

문예작품의 음란성 판단기준

沈 義 基*

I. 문제의 제기

소설 '내게 거짓말을 해봐'를 출간한 혐의(음란물제조, 판매 죄, 형법 제243·244조)로 구속·기소되어 1심에서 징역 10월을 선고받고¹⁾ 법정 구속된 뒤 보석으로 풀려난 J씨는 항소심에서 변호인을 선임해 적극적으로 무죄를 주장하고 있다. J씨는 항소심 첫 공판에서 "하나의 문학작품을 이해하기 위해서는 작품의 주제와 의도 등을 종합적으로 고려해 판단해야 하는데 1심에서는 그에 대한 충분한 변론을 하지 못했다."고 항소이유를 밝혔다.²⁾ J씨가 주장하고자 하는 바를 형법적으로 이론 구성한다면 J씨는 그 작품의 예술성, 사상성(혹은 사회적 가치)을 내세워 그 작품의 외견적 음란성 판정이 부당하다고 항변하는 것으로 볼 수 있다. 외견상 혹은 부분적으로 음란물의 의심이 드는 문예작품을 두고 어떤 경우에는 그 예술성, 사상성을 높이 평가하여 형법적 평가에서 제외(예컨대 후술하는 '산타페 사건'의 경우)시키고 어떤 경우에는 그 예술성, 사상성을 부인하여 '형사처벌이 필요한 음란물'(예컨대 후술하는 '즐거운 사랑'사건의 경우)로 구분 짓는 척도는 무엇인가?

* 嶺南大學校 法科大學 教授, 法學博士

1) 서울지방법원판결(1997.5.30. 97고단172, 음란문서제조, 음란문서판매).

2) 한겨레신문 97.7.26. 26면.

위와 같은 문제 의식 하에 이 글에서는 종래 이 문제와 관련된 대법원 판례의 입장은 어떤 것이었는가 하는 점을 분석해 보고 J씨 사건에 대한 상급심판을 예측해 보기로 한다. 이런 입장에 설 때 가장 먼저 해야 할 일은 1995년에 선고된 두 개의 대법원 판결을 정밀히 분석해 보는 일이다.

II. 1995년 대법원 판결이 제시한 음란성의 의미와 판정기준

1995년에 선고된 두 개의 판결에서 대법원은 '음란성의 의미와 그 판정기준'에 관하여 현재까지 제시된 것 중에서는 가장 상세하고 구체적인 지표를 제시하였다. 그 내용은 다음과 같다.

“형법 제243조의 음화 등의 반포 등 죄 및 같은 법 제244조의 음화 등의 제조 등 죄에 규정한 음란한 문서라 함은 일반 보통인의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 해하여 성적 도의관념에 반하는 것을 가리킨다고 할 것이고, '문서의 음란성의 판단에 있어서는 ①당해 문서의 성에 관한 노골적이고 상세한 묘사서술의 정도와 그 수법, ②묘사서술이 문서 전체에서 차지하는 비중, ③문서에 표현된 사상 등과 묘사서술과의 관련성, ④ 문서의 구성이나 전개 또는 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도, ⑤ 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부 등의 諸點을 검토하는 것이 필요하고, 이들의 사정을 종합하여 ⑥그 시대의 건전한 사회통념에 비추어 그것이 ⑦“공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것”이라고 할 수 있는가의 여부를 결정하여야 할 것이다.”³⁾

3) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758, 음화판매(법원공보 1995. 8. 1. 자, 2669쪽); 대법원 1995. 6. 16. 선고94도2413 판결, 음란한 문서제조, 음란한 문서판매(법원공보 1995. 8. 1. 자, 2673-2674쪽)

이 판결에서 우리는 다음과 같은 점에 주목해야 한다.

첫째, 이 판결은 형사처벌의 대상이 되는 음란개념이 '시대적 가변성'이 있는 '상대적, 유동적 개념'임을 인정하고 있다는 점이다. ⑦을 피상적으로 관찰하면 이 판결에서 대법원이 종래의 음란 개념을 바꾸지 않고 그대로 답습한 것처럼 보이지만 그 개념이 포섭하는 사태는 ⑥에 의해 역사적, 가변적, 상대적인 개념으로 자리 매김되었음에 유의해야 한다. 따라서 "성냥 제조업 및 인쇄업에 종사하는 자들이 스페인 화가 프란시스코.드.고야의 그림 '나체의 마야'를 가로 5cm, 세로 3cm의 크기로 4,000장을 인쇄, 성냥갑에 붙여 판매"하는 행위가 1970년 당시에는 음란물로 판정받았으나(이하 이 사건은 '성냥갑 사건'으로 지칭하기로 한다.)⁴⁾ 그런 행위가 1990년대에 다시 반복되어도 이제는 검사가 그런행위를 기소하려 하지도 않을 것이고, 설사 그 행위가 기소된다 하여도 한국의 법원은 '1990년대 한국사회의 건전한 사회통념'에 비추어 그 성냥갑을 음란물로 판정하지 않을 것으로 보인다.

둘째, 이 판결은 문예작품의 음란성을 판정할 때 문제가 되는 부분만을 가지고 음란성 여부를 판정할 것이 아니라 문예작품 전체를 놓고 음란성이 문제되는 부분과 전체의 예술성과의 연관관계 하에서 판정해야 함을 명시(⑤)하고 있다. 이런 판정방법을 '전체적 고찰방법'으로 명명하기로 하자. '전체적 고찰방법'을 취할 때 고려해야 할 구체적 판단기준은 무엇인가?

①②③④는 모두 문서, 도화의 음란성을 '전체적 고찰방법'에 의해 판정할 때 고려해야 할 구체적 평가기준들로 나열된 것이다. 이 평가기준들은 하나의 예시로서 나열된 것이지 유일무이한 한정적 기준으로 열거된 것이라 보기 어렵다. 그런데 우리가 당면한 문제(J씨 사건에 대한 항소심과 상고심 판결에 대한 예측)와 관련해서 중요한 논점은 '성냥갑 사건'(1970년)에서 적용된 음란개념과 소설 '반노 사건'(1975년)에서 적용된 음란개념의 차이가 무엇일까를 찾아내는 일이다.

4) 대법원1970.10.30. 선고, 70도1879 판결.

III. 성냥갑 사진 판결의 '주자학적' 음란 개념

주자학이 정치사회의 지배이데올로기로 부상하기 시작한 고려시대 말기 이후 한국의 지배층은 '일체의 性(sex)에 관한 담론을 금기시' 하는 정치 문화적 풍토를 구축해 놓았다.

정도의 차이가 있기는 하지만 그런 사정은 서구에서도 거의 마찬가지였다. 중세의 암흑기를 지나 르네상스와 계몽주의 시대 이래 서구에서는 성에 관한 담론이 서서히 해방되어 갔다. 해방의 기운을 추동시킨 것은 문학과 예술이었다. 개화기부터 한국에도 서구사조가 유입되기 시작하여 성 개방풍조가 조금씩 진전되어 갔다. 그래서 해방 후에는 한국인들도 서양인들이 문학·예술작품으로 칭송하는 문예작품을 음란물로 규제하지 않는 상태에 도달해 있었다. 여기서 어떤 성냥 상인이 기발한 착상을 했다. 국내 외의 예술계에서 예술작품으로 평가되고 있던 나체화의 축소판 사진을 성냥갑에 부착시켜 판매를 촉진시켜 보려는 착상을 한 것이다. 이 사건에 대하여 대법원이 "명화집에 실려 있는 그림이라고 하여도 이것을 예술, 문학, 교육 등 공공의 이익을 위해서 이용하는 것이 아니고 성냥갑 속에 넣어서 판매할 목적으로 이를 복사·제조하거나 판매한 것이라면 이는 그 명화를 모독하여 음화화 시켰다 고 할 것이므로 이런 견지에서 이를 음화로 본 원심판단은 정당하고, 그 음란성의 유무는 그 그림 자체로서 객관적으로 판단해야 할 것이다." (대법원 1970.10.30. 선고, 70도 1879 판결)라 한 것은 넓은 의미에서 상대적 음란 개념⁵⁾을 적용한 것이기는 하지만 이 때

5) 상대적 음란(문서)개념에 대한 이해방식이 구구하여 이 이론의 명확한 파악이 용이하지는 않다. 같은 문서·도화라도 판매의 방법, 선전의 방법, 대상독자의선정방법 여하에 따라 음란성에 대한 가별적 평가에 차이가 생길 수 있음을 증명하는 이론을 상대적 음란문서의 이론이라 한다. 특히 과학적인 저서·논문과 예술작품에 대해서 음란성이 문제되는 경우에 한편으로는 과학·예술작품의 이름을 빌려 음란물이 행행하는 사태를 억지하려 하고, 다른 한편 국가공권력이 '도덕'의 이름을 가탁하여 부당하게 표현의 자유와 과학·예술의 자유를 제약하려는 기도를 억지하려는 데 이 이론의 목적이 있다. 한국의 몇몇 학설이 상대적 음란개념에 대해서 부정적으로 평가하는 것(이재상, 「신정판 형법각론」, 박영

의 상대적 음란 개념은 '처벌되는 음란물의 범위를 넓히는 방향, 즉 표현과 영업의 자유의 범위를 좁히는 방향의 완고한 유교적·주자학적 음란개념'⁶⁾이었다. 그러나 그 후 5년만에 선고된 반노 사건에서 응용된 음란 개념은 이와 정반대 방향의 '자유주의적'(liberal) 음란 개념이었다.

IV. 반노 사건 판결의 '자유주의적' 음란 개념

반노 사건은 1969. 4. 소설가 염재만이 쓴 '반노(叛奴)'의 13장과 14장의 내용⁷⁾이 형법의 음란한 문서에 해당된다고 하여 기소된 사건이다.

사.1997. 565쪽 ; 박상기, 『개정판 형법각론』, 박영사, 1997. 587쪽; 김일수, 『형법각론』, 박영사, 1996. 588쪽)은 상대적 음란 개념 이론의 처벌확대의 측면(성남갑 사건이 그예이다.)을 걱정하기 때문인데 상대적 음란 개념을 취해도 운영 여하에 따라서는 처벌억제의 방향으로 운영할 수도 있으므로 상대적 음란 개념 이론이 그런 방향으로 작동하는 경우에는 굳이 그것을 부정적으로 볼 것이 아니다. 또한 반노 판결 이후 대법원이 견지하는 '전체적 고찰방법'의 발상이 반드시 '상대적 음란개념'의 이론과 배치되는 것도 아니다. 문제되는 부분만을 떼어 내서 고찰해서는 안된다는 전체적 고찰방법의 발상에는 은연중 '문화적 다원주의(cultural pluralism)'와 다양성(diversity)을 긍정하는 '상대주의적 세계관'이 스며들어 가 있기 때문이다. 매우 드물기는 하지만 반노 판결 이후 상대적 음란 개념이 적용된 판례로서 대법원 1990. 10. 16. 선고, 90도1485 판결(법원공보 1989년, 376쪽)을 들 수 있다. "공연윤리위원회의 심의를 마친 영화작품이라고 하더라도 관람객의 범위가 제한된 영화관에서 상영하는 것이 아니고 관람객을 유치하기 위하여 영화장면의 일부를 포스터나 스틸사진 등으로 제작하였고 제작된 포스터 등 도화가 그 영화의 예술적 측면이 아닌 선정적 측면을 특히 강조해 그 표현이 과도하게 성욕을 자극시키고 일반인의 정상적인 성적 정서를 해치는 것이어서 건전한 성품속이나 성도덕관념에 반하는 것이라면 그 포스터 등 광고물은 음화에 해당된다고 보아야 한다."

- 6) 필자가 대법원이 취하는 음란 개념이 유교적·주자학적 개념에 기초하고 있다고 보는 근거는 대법원이 음란개념의 정의를 성적 '羞恥心'과 관련시키고 있기 때문이다. 유교에서는 '羞惡之心 義之端'으로 파악하고 있는데 대법원이 말하는 수치심은 바로 여기서 말하는 수오지심 개념에서 연유하는 것이다.

- 7) "...당신 사타구니를 좀 봅시다. 얼마나 도도한가. 그는 날째 내 불에 입마추고 내얼굴을 온통 핥습니다. 서방님 내 마음에 이 오진 것, 이 똑보, 이 곰새끼 하면서 그는 미친 듯이 나를 쓰러 뜨립니다. 자신의 웃도 벗고 내 웃도 익숙하게 벗깁니다. 서로의 나체만이 남습니다. 서로의 국부가 교먼스러운 빛을 발하면서 한껏 부조되고 그 위에 온갖 충격이 요동

반노사건에 대한 대법원 판결은

“원심판결을 살펴보면 원심 판시 내용은 본 건 공소사실을 소설 ‘반노’ 속에 내포된 ‘전체적 사항의 흐름’이 음란하다는 것을 전제로 하여 판단한 것은 아니며, 공소사실은 어디까지나 그 공소사실에 적힌 위 소설 ‘반노’의 13장 내지 14장에 기재된 사실이 음란하다고 함에 있음을 전제로 하고 그 사실 자체를 지적하여 그것이 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극시키거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠 정도로 ‘노골적이고 구체적인 묘사라고는 볼 수 없다’고 판단하고 나아가 부수적으로 더욱이 ‘그 전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항함으로써 결국 그로부터 벗어나 새로운 자아를 발견하는 과정으로 이끌어 매듭된 사실을 인정할 수 있으니’ 이에 비추어 이 건 소설을 음란한 작품이라고 단정할 수 없다고 판단하고 있으므로 여기에 소론과 같은 위법이 없다고 할 것”(이하 ‘반노사건’으로 지칭한다.)⁸⁾

이라는 것이었다. 이 판결의 취지를 불과 5년전에 있었던 성냥갑 사건의 판결취지와 비교해 보자. 성냥갑 사건에서 대법원은 명화(즉 예술품)라 하더라도 그 표출방법 여하에 따라서는 음화가 될 수 있다고 판정한 반면, 반노 사건에서 대법원은 소설 중에서 문제가 된 부분을 ‘그것이 표현에 있어 과도하게 성욕을 자극시키거나 또는 정상적인 성적 정서를 크게 해칠

쳐 갑니다. …… 둘 사이에는 막막한 각고의 바다만이 있습니다. 그 감미로운 바다 심연 깊디깊은 구렁텅이에 우리는 빠져났습니다. 좋지 웅? 여보 좋지? 그는 내 귀에 대고 흐느끼면서 속삭였습니다. 으응 좋아 술질리듯이 나는 응답했습니다. 어는듯 기진하여 둘은 날 부러집니다.” 김병운, 『음란한 문서·도화의 개념과 판단기준』, 형사실무연구회편, 『형사재판의 제문제』 1권, 1996, 박영사, 89면에서 재인용.

- 8) 대법원 1975.12. 9. 선고, 74도976 판결(대법원판결집 23③형52.). 1970년 1심에서 피고인에 대하여 벌금 3만원의 유죄판결이 선고되었다. 피고인의 항소로 서울형사지방법원은 무죄를 선고하였다. 검찰의 불복상고로 1971. 8. 대법원에서 파기환송하였는데 1973. 11. 이 판결은 다시 서울형사지방법원이 무죄를 선고하자 검찰이 상고했던 사건에 대한 판결이다.

정도로 '노골적이고 구체적인 묘사라고는 볼 수 없다'고 판단하고 나아가 부수적으로 음란한 묘사가 행해졌음이 긍정된다고 하더라도 그 부분과 작품 전체의 주제를 함께 고찰하면 작품전체의 예술성이 부분적인 음란성을 압도하므로 전체적으로 고찰할 때 음란물이 아니라고 판정한 원심 판결을 지지하고 있다. 반노 사건에 대한 대법원 판결 이후 한국 법원의 음란성 판단기준은 자유주의적 음란개념으로 조금씩 진전되어 가는 추세를 보이고 있다. 그런데 이 판결에서 한가지 주목해야 할 점이 있다. 반노사건에서는 그 소설의 주제가 '전체적인 내용의 흐름이 인간에 내재하는 향락적인 성욕에 반항'하는 점이 피고인에게 유리한 정상으로 작용했다는 점이다. 반노 판결은 성냥갑 판결에 비하면 자유주의적인 판결이었으나 이 점에서 조선시대부터 전승되어 온 유교적·주자학적 성윤리의 색채를 현저히 탈각한 것은 아니었다. 따라서 반노 판결은 '성에 관한 도덕적 담론으로부터의 해방'을 추구하는 1990년대의 새로운 문화·예술적 흐름을 용인한 판결로 보기 어렵다. 그러면 '성에 관한 도덕적 담론으로부터의 해방'이라는 각도에서 볼 때 1995년의 대법원 판결은 과연 어떠한 판결인가?

V. 1995년 대법원 판결에서 새로 제시된 음란성의 구체적 판정기준의 분석

1995년 대법원 판결은 판례사적으로 볼 때 1975년의 반노 판결 이후의 자유주의적 성향을 한층 발전시킨 것이었다. 1995년 판결이 예시한 음란성의 구체적 판정기준들은 이전 판결들에서 그 발상의 싹이 조금씩 예고된 것이었지만 한층 세련화된 것이다. 그 중에서 특히 주목해야 할 기준은 '④ 문서의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도'와 '⑤ 이들의 관점으로부터 당해 문서를 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되느냐의 여부'⁹⁾의 두 가지

기준이다. 전자(④)의 기준에서는 예술성과 음란성의 관계가 문제되고, 후자(⑤)의 기준에서는 '호색적 흥미를 돋구는 것'의 구체적 의미가 무엇일까 하는 점이 문제된다. 양자는 서로 밀접한 관계를 가지는 것(즉 보통의 경우 주로 호색적 흥미에 호소하는 것은 예술성이 희박할 것이며, 예술성이 있는 것일수록 호색적 흥미에 호소하는 측면이 희박할 것이다)이겠지만 여기서는 편의상 양자를 구분하여 그 의미를 분석해 보기로 한다.

1. '주로 호색적 흥미를 돋구는 것'의 의미

1962년 공포된 미국의 모범 형법전(Model Penal Code) section 251.4는 '주로 호색적 흥미에 호소하는 것'을 다음과 같이 정의하고 있다. 이 정의가 1995년의 대법원판결을 이해하는데 충분하다고 하기는 어렵겠지만 하나의 참고적인 지표로 삼기에는 적절하다고 생각한다.

"전체적으로 고찰하여 나체, 성, 배설에 관한 난잡한(prurient) 흥미, 즉 수치스럽거나 혹은 혐오스러운 흥미에 호소하는 것을 주조로 하고, 이들 사항의 기술 또는 표현으로서 통상 상당하다고 인정되는 한계를 현저히 이탈하는 물건은 음란물이다. 주조가 이런 것인가 여부는 그 물건의 성질 또는 배포상황으로부터 아동 기타 특히 영향을 받기 쉬운 대상에 향해져 있는 것임이 명백한 경우를 제외하고 일반성인을 기준으로 판단해야 한다. 그것이 음란한 것이라면 현상되지 아니한 사진, 주형, 인쇄조판 등은 그 표면화 또는 배포를 위하여 현상 기타의 행위가 필요하더라도 음란물이다."¹⁰⁾

9) 1995년 이전에 '호색적 흥미'를 언급한 판례는 대법원 1991. 9. 10. 선고, 91도1550 판결(법원공보 1992년, 815쪽) 참조.

10) *Black's Law Dictionary*, Fifth ed., West, 1981, p.971. 참조.

2. 예술성과 음란성의 관계

통상인들이 음란물로 인정할 만한 물건을 제작·배포하는 자가 스스로 그물건을 음란물로 인정하거나 적극적으로 그것의 음란물성을 부인하지 않는 경우는 문제될 것이 없다. 문제가 되는 것은 통상인들이 음란물로 인정할 만한 물건을 제작·배포하는 자가 그 물건을 문예작품이라 주장하고 거기에 덧붙여 그런 행위가 자유사회에서 표현의 자유의 일내용으로 용인될 것을 주장하는 경우이다. 1995년의 대법원판결이 제시한 기준 중 '④ 문서의 구성이나 전개 또는 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화의 정도'라는 언급은 예술성과 음란성이 양립 가능함을 전제로 하여, 예술성이 긍정된다고 해서 반드시 형법상의 음란성이 부정되는 것은 아니지만 경우에 따라서는 '작품 전체의 높은 예술성·사상성'에 의해 '부분적·외견적 음란성'이 부정·완화될 수 있음을 시사하고 있다. 이미 반노 사건 판결에서도 이런 모습이 엿보였지만 1995년 대법원판결에서는 그런 모습이 좀 더 구체적으로 명시된 셈이다. 그런데 문제는 누가 '부분적·외견적 음란성'을 부정·완화시킬 수 있는 '작품 전체의 높은 예술성·사상성'의 존재를 인식하는가 하는 점이다. 이 점에 대해서는 3의 (4)에서 논하기로 한다.

3. 새로운 기준이 적용된 구체적 사안의 분석

(1) 1995년 판결에서 '주로 호색적 흥미를 돌우고' 겸하여 '예술성이 없거나 희박하다.'고 판정된 사안은 다음 두 가지 사안이었다.

"(A)이 사건 소설 '즐거운 사라'는 미대생인 여주인공 '사라'가 성에 대한 학습요구의 실천이라는 이름' 아래 벌이는 자유분방하고 피력스러운 섹스행각 묘사가 대부분을 차지하고 있는데, 그 성희의 대상도 미술학원 선생, 처음 만난 유흥가 손님, 여중 동창생 및 그의 기동서방, 친구의 약혼

자, 동료대학생 및 대학교수 등으로 여러 유형의 남녀를 포괄하고 있고, 그 성애의 장면도 자학적인 자위행위에서부터 동성연애, 그룹섹스, 구강성교, 항문성교, 카섹스, 비디오섹스 등 아주 다양하며, 그 묘사방법도 매우 적나라하고 정확하게 구체적이고 사실적으로 또한 자극적이고 선정적으로 묘사하고 있어서 위 소설은 위와 같이 때와 장소, 상대방을 가리지 않는 다양한 성행위를 선정적 필치로 노골적이고 자극적으로 묘사하고 있는 데다가 나아가 그러한 묘사부분이 양적, 질적으로 문서의 중추를 차지하고 있을 뿐만 아니라 (B) 그 구성이나 전개에 있어서도 문예성, 예술성, 사상성 등에 의한 성적 자극완화의 정도가 별로 크지 아니하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로밖에 인정되지 아니하는바, 위와 같은 여러 점을 종합하여 고찰하여 볼 때 이 사건 소설은 (C) 작가가 주장하는 '성 논의의 해방과 인간의 자아확립'이라는 전체적인 주제를 고려한다고 하더라도 음란한 문서에 해당되는 것으로 보지 않을 수 없다."

"에이스(원제목 : SEXY STAR·NUDE PROFESSORIAL PHOTO SENSUALITY ACE) 는, 소피 마르소·브룩 쥘즈·마돈나·샤론 스톤·마릴린 몬로 등 외국의 유명 여배우 또는 여자 누드 모델들이 옷을 입거나 벗은 상태에서 앞과 뒤 혹은 앉거나 눕는 등의 여러 가지 모습을 찍은 사진들을 모아 편집한 사진첩(증 제2호)으로서, 그 사진첩에는 전라로 말등(馬上)에 눈을 감고 누워 가슴 부위를 강조하여 찍은 것으로서 얼굴에 성적 감정에 도취한 듯한 표정을 짓고 있는 사진, 전라로 양다리를 벌리고 누워 성적 감정에 도취되어 있는 듯한 모습을 머리부분에서부터 찍은 사진, 전라로 다리를 벌리고 양손을 국부에 대고 머리를 뒤로 젖히고 성적 감정에 도취한 듯이 눈을 감고 있는 사진, 전라의 모습으로 엉덩이를 높이 들고 머리를 바닥에 대고 엎드려서 유혹하는 눈빛으로 앞을 쳐다보고 있는 사진, 전라로 바닥에 누워 자위를 하며 성적 만족감을 느껴 눈을 지그시 감고 있는 사진들이 포함되어 있는바,

그 사진들을 살펴보아도 거기에 예술성 등 성적 자극을 감소·완화시키는 요소를 발견할 수 없을뿐더러 그 사진 전체로 보아 선정적 측면을 특히 강조하여 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로 인정되므로 위 사진첩은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적이 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정된다고 할 것이다.”¹¹⁾

‘즐거운 사라’에 대한 판지에서 주목할 사항은 ‘작가가 주장하는 성 논의의 해방과 인간의 자아확립이라는 전체적인 주제를 고려한다고 하더라도’라 한 부분이다. 반노 판결에서는 ‘향락적인 성욕에 반향’하는 점이 피고인에게 유리한 정상(情狀)으로 작용하였지만 이 판지에서는 그런 차원을 넘어 ‘성 논의의 해방’을 추구하는 경우에도 때에 따라서는 예술성·사상성이 긍정되어 주로 호색적 흥미를 돋구는 음란물성이 감소·완화될 수 있음을 시사하고 있음에 주목해야 한다. 1995년 판결이 반노 판결보다 한층 자유주의적 성향으로 진전된 것으로 평가할 수 있는 근거는 바로 여기에 있다.

(2) 다음에 ‘주로 호색적 흥미에 호소’하는 성질의 것임이 부정되고 아

11) 다음 기사의 대상이 된 판결도 이런 방향의 판결이 아닐까 짐작된다. 판결문 원문을 입수하는 대로 확인해 볼 예정이다. “남녀간 성관계 장면이나 여성의 국소가 완전히 노출된 사진이 수록되지 않더라도 보통사람의 성적 흥분을 유발하고 정상적인 성적 수치심을 자극하는 사진이 포함될 경우 음란물로 봐야한다는 대법원의 판결이 나왔다. 이에 따라 최근 가판대와 통신판매 등을 통해 무차별적으로 판매되고 있는 비키니 차림이나 반라의 여성모델 사진첩이나 잡지 등에 대한 사법적 제재가 잇따를 것으로 보인다. 대법원 형사 3부 (주심 송치훈 대법관)는 29일 전라 또는 반라상태의 여자모델 사진을 수록한 ‘오렌지 걸’ 등을 제작·판매한 혐의로 기소된 한모(36·경기도 안성군 공도면 마정리)씨에 대한 상고심에서 이같이 밝히고 벌금 70만원을 선고한 원심을 확정했다. 재판부는 판결문에서 ‘문제의 사진첩에 수록된 사진들은 모델의 의상 상태나 자세, 촬영 배경 및 기법, 예술성 등에 의해 성적 자극을 완화시키는 요소를 발견할 수 없고 오히려 선정적 측면을 강조하고 성적 수치심을 자극하고 있다.’며 ‘따라서 성에 관한 표현이 종전에 비교해 자유로워지고 남녀간 성교장면이나 여성의 음부가 완전 노출된 사진이 없더라도 음란한 도화로 판단할 수 밖에 없다.’고 밝혔다.” 문화일보 97. 8.29. 31면.

올려 예술성도 긍정된 사안도 있었다.

“산타페는 일본의 여배우 미야자와 리에(宮澤りえ)를 모델로 하여 사진작가 시노야마 기신(篠山 紀信)이 찍은 사진 60여장을 모아 발간한 누드집을 국내에 들여와 인쇄·출판한 것인데(중 제3호), 위 사진들은 옷을 입거나 벗은 상태에서 앞과 뒤 혹은 앉거나 눕는 등의 여러 가지 자세를 찍은 사진들로 구성되어 있고, 그 중 일부 사진은 가슴이 노출되어 있음은 물론 전라이고 드물게는 음모부분까지 드러나 있는 것도 있지만 그렇다고 하여 그것이 난잡스레 유방이나 국소 부위를 강조하거나 성교장면을 연상케 하지 않을 뿐더러(호색적 흥미에 호소하는 성질의 부인: 필자 삽입) 그 사진들의 구성 등에 비추어 보면 선정성 보다는 예술성이 강조된 것으로 보여져 그 예술성으로 인하여 독자로 하여금 성적 표현에 의한 성적 자극을 감소·완화시키고 있으며(예술성 긍정: 필자 삽입). 위 사진첩의 사진들을 전체로서 보았을 때 주로 독자의 호색적 흥미를 돋구는 것으로는 인정되지 아니하므로 위 사진첩들은 오늘날의 사회통념상 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다고 할 것이다.”

(3) 한편 ‘주로 호색적 흥미를 돋구는 성질’의 존재가 긍정되고 예술적 가치도 부인되었지만 ‘사회통념에 비추어 음란성이 부정된 사안’도 있어 주목된다.

“이 사진첩은 가수 겸 여배우 Y를 대중에게 홍보하기 위하여 발간된 것으로서 그 내용을 보면 옥내외에서 Y를 모델로 하여 찍은 사진 80여 면으로 구성되어 있는데, 그 중 대부분은 평상복 혹은 나이트가운 차림으로서 있거나 혹은 앉아 있거나 누워 있는 모습을 찍은 사진들이고, 위 사진들 중 전라린 것(음부가 보이는 것은 없다), 반라로서 유두가 보이는 것,

속옷 또는 타월 등으로 하반신 일부를 가린 차림으로서 유두가 보이는 사진들이 약 20여면 정도 되고, 침대 위에 엎드려 야릇한 표정을 짓고 있거나 침대 위에서 엉덩이를 들고 엎드려 앞을 쳐다보고 있는 사진, 짧은 속옷만을 입고 침대 위에 앉아서 무엇인가를 생각하고 있는 사진, 침대 위에 엎드려 있는 모습으로 젖가슴이 보이고 하반신만 타월로 가린 사진, 전라의 모습으로 앉아서 왼손가락을 입에 물고 있는 사진, 전라의 모습 중 가슴부분을 유난히 밝은 빛으로 처리하여 이를 강조한 사진 및 야간에 상반신을 전부 벗고 가슴부분을 밝게 찍어 가슴부분을 특히 강조한 사진 등이 게재되어 있는 바, 위 사진들은 여성의 아름다움을 표현하기 보다는 여성의 신체의 특정부분만을 유난히 강조하여 촬영한 것이거나 선정적인 측면을 강조한 것이어서 예술적 가치가 거의 없다고 할 것이지만(호색적 성질 긍정, 예술적 가치 부인: 필자 삽입) 그 전체로서 보아 오늘날의 사회통념에 비추어 볼 때 공연히 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해하고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정하기 어렵다고 할 것이다.”¹²⁾

이 사안을 1970년의 성냥갑 사안과 비교해 보라. 1970년대였다면 위 사진첩은 법원에 의해 음란물로 판정 받았을 것임이 틀림없다. 여기서 우리는 언어의 형식은 불변(형법 제243조, 244조)이지만 법원이 그 언어에 포섭될 수 있는 사태의 범위를 변화시킴으로써 사실상 법을 바꾸어 가는 ‘법의 변천’ 현상을 목격·관찰할 수 있다.

(4) 그런데 대법원은 무슨 근거로 (2)의 경우(‘산타페’)에는 호색적·선정적 흥미를 돋구는 성질을 압도하는 예술성·사상성이 있다고 보고 (1)의 경우(‘즐거운 사라’와 ‘에이스’)에는 그렇지 않다고 본 것일까? 대법원은 몇가지 지표를 제시하고 있으나 그런 지표들이 객관성을 획득하고 있는지

12) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도1758 판결(법원공보 1995. 8. 1. 자, 2668쪽)

의심스럽다. 아마도 그 판정은 궁극적으로 법관의 '직관'적 판정에 근거한 것임을 부인하기 어렵다. 이 경우에 사용되는 직관은 법관 자신의 직관이 아니라 법관이 추측하는 바의 '통상의 평균적 한국인의 직관'이다.¹³⁾ 법관은 '통상의 평균적 한국인의 직관'을 심사하기 위해서 감정을 명하기도 한다.¹⁴⁾ 이 경우에 사용되는 직관이 평균적인 한국인의 직관이든 법관의 직

13) 대법원 1995. 2. 10. 선고, 94도2266 판결(법원공보 1995년, 1367쪽), "그런데 위 '음란'이라는 개념자체가 사회와 시대적 변화에 따라 변동하는 '상대적이고 유동적'인 것이고, 그 시대에 있어서 사회의 풍속·윤리·종교 등과도 밀접한 관계를 가지는 추상적인 것이므로 결국 구체적인 판단에 있어서는 사회통념상 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 삼을 수 밖에 없다고 할지라도, 이는 법관이 일정한 가치판단에 의하여 내릴 수 있는 '규범적인 개념'이라 할 것이어서 그 최종적인 판단의 주체는 어디까지나 당해 사건을 담당하는 법관이라 할 것이니, 음란성을 판단함에 있어 법관이 자신의 정서가 아닌 일반 보통인의 정서를 기준으로 하여 이를 판단하면 옳한 것이지 법관이 일일이 일반 보통인을 상대로 과연 당해 문서나 도화 등이 그들의 성욕을 자극하여 성적 흥분을 유발하거나 정상적인 성적 수치를 해하여 성적 도의관념에 반하는 것인지의 여부를 묻는 절차를 거쳐야만 되는 것은 아니라고 할 것이다. 따라서 이와 같은 취지에서 원심이 이 사건 소설의 음란성을 판단함에 있어 일반 보통인을 증인으로 채택하여 그로 하여금 위 소설을 읽게 한 후 성욕이 자극되었는지 또는 성적 흥분이 유발되었는지 등의 여부를 검증하는 절차를 거치지 아니하였다고 하여도 원심이 일반 보통인의 정서를 그 판단의 기준으로 하여 그 판사와 같은 이유로 이 사건 소설이 위 법조 소정의 음란성의 요건을 충족하는 음란문서라고 판단한 이상 원심판결에 위 법조 소정의 음란성에 대한 법리를 오해한 위법이 있다고 할 수는 없다 할 것이다."

14) "『즐거운 사라』 사건의 항소심에서는 검찰측과 피고인측에서 각기 추천한 감정인 작가 하일지, 고려대학교 서어서문과 교수 겸 작가 민용태에 대하여 재판부가 공동감정을 명하여 감정서를 제출케 하였는바, 위 감정인들은 이 사건 소설의 음란성을 부정하는 감정서를 제출하였다."고 한다. 이들은 고전소설 '춘향전'에도 다음과 같이 성묘사가 구체적이고 사실적으로 되어 있는데, 춘향전이 18세기에 씌여진 점을 감안하면 20세기말에 씌여진 이 사건 소설의 성묘사는 실로 그다지 노골적이지도 상세하지도 않다고 감정하였다고 한다. 『완판본 춘향전』에서 춘향과 이도령의 성행위 묘사중 일부분을 발췌하면 다음과 같다. 「龍宮 속의 水晶宮, 月宮 속의 廣寒宮, 너와 나와 合宮하니 한 평성 無窮이라. 이 궁 저 궁 다 바리고, 네 兩脚 시 水龍宮의 니 심줄 방망치로 질을 너자구나.」 춘향이 반만 웃고, "그런 雜談은 마르시오." "그게 잡담 안이로다. 춘향아, 우리 두리 어뵈지리나 하여 보자." "이고 참 잡성시러워라. 어뵈질을 잊혀케 하여요." 어뵈질 여러번 한성 부르며 말하는 것이었다. "어뵈질 天下 쉽이라. 너와 나와 활신 벗고, 업고 놀고, 안고도 놀면 그게 어뵈질이야." "이고, 나는 북그러워 못 벗것소." "에라, 요 겨집아야 안 될 마리로다. 니 먼저 버스마." 보선, 다나임, 허리디, 바지, 저고리 훨신 버서 한 편 구석

판이든 그 판정은 궁극적으로 '도덕적이고 감성적'인 판정의 성질을 벗어나기 어렵다.

V. 결어

소설 '내게 거짓말을 해봐'는 항소심과 상고심에서도 음란물로 판정될 것인가?

첫째, J씨가 "이 작품의 주제인 '자기모멸'이란 진실의 은폐와 고착된 권위에 의한 억압이 현존하는 현실세계에 대한 풍자"이며 그 소설에서 작가는 "그 소설형식 자체와 주제인 작가의 위상마저도 철저하게 부정하는 방법으로 진정한 풍자를 획득하려는 의미를 담고 있다."는 점을 주장하려는 방어전략과 "외설성의 유무가 아닌 작품의 사회적 의미와 주제 등을 집중적으로 내세워 J씨의 작품이 '사회적 가치가 있는 문학작품'이라는 점을 부각시키는 전략으로 임하"려고 하는 변호인 측의 변론전략¹⁵⁾은 모두 문제된 소설의 예술성·사상성을 적극적으로 주장·입증하려는 것이므로 유익한

의 밀치 낚고 웃듯 서니 춘향이 그 거동을 보고 뺨긋 웃고 도라서며 하는 마리. "영낙 업난 낚트차비 갓소." "오나 네 말 조타. 天地萬物이 짝 업난 개 업난이라. 두 돛차비 노라 보자." "그러면 불이나 쓰고 노사이다." "불이 업시면 무슨 지미 잇것는야. 어서 버서라." "이고 나는 실어요." 도련임 춘향 오슬 벽기려할 제 제 넘들면서 어룬다. 춘향의 가는 허리를 후리쳐다 담숙 안고 지그시 아드득 뽀뽀 귀뽀도 똑똑 뽀뽀 입서리도 똑똑 뽀뽀 주홍 갓던 셔를 물고 五色丹青 純金織 안의 雙去雙來 비둘기갓치 꼭쌍꿍꿍 으흥거려 뒤로 돌려 담숙 안고 저절 쥐고 발발 뽀뽀 저고리, 초미, 바지, 속것까지 활신 벽겨 노니 춘향이 북그려워 한 편으로 잡치고 안저슬 제 도련임 답답하여 가만이 살피보니 얼굴이 복집혀야 구실 땀이 송실송실 안자구나....." "제1심 및 원심에 증거로 제출하지 않은 자료 중에도, 이 사건 소설에 음란성이 인정된다는 것(92. 9. 30.자 중앙일보 사설; 소설 반노의 작가 염재만과 소설가 이문열의 신문기고; 이창국, 「문학비평 이야기」, 한신문화사, 1993 등)과 그렇지 않다는 것(피고인 장석주가 기고한 한국일보 기사; 연세대학교국어국문학과 학생회의 "마광수는 옳다"라는 책자 등)으로 나뉘어 있었다."고 한다. 이상은 김병운, 앞의 논문, 77-78면에서 재인용함.

15) 한겨레신문 97. 7. 26. 26면.

방어전략이다. 다만 1990년대 말의 평균적인 한국인들에게 J씨 소설의 예술성·사상성이 전적으로 납득되어 수용될 것 같지는 않다.

둘째, J씨가 “이 작품에서 성은 주제가 아니라 소재와 스타일의 문제로 극단화되어 다뤄지고 있을 뿐이며” 변태적 성이나 성해방을 주제로 하지는 않았다.”고 주장한다면¹⁶⁾ 이 부분도 피고인에게 유리한 정상으로 작용할 것이다. 왜냐하면 그런 주장은 성에 관한 도덕적 담론으로부터의 해방을 추구하는 것이 아니기 때문이다. 그런데 1995년 판례에 의하면 ‘향락적인 성욕에 반향’하지 않고 정반대로 ‘성해방’을 주제로 해도 표현 방식 여하에 따라서는 예술성·사상성이 긍정될 수 있으므로 ‘성해방을 주제로 하지는 않았다’는 점을 강조할 필요가 큰 것은 아니다.

셋째, 이 문제에 대하여 가장 커다란 시사를 줄 수 있는 비교대상은 소설 ‘즐거운 사라’에 대한 대법원 판결이다. 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’는 대법원이 ‘즐거운 사라’에 대하여 기술한 (A) 부분의 표지를 거의 충족시키고 있다.¹⁷⁾ 소설 ‘내게 거짓말을 해봐’가 ‘즐거운 사라’와 다른 점은 전체주제

16) 한겨레신문 97. 7. 26. 26면.

17) ‘음란한 記述’로 공소장에 인용된 것의 일부를 소개하면 다음과 같다. “... 그리고 처음 열리는 와이의 가련하게 떨리는 몸속으로 자신의 것을 밀어 넣었다. 처음에는 살그머니 줄기의 끝만 조금 집어 넣었다가 이내 후퇴하고 그런 후에 조금 더 밀어 넣는 방식으로 수차례 되풀이되는 동안 그의 것이 절반 이상이나 알파벳 와이의 한복판에 함몰되었다. 그것을 확인한 제이는 엉덩이를 들었다가 푹하고 나머지를 다 집어 넣었고, 피가 침대보를 다 적셨다. 제이는 사정을 하고 나서 자신의 자지가 완전히 맥이 빠져 수그러질 때까지 와이 속에 머무르며 오랫동안 그녀의 떨리는 어깨를 진정시켜 주었다. 그러면서 자신의 처녀를 깨워 준 제이의 자지를 입에 넣는다. 자신의 피를 함박 뒤집어 쓴 제이의 줄기와 뿌리 밑둥은 짙은 핏빛이며 자신의 피로 적셔진 제이의 그것은 비릿한 피내음을 풍기고 있다. 와이는 잘 구워지지 않은 돼지고기를 먹을 때처럼 억겨웠지만 자신을 자랑스럽게 느끼도록 만들어 준 제이의 귀두에 입을 맞춘다. 그리고 혀를 널름널름 움직여 줄기와 뿌리 그리고 음모에 묻은 피를 핥기 시작했다. 마치 갓 낳은 새끼의 몸에 있는 양수를 제 혀로 씻어 내는 짐승처럼. 와이는 제이의 물건이 자신의 몸속으로 들어가기 전의 색깔을 되찾자 곧 독일 병정 모자 같은 부분을 입으로 빨아 당겼다. 그러기 전에 이미 제이의 물컹물컹한 자지는 뼈의 모습으로 일어서고 있었으나 와이가 귀두를 강하게 흡입하자 끄덕끄덕 험차게 솟아나기 시작했다. 거기에 자신을 얻은 와이는 제이의 살을 입 안 깊숙이 집어 삼켰다.”(36정 내지 37정).

인 (C) 부분이다. 1995년의 판결들에 비추어 볼 때 한국의 법관이 추측하는 1990년대 후반의 통상의 '한국인들의 건전한 사회통념'은 아마도 아직까지는 피고인측에 지극히 불리한 방향으로 고착되어 있을 것으로 예측된다. 피고인 J씨는 항소심과 상고심에서 양형이 가벼워질 수는 있어도 무죄판결을 받기는 어려울 것으로 보인다.

음란물성을 판정하는 한국 대법원의 기준은 1975년의 '반노 판결' 이래 끊임없이 자유주의적인 방향으로 진화해 왔지만 아직도 그 기준은 매우 완고한 상태에 머물러 있다. 그 진화를 추동시키고 진화의 속도를 조절하는 주체는 통상의 한국인들이다. 통상의 한국인들의 생각을 변화시키는 전위 부대는 J씨와 같이 '기존의 성에 관한 도덕적 담론구조'에 도전하는 용감하고 모험적인 문학인과 예술가들이었다. 한국 사회의 자유화·개방화가 진전되면 현금의 이 사태는 얼마든지 역전될 수 있을 것이다.