

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究19

実在の児童の写真を素材として作成された  
コンピュータグラフィックスにつき児童  
ポルノ製造罪及び提供罪の成立を認めた事例

(東京高裁平成29年1月24日判決 Westlaw Japan 文献番号 2017WLJPCA01246001)

刑事判例研究会  
上田正基\*

【事案の概要等】

1 事案の概要

本件は、被告人が、不特定又は多数の者に提供する目的で、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』に収録されている、衣服の全部を着けない女性を描写したCG画像データ（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）を、実在する写真を参考として作成し、被告人のパーソナルコンピュータの外付けハードディスク内に記憶、蔵置させ、その後、両CG集をインターネットを通じて不特定又は多数の者に販売したことについて、児童ポルノの製造及び提供罪（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）7条5項及び4項）に問われた事案である（なお、製造罪については『聖少女伝説2』のみに関して、提供罪については両CG集に関して起訴された）。

---

\* うえだ・まさき 京都大学大学院法学研究科講師

## 2 第一審判決

第一審(東京地裁平成28年3月15日判決<sup>1)</sup>)は、大要以下のように判示して<sup>2)</sup>、合計34点のCGのうち、『聖少女伝説2』に収録された3点のCGについてのみ、児童ポルノ法の処罰対象となるとして、被告人を懲役1年及び罰金30万円(懲役刑につき3年間の執行猶予)に処した<sup>3)</sup>。

### (1) 児童ポルノ法の趣旨

「児童ポルノ法は、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を目的としている(同法1条)。そして、同法7条は、児童ポルノに描写された児童の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」。

### (2) 「児童の姿態を視覚により認識することができる」の解釈

上記のような「児童ポルノ法の目的や同法7条の趣旨に照らせば、同法

---

1) Westlaw Japan 文献番号 2016WLJPCA03156003

2) 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。

3) 第一審判決については、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」法学セミナー737号6頁(2016年)、佐藤淳「判批」研修818号13頁(2016年)、渡部直希「判批」警察学論集69巻8号166頁(2016年)、前田雅英「判批」Westlaw Japan 文献番号 2016WLJCC029(2016年)、上田正基「判批」立命館法学367号208頁(2016年)及び高良幸哉「判批」法学新報123巻8号389頁(2017年)参照。

2条3項柱書及び同法7条の『児童の姿態』とは实在の児童の姿態をいい、实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、实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、实在の児童と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ると解すべきである。

このことは、当該CGが本件のように、「实在の児童を直接見ながら描かれたのではなく、实在の児童を写した写真を基に描かれた場合であっても、それが同写真（写真撮影時には、架空の児童でなく被写体の児童が存在していることが前提である。）を忠実に描き、上記の意味において同写真と同一と判断できる場合についても、同様と解すべきである」。

### （3）具体的な児童ポルノ性の認定

以上のように第一審は、本件CGに記録された姿態が、一般人からみて、实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、实在の児童とCGで描かれた児童とが同一であると判断できるとして、本件CGが児童ポルノ法の対象となり得るのは、CG画像の被写体の实在性、当該被写体の児童性、及び实在の被写体児童を写した写真とCG画像との間に同一性が認められる場合であるとしている。

それを前提として、第一審は、实在性について、CG画像の素材写真を取めた写真集の存在が確認されるものは、当該素材写真において加工・創作の可能性が低いことも考慮して、当該素材写真の被写体の实在性を認定できるとしている。

児童性については、CG 画像を描写する基となった写真（児童認定写真）の被写体の女性について、タナー法<sup>4)</sup>を用いて当該被写体の年齢を判定した専門家の証言を尊重しつつも、その信用性について一定の限界があることを認めて、当該証言において、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。

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。

(4) 「性欲を興奮させ又は刺激するもの」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、「一般人を基準に、総合的に検討するのが相当である」とし、有罪となった3画像につき、「性的刺激を緩和するような思想性や芸術性等は認められない」として、要件該当性を認めている。

(5) 児童ポルノの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、[中略]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

---

4) タナー法とは、第二性徴における身体（生殖器や陰毛、乳房の発育状況）の変化の評価法であり、身体の変化を思春期前の1度から、完全に成熟した5度までの5段階に分類するものである（吉井匡「児童ポルノ事件における児童性の認定方法に関する考察——タナー法を用いた年齢推定法の利用について——」井田良ほか編『浅田和茂先生古稀祝賀論文集 [下巻]』347頁、351-356頁（成文堂・2016年）参照）。タナー法を年齢推定に用いることの問題性についても、同359-361頁参照。

実在の児童の写真を素材として作成されたコンピュータグラフィックスにつき児童ポルノ製造罪及び提供罪の成立を認めた事例（上田）

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」。

#### (6) 量刑の理由

素材「写真との同一性が認められるほど精巧に作られたものであって、CG 画像であるとはいえ、写真と比してその悪質性の程度が低いとはいえない」。「そのようにして作成された CG 画像が、インターネット通信販売サイトを介して、[中略] 販売、提供されたというのであり、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など、法益侵害の程度は軽視できない」。

### 3 控訴趣意の概要

以上の第一審判決に対しては、被告人から控訴が申し立てられ、それについて判断したのが本件である。当該控訴に際してなされた主張を本件判示から推察すれば、重要であると考えられるのは、以下のような主張である。

#### (1) 児童の实在性について

「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」れば児童ポルノたり得るとすれば、一般人が実在の児童の姿態を忠実に描写したと認識しさえすれば、実在しない児童の姿態を描写した場合についても処罰の対象となり得、その点で法の解釈を誤っている。また、ここで「児童の姿態」とは、実在する児童が被写体となって実際にとった姿態に限られ、一般人の認識如何にかかわらず、実在しない児童の姿態を処罰の対象とすることは法の趣旨を逸脱す

るものである。

#### (2) 被写体となる児童を直接描写することの要否

児童ポルノ法は純然たる児童の権利保護を目的としており、児童ポルノ法7条の「描写」とは、性的搾取や虐待に該当する形の描写に限られると解すべきであり、条文上も同法7条3項の「製造」は、実在する児童に実際に姿態をとらせて描写することを予定しているのだから、同条5条の製造についてこれと異なる解釈をとるべき合理的理由はない。したがって、写真を基としてCGを作成した本件において児童ポルノの製造は認められ得ない<sup>5)</sup>。

#### (3) 被写体が児童ポルノ製造時及び児童ポルノ法施行日に18歳未満であることの要否

児童ポルノ法が純然たる児童の個人的法益を保護することを目的としているならば、「児童の姿態」という文言が「大人の、児童であった時の姿態」を含むと解釈するのは無理である。製造の時点で被写体が18歳未満であることを要しないと解すると、製造時には既に実在しない児童を「児童」に含めて保護し、実質的には大人の名誉、プライバシーを保護していることになる。

また、児童ポルノの製造等を禁止する児童ポルノ法が施行された時点で、既にその被写体が児童でなくなっていた場合、そのような者についてまで「児童」に当たるとして、その製造行為等を処罰することは、刑罰規定不遡及の原則に反して相当ではない。

#### (4) 罪数関係

被写体及び製造時期が異なる画像の製造罪の罪数は、描写された児童の

---

5) この主張の根拠については、上田・前掲注3)217-218頁で考察した。また、CGの作成方法は、本判決が判示する「トレース」が意味するような方法ではなく、新たな創作物の作成に近いという評価も前提とされているようである。

実在の児童の写真を素材として作成されたコンピュータグラフィックスにつき児童ポルノ製造罪及び提供罪の成立を認めた事例（上田）

人数と描写の回数で決まるべきものであるから、本件 CG の製造は併合罪関係にあり、第一審が児童ポルノに該当しないと判断した CG の製造については、それぞれ無罪を宣告すべきである。

児童ポルノの提供目的製造罪と提供罪は牽連犯の関係にあり、第一審が併合罪としたのは誤りである。

『聖少女伝説』と『聖少女伝説 2』とは、それぞれアップロードした時期が約1年3ヶ月離れており、含まれる画像も素材写真の被写体も異なっているため、両 CG 集の提供行為を一罪と評価するのは誤りであり、それらは併合罪とされるべきであるから、収録された全ての CG について児童ポルノ該当性が認められなかった『聖少女伝説』の提供については、無罪を言い渡すべきである。

#### 【本件控訴審判決】<sup>6)</sup>

控訴の申立てに対して本判決は、罪数に関する主張の1つにつきその理由を認め、原判決を破棄し、一部無罪判決を言い渡したが、第一審で有罪とされた CG 3 画像に係る公訴事実については、被告人を罰金30万円に処した。

### 1 児童ポルノ法の目的及び趣旨

児童ポルノ法第1条及び平成26年法律第79号による改正後の現行児童ポルノ法3条に鑑みると、「児童ポルノ法は、直接的には、児童の権利保護を目的として制定されたものといえることができる」。「このような見地から、同法7条は、児童ポルノの製造行為を、児童に対する一種の性的搾取ないし性的虐待とみなして、規制の対象としている」。

以上に鑑みると、「同法が保護法益とする児童の権利は、児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性を備えている必要はあるものの、個別の児童の具体的な権利にとどまるものではなく、およそ児童一

---

6) 以下の見出しは筆者が付したものであり、また、引用は必ずしも判示順に従っていない。

般の保護という社会的法益と排斥し合うものとは解されない。さらに、同法は、身体的、精神的に未熟で、判断能力が十分に備わっていない児童を性的搾取又は性的虐待から保護するという後見的な見地から、その権利を侵害する行為を規制することを予定しているものであり、児童の権利侵害を防ぐという同法の目的を達成するためには、現に児童の権利を侵害する行為のみならず、児童を性欲の対象としてとらえる社会的風潮が広がるのを防ぐことにより、将来にわたって児童に対する性的搾取ないし性的虐待を防ぐことが要請されるというべきである。この意味において、同法の規制の趣旨及び目的には、社会的法益の保護も含まれるといえるのであって、所論がいうように、純然たる児童の権利保護のみを目的とするものとするのは相当でないといわざるを得ない」。

## 2 児童の実在性について

「原判決は、[中略]児童が実在することを要するとの前提に立った上、本件 CG について、被写体となった児童が実在するか否かを、各 CG の元となった素材画像の写真の出典等について検討した上で判断し、実在性が認められたものについてのみ、児童ポルノに該当すると判断したのであるから、実在しない児童の姿態を描写した場合も処罰の対象となるという判断をしたとの所論は、前提を欠くものである」。

「原判決が上記のように説示した趣旨は、その実際の判断過程に即してみると、素材画像の被写体となった児童の実在性が認められた場合に、当該 CG の画像等が、その実在する児童を描写したといえるかどうか、すなわち、被写体となった実在の児童とそれを基に作成された CG 画像等が、同一性を有するかどうかを判断するに当たって、一般人の認識という基準を用いたものと解される。このように、通常的判断能力をもつ一般人が、社会通念に照らして実在する児童と同一であると認識できる場合には、当該描写行為等が処罰の対象となることを認識できるから、このような基準を採用したからといって、刑罰法規の明確性を害するものではな



い。そうすると、原判決の前記説示は、いささか表現が不明確ではあるものの、その判断に誤りはない」。

また、「必ずしも、被写体となった児童と全く同一の姿態、ポーズをとらなくても、当該児童を描写したといえる程度に、被写体とそれを基に描いた画像等が同一であると認められる場合には、その児童の権利侵害が生じ得るのであるから、処罰の対象とすることは、何ら法の趣旨に反するものではない」。さらに、写真による複写、手描き等の「描写の方法いかんによって児童ポルノの製造に当たるか否かを区別する合理的な理由はないというべきである」。

### 3 被写体となる児童を直接描写することの要否

児童ポルノ法7条3項の姿態をとらせ製造罪は、「同条5項の場合のように提供の目的を伴わなくても、児童に、児童ポルノに該当するような姿態をとらせて児童ポルノを製造する行為が、それ自体当該児童の心身に有害な影響を与える性的搾取行為であることから、同条5項の提供目的製造とは別に処罰の対象とされたものであって、このような各条文の構造及び趣旨に照らしても、両者を同一に解する必然性はないというべき」であり、文理上もそれが自然である。

### 4 製造の時点、及び、法施行の時点において、18歳未満であることを要するかについて

#### (1) 製造時点

「実在する児童の姿態を描いた画像等が、児童ポルノとしていったん成立した以上、その製造の時点で被写体等となった者が18歳以上になっていたとしても、児童の権利侵害が行われた記録として、児童ポルノとしての性質が失われることはない」と解すべきである。のみならず、被写体等となった者が18歳以上となってから、上記のような画像等を製造する行為も、児童を性欲の対象とする風潮を助長し、児童の性的搾取及び性的虐待につながる

危険性を有する行為といえるから、この点に関する限り、現に18歳未満である者を被写体等として製造する場合と変わりはないというべきである」。

## (2) 児童ポルノ法施行時点

「児童ポルノ法施行以前に実在した児童を描いた場合には、児童ポルノとして児童の権利が侵害されたことはないものの、児童を性欲の対象とする風潮を助長し、児童の性的搾取及び性的虐待につながる危険性を有するという点では」、製造時点で被写体が18歳以上になっていた場合と同様であるから、「やはり、児童ポルノとして処罰の対象となり得ると解すべきである」。

また、「被告人が本件CGを作成した時点で、児童ポルノ法が施行されており、児童ポルノの製造を禁止する法規範に直面し、規範意識が喚起されたと考えられるから、何ら刑罰不遡及の原則に反するものではない」。

## 5 罪数関係

### (1) 本件3画像の製造を一罪とした点

「本件で起訴された児童ポルノ製造の実行行為は、[中略]個々の画像を作成した行為ではなく、被告人が、それらのCGを、CG集(聖少女伝説2)として、被告人所有のパソコンに記憶、蔵置した行為であるところ、その行為自体は一個であると評価することができる」。また、「児童ポルノ法の目的及び趣旨をどのように理解するかによって、直ちに児童ポルノ製造罪の罪数が決定されるものではない」。

### (2) 提供目的製造罪と提供罪を併合罪とした点

「児童ポルノ法は、児童の権利保護のため、児童ポルノの提供行為とは別に、製造行為それ自体について、児童の権利を侵害する行為として規制の対象としているのであり、製造された児童ポルノが現実に提供された場合であっても、その製造行為の違法性を、提供罪に包摂して評価するのは相当でなく、両者は社会的に別個の行為として評価されるべきものである

から、これらを併合罪とした原判決の判断に誤りはない」。

### （3）両 CG 集の提供行為を一罪とした点

『聖少女伝説』の提供行為と『聖少女伝説 2』の提供行為とは、「別個の犯意に基づく、社会通念上別個の行為とみるべきであって、併合罪の關係に立つとみるのが相当である。そうすると、両者の關係が一罪に当たるとの前提に立ち、前者の提供行為について、児童ポルノに該当するものがなく、その提供に当たらないとしながら、主文で無罪を言い渡さなかつた原判決には、法令の適用に誤りがあり、これが判決に影響を及ぼすことは明らかである」。

## 6 量刑理由

「起訴された34点の本件 CG のうち、[中略] 本件 3 画像のみがこれに該当すると認められるにとどまること、本件 3 画像の素材画像となる写真が撮影されたのは、[中略] 昭和57年ないし昭和59年頃であり、本件 3 画像は、その当時児童であった女性の裸体を、その約25年ないし27年後に CG により児童ポルノとして製造されたものであって、本件各行為による児童の具体的な権利侵害は想定されず、本件は、専ら児童を性欲の対象とする風潮を助長し、将来にわたり児童の性的搾取及び性的虐待につながるという点において、違法と評価されるにとどまることなどを考慮すると、違法性の高い悪質な行為とみることはできない。

## 【研究】

### 1 法の趣旨及び目的について

本判決は、児童ポルノ法の趣旨及び目的について<sup>7)</sup>、一方で、直接的には、児童の権利保護を目的としているとする。また、児童ポルノの製造行

---

7) 児童ポルノ法の保護法益に関する議論については、嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル43号76頁以下（2015年）参照。

為を児童に対する一種の性的搾取ないし性的虐待であると、実在する児童を描写したといえる程度に同一性の認められる画像や絵画が製造された場合には、当該被写体である児童の権利侵害が生じ得るとしている<sup>8)</sup>。

他方で、児童ポルノ法が保護法益とする児童の権利は、個別の児童の具体的な権利にとどまらず、同法の保護法益には、児童一般の保護という社会的法益も含まれるとする。すなわち、提供目的製造行為は、児童ポルノに描写された児童の権利を侵害する行為としてのみならず、児童を性欲の対象とする風潮を助長し、将来の児童の性的搾取及び性的虐待につながる危険性を有する<sup>9)</sup>行為としても規制されているとするのである<sup>10)</sup>。

以上のような、児童ポルノ法が、児童ポルノに描写された特定の児童の権利(個人的権利)を保護するとともに、児童を性欲の対象としてとらえる風潮の助長を防止することにより、児童一般の権利(社会的法益)をも保護するものであるとの理解は、立法者<sup>11)</sup>及びこれまでの裁判例<sup>12)</sup>も採用してきたものである<sup>13)</sup>。ここで重要な点は、従来、被写体たる具体的な児

---

8) 森山真弓=野田聖子編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』98頁(ぎょうせい・2005年)も、「児童ポルノに描写された児童の心身に有害な影響を与える製造の行為」と述べている。

9) このような関係が実際に存在するか否かについては、潜在的行為者個人に焦点を合わせたものであるが、田口真二「女児に対する性的興味を容認する態度と性的被害経験、個人要因および児童ポルノ使用経験との関連」日本法科学技術学会誌 vol. 20 175頁以下(2015年)も参照。

10) これを基礎づけるにあたって本判決は、現行法7条1項で自己の性的好奇心を満たす目的での所持が処罰されることになった趣旨について、児童ポルノ市場の形成の防止を挙げている。

11) 森山真弓編著『よくわかる児童買春・児童ポルノ禁止法』114頁(ぎょうせい・1999年)、烏戸純「『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の一部を改正する法律』について」警察学論集57巻8号77頁、81頁(2004年)、森山=野田・前掲注8)93頁。

12) 大阪高判平成12年10月24日高刑速報平成12年146頁、東京高判平成24年11月1日判タ1391号364頁等参照。

13) 奥村徹「判例から見た児童ポルノ禁止法」園田寿=曾我部真裕『改正児童ポルノ禁止法を考える』15頁(日本評論社・2014年)、武田正=池田知史「児童ポルノ法(製造罪、罪数)」判タ1432号35頁、37-38頁(2017年)等参照。

童の個人的法益と、児童を性欲の対象としてとらえる風潮の阻止による児童一般の保護という社会的法益とが、前者を中心として重疊的に保護されていると理解されてきたことである<sup>14)</sup>。

しかし、本判決は、提供目的製造行為によって生じ得るとされる被写体たる児童の権利侵害の具体的内容を、明らかとしていない<sup>15)</sup>。さらに、本件のような相当昔の写真を基にした児童ポルノ製造について「児童の具体的な権利侵害」は想定されないとし、「専ら児童を性欲の対象とする風潮を助長し、将来にわたり児童の性的搾取及び性的虐待につながるという点」のみで量刑を理由づけている<sup>16)</sup>。このような判示は一見すると、前述

---

14) 奥村・前掲注13) 15-16頁、嘉門・前掲注7) 80頁参照。島戸・前掲注11) 81頁は、「児童ポルノに係る犯罪は、被害児童の人権を著しく害し、かつ、児童を性的対象とする風潮を助長する点において、強い社会的非難に値する」と述べ、大阪高判平成12年10月24日前掲注12)も、「児童ポルノに描写されることの害悪から当該児童を保護し、ひいては児童一般を保護することを目的とする」（強調筆者）と判示する。また、本件第一審判決も、「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」と判示している。さらに、2004年の改正時に目的規定において、児童の権利の擁護を目的とすることが直接的に表現されたことも、この理解を支持するようにも思われる。

本判決においても、「個別の児童の具体的な権利にとどまるものではなく」や「現に児童の権利を侵害する行為のみならず」といった表現は、このような理解と整合するようにも思われる。

15) 「描写の方法がいかなるものであれ、上記のとおり、実在する児童を描写したといえる程度に同一性の認められる画像や絵画が製造された場合には、その児童の権利侵害が生じ得るのである」と述べるのみである。なお、「児童の権利侵害が行われた記録として」の「児童ポルノ」という表現がみられるが、その権利侵害は製造過程で生じるものであり、製造それ自体から生じるものではない。

児童ポルノに係る行為によって生じる児童の権利侵害の内容については、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＝曾我部・前掲注13) 103頁、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（成文堂・2014年）、上田正基『その行為、本当に処罰しますか——憲法的刑事立法論序説』187頁以下（弘文堂・2016年）、及び同・前掲注3) 218頁以下等参照。また、目的規定における「児童の権利」の意味について森山＝野田・前掲注8) 71頁は、「児童が『人』として有すべき権利、その人格の完全な、かつ調和のとれた発達のため、愛情及び理解のある雰囲気の中で成長する権利等」を挙げる。

16) なお、第一審判決も量刑理由において、「児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助

の法益理解にもかかわらず、本判決は、児童を性欲の対象としてとらえる風潮の助長による児童一般の権利侵害の危険の創出のみで、児童ポルノに係る行為の違法性を基礎づけているように読める。このように理解すれば、本判決は内部で矛盾しているのみならず、従来の理解とも整合しておらず、社会的法益、とりわけ児童を性欲の対象とする風潮の阻止を不当に重視しているということになる<sup>17)</sup>。というのも、本判決をそのように理解すれば、個人的法益の侵害か、社会的法益の侵害のどちらかがあれば、児童ポルノに係る行為の違法性を基礎づけるに十分であると考えられることになろうが、後者はその内容からして、児童に係る性的描写に関してそれが否定されることはほとんどないと考えられるからである<sup>18)</sup>。さらに、このような理解は、精巧な画像であれば、被害者が実在しない場合にも処罰すべきであるとの考え方をも導くであろう<sup>19)</sup>。

もっとも、児童ポルノ法が保護法益とする「児童の権利」は、「児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性を備えている必要がある」と述べていることからすれば、被写体たる児童の権利侵害は、児童ポルノに係る行為の違法性を基礎づけるものではあるが、非常に抽象的なもので足りると、本判決は理解しているとも考え得る。すなわち、被写体

---

ゝ長することになるなど、法益侵害の程度は軽視できない」と判示しており、社会的法益を重視しているようにも読み得るから、後述するような判決内部における矛盾は、第一審判決においても生じていたともいえるかもしれない。

- 17) 児童を性欲の対象とする風潮が助長されれば、将来の児童の性的搾取及び性的虐待につながるという関係が、実際に存在するか否かが本判決では全く問題にされていない以上、重点は、当該風潮の助長の阻止に置かれていることになる。

また、このような理解は、刑法175条との関係でも問題とされよう。森山・前掲注11) 116頁、森山＝野田・前掲注8) 173-174頁、園田寿『解説 児童買春・児童ポルノ処罰法』15-16頁、49頁(日本評論社・1999年)参照。

- 18) なお、このように理解するならば、実在性が要求される理由も、被写体が実在する方が、より一層児童を性欲の対象とする風潮を助長しやすいといった形で、従来と異なって理解されることになるように思われる。この点については、後述の実在性についての議論も参照。

- 19) 前田・前掲注3) 3頁参照。

たる児童の実在性及び当該児童の姿態を描写したものの製造（同一性）が証明されれば、具体的な被写体たる児童の権利侵害の証明として十分であると理解しているとも考え得るのである（前述したように、当該権利侵害の内容は不明確である）。このように理解すれば、児童ポルノ法の趣旨及び目的に関して、従来の考え方との整合性はかろうじて保たれよう。しかしそうであるとしても、本判決が内部で矛盾しているように読めるものであることは否定され得ないし、そのような被写体たる児童に対する抽象的な権利侵害のみで、児童ポルノに係る行為に対する処罰を根拠づけることができるかは疑問なしとしない。

## 2 児童の実在性について

児童ポルノ性が認められるためには、実在の児童を描写したものでなければならない。このことは立法者においても前提とされている。その根拠としては、児童ポルノが児童を性欲の対象としてとらえる風潮を助長するのみならず、描写の対象となった児童の人権を害すると考えられていることが挙げられる<sup>20)</sup>。すなわち、被写体となった児童に対する権利侵害が児童ポルノに係る行為の違法性を基礎づけているので、児童の実在性が要求されるという関係になる。このような理解と本判決が整合的か否かについては、前述の通り疑問とすべき点もあるが、本判決も児童が実在することを要するという点は前提としている<sup>21)</sup>。また、児童ポルノの製造行為がそれ自体及び提供行為によって、それぞれ別の権利侵害が被写体たる児童につ

---

20) 森山＝野田・前掲注 8) 182頁、坪井麻友美「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の一部を改正する法律について」法曹時報66巻11号29頁、70頁（2014年）、渡部・前掲注 3) 171頁。児童の実在性一般についての議論は、高良幸哉「児童ポルノ性に関する考察」比較法雑誌50巻3号305頁以下（2016年）参照。児童の保護と実在しない児童の性表現規制については、渡辺真由子「子どもポルノをめぐる国際動向と人権」総務省情報通信政策レビュー10号1頁、21-22頁（2015年）も参照。

21) 「児童の実在性が認められることを要するという意味で具体性を備えている必要はある」との判示をどのように理解するかについては、議論の余地がある。

いて生じ得ると理解していると読める判示も行っている<sup>22)</sup>。

いずれにせよ、そのような被写体たる児童の権利侵害が生じ得るのは、被写体とされた児童が実在しており、かつ、当該児童の性的な意味合いをもった姿態が描写されたと評価される画像等が作成(あるいは拡散)された場合である。このような意味で第一審も、CG画像で描写された児童の実在性を別途認定した後に、実在の児童を描写していると認定された素材写真とCG画像との同一性を認定することによって、当該実在の児童の姿態がCG画像において描写されていることを認定したものと考えられる。また、このように考えれば、同一性が一般人を基準にして判断されることにも問題は無いことになる<sup>23)</sup>。

したがって、実在性についての第一審判決の判示は、本判決のように理解するのが自然であり、この点では本判決は妥当である。

### 3 被写体となる児童を直接描写することの要否

前述のように製造行為それ自体によって、被写体たる児童の権利侵害が生じ得ると考えるならば、児童ポルノ法7条3項の「姿態をとらせ」要件と、同条5項の提供目的は、製造行為それ自体による権利侵害に加わるこ

---

22) 「実在する児童を描写した〔中略〕場合には、その児童の権利侵害が生じ得る」。「児童ポルノの提供行為とは別に、製造行為それ自体について、児童の権利を侵害する行為として規制の対象としている」。

23) この点については、上田・前掲注3)217頁以下も参照。なお、高良・前掲注3)394頁以下では、「CGにおける描写児童の実在性」の証明において、素材写真の描写児童の実在性(実在性要件)と、素材写真の描写児童とCGにおける描写児童との同一性(同一性要件)が充たされることを要するとしている。これが意味するところは正確には計り兼ねるが、実在性要件は、児童ポルノに係る行為によって権利を侵害される者の実在性の問題であり、同一性要件は当該権利侵害の存在を証明するためのものであると考えれば、本件において、「CGにおける描写児童の実在性」という要件をあえて要求することは必要ないと考えられる。

もっとも、同一性が認められるような素材写真が複数あり、それらが別の児童のものであるという場合に、当該複数人に対して権利侵害が生じるとされるのか、権利侵害の帰属先が不明なものとして扱われるのかという問題が残る。



とによって、児童ポルノの製造行為を当罰的なものにする要件と理解されることになる。すなわち、製造行為それ自体の有する被写体児童に対する侵害性と、拡散の危険性の増大又は製造過程で生じる被写体児童の別途の個人的法益の侵害とが児童ポルノ製造行為の当罰性を基礎づけているのである<sup>24)</sup>。

したがって、本判決及び第一審判決が判示するように、提供目的製造罪において、直接面前で児童に姿態をとらせて描写することは要件とはならないと考えるのが妥当である。

#### 4 製造の時点、及び、法施行の時点において、18歳未満であることを要するかについて

##### (1) 製造時点

提供目的製造行為については、児童ポルノに描写された児童の心身に有害な影響を与え続けるのみならず、このような行為が社会に広がる時には、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重大な影響を与えるということを理由として、製造には複製も含まれるとされる<sup>25)</sup>。複製の場合には、描写された児童に対する侵害性は必ずしも高くないが、提供目的により流通の危険性が増大することから、当罰的な製造行為になるのである<sup>26)</sup>。このような理由で、一度児童ポルノとして成立した媒体を複製する行為も児童ポルノ法7条5項の「製造」に該当するとすれば、被写体となった者が18歳以上となり児童でなくなった後の製造行為も、元の児童ポルノが児童を性欲の対象とする風潮を助長するとされる以上、処罰されることになろう。

---

24) 仲道祐樹「児童ポルノ製造罪の理論構造」刑事法ジャーナル43号63頁、68-69頁（2015年）、森山＝野田・前掲注8）197-198頁、島戸・前掲注11）96-97頁、武田＝池田・前掲注13）37-38頁。

25) 森山＝野田・前掲注8）198頁。

26) 武田＝池田・前掲注13）37-38頁。

しかし、児童ポルノに係る行為の当罰性は、被写体たる児童の権利侵害によっても基礎づけられているとすれば、当該権利侵害が複製行為それ自体によって生じ得ることが必要となろう。この点に関して本判決は、「児童の権利侵害が行われた記録として、児童ポルノとしての性質」は被写体が18歳以上になった後も失われないと述べてはいるが、当該性質が複製行為それ自体による権利侵害とどのような関係にあるのかについて、なお検討を要する<sup>27)</sup>。さもないければ、法の目的及び趣旨に関して前述したように、児童を性欲の対象とする風潮を助長するような媒体を作成すれば、それだけで製造罪が成立することになり、不当な結論を導くことになるであろう。

## (2) 児童ポルノ法施行時点

児童ポルノ法施行以前においては、児童の性的な姿態を描写したものを作成することは規制されておらず、それゆえ、児童が自らの性的な姿態を処分することは法によって制限<sup>28)</sup>されていなかった。したがって当時は、児童の有効な同意がある限り<sup>29)</sup>児童ポルノの製造及び提供は、法的には児童の権利を侵害する行為ではなかった。本判決が「児童ポルノとして児童の権利が侵害されたことはない」と述べるのもそのような趣旨であろう<sup>30)</sup>。

児童ポルノとして児童の権利が侵害されることがないとすれば、本件でCG作成の基にされた写真は、撮影当時においては、法的には「児童の権

---

27) この点については、上田・前掲注3) 222-225頁参照。

28) 児童の保護のために児童ポルノに係る行為が規制される結果として、後見的に自己決定が規制されることになる。上田・前掲注15) 187-190頁参照。

29) 被写体が13歳未満である場合に、製造過程に行われた行為が強姦又は強制わいせつを構成する場合には、その点について法的に同意は存在しない。そのことゆえに、当該姿態の描写を記録・拡散することの同意が法的に無効になるとも考えられるが、そのような不同意製造・拡散は犯罪を構成していなかった。

30) この点については、上田・前掲注3) 225-226頁も参照。

利侵害が行われた記録」ではなかったことになる。そうだとすれば、本判決が本件 CG 作成の違法性を基礎づける事情として挙げるのは、「児童を性欲の対象とする風潮を助長し、児童の性的搾取及び性的虐待につながる危険性を有する」という社会的法益の側面だけとなる（量刑理由の判示もそのようなことを示唆することは前述した）。このような考え方は児童ポルノ法の趣旨及び目的についての従来の理解とは整合せず、児童ポルノ法施行以前に実在した児童を描写する行為（とりわけ、本件のような二次製造）に製造罪の成立を認めるのであれば、そのような行為によって生じ得る権利侵害を明確に示す必要があるはずである。

## 5 罪数関係

### (1) 本件 3 画像を一罪にした点

本件で製造された「児童ポルノ」は、正確には、本件 CG 画像データが記録された被告人のハードディスクである（「衣服の全部を着けない児童の姿態であって性欲を刺激するもの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電磁的記録にかかる記録媒体」（児童ポルノ法 2 条 3 項）。そこで、当該児童ポルノの製造行為は、個々の電磁的記録を作成する行為ではなく、記録媒体に電磁的記録を記憶、蔵置する行為であると考えることができる。また本件では、本件 3 画像は、「ssd2\_prt.pdf」という同一ファイル内で表示される画像である。したがって、本件における児童ポルノ製造行為は、同ファイルをハードディスクに記憶、蔵置した 1 個の行為であると考えられ、本件 3 画像に係る児童ポルノの製造は一罪になると考えられる。本判決はこのような趣旨であろう。

なお、本件では被写体が複数であるから、例えば本件 CG 画像がそれぞれ別ファイルとして保存されていた場合には、描写された児童の人数と描写の回数に応じて数罪が成立するとも考え得る<sup>31)</sup>。

---

31) 児童ポルノの提供目的製造罪の罪数について、武田＝池田・前掲注 13) 52-53頁も参照。

(2) 提供目的製造罪と提供罪を併合罪とした点

本判決は、提供目的製造罪と提供罪が併合罪になる理由として、製造行為がそれ自体において被写体児童の権利が侵害されること、その侵害による製造行為の違法性は提供罪に包摂されないこと、及び提供目的製造行為と提供行為が社会的に別個の行為として評価されるべきことを挙げる。これらの理由付けにより提供目的製造罪と提供罪とを併合罪として扱うことは、従来の判例及び裁判例と整合する取扱いである<sup>32)</sup>。

しかし本件については、本判決自身が、相当昔の写真を基にしてCGを作成し、提供したという本件各行為による児童の具体的な権利侵害は想定されないと判示しており、そのように考えれば、とりわけ被写体児童との直接の接触がない本件製造行為がそれ自体による権利侵害は、なおいっそう想定し難いように思われる。そして、本判決の判示を文字通りに理解し、児童の具体的な権利侵害が存在しなくとも児童ポルノに係る犯罪が成立するというを前提とするならば、本件における提供行為は、専ら児童を性欲の対象とする風潮を助長したことのみによってその違法性を基礎づけられることになり、提供目的製造行為は、提供を目的とすることにより、児童ポルノの拡散による当該風潮の助長をもたらす危険性が高まるということのみをもって違法評価されることになる。したがって、本件のような事案においては、児童ポルノ提供目的製造罪と提供罪は一罪として評価されるべきものとなるはずである。

もっとも、前述のように、本判決においてもなお被写体たる児童の具体的な権利侵害が要求されていると理解する可能性もあるが、その場合には、本件において提供目的製造行為と提供行為のそれぞれによってどのような権利侵害が生じ、それぞれの権利侵害がどのように異なるのかを説明しなければならないであろう。

---

32) 最決平成21年7月7日刑集63巻6号507頁。鹿野伸二「判解」最判解刑事篇平成21年度186頁、190頁以下(2013年)も参照。

### (3) 両 CG 集の提供行為を一罪とした点

『聖少女伝説』と『聖少女伝説2』は、それぞれ個別性を有する CG 集であり、それぞれの提供行為を別個の機会に行われたものと考えられるから、両 CG 集の提供行為は併合罪の関係に立つと考えられる。この点で本判決は妥当である<sup>33)</sup>。

### 【おわりに】

本判決は、第一審有罪判決に対する控訴審判決であり、それぞれの判断は、被告人側からの主張に答えるものである。しかし、各部分における判断及び理由付けについては、論理一貫していないと考えられる部分も存在する。また、児童を性欲の対象とする風潮を助長するという側面を重視しているように思われる部分は、非実在の児童を描写したものに対する規制を含む立法論にまで視野を広げずとも、今後の児童ポルノ事案一般に大きな影響を持ち得るであろう。したがって、児童ポルノ性の要件判断に関する今後の裁判例の蓄積も待たれるところである。

---

33) 提供行為の罪数については、武田＝池田・前掲注13) 53-54頁。