

ISSUE BRIEF

日米英における児童ポルノの定義規定

国立国会図書館 ISSUE BRIEF NUMBER 681 (2010. 6. 8.)

はじめに

I 日本

II アメリカ (連邦法)

III イギリス (イングランド・ウェールズ)

おわりに

児童ポルノに係る行為の規制を検討する場合、「児童ポルノ」をどのように定義するのが論点となる。すなわち、余りに限定的な定義とすると被害児童の擁護を全うできず、余りに広範な定義とすると本来規制されるべきでない行為が規制され、また、表現行為を萎縮させる可能性がある。

アメリカ連邦法における「児童ポルノ」の定義は、客観的に判断し得る文言を比較的多く用いている。これに対してイギリス (イングランド・ウェールズ) における定義は簡潔で、その該当性に関する判断が陪審等にゆだねられている「いかがわしい」という文言に多くを依拠している。

犯罪行為の定義の構成要素は、「記述的要素」と「規範的要素」とに分類できる。この分類に依拠すれば、アメリカの定義は前者が大きな位置を占め、イギリスの定義は、後者が大きな位置を占めると解されよう。

行政法務課

ましば やすはる
(間柴 泰治)

調査と情報

第681号

はじめに

児童ポルノは、児童ポルノを製造する過程でしばしば児童が性的虐待を受け、また、特にインターネットを通じて広範囲にかつ永続的に流通し、被害児童の健全な心身の成長を脅かす点で、被害児童に対する極めて深刻な人権侵害である。わが国では、このような児童ポルノに対して、平成 11（1999）年に「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」（平成 11 年法律第 52 号。以下「規制法」という。）を制定し、平成 16（2004）年に規制強化を目的とした改正を行う等の対策を講じている。

近年、児童ポルノに関して、提供等を目的としない所持（単純所持）の規制が活発に議論されている。平成 21（2009）年 6 月 26 日の衆議院法務委員会では、自由民主党・公明党および民主党がそれぞれ提出した改正法案の審議を通じて議論が行われたが、主な論点の 1 つは「児童ポルノ」の定義の在り方であった¹。

本稿では、このような議論に資するため、わが国における児童ポルノの定義をめぐる議論を概観し、米英の児童ポルノ規制立法における児童ポルノの定義を整理する。

I 日本

児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（平成 11 年法律第 52 号） 第 2 条（定義）

3 この法律において「児童ポルノ」とは、写真、電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）に係る記録媒体その他の物であつて、次の各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したものをいう。

- 一 児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態
- 二 他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であつて性欲を興奮させ又は刺激するもの
- 三 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であつて性欲を興奮させ又は刺激するもの

1 「児童ポルノ」の定義規定

規制法第 2 条第 3 項の柱書きによれば、「児童ポルノ」とは、①写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物であり、②「次の各号」のいずれかに掲げる 18 歳未満の者の姿態を描写対象としており、③視覚により認識することができる方法により描写したもの、である。そして、「次の各号」に当たる姿態として、第 1 号から第 3 号までに 3 つの類型を提示している。

なお、第 2 号にある「性器等」とは、第 2 条第 2 項において、「性器、肛門又は乳首をいう。」と規定されている。また、第 1 号にある「性交類似行為」とは、「実質的にみて、性交と同視し得る態様における性的な行為をいいます。例えば、異性間の性交とその態様を同じくする状況下におけるあるいは性交を模して行われる手淫・口淫行為、同性愛行為等です」²と解されている。

¹ 例えば、第 171 回国会衆議院法務委員会議録第 12 号 平成 21 年 6 月 26 日 p.3.における西村智奈美衆議院議員の発言を参照。

² 森山真弓ほか編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』ぎょうせい、2005、pp.75-76, 78.

2 現行規制法の定義は広範に過ぎるとする見解

一般に、刑罰法規の内容（取り分け犯罪とされる行為の内容）は具体的かつ明確に規定されなければならない（明確性の原則）、これに反する法律は、憲法第 31 条違反として無効となると解される³。また、その刑罰法規が表現の自由を制約するものであって、当該法規の内容が漠然不明確である場合は、表現行為に対して萎縮的効果を及ぼすという実体の適正の問題をひき起こすため、合理的な限定解釈によって法文の漠然不明確性が除去されないかぎり、原則として法規それ自体が違憲無効となると解されている⁴。

こうした議論を踏まえ、規制法第 2 条第 3 項第 2 号および第 3 号の規定中、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」の箇所には、解釈上、特定の価値判断が混入せざるを得ないので、この箇所は不明確だとする見解がある⁵。また、同項第 3 号の規定中、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態」の箇所は、客観的な記述ではある一方で極めて広範な事象を対象とするが、これを「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という主観的な記述のみによって限定するのは、「児童ポルノ」の範囲が不明確となり問題であるとする見解もある⁶。

これらの立場は、刑罰法規である「児童ポルノ」の定義規定が、抽象的かつあいまいな主観的要件を中心とする規定であれば、捜査権の乱用が懸念されるとする。特に、児童ポルノの単純所持を処罰対象とする場合には、その懸念は更に強まるとする。他方で、そのような規定は、規制対象が不明確であるため、かえって捜査当局の消極的な運用を招き、結果、被害児童の擁護という趣旨を全うできなくなるとも指摘する⁷。

3 現行規制法の定義は広範に過ぎるところはないとする見解

規制法が児童ポルノに係る行為を規制・処罰の対象とする背景として、そのような行為が「児童ポルノに描写された児童の心身に有害な影響を与え続けるのみならず、このような行為が社会に広がる際には、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるとともに、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長に重大な影響を与える」⁸ことが挙げられる。ところが、児童ポルノの定義をより限定的にすると、本来処罰すべき行為を処罰できなくなるかもしれない。これでは、描写された児童に対する極めて深刻な人権侵害であるところの児童ポルノへの十全な対処が期待できず、結果的に児童の権利擁護が不十分となるとの指摘である⁹。

この立場は、児童ポルノを製作する過程でしばしば児童が性的虐待を受ける点、児童ポルノがしばしばインターネットを通じて極めて広範に拡散し、被害児童は自らが撮影された児童ポルノの出現に常に脅かされ、健全な心身の発達を著しく阻害される点等を指摘する。また、社会に広がっている児童ポルノ画像の現実、また、PTA 等から聴取した意見等を考慮すると、少なくとも現行法の定義をより限定的にすることは不適切だとする¹⁰。

³ 井田良『講義刑法学・総論』有斐閣, 2008, p.38.

⁴ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第四版）』岩波書店, 2007, pp.191-192.

⁵ 園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』日本評論社, 1999, p.28.

⁶ 例えば、前掲注(1), pp.26, 32.における参考人・一場順子 弁護士の発言を参照。

⁷ 前掲注(1)

⁸ 森山ほか編著 前掲注(2), p.170.

⁹ 例えば、前掲注(1), pp.25, 32.における参考人・前田雅英 首都大学東京法科大学院教授の発言を参照。

¹⁰ 同上

4 判例の立場

(1) 規制法の憲法適合性

被告人が販売目的で児童ポルノに該当するビデオテープを所持していたとして第1審で有罪、控訴棄却の上で上告された事案について、最高裁判所は、まず、原判決が認定するような児童ポルノであるビデオテープに対して、規制法第7条第2項を適用して処罰することが「憲法21条、13条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和57年（行ツ）第156号同59年12月12日判決・民集38巻12号1308頁、昭和57年（あ）第621号同60年10月23日判決・刑集39巻6号413頁）¹¹の趣旨に徴して明らか」と判示している。その上で、規制法第2条第3項第2号および第3号にいう「性欲を興奮させ又は刺激するもの」の文言について、「一般の通常人が具体的場合に当該行為がその適用を受けるかどうかを判断することが可能な基準を示しているということができ、不明確であるとはいえない」と判示し、憲法第21条および第31条に違反するという主張を退けている¹²。

(2) 「性欲を興奮させ又は刺激するもの」の判断基準

地方裁判所レベルであるが、以下のような判断基準を示した裁判例がある¹³。

・・・衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態（以下「児童の裸体等」という。）を描写した写真または映像に児童ポルノ法二条二項にいう「性器等」、すなわち、性器、肛門、乳首が描写されているか否か、児童の裸体等の描写が当該写真またはビデオテープ等の全体に占める割合（時間や枚数）等の客観的要素に加え、児童の裸体等の描写叙述方法（具体的には、①性器等の描写について、これらを大きく描写したり、長時間描写しているか、②着衣の一部をめぐって性器等を描写するなどして性器等を強調していないか、③児童のとしているポーズや動作等に扇情的な要素がないか、④児童の発育過程を記録するために海水浴や水浴びの様子などを写真やホームビデオに収録する場合のように、児童の裸体等を撮影または録画する必然性ないし合理性があるか等）をも検討し、性欲を興奮させ又は刺激するものであるかどうかを一般通常人を基準として判断すべきである。そして、当該写真又はビデオテープ等全体から見て、ストーリー性や学術性、芸術性などを有するか、そのストーリー展開上や学術的、芸術的表現上などから児童の裸体等を描写する必要性や合理性が認められるかなどを考慮して、性的刺激が相当程度緩和されている場合には、性欲を興奮させ又は刺激するものと認められないことがあるというべきである。

¹¹ 原告が輸入しようとした書籍等が関税定率法所定の輸入禁制品（風俗を害すべき書籍等）に該当する旨の税関長の通知等について争われた昭和59年12月12日最高裁判所大法廷判決、および青少年に対する淫行等を禁じた福岡県青少年保護育成条例について争われた昭和60年10月23日最高裁判所大法廷判決を指す。

¹² 平成14年6月17日最高裁判所判決（『最高裁判所裁判集 刑事』第281号、平成14年1-7月分、pp.577-578.）

¹³ 平成12年7月17日京都地方裁判所判決（確定）（『判例タイムズ』1064号、2001.9.15、pp.249-254.）。なお、この判決の引用部分は、森山ほか編著 前掲注(2)、pp.178-180.でも紹介されている。

II アメリカ（連邦法）

合衆国法典第 18 編第 1 部第 110 章 児童の性的搾取及びその他の虐待 第 2256 条（この章における用語の定義）

この章での用語は、次のとおり定義される。

- (1) 「未成年者」とは 18 歳未満の者をいう。
- (2)(A) 次号において規定されるものを除き、「性的に露骨な行為」とは、実際の又はそれを模した次の各目のいずれかの行為をいう。
 - (i) 生殖器と生殖器、口と生殖器、肛門と生殖器又は口と肛門を含む、同性間又は異性間の性交渉
 - (ii) 猥褻
 - (iii) 自慰行為
 - (iv) サディスティック又はマゾヒスティックな虐待
 - (v) いかなる者であれ生殖器の又は陰部のみだらな露出
- (B) この条の(8)項(B)号の「性的に露骨な行為」とは、次の各目のいずれかの行為をいう。
 - (i) 生殖器と生殖器、口と生殖器、肛門と生殖器若しくは口と肛門を含む、同性間若しくは異性間の生々しい性交渉又は生殖器、胸部若しくは陰部が露出されているみだらな模擬的性交渉
 - (ii) 次のいずれかの生々しい又はみだらな模擬的な行為
 - (I) 猥褻
 - (II) 自慰行為
 - (III) サディスティック又はマゾヒスティックな虐待
 - (iii) 生殖器又は陰部の生々しい又はみだらな模擬的露出
- (3) 「製造」とは、製造、監督、生産、発行、出版又は宣伝をいう。
- (4) (略)
- (5) 「視覚的描写」とは、未現像のフィルム及びビデオテープ、コンピューターディスク又は電子的な方法により保管されている、視覚的な画像に変換可能なデータ、並びに永続的なフォーマットで保管されているかどうかにかかわらず、何らかの手段により送信された、視覚的描写へと変換可能なデータを含む。
- (6) 「コンピューター」とは、本編第 1030 条の語句に付与された意味を有する。
- (7) (略)
- (8) 「児童ポルノ」とは、電子的、機械的又はその他の方法により製作され、又は製造されたかにかかわらず、写真、フィルム、ビデオ、絵画又はコンピューターの若しくはコンピューター処理された画像若しくはは絵画を含む、次の各目のいずれかに該当する性的に露骨な行為の視覚的描写をいう。
 - (A) 当該視覚的描写の製造が、性的に露骨な行為を行う未成年者の使用を伴うもの
 - (B) 当該視覚的描写が、デジタル画像、コンピューター画像又はコンピューター処理された画像であって、性的に露骨な行為を行っている未成年者のものであるか、それと見分けがつかない形態であるもの
 - (C) 当該視覚的描写が、身元を特定し得る未成年者が性的に露骨な行為を行っているように見えるように、創作され、翻案され又は修正されているもの
- (9) 「身元を特定し得る未成年者」とは、
 - (A) 次の各目を満たす者をいう。
 - (i) 次のいずれかの者
 - (I) 視覚的描写が創作され、翻案され、又は修正された時点で未成年者であった者
 - (II) 未成年時のその者の画像が視覚的描写を創作、翻案又は修正する過程で使用されている者
 - (ii) その者の顔、見かけ又は特有の母斑その他の認識可能な容貌等の際立った特徴によって実在の人物と認識することができる者
 - (B) また、身元を特定し得る未成年者の実際の身元の証明が必要と解釈されてはならない。
- (10) 性的に露骨な行為の描写に関して用いられる場合の「生々しい」とは、閲覧者が、性的に露骨な行為が描写されている間に、描写されている者又は動物の生殖器又は陰部の一部を観察することができることをいう。
- (11) 描写に関して「見分けがつかない」という語句が用いられる場合、当該描写は、その描写を閲覧する一般の通常人が、性的に露骨な行為を行っている実在の未成年者の描写であると判断するようなものであるため、実質的に見分けがつかないことをいう。この定義は、未成年者又は成人を描写したスケッチ、漫画、彫刻又は絵画の描写に対しては適用されない。

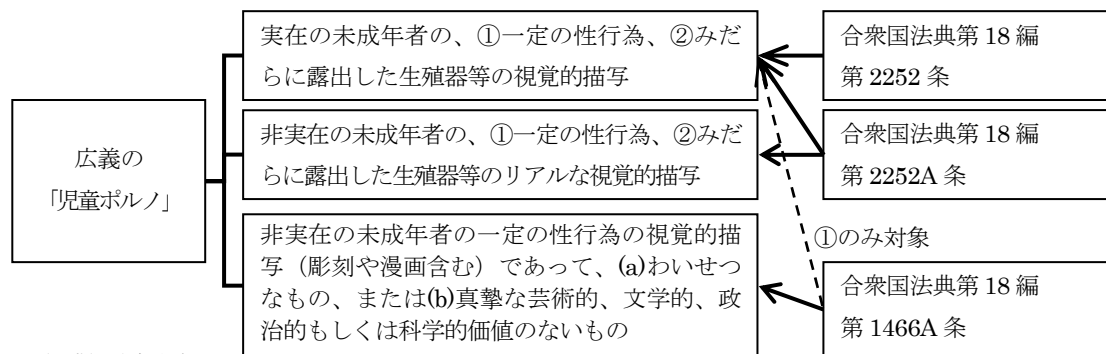
(出典) 井樋三枝子「児童ポルノ及び子どもに対する性犯罪に関する法律」『外国の立法』241 号, 2009.9, pp.33-34.
<<http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/legis/241/024103.pdf>> を参考に、筆者訳出。

1 児童ポルノ規制法制の概要

児童ポルノに係る行為を規制するアメリカ連邦法の主要な規定として、①実在する未成年者を描写した児童ポルノを規制対象とする合衆国法典第 18 編第 2252 条と第 2252A 条、②実在しない未成年者を描写した児童ポルノまで規制対象とする第 1466A 条、そして、「児童ポルノ」(第 2252A 条)等これら条文の文言の定義を規定する第 2256 条がある。

これらのうち第 1466A 条は、2003 年 PROTECT 法¹⁴によって新たに設けられたものである。それ以前、非実在の未成年者の一定の性行為等の視覚的描写は、実在する未成年者のそれと同様に、これに係る行為が規制されていた。しかし、2002 年の *Ashcroft v. Free Speech Coalition* 事件連邦最高裁判決¹⁵で、非実在の未成年者の一定の性行為等の視覚的描写の規制が、表現の自由を過度に制約して違憲とされたため、非実在の未成年者のそれについて要件を厳格にして対象を絞り、改めて規制したものである(図 1)。なお、第 1466A 条は、一定の性行為について当該未成年者の実在性に関係なく適用され得る¹⁶。

図 1 児童ポルノ規制の対象と第 1466A 条、第 2252 条、第 2252A 条との関係



(出典) 筆者作成

2 第 2252A 条における「児童ポルノ」の定義規定

第 2252A 条 (児童ポルノを構成し又は含む素材に関する一定の行為)

(a) 次の各号のいずれかに該当する場合は、(b)項に規定する刑に処する。

(1) 知りつつ、児童ポルノを郵送し、又は州際若しくは国際通商の何らかの方法若しくは設備を用いて、若しくはコンピューターによるものを含む何らかの手段によって州際若しくは国際通商において若しくはこれに関連して、輸送し、若しくは運送する場合

(2)から(7)まで (略)

(出典) 井樋 前掲論文, pp.30-33.を参考に、筆者訳出。

第 2252A 条においては「児童ポルノ (child pornography)」の文言を用いて処罰対象行為の要件を規定する。この「児童ポルノ」の定義は、前出の第 2256 条(8)項で規定され、

¹⁴ PL.108-21. この法律の概要については、中川かおり「アメリカ：児童を誘拐及び性的搾取から保護するための法律」『外国の立法』217号, 2003.8, pp.134-140. <<http://www.ndl.go.jp/data/publication/legis/217/21704.pdf>>を参照。

¹⁵ 535U.S.234. この判決の概要については、永井善之「児童ポルノの刑事規制について(二・完)」『法学』67巻4号, 2003.10, pp.116-121.を参照。

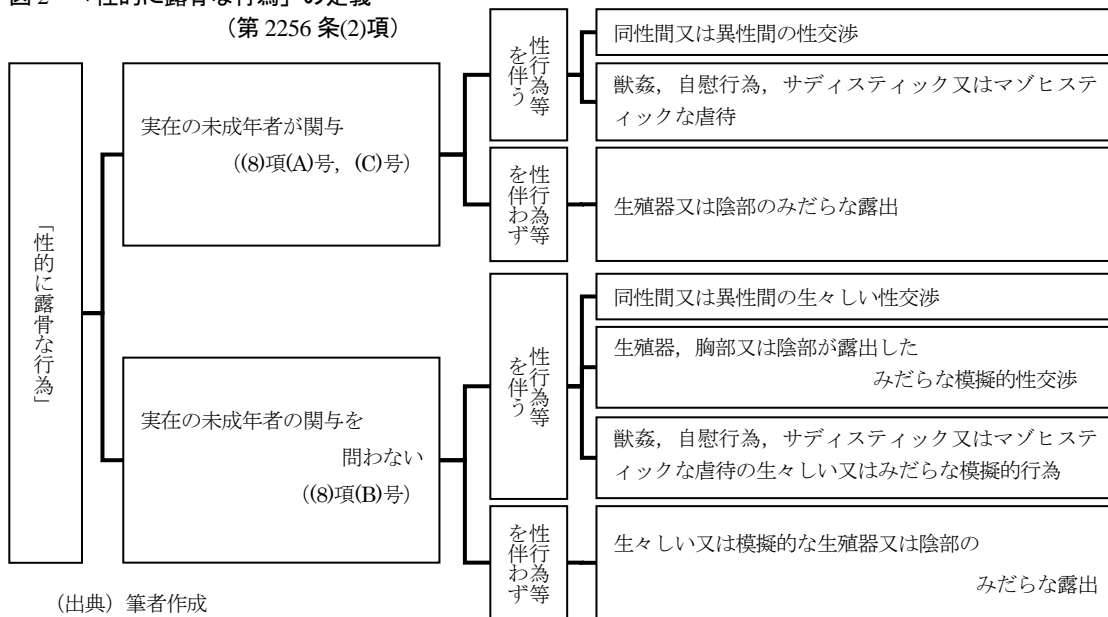
¹⁶ Henry Cohen, "Obscenity and Indecency: Constitutional Principles and Federal Statues," *CRS Report for Congress*, 95-804, 2009.1.21, p.16.

同条の他の項において関係する文言の定義を規定する構造となっている。これらの規定によれば、「児童ポルノ」とは、おおよそ次のいずれかに該当するものを指すこととなる。

- ① **性的に露骨な行為**を行っている未成年者（18歳未満の者（第1項）。以下同じ。）の使用を伴って制作された視覚的描写
- ② デジタル画像、コンピューター画像またはコンピューター処理された画像であって、**性的に露骨な行為**を行っている未成年者のものであるか、それと見分けがつかない形態である視覚的描写
- ③ 身元を特定し得る未成年者が**性的に露骨な行為**を行っているように見えるように、創作され、翻案され、又は修正されている視覚的描写

以上から、いずれも「性的に露骨な行為（sexual explicit conduct）」を要件に含み、これが児童ポルノを定義する上で重要な文言であることが分かる。この「性的に露骨な行為」の定義は第2256条(2)項で規定されているが、この規定を整理すると、以下の図2のとおりとなる。すなわち、当該視覚的描写の製作に未成年者が関与するか否かによって分類され、更に性行為等を伴うか否かで分類されて規定されている。

図2 「性的に露骨な行為」の定義
(第2256条(2)項)



3 第2252条における「児童ポルノ」の定義規定

第2252条（未成年者の性的搾取にかかわる素材に関する一定の行為）

- (a) 次の各号のいずれかに該当する場合は、(b)項に規定する刑に処する。
- (1) 視覚的描写が、次の各目のいずれにも該当すると知りつつ、州際若しくは国際通商の何らかの方法若しくは設備を用いて、若しくはコンピューターによるものを含む何らかの手段によって州際若しくは国際通商において、若しくはこれに関連して、当該視覚的描写を輸送し、若しくは運送し、又は郵送する場合
 - (A) 当該視覚的描写の製造が、性的に露骨な行為を行っている未成年者の使用を伴うこと。
 - (B) 当該視覚的描写が当該行為のものであること。
 - (2)から(4)まで（略）

(出典) 井樋 前掲論文, pp.28-30.を参考に、筆者訳出。

第 2252 条は、第 2252A 条のように「児童ポルノ」という文言は使用せず、本文中でこれに相当する物の要件を規定する。すなわち、①その製造が、性的に露骨な行為を行っている未成年者の使用を伴い ((A)号)、かつ、②未成年者が行う性的に露骨な行為を描写している ((B)号)、③視覚的描写をいう。

4 第 1466A 条における「児童ポルノ」の定義規定

第 1466A 条 (児童の性的虐待のわいせつな視覚的表現)

(a) 総則

(略) いかなる者も、知りつつ、頒布する意図でスケッチ、漫画、彫刻若しくは絵画を含むあらゆる種類の視覚的描写を製造、頒布、受領若しくは所持する者又はこれを企て若しくはこれを共謀する者は、次の各号のいずれかの場合には、(中略) 刑に服する。

(1) (A)及び(B)のいずれにも該当する場合

(A) 性的に露骨な行為を行っている未成年者を描写していること。

(B) わいせつであること。

(2) (A)及び(B)のいずれにも該当する場合

(A) 生々しい獣姦、サディスティック若しくはマゾヒスティックな虐待又は同性間であるか異性間であるかを問わず、生殖器と生殖器、口と生殖器、肛門と生殖器若しくは口と肛門を含む性交渉を行っている未成年者のものであるかそのように見える画像を描写していること。

(B) 真摯な文学的、芸術的、政治的又は科学的な価値を欠いていること。

(出典) 井樋 前掲論文, pp.22-23.を参考に、筆者訳出。

第 1466A 条は、要件を満たす視覚的表現につき、(a)項で頒布目的での製造や所持等の行為を、(b)項で単純所持を規制しているところ、第 2252 条と同様、両項とも本文中で「児童ポルノ」に相当する物の要件を 2 つの類型ごとに同一の表現で規定している。

(1)号が規定する第 1 の類型は、①性的に露骨な行為を行っている未成年者を描写した、②わいせつな、③視覚的表現である。このうち、「性的に露骨な行為」は、(f)項(2)号の規定により、第 2256 条(2)項の定義が援用される。また、「わいせつ」の要件は、法令上には規定されていないが、1973 年の *Miller v California* 事件連邦最高裁判決¹⁷で示された「ミラー・テスト (Miller Test)」によって判断される。すなわち、①平均的な人が、その所属する地域社会などのコミュニティにおけるその当時の基準 (contemporary community standards) に照らしてその表現物を見た場合、全体として好色的な興味に訴えていると考えるか、②その表現物が、当該州法によって明確に定義された性行為を、明らかに不快感を得る方法で、描写または記述しているか、③その表現物が、全体として見た場合、真摯な文学的、芸術的、政治的または科学的価値を欠くか、の 3 要件である¹⁸。

(2)号が規定する第 2 の類型は、①一定の性行為等を行う未成年者またはそのように見え、②真摯な文学上等に関する価値を欠く、③視覚的描写である。このうち、①でいう一定の性行為等とは、「性的に露骨な行為」を定義する第 2256 条(2)項のうち、性行為等を伴うものに関する規定のみ抽出したものである (前掲図 2 参照)。また、真摯な文学上等に関する価値を欠くとの要件は、上記ミラー・テストのうち要件③と同一である。

¹⁷ 413 U.S. 15.

¹⁸ ヘンリー・コーエン 「「猥褻」、「児童ポルノ」、および「下品な表現」をめぐる議論：最近の展開と懸案事項」『CRS Report for Congress』98-670, 2008.5.20, p.1. (在日米国大使館ウェブサイトに掲載)
<<http://aboutusa.japan.usembassy.gov/pdfs/wwwf-crsreport-childpomography.pdf>>

Ⅲ イギリス（イングランド・ウェールズ）

1978 年児童保護法（Protection of Children Act 1978 年（1978 c.37））

第 1 条（児童のいかがわしい写真）

- (1) 第 1A 条及び第 1B 条の規定に従うことを条件として、次の各号に掲げる行為を行った者は、罪を犯したもとする。
- (a) 児童のいかがわしい写真又は疑似写真の撮影、撮影の許可又は製造
 - (b) 以下（略）

第 7 条（解釈）

- (1) 以下の各項は、この法律の解釈に適用される。
- (2) いかがわしい写真には、いかがわしいフィルム、いかがわしい写真又はフィルムの複製物及びフィルムを構成するいかがわしい写真を含む。
- (3) 写真（フィルムを構成するものを含む。）が児童を写し出し、かつ、いかがわしいとき、当該写真は、この法律のすべての適用上、児童のいかがわしい写真とみなし、疑似写真についても同様とする。
- (4) 写真には、次の各号に掲げるものを含む。
- (a) ネガ及びポジ
 - (b) コンピューターディスク又はその他の電子的手段で蓄積されている、写真に変換することができるデータ
- (4A) 写真は、次の各号に掲げるものを含み、第 8 項はこれらの画像についても疑似写真についてと同じように適用する。
- (a) 電子的その他の（あらゆる性質の）手段により作成された透写図又はその他の画像であって、
 - (i) それ自体が写真又は疑似写真ではないが、
 - (ii) 写真若しくは疑似写真の全部若しくは一部又はそれらの組合せから得られるもの
 - (b) コンピューターディスク又はその他の電子的手段で保存された、前掲(a)号に挙げる方法で画像に変換できるデータ
- (5) 「フィルム」は、いかなる形態のビデオ録画を含む。
- (6) 「児童」は、第 8 項の規定に従うことを条件として、18 歳未満の者をいう。
- (7) 「疑似写真」とは、コンピューターグラフィックスその他どのような方法で作成するかを問わず、写真のように見える画像をいう。
- (8) 疑似写真が描写する者が児童であるとの印象を当該疑似写真から受けた場合は、当該疑似写真は、この法律のすべての規定の適用上、児童を描写したものとみなし、また、描写された身体的特徴のいくつか成年のそれであっても、当該疑似写真が描写する者が児童であるとの顕著な印象を当該疑似写真から受けた場合も同様とする。
- (9) いかがわしい疑似写真は、次の各号に掲げるものを含む。
- (a) いかがわしい疑似写真の複製物
 - (b) コンピューターディスク又はその他の電子的手段で蓄積されている、いかがわしい疑似写真に変換することのできるデータ

1988 年刑事司法法（Criminal Justice Act 1988（1988 c.33））

第 160 条（児童のいかがわしい写真の所持）

- (1) 第 160A 条の規定に従うことを条件として、児童のいかがわしい写真又は疑似写真を所持する者は、罪を犯したもとする。
- (2), (2A), (3)（略）
- (4) 1978 年児童保護法第 1 条第 3 項、第 2 条第 3 項、第 3 条及び第 7 条は、これらの条項における同法への言及が本条への言及を含むものとみなして適用する。

(出典) 山田敏之「先進各国における児童ポルノ取締に関する規定」『外国の立法』199・200 号,1996.11, p.183; 横山潔ほか「1994 年刑事司法及び公共の秩序法」『外国の立法』205 号, 2000.3, pp.13-133; 横山潔「イギリス「2003 年性犯罪法」(法律第 42 号) (2)」『比較法雑誌』38 巻 3 号, 2004, pp.191-224; 岡久慶「2008 年刑事司法及び移民法(抄)(2008 年法律 4 号) 第 5 編 刑法」『外国の立法』238 号, 2008.12, pp.14-20.

<<http://www.ndl.go.jp/jp/data/publication/legis/238/023801.pdf>> を参考に、筆者訳出。

1 児童ポルノ規制法制の概要

イギリス（本稿では、イングランド・ウェールズを指す。以下同じ。）においては、児童ポルノの製造や提供、提供等を目的とした所持等の処罰を 1978 年児童保護法第 1 条が、児童ポルノの単純所持の処罰を 1988 年刑事司法法第 160 条が規定している。

2 「児童ポルノ」の定義規定

前出の各規定において「児童ポルノ」に該当するのは、「児童のいかがわしい写真又は疑似写真」である。その要件は、1978 年児童保護法第 7 条によれば、①18 歳未満の者またはそのように見える者を描写する、②「いかがわしい (indecent)」、③写真または写真のように見える画像である。

これら要件のうち、①と③を満たすのは、「18 歳未満の者またはそのように見える者を描写する写真または写真のように見える画像」となるところ、この条件には、およそ児童ポルノには当たらないと解されるもの、例えば、中学生の卒業写真や小学生の徒競争中の写真までが該当することとなる。したがって、残る要件②が、児童ポルノを定義する上で極めて重要な位置を占めていると言えよう。

3 「いかがわしい」の判断基準

「いかがわしい」の定義は、1978 年児童保護法第 7 条のみならず、イギリスの法令中にも存在せず、明文では明確な判断基準がない。この点について判例は、「社会で広く認められた礼節の基準 (the recognised standards of propriety)」に基づき、陪審または治安判事が「いかがわしい」の判断を行うものとしている¹⁹。

この判断に際して以下の点に留意しなくてはならない。第一に、当該写真等が「いかがわしい」ものか否かの判断は、その写真のみを上記基準に照らして観察することによってのみ行われるべきであって、その写真の製作等の状況や動機を考慮してはならない²⁰。例えば、全くの偶然でカメラのシャッターを押した際に撮影された等の事情は「いかがわしい」の判断ではなく、故意等の要件を満たすか否かの判断で考慮されるものとされる²¹。第二に、たとえ性行為を伴わない描写でも、「いかがわしい」とされることがある²²。例えば、性器等が露出していないものの、上半身は大き目のブラウスと一連のビーズを、下半身は下着のみを着けた、胸を誇示するような 14 歳の女兒の写真²³、また、裸体主義者のみが集まる水泳プールで撮影された、性欲を喚起するようなポーズを取っていない 7 歳の男児の裸体の写真²⁴が、いずれも「いかがわしい」とされている。第三に、「いかがわしい」に該当しない写真等を編集したものが、「いかがわしい」とされることがある²⁵。

¹⁹ *R. v. Graham-Kerr* [1988] 1 W.L.R. 1098, C.A.

²⁰ *ibid.*

²¹ *ibid.*

²² The Crown Prosecution Service, *Indecent photographs of children*, 2008.4.1.

<http://www.cps.gov.uk/legal/h_to_k/indecnt_photographs_of_children/>

²³ *R. v. Owen(Charles)* [1988] 1 W.L.R. 134, C.A.

²⁴ *op.cit.*(19)

²⁵ *R v Murray* [2004] EWCA Crim.2211. この事案では、テレビで放映されたドキュメンタリー番組から男児の性器に治療を行うシーンを中心に編集する等した映像が「いかがわしい」に該当するとされた。

おわりに

刑法における法律要件のうち、直接犯罪行為に関する記述を「構成要件」という²⁶。この構成要件を構成する「構成要件要素」は、「人」や「建造物」等、裁判官が認識的に確定し得る「記述的要素」と、「わいせつ」や「他人の物」等、裁判官による価値判断や法的評価を前提として初めて認定され得る「規範的要素」とに分類される²⁷。罪刑法定主義の要請から、法文はできる限り、規範的要素ではなく記述的要素によって示されることが望ましいとされる²⁸。

この記述的要素と規範的要素との限界は必ずしも明らかではないとされるが、その分類は、なお法文の規範的要素の解釈時にその明確性等につき注意を促す意義があるとされる²⁹。また、規範的要素の確定に当たっては、社会通念を基礎とし、可能な限り客観的かつ厳格に行うとともに、事例の集積を通じて類型化を図るべきだとされる³⁰。

米英における「児童ポルノ」の定義を、「記述的要素」と「規範的要素」に整理する視点から見ると、次のような対比が可能であろう。すなわち、イギリスにおける定義は、III 2で既述のとおり、「いかがわしい」という規範的要素に大きく依存したものであると言えよう。一方、アメリカにおける定義にも、「性的に露骨な行為」の規定が重要な位置を占めるところ、これには「みだらな」が含まれる等、規範的要素が認められる。しかし他方、イギリスにおける定義と比較すると、「同性間又は異性間の性交渉」等の記述的要素が多く用いられ、このような記述的要素が「児童ポルノ」の限界を示す上で重要な機能を果たしていることが指摘できよう。

諸外国の児童ポルノ対策は、各々の固有の事情や経緯を踏まえて実施されるため、わが国との単純な比較は困難であるし、また、そのような事情や経緯を考慮しないままにわが国に導入することも適切ではないと考えられるが、このような限界を認識した上であれば、わが国の今後の児童ポルノ対策を検討する上で参考になると思われる³¹。

²⁶ 三井誠ほか編『刑事法辞典』信山社, 2003, pp.241-242.

²⁷ 浅田和茂『刑法総論(補正版)』成文堂, 2007, p.123.

²⁸ 同上 なお、複雑な社会現象に適切に対応する必要上、規範的要素を排除することは不可能であるとされる(大谷實『刑法講義総論(新版第3版)』成文堂, 2009, pp.133-134.)。

²⁹ 浅田 同上

³⁰ 大谷 前掲注(28)

³¹ 試みに、自分の子どもが海で遊んでいる裸の姿を親が撮影した写真を例に、わが国とアメリカ(連邦)の現行法制度上、当該写真が「児童ポルノ」に該当するか否かを検討してみる。この事例をわが国の規制法に則して考えた場合、第2条第3項第3号に該当するか否かが論点となるが、当該写真が「衣服の全部又は一部を付けない児童の姿態を描写」していることは明らかであるので、結局、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」に該当するか否かが論点となる。この後者の要件に該当するか否かは、当該児童の年齢、そのとっているポーズ等を見て、個別具体的に判断するほかないと解されるが、この事例の写真は、一般人から見て、「性欲を興奮させ又は刺激する」とはいいがたく、普通は児童ポルノに当たらないのではないかと、との結論が一応導き出されると考えられる(森山ほか編著 前掲注(2), p.185.)。これに対してアメリカ連邦法に則して検討した場合は、少なくとも当該児童の生殖器等のみだらな露出が当該写真に含まれていない限り、児童ポルノに該当しないと解される(前掲注(1), p.27.において、参考人・一場弁護士が紹介した、アンドリュー・オースターバーン米国司法省搾取・わいせつ部部長が2008(平成20)年4月に米国大使館で行った会合で配布した資料の記述による)。このように、児童ポルノの定義が両国で異なるため、例えば、同一の写真が、当該国により、児童ポルノと評価されるか否かの結論が異なることもあり得ると考えられる。