

児童ポルノの単純所持規制に関する考察

Notwendige Einschränkungen der Strafbarkeit des bloßen Besitzes von
Kinderpornographie

高 良 幸 哉*

目 次

- 一. はじめに
- 二. 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. StGB184b 条の保護法益と単純所持の可罰性
- 三. 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
- 四. おわりに

一. はじめに

2014年第186回国会において「児童買春、児童ポルノにかかる行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」（以下児童ポルノ法）の改正がなされ、児童ポルノの単純所持罪が規定された。性刑法をめぐるインターネットの発展に伴い、国境を越えた対策が必要となっている。かかる傾向において、我が国でも児童ポルノ規制が強化されるに至ったのである。し

* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

かし、改正児童ポルノ法については、なおも定義の曖昧さなど批判のあるところである。児童ポルノ規制については、欧米において、我が国に先だって、その定義や行為態様に関する規定がある。我が国の刑法が範とするドイツにおいても、1973年以降数度にわたり、性刑法に関する主要な改正がなされている。その中でも1993年、2003年、2007年改正においては児童ポルノと青少年ポルノに関連して、StGB184条の改正、枝条文の新設がなされている。その背景となる保護法益に関する議論や行為態様に関する議論は、我が国における児童ポルノ規制に関する法解釈および、今後の刑事立法を含めた議論において参照すべき点も多い。本稿は、二章でまずドイツにおける性刑法の法状況、とりわけ、児童ポルノ(StGB184b条)、青少年ポルノ(同184c条)をめぐる改正状況を概観し、次に、描写対象となる176条の児童に対する性的虐待に言及し、さらに、児童ポルノ規制の保護法益について参照する。三章では我が国における児童ポルノ規制をめぐる状況を概観し、我が国における児童ポルノ法制、とりわけ児童ポルノ単純所持罪の問題点を明らかにする。その上でドイツの法状況を参考に、我が国の児童ポルノ所持規制について検討を加える。以上の検討を通じ、我が国の児童ポルノ所持規制のあり在り方に一定の示唆を与えるのが本稿の目的である。

二. 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¹⁾

ドイツにおいて、未成年者²⁾を描写対象としたポルノグラフィ規制につ

1) なお、各改正条文については <http://www.juris.de/Strafgesetzbuch§184> (2014年7月31日現在)の立法経過、および <http://dejure.org/gesetze/StGB/184.html> (2014年7月31日現在)を参照した。

2) ドイツにおいて18歳未満の未成年のうち、176条、184c条等で14歳に満たない者を児童(Kind)、14歳以上18歳未満のものを青少年(Jugend)とする。我が国における児童ポルノ法上の児童が18歳未満のものを指すため、14歳未満の

いては、現行の StGB184b 条, 184c 条において定められており、成人を扱ったポルノグラフィによって児童が害されることの規定については、184条においてそれぞれ規定されている。これらの規定については、児童の保護の必要性が高まる中、その構成要件や処罰範囲が拡大されてきた経緯がある。児童ポルノ規制と保護法益について考察するに際して、この改正の経緯を踏まえる必要がある。

1) 1993年7月23日改正前の法形態

1973年12月24日に StGB184条が改正されるまでは、わいせつ文書 (unzüchtige Schriften) 規制として、例えばその作成や頒布などが規定されていたが、1973年改正によって、ポルノグラフィ規制として、現在の 184b 条 1 項の児童ポルノ犯罪に見られるような、頒布 (184条 1 号)、公然陳列 (同 2 号)、頒布・公然陳列目的作成等 (同 3 号) が規定されるに至った。ここでは、条文の名称が「ポルノグラフィの頒布」という現在と同様の条文名に改められ、録音物・写真・模写・描写がその規制の対象となることが同条で定められた。これは1975年1月1日改正によって、11条 3 項に該当するポルノグラフィ文書を対象とするように規定が改められている。その後、同年1月24日改正において、現行の184条 1 項³⁾に見られるような、ポルノグラフィ文書によってこれを見たくない者や児童を害する行為が 1-9 号にわたって規定された。そのほか、ポルノグラフィの頒布が、同 3 項となり、ここで処罰の対象となるポルノグラフィも、暴力行為 (暴力ポルノ)、児童に対する性的虐待 (児童ポルノ)、動物との性行為

未成年者を扱ったポルノグラフィを子どもポルノと呼ぶこともあるが、本稿においては、条文上とくに「子ども」と定義されている場合を除き、児童と記述する。

- 3) BVerfGE 47, 109において、1975年改正 StGB184条 1 項 7 号について合憲性の確認がなされている。7号については現行条文と同じく、ポルノ文書の「その全部若しくは大部分について、閲覧させるために要求される対価と引き換えに、これを公開の映画上映において公開した者」が対象となる。本決定で連邦憲法裁判所は、184条 1 項 7 号の目的を第一には未成年者の保護である旨示している (BVerfGE 47, 117)。

(動物ポルノ)を扱ったポルノグラフィに対象が限定された。3項において規定される頒布等罪⁴⁾は、それぞれのポルノによってその刑罰に違いはなく、1年以下の自由刑若しくは罰金刑による処罰が規定されていた。なお、その後も、1985年4月1日改正では、同条1項3a号、および4項2文⁵⁾が新設されている。

2) 1993年7月23日改正から2003年12月27日改正に至るまで

1993年改正では、StGB184条4項において、3項各号で規定される行為を業としてあるいは、3項所定の行為を継続して行う組織の構成員として行った場合、6月以上5年以下の自由刑が科される旨の規定が追加された⁶⁾。また、3項で規定される、児童ポルノ文書の頒布等の行為のための目的所持に加え、5項において自己又は他人の所持のための調達行為が、本改正から規定されている。ここでは、現実の事象を再現する児童ポルノ文書を他人が所持するように企行した者(1文)、当該児童ポルノを他人のために所持した者(2文)が処罰の対象になっており、その処罰は1年を上限とした自由刑となっている。加えて、同3項のポルノグラフィの頒布等罪については、児童ポルノを対象とする場合を5年以下の自由刑に、それ以外のポルノ文書についてはこれまで同様に1年以下の自由刑若しくは罰金刑が科されることとされた。なお、1993年改正において、児童ポルノ頒布等罪の刑からは罰金刑が除外され、自由刑のみとなっている。さらに、1997年8月1日改正においては、調達及び所持の対象が現実の若しくは事実に近い事象(ein tatsächliches oder wirklichkeitsnahes Geschehen)を再現する児童ポルノ文書に拡大されている。なお、1998年4月1日改正においては、1993年改正において手つかずであった、暴力ポルノと動物ポルノの刑の上限が3年の自由刑あるいは罰金刑に引き上げられているほ

4) 頒布(1号)、公然陳列(2号)、作成等(3号)であり、現在の184bと号数は一致する。

5) 現行184条2項に相当。

6) ここでは児童ポルノを対象とするものに、客体は限定されている。なお、これは現行184b条3項に該当する。

か、4項についてはその自由刑の上限が5年から10年に引き上げられている。このように1985年改正から1998年改正に至るまで、行為態様の追加と刑罰の引き上げがなされている。かかる流れの中で、児童ポルノ規制の目的は児童の保護がより重視されることになる。

3) 2003年12月27日改正⁷⁾(2004年4月1日施行)と2008年11月4日改正⁸⁾

2003年改正においては、児童ポルノに関するStGB184条3項から5項といった条文が184b条として、184条3項のうち暴力ポルノと動物ポルノに関する部分が184a条として、184条から分離されることとなった。184b条において、2項の他人ための調達・所持については1項の頒布等罪と同様の刑に上限が引き上げられ、3月以上5年以下の自由刑とされた。また、ここで明確に、4項の自己調達と自己所持(単純所持)が2項の他人のための調達と条文上独立して規定された。他人のための調達やその後の所持については、児童ポルノ拡散の危険性が1項所定の罪に準じて高いものとされていたが⁹⁾、児童ポルノの拡散にかかる行為のうち、拡散の危険

7) BGBl. I, S. 3007.

8) Gesetz zur Umsetzung des Rahmenbeschlusses des Rates der EU zur Bekämpfung der sexuellen Ausbeutung von Kindern und der Kinderpornografie v. 31. 10. 08, BGBl. I 2149. なお、児童ポルノに関するEUの枠組み決定(Rahmenbeschlusses 2004/68/JHA)のもと、2008年刑法改正における児童ポルノ規制拡大がなされた。Vgl. Eisele, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl., § 184b, Rn. 1. この改正は2004/68/JHA(2008年11月5日から有効), SelbstbG(2004年4月1日から有効)による改正である。なお、「児童の性的虐待及び性的搾取並びに児童ポルノの対策に関して定め、現行の枠組決定に代わる欧州議会及び理事会指令(2011/92/EU)」が交付され、各国にはこれに適合する法整備を2008年12月18日までに行うことが義務付けられた。このEU指令については、植月 献二「【EU】児童の性的搾取・児童ポルノ等の対策強化指令」外国の立法250-1号6頁参照。

9) BGH NStZ 2009, 208において、児童ポルノの所持によってかすがいの結びつけられる数個の調達行為を所為単一として、刑を加重したBGH NStZ 2005, 839に言及し、184b条2項の上限が引き上げられたことにより、これらを所為

性の低い児童ポルノの受領者側の行為がより明確に規定されたのである¹⁰⁾。

また、その後の改正である、2008年改正においては、新たに184c条において、青少年ポルノにかかる罪が新設された。規定の構造としては、184b条と同じく、1項で頒布等罪、2項で他人調達、3項で業としての行為等、4項で自己調達及び自己所持、5項は184b条の5項と6号が本条においても妥当する旨が規定されており、全体として、184b条の刑に比べ刑の上限は引き下げられている。また、184c条4項においては、描写された者の同意をもって作成されたポルノ文書であり、これに関与した者が18歳未満で作成した文書であれば、当該関与者には、調達罪が適用されないことが規定されている。本条文は、EUの枠組決定(2004/68/JHA)に基づいてなされたものであり、未成年者の保護をより重点化し、14歳未満の児童のみならず、児童に当らない未成年者までポルノ規制の保護対象を広げている¹¹⁾。とはいえ、両者には刑や構成要件該当性の除外等において差異があり、この点、児童ポルノ単純所持の問題と合わせ、これらの罪の保護法益の問題となる。以上で概観した法状況に関連して、以下では、児童ポルノに描写される事象である、児童虐待規制とその保護法益、及び児童ポルノ規制の保護法益について検討する。

2. 児童に対する性的「虐待」規制と保護法益

1) 児童虐待と児童ポルノ

児童ポルノに関する現行のStGB184b条においては、児童ポルノの定義

単一と見る必要性がない旨述べており、この点から、実務も2項の罪の法益侵害性の高さに着目していた点がかがえる。

- 10) なお5項は適法な職務、若しくは職務上の義務の履行のために行う2項4項所定の行為の場合は、これらの構成要件に該当しないこと、6項では児童ポルノの没収等について規定されている。
- 11) ただし、184条1項各号の罪の保護対象は未成年者であり、14歳未満の児童に限らない。この点については二章の3で述べる。

を同176条から176b条に規定される、児童に対する性的虐待を対象とするポルノグラフィであるとしている。児童に対する性的虐待としては、176b条において規定される。すなわち、児童に対する性的行為や児童に自分に対して性的行為を自ら行わせること（1項）、児童が第三者に対して性的行為をさせ、あるいは児童に対して第三者に性的行為をさせること（2項）、児童の前で性的行為を行うこと（4項1号）、児童に自己に対して性的行為を行うように決定させること（4項2号）、児童に自己又は第三者の前で性的行為を行わせるか、あるいは、自己又は第三者に対して性的行為を行わせるために、11条3項にいう文書によって児童に影響を与えること（4項3号）、ポルノ描写もしくは記述、ポルノを内容とする録音、ポルノ的な会話により児童に影響を与えること（4項4号）、上記行為のために児童を斡旋することを約束すること、又はこれらの行為をすることを他人と約束すること（5項）、および1項から4項2号までの未遂（6項）が性的虐待の行為態様として規定されており、176a条では性的虐待のうち犯情の重い事案、176b条では性的虐待のうち死亡を伴う場合が規定されている。ここで対象となる性的行為は184g条で定義される、各保護法益に関して、一定の重大性を持つ行為（1項）であり、加えて、事象を知覚する者の前で行われる性的行為が、他者の前でする性的行為にあたり、ここでは176条4項2号の行為がこれに該当する。

ここで、184g条において「保護法益」という文言で性的行為を定義する以上、176条の各行為の検討においては、その保護法益の理解が必要である。本稿が検討の対象とする児童ポルノ規制の保護対象は児童であって、第一に侵害されているのは、性的虐待を描写されている児童である。そこで児童に対する性的虐待の規制の保護法益に関する検討が、児童ポルノ規制の検討の前提となる。

2) 児童虐待規制の保護法益

StGB176条は抽象的危険犯¹²⁾であり、保護法益としては、児童を早期の

12) Monika, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, § 176,

性的な体験から保護すること¹³⁾であり、それにより児童が性的な成長を阻害されることを防ぐこと¹⁴⁾であり、児童の性的自己決定権の保護¹⁵⁾、児童の保護により児童が性的自己決定能力を獲得できるように、その総合的な成長を保護することである¹⁶⁾。この点については、児童の権利に対する侵害に対する、児童の防御権であるとの見方もある¹⁷⁾。——児童に対する性的虐待における防御権として想定されるものとしては、次の3つ¹⁸⁾、直接的な身体に対する性的行為、中長期的にわたる精神的・性的成長への侵害、そして児童の性的自己決定権¹⁹⁾への侵害に対する防衛権が考えられる——身体的な侵害を伴わないような場合、つまりは176条4項各号のような場合に比べ、1項や2項の罪が重いことなども考慮しこれらの区別が重要であるとするのである²⁰⁾。かかる指摘は、考慮に値するが、BGHが採用する通説的見解においても、実際には児童に対する一定の具体性を有する影響の有無が考慮される。例えば、BGHは、児童の前で性

Rn. 10.

13) BGH StV 1989, 432.

14) BGHSt 45, 131; Lackner, Lackner/Kühl-StGB, 28. Auflage, § 176, Rn. 1.

15) Renzikowski, Münchener Kommentar - StGB, 2. Auflage, § 176, Rn. 1.

16) BGHSt 45, 131; BGH NSTZ 2009, 500; Ziegler, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 23. Auflage, Rn. 6

17) Tatjana Hörnle, Sexueller Missbrauch von Kindern: Regels Interesse in der Politik und Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft, FS-Eisenberg, 2005, S. 333ff.

18) Hörnle, a. a. O. Anm. 17, S. 336.

19) 性的行為に関する自己決定状況についての能力が欠けている場合には、性的自己決定権という権利が、純粋な防御権になる。また性的自己決定権侵害の場合には、侵害結果が生じていない場合も含まれる。Hörnle, a. a. O. Anm. 17, S. 336.

20) Hörnle, a. a. O. Anm. 17, S. 336. なお、Hörnleは、性的自己決定権に関しても、積極的自己決定権と、消極的自己決定権を区別する。Hörnle, LK-StGB, 12. Aufl., § 176, Rn. 3f. なおこれと同様の見解として Monika, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen-StGB, 4. Auflage, Rn. 10. ここで Monika は、176条を小児性愛者に対する一般予防的規範だと位置付けている。

的行為を行った2つの事案につき注目すべき判断を下している。

まず、BGH2004年12月24日判決、BGHSt 49, 376²¹⁾は、狭小な集合住宅の一室²²⁾で、児童の睡眠中に、児童から1メートルほどの距離しかない場所で被告人が妻と性的行為を行ったという事案につき、被告人の行為を176条4項2号にいう児童の「前で」性的行為を行ったことには当たらないとしている。これは、確かに児童からの空間的な距離としては、「前で」と言いうるほどに接近していたものであるが、当該条文は児童の認識可能性をその判断基準とする点に言及し、本件においては児童の認識可能性がなかったとして、児童に対する性的虐待には当たらないとしている。「児童の前で」性的行為を行うということは、単に距離的な概念ではなく、児童の知覚を要することを明らかにしたのである。児童の「前で」ということが、児童による知覚を要するということは、学説上も認められるところである²³⁾。一方で、BGH2009年4月21日決定である、NStZ 2009, 500においては、ドイツからベルギーのオイペンにいる児童に対して、インターネット上のライブ動画配信システムを介して、性的行為を知覚させたという事案について、空間的な接近性ではなく、児童の認識可能性を重視して、176条4項2号の成立を認めている²⁴⁾。両判断に見られるのは児童に対する実際の影響の可能性の有無である。本罪は抽象的危険犯であり、当該行為を行ったものは、その結果発生の有無にかかわらず、あらゆる者に本罪が成立すると考えられるが²⁵⁾、そのような行為であっても児童に影響を与える可能性がないものは除外される。176条1項、2項のような児童に

21) 本件の評釈として Schroeder, JR 2005, 256を参照。

22) なおBGHはこの判決中で、住宅の狭小化という住宅環境の変化に言及しており、その点も本件の判断には影響していると思われる。

23) 同様の趣旨として Hörnle, MünchKomm-StGB, § 184g, Rn. 9ff. ただし、176条1号のように、児童に性的行為をさせる類型の場合には、行為者がこれを知覚する必要はない。Hörnle, a. a. O. Anm. 23, § 184g, Rn. 16.

24) 本件の評釈としては、Walter Winkler, jurisPR-StrafR 14/2009 Anm. 2を参照した。また、拙稿「判批」比較法雑誌48巻1号119頁参照のこと。

25) Monika, a. a. O. Anm. 12, Rn. 10.

対する身体的接触を生じる場合は、当該危険性は観念することが容易であるが、176条4項各号のような身体的な接触がない場合はその影響の可能性の有無が、より考慮されているのである。

ただ、このような176条の客体に与える影響においては、身体的な接触であっても、「性的虐待」として、児童の精神やその成長に与える影響がその法益の中には考慮されているのであり²⁶⁾、身体的な接触がなくても、その精神的に影響を与え、児童の成長を阻害するものであれば、本罪に当たるのである。これを基本犯とする176a条、176b条も基本的にはこれと同様であり²⁷⁾、これらにおける行為を描写するものを対象とする児童ポルノ犯罪も、描写されている児童については、まずもって本罪同様の当該児童への影響が考慮されるであろう。ただ、児童ポルノの作成過程、その拡散といった行為については、176条と同様の法益侵害性を考慮することが容易であるとしても、これらの行為からは最も遠い行為である児童ポルノの単純所持については、その保護の目的を改めて考慮する必要がある。

3. StGB184b 条の保護法益と単純所持の可罰性

1) 所持罪をめぐる判例状況

BGH 裁判例としては、NStZ 2005, 839がある。これは改正前 StGB184条5項に基づく他人のための調達競合する事案において、調達行為と所為単一である所持行為がそれぞれとも所為単一であることをもって、かすがないに、これらを所為単一のものとした事案である。当該事案に関しては、法益侵害性の高い他人調達行為の法定刑が184条各号の犯罪と同等であったことから、これらを観念的競合とすることで刑の加重を行ったもの

26) Matthias Jäger-Helleport, Konstruktive Tatverarbeitung des sexuellen Missbrauchs von Kindern im Strafrecht : normative und empirische Überlegungen zur Bedeutung eines opferorientierten Rechtsgüterschutzes für die Strafverfolgung, S. 1ff に詳しい。なお、身体的な虐待については、性的虐待とは別に221条(遺棄・ネグレクト)、225条(虐待)が規定されている。

27) Matthias Jäger-Helleport, a. a. O. Anm. 26, Rn. 27; Lackner, a. a. O. Anm. 13, § 176a, Rn. 1, usw. 176a条、176b条は176条の結果的加重犯の類型である。

である。

次にBGH NStZ 2007, 95は、被告人が異なる日に数度にわたり児童ポルノ的内容を含むウェブページを検索し、一方では自ら児童ポルノ的内容のデータファイルを自身のラップトップのハードディスク内にダウンロードして保存し、一方では閲覧により、自動的に児童ポルノ的ウェブサイトのデータのキャッシュデータが同ハードディスク上に保存されたという事案につき、BGHは、システム上自動的にキャッシュデータがハードディスク上から削除されるまでの間、何時でも児童ポルノ的データファイルを検索することが可能である点を指摘して、単なるキャッシュデータの保存であっても児童ポルノの所持に当たる旨明示している。

また、BGH NStZ 2009, 208は、被告人が児童ポルノ画像をインターネットで閲覧し、当該データファイルが被告人の認識の下自動で保存され、その1月後被告人がインターネットを介して児童ポルノ映像データを自身のコンピュータ上にダウンロード²⁸⁾した事案である。これについて、LGがコンピュータ上でなされる所持罪の成立をみると、そのかすがい効果により本件各調達行為が所為単一となるのに対し、BGHは所持罪は調達罪に劣後する受け皿構成要件にすぎないとして、所持罪の成立を否定したものである。

2) 児童ポルノ規制にかかる保護法益

児童ポルノ規制は現在の規定に至るまで、その他のポルノグラフィ同様184条において規定されていた。かつての文献²⁹⁾においては、184条の保護法益は婚姻及び家族の保護³⁰⁾であるとされていたが、もはや説得的ではない。184条は一つの保護法益に限られているわけではなく³¹⁾、現在の184

28) なおこのフィルムデータは完全なデータではなかったが、再生自体は可能なものであった。

29) Dreher/Tröndle-StGB, 38. Aufl. § 184, Rn. 1などにはまだこのような記述が見られる。

30) GG6条1項。

31) Vgl. Hörnle, a. a. O. Anm. 23, § 184 Rn. 1.

条においては、ポルノを見たくない者の保護のほかにも未成年者の保護が觀念されているのである。

児童ポルノ規制の保護法益は、第一には未成年保護³²⁾であるが、それに加えて、184b条の保護法益は、児童ポルノのモデルになり、それによって虐待を受ける児童である³³⁾。児童ポルノが製造されるに際して、児童は性的虐待を受ける場合が多く、それを公然陳列ないし頒布する場合、当該児童についての法益侵害性は高い。しかしながら、自己所持や所持の斡旋のように、その後、当該児童ポルノの伝播の危険性がないか、あるいは比較的低いような場合の処理が問題となる。この点、考慮されるのが、児童ポルノマーケットという視点である³⁴⁾。包括的な児童ポルノ頒布罪規定と所持斡旋、自己所持はともに児童ポルノマーケットを干上がらせることが目的であるとされる³⁵⁾。この点については、184c条の保護法益は未成年者の保護であることにみられるように、EUの児童ポルノ規制に関する枠組み決定の影響もあり、刑法上保護する対象は拡大している。ただ、14歳未満の児童については、その保護の必要性の高さから、184c条の青少年を対象としたポルノの規制に比べ、法定刑が重く、かつ、未成年者自身の性的自己決定の有無による不処罰規定も存しない。児童ポルノ規制については、児童という保護の必要性が高い対象の保護のために、当該

32) これについては、184条及び184a条の保護法益にも共通する。Vgl. Lackner, Lackner/Kühl-StGB, 28. Aufl., § 184, Rn. 1.

33) Eisele, a. a. O. Anm. 8, § 184b, Rn. 1; Walter Gropp, Besitzdelikte und periphere Beteiligung - Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktaschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie, Festschrift für Harro Otto, S. 259 f; Böse, Die Europäisierung der Strafvorschriften gegen Kinderpornographie, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70 Geburtstag, S. 754, usw.

34) これは児童保護に関する国際的取り組みの代表である、児童の権利条約における児童の「性的搾取」の禁止という考え方に通じる。ここにいう搾取とは、児童の性を乱用することで利益を得ることを指し、児童ポルノマーケットは当該搾取形態のひとつである。

35) Eisele, a. a. O. Anm. 8, § 184b, Rn. 1.

マーケットに影響を与える行為は処罰が重く規定されているのである。

ただここで問題となるのが自己のためになされる単純所持の保護法益の問題である。先のBGH NStZ 2005, 444等において、所持罪は調達罪が成立する際にも成立していたが³⁶⁾、現在では調達罪を捕捉する受け皿規定であると、判例・学説上考えられており³⁷⁾、調達罪が成立する場合、本罪は成立しない。単純所持は自己調達の結果であり、所持状況が存する以上、何らかの受領行為が存しており、所持者が自ら当該ポルノを調達しようとしていた場合、所持罪ではなく同項第1文の所持罪のみが成立することになる。だが、なおも所持罪が条文上規定されている以上、その個別の保護法益を検討する必要がある。我が国においては、改正児童ポルノ法によって所持罪のみが規定されており、この検討は我が国においても参考となる。

自己所持罪そのものの保護法益について考えると、自己所持罪は受け皿規定であって、その前段階としての児童ポルノの調達が、184b条第1文で規制対象になっている。だが、自己所持については、すでに当事者として可罰的である児童ポルノの製造者が児童ポルノを所持している場合や、所持のための調達の際に善意であった場合³⁸⁾のような例外のためだけに第2文の規定として設けられたと考えるべきであろうか。ここで、調達行為が裁判上立証困難であることを理由に所持罪の可罰性を正当化することも考えられるが、所持者が所持以前に当罰的でないような場合であれば、

36) ここで、所持という行為態様がかすがいとなり、数個の調達罪を結びつけることで、これらの所持罪と所為単一になるものとされていた。これによって、法益侵害性の高い他人調達の刑の加重が考慮されたが、2003年改正により、自己調達・所持罪が新設されるとともに、他人調達の刑が184b条1項各号の頒布等罪と同様の刑罰とされたことにより、所持罪のかすがい効果を認める実益がなくなり、現在は併合罪となる。

37) BGH NStZ 2009, 208; Hörnle, a. a. O. Anm. 23, § 184b Rn. 45.

38) 意図せず児童ポルノを獲得した場合は、それを直ちに処分するか、職官庁に届け出なければ真正不作為犯であり、他人に見せないよう保管したとして、不十分であるとされる。Vgl. Eisele, a. a. O. Anm. 8, § 184b, Rn. 15.

所持のための調達の立証困難性³⁹⁾によって所持者の処罰を正当化することは困難であろう⁴⁰⁾。とすれば、自己所持罪それ自体に可罰性の根拠を見出す必要があるのである。

184b条の目的は、児童ポルノマーケットを撲滅することで、児童ポルノのモデルとされた児童を性的虐待から保護することにある。そこで、自己所持罪の処罰根拠を、静的な所持状態が維持されることに関してではなく、当該児童ポルノが検索され調達されることに関し、本罪の基本的思想である、児童ポルノマーケットを干上らせるという考え方が、なおも機能していることであると解することができよう⁴¹⁾。つまり、児童ポルノの所持が児童ポルノの検索と調達を活性化させるのである。児童ポルノの検索と調達は、児童ポルノマーケットを活性化する行為であり、児童マーケットにおいて児童の性を乱用し児童を金銭的搾取の対象とすることに寄与する行為であるとするのである。

しかしながら、当該規範の目的が、児童を性的搾取から保護することを目的とするのなら⁴²⁾、その規範の目的を顧慮すれば、マーケットに関与しない、ましてマーケットに対価を支払わない自己所持は構成要件に該当しないとの考え方もできる⁴³⁾。例えばこの考え方に従えば、死亡した叔父の遺品の中に、児童ポルノに当たる肖像を見つけ、処分を選択しなかったとしても構成要件には該当しないということになる。しかし、インターネット上にある無料の児童ポルノをダウンロードした場合、このような末端の行為が構成要件に該当しないとするには疑問が生じる。というのも、このような無料で児童ポルノを調達した所持者は、自身の興味の形跡を残しており、それは児童ポルノの頒布者にとっては十分に価値のある情

39) 実務上は、見つかった文書が自己調達の重大な徴候であるとされるため、第2文は必要ないともいわれる。Vgl. Hörnle, Anm. 23, § 184b Rn. 45.

40) かかる目的のために第2文が存するとすることは、法治国家刑法に矛盾するとの見解もある。Vgl. Gropp, a. a. O. Anm. 33, S. 262.

41) Vgl. Eisele, a. a. O. Anm. 8, § 184b, § 184b, Rn. 15.

42) Rahmenbeschluss 2004/68/JHA.

43) これについて Gropp, a. a. O. Anm. 33, S. 261はこれを否定する。

報である。このような多くの所持者と潜在的購買者のマーケットが頒布者に新たな児童ポルノの製造を示唆し、無料のマウスクリックが184b条の保護法益を危険にさらすことになるのである⁴⁴⁾。そこで、当該所持が構成要件に該当するか否かの基準として、児童ポルノマーケットへの関与の重大性を用いるとするのである。それによれば、先の叔父の遺品の例のように、なんらマーケットへの影響を持たない場合は構成要件に該当しないが、一方、金銭の授受を要しない取得であるとしても、マーケットに寄与する以上構成要件に該当する自己所持となることもあるとするのである⁴⁵⁾。

かかる指摘は単純所持規制という、それ自体ではその後の頒布につながらない、静的な状態への干渉を正当化するために重要な指摘であると思われる。ただ、当該規制は当然に基本法にかなうものでなければならない⁴⁶⁾。ドイツにおいては、所持の形態として有体物所持や児童ポルノにかかるコンピュータ上のデータについても記憶媒体への記録によって、有体物として所持の客体となっている⁴⁷⁾。所持に当たるデータの保存としては、行為者が自らダウンロードした場合に限らず、キャッシュデータとして自動で記録される場合でもデータの保存であると認める⁴⁸⁾。ここでドイツの判例・学説においては、児童の保護を重視し、当該キャッシュデータがコンピュータ上から自動で削除されるまでの期間、当該児童ポルノを検索し、これにアクセスできるという点を理由に、キャッシュデータを児童ポルノ文書に当たるとしている。この点については、一時的に保存さ

44) Vgl. Gropp, a. a. O. Anm. 33, S. 261.

45) Vgl. Gropp, a. a. O. Anm. 33, S. 261ff.

46) Vgl. Gropp, a. a. O. Anm. 33, S. 262.

47) BGH NStZ 2001, 596. これは改正前の184条5項における頒布・公然陳列にかかる事案である。本件の評釈としては、大杉一之「判批」比較法雑誌36巻4号107頁がある。なお、ここでBGHは、ネットワーク上に存するコンピュータへの一時的なデータの記憶でも、その客体性において有体物性を認めることができるとする。

48) BGH NStZ 2007, 95.

れるにすぎないキャッシュデータは児童ポルノ文書に当たらないとする見解もある⁴⁹⁾。インターネットの発達により、児童ポルノの規制の範囲については国際的に強化されているが⁵⁰⁾、本罪が思想犯・道徳犯であってはならないとされる⁵¹⁾のは当然である。キャッシュデータの中にはそれ自体再生性のないものもあり、我が国においてどの範囲で所持の対象を画するかについては慎重な考慮を要する。

三. 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⁵²⁾

児童ポルノ規制をめぐることは、我が国においては児童ポルノ法において規定されている。児童ポルノ法1条は「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鑑み、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、児童ポルノにかか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」を目的に掲げている。本法は、1989年の「国連の児童の権利に関する条約」の締結と1994年のその批准、1996年の「子供の商業的性的搾取に反対する世界会議」等、児童に対する性的搾取に関する、国内外における規制の要求の高まりを背景として制定された⁵³⁾。

49) Hörnle, a. a. O. Anm. 23, § 184b, Rn. 36; Hörnle, NStZ 2010, 704.

50) 児童ポルノ犯罪ではないが、184条1項9号においては、ドイツ国内ではなく、ドイツ以外の諸外国において違法とされるポルノグラフィについての規制が規定されており、ポルノ規制の国際化のひとつの現れである。

51) Hörnle, a. a. O. Anm. 23, § 184b Rn. 45.

52) なお、近時の文献で、ドイツ・スイス・日本の単純所持規制について詳細な検討を加える文献として、深町深夜「児童ポルノの単純所持規制について—刑事立法学による点検・整備」『刑事法・医事法の新たな展開上巻（町野朔先生古稀記念）』（成文堂、2014年）453頁以下がある。

53) 園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、1999年）4頁以下

本法においては、児童買春にかかる行為態様のほか、児童ポルノに関しては頒布・販売・業としての貸与、公然陳列（7条1項）、製造、1項目的所持、運搬、輸出入（同2項）が規制の対象として規定されていたのである。その後、インターネット等のネットワーク上におけるわいせつ図画の公然陳列、頒布が問題となる中、実際に有体物の移転を伴う行為形態を予定していた本法において把握困難な事例が登場したことで、刑法175条のわいせつ物公然陳列罪・頒布罪に先だって改正がなされ、電気通信を用いた提供罪（7条1項及び4項）が規定された。これに加え、現在では、児童ポルノの単純所持、また、児童ポルノの定義において、実在しない児童を取り扱った非実在児童に関する立法が問題となっている。単純所持に関しては、第186回国会において児童ポルノの単純所持罪を新設する、児童ポルノ法の改正法が成立しており、単純所持の問題性について明らかにすることが必要である。

児童ポルノの単純所持規制については、国会の立法に先だって、いくつかの地方自治体において条例制定の動きが生じている。例えば、栃木県、奈良県、京都府においては条例上の規定が設けられている。栃木県においては、「栃木県子どもを犯罪の被害から守る条例」8条で、「正当な理由なく」電磁的記録を含む児童ポルノを所持することを禁止しており、これに違反した場合は破棄命令がなされると規定されている。奈良県では、「子どもを犯罪の被害から守る条例」13条においても、正当な理由のない単純所持が規制されている。ただし、奈良県条例においては、破棄命令ではなく、単純所持に対する罰則を設けている。なお、両県における児童ポルノ（条文上はこどもポルノ）とは13歳未満の児童を扱った図画が規制対象となっており、児童ポルノ法に比べ年齢の上限は引き下げられている。一方、「京都府児童ポルノの規制等に関する条例」は8条で、児童ポルノの定義については児童ポルノ法の定義を踏襲し、1号ポルノ及び2号ポルノについては有償取得のみ破棄命令の対象としつつ、3号ポルノのうち、全

参照。

裸若しくは性器および肛門の描写のないものについては、「正当な理由なく」所持することを、罰則を設けず禁止している。なお、全裸若しくは性器および肛門の描写のある3号ポルノに関してはその単純所持について破棄命令が可能となっている。

ここで、注目すべきは、京都府の有償取得の場合の破棄命令の規定である。改正児童ポルノ法における児童ポルノの単純所持規制に関しても、我が国においてはその取得に関する規定がない。有償取得は児童ポルノマーケットを活性化させ、児童ポルノの拡散に寄与する行為である。取得行為の結果である単純所持のみを規定する児童ポルノ法の法形態が妥当であるかどうかについては、なお検討の余地がある。

2. 我が国の児童ポルノ単純所持規制をめぐる問題点

2014年8月現在、わが国において児童ポルノの単純所持（自己所持）は処罰の対象ではない⁵⁴⁾。2014年の児童ポルノ法改正にあつては、児童の権利保護の要請の高まりと、インターネット等においてなお多くの児童ポルノが氾濫している現状に鑑み、国内外から単純所持に関しても処罰規定制定の要請が高まっていたことが背景となっている。

児童ポルノの単純所持めぐっては、児童ポルノ法成立当時、与党原案においては規定されていた。しかし、実際の提出法案においては単純所持については削除されており、また、平成25年第183回国会において提出された児童ポルノ法改正法案においては、単純所持罪の規定が盛り込まれていたが、同法案は廃案となった。再び、第186回において第183回国会提出法案に修正を加える形でこれが成立したのである。

そもそも児童ポルノ所持罪において、提供・公然陳列等の目的所持が処罰されるのは、その目的である提供行為や公然陳列行為によって児童ポルノの伝搬を助長し、当該児童ポルノの被写体となった児童の権利に対し、より具体的な法益侵害の危険性を有することにあると考えられる。かかる

54) 2015年7月15日より、改正児童ポルノ法により児童ポルノ単純所持が処罰対象となる。

危険については、情報の伝播の行為態様が多様化した現在においてはなおさらである。一方、個人がこれらの目的なしに所持する場合は、その後の情報の伝播の危険性は、これらの目的で児童ポルノを所持している場合に比べれば比較的低い。さらに、児童ポルノの被写体となっている児童への権利侵害についても、単純所持者が児童ポルノを所有する過程において、児童ポルノの作成、販売、流通等、当該児童ポルノの発信者においてすでに当該法益侵害が評価されており、単純所持による被害児童に対する法益侵害の危険性はより抽象的なものである。とすれば、児童ポルノが個人の単純所持者のもとにわたる前の段階で発信者側の行為を処罰対象とすれば良いともいえよう。

しかしながら、児童ポルノの発信者側に対する規制があるにもかかわらず、児童ポルノマーケットはなおも存在し、しかもインターネットを通じてその取引はかつてよりも容易になっている。そのため、児童ポルノ撲滅のためには児童ポルノの発信者のみならず、マーケットにおける児童ポルノの受け手を取り締まることが、規制をより確実なものとするといえよう。しかも、我が国においては条文上、児童ポルノの調達に関する規定がなく、ウイルス感染したPCでファイル共有ソフト等を使用したために流出した児童ポルノがインターネット上に公開されている場合のように、事実上の頒布者に頒布の故意がないがその児童ポルノの拡散に寄与する場合も考慮できるところ、単純所持規制の必要性はあると思われる。

しかし、かかる刑事政策上の必要性があるとしても、そもそも児童ポルノにかかる対象物が児童ポルノに当たるのか不明な場合もある。例えば、自身の子供の成長を記録していたような画像や動画であって、衣服の一部をつけない児童の画像ではあるが、何ら所持者においては児童ポルノ法第2条3項3号⁵⁵⁾にいう徒に性欲を興奮させ又は刺激するようなするよう

55) 3号ポルノについては、第186回国会提出法案において、改正する旨示されており、「殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀（でん）部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり」との文言が追加されている。

なもの（いわゆる3号ポルノ）ではないものであるが、児童ポルノの主なターゲットである小児性愛者にとっては3号ポルノに該当するような画像や動画であるような場合も存在する⁵⁶⁾。かかる画像等の所持者を処罰することは刑法の謙抑制の観点からも問題がある。また、当該児童ポルノを調達し所持を開始した時点では違法ではない児童ポルノの所持にまで処罰範囲が及ぶとすることの妥当性も検討する必要がある。そこで、所持の目的等の諸要件を勘案しつつ、単純所持罪の処罰範囲を限定する必要があるのである。

3. 児童ポルノ単純所持規制に関する考察

第183回国会に提出された、児童ポルノ法改正案⁵⁷⁾においては、単純所持が規定されていたが、そこでは「自己の性的好奇心を満たす目的」で所持した者を処罰するものとしており、「みだりに」所持した者を単純所持罪の対象とし、また、第186回国会提出法案3条の2でも、「みだりに」の文言が用いられている。両者とも、目的規制によって単純所持罪の成立範囲を限定しているが、「自己の性的好奇心を満たす目的」については主観的にすぎて、かかる有無の立証は困難であろうし、法が個人の内心にまで干渉することには問題であろう。また、「みだりに」とはいわば正当な理由なく所持した場合を所持罪の対象とすると解されるが、かかる目的も広範で明確性を欠くとして、問題が残るであろう。単純所持罪については、この点についての明確な判断基準を考慮する必要がある。

この点、正当な理由として、一例を挙げるとすれば職業上の目的が挙げられる。例えば明確に研究等の目的で、児童ポルノにかかる図画を有していたような場合、正当な目的によりその所持が正当化されることもありう

56) 例えば子供の成長を記録した写真で、被写体である児童が水着を着用している場合などであり、かかる写真の作成について作成者においては性的意図はないが、小児性愛者にとっては、性的関心を抱かせるような図画がこれに当たる。

57) 第183回国会衆議院提出法案法22号。

る。例えば、諸外国の例になるが、すでに児童ポルノの単純所持の処罰を明文化しているスウェーデンにおいて、児童の肢体が描写されたポルノ画像一本件においてはスウェーデンにおいては児童ポルノにあたる非実在の児童を描写した漫画などであったが一を所持していた事案で、スウェーデンの最高裁は、被告人が職業上の必要から多数有していた漫画の内1点が児童ポルノに該当する場合に、かかる所持の正当化を認めている⁵⁸⁾。仮にかかる目的を正当な目的とするとしても、結局のところ正当化に関しては事例ごとの個別判断とならざるをえない。確かに、児童ポルノ撲滅のために単純所持を規制する必要性は存するものの、単純所持規制に一定の客観的基準を設けなければ、このような不明確性を含んだまま、実務上の事例の蓄積による判断基準の構築を待つほかないことになる⁵⁹⁾。

我が国の児童ポルノ法1条では、「児童の権利」を保護目的とする旨が明記されている。それに加え今回の改正において「児童買春、児童ポルノの所持その他児童に対する性的搾取及び性的虐待にかかる行為の禁止」が3条2の表題として規定され、単純所持ここに単純所持を禁止する旨が定められている。さらに、適用上の注意規定の明確化として、「この法律の適用に当たっては、学術研究、文化芸術活動、報道等に関する国民の権利及び自由を不当に侵害しないように留意し、児童に対する性的搾取及び性的虐待から児童を保護しその権利を擁護するとの本来の目的を逸脱して他の目的のためにこれを濫用するようなことがあってはならないものとする」との規定がある。この2つの条文についてみるに、我が国の児童ポルノ規制においても、「児童」と「児童の権利」のために、「性的搾取」「性的虐待」から児童を保護することがその目的であることは明らかであ

58) 井樋三枝子「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」
外国の立法：立法情報・翻訳・解説255号211頁参照。

59) ただし、186回国会成立の改正法案において、3条に関連して「学術研究、文化芸術活動、報道等に関する国民の権利及び自由を不当に侵害しないように留意し」との文言が加えられているところ、所持の正当化として当該条文に掲げられた点を考慮できよう。

る⁶⁰⁾。

ここで、児童ポルノによる性的虐待とは、その作成や拡散により児童の精神的・性的成長を阻害するものであり、性的搾取とはこれらの行為によって利益を得ることである。とすれば、規制の対象として考慮されるのは児童ポルノマーケットであり、当該マーケットへの規制という考慮が、本規制の乱用による憲法上の自由や権利に対する不当な干渉を防ぐ一助となる。そこで、参考となるのが、先のドイツの議論の中で参照した Gropp の児童ポルノマーケットへの影響という視点である。

児童ポルノの単純所持規制は個人のプライベートな空間に法の規制が立ち入るものであるため、本来的には慎重な考慮を要する。しかしながら、児童を性的に保護することを考慮すれば、かかるマーケットに寄与する行為は規制の必要があろうし、また、かかる所持が外的に影響を与えるものであるならば、もはやかかる所持のある空間は純粹にプライベートな領域とは言えない。とすれば、児童ポルノの購入者や故意に当該児童ポルノを検索し収集した者はまさに「みだりに所持した」といえる。また、児童ポルノマーケットに関して言えば、もともと児童ポルノ法制定のきっかけとなった子供の権利条約が児童の性的「搾取」からの保護を予定していたものではあるが、かかるマーケットにおいて金銭の授受の必然性は現在では低いと思われる。というのも、インターネットの発達により、従来以上に頒布や公然陳列による児童ポルノの伝播性の拡大と、それにより、当該ポルノで描写される児童の性的自由への侵害が継続する危険性が高まり、二次的、三次的データの伝播の可能性も存するところ、もはや被害児童から

60) 国会議会議録において、児童ポルノ規制の保護法益は、虐待にあう児童の保護、児童の権利の保護といった個人的法益であるとする旨の発言が所々に見られる。例えば、第145回国会衆議院法務委員会議事録11号平成11年05月12日(木島日出夫)、第186回国会衆議院法務委員会議事録21号平成26年06月04日(枝野幸男)があり、また、規制目的は児童の心身の保護や、児童への有害な影響から保護であるとする第186回国会参議院法務委員会議事録24号平成26年06月17日(遠山清彦)などがある。

の直接的性的搾取に加え、金銭の授受のない場合も含む、継続的な法益侵害から児童を保護する必要性が高まっているからである。そのため、ここに受領者との金銭の授受は問題ではないといえる。つまり、有償無償にかかわらず児童ポルノの製造・頒布・公然陳列を助長するような所持を「みだり」な、すなわち不当な行為と見ることができると考えるのである。

金銭の授受のない受領者の行為であっても、その調達行為や所持が児童ポルノマーケットを助長する場合は実際にある。例えば、配信者サイドに残るダウンロードの記録等は、児童ポルノ所持者の性的嗜好を配信者に伝え、その後の児童ポルノの調達や頒布、新たな作成行為に影響を与えることになるのである。一方、「不当ではなく」取得した児童ポルノの所持を、外部に表明しないのであれば、当該所持は児童ポルノマーケットを助長しない。また、家族写真のように、一部の小児性愛者から見れば児童ポルノに当たるものであっても、当該所持はなんら児童ポルノマーケットに影響を与えず、正当な所持である。

ここで所持の形態として、コンピュータ上での電磁的記録の保存があるが、これについて、ドイツにおいてはその後の検索の可能性を重視し、キャッシュデータも所持の対象として認めている。この点、ドイツにおいても、平均的なコンピュータの素人であれば、キャッシュにデータが保存されていることを知らないから、その場合は、キャッシュへのデータ保存の可罰性はないとの見解もあり⁶¹⁾、BGHの裁判例においてはキャッシュデータの保存を所持と認める事例では、被告人がキャッシュデータの保存を認識している。この指摘は妥当であり、キャッシュデータの保存について認識していない以上、行為者は少なくとも所持については規範の問題に直面しておらず、適法行為を期待することはできない。

61) Sven Harms, Ist das „bloße“ Anschauen von kinderpornographischen Bildern im Internet nach geltendem Recht strafbar?, NStZ 2003, 646, 649; Annette Marberth-Kubicki, Computer- und Internetstrafrecht, 2005, S. 74. ただこの点、行為者が認識していない場合にキャッシュ保存を児童ポルノ所持に当たるとした、裁判例もある OLG Hamburg, BeckRS 2010, 04946.

また、キャッシュデータ自体が児童ポルノの再生性を有することを所持の要件とするかについても問題となる。この点、ドイツにおいては、キャッシュデータ自体の再生性は要件として挙げられていないが、StGB184b条において、「現実の若しくは事実に近い事象を再現する」児童ポルノの所持が所持罪の要件とされていることから、かかる要件の下、それ自体再生性のない児童ポルノは本罪から除外できるともいえる。しかし、キャッシュデータ所持の法益侵害性を重視すれば、その後の検索可能性は児童ポルノマーケットに影響を与える危険性を含むものであり、かかる検索行為によって児童ポルノをコンピュータのディスプレイ上に再現することも可能である。よって、このような検索可能性に資する再生性のないキャッシュデータについても、所持の対象となりうるか検討の必要がある。

この点試論ではあるが、児童ポルノのURL情報を掲載し、閲覧者に容易に当該ポルノを閲覧できる状況を作成する行為を公然陳列とする⁶²⁾ことと同じく、所持を児童ポルノを自身に対していつでも閲覧できる状況を作り出すものであると定義付けることで、再生可能性のないキャッシュデータについても児童ポルノの所持を認めることは可能かもしれない。だが、所持は公然陳列と異なり、児童ポルノの伝播の可能性が低く、ゆえに法益侵害性も低いものであるため、児童ポルノを再現しうるデータとして行為者の手元にない場合まで処罰対象に含めることは疑問がある。また、かかる行為を所持であると認めると、児童ポルノサイトのURLを手書きで記載しておく行為についても、再生性のないデータの保存と何ら性質の違いはなく、処罰範囲の拡大が不当に拡大する恐れがある。よって、キャッシュデータの保存を所持に含めるとしても、行為者が当該保存を認識し、キャッシュデータそれ自体が児童ポルノとして再現性を有する必要があると思われる。

なお、我が国においては特に規定のない、児童ポルノの調達行為についても検討する必要がある。受領者側の行為の可罰性については、我が国に

62) 最決平成24年7月9日判時2166号140頁。

においてもかつてより議論があり⁶³⁾、児童ポルノを受領する行為は、児童ポルノマーケットが維持されることによる児童への影響を鑑みれば、可罰的であると見ることができるものである。ドイツにおいて、児童ポルノの所持が調達行為の受け皿規定であるとみなされていることに見られるように、本来、調達や受領といった前段階の行為の結果にすぎない単純所持は、マーケットへの影響が小さい行為である。また、Groppが挙げる児童ポルノマーケットへの影響を与える所持行為についても、ダウンロードや検索・閲覧といった、所持の不当性を基礎付ける行為は、まさに調達行為の一形態とされるもの⁶⁴⁾であって、作成者の目的なき保管のような一部の例外的な事例を除けば、不当な単純所持は、調達行為を前提とする場合が多い。調達や受領といった行為は、児童ポルノマーケットと直接につながる行為であり、その前段階の行為が規定されず、児童マーケットへの影響が関係行為の中でもっとも低い単純所持のみが規定されている状況には、受領行為の立法の可否を含めた更なる検討の余地があろう。現状においては、処罰の不当な拡大を防止するために、少なくとも解釈上、児童ポルノマーケットへの影響の有無といった、客観的な指標を考慮すべきである。

以上をひとつの指標であると考えとしても、なおも所持における「自己の性的好奇心を満たす目的」の問題が残る。先に述べたとおり、当該目的は証明が困難であり、それが外部に「侵害」として現れない以上、内心の問題を出るとは言い難い。この点、財産罪における不法両得の意思が、領得行為によって外部に現れるのとは異なり、かかる目的を主観的な構成要件要素として要求することは、困難であると思われる。たしかに、一般的に見れば児童ポルノをもって、自身の性的好奇心を満たすことは、社会

63) 例えば、曲田統「わいせつ物を購入する行為の可罰性について」現代刑事法第6巻第2号97頁、豊田兼彦「児童ポルノを受領する行為の可罰性について」近畿大学法科大学院論集4号79頁など。

64) 上記のドイツにおける所持罪判例においても、ダウンロード行為やサイトの閲覧行為は調達行為であるとされている。

道徳にかなわない行為だといいうるかもしれないが、道徳に反することのみを理由に処罰することは、まさに思想犯や道徳犯を認めることになり、許されない。児童ポルノの所持と所持者による児童に対する性的侵害の関連性については十分な立証がなく⁶⁵⁾、所持罪の処罰範囲の確定においては客観的な基準に基づく考慮が不可欠である。

四. おわりに

以上、児童ポルノ所持規制について概観した。我が国においても、児童ポルノの単純所持に関して第186回国会において改正法が成立した。しかし、当該法案においては、その所持の要件として主観的に過ぎる目的規制を導入する点に問題があると思われる。本稿においては、ひとつの方向性として、ドイツの議論を参考に児童ポルノマーケットへの寄与を基準として提示した。単純所持規制は個人のプライベート領域へと立ち入るものであるため、規制は慎重になされるべきである。これ以上は立法論となるため本稿では深くは立ち入らないが、むしろ単純所持の前段階である、調達や受領行為の可罰性の検討が先になされ、これらで把握できない行為の受け皿規定として単純所持行為は考慮すべきであるように思う。なお、児童ポルノをめぐることは、本稿では深く立ち入らなかったが、非實在児童の問題が、児童ポルノの定義に関連して問題となっている。また、改正法上の児童ポルノ定義規定において、2条3号で明確化が図られたが、なおも不明確であるとの批判は根強い。これらの問題の解決にあっては、児童ポルノ規制の保護対象が具体的児童であるのか、または児童一般であるのかという問題、我が国の児童ポルノ法における児童ポルノ定義の曖昧さとあわせ、児童ポルノとは何かという根本的な問題の検討となる⁶⁶⁾。この点は後の論稿に譲りたい。

65) Vgl. Eisele, a. a. O. Anm. 8, § 184b, Rn. 15.

66) なお、近時の動向として、ドイツにおいては、2014年9月17日、不自然に性を強調するような格好をした(Posing)裸の児童の撮影やその撮影した写真を

送信する行為に対応する、性刑法の強化に関する草案が連邦政府内閣において閣議決定された。なお、この草案は法務大臣の Heiko Maas (SPD 所属) によるものである。Vgl. Bundesregierung für schärferes Sexualstrafrecht zum Schutz von Kindern, Frankfurter Allgemeine 18. 9. 2014. なお、ポージングについて検討するものとして、Ralf Röder, Nach der letzten Änderung des §184b StGB: Ist das Verbreiten sog. „Posing“ - Fotos weiterhin straflos?, NStZ 2010, 113.