

女性器の 3D データ提供がわいせつ電磁的記録等送信頒布罪等に当たるとした事例

【文 献 種 別】 判決／東京地方裁判所

【裁判年月日】 平成 28 年 5 月 9 日

【事 件 番 号】 平成 26 年（刑わ）第 3268 号

【事 件 名】 強制わいせつ物陳列、わいせつ電磁的記録等送信頒布、わいせつ電磁的記録媒体頒布
被告事件

【裁 判 結 果】 一部罰金 40 万円、一部無罪

【参 照 法 令】 憲法 21 条、刑法 175 条

【掲 載 誌】 判例集未掲載

LEX/DB 文献番号 25543071

事実の概要

被告人 X は、「ろくでなし子」というペンネームで活躍する漫画家兼芸術家である。X は、2013（平成 25）年 10 月 20 日と 2014（平成 26）年 3 月 20 日の 2 回に分け、自宅から、自己の女性器の三次元形状データファイルが保管された URL 情報を支援者に送信し、また、2016（平成 26）年 5 月 30 日に同データファイルが記録された CD-R を郵送した（以下、これらの三次元形状データファイルを総称して「本件各データ」という）。本件各データは女性器を 3D スキャンしてデータ化することにより作成されたもので、色や感触に関するデータは含まれないが、大陰唇、小陰唇、陰核など女性器各部分や肛門などの女性器周辺部分についての形状がその起伏や細かいしわやひだも含めて立体的かつ忠実に再現されていた。また、本件各データのうちの 2 回の URL 情報の送信は、X が 3D スキャンで自己の女性器をデータ化しそれをボートの乗り口の部分に加工する実寸大のボート（「マンボート」）を作成し川で試乗するために、その制作に必要な資金を一般に募った際に高額の出資者へのお礼であり、また出資者にそのデータで新たなアート作品の創作を期待するものであった。そして、本件各データのうち前記の CD-R も、X が初めて開催した個展会場で販売した「マンボート」のミニチュアとともに、このデータでおもしろい作品を作ってほしいという願いを込めて特典として付けたものであった。

他方、X は、2014（平成 26）年 7 月 14 日、女性専用のアダルトショップ店（男性は原則、入店禁止）に、X ほか 2 名の女性器を象った石膏のようなもの 3 点（以下、これらを総称して「本件各造形物」という）を展示した。本件各造形物はいずれも女性器に印象剤をあてがい印象剤が固まったところに石膏を流し込み、石膏が固まった後に着色や装飾などを施して作成されたものであった。

X は 2014（平成 26）年 12 月 24 日、本件各データの送信及び郵送が刑法 175 条に定めるわいせつ電磁的記録等送信頒布罪及びわいせつ電磁的記録媒体頒布罪に当たり、また本件各造形物の展示がわいせつ物陳列罪に当たるとして起訴された。それに対して X は刑法 175 条が憲法 21 条 1 項ないし憲法 31 条に違反する法令違憲であり、本件各造形物及び本件各データは刑法 175 条のわいせつな物及びわいせつな電磁的記録の構成要件に該当しないとして無罪を主張した。

判決の要旨**1 刑法 175 条の法令違憲（立法目的の正当性と明確性の原則）**

刑法 175 条の立法目的は、性的秩序を守り、最低限度の性道德の維持、あるいは性生活に関する秩序及び健全な風俗の維持であり、「このような保護法益ないし立法目的は、価値観が多様化しつつある今日においても、十分な合理性、必要性を有していると認められる。」また「刑法 175 条

というわいせつな物とは、いたずらに性欲を刺激もしくは興奮し又はこれを満足せしむべき物品であって、か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をいい」（最一小決昭34・10・29刑集13巻11号3062頁）、「同条にいうわいせつな電磁的記録とは、いたずら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、善良な性的道義観念に反する電磁的記録をいう」（最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁一チャタレイ事件上告審判決）。「このように定義されるわいせつ概念は、……具体的場合に刑法175条にいうわいせつ物やわいせつな電磁的記録に当たるかどうかを判断することが十分可能であるから、憲法31条に基づく明確性の要請に欠けるところはない。」（最大判昭50・9・10刑集29巻8号489頁一徳島市公安条例事件大法廷判決）

2 刑法175条のわいせつ性の判断基準

文書の芸術性・思想的価値によるわいせつ性の減少・解消は文書全体との関連において判断するという判断枠組（最大判昭44・10・15刑集23巻10号1239頁一「悪徳の栄え」事件上告審判決）は、物や電磁的記録についても基本的に異ならず、「文書のわいせつ性判断の考慮要素」は「物や電磁的記録について判断する際にはそのすべてが妥当するわけではないものの、当該物や電磁的記録の形状やその表象方法、作品全体に占める性的部位の割合、表現された思想とその表象との関連性、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から当該物や電磁的記録を全体として見たときに、主として受け手の好色的興味に訴えるものと認められるか否かなどの諸点から検討すべきである」。

3 本件各造形物のわいせつ性

「本件各造形物の前記のような形状に照らせば、本件各造形物が女性器を象ったものだとしても、一見して人体の一部という印象を与えるものではなく、直ちに実際の女性器を連想させるものとはいえない。このような本件各造形物の特徴に坎がみると、本件各造形物が……性的刺激の程度は限定的なものにとどまり、それだけでわいせつ性を肯定できるほど強いものではないと認められる。」また「本件各造形物はポップアートの一種

であると捉えることは可能であり、そこからフェミニズムアートの思想を直ちに読み取ることができるかはさておき、女性器というモチーフを用いて見る者を楽しませたり、女性器に対する否定的なイメージを茶化したりする制作意図を読み取ることではできるのであって、本件各造形物には、このような意味での芸術性や思想性、さらには反ポルノグラフィックな効果が認められ、表現された思想と表象との関連性も見出すことができる。したがって、本件各造形物は一定の芸術性・思想性を有し、それによってそれぞれの性的刺激が緩和されるといえる。」「以上みてきたように、本件各造形物が、女性器であるとの印象を殊更強く与えるものでなく、それぞれの性的刺激も限定的であることに加えて、本件各造形物に表象された一定の芸術性や思想性による性的刺激の緩和も認められることからすれば、本件各造形物は、主として表現の受領者の好色的興味に訴えるものとは認められない。これらの諸事情を総合すると、本件各造形物は、今日の健全な社会通念に照らしても、いたずらに性欲を刺激しもしくは興奮させるものといえず、性欲を満足せしむべき物品ともいえず、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も認められないから、刑法175条にいうわいせつ物には該当しないと認めるのが相当である。」

4 本件各データのわいせつ性

「本件各データは、いずれも、色や感触に関するデータを含んでおらず、一見すると標本や地形図のような印象を与える無機質な特性を有しているものの、先述のとおり女性器等の形状がリアルな造形により露わなまま再現されており、その表現の生々しさからすれば、本件各データがいずれも閲覧者の性欲を強く刺激することを否定することはできない。」また、「本件各データを提供することで、他人にも本件各データを用いて各々の創作活動をしてもらいたいという意味で芸術性ないし思想性を含んでいると解する余地があることは否定できず、表現された思想と表象との関連性も見出すことができないわけではない。しかし……本件各データ自体からは、被告人が当時進めていた創作活動の一環、すなわちプロジェクトアートないしプロセスアートとしての芸術的な

いし思想性を直ちに読み取ることとはできない上、データの受領者が、本件各データに女性器の皮膚様の着色をすることでよりリアルな女性器の3Dデータを創作することも可能であるから、先述の意図がかえって本件各データのわいせつ性を高める可能性も否定できない。そうすると、本件各データと表現された思想との関連性を見出すことができるとしても、その結び付きには自ずから限界があり、その芸術性や思想性等による性的刺激の緩和の程度をさほど大きく評価することとはできない。」「以上みてきたように、本件各データは、いずれも、女性器の形状を立体的かつ忠実に再現したものであり、それらの形状やその表象方法、データ全体に占める性的部位の割合に照らせば、それぞれの性的刺激の程度が強い上、表現された思想とその表象との関連性を一見して読み取することは困難であって、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度もさほど大きく評価できないことからすれば、本件各データは、主として受け手の好色的興味に訴えるものになっているといわざるを得ない。これらの諸事情を総合すると、本件各データは、今日の健全な社会通念に照らして、いたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、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認められるから、刑法175条にいうわいせつな電磁的記録に該当すると認めるのが相当である。」

なお、本判決は「頒布該当性」、「正当行為の判断」及び「故意」という項目を設け、本件各データのわいせつ性を否認するXの主張に検討を加えるが、いずれも退けた。

判例の解説

一 本判決の意義

本判決には、判決の要旨3と4からわかるように現代芸術への理解を感じさせるものがある。それが結論として本件各造形物の展示を無罪に導いたと思われるが、本件各データの送信・郵送については罰金40万円の有罪判決を下すことになったのはなぜであろう。

刑法175条第1項は「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、2年以上の懲役若しくは

は250万円以下の罰金若しくは科料に処し、又は懲役及び罰金を併科する。電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。」と規定する。2011（平成23）年にサイバーポルノの氾濫に対処するために刑法175条が改正され、「文書、図画その他の物」と並んで「電磁的記録」が追加されたのがこの規定である¹⁾。

憲法学説では「わいせつ概念を明確にする努力がみられる」²⁾と評価される諸判例が「文書」のわいせつ性についてのものであったのに対して、本判決は、先の改正によって新たに追加された「電磁的記録」のわいせつ性について初めて判断したものである。

そこで、ここでは芸術性・思想性によるわいせつ性の緩和という本判決の主要な争点に絞って、本判決がこの新たなわいせつ罪の客体をどのような判断基準を用いて有罪としたのかを確認するとともに、本件においてその判断基準の適用が適切であったのかどうかを検討する。

二 本判決の判断基準の確認

判決の要旨1でわかるように、「本件各造形物」のわいせつ性については、アダルトグッズのわいせつ性を認めた先例³⁾に従い、チャタレイ事件上告審判決⁴⁾のわいせつの定義とは若干異なる「わいせつ物」の定義を採用しているのに対して、「本件各データ」については、先例がないこともあり、チャタレイ事件上告審判決のわいせつの定義をそのまま用いて、「わいせつな電磁的記録」を定義するが、双方の定義ともほとんど変わらないともいえ、明確性の要請を満たすと本判決は判示した。

判決の要旨2でわかるように、本判決は、物と電磁的記録の双方のわいせつ性を判断する際に文書のわいせつ性について最高裁が明示した判断基準を基本的に採用する。変える必要があるのは、本件各造形物と本件各データの双方のわいせつ性がその双方の芸術性・思想性によって緩和されるかどうかを判断するための考慮要素である。「四畳半襖の下張」事件最高裁判決⁵⁾のそれと比較して異なるのは「文書の構成や展開」に相当するものがないだけである。しかし本判決は「悪徳の栄え」事件上告審判決⁶⁾をここでの先例に挙げる。

その他、本件判決の結論に影響に与えた判断基準として、「わいせつとされる文書それ自体について客観的に判断すべきであって、文書外に存する事実関係は、文書のわいせつ性の判断の基準外に置かれ、作者の主観的意図によって影響されるものではない」という最高裁が採る基準⁷⁾がある。本判決はこの基準に従って、本件各造形物のわいせつ性の強化につながる検察官の主張（会場がアダルトグッズ店であることがそこの展示物が女性器であることの認識を高めるという主張）を退けると同時に、「正当行為の有無において作品外の事情を考慮すれば、結局その判断が主観的になり、表現の自由等に萎縮効果をもたらすおそれがある」という理由で、Xの「正当行為による違法阻却」の主張を退ける⁸⁾。

また、わいせつ性を判断するときに主として好色的興味に訴えるものであるかどうかの基準になる閲覧者について、「閲覧者たりうる者が社会一般人でなく、特定の集団や者にとどまっている場合には……わいせつ性は閲覧者たりうる者の中の普通人、平均人を基準として判断されるべき」という最高裁の判断基準⁹⁾も、本判決で採用された。Xは本件各造形物と本件各データの双方の閲覧者をそれぞれ特定の者であると主張したが、本判決はその主張を認めず、本件各データの場合では、ミニチュアポート購入の特典としてそれを受領した者の評価が分かるとしても、その受領者が主としてXの支援者であるにもかかわらず、それが複写・送信しやすいという理由から閲覧者は限定されず、社会一般人にとって主として好色的興味に訴えるものであるかが基準になった。

三 本件への適用の問題点

以上のようなわいせつ性の判断基準を本件に適用したのが判決の要旨3と4であるが、それらを比較してわかるように明らかに本件各データへの適用の仕方に問題がある。「物」それもアダルトグッズでなく、本件各造作物のような作品に適用されるとき問題はないが、同じ判断基準を「電磁的記録」しかも作品それ自体ではなく、本件各データのような作品制作のための素材にすぎない「電磁的記録」に適用するとき当然無理がある。なぜなら芸術性・思想性は、作品の素材自体にあるはずはないからである。しかし、本件のプロジェク

トアートの趣旨からすれば、本件各データが何の加工もされていない生々しい女性器の立体画像であることは至極当然であり、その形状は芸術性・思想性のあるプロジェクトアートの作品制作に不可欠な素材であることの確たる証拠である。しかしながら、本判決は本件各データとプロジェクトアートの芸術性・思想性との関連性に一定の理解を示しながらも、「表現される思想とその表象との関連性を一見して読み取ることが困難である」と判断し、芸術性・思想性によるわいせつ性の「緩和の程度をさほど大きく評価することはできない」とした。

また、本判決のもう一つ過ちは素材自体がもつ加工可能性にわいせつ性強化の契機をみる点である。これは素材自体の客観的理解とはほど遠い。だれがどのような作品を作るかは推測の域を出ず、本件各データの受領者が加工を重ねて女性器を象ったリアルな作品を仮に制作したとしても、その可能性を理由に本件各データの提供を処罰することは許されないだろう。それは自ら設定した作品外の事情を排除するという判断基準の放棄を意味する。

● 注

- 1) 大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（成文堂、2015年）521頁以下参照。
- 2) 芦部信喜『憲法』（岩波書店、1993年）151頁。
- 3) 最一小決昭34・10・29刑集13巻11号3062頁。
- 4) 最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁（チャタレイ事件）。
- 5) 最二小判昭55・11・28刑集34巻6号433頁（「四畳半襖の下張」事件）。
- 6) 最大判昭44・10・15刑集23巻10号1239頁（「悪徳の栄え」事件）。
- 7) 最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁（チャタレイ事件）、最一小判昭48・4・12刑集27巻3号351頁。
- 8) 本件各データの提供に「芸術支援としての正当性の余地」を認める評釈として安田拓人「女性器アート・3Dデータのわいせつ性」法教431号（2016年）144頁。
- 9) 最三小判昭45・4・7刑集24巻4号105頁。

神奈川大学教授 池端忠司