

札幌学院大学総合研究所
BOOKLET No.10

性犯罪規制の現代的課題

札幌学院大学総合研究所講演会

深町 晋也

渡邊 卓也

【札幌学院大学総合研究所講演会】

性犯罪規制の現代的課題

深町 晋也
渡邊 卓也

札幌学院大学総合研究所 BOOKLET No. 10

【札幌学院大学総合研究所講演会】

性犯罪規制の現代的課題

日時／2017年11月25日(土) 14:00～17:00

会場／札幌学院大学3号館4階 第2会議室

はじめに：性犯罪規制の現代的課題

札幌学院大学法学部講師 瀧本京太郎 1

講演

児童に対する性犯罪について

立教大学大学院法務研究科教授 深町 晋也 3

児童ポルノ規制について

筑波大学ビジネスサイエンス系准教授 渡邊 卓也 29

はじめに：性犯罪規制の現代的課題

札幌学院大学法学部講師 瀧本 京太郎

わが国における性犯罪規定は、強姦罪が強制性交等罪に改められ、監護者わいせつ・性交等罪が新設されるなど、近年大きな変容を遂げた。さらに、強制わいせつ罪における「性的意図」の要否についても最高裁判所が判例を変更し、同罪の成立につき一律に性的意図を求めることが否定されるなど、刑事実務においても性犯罪規定の取り扱いに変容しつつある。学界においても、性犯罪に関する研究は絶えず進められてきたが、近年は特に活発になりつつある。

本講演会では、性犯罪の中でも、特に「児童」に対する行為類型に焦点を当て、この分野に関して研究業績を有する深町晋也先生、渡邊卓也先生にお越しいただき、お忙しい中ご講演を賜った。深町先生には、児童に対する性犯罪につき、監護者わいせつ・性交等罪の理論構造を、渡邊先生には、児童ポルノ犯罪に関する最新の問題点を取り扱っていただいた。

コーディネーター自身もこの領域について強い関心を有しており、お二人の先生による貴重なご報告を拝聴し、議論をさせていただく時間が得られたことは、非常に僥倖であった。議論の際は、講演会にご出席いただいた方々からも示唆的なご意見・ご質問を多く賜ることができ、この分野に関する議論はいつそう深化したように思われる。

毎日朝のニュースを眺めていると、児童買春・児童ポルノ犯罪が発見されたという報道を目にすることが、最近はとて多くなっているように感じられる。それは、コーディネーターがこの種の犯罪類型に

(あくまで学術的な) 関心を抱いていることによる錯覚ではなく、児童ポルノ禁止法による検挙件数・検挙人員が毎年最高値を更新し続けていることから裏付けられる、必然であろう。被写体に描かれている児童が実在するか否かにかかわらず、児童に性的な感情を内心で抱くことは、刑罰的にはまったく責められるべきものではないが、自らの欲望の赴くままに、現実の児童と性的な関係を持ち、当該児童の健全な成育を阻害することまでは許されない。しかし、どのような状況下での、どのような行為が健全な成育を阻害するかということは、必ずしも明らかではない。処罰範囲の外延はなお曖昧である。技術の発達により、性的な情報へのアクセスが誰にとっても容易となった今般、児童の、あるいは児童との自由恋愛をどこまで認め、どこからを「児童の性的搾取」として刑罰的規制を行うかは非常に困難な課題である。しかし、この点の解明こそが、二人の先生に課せられた使命であり、将来それが達成されるものであると、コーディネーターは確信している。

児童に対する性犯罪について

立教大学大学院法務研究科教授 深町晋也

1. はじめに

本日の講演会のタイトルは「性犯罪規制の現代的課題」となっているが、ここ10年程度に限ってみても、世界の様々な国々において性犯罪規制が大きく進展している。こうした世界的な潮流と我が国の状況とは決して無関係ではなく、むしろ大きく関連するものである。とりわけ、本日、渡邊先生が講演される「児童ポルノ規制」や私がこれからお話しする「児童に対する性犯罪」は、一方ではこうした国際的な児童の性的保護の進展と連動するものであって、諸外国における議論動向を無視しては論じることができないテーマである。他方で、児童の性的保護に対しては、近年、我が国において人々の社会的関心が大きく寄せられており、児童に対する性犯罪や児童ポルノ犯罪はもはや、新聞やテレビ、インターネットニュースなどで見かけない日はないと言っても良いほどである。このように、国内外の様々な関心が大きく寄せられるテーマが、児童の性的保護というテーマである。



こうした状況を背景に、2017年3月7日に「刑法の一部を改正する法律案（閣法第四七号）」として内閣によって提出された性犯罪改正に関する法案が、衆議院及び参議院のいずれにおいても全会一致で可決され、6月16日に改正刑法が成立し、7月13日に施行された。その後、改正された性犯罪規定を巡っては、立法担当者や法制審議会刑事

法部会の委員・幹事、長らく性犯罪改革に取り組んできた研究者、実務家、近年になって精力的にこの分野の問題について取り組んでいる研究者などを中心として、様々な議論がなされているところである¹。

その中でも、今回の講演で取り扱うテーマは、今般の刑法改正において導入された監護者性交等・わいせつ罪という犯罪についてである。しかし、本罪についていきなり検討を始めても、そもそも従来我が国における児童に対する性犯罪に関する予備知識がない状況では、何が問題であるのかを正確に理解することは困難であろう。そこで、児童に対する性的虐待の現状を簡単に説明した上で、こうした事象がそもそもどのような構造を有し、そしてどのように従来は規制されてきたのかについて、まずは検討することにした。こうした検討を通じて、児童に対する性的虐待が、特に家庭内で行われた場合の問題性に

¹ 法務省関係者による解説として、加藤俊治「性犯罪に対処するための刑法改正の概要」法律のひろば2017年8月号52頁以下、今井将人「『刑法の一部を改正する法律』の概要」研修830号(2017年)39頁以下及び田野尻猛「性犯罪の罰則整備に関する刑法改正の概要」論究ジュリスト23号(2017年)112頁以下。法制審議会刑事法(性犯罪関係)委員・幹事によるものとして、北川佳世子「性犯罪の罰則に関する刑法改正」法教445号(2017年)62頁以下、角田由紀子「性犯罪法の改正—改正の意義と課題」論究ジュリスト23号(2017年)120頁以下及び橋爪隆「性犯罪に対処するための刑法改正について」法律のひろば70巻11号(2017年)4頁以下。研究者によるものとして、樋口亮介「性犯罪規定の改正」法律時報89巻11号(2017年)112頁以下。

なお、今般の改正法に対しては、改正前から既に、様々な分析・批判が加えられている。「『性犯罪に対処するための刑法の一部改正に関する諮問』に対する刑事法研究者の意見」季刊刑事弁護86号(2016年)114頁以下、本庄武「性犯罪規定の見直し」法時88巻5号(2016年)98頁以下、浅田和茂「性犯罪規定改正案に至る経緯と当面の私見」犯罪と刑罰26号(2017年)1頁以下及び島岡まな「性犯罪の保護法益及び刑法改正骨子への批判的考察」慶應法学37号(2017年)19頁以下参照。

ついて理解を共有したところで、いよいよ監護者性交等・わいせつ罪について検討を加えることにしたい。

2. 児童に対する性的虐待の現状分析

児童虐待防止法は、2条で「児童虐待」について定義をしているが、そのうちの2号、すなわち、保護者がその監護する18歳未満の「児童にわいせつな行為をすること又は児童をしてわいせつな行為をさせること」が性的虐待を規定するものである。平成28年度における児童相談所での児童虐待対応件数（12万2578件〔速報値〕）のうち、性的虐待の件数は1622件と全体の約1.3%に留まるものの、性的虐待の件数自体は、基本的には年々増加している²。しかし、身体的虐待などとは異なり、必ずしも外部に見えやすい形での虐待の痕跡が残らず、警察や近隣知人、学校などによる通告³というルートに乗りにくいために、その実態が必ずしも正確に把握されていない可能性もある。児童虐待はそれ自体として「外から見えにくい」事象であるが、その中でもとりわけ性的虐待は、被害児童本人による申告がない限りは可視化されにくい事象である⁴。

2 厚生労働省「平成29年度全国児童福祉主管課長・児童相談所長会議資料」（2017年）3頁の表を参照。なお、平成18年度の対応件数は1180件であった。

3 平成28年度における全対応件数のうち、警察による通告が54813件、近隣知人による通報が17428件、学校等による通告が8851件であり、合計で約66%を占めている（厚生労働省・前掲注2）4頁）。

4 この点を指摘するものとして、林弘正『児童虐待 その現況と刑事法的介入〔改訂版〕』（2006年）44頁以下参照。

また、強姦罪（今般の刑法改正により強制性交等罪⁵）・強制わいせつ罪といった性犯罪に関して言えば、そもそも児童が被害者となりやすい犯罪類型と言える。平成 27 年度犯罪白書によれば、ここ 20 年間のデータを見る限り、強姦罪の被害者のうち 20 歳未満の者は一貫して 4 割程度を占めている。また、強制わいせつ罪の女子の被害者のうち、20 歳未満の者は時期によって増減はあるが 5 割から 6 割程度であり、男子の被害者のうち、20 歳未満の者は 8 割以上となっている⁶。

更に、強姦罪・強制わいせつ罪について、親族が被害者となる事例も年々増加している⁷。その中でも、子（実子及び養子）が被害者になる事例については、平成 26 年の検挙件数として、強姦罪が（全 1026 件中）39 件、強制わいせつ罪が（全 4149 件中）50 件となっている。

このように、児童虐待全体における性的虐待や、性犯罪全体における親などによる性犯罪については、割合として見る限りではそこまで大きいとは言えないものの、決して無視・軽視することができない実態がある。こうした性的虐待の増加傾向に鑑みれば、一定の法的規制が必要であるとの声が高まってくることも理解できよう⁸。そこで次に、今般の刑法改正以前には、性的虐待がどのような規定によって処

5 今般の刑法改正により、刑法 177 条が規定していた「強姦罪」は、本文中に示したように「強制性交等罪」に改められた。しかし、この講演で検討の対象としているのは、基本的には改正法施行前の統計データなどであるため、この講演では以下、改正法それ自体を扱う場合を除き、一律に「強姦罪」の表記を用いることにする。

6 平成 27 年度犯罪白書 6-2-1-13 図参照。

7 平成 27 年度犯罪白書 6-2-1-12 図参照。

8 早くからこうした点を指摘するものとして、林・前掲注 4）72 頁以下参照。

罰されていたのかについて、検討を加えることにする⁹。

3. 性的虐待はどのように処罰されていたのか

(1) 強姦罪・強制わいせつ罪による処罰

13歳未満の児童に対して性交等やわいせつな行為を行った場合には、その同意の有無を問わず、また、暴行・脅迫の有無を問わず、行為者に強姦罪（刑法177条後段）・強制わいせつ罪（刑法176条後段）が成立する。従来、本罪の趣旨としては専ら、①13歳未満の児童には性的自己決定の自由を処分する能力が類型的に否定されている点に言及されていた¹⁰。しかし、近時はこの点に加えて、②13歳未満の児童に対して性交等・わいせつな行為をすることは、（たとえ被害児童の同意があったとしても、）なおその健全育成を妨げる危険性が類型的に高いことにも言及がなされている¹¹。このように、本罪は、13歳未満の児童の有する性的自己決定の自由のみならず、かかる児童の性的な健全育成をも併せて保護する規定と解するべきである¹²。

しかし、平成27年度犯罪白書によれば、平成26年の強姦罪全体に占める13歳未満の被害者の割合は6.2%、強制わいせつ罪では（女子については¹³）13.5%となっており、児童の性犯罪において13歳未満

⁹ なお、児童虐待防止法には、例えばドイツ刑法171条及び同225条のような、児童虐待それ自体を処罰する規定は存在しない。

¹⁰ 西田典之『刑法各論〔第6版〕』（2012年）88頁。

¹¹ 例えば、西田典之ほか編『注釈刑法第2巻』（2016年）618頁（和田俊憲）。

¹² 深町晋也「児童に対する性犯罪について」『西田典之先生献呈論文集』（2017年）319頁。

¹³ これに対して、男子については、平成26年の被害者総数214名のうち、13歳

の被害者が大きな割合を占めているというわけではない¹⁴。統計上は、むしろ13歳以上の児童が性犯罪の被害者となる場合の方が多いのであり、当該年齢層について成立する性犯罪についての検討が必要となる。

こうした観点からまず問題となるのが、刑法176条前段・177条前段が規定する強姦罪・強制わいせつ罪である。本罪は必ずしも児童に対する性犯罪に限られた規定ではないが、児童に対する性犯罪を処罰する規定としての意義は大きい¹⁵。本罪は、暴行・脅迫を用いて性交等・わいせつな行為をした場合に成立するため、被害者に対する暴行・脅迫が存在しない場合には、本罪による処罰はできないことになる。

そこで、本罪における暴行・脅迫として、どのようなものが要求されているかが問題となる。本罪の暴行・脅迫は、強盗罪（刑法236条）における暴行・脅迫と同じく「最狭義の暴行」としてカテゴライズされることがあるが¹⁶、実体としては、両者は全く異なる。判例におい

未満の被害者が127名となっており、極めて高い割合を占めている（平成27年度犯罪白書6-2-1-13図エクセルデータ参照）。

¹⁴ 平成27年度犯罪白書6-2-1-13図参照。

¹⁵ 平成26年の強姦罪全体に占める13歳以上20歳未満の被害者の割合は34.3%、強制わいせつ罪では（女子については）35.7%となっている（平成27年度犯罪白書6-2-1-13図参照）。但し、このデータには18歳以上の者も含まれており、厳密に言えば、18歳未満の児童に対する性犯罪に限定されていない。また、強姦罪・強制わいせつ罪と、準強姦罪（刑法178条2項）・準強制わいせつ罪（刑法178条1項）とは統計においては区別されずに示されている。

¹⁶ 西田・前掲注10）39頁参照。暴行概念についてこうした類型化を行ったのは牧野英一であるが（牧野英一『改正刑法通義 全』〔1907年〕242頁以下）、牧野は、（その後の判例・学説とは異なり）強姦罪の暴行と強盗罪の暴行とを同義に解していたことに注意が必要である。

ては、強盗罪における暴行・脅迫は、「社会通念上一般に被害者の反抗を抑圧するに足る程度のものであるかどうかと云う客観的基準によって決せられる」¹⁷とされ、強度の暴行・脅迫が必要とされている。これに対して、強姦罪における暴行・脅迫は、「相手方の抗拒を著しく困難ならしめる程度」¹⁸とされ、その具体的な判断方法については、「その暴行または脅迫の行為は、単にそれのみを取上げて観察すれば右の程度には達しないと認められるようなものであっても、その相手方の年齢、性別、素行、経歴等やそれがなされた時間、場所の四囲の環境その他具体的事情の如何と相伴って、相手方の抗拒を不能にし又はこれを著しく困難ならしめるものであれば足りる」¹⁹との基準が示されている。要するに、強姦罪の暴行・脅迫は、それ自体として見ればさほどの強度を有さなくとも、他の具体的事情と相俟って、被害者の抗拒を著しく困難にしたと評価されれば足りる。例えば、13歳の被害者が問題となった事案で、手をつなぐ行為や被害者の足を開いた行為について、強姦罪の暴行を肯定した裁判例²⁰は、こうした判断方法を如実に反映したものと言えよう。

以上のような観点から見ると、家庭内といった他に逃げ場のない環境での児童に対する暴行・脅迫は、さしたる強度を有しない場合でも本罪の暴行・脅迫として認められることになる。また、仮にこうした暴行・脅迫が存在しない場合であっても、被害児童の驚愕・恐怖など、その抵抗できない状況（抗拒不能）に乗じた場合には、準強制わ

17 最判昭和24・2・8刑集3巻2号75頁。

18 最判昭和24・5・10刑集3巻6号711頁。

19 最判昭和33・6・6集刑126号171頁。

20 仙台高決平成16・10・29公刊物未登載（LEX/DB 28105220）。

いせつ罪・準強姦罪（刑法178条1項・2項）が成立しうる²¹。

しかし、児童に対する性的虐待が家庭内で行われるとき、「犯罪の温床」としての家庭の性質が極めて強く現れることになる。まず、①家庭内における親子の情愛関係や支配関係は、具体的な暴行・脅迫を伴わなくとも（あるいは具体的な抗拒不能状況に乗じなくとも）時として容易に性的な虐待関係に転化しうる。また、②一旦性的な虐待関係に転化したとしても、かかる関係は外部からは極めて可視化されにくく、性的虐待の実態は隠蔽されやすい²²。こうした実状に鑑みれば、暴行・脅迫要件、あるいは抗拒不能要件の立証が極めて困難であることは想像に難くない²³。

以上の検討からは、児童に対する性的虐待については、暴行・脅迫要件（刑法176条前段・177条後段）や、抗拒不能要件（刑法178条1項・2項）によらない処罰規定の必要性が明らかとなってくる。そこで次に、こうした処罰規定につき、刑法典以外に目を転じて検討することにする。

(2) 条例の淫行罪と児童福祉法の児童淫行罪

現在、青少年の健全育成や保護を謳う青少年保護育成条例において

21 嶋矢貴之「性犯罪における『暴行脅迫』について」法律時報88巻11号（2016年）71頁。

22 一方の親からなされる子どもへの性的虐待につき、他方の親が見て見ぬふりする、あるいは阻止できずにいる間に長期間が経過することも珍しくない（林・前掲注4）62頁以下の諸事例を参照。

23 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録9頁における、検察官である森悦子委員の発言は、こうした困難さを明確に指摘している。

は、一部の例外²⁴を除き、18歳未満の児童との淫行を禁じる、いわゆる「淫行処罰規定」が設けられている。こうした淫行処罰規定によって、親の子どもに対する性的虐待が処罰されることもある。例えば、妻の連れ子である A 女に対して長期間に涉って性的虐待を行っていた被告人が、妻に気兼ねすることなく A 女と性的関係をもつために、妻に内緒でアパートの1室を借り受けた上で、当時15歳であった A 女と性交を行った事案で、条例の淫行罪が肯定された裁判例が存在する²⁵。

しかし、加害者と被害児童とが親子関係にある場合には、通常は、こうした条例の淫行罪ではなく、むしろ、児童福祉法34条1項6号の「児童に淫行をさせる罪」(児童淫行罪)²⁶によって処罰されることが多い。しかし、判例においてこうした扱いがされるようになったのは、むしろ近年になってからのことである。そこで、以下では、児福法上の児童淫行罪について、ごく大雑把に概観することにした。

元々、児童淫行罪は、児童の虐待を防止するために児童を一定の業務に就かせる行為を禁じた児童虐待防止法(昭和8年制定)の趣旨を受け継ぎつつ、児童の健全育成を図るために児童福祉法に設けられた規定である。このような経緯から、本罪は、行為者が第三者を相手方として児童に売春をさせるような類型(三者関係型)のみを処罰する

24 大阪府、山口県、長野県などは、「淫行」を処罰する規定ではなく、威迫、欺罔、困惑などを利用した性交等を処罰する規定を設けている。

25 埼玉県青少年健全育成条例19条1項の成立を認めたものである。さいたま地判平成14・1・15公刊物未登載(LEX/DB 28075626)。

26 なお、本罪の法定刑は10年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその併科という、児童福祉法上の犯罪の中でも特に重いものとなっている。

ものと解されてきた²⁷。しかし、こうした限定的な解釈に対しては、かねてより特に実務家から激しい批判が向けられていた²⁸。

こうした状況の下、最高裁は、中学校の教師が教え子である女子生徒に対して、いわゆる電動バイブレーターの使用を勧め、自己の面前で自慰行為をさせたという事案において本罪の成立を肯定するに至り²⁹、また、近時、高校の常勤講師である被告人が教え子とホテルで性交したという事案において本罪の成立を肯定している³⁰。すなわち、判例においては、行為者が被害児童に対して自己と性交等をさせるといふ、二者間での性交等についても本罪の成立が認められている。

しかし、どのような二者間においても、本罪の成立が直ちに肯定されるわけではない。というのは、そのような帰結を認めると、条例の淫行罪との区別が出来なくなるからである。従来の判例・裁判例は基本的に、行為者が親、学校の教師など、被害児童の心身の健全な発展に重要な役割を果たす地位（いわば、「当該被害児童の健全な成長を見守る保護責任者的な立場」）にある場合に本罪の成立を認めているものと言える³¹。

27 東京高判昭和50・3・10家裁月報27巻12号76頁。西田典之「児童に淫行をさせる罪について」『宮澤浩一先生古稀祝賀論文集第3巻』（2000年）296頁。

28 小泉祐康「児童福祉法」平野龍一ほか編『注解特別刑法第7巻 風俗・軽犯罪編 [第2版]』（1988年）38頁以下。

29 最決平成10・11・2刑集52巻8号505頁。

30 最決平成28・6・21刑集70巻5号369頁。

31 こうした分析につき、深町・前掲注12）328頁参照。

(3) 児福法上の児童淫行罪の限界？

以上の議論からは、前述の通り、親がその子どもに対して淫行（性交及び性交類似行為³²⁾をさせる場合には、基本的に児福法上の児童淫行罪の成立を肯定することができる³³⁾。それにも拘らず、今般の刑法改正においては、18歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をする場合又は性交等をする場合を、それぞれ強制わいせつ罪又は強制性交等罪と同様に扱う規定が新設された（刑法179条1項・2項）。一体なぜ、このような規定が設けられたのであろうか。

本罪の導入に関する法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会の議論³⁴⁾を見る限りでは、児福法上の児童淫行罪が、「淫行」すなわち性交又は性交類似行為についてしか成立しないとといった処罰範囲の狭さについて問題とされたわけではない。すなわち、「わいせつな行為」一般につき、親子間で行われる性的虐待を処罰すべきといった、性的虐待罪としての当罰性が問題とされたわけではない。むしろ、被害児童の意思に反してなされる性交につき、児福法上の児童淫行罪による処罰に留まるのでは軽すぎるとの問題意識が前面に押し出されており、強姦罪・準強姦罪と同等の当罰性を認めるべきという観点から本罪の導入が論じられたのである。しかし、なぜ本罪はかかる当罰性を有するのであろうか。

³²⁾ 性交類似行為の範囲については、深町・前掲注12) 325頁以下参照。

³³⁾ 東京高判平成17・6・16 公刊物未登載（LEX/DB 28115396。父親と実の娘（13歳））、東京高判平成22・8・3 高刑集63巻2号1頁（養父と義理の娘（15歳））など。

³⁴⁾ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録6頁以下の議論を参照。

この点に答えるためには、監護者性交等・わいせつ罪が導入された経緯及びその内容について、一定の地位を利用してなされる児童に対する性犯罪に関する従来の立法動向と比較しつつ、検討を行う必要がある。そして、そのような検討を踏まえた上で、なぜ監護者性交等・わいせつ罪が（準）強制性交等・わいせつ罪と同等の当罰性を有するのか、果たしてそのような立法には合理性があるのかについて考察を行う。更に、監護者性交等・わいせつ罪を巡って今後生じることが予想される問題についても、多少の分析・検討を行うことにする。

4. 監護者性交等・わいせつ罪（刑法 179 条）の導入とその分析

(1) 従来の立法提案との差異と導入の経緯

親などの身分や雇用関係などに基づいて保護・監督する児童に対する性犯罪を、(旧) 強姦罪・準強姦罪とは別個に規定しようとする立法動向は、従来から存在したところである。例えば、1940 年の刑法改正仮案 394 条や^{35,36}、1974 年の刑法改正草案 301 条³⁷ は、こうした地位利用型の性犯罪³⁸ を規定していた。

³⁵ 改正刑法仮案 394 条

業務、雇傭其ノ他ノ關係ニ因リ自己ノ保護又ハ監督スル婦女ニ對シ偽計又ハ威力ヲ用ヒテ之ヲ姦淫シタル者ハ五年以下ノ懲役ニ處ス

³⁶ 但し、前注を見ればわかるように、厳密に言えば 18 歳未満といった保護年齢の限定があるわけではない。

³⁷ 改正刑法草案 301 条

身分、雇用、業務その他の関係に基づき自己が保護し又は監督する 18 歳未満の女子に対し、偽計又は威力を用いて、これを姦淫した者は、5 年以下の懲役に処する。

³⁸ 以下、本文中でこの二つの規定に言及する際に、「従来の地位利用型の性犯罪」

これに対して、今般の改正法で導入された監護者性交等・わいせつ罪は、被害者と一定の関係を持つ者のみが主体となる性犯罪という点で、前述した従来の地位利用型の性犯罪と共通するが、本罪の立法段階で特に想定されていた事案を分析する限り、必ずしも従来の地位利用型の性犯罪とは軌を一にしない。というのは、本罪の適用対象として想定されているのは、親子間の長年の虐待などで、当該児童が親に対して抵抗する意欲をおよそ喪失している（あるいは、親に迎合している）状況下で、その状況に乗じて、親が当該児童に対して性交等・わいせつ行為をする事例であり³⁹、いわば「家庭内での児童に対する性犯罪」に特化した規定と言えるからである。これに対して、従来の地位利用型の性犯罪は、雇用関係や業務関係など、家庭外の支配—被支配関係をも取り込んだ規定となっており、後で検討するように、ドイツ語圏など⁴⁰でも広く採用されている規定形式である。

このように、監護者性交等・わいせつ罪は、従来の地位利用型の性犯罪とは異なる性質を有している。そこで、以下では、従来の地位利用型の性犯罪と比較しつつ、本罪の内容・特質をより明確化してみよう。

と呼ぶことがある。

³⁹ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録9頁（森委員）。

⁴⁰ ドイツ、オーストリア、スイスといったドイツ語圏諸国の他、筆者の知る限りでは台湾（中華民国）刑法228条も同様の規定を有している（陳子平『刑法各論（上）2015年9月増修版』（2015年）285頁以下参照）。

(2) 監護者性交等・わいせつ罪の概観

①条文の確認

本条は、以下のように規定されている。

(監護者わいせつ及び監護者性交等)

刑法 179 条 18 歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じてわいせつな行為をした者は、第 176 条の例⁴¹による。

2 18 歳未満の者に対し、その者を現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて性交等をした者は、第 177 条の例⁴²による。

②本条の特徴

従来の地位利用型の性犯罪と比較して浮かび上がる本罪の特徴は、①本罪の行為主体が「現に監護する者」に限定されていること、②偽計・威力といった行為手段に代わり、「影響力があることに乗じて」という手段が要求されるに留まること、及び③法定刑が強制性交等罪（5 年以上の懲役）又は強制わいせつ罪（6 月以上 10 年以下の懲役）と同じものとして、極めて重く設定されていること、である。すなわち、本罪は行為主体を限定することによって、行為手段の限定性を緩め、

41 強制わいせつ罪と同様に扱われるということである。したがって、法定刑は 6 月以上 10 年以下の懲役である。また、致死傷罪（刑法 181 条 1 項）が適用される。

42 強制性交等罪と同様に扱われるということである。したがって、法定刑は 5 年以上の懲役である。また、致死傷罪（刑法 181 条 2 項）が適用される。

かつ法定刑を極めて重く規定しているものと理解することができる⁴³。

それでは、なぜ行為主体を限定することで本罪の行為手段を緩和し、かつ極めて重い法定刑を規定することができるのであろうか。この点を考察するためには、「現に監護する者」とは何かという点の分析が不可欠であるため、項を変えて検討することにする。

(3) 「現に監護する者」とは

「現に監護する者」とは、立法担当者の解説によれば、「法律上の監護権の有無を問わないが、現にその者の生活全般にわたって、衣食住などの経済的な観点のほか、生活上の指導監督などの精神的な観点も含めて、依存・被依存ないし保護・被保護の関係が認められ、かつ、その関係に継続性が認められることが必要」であるとされる⁴⁴。既に検討したように、従来の地位利用型の性犯罪と比べると、雇用・業務関係を除外し、親子関係と同視し得る程度⁴⁵の保護・被保護関係を要求している点が特徴的である。

こうした規定は、従来の地位利用型の性犯罪のみならず、ドイツ語

⁴³ 深町・前掲注12) 339頁。

⁴⁴ 加藤・前掲注1) 57頁以下。

⁴⁵ 法制審議会刑事法(性犯罪関係)部会第3回議事録3頁(中村幹事)。但し、加藤・前掲注1) 57頁や今井・前掲注1) 43頁ではこの点には言及されていない。こうした表現を回避することで、「現に監護する者」の成立範囲に柔軟さを残しておきたいという意図があるようにも受け取れるが、そのことによって本罪の成立範囲が(更に)不明確になる可能性もまた否定できないところである。

圏各国における児童に対する地位利用型の性犯罪規定と比較しても特徴的である。ドイツ語圏においては、絶対的保護年齢と相対的保護年齢とを区別し、絶対的保護年齢（我が国で言えば13歳未満）に属する児童に対する性犯罪については、暴行・脅迫といった行為手段の有無や同意の有無、地位利用の有無を問わずに一律に処罰される。これに対して、相対的保護年齢（我が国で言えば13歳以上18歳未満）に属する児童に対する性犯罪については、親子関係や教育上の関係といった地位利用型の性犯罪の他、児童の困窮状況を利用してなされる性犯罪などが処罰されるが、その法定刑は、絶対的保護年齢に属する児童になされる性犯罪や、暴行・脅迫を用いてなされる性犯罪などと比べて明らかに低く設定されている⁴⁶。

一例を挙げると、ドイツにおいては、絶対的保護年齢に属する（すなわち14歳未満の）児童との性的行為については6月以上10年以下の自由刑（ドイツ刑法176条1項）が、性的行為のうち性交又は性交類似行為については2年以上（15年以下）の自由刑（同176条a2項1号）がそれぞれ規定されている。これに対して、相対的保護年齢に属する（すなわち18歳未満の）児童に対して、親子関係や教育的関係にある者が行う性的行為については3月以上5年以下の自由刑（ドイツ刑法174条1項）が規定されるに留まる。

⁴⁶ なお、ドイツ刑法2016年改正により、被害者の明示又は黙示の拒絶意思に反して性的行為を行った場合には、6月以上5年以下の自由刑が科されることになったが（ドイツ刑法177条1項）、暴行・脅迫といった行為手段を伴わない場合には、なお法定刑を低く設定するという態度が貫徹されていると見ることができる（深町晋也「ドイツにおける2016年性刑法改正について」法律時報89巻9号（2017年）97頁以下参照）。

こうした立法例と比較すると直ちに思い浮かぶ疑問は、監護者性交等・わいせつ罪の行為主体が親子関係又はそれと同視し得る関係を有する者に限定されたとして、なぜ強制性交等・わいせつ罪と同等の不法性あるいは悪質性が肯定されるのか、である。というのは、従来の地位利用型の性犯罪やドイツ語圏などの立法例においても、親子関係又はそれと同視し得る関係に基づく性的行為という、最も悪質性の高い事例について想定をした上でその法定刑（特にその上限）が設定されているからである。親子関係又はそれと同視し得る関係に限定したというだけでは、強制性交等・わいせつ罪と同等の不法性を有する性犯罪としての類型化が十分になされていると言えるのかはなお疑問である⁴⁷。

(4) 監護者性交等・わいせつ罪の重罰化根拠

それでは、親子関係又はそれと同視し得る関係に限定することにより、いかなる意味で本罪が強制性交等・わいせつ罪と同等の不法性・悪質性を有するのか、その実質的な根拠が問題となる。こうした根拠づけを巡っては、大きく分けて、①当該関係が、被害児童の意思自由又は性的自由（性的自己決定）を典型的に害することを理由とするアプローチと、②当該関係を有する者に課せられた特別な保護責任を理由とするアプローチがある⁴⁸。

⁴⁷ こうした観点から、深町・前掲注12) 341頁では、「本罪はむしろ近親相姦罪に接近しているとすら言える」と評している。本罪が近親相姦罪とは別の意味で「家庭内の性犯罪」を規律するものである以上、それにふさわしい実質を明確化すべきというのがその批判の趣旨である。

⁴⁸ なお、両者のアプローチは必ずしも相互排他的なものではない。むしろ、両者

①のアプローチは、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会において、法務省の担当者によって言及されていた⁴⁹ものであり、その後の立法解説でより明示的に述べられている⁵⁰。すなわち、「現に監護する者であることによる影響力」とは、「被監護者が性的行為などに関する意思決定を行う前提となる人格、倫理観、価値観等の形成過程を含め、一般的かつ継続的に被監護者の意思決定に作用を及ぼし得る力」が含まれるとして、被害児童の意思決定に対する作用（の可能性）が問題とされている。

しかし、こうしたアプローチが、あくまでも被害児童の個々の性的自己決定（個々の性的行為に関する意思決定）に対する影響・作用を問題とする⁵¹以上、こうした影響・作用につき、「一般的・継続的」な力が必要とされる理由は存在しないように思われる。強制性交等・わいせつ罪がまさに、暴行・脅迫という「当該」性的自己決定を歪める力を問題にしていることと平行に考えれば、雇用関係や教育関係においても、ある一定の局面においては、被害児童の「当該」性的自己決定に対する影響が極めて強い場合は容易に想定しうる。したがって、このような個々の性的自己決定に焦点を合わせるだけでは、本罪の主体を親子関係又はそれと同視しうる関係を有する者に限定する理

を一定程度併用するという見解も十分にありうる（樋口・前掲注1）115頁も参照）。

49 例えば、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録2頁（中村幹事）。

50 加藤・前掲注1）57頁以下。

51 このアプローチは、本罪の保護法益を専ら被害児童の性的自己決定権に限定する見解（法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第3回議事録18頁（佐伯委員）参照）と親和的と言える。

由は必ずしも存在しない⁵²。それにもかかわらず、このアプローチが敢えて「一般的・継続的」な力を問題とし、被害児童の「人格、倫理観、価値観等の形成過程」までも視野に入れて、その影響力を論じるのは、単に被害児童の当該性的自己決定を超えた観点、すなわち、当該児童の健全な性的な発達それ自体をも考慮しているからに他ならないように思われる。

こうした観点を直截に考慮することが可能なのが、②のアプローチである。そもそも、こうしたアプローチの萌芽は既に、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会においても示されていた⁵³ところであるが、②のアプローチによれば、監護者とは、被害児童の個々の性的自己決定が自由になされるように保護すべき立場にあるのみならず、むしろ、被害児童の健全な性的発達が阻害されないように一般的・継続的に保護すべき立場にある者と言える。

こうした理解は、本罪の保護法益との関係でも十分に説得的なものであるように思われる。ここで想起してほしいのは、既に論じたように、刑法 176 条後段・177 条後段の保護法益は、（絶対的保護年齢に属

⁵² だからこそ、法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会においても複数の委員から、本罪の行為主体について、親子関係に限定する合理的理由はなく、教育関係にも広げるべきであるとの指摘がなされていたのである（法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 3 回議事録 12 頁以下の角田、木村、小西各委員の発言を参照）。

⁵³ 法制審議会刑事法（性犯罪関係）部会第 3 回議事録 23 頁（橋爪幹事）。監護者を「本来は被害者を保護すべき者」とした上で、こうした保護責任を有する者が「その地位、権限を濫用して被害者の意思決定に介入し、性交等を行わせる点に強い不法性を認める」と述べており、①のアプローチと②のアプローチを併用するものと言える。

する) 13歳未満の児童の性的自己決定の自由のみならず、児童の性的な健全育成をも併せて保護する規定と解される⁵⁴ということである。そして、本罪もまた、一般的に見てなお精神的に未熟である⁵⁵ 18歳未満の児童を保護する規定であることに鑑みれば、単に児童の性的自己決定の自由のみならず、その性的な健全育成を保護する規定と解すべきであろう。このような保護法益の理解からすれば、児童の性的な健全育成という本罪の法益を特に保護すべき責任を負っているのが、本罪における監護者であることになる。

以上の理解からすると、児童福祉法上の児童淫行罪と本罪とは、実は連続的な関係にある。既に、児童福祉法上の児童淫行罪の主体⁵⁶は、親や学校の教師など、被害児童の心身の健全な発展に重要な役割を果たす地位を有する者である旨を論じた。学校の教師のように、児童の心身の健全な成長に対して全面的・継続的に保護を委ねられていない者であってもなお、その役割の重要さに鑑みれば、一定の保護的な立場にあると解することができ、したがって、児童淫行罪の行為主体たりうる。

そうした重要な役割を果たす者の中でも、特に被害児童の健全な性的発展に対して包括的かつ継続的に保護を行うべき地位を有する者こそが、本罪における監護者である。したがって、本罪は、児童淫行罪

54 13歳未満の者に対して、その意思に反する性交を強要することが、「被害者の健全な成長に多大な影響を及ぼす」点においても被告人に不利な情状として考慮しうる点につき、渡辺裕也「新判例解説(平成28年5月26日福岡高裁判決)」研修829号(2017年)27頁参照。

55 加藤・前掲注1)57頁。

56 但し、ここでの主体はあくまでも二者関係型における主体である。

と比べて更に加重された保護責任を有する者としての監護者のみを行為主体とする犯罪と考えることができる⁵⁷。

以上の見解からすると、監護者性交等罪は、児童淫行罪よりも更に保護責任が加重されているからこそ、児童淫行罪よりも法定刑が重く規定されていることになる。また、監護者わいせつ罪は、児童淫行罪における「淫行」⁵⁸に包摂されないわいせつ行為についても、監護者という重大な保護責任が課される者によるものとして、強制わいせつ罪と同様に処罰するものとした規定と言える。

5. 監護者性交等・わいせつ罪の成立の限界

以上で、監護者性交等・わいせつ罪の大まかな分析は終了したが、以下では、本罪の成立の限界が問題となるいくつかの局面について、多少の検討を加えることにしたい。

(1) 児童が睡眠中である場合

立法解説においては、準強制性交等・わいせつ罪が成立する場合に

-
- ⁵⁷ 多少細かい議論になるが、本文のような理解からは、児童福祉法上の児童淫行罪と本罪との関係については、前者が児童の健全育成を、後者が児童の性的自己決定を保護するといった形で明確に切り分けた上で、両罪が観念的競合の関係に立つ（加藤・前掲注1）58頁）と解することはできない。むしろ、両罪の保護法益には重なり合いがあることを正面から認めた上で、本罪が成立する場合には、児童淫行罪は別個に成立することはないと解するべきであろう（深町・前掲注12）343頁。吸収関係にあると明示するものとして、樋口・前掲注1）118頁参照）。
- ⁵⁸ 児童淫行罪における「淫行」が性交又は性交類似行為に限定されることについては、前号の説明も参照。

は、重ねて監護者性交等・わいせつ罪が成立することはない（いわゆる補充関係に立つ）との見解が主張されている⁵⁹。しかし、このように考えると、被害児童が睡眠中に性交等やわいせつな行為を行った場合には、常に準強制性交等・わいせつ罪のみが成立すると解されることになる。このような解釈を採用する場合には、被害者が睡眠中であったか否かの立証が極めて重要となり、「家庭内の性犯罪」という外部から極めて可視化されにくい犯罪について処罰範囲を拡張するために新たに規定した本罪の趣旨が損なわれるおそれもある。

こうした観点からすれば、監護者による保護の影響下にあるからこそ、被害児童が監護者の手の届く場所で睡眠しているとして、なお「現に監護する者であることによる影響力があることに乗じて」性交等・わいせつな行為を行ったと解する余地は十分にあるように思われる⁶⁰。これに対して、被害児童が家出をして一人暮らしをしているところに、監護者たる親が偶然に当該児童の姿を見かけて後をつけ、夜間に室内に忍び込んで被害児童の睡眠中に性交等・わいせつな行為を行うような場合には、もはや監護者であることによる「影響力があることに乗じて」とは言えず、専ら準強制性交等・わいせつ罪が成立することになる。

(2) 行為者と児童との間に愛情関係がある場合

特に問題となるのは、児童が監護者に対して愛情を有し、積極的に性交等・わいせつな行為を行う場合である。児童の側が暴行・脅迫に

⁵⁹ 加藤・前掲注1) 58頁。

⁶⁰ 樋口・前掲注1) 116頁以下も参照。

よって監護者に性交等・わいせつな行為を強いる場合には、もはや監護者に本罪は成立しない⁶¹ と言えとしても、それ以外の様々な事例が容易に想定される場所である。

この問題を一律に解決することは極めて困難であるが、監護者の保護責任を強調する立場を徹底すると、原則として監護者には、児童が監護者に対して有する愛情を性的関係に転化させないように配慮する義務があることになろう。すなわち、監護者には、児童が監護者自身を性的パートナーに選択しないように保護する責任があるのであり、かかる保護責任に反して性交等・わいせつな行為を行った場合には、原則として本罪成立が肯定されるとの帰結が導かれることになる。但し、こうした保護責任の限界をどのように設定すべきかは、なお慎重な検討が必要であろう。

(3) 監護者が児童に自己以外の第三者と性交等・わいせつな行為をさせた場合

従来、親などの監護者が被監護者たる児童に対して、第三者と性交などをさせる事例は、児童福祉法 34 条 1 項 6 号の児童淫行罪によって処罰されてきたところである⁶²。これに対して、新たに監護者性交等・わいせつ罪が規定されたことに伴い、こうした事例についても監

⁶¹ 加藤・前掲注 1) 58 頁。

⁶² 東京高判昭和 28・7・6 高裁刑事判特 39 号 3 頁、福岡家小倉支判昭和 35・3・18 家裁月報 12 卷 7 号 147 頁（但し、被告人は被害児童の父親ではなく、性交の相手方たる第三者である）など参照。また、児童買春・児童ポルノ禁止法の制定・施行後は、併せて児童買春周旋罪の成立も問題となる（神戸地判平成 26・7・30 公刊物未登載 LEX/DB25504574）。

護者性交等・わいせつ罪が成立するかが問題となる⁶³。

まず、刑法 179 条の文言は、強制性交等・わいせつ罪を規定する 177 条と同様に「性交等をした者」「わいせつな行為をした者」となっているため、監護者が性交等・わいせつ行為の直接の相手方とはならなくとも、少なくとも正犯的な関与（間接正犯・共同正犯）をしている場合⁶⁴には、条文上、なお捕捉されるようにも思われる。しかし、このように解する場合には、監護者が第三者に対して自己の子との性交等・わいせつ行為を斡旋し、対価を受け取るといった典型的な周旋事例は共同正犯的類型に該当するため、監護者は原則として常に監護者性交等・わいせつ罪として処罰されることになる。このような帰結が、家庭内の性的虐待を強く禁圧しようとして制定された刑法 179 条の立法趣旨と合致するのかが問題となる。

まず、監護者という立場が被害児童の意思自由又は性的自由（性的自己決定）を典型的に害することを理由とする第 1 のアプローチから考えてみよう。この場合には、被害者の性的自己決定を保護する強制性交等・わいせつ罪（刑法 177・176 条）において、行為者が直接の性交等・わいせつ行為の相手方とならなくとも、正犯的に関与すればなおお罰的であることと同様の理解に至ることになる。すなわち、監護者であることによって典型的に被害児童の性的自己決定が歪められている（逆らえない状況が作りだされている）のであって、監護者によって被害児童が性的事象に巻き込まれた以上、性交等・わいせつ行為の相手方が監護者自身であろうが第三者であろうが、被害児童の性

⁶³ この問題を提起したのは、樋口・前掲注 1）116 頁注 36）である。

⁶⁴ 強制性交等・わいせつ罪につき、橋爪・前掲注 1）6 頁参照。

的自己決定という観点からは差異がない。したがって、前述のような典型的な周旋事例についても、共同正犯として構成できる限り、問題なく刑法 179 条が成立することになる。

これに対して、第 2 のアプローチによる場合には、なお慎重な検討が必要となる。児童の性的な健全育成を保護する児童福祉法における児童淫行罪（同 34 条 1 項 6 号）に関しては、監護者が被害児童に売春を行わせた事例において、「その監護者として当然に心身ともに未成熟なかかる児童を保護しこれを心身ともに健やかに育成すべき地位にあった」ことを強調して同罪の成立を認めた裁判例⁶⁵があり、監護者性交等・わいせつ罪においても同様に解する立場も十分に考えられる。

しかし、児童淫行罪とは異なり、監護者性交等・わいせつ罪においては、既に述べたように、児童が監護者自身を性的パートナーに選択しないように保護する責任が監護者には課せられており、かかる責任に反して監護者が当該児童に性交等・わいせつな行為をしたからこそ、監護者性交等・わいせつ罪という重い犯罪が成立するのだと考えることもまた、十分に可能であろう。すなわち、児童淫行罪に比して、監護者性交等・わいせつ罪における保護責任は加重されたものと解すべきであるが、それは親などの立場にあるという点で主体が限定されているのみならず、保護責任の内容もまた限定されているのである。親子関係が性的な関係に転化することこそが、子の性的な健全育成に対して最も重大な影響を与えることに鑑みれば、こうした解釈にも十分に理由があると思われる。

⁶⁵ 前掲注 62) 東京高判昭和 28・7・6。

6. 終わりに

児童に対する性犯罪は、従来の法体系においても極めて複雑な構造を有していたが、新たに監護者性交等・わいせつ罪が導入されたことで、その複雑さは一層増したものと思われる。こうした複雑な構造を可能な限り合理的に解釈し、可視的な分かり易い議論の対象とすることが、本報告の意図である。この点が多少なりとも達成できたとすれば、大変に有難いことである。

監護者性交等・わいせつ罪は、「犯罪の温床」としての家庭における児童に対する性的虐待を処罰する規定であるが、それゆえに、家庭における様々な人間関係をどのように法的に規律すべきかを巡って、極めて困難な問いを提供するものとも言える。本罪を巡る議論は、今後ますます重要になるとと思われる。ご清聴誠にありがとうございました。

児童ポルノ規制について

筑波大学ビジネスサイエンス系准教授 渡邊卓也

1. 問題の所在

近年、インターネット上での児童ポルノ画像の氾濫が問題となり、性的搾取・虐待から児童の権利を擁護することが必要との認識が、世界的に広がっている。欧米諸国を中心とした諸外国が児童ポルノ規制に乗り出す中で、我が国においても、1999年に、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（以下、「児童ポルノ法」という）が制定された。もっとも、「児童の権利を擁護する」べきとの主張は、抗しがたい圧力を伴って喧伝されがちであることから、その中身が十分に精査された上での立法であったかは、些か疑わしいようにも思われる。



児童ポルノ法は、2004年と2014年の2度の改正により、厳罰化されるとともに、新たな行為態様を加えられ、規制範囲が拡大されてきた¹。このうち、2004年改正による製造に関する規制の導入は、後で述べる児童ポルノ規制の根拠に鑑みれば、妥当であったと思われる。他方で、2014年改正による新たな「所持」罪および新たな「製造」罪の導入が、児童ポルノ規制の根拠との関係で如何なる意義があるのかについては、刑法学者の間においてすら、共通理解があるとはいえないように思われる。

また、2004年改正により、インターネット上でやり取りされる情報、

すなわち、「電磁的記録」としての児童ポルノ画像の規制も導入された。同じく技術の発展に伴うポルノ表現の多様化への対応という意味では、例えば、コンピュータ・グラフィックス（いわゆる「CG」）技術を用いて制作された架空の「児童」の裸の画像の規制（以下、「創作物規制」という）の是非が議論されている。そこでは、被写体とされた児童が実在していないにもかかわらず、これを規制する根拠が問われる。さらに、最近では、児童自らが裸の写真を撮影して児童ポルノ画像を製造し、それをネット上で拡散する行為（いわゆる「自画撮り」）を如何に規制すべきかが議論されている。そこでは、児童ポルノ法の保護対象であるはずの児童を処罰することの是非が問われる。

そこで以下では、まず、児童ポルノ規制の構造を確認した上で規制の根拠を検討し、各々の規制に、児童ポルノ規制の根拠との関係で如何なる意義があるのかを明らかにする。次に、そこでの議論を踏まえつつ、新たな所持罪および新たな製造罪の導入の是非について、各々の犯罪成立要件の意義を中心に検討する。最後に、創作物規制の是非及び自画撮り規制のあり方について、あるべき議論の方向性を示したい。

2. 児童ポルノ規制の構造と根拠

(1) 規制の構造

刑法典上のわいせつ表現の規制を含めて、ポルノ表現については、当該表現が化体された客体に着目して規制が行われている。例えば、わいせつ写真の撮影による製造から所持を経て拡散に至る各段階で、規制を論じ得る。わいせつ物頒布等罪（刑法 175 条）は、このうち拡散に関する規制のみを規定しているが、児童ポルノ法違反の罪は、製

造に関する規制と拡散に関する規制とを併置している。

すなわち、わいせつ物頒布等罪においては、わいせつ物を「頒布」した場合（刑法 175 条 1 項前段）に加えて、「有償で頒布する目的」で「所持」した場合（同条 2 項前段）が処罰されるが、情報の拡散をもたらす行為を目的としている点で、後者も、拡散に関する規制に位置付け得る。この点は、児童ポルノ法違反の罪において、児童ポルノを「提供」した場合（児童ポルノ法 7 条 2 項、6 項）に加えて、提供等の「目的」で（以下、「目的要件」という）「製造」や「所持」した場合（同条 3 項、7 項）が処罰されるのと同様である。その限度で、わいせつ物頒布等罪と児童ポルノ法違反の罪とは構造が類似しているが、その規制根拠は、必ずしも同じではない。

他方で、児童ポルノ法違反の罪においては、目的要件なしに児童ポルノを「製造」した場合も処罰される。「児童ポルノ」とは、児童との性交等に係る「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」をいうが（2 条 3 項）、2004 年改正により、このような「姿態をとらせ」て（以下、「姿態要件」という）、「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」した場合（7 条 4 項）が処罰されることとなった。拡散に関する規制とは区別する意味で、これを製造に関する規制に位置付けることができるが、その独自の規制根拠を明らかにする必要がある。

さらに、これとは異なる「目的」を伴う「所持」（同条 1 項）や、「ひそかに」なる特殊な要件を伴う「製造」（7 条 5 項）も、処罰されることとなった。すなわち、2014 年改正により、児童ポルノの「所持」一般が禁じられるとともに（3 条の 2）、「自己の性的好奇心を満たす目

的」があり「自己の意思に基づいて」児童ポルノの「所持」に至った場合について、新たに処罰されることとなった。また、「ひそかに」、上述の「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」した場合についても、新たに処罰されることとなった。これらの罪についても、他の規制との関係における位置付けや規制根拠を、明らかにする必要がある。

(2) 規制の根拠

わいせつ物頒布等罪の規制根拠については、一般に、健全な性風俗ないし性秩序の維持といった社会法益の保護が挙げられる。しかし、同じくポルノ表現を規制しており、その規制構造において類似している部分があるとはいえ、児童ポルノ法違反の罪については、わいせつ物頒布等罪とは異なる規制根拠が論じられている。この点、児童ポルノ法は、「性的搾取及び性的虐待」から「児童の権利を擁護すること」を目的に掲げているところ（1条）、ここでいう「児童の権利を擁護する」とは何を意味し、それを如何にして行っていくべきかは、必ずしも明らかではない²。

ところで、児童ポルノ法の目的規定は、まずもって「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」を問題としている。それゆえ、例えば、青少年条例における有害図書規制のように、有害な情報を受領することによる影響から「児童の権利を擁護する」のではなく、より侵害性が強いと思われる直接的な性的搾取・虐待から「児童の権利を擁護する」ことが問題にされていると考えられる。このような理解からは、児童ポルノの製造段階における性的搾取・虐

待からの、**㉑被写体とされた個々具体的な児童の保護**を問題とすべき
と考えるのが自然である。

問題は、そこでの性的搾取・虐待の内実だが、判断能力が未熟な児童であるがゆえに、本来であれば望まないはずの性的行為の対象とされてしまうという意味で、これを性的自己決定権の観点から基礎付けることが可能であろう。この点、児童が「心身ともに健全に発達する権利」を問題とする見解もある³。確かに、それが「あるべき健全性を想定している」とすれば、「自己の性的側面での生き方」への介入になりかねないが⁴、当該権利を含めて、性的自己決定権の範疇といえるように思われる。このように、性的自己決定権が問題となるという意味で、児童ポルノ法違反の罪における被害の実体は、強制わいせつ罪（刑法 176 条）に近いともいえよう。

次に、これと同様の前提から、当該児童ポルノの「製造」とは直接関係のない、拡散された児童ポルノの影響によって誘発される性的搾取・虐待からの、抽象的な児童一般の保護を問題とすることも考えられる。すなわち、児童ポルノの受領者への心理的働きかけを通じた、児童一般に対する性的搾取・虐待という実害惹起の危険を問題にするのである。この見解は、「児童の権利」という個人法益を問題とする点では**㉑説**と変わらないが、既に被写体とされた児童ではなく、**㉒将来被写体となり得る児童一般の保護**を問題としており、その意味で、児童ポルノ規制は、その拡散によって惹き起こされる実害との関係で、処罰を早期化した規制と把握されるところに特徴がある。

なお、ここでは、拡散された児童ポルノの模倣による危険が問題とされているといえるが、これと異なる意味で児童ポルノの拡散の問題性を論じることも可能である。すなわち、児童ポルノの流通が頻繁に

なることで、いわば「児童ポルノ市場」が形成されることになるところ、これを阻止するためには、児童ポルノの拡散や、ひいては、その存在自体が否定されるべきというのである。もっとも、市場の形成が如何なる害悪をもたらすのかが明らかでなければ、規制を正当化できない。そこで、このような市場の形成が将来の性的搾取・虐待を誘発する点に問題があるとすれば、結局は、模倣による危険と同様の観点の問題とされているといえよう。

これらの、個人法益を問題とする見解に対して、「児童の刑法的保護をできるだけ広く考えたい」という見地から、法益の抽象化によって処罰の早期化を進める見解もある。すなわち、「児童一般の、性的に健全に成長する権利」を保護するために、その前提として、**㉔健全成長のために良好な社会環境の維持**を問題とし、最終的な保護対象は児童であるとしても、第一次的に阻止されるべきは、児童ポルノの受領者が児童に対する性欲を喚起・強化され、そのような風潮が社会に蔓延することと考えるのである。この見解は、児童ポルノと最終的な保護対象である児童一般との関係を直接には問題としない点で、児童ポルノ法の目的を社会法益保護に純化させているといえる。

これらの見解のうち、学説においては、**㉔説**が有力である。その他の見解は、いずれも、処罰の早期化の文脈でしか規制根拠を説明できないという問題がある。とりわけ**㉔説**は、社会法益を問題とすることで児童の搾取・虐待の危険が具体的に問われる必要がなくなり、処罰が無限定に拡大される恐れがあるばかりか、社会にとって「望ましい」性的価値観を持つ状態の維持が目的となりかねず、わいせつ物頒布等罪と同様に、道徳の保護ないし内心への介入といった批判を免れないであろう。そもそも、児童ポルノの製造によって直接的に被害を受け

る具体的な児童を等閑にして、間接的影響からの児童一般の保護を問題とするのは、不合理であろう。

もっとも、立案担当者の解説においては、④説の観点に加えて、児童ポルノが「児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長する」とともに「児童一般の心身の成長に重大な影響を与える」ことが規制根拠に含められており、これに同調する見解も少なくない。しかし、このように複数の規制根拠を併用することは、児童ポルノ法の規制根拠を曖昧にする点で、妥当とは思われない。それゆえ、できる限り単一の規制根拠による説明が目指されるべきである。もっとも、拡散に関する規制を中心としつつ製造に関する規制をも取り入れている児童ポルノ法の複合的な規制構造からすれば、各々の規制方法に応じて規制根拠を併用することも、やむを得ないのかも知れない。ただし、その場合は、規制根拠と規制方法との対応関係を明確にすべきである。

(3) 規制根拠と規制構造との関係

まず、④説からすれば、児童ポルノの規制は、専ら、児童ポルノの製造段階における性的搾取・虐待の事実に着目して理解される。それゆえ、まずもって、製造に関する規制こそが導入されるべきこととなる。さらにいえば、「製造」自体は本質ではなく、むしろ、そのために児童に性的な「姿態をとらせ」たことの方が重要である。いわば「姿態をとらせ」る目的として児童ポルノの「製造」が規定されたに過ぎず、姿態要件によって、児童の性的搾取・虐待を児童ポルノの「製造」の場面に限定して処罰する趣旨が明らかにされているといえよう。それゆえ、例えば、何者かによって「製造」された児童ポルノを複製する行為は、「製造」概念自体には当て嵌まるとしても、「直ちに児童の

心身に有害な影響を与えるものではない」から⁵、規制対象から除かれることになる。

他方で、拡散に関する規制については説明が困難である。もっとも、この点は、製造段階における「性的搾取・虐待の半永久的な記録」として当該児童ポルノを捉えることで、説明可能である。すなわち、当該記録は、児童にとって最も秘匿されるべきプライバシーであるところ、それが他人の目に晒されるのは、精神的に苦痛なはずである。その意味で、当該記録の拡散段階において、新たな精神的虐待という意味での侵害（の危険）を問題にし得る。児童ポルノの拡散について、「誰との関係で自己の性を性欲の対象物と描写するかということに対する被写体の性的自己決定権を侵害する」とする見解も⁶、このような文脈で理解可能である。

いずれにしても、②説からは、同じく拡散に関する規制とはいっても、児童ポルノ法違反の罪とわいせつ物頒布等罪とは、別の観点からの規制ということになる。もっとも、拡散に関する規制においては、直接に性的搾取・虐待が行われる製造段階と比べれば程度が低いと評価されるであろう法益侵害（の危険）が問題とされる以上、製造に関する規制と同等の処罰が予定されている理由が求められるように思われる。その意味で、新たな精神的虐待とは、少なくとも、製造段階の搾取・虐待に由来する必要があるだろう。すなわち、そこでの苦痛とは、単に自己の性が「性欲の対象物と描写」されただけではなく、直接的な性的搾取・虐待の記録の拡散による苦痛でなければならない。例えば、盗撮画像の拡散による、羞恥心や不快感のみでは足りないと解す余地がある。

次に、④説ないし③説からすれば、児童ポルノの影響によって誘発

される性的搾取・虐待が問題とされる以上、その規制根拠は、児童ポルノの拡散との関係で論じざるを得ない。それゆえ、およそ児童ポルノ規制は、児童ポルノの拡散段階における危険に着目して理解されることとなる。その場合、拡散に関する規制の説明は、①説と比べれば容易だが、製造に関する規制についても、拡散に関する規制の延長線上で説明せざるを得ない。すなわち、両者は同質の規制であり、後者は前者の処罰を早期化したに過ぎないこととなる。

以上のように、児童ポルノの規制根拠を如何に解するかは、児童ポルノ法の規制構造の意義を如何に解すべきかに影響し得る。すなわち、拡散に関する規制については、②説ないし③説によると説明が容易だが、①説による説明も不可能ではない。これに対して、製造に関する規制については、①説による説明が容易である一方で、②説ないし③説による説明は困難といわざるを得ない。それゆえ、両者を併置する児童ポルノ法違反の罪については、①説による説明が最も妥当と考える。

いずれにしても、拡散に関する規制について、情報が社会に拡がることにより、何らかの法益が危険に晒されることを問題にしている点では、どの見解からの説明も一致している。すなわち、①説からは、被写体とされた具体的な児童に対する新たな精神的搾取・虐待の危険が問題とされ、②説からは、被写体となり得る児童一般に対する将来の性的搾取・虐待の危険が問題とされ、そして、③説からは、良好な社会環境の侵害の危険が問題とされることとなる。各々、問題とすべき法益の内実や危険の程度に違いはあるとしても、いずれの見解も、情報の拡散段階における法益侵害の危険の発生を捉えて、拡散に関する規制を正当化しようとしていることに変わりはない。

それゆえ、拡散に関する規制を論ずる場合、規制根拠についての争いは一先ず置き、情報の拡散自体に着目して、その可能性を論ずることが許されよう。この点、既に述べたように、児童ポルノ法違反の罪においては、児童ポルノを「提供」した場合に加えて、提供等の「目的」で「製造」や「所持」した場合が処罰されるが、「製造」や「所持」自体は直ちに情報の拡散をもたらさないから、これらは、直接的に情報の拡散をもたらす「提供」等と比べて、処罰を早期化した規定といえる。そして、その処罰を正当化し、「提供」等と同等の法定刑を正当化するのが、目的要件である。

ところで、上述のように、児童ポルノの製造や所持一般は、従来は規制対象ではなかったが、2014年改正により、「所持」が禁じられるとともに、特別な要件を充たす場合には処罰されることとなった。また、製造一般は規制されないものの、特別な要件を充たす場合には処罰されることとなった。そこで次に、製造や所持一般の規制根拠と、新たな処罰規定における特別な要件の意義について検討する⁷。

3. 新たな規制

(1) 存在に関する規制？

目的要件や姿態要件を付さない製造一般の規制を含めて、製造に関する規制の議論においては、児童ポルノの「記録化」ないし「固定化」自体の害悪が語られることも多いところ、製造に至る過程ではなく、製造「された」結果である児童ポルノ自体に着目している点で、児童ポルノの存在自体の害悪が問題とされているともいえる。また、所持規制の議論においても、同様に、児童ポルノの存在自体の害悪が語られることもある。すなわち、ここでは、これまで述べてきた拡散に関

する規制や製造に関する規制とは異なり、いわば「存在に関する規制」の是非が問われている。しかし、児童ポルノの存在が如何なる意味で害悪をもたらすのかは、必ずしも明らかではない⁸。

この点、「性的欲望の対象としての地位を引き受ける」能力が不十分な児童について、欲望の対象として「事物化された児童の性」を「消費する行為」を問題とする見解は⁹、「所持」も含めて、児童の性が事物化「された」結果である児童ポルノに関わる全ての行為は、およそ性を「消費する行為」として規制可能とする。そして、所持とは、「同意なく他者との関係で自己の性が事物化され、消費されるという性的自己決定権侵害状態を維持する行為」とする。しかし、ここでいう性を「消費する行為」に如何なる意味で侵害性が認められるのかは、なお明らかではない。

例えば、所持による被写体児童の人格権・人間の尊厳の侵害を問題とする見解もあるが¹⁰、具体的な内容は不明である。記録が誰かに見られてしまう（可能性がある）ことに対する不快感・精神的苦痛が問題とすれば、それは、後述の拡散可能性の問題に解消される。所持者自身が記録を繰り返し見る可能性も、拡散可能性と同質の害悪である。他方で、これとは区別された、記録の存在自体に対する不快感が問題とすれば、それは、被害に遭ったことが自分の記憶以外の何処かに記録されていることに対する不快感に帰着する。しかし、例えば、記録製造者に記憶（脳内に記録）されていることすらも、同様の不快感を与えるともいえるから、それは、記録の存在自体とは直接の関係がない害悪ともいえる。そもそも、同様の害悪は、全ての犯罪被害について想定することができるから、児童ポルノ法違反の罪についてのみ採り上げる必要はないであろう。

また、「製造」について、「流通の危険性を創出する点でも非難に値する」とされ¹¹、「所持」についても、インターネットを通じた「意図しない流出」の危険が語られるなど¹²、その規制にあたって、児童ポルノの拡散可能性が語られることも多いところ、「存在に関する規制」を拡散に関する規制の延長線上に位置付け、危険犯処罰の早期化と理解することも可能である。確かに、何らかの意味での「流通の危険性」は、児童ポルノの存在に基づいて常に認められるから、製造や所持一般について犯罪化することも（いわゆる「単純製造罪」及び「単純所持罪」の導入）、立法政策としてあり得ないとはいえない。しかし、それは、危険犯処罰の過度の早期化となるおそれがある。それゆえ、インターネットの特性を考慮したとしても、何らの限定もなく是認すべきではない。

このような事情から、これらの罪の立法が控えられてきたと考えられる。2014年改正によって、「所持」一般が禁止されたものの、その犯罪化が控えられたことも、このような文脈で理解可能である。なお、製造の侵害性は「児童一般、及び成人が児童ポルノに触れる可能性を高める点に存する」ところ、これに姿態要件によって侵害性が「付加」され当罰性が充足されるとする見解もある¹³。しかし、そもそも不可罰である製造一般の侵害性を重視する解釈には疑問がある。それゆえ、ここで処罰を基礎づけているのは、「流通の危険性」ではなく、専ら姿態要件、すなわち、「性的搾取」行為としての「姿態をとらせ」る行為と考える。

このように、少なくとも現行法は、児童ポルノの製造や所持一般について、何らかの意味での「流通の危険性」は認められるものの、その可罰性までは認められないと判断したと考えられる。すなわち、「存

在に関する規制」を論じただけでは、児童ポルノ「処罰」の根拠としては不十分である。この点、従来の規定においては、目的要件や姿態要件を付すことによって、製造や所持が断片的に処罰されてきた。そこで、新設された新たな所持罪や製造罪についても、処罰を正当化するためには、付加的な可罰要素の存否が問われることとなろう。

(2) 新たな「所持」罪

既に述べたように、新たな所持罪においては、「自己の性的好奇心を満たす目的」があり「自己の意思に基づいて」児童ポルノの「所持」に至った場合に、初めて処罰される。そこで、これらの要件が、所持一般の当罰性を超える可罰要素として機能し得るかが問われる。従来の規定において目的要件が果たしてきた機能に鑑みれば、まずもって、「自己の性的好奇心を満たす目的」という要件が問題となろう。

しかし、当該要件は、これまで論じてきた目的要件とは異なる、新たな種類の目的要件と評価できる。というのは、従来の規定が、拡散に関する規制において、何らかの意味で、後の拡散の危険に関係するものとして目的要件を規定してきたと考えられるのに対して、「自己の性的好奇心を満たす目的」は、何ら拡散の危険に関係する心理状態とはいえないからである。「性的好奇心」を満たし続けるためには、児童ポルノを拡散させず、むしろ、自らの元に留めておく方が良いといえよう。それゆえ、新たな所持罪は、従来とは異なる種類の目的犯規定として理解され、そこでの目的要件も、従来の目的要件とは別個の理由から説明される必要がある。

この点、2014年改正に係る最初の改正案の審議では、当該要件は、例えば、「お父さんが見たいということで子供が無理やり持たされて

いる場合」や「捜査目的」のような「正当な目的」がある場合を除外する趣旨であり、児童ポルノ法が「小児性愛者との戦い」を目的とすることから付されたと説明された。この理解からは、当該要件は、いわゆる傾向犯における内心の「傾向」と類似するといえるかも知れない。すなわち、強制わいせつ罪における特別な主観的要件として判例が要求してきたとされる¹⁴、「犯人の性欲を刺戟興奮させまたは満足させるという性的意図」と、同様に捉え得る。

しかし、このような「傾向」は、少なくとも、法益侵害の危険には影響を及ぼさない要素であるから、周知のように、傾向犯を認める判例には批判が多い。児童ポルノ法において傾向犯を明文化するならば、批判を封じるだけの説得的な論拠が必要であろう。また、特別な主観的要件という意味では、当該要件は、「所持」の事実の確定的な認識を要求する趣旨と解することも可能だが、新たな所持罪にのみ、確定的故意を要求し得る理論的根拠は明らかではない。

これに対して、新たな所持罪を、「提供」の相手方の処罰を認める規定と捉えることも可能である。すなわち、「提供」が、わいせつ物頒布等罪における「頒布」と同様に、その受け手を必要とする行為とすれば、これまで児童ポルノを「提供」する罪は、対向犯関係にある相手方の処罰を予定していない必要的共犯（片面的対向犯）であったと理解し得るが、新たに、対向犯関係にある両者ともが処罰対象となったということである。その場合、同じく拡散の相手方の処罰を予定していない、わいせつ物頒布等罪との均衡が問題となり得るが、わいせつ物とは異なり、「児童ポルノ」の提供の相手方は、規定の目的に鑑み、「正義の観点から」絶対的禁止が妥当し「可罰的共犯とするのが合理的」との見解も¹⁵、既に主張されていたところである。

いずれにしても、このように考えた場合、必要的共犯の議論を踏まえた処罰の基礎付けが不可欠である一方で、共犯者である提供者と比べた場合の減軽根拠が論じられる必要がある。この点、「自己の性的好奇心を満たす目的」は、当該児童ポルノを「所持」するために手に入れる段階で、提供者に対する強い働きかけがあったことを推認させるともいえる。それゆえ、当該目的を、この強い働きかけにより拡散を促進したという意味で、処罰を基礎付ける方向で機能する要件と理解することも可能かも知れない。

すなわち、そもそも不可罰である行為が、このような目的の存在によって可罰的と判断されるに至ったが、最初から可罰的な行為と比べれば、なお減刑すべきと評価されたということである。このように、新たな所持罪について、必要的共犯の議論を踏まえた処罰の基礎付けは、必ずしも不可能ではないといえよう。しかし、それならば端的に、児童ポルノを手に入れる段階を問題にすべきように思われる。

この点、かつて提出された対案においては、「所持」ではなく、「取得」が処罰の対象とされており、また、一部の条例においても、類似の規定が導入されていた。そこでは、「児童ポルノ」を手に入れる段階が問題とされたと理解し得るが、その意義、とりわけ他の規制との関係における位置付けが問題となる。なお、対案においては、「取得」には「有償で又は反復して」という要件が付されていたが（以下、「反復要件」という）、その意義も、併せて問題となろう。

対案の審議において、取得規制の意義は、次のように説明された。すなわち、所持規制では「どういう手法で入手をしたかということ」が問われないから、未必の故意の議論を前提とすると、例えば、児童ポルノを「メールで送り付けられた」場合でも処罰されかねない。こ

れを目的要件で限定しようにも、結局は「入手のプロセスについて立証せざるを得ない」から、むしろ、「その入手そのものを可罰的な行為として取り上げれば足り」、その際、反復要件は、「意識的に入手した」ことを推認させる要件となる。ここでは、所持規制の妥当性を前提に、目的要件との対比で処罰を限定する方法の優劣が議論されたにとどまり、取得規制の理論的意義は、何ら議論されていない。

学説においては、「需要は供給を生み出す」という観点から、将来行われる児童ポルノ「製造」等の犯罪の危険を、取得規制の根拠とする見解がある。この見解は、上述の⑥説の観点から「児童ポルノ市場」の形成を阻止すべきと論じる見解と、同様の観点から主張されている。すなわち、取得規制は、「ビジネスとしての児童ポルノが性犯罪を助長する危険の防止」という意味で、盗品等関与罪（刑法 256 条）と通底する意義があるというのである¹⁶。しかし、このような観点からの処罰を認めるにあたっては、例えば、盗品等関与罪における財産犯抑止の特別の必要性のような、特別な政策目的が必要である。児童の保護の必要性を強調することで、これを肯定するにしても、性犯罪が行われる危険性の程度について、改めて問題にする余地があろう。なお、これと同様の考え方は、後に提出された、新たな対案の提案理由にも現れていた。

このように、取得規制の意義は、直接的には、提供の相手方を処罰することにより児童ポルノの需要を絶つことと理解できる。そして、当該需要が、児童ポルノ「製造」等の将来行われる性犯罪の危険を基礎付けると理解するか、既に行われた提供の対向行為を構成すると理解するかで、規制根拠が異なり得る。なお、反復要件については、需要に対する供給が喚起される状況を推認させる要素として、理解し得

るといえよう。

さて、最初の改正案に対しては、後述の創作物規制に係る児童ポルノ法の目的との齟齬の問題が指摘されたほか、「関係団体を中心に、創作者の萎縮を招くおそれがあるといった反対の主張があった」とされる。そこで、これを撤回した上で、創作物規制に関する附則を削除する等の修正を加えた、新たな改正案が提出された。これが、改正法に至った改正案である。この改正案は、法務委員会を構成する各会派の理事会メンバーから成る実務者協議会が設置され、そこで取り纏められた超党派的な法案であり、いわば、これまで紹介した改正案の折衷的な内容となっている。

上述のように、改正法においては、目的要件に加えて、児童ポルノを「自己の意思に基づいて」所持するに至った者に処罰が限定された。ここでは、いわば二重の限定により、所持規制に慎重であろうとする立法者の意図が現れている。しかし、限定の趣旨が明らかでなければ、妥当性を判断できない。この点、当該要件も、目的要件と同様に処罰を限定する要件とされるが、「児童ポルノ」を手に入れる段階が問題にされていることからすれば、事実上の取得規制の導入と理解することも可能である。すなわち、当該要件には、改正法の折衷的な性格が現れているといえよう。

もっとも、このような理解からは、むしろ取得規制の導入が検討されるべきであって、「取得」を正面から規定せずに敢えて「所持」を規制対象とすることに、如何なる意味があるのかが問われる。例えば、「取得」が犯罪構成要素ではなく、処罰限定の条件に過ぎないのであれば、法改正前に「取得」した場合でも、改正後の「所持」の事実を捉えて処罰が認められる可能性がある。また、「取得」を犯罪構成要素と

認めるとしても、敢えて「所持」を規制する形式をとることで、他の規制対象行為に係る捜査の端緒として「所持」の事実を利用しようとする立案者の意図を疑う余地もあると思われる。

なお、当該要件については、児童ポルノ画像をメールで「送り付けられた」場合のように、「自己の意思に基づ」かずに所持するに至ったとしても、その後、「積極的に利用する意思に基づいて、自己のパソコンの個人用フォルダに保存し直すなどした」場合は、その時点で新たに「自己の意思に基づいて所持（保管）するに至った」と認められると説明されている。確かに、「保存し直すなどした」ことを要求する点に、辛うじて作爲的契機を認め得るものの、当該行為は、取得規制の根拠として論じた内容を含んでいないから、これを処罰するとすれば、事実上、児童ポルノを「廃棄せずに」所持・保管したという不作為を処罰するに等しいといえる。それゆえ、廃棄を義務づける根拠が、改めて問われなければならないように思われる。

さらに、当該要件を充足する「者であることが明らかに認められる者」であることも、犯罪成立のために必要とされた。これは、「所持するに至った」時期や経緯などを「できるだけ客観的・外形的な証拠により確定すべき」という趣旨と説明されている。もっとも、犯罪成立要件を「客観的・外形的な証拠により確定すべき」なのは当然であるから、このような文言を敢えて付加すべき、理論的意義も実践的意義も、乏しいといわざるを得ない。

以上のように、所持処罰には付加的な可罰要素が必要であり、このような観点から、新たな所持罪に付された各要件の意義を検討した場合、それらは、いずれも不適切といわざるを得ない。むしろ端的に、児童ポルノを「所持」するために提供者から手に入れる段階を問題と

し、取得規制の導入を検討すべきであったと思われる。

(3) 新たな「製造」罪

既に述べたように、新たな製造罪においては、「ひそかに」児童の性的な姿態を写真等に「描写することにより」（以下、「盗撮要件」という）、児童ポルノを「製造」した場合に、はじめて処罰される。そこで、この盗撮要件が、製造一般の当罰性を超える可罰要素として機能し得るかが問われることになる。新たな製造罪は、2014年改正に係る最初の改正案には存在していなかったが、改正法に至った改正案において、突如登場した。それゆえ、改正における議論の中心は、客体たる「児童ポルノ」の範囲や、処罰対象たる「所持」の範囲を如何に限定するかであって、その陰に隠れて、まさに、ひそかに新設されたのが、新たな製造罪である。

もっとも、かつて提出された対案においては、「盗撮等の場合にも処罰範囲を拡大すること」を意図した「製造」罪が用意されていた。すなわち、児童の性的な姿態を写真等に「描写することにより」児童ポルノを「製造」する罪、あるいは、「製造」のうち「複製して製造する場合を除く」ものを処罰する規定である。「描写することにより」という文言は、「複製して製造する場合を除く」ことを含意すると理解できるから、これらは、複製を除く製造一般を広く規制する趣旨と解される。

これに対して、現行法は、目的要件（7条3項）、姿態要件（同条4項）、そして盗撮要件（同条5項）を付すことによって、「製造」を断片的に規制する趣旨と理解できる。しかし、新たな製造罪の可罰性評価において、盗撮要件に如何なる意義があるのかは、必ずしも明らか

ではない。その法定刑の重さに鑑みれば、同罪においても、目的要件や姿態要件と同等の可罰要素を見出す必要があるところ、盗撮要件が如何なる意味で可罰性を担保するかを、明らかにしなければならない。

新たな製造罪新設の理由としては、「盗撮により児童ポルノを製造する行為」が、「当該児童の尊厳を害する行為であるとともに、児童を性的行為の対象とする風潮が助長され、抽象的一般的な児童の人格権を害する行為にほかならず、流通の危険性を創出する点でも非難に値する」ことが挙げられている¹⁷。しかし、ここでは、既に述べた児童ポルノ法規制の根拠を列挙した上で、製造一般に認められる拡散可能性に伴う危険が指摘されたに過ぎず、付加的な可罰要素は、何ら説明されていない。また、ここでいう「尊厳」や「人格権」の具体的な内容も、明らかではないといえよう。

この点、「盗撮」の場合には、「通常の生活の中で誰もが被害児童になり得ることや、発覚しにくい方法で行っている点で巧妙であることなど、その行為態様の点において違法性が高」いことも理由とされており、それゆえ、「ひそかに」とは、「描写の対象となる児童に知られることのないような態様で」という意味であって、仮に当該児童が「気付いた」としても、「ひそかに」にあたり得るとされている。また、「盗撮という悪質な態様」による製造は、姿態要件を伴う場合と同様に「児童の尊厳を害する」とする見解もある¹⁸。しかし、行為態様が「巧妙」で「悪質」なこと自体が、姿態要件を伴う場合と同程度に「違法性」を高めるといえるかは、議論の余地があろう。

ところで、「人の住居」等を「のぞき見た者」を処罰する窃視罪（軽犯罪法1条23号）においても、「ひそかに」という要件があるが、それは、「見られないことの利益を有する者に知られないように」という

意味であり、「見られる者の承諾があれば、『ひそかに』にはあたらない」とされている¹⁹。そこで、この解釈を、新たな製造罪においても踏襲するならば、被写体となった者が裸体を「見られないこと」が利益であって、裸体を見られたことで抱く羞恥心や不快感に、可罰要素を見出すこととなろう。確かに、羞恥心や不快感は、それ自体は主観的な感情に過ぎないともいえるが、これを、「一人で放っておいてもらう権利」という意味での、伝統的なプライバシーの侵害として構成することも可能である。

もっとも、このような観点からの規制は、児童の性的搾取・虐待からの保護を目的とする児童ポルノ法においては「異質」であって、これに盛り込むべきではないともいえる²⁰。この点、確かに、裸体の撮影をもって強制わいせつ罪の成立を認めた判例もあることから²¹、盗撮における被害の実体は、強制わいせつ罪に近いともいえ、性的自己決定権の観点から、その規制目的を性的搾取・虐待と関連付け得るかも知れない。しかし、判例においては、撮影の際に「全裸にされ」たことも認定されているから、撮影自体をもって、直ちに強制わいせつ罪と同等の権利侵害と評価すべきかは疑問である。

また、そもそも、被写体とされた者が児童である以上、たとえ撮影に「承諾」していても、その判断能力の未熟さゆえに、当該「承諾」は無効と見なされるはずである。すなわち、児童ポルノの製造や拡散においては、上述の児童ポルノ規制の根拠における立場とは関係なく、プライバシーの侵害は常にあると観念されるから、これを援用して製造一般を超える可罰性を基礎付け得るかは疑問である。確かに、性的自己決定権の観点から、「不同意の性的描写」による製造こそが「犯罪の基本的枠組を形成する」ともいえるが²²、それは、児童ポルノ法

違反の罪に共通する「枠組」に過ぎず、これによって、新たな製造罪の可罰性は担保されないと考える。

以上のように、児童ポルノ法違反の罪は、およそプライバシーの侵害を含んでおり、そのみでは個別の罪の可罰性は基礎付けられない。新たな製造罪について、それ以外に、可罰要素を見出すことは困難である。盗撮規制について、プライバシーの侵害の観点から立法論的解決をするとすれば、被写体が「児童」に限定される児童ポルノ法の中での立法は適切とはいえない。盗撮画像の「製造」段階での規制として、現行の窃視罪等では不十分とすれば、複製を除く性的画像記録の製造一般を規制対象とした、新たな立法が必要であるように思われる²³。

4. 残された論点

(1) 創作物規制の是非

児童ポルノの規制根拠を如何に解すべきかは、これ以外にも、様々な論点に影響する。まず、ここでの議論は、規制客体である「児童ポルノ」について、実在の児童が被写体とされたことを前提とすべきかという論点と関係する²⁴。最初に述べたとおり、児童ポルノ法については、従来から、例えば、CG技術を用いて制作された架空の「児童」の裸の画像、すなわち、創作物規制の是非が議論されてきた。そこでは、被写体とされた児童が実在していない創作物の製造・拡散の場面において、児童の権利が如何なる意味で「侵害」されたといえるかが、明らかにされなければならない。

2014年改正における最初の改正案においても、政府が「検討」すべき事項として、「児童ポルノに類する漫画等」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し、その「結果に基づいて必要な措置が講ぜられるもの」とされていた（附則2条）。「漫画等」とは、「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って児童ポルノに類するもの」を指す。上述のように、これに対しては、児童ポルノ法の目的との齟齬の問題が指摘され、改正法に至った改正案においては、この附則は削除され、創作物規制の導入が先送りされた経緯がある。

児童ポルノ法の規制根拠に係る①説に拠れば、被写体が実在しない以上、児童ポルノ法による創作物規制は出来ないことになろう。これに対して、②説や③説に拠れば、精巧な創作物の影響によって閲覧者が児童に対する性欲を喚起・強化され、ひいては、性的搾取・虐待が誘発される危険性を指摘することで、児童ポルノ法による規制を認める余地があろう。しかし、仮に②説や③説の観点を規制根拠に取り入れるとしても、それだけでは、児童ポルノ法の重い法定刑を説明することは困難であるように思われる。また、少なくとも製造に関する規制については説明が困難であって、①説を援用せざるを得ないであろう。それゆえ、児童ポルノ法への創作物規制の導入については、否定的に考えざるを得ない。創作物については、そのわいせつ性の程度に応じて、わいせつ物頒布等罪や青少年条例による規制の余地が残されるに過ぎないこととなる。

確かに、技術の発展によって、実在の児童を描写したものと見紛うような創作物も存在するようになった。そこで、例えば、実際には実在児童を被写体としているにも拘わらず、「良く出来た創作物」として処罰を回避することが想定されるため、一定限度の創作物規制はやむ

を得ないとの意見もある。しかし、このように、手続上の困難を理由として規制根拠に関する議論を等閑にすることについては、疑問がある。

(2) 「自画撮り」規制のあり方

次に、ここでの議論は、児童ポルノの自画撮りを如何に規制すべきかという論点と関係する²⁵。最近では、児童自らが裸の写真を撮影して児童ポルノ画像を製造し、それをネット上で拡散する行為を如何に規制すべきかが議論されている。自画撮りについては、児童単独で行われる場合も、他者からの働きかけによって行われる場合もあり得る。また、働き掛ける側が成人の場合も、児童の場合もあり得るし、それが脅迫等を伴う場合もあり得る。そして、当該自画撮り画像の撮影による製造から所持を経て拡散に至る各段階で、児童ポルノ法違反の罪による規制を論じ得る。

自画撮りが他者からの働きかけによって行われる場合には、まずもって、働きかけた側の犯罪の成否が問われる。もっとも、この点は、正犯・共犯論における立場に応じて判断すれば足りるため、児童ポルノ法違反の罪に固有の問題は生じないといえよう。すなわち、働き掛けた側の働きかけの態様や程度等を考慮しつつ、その対象が判断能力の未熟な児童であることを踏まえて、働きかけた側に、間接正犯、共同正犯又は狭義の共犯のいずれを成立させるべきかを検討しなければならない。そして、それとの関係で、場合によっては、児童にも、犯罪成立の余地が残されることになる。

いずれにしても、そこでは、児童ポルノ法の保護対象たり得る児童を、児童ポルノ法違反の罪によって処罰することの是非が問われるが、

この点についても、児童ポルノ法の規制根拠についての議論が関係する。すなわち、⑥説や⑦説に拠れば、自画撮りをした児童以外の児童一般や社会環境が害される危険を理由に、当該児童を処罰する余地がある一方で、⑧説に拠れば、保護対象であるはずの自画撮りをした児童自身を処罰するのは背理であって許されない、という結論になりそうである。もっとも、この結論を解釈論的に如何にして導くのかは、一つの問題である。

これを構成要件レベルで説明しようとすれば、例えば、殺人罪（刑法199条）にいう「人」には行為者自身を含まないのと同様に、児童ポルノ法違反の罪にいう「児童」には自画撮りをした児童自身を含まない、との解釈が考えられる。しかし、「児童の権利の擁護」を掲げる法律において、現にポルノ画像の被写体となった児童を排除する解釈が不自然であることは否めない。そこで、これを違法レベルで説明しようとすれば、法益主体たる「児童」自身の承諾がある以上、児童ポルノ法違反の罪の違法性が阻却される、との解釈が考えられる。しかし、それが判断能力の未熟な児童であることに鑑みれば、承諾の有効性が否定される余地があるかも知れない。

なお、個別の構成要件解釈としては、各種製造罪について、自画撮りが「製造」にあたり得るかが議論されている。すなわち、自画撮り画像の「製造」とは、児童の側における保存では足りず、当該画像が働きかけた側に送信され保存された段階で、初めて完成するというのである。これを前提に、現在、東京都において、この働きかけ自体につき、一定の態様で行われた「青少年自身に係る児童ポルノ等の提供を当該青少年に不当に求める行為」の処罰規定を条例に新設することが検討されている。しかし、「製造」の文理解釈として、撮影時の保存

を排除する理由があるかは疑問である。また、上述のように、ここで処罰を基礎付けているのが目的要件や姿態要件であることに鑑みれば、むしろ、撮影時の保存こそ「製造」と呼ぶべきと考える。

さらに、自画撮りをした者において目的要件を欠く場合には、「姿態をとらせ」で製造した場合（7条4項）にあたり得るかも問題となり得る。すなわち、被写体となった児童が主体的に自画撮りに関与していた場合には、姿態を「とらせ」たことにならず、姿態要件が欠けるのではないかというのである。確かに、ここで処罰を基礎付けている姿態要件を等閑にすることは出来ない。そこで、文理解釈として、被写体となった児童が自ら姿態を「とった」場合は排除されているともいえよう。もっとも、そのような文言が規定された実質的根拠は、結局は、保護対象であるはずの児童自身を処罰するのは背理であって許されない、という発想に求められるように思われる。

5. 結語

以上のように、児童ポルノ規制については、その規制根拠を踏まえた条文構造の理解が不可欠であるとともに、個別の犯罪構成要素の解釈にあたっては、規制根拠についての考え方が反映されなければならないといえよう。この点は、新たな犯罪類型の導入の是非や、既存の犯罪類型の適用のあり方を議論する際にも、不可欠の前提となる。

児童ポルノ法違反の罪の規制根拠については、①被写体とされた児童の保護を問題とすべきであって、②児童一般の保護や③社会環境の維持は、少なくとも製造に関する規制においては、考慮すべきではないし、考慮する必要もないと考える。いずれにしても、2014年改正による新たな所持罪や新たな製造罪の導入は、製造や所持一般を超える

可罰要素が見出せず、根拠が乏しいといわざるを得ない。

また、少なくとも④説による場合には、創作物規制の導入について、否定的に考えざるを得ない。さらに、自画撮り規制については、たとえ被写体となった児童が主体的に関与したとしても、保護対象であるはずの当該児童自身を処罰するのは許されないように思われる。もっとも、この結論を如何にして導くのかは、今後の課題である。

注

- 1 渡邊卓也「児童ポルノの刑事規制」刑事法ジャーナル第43号（2015年）35頁以下参照。
- 2 この問題については、渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』（成文堂、2006年）201頁以下参照。
- 3 例えば、佐藤幸「児童ポルノに関する国際的規律と子どもの権利」北大法政ジャーナルNo.21・22（2015年）78頁。
- 4 石井徹哉「個人の尊重に基づく児童ポルノの刑事規制」『川端博先生古稀祝賀記念論文集 [下巻]』（成文堂、2014年）384頁、395頁以下参照。
- 5 高戸純「『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」警察学論集第57巻第8号（2004年）96頁。
- 6 上田正基『その行為、本当に処罰しますか』（弘文堂、2016年）190頁。
- 7 改正法の解説として、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』について」刑事法ジャーナル43号（2015年）45頁以下等のほか、園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田寿＝曾我部真裕編著『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年）7頁以下参照。
- 8 この問題については、渡邊・前掲注（1）38頁以下参照。
- 9 上田・前掲注（6）188頁以下。
- 10 豊田兼彦「児童ポルノ単純所持の処罰根拠について」『自由と安全の刑事法学 生田勝義先生古稀祝賀論文集』（成文堂、2014年）149頁以下。

- 11 島戸・前掲注 (5) 96 頁等。
- 12 深町晋也「児童ポルノの単純所持規制について」『刑事法・医事法の新たな展開 上巻 町野朔先生古稀記念』(信山社、2014 年) 480 頁。
- 13 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) 69 頁。
- 14 最判昭和 45 年 1 月 29 日刑集 24 卷 1 号 1 頁。
- 15 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 卷第 2 号 (2004 年) 95 頁以下。
- 16 高山佳奈子「所持規制の刑法上の論点」園田寿 = 曾我部真裕編著『改正児童ポルノ禁止法を考える』(日本評論社、2014 年) 68 頁以下。
- 17 坪井・前掲注 (7) 50 頁。
- 18 園田・前掲注 (7) 9 頁。
- 19 伊藤榮樹ほか編『注釈特別刑法 第二卷』(立花書房、1982 年)〔伊藤榮樹〕 114 頁。
- 20 嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル第 43 号 (2015 年) 83 頁。
- 21 東京地判昭和 62 年 9 月 16 日判時 1294 号 143 頁。
- 22 石井・前掲注 (4) 396 頁以下。
- 23 盗撮画像の拡散段階における規制としては、私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律がある。同法を含めた盗撮規制立法の問題点について、渡邊卓也「盗撮画像に対する刑事規制」『山中敬一先生古稀祝賀論文集 [下巻]』(成文堂、2017 年) 131 頁以下。
- 24 この問題については、渡邊・前掲注 (2) 191 頁以下参照。
- 25 この問題については、瀧本京太郎「いわゆる『自画撮り』行為の刑事規制に関する序論的考察 (1)」北大法学論集第 68 卷第 3 号 (2017 年) 118 頁以下参照。

深町 晋也 (立教大学大学院法務研究科教授)

【最終学歴】 東京大学大学院法学政治学研究科修士課程修了

【関連業績】 「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)』 (成文堂、2014年)、「児童に対する性犯罪について」山口厚ほか編 『西田典之先生献呈論文集』 (有斐閣、2017年) など

渡邊 卓也 (筑波大学ビジネスサイエンス系准教授)

【最終学歴】 早稲田大学大学院社会科学研究科博士後期課程単位取得退学 (博士 (学術))

【関連業績】 『電脳空間における刑事的規制』 (成文堂、2006年)、「わいせつ情報とわいせつ罪の行為態様・再論」筑波ロー・ジャーナル 22号 (2017年) など

札幌学院大学総合研究所について

札幌学院大学の前身である札幌文科専門学院の創設は1946年、爾来、「学の自由」「独創的研鑽」「個性の尊重」を大学の理念として、教育と研究にあたってきました。本研究所は、これまでの札幌学院大学の研究活動の蓄積を継承し、学内の研究活動のいっそうの活性化、研究成果の積極的な発信と地域社会への貢献を目的に、2008年4月に設立されました。本学は文系総合大学で、110名を超える研究者が所属しています。その専門領域も、経営学、経済学、法学、社会学、教育学などの社会科学を中心に、心理学や言語・文化研究など人間の生活に関する領域、さらに自然科学や情報科学などの多様な領域を網羅しています。本研究所はこうした強みを生かして、学際的な研究活動を展開していきたいと考えています。

札幌学院大学 総合研究所所長・経済学部 教授

大 國 充 彦

札幌学院大学総合研究所 BOOKLET No. 10

【札幌学院大学総合研究所講演会】

性犯罪規制の現代的課題

深町 晋也、渡邊 卓也

2018年2月20日 発行

発 行 札幌学院大学総合研究所
江別市文京台 11 番地
(011)386-8111

印 刷 (株)アイワード

ISBN 978-4-904645-04-8

ISBN978-4-904645-04-8

札幌学院大学総合研究所
BOOKLET No.10
