

弁論要旨

被告人 A

一九九九年三月四日

主任弁護士 原 和良
弁護士 牧野二郎
同 穂積 剛

第一 はじめに

1 本件は、被告人らが無修正のいわゆる「わいせつ画像」をアメリカ合衆国のレンタルサーバーにアップロードし、インターネット上でこれを日本国内から閲覧可能にしたとして、刑法一七五条わいせつ図画公然陳列罪により起訴された事案である。

確かに、本件で被告人らによって公開された画像は、これまでの我が国における基準からいえば、明らかに「わいせつ」と評しうるものと言うことができよう。こうした画像が無限定にインターネット上を流通することが一般的にいい好ましいとは解されず、その意味では弁護士らとしても、本件被告人らの行為に当罰性がないとまで主張するものではない。

2 しかし、法律は社会との関係において解釈されなければならない。法とは社会を規律する規範なのだから、社会に即して制定されていなくてはならないことは当然である。ところが社会は常に発展していくものである以上、それに応じて法律も修正されていくことが必ず必要になる。そうでなければ、法律は社会を規律する規範たる役割を果たせなくなり、社会生活は極度に混乱し、正常な社会生活の維持と発展が困難になってしまう。社会が大きく変わろうとするときは、特にそうである。

むろん法律の規定にはある程度の「幅」が持たせられているから、解釈の変遷によってその問題を乗り越えていくことも不可能ではない。しかし社会の発展・変化が必然的なものであるなら、法律の規定がいずれ限界に突き当たることは避けられない課題である。それは、成文法規定の内在的制約とも言うべきものであろう。そして問題なのは、刑法は他の法規に比べてその内在的制約の要請が特に強い、という点である。

3 刑法とは、犯罪と刑罰に関する法である。すなわち、どのような行為が犯罪となり、どのような刑罰が科せられるのかを定めた法である。

刑法は、社会生活において保護された利益すなわち「法益」を、犯罪的侵害から保護する

という重要な機能（法益保護機能）を有している。この観点からみれば、今日のわが国において本件被告人らの行為に当罰性があることについては、なるほど十分首肯し得るところである。

しかし一方で、刑法にはもうひとつの重要な機能、すなわち国民の自由保障機能がある。刑法は犯罪と刑罰とをあらかじめ定めることによって、国家の刑罰権の恣意的行使から国民の人権を侵害しないように保障する機能を有するのである。そしてこれは、刑法の大原則の一つである罪刑法定主義に関連している。

罪刑法定主義は、どのような行為が犯罪となり、どのような刑罰を科せられるのかは、あらかじめ法律で定めておかなければならないとする原則である。この原則は、我が国における自由主義の原則（国民の行動予測可能性の確保）民主主義の原則（犯罪と刑罰を国民自身がその代表者を通じて国会で決める）から導かれる。すなわち罪刑法定主義は、今日における我が国の統治の基礎をなす立憲民主主義に由来する重要な原則なのである。犯罪と刑罰が法律によって事前に定められていなかった行為は、それがいかに当罰性が高い行為だとしても、これを処罰することは許されない。これは、立憲民主主義を基礎とする法治国家において、最も重要な原則の一つだといえる。

このように、刑法の二つの機能は本来的に相互に矛盾対立している。しかしこの矛盾対立は、相対的なものではないことが注意されなくてはならない。両者の関係は、いかに当罰性が高い場合であっても、それ故に罪刑法定主義が後退するようなものでは決してないのである。刑法の法益保護機能が重要な社会的要請であることは疑うべくもないが、どんなに当罰性の高い行為であろうと、立憲民主主義の基本原則である罪刑法定主義を否定することは許されない。したがって、当罰性の高さを強調することによって、罪刑法定主義の要請する「明確性の原則」（犯罪と刑罰は法律によって明確に規定されなければならない）や「類推解釈の禁止」（行為者に不利益になる類推解釈は禁止される）をゆがめて解釈することは、厳に慎まなくてはならない。

4 インターネットの登場と普及により、いま我々の社会は大きく変貌しようとしている。インターネットの社会は、我々が生きている現実の社会とは異なるパラレルかつバーチャル（仮想）な社会であり、しかも国境を越えたグローバルな社会である。

インターネットでは時間・空間の制約を超えて誰もが情報の発信者となり、また受信者となることができる。ところが統一した管理者が存在せず、そこでの情報はときとして不適切な場合も確かにある。しかし、だからといってインターネット自体を否定する意見は存在しない。インターネットが有用であることには疑問の余地がないとされているのであって、ここで必要なのは情報流通の適切なルールを確立することなのである。そしてインターネット空間は現実社会とは異なる新しい社会であり、したがってその社会を規律するルールも、当然それに適応できる適切なものでなければならない。

右に述べた「ルール」には、自主規制的なものからプロバイダーなどによる規制、あるいは受信規制など様々なものが考えられる。そして処罰を前提にして国家が強制するルールが、

本件で問題となっている刑法による規制である。

刑法は、社会における法の中でももっとも強力かつ強制的なものである。この法に違反したとされた者は、刑罰という強力な制裁が国家から科される。こうして刑法は、刑罰という強力な制裁によって社会生活を強制的に規律する。すなわち刑法は、社会の規範の根本を規律しているのである。

このように刑法は、その社会の根本を強制力をもって規律するのであるから、社会の変化に対してはもっとも迅速かつ機敏に反応しなければならないはずなのである。そうでなければ、刑法は社会の規範たる役割を充足できなくなってしまう。

しかし、それでもなおかつ従前通りの刑法を無理に適用しようとするなら、それは罪刑法定主義を放擲して法益保護という要請のみで社会を規律することを意味する。それは近代国家の基礎をなす立憲民主主義の否定であるとともに、国民の規範意識を低下させ、またインターネットという先進技術の発展さえ阻害する結果となるであろう。そのような事態が、国家としても望ましいわけがない。それ故に各国は、インターネットの登場により迅速な刑法改正を行ったのである。

5 我が国の今日の刑法は、一九〇七(明治四〇)年に成立したものである。刑法一七五条のわいせつ図画公然陳列罪は、基本的にその当時から変わっていない。しかしそれでもこれまでの判例・学説は、社会の変遷、なかんずく先進技術の発展に対してこれを解釈によって何とかクリアしてきた。しかしこのような旧時代の規律が、果たしてインターネットという現在の最先端のバーチャル社会において通用しうるのか。それが本件でまさに問われている。

本件は、インターネットを介したわいせつ情報の流通すなわちコピーに対する刑法の適用問題が、初めて正面から問題とされた事件である。そこでは、右に述べた認識が不可欠だといふべきであろう。社会の規範を適切に規律すべき刑法という法規の役割、そしてそこに必ず付随する罪刑法定主義の要請による「明確性の原則」や「類推解釈の禁止」という大原則に照らし、本件は厳格に判断されなくてはならないのである。

第二 構成要件の解釈と現行通信方式への適用の可否

一 情報伝達の発展段階と刑法一七五条

1 情報は、人間社会のコミュニケーションの基本である。人類は言語を編み出すことによって知的社会を構成し、そして発展させてきた。社会におけるそのコミュニケーションには当然ルールが必要であり、当該社会の一定の法益を侵害した行為があったときは、その行為が刑罰の対象となりうる。しかし今日のように、社会におけるコミュニケーションは知覚することができず、その意味で「現場性」と「即時性」を有する。さらにその伝達は、人の記憶によってしか頒布し得ず、オリジナルはすでに復元不可能であることから「揮発性」を有する。

ところが人類は「文字」を発明し、物に「文字」を書いて他者に伝達することを覚える。このことによって人類は、場所的に離れた他者に対して、時間が同時ではなく、しかも長期

にわたって保存することができる情報伝達手段を手に入れた。すなわちこのコミュニケーションの手段は、「隔地性」「時差性」「保存性」を有する。

しかしそれでも当初は、文字によって伝えられる情報は一定の範囲に限られていた。文字情報を有体物に化体する方法が限定されていたからである。したがってその影響力はある程度限られたものだった。有体物情報の影響力を格段に高めたのは、印刷技術の発展によるのである。有体物に化体された情報がこれにより広範に拡大するようになり、次第にその影響力を無視し得なくなってきた。

コミュニケーションの手段が電気通信技術の段階に入ると、電磁波を利用した広範な情報伝達が可能となった。これは右の特徴のうち主に「隔地性」の問題を拡大しようとしたものであるが、それでもまだ「即時的」であり「揮発的」でもあったといえることができる。

3 ところがデジタル化の時代に入ると、コミュニケーションは飛躍的に進歩を遂げる。その要因の一つは「大容量化」であり、大量の情報を一度に処理することが可能となった。またデジタルの世界ではすべての情報を0と1のビットで管理することが可能となるため、文書のみならず画像でも音声でも、すべてのデータを一つのプラットフォームで処理することができるようになる。さらにまたコピーがきわめて容易になり、情報が劣化することなく完全なる複製をすることが可能となった。ここでは、オリジナルとコピーの判別は原理的に不可能である。そしてこのコピーの簡易性こそが、デジタル化時代における情報の流通を飛躍的に発展させた大きな要因になっているのである。この点において、これまでの有体物の頒布・販売とは異なり、オリジナルと判別のつかないコピー自体の流通が可能となった。まさにそこに、インターネットが発展する素地があったものといえることができる。

そしてこのデジタル化の時代を前提として、インターネットが発展普及してきた。インターネットにおける情報の流通すなわちコピーにおいては、離れた場所でも情報のコピーを可能とする「隔地性」と、ユーザーの要求に従っていつでも情報の送付をすることのできる「選時性」、さらに長期にわたる「保存性」を有することになる。

4 以上のような情報流通の特性を前提としたうえで、刑法が規定するわいせつ犯罪の構成要件についてその原理的形態を検討してみる。

木村助教授によれば、公然猥褻罪は原則として「現場性・即時性・揮発性」を有する。この犯罪類型は、その時その現場において行為がなされることを前提としているからである。このように公然猥褻罪は、先に見たコミュニケーションの発展段階から言えば「実演・口語」の段階のわいせつ情報の流通を規制しようとしたものである。

技術の発展によって登場してきたもうひとつのわいせつ犯罪類型が、公然陳列罪である。この犯罪類型は、わいせつ情報が化体された有体物をその規制の対象にしており、人間の行為そのものを対象にしていない。立法当時に念頭におかれていたのは、主に書物などの出版物であったと考えられる。

特定のわいせつ情報が有体物に化体された場合に、有体物は人間の行為そのものとは異なり大量に生産されるおそれがあったり、また多数の人間が眼にする可能性がより高くなるこ

とから、刑法は公然陳列罪を公然猥褻罪に比べて重く処罰したのである。

公然猥褻罪はもちろんだが、公然陳列罪においても、これは当該「わいせつ物」が陳列されている場所において、陳列されたそのときに行われる行為である。そして陳列行為が行われたとしても、その情報は原則として残らない。すなわち揮発性のあることが前提となっている。したがって公然陳列罪も、原則として「現場性・即時性・揮発性」を有することになる。この意味で、実は公然猥褻罪と公然陳列罪は、わいせつ情報の流通を規制するという点においては同レベルのものだと評価することができる。両者の違いは、公然陳列罪における「わいせつ情報」が、「有体物」に化体されている分だけより容易に社会に氾濫しやすいからという理由に基づいているに過ぎない。

5 社会の発展、特に出版物等のメディアの発展によって対応が迫られたもうひとつの犯罪類型が、わいせつ物頒布販売等の犯罪である。情報が有体物に化体されることで、わいせつ情報が流通するおそれが大きく増大したために、有体物自体の流通を規制することでわいせつ情報の氾濫を刑罰的に抑制しようとした犯罪類型である。

この犯罪類型は、先に述べたコミュニケーションの発展段階でいうなら、「隔地性」「時差性」および「保存性」を有することになる。頒布販売罪等は、まさにこの犯罪類型を規制しようとしたものである。そして現行刑法は、このレベルまでの規制しか立法当初において考慮に入れていなかった。

6 インターネットは、右に見たように「隔地性」「選時性」「保存性」という特徴を有している。これは、これまでのコミュニケーションの形態とは明らかに異なる特徴である。このようなコミュニケーション形態を、現行刑法が立法当時に予定していなかったことは疑う余地がない。インターネットで行われているのは、データという完全なる無体情報の流通すなわちコピーである。有体物の限界から解放された情報のみの流通を刑法が予定していなかったことは、刑法一七五条が「文書、図画その他の物」と明記していることから明らかであろう。ところが本件は、どう考えてもわいせつ「物」の陳列でも「物」の頒布販売でもない。

これを無理やりに「陳列」と構成することは、後に詳述するように現実に起きている事態を正確に評価したものとは到底いえない。とりわけマスク画像について考えるなら、受信者がその取得したデータを自己のコンピューターによって改めて加工・復元するという過程を取るがゆえに、従来の陳列概念とは異なる右の特徴がますます明確になる。これをわいせつ情報の「頒布販売」と構成するのならまだしも、「陳列」と解するのはあまりにも常識的な判断からは遊離しているものといわざるを得ない。逆に言えば、そのように無理な構成をしなければ適用できないほどに、現行刑法がインターネットによるわいせつ情報のコピーに対して規制力を有さないことを露呈しているものというべきである。

7 そもそも先進技術の発展は、実はインターネットが登場する以前からすでに刑法の規定の間で矛盾をもたらしていた。その好例が、公然猥褻罪と公然陳列罪の区別の問題である。

公然猥褻罪は人間の行為を対象とする犯罪類型だから、男女のわいせつな行為をテレビカメラを通じて撮影し、それをリアルタイムで全国に放送したとすれば、それは公然猥褻罪を

構成することになる。ところがまったく同じ映像を、ビデオに撮影したうえで異なる時間に放映したなら、これは当該ビデオを「わいせつ物」とする公然陳列罪が成立することになってしまう。

放映されている内容もその影響力もまったく同じであるにもかかわらず、一方が公然猥褻罪として「六月以下の懲役若しくは三〇万円以下の罰金又は拘留若しくは科料」で、他方が「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」というのは、明らかに矛盾である。この時点ですでに、現在の刑法典は現実社会の発展に対応できなくなっていたのである。

8 右に述べてきたとおり、人間のコミュニケーションの一部を規制する刑法の規定について、コミュニケーションが新たな段階に発展したことに対応する措置が取られていないことは明らかだと言える。繰り返しになるが、インターネット時代に向けて先進各国が素早く立法措置によって対応を行ったことが注意されなくてはならない。

二 条文規定とインターネットでのわいせつ情報コピーとの齟齬

1 冒頭に述べたように、刑法は法益保護機能とともに国民の自由保障機能を有しており、また刑法の大原則である罪刑法定主義は、刑法の文言が明確でなければならないという「明確性の原則」を要請している。明確性の原則は、何が犯罪であって処罰の対象になるのかを、事前に立法によって一般国民に対し明らかにしておくことを求めている。ところが本件に対し万が一公然陳列罪を適用しようとするなら、一般国民にとっては想定が不可能となる解釈を押しつけることになりかねない。

2 この点木村助教授も、本件事案に対して公然陳列罪を適用することの不自然性を指摘している。例えば本件においては、「物」の所在場所と受信場所が離隔していることが挙げられる。本来公然陳列罪は、「現場性」を有することが特徴の犯罪類型のはずである。また本件においては、わいせつ「物」自体が陳列されているわけではない。わいせつ物の陳列が犯罪とされる行為類型であるにもかかわらず、その「物」自体が見えなくてもよいとするのは、明らかに一般国民の常識と乖離した解釈であることは否めない。

すなわちこれは、刑法一七五条を通常の一般人が読んで解釈できる範囲をはるかに超えているのである。例えば「陳列」とは、一般人の理解からすれば「見せるために物品をならべておくこと」(新村出編『広辞苑第三版』岩波書店)である。刑法の文言についての解釈は、むろん刑法的な観点からなされなければならないことは当然であるとしても、本件のようなインターネット上におけるデータのコピーについてまでこれを「陳列」と評価するとすれば、これはあまりにも一般通常人の解釈からかけ離れているものといわざるを得ない。なぜなら、インターネットの一般的ユーザーの感覚からいっても、データを「ダウンロード」しているのであって陳列してある「物」を見るという感覚ではないからである。このように一般通常人の理解から遊離した解釈を続けていけば、刑法の自由保障機能を担保することなどできなくなる。

3 確かに右に挙げた点のいくつかについては、木村助教授も指摘するように従来の判例が

解釈によって乗り越えてきた問題点も含まれる。しかしこのような拡張解釈が、刑法の自由保障機能の目指す方向とは相反するものであることだけは明らかであろう。少なくとも現行刑法立法当初においては、公然陳列罪は「現場性・即時性・揮発性」の形態しか考えられていなかったからである。そのことは、まさに右の『広辞苑』の定義が、ある「物品」をその場で「見せるため」に「ならべておくこと」と記述していることから明らかである。

4 被告人は、本件公判での被告人質問において、今回の行為が犯罪になることをもし知っていたなら、とてもこのような行為は行わなかったと明言した。立法的解決が先送りされ、無限定な条文の拡大的解釈が行われてきた結果、明らかに国民の自由保障機能を害する事態が生じているのである。先進技術の発展によって、インターネットというまったく新しい状況への対応が必要となったいま、刑法を含む情報流通規制のルールを改めて検討し直すべき時期に来ているものというべきである。

三 「デジタル千年紀」に際して裁判所の果たすべき役割

1 以上のように、人間のコミュニケーション社会の中で流通する「わいせつ情報」を規制するために、刑法はいくつかの犯罪類型を規定した。主として実演によるわいせつ情報の氾濫を防ぐための公然猥褻罪、有体物に化体した形でのわいせつ情報の氾濫を防ぐ公然陳列罪、そして出版物や写真等、有体物に化体したわいせつ情報の流通を規制する頒布・販売罪である。

しかし、科学技術の発展とそれに伴うコミュニケーション手段の発展による情報の氾濫は、デジタル時代とインターネットの登場により新たな段階を迎えている。ここでのコミュニケーションは、木村助教授が「デジタル千年紀」とまでいうように、これまでの情報流通の仕方とは質的に大きく異なるものである。そこにおいて生起する諸問題に従来の刑法でのみ対応しようとするのは、大きなひずみをもたらすものといわざるを得ない。そのひずみは、条文の文言を拡張させて解釈すればするほど広がっていく。

2 現状の法律に問題が生じているとき、そうした問題点を指摘することによって立法府に注意を喚起するのは、三権分立の一翼を担う裁判所の本質的な機能の一つというべきである。法律が時代状況に適應できなくなり、また法規制のあり方についてまさにパラダイムの転換が求められているいま、裁判所は立法府に対して積極的に注意を促さなくてはならない。立法的手当が必要な段階は、すでにとっくに到来しているのである。

第三 電子的情報伝送における「物」概念とその陳列

はじめに

本件事件に対する検察官主張の法律構成はおおよそ次のものである。

- 1 本件画像は、マスク付きのものも含めて、いずれもわいせつ画像である。
- 2 当該わいせつ画像をサーバーマシンに送信し、閲覧可能にした時点で陳列したものである。したがって、マスクなし画像について公然陳列罪が成立する。
- 3 マスク付き画像の再生とは、当該画像をダウンロードして、マスクをはずして再生す

るが、その行為が一連のものである事から、再生行為すなわち陳列になる。従って、ここでも公然陳列罪が成立する。

こうして、起訴状記載のとおり公然陳列罪が成立するというのである。

弁護人らは、基本的に右1については争うものではない。しかし、サーバーマシンに画像データを蔵置した時点で陳列があるという点は、電子情報に対する理解が誤っており同意できない。検察官の主張は、データ転送・データの移動・複写という事実を無視する議論であり、以下のとおり争うものである。

また、マスク画像の陳列問題にあっては、画像の再生行為と、マスク再加工・マスク処理という工程が利用者の範囲で行われる独自の作業である点で、検察官のいう「再生・閲覧」には含ませることができないものであり、大いに異議がある。そもそも、サーバーコンピュータへの蔵置、すなわち閲覧可能状態の設定をもって陳列という以上、画像の再生行為を含ませること自体に概念的な問題があるだけでなく、再生とは別の行為であるはずのマスク再処理行為を陳列行為に含ませるのは、あまりにも論理に飛躍がある。

以下において右の点を中心に詳述する。

一 電子的情報と物概念の相関

1 わいせつ物の概念

まず、わいせつ物と言われるものであっても、わいせつ情報の化体した物という観点から分析した場合、その物とわいせつな情報との結びつきの仕方によって、存在形態の異なる事実が指摘できる。これまでわいせつ物と認定された「物」につき、詳細に検討すると次のように分析することができる。

形態的なわいせつ物

物それ自体の形態において、わいせつ性を具現化しており、その存在自体がわいせつであって、その物の移転によって、そのわいせつな情報自体が顕在化したまま移転する事になるもの

一般にこれまでわいせつとされてきた物の典型である。具体的には性器の形をかたどった張り型と呼ばれるものや、各種の成人向け玩具などがこれに当たるうる。

表記的わいせつ物

物それ自体の形態ではなく、表記された内容においてわいせつであるとされるもので、その物自体の表記内容は、その物を手にした一般人をして容易に感得しうるものであり、その表記的わいせつ物の移転によって、表現内容たるわいせつ表現が物とともに移転するもの

紙に印刷されたわいせつな図画、写真、小説、有体物の表面に印刷されたり刻印されたりした図画などがこれに当たる。

電子情報記憶媒体としてのわいせつ物

物それ自体の形態からはその表現内容を一般に感得できず、一定の機器類に設置して所定の動作を行い、その記憶媒体を機能させる事によって初めて記憶・保管された情報が再現され、感得可能な状況になるもの

多くが電磁的記録ないし光学的記録によって記録・保管されたもので、カセットテープ、ビデオテープ、フロッピーディスク、CD、MO、PDハードディスク、ZIPなど多様に存在する。

2 一七五条の客体

一七五条は、わいせつ物の頒布、販売、陳列、販売目的所持の各行為を規定する。

右の販売、頒布、陳列、販売目的所持の各形態は、右1、（形態的にわいせつである場合）および（表記的わいせつ物の場合）については、全く違和感なく、その適用を肯定する事ができる。

ところが、右の電子情報記憶媒体としてのわいせつ物については注意を要する。物の移転ないし所持を問題としている頒布、販売、販売目的所持については、もまた物である以上特別な違和感はない。

しかるところ、「陳列」という点になると、大きな疑問を生じることになる。なぜなら、既に述べたとおり、電子情報記憶媒体としてのわいせつ物については、その物を所定の機器内に設置して所定の操作を行い、本来の機能を発揮させない限り、そのわいせつ性は全く感得できないのであり、その限りにおいて従来の物と同様な意味での「陳列」があるかについて不明になるからである。問題は、さらにここに記憶された情報自体が、この「電子情報記憶媒体としてのわいせつ物」を離れて容易に複製されて、情報単体として移転するという点をいかに捕らえるかという困難な問題に漂着するのである。

3ここで注意しなければならないことは、刑法上「わいせつ物」と一口に言った場合でも、その中には右の分類のように、形態的にわいせつであるためにその物自体が直ちにわいせつと判断される場合と、形態的には全くわいせつでないが、その記憶媒体を機能させるという作業を経て情報を再現することでわいせつ性が認知できる物、すなわちわいせつ情報記憶媒体とも言うべきものが存在していることである。わいせつ物概念は、「物」についての右の諸形態に照らし、丹念に分析される必要がある。

未現像フィルムもまた、フィルム自体には情報が光学的に記録されており、わいせつな情報が既に記憶、保管されている。したがって、その未現像フィルムに対して、一定の再現方法、この場合は現像という処理を行うことで、その情報が顕在化する。こうした情報の存在形態は、判例上「潜在的わいせつ概念」として評価され、再現された時点でわいせつ性が「顕在化」として理解するのが一般的である。そしてこのように潜在的わいせつ概念を肯定する立場からは、わいせつ情報記憶媒体（ハードディスクなど）自体もわいせつ情報を内包している以上、潜在的にわいせつ性を帯びており、販売、頒布、販売目的所持の時点でわいせつ物であると認定されることに異論はない。

そうすると問題は、電子情報の陳列という点にあることになる。

二 電子的情報の移転と再現

1 電子的情報の移転について

電子的情報の移転とは、情報自体の場所的な移転を意味するはずであるが、情報という客体が有体物でないために、移転の概念は極めて微妙なものとなる。情報の移転という現象は、一般には情報のコピーであり、移転・移動するのはコピーされた情報である。そしてその情報は元の情報そのものではないが、元の情報と寸分違わぬものである。したがって、電子的情報の移転は、オリジナルのわいせつ物自体の移転とは明らかに異なる現象になる。

2 電子情報の移転方法

電子情報は、その従来通りの「移転」を想定する場合には、その情報を媒介するための記憶媒体の存在を予定する場合が多い。この場合には、電子情報が独立の移転可能な記憶媒体（フロッピーディスク、CDなど）に記録され、その情報が記憶された状態で順次移転することになる。この移転は、記憶媒体自体の移転によって行われるものであることから、これまでの物の移転と全く同様に考えられる。

次にいま一つの移転方法とは、電子情報が電話回線や専用線などを利用して電送される場合および電波を利用した送信の場合である。いずれの場合も、情報を電気信号に変換してその信号を電線ないし電波に乗せ移動させるというものである。

この移転方法は、明らかに従来の「物」の移転とは大きく異なっている。そのためこの移転現象をいかに法的に捉えるかが問題となる。移転する情報は、いわゆる「パケット通信」という方法によって移動することから、この「パケット」を郵便小包と同様のものとして扱い、物に類似して考えるという考えもあり得るかもしれない。また情報流通手段である電話回線や電波をもって長い望遠鏡とみなし、情報の移転という現象を捨象したりあるいは極小化することによって、その場で見ていると理解する考え方もまたあり得るところであろう。

3 電子情報の再生と移動・複写の違いについて

電子情報を再生して閲覧するという作業は、録音テープを再生するのと基本的には同じである。録音テープに磁気的に記録された音が、再生されることでスピーカーから音となって再生され、我々はその音を聞くことができる。これが再生であり、画像であれば閲覧するということになる。

これに対置される概念として、録音テープなどのいわゆるダビングという作業がある。元のテープから録音された音声データを複写したいテープに送り、これを新たなテープに録音して元のテープと同じ音を録音する行為である。このとき、元の音を再生して聞きながらダビングすることもできるが、再生せずあるいはスピーカーを通さないで、音声データだけをダビングすることもまた可能である。特に高速ダビングの場合には、音を出さない方法が一般的である。このように、録音テープのダビング行為はまさに情報の移転を意味している。その際に音の再生を伴うこともあるが、それは本質的要素ではない。

この例から明らかなように、情報の再生と移転とは異なる概念である。情報の移転ないし複写は、その情報の再生を必然的に伴うものではないという事実を、冷静に理解する必要がある。

ある。特に電子情報の場合には、これまでのアナログデータ以上に、再生と移転とが明確に区別される。電子情報はデジタル情報となり、0と1という信号によってのみ構成されるため、移動、複写は極めて容易であり、再生表示のシステムを持たない場合にも簡単に移動させ、複写させることができるのである。

こうした例として、画像表示ソフトを持たないパソコンの場合や、MS-DOSだけで通信を行う場合、あるいは「FTP」(ファイル・トランスファー・プロトコルの意味。インターネット上でファイルを転送するための通信規約に関する世界的な合意であり、ファイル転送の基本形態にもなっている。このシステムでファイルを送ることをアップロードといい、ファイルを受け取ることをダウンロードという)という、ファイルを転送させるだけのソフトを利用したような場合がある。

こうしたファイル転送のシステムの存在、その仕組みを理解した上で、再生閲覧行為と、情報ファイルの移動・複写という概念の違いをはっきりと区分しなければならない。

三 電子的情報の移転、再生に関する刑法的評価

1 電子情報記憶媒体としてのわいせつ物の再生と陳列

電子情報記憶媒体としてのわいせつ物であるビデオテープなどの再生行為が公然と行われた場合には、公然陳列となることがある。たとえば、大型のモニター画面を多数の公衆が観覧する場所に設置してこれを再生すれば、公然と陳列したことになる。また、ラブホテルなどで各客室に同じ画像を表示させるのも、公然と陳列したと考えられる。

こうして、電子情報記憶媒体としてのわいせつ物を、物として所有ないし管理し、みずから所定の方法によって再生したときには、その者の行為として、電子情報記憶媒体としてのわいせつ物の本来の機能を発揮させたのであるから、電子的情報を再生させ、一般公衆に閲覧させた右行為をもって、わいせつ情報(電子情報記憶媒体としてのわいせつ物)を公然と陳列したと評価できるであろう。

2 情報の移転

右1と異なり、先に述べた情報の移転という概念もある。

情報の移転とは、情報の再生を行う事なくまた有体物を經由せずに、電子情報記憶媒体としてのわいせつ物から他の電子情報記憶媒体へ当該情報を移転ないし複写させる場合である。

大阪地裁昭和五四年六月二二日判決によれば、わいせつビデオのマスターテープの所有者が、客の持ってきた空テープに客の求めに応じて有料でマスターテープの中身をダビングしていたケースにおいて、これにわいせつ物販売罪が成立するという判断を行った。

しかしこの事案の実態として本当に問題とすべきであったことは、情報そのものの移転をどのように刑法的に評価するか、という点であったはずである。ところが実際には、情報の移転行為自体が刑法上捉えようがなかったこともあって、客の持ち込んだテープの所有権

がいったんマスターテープ所持者に移転したことにするという、過度に技巧的な事実認定を行ってこの問題の本質の判断を回避した。

情報を情報の形のままに移転させる行為については、現行刑法上は該当する構成要件がない。現行刑法が予定している処罰形態は、物の移転を伴う場合があるいは物自体の閲覧という構成しかない。右事件を純粹に見る限り、マスターテープ所持者は販売する目的でそのマスターテープを所持していたわけではない。したがって、頒布販売行為は本来否定されるべきものであった。ましてや、マスターテープを客に見せる行為としてダビングさせていたわけでもない。よって見せるという行為、すなわち「陳列」行為にも当たらないはずである。

右事案の本質は、マスターテープを録画装置に設置して、そのテープが記憶・保管している電磁的情報を再生表示させることなく読み取って、直ちに同機械内の回線をとおして情報を移動させることにより、電磁的情報の存在形態のまま、新しい生のテープにコピーし、新たに記憶・保管させたことである。

この関係は、インターネットを通じた情報の移転を考えるとときにも大変参考になる。すなわち、客の持ってきた生テープをビデオデッキに接続し、マスターテープ内のわいせつ情報を客の生テープに移動転送させ記録保管させるという関係は、あたかもサーバーコンピュータのディスクアレイ内の電子情報を、遠く離れた場所のパソコンからの要求にしたがって送信し、その末端のパソコン内（ハードディスクや、フロッピーディスク、メモリ等）に移動、複写するのと酷似している。

前述のマスターテープと生テープをつなぐものが、同一録画機械内の回線であるのか、それともインターネットという公衆回線であるのかという違いがあるとしても、再生表示させることなく情報を送信して移動させ、新たに複写させるという点では類似性を見る事ができるからである。

このように、いずれの場合であってもその本質は「情報の移転」であって、情報の移動・複写という現象が存在しているのだから、その点では「情報頒布」と見るべきなのである。ビデオテープのダビングの事件は、ビデオテープという物が一時的にマスターテープ所持者に移動したという認定や、同一の録画機械の中での作業であるという点でわいせつ物販売と認定されたのであろうが、インターネットの場合には、ビデオテープのように移動する物体が介在・存在しない点で、大阪地裁が認めたようなわいせつ物販売罪の成立の可能性は全く存在しない。

またダビング事件の場合では、情報移動は同一録画機内における密接・連続した作業であった。しかしインターネットにおける情報移動は、国境を越えて大陸をまたがる公衆回線をとおして結ばれるものであり、情報の送り手と情報の受け手とはきわめて希薄な関係（パケットのヘッダの指定のみ）でしか結ばれていない。すなわち情報の送り手であるサーバと受け手のパソコンとは、それぞれ全く別のシステムで全く別の管理がなされ、また全く別の主体によって運用されている点で異なっており、情報の移転・複写という関係がよりいっそう明確になる。

なおこの問題に関しては、情報の移転・複写は再生のための準備に過ぎず、これは一連の作業であるから移転・複写・再生閲覧を総合的に見るべきなのであって、これら一連の行為を分断するのは技巧的に過ぎるといふ発想もあるかもしれない。しかしそこまで統合的にみることができるというのであれば、ビデオテープのダビング事件においても、ダビングが再生のための準備行為であり、再生閲覧を当然予定しているのだということになってしまい、ダビング行為を「公然陳列」と評価しなければならぬことになる。この結論があまりに異様であることは、論を待たないであろう。

3 情報の陳列と移転の区別

電子情報記憶媒体としてのわいせつ物を、本来の機能にしたがって操作し、媒体内部に記憶させている電子的情報を再生・表示してその場で公衆に閲覧させる行為は、電子的わいせつ情報自体の陳列である。これをこれまでの判例の流れでいえば、「電子情報記憶媒体としてのわいせつ物」自体が陳列されていると理解することになる。

これに対して情報の移転・複写というのは、電子情報記憶媒体としてのわいせつ物の記憶された情報のなかから、当該情報を再生する事なく新たな電子情報記憶媒体へ転送・複写させる行為である。

インターネット回線内の情報の移動に関しては、既に証人園田寿教授が指摘したように、電子情報がパケット（小包）として分割され、それをさまざまな回線を通して配送している（同速記録三三丁ないし三四丁）。

こうしたパケット通信という方式からいうと、通信販売で分割された商品が、別々の業者の手を経て郵送されてくるという関係になるのであり、受取人がその小包を荷解きをして、所定のものへと再構成する作業が必要となる。これと全く同様な荷解きと再構成が、受信者側のパソコンによって行われている（パケット通信サービス契約という特殊なサービスの提供を受けているときは、パケット通信網自体が開梱・再構成のサービスを分担することがある）。この点は、弁三、同四号証の資料が示すとおりである。

現実に話を戻せば次のようになる。

インターネット上におかれたサーバーコンピューター（本件ではアメリカに所在している）は、数百ギガバイト（百科事典数十万冊分のデータ量）から数テラバイト（数百万冊）の電子情報を保有するハードディスク・アレイを有している。こうした規模は、サーバーコンピューターとしては通常の大きさであり、取分けて大きいわけでもなく小さいものでもない。すなわち常識的な規模と言ってよい。そしてこのディスクアレイは、そのシステムや規模にもよるが、一時間あたり数万件ないし数十万件の単位で電子情報の媒介を行っている。

インターネット上のサーバーコンピューターは、世界中のコンピュータから送られてくる電子情報転送要求コマンドに答えて、要求コマンドを出したコンピュータ宛てに送り返したり、あるいは送られてきた電子情報をパケットのヘッダ（宛先表示）に従ってこれを転送するという作業を自動的に行っている。

インターネット回線を通して問題とされるわいせつ情報が伝送されているのであるが、刑法的にみて、これを再生閲覧すなわち陳列行為とみるのか、あるいは情報の転送・複写といった行為（情報頒布行為）と見るかが主な争点となるであろう。

情報の伝送行為を、情報再生閲覧行為と見れば陳列罪に該当するという考えに近づき、あるいは移動・複写行為と見れば、現行刑法上これを処罰する構成要件は存在しないものの、概括的には「情報頒布行為」という類型に入ることになる。

先にあげた、マスターテープを客の持ち込んだ生テープにダビングする行為の関係に引き写すならば、この両者の関係はより明らかになる。

すなわち、マスターテープからその記憶されている電子データを読み取る行為は、いかなる場合にも磁気ヘッドを使用して行われている。そして磁気ヘッドが読み取った電子データを、マスター側の装置は電気回線を通して生テープに送り届ける。ここまでは、再生の場合も全く同じである。

そうすると、再生閲覧と移動複写との最も重要な違いは、その電気回線の先に何がについているか（モニターか独立のパソコンか）、さらにそのついてるもの（モニターか独立のパソコン）が、データを移転してきた送り手側の管理下・支配下にあつて、送信したものが自動的に再生閲覧されるようにシステム化されているかどうか、という点にあることになる。

モニターが直に接続され送信機の指示（コマンド）のままに送られてきたデータを再生表示しているのであれば、それは再生閲覧行為すなわち陳列に他ならない。

ところが電気回線の先が別の磁気ヘッドに再度接続され、あるいはその電子情報を別の独立した存在のパソコンが受信して、自律してみずからの生テープへ録画するような場合などは、電子情報は再生されることなくそのまま転送されコピーされるのであるから、陳列にはならない。

こうして、電子情報を磁気ヘッドで読み取って電気回線内を移動する行為自体に差はないが、その先でどのような管理・システム運用あるいは処理がなされているかによって、再生閲覧されるのか移動・複写されるのかが分岐するのである。陳列とコピーとの相違点は、まさにこの点に由来するものと解されるべきである。

インターネットの場合は、正確には更に複雑になる。

まず、右に指摘した電気回線がインターネットでは専用回線ではない。これはいわば高速道路のような公開の回線であつて、パケットとなった電子情報が、例えば多数の小さなトラックに分乗され、他のトラックと混在しながら送信される。パケットは前後になつたりあるいはまた別のルートを通過しながら、要求コマンドを発したパソコン（パケットのヘッダ情報に従ったその目的地）に向けてひたすら走っているのである。

したがって、送り手側は受け手側の事情を全く理解することなく、ただ自己の保管する情報をパケットにして送り出すだけである。ビデオテープの場合とは異なり、その先に何が

接続されているなどといったことは全く考慮の外なのである。

次にインターネットの場合には、送信要求コマンドに従って送られてきたパケットを、ユーザーの独立したパソコンの側で再構成しなければならない。自分のパソコンに届いたパケットを、受信したパソコンが順番に開梱して元のデータに復元するのである。

この場合、みずからのパソコンにより再構成され復元された情報を、受信側の設定によってモニターに表示することもできるし、あるいは表示することなくそのままハードディスクに複写して保存することもできる。WWWにおいてブラウジングソフトを利用する方法は前者であり、FTP(ファイル転送プロトコル)を利用する場合や、自動巡回ソフト(通信料金の安価な時間帯や通信が混雑しない時間帯に、指定のホームページなどから画像等を順次自動的に収集して、ハードディスクに記憶させるソフト)を利用する方法などは後者になる。

こうした区分けは、もっぱら独立した存在である受信側のパソコンがその設定に従って行うことであって、送信側においてはそのことについて全くコントロールすることができない。

こうして、インターネットにおける公衆回線を利用したパケット通信形態を考慮したとき、インターネットを通じた電子情報の移動は、郵便配達ないし通信販売のような行為であり、また情報が複製されるために移動していると考えるのが合理的である。

したがって、これを刑法的に評価するなら、とうてい陳列ということはできず、情報頒布行為と見るほかないことになる。

四 何を陳列しているのか、何を閲覧しているのか

1 見ているのはサーバーコンピュータのディスクアレイではない

コンピュータの利用者が、転送されてきた電子情報をみずからのコンピュータに接続したモニターに表示して、その表示された画像を閲覧していることに争いはない。

問題は、園田教授が指摘するように、その時ユーザーが見ているものはサーバーコンピュータのディスクアレイではないという点である。

園田教授によれば、サーバコンピュータが転送したデータはそのままの形で転送されるのではなく、いったん分解されてパケットとして転送され、利用者のパソコンにおいて開梱されて再構成される。こうして自らのパソコン内で再構成された電子情報が、主記憶装置であるメモリや補助記憶装置であるハードディスクなどに記憶され、これがビデオメモリに転送されてさらにモニターで表示できる信号に変換されることで、ようやくモニターで見えるようになるのである。

この関係を、テレビ放送の電波送信とテレビ受像器での再生関係と同一だとみる考え方もあるかもしれない。

しかし端的に言うなら、テレビ送信の場合には受信機側(テレビ受像機)に電子情報を複

写・保存する記憶媒体（メモリ、ハードディスクといったもの）がなく、またその機能もない。したがってテレビ放送の場合には、情報をコントロールするという機能がなく、できるのは受信を中止すること、すなわちチャンネルを変えるかスイッチを切ることだけである。

またテレビ放送は、順次送信されてくる電気信号をそのまま画面に線状の光線として流し込んでいくだけであり、その光線はテレビ画面上において表示されると同時に消えてゆき、また次の光線を表示するといった具合に連続的に変化していくのであって、流動性という特徴を有している。

ここにあるのは、放送局が一方的に送りつけた情報が全く自動的に端末によって表示されるという、放送局の管理下にある一元的かつ固定的なシステムである。それは、まさにラブホテルで各部屋に備え付けのモニターから同一内容のわいせつビデオを再生・閲覧させる行為と全く同じ仕組みだということができる。

ところがインターネットの場合は、主記憶装置あるいは補助記憶装置によって転送されてきた情報が保管管理され、さらにそこからその他のパソコンなどに転送するのも自由であるし、また再生し閲覧する事もでき、さらには全くユーザーにみられることもなく破棄してしまうこともある。

インターネットの場合は、送り主たるサーバーマシンと受け手たる独立のパソコンとが無関係に成立しており、それぞれ全く別の管理下にある。したがって、再生に関して放送局の集中管理下にあるテレビとは全く異なる構造を持つ。

独立のパソコンから画像情報を送ってほしいという内容の要求コマンドがサーバーマシンに対し発せられ、サーバーマシンはこの要求コマンドに従い自動的に指定の情報を送り出すだけである。

要求した側がその電子情報をいかように扱うかは、電子情報を送った側の関知するところではない。受信者において、送信され記憶装置に記憶された電子情報を再構成し、モニター上で見ることが可能となる形で再生閲覧させた時点で、初めてその画像が見えるようになるのである。

こうして利用者が見ているものは、電子情報記憶媒体としてのメモリ等に記憶された電子情報であり、その電子情報はサーバーコンピュータから送信されてきたパケットを再構成し終えたものであり、みずからのコンピュータが管理し支配する電子データなのである。

この関係は、自動巡回ソフトを利用して、いったんハードディスクに記憶させた場合にはさらにはっきりする。利用者は、設定したホームページから自動でダウンロードした画像データなどが記憶されているハードディスク（補助的記憶装置）からデータを呼び出し、これをメモリーに蓄えてモニターに表示させる。したがって利用者は、まさにみずからのハードディスク内の電子情報を呼び出して表示しているのである。

2 自己パソコン内の情報を表示するという事

メモリーに記憶された情報やハードディスクに記憶されたわいせつな内容の情報を、みずか

らのモニターに表示すること自体は、自ら鑑賞するだけのことである。しかしこのモニターを窓の外に向けて公衆に公開していたり、他の部屋に備え付けた多数のモニターに同時に表示させているような場合には、自ら所有し管理しているパソコン内の電子情報記憶媒体としてのわいせつ物(ハードディスクやCDなど)を所定の方法により閲覧に供しており、自ら所有しているわいせつ物の陳列の可能性がでてくる。

こうした場合は、無関係な場所にあるサーバーコンピュータのディスクアレイを陳列しているのではなく、みずからのパソコンのハードディスクないし主記憶装置たるメモリを陳列しているのである。この点を混同してはならない。

3 サーバーコンピュータのディスクアレイを見ているというのはあまりに技巧的に過ぎる

検察官の主張によれば、本件はアメリカにあるサーバーコンピュータのディスクアレイが陳列されているのだという。果たしてそのような構成が可能なのか、検討してみる必要がある。

まず、サーバーコンピュータのある場所で、サーバーマシンにモニターを直付けして再生したとしよう。この場合は、確かにディスクアレイから情報を読み取って処理していると言えることから、ディスクアレイを陳列しているものと言うことができる。次に、サーバーコンピュータから我が国までの長大な延長コードがあるとして、その延長コードによってモニターが直付けされていると想定した場合、そのモニターに表示されている画像は確かにディスクアレイに記憶されている画像データであるから、これもディスクアレイの陳列といってよい。この場合は、前述したビデオテープの複写の事件において、マスターテープを磁気ヘッドで読み取った際の信号を、顧客の自宅のモニターに直付けされた長大な延長コードを介して送られるといった場合の想定にほぼ匹敵する。また表現を変えれば、地球の裏側にまで伸びる長大な望遠鏡によって、ディスクアレイの提供する画像を見ているということになる。こうした事態を指しているのであれば、検察官の主張にも一理あるということになる。

しかし、この想定をインターネットにそのまま適用することはあまりに現実ばなれしており、あまりに技巧的に過ぎる。なぜなら、もしこの論理を肯定するならば、郵便局員の配達行為を発信者の手の延長とみなすのと同じ異常性を肯定することになるからである。その結果、わいせつ物の頒布販売行為は存在なくなり、すべてが情報提供者の手によって直接見せたのと同じことになり、すべての行為が陳列罪になってしまうであろう。アメリカにあるディスクアレイを見ているなどといった解釈が、いかに技巧的であるかは以上からも明らかである。

次に、インターネットは居ながらにして海外の情報を見る事ができるといわれており、実際WWWにおいてブラウザを利用してアメリカのサイトを表示させた場合には、本来の制度上はアメリカに属するという趣旨の「COM」ドメインの表示がなされる。この現象を漠然と見るならば、アメリカのサイト、すなわちディスクアレイが見えていると思うのもうなずける。これまでの人類の経験では、モニターに現れるものは、テレビカメラの筒先が対象

物を捉えており、見えているものが直接現地から流されてきていると考えるのがわかりやすいからである。

ところが、インターネットの情報転送のシステムにおいては、実際には「キャッシュサーバー」と呼ばれる特別な方法が採用され、それによって送信サーバの中身と表示内容の違いが頻繁に起こるように設計されている。すなわち人気のあるサイトの場合は、要求コマンドが多数になるので、いちいち目的地までいかなくとも中継地にあるサーバなどに情報の貯蓄場所を定め、大量の情報をため込む方法が採られる。そこを通過しようとする要求コマンドに対して、その貯蓄場に当該情報が存在していたなら、その中継場所が発信者となって当該電子情報を要求者に直ちに送信することが行われ、不要なトラフィックを回避するというシステムなのである。

このシステムはインターネットの基本的な性格でもある。すなわち、米国国務省で開発されたこのシステムは、どこかのシステムが攻撃された場合でも情報システムが全体が破壊されないということを目指したものであり、これは逆に言えば、情報の復元・送り直しが可能であることを意味している。すなわち、情報が途中で破棄されまたは攻撃された場合でも、それまで中継してきたサーバに対し情報が欠落したという通知が跳ね返され、再送信コマンドが出されるのである。こうして、最終地点にすべてが揃うまでは、情報の行き来が繰り返されるシステムになっている。そのためにも情報は、中継局から送信されるという方法が予定されているのである。これが繰り返されたときに、情報のキャッシュすなわち情報伝達の中抜きが発生する。その説明は弁四号証で明らかにしたとおりである。

これがインターネットの自律分散システムである。

我が国においては、このキャッシュの問題に関する議論は十分なされていないため、アメリカの電気通信法の合憲性が争われた際のフィラデルフィア連邦地方裁判所の判決文から、「キャッシュ」の分析の部分を引用する。

海外の表現内容とキャッシュの問題点

117. 極めて大きな割合、たぶん四〇%か、それ以上のインターネット上の表現内容が、合衆国の外で作られたものである。証人尋問において、証人は、インターネットユーザーがロンドン(たぶんイギリスのどこかのサーバーにある)のウェブサイトにもどのようにアクセスし、それから、イギリスの興味ある他のサイトにリンクするかを実演した。

ユーザーは、その URL からその表現内容が海外から来ていることを、時々識別することができるのは、INTERNIC が、内容提供者に、国コードをドメインネームに入れることを許しているからである。さもなければ、外国の作品は、国内の作品(それは全く同じように英語を使っている)と区別が付かず、外国のスピーチは作られてから、名前を付けられ、国内のスピーチと同じ方法において、公表される。海外のスピーチが国のコードをその URL に含まなければならないという要請はない。いくつかの海外のスピーチがインターネットの上を移動してきているが、それらは明らかに、あからさまに性的なものである。

118. 「キャッシュ」(一時保管機能)の使用は、それらの内容が、外国の資源によるものか、または国内の資源によるものかの判断を困難にしている。大西洋海底通信ケーブルや、太平洋海底通信ケーブルを使うことが極めて高価な経費がかかること、およびそれらのケーブルの過度の利用が、ネックとなり、遅延を引き起こしていることなどが原因で、表現内容は、しばしば、「キャッシュ」され、あるいは、合衆国のサーバーに一時的に蓄えられる。

ヨーロッパ内の諸外国の資源からのものは、大西洋海底通信ケーブルを利用して、合衆国内のレシーバーに移動することができ、国内のキャッシュサーバーを通過する際に続いておきる次の検索のために、そのコピーを国内のキャッシュサーバーに保管するのである。この、外国のもともとのサーバーではなく、むしろこの国内のキャッシュサーバーが、海底地下ケーブルへ命令を載せることなく、そのキャッシュから次の国内の受信者へと対象物を送信するのである。

この近道により、要求者と情報の所在との間の距離のほとんどを、効果的に取り除くことができ、従って、通信の遅延のほとんどを解消してくれるのである。キャッシュサーバーは、その配列に従って、蓄えられた情報を処分する(例えば、一定の時間の経過により、または情報への需要が減少したことによって)。

従って、キャッシュ機能は、インターネットの価値：情報が安く、検索が早いという利点の、核心そのものなのである。

119. キャッシュを行うというのは、国際的な現象というわけではない。国内の内容提供者は、同じ内容を求めた連続した検索の遅延を回避し、同じ内容のためのインターネット接続への要求を減少させるために、人気のある国内の内容を、彼らのキャッシングサーバーに蓄える。

アメリカオンラインは、ニューヨークタイムズのホームページを、購読者が最初にリクエストしたときに、自らのサーバーに保管することができ、次の購読者が同じリクエストをした時には、その同じページを、ニューヨークタイムズのサーバーからではなく、アメリカンオンラインのキャッシングサーバーから、受け取ることができるのである。

120. 手短かに言えば、以上のパラグラフの例のとおり、アメリカオンラインは、ニューヨークタイムズがそのウェブサイト上に置いた内容にたいする、支配制御はできないし、さらに、ニューヨークタイムズは、アメリカオンラインによるキャッシュサーバーからの当該内容の供給を支配制御することもできないのである。

(翻訳 牧野二郎)

ペンシルバニア東部地区合衆国地方裁判所において

フィアデルフィア連邦地方裁判所法廷として

民事訴訟

96年963号事件

アメリカ市民自由連合 対 合衆国司法長官ジャネット・レノ 民事訴訟

96年1458号

こうして、キャッシュ(電子データの間での貯蔵)が入ったときには、要求にかかる電子情報は、当該情報の元データがあるディスクアレイからだけではなく、中間に介在する国内のサーバーや、あるいは大陸を超える直前のアメリカのサーバーなどのキャッシュファイル(貯蔵されたファイル)のコピーであることが多い。

したがって、アメリカの判決も認めるように、元のディスクアレイからの情報ではなく、中間のハードディスク、キャッシュディスクに保管された情報の転送であることが多いのである。そうであれば、検察官が主張するようにサーバーを直接利用者が見ているという事態が当然に発生するものではない。

弁護人らは以上から、電子情報の移転は陳列とは全く異なるものであること、そしてその実態は情報の頒布であること、それはあたかもマスターテープから客の持ち込んだ生テープへの情報だけの移転行為と軌を一にする行為であって、これを処罰するためには新たな構成要件が必要とされるものであると考える。

第四 マスク画像について

一 マスク画像に関する争点

第三において、「物」の解釈とともに「陳列」に関する検討を行った。

ここではさらに、本件で問題となっている画像の中で特にマスク処理された画像の陳列に関する検討を行う。

本件は、海外サイトに蔵置した画像の中にマスク処理されたものを含んでおり、それらの画像についても被告人は公然陳列に問われている。検察官の主張によれば、簡単に外れるマスクの場合はかけていないのと全く同じであるとし、わいせつ性はマスクをはずした後の画像で判断すればよく、本件ではわいせつ物陳列に問題はないとする。

ここでの主な争点は、最初にモニターに表示されたマスク付き画像が「陳列」されたものと見るのか、それとも利用者の手によりマスク処理加工がなされて問題部分が見えるようになった後の画像が「陳列」されたと見るのか、という点であろう。

この点に関する検察官の主張は必ずしも明らかとはいえないが、要約すればまず、マスク処理された画像であっても、問題部分のマスクが簡単に外れる場合にはわいせつ画像になるということを前提とし、そして利用者によるマスク処理加工後の画像が最初から陳列されていた場合と、本件は何ら変わりがないとの主張であると考えられる。

まず前提として、簡単にマスクが外れるような場合に、それがわいせつ物販売・頒布ないし販売目的所持罪になることは弁護人らとしても特段争うものではない。この点、墨塗りのわいせつ画について、墨塗りの部分が持ち帰って加工することで容易に取り払うことので

きる場合につき、わいせつ物販売罪を認めた判例（東京高等裁判所判決昭和五六年一二月一七日わいせつ図画販売事件）と同様であり、本件では特段の問題はない。

したがって本件がわいせつ物頒布・販売罪であるならば、マスクをはずして見る事が予定されている以上、右の判例と何ら異なるところはない。しかるに本件は、頒布・販売ではなく公然陳列に問われていることから、問題の画像が公然と陳列された際において、わいせつ性が顕現していなければ同罪が成立しないのではないかが問題となる。

ここで考慮すべき点は、ユーザーが情報を入手してから長期間が経過した後、はじめて利用者の手によってマスク加工処理作業が行われた場合に、その再加工された画像も情報入手時点まで溯って陳列されたといえるのか、という点である。

すなわち、インターネットでの情報の入手と、その後の利用者による独立した加工作業の介在、そして情報利用者による鑑賞までの相当長期間の時間の経過や作業の介在という現象のすべてを、「いずれにせよわいせつ」といった雑な判断で回避していいのか、という問題提起である。

弁護人らとしては、利用者の加工処理まで陳列概念に加えるのは刑法理論ではなく、裸のままの価値判断を押し付けるものでしかないものとする。

弁護人らは、現実にサーバーコンピュータにデータがアップロードされた時点、すなわちわいせつ情報が閲覧可能な状況を設定され、まさに陳列の実行行為が終了したと検察官が主張するその時点で、当該電子情報すなわちマスク画像がわいせつであったか否かを客観的に判断すべきであると主張する。

以下詳論する。

二 陳列におけるわいせつ性

1 販売・頒布・販売目的所持における潜在的わいせつ概念

従来から、わいせつ画像等に対する一部抹消・加工の事案は多く、そのいずれもがわいせつ性を肯定されている。しかし重要な点は、そのいずれの事案もわいせつ物の販売の事案であったという事実である。

弁護人らにおいても、右の判例にはいささかの疑問があるものではなく、むしろ当たり前の理論であると考えている。何が当たり前かといえば、わいせつ物を販売するという意味は、わいせつ物の占有が移転して購入者が持ちかえり、自己の管理・支配下においてそれを開梱して鑑賞し、あるいは使用するというものだからである。

したがって、販売や頒布の際には、目的物のわいせつ性が可視的であることの必要はない。むしろ持ち帰るという場合には、封筒に入れたりあるいは梱包するなどして包装してある方が通常である。また、物に包んであるのと同様に、簡易にはがれる塗料などにより一部が隠蔽されていたとしても、購入者が持ち帰って簡易にその塗料をはがす事ができる以上は、鑑賞・使用が可能なのであるから、わいせつ物であることにいささかの疑問もない。

未現像フィルムについて潜在的わいせつ概念を提示した名古屋高等裁判所判決昭和四一年三月一〇日は、こうした販売事案に関する明確な判断をしたものである。この点たとえマ

スク処理された画像であっても、それが有体物に化体されて頒布・販売した（フロッピーディスクなど）という事案であれば、右判決内容がそのまま当てはまるものと考えられる。

2 陳列におけるわいせつ性

問題は、潜在的わいせつ物に対する「陳列」事案でも全く同様に理解されるか、という点である。

すなわち、陳列した時点ではマスク処理がされていてわいせつ性は顕在化してはいないが、後になってそのマスク部分を再加工することによって復元できることから、陳列された時点にさかのぼってわいせつであったとか、あるいは全体を考察してわいせつ物の陳列とっていいのか、という問題である。

この点山口厚教授は、「陳列の内容として、『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はずしてわいせつ性を顕在化させるのであれば、なお『陳列』の段階でわいせつ製の顕在化を認める事ができ」と論述している（ジュリスト——七号七六頁）。しかし、右の指摘は同教授の見解ではなく、「積極的に解する余地のある可能性のある意見」という程度のものでしかない。なぜなら、同教授本人はこの考えを採用せず、「陳列」概念を「認識可能状態の設定」と定義し、「再生閲覧させたこと」は単に発生した結果にしか過ぎないとする立場をとっているからである（同七六頁、七九頁注二四）。

陳列概念を再生閲覧まで広げることについて、山口教授ご自身ですら消極的なものであり、これはとても一般的な見解とは解しがたい。

3 再生閲覧と加工・復元の差異

再生閲覧というのは、インターネット上の画像をモニターに映し出すことを意味していると思われる。陳列の概念を「見える」という観点から検討すれば、見えたという時点をもって陳列とするには確かに一定の説得性もある。さらに、設定だけではなく実質的に再生閲覧という行為までを要件を加えることで、より厳格な行為類型に絞り込むという効果も導き出せるかもしれない。

しかしこの考え方の大きな欠陥は、再生閲覧という概念と加工・復元という概念の混同がある点である。まず陳列概念に当たるとする見解の多くは、通常のブラウザの利用において、画像の再構築・再生までが自動的に行われているため、その過程が自動化されているから陳列だとしている。そしてその際主張される要件は、「自動化」というものであった（山口 前傾七五頁）。

しかし、ここで利用した「自動化」という概念は無限定的に広げられる性格のものではない。まして小松証人が指し示したように、みずから画像処理ソフトを立ち上げ、それを操作して画像データを取り込み、さらにマスク加工・復元をするという作業は全く自動化されていない。この点は、小松証人による実演と説明によって、すでに裁判所に対しても明らかになったとおりである。

したがって、仮にブラウザを通して電子情報が自動的に表示されるという構成が取られたとしても、それでもなお加工・復元は全く自動化されない行為であり、再生閲覧概念とは

明らかに異なるものなのであって、これを否定することは不可能である。

園田寿教授は、公然陳列罪が抽象的危険犯であることから、再生閲覧といった「結果」を行為に持ち込むことに疑問を提示されているが、まさにそのとおりであろう。公然陳列罪においては、認識可能状態の設定で実行行為はすべて終了しているのであって、その時点で閲覧可能状態が現出されていなければならず、すなわちその時点でわいせつ性が顕在化している必要がある。まして、再生閲覧以上に加工復元などという行為までを包摂することは、とうてい認められない。

マスク画像の場合に限って陳列の概念を引き伸ばし、再生閲覧あるいは更に加工処理・復元までそこに含めるとなれば、陳列概念の崩壊もはなはだしい事態になる。もはやそれは、日本語の意味を完全に無視した、架空概念に脱することを意味するだけである。

このように、現行刑法上「再生閲覧」までを陳列概念とすることには、重大な疑義があるものと解さざるを得ない。

4 陳列後のわいせつ性の顕在化

既に検察側証人として出廷した小松証人が証言したとおり、マスク処理の工程はみずからのコンピューターを操作することで行う作業であることに争いはない。

マスク画像は、それがメモリに記憶されている時点で加工することはできない。一度ハードディスクにマスク画像を保存する必要があり、さらにいったんインターネット回線を切断したうえで一定の画像ソフトを起動し、当該画像データを呼び出してから加工を始めなければならないのである。

この加工の工程は、まさにマジックインキで一部が黒塗りされたものを自宅に持ち帰り、シンナーなどで加工するのと全く同様である。すなわちわいせつ物販売の場合と同じだと言えることができる。まさに、購入者・情報取得者において、潜在的わいせつ性を自己の処理によって顕在化させたと見るべきなのである。

5 潜在的わいせつ物は陳列できない

潜在的わいせつ性を認めた前記名古屋高裁の判例は未現像フィルムの売買に関するものであるが、その判決の傍論の中で、「未現像のフィルムをもっ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言うまでもない」と明言している。

単に、潜在的わいせつ性を有する物の陳列は困難だといっているのではない。そうではなく、成立する余地すら全くない、とその可能性自体を完全に否定しているのである。

この高裁判例は、きわめて重要な点を指摘している。弁護人らは裁判所に対し、この判決の趣旨を十分配慮して、慎重に判断されることを望むものである。

さらに、前述した山口教授も最近の論考において、「公然陳列においては、情報を認識した相手方に（記憶は別として）『情報が残る』ことは想定されていない。したがって、相手方において取得したデータの修正を行う類型を捕捉するのは頒布・販売として行うことが自然であることは否定しがたい」と述べている点が注目されるべきである（山口厚「情報通信

ネットワークと刑法」岩波講座『現代の法6』一二三頁・注二五)。これは、園田教授が証言された内容と全く同様な見解である。

以上から弁護人らは、マスク画像の加工復元行為は明らかに陳列概念に包摂されないものであると考える。陳列がなされた時点が、みずからの所有する電子情報をモニターに表現させたときであると解したとしても、それには公然性がなく犯罪を構成しない。さらに、「陳列」された画像はマスクが付されたものであって、未だ加工・復元がされていないのであるから、当該画像はわいせつではないと考える。

マスクの再処理によって問題部分が見えるという事態は、わいせつ情報の頒布・販売の後の潜在的わいせつ情報の顕在化という問題である。これは、わいせつ情報売買の結果に過ぎず、公然陳列とは何の関係もない。当罰性があるにもかかわらず被告人を処罰できないというのは、要するにわいせつ情報売買・頒布といった新たな構成要件が必要であることを示唆しているだけなのである。

しかし現時点ではこうした構成要件がない以上、被告人らの行為は犯罪を構成しないのである。

第五 被告人の行為は客観的構成要件に該当しない

一 被告人及びその共犯者とされるA、同Bの行為は、以上述べてきたとおりそもそも刑法第一七五条のわいせつ物公然陳列罪の構成要件に該当しない。

弁護人らは、当該行為について当罰性や規制の必要性を全く否定するものではないが、現行刑法をもって客観的構成要件に該当しない以上、共謀の有無や主観的認識について検討するまでもなく被告人は当然に無罪である。

第六 被告人に犯罪の故意はない

一 被告人は、平成九年二月末頃、いとこであるAからインターネットプロバイダー事業の開業の相談を持ちかけられた。

当時被告人は、父親の仕事である土木関係の仕事に従事し、パソコンやインターネットに関する知識は基本的に皆無であり、事業としての関心もなかった。

被告人は、いとこでありコンピューターに関しては専門家であるAを信頼して事業への参加を承諾したに過ぎない。

二 被告人はAから、プロバイダー事業を軌道に乗せるために、ダイヤルQ2回線を使ったアダルト画像情報の提供事業を行うことも相談を持ちかけられた。

Aの説明は、アダルト画像にマスク処理を施した情報を、ダイヤルQ2を使ってユーザーに提供するというものであった。被告人は、マスク画像についての知識、マスク処理された画像のマスクがユーザーにおいていかなる手段・方法によって取り外しが可能なのか全く知識も経験もなかったが、実際にコンピューター関連の会社で実務経験を有するAが、一般に

マスク処理画像がインターネットを通じて流布されている事実、これらが警察当局によって違法なものとして取り締まりの対象にはなっていないことを縷々説明したため、これを信頼して右業務についても承諾したのである。

被告人は、その主観面において犯罪行為を行っているという違法性の意識はなかった。そもそも、わいせつ性の認識という相対的な価値判断をもとに規範的構成要件要素についての認識の有無についての判断は、憲法の保障する表現の自由、適正手続きの保障との関係から、慎重な判断を必要とするものであるが、インターネットという新しいメディアを通じた情報伝達手段においては、未だその社会的ルールの形成が未成熟な段階において、しかも取り締まりを行う当局者からも事前の警告や規制の基準について明らかにされていないもとは、被告人を含む国民一般に違法性の意識を期待するのはきわめて困難な状況にあった。したがって、被告人には違法性の意識及び違法性の意識の可能性がなく、故意責任が存在しない。

三 被告人は、マスク処理を施さない画像一〇八枚分(検察官が起訴した「男女の性器・性交場面等を露骨に撮影したわいせつ画像」)については、Aから事前の相談を受けたことはなく、承諾もしていない。

A及びBと被告人との間には、この点における事前の共謀はなく、したがって右一〇八画像についても無罪である。

この点Aの平成一〇年三月二日付検察官面前の供述調書(乙第一〇号証)では、

「時期は、アメリカのレンタルサーバーを利用する契約をする前ですから、その時期が平成九年九月二五日だとすれば、八月か九月ころには話していたと思います。

ヒロに対しては、

マスクをかけないものも載せようかな。

アメリカのサーバーにおけば大丈夫かな。

という程度の話をしたという覚えがあります。」

との供述をしている。

しかし、Aの記憶は、「八月か九月ころ」と日時はきわめて曖昧であり、かつ「載せようかな」「大丈夫かな」と独り言ともとれる表現となっている。重要な営業方針の変更であるにもかかわらず、Aの記憶は曖昧で、かつ被告人への「提案」の内容も、自分の希望を述べたものなのか同意・承諾を求めようとしたものなのかも判然としない。

共謀共同正犯における「共謀」の事実は「罪となるべき事実」にほかならないから、これを認めるためには「厳格な証明」によらなければならない(最大判昭三三・五・二八刑集一二・八・一七一一)。ましてや、同供述は責任転嫁の危険性が指摘される共犯者の供述であるから、事実認定にはなおさら慎重さが要求されるものである。

四 被告人の平成一〇年二月二〇日付司法警察職員面前の供述調書(乙第一七号証)では、被告人は

「A君は

モロ見せ画像すなわちわいせつな画像を米国に置き、これを日本国内に流しても大丈夫であるよと説明しておりました。」

と供述しているが、右供述調書は、わいせつ画像の入手経路と被告人が行ったZ I Pへの取り込み作業、その後のAによるサーバーへの送信作業について述べた調書である。当公判廷での被告人質問でも明らかになったように、被告人自身はコンピューターに関して全くの素人であり、Aによってわいせつ画像がどのようにしてアメリカのサーバーコンピューターに送信・記憶・蔵置されたかについて詳細にはわからない立場であった。このような被告人が、調書にある供述内容を矛盾なく供述できること自体がそもそもありえない。この供述調書は、Aの供述調書の内容をもとに司法警察職員の誘導により作成されたものと見るのが自然である。

しかも右調書は、いわゆるモロ見せ画像とマスク画像との区別を意識することすらなく司法警察職員が録取した調書であり、「モロ見せ画像」との被告人の供述部分もかかる司法警察職員の認識に影響されて、両者の区別を意識せずに供述されたものである。

当公判廷の被告人質問により明らかにされたように、被告人は、マスクなしの画像をアメリカに送信することについては逮捕にいたるまでAから一度も相談を受けていないし、いわんや了承などしてもいない。被告人は、他の業者では、マスクなしのわいせつ画像を流しているところもあると一般的な話を聞いただけである。

したがって、右供述調書をもって被告人に共謀の事実を認定することはできない。

以上より、マスク処理の行われていない〇八画像については、共謀の事実を認定することはできず、「疑わしきは被告人の利益に」という刑事訴訟法の原則に従って、被告人は無罪である。

第七 被告人は正犯ではない

一 被告人が、万が一何らかの罪責を問われる場合においても、被告人の本件に対する関与は幫助にとどまるもので、正犯者としての罪責は負わない。

1 いわゆる共謀共同正犯の理論は、謀議にのみ参加して実行行為に参加しなかった首謀者ないし陰の黒幕を処罰するために編み出された解釈理論である。実行行為を分担していない共謀者を「正犯」として処罰するためには、当然実質的に見て実行行為者と同視できる関与が必要とされるべきであり、判例では「他人の行為をいわば自己の手段として犯罪を行った」(前出最判昭三三・五・二八)という表現で正犯性が認定されている。

このような観点から実質的に検討してもなお共謀者を正犯者と評価できない場合には、原則どおり右共謀者は幫助犯とされる場合があるに過ぎない。

本件における被告人の関与の内容は、以下に述べるように実質的に正犯とされるべき行為は存在せず、幫助犯にとどまる余地があるに過ぎない。

2 そもそも被告人はインターネット事業には素人であって、単にプロバイダー事業を行うために資金提供をしたに過ぎない。そしてその資金提供も、ダイヤルQ2事業を用いて利

益を上げることが主な動機とするものではない。

ど全くなかった。実際の会社設立手続きもAがすべて行っている。被告人は、Aの指示に従い必要書類を揃えただけである。

また、会社に利益がでた場合の報酬配分についても、その役割に鑑みAが一番多く配分を受けることになっていた。

4 実際の東京の会社での基本的業務、とりわけ検察官が実行行為とする画像送信・記憶・蔵置・閲覧可能状況の設定は、すべてAがおこなった行為であり、被告人自身は実行行為に全く携わっていない。

二 以上の行為や関与の実状を踏まえると、被告人は業務の全体像も進行状況もよく知らされず、Aから一定の仕事を分担させられていただけであり、仮に罪責を問われるとしても、マスク処理された画像に関するの幫助犯にとどまる。

なお、マスクを施さない画像については、共謀も実行行為もなく、無罪であることはもちろんである。

第七 まとめ

一 以上の通り、被告人の行為は刑法第一七五条前段の客観的構成要件に該当せず、被告人は無罪である。

二 仮に客観的構成要件に該当するとしても、「男女の性器・性交場面等を露骨に撮影したわいせつ画像一〇八枚分」についての「陳列」行為は、被告人と共犯者A及びBとの間に「共謀」の事実がなく、被告人は無罪である。

また、「マスクを付した画像一二枚分」の「陳列」行為については、被告人に違法性の意識及び違法性の意識の可能性がなく、故意を認められないので被告人は無罪である。

三 仮に、「マスクを付した画像一二枚分」の「陳列」行為について被告人に故意が認められたとしても、被告人の行為は刑法一七五条の幫助に止まるものである。

以上