HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	いわゆる「自画撮り」行為の刑事規制に関する序論的考察（2・完）：児童ポルノの自画撮りを題材として
Author(s)	瀧本, 京太朗
Citation	北大法学論集, 68(6), 228[125]-163[190]
Issue Date	2018-03-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/68626
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no6_06.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

研究ノート

いわゆる「自画撮り」行為の刑事規制に関する序論的考察（２・完）

―― 児童ポルノの自画撮りを題材として ――

瀧　本　京太朗

目　次

序章
第１章　自画撮りに至るプロセスと法律構成
第２章　児童ポルノ法の保護法益
　第１節　立法者の保護法益理解
　第２節　裁判所の保護法益理解　（以上、68巻３号）
　第３節　学説の保護法益理解
　　第１項　個人的法益説
　　第１款　個人的法益の捉え方
　　第２款　自画撮り画像の第三者所持と単純所持罪の成否
　　第２項　社会的法益説
　　第３項　混合説
　　第４項　検討
　第４節　小括
第３章　自画撮り規制のあり方
　第１節　自画撮り「前」の刑事規制のあり方
　　第１項　自画撮り勧誘罪の内容
　　第１款　答申の趣旨と構成要件
　　第２款　適用範囲
　　第３款　保護法益
　　第２項　検討
　　第１款　普及啓発、教育、相談等対応の重要性――課題（ⅰ）（ⅲ）

について
第２款　構成要件の限定――課題（ⅱ）について
第３款　各構成要件の該当性判断
第４款　罰則の適用除外
第２節　社会的相当性による違法性阻却のあり方
第１項　問題の所在
第２項　製造罪の正当化事由
第３項　自画撮り勧誘罪の正当化事由
第４項　製造罪の正当化に関する諸問題
第１款　淫行罪と児童ポルノ製造罪
第２款　自画撮り被害における行政の動き
第３款　単純所持罪の新設と正当化事由
第５項　児童の取り扱いの困難さ
第３節　外国における児童保護と自画撮り規制
第１項　アメリカ合衆国における自画撮り規制
第１款　アメリカにおけるセクスティングの例
第２款　州のセクスティング規制立法
第３款　検討
第２項　ドイツにおける自画撮り規制
第１款　ドイツ刑法184条ｂ及びｃ
第２款　184条ｃ４項
第３項　小括――外国法が与える示唆
終章
補遺　東京都青少年健全育成条例改正案等の議論状況について
（以上、本号）

第３節　学説の保護法益理解[106]

本節では、学説が児童ポルノ法や各種構成要件の保護法益をどのように理解しているかを調べ、自画撮りの場合にどのような帰結が導かれるかを検討する。

学説が児童ポルノ法の保護法益を検討するとき、そこには常に児童ポルノ法

[106] 近時の重要な研究としては、嘉門・前掲注（105）76頁以下が、単純所持罪の可罰性の有無を念頭においた分析を展開している。

適用の可否を争う重要問題の解決が最終的な目標として掲げられてきた。その最たるものは、実在しない児童の姿態を描写した「仮想児童ポルノ」の問題[107]であり、あるいは、個人の性的好奇心を満たす目的で児童ポルノを所持する「単純所持」の問題であった。いずれの局面においても、その刑事規制の可否は児童ポルノ法の保護法益理解に依存すると考えられてきたのである。

前節までに見てきたように、立法者や裁判所は、本法の保護法益は個人的法益と社会的法益の双方であり、その中でも個人的法益が中核的な保護法益であると理解している。学説においてもこのような見解が見られるが、いずれか一方の法益に純化させる見解も散見されている。また、「児童一般」を保護法益として認める見解の内部でも、これを個人的法益と捉えるものと、社会的法益と捉えるものがあり、学説内部で「児童一般」の扱いが確定していない。さらに、同様のことは、「流通の危険性」を創出することが各種行為の非難可能性を基礎づけるという説明にも妥当する。すなわち、流通の危険性が個人的法益と社会的法益のいずれを（又は、両方を）侵害するかは、必ずしも一義的な理解はされていない。

第１項　個人的法益説

第１款　個人的法益の捉え方

児童ポルノ法の保護法益を被写体児童の個人的法益と捉える見解は、主に仮想児童ポルノの取り扱いを巡る議論の中で通説とされてきた[108]。説明の仕方は様々であるが、例えば、児童ポルノ法１条の目的規定を見ると、同法は青少年が有害な情報を受領することによる精神的な影響から児童を保護するものではなく、「児童に対してより侵害性が強いと思われる、肉体的な性的搾取・虐待からの保護が問題とされている」という説明や[109]、児童ポルノ法の規制対象は「現実の性的虐待に伴う害悪」すなわち性的虐待それ自体や、その記録化による児童の身体的精神的健全性への侵害、及び当該記録の「交付や公開等に由来する当該児童の名誉ないし心身の健全性への侵害（の危険）」であり、これこそ

[107] 主要な研究として、渡邊卓也『電脳空間における刑事的規制』（成文堂、2006年）191頁以下。

[108] 嘉門・前掲注（105）78頁参照。

[109] 渡邊・前掲注（107）202頁。

が刑法におけるわいせつ表現規制よりも厳しい法定刑を正当化する根拠となっているという説明がある[110]。

個人的法益説を徹底すると、直接的な侵害である製造罪については説明可能であるが、提供罪のような「拡散」行為を規制する構成要件については説明が困難ではないかという問題が生じるが、本説の論者は、児童ポルノは性的搾取の半永久的な記録であり、これが拡散する際には新たな精神的虐待が行われていると説明し、拡散規制を正当化している[111]。

このような見解からは、まったくの仮想児童を描写したポルノ画像は規制対象外であり、単純所持罪は製造罪の不可罰的事後行為、又は提供罪の予備行為となり、処罰は困難であると主張される[112]。もっとも、近時は、ハードディスク等に保存してあった児童ポルノ画像のデータが何らかの理由で流出・拡散したり、記録媒体を紛失・盗難したりするなど、「意図しない流出」を通じた流通の危険性は辛うじて肯定可能であるとして、仮に個人的法益説に立ったとしても、単純所持を処罰対象とすることは理論的に不可能ではないとする見解も見られる[113]。また、児童ポルノ法の保護法益を「被写体児童の心身の健全な成育の侵害」と捉え、性的好奇心を満たす目的でない所持であってもこれは認められ得るが、危険性が相当抽象的であるため要罰性は認められない。しかし、性的好奇心を満たす目的が加わることで、かかる危険性が上昇し、「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解することも不可能とまではいえないよ

---

[110] 永井善之「児童ポルノの刑事規制について（二・完）」法学67号（2003年）616頁以下。

[111] 渡邊・前掲注（107）203頁。

[112] 渡邊・前掲注（107）204頁以下。

[113] 深町・前掲注（105）480頁以下。しかし、単純所持罪はもとより流通を想定しない構成要件であるというべきであり、にもかかわらず流出の危険性を処罰の根拠とすることが可能かは疑問である。論者は、誰かが自分の児童ポルノを所持しているという「不安感」を刑罰規定により保護することが可能かどうかは不明確だとしているが、「意図しない流出」の危険というのも、自己が描写されている児童ポルノを誰かが所持しているのではないかという不安感と、本質的な違いはないように思われる。

うに思われる」とする見解[114]も、先の見解と概ね同旨と考えられる[115]。

では、自画撮りによる児童ポルノ製造の場合、個人的法益説からはどのように解されることになるだろうか。

まず、他者からの働きかけによる自画撮りのうち、行為者の単独正犯と評価すべき類型では製造罪が当然に成立するが、問題となるのは前章で検討した⑧、⑨事件のように、児童が共同正犯となる事例である。児童が共同正犯という形で関与するということは、実際の処罰はさておき、児童が自画撮りを行っても処罰対象となるということであるが、自己の法益を処分する行為を個人的法益の侵害のみを根拠として規制することは困難であろう。

では、行為者はどうか。児童が共同正犯という形式で関与している以上、個人的法益説が依拠する「性的搾取・虐待」が存在しないのではないかが問題となるが、児童ポルノ法の各種犯罪は被写体児童の承諾にかかわらず成立するとされており、この点から示唆を得ることで、この場合にも性的搾取を看取することが可能であろう。児童は性的自己決定能力が制限されており、性的な意味の行為が行われても、それをそれとして認識することが18歳以上の者と比べて不可能ないし困難であるというのが、犯罪の成否を承諾の有無に係らせないことの意味である。そうすると、児童が共同正犯として関与、すなわち製造に同意していたとしても性的搾取・虐待が存在するといえ、行為者には製造罪が成

---

[114] 永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学60巻１号(2017年)145頁。この見解は、「児童一般」を個人的法益として捉えるものである。

[115] この見解に対しても、先と同様の点について疑問が呈されよう。また、意図しない拡散の危険性は、性的好奇心を満たす目的の有無に左右されるかについても検討を要する。目的の有無にかかわらず、「性的姿態に係る固定化された視覚的情報」すなわち児童ポルノは客観的に存在している以上、意図しない拡散の可能性は十分認められるように思われる。

論者は、性的好奇心を満たす目的のない場合を「単純所持」と呼び、この目的を有する場合を「１項所持罪」と呼んでいるが、論者のいう１項所持罪が目的犯とされたのは、学術研究目的など、一定の正当な理由があって所持する場合を処罰対象から除外するためである。「性的好奇心はなく、正当な理由もないが、単に自己の意思で所持している」という状態は、少なくともわが国の児童ポルノ法の想定しないところであり、そもそもそのような状態があり得るかについても疑問があろう。仮にこのような状態があり得るとしても、やはり意図しない拡散の可能性は否定できないであろう。

立すると考えられる。

次に、働きかけのない場合（児童単独類型）については、単純所持、（特定又は不特定の者に対する）提供、公然陳列、提供・公然陳列目的製造など、いずれの犯罪についても、個人的法益説から当罰性を根拠づけることは不可能であろう。他者の影響を受けない自画撮りは、自殺や自傷行為と同様の、自己の法益を処分する行為であり、法益侵害とはいえないからである。単純所持罪につき、「意図しない流出」による流通の危険から当罰性を基礎づける見解からも、この場合の単純所持については当罰性が否定されよう。ただし、自画撮りした画像を児童が自らSNS等で公然陳列した後、その画像を第三者がハードディスク等に保存した場合は、単純所持罪の成立を肯定してよいように思われる（第２款参照）。

個人的法益説から単純所持罪の当罰性を基礎づけようとする際に投げかけられる批判は、主に同罪の「自己の性的好奇心を満たす目的」という構成要件を踏まえ、（ⅰ）画像が拡散されることは想定されないのではないかという点と、（ⅱ）誰かが自己の児童ポルノを所持しているかもしれないという「不安感」を刑法的保護の対象とすることが妥当なのかという点、及び（ⅲ）所持者が内心で被写体児童を「道具化」することが、どのように児童の法益を害するのかが不明確であるというものであった[116]。これらの指摘は正鵠を射るものであり、単純所持処罰を正当化するには、これらの批判に耐え得る論拠を用いる必要がある。しかしながら、「自画撮り」という本稿の主題と、これまでに分析してきた裁判例の事案を考慮すると、処罰を正当化するための論拠を形成することは、なお可能であると考えられる。

第２款　自画撮り画像の第三者所持と単純所持罪の成否

警察庁が説明する自画撮り被害は、騙したり脅したりして児童ポルノを製造させ、送信させるという手口であり、①事件は典型的な脅迫事例であったが、⑧、⑨事件のような、児童を共同正犯とした事例でも、事実関係を見ると、児童に対する脅迫が行われている。⑧事件では、児童ポルノの製造については被告人と児童は共同正犯とされているが、その後被告人は、被害児童から当該画像の消去を求められた際、画像を他人に売ると述べて被害児童を脅迫し、裁判

[116] 嘉門・前掲注（105）78頁。

でも脅迫罪の成立が肯定されている。また、⑨事件でも、共同正犯とされた製造行為を行った３日後に、被告人は製造した児童ポルノを親や学校に公表すると述べて被害児童を脅迫して面会を要求し、強要未遂罪の成立が肯定されている。このように、児童ポルノは被写体児童の個人情報であり、しばしば脅迫の材料として児童ポルノが用いられているという現状がある。特に⑨事件では、自画撮り製造行為の２日後に、被告人は児童と実際に面会した上で児童ポルノを再度製造しており、その翌日に脅迫が行われている。

以上の点からすると、児童ポルノは、描写されている内容それ自体が虐待の記録であることはもちろんであるが、それのみならず、新たな児童虐待の材料に用いられるおそれがあり、現実にもそのように利用されているという点で高度の危険を有しており、その限りにおいて、単純所持の当罰性を肯定することが可能である。すなわち、「自己の性的好奇心を満たす目的」とは、当該児童ポルノに描写されている内容から得られる性的好奇心のみならず、当該児童ポルノを材料として児童を脅迫し、新たな児童ポルノを入手したり、あるいは実際に面会の上性交するなどして性的好奇心を満たす目的も含まれると解することで、先の（ⅰ）ないし（ⅲ）に応えることが可能となろう。「脅迫の危険性」という観点からは、まず（ⅰ）については、拡散をちらつかせた脅迫による自画撮り被害が実際に見られることを考慮すれば、「自己の性的好奇心を満たす目的」であったとしても拡散の危険は観念可能である[117]。次に（ⅱ）については、自己の姿態が描写された児童ポルノ画像を所持されていると、児童は、いつ誰から当該児童ポルノを拡散する旨の脅迫がなされるかもしれないという恐怖感に苛まれることとなるが、この程度の心理状態であれば、単なる「不安感」というにとどまらず、法によって保護すべきである。（ⅲ）についても、所持者がいつ脅迫の対象として児童を道具化するかもしれないという観点から、（ⅱ）とあいまって法益侵害性を基礎づけることが可能であろう。

第２項　社会的法益説

[117] 当初は内心にとどまっていても、例えば特定の児童の画像を収集するうちに、さらに画像を入手するため、被写体児童を脅迫するという場合は十分あり得よう。

児童ポルノ法の保護法益を社会的法益と捉える見解も存する[118]。この見解の論者は、個人的法益説は刑法175条との関係を考えると不自然であると前置きした上で、保護の対象が具体的な被害児童のみと解すべき必然性はなく、立法者も具体的な被害児童とともに児童一般の保護をも保護対象としているとする。そして、本法は後者の保護に重点を置き、「児童一般の、性的に健全に成長する権利」を保護法益とするものであると主張する。次に、児童の実在性については、児童ポルノ法の文言からは実在性要件を読み取ることは不可能であり、同要件を要求する必然性は存しないとし、立法者の説明に対しても、立法者意思に絶対に従わねばならないわけではなく、児童自身と児童一般の双方の権利を擁護するのであれば、その保護法益は、より広い児童一般、つまり社会的法益として捉えるしかないと主張している[119]。また、刑法175条との関係については、児童は成人よりも保護の必要性が大きいため、児童ポルノ概念はわいせつ概念よりも射程が広くなっていると考えられるから、本法が「わいせつ」に該当しない児童ポルノを規制対象としているという点を踏まえても、本法が「個々の」児童の権利を保護するという結論は出てこないとした上で、刑法175条も本法も、ともに社会的法益を保護するものであり、保護対象の範囲が異なるにすぎないと述べている[120]。

確かに、「児童」という条文の文言のみから直ちに実在性要件が導かれることにはならない。しかし、前章で見たように、立法者は、実在しない児童を被写体とする記録物を「児童ポルノ」から除外することを明確に、かつ強固に表明しており、立法者意思に忠実である必要はないという理由のみでは、実在性要件を不要と解する決定打とはなり得ない。裁判例においても、例えば⑪事件では児童の実在性が詳細な証拠調べを経て認定されていることに鑑みると、実在性要件はなお厳格に要求されていると理解すべきである。また、刑法175条との関係については、児童ポルノ法の法定刑が刑法175条よりも格段に重い点を社会的法益という観点のみから説明することは困難であり、妥当でない[121]。

---

[118] 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『佐々木史朗先生古稀祝賀　刑事法の理論と実践』（第一法規、2002年）521頁以下。

[119] 上野・前掲注（118）529頁。

[120] 上野・前掲注（118）529頁以下。

[121] 嘉門・前掲注（105）79頁。

児童は成人より保護の必要性が大きいことは論者自身も認めているが、もともと刑法175条は成人の保護を志向する条文ではないから、保護の必要性の大小という観点を用いて両者の保護範囲を検討すること自体にも問題があろう。比較すべきは、（児童か否かは問わず）健全な性風俗と児童搾取の風潮であろうが、後者を前者よりも重要であると説くためには児童搾取の違法性を援用せざるを得ず、結局個人的法益への言及は避けられないように思われる[122]。この場合は、後述する混合説に至ることとなる。

また、社会的法益を保護法益とすることにより、「虐待との因果関係が具体的に問われなくてもよくなり、より一層、処罰が無限定に拡大される危険がある」という批判[123]や、特定少数人に対する児童ポルノ提供の可罰性を説明することが困難であるという批判[124]、及び、仮想児童ポルノの処罰は内心の性的嗜好を処罰することにつながり、その提供行為は抽象的な害悪に基づいてしか規制し得ないのであれば、提供の前段階である提供目的製造罪に関しては、抽象的害悪が想定されるよりもさらに早い段階の規制であるという批判[125]も加えられている。

このように、社会的法益説には疑問があるが、念のため本説を前提として自画撮り問題を考察したときの帰結を考えると、以下のように解されよう。

まず、働きかけによる自画撮りの類型については、個人的法益説と同一の結論に至る。脅迫・欺罔に基づく場合であっても、４項製造罪で行為者を処罰する際は社会的法益侵害が処罰根拠となる。しかしその際、特に脅迫による場合は脅迫罪と４項製造罪が成立すると考えるのであればともかく、①事件のように４項製造罪の間接正犯のみが肯定されるような事案では、脅迫行為も社会的法益侵害であると評価することは困難である。社会的法益説を採ることの問題は、この点を考慮しても明らかとなろう。

次に、働きかけによらない場合も、広汎に児童ポルノ犯罪が成立することと

---

122 嘉門・前掲注（105）80頁。

123 渡邊・前掲注（107）209頁。

124 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巻（2008年）83頁。

125 永井・前掲注（114）145頁以下。論者は、刑法175条の保護法益には児童を性欲の対象としない風潮も含まれていると主張する。

なる。すなわち、自身の姿態を撮影して所持した場合でも、その目的に応じた所持罪が成立し、それを提供･公然陳列した場合には、２項ないし６項提供罪、あるいは公然陳列罪が成立することとなる。

社会的法益説は「マーケット論」に依拠して主張されることが多い。確かに、児童ポルノマーケットに児童自身が参入すれば、児童の参入を想定していないマーケットは活性化され、さらなる搾取が行われるという危険を想定することは可能である。その意味では、児童といえども規制対象とするという姿勢は、マーケットに打撃を与えるためには有益な、あり得る選択肢の一つである。しかしながら、先に見たように、立法資料から社会的法益説を正当化することは困難である。

第３項　混合説

個人的法益と社会的法益の双方を保護法益とする混合説は、立法者や裁判所の立場であると説明されることが常であり[126]、学説からもこれに同調する見解が少なくない。例えばある論者（Ａ説）は、個人的法益説が刑法175条との法定刑の差や、児童ポルノ法における児童保護規定（15条１項、16条など）を主張する点につき、社会的法益説を排除する論拠とはなり得ても、混合説は排除されない。また、「児童ポルノ規制の合憲性を説明するために個人的法益説を採用しなければならないとする必然性はない。むしろ、合憲性の説明は、児童の個人的法益と社会的法益とを重畳的に保護すると解する混合説の立場からなされるほうがわかりやすい」と述べ、混合説を妥当とする[127]。また、社会的法益説については、前述のように、特定少数人に対する児童ポルノ提供の可罰性を説明できないばかりか、被写体児童への現実的な利益の侵害を離れて、専ら抽象的に「児童の健全育成にとって良好な社会環境」を保護するというのであれば、法が「望ましい性的価値観」を強制することになると批判し、結論としては混合説に立ちつつ、個人的法益は直接的に、社会的法益は間接的に保護されていると解している[128]。

別の論者（Ｂ説）は、児童に対する性的搾取とは「児童の事物化（＝自己の効

[126] 嘉門・前掲注（105）80頁。
[127] 豊田・前掲注（124）82頁。
[128] 豊田・前掲注（124）83頁。

用のための対象として扱うこと）された性の消費およびその過程」という性質を持った行為であるとし、児童が自己の性を事物化することはパターナリスティックな制約を受ける結果として、事物化された児童の性を消費する行為は性的搾取と評価されるため、13歳未満の者に対する強姦罪と同様の構造を有する性的自己決定侵害であると主張する[129]。そして、児童ポルノ法は、かかる性的自己決定侵害による心身への有害な影響から児童を保護することをも目的としており、「その限りで、国家が最低限保障すべきであると考えられた健全な児童の成長発達環境（すなわち、性的搾取・性的虐待にさらされない発達成長環境）」も保護の対象であるとし、児童ポルノ法は全体として、「児童の性的自己決定権および性的搾取・性的虐待にさらされない発達環境」を保護するものと解している[130]。論者は、後者は「児童ポルノに係る性的自己決定の自由を児童について制限する理由」であり、「刑法上の法益として児童ポルノに係る行為によって侵害されるのは児童の性的自己決定権である」としていることから[131]、個人的法益は直接的に、社会的法益は間接的に保護するという先の見解の結論と概ね同様に解されよう[132]。

さらに別の論者（C説）は、個人的法益説に対し、強制わいせつ罪や強姦罪（現・強制性交等罪）では13歳以上の者に性的自己決定権を認めていることと比べて、児童ポルノ犯罪は、被写体児童が製造等に同意していても成立することが矛盾すると批判し、疑似写真を「その他の物」に含めることは可能であり、児童をモデルにしていると容易に判断可能な疑似写真も多いことから、同法は純粋に個人的法益のみを保護するのではなく、「児童」を取り巻く性風俗という社会的法益を、「社会一般」の善良な性風俗から切り離して厳格な保護を与え、児童を保護しようとしていると解する方が無理がないと主張する[133]。この見解は、

---

[129] 上田正基『その行為、本当に処罰しますか―憲法的刑事立法論序説』（弘文堂、2016年）188頁。

[130] 上田・前掲注（129）189頁以下。

[131] 上田・前掲注（129）190頁（注27）。

[132] 社会的法益に関する点はひとまず措き、個人的法益に関する論者の言及は国会審議においても見られた（本章第１節）。本稿も、論者の見解を妥当と解する。

[133] 川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制（二・完）」同志社法学52巻１号（2000年）22頁。強制わいせつ等と児童ポルノ法の矛盾をいう点については一考に値しよう。しかし、児童ポルノ法には児童買春罪（４条）があり、一定の場合に

疑似写真をも処罰範囲に取り込もうとする点で、社会的法益の保護を個人的法益よりも相当重視しているが、規制対象とすべきなのは、「疑似写真のうち、被写体の頭部や身体の主要部分を実在の児童の写真から合成するなどしており、社会通念として被写体が児童であると解されるようなもの」であるとしており[134]、個人的法益侵害の要素はなお要求されているようにも見える。しかし、例えば⑪事件のCG画像のようなものを処罰すべき「疑似写真」としているのであれば格別、実在する複数の児童の写真から一部分を切り貼りして作成したような、同事件の判断枠組みからは実在性が認められない画像までをも処罰すべきというのであれば、社会的法益説に至ることとなり、妥当でない[135]。

また、児童ポルノを製造する行為の侵害性を「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」という拡散規制の視点に求めつつ、４項製造罪は提供目的製造罪のような拡散的要素が認められないため、同罪の「姿態をとらせ」が有する当罰性は、現実の被写体児童に対する直接的な侵害を捕捉するものと理解し、製造の侵害性と「姿態をとらせ」要件の当罰性があいまって、一体的に評価される場合に限って４項製造罪が認められるとする見解（D説）も、混合説のひとつとして理解可能であろう[136]。

第４項　検討

はなお性的自己決定権が制限されている。また、各都道府県においては青少年保護育成条例により淫行が処罰対象とされており、条例上の規制ではあるが、児童の同意による場合であっても、性的自己決定権は広くパターナリスティックに制限されているといえよう。条例によって13歳以上の児童の性的自己決定権を制限しているという現状は、刑法が当該年齢間の児童を保護していないことが法の不備であり、それを条例が補っていると見ることも可能であるが、刑法176条、177条は、原則として反抗を抑圧する程度の暴行・脅迫による性的行為を処罰する規定であり、法定刑も重い。よって、本稿は、同意がある13歳以上の児童に対してする性的行為（児童ポルノ含む）を、刑法とは別の法ないし条例で規制することは刑法の性犯罪規定と矛盾するものではないと考える。

134　川崎・前掲注（133）23頁。

135　児童を取り巻く性風俗を刑法とは別に保護すべきとする論調からは、限りなく社会的法益説に近い見解といえよう。

136　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）67頁以下。

前節までの検討（立法者、裁判所の見解）を踏まえれば、本稿の見解は一見すると、個人的法益説に近い立場に見えよう。すなわち、国会での審議を見ると、平成26年の児童ポルノ法改正時における公然陳列罪（７条６項）の政府理解には疑問があるものの、刑罰規定に関しては被害児童に対する侵害を想定して立法されていることがわかる。また、裁判例においては混合説的な文脈で社会的法益に言及するものが少なくないが、基本的には被写体児童に対する直接の侵害を認定した上で有罪の判断を示していることから、個人的法益侵害こそが中核的な保護対象であると考えられよう。これらの点を踏まえ、本稿は、個人的法益の侵害がなければ児童搾取の風潮を助長することも考えられないと解しているのである。

しかしながら、混合説の「直接的には個人的法益を、間接的には社会的法益を」という考え方の理解によっては、本稿の見解を個人的法益説と呼ぶか混合説と呼ぶかは大きな問題ではない。すなわち、混合説に立つ見解が、直接的な保護法益の侵害が存在しなければ行為者を処罰できないと理解しているのであれば、個人的法益説の結論と何ら異ならない。混合説は社会的法益を「間接的」な保護法益と位置づけている。「間接的」とすることによって得られる意義は明らかでないが、個人的法益侵害がなくても児童搾取の風潮を助長したといい得れば処罰可能と考えるのであれば、それは社会的法益説そのものであり、混合説の意図するものではないであろう。そうすると、少なくとも児童に自画撮りを行わせた者の可罰性に関する限り、個人的法益説と混合説は対立の意味をなさない。社会的法益を考慮するか否かは、行為者の可罰性とは一線を画する問題である[137]。残された問題は、個人的法益侵害が存在したときに、社会的法益も侵害を受けたといえるかである。実務的には、社会的法益侵害を量刑判断の事情として考慮可能かということであるが、本稿は、個人的法益侵害の存在を前提にするのであれば、社会的法益侵害を考慮することは許容されると考え

[137] この点につきＢ説は、社会的法益は児童の性的自己決定権をパターナリスティックに制限する理由と捉えているが、例えば自殺関与罪における被害者の自己決定権を否定する際、社会的法益には言及されないことから、自己決定能力の否定と社会的法益が必然的に結びついているわけではないように思われる。同罪では生命の絶対的利益が被害者の意思に優越すると説かれるが、児童ポルノ法においても、被写体児童の性的自己決定権は本人の意思に優越すると解することは可能であろう。

る。例えば、不特定又は多数の者に対する提供行為により、児童ポルノ画像が広範囲に渡って拡散された場合と、ごく一部に拡散されたにとどまる場合とでは、児童搾取の風潮が助長された程度に差があるように思われる。仮に拡散の範囲が明らかとなっているのであれば、そのような事情を社会的法益侵害の程度として量刑判断の資料とすることは許容されよう。

以上のような混合説理解を前提とした場合、社会的法益は量刑上考慮されるにすぎないから、自画撮り事案の処理については、働きかけのある場合もない場合も、基本的に個人的法益説と同様の帰結が導かれることとなろう。

第４節　小括

本節では、自画撮りの規制可能性という観点から、児童ポルノ法の保護法益につき、立法、司法及び学説の立場を踏まえながら検討を加えてきた。自画撮りという被害態様は、同法の制定時点では顕在化しておらず、これまで議論されてこなかったが、政府の理解では、児童が主体的に自己の裸などの自画撮り画像をインターネットに公開したときは公然陳列罪が成立するとされている。しかしながら、立法時の議論に鑑みると、このような解釈は多分に形式的な理解であり、児童ポルノ法制定時の理念が受け継がれているとはいい難い。同法の刑罰法規にかかる部分は児童に対する実際の侵害行為を処罰するものであるという前提がなお崩れていないのであれば、自己の法益を侵害（放棄）する行為を規制するためには、新たな理論構成が必要である。

客体を不特定又は多数が認識可能な状態に置くことで成立する「公然陳列罪」は、確かに社会的法益を侵害する犯罪と理解するのが自然ではある。例えば、わいせつ物の公然陳列罪（刑法175条）は、客体のわいせつ性が認定されれば十分であり、それ以上のことは問題とされない。女性のわいせつな姿態が描写されている写真が公然陳列されたとして、そこで問題となるのは写真のわいせつ性のみであり、被写体に対する法益侵害は、その有無すら考慮されない。被写体の法益については、写真を強制的に撮影したのであれば強要罪や強制わいせつ罪、同意の上で撮影していても、公開することに同意していなかった場合や、盗撮して公開した場合などは名誉毀損罪やリベンジポルノ法所定の罪が問題とされるのであり、公然陳列罪の保護範囲からは外れている。しかしながら、児童ポルノの公然陳列罪は、それ自体が児童の性的搾取を防止し、被写体児童を

保護する目的で制定された条文である。本罪には、児童に対する名誉毀損を捕捉するという意味合いも含まれているといえよう。裁判例を見ても、児童ポルノ公然陳列罪が成立した場合の量刑判断につき、被写体児童に対する被害が正面から考慮されていることからも、本罪は少なくとも個人的法益に対する罪と理解可能である。

このように理解すると、児童自身が自己の姿態を自画撮りして公然陳列する行為は、児童ポルノ公然陳列罪に該当しないと考えられる。ただし、一般論としては、自画撮りを行う児童の年齢が18歳に近づくにつれて、その姿態が描写された客体は「児童ポルノ」から「わいせつ物」へと近似していくため、客体が「わいせつ」の要件を満たすのであれば、自画撮り画像の公然陳列行為は刑法175条の構成要件に該当することとなる。その場合は児童といえども刑事的規制に服する必要性は否定できないが、客体が未だ「わいせつ」とまではいえない場合[138]は、児童については何らの罪も成立しないといわなければならない。そうすると、前章で検討した⑧、⑨事件のように、児童を被告人との共同正犯（４項製造罪）とすることは考えられないこととなる。

他方で、公然陳列された画像を取得・保管した第三者の可罰性は、自画撮りを行った児童の可罰性とは関係がないことも、本章で明らかとなった。確かに、児童が進んで撮影した自画撮り画像は「性的虐待の記録」ではないため、それを所持した第三者が単純所持罪に問われるということには違和感もあろう。しかし、児童の性的判断能力が一律に制限されているわが国の現状においては、自身の裸の自画撮りを公然陳列するという行為は、児童の未熟な性的判断能力に起因するものである。また、第三者がそれを奇貨として所持することで、児童に対して画像の拡散をちらつかせ、新たな自画撮り画像を要求したり、個人情報を特定の上、その情報と自画撮り画像を公然陳列するなどといった、新たな性的搾取につながる危険性は著しく高められている。これは、児童の可罰性とは無関係に生じる被害であり、児童が画像の所持ないし拡散を承諾し、あるいは積極的に希望していたとしても、所持すれば単純所持罪、他人に提供すれば提供罪、インターネット等で拡散させれば公然陳列罪が成立する。

そして、以上のような結論を導き出すことが可能な児童ポルノ法の解釈とし

[138] 公然陳列を行った児童の年齢が低く、徒に性欲を刺激するといえない場合がこれに該当しよう。

て考えられるのは個人的法益説、もしくは混合説のいずれかとなる。両説はともに個人的法益の侵害を中核的な保護法益と位置づけている点で共通しており、自画撮り事案については同様の結論が導かれる。しかし、特に立法過程に鑑みると、立案担当者は一貫して児童ポルノの拡散により児童を性欲の対象とする風潮が社会に蔓延することを懸念しており、これを主たる保護法益とは位置づけていないにせよ、児童ポルノ法が社会的法益に対する考慮をしていないということはできない。定量的に被害を測定することが困難な社会的法益を――間接的な――保護法益として承認することで、具体的事案においてどのような影響があるかは不明であるが、現行児童ポルノ法の保護法益理解としては、混合説が妥当というべきである。

第３章　自画撮り規制のあり方

前章までは、自画撮りが児童ポルノ法との関係で問題となり得る類型を抽出し、それぞれのケースにつきどのような処理を志向すべきかを、児童ポルノ法の枠組みや裁判所の判断を通して検討してきた。しかし、これまでの議論は、専ら自画撮りが行われてしまった後の法的処理の問題であり、自画撮りという問題の一面を論じたに過ぎない。自画撮り被害の件数が年々増加している現在にあっては、自画撮りが行われること自体を事前に防ぎ、児童がそもそも自画撮り被害に遭わないための方策を講ずることが急務となっているのである。

そのような中、東京都知事（平成29年２月当時）は、序章で述べたように第31期東京都青少年問題協議会を開いて自画撮り問題への各種対応のあり方を諮問し、専門部会は自画撮り被害対策に向けた答申を平成29年５月に提出した。そこで本稿では、同答申の刑事規制に関する部分を中心に分析し、条例改正案の有効性について検討を加える。

それに付随して、本章では、自画撮り行為と社会的相当性の関係についても若干の検討を加える。立法者の説明によれば、児童ポルノ製造行為については、真摯な交際関係がある者同士のように、社会的相当性が認められるような状況下で行われた場合には、ごくごく例外的に違法性が阻却される場合があり得るとされている。この説明は現行法でいうと４項製造罪に関するものであるが、例えば相手方のために自画撮り画像を製造し（提供目的製造）、送信する行為（提供）についても、同様のことが妥当すると考えられる。

社会的相当性に基づく正当化という考え方は、児童淫行が問題となった最決昭和60年10月23日刑集39巻６号413頁（福岡県青少年保護育成条例事件。以下、「昭和60年決定」とする）において、「淫行」の意義について、「青少年を相手とする結婚を前提としない性行為のすべてを包含するのでは広きに過ぎる」とか、「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等、社会通念上およそ処罰の対象として考え難い」ものは含まないと判示されたことに端を発するものであると思われる。しかしながら、淫行を正当化する論理を、児童ポルノ製造を正当化する際にも用いることが可能であろうか。換言すれば、淫行と児童ポルノ製造は、同一の現象であるといえるだろうか。もし両者が異なる性質の行為であるとすれば、一方を正当化する論理で他方をも正当化することは不可能、もしくは、それを可能とする合理的な根拠が求められるはずである。本稿ではこの点の分析を通じて、特に、児童同士での児童ポルノの送受信を社会的に相当ということが本当に可能か、また、過去に交際関係にあったときに製造した児童ポルノを交際解消後もなお所持することが許されるかについて検討し、自画撮り規制の方策につき提言を行う[139]。

第１節　自画撮り「前」の刑事規制のあり方

本節では、第31期東京都青少年問題協議会の答申内容を精査し、自画撮り被害対策としてどのような策が講じられているかを検討する。答申では、自画撮り被害対策の３つの柱として①普及啓発、教育、相談等対応、②技術的対応、③規制等対応が挙げられている。特に③については、自画撮りが行われる前の時点、すなわち、犯人が青少年（児童）に対して自画撮りを行うよう勧誘した時点で刑事規制を発動可能にするよう東京都青少年健全育成条例を改正すべきであると主張している。いわば、答申は「自画撮り勧誘罪」の新設を提唱しているのである。また、答申では、自画撮り被害対策を効果的なものとするためには他の道府県、あるいは児童ポルノ法においても同様の規定を置く必要があるため、今後はそれら機関にも条例改正及び法整備の要望をすべきとしてい

[139] なお、兵庫県においても青少年愛護条例の改正によって、青少年自身にかかる児童ポルノ等を要求する行為を禁止し、違反行為に罰則を適用することとされた。詳細は本稿補遺参照。

る[140]。今後都条例が改正されたとき、実際に都が規制整備を働きかけた場合は、都条例の規制枠組みがまず参照されることは必至であり、この答申の枠組みの妥当性・有効性を分析することには意義があると思われる。

第１項　自画撮り勧誘罪の内容[141]

第１款　答申の趣旨と構成要件

平成29年２月、東京都知事は第31期東京都青少年問題協議会（総会）に出席し、児童ポルノ被害、特に自画撮り被害が深刻化している現状を訴え、普及啓発、技術及び制度的規制という多元的な枠組みにおいて自画撮り被害に対処することを可能とするよう、同協議会に諮問を行った。これを受け、木村光江教授を部会長とする専門部会が平成29年２月から５月にかけて開催され、複数回の会議を経て、５月16日の拡大専門部会で答申案が示され、同30日の総会で、東京都知事に対して原案のとおりに答申がなされた[142]。その中で、制度的規制のあり方については、性に関する健全な判断能力の形成途上にある青少年に児童ポルノの自画撮りを勧誘する行為はその福祉を侵害する恐れが高いところ、勧誘行為自体は刑法に抵触するものではなく、普及啓発や技術的対応では複雑・巧妙化する勧誘の手口から児童を保護することは困難であるため、児童保護という目的を達成するためには、都の「健全育成条例において当該勧誘行為を罰則をもって禁止することにより、同行為の抑止や防止を図るとともに、そのような行為が許されないものであることを明確にする必要がある」とされている[143]。

自画撮り勧誘行為の具体的な構成要件は、明確性の原則に留意し、あらゆる勧誘行為を規制対象とするのではなく、青少年の福祉を阻害するおそれの高い「一定の状況・態様」、すなわち「青少年の性に関する健全な判断能力が形成途上であることに乗じた不当な手段による勧誘」を類型化すべきとされた。具体

---

[140] 前掲注（10）答申16頁。以下、引用する際は「答申」と表記する。

[141] なお、本項中で検討を加えているのはあくまで答申の内容についてであり、実際に制定される勧誘罪の内容とは異なる可能性がある。

[142] 答申は「緊急答申」とされており、自画撮り被害に対しては直ちに対策を講ずべきという姿勢がうかがえる。

[143] 答申14頁。

的には、①青少年が拒絶しているにもかかわらず勧誘する方法、②欺き、又は誤解させる方法、③威迫する方法、④対償を供与し、又はその供与の約束をする方法、及び⑤その他困惑させる方法の５類型が列挙されている[144]。

これらの構成要件の大部分は、昭和60年決定が淫行の意義について判示する際に示したものである。すなわち、淫行とは「……広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきではなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいう」とされており（下線部は筆者）、自画撮りという被害態様の特性を考慮した上で、②、③、⑤は本件を参考にし、①は新たに考案したものと考えられる。なお、④は児童ポルノ法における「児童買春」の定義（２条２項）を参考にしたものと考えられる[145]。

第２款　適用範囲

また、答申では児童ポルノ製造罪と本条例規制の関係や、規制の課題についても言及している。

まず前者について、児童に対し、児童ポルノとなり得る自己の姿態を撮影・送信させた場合[146]には児童ポルノ製造罪が成立するが、同法には勧誘行為を処罰する規定がない[147]ため、条例において勧誘行為を規制することが可能かとい

---

[144] 答申14頁。なお、青少年が自画撮りを勧誘した場合には、条例違反となるが罰則は適用されない。また、都外在住の者が都内在住の青少年に対して自画撮りを勧誘した場合は、都内在住の青少年を守るために必要な限度で、都外在住者にも条例を適用すべきとしている。

[145] 児童ポルノ法２条２項によれば、「児童買春」とは、児童等に対し「対償を供与し、又はその供与の約束をして」、当該児童に対し性交等を行うこととされている。

[146] 裁判所の理解によれば、犯人の情報端末に児童ポルノの電磁的記録が保存されたときに既遂となる。

[147] また、児童ポルノ法には未遂犯処罰規定が置かれておらず、被害児童が犯人宛てに画像データを送信し、かつ犯人がこれを受信しなければ、処罰対象とされない。このため、脅迫罪や強要罪が成立しない場合、自画撮り勧誘犯人を摘

う点が、専門部会において議論されていた。この点につき答申では、児童ポルノ法に勧誘規制がないことは、法全体から見て勧誘行為を規制せず放置すべき趣旨と解する根拠はなく、また、本条例規制は、青少年の自画撮り被害に繋がる勧誘行為を、青少年の福祉を阻害するおそれの高い行為として処罰するもので、児童ポルノ法とは目的が異なるから、条例を適用しても児童ポルノ法の意図する目的、効果を阻害することはないと説明されている[148]。

後者については、自画撮りの「勧誘罪」を新設したとしても、以下の場合、すなわち、（ⅰ）勧誘を受けず、青少年が自ら画像を作成・提供した場合、（ⅱ）健全育成条例で禁止されない勧誘を受けた青少年が、安易にこれに応じて画像を作成・提供した場合、及び（ⅲ）健全育成条例で禁止される勧誘を受けた青少年が、保護者や相談窓口に相談せず、画像を作成・提供した場合には、青少年の画像提供を未然防止することができないため、普及啓発を実施する際はこのような点に留意すべきであると述べられている[149]。また、前述した、他の道府県や児童ポルノ法も勧誘規制を導入すべきとする理由については、自画撮り勧誘の事案においては、勧誘者と青少年が異なる都道府県に在住していることが多いためであるとされている。

第３款　保護法益

本罪の保護法益については、答申や専門部会の議事録において明確に言及する部分はないが、いずれの構成要件も、具体的な青少年個人に対する働きかけを想定していると思われることから、現段階では、本罪は勧誘を受けた児童の健全な成育に対する害悪から児童の個人的法益を保護する趣旨の規定であると考えて差し支えないであろう（本稿補遺参照）。

第２項　検討

以上が、新設を答申した自画撮り勧誘罪の概要である。それでは、本罪は自

発するためには児童に対する被害が発生するのを待たねばならないばかりか、被害を未然に防止したとしても、このような犯人が他の児童に対してさらなる勧誘行動を行うことを阻止することができないこととなる。

[148] 答申15頁以下。

[149] 答申11頁以下。

画撮り被害防止に資する力を備えているだろうか。

第１款　普及啓発、教育、相談等対応の重要性――課題（ⅰ）（ⅲ）について

互いに面会せずに自画撮り画像の送受信を行う場合、勧誘を行い、児童がそれに応じて自画撮り画像を実際に送信するまでの一連の動作は電脳空間でひそかに行われ、誰からも察知されることはない[150]。また、自画撮りを行っていたり、素性の知れない相手と通信したりしていることが親や教育機関等に知られて非難されることを恐れ、児童自身が被害を隠すことで、被害はいっそう外部から気づかれにくくなる。自画撮り勧誘行為は、児童のこのような心理を巧みに用いて行われており、その手段は相当に悪質である。条例改正で自画撮り勧誘罪が新設されれば、自画撮り画像が勧誘者に渡る前段階で処罰することが可能となるため、実質的には児童ポルノ製造罪の未遂犯規定としての役割を果たすこととなろう。

しかし、自画撮り勧誘罪を新設したとしても、勧誘行為が地下で行われ、被害が露見しにくいという実態が変わるわけではない。答申では、上述したとおり、（ⅰ）から（ⅲ）の場合には本罪を適用することができないという課題が提起されている。このうち、（ⅲ）勧誘罪に当たるような態様で勧誘を受けた児童が保護者等に相談・通報を行わなければ、児童の判断で勧誘を断らない限り、基本的に勧誘者の下に児童ポルノ画像が渡ることを防ぐ手立てはない[151]。勧誘規制を明文化することで、潜在的な勧誘者に対しては一般予防的効果が、潜在的な被害者である児童に対しては、自画撮りの勧誘行為は「悪いこと」であり、勧誘を拒否することは「悪いことではない」と示すことで、被害抑止に向けた啓発的効果がそれぞれ得られることは確かであろう[152]。しかし、自画撮りが広

[150] 答申11頁。

[151] 特に、行為者が事前にSNS等から児童の個人情報を入念に収集した上で、「自画撮りを送らなければ今すぐ不利益な個人情報を流出させる」などと脅迫したり、あるいは「今すぐ送信してくれないなら金は振り込まない」と申し向けたりして自画撮りを要求するように、勧誘から送信までの時間的間隔が狭く相談するいとまがない場合が少なくない。

[152] 答申16頁。ただし、勧誘罪を規定することで第一次的に期待されるのは、禁止規定の威嚇効果によって潜在的な勧誘者が児童に勧誘行為を行わなくなるという一般予防効果であって、これはあくまで勧誘者のみに向けられた禁止規範

く行われ、児童自身がSNSに裸の自画撮り画像等を投稿する場合すらある現状において、単に勧誘処罰規定を新設するのみでは、特に児童については、期待通りの啓発効果が得られるかどうかは不透明である。もっとも、この点は専門部会も正しく認識しており、学校教育等において積極的に啓発活動を行っていくべきであるとの指摘が答申の随所でなされている。啓発と規制は「車の両輪」であり、規制が新設された後は、本格的に自画撮り被害の防止に向けた啓発活動に取り組む必要がある[153]。なお、①～⑤に該当する勧誘行為が児童に対して行われれば本罪は成立し、送信されれば製造罪が成立するから、犯人を摘発できた場合、その処罰自体に問題はない。

次に（ⅰ）については、もとより勧誘行為が存在しないのであるから、勧誘罪が成立しないのは当然である。本罪はあくまで児童に対する勧誘行為自体を処罰するものであり、児童による自発的な製造を未然に防ぐという効果はもとより想定されておらず、する必要もないであろう。この場合はまさに自画撮りを行った児童自身に児童ポルノの各種製造罪や提供罪、公然陳列罪、あるいはわいせつ物頒布罪、公然陳列罪が成立するかが問題とされるのであり[154]、これらの条文によって未然防止が達成可能かを問うと同時に、普及啓発など、法的規制以外の施策によって児童に働きかけていくことで達成を図るべきである。

第２款　構成要件の限定――課題（ⅱ）について

（ⅰ）から（ⅲ）の課題が初めて指摘されたのは、第３回専門部会（平成29年４月13日）であった。その時点ではまだ具体的な構成要件案は提示されておらず、「青少年の性に関する健全な判断能力の未成熟に乗じた不当な手段による勧誘」を処罰対象とするとされるにとどまっていた。その後、第４回専門部会（同年５月11日）において、「不当な手段」の内容が、①青少年が拒絶しているにもかかわらず勧誘する方法、②欺き、又は誤解させる方法、③威迫する方法、④対償を供与し、又はその供与の約束をする方法、及び⑤その他困惑させる方

である。勧誘を受けた児童自身が自画撮りを行わないということは、勧誘罪という刑罰規定から直接に達成されるものではないように思われる。

[153] 特に、児童が相談・通報を行いやすい環境整備は急務であろう。答申12頁、17頁。

[154] 児童ポルノ法違反につき、本稿は消極に解する。

法の５類型に具体化された[155]。この規定の趣旨は、①～④が主要な態様を規定し、⑤はこれらに該当しない場合があり得ることを想定した補充的規定と考察することが可能である。ところが、課題（ⅱ）はこの時点でもなお課題とされ、答申にもそのまま記載されている。つまり専門部会は、上記①～⑤の類型に属さない態様で自画撮りを勧誘する場合があり得ると考えていることになる。

専門部会が勧誘行為を「不当な手段」に限定して構成要件化したのは、明確性の原則が強く意識されたことによる[156]。その意識は正当である。しかし、勧誘の先にある児童ポルノ製造罪が相当に広い範囲で成立することは前章で確認した通りである。例えば⑤～⑨事件では児童が任意に自画撮りに応じているが[157]、特に⑧、⑨事件のように、被害児童が被告人に恋愛感情を有していたり、被害児童から被告人にコンタクトを取っている事例、あるいは⑤事件のように、被害児童が被告人からの交際の申し入れを好意的に受け止めていた事例でも児童ポルノ製造罪が成立していることに鑑みると、製造に至る経緯にかかわらず、製造罪は成立するといえよう。裁判所は、「ソフト」な態様の働きかけであっても製造罪を成立させているのである。そうすると、自画撮り勧誘罪は成立しないが製造罪は成立する場合があり得ることとなるが、これは妥当な結論であろうか。製造罪が成立するような態様での働きかけは、勧誘罪としても捕捉できなければならないはずである[158]。もっとも、⑧、⑨事件のような場合も「⑤その他困惑させる方法」に該当するというのであれば、事実上行為態様面での限定はないとも考えられる。専門部会が（ⅱ）の例としてどのような具体的事

---

[155]「威迫」「欺罔」及び「困惑」は、東京都青少年健全育成条例18条の６（みだらな性交等の禁止）における「みだらな性交又は性交類似行為」や、他の道府県条例における淫行処罰規定の解釈でも考慮されている。

（http://www.keishicho.metro.tokyo.jp/kurashi/higai/kodomo/inkoj.html）（平成30年２月24日最終閲覧。以下、URL については全て同じ）

[156] 答申14頁以下。

[157] ただし、⑥事件では積極的かつ執拗な働きかけがあったとされている。

[158] 一定の手段に限定することで明確性を担保しているというのが専門部会の説明であることから、あらゆる勧誘態様を処罰対象とすると明確性に疑義が生じるおそれがあるが、勧誘罪は単なる「自画撮り」ではなく「児童ポルノの自画撮り」を規制しており、客体面からの限定が図られていれば十分であるといえよう。答申14頁以下。

例を想定しているのかは定かでないが、困惑させる方法を広く解するのであれば、（ⅱ）の問題はおおむね解消されるかもしれない。しかし、その場合は「その他困惑させる方法」という構成要件の明確性について疑義が呈されるおそれがあろう。

結論として、本罪の新設により一般予防効果など、一定の積極的効果が生じることは確かであるが、これまでに検討してきた裁判例のうち、いくつかのケースでは、自画撮り画像が犯人に渡れば製造罪が成立するにもかかわらず、勧誘時点では、本罪は成立しないこととなる。しかし、このような帰結では、児童の保護が十分図られているとはいい難いであろう。製造罪は児童の性的搾取として、まさに被写体児童の法益を侵害する行為を処罰する条文であり、同罪が成立するような事案においては、あまねくそれを勧誘する行為にも、当然可罰性が認められなければならないはずである。①～⑤の構成要件は、昭和60年決定における可罰類型に依拠するものであるが、本罪の構成要件としてこれらを用いる必要があったかは疑わしい。専門部会では、自画撮り被害の摘発事例が回収資料として配布・検討されていたが、裁判例については議論されていなかった。しかし、製造罪の事実上の未遂犯としての役割を本罪に付与するのであれば、製造罪がどのような条件の下で成立するかにつき、裁判所の判断を調査しておくべきであったように思われる。「不当な手段」という絞りによって、本罪の規制範囲が裁判例における製造罪の成立範囲からかい離してしまうと、それだけ本罪の独自の意義が薄れてしまう懸念がある。

第３款　各構成要件の該当性判断

また、不当な勧誘行為とされた各種構成要件についても、どのような場合にそれに該当するかは、専門部会での検討を踏まえてもなお明らかでない点が存する。

まず「②欺き、又は誤解させる方法」については、どのような点について欺き、誤解させる必要があるだろうか。自画撮り被害の摘発事例に鑑みると、年齢や性別を偽る場合を想定していると考えられるが、行為者の所在地や職業等を偽る場合にもこれに該当するかは不明である。例えば、真実は埼玉県民であるのに東京都民と偽る場合や、真実は無職であるのに医師であると偽る場合などが考えられよう。年齢についても、例えば20歳の者が被害児童と同じ年齢であると偽る場合や、30歳の者が20歳、あるいは29歳であると偽る場合など、様々な

場合が考えられる。ここでは、本罪の構成要件が、児童の判断能力が未成熟であることに乗じた不当な勧誘を類型化したものであることから、当該欺罔が児童の未成熟さに乗じたといえるかを規範的に判断すべきこととなろう。

次に、勧誘行為はどのような状況で行われる必要があるだろうか。答申を見る限り、勧誘は１対１で行われることが想定されている[159]が、例えばSNS等で行為者が不特定多数の児童に向け、自画撮りを自分に送信することを条件として金銭等を供与する旨の投稿をするような場合も可罰的であろうか。また、当該投稿が、児童か否かを問わず、あらゆる者に対して自画撮りを要求する内容であった場合はどうか。これらの行為は、④対償供与の「約束」に該当するかが問題となると考えられるが、「約束」とは、児童との間で自画撮りを行うことの合意が形成されたことまでを要するのか、それとも、行為者が申込みをした時点で成立するのであろうか。仮に後者であれば、そのような内容の投稿をした時点で、また、児童が実際に投稿を見なくても勧誘罪が成立することとなる[160]が、それは処罰の過剰な早期化といわざるを得ない。しかし、刑法198条（贈賄罪）の構成要件には「賄賂を供与し、又はその申込み若しくは約束をした者」と規定されていることを考慮すると、「申込み」は「約束」には含まれないと解されよう。

さらに、すでに児童が自発的に自画撮りをSNS等で投稿していたときに、「もっと投稿してほしい」と児童に申し向ける場合、この行為は「⑤その他困惑させる方法」に該当するか。「困惑」という文言は非常に広い意味に捉えることが可能であり、見解が分かれるであろう[161]。本稿は、すでに自画撮りを投稿している児童に対するのであれば、少なくとも公開のSNS上で行われている限りは「困惑」には当たらないと解する[162]。

---

159 答申３頁。

160 SNS上で勧誘のメッセージを送信したが、その直後に削除し、相手方もメッセージを閲覧できなくした場合であっても、実際の摘発の可能性はさておき、本罪が成立することとなろう。

161 例えば、青少年同士で交際しているときに、相手から自画撮りを送信するよう勧誘され、本当は断りたいが、断ると相手に申し訳ないという思いでこれに応じたような場合にも、「困惑」に該当するというような判断はあり得るように思われる。

162 児童がそれに応じて自画撮り画像を投稿したとしても、判例の枠組みからは、

第４款　罰則の適用除外

（１）青少年間での条例違反行為と裁判例

最後に、本罪の適用除外について検討する。東京都青少年健全育成条例に限らず、多くの淫行条例と呼ばれるものには、淫行等を行った者が青少年であったときには、罰則を適用しないと定める条文が置かれている。しかし、行為者を少年法３条１項１号の「犯罪少年」というためには構成要件該当性、違法性があれば十分であり[163]、訴訟条件が欠けていたり、あるいは刑の減免事由や処罰阻却事由があるだけでは、犯罪は成立しているため、犯罪少年として審判に付することができるとされている[164]。そうすると、青少年が①～⑤に該当する態様で自画撮りを勧誘したとしても、罰則は適用されないが、保護処分（少年法24条１項）がなされる可能性は残されている。

淫行条例に違反した青少年（児童）をどのように取り扱うべきかは非常に微妙な問題である。特に児童同士で違反行為に及ぶ場合は、昭和60年決定の長島補足意見が「一八歳に満たない少年が同じく一八歳に達しない少女を淫行の対象としたときは、互いに性的行為についての判断・同意能力に欠陥があると法的にみなされている者同士の間における性的行為等として当罰性を欠き、また、相互に健全育成についての努力義務を負うとは考えられない者に刑罰制裁を科することは適切でない」と述べる一方で、「もつとも、本条例の右罰則にふれない性的行為等であつても、『自己又は他人の徳性を害する行為をする性癖のあること』（少年法三条一項三号）に当たる状況にあるときは、少年非行としてその健全な育成を期し、性格の矯正に関する保護処分を行うため（同法一条）に、家裁の審判に付することができることはいうまでもない」と説示している。しかしながら、これまでに児童を淫行条例違反を非行事実とする保護処分をすることの可否について判断された事例はないようであり[165]、少なくとも、児童間での同意の下で行われる性行為等については、これを非行事実として取り扱っ

製造罪には問われないであろう。判例は、被告人の所持する記録媒体に児童ポルノ画像が保存されたことをもって製造罪の成立を肯定しているからである。ただし、公然陳列罪の教唆ないし幇助となる可能性はある。

163　有責性の要否については争われている。田宮裕＝廣瀬健二編『注釈少年法（第３版）』（有斐閣、2009年）61頁以下。

164　田宮＝廣瀬・前掲注（163）61頁。

165　判時2337号94頁（匿名解説）。

ていないことが看取されよう。

しかし、近時、淫行条例違反の非行事実につき、犯罪少年を保護処分（第一種少年院送致）とした裁判例が見られる。

東京高決平成28年６月22日判時2337号93頁は、少年（当時17歳）を含む男子少年５名が、被害女性が当時18歳に満たない者であることを知りながら、同女にいわゆる野球拳を行った後、順次性的行為を行い、もって、青少年に対して、単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められない性行為をしたという事案であった。原決定は、少年の行為は千葉県青少年健全育成条例20条１項[166]違反に該当するとして、少年を第一種少年院送致としたところ、少年の付添人弁護士が、本条例違反を非行事実として認定して保護処分に付すことは、①同条例30条本文[167]の適用除外規定の解釈を誤ったものである、②条例制定過程からすれば、本条例は大人対児童の行為を取り締まることを前提としている、③昭和63年度版の本条例の解説には、青少年同士の淫行については構成要件該当性が阻却されるとの解釈が示されている、などとして抗告した。

本決定は、まず①について、「本条例は、二〇条一項において、何人に対しても、単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められない性行為又はわいせつな行為をすることを禁止し、三〇条本文において、『この条例に違反した者が青少年であるときは』、罰則を適用しない旨を定めているのであって、このような本条例の文言の解釈として、三〇条本文が構成要件該当性が欠け、あるいは違法性を阻却するという趣旨ではなく、むしろ、処罰阻却事由ととらえる方がその文理に忠実であるというべき」であると述べた。次に②については、「本条例の制定過程において、主として成人による行為を念頭において議論されていたとしても、必ずしも、青少年による本条例二〇条一項該当の行為を、本条例三〇条本文によって保護処分の対象とするこ

[166] 条例20条１項「何人も、青少年に対し、威迫し、欺き、又は困惑させる等青少年の心身の未成熟に乗じた不当な手段によるほか単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められない性行為又はわいせつな行為をしてはならない。」

[167] 条例30条本文「この条例に違反した者が青少年であるときは、この条例の罰則は、青少年に対しては適用しない。」

とを許さない趣旨であるとは解されない」とした。また、③については、他年度の解説によれば同規定は処罰阻却事由であり、行為を合法化するものではないため、保護や補導の対象となると説明されていることから、昭和63年度の解説が一定の解釈を前提とするものではない上、条例の運用担当者の解釈がいずれであっても「本条例三〇条本文の趣旨を処罰阻却事由とみることの妨げとなるものではない」として、原決定の判断を是認した。

（２）検討

このように、青少年間での条例違反行為に対しては、罰則は適用されないものの、少年法上の保護処分を受ける可能性は排除されておらず、実際の処分例も見られるようになった。ここから出発すると、自画撮り勧誘罪に該当する行為を行った青少年に対しても、保護処分が行われる可能性があるといえる。確かに、勧誘罪の構成要件は青少年の未成熟に乗じた「不当な手段」を列挙したものであり、それに該当する行為が行われた場合に保護処分があり得ることは否定できない。しかし、これまで青少年間の淫行が摘発されてこなかった[168]という条例運用状況に鑑みると、自画撮りの勧誘を行った青少年を、実際に保護処分とすることが妥当かは疑わしい。直接的な性行為等が行われる淫行罪と比較すると、勧誘罪は、いまだ自画撮りを勧誘するにとどまるものであり、法定刑は淫行罪よりも低く設定されている[169]。また、上記裁判例の事案は、複数の少年が18歳未満の被害女性に対して順次性的行為を行ったというもので、当初は集団強姦罪[170]で逮捕されており、犯情の重い事案であった。このことから、本裁判例の射程が、本件のような事情の存しないような青少年間の性的行為にまで及ぶことは、基本的に想定しにくい。よって、勧誘罪についても、青少年間で行われた場合は、保護処分を行うことには慎重であるべきであろう。少年事件の調査・審判・処分決定は訴訟条件、処罰阻却事由とされた趣旨を考慮して行うべきであるという指摘もなされている[171]。勧誘を行った相手方や態様等

[168] 相手方児童が13歳未満であれば、淫行条例ではなく刑法（強制わいせつ罪若しくは強制性交等罪）が適用される。

[169] 勧誘罪の法定刑は30万円以下の罰金である。

[170] 平成29年改正前刑法178条の２。現在は廃止されている。

[171] 田宮＝廣瀬・前掲注（163）61頁。

を考慮し、刑法の補充性の観点から、青少年間の場合は抑制的な運用が望まれる。このような場合にこそ、教育的対応による取扱いが求められよう。

第２節　社会的相当性による違法性阻却のあり方

第１項　問題の所在

本節では、児童ポルノ法ないし自画撮り勧誘罪の違法性阻却事由について検討を加える。前節で検討したように、自画撮り勧誘罪の成立範囲は、裁判例によって示されてきた（４項）製造罪の成立範囲と一致していないおそれがあり、同罪が実効的な被害抑止効果を得られるかどうか、不安がないではない。勧誘罪は成立しないが製造罪は成立するということを換言すれば、勧誘の態様が不当でなくても製造罪は成立し得るということとなるが、勧誘が不当・悪質でないのであれば、製造罪が成立する根拠は何かという疑問が出ることは、当然想起されよう。製造罪が児童の性的搾取の態様であり、特に大人対児童の関係においては広汎な規制が及ぼされているという裁判所の判断に平仄を合わせるのであれば、「不当な手段」として想定される類型を抽出して構成要件化するよりも、製造罪における「正当化事由」の類型を考察し、これに該当しない場合は、そこへ至る勧誘行為もおよそ可罰的と考える方が、より適切な規制を及ぼすことが可能となるのではないだろうか。明確性の原則との関係でも、立法事実に鑑みれば、勧誘罪が真摯な交際関係等、勧誘が社会的に相当な場合までをも規制する趣旨でないことは容易に看取することができるから、例えば「正当な理由がないのに」という文言を付すなどして勧誘行為を禁じれば、具体的な勧誘態様を列挙しなくても、同原則に抵触する可能性は低いと考えられる。

しかし、以上のように考えたときに問題となるのは、それでは製造罪における正当化事由が明確になっているのかという点である。これがあいまいなままであれば、当然明確性の問題が浮上する。本稿のように、答申における勧誘罪よりも広範な規制を及ぼすべきと主張する場合は、この点を明らかにする必要がある。

第２項　製造罪の正当化事由

前述したように、立法者の説明によれば、真摯な交際関係にある者同士で児童ポルノを製造する場合は、ごくごく例外的に違法性が阻却される。これが昭

和60年決定の枠組みに依拠しているものであるとすれば、ここでいう「真摯な交際関係」も、婚約中か、あるいはそれに準ずる関係を指すものと考えられる。

ところで、同事件の被告人は成人であった。この事件は自画撮りではなく、性行為を行ったことで淫行の罪に問われたケースであったが、ここでは大人による児童の性的搾取という構図を打ち消すために、児童と性交等を行う積極的な根拠が要求されたのであろう。しかし、それでは、児童同士が交際している場合も昭和60年決定の射程に入り、「真摯な交際関係」が要求されるのであろうか。すなわち、自画撮りを送信した児童は不可罰であるとしても、その相手方で、自画撮りを行わせた児童をどのように取り扱うべきかが問題となっているのである。

この点につき本稿は、第１章第２節において検討したように、児童間のセクスティングの場合は、主に児童の年齢等を考慮しつつ、性的知識の差の大小という観点から児童の性的搾取が観念されるかという枠組みで、自画撮りを行わせた児童について製造罪が成立するかを判断すべきと主張している。このように考えたときは、交際関係にある児童同士であれば、性的搾取を観念することは基本的に不可能であるから、製造罪は成立しないこととなろう。

本稿は、児童ポルノ製造罪に内包されている性的搾取という観点を重視し、これが観念されない場合は構成要件該当性がないと解しているが、立法者は、真摯な交際関係が存することは正当化事由であると説明している。しかし、立法当初は、児童ポルノ法違反行為は大人が児童に対して行うことが当然の前提とされており、児童間の場合についてまで真摯な交際関係が要求されているだろうか。この点については、児童同士の交際において、その後の婚約やそれに準ずる関係を見出すことは、現代の日本社会においては極めて稀であると思われ、児童間の場合における正当化事由として真摯な交際関係を要求することは、正当化の途を事実上閉ざすものに他ならない。したがって、立法者による説明の枠組みでも、児童間の場合は昭和60年決定の射程から外れ、真摯な交際関係までは要求されないと解すべきであろう[172]。

[172] 多くの青少年保護育成条例には、児童が条例違反行為を行っても規制対象とならない旨の規定がある。このことと、昭和60年決定の趣旨とを併せ考えると、児童同士の淫行の場合は、真摯な交際関係がなくても刑事規制は行わないという思想が看取されよう。

ただし、本稿は、現行法の解釈につき、淫行に関しては上記の通りであるとしても、自画撮りに関しては、児童同士であっても、あるいは大人対児童の場合であっても、正当化の対象外とすべきであると考えるものである。その詳細を次項以下で検討する。

第３項　自画撮り勧誘罪の正当化事由

自画撮り勧誘罪の正当化事由はどのように考えられているか。本稿の主張からは、答申されている勧誘罪の正当化事由を検討する必要は必ずしも存しないが、念のため確認しておきたい。

この点につき、答申では特に正当化に関する言及はされていないが、専門部会での審議において、自画撮り勧誘罪の構成要件があいまいで、本罪の創設が過度なプライバシーへの制約につながらないかという懸念があることに対して、委員の一人がコメントを加えている。すなわち、前述した①～⑤の勧誘行為のみを本罪の構成要件としたことは、「場合によっては狭過ぎるというご批判もあり得るかもしれないくらい限定に限定を行ったものであり、このようなものであれば、ここで通信の秘密を超えて改めて問題とすべきプライバシー、例えば青少年間の真摯な交際に基づくようなやりとりとか、例えば仮に観念されるとしてもですが、そのようなものに非常に立ち入るといった、許されないような侵害に当たるということに、やはりならないのではないか」と述べているのである[173]。

上記の発言は正当化事由について述べたものではないが、構成要件に厳格な制約を課していることにより、社会的に相当とされるような状況における勧誘は、はじめから規制対象外とされていることが読み取れる。裏を返せば、たとえ――真摯な――交際関係にあったとしても、①～⑤に当たる行為を行えば、勧誘罪に問われる。さらに、その後自画撮り画像が製造・送信されれば、４項製造罪が成立することとなろう。交際関係という人的関係には法制度上の裏付けや保証などがなく、いつ解消されるかも知れない、非常に不安定な関係であ

[173] 第31期東京都青少年問題協議会第５回専門部会（平成29年５月16日）議事録30頁（宍戸常寿委員）。
http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/seisyounen/singi/seisyokyo/31ki-menu/senmon5/gijiroku.pdf

る。交際関係に基づく正当化があり得るとしても、製造されるのは児童ポルノである。交際関係の態様は一様でないとしても、少なくとも社会的に相当と認められるような態様でなければ、正当化は困難であろう[174]。

第４項　製造罪の正当化に関する諸問題

しかし、児童ポルノ製造が仮に正当化される余地があったとしても、なお検討すべき課題が存する。それは、児童ポルノ製造罪の正当化事由を昭和60年決定と関連付けることの妥当性である。

第１款　淫行罪と児童ポルノ製造罪

上述したように、児童ポルノ製造罪の正当化事由は、昭和60年決定の枠組みに基づいて説明されている。本稿では、行為者が大人の場合と児童の場合とでは、求められる交際の真摯性の程度が異なると解したが、そもそも、製造罪の正当化事由を「真摯な交際関係」に求めること自体は妥当だったのであろうか。当時はそれで問題なかったのかもしれない。しかしながら、制定から時間が経過した現在において、なおこのような正当化事由を維持し続けることが妥当といえるだろうか。

淫行と児童ポルノ製造の共通点は、ともに児童を被害者としている点である。また、いずれの行為においても、大人が児童に対して行う行為として想定されている。しかし、両者間で異なる点が一つ存する。それは、「副産物」の有無である。淫行という犯罪は、みだらな行為を行うことが構成要件であり、行為後には何も残らない。これに対して児童ポルノ製造罪は、児童ポルノを製造することで成立する犯罪であるが、行為後にはもちろん、児童ポルノが残存する[175]。この副産物が他人に提供・公然陳列されることで、さらなる児童の性的

---

[174] 昭和60年決定も、「被告人と少女との間には本件行為までに相当期間にわたつて一応付合いと見られるような関係があつたようであるが、当時における両者のそれぞれの年齢、性交渉に至る経緯、その他両者間の付合いの態様等の諸事情に照らすと、本件は、被告人において当該少女を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱つているとしか認められないような性行為をした場合に該当するものというほかない」と判示している。

[175] これは「犯罪行為によって生じ」た物であり、没収の対象となる（刑法19条３号）。

搾取へとつながるのである。

正当化事由に視点を戻すと、いずれも真摯な交際関係の存在による正当化の余地が認められている。児童ポルノ法の説明では「ごくごく例外的に」とされているように、正当化のハードルは非常に高いと思われるが、法は、児童ポルノの製造が、いわば愛情行為の一環として行われる場合があることを認めているのである。しかし、この説明は、いずれも自画撮りの問題が顕在化するはるか以前のものであり、様々な議論が最新の状態に更新され、それに合わせて法改正が行われた現在において、なおこのような正当化事由を維持すべきか、改めて検討すべきである。本稿では、自画撮りへの対応状況、及び単純所持罪との関係という二つの観点から、この問題を考察していく。

第２款　自画撮り被害における行政の動き

自画撮り被害の深刻さが認識された平成24年以降、行政は自画撮り被害対策に本腰を入れて取り組んできた。特に警察庁は、主に教育機関等向けに自画撮り被害の啓発ポスターを発行し、中学・高校生、及びその保護者等に対して、以下のことを呼び掛けるよう求めている[176]。

> ・自分の裸をスマートフォン等で撮影してはならないこと。
> ・交際相手、友達等の信用している相手であっても、自分の裸の写真を送ってはならないこと。とりわけ、面識のない者（SNS の相手等）に対しては、絶対に写真を送ってはならないこと。
> ・デジタル写真は、コピーが容易であり、一たび写真がインターネット上に流出すると、不特定多数の者に繰り返しコピーされ、すべての写真を削除することは非常に困難になること。
> ・軽い気持ちで裸の写真を送ってしまうと、取り返しのつかない危険（被害）が生じてしまうおそれがあること。

また、上記のほか、「友達等に裸の写真を送るよう求めたり、友達等の裸の写真を送ったりするほか、友達等の裸の写真をスマートフォンに保存した場合には、児童買春・児童ポルノ禁止法違反の被疑者として検挙・補導されてしま

[176] 前掲注（８）URL 資料参照。

うおそれがあること」についても広報・啓発を行うよう求めており、自画撮りを巡っては、児童は被害者にも加害者にもなり得ることが示されている。ここでは、「友達等」の写真を保存した場合に摘発されるおそれがあるとされており、「交際相手」がこれに含まれるかの判断は微妙である。しかし、少なくとも児童同士で交際しており、画像が両者間での限定されたやり取りにとどまっており、児童の性的搾取とまではいえないのであれば、それを社会的相当と呼ぶかはさておき、刑事制裁によって介入すべきではなかろう。

ここで注目すべきなのは、警察庁は、交際相手であっても自分の裸の写真を送ってはならないと指導している点と、自分の裸の写真を送る行為については検挙・補導の対象に挙げられていない点である。児童ポルノ法では、いちおう真摯な交際関係が存する場合は児童ポルノ製造が正当化されると述べられている。しかしながら、同法は電子メールやカメラ撮影技術が未発達であった時代に制定されたものであった。現像して写真を製造する時代であればともかく、容易に撮影･送信等が可能となり､それに伴う被害が顕著に見られるようになった現在にあっては、その実態に合わせた法解釈が必要となろう。特に、現在想定されている正当化事由と、交際相手に対しても裸の写真を送信してはならないという啓発は両立することが困難である。また､正当化事由が存することで、特に大人と交際中の児童が「自分は交際相手と真摯に交際している」と信じ込み、交際相手に対する限りは、自己の裸の自画撮り画像を送信しても問題ないという認識を抱きかねないことも懸念されよう。実際に真摯な交際関係が存していることを証明可能であれば、もちろん正当化の余地はある。しかし、原則として否定的評価を下すべき行為であるにもかかわらず、場合によっては許容される場合があるということで、自画撮り被害の防止に関する普及・啓発が徹底されなくなるようなことがあってはならない。児童ポルノの流通性が格段に高まり、被害回復を図ることも困難となっている現在においては、たとえ大人と児童が真摯に交際しており､性交等が正当化されることはあり得るとしても、流通の危険性のある児童ポルノ製造行為は正当化されないと解することは不可能ではないように思われる。

そもそも、わが国の理解では、完全な性的同意能力は18歳という一定の年齢に達することによってのみ獲得されると考えられてきた。にもかかわらず、真摯な交際関係があれば淫行や児童ポルノ製造が正当化されるということは、18歳未満であっても性的同意能力の十分な存在を擬制するということである。し

かしながら、人的関係からなぜ判断能力の未熟さが補完されるのか、その根拠は明確でない。判断能力が未熟なのであれば、真摯な交際関係はそもそも観念され得ないはずである[177]。

第３款　単純所持罪の新設と正当化事由

また、法制定時は、単純所持罪は処罰対象とはされていなかった点も、正当化事由を考察するにあたり重要である。

平成11年に児童ポルノ法が制定されたときや、平成16年に第一次改正がなされたとき、単純所持を処罰するかについては議論されたものの、結局制定には至らなかった。他人から児童ポルノを譲り受けて所持しても、それを拡散させようという意思を持たなければ処罰されることはなかった。例えば、交際中の者同士で児童ポルノを製造して所持し、その後交際関係が解消されたとしても、その後当該児童ポルノを所持し続けることは違法と扱われなかったのである。しかし、平成26年に第二次改正が行われ、自己の性的好奇心を満たす目的で児童ポルノを所持する行為が単純所持罪として処罰対象となってからは、この状況は完全に変容した。

児童ポルノの製造行為が仮に正当化されるような状況であれば、その後の単純所持行為も当然に正当化されると考えられるから、この点については――説明の仕方は異なるが――これまでの結論と同じである。第二次改正の際、単純所持罪と正当化事由の関係については国会で議論されていないが、「製造罪は成立しないが単純所持罪は成立する」と解すると、事実上製造行為を処罰することとなるからである。しかし、本罪導入前と決定的に異なるのは、交際関係が解消された後に、それまでに製造した児童ポルノの所持が許されなくなるという点である。単純所持が交際関係という正当化事情の下で許容されていた以上、その関係が消滅すれば、当然正当化の基礎を失うこととなるからである。

大人対児童の関係では真摯な交際関係がなければ正当化されないが、児童間の交際であれば、婚約やそれに準ずるという関係までは必要とすべきでないことは、先に述べたとおりである。しかし、非常にあいまいな関係の中で、性的

[177] 少なくとも女子については婚姻適齢（民法731条）を迎えていれば観念可能という立論も可能であるが、将来的に適齢が男女ともに18歳となれば、それも不可能となろう。

判断能力の乏しい児童同士が相互に自画撮り画像を送受信し、その関係が解消された後もそれら画像の所持が許容されると考えると、いわゆるリベンジポルノの温床となるおそれがあり、児童保護に資さない。かといって、解消後の所持を違法と考えると、関係が解消された瞬間に単純所持罪が成立することとなり、法的安定性は著しく害されよう。これは児童同士のみならず、大人対児童の関係にも妥当することである。

ただし、この点については、児童ポルノの単純所持行為を真正不作為犯とする見解が、問題解決の示唆を与える。この見解の論者は、ドイツ刑法184条ｂ及び184条ｃが、児童ポルノないし青少年ポルノの「調達（Beziehen）」と「所持（Besitzen）」を禁じていることに鑑み、所持罪が問題となるのは、故意なく児童ポルノを取得した後に、自己が児童ポルノを所持していることを認識した場合であるとする[178]。そして、所持の処罰は「児童ポルノを廃棄・消去しないこと、あるいは当局に提出しないこと」を対象とする真正不作為犯であるとするドイツの有力説を紹介し[179]、わが国の単純所持罪においても真正不作為犯的解釈が可能であると主張する[180]。この見解は故意なく児童ポルノを取得した場合の解決を試みるものであるが、児童ポルノの所持が正当とされる状況が失われた場合においても、これと同様の解決をすることで、少なくとも、交際関係の解消時点で直ちに単純所持罪が成立するという不都合を回避し、児童ポルノを破棄するための猶予を与えることが可能となる。もっとも、わが国の児童ポルノ法は、ドイツのように「調達」と「所持」を区別していないことから、意識的に調達して所持するという作為を第一義的な実行行為とし、児童ポルノ所持の事実を認識し、あるいは所持の違法性を認識してもなお所持を続ける場合を不真正不作為犯と構成するのが妥当であると思われる。

第５項　児童の取り扱いの困難さ

このように、児童の行為の取り扱いを巡っては様々な問題が浮上している。

---

[178] 深町・前掲注（105）465頁。自ら意識的に取得した場合は取得罪（調達罪）が成立するとされる。なお、2015年１月21日にドイツ刑法が改正され、184条ｂ及びｃは大幅な変更が加えられた。条文については後述する。

[179] 深町・前掲注（105）465頁以下。

[180] 深町・前掲注（105）481頁以下。

児童ポルノ法上では、児童は保護の対象とされており、行為者が大人である場合は比較的問題を生じにくいが、行為が児童間ないし児童単独でなされる場合についてはほとんど議論されていないのが現状である。児童間での性的行為や自画撮り行為（セクスティング）、あるいは児童単独での自画撮り（公然陳列）がその代表例であるが、特に児童間での性的行為については、その法的な取り扱いはまったく明らかでない。淫行条例における正当化事由は、昭和60年決定によれば「婚約中の青少年又はこれに準ずる真摯な交際関係にある青少年との間で行われる性行為等」と理解されているが、例えば中学生同士、高校生同士の交際関係は、「婚約」ではないにしても、婚約に「準ずる真摯な交際」といえるであろうか。あるいは、性行為「等」の中に含まれていると解するべきであろうか。

現在の社会通念からは、交際関係にある児童間での性行為等は、性道徳的な問題はさておき、少なくとも可罰的な行為ではないと考えるのが自然ではあろう。昭和60年決定も、社会通念により処罰範囲を決すべきことを示している。しかし、交際の意義こそあいまい不明確であるばかりか、インターネット等で知り合い性行為等に及ぶ場合や、友人同士でかかる行為をする場合などは、もはや異常な現象ではなくなりつつあると思われ、違法か否かの線引きは相当に困難である。そして、本稿が問題としている自画撮り行為に関しては、線引きの議論すら行われていない。交際相手であっても児童ポルノに該当するような自画撮り画像を送信しないよう注意喚起を行う行政の方針を見ても、交際相手間での画像のやりとりが発覚した時にどのような対応がとられるかは明確でない。

そこで、次節では、いちど国外に目を向け、外国における児童保護と自画撮り規制のあり方について検討を加えることで、この点に対する示唆を得る。

第３節　外国における児童保護と自画撮り規制

本節では、アメリカ合衆国とドイツの自画撮り規制について概観していく。アメリカとドイツでは、自画撮りを行った児童の処遇に大きな差があり、示唆に富む。

第１項　アメリカ合衆国における自画撮り規制

アメリカ合衆国における自画撮り規制の議論も、「自画撮り被害」類型と、児童間でのセクスティング（sexting）に対してどのような措置をとるべきかという問題意識の下で展開されてきた。自画撮り被害類型として想定されているのは、いわゆる「リベンジポルノ」である。アメリカでは、児童ポルノの製造、頒布等に対する刑事規制は連邦法のほか、州法によっても定められているが、いずれにおいてもわが国の児童ポルノ法を大幅に上回る法定刑が規定されている[181]。さらに、行為者は性犯罪者（sex offender）として長期にわたり登録され、社会生活上様々な不利益を受ける。児童を性的搾取から守るための法的ないし社会的枠組みは、わが国よりも体系的かつ厳格である。

しかし、アメリカにおいてもわが国と同様、技術発展に伴い児童間で児童ポルノ画像の授受が広く行われるようになっており、かかる行為を行った未成年者[182]（minor）が処罰され、性犯罪者として登録されるケースが各州で散見されている。また、「セクスティングが合衆国憲法修正第１条の権利か否か」などという話題がニュース番組等で公然と議論され、セクスティングに関する全国的な調査が実施されるなど、自画撮り問題に対する社会的関心は非常に高い。

第１款　アメリカにおけるセクスティングの例

アメリカにおいては2000年代後半頃から、すでにセクスティングの問題が論文等によって指摘されており、具体的な事案や関与者の取り扱いも紹介されている[183]。セクスティングのうち、自画撮り被害の類型として紹介されているのは、リベンジポルノや、それに準ずる事案であり、脅迫等により自画撮り画像を送信させるという、わが国における自画撮り被害の捉え方とは相違がある。

例えば、オハイオ州では、元交際相手の男性が被害女性（18歳）の裸の画像を高校の同級生に送信し、被害児童は繰り返し同級生らからいじめを受け、最

---

[181] 連邦法では、わが国と同様、製造、提供、所持等の行為が禁止されている（連邦法2251条、2252条、2252A 条）が、製造は15年以上40年以下、所持は、販売目的がなくても10年以下の自由刑又は罰金、若しくはその併科となっている。販売目的で所持した場合は５年以上20年以下の自由刑であり、再犯者に対しては15年以上40年以下の自由刑が科される。

[182] アメリカでは18歳未満の者をいう。本稿ではこれを「児童」と表記する。

[183] See Rayeed Ibtesam, On teenage 'Sexting' and the Law, Journal of Public Law and Policy, Volume 37, Article 4 (2017).

終的に自殺したという事件が報告されている。また、フロリダ州では、13歳の女子中学生が交際相手の男性に送信した裸の画像を、他の児童が入手して広範囲に拡散したことでいじめを受け、自殺したという事件が報じられている[184]。

上記のケースは、送受信を行った児童以外の者に児童ポルノ画像が流出するという問題であるが、他方で、画像が外部に流出せず、専ら当該児童間のみで送受信された場合でも、送信者に刑事制裁が科された事例があり、判例集にも登載されている。その一つが、State v. Canal, 773 N.W. 2d 528, 529 (Iowa, 2009) である。この事案は、18歳の男子高校生であったJorge Canalが、自らの裸の画像を14歳の女子生徒にメールで送信したというものであり[185]、Canalは意図的にわいせつなデータを児童に拡散したとして有罪判決を受け、250ドルの制裁金（民事罰）及び1年間の保護観察処分に付され、さらに、性犯罪者として登録することを求められた。

また、A.H. v. State, 949 So. 2d 234,239 (Fla. Dist. Ct. App. 2007) は、フロリダ州の女子児童が、交際相手の男性と裸になっている写真や、性行為を行う写真を撮影し、それを交際相手に送信したとして有罪判決を受けた。本件では、セクスティングは双方の合意に基づくもので、撮影された画像は第三者に拡散されていなかったが、裁判所は、フロリダ州法はそのような写真がさらに製造されるのを防ぐことに関心を有しており、また、合意に基づくセクスティングであっても、後に合意のないセクスティングに発展する恐れがあると述べている。また、10代の者がわいせつな写真を持てば、いつかはそれを誰かに見せるか拡散するのであるから、セクスティングの客体は、プライバシーの期待を有さないとも指摘されている。

---

[184] 前者につき、Mike Celizic, Her teen committed suicide over 'sexting' (https://www.today.com/parents/her-teen-committed-suicide-over-sexting-2D80555048)、後者につき、http://edition.cnn.com/2010/LIVING/10/07/hope.witsells.story/ をそれぞれ参照。

[185] 女子生徒とCanalは交際関係にはない友人同士であり、女子生徒は冗談半分でCanalのわいせつな画像を要求したところ、Canalは自らの男性器の画像を送信し、画像を見た女子生徒は画像を消去したと思っていたが、実際には携帯電話に保存されたままであった。その後、女子生徒の母親が携帯電話を確認したところ、Canalのわいせつ画像を発見し、父親が警察に通報したことで本件が発覚した。

このように、アメリカでは、行為者が児童であっても児童ポルノ法[186]を適用し、セクスティングを規制している州がある。第１章で確認したように、わが国では児童は保護の対象であり、任意に自画撮りを行った場合であっても、児童に対する刑事制裁は原則として控えられている。自画撮り規制のあり方は、両国間で大きく異なっている。しかし、アメリカの学説からは、セクスティングを行った児童を児童ポルノ法で処罰することに対する疑問が示されており、本稿の問題関心と軌を一にする主張も見られる。また、州法レベルでは、すでにセクスティングに対する取り扱いを定める立法活動が行われており、注目に値する。アメリカ合衆国内の全50州中、現時点で20の州が、セクスティングに関する規定（Sexting Laws）を整備している[187]。その背景について、メディアは以下のように分析している。すなわち、セクスティングを行うティーンエイジャーは法的に不安定な立場にある。多くの州では、年が近いティーンエイジャー同士で合意に基づく性行為を行うことは合法[188]だが、彼ら自身の性的に露骨な画像を製造・共有すれば、彼らは厳密にいえば児童ポルノを製造・拡散・所持していることになる。このような状況を捕捉する諸法律は何十年も前に成立したものであり、児童を搾取する大人に適用し、有罪となった者を性犯罪者として登録することが意図されていた[189]。また、昔のパートナーはラブレターを書き、示唆的な写真を送り、電話を介しての性的行為（phone sex）を行って

---

[186] 児童ポルノ法の内容や法定刑は州によって異なる。

[187] 本稿執筆時点で Sexting Laws を有しているのは、アリゾナ、アーカンソー、コネティカット、フロリダ、ジョージア、ハワイ、イリノイ、ルイジアナ、ネブラスカ、ネバダ、ニュージャージー、ニューヨーク、ノースダコタ、ペンシルベニア、ロードアイランド、サウスダコタ、テキサス、ユタ、バーモント、ウエストバージニアの各州である。

[188] 各州の Rape Laws にはこのような規定があり、"Romeo and Juliet exception" と呼ばれている。例えばルイジアナ州では、17歳以上の者が13～16歳の者と同意に基づく性行為を行った場合は、性行為を行った者同士の年齢差を調べ、年齢差が２～４歳未満であるときは、重罪（felony）に代わり軽罪（misdemeanor）が成立することとなり（LA. REV. STAT. ANN. §14:80.1, 2011）、年齢差が２歳未満であれば積極的な抗弁事由となる。年齢差が４歳以上の場合は重罪となる（LA. REV. STAT. ANN. §14:80.A (1), 2010）。

[189] See Amy Adele Hasinoff, Teenage Sexting Is Not Child Porn (April 4, 2016). (https://www.nytimes.com/2016/04/04/opinion/teenage-sexting-is-not-child-porn.html)

きた。今日ではその善悪はさておき、個人間での性的コミュニケーションはデジタルフォーマット上でも行われている。セクスティングは多数のティーンエイジャーが参加する行為であることを認識したことで、多くの州では、現在幅広く行われているセクスティングという行為によって彼らの人生が破滅することを防ぐために、ペナルティーをより寛大にするような法律を制定したのである[190]、と。

それでは、各州は、児童に対してどのような「寛大さ」を示しているのだろうか。

第２款　州のセクスティング規制立法

本稿ではすべての州法を紹介することはできないが、アメリカの学説においても注目されているバーモント州、ネブラスカ州、ニュージャージー州、及びルイジアナ州の各制度の枠組みを概観する。

（１）バーモント州

バーモント州では2009年に法改正が行われ、州法第13編（刑法及び刑事手続法）の第63章（わいせつ）に、§2802b が新たに規定された。本条の表題は「電気通信によりみだらな情報を他人へ拡散する未成年者」とされ、以下のように規定された。

> （ａ）（１）未成年者は意図的に、任意で、かつ脅迫若しくは強制を用いずに、コンピュータ又は電気通信機器を用いて、自身のみだらな視覚的描写を他人に送信してはならない。
>
> （２）何人も、本項（１）に違反して自身に送信された視覚的描写を所持してはならない。ただし、その者が当該視覚的描写を破壊し、若しくは削除するという合理的な処置を行ったときは、その成否にかかわらず、本号に違反したものとしてはならない。
>
> （ｂ）未成年者に対する処罰

[190] See Brandon De Hoyos, Sexting Laws in the United States (Updated June 5, 2017).(https://www.lifewire.com/sexting-laws-in-united-states-1949957)

（１）本項（３）に規定されている場合を除き、本節（ａ）に違反した未成年者は、非行少年とする（shall be adjudicated delinquent）。本号においてもたらされた訴訟は家庭裁判所に提起し、第33編第52章に従って未成年者手続に沿って取り扱われ、また、訴訟が提起された地区の未成年者ダイバージョンプログラムに委ねることができる。
（２）本節（ａ）に違反し、過去に本節（ａ）違反とされたことがない未成年者は、本編第64章（児童の性的搾取）で訴追してはならない。また、本編第167章第３節（性犯罪者登録）を要求する対象としてはならない。
（３）過去に本節（ａ）違反とされた未成年者が本節（ａ）に違反したときは、本節（ｂ）（１）に従い家庭裁判所で裁くか、又は本編第64章（児童の性的搾取）で訴追することができる。ただし、本編第167章第３節（性犯罪者登録）を要求する対象としてはならない。
（４）他のいかなる法律の規定にかかわらず、未成年者が本節で非行少年とされたという記録は、当該未成年者が18歳に達したときに抹消される。

（ｃ）成人に対する処罰　本節（ａ）（２）に違反した18歳以上の者は、30000ドル以下の罰金又は６月以下の自由刑に処し、若しくは併科する。

（ｄ）略

アメリカの州の多くは、児童を児童ポルノ法で処罰すべきではなく、セクスティングはコミュニケーションとして広く実践されているという認識を持つと同時に、セクスティングはやはり原則的には合法でないという認識も持ち合わせている。この点はアメリカ法の特徴として押さえておくべき点であろう。

上記州法では、（ａ）（１）で自身のみだらな画像の送信を禁じ、（２）では、送信された画像を所持することを禁じている。（１）は未成年者のみを名宛人としているが、（２）はすべての者を名宛人とする禁止規範である。（１）で「脅迫若しくは強制を用いずに」と書かれているのは、受信者が送信に同意していることを意味し、この記述がセクスティングを特徴付けていると考えられる[191]。

[191] 相手方の同意がないのにわいせつな画像を送信する行為は、別罪を構成する

（1）に違反した未成年者に対しては、バーモント州は段階的な処遇を用意している。まず、同種前科がない行為者は（b）（1）により非行少年として扱われ、一般的な刑事手続から分離される。また、ダイバージョンプログラムも用意されており、これを修了すれば事件は終結する[192]。このプログラムは、保護観察官が事件ごとに策定して未成年者に説明し、修了を求めるもので、通常は社会奉仕がその内容であるが、被害者への損害賠償を求められる場合もあるとされている[193]。さらに、（b）（2）により、同種前科がない未成年者は児童の性的搾取としての訴追と、性犯罪者登録の要求を免れる。次に、同種前科がある未成年者が（a）（1）に違反したときは、児童の性的搾取として訴追される可能性が生じるが、家庭裁判所での手続の可能性も残されている。また、この場合でも、性犯罪者登録は免れる。

他方、成年者に対しては、（a）（2）により、罰金、自由刑若しくはこれらの併科が規定され、未成年者に比して厳しい規定であるが、セクスティングによらない児童ポルノを所持した場合は、州刑法第64章（児童の性的搾取）§2825及び2827により、最低でも2年以下の自由刑又は50万ドル以下の罰金に処され、若しくはこれらが併科される[194]こととなっていることに鑑みると、バーモント州では、未成年者が任意に送信した画像については類型的に違法性が低いと考えられているようである。

この規定が焦点を当てているのは、未成年者の第一送信行為と、受信者による所持行為であり、受信してから第三者に拡散する行為については本条では規制の対象外とされており、この点が問題点として指摘されている[195]。ただし、第三者への拡散はセクスティングというよりも、むしろ自画撮り被害の類型に属する行為態様であり、先に見たように、被写体児童が被る被害は大きい。そ

（§2802、2802a、2803）。

[192] See supra note 181, p. 257-258.

[193] Id.

[194] 客体及び前科の有無で法定刑が区別されており、客体が性器等が描写されている児童ポルノの場合は本文のとおりであり、性交等の場面の描写だと5年以下の自由刑又は100万ドル以下の罰金若しくはこれらの併科となり、過去に前科がある場合は10年以下の自由刑又は500万ドル以下の罰金若しくはこれらの併科とされている。

[195] See supra note 181, p. 258.

のため、本条が志向する寛大な処罰に適するかは議論の余地があろう。

（２）ネブラスカ州[196]

ネブラスカ州では、バーモント州と同じく2009年にセクスティングに関する立法が成立している[197]が、同州とは異なり、第三者への拡散をも規制対象としている。所持は Nebraska Revised Statute 28-813.01が、拡散は28-1463.03が、それぞれ規制を加えている。

Nebraska Revised Statute 28-813.01（抄）

（１）§28-1463.02で定義した、性的に露骨な行為のあらゆる視覚的描写であり、同節で定義した児童がその当事者（participant）若しくは描写された立会人（portrayed observer）として含まれているものを意図的に所持することは違法である[198]。

（２）（ａ）本節に違反した時点で19歳未満の者は、各犯罪につき、第４級の重罪[199]として有罪である。
（ｂ）本節に違反した時点で19歳以上の者は、各犯罪につき、第2A 級の重罪として有罪である。
（ｃ）本節に違反した者で、過去に本条又は…（中略）…で有罪判決を受けた者は、各犯罪につき、第1C 級の重罪として有罪である。

（３）以下の場合は、本節によって行われた訴追に対する積極的抗弁事由となる。
（ａ）当該視覚的描写に被告人以外の者が描写されていないとき、又は、
（ｂ）（ｉ）被告人が19歳未満であり、（ii）性的に露骨な行為の視覚的描写が15歳以上の児童を描写するものであり、（iii）当該視覚的描写が、被

196 See supra note 181, p. 258-259.
197 Nebraska Revised Statute 28-813.01 (2009)
198 Neb. Rev. Stat. 28-1463.02では、"participant" は19歳 未 満 の 者、"portrayed observer" は16歳未満の者と定義され、これらはまとめて "Child" とされている。
199 各級の罪の法定刑については第３款参照。

写体児童により意図的に、かつ任意に生成され、（iv）当該視覚的描写が、被写体児童により意図的に、かつ任意に提供され、（ｖ）当該視覚的描写に含まれているのが児童１人のみであり、（vi）被告人が当該視覚的描写を、被告人に最初に送信した被写体児童以外の他人に提供し、又は利用可能にしておらず、（vii）被告人が被写体児童を強制して当該視覚的描写を製造又は送信させていないとき。

Nebraska Revised Statute 28-1463.03（抄）

（１）作成し、出版し、演出し、製造し、供給し、その他一切の方法で、当事者若しくは描写された立会人としての児童を含む、性的に露骨な行為のあらゆる視覚的描写を意図的に発生させる行為は違法である。

（２）あらゆる者に対して、当事者若しくは描写された立会人としての児童を含む、性的に露骨な行為のあらゆる視覚的描写を意図的に購入し、借り受け、販売し、配送し、頒布し、販売するために展示し、宣伝し、又は提供する行為は違法である。

（５）当該視覚的描写が製造された時点で被告人が18歳未満であり、性的に露骨な行為の当該視覚的描写が被告人以外の者を含んでいない場合は、本節（１）により提起された訴追に対する積極的抗弁となる。

（６）（ａ）被告人が18歳未満であり、（ｂ）性的に露骨な行為の当該視覚的描写が被告人以外の者を含んでおらず、（ｃ）他人に当該視覚的描写を送信した時点において、それが送信を欲している受信者に対して送信されたと合理的に考えており、かつ、（ｄ）当該視覚的描写が送信された時点で受信者が少なくとも15歳であった場合は、本節（２）により提起された訴追に対する積極的抗弁となる。

まず、28-813.01節で犯罪行為として定められているのは児童ポルノの所持行為であり、年齢及び前科の有無によって異なる法定刑が定められている。そし

て、抗弁事由としてセクスティングに関する規定が置かれている[200]。同節（３）（ａ）は自己の姿態を撮影して所持する場合であり、（ｂ）は他人が被写体となっている画像を所持する場合である。特に後者は抗弁事由となるための詳細な要件が設定されており、所持人と被写体児童の年齢のほか、被写体児童の任意性（iii）（iv）（vii）や、第三者への拡散がないこと（vi）が求められている。犯罪の客観的要素はあくまで「所持」であるが、（３）（ｂ）は事実上、第三者への拡散を処罰する規定となっているといえよう。

他方、28-1463.03節は製造及び拡散を規制するものである。（１）及び（２）は、2009年改正以前から置かれていたが、（５）及び（６）の抗弁事由が改正により新設されている。（５）は児童による自画撮りを正当化し、（６）は自画撮り画像を他人に送信する行為を正当化する規定である。

ネブラスカ州法の特徴は、一定の態様で行われるセクスティングを合法化している点である。バーモント州では、セクスティングはおよそ違法であり、関与した児童は保護観察に付されるなどの処分を受けるが、ネブラスカ州にはそのような定めがない。アメリカ国内でも、州によってセクスティングへの対応策が異なっていることが、両者の比較から明らかとなる。

（３）ニュージャージー州

ニュージャージー州のセクスティング対策は、制裁に関する規定と同時に、学校等での教育や、携帯電話販売時の規制など、行政レベルでの対策にも重点を置いている点が特徴的である。同州では、2008年から2009年にかけて、セクスティングに関する３つの法律が成立している[201]。

2008 NJ A.B. 4068（抄）

> １　学区[202]は、６年生から12年生の学生及びその両親又は後見人に対し、毎年、電気通信手段により性的に露骨な画像を頒布することの危険性に関

[200] 2009年改正で、（２）と（３）が新設された。（１）は改正以前から置かれていた規定である。

[201] 2008 NJ A.B. 4068; 2008 NJ A.B. 4069; 2009 NJ A.B. 4070.

[202] アメリカにおける学区とは、単なる地理上の区画を意味するのではなく、区画内の公立学校の管理運営を行う組織体である。

する情報を普及させなければならない。当該情報には行為態様の記述（description of the practice）と、その法的、心理学的、及び社会学的影響を含めなければならないが、これらに限定されない。学区は、パンフレット、ポスターその他の教育的資料、新規ないし既存の教育プログラム又は集会、正規の授業時間後に行われる両親及び後見人とのミーティングを含む、学区が適切と考えるあらゆる方法で情報を普及させることができる。ただし、手段はこれらに限定されない。

2008 NJ A.B. 4069（抄）

1　a．この法律において「対象の犯罪」（eligible offense）とは、ニュージャージー州法2C 編24-4節[203]で定める犯罪で、
（1）双方向性の無線通信機器又はコンピュータを用いて、同節が定義する裸の画像が描写されている写真を、悪意なく製造し、公開し、又は頒布したという事実が当該事件に含まれており、かつ、
（2）製造者及び写真の被写体が青少年（juvenile）であり、又は製造時点で青少年であったものをいう。

b．司法長官は、裁判所長官（the Administrative Director of the Administrative Office of the Courts）との協議において、本節 a で規定した対象の犯罪を犯した青少年のための教育プログラムを策定する。郡検察官は、青少年に当該プログラムを許可すべきかを判断する。当該プログラムを完遂した青少年は、適当な犯罪による訴追を免れる機会を有する。

c．当該プログラムの許可は、（1）過去にニュージャージー州法2C 編又は連邦法の罪で非行少年とされ、若しくは有罪判決を受けたことがなく、（2）自己の行為が犯罪となり得ることを知らず、かつ、犯罪を犯す意図がなく、（3）刑事制裁を科すことが青少年にとって有害である可能性があり、（4）当該プログラムを受けさせることにより、将来同様の行為に

[203] 同節は、児童福祉を危殆化させる罪であり、児童の定義（18歳未満）や禁止行為を定めている。

関与することを防ぐ見込みがある青少年に限られる。

ｄ．教育プログラムは、以下に関する情報を定める。
（１）連邦及び州の法律に適用可能な、性的に示唆的又は露骨な素材（materials）を共有することの法的帰結及び制裁。
（２）性的に示唆的又は露骨な素材を共有することによる人間関係への影響、教育及び雇用機会の喪失、学校行事及び課外活動からの禁止又は排除を含む法的でない帰結。ただし、これらに限定されない。
（３）検索可能性、複製可能性、無限の聴衆といった、サイバースペースやインターネットに特有の性質が、どのようにして、性的に示唆的又は露骨な素材の共有によって、長期的かつ不測の結果がもたらされるか。
（４）いじめやサイバーいじめと、性的に示唆的又は露骨な素材を共有する青少年との関係。

2009 NJ A.B. 4070（抄）

１　本法において「セクスティング」とは、ある者の携帯電話機から他人の携帯電話機に、性的に露骨な文章又は写真を電気的に送信することをいう。

２　ａ．あらゆる店舗その他の小売商店は、「セクスティング」と呼ばれる行為の危険について、個人に知らせるための情報パンフレットを携帯電話機又は契約書に封入しなければ、携帯電話機を個人に販売し、個人と携帯電話機サービスの契約を行い、又は個人と携帯電話機サービスの契約を更新することは違法行為である。

ｂ．本節ａに従い求められる情報パンフレットには、「セクスティング」に関与した個人に科され得る刑事制裁の種類の説明、New Jersey-based Institute for Responsible Online and Cell-Phone Communication や、携帯電話機使用時の安全及び自己責任に関してコミュニティ教育に専念する非営利組織のような、「セクスティング」に関する質問に回答するのに適切

で、かつ利用可能な団体の名称、電話番号及び住所を含めなければならない。ただし、それらに限定されない。

一連の法律のうち、2008 NJ A.B. 4069は制裁に関する規定である。 a はセクスティングの意義を定め、これに違反した青少年には教育プログラムが用意されている。ただし、すべての青少年に適用されるものではなく、セクスティングを行うことについて犯意がなく、更生可能性がある者に限定される。教育プログラムの受講に不適とされた場合は、2C 編（刑事司法法）24-4節に従い処罰されるが、プログラムを完遂すれば、訴追は行われない。プログラムの内容も条文から明らかにされており、セクスティング行為から生ずる様々な悪影響を青少年が理解することが狙いといえよう。また、この州では、セクスティングに対する抗弁事由は設定されていない。

2008 NJ A.B. 4068は学区に対し、セクスティングの危険性を生徒や保護者に周知する義務を具体的に課す規定である。また、2009 NJ A.B. 4070は携帯電話販売店に対して、セクスティングの危険性を周知する資料を顧客に交付することを義務づける内容であり、いずれの規定も、わが国における自画撮り被害防止政策のあり方に示唆を与える[204]。法律という形式で、条文所定の情報を周知せずに携帯電話機の販売、契約をする行為を違法とするという強い態度からは、セクスティングや自画撮り被害が大きな社会的関心事となっていることが窺える。

（4）ルイジアナ州

ルイジアナ州では、2010年にセクスティング規制立法が成立し、Louisiana Revised Statute 14:81.1.1節が改正される形で、以下のような条文が置かれた。

A（1）17歳未満の者は、意図的かつ任意にコンピュータ又は遠距離通信機器を用いて、自身のみだらな視覚的描写を他人に送信してはならない。

（2）17歳未満の者は、本款（1）の規定に違反した、他の17歳未満の者から送信されたみだらな視覚的描写を、意図的かつ任意に所持し、又は送

[204] 現状の対策のあり方については、答申４頁以下参照。

信してはならない。

Ｂ（略）
Ｃ（１）本節Ａ（１）の規定に対する違反については、行為者（offender）の処分は専らルイジアナ少年法（Louisiana Children's Code）第７編の諸規定によって決定しなければならない。

（２）（ａ）本節Ａ（２）に初めて違反したときは、行為者は100ドルを超え250ドル未満の罰金又は10日未満の自由刑に処し、若しくはこれらを併科する。裁判所の定める１日８時間の社会奉仕（community service）を２日間行うという、保護観察の最低条件に行為者が置かれない限り、判決の賦課又は執行を留保してはならない。

（ｂ）本節Ａ（２）に２回目に違反したときは、行為者は250ドルを超え500ドル未満の罰金又は10日を超え30日未満の自由刑に処し、若しくはこれらを併科する。裁判所の定める１日８時間の社会奉仕を５日間行うという、保護観察の最低条件に行為者が置かれない限り、判決の賦課又は執行を留保してはならない。

（ｃ）本節Ａ（２）に３回目に、及びそれ以上違反したときは、行為者は500ドルを超え750ドル未満の罰金又は30日を超え６月未満の自由刑に処し、若しくはこれらを併科する。裁判所の定める１日８時間の社会奉仕を10日間行うという、保護観察の最低条件に行為者が置かれない限り、判決の賦課又は執行を留保してはならない。

ルイジアナ州では、児童に対しても刑罰が規定されているが、手続は少年法の定めるところによるとされ、成人に対する刑事手続とは大きく異なる。すなわち、青少年に対する処分は応報ではなくリハビリテーションとして課され、診断サービスが成人よりも充実しており、刑罰としての重労働も課されない[205]。

[205] See Andrea Erwin Potter, Sexting and Louisiana's Punishment for

また、ルイジアナ州法は、自画撮りを行った青少年による第一次送信と、受信者による所持及び第二次送信（拡散）を条文上区別し、前者の場合にはルイジアナ少年法第７編の規定を適用すると書かれているが、第７編には、「支援を要する家庭」（Families in Need of Services. 以下、FINS と表記する）と呼ばれる制度が置かれている。これは、児童による自己破壊的行動の意義を定め、これに対して裁判所が介入し、健全に機能していない家庭に適切な援助を行うことなどを目的として定められた規定であり[206]、基本的には犯罪でない行為を是正することを想定している。FINS の手続は少年非行の手続と同様であり、対象となる児童に対してはヒアリングなどが実施されるが、処分の段階では非行少年としての扱いを受けないため、少年刑務所等の施設へ送致されることはない。処分に際しては裁判官に広汎な裁量が与えられており、児童やその家族にとって最良のプログラムを策定することができる。

セクスティングに関していえば、FINS の規定は前者にしか適用されない。後者は前者よりも違法性が高い類型として捉えられているが、前述の通り、アメリカでは第二次送信により被写体児童が自殺する事件が発生しており、これが第一次送信よりも抑止の必要性が高いと考えるのは自然であろう。

第二次送信に対しては、17歳未満の者であっても刑罰が科されることとなっており、行為の回数によって法定刑が順次上乗せされていく。ただし、裁判所が定める内容の社会奉仕を一定期間行えば刑罰は執行されないため、第二次送信の場合でも17歳未満である限りは、それ以上の者と比して寛大に取り扱われる。

未成年者を非行少年として取り扱うためには、その行為がルイジアナ少年法第８編に定める「非行」（delinquent act）に該当しなければならない。同法804節は「非行」の意義につき、成年者が行った場合には（ルイジアナ及びその他の州法又は連邦法により）犯罪とされる行為を10歳以上の少年が犯すことと定めているが、2010年にセクスティング関連立法が成立する過程で、Louisiana Revised Statute 14:81.1.1節（Ａ）（２）、すなわち第二次送信が804節にいう「非行」

---

the Children the Law Intends to Protect from Prosecution Under Child Pornography Statutes, Family Law Quarterly. Fall 2011, Vol 45 Issue 3, P. 419-442.

[206] Louisiana Children's Code, §726.

に含まれることとなった[207]。（A）（２）の主体は17歳未満の者に限定されており、成年者が犯すことはできないから、第二次送信を「非行」に含めるのは特例的措置である。

第３款　検討

セクスティング規制立法は、セクスティングを行った児童を児童ポルノ犯として処罰することへの反対を原動力として新設された規定である。それでは、各州法における児童の取り扱いは、法改正の前後でどれだけ変容したのだろうか。

まず、バーモント州では、児童ポルノやわいせつ物を児童に提供する行為等に対して１年未満の自由刑又は10万ドルの罰金若しくはこれらの併科という刑罰が規定されている[208]。セクスティングを規制する2802b 節は完全に新設された規定であり、既存の規定は主体に制限がなかったため、2802b 節は児童に対する処罰を緩和するものであるといえる。

次にネブラスカ州では、2009年に Nebraska Revised Statute 28-813.01が改正される前は、すべての者に対して児童ポルノ所持が禁止され、所持者の年齢を問わず、一律に４級の重罪とされていた[209]。４級の重罪とは、上限が２年の自由刑及び出所後12ヶ月間の監督（post-release supervision）又は１万ドルの罰金若しくは併科であり、下限では自由刑を科されず、（２年未満の）自由刑が科された場合は出所後９ヶ月の監督とされている。改正によって積極的抗弁事由が新設され、セクスティングにかかる児童ポルノ所持が例外的に正当化されたが、制裁も同時に強化されている。すなわち、年齢による段階的法定刑が新設され、行為の時点で19歳未満の者に対する処罰はこれまで通り４級の重罪とされたが、19歳以上の者に対しては2A 級の重罪（20年以下の自由刑）とされ、過去に（本罪を含む）重大犯罪で有罪判決を受けたことがある者に対しては、その年齢にかかわらず1C 級の重罪（５年以上50年以下の自由刑）が規定された。19歳以上の者と、前科を有する者に対しては、４級の重罪に比して格段に厳罰化されている。

---

[207] Acts 2010, No. 993, § 1 (House Bill No. 1357).

[208] Vt. Stat. Title 13, § 2807.

[209] Neb. Rev. Stat. 28-105.

また、製造・拡散規制を行う28-1463.03節の法定刑も、2009年改正により、所持規制と同様の段階的法定刑が設定された。ただし、製造・拡散規制は所持規制よりも法定刑が重く定められており、行為の時点で19歳未満の場合は３級の重罪[210]、19歳以上の場合は1D 級の重罪（３年以上50年以下の自由刑）とされた。過去に（本罪を含む）重大犯罪で有罪判決を受けたことがある者は、所持規制と同じく1C 級の重罪とされている。

そうすると、28-813.01節及び28-1463.03節が所持と第一次送信に対する抗弁事由を設けたことは、なお児童が児童ポルノ規定により処罰される可能性はあるものの、児童を不処罰とする途を拓くものである。

ニュージャージー州法において児童の性的搾取を処罰するのは、州法2C 編24-4節である。同節には、「禁止された性的行為」[211]（prohibited sexual act）を児童と行い、その場面の記録物を製造、所持する行為などに対し、行為主体及び行為態様に応じた刑罰を規定しており、わが国の青少年保護育成条例と児童ポルノ法を集約したような条文となっている[212]。セクスティングに関連するものでは、製造規制は同節ｂ（４）、拡散規制はｂ（５）（ａ）、所持規制はｂ（５）（ｂ）にそれぞれ置かれており、製造及び拡散は２級犯罪、所持は３級犯罪とされている。原則として２級犯罪には５～10年、３級犯罪には３～５年の自由刑が科されることとされているため、教育プログラムの受講が不適とされない限り、この規定は児童を寛大に扱うことを志向するものといえる。

最後にルイジアナ州は、Louisiana Revised Statute 14:81.1節が児童ポルノ犯罪規定を置いている。犯罪の回数や被告人、被害児童の年齢などに応じて法定刑は異なるが、基本となる条文によれば、児童ポルノ所持に対しては５万ドル以下の罰金及び５年以上の重労働を伴う自由刑、又は仮釈放、保護観察、刑の執行の停止を伴わない20年以上の自由刑が科される[213]。また、拡散行為や、拡

[210] 最大４年の自由刑及び出所後２年間の監督、又は２万５千ドルの罰金若しくは併科。下限は４級の重罪と同じ。

[211] 性行為や性交類似行為が詳細に列挙されており、「裸の状態」（nudity）もこれに含まれている。

[212] 児童を保護する法的責任のある者が性行為を行ったり、その記録物を製造した場合には刑が加重されている。身分によって法定刑の軽重に差異を設けることは、わが国の児童保護のあり方を検討する上で参考となるように思われる。

[213] LA. Rev. Stat. 14:81.1 E (1) (a). 有罪判決を受けるのが２回目以降の場合はE

散目的での所持行為に対しても、所持規制と同じ法定刑が定められている[214]。ここでも、刑罰規定は "Whoever" というように、主体の限定はされておらず、未成年者であっても形式的に当てはめを行えば、上記の規定により処罰される可能性があった。これと比べると、14:81.1.1節は、第二次送信を繰り返しても最高刑は６月の自由刑であり、児童に対する制裁の強さは格段に緩和されている。

このように、少なくとも本稿で紹介した４州では、基本的にはセクスティングを行った児童に対する制裁を緩和ないし排除する規定を定めていることが明らかとなった。ただし、セクスティングの合法性については、一定の場合に合法化を認めるネブラスカ州と、合法化までは認めないバーモント州、ニュージャージー州、及びルイジアナ州との間で差があり、合法化を認めない州の中でも制裁の内容には大きな相違がある。また、刑罰に代替するプログラムの有無、内容や手続きも州によって異なり、どのような対応が最善であるかを判断するのは容易でない。そもそも、セクスティングに関する規定を置いていない州の方が現時点では多数であり、性的な判断能力が未熟な者に対する取り扱いを巡っては、なお議論の途上にあるといえよう。

第２項　ドイツにおける自画撮り規制

次に、ドイツの自画撮り規制のあり方を概観する。

第１款　ドイツ刑法184条ｂ及びｃ

ドイツにおいて児童ポルノの規制を行うのはドイツ刑法184条ｂ及び同条ｃであり[215]、被写体の年齢に応じた構成要件が設けられている。2017年現在の各条文は、以下の通りである。

---

(1) (b) により、７万５千ドル及び重労働を伴う40年以下の自由刑とされ、その間仮釈放、保護観察、刑の執行の停止は行われない。

[214] 有罪判決を受けるのが２回目以降の場合も同様である。LA. Rev. Stat. 14:81.1 E (2) (b).

[215] 各条については、すでに深町・前掲注（105）459頁以下が詳細な分析を行っている。

184条ｂ

１項　以下の者は３月以上５年以下の自由刑に処する。
１．児童ポルノ文書を頒布し、又は公然陳列した者。ポルノ文書（11条３項）が以下の対象を含むときは、児童ポルノである。
ａ）14歳未満の者（児童）による、14歳未満の者に対する、又は14歳未満の者の面前で行われる性的行為
ｂ）不自然に性器が強調されている児童の全裸又は部分的に裸の描写
ｃ）児童の露出された性器又は臀部の、性的に挑発的な描写
２．現実の、又は現実に近い事象を描写する児童ポルノ文書を他人に取得させることを企図した者
３．現実の事象が描写された児童ポルノ文書を製造した者
４．第３号によっては処罰されない範囲内で、児童ポルノ文書を製造し、調達し、交付し、保管し、提供し、得ようとし、又は児童ポルノ文書若しくはそれから得られた部分を、184条ｄ第１項第１文１号若しくは２号の意味で利用し、又は第三者の利用を可能にするために輸出入を企図した者

２項　第１項の行為を業として行った者、又はかかる行為を継続して行うことについて連帯する組織の一員として行った者、及び、１項１号、２号、及び４号の場合において、文書に事実若しくは事実に近い事象を描写した者には、６月以上10年以下の自由刑を宣告する。

３項　事実若しくは事実に近い事象を描写した児童ポルノ文書の所持の取得を企図した者、又はそのような文書を所持した者は、３年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

４項　未遂は処罰する。ただし、１項２号、４号及び３項の罪については適用しない。

５項　１項２号及び３項は、専ら以下のことがらの適法な遂行に資する行為には適用しない。

１．国家の任務
２．権限を有する所管官署との申し合わせに従った任務
３．業務上又は職務上の義務

６項　１項２号若しくは３号、又は３項の犯罪行為に関する対象物は、没収する。この場合、74条ａを適用する。

184条ｃ

１項　以下の者は３年以下の自由刑又は罰金刑に処する。
１．青少年ポルノ文書を頒布し、又は公然陳列した者。ポルノ文書（11条３項）が以下の対象を含むときは、青少年ポルノ的である。
ａ）14歳以上18歳未満の者による、14歳以上18歳未満の者に対する、又は14歳以上18歳未満の者の面前での性的行為
ｂ）不自然に性器が強調されている、14歳以上18歳未満の者の全裸又は部分的に裸の描写
２．現実の、又は現実に近い事象を描写する青少年ポルノ文書を他人に取得させることを企図した者
３．現実の事象が描写された青少年ポルノ文書を製造した者
４．第３号によっては処罰されない範囲内で、青少年ポルノ文書を製造し、調達し、交付し、保管し、提供し、得ようとし、又は青少年ポルノ文書若しくはそれから得られた部分を、184条ｄ第１項第１文１号若しくは２号の意味で利用し、又は第三者の利用を可能にするために輸出入を企図した者

２項　第１項の行為を業として行った者、又はかかる行為を継続して行うことについて連帯する組織の一員として行った者、及び、１項１号、２号、及び４号の場合において、文書に事実若しくは事実に近い事象を描写した者には、３月以上５年以下の自由刑を宣告する。

３項　事実若しくは事実に近い事象を描写した青少年ポルノ文書の所持の

取得を企図した者、又はそのような文書を所持した者は、２年以下の自由刑又は罰金刑に処する。

４項　１項３号、同項と関連して５項、及び３項は、専ら個人的な使用のために、描写された者らの同意により製造された青少年ポルノ文書に関する行為には適用しない。

５項　未遂は処罰する。ただし、１項２号、４号及び３項の罪については適用しない。

６項　184条ｂ５項及び６項は同様に適用する。

ドイツ刑法は14歳に満たない者を「児童」(Kind)、14歳以上18歳未満の者を「青少年」(Jugend) とし、児童を被写体とするポルノ文書を184条ｂで「児童ポルノ文書」(Kinderpornographische Schrift)、青少年を被写体とするものを184条ｃで「青少年ポルノ文書」(Jugendpornographishe Schrift) と定義している。後者は、2008年の法改正の際に新設された条文である。従来は児童ポルノ文書のみが処罰対象であったところ、改正によって、14歳以上18歳未満の青少年を被写体とするポルノ文書も処罰対象とされている。

条文構造は概ね同一である。いずれの条文でも所持及び拡散が禁止されており、①児童ポルノ文書の所持は３年以下の自由刑又は罰金刑 (184条ｂ３項)、拡散 (頒布、公然陳列等) は３月以上５年以下の自由刑とされている (184条ｂ１項)。また、②青少年ポルノ文書の所持は２年以下の自由刑又は罰金刑 (184条ｃ３項)、拡散は３年以下の自由刑又は罰金刑とされており (184条ｃ１項)、児童に対する保護が手厚くなっている[216]。

自画撮りとの関係でいえば、いずれの条文も行為主体を限定しておらず、児童や青少年が自画撮りを行い、携帯電話などに保存すれば所持罪を構成し、わが国で問題となっているように、SNS 等に投稿すれば公然陳列罪が成立しよう。

ただし、青少年ポルノ文書については例外がある。184条ｃ４項は、「１項３

[216] いずれの条文も、2015年改正によって、所持罪の法定刑の上限がそれぞれ１年延長された。

号、同項と関連して５項、及び３項は、専ら個人的な使用のために、描写された者らの同意により製造された青少年ポルノ文書に関する行為には適用しない。」と規定されており、自画撮り問題の解決に示唆を与えるものである。

第２款　184条ｃ４項

青少年同士が相互の同意の下で青少年ポルノを製造した場合の不可罰規定は、184条ｃの導入時から置かれており、処罰範囲の過度な拡張を抑制する意図が看守される。規定の設置理由は、保護されている者がもう片方の者のポルノを所持していたら可罰的であるとするのは「規定の趣旨や一般的な法思想に適合しない」からであるとされており[217]、先に見たネブラスカ州法と同様に犯罪不成立事由と位置づけられているが、その要件は同州法ほど厳格ではなく、当該青少年ポルノ文書の使用目的と被写体となっている青少年の同意があればよい。ただし、不可罰の対象となるのは製造及び所持のみであり、公然陳列したり、他人に当該青少年ポルノ文書を提供するなどした場合には、被写体となった青少年の同意があったとしても処罰対象となる[218]。ドイツでは、児童ポルノや青少年ポルノを規制する条文の保護法益として、児童ポルノマーケットを撲滅・枯渇させるという社会的法益が挙げられており、青少年ポルノ文書が私的領域外に出るときは、（児童ポルノほどではないにしても、）マーケットを活性化させるおそれがあるためであろう[219]。

第３項　小括――外国法が与える示唆

本稿ではアメリカ法の一部とドイツ法を参照した。これらの国では、自画撮り（セクスティング）に関しては、少なくともかかる行為を行った児童ないし青少年を、児童ポルノ規制に関する条文により処罰することに対しては否定的であるが、自画撮りを合法とするか違法とするかは、なお結論が得られていないことが明らかとなった。ただし、自画撮りの合法性を認める立法例は、製造

---

[217] BT-Drs. 16/3439 S. 9. 同条の分析については、深町・前掲注（105）466頁以下参照。

[218] Vgl. Schönke/Schröder/Eisele, StGB 29. Aufl. (2014), § 184c Rn. 9.

[219] 深町・前掲注（105）462頁は、児童ポルノ規制の保護法益の議論は青少年ポルノについては妥当しにくいと述べる。

に関わった児童ないし青少年の年齢や行為状況に限定を付しており、これに該当しない場合は違法とされる[220]。

特にアメリカ法では、自画撮り行為の評価が州により異なっているが、先に見たように、交際関係にある児童同士で送受信された画像が後に第三者の手に渡ったことで、被写体児童が自殺するという事件が複数起こっていることは、自画撮り規制を考察する際に押さえておくべきであろう。仮に撮影・送受信時には個人的な使用目的にとどまることが想定されていたとしても、その後の成り行きで容易に別の目的に変容し得るということは、これらの事件からも明らかである。目的変容後の拡散行為等はわが国におけるリベンジポルノ法のような枠組みで対応すればよいとも考えられるが、リベンジポルノは、被写体が児童か否かにかかわらず、その名誉やプライバシーを害するのみならず、将来や人生にも絶望感を与えるほどの影響力を有するものであり、わが国でいえば3年以下の懲役という法定刑が効果的な抑止力を有しているかは疑問の余地がある。一部の州で自画撮りをおよそ違法としているのは、仮に交際関係にあったとしても、後にリベンジポルノとなり得る材料を製造する行為を禁止し、間接的かつパターナリスティックに被写体児童を保護しようとしているためではなかろうか。Sexting Laws を有する州では児童のダイバージョンプログラムが積極的に採用されており、自画撮りを行った児童に対する刑罰の適用は限定され、性犯罪者として登録されることもない。これは、自画撮りを行った児童も、広い意味での保護の対象であることを示すものといえよう。被写体児童を児童ポルノ処罰規定で処罰しない限りにおいては、自画撮り行為を合法と認めない立法は、児童保護政策としては基本的に支持し得るものである。

また、自画撮りを合法とする立法例を見ても、わが国のような「真摯な交際関係」といった規範的要件が設けられていない点は参考となるように思われる。本稿で見た立法例は、合法化の要件として、行為者が18歳未満の者であることが求められており、その範囲内におさまっている限りは寛容な態度が示されている。大人対児童の場合には真摯な交際関係の存在が正当化事由として作用す

[220] ドイツ刑法184条 b, c は製造行為に対しても未遂犯が規定されており、わが国の児童ポルノ製造罪に未遂犯処罰規定がないことと対照的である。ドイツにおいては、自画撮りの勧誘行為は、児童ポルノないし青少年ポルノ製造罪の未遂犯となる余地があろう。

るが、児童間の場合には、そこまで高度のハードルを課すのではなく、相互の同意があれば処罰されないという解釈をすることは、わが国の児童ポルノ法の読み方としても十分あり得よう。

ただし、アメリカ及びドイツの議論では、わが国のような、児童単独で自画撮りを行い、SNS 等に投稿するような事案は想定されていないことには注意を要する。アメリカ・ドイツでは、交際関係における画像のやりとりをいかに規律すべきかという点に問題の所在があった。それは、特にドイツ刑法184条ｃにおいて、描写された者らの「同意」（Einwilligung）に基づいて青少年ポルノが製造されたことが要件とされていることからも明らかである。確かに、自画撮り画像を不特定又は多数の者が閲覧可能な状態に置くことは、もはや私的な利用にとどまらないから、売買に基づかないとはいえ、児童ポルノマーケットは活性化されるおそれがあり、看過することはできないであろう[221]。しかし、児童単独類型では、わが国の児童ポルノ法の中核をなす個人的法益の侵害を観念することはできず、刑法175条よりも重い法定刑を基礎づけることは困難である。このことは、ドイツの議論にあるような、青少年間の同意によって公然陳列行為がなされた場合も同様に妥当すると解される。ただし、児童ポルノ法による規制はできないとしても、公然陳列行為を合法とすることもまた法秩序と相容れないことも確かである。この場合は、公然陳列された画像が「わいせつ」に該当するのであれば、刑法175条による規制が考えられるが、児童に反省を促し、再発防止を期するためには、アメリカの一部の州で行われているようなダイバージョンプログラムを導入することを考えるべきであろう。このような教育プログラムについては、わが国では現状ほとんど議論されていないが、早急に取り組むべき課題であるように思われる。

終章

本稿の、特に児童単独若しくは児童同士での自画撮り行為に対する立場は、基本的に自画撮り行為（主に単純所持、製造、提供、公然陳列）の合法化を認

[221] SNS に公然陳列されている自画撮り画像を収集・保存し、重ねて公然陳列を行ったり、被写体児童の同意なしにインターネット上で販売するという行為も散見される。

めず、しかし、児童ポルノ法の適用は避け、アメリカの立法例を参考としながら特別なプログラムを児童に受講させることで対応を図るべきとするものである。現行児童ポルノ法は、児童間での製造行為や所持行為を正当化するに際し、交際関係の真摯性という高いハードルを課すものではないというのが本稿の理解であるが、自画撮り画像は容易に被写体児童の名誉やプライバシー等を侵害する危険性が高いことに鑑みれば、児童ポルノに当たりうる姿態の自画撮りに関する正当化事由を承認することは控えるべきである。この点から出発すると、大人と児童が性的な行為を行う場合は、仮に真摯な交際関係があったとしても、性行為については正当化の余地があり得るが、児童ポルノ製造・所持行為に関しては正当化の対象外と考えるべきである。警察庁をはじめとした行政機関も、交際相手に対してであっても自画撮り画像を送信しないよう指導しており、合法化の余地を認めてしまうと、これらの指導が徹底されないおそれがあり、教育現場も混乱することが予想される。

また、本稿は国内法の議論を中心として自画撮り規制の分析を行ってきたため、外国の制度分析については立ち入った検討ができなかった。特にアメリカでは、多くの州でセクスティングに対する法的・社会的対応の枠組みが整備されつつあり、自画撮り規制についても後発的地位にあるわが国に対する示唆は大きいが、本稿において紹介できなかった州法の検討など、詳細な調査分析は他日を期したい。

補遺　東京都青少年健全育成条例改正案等の議論状況について

本稿の脱稿直後である平成29年12月初旬から、自画撮り規制に関する議論は急加速した。本稿で検討を加えた東京都青少年健全育成条例改正案は、平成29年12月15日に東京都議会において可決され、翌２月から施行されることとなったが、その前日には、兵庫県議会において、東京都条例とほぼ同内容の規定を設ける旨の青少年愛護条例改正案が可決され、平成30年４月から施行されることとなった。兵庫県条例に関しては、かかる条例を制定するに至る過程の議事録等が現時点では公開されていないため、東京都条例と酷似した枠組みによる規制が、どのような議論によって立案されたかを知る手立てはない。よって、本稿補遺では、主として東京都条例の構造を、答申時点での枠組みと比較しながら簡潔に分析し、兵庫県条例との規制範囲の異同についても若干の検討を加える。

１　答申後の議論状況

平成29年５月に答申がなされた後、東京都は同年９月から10月にかけて、条例改正に関する意見募集を実施した。自画撮りの要求行為に対する罰則規定については、答申で示された通りの構成要件が案として提示され[222]、募集終了後の11月に、一部の意見が公表された[223]。その中には、禁止する不当な態様を５つの類型に限定する必要はないのではないかとの意見があったが[224]、それに対しては、「青少年の自画撮り被害につながり得る要求のうち、特に悪質なものに罰則を適用することとしました。これに触れない、該当しない要求行為に関しては、青少年や保護者等への普及啓発等によって被害の防止を図っていきます。」との回答がなされている。

これを踏まえ、条例案は平成29年12月の第４回都議会定例会に提出された後、12月15日に原案の通り可決された（同22日公布、平成30年２月１日施行）。

２　東京都条例の構造

今回の条例改正では自画撮り要求罪以外にも、自画撮り被害の防止に向けた改正が行われたが、本稿では要求罪に絞って検討を加える。東京都条例18条の７には、「青少年に児童ポルノ等の提供を求める行為の禁止」という表題の下で、以下のような規定が置かれた。また、同条に違反した者には、30万円以下の罰金が科されることとなった（26条７号）。本罪の客体は専ら青少年であり、構成要件に該当する行為が行われれば、勧誘を受けた青少年の健全な育成に悪影響を及ぼすと考えられるから、本罪の保護法益は青少年個人の利益であり、罪質は抽象的危険犯であると思われる。

> 第18条の７　何人も、青少年に対し、次に掲げる行為を行ってはならない。
> 一　青少年に拒まれたにもかかわらず、当該青少年に係る児童ポルノ等…の提供を行うように求めること。
> 二　青少年を威迫し、欺き、若しくは困惑させ、又は青少年に対し対償を

[222] http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/seisyounen/news/2017/pabukome/gaiyou.pdf

[223] http://www.metro.tokyo.jp/tosei/hodohappyo/press/2017/11/24/18_01.html

[224] 筆者もほぼ同様のコメントを行った。

供与し、若しくはその供与の約束をする方法により、当該青少年に係る児童ポルノ等の提供を行うように求めること。

第３回専門部会で示された構成要件の案と比較すると、ほとんど変更がないことがわかる。唯一、欺罔類型について、「誤解させること」に関する構成要件が条例には盛り込まれていない。

「欺く」という構成要件について、本稿は、欺罔の内容が不明確であると指摘した。この点についてどのような対応がなされたかは、条文からは明らかとはならないものの、改正案が可決されてからの一部報道を見ると、欺罔類型については「同性に成り済ましてだます」行為が処罰対象となると報道されている[225]。東京都（青少年・治安対策本部）のインターネットサイトからは、この点に関する情報は見られなかったが、「欺く」内容を「性別」に限定して運用するのであれば、概ね妥当な解釈であるといえよう。ただし、本稿でも指摘したように、不特定多数に対して SNS で勧誘メッセージを投稿する行為の構成要件該当性や、「困惑」の意義などについては、なお問題とする余地があろう。この点は今後の議論にゆだねるほかなく、事案の集積によりそれぞれの文言の外延が明らかとなることが期待される。

これまでの裁判例の結論に徴すれば、東京都条例がターゲットにしている「特に悪質」とされる行為態様でなくても４項製造罪の成立が肯定されているのであるから、あえて行為態様を限定する必要はないというのが本稿の立場であるが、限定的にであれ自画撮り要求行為を規制しようとする本条例は、基本的に支持すべきものと思われる。

３　今後の検討課題

ただし、あえて数点指摘をするとすれば、第一に、禁止の対象とされている要求行為が「提供」に限定されている点については今後の検討課題となり得よう。現在の法制度においては、「提供」は法文上「公然陳列」と区別して規定されているが、例えば、SNS 上で自画撮り画像を投稿している児童に対し、（不当な手段を用いて）もっと投稿するよう求めた場合は、「提供」ではなく「公然陳列」を行うように求めていることとなり、条例違反となり得るかが問題とな

[225] https://mainichi.jp/articles/20171216/ddm/012/010/057000c など。

るのである。

一見すると、仮に児童が要求に応じて投稿した場合は、行為者も閲覧可能となるから、「提供」を求めた場合と同一の結果を生ずるように見えるから、公然陳列を求めた場合も要求罪が成立するという立論も、あり得るかもしれない。しかしながら、「公然陳列」は不特定又は多数人が認識可能な状態に置くことが構成要件であるのに対し、「提供」は、客体を受信者において利用し得べき状態に置くことを要件とするものである[226]。要求によってインターネット上に公然陳列された画像データを要求した者が保存すれば同じことであるが、保存できないような方式で画像が公然陳列される場合も考えられる。「提供」と「公然陳列」はまったく異なる構成要件なのである。よって、都条例の文言では、SNS への投稿を要求する場合は、要求罪は成立しないこととなる。このような類型をも捕捉すべきと考えるのであれば、「公然陳列」の要求も構成要件に加える必要がある。

第二に、条文において特に悪質な要求行為の類型を示したことで、今後児童に対して自画撮りを要求しようとする者は、これらの類型に該当しないように注意を払いながら、巧妙に児童と接触しようとすることが予想される。時間をかけて児童と SNS 上で良好な関係を築いた上で、平穏な態様で自画撮りを要求するなどした場合は条例違反とならないと思われるが、規制範囲が限定的であればあるほど、脱法行為は容易となる。要求の対象は、児童ポルノ法２条３項に該当するものであることを要するため、今後はこれに該当しないような水着や下着の画像を自画撮りして送信するよう求める事案が発生することも考えられる。都は、普及啓発による方法で被害防止を図ると説明しているが、潜在的行為者の大部分が一斉にこのような行動をとったとき、普及啓発の効果がいかほど認められるかは、現状ではなお不透明である。

第三に、一連の条例改正によって捕捉される行為は「児童ポルノ等の提供」を要求する行為であるが、例えば、映像を行為者の側で保存できないストリーミング配信などによって児童とテレビカメラ等で通話し、カメラの前で衣服を脱がせたり、自慰行為を行わせたりする行為は「児童ポルノの提供」に該当しないため、かかる行為をするよう要求しても罪に問われない。もちろん、配信されている映像を別途カメラ等で撮影・保管等すれば４項製造罪が成立し得る。

[226] 森山＝野田・前掲注（16）95頁。

また、カメラの面前で自慰行為を行わせれば児童福祉法上の児童淫行罪（34条１項６号）に当たる可能性はある[227]が、要求罪の処罰を免れるという意味では、今後このような脱法的行為が主たる性的搾取行為として流行することも考えられる。このように、児童ポルノには該当しないが、現象としては児童ポルノとほとんど径庭がないケースをどのように規制していくかは、技術の進展に伴い、常に問題となろう。

４　兵庫県条例について

兵庫県において青少年の健全育成について定めているのは「青少年愛護条例」であり、県は東京都と同じく、自画撮り被害件数が増加していることに鑑み、自画撮りの要求を処罰対象とする条例案を策定し、パブリックコメントを実施した。それを踏まえ、平成29年12月14日に、条例改正案が兵庫県議会において可決された。自画撮り要求行為に関する規定は以下の通りである。

> 第21条の３　何人も、青少年に対し、当該青少年に係る児童ポルノ等…の提供を求めてはならない。
>
> 第30条５項　次の各号のいずれかに該当する者は、30万円以下の罰金又は科料に処する。
> （12）第21条の３の規定に違反して、次に掲げる方法により、青少年に対し、当該青少年に係る児童ポルノ等の提供を求めた者
> ア　青少年を欺き、威迫し又は困惑させる方法
> イ　青少年に対し、財産上の利益を供与し、又はその供与の申込み若しくは約束をする方法

都条例と対比すると、構造はほとんど同一であり、検討課題等については先に述べたことと同様のことが妥当するが、細かな点をいえば、兵庫県条例の罰則には科料もあり得る点と、利益供与に関しては、供与の「申込み」も構成要件として示されている点が、都条例と異なる点である。特に後者の点からは、

[227] 児童淫行罪については、深町晋也「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）321頁以下参照。

兵庫県条例は都条例よりも規制範囲が広いことがわかる[228]。ただし、自画撮り要求罪は児童ポルノ製造罪の未遂犯を事実上処罰する性質の条文であるという理解に立つのであれば、禁止すべき要求行為は、要求を受けた児童（青少年）が自画撮り行為を実際に行う危険性を有するような行為に限定されていると解すべきである。申込みを行うだけで、そのような危険性が直ちに生じるといえるかは疑問である。

５　おわりに

本稿では構成要件の文言の明確性について数点の疑義を呈してきたが、自画撮り要求罪に関する本稿の基本的立場は、判例との平仄を合わせ、児童が自画撮りを行う危険があるような要求行為を広く規制すべきと主張するものである。この主張は、大人と児童の交際関係にあっては、たとえ真摯に交際していたとしても、児童ポルノ製造に関しては正当化すべきでないと解し、およそ製造行為が正当化されないのであれば、それを要求する行為もまた正当化の余地はないという考え方を前提とするものである。大人と児童との真摯な交際がおよそ想定し得ないと主張する意図はもとより存しないが、成熟した（と一般に理解される）大人が十分な性的判断能力を伴わない児童と交際するのであれば、交際の相手方たる児童が将来にわたって傷つかないよう、適切な配慮をすべきである。

児童ポルノの製造は、後の拡散の起点となる行為態様であり、防遏の必要性は高い。技術の発達により、誰もが自身の裸などの自画撮りを製造して送信することが可能な状況にあっては、児童は自己侵害的な行動を簡単にとってしまいがちである。それを窘め、児童を正しい道へと誘導することこそが、真摯な交際関係にある大人に課せられた役割であるといえよう。

※　本稿中、特に第２章第３節から第３章第２節までの部分は、札幌学院大学研究促進奨励金（B・個人）「創作物による児童ポルノ規制の可能性と限界―保護法益論の再検討を通じて―」（SGU-BS2017-03）の研究成果の一部を含むものである。

[228] 申込みが「約束」に該当しないことは、先に述べたとおりである。