

Title	刑法一七五条及び児童ポルノ禁止法と表現の自由：フランス刑法から学ぶこと
Sub Title	Article 175 of penal code and the act on punishment of child pornography and freedom of speech
Author	島岡, まな(Shimaoka, Mana)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2011
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.84, No.9 (2011. 9) ,p.447- 479
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	宮澤浩一先生追悼論文集 論説
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0447">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20110928-0447</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 刑法一七五条及び児童ポルノ禁止法と表現の自由

——フランス刑法から学ぶこと——

島岡まな

- 一 はじめに
- 二 児童ポルノ禁止をめぐる日本の状況
- 三 児童ポルノ（及び一定の成人ポルノ）禁止をめぐるフランスの対応
- 四 おわりに——フランス刑法から学ぶべきこと——

## 一 はじめに

近年マスコミを賑わせている児童買春・児童ポルノ禁止法<sup>(1)</sup>（以下、児童ポルノ禁止法という）や東京都青少年健全育成条例<sup>(2)</sup>の改正をめぐる議論においては、（単純所持をめぐる）「児童ポルノ禁止とプライバシー権」又は（非実在児童ポルノの規制をめぐる）「児童ポルノ禁止と表現の自由」という問題ばかりがクローズアップされている印象を受ける<sup>(3)</sup>。しかし、守られるべき憲法上の基本的人権の重要性は当然であるが、そのために格段に弱い立場にある児童の保護を犠牲にすることは許されない。

思想・表現の自由がともすれば侵害されそうになり、捜査権濫用により処罰範囲が不当に拡大されかねない社会のあり方を許しているのは、社会の構成員である我々大人の責任である。それらの重大な問題に正面から立ち向かわず、そのしわ寄せをより弱い立場の障害者、女性、高齢者、児童等に押し付ける負の連鎖は、もうそろそろ断ち切らなければならない。弱者を犠牲にして表面を取り繕い続ける限り、基本的人権が真に守られる社会は、永久に実現できないであろう。

その点、一九七〇年代のいわゆるポルノ解禁<sup>(4)</sup>を経て日本の刑法一七五条にあたるわいせつ物頒布罪が存在しないフランスで、多角的な児童保護の観点から児童ポルノを厳しく禁止しているのに対し、先進国の「性の自由化」に遅れること四〇余年、二一世紀に入ってから一〇年以上を経た現在でも明治四〇年以來のわいせつ物頒布等罪（一七五条）を堅持する日本で、児童の保護という視点が欠落あるいは後退した議論が紛糾することは、十分理由がある。すなわち、表現の自由やその他の人権が十分に守られる大人の社会では、より弱い立場の女性や児童を保護する余裕が生まれるが、刑事制裁という武器をちらつかせながら国家が表現活動を広範に規制する社会では、弱い立場の女性や児童に逆にしわ寄せが行く構図となる（弱い者が弱い者いじめに走る現実を想起された<sup>(5)</sup>）。

筆者は、昨年機会を得て学生向け雑誌にフランス刑法における児童ポルノ禁止に関する簡単な論稿<sup>(5)</sup>を發表したが、紙面の関係上書き尽くせなかつた部分も多いため、本稿においてさらに検討を深めたい。

生前わいせつ関連犯罪や被害者学に造詣が深く、一九七〇年代に「性表現の自由化」も主張された恩師宮澤浩一先生のご霊前に、謹んで本論文を捧げたい。

## 二 児童ポルノ禁止をめぐる日本の状況

### (一) 立法

日本では、児童ポルノを禁止する規定は刑法典には存在せず、日本人による東南アジア児童買春ツアーや児童ポルノ製造大国との国際的批判を受けて、一九九九年に議員立法である児童ポルノ禁止法が成立した。<sup>(7)</sup> ここでは、広く児童に対する性的虐待に焦点を当てるといっても、国際的非難をかわすために児童買春という一部の行為に処罰が限定され、児童ポルノの定義も、児童に対する性的虐待からの保護という視点が（第一条の「目的」規定にもかかわらず）根本的に希薄なため、不自然に限定されたものとなっている。以下に同法の関連条文のみを掲げる。

#### 1 目的

第一条 この法律は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的とする。

#### 2 定義

第二条（児童買春に関する一項及び二項は省略）

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

### 3 犯罪行為

第七条 児童ポルノを提供した者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。電気通信回線を通じて第二條第三項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情報を記録した電磁的記録その他の記録を提供した者も、同様とする。

② 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。

③ 前項に規定するもののほか、児童に第二條第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者も、第一項と同様とする。

④ 児童ポルノを不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列した者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。電気通信回線を通じて第二條第三項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情報を記録した電磁的記録その他の記録を不特定又は多数の者に提供した者も、同様とする。

- ⑤ 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。
- ⑥ 第四項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを外国に輸入し、又は外国から輸出した日本国民も、同項と同様とする。

(二) 児童ポルノの解釈・範囲（一七五条のわいせつ概念との関係）

1 判例

日本で児童ポルノ禁止法が適用された判例として、施行後一二年で七〇件以上が判例データベースに登録されているが、特に児童ポルノの解釈や憲法上の表現の自由等との関係が問題となった重要判例に限定して、以下に掲げる。

- (1) 京都地判平成一二年七月一七日<sup>(8)</sup>

〔事実の概要〕

被告人は、パソコン通信ネットワークの電子掲示板にわいせつ図画等を掲示し、同広告を閲覧して購入を申し込んできた者に、児童を相手方とする性交又は性交類似行為に係る児童の姿態を描写したビデオテープや衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態を描写した写真集等を販売し、販売目的で所持したとして、児童買春、児童ポルノ禁止法違反で起訴された。弁護人は、これらの写真集やビデオテープが児童買春・児童ポルノ禁止法二条三項三号に規定する児童ポルノに該当しない旨主張したが、京都地裁は以下のように判示して、被告人を有罪とし、懲役一年六月、執行猶予三年の刑を科した。



## 〔判旨〕

## (i) 児童ポルノ禁止法二条三項三号の解釈

「児童ポルノ法二条三項三号にいう児童ポルノ（以下「三号児童ポルノ」という。）とは、写真、ビデオテープその他の物であつて、①衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であつて②性欲を興奮させ又は刺激するものを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に該当するものである。

そもそも、児童ポルノの販売等が禁止され、さらに、これらの目的での児童ポルノの製造、所持等が禁止されているのは、これらの行為による児童に対する性的搾取及び性的虐待が、児童ポルノの対象となつた児童の心身に有害な影響を与え続け、児童の権利を著しく侵害するからに他ならない（児童ポルノ法一条参照）。

このように、児童の権利を保護することの重要性にかんがみて、児童ポルノ法は、刑法におけるわいせつの定義、すなわち、『徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、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』という最高裁判所の判例（最高裁判昭和三十二年三月二三日大法院判決参照）によって確立されている定義とは異なつた観点から児童ポルノの範囲を定め、性欲を興奮又は刺激せしめる点は必要であるが、しかし、「徒に」興奮又は刺激しなくても処罰の対象とし（この点で刑法よりも規制対象を拡大しているといえる）、また、禁止される行為の範囲も業としての貸与、頒布等の目的での製造等にまで広げ、国内外を問わず処罰することとしたのである（同七条参照）。

そうだとすると、問題となつている写真、ビデオテープ等が、ことさらに扇情的な表現方法であつたり、過度に性的感情を刺激するような内容のものである場合などに限るなど、特別な限定をしなくても、性欲を興奮させ又は刺激するものと認められる以上は、三号児童ポルノに該当すると解すべきである」。

## (ii) 判断の方法

「そして、性欲を興奮させ又は刺激するものであるか否かの判断は、児童の姿態に過敏に性的に反応する者を基準として判断したのではあまりにも処罰範囲が拡大してしまうことから、……児童ポルノの定義から最高裁判所判例の掲げる「普通人の正常な性的蓋恥心を害し」という要件が割愛されているとしても、法の一般原則からして、その名宛人としての「普通人」又は「一般人」を基準として判断するのが相当である」。

(iii) 表現の自由や学問の自由等を制約しないための判断

「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見  
児童ポルノ法二条二項にいう「性等器」、すなわち、性等器、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性等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等器等を描写するなどして性等器を強調していないか、③児童の持っ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」。



(2) 大阪高判平成一二年一〇月二四日<sup>(9)</sup>

〔事実の概要〕

被告人は児童が性交又は性交類似の行為を行っている模様や全裸になって陰部を拡げている模様などが撮影されているビデオテープや写真集を販売し、販売目的で所持したとして起訴されたのに対し、弁護人は①児童ポルノである本件各ビデオテープの各被撮影者が実在する児童ではない可能性があるのに、これを実在する児童であると認定した原判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな事実誤認がある、②児童ポルノ禁止法七条二項は、その前提となる同法二条一項及び三項が憲法一三条、二二条ないし三二条に違反するものである上、児童ポルノ禁止法七条二項それ自体が表現の自由に対する過度に広範な規制をするものであるため、憲法二一条に違反するものであって違憲、無効であると主張して控訴した。

〔判旨〕 控訴棄却。

「(一)……児童ポルノ法は、児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為などにより心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的としている(法一条)ところ、児童買春の当事者となったり、児童をポルノに描写することは、その対象となった児童自身に有害な影響を与えるのみならず、そのような対象となっていない児童においても、健全な性的観念を持ってなくなるなど、児童の人格の完全かつ調和のとれた発達が阻害されることにつながるものであるから、児童ポルノ法は、直接的には児童買春の対象となった児童や児童ポルノに描写された児童の保護を目的とするものであるが、間接的には、児童一般を保護することをも目的としていると解される。したがって、このような同法の立法趣旨にかんがみると、一八歳未満の者を一律に児童とした上で、児童買春や児童ポルノを規制す

る必要性は高いといふべきであるから、法二条一項が表現の自由に対する過度に広範な規制を定めたものとは言えないし、また、そのために所論にいわゆる児童の性的自己決定権が制約されることになつても、その制約には合理的な理由があるといふべきであるから、同条項が憲法一三条に違反するとも言えない」。

「前記(一)において説示したような児童ポルノ法の立法趣旨、すなわち、同法が、児童ポルノに描写される児童自身の権利を擁護し、ひいては児童一般の権利をも擁護するものであることに照らすと、児童ポルノに描写されている児童が実在する者であることは必要であるといふべきであるが、さらに進んで、その児童が具体的に特定することができる者であることまでの必要はないから、所論のような規定が設けられていないからといって、法二条三項が、表現の自由を過度に広範に規制するものとは言えない」。

「わいせつ物頒布等の罪を規定した刑法一七五条は、社会の善良な性風俗を保護することを目的とするものであるから、同条におけるわいせつの概念としては、普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するほどに著しく性欲を興奮、刺激せしめることを要するとされるのに対し、児童ポルノ法は、すでに前記(一)等において説示したとおり、児童ポルノに描写されることの害悪から当該児童を保護し、ひいては児童一般を保護することを目的とするものであるから、著しく性欲を興奮、刺激せしめるものでなくとも、児童ポルノの児童に与える悪影響は大きく、したがって、処罰の必要性が高いと考えられること、すなわち、両者の保護法益ないし規制の対象におのずから相違があることなどに照らすと、所論の指摘するところを考慮しても、法二条三項二号及び三号が、表現の自由に対する過度に広範な規制をするものとは言えないし、また、わいせつの概念が所論〔一〕のようなもの<sup>(10)</sup>であるにもかかわらず、刑法一七五条が憲法二一条及び三一条に違反するものでないとされていること（最高裁判所昭和五八年一〇月二七日判決刑集三七卷八号一二九四頁、同昭和五四年一月一九日決定刑集三三卷七号七五四頁等参照）などからしても、法二条三項二号及び三号が、漠然として不明確な規定と

言えないことは明らかである」。

「法七条二項は、同条一項所定の、児童ポルノの頒布、販売、業としての貸与又は公然陳列の目的による児童ポルノの製造、所持、運搬等の行為を処罰するものであるところ、上記各行為は、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、このような行為により児童ポルノが社会に広がるときには、児童を性欲の対象として捉える風潮を助長するとともに、身体的、精神的に未熟である児童一般の心身の成長にも重大な悪影響を与えることになり、前記児童ポルノ法の立法の趣旨、目的にもとることになるものである。したがって、同条一項所定の製造、所持、運搬等の行為を処罰する必要性は高いといふべきであるから、法七条二項において、上記各行為を処罰の対象としていることが、表現の自由を過度に広範に規制するものとは言えない」。

(3) 最判平成一四年六月一七日<sup>(11)</sup>

〔事実の概要〕

上記(2)事件の上告審である。

〔判旨〕 上告棄却。

「原判決が認定するような内容の児童ポルノである本件ビデオテープにつき、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（以下「法」という。）七条二項を適用することが憲法二一条、一三条に違反するものでないことは、当裁判所大法廷の判例（昭和五七年<sup>(12)</sup>第一五六号同五九年一二月一二日判決・民集三八卷二二号一三〇八頁、昭和五七年<sup>(13)</sup>第六二二号同六〇年一〇月二三日判決・刑集三九卷六号四一三頁）の趣旨に徴して明らかであって、所論は理由がない」。

「同弁護人の上告趣意……は、法二一条三項二号、三号にいう『性欲を興奮させ又は刺激するもの』の文言があいまいで不明確であるから、憲法二一条、三一条に違反するというが、上記文言は、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えることができ、不明確であるとはいえないから、所論は前提を欠き、適法な上告理由に当たらない」。

(4) 名古屋高判平成一七年六月九日<sup>(14)</sup>

〔事実の概要〕

被告人は、不特定の三名に対し、男女の性交場面等を露骨に撮影した写真が印刷されたわいせつな図画である写真集合計五冊を販売し、さらに、①販売目的で同様の画像データ等六二個及び動画データ五五個を記憶・蔵置したパーソナルコンピュータのハードディスクを所持し、被害児童が一八歳に満たないことを知りながら、被害児童と性交するなどして児童買春をし、②その性交の場面をデジタルビデオカメラで撮影するとともにデジタルカメラで撮影することにより、児童ポルノを製造したという事案である。第一審金沢地判平成一七年一月一日（刑集六〇巻二号二二九頁）が被告人を有罪としたため、被告人は、訴訟手続の法令違反、事実誤認、法令適用の誤り等を主張して控訴した。

〔判旨〕控訴棄却。

弁護人の控訴趣意中、特に憲法違反の主張に対する判断に限定して以下に引用する。

「所論は、法七条三項は、真剣な交際をしている者が、児童の承諾のもとでその裸体を撮影する行為、一六、一七歳で婚姻した夫婦間での撮影をも処罰の対象にする点で、過度に広汎な規制であるから、憲法二一条に違反して違憲無効であるとする。しかし、過度に広汎な規制で憲法二一条に違反するとの所論は採用しがたい上、

記録によれば、本件は、所論が指摘するような場合でないことは明らかであるから、本件に適用する限りでは何ら憲法二一条に違反するものではない」。

「所論は、法七条三項の『姿態をとらせ』との文言は漠然不明確であり、憲法三五条に違反して違憲無効であるとする。しかし、『姿態をとらせる』という文言は、児童に働きかけて法二条三項各号に規定する姿態をさせることであることは通常人であれば容易に理解することができるのであり、何ら漠然不明確ではない」。

(5) 最決平成一八年二月二〇日<sup>(15)</sup>

〔事実の概要〕

上記(4)事件の上告審である。

〔判旨〕 上告棄却。

「弁護士……の上告趣意のうち、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（以下「法」という。）七条三項の規定について憲法二一条、三五条違反をいう点は、上記規定中の「姿態をとらせ」という文言が所論のように不明確であるとはいえず、上記規定が表現の自由に対する過度に広範な規制であるということもできないから、所論は前提を欠く。なお、法二条三項各号のいずれかに掲げる姿態を児童にとらせ、これを電磁的記録に係る記録媒体に記録した者が、当該電磁的記録を別の記録媒体に記憶させて児童ポルノを製造する行為は、法七条三項の児童ポルノ製造罪に当たると解すべきであるから、これと同旨の原判断は正当として是認できる」。

## 2 判例の検討



まず、児童ポルノ禁止法施行直後の京都地裁平成一二年七月一七日判決により、①児童ポルノ禁止法の目的が児童の権利擁護にあること、②その重要性にかんがみて、最高裁判所の判例によって確立されている刑法上のわいせつの定義とは異なった観点から児童ポルノの範囲を定めて規制対象及び禁止行為の範囲を拡大していること、③性欲を興奮させ又は刺激するものであるか否かの判断は、「普通人」又は「一般人」を基準として判断するものが相当である点が示された。

また、表現の自由や学問の自由等を制約しないために、三号児童ポルノ上の性器、肛門、乳首等の描写、児童の裸体等の描写の当該写真又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、児童の裸体等の描写叙述方法、ストーリー性や学術性、芸術性、児童の裸体等の描写の必要性や合理性などを考慮して、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ずとし、刑法一七五条のわいせつ文書の判断方法として最高裁で用いられた全体的考察・総合判断説とパラレルな判断方法を提示している。すなわち、最判昭和三二年三月一三日（チャタレー事件<sup>16</sup>）では「性行為非公然性の原則」が時代を超えた絶対的基準であるとされたが、最判昭和四四年一〇月一五日（悪徳の栄え事件<sup>17</sup>）では「文書がもつ芸術性・思想性が文書の内容である性的描写による性的刺激を減少・緩和させて猥褻性を解消する場合がある」という全体的考察の観点が導入され、最判昭和五五年一月二八日（四畳半襖の下張事件<sup>18</sup>）において、わいせつ性の判断に当たり考察すべき事項について、①当該文書の性に関する露骨で詳細な叙述描写の程度とその手法、②右描写叙述の文書全体に占める比重、③文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、④文書の構成や展開、⑤芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として読者の好色的興味に訴えるものと認められるか否かを検討するなど具体的に示された。

しかし、このように児童ポルノ禁止法を刑法一七五条とパラレルに解釈すること（あるいはその前提となる児童



ポルノ禁止法の立法方法)こそが、後述のように問題であると考えられる。

次に、大阪高判平成一二年一〇月二四日では、①児童ポルノ禁止法は直接的には児童買春の対象となった児童や児童ポルノに描写された児童の保護を目的とするが、間接的には児童一般を保護することをも目的としていること、②児童ポルノに描写されている児童が実在することは必要であるが、その児童が具体的に特定できることは必要ないこと、③刑法一七五条と児童ポルノ禁止法は、保護法益ないし規制の対象に相違があるため、法二条三項二号及び三号が、表現の自由に対する過度に広範な規制をするものとは言えず、刑法一七五条が憲法二一条及び三一条に違反するものでないとされていることからしても、漠然として不明確な規定と言えないこと、④児童ポルノ禁止法七条二項の児童ポルノの頒布、販売、業としての貸与又は公然陳列の目的による児童ポルノの製造、所持、運搬等の行為は、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、このような行為により児童ポルノが社会に広がるときには、児童を性欲の対象として捉える風潮を助長するとともに、身体的、精神的に未熟である児童一般の心身の成長にも重大な悪影響を与えることになり、行為を処罰する必要性は高いから、表現の自由を過度に広範に規制するものとは言えないこと等が示された。これらの判断は、上告審である最判平成一四年六月一七日によって是認され、その際引用された最高裁判例が、かつて違憲の主張が争われた二つの事件であったことも象徴的であると感ずる。

他方で、名古屋高判平成一七年六月九日やその上告審である最決平成一八年二月二〇日において、児童ポルノ禁止法七条三項の「姿態をとらせ」との文言が漠然不明確であり、憲法三五条に違反して違憲無効との弁護人の主張は共に否定されたが、逆にこの規定の文言では、児童の性的虐待からの保護が限定的となり過ぎるという意味で、やはり不適切である。

結局、日本の児童ポルノ禁止法の内容と判例上の争点は、本質的に重要な児童保護という視点が後退しており、

いずれもピントはずれという印象を拭えない。以下で、問題の所在と今後の方向性についての私見を述べたい。

### (三) 今後の方向性

前述のように、児童ポルノ禁止法については、①二条三項三号ポルノ（以下、三号ポルノという）における「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という文言があいまいで不明確であるから、憲法二二条、三一条に違反するという批判<sup>(19)</sup>がある一方、最近では、②児童虐待の記録という観点からは、逆に二条三項各号の定義はむしろ狭すぎるとの批判も出てきている<sup>(20)</sup>。

#### 1 表現の自由尊重論からの批判について

この意味での批判者は、児童ポルノの「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という定義が、性欲というプライバシーに関わるものであるため憲法一三条の自己決定権に違反する、あいまい不明確で過度に広範な規制につながることから二一条の表現の自由や三一条の適正手続きの保障（明確性の原則）に違反すると主張する。そのため、刑法一七五条のわいせつ概念のような「徒に」、あるいは日弁連の意見書ないし民主党二〇一一年改正案のような「殊更に」という文言を加える（二号、三号では児童の性的な部位の強調も追加されている）ことで、禁止される児童ポルノの範囲を限定しようとしている。

そもそも個人の性欲は多種多様で優れて私的な領域であり、国家が刑罰で威嚇しつつ一定の性向に導くことが許されるものではないし、そのような主観的要件をできる限り排除した規定の方が、公正な処罰という観点からも望ましい。価値観が多様化し科学技術の進展によるグローバル化が著しい二二世紀の現代において、「善良な性的道義観念」という漠然とした一定の価値観を国家が刑罰をもって強制することが果たして正当化されうるで

あろうか。<sup>(22)</sup> 憲法一三条の幸福追求権、二一条の表現の自由を脅かすものとして、違憲の疑いを払しょくできないのではないか。

憲法学者の違憲説<sup>(23)</sup>に対し、刑法学者から一七五条の存在意義について疑問の声が上がる<sup>(24)</sup>ことが少ない理由は、①現存する法文の解釈学に専念することが評価される学問分野であること、②自由主義的な主張を政治的な偏りのあるものとして嫌う傾向にあること、③警察や検察組織とのつながりが深く、規制する側に親近感を持ちやすいこと、④刑法の正当化(違法性阻却)事由について「社会倫理規範(秩序)によって許容されること」とする見解<sup>(25)</sup>が長く通説的地位を占めたように、他の法分野に比べてもともと「倫理」と結びつきやすい学問分野であること等が挙げられよう。

しかし、いわゆる欧米先進諸国が一九七〇年代に相次いでポルノ解禁に踏み切った背景には自己決定権や表現の自由の強調があったことを思い起こせば、四〇余年を経た二〇一一年の現在もなお、暴力的・差別的表現を含まない成人を対象とした(ポルノ解禁というよりも)「性表現の自由化」に踏み切れない日本の状況は、やはり社会の国際化や人権意識の遅れを象徴するものと考えざるを得ない。<sup>(26)</sup>

もともと、暴力的・差別的表現を含まない成人ポルノといっても、そのようなものが果たして存在するのか、女性を従属的に扱うことの多いポルノ自体が、性を商品化し、女性差別の温床であると批判するフェミニズムないしジェンダー論からの主張<sup>(27)</sup>もよく承知している。ジェンダー法学会に所属する筆者も、決して女性に対する性暴力問題を軽視しているわけでも、ポルノグラフィーを推奨しているわけでもない。<sup>(28)</sup>しかし、刑法一七五条を存置し、時折見せしめのようにわいせつ写真集等の作者や販売会社を起訴し、あるいは有罪としてお茶を濁すことは、むしろ問題の本質から目をそらさせ、より重大な犯罪行為の追及を遅らせるものではないかと危惧するのである。したがって、通常のポルノは推奨はしないものの必要悪として黙認し、現行の一七五条は廃止した上で、

規制の対象を暴力的・差別的表現を含む成人ポルノといわゆる児童ポルノとに限定し、後述するフランスのように統一的に刑法典中に規定することが望ましいと考えている。<sup>(29)</sup>

刑法学者による一七五条の解説として、保護法益を通説・判例<sup>(30)</sup>である「健全な性風俗・性道徳・性秩序の維持」から価値観の多様化した現代では「見たくない者の自由と青少年の保護」に限定しようとする見解もあるが、やはり解釈論としては無理があり、<sup>(33)</sup>だからこそ立法的解決によるほかはないと思われる。

また、いわゆる性風俗ないし性道徳の保護を社会の健全な「精神的・文化的環境」の保護と捉え直したとしても、<sup>(34)</sup>「健全」とは何かをめぐり、結局は国家の一方的なモラルを刑罰をもって強制することとなり、しかもその際検察官、裁判官等の恣意に流される危険に変わりはないように思われる。健全な「精神的・文化的環境」が害されるとき、①性的表現に触れたくない人の権利が脅かされ、②青少年に有害な環境が形成され、③女性差別が促進され、④商業的傾向と結びついて濫用され、⑤暴力団の資金源となるとも言われるが、①については一七五条を廃止しても、書店でコーナーを分けて販売させ、目に付く場所での煽情的な広告を規制することで対処可能である、<sup>(35)</sup>②については現行の一七五条よりも後述するフランス刑法のように青少年にポルノを見せることを処罰する新たな立法の方が効果的である、③については同様に差別的表現を処罰する新たな立法の方が効果的である、④については、商業的傾向と結びついて濫用されるものは社会に溢れており、パチンコやコンピュータゲーム等のように依存性が強く社会生活の崩壊につながる可能性のあるものも放任されていることと整合性がとれない、⑤については禁止するからこそ見なくなるのが人情であり、いわゆる高価なビニール本が売れ（て暴力団の資金源となる）るのは日本固有の現象で、フランスのように青少年の目に触れにくい深夜の時間帯に無修正のハードコアポルノが（有料）テレビで放映される社会では、高価なビデオテープなど買う者は誰もいない<sup>(36)</sup>という逆転現象がある、と反論したい。



日本国内又はアジア地域の井の中の蛙であり続けるのであればともかく、一步日本から出て外から日本を見れば（それが国際的視野を持つということにはかならない）、インターネットがこれだけ普及した現在、誰もがいわゆる無修正のハードコアポルノにも簡単（かつ安価）にアクセスできるにもかかわらず、違憲の疑いさえある一七五条を刑法典に存置することの滑稽さは一目瞭然である。しかも、一七五条をいわば免罪符として真に重要な児童虐待や女性差別を放置しているとすれば、それはもはや滑稽を通り越し、深刻な人権侵害と言わざるを得ない。刑法一七五条は、児童や女性の保護という本質的な問題から目をそらさせる隠れ蓑のような規定であると言わざるを得ないのである。

## 2 児童虐待の記録という観点からの批判

園田寿教授は、現行児童ポルノ禁止法のいわゆる三号ポルノ要件（「性欲を興奮させ又は刺激するもの」）が一般人を基準とするものである点は基本的に妥当としつつも、いわゆる小児性欲者（ペドファイル）でない限り半裸の児童の写真等を見ても性欲を興奮させ又は刺激するものとは感じられず、児童に対する性的虐待が疑われるものであっても児童ポルノに当たらない場合が出てくるほか、幼児の頭部に精液がかけられた写真なども余りにも細かく限定された定義の下では児童ポルノに当たらず不適切だとし、児童ポルノを「性的虐待記録物」としての方向で純化すべきであると主張されるが、全く同感である。<sup>37)</sup>

以下に述べるフランス刑法は、正にそのような方向で規定されていると考えられる。

### 三 児童ポルノ（及び一定の成人ポルノ）禁止をめぐるフランスの対応

(一) 立法

一九九二年に全面改正されたフランス刑法典（一九九四年施行）<sup>38</sup>は、法人の刑事責任、差別罪、セクシャルハラスメント罪など多くの先進的な犯罪類型を規定しており、児童への性的虐待と児童ポルノの作成・頒布を既に刑法典上の犯罪として規定していた。その後一九九八年、二〇〇四年、二〇〇六年、二〇〇七年等に改正が行われ、さらに規定が整備されている。以下に児童ポルノ関連条文を掲げる。

刑法典第二部「人に対する重罪及び軽罪」第二編「人に対する侵害」第七章「未成年者及び家族に対する侵害」第五節「未成年者を危険にさらさせる行為」

(一) 刑法第二二七―二三条「未成年者のポルノ」① 頒布の目的をもって、未成年者の映像若しくは表現（物）<sup>39</sup>を写し、記録し又は伝達する行為は、その映像又は表現（物）がポルノグラフィの性質をもつ場合、五年以下の拘禁又は七万五千ユーロ（日本円にして約九〇〇万円）以下の罰金に処する。<sup>40</sup>未遂はこれを罰する。<sup>41</sup>

② 方法のいかんを問わず、前項の映像若しくは表現（物）を無償提供又は頒布する行為、及び輸入、輸出する行為又は輸入させ、輸出させる行為は、前項と同一の刑で罰する。<sup>42</sup>

③ 未成年者の映像又は表現（物）の頒布が、不特定多数の公衆に向けて遠距離通信網（電話回線、インターネットなど…筆者注）を使用して行われたときは、七年以下の拘禁又は一〇万ユーロ以下の罰金で罰する（二〇〇四年に追加）。

④ これらの映像若しくは表現（物）を所持し（二〇〇二年に追加）、又は反復して（常習的に）アクセスした者（二〇〇七年に追加）は、二年以下の拘禁又は三万ユーロ以下の罰金で罰する。

⑤ 第二乃至第四項に規定する行為が組織的犯罪集団によって犯されたときは、一〇年以下の拘禁又は五〇万ユーロ（日本円にして約五五〇〇万円）以下の罰金で罰する（二〇〇四年に追加）。



⑥本条の規定は、外見が未成年に見える人の映像又は表現(物)についても適用する。ただし、映像若しくは表現(物)の固定又は記録の当日に被写体が一八歳以上だったことが証明された場合を除く。

(二) 刑法第二二七―二四条〔ポルノの作成〕①暴力的若しくはポルノグラフィの性質をもつメッセージ又は人間の尊厳に対する重大な侵害をもたらすメッセージを作り、伝達し、若しくは、方法ないし媒体のいかんを問わず伝播させる行為、又はこのようなメッセージを商業的に用いる行為は、このメッセージを未成年者が目にし又は知りうる状態にあった場合、三年以下の拘禁又は七万五千ユーロ以下の罰金で罰する。

②本罪が文字又は視聴覚による報道を手段として行われた場合、責任者の画定に関して、報道を規制する法律の特別規定を適用する。

(三) 刑法第二二七―二八条〔報道犯罪〕第二二七―一八条乃至第二二七―二一条及び第二二七―二三条に定める軽罪が文字又は視聴覚による報道を手段として行われた場合、責任者の画定に関して、報道を規制する法律の特別規定を適用する。

(四) 刑法第二二七―二八―一条〔法人の刑事責任〕第二二七―一八条乃至第二二七―二六条に規定される犯罪を法人が犯したときは、第一三一―三九条の刑罰(罰金額が四倍〓筆者注)のほか、第一三一―三九条の刑罰(職業活動禁止、市場からの排除、有罪判決の公示等…筆者注)も適用されうる。

## (二) 児童ポルノの範囲及び広範な児童保護

### 1 判例

フランスでも児童ポルノをめぐる判例が出されているので、その中からいくつかを紹介する。特に、(2)破毀院刑事部二〇〇七年九月一二日判決は、日本のアニメーションを輸入・販売した者が児童ポルノ頒布罪で有罪とされ、日本の最高裁にあたる破毀院まで争った結果、上告棄却されたもので、フランスの裁判所の厳しい姿勢を表

すものとして注目される。

- (1) 破毀院刑事部二〇〇五年一月五日判決<sup>(43)</sup>

〔事実の概要〕

ジャン・リュック・Xは、コンピュータ上の小児性欲者（ペドファイル）向けの児童ポルノサイトにアクセスし、一時的に児童ポルノ画像を閲覧した。その後捜索を受けた同サイトの閲覧履歴にジャン・リュック・Xのアクセス記録が残っていたため、彼は児童ポルノ所持罪（二二七―二三条四項）で起訴された。リヨン控訴院は二〇〇四年四月一日の判決において被告人に無罪を言い渡したため、検察官が上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

「児童ポルノをインターネットのサイトからダウンロードして媒体に保存、印刷したりせず、単に閲覧しただけでは、児童ポルノ所持罪（二二七―二三条四項）を構成しない」。

- (2) 破毀院刑事部二〇〇七年九月一二日判決<sup>(44)</sup>

〔事実の概要〕

K&Z社社長、セドリック・Xは、日本で製作されたビデオカセット『淫獣聖戦3ツインエンジェル』〔仏題・ツインエンジェル―帰ってきた天空の獣―Vol.3〕をフランスに輸入し、翻訳と商品化を行い、SEE BD社制作プロデューサー、クリストフ・Yおよび同社代表、カトウリーヌ・Zは、この商品を顧客に自ら販売したとして、共にフランス刑法二二七―二三条違反で起訴された。問題となった表現箇所は、幼児の容貌である主人公の鬼磨が成人女性と性的関係をもつ部分である。二〇〇五年七月五日のカンブレ地方裁判所の有罪判決

を受けて被告人が控訴し、日本のマンガでは主人公が非常にデフォルメされる場合があり、鬼麿も一八歳（成人）であると主張した。二〇〇六年六月三〇日ドウエ控訴院においてその事実を熟知しないフランスの一般人に対してビデオカセットが販売されたため、その点は意味をなさないと控訴が棄却されたため、被告人が上告した。

〔判旨〕 上告棄却。

「刑法二二七―二三条の規定する犯罪について被告人の有罪を宣告するにあたり、本判決は、同規定の対象を未成年者を表現するあらゆる表現物に拡大した一九九八年六月一七日の法律を適用し、架空の未成年者を表現し、実写映像を加工した絵や画像のような非実写の画像も、同条文の予定するところと解する。

本件の場合、ビデオカセット『淫獣聖戦3ツインエンジェル』『仏題・ツインエンジェル―帰ってきた天空の獣―Vol.3』に登場する人物「鬼麿」は、他の成人の登場人物と比較すると背が低いこと、成人であると推定されるような身体的特徴がないこと、その表情が非常に低年齢の幼児のように見えるといった点を特に考慮すると、まぎれもなく幼児の特徴を備えている。

セドリック・Xは、日本で製作された映像作品をフランスに輸入し、その翻訳と商品化を行い、業者にこれを販売した。SEEBD社の制作プロデューサー、クリストフ・Y、および同社代表、カトゥリーヌ・Zは、同商品を顧客に販売した。エロティックかつポルノグラフィックな映像やアニメーション作品がきびしく規制されているという状況を考慮すると、上告人たちは同ビデオカセットで表現された映像の詳細な性質を知り得なかったという主張だけでは、その刑事責任を免れることはできない。

問題の犯罪に関連する犯意および物証に関するあらゆる要素を考慮すると、控訴院判決は正当であり、上告人が主張する欧州人権条約違反には当たらない。

## 2 検討

フランスの児童ポルノ関係処罰規定は、何度も改正が加えられた結果、非常に網羅的で厳しいものとなっている点の特徴である。

まず、児童ポルノの定義は、日本の児童ポルノ禁止法二条三項一～三号のように細かく定義されず（前記二―（一）―2参照）、「ポルノグラフィの性質をもつ未成年者（児童）<sup>(45)</sup>の映像又は表現（物）」はすべて含まれる。前者は実在の児童の映像であるが、後者は児童を表現していれば含まれることとなり、前述の破毀院刑事部二〇〇七年九月一二日判決で有罪とされたように、児童を題材とし、かつポルノグラフィの性質を持つ絵画、漫画、アニメーション、コンピュータ・グラフィックス等すべてが含まれる<sup>(46)</sup>。

また、ポルノグラフィの性質とは、日本における「わいせつ」概念のように規範的要素として裁判官が判断するため、広い裁量に任されている。フランスの代表的な刑法各論教科書<sup>(47)</sup>によれば、「ポルノグラフィとは①旧刑法で用いられていた『善良な性風俗に対する侮辱（侵害）』という概念より狭い。単なるヌード映像やゆるやかな好色的表現（エロティシズム）は入らない。②特に、ポルノ関連犯罪は、未成年者しか保護していない」と説明されている。

日本とフランスでもっとも異なる点は、既述の通りフランスでは一九七〇年代に「性表現の自由化」が行われ、成人に関しては日本の一七五条に当たる罪が存在しないという点である。すなわち、フランスの児童ポルノ規制は、「善良な性風俗（社会的法益）の保護」というような人々の多様な価値観・思想を規制する目的も内容も持たず、あくまでも広い意味での「児童虐待の防止」が念頭に置かれているのである。そして、そのような虐待につながる可能性が少しでもある行為は断固として規制する立法者意思が明確に表れている。

たとえば、一九九二年の立法当初、二二七―二三条は児童ポルノの作成、提供のみを処罰していたが、その後二〇〇二年にポルノの所持が禁止され、二〇〇七年にはインターネットの児童ポルノサイトに常習的にアクセスする行為さえ処罰されるようになった。その意味で前述（前記三―(二)―1―(1)参照）の二〇〇五年一月五日破毀院判決で無罪となった行為は、二〇〇七年の立法により処罰されるようになったのである（二二七―二三条）。

また、刑法上①児童が、児童ポルノ作成過程で、あるいは児童ポルノに刺激された者によつて性的虐待を受けるなどの直接被害にあう可能性を遮断する規制（児童ポルノ提供、頒布、所持、アクセス罪等）の他にも、特別法上で②児童の人格形成に影響を与えるような有害環境から児童を遠ざける規制（成人ポルノ販売規制）も行われている<sup>(48)</sup>。前者が①究極的には児童の生命・身体・（性的）自由の保護を目的として広く児童一般を保護するのに対し、後者は、②いわば児童の健全な成長発達権や精神的打撃を受けない権利の保護を目的としているといえよう。

前者について、他人が作成した児童ポルノを個人的に所持し、インターネットの児童ポルノサイトに常習的にアクセスする人間がすべて児童に対する性的虐待を行うかと言え、答えはむしろ否であろう。国際的にも、児童ポルノ関連犯罪を厳しく処罰している国々での児童の性的被害は、必ずしも少ないとはいえない<sup>(49)</sup>。しかし、これらの国ではもともと児童の被害が多いために厳しい処罰が必要であり、処罰しなければさらに犯罪が増えるかもしれないのであり、「厳しく処罰するとかえつて犯罪が増える」という主張の立証は、比較が困難であるだけに不可能であろう。また、後者については、思想・良心の自由が三五年余り前の「性表現の自由化」以来成人については最大限保障されているものの、精神的に未熟で傷つきやすく未だ成長途上にある未成年者のポルノや暴力表現に対するアクセス手段を一定程度制限することの合理性には、社会的コンセンサスがあると思われる。



### 3 その他の児童保護

ちなみにフランスでは、児童に対する性的虐待も、日本に比べて非常に厳しく処罰されている。日本では、刑法一七七条の強姦罪が一三歳未満の女子に対してのみ、暴行・脅迫によらない強姦罪の成立を認めているが、男子は保護されず、より軽い強制わいせつ罪（一七六条）による保護のみである。また、いわゆる児童虐待防止法<sup>(50)</sup>も、親権の行使に関する配慮（一四条）や親権の喪失制度の適切な運用（一五条）など、強者である大人（親権者等）の側に配慮した内容となっており、弱者である児童の保護は決して十分とは言えない。性的虐待ではないが、それ以上に深刻な児童を死に至らせるような傷害・殺人や保護責任者遺棄致死事件が相次ぎ、まさに法律や制度の不備が明らかになりつつある。

その点、フランスでは、一五歳未満の男女の暴行・脅迫によらない性的被害者だけでなく、一五歳以上一八歳未満の男女の被害者も、前者よりはゆるやかであるが手厚く保護されている（二二七―二五―二七条）。ちなみに、暴行・脅迫を伴う通常の強姦罪（二二二―二三条）は一五年以下の重懲役で処罰されるが、被害者が一五歳未満の男女であったり（二二二―二四条二項）、未成年者と加害者の接触がインターネットを使用した不特定多数の公衆に向けてのメッセージ発信を通じて行われたとき（二二二―二四条八項）は、刑が二〇年以下の重懲役に加重されている。

以下に、関連条文を掲げる。

- (一) 刑法第二二七―二五条（未成年者に対する性的攻撃）暴力、強制若しくは脅迫を用いることなく、又は不意を襲うことなく、成人が一五歳未満の未成年者の身体に対し性的攻撃を行う行為は、五年以下の拘禁又は七万五千ユーロ以下の罰金で罰する<sup>(51)</sup>。



- (二) 刑法第二二七―二六条〔尊属等による未成年者に対する性的攻撃〕第二二七―二五条に定める犯罪は、次に掲げる場合、一〇年以下の拘禁又は一五万ユーロ（日本円にして約一二〇〇万円・筆者注）以下の罰金で罰する<sup>(52)</sup>。
- 一 正嫡関係若しくは自然的関係の尊属又は養親並びに被害者に対し権限を有するその他すべての者が行うとき。
  - 二 職務上付託された権限を有する者が、これを濫用して行うとき。
  - 三 正犯又は共犯が複数で行うとき。
  - 四 未成年者と加害者の接触が、不特定多数の公衆に向けて遠距離通信網を使用して行われたとき（二〇〇二年に追加）。
- (三) 刑法第二二七―二七条〔一五歳以上の未成年者に対する性的攻撃〕暴力、強制若しくは脅迫を用いることなく、又は不意を襲うことなく、一五歳以上であつて、かつ婚姻により親権を解かれていない未成年者に対する性的攻撃は、次に掲げる場合、二年以下の拘禁又は三万ユーロ以下の罰金で罰する。
- 一 正嫡関係若しくは自然的関係の尊属又は養親並びに被害者に対し権限を有するその他すべての者が行うとき。
  - 二 職務上付託された権限を有する者が、これを濫用して行うとき。

#### 四 おわりに——フランス刑法から学ぶべきこと——

以上見てきたように、フランスでは、児童に対する性的虐待防止や児童の健全育成のために、あらゆる可能性を考慮して網羅的な規制を行っており、そのためには強い立場にある大人側の思想・良心・表現の自由が多少制限されてもやむをえないという価値判断が働いているように思われる。

もちろん、フランスと日本では国民性も社会的背景も異なり、フランスでは児童に対する性的虐待が統計上より深刻である<sup>(53)</sup>一方、「子どもは聖なる存在として手厚く保護すべきだ」という伝統的なキリスト教的価値観に支

配されて厳しい処罰が社会に受け入れられている面も否定できず、犯罪状況も宗教的背景も異なる日本にフランスの制度を現状の日本社会にそのまま輸入すれば良いと主張するわけではない。

本稿で筆者が最も強調したい点は、フランスでは成熟した成人に対するポルノ（本稿の注(4)に示した区別から言えば「性表現」）自体は三〇年以上前から解禁されて「性表現の自由化」が実現されており、日本のように「善良な性的道義観念」のような漠然とした社会的法益が刑罰による保護の対象と考えられていない点である。正にそれだからこそ、裁判官のポルノグラフィ（わいせつ）性判断に対する国民の信頼が生まれる。<sup>(54)</sup> さらに言えば、児童ポルノ以外の分野での思想・良心・表現の自由や刑事手続きにおける被疑者・被告人の権利が広く認められている点、少なくとも国民の権利意識が日本に比べて格段に高く、それらの侵害に対して団結して抵抗する点は、日本の社会状況とは大きく異なるのである。

したがって、児童ポルノ禁止法を児童に対する多角的保護という観点からより実効的・網羅的なものへ改善するためには、同時に日本人（男性）を不必要に委縮させる原因となっている刑法一七五條を廃止し、フランスのように、より女性差別防止・児童虐待防止に焦点を当てた規定へと変えてゆく必要があると考える。

児童ポルノの不明確性を回避するために、二条三項三号の定義中に「児童の性的部位の露出又は強調」かつ「殊更に性欲を興奮させ又は刺激する」という条件を追加する民主党の改正案<sup>(55)</sup>は保護範囲が限定され過ぎ、十分な児童保護に欠けるきらいがある。同様の定義明確化に加え、単純所持を禁止するのみで処罰には反対する日弁連の意見書<sup>(56)</sup>にも同様の難点がある。そもそも、表現の自由を守りつつ児童の保護を実現するためには、まず刑法一七五條の改廃に取り組むべきではないか。

繰り返しになるが、思想・表現の自由の侵害や捜査権の濫用による処罰範囲の不当な拡大懸念などは「大人側の事情」であり、それが格段に弱い立場にある児童の保護を犠牲にする理由とはなりえないという毅然とした態

度が、フランス立法府にはみとれる。それは、その他の場面では思想・表現の自由や捜査権濫用への抵抗権が最大限保障される社会におけるフランス国民の統治三権に対する信頼にも裏打ちされている。

日本の政治家や法律家も、思想・表現の自由の侵害や捜査権の濫用による処罰範囲の不当な拡大懸念には正面から立ち向かい、障害を取り除く努力を第一にすべきであり、それができないしわ寄せを弱者である児童に被らせるべきではないことを、フランスの動向から学ぶべきであろう。

今回、恩師宮澤浩一先生の追悼論文を執筆するに当たり、改めて一九七二年に出版された『性と法律―性表現の自由と限界』所収の諸論文を読み返し、現在でも十分通用する先生の先駆的な性表現自由化の主張を確認しつつ、その後の新しいジェンダー的視点を付け加えた新たな立法の必要性を主張したい。

先生の学問に対する真摯な姿勢、国際性、人権感覚等に少しでも近づけるよう一層努力することをご霊前に心よりお誓いして、筆を擱く。

(1) 正式名称は、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。平成十一年五月二六日法律第五二号。最終改正は平成一六年。

(2) 正式名称は、東京都青少年の健全な育成に関する条例。昭和三九年八月一日条例第一八一号。二〇一〇年二月の改正案は六月に否決されたが、一月に再提出された法案は一二月に可決され、刑法に触れる性交や性交類似行為を不当に賛美又は誇張するように描写された漫画やアニメーション等の青少年への販売・閲覧を制限することを出版業者・販売業者等に求める改正案が二〇一一年四月から施行されている。

(3) 二〇〇九年三月、民主党は、「児童ポルノ」の呼称および定義を変更したうえで購入・入手も処罰する改正案を国会に提出したが、審議未了で廃案となった。二〇一一年八月には、「児童ポルノ」の名称を復活させ、反復・有償取得を処罰する改正案を提出した。一方、自民・公明両党も児童ポルノの単純所持を処罰する改正案を提出している。

- (4) 故宮澤教授は「ポルノ解禁は学問的用語ではなく、『性表現の自由化』というべき」と指摘された。同「ポルノ解放は是か非か―ある机上の討論会より―」宮澤浩一・中山研一編『性と法律』（成文堂・一九七二年）一頁参照。しかし、最近ジェンダーの視点から新たにポルノ批判が展開されており、ポルノという言葉を残すべきだという考えもあり得よう。したがって本稿では、性的な暴力・差別的表現を「ポルノ」、それ以外を「性表現」として明確に区別したい。
- (5) 拙稿「フランス刑法における児童ポルノ問題」特別企画「児童ポルノ禁止法を考える」法セミ六七一号（二〇一〇年）四三～四五頁。
- (6) もつとも、児童ポルノが刑法一七五条のわいせつ物頒布等罪におけるわいせつ物にあたる場合には、成人ポルノと区別することなく処罰されてきた。最近の判例として、最決平成一八年五月一六日刑集六〇巻五号四一三頁、最決平成二一年七月七日刑集六三巻六号五〇七頁などがあり、解説として深町晋也「わいせつ物販売目的所持罪の成否」『平成一八年度重判』（有斐閣・二〇〇七年）一七四～一七五頁、仲道祐樹「児童ポルノ提供罪と同提供目的所持罪の罪数関係および訴因追加手続の適法性」刑事法ジャーナル二二二号（イウス出版・二〇一〇年）一〇七頁などがある。
- (7) 制定当時の解説として、園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社・一九九九年）参照。
- (8) 判タ一〇六四号二四九頁。解説として、岩井宜子「児童ポルノ法二条三項三号と刑法一七五条のわいせつ概念の関係」『メディア判例百選』（有斐閣・二〇〇五年）一二二～一二三頁、永井善之「児童ポルノ規制の保護法益」法学（東北大学法学会）六八巻一号一九二頁等参照。
- (9) 高刑速報（平成一二年）四号一四六頁。
- (10) 弁護人が引用した「いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」という判例上のわいせつ概念を指す。
- (11) 刑集二八一号五七七頁。
- (12) ポルノを輸入禁制品とした税関検査が憲法二二条二項にいう「検閲」に当たるか否かが問題となった事件である。大沢秀介「書籍等の輸入と税関検査」『メディア判例百選』（有斐閣・二〇〇五年）一二四～一二五頁参照。
- (13) いわゆる福岡県青少年育成条例事件である。萩原滋「刑罰法規の明確性・広汎性―福岡県青少年育成条例事件」



『刑法判例百選Ⅰ(第六版)』(有斐閣・二〇〇八年) 六〇七頁参照。

(14) 刑集六〇巻二号二二二頁。

(15) 刑集六〇巻二号二一六頁。

(16) 刑集一一巻三号九九七頁。

(17) 刑集二三巻一〇号一二三九頁。

(18) 刑集三四巻六号四四三頁。

(19) 多くの被告側弁護士、漫画家等の主張や後注(21)の日弁連意見書に代表される。

(20) 園田寿「児童ポルノ禁止法の問題点―「児童ポルノ」とは何か―」特別企画「児童ポルノ禁止法を考える」法セミ六七一号(二〇一〇年)三四―三六頁参照。

(21) 日本弁護士連合会「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」の見直し(児童ポルノの定義の限定等)を求める意見書(二〇一〇年一月一六日) <http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/data/101116.pdf> 参照。

(22) 故平野龍一教授が「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』(東京大学出版会・一九六六年)九三頁以下を書かれてから既に四六年が経ちその後の社会変化も著しいが、処罰規定は増加の一端をたどり、廃止されることはほとんどなかった。さらに、故宮澤教授が一七五条について同様の疑問を呈されてから既に四〇余年が経過している。前掲書(注(4))参照。

(23) 古くは奥平康弘「わいせつ文書頒布販売罪」(刑法一七五条)について―憲法、刑法学者の教えを乞う―法政論集二〇号(一九六二年)一頁があり、最近でも愛敬浩二「文学とわいせつ(三)―『四畳半襖の下張』事件」『メディア判例百選』(有斐閣・二〇〇五年)一一六―一一七頁などがある。

(24) その中で、故宮澤教授は、表立ってわいせつ規制反対論を展開された数少ない刑法学者の一人であられた。学説の整理については、萩原滋「わいせつ物頒布罪」『刑法の争点』(有斐閣・二〇〇八年)二四四―二四五頁参照。

(25) 例えば、団藤重光『刑法綱要総論(第三版)』(創文社・一九九〇年)一八八頁以下、大塚仁『刑法概説(総論(第四版))』(有斐閣・二〇〇八年)三五六頁、なお福田平『全訂刑法総論(第四版)』(有斐閣・二〇〇四年)一四四―



一四五頁も参照。

- (26) 故宮澤教授も同様の内容を既に四〇余年前に書かれている。現在でも十分通用する内容に改めて感嘆するとともに、日本社会の遅れに愕然とする。前掲書(注(4))参照。
- (27) 代表的なものに、キャサリン・マッキノン(柿本和代訳)『ポルノグラフィ―平等権と表現の自由の間で』(明石書店・一九九五年)、キャサリン・マッキノン・アンドレア・ドウォーキン(中里見博・森田成也訳)『ポルノグラフィ―と性差別』(青木書店・二〇〇二年)等参照。
- (28) なお、拙稿「ジェンダーとフランス刑事法」『慶應の法律学』(刑事法)(慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集)(慶應義塾大学法学部・二〇〇八年)一四五頁以下も参照。
- (29) その意味で、私見は角田由紀子『性差別と暴力―続・性の法律学』(有斐閣・二〇〇一年)、中里見博『ポルノグラフィ―と性暴力―新たな法規制を求めて』(明石書店・二〇〇七年)等の主張と根本的な問題意識を共有するものである。
- (30) 団藤重光『刑法綱要各論(第三版)』(創文社・一九九〇年)三一〇頁、大塚仁『刑法概説各論(第三版増補版)』(有斐閣・二〇〇五年)五一四頁、大谷實『刑法講義各論(新版・第三版)』(成文堂・二〇〇九年)四九七頁、西田典之『刑法各論(第五版)』(弘文堂・二〇一〇年)三八一頁、佐久間修『刑法各論』(成文堂・二〇〇六年)三四三頁等参照。
- (31) 最判昭和二六年五月一〇日刑集五卷六号一〇二六頁(サンデー娯楽事件)、最判昭和三二年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁(チャタレー事件)、最判昭和五五年一月二八日刑集三四卷六号四四三頁(四畳半襖の下張事件)等。
- (32) 平野龍一「現代における刑法の機能」『刑法の基礎』(東京大学出版会・一九六六年)一一三頁、内田文昭「長井圓「性表現と刑法」『現代刑罰法大系四卷』(一九八二年)二五七頁以下、林美月子「性的自由・性表現に関する罪」芝原邦爾「堀内捷三」町野朔「西田典之」『刑法理論の現代的展開各論』(日本評論社・一九九六年)六〇頁など。故宮澤教授も前掲書(注(4))六〇七頁で「見たくない者の自由と青少年の保護」に言及されている。
- (33) 西田・前掲『刑法各論(第五版)』(注(30))三八一頁。

- (34) 団藤・前掲『刑法綱要各論(第三版)』(注(30))三一七頁注(二)に引用された最判昭和五八年一月二七日の補足意見、井田良『刑法各論』(弘文堂・二〇〇七年)二二〇頁等参照。
- (35) なお、萩原・前掲解説(注(13))二四五頁。
- (36) 筆者が二〇余年前、約四年間のフランス滞在で実際に見聞したことである。
- (37) 園田・前掲論文(注(20))参照。
- (38) 詳細は、拙稿「フランス刑法の最新動向と日本法への示唆」ジュリ一三四八号(二〇〇八)一六二頁以下参照。
- (39) 原文は「Image ou la representation」で、直訳は「映像(イメージ)又は表現(されたもの)」であり、その範圍は非常に広く、包括的な文言が使用されている。法務省大臣官房司法法制調査部『フランス新刑法典』(法曹会・一九九五年)では「映像」と訳されているが、原文により忠実な訳とした。
- (40) 一九九二年の立法当初は一年以下の拘禁又は三〇万フラン(ユーロ換算で約三万ユーロ)以下の罰金だったが、一九九八年に三年以下の拘禁又は四万五千ユーロ以下の罰金へ、さらに二〇〇六年に現在の五年以下の拘禁へ刑が引き上げられた。
- (41) 未遂処罰規定は二〇〇四年に追加された。
- (42) 当初は頒布行為のみ処罰されていたが、二〇〇四年にその他の行為が追加された。
- (43) Bull. crim. n° 9, JCP2005. IV. 1505.
- (44) D. 2008. 827, note Lefranc, Dr. penal 2007. comm. 152, obs. Veron.
- (45) フランスの成人年齢は一八歳なので、一八歳未満が未成年となり、日本の児童ポルノ禁止法における児童の年齢と一致する。
- (46) J. Pradel=M.Danti-Juan, "Droit pénal spécial", 2<sup>e</sup> éd., 2001, p.465.
- (47) J. Larguier=Anne-Marie Larguier, "Droit pénal spécial", 12<sup>e</sup> éd., 2002, p.315.
- (48) 児童保護に関する二〇〇七年三月五日法二九三号は、教育施設(学校)から二〇〇メートル以内に児童ポルノを売る店を建設することを禁止する(六条)。
- (49) 昨年インターネット上で公表されたイタリアの児童保護団体「テレフォノ・アルコバレーノ」の二〇〇九年版レ

ポートによれば、インターネット上にある各国の児童ポルノサイト数の一～三位はドイツ、オランダ、アメリカであり、一三位の日本の後に、韓国、フランスが続いている。また、インターネット上にいる小児性欲者（ペドファイル）の国別分類の一～三位はアメリカ、ドイツ、イギリスであり、フランスは六位、日本は一六位となっている。  
[http://www.telefonarcobaleno.org/report2009-eng\\_web.pdf](http://www.telefonarcobaleno.org/report2009-eng_web.pdf) 参照。

(50) 正式名称は児童虐待の防止等に関する法律（二〇〇〇年、最終改正は二〇〇八年）。

(51) 一九九二年の立法当初は二年以下の拘禁又は二〇万フラン（ユーロ換算で約二万ユーロ）以下の罰金だったが、一九九八年に刑が引き上げられた。

(52) 一九九二年の立法当初は五年以下の拘禁又は五〇万フラン（ユーロ換算で約五万ユーロ）以下の罰金だったが、一九九五年に刑が引き上げられた。

(53) 二〇一〇年版司法統計によれば、フランスの児童に対する性的虐待での有罪件数は、二〇〇五年五二〇七件、二〇〇六年五〇九四件、二〇〇七年四九二六件、二〇〇八年五〇八三件とほぼ横ばいである（[http://www.justice.gouv.fr/art\\_pix/1\\_stat\\_anur09\\_10\\_20101122.pdf#search=Annuaire+statistique+de+la+justice](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_stat_anur09_10_20101122.pdf#search=Annuaire+statistique+de+la+justice)）が、人口が二倍の日本では、性的虐待の検挙件数でさえ二〇〇五年五五件、二〇〇六年七五件、二〇〇七年六九件、二〇〇八年八二件、二〇〇九年九一件、二〇一〇年六七件のみである（警察庁「少年非行等の概要」〈二〇一〇年〉<http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/shounenmhikou220224.pdf> 参照）。

(54) 多くの教科書で、エロティシズムとポルノグラフィは区別が困難ではあるが、判例の蓄積により、かなり明確化されていると評価されている。J. Larguier=Anne-Marie Larguier, “Droit pénal spécial”, 12<sup>e</sup> éd., 2002, p.315, J. Pradel=M.Danti-Juan, “Droit pénal spécial”, 2<sup>e</sup> éd., 2001, p.459 参照。

(55) 民主党参議院議員谷岡郁子氏のホームページからダウンロードできる。<http://www.taniokachannel.com/report/report.html> 参照。

(56) [http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/100318\\_3.html](http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/100318_3.html) 参照。