

# 刑事判例研究(4)

中央大学刑事判例研究会

実在の児童の画像を元に作成されたCGにつき児童ポルノ製造罪および提供罪が成立するとされた事例

高 良 幸 哉

〔東京高判平成二九年一月二四日／東京地方裁判所平成二五年(特わ)第一〇二七号／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／高刑集七〇巻一号〕  
一頁

## 【事案の概要】

本件被告人は、不特定又は多数の者に提供する目的で、衣服を付けない実在する児童の姿態が撮影された画像データを素材とし、画像編集ソフト等を使用して前記児童の姿態を描写した画像データ三点を含む同ファイルを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、もって衣服の全部を着けない児童の姿態であつ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係る記録媒体である児童ポルノを製造した。また、被告人は、児童ポルノを含むCG集を、インターネット通信販売サイトを運営するa会社に販売を委託して提供しようと企て、インターネットに接続された被告人のパーソナルコンピュータから、aのデータ保管先のb会社が管理するサーバコンピュータに本件CG集にかかるファイルを送信して記憶、蔵置させるとともに、aにその販売を委託し、三回にわたり前記CG集を販売させ、顧客らに同ファイルをダウンロードさせた。

原審は、児童性の認定においてタナー法分類による認定方法を採用し、三四点のCGのうち、タナー法による認定を行った医師が児童性を認定した写真と素材画像が一致しない七点について児童性の立証がないとし、残り二七点のうち、六点については、元画像の出典が不明である、元写真との同一性が失われるほどに加工されているおそれがあるとの理由から、実在性を否定し、残り二一点のうち、タナー法の乳房二度以下のものについては乳房や肩幅、腰付近の骨格等、身体全体の発達が未成熟であることから、一八歳未満であることが強く推認され、四点について児童性を認定し、そのうち、三点については元画像との同一性を認定している。なお、本件で問題となったCG集は、「CG集一」および、その一年二か月後にアップロードされた「CG集二」であるが、本件児童ポルノにかかるCGはすべて後者に含まれており、前者のCGについては児童ポルノ性が否定されている。

被告人行為は、かかる三点のCGにつき、児童ポルノ提供目的製造罪（改正前児童ポルノ法七条五項）および、同提供罪（同四項）として有罪とされ、控訴したものである。

### 【判決要旨】

描写の方法がいかなるものであれ、「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」のであるから、そのような行為が児童ポルノ法による処罰対象となることは、同法の趣旨に照らしても明らかである。

児童ポルノ法の児童ポルノに対する規制の在り方に鑑みると、「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。

なお、原審は、児童性、実在性の否定されたCG集についての提供行為を、両CG集の提供行為と合わせて一罪としたが、両CG集のアップロードについては一年三か月の期間が開いており、児童ポルノCGを含む「CG集二」については、前作の顧客からの依頼を受けて制作されたものであり、新たな犯意のもと作成されたものとし、両CG提供行為を別罪とし、原判決を破棄し、「CG集一」については無罪とした。

## 【研究】

### 一 問題の所在

本件は、被告人が、昭和五六年から平成一一年までに初版が発行された児童のヌード写真集の画像を元にして、加工・合成してレイヤーを作成し、これを元に児童を描写したCG集二点を作成し、当該CG集にかかる電磁的記録を、販売サイトを通じて販売した事案である、東京地判平成二八年三月一五日判時二三三五号一〇五頁の控訴審である。

原審は、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（児童ポルノ法）施行後初めて、Cの児童ポルノ性が認められた裁判例である。原審は、児童性の認定においてはタナー基準を用い、実在性の認められる元画像との同一性が認められるCG三点につき、児童ポルノ性を認定している。本件東京高裁は、児童ポルノ性を認める要件として、実在性および同一性を検討して児童ポルノ性を認めるとともに、児童ポルノ法の保護法益にも言及している。本件においては、児童ポルノ性を認定する際の同一性要件の位置づけおよび、児童ポルノ法の保護法益が問題となる。

## 二 実在性と同一性

まず、児童の実在性について、我が国の学説・実務はともに、当該描写物を児童ポルノであると認定するに際して、モデルとなった児童が実在の人物でなければならないという「実在性」を要求する。<sup>(3)</sup> 実在性要件について、初めて言及した裁判例は、大阪高判平成一二年一〇月二四日高速平成一二年四号一四六頁であり、ここで大阪高裁は、「児童ポルノ法の立法趣旨、すなわち、同法が、児童ポルノに描写される児童自身の権利を擁護し、ひいては児童一般の権利をも擁護するものであることに照らすと、児童ポルノに描写されている児童が実在する者であることは必要であるというべきであるが、さらに進んで、その児童が具体的に特定することができる者であることまでの必要はない」と判示している。<sup>(4)</sup> ここでは、児童が実在していなければならないことに言及しつつも、そこに描写されている児童がこの誰であるのか、その氏名等まで特定されている必要はないとし、具体的特定性までは必要ないとしている。

この点、原審東京地裁も、児童の実在性は要求しながら、具体的な特定性までは必要ないという、従来の裁判例と

同様の見解に立ち、実在性が認められるか否かをCGの児童ポルノ性判断の基礎におく。原審の判断枠組みは、第一には、素材となった画像に描写されている児童が「実在の児童」であるかが基礎にあり、そこで、素材画像が素材となった写真集に含まれるものであることが確認できないもの、すなわち、当該描写児童の実在性が確認できないものが除外され、元画像と同一性が担保できないCGについては除外されている。当該CGにおいても一定の実在性が要求されるのであり、かかる認定の基礎に、実在性が担保された素材画像とCGとの同一性がその要件として取り込まれているように読むことができる。そして、同一性判断は、一般人の判断を基準とするものであり、一般人がそれを実在の児童の描写であるとみることができるとして、製造・提供にあつては規範の問題に直面しているといえる。

ただし、原審における「同一」という文言は二つの意味で用いられているように読める。第一に、元画像データに描写されている児童がまさにモデルとなった児童であるという、当該画像における児童とCG描写児童の同一性であつて、「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」との文脈で用いられる同一性(同一性I)がこれに当たる。第二に、「写真との同一性が認められるほど精巧に作られたもの」との文言で用いられる同一性(同一性II)である。これは、CG作成に際し、元となった画像に描写された児童の姿態とCGに描写された児童の姿態が同一であるかを問題とする要素であり、元画像とCGを結び付ける要件である。

これらは、同じ「同一性」の文言が用いられるが、「同一性I」はCG描写児童が実在することを意味するのであつて、「同一性II」は当該CG画像の実在性、すなわちCGに描写された児童が実在の児童と同一であるという「同一性I」を立証するための要件である。そのため、「同一性I」については、当該CGにおける実在性要件に吸収され

る要素であるが、「同一性Ⅱ」については、児童の実在性が確認されている元画像に描写されている姿態と当該CGに描写されている児童の姿態を結び付けることで、当該CGに描写された児童の実在性すなわち実在する児童との同一性（同一性Ⅱ）を立証するための要件となるのである。

同一性要件は従来の裁判例においては要求されていなかったが、児童を直接に記録・撮影したような描写物においては、当然に描写児童とモデルとなった児童は同一であり（同一性Ⅰ）、例えば映像等を複製した事案であっても、元となった描写と複製された描写は同一性（同一性Ⅱ）を問題にする必要は低く、これは、CGのような加工の容易な描写の場合に問題とされるものであろう。<sup>(5)</sup>ここで、一般人をして、CGの描写児童がその一部において現実の児童と同一であるように見える場合であっても、CGの加工性の高さ故、児童の実在性が否定される場合も存する。<sup>(6)</sup>加工が容易である以上、元画像との照合が必要であり、一次描写の児童の実在性によって加工後のCGの実在性を担保するために、同一性要件（同一性Ⅱ）が立証の基礎におかれるものと思われる。

### 三 児童ポルノ法の保護法益

次に、児童ポルノ法の保護法益について、本件控訴趣意にあるように、児童ポルノ法の趣旨を純粋な描写児童の保護に求めた場合、児童ポルノ作成時に描写児童がすでに一八歳以上になっていた場合、法益侵害性がなく、児童ポルノ製造罪が成立しないとの主張がある。ここで、児童ポルノ法は特に製造時・提供時ないし児童ポルノ法施行時における描写対象者についての年齢に制限を設けていないため、その趣旨を考慮し解釈しなければならぬ。

児童ポルノ法の趣旨、すなわち、児童ポルノ法がいかなる法益を保護しようとしているかについては、第一次的に

は描写児童が保護されるべきであるという点についてはほとんど争いが無い。ここで問題となるのは、児童が性的対象とみられる風潮の防止、児童一般の保護を児童ポルノ法の保護目的に含めるか否かである。

これまでの裁判例は、あくまで第一次的に保護されるべきは児童つまりは描写児童であって、ひいては児童一般・風潮が保護されるとする<sup>(7)</sup>。これは、本件原審においても、「被写体となる描写児童の権利の擁護に反する上、児童一般を性欲の対象とする風潮を助長する」との文言があるように同様である。ただし、当該児童ポルノ製造時、あるいは児童ポルノ法施行時においてすでに一八歳以上であったものを描写したポルノグラフィの規制の正当化の際に、「風潮」「児童一般」といった社会的法益とも読める語を用いているところ、判例が児童一般を性欲の対象とする風潮の防止や児童一般の保護のみを規制根拠とした規制を容認するかについては争いがあり、従来の判例の評価については、社会的法益説に立つのではないかとの評価もみられるところである<sup>(8)</sup>。

この点、立法段階においては、社会的法益の保護が児童ポルノ法の保護法益であるとする見解を明確に否定し、個人的法益が保護法益であるとするものがある一方、児童一般の保護および児童を性的対象とみる風潮の防止について言及する発言もみられる<sup>(9)</sup>。このことから、立法段階においては個人的法益保護を第一の法益としつつもそれと矛盾するものではないとして、一般的児童や児童を性的対象とすることの防止をも考慮していたものと思われる。

また、学説においては、児童ポルノ規制を個人的法益の保護を目的とするものであるとする個人的法益説に立つ見解が多く、これは本件控訴趣意においてもみられるように、児童ポルノ製造、提供等による当該描写児童への侵害の危険性を根拠に児童ポルノ規制を正当化する見解である<sup>(10)</sup>。かかる見解によれば、当該児童虐待が想定できない場合においては、児童ポルノ規制は正当化しえないことになる。一方、学説の中には、社会的法益の保護を規制根拠におき、

より広い範囲の規制を可能とする見解が主張されるほか、原則として、個人的法益説に立ちつつ、重疊的に児童一般・風潮といった法益が保護されるとし、児童一般・風潮は単独で児童ポルノの可罰性を基礎づけるものではないとする見解<sup>(12)</sup>もあり、これは先の裁判例・立法とも整合的な見解である。

#### 四 本件の検討

まず、実在性について、本件は原審東京地裁と同様の見解に立ち、原審同様、描写児童が実在することを前提とした上で、当該実在児童とCGにおいて同一性が認められる場合に、当該CGも実在の児童を描写したものととして、かかる同一性により、CGにおける描写児童の実在性を認定しているといえる。当該CGの製造・流通によって描写対象への抽象的危険は存する。ここで問題となる同一性は、実在の児童を描写したCGといえるかという実在性の問題である。

この点、本件評釈においては、実在性とは児童ポルノにかかる行為によって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「CGにおける描写児童の実在性」はあえて要求すべき要件ではないとの指摘も存するところである<sup>(13)</sup>。しかし、本件で問題となっているのは元画像の児童ポルノ性の問題ではなく、本件CG自体が児童ポルノであるかが問題となっており、児童ポルノ性の要件として児童の実在性を要するのであれば、本件CGの描写自体が実在の児童を描写したという程度のものでなければならぬと思われる。かかる立証のために同一性要件（同一性Ⅱ）が用いられているものと思われる。

児童ポルノ製造時・児童ポルノ法施行時にすでに一八歳以上であった者を描写したポルノグラフィの規制について、本件東京高裁は基本的には原審と同様の立場であるが、「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」として、明確に社会的法益の保護を規制目的とすることを明言する。この点、従来の裁判例においても「風潮」「児童一般」をその保護法益としているように読める文言も存するが、これが被写体児童の個人的法益と重畳的に保護されているのか、かかる法益保護のために単独で規制可能な領域が存するのか、また、「風潮」「児童一般」が社会的法益であるのかについては、明確ではなかった。しかし本件は、これらを社会的法益とし、児童ポルノ法の違法市場拡大の防止、児童の搾取助長の防止といった観点と結び付け、さらに量刑理由において、「本件三画像は、その当時児童であった女性の裸体を、その約二五年ないし二七年後に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」と述べるなど、児童ポルノ規制において、社会的法益の保護をも規制根拠としたと解釈できる点において、従来の裁判例よりも踏み込んだ判断であると思われる。ただし、社会的法益保護のみによって規制する領域を認めるのであれば、社会的法益としての善良な風俗をその保護法益とする刑法一七五条が漫画等仮想のポルノグラフィについてもわいせつ性を認めていることを考慮すれば、「具体的特定」まではいらないとして抽象化されているとはいえず、「實在性」を要求していることとの矛盾は否定しえないものと思われる。

なお、本件は児童性の認定においては、タナー法を用いてその他の要素を加味して一般人基準で判断するという原

審と同様の基準に立つものであるが、CG集二のうち一つについては無罪としている。これは、原審が、CG集一とCG集二にかかる行為者を一罪としていたのに対し、本件東京高裁は控訴趣意を受け、CG集一とCG集二の提供の間に相当程度の期間が経過していたことに鑑み、両頒布行為を別罪としたためである。本件においては、児童ポルノCGを含むのがCG集二のみであったため、前者については児童ポルノとはみなされず、無罪となったものである。

## 五 本件の意義

本件の意義について、本件は原審同様、児童ポルノにかかるCGについても、実在性、児童性判断については、従来の判例の見解を踏襲するものである。また本件は、児童ポルノ法の趣旨において、社会的法益の保護にまで言及するものであり、従来の裁判例が社会的法益の保護を明言していなかった点に鑑み、従来の判断よりも踏み込んだ判断をしたものと解される。ただし本件は、CGにおける児童の実在性は存し抽象的には個人的法益の侵害が観念できる事案であって、本件をもって児童ポルノ規制の保護法益を社会的法益であるとするのは慎重な考慮が必要であろう。しかし、児童ポルノ規制における社会的法益保護を明示した点は、今後の裁判例においても少なからぬ影響を与えると考えられる。本件は上告されており、最高裁の判断が待たれるところである。

(1) 本件の評釈として、上田正基「判比」立命館法学三七二号一五七頁。なお、脱稿後、渡邊卓也「判批」ジュリ臨増一五八号一六九頁に接した。

(2) 原審東京地判平成二八年三月一五日判時三三三五号一〇五頁の評釈として、拙稿「原審判批」法学新報一二三卷八号三八九頁、佐藤淳「判批」八一八号一三頁および、渡部直希「判批」警察学論集六九卷八号一六六頁、上田正基「原審判比」三

六七号二〇八頁。

- (3) 立法者における解説においても児童ポルノで規制対象となるのは実在の児童を描写したものであるとされている。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、二〇〇五)七八頁参照。
- (4) その後の裁判例においても、実在性は要求しつつも、児童の具体的特定性は必要ないとしている。その他の裁判例としては、鳥取地判平成一三年八月二八日 LEX/DB25451745、京都地判平成一四年四月二四日 LEX/DB25451740、大阪高判平成一四年九月二二日 LEX/DB25451740、大阪地判平成一四年一月二三日無罪事例集九集一一頁、大阪高判平成一五年九月一八日高刑集五六卷三号一頁がある。
- (5) 拙稿・前掲注(2)三九六頁。ただし、児童を直接見ながら絵を描いたような事案においては、絵が下手である等の理由で、一般人をして実在の児童と同一とは思えないものであれば、直接に「同一性I」が否定されるために、実在性が存しなくなる。
- (6) 例えば、顔や輪郭が児童のものであると一般人が判断できたとしても、胸や性器や臀部などについて加工されている場合である。姿態における性的に重要な部分が実在の児童のものでなくなれば実在性が否定され当該CGは実在性のないものとなる。
- (7) 大阪高判平成一二年一〇月二四日高刑速平成一二年四号一四六頁、鳥取地判平成一三年八月二八日 LEX/DB25451745 など。
- (8) 松宮孝明「性犯罪における構成要件的弁護」季刊刑事弁護三五号四七頁など。
- (9) 個人的法益を保護することを明言するものとしては、第一八六回国会法務委員会平成二六年六月四日議事録第二一号(谷垣禎一)。児童を性欲の対象とする風潮の防止や児童一般の保護に言及する者として法務委員会議事録第二一号平成二六年六月四日(遠山清彦)。
- (10) 園田寿「『解説』児童買春・児童ポルノ処罰法」(日本評論社、一九九九)二七頁、木村光江「児童ポルノ処罰法とサイバー犯罪条約」『河上和雄古稀祝賀論文集』(青林書院、二〇〇三)一八五頁、川崎友己「サイバーポルノの刑事規制(二・完)」同社法学五二巻一号二三頁など。
- (11) 上野芳久「児童買春と児童ポルノの刑事規制」西原春夫ほか編『佐々木史郎先生喜寿祝賀 刑事法の理論と実践』(第一法規、二〇〇二)五二八頁。
- (12) 嘉門優「児童ポルノ規制法改正と法益論」刑事法ジャーナル四三号七六頁。

(13) 上田・前掲注(1)一七二頁。