

패전 후 일본의 문예재판과 평화헌법* - ‘채털리 재판’의 의의 -

김 정 희

(한국외국어대학교)

◆ 국문초록

본고는 패전 후 일본의 대표적인 문예재판인 ‘채털리 재판’을 중심으로 평화헌법(신헌법)이 보장하는 인권을 사수하려고 하는 변호인 측과 검찰·사법권으로 대표되는 공권력과의 대립을 판결문을 중심으로 고찰한 것이다. 판결문을 통해서 드러나는 재판소의 외설문서의 판단기준은 ‘성행위의 비밀성’과 ‘사회통념’인데, 이들을 판단할 때 재판소는 편파적이고 애매한 기준을 부여하고 있다. 또한 재판소는 이 작품의 예술성과 외설성에 대해서 양자는 전혀 다른 차원의 책임을 인정하면서도 예술성을 공공의 복지를 기준으로 공권력인 재판소가 판단해야 한다고 주장한다. 이에 대항하여 변호인 측은 평화헌법이 보장한 표현의 자유는 무제한적이며, 중요한 것은 작품의 내용이 비인도덕인지 아닌지 라고 역설하였다. 이러한 변호인 측의 주장은 패전 이전의 상황을 연상시키는 공권력에 맞선 것으로, 단지 풍속 단속에 대해서 항의하는 차원이 아닌 과거의 일본을 재현하지 않으려고 한 투쟁이었다고 할 수 있다.

주제어 : 평화헌법, 예술과 외설, 공공의 복지, 인권, 표현의 자유

* 본 논문은 일본국제교류기금 서울문화센터 <한국의 신진일본연구자 방일지원프로그램> (国際交流基金ソウル日本文化センター 「韓国における若手日本研究者訪日グラント」)에 의한 연구 성과임.

I. 서론

1945년 이전의 일본에는 신문지법·출판법이 있어서 내무성(內務省)에 의한 사전 검열이 이루어졌다. 질서 유지를 해치거나 풍속을 문란하게 하고, 헌법을 유린하고 황실(皇室)의 존엄을 모독하는 경우에는 일방적으로 발금 처분을 하거나 해당 부분을 삭제하였다. 그 대표적인 예가 1934년 제임스 조이스 저, 이토 세이(伊藤整) 외 번역 『율리시스』 후편을 내무성이 풍기를 문란하게 한다는 이유로 발금 처분 한 사건이다. 그러나 패전 후 신문지법·출판법은 폐지되고 신헌법은 검열을 금지했으나, 그럼에도 불구하고 점령 하에서는 GHQ가 공공연히 검열을 시행하였다.

패전 후 성 해방의 기운이 높아지자 가스토리(カストリ) 잡지를 중심으로 노골적인 성 묘사를 하는 출판물이 범람하게 되었고, 이에 따라 1949년 무렵부터 정부는 GHQ의 도움을 받아 외설출판물을 단속하기 시작했다. 그 결과 GHQ의 요청으로 1949년 6월에는 영화윤리기구(映画倫理機構)가 탄생하여 영화의 ‘자주적 규제(自主規制)’가 시작되었고, 이듬해 6월 19일에는 경시청(警視庁)이 검찰청(檢察庁)의 협조 하에 출판물에 대해서도 단속을 강화하기 위해 출판물풍기위원회(出版物風紀委員会)를 발족시켰다. 이 위원회의 목적은 외설물이라고 판단되는 출판물을 적발하여 형법 제175조가 규정한 외설문서로 기소하여 유죄판결을 얻어내는 것이었다. 그 표적이 된 것이 바로 『채털리 부인의 연인(チャタレイ夫人の恋人)』이라는 작품으로, 이를 둘러싼 외설재판을 이른바 ‘채털리 재판’이라고 한다.

필자는 『겐지모노가타리(源氏物語)』를 둘러싼 1945년 이전의 검열의 역사에 대해서 살펴본 바 있으며, 표면적으로는 검열이 사라졌음에도 불구하고 창작자 측의 자주 검열 등이 이루어진 패전 후의 역사를 살펴보는 과정에서 이 ‘채털리 재판’이 이후 영화나 문예 출판의 외설문서 판정에 큰 영향을 미치게 되었다는 점을 알게 되었다. 선행연구에서는 ‘채털리 재판’에 대해서 재판소의 외설문서 판정¹⁾과 법적 해석의 타당성 여부²⁾, 그리고 재판

1) 飛田茂雄, 「文芸裁判と「猥褻文書」の概念(上)」, 『小樽商科大学人文研究』 35, 1967, pp.15-51, 小関康平, 「性表現裁判例にみる猥褻概念・猥褻性判断方法の変遷: チャタレイ夫人の恋人、悪徳の栄え、四畳半襖の下張、そして、メイプル

의 결과에 대한 비판³⁾이 주를 이루었는데, 본고에서는 선행연구를 바탕으로 이러한 검열의 역사를 짚어가는 하나의 과정으로 재판소의 판결문과 변호인의 입장을 비교하여 ‘채털리 재판’에서 쟁점이 된 문제와 이 재판의 의의에 대해서 살펴보고자 한다.

II. 히클린 판정기준과 일본의 ‘채털리 재판’의 쟁점

일본의 소설가이자 번역가인 이토 세이는 1950년 4월에 영국의 소설가인 D·H·로렌스의 소설 『채털리 부인의 연인』을 번역하여 오야마 서점(小山書店)에서 간행하였다. 간행 직후 이 서적은 상하권 합쳐서 15만부가 팔리는 베스트셀러가 된다. 이와 같은 판매고에도 불구하고 1950년 6월 26일에 경시청은 ‘출판물풍기위원회’가 검토한 결과, 이 서적은 형법 175조의 ‘외설문서’에 해당한다는 이유로 단속을 시작하였다. 같은 해 7월 8일에 서류 송치되었고, 9월 12일에 도쿄지검(東京地検)은 발행책임자인 오야마 히사지로(小山久二郎)와 번역자 이토 세이를 형법 175조 외설문서 판매죄로 기소하였다. 기소 근거로는 소설의 12군데에 노골적이고 상세한 성모사가 있다는 것이었다.

이것을 ‘채털리 부인 사건(チャタレイ夫人事件)’ 또는 ‘채털리 재판(チャタレイ裁判)’이라고 하는데, 1심은 도쿄지방법판소(東京地方裁判所)에서, 2심은 도쿄고등재판소(東京高等裁判所)에서 이루어진 후, 최고재판소(最高裁判所)에서 최종판결이 내려졌다. 1심의 시작은 1951년 5월 8일로, 36회에 걸친 공판이 있던 후 1952년 1월 18일에 판결이 내려졌다. 결과 『채털리

소프의再讀を通じて」, 『Law and practice』 (10), 2016, pp.225-263.

2) 木村亀二, 「チャタレイ事件の裁判」, 『法律時報』 29(6), 1957, pp.16-23, 宮沢俊義, 「チャタレイ裁判について」, 『ジュリスト』 (129), 1957, pp. 37-46, 林田清明, 「法による文学規制とく法と文学 : チャタレイ裁判再考」, 『北大法学論集』 57-2, 2006, pp.513-562.

3) 埴谷雄高他, 「性は有罪か--チャタレイ裁判とサド裁判の意味」, 『文芸』 1(2), 1962, pp.196-220, 相良英明, 「日本におけるチャタレイ裁判の本質と功罪」, 『比較文化研究』 (1), 1999, pp.1-23, 曾根博義, 「『チャタレイ夫人の恋人』と『悪徳の栄え』一戦後の翻訳小説」, 『国文学』 7月臨時増刊号, 2002, pp.131-135.

부인의 연인』은 외설문서는 아니지만, 외설문서로 오해할 만한 선정적인 광고를 했다고 하여, 오야마에게는 유죄로 벌금 25만엔, 이토에게는 무죄 판결을 내렸다. 검찰과 오야마 쪽이 모두 항소하여 고등재판소로 넘겨진다.

1952년 12월 10일에 제2심 판결이 내려지는데, 이 때는 이 작품을 외설문서로 판결하여 오야마에게는 25만엔, 이토에게는 10만엔의 벌금형을 내렸다. 최고재판소는 1957년 3월 13일에 제2심의 유죄판결을 지지하여 상고를 기각하였다.

이 작품의 무삭제판은 일본에서뿐만이 아니라, 1958년에는 미국에서, 1960년에는 영국에서 기소되었는데, 양국 모두 작품의 예술성을 인정하여 무죄판결을 내렸다. 미국, 영국과 일본의 판결결과의 차이점은 일본이 이 작품의 외설여부를 히클린 판정기준(Hicklin test)과 유사한 기준을 사용하였기 때문이라는 것이 최근의 연구에 의해 제기되었다.⁴⁾ 히클린 판정기준이란 1868년 영국의 히클린 사건에서 성립된 외설성 판정기준으로, 1) 문서의 자자·출판사의 의도를 고려하지 않는다, 2) 문서의 일부에 외설적인 부분이 있다면 그 문서는 외설문서이다, 3) 외설인지 아닌지는 연소자에 대한 영향을 바탕으로 생각한다는 내용이다. 그렇다면 이 작품을 둘러싼 1심부터 최종판결까지의 중요한 쟁점 중 하나는 외설문서의 판정기준이라는 것을 추측해 볼 수 있다.

실제로 1957년 3월 13일에 이루어진 최종 판결문에는 1심부터 쟁점이 되었던 문제점이 모두 드러나 있으며,⁵⁾ 외설문서의 판단기준이 중요한 부분을 차지하고 있다는 것을 확인할 수 있다.

(A)

1. 형법 제175조의 이른바 ‘외설문서’의 의미
2. ‘외설문서’에 해당하는지, 아닌지는 사실문제인가, 법률문제인가.
3. ‘외설문서’에 해당하는지 아닌지의 판단 기준
4. 사회통념이란 무엇인가?

4) 倉持三郎, 『『チャタレー夫人の恋人』 裁判50年を迎えて』, 『英語青年』 153(6), 2007, pp.326-328.

5) http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51271 채털리 재판 최고재판소 판례 (검색일: 2017.03.22.)

5. 형법 제175조에 이른바 ‘외설문서’에 해당하는 한 가지 사례
6. 예술적 작품과 외설성
7. 외설성의 존부와 작자의 주관적 의도
8. 형법 제21조에서 규정하는 외설문서 판매죄에서의 범의(犯意)
9. 헌법 제21조에서 보장하는 표현의 자유와 공공의 복지
10. 구(舊) 출판법 제27조와 형법 제175조와의 관계
11. 헌법 제21조 제2항에 따른 검열의 금지와 외설문서 판매죄
12. 헌법 제76조 제3항에서 말하는 재판관이 양심에 따른다는 의미
13. 형소법 제400조 첨부한 문서에 위반하지 않는 한 가지 사례

위의 13개 항목에서 눈에 띄는 것은 외설문서란 무엇인가라는 정의(1)와 그 판단 기준(2, 3, 4, 6, 7), 외설죄의 해당여부(5, 8), 그리고 그것이 사회에 미치는 영향과 표현의 자유(9)에 관한 것이다. 본고에서는 13개 항목 중 이들 9개 항목(1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9)을 중심으로 이 재판의 의미를 분석해 보고자 하는데 이들 항목에 대한 좀 더 자세한 재판요지는 다음과 같이 제시되고 있다.

(B)

1. 형법 175조의 이른바 ‘외설문서’란 그 내용이 지나치게 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또한 보통사람의 정상적인 성적 수치심을 해쳐서 선량한 성적 도의관념에 반하는 문서를 말한다.
2. 문서가 ‘외설문서’에 해당하는지 아닌지에 관한 판단은 해당문서에 대해서 이루어진 사실인정의 문제가 아니라 법해석의 문제이다.
3. 문서가 ‘외설문서’에 해당하는지 아닌지는 일반사회의 양식, 즉 사회통념에 따라서 판단해야 한다.
4. 사회통념은 개개인의 인식 집합 또는 그 평균치가 아니라 이것을 넘어서 집단적의식으로, 개개인이 이에 반하는 인식을 가지는 것에 의해서 부정되는 것이 아니다.
5. A의 번역에 의한 쇼와 25년 4월 2일 주식회사 오야마서점 발행의 『채털리 부인의 연인』 상, 하 2권(로렌스 전집1·2)은 형법 제175조의 이른바 외설문서에 해당한다.
6. 예술적 작품이어도 외설성을 띠 가능성이 있다.
7. 외설성의 존부는 해당 작품 자체에 따라 객관적으로 판단해야 할 것

으로, 작자의 주관적 의도에 의해 영향을 받는 것이 아니다.

8. 형법 제175조에서 규정하는 외설문서 판매죄의 범의(犯意)가 있다고 하기 위해서는 해당 기재의 존재 인식과 이것을 분포, 판매하는 것에 대한 인식이 있으면 충분하고, 이러한 기재가 있는 문서가 같은 조(條) 소정의 외설성을 구비하는지 아닌지의 인식까지 필요로 하는 것은 아니다.
9. 헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유라고는 해도 절대 무제한적인 것이 아니라 공공의 복지에 반하는 것은 허가하지 않는다.

분석에 앞서 판결문의 요지에서 자주 언급되는 당시의 일본 헌법, 형법에 대해서 우선 확인해 보고자 한다. 먼저 외설문서에 대해서 처벌할 수 있는 형법 175조와 이 재판에서 변호인 측의 중요한 변론의 근거가 되는 헌법 제21조, 그리고 자유의 남용을 제한할 것을 명시한 헌법 제12조이다.

헌법 제21조 집합, 결사 및 언론, 출판 그 외 일체의 표현의 자유는, 이것을 보장한다. 검열은, 이것을 해서는 안 된다. 통신의 비밀은, 이것을 침해해서는 안 된다.

헌법 제12조 이 헌법이 국민에게 보장하는 자유 및 권리는 국민의 부당한 노력에 의해 이것을 보호하고 유지하지 않으면 안 된다. 또한 국민은 이것을 남용해서는 안 되며 항상 공공의 복지를 위해서 이것을 이용하는 책임을 진다.

형법 제175조 외설문서, 그림 그 외의 것을 분포 혹은 판매하고 또는 공공연히 이것을 진열하는 자는 2년 이하의 징역 또는 5천엔 이하의 벌금 또는 과태료에 처한다. 판매 목적으로 이것을 소지한 자도 동일하다.

憲法第二十一条 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

憲法第十二条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。また、国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う。

刑法第七十五条 猥褻ノ文書、図画其他ノ物ヲ頒布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ五千元以下ノ罰金若シクハ科料ニ処ス販売ノ目的ヲ以テ之ヲ所持シタル者亦同シ。⁶⁾

위에서 제시한 최고재판의 판결문을 바탕으로 다음 장에서는 1. 외설문서의 정의와 판단기준, 2. 예술과 외설의 관계, 형법 175조에서의 범의 성립여부에 대해서 살펴보고자 한다.

Ⅲ. 예술인가? 외설인가?

1. 외설문서의 정의와 판단기준

앞 장에서 언급한 ‘채털리 재판’의 쟁점 중 가장 중요한 것은 (A).1. 형법 제175조의 이른바 ‘외설문서’의 의미와 (A).3. ‘외설문서’에 해당하는지 아닌지의 판단기준, 이와 관련된 (A).4. 사회통념에 관해서이다.

지방재판소에서 열린 1심 재판 때부터 검찰은 『채털리 부인의 연인』을 전쟁의 상처로 성적불구가 된 클리포드의 아내 코니가 다른 이성에게 성적인 만족을 얻어서 계속해서 불륜관계를 가지는 것을 묘사한 이야기라고 하면서, 본 작품의 12개 장면이 ‘인간이 동경하는 미는 성교의 동태와 그 유열을 창조하는 발정한 성기라고 맹신하며 감추지도 않고, 부끄러움도 없이 성욕의 추구에 빠져 인간의 수치심을 성욕 안에서 말살시킨 남녀의 모습과 감응향락의 정태를 노골적으로 상세하게 묘사(「人間の憧憬する美は性交の動態とその愉悅を創造する発情の性器なりと迷信し、蔽もなく恥もなき性欲の遂行に浸り人間の羞恥を性欲の中に殺したる男女の姿態と感応享樂の状態とを露骨詳細に描写し」)하였다’고 주장하였다. 그리고 ‘이 때문에 우리나라 현대의 일반 독자에게 욕정을 연상시켜 성욕을 자극·흥분시키고, 또한 인간의 수치심과 혐오의 감정을 일으키기에 충분한 외설적인 문서(「これがため我国現代の一般読者に対し欲情を連想せしめて性欲を刺激興奮し且人間羞恥と嫌惡の感を催さしめるに足るワイセツの文書」)라고 규정하였다.⁶⁾ 1심 판결에서 재판소는 외설을 ‘일반적으로 성욕을 자극하기에 충분한 표현이 있고 이것에 의해 사람이 성적 흥분을 야기하여 이성에 의한 제어를 부

6) 飛田茂雄, 앞의 논문, p.46.

7) 伊藤整, 「裁判」, 『伊藤整全集』12, 新潮社, 1974, p.26.

정, 또는 동요하기에 이르는 것으로, 스스로 수치와 감정을 일으키고, 또한 그것에 대해서 혐오감을 가지는 문서(「一般的に性欲を刺激するに足る表現があり、これにより人が性的興奮を惹起し理性による制御を否定又は動揺するに至るもので、自ら羞恥の念を生じ且つそのものに対して嫌悪感を抱く文書」)라고 정의하였다.⁸⁾ 2심에서는 1심의 정의를 약간 수정하여 ‘일반 사회인의 정상적인 성적 수치심을 해치고 성적 도의관념에 반하는 것(「一般社会人の正常な性的羞恥心を害し且つ善良な性的道義観念に反するものたること」)(고등재판소, 5)’라고 하였고,⁹⁾ 최고재판소에서는 ‘수치심을 해치는 것과 성욕의 흥분, 자극을 초래하고 선량한 도의적 관념에 반하는 것(「羞恥心を害することと性欲の興奮、刺激を來すことと善良な性的道義観念に反すること」)¹⁰⁾(최고재판소, 3)이라고 정의하여, 2심의 정의를 거의 그대로 따르고 있다. 최고재판소는 외설의 정의에 대해서 다음과 같이 1918년의 판례와 최고재판소의 판례를 예로 들어 설명하였다.

성욕을 자극·흥분시키고 또는 이것을 만족시킬만한 문서, 그림, 그 외의 일체의 물건을 지칭하며, 따라서 외설물이라고 하는 것은 사람으로 하여금 수치와 혐오의 감정을 느끼게 하는 것을 필요로 한다. (다이쇼 7년(1918년—필자) 제1465호 같은 해 6월 10일 형사 제2부 판결)

性欲を刺激興奮し又は之を満足せしむべき文書图画その他一切の物品を指称し、従つて猥褻物たるには人をして羞恥嫌悪の感念を生ぜしむるものたることを要する(例えば大正七年(れ)第一四六五号同年六月一〇日刑事第二部判決)

함부로 성욕을 흥분 또는 자극시키며 또한 보통 사람의 정상적인 성적 수치심을 해치고 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말한다. (제1소 법정판결, 최고재판소 형사판례집 5권 6호 1026페이지 이하)

8) 林田清明, 앞의 논문, p.516.

9) http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/894/021894_hanrei.pdf 채털리 재판 고등재판소 판례 전문 (검색일: 2017.03.03.). 이하 고등재판소 판례 전문을 인용할 경우에는 ‘고등재판소’라고 표기한 후, 전문의 페이지수를 표시하였다.

10) http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/271/051271_hanrei.pdf 채털리 재판 최고재판소 판례 전문 (검색일: 2017.03.22.). 이하 최고재판소 판례 전문을 인용할 경우에는 ‘최고재판소’라고 표기한 후, 전문의 페이지수를 표시하였다.

徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義觀念に反するものをいう。(第一小法廷判決、最高裁判所刑事判例集五卷六号一〇二六頁以下) (최고재판소, 2-3)

이러한 판례를 기준으로 재판소가 외설여부를 정의한다는 것은 검열이 사라진 패전 이후에도 패전 이전의 기준에서 벗어나지 못하고 있다는 것을 드러낸다. 1심과 2심 사이의 외설에 대한 정의의 차이를 살펴보면, 그 대상은 양쪽 모두 일반인으로 상정하였으나, 전자는 성욕을 이성으로 제어할 수 없고 수치심을 유발시키며 혐오감을 불러일으키는 것이라고 한 것에 반해 후자는 정상적인 성적 수치심을 해치고 도의 관념에 반하는 것이라고 하여, 위 인용문의 최고재판소 판례와 유사하다. 본 채털리 재판의 최고재판소 판결도 이 2심 판결 때의 정의와 거의 동일하다. 그렇다면 1심과 2심(또는 최고재판소)의 정의 사이에서 보이는 ‘수치심을 불러일으키는 것’과 ‘정상적인 성적 수치심을 해치는 것’과의 차이는 무엇인가? 이에 대해서는 최고재판소의 판결문이 자세히 서술하고 있다. 인간과 동물의 공통점으로 성욕을 지적하면서 그러나 정신적인 면에서 인간의 품위가 성욕에 대해서 반감을 느끼는데 이것을 수치심이라고 하였다. 판결문은 다음과 같이 계속된다.

인간에 관한 한, 성행위의 비밀성은 인간성에서 유래하는 수치심의 당연한 발로이다. 이와 같은 수치심은 존중되어야 한다, 따라서 이것을 우선으로 배척하는 것은 인간성에 반한다. 또한 수치심의 존재가 이성과 맞물려 제어가 곤란한 인간의 성생활을 방자함에 빠지지 않도록 제한하고 어떠한 미개사회에서도 존재하는, 성에 대한 도덕과 질서의 유지에 공헌하고 있는 것이다. 그러나 외설문서는 성욕을 흥분, 자극하여 인간을 그 동물적인 존재의 면을 명료하게 의식시키기 때문에 수치심을 품게 한다. 그리고 그것은 인간의 성에 관한 양심을 마비시켜 이성에 의한 제한을 도외시하고, 자유분방하게, 무제한으로 행동하여, 성 도덕, 성 질서의 무시를 유발할 위험성을 내포하고 있다.

人間に関する限り、性行為の非公然性は、人間性に由来するところの羞恥感情の当然の発露である。 かような羞恥感情は尊重されなければならず、従つてこれを偽善として排斥することは人間性に反する。なお羞恥感情の存在が理性と相俟つて制御の困難な人間の性生活を放恣に陥らないように制限し、どのような未開社会においても存在するところの、

性に関する道徳と秩序の維持に貢献しているのである。ところが猥褻文書は性欲を興奮、刺激し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥の感情をいだかしめる。そしてそれは人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外し、奔放、無制限に振舞い、性道徳、性秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している。(최고재판소, 3-4)

재판소는 인간의 성욕이 동물을 의식하게 한다고 하여 낮은 레벨의 욕망으로 규정하고, 수치심으로 연결시키고 있다. 그리고 외설문서는 인간이 성욕에 대해서 가지고 있는 자연스러운 수치심을 저해하여 성 도덕과 성 질서를 해친다고 하였다. 즉 1심과 2심(최고재판소)의 판결 사이에서 보이는 것은 인간의 성욕에 대한 근본적인 시각의 차이라고 할 수 있다. 1심에서는 외설문서가 성욕을 이성적으로 제어하지 못하게 하고, 그 외설성 때문에 수치심을 느끼게 한다고 설명하지만, 최고재판소에서는 성욕자체가 인간의 수치심을 유발시키고 있다고 보고 있다. 이것은 최고재판소가 성을 통해서 인간관계를 다룬 이 작품의 의의를 이해하는 것이 처음부터 불가능하다는 것을 의미하고 있다. 1심 판결의 정의에 따르면, 『채털리 부인의 연인』이 외설문서라면 인간의 성적 수치심을 유발시키지만 최고재판소의 판결에 따르면 성은 저급한 것이기 때문에 감추어야 하고, 따라서 성을 표현한 것에 대한 긍정적인 평가를 내린다는 것은 어렵기 때문이다. 이 작품은 근원적인 창조의 신비와 결부되는 성의 형태를 그리려고 한 것으로,¹¹⁾ 그러나 최고재판소는 성 자체를 수치감을 가져야만 하는 저급한 것으로 취급하고 있어서 그 판결에서 작품에 대한 공정한 이해를 기대하기는 어렵다는 점이 노정되는 것이다. 또한 최고재판소 판결에서 주목해야 할 것은 위의 인용문의 밑줄부분으로, 인간은 성욕에 대해서 수치심을 가지고 있기 때문에 성행위의 비밀성, 즉 성행위는 다른 사람의 눈에 띄어서는 안 된다는 것이다. 『채털리 부인의 연인』에서 확인되는 12개 곳의 성모사는 대담하고 사실적이라고 한 후,

11) 中西善弘, 「チャタレイ事件公判速記録」, 『天理大学学報』 51(2), 2000, p.51.

그것은 성행위의 비밀성의 원칙에 반하여, 가정의 단란한 자리에서는 물론, 세간의 집회 등에서 낭독을 꺼리는 수치심을 해치는 것이다. 또한 그것이 미치는 개인적, 사회적 효과로서는 성적 욕망을 흥분, 자극시키고 또한 선량한 성적 도의관념에 반하는 것이라고 인정할 수 있다. 요컨대 본 번역서의 성적장면의 묘사는 사회 통념상 용인되는 한계를 뛰어넘는 것이라고 인정할 수 있다.

それは性行為の非公然性の原則に反し、家庭の団欒においてはもちろん、世間の集会などで朗読を憚る羞恥感情を害するものである。またその及ぼす個人的、社会的効果としては、性的欲望を興奮刺激せしめまた善良な性的道義観念に反する程度のもものと認められる。要するに本訳書の性的場面の描写は、社会通念上認容された限界を超えているものと認められる。(최고재판소, 6)

성묘사가 사실적으로 그려져 있는 작품을 판매하는 것을 성행위 자체와 동일시하고 있다. 성행위가 지극히 개인적인 것이라는 점이야 말로 모두가 인정하는 사회통념으로, 성묘사가 있는 작품을 판매하고 반포하여 그것을 구입한 독자가 이것을 어떻게 받아들이는지는 개인적인 취향의 문제로 성행위의 비밀성과 동일하다고 볼 수는 없다. 따라서 양자를 동일시하는 것은 분명한 모순이다. 게다가 성행위의 비밀성의 예로 가정이 단란한 때, 사람들이 모인 집회에서 이 작품을 읽을 때 수치심을 해친다는 지적에서도 현대인의 독서행위가 일반적으로 개인적이라는 점은 고려하지 않고 ‘낭독’이라는 특별한 경우를 상정하고 있다는 점에서 재판소의 공정성이 결여되고 있다는 점을 지적할 수 있다.

또한 이 작품의 성적인 장면의 묘사가 ‘사회통념을 넘어선다’는 지적에서 판결문은 이 ‘사회통념’에 대해서도 자세하게 서술하고 있다. 먼저 이 사회통념을 이야기하기에 앞서, 이 저작이 형법 175조의 외설문서에 해당하는지 여부는 사실인정의 문제가 아니라 법 해석의 문제라는 점을 밝혀두었다. 따라서 이 문제는 재판소가 판단할 것으로, 그 판단 기준이 ‘사회통념’이라는 것이다. 이것은 ‘개개인의 인식의 집합 또는 그 평균치가 아니라 이것을 뛰어넘는 집단인식으로, 개개인이 이것에 반하는 인식을 가지는 것에 의해 부정할 것은 아니다’(個々人の認識の集合又はその平均値ではなく、これを超えた集団意識であり、個々人がこれに反する認識をもつことによつ

て否定するものでない)’(최고재판소, 5)라고 하고, 결국 이 사회통념의 판단은 재판관에게 달려있다고 밝히고 있다. 이러한 판결문을 통해서 드러나는 것은 외설문서라는 것의 정의가 사회통념을 기준으로 한다고 하지만, 그 사회통념이라는 것의 판단은 재판관에 의해 달라질 수 있으므로, 기준이 상당히 애매하다는 것을 알 수 있다.

이러한 최고재판소의 외설에 대한 정의에 비해서 변호사 쪽이 제시한 것은 좀 더 명확하고 구체적이어서, ‘오로지 자발적인 판단력이 미숙한 미성년자의 호기심에 대상이 될 것을 예상하여 성의 종족 본능으로서의 인도적 직분을 부정, 또는 망각하게 하고 육체를 소모적 향락의 도구로 삼아 미성년자에게 회복하기 어려운 심신의 손실을 초래하게 하는 악의적인 성관계 문서(「専ら自発的判斷力の未熟なる未成年者のみの好奇心に触れることを予想し性の種族本能としての人道的職分を否定又は忘却せしめ肉体を消耗的享樂の具たらしめ未成年者をして恢復し難い心身の損失を招かしめるような悪意ある性關係の文書」)’(최고재판소, 8)라고 하여 대상을 미성년자로 규정하고, 내용은 악의가 있는 성관계를 그린 문서로 한정시키고 있어서 춘본(春本), 가스토리 등이 이에 해당된다.

이상과 같은 재판의 판결문을 검토해 볼 때, 검찰 측과 재판소의 외설 판단의 기준으로 일반인의 성적 수치심을 해치는지의 여부, 성행위의 비밀성, 사회통념이라는 세 가지를 들 수 있다. 그러나 이상에서 언급한 바와 같이 재판소의 작품에 대한 이해의 부족과 낭독이라는 일반성을 무시한 특수한 경우의 적용, 사회통념의 판단이 매우 주관적이라는 점으로 볼 때, 이 최고재판소의 판결은 외설문서라는 것을 주장하는 검찰을 옹호하는 입장에서 전개되었다는 점을 이해할 수 있을 것이다.

2. 예술과 외설의 관계, 형법 175조에서의 범의(犯意)의 성립여부

최고재판소가 형법 175조의 외설문서 여부의 판정과정에서 작품에 대한 이해가 부족한 것은 물론, 인간의 성적욕망을 저급하게 취급하고 있는 것은 이 작품의 예술성과 외설성을 둘러싼 논의에서도 뚜렷하게 드러나고 있다.

1심 판결이 난 1952년 1월 18일까지 총 36회의 공판이 있었는데, 이 공판에는 당시 많은 문화인들이 증인으로 참가하였다.¹²⁾ 그 중에서 특히 주목할

만한 것은 재판소가 변호인 측의 특별변호인으로 나카지마 겐조(中島健藏)와 후쿠다 쓰네아리(福田恆存)를 인정한 것이었다.¹³⁾ 나카지마는 문예가협의회(文芸家協議会)와 저작권조합(著作権組合)의 회원으로 기소의 부당성을 호소하였고, 문예평론가이자 로렌스 연구가인 후쿠다 쓰네아리는 『채털리 부인의 연인』의 중요성을 인식시키고 외설서적이 아니라는 것을 논리적으로 주장하였다. 그의 최종변론에서는 로렌스를 예언자, 사상가로서 높이 평가하려는 시도가 이루어졌는데 그 내용을 간단하게 살펴보고자 한다.

후쿠다는 로렌스가 ‘성의 해방’과 ‘성의 자유’를 외치고 있는 것이 아니라 기계화되고 문명화된 지식인이 많은 현대사회에서 이러한 지식인의 증가가 얼마나 위험한지를 느끼고 잠시 고독 속에서 성에 대해서 곰곰이 생각하여 ‘의식면의 해방’을 그리려고 한 것이라고 주장하였다. 현대인은 양성관계에서 뿐만 아니라 총체적으로 인간 상호간의 진정한 의미에서의 결합을 상실해 버렸고 거기에는 ‘불신’만이 남아있다, 여기에서 벗어나기 위한 방법으로는 ‘진정한 혈액의 접촉’을 통해 ‘생(生)’의 리듬이 있는 우주와 관계된 위대한 법칙, 즉 ‘자연의 신성화’를 성취해야 한다고 하면서 그것을 위한 본질적인 통로가 남녀관계의 유대라고 하였다.¹⁴⁾

인간 상호의 근원적인 ‘생’의 결합상태를 상실하면 그것을 겨우 연결시키는 것으로 금전이 이용될 수밖에 없다. 오늘날 우리들은 행복과 희망과 신뢰를 금전이라는 속물적인, 타산적인 것에 의해 환산하는 ‘차선의 방법’ 밖에 발견할 수 없게 되었다. 이와 같이 논리를 진행해 가면 『채털리 부인의 연인』이야말로 ‘대립’을 안고 있으면서도 ‘평형감각’을 관찰시키고자 하는 ‘개인’의 생명의 서, 오야마 서점주의 말을 빌리면 바로 생의 ‘경세의 구’라고 해도 거리낄 것이 없다.

人間相互の根元的な「生」の結合状態が失われると、それをわずかにつなぐものとして金銭が利用されるしかないのである。今日、我々は、

-
- 12) 中西善弘, 앞의 글, pp.51-53. 이 논문에 따르면 각 공판마다 대학교수, 평론가, 출판업계 관계자가 변호인측 증인으로 출석했다는 것을 알 수 있다.
 13) 五十嵐雅子, 「D・H・ロレンスの遺産—チャタレイ裁判とその展開(1)」, 『帝京平成大学紀要』 7(2), 1995, p.63.
 14) 中西善弘, 앞의 글, p.55. 이하 본 공판속기록을 인용할 경우는 ‘속기록’이라고 표기하고 페이지수를 표시하였다.

幸福や希望や信頼を金銭という俗物的な打算的なものによって換算する「次善の方法」しか見いだせなくなっている。このように論をすすめてゆくと、『チャタレイ夫人の恋人』こそは、「対立」を抱えつつも「平衡感覚」を貫こうとする「個」の生命の書、小山書店主の言葉を借りれば、まさに生の「警世の句」といって憚らないだろう。(속기록, 55)

검찰 측이 역점을 두고 있는 주장, 다시 말해서 이 작품이 일반 독자에게는 외설이며 사회에 유해한 영향을 끼쳤다는 것에 대해서 후쿠다는 현대인에 대한 ‘경세의 구’이며, 인간관계의 근원적인 회복을 주장한 것이 바로 이 작품의 특징이라고 하면서 검찰 측과 대립하였다. 또한 검찰 측은 아무리 『채털리 부인의 연인』이라는 작품이 예술성이 높고, 중요한 사상을 담고 있다고 하더라도, 일반 독자들은 이것을 오독할 수 있다고 하여 그것을 증명할 증인을 채택하였는데, 이러한 오독에 대한 검찰의 주장에 대해서도 후쿠다는 신랄한 비난을 쏟아낸다.

가령 문제의 책이 ‘오독’의 가능성이 많은 작품이라고 가정하고, 그렇다고 해서 만일 법률적으로 이것을 재단하여 죄인을 벌지 아닐지라는 중대한 문제에서, 그 기준을 ‘오독’에 두는 바보같은 짓을 허용해도 된다고는 생각하지 않는다.

仮に問題の書が「誤読」の可能性の多い作品だと仮定して、それだからといって、いやしくも法律的にこれを裁き、罪人を出すかどうかという重大な問題において、その基準を「誤読」におくという馬鹿げたことが許されてよいとは思われぬ。(속기록, 56)

이러한 후쿠다의 주장이 뒷받침되어 1심에서는 외설문서는 아니지만 출판과 광고의 방법이 나빠서 오독되었다는 판결을 이끌어 낸 것이다.

그러나 2심에서는 다음과 같은 기준으로 이 작품을 외설문서라고 판정하였다.

그 문학서의 표현 중 매우 근소한 부분이 외설에 해당한다고 인정되는 경우라도 해당부분을 삭제하는 등의 수단을 강구하지 않는 이상, 그 문학서는 해당부분과 불가분으로 문학서 전부가 ‘외설문서’ 취급을 받는 것도 피하기 어렵다. 그렇다고는 해도 문학서의 예술성이 그 내용의 일부인 성

적 묘사에 의한 성적 자극을 감소 또는 승화시켜, 외설성을 해소시키고 또는 그 철학 또는 사상의 설득력이 성적 자극을 감소 또는 승화시켜서 외설성을 해소시키는 경우가 있을 수 있다고는 생각되기 때문에, 이러한 경우에는 다소의 성적묘사가 있어도 ‘외설문서’에 해당하지 않는 것이다.

その文学書の表現中極めて僅少な部分が「猥褻」に該当するものと認められる場合でも、当該部分を削除する等の手段を講じない以上、その文学書は右当該部分と不可分の文学書の全部について「猥褻文書」の取扱を受けることも避け難いところである。尤も文学書の芸術性がその内容の一部たる性的描写による性的刺激を減少または昇華せしめて、猥褻性を解消せしめ、あるいは、その哲学または思想の説得力が性的刺激を減少または昇華せしめて猥褻性を解消せしめる場合があり得ることは考えられるのであって、かかる場合には、多少の性的描写があっても、「猥褻文書」に該当しないこととなるのである。(고등재판소, 7)

이 판결문의 전반부와 후반부의 내용은 서로 모순된다. 전반부는 외설부분이 조금이라도 있다면 그 문서는 외설이라고 하여, 앞에서 제시한 히클린 판정기준을 적용하고 있다. 그러나 후반부는 예술성, 사상성이 외설성을 해소시키는 경우는 외설문서가 아닐 수도 있다고 한다. 그렇다면 이러한 모순되는 내용을 어떻게 결론짓고 있는지가 문제인데, 이어지는 판결문에서는 ‘이것을 요컨대 문학서로서 예술적 가치가 있는 것과 해당 문학서가 외설성을 가지는 것과는 전혀 별개의 문제로, 전자는 인생 탐구의 관점에서, 후자는 사회적 질서유지의 관점에서 각각 판단되는 결과의 피할 수 없는 결론이라고 해야 하고, 해당 문학서의 예술성 또는 설득력이 외설성을 해소할 정도로 높은 것인지 아닌지도 후자의 입장에서 결정되어야 하는 것은 말할 필요 없을 것이다(「これを要するに、文学書としての芸術的価値があることと、当該文学書が猥褻性を持つこととは、まったく別個の問題であって、前者は人生の探求の観点から、後者は社会的秩序維持の観点からそれぞれ判断される結果の避け難い結論であるといわなければならない、当該文学書の芸術性または説得力が猥褻性を解消するほど高いものか否かも、後者の立場から決定されなければならないことは、いうまでもないところであろう。)’(고등재판소, 7)라고 하여 문학의 예술성과 외설성이 전혀 다른 차원의 것임을 인정하면서도, 사회적 질서유지의 측면에서 예술성도 심판을 받아야 하고, 그

결과 외설적이려면 외설문서라고 판단해야 한다는 것이다. 다시 말해서 전혀 다른 척도로 이해해야 할 예술성을 공권력이 판단한다는 것이다. 이와 같은 판결은 재판소가 법 해석에서 예술성이 사회에 미치는 긍정적인 영향에 대해서는 고려하지 않고, 또한 작품의 예술성을 작품 전체로 판단하기 보다는 부분적인 외설여부에만 주목하여 외설성을 해소시킬 수 있다는 가능성을 사회적 질서유지라는 명목 하에 배제하고 있는 것을 드러낸다.

그렇다면 이 문제를 상고심 판결에서는 어떻게 다루고 있는가? 여기에서의 특징은 ‘예술성과 외설성과는 다른 차원에 속하는 개념으로, 양립할 수 없는 것은 아니다(「芸術性と猥褻性とは別異の次元に属する概念であり、両立し得ないものではない」)’라고 하여 예술성과 외설성의 양립을 주장한 것이다.

고도의 예술성이라고 하더라도 작품의 외설성을 해소할 것이라고는 볼 수 없다. 예술이라고 해도 대중에게 외설적인 것을 제공할 어떤 특권을 가진 것은 아니다. 예술가도 그 사명의 수행에서 수칙심과 도덕적인 법을 존중해야 하는, 일반 국민이 부담하는 의무를 위반해서는 안 된다.

高度の芸術性といえども作品の猥褻性を解消するものとは限らない。芸術といえども、公衆に猥褻なものを提供する何等の特権をもつものではない。芸術家もその使命の遂行において、羞恥感情と道徳的な法を尊重すべき、一般国民の負担する義務に違反してはならないのである。(최고재판소, 7)

밀줄 친 부분은 고도의 예술성을 가진 작품이라도 외설성을 해소할 수 없다는 점을 강조하고 있다. 즉 이 작품의 예술적 가치는 외설성을 뛰어넘을 정도라고 인정할 수 없다는 것으로, 예술성의 인정 여부, 예술성이 외설성을 해소할 수 있는 가능성에 대한 재판관의 해석이 명확하게 제시되고 있지 않기 때문에¹⁵⁾ 처음부터 이 작품을 외설문서로 치부하고 법 해석을 하고 있다는 인상을 지울 수 없다. 일본 최고재판소의 판결은 1958년에 미국에서 있었던 ‘채털리 재판’이 작품의 예술성과 사회적 가치를 인정하여 무죄판결을 내린 것과는 대조적이라고 할 수 있다.

이와 같은 재판소의 예술성을 배제하는 태도는 외설에 대한 범의와 형법

15) 飛田茂雄, 앞의 논문, p.20.

175조의 죄에서의 범의의 성립과도 연관된다. 다음은 후쿠다를 중심으로 이 작품의 번역·출판에 ‘경제적 의도’가 있었다는 것을 주장하여 피고인의 범의의 성립을 부정한 원판결에 대해서 최고재판소가 내린 결론이다.

형법 175조의 죄에서의 범의의 성립에 대해서는 문제가 되는 기재의 존재 인식과 이것을 반포·판매한다는 인식이 있으면 충분하고, 이러한 기재가 있는 문서가 같은 조(條) 소정의 외설성을 구비하는지 아닌지의 인식까지 필요로 하는 것은 아니다. 가령 주관적으로는 형법 175의 외설 문서에 해당하지 않는다고 믿고 어떤 문서를 판매해도 그것이 객관적으로 외설성을 가진다면 법률의 착오로서 범의를 조각하지 않는 것이라고 해야 한다.

刑法一七五條の罪における犯意の成立については問題となる記載の存在の認識とこれを頒布販売することの認識があれば足り、かかる記載のある文書が同条所定の猥褻性を具備するかどうかの認識まで必要としているものでない。かりに主観的には刑法一七五の猥褻文書にあたらぬものと信じてある文書を販売しても、それが客観的に猥褻性を有するならば、法律の錯誤として犯意を阻却しないものといわなければならない。(최고재판소, 8)

판결문에 따르면 번역자가 문서의 외설성에 대해서 인식했는지 아닌지는 문제가 아니며, 노골적인 성적묘사가 있는 12개 부분이 있고, 이것을 판매한다는 인식이 있으면 그것으로 충분히 형법 175조의 죄가 성립된다는 것이다. 이것은 번역자나 작자가 예술에 대해서 가지고 있는 입장과 사상을 고려하지 않는 것과 마찬가지로, 성적인 묘사가 있으면 외설문서라고 한 히클린 판정기준에서 벗어나지 않는다.

이상과 같이 검찰과 재판소가 예술적 가치의 사회적 중요성을 등한시하고 오로지 외설문서인지 아닌지의 여부에 초점을 맞춘다면 예술가들은 창조 행위를 할 때 어디까지 표현을 해야 하는지, 또한 어디까지 할 수 있는지에 대한 표현의 자유의 문제와 심각하게 대치될 수밖에 없다. 그렇기 때문에 ‘채털리 재판’ 과정에서 변호인 측이 주장한 것은 중요한 인권인 표현의 자유를 어디까지 보장하는가 하는 점이었다. 이 부분에 대해서는 다음 장에서 자세히 논의하고자 한다.

IV. 표현의 자유를 보장하는 인권과 외설재판

‘채털리 재판’에서 쟁점이 되었던 또 하나의 중요한 문제는 헌법 21조의 ‘표현의 자유’와 외설문서와의 관계였다. 1심 판결에 대한 공소심 판결에서는 먼저 헌법 21조의 ‘집합, 결사 및 언론, 출판 그 외 일체의 표현의 자유는 이것을 보장한다.’라는 것에 대해서 표현의 자유를 무제한적으로 인정하는 것이 아니라는 점을 지적한 후, 그 근거로 ‘헌법이 국민이 보장하는 자유 및 권리를 보호하고 유지해야 하지만 공공의 복지를 위해서 이것을 남용해서는 안 된다’는 헌법 12조를 제시하였다. 앞 장에서 살펴본 바에 따르면 판사와 검찰 측은 ‘채털리 재판’에서 예술작품의 사회적 가치를 인정하지 않고 이 작품이 외설문서에 해당하는지 아닌지의 여부에 중점을 두었다. 그럼에도 불구하고 표현의 자유와 그것의 제한에 대한 문제가 논점으로 나온 이유는 이 재판에서 변호인 측의 주장과 검찰, 판사가 주장하는 내용의 초점이 어긋나고 있기 때문이다.

주임 변호인인 마사키 히로시(正木ひろし)는 이 작품이 헌법 175조의 외설문서에 해당하는지 아닌지에 이 재판의 의의가 있는 것이 아니라 패전 후 신헌법(평화헌법) 하에서 헌법 12조의 ‘공공의 복지’를 어떻게 이해하고 기본적 인권을 보호하는가, 구체적으로는 표현의 자유를 당국의 손에서 어떻게 보호하는가 하는 점이였다. 이러한 변호인의 관점은 패전 이전의 일본의 역사를 의식한 것으로, 변론에는 역사의식과 헌법, 개인의 권리에 대한 그의 사상이 담겨져 있다. 마사키 변호인은,

신헌법에서 국민의 영구한 권리로 인정된 기본적 인권이라는 것은 개별 이래 지금까지 수년전의 일본인에게는 부여되지 않은 권리입니다.

新憲法で国民の永久の権利として認められた基本的人権なるものは、開闢以来今から数年前までの日本人には与えられたことのない権利であります。¹⁶⁾

라고 설명하고 구헌법하의 일본에서는 천황을 위해 일반 국민은 신민으로서 모든 것을 내놓아야 할 운명이었고, 그것이 미풍이라고 인식되었으며,

16) 「公判速記録」, 『正木ひろし著作集』, 第一巻, 三省堂, 1983, p.348.

정신활동의 자유, 개인의 존엄, 결사 집회의 자유는 위정자에 의해 위협하다고 간주되어 탄압을 받았다는 점을 언급하였다. 이어서 유럽의 예를 들어 개인의 인권이 인정되어 현대 문화의 융성이 이루어졌고, 이를 목격한 일본에서도 인간을 대자연의 산물로서 자연이 명하는 대로 각자의 인간성을 갖고 닦는 것이 인류번영에 도움이 된다는 것을 알게 되었다고 하였다. 여기에서 헌법의 문제로 돌아와 기본적 인권이 지키려고 하는 주체는 구헌법에서는 전혀 생각할 수 없었던 인류의 휴머니티로, 인류의 영원성이라는 척도에서 기본적 인권을 측정해야 한다고 주장한다. 또한 헌법 12조에서 말하는 ‘공공의 복지’란 기본적 인권이 추구하는 목적으로, 영원한, 시시각각 진보하고 발전하는 인권의 반영과 행복을 의미한다고 하였다. 그리고 그는 외설성의 유무라는 것은 시대에 따라서 변하는 것으로, 중요한 것은 서적의 외설성이 아니라 그 내용이 비인도적인지 아닌지의 여부라고 언급하였다.¹⁷⁾ 즉 마사키 변호인은 이 재판에서 공공의 복지를 인권의 반영과 행복이라는 휴머니티의 측면에서 해석하고, 외설성을 가지고 개인의 인권을 재단하려는 권력으로부터 기본적인 인권, 표현의 자유를 지켜내려고 한 것이다. 이에 반해서 검찰과 재판소 측은 ‘공공의 복지’를 ‘일본에서의 국민의 공동생활에서의 행복(「日本国に於ける国民の共同生活に於ける幸福」)’이라고 해석하고, 이것은 ‘우리나라의 현재와 가까운 장래를 기준으로 하여 일반적 사회통념에 따라서 정해야 하는 것(「我が国の現在と近き将来を基準とし、一般的社会通念に従って定むべきもの」)’이라고 하였다. 여기에서 드러나는 것은 앞 장에서 언급한 재판관의 개인적인 판단에 따른 사회통념이라는 것이 ‘공공의 복지’의 판단기준이 되고 있다는 점이다. 한편 마사키의 주장에 대해서는 ‘인류의 이상을 일본 헌법상의 공공의 복지로 간주하는 것으로 현실을 직시하지 않는 것이다(「人類の理想を日本の憲法上の公共の福祉となすもので現実を直視しないうらみがある」)’라고 부정하였다.

국민 각자의 정치적, 경제적, 문화적, 사회적인 여러 활동이 공공의 복지에 따라서 수행되는 것이 요청된다고 할 수 있다. ‘외설문서’는 예를 들어 출판물로서 판매, 반포되는 경우라도 앞에서 적은 설명의 이유에 따

17) 五十嵐雅子, 앞의 논문, pp.66-67.

라서 선량한 풍속의 일부인 성적질서에 악영향을 미칠 위험성이 있고, 공공의 복지에 위반된다고 해야 한다.

国民各自の政治的、経済的、文化的、社会的な各般の活動が、公共の福祉に遵って行われることが要請されているものといえるのである。「猥褻文書」はたとえ出版物として販売、頒布される場合であっても、前記説明の理由によつて、善良の風俗の一部である性的秩序に悪影響を及ぼす危険性があり、公共の福祉に違反するものといふべきである。(고등재판소, 15)

『채털리 부인의 연인』이 사회에 악영향을 미치는 외설문서이기 때문에 공공의 복지를 해쳐서 표현의 자유를 인정할 수 없다는 것이 재판소와 검찰 측의 판단이다. 최고재판소에서 이 표현의 자유에 대한 논의가 반복되었는데, 변호인 측에서는 상고의 취지에서 이것을 더욱 자세히 논하고 있다. 변호인 측에서는 1) 헌법 21조의 표현의 자유에 대한 보장은 무제한에 가까운 것으로, 공공의 복지에 반하는지 아닌지는 각자의 자주적 판단에 맡겨져 있는데, 이 번역서에 대한 자주적 판단이 틀리다고 하여 피고인을 처벌하였기 때문에 헌법 21조에 위배된다, 2) 본서가 성의 문제를 성실하게 다루고 있기 때문에 공공의 복지에 적합하다고 간주할 수 있는데도 불구하고 형법 175조의 죄가 성립된다고 한 것은 잘못이다 라는 등의 이유를 들어 2심 판결을 공격하였다. 이에 대해 최고재판소는 1) 21조의 표현의 자유가 무제한이라는 것을 부정한 후, 각각의 조문에 제한의 가능성을 명시하고 있는지 없는지와 관계없이 헌법 12조의 규정에서 그 남용은 금지되어 있다, 2) 본 번역서가 성실성을 가지고 있고, 내용적으로 공공의 복지에 적합하다고 하더라도 그것은 외설성을 해소하는 것이 아니라고 반박하였다(최고재판소, 9-10). 헌법 12조의 ‘공공의 복지’를 근거로 역시 표현의 자유의 제한을 언급하고, 심지어는 만약 이 작품이 공공의 복지에 적합하다고 하더라도 외설성을 해소하는 것이 아니라고 하여 사실상 ‘공공의 복지’를 외설성 여부의 근거로 삼으려고 한 것이 아니라 『채털리 부인의 연인』이 외설문서라는 결론을 먼저 내리고 판결에 임한 것이라는 인상을 지울 수 없다.

이상과 같이 검찰과 재판소, 변호인이 ‘채털리 재판’을 통해서 얻고자 한 것은 서로 다른 것이라는 점이 판결문에서 드러난다. 패전 후 일본의 문예 재판에서 확인되는 여러가지 언설은 단지 외설인가, 예술인가를 둘러싼 논

쟁이 아니라 패전 이전의 일본의 기억을 둘러싼 논쟁으로, 권력자 측은 검열이 사라진 것을 인정하면서도 다이쇼 시대의 ‘외설’의 정의와 히클린 판정기준을 원용하며 사실상 표현의 자유를 억압하였다. 이러한 권력의 움직임을 정확히 포착한 변호인과 문화인들은 신헌법의 수호와 과거를 반복하지 않으려는 굳건한 의지를 가지고 이 재판에 임한 것이다. 그럼에도 불구하고 공권력은 구헌법의 기준을 평화헌법에 대응시켜 사실상 검열을 부활시키고자 했다. 그러한 점에서 이 문예재판은 풍속, 문화의 문제가 아닌 정치적 문제, 과거를 어떻게 수정하고, 현재, 미래의 일본을 어떻게 만들어 가야 하는지에 대한 역사 인식의 문제, 나아가 국가와 개인의 대결을 표면화시키고 있다는 점에서 그 의의를 찾을 수 있을 것이다.

V. 결론

‘채털리 재판’의 주임 변호사인 마사키 히로시는 이전에도 공권력에 대항하여 개인의 인권을 사수하기 위해 법정투쟁을 한 이력을 가진 인물이다. 그는 패전 이전인 1944년 1월에 이바라키현(茨城県)의 순사부장(巡査部長)이 경제통제법 위반으로 체포한 탄광부를 고문하여 살해한 사건에 대해서 조사한 후 순사부장을 고발하였다. 이 사건은 패전 후인 1950년에 3차 상고심에서 순사부장의 유죄가 확정된 것으로 종결되었다. 이 사실은 매스컴에서는 전혀 보도되지 않았지만, 마사키 변호인은 전쟁의 파시즘을 고발한 잡지 『가까이서부터(近きより)』에 사실을 공표하여 공권력 남용에 대한 철저한 비판을 가하였다. 이와 같은 마사키의 이력은 본 ‘채털리 재판’에서 그가 공권력에 도전하여 무죄판결을 획득하려고 했던 태도로 이어진다. 이러한 그의 의도에도 불구하고 재판소는 외설성의 판단을 재판관의 양심을 기준으로 하면서 논점을 외설여부에만 집중시키고 있다. 그 결과, 외설성이란 것은 어디까지나 가변적인 것이며, 예술성을 가진 작품은 공공의 복지에 도움이 되고, 나아가 헌법 21조는 개인의 무한한 자유를 보장한다는 마사키의 주장은 묵살되고 만다. 이러한 재판의 결과는 이후의 다수의 문예, 영화와 관련된 외설재판, 예를 들어 다케치 데쓰지(武智鉄二)의 ‘검은 눈(黒い雪)

재판', 사드 저, 시부사와 다쓰히코(澁澤龍彦) 번역의 '악덕의 번영(悪徳の栄え) 재판' 등에 큰 영향을 미친다. 일본의 검열의 역사에서 '채털리 재판'에 이어지는 이들 재판이 어떤 의미와 위치를 차지하는지에 대해서는 이후의 과제로 삼고자 한다.

■ 참고문헌

- 「公判速記録」, 『正木ひろし著作集』 第一卷, 三省堂, 1983.
- 亀井秀雄, 「言論統制・反読書的な「読む」行為のはじまり」, 『国文学』 7月臨時増刊号, 2002.
- 宮沢俊義, 「チャタレイ裁判について」, 『ジュリスト』 (129), 1957.
- 林田清明, 「法による文学規制と<法と文学>: チャタレイ裁判再考」, 『北大法学論集』 57-2, 2006.
- 木村亀二, 「チャタレイ事件の裁判」, 『法律時報』 29(6), 1957.
- 飛田茂雄, 「文芸裁判と「猥褻文書」の概念(上)」, 『小樽商科大学人文研究』 35, 1967.
- 相良英明, 「日本におけるチャタレイ裁判の本質と功罪」, 『比較文化研究』 (1), 1999.
- 小関康平, 「性表現裁判例にみる猥褻概念・猥褻性判断方法の変遷: チャタレイ夫人の恋人、悪徳の栄え、四畳半襖の下張、そして、メイプルソープの再読を通じて」, 『Law and practice』 (10), 2016.
- 埴谷雄高他, 「性は有罪か--チャタレイ裁判とサド裁判の意味」, 『文芸』 1(2), 1962.
- 五十嵐雅子, 「D・H・ロレンスの遺産—チャタレイ裁判とその展開(1)」, 『帝京平成大学紀要』 7(2), 1995.
- 伊藤整, 「裁判」, 『伊藤整全集』 12, 新潮社, 1974.
- 中西善弘, 「チャタレイ事件公判速記録」, 『天理大学学報』 51(2), 2000.
- 曾根博義, 「『チャタレイ夫人の恋人』と『悪徳の栄え』—戦後の翻訳小説」, 『国文学』 7月臨時増刊号, 2002.
- 倉持三郎, 「『チャタレイ夫人の恋人』裁判50年を迎えて」, 『英語青年』 153(6), 2007.
- http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail3?id=21894 채털리 재판 고등재판소 판례 (검색일: 2017.03.03.)
- http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/894/021894_hanrei.pdf 채털리 재판 고등재판소 판례 전문 (검색일: 2017.03.03.)

http://www.courts.go.jp/app/hanrei_jp/detail2?id=51271 채털리 재판 최고재
판소 판례 (검색일: 2017.03.22.)

http://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/271/051271_hanrei.pdf 채털리 재판
최고재판소 판례 전문 (검색일: 2017.03.22.)

❖ ABSTRACT

Japanese Postwar Literary Trial and
Pacific Constitution of Japan:
Significance of ‘Chatterley Trial’

Kim, Junghee

This paper considers opposition between lawyers to defend human rights which the Pacific Constitution of Japan guarantees and the public power represented by the prosecution’s judicial power centered on sentencing in the ‘Chatterley Trial’ that was a Japanese representative literary trial which occurred after World War II. The lawyers’ assertion is against the public power which reminds us of the Press Act before the war defeat. Although censorship is banned in the constitution, and it can be said that it is not a dimension just to protest the check of custom but the struggle not to reenact the past Japan.

Key Words : Pacific Constitution, art and obscenity, welfare of public general, human rights, freedom of expression

■ 논문접수일 : 2017. 5. 10

■ 심사완료일 : 2017. 5. 31

■ 게재확정일 : 2017. 6. 2

