

ウルリッヒ・シーバー

## 世界的なわいせつ規制のための最小限の基準

——比較法的分析——

Ulrich Sieber „Mindeststandards für ein globales Pornograf Strafrecht  
—Eine rechtsvergleichende Analyse—“ (Zeitschrift für Urheber- und  
Medienrecht 02/2000)

園 田 寿  
長 岡 範 泰

### I 導 入

コンピュータネットワークにおける児童ポルノの流布は、単一国家の行動を通じてはもはや制圧されえない国際的な現象である。刑法の領域では、国際的に調和の取れた措置、特に実体法の統一・有効な訴訟に関する捜査能力・専門化された刑事訴訟追機関と産業界やインターネットユーザーとの協力が必要だ。さらに、追跡技術の発展等の刑法外の措置もなされねばなるまい。以下は、児童ポルノの有効な制圧のために筆者 (Sieber) が展開してきた関連する論文を要約したものである。

どの国家も、インターネットにおいて国際的なデータの流通を遮断することはできない。だから、インターネットにおけ

る児童ポルノの制圧のために唯一可能な解決策は、すべての国において刑法的に処罰される最小限の基準の国際的な統一である。

以下の比較法的な分析は、国際的な児童ポルノへの効果的な訴追をなしうるような、刑法的な最小限の基準の創設の根拠をもたらしことになる。本稿は、その為に、関連する規定の根拠と体系化への導入の後に、児童ポルノへの刑法的な特別規定（下記Ⅱ2）も、ポルノに対する一般的な刑罰規定（Ⅱ3）をも分析する。そして最後にまとめとして、国際的標準への一致が可能であることを示す（Ⅲ）。

## Ⅱ 比較法的分析

### 1 比較法の基礎と体系

児童ポルノに対する罰則は、すべての国で、包括的なわいせつ規制の一部となっている。これらには、異なる法益と異なる法技術を伴う様々な保護のコンセプトがある。それらの基本的な違いは、罰則の互いに異なる形態に由来する。個々の法体系における様々な保護コンセプトの分析は、それ故、条件的に可能な限りでのわいせつ規制の比較法的な叙述から始めなければならない。

保護法益のコンセプトは、四つに大別される。

最も狭いコンセプトは、青少年の人格をポルノ的な場面における被写体 (Darsteller) としての濫用から保護する。ほとんどの国は、関連する性的犯罪において、ポルノ的な目的での青少年への身体的虐待を罰するだけでは十分としない。児童の虐待は、ほとんどの法秩序において、むしろ、特に商業的な児童ポルノの供給を罰し、児童ポルノの画像の需要側の市場を「干す」ことを通じても妨げられるべきだとされる。そのため、多くの法秩序は、流布のみならず所持をも罰している。もっとも、それぞれの刑罰規定が、単に描写された子供たちへの「直接の」被写体保護 (Darstellungsschutz) と「市場を干すこと」の視点に基づいているか、あるいは、該当する行為の模倣ないし子供の誘惑に向けた児童ポルノの使用を防ごうとしているかについては、なお明らかでない。

世界的なわいせつ規制のための最小限の基準

第二の青少年保護の領域では、ボルノ出版物の危険に晒され得る青少年についての精神的・道徳的な成長の保護が目指される。この「影響(からの)保護」(Einwirkungsschutz)のコンセプトは、抽象的危険犯としてより前の段階へと刑法的保護を定型的に移す(フランス・ドイツ・オーストリア)。それらの構成要件が青少年保護を、あるいは公衆道徳の一般的な保護を目的としているのかは、解釈学的にはしばしば判断しがたい。

わいせつ規制はさらに、意図せずにボルノを見せられることからの保護をなす。その際、どの程度刑法が介入すべきものとして正当化されるのか。その限界は、しばしば流動的である。

多くの国々はさらに、公衆道徳の保護を目的とする。このことは、児童・動物のものや暴力的なボルノを含む、ハードなボルノの完全な禁止の理由の一部でもある。このような保護コンセプトを伴う法秩序に対し、刑法的保護の拡大や個々の刑罰規定の不明確性への非難が主張されることもある。

この四つの可能な方向性は、様々な法秩序において、様々な組み合わせの中に見られる。それらは、比較法的検討を大変困難にする。

上述の「被写体保護」や「影響保護」の範囲内で、もっぱら青少年の保護が重要な法益として認められている国がある(デンマーク・フランス・スペイン)。その目標に、成人のボルノを見せられることに対する保護が加えられる国もある。善良な道徳の刑法的保護を目指す国々は、それを越えて保護をする。

様々な法益の組み合わせは、異なり合う法技術を伴う。どの保護の方向性も、独立した構成要件を通じて実現されるコンセプト(オランダ・フランス)の下の法の体系化は、行為の客体と実行行為が方向性において独自のものであり、各々の法益に配慮して定義あるいは解釈されうるといふ利点を持つ。

他の法秩序(ドイツ・ベルギー等)においては、異なる方向が、少なくとも法技術的にはきちんと区別されていないため、それらの構成要件は、異なる行為の客体の間で区分されず、そのため各々の保護手段に配慮した一義的でない解釈がなされうる。部分

的に重なり合った実行行為の多くを通じて、構成要件の複雑さはさらに増す。詳しい定義を伴って詳細に述べられた規定は、英米法系に見られる。

ほとんどの法秩序において、関連する規定のうち、表現と芸術の自由の憲法的保障は、この領域において何の役割も果たしていないが、そうでない例もある（アメリカ・カナダ）。多くの国で、一般的なポルノ規制の適用について、憲法的な影響と限界の問題が生じる。

立法技術を見ると、法への取込み方についても、様々である。児童ポルノの規制及び単純なわいせつ規制の大部分が刑法典の中に存在する場合（欧州のほとんど・カナダ）や、刑法典は一般的なポルノ規制しか含まず、特別法においてこの分野の罰則が定められる場合がある（日本）。その他に、特別法における規制も存在する。

ポルノ規制の様々な保護コンセプト、そして、多くの法秩序及び多くの特別法の規制に欠けている解釈学的・体系的な一貫性が、このテーマにおける比較法を著しく困難にする。この困難さは、法の素材の明確な体系化を通じてのみ解決される。以下の叙述は、そのため、児童ポルノの表現に対する特別な構成要件（下記2）、一般のわいせつ規制（下記3）、そして、その他の表現犯罪（下記4）の間で、区別を行う。

## 2 児童ポルノの特別な構成要件

調査したほとんどの法秩序は、児童ポルノに対する特別な刑罰規定を持つが、それらが「被写体」と公衆道德のどちらを保護するものなのかについて、不明確なのは稀ではない。以下の分析は、第一に、児童ポルノを制圧するための特別な構成要件について、必要な区別をする。

まず、関連する行為の客体につき、表現の形式と表現の内容との間で区別できる。

ほとんどの国家は、表現の形式について、技術に依存しない概念を出発点としている。表現形式が技術的概念に依存しない限り

は、コンピュータシステムにおける児童ボルノへの刑罰規定の適用に困難はない。「文書概念」と結びついた法秩序（イギリス・ドイツ）に問題と改正の必要性が生じたが、特に技術的な問題は、構成要件の拡大や明確化によって、総ての調査された法秩序において解決されている。

構成要件において「視覚」という観点から方向づけられた描写概念は、「被写体保護」の法益と一致する。この法益を限定的に根拠にした頒布・所持の禁止の際の行為の客体の区別は、むしろ、児童ボルノへの刑罰規定と一般的なボルノへのその間で区別がなされることを前提とする。行為客体を言語表現へ拡張することは、行為の模倣を通じて「被写体保護」の法益が危険に晒されていると見える場合に、この法益と一致する。該当する行為は、しかし、他の構成要件を通じても把握されうる。視覚的な描写を越えた模倣からの保護は、例えばカナダ刑法一六二条の一に見られる（イタリアも類似）。

表現の内容についても問題はあつた。構成要件の年齢制限は、著しく相違を示す。児童とされる年齢制限は、一四歳未満（ドイツ・オーストリア）であつたり、一六歳（ベルギー・オランダ・スイス・イギリス）であつたり、児童の権利に関する国連条約と整合した一八歳（フランス・イタリア・日本・カナダ・スペイン・アメリカ）であつたりする。児童の思春期の終了に配慮した可変的な年齢制限を持つ法秩序も存在する（デンマーク・スウェーデン）。

年齢制限の規定の基準に関し、児童の実際の年齢ではなく、映像上の印象が重要である。個々の法秩序は、描かれた児童が年齢制限に満たない場合にあらならないことの「反証」を妨げない。しかし、いわゆる「表見基準」も一部に取り入れられている。法的な年齢制限の下の未成年者のみならず、実際に年齢制限を越えていても故意にそのように表現されている人々の描写も問題となる。

構成要件が把握しているのは実際の描写だけか、加工された架空の描写をも含むのかも、年齢制限の規定と密接に結びついている。多くの法秩序は、架空の描写を刑法の保護の中に含める。これは、証明の困難さだけでない。このことは、保護目的の拡大との関係でも、架空の画像が間接的に未成年者を危険に導くおそれについての考慮に基礎付けられている。

フィクションボルノの包含の問題に関しては、「表見基準」の把握の問題についてと同様に、それぞれの規定が、単に描かれた

被写体の保護だけのためか、模倣行為や児童の誘惑のために関連する視覚的表現物を使用することの防止にも資するのだが、問題となる。

当該表現は、すべての法秩序において、ポルノ的な性質を持っていなければならない。多くの国々は共通して、単なる裸体さららに別の要素が加わらねばならないとしている。

他の表現内容についても、成人に対しても含む、動物ポルノの頒布を禁ずる規定が頻繁に見られる。一部の国では、更に暴力的なポルノも含められている（ドイツ・フィンランド・スウェーデン・スイス）。一切の「わいせつ物」頒布への禁止も存在する（日本・カナダ・アメリカ）。

児童ポルノに対する刑罰規定の実行行為は、①製造、②頒布及び調達、③所持の、三つに大別される。

多くの法秩序において、まず、各行為の客体の製造が、典型的に把握される。児童の直接の虐待と、その際に作成される表現物の頒布の間の結びつけは、例えば、児童ポルノ表現物を作成する手段としてなされた性犯罪的目的のために青少年に接触することへの刑法的保護の前倒しが存在し、未成年との一定の接触は、特別に網羅的に罰せられる（イタリアも類似）。

児童ポルノ表現物の頒布ないし接触可能化も、実行行為に該当する。一部の構成要件は、コンピュータネットワークにおける頒布を特別に強調する。刑罰規定は、たいていは児童の「被写体保護」を僅かにしか目的とせず、「影響保護」も前面に出ないので、すべての法秩序において、児童に対する場合に限られず、頒布が罰せられる。インターネットに組み込まれた年齢認証システムや児童保護ソフトウェアは、そのため、児童ポルノ表現の領域に無関係である。多くの実行行為において、輸出入までもが把握される。頒布の前段階の所持をも罰する法秩序もある。

ほとんどの国で、児童ポルノ表現物の「入手」(Sichverschaffen) や所持が罰せられる(例えば、ベルギー・デンマーク・フランス・フィンランド・イタリア・カナダ・オーストリア・スウェーデン・スペイン・イギリス)。

児童ポルノに関する未遂が罰せられても、予備行為は、それが児童虐待に該当しない限り、基本的に罰せられない法秩序が見られる(スウェーデンは異なる)。

児童ポルノ表現に対する構成要件は、ほとんど総ての法秩序において故意を求める(日本・カナダに例外)。

頒布に関する量刑と加重の著しい相違を、核となる構成要件を表現する頒布あるいは接触可能化の実行行為が示す。これらへの自由刑の最高刑は、六月(デンマーク)から一五年(ベルギー・アメリカ)の幅を持つ。ポルノ規制と性規制の重なるところにある、児童ポルノ製造のための児童虐待の一部は、より高い刑をもって威嚇される。そこには、様々な法技術が存在する。所持については、デンマークは罰金刑だけを予定する。自由刑には、六月(フィンランド・オーストリア・イギリス)から五年(カナダ・アメリカ)までの量刑の差がある。

様々な加重も存在する。例えば商業利用等に対し、オーストリアでは三年、イタリアでは一二年の自由刑が存在する。アメリカは、再犯者に対し三〇年までの最高刑を予定する。フランス刑法には、電気通信を利用したポルノの伝送に対する加重が存在し、最高刑は五年となる。イタリアは、被害者が一四歳未満であったり行為者と被害者の間の特別な関係がある場合に、三分の一から三分の二だけ量刑を増す(スペインも類似)。例えばドイツでは営業上かつ組織的な犯行に対し、最少刑として、最低六月の自由刑がある(アメリカも類似)。

若干の法秩序は、没収等に特別に言及する。米国では、児童ポルノ表現の頒布の領域で、「没収」というシステムが取り入れられており、行為の客体の没収にあたって拳証責任の転換を許す。当該刑事手続において得られた罰金等の財産が、虐待された未成年者と行為者の再社会化のための基金の利益とされたり(イタリア)、当該構成要件の実現を導いた施設が閉鎖され得るような規定(イタリア・スペイン)もある。捜査機関を通じた違法な内容の仮の抑止あるいは削除も、議論されている(フランス・オランダ)。

### 3 一般的ポルノ規制

一般的なポルノ規制の領域では、上述のような、青少年の「影響保護」から成人の「直面（からの）保護」、さらに公衆道徳の保護にまで至る、保護の方向性に基ついた比較は難しい。それ故以下の概要では、体系化のために再び、児童ポルノと同様の区別をなす。

まず、表現形式の問題が存在する。ほとんどの法秩序は、画像 (Bilder) だけでなく、その他の客体をも把握する。一般的なポルノ刑法の領域では、「被写体保護」だけではなく、特に青少年への「影響保護」や成人を含む「直面保護」が問題となるので、この行為の客体の拡大は、児童ポルノの頒布の構成要件と体系的に一致する。技術的な表現形式に配慮し、部分的には古典的な規定に基づき、部分的には法的補充によって、新しいメディアにおける表現は、児童ポルノの特別な構成要件と同様に把握される。その内容は、部分的に文脈に依存あるいは関係して決定される。芸術作品または研究成果は、わいせつとされない例がある（イタリア）。

ポルノの内容の決定にあたっては、文化的な基盤の相違も存在する。例えばイギリスではポルノ概念は広く、デンマークや日本では制限的である。ポルノ描写の決定の文脈依存性のため、この相違の詳しい比較法的な表現は、不可能である。数多くの法秩序において、「影響保護」のため、行為の客体は、暴力的あるいは侮辱的な表現にも拡張される。

一般的なポルノ規制の領域における実行行為は、上述のとおり、各々の構成要件の保護目的に強く依存する。

青少年に対するポルノへの接近可成化は、青少年に対する「直面保護」を指向して把握される国（ドイツ・フィンランド・オーストリア・スイス・アメリカ）も、「影響保護」に方向付けられている国もある（フランス・ドイツ）。

「影響保護」の趣旨での受信者たる青少年の年齢制限は、「被写体保護」の趣旨での客体の年齢制限の規定と一致する。「影響保護」のための年齢制限は、一六歳であったり（オランダ・オーストリア・スイス）、一八歳であったりする（ベルギー・ドイツ・スペイン）。デンマークでは、それが販売の目的による場合にのみ、一六歳である。ドイツ・フランス以外のほとんどの法秩序に

世界的なわいせつ規制のための最小限の基準

において、どんなインターネットにおけるアクセス遮断(とりわけフィルタリングシステムによる接続における年齢認証システム)が青少年のアクセスを不可能にするかは、明らかでない。アメリカでは、さまざまな独立の法律においてインターネットプロヴァイダーに対する詳細な規定が見られる。

危険意識は、より強く、ポルノへの公衆の接近可能化を罰する諸構成要件に見られる。解釈学的観点では、このような構成要件は、ほとんど青少年保護のコンセプトを超え、公衆道德の一般的な保護を旨とするものである。

ごく僅かの法秩序は、一部で一定の条件を伴いつつ、製造をも罰する。また、一連の法秩序において、販売目的でのポルノ表現の所持も把握される。

主観的領域では、ほとんどの法秩序において、基本的に故意が求められる。しかし、過失でも罰せられる例がある(ドイツ・スウェーデン等)。一般的なポルノへの刑罰の威嚇は、著しい相違を示す。罰金刑だけの例(デンマーク)もあれば、長期三年までの自由刑(フランス・イタリア・スイス・イギリス)も見られる。

#### 4 その他の表現犯罪

法秩序の間の著しい相違が、児童ポルノに関する犯罪にとどまらず、その他の「表現犯罪」(Äußerungsdelikten)についても存在する。それらの概要は、児童ポルノ及び一般的ポルノの領域での児童への「影響保護」の場合と同様に、殆どの法秩序で罰せられる表現の核となる領域が存在することを示唆する。

### III 総括

児童ポルノとその他のポルノに対する刑罰規定の領域における比較法及び合理的な刑事政策のための決定的な前提は、関係する法益と保護体系の区分である。

「被写体」としての青少年の虐待に対する規定、精神的悪影響から青少年の精神的・道徳的成長を保護する規定、ボルノとの意図しない直面から成人を保護するための規定、そして公衆道徳を保護する規定を、区別し条文を通じて把握することが必要である。「被写体」としての濫用から青少年を保護するための刑罰規定は、単に個別の事例において描かれた青少年の保護だけではなく、広義の「被写体保護」として、模倣や誘惑のための利用の回避をも目的とする。殆どの法秩序に存在するこの種の構成要件は、さしあたり、大きく異ならない。この相違は、特に、視覚的描写を越えた刑罰の拡大、保護年齢制限、フィクションボルノの扱い、動物・暴力ボルノ等の頒布禁止の広がり、そして、製造における前倒しの構成要件の把握に関連する。実行行為を通じた「消費者」の可罰性についての更なる相違が、調達及び所持、制裁の程度、そして関係する加重に関して存在する。それにも関わらず、児童ボルノ表現の可罰性に関する世界的に広い合意が存在していることは、確認される。近年、特別構成要件の実現・単純所持の処罰、そして、制裁の激化について、特に見逃せない傾向が確認されねばならない。この事情からは、児童ボルノの制圧のための刑罰的な最小限の基準あるいはモデル法への国民国家の合意に対する困難は、存在しないとも言えない。

ボルノへの直面による有害な影響からの青少年の保護に対しても同様である。ボルノ表現に配慮した青少年の「影響保護」は、世界的な比較において、把握された行為の客体・可罰的な実行行為、そして刑罰の威嚇と加重の領域で、相違を示す。しかし、青少年の一定の形のボルノとの直面が刑罰的に把握されねばならないことにつき、国際的な合意も確認される。これは、刑法を通じて公衆の性的道徳を保護しない法秩序にも妥当する。この根拠から、青少年についての「影響保護」においても、青少年への一定の最小限の保護についての合意が、更に適当なモデル法までもが、存在し得べきである。サイバースペースのグローバルな性質に配慮すれば、アクセスコントロールシステムとフィルタープログラムへの技術的な要求も、統一されねばならない。

これに対して、意図しないボルノへの直面からの成人の保護、そして、更に広がった一般的道徳の保護のための刑罰規定については、より大きな違いがある。特に、大陸欧州の新しい改正法は、一般的道徳のボルノからの保護を拒む。それ故、この領域ではそれらの法秩序（例えばデンマーク・オランダ・フランス）と、英米法系の厳しい刑法体系（カナダ・アメリカ・イギリス）との

間に、著しい相違がある。よって、一定の最小限の基準、更にモデル法の国際的な統一は、この領域では不可能に近からう。

諸国の法のこれらの相違は、当然、ボルノ刑法に求められる調和を妨げるべきものではない。性的道徳一般の刑法的保護に存在する相違のゆえ、未来のボルノ刑法の調和は、特に青少年の「被写体保護」と「影響保護」に関わる最小限の基準の展開に集中せねばならない。国際的に妥当する最小限の基準を根拠として、これらの犯罪形式が制圧されれば、罰すべき態度の核となる部分は、既に把握されている。

記述的な比較法的分析のためには、次の段階において、国際的な委員会における法政策的な提案の発展が導かれねばならない。国家の刑事法政策は、国際的な刑法の調和の困難さについての嘆き終えねばならない。そして、所轄の超国家的かつ国際的な機関と協同して、国際的な最小限の基準の具体的な決定と、その上に築かれる国際的な刑法的共同作業のメカニズムを得ようと努めねばならない。インターネットの存在の故に、この方法に、代案はもはや存在しない。

〔紹介者コメント〕

いわゆるサイバースペースにおけるボルノに関する諸問題は、日本でも、判例の定着によって法的問題としては一応の解決を見つつあると言えよう。しかし、明白に残された問題もある。それが、児童ボルノに関する様々な問題である。日本においてもこの問題に関する議論をより深めるために、ジーバーの論文を紹介した次第である。

以下、この論文について、簡単な検討を加えることとしたい。

この論文でジーバーは、保護法益を四つの類型に分け、これを基礎に、豊富な例証を交えて議論を展開する。そして、結論として、世界的なモデル法や「最小限の基準」の設定を求め、それが可能であるとしている。

四類型に分けた整理は、児童ボルノのみならず、周辺の諸問題を検討する上でも有益なものである。日本においても、刑法、児童福祉法、児童買春・ポルノ処罰法、そしていわゆる淫行条例に関し、状況は混濁している。その法律あるいは条例の保護法益が

何であり、他の法律あるいは条例とどのような関係にあるか、いま一度整理しておく必要があろう。とりわけ、フィクションボルの処罰については、児童ポルノ処罰法の保護法益との関係を踏まえた慎重な検討が必要であらう。その際、この論文が示唆するところは大きい。

他方、結論については、三つの指摘をせねばならない。

ジーバーは、各国の法から共通のものを見出し、これを根拠にして、一定の「最小限の基準」が存在し得るとする。これは、同義反復ではなからうか。明示あるいは黙示の基準が存在するからこそ共通した立法がなされていると考えることは、不可能ではない。もしそうであるなら、この論文の主張に新しい意味はない。

異なる前提からも、問題は指摘できる。ジーバーも一部で認めている通り、すべての局面で諸国の法秩序が一致しているわけではない。それでもなお可能な限りでのきわめて限定的な一致に、果たしてどれだけの実際的な意味があるのだろうか。「インターネットの存在の故に代案がない」世界で、その程度の限られた一致に価値があると言えるのか、問われねばなるまい。

そして、ジーバーが列挙している例は、西欧・英米と日本に限られる。それ以外の諸国は、ここでは言及されていない。例えばイスラム圏を含む、真に世界的な一致が可能であるかどうか、そして、それが目指されるべきかどうかについて、この論文は沈黙する。しかし、全世界的な法制度の調和を目指すなら、いわゆる先進国以外の諸国との調和へ向けた努力が放棄されるべきだとは言えまい。

以上の指摘にも関わらず、この論文には、大きな価値を見出し得る。この価値は、上述した保護法益に関する明確な整理にはとどまらない。「インターネットの存在の故に」、法制度においてもしかるべき対策が必要である。それは、当然の理ではあるが、一国のみの力でなし得るものではない。このことからすれば、ジーバーが提唱する内容の概略は、前提の不十分さに影響を受けない妥当さを保つ。具体的に何が必要であるかは、より深められた議論によって明らかになるだろう。その際なされるべき議論のためのたたき台として、この提案は、真摯に受け止められるべきではないだろうか。

なお、本稿はあくまで一編の論文の紹介に徹することとした。ジーバーの関連する業績については、例えば岩間康夫「ウルリッヒ・ジーバー」『インターネットにおける国際刑法——グローバルなサイバースペースにおけるドイツ刑法三、九条の属地主義——』（法学研究二六巻二号・大阪学院大学法学会・二〇〇〇年三月）のような、先行する優れた紹介をご参照いただけるようお願いしておきたい。また、紹介されている事例の詳細については、直接原典を参照していただきたい。