

[1198]

| | |
|-----------|--------------------------------------|
| 氏名 (生年月日) | 高良幸哉 (1984年9月3日) |
| 学位の種類 | 博士(法学) |
| 学位記番号 | 法博甲第119号 |
| 学位授与の日付 | 2017年3月16日 |
| 学位授与の要件 | 中央大学学位規則第4条第1項 |
| 学位論文題目 | サイバーポルノと児童ポルノの研究 —保護法益・規制目的からの考察— |
| 論文審査委員 | 主査 只木 誠 副査 鈴木 彰雄・曲田 統 |

内容の要旨及び審査の結果の要旨

I. 論文の主題と構成

高良幸哉氏より提出された博士学位（甲）請求論文「サイバーポルノと児童ポルノの研究—保護法益・規制目的からの考察—」の構成は以下の通りである。

第1編サイバー犯罪総論

第一章. はじめに

第二章. サイバー犯罪

- I. サイバー犯罪とは
- II. 我が国におけるサイバー犯罪対策の概要
- III. サイバー犯罪に対する国際的対応
- IV. 客体としての情報
- V. 小括

第三章. ネットワーク犯罪における三者

- I. ネットワーク利用犯罪と従来の犯罪
- II. 情報提供者
 1. 諸外国の対応
 2. 我が国の状況
- III. 情報の受領
 1. 受領者の可罰性
 2. 情報の閲覧の技術的側面

- 3. 情報の調達と保管
- IV. インフラ、情報ツール提供者の幫助をめぐる問題
 - 1. ソフトウェア開発者による幫助
 - 2. ISP の責任
- V. 小括

第2編サイバーポルノと児童ポルノの受領

第四章. サイバー犯罪としてのポルノグラフィ

- I. 我が国におけるサイバーポルノをめぐる状況
 - 1. 議論の沿革
 - 2. サイバーポルノ判例
 - 3. 理論状況
- III. ドイツにおけるインターネット上のポルノグラフィ犯罪の現状
 - 1. 立法状況
 - 2. ドイツの判例状況
 - 3. ドイツにおける児童ポルノ規制について
- IV. 検討
 - 1. 行為態様をめぐる問題
 - 2. 場所適用範囲
 - 3. ポルノグラフィと ISP

V. 小括

第五章. 児童ポルノを受領する行為

- I. 問題意識
- II. 受領行為の種類
 - 1. 総論
 - 2. 児童ポルノ受領行為にかかる行為類型
 - 3. 児童ポルノ受領行為類型と ICT 技術的問題
 - 4. 小括
- III. ドイツにおける受領行為をめぐる議論
 - 1. 2015 年改正
 - 2. 受領行為類型をめぐる問題
 - 3. 複製行為と所持罪
 - 4. 小括
- IV. 我が国における受領行為処罰の検討
 - 1. 提供者側の受領行為

2. 受領者側の受領行為
3. クラウド等における保管

V. 小括

第3編 児童ポルノ規制の正当化

第六章 児童の虐待と単純所持規制

- I. 問題意識
- II. ドイツにおける児童ポルノ法制
 1. 児童ポルノ条項に関する改正状況
 2. 児童に対する性的「虐待」規制と保護法益
 3. 単純所持の可罰性
- III. 児童ポルノ単純所持規制に関する我が国の現状と課題
 1. 単純所持をめぐる立法状況
 2. 我が国の児童ポルノ単純所持規制をめぐる問題点
 3. 児童ポルノ単純所持規制に関する考察
- IV. 小括

第七章 児童ポルノ性に関して

- I. 問題意識
- II. 我が国における児童ポルノ性をめぐる議論状況
 1. 児童ポルノ法上の児童ポルノの定義について
 2. 児童ポルノ性をめぐる議論状況
 3. 児童ポルノ性をめぐる判例状況
- III. 児童ポルノ性についての国際的動向
 1. 児童の実在性
 2. ドイツにおける児童ポルノ性
- IV. 児童ポルノ性に関する試論
- V. 小括

第八章 児童ポルノ規制の保護法益と規制目的

- I. 問題意識
- II. 保護法益
 1. 総論
 2. 我が国の実務状況
 3. 「児童の保護」の内容
 4. 個人的法益か社会的法益か
 5. 模倣説と市場説

Ⅲ. 具体的事案の解決

1. 単純所持罪
2. 仮想児童ポルノ

Ⅳ. 小括

第九章. おわりに

Ⅱ. 本論文の概要

1. はじめに

本稿は、新たに生じた法的問題に対処する手段をサイバー犯罪、児童ポルノ犯罪に関する検討を通して考察するものである。サイバー犯罪は、ICT（Information and Communication Technology：「情報通信技術」）の進歩に伴って現れた比較的新しい様態の犯罪分野である。新たな法的問題の解決においては、第一に従来の法解釈のもとで解決可能かが検討され、必要に応じた法改正がなされてきたところ、その対応はどうしても対症療法的なものとならざるを得ず、従来の法解釈との齟齬や解決困難な法の間隙が生じることも少なくないといえよう。刑事法的分野の問題を超えて、情報通信技術的な観点についての検討が十分とはいえないのではないかと疑念をぬぐい得ない条文の文言も見られる。そのため、新たな法律の解釈においては、現在の条文の解釈を基礎に、立法者の意思をふまえ、法の保護法益や規制目的に立ち帰り、規制の正当化の可否や規制範囲の確定を行う必要がある。この点に関し、サイバー犯罪、児童ポルノ犯罪に関する検討は有意な示唆を与えるものであり、サイバーポルノといった分野に限らず、今後生じるであろう新たな法領域に関する検討を行う上で参考となるものと考え。筆者は、このように本論文の背景を説明し、問題点を総括している。

本稿は、このような観点のもと、第1編においてサイバー犯罪の全体像を明らかにし、第2編においてサイバーポルノ犯罪に関する従来の議論を整理し、第3編において、サイバーポルノとしても議論になる児童ポルノ犯罪に関して、単純所持規制、仮想児童ポルノ規制に関する考察を中心に、保護法益と規制目的の観点から検討を加えるものである。本論として連番をもって構成した第二章から第八章までの内容は以下の通りである。

2. サイバー犯罪（第二章）

第1編第二章において、筆者は、サイバー犯罪の概要について論じる。

サイバー犯罪とはサイバースペースを介してなされる犯罪であり、コンピュータに対する、あるいはコンピュータを利用した犯罪、ネットワークを介してなされる犯罪、不正アクセス犯罪に分類することができ、国際的・国内的に種々の対応がなされている。とりわけその比重が大きいのはネットワーク犯罪である。そして、現在客体としての情報の重要性は増しており、情報の利用の観点から個人情報保護法・マイナンバー法などで保護客体とされており、ビッグデータの利用をふまえ

た立法がなされている。情報の客体性の問題については、我が国の通説的見解はこれを否定しており、情報の客体性の問題はポルノグラフィ犯罪において顕著に表れている。

3. ネットワーク犯罪における三者（第三章）

第三章において筆者は、ネットワーク犯罪に関与する情報提供者、情報受領者、情報インフラ・ソフトウェア提供者の行為について分析する。

個々のコンピュータや個々のネットワークを結びつけるネットワークの存在により、法益侵害の場が拡大しており、筆者は、ICT の観点、法益侵害性の観点を合わせ、従来の犯罪の行為態様との比較検討が必要であるとする。ネットワーク犯罪に関与する三者のうち、情報提供者の行為としては、わいせつ物・児童ポルノ関連犯罪における提供等が代表的なものであり、従来、ネットワーク犯罪における規制対象は情報提供者が中心であった。現在、児童ポルノ規制との関係で、ドイツ・アメリカ合衆国において、種々の法規制、判例が登場しているほか、我が国においても、立法、実務上の種々の対応がなされている。次に、情報受領者の行為については、近時規制が進んでいる領域であるが、情報技術的側面に着目すると、違法情報にかかるキャッシュの保存の問題、情報の配信形式による法的問題が存する。インターネット上の動画を閲覧する行為においては、その技術的問題で、ダウンロードを予定する HTTP 形式、情報の保存性を伴わないライブストリーミング、受領者のコンピュータへの保存を伴わないストリーミングによる動画配信、ストリーミング配信とされるが再生可能な情報のダウンロードを伴う疑似的ストリーミング配信などに分類できるが、それぞれの配信形式について技術上それぞれ異なる法的理解が可能であり、筆者は、この点をふまえていない現行の法制度には不備があると指摘する。また、情報インフラ・ソフトウェア提供者の行為に関して、まず、ソフトウェア開発者の行為については、技術的有意性があるとはいえるが、ネットワーク利用犯罪の幫助についても、その構造は従来型の中立的行為による幫助の事案と変わらず、従来の法の枠組みの中で考慮すべき問題であるとする。また、ISP（インターネットサービスプロバイダ）に違法情報のブロッキング義務を課すなど、その義務や責任に関して考察するためには、通信の秘密といった憲法上の権利の保障との関係で問題が生じることから、緊急避難等による正当化を要する、としている。

4. サイバー犯罪としてのポルノグラフィ（第四章）

第2編は、サイバーポルノを扱っている。

まず、第四章において、筆者は、サイバーポルノに関し、我が国及びドイツの議論状況を概観する。

サイバーポルノ提供に関する行為態様のうち、ネットワークを介したわいせつ物犯罪と公然わいせつ罪の区別については、わいせつ情報の伝播性を基礎づける当該情報の固定性によってなされるのであって、175 条の有体物性を維持するハードディスク説を基礎に、記憶媒体への保存を伴う場合がわいせつ物犯罪であり、ウェブチャットのような保存性を伴わない場合が公然わいせつ罪であ

ると筆者は説明する。また、インターネットを介した公然陳列と頒布の区別は、相手方の受領への情報提供者の関与の度合いによって区別することができ、情報受領者における情報の保存について受領者の行為に依存する場合であれば公然陳列行為であり、受領者方への情報の到達にまで情報提供者が積極的に関与している場合が頒布行為に当たるとしている。そのほか、サイバーポルノの提供等に関しては海外サーバへのアップロードの場合などで、場所的適用範囲が問題となるが、これについてはサイバーポルノが国内において閲覧されるのであれば法益侵害性は高いのであり、遍在主義を採り、法的に解釈可能な範囲において行為を捕捉できるのであれば、我が国の刑事法の適用は可能である。また、ネットワークという「場」を提供する ISP の責任に関して、その児童ポルノサイトのブロッキングについては、児童の人格権は児童ポルノの提供者のプライバシーに劣後するものではなく、緊急避難による正当化の可能性はあるが、他に採りうる有効な手段があれば、補充性を満たさず正当化できないと考えられる、としている。

5. 児童ポルノを受領する行為（第五章）

以上のサイバー犯罪に関する問題を前提として、第五章において筆者は、児童ポルノの受領行為について分析する。

児童ポルノは、サイバーポルノとしてその伝播性が増しており、児童ポルノの流通を撲滅するためには、情報の提供者のみならずその必要的共犯として存在する児童ポルノの受領者行為についても規制する必要性が生じており、この点、我が国においても2014年児童ポルノ法改正によって規定された児童ポルノの単純所持罪にその具体化の一部がみられるところである。本章において、筆者は、児童ポルノの受領者行為について、提供者側受領行為と受領者側受領行為とに分類する。提供者側受領行為については、その後の提供・公然陳列の予備的行為として、それを目的とする場合については可罰的であるが、複製目的で児童ポルノを所持していた場合には「自己の性的好奇心を満たす目的」がないため可罰的ではなくなり、可罰的である受領者の単純所持罪との整合性に問題が生じるとし、また、受領者側受領行為については、さらに市場への参加を伴う調達・購入行為である動的受領行為と、市場への参加のない所持状態である静的受領行為に分類できるが、その可罰性については単純所持罪の可罰性との関係で保護目的・保護法益的観点からの検討が必要であるとしている。受領者行為と関連して、クラウドの問題と児童ポルノの保管については、他者のサーバ上のクラウドストレージに児童ポルノを保管した場合にも事実上の支配があり、児童ポルノの所持罪は成立するが、当該情報のアクセス権限を不特定多数の者に公開した場合、公然陳列の対象となりうるとする。

6. 児童の虐待と単純所持規制（第六章）

第三編は、児童ポルノ規制をめぐる問題を扱っている。

第六章において、筆者は、児童ポルノの単純所持罪について、児童虐待規制の保護法益と、児童ポルノ規制の規制目的の観点から論じる。

ドイツにおけるポルノグラフィ規制についてみると、児童ポルノ規制の保護法益は児童に対する性的虐待の防止を定めたドイツ刑法 176 条等における保護法益とその基礎を同じくしており、児童の性的自己決定能力の獲得に至る心身の総合的成長の保護に求められる。そのため、176 条の性的虐待罪の成立の可否は児童に対する法益侵害性の有無により判断される。そしてドイツにおける所持罪については、調達行為の受け皿規定として規定されており、その前段階の調達行為が把握できない場合に処罰される。キャッシュデータの保存についても、その後の検索可能性があり、調達行為に結びつくものであるから可罰的であるとする。

そして、児童ポルノの単純所持罪の規制目的は、児童ポルノ規制の基本思想である児童ポルノ市場を撲滅、一掃することに求めることができ、児童からの性的搾取を防止することを基礎とし、児童ポルノ市場に影響を与える行為がのちの児童ポルノ製造による児童虐待を誘発するという、調達行為の違法性によって基礎づけられるとする。購入を伴わない無料の調達行為であっても、製造者に消費者の需要を伝えることで違法性が観念できる。我が国においても、「自己の性的好奇心を満たす目的」という行為者の内心に処罰根拠を求めない筆者の立場に立てば、その取得が適法になされた場合については、単純所持罪の可罰性を基礎づけることはできない。かかる解釈については、3 条の 2 の「みだりに」との文言の解釈、自らの意思による所持（故意犯）のみが処罰対象であることに求めることができるとする。

7. 児童ポルノ性に関して（第七章）

第七章においては、筆者は、実在しない児童を描写した創作物（仮想児童ポルノ）における児童ポルノ性について検討を行う。

児童ポルノの内容規制について、合衆国において *Ashcroft v. Free Speech Coalition* において、「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」として仮想児童を扱った児童ポルノの規制が違憲とされた。また、外形上の規制について、イギリスにおいては、「写真または写真のように見える画像」の児童ポルノについて「写真性」要件が要求され、ドイツでは、児童ポルノの単純製造罪においては「現実の事象」の描写、児童ポルノの他人のための調達・所持、自己調達・単純所持において、現実の事象の描写であるか、あるいは、現実に近い事象描写であるかが判断の基準となるとしている。

ドイツにおける児童ポルノ性の議論をめぐっては、文字による記述を「現実の」あるいは「事実に近い」事象を再現したものであるとすることには賛同できないとする BGHSt 58, 197 が存する。ただし、ドイツ刑法 184b 条 1 項にいう頒布・公然陳列・製造については、仮想の児童ポルノがその規制対象となっており、これには、児童ポルノの消費者による児童虐待の模倣の防止にその根拠があるのであり、また、人格権説（一部他説－市場－を併用しつつ）は児童の人格権および尊厳の保護を、模倣説は消費者による児童ポルノの模倣による児童への性的虐待の誘発の防止を、市場説は市場を介した提供者による製造に伴う児童への性的虐待の誘発を、それぞれ規制目的とするもので

あると筆者は説明する。これを我が国において考えるに、筆者は、児童ポルノ規制において模倣の危険という観点についていえば、児童ポルノの消費と児童に対する性犯罪の間の相関関係は明らかではなく、消費者の性的嗜好を根拠とした心情処罰を防ぐためには、市場説が支持されるべきであるとするが、ただし、市場説については、仮想児童ポルノと現実の児童を描写した児童ポルノでは市場が異なるのではないかとの批判が可能であろう、としている。

8. 児童ポルノ規制の保護法益と規制目的（第八章）

第八章において、筆者は、第六章・第七章をふまえ、児童ポルノ規制の保護法益に関して検討を行っている。

我が国の立法、判例実務においては被写体児童の個人的法益が判断の基軸におかれ、判例実務は、加えて、児童一般の保護、社会的風潮の保護をその保護法益に含めているとされている。児童の保護の内容については、性的自己決定権の保護に向けられているのであり、それを導き出す人格権・人間の尊厳が保護法益であって、心身ともに未熟な児童の性的自己決定能力の獲得を含めた児童の総合的成長がその保護の目的におかれる。そして、ここでいう保護されるべき児童に関しては、児童ポルノ単純所持罪の成立により、現行法にいう具体的被写体児童の保護という個人的法益の観点からのみの解釈においては限界が生じており、将来の児童という抽象化された個人的法益である一般児童の保護をも含める必要が存する。そのため、児童ポルノ規制は、一次的には被写体児童という個人的法益、二次的には将来の児童という個人的法益を保護法益としており、ともに児童の人格権・児童の尊厳の保護に向けられるのであると、筆者はする。そして、続けて、筆者は、提供者側受領行為については、その後の提供・公然陳列の予備的行為として、それを目的とする場合については可罰的であるが、上述のように、複製目的で児童ポルノを所持していた場合には可罰的ではなくなり、可罰的である受領者の単純所持罪との整合性に問題が生じる。ここでいう一般児童の保護に関しては、模倣説と市場説における保護の目的の検討が必要であり、模倣説は虐待に結びつくことが立証されていない、性的嗜好といった消費者の内心に処罰根拠を求めることになりかねず、心情処罰に結びつくおそれがあり、全面的に支持することは難しく、市場説が支持されるべきであるとして、試論を展開している。

以上の考察のもと、筆者は、具体的な事案の解決にあたって、市場説においては、単純所持罪について、静的所持状態を作出する調達行為の違法性によってその違法性が基礎づけられるとするのであり、そこには、市場の活性化により将来被写体となる児童の人格権侵害が観念できるであろうとする。そして、調達によって市場に影響を与えないような所持罪については、児童への侵害が観念できないため、単純所持罪の成立が否定されるべきであるとし、我が国における将来的な立法としては、市場への影響の強い調達行為処罰型の規定に移行すべきであるとする。また、「实在性要件」が要求されるため、現行の制度上、単純所持罪は処罰の対象とはならないが、将来的な立法においても、实在の児童を描写した児童ポルノの市場を活性化させるとはいえない純粋な仮想児童ポルノについては、市場を介した将来の児童への虐待の誘発が観念できないため、实在の児童を描写

した児童ポルノの市場を活性化させる危険性を有し現実の児童と区別のつかない CG については処罰対象とすべき余地があるものの、これを除いては規制対象とすべきではないとしている。

Ⅲ. 本論文の評価

以上が本稿の概要である。サイバー犯罪の概要とネットワーク犯罪における三者の意義を明らかにし、サイバーポルノに関してその問題点を整理し、なかでも児童ポルノ受領行為について検討し、その問題の延長線上にある児童虐待規制と単純所持規制をテーマとして児童ポルノ規制における「児童ポルノ性」に焦点を当てて検討した本稿において、これらの考察を基礎として筆者が試みたのは、児童ポルノ規制における保護法益とその規制の目的の明確化である。かかる観点に基づく検討の結果明らかとなったこととして、児童ポルノに関する法規制の妥当性を考える際には、保護法益と規制目的、そして行為者の権利に配慮し、将来的な立法を視野に入れた検討が必要であることが結論づけられている。具体的には、児童ポルノ規制は、一次的には被写体児童という個人的法益、二次的には将来の児童という個人的法益をその保護法益としており、ともに児童の人格権・児童の尊厳の保護に向けられるものであるとする。これが筆者の基本的な視座であり、ドイツの学説の援用に基づくものながら、そこにオリジナリティーをみることができる。

そして、児童ポルノ受領行為のうち、提供者側受領行為については、その後の提供・公然陳列の予備的行為として、それを目的とする場合については可罰的であるが、複製目的で児童ポルノを所持していた場合には「自己の性的好奇心を満たす目的」がないため可罰的ではなくなり、可罰的である受領者の単純所持罪との整合性に問題が生じることから、市場を活性化させ市場への影響を見て取ることができる場合であれば、単純所持を可罰的であるとするところとする。換言すれば、児童ポルノの単純所持罪の規制目的は、児童ポルノ規制の基本思想である、児童の保護のため、児童の性的搾取を防止するために、児童ポルノ市場を撲滅、一掃することに求めるべきとし、これは、児童ポルノ市場に影響を与える行為がのちの児童ポルノ製造による児童虐待を誘発するという、調達行為の違法性によって基礎づけられるとしている。この点、筆者の主張は保護法益論から一貫しており、その道筋に結論が導かれているといえよう。そして、立法論としては、単純所持ではなく、取得行為に焦点を当てるべきであるとしている。児童ポルノ性についても、いわゆる人格権説は、児童の人格権および尊厳の保護、模倣説は消費者による児童ポルノの模倣による児童への性的虐待の誘発の防止、市場説は市場を介した提供者による製造に伴う児童への性的虐待の誘発をそれぞれ規制目的とするものであるとするが、児童ポルノの消費と児童に対する性犯罪の間の相関関係も明らかではなく、消費者の性的嗜好を根拠とした心情処罰を防ぐためには、市場説が支持されるべきであるとしている。

児童ポルノ規制は現在、規制目的等において議論はあるが、その保護法益は、やはり、児童の性的自己決定権に向けられるのであって、最終的には児童の人格や尊厳といった人権論の根幹に位置する人権を保護することに向けられている。かかる法益を侵害する行為については、将来の立法を

視野に入れた規制に関する議論を進めるべきであるし、そうではない場合については、今後も規制対象とすべきではないのである。以上のような、保護法益・規制目的を考慮し、現実の侵害性といった観点から法規制の妥当性を考察する筆者の手法には独創性があり、本稿で検討したサイバーポルノ・児童ポルノ以外の法領域においても妥当するものであり、本稿は、今後生じる新たな法的問題の解決にも資する視点を提供しているものと思われる。

とはいえ、本論文においては、以下にあげるような課題も認められるところである。

まず、本稿においては、比較法的検討に関する論述が若干少ないように思われる。例えば、本稿の前段部分である第二章から第四章においては日本の法制度の分析紹介が中心となっており、情報通信技術的問題との関係について検討している部分についてはやむを得ないものの、法的検討に関する部分については、論述において、比較法的観点をより反映させることが望ましいといえよう。サイバーポルノはいまや全世界的に存する事象、犯罪であるところ、英米に関する研究等をもう少し参照することができていれば、本稿はより魅力的かつ説得的な論考となったであろう。また、第四章までの総論部分と、とりわけ第七章以下の各論部分とのつながりがいまひとつ明確性に欠けるようであり、各論の初めにおいて児童ポルノの受領行為の諸態様を分類した意義を明確にするべきであると思われる。また、これとの関係でいえることであるが、総論部分がやや総花的であって、議論の深化が不十分な点が見受けられる。

そのほか、サイバー犯罪と人格権（名誉毀損）の問題、あるいは十分な考察を経ることなく議論の前提とされている自己決定権の問題等を掘り下げ、本稿において行った法益論からの考察に加えて、法的義務や責任の限定、法益の衡量による正当化といった観点からの総合的な考察、刑事政策的観点からの分析など、求められるべき今後の課題は少なくない。

とはいえ、このような課題については、筆者も十分に自覚しているところであり、口述試験においても一定の回答が用意されて、これらの課題を克服すべき道筋も示されており、本稿の評価を大きく損なわせるものではないといえよう。ドイツの学説判例を詳細に紹介・検討し、サイバー犯罪規制における基本的視点を保護法益論に求めて、児童ポルノ規制の保護法益を、一次的には被写体児童という個人的法益、二次的には将来の児童という個人的法益として、ともに児童の人格権・児童の尊厳の保護に向けられるとし、ここから児童ポルノにかかる諸犯罪の成立要件を導くという本稿における筆者の手法にはオリジナリティーがあり、その主張も説得的で、立法論ともども、評価に値するものと思われる。

IV. 結論

本稿は、我が国におけるインターネット犯罪についてその全体を概観するとともに、ICT に関する豊富な知識をもとに、特に近時の犯罪類型として刑事法上の規制の大きな課題となっている児童

ポルノの問題について検討し、その保護されるべき法益についての議論を中心に試論を展開するものであり、最新の社会状況に即応した問題解決の糸口を提供する意欲的な論稿であるといえよう。

以上を総合的に判断するに、審査委員一同の意見として、この度高良幸哉氏より提出された本論文は博士（法学）の学位を授与するに値するものであると思料する次第である。