

インターネット上の児童ポルノの擬律
奥 村 徹

我が国の刑事法におけるInternet上のポルノグラフィの規制については、HDDを有体物に見立てて「わいせつ物の陳列罪」とするのが最高裁の判例である。

しかし、最近の下級審判決では、Internet上の児童ポルノへの対応について、陳列罪にするか販売罪にするか、再び動揺を生じている。

従来の判例から最新の判決までを概説し、ネットへの対応可能性を論じる。

child pornography on the Internet
Tohru Okumura

The Supreme Court of Japan held that, on the grounds that a hard disc drive is equivalent to a "tangible object," the Public Exhibition of Obscene Object section under the Japanese Criminal Law applies to and prohibits pornography on the Internet.

Lower Courts in Japan, however, have been divided recently in opinion over which provision of the Public Exhibition of Obscene Object section or the Distribution of Obscene Object section applies to child pornography on the Internet.

I will review a wide range of court decisions including the latest and analyze the applicability of the current statutes and precedents to issues on the Internet.

弁護士(大阪弁護士会)
attorney at law (Osaka Bar Association)

第1 発表者の児童ポルノ弁護歴

1 判決

児童ポルノ所持罪	大阪地裁 H12.3.31 H11わ6621
児童ポルノ所持罪	大阪高裁 H12.10.24 H12う649
児童ポルノ所持罪	最高裁 H14.6.17 H12あ1769
児童ポルノ販売罪	京都地裁 H14.4.24 H14わ948
児童ポルノ販売罪	大阪高裁 H14.9.12 H14う833
児童ポルノ製造罪 国外犯	大阪地裁 H14.4.26 H14わ6966
児童ポルノ製造罪 国外犯	大阪高裁 H14.9.10 H14う798
児童買春罪 国外犯	大阪地裁 H14.6.20 H13わ7336, H14わ433
児童ポルノ製造罪・買春罪	名古屋高裁金沢支部 H14.3.28 H13う78
児童ポルノ製造・所持・販売	新潟地裁長岡支部H14.12.26 H14わ159・176
児童ポルノ販売	鳥取地裁
児童ポルノ販売	大阪地裁

2 係属中

児童ポルノ販売	大阪高裁 (DL販売の事例)
児童ポルノ製造・所持・販売	東京高裁 (デジカメの事例)

3 判例の傾向

児童ポルノ法は議員立法であるため、最初から統一的な解釈が存在しない。
議員曰く「法解釈は裁判所の権限である。」

児童ポルノ法の解釈は、専ら、大阪高裁対奥村弁護人の対立関係で生まれるが、裁判所にも、弁護人にも、解釈の資料がない。

その結果、弁護人が即興でA説を主張すると、検察官は即興で非A説を主張し、裁判所は非A説を判決する。別の事件で弁護人が即興で非A説を主張すると、検察官は即興でA説を主張し、裁判所はA説を判決する。

第2 わいせつ物・児童ポルノの規制

1 わいせつ

刑法第175条(わいせつ物頒布等)

わいせつな文書、図画その他の物を頒布し、販売し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金若しくは科料に処する。販売の目的でこれらの物を所持した者も、同様とする。

2 児童ポルノ

第2条(定義)

3 この法律において「児童ポルノ」とは、**写真、ビデオテープその他の物**であって、次の各号のいずれかに該当するものをいう。

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

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

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

第7条(児童ポルノ頒布等)

児童ポルノを**頒布し、販売し、業として貸与し、又は公然と陳列**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。

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。

3 第一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。

3 物 = 有体物

民法第85条〔物の意義〕

本法ニ於テ物トハ有体物ヲ謂フ

児童ポルノ製造罪につき大阪高裁H14.9.10平成14年（う）第798号

については、児童ポルノとは、「写真，ビデオテープその他の物」であって「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」であることを要するが、**有体物を記録媒体とする物であれば**、必ずしもその物から直接児童の姿態を視覚により認識できる必要はなく、一定の操作等を経ることで視覚により認識できれば足りるから、写真の場合は現像ないし焼付け等の工程を経てこれが可能になる未現像フィルムや現像済みネガフィルム（以下、撮影済み及び現像済みネガフィルムを「ネガ」という。）は、これに当たると解するべきであるから、本件の場合、児童ポルノ製造罪は撮影により既遂になると解するのが相当である。

4 販売・頒布 = 不特定又は多数に対する、現実の交付を伴う譲渡

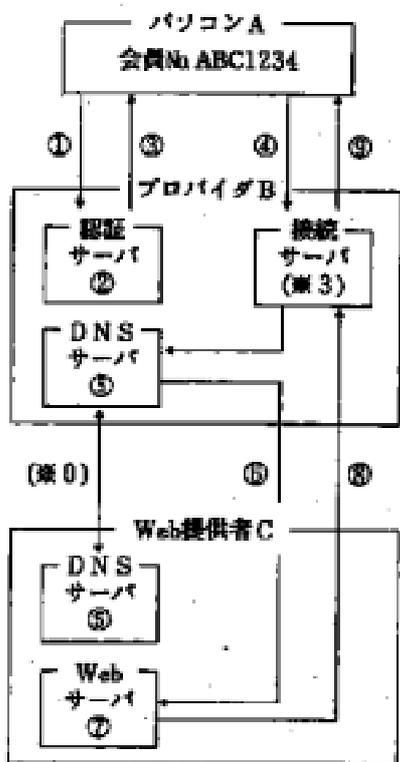
わいせつ物につき、大審院刑事判例集15巻大正11年1月31日

児童ポルノ販売罪につき、大阪高裁H14.9.12 平成14年（う）第833号

販売とは不特定又は多数人に対する有償の譲渡行為をいうのであって、本件各譲渡がこれに当たるとは明らかである。（わいせつと同じ定義）

第3 インターネット上の画像データ

【図表4】 ホームページ閲覧手続の電子データ送受信モデル



No.	経路等	内容 (アクション)
①	A→B	・AがB経由でインターネットへの接続を要求し、会員Noとパスワードを通知する。
②	B	・Aの会員Noとパスワードから、Aを会員と認証 (認定) し、B保有のIPアドレスから123.456.789.012をAに割り当てる。
③	B→A	・Aの接続要求を許可し、A割当済みのIP 123.456.789.012を通知する。(※1)
④	A→B	・IP123.456.789.012でCのホームページ http://www.cc.com/の送信を要求する。
⑤	B	・閲覧要求のうちドメイン名 www.cc.com の部分を (Cのホームページの) IPアドレスである 234.567.890.123へ変換する。
⑥	B→C	・IP123.456.789.012が、ホームページ送信をIP234.567.890.123に要求する。
⑦	C	・IP123.456.789.012からの送信要求を受理し、ホームページCを構成するファイル chp.html 等へのアクセスを許可する。
⑧ ↓ ⑨	C→A B経由	・IP123.456.789.012へ、ホームページCを構成する chp.html 等のファイルを送信する。(※3)

- ※0: DNSサーバ相互間で「ドメイン名/IPアドレス変換情報」をやりとりする。
- ※1: 上記①～③を「経路ログ」に記録する。
- ※2: 上記④～⑥を「アクセスログ」に記録する。
- ※3: 上記⑧と⑨を「リモート接続ログ」に記録する。

法務省法務総合研究所研究部研究官大橋充直「ハイテク犯罪の捜査 ホームページ(ウェブ)犯罪の基礎(捜査研究2001.11)」より

現象

画像データのDLなくして、画像の表示はない。
 クライアントが見ているのは、クライアントpcにDLされたデータである。
 DLされても、サーバー上のデータには増減はない。

第4 ネット上のわいせつ画像についての判例 = わいせつ物陳列罪 (確定判例)

- 1 サーバーのHDDが「わいせつ物」である。有体性を備えている。
- 2 ユーザーが、直接閲覧するわいせつ画像は、本件の場合、ユーザー側のパソコンのハードディスクに一旦ダウンロードされ記憶された画像データに基づき、そのパソコン画面に表示されることになるとはいうものの、右ユーザー側パソコンの画像データと本件ハードディスクに記憶・蔵置された画像データとの間には、これらによって表示されるわいせつ画像につき同一性が認められる
 サーバーから画像データがDLされて、それがクライアントPCに表示されている状態は、クライアントPCからサーバーHDDを見ているのと同視できる。

したがって、わいせつ画像データをコンピューターのハードディスク内に記憶・蔵置させて、ホストコンピューターの管理機能に取り込み、会員が、電話回線を通じてパソコンにより被告人のホストコンピューターのハードディスクにアクセスしさえすれば、いつでも、容易に右ハードディスク内に記憶・蔵置されたわいせつ画像のデータをダウンロードすることなどにより、右データをわいせつ画像としてパソコンのディスプレイ上に顕現させ、閲覧することが可能な状態を作出したのであるから、この時点で「公然陳列罪」が成立する。

【事件番号】大阪高等裁判所判決/平成9年(う)第1052号

【判決日付】平成11年8月26日

【事件番号】最高裁判所第3小法廷決定/平成11年(あ)第1221号

【判決日付】平成13年7月16日

クライアントにあるデータは、サーバーのデータと同じだから、独立の存在とはみなさない。データがDLされていても法的評価においては無視する。

わいせつ規制は国家の倫理観・性風俗によって異なるので、国境を越えて処罰されることはない(国外犯は処罰されない。)。従って、我が国独自の解釈が許される。

3 問題点

現実に閲覧者が見ているのは、クライアントPCのデータであって、サーバーではない。

陳列にすぎないのに、クライアントには、サーバーのデータと同一のコピーができ、再度流通を始める。陳列概念を超えている。

第5 ネット上の児童ポルノについての判例

1 陳列罪構成(横浜地裁H12.2.2等)

立花書房H12警察実務重要裁判例P202

「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」について初めて児童ポルノ公然陳列罪を適用した事例横浜地判平成一二・二・二、確定、公刊物未登載

本件は、被告人が、平成九年一月七日ころから同一〇年一月ころまでの間、埼玉県大宮市内の被告人方において、インターネットを利用し、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である。児童ポルノの画像データ合計一九画像分を、東京都千代田区内のプロバイダー会社内に設置された同社が管理するサーバーコンピュータに送信し、同コンピュータの記憶装置であるディスクアレイに記憶・蔵置させて、インターネット対応パソコンを有する不特定多数の利用者に右児童ポルノ画像が閲覧可能な状況を設定し、同一一年一月一日から同月一〇日ころまでの間、電話回線を使用し、右児童ポルノ画像の情報にアクセスしてきた不特定多数の者に右情報を送信して再生閲覧させ、もって、児童ポルノ画像を公然陳列した。

なお、インターネットのホームページを利用した児童ポルノ公然陳列事案においても、刑法一七五条のわいせつ物公然陳列罪の場合と同様、公然陳列の対象物が有体物に限られるか否かという論点があり、有体物に限定する立場からは、児童ポルノの画像データが記憶蔵置されているサーバーコンピュータの記憶装置であるディスクアレイを公然陳列の対象物である児童ポルノと構成する必要があるところ、本件においても、かかる構成がとられている。

陳列罪構成の問題点

児童ポルノに該当するような映像を生中継する行為（公然児童姿態展示行為）は処罰されていない。生身の児童を展示しても不可罰なのに、児童の姿態が記録された媒体を展示すると可罰的になるのは、一貫しない。

2 販売（頒布）罪構成（奈良地裁H14.11.26 控訴中）

平成14年（わ）第218号，第254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

（罪となるべき事実）（抜粋）

被告人は、同年11月21日ころ、Mに対して、自己の**ホームページアドレス及びパスワードをメールで送信して**、同人をして、市所在の同人方に設置されたパーソナルコンピューター内のフロッピーディスクにダウンロードさせる方法で、児童を相手方とする性交に係る児童の姿態を露骨に撮影した児童ポルノである画像データ9画像、他人が児童の性器等を触る行為に係る児童の姿態を露骨に撮影した児童ポルノである画像データ4画像及び衣服の全部又は一部を着けずに性器等を露出した児童の姿態を露骨に撮影した児童ポルノである画像データ22画像を含む**画像データ40画像を、代金5000円で販売した。**

第6 販売罪構成の問題点

1 画像データは有体物でないから、児童ポルノではない。

2 販売＝現実の交付であるが、DLの場合、交付はない。閲覧者がコピーしているだけ。販売者側のデータに減少・変化がない。

3 HPアドレスの送付だけでは、「交付」とは言えない。

4 陳列罪との関係

自然的な現象としては、陳列罪事例と同一。DLしないと閲覧できない。

陳列罪の場合は、クライアントにあるデータは、サーバーのデータと同じだから、独立の存在とはみなさないのに、どうしてこの場合は、クライアントのデータを独立評価するのか。

販売罪として評価しうるのであれば、陳列罪としての構成の合理性に疑いが出てくる。陳列罪構成と販売罪構成とは矛盾する。

第7 立法的解決

1 趣旨

ネット上のデータ拡散の特性に応じた立法

陳列を超え、販売頒布に至らない行為。

ネット上の掲示の場合、掲載者はデータをサーバーに蔵置するだけ。掲載者と閲覧者に接点はない。

DLした閲覧者が閲覧するだけなのか、保存するかは閲覧者次第。

閲覧者が閲覧すると同時に、データのコピーを受取る。再度流通（販売・頒布）する危険性がある。HPアドレスの送付だけで拡散する。

閲覧者が得るデータのコピーは、完全な複写物である。法益侵害の危険性は加速度的に拡大する。

2 立法的対応の例（公衆送信）

（1）風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律

風営法では、ネット上で画像データがDLに供されることを、「自動公衆送信装置によ

る映像送信型性風俗特殊営業」として、「販売・貸付け」(2条6項5号)とは別個に規定して、立法的解決を図っている。

しかも、児童ポルノ法施行に併せて、ネット上で児童ポルノ画像データがDLに供されることを設置者に対して禁止している(31条の8)。つまり、風営法上には、児童ポルノをである画像が電子データと化すことを想定し、それがネット上で送信されることが規制する規定がある。

(2) 著作権法

著作権法では、データのダウンロードについては、「公衆送信」「自動公衆送信」という概念を設けている。

第2条(定義)

七の二 公衆送信 公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信(有線電気通信設備で、その一部の設置の場所が他の一部の設置の場所と同一の構内(その構内が二以上の者の占有に属している場合には、同一の者の占有に属する区域内)にあるものによる送信(プログラムの著作物の送信を除く。))を除く。)を行うことをいう。

九の四 自動公衆送信 公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの(放送又は有線放送に該当するものを除く。)をいう。

(3) 電波法108条

第108条 無線設備又は第100条第1項第1号の通信設備によつてわいせつな通信を発した者は、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

(4) 国際電気通信連合憲章34条(平成7年条約第2号)

第34条(電気通信の停止)

180

1 連合員は国の安全を害すると認められる私報又はその法令、公の秩序若しくは善良の風俗に反すると認められる**私報の伝送**を停止する権利を留保する。この場合には、私報の全部又は一部の停止を直ちに発信局に通知する。ただし、その通知が国の安全を害すると認められる場合はこの限りではない

2 サイバー犯罪条約に対応する国内法整備

コンピュータネットワークを通じて発生する犯罪について、実体法と手続を定めるグローバルスタンダード(2001年11月23日署名)。

経済産業省サイバー刑事法研究会報告書「欧州評議会サイバー犯罪条約と我が国の対応について

<http://www.meti.go.jp/kohosys/press/0002626/>

第9条 児童ポルノに関連する犯罪(Offences related to child pornography)

1. 締約国は、自国の国内法により、権限なしに故意に行われる次の行為を犯罪とするため、必要な立法その他の措置をとる。

(a) コンピュータ・システムを通じて配布するために児童ポルノを製造すること。

(b) コンピュータ・システムを通じて児童ポルノの取得を勧誘し又はその利用を可能にすること。

(c) コンピュータ・システムを通じて児童ポルノを配布し又は特定の者に送信すること。

(d) 自己又は他人のためにコンピュータ・システムを通じて児童ポルノを取得すること。

(e) コンピュータ・システム内又はコンピュータ・データ記憶媒体内に児童

ポルノを保有すること。

逐条解説

わが国における児童ポルノグラフィに関連する様々な犯罪行為の処罰については、「児童買春・児童ポルノ禁止法（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）」で規定されているが、**第1項cについては、児童ポルノ画像データ自体をインターネットを通じて送信する行為、および「不特定又は多数」の者に対して行う意図を有しない「特定」の者に頒布する行為が、同法で規制されておらず、担保できない。**

2. 現行法で担保されていない条項の担保の方法についての試案

2.1.2. 条約第9条関係

【担保されていない可能性が高い行為】

児童ポルノ画像自体をインターネットを通じて送信する行為。

[第9条第1項c]

【試案】

児童買春・児童ポルノ禁止法第2条第3項における「児童ポルノ」の定義規定（「写真、ビデオテープその他の物」）を改正し、児童ポルノ画像データが含まれることを明文で追加するか、又は児童ポルノデータをコンピュータ・システムを通じて送信することを処罰する規定を創設する等の新たな刑事立法を行う。

3 立法化の障壁

(1) サイバー犯罪条約への対応

条約を実現する国内法が整備されると、特定少数人に対する児童ポルノ画像データ送信が処罰されるが、特定少数人に対する児童ポルノ（有体物）の交付は処罰されない（メールはout、媒体に載せて郵便で送ればsafe）。

児童ポルノ販売罪につき、大阪高裁H14.9.12 平成14年（う）第833号

販売とは不特定又は多数人に対する有償の譲渡行為をいうのであって、本件各譲渡がこれに当たることは明らかである。（わいせつと同じ定義）

実は、立法者が「販売」（＝不特定又は多数人に対する有償の譲渡行為をいう）という用語を用いたこと自体、グローバルスタンダードから外れて、極めて緩い規制になっている。データ送信だけ厳しくしても、立法目的は達成できない。

実は、児童ポルノ法で、特定かつ少数への譲渡も規制すべきではないか、どこまで強力・綿密に児童ポルノを規制するのか、という根本的判断が必要。

(2) 刑法との関係

児童ポルノは同時にわいせつ物である場合が多い。

児童ポルノについてだけ「画像データ」を追加して、送信罪を設けると、刑法のわいせつ物に関しても、ネット上での展示は「データ送信罪」が創設されない限り不可罰だという方向に解釈が傾く。

刑法改正と同調する必要がある。

しかし、刑法のわいせつ規制は、国単位、緩和方向。

「児童ポルノとしては陳列罪でも販売罪でもなく送信罪だが、わいせつ物としては陳列罪」という状況が予想される。

以上