

**实在児童の写真を素材とした、同児童が 18 歳以上となっていた時点で行われた
コンピュータグラフィックスの作成と児童ポルノ製造罪の成否**

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第一小法廷

【裁判年月日】 令和 2 年 1 月 27 日

【事 件 番 号】 平成 29 年（あ）第 242 号

【事 件 名】 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違反被告事件

【裁 判 結 果】 上告棄却

【参 照 法 令】 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 号による改正前のもの）2 条 3 項・7 条 5 項

【掲 載 誌】 裁時 1740 号 3 頁、裁判所ウェブサイト

◆ LEX/DB 文献番号 25570677

金沢大学教授 永井善之

事実の概要

被告人 X は、平成 21 年 12 月 13 日頃、昭和 57 年から同 59 年にかけて初版本が出版された写真集における、实在する 18 歳未満の者の脱衣の姿態に係る写真 3 点の画像データを素材とし、画像編集ソフトを用いてコンピュータグラフィックス（以下「CG」）である画像データ 3 点を作成した上、不特定又は多数の者に提供する目的で本件各 CG を含むファイルを自己のパーソナルコンピュータの外付けハードディスクに記憶、蔵置させ（第 1 行為）、これと同一のファイルをインターネット通信販売サイト運営会社のサーバコンピュータに送信して記憶、蔵置させ、同社にその販売を委託して、平成 24 年 4 月 20 日から翌年 3 月 27 日までの間、不特定の者に同ファイルからなる CG 集を販売し、これらの者のパーソナルコンピュータのハードディスク内に同ファイル中の本件各 CG をダウンロードさせた（第 2 行為）。

X はこれらの行為について児童買春、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 号による改正前のもの。本稿の判例の解説では特記なき限り改正前後を区別せず「児童ポルノ法」又は「法」という。）違反に問われ、東京地判平 28・3・15（判時 2335 号 105 頁）は、「児童ポルノ法の目的や同法 7 条の趣旨に照らせば、同法 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」、「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

に描写したものであると認識できる」ことで「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」る CG の画像データに関しては同法による規制の対象となり、このことは当該 CG が「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」とした上で、児童ポルノの製造罪の成立には被写体が①製造時及び②同法施行日に 18 歳未満たることを要するとの弁護人の主張に対して、①のように解すれば被写体が 18 歳以上になればその複写や提供が同法上規制されなくなり、「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」、②についても、同法施行後の新たな製造等のみの処罰は罰則の遡及適用に当たらないとして、第 1 行為につき児童ポルノ提供目的製造罪（同法 7 条 5 項前段）、第 2 行為につき児童の性的姿態を描写した情報の記録¹⁾の提供罪（同法 7 条 4 項後段）の成立を認めた（懲役 1 年及び罰金 30 万円、懲役刑執行猶予 3 年。求刑懲役 2 年及び罰金 100 万円²⁾）。

X 側からの控訴に対し、東京高判平 29・1・24（高刑集 70 巻 1 号 1 頁）は、第一審判決による实在性、児童性、同一性等の認定はおおむね相当としては認め、①製造及び②児童ポルノ法施行の時点で被写体が 18 歳未満であることの要否について、「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」とした上で、①については「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」とし、②についても、同「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、①の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」とした（なお、第一審判決においてはCG集2冊分の画像記録につき提供罪の成立が認められていたが、このうち児童ポルノに当たるものを含まない1冊分については無罪とされ、宣告刑は罰金30万円とされた。）³⁾。

そこでX側が上告した。

決定の要旨

最高裁は刑事訴訟法405条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したが、職権で次のように判断した。

児童ポルノ法2条「3項にいう『児童ポルノ』とは、写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物であって、同項各号のいずれかに掲げる実在す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ものをいい、実在しない児童の姿態を描写したものは含まないものと解すべきである。」同法7条5「項の児童ポルノ製造罪が成立するためには、同条4項に掲げる行為の目的で、同法2条3項各号のいずれか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物を製造すれば足り、当該物に描写されている人物がその製造時点において18歳未満であることを要しないというべきである。」

なお、山口厚裁判官による次の補足意見がある。
「児童ポルノ法2条3項に定める児童ポルノであるためには、視覚により認識することができる方法で描写されたものが、実在する児童の同項各号所定の姿態であれば足りる。児童ポルノ法7条が規制する児童ポルノの製造行為は、児童の心身に有害な影響を与えるものとして処罰の対象とされているものであるが、実在する児童の性的な姿態を記録化すること自体が性的搾取であるのみならず、このように記録化された性的な姿態が他人の目にさらされることによって、更なる性的搾取が生じ得ることとなる。児童ポルノ製造罪は、このような性的搾取の対象とされないという利益の侵害を処罰の直接の根拠としており、上記利益は、描写された児童本人が児童である間にだけ認められるものではなく、本人がたとえ18歳になったとしても、引き続き、同等の保護に値するものである。児童ポルノ法は、このような利益を現実には侵害する児童ポルノの製造行為を処罰の対象とすること等を通じて、児童の権利の擁護を図ろうとするものである。」

判例の解説

一 問題の所在

本件は、児童ポルノ法の施行以前に作成されていた、児童の性的姿態を描写した写真に係る画像データを素材として（以下、これらの写真又はそのデータを「素材写真」という。）、同法施行後にCG

を作成するなどした行為について、同法上の児童ポルノに係る罪に問われたものである（同法上の「児童」とは18歳未満者をいう。法2条1項参照）。本件での争点は、素材写真の被写体児童の実在性の要否（要するならその有無）⁴⁾、この児童とCGの描写対象との同一性の要否（要するならその有無）、これらが必要でありかつ肯定されるとして、素材写真の被写体が18歳以上となっていたと考えられる同法施行後の時点でなされた本件の行為についての児童ポルノに係る罪の成否等であるところ、これらについての判断、即ち児童ポルノ概念や規制対象行為の範囲等についての判断には、これらの罪の保護法益をいかに解するかがその前提となる。この点に関連して、本決定は最高裁として初めて、同法上の児童ポルノが実在児童の性的姿態を描写するものに限定されること、他方で同法7条5項（現行法同条7項）の児童ポルノ製造罪の成立には被写体がその製造時点で18歳未満であることを要しないことを明示した点に意義がある。

二 児童ポルノに係る罪の保護法益

児童ポルノに係る罪の保護法益を巡っては、④と同じく性表現規制であるわいせつ表現規制（刑法175条）と比較して、性描写要件はより緩やかである一方規制対象行為類型はより広範で、法定刑もより峻厳であり、表現の自由保障（憲法21条）に対する極めて厳格かつ広範な制約であること、児童ポルノ法では被写体とされた児童への保護措置が規定されるなど（法15条以下）していること等を根拠に、被写体児童の心身の健全性等の個人的利益と解する見解（被写体児童に係る個人的法益説）、⑥児童ポルノの所持や拡散が招来しうる、その描写内容の模倣や、新たな児童ポルノ需要の喚起に基づくその市場形成によって、児童が将来被りうる性的な搾取や虐待からの保護という利益と解する見解（児童一般に係る個人的法益説）、③児童一般の健全に成長する権利の保護のために維持されるべき、児童を性欲の対象としない風潮や良好な社会環境という利益と解する見解（社会的法益説）、④⑤と③のいずれもがその規制根拠となるとする見解（併用（混合）説）、などがある⁵⁾。

三 児童ポルノ概念

これらの規制根拠論のうち、③説を前提とする

ならば、児童を性欲の対象とする風潮を招来しうるような（法2条3項所定の）描写であれば、即ち例えば、架空の児童の性的姿態を描く漫画等であっても児童ポルノに当たると解されうることとなり、このような可能性は児童ポルノの受け手への影響を問題とする⑥説についても生じえよう。

この点、本決定においては児童ポルノにつき実在児童の姿態の描写たることが必要とされている（第一審判決もこのような前提のもとに実在性と同一性を認めており、控訴審判決もこれを是認している。）。そのため本決定の立場においては、規制根拠論につき③説又は⑥説に尽きるとの理解は採られておらず、このような意味で③説又は⑥説のような考え方が前提とされているように思われる。

四 行為時・法施行時の被写体要件

ところで③説では、児童ポルノの製造（児童の性的姿態の記録化。現行法7条4項、5項）規制はそれ自体が被写体児童の心身へ重大な影響を与える性的な搾取や虐待と解されうることから、また、その拡散（児童の性的姿態の記録の提供等。現行法7条2項、6項及びこれらの行為を目的とする3項、7項、8項）規制はそれが被写体児童に精神的苦痛を与える性的な搾取や虐待と解されうることから、さらに平成26年の改正で導入された、拡散を目的としない所持（児童の性的姿態の記録の維持。現行法3条の2、7条1項）規制はそれに拡散の抽象的危険が認められうることから、それぞれ根拠づけられうるとも考えられよう⁶⁾。それでもなお③説ではその児童ポルノに係る罪の成立の根拠づけに困難を生じうるのは、本件のように、その当初の製造（記録化）は同法施行以前に（ゆえに不可罰的に）実在児童を被写体としてなされていたが、この被写体が18歳を超えたのちの同法施行後に、この記録を素材として拡散規制の対象行為（本件では提供目的製造と提供）がなされた場合、即ち、同説の前提とする被写体児童という意味での法益主体が存在しなくなっている場合である（法益主体が死亡している場合や、それが18歳以上となりその拡散に同意している場合にもこれに類する問題が生じえよう。）。

1 控訴審判決

この点について控訴審判決は、先に引用のように、児童ポルノ法の法益には個別の児童の具体的権利にとどまらず「児童一般の保護という社会的

法益」ないし「児童を性欲の対象ととらえる社会的風潮が広がるのを防ぐ……社会的法益」も含まれるとして、製造時及び同法施行時には被写体が18歳以上になっていたとしても、实在児童の姿態を描いた場合には児童を性欲の対象とする風潮を生じ児童の性的な搾取や虐待につながる危険性を有するとして、同法による処罰の対象となるとしている（第一審判決でもおおむね同様の理由付けがなされている。）。ここでは、拡散規制について社会的法益の保護が実質的な根拠とされており、そのような意味で、控訴審判決（第一審判決も）による法益理解は④説のような立場であるといえよう⁷⁾。

2 本決定

一方、本決定は、児童ポルノ法7条5項（現行法同条7項）の製造罪の成立には、所定の目的で児童の所定の姿態を描写するものを作成すれば足り、製造行為時にその被写体が18歳未満でなくともよいとした。これは、被写体児童の实在性を児童ポルノの要件とする本決定の立場と併せ考えると、同項の製造罪については、描写内容が实在児童の性的姿態であることを要するが、その描写や複製等の製造行為の時点で被写体が児童である必要はないということになろう⁸⁾。ただ、本決定ではこのような理解を基礎づけうる規制根拠についての論及はなされていない。

なお、山口裁判官の補足意見は、同法7条による児童ポルノの製造行為の規制根拠は、直接的には、实在児童の性的姿態の記録化とその公開という性的搾取の対象とされないという利益の保護のためであり、この利益は被写体が18歳になっても引き続き同等の保護に値するとする。ここにいう性的搾取の対象とされないという利益を侵害する行為、即ち前述のように描写や複製といった製造行為や拡散行為は、被写体児童が18歳以上になって（あるいは当該人物が死亡して）いても行われうるのであるから、ここでは、性的姿態が記録化される前提としてなされた性的虐待（性行為等）の時点で存在した児童（この点は本決定により「児童ポルノとは实在児童の性的姿態の描写である」と解されることで担保されている。）の個人的利益が問題とされていることになるように思われる。

●——注

1) 児童ポルノに係る罪の行為客体には、厳密には規制対

象行為態様との関係で、有体物であると解される「児童ポルノ」（現行法7条1項前段、2項前段、3項前段、4項、5項、6項前段、7項前段、8項。なお3条の2）と、媒体への情報の記録状態をいう「第2項第3項各号のいずれか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（その他の記録）」（現行法7条1項後段、2項後段、3項後段、6項後段、7項後段。なお3条の2）がある。本決定による「児童ポルノ」に係る判断の趣旨は、描写内容としては同質の「記録」にも妥当すると考えられよう。

2) 評釈として、佐藤淳「判批」研修818号（2016年）13頁以下、渡部直希「判批」警論69巻8号（2016年）166頁以下、上田正基「判批」立命367号（2016年）208頁以下、高良幸哉「判批」新報123巻8号（2017年）389頁以下、鈴木一永「判批」刑ジャ55号（2018年）117頁以下。

3) 評釈として、上田正基「判批」立命372号（2017年）157頁以下、渡邊卓也「判批」『平成29年度重要判例解説（ジュリ1518号）』（有斐閣、2018年）169頁以下、岡田好史「判批」刑ジャ56号（2018年）149頁以下、高良幸哉「判批」新報125巻1＝2号（2018年）173頁以下。

4) なお、弁護人から、素材写真の被写体の实在性や児童性に疑義があると主張されたのに対して、第一審判決、控訴審判決ともこれらを肯定している（第一審判決においては、児童性の認定に、タナー（Tanner）法を用いて判断をした医師の鑑定結果が証拠とされている。この点につき、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』（成文堂、2016年）363頁以下参照）。

5) 児童ポルノ規制の保護法益についてはさしあたり、嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑ジャ43号（2015年）76頁以下、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢60巻1号（2017年）125頁以下等を参照。

6) つまり、所持規制を拡散規制の一種と解することも不可能ではないように思われる。永井・前掲注5）144頁以下参照。

7) これは同法の立案担当者や従来の裁判例の採る立場でもある（森山眞弓＝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』（ぎょうせい、2005年）93頁、大阪高判平12・10・24高刑速平成12年146頁、京都地判平14・4・24LEX/DB25451739等参照）。

8) よって例えば、实在児童の現実の性的姿態を、それが18歳以上となったのちに思い出しつつ絵で描いた場合も同罪に当たりうることになる（实在児童を描く場合は絵も児童ポルノたりうるとは同法制定時から立案担当者によっても認められている。第145回国会衆議院法務委員会議録11号（1999年5月12日）4頁〔大森礼子参議院議員（法案発議者）〕参照）。