

# 児童ポルノ性に関する考察

Die Betrachtung auf den kinderpornographischen Charakter der Darstellung

高 良 幸 哉\*

## 目 次

- I. はじめに
- II. 我が国における児童ポルノ性をめぐる議論状況
- III. 児童ポルノ性についての国際的動向
- IV. 児童ポルノ性に関する試論
- V. おわりに

## I. はじめに

児童買春、児童ポルノに係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）が1999年に制定されて以降、児童ポルノ法制は現在まで拡大を続けており、2014年改正において児童ポルノの単純所持罪が規定されるに至っている。しかしながら、なおも未解決の問題も存する。その代表的なものが創作物等の児童ポルノ性<sup>1)</sup>をめぐる議論であり、これについては世論をも巻き込む問題となっている。児童ポルノ性をめぐっては、東京地判平成28年3月15日判例集未登載において、CG（コンピュータグラフィック）に描写児童の実在性を認める判断が我が国においてはじめて示されるなど、実務上の動きもみられる。また、我が国の刑法が範とするドイツにおいても、2015年に性刑法をめぐる改正がなされたほか、

---

\* 中央大学大学院法学研究科博士課程後期課程在学中

1) 本稿では、描写物を児童ポルノ足らしめる性質を児童ポルノ性とする。

2013年、2014年には児童ポルノをめぐる重要な判例が登場しており、我が国においても参考となると思われる。本稿は、従来の児童ポルノ性をめぐる議論を概観するとともに、ドイツを中心とした国際的な動向を参照し、我が国の児童ポルノ性の問題についての試論を行うことを目的とするものである。

## 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

我が国の児童ポルノ法における「児童」とは18歳未満の者であり（児童ポルノ法2条1項）、児童の権利に関する条約（児童の権利条約）における児童に準じるものである<sup>2)</sup>。我が国における児童ポルノの定義は、「児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態（2条3項1号いわゆる1号ポルノ）」、「他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの（同2号いわゆる2号ポルノ）」、「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって、殊更に児童の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するもの（同3号いわゆる3号ポルノ）」のいずれかを満たす表現物である。

1号ポルノは、児童との性行為あるいは性行類似行為を描写するものであり、客観的に当該行為の描写のみで違法性が高いとされ、「性欲を興奮させ又は刺激する」といった規範的要素の規定がなされていない<sup>3)</sup>。1号ポルノは製造の段階で性行為・性行類似行為がなされ、児童に対する直接的侵害が存し、裁判所による価値評価を加えずともその児童ポルノ性が明

---

2) 児童の権利条約1条。なお、児童の保護の観点から、本罪は児童福祉法との整合性も考慮されている。園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、1999）21頁。

3) 園田・前掲注2）29頁。

確であるためである。

2号・3号ポルノに関しては、「性欲を興奮させ又は刺激する」という要件が規定されている。2号ポルノに関しては、「児童の性器等を触る」あるいは「児童に性器等を触らせる」児童の姿態を描写するものであり、描写内容は明確である。2号ポルノにいう「性器等」とは、性器・乳房・臀部などをいう。ここで描写される姿態については、1号にいう性行類似行為に至らないものであり<sup>4)</sup>、本法が過度な規制にならないよう「性欲を興奮させ又は刺激する」が、芸術・学術目的の描写物を児童ポルノから除外するなどの制限的機能を有している。

3号ポルノについては旧規定においては、規範的要素を要求するのは2号と同様であるが、そこで描写される姿態は「衣服の全部又は一部をつけない」児童の姿態であって、他の者との直接的性的接触が要求されていない。「衣服の全部又は一部をつけない」との要件は、風俗適正化法2条6項3号の「衣服を脱いだ人の姿態」との規定と同義であるとされ<sup>5)</sup>、その客観的構成要件が非常に広汎である。たとえば、単なる児童の成長記録として裸の児童の入浴時の写真を撮影した記録を所持していた場合、撮影者において児童ポルノ作成の意図がなかったとしても、それが一般人<sup>6)</sup>をして「性欲を興奮させ又は刺激する」ものであった場合には、児童ポルノに該当しうるとの問題が生じる。

3号ポルノについては、2014年改正により、児童ポルノ性を認めるための要件の限定が図られている。「殊更に児童の性的な部位が露出され又は強調されている」との要件が改正後規定されたことにより、単に全裸または半裸であるような姿態は除外されている。ここでは、乳幼児が裸体で室内を這っているのは自然な光景であり、その際乳首や男性器が露出してい

4) 園田・前掲注2) 29頁。

5) 園田・前掲注2) 32頁。全裸または半裸であればこれにあたり、児童の性器等が直接描写されている必要はない。

6) 性欲を興奮させ刺激する対象については、一般人を基準とするとされる。一般人に比べ性的に過敏に反応するものを対象とするわけではない。

る場合は、「殊更に性器等が見える状態」ではないが、不自然に足を開脚させなければ見えないような女性器が見える写真については児童ポルノにあたらぬ<sup>7)</sup>が、性器が見えなければ児童ポルノにあたらぬと解釈すれば、いわゆるモザイク処理によって性器等が露出しないとした場合には児童ポルノにあたらぬとされる<sup>8)</sup>。しかし、この点については、「児童ポルノにとっては性器等が見えているかどうかは全く問題ではない。児童に対する性的虐待が記録されているかどうか、これが問題の核心である」として、3号ポルノにおいて「性器等が見える」か否かを判断基準とすることに否定的な見解もみられる<sup>9)</sup>。

ただし、3号ポルノの児童ポルノ性については、当該児童ポルノ撮影時の虐待による描写児童への侵害のみならず、その後の流通による児童への影響の重大性が問題となるのである。当該児童ポルノそれ自体が児童を侵害しうるかを考慮すべきであって、性器の可視性によって児童ポルノ性を判断することには一定の合理性があると思われる。

## 2. 児童ポルノ性をめぐる議論状況

### (1) 実在の児童をモデルとしたCG等

実在の児童をモデルとした児童ポルノについて、実在の児童をモデルとしたCG等の児童ポルノ性が問題となっている。CGは現実の写真をコンピュータ上に取り込み、それを切り貼りし、あるいは、写真を素材に作成したレイヤー<sup>10)</sup>でCGを作成するような、モデルが存在する場合と、仮想児童のCGを作成する場合があるが、ここで問題とするのは前者についてである。

---

7) 園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田寿、曾我部真裕編『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014）10頁。

8) 園田・前掲注7) 12頁。

9) 園田・前掲注7) 12頁。

10) レイヤーとはグラフィックスソフトやCADソフトにおける絵や設計図の仮想的シートであり、複数のレイヤーを組み合わせて画像を作成したり、それぞれ個別に編集することが可能である。

児童ポルノ的内容を描写するCG等については、立法段階から議論になっているが、立法時の国会答弁の中では、「合成写真等を利用した疑似ポルノの中には、実在する児童の姿態を描写したのもであると認定できるものもあると考えられ、このようなものについては、今回の法案の児童ポルノに当たり得」、「首から上と下が違う場合ですが、首から下のところが実在する児童の姿態であることが立証出来れば、これは児童ポルノに当たりうるが、顔だけ児童で身体が成人の場合には、「実在する児童の姿態とは言えず、児童ポルノには該当しない」<sup>11)</sup>とされている。合成写真やCGについて、描写児童の実在性が認められる場合においては、CGなどであって実在性が認められることが想定されていたと見受けられる<sup>12)</sup>。

なお、児童ポルノ的内容が記された文章については、児童ポルノには当たらない。我が国の児童ポルノ法はあくまでも、児童の「姿態」が問題となるのであって、視覚による知覚が出来ない描写物に関しては児童ポルノの定義から外れるためである。

## (2) 仮想児童を描写した創作物

実在しない児童を描写した創作物（仮想児童ポルノ）に関してCGの技術の進歩と、加工や作成が一般的に普及してきた現状においては、それを「実在性がない」ということのみを理由に児童ポルノから除外すべきであろうか。

児童ポルノ法の立法時から仮想児童の問題については議論が継続されてきたが、2010年2月の「第三十号議案東京都青少年の健全な育成に関する条例の一部を改正する条例」が提出された際、その2条において、東京都青少年健全育成条例7条2項<sup>13)</sup>を改正し、仮想児童を意味する「非実在青

---

11) 第145回国会法務委員会議事録第11号平成11年5月12日（大森礼子）。

12) なお、絵についても、実在する児童の姿態を正確に描写した場合は、児童ポルノに該当する可能性はある。森山真弓・野田聖子編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』（ぎょうせい、2005）78頁。

13) 改正案は次の通りである。「年齢又は服装、所持品、学年、背景その他の人の年齢を想起させる事項の表示又は音声による描写から十八歳未満として表現

少年」を描写したポルノ的図書を「不健全図書」と指定し、出版社・書店等に販売の自主規制を促そうとしたこともあり、議論が活発化している。2014年児童ポルノ法改正案においては、議案段階ではその附則第2条<sup>14)</sup>において、仮想児童ポルノの規制等について、検討する旨規定されていたが、この点、改正法においては削除されている<sup>15)</sup>。

我が国において、仮想児童ポルノに関して児童ポルノ性を認めるとする見解はわずかである。仮想児童ポルノを規制することに肯定的な見解についてはジェンダー論的観点の下でポルノグラフィ的表现それ自体に否定的な見解<sup>16)</sup>のほか、「子どもポルノが、現実の子どもに対する性犯罪の誘因になったと疑われる事例は、諸外国のみならず日本においても多数発生している」とし、「ひとたび性的な被害を受けた子どもの身心に深い傷がの

---

されていると認識されるもの（以下「非実在青少年」という。）を相手方とする又は非実在青少年による性交又は性交類似行為に係わる非実在青少年の姿態を視覚により認識することが出来る方法でみだりに性的対象として肯定的に描写することにより、青少年の性に関する健全な判断能力の形成を阻害し、青少年の健全な成長を阻害するおそれがあるもの。」なお、本改正案は否決されている。

- 14) なお、改正案は次の通りである。「漫画、アニメーション、コンピュータを利用して作成された映像、外見上児童の姿態であると認められる児童以外の者の姿態を描写した写真等であって児童ポルノに類するもの（次項において「児童ポルノに類する漫画等」という。）と児童の権利を侵害する行為との関連性に関する調査研究を推進するとともに、インターネットを利用した児童ポルノに係る情報の閲覧等を制限するための措置（次項において「インターネットによる閲覧の制限」という。）に関する技術の開発の促進について十分な配慮をするものとする。」
- 15) なお、仮想児童ポルノ規制について、我が国は何ら義務を負わない旨の閣議決定もなされたとされる。「山田太郎ウェブサイト」<http://taroyamada.jp/?p=8684>（2016年8月17日現在）参照のこと。
- 16) 主にポルノグラフィ全般について論じているものとして、森田成也「ポルノグラフィと性被害—「表現の自由論」の再考に向けて」戒能民江、棚村政行、後藤弘子、角田由紀子編『ジェンダーと法 第三巻』（日本加除出版、2012）209頁。

こり、その人生に与えるダメージは計り知れない」として、「予防原則 (Precautionary Principle)」を採用し、「大人と比べ弱い立場にある子どもの尊厳を守るために万策を講じることを最優先とするならば、大人の表現の自由が一定程度制約されることは避けられない」とする見解がある<sup>17)</sup>。前者の見解によれば、女性の保護の観点から性表現それ自体を規制すべきことになり、後者の見解に従えば、仮想児童ポルノについて実際の侵害性が証明されなかったとしても、児童を侵害する可能性のみで規制すべきだということになる。

いずれの見解についても、表現の自由という憲法上の重要な人権を対立利益とする以上、その規制が何を目的とし、どのような効果を期待しうるか考慮し、その規制範囲を明確化しなければ、過度に広範な規制となる。

学説の多くは、仮想児童ポルノの規制については否定的である。例えば、「そもそも「児童ポルノ」とは实在児童の人権侵害を伴うものだけを意味する概念であって、その本質から外れた、範囲外の (fall outside) 表現物は、一切「児童ポルノ」と表現すべきではない」とする見解<sup>18)</sup>、「コンピュータによって合成された (疑似) 児童ポルノ (子供の顔を成人女性の下半身と合成したもの) や成人女性を使った (擬態) 児童ポルノ (成人女性にセーラー服を着せたものなど) も現実に虐待された児童は存在しないために、本法の対象となりえない」とするもの<sup>19)</sup>がある。ただし、合成写真やCGについては、全体として実在する児童の姿態と評価できる場合においては、児童ポルノとなりうる<sup>20)</sup>。これは元の画像においては児童に

17) 渡辺真由子「子どもポルノをめぐる国際動向と人権」総務省情報通信政策レビュー 10号21頁以下。

18) 原田伸一朗「ヴァーチャリティ規制の萌芽—「準児童ポルノ」および「非実在少年」規制について—」情報ネットワークロービュー第10号129頁。

19) 園田寿「児童買春・児童ポルノ処罰法の成立」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第三卷現代社会と刑事法』(成文堂、2000) 325頁。

20) 森山・野田・前掲注12) 187頁、木村光江「児童ポルノ処罰法とサイバー犯罪条約」『河上和雄古稀祝賀論文集』(青林書院、2003) 185頁、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 6 卷 2 号98頁、川崎友己

対する侵害が存し、被写体児童の侵害が観念できるためであろう。かかる実在性の有無が、児童ポルノか、それに至らない仮想児童ポルノかの分水嶺となる。

### 3. 児童ポルノ性をめぐる判例状況

#### (1) 実在性

児童ポルノをめぐっては、学説同様、実務も児童ポルノの実在性が存するかを基準として児童ポルノ性を判断している。我が国において、初めて児童ポルノにおける実在性を判断したのは、大阪高判平成12年10月24日高速平成12年4号146頁である。これは、児童ポルノ法にかかるビデオテープにつき、当該ビデオテープに記録されている動画に描写されている児童の実在性が問題となった事案であり、本件大阪高裁は「児童ポルノ法の立法趣旨、すなわち、同法が、児童ポルノに描写される児童自身の権利を擁護し、ひいては児童一般の権利をも擁護するものであることに照らすと、児童ポルノに描写されている児童が実在する者であることは必要であるというべきであるが、さらに進んで、その児童が具体的に特定することができる者であることまでの必要はない」とし、描写児童の実在性は必要であるが、当該児童が具体的に特定されている必要はないとしたものである。その後の裁判例についても大阪高判平成12年10月24日と同様の見解に立っている<sup>21)</sup>。大阪高判平成12年10月24日以降、児童ポルノにおける児童の実在性が問題となった事案は、ビデオテープ等の媒体に記録された動画や写真データといった現実の事象をそのまま描写したポルノグラフィが問題となってきたのであって、製造者によって加工がなされ描写児童の実在性がとりわけ問題となるCGや絵に関する事案ではなかった。これに対し、初

---

「サイバーポルノの刑事規制（二・完）」同志社法学52巻1号23頁など。

21) 例えば、大阪地判平成13年2月21日 LEX/DB25451746、鳥取地判平成13年8月28日 LEX/DB25451745、京都地判平成14年4月24日 LEX/DB25451740、大阪高判平成14年9月12日 LEX/DB25451740、大阪地判平成14年12月13日無罪事例集9集111頁、大阪高判平成15年9月18日高刑集56巻3号1頁。

めてCGについての児童の実在性が問題となった事案が東京地判平成28年3月15日公刊物未登載<sup>22)</sup>である。

(2) 東京地判平成28年3月15日公刊物未登載

本件は衣服をつけない実在の児童の画像を素材とし、画像加工ソフトを用いて児童のレイヤーを作成し、当該レイヤーを組み合わせて児童の裸体を描写するCGを作成し、ウェブショップを介して、当該CGを不特定又は多数の者に児童ポルノを提供したという事案である。本件において東京地裁は、「児童の姿態」とは実在の児童の姿態をいい、実在しない児童の姿態は含まないものと解すべきであるが、被写体の全体的な構図、CGの作成経緯や動機、作成方法等をふまえつつ、特に、被写体の顔立ちや、性器等（性器、肛門又は乳首）、胸部又は臀部といった児童の権利擁護の観点からしても重要な部位において、当該CGに記録された姿態が、一般人から見て、架空の児童の姿態ではなく、実在の児童の姿態を忠実に描写したものであると認識できる場合には、実在の児童とCGで描かれた児童とが同一である（同一性を有する）と判断でき、そのような意味で同一と判断できるCGの画像データに係る記録媒体については、同法2条3項にいう「児童ポルノ」あるいは同法7条4項後段の「電磁的記録」として処罰の対象となると解すべきである」として、元となる画像に加工を施したCGにつき、34点のCG中3点に関して児童ポルノ性を認定したものである<sup>23)</sup>。

本件は、CGを児童ポルノと認めた、我が国において初めての事案である。本件は従来の児童ポルノ判例と同様、児童の実在性の有無を児童ポルノ性判断の基準としている。ここで、東京地裁は、実在性判断の判断要素として、実在の児童との同一性を挙げ、「一般人からみて、架空の児童の

---

22) Westlaw Japan 文献番号：2016WLJPCA03156003。

23) 本件東京地裁では、「Aという児童の顔にBという児童の裸の身体の写真を合成したものであっても、Bという児童が実在する限り、当該画像は、Bという「実在の」児童の姿態を描写したものであって、「児童ポルノ」に該当すると解すべきである」との言及もある。

姿態ではなく、実在の児童の姿態を忠実に描写したものであると認識できる」か否かによって実在の児童との同一性が判断される旨述べている。これは、一般人の認識を基準としつつ、実在の児童との同一性を厳格に判断する基準であると思われる。現在CGの技術が向上し、一見すると実在の児童か判断できないほどの現実性を有することが少なくないにもかかわらず、非常に厳格な実在性を要求した認定であろう。あくまで、本件は事例判断の枠を出るものではないが、実務も仮想児童については児童ポルノ性を認めないとする判断を示した一例であるとみることができる。

以上、児童ポルノ性をめぐる我が国の議論状況について概観した。我が国においては、実務や学説、立法者意思においても、仮想の児童については現時点では児童ポルノ性を認めず、児童ポルノは現実の児童の姿態を描写するものに限定されるとするのが通説的理解となっている。このことは現行児童ポルノ法の解釈にも整合するものである。ただし、児童ポルノ的な文書においては、その現実性・実在性の程度に差があり、現実の児童を描写しているわけではないが、限りなく現実に近い疑似児童ポルノについても、このまま規制する必要がないのかについてはなおも議論の余地がある。

### III. 児童ポルノ性についての国際的動向

#### 1. 児童の実在性

##### (1) 国際的動向

現在の国際的動向としては、児童ポルノを現実の児童を描写したものに限定していない国も多い。我が国も2001年に批准している「サイバー犯罪に関する条約」においては、「性的にあからさまな行為を行う未成年者（9条2項a）」を描写したもの（9条2項a）という実在の児童を描写したもののほか、「性的にあからさまな行為を行う未成年者であると外見上認められる者（同項b）」、「性的にあからさまな行為を行う未成年者を表現する写実的映像（同項c）」も児童ポルノに当たるとする。前者は児童に見

える成人を扱った、いわゆる疑似児童ポルノであり、後者は合成写真や仮想児童ポルノを含む概念である。また、2005年に我が国が批准した「児童の売買等に関する児童の権利条約選択議定書」においては、「児童ポルノ」とは、現実の若しくは擬似のあらゆる性的な行為を行う児童のあらゆる表現（手段のいかんを問わない。）又は主として性的な目的のための児童の身体的な部位のあらゆる表現をいう（2条c）」においては、現実の児童のみならず、「疑似」も含まれる。

各国の規制状況においても、アメリカ合衆国、イギリスなどにおいては、明文上、疑似ポルノや仮想児童ポルノにも児童ポルノ性を認めている。また、ドイツにおいては、他人調達、自己調達・自己所持については「現実の」あるいは「事実に近い事象」の再現でなければならないが、自己使用目的の単純製造については「現実の」再現でなければならないが、頒布・公然陳列等罪については特に現実性要件を設けていない。ただし、各国において一定の要件のもと児童ポルノ性の制限もみられる。

## (2) 内容による規制

アメリカ合衆国<sup>24)</sup>の児童ポルノ規制においては、合衆国法典第2256条において、「当該視覚的描写の製造が、性的に露骨な行為を行う未成年者の使用を伴うもの（8項A）」、「当該視覚的描写が、デジタル画像、コンピュータ画像又はコンピュータ処理された画像であって、性的に露骨な行為を行っている未成年者のものであるか、それと見分けがつかない形態であるもの（8項B）」、「当該視覚的描写が、身元を特定し得る未成年者が性的に露骨な行為を行っているように見えるように、創作され、翻案され又は修正されているもの（8項C）」とし、いずれにおいても「性的に露骨な行為」を内容規制の要件としている。なお、合衆国においては、仮想児童を

24) 合衆国における児童ポルノ規制については、Jeremy G. Ladle, Protecting Pedophiles and Valuing Virtual Child Pornography: A Critique of Ashcroft v. Free Speech Coalition, Idaho Law Review, Vol. 40, Issue 2 (2004), pp. 457-508. 我が国で、これについて扱うものとして間柴泰治「日米英における児童ポルノの定義規定」調査と情報681号1頁。

扱った表現についても、実在の児童を描写した児童ポルノと同様に規制されていたが、Ashcroft v. Free Speech Coalition<sup>25)</sup>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、非実在児童に関する規定については違憲とされた。現在は、「当該判決を考慮した児童を誘拐及び性的搾取から保護するための法律 (PROTECT 法)」<sup>26)</sup>による新たな規制がなされている。

2003年の PROTECT 法によって、合衆国法典1466A 条が新設され、その規制範囲が、「性的に露骨な行為を行っている未成年者を描写している」かつ「わいせつである」場合 (1項 A・B)、「生々しい獣姦、サディスティック若しくはマゾヒスティックな虐待又は同性間であるか異性間であるかを問わず、生殖器と生殖器、口と生殖器、肛門と生殖器若しくは口と肛門を含む性交渉を行っている未成年者のものであるかそのように見える画像を描写している」かつ「真摯な文学的、芸術的、政治的又は科学的な価値を欠いている」場合 (2項 A・B) については、スケッチ、漫画、彫刻若しくは絵画を含むあらゆる種類の視覚的描写について違法となるとされる。

そのほか、イギリスにおいては、1978年児童保護法7条 (Protection of Children Act 1978) において「18歳未満の者またはそのように見える者」を描写した、「いかがわしい (indecent)」、「写真または写真のように見える画像」を児童ポルノであると定義している。ここで、対象は18歳未満のほか、成人を描写したものであっても、それが、18歳に見える場合には対象となる<sup>27)</sup>。また、内容規制に関しては、「いかがわしい」か否かという、規範的判断に基づく。「社会で広く認められた礼節の基準 (the recognised

25) Ashcroft v. Free Speech Coalition, 535 U.S. 234. See Jeremy G. Ladle, *supra* note 8, pp. 463-467; Jeffrey M. Kessler, *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 2003 (61) *Appalachian Journal of Law*, pp. 61-75.

26) *Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003*, P.L. 108-21. 中川かおり「短信：アメリカ：児童を誘拐及び性的搾取から保護するための法律」外国の立法217号136頁以下参照。

27) 間柴・前掲注24) 9頁。

standards of propriety)」に基づき、陪審または治安判事が「いかがわしい」の判断を行うものとしている<sup>28)</sup>。

(3) 外形による規制

イギリスの規制においては、さらに、「写真性」の要件が問題となる。「写真または写真のように見える」という要件は、児童ポルノ・疑似児童ポルノ・仮想児童ポルノを問わず要求される。写真性要件については、その事象が現実是否存在するか、あるいは現実に存在するものに近しいかを問題にしない、客観的外形に基づく要件である。イギリスの児童ポルノ規定においては、「疑似写真」も児童ポルノに当たりうるとされている。疑似写真とは、「CG その他どのような方法で作成するかを問わず、写真のように見える画像をいう（7条8項）」とされる。

ドイツにおいては、児童ポルノの他人のための所持調達、自己調達・自己所持において、現実の事象の描写であるか、あるいは、事実に近い描写であるかが判断の基準となる。とりわけ後者については、外形上児童に見える者の描写についても規制するものである。なお、ドイツにおいては、2015年1月に児童ポルノをめぐる StGB184b 条、184c 条の児童ポルノ、青少年ポルノにかかる条文の改正がなされたほか、実務上も重要な判例が登場している。

## 2. ドイツにおける児童ポルノ規制<sup>29)</sup>

(1) 現実性

① BGH, Beschluss vom 19. 3. 2013-1 StR 8/13

本件は、被告人が共犯者と児童ポルノにかかる画像および動画等を交換

---

28) 性器の露出は要しない。例えば、性器等が露出していないものの、上半身は大き目のブラウスと一連のビーズを、下半身は下着のみを着けた、胸を誘示するような14歳の女兒の写真 (R. v. Graham-Kerr, 1 W.L.R. 1098, C.A.), 性欲を喚起するようなポーズを取っていない7歳の男児の裸体の写真 (R. v. Murray, EWCA Crim.2211.) も含まれる。

29) 現行のドイツの児童ポルノ規制に関しては、豊田兼彦「児童ポルノをめぐる

していたほか、共犯者からの依頼に基づき、自身が3歳の児童に対し口淫しその後当該児童に口淫させた状況を記述したウェブメールを共犯者に送信し、当該行為につき児童ポルノ他人調達罪(改正前184b条2項(現184b条1項2号))に当たるかが問題となった事案である。文字による記述のみである文書が「現実のあるいは事実に近い」事象を描写しているかが問われたものである。

本件BGHは、「改正前 StGB184b 条2項・4項の所持および所持調達は、「現実の事象」、「事実に近い事象」に限定され、それによって児童ポルノが明らかに人工のものに過ぎないような場合については本罪から除外される」とし<sup>30)</sup>、「文学上の記述が現実の事象に結び付くか、かかる事象を元に創作された場合であったとしても、言葉による記述は184b条2項に含まれないとする解釈<sup>31)</sup>が支配的である」と述べ、「「再現」における事実に見える性的行為が、写真のように複製された場合にのみ、同2項に含まれる<sup>32)</sup>」とする。

BGHはその理由として、改正前184b条2項の立法過程にも言及し、本規定の前身である、2003年改正前の184条5項の設置に際しても、単なるイラストや文字による記述が現実の児童に対する性的行為に結び付かない旨の主張がなされていた点<sup>33)</sup>にも言及している。また、文字による記述を「事実に近い」ものとした場合、当該要件に当てはまるか否かの明確な基準を見出すことは困難であり、法の明確性との関係でも、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

---

最近のドイツの動向」川端博、浅田和重、山口厚、井田良編『理論刑法学の探求8巻』(成文堂、2015)203頁以下に詳しい。

30) 同様の見解として、Eisele, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl., §184b, Rn. 11; Fischer, StGB, 62. Aufl., §184b, Rn. 13.

31) 同様の見解として、Laufhütte/Roggenbuck, LK-StGB, §184b, Rn. 11; Heger, Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., §184b, Rn. 6; Ziegler, BeckOK-StGB, §184b, Rn. 6; Fischer, a.a.O. (Anm. 30), §184b, Rn. 13.

32) 同様の見解として、Hörnle, MünchKomm-StGB, 2. Aufl., §184b, Rn. 26.

33) BT-Dr 12/3001, Anl. 3, S. 10.

とには賛同できないとする。

②「現実の」あるいは「事実に近い」要件

「現実の」事象を描写している物については、写真や動画のように現実の事象を撮影したもの以外については原則としてこの要件を満たさない。よって、明らかに人工の創作物、例えば、スケッチ、アニメーション映画、コミックス、前記の文字による記述<sup>34)</sup>については現実の事象には当たらない<sup>35)</sup>。

ここで問題となるのが「事実に近い」事象の限界である。かつて、1993年改正により184条5項が規定された段階においては、「現実の」事象を扱ったポルノグラフィの他人調達・所持のみが規定されていたが、その後、CG技術の発達に伴い1997年改正により「事実に近い」事象も規定されるに至った経緯がある。「事実に近い」事象を再現する児童ポルノであっても処罰されるのは、それらが、現実の性的行為や児童虐待に基づくものであり、さらにその後の電磁的複製がなされうるからである。

「事実に近い」事象について、描写された性的行為が現実が生じているものであるという証明がなされることまでは必要ではなく、その外観が閲覧者にそのように見えればよいことになる。そのため、児童ポルノ（184b条1項）に見えるものであればよく、そこに児童として描かれている児童がすでに14歳を超えている場合であっても、「事実に近い」事象に含まれることになる<sup>36)</sup>。これとは逆に、児童に見えない者であるが、児童であるものを描写した場合についても当該児童に対する侵害性を考慮し、人間の尊厳の保護、人格権の保護の観点から「事実に近い」事象に当たるとされる<sup>37)</sup>。また、仮想 (fiktiv) の児童を扱った場合であっても、「事実に近い」事象には該当しうるが<sup>38)</sup>、一般人が見て明らかに仮想であるとわかるよう

34) BGHSt 58, 197; BT-Dr 12/4883 S. 8.

35) Fischer, a.a.O. (Anm. 30), §184b Rn. 13.

36) Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 26 ; BGHSt 47, 55, 66ff.

37) Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 26.

38) Fischer, a.a.O. (Anm. 30), §184b, Rn. 13.

な創作物については、本罪の対象からは外れることになる<sup>39)</sup>。

### ③ 仮想児童

現行のStGB184b条1項2号、同3号、3項においては以上のような「現実の」「事実に近い」といった現実性要件が規定されているが、1項1号の頒布等罪については、客体の児童ポルノ性を限定するような要件は規定されていない。そのため、児童ポルノにかかる文書の頒布や公然陳列、その目的のための製造、運搬等については、仮想の児童を扱ったスケッチ、アニメーション映画、コミックス、前記の文字による記述といった文書も客体となりうる。これは、「事象」という言葉の概念にとって、文書の意味内容として客観的状況の描写があまり問題とはならないためである<sup>40)</sup>。このため、性的な事象の描写が現実を再現するものであるか、閲覧者がそう思っているだけなのかは問題とはならないのである。

その法的根拠としては、当該仮想児童ポルノが児童に対する性的虐待を招くということが根拠とされる(いわゆる模倣説)。ただし、このような基礎付けに対しては、児童ポルノの消費や単純所持それ自体は児童に対する性的虐待ではなく<sup>41)</sup>、児童ポルノの消費と176条との間の関係に実証的な研究は現在まで存在しておらず、児童ポルノが小児性愛的な傾向を引き出すという想定が誤りであるとする批判もある<sup>42)</sup>。

## (2) 描写内容と保護法益

### ① BGH. Urteil vom 11. 2. 2014-1 StR 485/13

本件は、ベッドに横たわったうつぶせの児童が両脚を横に広げ肛門を強調している姿態を描写した画像の所持等が問題となった事案である。本件

---

39) Kristina Hopf/Birgit Braml, Virtuelle Kinderpornographie vor dem Hintergrund des Online-Spiels Second Life, ZUM 2007, 354ff.

40) Fischer, a.a.O. (Anm. 30), §184b, Rn. 5.

41) Vgl. Walter Gropp, Die Strafbarkeit des Konsums von Kinder- und Jugendpornographie – Schutz der Person statt Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Esser/Günther/Jäger/Öztürk/Mylonopoulos (Hrsg.), Festschrift für Hans-Heiner Kühne, 2013, S. 687f.

42) Gropp, a.a.O. (Anm. 41), S. 686f.

は、児童の肛門を強調する不自然な姿態を描写したものであったが、184条の一般ポルノで問題となるような「暴力的で、扇情的な (vergröbernd-reiBerisch)」性格を有するものではなかった。そのため、当該ポルノ的性格を有しないような描写が、184b条1項の児童ポルノの定義に当てはまるかが問題となったものである。本件の原審であるLG Freiburg<sup>43)</sup>は、当該文書の性的な関連性を認めつつも、「暴力的で、扇情的」とは言えず、児童ポルノには当たらないとし、無罪としていた。

これに対しBGHは、今後、性的行為とは「暴力的で、扇情的」な性格を指すとすべきであると、その点で、184条、184a条のポルノグラフィにおいて展開されてきた基準を今後も転用することは誤った基準に基づくものであるとする。184b条1項によれば、児童による、児童に対する、または、児童の前でなされる性的行為(176条1項)が問題となるのであって、この意味において、描写の「ポルノグラフィ的」性格を要するのである。つまり、184b条の可罰性に関しては、性的行為の描写が「暴力的で、扇情的」な性格を意味するというを前提とはしないと判示したのである。

当時の条文においては、184条、184a条、184b条ともにポルノグラフィ文書 (pornographische Schriften) という同様の文言が用いられていたが、本件は、その意味内容が異なることを明示した判決である。その根拠としては、184条が、ポルノグラフィを見たくない者の保護、青少年の目に当該ポルノグラフィが触れないようにすることを目的としているのに対し、184b条が児童ポルノに描写される児童の保護と児童ポルノによって、潜在的正犯者を刺激し、性的虐待を引き起こすことを防ぐことを目的としているという両者の保護目的の差異に求めることで正当化を図っている。

## ② 保護法益<sup>44)</sup>

ドイツにおいて、児童ポルノの描写内容は、「児童に対する」あるいは

43) LG Freiburg (Breisgau) 3. Große Strafkammer, 7. März 2013, Az: 3 KLS 160 Js 4771/10 AK 12/11.

44) なお、児童ポルノ規制と法益論に関しては、嘉門優「児童ポルノ規制法改正

「児童の前で」なされる性的行為(184b条1項1号a),「不自然に性的に強調された姿勢の衣服の全部又は一部をつけない児童」(同b),「衣服をつけない性器または臀部の性的に刺激的である児童」(同c)の描写であり、aはStGB176条にいう性的行為である。176条の性的虐待規定において、直接児童への接触のない性的行為が児童への虐待罪を構成する<sup>45)</sup>ように、ドイツにおいては児童への侵害の重大性から虐待概念を広くとらえている。また、仮想児童を描写したポルノグラフィが児童ポルノに当たるとされていることから、児童ポルノの製造においても、接触・非接触を問わず、直接的な児童への侵害行為の存在を要しない。かかる児童ポルノ概念について、その根拠づけについては、児童ポルノ規制の保護法益が問題となる。

児童ポルノの保護法益をめぐっては、第一には描写児童の保護である。これは、成人に比べ未熟な児童について、性的自己決定権を行使するための判断能力の獲得といった児童の総合的な成長が、児童ポルノやそれに伴う性的虐待によって侵害させないことにある。児童ポルノ規制について、児童の個人的法益を保護法益としているという点について争いはない<sup>46)</sup>。ここで問題となるのは二次的な保護法益を認めるのか、いかなる法益を保護法益に含めるべきかという問題がある。主たる学説として、当該被写体児童の個人的法益を保護するとする人格権侵害説、性的侵害を模倣させることを防ぐという模倣説、市場を介した児童への侵害性を重視する市場説に分かれる。

人格権侵害説については、描写される児童個人の人格権および人間の尊

---

と法益論」刑事法ジャーナル43号76頁以下に詳しい。

45) BGHSt 49, 376; BGH NStZ 2009, 500.

46) なお、本稿では立ち入らないが、184c条の保護法益については争いがある。この点については、Manfred Heinrich, Strafrecht als Rechtsgüterschutz – ein Auslaufmodell?, Heinrich/Jäger/Achenbach/Amelung/Bottke/Haffke/Schünemann/Wolter (Hrsg.), Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag, 2011, S. 137ff.

厳の侵害を処罰の根拠とする<sup>47)</sup>。この見解によれば、児童ポルノによって描写される対象は、人格権の担い手である児童でなければならない。しかし、かかる見解をとる場合、ドイツにおいて明らかに仮想の児童ポルノである場合や疑似児童ポルノの場合には、侵害されている児童が存しないため、児童ポルノ市場への関与あるいは模倣の危険性（Nachahmungsgefahren）という他の見解を考慮する必要がある<sup>48)</sup>。

模倣説は、児童ポルノの閲覧者が児童に対する性的好奇心を刺激され、その者が児童に対する性的侵害、性的虐待を模倣するとするところに処罰根拠を求め、176条にいう児童に対する性的虐待の行為者においては通常、児童ポルノが発見される点を指摘する<sup>49)</sup>。立法者においても、閲覧者による模倣の危険性がありうることを理由として、184b条に危険犯を規定したものと解されている<sup>50)</sup>。当然、児童ポルノの閲覧者すべてが児童虐待を模倣するわけではない。しかしながら、児童ポルノの消費者の一部だけに模倣の危険性が予測されるのだとしても、潜在的な被害者が考慮できる以上は、184b条を正当化することは妨げられないとされる<sup>51)</sup>。人格権説をとる Hörnle は、模倣説を併用し、調達罪・所持罪における「事実に近い」ポルノ文書や、頒布・公然陳列罪における明らかに仮想であるようなポルノ文書を規制することを根拠づけている<sup>52)</sup>。ただし、この見解については、科学的立証がなされていない消費者による模倣の危険を根拠に置くこ

---

47) Tatjana Hörnle, *Grob anstößiges Verhalten*, 2004, S. 426f.; Ulrich Sieber, *Sperrverpflichtungen gegen Kinderpornographie im Internet*, JZ 2009, 655; Andreas Popp, *Strafbarer Bezug von kinder- und jugendpornographischen „Schriften“ Zeit für einen Paradigmenwechsel im Jugendschutzstrafrecht?*, ZIS 2011, 202.

48) Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 4.

49) Vgl. Sabine König, *Kinderpornografie im Internet*, 2004, Rn. 104ff.

50) Vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 29.5.2008 - 1 S 1503/07. Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 3.

51) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 3.

52) Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 2.

とに対し批判がなされている<sup>53)</sup>。

市場説は、児童ポルノ規制の目的を、児童ポルノ市場の撲滅におき、児童ポルノを提供する側はもちろん、児童ポルノを受領する側にもその消費によって児童ポルノを拡大させることに寄与しているとして、消費者の行為の処罰を根拠づける見解である<sup>54)</sup>。この見解によれば、児童ポルノの自己調達、単純所持罪も基礎づけられるが、これに対しては、単純所持は性的な占有状態であり、市場への関与による基礎づけは難しいのではないかと批判もなされている<sup>55)</sup>。また、児童ポルノを自ら調達することなく所持している者は、違法なマーケットに積極的には関与しておらず、所持の禁止を、将来児童が描写されることの危険を防ぐための禁止であるとして正当化することは、説得的ではないとの批判もなされる<sup>56)</sup>。それに対しては、市場にかかわる行為である調達罪の立証<sup>57)</sup>の困難性から受け皿規定である所持罪が規定されている<sup>58)</sup>という点、あるいは、所持状態の作出時市場への関与の重大性<sup>59)</sup>に所持罪の根拠を求めることもできよう。市場説によれば、明らかに仮想の児童ポルノである場合や疑似児童ポルノについても市場への関与を基準に根拠づけを行うことになる。

---

53) Vgl. Walter Gropp, *Besitzdelikte und periphere Beteiligung – Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktäuschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie*, Dannecker/Langer/Ranft(Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto zum 70. Geburtstag*, S. 261. また、仮想の児童ポルノを好む小児性愛者が、現実の児童虐待に否定的であるとする調査もある Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 5.

54) Hörnle, a.a.O. (Anm. 46), 2004, S. 424ff; Gropp, a.a.O. (Anm. 53), S. 262.

55) Eisele, a.a.O. (Anm. 30), Rn. 29.

56) Tatjana Hörnle, *Anschlussdelikte als abstrakte Gefährdungsdelikte - Wem sind Gefahren durch verbotene Märkte zuzurechnen?*, Andreas Hoyer/Henning Ernst Müller/Michael Pawlik/. Jürgen Wolter (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christi-an Schroeder zum 70. Geburtstag*, 2006, S. 489.

57) かかる目的のために所持罪が存ずるとすることは、法治国家刑法に矛盾するとの見解もある。Gropp, a.a.O. (Anm. 53), S. 262.

58) Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 37; BGH, *NStZ* 2009, 208.

59) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 53), S. 261.

#### IV. 児童ポルノ性に関する試論

以上をふまえ、我が国の児童ポルノ性をめぐる問題について若干の検討を行いたい。

児童保護の保護法益については、一次的には描写児童個人の保護である。この点、我が国においても、諸外国の見解においても争いはない。ここで、児童における人間の尊厳や人格権、あるいは児童が性的自己決定権を獲得するといった健全な成長の保護のような、個人的法益に保護法益を限定した場合、静的な所持状態である単純所持のような受領者の行為まで処罰することの根拠づけが困難である。そこで、二次的な法益について考えることになる。

児童ポルノを自身で消費する場合、単純所持や所持する物の閲覧がこれに当たるが、かかる行為は児童に対する性的虐待を誘発するといえるかが問題となる。模倣説の論者である König などは、児童に対する性的虐待を行った行為者においては、多くの場合児童ポルノを所持していることを指摘する。とすれば、模倣の危険性の存在については否定できないかもしれない。しかしながら、当該性犯罪の行為者が、自身の児童ポルノを模倣して性犯罪を行ったのか、もしくは小児性愛者でありかつ性犯罪を行う傾向をはじめから有していたために児童ポルノを所持したのか立証は困難である。また児童ポルノにかかる物は家宅捜索により児童に対する性的虐待の行為者以外の者の所持が見つかる場合もあり、そのような者については、たとえば児童の人形などを有している限り、実在の児童に対しては虐待行為に及ばないとも考えられる<sup>60)</sup>。また前述の通り、児童ポルノの消費と児童に対する性的虐待との間の相関関係に関する証明は十分ではない。たしかに児童ポルノ事犯は我が国においてもドイツにおいても危険犯であると考えられている<sup>61)</sup>。しかしながら、模倣の危険という観点についてい

60) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 41), S. 686.

61) Hörnle, a.a.O. (Anm. 32), §184b, Rn. 1.

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も明らかではない中、製造においても児童への性的虐待が実際になされている訳ではない仮想ポルノについては、可罰的といえるほどの抽象的危険が存するかは疑わしい。

児童ポルノの保護法益は、第一には描写児童であるが、児童の保護のためには、児童ポルノの製造、取引、受領がなされる児童ポルノマーケットを干上がらせることが必須である。とすれば、描写児童の保護を一次的法益としつつ、市場への影響の有無によって児童ポルノ犯罪の可罰性を基礎づける見解が妥当であろう<sup>62)</sup>。

現在、仮想児童ポルノについては、2014年児童ポルノ法改正に際し、改正法の草案において存在していた仮想児童を扱ったポルノグラフィについての検討等を規定した附則が改正法案においては削除された点や、法務委員会の答弁等で仮想児童を扱ったポルノグラフィについては規制の対象としないことが明言されている点に鑑み、現行法上の規定においては仮想児童を描写したポルノグラフィは児童ポルノには当たらないとすべきである。

あくまで、現行の児童ポルノ法の対象となるのは実在の児童の「姿態」を描写した物である。そのため、現実の児童をモデルとして作成された合成写真やCGについても、児童の実在性の有無が判断基準となる<sup>63)</sup>。大人の体に児童の顔を合成したようなCGについては、児童の姿態の実在性が否定されることになる。実在の児童姿態を描写したCGを素材にしたCGを合成した場合についても、当該CGにおける児童の姿態の主要な部分について、児童の実在性が認められないほどに加工されている場合については実在の児童の姿態とみることはできないことになる。

では、仮想児童ポルノについて、その保護法益から処罰の根拠づけは可能であろうか。仮想児童ポルノについて、被害者となる児童が存せず、描写児童の保護からの可罰性を基礎づけることは困難である。市場説に従え

---

62) この点については拙稿「児童ポルノの単純所持規制に関する考察」比較法雑誌48巻3号286頁以下も参照のこと。

63) 前述の東京地裁平成28年3月15日など、判例も同様の見解にたつ。

ば、当該仮想児童ポルノが市場に寄与し、その後の児童ポルノの製造や、それに際してなされる児童に対する性的行為や虐待行為に結び付くようなポルノグラフィでなければ児童ポルノには当たらないことになる。ドイツにおいては、StGB184b 条 1 項 1 号において対象となる仮想児童ポルノについても児童ポルノに当たり、市場説においても当該仮想児童ポルノを児童ポルノ文書として認めることになる。これは StGB184b 条 1 項 1 号の頒布等罪が、所持罪や単純製造罪に比べ、市場に強い影響を及ぼすからである。

ただし、現実の児童を描写する児童ポルノと、仮想の児童を描写するマーケットについては同一のものとはいえないのではないかと指摘もある<sup>64)</sup>。明らかに現実の児童の姿態とは異なる児童を描写したコミックスのようなものは、仮にそれが流通し、その授受や顧客の需要の伝達があったとしても、現実の児童への侵害に結び付くことが明らかな場合は極めて限定的であると思われる。そのような場合を除けば、その製造において児童を侵害しない仮想児童ポルノの法益侵害性は、現時点では立証できないほどに曖昧なものとなる。例えば、仮想の児童を描写した CG であるが、その CG が一般人をして現実のものとは全く区別がつかないほど精巧に描かれており、その流通によって現実の児童を描写するポルノグラフィの製造に結び付くような場合にのみ可罰性を基礎づけることができると考えることができる。

かかる見解に立ち、限定的に仮想ポルノの処罰を認めるのであれば、当該描写物の外形的要件においては、そこに描写されている児童が実在する児童の姿態であるのかという「実在性」要件よりも、むしろそれが市場に影響を与えうるほどに現実の事象と区別がつかないのが重要となる。そのため、ドイツにおける「事実に近い」要件あるいは、現実の事象を撮影した写真に見えるかという「写真性」要件を取り入れることも考慮すべきである。複数の児童の CG を合成して実在性は存しないが、外見上は実在

64) 豊田・前掲注29) 224頁。

の児童に見えるような場合についても、市場への影響を考慮できる場合があるためである。このように実在性のある児童ポルノと同様の可罰性が担保できる場合に限り、仮想児童ポルノ処罰を基礎づけることも可能であると思われる。

ただし、前述の通り、現行の規定の解釈の下では、実在の「児童の姿態」の描写を児童ポルノとする見解が妥当であり、以上の検討は未だ試論の域を出るものではない。

## V. おわりに

以上、児童ポルノ性について検討した。児童ポルノ規制に関しては、インターネットを介して国境を超えて拡散する現在においては、国際的に取り組むべき課題となっている。各国が仮想ポルノについての規制を行う中、我が国の法制度がいかなる対策を講じるべきか検討を続ける必要がある。現行の児童ポルノ法の下では、「実在の児童の姿態」を描写した児童ポルノにその客体は限定されるべきである。しかし、児童ポルノ規制の目的である児童の保護に鑑み、ブラックマーケットを取り締まるためには、一部の仮想児童ポルノについては今後規制する余地はあろう。ただし、仮想表現物は実在する児童への侵害性は、現実の児童を描写する児童ポルノに比べれば低く、また、表現規制は憲法上の重要な権利である表現の自由を対立利益とするため、規制の範囲は限定的に解し、両者の均衡のとれた考慮が必要である。試論ではあるが、実在の児童ポルノと同等の可罰性が担保できる場合、現実の児童への侵害がなされるマーケットの拡大に影響を与えるような現実の児童と区別がつかないCGなどについては、規制を基礎づけるのではないかと考える。この点、立法の可否を含め今後の検討課題としたい。