

児童の保護とインターネット上のおとり捜査

宮 木 康 博

1. は じ め に
2. 米国における児童ポルノ対策の史的変遷
3. インターネット時代の到来と新たな課題
4. おとり捜査に対する抗弁
5. お わ り に

1. は じ め に

児童ポルノや児童買春など、児童を対象とする性的犯罪は、自己防衛を期待することが難しい一方で、一度発生すると、被害回復が困難であることから、適切に対処する方法が模索されてきた。しかし、例えば、児童ポルノの検挙件数は、2005（平成17）年から右肩上がりとなり、2010（平成22）年の児童ポルノ事犯の検挙件数は1,342件、検挙人員は926名、被害児童数は614名にのぼり、過去最多となっている⁽¹⁾。

では、児童ポルノ事犯が増加傾向を示す原因はどこにあるのだろうか。いくつかの要因が考えられるが、次頁の図表からは、インターネットなどのIT技術の普及との相関関係が認められ、とりわけ、電子掲示板やコミュニティサイトなどが意図せず加害者と被害者の出会いの場になっていると推察される⁽²⁾。こうしたサイバースペースは、その匿名性により加害者側に規範意識の低下を招きかねないほか、實際上、ターゲット

(1) 警察庁編『平成23年警察白書』（ぎょうせい、2011）39頁。

(2) 携帯電話や自宅でのネット回線のほか、ネットカフェなども含めたわが国のインターネット利用者数は、9,000万人を超えている。

〈28〉 児童の保護とインターネット上のおとり捜査（宮木）

〈児童ポルノ事犯の検挙件数等〉

区分	年次	平18年	平19年	平20年	平21年	平22年
検 挙 件 数		616	567	676	935	1,342
うちインターネット利用		251	192	254	507	783
検 挙 人 員		350	377	412	650	926
うちインターネット利用		174	172	213	394	644
被害児童数		253	275	338	405	614

との接触が容易になる面がある。他方、匿名性は被害者側の警戒心の鈍磨に繋がりうるほか、違法・有害情報へのアクセスが容易となり、犯罪に巻き込まれる危険性が高まることが懸念される⁽³⁾。また、児童ポルノ事犯以外にも、サイバースペースは児童買春や青少年保護育成条例違反（みだらな性行為等違反等）といった性犯罪の温床になっているとも考えられる⁽⁴⁾。

こうした事態に対し、警察も手を拱いているわけではない。近時の児童ポルノ対策に限ってみても、警察庁が2009（平成21）年6月に策定した「児童ポルノの根絶に向けた重点プログラム」に基づいて、インターネットを利用した児童ポルノ事犯の取締りが強化され、インターネット・ホットラインセンターからの通報を活用したり、サイバーパトロールを実施するなどして情報収集を行うとともに、加害者・被害者の広域性に対処するため、各都道府県警察の合同捜査や共同捜査が実施されている。また、警察庁とプロバイダ等のアドレスリスト利用事業者らが共同してブロッキングに取り組むなど、児童ポルノの排除に向けた対策が進めら

(3) 加えて、近時では、インターネットの普及による高画質画像の高速かつ大量な流通、ファイル共有ソフトの利用拡大等もみられ、被害回復は益々困難な事態となっている。

(4) 例えば、2010年度のネットワークを利用した児童買春・児童ポルノ違反（児童買春）および青少年保護育成条例違反の検挙件数は、それぞれ、410件、481件にのぼっている。なお、出会い系サイトに起因する児童の犯罪被害で最も多いのが、児童買春の151名、コミュニティサイトに起因する児童の犯罪被害で最も多いのが、青少年保護育成条例違反（みだらな性行為等違反等）の772名となっている（前掲注（1）20頁、24頁）。

れている。さらに、児童ポルノ対策は、国際的にも重大な関心事となっており、G8司法・内閣閣僚会議や児童の性的搾取に反対する世界会議などにおいて各種宣言が採択されるなど、その根絶に向けた国際協力の機運も高まりをみせている。

このように、児童の性的搾取への対応は喫緊の課題であり、今後も積極的に推進されるべきものである一方で、サイバースペースは、表現（言論）の自由の保護との適正なバランスが求められる領域でもあることから、その規制には慎重な検討が必要になる。とりわけ、刑事規制に際しては、刑罰法規の内容は、明確性の原則により具体的かつ明確に規定されなければならない、これに反する法律は、憲法31条違反として無効になる⁽⁵⁾。それが表現の自由を制約するものである場合には、表現行為に萎縮効果をもたらすおそれがあるため、合理的な限定解釈によって法文の漠然不明確性が除去されない限り法規それ自体が違憲無効になるほか⁽⁶⁾、同様のことは法文は一応明確でも、規制の範囲があまりに広汎で違憲的に適用される可能性がある法令にも該当する⁽⁷⁾。

この点については、これまでも、例えば、児童ポルノの定義1つをとっても、「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」（以下、児童買春・児童ポルノ処罰法）の制定過程では、「児童の姿態」（児童買春・児童ポルノ禁止法2条3項各号）の「児童」は、18歳未満の存在する児童を指すのか、それとも実在しないCG等も含むのかが議論されたほか、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」（2条3項2号・3号）は、特定の価値判断が混入せざるを得ないとして不明確で

(5) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁、最決平成10年7月10日刑集52巻5号297頁、最決平成20年7月17日裁判集刑294号869頁。

(6) 最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁、最判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁。

(7) 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔4版〕』（岩波書店、2007）191頁以下。表現の自由が問題となったケースではないが、最大判昭和60年10月23日刑集39巻6号413頁、最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁など参照。なお、大谷實『刑法講義総論〔新版第4版〕』（成文堂、2012）63頁以下では、刑罰法令が不明確である場合や処罰範囲が過度に広汎である場合については、刑罰法規は、犯罪になるものとならないものを国民に告知する機能を有するため、犯罪の本身が曖昧であり、どこまでの行為が処罰対象となるのかが不明な場合や構成要件が不明確で過度に広汎な処罰を含む場合には、それ自体が自由の侵害であるため、合憲的限定解釈を認める余地はないとされる。

〈30〉 児童の保護とインターネット上のおとり捜査（宮木）

あるなどの指摘がなされてきた⁽⁸⁾。

それゆえ、児童に対する性的搾取や性的虐待から児童を保護するための対応は、こうした問題も念頭におきながら、実体法上・手続法上の問題として、①いかなる行為を処罰の対象とするのか、②いかに被害の発生を予防し、犯罪を摘発するのかが検討されねばならない。

そこで、本稿では、現代的課題であるインターネット上の児童ポルノ等による児童の性的搾取や性的虐待を中心に、上記2つの問題を検討する。具体的には、インターネット先進国の米国の対応について、立法および判例・学説の動向を整理した上で、わが国における今後の議論の方向性について、若干の検討を加えることにしたい。

2. 米国における児童ポルノ対策の史的変遷⁽⁹⁾

児童に対する性的搾取や性的虐待から児童を保護するため、実体法上、いかなる行為を処罰の対象とするのかが検討されなければならない。わが国では、この点への対応が遅れ、その結果、「児童ポルノの生産国になった」と揶揄されたが、米国では、比較的早い段階から児童ポルノ⁽¹⁰⁾対策が議論の中核となっており、そこでは、近時のコンピュータ技術の進展とインターネットの普及が影響を与えてきた。

以下では、米国における児童ポルノ対策を中心に、その史的変遷を跡付けておく。

(1) 始 動 期

児童ポルノについては、1970年代から立法による規制が開始された。1970年代後半には児童ポルノの蔓延が一般的にも認知されはじめ、連邦議会は「1977年性的搾取に対する児童保護法（Protection of Children

(8) 園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』（日本評論社、1999）28頁以下。

(9) 米国における児童ポルノ対策の史的変遷については、Audrey Rogers, *Protecting Children on the Internet: Mission Impossible?*, 61 BAYLOR LAW REV. 323, 326-33 (2009)。

(10) 米国における児童ポルノとは、一般的に、「一定の年齢に満たない児童の性的行為を視覚的に描写した」マテリアル（情報・素材）と定義されている（*New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 764 (1982).）。

Against Sexual Exploitation Act of 1977)」を成立させた。この法律は、州間や国外に輸送されることを知りながら、視覚映像を作り出す目的で未成年者に性的にあからさまな行為をさせることを禁止したものである⁽¹¹⁾。

同時期に、州でも児童ポルノに対する独自の禁止令を制定した。連邦法とは対照的に、州では、わいせつ性を要求することなく児童ポルノの製造および頒布を非合法化した。その中の1つであるニューヨーク州法に対して異議が申し立てられた1982年の *New York v. Ferber* 判決では、連邦最高裁は、わいせつ性はなかったとしても児童ポルノは第1修正では保護されていないと判示した⁽¹²⁾。最高裁は、「子どもをポルノの対象とすることは、その肉体的、情緒的、および精神的な健康にとって害悪である」と理由づけたのである⁽¹³⁾。加えて、判決では、児童ポルノは「少なくとも2つの方法で子どもの性的虐待に本質的に関連している」と強調し、①制作物は子どもの関与の永久的な記録であり、害悪はその流通によって増幅されている⁽¹⁴⁾、②児童ポルノを頒布するネットワークは、そのような製造を防止するために解体されなければならないとした⁽¹⁵⁾。Ferber 判決を受けて、連邦議会は、わいせつ性と商業目的の要件を削除するために1984年に法改正を行った。

Ferber 判決以前の連邦最高裁は、わいせつ物の所持は第1修正で保護されていると判示していたが⁽¹⁶⁾、その間にも、州では、児童ポルノの所持や観賞を禁止する法律を制定していた。その中の1つであるオハイオ州法に対して憲法上の異議が申し立てられた *Osborne v. Ohio* 判決は、児童ポルノに関する法律の論理的根拠を再確認する機会となった。連邦最高裁は児童ポルノの単純所持や観賞は子どもを犠牲にするものであり、州はそれを禁止することができると判示した⁽¹⁷⁾。加えて、判決では、児童ポルノの所持や観賞の禁止は、「児童ポルノの被害者を保護するた

(11) この初期の連邦法は、わいせつな商業目的のための児童ポルノのみを対象としていた。

(12) *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 758 (1982).

(13) *Ibid.*

(14) *Id.* at 759.

(15) *Ibid.*

(16) See *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 559 (1969).

(17) *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 110 (1990).

〈32〉 児童の保護とインターネット上のおとり捜査（宮木）

めに」制定されたものであり、「搾取的に子どもを扱うマーケットが破壊されることを望んでいる」とも述べた⁽¹⁸⁾。程なく連邦議会はオハイオ州の先例に倣い、児童ポルノの所持を禁止した「1990年児童保護回復刑罰強化法（Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act of 1990）」を成立させた。

（2）連邦議会と仮想ポルノ

コンピュータ技術の進展とインターネット時代の到来は、既存の法律は時代遅れではないかという連邦議会の懸念に繋がった。議会は、「1996年児童ポルノ禁止法（Child Pornography Prevention Act of 1996〔CPPA〕）」を制定し、児童ポルノの定義を「性的にあからさま行為に参与している未成年者、あるいはそう見える」画像を含むように拡大させた⁽¹⁹⁾。

そのような仮想の子どものポルノ画像の禁止は、連邦議会による調査結果に基づいていた。調査結果からは、小児性愛者は、児童を性的行為に参与するよう誘惑するに際し、躊躇や抵抗感を鈍磨させるために児童ポルノを用いることが明らかになった⁽²⁰⁾。また、議会は、実在・仮想の児童ポルノの双方が、妄想を刺激し、子どもに性的いたずらをしたいという性的虐待者の欲求を刺激することや、仮想の子どもの画像が実際の児童ポルノの被害者と区別できないようになるにつれて児童ポルノの訴追はますます困難になることも知ることになったのである⁽²¹⁾。

（3）司法の反応

CPPAにより、未成年者のように見える成人を用いた場合やモデルを使わずに作成されたCGおよび描画も禁止の対象となったわけだが、こうした仮想ポルノの禁止の合憲性については、学説および巡回区間でも判断が分かれていた。連邦最高裁は2002年のFree Speech Coalition判決

(18) Id. at 109.

(19) 18 U.S.C. § 2256 (8).

(20) Daniel S. Armagh, *Virtual Child Pornography: Criminal Conduct or Protected Speech?*, 23 CARDOZO L. REV. 1993, 1997 (2002).

(21) Rogers, *supra* note 9, at 328–29.

において、6対3でCPPAの「見える」という文言は過度に広汎で、違憲であると判示し、仮想の子どもを用いたポルノの禁止を無効とすることで議論を収束させようとした⁽²²⁾。Kennedy判事による多数意見は、第1修正の保護から児童ポルノを排除するのは、児童ポルノが本質的に実在する子どもの虐待に関係しているからであると強調し⁽²³⁾、アニメや漫画などの仮想ポルノは直接的な害悪を欠いており、禁止できないと結論付けた⁽²⁴⁾。

多数意見は、政府による間接的な害悪の議論を斥け、①仮想ポルノが性的虐待者の性欲を刺激する、あるいは②性的虐待者によって仮想ポルノが子どもを誘惑するために用いられる危険性という理由は、憲法上保護された言論を制限することを正当化するには小さすぎると判示した⁽²⁵⁾。また、政府が主張する③児童ポルノのマーケットを枯渇させるためには仮想ポルノの禁止が必要であるという理由付けにも異議を唱えるとともに⁽²⁶⁾、④コンピュータ・テクノロジーの発展が、実在と仮想のポルノを区別することをますます困難にし、仮想の児童ポルノの存在が、実際に児童を用いるポルノグラファーが訴追を免れることを許すことになるとの主張も、第1修正の趣旨を逆さまに捉えた本末転倒なものであり、政府は違法な言論を抑制する手段として、合法的な言論を抑圧することはできないとして斥けた⁽²⁷⁾。

加えて、多数意見は、CPPAのパンダリング (pandering) 禁止条項への異議申立ても支持した⁽²⁸⁾。CPPAでは、当該マテリアルが性的にあからさまな行為に関与している未成年者あるいはそれを含む印象を与えるような方法で宣伝、販売促進、提示、説明、頒布することを禁じているが、最高裁は、単にそれが未成年者を含んでいると宣伝されていたために、未成年者を含んでいない性的にあからさまなフィルムの所持をも禁止していると指摘し⁽²⁹⁾、その禁止は憲法に違反するほど過度に広汎であ

(22) Ashcroft v. Free Speech Coal., 535 U.S. 234, 258 (2002).

(23) Id. at 249 (quoting New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 759 (1982)).

(24) Id. at 250–51.

(25) Id. at 251–54.

(26) Id. at 254.

(27) Id. at 254–55.

(28) Id. at 257.

(29) Ibid.

〈34〉 児童の保護とインターネット上のおとり捜査（宮木）

ると判示したのである。

同意および反対意見の中で、O'Connor判事は、CPPAの「見える」という文言は、若く見える成人の画像を侵害するためにも使うことができることになると指摘し、過度に広汎であると結論付けるとともに、「印象を与える」ことを含むパンダリング禁止条項についても多数意見に同意した⁽³⁰⁾。他方で、実在する児童ポルノと「実質的に区別できない」仮想ポルノの禁止は支持した⁽³¹⁾。この点について、Thomas判事は、同意意見の中で、政府が実在するポルノと仮想のそれとを区別できず、前者を訴追することが不可能になるような時点でテクノロジーが到達すれば、後者の規制は容認できるようになるとし⁽³²⁾、Scalia判事によって賛同されたRehnquist最高裁長官も、政府は子どもを性的虐待の害悪から保護する切実な関心をもっており、技術的な進歩はすぐに政府が性的虐待から子どもを保護することをほとんど不可能にするとO'Connor判事に同意した⁽³³⁾。

(4) 連邦議会の対応

Free Speech Coalition判決を受けて、連邦議会は再度、①テクノロジー、②第1修正、③子どもの保護の3点に検討を加えた。議会は、「子どもを特定不可能にして実在する子どもの描写を隠し、その描写がコンピュータで作成されたように見えるようにする」技術があるとともに、「子どものリアルな画像をコンピュータで作り出す技術はすぐにはできるようになる」こともわかった⁽³⁴⁾。

これらの調査結果に基づき、連邦議会は、既存の児童ポルノ法を修正し、未成年者の画像と区別できないような画像を含むように児童ポルノを定義するため、「2003年児童保護法（Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today Act of 2003〔PROTECT法〕）」を制定した。PROTECT法は、性的にあからさまな行為を行って

(30) Id. at 262.

(31) Id. at 263-64 (O'Connor, J., concurring in part and dissenting in part).

(32) Id. at 259-60 (Thomas, J., concurring).

(33) Id. at 267-68 (Rehnquist, C.J., dissenting).

(34) Rogers, *supra* note 9, at 331.

いる未成年者、あるいはそれと区別のつかないようなデジタル画像およびCGを禁止している。議会は、O'Connor判事に賛同し、「区別できない」という文言を、「描写を見ている一般人が、性的にあからさまな行為に
関与している実在する未成年者のものであると結論付けるという点において実質的に区別ができないような」描写を意味するよう定義した⁽³⁵⁾。わいせつ性が認められる限りにおいて、実在しない子どもを用いた児童ポルノを規制対象とするよう修正したのである。また、Free Speech Coalition判決の判断に沿うように、「真摯な文学的、芸術的、政治的または科学的な価値」のある「スケッチ、マンガ、彫刻、絵画」を対象から除外した⁽³⁶⁾。

さらに、連邦議会は、当該マテリアルがわいせつもしくは実在の児童を描いた児童ポルノであることを確信していることを示すような方法、または他人にそう信じさせるような方法で、宣伝、販売促進、提示、配付または勧誘することは犯罪行為であるとし⁽³⁷⁾、Free Speech Coalitionの最高裁による「印象を与える」パンダリング条項の禁止に対応した。

加えて、指摘されているパンダリング条項についてのいくつかの懸念について、上院司法委員会 (Senate Judiciary Committee) は、パンダリング犯罪は、提供あるいは勧誘されたマテリアルが実在したとの証拠を必要としないことを再確認した。この条項が禁止する最も重要な点は、特定の意図について証拠がある違反者による保護されないマテリアルを取り引きする申し出であり、政府は、やり取りと要求されている特定の意図の証拠によって違反を証明することになるのである。

新しい法律は、インターネットによる自分の4歳の娘の性的にあからさまな写真のパンダリングで有罪判決を受けたMichael Williamsによって異議を申し立てられた。これに対し、2008年のWilliams判決の法廷意見は、仮想の児童ポルノを実在する子どもを描いたように宣伝する者も、PRPTECT法の適用範囲に含まれるとし、違法取引の申し込みは、申込人に錯誤があったとしても、第1修正の保護からは除外されるとして、PROTECT法の合憲性を支持した⁽³⁸⁾。

(35) 18 U.S.C. § 2256 (11).

(36) Ibid.

(37) 18 U.S.C. § 2252A (a) (3) (B) (2006).

(38) United States v. Williams, 553 U.S. 285, 128 S. Ct. 1830 (2008). 本判決について

3. インターネット時代の到来と新たな課題

児童ポルノ対策に代表される児童を保護するための対応として、米国における実体法上の対策を概観してきたわけだが、インターネット時代の到来によって、手続法上も、新たな展開を余儀なくされた。パソコンとオンラインのソーシャルネットワークが人気を博するようになり、子どもは従来にも増して性的略奪者からの接触の危険に晒されることになったため、連邦と州の法執行機関は、警察官が未成年者を装ってインターネットにアクセスし、性的略奪者が接触してくるのを待つおとり捜査をはじめたのである。

(1) インターネット上のおとり捜査と法的不能の抗弁

インターネット上のおとり捜査は、多数の逮捕と有罪判決を生み出した。その際、被告人が公判廷で主張する抗弁は、毘から憲法違反に及ぶまで多種多様であるが、身分秘匿捜査官によるインターネット上のおとり捜査の事案では、主として、法的不能を理由に未成年者に対する犯罪の未遂では訴追できないと主張するようになっていった。

米国では、伝統的に未遂犯の処罰は事実上の不能と法的不能の区別で対処してきた。現在では、こうした区別論は学説・実務において一般的には消極的に解されていると見てよいが、実務では、依然として、法的不能は実際上⁽³⁹⁾あるいは潜在的な抗弁であるとともに⁽⁴⁰⁾、現に連邦

は、永井善之「児童ポルノとの確信に基づきまたは他人にそう信じさせようとする意図でそれを宣伝等する行為を、当該ポルノの存否を問わず処罰する規定は過度に広汎でなく合憲とされた事例」アメリカ法2009 I (2009)159頁、加藤隆之「アメリカ合衆国における児童ポルノ規制の新たな取組み」亜細亜法学45巻2号(2011)33頁等も参照。
(39) 例えば、ニュージャージー州最高裁は、いわゆる被害者が身分秘匿捜査官の場合、未成年者に対する性的暴力の未遂で起訴することはできないと判示する上で不能の理論を適用し、被告人は「犯罪的な行為を完結しなかったし、その状況下では、彼はそうすることができなかったであろう」と判示した (State v. Condon, 919 A. 2d 178, 183 (N. J. Super. Ct. App. Div. 2007))。同様に、メリーランド州最高裁は、実際にはインターネット上で成人の身分秘匿捜査官とやり取りをしていたが、未成年者であると信じていた人物と性行為に及ぶ手配しようとした者の有罪判決を履した (Moore v. State, 882 A. 2d 256, 270 (Md. 2005))。この判断は、メリーランド議会が、未成年者あるいは「未成年者のふりをしている法執行官」を勧誘することを禁止する法の制定に繋がった。

(40) Audrey Rogers, *New Technology, Old Defenses: Internet Sting Operations and*

最高裁においても、2008年のWilliams判決の反対意見中には、そうした発想がみてとれる⁽⁴¹⁾。

それゆえ、被告人は、インターネット上のおとり捜査の事案で法的不能の抗弁を主張し続けているわけであるが、一部の管轄は、逆に、こうした事案を事実上と法的不能との区別を拒絶するために扱っている。法的不能の論理が、未成年者へのわいせつ物の頒布に対して抗弁を提供するか否かを検討したPeople v. Thousand判決⁽⁴²⁾は、その代表例である。被告人は、チャットルームに入り、自身を“Bekka”という14歳の少女であると説明した身分秘匿の郡保安官代理と会話を始めた⁽⁴³⁾。1週間にわたって、被告人はBekkaと性的にあからさまな会話を交わし、「彼女」にインターネット上で男性器の写真を送った⁽⁴⁴⁾。証拠は被告人が「Bekkaは14歳の少女である」と信じていたことを示していた⁽⁴⁵⁾。Bekkaと会う約束をした後に、被告人は、他の犯罪とともに、未成年者へのわいせつ物頒布の未遂で逮捕・起訴された⁽⁴⁶⁾。これに対し、被告人は、子どもの被害者はいなかったことを理由に証拠の排除を申し立てた⁽⁴⁷⁾。

第1審と控訴審は、被告人が訴追された犯罪を試みることは法的に不可能であったと判示した⁽⁴⁸⁾。理由として、控訴審は、物の受取人が実際には成人であった点を挙げた⁽⁴⁹⁾。すなわち、わいせつ物を成人に送付することは犯罪ではないため、犯罪を行うことは不可能であり⁽⁵⁰⁾、したがって、その犯罪を行おうと試みることもまた不可能であったとしたのである。

ミシガン州最高裁は、これを覆した⁽⁵¹⁾。最高裁は、事案が事実上あるいは法的不能のものであるか否かについて控訴審のような分析はせず、ミシガン州のコモンローは法的不能を抗弁として認めていないと指摘し

Attempt Liability, 38 U. RICH. L. REV. 477, 500-01 (2004).

(41) Rogers, *supra* note 9, at 340-48.

(42) People v. Thousand, 631 N. W. 2d 694 (Mich. 2001).

(43) *Id.* at 696.

(44) *Ibid.*

(45) *Ibid.*

(46) *Id.* at 696-97.

(47) *Id.* at 697.

(48) *Ibid.*

(49) People v. Thousand, 614 N. W. 2d 674, 679-80 (Mich. Ct. App. 2000).

(50) *Ibid.*

(51) People v. Thousand, 631 N. W. 2d 694, 695 (Mich. 2001).

〈38〉 児童の保護とインターネット上のおとり捜査（宮木）

た上で⁽⁵²⁾、州の未遂の制定法の文言と立法経緯を検討したが、そのような抗弁を作り出そうとする立法意図については何らの兆候も見つけることはできなかったとした⁽⁵³⁾。

同様に、**United States v. Farner** 判決⁽⁵⁴⁾ において、第5巡回区控訴裁判所は、実際には成人の身分秘匿捜査官とインターネット上で会話をした被告人が、未成年者に性的行為に関与するよう誘導したとして訴追されたことに対して行った法的不能の主張を斥けた⁽⁵⁵⁾。裁判所は、「刑事法上の未遂事案における不能の抗弁をめぐる意味論の茂みを適切に避けた」とし⁽⁵⁶⁾、代わりに、被告人が根底にある犯罪を行うことを意図していたか否か、そして当該行動が、客観的に見たときにその意図を明らかにしていたか否かによるテストを採用し、被告人の有罪は、①彼の（性的に）あからさまなメールによるやり取り、②インターネット上でポルノ的な画像を送るという行為、③彼による未成年者であるはずの者と会うための手配、④約束の場所へ避妊具とローションを持って運転して行ったことなどの証拠によって固く証明されていると判示した⁽⁵⁷⁾。

対照的に、一部の裁判所は、インターネット上のおとり捜査事案における未遂の責任は法的に不能であると判断した⁽⁵⁸⁾。また、**Chen v. State** 判決⁽⁵⁹⁾ のように、法的不能の抗弁は抗弁として認めつつも、インターネット上のおとり捜査事案に対する適用を拒絶した裁判例もある⁽⁶⁰⁾。

(52) Id. at 701.

(53) Id. at 702.

(54) **United States v. Farner**, 251 F. 3d 510 (5th Cir. 2001).

(55) Id. at 511.

(56) Id. at 513. *Rogers*, supra note 9, at 340–48.

(57) Id. at 514.

(58) See, e.g., **State v. Taylor**, 810 A. 2d 964, 985 (Md. 2002); **People v. Thousand**, 614 N. W. 2d 674, 679–80 (Mich. Ct. App. 2000), rev'd, 631 N. W. 2d 694 (Mich. 2001).

(59) **Chen v. State**, 42 S. W. 3d 926 (Tex. Crim. App. 2001).

(60) 本判決の事案は以下のとおりである。被告人はインターネット上にヌードダンサーを募集する広告を掲示した。“Julie”と名乗る成人の身分秘匿捜査官は、その仕事に興味はあるが、13歳であると返答した。一連の性的にあからさまなメールの後、被告人は地元のモーテルでJulieと会う約束をした。彼が逮捕された際、被告人は少女にどのように性行為をするかを教えるつもりであったことを認めた。児童への虐待の未遂で有罪判決を受けたため、被告人は、実際には成人とメールをしていたのであり、犯罪を行うことは法的に不能であると主張した。州の控訴審では、本件は事実上の不能が問題となる事案ではないと判示し、被告人の控訴を棄却した。しかし他方で、裁判所は、「我々は、この時点で法的不能

(2) 悪しき行為 (actus reus) の抗弁

抗弁として不能を主張することとは別に、被告人からは未遂の責任に必要な悪しき行為の要件が満たされていないと主張されるケースもある⁽⁶¹⁾。State v. Robbins判決⁽⁶²⁾はその代表例である。被告人は、13歳の少年を装っている身分秘匿捜査官とオンライン上で会話を交わし⁽⁶³⁾、その際、被告人は「少年」と会うことに固執した⁽⁶⁴⁾。結局2人は地元のレストランで会うことに合意し、お互いがわかるように何を着るかを伝えあい、レストランで会った後に被告人がモーテルを見つける予定を立てた⁽⁶⁵⁾。被告人は、レストランに向かって歩いている途中で逮捕され⁽⁶⁶⁾、児童誘惑の未遂で訴追された⁽⁶⁷⁾。予備審問の後、被告人は、証拠は犯罪を行う単なる準備を証明するだけであり、未遂の罪を立証するには法的に不十分であることなどを根拠に、公訴棄却を申し立てた⁽⁶⁸⁾。この主張を拒絶する上で、ウィスコンシン州の最高裁は、証拠は未遂の罪を立証するのに十分であると指摘した⁽⁶⁹⁾。理由として、裁判所は、オンライン上の会話の証拠があるのみならず、被告人が待ち合わせ場所を設定し、そこに向かい、逮捕される前に待ち合わせ場所に到着した証拠もあるとした⁽⁷⁰⁾。

の教義を廃棄することは不必要であると判示する」とも述べた (Id. at 927-31.)。

(61) See, e.g., State v. Carlisle, 8 P. 3d 391, 394 (Ariz. Ct. App. 2000); People v. Reed, 61 Cal. Rptr. 2d 658, 660 (Cal. Ct. App. 1996); Dennard v. State, 534 S. E. 2d 182, 186 (Ga. Ct. App. 2000); People v. Scott, 740 N. E. 2d 1201, 1206 (Ill. App. Ct. 2000); People v. Patterson, 734 N. E. 2d 462, 468 (Ill. App. Ct. 2000); cf. Van Bell v. State, 775 P. 2d 1273, 1274 (Nev. 1989).

(62) State v. Robbins, 646 N. W. 2d 287, 289 (Wis. 2002).

(63) Id. at 289.

(64) Ibid.

(65) Id. at 290.

(66) Ibid.

(67) Id. at 287.

(68) Id. at 295.

(69) Ibid.

(70) Ibid.

（3）混合型の抗弁

State v. Kemp 判決⁽⁷¹⁾におけるインディアナ州の控訴審は、不能と犯罪行為の抗弁を混合し、被害者が架空の児童である場合、被告人が犯罪を完結することに向けて実質的な行動をとることはできなかったという根拠に基づいて、インターネット上のおとり捜査における未遂の責任を否定した⁽⁷²⁾。控訴審は、児童への性的虐待の未遂は、被害者が架空ではなく、実際の児童であることを必要とする地裁の判断を支持した⁽⁷³⁾。*Kemp*判決は、インターネット上のハンドルネームが“*Ineedyoungtight1*”であった被告人が、児童を装っている身分秘匿捜査官と性的にあからさまなやり取りを行ったケースである⁽⁷⁴⁾。被告人は、モータルの近くで「児童」と会うことに合意し、逮捕された際には避妊具をもっていた⁽⁷⁵⁾。裁判所は、こうした事実を前提にしつつも、被告人は成人とインターネット上で会話をしていたため、彼が犯罪の完結に向けて実質的な行動を一度もとっておらず、児童の性的虐待の未遂で有罪にはなりえないと判決した⁽⁷⁶⁾。

（4）その他の抗弁（主張）

被告人から、児童とやり取りをするつもりは一切なく、会話は単に彼らの妄想（*fantasy*）を反映しているだけであると主張されるケースもある⁽⁷⁷⁾。彼らは、ロール・プレイング（*role playing*）はインターネット上では一般的であり、児童とやり取りをしていると一度も信じたことはなかったと主張し、むしろ、相手は児童を装っている成人であると考えていたというのである。例えば、*People v. Scott*判決⁽⁷⁸⁾では、被告人のイ

(71) *State v. Kemp*, 753 N. E. 2d 47 (Ind. Ct. App. 2001).

(72) *Id.* at 51.

(73) *Ibid.*

(74) *Id.* at 48.

(75) *Ibid.*

(76) *Id.* at 51. 控訴審は、被告人に対する無罪を維持する上で、明確には法的不能という文言を使わなかったが、その理由づけは暗黙にその教義を採用していたとの指摘がある（*Rogers, supra note 40, at 508.*）。

(77) See, e.g., *United States v. Bailey*, 228 F. 3d 637, 640 (6th Cir. 2000).

(78) *People v. Scott*, 740 N. E. 2d 1201 (Ill. App. Ct. 2000).

インスタントメッセージに返答した身分秘匿捜査官が被告人に接触し、12歳であると伝えた。彼（捜査官）と被告人は性的にあからさまな会話を交わし、被告人はインターネット上で彼にポルノ写真を送った。面会が設定され、被告人は待ち合わせ場所に近づいているところで逮捕された。控訴審で、被告人は、彼が児童に対する犯罪を行うことを意図し、その目的に向けて実質的な行動をとっていたことを証明するには証拠は不十分であると主張することにより妄想の抗弁を提起した。

この主張を斥ける上で、控訴審は、「(本件の被告人の行動は、) 考えや欲望の単なる電子メディアを通じた妄想の送信以上である。被告人の頭の中では、児童が勧誘され、デートの約束がなされ、彼はその人に会うために運転して行った」ことを証拠は示しているという地裁の判断を維持した⁽⁷⁹⁾。

この他にも、未遂の罪に対する非典型的抗弁が⁸⁰ State v. Jones 判決⁽⁸⁰⁾で提起された。被告人は、インターネット上のおとり捜査で捕まった後に、児童とのわいせつ犯罪の未遂で有罪判決が下されたが⁽⁸¹⁾、控訴審において、被告人は、被害者の年齢は自身にとっては本質的ではなく、犯罪を行う特定の意図を欠いていたと主張した⁽⁸²⁾。すなわち、被告人はインターネット上で通信をしていた「相手」が児童か否かについて気にしていなかったため、児童とのわいせつ犯罪を試みることができなかったとしたのである⁽⁸³⁾。裁判所は、児童の年齢は未遂で要求される意図には非本質的であるとしてこの抗弁を斥けた⁽⁸⁴⁾。

4. おとり捜査に対する抗弁の分析

前パートでは、米国におけるインターネット上のおとり捜査で検挙された未遂事案を概観したわけだが、そこで被告人側から提起された抗弁(主張)の適否については、一般化して議論することはできず、ケース

(79) Id. at 1208.

(80) State v. Jones, 21 P. 3d 569 (Kan. 2001).

(81) Id. at 570.

(82) Id. at 571.

(83) Ibid.

(84) Ibid.

を類型化して分析しておく必要がある。

インターネット上のおとり捜査の事案における未遂の責任を評価するためには、まず元となっている犯罪（児童への性的虐待、児童とのわいせつ犯罪、児童との違法な行為、未成年へのわいせつ物の頒布など）の犯罪構成要素を検証することが必要になる。それぞれの犯罪への共通項は「児童」あるいは「未成年」という要素であり、この要件は、被告人の行為とは独立して存在するものである⁽⁸⁵⁾。それゆえ、検討すべきケースを分類すると、①被告人が、児童（未成年）とやり取りをしていると信じているのであれば、主観的要件は認め得るため、生じる論点は不能をめぐるものとなり、他方、②被告人が、児童（未成年）とやり取りをしているとは考えていなかった、あるいは児童（未成年）とやり取りをしているか否かについては気にしていなかったと主張するのであれば、論点は、未遂の有責性のために要求されている主観的要件（mens rea）をみたしているか否かとなる。

（1）錯誤のネット・ユーザー

インターネット上で成人の身分秘匿捜査官ではなく、児童とやり取りをしていると信じている被告人について、先述した裁判例を見る限り、一部の裁判所は、法的不能であるとして、被告人を架空の児童への犯罪の未遂として有罪にすることはできないとみている。また、それを支持する学説もみられる。こうした帰結に至る背景には、客観的な観察者にとって危険が明らかでなければ、行為者が悪しき考えに基づいて罰せられ、害悪の十分な証拠もなく、あるいは不適切な証拠上および訴追上の手法に基づいて有罪判決を受ける危険が存在することへの危惧がある⁽⁸⁶⁾。

こうした客観主義的な見方に対しては、インターネット上で未成年とやり取りをしていると信じている者は、単に「未成年」の要件が欠けて

(85) Rogers, *supra* note 40, at 510-11.

(86) See Arnold N. Enker, *Impossibility in Criminal Attempts-Legality and the Legal Process*, 53 MINN. L. REV. 665, 687-88 (1969); Ronald H. Jensen, *Reflections on United States v. Leona Helmsley: Should "Impossibility" Be a Defense to Attempted Income Tax Evasion?*, 12 VA. TAX REV. 335, 367-70 (1993).

いることのみを理由に未遂の責任から免れるべきではないとし、「未成年」の要件の分類（法的な要素か事実的な状況か）は、行為者の未遂の責任の判断に対しては無関係であり、代わりに、法は、被告人が結果的に何をしたかではなく、むしろ、何をしようとしていたかに焦点を当てるべきで、このことは、法的要素と事実上の要素との区別が困難であることからすれば、特にそうであると説く見解がある⁽⁸⁷⁾。

また、客観主義の見解からの懸念に対しては、インターネットの特殊性に着目し、不適切な処罰についての懸念は除去されるとの指摘もある。すなわち、被告人の行動と主観面の記録は、インターネットのやり取りの中に含まれているのであり、強制された自白などについての懸念は根拠のないものであるほか⁽⁸⁸⁾、「成人とモーター」は客観的には無実の行為に見えるかもしれないが、インターネット上のやり取りが行為者の行為の背後にある意図を明らかにするとともに指摘されている⁽⁸⁹⁾。

それゆえ、主観主義の見解からは、法的不能に基づいて行為者が責任を免れる理由はなく、むしろインターネットの事案では有害な意図を明らかにすることが容易であるため、未成年に対し害悪が及ぶ前におとり捜査という形での警察の関与の必要性を指し示すとも説かれるのである⁽⁹⁰⁾。

もっとも、主観主義の見解からも、悪しき意図さえあれば、犯罪行為はなくてもよいとするわけではない。そうすると、被告人が、犯罪の完遂に向けて実質的な行動をとることができなかったという判断に基づいて未遂の責任を拒絶したKemp判決のようなケースは悩ましいものとなる。なぜなら、実際、これらの状況では、子どもが一切関与していなかったため、犯罪の完遂に向けて行動することは不可能となるからである。この点に関しては、主観主義の見解からは、架空の被害者であることのみを理由に被告人が一線を越えることができなかつたと捉えるべきではなく、犯罪行為は、被告人の未遂が成立する以前の段階で警察が介入したと主張する状況（逮捕がインターネット上のコミュニケーションのみ

(87) JOSHUA DRESSLER, UNDERSTANDING CRIMINAL LAW, at 403 (3d ed. 2001).

(88) Edwin R. Keedy, *Criminal Attempts at Common Law*, 102 U. Pa. L. REV. 464, 467 (1954).

(89) Rogers, *supra* note 40, at 512.

(90) *Ibid.*

に基づき、かつ、被告人が被害者に会おうと出かける前になされた場合など）で考慮すべき事情と解すべきであるとの主張がなされている⁽⁹¹⁾。

(2) 気にとめない (oblivious) ネット・ユーザー

インターネット上のおとり捜査で逮捕された被告人は、ロール・プレイングあるいは妄想ゲームに関与していただけであり、犯罪を行う意図は一切なかったと主張するようになってきている。妄想の抗弁は、本質的には、証拠の客観主義者的な見方は無視し、代わりにロール・プレイングをしていたという被告人の主観的な信念が受け入れられるよう求める。このケースは、被告人は、妄想遊びの中で他の成人とではなく児童と会話していたと信じていたことを証明する証拠の十分性に疑問を投げかける⁽⁹²⁾。

それゆえ、十分に被告人の意図を証明するためには、法執行機関は、被告人が「児童」とやり取りをしていることに気付いていたことを明確にする方法でおとり捜査を行わなければならない。典型的には、身分秘匿捜査官は、インターネット上の会話で自身が未成年であると繰り返し述べる方法が例示され、やり取りの量や内容は被告人の意図を測る上で必須なものとなるとされる⁽⁹³⁾。

これまでのところ、ほとんどの裁判所が妄想の抗弁を拒絶してきた⁽⁹⁴⁾。しかし、被告人が、自分は成人とやり取りをしていると本当に信じていることはありうることである。なぜなら、対面している、あるいは実際に会話をする場合とは異なり、インターネット上のやり取りでは、架空であるか否かにかかわらず、未成年者の関与は明らかではないからである。被告人が成人とやり取りをしていると信じている場合、彼は成

(91) Id. at 515.

(92) Ibid.

(93) Id. at 516. なお、成人とのロール・プレイングといった妄想ではなく、児童とやり取りをしていると被告人が信じていることは、逮捕されたときに集められた証拠によって裏付けられることもある。例えば、被告人が身分秘匿捜査の「児童」と会うはずであったモーテルの駐車場で逮捕された際に小さな性的玩具を所持していた事案などである (People v. Reed, 61 Cal. Rptr. 2d 658, 660 (Cal. Ct. App. 1996).)。

(94) Id. at 517.

人とやり取りをすることを意図し、実際に成人とやり取りをしているため、未遂の責任を問うことは不可能となる。

(3) 無関心な (indifferent) ネット・ユーザー

不能や妄想の抗弁とは対照的に、Jones判決⁽⁹⁵⁾のような無関心なインターネット・ユーザーは、やり取りの相手が成人であるか児童であるかは非本質的であったと主張する。Jones判決の被告人は未成年者へのわいせつ犯罪の未遂で有罪とされたが⁽⁹⁶⁾、もし被告人が、自分は未成年者とやり取りをしていると信じておらず、現に未成年者が1人も関与していなかったのであれば、未遂の責任に対して、主観的要件の欠如と不能という2つの障害があることになる。

米国における一般的な未遂のルールによれば⁽⁹⁷⁾、行為者が付随的な状況について内心の意図を有することは要求しないとされる。通常、行為者が禁止された行為に関与し、あるいは禁止された結果を引き起こすことを意図し、付随的な状況の基礎をなす犯罪に要求されている主観的要件を有することで十分であり⁽⁹⁸⁾、被告人は、被害者が実際に未成年である限り、その年齢を知らなくても未遂について有罪とされるのである。また、被告人は自分が未成年者とやり取りをしていると信じてはいるが、実際には身分秘匿捜査官とやり取りをしているケース、すなわち、付随的な状況の欠落のために基礎をなす犯罪が完遂されない場合も、付随的な状況があると被告人が信じていたのであれば抗弁とはならず、未遂の責任を問われることになることとされる。

しかし、Jones判決では、被告人は未成年者とやり取りすることを意図しておらず、現に未成年者は一切関与していなかった。したがって、未遂の責任の2つの重要な要素が欠如していたことになる。この事案は、女性が性行為に同意していたか否かについて無関心である被告人が、実際には女性が同意していたとしても、強姦の未遂で有罪にできると主張

(95) State v. Jones, 21 P. 3d 569 (Kan. 2001).

(96) Id. at 570.

(97) Rogers, *supra* note 40, at 518-19.

(98) See Model Penal Code 5.01 cmt. 2.

することとの類似性があるとされるところ⁽⁹⁹⁾、強姦の例では、有罪判決を支持する議論はほとんどみられない。その理由としては、このケースでは、被告人が犯罪を行うリスクをおかしたとしても、被害者はおらず、犯罪も存在しない点があげられる⁽¹⁰⁰⁾。

それにもかかわらず、インターネット上のおとり捜査の事案では異なる結果が支持される。このように帰結が異なる理由をどこに求めるかであるが、子どもに対する害悪は、例外的なルールが必要なほど大きいとし、子どもに害悪が及ぶかもしれない行為に関与する際、被告人はリスクを想定していると考えられるとする見解がある⁽¹⁰¹⁾。この理由付けからは、Jones判決のケースは、誰かとインターネット上のやり取りに関与する被告人は、彼が児童とやり取りをしていないことを確認するために警告されているはずであり、もし彼が無関心なのであれば、それは、彼が児童とやり取りをしているか否かについて気にしないことを意味するのであって、それは非難される行動であるべきであると説明される⁽¹⁰²⁾。

また、合理的な動機テスト（「もし彼がXはそうではないと知っていたとすれば、どうするだろう」）⁽¹⁰³⁾によれば、「彼がやり取りをしている相手が児童であると知っていたらどうするだろうか」と問いかけることになり⁽¹⁰⁴⁾、もし被告人がやり取りを続けるのであれば、彼は、罰に値するであろう社会に対する危険を明らかにしていることになる⁽¹⁰⁵⁾とも説かれる。

ただし、仮に上記インターネット上の事案で被告人は非難されるべきとの価値判断に正当性が認められるとしても、米国において未遂の責任を認めるためには、特別なルールが必要となる。なぜなら、被告人は伝統的には不能の状況下にあり、かつ、必要とされる主観的要件を有して

(99) See Larry Alexander and Kimberly D. Kessler, *Mens Rea and Inchoate Crimes*, 87 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 1138, 1159 n. 35 (1997); R. A. Duff, *Recklessness in Attempts (Again)*, 15 OXFORD J. LEGAL STUD. 309 (1995).

(100) Rogers, *supra* note 40, at 519.

(101) 事実、米国では、このアプローチへの先例が存在し、多くの州は、事実の錯誤を抗弁として認める一般的なルールがあるにもかかわらず、未成年者の年齢についての錯誤は性犯罪に対する抗弁ではないと規定しており、未成年者が対象の場合には、例外的に捉えるというアプローチの先例が存在している (Ibid.)。

(102) Id. at 519-20.

(103) GEORGE P. FLETCHER, *RETHINKING CRIMINAL LAW* 3.3.4, at 161-66 (1978).

(104) Id. at 164.

(105) Rogers, *supra* note 40, at 520.

いないからである。1つのアプローチとして、被告人が付随的な状況の存在について著しく気に掛けない状況であれば未遂の責任を認めるとする見解がある⁽¹⁰⁶⁾。この新しい試みは、被告人の死のリスクについての無関心さが、有責性と刑罰に関して死を意図することと同等であるとみなされる故殺罪（*depraved indifference murder*）と類似の犯意の要件を持つと捉えることになろう⁽¹⁰⁷⁾。

また、無関心さが意図的な無知に等しいのであれば、未遂の責任は適切かもしれないと仮定し⁽¹⁰⁸⁾、「被告人の行為が、もし状況が、彼がそうであると信じたものであった場合、あるいは彼が事実に対して意図的に自分を妨げなければ彼がそうであると信じたであろう事柄である場合に、犯罪を構成するのであれば」未遂の責任を問うことができるとする見解もある⁽¹⁰⁹⁾。

このように、たしかに、Jones判決の結果を支持できる論理的な可能性は示されているものの、こうした見解によれば、未遂の責任のルールがインターネットの事案では拡張されることになるという課題が残る。主観主義の見解では、未成年者とやり取りをするリスクをおかした者は、社会に対するいくらかの危険を示したことになるが、子どもを守りたいという願望は、無実の行為者を罰するリスクと衡量されなければならない。被告人が児童に害悪を与えるリスクをおかす場合、危険な性向を明らかにしているかもしれないが、インターネット上の行動で、誰に対しても害悪を与えておらず、また誰にも害悪を与えることを意図していなかった場合、そこで危険は単なる悪しき考えのためのみで誰かを罰することにより近づくことになり、第1修正の権利を侵害する深刻な危険をおかすことにもなる⁽¹¹⁰⁾。子どもとやり取りをしているか否かについて無関心であり、実際には児童とやり取りをしていない者が、インターネット上でやり取りをする場合、彼は自身の言論の自由に関する憲法上の権

(106) *Id.* at 521.

(107) WAYNE R. LAFAVE, *CRIMINAL LAW* 7.4 (a)–(b), at 666–70 (3d ed. 2000).

(108) Kenneth W. Simons, *Criminal Law: Mistake and Impossibility, Law and Fact, and Culpability: A Speculative Essay*, 81 J. CRIM. L. & CRIMINOLOGY 447, 481–82 (1990).

(109) *Id.* at 482. この見解は、帰結として、Jones判決で提示されたものと類似の状況においては未遂の責任は論理的には可能であるとした。

(110) Rogers, *supra* note 40, at 521–22.

〈48〉 児童の保護とインターネット上のおとり捜査（宮木）

利の範囲内ともいえるからである。

そこで、Jones判決のような事案では、未遂の責任のルールを変えるよりはむしろ、検察は、それでもなお彼らが未成年者とやり取りをしていると被告人が信じていたことを証明することに努める必要があるとし、意図の要素を維持することは、単なる悪しき考えのために行為者を罰する潜在的な危険を回避することになると指摘されている⁽¹¹¹⁾。

(4) 罾の抗弁

おとり捜査によって検挙された被告人にとって、もっとも一般的な抗弁は罾の抗弁である⁽¹¹²⁾。しかし、これまで見てきたような児童に対する性的搾取や性的虐待事案を検挙するために実施されるインターネット上のおとり捜査に対しては、罾の抗弁は成功する見込みが小さいことから、上記その他の抗弁が主張されているのが現状のようである。理由は次の3点にあるとされる。

第一に、罾は国家による行動を必要とする。それゆえ、上記インターネット上のおとり捜査が捜査機関によって実施された場合は格別、その関与なく行動する私的行為に対しては主張できない。現に、米国では、児童に対する性的犯罪に対して、民間機関がおとりの手法を用いる例が珍しくないようである⁽¹¹³⁾。

(111) Id. at 522.

(112) 罾の抗弁については、拙稿「おとり捜査に対する抗弁についての米国裁判例の動向（一）罾の抗弁とデュー・プロセス」東洋法学52巻2号（2009）123頁、「同（二）」東洋法学53巻3号（2010）159頁、「同（三・完）」東洋法学54巻1号（2010）111頁、「米国のおとり捜査における違法性の実質」東洋法学53巻1号（2009）93頁、「罾の抗弁の判断基準における事前傾向の判断方法」東洋法学53巻2号（2009）1頁など参照。

(113) 例えば、“Dateline NBC”というテレビ番組は、“To Catch A Predator（略奪者の捕捉）”というレギュラーコーナーにおいて、次のようなおとりを実施している。“Perverted Justice（ゆがんだ正義）”という団体のボランティアが、子供や若い10代を装ってインターネットのチャットルームに入り、接触してきた者が未成年であると考えている相手と性的な接触をしようとすると、ボランティアは、Dateline NBCがビデオカメラを設置し、全てを録画している郊外の家に来るよう仕向ける（多くの放送では、男性は、若い女性がいると思って家に来る）。そこでは、若い女性がほんの少しだけ姿を見せ、彼女が戻るまで数分待つよう男性に頼み、男性が1分ほど待った後、番組の司会者が部屋に入り、その者に対して、なぜそこにいる、何をしようとしているのか聞き始める。一部の男性は、若い女性と性的な行為に関与しようとしていたと打ち明け、他の者は、彼らは単に

第二に、チャットルームの身分秘匿捜査官あるいは身分秘匿の民間人(以下「身分秘匿捜査官等」)にとって、一線を越え、犯罪的行動を誘導しないようにすることは比較的簡単であるとされ、身分秘匿捜査官等は受動的になり、性的行為について話し、面会を設定する主導権を被告人に握らせることができるほか、やり取りの全てが身分秘匿捜査官のパソコンに記録されるため、事実の再現が可能で、主観面の認定は容易なものとなる。

第三に、被告人が身分秘匿捜査官等に接触した状況は、犯罪性向(predisposition)の証拠を提供する。例えば、被告人が“I Love Old Men”というチャットルームに入り、“Sara”と“Julie”という2人の若い少女であると考えていた人物と接触したUnited States v. Brand判決⁽¹¹⁴⁾では、被告人の罾の抗弁を斥けるうえで、裁判所は、接触の手段がどのように犯罪性向を証明するのに有益だったかを次のように説明した。

「BrandがSaraとJulieの双方に接触した方法……は、Brandの犯罪性向に関係する。彼は、非常に思わせぶりの名称のチャットルームにログインすると決めるまで彼女らに出会うことはなかった。チャットルームに入ると、Brandは、Saraが彼女のハンドルネーム“julie13nyc”から彼女が13歳の少女であると信じた。現に、Brandは、最年少10歳の少女を含む他の少女とインターネットでチャットし、その少女たちと性的にあからさまなやり取りをするために自身のハンドルネームを使用したと認めている。これらの全ての出来事は、Jacobson判決によって要求されている、①いかなる政府の法執行官による接触より以前に発生し、②それらから独立しているものであるといえる。これらの状況に基づくと、陪審は、Brandが起訴された犯罪を行う犯罪性向を有していたと合理的に判断することができる。」

また、People v. Grizzle判決⁽¹¹⁵⁾でも、インターネット上のおとり捜査

話をしに、あるいはテレビゲームをするためにその家に来たと主張する。数分後、司会者は自分の身分を明かし、撮影スタッフが現れる。その後、ほとんどの男性はそこで家を離れるが、即座に地元の警察に逮捕される (YALE KAMISAR et al., MODERN CRIMINAL PROCEDURE, at 494-95 (12th ed. 2008).)

(114) United States v. Brand, 467 F. 3d 179 (2d Cir. 2006).

(115) People v. Grizzle, 140 P. 3d 224, 227 (Colo. App. 2006).

事案において罍の抗弁を有効に主張することの困難性を次のように述べている。「我々は、ここで使用されたインターネット上のおとり捜査は……比較的安価で簡単に行うことができ、法執行官に対する実質的なリスクを欠き、それに対して多大な社会的関心がある非常に深刻な犯罪に対して向けられている。……我々はまた、インターネットの性質上、これらのおとり捜査は、個人ではなく、住民一般を対象としていることについても承知している。もしかすると、そのような捜査が、違法、非道徳的、タブー、あるいは3つ全てを伴う性的な妄想を有するが、機会が彼あるいは彼女に提供されなければ行動をしなかったであろう、さもなければ法に従うであろう市民を罍にかけることは避けられないことなのかもしれない。しかし、単に機会を与えることは、罍の抗弁には関係ない」。

5. お わ り に

性的搾取や性的虐待から児童を保護するためには、犯罪の予防とともに、①いかなる行為を処罰の対象とするのか、②処罰の対象とした犯罪をいかにして摘発するのが検討されなければならない。

①については、わが国でも各種条例や法が制定されているほか、多岐にわたる研究の蓄積があり⁽¹¹⁶⁾、本稿で主として取り上げた児童ポルノについては、1999（平成11）年5月に、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律（児童買春・児童ポルノ処罰法）」が成立し、その後幾多の改正が重ねられている。こうした立法や改正には、テクノロジーの進展が影響を与えているが、わが国では、立法当初より、CGなどのように、実在しない児童を描写したものは児童ポルノ規制の対象とはされてこなかった⁽¹¹⁷⁾。これは、保護法益を個人的法益とすることを前提に、現実には性的搾取や性的虐待がなされた児童が実在しないことを理由にしていると思われる。しかし、現在では、実在する児童と見分けがつかない仮想の児童をモチーフにした画像の作成が可能となったほか、逆に、実在する画像をあたかもCGで作成したよう

(116) 園田・前掲注(8)96頁以下など参照。

(117) 例えば、子どもの顔を成人女性に合成した疑似児童ポルノなども、少女に対する名誉棄損の対象とはなりうるが、児童ポルノではない。

に加工することも可能となっている。米国でも、当初は、被害児童の实在性が前提とされていたが、わいせつ性が認められることを条件に、实在しない子どもを用いた疑似児童ポルノも児童ポルノとして規制対象とするに至った。この点については、わが国でも現実的な問題として再度検討を要する事態になることが予測され⁽¹¹⁸⁾、その際には、表現の自由や児童ポルノの保護法益の観点から、規制対象に含めるか否かの検討が慎重に重ねられていく必要がある。

また、児童保護の観点から、いかなる犯罪構成要件をおくべきか、未遂を処罰すべきかといった点も実体法上問題となる。とりわけ、米国のようにパンダリングの禁止規定をおく場合には、表現の自由との衡量が必要となるほか、各種未遂の処罰規定をおく場合には、実行行為や実行の着手時期についても検討すべき課題は少なくない。

②については、各種未遂犯の処罰が可能な米国では、インターネット上の児童を保護するために、身分秘匿捜査官によるおとり捜査が実施され、多くの成果をあげている。しかし、そこでは、公判段階において主観面をいかに立証するかの問題があり、仮に、実行行為を認めることができたとしても、「気に留めないネット・ユーザー」や「無関心のネット・ユーザー」のケースでは、おとり捜査を実施する捜査機関には、インターネット上でのやり取りから主観面を認定できるよう慎重かつ技術的な取組みが求められることになる。

この他にも、児童の保護をめぐるのは、検挙の反射効としての予防にとどまらない、より積極的な予防策の検討など、解決すべき課題は多岐にわたる。これらについては、別稿に委ねたい。

*本稿は、社会安全研究財団2010年度若手研究助成「サイバー空間における刑事手続的課題—犯罪予防・捜査を中心に—」の研究成果の一部である。

(118) 立法案の段階では、児童ポルノの定義に「絵」が列挙されており、CG等も含めて解釈する余地があったが、成立した法案では削除され、その後の改正でも特段の手当てはされていない。