969 년 10 월 15 일 대법정판결(소화 39 년(외설문서판매) 동 소지 피고사건,형집 23 권 10 호, p. 1239.
- 22) 석춘선치, 오펡강홍(공편) (1974), 「알 권리 : 매스컴과 법」 (동경 : 유비각), pp.174-78

23) 오평강홍 (1961), "세관검열 위헌성," 「주리스트」, 제 24 호

24) Regina v. Hicklin, L. R. 3 Q. B. 360 (1868) at 371.

25) Harold L. Nelson and Dwight L. Teeter, Jr. (1978). Law of Mass Communications, 3rd ed. (Mineola, N. Y.: The Foundation Press), pp.351-52

26) U. S. v. One Book Called "Ulysses," 5F. Sopp. 182 (S. D. N.Y 1933); U.S. v. One Book Entitled "Ulysses," 72 F.2d 705 (1934)

27) Nelson and Teeter (1978), p.354

28) Winters v. New York, 333 U.S. 507.

29) Roth v. U. S., Alberts v. California, 354 U. S. 476

30) U. S. v. Roth, 237 F.2d 796 (2d Cir. 1956) at 802

31) Smith v. California, 361 U. S. 147 (1959)

32) Ginzburg v. U. S., 383 U. S. 463 (1966)

33) Ginsberg v. New York, 390 U. S. 529 (1968)

34) Stanley v. Georgia, 394 U. S. 557 (1969)

35) 일본 최고재 1957 년 3 월 13 일

대법정판결(소화 28 년(あ)제 1713(외설문서판매피고사건), 형집 11 권 3 호, p.997

36) Ibid.

37) 천중 강홍(1972), 「신문의 자유와 책임」 (동경: 남창사), pp.130-31

- 고려대학교 경제과, 미국 인디애나대학교 대학원
- 저술, 「TV 교육 이론과 실제」 외 논문 다수
- 현재 이화여자대학교 신문방송학과 교수