

わいせつの電子的存在について

サイバーポルノに関する刑法解釈論

「^{サイバースペース} 電脳空間」。日々さまざまな国の、何十億という正規の技師や、数学概念を学ぶ子供たちが経験している共感覚幻想。人間のコンピュータ・システムの全バンクから引き出したデータの視覚的再現。考えられない複雑さ。光箭が精神の、データの星群や星団の、非空間をさまよつ。遠ざかる街の灯に似て
「それ、何」
とモリイが問いかけてきたところで、ケイスはチャンネル・セレクトを切り換えた。
「子供番組さ」
セレクトが切り換わるにつれ、つながりのない映像の洪水。

ウィリアム・ギブスン著 黒丸尚訳 「ニューロマンサー」(八
ヤカワ文庫、九〇頁)。

園田 寿

- 一 はじめに
- 二 「わいせつ図画(物)」⁽¹⁾ についての問題点
- 三 「陳列」⁽²⁾ 行為についての問題点
- 四 マスク処理された画像についての問題点
- 五 国外に転送されたサイバーポルノについての問題点
- 六 リンク行為の犯罪性についての問題点
- 七 結語

一 はじめに

「サイバースペース」の問題性がクローズアップされたのは、インターネットが一般社会に広く開放された一九九〇年代に入ってからである。当初、政府機関や軍、研究所、大学といった閉鎖的なネットワークであったものが一般社会に開放されて、従来のメディアではおおよそ一般に流通しえなかったようなアンダーグラウンド情報が、堂々とサイバースペースを流れるようになった。全体を統括する管理者不在のインターネットが、情報の力オスをさらに深め、ネットワークの原則的な匿名性がこの傾向にいつそう拍車をかける。インターネットが将来の情報通信のかなめとなる保証はないが、アンダーグラウンド情報の存在に眉をひそめながらも、現時点ではインターネットの将来性を否定する見解も少数であるだろう。インターネットの重要性が高まれば高まるほど、現実社会への影響が懸念される、その陰の部分の問題性がクローズアップされてきている。なぜなら、サイバースペースとは、電子的実在を媒介として、まぎれもなく現実社会と連動したパラレルワールドだからである。

インターネット全体に対する包括的な法的ルールは現在のところ存在しないに等しい。そのため、問題が生じた場合には、いきなり犯罪の問題とされやすい。たしかに、インターネット上での違法行為に対して現存の刑法的ルールがそのまま適用可能なものも少なくはないであろう。一連のコンピュータ犯罪に関する諸規定はもちろんのこと、たとえば秘密漏示罪（刑法一三四条）や脅迫罪（刑法二二二条）、あるいは名誉毀損罪（刑法二三〇条）などをサイバースペースにおいて適用することについても、原理的な問題点はないように思われる。このような犯罪においては、具体的な行為の依存するメディアの物理的特性は問題とはならないからである。ところが、たとえばそれ自体は情報であるにすぎない電子マナーを奪った場合に「財物」の奪取を処罰する窃盗罪（刑法二三五条）が成立するかはかなり疑問である。サイバースペースにおける侵害的行為にどこまで現行刑法が適用可能なのか。これを慎重に検討することが重要であると思われる。

すでに私は、サイバーポルノについて刑法学的観点から考察したいくつかの論考を発表してきた^二。最近、「これに対する批判的な見解が公にされ^三」、問題点もかなり明確になってきたように思われる。本稿では、このような批判を踏まえて、改めてサイバーポルノについて検討したいと思う。

「サイバースペース」という言葉は、アメリカのSF作家ウィリアム・ギブスンが一九八四年に発表した「ニューロマンサー」の中で使ったのが最初とされている。人の脳が世界的規模で拡散したコンピュータ・ネットワークと接続された状態……それは情報という得体の知れないものによって構成された、ネットワーク上で共有される「共感覚幻想」。彼は、そのような疑似空間を「サイバースペース」と呼んだ。この小説が発表された一九八四年当時、このような仮想空間はSFの域を出なかつたが、一九九〇年代に入り、通信環境が劇的に変化したことによってにわかに現実味を帯びてきた。机上のコンピュータをインターネットに接続し、実際にネットサーフィンを楽しんでいると、情報が無限にリンクされ、情報が情報を引き寄せ、誰にもコントロールできないような感覚に囚われることがある。私の意識は全てに繋がっているのだという、それは今までのメディアでは決して体験できなかった不思議な感覚である。

二 園田寿 「サイバーポルノと刑法」法学セミナー五〇一号（一九九六年）四頁以下、同「インターネットのわいせつは処罰になりませぬ、各ユーザーで対処すべきである」『日本の論点57』（文藝春秋）（一九九六年）五二六頁以下、同「メディアの変貌 わいせつ罪の新たな局面」『中山研一先生古希祝賀論文集』（第四巻）（一九九七年）一六七頁以下、同「インターネットとわいせつ情報」法律時報六九巻七号（一九九七年）二六頁以下、同「コンピュータ・ネットワークとわいせつ罪」『変革期のメディア』（ジュリスト増刊総合特集）（一九九七年）一六八頁以下。

三 なお、これら以外に、一九九六年六月に京都地方裁判所に意見書として提出した「コンピュータ・ネットワークと刑法第一七五条」（未刊行）、および大阪府生活文化部青少年課に対して「情報化の進展に伴う性情報の氾濫に対する対策について」の調査研究報告書として執筆した『パンドラの箱 刑法学者が覗いたインターネット』（一九九七年）がある。また、私のホームページ（<http://w3.scan.or.jp/sonoda>）でもサイバーポルノについての公刊物未登載の裁判例や私見などを掲載している。また、現実に摘発されているいくつかの「わいせつ画像事件」については、「毎日新聞JAMJAM（電子新聞）」（<http://www.mainichi.co.jp/hensyu/jiken/index.html>）を参照されたい。

三 前田雅英「インターネットとわいせつ情報」ジュリスト二二二号（一九九七年）七七頁以下、山中敬一「インターネットと電網犯罪」関西大学情報処理センターフォーラム一一号（一九九六年）三頁以下、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」『研修五八八号（一九九七年）三頁以下、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト二二二七号（一九九七年）七三頁以下。

二 「わいせつ図画（物）」についての問題点

一 すでに判例・学説は、わいせつなフィルムやビデオを「わいせつ図画（物）」として疑わない^四。しかし、わいせつなフィルムであれ、ビデオであれ、外観はわいせつでないそれらと当然のことながら異なることはない。まさにわいせつ物（図画）をわいせつたらしめているものは、わいせつ「情報」そのものである。見方を変えれば、刑法一七五条では常にわいせつ「情報」が問題となってきたともいえる。わいせつ罪は一般に風俗犯とされるが、風俗とは文化の問題であり、わいせつは出来事に対する意味の問題だからである。もしも、わいせ

つを物理的世界における類似の事物として扱うならば、決してわいせつについての理解に迫ることはできない。わいせつにわいせつとしての地位を与えるのは、当該文化の中におけるわいせつ情報の位置づけである。この関係的同定性こそが、わいせつにとつての実に決定的な因子である。

しかし、他方でわいせつの刑法的規制を単なる意味の問題として把握するわけにもいかない。直接には紙やフィルム、ビデオテープといった物理的媒体の授受を通じて間接的にわいせつ情報の伝達を処罰してきたのも、刑法的事実だからである。^五

ところが、サイバースペースではあらゆる情報がデジタル化される。政治経済情報であるうと、学術情報であるうと、わいせつ情報であるうとすべて単なる形式に変換される。私が目の前のキーボードから入力した文字も、瞬時にネット空間を流れ、相手のディスプレイに有意義な情報として表示されるその直前までは単なる電気信号として記録されているにすぎない。画像データとして流れるわいせつ情報も同様である。スキャナやデジタル・カメラなどを通してデジタル化されたわいせつ情報をハードディスクに取込み、そのわいせつな画像データを、電話回線などを通じてホームページが開設されているWWWサーバーにFTP転送でアップロードする。転送された画像データは、その瞬間、インターネットに接続された全世界のコンピュータによって見られる状態におかれる。ユーザーがそのホームページにアクセスする。するとその画像データは、無数の「パケット（小包）」に微分され、ランダムに選択されたさまざまなルートを通してユーザーのパソコンに取込まれ、最終的にWWWブラウザによって「開梱」されたものがディスプレイに表示される。いったんアクセスしたデータは、通常はキャッシュ・ファイルとして内部のディスクに一定期間保存され、二度目以降のアクセスに際しては、外部ディスクではなく、保存された内部ディスクのキャッシュ・ファイルが表示され、データ表示の高速化がはかられている。

ここで記録・伝達されているものは、オリジナルとコピーが原理的に判別不可能な、まぎれもなく「情報」そのものである。従来、情報を記録・伝達するためには、物の存在が不可欠であった。石や木、紙であれ、情報は物質のパターンとして記録され、物を離れて情報を記録・伝達することは技術的に不可能であった。インターネットは、情報の記録・伝達についての物に対する依存性を解放したメディアだといえる。わいせつ情報もフィルムや紙といった物理媒体の制約を離れ、サイバースペースを流通する。物の授受という面から規制されてきた従来の裏ビデオやポルノグラフィの頒布・販売・陳列などと、サイバールールの決定的な相違点もここに認められる。

二 すでに私は、従来の判例・学説の考え方を前提として、サイバーポルノを刑法的に捕捉しようとするならば、画像データが記録されているサーバー・コンピュータないしハードディスク自体を「わいせつ物(図画)」と考えざるをえず、そのような結論は常識的にも非常に違和感があるのではないかと述べた⁷⁾。つまり、刑法一七五条にいう「文書、図画、その他の物」がわいせつ情報の化身した「有体物」を意味することは従来から暗黙の前提とされており、「わいせつ情報」それ自体が刑法一七五条に該当することを正面から認めた判例は存在しないからである⁷⁾。

刑法一七五条では実質的に考察すると「わいせつ情報」が問題となっているのであるが、(わいせつ情報が固定化された)物の授受などに刑法一七五条の適用範囲が限定されてきた。それは、判例が瞬時に消え去る映像や一時的な映像について「図画」ではないとしてきたことに現れている⁸⁾。ただ、判例でフィルムやビデオテープ、録音テープなどがわいせつ図画(物)とされたことによつて、物の外觀のわいせつ性は要求されず、わいせつ性が比較的単純な何らかの操作によつて顕現するものであればよいとされてきた。また、わいせつなフィルムの上映がわいせつ図画の陳列とされたことによつて、わいせつ物(フィルム)それ自体は見られる必要もない⁹⁾。したがって、ハードディスクやパソコンなどを「わいせつ物」と解した場合の不自然さは、ある意味では法的にはクリアされている問題であるとはいえよう¹⁰⁾。しかし、物の形状が問題とはならなについてまでやむを得ないとするわけにもいかないだろう。なぜなら、紙や写真、フィルム、ビデオといったわいせつのメディアがインターネットというメディアへと変化した現在、情報伝達が物の移動という物理的制約から解放されたからである。インターネットでは、HTMLのリンク機能によつて各サーバーに置かれている情報が分散・共有される。現行の刑法一七五条を前提とする限り、インターネット上に点在するわいせつ情報の置かれている各サーバーや、場合によってはイントラネットにおいて接続されている組織内のコンピュータ機器類が、「わいせつ物」とされざるをえないだろう¹¹⁾。

三 性風俗・性秩序が実質的には「わいせつ情報」によつて侵害されることから、従来の「物質化されたわいせつ情報」という「物」による縛りを完全に解除する注目すべき見解も一部では主張されている¹²⁾。特に堀内教授は次のように述べられ、わいせつ「情報」が「図画」にあたるとされている。

「一七五条の保護法益に着目すれば、『文書、図画、その他の物』が有体物であることは重要ではない。性秩序、性風俗という法益が侵害されるのは『物』によ

ってではない。これらに含まれるわいせつな内容によってである。このことは、とくにわいせつ物公然陳列罪の場合に妥当する。わいせつ物頒布罪、販売罪の場合とは異なり、公然陳列罪においてはわいせつな内容が社会的に公開されることにより、性秩序、性風俗がはじめて侵害されるのである。「このように、一七五条の客体として実質的に把握されるべきは、情報を『化体している物』ではなく、物に『化体されている情報』である。かつて、わいせつな内容は有体物に化体してしか表象されなかったが、今日ではこれを無形的にも表象しうるのである。そして、このような方法により性秩序、性風俗という法益が侵害されるならば、一七五条の客体を有体物に限定する必要はない。サーバー上に電磁化されて、保存されているわいせつな情報も、一七五条の『図画』に当たるといえる。情報は有体物でないという理由で、一七五条の客体に含まれないと解することは刑事政策的にも妥当でない」¹¹¹⁶

「データが図画である」とする見解は、写真ならばその粒子の並び方を図画とすることに似て、国語的にも通常の用法から逸脱しているおそれがある。堀内説からも、当然のことながら「再生すれば肉眼で画像として確認できるもの」を「図画」とする趣旨であろうと思われるから、従来の判例・通説の考え方も基本的な点では一致しているかもしれない。判例・通説の立場からも、わいせつ情報の媒体自体は見られる必要がないからである。ただ、従来は「わいせつ物」の概念に、画像データが化体した「物」という縛りをかけることによってわいせつ処罰の限界が事実上画されていたわけであるが、その縛りを外すことによつて、処罰範囲が無制約に広がる可能性が出てきたといえるのではないか。わいせつ情報を「図画」と解する場合には、とくに刑法一七四条（公然わいせつ罪）と刑法一七五条の区別が改めて問題となるように思われる。

たとえば、男女のわいせつな行為をテレビカメラを使って撮影し、それをリアルタイムで設置場所の異なる何台かのテレビ受像機に同時に配信したとする。この場合、人の行為は「文書、図画、その他の物」ではないから、（公然性が認められれば）公然わいせつ罪（刑法一七四条）が成立するだろう。しかし、実際にブラウン管を通して見られているものは、電気信号たる「わいせつ情報」である。わいせつ情報そのものが刑法一七五条の「図画」であると解するならば、この場合は刑法一七五条が成立することとなり、「人の行為」は刑法一七五条の客体には含まれないと解してきた従来の判例・通説の考え方から大きく外れることになる¹¹¹⁷。

刑法一七四条と刑法一七五条が根本的な矛盾を含んでいることは、すでに指摘されている。たとえば、男女が公衆の面前でわいせつな行為を行った場合には公然わいせつ罪が成立し、法定刑は最高六月の懲役刑である。ところが、同

じ行為をビデオに撮影したものを公然と流せば、わいせつ図画公然陳列罪となり、法定刑は最高二年の懲役刑となる。ビデオの映像ではなく、実際のわいせつ行為の方が人の性的羞恥心・嫌悪感等をより強烈かつ直截に刺激し、性風俗をより強く侵害するはずであるが、逆に法定刑は軽い。立法の時点では、直接わいせつ行為を見ることのできる範囲に比べ、物に化体したわいせつ情報を伝播する方がはるかにそれに接する範囲が広いということもあつたのであろう。公然わいせつ罪がもともと比較的限定された空間でのわいせつな行為を想定していたためであるが、メディアの発達した現代では、実際のわいせつ行為をリアルタイムで極めて広い範囲に伝達することができる。しかし、メディアの発達によって生じたこのような矛盾は立法によって解決すべき根本的な問題であり^{一五}、わいせつ情報それ自体を刑法一七五条の客体に含ませるといふ解釈的手段によって解決することは、解釈論の域を越えることになるだろう^{一六}。立法者は、わいせつ情報の化体した「物」の授受を禁じることによって性風俗、性秩序の維持を図ろうとしたことは、刑法一七五条後段の販売目的所持罪の文言「これらの物」からも明らかだからである^{一七}。

四 塩見淳「猥褻物と猥褻情報」判例タイムズ八七四号五八頁以下で明快な分析がなされている。なお、白木豊「陳列の意義」『刑法判例百選 各論』第四版』（一九九七年）一八八頁以下参照。

五 塩見・前掲五八頁以下、前田・前掲八二頁以下等。

六 堀内・前掲五頁も、「サーバーがわいせつな図画であると解することは不合理である」とされている。

七 インターネット上のサイバーポルノが問題となつた最初のケースである「ベッコアメ事件」（東京地判平成八年四月二二日判時一五九七号一五一頁、判タ九二九号二六六頁）でも、微妙な表現ではあるが、「わいせつ情報」そのものが正面から「図画」であると認定されたわけではない。本判決では、罪となるべき事実として次のような事実が認定されている。「被告人は、インターネット接続専門会社である株式会社Bインターネットの会員であるが、インターネットの不特定多数の利用者にわいせつな画像を送信し、再生閲覧させてわいせつ図画を公然陳列しようとして、平成八年一月二八日から同月三一日ころまでの間、住所略の右会社東京営業所に設置された同会社の所有・管理するサーバーコンピュータのサン・マイクロシステムズ製ディスクアレイ内に男女の性器・性交場面等を露骨に撮影したわいせつ画像のデータ合計六七画像分を記憶・蔵置させて、一般の電話回線を使用し、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わいせつ画像が再生閲覧可能な状況を設定し、もって、わいせつな図画を公然と陳列したものである」。

また、BBSが問題となつた事案としては、以下のようなものがある（いずれも公刊物未登載）。

横浜地裁（川崎支部）平成七年七月一四日調書判決（確定）

「被告人は、NTT電話回線を利用して有限会社***名義でいわゆるパソコンネットであるPSTATIONを開設・運営していたものであるが、右パソコンネットの不

特定多数の顧客に猥せつな画像を送信し、再生閲覧させて猥せつ物を公然陳列しようとして、平成六年五月ころから同七年三月二十九日までの間、右P STATIONの設置場所である埼玉県 住所略 被告人方において、男女の性器、性交場面等を露骨に撮影した猥せつ画像のデータ合計二五九画像分を右P STATIONのハードディスク内に記憶させると共に、右画像データをパソコンのホスト用ソフトウェアの管理機能に組み込み、いわゆるダイヤルQ2あるいは一般の電話回線を使用し、パソコン通信の設備を有する不特定多数の顧客に右猥せつ画像が閲覧可能な状況を設定し、右猥せつ画像の情報にアクセスしてきた***ら不特定多数の者に右データを送信して再生閲覧させ、もって、猥せつ物を公然陳列したものである。」

京都簡裁平成七年一月二一日略式命令(確定)

「被告人は、NTT電話回線を利用していわゆるパソコンネットである『MEDIA大阪』を開設・運営しているものであるが、右パソコンネットの不特定多数の顧客にわいせつな画像を送信し、再生閲覧させてわいせつ物を公然陳列しようとして、平成六年一月五日ころから同七年一月三〇日までの間、右『MEDIA大阪』の開設場所である 住所略 の自宅において、男女の性器、性交場面等を露骨に撮影したわいせつ画像のデータ合計一、六九三画像分を順次、右『MEDIA大阪』のハードディスク内に記憶させて、パソコン通信の設備を有する不特定多数の顧客に右わいせつ画像が閲覧可能な状況を設定し、右わいせつ画像の情報にアクセスしてきた***ら不特定多数の者に右データを送信して再生閲覧させ、もって、わいせつ物を公然陳列したものである。」

札幌地判平成八年六月二七日(確定)

「(罪となるべき事実)

被告人は、NTT電話回線を利用したパソコン通信ネット『モンキータワー』を開設運営しているものであるが、右パソコン通信ネット上でわいせつな図画を公然と陳列しようとして、平成七年六月ころから平成八年四月二二日午前九時二〇分ころまでの間、住所略 の自宅において、男女の性器や性交場面等を露骨に撮影したわいせつ画像のデータ合計二二五六画像分を、順次、右自宅に設置した右パソコン通信ネットのハードディスク内のハードディスク内に記憶させて、ハードディスクの管理機能上、電話回線を経由してホストコンピュータにアクセスして不特定多数の会員が右わいせつ画像データを受信し復元閲覧することが可能な状態を設定し、わいせつ画像データにアクセスしてきた***ら不特定多数の者に右わいせつ画像データを送信して復元閲覧させ、もって、わいせつな図画を公然と陳列したものである。

(弁護人の主張に対する判断)

一 被告人が判示パソコン通信ネットのハードディスクに判示わいせつ画像データを記憶させ、会員がアクセスすればこれを画像として見ることできる状態にしていた事実は、証拠上明らかであり、被告人・弁護人もこれを認めて争わない。

二 しかし、弁護人は、被告人の判示所為は刑法一七五条前段のわいせつ図画公然陳列罪を構成しないと主張する。その主張の骨子は、『本件パソコン通信ネットの各会員は、それぞれが時と場所を異にしながら、個別に、各自のパソコンを操作して、電話回線を通じてホストコンピュータから画像を取り出し、それぞれのパソコンに写った画像を密かに見て楽しんでいたものであり、しかも、本件パソコン通信ネットでは、わいせつ画像にアクセスできた会員は僅か二八名で、これらはパソコンに関する情報等を交換するなどの同好会的な意識を共有する集団であった。したがって、被告人の本件行為は、わ

いせつ図画公然陳列罪にいう『公然陳列』の要件を欠くものである。そして、そもそも、わいせつ図画公然陳列罪は、本件のようなコンピュータを使用した画像提供を処罰することを予定しておらず、本件行為にわいせつ図画公然陳列罪を適用することは、罪刑法定主義に反するものである。』というのである。

三と三で、わいせつ図画公然陳列罪にいう『公然陳列』とは、わいせつ図画を不特定多数の者の閲覧に供し得る状態におくことをいうものと解すべきであるところ、わいせつ画像をいったんコンピュータのハードディスク内に磁気データの形で記録した場合であっても、そのデータをコンピュータ処理すれば画像の形に復元し得るものである以上、そのデータに不特定又は多数の者がアクセスしてデータを受信できる状態にすれば、その行為はわいせつ図画の公然陳列に該当するものと解すべきである。なお、この場合、画像データを受信して画像に復元し閲覧する行為それ自体はアクセスする会員がそれぞれ個別に時と場所を異にして行なうこととなるが、そのような形態の閲覧であっても、それぞれの会員がアクセスする先のホストコンピュータが同一のものであり、他方、ホストコンピュータの側では電話回線が塞がっているとかコンピュータの点検整備等のため電話回線を切断しているとかの事情がない限りそのようなアクセスを受け入れてデータを送信しているものである以上、それは、会員がそれぞれ逐次ホストコンピュータのところまでやってきてわいせつ画像を閲覧しているのと実質的に異なるところはない。そして、陳列というためには、それを閲覧する複数の者が同時にこれを閲覧することは必要ではなく、時を異にして複数の者が順次ないし逐次これを閲覧する場合も陳列に当たるものと解すべきである。したがって、前記のようなデータをホストコンピュータのハードディスク内に記録しアクセスが可能な状態におく行為はこれを陳列というを妨げず、アクセス可能な者が不特定又は多数であれば、そのような行為は公然陳列に該当するとの評価を免れない。

そして、被告人が運営していたパソコン通信ネット『モンキータワー』においては、わいせつ画像データの登録されたフォルダにアクセスできる者は、有料会員に限られていたとはいうものの、その会員になるためには被告人と特別の関係を有することは必要ではなく、被告人の指定する銀行口座に会費を振り込めばそれだけで第一段階の有料会員となる資格を与えられ、さらに有料会員たることを三か月継続すればさらに上位の有料会員となることができる(それも、有料会員となる際に三か月分の会費を前納すれば、直ちに上位の会員となることができることとされていた。こととされていたのであって、現に、被告人とはそれ以前に何の関係もなく、面識すらない者であっても、商用パソコン通信ネットに掲載された『モンキータワー』や『メディアサーブ』(『モンキータワー』の前身)の広告を見てネットにアクセスし、ネット上に掲載された、わいせつ画像が登録されていることを暗示するネット内容紹介を見て本件ネットに関心を持ち、同様にネット上に掲示された、有料会員となるための手続きの告知に従って会費を納入して有料会員となった者も多くいることが認められるのである。しかも、その会員数は、検挙時において、第一段階の『サードモンキー』が七名、上位の『チーフモンキー』が二八名の計三五名に達するのである(なお、弁護人の所論の二八名というのは『チーフモンキー』のみの数であるところ、より下位の『サードモンキー』であっても、判示わいせつ画像の一部にはアクセスが可能となっていたことが認められる。)。このような内実及び員数の会員集団は不特定かつ多数の者というを妨げないことは明らかであって、これらの者に対してわいせつ画像を閲覧に供した被告人の行為は、わいせつ図画公然陳列罪にいう『公然陳列』に該当すると言うべきである。なお、本件パソコン通信ネットでは、同時にホストコンピュータにアクセスできる者の数は、被告人方の電話回線数の都合上、二名に限られていたものと認められるが、電話回線が塞がっていない限りいつでも誰でもアクセスできるものである以上、この点も前記のとおり被告人の行為を公然陳列と評

価することの妨げとなるものではない。また、前記の『チーフモンキー』のうちの八名は被告人の仕事仲間等であり、会費を徴収してはいいないことが認められるが、このような会員が一部に存在する事実もまた、被告人の行為を公然陳列と評価することの妨げとなるものではない。

弁護人は、本件のような事実刑法一七五条前段を適用することは罪刑法定主義に反するものである旨主張するが、前記のように解することは、刑法一七五条前段について従前とは異なる新たな解釈を採るものではなく、判例や通説が示してきた解釈とその軌を一にするものであつて、もとより、同条の解釈として許容される範囲を超えるものではない（なお、弁護人が引用する二件の高等裁判所判例《広島高等裁判所昭和二五年七月二四日判決・高等裁判所判決特報一〇号九七頁等》は、特定かつ少数の者に他から隔絶された場所で行つた映画を観覧させた事実に関するものであり、観覧者の数や特定性において本件とは事実を異にするものであつて、当裁判所の前記解釈運用は右高等裁判所判例に抵触するものではない。）。法の解釈においては、立法当時とは異なる社会情勢が出現した場合に法解釈が変遷することがあり得るが、刑法一七五条前段を前記のように解釈して被告人の本件行為にこれを適用することは、同条に関する従来からの解釈上まさに必然であつて、たまたま立法当時には存在しなかつた機器類を使用した行為が同条の予定する行為としての定型性を備えていたために同条によって処罰されるに過ぎないのであり、これは法解釈の変遷でならない。被告人の行為に刑法一七五条前段を適用することが罪刑法定主義に反するものであるとの主張は理由がない。

三そこで、判示のとおり被告人の所為はわいせつ図画公然陳列罪を構成するものと認められた。

なお、わいせつ図画公然陳列罪は、わいせつ図画を不特定又は多数の者が閲覧し得る状況におけばそれだけで成立するものであり、その意味においては、被告人がわいせつ画像データをパソコン通信ネットのホストコンピュータのハードディスクに記憶させた時点で既に本件わいせつ図画公然陳列罪は成立していることになるが、単にわいせつ図画を不特定多数の者が閲覧し得る状況においたにとどまらず現実に不特定多数の者に閲覧させた場合にも当然わいせつ図画公然陳列罪は成立し、後者の方が犯情はより悪質ともいふべきところ、本件はまさに後者の事実であるから、判示のとおり、現実に不特定多数の者に閲覧させた事実を『罪となる事実』として摘示した次第である。

（量刑にあつて特に考慮した事情）

一 本件わいせつ図画は、わいせつ性の極めて高いものを数多く含んでいる。

相応の知識と設備を有するものであれば、いつでもどこからでもわいせつ画像にアクセスでき、しかも、そのデータを記憶媒体にそのまま記憶させることもできるのであつて、被告人の本件所為は、わいせつ画像を大量に複製頒布するのと同様の高度の違法性を有する。

本件は、伝播性・模倣性が高い犯行と認められる。

被告人は、本件を営利目的で行い、現実に相当額の会費収入を得ている。

二 わいせつ画像は、会員がホストコンピュータにアップロードしたものも数多く含まれ（もとよりそれを他の会員が閲覧できるよう『承認』操作をした被告人に刑責は重い）、そのすべてを犯人自身が積極的に他から入手して閲覧させたような事案に比べれば、いくぶんかは犯情において軽いものがある。（以下略）

八 たとえば、大判大一九五五年六月一九日刑集五卷二六七頁は、「活動写真八一定ノ物体ヲ光線ノ作用ニ依リテ之ヲ他ニ映写セシメタル幻影ニシテ物体ニ非ス」とした弁護側の主張に対して、原判決は「映写ニ因リ顕レタル幻影ヲ以テ同条ニ所謂図画其ノ他ノ物ニ該当ストセルモノニ非」ずとしている。

九 前田・前掲八一頁。判例の立場からは、「わいせつ情報（画像データ）自体が陳列の客体であるが、その情報は『物に体化した』ものでなければならぬと解されていることを意味する」（山口・前掲七四頁）。

一〇 山口教授が指摘されるように、わいせつフィルム自体をわいせつ図画とした判例（大判大正一五年六月一九日刑集五卷二六七頁）によって、すでにこのハードルは越えられてしまっている（山口・前掲七八頁注（八））。

一一 「大容量のハードディスクにわずか数十キロバイトのわいせつ画像データが記録されていれば、ハードディスク全体がわいせつ図画（物）となるのは問題である」との私見（前掲「サイバーポルノと刑法」六頁）に対して、前田教授は、長い堀にわいせつ画像が描かれている場合と同じである（前田・前掲八一頁）といわれる。この場合、確かに堀全体がわいせつ画像とされるのではなく、そのわいせつな画像が画かれた個所がわいせつ図画とされるであろう。しかし、この比喻をハードディスク内の画像データに及ぼすことは不適切と思われる。なぜなら、サイバーポルノは、データのレベルではすべてデジタル化された電磁的記録にすぎず、それを物質化された情報である絵画と比較することはできないからである。ハードディスクに記録されているわいせつ画像データならば、堀の比喻でいえば、具体的に「ハードディスクのこのセクタに記録されているデータ」というようにディスク上の物理アドレスを特定しなければならぬ。しかし、物理的な記録場所が原則として相対的であるにすぎない電磁的記録について、そのような特定を行うことは無意味だからである。

一二 たとえば、次のような主張がみられる。渡部惇「ダビングテープのみを販売する目的でマスターテープを所持した場合において、わいせつ図画販売目的所持罪が成立するとされた事例」法律のひろば四五巻一〇号（一九九二年）六五頁以下は、「『わいせつ情報』という電磁的記録とこれを固定するメディアとの一体性を論議する意味が社会的にもまったくなくなっている以上、この事実を素直に受け入れ、電磁的記録に係るわいせつ物については、当該電磁的記録を固定するメディアを離れ、『わいせつの情報』そのものの販売等が成立するかどうか真剣に検討する必要があるのではないだろうか」と述べている。また、野口元朗「ダビングテープのみを販売する目的でマスターテープを所持した場合のわいせつ図画販売目的所持罪の成否（積極）」研修五八号（一九九六年）三二頁では、次のような主張が見られる。「本条の立法趣旨が、健全な性秩序等の保護という点にあることからすれば、財物が有体物に限られるのと異なり、本条のわいせつ図画等の場合にはこれを有体物に限る必要性はなく、例えば、インターネット上に表示されたわいせつ画像等、管理可能な無体情報も含めしめるのが素直であり、むしろ社会的実体にも合致すると思われる。そのような場合に、ハードディスクやフロッピーディスクという有体物の内容を陳列したものであるということももちろん可能ではあるが、ハードディスクやフロッピーディスクそのものがわいせつなのではなく、その内容たる情報がわいせつなのであるから、直截に情報そのものを対象としてとらえるのが理論的である」と、堀内・前掲五頁。

一三 新庄一郎「大コンメンタール刑法第七卷」（一九九一年）五三三頁参照。

一四 東京高判昭和二十七年二月一八日刑集五卷一〇二頁三三四頁は、ストリップショーが春画や映画に比べて法定刑が軽くなる理由が不明であるから、演技自体を刑法一七五条の「物」に含ませるべきだと検察側の主張に対して、刑法一七四条と一七五条の法定刑の相違は立法政策の問題であると判示している。

一五 前田説では、この点かなり微妙な表現となっているが、最終的には「情報」そのものは刑法一七五条の規制対象とはならないとの立場がとられている。前田教授は次のように述べられている。「インターネットでわいせつ画像を販売する行為を、『販売罪』で把握する場合には、わいせつな内容に関する『デジタルデータ』そのものをわいせつ物と

考えた方がわかりやすい。わいせつ画像データを蔵置した『ハードディスク』を販売するとはいいにくいからである。そして、わいせつ画像や音声のデジタルデータそのものを『わいせつ物』と解することも、不可能ではない。わいせつデータそのものの販売行為の当罰性が高まり、しかも、立法的手当ができない場合には、一七五条の『物』概念に情報を含ましめざるを得ない事態が考えられよう。ただ、現在『物』とは基本的には有体物と解されており、わいせつデータそのものを『物』に含めない解釈が選択されるべきであろう。従来の解釈との連続性も考えれば、わいせつ『物』は、なんらかの有体物に蔵置された状態で把握することが望ましいのである（前田・前掲八二頁）。なお、浦田啓一「インターネットを利用したわいせつ画像の提供につき、わいせつ凶画公然陳列罪の成立を認めた事例」警察公論五一巻一―号（一九九六年）一一九頁も、「電磁的映像情報そのものは無体物であり、これを本条の対象である『凶画』ないし『物』ととらえることは解釈上困難が伴う」とされ、また、白木・前掲一八九頁も、「有線・無線の通信・放送を通じたわいせつデータの授受の問題は、かりに規制が必要としても、『物』を対象とする現行刑法の解釈論で対応しうるものではなく、立法的措置が必要なのである」と述べられている。

^{一七} なお、刑法一八五条の賭博罪における「物」には財産上の利益が含まれることから、刑法一七五条の「その他の物」にもわいせつ情報を含ませて解釈することは可能ではないかとの主張がある（渡部・前掲六五頁）が、刑法一七五条では所持罪が規定されているので事情は異なる。さらに、「凶画」という文言は、刑法一五五条、一五六条、一五八条、一五九条、一六一条においても使用されている。これらでは、電磁的記録不正作出罪との関係上、そこの「凶画」に電磁的記録を含まないことは明らかであるが、これらが追加されたことによって刑法一七五条の「凶画」にも電磁的記録は含まれないと解すべきではないか。

三 「陳列」行為についての問題点

一 フィルムを映画館などで映写することが「陳列」の一手段とされていることから、同じものを遠隔地にテレビ電波を通じて放映することもなお「陳列」といいうるだろう。山口教授が言われるように^{一八}、実際に内容が見られる場所はいわゆる物の設置場所と一致する必然性はないし、陳列という行為は空間的な広がりをもっているからである。しかし、通信技術が発展したことによって、従来の「陳列」という概念ではとらえきれない現象が生じてきている^{一九}。

二 堀内教授は、次のように言われる^{二〇}。「わいせつ物公然陳列罪はこれを観覧、閲覧させた場合に成立する。この点で、一七五条は一種の結果犯である。わいせつ物公然陳列罪は、映写のためにフィルムやテープをセットしたり、ファックスで送信するために写真をセットしただけでは、あるいは送信した内容が相手の電話のメモリー上に保存されているだけで、いまだ再生されていない場合には成立しないのである。フィルムやビデオテープが映写されることによ

り、あるいは送信内容が具体的にファックス用紙に転写された場合にはじめて陳列行為に当たる。『観覧できる状態に置く』とは、わいせつな画像を見ようとすれば、見れる状態にあることをいうのである。^{二二}「今日のコンピュータ通信の技術的水準においては通信エラーの起こる頻度を無視できるほどまでには至っていない。画像や文書をダウンロードしようとした場合、それが確実に自己のコンピュータに到達するとはかぎらないし、また、その内容が必ずしも正確に送信されてくるともかぎらない。この点を考慮すれば、設定行為が直ちに法益に対する侵害を意味するとはいえない。むしろ、性秩序あるいは性風俗という法益が侵害されるのは、サーバー上に蓄積、蔵置された画像データが利用者の画面上で再生されたときである。したがって、離隔的な構成に従えば、行為者の現実的な行為はサーバー上にわいせつな画像データを送信、蓄積、蔵置して、閲覧が可能なように設定する行為であるとしても、その行為が陳列行為として刑法上意味を有するのはわいせつな画像が画面上に再生され、閲覧に供された時点である」。

この見解については、いくつかの疑問点がある。公然陳列罪が従来から抽象的危険犯として把握されてきた^{二三}ことと若干理解が異なる点はともかくとして、堀内説では、前述の通り「わいせつ情報」そのものが「図画」であるとするのであるから、ファックス送信の場合も直接「図画の頒布・販売」があったと解する方が論理一環しているのではないか。たしかに、わいせつな映画の上映はわいせつ図画の陳列であり、ポルノビデオの映像をいくつかの個室に置かれているテレビに流せば、わいせつ図画の公然陳列罪が成立するだろう。しかし、インターネットの場合は有体物の移動を伴わずにわいせつ情報だけが伝達される。わいせつ情報そのものを「図画」と解する堀内説からいえば、サーバーポルノの場合にはわいせつ図画の頒布・販売とすべきと思われる^{二四}。「頒布・販売」と「陳列」は、ともに同一の構成要件で規定されている行為であるが、刑法一七五条後段は、販売目的でのわいせつ物等の所持のみを処罰しているのであるから、当該行為が販売とされるか否かの区別は重要である。堀内説においても、「頒布・販売」の客体としては、やはり有体物としての「わいせつ図画」に対するこだわりがあるように思われる。そうすると、あえて「わいせつ情報」を「図画」と解する理由もないように思われる^{二五}。

三 山口教授は、インターネットにおいてはサーバーのデータがユーザーのディスクに伝達され、それがディスプレイに表示されるのであるが、その「過程が自動化されて直接的である以上、ハードディスク上の情報についても『認識可能』として公然陳列に当たるとしてよいと思われる」^{二六}とされる。しかし、過程が「自動化」されているからといって、なぜ「頒布・販売」の行為形態が

「陳列」とされるのかは依然として不明である。山口教授は、「再生閲覧」をも「陳列」に含ませる^{一五}が、それは過剰な要件だと思われる（後述）。また、山口説からは、ファクシミリでのわいせつ画像の伝達も自動化されているので「陳列」とされることになろうが、それは陳列概念の不当な拡張ではないかとの疑問を払拭することはできない。さらに、バケツリレー方式で順次メッセージが配信される、ニュースグループを通じてわいせつ画像データが発信された場合には、どのように考えればよいのであろうか。

なお、山中教授は、「インターネットで有償でわいせつ画像を不特定・多数の人に『販売』する場合、不特定多数の者に観覧可能な形で行われるので、むしろ、公然陳列罪が適用できる。したがって、『物』の販売という構成は不要であるとも思われる。」^{一六}とされる。しかし、匿名FTP（anonymous FTP）やBSなどを利用してわいせつ画像データが配信される場合には、当該画像データは画像としての内容を肉眼で確認した上でダウンロードされるわけではなく、JPEGやGIFファイルのままダウンロードされる。拡張子から一応それが画像データであるということは推測できるが、画像データがデータの形のままダウンロードされうる状態を「画像を陳列」したといえるのかは疑問である。^{一七}

^{一八} 山口・前掲七六頁参照。

^{一九} 臼木・前掲一八九頁は、『わいせつ物を陳列した』といえるためには『物自体』とその『わいせつ内容』の双方が、相手方に『直接』に認識可能になる状態を作出することが必要である。この意味で、わいせつテープ等の『放送』も陳列ではないとする。たしかに、物の「内容伝達」と「陳列」とは区別すべきである（臼木）が、わいせつフィルムの上映やポルノビデオの放映までも「陳列」とはならないとまでは言えないように思われる。

^{二〇} 堀内・前掲六頁以下。

^{二一} 山中・前掲八頁、浦田・前掲二四頁等参照。

^{二二} したがって、堀内説からは、ニュースグループにわいせつ画像データを流す行為にもわいせつ図画頒布罪が成立することになるだろうが、BSの場合には、メッセージがホストコンピュータに書かれるために、この場合はわいせつ図画公然陳列罪とされることとなるだろう。

^{二三} わいせつ図画のファックス送信について、次のような見解がある。「電話ファクシミリ等を利用してわいせつ図画等を送信する形態が考えられようが、受信者において図画等をプリントアウトする場合は、料金徴収の有無により、プリントアウトされたわいせつ図画等の頒布又は販売罪が成立し、ディスプレイにわいせつ図画等を表示させる方法によるときは、送信に供したわいせつ物の陳列罪が成立することとなる。いわゆるパソコン通信の場合も電話回線を使用する点で電話ファクシミリと同様に解されることとなる」（新庄・大コンメンタール五一頁以下）。

最近では、パソコンからダイレクトにファックスの送受信が可能であり、プリントアウトはあまり意味がないが、プリントアウトしたか否かという受信者側の行為によって、送信者の罪名が頒布・販売罪が陳列罪かが決まるといふのは妥当でないから、右の趣旨

は、行為者がプリントアウトしなければ画像を見ることができないようなシステムを利用したのかどうかという点にあるものと思われる。ただ、そう解したとしても、かりに行為者が、受信者から会費等を徴収しようと考えて、わいせつ画像データをディスク内に保有していた場合、右のようなシステムを利用しようと考えていた場合は、販売目的所持罪が成立し、相手のディスプレイに表示させるつもりであった場合には、陳列目的であるから所持罪は成立しないことになる。このような解釈は、実態に合わないように思われる。

^{二四} 山口・前掲七五頁。

^{二五} 山口教授が引用された札幌地判平成八年六月二十七日（前掲注（七）も、「わいせつ画像公然陳列罪にいう『公然陳列』とは、わいせつ図画を不特定多数の者の閲覧に供し得る状態におくことをいうものと解すべきであるところ、わいせつ画像をいったんコンピュータのハードディスク内に磁気データの形で記録した場合であっても、そのデータをコンピュータ処理すれば画像の形に復元し得るものである以上、そのデータに不特定又は多数の者がアクセスしてデータを受信できる状態にすれば、その行為はわいせつ図画の公然陳列に該当するものと解すべきである」とし、「わいせつな」データを受信可能な状態に置くことを陳列行為と理解している。しかし、同判決にいう「そのデータをコンピュータ処理すれば画像の形に復元し得るものである以上」という個所は、陳列行為について述べたものではなく、当該画像データについてのわいせつ性の具体的な顕現について判示した部分と解される。

^{二六} 山中・前掲七頁。

^{二七} ただし、山中教授は、「録音再生機」を公然陳列したと判示したダイヤルQ2判決（大阪地判平成三年一月二日判時一四一一号二二八頁）を「われわれの日常感覚にはなじまないといわざるをえない」とし、「これによると、インターネット上で、わいせつ画像をプロバイダのコンピュータ・システム内にアップロードし、それにアクセスさせる行為は、さしずめプロバイダのわいせつなサーバーを公然陳列したことになる」（山中・前掲七頁以下）とされている。しかし、文脈から判断すると、山中説もサイバーポルノについて公然陳列罪を適用することには批判的であると思われる。

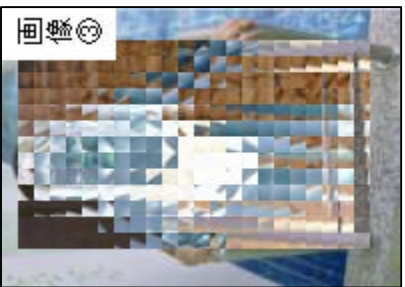
四 マスク処理された画像についての問題点


一 インターネット上に性器等が露出した無修正のわいせつ画像を置いた場合、それが刑法一七五条の客体とされるか否かは別として、その画像のわいせつ性については疑いのないところである。しかし、現在、性器部分等にマスク処理を施して修正されたポルノビデオや写真等が一般に流通・市販されている現状から、インターネット上でもマスク処理を施した画像が置かれるようになって^{二八}いる。ところが、サイバーポルノの場合にはソフト的に画像が修正されていることから、そのマスクが復元可能な場合があり、ビデオ画像の場合と同列に論じられない問題が生じている。^{二九}




二 「マスク処理ソフト」や「モザイク処理ソフト」などと一般に呼ばれる



が、正確には「画像処理ソフト」という。現在、二〇ほどの画像処理ソフトがインターネットやパソコン通信などで入手可能であるが、「FLMASK（フ・エル・マスク）」や「GMASK（ジ・マスク）」と呼ばれるソフトが汎用性や操作性の点で最も一般的である。



FLMASK が採用している方式では、画像の修正部分の階調をネガポジ反転させ、モザイクをかけた各ブロックを一定の規則で入れ替えるということが行われる。モザイクのブロック移動が渦巻き状の規則的な模様となって現れるのが特徴である。この場合は、元の画像の輪郭も判別できなくなる（画像、）。

たとえば「Q0（キュー・ゼロ）マスク」と呼ばれるものでは、修正部分が同じくネガポジ反転されてモザイクに分割されるが、各ブロックの位置はそのまま鏡像反転したものとなっている。この場合は、元の画像の輪郭がぼんやりと判別できることが特徴である（画像、）。これらのソフトは、本来モザイク処理を行うことを目的としたソフトであるが、その操作結果によってはマスクを復元できることから、大きな問題となった。ただし、モザイクにも復元可能なものとそうでないものがあり、オリジナルのデータレベルで処理されたものについては、それを復元することは不可能である（写真に貼ったシールは剥がせるが、シールを貼った写真を写したものではありません（当然のことながら剥がせない）。あくまでも画像処理ソフトで処理された画像、つまり可逆情報（オリジナル情報）が変形されたもの）が書き込まれている画像のモザイクが復元可能であるにすぎない。また、画像処理ソフトで処理したものであっても、（マスク枠のグリッド幅や処理される範囲のブロックの大きさなどの）画像処理ソフトのオプション設定をユーザー側で変更している場合には、それを復元することは（順列組合せが膨大な数になるため）不可能に近い。前述の二つのソフトにおける特徴は、画像階調をネガポジ反転させていることで、通常はモザイク部分が青白く表示されることが特徴である。インターネットの画像にこの青白いマスク

処理がなされている場合には、何らの表示がなくともこれらのソフトを使用して画像処理がなされたということが分かる。

画像 をFLMASKを使ってマスク処理したものが、画像 と である。画像 は、QOマスクで処理されている。モザイク処理されたわいせつ画像であっても、その処理の範囲が狭ければわいせつ図画と判断される場合のあることは当然である^{三三}。画像 についても、「水着姿の女性が表示されている」といえるであろう。問題となるのは、画像 や画像 (場合によっては画像)のような形でホームページに掲載した場合である。この画像を見ても、それ自体何が表示されているのかは全く不明である。はたしてこの場合に、「水着姿の女性が表示されている」といえるのであろうか。検討すべき点は二点ある。第一に、画像 あるいは画像 のような形で処理されたわいせつ画像は「わいせつ図画」なのか(潜在的わいせつ性の問題)。第二に、画像 ないし画像 をホームページに掲載することは、わいせつ図画の「陳列」行為なのか(陳列概念の拡張の問題)。

三 前述の判例の流れからいえば、比較的簡単な操作でわいせつ性が顕現するものは「わいせつ図画(物)」とされている^{三四}。画像処理されたわいせつ画像もFLMASKなどの画像処理ソフトを使用すれば、モザイクを復元することができる。ここでは、その操作が容易かどうかの問題となる^{三五}。

たとえばFLMASKの場合、それがインターネットのホームページやパソコン通信のデータライブラリーにアップロードされているため、使用にはまずそれをダウンロードすることから始めなければならない。しかも、それは「圧縮」されているから、ダウンロードしたものをさらに別のソフト(LHAやPKUNZIPなどのアーカイバ)を使って「解凍」しなければならない。そして、それをWINDOWSに組み込むではじめて使用可能な状態となる^{三六}。

インターネットのわいせつ画像のモザイクを復元するためには、まず自らのハードディスクにそのような画像データをダウンロードしておかなければならない。インターネットに接続したまま画像のモザイクを復元することは、通常はできない^{三七}。FLMASKを立ち上げ、そこにあらかじめダウンロードした画像データを読み込ませる。ところが、FLMASK自体にはどこにもモザイクの復元方法などといったものは書かれていない^{三八}。ユーザーは試行錯誤を繰り返すこととなる。最近では、その操作を解説した書物や雑誌記事も見られるようになっていて、画像処理されたわいせつ画像を復元しようと思えば、右のような一連の操作を行う必要がある。「簡単な操作でわいせつ性が顕現する」という場合に、どのようなレベルを想定するかは一つの問題であるが、一般人を対象とする限り、右のような一連の操作は必ずしも簡単であるとは言えないように思

われる。ビデオデッキにわいせつなビデオテープを入れて「再生」のボタンを押すだけ、というわけにはいかないのである。かなり高度なテクニクが必要だといえよう^{三九}。

四 画像 ないし画像 は、それをダウンロードし、FILMASK にかけることによって、画像 の形に復元することができる。かりにこのような形でマスク処理がなされているわいせつ画像をホームページにアップロードした場合、わいせつ図画の「陳列」行為があったといっているのであるうか。アップロードされた時点では、なんらわいせつ性は顕現していないからである

わいせつな写真の修整部分が容易に復元可能であるような場合、それを頒布ないし販売すれば、刑法一七五条が成立することは疑いない。頒布・販売の場合、それを受け取った者においてわいせつ性が顕現し、現実のものとなるからである。しかし、修正部分が容易に復元可能であるからといって、修正されたままでその写真を展示した場合にそれが「陳列」とされるかは問題である。

前田教授は、マスク処理された画像のわいせつ性については、「わいせつ画像にマスクやモザイクをかけても、それを除去するソフトや装置が容易に入手可能であったり、画像データと一緒に販売するような場合には、わいせつ性は認められる」とされるが、マスク処理されたままでの掲示がなぜ「陳列」とされるのかは明確ではないように思われる^{三八}。この点について山口教授は、次のように述べられる。『陳列』の内容として（既遂成立には不要であるが）『再生閲覧』

まで含まれると解し、この段階でソフトを用いてマスクを外してわいせつ性を顕現化させるのであれば、なお『陳列』の段階でわいせつ性の顕現化を認めることができ、したがって（ソフトが出回っている、あるいはソフトをダウンロードしうるサイトにリンクを張る等により）そうした閲覧態様を予定している場合には、この可能性を設定した段階で『公然陳列』を肯定しうるからである^{三九}。

このような考え方によると、（修正部分が一般に入手可能な薬品等によって容易に復元可能である）わいせつな写真を、頒布・販売を予定せず、もっぱら展示のみを行った場合には、おそらく公然陳列罪は否定されるであろう。しかし、頒布を予定して、（たとえばサンプルとして）同じ写真を展示したような場合は、山口説からは公然陳列罪が成立することになるだろう^{四〇}。展示段階で再

生閲覧の可能性が認められるからである。しかし、これでは、結果的には条文に存在しない「頒布目的所持」あるいは「陳列目的所持」を処罰することになる。山口教授にとつても、わいせつ性について（不特定または多数の者にとつて）認識可能な状態を設定することが公然陳列罪成立の必要かつ十分な条件である^{四一}。「可能な状況の設定」における「可能性」とは、「可能性」とは「潜在的」ということと同義だから（その対象物自体にはいまだ現実にわいせつ性

が顕現していないということの意味する。しかし、「頒布を予定した」という主観的事情によって、展示したその時点において、当該写真になぜ「わいせつ性が顕現した」といえるのか疑問である^{四二}。このことは次のような事例を考えればさらに明確になるだろう。

たとえば、ポルノ女優に似せたきわめてリアルな実物大の人形が作られたとする。これを頒布・販売すればわいせつ物頒布・販売罪が成立することは疑いないだろう。また、その人形を裸のまま一般の目に触れるところに展示した場合も、わいせつ物公然陳列罪が成立するだろう。しかし、その人形に服を着せて展示した場合はどうだろうか。人形自体のわいせつ性については、それは客体の客観的性質であるから服を着せても変わりがない。だからこそ、服を着せた状態で頒布・販売しても、わいせつ物頒布・販売罪の成立を否定することはできない。しかし、公然陳列罪では事情が異なる。服を着せた状態で展示した場合には、性風俗・性秩序は何ら侵害されないからである。この場合には、(その人形はわいせつ物ではあるが)「陳列」行為そのものがなされていないのである。これと同様に、画像 や画像 のような(わいせつ)画像をホームページに掲載した場合には、陳列行為そのものがなされていないのである。ユーザーが一定の操作を行ってモザイクを復元できるということから、この場合に公然陳列罪を認める見解は、実は、サイバーポルノの実態が「データの頒布・販売」であるものを、「陳列」と理解しているのである。前述のように、インターネットでは、ホームページにアクセスするとそのデータがユーザーのパソコンに自動的にダウンロードされる。ブラウザには、そのダウンロードされたデータが表示される。電話回線を切断しても、画像がブラウザに表示されるのはそのためである。つまり、ホームページにアクセスすればわいせつ画像が見えるので、そこにわいせつ画像が「陳列」されているかのように(つまり、サーバーの内容を直接覗いているかのように)思われるのであるが、実態は刑法典が全く予定していなかった「データの頒布ないし販売」なのである^{四三}。

二八 もちろん、生殖器部分等が修正されているからといって、それが「わいせつ画像」とならないわけではない。文字によるわいせつな表現も「わいせつ文書」とされているように、「わいせつを彷彿とさせるもの」が規制の対象なのである。

二九 なお最近では、ビデオのマスクも復元可能な場合があるようである。

三〇 ちなみにFILM MASKの場合は、二百数十通りの処理パターンがある。

三一 最判昭和五八年三月八日刑集三七卷二号一五頁参照。

三二 たとえば、以下のような判例がある。外見は問題のない絵であるが、折り合わせる
とわいせつな絵が現れる手拭の配布にわいせつ図画販売罪を認めた大判昭和十四年六月
二四日刑集一八卷三四八頁、外見は問題ないが、中央部を折り合わせると男女の生殖器
が現れるハンカチについて、「相手方としては、それほど労を要しないでそのからくりを

察知し得ると認められ、このような場合においては、きわめて特殊なかつ困難な手法をとってはじめてそのからくりが判明する場合と異なり、当該図面のわいせつ性は否定されるものではない」として、わいせつ図画頒布販売罪を認めた札幌高判昭和四四年一月二三日高判集二二巻六号九六四頁など。

三三 東京高判昭和五二年五月一日東高時二八巻五号四五頁、東京高判昭和五四年四月一六日判タ三九七号一六四頁、東京高判昭和五六年一月一七日高判集三四巻四号四四四頁など。

三四 FLMASK といわゆるシエアウェアと呼ばれるソフトであり、作者に一定の使用料金を支払う必要があるが、四五日間の試用期間中、およびその期間を越えても機能無限定で自由に使うことができる。

三五 画像をダウンロードすると同時にマスクソフトが起動し、マスクが自動的に復元されるようなソフトは現在のところまだ存在しない。ただ、そのようなソフトは近い将来必ず開発されるであろう。現在、インターネットのアンダーグラウンド情報の問題について、いわゆるフィルタリング・ソフトの開発がなされているが、右のようなソフトは、最も有効なフィルタリング・ソフトの一つとなりうるであろう。

三六 厳密に言えば、マスクソフトには「マスクを外す」という概念は存在しない。たとえば、ネガポジ反転処理を例にあげて、この点を説明する。コンピュータで画像を表示する場合、点(ドット)の集合で絵を表現するいわゆる「点画」の手法が採られている。全体として画像を構成するそれぞれのドットはすべて固有の色情報をもっており、これらの色情報は光の三原色である「赤(R)・緑(G)・青(B)」についてのそれぞれの濃度を示す独立した三つの数値によって表現されている。濃度は、○が最も暗く、二五五が最も強い光となる。したがって、黒は「R=○、G=○、B=○」として、また白は「R=二五五、G=二五五、B=二五五」として表現され、これらの数値の組合せによって、その中間の無数の色が表現される。ネガポジ反転処理とは、指定された領域にあるすべてのドットの色要素であるR・G・Bの数値を反転させる演算処理のことである。たとえば、オレンジ色は「R=二五五、G=二二八、B=○」であるが、これに一回ネガポジ反転処理を行えば、「R=○、G=二二七、B=二五五」という青緑色に変わる。この処理をもう一度繰り返しれば、元のオレンジ色に変わる。たとえば、選択された文字列を逆転させるソフトがあったとする。「わいせつ図画公然陳列罪」という文字列をこのソフトで処理すると、「罪列陳然公画図つせいわ」となる(画像ならば、「マスクをかけた」状態に相当)。そこでもう一度この文字列にこの処理を施すと、「わいせつ図画公然陳列罪」となる(画像ならば、「マスクが外れた」状態に相当)。このように、「画像の場合には肉眼で見える限り、結果的に「マスクが外れた」ように見えるのであるが、マスクソフト自体には右に述べたような意味において、そもそも「外す」という機能(概念)が存在しないのである。

三七 なお、判例における「容易性」の基準は、一般にかなり緩やかであるといえる(塩見・前掲六〇頁参照)。

三八 前田・前掲八三頁以下。

三九 山口・前掲七七頁。

四〇 インターネットの場合には、画像表示の過程が「自動化」されているとのべられているが、マスクを復元する過程は自動化されていないのである。

四一 山口・前掲七五頁。

四二 判例では、未現像のわいせつフィルムが問題となった。たとえば、大阪高判昭和四四年三月八日判時五五三三号八八頁では、未現像のわいせつフィルムについて販売目的所持罪の成否が問題となった(積極)。本判決は、刑法一七五条が頒布・販売ないし販売目的所持罪の対象としているわいせつ図画その他の物にあたるといえるためには、わい

せつ性は必ずしもその物自体に直接顕現する必要はなく、潜在していること、頒布ないし販売に適すること、頒布ないし販売を受けた者において容易にそのわいせつ性を顕現化させるものであること、の要件を充たせば足りるとした（他に同旨のものとして、名古屋高判昭和五五年三月四日刑裁月報二二卷三三号七四頁）。本件では、頒布・販売ないし販売目的所持罪の客体が問題となっており、判旨はおおむね妥当だと思われる。しかし、未現像のフィルムを見せただけでは社会の性風俗も性秩序も何ら侵害されないのだから、右の論理をそのまま陳列の客体に当てはめることができるかは改めて考察しなければならぬ。この点については、「未現像の映画フィルムも刑法一七五条の意図する目的に照らし、同条所定の頒布罪、販売罪、販売目的所持罪における、わいせつ図画にあたるものと解するのを相当とする（未現像のフィルムをもつてしては公然陳列罪は成立する場合が考えられないことは、いづれでもない。）」（傍点筆者）とする、名古屋高判昭和四一年三月一〇日判時四四三号五八頁が注目される。

四
三
なお、堀内説のように、画像データをストレートに「図画」と解する見解によれば、この場合に端的に「データが頒布・販売された」ということになるが、しかしその場合には、さらに有体物について考えられてきた「頒布・販売」の概念の拡張という問題が生じる。なぜなら、従来の判例・学説は、「頒布」「販売」の客体が有体物であることを自明の前提としてきたと思われるからである。特にビデオテープのダビングの事案について、以下の判例が参考になる。大阪地判昭和四四年六月二二日判時九七〇号一七三頁は、客の持ち込んだ生のビデオテープに有償で自己のわいせつビデオテープ等をダビング（転写）して交付した事案について、「注文者の顧客は生ビデオテープを供給しているけれど主要材料は被告人Xが供給しているものというべきであるから、右録画されたわいせつビデオテープの所有権は一旦被告人に帰属し、これを顧客に譲渡する旨約して交付したものとわいせつしなければならぬ。そうすると、右各所為も先に説示のわいせつ図画の有償譲渡に該当する」と判示した。富山地判平成二年四月一三日判時一三四三号一六〇頁は、被告人が所持しているわいせつビデオテープ自体は販売する意図はないが、客の注文に応じてダビングした二次テープを販売していたという事案で、「所持に係るわいせつ物と販売するわいせつ物とが同一物でなくても、わいせつ物を複写して複写物を販売する目的で所持するに至れば『販売の目的』及び『所持』があると認められ、わいせつ文書販売目的所持罪に該当すると解すべきである」とした。東京地判平成四年五月一二日判タ八〇〇号二七二頁も、わいせつなマスターテープを自己の生テープにコピーして、それを販売したケースについて、「販売目的所持においては、所持している物自体を販売の対象とする必要はない」として、マスターテープについてのわいせつ物販売目的所持罪の成立を肯定した。いずれも問題の本質は、「情報の販売」が問題となっているのであるが、物体としてのビデオテープの移動に着目して、情報の販売が処罰されている。

なお、ちなみに「販売」という文言は、刑法一七五条以外に、刑法典では、刑法一三四条（秘密漏示）、一三六条（あへん煙輸入等）、一三七条（あへん煙吸食器具輸入等）、二二四条（業務上墮胎及び同致死傷）でも使用されている。

五 国外に転送されたサイバーポルノについての問題点

一 強姦罪や強制わいせつ罪などについては、日本国民が外国で犯した場合

であっても、国民の国外犯としてその者に日本の刑法を適用して処罰することができるが（刑法三条）、わいせつ図画公然陳列罪（刑法一七五条）は国民の国外犯とはされていないので、日本国民によって海外で行われたわいせつ図画の頒布・販売・陳列については（それが海外在住の日本人だけが対象であったとしても）少なくとも日本の刑法は適用できない。したがって、外国人がその母国でわいせつなホームページを開設した場合だけではなく、海外在住の日本国民が海外でホームページを開設した場合も、それらのホームページが日本語で運用されているなど、明らかに日本のユーザーのみを対象としている場合であっても、それを処罰することは難しい。ところが、日本から海外のサーバーにホームページを開設し、日本からわいせつ画像をアップロードしていたケースが、実際に検挙され起訴されている^{四四}。本件では、犯罪行為の一部が日本国内で行われたと考えられたようである^{四五}。

二 堀内教授は、次のように述べられ、積極説を主張されている。すなわち、日本からの発信行為は、「映写のためにフィルムあるいはカセットテープを装着する行為と同様に、閲覧に供するための準備行為にすぎ」ないのだから、「国内では実行行為がないのであり、わいせつ図画公然陳列罪を認めることはできない。これを肯定するためには、私見のように離隔犯的構成をとり、日本で再生され、閲覧に供された時点で陳列としての実行行為を認めざるをえないのである。同様に、第二の例のように、たとえ、外国では適法なわいせつ画像を含むホームページであったとしても、それが一七五条に触れる内容であるならば、偏在説によっても国内犯として処罰することは可能である。このことは、外国で処罰されないわいせつ写真をファックスで日本に伝達した場合、その行為自体を一七五条で処罰することができるのと同様である。」^{四六}

離隔犯の実行の着手時期については学説でも議論があるが、かりに堀内説のように、「日本で再生され、閲覧に供された時点で陳列としての実行行為を」認めたとしても、なお次のような問題が生じる。つまり、マスク処理された画像をブラウザで見た場合、その状態ではわいせつ性ははまだディスプレイ上には顕現していない。マスクを復元する処理をはじめてわいせつ性が現実に顕現する。「再生され、閲覧に供された」とは具体的に画像のどのような状態を意味するのか全く不明であるが、もしも画像がマスク状態でブラウザに映し出された状態を意味するものならば、それを「わいせつ図画陳列」とすることは前述のような問題が生じる。また、「マスクを復元する」というユーザー側での行為まで「再生・閲覧」に含ませるならば、前述したような山口説について述べた疑問が生じる。さらに、わいせつ情報それ自体を「図画」と解する堀内説では、「陳列」ではなく、「頒布・販売」を認めることが論理一環するであろう。

また、外国では適法なわいせつ写真をファックスで日本に伝達した場合には、(その行為が理論的に処罰可能だとして) 具体的に刑法一七五条のどの行為形態で処罰されるのであろうか。頒布・販売罪なのか、陳列罪なのか(わいせつ情報そのものを「図画」とする堀内説からは、頒布・販売罪が認められるであろう)。「この区別は重要である。国内から国内へファックスでわいせつ画像を送信する目的でわいせつ図画を所持している場合に、有罪と無罪の差が生じるからである。」

三 前田教授も積極説である。「インターネットの場合、ホームページ開設者が自己のパソコンから情報を送信すれば、それは確かかつ瞬時にプロバイダーのサーバーコンピュータに記憶・蔵置されるので、日本において行われる送信行為が、一七五条の結果発生に向けられた実行行為の一部であるということは明らかである」。「問題は、海外でプロバイダーのサーバーコンピュータにわいせつ画像を記憶・蔵置させた場合である。日本国内のインターネット利用者に再生・閲覧させる目的で、かつ、日本で会費等を徴収する態様が考えられる。この場合、一七五条の実行行為はすべて国外で完成している。しかし、国内にいる者が海外にいる者にわいせつデータやそれを掲載するホームページの画像データを送り、その者の手を経由して海外のサーバーに蔵置し、アクセスの対価の支払を日本国内の銀行口座に振り込ませて受け取ったりした場合などには、一七五条の正犯行為が国内で行われたと解しつる」^{四七}とされている。

まず、公然陳列罪は、健全な性風俗・性秩序が現実に侵害されたことを犯罪成立の要件とはしていないから、いわゆる結果犯ではなく、陳列行為がなされたことのみを犯罪成立の必要十分条件とする抽象的危険犯に分類される。右にいう「一七五条の結果発生」とは、したがって「日本からも見られた」というほどの意味であろう。また、海外で開設されたわいせつなホームページについては、原則として(つまり、会費徴収等が全くない場合は)日本刑法の適用はないという趣旨であろうと解されるから、単に「日本からも見られた」ということでは可罰性を根拠づけることはできない。海外で販売する目的で国内でわいせつ図画を所持することは、刑法一七五条後段のわいせつ図画販売目的所持罪にはあたらないとした、最判昭和五二年一月二二日刑集三一巻七号一一七六頁の趣旨からすれば、海外へのアップロード行為がなぜ刑法一七五条の実行行為の一部と解されるのかについての理由は依然として不明である。すなわち、日本でもわいせつなホームページを「見られる」という事情は、海外で開設された合法的な(しかし、日本では違法とされるような内容の)ホームページでも同様であり、これに無限定に日本刑法を適用するというならば別であるが、そのホームページが日本刑法の適用外であるならば、その事情は日本から海外

へアップロードされたわいせつなホームページと同じだからである。なお、アクセスの対価を得る目的であったか否かについては、刑法一七五条は営利目的を要求していないために、(心情的には理解できるが)これも可罰性を根拠づける事情とはなりえない。

四 山口教授は、前出最判昭和五二年一月二二日を前提とする以上は、外国のサーバーにわいせつ情報を蔵置する行為は、それ自体としては不可罰であるとされるが、「わいせつ画像を見る者が『被害者』であり、この意味で結果が日本で発生しているとすれば、外国において外国のサーバーにわいせつ情報を蔵置する行為も『国内犯として』可罰的となる。この点については、積極的に解する余地があるように思われる。確かに、ここで犯罪地を決定する基準となる『結果』は構成要件の結果であり、構成要件の結果である『公然陳列』とは『わいせつ情報の認識可能状態の設定』で足りると解される。しかし、『認識可能状態』とは空間的に広がりを持つ概念であり、それが認められる場所の全体について肯定しうると解することは可能なように思われるから、アクセス可能な場所の全体について『公然陳列』の結果が認めうることになるからである。ここでは、ネットワークによるアクセス可能性により、『公然陳列』という結果がいわば拡張・拡散したことになる。こうなると、ある国では適法な行為がネットワークのグローバル化により必然的に他国との関係においては違法と評価される事態が生じることになり、国による規制の相違の問題性が露呈されることとならざるを得ないのである」^{四八}とされている。

山口教授は、前述のように「陳列」概念に「再生閲覧」の可能性までも含ませて定義されるために、日本での再生閲覧が生じる国内から国外のサーバーへのわいせつ画像アップロード行為が刑法一七五条の陳列行為であるとされる。そして、日本で再生・閲覧という結果が発生している以上、たとえばアメリカ人がアメリカで開設した(合法的な)わいせつなホームページに対しても日本刑法の適用があるとされるのである。しかし、この場合にアメリカでは合法的なアップロード行為が、日本で公然陳列の結果が生じているからといって、日本刑法の適用を無限定に主張していくことは、「あまりに当該行為地国の法制度を無視すること」^{四九}になるのではないだろうか。とくに、わいせつ罪については国によって規制基準が異なり、当該行為が外国で必ずしも犯罪とされているとは限らず、かりにそれが犯罪であっても他国の領域内ですべて完結した行為をなお国内犯として原則的に日本刑法の適用を主張することは、相手国の刑事管轄権を不当に侵害するおそれがある。^{五〇}

海外のサーバーにわいせつなホームページを開設し、日本からわいせつな画像データを送信することについて、判例および通説的な立場から判断すれば次

のように述べることができるだろう。まず、「陳列」とは観覧可能な状態におくことであるから、言葉の一般的な意味において行為者はわいせつ画像を陳列したといえる。しかし、刑法的にはわいせつ画像データそのものは刑法一七五条の「図画(物)」とはいえず、「陳列」された「わいせつ図画」は「物」としてのサーバー(コンピュータ)であり、しかもそれは国外に置かれている。画像は国境を越えて国内からも見ることができ、その点は海外でアップロードされたわいせつ画像と全く同様であり、アップロードされた画像が日本国内の性風俗に有害であるということとを可罰性の根拠とすることは難しい。このように考えると、海外へのアップロード行為は、刑法一七五条の実行行為の一部とはいえないであろう^{五一}。

^{四四} 朝日新聞一九九七年二月二日朝刊。なお、AERA一九九七年三月三日号に「猥褻摘発」まで「警察庁の手探り」という記事が掲載されている。

^{四五} いわゆる属地主義からも、構成要件の行為や構成要件の結果が国内であれば日本刑法が適用される(偏在説)。

^{四六} 堀内・前掲八頁以下。

^{四七} 前田・前掲八四頁。

^{四八} 山口・前掲七六頁。

^{四九} 浦田・前掲一二五頁。

^{五〇} 逆の場合も当然問題となる。日本はアジアや中東諸国に比べると、一般にわいせつ規制が緩やかである。日本では全く問題とならないようなヌード写真でも、刑法的に取締まっている国は多い。そこで、ある日本人がそのような事情を知りつつ、意図的にその国の言語を用いるなどして、そのような写真をホームページに掲載したような場合には、その者に対してその国の刑法が適用されるのであろうか。

^{五一} 園田・前掲・法律時報三〇頁。なお、山中教授は、アメリカでわいせつなホームページが開設された場合については、日本の社会の健全な性的道徳感情が危険にさらされるが、「行為者の行為自体は、アメリカでサーバーに掲載することで事実上終わっており、後に日本のユーザーからのアクセスがあつてはじめて陳列されたわいせつ画像が『到達』する」という特殊性がある。理論上、このような外国(アメリカから見ても)における他人の積極的行為が介入することを前提として到達する『危険結果』については、規範の保護範囲外にあるものとみなすこともできないわけではないように思われる。また、現実問題として、誰でもどこでもアクセスできるインターネットに外国でわいせつ画像を陳列した者がすべて日本刑法の適用があるとすると、外国でのわいせつ画像掲載のホームページの開設は、日本からのアクセスがあるかぎりすべて処罰対象になるということになる。(山中・前掲九頁)として、消極的な考えを述べられている。しかし、国内から外国にわいせつ画像データをアップロードしたような場合については、「実行行為の一部が国内で行われており、結果も国内で発生している」ので、日本刑法が適用できるものと思われる。(山中・前掲九頁)とする。ただし、「日本国内でわいせつ画像情報の原本をもつ日本国内にいる者が、アメリカのサーバーにアップロードしただけで、アメリカ国内でのみ観覧に供したと仮定した場合」には、最判昭和五二年二月二二日の趣旨を踏まえて、この行為は処罰されるべきではないとされている(山中・前掲一〇頁)。

六 リンク行為の犯罪性についての問題点

一 リンクとは、インターネット上に点在する個々の情報を関連付けることであるが、犯罪的な情報にリンクを張る行為が犯罪性を帯びることがあるのかということが問題となっている。一般論としていえば、リンク行為がおよそ犯罪性を帯びることはないとはいえないように思われる。たとえば、AとBがそれぞれ自己のホームページに、Aは一般的に人の社会的評価を低下させるような事実を書き込み、BはAが掲載したその事実がXに関するものである旨を書き込んだとする。そして、Cが自己のホームページからAとBのホームページに書かれた右のようなデータにリンクを張り、それらがHTMLのフレーム機能を使ってブラウザ上で一つの画面として表示されるようにしたとする。この場合は、Cのリンク行為によってはじめて名誉毀損という犯罪性がネット上に顕現したと評価されるから、このような場合におけるリンク行為には犯罪性を認めてもよいように思われる。しかし、リンク行為一般に無条件に犯罪性が認められるかは問題である。

山口教授は、「リンクを張る行為は、サーバーに蔵置されたわいせつ情報にアクセス可能な状態にすることがわいせつ図画公然陳列罪になるとする以上、わいせつ図画公然陳列罪を構成しうるように思われる。それは、『公然陳列』といつために自らわいせつ情報を蔵置することが不可欠の要件だとはいいがたく、たとえ自らわいせつ情報を蔵置したのではなくとも、リンクを張ることによって『わいせつ情報への認識可能性』を肯定した以上、『公然陳列』に当たると十分いいうるからである。いわば『アパートの隣室で隣人により常時展示されている図画を、部屋の境の壁に穴をあけて自室から見えるようにし、不特定多数の者に公開した』のと同様に評価しうるのである。ここでは、すでにサーバーに蔵置されたわいせつ情報へのアクセス可能性を設定するのであるから、わいせつ図画公然陳列罪の正犯が成立することになる」^{五二}とされる。

確かに、公然陳列罪が成立するためには、一般にみずからわいせつ図画を掲示する必要はない。他人が掲示したわいせつ図画を公開する行為も「陳列」と評価しうる場合があるだろう。しかし、これをインターネットのリンクと同列に論じることはできない。リンクの場合には、アパートの壁に穴をあける行為と違って、物理的なものではなく精神的な行為なのである。リンクを張るとは、「ただ単にわいせつ情報に接しうる道筋を示したにすぎず」^{五三}、HTML文書に当該情報のURLを示すコマンドを埋め込んだにすぎない。このような精神的行為についてどのような場合に犯罪性が認められるのかは、慎重に検討する必要があるだろう。

山口教授は、『認識可能性の設定』という『陳列』の定義とその日常用語的理解のギャップを埋めるためには、行為とわいせつ情報との密接性が要求されるべきであろう。書籍・雑誌等によりわいせつサイト情報を知らせるような行為は、確かに『認識可能性』を設定する行為ではあるが、この密接性の要件を欠き、『公然陳列』とすることは無理であろう。^{五四}とされる。しかし、この見解については以下のような疑問がある。

たとえば、あるわいせつなホームページが開設されていて、それにはどこからもリンクが張られていないとする（いわゆる隠しファイル状態）。ここにアクセスできるのは、そのURLを知っているごく少数の者である。そのURLを一般に公開し、このホームページにリンクを張った場合には、そのリンク行為によってはじめて当該ホームページの存在がオープンにされたわけであるし、そのリンク行為は自らわいせつ画像を陳列する行為と同等と評価できるかもしれない。そこには山口教授における「認識可能性の設定」と「密接性」の要件は充足されているといえるかもしれない。しかし、インターネットの検索エンジンについて考えるとき、右のような理解はインターネットの現状からかなりずれるおそれがある。

「検索エンジン」とは、WWWサーバー上のURLを高速で検索するソフトのことである。世界的には「Yahoo!」（<http://yahoo.com/>）や「Altavista」（<http://www.altavista.digital.com/>）「InfoSeek」（<http://www.infoseek.com/>）などの検索エンジンが、また日本国内では、「インターネット」（<http://www.navi.sj.cae.ntt.co.jp/>）「Yahoo!」（<http://www.yahoo.co.jp/>）「千里眼」（<http://senrigan.ascii.co.jp/>）などがある。検索エンジンでは通常はその登録されたサイトについて検索可能であり、登録されていないサイトについては検索できない。ところが、検索ロボットによって自動的にURLが収集され、WWWの検索を可能とするソフトもある（「千里眼」など）。この場合は、リンクとは無関係に当該情報が検索にヒットする可能性がある。したがって、特にリンク行為について「密接性」が認められるということはないのである。リンク行為が犯罪とされるならば、数多くの検索エンジン自体についても犯罪性が肯定されるおそれがあるだろう。そして、それはインターネットのもつとも本質的な部分（機能）を否定することを意味するのである。^{五五}

なお、現実には、わいせつなホームページへリンクを張った行為が、わいせつ画像公然陳列罪の幫助として検挙され、起訴されている。前述のとおり、リンク行為については（幫助とされるならば）精神的幫助が問題となる。しかし、検索エンジンを使用すれば、容易に多数のわいせつなホームページを見つけ出し、直ちにアクセスすることが可能なわけであるから、この場合にはリンクを張ったことよって正犯行為（わいせつ画像公然陳列）の危険性がより高まっ

たといえるのか非常に疑問である。

二 前田教授は、「正犯者に対し、マスク設定ソフトの無償使用と引換えに、わいせつホームページ上に、マスク除去ソフト販売のページへのリンクをはらせたのであれば、幫助というより共同正犯に該当するように思われる。そして、インターネット上にモザイク（マスク）を掛けたわいせつ画像が満ちあふれている状況下であれば、マスクをはずすソフトの販売行為そのものを正犯行為として捉えることも不可能ではなくなるであろう」^{五六}とされている。たしかに、共謀共同正犯を認めるならば、関与行為はそれ自身が客観的に犯罪性を帯びている必要性はない。しかし、インターネットにおける検索エンジンによってわいせつなホームページへのアクセスが可能である以上、（検索エンジンそのものについてわいせつ図画公然陳列罪を肯定するならば別であるが）リンク行為を共同犯行為と考えることは妥当ではないだろう。また、リンク行為とは独立に、マスクソフトの販売行為自体を正犯行為とすることも、陳列概念の拡張である。この発想を進めると、テレビやビデオデッキを販売する電器店やメーカーもわいせつ図画公然陳列罪を犯していることになるのだろうか。

また、実際に摘発された事案では、営利性が高かったということも問題とされる傾向にある^{五七}。FLMASK事件についても、被告人が現実に三〇〇〇万円以上を手にしたということが、当罰性を基礎づける一つの根拠とされている。しかし、FLMASKの開発・販売自体については合法であり、何ら問題とはならない。果物ナイフで殺人が可能であるからといって、果物ナイフの一般的な製造・販売に違法性が認められないのと同じである。また、三〇〇〇万円という金額にしても、シェアウェアの世界ではごく普通のことであり、それはソフトウェア開発に対する当然の報酬とみるべきである。

さらに、「プロバイダは過当競争で会員獲得に必死になり、わいせつ画像を『看板』にすることは、決して特殊なことではないように思われる」^{五八}という指摘も理解しにくい。いわゆるアダルト専門の会員制BSならともかく、インターネットではこのプロバイダの会員になろうとも情報へのアクセスは平等なのであるから、プロバイダが会員獲得のためにわいせつ画像を「看板」とするような事情があるとは考えにくいだろう。

三 最後に、公然陳列罪が状態犯なのか継続犯なのかという問題も、リンク行為の可罰性を考える際に重要な論点となるだろう。

一般に、状態犯とは、法益侵害の発生と同時に犯罪は終了するが、犯罪が終了しても法益侵害の状態が続いているものをいい、継続犯とは、法益侵害の継続している間は犯罪もまた継続しているものをいう^{五九}。この区別は特に共

犯の成立時期に関して問題となる。状態犯の典型である窃盗罪は、(不法領得の意思をもって)財物に対する他人の占有を排除し自己の占有を設定したときに犯罪は既遂とされ、その時点で犯罪は終了しており、その後の財物に対する処分は違法ではあるが独立の刑法的評価の対象とはならない(不可罰的事後行為)したがって、財物奪取後に対する窃盗共犯の成立可能性はない。これに対して、継続犯の典型である監禁罪では、被害者の自由が拘束されている間は犯罪も継続しているのであり、共犯の可能性は残されている。それでは、わいせつ画像公然陳列罪は状態犯と見るべきなのか、あるいは継続犯と考えるべきなのだろうか。それによって、(リンク行為が幫助行為であると仮定して)わいせつなホームページに対して後からリンクを張る行為の評価に影響が出てくるのである。状態犯ならば、事後のリンク行為は少なくとも幫助犯とはなりえないが、継続犯ならば、事後のリンク行為であっても幫助となりうるのである。

公然陳列罪が状態犯なのか継続犯なのかは、従来明確に議論されてきたわけではない。おそらく実務的感覚では継続犯説に立っているとと思われる。「陳列」行為について、観覧しうる状態を「作り出すこと」に重点を置けば状態犯という理解に傾くであろうが、「陳列」という概念には時間的要素が入っていると考えられること、また、わいせつ物などが陳列されている間は、善良な性風俗・性秩序が侵害され続けていると考えられることなどから、公然陳列罪は継続犯ではないかと思われる。

山口・前掲七六頁。

山口・前掲七六頁。

山口・前掲八〇頁注(二九)。

なお、最近では、インターネットの(わいせつなホームページを含めた)URLを集めたCD-ROMが雑誌の付録として入手可能である。この場合、CD-ROMをファイラーで開き、当該URLをクリックするだけで、インターネットの当該ホームページに自動的にアクセスすることができる。山口説からいえば、このようなCD-ROMの配布は、それが「わいせつ情報への認識可能性」と「密接性」を示すものである以上、わいせつ画像公然陳列罪の幫助行為として可罰的となるだろう。そして、おそらく前田説からも同様の結論(あるいは正犯行為)となるのではないだろうか。

前田・前掲八三頁。

前田・前掲八三頁。

前田・前掲七九頁。

最近の文献としては、佐伯仁志「犯罪の終了時期について」研修五五六号(一九九四年)一五頁以下参照。

七 結 語

インターネットの出現は、人類にとって産業革命以来の重大事件かもしれない。インターネットは、生活や労働、政治や経済、教育や思想、道徳など、社会を構成する中核的なシステムそのものに対して強烈な影響を与えるにちがいない。われわれは、幸か不幸か途方もない潜在的パワーをもったメディアを手にしてしまったものである。

たとえば慶びや悲しみの表現の仕方がそうであるように、およそ人の振る舞いは、それぞれの属する文化規範の一部分を構成している。特定の文化圏に属する人びとにとっての通常の振る舞いが、別の人びとから見れば無礼に映る場合であっても、彼らの振る舞いを非難できないし、まして矯正することなどはできない。わいせつの問題もそうである。何がわいせつかの判断は、同時代の世代間でも考え方に違いがあるだけではなく、国・文化によってもかなり異なる。日本は欧米に比べると一般に厳しい規制基準を立てているが、アジアや中東諸国ではさらに厳しくわいせつを規制しているところもある。ところが、地球規模でコンピュータが接続されたことによって、不特定多数のユーザーが全世界の不特定多数のユーザーに向かってさまざまな情報を発信できるようになった。わいせつ情報も、国境を越えてサイバースペースを駆けめぐる。インターネットを通じてダイレクトにわいせつ情報が流れることによって、それぞれの国の法解釈とインターネットとの確執が生じている。当初、情報資源の共有とシステム全体の安定性を図るために、部分的な核攻撃にも耐えうるようにと考えられたインターネット。「情報鎖国」とでもしない限り、国境を越えて自由に流通する情報の流れを、国内で法的にコントロールしようとすることは、はたして可能なのだろうか。

常に新しいメディアを探し、機敏に乗り換えていくのが、わいせつである。フィルムや録音テープ、ビデオテープやCD-ROM、ダイアルQ2など、新しいメディアが誕生するたびに、いち早くわいせつはメディアを取り替えて登場する。そのたびに刑法一七五条の適用が議論されてきた。ところが、サイバースペースは、わいせつの問題性を一挙に先鋭化してしまった。コンピュータ・ネットワークを通じて地球的規模において情報が流通するということは、異なった地域、異なった文化、異なった習慣、異なった思想といった異文化間において、共通の判断基準をいかにして確立するのかという問題である。従来の国内法の枠組みにとどまり、サイバースペースを刑罰で規制しようとする態度は、コンピュータ・ネットワークの発展を無視したものとなるおそれがある。コンピュータと通信の技術が飛躍的に発達した現在、そもそもわいせつ情報の流れを刑法

的に規制することが可能なかどうか、他の有効な方法はないのかといった、原理的な問題を議論する必要性が痛感されるのである^{六〇}。

^{六〇} なお、本稿では、インターネットプロバイダやBBSの管理者（シスオペ）の刑法的責任については触れることができなかった。この問題については、別稿で改めて論じたいと思う。なお、園田・前掲「サイバーポルノと刑法」七頁以下等を参照されたい。

【付記】

本稿で使用した画像データは、日本写真家協会所属の写真家山田哲也氏（西宮市在住）より提供していただきました。記して感謝いたします。

（一九九七年八月一五日脱稿）

【追記】

なお、本稿の校正段階で、BBSにおけるわいせつ画像の掲載が問題となった京都地判平成九年九月二四日に接した。本判決では、主としてわいせつな画像データがアップロードされたハードディスクが「わいせつ物（図画）」であるのか否か、会員のアップロードしたわいせつ画像データについてもネットワークの管理者は責任を負うのか、が問題となった。裁判所は、以下のように判示して、被告人を有罪とした（懲役一年六月執行猶予三年）（控訴中）。

特定のハードディスクに記憶・蔵置された本件わいせつ画像は、確かに、そのままでは見ることできないが、本件アルファードネットの利用者が被告人のホストコンピュータにアクセスし、右画像データをダウンロードして再生しさえすれば、容易にわいせつな画像を顕出させることができるから、本件におけるわいせつ物とは、わいせつ画像が記憶・蔵置されている特定のハードディスクであると考えることができる。この理は、わいせつな映像が記憶されたビデオテープの場合と同じである。ただ、本件の場合には、ビデオテープの場合に比べて、そこに記憶・蔵置されたわいせつ画像を顕出させるために、より複雑な操作・機器等が必要であるという点に違いがあるに過ぎない。

被告人は、パソコンネットであるアルファードネットを開設運営し、ホストコンピュータを所有管理していたものである。右のような地位にあった被告人は、会員がわいせつ画像をハードディスクにアップロードするのを単に黙認していたというのではなく、自ら電子掲示板に「エッチな画像をどんどん入力（アップロード）してください」と奨励するとともに、三〇点のわいせつ画像をアップロードした会員には二ヶ月分の会費を免除し、会員がアクセスしやすいように多数ある画像を分類するなどしたものである。被告人は、会員がアップロードした画像の内容のすべてを確認した訳ではない

としても、画像のおよその数を把握していたばかりでなく、その内容がわいせつな画像であるとの認識を有していたものである。したがって、会員がアップロードした画像についても、被告人が正犯として刑責を負うのは明らかである。

詳細はいずれ別稿で検討したいと思うが、とりあえず疑問点を指摘しておきたい。

「第一点について」本判決では、わいせつ情報が記録されているハードディスクが「わいせつ物」と認定されている。これは、ダイヤルQ2事件で「録音再生機」が「わいせつ物」と認定されたのと同じ論理である。したがって、その意味では本判決は、従来の判例の流れの中に位置づけることができる。しかし、判決でも明確に認定されているように、本件のわいせつな画像データは、画像データを利用者がホストからダウンロード、つまり、データを自己のパソコンの中に移して初めて見ることが可能となるのである。これは、端的に言えば（刑法典が全く予定していなかった）「データの頒布（販売）」と見るべきではないかだろうか。データの頒布（販売）であるものが、なぜ「陳列」と解されるのかについては、本判決は全く説明していない。また、ビデオテープと同じである、と本判決は述べているが、インターネットにしろ、BBSにしろ、ビデオと同じであるといえるかはかなり疑問である。インターネットの場合は、ブラウザで「画像」として見ることができ、特にBBSの場合は、データをデータのままダウンロードしているわけであるから、それがなぜ「陳列」といえるのかは疑問である。たとえば、道端にポルノ写真を封筒に入れたものを多数置いて、誰でも自由に持ち帰れるようにしたとする。それを持ち帰って、家で開けてみたらポルノ写真であった。この場合は、わいせつ図画頒布罪である。本判決は、それを陳列としているのである。さらに、ハードディスクが「わいせつ物」とすると、（本文でも指摘したように）わいせつ画像データが「バケツリレー方式」で配信されていく、ニュース・グループの場合はどうなるのだろうか。本判決の論理からは、それは処罰できないだろうと思う。

「第二点について」ここではBBSの管理責任が問題となっている。本判決は、被告人が会員にわいせつな画像データのアップロードを積極的に勧めていたという事情から、正犯としての責任を認めたものと思われ、単に管理者であるからという理由だけでは責任を認めてはいないと考えられる。しかし、会員にアップロードを勧めたということで、なぜ管理者たる被告人が正犯となるのか（つまり、わいせつ画像を被告人自身が陳列したといえるのか）は依然として不明である。会員と被告人が共同正犯となるということならば理解できないことはないが、判決はその点には言及していない。