



Title	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
Author(s)	瀧本, 京太郎
Citation	北大法学論集, 68(3), 118[71]-63[126]
Issue Date	2017-09-29
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/67204
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_vol68no3_05.pdf



[Instructions for use](#)

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 ——

瀧 本 京太郎

目 次

序章

第1節 問題の所在

- 第1項 児童ポルノの「自画撮り」被害の現状
- 第2項 自画撮り規制の早期化に向けた動き
- 第3項 自画撮りにおける「児童」の地位

第2節 本稿の目的

第1章 自画撮りに至るプロセスと法律構成

第1節 「大人対児童」の働きかけによる自画撮り（「自画撮り被害」類型）

第1項 単独正犯構成

- 第1款 脅迫又は欺罔による場合
- 第2款 脅迫又は欺罔によらない場合

第2項 共同正犯構成

第3項 裁判例の分析

第2節 「児童対児童」の自画撮り類型（セクスティング）

第3節 働きかけによらない自画撮り（児童単独類型）

- 第1項 単純所持罪（7条1項）
- 第2項 提供目的製造罪、所持罪（7条3項、7項）
- 第3項 公然陳列罪（7条6項）

第4節 小括

第2章 児童ポルノ法の保護法益

第1節 立法者の保護法益理解

- 第1項 立法段階
- 第2項 平成16年改正（第一次改正）
- 第3項 平成26年改正（第二次改正）
- 第4項 小括
 - 第1款 「立法趣旨」と「保護法益」
 - 第2款 自画撮り規制——公然陳列罪の「社会的法益」化？
- 第2節 裁判所の保護法益理解
 - 第1項 全般的な保護法益
 - 第2項 4項製造罪
 - 第1款 保護法益理解について
 - 第2款 量刑判断から読み取れる保護法益
 - 第3項 公然陳列罪
 - 第4項 小括
 - 第1款 製造罪
 - 第2款 公然陳列罪
- 第3節 学説の保護法益理解
- 第4節 小括
- 第3章 自画撮り規制のあり方
- 終章

(以上、本号)

序章

第1節 問題の所在

第1項 児童ポルノの「自画撮り」被害の現状

わが国における児童ポルノ犯罪の検挙件数は年々増加の一途をたどっている。平成27年版警察白書によれば、平成26年中の児童ポルノ事犯の検挙件数は1828件、被害児童数は746人であり、「児童ポルノを巡る情勢は引き続き深刻な状態にある」と警鐘が鳴らされているが¹、平成27年には検挙件数は1938件、被害児童数は905人にまで増加し、いずれの数値も最多を更新した²。さらに、平

¹ 平成27年版警察白書（2015年）105頁。

² 平成28年版警察白書（2016年）99頁。

成28年に至っては上半期（1～6月）だけでもすでに被害児童数が781人に達し³、下半期も含めると総数は1313人に上った⁴。平成26年に、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（以下、「児童ポルノ法」という）が改正され、盗撮による児童ポルノ製造（7条5項）、及びいわゆる単純所持（7条1項）が新たに処罰対象とされたため、検挙件数や被害児童数が増加するのは自然な流れではあるが、従来から処罰対象とされてきた行為の検挙件数も同時に増加しており、児童ポルノ犯罪の抑止は極めて重要な課題となっている。

このような現状にあって、警察庁はかねてより児童ポルノ対策に積極的に取り組んでおり、平成28年7月には、犯罪対策閣僚会議において「第三次児童ポルノ排除総合対策」⁵（以下、「第三次対策」という）が決定されたが、その序文では「だましたり脅したりして児童に自身の裸体等をスマートフォン等で撮影させ、メール等で送らせる形態の犯行による被害児童数が急激に増加している」という、「第二次児童ポルノ排除総合対策」⁶（平成25年5月決定）にはなかった記述が見られた。これが⁷、「自画撮り」と呼ばれる被害態様である⁷。

³ 警察庁生活安全局少年課「児童虐待及び福祉犯の検挙状況（平成28年上半年）」（http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/jidoug yakutai_fukushihan_kenkyoH28kami.pdf）（平成29年3月24日最終閲覧。ただし、現在は閲覧不能）10頁。同資料によれば、平成27年上半年の被害児童数は384人であった。

⁴ 警察庁生活安全局少年課「平成28年における少年非行、児童虐待及び児童の性的搾取等の状況について」（https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/hikou_gyakutai_sakusyu/H28.pdf）（平成29年8月16日最終閲覧。以下、本稿中で引用されているウェブページはすべて同じ）18頁。

⁵ http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/third-measures.pdf

さらに、平成29年4月には、同閣僚会議において「児童の性的搾取等に係る対策の基本計画～児童の未来を守る社会のために～」が策定され、自画撮り被害を防止するための広報・啓発活動の推進や、自画撮り被害に遭った児童の心理特性に関する調査研究を行うことが宣言されている（<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/hanzai/kettei/170428jidou/honbun.pdf>）。

⁶ <http://www8.cao.go.jp/youth/cp-taisaku/pdf/s-gaiyo2.pdf>

⁷ 第三次対策の本文には「自画撮り」という文言は見られないが、同時に公開されている「第三次児童ポルノ排除総合対策の概要」（http://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/third-measures_summary.pdf）の中に、

この被害態様は、第三次対策が策定される以前から警察庁の把握するところであり、平成24年から自画撮りによる被害児童数の統計がとられている。その推移を見ると、同年の207人を皮切りに毎年増加しており、平成27年は376人、平成28年には上半期のみでも239人、同年全体では480人に達している⁸。今や自画撮りは児童ポルノ犯罪の主要な被害態様であるといえよう。また、自画撮りに関する問題意識は各種メディアにおいても共有されており、「自画撮り」という文言を用いて児童ポルノ被害の検挙件数や被害児童数等に言及する記事・報道等も散見されている⁹。

第2項 自画撮り規制の早期化に向けた動き

さらに近時は、自画撮り被害を未然に防ぐための動きも見られる。

裁判実務上、犯人児童に自画撮りを行わせた後、その画像や動画を犯人のパソコンや携帯電話等に送信させた場合は、犯人には児童ポルノの「姿態をとらせ」製造罪（7条4項）が成立するとされてきた。しかし、同罪には未遂犯処罰規定が存在しないため、実際に犯人の下に画像等が送信されなければ処罰対象とはならない。そこで、児童の保護を万全なものとするためには、児童に対して自画撮りを行うことを勧誘することをも規制すべきという観点の下で、平成29年2月に開催された第31期東京都青少年問題協議会第1回総会において、東京都知事から「児童ポルノ等被害が深刻化する中での青少年の健全育成について」が諮問された。そこでは、児童ポルノの自画撮り被害が深刻化している現状を踏まえ、自画撮りの悪質な働きかけを条例上規制することなどを検討することが要求されている。そして、数度の専門部会が開催された後、同5月には緊急答申が示され、児童ポルノの自画撮りを一定の態様で勧誘する行為を処罰対象とする、新たな構成要件を設けるべきとの記述が盛り込まれたのである¹⁰。

「犯行の大部分がインターネット関連であり、自画撮りによる被害児童が急増」との記述がある。また、国会審議においても、自画撮り被害の問題が指摘されている。第186回国会衆議院法務委員会議事録第21号（平成26年6月4日）10頁（國重徹）。

⁸ https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/selfy.pdf
<http://www.jiji.com/jc/article?k=2017030900456&g=soc>

⁹ <http://www.stop-jk-business.tokyo/jidori.pdf> など。

¹⁰ 第31期東京都青少年問題協議会緊急答申「児童ポルノ等被害が深刻化する中

第3項 自画撮りにおける「児童」の地位

(1) 児童単独の自画撮り事犯

政府や東京都の理解によれば、「自画撮り被害」とは、児童を性的に搾取しようとする成年者が児童に対して自画撮りをするよう働きかけ、製造された画像を自分宛に送信させるまでの一連の行為を指し、性的搾取の対象である児童は「被害者」と位置づけられている。このような理解を踏まえ、第三次対策や緊急答申などでは、どのような施策によって児童を保護すべきかが検討されているのである。

しかしながら、自画撮りの問題は「被害」に限定されるものではないことが、近時の報道によって示されている。すなわち、14～17歳の女子中高生4名がSNSサービス「ツイッター」に自身の下半身の画像などを投稿したとして、児童ポルノ公然陳列罪(7条6項)の容疑で書類送検されたというのである¹¹。児童は少年法による保護を受けるため、実際にこれらの児童が刑事罰を受けるということは通常考えられないが、そうであっても、児童も児童ポルノ法の行為主体であり、刑事手続の俎上の一端に載せられる可能性があることが、この事件により明らかとなったのである。これは、「自画撮り被害」ではなく、「児童単独の自画撮り事犯」の問題であるといえよう。

もっとも、児童ポルノ法は行為主体を限定していないため、同法の構成要件に該当する行為が児童によるものであっても、適用上の問題はないようにも見える¹²。しかし、上記の事件では、児童は他人の働きかけによらずに自画撮りを行っている。それを公然陳列することは、——構成要件該当行為であると同時に——自己の法益処分であり、自画撮りによる「被害者」は想定されない。大人が児童に性的虐待を加える場合を想定して制定された児童ポルノ法が、「児童単独」類型も規制対象としているかどうかは、検討を要する問題である。

での青少年の健全育成について」(<http://www.seisyounen-chian.metro.tokyo.jp/seisyounen/singi/seisyokyo/31ki-menu/31toushin.pdf>) 13頁以下。

¹¹ <http://www.sankei.com/west/news/160325/wst1603250038-n1.html>

¹² 「児童」とは0歳から18歳までという幅広い年齢層の者を含む概念であり、年齢の差によっては児童が他の児童に性的虐待を加えるケースは実際に存在している。

（2）「被害児童」の取り扱い

それでは、児童ポルノの自画撮りの問題とは、専ら「児童単独の自画撮り事犯」の問題に尽き、大人¹³対児童の「自画撮り被害」類型については、行政機関が被害撲滅により一層努めることを期待すればよいのだろうか。しかしながら、「自画撮り被害」の場合にも、検討すべき問題がある。

第三次対策や緊急答申では、自画撮り被害の主要な態様は「脅迫・欺罔」に基づくと理解されている¹⁴。その理解は基本的に正当である。ところが、裁判所の判断に目を転じると¹⁵、自画撮りをさせて児童ポルノを製造した事例の中には、児童への働きかけの態様が脅迫・欺罔ではなく、かつ、児童が積極的に児童ポルノ製造に関与しているケースが散見されている。その場合でも、多くのケースでは被告人による児童ポルノ製造罪の単独正犯とされているが、近時、児童と被告人が共同正犯の関係に立つとする裁判例が見られるのである。すなわち、警察のみならず裁判所も、児童が児童ポルノ法の規制対象となり得るという判断を示しているのである。確かに、例えば18歳に近い年齢の児童であれ

¹³ 本稿では、18歳未満の「児童」と区別する趣旨で、18歳以上の者を「成年者」ないし「大人」と呼称する。

¹⁴ 例えば、警察庁作成の資料では、自画撮り事犯は脅迫ないし欺罔によって行われていることが示されている（https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/news_mar28_2016_no_victim.pdf; https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/newsrelease/news_2017_stop_cyber_crime.pdf; <https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/natsuyasumi.pdf> など）。

また、近時は、入手した性的画像を用いて金銭やさらなる性的画像を要求する行為を「セクストーション」（性的脅迫）と呼称する場合がある。語句の発祥は広島県警察による注意喚起（2014年6月、現在は閲覧不能）で、スマートフォン等の不正なアプリケーションをインストールさせて脅迫を行うという手口が想定されていたようであるが、近時は、正規のSNSのメッセージ機能等で画像をやりとりした上で脅迫に及ぶ場合もセクストーションの手口とされている（<https://www.ipa.go.jp/security/anshin/mgdayori20161110.html>; <https://www.ipa.go.jp/security/anshin/mgdayori20170810.html>; <https://www.ipa.go.jp/security/txt/2014/12outline.html>; <https://is702.jp/news/2191/>などを参照）。

¹⁵ 警察庁が統計を開始するよりも前から、児童に自画撮りを行わせ、それを送信させる行為が児童ポルノ製造罪となるかについては、裁判実務において争点とされてきた。

ば、働きかけを受け、自らの意思で共同正犯的に関与するというケースを想定することは可能である。しかし、働きかけを行う被告人が存在する「自画撮り被害」類型のケースでは、児童はまさに性的搾取の被害者である¹⁶。にもかかわらず、そのような被害児童を「共同正犯」とすることが児童ポルノ法上可能であるかは、やはり検討を要しよう。

第2節 本稿の目的

児童ポルノの自画撮りという問題は、最近になって認識・対処され始めた分野であり、十分な検討が行われていない点が多い。自画撮り事犯の処罰対象は、原則的にはそれを行わせた者であるが、大人からの働きかけの有無にかかわらず、実際に自画撮りを行った児童の処遇に関する検討は急務となっている¹⁷。児童の行為といえども形式的には児童ポルノ法（特に4項製造罪）に該当することは疑いがないものの、その形式通りに事案を処理することが妥当かは、直ちには首肯し得ない。これらの問題に回答するためには、児童ポルノ法に与えられた目的や想定されている規制範囲など、実質的な観点から検討を加える必要がある。

本稿は、以上のような問題意識を踏まえ、「自画撮りを行った児童の処遇」という観点から、自画撮り行為の刑事規制及び児童保護のあり方について検討を加える序論的考察である¹⁸。

本稿の構成は、以下の通りである。

まず第1章では、「児童ポルノの自画撮り」にはどのような類型があるかを整理し、それぞれにつきどのような問題が存するかを確認する。想定される各類型において裁判所の判断がある場合は、本章で検討する。次に第2章では、

¹⁶ 児童が児童ポルノを製造することに同意しても、製造罪が成立する。森山真弓＝野田聖子編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ法』（ぎょうせい、2005年）99頁。

¹⁷ 行政は自画撮りを専ら「被害」として捉えているが、児童が誰の働きかけを受けることもなく自画撮りを行い、それをインターネット等に投稿するという行為は、児童にとっては何の利益もなく不合理であるが、現実には広く行われており、自画撮りを単に「被害」という観点のみから論ずるのは適当でない。

¹⁸ 本稿は、さしあたり国内法に関する議論を中心に検討を行うものである。

わが国の児童ポルノ法の保護法益を、国会審議、判例及び学説を手がかりにして分析・検討し、自画撮りの事案を各々の見解から考察したときに、どのような帰結が得られるかを確認し、私見を構築する。最後に第3章では、第31期東京都青少年問題協議会緊急答申における「自画撮り勧誘罪」の概要と課題についての検討を中心として、児童の自画撮り被害を防止するための方策を提言する。

第1章 自画撮りに至るプロセスと法律構成

本章では、自画撮りによる児童ポルノ製造がどのようにして行われてきたか、また、どのような法律判断が下されてきたかを検討する。裁判例が存在しているのは、大人が児童に働きかけて自画撮りを行わせる「自画撮り被害」の類型のみであり、その多くは、児童に児童ポルノに該当するような「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」する行為を処罰する、4項製造罪¹⁹（7条4項）の成否が問題とされている。また、前章で述べたように、裁判例中には、行政が想定している「脅迫・欺罔」を用いて働きかけを行うケースのほか、脅迫・欺罔には至らない、より「ソフト」な態様で自画撮りを勧誘するケースも見られる²⁰。

また、上記の働きかけは基本的に大人が児童に対して行うことが前提とされているが、児童が児童に対して働きかけを行う場合も当然に想定される。その場合は、「大人対児童」の類型において検討したことと同様のことが妥当なのか、あるいは「児童対児童」の類型に特有の事情が存するのかが問題となる。

他方、働きかけによらず、専ら児童の意思で自画撮りを行う場合については、公開の刑事手続のルートに上ることが基本的に想定されないため、裁判例は確

¹⁹ 「姿態をとらせ」製造罪、あるいは「単純製造罪」（警察庁作成の統計など）と呼ばれることもある。本稿では「4項製造罪」と表記する。

²⁰ なお、ここでは、児童が自画撮りを行い、その後犯人の携帯電話等の端末に送信するまでの一連の流れが「被害」とされている。自画撮りは行ったが送信はせず、犯人の下に自画撮り画像が渡らなかった場合にも製造罪が成立するかは別途検討を要しよう。

認できていない。したがって、本稿では、「専ら児童の意思」とは具体的にどのような行為において考えられるかを、想定される事例を挙げつつ説明する。

第1節 「大人対児童」の働きかけによる自画撮り（「自画撮り被害」類型）

まずは、児童が大人から働きかけを受けて自画撮りを行う類型にはどのようなものがあるかを検討する。この類型についてはすでに多くの裁判例が出されているが、それらは自画撮りをさせた被告人を単独正犯とするもの²¹と、共同正犯とするものに大別することが可能である。

第1項 単独正犯構成

第1款 脅迫又は欺罔による場合

まずは、単独正犯として被告人を処断する裁判例のうち、脅迫又は欺罔を用いて自画撮りを行わせたケースを検討する。以下のうち①事件は脅迫、②、③事件は欺罔を用いたケースである。

① 大阪高判平成19年12月4日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は被害児童C（当時13歳）が18歳未満であることを知りながら、Cをして、C所有の携帯電話機を使用して児童ポルノに該当する画像を撮影した上で被告人宛にメール送信させ、4項製造罪²²に問われた。

原審の大阪地判平成19年7月5日公刊物未登載がCに対する間接正犯の成立を肯定したところ、控訴審で弁護人は「当時13歳の被害児童自身が、携帯電話の内蔵カメラで自分の裸体を撮影し、その画像をメール送信したものであるから、被告人に本罪の間接正犯は成立しない」と主張した。

²¹ この中には、間接正犯が成立すると明示するものと、「単独犯」と述べるにとどまり、直接正犯とも間接正犯とも理解可能なものがある。

²² 平成26年改正前は、「姿態をとらせ」製造罪は7条3項に置かれていたが、本稿では条文の混同を避けるため、行為時は3項であっても「4項製造罪」と表記し、判旨も〔4項〕製造罪としている。以下、亀甲括弧部分は同様の趣旨の修正である。

【判旨】

「関係証拠によれば、被害児童は、被告人との間で、自慰行為に関するメールのやりとりをしていることを、被告人から親に電話をするなどして告げ口されるのを恐れる余り、被告人の命じるままにするほかないと考えて、……画像を送信したものであることが認められるのであって、そのような本件の犯行態様に加えて、被害児童の性別、年齢等諸般の事情に照らすと、被害児童は意思を抑圧されていたと認めるのが相当であり、本件を被告人の単独犯行であるとした原判決に何らの法令適用の誤りもない」

② 東京高判平成22年8月2日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、携帯電話のサイトを通じて知り合った被害児童(当時13歳)に対し、メール等を通じて、児童ポルノ製造の真意を秘して「モデルの仕事がある」などと甘言を弄し、乳首等を露出させて自画撮りを行わせ、撮影した画像を被告人の携帯電話機宛に送信させた。

原審が被告人を間接正犯として4項製造罪の成立を肯定したのに対し、弁護人は、本罪の正犯は児童であり、被告人はその教唆犯であるが、被害児童自身が撮影する場合には被害児童の自損行為であって正犯とならないから、共犯の従属性により被告人も不可罰であると主張した。

【判旨】

「本件では、被害児童の行為が被告人によって利用された部分があるとしても、それは、『姿態をとらせ』といった構成要件に沿うものである。また、前記原判示の罪となるべき事実中、被告人が被害児童の姿態を電磁的記録媒体に描写する過程で被害児童による撮影や送信という行為が介在しているのも、犯罪構成要件である『描写』の手段・方法を原判決がより具体的に説示したことによるものであると解され……しかも、被害児童がそのような行為をしたのは、……児童ポルノの製造という真意を秘した被告人が、甘言を弄して判断能力の未熟な被害児童を錯誤に陥れたためであるから、被告人が本罪の単独正犯であることに疑問が生じることはない」(下線部は引用者、以下同じ)。

③ 大阪高判平成24年5月31日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は被害児童B(当時12歳)が18歳未満であることを知りながら、自宅にいたBに依頼して、Bに乳房及び陰部を露出した姿勢をとらせ、これをBの携帯電話で撮影ののち被告人の携帯電話に送信させ、後日、これらの画像を不特定多数のインターネット利用者に向けて公然陳列した。

原審の奈良地判平成23年9月27日公刊物未登載が4項製造罪の成立を認めたのに対し、弁護人は、被害児童が児童ポルノ提供目的製造罪及び提供罪の正犯で、被告人はその教唆犯であって、被告人には4項製造罪の単独正犯は成立しないのに、被告人のみに同罪の成立を認めた点は不当であると主張した。

【判旨】

「確かに、本件で問題になる電磁的記録は被害者とされる児童自身が写したものであることはそのとおりであるが、被害児童から送信を受けた被告人は送信者とは別の意図でこの映像を電磁的記録として記録媒体である携帯電話の内蔵記憶装置に保存したのであり、これは被告人が被害者を撮影道具として使いその上で自己の所有する電磁的記録に係る記録媒体に児童ポルノを記録させたと評価できるのであり、このことは被告人による児童ポルノの製造行為がなされたと評価できるものである。すなわち、本件をみれば、被告人が、児童ポルノを手に入れるため、被害児童のホームページにアクセスし、自分を男子中学生と偽って被害児童とメール交換する関係を結んだ上、被害児童に働きかけて、児童ポルノに該当する姿勢をとらせ、これを同児童の携帯電話機付属のカメラで撮影させ、その画像データを被告人の携帯電話機に送信させ、被告人において、同画像データを被告人の携帯電話機本体の内部記憶装置に記録しているのであり、被害児童はだまされて映像を送っており、また、本件のように利用されるとは夢にも思っておらず、その結果児童は大きく傷ついているのであり、まさに被害者にほかならず、本件被害児童を正犯ないし共犯として処罰すべき様な事案であるとはいえない。被害者が撮影行為をその意思によってなしたからといって、このことが被告人の行為について製造行為に該当すると認定することの妨げになる事情とはいえない」

【検討】

(1) 脅迫類型と欺罔類型について

脅迫又は欺罔を用いて児童に自画撮りを行わせ、行為者の端末等に送信させ

る類型は自画撮り被害の典型とされ²³、近時は行政等による注意喚起が行われている²⁴。このうち、脅迫には種々の態様が考えられるが、児童の意思を抑圧したと認められるような態様で脅迫した場合は、犯人が、道具である児童を用いて児童ポルノを製造したといえるから、犯人の目的に対応する製造罪の成立が肯定されよう。また、児童が処罰対象となり得ないことは当然である。

しかし、欺罔による場合には、一律に間接正犯と考えてよいかは疑問がある。欺罔の例として想定されるのは、犯人が性別、年齢などの素性を偽って、インターネット上で児童に接触するような場合であるが、そのような場合であっても、「裸の画像が見たい」などと自画撮りを要求され、実際に製造・送信した児童は、その年齢にもよるが、児童ポルノを製造するという点については認識していると解される。また、「欺罔」は様々な点について行われることが想定される。例えば出身地を偽って自画撮りを行わせる場合や、このほかにも身長等の身体的特徴、職業、経済状況、婚姻の有無を偽る場合など、枚挙にいとまがないが、どのような点について欺罔が行われる必要があるかについての具体的な説明はない。具体的な事案によっては、間接正犯とまではいえない場合もあり得るのではなかろうか。

もっとも、この後で検討する裁判例を見ると、児童自身が児童ポルノ製造の認識を有しており、働きかけ自体は穏健に行われている場合でも4項製造罪の単独正犯が成立するとされていることから、児童自身が児童ポルノを製造していることを認識していれば、欺罔の内容は重要ではないと考えられる。欺罔による自画撮り被害と目すべきなのは、自分が製造しているのが児童ポルノであると認識させずに自画撮りを行わせる場合、すなわち、児童ポルノ性について欺く場合であると考えられるが、欺罔がなくても製造罪が成立するのであれば、実務的にこれらを区別する実益は乏しいであろう。

²³ 小西康弘「児童の性的搾取等の現状と対策について」児童ポルノ排除対策公開シンポジウム（平成28年11月22日）7頁以下参照。

（<http://www8.cao.go.jp/youth/cp-taisaku/symposium7/pdf/discussion1.pdf>）

²⁴ https://www.npa.go.jp/safetylife/syonen/no_cp/measures/case_arrest.html（警察庁）、<http://www.cmfm2.jp/movie/play/146/27150/10/20>（警察協作成の啓発動画）など。また、前掲注（14）の警察庁作成資料も参照。

(2) ①～③事件について

①事件は脅迫のケースであり、「被害児童の性別、年齢等諸般の事情」を踏まえて間接正犯が肯定されている。すなわち、見方を変えると、諸般の事情によっては脅迫を用いても間接正犯とはならないケースがあり得ることも示唆されている。また、本件では4項製造罪のみが認定されているが、近時の裁判実務では、強要罪と4項製造罪の二罪が成立すると判断するケースも見られる²⁵。

②、③事件は欺罔のケースであるが、②事件では、被告人は児童ポルノ製造の真意を秘していたとされている。他方で③事件では、自らを男子中学生と名乗った点に欺罔が認められるが、被害児童は児童ポルノを製造しているという認識は有していたものと考えられる。いずれの事件でも、所論に応答する形で、児童は錯誤に陥れられた被害者であると明言されており、児童は保護対象に位置づけられている。ただし、前述のとおり、欺罔の有無が4項製造罪の成否に影響を及ぼすことはないため、欺罔の有無やその内容は、実務的には量刑上考慮される要素にとどまると思われる²⁶。

また、③事件では、「本件被害児童を正犯ないし共犯として処罰すべき様な事案であるとはいえない」という判示がある。本件被害児童は騙された上に画像を公然陳列されており、まさに性的搾取の被害者であるが、この判示からは、児童が常に被害者とみなされるわけではなく、場合によっては正犯ないし共犯とされることもあり得るという示唆を読み取ることが可能である。本件では、被告人は「送信者とは別の意図」で児童ポルノを製造したとされているが、送信者、すなわち被害児童がどのような意図で画像を製造・送信したのかは明ら

²⁵ 例えば、広島高岡山支判平成22年12月15日高検速報（平成22年）182頁（LEX/DB25470943）、東京高判平成28年2月19日判タ1432号134頁は強要罪と4項製造罪の併合罪とされており、東京地判平成25年8月8日LEX/DB25501664は両者の観念的競合とされている。いずれも、脅迫により自画撮りを行わせたケースである。

なお、児童ポルノ法に関する全般的な罪数関係については、奥村徹「判例から見た児童ポルノ禁止法」園田ほか編『改正児童ポルノ禁止法を考える』（日本評論社、2014年）28頁以下、武田正＝池田知史「児童ポルノ法（製造罪、罪数）」判タ1432号（2017年）35頁以下が詳細な分析を加えている。

²⁶ 欺罔による場合は、欺罔以外の「ソフト」な手段で働きかける場合よりも悪質な態様であるといえよう。

かでない。仮に、被告人が素性を偽らず、公然陳列の意図も有していなかった場合を考えると、本件の論理からは、児童との意思連絡を認めることもあり得よう。

なお、各裁判例はいずれも、自画撮り画像が被告人の端末に送信され、その内部記憶装置に保存された時点で4項製造罪の成立を認めている。厳密には、児童が自画撮り画像を製造した時点で児童ポルノは製造されたといえるから、その時点で4項製造罪の既遂とすることも可能ではあるが、4項製造罪は、提供等の目的がなくても、児童ポルノを製造すれば、それが流通する危険性を創出する点に当罰性があると説明されている²⁷。それに従うと、流通の危険性が創出されるのは、原則として被告人の手に画像等が渡ることであり、その時点が既遂時期であると解される。この点は、これ以降の裁判例でも概ね同様である。

第2款 脅迫又は欺罔によらない場合

第三次対策では主要な態様として想定されていないが、裁判例中には、被告人を単独正犯としているものの、児童に自画撮りを行わせる手段が脅迫や欺罔ではない事例も散見される。その多くは、被害児童の精神的未熟さを理由として、被告人が単独犯であると判示している。脅迫、欺罔によらない場合には、自画撮りを行った児童の可罰性が問題となり得るが、裁判例においては、児童ポルノ法違反行為に被害児童が関与したとしても、同法の立法趣旨に鑑み、犯罪が成立しないと結論付ける事例があり、自画撮りの問題を考察する上で重要である²⁸。

④名古屋高金沢支判平成17年6月9日刑集60巻2号232頁（参照）は、被告人が現金5万円を児童に払って性交し、その場面を撮影して児童ポルノを製造したという事案である。本件は自画撮りの事案ではないが、児童も共犯であり被告人のみを処罰するのは不公平であるとの所論に対し、本判決は、「本条の立法趣旨が、他人に提供する目的のない児童ポルノの製造でも、児童に児童ポルノに該当する姿態をとらせ、これを写真撮影して児童ポルノを製造する行為については、当該児童の心身に有害な影響を与える性的搾取行為にほかならず、

²⁷ 森山＝野田・前掲注（16）99頁。

²⁸ このような趣旨の裁判例を紹介するものとして、奥村・前掲注（25）26頁以下。

かつ、流通の危険性を創出する点でも非難に値するというものであることからすると、児童は基本的には被害者と考えるべきである。そして、記録を検討しても、本件の被害児童が共犯者に当たるとすべきほどの事情は窺えないから、不公平とはいえないと判示し、また、被害者の承諾の点についても「被害児童に、違法性を阻却するほどの真摯な承諾、積極的関与があったとも認められない」として、承諾の有効性も否定した。

このように、脅迫、欺罔によらない場合であっても、裁判所は児童ポルノ法の趣旨に鑑み、児童ポルノの製造に関与した児童の可罰性を否定しているが、③事件と同様、児童が被害者であるのはあくまで「基本的」な場合であり、「共犯者に当たるとすべきほどの事情」があれば処罰対象となり得ることも同時に示唆されている。このような判示は、児童も形式的には4項製造罪や提供罪等の構成要件に該当し得るという問題意識を裁判所が有していることを示している。解釈によって児童の可罰性を否定する手法がすでに裁判所によって実践されていることは、自画撮りの問題を考察するに際し注目すべき点である。

それでは、自画撮りが問題となった事案では、どのような判断が下されているだろうか。

⑤ 大阪高判平成28年1月29日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、当時13歳であった被害児童に依頼して、乳房を露出した姿勢の自画撮りを行わせて送信させた。ただし、児童に対し脅迫や欺罔は用いられておらず、児童は被告人からの交際の申し込みを好意的に受け止め、任意に自画撮りを行っていたということが認定されている。

【判旨】

「被告人が、児童に法2条3項3号に係る姿勢をとらせ、その上で、これを携帯電話で撮影させ、その画像データを送信させて、……児童ポルノを製造したという、被告人を単独実行正犯とする構成による児童ポルノ製造の事実を認定することができ、一審判決は、そのような本件訴因の内容に従って前記事実を認定したものにほかならず、その判断自体が相当であることは動かない。児童が自ら上記姿勢をとってこれを撮影し、その画像データを被告人に送信したことが認められるが、法7条〔4項〕の規定に係る『描写することにより』との要件については、文理上その方法、態様が限定されているわけではない上、いず

れも、判断能力が未成熟な児童に対し、被告人が指示又は依頼をしてその撮影・送信を行わせたものと認められるから、やはり一審判決の事実認定やその法的評価に誤りがあるとみる余地はない。仮に、弁護人が主張するような事実認定上、法律上の構成が可能であったとしても、そのことにより、本件公訴事実に沿って認定評価を行った一審判決の判断が不当ということにはならないのであって、その主張は採用の限りではない。」また、「弁護人は、被告人が児童に画像データの送信を依頼したことについて、被告人が脅迫や欺罔をした事実はないとも主張するが、脅迫等を用いた事実がなかったとしても、そのことは、原判断の当否に影響するものではない」

⑥ 大阪高判平成21年12月3日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、被害児童 A（当時15歳）が携帯電話の下着売買募集サイトに投稿していたのを奇貨として A の精神的未熟さに乗じ、金銭の支払いを条件として A の裸体の画像を送信するよう積極的かつ執拗に働きかけて²⁹、A 宅で A の裸体を撮影させ、送信させてマルチメディアカードに保存し、4 項製造罪に問われた。

4 項製造罪の単独犯の成立を認めた原審（豊中簡判平成21年6月25日公刊物未登載）に対し、控訴審で弁護人は（i）被害児童が提供目的製造罪及び提供罪の正犯で被告人は教唆犯である、（ii）そうでない場合は、両者は4 項製造罪の共謀共同正犯である、及び、（iii）被害児童が正犯でない場合は、教唆犯である被告人は共犯の従属性により不可罰であると主張した。

【判旨】

児童ポルノ提供罪、提供目的製造等罪、及び4 項製造罪の各規定³⁰は平成11年法施行後の状況等に鑑み、「児童の権利の擁護を一層促進するために新たに犯罪化され、処罰の範囲が拡大されたものであるところ、対象となる行為は、いずれも法2条3項各号に掲げる児童の姿態を描写した児童ポルノを前提とす

²⁹ 被告人は画像1点につき500円を支払うと誘い、児童に5点の画像を送信させている（実際に支払いがあったかは不明である）。

³⁰ 平成26年改正前の判決であり、特定少数への提供罪（現7条2項）は旧7条1項、特定少数への提供目的製造等罪（現3項）は同2項に置かれていた。

るもので、当該児童の心身に有害な影響を与える性的搾取・性的虐待行為にほかならず、しかも、不特定多数の者に対する提供（法7条〔6項〕）及びその目的での製造等（同〔7項〕）の罪ではもとよりその流通が予定され、特定少数の者に対する提供（同〔2項〕）及びその目的での製造等（同〔3項〕）の罪では流通の危険性が大きく、他人に提供する目的を伴わない製造罪（同〔4項〕）にあっては描写された児童の人権を直接侵害する行為であり、流通性は小さいものの、その危険性を創出するものであるから、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ため、児童を性的搾取・性的虐待の被害から擁護することを意図して上記各行為を処罰するものとしたのであって、当該児童は、原則的に、その被害者と位置付けられているというべきである」から、被害児童が正犯ないし共同正犯であり、被告人は教唆犯にすぎないという主張は誤りである。

また、上記の判示に先立ち、本件行為が間接正犯なのか共犯（共同正犯、教唆犯）なのかを原審が明らかにしなかったという弁護人の主張に対して、原判決が被告人を「単独犯と認定していることは明らかである」し、「間接正犯についていう点も、本件児童ポルノ製造罪の主体、すなわち正犯は被告人であって、『児童ポルノの姿態をとらせ』ることは製造の手段にすぎず、また、その写真を撮影、送信させたという事実は製造の方法であるから、この点についても原判決に所論が指摘するような理由不備ないし訴訟手続の法令違反はない」と判示している。

⑦ 福岡高小倉支判平成29年3月15日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、被害児童A（当時17歳）に対しては脅迫して自画撮りを行わせ、被害児童B（当時12歳）に対しては、被告人から援助交際を申し込んだ際に陰部等の自画撮りを行わせて送信させ、携帯電話に保存した。原審が4項製造罪の成立を肯定したのに対し、控訴審で弁護人は、A、Bは純然たる被害者ではないとして、前記⑥事件の（i）と同様の主張をした。

【判旨】

まずAは、校則に違反して出会い系アプリを使用していたことを学校に通報されることを極度に恐れるあまり被告人の意のままになっていた。次に、「Bは、当時12歳であり、判断が未熟であったところ、被告人は、被告人から援助

交際の話を持ち掛けられた被害者Bが、好奇心や高額対価につられて、これに応じる意思を示したのに対し、援助交際に応じるか決める上で必要であるとして被害者Bに対し陰部等を撮影した画像データを送信するよう要求し、被害者Bは、被告人の要求に応じて画像データを送信すれば援助交際ができるのではないかと誤信して、乳房や陰部を露出した姿態をとり、その画像を撮影して被告人に画像データを送信し、被告人は送信された画像データを保存することで児童ポルノを製造したことが認められる。これらの事情に照らせば、……被告人は単独で児童ポルノ製造罪の正犯となる。また、児童買春・児童ポルノ等処罰法は、買春行為や児童ポルノの製造等に当たり、当然存在する関与者としての児童につき処罰規定を設けていない一方、被害者としての児童を保護する観点から、種々の規定を設けており、児童を処罰しないとする立法趣旨が示されている。したがって、児童ポルノの被害児童らにはこれらの罪の正犯や共同正犯は成立しないから、被害者らはいずれも児童ポルノ提供目的製造罪ないし提供罪の正犯や共同正犯にはなりえない」

【検討】

⑤～⑦事件は、いずれも脅迫や欺罔によらずに自画撮りを要求し、児童がこれに応じたケースであり、弁護人はいずれの事件でも、児童が正犯であると主張している³¹。しかし裁判所は、児童ポルノ法の趣旨を援用して所論を排斥している（⑥、⑦事件）。両事件の枠組みを前提とすると、少なくとも働きかけによる自画撮りの場合は、児童が積極的に製造に関与していても被告人とは共犯関係に立たず、被告人の単独正犯が成立することとなる。特に⑦事件は、「原則的に」と述べる⑥事件よりも一歩踏み込み、児童はいかなる場合も被害者であり、③、④事件がいうような「共犯者に当たるとすべきほどの事情」は想定し得ないと判断している。他方、⑤事件は、「仮に、弁護人が主張するような事実認定上、法律上の構成が可能であったとしても」主張は採用できないと述べており、事案によっては児童を共犯とする余地を認めている。

また、⑤、⑥事件は4項製造罪の「姿態をとらせ」の意義についても言及している。自画撮り被害の類型では、被告人の端末に児童ポルノを保存するためには児童の「協力」が不可欠であるが、両事件では、児童に姿態をとらせるこ

³¹ いずれの事件も同一の弁護人である。

とは「製造の手段」であり、自画撮りを撮影・送信することは「製造の方法」であると述べている。このように解することで、児童は「必要的共犯」の地位に位置づけられるため、児童が積極的に製造に関与していたという事情は捨象され、児童の可罰性という問題は浮上しないこととなる。

第2項 共同正犯構成

⑥、⑦事件の枠組みから出発すると、児童を4項製造罪の共同正犯とする法律構成は考えられないこととなるが、③～⑤事件はこの点につき一定の留保がなされており、児童の取り扱いを巡る裁判所の判断は分かれていた。しかし近時、児童を共同正犯であると明示したケースが現れた。これらはどのような論理構成を採っているのであろうか。

⑧ 神戸地判平成24年12月12日公刊物未登載

【事実の概要】

被告人は、スマートフォンのアプリケーションを介して知り合った被害児童A（当時16歳）に自画撮りを要求し、Aをして上半身裸で乳房を露出した姿勢をとらせて携帯電話機で撮影させ、それを被告人の携帯電話機宛にメールで送信させた。

公判において検察官は、主位的訴因として4項製造罪の単独正犯を主張したが、予備的訴因として、被告人と児童の共同正犯を主張していた。その上で神戸地裁は予備的訴因を認定し、法令の適用において、刑法60条が適用されることを明示した。

【判旨】

「本件のメール受信については、……被告人が、その受信の際、自己の携帯電話機を用いて何らかの具体的な操作を行ったことを示唆する証拠はない。昨今の携帯電話機のメール機能では、サーバーから自動的に個々の携帯電話機にメールデータが保存される設定となっているのが通常であり……、被告人の携帯電話機も同様であったとかがわれることからすれば、被害児童が、当該画像データを添付したメールを被告人の携帯電話機宛てに送信したことにより、その後、被告人において特段の操作を行うことなく、サーバーを介して自動的に被告人の携帯電話機がそのデータを受信し、メールに添付された画像データごと同携帯電話機に保存されたものと推認される。このように、メールの受信

が自動的に行われ、被告人の側で受信するメールを選別したり、受信するかどうかを決定することはできない状態であったことを踏まえれば、このような方法で行われるメールの受信……をもって、被告人による児童ポルノの製造行為と捉えることは困難というほかない。」「以上のとおり、被告人が児童ポルノ製造の実行行為を行ったとは認められず、主位的訴因については犯罪の成立を認めることができないと判断した（なお、付言すると、当時16歳という被害児童の年齢や、被告人は要求の際に欺罔・脅迫等の手段は用いておらず、被害児童が被告人の要求に応じた主たる理由は被告人への好意にあったことなどからすれば、本件については、証拠上、間接正犯の成立を認めることもできない。）」

⑨ 広島高判平成26年5月1日公刊物未登載

【事実の概要】

本件原審（山口地判平成25年12月18日公刊物未登載）の認定によれば、被告人は被害児童A（当時17歳）から売春の申込みを示唆するメールを受信し、Aとメールのやり取りをする過程で「月曜日まで待てんから裸の写メ送って」「送ってくれたらUPしてあげるから」「オーバーオール脱いでよ」「服脱いでパンツ撮って」「なら胸」などとメールを送信し、Aに乳房を露出した自画撮り画像を送信させた（危害を加える旨の告知はなかった）³²。なお、被告人はこの2日後にAと面会の上児童ポルノ動画を製造し、さらにその翌日には、動画データを公開すると脅迫して再度の面会ないし交際を迫っており、自画撮りとは別に4項製造罪、及び強要未遂罪に問われた。

【判旨】

「原判決は、児童Aの原判示の姿態を撮影して、その画像データを被告人の携帯電話機に送信し、その携帯電話機の記録媒体に蔵置させるに至らせるという、児童ポルノ製造の犯罪の主要な実行行為に当たるものを行ったのは児童A自身であるという事実を摘示しているが、児童Aが共同正犯に当たるとは明示しておらず、被告人に関する法令の適用を示すに当たっても、刑法60条を特に摘示していない。他方、原判決は、本件について間接正犯の関係が成立す

³² Aは、自画撮りを要求される数時間前に、自身の顔の画像を送信するよう求められた際、「これでオッケー??」と送信するとともに、自身の上半身を撮影し、画像データを送信している。

るという事実を示しているものでもなく、本件の関係証拠に照らしても、間接正犯の成立をうかがわせる事実関係があるとは認め難い。しかし、原判決は、事実は摘示し、これらの行為は、被告人が、自らの意思を実現するため、児童Aとの意思の連絡の下、児童Aに行かせたものであるという趣旨と解される事実関係を摘示しているものと理解することが可能であるし、かつ、そうした事実関係を前提に犯情評価等を行っていると見ることができるとなどに照らすと、原判決が、被告人と児童Aとの共謀の存在を明示せず、法令の適用に刑法60条を挙示していないことが、判決に影響を及ぼすことが明らかな事実誤認ないし法令適用の誤りに当たるとは、いまだ言い難いと考えられる」

【検討】

(1) 単独正犯を否定する根拠

⑧、⑨事件の外形的特徴は、これまでに見た自画撮りの事例とほぼ同様である。しかし、この2件は児童ポルノ法の保護法益に関する判断を示さずに被害児童と被告人を共同正犯とし、さらに間接正犯の成立を明示的に否定している点で、他の事例と大きく異なっている。そのような結論に至った要因については、特に⑧事件が詳しい。すなわち、被害児童の年齢(当時16歳)、欺罔・脅迫がなかったこと、及び被害児童が被告人に好意を抱いていたことが、間接正犯の成立を否定する根拠として指摘されているのである。

しかし、単独正犯構成を採った⑥事件も、被害児童の年齢は当時15歳であり、欺罔・脅迫もなかった事案であったことに鑑みると、児童も正犯とすべき場合(共同正犯)とそうでない場合(被告人の単独正犯)を区別する基準が明確にされているわけではない。例えば⑥事件では、被告人は積極的かつ執拗に自画撮りを要求したことが指摘されているが、被害児童はもともと下着売買のサイトに自ら投稿していたのであり、精神的に未熟であるとしても、年齢を考慮して共同正犯を成立させることも可能であっただろう。また、自画撮りを行った動機について、⑧事件では被告人への好意が挙げられているが、金銭の支払いを対価として自画撮りを行わせている⑥事件と区別し得るだろうか。むしろ、好意につけこんで自画撮りを行かせたと評価して⑧事件を単独正犯とし、金銭を目的とする⑥事件を共同正犯とすべきと考えることも不可能ではなかったと思われる。

（2）実行行為性

また、⑧事件は、携帯電話の通信メカニズムを検討して被告人の実行行為性を否定している点でも他の事例と異なる、特徴的な裁判例である。

自画撮りによる4項製造罪における「罪となるべき事実」の記載方法は、「データを……電磁的記録媒体である携帯電話機本体の内蔵記憶装置に記録し、児童ポルノを製造した」（②事件の原審）とか、「携帯電話機本体に装着された……マルチメディアカードに保存し、……児童ポルノを製造した」（⑥事件の原審）とされてきた。「画像データを同携帯電話機に受信してこれに記憶させて臆置し、……児童ポルノを製造し」という⑧事件も、これまでと同様の記載方法であり、既遂時期は被告人の携帯電話機に画像が保存された時点である。しかし⑧事件は、児童ポルノ画像が被告人の携帯電話へ保存されるまでの過程に着目し、被告人が何もしなくともデータは携帯電話機に保存されるのであるから、被告人には実行行為性が認められないと判断している。これは、前述した⑤、⑥事件のように、児童の意思による行為であるという要素を希薄化させ、自画撮り画像の撮影・送信は児童ポルノ製造の手段ないし方法であるとする構成とは正反対のものである。⑧事件の枠組みからは、被告人が実行行為を行うことは物理的に不可能となるから、間接正犯を認定しない限り、被告人の単独正犯はあり得ないこととなる。⑧事件が明示的に間接正犯の成立を否定したのは、このような事情があったためであると理解可能であろう。また、⑧事件の枠組みにおいて、児童ポルノ法の趣旨を援用して児童を正犯の地位から除外すると、被告人の実行行為性が否定され、かつ間接正犯の認められない本件では、被告人の可罰性にも疑義が生ずることとなる。

第3項 裁判例の分析

本節では、大人が児童に対して自画撮りを働きかけた場合の処理について、裁判例を概観しながら検討を加えてきた。

（1）脅迫・欺罔類型の意義

まず、脅迫・欺罔類型（①～③事件）では間接正犯が肯定される場合が多く、脅迫を用いる場合は強要罪が同時に成立することもある。欺罔類型においても間接正犯が成立しているが、どのような点に関して欺罔が行われる必要があるのかは明確でない。また、⑤事件以降の事例を見ると、脅迫・欺罔がなくても

4項製造罪が成立すると判断されているため、この類型を取り上げる法解釈的な意義は薄い。自画撮り被害の問題は、能動的な関与が疑われている児童の法的取り扱いなのである。

(2) 法律構成による結論の異同

そのような事例が④～⑨事件であったが、これらの中には、児童が積極的に関与しても、児童ポルノ法の趣旨に基づけば、児童は(原則として)正犯にも共犯にもならないと述べる事例(⑥、⑦事件)と、状況により正犯ないし共犯となる場合があるとする事例(④、⑤事件)、そして、児童ポルノ法の趣旨に言及せず、児童を共同正犯とする事例(⑧、⑨事件)に分かれており、児童の取り扱い方針は統一されていない。では、このような不統一さをどのように解すべきであろうか。

ここで押さえておくべきなのは、裁判所の法律構成にかかわらず被告人は処罰されている点と、この類型において児童が刑事罰を受ける可能性はほぼないという点である。いずれのケースでも、児童は大人である被告人から勧誘を受け、最終的に被告人の性欲を満たす客体として扱われている。また、児童は少年法の適用を受ける³³。同法の下でも刑事処分の可能性は開かれているが(少年法20条1項)、児童ポルノの被写体として関与した児童に関しては、刑事処分の可能性は事実上存在しないと思われる。そうすると、児童との共犯関係を肯定するか否かは、被告人の処罰とは関係がないといわざるを得ない。児童ポルノ製造に積極的に関与している場合は、別途家庭裁判所のルートで児童が処分を受ける可能性は一応あり得るとしても³⁴、各裁判例はあくまでも被告人となった者の処罰を問題とするものであり、それらを用いて児童の取り扱いを占うことはできない。そうすると、結局単独正犯とするか共同正犯とするかの違いは、実務的な意義に乏しいという結論が導かれそうである。

しかし、ここでの法律構成は、児童単独の自画撮り類型にとって意味を有す

³³ 児童が14歳以上のときは「犯罪少年」、それ未満のときは「触法少年」となる(少年法3条1項1号、2号)。触法少年は刑事未成年であり、刑事責任を問われない(刑法41条)。

³⁴ 児童を被害者と位置付ける場合は、犯罪少年ないし触法少年ではなく、虞犯少年(少年法3条1項3号)として取り扱われることとなる。

る。すなわち、⑥、⑦事件のような思考方法を採用と、この場合にも児童に児童ポルノ公然陳列罪は成立しないこととなるが、⑧、⑨事件の枠組みによれば、児童であっても児童ポルノ法違反として摘発され得ることとなる³⁵。これらの裁判例が、児童単独で行う児童ポルノ事犯があり得ることまでを予見していたとは考えにくい、結果として法律構成の区別は、「児童単独」の類型に影響を与えることとなったのである。

（3）児童ポルノ法援用の有無

また、⑧、⑨事件では、共同正犯構成を採用にあたり、児童ポルノ法への言及がされていない点も注目される。④、⑥、⑦事件では、同法において児童は「被害者」という位置付けであると明言して児童の刑事責任を排除しているが、⑧、⑨事件では、単に共同正犯が成立するという判断にとどまっており、自画撮りに積極的に関与した児童の位置付けについて明言されているわけではない³⁶。

わが国における「児童」は幅広い年齢の者を包括する概念であり、個別の育成・発展の度合いは捨象され、児童は一律に「判断能力が未成熟」と理解されている。そのような前提の下で児童ポルノ法に言及したのが、④、⑥、⑦事件であった。ところが、共同正犯構成を採用した⑧、⑨事件（特に⑧事件）では、児童の成育の度合いを考慮し（すなわち、児童ごとの「個性」を認め）、画一的な「未成熟」判断を拒否している。

両事件の裁判所が④、⑥、⑦事件の理解とどのように折り合いをつけているかは判旨を見ても明らかでないが、事実関係を素直に見る限り、児童が積極的に児童ポルノ製造に関与していることは明確に読み取れる以上、——仮に、ある程度「未成熟」であることは否定しないとしても——共同正犯以外の法律構

³⁵ この可能性を示唆する記事として、<http://internet.watch.impress.co.jp/docs/column/teens/1072425.html> がある。

³⁶ いずれの事件でも、自画撮りを行った児童は「被害児童」と表記されており、共同正犯構成でも児童は被害者であるということも不可能ではない。しかし、いずれの児童も、自画撮りを送信した後に被告人から自画撮り画像を用いた脅迫を受けており、この点で、各児童はまさに「被害児童」なのである。よって、脅迫の前に行われた自画撮りについても児童が「被害者」と位置づけられているかは不明であるといわざるを得ない。

成を採ることは困難であると考えたのではないだろうか。このような理解から出発すると、これとは反対に、児童ポルノ法に言及している各事件の裁判所は、事実関係を見ると児童は（弁護人が主張するように）共同正犯的な関与をしているように見えたからこそ、あえて同法を援用することで、多少強引ではあるが、事実関係を踏まえてもお単独正犯構成を採るべきと判断したと理解可能である。

二通りの法律構成のいずれを採っても被告人の可罰性自体には影響を及ぼさないが、法律構成の違いからは、裁判所が児童という存在をどのように扱っているかが読み取れる。個別判断を否定し、広汎に児童を保護しようとする場合は単独正犯構成が、そうではなく、個別判断を肯定し、児童が積極的に関与していたといえる場合は共同正犯構成が採られているといえよう。前述したように、⑥事件などでは共同正犯構成を採ることも考えられたであろう。しかし、個々の児童の成育度合いにはばらつきが予想され、その判断は相当に微妙なものとならざるを得ない。⑧事件は参考となろうが、事例の集積が望まれる。

（４）性的搾取の実質

共同正犯構成を採用した裁判例が、被写体となった児童を処罰することを志向して出されているわけではないことは明らかである。しかしながら、児童ポルノ法は児童に対する性的搾取・性的虐待を処罰することを目的とし、各種構成要件は性的搾取の態様を類型化したものである。被害児童を共同正犯と位置づけた場合、そこに性的搾取を観念することが可能なのだろうか。確かに、児童が製造に同意していたとしても４項製造罪の成否に消長をきたさないことは前述したが、同意のみで共同正犯となるわけではない。刑法60条が児童に適用されるということは、児童は被告人と共同して犯罪を実行したということであり、⑧、⑨事件の児童の年齢からすれば（16、17歳）、被害児童は犯罪少年として摘発すべきことになりはしないか。両事件において各児童がどのように処遇されたかは不明であるが、性的搾取を受けた上に何らかの処分が行われることが妥当かは議論すべき問題である。共同正犯構成は、「性的搾取」とは何かという点について再考を迫っているのである。

第2節 「児童対児童」の自画撮り類型（セクスティング）

これまで検討してきたケースは、「大人が児童に対して」働きかけを行った場合である。児童ポルノ法を検討する際は概ねこの前提が根底に置かれていたように思われるが、「児童対児童」の類型も、当然考えられよう。ここで問題となるのは、児童間で自画撮りの送受信が行われた場合にも、それを児童の性的搾取といえることができるかである。脅迫・欺罔を用いる場合は間接正犯となり、児童間といえども4項製造罪が成立すると思われるが、それらを用いず、児童同士が互いに同意し合って送受信する場合は特に問題となる。このような態様は、「セク스팅」と呼ばれることがある³⁷。

前節で検討した裁判例に基づけば、勧誘した側の児童に関しては4項製造罪が成立することが考えられる。また、法律構成によっては、勧誘を受けて自画撮りを撮影・送信した児童も共同正犯となろう。ただし、真摯な交際関係にあり、社会的相当性が認められる場合は、例外的に違法性が阻却されると考えられている³⁸。

もっとも、この類型では働きかけをする側もされる側も児童であるから、この類型の議論は、実務的な意義がより乏しいようにも思える。しかし、前節における児童はあくまで働きかけを受ける側であった。確かに、この類型でも、働きかけを受けた児童については前節と同様のことが妥当するであろう。しかし、そうではなく、大人と同じように働きかけを行う側に回った場合には、事例によっては刑事処分もあり得るのではなかろうか³⁹。前述したとおり、「児童」

³⁷ 園田寿「セク스팅と児童ポルノ製造罪」園田・前掲注(25)34頁は、「出会い系サイトやSNSなどを通じて知り合いになった児童に対して、言葉巧みにその児童の裸体写真などを送らせる行為」、すなわち⑤～⑨事件のようなケースもセク스팅に含めている。しかし、元は恋人同士での送受信を指す用語として用いられており、この語句の射程は一義的ではない。本稿では、児童同士での送受信のみを「セク스팅」と呼称する。

³⁸ 森山＝野田・前掲注(16)99頁。

³⁹ 例えば東京高決平成27年7月3日判タ1431号(2017年)163頁は、強制わいせつ後、後で見て楽しむために被害児童の胸を撮影した少年(非行時12歳9か月～13歳1か月)につき、強制わいせつ及び児童ポルノ法違反の触法少年として初等少年院送致を決定した原決定を是認しているが、少年の年齢によっては逆送致・刑事処分も考えられよう。

ただし、国会審議の過程では、買春の相手方となった児童を虞犯少年(少年法3条1項3号)として処遇する可能性については議論されているが、児童自

の年齢幅は広く、例えば高校生が小学生に対して性的搾取行為を行うということは十分に考えられる。すなわち、脅迫・欺罔を用いなくても児童間の性的搾取が肯定される場合を検討する意義は、なお存するのである。

この点の判断の指標となり得るのは、児童間の性的判断能力の程度差ではないだろうか。例えば、17歳の児童Xが12歳の児童Yに自画撮りを要求する場合は、児童Yの同意があり、相互に自画撮り画像を送信し合ったとしても、児童Xの行為は性的搾取といえ、4項製造罪の単独正犯が成立する余地がある。他方、これとは異なり、年齢が近い者同士で送受信をし合った場合は、いずれか一方のみに4項製造罪の単独正犯を成立させることは消極的に解されるのではないだろうか。その根拠は、性的判断能力の差の大小に求めることができよう。先の17歳と12歳の事例のように、一方の性的判断能力が浅薄で、他方の性的判断能力がそれを上回るといえる程度であれば、浅薄な方の児童は性的搾取の被害者といえるから、単独正犯が成立すると考えられるが、いずれの児童も性的判断能力が浅薄、あるいは浅薄でなくとも同水準であれば、一方による搾取という構図は描きにくい。その場合は共同正犯構成を採るか、児童の性的搾取が観念されないことから不可罰とする構成も考えられよう⁴⁰。性的知識ないし性的経験の有無ないし多寡は児童ごとに差異があり、その判断は容易でないが、これまでに見た裁判例では、年齢を一応の指標として単独正犯か共同正犯かを判断していると理解することも可能である。セクスティングの場合も、個別の事情があればそれを考慮するとしても、年齢を一応の指標とするということは可能であろう。

また、実際には、年齢等の差異がなくてもセクスティングのケースは摘発対象とされているようである。すなわち、報道によれば、中学校の男子生徒が複数の女子生徒に対して裸の写真を送るよう要求し、入手した画像を他の生徒に転送し、さらに生徒間で転送が繰り返されたという事件が挙げられており、女

身が児童ポルノ法違反行為の加害者となる場面は議論されていない。虞犯少年については、第145回国会衆議院法務委員会議事録第12号（平成11年5月14日）8頁（福岡宗也）、17頁（日野市朗、大森礼子）、20頁（坂上富男、松尾邦弘＝政府委員）などを参照。

⁴⁰ ただし、児童の同意が犯罪の成立に影響しないとされていることとどのように整合性をつけるかという問題は残る。

子生徒に自画撮りを要求した生徒を児童ポルノ製造・提供容疑で、転送した生徒を提供容疑で書類送検し、男子生徒と画像を交換し合った女子生徒についても製造容疑で立件されたというのである⁴¹。ただし、詳細な事実関係や、何項の「製造」罪が適用されたかは不明であるが、この事件では、画像を入手した男子生徒が順次拡散していたという事情がある。仮に画像を提供した女子生徒らの同意がないまま、他の男子生徒らに順次画像が転送されていたのであれば、この事件は単なる「セクスティング」のケースではなく、まさに性的搾取の事案であろう⁴²。

形式的に児童ポルノ法を見れば、児童対児童の類型であっても同法の構成要件に該当していることは否定しようがない。例えば、恋人同士で自画撮りを送信し合う場合も、形式的には提供目的製造罪及び提供罪の構成要件に該当するといえる。しかし、実際にそのように擬律することを許容すべきであろうか。児童ポルノ法がセクスティングのような行為態様をも想定して、いわゆる「写メール」のサービスすら携帯電話機に実装されていなかった平成11年に制定されていたかについては、否定的に解さざるを得ない。ここでも、前節の共同正犯構成と同様に、「性的搾取」とは何かが改めて問われているのである。児童ポルノ法が何を規制し、それにより何を守るために作られた法であり、行為者を処罰するときの背後にある実質的な処罰根拠は何なのかを明らかにしなければ、処罰範囲の明確化を図ることはできない。

情報通信技術の発展に伴い、児童ポルノ法でカバーすることが求められる範囲は拡張傾向にある。立法当時は自画撮りやセクスティングの問題などは想定し得ず、「性的搾取」の意義を検討する必要性は、今ほどはなかったであろう。しかしながら、誰でも容易に児童ポルノを製造することが可能となった現在にあっては、「性的搾取」といえるためのハードルは下がりつつあるように思われ、それが妥当かどうかを検証する作業が求められているのである。そのためには、児童ポルノ法の保護法益を改めて確認する必要がある。

⁴¹ 朝日新聞デジタル2017年7月30日付記事参照。(http://digital.asahi.com/articles/ASK7F7H03K7FOIPE032.html?rm=574)

⁴² 女子生徒を製造罪として立件した点については、「製造」の客体が明らかでないため、本稿では立ち入らない。

第3節 働きかけによらない自画撮り（児童単独類型）

本稿における第一次的な問題関心は本節で検討する「児童単独」類型の考察であるが、この類型については判例資料が見当たらない。前述したとおり、児童は少年法による保護を受ける。また、この類型においては他人の個人的法益を侵害することは想定されず、前節までの「自画撮り被害」類型と比べて違法の程度は低いため、逆送致処分の可能性も考えにくいことも考えると、この類型に関する判例の集積は期待できない。しかし、現に公然陳列罪での摘発事例は報道によって確認されており、自画撮り対策が今後本格化する中で、この類型の規制が進むこともあり得る。刑罰の可能性がなくとも家庭裁判所による処分のルートはなお開けており、自画撮りを行った児童をこの組上に載せてよいかは、やはり検討すべき問題である。この類型を解決するためには、やはり児童ポルノ法の保護法益や児童の「性的搾取」の実質を明らかにする必要がある。その点の検討は次章で行い、本節では、この類型としてどのような場合があり得るかを確認する。

その際押さえておく必要がある点が2点ある。まず、児童単独類型においては、児童に4項製造罪が成立する余地はないという点である。同罪は、「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」ることを要件としており、「とらせ」という文言から、製造する者と被写体の二者関係が前提とされているが、自画撮りを要求する者がいないことを前提とする場合、児童自身が自身に対して姿態を「とらせ」ることは、文言上不可能だからである⁴³。

次に、児童ポルノ法が児童単独類型を規制すると、処罰範囲にアンバランスを生ずるのではないかという点である。すなわち、自画撮りを行い、それを提供したり公然陳列したりすること自体は、大人がこれを行う場合も当然考えられる。いわば「大人単独」類型ということとなるが、被写体は大人であることから、児童ポルノ法は適用されない。しかしながら、児童ポルノ法は刑法175条よりも法定刑が重く、児童が自画撮りをした場合は児童ポルノ法という重い規範に違反したと評価され、他方、大人が自画撮りをした場合は刑法175条にとどまり、あるいは不可罰となることが考えられ、このような結論が妥当かど

⁴³ 園田・前掲注(25) 36頁。もっとも、立法時において、児童を主体から除外するという意図で「姿態をとらせ」という文言が用いられたわけではない。

うかが問題となるのである。ただし、この点が本当にアンバランスかを確認するためには、やはり児童ポルノ法の保護法益を検討する必要がある。なぜなら、外形上同一の行為を行っていても、児童の行為と大人の行為とを区別する意義が認められるのであれば、アンバランスとはいえないからである。よって、本節ではどのようなアンバランスの問題があるかを述べるにとどめ、実際そうであるかは次章で検討する。

第1項 単純所持罪（7条1項）

まず、児童が自画撮り画像を自己の性的好奇心を満たす目的で所持すると、形式的には単純所持罪の構成要件に該当する⁴⁴。具体的なケースは考えにくいですが、例えば、現在の自分の姿態に性的好奇心を抱き、自己の裸の自画撮りを行うケースなどが、絶対に想定されないとはいえないであろう。

ここで問題となるのは、単純所持罪が導入された経緯に照らして、上記のような児童を規制することが可能かという点である。すなわち、単純所持罪は国際的な動向を踏まえつつ、児童の権利を守るためには供給側のみならず需要側の行為をも処罰対象とすることが必要との観点の下で導入された犯罪である⁴⁵。国会審議の詳細は後述するが、児童は専ら被害者として想定されており、自身の自画撮り画像を単純所持した児童を処罰することには困難を伴うのではないかという問題が生ずる⁴⁶。また、児童が自画撮りを行い保存すると単純所持罪となるのに、大人が自画撮り画像を所持する行為については処罰規定がないという点で、児童と大人との処罰範囲のアンバランスが生じているのではないかも問題となる⁴⁷。

⁴⁴ 携帯電話等に保存した場合は児童ポルノ電磁的記録「単純保管罪」となるが、区別を要する場合を除き、本稿ではこれらをまとめて「単純所持罪」と表記する。

⁴⁵ 第186回国会参議院法務委員会議事録第24号（平成24年6月17日）1頁（ふくだ峰之）。

⁴⁶ 高山佳奈子「所持規制の刑法上の論点」園田ほか・前掲注（25）76頁。

⁴⁷ 児童自身の性的好奇心を満たす目的で、自身の自画撮り画像を所持することでは単純所持罪を構成しないという見解として、石井徹哉「個人の尊重に基づく児童ポルノの刑事規制」井田ほか編『川端博先生古稀記念論文集〔下巻〕』（成文堂、2014年）402頁。

第2項 提供目的製造罪、所持罪（7条3項、7項）

提供目的製造罪ないし所持罪は、目的とされた提供の相手方が特定少数か、不特定又は多数かによって適用条文及び法定刑が異なるが⁴⁸、外形的行為は異なるらない。

ここで想定されるのは、児童ポルノが有償取引の客体として価値があることを知った児童が、自分の児童ポルノ画像を販売して金儲けをしようと思い、自己の裸を自画撮りして児童ポルノを製造し、ツイッターなどのSNSサービスにおいて告知を行い、申込みがあったときに画像を相手方に送信するという場合であり⁴⁹、現実にも、そのようなケースがSNS上で多数見られるようである⁵⁰。このケースにおいて、販売（提供）する目的で自画撮りを行えば提供目的製造罪の構成要件に、また、申込みを備えて自画撮りした画像をハードディスクなどの記録媒体に保存すれば提供目的所持罪の構成要件に、申込みがあったときにこれを送信したときは提供罪の構成要件に、それぞれ該当することとなる。

もっとも、この場合は相手方からの働きかけがあることを想定して自画撮りを行うものであり、働きかけを受けた時点で児童が被害者となる余地もあろう。しかし、それがない時点では、——仮に発覚した場合は——同罪の構成要件に該当することとなる。児童が積極的に児童ポルノを製造し、それを所持しているという事情に鑑みると、児童といえども法の規制に服すべきという主張も考えられるが、ここでも、大人が同様の行為をした場合との比較が問題となる。すなわち、上記のケースを仮に大人が行った場合はわいせつ電磁的記録有償頒

⁴⁸ 原則としては、不特定又は多数に対する提供目的が想定されよう。特定少数に対する提供目的は、主に一定の人的関係に基づくセクスティングの場合で想定され得る。

⁴⁹ 園田・前掲注（25）36頁も同旨。

⁵⁰ 近時は金銭ではなく、大手ネット通販サイトを利用して商品券や品物を自宅に送付させ、それらが到着した後で自画撮りの画像ないし動画をSNS経由で送信するという手口が流行しているようである。児童が欲しい物をリストアップして匿名で公開し、児童の自宅住所は非公開のまま、児童ポルノの閲覧を希望する者が商品を購入すると、そのまま児童宅に発送させることが可能であり、このようなシステムが児童ポルノの供給の一助となっていることは、相当に懸念すべきであろう。

布目的保管罪（刑法175条2項）のみが成立するにすぎず⁵¹、提供目的での製造行為については構成要件がなく、不可罰である。刑法175条の法定刑は2年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金若しくは料料、又は懲役と罰金の併科であるのに、同一の行為を児童が行った場合は児童ポルノ提供目的製造罪及び所持罪が成立することになり、7条7項のケースだと⁵²、最大で5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科という、刑法175条を大幅に上回る刑が科される可能性がある。ここでも、法定刑の差を説明するために児童ポルノ法の保護法益を明らかにすることが求められている。仮に同法が個人的法益に対する罪であり、刑法175条のような社会的法益に対する罪とは罪質が異なっているとして、法定刑の差を説明できたとしても、さらに、同様の行為を成人が行った場合は社会的法益を侵害し、児童が行った場合は個人的法益を、あまつさえ自己の法益を侵害するとして法規制に服すべきこととなるのかが別途問題となろう。

第3項 公然陳列罪（7条6項）

前項で検討した罪が成立するケースとして想定したのは、後に他人からの働きかけがあり得ることを前提として、いわばそのための準備行為として製造・所持する場合であるが、公然陳列罪が問題となるケースとして想定されるのは、事後的な働きかけを前提としない場合である。先に見たように、児童が自画撮りした画像を投稿して児童ポルノ公然陳列罪で検挙された事件こそ、ここで想定される代表的事例である。少年らは、SNSのアカウントを匿名に設定し、身分が露呈されないようにしながら画像を投稿し、閲覧者が増えると嬉しかったという動機でこのような行為を行っていたとされているが、そうだとすれば、自画撮り画像を投稿する行為は、——軽率な行動であることはさておき——児童が専ら自身の精神的な満足を得るために行っていると理解すべきであろう⁵³。また、公然陳列するために自画撮りを行った場合は、公然陳列目的製造

⁵¹ 求めに応じて送信した場合は、わいせつ電磁的記録頒布罪（刑法175条1項前段）の構成要件に該当する。

⁵² 本稿で示した事例では想定しにくいですが、特定かつ少数の者に対する提供目的の場合は7条3項の提供目的製造等罪となる。

⁵³ あるいは、前項で見たように有償で提供することを意図して、申込みを誘因

罪（7条7項）の構成要件にも該当しよう。

ここでも前項と同じく、児童と大人とで、処罰の差の問題が生ずることとなる。すなわち、大人が自画撮りを行い投稿したときはわいせつ電磁的記録公然陳列罪（刑法175条1項前段）にとどまるのに、児童が投稿すれば児童ポルノ公然陳列罪（7条6項）とされるというアンバランスが、再び生じ得るのである。しかし、児童ポルノ法が児童個人の権利を保護するものであるとしても、「公然陳列」という実行行為の性質上、公然陳列罪に限っては、児童個人の権利と同時に社会的法益も害されるという立論も考えられよう。この点についても次章で検討する。

第4節 小括

本章では、児童の自画撮り行為がどのような法的問題を生じさせるかを概観した。「自画撮り」という行為態様は、少なくとも平成11年に児童ポルノ法を制定する過程では想定されておらず、この問題は技術の進展に伴って生じた現代的課題である⁵⁴。

自画撮りが問題となった従来の裁判例では、自画撮りをさせた被告人は単独正犯とされてきた。特に、欺罔、脅迫のない働きかけの事案（⑤～⑦事件）では、児童ポルノ法の保護法益に言及するなどして、児童は基本的に被害者であり、処罰対象ではないと判示し、被告人による4項製造罪の単独正犯が肯定されているが、あえてこのような判断が示されているのは、純粹に形式的な観点からすれば、児童が構成要件の主要な部分を自らの意思で実行していることは否定できず、児童の可罰性を否定するためには児童ポルノ法の趣旨に言及する必要があったためであると考えられる。また、児童の性的同意能力は、18歳以上の成年者と比べて劣っていると考えられており、児童の同意があっても犯罪の成否には影響しないことから、行為者による脅迫・欺罔がない場合や、あまつさえ児童自身が積極的に自画撮り行為に関与していたとしても、そのことをもって児童に対する虐待性ないし搾取性が否定されるわけではないことを、各裁判

する趣旨で自画撮りした画像の一部を投稿するというケースも考えられよう。

⁵⁴ 携帯電話機に現在の電子メール機能が初めて搭載されたのは平成11年1月、カメラ付きの携帯電話機が初めて販売されたのは同9月のことであった。

例は示している。

ただし、⑧、⑨事件のように、近時は児童も行為主体たり得ることを示唆する裁判例も見られるようになっており、裁判所の判断はなお統一されていない。判断にばらつきが見られる直接の原因は、主体の限定がなされていないことであると考えられるが、立法時に児童ポルノ法の行為主体を限定しなかったのは、——⑧、⑨事件のような形で——児童も主体となり得るという発想に基づいていたわけではなかったように思われる。児童と大人が同一の自画撮り行為を行った場合に、法定刑にアンバランスが生じるのではないかという問題も、児童は元々提供罪や公然陳列罪の行為主体として想定されていなかったことに起因するものといえよう⁵⁵。

もちろん、立法の経緯にかかわらず、構成要件の主体が限定されていない以上、先に見た擬律判断や裁判例の結論に理論上の矛盾はない。しかしながら、児童が大人よりも重い罪に擬律される場合があり得るという帰結を、児童ポルノ法の枠組みを検討せずに導くことは妥当でなからう。

そこで次章では、自画撮りを念頭に置きつつ、児童ポルノ法全体や、必要に応じて個別の条文の保護法益について検討を加え、児童を規制対象とすることが可能か否か、また、児童と大人とのアンバランスを正当化することが可能か否かを明らかにする。

第2章 児童ポルノ法の保護法益

⁵⁵ もちろん、児童が他の児童の意に反して撮影したり公然陳列したりする場合は、行為主体が児童であっても児童ポルノ法の規制対象となるから、主体を限定しなかったことに問題はない。例えば東京高決平成27年7月3日判タ1431号（2017年）163頁は、強制わいせつ後、後で見て楽しむために被害児童の胸を撮影した少年（非行時12歳9か月～13歳1か月）につき、強制わいせつ及び児童ポルノ法違反の触法少年として初等少年院送致を決定した原決定を是認している。ただし、国会審議の過程では、買春の相手方となった児童を虞犯少年（少年法3条1項3号）として処遇する可能性については議論されているが、児童自身が児童ポルノ法違反行為の加害者となる場面は議論されていない。虞犯少年については、第145回国会衆議院法務委員会議事録第12号（平成11年5月14日）8頁（福岡宗也）、17頁（日野市朗、大森礼子）、20頁（坂上富男、松尾邦弘＝政府委員）などを参照。

本章では児童ポルノ法の保護法益について検討を加えるが、同法に規定されている児童ポルノ関連行為は主として所持、製造、提供、運搬、輸出入、及び公然陳列に大別され、それぞれ外形の特徴がまったく異なる。しかし、従来の議論では、これらをまとめて「児童ポルノ法」全体の保護法益が検討対象とされてきたように思われるが、外形的な行為が異なる各行為のすべてに同一の保護法益理解を及ぼす必然性はないであろう。よって、本稿では児童ポルノ法の全般的な保護法益とともに、特に自画撮りが問題となりやすい製造罪及び公然陳列罪の保護法益についても、別途検討を加える。

第1節 立法者の保護法益理解

まず本節では、立法者が児童ポルノ法の保護法益をどのように理解していたかを分析する。同法の保護法益を巡っては、立法段階から国会議員による議論が展開されていることから、立法者意思を最初に確認した上で、学説及び裁判実務での理解を検討することとした。

児童ポルノ法が施行されたのは平成11年のことであった。そこから、平成16年改正によって法定刑が引き上げられると同時に、現在の2項提供罪、2項提供目的製造等罪、及び4項製造罪が新設された。また、平成26年改正では単純所持罪と5項製造罪が新設され、現在に至っている。以下では、同法の沿革に沿って概観していく。

第1項 立法段階

児童ポルノ法は、参議院法務委員会で審議が始まった。平成11年の立法時には、それまでの法制度の不備がまず述べられている。すなわち、立法以前は13歳以上の者に対する買春は刑法の処罰対象ではなかった。また、わいせつ図画の規制は性的な秩序、道徳、風俗の維持を目的とするものであり、児童の権利の擁護を目的とはしておらず、わいせつ図画に当たらない児童ポルノも存在している、というのである⁵⁶。次に、児童ポルノに係る行為を処罰対象とする理

⁵⁶ 第145回国会参議院法務委員会議事録第8号（平成11年4月27日）2頁（円より子）。

由については、児童ポルノの製造、頒布⁵⁷は「その児童ポルノに描写された児童の心身に長期にわたって有害な影響を与え続けます。また、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これもまた重要な影響を与えるものと思われます」と答弁されている⁵⁸。また、児童ポルノの製造を処罰する趣旨については、製造行為は「それ自体が当該児童に対する性的搾取、性的虐待であると評価することができ」と説明されている⁵⁹。

ところで、児童ポルノ法には罰則規定の後に、捜査及び公判における配慮を求める規定（12条1項）があるが、その趣旨については、児童は精神的に未熟であり人権を自ら守ることができないため配慮を要することや、捜査過程で児童から事情聴取を行う場合には同様の配慮を要することが挙げられており、そのような配慮が必要である理由は、「本件で被害に遭った児童を保護することが法の基本的な理念であり」、「取り調べの過程あるいは公判の過程で、そういった児童が精神的、身体的に立ち直っていくことを妨げてはならないし、あるいはむしろ児童が非行少年あるいは加害者扱いされてはならない」からであるとされている⁶⁰。

また、被写体児童は実在の児童でなければならず、実在性が認められない児童の姿態が描写されているものは児童ポルノに含まれないと解釈すべきことも、答弁において明らかにされた⁶¹。

参議院法務委員会を経て、法案は本会議で全会一致で可決された後、衆議院へ送付され、同法務委員会で審議された。その冒頭では改めて提案理由に関して質問が行われたが、立法担当者は、内心の自由や性風俗を規制することは本来法案の目的ではなく、「あくまで具体的な虐待や搾取の行為を禁止するもの」であるものの、児童買春や児童ポルノに係る行為の「対象になっていない児童についても、健全な性的観念を持ってなくなるなど、その人格の完全かつ調和の

⁵⁷ 現行法では、頒布等の罪は6項提供罪に解消されている。

⁵⁸ 前掲注（56）2頁（円より子）。

⁵⁹ 前掲注（56）6頁（大森礼子）。

⁶⁰ 前掲注（56）6頁以下（橋本敦、大森礼子）。

⁶¹ 前掲注（56）4頁（千葉景子、大森礼子）。

とれた発達が阻害されることにつながる」ことから、「そこから児童一般を守るるとともに、児童を性欲の対象としてとらえることのない健全な社会を維持することもこの法案では目的とし」ていると答弁している⁶²。そして、この答弁の直後に、「刑罰法規の部分については、まさに内心の問題ではなくて、実際の侵害の行動を処罰するものだ、これは間違いない。ただ、そういったことの結果として、刑罰法規とは違った意味の部分のところで、そうした風潮を抑止するという効果もある、それも目的に入っている。ただ、あくまでも刑罰法規は行動についてのものである」という理解でよいかという質問があったが、立法担当者はこれを是認している^{63 64}。

このほか、衆議院法務委員会では、「性的搾取」についての考え方も示されている。すなわち、児童買春についてではあるが、構成要件に学校の教員や施設の長などといった「優越的地位」に関する規定を設けなかった理由につき、「もともと性的搾取と申しますのは、性的に大人が子供を物として使用することが含まれております。その使用する性的搾取や性的虐待ということは、いわゆる年少者で力のない子供たちを大人が利用するわけですから、そこに既に優越的地位等が入っているのではないか」という答弁がなされている⁶⁵。さらに、児童ポルノ頒布罪の法定刑がわいせつ物頒布等罪の法定刑よりも重い理由については、法案の目的から考えると「このような児童ポルノに該当するものはより違法性が高い」からであるとされている⁶⁶。また、被写体児童の実在性に

⁶² 第145回国会衆議院法務委員会議事録第11号(平成11年5月12日)1頁以下(枝野幸男、円より子)。参議院で「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説明したのは、このような趣旨に出たものであるとされている。

⁶³ 前掲注(62)2頁(枝野幸男、円より子)。この点を指摘するものとして、永井善之「児童ポルノの刑事規制について(二・完)」法学67巻4号(2003年)145頁。

⁶⁴ 同様の質疑として、前掲注(55)27頁(木島日出夫、林芳正)。

⁶⁵ 前掲注(62)5頁(池坊保子、大森礼子)。

⁶⁶ 前掲注(55)10頁(福岡宗也、大森礼子)。答弁を受け、質問者は「保護法益の面が、一般的な性風俗というような抽象的なものよりも、具体的な、モデルになった児童というものの人権保障、人権侵害的な要素というものを強く取り上げて違法性が高いという判断をした」ものと理解している。前掲注(62)6頁(大森礼子)は、児童の実在性を根拠として児童ポルノ頒布罪の違法性の

については、参議院法務委員会と同様の質疑応答がなされている⁶⁷。

第2項 平成16年改正（第一次改正）

平成16年改正では、法定刑の引き上げと、懲役と罰金の併科規定が導入されたほか、「頒布」「販売」及び「業として貸与」という文言が「提供」に集約され、提供目的での製造・所持などの構成要件が新設された。「提供」に集約された各行為態様は不特定又は多数に対する行為であることが前提とされていたが、本改正では、特定少数の者に対する場合にも刑罰を科すこととし、その規定が新設され、従来から規定されていた、不特定又は多数に対する場合は重く処罰されることとなった⁶⁸。さらに、現在の4項製造罪も本改正によって新設された（当時は7条3項）。

審議では、法定刑を引き上げた理由について、悪質な事案に対しては厳しい刑罰を科すことを可能とすると同時に、児童ポルノが「児童の権利を著しく損なうこれらの犯罪が強い非難に値することを明らかにする」ことを社会に対して明らかにするためであると説明されている⁶⁹。また、本改正では単純所持罪の創設は見送られたが、「児童ポルノの所持が児童に悪影響を与えることは明白」であることから、提供目的所持を処罰対象としたとされている⁷⁰。

先に述べたように、「姿態をとらせ」製造罪の趣旨については、他人に提供する目的を伴わなくても、児童ポルノを製造する行為は、「これが、強制によるものでなくても、その児童の心身に有害な影響を与える性的搾取行為にほか

強さを説明している。

⁶⁷ 前掲注（62）4頁（枝野幸男、大森礼子）によれば、顔のみが実在の児童で、姿態を想像して裸の絵を描いた場合は、姿態が架空であるため実在性が否定される。また、前掲注（55）6頁（木島日出夫、大森礼子）によると、実在する児童の姿態が描写された写真に、実在する別の児童の顔の写真を合成した場合は、「顔」ではなく「姿態」の実在性に着目して児童ポルノ性が肯定される。

⁶⁸ 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」現代刑事法6巻10号（2004年）63頁。

⁶⁹ 第159回国会参議院法務委員会議事録第23号（平成16年6月10日）17頁（武山百合子）。

⁷⁰ 前掲注（69）17頁（武山百合子）。同答弁では、児童ポルノ所持規制については議論を重ねながら3年後に必要な見直しを図っていきたいとされている。

ならず、かつ、流通の危険性を創出する点でも非難に値すると説明されている⁷¹。このとき、被写体児童が撮影に同意していたとしても「当該児童の尊厳が害されていることは否定できず、児童を性的行為の対象とする風潮が助長され、抽象的一般的な児童の人格権が害される」ため、製造罪が成立するとされている。ただし、真摯な交際関係にあり、社会的に相当と認められる児童の承諾の下で製造された場合には、例外的に違法性が阻却され、犯罪が成立しない場合もあり得るとされている⁷²。

第3項 平成26年改正（第二次改正）

平成26年改正の主要な点としては、単純所持の処罰規定が新設されたほか、いわゆる「3号ポルノ」（2条3項3号）の定義が改正された。さらに、児童に対する性的搾取及び性的虐待に係る行為を一般的に禁止する規定（3条の2）と、盗撮を5項製造罪として処罰する規定も新設されている。

（1）単純所持について

まず単純所持罪を新設した理由については、旧法は児童ポルノの「供給側」を中心として処罰対象行為を規定していたが、そのみでは児童ポルノの根絶が不可能であり、「児童の権利を守るためには需要側の行為をも処罰対象とすることが必要である」⁷³とされている⁷⁴。単純所持罪の保護法益に関しては、第3節で検討する。

（2）疑似児童ポルノの規制について

⁷¹ 森山＝野田・前掲注（16）99頁、島戸・前掲注（68）63頁。また、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（2004年）97頁は、流通の危険性の創出は、社会的法益を危殆化するものである旨解説している。

⁷² 森山＝野田・前掲注（16）100頁以下。

⁷³ 第186回国会参議院法務委員会議事録第24号（平成24年6月17日）1頁（ふくだ峰之）。

⁷⁴ 製造罪において違法性が阻却される場合があり得るように、ここでも、社会的に相当な同意の下で撮影された写真等を所持していた場合には、違法性が阻却されよう。

本改正の審議では、アニメや漫画等の、いわゆる「疑似児童ポルノ」を規制する規定を新設しなかった理由についても質疑があった。この点について立法担当者は、①児童ポルノ法は「第一義的には実在の児童の権利を保護することを目的として」いること、児童を性欲の対象とする風潮を助長するおそれはあるが、②表現の自由に関わる問題があること、及び③疑似児童ポルノが児童の権利を侵害するかは明らかにされていないことを挙げて説明している⁷⁵。また、別の質疑では、「客体となる児童については生存していることを要するというのが……法の趣旨からの帰結」であるという答弁もなされている⁷⁶。

次に、単純所持の一般的禁止規定（3条の2）を導入した趣旨は、「児童ポルノの存在は、児童ポルノに描写をされた児童の心身に長期にわたって有害な影響を与え続けるものである」ため、自己の性的好奇心を満たす目的の有無にかかわらず、児童ポルノを「みだりに」所持することを禁じたとされている⁷⁷。

（3）児童ポルノの定義について

いわゆる3号ポルノの定義については、国会審議でも従来からその明確性に疑義が呈されていた。そのため、本改正においては、「殊更に」「性的な部位」「強調」といった要件が追加された⁷⁸。

⁷⁵ 前掲注（73）2頁（山下雄平、ふくだ峰之）。

⁷⁶ 前掲注（73）3頁（小川敏夫、階猛）。ただし、質疑で問題とされたのは「既に過去に死んで亡くなってしまっている児童の死体の写真」である。しかし、児童が生存していることを要求するのであれば、過去に死亡した児童の生前の姿態が描写された物であっても児童ポルノに該当しないこととなる。

また、議事録では「死体」の写真と表記されており、これに対する答弁も「死体」を前提として発言されているが、これは「姿態」の誤りではないだろうか。死体の写真を問題とするのであれば、「既に過去に死んで亡くなってしまっている」と述べるのは不自然であり、文脈上も死体の写真を問題とするのは唐突であるように思われる。答弁者は「死体」と認識して答弁を行い、質疑者も特に訂正をしていないが、客体の児童は生存していることが要求されているという答弁を得たことから、あえて修正を必要を感じなかったのではなからうか。

⁷⁷ 前掲注（73）5頁（遠山清彦）。

⁷⁸ 各文言の趣旨については、坪井麻友美『「児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに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』刑事法ジャーナル43号（2015年）47頁参照。

この点について、審議の中では自画撮りに言及する質疑が見られた。すなわち、いわゆる「コスプレ」を念頭に置きつつ、「自画撮りで3号ポルノの要件に該当するような写真をホームページにアップした場合に、例えば提供罪としてこの法律で取り締まられる可能性があるのか」という質問があり、これに対して、3号ポルノの要件を満たす写真等をネット上にアップロードする行為は、「被写体となっている児童本人がこれを行う場合も含めて、児童ポルノの提供罪あるいは公然陳列罪が成立し得る場合がある」という答弁がなされている⁷⁹ ⁸⁰。

(4) 5項製造罪(盗撮)について

本罪を新設するに際しても、その立法趣旨について質疑があり、盗撮行為は甚だ悪質であり、「児童の尊厳を著しく侵害することは言うまでも」なく、一方で「児童を性的行為の対象とする風潮を助長する、あるいは抽象的、一般的な児童の人格権を侵害する」行為でもあると答弁されている⁸¹。

第4項 小括

第1款 「立法趣旨」と「保護法益」

本節では国会審議の経過を概観することにより、児童ポルノ法の趣旨・保護法益を立法者がどのように理解しているかを分析しようとした。いずれの審議過程でも、様々な立場の議員ないし政府委員が質疑・答弁を行っているが、「児童ポルノは児童の権利を侵害すると同時に児童一般の心身の成長にも悪影響を与え、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もなる」という趣旨の発言が多く、の場面で用いられており、立法の「趣旨」が①被写体児童個人の法益、②児童一般の権利、及び③社会的風潮のいずれをも守ることにあるのは明らかである⁸²。

⁷⁹ 前掲注(73)10頁(山田太郎、谷垣禎一＝当時法務大臣)。この答弁を受けて質疑者は、被害者である子供を守るはずが自ら加害者になってしまうケースもあり、個人的法益に対する罪なのか社会的法益に対する罪なのかを明らかにすべきではないかと発言している(山田太郎)。

⁸⁰ このような理解からは、前掲注(11)のような擬律判断は当然の帰結である。

⁸¹ 前掲注(7)国会議事録17頁(西田譲)。

⁸² 学説や判例の思考方法も、これら3つのいずれか又は複数の考え方に基づいている。

他方で、趣旨ではなく「保護法益」としては、本法の構成要件はいずれも具体的な被写体児童が存在することを前提として立法されていることがわかる。審議でも指摘されているように、本法の各種構成要件が直接的に保護しようとしているのは被写体児童個人の法益であり、児童一般の権利と社会的風潮という法益は本法が直接に保護しようとするものではない。このことは、児童ポルノの被写体が「実在の児童」でなければならないとされていることや、それが理由で児童ポルノ頒布罪の法定刑がわいせつ物頒布罪よりも重くなっていること、及び12条1項などで被写体児童に対する配慮規定が設けられていることから裏付けることが可能である。

第2款 自画撮り規制——公然陳列罪の「社会的法益」化？

しかしながら現在は、公然陳列罪に関しては、以上とは趣を異にする理解がなされていることに留意しなければならない。

規制当局は、被写体児童自身が3号ポルノに該当する画像等を自画撮りして投稿した場合には、当該児童にも児童ポルノ公然陳列罪が成立し得ると理解している。しかし、自画撮りは自己の法益を処分する行為であり、それを個人的法益に対する罪で規制することが可能かについては深く審議されていないが、自身を被害者とする行為で自身が処罰されるというのでは、自殺（未遂）や自傷行為を処罰するのと同義である。個人的法益に対する罪はあくまで他人の法益を侵害しなければ成立しないから、自己の意思に基いて自画撮り画像を公然陳列する行為は、公然陳列罪を個人的法益に対する罪と理解する限りは不可罰とせざるを得ない。

そうすると、規制当局は同罪を個人的法益に対する罪とは理解していない——少なくとも、個人的法益という観点のみで児童ポルノ公然陳列罪を理解しているわけではない——ということになる。しかし、特に立法時の審議では、児童が加害者扱いされてはならないという指摘が度々なされており、自画撮り画像の投稿に関する規制当局の理解は、立法者意思とは必ずしも一致するものではない。では、なぜこのような理解がとられているのであろうか。

もっとも、立法時は、個別の構成要件ごとに規制の趣旨等を審議していたわけではなかった。すべての構成要件は一括して「児童ポルノ法の保護法益」という枠組みの中で議論されていたことから、立法時は公然陳列罪も個人的法益に対する罪と理解されていたことは確かである。ところが、その後の技術の発

達・普及によって誰もが容易に情報発信を行うことが可能となり、児童ポルノが広くインターネット上に蔓延したために、公然陳列罪の保護法益の外延が拡張され、社会的法益に対する罪としても運用可能であると次第に理解されるようになったのではないだろうか。公然陳列を処罰する規定は刑法175条1項にも存するところであり、同条が善良な性風俗に対する罪であるという点からも、これと平仄を合わせ、児童ポルノ公然陳列罪は個人的法益に対する罪でも、社会的法益に対する罪でもあるということは、条文上不可能ではないであろう。

しかし、元々児童ポルノ法は「わいせつ物」に該当しないものをも規制対象とすることが目的の一つであった。善良な性風俗を害するといえるためには「徒に性欲を刺激」することが必要であるが、児童ポルノは必ずしもこの要件を必要とせず、反対に刑法175条が求めている「実在性」を必要としていることからすれば、わいせつ物公然陳列罪と児童ポルノ公然陳列罪は同じ「公然陳列」という文言を用いており、その解釈も同一であるが、罪質はもとより異なっているというべきである(次節第4項第2款参照)。少なくとも国会審議からは、公然陳列罪を専ら社会的法益に対する罪と理解する契機は得られないであろう⁸³。

第2節 裁判所の保護法益理解

では、裁判所は児童ポルノ法の保護法益をどのように理解しているだろうか。本節では、全般的な保護法益、4項製造罪、及び公然陳列に分けて検討を加える⁸⁴。

第1項 全般的な保護法益

まず、児童ポルノ法の全般的な保護法益について、最決平成24年6月5日集

⁸³ 奥村徹「児童買春・児童ポルノ禁止法の改正——単純所持罪・盗撮による製造罪を創設」法学セミナー 717号(2014年)3頁は、立法者の説明は現行法の解釈・運用状況についての知識が浅いように思われ、議員の人的構成も立法時からは大幅に変わったこともあり、法律の基本理念が承継されているか疑問であると述べている。

⁸⁴ なお、単純所持罪の制定趣旨や保護法益に言及する裁判例は見当たらなかったため、本稿では検討していない。

刑308号3頁は「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、児童ポルノに係る行為等を処罰すること等により、児童の権利を擁護することを目的とするものである」と判示しているほか、大阪高判平成12年10月24日 LEX/DB28075527（高検速報平成12年146頁）は、「児童買春の当事者となったり、児童をポルノに描写することは、その対象となった児童自身の心身に有害な影響を与えるのみならず、そのような対象となっていない児童においても、健全な性的観念を持てなくなるなど、児童の人格の完全かつ調和のとれた発達が阻害されることにつながるものであるから、児童ポルノ法は、直接的には児童買春の対象となった児童や児童ポルノに描写された児童の保護を目的とするものであるが、間接的には、児童一般を保護することをも目的としていると解される」と指摘している。また、東京高判平成24年11月1日高刑集65巻2号18頁も、製造罪が社会的法益に対する罪である（から、被害児童が別であっても包括一罪である）との所論に対し、「児童ポルノ製造罪は、被害児童の人格や権利も保護法益とするものである」と判示していることからすれば、全般的な保護法益に関しては個人的法益と社会的法益の両者が保護法益として捉えられていることがわかる。これ以外の裁判例においても、そのように同法の趣旨・目的を説明するものが少なくない⁸⁵。

第2項 4項製造罪

全般的な保護法益理解は概ね以上の通りであるが、個別の条文に目を向けると、製造罪は個人的法益に対する罪、それ以外の罪については社会的法益に対する罪として運用されている、という指摘がある⁸⁶。まず本項では4項製造罪について、次項では公然陳列罪について、それぞれ検討する。

第1款 保護法益理解について

（1）自画撮りの事例

自画撮りの事例中、保護法益に言及があるものを挙げると、まず②事件では、

⁸⁵ 奥村・前掲注（24）15頁。

⁸⁶ 奥村徹「児童ポルノの罪の訴訟法的検討と弁護のヒント」季刊刑事弁護30号（2002年）77頁。当該文献公開時は平成11年法の施行下であり、「販売・頒布・所持・陳列罪」は社会的法益に対する罪として運用されている、としている。

児童ポルノの4項製造行為は「同条所定の構成要件を充足することによって成立する非親告罪であるところ、児童買春や児童ポルノに係る罪においては、加害者やその背後の組織からの報復を恐れて告訴ができなかったり、あるいは保護者に対する金銭的な示談で告訴を取り下げさせたりすることが通常の性犯罪以上に予想され、親告罪とすると、被害児童の保護や児童を性欲の対象とする風潮の抑制、児童一般の心身の成長への重大な影響の防止を十分に図ることが困難となるために、非親告罪とされたのである」という判示が見られる。

また、④事件(再掲)では、「……他人に提供する目的を伴わない製造罪(同〔4項])にあつては描写された児童の人権を直接侵害する行為であり、流通性は小さいものの、その危険性を創出するものであるから、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ため、児童を性的搾取・性的虐待の被害から擁護することを意図して」製造、提供等の各行為を処罰することとしたとされている。これらは、児童ポルノ法の全般的な保護法益と平仄を合わせる形で判示されている。⑦事件も、「児童ポルノ製造罪は、児童ポルノの被写体である児童の人格権の保護のみならず、児童一般の権利をも保護法益としており、親告罪とはされていない」と判示しており、上記2事件と軌を一にする判示内容である。

(2) 個人的法益の侵害を強調する事例

その一方で、4項製造罪が個人的法益に対する罪であることを強調する事例も見られる。例えば、4項製造罪が問題となった⑩東京高判平成15年6月4日刑集60巻5号446頁(参照)は、児童2名と性交中に販売目的で性交等の場면을撮影し、後日販売した事案であったが、製造行為は被害児童の個人的法益を侵害するものであることを強調している⁸⁷。すなわち、「児童ポルノ製造罪及び同所持罪は、販売等の目的をもってされるものであり、販売罪等と手段、結果という関係にあることが多いが、とりわけ、児童ポルノの製造は、それ自体が児童に対する性的搾取及び性的虐待であり、児童に対する侵害の程度が極めて大きいものがあるからこそ、わいせつ物の規制と異なり、製造過程に遡ってこれを規制するものである。この立法趣旨に照らせば、各罪はそれぞれ法益侵害の態様を異にし、それぞれ別個独立に処罰しようとするものであって、販売等の

⁸⁷ 奥村・前掲注(24)16頁。

目的が共通であっても、その過程全体を牽連犯一罪として、あるいは児童毎に包括一罪として、既判力等の点で個別処罰を不可能とするような解釈はとるべきではない」と判示しているのである。

また、①東京地判平成28年3月15日 LEX/DB25543488は、実在する女兒の裸の写真（素材写真）をCGで再現して児童ポルノ製造罪及び提供罪に問われた事案であった。その際、製造罪の成立に関し、検察官は、（i）素材写真の被写体が実在していること（実在性）、（ii）素材写真の被写体が児童であること（児童性）、及び（iii）実在している女性の素材写真と本件CGが同一であること（同一性）を順次立証してCG画像が実在の女兒を描写したものであることを主張しており、本判決もこのような立証構造に基づき判断を加え、「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」と判示した上で、上記（i）～（iii）について慎重に検討を加え、（i）については、起訴された34点のCG中、6点を実在性なしと判断した。児童の実在性が必要であることはすでに国会審議でも明らかにされていたが、「CG」の児童ポルノ該当性が争われ、児童の実在性が必要である旨明示された本件は、製造罪が個人的法益に対する罪であることを強調するものといえる。

（3）社会的法益の侵害を強調する事例

しかし、近時の裁判例では、製造罪も社会的法益に対する罪の側面を有する旨判示したものがある。②東京高判平成29年1月24日 D1-Law/DB28250582(①事件の控訴審)は、児童ポルノ法の保護法益に関して、本法1条や、平成26年改正において文言が追加された3条（児童擁護の目的から逸脱して他の目的のために濫用してはならないとする一般的規定）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と判示したのである。

第2款 量刑判断から読み取れる保護法益

以上のように、4項製造罪の保護法益については、個人的法益に言及する判示部分は概ね共通しているが、近時は社会的法益に言及する事例も見られるようになってきている。

そして、このような保護法益理解は、量刑判断からも看取することが可能である。

例えば⑫事件は、量刑に際し、本件で児童ポルノの素材画像が撮影されたのは昭和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」ないと判示しており、社会的法益の侵害のみを根拠として製造罪の成立を肯定しているのである⁸⁸。また、⑬奈良地葛城支判平成27年6月11日LEX/DB25540735は、

⁸⁸ その原審である⑪事件でも、児童の実在性が要求されているものの、量刑に

児童と性交の上その場면을撮影して4項製造罪に問われた事案につき、「被告人は、……18歳に満たない被害児童の浅慮や自らへの好意に乗じて……児童ポルノを製造したものであり、児童を性欲の対象とする乱れた性風俗を助長し、被害児童の心身に有害な影響を及ぼしたものである」。また、「被害児童は、本件犯行によって、その性的羞恥心を著しく害されたのであり、その受けた精神的苦痛は極めて大きいものがある上、被害児童の今後の心身両面における成育や将来の社会生活に及ぼす悪影響も強く懸念される」と判示し、本件が個人的法益と社会的法益の両方を侵害するものであることを明らかにしている。

他方で、被害児童に対する法益侵害の程度が専らの考慮事項とされ、社会的法益の侵害には言及されていない事例も複数散見される。例えば、①事件の原審では、「…被害女児らの年齢等にかんがみれば同女らに落ち度というべきものは全くなく、被告人の犯行態様の悪質さはまさに筆舌に尽くしがたい。これにより、被害女児らの心身に重大な痛手を与え、その健全な成長に容易に推し量り難い悪影響を与えていることは……明らかである」と、②事件の原審では「心身ともに未成熟であった被害児童に対し、言葉巧みに裸体の画像等を撮影して送信させたり、ホテルの客室内で強烈的脅迫文言を加えた上で姿態をとらせて裸体等を撮影したりしている。常習性の高い卑劣な犯行である。」「被害児童ら、なかんずくAに与えた精神的苦痛は多大である⁸⁹。各犯行により生じた結果は大きい」などと判示されており、児童一般や社会的風潮に対する侵害への言及はない。また、⑤事件の原審でも、被告人は児童の精神的未熟さに乗じ、金銭の支払いを餌に裸体の画像を送信するよう積極的かつ執拗に働きかけており、「被害児童は15歳であり、この犯行が同児童の将来にわたる心身の悪影響には計り知れないものがある」と述べて被告人を非難するが、社会的風潮や児童一般の心身に関しては述べられていない。さらに、自画撮りを行った児童を

際しては、「……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、描かれたあるいは用いられた写真集のモデルとは何の接点もなく、居住地も遠く離れた3名に販売、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」とされ、社会的法益への侵害の点が量刑上考慮されている。

⁸⁹ 自画撮り被害に遭ったのはBであるが、本件ではAに対する4項製造罪（直接製造している。）の成立も肯定されている。

共同正犯とした④事件でも、「成長未熟な被害児童に与える悪影響を顧みない浅はかで分別を欠いた犯行といわざるを得ない」と述べるにとどまっている⁹⁰。

このような傾向は控訴審でも同様である。すなわち、①事件では、「被害児童らは、……10歳以上も年上の男性との性交渉を目的に出会い系サイトを利用したものでなければ、金銭的な報酬を目的に被告人との性交渉や児童ポルノの撮影を承諾したものでなく、むしろ、被告人が被害児童の弱みにつけ込んで、……脅したり、……甘言を用いるなどして、本件各犯行に及んだものであって、被害児童らにはとりたてて落ち度などは認められない」と判示し、②事件では、「被害児童らが被った精神的苦痛はいずれも小さくなく、とりわけ原判示第1の被害児童⁹¹は人格を蹂躪され、その精神的苦痛が甚大であることは容易に推察でき、結果は重大である」とされ、⑥事件でも、被告人の行為に酌むべき余地は全くなく、「破廉恥な態様の悪質な犯行というほかない上、被害児童に与えた悪影響、更には、被害児童の保護者の被害感情が強い」ことから、刑事責任は軽くない。また、15歳の中学生であった被害児童は現金欲しさから被告人の誘いに応じたものであり、「軽率さは否めないものの、その未熟さを露呈したものであるべきであって、責められるべきは、被害児童の未熟さに付け込んで自己の性欲を満足させようとした被告人であることは明らかである」と指摘されている。控訴審でも、量刑に際して主に考慮されているのは被写体となった児童の被害の程度であり、社会的法益に関しては言及がない⁹²。

第3項 公然陳列罪

公然陳列罪（7条6項）の保護法益は、社会的法益に対する罪の性質を含む

⁹⁰ 同様の量刑判断を示すものとして、神戸地尼崎支判平成26年7月30日 LEX/DB25504574、名古屋地判平成26年6月19日 LEX/DB25504326、松山地判平成26年1月22日 LEX/DB25446354。

⁹¹ 自画撮りを行った児童Bではなく、実際に性交類似行為をさせられ、さらにその姿態を直接撮影された児童Aを指している。

⁹² このような判示方法は自画撮りの事例に特有の表現というわけではなく、児童ポルノ法違反被告事件では被害児童が受けた影響に重きを置き、被告人の非難可能性の高さを指摘するのが一般的であると思われる。

と理解されているようである⁹³ ⁹⁴。児童自身が自画撮りをした事例ではないが、例えば⑭大阪地判平成21年1月16日 LEX/DB25481894は、児童ポルノ画像が掲載されているウェブサイトの URL を一部改変して会員制掲示板に投稿した行為が児童ポルノ公然陳列罪に問われた事案であった。本判決は同罪の成立を肯定したが、量刑判断において、「被告人らの犯行は、児童ポルノを助長し、児童の健全な成長を阻害するものであ」と述べていることから、本判決は同罪を社会的法益に対する罪と理解していると考えられる。

⑮奈良地葛城支判平成26年11月12日 LEX/DB25505256は、被害児童 D 及び F との性交場面を撮影し、その動画を公然陳列したという事案であった⁹⁵。本判決は被告人を有罪としたが、奈良地裁は、罪となるべき事実には「児童ポルノであるわいせつな電磁的記録に係る記録媒体を公然と陳列した」と記載し、法令の適用については、児童ポルノ公然陳列罪とわいせつ電磁的記録公然陳列罪の観念的競合であり、被害児童ごとに併合罪とされている。量刑判断では、「被告人は、18歳に満たない被害児童らの浅慮や自らへの好意に乗じて、自らとの性交や性交類似行為をビデオ撮影し、……インターネット上で公開したもので、児童を性欲の対象とする乱れた性風俗を助長した上、被害児童らを識別しうるわいせつな動画データを広く閲覧に供したものである。このように、インターネット上で不特定多数の利用者に向けてわいせつな動画データを公開する行為は、その動画データが利用者を介するなどしてさらに広く拡散することにより、被害回復が著しく困難となる危険性をはらんで」いる。また、被害児童のうち1名は「犯行に係る動画データの存在を周囲に知られたことにより登校できなくなっており、もう1名も動画データが公開されていることに強い衝撃を受け、不安や屈辱感に苛まれるなど、……被害児童らの家族も含め、その日常生活に大きな支障が生じている。また、被害児童らの今後の心身両面における成育や将来の社会生活に及ぼす悪影響も強く懸念される」と判示している⁹⁶。

⁹³ 同一の条文に記載されている、不特定多数に対する提供罪についても、公然陳列罪と同様の保護法益理解をすべきこととなろう。

⁹⁴ 東京地判平成15年10月23日 LEX/DB28095062は、公然陳列罪は個人的法益及び社会的法益の双方を害する行為であると述べている。

⁹⁵ このほか、被告人は別の機会に D と性交しており、奈良県青少年健全育成条例の淫行罪（条例42条1項、34条1項）に問われている。

⁹⁶ 本件は⑬事件と同一の裁判官により審理されており、表現の一部が類似して

⑭事件は、被告人と被写体児童との間に面識がなく、児童の特定もされていない事件であった。そのため、児童個人の被害状況は明らかにされておらず、社会的法益に対する罪の側面の方に言及したものと思われる。⑮事件は「児童を性欲の対象とする乱れた性風俗を助長した上、被害児童らを識別しうるわいせつな動画データを広く閲覧に供した」としており、個人的法益侵害の点についても言及されているが、これは、被告人は被害児童と接触した上で各行為に及んでおり、被害児童が特定され、具体的な被害状況を検討することが可能であったためであろう⁹⁷。

また、⑮事件では、児童ポルノ公然陳列罪とわいせつ電磁的記録公然陳列罪が観念的競合の関係に立ち、被害児童D及びFに対する各行為は併合罪の関係に立つという点が注目される。本罪の客体は「児童ポルノにあたるわいせつな」電磁的記録に係る記録媒体であり、本件動画データが「児童ポルノ」と「わいせつ」の両方に該当すると判断されている。これは、両者の罪質が同一であることをうかがわせるものであり、刑法175条は専ら社会的法益に対する罪と理解されていることから、児童ポルノ公然陳列罪も社会的法益に対する罪であることを示唆している。しかし、本件動画データが「被害児童らを識別しうる」ものであるとの判示部分や、各児童につき併合罪の処理をした点は、本罪が個人的法益に対する罪であるという前提から出発しなければ説明がつかないように思われる。

第4項 小括

以上の検討から、裁判所の保護法益理解につき、どのような知見が得られたであろうか。以下、各罪につき若干の私見とともに検討する。

いる（⑬事件は単独、⑮事件は合議体の裁判長である）。

⁹⁷ このほか、東京地判平成28年3月15日 LEX/DB25542693（裁判員裁判）は、被害者を殺害した前後に、被害者の児童ポルノを公然陳列したという事件において、「殺害の前後には、被害者から任意に提供を受けたその陰部等が露出した刺激的な画像等を、被害者の顔とともに投稿し、複数のインターネット交流サイトに投稿を重ねるなどして確実に閲覧数を増やしている。画像は相当数の不特定多数者に閲覧され、その抹消は困難な状況であって、被害者の尊厳を傷つけること甚だしいといえる」と判示し、個人的法益に対する侵害を強調している。

第1款 製造罪

まず製造罪については、判決書を素直に読む限り、個人的法益（児童個人の法益）と社会的法益（児童一般の心身、及び社会的風潮）の双方を保護法益として認める事例が多く、社会的法益には触れずに個人的法益のみを強調する裁判例（⑩事件）は、主流のものではないことがわかる。特に、近時は個人的法益、社会的法益のいずれにも言及するものの、量刑に際しては社会的法益侵害のみを考慮して刑を科す裁判例（⑫事件）も出されている。裁判実務の理解は必ずしも統一的不是なもの、社会的法益の観点を考慮する傾向にあるといえよう。しかしながら、そのほかの量刑判断を見ると、そこでは児童ポルノの被写体とされた児童がどれだけの被害を被ったかという点がクローズアップされており、児童一般、あるいは社会的風潮に与えた影響については言及されていない。

もっとも、量刑判断に示されていないからといって、社会的法益が考慮されていないと判断できることにはならない。製造罪の事案では被害児童が特定されることが多く、法益侵害の程度が具体化されやすいため、被告人の非難可能性を説得的に示す際には、目に見える被害を中心に摘示するのは当然であろう。しかし、社会的法益を個人的法益と同列のものとして保護しているのであれば、社会的法益侵害に関する非難の程度も摘示すべきである⁹⁸。仮に社会的法益が考慮されているとしても、量刑判断からは、これと個人的法益が同等の重みをもっているとは解しにくい。

以上の諸点からすると、製造罪の保護法益理解については、社会的法益にも言及しているものの、結局は、第一次的な保護法益は個人的法益であるという立法者の理解が、裁判実務でも概ね反映されているといえるのではないだろうか。社会的法益に関しては、「児童ポルノとして描写された児童の**人権を直接侵害する行為が社会に広がる**ときは、児童の性的搾取を助長する社会的風潮が蔓延する」という論調で言及されることが多いが、これはすなわち、前段階と

⁹⁸ 社会的法益に対する影響を量刑上考慮する際の判示方法としては、例えば、わいせつな漫画を販売したとして、わいせつ図画頒布罪の成立を肯定した東京地判平成16年1月13日判時1853号（2004年）151頁は、量刑に際し、「本罪の保護法益である性的秩序や最少限度の性道徳、健全な性風俗に与えた悪影響は軽視し得ないものがある」と判示している。

して個人的法益に対する直接の侵害が発生しなければ、社会的法益(児童一般、社会的風潮)は侵害され得ないということを示すものといえる。前掲大阪高裁平成12年10月24日判決や⑫事件で「直接的には個人的法益を、間接的には社会的法益を保護法益とする」と述べられているのも、このような趣旨と理解可能である。

以上のように考察することが可能であるならば、各裁判例が個人的法益と社会的法益のいずれにも言及していたとしても、両者は並列的な関係に立つものではなく、後者は前者の一步後ろに位置するものであることとなる。

したがって、本稿の理解によれば、⑫事件については批判的に解すべきこととなる。被写体児童の人権を直接侵害する行為が存在していないのであれば、社会的法益に対する侵害も観念することは不可能といわざるを得ない。そもそも、被写体児童の特定がなされておらず、過去の画像であったとしても「児童ポルノ」該当性に影響を及ぼすことにはならないから、個人的法益に対する侵害の程度が相当程度減弱していることは否定できないものの、「ゼロ」になるとまではいえない。このように考えなければ、児童ポルノの被写体が生存している必要があることと、それにもかかわらず、被写体の具体的な特定や生存確認が要求されていないこととの整合性はとれないであろう。

第2款 公然陳列罪

次に公然陳列罪については、被写体児童が特定されている場合は、児童の被った法益侵害のみを指摘する事例や、あるいはそれと同時に社会的法益に対する侵害にも触れる事例も看取されるが、特定されていない場合はその限りでなく、社会的法益に対する侵害に言及するのみでも有罪判決を導いている。個人的法益の侵害がなくても、刑法175条との類似性という観点から、社会的法益の侵害のみでも犯罪の成立を認めている点で、製造罪とは異なった判断構造が示されている⁹⁹。このような理解に基づくと、児童が自画撮りした画像をSNSに投稿するなどしたときは、児童自身に対する侵害であるとして個人的法益に対する侵害を想定できなくても、社会的法益侵害の限度で違法性が認められ、児童ポルノ公然陳列罪が成立することとなる。

⁹⁹ しかし、⑫事件に対する批判と同様に、特定されていなくても個人的法益に対する侵害は観念されていると考えるべきである。

（1）公然陳列行為と社会的法益の関連性

しかしながら、公然陳列行為であるからといって、必ずしも社会的法益を侵害することにはならないように思われる。刑法175条でも公然陳列は処罰対象とされているが、あくまで行為態様が共通しているにすぎず、保護法益理解まで共通に行うべき理由にはならない。

このことを示す材料として、いわゆる「リベンジポルノ法」（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）が参考になる。

リベンジポルノ法は、「私事性的画像記録」の提供等を処罰することにより、「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」を目的とする法律であり（1条）、「私事性的画像記録」の定義は児童ポルノ法2条3項各号と類似している¹⁰⁰（2条1項各号）。また、被写体を特定可能な方法で私事性的画像記録等を不特定又は多数の者に提供、又は公然陳列した者には3年以下の懲役又は50万円以下の罰金に処される（3条1項、2項）。同法でも公然陳列が処罰対象とされているが、国会審議では、同法の保護法益は「個人の性的名誉及び性的プライバシー」であって¹⁰¹、社会的法益を保護法益とすることには否定的な見解が示されている¹⁰²。また、これらの罪は親告罪であること（4条）や、被写体の承諾がある場合は本罪が成立しない¹⁰³こと（2

¹⁰⁰ 皆川治之「法令解説 リベンジポルノ対策」時の法令1974号（2015年）18頁。ただし、撮影した画像等を第三者が見ることに被写体が同意していた場合は本法の規制対象とならない点、及び被写体を児童に限定していない点で「児童ポルノ」の定義と異なっている。

¹⁰¹ 第187回国会衆議院総務委員会議事録第3号（平成26年11月18日）3頁（平沢勝栄）、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（2015年）89頁以下。

¹⁰² 第187回国会参議院総務委員会議事録第8号（平成26年11月18日）4頁（山下貴司）。

¹⁰³ 誰にも見せない約束で撮影した画像、恋人だけに見せるつもりで自画撮りをした画像、恋人に隠し撮りされた画像などについては「私事性」が認められるが、アダルトビデオやグラビア写真のように、公開を前提とする画像や、友人等に見せることを認識して撮影された画像などは私事性が否定される。また、私事性は撮影時点において判断される。その時点で画像の公表を承諾していれば私事性は否定され、「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」。ただし、撮影時に承諾がなくても、公表時に承諾

条1項柱書)からも、保護法益が専ら個人的法益であることは明らかである。そうすると、私事性的画像記録が公然陳列されたとしても、社会的法益に対する侵害は想定されないことになる¹⁰⁴。

(2) 児童ポルノ公然陳列罪の保護法益

以上のように、公然陳列と社会的法益侵害の絶対的な関連性が否定されたことを踏まえ、本稿は、児童ポルノ公然陳列罪も——製造罪と同様に——少なくとも個人的法益に対する侵害がなければ成立し得ないと解する。その根拠は、刑法175条との比較を前提に、(i)法定刑と、(ii)公然陳列目的製造等罪(7条7項)という観点から基礎づけることが可能である。

まず(i)について、刑法175条の法定刑は最大でも懲役2年と罰金250万円の併科であるのに対し、児童ポルノ法7条6項は最大で懲役5年と罰金500万円の併科とされ、格段に法定刑が重くなっているが、これを社会的法益のみから説明することは不可能である¹⁰⁵。児童ポルノが蔓延すれば児童を性欲の対象とする風潮が形成されるおそれがあり、ひいては健全な性風俗が乱れることは否定できないが、児童ポルノがわいせつ物よりも性風俗を乱す度合いが強いかどうかは証明されていない。

がある場合は構成要件該当性が阻却される。水越・前掲注(101)88頁、91頁、皆川・前掲注(100)21頁、白石豊「弁護士のための新法令紹介第394回」自由と正義66巻6号(2015年)111頁。

しかし、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。例えば、交際中の者同士が、後日第三者に見せることを合意して私事性的画像記録を製造したが、その前に交際関係が解消されたような場合に、一方の者が復讐心から画像を第三者に見せたとしても本罪が成立しないと解すると、本罪の趣旨が損なわれることとなろう。

¹⁰⁴ 当該画像が刑法175条の「わいせつ」に該当すれば、そちらの公然陳列罪との観念的競合となることは妨げられない。

¹⁰⁵ 児童ポルノ法全般の保護法益を社会的法益に求める見解に対する批判的検討として、深町晋也「児童ポルノの単純所持規制について」岩瀬ほか編集代表『刑事法・医事法の新たな展開 町野朔先生古稀記念(上巻)』(信山社、2014年)479頁、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(2015年)79頁。

次に(ii)について、児童ポルノ法は公然陳列行為のみならず、公然陳列目的で児童ポルノを製造、所持等する行為も7条7項で処罰対象とされているが、刑法175条では、2項において有償頒布目的での所持及び保管が処罰対象とされるにとどまっており、公然陳列目的での製造、所持等は不可罰である。公然陳列目的製造等罪は平成11年の立法段階から規定されており、審議当時は被写体児童の保護の観点前面に出ていることからすると、公然陳列罪と同一の法定刑が規定されている本罪もまた、個人的法益の観点を援用しなければ説明できないであろう。

したがって、前節でも確認したように、児童ポルノ公然陳列罪が社会的法益の侵害のみを根拠として成立すると解することは困難である。被写体児童が特定されていなくても、現実どこかで、その児童の尊厳が害されていることは否定し得ないのであるから、個人的法益への侵害を想定しにくいとしても完全に消失することにはならないのは、製造罪と同様である。仮にそれが消失してしまったのであれば、児童ポルノ公然陳列罪を成立させる根拠も同時に失われたというべきである。そうすると、児童自身が自画撮りした児童ポルノ画像を専ら自己の意思で公然陳列しても、少なくとも児童ポルノ公然陳列罪は成立しないと解すべきこととなろう。

※ 本稿は、公益財団法人大川情報通信基金2015年度研究助成・小名木明宏（研究代表者）「SNS等の仮想世界におけるルールの形成プロセスと確立についての研究」による研究成果の一部を取り入れている。