

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究16

コンピュータグラフィックス (CG) で作成  
した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」  
に該当するとされた事例

(東京地裁平成28年3月15日判決 2016WLJPCA03156003)

刑事判例研究会  
上 田 正 基\*

【事案の概要】

本件被告人は、コンピュータグラフィックス (以下、「CG」という) 集「聖少女伝説」及び「聖少女伝説2」(以下、両方を併せて「本件CG集」という) に収録されている、女性の裸体等を描写したCG画像データを作成し、b株式会社が管理するサーバーコンピュータに本件CG集の各画像を送信して、記憶、蔵置させるとともに、インターネット通信販売サイト運営会社株式会社aに本件CG集の販売を委託した。同サイトからは、不特定の者が本件CG集を購入し、インターネットを通じて同人ら使用のパーソナルコンピュータのハードディスク内に本件CG集をダウンロードした。

以上の事実を前提として、検察官は、本件CG集に収録された34点(聖少女伝説に係る画像18点、聖少女伝説2に係る画像16点)の画像(以下、「本件CG」という)について、それらを描写する基となった写真があり、その写

---

\* うえだ・まさき 京都大学大学院法学研究科一般特定助教

コンピュータグラフィックス (CG) で作成した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」に該当するとされた事例 (上田)

真を収録した写真集等の存在から、同写真の被写体が実在しており、当該被写体となっている女性は18歳未満であるから、本件 CG は、18歳未満の実在する女性を描写したものであるとし、したがって、本件 CG 画像データが記録されたハードディスクが児童買春、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 (平成26年法律第79号による改正前。以下、「児童ポルノ法」という) 2条3項柱書 (現行法も同じ) の「電磁的記録 (電子的方式、磁気的方式その他人の知覚によっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう。以下同じ。)に係る記録媒体」に当たり、本件 CG の画像データが同法7条4項後段 (現行法7条6項) の「電気通信回線を通じて第2条第3項各号のいずれか (本件では3号) に掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録」に当たると主張し、製造 (7条5項、現行法7条7項) 及び不特定多数の者への提供 (7条4項) を理由として被告人を起訴した (「聖少女伝説」に係る画像18点については後者のみ)。

本件の期日間整理手続において争点は、① 本件 CG と検察官がその基となったと主張する写真 (以下、「素材写真」<sup>1)</sup> という) とが同一であるか否か (同一性)<sup>2)</sup> 及び本件 CG の女性 (以下、「CG 女性」という) が実在したか否か (実在性)、② CG 女性が18歳未満であるか否か (児童性)、③ 本件 CG が「性欲を興奮させ又は刺激する」(2条3項3号) ものか否か、④ 被告人が株式会社 a (従業員) を利用した間接正犯として児童ポルノ法7条4項の「提供」を行なったと評価することができるのか否か、⑤ 本件において、児童ポルノ製造罪又は児童ポルノ提供罪が成立するには、本件

---

1) 被告人が、一人の CG 女性を描くにあたり、必ずしも一つの素材写真に基づいて作成されたレイヤーのみを CG 女性の身体全体にわたって使用しないし利用しているわけではなく、相当数の CG 女性の作成において、素材写真以外の写真を利用するなどして、本件 CG を作成していることから、本評釈ではこのように呼称する。

2) 本件では、写真の複写ではなく、あくまでも CG が問題となっているから、厳密な意味での同一性が問題となっているわけではない。

CGの基となった写真の被写体の女性が、製造行為時あるいは提供行為時に18歳未満である必要があるか否か、⑥ 本件において、児童ポルノ製造罪又は児童ポルノ提供罪が成立するには、同被写体の女性が、児童ポルノ法施行日に18歳未満であったことを要するか否か、であると確認されている。

### 【判決要旨】<sup>3)</sup>

画像3点につき有罪(懲役1年及び罰金30万円、懲役刑につき3年間の執行猶予)

#### 1 CG画像データに係る記録媒体の「児童ポルノ」該当性等

まず裁判所は、そもそも写真ではなく、CGで作成された画像データに係る記録媒体であっても同法2条3項の「児童ポルノ」に当たるか否か、また、本件CGの画像データが同法7条4項後段の「電磁的記録」に当たるか否か、そして、それが、実在の児童を直接見ながら描かれたものではなく、写真を基に描かれたものであってもそれらに当たり得るか否かを検討している。

##### (1) 法の目的

該当性の検討の前提として、児童ポルノ法の目的について、「18歳未満の者である『児童』に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護すること〔中略〕(同法1条)」であるとし、同法7条の趣旨について、「児童ポルノに描写された児童の

---

3) 児童ポルノ該当性に関する故意及び間接正犯の成否に関する判示部分については省略する。

コンピュータグラフィックス (CG) で作成した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」に該当するとされた事例 (上田)

心身に有害な影響を及ぼし続けるだけでなく、このような行為が社会に広がるときには、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長することになるとともに、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長にも重大な影響を与えるため、児童ポルノを製造、提供するなどの行為を処罰するものである」としている。

## (2) 該当性判断基準

このような児童ポルノ法の目的や同法7条の趣旨に照らして、「同法2条3項柱書及び同法7条の『児童の姿態』とは実在の児童の姿態をいい、実在しない児童の姿態は含まないものと解すべきであるが、被写体の全体的な構図、CGの作成経緯や動機、作成方法等を踏まえつつ、特に、被写体の顔立ちや、性器等(性器、肛門又は乳首)、胸部又は臀部といった児童の権利擁護の観点からしても重要な部位において、当該CGに記録された姿態が、一般人からみて、架空の児童の姿態ではなく、実在の児童の姿態を忠実に描写したものであると認識できる場合には、実在の児童とCGで描かれた児童とが同一である(同一性を有する)と判断でき、そのような意味で同一と判断できるCGの画像データに係る記録媒体については、同法2条3項にいう『児童ポルノ』あるいは同法7条4項後段の『電磁的記録』として処罰の対象」となり得るとする。

さらに、「実在の児童の姿態を撮影した写真を基に描かれた場合であっても、出来上がった画像が、一般人からみて実在の児童の姿態を描写したものと認められ、それがさらに不特定多数の者に提供されるなどして拡散する危険がある限り、前記児童ポルノ法の目的や同法7条の趣旨からそれを規制する必要があることは、実在の児童の姿態を直接見て描写する場合と異なるものとは解されない」としている。

## (3) 合成写真、擬似ポルノあるいはコラージュについて

合成写真等についても、上記基準と同様の基準で判断され、「一般人か

らみて、現実の児童の姿態と認識でき」る場合には、「児童ポルノ」に該当し得るとしている。例えば、「Aという児童の顔にBという児童の裸の身体の写真を合成したものであっても、Bという児童が実在する限り、当該画像は、Bという『実在の』児童の姿態を描写したものであって、『児童ポルノ』に該当する」。

#### (4) 具体的な該当性判断

以上の判示を前提として裁判所は34点の画像それぞれに関して、素材写真の被写体となっている女性が実在すること（実在性）、同写真の被写体となっている女性が18歳未満であること（児童性）、当該実在する18歳未満の女性の写真と本件CGとがそれぞれ同一であること（同一性）について、検察官の立証が十分になされたかを、検討し、3点についてのみ処罰対象となり得ると判断した。

ア 実在性（27点中（34点から後述する、児童認定写真と素材写真が一致していないものを除いた点数）6点について否定）

素材写真と同一と認められる写真が収録されている書籍の実物が、被告人方からの押収物及び国会図書館の所蔵書によって確認された素材写真の被写体については、書籍の表紙や奥付等に、撮影者の名前又はモデル名、あるいは「写真集」等の記載があること、出版当時の技術からして実在する人物の写真を全く利用しないで写真を創作したとは考え難いこと、加工の必要性が乏しいこと等を考慮して、「これらの写真集に収録された各写真の被写体はその当時実在する人物であったこと」、すなわち、写真集に収録された各写真と同一と認められる素材写真の被写体についても実在していたことが認められるとした。

一方で、素材写真と同一と認められる写真を収めた書籍の実物が確認できず、警視庁生活安全部少年育成課に所蔵された画像データにおいてのみ当該写真の存在が確認できるものについては、「画像データに係る写真集自体が存在するかどうかは必ずしも明らかとはいえない上、仮にそのよう

コンピュータグラフィックス(CG)で作成した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」に該当するとされた事例(上田)

な写真集が存在したとしても、同データの収集方法や、コンピュータ技術の発展及びその一般化の目覚ましい比較的最近に収集したという収集時期(平成21年以降 \*筆者注)等に照らし、同画像データの中に、本来その写真集の中に含まれていなかった画像が混じったり、同一性を損なう程度にまで加工された画像が含まれたりしている可能性が否定できない」として、被写体が実在していたことを示す証拠が存在しないとしている。

イ 児童性(21点中4点のみ肯定(「聖少女伝説」内には存在せず))

検察官は、本件CGに対応する写真(以下、「児童認定写真」という)に基づいて、乳房の発達具合等から年齢を判断する手法であるタナー法を用いて各被写体の年齢を評価したD医師の証言をもって、素材写真の被写体の女性の児童性を主張立証し、CG女性の児童性を立証しようとしている(したがって、児童認定写真と素材写真が一致していない場合には、証明がないこととされている)。

これに対して裁判所は、「タナー法に基づく年齢判定においては、その限界ないし危うさがあるというほかに、D医師が小児医療を専門とする医師であることから、その意見は尊重するとしても、児童性の認定においては成人女性の性発達等をも考慮する必要があるところ、その面からの統計資料等の証拠はなく、また、判定資料とした写真の不鮮明さや修整の可能性、殊に陰部付近の修整の可能性を考慮すると、少なくとも本件においては、D医師の供述を全面的に信用して、年齢を判断することはできないというほかない」として、D医師の認定においてほぼ確実に18歳未満であるとされた被写体についてのみ児童性を認定した。

また、児童認定写真と同一の写真が収録された書籍自体に記載された被写体の年齢等に関する記載については、「そもそも写真集に記載された年齢や生年月日が正確なものであるとする根拠がない上、児童認定写真に係る写真が収録された写真集には、その表紙や本文に『少女』などの記載があり、幼い女兒の写真であることを強調する内容となっていることからすれば、そのような写真集に記載された被写体の年齢や生年月日が正確なも

のであるかは疑問」であるとして、それらの記載から被写体の児童性を推論することを否定している。

#### ウ 同一性（4点中1点否定）

同一性については、素材写真の「被写体をCGで再現あるいは補完する意図で本件CGを作成した」という被告人の意図を「同一性を肯定する方向に働く一事情」として考慮したうえで、本件CGと素材写真とを、姿態の各部位の輪郭線及び位置等において比較することによって判断している。

### 2 処罰対象となり得る3点の画像につき、それが「性欲を興奮させ又は刺激するもの」（児童ポルノ法2条3項3号）に当たるか否か

「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態」を描写した本件CGが、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」であるか否かの判断においては、児童ポルノ「法2条2項にいう性器等、すなわち、性器、肛門、乳首が描写されているか否か、児童の裸体等の描写が当該写真やCG等あるいは写真集やCG集等の全体に占める割合、その描写方法（性器等の強調性の有無や児童の裸体等を描写する必要性や合理性等（医学図書に掲載するためや、裸の乳幼児が水遊びしている自然な姿を児童の発育過程の記録として写真等に収録する場合のように、児童の裸体等を撮影する必要性や合理性があるか等。）」を、一般人を基準に、総合的に検討するのが相当である」としている。それに基づいて、衣服を身に着けるのが通常である屋外等において、裸の状態である必要性ないし合理性がないこと、一般人の判断において性欲をかき立てるものとして位置付けられるような形で販売されていたこと等が考慮され、要件該当性が認められている。

### 3 児童ポルノ製造罪が成立するには被写体が製造時及び児童ポルノ法施行日に18歳未満である必要があるか否か

「児童ポルノ法は、製造時に被写体が18歳未満であることを要すると明

コンピュータグラフィックス (CG) で作成した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」に該当するとされた事例 (上田)

文で規定して」おらず、「仮に同法における『児童』は、製造時に被写体が18歳未満であることを要するとすれば、被写体が18歳未満の時点では児童ポルノに該当していた写真等について、被写体が18歳以上になれば直ちにその複製や第三者への提供が同法上何らの規制もされないことになるが、それでは、被写体となった児童の権利の擁護に反することになる上、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長し、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長に重大な影響を与えることにもなりかねず、児童ポルノを製造等する行為を規制した同法の趣旨を没却することは明らかである」。また、「児童ポルノ法施行日の後に新たに行われた製造等の行為のみ処罰することが、事後的に制定された罰則を遡及して適用して処罰する場合には当たらず、罪刑法定主義に反しないことは明らかである」。

## 【研究】

本件における実質的な論点は、「实在の人物を被写体とする写真を参考にして、一部改変を加えつつ、実写に近い形で精巧に作成された CG 画像」が、児童ポルノ法の処罰対象となり得るのかである<sup>4)</sup>。詳細には、そもそもそのような CG 画像が児童ポルノ法の処罰対象となり得るはどのような場合か(1)、CG 画像の作成時に(あるいは児童ポルノ法施行時に)被写体が18歳未満である必要はあるのか(2)、ある CG 画像が「性欲を興奮させ又は刺激するもの」となるのはどのような場合か(3)が論点となる。そこで、以下それぞれについて検討する。

### 1 写真を基にして作成された CG 画像は児童ポルノ法の処罰対象となり得るのか

#### (1) 裁判所の判断

本判決は、「児童の権利擁護の観点からしても重要な部位において、当

---

4) 匿名記事「裁判と争点 CG による児童ポルノで男性に有罪判決——捜査機関の立証の困難さも浮き彫り」法セミ737号6頁(2016年)参照。

該CGに記録された姿態が、一般人からみて、架空の児童の姿態ではなく、実在の児童の姿態を忠実に描写したものであると認識できる場合」には、CG画像も児童ポルノ法の処罰対象となるとしている。そして、《実在の児童=CG画像上に描写された人物》ということが、重要な部位において一般人からみて認識できるならば、その間に写真が介在し、当該素材写真から加工等を経ていたとしても、当該CG画像は児童ポルノ法の処罰対象となり得るとしている。もっとも、写真が介在する場合には、《実在の児童=CG作成の基になった写真の被写体=CG画像上に描写された人物》の全てが証明されなければならない。したがって本件では、CG作成の基になった写真が実在した児童（実在性・児童性）を同一性を損なわない形で描写していること<sup>5)</sup>、及び素材写真の被写体とCG画像上に描写された人物の同一性が証明されなければならないとされているのである。

## (2) 検 討

### ア CG画像等の「児童ポルノ」該当性

本判決も認める通り、写真ではない絵についても、実在する児童の姿態を描写したものと認められるならば（例えば、写真と同程度にリアルに描写されたもの）、「その他の物」（児童ポルノ法2条3項、現行法においても同じ）として「児童ポルノ」に該当し得る<sup>6)</sup>（そのような絵に係る電磁的記録に係る記録媒体も「児童ポルノ」に該当し得る）。したがって、実在する児童を描写している場合、それがCGであるという理由のみをもって、児童ポルノ法の処罰対象から除外されるわけではない。

---

5) 児童性の認定に用いた写真と素材写真が対応しない場合の判示、及び素材写真と同一と認められる写真を取めた書籍の実物が確認されなかったものについての判示部分から、この意味での同一性も要求されていると考えられる。

6) 立法当時から認められているところである。園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』30頁（日本評論社・1999年）、森山眞弓編著『よくわかる児童買春・児童ポルノ禁止法』121頁（ぎょうせい・1999年）参照。

## イ 写真を基にして作成されたことの評価

CG であるというだけでは、児童ポルノ該当性<sup>7)</sup>が否定されないとすれば、本件で問題となるのは、本件 CG が実在の児童を直接被写体として描写されたものではなく、実在の児童を写した写真を基にして作成されたという事情によって児童ポルノ該当性が否定されるのか否かである。このような場合に児童ポルノ該当性を否定する根拠を弁護人の主張から推察すれば、次のように考えられるだろう。

まず、同じく写真を基にして作成する複写も児童ポルノの製造に該当するという判例<sup>8)</sup>を前提とするならば、基の写真を加工してある画像を作成することが、当該写真と全く同一の児童ポルノを製造する複写とは異なるという評価が前提とされなければならない。複写の場合であれば、《実在の児童を直接被写体として描写された》という性質 (あるいは児童ポルノ性) も含めて同一性が保たれているが<sup>9)</sup>、本件のように基の写真を加工して (あるいは、手作業で模写して) 作成された CG 画像は、当該加工者が作成した《写真を描写したもの》にすぎず、《児童の姿態を描写したもの = 児童ポルノ (児童ポルノ法 2 条 3 項参照)》ではないとされるのである<sup>10)</sup>。

---

7) 本件で争われているのは、CG データを蔵置している記録媒体が「児童ポルノ」に該当するか否か、及び本件 CG が児童ポルノ法 7 条 4 項後段の「電磁的記録」に該当するか否かであるが、本評釈の以下ではそれについて、「本件 CG の児童ポルノ該当性」という表現を用いる。

8) 複写については、最決平成18年2月20日刑集60巻2号216頁(「姿態をとらせ」製造)及び最決平成18年5月16日刑集60巻5号413頁(販売目的製造)参照。

9) このことは、写真コピーの場合に文書が原本性・公文書性をも保持するとされるのとパラレルである(最判昭和51年4月30日刑集30巻3号453頁参照)。もっとも、「姿態をとらせ」要件まで当然に複製者に帰属されるわけではない。複製が「姿態をとらせ」で製造する行為と包括して評価されるためには、「姿態をとらせ」た者と同一の者が、当初から複製の意図を有して「姿態をとらせ」たことも必要である。この点について、仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑ジャ43号63頁、70頁(2015年)参照。

10) 本件のように一見して写真とは異なる絵画風の画像である場合には、このような主張が成り立つ。しかし、CG であるが、複写した場合とほぼ異なるところが無い画像の場合に、複写とは異なる規律が妥当するということまでいえるかは不明である。したがって、複写であるか否かを何を基準にして決めるのかという問題は残る。すなわち、一般人を

次に、(複写も含めて)児童を直接被写体とすることが要求される理由は、実在児童に対して生じ得る侵害・危険の観点から説明される。児童ポルノ法は、実在の「児童に対する性的搾取及び性的虐待」(同法1条、現行法においても同じ)が、児童の性的自由や人格権を侵害するものである<sup>11)</sup>ということに着目しており、そのような侵害が生じるのは、実在の児童を直接被写体として製造された場合だけであると理解するのである<sup>12)</sup>。したがって、児童を直接被写体とせずに表現媒体が作成された場合には、児童ポルノ法上の「製造」には該当せず、この解釈が児童ポルノ法7条5項の「製造」にも妥当するとされる<sup>13)</sup>。なお、このことは、同法が製造方法として明示的に挙げている行為が「児童に……姿態をとらせ」(同法7条3項)での製造だけであり、現行法において追加された行為も盗撮(現行7条5項)のみであることから基礎付けられるとされる<sup>14)</sup>。したがって、写真のみを基にしたCG画像の作成は、児童を直接被写体にしたという性質を有していない以上、児童ポルノの「製造」に該当しない。

しかし、「児童に対する性的搾取及び性的虐待」の一部としての児童ポルノに係る行為によって侵害される児童の性的自己決定権とは、性的欲望の対象としての地位を引き受けることに対する決定<sup>15)</sup>、すなわち、自己の性的表象をどの範囲で処分するか否かの決定に関わるものであると考えられる<sup>16)</sup>。そして、18歳未満の児童に関しては、精神的に未成熟であり、自

---

ㇿして複写に見えれば十分なのか、客観的に厳密な意味での複写でなければならないのかという問題である。

- 11) 園田・前掲注(6)11-12頁。
- 12) 仲道・前掲注(9)65頁以下も参照。
- 13) その結果として、児童を直接被写体としない表現媒体は、児童ポルノ=児童の姿態を描写したものではないことになる。
- 14) 提供目的等製造の場合にも同様に「製造」が解釈される。
- 15) 大屋雄裕「児童ポルノ規制への根拠——危害・不快・自己決定」園田寿=曾我部真裕『改正児童ポルノ禁止法を考える』103頁、109頁(日本評論社・2014年)。
- 16) 石井徹哉「個人の尊重に基づく児童ポルノの刑事規制」川端博古稀『川端博先生古稀記念論文集 [下巻]』377頁、396頁(成文堂・2014年)。本判決が「児童の権利擁護の観点からしても重要な部位」と述べるのも、このような意味での性的自己決定権侵害が含意さ

己決定能力が不十分であることを考慮して、児童ポルノ法によって当該性的自己決定権がパターンリスティックに<sup>17)</sup>制約される結果、児童ポルノに係る構成要件は(所持も含めて)全て児童の性的自己決定権を侵害するという観点から解釈されるべきこととなる。

そして、児童の性的自己決定権侵害という観点からは、「姿態をとらせ」製造と提供目的製造との関係は次のようになると考えられる。まず、提供目的製造は、被写体児童の性的表象を拡散する目的で、当該表象を描写した媒体を作り出す行為であり、自己の性的表象の処分に関する自己決定を侵害・危殆化する行為として捕捉される。次に、「姿態をとらせ」要件(及び「ひそかに」要件)は、自己の性的表象を描写した媒体を作出することに対する自己決定権のみを侵害する、提供目的がない場合でも製造を可罰的にする要件となる。それゆえ、「姿態をとらせ」要件は、現実の被写体児童に対する直接的な侵害を捕捉するものであるとしても、それは拡散の危険が認められない製造を提供目的製造と同程度の可罰評価に服せしめるための要件と理解される<sup>18)</sup>。したがって、本判決も述べる通り、児童ポルノ法7条3項の「製造」と7条5項の「製造」とを同一に解釈する必要はない<sup>19)</sup>。

以上のように理解すれば、実在の児童を写した写真を基に提供目的でCG画像を作成することは、当該画像が当該児童の性的表象を描写したものであると評価される限りにおいて、同意なく当該児童の性的表象を処分し、拡散の危険性を高める行為として性的自己決定権を侵害する。本判決が、「実在の児童の姿態を撮影した写真を基に描かれた場合であっても、

---

ゝれているものと考えられる。

17) このような文脈において、児童ポルノに描写された児童の心身への有害な影響等が考慮される。

18) 仲道・前掲注(9)68-69頁。

19) 判決の挙げるように、目的要件を伴った製造を規定する児童ポルノ法7条5項において、製造について具体的方法を定めておらず、手段は限定されていないことも根拠となろう。

出来上がった画像が、一般人からみて実在の児童の姿態を描写したものと認められ、それがさらに不特定多数の者に提供されるなどして拡散する危険がある限り、前記児童ポルノ法の目的や同法7条の趣旨からそれを規制する必要があることは、実在の児童の姿態を直接見て描写する場合と異なるものとは解されない」と述べるのは、このような意味であろう。

したがって結局、《実在の児童の姿態=CG 画像上に描写された人物の姿態》が証明されれば十分であり、その意味で、本件では素材写真とCG画像の同一性が決定的な要素となる。《児童の姿態を描写したもの》とは、どこかの時点で児童の姿態が実在しており<sup>20)</sup>、かつ、問題となっているものが当該姿態を描写しているということを意味しているのである。そして、児童ポルノ法7条5項の「製造」について、そのような意味での《児童の姿態を描写したもの》を作成していれば、それ自体として児童を直接被写体とすることは要求されない。

#### ウ 一般人基準について

児童を直接被写体として作成されることが不要であり、基にされた写真とCG画像の同一性のみが要件になるとしても、当該同一性を本判決のように一般人を基準として判断すべきかは問題である<sup>21)</sup>。実際にも、『「一般人から見て」という基準は曖昧すぎる」という理由で批判がなされている<sup>22)</sup>。さらに、児童ポルノであるというためには、客観的に、すなわち一般人ではなく裁判所の認定として、実在の児童の姿態が描写されたことの合理的な疑いを超える立証がなされていることを要する、という批判も考

---

20) この意味で実在の児童が、自己の性的表象を同意なく処分されているという「性的搾取及び性的虐待」が存在しているので、実在の児童に類似した想像上の姿態を描写する場合とは異なる。

21) 正確には、「実在の児童の姿態を忠実に描写したもの」であるか否かを判断している。しかし、その判断は、結局は素材写真とCG画像の同一性判断に収斂されている。

22) 匿名・前掲注(4)6頁。「忠実に」という文言の曖昧性について、渡部直希「判批」警論69巻8号166頁、174頁(2016年)、及び佐藤淳「判批」研修818号13頁、25頁(2016年)参照。

コンピュータグラフィックス (CG) で作成した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」に該当するとされた事例 (上田)

えられる。これらの批判は、実在の児童を直接被写体として描写することによる児童に対する侵害・危険を重視する見解からは一貫したものとなる。というのも、当該判示は、実在の児童を直接被写体として描写したという要件が、一般人からみてそのように評価されるか否かという曖昧な基準で決められるというようにも読めるからである<sup>23)</sup>。

しかし、前述のように児童ポルノに係る行為によって侵害される児童の性的自己決定権は、被写体が直接描写されるかにかかわらず、自己の性的表象をどの範囲で処分するか否かの決定に関わるものであると考えられる。そして、ここでの同一性判断は、作成された CG 画像が実在の児童を描写したものであるとみえるか否かの判断となる。というのも、実在性が別途証明された児童を描写したと評価されるものが製造又は提供されることによって、当該実在の児童において上記のような意味での性的自己決定権侵害が観念され得るからである。このように考えれば、同一性判断は、一般人あるいは合理的判断を基準とせざるを得ないであろう。

また、憲法31条の要請する刑罰法規の明確性について、「通常の判断能力を有する一般人の理解において具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうか」<sup>24)</sup>によって判断されることを前提としても、規制される CG 画像と規制されないものとを区別するものとしての一般人基準はその要請を充たすであろう。もっとも、極力曖昧性を排除しようとするならば、完全に同一性を保持している場合に限って同一性を認めるという考えも成り立ち得る。その場合、児童ポルノの複写によって作成されたもののみが児童ポルノになるという結論となる (実在の児童を直接被写体として描写されたものに児童ポルノを限定する場合と同じ結論となる)。

---

23) それは結局、児童に対する危険が証明されないところに犯罪を認めることになる。

24) 最大判昭和50年9月10日刑集29巻8号489頁 (徳島市公安条例事件)。表現の規制については、最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁。

## 2 CG 画像の被写体はいつの時点で18歳未満でなければならないか

### (1) 裁判所の判断

本判決では、「被写体となった児童の権利の擁護に反すること」及び「児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長し、身体的及び精神的に未熟である児童一般の心身の成長に重大な影響を与えること」を理由として<sup>25)</sup>、CG作成の基となった児童ポルノに該当していた写真が製造された時点で被写体が18歳未満であれば、CG画像製造時又は児童ポルノ法施行時に当該被写体が18歳未満であることは要しないとしている。

確かに、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」を媒介として、児童一般への影響を考慮すれば、実在の児童を描写していると評価されるものが拡散目的で新たに製造されることは、児童ポルノ法が阻止しようとする状態を創出すると考えることはできる。また、自己の姿態を描写したと評価されるものが新たに製造されるという限りでは、被写体に対する影響も考えられる。本判決の判示も、このように理解され得る。

### (2) 検 討

#### ア 「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」への言及について

本判決は、児童ポルノ法が児童ポルノの提供等を規制している趣旨に関して、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」の助長に言及している。児童ポルノ法の保護法益について、児童に対する性的搾取や性的虐待に対しては許容しないという否定的な共通意識という意味での社会の善良な性風俗<sup>26)</sup>や、児童一般が心身ともに健全に発達する権利<sup>27)</sup>といった社会的法

---

25) このような目的理解は、立法者も採用するところである。森山編・前掲注(6)115頁参照。

26) 後藤弘子「児童ポルノ規制をどう考えるか」法セミ671号40頁, 41頁(2010年)。

27) 西垣真知子「子どもの性的保護と刑事規制——児童ポルノ単純所持規制条例の意義と課題」龍谷大学大学院法学研究15号69頁, 76-77頁(2013年)及び佐藤幸「児童ポルノに関する国際的規律と子どもの権利——国際人権法の観点から見た日本の児童ポルノ対策」北大法政ジャーナル21・22号75頁, 78頁(2015年)。

益を挙げる見解も存在する。このような見解からすれば、実在の児童を描写していると評価されるものを、社会に拡散させる目的で新たに作り出す行為それ自体が、法益侵害行為とされることになり、当該製造時に被写体たる人物が実在する児童である必要はないことになろう。

それに対して本判決は、被写体となった児童の権利にも言及しており、純粋な社会的法益説を採用するものとは評価できない<sup>28)</sup>。そもそも、他者の権利との関連性を具体的に示さずに社会的風潮を強調することは、特定の価値観・道徳観を刑罰によって強制することにもつながりかねず、妥当ではない。児童の成長発達過程を一般的に保護する場合にも同様のことがいえよう<sup>29)</sup>。児童ポルノ法が、児童ポルノは「児童に対する性的搾取及び性的虐待」の一部であるという観点を前提としていることから、社会的な風潮という観点だけでは、児童ポルノの提供等の規制を説明できず、被写体たる児童の保護をも考慮しなければならない。したがって、被写体たる児童の権利侵害と「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」の助長とが少なくとも重なり合う限りにおいて、児童ポルノ法は児童ポルノの提供等を規制していると理解されるべきである<sup>30)</sup>。本判決の判示もこのように解釈されなければならない。ここで、侵害される児童の権利とは、前述した通り、《自己の性的表象をどの範囲で処分するか否かに関する性的自己決定権》であり、それが児童ポルノ規制の保護法益となる。

#### イ 製造時又は法施行時に被写体が18歳未満である必要性

児童の性的自己決定権侵害と「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」の助長とを重畳的に考慮するとすれば、本件では少なくとも、提供目的製造によって前者が侵害されることが説明されなければならない。しかし、本判決は「被写体となった児童の権利の擁護に反することになる」と述べ

28) 嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑ジャ43号76頁、80頁(2015年)は、このような立場を混合説と呼称する。渡部・前掲注(22)171頁も参照。

29) 石井・前掲注(16)389-390頁、395頁及び嘉門・前掲注(28)79-80頁参照。

30) 嘉門・前掲注(28)79-80頁は、刑法175条との比較においてこのことを基礎付けている。園田・前掲注(6)27頁、49頁も参照。

るだけで、その具体的内容については述べていない。これを本稿の立場から説明すれば、提供目的製造行為は、児童の性的表象を同意なく処分する行為であり、拡散の危険性を高める行為であるから、当該児童の性的自己決定権を侵害するということになる。そうすると、製造時点で性的自己決定権をパターンリスティックに制約されている児童が存在しなくなっているときに、児童ポルノに係る犯罪が成立し得るのか否かが問題となる<sup>31)</sup>。すなわち、行為時点で、パターンリスティックに制約された性的自己決定権を害されるところの被害者がもう存在しない以上、児童ポルノに係る犯罪は成立しないのではないかということである。弁護人が、製造時に児童でなければ、児童に対する性的搾取も性的虐待も存在しないことになると主張するのは、このような趣旨であろう。

しかし、《児童の姿態》については、児童にしか処分権限が帰属しないと考えることもできる。そして、いわば過去の自己(児童であった被写体)に帰属していた当該処分権限がパターンリスティックに制約される結果として、現在の自己(18歳以上の被写体)の意思によっても、児童であった当時の自己の性的表象は処分できないと考えるのである<sup>32)</sup>。児童ポルノ法が実在児童の保護を考慮し、性的搾取及び性的虐待の被害を固定し半永久化する点に鑑みて児童ポルノの撲滅を目的としている<sup>33)</sup>とすれば、このよう

31) もっとも、被写体の同意を得ずにその性的表象を処分しているといえる限りにおいて、パターンリスティックに制約されていない(18歳以上の人物の)性的自己決定権は侵害されており、それに起因して別の犯罪(名誉毀損罪等)が成立し得ることは別論である。東京地判平成14年3月14日(Westlaw Japan 文献番号 2002WLJPCA03149007)も参照。

32) なお、18歳未満の者が、自らの裸体等の写真を提供するために保存する行為も提供目的製造罪を構成する。園田寿「セク스팅と児童ポルノ製造罪」園田=曾我部・前掲注(15)34頁, 36頁参照。自己の性的表象をパターンリスティックに制約されている、本来保護の対象であるはずの「児童」ですら児童ポルノに係る犯罪の主体となる以上、当該児童が18歳以上になったからといって主体でなくなることはないと考えられる。

33) 園田・前掲注(6)27頁, 47頁及び園田寿「児童ポルノ禁止法の成立と改正」園田=曾我部・前掲注(15)1頁, 3頁参照。また、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮」への言及も、そのような風潮が児童ポルノに係る行為が社会に広がることによって助長されること、児童ポルノ自体の撲滅を目的としていることを示唆する。

に解したほうがよい。すなわち、18歳以上の被写体の意思に合致しているとしても、「児童の姿態を描写したもの」が生み出され、拡散されるといふ事態は、現在の自己を含む他者による過去の自己 (= 実在の「児童」) の性的表象の不同意処分として、過去の性的搾取及び性的虐待を利用した、新たな性的搾取及び性的虐待を構成し、現在において固定化・半永久化することを意味するのである<sup>34)</sup>。したがって、18歳未満の実在の児童の性的表象が処分されていると評価される限りにおいて、当該被写体たる《児童》の性的自己決定権侵害が観念でき、当該処分時(本件では提供目的製造時)に当該被写体が18歳未満である必要はないと考えられる。

もっとも、このように考えたとしても、被写体に関して、18歳未満の自己の性的表象についての処分権限が、一度もパターンリスティックに制約されなかったという場合にまで、処罰してよいかは問題となる。本件では、素材とされた写真が製造された時点では、当該被写体の性的表象の処分権限は、児童ポルノ法によって制約されていない。したがって、法律上、当該写真の製造は「児童に対する性的搾取及び性的虐待」を構成しない。そして、児童ポルノ法施行時に当該被写体が18歳以上になっていたとすれば、当該被写体に関しては、18歳未満であった当時の性的表象についての処分権限は一度も法によって制約されていないことになる。そうすると本件 CG の作成は、パターンリスティックに制約された性的自己決定権を侵害しない態様で製造された写真を素材として行なわれたものとなり、児童ポルノ法における意味での性的自己決定権を侵害せず、児童ポルノ法上の「児童の性的搾取及び性的虐待」を構成しないとも考えられる。それにもかかわらず、当該 CG 作成を児童ポルノ法によって処罰することは、児童の性的表象の適法な処分の結果である素材となった写真に対し

---

34) 以上のように、児童の性的搾取及び性的虐待が半永久的に固定化されることの阻止という観点から、画像等の媒体に固定化された児童 (= 過去の自己) の性的自己決定権侵害を観念することに再構成される。したがって、被写体が死亡した後についても、児童の性的自己決定権侵害は観念し得る。

て、児童ポルノ法によるパターンリスティックな制約が遡及的に及ぶということを意味する。これは、弁護人が主張するように実質的には遡及処罰に近いという批判もあり得るであろう。

そもそも、本判決の論理を推し進めれば、歴史上の人物を描いただけでも、それが児童の性的表象であると評価されれば処罰対象となる可能性が残ることとなり、妥当とは思われない。したがって、社会的法益を媒介として製造時あるいは児童ポルノ法施行時に被写体が18歳未満であったことを要求しないことは措くとしても、少なくとも何らかの限定要件は要求すべきであり、その点で本判決は妥当ではない。例えば、本判決の論理に従うならば、「一般人からみて、架空の児童の姿態ではなく、実在の児童の姿態を忠実に描写したものであると認識できる場合」という要件による限定が考えられよう。

### 3 「性欲を興奮させ又は刺激するもの」か否か

#### (1) 裁判所の判断

本判決は、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件について、刑法におけるわいせつの定義（＝「徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するもの」<sup>35)</sup>）と比べて、規制対象を広げたものであると理解している。また、要件該当性については、様々な事情を、一般人を基準に総合的に検討するとしている。すなわち、一般人の性欲を興奮させ又は刺激するか否かが問われているのである。そして、「児童の裸体等を描写した写真を含む写真集あるいはCG集全体のモチーフ、学術性や芸術性、児童の裸体等をその中で用いる必要性や合理性等から判断して、性的刺激が相当程度緩和されている場合には、性欲を興奮させ又は刺激するものとは認められない場合があり得る」としている。これらの判示は、立法当時からの理解及びこれまでの裁判例

---

35) 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。

コンピュータグラフィックス(CG)で作成した画像に係る記録媒体が「児童ポルノ」に該当するとされた事例(上田)

等を踏襲するものである<sup>36)</sup>。

## (2) 検 討

一般人を基準とすることについては、大多数の者に対して、児童の(特に低年齢児童の)裸体等は性欲を興奮させ又は刺激するものとは考えられないという観点からの批判がある<sup>37)</sup>。また、当該要件の要否自体についても、児童の性的自己決定権保護という観点からは、「性器等を強調する姿態」を描写していれば十分であり、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」要件は不要であるとする見解もある<sup>38)</sup>。

しかし、児童の性的自己決定権という観点から考えれば、それが侵害されるのは、自己の性的表象が処分されることによって、性的欲望の対象としての地位を引き受けさせられるからである。このことを重視すれば、性的欲望の対象としての地位を引き受けさせられていると評価されるか否かが重要となるから、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件によってそれを判断し、当該判断は一般人を基準とするということも説明し得る<sup>39)</sup>。つまり、《児童の画像で性的興奮や刺激を感じる一部の敏感な者》が、問題となっている画像等について、性欲を興奮させられ又は刺激させられるか否かを《一般人》を基準として判断するという構造となろう。実質的には本判決も、具体的認定において、本件で問題となった書籍が、一般人から見てどのようなものとして評価されるか(販売方法等)を判断しており、そうであれば、立法当時想定されていた一般人基準とは異質の基

---

36) 園田・前掲注(6)28-29頁及び奥村徹「判例から見た児童ポルノ禁止法」園田=曾我部・前掲注(15)20-22頁参照。森山編・前掲注(6)126頁は、「一部の少数者の性欲を興奮させ又は刺激するものは、一般人の性欲を興奮させ又は刺激するものでない限り、児童ポルノには当たりません」と述べる。

37) 園田寿「児童ポルノ禁止法の問題点——『児童ポルノ』とは何か」法セミ671号34-35頁(2010年)、奥村・前掲注(36)22頁。

38) 石井・前掲注(16)399頁。

39) したがって、「真面目に生きている圧倒的多数の日本国民」が児童の裸体等に性的に興奮等すると法が評価しているわけではないと解し得る。園田・前掲注(37)35頁参照。

準となっていると評価されよう。

## 【ま と め】

本判決は、児童ポルノが適法であった時代に既に公表されていた、現行法上児童ポルノに該当し得る写真に、被告人が一部改変を加えて、CG画像を提供目的で作成したという事案に関するものである。したがって、はじめから被告人が、CG画像を作成する目的で児童ポルノに該当し得る児童の姿態の写真を撮影した場合に、「姿態をとらせ」で製造（現行児童ポルノ法7条4項）や「ひそかに」製造（同7条5項）に該当するの否かについては判示していない。

また、本件においてはCG作成の基となった写真が存在していることが確認され得た事案であったが、そのような写真の存在が証明され得ない場合にはどうするのかという問題も残されている。すなわち、本判決の立証構造からすれば、実写かCGかの区別がつかない程精巧なCGである疑いがあるが、実際の写真データ等が確認できず、実在の児童の存在が証明できないという場合には、全て無罪とせざるを得ない。そのような場合に、実在の児童が実際に被害にあっている可能性を考慮して、どのような規制を加えていくのかを立法論として議論することは有益であろう。もっとも、実在の児童の被害が証明されない限りは、現行の児童ポルノ法とは異なる規制根拠が必要であり、証明軽減といった目的を安易に挙げるべきではないだろう。