
判例評釈

性的姿態の描写についての児童ポルノ提供目的製造罪の成立と描写されている人物がその製造時点において18歳未満であることの要否

—最決令和2年1月27日刑集74巻1号119頁

上 田 正 基

I 事案の概要及び審理の経過

1 事案の概要

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。）を作成した上、平成20年10月頃及び平成21年12月14日頃にかけて、それぞれインターネット通信販売サイト運営会社に本件CG集の販売を委託するとともに、当該運営会社のデータ保管先であるサーバーコンピュータに本件CG集のデータを送信し、記憶、蔵置させた。当該通信販売サイトを閲覧した客らは、本件CG集を購入し、インターネットを通じてパーソナルコンピュータのハードディスク内にダウンロードしていた。

本件CG集に収録されている各画像（聖少女伝説に係る画像18点、聖少女伝説2に係る画像16点の合計34点）は、昭和56年頃から平成11年頃までの間に刊行された写真集に掲載された写真を素材として、画像編集ソフトを用いて作成されたCG画像であり、衣服の全部又は一部を着けない女性の姿態を描写したものであった。

上記の事実に対して検察官は、①平成21年12月13日頃、聖少女伝説2に係るCG画像データ（16点）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、蔵置させたことにつき、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。以下、「児童ポルノ法」という。）7条¹⁾5項（現行児童ポルノ法7条7項）の児童ポルノ提供目的製造罪で、②平成24年4月20日から平成25年3月27日までの間、3回にわたり、前記インターネット通信販売サイトを閲覧した不特定の者である3名に対し、本件CG集を販売し、同人らの使用するパーソナルコンピュータのハードディスクに本件CG集をダウンロードさせたことにつき、児童ポルノ法7条4項後段（現行児童ポルノ法7条6項）の児童ポルノ提供罪で、被告人を起訴した（求刑懲役2年及び罰金100万円）。

2 審理の経過

(1) 第一審判決²⁾

第一審判決は、児童ポルノ法2条³⁾3項の「児童ポルノ」該当性について、以下のように判示し、34点のCG画像のうち、素材写真の被写体とな

1) (児童ポルノ提供等)

- 第七条 児童ポルノを提供した者は、三年以下の懲役又は三百万円以下の罰金に処する。電気通信回線を通じて第二条第三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を提供した者も、同様とする。
- 2 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。
 - 3 前項に規定するもののほか、児童に第二条第三項各号のいずれかに掲げる姿態をとらせ、これを写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物に描写することにより、当該児童に係る児童ポルノを製造した者も、第一項と同様とする。
 - 4 児童ポルノを不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列した者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。電気通信回線を通じて第二条第三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を不特定又は多数の者に提供した者も、同様とする。
 - 5 前項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを製造し、所持し、運搬し、本邦に輸入し、又は本邦から輸出した者も、同項と同様とする。同項に掲げる行為の目的で、同項の電磁的記録を保管した者も、同様とする。
 - 6 第四項に掲げる行為の目的で、児童ポルノを外国に輸入し、又は外国から輸出した日本国民も、同項と同様とする。

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）、及び同写真の被写体と CG 画像において描写された女性とが同一であること（同一性）が立証された、3 点の画像（全て聖少女伝説 2 に係るもの）についてのみ、児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪の成立を認めた（懲役 1 年及び罰金 30 万円、懲役刑執行猶予 3 年）。

a 児童ポルノ法の目的・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はなく、このよ

2) 東京地判平成 28 年 3 月 15 日刑集 74 卷 1 号 158 頁。

第一審判決の評釈等として、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）、渡部直希「第一審判批」警察学論集 69 卷 8 号 166 頁（2016 年）、佐藤淳「第一審判批」研修 818 号 13 頁（2016 年）、前田雅英「WLJ 判例コラム第 91 号 CG 描画児童ポルノ画像」文献番号 2016WLJCC029 (<https://www.westlawjapan.com/column-law/2016/161128/>、2022 年 2 月 10 日最終閲覧) 上田正基「第一審判批」立命館法学 367 号 208 頁（2016 年）、高良幸哉「第一審判批」法学新報 123 卷 8 号 389 頁（2017 年）、鈴木一永「第一審判批」刑事法ジャーナル 55 号 117 頁（2018 年）。

3) (定義)

第二条 この法律において「児童」とは、十八歳に満たない者をいう。

2 (略)

3 この法律において「児童ポルノ」とは、写真、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。）に係る記録媒体その他の物であって、次の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ものをいう。

- 一 児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態
- 二 他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの
- 三 衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であって性欲を興奮させ又は刺激するもの

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」。

b 「児童ポルノ」該当性判断

「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と認められる物については、CGの画像データに係る記録媒体であっても同法2条3項にいう『児童ポルノ』に当たり得、また、同画像データは同法7条4項後段の『電磁的記録』に当たり得るといふべきである（なお、実在の児童を描写した絵であっても、同法2条3項柱書の『その他の物』として児童ポルノに当たり得るといふべきである。）。そして、このような児童ポルノ法の目的や同法7条の趣旨に照らせば、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ると解すべきである」。

c 児童ポルノ製造罪の成立と被写体が製造時に18歳未満であることの要否

「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いない。また、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写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」。

(2) 原判決⁴⁾

原判決は、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」とし、「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った原判決には、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」として、破棄自判した（罰金 30 万円、聖少女伝説に係る画像 18 点の提供行為については無罪）。しかし、聖少女伝説 2 に係る 3 点の CG 画像に関して児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪を認めた第一審判決の認定及び判断は、概ね相当なものとして是認されており、その際、原判決は理由付けを補足する等して、以下のように判示していた。

a 児童ポルノ法の目的・趣旨⁵⁾

「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、

4) 東京高判平成 29 年 1 月 24 日刑集 74 卷 1 号 234 頁。

原判決の評釈として、上田正基「原審判批」立命館法学 372 号 157 頁（2017 年）、渡邊卓也「原審判批」重要判例解説平成 29 年度（ジュリスト臨時増刊 1518 号）169 頁（2018 年）、岡田好史「原審判批」刑事法ジャーナル 56 号 149 頁（2018 年）、高良幸哉「原審判批」法学新報 125 卷 1・2 号 173 頁（2018 年）。また、渡邊卓也『ネットワーク犯罪と刑法理論』43 頁以下（成文堂・2018 年）も参照。

5) この点については、瀧本京太郎「いわゆる『自画撮り』行為の刑事規制に関する序論的考察（1）——児童ポルノの自画撮りを題材として——」北大法学論集 68 卷 3 号 71 頁、113 頁以下（2017 年）も参照。

規制の対象としているが、同法は、18歳未満の者について、同法2条3号に該当する物について、同法3条の留保はあるものの、一律に児童ポルノとして、規制を及ぼしている。また、児童ポルノに該当する場合には、被写体となった児童の承諾がある場合であっても、児童ポルノの製造罪が成立すると解されている。

このような同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みるのは相当でないといわざるを得ない。

このことは、児童ポルノ法の立法過程における議論とも整合的であり、また、現行法7条1項において、自己の性的欲望を満たす目的での児童ポルノの所持が処罰されることとなったことも整合的である。すなわち、同条1項の目的での児童ポルノの所持罪は、児童ポルノの市場が形成され、そこで児童ポルノが流通することを防止するなどの趣旨で設けられたものであるところ、このような規制は、将来にわたる性的搾取及び性的虐待を防止するという目的を達成するものといえるのに対し、児童の権利保護の観点からは、根拠づけることが困難であるというべきである。同条1項の罪は、国内外における法規制の要請の高まりを受けて、本件行為後の

平成 26 年の法改正で新設されたものではあるが、上記改正によって児童ポルノ法の趣旨及び目的が変質したと考えるべきではなく、上記改正以前から、もともとあった同法の趣旨及び目的をより効果的に達成するために設けられたものと解すべきである。このように、同法が一種の社会的法益を保護する側面を有するとみることが、児童に対する性的搾取及び性的虐待を防ぐという、同法の本来の目的に沿うものであって、同法 3 条の趣旨に反するとの所論には理由がない（なお、所論は、児童ポルノ法の目的が児童の権利擁護にある旨を指摘した複数の裁判例を引用するが、これらは、いずれも、純然たる児童の個人的法益のみを保護法益とする旨を説示するものではなく、所論は前提を欠く。）。

b 児童ポルノ製造罪の成立と被写体が製造時に 18 歳未満であることの要否⁶⁾

「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」。

「当該画像の製造の時点（中略）で、その被写体が 18 歳以上であることは、児童ポルノへの該当性を否定する事由となるものではない」。

c 量刑の理由

「量刑について検討すると、起訴された 34 点の本件 CG のうち、『聖少女伝説』に含まれる 18 点全てと『聖少女伝説 2』に含まれる 13 点については児童ポルノに該当せず、本件 3 画像のみがこれに該当すると認められるに

6) この点については、齋藤健一郎「時際法の判例（平成 27 年から平成 29 年）」商学討究 70 巻 1 号 143 頁、149 頁以下（2019 年）も参照。

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、前記のとおり、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ず、体刑を選択すべき事案には当たらないというべきである」。

(3) 上告趣意⁷⁾

以上の原判決に対して、弁護人は上告趣意において、以下のように主張していた。

a 児童ポルノ法の目的・趣旨

児童ポルノ法は、純然たる児童の権利保護を保護法益としており、社会的法益を保護法益に含まないにもかかわらず、原判決の判断は社会的法益が含まれることを前提としており、また、量刑の理由において「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」と判示しているように、社会的法益の侵害のみを理由として処罰を認めていると解される。これは、法の目的を逸脱し、処罰権を濫用したものであって、罪刑法定主義に違反する⁸⁾。

b 児童ポルノ製造罪の成立と被写体が製造時に18歳未満であることの要否

児童の性的虐待・性的搾取を禁止する児童ポルノ法の趣旨からすれば、製造時に「児童」でない女性の描写物を描写する行為は、製造行為には該当せず、製造した画像も「児童ポルノ」たり得ない。条文の解釈としても、

7) 刑集74巻1号123頁。

「製造」とは、「児童の姿態」を描写することであり、この「児童の姿態」には、製造時に児童（18歳未満）でない女性の姿態は含まれず、製造時（実行行為時）にその客体が児童でなければならないとすべきである。そうでなければ、「かつて18歳未満であった人」や「かつて存在したが遠い昔に死亡した人」まで「児童」に含むことになり、明らかに不合理な解釈となる。

II 決定の判旨

児童ポルノ法「2条1項は、『児童』とは、18歳に満たない者をいうとしているところ、同条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」。

児童ポルノ法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

8) この点については、上田・前掲注4)「原審判批」167頁以下も参照。

なお、原判決は、「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」(下線筆者)とも判示しており、量刑の理由においてだけでなく、そもそも児童ポルノ製造該当性を認めるにあたっては、社会的公益の侵害のみを理由としていたとも解される。

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。

Ⅲ 研究

1 問題の所在

本件は、児童ポルノ法の施行前（昭和57年ないし昭和59年頃）に実在児童を被写体として撮影された写真を基にして作成されたCG画像データに関して、児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪が成立するのかが争われた事案である。すなわち、CG画像データが作成された時点（平成21年）においては、素材とされた写真の被写体が18歳以上であることが明らかであることから、そのような製造時に「児童」ではなくなっている被写体の、過去「児童」であった時の「姿態」を描写する行為が、「児童ポルノ」の「製造」に該当するのかが否か、そしてそこで作成された画像等が「児童ポルノ」となり得るのかが否かが論点となっている。

本決定は、この点に関して、「児童ポルノ」には、「実在しない児童の姿態を描写したものは含まない」としつつ、「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」という判断を示している⁹⁾。しかし、それぞれについて結論が示されているだけで、理由付けが明らかにされていないわけではない¹⁰⁾。それゆえ、児童の実在性が必

要であることと、製造時における児童性が不要であることとの関係も不明確となっている¹¹⁾。これらを明らかにするためには、児童ポルノ法の目的や、児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪の保護法益を踏まえた検討を要するであろう¹²⁾。

ここで、製造時における児童性の要否という問題は（、被写体の実在性を前提とすれば）、《実在する人の性的姿態を描写したものの拡散に関して¹³⁾、どのような規制が、いつまでなされるべきか?》という問題であると言い換えることができる。以下では、人の性的姿態の描写及びその拡散に関して、現在、どのような形の規制が、いかなる根拠に基づいてなされているかを明らかにした後¹⁴⁾、当該描写が実在の児童の性的姿態を内容としている場合に異なる考慮がなされるべきかを検討することによって、この問題を考察し、本判決の当否を論じる。

9) 本決定の評釈として、玉本将之「判批」警察学論集 73 卷 7 号 180 頁（2020 年）、岡野誠樹「判批」新・判例解説 Watch Vol. 27 13 頁（2020 年）、永井善之「判批」新・判例解説 Watch Vol. 27 177 頁（2020 年）、菊地一樹「判批」刑事法ジャーナル 65 号 119 頁（2020 年）、松本麗「判批」研修 870 号 13 頁（2020 年）、横山亞希子「判批」警察公論 75 卷 9 号 86 頁（2020 年）、仲道祐樹「判批」重要判例解説令和 2 年度（ジュリスト臨時増刊 1557 号）126 頁（2021 年）、村田一広「判批」ジュリスト 1563 号 104 頁（2021 年）。また、海老澤侑「空想的表現物の規制手段に関する小論——いわゆるポルノ漫画の規制方法を中心に——」大学院研究年報第 50 号法学研究科篇 101 頁、107 頁以下（2021 年）、城祐一郎『性犯罪捜査全書——理論と実務の詳解——』404 頁及び 429 頁以下（立花書房・2021 年）も参照。

10) この点については、岡野・前掲注 9) 15 頁以下も参照。

11) 永井・前掲注 9) 180 頁、菊池・前掲注 9) 122 頁、仲道・前掲注 9) 126-127 頁。

12) 玉本・前掲注 9) 186 頁、永井・前掲注 9) 179 頁、菊池・前掲注 9) 122 頁以下。

13) 提供目的製造罪は、提供目的があることにより、提供行為の実現する危険性が基礎づけられるという理由で、提供それ自体よりも前の段階を処罰する「後の行為を目的とする目的犯」であるので（高山佳奈子「所持規制の刑法上の論点」園田寿＝曾我部真裕編著『改正児童ポルノ禁止法を考える』63 頁、66 頁（日本評論社・2014 年））、実質的には拡散規制に含まれる。

14) この点については、渡邊・前掲注 4) 「ネットワーク犯罪」139 頁以下及び佐藤拓磨「不同意撮影罪と性的画像記録の没収・消去の立法について」刑事法ジャーナル 69 号 126 頁（2021 年）も参照。

2 性的姿態の描写及びその拡散に関する規制について

ここでは、私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律（以下、「私事性的画像記録提供等防止法」という。）について検討する¹⁵⁾。当該法律は、「撮影された画像」（同法2条1項）の提供等を処罰するものであり、規制に係る描写方法が児童ポルノ法よりも限定されているが¹⁶⁾、規制対象となる「私事性的画像記録」における描写内容（「各号のいずれかに掲げる人の姿態」（私事性的画像記録提供等防止法2条1項各号参照）は、姿態の主体が「児童」ではなく「人」である点を除いて、「児童ポルノ」における描写内容（現行児童ポルノ法2条3項各号）と同一である¹⁷⁾。したがって、人の性的姿態の描写及びその拡散に関する規制のあり方について、私事性的画像記録提供等防止法は、児童ポルノ法との比較対象として検討に値すると考えられる。

(1) 私事性的画像記録提供等防止法の目的

私事性的画像記録提供等防止法は、「私事性的画像記録の提供等により

15) 私事性的画像記録提供等防止法の解説として、水越壮夫「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律について」警察学論集 68 巻 3 号 83 頁（2015 年）、園田寿「リベンジポルノ防止法について」刑事法ジャーナル 44 号 47 頁（2015 年）、白石豊「弁護士のための新法令紹介第 394 回 私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律（平成 26 年法律第 126 号）」自由と正義 66 巻 6 号 109 頁（2015 年）、皆川治之「法令解説 リベンジポルノ対策」時の法令 1974 号 17 頁（2015 年）、藤本哲也「いわゆるリベンジポルノ被害防止法について」戸籍時報 727 号 82 頁（2015 年）、平沢勝栄＝三原じゅん子＝山下貴司編著「よくわかるリベンジポルノ防止法」（立花書房・2016 年）等。

16) 水越・前掲注 15) 87-88 頁、園田・前掲注 15) 50 頁、渡邊・前掲注 4) 「ネットワーク犯罪」155 頁。

なお、本判決のような CG 画像による描写との関係について、平沢＝三原＝山下・前掲注 15) 54 頁は、「撮影された画像データに、写真ソフト等により編集処理等を施したとしても、『撮影された画像』と同一性が認められる場合は、2 条 1 項にいう『撮影された画像……に係る電磁的記録』として、私事性的画像記録に該当し得る」とする。岡田好史「リベンジポルノをめぐる新たな問題」専修法学論集 138 号 31 頁、47 頁以下（2020 年）も参照。

17) 水越・前掲注 15) 87 頁、平沢＝三原＝山下・前掲注 15) 47 頁。なお、私事性的画像記録提供等防止法においても、「性欲を興奮させ又は刺激するもの」という要件が付加されていることについては、園田・前掲注 15) 49-50 頁を参照。

私生活の平穩を侵害する行為を処罰するとともに、(中略) 個人の名誉及び私生活の平穩の侵害による被害の発生又はその拡大を防止することを目的とする」(同法 1 条)。「名誉」とは、人に対して社会が与える評価としての外部的名誉をいい、「私生活の平穩」とは、性的プライバシーであるとされ¹⁸⁾、性的プライバシーの実質的内容は、「性に関する私生活上の事柄をみだりに公開されない権利」¹⁹⁾乃至「自己の性的な情報に対する他者の性的関心を任意に遮断する権利としての自己の性的情報に関する自己決定権」²⁰⁾であるとされる。

このような目的規定から示唆されるのは、私事性的画像記録提供等防止法においては、「自己の性的描写を社会的にどのような範囲に提示するのか」²¹⁾や、「他者の性的関心の対象として描写されるか否か」²²⁾が、性的プライバシー(性的情報自己決定権)に属する事柄であると考えられているということである²³⁾。

(2) 「私事性」要件と性的プライバシーの放棄

私事性的画像記録提供等防止法によって処罰されるのは、「私事性的画像記録」(及び、「私事性的画像記録物」)を不特定又は多数の者に提供する行為(公表行為)等である。「私事性的画像記録」からは、「撮影の対象と

18) 水越・前掲注 15) 86-87 頁、園田・前掲注 15) 49 頁、平沢=三原=山下・前掲注 15) 41 頁。

19) 水越・前掲注 15) 86-87 頁、平沢=三原=山下・前掲注 15) 41 頁、66 頁。

20) 園田・前掲注 15) 49 頁、50 頁。

21) 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)参照。

22) 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、109 頁参照。

23) 岡田・前掲注 16) 34 頁。

なお、私事性的画像記録提供等防止法が、「他者の性的関心の対象として描写されるか否か」も性的プライバシー乃至性的情報自己決定権の問題であると考えていることについては、後述する「私事性」の要件に関する解説において、「いわゆるアダルトビデオやグラビア写真」のような、性的欲望(関心)の対象となることが当然想定される描写が、「私事性」が否定されるものの例として挙げられている(水越・前掲注 15) 88 頁、平沢=三原=山下・前掲注 15) 41 頁等) ことからもうかがわれる。

された者（以下『撮影対象者』という。）において、撮影をした者、撮影対象者及び撮影対象者から提供を受けた者以外の者（次条第一項において『第三者』という。）が閲覧することを認識した上で、任意に撮影を承諾し又は撮影をしたもの（同法2条1項柱書）が除外される。これは、同法が、個人のプライバシー保護を目的の一つとすることに鑑み、私的に撮影された画像に対象を限定する趣旨であり²⁴⁾、プライバシー侵害を担保する要件として、消極的なかたちで「私事性」が要求されているのである²⁵⁾（公開されることが前提とされたものが公表されたとしても、名誉及び私生活の平穩の侵害があったとは評価できない）²⁶⁾。

この「私事性」要件は、撮影対象者の撮影時点における認識、承諾によって判断される。したがって、撮影対象者が撮影時点において画像の公表について承諾していた場合には私事性が否定され、その後、その承諾を撤回したとしても、当該画像に私事性が認められることはない²⁷⁾。すなわち、撮影対象者が撮影時点における自己の性的姿態についての性的プライバシーを放棄すること（私事性を否定すること）を決定した場合、その決定は将来の撮影対象者をも拘束することになる。このことが意味するのは、「自己の性的姿態に係る描写を社会的にどのような範囲に提示するのか」（自己の性的姿態が私事か否か）を決定する権能は、描写された性的姿態であった時点の自己（撮影された性的姿態を有する撮影対象者）にしかないということである（描写された性的姿態は、描写当時の被写体のみが有するものであり、その時点の被写体しか処分できない）²⁸⁾。また、撮影

24) 水越・前掲注15) 88頁、平沢＝三原＝山下・前掲注15) 58頁。

25) 渡邊・前掲注4) 「ネットワーク犯罪」155頁。

26) 平沢＝三原＝山下・前掲注15) 45-46頁、白石・前掲注15) 111頁、皆川・前掲注15) 21頁。

27) 水越・前掲注15) 88頁、平沢＝三原＝山下・前掲注15) 60頁。なお、夏井高人「サイバー犯罪の研究（九・完）——補遺・最近の法改正と裁判事例——」法律論叢89巻1号143頁、186頁（2016年）は、「第三者が閲覧することを認識した上で任意に撮影を承諾した者（被写体となった者）が、その後、翻意して承諾を撤回した場合においても」、私事性的画像記録から除外されることについて、「再考の余地がある」とする。

時点における撮影対象者は、将来その画像記録が第三者に提供等された（拡散された）場合に、他者から性的関心を向けられるリスクや、その時点で抱くであろう羞恥心・不快感等のリスクを考慮して、自己の性的姿態についての性的プライバシーを放棄するか否かを決定できる能力を有する者として想定されていることになる²⁹⁾。

(3) 公表罪等の保護法益と公表に対する承諾

私事性的画像記録公表等罪（私事性的画像記録提供等防止法 3 条）の保護法益は、性的プライバシーである³⁰⁾。「私事性」要件に関して前述したことからすれば、私事性的画像記録の公表によって侵害されるのは、「自己の性的姿態に係る描写を社会的にどのような範囲に提示するのか」に関する撮影時点における撮影対象者の決定（自らの性的姿態を公表せず、私事にするという決定）であるので、保護法益としての性的プライバシーとは、撮影時点における撮影対象者の性的プライバシーを意味すると考えるべきである³¹⁾。したがって、公表により侵害され得る名誉³²⁾や、公表により撮影対象者が抱く羞恥心や不快感³³⁾は、公表等罪の保護法益ではない³⁴⁾。な

28) 瀧本・前掲注 5) 124-125 頁脚注 103 は、「被害者の性的プライバシーを保護するためには、撮影後に承諾を撤回した場合にも私事性が認められると解し、専ら公表時における承諾の有無を私事性要件の判断基準とすべきである」とする。

29) 将来撤回不可能な性的プライバシーの放棄に必要な決定能力や任意性は、ある程度高いものを要求すべきである。なおこの点は、JOEL FEINBERG, HARM TO SELF §§ 19-20 (1989) も参照。

30) 水越・前掲注 15) 89 頁、白石・前掲注 15) 112 頁、皆川・前掲注 15) 22 頁、平沢＝三原＝山下・前掲注 15) 66 頁。

31) 拡散された描写に係る性的姿態は、「撮影当時の撮影対象者の」性的姿態であり、それが私事であるかを決定する権能という意味での性的プライバシー（性的情報自己決定権）は、「撮影当時の撮影対象者」にしかないからである。

32) 名誉が保護法益に含まれないことについては、水越・前掲注 15) 88-89 頁、平沢＝三原＝山下・前掲注 15) 66 頁。また性的画像等の拡散を通じて名誉が侵害され得ることについては、渡邊・前掲注 4) 「ネットワーク犯罪」141-142 頁、佐藤（拓）・前掲注 14) 138-139 頁参照。

33) 渡邊・前掲注 4) 「ネットワーク犯罪」152 頁。

34) それらが重大かつ回復困難な被害であることや、名誉等が保護に値する利益であることを否定する趣旨ではない。

ぜなら、公表以後に低下する撮影対象者に対する社会的評価や、公表により撮影対象者が抱く羞恥心や不快感は、公表時点（又は以後）の撮影対象者に属するものであり、撮影時点における撮影対象者に属するものではないからである。また、過去の自己にとっての私事が公表されることによって侵害され得る、現在の自己のプライバシーも保護法益ではない。

そして、前記の通り、撮影対象者が撮影時点において画像の公表について承諾していた場合（私事性が否定される場合）において、その後、公表に対する承諾を撤回し、そのような承諾を得ない公表によって撮影対象者が羞恥心や不快感を抱き、又はその名誉・プライバシーが害されたとしても、私事性的画像記録公表罪が成立しない理由も、そこに当該罪の保護法益侵害が存在しないからである³⁵⁾。このような意味で、撮影時点における撮影対象者による自己の性的姿態について私事性を否定するという決定は、将来の自己に属する保護に値する利益をも放棄することになる³⁶⁾。

逆に、性的画像記録について「私事性」が肯定される場合には、撮影時点における撮影対象者の決定によって過去の私事（＝過去の自己の性的姿態）が公表されないことを通じて、将来の自己の名誉等も保護されることになる。しかし、過去の自己の性的姿態が公表されることによって、羞恥心・不快感等を抱き、又は名誉・プライバシーが害され得るのは、公表時点（又は以後）の自己である。したがって、公表時点での自己が、過去の自己の決定を通じての保護を、それ以後は受けないことを決定することは

35) したがって、前記脚注 28 で引用した瀧本・前掲注 5) 124-125 頁脚注 103 における指摘は、「性的プライバシー」の内実をどのように考えるかに帰着する。過去の自己にとっての現在の性的姿態という情報に関する自己決定と、過去の性的姿態に関して現在の自己に属する情報に関する自己決定とは、異なる「性的プライバシー」の問題となるのである。

36) このように考えれば、放棄されている利益やその撤回可能性に鑑みて、私事性を否定するための承諾の任意性については、その認定に非常に高いハードルを課すことも許容されよう。そもそも、有効な同意の要件として法益処分の意義と内容の理解を要求するならば、将来に亘る利益の放棄と撤回可能性を認識していなければ、「任意に撮影を承諾」したとはいえないということになろう。そうすれば、後述するように、事実上、公表時点で公表に承諾していたかによって本罪の成否が左右されることになろう。

認められるべきである。なぜなら、撮影時点における撮影対象者の性的情報自己決定権に基づく決定に反するという側面はあるとしても、私事性的画像記録の公表によって「具体的な権利侵害」を受け得るのは公表時点（又は以後）の撮影対象者であり、公表の承諾によって当該権利侵害のリスクを将来に亘って引き受けたといえるからである（過去の自己にとっての私事が、現在の自己にとっての私事ではなくなる）³⁷⁾。それゆえ、公表時における撮影対象者の承諾がある場合には、公表罪は成立しない³⁸⁾。

(4) 撮影対象者の死後の公表

私事性的画像記録（物）を、撮影対象者が死亡した後で公表した場合に公表罪が成立するか否かについては議論の余地がある。

これについて、公表罪の立法意図は、撮影対象者の死亡後に行われた公表行為をも対象とし、撮影対象者が生前に有していた性的プライバシーを死後も保護しようとするところにあるとされ³⁹⁾、それによれば、撮影対象者が死亡した後で公表した場合にも公表罪が成立することになるとされ

37) 自己の性的姿態が「私事」であるか否かを決定する権能が撮影時点における撮影対象者に専属するとすれば、公表の承諾後も「私事性」要件は否定されないはずである（少なくとも、過去の自己にとっては私事のままである）。したがって、後述するように公表時における撮影対象者の承諾がある場合に公表罪は成立しないのは、法益侵害は存在するが、撮影対象者の要保護性が欠如することによる。

もっとも、公表の承諾によって、公表による権利侵害のリスクを将来に亘って引き受けたと考えるのであれば、公表の承諾以後に公表罪が成立することはない。その意味で、私事性を否定する場合と結論としては変わらない（瀧本・前掲注 5）124-125 頁脚注 103 及び渡邊・前掲注 4）「ネットワーク犯罪」156 頁も参照）。

38) 水越・前掲注 15）91 頁（「本罪は、個人的法益である性的プライバシーを保護するためのものであり、構成要件上、被害者の承諾のないことが予定されているといふべきであるから、公表時における被害者の承諾がある場合は構成要件該当性が阻却され」る。）。園田・前掲注 15）52 頁は、これを「保護法益の不存在」として説明している。

平沢＝三原＝山下・前掲注 15）82 頁は、「被害者の承諾がある場合には、被害者自身が保護法益を放棄したものとして、違法性が阻却される」とする。

39) 「犯人が、元交際相手である被害者を殺害した後、同人の画像をインターネットで閲覧、ダウンロードできる状態に置き、画像が広く拡散するに至った」、平成 25 年 10 月に発生したいわゆる三鷹ストーカー殺人事件が、立法の一つの契機となっていることから説明される（水越・前掲注 15）84、92 頁参照）。

る⁴⁰⁾。

撮影対象者が死亡した後の公表であっても、「自己の性的姿態に係る描写を社会的にどのような範囲に提示するのか」に関する撮影時点における撮影対象者の決定を侵害するという点に変わりはなく⁴¹⁾、公表時の承諾による撮影対象者のリスク引受けも存在しない以上、そのような場合においても公表罪は成立すると理解すべきである（法益侵害が存在し、犯罪の成立を否定すべき理由もない⁴²⁾）。

(5) 小括——性的姿態の描写の拡散と被写体の意思

私事性的画像記録提供等防止法を参照する限り、人の性的姿態の描写及びその拡散に関する規制と被写体の意思との関係、及び拡散がいつまで規制されるのかについては、次のようにまとめられる。

第一に、「自己の性的姿態に係る描写を社会的にどのような範囲に提示するのか」に関する決定は、描写された性的姿態であった時点の被写体にしかできず、その決定は将来の被写体をも拘束する（拡散目的での描写に対する承諾を撤回できない）。したがって、このような意味での性的プライバシー乃至性的情報自己決定権は、（拡散時点からみても）「過去の自己」に専属する。

第二に、描写された性的姿態であった時点の被写体が拡散に承諾していなかったとしても、拡散時点における被写体が拡散に承諾している場合は、拡散によって受け得る権利侵害又は利益侵害のリスクを将来に亘って引き受けたといえるため、拡散による被写体の権利侵害又は利益侵害を理由として当該拡散が規制されることはない。

第三に、「自己の性的姿態に係る描写を社会的にどのような範囲に提示

40) 水越・前掲注15) 92頁、平沢＝三原＝山下・前掲注15) 90頁。

41) このような意味で、撮影対象者の死亡後も「撮影時点における撮影対象者」という「保護法益主体」は存在し続けることになる。反対として、園田・前掲注15) 52頁、渡邊・前掲注4) 「ネットワーク犯罪」152-153頁脚注55も参照。

42) 岡田・前掲注16) 49-50頁も参照。

するののか」に関する「過去の自己（被写体）」の決定は、拡散に対する事後的な承諾がない限り、被写体の死後であっても保護される。その意味で、被写体が生前有していた性的プライバシーは、死亡後も保護される。

3 児童の性的姿態を内容とする描写に関する特殊性

ここまでは、私事性的画像記録提供等防止法を参照して、人の性的姿態の描写及びその拡散の規制のあり方について考察してきたが、以下ではそれを前提として、描写が実在の児童の性的姿態を内容としている場合に、異なる規制が、どのような理由・根拠によってなされているのか（なされるべきなのか）を検討する。

(1) 児童ポルノ法における拡散規制の根拠

児童ポルノ法の拡散に関する規制根拠⁴³⁾として立法者が採用しているとされるのは、「児童ポルノの提供等の行為が、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ときに、児童を性欲（性的行為）の対象とす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ものである」ということである（いわゆる混合説）⁴⁴⁾。また、このような理解を採用している裁判例も少なくない⁴⁵⁾。

このような混合説を採用する場合に重要な点は、児童ポルノに関する罪

43) 規制根拠、法益論一般については、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（2015 年）、永井善之「児童ポルノの刑事規制根拠に関する一考察」金沢法学 60 巻 1 号 125 頁（2017 年）も参照。

44) 森山眞弓編著『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）、島戸純「『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、91 頁（2004 年）、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』93 頁、170 頁（ぎょうせい・2005 年）。この点については、瀧本・前掲注 5) 104 頁以下も参照。

45) 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 13) 15 頁、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 頁等参照。この点については、瀧本・前掲注 5) 113 頁以下も参照。

の法定刑が刑法 175 条と比較して重いことを、社会的な風潮、性風俗といった社会的法益単独で根拠づけることはできないことから、個人的法益と社会的法益の関係は、「かつ」で結ばなければならないということである⁴⁶⁾。また、混合説が、個人的法益侵害がなくても児童搾取の風潮を助長したとさえいえば処罰可能と考えるのであれば、それは社会的法益説⁴⁷⁾のものであり、混合説の意図するものではないと考えられる⁴⁸⁾。

したがって、児童ポルノに関する罪は個人的法益の侵害乃至危殆化がなければ成立せず、このことは拡散に関する行為の場合も同様であると考えべきである⁴⁹⁾。

(2) 児童ポルノの拡散に関する行為によって侵害される法益

児童ポルノの拡散に関する行為について犯罪が成立するために個人的法益の侵害乃至危殆化が要求されるとすれば、拡散行為等によってどのような法益が侵害されるかが検討されなければならない。

検討の出発点は、描写された性的姿態であった時点の被写体のみが、「自己の性的姿態に係る描写を社会的にどのような範囲に提示するのか」に関する決定権を有し、その決定は将来の被写体をも拘束し得るということである。前述したように、自己の性的姿態の描写を拡散するという決定は相当リスクの高い決定ではあるが、それは性的プライバシー乃至性的（情報）自己決定権に属する決定であり、拡散による将来の権利侵害又は利益侵害のリスクをも考慮できる十分な決定能力を備えた個人であれば、当該決定に関して国家は介入すべきではないと考えられる。しかし、性的判断能力が未熟であり、当該決定能力が不十分である個人については、国家がパタ

46) 嘉門・前掲注 43) 79-80 頁。

47) 社会的法益説については、上野芳久「児童買春と児童ポルノの刑事規制」佐々木史朗喜寿『刑事法の理論と実践』519 頁、527 頁以下（第一法規・2002 年）。

48) 瀧本京太郎「いわゆる『自画撮り』行為の刑事規制に関する序論的考察（2・完）——児童ポルノの自画撮りを題材として——」北大法学論集 68 巻 6 号 125 頁、137 頁（2018 年）。

49) なお、社会的法益説に対する批判については、高良幸哉「児童ポルノ規制における保護法益について」比較法雑誌 51 巻 3 号 129 頁、138 頁以下（2017 年）も参照。

ーナリスティックに介入することが許容される⁵⁰⁾。児童ポルノ法は、18歳未満の者についてはこの性的判断能力・決定能力が未熟であるとしており(児童ポルノ法2条1項)、描写された性的姿態であった時点の被写体が18歳未満(=児童)であれば、その描写の拡散について⁵¹⁾承諾していないものと擬制される⁵²⁾。したがって、児童の性的姿態を内容とする描写を拡散する行為は、描写された性的姿態であった時点の被写体(=児童)の性的自己決定権を侵害し、性的に児童を利用する行為であるから、「児童に対する性的搾取及び性的虐待」となる⁵³⁾。このような意味で、児童ポルノの提供目的製造及び提供行為は、「児童ポルノとして描写されている児童」の性的自己決定権(=個人的法益)を侵害する行為として処罰される。そして、拡散行為によって、当該児童の性的自己決定権侵害行為としての性的搾取及び性的虐待が社会に広げられることを通じて、「児童を性欲(性的行為)の対象とする風潮」が助長される⁵⁴⁾。

このような理解からは、児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪の成立には、性的自己決定権の主体として「児童ポルノとして描写されている児童」が実在していたこと(実在性)、及び、性的自己決定権が侵害されたことを基礎づける要件として、当該児童の性的姿態と製造・提供された描写に係る性的姿態との同一性⁵⁵⁾が要求されることになる。

50) 大屋・前掲注22) 108-109頁。

51) なお、描写されること自体についても不承諾が擬制されていると考えられる。これは、私事性的画像記録提供等防止法における「私事性」要件が、撮影(描写)されること自体について承諾し得ることを当然の前提としていることとパラレルである。この点については、永井・前掲注43) 141-143頁も参照。

52) 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』188-189頁(弘文堂・2016年)、同・前掲注2) 218-219頁。このような不同意擬制という構造は、13歳未満の者に対する強制性交等と同様であると考えられる。

また、このように理解すると、私事性的画像記録提供等防止法における「私事性」要件に係る承諾も、18歳未満の者にはできないことになるう。

53) 石井・前掲注21) 396頁。

54) 瀧本・前掲注5) 122-123頁、瀧本・前掲注48) 137-138頁。

55) 自己の性的姿態を描写したものが拡散されたといえなければ、性的自己決定権が侵害されたといえないからである。この点については、上田・前掲注4) 171-172頁及び高良・前掲注4) 180頁も参照。

(3) 拡散に関する行為時の被写体要件

児童ポルノの拡散に関する犯罪の成立に被写体児童の個人的法益の侵害乃至危殆化を要求するならば、拡散規制の対象行為がなされた時点で当該被写体が18歳以上となっている場合、当該行為の時点では侵害される個人的法益の主体たる「児童」が存在しなくなっているため、犯罪成立の根拠付けが困難になるのではないかといわれることがある。また、被写体の死亡後の拡散行為や、被写体が18歳以上となり拡散に同意している場合にも、同様の問題が生じ得る⁵⁶⁾。

しかし、前述のように、拡散規制の根拠が「児童ポルノとして描写されている児童」の性的自己決定権、すなわち、拡散行為時からみて「過去の児童」の性的自己決定権の侵害にあると理解するならば、児童ポルノの拡散行為が「被写体たる児童」の（擬制された）意思に反して、児童の性的姿態を利用する性的搾取であるということが、時間の経過によって変わることはない。拡散時点において被写体が18歳以上になつていようと、あるいは死亡していようと、「被写体たる児童（描写された性的姿態であった時点の被写体）」という法益主体は実在し、「児童の性的自己決定権侵害」という法益侵害も拡散行為によって惹起されるのである。したがって、児童ポルノ提供目的製造及び提供罪が成立するために、行為時に被写体が現に児童（18歳未満）であること及び生存していることは必要なく、この結論は、個人的法益説乃至混合説と矛盾しない。

さらに、被写体が18歳以上となり拡散に同意しているとしても、拡散行為が正当化されることはない。確かに、拡散行為によって「性的搾取・虐待の記録というもっとも秘匿されるべき個人のプライバシーを晒されることによる精神的苦痛」⁵⁷⁾を被るのは、拡散行為時点（又は以後）の被写体であり、その苦痛からの保護を放棄することは拡散行為時点の被写体によってなされ得る（もっとも、これらの苦痛からの保護が児童ポルノ提供罪

56) 永井・前掲注43) 143頁脚注29)、永井・前掲注9) 179頁。

57) 渡邊・前掲注4) 「ネットワーク犯罪」40頁。

等の保護法益でないことは、私事性的画像記録公表等罪と同様であると考えられる⁵⁸⁾。しかし、自己の性的姿態の拡散については「描写された性的姿態であった時点の被写体」にしか決定できないという考え方を現行法が採用しているとすれば、拡散行為時点の被写体自身による拡散への同意であっても、「被写体たる児童」の（擬制された）不同意に反するという点には変わりがない⁵⁹⁾。したがって、被写体の同意に基づく拡散行為であっても、被写体たる児童の性的自己決定権を侵害し、性的搾取を構成する。そして、そのような性的搾取が拡散行為によって社会に広げられれば、「児童を性欲（性的行為）の対象とする風潮を助長する」ことになる⁶⁰⁾ので、拡散時点での被写体の拡散行為への同意は、犯罪の成立を否定する理由にはならない⁶¹⁾。このような意味で、「被写体たる児童」は将来の自己による利用からも保護され、その限りで両者は別人格を構成する。

それゆえ同様に、被写体自身が自己の性的姿態の描写を拡散した場合にも、児童ポルノ提供等罪は成立することになる⁶²⁾（法益侵害が存在する）。もっとも、被写体自身による拡散行為時に被写体が 18 歳未満である場合には、児童ポルノ法が 18 歳未満の者については性的判断能力が未熟であると想定していることから、当該拡散行為を理由として被写体が刑事責任

58) この点については、菊池・前掲注 9) 122 頁、鈴木・前掲注 2) 121 頁も参照。

なお、これらの苦痛からの保護は、被写体たる児童の擬制された不同意が時間の経過にかかわらず保護されることを通じてなされる。すなわち、自己の性的姿態が拡散されることにより自己が被り得る重大な影響等を考慮して、児童ポルノの拡散については、将来に亘って不同意が擬制される。

59) この点について渡邊・前掲注 4) 「ネットワーク犯罪」49 頁は、過去の自己の性的姿態の処分について、「既に十分な判断能力があるはずの『現在の自己』による処分権限が一切否定されるかは疑問である」として、私見（上田・前掲注 2) 223 頁以下）を批判する。しかし、私事性的画像記録公表罪において検討したように、そもそも十分な判断能力を有する個人であっても、過去の自己にとつての現在の性的姿態の拡散については処分権限を有していない。

60) 仲道・前掲注 9) 127 頁も参照。

61) 児童を性欲（性的行為）の対象としての捉える風潮の助長防止が、被写体たる児童の擬制された不同意を、時間の経過にもかかわらず、将来の被写体自身の意思決定からも保護する理由となっている。この点については、玉本・前掲注 9) 192 頁文末脚注 13) も参照。

62) 森山=野田・前掲注 44) 190 頁。

を問われることはないと考えるべきである⁶³⁾。

(4) 法施行時との関係

児童ポルノ提供目的製造及び提供行為による個人的法益の侵害は、児童ポルノ法によって擬制された「描写された性的姿態であった時点の被写体」の不同意に反して、当該描写を拡散等したことによって基礎づけられている。それゆえ、法益侵害を肯定するためには、被写体の不同意が、描写された性的姿態であった時点において、児童ポルノ法によって擬制されていないなければならない。

そこで、「描写された性的姿態であった時点の被写体児童」が当該性的姿態を内容とする描写の拡散に同意した後に、児童ポルノ法が施行された場合に、施行後の提供目的製造及び提供行為が児童ポルノ法上の犯罪を構成するのかが問題となる⁶⁴⁾。なぜなら、拡散に同意した時点（自己の性的姿態の処分を行った時点）においては、当該同意が児童ポルノ法によってパターンリスティックに制約されていたわけではなく、後の提供行為等も被写体たる児童の意思に反していないといえるからである（性的姿態の描写の拡散への同意は将来の自己をも拘束する）⁶⁵⁾。それにもかかわらず、このような場合に犯罪成立を認めるのであれば、児童ポルノ法による不同意擬制の効果は施行前に遡及し、それによって法施行前の被写体児童の意思が評価され直されていることになる⁶⁶⁾。このような遡及の根拠は、児童を性欲（性的行為）の対象としての捉える風潮の助長防止以外にないように思われる。すなわち、児童の性的姿態の描写を拡散することは全て被写体児童の意思に反すると評価される児童ポルノ法施行後において、児童の性的姿態の描写を新たに拡散することは、たとえ描写されている児童が児

63) この点については、瀧本・前掲注48) 138-140頁も参照。

64) この点については、上田・前掲注2) 223頁以下も参照。

65) 原審の言葉を借りれば、「児童ポルノとして児童の権利が侵害されたことはない」ということになる。

66) 齋藤・前掲注6) 154頁。

童ポルノ法施行前に拡散に同意していたとしても、拡散時点における評価においては性的搾取を社会に広げることとなり、児童を性欲（性的行為）の対象とする風潮を助長するということである。

4 本決定について

以上が《実在する人の性的姿態を描写したものの拡散に関して、どのような規制が、いつまでなされるべきか?》という問題の検討と、それに対する私見である。この検討及び私見を前提にすれば、児童ポルノ該当性に関して、被写体児童の実在性を要求し、製造時点における被写体の児童性を不要とした本決定の判断は、自己の性的姿態の処分に関する現行法制度の立場（少なくとも、私事性的画像記録提供等防止法において採用されている立場）とも整合する妥当なものであったといえる。また、この判断は、原審判決のように社会的法益の危殆化を強調しなくとも説明可能なものであり、児童ポルノ法の保護法益に関する個人的法益説乃至混合説からも矛盾なく導き出され得るものである。

もっとも、山口補足意見のように、被写体が「18歳になったとしても、引き続き、同等の保護に値する性的搾取の対象とされないという利益」の侵害という観点から、当該判断を説明することには疑問がある。児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪によって保護されているのは、描写された性的姿態であった時点の被写体の性的自己決定権（拡散に対する擬制された不同意）であり、「記録化された性的な姿態が他人の目にさらされること」からの保護ではないからである。また、「18歳になったとしても、引き続き、同等の保護に値する性的搾取の対象とされないという利益」を問題にすることは、被写体が18歳以上になった後の拡散への同意の取扱いや、拡散時点で被写体が死亡している場合の取扱いといった新たな問題を生じさせてしまう⁶⁷⁾。このことは、提供目的製造及び提供行為の時点での被写体の生存を問題にしていない本決定とは矛盾し得るものであろう。

67) 仲道・前掲注9) 127頁。

加えて、本件でCG作成の基となった素材写真が作成された時点で、児童ポルノ法が施行されていなかった点について判断がなされなかったことも問題である。これは、児童ポルノ法施行の時点において被写体が18歳未満であることを要するか否かという形で論点化されていたことにも理由がある。本件は、児童ポルノ法施行前に写真集として刊行されている写真に描写された性的姿態と同一の性的姿態を内容とする描写が、児童ポルノ法施行後に拡散された事案である。したがって、当該性的姿態を内容とする描写の拡散については、児童ポルノ法によってパターンリスティックに制約されていない形で、被写体（児童）の同意があるといえる事案である。前述したように、このような場合にも児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪が成立するか否かは、被写体が製造時点において18歳未満であるか否かとは異なる考慮を要する問題である⁶⁸⁾。したがって、素材写真が作成・拡散された時点において児童ポルノ法が施行されていなかったことが、犯罪の成否に影響するか否かについて判断がなされなければならなかったのである。

IV 今後への影響

本判決が、児童ポルノ該当性に関して、児童の実在性を要とした点は、実在しない児童を描写したのものに関する規制のあり方を考えていくうえで、立法論としても重要であろう。

また、『実在する人の性的姿態を描写したものの拡散に関して、どのような規制が、いつまでなされるべきか?』という観点からみた場合、「性的姿態の撮影行為に対する処罰規定の在り方」⁶⁹⁾にも影響を与え得ると考えられる。すなわち、児童の性的姿態を内容とするという特殊性を捨象した場合に、自己の性的姿態の描写に関して、どのような権利・利益が保護され

68) 玉本・前掲注9) 189頁が述べるような「論理必然的」に決まる問題ではない。

69) 性犯罪に関する刑事法検討会『性犯罪に関する刑事法検討会』取りまとめ報告書」39頁以下（令和3年5月）。

るべきか、それらがいつまで保護されるべきか等を考えるうえで、出発点となり得ると考えられるのである。