

2010年度：若手研究助成

サイバースペースにおける刑事手続的課題

— 犯罪予防・捜査を中心に —

宮木康博

## <目次>

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. おとりの影響
5. おわりに

### 1. はじめに

本報告書は、現代的な課題であるサイバースペースの特殊性と捜査について検討を加えたものである。対象犯罪としては、インターネットの普及によって被害の拡大が懸念されている児童に対する性的犯罪を、予防および捜査手法については、インターネット上のおとり捜査を取り扱った。以下、研究成果をまとめる。

児童を対象とする性犯罪は、自己防衛を期待することが難しい一方で、将来にわたって被害が解消されにくい犯罪であることから、いかにして適切に対処するかが模索されているところ、たとえば、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っており、2009（平成21）年中の児童ポルノ事犯の検挙件数は935件、検挙人員は650人、被害児童数は405人で、過去最多となっている<sup>1</sup>。また、近時では、被害児童の低年齢化が進んでいるほか、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、被害は拡大傾向にある。このほか、インターネット時代の到

来によって、児童が性的犯罪に巻き込まれる危険性が飛躍的に高まり、児童買春などの問題も深刻化している。

こうした事態は、わが国特有のものではなく、国際的にも重大な関心事項となっており、根絶に向けた国際協力の機運が高まりを見せている。

このように、児童の性的搾取への対応は喫緊の課題であるが、児童の保護は、表現の自由の保護と適正なバランスが求められる領域であることから、その規制には慎重な検討が必要となる。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ねばならず、これに反する法律は、憲法31条に違反して無効になるとされるところ、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と解されるからである<sup>2</sup>。

これまでも、たとえば、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、それとも存在しないCG等も含む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あるなどの指摘がなされてきた<sup>3</sup>。

それゆえ、こうした問題を念頭におきつつ、実体法上・手続法上の問題として、①いかなる児童

<sup>1</sup> 警察庁編『平成22年警察白書』（ぎょうせい、2010）46頁。

<sup>2</sup> 芦部信喜・高橋和之補訂『憲法〔4版〕』（岩波書店、2007）191頁以下。

<sup>3</sup> 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。

の性的搾取行為を犯罪とするのか、②いかに犯罪の発生を予防し、あるいは摘発するのかが検討されねばならない。とりわけ、インターネット上で展開される児童に対する性犯罪については、相手の姿が見えない性質上、実体法上・手続法上の問題を検討するに際し、新たな問題を提起することになる。

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の児童の性的搾取に焦点をあて、上記実体法上・手続法上の問題を検討する。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、若干の考察を行う。

## 2. 米国における児童ポルノ対策の史的変遷<sup>4</sup>

(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」を成立させた。この法律は、州間あるいは国外に輸送されることを知りながら、そのような行為の視覚映像を作り出す目的で性的に露骨な行為に関与するために未成年者を用いることを禁止した。この初期の連邦法の対象は、わいせつな商業目的のための児童ポルノのみであった。

同時期に、州もまた児童ポルノに対する独自の禁止令を制定した。初期の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。ニューヨーク州はその代表例の1つである。同法に対して異議が申し立てられた1982年の *New York v.*

<sup>4</sup> 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).

*Ferber* 判決では、米国最高裁は、わいせつでなかったとしても児童ポルノは第1修正で保護されていないと判示した<sup>5</sup>。最高裁は、「ポルノ物の対象として子どもを用いることは、その肉体的、情緒的、および精神的な健康に害悪である」と理由づけた<sup>6</sup>。判決は、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<sup>7</sup>、②児童ポルノを頒布するネットワークは、そのような物の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<sup>8</sup>。

*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。また、最高裁は、以前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<sup>9</sup>、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。

この制定法に対する憲法上の異議申し立ては、最高裁に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を提供することになった。*Osborne v. Ohio* 判決では、児童ポルノの単純所持や鑑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<sup>10</sup>。最高裁は、児童ポルノの所持や鑑賞の禁止は、「児童ポルノの被害者を保護するために」制定されたものであり、「搾取的な子どもの使用のためのマーケットを破壊することを望んでいる」と述べた<sup>11</sup>。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

<sup>5</sup> *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 758 (1982).

<sup>6</sup> *Id.*

<sup>7</sup> *Id.* at 759.

<sup>8</sup> *Id.*

<sup>9</sup> See *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557, 559 (1969).

<sup>10</sup> *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103, 110 (1990).

<sup>11</sup> *Id.* at 109.

強化法」を成立させた。

(2) 連邦議会と仮想ポルノ コンピューター技術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つながった。議会は、「1996年児童ポルノ禁止法〔CPPA〕」を制定し、児童ポルノの定義を2つの方法で拡大させた。まず、①「性的に露骨な行為に関与している未成年者、あるいはそう見える」画像を包含するように定義を拡大し、次に、②「物が、性的に露骨な行為に関与している未成年者の視覚的な描写である、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、あるいは頒布された」物も含めたのである。

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。すなわち、CPPAの立法過程では、小児性愛者は、実際の児童を性的行為に関与するよう誘惑するのに、児童ポルノを用いるといった13の調査結果を前提とし、議会は、実際・仮想の児童ポルノの双方が、妄想を刺激し、実際の子どもの性的いたづらをした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となった。

(3) 司法の反応 こうした仮想ポルノの禁止は、学説および巡回区間でも判断が分かれたが、米国最高裁は2002年のFree Speech Coalition判決において、6対3でCPPAの「見える」という文言は過度に広く、違憲であると判示し、仮想の子どもの使ったポルノへの禁止を無効とすることで議論を収束させた<sup>12</sup>。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

する前提には、それが本質的に実際の子どもの虐待に関係しているからであると強調し<sup>13</sup>、アニメや漫画など、子どもが実在しない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のである<sup>14</sup>。

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子どもを誘惑するために性的虐待者によって見せられる危険性は、憲法上保護された言論を制限することを支持するには小さすぎると判示した<sup>15</sup>。また、多数意見は、③仮想ポルノを禁止することは、実際の児童ポルノのマーケットを枯渇させるために必要であるという政府の見解にも異議を唱えるとともに<sup>16</sup>、④コンピュータ・テクノロジーの発展が、実際と仮想のポルノを区別することをますます困難にし、実際の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いう主張も斥けた<sup>17</sup>。

加えて、多数意見は、未成年者が性的に露骨な行動に関与している印象を与える物を禁止するCPPAのパンダリング (pandering) 条項への異議申立ても支持した<sup>18</sup>。最高裁は、パンダリング条項は、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露骨なフィルムの所持をも禁止していると指摘し<sup>19</sup>、その禁止は憲法に違反するほど過度に広いと判示した。

同意および反対意見の中で、O'Connor判事は、CPPAの中の「見える」という文言は過度に広い

<sup>12</sup> Ashcroft v. Free Speech Coal., 535 U.S. 234, 258 (2002).

<sup>13</sup> Id. at 249 (quoting New York v. Ferber, 458 U.S. 747, 759 (1982)).

<sup>14</sup> Id. at 250-51.

<sup>15</sup> Id. at 251-54.

<sup>16</sup> Id. at 254.

<sup>17</sup> Id. at 254-55.

<sup>18</sup> Id. at 257.

<sup>19</sup> Id.

と同意した。なぜなら、それは、若く見える成人の画像を侵害するために使うことができるからである。また、「印象を与える」パンダリング条項は過度に広いと同意した<sup>20</sup>。他方で、実際の児童ポルノと「実質的に区別ができない」仮想ポルノへの禁止を支持した<sup>21</sup>。この点について、Thomas 判事は、同意意見の中で、政府が実際と仮想のポルノとを区別をすることができず、したがって前者を訴追することができなくなるような時点に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た<sup>22</sup>。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 O'Connor 判事に同意した<sup>23</sup>。

(4) 連邦議会の対応 Free Speech Coalition 判決を受けて、連邦議会は再度、テクノロジー、第 1 修正、子どもの保護の 3 点に検討を加えた。連邦議会は、「子どもを特定不可能にして実際の子どもの描写を隠し、実際の子どもの描写がコンピューター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ーで作り出す技術はすぐにできるようになる」こともわかった。

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 [PROTECT 法]」を制定した。連邦議会は、O'Connor 判事に賛同し、「区別できない」という文言を、「描写

を見ている一般人は、それが性的に露骨な行為に  
関与している実際の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。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」を除外した。このほか、  
PROTECT 法は、当該対象物がわいせつ、あるい  
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、広告、宣伝、提示、  
頒布または勧誘する、いわゆるパンダリングを犯  
罪とした。

(5) 児童ポルノ規制の 1 つの到達点 このよ  
うに、米国における児童ポルノ規制の展開は、主  
として、2 つの問題を検討する変遷であった。す  
なわち、①児童にみせかけた成人や CG などの実  
在しない児童を描いたものも規制の対象とできる  
か、②わいせつ性等の有無を問題とすることなく、  
児童ポルノを禁止することができるかである。

これら 2 点については、PROTECT 法の制定に  
より、わいせつ性が認められる場合に限り、実在  
しない児童を用いた児童ポルノも規制対象とされ  
ることになった。

また、CPPA で規制されて以来、問題となっ  
ていたパンダリング禁止規定についても、2008 年の  
Williams 判決の法廷意見は、修正を加えた  
PROTECT 法の合憲性を支持した<sup>24</sup>。こうして、

<sup>20</sup> Id. at 262.

<sup>21</sup> Id. at 263-64 (O'Connor, J., concurring in part and dissenting in part).

<sup>22</sup> Id. at 259-60 (Thomas, J., concurring).

<sup>23</sup> Id. at 267-68 (Rehnquist, C.J., dissenting).

<sup>24</sup> United States v. Williams, 553 U.S. 285, 128 S. Ct. 1830 (2008). 本判決については、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

1970年代以降展開されてきた表現の自由と児童の保護とが衝突する上記2つの児童ポルノ規制に関する実体法上の問題は、一応の決着をみることとなった。

### 3. インターネット時代の到来と新たな課題

(1) 不能の抗弁の再検討 インターネット時代の到来によって、児童ポルノ等の児童の性的搾取の規制は、新たな問題に直面することとなった。ここで用いられるようになった捜査手法の典型例は、「将来の被告人」とのインターネット上の接触を求めて、成人の法執行官が児童のふりをする方法である。こうしたおとり捜査によって、法執行機関は児童に対する犯罪の実行を阻止し、他方、被告人は未遂罪で起訴されることになる。

こうした訴追に対しては、被告人から①児童は1人も関与していなかったのだから、児童に対する犯罪の未遂で有罪とすることは法的に不可能である、②未成年者とやり取りをしているとは一度も考えなかった、③被害者の年齢には無関心だったのであり、未遂の責任に必要な意図を有していたとは言えないとの抗弁（主張）がなされるようになった。うち後者2つの抗弁は、未遂の責任における犯意（*mens rea*）の問題を提起する。

これらの事案は、不能の抗弁など、いくつかの古典的な未遂の責任の問題を再検討する契機となった。米国の裁判所は、不能の抗弁について、伝統的に事実上の不能と法的不能の区別によって判断してきた。事実上の不能は、欠けている事実上の要素のために被告人が犯罪を完結できない場合であり、他方、法的不能は、欠けている法的要素から生じるとされ、前者は、未遂の責任に対する

抗弁ではなく、後者は、抗弁とされた。具体例としてよく挙げられる法的不能の事案は、自分は盗品を購入していると信じた人に対するおとり捜査のケースである。彼は法的不能の抗弁の提起に成功する。なぜなら、制定法によって要求されている法的要素—盗品—が欠けているからである。これに対して、事実上の不能の教科書事例は、空のポケットを掏った自称泥棒のケースである。

米国において、不能の教義の困難な課題は、事実上と法的不能を区別することにあつた。現代の多くの裁判所および議会は、違いは完全に意味論（*semantic*）であると宣言することによってこの問題に対応し、「事実が被告人が信じた通りであった場合に犯罪が行われたであろうか否か」に焦点を当てることによって不能の抗弁を排除した。これにより、長く裁判所と学者を悩ませてきた問題は解決したかのように受け止められ、被告人による不能の抗弁を提起する努力はほとんど行われなくなっていくたようである。

しかし、インターネット時代が、不能の議論を復活させた。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ことを受け、連邦と州の法執行機関は、警察官が未成年者のふりをしてインターネットに接続し、性的略奪者によって接触されるのを待つおとり捜査をはじめた。これらのインターネット上のおとり捜査で捕まった被告人は、彼らが警察官とやり取りをしていた場合は、法的不能であり、未成年者に対する犯罪の未遂では訴追できないと主張したからである。多くの裁判所がこれに同意したのに対し、上訴審の多くは、この問題を事実上の不能と位置付け、法的不能の主張を斥けた。しかし、そこにはこの問題に対する根強い疑念が残り続けることとなった。インター

---

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 頁参照。

ネット上のおとり捜査の実施に伴い、米国ではすでに古典的なテーマとされていた未遂の刑事責任の問題が再検討を迫られることになったのである。

(2) インターネット上の事案 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。有罪判決に対し上訴する被告人は、畏から憲法違反に及ぶ多種多様な抗弁を提起するが、ここでは未遂の刑事責任の必要条件が立証されていないことを理由に有罪判決に異議を申し立てる抗弁に焦点を当てる。

インターネット上のおとり捜査によって訴追された未遂の罪につき、被告人は法的不能の抗弁を主張する。これに対し、一部の管轄は、事実上と法的不能との区別を拒絶するためにインターネット上のおとり捜査の事案を扱った。People v. Thousand 判決<sup>25</sup>はその代表例である。事案は、次のとおりである。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<sup>26</sup>。一週間、被告人はBekkaとの一連の性的に露骨な会話をし、「彼女」にインターネット上で男性器の写真を送った<sup>27</sup>。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た<sup>28</sup>。Bekkaと会う約束をした後、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・訴追された<sup>29</sup>。これに対し、被告人は、子どもの被害者はいなかったのだから、証拠は法的に認められないとして、排除を申し立てた<sup>30</sup>。

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ると判示した<sup>31</sup>。控訴審は、物の受取人が実際には成人であったため、被告人が未成年者にわいせつ物を頒布しようと試みることは法的に不可能であると理由づけた<sup>32</sup>。すなわち、わいせつ物を成人に送ることは犯罪ではないため、犯罪を行うのは不可能であり<sup>33</sup>、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だったとしたのである。

ミシガン州の最高裁は、これを覆した<sup>34</sup>。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をせず、いずれもミシガン州においては抗弁ではないと判示した<sup>35</sup>。最高裁は、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<sup>36</sup>、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の意図について何らの兆候も見つけることはできなかったとした<sup>37</sup>。

同様に、United States v. Farner 判決<sup>38</sup>において、第5巡回区裁判所は、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ていた被告人が、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なされた法的不能の主張を斥けた<sup>39</sup>。第5巡回区裁判所は、「刑事法上の未遂の事案における不能の抗弁の意味論の茂みを適切に避けた」と指摘し<sup>40</sup>、代わりに、

<sup>31</sup> Id. at 697.

<sup>32</sup> People v. Thousand, 614 N.W.2d 674, 679-80 (Mich. Ct. App. 2000).

<sup>33</sup> Id.

<sup>34</sup> People v. Thousand, 631 N.W.2d 694, 695 (Mich. 2001).

<sup>35</sup> Id. at 701.

<sup>36</sup> Id.

<sup>37</sup> Id. at 702.

<sup>38</sup> United States v. Farner, 251 F.3d 510 (5th Cir. 2001).

<sup>39</sup> Id. at 511.

<sup>40</sup> Id. at 513.

<sup>25</sup> People v. Thousand, 631 N.W.2d 694 (Mich. 2001).

<sup>26</sup> Id. at 696.

<sup>27</sup> Id.

<sup>28</sup> Id.

<sup>29</sup> Id. at 696-97.

<sup>30</sup> Id. at 697.

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、そして彼の行動が、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を測るテストを活用して、被告人の有罪は、彼の露骨なメールによるやり取り、インターネット上でポルノ的な画像を送るという行為、彼による未成年者であるはずの者と会うための手配、そして約束の場所へコンドームと潤滑油を持って運転して行ったことを含む証拠によって固く証明されていると判示した<sup>41</sup>。

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同意した<sup>42</sup>。また、*Chen v. State* 判決<sup>43</sup>のように、法的不能の抗弁を抗弁として認めつつも、インターネット上のおとり事件に対する適用を拒絶する裁判例もある<sup>44</sup>。

また、抗弁として不能を主張することとは別に、被告人は、多くのインターネット上の事案で、未遂の責任の犯罪行為 (*actus reus*) の要件が満たされていないと主張するケースもある<sup>45</sup>。たとえば、*State v. Robbins* 判決<sup>46</sup>では、被告人は、13歳の少年のふりをしている身分秘匿捜査官とオン

ライン上で会話をした<sup>47</sup>。会話の中で、被告人は会うことに固執した<sup>48</sup>。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お互いが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<sup>49</sup>。被告人は、レストランへ向かって歩いている途中に逮捕され<sup>50</sup>、児童誘惑の未遂で訴追された<sup>51</sup>。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<sup>52</sup>。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<sup>53</sup>。特に、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<sup>54</sup>。

*State v. Kemp* 判決<sup>55</sup>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き、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<sup>56</sup>。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という地裁の判断を支持した<sup>57</sup>。*Kemp* 事件は、インターネット上のハンドルネームが

<sup>41</sup> *Id.* at 514.

<sup>42</sup> See, e.g., *State v. Taylor*, 810 A.2d 964, 985 (Md. 2002).

<sup>43</sup> *Chen v. State*, 42 S.W.3d 926 (Tex. Crim. App. 2001).

<sup>44</sup> 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。それにもかかわらず、裁判所は、「我々は、この時点で法的不能の教義を廃棄することは必要であると判示する」と述べた。

<sup>45</sup> 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).

<sup>46</sup> *State v. Robbins*, 646 N.W.2d 287, 289 (Wis. 2002).

<sup>47</sup> *Id.* at 289.

<sup>48</sup> *Id.*

<sup>49</sup> *Id.* at 290.

<sup>50</sup> *Id.*

<sup>51</sup> *Id.* at 287.

<sup>52</sup> *Id.* at 295.

<sup>53</sup> *Id.*

<sup>54</sup> *Id.*

<sup>55</sup> *State v. Kemp*, 753 N.E.2d 47 (Ind. Ct. App. 2001).

<sup>56</sup> *Id.* at 51.

<sup>57</sup> *Id.*

“Ineedyoungtight1”であった被告人が、児童のふりをしている身分秘匿捜査官と性的に露骨なやり取りを行ったケースである<sup>58</sup>。被告人は、モーターの近くで「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<sup>59</sup>。それにもかかわらず、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、裁判所は、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示した<sup>60</sup>。インディアナ州の控訴審は、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<sup>61</sup>。

さらに、被告人は、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を反映しているだけであると主張するケースもある<sup>62</sup>。彼らは、ロール・プレイング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は一度も信じたことはなかったと主張し、むしろ、彼らは、相手は児童のふりをしている成人であると考えていたというのである。たとえば、*People v. Scott* 事件<sup>63</sup>では、被告人の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。彼と被告人は一連の性的に露骨な会話に関与し、被告人はインターネット上で捜査官にポルノ的な写真を送った。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を逮捕された。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 (fantasy) の抗弁を提起した。この主張を却下する上で、控訴審は、証拠は「考えや欲望の単なる電子メディアを通しての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、デートの約束がされ、彼はその人に会うために運転して行った。」という地裁の判断を維持した<sup>64</sup>。

このほか、未遂の罪に対する非典型的抗弁とが *State v. Jones* 判決<sup>65</sup>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 (indecent liberties) の未遂で有罪判決が下されたが<sup>66</sup>、控訴審において、被告人は、被害者の年齢は自身にとって本質的ではなく、犯罪を行う特定の意図を欠いていたと主張した<sup>67</sup>。すなわち、被告人はインターネット上で通信をしていた「人」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いうのである<sup>68</sup>。裁判所は、児童の年齢は厳格責任 (strict liability) の要素であるため、未遂で要求される故意には非本質的であるとしてこの抗弁を斥けた<sup>69</sup>。したがって、*State v. Jones* 判決は、人は犯罪のすべての要素についての故意がなければ、その犯罪を試みることができるのか否かという論点を提起することとなった<sup>70</sup>。

こうした有罪判決を覆そうとする抗弁についての取組みは、未遂の責任の理論的根拠等についての新しい検討を必要とさせる。また、インターネ

<sup>58</sup> Id. at 48.

<sup>59</sup> Id.

<sup>60</sup> Id. at 51.

<sup>61</sup> Audrey Rogers, *New Technology, Old Defenses: Internet Sting Operations and Attempt Liability*, 38 U. Rich. L. Rev. 477, 508 (2004).

<sup>62</sup> See, e.g., *United States v. Bailey*, 228 F.3d 637, 640 (6th Cir. 2000).

<sup>63</sup> *People v. Scott*, 740 N.E.2d 1201 (Ill. App. Ct. 2000).

<sup>64</sup> Id. at 1208.

<sup>65</sup> *State v. Jones*, 21 P.3d 569 (Kan. 2001).

<sup>66</sup> Id. at 570.

<sup>67</sup> Id. at 571.

<sup>68</sup> Id.

<sup>69</sup> Id.

<sup>70</sup> Id.



ット上の事案は、未遂の責任のための犯意についても新しい疑問を提起するため、さらなる検討が必要となる。

#### 4. おとりの影響

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となる。それぞれの犯罪への共通項は「児童」あるいは「未成年」という要素である。この要件は、被告人の行為とは独立して存在するものとされる<sup>71</sup>。それゆえ、もし被告人が、児童とやり取りをしていると信じているのであれば、故意は認め得ることから、生じる論点は不能である。もし被告人が、児童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犯意を有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、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法的不能な場合であるとみていることは明らかである。また、それを支持する学説もみられる。すなわち、客観主義的見解は、危険が客観的な観察者にとって明らかでなければ、行為者が悪しき考えに基づき罰せられ、害悪の十分な証拠もなく不適切に罰せられ、あるいは不適切な証拠上のおよび訴追上の手法に基づき有罪判決を受け

る危険が存在することを危惧するのである<sup>72</sup>。

こうした見方に対しては、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行為者は、単に「未成年」の要件が欠けているというだけで未遂の責任を免れるべきではないとし、「未成年」の要件の分類—法的な要素あるいは事実的な状況か—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を区別すること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<sup>73</sup>。

また、客観的見解からの懸念に対しては、特にインターネットの特殊性に着目し、インターネットの事案の性質自体が不適切な科刑についての懸念を除去するとの指摘もある。すなわち、被告人の行動と意図の記録は、インターネットのやり取りに包含されているのであり、強制された自白などの不適切な訴追上の手法についての懸念は根拠のないものであるほか<sup>74</sup>、同様に、成人とモデルは客観的には無実の行為に見えるかもしれないが、以前の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のであって、行為者の意図はインターネット上のやり取りから明らかなのであるとも指摘される<sup>75</sup>。

それゆえ、主観的見解からは、法的不能に基づいて行為者が責任から免れることを認めることは、

<sup>72</sup> 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).

<sup>73</sup> Joshua Dressler, *Understanding Criminal Law* 27.07, at 403 (3d ed. 2001).

<sup>74</sup> Edwin R. Keedy, *Criminal Attempts at Common Law*, 102 U. Pa. L. Rev. 464, 467 (1954).

<sup>75</sup> Rogers, *supra* note 61, at 517.

<sup>71</sup> Rogers, *supra* note 61, at 510-11.

その主要な論理的根拠がなく、インターネットが有害な意図を明らかにする容易さは、未成年への害悪が起こる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

76。

(2) 気が付かないネット・ユーザー インターネット上のおとり捜査で捕まった被告人は、ロール・プレイングあるいは空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。このケースでは、被告人が、自分は何らかの空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充分性に疑問を投げかける。

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が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考えられる。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。

また、成人とのロール・プレイングといった空想ではなく、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。たとえば、被告人が身分秘匿捜査の「児童」と会うはずであったモーターの駐車場で逮捕された際、小さな性的玩具やパイプレーターを所持していた事案がこれにあたる<sup>77</sup>。

これまでのところ、裁判所のほとんどが空想の抗弁を拒絶してきた<sup>78</sup>。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ることは確かにありえる。なぜなら、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、未成年者が関与していることは明らかではないからである。そのような場合には、被告人が成人とやり取りをしていると信じている場合、彼はまた成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ろう。

(3) 無関心なネット・ユーザー 不能や空想の抗弁とは対照的に、*State v. Jones* 判決<sup>79</sup>のような無関心なインターネット・ユーザーは、やり取りをしている人物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。*State v. Jones* 判決において、裁判所は、被告人は未成年者へのわいせつ犯罪の未遂で有罪と判示した<sup>80</sup>。しかし、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、犯意の欠如と不能という2つの障害があることになる。

米国では、一般的に未遂のルールは、行為者が付随的な状況について意図を有することを要求しないとされる。すなわち、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、付随的な状況について元となっている犯罪に要求されている犯意を有することで十分であるとされ<sup>81</sup>、このことは、多くの州がそうであるように、「未成年者」という付随的な状況が厳格責任の要素であったとしてもそうであるとされる<sup>82</sup>。また、このルールは、被告人は、実際には存在する付随的な状況(未成年者の存在)

<sup>76</sup> *Id.*

<sup>77</sup> *People v. Reed*, 61 Cal. Rptr. 2d 658, 660 (Cal. Ct. App. 1996).

<sup>78</sup> *Rogers*, *supra* note 61, at 517.

<sup>79</sup> *State v. Jones*, 21 P.3d 569 (Kan. 2001).

<sup>80</sup> *State v. Jones*, 21 P.3d 569, 570 (Kan. 2001).

<sup>81</sup> See Model Penal Code 5.01 cmt. 2.

<sup>82</sup> *Rogers*, *supra* note 61, at 518.

について知らない場合であっても適用され、付随的な状況の欠落のために元となっている犯罪が完結されていない場合も、通常は、付随的な状況があると被告人が信じていたのであれば、未遂の責任は排除されるべきではないとされる。

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、強姦の未遂で有罪とできると主張することとの類似性がみとめられるところ<sup>83</sup>、強姦の例では、有罪判決を支持して議論するものはほとんどないとされる。強姦の状況における直観的な反応は、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、したがって犯罪も存在しないというものであると説かれるのである<sup>84</sup>。

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は異なる結果となる。この帰結の理由をどこに求めるかであるが、未成年者とやり取りするリスクをおかす者には罰が必要かと問われれば、多くの者は YES と答えるように思われるところ、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考えることが可能であるとする見解がある。事実、米国では、このアプローチへの先例が存在する。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いる<sup>85</sup>。子どもに対して害悪のある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からである。そして、その理由によれば、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、それは罪となる行動であるべきであると説くのである<sup>86</sup>。

また、Fletcher 教授の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」）<sup>87</sup>によれば、「彼がやり取りをしている人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<sup>88</sup>、もし被告人がやり取りを続けるのであれば、彼は、罰に値するかもしれない社会に対する危険を明らかにしていることになるとも説かれる。

このように、上記インターネット上の事案で被告人を罰すべきとの価値判断に至ること自体は正当性が認められるとしても、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かもしれない。なぜなら、被告人は伝統的には不能の状況で必要とされる犯意を有していないからである。1つのアプローチは、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ことである<sup>89</sup>。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

<sup>83</sup> 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).

<sup>84</sup> Rogers, *supra* note 61, at 519.

<sup>85</sup> *Id.*

<sup>86</sup> *Id.* at 519-20.

<sup>87</sup> George P. Fletcher, *Rethinking Criminal Law* 3.3.4, at 161-66 (1978).

<sup>88</sup> *Id.* at 164.

<sup>89</sup> Rogers, *supra* note 61, at 521.

murder) と類似の犯意の要件を持つことになろう<sup>90</sup>。

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<sup>91</sup>、未遂の責任は「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 (blind) 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、犯罪を構成する際に」存在できると説く見解もある<sup>92</sup>。

このように、たしかに、Jones 事件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、依然として克服が容易でない課題も残っている。というのも、こうした見解によれば、未遂の責任のルールが拡張されることになってしまうからである。主観の見解では、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。しかし、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バランスが図ら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、そこでの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ろう。さらに、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<sup>93</sup>。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人が、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利の範囲内ともいえるからである。

そこで、Jones 事件のような事案では、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方者を罰する潜在的な危険を回避することになると説く見解もある。

## 5. おわりに

児童を対象とする性的犯罪に適切に対処するためには、まず、いかなる行為を犯罪とするのかが検討されねばならない。本稿の前段では、とくにこの点を取り扱ったが、とりわけ、児童ポルノに関しては、テクノロジーの進展により、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コンピュータグラフィックで作成したように加工することも可能となっている事態にどのように対処するかは問題となる。米国では、【2】でみたように、幾多の変遷を経て、わいせつ性が認められることを条件に、実在しない子どもを用いた児童ポルノも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対処が求められるところであり、表現の自由や児童ポルノの保護法益の観点から、慎重に検討を重ねていく必要があろう。

このほかにも、児童の保護の観点から、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が実体法上問題となる。その点についても諸外国の犯罪構成要件を参考に、別途検討を要すると

<sup>90</sup> Wayne R. LaFare, *Criminal Law* 7.4(a)-(b), at 666-70 (3d ed. 2000).

<sup>91</sup> 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).

<sup>92</sup> *Id.* at 482. この見解は、帰結として、Jones 事件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。

<sup>93</sup> Rogers, *supra* note 61, at 521-22.

ころではあるが、米国では、インターネット上の児童に対する性的犯罪の増加に伴って、(実体法上、未遂罪があることを前提に) より一般的に被告人の行為を未遂犯として処罰できるのか、処罰できるとすればいかなる論理によるのかが判例・学説上の検討課題となっている。すなわち、インターネット上での児童のやり取りによって検挙された被告人は、実際の相手は児童ではなく、それに扮した成人であったことを理由に、①(未成年者と思っていたが)実際には児童は1人も関与していなかったのだから、児童に対する犯罪の未遂で有罪とすることは法的に不可能である、②成人が相手であり、未成年者とやり取りをしているとは一度も考えなかった、③被害者の年齢に関しては無関心だったと主張するケースがあるからである。①については、仮に故意は認められるとしても、不能か否かが問題とされ、②と③については、まさに故意の有無が問題となる。

インターネット上の薬物事犯等に対するおとり捜査(買い受け捜査)とは異なり<sup>94</sup>、上記のケースでは、「児童」が対象者であることが犯罪構成要件になっていることに加え、目に見えない相手との会話であることから、②・③の被告人側の主張は、實際上、言論の自由や表現の自由に関する憲法上の保障の範囲内のものと位置付けられうる。確かに、インターネット上のやり取りは、明確な記録が残されるという特色があり、その内容から、被告人が相手は実在の児童であると信じていたことを認定できるケースも少なくないように思われるが、とりわけ、②の類型については、なお故意の立証には相当な困難を伴うことが予測される。

また、仮に、故意の問題を克服できたとしても、

特定の対象者であることが要求されるような犯罪類型において、法益侵害の現実的危険性があるといえるかについては、主観を重視する米国とは異なり、わが国では、なお検討を要する問題となろう。

その意味では、インターネット上のおとり捜査一般の適否の議論では不十分であり、犯罪類型ごとに、おとり捜査が適切な捜査手法であるかの検討が必要になることに加え、その際には、未遂犯の刑事責任に関する法理論の再検証も必要になるかもしれない。

<sup>94</sup> 拙稿「刑事裁判例批評(126) インターネット上の薬物事犯に実施されたおとり捜査が適法とされた事例」刑事法ジャーナル 20号(2010)99頁。