여성기 3D데이터 제공의 외설죄 성립 여부와 표현의 자유
(2017년 4월 13일 일본 동경고등재판소 판결)[1]

1. 사건개요

피고인은 '로쿠데나시코'라는 필명으로 활약하는 만화가이자 예술가로 본인의 여성기를 3차원 형상으로 스캔하여 데이터화(이하, 3D데이터)하였는데, 본 데이터는 그 색과 감촉에 대한 정보는 포함되어 있지 않으나 여성기 각 부분과 항문 등 여성기 주변부분 형상의 높낮이와 세세한 주름 등이 입체적이고 충실하게 재현되어 있는 것이었다.

피고인은 본 3D데이터를 사용하여 실제 크기의 보트의 탑승구 부분에 응용해 제작하여 강에서 시승한다는 기획을 하였고 그 제작에 필요한 자금을 클라우드 펀딩으로 모금하였다. 그리고 고액 출자자에 대한 답례로 2013년 10월 20일과 2014년 3월 20일, 2회에 걸쳐 그 3D데이터 파일이 보관된 URL 정보를 5명의 활동지지자들에게 송신하여 이에 접속한 사람들이 3D데이터를 다운로드할 수 있게 하였다(행위1). 이것은 피고인이 다른 사람들도 본건 3D데이터를 이용하여 새로운 예술작품을 창작하였으면 하는 기대에 의한 것이었고, 같은 의도에서 2014년 5월 30일에는 동 3D데이터가 기록된 CD-R을 상기 보트의 미니어처와 함께 불특정인 3명에게 각각 1300엔의 대금을 받고 우송하여 판매하였다(행위2).

한편, 피고인은 2014년 7월 14일 원칙적으로 남성은 출입이 금지되는 여성전용 성인용품점에 본인과 그 외 2명의 여성기를 본 뜬 석고상 3점을 전시하였다(행위3). 본 건 각 조형물은 모두 여성기에 인상재를 대어 본을 뜨고 석고를 부어 굳힌 후에 색을 입히고 다양한 소재로 장식하여 완성한 것이었다.

피고인은 2014년 12월 24일 본 건 각 데이터의 송신 및 우송(행위1, 2)이 형법 제175조[2]에 정하는 외설전자적 기록 등 송신반포죄(동조 제1항 후문)

---

1) 平成29年(2017年)4月13日、東京高等裁判所、平成28年(う)第1100号.

2) **형법 175조 [외설물반포죄]** ① 외설적인 문서, 도화, 전자적 기록에 관한 기록매체와 그 밖의 것을 반포하거

및 외설전자적 기록매체반포죄(동조 동항 전문)에 해당하고, 또 본 건 각 조형물의 전시가 외설물진열죄(동조 동항 전문)에 해당한다고 하여 기소되었다.

2. 사건 경과

동경지방재판소는 피고인의 행위3의 공소사실에 대해서는 본 건 각 조형물이 외설물에 해당하지 않는다고 하여 무죄로 판단하였으나 행위1과 행위2에 대해서는 유죄로 판단하여 벌금 40만 엔을 부과하였다.[3] 이에 대해 피고인과 검찰 양 측이 항소하였다.

피고인은 먼저 ① 형법 제175조가 헌법 제21조 제1항[4]과 헌법 제31조[5]에 위반하는 법령위헌인데도 이것을 피고인에게 적용한 원판결에는 판결에 영향을 미치는 것이 분명한 법령적용의 잘못이 있다고 주장하였다. 그리고 ② 원판결에서 본 건 각 데이터를 외설로 판단한 점, ③ 기소된 각 사실에서의 피고인 행위가 형법 제175조의 '반포'에 해당한다고 한 점, ④ 행위1과 행위2의 각 행위에 대해 정당행위에 의한 위법성조각의 여지를 인정하지 않은 점, ⑤ 형법 제175조의 고의의 성립에 외설성의 의미의 인식은 필요하지 않으며, 또 피고인에게 외설성의 의미의 인식이 있었다고 인정한 점에 대해 각각 판결에 영향을 미치는 것이 분명한 사실오인 내지 법령적용의 잘못이 있으므로 무죄라고 주장하였다.[6]

3. 본 판결

(1) 재판결과

[주문] 본 건 각 항소를 모두 기각한다.

나 공연히 진열한 자는 2년 이하의 징역 혹은 255만 엔 이하의 벌금이나 과료에 처하거나 징역과 벌금을 병과한다. 전자통신의 송신으로 외설적인 전자적 기록과 그 밖의 기록을 반포한 사람도 같다. ② 유상으로 반포할 목적으로 전항의 물건을 소지하거나 동항의 전자적 기록을 보관한 사람도 동항과 같다.

3) 平成28年(2016年)5月9日、東京地方裁判所、平成26年(刑わ)第3268号.

4) **헌법 제21조** ① 집회, 결사 및 언론, 출판 그 밖의 모든 표현의 자유를 보장한다.

5) **헌법 제31조** 누구든지 법률이 정하는 절차에 의하지 아니하고는 그 생명 또는 자유를 박탈당하거나 그 밖의 형벌을 받지 아니한다.

6) 검찰은 본 건 각 조형물에 대해 외설성을 인정하지 않은 재판소의 판단에 사실오인과 형법 제175조의 외설성 판단기준을 적용하지 않은 것에 대해 법령적용의 잘못이 있다고 항소심에서 주장하였으나 기각되었고, 이하 재판의 주요 쟁점이 된 원고의 항소내용을 중심으로 서술함.

(2) 판결이유

1) 원심판결에 대한 평가

① 각 조형물의 외설성에 관한 원판결의 설시에 대하여

원판결은 본 건 각 조형물에 대하여 ⓐ 여성기에 인상재를 대어 인상재가 굳은 것에 석고를 붓고, 석고가 응고된 후에 착색과 장식 등을 하여 만들어진 것이고 ⓑ 여성기의 각 부위가 충실하게 재현되어 부조되어 있을 뿐 아니라 모두 조형물 본체의 중앙에 여성기가 놓여 있어 ⓒ 보는 자의 정서와 관능에 호소하여 상상력을 발휘하게 함으로써 실제 여성기를 연상시킬 수 있는 것이라고 할 수 있으나 ⓓ 착색과 장식, 재질 등이 나타나는 형상이라는 점에서 여성기를 본뜬 것이라고 해도 일견하는 것으로 인체의 일부라는 인상을 주는 것은 아니며, 즉각적으로 실제 여성기를 연상하게 하는 것이라고는 할 수 없으며 ⓔ 성적인 자극을 야기할 수 있는 것 자체는 부정할 수 없으나, 각각의 성적 자극의 정도는 한정적인 것에 그치고, 그것만으로 외설성을 긍정할 수 있을 정도로 강한 것은 아니라고 인정된다는 점, 그리고 ⓕ 일정한 예술성·사상성에 의해 성적 자극이 완화된다는 내용을 설시한다.

그러나 이 설시는 본 건 각 조형물에 대해 그 자체로는 알 수 없는 제작자의 의도 내지 제작과정(상기ⓐ)과 그것을 보는 자가 시각 등으로 인식하거나 연상하는 사항(상기 ⓒⓓ)과 외설성의 판단(상기 ⓔⓕ)을 구별하지 않고 논한 것으로 본 건 각 조형물의 외설성판단의 설명으로서는 부적절하다.

즉, 본 건 각 조형물에 관한 외설성판단은 각 조형물 자체에 대해 그것을 보는 자가 시각 등으로 어떻게 이해하는가라는 것을 전제로 검토하여야 하고, 시각 등으로는 이해할 수 없는 제작자의 의도와 작품 제작과정 등은 외설성판단의 기준 밖에 놓여야 하는 것이다. 그러한 관점에서 사회의 평균적 일반인이 그 제작과정 등을 모르고 본 경우, 조형물로부터 성적 자극을 받을 정도로 명확하게 여성기라고 인식하는 것은 곤란하다고 할 수 있다. 원판결은 외설성판단의 객체에 대한 이해를 그릇되게 한 것이고 나아가서는 외설

성판단의 과정을 잘못한 것이라고 하지 않을 수 없다.

그러나 상기에서 본 것처럼 각 조형물에서 성적 자극을 받는 것은 생각하기 어렵고, 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화에 대해서 검토할 것까지도 없이, 결국 본 건 각 조형물은 외설물이라고는 인정되지 않으므로 원판결은 결론에서 정당하다.

② 각 데이터의 외설성에 관한 원판결의 설시에 대하여

원판결은 각 데이터에 대하여 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도를 평가하는데 있어서 데이터의 수령자가 피부색으로 착색하는 등 실제와 더 유사한 데이터를 창작하여 외설성을 더 높일 가능성이 있음을 고려하고 있는데, 예술성과 사상성에 의한 성적 자극 완화의 정도에 대해서는 대상이 되는 각 데이터 자체로 판단하여야 하고, 장래의 가공 가능성 등을 고려해서는 안 되므로 원판결의 판단은 부적절하다고 하지 않을 수 없다. 그러나 이점을 제외하더라도 본 건 각 데이터 자체는 여성기의 입체적인 시각정보로서, 성적 자극을 크게 완화시킬 정도의 예술성과 사상성을 파악하는 것은 곤란하므로 각 데이터의 외설성을 긍정한 원판결의 결론은 지지할 수 있다.

원판결은 원심 변호인의 정당행위에 의해 위법성이 조각된다는 주장에 대한 반론으로 외설성판단에서 작품 밖의 사정을 고려하지 않는 이유는 외설개념의 명확화를 도모하기 위해서이며, 작품 밖의 사정을 고려하면 결국 그 판단이 주관적이게 되고 표현의 자유 등에 위축효과를 초래할 우려가 있다는 점을 든다. 그러나 작품 밖의 사정이라고 해도 다양한 것이 있을 수 있고 위법성이 조각될 여지를 완전히 부정할 수는 없는데다, 표현의 자유의 위축효과를 이유로 오히려 처벌범위를 확장하는 것과 같은 결과를 용인하는 것으로 받아들여질 수도 있으므로 형법 해석으로서는 매우 부적절하다고 하지 않을 수 없다. 그러나 나중에 서술하는 것처럼 본 건에서 위법성을 조각할 구체적 사정은 인정되지 않으므로 위법성의 조각을 인정하지 않은 원판결의 결론에 그릇된 것은 없다.

2) 변호인 주장에 대한 판단

① 형법 제175조의 헌법적합성에 대하여

㈎ 입법목적의 정당성에 대하여

헌법 제21조가 보장하는 표현의 자유는 정신적 자유의 근간으로서 매우 중요한 인권이라는 점, 그러나 그 표현의 자유라고 해도 절대적이고 무제한적인 것이 아니라 공공의 복지를 위해 그 필요성과 합리적인 제한을 인정하는 것인 점, 형법 제175조에 의한 규제는 성적 질서를 지키고 최소한의 성도덕을 유지하거나(1957년 판례[7]), 성생활의 질서와 건전한 풍속을 유지하기 위한 것으로(1969년 판례[8]) 이러한 보호법익 내지 입법목적이 오늘날에도 충분한 합리성과 필요성을 가지고 있다고 인정되는 것은 원판결이 적절하게 설시하고 있는 바이다. 그리고 이 점은 표현의 자유에는 우월적 지위가 주어져 있는 점, 표현의 자유의 규제에 의한 위축효과는 신중하게 고려되어야 한다는 점, 일반론으로서 프로젝트 예술과 프로세스 예술이라는 표현방법이 예술로서 평가되고 있는 점 등의 피고인 주장을 바탕으로 해도 변함없다.

피고인은 인터넷 상의 자극이 강한 성표현이나 여성기를 노골적으로 표현한 성인용품 등이 널리 유통되고 있고, 용이하게 접근할 수 있는 상황에 있으며 이들 대부분이 적발되고 있지 않다는 실정 등을 주장하나, 원판결도 지적하는 것처럼 2011년의 형법개정으로 외설적인 전자적 기록에 관한 새로운 벌칙이 규정된 점에서 보아도 외설적인 표현물이 범람하는 상황이 사회에 수용되고 있는 것은 결코 아니며, 일반국민의 이해에서도 통신수단 등의 발전에 따른 외설표현에 대한 접근 용이화에 대한 대응과 그 규제의 필요성은 더욱 높아지고 있음을 나타내는 것이라고 할 수 있다.

또한, 성적 질서와 최소한의 성도덕, 건전한 성풍속의 유지는 성범죄의 방지와 청소년의 건전한 육성, 매춘 방지 등과 같은 개개의 구체적인 법익보호를 유지하게 하는 기초적인 법익이라고도 할 수 있는 것이고 그 법익보호를

7) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁. 일명 '채털리부인의 연인(チャタレイ夫人の恋人)' 사건.
8) 最大判昭和44年10月15日刑集23巻10号1239頁. 일명 '악덕의 번영(悪徳の栄え)' 사건.

위해 외설문서와 외설물 반포 등을 규제하는 것은 충분한 합리성을 가지고 있다고 할 수 있다.

㈁ 명확성의 원칙 등과의 관계에 대해

어떤 형벌법규가 애매하고 불명확하다는 것을 이유로 헌법 제31조에 위반하는 것이라고 인정할 수 있는지는, 통상적인 판단능력을 가진 일반인의 입장에서 구체적 경우에 해당 행위가 그 적용을 받는지 판단할 수 있는 기준을 찾아낼 수 있는가에 따라 결정해야 한다는 것(1975년 판례[9]), 형법 제175조에서 말하는 외설적인 물건이란 쓸데없이 성욕을 자극, 흥분 또는 이것을 만족시키는 물품으로서, 동시에 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해치고, 선량한 성적 도의관념에 반하는 것을 말하며, 동조에서 말하는 외설적인 전자적 기록이란 쓸데없이 성욕을 흥분 또는 자극시키고 또 보통인의 정상적인 성적 수치심을 해치며, 선량한 성적 도의관념에 반하는 전자적 기록을 말한다고 해석되는 것(1957년 판례), 이렇게 정의되는 외설개념에 따르면 통상의 판단능력을 가지는 일반인의 이해에 따라 구체적인 경우에 외설물과 외설적인 전자적 기록에 해당하는지를 충분히 판단할 수 있다는 것은 원판결이 적절히 설시하고 있는 바와 같다.

성적 자극이 강한 표현물에 대한 접근이 쉬워졌고 사회에 유통되고 있다고 해서 그것들이 사회에 수용되고 있다고 할 수는 없으며 이것이 바로 일반인의 이해에서 외설성판단을 불가능하게 하는 것도 아니다. 또 수사기관이 19점의 전시물 중 본 건 각 조형물만 소추한 기준이 불명확하다는 지적에 대해서는, 수사기관으로서는 외설 해당 여부뿐 아니라 그 외설 정도에 따른 단속의 필요성과 입증의 난이도 등 다양한 요소를 고려하여 소추여부를 판단하고 있는 것으로 이것이 외설개념의 불명확성을 나타내는 것이라고는 할 수 없다.

이상에 따르면 형법 제175조가 헌법 제21조와 제31조에 위반한다는 주장은

9) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁. 일명 '토쿠시마시공안조례(徳島市公安条例)' 사건.

받아들일 수 없다.

② 외설성의 판단기준 및 본 건 각 데이터의 외설성 등에 대해

본 건 각 데이터는 여성기 및 그 주변의 각 부위가 자세한 주름 등도 포함하여 자세하고 생생하게 표현된 것이므로 사회의 평균적 일반인이 이것을 보았을 때, 제작자의 의도와 제작과정 등을 몰랐다고 하더라도 여성기라고 인식할 수 있음은 분명하며, 이것이 열람자의 성욕을 강하게 자극하는 것이라는 것도 역시 분명하다. 피고인은 본 건 각 데이터가 스캔 후에 일정한 가공이 이루어지고 있다고 주장하나 그 가공은 여성기 그 자체라고 인식하기 어렵게 하거나 여성기라는 인상을 옅게 하기 위한 것은 것이 아니고, 여성기로 좀 더 특화시키는 정보로 가공한 것이다. 그리고 본 건 각 데이터에는 피부의 질감, 색, 음영 등의 정보가 포함되어 있지 않다 하더라도 상기의 평가는 달라지지 않는다.

본 건 각 데이터에 대해 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도를 검토함에 있어서는 각 데이터 자체를 판단 대상으로 하여야 하고, 데이터의 수령자가 더 외설적인 데이터를 창작할 가능성을 고려해서는 안된다고 하는 피고인의 주장은 정당하다. 그러나 본 건 각 데이터에서의 여성기의 형상과 표상방법, 데이터 전체에서 차지하는 성적 부위의 비율 등을 고려하면 그 성적 자극의 정도는 강하고 예술성·사상성 등에 의한 성적 자극의 완화 정도는 크게 평가할 수 없다는 점에서 각 데이터를 받는 자의 호색적 흥미에 호소하는 것이라 판단한 원판결의 평가에 잘못은 없고 이것을 부정하는 피고인의 주장은 받아들일 수 없다.

③ 반포해당성에 대해

형법 제175조 제1항 후문에서 말하는 '반포'란 불특정 또는 다수자의 기록매체에 전자적 기록과 그 밖의 기록이 존재하기에 이르게 하는 것을 말한다고 해석된다. 그리고 행위1에 대해, 불특정 출자자의 기록매체에 본 건 각

데이터가 존재하게 되는 경과와 구조가 모두 동조의 반포에 해당한다고 한 원판결의 인정은 정당하다. 형법 제175조 제1항 후문의 '전기통신의 송신'은 전자메일에 의한 것에 한정된다는 주장은 독자적인 견해로 받아들일 수 없다.

④ 정당행위 해당성에 대하여

정당행위 유무의 판단에서 작품 밖의 사정을 고려하면 오히려 표현의 자유 등에 위축효과를 초래할 우려가 있다고 한 원판결의 설시는 형법 해석으로서 매우 부적절하다. 그러나 피고인의 정당행위 주장은 요컨대 각 데이터의 반포행위가 프로젝트 예술의 일부이므로 위법성을 결여한다는 것인데, 일반론으로서 프로젝트 예술이라는 예술분야가 존재한다고 하더라도 본 건 각 데이터는 여성기의 입체적 형상 그 자체에 대한 정보이고 그 외설성은 매우 강한 것일 뿐 아니라, 일정액 이상을 기부하면 각 데이터를 제공한다는 점에서 결국은 활동자금을 얻기 위한 방법으로서 각 데이터를 반포했다고 평가되므로 위법성이 조각된다는 주장은 받아들일 수 없다.

⑤ 피고인의 고의에 대하여

피고인이 외설성을 구비하지 않은 것이라고 생각하는데 대해 상당한 이유가 있는 등, 구체적인 사정에 따라서는 고의가 조각될 여지가 있다고 해석된다고 하더라도 본 건에서 그러한 사정은 발견되지 않는다. 여성기의 형상 그 자체를 스캔하여 각 데이터를 작성한 피고인은 당연히 그 내용을 인식하고 있었다고 할 수 있다.

이상에 따르면 변호인의 주장은 어떤 것도 받아들일 수 없다.