

研 究

児童ポルノ規制における保護法益について

Von den Schutzgüter bei Bekämpfung der Kinderpornographie

高 良 幸 哉*

目 次

- I. はじめに
- II. 保護法益
 - 1. 総 論
 - 2. わが国の実務状況
 - 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. おわりに

I. はじめに

児童ポルノ規制について、その単純所持規制¹⁾に鑑み、ドイツにおける立法趣旨と通説の見解は、児童ポルノ規制の規制目的を児童ポルノの消費により児童ポルノの中に描写されている虐待表現が模倣されることを防ぐ

* 嘱託研究所員・大東文化大学法学部非常勤講師

1) 所持規制をめぐってはアジア圏では、韓国において2000年以降特別法で規定されている。韓国における児童ポルノ規制については、Seong-Don Kim, *Kinderpornographie im Zusammenhang mit dem Internet in Korea*, Arndt Sinn (Hg.), *Cybercrime im Rechtsvergleich*, 2015, S. 299ff. を参照。

という、模倣の防止に求める(模倣説)。その他の見解として、児童ポルノ市場の撲滅に求める見解(市場説)、被害児童の人格の保護に求める見解(人格権説)があるが、かかる見解の対立は、しばしば保護法益の問題として論じられる。ただし、保護法益と規制目的は重なる部分は大きい、必ずしも同一ではない。模倣説であれ、市場説であれ「児童」の保護を前提としつつ、その実現のための手段である各規制を説明するための論理として用いられるものである。そのため、児童ポルノの保護法益・規制目的の議論は二段階で考える必要があるのである。第一に、何を保護するかという保護法益の段階であり、第二に規制目的による児童ポルノ規制の正当化の段階である。規制の範囲の明確化にあつては、保護法益と規制目的の双方を考慮する必要がある。

児童ポルノ規制の保護法益に関し、我が国においては被写体児童の保護という個人的法益に基礎をおく見解が長く通説の見解であったが、児童ポルノ単純所持罪の新設により、かかる観点からの理論づけが困難になっている。また、東京高判平成29年1月24日判例集未登載(Westlaw 文献番号:2017WLJPCA01246001)において、児童ポルノの保護法益について社会的法益から説明する裁判例も登場している。一方、ドイツにおいては、被写体児童の保護の観点を踏まえつつ、将来害される恐れのある児童の保護という観点を取り込み、仮想児童ポルノ規制や単純所持規制についての根拠づけを図っている。そこでは保護法益と規制目的を意識した検討がなされている。本稿は、児童ポルノ規制の保護法益、児童ポルノの規制目的を明らかにし、近時の児童ポルノ規制をめぐる諸論点について検討することを目的とするものである。

II. 保護法益

1. 総論

児童ポルノ規制の保護法益についての見解は、大別すると個人的法益および社会的法益に分かれる。個人的法益説は、被害児童個人を保護法益と

する見解であり、社会的法益説は児童一般や社会の風潮・健全な性道徳を保護法益とする。前者は、①描写児童の保護を保護法益とする見解、②将来の被害児童の保護を保護法益の中に含める見解に分かれ、後者は③児童一般、社会の風潮・性道徳を保護する見解である。さらに、複合的見解として、①説と③説を統合した④個人的法益と社会的法益を混合する見解が存する。個人的法益説のうち、①説はわが国の伝統的見解であり、②説は市場説や模倣説に結びつくものである。②説、③説の保護法益はともに児童一般の保護であるが²⁾、それぞれの保護法益が個人的法益と社会的法益と、その性質を異にするため、その規制の範囲が異なることになる。

わが国の児童ポルノ法は、描写対象を「児童の姿態」としており、そのことからその保護の対象は実在の児童であるように読める³⁾。判例も児童ポルノ事案においては、児童ポルノに描写児童が実在のものである必要があるとする「実在性要件」の充足を要求しており、実務についても保護の対象を実在の児童としているように思われる⁴⁾。このような状況から、①のように描写児童の保護を児童ポルノ規制はその保護法益と考えているようにみることができる。事実、わが国における学説の多くも、描写児童の

2) わが国において、児童ポルノ規制の保護法益について詳細に論じるものとして、嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル43号81頁を参照。

3) また、園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、1999）30頁参照。立法時の法務委員会における答弁として、第145回法務委員会議事録第11号平成11年5月12日（大森礼子）など。実在する児童の姿態を正確に描写した場合であれば、児童ポルノに該当する可能性はある。森山眞弓＝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頁参照。いずれにせよ、児童の実在性が前提とされる。

4) 動画の撮影・複製等、実在性が明確な事案としては、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。

保護をその保護法益と考えていたとみられる⁵⁾。

しかし、現在、児童ポルノの単純所持罪が規定されたことにより、児童ポルノ規制の法益をめぐる議論は新たな局面を迎えているといえる。被写体児童の保護に基礎をおく見解の限界の問題である⁶⁾。筆者は以前の論稿において、児童ポルノ規制の根拠を児童ポルノ市場の撲滅におく見解を主張した⁷⁾。単純所持罪の理論的根拠を考察する上で、被写体児童の保護のみでは静的所持状態を処罰対象とする単純所持罪は説明できないため、従来の個人的法益説については再考の必要があるのである。

2. わが国の実務状況

わが国の児童ポルノ法は、具体的児童すなわち描写児童の保護を保護法益としているとするのが通説的な見解である。このことは現行の児童ポルノ法において、児童ポルノが「児童の姿態」に限定されており、仮想児童に対する規制にかかる附則⁸⁾が改正法の草案段階では規定されていたものの、改正法からは削除されたことにもみられる。また、児童ポルノ法1条の目的規定もまた個々の児童に対する現実的な性的搾取・性的虐待の禁止

5) 森山=野田・前掲注3) 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」現代刑事法第6巻2号98頁、川崎友己「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。

6) ドイツにおいても、同様の問題提起がなされている。Hörnle, Münchener Kommentar - StGB, 3. Aufl., §184b, Rn. 5.

7) 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277頁以下、同「児童ポルノ性に関する考察」比較法雑誌50巻3号305頁参照のこと。

8) 削除前の附則2条1項は、「1 政府は、児童ポルノに類する漫画等(漫画、アニメ、CG、擬似児童ポルノ等をいう。)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、インターネットによる児童ポルノに係る情報の閲覧の制限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。」とし、仮想児童ポルノ規制についての検討を行う旨明記されていた。

を前提としている⁹⁾。そのため、わが国においては、仮想児童を扱った児童ポルノを処罰対象とすべきとする見解はわずかである¹⁰⁾。

児童ポルノ規制の保護法益について、個人的法益が主軸におかれることは、わが国の児童ポルノ法の立法過程からも明らかである¹¹⁾が、判例の中には社会的法益に言及するような文言もみられる。わが国における判例実務は、児童ポルノ規制に関して、「児童を性欲の対象とする風潮」も保護法益に含むとするものが少なくないのである¹²⁾。これらの裁判例においては、第一には「児童ポルノに描写された児童（当該児童）」の保護という具体的な実在の児童の保護を掲げ¹³⁾、「児童を性欲の対象としてとらえる

9) 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）4頁。

10) ジェンダー論的観点からポルノグラフィそのものに批判的な見解として森田成也「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。なお、アメリカのフェミニズムからは、ポルノグラフィを社会における女性に対する支配性から考える見解が主張されている。その代表的論者であるMackinnonはポルノグラフィが女性蔑視、「物」視を蔓延させる害悪があると主張する。Catharine A. Mackinnon, *Feminism unmodified: Discourses on Life and Law*, 1997. この点についてわが国において解説するものとして、高橋和之「ポルノグラフィと性支配」高橋和之他編『岩波講座現代の法11巻ジェンダーと法』（岩波書店、1997）221頁以下を参考にした。「ひとたび性的な被害を受けた子どもは身心に深い傷がのこり、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」の観点から仮想児童ポルノ規制を肯定するものとして、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。

11) たとえば、立法者における解説においても児童ポルノで規制対象となるのは実在の児童を描写したものであるとされている。森山＝野田・前掲注3）78頁。また、仮想児童ポルノ規制については今後検討を続ける課題であるとされていた。森山＝野田・前掲注3）60頁。

12) 大阪高判平成12年10月24日高刑速平成12年4号146頁、鳥取地判平成13年8月28日LEX/DB25451745など。

13) なお、CGに児童ポルノ性が認められた初めての事案である、東京地判平成28年3月15日判例集未登載の控訴審である東京高判平成29年1月24日判例集未

風潮」, 「児童一般」という被写体児童以外の児童の保護にも言及する。そのことから, 裁判所は社会的法益説に立つのではないかとの分析もみられるところである¹⁴⁾。たしかに, 「社会的風潮」との文言は, 刑法175条の保護法益であるとされる「善良な風俗」¹⁵⁾と同じく, 社会における道徳・倫理観といったものを保護しているようにみることもできる。ただし, 上記判例において裁判所が児童ポルノ性要件として実在性要件を要求している点に鑑みれば, 児童ポルノ規制の保護法益については, 被写体児童個人を主軸に, 児童一般の保護をその目的として取り入れているとみられる。児童ポルノ法の立法・法改正段階における国会答弁においても, 同様の傾向がみられる¹⁶⁾。

3. 「児童の保護」の内容

児童ポルノ規制における「児童」の定義について, わが国においては, 児童とは18歳未満の者であり, これは児童の保護を規定した児童ポルノ法や児童福祉法, 児童虐待防止法に共通する定義であって, このような定義

登載においては, 描写児童に対する侵害性を否定しつつ, 当該CGの児童ポルノ性を認めている。

- 14) 松宮孝明「性犯罪における構成要件の弁護」季刊刑事弁護35号47頁, 佐久間修「国民の生活環境に対する罪」警察学論集58巻9号206頁。
- 15) わいせつ文書とは, 判例上, 175条のわいせつ物とは, 「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」文書等であるとされ(最判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁(チャタレイ事件)), わいせつ物の頒布によって害されるのは, 善良な性的道義観念(=善良な性風俗)であるとされてきた。これは, その後の判例においても一般的な判断である。
- 16) 個人的法益を保護することを明言するものとしては, 第186回国会法務委員会における谷垣禎一國務大臣の「実在の子供, こういうものが健全に育っていく中で, 自分が写った写真のようなものが世間に出回っていたら, これは名誉毀損でもあるし, 子供の健全な成長を害するというにもなるだろう。だから, 実在の子供の権利を守る, つまり, 社会的法益を守るという立法ではなくて個人的法益を守る罪として考えて, この立法をつくったわけでございます。」との発言がある。第186回国会法務委員会平成26年6月4日議事録第21号。

は、児童の権利条約においても同様である¹⁷⁾。児童は心身ともに未熟であり、その権利が侵害されたとき、その心身の成長に重大な影響を与えるため、その保護は重要である。児童ポルノ法や児童の権利条約などにおいては、児童からの「搾取」を防ぐことが規定されている。「搾取」を防ぐことによって保護されるべきものは、児童に関するいかなる法益であるのか、わが国の立法意思においては必ずしも明確ではない¹⁸⁾。

ドイツにおいては、児童ポルノ規制の保護法益について、児童の人格権の保護あるいは児童の尊厳の保護に言及されている¹⁹⁾。そして、児童ポルノ規制は、「児童の保護」という観点にあっては、児童を性的虐待から保護することを目的とするものであり²⁰⁾、StGB176条、176a条、176b条における児童に対する性的虐待とその保護法益を同じくするものである²¹⁾。StGB176条は抽象的危険犯²²⁾であり、保護法益としては、児童を早期の性

17) 児童の権利条約は、児童を単なる保護の対象ではなく、権利の主体であると定義する。児童の権利条約6条他。

18) 前述の186回国会法務委員会における谷垣禎一国土大臣の答弁のように「児童の名誉権」まで含むべきか、必ずしも明らかとされている訳ではない。

19) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 4. 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.

20) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6). §184b, Rn.1.

21) 児童ポルノ規制は児童ポルノの被写体となり、それによって虐待を受ける児童を保護の対象とする。Eisele, Schönke/Schröder-StGB, 29. Aufl., §184b, Rn. 1; Walter Gropp, Besitzdelikte und periphere Beteiligung—Zur Strafbarkeit der Beteiligung an Musiktauschbörsen und des Besitzes von Kinderpornographie, Festschrift für Harro Otto, S.259 f; Martin Böse, Die Europäisierung der Strafvorschriften gegen Kinderpornografie, Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70 Geburtstag, S. 754, usw.

22) Frommel, Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, Strafgesetzbuch, 4. Auflage, §176, Rn. 10.

的な体験から保護すること²³⁾であって、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²⁴⁾であり、児童の性的自己決定権の保護²⁵⁾、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²⁶⁾。児童の人格権や児童の尊厳を保護するためには、児童自らが適切に自身の性的自己決定権を行使することが必要であり、性的自己決定権²⁷⁾を行使する能力の獲得のためには、児童の総合的成長を保護する必要があるのである。そのため、児童ポルノ規制においても、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規制目的におかれうることになる²⁸⁾。すなわち、かかる総合的成長の保護は、

23) BGH StV 1989, 432.

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

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

26) BGHSt 45, 131; BGH NSZ 2009, 500; Ziegler, Beck'scher Online-Kommentar StGB, 34. Auflage, Rn. 6.

27) なお、174条から184条までは、StGB第13章「性的自己決定」として規定されているが、177条(性的干渉、性的強要、強姦)などについて規定を改正すべきであるとの議論がある。それは、現行の規定によっては、性的自己決定の保護の観点からすると、妥当な規定ではないとされるのである。現行の規定は、望まない性的接触に対しては基本的に抵抗がなされるべきであろうし、抵抗する義務は、暴力の使用や暴力による強制(StGB177条1項1、2号)の事例や抵抗が不可能な場合にのみ相殺されるのだという古い観念に基づいて規定されているものであり、「抗拒不能性(Widerstandsunfähigkeit)」のような構成要件要素は一貫して回避されるべきであり、個人の明確な意思に反する性的接触は当罰的であるという考え方を基礎においた立法政策の必要性が説かれている Vgl. Tatjana Hörnle, Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen, ZStW 127, S. 885f. なおここでは、性的自己決定において、哲学と法哲学的観点、積極的自由と消極的自由(性的自己決定権は消極的自由に位置づけるのが一般的である)、性的接触の拒絶に関する明確性といった観点で詳細に検討し、刑事政策的観点における帰結として、刑法13条を改訂することの必要性に至っている。

28) さらに児童の防御権であるものとして、Tatjana Hörnle, Sexueller Missbrauch von Kindern: Regels Interesse in der Politik und Sozialwissenschaften; unzureichende Schutzzweckdiskussion in der Strafrechtswissenschaft, FS-Ei-

つまるところ児童の性的自己決定権に向けられているのである²⁹⁾。

わが国において、性的自己決定権は憲法上の幸福追求権に位置づけられる³⁰⁾。憲法13条の幸福追求権は、個人的人格の生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体であり、個別の人権規定が適用されない場合に13条の適用がなされる³¹⁾。性的自己決定権もかかる条文から導き出される。人間の性的行動は、単なる生物活動ではなく、人間の深奥に根差した、その人格とも深く関連する、極めて精神的な活動であって、それゆえ人間の尊厳・個人の自由は性的行動の自由や性的自己決定権といった性的自由を内包する。ゆえに、個人には、誰と、いつ、どこで、いかなる性的行為をするかを自ら決定する自由があり、憲法13条に当然に含まれるのであって³²⁾、性的自己決定権は、思想信条の自由、表現の自由同様、自己の尊厳にかかわる高次の自由である。性的自己決定権が個人の尊厳に含まれるという関係性から、児童ポルノによって児童の健全な成長が阻害され児童の性的自己決定能力が侵害される³³⁾ことは、ひいては児童の尊厳・児童の人格権を侵

senberg, 2009, S. 333ff. 176条の法益を児童の防御権とする見解にあっても、防御権を保障することによって守られるのは、性的自己決定権である。

29) StGB174条以降の性刑法規定は、性的自己決定権の保護を表する章であるが、1973年刑法改正によって形成された章であり (BGBl. 1973 I S. 1725), 1973年刑法改正に至るまでは、風俗犯罪 (Sittlichkeitsdelikt) と題されており、そこで保護されるのは道徳 (Sittlichkeit) であって、処罰の方向性に関しては、今日の性犯罪規定とは異なる。Vgl. Walter Gropp, Die Strafbarkeit des Konsums von Kinder- und Jugendpornographie - Schutz der Person statt Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, Festschrift für Hans-Heiner Kühne, 2013, S. 680.

30) 平川宗信『刑法総論』(有斐閣, 1995) 193頁。

31) 芦部信喜(高橋一之補訂)『憲法(第六版)』(岩波書店, 2015) 120頁。

32) 平川・前掲注30) 193頁参照。この点、齊藤豊治「性暴力犯罪の保護法益」齊藤豊治=青井秀夫編『セクシュアリティと法』(東北大学出版社, 2006) 224頁以下に詳しい。

33) ただし、「児童」定義における年齢要件については、児童においてもその年齢によって成長の度合いに差があるのであり、自身の性的行為についての同意能力を有する児童については、自身の性的行為についての自己決定能力を有しない児童に比べ、その成長侵害による人格権侵害は低いともいえるため、法定

害することになるのである³⁴⁾。そのため、人格権説が保護法益論の基礎におかれることになるのである。

4. 個人的法益か社会的法益か

1) 被写体児童保護の限界

児童ポルノ規制が志向するのは、性的自己決定権の保護による、児童の人格権・個人の尊厳の保護である。ここで、児童ポルノ規制がその最終的な目的を達成するために、いかなる範囲でその規制を行うのか考える必要がある。児童ポルノ規制における保護法益をいかなるものとするか、すなわち、保護される「児童」とは、いかなる児童が想定されているのかという問題である。

児童ポルノ規制の保護法益を個人的法益とみるべきか、社会的法益とみ

刑や規制される行為態様に差を設けることも許されよう。わが国においても、生理的な性的成熟年齢と社会的に拳党される性的年齢にギャップが生じているとの指摘がある。園田・前掲注3) 25頁参照。なお、ドイツにおいても、青少年ポルノを規定した184c条は児童ポルノを規定した184b条のように模倣の論拠は意味をもたず、このことは、人間の尊厳についてみる場合にも当てはまり、児童に対する性的虐待の描写の場合の方が、17歳の描写者の自由意思に基づく行為の描写である場合よりも、人間の尊厳を参照する意義は大きいとされる。Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184c, Rn. 4. また、青少年保護に関する議論は、青少年をポルノグラフィから遠ざけることを目的とするものであるため、184c条においては仮想青少年ポルノの所持については根拠に乏しいとの指摘もある。Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm.6), §184c, Rn. 6. また、青少年ポルノの可罰性について、法益保護に向けられた説得的な意義や目的は見受けられないとし、まったく184c条による法益の保護について考えられておらず、それはポルノグラフィを嫌厭するという漠然とした道徳観念を促進させるためのものに至りうるとの指摘もある。Vgl. Manfred Heinrich, Strafrecht als Rechtsgüter-schutz – ein Auslaufmodell?, Festschrift für Claus Roxin, 2011, S. 139f.

34) ドイツにおいても、性的自己決定権は、性的自律としてGG1条(人間の尊厳)から導き出されるGG2条1項(自由な人格の発展)に根拠を求めている。Vgl. Di Fabio, Maunz/Dürig, GG-Kommentar 78. EL September 2016, Art. 2, Rn. 200f.

るべきかについて、刑法175条との関係でも考える必要がある。わが国において、刑法175条のわいせつ物犯罪は、「善良な性風俗」という社会的法益侵害であると考えられている。刑法175条については、見たくない者・未成年者といった情報受領者の保護に主軸をおくべきであるとの見解も主張されるが³⁵⁾、判例上も仮想表現物や小説についてもわいせつ物に当たるとされてきた³⁶⁾ことに鑑みれば、現行法の解釈としては社会的法益を保護法益としているとみるのが妥当である。

児童ポルノとわいせつ物を比較した場合、性的文書すなわちポルノグラフィとしての性質は共通しているが、両者には法定刑において明確な差がみられる。児童ポルノの頒布罪は同様の行為態様である刑法175条の頒布罪と比べその法定刑の上限は2倍であり、175条と児童ポルノ規制の保護法益を同様に考えるべきかには疑問がある³⁷⁾。また、児童ポルノ犯罪はそもそもその児童ポルノ定義において、1号ポルノの様に児童に対し直接的な侵害を予定する場合には、「性欲を興奮させ又は刺激する」といった「わいせつ性」要件が規定されておらず、児童個人に対する直接的な侵害をより厳格にとらえているものとみられる。

この点、ドイツの児童ポルノ規制の保護法益の主たるものは「児童の保護」であり、StGB176条以下と同じく「児童」という個人的法益の保護に主軸をおいており、児童の人格権・尊厳と、それを保障するための総合的成長の保護である。ただし、通説的見解や立法者意思は、児童虐待の誘発により虐待される児童の保護、つまりは「将来の児童の保護」³⁸⁾を保護法

35) 最判昭和58年10月27日刑集37巻8号1294頁（いわゆるポルノカラー写真誌事件）における団藤重光判事の補足意見など。

36) 成人向け漫画がわいせつ物とされた事件としては、最決平成19年6月14日判例集未登載（松文館裁判）。原田伸一郎「「わいせつ」コミック裁判の情報メディア論的分析」情報ネットワーク・ローレビュー 6号134頁参照。

37) 深町晋也「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・民事法の新たな展開上巻（町野朔先生古稀記念）』（成文堂、2014年）479頁、嘉門・前掲注2）79頁。

38) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 2. なお、近時のドイツの主要なコメン

益として含めている。つまり、通常人においてはポルノグラフィによって性的虐待を喚起しないとしても、暴力的サディズムの傾向や小児性愛的傾向を伴う性的活動に傾く者については、関連するポルノグラフィ商品によって、このような性的活動が促進されるのだとするのである³⁹⁾。これは模倣説の主張である⁴⁰⁾が、児童ポルノの消費が児童の虐待に結びつくといった証明はない⁴¹⁾。

ただし模倣説からは、確かに児童ポルノの領域において児童ポルノの消費と現実の児童虐待との間に直接的な因果関係があるとするには批判がなされてはいるが、虐待された児童への同情心が低下する、行為者への答責性を低く感じる、心的な阻止域が失われる、小児性愛的なシナリオを自身の自慰行為時の想像に含めるといった精神へ負の影響を生じさせる蓋然性があり、小児性愛傾向のある者においては度重なる児童ポルノの消費により、小児性愛の徴候を生じさせ最終的に現実の児童虐待へと至らしめるとされる⁴²⁾。StGB184b条は児童に対する性的虐待の間接的な促進を処罰することを目的とするものであって、第一には児童ポルノ文書に性的虐待を描写された児童の保護であり、第二には模倣の実現による児童への侵害防止を保護法益としている⁴³⁾。これらは個人的法益に対する抽象的危険犯であって、「風潮」や「風俗」といった、社会への侵害性ではなく、抽象化されているものの、現に存在する児童への侵害性の存在が想定されるのである。なお、ドイツにおける2015年の性刑法改正においては、被写体となる児童の人格権や児童の尊厳といった、児童ポルノ規制が最終的に保護しようとしている権利について強く意識されており、立法に際しての

タールにおいて児童ポルノ規制を普遍的法益 (Allgemeinesrechtgut) とするものは見受けられず、「児童の保護」を目的とした抽象的危険犯とする。

39) BT-Drs. VI/1552, S. 35.

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

41) Gropp, a.a.O. (Anm.29), S. 689.

42) Vgl. Marcus Schreibauer, Das Pornographieverbot des §184 StGB, 1999, S. 40f; König, a.a.O. (Anm. 40), S. 35.

43) Fischer, Fischer-StGB, 63. Aufl., §184b, Rn. 2.

Hörnle による意見書や、立法主意書にその傾向がみられる⁴⁴⁾。

児童ポルノの保護法益については、児童ポルノ犯罪の違法性の基礎となる、児童の人格権や尊厳に対する侵害が考慮されねばならないのである。ただし、保護の対象を具体的な被写体児童の保護とする見解によっては、単純所持罪の基礎づけは困難である。児童ポルノの作成は直接的な児童への侵害行為であるが、それ以外の行為類型については原則情報の伝播による児童への侵害がその処罰根拠であるためである⁴⁵⁾。児童ポルノの単純所持罪は児童ポルノの「流通」に伴う行為の最終的な結果として生じる占有状態であって、当該単純所持行為それ自体は、製造のように直接的な侵害はなく、提供行為のような文書の伝播性もない。そのため、人格権侵害防止を規制の正当化の基礎におくとしても、ドイツと同様に、保護の対象となる児童の範囲を拡大するなどの考慮が必要となるのである。

2) 被写体侵害概念の拡大と一般児童の保護

では、被写体児童への侵害性を広くとらえることで、児童に対する性的虐待として単純所持をとらえることは可能であろうか。近時ドイツにおいては、児童ポルノ規制の保護法益として児童の人格権を侵害するとする見解が有力に主張されている⁴⁶⁾。すなわち、単純所持罪においても、単純所持という状態そのものが児童個人の人格への侵害を要するが、単純所持に被写体児童への侵害を認めるとすると、例えば児童ポルノ文書を故意なく流出する危険性を根拠に処罰を基礎づけるといった、被写体侵害の抽象化による処罰範囲の拡大・不明確化といった問題⁴⁷⁾が生じうる。また、児童の名誉権侵害と考えた場合、被害者の名誉・プライバシー権が侵害される

44) Tatjana Hörnle, <http://www.bundestag.de/blob/338850/f0532cb0f8b2a123177e9f837ccd5f69/hoernle-data.pdf>; Bt-Drs. 18/2601, S. 30.

45) 渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』（成文堂、2006）203頁、永井善之「児童ポルノの刑事規制について（2・完）いわゆる「擬似的児童ポルノ」の規制の検討を中心に」法学67巻4号617頁、嘉門・前掲注2）78頁。

46) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 4.

47) 嘉門・前掲注2）78頁。

犯罪類型である名誉毀損罪やリベンジポルノ犯罪において、文書の単純所持罪が処罰されないことと比較しても、純粹に被写体児童個人への侵害の抽象化によって単純所持罪を正当化することには疑問が残る。ドイツにおいても Hörnle が人格権侵害のみならず模倣説の立場を併用して児童ポルノ処罰の正当化を図っているなど、被写体児童の侵害を考慮するとしても、人格権侵害のみによって正当化を図っているわけではない⁴⁸⁾。

そこで、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」等を保護法益として考慮することになるが、立法過程においても児童ポルノの保護法益は刑法175条とは異なるものであることが示されており、これらの文言も「将来の児童」という実在の児童を志向するものと解するべきである⁴⁹⁾。というのも、児童ポルノの保護法益に社会的法益を含めた場合、児童ポルノ法において仮想表現が現行法上は規制対象となっていないことに鑑みれば、社会的法益は保護法益に含めるべきではない。仮想表現であれ、善良な風俗を害することはあり、社会的法益が児童ポルノ規制の保護法益に含まれるとすれば、現行法の規定との整合性が取れないように思われる⁵⁰⁾。

さらに、判例は「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」の保護に言及しつつも、児童ポルノの認定においては、「実在性」を要件としている。「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」という文言から、判例の見解を社会的法益説であると分析する論者⁵¹⁾もいるが、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」の保護と「実

48) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 5. 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。

49) 風潮によって、児童に対する性的虐待が増加するわけではないとの指摘もある。高山佳奈子「所持規制の刑法的論点」「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）71頁以下。

50) 前掲注16) 参照。

51) 松宮・前掲注14) 47頁。

在性要件」を矛盾なく理解するとすれば、一次的には被写体児童という個人を、二次的法益として「将来の児童」という、ともに実在する児童の個人的法益を保護するものであると理解すべきであるように思われる。

たしかに、社会的法益の保護においては最終的には侵害されうる個人的法益が想定されている。わが国における法益三分説の一般的な理解に従うのであれば、社会的法益は「国民各個人の具体的な利益を保護するために必要となる共通の利益」であり、「個人的法益を一般化し抽象化したもの」と理解される⁵²⁾。とすれば、「将来の児童」への侵害という形で抽象化された個人的法益を社会的法益と区別する実益はどこにあるかとの批判がなされうる。

たしかに抽象化された個人的法益は、社会的法益と境を接する法領域であることは否定できない。しかし、児童ポルノ規制の保護法益に社会的法益を含めると、刑法175条同様、仮想表現まで規制文書の範囲が拡大することになる。「将来の児童」という抽象的な個人的法益と「善良な風俗」という社会的法益は個人的法益の抽象化という点では共通するものであるが、前者は後者に比べ抽象度が低く「実在の児童を侵害しうる程度の危険」を要するのである。両者の現実の規制における発現はまさに「実在性要件」の要否であり、将来の被害者の存在が現実想定できなければならぬのである。そのため、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」という文言という言葉を用いるとしても、それは、抽象化された個人的法益の枠内を出るものではなく、あくまで「将来の児童」という個人的法益に重点をおくものとみるべきなのである。

3) 東京高判平成29年1月24日判例集未登載⁵³⁾の検討

児童ポルノ規制の保護法益をめぐる、わが国の裁判例は、社会的法益を保護法益に含めるか否かについては名言を避けてきた。筆者はこの点、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」、「児童一般」の保護と「実在性

52) 大谷實『刑法各論（第4版）』（成文堂、2014）366頁。

53) WestlawJapan 文献番号：2017WLJPCA01246001.

要件」を矛盾なく説明するために、裁判例上の文言においても、「被写体児童」と「将来の児童」という複合的な個人的法益と解すべきとしたが、東京高判平成29年1月24日判例集未登載は初めて「社会的法益」に言及している。

本件は、被告人が不特定多数の者に提供する目的で衣服をつけない、実在する児童の姿態が撮影された画像データを元に作成したCGが児童ポルノであるとされた東京地判平成28年3月15日判例集未登載（WestlawJapan文献番号：2016WLJPCA03156003）の控訴審である。本件東京高裁は、「（児童ポルノ法が——筆者加筆）保護法益とする児童の権利は、児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性を備えている必要はあるものの、個別の児童の具体的な権利にとどまるのではなく、およそ児童一般の保護という社会的法益と排斥し合うものとは解されない。」とし、社会的法益を保護法益に含める。

児童ポルノ規制は、単純所持罪の登場によって被写体児童に対する侵害性のみで説明することが困難であることは前述のとおりである。以前からわが国の裁判例は、「児童一般」、「社会の風潮」に言及してきたが、本件東京高裁は、これらを明確に社会的法益であるとする。ただし、本件東京高裁においても、「児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性を備えている必要はある」として「実在性要件」は必要であるとしている。この点、社会的法益の保護とするのであれば、文書が児童ポルノ的な内容を含むものであれば「善良な風俗」を害しうるのであり、「実在性」は要しないはずである⁵⁴⁾。

本件裁判所は個人的法益と社会的法益の保護を互いに排斥するものではないとする。たしかに、児童ポルノを規制することで、刑法175条同様の善良な風俗をも副次的に保護されることは否定できない。しかし、立法時に社会的法益の保護を児童ポルノ法の目的とするかという点に関しては明

54) 原田伸一郎「表現規制とヴァーチャリティ：「描かれた児童虐待」をめぐる法と倫理」静岡大学情報学研究17号6頁。

確に否定されており、本法が個人的法益の保護のために規制を加えた結果として社会的法益されるものであるとしても、それは本法の本来の規制目的・保護法益ではなく、児童ポルノ規制における違法性の根拠にすることは困難であろう⁵⁵⁾。この点において、社会的法益侵害を理由に被告人を児童ポルノ法違反にあるとする本件裁判所の判断には問題があると思われる。また、本件裁判所のように社会的法益規制を根拠に違法性を認定するのだとすれば、純粋な創作物である仮想児童ポルノ全般にまで処罰範囲が拡大される危険性がある。処罰範囲の無限定な拡大を防ぐためには、侵害される児童個人が想定できる場合に処罰範囲を限定する必要があるのであって、やはり、児童ポルノ規制の保護法益は、「被写体児童」と「将来の児童」という複合的な個人的法益と解するのが妥当である。

5. 模倣説と市場説

では、「将来の児童」のような抽象的な児童を保護の対象として保護客体を含めるとき、二次的に保護される「一般児童」「将来の児童」の保護は、どのようなものであるのか。これについては、ドイツの児童ポルノ規制の規制目的をめぐる見解が参考になる。StGB184b条の保護法益は、児童の成長や尊厳、性的自己決定能力の獲得といった、児童個人の保護に求められる。そして、単純所持罪については、「現実」か「事実に近い」事象の描写といった制限があるものの、頒布・公然陳列型の事案については、児童ポルノの客体性には何ら制限がない。ドイツにおいても、第一には被写体児童の保護が保護法益であると考えられているが、ドイツにおいては仮想児童ポルノが規制対象となるなど、児童一般の保護についてより重点的な規定となっている。ここで検討したいのが、児童一般の保護について考える、模倣説と市場説の2説である。

55) 前述のとおり、児童ポルノ規制が刑法175条よりも重い刑罰を科している点を肯定するためには、社会的法益侵害のみによる規制は許されるべきではない。この点、個人的法益と社会的法益を複合的に考えるとすれば、児童ポルノ規制の刑罰の重さについては説明可能である。

模倣説は、ドイツにおける立法者の見解にみられ⁵⁶⁾、また学説においても、有力な見解として支持を集めるものである⁵⁷⁾。この見解は、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⁵⁸⁾、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ものである。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、児童ポルノ規定である StGB184b 条に危険犯規定をおいたものとされる⁵⁹⁾。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が、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する⁶⁰⁾。この説は、児童ポルノによって消費者の児童虐待が誘発されるというものであり、情報受領者側による児童虐待を防止することを規制目的とする。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おくことに対し疑問が残る⁶¹⁾。虐待に結びつくことが立証されていない、消費者

56) BT-Drs. 12/3001, S. 6.

57) Hörnle, a.a.O. (Anm.6), §184b, Rn. 4f.; Fischer, a.a.O. (Anm. 43), §184b, Rn. 2; König, a.a.O. (Anm. 40), S. 60ff. は児童の人格権説を基調に、市場説・模倣説をとることが必要であるとして、単純所持罪との関係から、模倣説を採用している。

58) Vgl. König, a.a.O. (Anm. 40), S. 60ff.; VGH Mannheim, NJW 2008, 3082. Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 3.

59) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 3.

60) BT-Drs. IV/1552, S. 35; König, a.a.O. (Anm. 40), S. 61.

61) 性表現に接すると性犯罪が減るとの研究もある。Milton Diamond; Ayako Uchiyama. Journal: International Journal of Law and Psychiatry Volume: 22 Issue: 1, pp. 1-2. この点に言及するものとして、高山・前掲注49) 71頁。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とされる Hörnle, a.a.O (Anm. 6), § 184b, Rn. 5. なお、Gropp においては、児童ポルノの消費と虐待の関連性を完全に否定している。Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 29), S. 686.

の性的嗜好といった、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い⁶²⁾。

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取得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、受領者の行為の処罰を根拠づける見解である。この説は「児童の権利条約」や、「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）」などにおける児童からの「搾取」の禁止を基礎におく。この見解によれば、市場への影響があるということによって、児童ポルノの自己調達、単純所持罪も基礎づけられうる。この説は、市場が拡大されること、あるいは提供者に資金を提供し、児童ポルノが無償で頒布されている場合であっても、消費者の需要といったマーケティング上の価値を有する情報を提供することにより、提供者側のさらなる児童ポルノ作成を促進し、それに伴う児童への性的虐待の誘発の危険性に処罰根拠を求める。模倣説が受領者側の虐待の誘発に焦点をおいていたのに対し、この説は提供者側の虐待の誘発に焦点をおくものである。これは、消費者の内心によることなく、客観的な市場への影響の有無によって児童ポルノ規制を根拠づけるものであり、児童ポルノ規制の処罰範囲をより明確化することができる見解である。

市場説に対しては、単純所持は静的な占有状態であり、市場への関与に

62) 前掲注27) のとおり、ドイツにおいてはかつて性犯罪を風俗犯罪として、道徳に対する罪としており、1973年改正に至り、これを性的自己決定権に対する罪とした経緯がある。例えば、1968年の第47回ドイツ法律家大会における所見で、Hanackによれば、性的行為はその他すべての人間の行為態様と同様に基本法上保証される行為自由にかかる要素であり、その制限は、道徳を維持する利益においてではなく、第三者の性的自己決定権の保証のためにのみなされるべきものであるとされている。Ernst-Walter Hanack, *Empfiehl es sich, die Grenzen des Sexualstrafrechts neu zu bestimmen?*, Gutachten zum 47. DJT 1968 Bd. 1 A.

よる基礎づけは難しいのではないかとの批判もなされる⁶³⁾。つまり、児童ポルノを所持している者は、児童ポルノが流通する違法な市場に積極的に関与しておらず、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である⁶⁴⁾。単純所持罪の処罰根拠に関し、静的な所持状態の規制ではなく児童ポルノの調達行為に着目すれば、本罪の基本的思想である児童ポルノ市場を撲滅するという考え方がなおも機能しうる⁶⁵⁾。児童ポルノの調達は、児童ポルノ市場を活性化する行為であり、児童市場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。すなわち、単純所持のような静的な所持状態であっても、かかる所持状態の作出時には動的な市場への関与があり、当該調達行為のもつ違法の重大性からその後の所持状態の違法も導き出されるのである。

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⁶⁶⁾、その規範の目的を顧慮すれば、市場に関与しない、まして市場に対価を支払わない単純所持は構成要件に該当しないとの考え方もできる⁶⁷⁾。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みつけ、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。この点、金銭的な取引がない場合であっても単純所持を基礎づける場合が存する。たとえば無料で児童ポルノを調達した所持者は、自身の需要情報を残しており、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報である。このような多くの所持者と潜在的購買者の市場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条の保護法益を危殆化しうるのである⁶⁸⁾。単純所持

63) Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), Rn. 40.

64) Eisele, a.a.O. (Anm. 21), §184b, §184b, Rn. 15.

65) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 21), S. 262.

66) Rahmenbeschluss 2004/68/JHA.

67) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 21), S. 261.

68) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 21), S. 261.

の違法性を市場への寄与度を基準に判断すれば、先の叔父の遺品の例のように、なんら市場への影響をもたない場合は構成要件に該当しないが、金銭の授受を要しない取得であるとしても、市場に寄与する以上構成要件に該当する単純所持となるとするのである⁶⁹⁾。

また、市場説をとる場合、ドイツにおいては、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。そのため、ドイツの市場説については、絵画や漫画といった仮想児童ポルノと現実の市場は異なっており、仮想児童ポルノの受領によって、現実の児童が害されることは想定できないという批判がなされうる⁷⁰⁾。たしかに、児童ポルノについて仮想児童ポルノを客体を含めているドイツにおいては、この批判は反論困難なものである。ただし、すべての仮想児童ポルノが消費者・提供者の性的虐待を誘発するわけではなく、現実の児童への侵害性が想定できない⁷¹⁾ような仮想児童ポルノについては規制の必要性は低い。このような仮想表現を児童ポルノと同列に規制することは、表現の自由に対する過度の制約である。表現の自由は、憲法上の思想・良心の自由の発現として高次の人権であり、おおそ表現物である以上、ポルノグラフィ規制の規制範囲に含まれないのであれば、性的内容を含む文書であるとしても、表現の自由によって保護される範囲に含まれるはずである⁷²⁾。

児童ポルノが規制の対象となるのは、児童ポルノ規制によって害される児童の性的自己決定権、性的自己決定能力獲得のための総合的成長とい

69) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 21), S. 261ff.

70) 豊田兼彦「児童ポルノをめぐる最近のドイツの動向」川端博、浅田和茂、山口厚、井田良編『理論刑法学の探究 8 巻』(成文堂、2015) 224頁。

71) 本来、児童ポルノ規制の保護法益は児童の人格権であり、被写体児童が存せず、被害児童への人格権侵害が想定できない。Hörnle, a.a.O. (Anm. 6), §184b, Rn. 5.

72) 法益侵害性が担保できない以上、公共の福祉による制約を受けない。現在では、性表現も表現の自由の範疇に含まれるとした上で、保護法益との衡量によって考える考え方が有力である。芦部・前掲注31) 189頁以下参照。

う、表現の自由と同様の高次の人権⁷³⁾が害されるからであり、さらに、未成熟な児童への侵害はその成長に重大な影響を与える取り返しのつかないものであって、そこに描写される児童の人格権が、提供者・消費者の知る権利・プライバシー権・営業の自由といった人権に優越するためである⁷⁴⁾。児童ポルノと認定されれば、それは表現の自由の保護の範囲を超えることになる⁷⁵⁾。一方、ドイツにおいても児童ポルノ規制は基本法にかなうものでなくてはならないとされていること⁷⁶⁾や、合衆国における *Ashcroft v. Free Speech Coalition*⁷⁷⁾において、仮想児童ポルノ規制が過度に広汎であって、表現の自由を規定した合衆国憲法第一修正に反し違憲であるとされたことにみられるように、表現の自由等憲法上の人権保障とのバランスは常に考えなくてはならない。そのように考えた場合、むしろ、保護の対象を現実の児童に限定するわが国の考え方からすれば、仮想児童ポルノの規制を大きく進めることなく、違法な所持の範囲を明確化する基準を提供できるものとして、市場説は有用な見解である。

では、市場説を基礎として模倣説を取り入れることは可能であろうか。模倣説を主張する論者は、市場説による単純所持罪、仮想児童ポルノ規制の正当化には批判的であるが、児童ポルノ規制による児童ポルノ市場撲滅については否定しない⁷⁸⁾。児童ポルノ市場の撲滅は、児童の権利条約以来の要求であり、ドイツの立法理由等においても取り入れられている。その意味で、現在の模倣説は、被写体児童の個人的法益の侵害と模倣による一般児童の侵害を児童ポルノ規制の処罰根拠とし、その上で規制目的として

73) 齋野彦弥「立法問題としての性的自己決定権の保護」現代刑事法47号20頁。

74) 長尾一紘『憲法(第三版)』(世界思想社, 2004) 224頁以下を参照。

75) 園田・前掲注9) 4頁参照。児童ポルノであれば、基本的に表現の自由と対抗関係にない。

76) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 21), S. 262.

77) *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, 535 U.S. 234.

78) Hörnle, a.a.O. (Anm.6), Rn. 1; Tatjana Hörnle, *Kinderpornografie: Straf- und disziplinarrechtliche Konsequenzen*, Festschrift für Streng, 2017, S. 26; BT-Drucks. 12/3001, S. 5.

市場撲滅を取り入れた、個人的法益説、模倣説、市場説の複合的な見解ともいえる⁷⁹⁾。ただし、模倣説の見解を取り込む場合、消費者による模倣という概念によって、消費者の性的嗜好それ自体の処罰につながる危険性、仮想児童ポルノ処罰の無限定な拡大といった模倣説のもつデメリットを抱え込むことになり、市場説を主張の中心におく意義が失することになる。そのため、被写体児童の保護に加え、市場を介して将来害されるであろう児童の保護を保護法益として取り込むにとどめることが妥当である。

III. 具体的事案の解決

1. 単純所持罪

わが国の児童ポルノ規制は、「自己の性的好奇心を満たす目的」による所持が規制対象となっており、その処罰範囲の確定を行為者の目的に求める。単純所持罪においては、その所持自体は児童ポルノ犯罪の最終的な結果として生じた「状態」であり、その所持自体は描写児童に対する直接的な侵害行為ではない⁸⁰⁾。そのため、所持者の内心傾向は児童個人の侵害には直接的に結びつくものではない。現行法のように、自己の私的領域を出ない「自己の性的好奇心を満たす目的」に処罰の根拠を求めるのであれば、行為者の内心自体を処罰根拠とすることに結びつく危険性がある⁸¹⁾。たしかに、児童への侵害性が担保できるのであれば、侵害されるであろう

79) わが国においても3説を複合的にとらえるべきであるとの主張もある。豊田兼彦「ドイツにおける児童ポルノ規制—単純所持規制を中心に」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）181頁。

80) 所持自体が被写体児童を侵害するとすれば、それは自身の所持を当該児童に告知するような例外的な場合に限られよう。この点、例えばストーカーが元交際相手の写真を所持し自身の自慰行為に用いていたとしても、それを告知しなければ当該被写体となっている者に恐怖心や嫌悪感を与えないのと同様である。高山・前掲注49) 73頁。

81) さらに、行為者の内心を客観的な状況から判断しなければならず、捜査機関による恣意的な運用の危険性も指摘されている。園田・前掲注3) 13頁。

児童の人格権は児童ポルノを消費する単純所持者のプライバシー権に優越するのであって、規制は正当化されうるが⁸²⁾、そのことをもって所持者の内心や人格の処罰が肯定されることを意味しないのは当然である。そのため、行為者の「自己の性的好奇心を満たす目的」という、行為者の私的領域外に影響を与えない内心を処罰根拠とするのではなく、より客観的かつ明確な処罰範囲確定の基準を提示することが必要である。

この点、市場説からは、所持状態の作出行為が児童ポルノ市場に結びつくのかという観点から解決することになる。自身の意思で所持状態を作出した以上、それは児童ポルノ市場を活発化させることにつながり、それによって提供者側の製造行為を誘発することになれば、そこで被写体となるであろう将来の児童の人格権・人間の尊厳への侵害性が存することになるのである。そのため単純所持であっても、それが児童ポルノ市場になら影響を与えないものであれば児童ポルノの単純所持罪の可罰性は基礎づけられない⁸³⁾。そのため、子供の成長記録として作成された児童の裸の写真を所持していたような場合や、先の遺品のケースについては、その所持状態の作出行為自体が児童ポルノ市場の拡大に影響を与えないために不可罰となるべきである⁸⁴⁾。

市場説に従えば、所持状態の作出行為についての違法性により基礎づけられたものとして所持罪の違法性を考えるため、将来的な立法の問題としては所持罪規制を中心とする規制ではなく、受領者の規制として調達行為規制型の規定へと移行すべきであるとの考えに至る⁸⁵⁾。ドイツにおいては、調達行為が規定されている関係から、単純所持罪は主に不当な所持をしている場合にこれを処分しないことについての不作為犯規定としての意味、あるいは調達行為が立証困難な際に補助的な役割をもつ、調達行為と

82) 長尾・前掲注74) 224頁。

83) Vgl. Gropp, a.a.O. (Anm. 21), S. 262.

84) Vgl. Gropp, a.a.O (Anm. 21), S. 261f.

85) 市場説を基礎におく見解において、児童ポルノの単純所持は調達行為の不法によって基礎づけられる。Vgl. Gropp, a.a.O (Anm. 21), S. 260f.

いう積極的な受領行為処罰の受け皿構成要件として規定されていると解されている⁸⁶⁾。調達行為の処罰を処罰するという制度設計に移行した場合、わが国においても、調達行為処罰が単純所持処罰に優先されるべきであろう⁸⁷⁾。なお、現行法の解釈としては、児童ポルノ法3条の適用上の注意規定、および、3条の2における「みだりに」の文言の解釈により、調達行為の客観的な不法を単純所持罪に取り込み、調達行為の違法性のない単純所持は刑事法の規制の範囲の外におかれると解すことができよう。

2. 仮想児童ポルノ

次に、仮想児童ポルノ規制について、立法段階における保護の対象を「実在の児童」に限るとの発言や、2014年の児童ポルノ法改正時に、初期の法案段階では組み込まれていた「仮想児童ポルノ規制に関し検討事項とするとの文言」が、実際の改正法からは削除された点、現行法があくまでも現実の児童への虐待を前提としているとする解釈、および、判例においても児童の実在性要件が厳格に介されている点に鑑み、現行児童ポルノ法の解釈としては、仮想児童ポルノについて規制することは難しく、CGについても実在性要件が満たされていなければ、児童ポルノに含めることはできない⁸⁸⁾。

86) BGH NStZ 2009, 208.

87) 刑罰に関しては、単純所持罪については、提供者の行為よりも軽いものとするべきである。ドイツにおいては、たとえば、提供罪や他人調達の法定刑の上限が5年以下であるのに対し、自己所持罪の法定刑の上限は3年である。また、児童ポルノ内容それ自体や児童ポルノ市場から生じる危険は過小評価すべきではないが、消費者への答責の規模は小さいのであり、児童ポルノ児童の消費が児童に対する虐待行為（性犯罪）と同等とされるのは、描写児童の人格権や人間の尊厳の侵害がある場合でなければならないであろう。Vgl. Hörnle, a.a.O. (Anm. 78), S. 26f, S. 35; Hörnle, a.a.O. (Anm. 19), S. 426f.

88) 園田・前掲注3) 30頁。前述したとおり、東京地判平成28年3月15日判例集未登載は、CG事案において、問題となったCGと当該CGの原本となった実在の児童の写真の同一性を認定し、それによって児童の実在性要件を認定するに至っている。

将来的な立法の可否を含め検討すると、現在要求されている「実在性要件」を緩和するとしても、漫画や絵画のような純粋な仮想児童ポルノを可罰的とすることはできないと考える。模倣説に立つ場合、それが漫画や絵画といったものであっても、そこに描写されている内容が消費者の小児性愛傾向を刺激し、児童に対する性的虐待を喚起するとして、処罰対象に含めることが可能である。ただし、仮想児童ポルノはその作成において現実の児童への侵害を伴わないものであり、それが法益侵害性のない純粋な創作活動であれば、それは憲法上保障される表現の自由の範疇におかれるべきものである。また、仮想児童ポルノであっても、わいせつ性が備われば刑法175条の規制対象にはなるのであり、より侵害性の高い児童ポルノに当該文書を含めしめるには、児童個人への侵害性が存しなければならない。それは、児童ポルノ規制が風俗犯として規定されているのではなく、仮想表現であっても現実の侵害性が想定されなければならないためである⁸⁹⁾。

従来、わが国においても諸外国においても児童ポルノは、表現の自由であるとか芸術の自由といった、表現者の保護の範囲外の行為であって、これらの憲法上の保証の枠外におかれるとしてきた。しかし、純粋な仮想表現については、それが現実の児童に対する影響が小さく、児童ポルノとすべきではない。児童ポルノ規制によって提供者や受領者が処罰されるのは、児童の人格権が児童ポルノ犯罪行為者の権利に優先されるからであって⁹⁰⁾、人格権侵害が想定できないようなものであれば、利益衡量の観点からもはや規制の正当化は許されない。

市場説からは、市場への影響を与えないような表現活動であれば、それが児童ポルノに類するような内容を描写するものであっても、提供者サイドによる児童ポルノの作成に伴う虐待行為を誘発しないため本来的には処罰の対象とすべきではない。その点、ドイツにおける市場説は、仮想児童

89) 模倣説からは模倣による消費者による虐待の誘発が観念できるため将来の児童への侵害性が想定できる。Vgl. König, a.a.O. (Anm. 40), S. 60ff.

90) 長尾・前掲注74) 224頁以下。

児童ポルノ規制における保護法益について

ポルノ全般の頒布等の規制を認めつつ消費者による模倣を否定する。そのため、仮想児童ポルノと実在の児童ポルノとの市場が同一であるとはいえないにもかかわらず、仮想児童ポルノによる提供者の将来の虐待の誘発を想定する点で問題がある。市場説をとるならば、流通と受領によって実在の児童を描写したポルノの製造を引き起こす場合に限定すべきである。

そのため、仮想児童ポルノの規制については、原則として認められない。それは、純粋な創作物である児童ポルノはその後の提供者による児童ポルノの作成を誘発することが明確ではなく、将来の児童に対する侵害性を観念することが困難であるからである。ただし、実在の児童の画像を組み合わせて作成したCGのようなものについては、それが市場を流通し、児童ポルノの作成を促進するようなものであれば、実在の児童との同一性⁹¹⁾が認められないような場合であっても、児童ポルノに含める余地はあるのである^{92)・93)}。

IV. おわりに

以上、児童ポルノ規制の保護法益について検討した。児童ポルノ規制における問題の解決は、児童ポルノの規制の本来的な目的、保護法益の議論なしにはなしえない。児童ポルノ規制は実在し、あるいは将来存在するであろう児童が、健全に成長し、自らの性的自由を行使できるように、侵害によってその成長を害しうる危難をさけることを目的とするものである。

91) 東京地判平成28年3月15日判例集未登載は、実在の児童の画像を元にして作成されたCGについて実在性を認める要件として、当該CGと元画像における児童との同一性を要件として提示している。

92) この点において、「実在性要件」を緩和し、現実の、あるいは事実に近い描写であるかを要件とする、StGB184b条の所持罪規定同様の「現実性要件」、イギリス法における「写真性要件」のような要件への移行が考えられる。

93) また、ゾーニング規制のような形態を条例等で行うこともありうる。2010年2月の提出法案である「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」。

児童の要保護性の高さから、児童の人格を保護するという本規制の目的は、児童ポルノを表現する自由に優先されるのである。しかし、児童ポルノも表現物である以上、その規制においては、児童の保護と表現者の権利とのバランスを常に考えなければならない。「児童」を描写した表現物すべてを児童ポルノ規制の範囲に含ましめ、現実の児童に対しなら影響を与えないようなものまで規制するとすれば、もはや本規制の趣旨から外れることになる。その分水嶺となるものが将来の児童に対する侵害性の有無である。第一の規制目的は描写児童の保護（具体的児童の性的自由という個人的法益保護）であるが、副次的に児童ポルノ市場撲滅（抽象的児童の性的自由という個人的法益を志向）を規制目的に含ましめることで、児童の人格権・尊厳に結び付く性的自己決定権保障という児童ポルノ規制の保護法益の保護を確証するとともに、すべての仮想児童ポルノを規制対象とするような過度な表現制限に歯止めをかけることにより、規制対象者の表現の自由との均衡を保つことが可能となる。このような児童ポルノ規制の保護法益を複合的な個人的法益と理解することは、現行法における単純所持罪の規制根拠を説明することにとどまらず、仮想児童ポルノ規制についての将来的な立法において、規制範囲を限定することにも資するものであると思料するところである。