

研 究

インターネットを利用した児童に対する 誘惑行為の未遂段階での規制

——アメリカ合衆国における18 U.S.C. § 2422(b) の解釈を中心に——

Regulation over Enticement of Children via the Internet in the Attempt Phase:

Focusing on Interpretation of 18 U.S.C. § 2422(b) in the United States

隅 田 陽 介*

目 次

はじめに

- 一 18 U.S.C. § 2422(b) の解釈——児童が実在することは必要なのか——
 - 二 18 U.S.C. § 2422(b) の解釈——被告人の行為がどのような段階に至れば処罰が可能なのか——
 - 三 18 U.S.C. § 2422(b) とサイバーセックスの規制
 - 四 今後の課題
- おわりに

はじめに

このところ、わが国のみならず、各国でインターネットを利用した児童に対する誘惑行為や性的搾取が問題となっている。例えば、アメリカ合衆国の場合、すでに2005年の時点において、インターネットを利用する児童のおよそ7人に1人が、インターネットを通して「望まない性的誘惑 (unwanted sexual solicitations)」を受けている、また、4%の児童が、電話で呼び出されたり、手紙やプレゼントをもらう、あるいは、実際に会うとい

* 嘱託研究所員・帝塚山大学法学部専任講師

った、インターネットを通さない「現実の生活 (“real life”）」の中での「攻撃的な性的誘惑 (aggressive sexual solicitations)」を受けている¹⁾とされる。インターネットというのは、性犯罪者にとっては、自らの身元は匿名のものとしながら待ち伏せし、多数の候補者の中から標的となり得る児童を選別することができるという理想的な手段になっている²⁾のである。このように、インターネットの発達によって性犯罪者が児童に接近することが著しく容易になったことを受けて、彼らが児童と信じている相手を誘惑しようとする行為は犯罪として規制する必要があるということは以前から指摘されていた³⁾。現在、合衆国では、こうした行為は 18 U.S.C. § 2422(b) (以下では、18 U.S.C. を省略している場合がある) によって規制されている⁴⁾。同項では、「州際又は外国通商等のためのメールその他のあらゆる通信手段を利用して、18歳に達していない者を、故意に、説得し (persuades)、又は、勧誘し (induces)、誘惑し (entices)、強制し (coerces)、売春又は当事者が刑事上の罪を犯したとして訴追の対象とされる、あらゆる性的活動 (any sexual activity) に従事させる者又は従事さ

-
- 1) Boggess, Bridget M., “Attempted Enticement of a Minor: No Place for Pedophiles to Hide under 18 U.S.C. § 2422(b),” *Missouri Law Review*, Vol. 72, 2007, p. 909; Wolak, Janis, Kimberly Mitchell and David Finkelhor, *Online Victimization of Youth: Five Years Later*, National Center for Missing & Exploited Children, 2006, pp. 1-2 and pp. 7-8, <http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV138.pdf> (2017年10月20日最終確認。以下、同じ)。これは、Wolakらが2005年に行った調査研究であり、10歳から17歳までの児童1500人が対象となっている。See *Ibid.* at 4.
 - 2) Yamagami, Donald S., “Prosecuting Cyber-Pedophiles: How Can Intent Be Shown in a Virtual World in Light of the Fantasy Defense?,” *Santa Clara Law Review*, Vol. 41, 2001, p. 548.
 - 3) See Schottenfeld, Dara L., “Witches and Communists and Internet Sex Offenders, Oh My: Why It Is Time to Call Off the Hunt,” *St. Thomas Law Review*, Vol. 20, 2008, p. 373.
 - 4) 州においても、フロリダやインディアナ等すでに17州で法規制が行われている(前者につき Fla. Stat. § 847.0135(3), 後者につき Burns Ind. Code Ann. § 35-42-4-6(b) 参照)。See *Ibid.* at 373 and *Ibid.* & note 112.

せようとする (attempts to do so) 者は、罰金及び10年以上の拘禁刑又は終身刑に処する」旨が規定されている⁵⁾。同項に関しては、捜査機関や裁判所による解釈・適用上、いくつかの問題が指摘されている。例えば、「性的活動」という文言との関係で、実際に同項を適用する場合には、「物理的な意味における個人間の接触 (interpersonal physical contact)」が必要なのかどうかということである。すでにいくつかの巡回区連邦控訴裁判所において判断が示されてはいるが、現在のところ、その内容は統一されていないという状況にある⁶⁾。この点については、私見によれば、同項が制定されるまでの経緯等に鑑みるならば、「物理的な意味における個人間の接触」というのは必要とはされないのではないかと考えられる⁷⁾。ただし、同項に関しては、他にもいくつかの疑問点が指摘されている。すなわち、①未遂処罰の規定をどのように解釈するのか、具体的には、児童を装

5) 同項が制定されるまでの経緯等については、Herward, Julie A., "To Catch All Predators: Toward a Uniform Interpretation of 'Sexual Activity' in the Federal Child Enticement Statute," *American University Law Review*, Vol. 63, 2014, pp. 886-893や Pazuniak, Andriy, "A Better Way to Stop Online Predators: Encouraging a More Appealing Approach to § 2422(B)," *Seton Hall Law Review*, Vol. 40, 2010, pp. 694-698, Lovejoy, Tyler Patrick, "A New Playground: Sexual Predators and Pedophiles Online: Criminalizing Cyber Sex between Adults and Minors," *St. Thomas Law Review*, Vol. 20, 2008, p. 322, Jeffress, Jonathan, *Enticers and Travelers: Law and Strategy in 'Child Sex' Cases*, 2014, pp. 3-6, <https://www.fd.org/docs/select-topics/common-offenses/child-porn/enticers-and-travelers-law-and-strategy-in-child-sex-cases.pdf?sfvrsn=7> (同), Boggess, *supra* note 1, at 910-911等参照。また、同項の仕組みや構造、関連する事例に関しては、Jeffress, *supra*, at 15-34も参照。

6) Stobbs Law Offices, *The Seventh Circuit's Interpretation of 'Sexual Activity'*, <http://www.stobbslaw.com/blog/2014/04/the-seventh-circuits-interpretation-of-sexual-activity/> (同)。

7) 拙稿「アメリカ合衆国におけるインターネットを利用した児童に対する誘惑行為の規制—18 U.S.C. § 2422(b)の「性的活動」は「物理的な意味における個人間の接触」を必要としているのか?—」『帝塚山法学』28号(2017年)1頁以下参照。

った捜査官がインターネット上で相手方とチャットを行う、いわゆるおとり捜査(sting operations)の場合に、相手方である行為者を処罰するに当たっては、児童が実在し、チャットに関与している必要があるのか、次に、②同項の未遂を構成し、行為者の処罰が可能となるためには、行為者の行為は最低限、どのような段階に至っている必要があるのか、換言すれば、行為者の行為がどのような段階に至れば、単なるインターネットを利用した児童との会話から一歩踏み出し、同項で規制されている犯罪行為に該当することになるのか⁸⁾などである。インターネットを利用した児童に対する誘惑行為が児童にもたらしている害悪の大きさを考えると、これを規制するための柱となる同項の解釈に曖昧なところが残されているというのは妥当なことであるとは思われない。そこで、本稿では、まず、一及び二において、同項の解釈に関するこれらの問題について、関連する事例や被告人による主張にも言及しながら、順次、若干の検討を行い、三においては、近時、問題とされるようになってきているサイバーセックス(cybersex)⁹⁾の規制について触れる。そして、最後に、四において、インターネットが絡んだ児童に対する性的搾取の問題に関連して、今後の課題として留意しておくべき事項についていくつか触れておきたいと思う¹⁰⁾。

8) See Boguess, *supra* note 1, at 909–910; Pazuniak, *supra* note 5, at 691–692. また、Herward, *supra* note 5, at 889–891 も参照。

9) サイバーセックスの概念に関しては、様々な理解の仕方がなされているが、例えば、*United States v. Joseph*, 542 F.3d 13, 18 (2d Cir. 2008) は、インターネットを通して性的な意思の疎通を行い、性行為をシミュレーションすることであるとす。また、*The New Oxford American Dictionary*, New York, NY: Oxford University Press Inc., 2001, p. 424 は、科学技術、特にインターネットを通して他者との間でメッセージのやり取りをするなど、仮想現実空間における機材を利用して性的な興奮を得ることと、*The American Heritage Dictionary of the English Language* (4th ed.), Boston, MA: Houghton Mifflin Company, 2000, p. 452 は、コンピュータによる意思の疎通を通して性的活動を行うこと、又は、性的興奮を得ることなどとする。

10) なお、インターネットを利用した児童に対する誘惑行為との関係では、そもそもデュー・プロセスの観点からおとり捜査自体の是非についても検討する必

一 18 U.S.C. § 2422(b) の解釈

——児童が実在することは必要なのか——

(一) 未遂処罰規定とおとり捜査

§ 2422(b) では、インターネットを利用して児童を誘惑するなどして、あらゆる性的活動に従事させることに加え、従事させようとする事、すなわち、未遂段階の行為も規制されている。これによって、行為者は、何らかの実体犯罪 (substantive offense)¹¹⁾を行おうとしたが、それをやり遂げられなかった場合であっても処罰されることになる¹²⁾。このように、未遂段階であっても行為者を処罰する根拠は、①こうした者はたまたま犯罪を完成させることができなかつただけで、非難すべきかどうかという点では犯罪を完成させた者と区別することは難しいということ、②犯罪が完成してしまう前に、捜査機関の予防的な活動によってこれを防止すると同時に、その危険性を外部に明確に表明した行為者を特定して非難し、この者を隔離・矯正するということにもある¹³⁾。もっとも、このような考え方を徹底すると、本来であれば、刑罰という手段をもって処罰されるべきではない者が処罰されてしまうという危険が生じる可能性も考えられ、ひいては「何人も思想のみによって処罰されてはならない」という当然の原則に

要があると考えられるが、この点については本稿では取り上げていない。

11) 「substantive offense」の訳については、ヨシュア・ドレスラー（星 周一郎 訳）『LexisNexis アメリカ法概説③ アメリカ刑法』レクシスネクシス・ジャパン株式会社（2014年）558頁参照。

12) Rogers, Audrey, “New Technology, Old Defenses: Internet Sting Operations and Attempt Liability,” *University of Richmond Law Review*, Vol. 38, 2004, p. 479.

13) *Ibid.*; LaCroix, Anthony, “Attempted Online Child Enticement: Not Impossible, But Not That Simple,” *The Dartmouth Law Journal*, Vol. 5, 2007, p. 101; Sternicki, Donna, “The Void Left in Illinois Homicide Law after *People v. Lopez*: The Elimination of Attempted Second Degree Murder,” *DePaul Law Review*, Vol. 46, 1996, p. 230.

抵触する¹⁴⁾ことになってしまう。そこで、真に脅威をもたらす者とそうではない者とを区別する振り分けの機能を果たすものとして「実質的踏み出し (substantial step)」¹⁵⁾という基準が意味を持つてくる¹⁶⁾のである。この基準は § 2422(b) の未遂処罰規定の解釈においても採用されているものである¹⁷⁾が、同項を解釈し、その未遂処罰規定によって被告人の有罪を認定する際に重要なのは、同項は、被告人自身が実際に未成年者との間で違法な性的活動に従事しよう (engage) とする意思を持っていたことを示すことまでは必要とはしていない、むしろ、被告人は、未成年者を違法な性的活動に従事するよう説得しようとするなどの行為をただで同項に違反することになる¹⁸⁾ということである。実際に、いくつかの事例において、被告人が相手を誘惑しようとしたこと、あるいは、誘惑しようという意思を持っていたことを証明するだけで十分であり、説得等をした後で性的行為 (sexual act) を行おうという意思までは必要ではないということが判示されている¹⁹⁾。

ただし、近時、急増しているとされるインターネットを利用した児童に対する性的誘惑等の事例に対しては、捜査官が児童を装うというおとり捜査が州及び全米レベルで展開されることが増えてきている²⁰⁾のであるが、

14) See *United States v. Muzii*, 676 F. 2d 919, 920 (2d Cir. 1982).

15) 「substantial step」の訳については、小山貞夫編著『英米法律語辞典』研究社(2011年)1082頁参照。なお、ヨシユア・前掲注11) 書558頁から559頁や579頁は「重要な段階」とする。

16) See *United States v. Gladish*, 536 F. 3d 646, 650 (7th Cir. 2008).

17) 例えば、*United States v. Rothenberg*, 610 F. 3d 621, 626 (11th Cir. 2010) 参照。

18) Pazuniak, *supra* note 5, at 704. この点については、後述する本文二(二)も参照。

19) See *United States v. Brand*, 467 F. 3d 179, 202 (2d Cir. 2006); *United States v. Thomas*, 410 F. 3d 1235, 1244 (10th Cir. 2005). なお、*United States v. Nitschke*, 843 F. Supp. 2d 4, 11–14 (D. D.C. 2011) 参照。

20) Tempio, Elizabeth D., “A/S/L? 45/John Doe Offender/Federal Prison — The Third Circuit Takes a Hard Line against Child Predators in *United States v. Tykarsky*,” *Villanova Law Review*, Vol. 52, 2007, p. 1073; Yamagami, *supra* note 2, at 550–551.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

この場合、同項の未遂処罰規定の適用に関して一つの問題が生ずることになる。すなわち、被告人が、インターネット上のチャット・ルームにおいて、本物の児童ではなく、児童を装った捜査官と会話しているような場合であっても同項を適用することは可能なのか、換言すれば、会話の相手方として本物の児童が実在していることが必要なかどうかということである²¹⁾。

(二) 関連する事例

§ 2422(b) の未遂処罰規定とおり捜査に関連して、児童が実在している必要があるかどうかということが争われた事例としては、例えば、*United States v. Helder*²²⁾がある。本件の事実の概要及び経過は以下の通りである。

本件被告人は41歳の弁護士であるが、勤務中に「trialkc」というニックネームでインターネット上のチャット・ルームに参加した。そして、「lisa_

-
- 21) なお、近時では、このように児童が実在していることが必要かどうかという問題は、性犯罪者としての登録制度に関連しても議論されている。すなわち、おとり捜査を通して、児童が実在していないにも拘らず、訴追され、有罪判決を受けた結果、性犯罪者として登録された者から、その登録の合法性が問われるようになってきているというのである。See Szarvas-Kidd, Danica, “Electronic Luring Statutes under Fire, Part II: Court Responses to Notable Defenses,” *APRI’s Child Sexual Exploitation Update*, Vol. 3, No. 2, 2006, p. 2. この点については、いくつかの州の事例においては、未成年者を性行為に誘惑しようとする意思が被告人にあるのであれば、こうした場合に性犯罪者としての登録を免除することは立法府の明確な意思や法文の文言の素直な解釈に反するとして、性犯罪者としての登録が認められている。See *Colbert v. Commonwealth*, 624 S.E. 2d 108, 110–115 (Va. Ct. App. 2006); *Spivey v. State*, 619 S.E. 2d 346, 348–352 (Ga. Ct. App. 2005); *Michigan v. Meyers*, 649 N.W. 2d 123, 127–133 (Mich. Ct. App. 2002).
- 22) 452 F. 3d 751(8th Cir. 2006). 本件については、Boggess, *supra* note 1, at 919–921 や LaCroix, *supra* note 13, at 108–111 も参照。他に、同裁判所が関与した事例として、*Helder* の直後に判示された *United States v. Hicks*, 457 F. 3d 838 (8th Cir. 2006) がある。

mo_13」というニックネームで14歳の女兒を装っていた捜査官にインスタント・メッセージ (instant message) を送信したり、性に関する会話をしていた。その後、実際に会いたい旨を告げ、彼女が住む住居に向かったのであるが、捜査官が配置されていることに気づき、すぐに逃走した。捜査官は、被告人の勤務先のパソコンに対する搜索令状を取得し、搜索を実施した。また、自宅において被告人に対して事情聴取を行った。その際、被告人は、未成年者と性行為を行おうという意思はなく、おとり捜査であることは予想していたので、単なる好奇心から現場に向かっただけであるなどと説明していた(実際に、チャットをしている間に、こうした空間ではおとり捜査が行われている可能性があることに言及していることは認められている)。その後、被告人は逮捕され、同項違反の罪で訴追されたのであるが、政府側による証拠の提示が最終段階に至った際、被告人は無罪の申立てを行った。すなわち、①同項は、標的とされる児童として、単に児童を装った捜査官ではなく、実在する未成年者であることを要求しているのに対して、自分は、未成年者ではなく、成人であるおとり捜査官に対して性的活動に従事するよう説得しようとしていたのである、②本件において、相手を上手く説得することができ、性的関係を持つことができるようになった場合であったとしても、それは成人の間での合意に基づく性的関係であるから、犯罪は構成しない、したがって、③本件は法律上の不能に該当し、自分は無罪である²³⁾と主張したのである。

しかし、地方裁判所は被告人の主張を認めず、別に新たに申立てを行うよう促した。その後、実際に被告人が新たに無罪の判断を求める申立てを行ったところ、地方裁判所はこれを認めた。すなわち、①検察側は、被告人が、誘惑の相手方として未成年者が関与していると「信じていること」で同項の未遂として有罪の成立を認める要件は十分に満たされていると主張しているが、このような主張には同意できない、②同項にはどこにも「信じていること」というような文言はなく、むしろその規定を素直に読

23) *Helder*, 452 F. 3d at 751-753.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

むならば、検察側は、相手方となっている個人が18歳に達していない者であることを証明することを求められている²⁴⁾などとしたのである。加えて、1998年に議会には、同項を改正して、18歳に達していないふりをしていいる者と連絡を取ろうとすることを犯罪化する機会があったにも拘らず、そのような改正は行われていない²⁵⁾ことも指摘している。裁判所にしてみれば、このことは、議会としては、同項の射程範囲の中に、実在する児童が関与していない場合までを含めることは意図していなかったということ強く示唆している²⁶⁾ということなのであろう。そこで、検察側は、①同項は、被害者とされる者が実在する未成年者であることは求めている、②被告人は、未成年者と会話をしていると信じ、その上で、違法な性的活動に従事するよう未成年者を誘惑しようとしていたのであるから、同項に違反するなどとして、控訴した²⁷⁾。

これに対して、第8巡回区裁判所は、①これまでに同裁判所が扱った *United States v. Patten*²⁸⁾等では、誘惑される対象となった「未成年者」がおとり捜査官であった場合であっても、同項による未遂として有罪とすることを認めている²⁹⁾と、また、② *United States v. Blazek*³⁰⁾でも、被告人

24) *United States v. Helder*, Case No. 05-00125-01-CR-W-DW, 2005 U.S. Dist. LEXIS 38874, at 2-3 (W. D. Mo., Aug. 5, 2005); *Helder*, 452 F. 3d at 753.

25) *Helder*, 2005 U.S. Dist. LEXIS 38874, at 3-4.

26) LaCroix, *supra* note 13, at 109.

27) *Helder*, 452 F. 3d at 753.

28) 397 F. 3d 1100, 1102-1105 (8th Cir. 2005). 他に、*United States v. Naiden*, 424 F. 3d 718, 720-723 (8th Cir. 2005) や *United States v. Dickson*, 149 Fed. Appx. 543, 543-545 (8th Cir. 2005) 等が挙げられている。もっとも、これらの事例においては、被害者とされる者が実在する未成年者でなければならぬのかどうかという問題は議論されてはいないが、実際にはおとり捜査官である者を未成年者であると信じて誘惑した被告人の行為が有罪と認められている。See Boggess, *supra* note 1, at 920 & note 106.

29) *Helder*, 452 F. 3d at 753-754.

30) 431 F. 3d 1104, 1106-1110 (8th Cir. 2005). 本件は、時系列的には、*Helder* における地方裁判所の判断が示された後、第8巡回区裁判所の判断が示される前に

は、実際にはおとり捜査官が未成年者を装っていたのであるから、未成年者を誘惑しようとしたとして被告人を有罪にするには証拠が不十分であるし、合衆国量刑ガイドライン・マニュアル(U. S. Sentencing Guidelines Manual) § 4B1.5(a)に基づく刑の加重は、「未成年者」が絡んだ性犯罪の場合にのみ適用されるのであるから、本件のような場合にも適用されるのは誤りであるなどと主張していたのであるが、被告人は被害者が未成年者であると信じていたことが認められるなどとして、被告人の主張が棄却されているとそれぞれ言及している。さらに、③ § 2422(b) に関して有罪を認めるためには未成年者が実在する必要はないとした第5及び第6、第9、第10、第11各巡回区裁判所の事例³¹⁾を参考にして、本件のような場合に、同項による未遂として処罰するためには、本物の未成年者が実在することは要求されていない³²⁾としている。このようにして、本件被告人は、性的な出会いを求めて未成年者を誘惑しようとしたことの未遂として処罰され得ることが確認され、被告人の主張を認めた地方裁判所の判断は破棄、審理は地方裁判所に差し戻されている³³⁾。

他にも、例えば、上記 *Helder* の中でも言及されている、第11巡回区裁判所による *Root*³⁴⁾ では、被告人自身が、自分は未成年者とチャットを通して関係を持っていると信じていることで、同項の未遂処罰規定によって有罪とするには十分であるとされている。

このように、巡回区裁判所の事例の場合には、現時点では、同種の事例を扱う機会がなかった第1及び第4を除く合計九つの巡回区裁判所で、同項の未遂処罰規定で被告人の有罪を認定するためには実在する児童が関与

判示されたものである。

31) *United States v. Sims*, 428 F. 3d 945, 959–960 (10th Cir. 2005); *United States v. Meek*, 366 F. 3d 705, 717–720 (9th Cir. 2004); *United States v. Root*, 296 F. 3d 1222, 1227–1232 (11th Cir. 2002); *United States v. Farner*, 251 F. 3d 510, 512–513 (5th Cir. 2001); *United States v. Bailey*, 228 F. 3d 637, 639–640 (6th Cir. 2000).

32) *Helder*, 452 F. 3d at 753–756.

33) *Ibid.* at 756.

34) 296 F. 3d at 1227–1232.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

している必要はない旨が判示されている³⁵⁾といわれる。

また、地方裁判所の事例としても、*United States v. Kaye*³⁶⁾では、被告人がチャットを行っていた相手は実際には未成年者ではなかったのであるが、この中でなされていた性的に露骨な (sexually explicit) 会話等は、被告人は主観的に13歳の少年であると思っている者と会話をしていると信じていること、この者を性行為に従事させるために説得や誘惑等をしようとしていることを十分に示しているなどとされ、同項に違反するものとして、有罪が認定されている。

(三) 若干の検討

1 *Helder* のように、おとり捜査に関連して § 2422(b) の未遂処罰規定によって訴追された場合、大多数の事案において、被告人側からは不能犯 (impossibility) に基づいた抗弁、すなわち、これは法律上の不能 (legal impossibility) であるとか、あるいは、事実上の不能 (factual impossibility)³⁷⁾であるといった主張がなされている³⁸⁾。

もともと不能犯というのは議論すべきところの多い概念であるが、これは犯罪の遂行が妨げられるような何らかの事実や状況が発生した場合に認

35) *Boguess, supra* note 1, at 921 and *Ibid.* & note 115. 例えば、*United States v. Tykarsky*, 446 F. 3d 458, 464-469 (3rd Cir. 2006) や *Brand*, 467 F. 3d at 201-204, *Blazek*, 431 F. 3d at 1106-1110, *Sims*, 428 F. 3d at 959-960, *Meek*, 366 F. 3d at 717-720, *Root*, 296 F. 3d at 1227-1232, *Farner*, 251 F. 3d at 512-513, *Bailey*, 228 F. 3d at 639-640 等参照。これらの事例のうち、いくつかのものについては、*Boguess, supra* note 1, at 921-924 を、*Tykarsky* については *Tempio, supra* note 20, at 1082-1087 も参照。

36) 451 F. Supp. 2d 775, 781-789 (E.D. Va. 2006); *Herward, supra* note 5, at 890.

37) 「legal impossibility」及び「factual impossibility」の訳について、ヨシユア・前掲注11) 書586頁はそれぞれ「法的不能」及び「事実的不能」とする。

38) 両者は、行為者自身が内心でどのような意思を持っていたのか、また、法文の文言がどのように規定されているのかなどの観点から区別されることになる。*See LaCroix, supra* note 13, at 101. 被告人が他に主張する抗弁については、*Yamagami, supra* note 2, at 555-564 参照。

められる³⁹⁾ものである。まず、前者は、被告人が意図していた内容について、たとえ本人は罪を犯していると信じており、被告人が意図していた行為が完成したとしても、そもそもそれ自体が違法ではなく、犯罪の構成要件を満たしていないために、それだけでは犯罪を構成しない⁴⁰⁾というものである。被告人本人は犯罪行為を行っていると信じているとしても、法自体は被告人が目的としている行為を規制していないために、このように呼ばれている⁴¹⁾。インターネットを利用した児童に対する誘惑行為に関連したおとり捜査の場合、被告人の方からは、会話をしている相手方は捜査官であり、違法な性的行為を目的として誘惑する相手方となる児童が実在しないのであるから、犯罪は行い得ないとして、不能犯に基づいた抗弁の中でも特にこの法律上の不能という抗弁がなされることが多いようである⁴²⁾。この主張自体は未遂の処罰に対する抗弁となり得ることもある⁴³⁾というような指摘もなされているが、実際には、連邦及び州双方のほとんどの裁判所が、インターネットを利用した誘惑行為の事案の場合には、被告人は、自らの与り知らない事情によって、実際には児童と性的な行為(sexual conduct)には従事できなかったとしても、法によって規制された行為をしようという意思は間違いなくあったのであるから、これは事実上の不能であり、法律上の不能という抗弁は成り立たないなど、根拠は様々であるが、未遂処罰に対する有効な抗弁を構成するとは判断していな

39) *Black's Law Dictionary* (10th ed.), 2014, p. 873; LaCroix, *supra* note 13, at 100 and 101. そして、この場合には危険が生じないのであるから、刑事上の責任も消滅すると考えることになろう。See *Ibid.* at 101.

40) *United States v. Hsu*, 155 F.3d 189, 199 (3rd Cir. 1998); *United States v. Berrigan*, 482 F.2d 171, 188 (3rd Cir. 1973); *Black's Law Dictionary*, *supra* note 39, at 873-874; Boggess, *supra* note 1, at 914; Rogers, *supra* note 12, at 494-495; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1.

41) See LaCroix, *supra* note 13, at 101.

42) Boggess, *supra* note 1, at 913 and 929; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1. 実際に(二)で触れたHelderでも、こうした内容の抗弁が主張されている。

43) Boggess, *supra* note 1, at 914.

い⁴⁴⁾。したがって、同項の未遂として有罪を主張するに当たっては、検察官は、被告人は自身が未成年者と会話していると信じていたことのみを証明すればよい⁴⁵⁾ということになる。そもそも、近時は合衆国の多くの州で、不能犯という主張自体が認められなくなっている⁴⁶⁾ということも指摘されている。加えて、合衆国最高裁判所ですら、不能犯に関する理論については、その正当性を維持できるかどうか疑問視している⁴⁷⁾などともいわれている。

一方、後者は、行為者の知る由もない、又は、行為者自らは関与し得ない偶然の事情 (extraneous circumstances) によって、意図していた犯罪行為の完成が妨げられる⁴⁸⁾、すなわち、違法な行為自体が物理的に起こり得ない⁴⁹⁾というものである。これは、被告人としては、法によって規制された行為をしようという意思があったことは間違いなく、ただ、それが被告人の与り知らない事情によって実現できなただけであるというように考えに立つものである。ただし、これも現在では未遂処罰に関する抗弁

44) *Ibid.* at 929; Pazuniak, *supra* note 5, at 700; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1. 例えば, *Meek*, 366 F. 3d at 717-722 や *Farner*, 251 F. 3d at 512-513 等参照。他に, *Tykarsky*, 446 F. 3d at 466-467 では、議会は、そもそも被告人によるこうした主張が同項による未遂処罰規定に対する抗弁を構成するとは意図していなかったなどとして、却下されている。

45) *See Root*, 296 F. 3d at 1227; Pazuniak, *supra* note 5, at 700.

46) Brodie, Kyle S., "The Obviously Impossible Attempt: A Proposed Revision to the Model Penal Code," *Northern Illinois University Law Review*, Vol. 15, 1995, p. 243 and *Ibid.* & note 39によると、ミズーリ州 (Mo. Rev. Stat. § 564.011 (現在の同 § 562.012) 参照) を含むおよそ20の州では、抗弁の手段として不能犯の主張をすることは否定されているということである。

47) *See Osborn v. United Sates*, 385 U.S. 323, 333 (1966); LaCroix, *supra* note 13, at 103.

48) *Hsu*, 155 F. 3d at 199; *Berrigan*, 482 F. 2d at 188.

49) *Black's Law Dictionary*, *supra* note 39, at 873; Rogers, *supra* note 12, at 494; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1.

として認められることは少なくなっている⁵⁰⁾とされる。例えば、*Sims*⁵¹⁾は、被告人による、捜査官が未成年者を装っている場合には未成年者は存在しないのであり、同項の罪を犯すことは現実には不可能であるという主張に対して、*United States v. Hankins*⁵²⁾を引用しながら、「犯意を実現し、犯罪を完成させることは未遂罪の処罰規定においては本質的な要素ではなく、一般に、事実上の不能という主張は未遂処罰規定の抗弁にはならない。したがって、被告人が誤って未成年者が関与していると認識していることは、その者を誘惑し搾取することに関連する犯罪の場合には抗弁にはならない」などとしている。

このように、現在では、法律上の不能であれ事実上の不能であれ、不能犯に基づいた抗弁というのは、有効なものとしては認められていないといえる。

2 次に、おとり捜査のような場合には、被告人から「罠の抗弁 (entrapment defense)」という主張がなされることがある。法律上又は事実上の不能という抗弁が、被告人が行おうとしている犯罪の実現可能性に焦点を当てたものであるのに対して、これは、被告人には犯罪を行おうという性向 (predisposition)⁵³⁾があったのかどうかということに焦点を当てたもの⁵⁴⁾である。そして、捜査官の方からの圧力 (coercion) がなければ、犯

50) *Bogges*, *supra* note 1, at 914; *Szarvas-Kidd*, *supra* note 21, at 1. また、*Ibid.* は、この事実上の不能という考え方は、法廷で主張することが難しいものであるため、被告人は法律上の不能という考え方の方を主張することが多い旨を指摘する。

51) 428 F. 3d at 959–960.

52) 127 F. 3d 932, 934–935 (10th Cir. 1997).

53) 「predisposition」の訳については、ジョシュア・ドレスラー＝アラン・C・ミカエル (指宿 信監訳) 『LexisNexis アメリカ法概説⑨ アメリカ捜査法』レクシスネクシス・ジャパン株式会社 (2014年) 802頁参照。

54) *State v. Bolden*, C.A. Case No. 19943, 2004–Ohio–2315, p. 15 (Ohio Ct. App. 2004); *State v. Cunningham*, C.A. Case No. 2003 CA 17, 2004–Ohio–1935, p. 13 (Ohio Ct. App. 2004); *Bogges*, *supra* note 1, at 914.

罪行為を行おうという気にはなっていなかったであろう被告人を保護することを目的としている⁵⁵⁾。「罾」というのは、捜査官又は捜査機関がある者に対して刑事上の訴追を行うつもりで、騙したり、不適切な説得行為を行うなどして、犯罪行為に向けて誘い掛け (inducement) を行うこと⁵⁶⁾である。そこで、被告人がこのような抗弁を行う場合、①捜査官の方から犯罪に関する誘い掛けがあったということ、すなわち、捜査官による欺罔や不適切な説得行為がなければ犯罪活動は行っていなかったであろうということと、②被告人の方には犯罪行為に従事しようという性向は備わっていなかったという二つの要件が必要であり⁵⁷⁾、これらのことを証拠の優越 (preponderance of the evidence) の基準に従って立証しなければならない⁵⁸⁾ということになる。

まず、前者の捜査官等による誘い掛けというのは、それがなければ、法律をしっかりと守っていた市民が犯罪に走ってしまうことになるというような実質的な危険を生み出す捜査官等の行為のこと⁵⁹⁾であり、卑近な言い方をすれば、ある者に対して、正しい道にいることを止めて、悪の道に入るよう説得する行為である⁶⁰⁾ともいえる。ただし、インターネットを利用した児童に対する誘惑行為に関連したおとり捜査の場合には、捜査官の方から接近してきた上で性的な会話を始めるなどして接触が持ちかけられたり、犯罪行為の遂行が提案されたり、犯罪の機会が提供されたとしても、それだけでは、被告人が誘い掛けを受けたということを示す十分な証拠と

55) *Lopez v. United States*, 373 U.S. 427, 434-435 (1963); *United States v. Ortiz*, 804 F.2d 1161, 1165 (10th Cir. 1986).

56) *Black's Law Dictionary*, *supra* note 39, at 650.

57) *Mathews v. United States*, 485 U.S. 58, 62-63 (1987); *Black's Law Dictionary*, *supra* note 39, at 650; Boggess, *supra* note 1, at 914-915 and 927-928.

58) *See Marreel v. State*, 841 So. 2d 600, 603 (Fla. Ct. App. 2003).

59) *Ortiz*, 804 F.2d at 1165. 続けて、*Ibid.* はこの誘い掛けは、説得の他、詐欺的な演出 (fraudulent representations)、脅し (threats)、執拗な接触 (harassment) 等の形態をとることがあるとする。

60) Boggess, *supra* note 1, at 915; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1.

はならない⁶¹⁾とされる。というのは、こうした場合、捜査官の方から見れば、被告人に対して未成年者を性的活動に参加するよう誘惑しようとする機会を提供したに過ぎないとされ、高圧的な（“arm-twisting”）手段等は使用していない⁶²⁾からである。そして、被告人は、未成年者と思っている者の年齢が伝えられた後も相手と会話を継続することによって、道徳に反するような傾向を示していたのであり、「正しい道を進むことを止めて、悪の道に入る」よう唆されたということを主張することはできない⁶³⁾上に、未成年者と会うために移動するというような「実質的踏み出し」をすることを止める決意をして、「正しい道」に戻ってくる機会があったということも否定できない⁶⁴⁾からであるなどとされる。

次に、被告人は、犯罪を行うのに必要な性向が欠けていたことを示すことが求められる。ここでいう性向というのは、この「罾の抗弁」の主張の核となるもので、被告人は訴追されている違法な活動に自ら従事しようという気持ちがあったということ、つまり、そうした活動をあらかじめ準備し、前向きになっていたということ⁶⁵⁾である。そして、これは、被告人は訴追されている犯罪活動とどのように関わってきたか、加えて、捜査官等による誘い掛けに対してどのように反応したかといったことも交えて判断される⁶⁶⁾ことになる。しかし、被告人は会話の相手方となっている未成年者の年齢を認識しつつ会話を続けることで、やはり実在する未成年者との性的活動を望んでいることを示すことになり、一方で、捜査官等はただそれを実現するための機会を提供したに過ぎない⁶⁷⁾ともいえる。換言すれば、被告人はあらかじめ罪を犯す「準備をし、前向きになっていた」ので

61) *Ortiz*, 804 F. 2d at 1165; *Bogges*, *supra* note 1, at 915 and 927–928; *Szarvas-Kidd*, *supra* note 21, at 1.

62) *Marreel*, 841 So. 2d at 603.

63) *Ibid.*; *Bogges*, *supra* note 1, at 928; *Szarvas-Kidd*, *supra* note 21, at 1.

64) *Bogges*, *supra* note 1, at 928.

65) *Mathews*, 485 U.S. at 63; *Ortiz*, 804 F. 2d at 1165.

66) *Ibid.*

67) *Bogges*, *supra* note 1, at 928.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

あり、これらのことを併せて考えるならば、「罨」にかかったとはいえない⁶⁸⁾ことになろう。

3 また、被告人からは、おとり捜査において相手方となっている捜査官との間で行われたインスタント・メッセージのやり取りについて、被告人の同意を得ることなく、通信の傍受に関する法制に違反して不正に記録されたものであるというような「盗聴に基づく抗弁 (wiretap defense)」がなされる⁶⁹⁾ことがある。この場合の争点は、捜査官の行為は、被告人たちが行っていた会話を傍受したことになるのか、もし、なるのであれば、その傍受は被告人の同意なく行われたことになるのか⁷⁰⁾ということである。しかし、例えば、*New Hampshire v. Lott*⁷¹⁾等では、インスタント・メッセージの場合には、その固有の性質から、利用者は自らのメッセージが記録されていることを認識しているはずであるから、e-mailによるメッセージのやり取りの場合と同様に、会話が記録されることについて暗黙のうちに同意していると評価され、法の違反は認められないとされている。

4 他にも、アメリカ合衆国憲法第1修正が保障している表現の自由に違反するとか、「捜査官による法の枠を踏み越えた行動 (outrageous government conduct)」⁷²⁾であり、同第14修正が保障しているデュー・プロセスに違反するといった主張がなされる⁷³⁾こともある。後者の主張は、先に述べた「罨の抗弁」と同列に位置づけられることもあるが、政府側の行為に焦点を当てた例外的なもので、これは、すべての事情を総合的に評価する中で、①政府側の働きかけによって犯罪が引き起こされたのか、②実質的に圧力と呼べるような行為があったのかという二つの要件の有無が審査

68) *Ibid.*

69) *Ibid.* at 916; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1-2.

70) *Ibid.* at 1.

71) 879 A. 2d 1167, 1171-1172 (N.H. 2005).

72) 「outrageous government conduct」の訳に関しては、小山・前掲注15) 書793頁も参照。

73) *Bolden*, 2004-Ohio-2315, at 14; *Cunningham*, 2004-Ohio-1935, at 12; *Bogges*, *supra* note 1, at 916; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1.

される⁷⁴⁾ことになる。しかし、裁判所はこうした主張も明確に却下しており、まず、前者の主張に関しては、§ 2422(b) は表現の自由を侵害するものではなく、憲法に違反するような曖昧さや広汎さがあるわけでもないとしている。すなわち、第1修正は、被告人に対して未成年者を違法な性的行為に従事するよう説得しようとする権利を保障しているわけではなく⁷⁵⁾、また、あくまでも行為者には、自分の方から未成年者との接触を持ちかける、さらに、違法な性的接触を持つことを目的として未成年者を誘惑しようとするなど、故意に基づいた意思が必要とされるため、処罰されるべきでない者が処罰されるようなことはない、そして、§ 2422(b) によって規制されるのは第1修正が保障する範囲外にある行為に限られるため、§ 2422(b) によって合法的表現活動が犯罪化されるというような危険性があると認めることはできず、これが憲法に違反する程度に広汎に過ぎるとはいえない⁷⁶⁾などというのである。次に、後者の主張に関して、例えば、*Bolden* は、こうしたおとり捜査の場合、おとり捜査官の方から性的に露骨なメッセージのやり取りを開始したわけではなく、単に被告人からの質問に返答していただけである、また、捜査官が犯罪を生み出したわけではなく、圧力をかけたわけでもないなどとして、捜査官は法の枠を踏み越えた行動をしたわけではない⁷⁷⁾としている。

5 また、近時の事例においては、被告人には犯罪行為を行う際に必要とされる故意はなく、相手方とただ空想することを楽しんでいただけであ

74) *Bolden*, 2004–Ohio–2315, at 17; *Cunningham*, 2004–Ohio–1935, at 14 and 27; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1.

75) *United States v. Gagliardi*, 506 F. 3d 140, 148 (2d Cir. 2007); *Tykarisky*, 446 F. 3d at 473; *Meeck*, 366 F. 3d at 720–722; *Bailey*, 228 F. 3d at 639; Szarvas-Kidd, Danica, “Electronic Luring Statutes under Fire, Part I: How the Courts have Responded to Constitutional Challenges to Electronic Luring Statutes,” *APRI’s Child Sexual Exploitation Update*, Vol. 3, No. 1, 2006, p. 2.

76) *See Tykarisky*, 446 F. 3d at 473; *Bailey*, 228 F. 3d at 639; Szarvas-Kidd, *supra* note 75, at 2. また、*People v. Foley*, 731 N.E. 2d 123, 129–130 (N.Y. 2000) 参照。

77) *Bolden*, 2004–Ohio–2315, at 11–39; Szarvas-Kidd, *supra* note 21, at 1.

るといような「空想に基づいた抗弁 (fantasy defense)」が主張されることがある⁷⁸⁾。これは、インターネットを利用して、誰かと意思の疎通をしている者は全員が相手の身元を信用しているわけではないし、そこでは、本人が主張している通りの本当の姿で振る舞っているわけではないということは当たり前のように信じられているということを根拠とするもの⁷⁹⁾である。したがって、この抗弁の場合には、匿名性 (anonymity) というインターネットの特性が大きく関係している⁸⁰⁾ということになる。

例えば、Infoseek 社の幹部であった Patrick Naughton という被告人の事例では、特に男性の陪審員の中にこの抗弁を認める者が目立った⁸¹⁾ということである。そこで、法曹の間では、今後、全米で刑事事件の弁護人はこの抗弁を真似するようになるだろうといった声もあった⁸²⁾ようである。ただし、このことは、この抗弁が常に通用するということを意味しているわけではない。というのは、本件被告人の場合にも、インターネット上で9か月に亘って、13歳の女兒を装っていたおとり捜査官とやり取りを続けており、実際に会うために約束した場所に向かっている。そして、捜査機関は、被告人が相手と会ってすぐに身柄を拘束しているのであるが、これが早過ぎたために、陪審員は、被告人はまだ未成年者と性行為を行うために必要な意思を形成していないというように、被告人に有利な方向で評価をしており、被告人が内心で意図していたことがもう少し明確に外部に表示されるまで捜査機関が被告人の身柄拘束を待っていれば、陪審員の評価は異なったものになっていたのではないかと⁸³⁾とされているのである。そこで、捜査機関の活動の仕方が改善されれば、将来的にはこの抗弁も本件の

78) Karp, Jack, *Defendants Plead Fantasy*, cybercrime-alerts, <https://www.mail-archive.com/cybercrime-alerts@topica.com/msg00616.html> (同); Yamagami, *supra* note 2, at 561.

79) *Ibid.* at 565 and 570.

80) *Ibid.* at 563.

81) *Ibid.* at 547–548 and 571–572.

82) *Ibid.* at 574.

83) *Ibid.* at 572–573 and 578.

ように奏功する(本件被告人は児童ポルノの所持では有罪を認められているが、児童に対する誘惑行為では有罪とはされていない)ことはなくなるのではないか⁸⁴⁾とされている。

6 これまで、児童に対する性的誘惑等の事例の場合、性犯罪者はインターネット上のチャット・ルーム等を通して、児童に対して自らが望む様々な性的行為を伝えたり、あるいは、児童ポルノ画像を送るなどして、児童を苦しめることが多かった⁸⁵⁾とされる。しかし、近時、*Helder*等によって、§ 2422(b)の未遂処罰規定で犯罪者を規制する際には、必ずしも児童が実在する必要はないと判断されるようになったこともあり⁸⁶⁾、捜査の過程において捜査官が児童を装うことが認められ、被告人が「本物の」児童と接触していない場合であっても、児童に対する誘惑行為を行おうとしたとして、訴追の対象とし、処罰することが可能となっている。実際、同項に関する刑事責任を認めるための要件としては、*Meek*⁸⁷⁾では、行為者が、故意に、①18歳に達していない者を、②刑事上の犯罪を構成することになる性的な活動に従事するよう、③説得すること、又は、勧誘すること、誘惑すること、強制することを、④現実に行うこと、又は、行おうとすることであると指摘されている。そして、議会が、こうした未遂処罰規定を盛り込んだ背景や意思を考えると、実在する児童に対して実際に説得等の行為をすることを求めていたとは考えられず⁸⁸⁾、もし、同項の適

84) *Ibid.* at 578.

85) *Bogges*, *supra* note 1, at 926.

86) *Jeffress*, *supra* note 5, at 9も児童が実在しない場合であっても、大半の事例では未遂として訴追されているとする。また、議会でも、同項の未遂として訴追するには児童が実在することは必要ではないということを明らかにするための法改正の動きがあったようである。See H.R. 4472 (109th): Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006, Sec. 402, 109th Congress 2d Session, 2006, <https://www.govtrack.us/congress/bills/109/hr4472/text/eh> (同); *LaCroix*, *supra* note 13, at 110.

87) *Meek*, 366 F. 3d at 718. また、*Kaye*, 451 F. Supp. 2d at 782 参照。

88) *Tykar*, 446 F. 3d at 466.

用・解釈に際して、実在する児童が関与することを要求してしまっただけは、「誘惑する」という要件に関連する行為と「誘惑しようとする」という要件に関連する行為とを区別するものがなくなり、同項の存在意義がなくなってしまう⁸⁹⁾ことになる。とするならば、同項の未遂処罰規定による有罪の認定においては、児童の実在性というような客観的な側面よりも、むしろ行為者が自分は何のようなことを行おうとしているのかというような主観的な認識の内容こそが大きな意味を持っている⁹⁰⁾のであり、検察官は、被告人が未成年者と意思の疎通を行っていると感じていたことを証明することだけを要求されている⁹¹⁾一方、不能犯であるというような抗弁は余り意味を持たないということになろう⁹²⁾。

インターネットの普及後、捜査手法の一つとしておとり捜査が活用されるようになるまでは、実際に児童虐待の事例が報告されなければ、捜査機関が捜査活動を開始し、性犯罪者の行為を規制することはできなかった。しかし、現在では、ここまで触れてきたように、児童が実在することは要件とはされなくなっているために、捜査機関は、性犯罪者がインターネットを利用して実際に児童と接触するようになる前に、おとり捜査によって犯罪を未然に防止することが可能になっている⁹³⁾。このような法解釈によ

89) *See Ibid.* at 466-467.すでに触れたように、議会は、不能という主張が同項に対する抗弁を構成するというようなことは意図していなかったとされていること等を考え合わせると、*Tykarsky*におけるこの判示内容は、そもそも同項の未遂処罰規定というのは、児童が実在していない場合を念頭に置いているものと考えているのではないかと推測される。

90) *Ibid.* at 467; *Meek*, 366 F.3d at 718 and 720.

91) *Pazuniak, supra* note 5, at 700.

92) *LaCroix* は、そもそも被告人が不能犯に基づく抗弁をしようとしても、§ 2422(b) というのは様々な概念を詰め込み過ぎているから、こうした抗弁が認められないのであるとして、それぞれの被告人が抱えている故意の内容に応じて、同項を三つの規定に細分化することを提案している。*See LaCroix, supra* note 13, at 111-114.

93) *See Book*, Christa M., "Do You Really Know Who Is on the Other Side of Your Computer Screen? Stopping Internet Crimes against Children," *Albany Law Jour-*

って、自らを守るための術を持たない児童が、有罪を獲得するための捜査上の必要性から性犯罪者によって過度に手練られるということはなくなり、児童は、性犯罪者によってもたらされる様々な害悪や危険な状態から保護されるようになった⁹⁴⁾ということができよう。

このように、§ 2422(b)の未遂処罰規定を適用するためには児童が実在している必要があるのかどうかということについては、必要ではないということで裁判所の判断はある程度まとまってきたといえるが、一方で、同項の未遂処罰規定を適用するためには、どのような行為が必要となるのかについて、その具体的な基準に関する裁判所の判断は未だまとまっていないように見受けられる。この点について、次に検討してみたいと思う。

二 18 U.S.C. § 2422(b)の解釈——被告人の行為が どのような段階に至れば処罰が可能なのか——

(一) 「助長行為基準」

1 一般に、犯罪の未遂として有罪を認め、被告人を処罰するためには、当該被告人が、①実体犯罪を遂行するために必要とされる有責性(culpability)を備えて行為を行うこと、②犯罪の遂行に向けた「実質的踏み出し」を構成する行動に従事することが必要である⁹⁵⁾とされている。そして、②の要件との関連で、インターネットを利用した児童に対する誘惑行為に関して§ 2422(b)を適用する場合には、インターネット上で未成年者と会話をしたり、連絡を取り始めるだけで同項の未遂が成立するための要件を満たすのか、それとも、さらに進んで、実際に未成年者と会うための場所を設定したり、その場所へ移動するなどの付加的な行為が必要とさ

nal of Science & Technology, Vol. 14, 2004, p. 754.

94) See Boggess, *supra* note 1, at 926–927.

95) *Farner*, 251 F.3d at 513.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

れるのかといったことが議論されている⁹⁶⁾。

この点については、後にも触れるが、2008年に第7巡回区裁判所が出したいくつかの判決の中では、「具体的尺度基準 (concrete-measures standard)」とでもいうべきものが採用され、行為者にはインターネットを利用した未成年者との単なる会話以上の「具体的な」行為が求められている⁹⁷⁾。ただし、そうは言っても、この基準の外枠や概要はまだ定まっていない⁹⁸⁾とされ、他の巡回区裁判所では、これよりも低い証拠上の基準が提示された事例もある。例えば、*United States v. Nestor*⁹⁹⁾では、インターネット上に児童との性的接触を求める掲示を出したり、児童本人ではなく児童の継親を装っている者と、インターネットや電話で繰り返し、児童を含めて性的接触を持つことに関する会話をするのは同項に違反する実質的な行為であるとされ、*United States v. Sheridan*¹⁰⁰⁾では、思春期直前の女兒が成人の男と性行為をしている画像を送信したり、未成年者とインターネット上で処女性や性体験の有無について会話し、性的活動に従事するよう求めることは、それ自身が未成年者を説得又は誘惑しようとすることの証拠であり、児童に対する性的搾取を構成する旨が判示されている。確かに、こうした事例は、同項について判断する際の一つの指針を示しているとはいえるが、これだけではその未遂として行為者を処罰するために求められる必要最低限の証拠はどのようなものなのかについて正確に定義されているとはいえず、同項の未遂処罰規定で被告人の有罪を認めるために必

96) See Pazuniak, *supra* note 5, at 701-702. 実際に、*Thomas*, 410 F. 3d at 1246 は、未成年者と会うための手筈を整えた段階で、同項の未遂に該当する「実質的踏み出し」をしたと評価する一方で、まだ未成年者と会うための準備は何もしていない場合であっても、インターネット上でメッセージを送るなど未成年者とやり取りを始めた段階で未遂として処罰する可能性も留保している。

97) See *United States v. Zawada*, 552 F. 3d 531, 534-536 (7th Cir. 2008); *Gladish*, 536 F. 3d at 648-651.

98) Pazuniak, *supra* note 5, at 692.

99) 574 F. 3d 159, 160-163 (3rd Cir. 2009).

100) 304 Fed. Appx. 742, 743-746 (10th Cir. 2008).

要な証拠のレベルを決定するための明確な基準は確立していない¹⁰¹⁾といわれるのである。

2 この点に関して注目したい事例として次のようなものがある。まず、第6巡回区裁判所は、*Bailey*¹⁰²⁾において、被告人がインターネット上で連絡を取り合っていた未成年者と会うための手筈を整えていなかったとしても、同項に基づいて被告人を有罪とすることを認めた。すなわち、本件で提示された証拠からは、被告人が未成年者に対して自らと会うよう急ぎ立て、どのような性行為をすることを望んでいるかを示すためにイラストを伴った下品な言葉（graphic language）を用いて、インターネット上で連絡を取り合っていることが示されているとして、有罪が認められたのである。つまり、同裁判所は、同項の未遂としては、被告人が相手を説得しようという意思又は説得しようとする意思があったことが重要であるということから、被告人がインターネット上で未成年者と連絡を取り合っていたということのみを証拠として、同項の未遂が成立することを認め¹⁰³⁾るのであるといえる。

これに対して、第7巡回区裁判所は、一旦は、*Gladish*¹⁰⁴⁾において、14歳の女兒を装ったおとり捜査官とインターネット上のチャット・ルームでやり取りをし、実際に会うために移動する可能性を話し合っただけで、まだ会うための手筈を整える前に逮捕された被告人に対する同項の未遂に関する有罪の判断を覆している。すなわち、本件被告人は性的行為を連想させるようなわいせつな言葉は述べているが、これは、そのような行為を実現するためにどこかに出かけるといったことを意味しているわけではなく、また、相手方となっている未成年者とされる者に対して、自分と会うためにどこかへ呼び寄せるようなこともしていないなどとしたのである。

101) Pazuniak, *supra* note 5, at 692–693.

102) 228 F. 3d at 638–640.

103) *See Ibid.* at 639; Pazuniak, *supra* note 5, at 702.

104) 536 F. 3d at 648–651.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

しかし、その後、同裁判所は、*Zawada*¹⁰⁵⁾において、より明確に「具体的尺度基準」を持ち出し、どの時点で被告人はインターネット上の「チャット・ルームにおける単なる会話」から一線を越え、同項の未遂を構成することになるのかを判断している。すなわち、同項の未遂として有罪とし、処罰するためには、単なるインターネット上のチャット・ルームでの会話では不十分であるとし、より具体的な基準となり得るような行為が必要であるとした。そして、その例として、児童（と思われる者）と会うための手筈を整えること、実際に会う日時や場所に関して合意すること、ホテルを予約すること、プレゼントを買うこと、デートの場所へ移動すること等を列挙している。その上で、本件では、被告人は、未成年者を装った相手と会うための特定の日時や場所については触れていないが、*Gladish* の場合における具体性に乏しい、でたらめな (hot air) 会話に比べれば、より実質的に踏み込んだ“デート”のための比較的具体的な内容の会話をしているなどとして有罪を認めたのである。

3 *Bailey* や *Gladish*, *Zawada* といった事例を通して読み取れるのは、被告人は未成年者に対して違法な性的活動に従事するよう助長した (encouraged) のか、又は、勧誘した (invited) のかということが、同項の未遂処罰規定との関係で重要な意味のある判断基準になる、そして、このような行動が行われれば、同項の未遂として処罰することができるということである。実際に、*Bailey* や *Zawada* では、被告人は本質的には、未成年者と考えていた者との性的な出会いを求めて手筈を整え、相手方に行動を勧めているといえるが、*Gladish* ではそこまでの事実を認めることはできない¹⁰⁶⁾ のである。このような考え方は「助長行為基準 (encouragement standard)」と呼ばれているようであるが、これは、近時の事例においても肯定的に評価されており、連邦裁判所が採用している「実質的踏み出しテスト (substantial-step test)」という考え方にも合致する¹⁰⁷⁾ ものといえ

105) 552 F. 3d at 534–536.

106) Pazuniak, *supra* note 5, at 703–704 and 720.

107) *United States v. Manley*, 632 F. 2d 978, 987 (2d Cir. 1980); Pazuniak, *supra* note

る。

(二) 「実質的踏み出しテスト」との関係

1 被告人の行為が§ 2422(b)の未遂に達しているかどうかを判断するに当たって、*Gladish*や*Brand*などでは、「実質的踏み出しテスト」が採用されている¹⁰⁸⁾。ここでいう「実質的踏み出し」というのは、*United States v. Burks*¹⁰⁹⁾や*Manley*¹¹⁰⁾によると、現実的・実質的に犯罪を完成させる前に必要とされる最終的な行為には至っていないが、犯罪を行う前の単なる準備行為を超えた何らかの行為のことである。そして、行為者は「その内心に犯罪の遂行に向けた確固たる意思があることを明確に示す活動」に従事しなければならず、このような踏み出しによって、行為者が行

5, at 704. Pazuniakのこの論調は、「助長行為基準」が「実質的踏み出し」があったかどうかを判断するための有用な基準になり得るという趣旨ではないかと考えられる。Pazuniakは、「具体的尺度基準」というのは、もし§ 2422(b)の立法趣旨が、行為者自身が児童と性的行為を行うことを規制するということにあるのであれば、有益な基準となるが、同項の立法趣旨はそうではなく、児童に対して性的行為に従事するよう説得・勧誘等する行為を規制するところにある、とするならば、「具体的尺度基準」の方では不十分であると評価しているのであろうと考えられる。

108) *Gladish*, 536 F.3d at 648; *Brand*, 467 F.3d at 202. 他に、*United States v. Muentzes*, 316 Fed. Appx. 921, 923-925 (11th Cir. 2009) や *Thomas*, 410 F.3d at 1245 等参照。この考え方は、合衆国模範刑法典 (Model Penal Code: MPC) § 5.01(2) においても規定されているものであり、MPCの規定内容は、現在、未遂を処罰するための法令の中では比較的広く採用されている。See Samaha, Joel, *Criminal Law* (11th ed.), Belmont, CA: WADSWORTH CENGAGE Learning, 2014, pp. 266-267. なお、ヨシユア・前掲注11) 書596頁から601頁も参照。また、Christensen, Corey J., "Reforming Attempt Liability under 18 U.S.C. § 2422(B): An Insubstantial Step Back from *United States v. Rothenberg*," *Duke Law Journal*, Vol. 61, 2011, p. 716 は、未遂の処罰に関して検討する際にはこの基準が持つ意味の重要性を忘れてはならない旨を指摘する。

109) 135 F.3d 582, 583 (8th Cir. 1998).

110) 632 F.2d at 987-988.

った行為が犯罪であることが示される¹¹¹⁾ことになる。犯罪者が未遂として処罰されるためには、犯罪を完成させることを意図して、それに向けて、このような「実質的踏み出し」をしなければならない¹¹²⁾のである。

それでは、次に、この「実質的踏み出し」がなされたかどうかを判断するためにはどのような基準によるべきなのか。この点に関しては、一でも触れたように、同項の未遂処罰規定によって被告人を有罪とするためには、同項では、被告人自身が実際に未成年者との間で違法な性的活動に従事しようとする意思を持っていたことを示すことまでは要求されていない、むしろ、被告人は、未成年者を違法な性的活動に従事するよう説得しようとするなどの行為をただけで、同項に違反することになるということ念頭に置いておく必要があると考えられる。

まず、法解釈の視点から考えてみても、同項が規制しているのは、未成年者を違法な性的活動に従事するよう説得したり、勧誘したり、誘惑したり、強制する行為、又は、それらの行為をしようとするものであり、こうした行為は、これまでも多くの裁判所が、行為者自身が実際に未成年者との間での違法な性的活動に従事しようとする行為と慎重に区別してきたものである¹¹³⁾。すなわち、同項が犯罪化しているのは、行為者が実際に未成年者との間での違法な性的活動に従事すること、端的に言えば、未成年者と性行為をすることではなく—したがって、この場合、実際に未成年者との間で性行為をしたいという被告人の意思は直接には関係しない—、未成年者との会話を通して、未成年者を納得させて、未成年者本人が同意するというような精神状態に未成年者を導こうとする行為なのである¹¹⁴⁾。

111) *Root*, 296 F. 3d at 1228; *Farmer*, 251 F. 3d at 513; *Bogges*, *supra* note 1, at 912–913.

112) *Gladish*, 536 F. 3d at 648; *Brand*, 467 F. 3d at 202; *Burks*, 135 F. 3d at 583; *Pazuniak*, *supra* note 5, at 709.

113) *See Thomas*, 410 F. 3d at 1244; *Pazuniak*, *supra* note 5, at 704.

114) *United States v. Dwinells*, 508 F. 3d 63, 71 (1st Cir. 2007), *cert. denied*, 554 U.S. 922 (2008); *Pazuniak*, *supra* note 5, at 704–705; *Jeffress*, *supra* note 5, at 10–11. な

そして、立法の視点から考えた場合も、議会は同項を制定する際には、実際に未成年者と違法な性的活動をしようとする事と、未成年者を違法な性的活動に従事しようとする事と試みる事とは別の犯罪であるとして区別していた¹¹⁵⁾とされる。そして、同項制定の背景には、行為者が未成年者と性的な関係を持つようすることを規制するのみではなく、未成年者を違法な性的活動に従事させようとする事にもつながる、インターネット上でやり取りを持つことに焦点を当てて、この行為を別に犯罪化するという目的があった¹¹⁶⁾ものと考えられる。とするならば、同項に規定されている文言を素直に読む限り、実際に未成年者との間で違法な性的活動を行おうという意思が被告人の方で発露することまでは求められていない¹¹⁷⁾ということになる。逆に言えば、そのような意思の発露までを求めてしまえば、議会の意思に反することになる¹¹⁸⁾ということである。確かに、未成年者を性的活動に従事しようとする事と、説得した後でさらにそうした行為をするようにさせる意思との区別は困難かもしれないが、二つの意思は別々の異なったものであり、先にも触れたように、同項との関係では、議会は、未成年者と性的行為を行うこと自体ではなく、そうした行為を行うよう未成年者を説得し、又は、説得しようとする事を犯罪化することにしたのである。このような考え方によれば、同項に関連して未成年者を説得する意思には、被告人自身が未成年者と違法な性的活動をしようという意思やそうした意思が表示されることまでは必要とは

お、*Dwinells* に関しては、Rubin, Alexandra B., “Criminal Law — First Circuit Denies Double-Intent Requirement for Internet Enticement of Minors — *United States v. Dwinells*, 508 F. 3d 63 (1st Cir. 2007), *cert. denied*, 128 S. Ct. 2961 (2008),” *Suffolk University Law Review*, Vol. 42, 2009, p. 353 参照。

115) *See Bailey*, 228 F. 3d at 639.

116) Pazuniak, *supra* note 5, at 706.

117) *See United States v. Lee*, 603 F. 3d 904, 914 (11th Cir. 2010); *United States v. Yost*, 479 F. 3d 815, 819 & note 3 (11th Cir. 2007); *United States v. Murrell*, 368 F. 3d 1283, 1286 (11th Cir. 2004).

118) *See Rubin*, *supra* note 114, at 357 and *Ibid.* & note 36.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

されていない¹¹⁹⁾ということになる。

2 ところで、第7巡回区裁判所は、*Zawada*において、前述したように、§ 2422(b)による未遂処罰を証明する証拠があるかどうかを判断する基準として、「具体的尺度基準」を持ち出している。すなわち、同項の未遂として有罪を認めるためには、インターネット上のチャット・ルームにおける単なる会話では不十分であり、より具体的な基準となり得る行為が必要であるとし、その例として、児童（と思われている者）と実際に会う日時や場所に関して合意すること、ホテルを予約すること等を列挙している¹²⁰⁾。この点、*Pazuniak*は、このような具体例を挙げつつ「具体的尺度基準」を適用することは同項の誤った解釈を反映したものである¹²¹⁾とする。すなわち、特定の日時や場所を指定したり、ホテルを予約するというのは、未成年者と性的な目的を持って会いたいという意味を表しているとはいえるが、同項は、未成年者と性行為をしようという行為者の意思を規制しようとしているのではない。同項は、性行為をするよう未成年者を納得させようとする行為を犯罪化しようとしているのであって、こうした行為は、第7巡回区裁判所が挙げた先のような具体例や手順を踏まずとも、インターネット上のやり取りのみを通して達成することができるというのである。同項の立法趣旨はどこにあるのかということを検討した上で、議会は、児童を説得しようとする行為は、自分自身が児童と性行為をするという行為とは別のものであると考えていたという前提に立つならば、こうした主張にも一理あると考えられる。

むしろ、ここでは、同項が、未成年者を違法な性的活動に従事するよう

119) *See Pazuniak, supra* note 5, at 707.

120) 552 F. 3d at 534. 一方、約束した場所へ向けて移動を開始することやそうした明確な計画を立てることまでは有罪の立証には必要ではないとする事例もある。*See Lee*, 603 F. 3d at 915; *Yost*, 479 F. 3d at 820; *Thomas*, 410 F. 3d at 1246. さらに、*Rothenberg*, 610 F. 3d at 624-628 は、相手と会うための手筈を整えるなどしていない場合でも被告人の有罪を認めている。

121) *See Pazuniak, supra* note 5, at 708-709.

説得しようとするなどの行為を規制することを念頭に置いていることを考えると、被告人は、未成年者と考えている者に対して違法な性的活動に従事するよう助長したり、勧誘したりしたのかというような意味での「実質的踏み出し」があったのかどうかということの方が重要であると思われる。実際に、*Gladish* では、被告人は未成年者とされる者に対してどこかに呼び寄せるような勧誘はしていないし、自身が未成年者を訪ねることも示唆していない¹²²⁾のであるが、これに対して、*Zawada* においては、性行為に至るであろうことを示唆しながら、本質的には未成年者とされる者を“デート”に誘っている¹²³⁾のである。これら二つの事例を分ける大きな相違点は、被告人が未成年者とされる者を助長・勧誘等しているかどうかというところにある¹²⁴⁾。また、第10巡回区裁判所による *Sheridan*¹²⁵⁾ は、未成年者とされる者と会うための手筈は整えていないにも拘らず、性的な内容に関する会話はそれだけで未成年者を説得等しようとしたことの証拠になるとして、被告人の有罪が認められた事例であるが、本件においても、被告人が未成年者とされる者を違法な性的活動に従事するよう助長・勧誘しているかどうかに関する証拠が判決を導く際の決定的な要因を構成している¹²⁶⁾と考えられる。

(三) 若干の検討

1 § 2422(b) の未遂処罰規定の適用範囲を限定する際に重要なのは、行為者に「実質的踏み出し」があったと認められるかどうかにあると考えられる。その場合、第7巡回区裁判所が採用している「具体的尺度基準」ではすでに(-)でも触れたように、解釈の仕方に違いが生じてしまい、必ずしも適切な基準であるとは言い難いところがある。この点で効力を発揮で

122) 536 F. 3d at 650.

123) 552 F. 3d at 534-535.

124) Pazuniak, *supra* note 5, at 712.

125) 304 Fed. Appx. at 744-746.

126) Pazuniak, *supra* note 5, at 712.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

きると考えられるのが、Pazuniak が提唱する、行為者が何らかの助長・勧誘するような行為を行っているかどうかという「助長行為基準」なのである。

また、近時の理解の仕方としては、インターネット上で児童とチャット行為を行った、ならば、これによって「実質的踏み出し」があったと認められるというように判断する流れ・流行のようなものができてしまっているが、これでは法制度上、悪い思想を抱くことが犯罪化されるのと同じである¹²⁷⁾と、また、こうした広汎に過ぎる法解釈は「実質的踏み出しテスト」の効能を稀薄なものにしてしまう可能性があり、したがって、明確な非難可能性を備えていない者が処罰されてしまう危険が高まる¹²⁸⁾といった指摘もある。この点、「助長行為基準」によれば、児童に対する危険というものを具体的に把握することは不可能ではなくなり、処罰されるべきではない者が処罰されてしまうというような事態を避けることができるのではないかと考えられる。

2 ただし、近時のいくつかの事例においては、同項の未遂処罰規定を適用する際の判断基準となる「実質的踏み出し」の内容の解釈が緩やかに過ぎるようになってきている¹²⁹⁾という指摘があることに注意する必要があると思われる。例えば、第11巡回区裁判所が判示した *Rothenberg*¹³⁰⁾ の場合、本件において同項の未遂処罰との関係で争われたのは、被告人がインターネット上のチャット・ルームにおいて、①19歳の男性に対して、16歳の弟との間での性的行為のやり方を指南したこと、及び、②離婚後、2人の息子を養育している30歳の男性に対して、息子たちとの間での性的行

127) See Schottenfeld, *supra* note 3, at 383. 続けて、*Ibid.* は、インターネットを利用したおとり捜査の場合には、行為者が未成年者と思っている者と会うための手筈を整えるなどの行為を行ってはじめて「実質的踏み出し」があったと認めることができるとする。

128) Christensen, *supra* note 108, at 699.

129) *Ibid.* at 728.

130) 610 F. 3d at 624–626.

為のやり方を指南したことが、ここでいう「実質的踏み出し」に該当するのかどうかということであった。本件においては、被告人は自らが違法な性行為に従事したいということも、チャットの相手方となっていた男性やその家族と会いたいという意味も伝えてはいなかった。つまり、本件の争点は、端的に言えば、成人同士の間でインターネット上のチャット行為が行われただけで、被告人によるそれ以上の行為は何ら行われていなかった場合であっても、§ 2422(b)の未遂処罰につながる「実質的踏み出し」があったと認められるのかどうかということである。これに対して、第11巡回区裁判所は、他の事例にも言及しながら「実質的踏み出し」が認められるとした¹³¹⁾のである。

この点に関して、Christensenは、本判決は、これまでの先例が適用してきたルールや考え方をより拡大し、誤った理解をしている、そして、議会の立法趣旨に反している¹³²⁾などと批判的に評価している。例えば、本判決は、Murrellを引用して、同項の未遂においてその本質となるのは、被告人が未成年者と信じている者を誘惑しようとすることであり、実際に未成年者との間で性的活動に従事することではない¹³³⁾とする。さらに、YostやLeeを引用して、インターネットに代表される通信手段を利用して性的な誘惑に関する会話をすることは、他に何らかの行為がなされなくても、同項の未遂に向けられた「実質的踏み出し」を構成している¹³⁴⁾とする。しかし、Rothenbergで争点とされている行為は、YostやLeeで当該被告人が行った行為とは違う種類のものであるといえる¹³⁵⁾。ここで注意すべきは、①性的に露骨な被告人の発言は、被告人が未成年者と考えている者に対して直接なされたものなのか、それとも、別の第三者である成人に

131) *Ibid.* at 626–628.

132) Christensen, *supra* note 108, at 708–722.

133) *Rothenberg*, 610 F. 3d at 626; *Murrell*, 368 F. 3d at 1286.

134) *Rothenberg*, 610 F. 3d at 626; *Yost*, 479 F. 3d at 819–820; *Lee*, 603 F. 3d at 913–919.

135) Christensen, *supra* note 108, at 708.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

対してなされたものなのか、②被告人は会話の相手方と会うための計画を立てたのかどうか、③被告人は相手方を説得・誘惑等するために他に何か公然とした行為をしたのか、④被告人は自分自身が違法な性的活動に従事したいという意思を持っていたのかどうかなどであると考えられる¹³⁶⁾。そして、*Yost* では、被告人は、未成年者と考えていた者と直接会話をしているし、自分が未成年者と行いたいと考えている性行為について述べたメッセージを送ったり、実際に相手と会うための計画も立てている、そして、相手と会うということは自分自身が性的活動に従事したいという意思を表したものと見える¹³⁷⁾。また、*Lee* でも、被告人は相手と会うための計画こそ立ててはいないが、未成年者の母親と信じていた者に対して、自分の性器が写った画像を送ったり、未成年者が写った画像を要求している¹³⁸⁾。言ってみれば、*Yost* にしろ *Lee* にしろ、どちらも被告人が行った性的誘惑に関する会話等に基づいて、被告人の有罪が認められている¹³⁹⁾のである。これに対して、*Rothenberg* の場合、被告人はチャットの相手方やその家族と会うための計画を立てているわけでもなく、そのようにしたいということを示唆しているわけでもない。また、チャットでの会話の他に相手を説得・誘惑するための公然とした行為をしているわけでもない、そして、特筆すべきは、本件の場合、*Yost* や *Lee* とは異なり、被告人は他の成人に違法な性的活動を勧めてはいるが、自分自身が違法な性的活動に従事したいというようなことは伝えていない¹⁴⁰⁾ということである。

また、同項の立法経緯を見ると、同項は、インターネット上で児童をつけ回す小児性愛者を規制することに主眼がある¹⁴¹⁾。そして、性犯罪者と

136) *Ibid.* at 708–709.

137) *Yost*, 479 F. 3d at 816–818 and 819–820; Christensen, *supra* note 108, at 709.

138) *Lee*, 603 F. 3d at 908–912.

139) Christensen, *supra* note 108, at 709–710.

140) See *Rothenberg*, 610 F. 3d at 624–625; Christensen, *supra* note 108, at 710.

141) H.R. Report, No. 105–557, *Child Protection and Sexual Predator Punishment Act of 1998*, 1998, p.12.

未成年者(と思われる者)との間で行われる直接的なやり取りを規制の対象として念頭に置いており、成人と成人との間で行われた会話のみを根拠として処罰することを目的としているのではない¹⁴²⁾と考えられる。こうしたことから、議会は、果たして、成人同士の間で違法な性的活動に関する会話はしたが、それ以上の行為はしていない場合でも、その被告人を処罰するというような意思を持って同項の文言を起草したのかという疑問が生ずる¹⁴³⁾とされている。もともと同項の未遂処罰において要求される「実質的踏み出し」の基本的な機能・役割は、法執行機関の活動によって、犯罪の発生を防止し、社会公共の安全を維持するという社会全体の利益と、誰かを殺害したいと考えただけで処罰されることがあってはならないというように、処罰するための要件が完全に揃っていない犯罪によって人が処罰されることを回避するという我々個人間の利益との間でのバランスを図ることにある¹⁴⁴⁾。そして、処罰するための要件として、例えば、違法な性的活動に関連する重大な害悪を引き起こしたのかどうかという観点から考えてみると、少なくとも *Rothenberg* の場合には、被告人は、自分自身が違法な性的活動に従事したいということは示しておらず、社会に対する「真の脅威」といえるほどのものは引き起こしてはいないように考えられる¹⁴⁵⁾。その上で、Christensen は、*Gladish* の考え方を引用しつつ、わいせつな言論や会話であったとしても、それがなされただけで、ここでいう「実質的踏み出し」がなされたと評価されるのであれば、「真の脅威」を与える者とそうではない者とを区別する点で重要な機能を果たす、この基準が要求される意味が無になってしまう¹⁴⁶⁾とする。

3 合衆国では、成人のポルノの場合と児童ポルノの場合の取り扱いは

142) Christensen, *supra* note 108, at 710 and 712. なお, Jeffress, *supra* note 5, at 6 参照。

143) Christensen, *supra* note 108, at 712.

144) *Gladish*, 536 F. 3d at 648; Christensen, *supra* note 108, at 716.

145) *Ibid.* at 717–718.

146) *See Ibid.* at 722. なお, *Gladish*, 536 F. 3d at 650 参照。

必ずしも同一ではない¹⁴⁷⁾が、これと同様に、成人同士の間で行われる性的行為に関するやり取りと児童が関与している場合のそれとは別に扱うべきことが考えられる。Christensen は、§ 2422(b) の未遂処罰との関係で

147) 例えば、*Miller v. California*, 413 U.S. 15, 18-37 (1973) の考え方によると、法的に見てわいせつ性を伴っていない成人のポルノの場合は第1修正によって保護される対象に含まれるということになろうが、一方で、*New York v. Ferber*, 458 U.S. 747, 756-766 (1982) の考え方では、児童ポルノの場合には、*Miller* で提示された、わいせつ性の概念に合致しない場合であっても同修正による保護の範囲外にあるということになる。See *Black's Law Dictionary*, *supra* note 39, at 1349; Ides, Allan, Christopher N. May and Simona Grossi, *Examples & Explanations: Constitutional Law: Individual Rights* (7th ed.), Frederick, MD: Wolters Kluwer, 2016, pp. 387-389 and pp. 391-399; Bustamante, Diane, "Florida Joins the Fight against Revenge Porn: Analysis of Florida's New Anti-Revenge Porn Law," *FIU Law Review*, Vol. 12, 2017, p. 374; Cohen, Alix Iris, "Nonconsensual Pornography and the First Amendment: A Case for a New Unprotected Category of Speech," *University of Miami Law Review*, Vol. 70, 2015, p. 312; Baer, Merritt, "Who Is the Witness to an Internet Crime: The Confrontation Clause, Digital Forensics, and Child Pornography," *Santa Clara High Technology Law Journal*, Vol. 30, 2013, p. 41. また、樋口範雄『アメリカ憲法【アメリカ法ベーシックス10】』弘文堂(2011年)368頁、三島聡『性表現の刑事規制—アメリカ合衆国における規制の歴史的考察 [大阪市立大学法学叢書] (58)』有斐閣(2008年)201頁から221頁及び235頁から237頁等参照。そして、法的に児童ポルノと評価される画像であるためには、性的活動に従事している児童を被写体としている必要はなく、性的なことを連想させる児童の裸体の画像であれば足りるとされる。See The United States Department of Justice, Child Exploitation and Obscenity Section, *Citizen's Guide to U.S. Federal Law on Child Pornography*, <https://www.justice.gov/criminal-ceos/citizens-guide-us-federal-law-child-pornography> (同)。そもそも児童ポルノというのは、それが現実に児童に与える害悪は表現の自由によって保護される利益を凌駕していることを踏まえて、同修正による保護の対象とはされておらず、一片の社会的・芸術的な価値も伴っていないことから、わいせつな物と評価され、合衆国ではあらゆる法域で規制の対象とされている。See *Ferber*, 458 U.S. at 763-764; Driscoll, Sarah E., "Revenge Porn: Chivalry Prevails as Legislation Protects Damsels in Distress over Freedom of Speech," *Roger Williams University Law Review*, Vol. 21, 2016, pp. 87-88.

「実質的踏み出し」の基準が緩やかになってきていることを問題視し、その改善のための施策として、成人同士の間で行われるやり取りの場合にはここでいう「実質的踏み出し」は構成しないというように解釈を改めた上で、基準を厳格にすべきである¹⁴⁸⁾などの提案をしている。このように、規制の対象や範囲を場合分け・細分化し、より厳密にするという手法は適正な法執行を実現するという視点からは重要であると思われる。

三 18 U.S.C. § 2422(b) とサイバーセックスの規制

「助長行為基準」というのは、§ 2422(b)の未遂処罰に関する事例において、裁判所が事案の内容を評価・判断する際の有益な基準を提示していると考えられるが、議会在同項を制定する際に標的としていたすべての害悪に対して有効に対処し得るというわけではない。例えば、近時、合衆国では、インターネットを通して未成年者との間で行われるサイバーセックスというものが問題になっている¹⁴⁹⁾ということである。児童を適切に保護するという観点からはこのような行為も厳格に規制する必要があると考えられるが、サイバーセックスはそもそも同項の規制対象範囲には含まれていないために、この基準をもってしても規制することは困難なのである。そのため、性犯罪者は、未成年者を違法な性的活動に従事するよう助長したり、又は、勧誘したりしなければ、インターネットを通して性的に露骨な内容を含む会話を行うことができるということになる。実際、未成年者とのサイバーセックスを規制する方向で同項を解釈することには消極的であるように見える裁判所もある。例えば、*Joseph*¹⁵⁰⁾において、第2巡回区裁判所は、サイバーセックスというのは、インターネットを通してわいせつな事柄をやり取りするもので、性的活動がより魅力的なものであることを示すための行為に過ぎないなどとして、別に18 U.S.C. § 1470に違反す

148) Christensen, *supra* note 108, at 722-728.

149) See Pazuniak, *supra* note 5, at 693 and 715.

150) 542 F. 3d at 18-22.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制
可能性があることは留保しつつ¹⁵¹⁾も、§ 2422(b)の規制対象にはサイバ
ーセックスは含まれないとしている。

この§ 1470というのは、「1998年児童保護及び性的略奪者処罰法（Child Protection and Sexual Predator Punishment Act of 1998）」（プロテクション法）に合わせて新たに制定されたもの（同法によって§ 2422(b)も一部改正されている）で、「インターネット等の通信手段を用いて、16歳に達していない者に対して、故意にわいせつな物を送付するなどの行為をした者は、罰金若しくは10年以下の拘禁刑を科す、又は、これらを併科する」旨が規定されている。同条は、性犯罪者が、未成年者が性的な目的を持った出会いに関心をもちやすくなるよう惹きつけるために、彼らに児童ポルノを含むわいせつ物（obscene material）を送付する行為を禁止することを目的としたものである¹⁵²⁾。インターネットを利用している性犯罪者というのは、未成年者が抱いている性的な目的を持った出会いに対する抵抗感を和らげ、ある種の性行為を一般的な普通のものとして認識させるために彼らに児童ポルノ画像を送っている¹⁵³⁾とされる。これと同様に、彼らは、サイバセックスについても、未成年者との関係を性的な内容を含んだものとして築き上げ、最終的には未成年者に対する性的虐待に至るような、性的な目的を持った出会いへと児童を「おびき寄せる（grooming）」ために利用している¹⁵⁴⁾のである。そうは言っても、先に触れたように、§ 1470は児童ポルノその他のわいせつ物を児童に送付する行為を禁止することを主眼としているため、このような立法の経緯に鑑みれば、インターネットを利用した児童とのサイバセックスはやはり同条の規制範囲には含まれ

151) *Ibid.* at 18 & note 4 は、16歳に満たない者に対してインターネットを通して「わいせつな物（obscene matter）」を送付するサイバセックス行為・会話は同条に違反する可能性があることを示唆している。

152) *See* 144 Cong. Rec. H10566, 10571–10572 (statement of Rep. Hastings); Pazuniak, *supra* note 5, at 715–716.

153) *See* 144 Cong. Rec. H4491, 4491 (statement of Rep. McCollum).

154) *See Brand*, 467 F. 3d at 203; Pazuniak, *supra* note 5, at 716.

ないということになる¹⁵⁵⁾。

しかし、未成年者との間で行われるサイバーセックスというのは、議会が § 2422(b) によって防止しようとしていた危険性と同じ危険性を生み出すのであり、裁判所は、同項によって未成年者とのサイバーセックスを規制できるような解釈を行う必要がある¹⁵⁶⁾。例えば、裁判所が同項の「誘惑する」という文言に関して、未成年者に対して違法な性的活動を「より魅力的に見せる (more appealing)」ような行為を含むようにその解釈を拡大することが考えられる¹⁵⁷⁾。いくつかの事例では、裁判所は、この「誘惑する」という文言を、性的な目的を持った犯罪者と出会う機会をより魅力的に見せるための言動を含むように解釈することに前向きな姿勢も示している。例えば、*United States v. Barlow*¹⁵⁸⁾では、被告人は、14歳と称していた相手(実際にはおとり捜査に関与していた既婚の中年女性)に対してモデルとしての仕事を提供する他、わがままも許し、女王様のように扱うなどと約束していたのであるが、第5巡回区裁判所は、1年間に亘ってインターネット上で続けられたこうしたやり取りは、被告人が未成年者と信じていた者を違法な性的活動に従事するよう説得することに向けて、「実質的踏み出し」を見せたことの十分な証拠となっているとしているのである。なお、*Gladish*において、第7巡回区裁判所は、§ 2422(b) に関しては被告人の有罪を覆しているのであるが、同裁判所がこの文言について、違法な性的活動を「より魅力的に見せる」ような行為も含むというような解釈をとっていたならば、本件の場合、被告人はわいせつな言葉を使用するなどして、自分が行いたいと考えていた性行為の内容等について述べているのであるから、性的な目的を持った出会いの機会を未成年者に対してより魅力的に見せようとしているといえ、有罪は維持されていたとも

155) *Ibid.*

156) *Ibid.* at 715.

157) *Ibid.* at 693, 715, 717 and 721.

158) 568 F. 3d 215, 217–221 (5th Cir. 2009). 他に、*United States v. Munro*, 394 F. 3d 865, 869–870 (10th Cir. 2005) や *Dwinells*, 508 F. 3d at 72–74 参照。

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

考えられる¹⁵⁹⁾と評価されている。

このように「誘惑する」という文言の意味を拡大して解釈することによって、捜査機関はインターネット上で行われている性犯罪者と児童との間のやり取りに早い段階から介入することができるようになり、性犯罪者が児童と会うための手筈を整えてしまうという危険な事態に至る可能性を低下させることができるのである。捜査機関による対応が早ければ早いほど、インターネット上で性犯罪者とやり取りを続けている児童の保護はより確実なものになる¹⁶⁰⁾と考えられる。

四 今後の課題

本稿では、インターネットを利用した児童に対する誘惑行為を取り上げたが、他にも、児童を取り巻く問題には様々なものがある。インターネットに関連したものだけを考えてみても、本来、こうした児童に対する誘惑行為は連邦及び州ともに統一的に規制されるべきであると考えられる¹⁶¹⁾が、その規制の仕方が実は区々であるということである。すなわち、連邦の場合には、§ 2422(b)によって、こうした誘惑行為は重罪として位置づけられ、罰金の他、10年以上の拘禁刑から終身刑までが規定されている。しかし、州における同種の規定では、法定刑は1年以下 (less than) であるところがあったり、軽罪として位置づけられるところがあるなど、§ 2422(b) に比べると遥かに軽くなっている場合がある¹⁶²⁾。この点について

159) Pazuniak, *supra* note 5, at 718.

160) *Ibid.* at 719 and 720. 他に、Lovejoy, *supra* note 5, at 350-354 は、新たにインターネットを利用した性的暴行 (Online Sexual Assault) という犯罪類型を設けた上での規制を一つの策として具体的に条文形式で提案している。

161) *See American Civil Liberties Union v. Johnson*, 194 F. 3d 1149, 1162 (10th Cir. 1999).

162) Jacobs, Elana T., "Online Sexual Solicitation of Minors: An Analysis of the Average Predator, His Victims, What Is Being Done and Can Be Done to Decrease Occurrences of Victimization," *Cardozo Public Law, Policy, and Ethics Journal*,

ては、児童本人を含めて人々の関心を高めるためにも、こうしたインターネットを利用した児童に対する誘惑行為が問題となった事例を集め、それを基にして、有罪が認められた者に対する法的な対応が妥当なものになるよう、法改正が行われてしかるべきであろう¹⁶³⁾。事案の内容に沿うように重罰化することは一定の抑止策につながると考えられる。また、こうした事例に関して広く一般社会に知らしめることで社会全体の関心も高まるであろうし、その予防策が追究されることになる。そして、何よりも行為者自身がこうした行為を継続することはできないという意識を持つようになる¹⁶⁴⁾と期待される¹⁶⁴⁾のである。

次に、児童の方は、インターネットのような通信技術の進歩にもついていけるが、保護者等の方はそれほどの知識もなく、インターネット特有の略語や言い回しにも疎いために、インターネットを利用した誘惑行為から児童を保護するという点ではどうしても無力になってしまい、その対策も後手に回ってしまう¹⁶⁵⁾ということである。この点では、捜査に従事する

Vol. 10, 2012, p. 526 and pp. 529–533. 例えば、ノース・ダコタ州の N.D. Cent. Code Ann. § 12.1–20–05.1 やオレゴン州の Or. Rev. Stat. Ann. § 163.435(2) 等では軽罪とされている。また、ミネソタ州の Minn. Stat. Ann. § 609.352(4) 等では、拘禁刑の他に選択刑又は併科刑として5,000ドル以下の罰金刑が規定されている。そこで、*Ibid.* at 533–537 は、①このように州ごとに異なった区々の法制では効果の程は明らかではなく、②インターネットを利用して児童を誘惑するような忌むべき行為に対しては軽い刑罰では不十分である、③犯罪の内容に合致するように、各州の法制は、その量刑ガイドラインも含めて、連邦の法制と歩調を合わせてより重罰化されるべきであるなどと主張する。なお、Klever, Laura M., “Reinvigorated Judicial Discretion after *Booker*: Burden or Boon to Sexual Exploitation Offenders?,” *The Journal of Gender, Race & Justice*, Vol. 11, 2007, p. 104 参照。

163) Yamagami, *supra* note 2, at 575–576 は、刑罰を重くし、施設に収容される期間が長くなれば、それだけ性犯罪者が児童に対する誘惑行為について考える時間が増えるであろうとして、重罰化の必要性を指摘している。

164) Jacobs, *supra* note 162, at 533–537.

165) See Marcelo, Sheila Lirio, ‘It’s Like Inviting Pedophiles into Your Home’ — *Internet Safety Alert for Parents*, p. 2, <http://www.huffingtonpost.com/sheila-lirio>

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

者は、性犯罪者が児童を誘惑するために利用するインターネット上の様々なツールやサービスの発達に絶えず注意し、知識を蓄積していくと同時に、児童が関心を持っている最新のサイトやサービスについての情報も収集しておく必要があろう¹⁶⁶⁾。そして、児童ポルノやインターネットを利用した児童に対する誘惑行為というのは、それが、複雑な技術の進歩等も含めて難しい問題を抱えているが故に、単に一つの機関のみならず、捜査機関はもとより、インターネット・プロバイダに代表されるインターネット関係者や教育関係者、民間の機関や団体、そして、何よりも児童の家族等、様々な立場にある者が緊密に連携する必要がある¹⁶⁷⁾。

さらには、近時、インターネット上のクラウド (cloud) と呼ばれる共有スペース・サービスを利用した形での児童ポルノの共有といったことも問題となっているようである¹⁶⁸⁾。すなわち、このサービスを利用すれば、

marcelo/its-like-inviting-pedophi_b_458213.html (同); O'Leary, Robert J. and Robert D'Ovidio, *Online Sexual Exploitation of Children*, p. 5, <http://www.nga.org/files/live/sites/NGA/files/pdf/0703ONLINECHILD.PDF> (同); Book, *supra* note 93, at 753; Jacobs, *supra* note 162, at 511-512. また、この種の性犯罪者というのは、一般に法的知識も豊富で、判例にも精通していると指摘されている。See Karp, *supra* note 78.

166) O'Leary, *supra* note 165, at 9. なお、Yamagami, *supra* note 2, at 576 参照。

167) See U.S. Department of Justice, *The National Strategy for Child Exploitation Prevention and Interdiction: A Report to Congress*, 2010, p. 137; Yamagami, *supra* note 2, at 576-577. インターネットを利用した誘惑行為から児童を保護するために、実際に公的機関等によって展開されている様々な方策については、Jacobs, *supra* note 162, at 513 以下に詳しい。

168) Mell, Peter and Timothy Grance, *The NIST Definition of Cloud Computing: Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, National Institute of Standards and Technology, U.S. Department of Commerce, Special Publication 800-145, 2011, p. 2, <http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-145/SP800-145.pdf> (同); Rogers, Audrey, "From Peer-to-Peer Networks to Cloud Computing: How Technology is Redefining Child Pornography Laws," *St. John's Law Review*, Vol. 87, 2013, pp. 1032-1033; Miller, Claire Cain, "Dropbox Bids to Find Entry in Businesses," *The New York Times*, Oct. 28, 2011, at B10; "Cloud

利用者は自らのパソコンに児童ポルノ画像をダウンロードする必要はなく、この共有スペースに保管しておくことができる。そして、いつでも、どのパソコンからでも、自らのIDでログインすれば、そのクラウド・スペースにアクセスすることができる。また、本人以外の者であっても、本人の許可があれば、そのスペースにアクセスすることができるというのである。こうしたサービスが適切に利用される分には問題はないが、これが児童ポルノ画像の保管に利用されているというのであれば、将来的には早急に何らかの規制を行う必要が生じよう。

他にも、児童虐待に関連した問題として、児童虐待を行う者や児童ポルノを製造する者というのは、児童とは全く関係のない、見ず知らずの者であると思われがちであるが、実際には、必ずしもそうではなく、児童の親や近親者、あるいは顔見知りの者によって行われる場合も多いということ、さらには、成人の者によってのみではなく、虐待される児童と同じ年代の未成年者によって行われることも多い¹⁶⁹⁾といったことにも注意する必要があるだろう。

おわりに

18 U.S.C. § 2422(b) を解釈する際には、同項が制定されるに至った立法目的、すなわち、性犯罪者がインターネットを利用して、児童を危険な性的行為に誘惑することを禁止する、そして、児童にとってインターネットの世界をより安全なものにするということがまず最初に考えられなければならない。ここで重要な基準となるのが、行為者は、児童に対して違法な性的活動に従事するよう助長したのか、又は、勧誘したのかということである。

Computing: Clash of the Clouds,” *The Economist*, Oct. 15, 2009, <http://www.economist.com/node/14637206> (同).

169) Hamilton, Melissa, “The Child Pornography Crusade and Its Net-Widening Effect,” *Cardozo Law Review*, Vol. 33, 2012, pp. 1717–1718; Schottenfeld, *supra* note 3, at 370 and 384.

インターネットを利用した児童に対する誘惑行為の未遂段階での規制

ある。このような「助長行為基準」というものによって、裁判所は、被告人は児童に対して違法な性的活動に従事するよう説得等しようとしたとして、同項の未遂を認め、被告人が有罪であることを支持するに足りる十分な証拠があるかどうかを的確に判断できる。ひいては、同項の立法目的を実現することができるのである。サイバーセックスとの関係では、同項にいう「誘惑する」という文言について、児童に対して違法な性的活動を「より魅力的に見せる」ような行為も含むというようにより広く解釈することが望まれよう¹⁷⁰⁾。仮に、このように広く解釈した場合であっても、同項を適用するには、当然、故意が必要とされ、これによって適用範囲は限定されるために第1修正が保障する表現の自由に抵触するとは考えられない¹⁷¹⁾のである。

こうした表現の自由の他、デュー・プロセスの権利に代表される、憲法で保障された個人の自由や権利が不当に侵害されることがないように、法が厳格に遵守されるべきは当然である¹⁷²⁾が、一方で、インターネットを利用して児童を誘惑し、大きな害悪をもたらしている性犯罪者に対して、厳格に法を適用・執行し、処罰するということは社会全体が一丸となって最優先で取り組むべき問題である¹⁷³⁾。

170) Pazuniak, *supra* note 5, at 693 and 720–721.

171) *United States v. Dhingra*, No. 03–10001, 2004 U.S. App. LEXIS 15288, at 9–13 (9th Cir. June 8, 2004); *United States v. Panfil*, 338 F.3d 1299, 1300–1304 (11th Cir. 2003). 憲法との関係で検討しておくべき事柄に関しては、例えば、Lovejoy, *supra* note 5, at 336–348 参照。

172) See Schottenfeld, *supra* note 3, at 361.

173) See Yamagami, *supra* note 2, at 577; Rubin, *supra* note 114, at 359.