

“Rechtsgut” in the Criminal Regulation of Child Pornography

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2017-10-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: メールアドレス: 所属:
URL	http://hdl.handle.net/2297/48587

児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察

永 井 善 之

- 一 はじめに
- 二 児童ポルノ法の制定と法益論
 - 1 児童ポルノ法の制定
 - 2 個人的法益説
 - 3 社会的法益説
 - 4 混合説
- 三 児童ポルノ法の改正と法益論
 - 1 児童ポルノ法の改正
 - (1) 2004年改正
 - (2) 2014年改正
 - 2 個人的法益説
 - (1) 被写体児童に係る個人的法益説
 - (2) 一般児童に係る個人的法益説
 - 3 若干の考察
 - (1) 規制根拠
 - (2) 現行法の解釈
- 四 おわりに

一 はじめに

わが国において1999年に制定されたいわゆる児童ポルノ法¹⁾は、対償を供与する等して行う児童²⁾を相手方とする性交等（児童買春）とともに、写真等の視覚により認識することができる方法により児童の性的な姿態を描写した作品（児童ポルノ）に係る行為を規制しているところ、この児童ポルノ規制条項は2004年と2014年の2回にわたり改正を受け、法定刑の引き上げや規制対象行為類型の拡大がなされている。この児童ポルノ規制については本法の制定当初より、その規制根拠、すなわちそれが如何なる問題性に対処するものであるのか、その保護法益は何かが学説においても論じられてきたところ、これらの法改正による規制対象範囲の拡大を受けて、近時はこの規制根拠を巡る議論にも一層の進展がみられる。そこで本稿では、甚だ不十分な試論の域を出るものではないが、これら児童ポルノの規制根拠に係る今日までの議論を踏まえつつ、その若干の考察を行いたい。この試みはまた、その規制の是非が従来から論じられてきた、實在児童が現に行う性的姿態を描写するものではないCGや漫画、アニメーション等の創作物に係る児童ポルノとしての刑事規制³⁾について、その可否⁴⁾を具体的かつ精密に検討するための予

1) 直近の2014年の改正後の正式名称は「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律」である（本稿で引用の条文番号は特記なき限り現行本法のもの）。

2) 本法上の「児童」は18歳に満たない者である（2条1項）。

3) 2013年の第183回国会に提出された児童ポルノ法改正法案（第183回国会衆法第22号・2014年6月撤回）の附則2条では、児童ポルノに類する漫画等と児童の権利侵害行為との関連性の調査研究とそれに基づく当該漫画等の将来的な規制の検討が定められていた（その関連部分の原文は次の通りである。「政府は、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つ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」、「2 児童ポルノに類する漫画等の規制……については、この法律の施行後三年を目途として、前項に規定する調査研究……を勘案しつつ検討が加えられ、その結果に基づいて必要な措置が講ぜられるものとする。」）。

4) この論点については、永井善之「児童ポルノの刑事規制について（1）、（2・完）―い

備的考察の意味をももつ。

二 児童ポルノ法の制定と法益論

1 児童ポルノ法の制定

児童による性的な姿態や行為を描写対象とする児童ポルノ (child pornography) は、欧米諸国における1960年代以降の性の解放の動きや性表現規制の緩和傾向に伴い、これらの国々において次第に増加し、70年代半ばには性表現の一つのジャンルとして定着するまでに至った。これら児童ポルノの増大・蔓延は、当時認識されつつあった児童の性的虐待という社会問題と直接関連するものと捉えられ、これを受けてアメリカ (連邦) およびイギリスではともに1978年には、わいせつ表現等に対する既存の規制法規とは別個の、児童ポルノをより厳格に規制するための立法がなされている。欧米諸国においてはこれ以降も、児童に対する性的虐待やこれを被写体とするポルノの扱いを規制する度重なる立法的措置がとられており⁵⁾、国際的なレベルに

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3号(2003年)105頁以下、同巻4号(同年)110頁以下、渡邊卓也「電脳空間における仮想児童画像の刑事規制」社会学論集2号(2003年)149頁以下、同『電脳空間における刑事的規制』(2006年)191頁以下、間柴泰治「諸外国における実在しない児童を描写した漫画等のポルノに対する法規制の例」レファレンス694号(2008年)47頁以下、大屋雄裕「児童ポルノ規制への根拠—危害・不快・自己決定」園田寿・曾我部真裕編著『改正児童ポルノ禁止法を考える』(2014年)103頁以下等を参照。

- 5) アメリカ、イギリス、ドイツ、フランスといった主要先進諸国における児童ポルノの法的規制状況の理解に有益な近時の主要邦語文献として、各国につき社会安全研究財団『G8 諸国における児童ポルノ対策に関する調査報告書』(2013年)1頁以下、永井善之「諸外国における児童ポルノの規制状況」刑事法ジャーナル43号(2015年)52頁以下、アメリカにつき永井・前掲注4)「児童ポルノの刑事規制について(1)」113頁以下、「同(2・完)」111頁以下、イギリスにつき間柴泰治「日米英における児童ポルノの定義規定」調査と情報681号(2010年)1頁以下、ドイツにつき深町晋也「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」岩瀬徹ほか編『町野朔先生古稀記念・刑事法・医事法の新たな展開上巻』(2014年)453頁以下、豊田兼彦「児童ポルノ単純所持の

においても、1989年には国際連合により、批准国に対し児童を性的搾取から保護する措置を講じるべきことを命ずる条項をもつ「児童の権利に関する条約 (Convention on the Rights of the Child)」が採択され、また1996年にはストックホルムにおいて、119か国からの代表者が参加した「児童の商業的性的搾取に反対する世界会議」がユニセフ等の主催により開催された。性的な虐待・搾取からの児童の保護のための法整備等、参加各国の積極的な取組みの報告がなされた本会議において、このような国内的措置の不備につき国際的な批判を受けたのがわが国であり、児童ポルノについては法整備の進展した欧米諸国に代わり、わが国がその国際的な製造拠点、発信源と化していることなどが指摘された。このような強い国際的な非難を受けてわが国では、1997年には与党議員により児童ポルノを規制する法律の立案作業が開始され、1999年における議員立法としての児童ポルノ法の制定に至っている⁶⁾。

この制定当時の本法における児童ポルノ規制の具体的体系としては以下のように、その定義規定において児童ポルノ概念が示されたうえで(2条3項)、これら児童ポルノに係る規制対象行為類型が定められている(7条)。

(定義)

第二条

3 この法律において「児童ポルノ」とは、写真、ビデオテープその他の

処罰根拠について—ドイツの議論を手がかりに— 浅田和茂ほか編『生田勝義先生古稀祝賀論文集・自由と安全の刑事法学』(2014年)143頁以下、同「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・曾我部編著・前掲注4)168頁以下、フランスにつき島岡まな「フランス刑法における児童ポルノ問題」法学セミナー671号(2010年)43頁以下、同「刑法175条及び児童ポルノ禁止法と表現の自由—フランス刑法から学ぶこと—」法学研究84巻9号(2011年)447頁以下などがある。

6) これら児童ポルノ法制定の背景・経緯については、園田寿『解説児童買春・児童ポルノ処罰法』(1999年)4頁以下、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』(2005年)4頁以下参照。

物であって、次の各号のいずれかに該当するものをいう。

- 一 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を視覚により認識することができる方法により描写したもの
- 二 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を視覚により認識することができる方法により描写したもの
- 三 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するものを視覚により認識することができる方法により描写したもの

(児童ポルノ頒布等)

第七条 児童ポルノを頒布し、販売し、業として貸与し、又は公然と陳列した者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。

- 2 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。
- 3 第一項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを外国に輸入し、又は外国から輸出した日本国民も、同項と同様とする。

このように、規制対象行為の種類としては児童ポルノの不特定または多数の者に対する交付（頒布、販売、貸与）や公然陳列といういわばその拡散行為が禁じられ（制定時の7条1項）、同時にこれら拡散行為を目的とする製造、所持、運搬、輸出入も規制されている（同2項、3項）。これらのうち目的犯たる後者は目的の対象となる前者に係る利益侵害（の危険）性を要件に処罰の早期化を図るものと解されうるから、これらの規制は全体としていわば「拡散規制」であると評価することが可能であって、ここでは児童ポルノとして描写された内容が拡散されることの規制が意図されているといえよう。

このように、新たに制定された児童ポルノ法においては児童ポルノ規制は

「拡散規制」として構成されているが、このような規制構造の性格を理解するために重要な意味をもつと考えられるのは、本法と同様に児童を性的な影響から保護することを目的としていると解される他の諸犯罪類型との関係性である。すなわちまず、児童に対して現実に行われる性的行為に関して成立する可能性のある犯罪類型としては、刑法上の強制わいせつ、強制性交等（同法176条、177条）等のほか、児童福祉法上の淫行をさせる行為（同法34条1項6号、60条1項）⁷⁾等、また全国の自治体におけるいわゆる青少年保護育成条例上の淫行、さらには児童ポルノ法により新設された児童買春（4条）等が存在している。これらに対して、児童ポルノ法制定時における児童ポルノ規制とは、これら諸犯罪に該当しうような児童の性的な行為や姿態を写真等の視覚により認識できる方法により描写したものが児童ポルノとされ、この拡散に係る行為が規制されている。このように、児童ポルノに関する罪は、児童が性的な行為を行わされ、あるいは性的姿態をとらされること自体ではなく、このような性的な行為や姿態の場面に係る記録、即ちその視覚的に認識可能な方法で描写された情報が拡散されることにより生じうる害悪に対処することを目的としたものであるということが出来る。そこで、児童ポルノ規制についてはここにいう害悪、すなわちその規制の実質的根拠、保護法益の如何が問われることとなるが、これについては以下にみるような諸見解が示されていた。

2 個人的法益説

学説においては、児童ポルノ規制の保護法益はその被写体とされた特定児童自身についての利益、即ち被写体児童に係る個人的法益であると解する見解が有力である⁸⁾。この見解はその理論的根拠としておおむね次のような点

7) 最決平成10・11・2刑集52巻8号505頁は、自ら児童による淫行の相手方となる者についてもこの禁止違反の罪が成立しうることを認めている。

8) 園田・前掲注6) iii頁、27頁、49頁、加藤久雄「わいせつ犯罪と刑事政策—成人ポル

を挙げている。すなわち、児童ポルノ法の目的規定（1条）から、本法は性的な搾取・虐待からの児童の保護を問題としていると解されること、児童ポルノ規制においては同じく性表現規制であるわいせつ表現規制（刑法175条）と比較した場合、性描写要件はより緩やかである一方規制対象行為類型はより広範であり、法定刑もより峻厳であって、表現の自由保障（憲法21条）に対する極めて厳格かつ広範な制約となっていること、児童ポルノ法では被写体とされた児童への保護措置が規定されるなど（15条、16条）していること等である。児童ポルノ規制の法益が被写体とされた児童の利益にあることについては裁判例においても基本的に認められている⁹⁾。

3 社会的法益説

以上のような個人的法益説に対して、学説においては、児童一般の健全な成育という利益、あるいはこの健全な成育の前提となる児童を性欲の対象としない良好な社会環境の維持といった利益が児童ポルノ規制の実質的根拠であると解する見解も存在する。社会的法益説と称されるこの見解は、その理論的根拠として次のような諸点を挙げる。すなわち、児童ポルノ規制条項は刑法上のわいせつ表現規制条項と文面上類似しており、その規制対象範囲の相違は児童が成人よりも広く保護される必要があるためと考えられること、児童ポルノにつき被写体児童の实在性が要件となるとする解釈は児童ポ

ノ解禁と幼児ポルノ厳禁について」現代刑事法2巻3号（2000年）37頁、奥村徹「児童ポルノの罪の訴訟法的検討と弁護のヒント」季刊刑事弁護30号（2002年）77頁、松宮孝明「性犯罪における構成要件論的弁護」季刊刑事弁護35号（2003年）47頁、48頁注34）、渡邊・前掲注4）「脳空間における仮想児童画像の刑事規制」151頁以下、159頁、同・前掲注4）「脳空間における刑事的規制」201頁以下、永井・前掲注4）「児童ポルノの刑事規制について（2・完）」142頁以下等。

9) 甲府地判平成14・8・5公刊物未登載（評釈として、奥村徹「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』（別冊NBL79号）（2003年）80頁以下）、大阪高判平成14・9・12公刊物未登載（評釈として、奥村徹「判批」岡村編・前掲82頁以下）、等。

ルノ法上の規定の文言からは必然ではないこと等である¹⁰⁾。

ただ本説に対しては、その挙げるような利益を保護することが児童ポルノ規制の目的であれば、わいせつ表現規制における規制客体と異なり児童ポルノたる客体がその内容につき視覚的に認識される写真等に限定されていることの説明が困難となること、児童ポルノ法においては法文（15条等）上も描写対象児童の実在性、その規制の法益としての個々の被写体児童の利益が前提とされていると解されること、本説は児童ポルノと保護対象たる児童との関係性を直接的には問題としない点でその規制の危険犯的構成を推し進め、処罰の著しい早期化、無限定化を招来するおれがあること等¹¹⁾の点からの批判も強い¹²⁾。

4 混合説

児童ポルノ規制の法益論としてはさらに、混合説と称されうる見解も存在する。この見解は、児童ポルノの被写体となった児童の個人的な利益とともに、児童一般の健全な成育やそのための良好な社会環境といった利益もまた児童ポルノ規制の法益となると解する見解である¹³⁾。このような見解は児童

10) 上野芳久「児童買春と児童ポルノの刑事規制」西原春夫ほか編『佐々木史朗先生喜寿祝賀・刑事法の理論と実践』（2002年）527頁以下。

11) 永井・前掲注4)「児童ポルノの刑事規制について（2・完）」145頁以下、渡邊・前掲注4)『脳空間における刑事規制』208頁以下、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（2008年）83頁等。

12) ただ本説の挙げる、児童を性欲の対象と位置付けない風潮や良好な社会環境そのものではなく、児童一般の健全な成育といった利益は、既に製造され拡散された児童ポルノにおける被写体とされた特定児童に係る利益ではないものの、これら児童ポルノが蔓延することで将来的搾取・虐待の対象となる可能性がある不特定の児童一般に係るそのようなおそれを被らない利益という意味で、なお児童の個人的法益の一種とも解されうる。この点は、後述のように児童ポルノ法の改正を経て法益論の深化がみられる近時は自覚的に論じられるようになっていく。

13) 安富潔「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（2）」捜査研究609号（2002年）55頁、佐久間修「国民の生活環境に対する罪—わいせ

ポルノ法の立案に携わった立法者の採るところであり¹⁴⁾、裁判例においてもこのような理解を示すものが少なくない¹⁵⁾。

三 児童ポルノ法の改正と法益論

1 児童ポルノ法の改正

(1) 2004年改正

1999年に制定された児童ポルノ法の附則6条には、児童ポルノの規制その他の児童を性的搾取・虐待から保護するための制度について、同法施行後3年を目途に検討が行われ必要な措置が講ぜられるべきことが定められていた。これを受けて2002年から与党内で開始された検討会によって策定された改正案を基礎とする同法改正法案が2004年6月の第159回国会において可決され成立している。この改正法は「児童買春及び児童ポルノに係る行為の実情、児童の権利の擁護に関する国際的動向等にかんがみ、これらの行為が強い非難に値することをより明らかにし、児童の権利の擁護を十全なものとするため、これらの行為について、厳格な処罰を行うことができるように法定刑を引き上げるとともに、その処罰の範囲を広げる等の必要がある」¹⁶⁾として、既存の罪の法定刑の引き上げとともに、児童ポルノの特定少数者への交付行為、この目的での製造・所持等や、児童に性的姿態をとらせて児童ポルノを製造する行為を新たに犯罪化しているほか、いわゆるサイバー・ポルノとしての児童ポルノ、即ち、これがコンピュータネットワーク上で交付・公

つ犯罪を中心として(1)警察学論集58巻9号(2005年)208頁以下、豊田・前掲注11)81頁以下等。

14) 森山・野田・前掲注6)93頁。

15) 大阪高判平成12年10月24日高検速報平成12年146頁(評釈として、永井善之「判批」法学68巻1号(2004年)192頁以下)、京都地判平成14年4月24日公刊物未登載等。

16) 改正法(平成16年法律106号)となった第159回国会衆法43号の末尾に付された、同法案提出の「理由」。

開等される場合のこれらの行為が規制対象となることの明文化¹⁷⁾も行っている。

これらの改正を受けて、児童ポルノ法における児童ポルノ規制に係る箇所
の文言は次のように修正されることとなった（下線部は改正部分）。

（定義）

第二条

3 この法律において「児童ポルノ」とは、写真、電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）に係る記録媒体その他の物であって、次の各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したものをいう。

- 一 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
- 二 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
- 三 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの

（児童ポルノ提供等）

第七条 児童ポルノを提供した者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。電気通信回線を通じて第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した

17) これは、欧州評議会（Council of Europe）によって2001年に採択された「サイバー犯罪に関する条約（Convention on Cybercrime）」によりその締約国に要請される、サイバー・ポルノとしての児童ポルノの刑事規制のための法整備としての意味をもつ。

- 情報を記録した電磁的記録その他の記録を提供した者も、同様とする。
- 2 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。
- 3 前項に規定するもののほか、児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者も、第一項と同様とする。
- 4 児童ポルノを不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列した者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。電気通信回線を通じて第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録その他の記録を不特定又は多数の者に提供した者も、同様とする。
- 5 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。
- 6 第四項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを外国に輸入し、又は外国から輸出した日本国民も、同項と同様とする。

この改正において新設された児童ポルノに係る規制行為類型のうち、その特定少数者への提供行為（2004年改正時の7条1項）、およびこの提供行為の目的でのその製造・所持等（同2項）の規制は、従来から行われてきたその拡散行為の規制の範囲を拡大するものであって、この意味では従来の「拡散規制」の一類型に止まるものであり、この点はサイバー・ポルノとしての児童ポルノの規制の明文化に係る部分についても同様である。これらに対して、本改正において児童ポルノ規制の体系上重要な特徴をなすと考えられる

のが、児童に性的な「姿態をとらせ」て行う児童ポルノ製造の罪（同3項）の新設である。これは、従来までの製造罪や本改正で新設された前述の製造罪（同2項）はいずれも児童ポルノの拡散行為の目的の存在を成立要件としており、その点で「拡散規制」の一類型であるのに対して、この「姿態をとらせ」製造はこのような拡散目的を要件としておらず、この意味で従来存在しなかったいわば「製造規制」が初めて導入されたものと解されうるからである¹⁸⁾。

(2) 2014年改正

2004年の法改正ののち、この改正法の附則2条による、同法施行後3年を目途とする児童の性的搾取・虐待からの保護制度の検討の要請を受けて行われた各政党における児童ポルノ規制についての議論では、インターネットの普及等により児童ポルノに係る被害に遭う児童の増大等の事態を踏まえ、児童ポルノの所持や取得の犯罪化の必要性が認識されることとなった。そのため改正法案も各党から国会提出されたが、与野党間での意見対立や衆議院解散等により廃案となる状態が続いたものの、2014年には5党の合意による改正法案が得られ、これが同年6月に可決され成立した¹⁹⁾。

18) 後述の2014年改正によるものも併せ、「製造規制」については仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑事法ジャーナル43号（2015年）63頁以下参照。

19) 2014年改正の経緯等については、坪井麻友美「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の一部を改正する法律の概要」法律のひろば67巻10号（2014年）55頁以下、同「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の一部を改正する法律について」法曹時報66巻11号（2014年）29頁以下、同「『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の一部を改正する法律』について」刑事法ジャーナル43号（2015年）45頁以下、友永光則「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の一部改正」警察公論69巻10号（2014年）9頁以下、江口寛章・谷山敬一「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の一部改正」警察学論集67巻10号（2014年）97頁以下等を参照。

この改正により、児童ポルノ法上の児童ポルノ規制条項は次のように修正されている（下線部は改正部分）。

（定義）

第二条

3 この法律において「児童ポルノ」とは、写真、電磁的記録（電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。）に係る記録媒体その他の物であって、次の各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したものをいう。

- 一 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
- 二 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
- 三 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

（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係る行為の禁止）

第三条の二 何人も、児童買春をし、又はみだりに児童ポルノを所持し、若しくは第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録を保管することその他児童に対する性的搾取又は性的虐待に係る行為をしてはならない。

(児童ポルノ所持、提供等)

第七条 自己の性的好奇心を満たす目的で、児童ポルノを所持した者（自己の意思に基づいて所持するに至った者であり、かつ、当該者であることが明らかに認められる者に限る。）は、一年以下の懲役又は百万円以下の罰金に処する。自己の性的好奇心を満たす目的で、第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録を保管した者（自己の意思に基づいて保管するに至った者であり、かつ、当該者であることが明らかに認められる者に限る。）も、同様とする。

2 児童ポルノを提供した者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。電気通信回線を通じて第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録その他の記録を提供した者も、同様とする。

3 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。

4 前項に規定するもののほか、児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者も、第二項と同様とする。

5 前二項に規定するもののほか、ひそかに第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者も、第二項と同様とする。

6 児童ポルノを不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列した者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。電気通信回線を通じて第二条第三項各号のいずれかに掲げる

児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録その他の記録を不特定又は多数の者に提供した者も、同様とする。

7 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。

8 第六項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを外国に輸入し、又は外国から輸出した日本国民も、同項と同様とする。

本改正においては新たに、児童の性的姿態を「ひそかに」描写することによる児童ポルノ製造の罪（以下「5項製造罪」）が設けられている。いわゆる盗撮行為の捕捉を意図された本罪は、2004年改正で新設された「姿態をとらせ」製造と同様に、その提供等の拡散目的を要件としない製造行為の規制であって「製造規制」類型の一つと位置付けられるものである。またこの改正では、自己の性的好奇心を満たす目的での児童ポルノの所持（およびそのような内容の情報に係る電磁的記録の保管）の罪（以下「1項所持罪」）も新設されている。児童ポルノの所持に係る既存の罪ではその提供目的の存在が成立要件とされており、この点でこれらは「拡散規制」の一態様と解されるものであるが、このような要件をもたない1項所持罪は既存の規制類型に含まれない新たな「所持規制」というべきものかが問われることとなる²⁰⁾。

以上のように、当初は「拡散規制」によっていた児童ポルノの規制が法改正を経て「製造規制」さらには「所持規制」にも拡張をしていくに伴い、近時は以下にみるようにその規制の実質的な根拠論に進展がみられる²¹⁾。

20) 新たな所持の規制との点では、本文に引用したように、3条の2に罰則のない単純所持の禁止規定が設けられている。

21) 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（2015年）76頁以下参照。

2 個人的法益説

以上のような法改正を踏まえた近時の児童ポルノ規制の根拠論、法益論は、いわゆる混合説においても前提とされてきた、従来から有力であった個人的法益説を前提に、その深化ないし細分化とのかたちで展開しているように思われる。それらはおおむね次のとおりである。

(1) 被写体児童に係る個人的法益説

一つの見解は、従来の個人的法益説の基本的な考え方を維持ないし徹底したものと解されうる見解である。すなわち、ポルノの被写体とされた個々の児童に係る利益がその規制の法益と解する見解であって、具体的には、被写体児童の個人の尊厳に基づく性的自己決定権²²⁾、あるいは性的な自己情報コントロール権²³⁾と解する見解である²⁴⁾。

(2) 一般児童に係る個人的法益説

個人的法益説に属すると解されるもう一つの見解は、児童一般の心身の健全性について法益性を認める見解である。例えば「製造規制」の分析から、製造行為自体のもつ侵害性が児童一般の心身の健全性の危殆化と捉える見解²⁵⁾や、「所持規制」に係る考察に基づき、児童ポルノの所持はその需要を喚起してその市場を形成し、新たな需要を招いて児童が将来性的搾取の対象となる

22) 石井徹哉「個人の尊厳に基づく児童ポルノの刑事規制」井田良ほか編『川端博先生古稀記念論文集下巻』（2014年）394頁以下。

23) 上野幸彦「児童ポルノ提供罪と共犯—最高裁平成24年7月9日決定を契機として」情報ネットワーク・ローレビュー14号（2016年）79頁以下。

24) このような被写体児童の人格権を児童ポルノ規制により保護されるべき利益と解する見解はドイツにおいても有力であるとされる（人格権侵害説）。豊田兼彦「児童ポルノをめぐる最近のドイツの動向」川端博ほか編『理論刑法学の探究8号』（2015年）207頁、同・前掲注5）「ドイツにおける児童ポルノ規制」173頁参照。

25) 仲道・前掲注18）68頁。

危険性を生じるから、その撲滅には児童ポルノ市場の破壊が必要であり所持行為自体の規制が求められる、とする見解²⁶⁾である。

3 若干の考察

(1) 規制根拠

児童ポルノ規制の根拠を、被写体とされた児童の個人の尊厳や人格に基づく性的自己決定権ないし性的な自己情報コントロール権（以下これらを「性的自己決定権」と総称する）に求める近時有力な見解は、従来からの個人的法益説の考え方の深化によるものと考えられ、基本的に妥当であると思われる。ただ、児童がポルノの被写体となり、それが拡散されること等に同意をしている場合にも、児童ポルノ法上は児童ポルノに係る行為につき被写体児童の不同意は要件となっておらず²⁷⁾、児童ポルノに係る罪の成立は認められる²⁸⁾。つまりここでは、ポルノの被写体となること等に関しては児童は自己決定の能力を欠くものと扱われていることになることと解される。

もとより、児童ポルノの規制につき被写体児童の不同意が要件とならないことは、児童ポルノに係る罪が児童をパターンリスティックに保護するための規制であることによると解することができるから、不同意が要件とならないことから直ちにその性的自己決定権の法益性が否定されることにはならない。つまり、児童ポルノ法上は18歳に満たない者は性描写の被写体となるこ

26) 高良幸哉「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（2014年）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（2016年）305頁以下参照。このような考え方はドイツにおいても有力な見解であるとされる（市場説）。

27) 盗撮行為による児童ポルノ製造の規制を意図された5項製造罪においても、「ひそかに」との要件は児童を描写する行為の客観的態様に係る要件であって児童の承諾の有無を問題とする要件ではないとされている（坪井・前掲注19）「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の一部を改正する法律について」56頁）。

28) その規制利益が被写体児童に係る利益であることを前提としつつ、その同意がある場合にも「姿態をとらせ」製造罪の違法性は阻却されないとする裁判例として、名古屋高判金沢支判平成17・6・9刑集60巻2号232頁参照。

と等につき、それにより自己が被り得る重大な影響等を未だ十分には判断できないと考えられ、それゆえに、たとえこれらの者により表見的には同意がなされたとしても、それは十分な理解に基づく有効な同意であるとは評価されえず、ゆえに同意自体が無効であって、結局自己決定権が侵害されたと解されうるように思われる。ただそうであるとする、このようなパターンナリストイックな規制が如何なる利益侵害性のゆえに、いかなる法益保護のために根拠づけられうるのかという、その実質的理由が示されなければならないであろうし、これが児童ポルノ規制の実質的根拠であろう。

この点、個人的法益に対する罪であるが法益主体の同意がその罪の成否に影響しない場合があるものとして、刑法典上の強制わいせつ、強制性交等の罪（同法176条、177条）が参考となるように思われる。すなわち、これらの罪の保護法益は性的自由と解されており、ゆえに客体の同意があればこれらの罪は成立しないところ、13歳に満たない者に対する行為の場合にはこの者の同意の有無に係わらずこれらの罪は成立する。そうすると13歳未満者は、これらの性行為についてはたとえ表見的には同意をなしていても、それをなすことについての自己決定の能力を欠くものと扱われていると解されるが、このようなパターンナリストイックな介入はこの者の心身の未成熟性ゆえの当該性行為が惹起しうる心身の健全な成育の侵害（の危険）性がその根拠となっていると解される。その意味で、13歳未満者についてはその心身の健全な成育という利益もまた規制根拠と解されうるように思われる。

13歳未満者に対する強制わいせつ、強制性交等の罪の法益につき以上のように解されうるとすると、このような捉え方を児童ポルノ規制の法益理解についても参考としうるように思われる。すなわち、被写体が児童たる18歳未満者であるポルノについては被写体の同意の有無にかかわらずそれに係る行為が処罰されるが、被写体が18歳以上の者であるポルノについてはその者の同意があれば、わいせつ表現等の規制に当たる場合を除きその扱いは不可罰である。そうすると、児童ポルノについても、その規制根拠は児童の性的自己

決定権のみならず、むしろその心身の健全な成育という利益でもあると解されうる。このような法益理解は、児童にはおよそ意思能力を欠く幼児等も含まれうる点でも望ましいように思われる。心身の健全な成育との概念は明確性に欠けるきらいはあるが、ここでの本概念は児童一般のそれではなく被写体児童のそれであるという限定性はあるといえよう²⁹⁾。

(2) 現行法の解釈

児童ポルノ規制の実質的根拠が以上のように解されるとした場合、現行法上の児童ポルノ規制の体系、特にその類型ごとの構造の理解としてはおおむね次のように解されうるように思われる。

まず、「拡散規制」に関しては、拡散すなわち提供等の行為自体（7条2項、6項）について、画像の拡散³⁰⁾により自己の性的視覚的情報が他人に認識されうることによる被写体児童の心身の健全な成育の侵害の危険という利益侵

29) なお、児童ポルノ規制の根拠をこのように解すると、法益主体たる被写体児童が存在しなくなった場合、すなわち被写体児童が死亡した場合や、18歳に達したのちに当該ポルノの提供等に同意している場合等のそのポルノに係る行為への評価が問題となる。これについては、前述のようにその事態の重大性ゆえに児童がポルノの被写体となること自体がその自己決定権の侵害であると評価されうるのであるから、同様にその事態の重大性ゆえに、被写体とならないという児童の自己決定はこの法益主体が存在しなくなったでもなお保護に値する（18歳に達した被写体自身を含め非法益主体がこの決定を覆すことはできない）と解するなど、不合理とまではいえないように思われる。なお、石井・前掲注22）404頁注74）は、被写体児童が死亡した場合について、死者に対する名誉毀損（刑法230条2項）が存在することを参考とされつつ、性描写の拡散が被写体への著しいスティグマとなることを考慮すれば、その生前の意思を死後も尊重し保護することは可能であろうとされる。

30) この拡散の範囲は、不特定または多数の者への提供等に係る7条6項の罪におけるほうが特定少数者への提供に係る同条2項の罪におけるよりも広範となり、ここでの危険性がより高度となるため、この差異が両罪の法定刑の相違に反映されていると解される。この点はこれら各罪を目的とするそれぞれの製造、所持等の罪（同条3項、7項）に関しても妥当する。

害（の危険）性が認められえよう。また、これら拡散行為を目的とする点で「拡散規制」に位置付けられる製造、所持等の罪（同条3項、7項）については、拡散行為に係る前述の利益侵害（の危険）性はそれが目的に止まる点で抽象化されるが、構成要件該当行為たる製造、所持等の行為自体のもつ利益侵害（の危険）性（後述）と併せて評価されることで可罰性を具備することとなる。

ついで、「製造規制」についてであるが、児童ポルノ法においてはいわゆる単純製造は処罰されておらず、前述の提供目的がある場合（7条3項、7項）のほかは、「姿態をとらせ」て行う場合（同条4項）、「ひそかに」行う場合（同条5項）のみ可罰的とされている。そこで単純製造、すなわち製造行為自体につきその利益侵害（の危険）性を考察すると、性的姿態の視覚的情報の固定化（製造）に伴う当該画像の利用可能性創出による被写体児童の心身の健全な成育の侵害の抽象的危険という意味での侵害（の危険）性が認められうると解される。そして現行法は、製造行為のみではこのような危険性が相当に抽象的であることに鑑みてその要罰性までは認めなかったと解される。この意味で、前述の3種の製造罪はそれぞれに付された要件のもつ利益侵害（の危険）性が製造行為自体のもつそれと併せて評価されることで可罰性が認められると解されていることになる。よってこれら各要件の利益侵害（の危険）性を分析すると、提供目的については前述の通りであり、「姿態をとらせ」要件については、性的姿態をとらされることによる被写体児童の心身の健全な成育の侵害ないし危殆化が、また「ひそかに」要件については、自己の性的視覚的情報に係る管理権の侵害ないし危殆化が、それぞれ認められうるように思われる。

また、「所持規制」については、児童ポルノ法上はいわゆる単純所持は一般的に違法とされるのみで処罰されず（3条の2）、所持行為は前述の提供目的がある場合（7条3項、7項）、および性的好奇心を満たす目的がある場合（同条1項）に処罰されるのみであるが、前述のように前者は「拡散規制」に

位置付けられうるものである。そこでまず、単純所持、すなわち所持行為自体の利益侵害（の危険）性を分析すると、そこでは性的姿態に係る固定化された視覚的情報の維持に伴う当該画像の利用可能性（意図しない拡散の危険性）による被写体児童の心身の健全な成育の侵害の抽象的危険をなお認めることができるように思われるが、現行法においては、この危険性の相当な抽象性に鑑みてその要罰性までは認められなかったものと解される。そして、性的好奇心を満たす目的に係る利益侵害（の危険）性としては、この目的が存在することにより、単純所持に係る前述の危険性がその場合よりも上昇すること、すなわち、性的姿態に係る固定化された視覚的情報のより継続的かつ強固な維持に伴う当該画像の利用可能性（意図しない拡散の危険性）による被写体児童の心身の健全な成育の侵害の抽象的危険が認められうると思えることも不可能とまではいえないように思われる。そうすると、所持行為自体の危険性にこの目的に伴う危険性を併せ評価して1項所持罪の可罰性を基礎付けることとなろう³¹⁾。

四 おわりに

児童ポルノの刑事規制根拠論については、児童ポルノ法の改正による「製造規制」や「所持規制」の追加も契機となって、近時は優れた研究が相次いでいる³²⁾。規制根拠論を児童の尊厳、人格に基づく性的自己決定権と捉える

31) このような理解では、1項所持罪を「拡散規制」に位置付けることになる。

32) 改正法の分析についても併せ、既に引用したもののほか、奥村徹「児童買春・児童ポルノ禁止法の改正—単純所持罪・盗撮による製造罪を創設」法学セミナー 59巻10号（2014年）1頁以下、園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田・曾我部編・前掲注4）1頁以下、高山佳奈子「所持規制の刑法上の論点」園田・曾我部編・前掲注4）63頁以下、渡邊卓也「児童ポルノの刑事規制—改正の経緯と論点—」刑事法ジャーナル43号（2015年）35頁以下、同「盗撮画像に対する刑事規制」井田良ほか編『山中敬一先生古稀祝賀論文集下巻』（2017年）131頁以下、仲道祐樹「児童ポルノの製造と取得・所持との関係—ダウンロード行為に関するスイスの議論を素材に—」高橋則夫・松原芳博・松澤伸編『野村稔先生古稀祝賀論文集』（2015年）561頁以下等参照。

見解も、その前提となる個人的法益説の思考を受け基本的に妥当と解されるが、児童ポルノ規制が被写体児童の同意の有無に係わらず、また、児童には意思や行動の能力を欠く嬰兒等も含まれると解されうる点ではその規制根拠の全体を自己決定権や自由の概念のみではなお十分には説明し難く、被写体児童に係る個人的法益説の前提からはやはり被写体児童の心身の健全な成育といった概念を重視せざるをえないように思われる。本稿は被写体児童に係る個人的法益説を現行法においても可能な限り貫徹する意図での解釈を試みたが、製造罪や所持罪自体の構造を掘り下げた検討は極めて不十分なものに過ぎない。これらの点をも併せ規制根拠論やそれに基づく創作物規制の限界等の考察の精緻化を今後の課題としたい。

※ 本稿は、平成28年度科研費（基盤研究（C）：課題番号26380090）による研究成果の一部である。