

## 論 説

## 韓国における「わいせつ」と表現の自由

水 島 玲 央

はじめに

- I 韓国法における「わいせつ」への取り組み
  - II 韓国における淫乱と芸術をめぐる司法の判断
  - III 韓国における淫乱物と表現の自由をめぐる学説
  - IV 韓国で違法とされる海外のポルノと著作権
- おわりに

## はじめに

21世紀になり、インターネットの急速な発達と普及により、さまざまな情報が国境を超えて容易に入手できるようになった。オンライン・ショッピングや検索エンジンを通じた情報の提供など、インターネットは人々の生活の質を向上させただけでなく、知識の向上にも大きく貢献してきたため、現在の日本では、もはやインターネットなしで生活するのは不可能に近いといえるだろう。

だがインターネットの普及に伴い、同時に海外の成人用のコンテンツが日本国内においても閲覧できるようになったり、また18歳未満の青少年も容易に成人用のコンテンツにアクセスできるようになってしまっており、インターネットの普及は、性的な表現物の流入が容易になった点において、しばしば問題となっている。

ところで、東アジア諸国では現在においても、十分な責任能力を有する成人に対しても、性表現に対するタブー視を続けているようにみえる。具体的には、日本では刑法175条で「わいせつ」物を規制しており、欧米で合法とされている成人用コンテンツについても、日本国内への持ち込みや流通は認められていない。また、韓国においても刑法や情報通信網法で規制がみられている。

東アジア、とりわけ日本と韓国においては、性表現については特定の道徳的価値観を法で強制してしまっているような傾向があるように見受けられる。本稿では、隣国の韓国において、この問題についてどのように取り組んできたか、同じ東アジアに属する隣国の制度や議論をみることは、比較法的な示唆に富むのではないかという考えのもと、韓国の制度についてみていくことにしたい。

## I 韓国法における「わいせつ」への取り組み

1980年代の民主化とともに制定された、現在の大韓民国憲法では、表現の自由について、次のとおり規定している。

憲法第21条 ①すべて国民は、言論・出版の自由と集会・結社の自由を有する。

②言論・出版に対する許可や検閲と、集会・結社に対する許可は認めない。

③通信・放送の施設基準と、新聞の機能を保障するために必要な事項は法律でこれを定める。

④言論・出版は、他人の名誉や権利または公衆道徳や社会倫理を侵害してはならない。言論・出版が他人の名誉や権利を侵害したときは、被害者はこれに対する被害の賠償を請求することができる。

第22条 ①すべて国民は学問と芸術の自由を有する。

②著作者・発明家・科学技術者と芸術家の権利は、法律によりこれを保

護する。

第37条 ②国民のすべての自由と権利は、国家の安全保障・秩序維持または公共福利のため必要な場合に限り法律により制限することができるが、制限する場合にも自由と権利の本質的内容を侵害することはできない。

韓国でも、基本権については「公共福利」（公共の福祉）の下に制約を伴っている（韓国憲法第37条第2項）。ところが、韓国憲法では、公共の福祉以外にも、「国家の安全保障」や「秩序維持」を理由に基本権を制限できるとしている（同項）。また、精神的自由権である言論・出版の自由についても、憲法第21条第4項において「公衆道徳や社会倫理を侵害してはならない」とする規定が存在している点が大きな特徴である。

こうしたなか、韓国では長いあいだ、憲法第21条第4項が制限を加えている「公衆道徳や社会倫理」を侵害する、特に問題となる表現物として、わいせつ表現（韓国では「음란（淫乱）」という用語を使用）が挙げられてきた。<sup>(1)</sup> 本稿では、日本のわいせつに相当する概念として韓国の「淫乱」という概念についてみていくが、「相対的わいせつ概念」など日本の議論を用いるとき以外は、なるべく現地で使用する「淫乱」という用語を、意識せずにそのまま使用していきたい。

また韓国では、「淫乱」について、次のとおり刑法で規制している：

刑法第243条（淫画頒布等） 淫乱な文書、図画、フィルムその他の物を頒布、販売または賃貸したり公然と展示または上映した者は1年以下の懲役または500万ウォン以下の罰金に処する。

第244条（淫画製造等） 第243条の行為に供する目的で淫乱な物を製造、所持、輸入または輸出した者は1年以下の懲役または500万ウォン以下の罰金に処する。

第245条（公然淫乱） 公然と淫乱な行為をした者は1年以下の懲役、500

---

(1) 金哲洙,「改訂版 註釋 憲法」, 서울: 法元社, 1995, 209면.

万ウォン以下の罰金、勾留または科料に処する。

ちなみに、日本の刑法第175条第1項では「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は」と規定しており、電磁的記録についても規制対象としている。ところが韓国刑法第243条では、前述のように規制の対象を「文書、図画、フィルムその他の物」と、いわば有体物のみとしているため、インターネット時代になると後にその対象をめぐる裁判で争われている。この点については後述していきたい。

## II 韓国における淫乱と芸術をめぐる司法の判断

### 1. 民主化以前の大法院の判決

#### (1) ゴヤ「裸のマハ」マッチ事件

韓国では1980年代に民主化が達成されたため、民主化以降の歴史はまだ30年程度となっている。だが、淫乱物をめぐる争いについては、民主化以前からもみられており、当時の判例をみると、保守的な内容となっている。

1970年に、フランシスコ・デ・ゴヤの「裸のマハ」の絵が印刷されたマッチを販売した者が、刑法第243条の淫画頒布に該当するとして摘発された。

韓国の大法院（日本でいう最高裁）は、「たとえ名画集に載っている絵であるとしても、これを芸術、文学、教育等の公共の利益のために利用するのではなく、マッチ箱に載せて販売する目的でそのカード写真を複写・製造したり市中に販売したのであれば、これはその名画を冒瀆して淫画化させたものといえる<sup>(2)</sup>」として有罪とし、5万ウォンの罰金刑を宣告した。

なおこの事件において大法院は、淫乱性の判断にあたっては製造者や販

---

(2) 대법원 1970. 10. 30. 선고 70도1879

売者の主観的な意思ではなく、その絵自体から客観的に判断しなければなら<sup>(3)</sup>ないとして、いわゆる、相対的わいせつ概念のような考え方を否定している。しかしながらその一方で、「名画を冒瀆して淫画化させた」とまで裁判官が言い切ってしまうのは、本当に客観的な判断になっているのか、スタンスにブレがあるようにみえる。

## （２）廉在萬『叛奴』事件

民主化以前の韓国では、長らく権威主義体制であったため、人権の暗黒時代のようにも思われるが、淫乱であるとして当初は摘発された文学作品について、その後大法院でその淫乱性について否定された事例もみられる。

1969年に刊行された廉在萬の小説、『반노（叛奴）』の内容が淫乱であるとして、刑法第244条の淫画製造等に違反するとして争われた<sup>(4)</sup>。1975年に大法院は、当該小説について、「過度に性欲を刺激させたりまたは正常的な性的情緒を大きく害する程度に露骨的で具体的な描写だともいえない」としたうえで、当該描写が性欲に反抗することで新たな自我を得られるとする結論につながっている<sup>(5)</sup>として、淫乱性を否定したことがある。

## （３）小括

民主化以前の韓国では、廉在萬『叛奴』事件のように淫乱性について無罪とされたケースもみられた。だが民主化以前の韓国では、法律の違憲審査がほとんど機能していなかったため、刑法で規定された「淫乱」につい

（３） 대법원, 위의 판결.

（４） “[예술속의 성 5] 문학 외설 표현으로 법정에 선 작품”, 경남도민일보, 2001년 1월 16일, <http://www.idomin.com/news/articleView.html?idxno=2126> (검 색 일: 2017. 12. 1.)

（５） 대법원 1975. 12. 9. 선고 74도976

（６） 民主化以前の韓国の違憲審査制をみると、李承晩政權時代の第一共和国における憲法委員会と朴正熙政權時代の第三共和国における大法院でごくわずかな判例がみられるのみとなっている。(朴鍾普「韓国憲法裁判所の成果と課題」南山法学, 第28巻2号(2004)65-68頁参照。)

て、憲法上の表現の自由の観点から争うことは、当時は実質的に不可能であったものと考えられる。

こうした淫乱に対する争いは、民主化以降も、現行憲法第21条第4項の「公衆道徳や社会倫理を侵害してはならない」という規定により、引き続き厳しい取り締まりを受けることになる。

## 2. 民主化以降の大法院の判決

その後、民主化宣言が行われた1987年には、「淫乱」の定義が大法院によって明らかにされている。ある成人用品を販売したことが刑法243条違反であるとして摘発された事件において、大法院は「淫乱」の定義を、「性欲を刺激したり興奮または満足させる物品で一般人の正常的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さす<sup>(7)</sup>」と定義づけた。

大法院によるこうした「淫乱」についての定義は、日本における「わいせつ」の定義に非常によく似たものとなっている。<sup>(8)</sup>

### (1) 馬光洙『楽しいサラ』事件

民主化以降、文学作品と淫乱をめぐる最も大きな事件として、延世大学の馬光洙の小説『즐거운 사라 (楽しいサラ)』事件が挙げられる。名門大学の現役教員が淫乱な小説を刊行して逮捕されたことは、韓国社会において衝撃的な事件として報道されている。<sup>(9)</sup> 1995年に大法院は、憲法第21条第

(7) 대법원 1987. 12. 22. 선고 87도2331

(8) 韓国の憲法学者の申平も、大法院による「淫乱」の定義が、日本の古い判例を模倣したようにみえる」と指摘している。(신평, “사회 [법통팔달] ①사회적으로 유해 ②성적 흥미에만 호소 음란성의 기준” 주간동아, 2017년 11월 28일, <http://weekly.donga.com/Print?cid=1139326> (검색일: 2017. 12. 7.))

(9) “마광수와 ‘즐거운 사라’ … 강의실서 구속됐던 25년 전”, 국민일보, 2017년 9월 5일, <http://news.kmib.co.kr/article/view.asp?arcid=0011732860&code=61121111&sid1=soc> (검색일: 2017. 12. 7.) 馬光洙が死去した際の2017年の追悼記事のなかには、講義室で逮捕されたと紹介しているものがあるが、逮捕当時の新聞記事では逮捕当日の朝に自ら検察庁に出頭したとしている(“馬光洙교수에 令狀” 中央日報, 1992

4項が言論・出版は公衆道徳や社会倫理を侵害してはならないとしており、「文学作品だといって無制限な表現の自由を享受し、いかなる性的表現も可能だとはいえず、それが健全な性的風俗や性道徳を侵害する場合には上の各刑法の規定によってこれを処罰することができるものである<sup>(10)</sup>」として有罪とし、懲役6ヶ月執行猶予2年の有罪が確定した。なお、『楽しいサラ』は2017年現在においても韓国ではまだ復刊されていない<sup>(11)</sup>。

この事件において当該作品の淫乱性についての鑑定委員を務めた法学者の安京煥<sup>(12)</sup>と文学者の李泰東は当該作品が淫乱であると主張するなど保守的な見解が支配的であった<sup>(13)</sup>。こうした大法院の判決に対して、馬光洙の弁護士は、当該判決が「1951年に出た日本の最高裁判所の判例をそのまま取ってきたものだが、少なくとも40年前の性風俗に基づいて判断したもの」であるとして、強く批判している<sup>(14)</sup>。

なお馬光洙が逮捕前に新聞社に送った声明文によれば、韓国社会が自由化や民主化への歩みを止め、偽善的道徳主義の保守化に回帰し、文壇や読者の批評に委ねることなく司法が作家を拘禁しようとしていることに対して憂慮を示した<sup>(15)</sup>。そして文学的想像力と表現の自律性を守るために闘うことを表明している<sup>(16)</sup>。こうした馬光洙のコメントにもかかわらず、事件当

---

年 10월 29일, 23면)。もし講義室で講義中に逮捕されたのであれば、表現の自由のみならず、大学の自治にも関わる問題となる。

(10) 대법원 1995. 6. 16. 선고 94도2413

(11) “마광수 전 교수 죽음에... ‘중고매물’로 등장한 금서 ‘즐거운 사라’”, 한겨레, 2017년 9월 6일, <http://www.hani.co.kr/arti/culture/book/809891.html> (검색일: 2018. 12. 28.)

(12) 서울대학교 명예교수。後に盧武鉉政權時代に国家人權委員會委員長を務め、2017年の文在寅政權発足時には法務部長官候補にも指名されている(後に辞退)。

(13) “‘사라’는 정말 즐거웠을까”, 한국일보, 2017년 9월 9일, <http://www.hankookilbo.com/v/f16becac35484ad783221d993c7c52a7> (검색일: 2017. 12. 13.)だが5名の鑑定委員全員が、当該文学作品が性犯罪を誘発する危険性については否定している。

(14) “마광수 꼬리표 ‘음란문서 제조죄’ 2000년 10월 이후 처벌 없어”, 중앙일보, 2017년 9월 7일, <http://news.joins.com/article/21916813#none> (검색일: 2017. 12. 7.)

(15) “‘위선적 도덕주의’ 우려한다” 中央日報, 1992년 10월 30일, 13면。

時、表現の自由の観点から当該事件について問題視した憲法学者がおらず、鑑定委員を務めた安京煥さえもが淫乱であるとしたところをみると、法学界においても、馬光洙が指摘するような「偽善的道德主義」のような考え方が、当時の韓国では支配的であったことがうかがえる。

## (2) 宮沢りえ『Santa Fe』等事件

1990年代は、韓国において芸術と淫乱が大きく争われた時期でもあった。前述の馬光洙が逮捕された同じ日に、韓国刊行物倫理委員会は宮沢りえの『Santa Fe』について制裁建議を行うことを決定した。<sup>(17)</sup>

これを受け、宮沢りえの『Santa Fe』をはじめ、韓国人女優の柳然實の写真集『이브의 초상 (イブの肖像)』、アメリカのマドンナ、ブルック・シールズ、シャロン・ストーン、マリリン・モンロー等の写真集『エース (Sexy Star Nude Professional Photo Sensuality Ace)』等を販売した者が淫画頒布罪で起訴され、1995年に大法院はそれぞれの写真集について判断を下している。<sup>(18)</sup>

まず宮沢りえの『Santa Fe』について、大法院は、当該写真集では稀に陰毛まで露わになっているが、煽情性より芸術性が強調されているとして、「今日の社会通念上公然と性欲を興奮または刺激させ、また普通人の正常的な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するものと認めるのは難しい」と判示し、淫乱性を認めずに無罪とした。<sup>(19)</sup>

次に韓国人女優の柳然實を被写体とした『イブの肖像』について、大法院は、当該写真集が女性の特定の部位を強調することで煽情性を強調しているとして、芸術的価値をほとんど認めなかったが、「今日の社会通念に照らしてみたとき公然と性欲を興奮または刺激させ、または普通人の正常

(16) 中央日報, 위의 기사.

(17) “『산타페』 누드집 제재건의 결정 간행물 윤리委”, 中央日報, 1992년 10월 30일, 23면.

(18) 대법원 1995.6.16 선고 94도1758

(19) 대법원, 위의 판결.



的な性的羞恥心を害して善良な性的道義観念に反するものと認めるのは難しい<sup>(20)</sup>」と判示し、これについても淫乱とは認めずに無罪とした。

ところが、アメリカ人女優たちの『エース』については、大法院は、当該写真集には芸術性がみられず煽情的側面を強調し読者の好色的な興味を高めているとして、「今日の社会通念上公然と性欲を興奮または刺激させまたは普通人の正常的な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するもの<sup>(21)</sup>と認められる」と判示し、当該写真集の淫乱性を認め、有罪とした。

以上のように、大法院はアメリカの写真集のみ淫乱性を認め有罪と判断した。大法院は、淫乱性の判断にあたり、いわゆる相対的わいせつ概念のような方法は取らず、当該作品の内容を「客観的に判断」するとしているが、結局のところその基準は担当した裁判官の「主観」に基づいてしまっているため、恣意的な判断が行われているとする批判がみられている<sup>(22)</sup>。

### （３）演劇「ミランダ」事件

1990年代の韓国では、文学作品や写真集以外に、演劇においても淫乱性が争われた事例がある。演劇「ミランダ」において全裸で演技した役者が刑法第245条の公然淫乱罪で摘発されたため、淫乱性の判断基準について争われたところ、大法院は、淫乱の定義を「正常的な性的羞恥心と善良な性的道義観念を顕著に侵害するのに適合するもの」とし、たとえ文学性や芸術性があるからといってその淫乱性が否定されるものではないとした<sup>(23)</sup>。

また当該演劇内容の淫乱性については、行為者の主観的な意思とは関係なく客観的に判断する必要があるとし、たとえ被告人が「淫乱性を認識できなかったとしても客観的に淫乱だと認められる上の行為を公然と行っているということを認識していれば足り、それ以上、上の行為が淫乱なもの

(20) 대법원, 위의 판결.

(21) 대법원, 위의 판결.

(22) 연세대학교 법과대학 “검열과 함께 사라지다: 예술 속의 표현의 자유를 중심으로”, 연세법학, 제17집, 2005, 40면.

(23) 대법원1996. 6. 11. 선고 96도980

か<sup>(24)</sup>どうかを認識する必要はない」<sup>(24)</sup>とした。

#### (4) 小括

韓国では1980年代に民主化され、それまでの権威主義体制下で抑圧されてきた国民の鬱憤が一気に噴き出したかのように、1990年代にはさまざまな性表現を伴う芸術活動が展開された。

だが民主化以降も、憲法第21条第4項が「公衆道徳や社会倫理」を侵害する表現物を認めなかったため、淫乱物については憲法上の表現の自由をめぐって争うことが極めて困難であったことがうかがえる。

### 3. 1998年の憲法裁判所の判例

#### ——淫乱物出版社登録取消事件——

憲法裁判所は1990年代までは淫乱物を表現の自由に認めることについて、消極的であった。当時の「出版社及び印刷所の登録に関する法律」では、第5条の2第5号の規定により、「淫乱または低俗な刊行物」を刊行した場合には、出版社の登録を取り消すことができるとしていた。本件は、そうしたなかで『セミ・ガール (nine actress semi-girls nice photographs)』という写真集を発行・流通させた出版社が、登録取消の処分を受けたため、上記の法律が言論・出版の自由に違反するとして争われた事件である。

1998年に憲法裁判所は、『淫乱』とはすなわち憲法上保護されない性的表現を指すものであることがわかる。そして憲法上保護されない性的表現とは(中略)『人間の尊厳ないし人間性を歪曲する露骨的で赤裸々な性表現で、単に性的興味にのみ訴えかけるだけの全体的にみて何の文学的、芸術的、科学的または政治的価値を有しないもの』を意味する<sup>(25)</sup>と判示した。

(24) 대법원, 위의 판결.

(25) 헌재1998. 4. 30. - 95헌가16

なお憲法裁判所は本件において、「低俗」な物と「淫乱」な物を区別して議論している。淫乱物については明確性の原則に反せず、憲法第21条第4項が定める表現の自由の範囲外のものに該当するのに対して、低俗物についてはその内容が抽象的であるため明確性の原則に違反するうえ、低俗物の規制は青少年の保護を目的としたものであるゆえ、全面的に禁止することは成人の知る権利を侵害することになるとして、「低俗な刊行物」に関する部分については違憲であると判断した。<sup>(26)</sup>

憲法裁判所によるこの決定では、淫乱物については憲法第21条第4項によって制限されるとしたものの、大法院のそれまでの淫乱の定義とは異なり、「文学的、芸術的、科学的または政治的価値を有しないもの」とし、その範囲を狭めた点において注目される。こうした憲法裁判所による新しい定義づけは、おそらくアメリカの1973年の Miller Test を参照したようにみえる。

なお、憲法裁判所による決定以降、本件で問題とされた写真集については淫乱ではなく低俗表現物に分類されることになったため、登録取消処分は解除されたという。<sup>(28)</sup>

だが憲法裁判所による淫乱に対する、より詳細な定義づけが行われた後も、大法院では依然として従来の定義を用いたため、2000年代になっても芸術活動によって刑事責任が問われるという事件が続くことになった。

#### 4. 憲法裁判所の決定以降の大法院判決

1998年の憲法裁判所の決定以降、韓国における淫乱をめぐる争いは二つの大きな特徴がみられるようになった。第一の特徴として、2000年代になるとインターネットが急速に普及するようになったため、淫乱をめぐる争

(26) 현재, 위 의 결정.

(27) 韓国では大法院の判断は「判決 (판결)」というのに対して、憲法裁判所の判断については「決定 (결정)」という用語を使用して区別している。

(28) 韓国憲法裁判所編（翻訳者代表 徐元宇）『韓国憲法裁判所10年史』（信山社・2000）232頁。

いの舞台は、いわゆる有体物からコンピューターのファイルなどへと移行していったことである。

第二の特徴として、憲法裁判所による淫乱の定義づけにも関わらず、大法院では依然として従前の定義を使用したため、性表現をとまなう芸術活動と淫乱性が引き続き争われたという点である。2000年代には蔣正一『私に嘘をついてみて』事件や、ソウル牛乳事件といった事例がみられている。

### (1) 淫乱コンピューターファイル転送事件

やがてインターネットが普及するようになると、淫乱と表現の自由をめぐる争いは、小説や写真集といったいわゆる有体物から、コンピューターのファイルへと移行していった。

1999年に、インターネット掲示板を通じてアダルト動画ファイルの販売を行った、「淫乱コンピューターファイル転送事件」において、大法院はコンピュータプログラムが「文書、図画、フィルムその他の物」に該当しないとして刑法第243条を適用せず、破棄差戻しを行った<sup>(29)</sup>。

日本では刑法第175条において「電磁的記録」についても規制の対象としているのに対して、韓国の刑法第243条では電磁的記録についての文言がないため、コンピュータプログラム等の電子媒体による淫乱物については「情報通信網利用促進および情報保護に関する法律」（以下、「情報通信網法」とする）で規制することになる。情報通信網法では、淫乱物については、現在では次のとおり規制している：

情報通信網利用促進および情報保護に関する法律

第44条の7（違法情報の流通禁止等） ①何人も情報通信網を通じて次の各号のいずれかに該当する情報を流通させてはならない。

1. 淫乱な符号・文言・音響・画像または映像を配布・販売・賃貸したり公

(29) 대법원 1999. 2. 24. 선고 98 도3140; 李仁皓, “藝術의 자유와 性道德의 保護-음란 개념에 관한 해석관점-”, 스포츠와 법, 제 4호, 2003, 8면 참조.

然と展示する内容の情報

第74条（罰則） ①次の各号のいずれかに該当する者は1年以下の懲役または1千万ウォン以下の罰金に処する。

2. 第44条の7第1項第1号に違反し淫乱な符号・文言・音響・画像または映像を配布・販売・賃貸したり公然と展示した者

## （2）蔣正一『私に嘘についてみて』事件

1998年の憲法裁判所による淫乱の定義づけ以降も、芸術作品と淫乱をめぐる争いは続いた。1997年に刊行された蔣正一の小説、『내게 거짓말을 해봐（私に嘘についてみて）』が2000年に大法院で淫乱とされ、懲役6ヶ月執行猶予1年の有罪判決が下されている。<sup>(30)</sup>

大法院は、淫乱の定義について、「正常的な性的羞恥心と善良な性的道義観念を顕著に侵害するのに適合なものをさすのであり、これを判断するにあたってはその時代の健全な社会通念にしたがって客観的に判断し、その社会の平均的な人の立場で文書全体を対象として規範的に評価しなければならない」とした。また淫乱性は文学性や芸術性とは次元が異なるとして、文学性や芸術性を理由に淫乱性が否定されるわけではなく、文学的または芸術的価値との関連の程度によって淫乱性が緩和されるにすぎず、本件の小説についてみると、当時の韓国社会の性観念と照らしてみても淫乱でないとはいえないと判断した。<sup>(31)</sup>

大法院のこうした淫乱の定義は、1998年の憲法裁判所よりも広く解釈しているため、文学作品や芸術作品についても淫乱性を理由に、引き続き制限されることになった。

なお、この小説についても復刊されていないものの、後に当該小説を原

(30) “[쟁점]작가 장정일 〈내게 거짓말을 해봐〉유죄 판결”, 시사저널, 2000년 11월 9일, <http://www.sisapress.com/journal/article/89220> (검색일: 2017. 12. 7.)

(31) 대법원 2000. 10. 27. 선고 98도679

(32) 대법원, 위의 판결.

作として映画化（原題『거짓말』、邦題は『LIES 嘘』）されたことがあるが、韓国国内では一時上映中止されたため、「問題作の再問題化<sup>(33)</sup>」としてさらに物議を醸したという。

### （３）金教師事件

中学校の美術教師であるキム・インギュが、自身の運営するホームページに掲載した美術作品や写真、動画などが、当時の電気通信基本法（現在の情報通信網利用促進および情報保護等に関する法律）第48条の2が規定する「淫乱」になるとして争われた事例である。下級審では当該作品が、社会通念上、許容範囲を逸脱するほど好色的興味を引いたり、正常な性的羞恥心を害したり、性的道義観念に反するものとまではいえないとして無罪とされた<sup>(34)</sup>。

だが大法院は、従前どおり淫乱について、「一般普通人の性欲を刺激し性的興奮を誘発して正常的な性的羞恥心を害し性的道義観念に反するもの<sup>(35)</sup>」と定義づけ、争われた6点の作品のうち、女性が両脚を開いて性器を露わにした絵画「그대 행복한가（あなたは幸せか）」と、妊娠した妻と全裸で撮影した写真「우리부부（私たち夫婦）」、男性器および射精された精液を描いた絵画「남근주의（男根主義）」については、「芸術性があるとしてその理由だけで上記の作品の淫乱性が当然に否定されるものではない<sup>(36)</sup>」として淫乱であると判断している。

### （４）ソウル牛乳事件

2003年にはソウル牛乳が、「食べてもよし、体に塗ってもよし」という

---

(33) 연세대학교 법과대학, 앞의 글, 32면.

(34) 대전고법 2003. 5. 2. 선고 2003노31 (“미술교사 누드작품 음란물 인정 대법원 판결”, 참여연대, <http://www.peoplepower21.org/Judiciary/515309> (검색일: 2018. 12. 30.))에서 재인용).

(35) 대법원 2005. 7. 22. 선고 2003도2911

(36) 대법원, 위의 판결.

コンセプトで開発した新製品のヨーグルトの広報を行うため、アートギャラリーで全裸のヌードモデルの女性の体にヨーグルトを塗るパフォーマンスを行ったところ、刑法第245条の公然淫乱の罪に問われた事件があった。

大法院は、憲法裁判所の掲げた淫乱の定義は採用せず、従前のものを用い、「たとえ性行為を描写したり性的な意図を表出する行為ではないとしても、一般普通人の性欲を刺激し性的興奮を誘発し正常的な性的羞恥心を害して性的道義観念に反する淫乱な行為に該当するものとみるのが正当<sup>(37)</sup>」であるとし、当該行為に芸術性がないとはいえないが、もっぱら商業的な目的で行われたものであり、度が過ぎているとして、淫乱性は否定できないと判断した<sup>(38)</sup>。

## （５）小括

1998年に憲法裁判所が淫乱について、アメリカの Miller Test を参照したと思われる詳細な定義づけを行ったが、大法院では依然として日本式の定義を使用したため、憲法裁判所と大法院において淫乱をめぐる解釈が分裂することになってしまい、1998年以降も芸術活動が刑事訴追を受けることになった。

大法院は1998年以降も、淫乱性の判断基準において相対的わいせつ概念を否定したため、大法院によるこうした一貫した淫乱の基準は、端的に言えば性器が露出されたか、あるいは性行為が描写されたかどうかで判断されているとの指摘がみられる<sup>(39)</sup>。

一方、憲法裁判所においても、1998年の決定では淫乱表現については憲法第21条の表現の自由の保護領域の外に置かれるとしたことから、2000年代の前半頃までは性表現をとまなう芸術活動については、常に刑事訴追と

(37) 대법원 2006. 1. 13. 선고 2005도1264

(38) 대법원, 위의 판결.

(39) 문재완, “언론의 자유와 성 (性) 표현 (Sexual Expression) 규제”, 외법논집, 제 22집, 2006, 28면.

隣り合わせというリスクを背負わなければならなかったことがわかる。

#### 4. 2008年の大法院による定義の変更

##### ——情報通信網法上の淫乱物流布事件——

1990年代から2000年代の初頭にかけて、韓国の大法院は淫乱に対して非常に広範に規制をしてきたが、2008年になると、従来の定義を変更した。

本件は、日本の成人映画の版權を得た会社が、インターネット上でビデオ・オン・デマンドの方法で動画の提供を行ったことが（旧）情報通信網法第65条第1項第2号淫乱物流布等違反における淫乱物の頒布にあたるとして摘発された事例である。

この事件において被告人は、当該映画作品が既に韓国国内においてVHSやDVD用に映像物等級委員会から「18歳観覧可」という等級分類を受けており問題がないと主張したが、下級審ではインターネットで提供する場合には未成年者が視聴する可能性が大きいとして、より厳格な基準で淫乱性を判断しなくてはならないとした。<sup>(40)</sup>

その後、大法院はまず「淫乱」の定義を、「社会通念上一般普通人の性欲を刺激して性的興奮を誘発して正常的な性的羞恥心を害し性的道義觀念に反するもので（中略）單純に低俗であつたり紊乱な気持ちを与えるという程度を超えて、尊重・保護されなければならない人格を備えた存在である人の尊嚴性と価値を深刻に毀損・歪曲したと評価できる程度に、露骨的な方法によって性的部位や行為を赤裸々に表現または描写したもので、社会通念上に照らして全的にまたは支配的に性的興味にのみ訴えかけ、いかなる文学的・芸術的・思想的・科学的・医学的・教育的価値を有しないもの<sup>(41)</sup>」であるとした。

(40) 서울중앙지법 2006. 5. 16. 선고 2006노435  なお韓国では第一審が地方法院の単独の法官（裁判官）によって行われた場合、第二審は地方法院の合議部によって行われる（金洪奎『韓国司法制度入門』（信山社・2001）30-31頁参照）。

(41) 대법원 2008. 3. 13. 선고 2006도3558



そして大法院は当該等級が視聴者の年齢を考慮して設けられたものであり、淫乱性についてまで判断したものではないとしながらも、青少年の視聴についての憂慮に対しては、成人認証手続を備えるなどすればよいとし、同じ内容であるにも関わらず VHS や DVD と等級分類を異にすることは適切ではないとし、破棄差戻しを行<sup>(42)</sup>った。

本判決を契機に、大法院は淫乱性の定義として、「文学的・芸術的・思想的・科学的・医学的・教育的価値を有しないもの」としたため、現在では芸術作品と淫乱性についての争いは事実上、終了したとみ<sup>(43)</sup>られている。

## 5. 2009年の憲法裁判所の判例

### ——情報通信網法に対する憲法訴願——

2000年代になると、韓国における淫乱物をめぐる争いは、刑法上の「有体物」から、情報通信網法が規定するインターネット上のアダルト動画や画像ファイルを中心に展開されるようになった。

この事例では、憲法裁判所は5件の原告の訴えを併合した形で判断を下している。インターネット上に淫乱な画像や映像を掲載したことで（旧）情報通信網法第65条違反（淫乱画像の展示）に問われ、刑事裁判が進行中<sup>(44)</sup>だった者たちが、当該法律が憲法違反であるとして憲法訴願を提起した。なおこの事件では、5件の原告のうち4件については、淫乱性が認められる証拠がないとして、すでに法院において無罪判決が確定しているため、憲法裁判所で裁判を行う前提性が認められず、有罪となった1件についてのみ実質的な判断が行われている。

(42) 대법원, 위의 판결.

(43) 중앙일보, (註14)。なお中央日報によれば、淫画製造罪によって処罰された例は2000年以降はないと紹介している。

(44) この事件では、原告が法院に具体的規範統制を申請したが、法院が憲法裁判所に提請（ドイツでいう移送）しなかったため、憲法裁判所法第68条第2項に基づき原告みずから憲法訴願を行うという、「違憲審査型憲法訴願」とよばれる韓国の憲法裁判所独特な形態の訴訟手続を行っている。

憲法裁判所は従来の解釈を変更し、淫乱表現を言論・出版の自由の保護領域の外に置いてしまうと、合憲性の審査そのものができなくなってしまうとして、淫乱表現についても憲法第21条の言論・出版の自由に含まれ、第21条第4項の制約は言論・出版の自由における責任と義務を強調したものであり、憲法上の表現の自由の保護領域の限界を設定したものではない<sup>(45)</sup>とした。そして淫乱表現についても他の基本権と同様に、第37条第2項の<sup>(46)</sup>国家安全保障・秩序維持または公共の福祉のために制限できるとした。

本件では韓国の憲法裁判所の違憲判断の基準である過剰禁止の原則に照らし、インターネットにおける情報の強力な伝播から社会の健全な性道徳を保護するため、当該立法の目的の正当性と手段の適合性に違反しないと<sup>(47)</sup>した。また淫乱についても、文学的・芸術的・思想的・科学的・医学的・教育的価値を有しないもののみ該当するとしていることから、侵害の最小性にも違反せず、それから社会の性道徳の破壊の危険から守るため法益の均衡性にも違反しないとし、当該法律を合憲と<sup>(48)</sup>した。

つまり1998年の憲法裁判所の判例では淫乱表現については、憲法第21条第4項の規定を根拠に、言論・出版の自由の対象として認めなかったが、2009年の憲法裁判所の判例では、憲法第21条第4項について、表現の自由に伴う責任を強調したものにとどまるとし、淫乱表現についてもまずは言論・出版の自由の保護領域に含めるとした点で、画期的な内容となっている。

---

(45) 헌재2009. 5. 28. - 2006헌바109, 2007헌바49・57・83・129 (병합)

(46) 헌재, 위의 결정.

(47) 헌재, 위의 결정.

(48) 헌재, 위의 결정.

### Ⅲ 韓国における淫乱物と表現の自由をめぐる学説

#### 1. 憲法第21条第4項の法的性質をめぐる

韓国における淫乱と表現の自由についての憲法学的な議論をみると、1990年代までは憲法学者によって表現の自由の側面から論じたものがほとんどみられない。前述の馬光洙による『楽しいサラ』事件において鑑定委員を担当した安京煥も、当該小説について淫乱と判断するなど、むしろ非常に保守的であった。

このように保守的であったひとつの原因としては、韓国では基本権を制限する規定として、公共の福祉を理由とした憲法第37条以外に、表現の自由においても、第21条第4項のような「他人の名誉若しくは権利又は公衆道徳若しくは社会倫理を侵害してはならない」とする制限的な規定が存在していることが挙げられる。

こうした憲法第21条第4項についての解釈をめぐり、韓国の学説では多数説と少数説に分かれている。多数説は、憲法第21条第4項が、言論出版の自由に対する内在的制約と解釈している<sup>(49)</sup>。

例えば多数説をとる鄭宗燮は、基本権が憲法第37条第2項によって一般的法律留保の方式をとっているため、第21条第4項については単に言論・出版の自由の限界を強調した規定にすぎず、蛇足なので削除したとしても構わないとしている<sup>(50)</sup>。

一方、少数説では、第21条第4項について、多数説が理解するような内

(49) 金哲洙, 「憲法學概論」, 서울: 博英社, 2003, 679면; 성낙인, 「헌법학」, 파주: 2015, 1172면; 鄭宗燮, 「憲法學原論」, 서울: 博英社, 2015, 614면. 憲法第21条4項の解釈についての各論者の学説を簡潔に整理したものとして, 문제완, “음란과 헌법상 표현의 자유의 보호영역 -헌재2009. 5. 28. 2007헌바83결정을 중심으로-”, 언론과 법, 제 8권 제 2호, 2009, 320-321면 참조.

(50) 鄭宗燮, 위의 책, 같은 면.

在的制約を明文化したものではなく、社会の統合のために憲法制定権者が政策的決断として下した憲法的限界であると主張する<sup>(51)</sup>。たとえば、少数説をとる許營によれば、憲法第21条第4項が列举する「他人の名誉若しくは権利」については憲法第10条が保障する人格権と第17条が保障するプライバシーの権利と相互に関連したものであるとする<sup>(52)</sup>。また「公衆道徳若しくは社会倫理」については、憲法前文が掲げる「我々の子孫の安全と自由と幸福を永遠に確保」するという文言に基づいた青少年保護のものであるとする<sup>(53)</sup>。それから憲法第9条では伝統文化の継承と民族文化の暢達を掲げていることから、裸体文化や近親婚を宣伝するような言論・出版は認められず、憲法第36条の男女平等の観点から一夫多妻制や非嫡出子の出生を神聖視する言論・出版が認められないのは当然であるとしている<sup>(54)</sup>。さらには憲法第1条、第4条、第8条が保障する民主的基本秩序の観点から、反民主的な言論・出版は保護されないとする<sup>(55)</sup>。

両者の学説を整理すると、多数説が、憲法では第37条第2項において公共の福祉による制約についての規定があるため第21条第4項の規定自体に特に大きな意味を見出さないのに対して、少数説は国家がより積極的に制約を加えているものと捉えているようである。

少数説については、次のような問題がみられる、第一に、憲法第21条第4項によって淫乱表現が制限されていると解した場合、表現の自由の保護領域にまったく含まれなくなってしまうため、淫乱物として摘発されてしまった場合、表現の自由の観点から憲法裁判所で争うことが困難になるということが挙げられる。第二に、少数説では国家の社会的統合の観点から制限の必要性を唱えているため、韓国社会のマジョリティとは異なる文化や考え方については憲法上の基本権として表現活動が認められなくなっ

(51) 許營, 「韓國憲法論」, 서울: 博英社, 2003, 535-536면.

(52) 許營, 위의 책, 536면.

(53) 許營, 위의 책, 같은 면.

(54) 許營, 위의 책, 같은 면.

(55) 許營, 위의 책, 536-537면.

しまう点である。

だが前述の2009年の憲法裁判所の解釈の変更により、淫乱表現についても憲法第21条の表現の自由の保護領域に含まれることになったことから、現在ではこうした議論は決着がついたものと思われる。とはいえ、韓国憲法第37条第2項では、公共の福祉以外にも、国家の安全保障や秩序維持のために法律による基本権の制限ができるとしているため、仮に淫乱表現が憲法第21条の表現の自由の範疇に含まれるようになったとしても、依然として制約を受ける余地は残っている。

## 2. 「淫乱」の概念について

韓国において憲法学的な観点から表現の自由と淫乱について精密な分析をしている研究者として、李仁皓が挙げられる。李仁皓は、法律で禁止する性表現として「淫乱」があるが、こうした淫乱を規制する法律には、オフラインのものとして刑法、オンラインのものとして情報通信網法があり、それ以外にも「性暴力犯罪の処罰および被害者保護等に関する法律」第14条の「通信媒体利用淫乱」や、「青少年の性保護に関する法律」における児童ポルノ<sup>(56)</sup>を挙げている。

そして韓国におけるこれらの「淫乱」は、大きく分けて、第一に刑法第243条の淫乱物頒布のように、成熟した者が自らが必要としても流通されないもの、第二に刑法第245条の公然淫乱のように、不特定多数の者が目にする状況で禁じられるもの、第三に児童ポルノのような青少年の保護を目的としたものに大別されるとする。<sup>(57)</sup>

このうち、刑法第243条の淫乱物頒布の「淫乱」はいわば「真正淫乱物」に該当するのに対して、刑法第245条の公然淫乱の「淫乱」は、その立法目的が青少年を含む不特定多数の者の目に留まることを防止するためのものであるため、「淫乱」の水準が第243条のそれとは必ずしも同一ではな

(56) 이인호, “성표현의 자유와 한계”, 언론과 법, 제 7권 제 2호, 2008, 5-11면.

(57) 이인호, 위의 글, 13-14면.

く、むしろ低いものも含まれるので、いわば「不真正淫乱物」であるとする<sup>(58)</sup>。ところが韓国ではこれらの概念が区別されずに同じ「淫乱」という用語のまま混在しており、果たしてどの程度の水準をもって淫乱となるのか<sup>(59)</sup>明確ではないと指摘する<sup>(60)</sup>。

以上のように韓国では各法律条項における「淫乱」の内容が条文によってまちまちであり、またその水準も不明瞭であるため、李仁皓は、前述のミランダ事件の大法院判決に対して、成人だけが出入りできる劇場において性表現を伴う演劇を行って摘発された事例において、自ら同意して入場した成人の観客の性的羞恥心まで政府が保護する必要があるのかと痛烈に批判している<sup>(61)</sup>。

こうした李仁皓の議論を整理すると、韓国の各法律で規定する「淫乱」という用語は、その内容が条文によってさまざまであるにも関わらず、その内容についての検討がしっかりなされていないため、その結果として責任能力のある成人に対しても「淫乱」の名の下に広範な規制が行われてしまっていることを懸念しているようにみえる。

#### IV 韓国で違法とされる海外のポルノと著作権

2008年の大法院の判決と2009年の憲法裁判所の決定以降、韓国では芸術作品と淫乱性については、事実上、議論が終了している。一見すると、芸術作品の淫乱性が問われなくなったとする点においては、近年においても芸術家が逮捕された、ろくでなし子事件のようなケースがみられる日本<sup>(62)</sup>

(58) 이인호, 위의 글, 6-7면.

(59) 이인호, 위의 글, 13-14면.

(60) 이인호, 위의 글, 19면.

(61) 李仁皓 (註29), 13면.

(62) ただしろくでなし子氏のケースにおいても、その後、クラウドファンディングの参加者への自らの性器の3Dデータの提供については有罪となったものの、オブジェの制作と展示については無罪となっている。

と比べると進んでいるようにも見える。だがその一方で、芸術性などが認められないポルノグラフィーについては、表現の自由の議論からは切り離され、検閲が正当化される危険性をはらんでいる。

実際に、韓国では放送通信委員会が、「放送通信委員会の設置及び運営に関する法律」と、情報通信網法、青少年保護法にもとづき、淫乱物や青少年有害情報などの成人コンテンツを含むインターネットサイトを遮断することができる。<sup>(63)</sup> そのため韓国では、海外のアダルトサイトや、またアダルトコンテンツ以外だと北朝鮮関連のサイト等の URL を韓国国内から入力すると、放送通信審議委員会<sup>(64)</sup>とサイバー警察庁による、「有害サイト」であるとの警告画面が表示され、アクセスが遮断されてしまう。

こうしたインターネットの遮断は、成人の自己決定権に対する大きな侵害となっている。そのため韓国ではこうしたインターネットの遮断に対して不満が高まっており、青瓦台（大統領官邸）のホームページにおける国民請願には、「成人が思いのままにポルノも見られない独裁国家がどこにあるのか」という請願文が掲載され、3000人以上もの者が賛同をしている。<sup>(65)</sup>

(63) 이주락, “해외유해사이트 접속차단으로 침해되는 성인이용자의 권리를 사법적으로 구제할 가능성 검토-정보통신망법 제44조의7상 청소년유해매체물 차단 조치로 침해되는 해당 사이트 이용자의 권리 및 그 권리의 사법적 구제방안 논의-”, 법학연구 (연세대학교 법학연구원), 제27권 제1호, 2017, 234면.

(64) 放送通信委員会と放送通信審議委員会の違いとして、前者は放送と情報通信技術についての政策の立案と規制を行う政府組織であるのに対して、後者はインターネットなどの情報通信コンテンツの内容を審議する民間組織であり、政府が審議をすると公正性を損なうおそれがあるとして民間組織が担当しているという。（“방통위는 정부조직, 방통심의위는 민간조직”, 파이낸셜뉴스, 2011년 12월 18일, <http://www.fnnews.com/news/201112181812226584?t=y> (검색일: 2019. 1. 2.)

(65) “음란사이트 차단하자 일부 남성들 ‘부글’”, 대구신문, 2018년 10월 25일, <http://www.idaegu.co.kr/news/articleView.html?idxno=261397> (검색일: 2019. 1. 2.) この記事のあとに当該請願を青瓦台のホームページで確認してみたところ、2019年1月2日現在、3971人が賛同している。（청와대, <https://www1.president.go.kr/petitions/410422> (검색일: 2019. 1. 2.)

こうしたインターネットの「監視」と「検閲」が行われているなかで、韓国の人々は、政府のそうした政策に対して屈することなく、ポルノを入手するためにさまざまな試みを行っている。実際に、インターネット上の共有ファイルや違法なダウンロードサイトなどを利用することで、外国製のポルノが韓国国内で大量にダウンロードされており、日本や欧米のポルノ制作会社の著作権が侵害されるという新たな問題が生じている。

2009年8月、日本やアメリカのポルノ制作会社が、韓国国内でインターネット共有ファイルを通じて違法なダウンロードが行われているとして、数千人のインターネット利用者に対して告訴を行ったが、韓国の警察は当該ポルノが韓国国内ではそもそも違法なものであり、「学術的、芸術的価値がない」として却下する方針であると表明するも、外国との著作権の相互主義があるため、断言はできないとした。<sup>(66)</sup> 2009年の時点では、韓国ではたとえ外国で合法的なポルノであっても、自国において違法である以上、違法なものの著作権は認めないとする考え方が支配的であったことがうかがえる。<sup>(67)</sup>

ところが2015年6月に韓国の大法院は、「人間の精神的努力によって得られた思想または感情を言葉、文字、音、色等によって具体的に外部に表現したもので『創作的な表現形式』を込めていれば足り、その表現されている内容つまり思想または感情それ自体の倫理性については問題とならないのであり、たとえその内容のなかに不道徳であったり違法な部分が含まれているとしても著作権法上の著作物として保護されるといえる」<sup>(68)</sup> とし、海外のポルノについても著作権を認めるという判決を下しており、今後の

---

(66) “해외 야동 팔아도 저작권 처벌 안 돼”, MBN 뉴스, 2009년 8월 14일, [http://mbn.mk.co.kr/pages/news/newsView.php?news\\_seq\\_no=448764](http://mbn.mk.co.kr/pages/news/newsView.php?news_seq_no=448764) (검색일: 2017. 12. 7.)

(67) 但し、インターネット以前の時代をみると、大法院は1990年に日本の写真週刊誌のヌード写真を転載したことで著作権違反が争われた事例において、著作権を認めたことがある。(대법원 1990.10.23. 선고 90다카8845)

(68) 대법원 2015. 6. 11. 선고 2011도10872



動向が注目される。

## おわりに

以上のように、韓国では民主化以降、性表現を伴う芸術作品をめぐり、さまざまな芸術家が命をかけて挑戦を続けてきた。また民主化以降の社会の急速な変化のなかで、大法院や憲法裁判所において淫乱についての定義と法解釈がめまぐるしく変更されてきたことがわかる。1990年代の『楽しいサラ』事件では法学者さえもが当該小説が淫乱であると判断するなど、韓国社会においては、性に対するタブーが非常に根強かったことがうかがえる。

2008年の大法院の判決の定義により淫乱物の定義が狭まり、また2009年の憲法裁判所の決定により淫乱表現についても表現の自由の保護領域に含まれることになったため、韓国において淫乱物を表現の自由の観点から議論できるようになったのは比較的最近のことであることがわかる。

だがその一方で、韓国ではインターネットの規制が行われているため、政府が遮断したコンテンツについては国内でアクセスすることができず、新たな問題を内包してしまっている。十分な判断および責任能力を有する成人に対してもアクセスを一律的に制限することは、成人の性的な自己決定権の観点から、果たして本当に妥当なのかどうか、議論する必要があるように思われる。

インターネット時代において、さまざまな手段により海外のアダルト画像や動画ファイルが瞬時に国境を越えて取引されている。韓国では表向きは法律で禁止されており、アダルトサイトへのアクセスは遮断されているものの、共有ファイルなどを通じた違法なダウンロードは頻繁に行われている。ある国で合法なものが、別の国で違法となってしまうと、違法な著作物の著作権をどのように保護するかという、新たな問題が発生している。こうした韓国における現状は、国家が規制および遮断しているがゆえ

に、国民は違法な方法で手に入れざるを得ないという状況を作り出してしまっており、国家が著作権違反の元凶になっているという構造的な問題点を抱えている。ある国で既に合法的なコンテンツを違法として制限するのは、価値観が多様化しグローバル化していく世界の潮流に対しても、逆行しているのではないだろうか。国家が特定の道徳的価値を法律で強要することが果たして本当に望ましい事なのかどうか、もっといえば国家がインターネットを遮断することは民主国家として適切なことなのかどうか、今後韓国が取り組むべき懸案事項であるといえるだろう。

※本稿は2018年7月21日に中国吉林省延边朝鮮族自治州延吉市にある延边大学で行われた第5回韓国法フォーラムでの報告を加筆・修正したものである。