

諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例

間 柴 泰 治

- ① 児童ポルノに対する法規制は、一義的には実在する児童を描写したポルノが対象となるが、実在しない児童を描写した漫画等のポルノについても法規制の対象にするべきだとする議論がある。
- ② 児童ポルノ規制とわいせつ物規制には類似点が見られるものの、保護法益、処罰対象となる表現の要件、処罰対象となる行為、科される刑罰の点で本質的に異なる。しかし、児童ポルノを規制する手段として、わいせつ物規制の法的枠組みを併用する例が諸外国に見られる。
- ③ アメリカでは、連邦法と州法がそれぞれ児童ポルノ規制を定めるが、連邦法を見ると、実在しない児童を描写したポルノに対する規制をも企図してきたことが分かる。しかし、2002年の連邦最高裁判決が、このような規制は表現の自由を不当に侵害して違憲である旨判断しているため、実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する規制は、違憲だと判断されるだろう。ただし、わいせつ物に該当する場合には、規制対象となる。
- ④ カナダでは、児童ポルノに対して極めて厳しい規制が行われている。描写された児童の実在性に関係なく処罰対象となり、また、視覚的表現物に加え、文章や録音物も規制対象となり得ることが主な特徴である。したがって、実在しない児童を描写した漫画等のポルノは、規制対象となり得る。しかし、児童ポルノの規制立法は、特に表現の自由との関係をはじめとする憲法上の論点について国会審議の過程で十分な検討をされたとは言い難く、したがって、これらの論点については司法判断を待つことになった。カナダ最高裁は、2001年に合憲判断を下したが、判断の示されていない憲法上の論点が依然残されている。
- ⑤ イギリスでは、実在しない児童を描写した漫画等のポルノが規制対象となるか否かは、「擬似写真」に該当するか否かにかかわる。この「擬似写真」の要件に、写真のように見える程度の「写実性」があるので、通常、該当しないと考えられる。しかし、わいせつ物に該当する場合には、規制対象となる。
- ⑥ 実在しない児童を描写した漫画等のポルノの規制を検討するに当たっては、そのような規制が表現の自由等の人権侵害という強い「副作用」を必然的に伴うこと、実在する児童を描写した児童ポルノと保護法益が異なること、そのようなポルノの視聴と児童虐待発生との因果関係の有無等を慎重に考慮しなければならないだろう。

諸外国における実在しない児童を描写した 漫画等のポルノに対する法規制の例

行政法務課 間柴 泰治

目 次

はじめに

I 主な論点

- 1 児童ポルノ規制とわいせつ物規制との関係
- 2 実在しない児童を描写したポルノの「写実性」

II 主要国の法規制

- 1 アメリカ（連邦法）
- 2 カナダ
- 3 イギリス

おわりに

はじめに

児童ポルノは、それを製造する過程でしばしば児童が性的虐待を受ける点、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て、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。このような児童ポルノに対する問題意識は世界各国で共有されており、最近では、平成20(2008)年6月に開催されたG8司法・内務大臣会議でもこの問題が取り上げられている。

我が国における対策の嚆矢は、平成11(1999)年に制定された「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「禁止法」という。)である。禁止法は、平成16(2004)年にインターネットを利用した児童ポルノの提供等への処罰範囲の拡大、罰則の強化等を目的とした改正が行われ⁽¹⁾、現在に至っている。

ところで、平成16(2004)年改正法の附則第2条においては、その施行から3年後を目途に、法律の施行状況等を検討し、必要な措置を講ずるものとされた。この時の改正において想定されていた論点の1つとして、実在しない児童を描写したポルノを規制対象とすることの是非が挙げられていた⁽²⁾。禁止法は、描写対象となった児童の人権を著しく害することに着目して児童ポルノを規制対象としており⁽³⁾、実在しない児童を描写したポルノは、被害者となる児童が存在しないために規制対象外とされてきた

ものであるが⁽⁴⁾、実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノの規制を求める見解がなお存在することが、この論点提示の背景にあった⁽⁵⁾。

平成20(2008)年2月以降本格的に開始された与野党の検討では、漫画やアニメ等の実在しない児童を描写したポルノを規制対象とすることの是非も論点に挙げられたが、結局法制化は見送られた⁽⁶⁾。他方、平成20(2008)年6月10日に自民党・公明党が衆議院に提出した改正法案⁽⁷⁾は、改正法案の附則第2条第2項で「児童ポルノに類する漫画等の規制及びインターネットによる閲覧の制限については、この法律の施行後三年を目途として、前項に規定する調査研究及び技術の開発の状況等を勘案しつつ検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるものとする」と規定し、引き続き検討すべき課題として掲げている。

本稿は、禁止法の今後の検討に資するため、実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノに関する法制度について、主な論点を整理した上で、諸外国の事情を概観するものである。

I 主な論点

1 児童ポルノ規制とわいせつ物規制との関係

児童ポルノと類似の表現物に、わいせつ物がある。我が国では、前者を規制する法律として禁止法が、後者を規制する法律として刑法第175条の「わいせつ物頒布等罪」が挙げられる。

(1) 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の一部を改正する法律(平成16年法律第106号)

(2) 森山真弓・野田聖子『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, p.228.

(3) なお、実在する児童を描写した「絵」は、禁止法第2条第3項にいう「その他の物」に該当する可能性があり、現行法上も児童ポルノに該当する場合があるとされている(同上, pp.78,181.)。

(4) 同上, p182.

(5) 近年においても、例えば、日本ユニセフ協会は漫画やアニメ等の規制を主張する(「児童買春・児童ポルノ禁止法 日本ユニセフ協会『改正を』 与野党に要望書提出」『毎日新聞』2008.4.18.)。

(6) 「児童ポルノ接続制限で与党 業者側に努力義務」『東京新聞』2008.5.3.

(7) 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の一部を改正する法律案(第169回国会衆法第32号(平成20年6月10日提出))なお、第169回国国会期末に継続審査とされた。

これらの差異については、以下のとおり整理できる。

まず、保護法益が異なることが挙げられる。児童ポルノについては、被害児童の人権侵害に着目して処罰するのに対し、わいせつ物については、国内における性的秩序・道徳・風俗を害する点に着目して処罰している⁽⁸⁾。

次に、処罰対象となる表現の要件が異なる。この点について、まず、児童ポルノの要件⁽⁹⁾に「性欲を興奮させ又は刺激するもの」（禁止法第2条第3項）とあるのに対し、法文上は明記されていないものの、確立された判例は、わいせつ物の要件に「徒に性欲を興奮又は刺戟せしめ⁽¹⁰⁾」ることを挙げ、前者と比較して後者には「徒に（いたずらに）」という加重要件が存在する。また、児童ポルノについては、写真やビデオテープ等「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」（禁止法第2条第3項）に限定されており、「単に文字や音声で描写するだけの小説や録音テープは、児童ポルノに当たらない⁽¹¹⁾」のに対し、わいせつ物は、「文書、図画その他の物」（刑法第175条）とされ⁽¹²⁾、視覚的な表現物に限定されていない。

また、処罰対象となる行為が異なる。児童ポ

ルノ提供等の罪と刑法上のわいせつ物頒布等罪とを比較すると、前者のみ、特定かつ少数者への提供等が処罰対象となり⁽¹³⁾、また、日本国民については国外犯も処罰される⁽¹⁴⁾。

最後に、科される刑罰が異なる。児童ポルノの提供等の罪に対しては、5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金、若しくはこれらの併科、又は3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金に処される（禁止法第7条）。他方、わいせつ物頒布等の罪に対しては、2年以下の懲役又は250万円以下の罰金若しくは科料に処せられる。このような差は、「児童ポルノについては、描写の対象とされた児童の人権を侵害するとともに、児童を性的行為の対象とする社会的風潮を助長するという、強い反社会性を考慮し⁽¹⁵⁾」た結果であると理解されている⁽¹⁶⁾。

このような児童ポルノとわいせつ物に対する規制のあり方の差異は、諸外国でもしばしば見られる。後述のとおり、アメリカやイギリスでは、児童ポルノのみの規制強化を図るだけでなく、わいせつ物に対する規制枠組みを併用している。このことから、児童ポルノ規制を検討する場合は、わいせつ物規制にも留意することが必要である。

(8) 森山・野田 前掲注(2), p.173.

(9) 禁止法第2条第3項は、以下のとおり規定する。

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っては認識することができない方式で作られる記録であって、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って、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っ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って性欲を興奮させ又は刺激するもの

(10) チャタレー事件に関する昭和32年3月13日最高裁大法廷判決（刑集11巻3号997頁）は、「徒に性欲を興奮又は刺戟せしめ、且つ普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」とする。

(11) 森山・野田 前掲注(2), p.78.

(12) 「その他の物」の例として、「彫刻物、置物、レコード、録音テープ」が挙げられる（大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第2版 第9巻』青林書院, 2000, p.43.）。

(13) 禁止法第7条第1項参照。また、森山・野田 前掲注(2), pp.95-96.

(14) 禁止法第10条。

(15) 森山・野田 前掲注(2), p.102.

(16) なお、児童ポルノ及び刑法上のわいせつ物に該当する物を頒布等する行為は、両方の罪にあたる行為とした上で、一つの罪（観念的競合）として扱われる（同上, pp.173-174.）。

2 実在しない児童を描写したポルノの「写実性」

前述のとおり、児童ポルノは、その製造等に伴う被害児童の人権侵害に着目して規制され、したがって、実在しない児童を描写したポルノに対する規制は、総じていずれの国も消極的であったと言える⁽¹⁷⁾。しかし、実在しない児童を描写したポルノに対する規制は、我が国のみにとどまらず諸外国でも、様々な理由から主張され、あるいは検討され、一部では実施されてきたところである。このような児童ポルノ規制やこれをめぐる議論は、このような規制の目的に着目し、実在しない児童を描写したポルノの「写実性」によって整理することができる。

実在しない児童を描写したポルノを規制対象とするのは、①そのようなポルノは、性的虐待につながる不適切な性的欲求を増長させる点、②そのようなポルノは、特に低年齢の児童を性的行為に勧誘する目的でしばしば利用される点、③そのようなポルノを規制対象とすることで、被害児童の実在性に関する検察官の立証責任を軽減し、児童ポルノ規制の実効性を確保できる点⁽¹⁸⁾に着目した結果である。これらのうち、①と②は、その描写の写実性にかかわらず対象とすべきだとする見解と結び付き易く、他方③は、写実的な描写のみを対象とすれば十分有意義であるとされよう。すなわち、実在しない児童を描写した表現物の規制の目的に着目す

ることで、規制対象となる表現物の範囲は「写実性」を基準に分類できるのである。したがって、実在しない児童を描写したポルノを規制対象とする議論においては、その規制目的を明確にすることが肝要である。

以下では、これらの論点に留意しながら、児童ポルノ規制について表現の自由との関係の観点から厳格審査を行った判例が存在するアメリカ、極めて厳しい児童ポルノ規制を行うカナダ、近年児童ポルノ規制を厳格化しようとする動きのあるイギリスの3か国を例にとり、児童ポルノとわいせつ物に対する規制を概観した上で、実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノに対する法的取扱いについて見ることとする。

II 主要国の法規制

1 アメリカ（連邦法）

(1) 法の規定の概要

(i) 児童ポルノ規制

(a) 立法の経緯

アメリカでは、1970年代後半以降、連邦と州それぞれで児童ポルノ規制が漸次強化されてきた。これらの規制立法に対して連邦最高裁判所は、1982年7月には、ファーバー事件判決⁽¹⁹⁾で児童ポルノの製造等を禁止するニューヨーク州法を、また、1990年4月には、オズボーン事件判決⁽²⁰⁾で親や監護者以外の者による児童ポ

(17) 以下この部分の記述については、永井善之「児童ポルノの刑事規制について(一)」『法学』67巻3号、2003.8, pp.105-154; 同「児童ポルノの刑事規制について(二)」『法学』67巻4号、2003.10, pp.110-166.の議論を参考にした。

(18) 児童ポルノ規制は、実在する児童の保護を目的としているため、被害児童の実在を証明する責任は、訴追する検察官が負う。しかし、コンピューター画像技術の進歩により、実在しない児童をあたかも実在する児童であるかのように描写する極めて精巧な画像の作成が可能となり、実在する児童を描写しているにもかかわらず、コンピューターで作成した画像であるとの主張を許すこととなった。そこで、本来の目的である、実在する児童を描写した児童ポルノの規制を実効のあるものとするため、判別不可能なくらい写実的な児童を描写したポルノをも規制対象としようとするものである。この点につき、同上、67巻3号、p.144.を参照。

(19) *New York v. Ferber*, 458 U.S.747 (1982) これを紹介する日本語文献として、江橋崇「児童モデルポルノの規制と表現の自由」『ジュリスト』828号、1985.1.1-15, pp.218-221.がある。

(20) *Osborne v. Ohio*, 495 U.S.103 (1990) これを紹介する日本語文献として、矢口俊昭「児童ポルノの私的所持と第1修正の保護」憲法訴訟研究会・芦部信喜編著『アメリカ憲法判例』有斐閣、1998, pp.41-47.がある。

ルノの単純所持を禁止するオハイオ州法をいづれも合憲と判示し、これらの規制立法を支持してきた。

ところで、これらの規制立法は、いずれも実在する児童を描写した児童ポルノを対象としてきた。これは、児童ポルノがしばしば児童の性的虐待を伴い、被害児童への権利侵害が甚大であることを主な根拠としているためであって、それゆえ、表現の自由の保障の範囲外とされ、また、わいせつ物規制と比較しても極めて厳しい規制が正当化されてきた。

1996年に連邦議会が成立させた1996年児童ポルノ禁止法⁽²¹⁾（以下「1996年法」という。）は、実在する児童を描写したポルノから、実在しない児童を描写したポルノにまで規制対象を拡大した点で画期的であったと言えよう。その立法目的としては、①そうしたポルノが小児性愛者の性的欲求を刺激しかねず、また、小児性愛者が児童を性的行為に勧誘する目的で、あたかも多くの児童が同様の行為を行っているかのように当該児童に思い込ませるためにそれらを利用する可能性があり、その結果、実在の児童が性的虐待を受ける危険性を増大させる可能性があること、②実在しない児童を描写した精巧かつ写実的なポルノに規制対象を拡大することで、描写対象となっている児童の実在性に関する検察官の証明責任を軽減し、児童ポルノ規制の実効性を確保すること、などが挙げられた。しかし、このような規制対象の拡大は、合衆国憲法修正第1条が保障する表現の自由を不当に侵害して違憲であるとの主張も根強かった。

こうした1996年法の憲法上の争点に決着をつけたのが、2002年のアシュクロフト対表現の自由連盟事件連邦最高裁判決⁽²²⁾（以下「2002年判決」という。）である。全裁判官9名中5名の多数による法廷意見は、実在の児童を描写する児童ポルノの禁止は、表現の内容に対する規制ではなく、表現の手段（実在する児童を性的に虐待することによって表現していること）を規制するものなので正当化される一方、実在しない児童を描写するポルノの禁止は、正に表現の内容そのものを規制するものであるにもかかわらず、これを正当化する程度の重大な利益が見当たらないこと等を理由として、実在の児童が関与せずに制作されたポルノを禁止する限りで違憲と判示したのである。

このような最高裁判決に対して連邦議会は、2003年、PROTECT法⁽²³⁾による1996年法の改正で、2002年判決で違憲とされた実在しない児童を描写するポルノについて、その範囲を限定した上で改めて規制対象とする一方、わいせつ物に該当する児童ポルノに規制対象を拡大して罰則を強化することとし、現在に至っている⁽²⁴⁾。

(b) 連邦法の概要

アメリカにおいては、前述のとおり、連邦法及び州法がそれぞれ独自に児童ポルノを規制するが⁽²⁵⁾、本稿では、児童ポルノの州間取引及び対外取引等を規制する連邦法を取り上げることとする⁽²⁶⁾。これは、インターネットを通じた児童ポルノの流通が一般的に行われているところ、そのような流通が州外あるいは国外の

(21) The Child Pornography Prevention Act of 1996, P.L.104-208.

(22) *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234 (2002). これを紹介する日本語文献として、永井 前掲注(17) 67巻4号, pp.117-123.がある。

(23) P.L.108-21 この法律の概要については、中川かおり「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.を参照。

(24) Henry Cohen, "Child Pornography: Constitutional Principles and Federal Statutes," *CRS Report for Congress*, 95-406A, 2003.10.15. (ただし最新版は、2008年9月26日付け)

(25) したがって、連邦法及び州法のいずれもで処罰される可能性もある。

(26) 処罰対象となる行為の範囲について、18 U.S.C. 2252, 2252Aを参照。また、以下も参照。Child Exploitation and Obscenity Section, U.S. Department of Justice, *Citizen's Guide to United States - Federal Exploitation and Obscenity Laws*. <<http://www.usdoj.gov/criminal/ceos/citizensguide.html>>

サーバーを経由せずに行われることが極めてまれであるため、そのほとんどが連邦法の規制対象となるためである。

現行法上、児童ポルノ規制は、合衆国法典第18編第110章第2252条、第2252A条及び文言の定義を与える第2256条によって骨格が形成されている。これらによれば、規制対象となる表現は、あからさまな性的行為を描いた、写真、映画、ビデオ、絵画、コンピューター画像等の視覚的描写、また、未現象のフィルムや画像に変換可能な電子データ等であって、以下のいずれかに該当するものである。すなわち、①その描写の制作過程で、あからさまな性的行為を行う18歳未満の児童を使用しているもの、②18歳未満の児童があからさまな性的行為を行っている、又はそれと区別がつかない (indistinguishable) デジタル映像、コンピューター画像、コンピューターで制作された映像、③識別可能な18歳未満の児童があからさまな性的行為を行っているに見える (appear) ように創作、改作又は修正されたものである。これらのうち、④の「それと区別がつかない」は、1996年法で第2252A条が創設された際には「～のように見える」とされていたが、2002年判決で違憲とされたため、PROTECT法で現行のとおり対象範囲を限定するため修正されたものである。

処罰対象となる行為は、①故意による児童ポルノの郵送、輸送、受領、頒布、頒布目的の複製、販売、販売目的の所持、②故意による児童ポルノの所持 (単純所持)、③18歳未満の児童によるあからさまな性的行為のわいせつな視覚的描写、又は18歳未満の児童によるあからさまな性的行為の視覚的描写の広告、奨励、頒布等、④違法な行為への参加を勧める目的で

の、18歳未満の児童があからさまな性的行為を行っている、あるいはそのように見える視覚的描写の18歳未満の児童への提供等である。①、③、④の場合は、罰金及び5年以上20年以下の自由刑が、②の場合は、罰金又は10年以下の自由刑あるいはそれら双方が科される。

なお、次のいずれかの要件に該当する場合は、罪に問われない。すなわち、処罰対象に関する上記①と③について、実在の18歳以上の者を使用して制作したこと、又は、実在の18歳未満の児童を使用して制作していないこと、また、同じく上記②について、3以上の児童ポルノを所持していない場合において、迅速かつ誠実に、取締当局以外の者によるアクセスを認めることなく、それら児童ポルノを廃棄する合理的な措置を講じた、又は、児童ポルノの所持を取締当局に通報した上で、当該当局が当該児童ポルノにアクセス可能な状態に置いたことである。

(ii) わいせつ物規制

連邦法においてわいせつ物に対する規制を定めるのは、合衆国法典第18編第71章 (第1460条から第1470条) であるが、ここでは、児童に対する性的虐待を視覚的に表現するわいせつ物を規制する第1466A条を見てみる。なお、この条項は、前述のPROTECT法で新たに設けられたものである。

規制対象となるのは、以下のいずれかの要件に該当するスケッチ、漫画、彫刻、絵画その他の視覚的表現一般である⁽²⁷⁾。すなわち、①性的にあからさまな行為を行う18歳未満の児童を描き、かつ「わいせつな⁽²⁸⁾」ものであるもの、②18歳未満の児童があからさまに猥褻や性的交

⁽²⁷⁾ 未現象のフィルムや画像データに変換可能なハードディスク上の電子データ、コンピューターで製作された画像データ等も含まれる。

⁽²⁸⁾ この「わいせつな (obscene)」ものに該当するか否かは、*Miller v. California*, 413 U.S. 15, 27 (1973) で示された、「ミラー・テスト」と呼ばれる3つの要件を満たすか否かで判断される。この点に関する簡潔な解説として、ヘンリー・コーエン『猥褻、『児童ポルノ』、および『下品な表現』をめぐり議論: 最近の展開と懸案事項』『CRS Report for Congress』98-670, 2008.5.20, p.1. (在日アメリカ大使館ホームページに掲載。〈<http://aboutusa.japan.usembassy.gov/pdfs/wwwf-crsreport-childpornography.pdf>〉)

渉等を行う、又はそのように見える影像を描写し、真摯な文学的、美術的、政治的又は科学的な価値を有しないもののいずれかである。なお、いずれも当該児童が実在しないというだけでは、免責されない。

処罰対象となる行為は、①故意の製造、頒布、受領、頒布目的の所持、②故意の所持（単純所持）である。①の場合は、罰金及び5年以上20年以下の自由刑が、また、②の場合は、罰金又は10年以下の自由刑あるいはそれら双方が科される⁽²⁹⁾。なお、②の場合、次の要件に該当する場合は、罪に問われない。すなわち、3以上の児童ポルノを所持していない場合において、迅速かつ誠実に、取締当局以外の者によるアクセスを認めることなく、それら児童ポルノを廃棄する合理的な措置を講じた、又は、児童ポルノの所持を取締当局に通報した上で、当該当局が当該児童ポルノにアクセス可能な状態に置いたことである。

(2) 実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノの規制

2002年判決が、実在する児童が関与しない児童ポルノを一般的に禁止・処罰する法規制は合衆国憲法修正第1条に定める表現の自由を不当に侵害して違憲と判示しているため、実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノは規制対象外となろう。また、PROTECT法は、実在する児童が関与するのと「区別がつかない」程度の児童ポルノを規制対象としたが、写実的でない漫画やアニメ等は、当然にこの規制の対

象外となろう。

他方、そのような漫画やアニメ等のポルノが「わいせつな」ものである場合は、たとえそれが写実的でなく、かつ実在の児童を描写したのではなくとも、前述のとおり、わいせつ物として処罰される可能性がある。なお、2005年10月、わいせつな日本製のアニメを受領（ダウンロード）したとして、男性が陪審から有罪評決を受け⁽³⁰⁾、2006年3月、拘禁20年の判決を受けた事例がある⁽³¹⁾。

(3) 今後の展望

PROTECT法によって導入された児童ポルノ規制のうち、わいせつでない、実在の児童があらゆる性行為を行っているのと「区別がつかない」程度の児童ポルノに対する規制については、2002年判決の趣旨に照らすと、実在の児童の関与がないために、違憲の可能性が高いとする見解がある⁽³²⁾。

2 カナダ

(1) 法の規定の概要

(i) 児童ポルノ規制

(a) 立法の経緯

カナダにおける児童ポルノ規制は、1993年8月1日に施行された「刑法典及び関税率（児童ポルノ及び風俗紊乱）を改正する法律⁽³³⁾」により、刑法典に第163.1条が追加され、児童ポルノの製造・頒布・販売及び単純所持の禁止・処罰が定められたことに始まる⁽³⁴⁾。その後、2002年6月には、児童ポルノがインターネットに

⁽²⁹⁾ これらは、例えば、わいせつ物の販売等を目的とした故意の製造の罪に対しては、罰金又は5年以下の自由刑あるいはそれら双方が科されること（合衆国法典第18編第1465条）と比較すると、極めて重い刑罰であることが分かる。

⁽³⁰⁾ U.S. Department of Justice, *News Release*, 2005.10.30.

⁽³¹⁾ U.S. Department of Justice, *News Release*, 2006.3.10. 我が国での報道の例として、「子供への性的虐待描写 日本製アニメ所持の男性に禁固20年 アメリカ」『読売新聞』2006.3.11, 夕刊（ただし、『読売新聞』2006.3.13, 夕刊掲載の訂正記事に基づき、記事表題の「禁固2年」を「禁固20年」に訂正した。）がある。

⁽³²⁾ 例えば、コーエン 前掲注⁽²⁸⁾, p.4の注12; 加藤隆之『性表現規制の限界』ミネルヴァ書房, 2008, p.313を参照。

⁽³³⁾ An Act to Amend the Criminal Code and the Customs Tariff (child pornography and corrupting morals) (1993,c.46)

よって流通すること等に対応し、児童ポルノの電子メールによる頒布やウェブサイト上での公開、及びインターネット上の児童ポルノへ故意にアクセスすることを処罰対象とする法改正⁽³⁵⁾が行われた。また、2005年には、後述の2001年シャープ事件最高裁判決への立法的対応を主な目的とした、児童ポルノの定義の拡大及び被告人による抗弁を厳格化した法改正⁽³⁶⁾が行われ⁽³⁷⁾、現在に至っている。

(b) 法規定の概要

現行法で規制対象となるのは、①18歳未満の者又はそのように描写される (depicted) 者が関与する性的行為をあからさまに表現した、あるいは性的目的で18歳未満の者の性器又は肛門部を表現することが主要な特徴となっている写真、映画その他の視覚的表現物、②性的目的で18歳未満の者との性的行為を表現することがその主要な特徴となっている文章、録音物、③18歳未満の者がかかわる違法な性的行為を勧める視覚的表現物、文章又は録音物である (第1項)。

処罰対象となる行為は、まず、児童ポルノの製造、出版、公表及び公表目的の所持 (第2項)、その発信、利用可能化、頒布、販売、広告、輸出入及びそれらを目的とした所持 (第3項) である。これらの行為で正式に起訴された

場合は、1年以上10年以下の自由刑が科せられる。次に、児童ポルノの単純所持 (第4項)、児童ポルノへの故意のアクセス (第4.1項、第4.2項) である⁽³⁸⁾。これらの行為で正式に起訴された場合は、45日以上5年以下の自由刑が科せられる。

なお、次のいずれかに該当することを被告人が証明した場合は、罪に問われない。すなわち、①法の執行、科学、医学、教育、美術に関連する正当な目的があり、かつ18歳未満の者に危害を加える不当な危険性を生じさせないこと (第6項)、②第2項に定める製造等の罪について、当該「児童」が18歳以上であることを信ずるに足りる合理的な理由があること (第5項) である。

(c) 判例の動向

1993年8月施行の刑法典第163.1条は、6週間足らずの極めて短い期間での法案審議で成立したため、十分な審議が行われたとは言えず、この法案を支持する議員の中には、憲法上の疑義については、裁判所から違憲の指摘を受けてから立法的手当てをすればよいと考える者さえいたという⁽³⁹⁾。したがって、カナダにおいて児童ポルノ規制の憲法適合性に関する裁判所の判断は、他国と比較して特に注目しなければならない。

⁽³⁴⁾ なお、カナダは、アメリカと異なり、刑事手続を含む刑事法の制定は連邦議会の権能とされ (1867年憲法第91条第27号)、州議会に一般的な刑事法を制定する権限はない。

⁽³⁵⁾ An Act to amend the Criminal Code and to amend other Acts (2002, c.13)

⁽³⁶⁾ An Act to amend the Criminal Code (protection of children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act (2005, c.32). この法改正の背景には、2003年5月12日に発生したホリー・ジョーンズ事件があった。この事件は、10歳の女子児童が誘拐の上、暴行され、後に殺されたものであり、犯人は、2004年6月17日に有罪判決を受けたが、その取調べの過程で、児童ポルノを見て犯行に及んだと証言したという。これを受けて被害者の両親が、児童ポルノ取締りの強化等を訴えていた (Allan Woods, "Holly's killer blames child pornography," *National Post*, 2004.6.18, p.A1.)。

⁽³⁷⁾ Robin MacKay, *Legislative Summary Bill C-2: An Act to amend the Criminal Code (Protection of Children and other vulnerable persons) and the Canada Evidence Act*, Ottawa: Library of Parliament, 2005, pp.7-8.

⁽³⁸⁾ David Goetz et al., *Legislative Summary Bill C-15A: An Act to amend the Criminal Code and to amend other acts*, Ottawa: Library of Parliament, 2002, p.3. なお、「故意の」とは、当該児童ポルノを閲覧するより前に、又は、それを受信するより前に、それが含まれていることを知っているという意味である。

⁽³⁹⁾ "INDEPTH: Child Porn The Supreme Court and child porn," *CBC News Online*, 2004.6.22.
(<http://www.cbc.ca/news/background/childporn/>)

刑法典第163.1条の憲法適合性を裁判所が審査する最初の機会、芸術家のイーライ・ランガー (Eli Langer) 氏らが、児童ポルノに該当する絵画及びデッサンを制作し、トロントのギャラリーに展示していたとして、1993年12月22日に逮捕され、絵画5点とデッサン34点を押収された事件であり、これは刑法典第163.1条が適用された初の事案でもあった⁽⁴⁰⁾。後に、ランガー氏は訴追されることなく釈放されたが、押収された絵画等の没収手続が刑法典第164条に基づいて裁判所に提起され、この中で当該規定の憲法適合性も問われることになった。1995年4月20日、オンタリオ州裁判所は、①刑法典第163.1条は、権利と自由の憲章⁽⁴¹⁾第2条第b項が保障する表現の自由を侵害するが、権利と自由の憲章第1条に基づく合理的な制約の範囲内であり、したがって憲法違反とは言えないこと、②しかし、押収された絵画等計39点は芸術的価値が認められるので刑法典第163.1条に規定する児童ポルノには該当しないことを判示した⁽⁴²⁾。この事案はさらなる憲法判断を求めてカナダ最高裁判所に上訴されたが、最高裁判所は却下の決定を下し⁽⁴³⁾、児童ポルノ規制の憲法適合性に関する最高裁判所の判断は、後のシャープ事件まで持ち越された。

刑法典第163.1条の憲法適合性についてカナダ最高裁判所が初めて判断を示したのは、2001年1月26日のシャープ事件判決⁽⁴⁴⁾においてであった。児童ポルノの単純所持及び頒布等目的

の所持について起訴された被告人側は、刑法典第163.1条が権利と自由の憲章第2条第b項に定める表現の自由を侵害して違憲であるなどと主張したところ⁽⁴⁵⁾、全裁判官9名中6名の多数による法廷意見は、以下のとおり判示し、一審、二審の違憲判断を覆して合憲としたのであった。すなわち、①刑法典第163.1条は、権利と自由の憲章第2条第b項に定める表現の自由を侵害するが、権利と自由の憲章第1条に基づく合理的な制約の範囲内であり、憲法違反とは言えないこと⁽⁴⁶⁾、②他方、単純所持及び単純製造の禁止についてのみ、(ア)専ら所有者本人の利用のために、本人のみで創作され、保有されている文字表現物又は視覚表現物であること、(イ)非合法的な性的行為を描写していない視覚的な記録であって、所有者本人によって創作され、又は所有者本人を描写しており、かつ、専ら所有者本人の利用のために、所有者によって保有されているもの、のいずれかに該当する場合には、児童を傷つける合理的な危険性が全く又はほとんど生じないので、免責されると解されるべきと判示し、刑法典第163.1条による児童ポルノ規制を合憲としながらも、法解釈上、例外的に児童ポルノの所有が許容される場合があることを示した⁽⁴⁷⁾。

(ii) わいせつ物規制

カナダでは、刑法典第163条が「わいせつ物」を規制する。

(40) Kate Taylor, "Child-porn law used for first time Toronto artist charged after police seize five paintings, 35 drawings," *The Globe and Mail*, 1993.12.22, p.A5. なお、この記事の表題でデッサンの点数を「35」としているのは「34」の誤りである。

(41) 1982年憲法法 (The Constitution Act, 1982) 第1章。

(42) *R. v. Paintings, Drawings and Photographic Slides of Paintings*, (1995), 30C.R.R. (2d) 124.

(43) 42 C.R. (4th) 410n.

(44) *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, 2001 SCC2.

(45) 被告人側は、刑法典第163.1条の規定が過度に広範なために、権利と自由の憲章第7条に定める自由権を侵害しているとも主張したが、法廷意見は、表現の自由との関係について検討すれば足りるとして、退けている。

(46) なお、規制目的としての児童の性的虐待防止と、規制手段としての第163.1条に基づく児童ポルノ規制との因果関係の証明は、具体的な根拠に基づく科学的証明を示すまでの厳密性は必要ないと判示しているのが注目される (*op.cit.* (44), paragraph 84-94.)。

(47) *ibid.*, paragraph 99, 115, 129.

規制対象となるのは、主要な特徴が不当な性的搾取、又は不当な性的搾取及び犯罪、恐怖、残虐、暴力のうち一又は二以上を主題とする出版物（文章、絵画、模型、写真その他の物）である（第8項）。処罰対象となる行為は、いずれも故意の、①製造、印刷、出版、頒布、流通又は出版、頒布、流通を目的とした所持（第1項）、②販売、公衆への陳列又はこれらを目的とした所持（第2項）である。これらの行為で正式に起訴された場合は、2年以下の自由刑が科される（第169条）。なお、次に該当することを被告人が証明した場合は、罪に問われない。すなわち、当該行為が公共の利益に資すること、及び当該行為が公共の利益に資する範囲を超えないことである（第3項）。

(2) 実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノの規制

刑法典第163.1条第1項によれば、規制対象となる表現は、児童の実在性や写実性が要件とされており、規制対象になると解される⁽⁴⁸⁾。実際に、2005年10月には、児童ポルノに該当する日本製のアニメを輸入したとして、男性が有罪判決を受けている。なお、この事案は、カナダで漫画の児童ポルノが法廷で裁かれた最初のケースだとされている⁽⁴⁹⁾。

(3) 今後の展望

カナダは、処罰対象となる表現や行為の範囲が広範であり、また、被告人による抗弁を限定している点で、諸外国に例を見ないほど厳しい規制を行っていると言えよう。しかし、カナダ

最高裁判所は、特に2002年及び2005年の改正法の憲法適合性についてはまだ見解を示しておらず、今後の判例の展開が注目される⁽⁵⁰⁾。

3 イギリス

(1) 法の規定の概要

(i) 児童ポルノ規制

イギリスでは、イングランド及びウェールズ、スコットランド並びに北アイルランドの三地域にそれぞれの刑事司法制度が存在するが、本稿はイングランド及びウェールズを中心にすることにする。イングランド及びウェールズにおいては、児童の「いかがわしい (indecent)」映像の製造・頒布・陳列を処罰する1978年児童保護法⁽⁵¹⁾（以下「1978年法」という。）と、児童のいかがわしい映像の単純所持を処罰する1988年刑事裁判法⁽⁵²⁾（以下「1988年法」という。）第160条が、児童ポルノ規制制度の骨格を形成している。これらの法律は、1994年刑事裁判及び公的秩序法⁽⁵³⁾によって後述の「擬似写真」まで規制対象を拡大され、また、2003年性犯罪罪法⁽⁵⁴⁾第45条によって、児童の年齢を16歳から18歳未満に引き上げられて、現在に至っている。

規制対象となるのは、1978年法第1条に規定される「児童のいかがわしい写真又は擬似写真」である。このうち「写真 (photograph)」とは、フィルム、写真、ビデオ録画、写真への変換が可能で電子的手段により蓄積されたデータ等を指し（1978年法第7条第2項から第5項）、「擬似写真 (pseudo-photograph)」とは、コンピューター等で制作された「写真」に見える (appears) ものを指す（1978年法第7条第7項）。次に、「児

(48) したがって、アメリカのように、実在しない児童を描写したポルノを規制する手段として、わいせつ物規制を活用する実益に乏しいと解される。

(49) “First case of child-porn cartoons,” *The Edmonton Journal*, 2005.10.20, p.B1.

(50) Ann Curry, “Child Pornography Legislation in Canada: Its History and Current Developments,” *The Canadian Journal of Information and Library Science*, 29(2), 2005, p.165.

(51) Protection of Children Act 1978 (c.37)

(52) Criminal Justice Act 1988 (c.33)

(53) Criminal Justice and Public Order Act 1994 (c.33)

(54) Sexual Offence Act 2003 (c.42)

童」とは18歳未満の者を指すが、「擬似写真」については、18歳未満であるかのような印象を与える場合、たとえ成人と思われる特徴があっても18歳未満であるかのような顕著な印象を与える場合は「児童」とみなされ（1978年法第7条第6項及び第8項）、また、証拠により全体として18歳未満の者だと判断された場合もやはり「児童」とみなされる（1978年法第2条第3項）。最後に、「いかがわしい」の判断は、裁判所の判断に委ねられているとされる⁽⁵⁵⁾。

処罰対象となる行為は、1978年法第1条が定める製造、頒布、陳列、頒布・陳列目的の所持、これらの広告及び1988年法第160条が定める単純所持である⁽⁵⁶⁾。正式の起訴による有罪の場合、前者では、10年以下の自由刑又は罰金あるいはそれら双方が科され（1978年法第6条）、後者では、5年以下の自由刑又は罰金あるいはそれら双方が科される（1988年法第160条第2A項）。

なお、訴訟手続において、次のいずれかに該当することを被告人が証明した場合は、児童ポルノに関する罪に問われない。すなわち、①当該写真等の製造等について正当な理由があること（1978年法第1条第4項第a号、1988年法第160条第2項第a号）、②当該写真等を見たことがなく、かつ、そのことを知らないか又は当該写真等がいかがわしいものと疑う理由がなかったこと（1978年法第1条第4項第b号、1988年法第160条第2項第b号）、③児童が16歳以上であり、婚

姻又は内縁関係にあったこと（1978年法第1A条、1988年法第160A条）、④刑事手続等で必要があること（1978年法第1B条）、さらに単純所持のみについて、⑤当該写真等が被告人本人又はその代理人があらかじめ要求しないにもかかわらず送付され、かつ、合理的な期間内でその保有をやめたこと（1988年法第160条第2項第c号）の証明である。

(ii) わいせつ物規制

イングランド及びウェールズでは、1959年わいせつ出版物法（以下「1959年法」という。）及び1964年わいせつ出版物法⁽⁵⁷⁾（以下「1964年法」という。）によって、「わいせつな（obscene）」表現物を規制している。

規制対象となるのは、全体として見てその印象が、すべての事情を考慮した上で予期されるころの、閲読・視聴によって墮落・腐敗させる（deprave and corrupt）傾向がある書物や絵画、録音、映像等である（1959年法第1条第1項）。処罰対象となる行為は、わいせつ物の頒布等⁽⁵⁸⁾（1959年法第1条第3項）と、利益を得る目的での所持（1964年法第1条）である。この規制は、わいせつ物の供給者を対象とし、需要者は規制対象として想定されていない。したがって、わいせつ物の単純所持は規制対象外である。正式な起訴の場合、3年以下の自由刑又は罰金あるいはそれら双方が科される（1959年法第2条）。なお、その頒布等が、科学や文

⁽⁵⁵⁾ Home Office et al., *Consultation on Possession of non-photographic visual depictions of child sexual abuse*, 2007, p.3.

⁽⁵⁶⁾ なお、スコットランドでは、1982年市民行政（スコットランド）法（Civic Government (Scotland) Act 1982）第52条、第52A条が、1978年法及び1988年法第160条に相当する。これらは、1994年刑事裁判及び公的秩序法によって「擬似写真」に規制対象が拡大され、また、2005年児童保護及び性犯罪防止（スコットランド）法（Protection of Children and Prevention of Sexual Offences (Scotland) Act 2005）によって、対象年齢が16歳から18歳に引き上げられている。また、北アイルランドでは、1978年児童保護（北アイルランド）規則（Protection of Children (Northern Ireland) Order 1978）が1978年法に、1988年刑事裁判（証拠ほか）（北アイルランド）規則（Criminal Justice (Evidence, Etc.) (Northern Ireland) Order 1988）が1988年法に相当する。

⁽⁵⁷⁾ Obscene Publication Act 1959 (c.66), Obscene Publication Act 1964 (c.74). なお、スコットランドではCivic Government (Scotland) Act 1982第51条が、北アイルランドではObscene Publications Act 1957が、これらに相当する。

⁽⁵⁸⁾ 機械可読式のデータとして蓄積されている場合は、これを転送することも含まれる。

学、芸術等を理由に公共の利益に資すると証明された場合は、罪に問われない（1959年法第4条）。

ところで、近年、このような従来の規制枠組みを大きく転換する立法が実現している⁽⁵⁹⁾。それは、2008年5月8日に女王の裁可を受けた2008年刑事裁判及び移民法⁽⁶⁰⁾第63条以下による規制である（ただし、該当条文の施行日は未定）。これは、「過激なポルノ画像（extreme pornographic image）」、すなわち、①人の生命を脅かす行為、②性器等に深刻な損傷を加える行為、③屍姦、④獣姦をあからさまにかつ写實的に描写した画像の単純所持を処罰することとしたものである（第63条）。正式の起訴による有罪の場合、3年以下の自由刑又は罰金あるいはそれら双方が科される（第67条）。また、所持について正当な理由がある場合等、一定の要件を満たす場合には罪に問われない（第65条、第66条）。

わいせつ物に関するこの新たな法規制は、従来の供給者中心の規制方法を転換し、需要者をも規制対象としようとするものである。その背景には、過激なポルノの閲覧がしばしばインターネットを通じて行われているところ、このようなポルノは、国内法の適用を受けない国外設置のサーバーに掲載されていることが珍しくなく、専ら供給者側に着目した従来の規制枠組みでは効果的に対処できなかったことがある。ただし、このような規制については、法文が曖昧である、規制対象が広範に過ぎる、プライバシーの侵害を招く等の問題点が指摘されてい

る⁽⁶¹⁾。

(2) 実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノの規制

現行法制度上、実在しない児童を描写した漫画やアニメ等のポルノが規制対象になるか否かは、1978年法第1条の「擬似写真」に該当するか否かにかかわる。「擬似写真」の定義によれば、写真のように見える程度に写實的なものであって、実在の児童や実際の行為を描写したいかがわしいものに限って規制対象となる⁽⁶²⁾。したがって、①写実性を欠くもの、又は、②実在の児童や実際の行為を描写していないものは現行法上、処罰対象とはならない。

また、2008年刑事裁判及び移民法第63条以下による規制が施行されたとしても、合理的な人間が見て、被写体となっている人間又は動物が写實的であることが要件とされている（第63条第7項）ので、規制対象とはならないと解される。なお、それ以外のわいせつ物と認められる物については、その製造等が規制対象になることがありうるが、単純所持については、現在のところ規制対象外である。

(3) 今後の展望

2008年5月28日、児童ポルノに関する新たな規制が政府から提案された⁽⁶³⁾。これに先立ち、政府は、①わいせつな児童の画像が、潜在的な虐待者の児童に対する不適切な感情を高揚させることによって、実在の児童への虐待を増長することになる、②児童にこのような画像を

⁽⁵⁹⁾ この立法の直接の契機は、2003年4月19日に、前月から行方不明になっていた31歳の女性を性的な興奮を得るために絞殺したとの容疑で、35歳の男性が逮捕された事件であった。この公判の中で、加害者がインターネットで暴力的なポルノを見た直後に犯行に及んだということが明らかになり、被害者の母親が、同様の画像の所持に対する法的規制を訴えるキャンペーンを展開し、5万人以上の署名とともに請願を行い、政府に採択されたものである。

⁽⁶⁰⁾ Criminal Justice and Immigration Act 2008 (c.4)

⁽⁶¹⁾ Chris Summers, "When does kinky porn become illegal?," *BBC NEWS*, 2008.4.29.

<http://news.bbc.co.uk/1/hi/magazine/7364475.stm>

⁽⁶²⁾ *op.cit.* (55), p.3.

⁽⁶³⁾ Ministry of Justice et al., *Consultation on the Possession of Non-Photographic Visual Depictions of Child Sexual Abuse - Summary of responses and next step-*, 2008.

見せることによって、児童虐待の被害者になる可能性を高める、との問題意識に基づき、わいせつな児童の画像の単純所持を非合法化する立法の是非について諮問文書⁽⁶⁴⁾を公表し、2007年4月2日から同年6月22日まで一般に意見募集を行ったところであり、この提案はこれに対して寄せられた意見を基にして作成されたものであった。

この諮問文書に対して寄せられた意見には、以下のとおりの賛否があったという⁽⁶⁵⁾。すなわち、新たな規制に賛成する見解は、上記提案理由2点に加え、このような画像が、実在の児童を虐待する違法な画像のコレクションとともに発見されることが多く、捜査の端緒とすることの有用性を指摘する。他方、これに反対する見解は、思想や芸術表現に対する公権力の介入の危険性、児童に対する不適切な感情の「はけ口」としての有益性、他の同様の分野の表現に対する規制と比較しての不均衡、そのような表現物と被害との因果関係の証明の不存在を指摘した。

この政府提案を具体化した法案は現在議会に提出されていないが、おおむね以下のとおりの内容である⁽⁶⁶⁾。まず、実在しない児童を描写した「わいせつな」ポルノの単純所持を禁止し、正式な起訴で有罪となった場合は、3年以下の自由刑又は罰金あるいはそれら双方を科するとされている。また、処罰対象となるか否かの判断は、①当該表現物がポルノといえるか否か、②あらかじめ限定列举された特定の行為を描写したものであるか、③「わいせつな」ものであるか、を基準に判断するとされる。また、所持について正当な理由がある場合等、一定の要件を満たす場合には罪に問われない。

おわりに

以上のとおり、我が国に限らず諸外国においても、実在しない児童を描写した、写実的でない漫画やアニメ等のポルノに対する規制については、賛否両論の厳しい対立がある。確かに、そのようなポルノの視聴が加害者の児童に対する性的虐待に対する欲求を増大させ、犯罪に及んだと思われる例を指摘する見解がある。また、そのような因果関係が証明されるのであれば、児童虐待が極めて重大な人権侵害であることにかんがみれば、何らかの法的規制を検討すべきだということになる。他方、そのような法的規制が、表現の自由や個人のプライバシーを侵害する可能性があるのも否定できない。これらの権利は人権の中でもより強い保障が与えられるべきものであるから、その侵害はより深刻な問題を引き起こすことになる。換言すれば、法的規制の強化は、他の人権侵害の可能性という強い「副作用」を伴うのである⁽⁶⁷⁾。

したがって、実在しない児童を描写した、写実的でない漫画やアニメ等のポルノの規制を検討する場合は、実在する児童を描写した児童ポルノの規制との目的等の違いに留意し、また、児童虐待等の犯罪発生とそのようなポルノとの因果関係を吟味しながら、慎重に進めることが必要であろう。

【参考文献】*注に掲げたものは除く。

- ・山田敏之「先進諸国における児童ポルノ規制」『外国の立法』199/200号, 1996.11, pp. 139-159.
- ・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, pp. 160-190.

(64) *op.cit.* (55), pp.3-4.

(65) *op.cit.* (63), p.6.

(66) *ibid.*, pp.10-11.

(67) なお、禁止法第3条は、「この法律の適用に当たっては、国民の権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。」と規定する。

・ Henry Cohen, “Child Pornography Produced Without an Actual Child: Constitutionality of 108th Congress Legislation,” *Report for Congress*, RL31744, 2003.3.31.

・ Lyne Casavant et al., *The Evolution of Pornography Law in Canada*, Ottawa: Library of Parliament, 2007.

(ましば やすはる)