

# スウェーデン最高裁における非実在児童ポルノ所持無罪判決

海外立法情報課 井樋 三枝子

## 【目次】

はじめに

### I スウェーデンの児童ポルノ関係規定

- 1 本件に適用される法規定
- 2 児童ポルノ罪の現行規定
- 3 本件で問題となる児童ポルノ規定の検察側の解釈

### II 事件の経緯及び最高裁判決

- 1 事件並びに下級審判決の概要
- 2 上告趣旨及び理由並びに論点及び見解
- 3 最高裁判決

おわりに

翻訳：児童ポルノ的内容を含むが実在の者のようでない  
図画であるマンガイラストの所持が、統治法の定める表現の自由及び情報の自由に照らし、処罰すべきものに当たらないとする 2012 年 6 月 15 日スウェーデン最高裁判所判決

はじめに

自身の所持するコンピュータのハードディスクに、日本のマンガイラストを保存していたことが、刑法で処罰対象となる児童ポルノの所持に当たるとして、日本のマンガの翻訳等を行うスウェーデンの日本文化研究者が児童ポルノ罪で起訴され、2010 年 6 月 30 日、ウプサラ地方

裁判所（以下「地裁」という）で、有罪判決を受けた<sup>(1)</sup>。被告人は控訴したが、スウェーデン高等裁判所（以下「高裁」という）でも、2011 年 1 月 28 日の判決により、有罪となった。しかし、最終的に、2012 年 6 月 15 日、最高裁判所（以下「最高裁」という）は、本件につき、無罪の判決を下した。第 1 審、控訴審とも、問題とされたマンガイラストは、刑法上の児童ポルノ図画に該当し、それらのコンピュータでの保存は、刑法で処罰される児童ポルノの所持に当たるとしていたが、最高裁は、マンガイラストは、スウェーデンの憲法的法律である統治法<sup>(2)</sup>が認める、法律に基づく人権の制限を行うほど、刑法上の違法性を有しないと判断した。

本稿では、第 1 審及び控訴審と上告審との相違点を関係法律を含めて概説し、最高裁判決の全文を訳出する。

## I スウェーデンの児童ポルノ関係規定

### 1 本件に適用される法規定

スウェーデンでは、刑法典<sup>(3)</sup>第 16 章第 10a 条<sup>(4)</sup>以下で、児童ポルノ罪が規定されている。1979 年にまず、児童ポルノの頒布が罪とされ、1994 年には児童ポルノの所持も禁止された<sup>(5)</sup>。直近の改正は、2010 年に行われ（2010 年 7 月 1 日施行。一部は、2011 年 1 月 1 日施行）、イ

(1) 第 1 審判決の全訳及び解説は、井樋三枝子「スウェーデンにおける児童ポルノ処罰規定—児童ポルノ対象範囲の拡大と新たに処罰される行為—」『外国の立法』No. 248, 2011.6, pp.54-73. <<http://dl.ndl.go.jp/view/prepareDownload?contentNo=1&itemId=info%3Andljp%2Fpid%2F3050652>> を参照。以下、インターネット情報は 2012 年 10 月 5 日現在である。

(2) Regeringsform (1974:152)

(3) Brottsbalk (1962:700)

(4) 1980 年 1 月 1 日に新設。

(5) ただし、手作業により描かれる図画の場合は、頒布や移転を目的としない場合のみ、所持と作成は禁止されない。

インターネット上の児童ポルノへのアクセスを明確に禁止するとともに、児童ポルノの定義の整備等もなされた。本件の地裁判決は、2010年6月30日に下されており、本件は、現行規定ではなく、2010年改正前の規定に基づき、審理された。以下に、2010年改正前の児童ポルノ罪の規定を概説する<sup>(6)</sup>。

刑法上の児童ポルノとは、ポルノ的な図画において児童を描写したものである（刑法典旧第16章第10a条第1項）。

児童の定義は2010年に改正されており、改正前は、「思春期の成長が未完了である者又は図画及びそれに関する状況から18歳未満であることが明らかである者」とされていた。この場合、18歳未満であるにもかかわらず、とても児童には見えない者を用いたポルノであれば、児童ポルノとならない可能性もあった（同旧第10a条第3項）。

児童ポルノの所持には、図画を物理的に所有することと同様、図画のデータを記録媒体に保存し、保持することも含む（同旧第10a条第1項）。

児童ポルノの作成又は所持が処罰されない場合は、本人が手作業により描いた図画を、頒布又は移転を目的とせず、かつ、頒布又は移転をすることなく所持する場合とされていた（同旧第10a条第6項）。このような処罰されない場合については、2010年の改正で、更に明確化

された。

スウェーデンでは表現の自由等については、憲法的法律である統治法、出版の自由に関する法律<sup>(7)</sup>及び表現の自由に関する基本法<sup>(8)</sup>で規定されている。

まず、統治法第2章第1条において、表現の自由及び情報の自由が包括的に保障されている。その中の、印刷メディアにおける表現の自由・情報の自由（出版の自由）に関しては、出版の自由に関する法律において、ラジオ・テレビ・映画・インターネットにおける一定の情報通信等における表現の自由・情報の自由に関しては、表現の自由に関する基本法において、それぞれ権利の保障及び規制の詳細が定められている<sup>(9)</sup>。出版の自由に関する法律第1章第10条及び表現の自由に関する基本法第1章第13条において、児童ポルノには、これらの法律が適用されないことが規定されているため、児童ポルノの定義にかかわる法改正が生じる場合には、これらの憲法的法律の改正を伴う場合がある。

このように表現の自由は、統治法、出版の自由に関する法律及び表現の自由に関する基本法において規定されているが、スウェーデンは欧州人権条約<sup>(10)</sup>を批准しているため、スウェーデン国内法は、この条約にも拘束される。

## 2 児童ポルノ罪の現行規定

2010年改正では、主に、次の点が改正された。

(6) 前掲注(1), pp.57-63.

(7) Tryckfrihetsförordning (1949:105)

(8) Yttrandefrihetsgrundlag (1991:1469)

(9) 山岡規雄『各国憲法集(1) スウェーデン憲法』(調査資料2011-1-a 基本情報シリーズ⑦) 国立国会図書館調査及び立法考査局, 2012, pp.4-7. <<http://dl.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/3382167/1>>

(10) Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 1953年9月3日発効。2011年改正を経た現行の統治法第2章第19条で、「法律又は他の法令は人権及び基本的自由の保護のための欧州人権条約に基づくスウェーデンの義務に反する規定を設けてはならない」と規定されている、これは、欧州人権条約がスウェーデンにおいて法律としての地位を有し、かつ、通常法律よりも上位にあると位置付けており、少なくとも欧州人権条約が国内法化された後に制定された法律は、当該条約の違反について、法令審査権の対象となる。前掲注(9), p.7. 本稿で取り上げる事件が起訴された当時は、この改正前であるが、条約の拘束力という点においては、異なるところはない。

児童の定義を、「思春期の成長が未完了である者又は18歳未満の者」と、「思春期の成長が完了している場合、図画及びそれに関する状況から18歳未満であることが明らかであると判断される者」と変更した。実際に、当該「児童」が18歳以上であったとしても、思春期の成長が完了していない者であれば、その者を描写したポルノは「児童ポルノ」となりうる。また、身体の状態にかかわらず、その者が明らかに18歳未満と分かる状況であれば、その者を描写したポルノも「児童ポルノ」となる（刑法典第10a条第1項）。

児童ポルノの所持とあわせて、インターネット上のポルノの閲覧（例えば、金銭を支払った閲覧や、児童ポルノが掲載されているような電子フォーラム（有料・無料を問わない）へのアクセス等、明確に閲覧の目的を有するもの等で、偶然にアクセスすることを含まない。）も、新たに処罰の対象とした（同上）。

また、児童ポルノの作成又は所持が処罰されない場合については、次のとおり規定を明確化した。①本人が手作業により描いた図画を、頒布又は移転を目的とせず、かつ、頒布又は移転をすることなく所持する場合、②被害者と加害者の年齢に差がない当事者のポルノ的な図画を、当事者が作成し、所持する場合であって、周囲の状況等にかんがみ、責任を負わせることが要求されないと判断されるとき<sup>(11)</sup>（刑法典第

10b条）。

### 3 本件で問題となる児童ポルノ規定の検察側の解釈

スウェーデンの司法制度では、上告された事件すべてに対し審理を行うのではなく、その事件が、今後の地裁や高裁の判断に際して、先例となるような要素を含むか否かを判断し、最高裁が審理許可（*prövningstillstånd*）を与えた場合にのみ、審理が行われる<sup>(12)</sup>。刑事裁判において、検察側は、高等検察庁（検事総長名）のみ最高裁に上告することができる。被告人側による上告の場合であっても検事総長は、当該上告に関する上告答弁書（*svarsskrivelse*）を、最高裁に対して提出することとされている<sup>(13)</sup>。上告答弁書では、最高裁が当該事件に対し、審理許可を与えるべきかどうかについての検事総長の見解の表明や地裁及び高裁の判決に関する論点整理が行われる。

本件が最高裁に上告された際に高等検察庁が提出した上告答弁書<sup>(14)</sup>では、児童ポルノ罪規定について、次のような解説がなされた。

児童ポルノ罪として処罰される行為は、児童ポルノの作成、所持、頒布、使用許可、移転、陳列である<sup>(15)</sup>。

所持とは、図画を物理的に所持すること及びデータを記録媒体に保存することである。

図画とは、線画、絵具で描いた絵、写真、フィ

(11) ただし、本人の関与や当事者の年齢が近いだけでは足りず、両者が継続的又は一時的に性的関係があり、互いの性的行為に関する図画を合意の上、作成・所持する場合でなければならないとされている。

(12) “Om Högsta domstolen.” 最高裁判所ウェブサイト〈<http://www.hogstodomstolen.se/Om-Hogsta-domstolen/>〉；“The Supreme Court.”〈<http://www.hogstodomstolen.se/Funktioner/English/The-Swedish-courts/The-Supreme-Court/>〉

(13) “Högsta domstolen.” 高等検察庁ウェブサイト〈<http://www.aklagare.se/Om-oss/Riksaklagaren/Hogstodomstolen/>〉

(14) “SL ./. riksåklagaren ang. barnpornografibrott,” Svarsskrivelse, Dnr, ÅM 2011-4377, 2011-09-14. 〈<http://www.aklagare.se/PageFiles/5026/%C3%85M%202011%204337%20barnpornografibrott-manga.pdf>〉

(15) 本件で問われているのは、所持であるため、頒布以下の説明は略す。児童ポルノ罪規定の詳細については、前掲注(1), pp.57-59を参照。

ルム等のあらゆる種類の図画を指し、写真のように見えるコンピュータグラフィック等も含む<sup>(16)</sup>。このため、図画が、実在の人物を表現しているかどうかは、犯罪の要件とはならない<sup>(17)</sup>。

ポルノとはいかなるものであるかについての刑法上の規定としては、刑法典第16章第11条のポルノ図画の公衆における展示の禁止がある。1970年の同条制定時には、ポルノ図画とは、学術又は芸術的価値を有しない図画で、露骨で刺激的な方法を用い、性的な題材を描くものと考えられていた<sup>(18)</sup>。この考え方を、条文上、明確に表現するかどうか議論されていたが、適用に際して特に困難を引き起こすおそれがあるとして、結局は採択されなかった。さらに翌年、議会オンブズマンは、ポルノであっても芸術的価値を有するものも存在するという考え方もまた、一般的なものであるとし、科学的又は教育的な表現については、ポルノに該当しないという判断を示した<sup>(19)</sup>。

児童ポルノ図画とは、ポルノ図画の中で、児童を描写したものであるが、例えば、一般的な家族写真の中に裸の児童が存在するとしても、その写真は児童ポルノ図画とならない。また、一般的な映画作品中で児童の成長等を一貫して描くような場合の性的側面において描かれた部

分等は、児童ポルノとならないことが、直近の児童ポルノ罪改正法案における審議でも繰返し言及されている。1997年の児童ポルノ罪規定改正時は、図画の表現の主な目的が、見る者に性的な影響を与えることであるならば、ポルノ性が問題にされ、芸術を目的とする場合には、ポルノとされない場合もあるとの結論が出された<sup>(20)</sup>。

児童ポルノとされる図画は、一般的な意味でのポルノだけに限られない<sup>(21)</sup>。つまり、児童が、図画の中で明らかに性的な意味を有する行為に携わるものに限らず、性的行為に携わる1以上の成人とともに、児童が存在している場合の図画も対象となる<sup>(22)</sup>。実在の児童を撮影した写真、フィルム等を加工し、児童ポルノに利用したり、コンピュータグラフィック等を用いて、実在の者のように見えるが実在しない児童のポルノ図画を作成したりするようなものも処罰の対象となる<sup>(23)</sup>。

児童ポルノ罪の処罰目的・保護法益については、次の通り述べられた。

児童ポルノ罪を定めた際、最も重要な理由として挙げられたのは、児童の尊厳の侵害であった。また、児童ポルノ罪の規定が、性犯罪の章だけでなく、刑法典第16章「一般の秩序に対

(16) 1978年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1978/79:179 s.8)及び1997年同規定改正時議論(prop.1997/98:43 s.57)。スウェーデン法においては、立法準備資料(förarbeten:立法理由書とも呼ばれる)が、裁判において法を解釈する資料として用いられ、それが法源として重視される度合いは、他国と比しても非常に高いと言われている。立法準備資料とは、新法の制定又は法改正の発案・審議に関するあらゆる資料を指し、政府による立法関係等調査委員会報告書(statens offentliga utredningar: SOU)、政府提出議案書(proposition)、議員提出議案書(motion)、立法顧問院(lagråd)意見等である。最高裁判所ウェブサイト<<http://www.domstol.se/Ladda-ner--bestall/Vagledande-avgoranden/Rattsinformationssystemet-och-lagrummetse/>>; lagrummet.se ウェブサイト<<http://www.lagrummet.se/rattsinformation/alla/>>

(17) 1997年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1997/98, s.74 och 167)

(18) 1970年ポルノ展示罪規定改正時議論(prop.1970:125, s.79f)

(19) 議会オンブズマン決定(JO 1971 s.1)

(20) 1997年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1997/98:43, s.82)

(21) 1978年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1978/79:179, s.9)及び1997年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1997/98, s.163)。

(22) 1978年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1978/79:179, s.9)

(23) 1997年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1997/98:43, s.163)

する罪」の中に置かれたことから、制定当初から、児童ポルノ罪は、描写された児童だけでなく、児童一般の尊厳についても保護することが目的であったと解釈される<sup>24)</sup>。したがって、児童ポルノ図画の所持を禁止する保護法益は、所持される図画で描写されている児童及び児童一般に対する尊厳である。また、その処罰目的には、所持することにより、図画で描写される性的行為への関与を児童に教唆するために用いられるおそれがあることも含まれる<sup>25)</sup>。

児童ポルノの作成、所持等が犯罪を構成しない場合については、次のように解釈された。イラスト等の手作業により描写される児童ポルノ図画については、作成と所持に関しては、頒布、移転等を目的とせず、かつ、頒布、移転等が行われない場合には、児童ポルノ罪の規定が適用されない。また、状況を考慮して、行為が正当性を有する場合は、児童ポルノ罪を構成しない。例えば、重大な報道や調査、公的意見形成等に必要である等の特定の限られた理由がある場合には、妥当な所持であるとの解釈の余地が認められる。しかし、所持する者の業種は、ジャーナリストや政府の関係者等、限定的な範囲とするべきである<sup>26)</sup>。

## II 事件の経緯及び最高裁判決

### 1 事件並びに下級審判決の概要

高等検察庁の上告答弁書に基づき、本件及び下級審判決の概要等を紹介する。

被告人は、警察による家宅捜索を受け、捜査の結果、自宅コンピュータ及びその他の記録媒体に合計51点の画像を保存していたことが、軽度の児童ポルノ罪<sup>27)</sup>に当たるとして、ウプサラ地裁に起訴された。2010年6月30日の地裁判決では、ハードディスク中の51点のマンガイラストが児童ポルノであり、ハードディスク内の保存が、所持に当たるとして有罪となり、日数罰金25,000クローナ<sup>28)</sup>(約28万円)に処せられた。

これを不服とした被告人が控訴したが、2011年1月28日、スヴェア高裁は、被告人を有罪とした。ただし、地裁判決は変更され、児童ポルノに当たる図画は、39点と判断され、日数罰金は、5,600クローナ<sup>29)</sup>(約63,000円)とされた。

地裁判決も高裁判決も、おおむね判決理由は同じである。被告人は、これを不服とし、最高裁に上告した。

2011年11月8日、最高裁は本件を審理することを決定した<sup>30)</sup>。

### 2 上告趣旨及び理由並びに論点及び見解

本件に関し、(1)被告人による上告の趣旨及び理由と(2)検事総長が整理した論点及び見解について、上告答弁書の記載を基に紹介する。

#### (1) 上告趣旨及び理由

上告の趣旨は、高裁判決の破棄であり、上告の理由は、主観的にも客観的にも、当該罪に対する上告人の責任を、検察が証明できていない

<sup>24)</sup> 1978年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1978/79:179, s.8)及び1997年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1997/98:43, s.79)。

<sup>25)</sup> 1997年児童ポルノ罪規定改正時議論(prop.1997/98:43, s.65)。

<sup>26)</sup> 刑法改正に伴う1998年出版の自由に関する法律及び表現の自由基本法改正審議時議論(bet.1997/98:KU4, s.5; bet.1997/98:KU19, s.26)。

<sup>27)</sup> 軽度の児童ポルノ罪については、前掲注(1), pp.58, 60を参照。

<sup>28)</sup> 310クローナ×80日

<sup>29)</sup> 70クローナ×80日

<sup>30)</sup> "Prövningstillstånd i "mangamålet"." Dagens juridik. <<http://www.dagensjuridik.se/2011/11/provningstillstand-i-mangamalet>>

ためである。また、審理許可を求める理由は、本件を審理することにより、最高裁による重要な法適用の解釈が導かれるためとした。

上告申立人は、自己がスウェーデンで最も著名な日本のマンガ専門家の一人で、日本のマンガの翻訳や研究を行っており、マンガやイラストの研究のための知識の取得は、仕事の一環であると主張した。本件で問題とされたイラストの入手方法は、インターネットを通じた作家のウェブサイトからのダウンロード、他の媒体に付けられた圧縮ファイルの形によるもので、それらを自身のハードディスクに保存した目的は、標本や見本として、自己や他者の利用に供するためである。類似のイラストは、日本では一般的に入手・閲覧可能となっており、上告人も約400冊の日本のマンガ本を所有している。しかし、上告人は、それらが違法となりうると考えたことはなく、もし、違法となりうると知っていたら、問題のイラストのダウンロード等を行わなかったと主張した。そして、高裁の有罪判決は、表現の自由の侵害であり、統治法と欧州人権条約に反していること、上告申立人が意見照会をした法学者の見解では、問題のイラストは、法律上のポルノにはあたらないことを主張した。

## (2) 検事総長が整理した論点及び見解

### ① 高裁判決を支持するか否か

検事総長は上告答弁書において、高裁判決が覆されるべき理由は存在しないため、高裁判決を支持すると述べ、高裁の判断のすべてについて、以下に掲げるとおり同意した。

- ・ 上告人は、自身が通常利用するハードディスク中に、問題の39点の図画を保存しており、これが刑法典第16章第10a条第1項第5号の図画の所持に当たること。

- ・ 児童ポルノ図画には、表現方法を問わず、すべての種類の図画を含み、現実が発生した侵害を表現しているか否かも問わないため、マンガイラストによる表現であっても、児童ポルノに該当すること。
- ・ 問題の39点の図画は、実在の者のように見えるとは言えず、描かれた人物は、猫のような耳や尻尾を持ち、口や鼻が描かれていないものもあるが、間違いなく人間を表現しており、思春期の成長が完了していない児童を描写していること。
- ・ 地裁で問題とされた図画(51点)の過半数は、裸又は部分的に裸の子供を表現しており、生殖器をはっきりと露出し、性的な行為や性交をしており、うち39点は、本質的に見る者に性的な刺激を与えることを目的として、性的興奮を誘発するような方法で、性的状況下にある裸の児童を描写していること。

### ② 審理許可を与えるべきか否か

検事総長は高裁の判断をすべて支持するものの、本件については、最高裁において審理されるべきであると主張した。その理由としては、最高裁はこれまで、マンガイラストのような想像上の児童に関する児童ポルノ罪について判断していないこと、日本のマンガが、スウェーデンで広く大量に流通している現状にかんがみ、本件と類似の問題が、将来的に国内で広く問題となる可能性が高いことを掲げている。特に、ポルノであると判断される要件、児童であると判断される要件及び児童ポルノの所持や作成を正当化できる例外的な状況がどのようなものであるか(実在の者のように見えない想像上の児童を描いた場合には、正当化できるのか否か)について、最高裁が明確に判断を下すべきであるとしている。<sup>(31)</sup>

(31) *op.cit.* (14), pp.2, 10.

## ③ 上告理由は妥当であるか否か

検事総長は、図画が児童ポルノであるか否か、所持に該当するか否か、上告申立人に処罰阻却事由があるか否か、有罪判決が統治法と欧州人権条約の尊重に反し、表現の自由を侵害しているか否かにつき、次のように主張した。

- ・ 問題の図画が児童ポルノであるか否か。  
(図画描写の目的)

問題の図画が、児童ポルノであるか否かを判断する上で中心となる問題は、それが法律で規定されるポルノに該当するか否かである。上告申立人は、図画が芸術目的で描かれており、見る者に性的な刺激を与える目的ではないと主張するが、芸術を構成するものと芸術的価値を有する描写については、時代、文化等によって様々な方法により決定されるべきである。また、もし表現が芸術的価値を有していたとしても、見る者に性的な刺激を与えることを表現の主な目的とすれば、図画はポルノとなりうる。このような解釈は、立法趣旨に沿ったものであり、法体系にも合致する。

## (手作業で描かれる図画)

手作業で描かれる図画の場合に限っては、頒布や移転等を目的とせず、かつ、それらを伴わないときは、処罰されないという規定は、これらの手作業で描かれる図画であっても、児童ポルノに該当する場合があることを示している。そのため、实在の児童に対する性的侵害が存在するか否かは、当該図画が児童ポルノに該当するか否かの判断には影響を与えない。

以上のことから、これらの図画は、一般的な言葉の用法及び一般的判断に基づき、ポルノ的である。ゆえに、39点の図画は、刑法典第16章第10a条に規定される児童ポル

ノに該当する。

- ・ 所持に該当するか否か。

上告申立人は、自身のパソコンのハードディスク内に、これらの図画が保存されていることを自覚しており、その図画の表現内容を認知していた。すなわち、図画が児童ポルノの性質を有することにつき認識していた。ゆえに、その所持は、故意である。

- ・ 上告申立人に処罰阻却事由があるか否か。  
(違法性の認識の有無)

上告申立人は、違法性を認識していなかったと主張するが、行為を処罰するか否かの判断に当たっては、思い込み又は無知であることは、通常、影響を与えない。刑法典第24章第8条に規定する特定の状況である「刑罰法規に関する法律の錯誤」に該当する場合であれば、例外的に刑事責任を免れるが、これは、法律の公布等に当たって誤植があり、誤って周知されたような場合であるため、本件における上告申立人の場合には該当しない。

## (所持が正当化される理由の有無)

上告申立人は、図画の所持は職業上必要なものであるため、正当化されると主張するが、犯罪を構成しない児童ポルノの所持とは、重大な報道、調査、公的意見形成等において必要な場合に限られており、上告申立人の職業的立場は、これらには該当しない。

- ・ 有罪判決が統治法と同法に規定される欧州人権条約の尊重に反し、表現の自由を侵害しているか否か。

(統治法上の表現の自由及び情報の自由の保護)

現行の統治法第2章は、例えば、表現の自由や情報の自由のような基本的自由及び権利を規定している。表現の自由とは、文章、図画等において情報を伝え、

思想及び感情を表現する自由であり、情報の自由とは、情報を獲得し、受け取る自由、他者の表現を知る自由である<sup>32)</sup>。同法第2章第20条によれば、表現の自由及び情報の自由は、同法同章第21条から第24条までの規定において認められた範囲内で法律により制限することができる（相対的権利）。

相対的権利の制限は、民主的社会において受け入れられる目的を満たしていることを理由としてのみ、実施することができ、当該制限は、制限するに至る目的に照らして必要である範囲を超えてはならず、民主的社会の基盤の一つとしての自由な意見形成に対する脅威となるほど長期間にわたって延長されてはならない<sup>33)</sup>。表現の自由及び情報の自由は、国の安全、物資の全国的な供給、公共の秩序及び安全、個人の名誉、私生活の不可侵又は犯罪の予防及び訴追の観点からの制限ができる<sup>34)</sup>。また、表現の自由及び情報の自由の制限は、特別かつ重要な理由により制限に至る場合にのみ実施することができる<sup>35)</sup>。このような制限に際しては、政治的、宗教的、職業的、学術的及び文化的事項に関し、表現の自由及び情報の自由を最大限保障することの重要性について注意を払わねばならない<sup>36)</sup>。

以上から、表現の自由及び情報の自由は、一定の範囲内で、一定の条件のもとであれば、法律に基づく制限が認められている。児童ポルノの作成及び所持等の取扱いが処罰される理由は、児童一般の

尊厳の保護である。特定の民族集団に対する違法な暴力的表現を処罰するのと同様、児童ポルノは、表現の自由の乱用として処罰できる<sup>37)</sup>。したがって、統治法のような憲法的法律が表現の自由及び情報の自由を保護していることは、上告人に刑法典旧第16章第10a条に基づく判決を下すことを妨げない。

（欧州人権条約における表現の自由の保護）

現行の統治法第2章第19条では、欧州人権条約に反する法令を定めてはならないと規定されており、同条約第10条で、表現の自由についての権利が規定される。

この運用に際して、主たる問題は、表現の自由の制限が、「民主的な共同体において受け入れられる範囲かどうか」である。

欧州人権裁判所の判決では、比例原則が用いられる。比例原則とは、制限される表現の自由の利益と、制限を適用する動機一般又は個別の利益との均衡を図ることである。制限の適用が、当該均衡を保ち、適切であるならば、比例原則を満たしており、「民主的な共同体において受け入れられる範囲」と考えられる。

しかし、欧州人権裁判所は、同種の問題につき、未だ判決を下したことがなく、表現の自由にかかわる問題については、締約国に大きな裁量を与えられている。つまり、欧州にこの問題に関する統一の基準は、存在しない。

32) 前掲注(9), p.23.

33) 同上, p.27.

34) 同上, p.28.

35) 同上

36) 同上

37) 1997年児童ポルノ罪規定改正時議論 (prop.1997/98:43, s. 67)

### 3 最高裁判決

最高裁は、高裁判決を破棄して、上告人を無罪とした<sup>38)</sup>。本件の論点については、(別表)「事件の論点についての当事者の解釈と最高裁判決」において、上告人、検事総長及び最高裁の解釈を9項目を表にまとめた。以下に、判決理由を、簡単に紹介する。

マンガイラストであっても刑法上の児童ポルノ図画に含まれること、さらに、児童ポルノ罪の保護法益は児童一般の尊厳であること、図画が児童を性的な行為に誘惑するため用いられることを防ぐ目的であること等は、刑法典旧第16章10a条(児童ポルノ罪)及び同条に関するこれまでの立法理由書等の解釈から導かれる。

問題の図画は、ポルノ的であり、想像上の人物とはいえ、描かれているのは人間で、思春期の成長が完了していない「児童」である。また、問題とされている39点のイラストのうち1点は実在の者のように見える。

しかし、実際の児童への性的虐待を表現するイラストと、想像上の児童を性的に描写した場合とで、処罰に何らかの差異を設けるか否かについての議論は、これまでの立法における議論で行われていない。

これまでの法制定・改正における議論から、明らかに実在する児童を表現している場合(写真等)には、裸の児童又は生殖器の露出がなされているものはすべて児童ポルノとして処罰するのではなく、見る者の性欲を刺激するような図画である場合にみに注意深く限られるべきであるという結論が導かれている。よって、線画や絵画のような表現の場合も同様に、児童ポルノとして処罰する際には、それが実在の児童を参照していないかどうかを注視する必要がある。しかし、実際の児童を参照しているとは考

えられない想像上の人物が描かれている図画の場合、そのような図画が、児童ポルノとして処罰されるべきなのか否かの、明確な線引きは困難である。

欧州連合の法との関係については、2011年に欧州議会及び理事会で採択された児童の搾取及び児童ポルノに関する指令(2011/93/EU)<sup>39)</sup>において、非実在の児童を描いた図画が児童ポルノの定義に含まれるかは明確となっておらず、現実に近い形で描かれている図画を犯罪とすることのみが明確に読み取れる。このことから、スウェーデン法でも、実在の者のようなイラストの場合であれば、児童ポルノ罪に該当する。

本件で問題とされた図画の中で、実在の者のように見えるものが1点あり、これは児童ポルノに該当する。しかし、この図画の所持は、研究のために多数のマンガイラストを有する上告人が、ただ1点のみを所持していたという状況から、処罰阻却事由が存在していると認められる。

これらを踏まえると、実在の者に見えず、かつ、実在しない想像上の児童を描いた38点のイラストを児童ポルノ図画として処罰の対象とすべきか否かは、刑法典からは明確とはならないため、このような処罰が、スウェーデンの憲法的法律で保護されている表現の自由及び情報の自由を権限なく制限することになるか否かにつき、判断する必要がある。

表現の自由及び情報の自由の制限は、次の3点を満たす場合にのみ許される。①法律による制限である、②民主的社会において受け入れられる目的を満たしている、③民主的社会の基礎の1つとしての自由な意見形成に対する脅威となるほど長期間でない。

①については、刑法典の児童ポルノ罪規定を通じた制限であるために満たしている。②につ

<sup>38)</sup> 2012年決定, 最高裁判所ウェブサイト <<http://www.hogstodomstolen.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2012/2012-06-15%20B%20990-11%20Dom.pdf>>

<sup>39)</sup> Directive 2011/93/EU, 2011 O.J. (L 335) 1-17.

いては、児童ポルノを処罰する目的は、児童一般の尊厳の保護であり、これは表現の自由及び情報の自由の制限を認めるに足る重大な理由と考えられる。

しかし、③については、本件で上告人を児童ポルノ罪で罰するならば、表現の自由及び情報の自由の制限が、目的に対して必要な範囲を超えるものとなる。

児童ポルノを犯罪とする目的は、立法過程の議論から判断できるように、背後に隠された虐待の可能性からの児童の保護、児童を性的な行為に勧誘するために用いられる可能性の排除及び児童一般の尊厳の保護である。問題となったマンガイラストでは、これらすべてに関して、実在の児童を撮影又は描写したポルノよりも侵害の程度やおそれは、相当に低い。とりわけ、実在の児童に対する実際の侵害は、存在しない。

児童一般の尊厳の侵害についても、実在の者のようにも見えず、かつ、実在しない児童を描いたポルノを犯罪とすることは、自由な意見形成に対する脅威となるほど長期間の表現の自由及び情報の自由に対する制限となる。

以上のことから、最高裁は、刑法典の解釈としては、問題のマンガイラストが児童ポルノに該当する可能性を認め、立法準備資料等から解釈される児童ポルノ罪の保護法益や処罰の目的が、実際の侵害からの（又はそのおそれからの）児童の保護、児童一般の尊厳の保護であり、表現の自由及び情報の自由の制限を認めるに値するものであることについては、異論を唱えてい

ない。

しかし、想像上の、非実在の児童を描写したマンガイラストが侵害しうる法益は、その他の児童ポルノよりも、程度が低く、表現の自由及び情報の自由の制限が認められるほどではないため、想像上の児童を描写したマンガイラストの所持は、児童ポルノ罪として処罰できないというのが、最高裁の判断である。

## おわりに

この訴訟の上告人が、第1審で有罪判決を受けた直後の2010年夏には、前述のとおり、児童ポルノ罪規定を強化する法改正が施行された。同年9月の総選挙で、中道右派連立政権の継続が決まり、児童ポルノの規制に関し、同様の政策が進められる可能性もあって、当時から被告人やその支援者らは、規制の行過ぎのおそれがあると訴えていた。<sup>(40)</sup>

2012年8月に、上告人が来日し、この事件に関する講演<sup>(41)</sup>を行ったが、その中で、児童ポルノ罪の処罰目的の1つである「児童一般の尊厳の保護」自体、表現の自由及び情報の自由の制限に足る理由ではないこと、1999年に児童ポルノの単純所持を禁止し、併せて、出版の自由に関する法律及び表現の自由に関する基本法の適用対象から、児童ポルノを除外する法改正が行われた際、スウェーデンの立法過程で特徴的な「レミス (remiss)」<sup>(42)</sup>において、関係団体の意見聴取手続が軽視されていたこと等を問題

(40) 前掲注(1), p.65.

(41) 『「非実在青少年」は児童ポルノ!? 海外のマンガ・アニメ表現規制についての講演を生中継 (番組 ID:lv103253596)』(2012年8月13日) ニコニコ生放送 <<http://live.nicovideo.jp/watch/lv103253596>> (ただし、有料会員のみ視聴可能。) また、主催団体 NGO うぐいすリボンウェブサイト <[http://www.jfsribbon.org/2012/08/blog-post\\_30.html](http://www.jfsribbon.org/2012/08/blog-post_30.html)> には、スヴェア高裁判決全訳 <[https://docs.google.com/file/d/0B2oe5NKv\\_0gdWTdaM2hKZUFJTmM/edit](https://docs.google.com/file/d/0B2oe5NKv_0gdWTdaM2hKZUFJTmM/edit)> 及び最高裁判決全訳 <[https://docs.google.com/file/d/0B2oe5NKv\\_0gdTXVJMXZzaDVTR1E/edit?pli=1](https://docs.google.com/file/d/0B2oe5NKv_0gdTXVJMXZzaDVTR1E/edit?pli=1)> が掲載されている。

(42) スウェーデンに特有の制度で、政府提出議案（法律案等）を国会審議する前に、関係機関・団体に「立法関係等調査委員会報告書」(statens offentliga utredningar: SOU, 各省が様々な検討の結果を踏まえ、法案とその理由について作成する報告書) を送付し、意見を聴取する。この段階で出される様々な意見は、国会に提出す

視した。<sup>(43)</sup>

また、上告人は、本件で児童ポルノと判断された1点の図画と、残り38点との違いが、非常に不明確であったことを例として挙げ、ひとたび児童ポルノと判定されてしまうと、所持、展示等が禁止されてしまうため、最高裁が判断した児童ポルノがそうでないものとのように異なっているのかについて、表現者や閲覧者が確認し、理解することができないことを問題視した。そのため、表現の自由の制限を認めるとしても、場所と状況を考慮した場合のみ、(法律を通じて)行うべきであり、表現の種類を理由とした制限を設けるべきではないと主張した。<sup>(44)</sup>

さらに、上告人は、今回の一連の裁判に関して、世論、特にマスメディア、出版業界等は、マンガイラストにより児童に対する何らの侵害も起こりうる可能性はないとして、一貫して上告人支持であったこと、最高裁の審理開始前日に、スウェーデン警察における児童の性的虐待及び児童ポルノの捜査の責任者が、「実際の児童虐待及び实在の児童を用いたポルノに関する犯罪が多発している現在、マンガイラストの所持を取り締まる人員の余裕が、警察にはない」という趣旨の意見を新聞に掲載し<sup>(45)</sup>、事実上、上告人支援の立場を明らかにしたことなど、児童ポルノ規制の行過ぎを問題視する傾向が強まっていると述べ、法規制の大幅な見直しを主張した。<sup>(46)</sup>

現行の統治法第11章第14条では、裁判所により、憲法的法律や他の優越する法に抵触すると判断された規定は、適用されてはならないと定められている。しかし、今回の判決では、非实在の児童を描写したイラストの場合は、児童ポルノとして処罰しないという内容であったため、今後どのような対応がとられるのかについて、例えば、児童ポルノ罪における児童ポルノ図画の定義から、非实在・想像上の児童・青少年を描いたものを、明示的に除外する法改正が行われるのか、憲法的法律である出版の自由に関する法律及び表現の自由に関する基本法について、児童ポルノを法の保護対象外とする規定の改正も行われるのか、さらには、同じく憲法的法律である統治法の人権規制規定にまで踏み込む可能性があるのか、いずれも、現時点では定かではない。

スウェーデンはEU加盟国であり、児童に対する性的虐待、児童の性的搾取及び児童ポルノ防止に関する指令等、EU法による児童ポルノ規制に従う必要もあるため、今後とも、スウェーデン世論の動向とあわせ、EUの動き等も注視していく必要があるだろう。

#### 参考文献

- ・萩原金美編著『スウェーデン法律用語辞典』中央大学出版部, 2007.

(いび みえこ)

---

る法案の作成に最大限考慮され、内閣提出議案には、SOUの概要が必ず添付される。

(43) 前掲注(41)

(44) 同上

(45) Björn Sellström, "Låt oss bekämpa riktig barnporr," *Svenska Dagbladet*, maj 15, 2012. ([http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/lat-oss-bekampa-riktig-barnporr\\_7199866.svd](http://www.svd.se/opinion/brannpunkt/lat-oss-bekampa-riktig-barnporr_7199866.svd))

(46) 前掲注(41)

(別表) 事件の論点についての当事者の解釈と最高裁判決

	上告人	検事総長	最高裁判決
図画の写実性と違法性	写実性なし、違法性なし。	写実性なし。 写実性がなくとも、違法性はある。	問題の39点中、1点に写実性と違法性がある。
児童の实在・非实在と違法性	違法性なし。 非实在・想像上の人物を描く。	違法 实在・非实在にかかわらず、児童一般の尊厳を侵害。	想像上の児童のポルノは、他の児童ポルノより侵害の程度は軽微。
実際の被害	無	無	無
描かれているのは児童か否か	児童ではない。	思春期の発達を完了していない児童	思春期の発達を完了していない児童
図画がポルノ的であるか否か	ポルノ性なし。 芸術目的であり、見る者に性的な刺激を与える目的ではない。	ポルノに該当。	ポルノに該当。 芸術性あり。
所持	所持に該当（但し、違法性の認識なし。）。	保存した図画の性質も認識しており、故意の所持。	パソコンのハードディスクに図画のデータを保存することは、所持に該当。
所持の正当化	正当化される所持。 職業上の必要がある所持であり、利用目的は、調査及び研究。	所持は正当化されない。 職業上の必要も認められず、「頒布を意図しないこと」、「作者自身による所持」にも該当しない。	(1点の児童ポルノについては)所持は正当化される。職業上の必要がある所持に該当。
表現及び情報の自由の侵害	侵害に該当。	侵害に該当せず。 児童ポルノ罪は、統治法が許す人権規制の範囲内。	侵害に該当。
欧州人権条約上の表現の自由の侵害	侵害に該当。	侵害に該当せず。 ポルノの定義に関する欧州における統一的規定の不存在、欧州人権条約に基づく、欧州裁判所の裁判例の不存在から、児童ポルノ処罰は、各国の裁量。	不明（判断の必要なし。）

(出典) “SL ./. riksåklagaren ang. barnpornografibrott,” Svarsskrivelse, Dnr, ÅM 2011-4377, 2011-09-14.

〈<http://www.aklagare.se/PageFiles/5026/%C3%85M%202011%204337%20barnpornografibrott-manga.pdf>〉及び〈<http://www.hogstadamstolen.se/Domstolar/hogstadamstolen/Avgoranden/2012/2012-06-15%20B%20990-11%20Dom.pdf>〉を基に筆者作成。

児童ポルノ的内容を含むが実在の者のようでない図画であるマンガイラストの所持が、統治法の定める表現の自由及び情報の自由に照らし、  
処罰すべきものに当たらないとする  
2012年6月15日スウェーデン最高裁判所判決

海外立法情報課 井樋 三枝子訳

上告人 SL

被上告人 検事総長

訴訟対象

児童ポルノ罪

上訴される判決

スヴェア高等裁判所 2011年1月28日判決 訴訟番号 B6389-10

判決主文

当裁判所は、本件に対する訴え<sup>(1)</sup>を棄却する。

[ 検察による ] ハードディスクの没収の申立ては承認できず、棄却される。当該 [ ハードディスクの ] 押収は無効とされる。(U 県警察; 押収品番号 2009-0300-BG3663 3:2, 3:5 及び 5:3 ページ並びに押収品番号 2009-0300-BG3675, 1 ページ)

上告人は、犯罪被害者基金法 (1994:419) に基づく [ 犯罪被害者基金への ] 罰金の支払義務及び地方裁判所における弁護費用の返済義務から免責される。

最高裁判所における上告人の弁護について、上告人の弁護人に対し公費からの報酬は、19,456 クローナと裁定する。この費用は、国が負担する。内訳は、業務につき 14,460 クローナ、時間の浪費につき 1,105 クローナ及び付加価値税 3,891 クローナである。

最高裁判所における申立て

上告人は、最高裁判所に対し、本件に対する訴えの棄却及び地方裁判所での弁護費用の返済義務からの免責を求めた。

検事総長は、判決の変更に対し反対した。

判決理由

各裁判所の判断及び適用される法律

1 上告人は、地方裁判所において、上告人が自身のパソコン内に保存していた 51 点のいわゆるマンガイラストの所持により、軽度の児童ポルノ罪について有罪と判断された。

高等裁判所は、39 点のイラストの所持により、軽度の児童ポルノ罪について有罪と判断した。最高裁判所における争点は、当該 39 点のイラストの所持が犯罪であるか否か

\* [ ] 内は、訳者による補足。以下、すべて注は訳者による。

Nytt juridiskt arkiv 掲載箇所は、NJA 2012 s.400. <<https://lagen.nu/dom/nja/2012s400>> (ウェブサイト Lagen.nu)。ただし、本邦訳は、最高裁判所ウェブサイト上で公開された判決文 <<http://www.hogstodomstolen.se/Domstolar/hogstodomstolen/Avgoranden/2012/2012-06-15%20B%20990-11%20Dom.pdf>> (事件番号 B990-11) を典拠とした。Nytt juridiskt arkiv とは、年刊の定期刊行物。当該年の最高裁判所全判決 (該当事件の下級審判決を含む) 及び、同年に成立した法律及び立法準備資料等を掲載する刊行物である。以下、インターネット情報は 2012 年 10 月 5 日現在である。

(1) この場合の「訴え」は、上訴のことではなく、児童ポルノ罪として起訴されたものを指す。

である。

- 2 刑法典第16章第10a条第1項第5号中、本件と関係する規定の文言に照らせば、児童のポルノ図画を所持する者は、児童ポルノ罪として有罪とされなければならない。同条の意味する児童とは、同条第2項によれば、思春期の成長を完了していない者又は18歳未満の者である。同条の文言によると、[児童の]思春期の成長が完了している場合に、刑法上の責任を問われるのは、図画及びそれに関する状況から18歳未満であることが明らかである場合である。同条第5項によると、様々な状況を考慮した結果として、正当事由があると認められる場合には、当該行為は、犯罪を構成しない。

#### 立法準備資料等による図画の解釈

- 3 当該刑法規定の立法準備資料においては、児童ポルノ的な内容のイラストも犯罪の対象になることが明確である。このことは、例えば、他者が入手可能となることを意図しない手描きのイラストが、条文上、明確に例外とされていることから、間接的に明らかとなっている。線で描いた図画についても、犯罪の対象に含むことを認める論拠は、実在する児童がモデルとして用いられたおそれが排除できないことであった。しかし、まず、第一に言及されたのは、[児童]ポルノ図画は、いかなるものであれ児童に対する侮辱であるということであった（政府提出議案書1978/79:179, 8ページ参照）。児童ポルノ所持の犯罪化[に関する法改正の審議]に際しては、さらに、児童を誘惑して、性的な行為をさせるために図画が用いられうる点が、言及されていた（同65ページ）。

#### 本事件におけるイラスト

- 4 当該イラストは、想像上の者を描いている。

それでも、問題となるのが、それらが人間を表現したものであるか否かである点であることは、明確である。そして、その点では、それらが人間の図画であることは、疑いない。さらに、当該図画は、思春期の成長が完了していない児童を描写している。児童は、完全に裸であるか又は部分的に裸であり、性的な欲望に訴えかけられると思われる方法で描写されている。ほとんどの図画においては、性別が判断できる状態にあり、いくつかの図画は、性的な行為をしている。これらのイラストはポルノであると認めることができる。

- 5 イラストの1つ(g24.jpg)は、他のものと異なり、図画における児童が、写実的と思われる顔立ちを有している。その他の点においても、当該イラストは、写実的であると考えざるを得ない。

#### 罰則に基づく判断

- 6 特にイラストの場合、児童ポルノ罪の規定は、その文言及び用いられた定義によると、適用範囲が幅広い。立法準備資料においては、写実的でない図画も処罰の範囲に含まれうると述べられている（政府提出議案書1997/98:43 74ページ）。様々な種類のイラストの間における、例えば、現実の虐待を表現しているイラストと人間の特徴を備えた想像上の人物のイラストとの間における、可罰性の区別に関しては、議論が行われなかった。
- 7 しかし、実在の児童を表現している場合には、規定の解釈に際し、犯罪となる範囲を広げすぎぬよう又は曖昧になりすぎぬよう、立法府は注意を促した。立法準備資料では、たとえ、一部の者の性欲を刺激しうるような図画であるとしても、裸の児童を描写したものすべて又は生殖器が識別できる図画のすべて

の処罰を目的とするものではないと述べられていた（議会提出議案 1978/79:17、99 ページ、1997/98:43、82 ページ）。この規定の解釈は、实在の児童を表していないイラストその他の表現について、等しく注意深くなされなければならないとするのが、妥当な結論である。特に、想像上のイラスト又はマンガの登場人物の場合には、そのような図画が刑事責任に問われるべきか否かにつき、明確な境界を画することは、困難である。

8 欧州連合は、2011 年に児童に対する性的虐待、児童の性的搾取及び児童ポルノの防止に関して定め、併せて理事会枠組決定（2004/68/JHA）を置き換える指令（2011/93/EU）を制定した。[加盟国が遵守すべき最小限の内容を定める]同指令第 2 条（いわゆる最低限度指令）において、本件で問われている範囲では、児童ポルノとは、明確に性的目的である行為をする児童の写実的な図画又は性的なものを第一義的な目的として、児童の生殖器を写実的に描いた図画であると定義されている。指令策定の準備資料では、マンガの登場人物のような非实在の人物が児童ポルノの定義に含まれるのか否かは、不明確である。理事会は [指令案の審議において]、現実のものを再現する図画のみを犯罪とすることが、共通する目的であると言及した（COD（2010）0064, Doc. No. 10335/1/10 REV 1<sup>(2)</sup>）。同指令は、この目的に沿って制定された。

9 確かに、スウェーデン法において、写実的なイラストと想像上の人物を表現したような

ものとの差異について規定はない。しかし、写実的なイラストの場合には、明らかに保護法益が存在する。そのような図画は、疑いなく罰則適用の対象と考えられる。

10 写実的であると判定しなければならない 1 点の図画（5 ページ参照<sup>(3)</sup>）は、それゆえ、罰則適用の対象となる。そして、上告人による図画の所持が正当化されるものであるか否かを審理するという問題が残される。（26 ページ参照<sup>(4)</sup>）

11 前述のとおり、[1 点を除く]他の 38 点のイラストに関しては、それらが児童を表現するものと、確実に言うことができる（4 ページ<sup>(5)</sup>）。しかし、同時に、想像上の人物であり、实在の児童の描写が問題となっていないことも明らかである。それゆえ、児童ポルノについての規定を補強する当該保護法益は、このような図画に関しては、減少する。（暗示的ポルノ<sup>(6)</sup>に関する件 政府提出議案書 1997/98:43 103f ページ）

12 これまでに述べた背景から、罰則適用の範囲は、これら 38 点のイラストに関しては、境界が明確ではない。このような場合、罰則を解釈するには、表現の自由及び情報の自由についての憲法的原則を考慮に入れなければならない。

#### 表現の自由及び情報の自由

13 問題の 38 件のイラストの所持につき、上告人を有罪とすることが、表現の自由及び情

(2) 2010 年における COM（2010）94 final による指令案における、通常立法手続 64 番の審議における関連文書。

(3) 判決原文のページ

(4) 同上

(5) 同上

(6) 日本では、準児童ポルノ、みなし児童ポルノ等と呼ばれるものに当たる。この 1997 年の政府提出議案における法改正で、写真等だけでなくイラスト等の手作業で描かれる図画まで、児童ポルノに含まれることとなった。

報の自由の不当な制限となるか否かの審査は、先ず、第一に統治法に従って行われるべきである。

14 [現行の]統治法第2章第1条第1項第1号によると、特に凶画に関する場合、表現の自由とは、「思想及び感情を表現する自由」であるとされる。情報の自由とは、統治法第2章第1条第1項第2号によると、「他者の表現を知る自由」とされる。表現の自由及び情報の自由は、同法第2章第20条により、法律に基づいてのみ制限することが認められる。同法第2章第21条によると、これらの自由の制限は、「制限するに至る目的に照らして必要である範囲を超えてはならず」（いわゆる比例原則）、そして、「民主的社会の基礎の一つとしての自由な意見形成に対する脅威となるほど長期間に延長されてはならない」。同法第2章第23条[第1項]によると、表現の自由及び情報の自由は、特に「特別かつ重要な理由により」制限される。同法同条第2項によると、特に文化的事項については、とりわけて最大限に表現の自由及び情報の自由の重要性が、考慮されなければならない。欧州人権条約においても、第10条で表現の自由が規定されている。

15 統治法による審査は、前述の同法第2章第20条、第21条及び第23条の規定に基づき、いくつかの段階を踏んでなされるべきである（NJA 2007 805 ページ参照）。最初の問題は、本件に関する有罪判決が、表現及び情報の自由の制限を意味するか否かである。そう意味するならば、問題は、当該制限が法律に基づきなされたか否か、そして、当該制限が、民主的社会において容認されうる目的であるか否かとなる。それによって、同法第2章第23条に規定する制限の理由に該当するか否

かが審査されなければならない。該当するのであれば、制限に至った目的に照らし、必要な範囲を超えているか否か、民主的社会の基礎の一つとしての自由な意見形成に対する脅威となるほど長期間に延長されているか否かが問題となる。

16 本件において、有罪判決が上告人の情報の自由を制限するであろうことは、明確である。法の裏付けの必要性とは、とりわけ、法律の影響を受ける者が、当該法律に接することができており、本人が状況を予測することが可能であったということの意味する。前述のとおり、当該イラストが、処罰の対象となるか否かは、明確ではない。しかし、意味が曖昧な文言により、法規定が定められることはまれではない。そのような場合に、判例の解釈及び適用に基づき意味が具体的になるとしても、その法律を適用して行われる介入が、法的根拠の要求を満たさないわけではない。

17 本件の有罪判決は、児童ポルノ罪についての規定の可能な解釈の範囲である。それゆえ、法的根拠の要求は[満たされており]、何ら有罪判決の妨げとはならない。

18 児童ポルノを罪とする法制定の目的は、当該法律の立法準備資料の中で議論された。その議論において、統治法では、表現の自由及び情報の自由の制限は、特に重要な理由により正当化されると述べられている（政府提出議案書 1978/79:179 8 ページ、同 2009/10:70 28 ページ参照）。立法準備資料においては、児童と青少年の保護が、罰則の目的であると述べられている（政府提出議案書 1997/98:43 65f ページ）。

児童ポルノ罪の罰則は、このような表現の自由及び情報の自由が制限されることを認め

る特に重大な理由により正当化されていることは、疑う余地はない。

19 比例原則に関しては、問題は、有罪判決が意味し得る表現の自由及び情報の自由の制限が、制限の目的に対して必要な範囲を超えていることとなるか否かである。

20 表現の自由及び情報の自由は、民主的社会の基礎である。これらの自由を制限する場合には、制限的に解釈されなければならない、制限の必要性は、合理的な方法により説明されなければならない。

21 ここで問題となるイラストは、マンガイラストについてである。そのようなイラストは、日本文化に強く根付いており、世界にも広まっている。イラストは、明確に芸術の範疇に含まれるとまでは言えないとしても、イラストの中の何枚かは、芸術としての性質を有している。

22 議会において言及された児童ポルノを犯罪とする理由は、前述のとおり、背後に存在するかもしれない虐待から児童が保護されるべきであることと、児童ポルノ図画が、児童に性的行為をするよう勧誘するために用いられることである。さらに、児童ポルノ的な製作物が包含する児童一般に対する侮辱からの保護も目的とされた。後者は、イラストを犯罪とすることを認める理由としても言及された。イラストが、实在の児童を表現する可能性があることについても述べられた。

23 たとえ、問題の 38 点の図画が不快に思われうるとしても、おそらく、このような図画では、性的な内容を伴う写実的な描写の場合に問題となるより、個人が特定される危険性

は相当に低く、また、児童一般に対する侮辱の危険性も相当に低い。問題の図画は、なんら実際の侵害に関係していないように見受けられる。児童を想起させるモチーフを伴ったポルノ的なイラストが存在するからと言って、そのような写実的でない児童のイラストを例外なく犯罪とすることによって、表現の自由及び情報の自由をかなり長期間制限することを妥当としうるほど、児童一般に対する侮辱が発生することは、ほとんどあり得ない。性的な行為に児童が誘惑される危険性を除外するという目的の存在も、そのような制限を正当化しない。

24 前述のことから、本件 38 点のイラストの所持を犯罪とすることは、処罰の目的に対して、必要な範囲を超えているという結論に至る。ゆえに、統治法と矛盾しない解釈では、このようなイラストの所持は、罰則の対象に含まれ得ない。

25 この結論に基づくと、このようなイラストの所持を犯罪とすることが、どの程度、欧州人権条約との不一致を生じうるのかにつき調査するいかなる理由も存在しない。

### 39 点目のイラストの所持は正当化されるか？

26 本件において、上告人が日本文化の、特にマンガイラストの専門家であるという点が明らかになった。上告人は、数年間、日本に住んでいたことがあり、これまで、特にマンガの翻訳等の仕事をしてきた。上告人は、自己のコンピュータ内に大量のマンガイラストを保存していた。この背景に照らすと、その所持が処罰されるような、1 点の当該イラストを、上告人が所持していたことは、正当化されなければならない。

## 結論

27 以上のことから、上告人は無罪となる。検察官によるハードディスク没収の申立ては棄却され、[ハードディスクの]押収は無効となる。犯罪被害者基金法（1994:419）に基づき罰金を支払う義務は無効となる。さらに上告人は、地裁における弁護費用の返済義務を免除される。

## 秘密

28 この結果、罰則に該当すると判断されなかった38点の図画について、秘密扱いを継続する理由は存在しない。それゆえ、これらに関しては、これ以上秘密扱いとされない。所持自体が処罰される図画については、公的事項及び秘密保護法第43章第5条第1項に従い、同法第18章第15条第1項を、継続して適用する。

(いび みえこ)