

Title	わいせつ情報を化体した有体物の公然陳列行為について
Author(s)	安田, 拓人
Citation	阪大法学. 2003, 52(6), p. 37-68
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/54841
rights	
Note	

Osaka University Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

わいせつ情報を化体した 有体物の公然陳列行為について

安 田 拓 人

はじめに

第一章 わいせつ物について

第一節 わいせつ情報を化体した有体物の客体性

第二節 わいせつ情報そのものの客体性

第三節 一七五条の客体の再構成

第二章 公然陳列について

第一節 公然性について

第二節 陳列について

第三節 頒布・販売罪との関係について

むすびにかえて

はじめに

わいせつ情報を化体した有体物を不特定または多数の者が認識しうる状態を設定する行為が刑法上どのように扱

われるべきかについて、近時、最高裁はわいせつ物公然陳列罪を認めるという形で判例を統一した。⁽¹⁾ 事案は、パソコンネット「アルファネット」を開設・運営していた被告人が、同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企て、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約四一八二画像分を、同ネットのホストコンピュータのハードディスク内に記憶させて、ホストコンピュータの管理機能に組み込み、電話回線を使用して、パソコン通信の設備を有する不特定多数の顧客に同わいせつ画像が閲覧可能な状況を設定し、同わいせつ画像の情報にアクセスしてきた不特定多数の者に同画像を送信して再生閲覧させたというものである（以下、これを本件事案と、また、これと類似する事案を本件のような事案と略記する）が、ここでは、刑法一七五条の客体をどこに求めるのか、それが公然陳列罪の予定するものなのか、そして、それを不特定または多数人に認識可能な状態を設定する行為が、わいせつ物の公然陳列行為と評価されるかが争われたのである。

そこで、本稿では、この最高裁平成一三年決定（以下本決定と略記する）を素材に、わいせつ情報を化体した有体物が刑法一七五条の予定するわいせつ物に該当するのか、それを不特定または多数人に認識可能な状態を設定する行為が、わいせつ物の公然陳列行為と評価されるかの二点につき、簡単ながら検討を加えることとした。⁽²⁾

第一章 わいせつ物について

第一節 わいせつ情報を化体した有体物の客体性

刑法一七五条の客体は、「わいせつな文書、図画その他の物」であり、文書、図画という例示からみて、わいせつ性が直接明らかになっているもの（顕在的わいせつ物）に限られるようにも思われるが、わが国の判例は、古く

から、一貫して、それに限らず、わいせつ情報が化体された有体物であっても、わいせつ情報の顕在化が容易である限り、そして、わいせつ物の受け手の側でわいせつ情報を認識するための行為が必要であっても、同条の客体に含まれるとする解釈をとってきている。⁽³⁾

その契機となったと思われるのは、からくりなどを施すことによりわいせつ情報を潜在化させた有体物を頒布・販売する事案の登場であったと言えよう。既に戦前においても、鬼と坊主の絵の中央を折り合わせるると女性器と男性器の形になるよう作られたタオルを頒布した事案につき、昭和一四年の大審院判決は、「其の常態に於て一見淫卑なる感情を生せしむることなき図画と雖猥褻なる形像を露骨に顕出することを隠蔽する意図の下に」「性的感情を刺激し人をして羞恥厭悪の念を生せしむるが如き形像を顕出せしむることを目的として作成せられたる図画」であることを理由に、わいせつ図画頒布罪の成立を認めていた。⁽⁴⁾ こうした流れに位置づけられるものとして、透明な液体を注ぐと盃の底に隠されていた女性のわいせつな写真が現れるヌード盃につき販売目的所持罪の成立を認め、昭和三九年の最高裁判決⁽⁵⁾、中央部を折り合わせると男女の性器が現れるハンカチにつきわいせつ物頒布罪および販売目的所持罪の成立を認めた昭和四四年の札幌高裁判決がある。⁽⁶⁾ そして、この札幌高裁判決は、「相手方としては、それほど労を要しないので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」として、わいせつ情報の顕在化の容易性を、客体性の限界づけの基準として提示したのである。ここには、刑法一七五条の客体をわいせつ性が直接明らかかなものに限定したのでは、容易にわいせつ情報を顕在化できる形でわいせつ情報を潜在化させれば不可罰になり、不当に処罰を免れさせることになって妥当でないとする、正当とされるべき実務的感覚を見て取ることができよう。⁽⁷⁾

こうした、一七五条の客体が、わいせつ性が直接明らかである顕在的わいせつ物に限られないとする解釈は、未

現像フィルムに関する一連の高裁判例において、完全に定着したとみられる。ここでは、未現像の映画フィルムにつき販売目的所持罪を肯定するにあたり、未現像の段階でも潜在的には既にわいせつ場面の映像がフィルム上に描写されていること、および、映像を顕出するための作業が比較的容易であることが指摘されており、一般論として⁽⁸⁾も、「猥せつ性は必ずしもそのもの自体に直接顕在することは必要でなく……頒布ないし販売を受けた者において容易にその猥せつ性を顕在化させるものであれば足りる」と判示されているのである⁽⁹⁾。

そして、一七五条の客体につき、わいせつ情報が化体された有体物だとする解釈をとる以上、それを、文書、図画といった例示に示されるような視覚によるわいせつ物に限定する必然性も失われることになった⁽¹¹⁾。録音テープにつき頒布罪の成立を認めた昭和三〇年の東京地裁判決が、「会話、音声等をテープに録音固定し、これを再生させることによって聴覚によって内容を感じ得るようにした物は、映画フィルム、写真、小説等視覚によって内容を知識し得る場合と異なら⁽¹²⁾ないとするのは、その限りで自然なことである。こうして、判例では、録音テープにつき公然陳列罪を認めた昭和三〇年の東京地裁判決を始めとして、ダイヤルQ⁽¹³⁾接続の録音再生機につき公然陳列罪を認めた平成三年の大阪地裁判決に至るまで、聴覚によるわいせつ物についても、一七五条の罪の成立が認められているのである。

さて、こうした、わいせつ情報が化体された有体物も、わいせつ情報の顕在化が容易である限り、一七五条の客体たりうるとする確立した判例を前提とすれば、本決定による事案の処理は、特段の問題を含まないようにも思われる⁽¹⁵⁾。実際、一審から本決定にいたるまで、わいせつ画像データが記憶・蔵置されたハードディスクを、従来の判例の論理の延長線上において、わいせつ物と捉えうるとすることについては、一致がみられるのである⁽¹⁶⁾。一審の京都地裁は、「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」だとし、「ただ、本件ハードディスクの場合

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に過ぎない」と判示し、控訴審の大阪高裁も、「ハードディスクのままでは、視覚的にわいせつ画像を見ることができないことが、本件ハードディスクのわいせつ物該当性を否定すべき事由になるとはいえない。すなわち……ユーザー側の一連の行為の介在が必要なことは、わいせつな画像や音声情報が磁気情報として記録されたビデオテープをビデオデッキ及びテレビモニターを使用して、可視的な形ないし音声に変換して再生閲覧する場合……と本質的に異なるところがなく、右画像データの抽出は、基礎的な知識を有するパソコンユーザーであれば、誰でも極めて容易になしうるところであり、しかも……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から、このようなわいせつ画像データが記憶・蔵置された本件ハードディスクが、前記ビデオテープと同様わいせつ物に該当するとした原判決の認定、判断に何ら誤りはな」と判示しているのである。

第二節 わいせつ情報そのものの客体性

(一) わいせつな画像データを記憶・蔵置させたコンピュータのハードディスクを公然陳列するという本件のような事案の登場を契機として、学説上有力に主張されているのは、わいせつ情報そのものを一七五条の客体として捉えるべきだとする見解である。例えば、堀内教授は、わいせつ物として実質的に把握されるべきは物に化体されている情報であり、無形的なわいせつな内容によっても性秩序・性風俗という法益は侵害されるから、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がわいせつ図画だと考えるべきだとされている。¹⁷⁾そして、裁判例にも、「有体物としてのコンピュータは何らわいせつ性のない物」だから「情報としての画像データ」をわいせつ

つ物と捉えるべきだとするものがあつた。⁽¹⁸⁾⁽¹⁹⁾

(二) そこで、こうした、わいせつ情報そのものを一七五条の客体として捉える可能性が、本決定により否定されたのではないかが問題となる。この点、本決定の調査官解説は、本決定は「わいせつ物をわいせつな画像データそのものに限定する立場は排斥しているが、ホストコンピュータのハードディスクがわいせつ物に当たるとしているにとどまるから、媒体とは別に、わいせつな情報データそのものもわいせつ物に当たるとする立場は排斥していない⁽²⁰⁾」と述べている。簡略な記述で、その趣旨は必ずしも明らかではないが、おそらく、本決定の事案では、わいせつ情報を化体したハードディスクをわいせつ物と捉えることができるから、わいせつな情報データそのものをわいせつ物と捉える必要はないが、そうした有体物への化体を認めえないような事案でも、わいせつな情報データをわいせつ物と捉え、一七五条により処罰する余地を排除していないことを言おうとしたものだと考えられる。

そして、これと同様の見解も有力である。⁽²¹⁾ この見解は、わいせつ画像のファイルを電子メールで送信した場合に、は電磁的記録の移転があるだけで有体物の移転がないため、一七五条の客体をわいせつ情報の化体された有体物に限定したのでは、頒布・販売罪の余地がなくなり、不都合が生じうることに対する懸念を出発点としている。⁽²²⁾

しかし、すでに、わが国の判例は、こうした事案につき、有体物への化体の要件を形式的に維持しつつ、販売罪の成立を認めている。例えば、平成一二年の横浜地裁川崎支部判決は、「本罪の保護法益である健全な性風俗は、情報の化体した媒体が『物』であるか否かにかかわらず、わいせつな情報内容によって侵害される」が、「提供される情報が媒体に化体されず、その場限りで消えていく場合には、そのわいせつな情報自体に伝播可能な固定性がなく、性風俗の侵害の危険性が本罪の予定する程度に至らないから、法定刑の軽い公然わいせつ罪にとどまる」のに対し、「わいせつ情報が有体物という媒体に固定されてこそ、その情報が同一性を維持したまま繰り返

し再現可能となり……本罪の予定する性風俗の侵害の危険が発生する」との出発点から、「本件画像データがインターネットにおける電子メール・システムという媒体の上に載っていることにより、有体物に化体されたのと同視して『凶画』に該当すると解することは可能であり、合理的な拡張解釈として許されると解する。」と判示し、なお前節に述べた判例理論の延長線上において、販売罪の成立を認めようとしている。²³⁾ また、より以前に、昭和五四年の大阪地裁堺支部判決も、自己のダビング設備を用いて自己の所有するわいせつビデオから客の持ち込んだ生テープへダビングして交付したという、実質的にはわいせつ情報の販売と見うる事案につき、加工請負契約の考え方を援用し、いったんテープの所有権が被告人に移ったとして有体物の移転を認めることにより、わいせつ凶画販売罪の成立を認めていた。²⁴⁾

こうしてみると、わいせつ情報そのものを一七五条の客体と捉えるべきことを正面から肯定するのは平成九年の岡山地裁判決が唯一の例外であり、本節に紹介した判例も、なお、わいせつ情報の有体物への化体という要件を形式的には維持しようとしていると捉えることが可能である。そして、学説上も、正当にも、有体物への化体という要件を堅持すべきだとする見解が多数を占めている。²⁵⁾

(三) では、一七五条の客体を、わいせつ情報そのものと捉える見解に支持が広がらない理由はなにか、どうしてわいせつ情報が有体物に化体されていることが必要なのか。この理由としては、従来、(イ) 文言の自然な語義、(ロ) 公然わいせつ罪との区別の二点が指摘されている。

(イ) 文言の自然な語義を論拠とする見解は、「文書、凶画その他の物」が有体物であることは、文言上明らかであるとする。もっとも、この点については、平成七年改正前の刑法一八五条の賭博罪に関しては「財物」が利益をも含む意味で解釈されていたこと、また、財物罪の客体に關しても財物は有体物に限られないとするのが判例・多

数説であることからすれば、必ずしも決定的な論拠ではないとも言いうる。⁽²⁶⁾これに対し、渡邊助手は、平成七年の口語化により賭博罪の規定から「財物」の文言が消えて初めて、客体が財物に限られなくなったのだとされるほか、財物罪の客体に関しては、物理的管理可能性説を前提とする以上、物質性を備えていない情報を客体に含ませることはできないとされる。⁽²⁷⁾確かに、前者の指摘は、一定の説得力を持ちうるが、後者の指摘は、物理的管理可能性説からの財物の定義に忠実ではないと思われる。物理的管理可能性に着目するならば、電気が送電線や蓄電池により管理可能であるから財物とされるように、情報もフロッピーディスクやファイルあるいは電気通信機器により管理可能である以上は、財物とされることになるはずである。情報そのものを財物とした判例が存在しないことは、判例が、物理的管理可能性説を徹底しているわけではないことの証左とみるべきであろう。⁽²⁸⁾

文言を手がかりとするもう一つの見解は、昭和六二年改正により、電磁的記録は文書でないことが明らかにされたことから、文書偽造罪における文書には電磁的記録が含まれないことを手がかりとして、ハードディスクに化体されたわいせつ画像データが電磁的記録であることから、文書などの物には当たらないと主張する。⁽²⁹⁾しかし、この見解は、有体物に化体されたわいせつ情報が、電磁的記録の形態をとる場合にしか妥当しないほか、電磁的記録をわいせつ文書ではないとするにとどまり、「図画その他の物」にも該当しないことまでを説明していないように思われる。そして、そもそも、証拠手段としての機能からみて可読性の要件が争いなく承認されている文書偽造罪における文書とは異なり、一七五条の罪の客体としては、最終的にわいせつ情報にアクセスしただけが決定的であるし、わいせつ情報の取引に際してわいせつ性が顕在化していることは、却って取引の妨げになるとすら言えよう。こうした両罪の性格の違いからすれば、文書偽造罪に関する昭和六二年改正を論拠とすることは困難であると思われる。

(ロ)そこで、注目に値するのが、一七四条の公然わいせつ罪との区別を可能とするための要件として、一七五条の罪の客体に關して有体物への化体を要求する、学説上多くみられる見解である。³⁰⁾

この点に關して、例えば、昭和二十七年の東京高裁判決は、公然わいせつ罪と公然陳列罪の「兩者区別の標準は、その法益侵害が前者にあつては人の動作を他人に知覚させることにより行われ、後者にあつては物を他人に知覚させることにより行われる点に存する」。「人はその通常の姿では性風俗を侵害しない。特殊な動作を行う場合にのみ性風俗を侵害する危険を生ずるのに対し、猥褻物は、その儘の姿が常に性風俗を侵害する危険を包蔵しているのである。」³¹⁾と判示している。しかし、この理由づけは不十分であろう。一七四条が問題となる局面においては、人は「通常の姿」ではなく「特殊な動作を行」っているものであり、わいせつ物と人の「通常の姿」を比較して、前者の性風俗侵害の危険性が高いことを指摘することには意味がない。すなわち、「わいせつ『物』の公然陳列」が、人が「わいせつな姿態を公然ととること」より性風俗侵害の危険が大きいのでなければならぬのであるが、このことは何も説明されていないのである。

そこで注目されるのが、既に紹介した平成二二年の横浜地裁川崎支部判決の理由づけである。それによれば、「本罪の保護法益である健全な性風俗は、情報の化体した媒体が『物』であるか否かにかかわらず、わいせつな情報内容によって侵害される」が、「提供される情報が媒体に化体されず、その場限りで消えていく場合には、そのわいせつな情報自体に伝播可能な固定性がなく、性風俗の侵害の危険性が本罪の予定する程度に至らないから、法定刑の軽い公然わいせつ罪にとどまる」のに対し、「わいせつ情報が有体物という媒体に固定されてこそ、その情報が同一性を維持したまま繰り返し再現可能となり……本罪の予定する性風俗の侵害の危険が発生する」とされている。これを要するに、わいせつ情報は、物に化体されることにより、同一内容のわいせつ情報が反復して再現さ

れる可能性が生じるのだから、物への化体は高度の危険性を基礎づける本質的要素だということになるのである。⁽³²⁾⁽³³⁾

この関係で、参考になるのは、HPを通じてカメラで撮影した女性のわいせつ映像データを配信し即時観覧させた事案に関する、平成一二年の岡山地裁判決である。⁽³⁴⁾これによれば、「刑法一七五条所定のわいせつ物であるというためには、少なくともわいせつ情報が化体された有体物であることを要すると解すべきである」が「メモリ上にパッケージ化された個々のわいせつ映像のデータが存在する時間は、数ミリ秒であって、人間の感覚では、時間として全く知覚できない程の極めて短い時間であることに照らせば、パッケージ化された個々のわいせつ映像のデータは、メモリ上に記憶蔵置されるのではなく、メモリ上を通過しているだけであると認定するのが相当である」から、「メモリが、わいせつ情報を化体した有体物であるということとはできない」ので、公然陳列罪は成立せず、予備的訴因である公然わいせつ罪に該当するとされている。右に述べた公然わいせつ罪と一七五条の罪の区別根拠からすれば、この判決は妥当なものと思われる。⁽³⁵⁾

もっとも、このように、物への化体により、同一内容のわいせつ情報が反復して再現される可能性が生じることを、物への化体の要件を要求する根拠とする場合には、公然陳列罪に関しては、それ以上の論証は必要ではないが、頒布・販売罪に関しては、頒布・販売元および頒布・販売先で情報が有体物に化体されていればよいのではない⁽³⁶⁾かが問題となりえよう。確かに、右に述べたような、有体物への化体を要件とする根拠からはそれで足りるようにも思われるが、同一条文内での同一文言を、特段の根拠もなく別義に解することには慎重であるべきだと思われる。それゆえ、公然陳列の客体として、わいせつ情報の有体物への化体を要求するならば、やはり、それと同じものが頒布・販売行為により移転する必要があるのではないかと思われる。このように考えれば、平成一二年の横浜地裁川崎支部判決の事案では、「一方のコンピュータから他方のコンピュータへのわいせつ情報の移転は、電子メール

による場合も含め、電磁的記録そのものの移動によるものにすぎず、有体物の移転はおよそ認められないから、頒布・販売罪の成立には慎重であるべき」⁽³⁷⁾ だと言えよう。さらに、電子メールによる情報の移転は、電波などによる場合も存在する以上、電話線・ケーブルといった有体物上で行われるとは限られないから、そもそも、横浜地裁川崎支部判決の論理そのものが、全ての事案で当てはまるわけでもないと言わなければならないように思われる。

第三節 一七五条の客体の再構成

平成一三年の本最高裁決定は、わいせつ画像データが記憶・蔵置されたハードディスクが「わいせつ物」に当たると判断した。この種の事案に関する下級審判決の大半は、「わいせつ図画」であるとしており、⁽³⁸⁾ 原審の大阪高裁判決も、「規範的な意味において、同条にいう『図画』の概念に当てはまる」と判示してただけに、最高裁が、これと異なる解釈をあえて打ち出したのが問題となる。

この最高裁決定に対して、北村検事は、「ハードディスクは、わいせつ図画でないわいせつ物であるとまで判示したものは思われない」⁽⁴⁰⁾ と評されている。そして、この指摘は、従来の判例では、わいせつ性が直接明らかではない映画やビデオテープが、わいせつ図画とされていたことも整合的だとも思われる。

学説では、わいせつ文書情報やわいせつ画像情報が化体された有体物は、「文書」「図画」の本来的語義から外れるから、わいせつ物に当たると解すべきだとする見解も有力である。⁽⁴¹⁾ この解釈は、文書と図画を、わいせつ性が直接明らかになっているものと捉えているようであり、それ自体はありうる解釈である。しかしながら、法律の規定の解釈としては、「わいせつな文書、図画その他の物」と規定されている場合には、文書、図画は例示だから、「その他の物」もわいせつ性が顕在化したものに限られると解すべきことになるはずである。そうでなければ、わ

いせつ物だけを二義的に解さざるを得なくなり、解釈論としては不自然だと言わざるを得ない。この解釈には無理がある。

そこで、文書、図画、その他の物という三者が同様の性質をもったものであるためには、文書、図画も、わいせつ情報が有体物上に化体されたわいせつ物の例示だと解する必要がある。こう考えれば、わいせつ文書は、わいせつ文書情報が化体された物、わいせつ図画は、わいせつ画像情報が化体された物、わいせつ物は、わいせつ音声情報などが化体された物だということになろう。そうすると、本決定が、「わいせつな文書、図画その他の物」を総称する広い意味での「わいせつ物」に該当すると判示したのであればもちろん支持されるが、わいせつ図画ではないとの解釈をとったのだとすれば、それは妥当でないように思われる。⁽⁴⁵⁾

第二章 公然陳列について

公然陳列とは、わいせつ物を不特定又は多数の者が認識可能な状態に置くことである。判例では、すでに、一六ミリフィルムの映写につき公然陳列罪を認めた昭和三年の最高裁決定が、本決定と同じ定義をした原判決を正當としていたところである。⁽⁴⁶⁾

他方、本決定原審の大阪高裁は、「これを不特定又は多数の者が閲覧可能な状態に置くこと」だと定義するが、これは、わいせつ物が視覚によるものである場合にしか妥当せず、判例のように、聴覚などによるわいせつ物をも一七五条の客体に含める以上は、「閲覧」ではなく、「認識」という言葉による定義がより適切であろう。⁽⁴⁷⁾ 本決定も「同条が定めるわいせつ物を『公然と陳列した』とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをい」うとしており、このような理解に立つものと解される。

そして、本件のような事案においては、一部下級審には、閲覧者が、わいせつ画像データをダウンロードして閲覧したことまでを、罪となるべき事実には摘示するものがあり、本決定原々審の京都地裁も、そうした判示を行っていた。これに対し、弁護人側は、再生閲覧させたことまでを実行行為の一部ととらえるものであって、不当だと主張したが、原審の大阪高裁は、「本件におけるわいせつ物公然陳列罪が既遂に達した時期は、被告人が、わいせつ画像データを記憶・蔵置させたハードディスクをホストコンピュータの管理機能に取り込み、会員による右データへのアクセスが可能な状態にした時点であると解すべきであり、原判決が……再生閲覧させたことをも認定、判示しているのは、それが既遂に達するための不可欠な要素であるとして判示したとみるべきではなく、本件において被告人がわいせつ物を公然陳列したという犯行態様を、その犯情にかかわる結果部分を含め、具体的に認定、摘示したに過ぎないとみるのが相当である。」と判示している。本最高裁決定は、この点にふれていないが、右に掲げる公然陳列の定義からみて、「間接的ながら、わいせつ物公然陳列罪が既遂に達するためには、会員が実際にわいせつな画像を再生閲覧することは必要でないという判断を示している」ものと解される。⁽⁴⁸⁾

このような公然陳列の理解からすれば、原審の大阪高裁が、被告人は、「会員が……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……をわいせつ画像として……閲覧することが可能な状態を作出し、もってわいせつ画像が社会内に広範に伝播することを可能にし、健全な性風俗が公然と侵害され得る状態を作出した」のだから、被告人の所為が「わいせつ物の陳列に該当する」とした原判決の認定・判断に誤りはない。」とし、本決定が、「被告人が開設し、運営していたパソコンネットにおいて、そのホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置させたわいせつな画像データを再生して現実に閲覧するためには、会員が、自己のパソコンを使用して、ホストコンピュータのハードディスクから画像データをダウンロードした上、画像表示ソフトを使用し

て、画像を再生閲覧する操作が必要であるが、そのような操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎず、会員は、比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった。そうすると、被告人の行為は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置させた画像データを不特定多数の者が認識できる状態に置いたものといふべきであり、わいせつ物を『公然と陳列した』ことに当たると解されるから、これと同旨の原判決の判断は是認することができる。」と結論づけることには何の問題もないようにも思われる。⁽⁴⁹⁾

しかし、学説では、本件のような事案につき公然陳列罪の成立を認めることに對する有力な批判があり、弁護人の控訴趣意・上告趣意も同旨を説くので、これを検討しておく必要がある。内容的には、公然性の要件に関するもの、陳列の要件に関するもの、公然陳列罪と頒布・販売罪の關係に関するものに大別されるので、三つの節に分けて論じることとする。

第一節 公然性について

(一) 判例の公然陳列の定義を前提とすれば、インターネットが開かれたものであることからみて、わいせつ画像情報を不特定または多数の人が認識できる状況を設定した以上、公然性の要件を満たすことには疑問の余地はないと言えよう。⁽⁵⁰⁾ 確かに、陳列の対象はハードディスクであり、これを不特定または多数の人が認識できる状況は設定されていないようにも思われるが、不特定または多数の人が認識すべきは、ハードディスクに化体されたわいせつ画像情報であり、公然性の要件も、これとの關係で考えるべきである。⁽⁵¹⁾

問題が残るとすれば、本件事案で、もし同時にひとりしかアクセスできなくても時間をかければ不特定または多

数人が認識できたというような場合にも、公然性を認めうるか、具体的には、サーバーの能力、回線の容量などの理由で、同時にはひとりしかアクセスできないような場合でも、公然性を認めうるかということであろう。従来、この問題は殆ど論じられてこなかったが、本田（守）検事は、「その時間帯をずらすことによって多数の聴取者が入れ替わり立ち替わり当該録音再生機にアクセスすることが可能である」⁵²ある場合には公然性を認めてよいとされている。ふるくは、わいせつ物を公然陳列した場合には、わいせつ映画の上映を想定すれば明らかなように、不特定または多数の者が、問題となるわいせつシーンの時点で、当該わいせつ物を認識しえたことが必要であり、一回の公然陳列行為により、時間的な幅をもって、不特定または多数の者がわいせつ情報を認識しうる状態が生じることはありえなかったのかもしれない。しかし、技術の発達により、わいせつ情報を記憶・蔵置させた機器を公然陳列することにより、時間的な幅をもって、わいせつ情報が認識可能な状態が作出されることになった。こうした状況を考慮すれば、わいせつ情報が認識可能な状態が認められる時間的範囲内において、不特定または多数の者がわいせつ情報を認識しうるのであれば足りると解すべきであり、同時に不特定または多数の者が認識しうるものでなければならぬとする根拠には乏しいと思われる。そして、本件では同時に不特定または多数人が認識しえた以上は問題になりえないし、弁護士もこの点は争っていないようである。

これに対し、白木助教教授は、公然陳列を、物自体とわいせつ内容の双方が相手方に直接認識可能になる状態を作出することと解する立場から、公然性は行為を限定する要件だから、結果的に多数人に認識される可能性では足りず、多数人に同時に認識される可能性があることが必要だとされている。⁵³しかし、前提となる立場の当否を別にしても、名誉毀損罪における公然性に関して伝播性の理論を否定する際の論理と同じことが妥当するかは疑問である。⁵⁴名誉毀損行為の相手方が、それ自体として不特定または多数の人でなければならないというときに、その手段がビ

ラ・揭示物・ネット上の掲示板への書き込みのように、名誉毀損的表現にアクセスしうる時間に幅がある場合に、その要件を満たしうるかについては、伝播性の理論を否定する論理は何も語っていないのである。表現行為の直接の相手方がそれ自体として不特定または多数の人でなければならぬという主張は、その表現内容が瞬時に消えていく口頭による場合を念頭においたものにすぎず、表現が物体に化体され永続性を持つ場合には十分な根拠を持ちえないように思われる。

(二) 他方、学説では、公然性の要件をより限定的に捉えるべきだとする見解も、有力に主張されている。

例えば、伊東教授は、独自の理解から、公然とは「不特定または多数人が意図せずとも認識してしまう可能性のある状態」でなければならぬところ、インターネット上のわいせつ画像への到達には意図的行動を要するから公然性は否定されるべきだと主張されている。⁽⁵⁶⁾ この見解は、一七五条の罪の存在理由を、意図せずわいせつ情報にさらされることから国民を保護することに限定しようとする立場からのものであり、相当の魅力をもっている。しかしながら、現行法がそうした立場と相容れるものかは別問題であり、意図せずわいせつ情報にさらされる人が不特定または多数でなければならぬとする限界づけは、現行刑法が予定するものではないように思われる。そして、意図的にわいせつ情報にアクセスする人に対しては法益侵害がないと言いつける場合には、露骨な性的表現にさらされることによる性意識の変容、それに伴う、性犯罪への閾値の低下の危険性なども考慮すれば、なお疑問がありうる。

次に、山本教授は、判例・通説の公然陳列の定義によれば、現実に誰ひとり認識しなくても公然性が肯定されることを疑問視される。⁽⁵⁶⁾ しかしながら、本罪は抽象的危険犯であり、その危険は、不特定または多数の人がわいせつ情報を認識可能な状態を設定した段階で肯定されうるであろう。⁽⁵⁷⁾ わいせつ情報に不特定または多数の人が接した段

階では、すでに、危険は具体的危険の程度にまで高まっていようが、そこまで処罰を待つべきかは疑問であるように思われる。⁽⁵⁸⁾

(三) 以上は、判例・通説のとる公然陳列の定義そのものに対する批判であったが、本件のような事案においては、その特殊性を考慮して、公然性が認められないとする主張が、本件弁護人によって行われている。⁽⁵⁹⁾

その一つは、論者が「同時性」の要件と称するものが、本件のような事案では、満たされないとするものである。(おそらく控訴趣意と主旨と思われる) 上告趣意によれば、同時性の要件とは、陳列が行われると同時に情報が伝播することを意味するが、本件のような事案では、時差性がある、すなわち、情報の提供が行われてから情報が伝播するまでに時間差があるというのである。しかし、この要件は、判例・通説の公然陳列の定義を前提とする以上は、理論的には十分な基礎づけをなしえないであろう。判例・通説の定義によれば、公然陳列が既遂となるためには、わいせつ情報を認識しうる状態が設定されればよいのであり、実際にアクセスして認識する行為が公然陳列行為より時間的に後に行われるのであっても、そのことには変わりはないのである。⁽⁶⁰⁾ このことは、既に、ダイヤルQ²接続の録音再生機につき公然陳列罪を認めた平成三年の大阪地裁判決により、肯定されていたことだと言えよう。⁽⁶¹⁾ ここでは、わいせつな音声をダイヤルQ²回線を通じて認識可能な状態の設置行為の時点と、実際にダイヤルQ²利用者がわいせつ音声を認識した時点は、相当にずれがあったのである。ふるくは、一定の機器にわいせつ情報を記憶・蔵置させ陳列することにより、不特定または多数の者がそのわいせつ情報を陳列行為より後の時点において認識しうるというようなことは考えられなかったというにすぎず、⁽⁶²⁾ そうした技術の未発達による事実的制約を、公然性の理論的限定につなげることは、相当に困難であると思われる。

もう一つは、論者が「同地性」の要件とするものが、本件のような事案では、満たされないとするものである。

これも（おそらく控訴趣意と同旨と思われる）上告趣意によれば、同地性の要件とは、陳列の現場でしか観覧できないことを意味するが、本件のような事案では、隔地性がある、すなわち、情報の提供が行われる場所とわいせつな情報が観覧される場所が異なっているというのである。また、これと関連して、かつて、佐久間教授は、別々の場所でひとりひとりが認識した場合でも公然性を満たすかを疑問視されていた。⁶³しかし、この要件も、また、判例・通説の公然陳列の定義を前提とする以上は、理論的には十分な基礎づけをなしえないであろう。判例・通説の定義によれば、不特定または多数の者がわいせつ情報を認識できればよいのであって、それが陳列場所において認識結果が生じなければならぬということにはならない。ふるくは、電話回線などを介して、遠隔地から公然陳列されたわいせつ物を認識するということは考えられなかったというにすぎず、そうした技術の未発達による事実的制約を、公然性の理論的限定につなげることは、この要件に関しても、相当に困難であると思われる。もっとも、佐久間教授のかつての見解が、公然陳列罪の処罰根拠を、とりわけ多数の者が同じ場所でわいせつ物を認識することにより、わいせつ感情の高揚を伴う不穏な集団心理に陥り、その集団内において、もしくは、集団外の者に対して、性的非行などが行われる危険性に求めておられたのであれば、その限りでは理解しうる。しかし、一七五条の存在理由は、そもそも、わいせつ情報が広く社会に流布されることにより、善良な性風俗が害されることに求められているのであり、右のような想定とは異なると思われるほか、右のような集団心理がそもそも生じうるかも、相当に疑問であると思われる。佐久間教授も、現在では、そうした見解をとられていないが、もとより妥当であると思われる。こうして、伝統的な一七五条の存在理由に関する理解を前提とすれば、不特定または多数の者のカウントは、閲覧場所においてではなく、陳列されたわいせつ物との関係において、すなわち、アクセス先においてなされるべきであり、アクセス先が同地である以上、入手したわいせつ情報を個々のアクセス者が別々の場所で認識・閲覧し

たととしても、公然性の要件が満たされることは当然だと思われる。

こうみれば、塩見教授の次のような指摘は、事柄の本質を捉えるものと評価されるべきである。すなわち、「陳列・観覧における時間的・場所的制約は技術の未発達による事実上のものにすぎない。人々は、既に電話により少なくとも同地性から、そしてインターネットの発明によりさらに同時性からも解放されたのである。」⁽⁶⁵⁾

本決定は、この二つの要件にはふれていないが、原審の大阪高裁は、「本件においては、被告人によって前記のとおり健全な性風俗が公然と侵害され得る状態が作出されている以上、陳列という要件は満たされているというべきであって、所論の『同地性』や『同時性』が、同罪成立のための必要不可欠な要件になるものと解することはできない。」と判示しており、以上の検討結果に照らし、妥当なものと思われる。

第二節 陳列について

本決定の公然陳列に関する判示を改めて示せば、「その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くこと」(甲)であり、「その物のわいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にするまでのことは必ずしも要しない」(乙)ということである。

(一) 陳列に関して、まず問題となりうるのは、わいせつ物を直接認識できる状態に置いたのではなくてもよいかということである。本決定は、決定要旨甲乙により、このことを肯定的に解している。この点につき、すでに、大審院は、活動写真の映写につき公然陳列罪の成立を認めた大正一五年の判決において、次のように判示していた。すなわち、「映画を映写するときは其の写出せられたるものに依り映画自体の如何なるものなるやを認識し得べき状態に置くものなるか故に映画を陳列したるものと謂ひ得」⁽⁶⁶⁾とこの考え方からすれば、わいせつ物

は直接認識できなくても、スクリーンなどを介して間接的に認識できれば、公然陳列が認められることになるから、本件のような事案において、閲覧する側が直接認識しているものが、自らのパソコンにダウンロードした画像情報を認識しているものであっても、公然陳列の要件は満たされることになる。本決定の結論は、すでに大審院時代に先取りされていたのである。そして、わいせつ物を直接認識できることが不要である根拠は、北村検事の次の指摘に尽きると思われる。すなわち、公然陳列罪は、不特定多数の者がわいせつな内容を認識することとなることに処罰の理由があるから、わいせつ物の外形の認識可能性は不要だということである。⁽⁶⁷⁾

(二) 陳列に関して、もう一つ問題になりうるのは、受け手の側の行為が必要であっても陳列が認められるかという点である。本決定は、決定要旨乙により、このことを肯定的に解している。ただし、受け手の側でわいせつ情報にたどり着くために、困難な作業を要する場合であってはならないから、本決定も、「そのような操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎず、会員は、比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった」と判示し、「通常必要とされる簡単な操作」であり、わいせつ情報の再生閲覧が「比較的容易」であったことを指摘している。

確かに、上告趣意では、「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は、いうまでもない」とした昭和四一年の名古屋高裁判決⁽⁶⁹⁾に対する判例違反の主張がなされていたし、最近に至るまで受け手の側での行為が必要である事案につき公然陳列罪の成立を認めたと例はなかったように思われる。⁽⁷⁰⁾しかし、右高裁判決の判示は、販売目的所持罪の成立を認めるという結論を導くために不可欠の判示ではなく、その判示につき反対の見解をとっても同じ結論を導くことができるから、明らかに傍論であったと思われる。また、そもそも、未現像フィルムを上映しても、それと対をなす、映画の観覧という利用形態を前提とすれば、わいせつ情報は何も

得られないであろうから、確かに公然陳列罪は成立しないと見えよう。しかし、わいせつ画像情報を記憶・蔵置させたハードディスクを広く利用に供する場合には、それと対をなす利用形態は、自らのパソコンにダウンロードした画像データを再生閲覧するというものであるから、わいせつ情報が潜在化されたままで提供されたとしても、本件のような事案における利用形態を前提とする限りでは、公然陳列罪の成立を妨げないと言わなければならない。⁽⁷¹⁾要するに、伝統的な陳列行為と対をなす利用形態においては、わいせつ情報が顕在化した形で提供されなければ、わいせつ情報を認識することは不可能であったというにすぎず、技術の発達により、利用形態が広がった現状においては、わいせつ情報が顕在化しておらず、利用者の側でアクセスし、それを顕在化させる行為が必要であっても、陳列されたわいせつ情報を容易に認識できる以上は、公然陳列があったと言わなければならない。⁽⁷²⁾

このことは、本件のような事案に先立ち、ダイヤルQ²でのアダルト番組の提供につき公然陳列罪を認めた平成三年の大阪地裁判決において認められていた。すなわち、「誰でも、いつでも、どこからでも、所定の電話番号のところに電話をかけることによって、本件録音再生機に記憶された録音内容を聞くことができるようにしたのであるから、不特定、多数の人に本件録音内容を聴取できる状態にしたというべきである。」⁽⁷³⁾というのである。この判決は、受け手の側での電話をかける行為が必要であっても、公然陳列を認めてよいとしたのである。⁽⁷³⁾

こうした判例理論に対して、只木教授は、「しうる」とは「公然性」の概念から派生するもので、「陳列」自体は「物を並べておくこと」を意味し、陳列概念自体が可能性を内包する概念ではないとの批判を加えておられる。⁽⁷⁴⁾しかし、教授の見解は、陳列＝再生・閲覧と捉えているのではないかと思われ、疑問である。陳列は、確かに、物を並べておくこと、利用に供することであり、それ自体は可能性を内包する概念ではない。それゆえ、行為者側の行為には、可能性のモメントが入ってはならないであろう。これを本件事案に即してみると、被告人は、わいせつ画

像情報を記憶・蔵置させたハードディスクを事実として利用に供しているのである。こうして、「しうる」とは、受け手の側の要件にかかるものであり、行為者の側で「実際に利用に供した」物を「認識しうる」のであれば、公然陳列は認められてよいものと思われる。

第三節 頒布・販売罪との関係について

(一) (おそらく控訴趣意と同旨と思われる) 上告趣意によれば、本件のような事案は、本件は現行法上不可罰の「情報の頒布・販売」にすぎないのであり、実質上のデータ「頒布・販売」を「陳列」とすることにより、陳列概念が著しく広がり、頒布・販売概念と陳列概念の境界が曖昧になっているのではないかが問題とされている。

すなわち、一般に、公然陳列に関しては、(あ) 同地性、すなわち、陳列の現場でしか観覧できないこと、(い) 同時性、すなわち、陳列が行われると同時に情報が伝播すること、および、(う) 揮発性、すなわち、陳列された情報を記録にとどめておくことができないこと、が認められるのに対し、頒布・販売に関しては、(ア) 隔地性、すなわち、頒布・販売の場所とわけつな情報が観覧される場所が異なっていること、(イ) 時差性、すなわち、頒布・販売が行われてから情報が伝播するまでに時間差があること、および、(ウ) 保存性、すなわち、頒布・販売を受けた物を占有していることにより情報も残ること、が認められる。そして、本件のような事案では、コンピュータネットワークを通じた情報移動には、隔地性・保存性が認められるから、本件のような事案に公然陳列罪の成立を認めるのでは、同時性・揮発性の要件を陳列概念から取り除くことになり、もって、公然陳列と頒布・販売の境界が曖昧になるというのである。⁽¹⁵⁾

しかし、既に検討したように、公然陳列罪が、技術的制約により、事実上、同地性・同時性の認められる事案に

しか成立しなかったことはあるにせよ、それを公然陳列罪の成立要件とすることは論理の飛躍である。また、公然陳列行為も、わいせつ情報を受け手の側に提供することを目的とする行為である以上、陳列側から受け手の側へのわいせつ情報の移転が認められるのは当然である。そして、北村検事が指摘されるように、陳列された物を写真撮影した場合でも公然陳列罪が成立することは当然だから、わいせつ情報の揮発性の要件を立てることにはさしたる根拠があるとは思われない。こうした弁護人の見解およびその基礎にある園田教授の見解は、確立した判例理論を前提として、本件のような事案だけを公然陳列罪の処罰範囲から外そうとする理論的努力として、一定の敬意を表すべきではあるが、その結果、法的に重要とは思われない事実的相違を強調したり、技術的制約による事実的現象にすぎないものを犯罪の成立要件として強調したりする結果となっており、支持することはできないものと思われる。

(二) 他方、山口教授は、街頭でわいせつな内容のビデオ・テープを通行人に販売し、通行人が自宅に帰ってビデオ・デッキでそれを再生閲覧する場合に、販売罪の成立はありえても、公然陳列罪の成立は困難であることを指摘され、受け手の側での行為が必要であっても、なお公然陳列とするのであれば、こうしたビデオ販売の事例との違いを示すべきだとされ、教授ご自身は、「ほぼ即座(同時)」にわいせつ内容を認識しうることを要件として、両類型を区別することを提唱されている⁽⁷⁷⁾。また、浅田教授は、さらに、「認識可能な状態を設定する」という基準だけでは、わいせつ物の所持も公然でないわいせつ行為も公然陳列ということになりかねないことを指摘されている⁽⁷⁸⁾。確かに、こうしたビデオ販売の事例では、街頭で並べた段階で、販売目的所持罪が成立し、通行人に販売した段階でわいせつ物(図画)販売罪が成立しよう。しかし、公然陳列罪が成立するには、当該一個のわいせつ物につき公然性が満たされる必要があるのであり、こうしたビデオ販売の事例でそれが優に満たされるのは、販売人側が販

売場所にビデオデッキを備えて不特定または多数の者の利用に供している場合か、購入者側が多数人の知り合いを伴いビデオデッキを持ってやってきたような特殊な事案に限られるであろう。

他方、こうした事案に限ることなく、当該ビデオテープにつき、多数ではないものの不特定の者がわいせつな内容を認識しうる状況が設定されたということも不可能ではない。この結論を認めるかは、頒布の事案において、ビデオがなお一本も頒布されていない段階においても、頒布者を公然陳列罪により捕捉しうる限りで、結論的にも大きな違いを生じうる。⁽⁷⁹⁾そして、こうした結論を認めることの可否は、ダイヤルQ²回線やインターネットを通じてハードディスクに化体されたわいせつ画像データにアクセスすること、帰宅後にビデオ・デッキで再生閲覧することとの違いを、事実レベルのものと見るか、法的評価に差異をもたらすべきものと捉えるかにかかってこよう。

なお検討を要するが、判例理論を前提とし、同時性の要件を不要としても、公然陳列罪と頒布・販売罪とは、公然性の要否、および、わいせつな有体物の移転の有無により、また、所持罪とは、公然性の要否、および、不特定または多数の者による認識可能性の要否によりなお区別可能であると思われる、一定の場合において両罪が成立し、観念的競合もしくは包括一罪となることはありうると解する余地はあるように思われる。

むすびにかえて

本決定により、わいせつ情報を化体した有体物がわいせつ物に該当すること、および、有体物に化体されていないわいせつ情報そのものは公然陳列罪の客体たりえないことは、判例上確定したと解されるし、そう解すべきであると思われる。これに対し、すでに見たように、檢察実務家をはじめ有力な見解は、わいせつ画像データを提供する行為に頒布・販売罪の余地を残そうとする見地から、本決定の射程の限定を図ろうと試みている。⁽⁸⁰⁾

このような中、檢察実務家の側からも、そうした解釈論的努力によるのではなく、立法的解決を提言する主張がなされており、興味をひく。すなわち、一七五条の「文理解釈上、有体物性を超えるのに困難がある」から、「立法課題として」「わいせつ画像データを有体物の媒体を介さず有償無償で交付する行為につき、わいせつ物販売罪及び頒布罪との関係を整理する必要性は高い」というのである。すなわち、一昨年末わが国も署名した、欧州評議会サイバー犯罪に関する条約では、児童ポルノ関連犯罪の客体がデータを含んでおり、これのコンピュータを使用した配布・送信の犯罪化が義務づけられている。そこで、「同条約の批准に当たり、児童買春・児童ポルノ法の改正を検討する際には、刑法一七五条との関係も視野に入れる必要がある」というのである。⁽⁸¹⁾要するに、一七五条の客体をコンピュータ上の画像データにまで拡張し、インターネットなどによる配布・送信をも犯罪化すべきという趣旨であろう。

このような立法作業の動向をも考慮すれば、刑法一七五条の客体は、本稿第一章において述べたように、わいせつ情報を化体した有体物に限定し、わいせつな画像データの頒布・販売を処罰する規定を新設する方向が妥当なものである。

しかしながら、判例研究の枠を超えて一言付言すれば、刑法一七五条が、現在なお合理性を有する処罰規定かは相当に疑問であり、⁽⁸²⁾将来的には、わいせつ図画作成過程における被写体たる人に対する欺罔・威迫行為からの保護⁽⁸³⁾、青少年の健全育成の観点から青少年が露骨な性表現にさらされることからの保護、成人の快適な精神的環境保護の観点から自らの趣向に合わない態様での性表現にさらされることからの保護といったものに対象を限定した犯罪類型に作り替えられるべきだと思われる。

- (1) 最高裁判平成一三年七月一六日決定・刑集五五卷五号三二七頁。本決定の評釈は既に数多く出されている。拙稿「判例研究（本決定評釈）」大谷實編『判例講義刑法Ⅱ各論』（平一四）一三六頁以下の脚注・欄外注に掲げたもののほか、北原一夫・研修六四一号（平一三）一〇九頁以下、瀧波宏文・警察公論五七卷六号（平一四）五〇頁以下がある。
- (2) 既に拙稿・前掲判例研究において簡単な検討を加えたことがあるが、本稿は、脱稿後に行った刑事判例研究会（平成一四年一〇月二六日・於同志社大学光塩館）での報告およびそこで頂いたご指摘をふまえ、改めてより詳しい検討を行うものである。
- (3) 判例につき詳しくは、塩見淳「猥褻物と猥褻情報」判例タイムズ八七四号（平七）五八頁以下参照。
- (4) 大審院昭和一四年六月二〇日判決・刑集一八卷三四八頁。
- (5) 最高裁昭和三九年五月二九日判決・裁判集「刑事」一五一号二六三頁。
- (6) 札幌高裁昭和四四年一二月二三日判決・高刑集二三卷六号九六四頁。
- (7) こうした考慮の妥当性を強調されるものとして山中敬一「インターネットとわいせつ罪」松井茂紀ほか編『インターネットと法』〔第2版』（平一三）八六頁。
- (8) 名古屋高裁昭和四一年三月一〇日判決・高刑集一九卷二号一〇四頁。
- (9) 大阪高裁昭和四四年三月八日判決・判時五五三号八八頁。
- (10) 未現像の映画フィルムにつき販売目的所持罪の成立を認めた裁判例として、さらに、名古屋高裁昭和五五年三月四日判決・刑月一二卷三号七四頁がある。
- (11) 拙稿「判例研究（大阪地裁平成三年一二月三日判決・判時一四一一号二二八頁の評釈）」前掲判例講義一三五頁。
- (12) 東京高裁昭和四六年一二月二三日判決・高刑集二四卷四号七八九頁。
- (13) 東京地裁昭和三〇年一〇月三一日判決・判時六九号二七頁。
- (14) 大阪地裁平成三年一二月二日判決・判時一四一一号二二八頁。
- (15) 例えば、松原久利「判例研究（本決定評釈）」受験新報五二卷三号（平一四）一五頁。
- (16) 本件のような事案に関する裁判例として以下のものがある。公刊物未登載のものは、園田寿教授のHP「電脳世界の刑法学」（本稿脱稿時点である平成一五年一月八日現在のアドレスは <http://lawschool-konan.jp/sonoda/>）で閲覧可能

である。園田教授のご努力に感謝申し上げる。

- (あ) 横浜地裁川崎支部平成七年七月二四日判決（公刊物未登載）…わいせつ物公然陳列罪
- (い) 京都簡裁平成七年一月二一日判決（公刊物未登載）…わいせつ物公然陳列罪
- (う) 東京地裁平成八年四月二二日判決・判時一五九七号一五一頁…わいせつ图画公然陳列罪
- (え) 札幌地裁平成八年六月二七日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列罪
- (お) 大阪地裁平成九年二月一七日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列罪
- (か) 神戸地裁平成九年三月二五日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画販売目的所持罪
- (き) 山形地裁平成一〇年三月二〇日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列罪
- (く) 大阪地裁平成一一年二月二三日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列罪
- (け) 大阪地裁平成一一年三月一九日判決・判タ一〇二四号二八三頁…わいせつ图画公然陳列罪
- (こ) 東京地裁平成一一年三月二九日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列罪
- (さ) 浦和地裁川越支部平成一一年九月八日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列罪
- (し) 大阪地裁平成一二年三月三〇日判決（公刊物未登載）…わいせつ图画公然陳列幫助罪
- (17) 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（平九） 五頁。
- (18) 岡山地裁平成九年一月二五日判決・判時一六四一号一五八頁。
- (19) この判決の評釈のうち、これを支持するものとして、名取俊也・研修五九六号（平一〇）二五頁以下、吉田統宏・警察学論集五一巻四号（平一〇）一七三頁以下、松本裕・警察公論五三巻六号（平一〇）一一一頁以下、など。もっとも、三者とも、本件のような事案については、そうした解釈をとらなくても、公然陳列罪の成立を認めることは可能だとしており、検察実務家の立場から、将来的に生じうる事案に対する捕捉可能性を残そうとするものにはすぎない。学説において、この判決のような考え方を明言されるのは、南部篤「電子メディアとわいせつ表現物の刑事規制」法学紀要（日本大）四〇巻別巻（平一一）八八頁。これに対し、この判決の評釈のうち、これに反対するものとして、山本光英・判例評論四八七号（平一〇）二四二頁、白木豊・判例セレクト'98（平一一）三三三頁、山本輝之・受験新報最新判例ハンドブック'99（平一一）三七頁、渡邊卓也・早稲田法学七六巻一号（平一二）一七九頁以下。

- (20) 山口雅高「判例解説」ジュリスト一二二八号(平一四)二六一頁。
- (21) 本決定の評釈としては、北原一夫・研修六四一号(平一三)一一〇頁、北村篤・研修六五〇号(平一四)二五頁以下、前田雅英『最新重要判例250刑法第4版』(平一四)二二三頁、山口厚・平成一三年度重要判例解説(平一四)一六七頁。本決定以前に公表されたものとしては、松本裕「判例研究(後掲横浜地裁川崎支部平成一二年七月六日判決の評釈)」研修六三三三号(平一三)一〇頁、渡部惇「判例研究(東京地裁平成四年五月三日判決・判タ八〇〇号二七二頁の評釈)」警察学論集四五卷八号(平四)二二三頁以下、など。
- (22) これと異なり、前田教授は、陳列の客体としてのわいせつ物は販売の客体としての物よりも抽象的なものでありうるから、陳列罪の客体はわいせつデータそのものと解することも可能だとされていた。前田雅英「判例研究(前掲判例(う)の評釈)」東京都立大学法学会雑誌三八卷一号(平九)六一三頁、など。
- (23) 横浜地裁川崎支部平成一二年七月六日判決(公刊物未登載)・前掲園田H Pおよび松本裕・前掲研修六三三三頁以下参照)・さらに、同旨の別の裁判官による判決として、横浜地裁川崎支部平成一二年一月二四日判決(公刊物未登載)・前掲園田H P参照)。
- (24) 大阪地裁堺支部昭和五四年六月二二日判決・刑月一一卷六号五八四頁。このような構成を支持するものとして、大野眞義「判例研究(この判決の評釈)」判例評論二六六号(昭五六)五四頁以下、反対するものとして宮崎礼壹「判例研究(この判決の評釈)」警察学論集四〇卷三号(昭六二)二五〇頁以下。
- (25) 大野眞義『刑法の機能と限界』(平一四)二二八頁のほか、以下の検討に際して脚注に掲げた文献を参照。
- (26) 名取・前掲判例研究二五頁以下、吉田・前掲判例研究一七三頁以下、佐久間修『演習講義刑法総論』(平一〇)三頁以下、など。
- (27) 渡邊卓也「電脳空間におけるわいせつ画像情報と刑事規制の客体的性」社会科学研究科紀要別冊五号(平一二)二二二頁。
- (28) 中森喜彦『刑法各論[第2版]』(平八)一〇六頁。
- (29) 例えば、園田寿「判例研究(前掲判例(う)の評釈)」平成九年度重要判例解説(平一〇)一六六頁。
- (30) 例えば、塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法一卷八号(平一一)三六頁、山口(厚)・前掲判例

研究一六七頁。

- (31) 東京高裁昭和二十七年二月八日判決・高刑集五卷一三二一五頁。
- (32) 学説では、園田寿「陳列概念の弛緩」現代刑事法二卷三号(平一二)一二頁、北村・前掲判例研究二五頁、など。
- (33) 岩間康夫「インターネット上のわいせつ情報」西田典之ほか編『刑法の争点「第3版」』(平一二)二三九頁は、本件のような事案につき「公然わいせつ罪(刑法一七四条)の適用を検討する方がまだしも無形的事象に適合した解決ではなかっただろうか」とされるが、本文に述べた両罪の区別根拠からみて、なお一七五条の射程内にあると考えてよいように思われる。
- (34) 岡山地裁平成二二年六月三〇日判決(公刊物未登載・前掲園田HP参照)。
- (35) 塩見淳「インターネットを利用したわいせつ犯罪」刑法雑誌四一巻一号(平一三)六九頁、北村・前掲判例研究三二頁。
- (36) 北村・前掲判例研究二六頁は、有体物に「化体されることになる」のもよいとする。
- (37) 拙稿・前掲判例研究(本決定評釈)一三七頁には誤植があったので、本文のように訂正させて頂きたい。
- (38) 前掲注一六に掲げた判例参照。わいせつ物だとしたのは、平成七年の「判例(あ)」と「判例(い)」の二つだけであり、平成八年の「判例(う)」以降は全てわいせつ凶画だとしている。
- (39) 大阪高裁平成一年八月二六日判決・高刑集五二巻四二頁。
- (40) 北村・前掲判例研究二九頁。
- (41) 例えば、山中・前掲論文八七頁以下。
- (42) 触覚によるわいせつ物がありうるとするのは、大沼邦弘「判例研究(東京高裁昭和四六年二月三三日判決・高刑集二四巻四号七八九頁の評釈)」上智法学論集一七巻一号(昭四八)二〇五頁以下。
- (43) 山口厚「情報通信ネットワークと刑法」岩村正彦ほか編『岩波講座現代の法6現代社会と刑事法』(平一〇)一〇八頁は、「人に認識される画像自体はそのままの形でハードディスク上に存在しない以上、公然陳列の対象が『凶画』か『物』かという議論は、実は、それ自体としては決め手を欠く二次的な重要性を有するにすぎないものともいえる」とされている。

- (44) 井田良『刑法各論』(平一四)一八八頁は、そのように理解されている。
- (45) 拙稿・前掲判例研究(本決定評釈)一三六頁の記述を、本文のように補足させて頂きたい。
- (46) 最高裁昭和三二年五月二日決定・刑集一卷五号一五二六頁。
- (47) 学説上もこうした定義が広がりつつある。例えば、中森喜彦ほか編『刑法2各論』(平八)「小田直樹二〇九頁、西田典之『刑法各論第二版』(平一四)三八八頁、大谷實『新版刑法講義各論「追補版」』(平一四)五二八頁、など。
- (48) 山口(雅)・前掲判例解説二六一頁。
- (49) 松原・前掲判例研究一五頁。
- (50) 前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリスト一一二二号(平九)八〇頁。
- (51) 浦田啓一「判例研究(前掲判例(う)の評釈)」警察公論五二卷二二号(平八)一二〇頁以下。
- (52) 本田守弘「判例研究(前掲大阪地裁平成三年二月二日判決の評釈)」法律のひろば四五卷三号(平四)五〇頁。
- (53) 白木豊「判例研究(前掲大阪地裁平成三年二月二日判決の評釈)」西田典之ほか編『刑法判例百選II各論』[第四版』(平九)一八九頁。
- (54) 西田・前掲書一一〇頁以下、など参照。
- (55) 伊東研祐『現代社会と刑法各論第二版』(平一四)三九八頁以下、四〇一頁以下。これと同旨の見解として、すでに、林幹人『刑法各論』(平一一)四〇二頁以下。なお、内田文昭||長井圓「性表現と刑法」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系第四卷』(昭五七)二七九頁以下、林美月子「性的自由・性表現に対する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』(平八)六五頁。
- (56) 山本輝之「判例研究(前掲大阪地裁平成三年二月二日判決の評釈)」法学教室一四六号(平四)九二頁。
- (57) 園田・前掲現代刑事法論文一六頁、川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(二・完)」同志社法学五二卷二号(平一一)九頁。
- (58) そのほか、刑法一七五条が未遂犯処罰規定を欠くこと、閲覧結果などを要求すれば立証が困難になることを指摘するものとして、塩見・前掲刑法雑誌論文七三頁。
- (59) 本件のような事案につき公然陳列罪の成立を認めることに批判的な園田教授も、公然性の要件は肯定できるとされ

- ている。園田寿「メディアの変貌」『中山研一先生古稀祝賀論文集第四卷』(平九) 一八二頁以下。
- (60) 佐久間修「ネットワーク犯罪におけるわいせつ物の公然陳列」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三卷』(平一〇) 二二五頁。
- (61) 拙稿・前掲判例研究(本決定評釈) 一三七頁の記述を、この限度で補足させて頂きたい。
- (62) 北村・前掲判例研究三〇頁は、わいせつな彫刻物を街頭に設置する例を挙げ、同時性が必要不可欠の要件でないことを、具体的にも示しておられるが、こうした事案であれば、ふるくからありえたとは言えよう。
- (63) 佐久間修『わいせつ』情報の頒布、販売、公然陳列について(一)「産大法学二七卷二号(平五) 一四頁。現在では、浅田和茂「判例研究(本決定原判決の評釈)」判例評論五〇八号(平一一) 二一九頁。
- (64) 佐久間・前掲西原古稀論文集論文二二二頁以下など。
- (65) 塩見・前掲刑法雑誌論文七一頁以下。
- (66) 大審院大正一五年六月一九日判決・刑集五卷二六七頁。
- (67) 北村・前掲判例研究一九頁。さらに、佐久間・前掲西原古稀論文集論文二二三頁。
- (68) 塩見教授は、判例においてこの容易性が「かなり緩やかに解されている」ことを指摘しておられる(塩見・前掲判タ論文六二頁)。本件のような事案に関連して、いわゆるマスクが施された場合が特に問題となるが、本件事案ではマスクは施されていないので、本稿の検討対象からは外すこととした。
- (69) 名古屋高裁昭和四一年三月一〇日判決・高刑集一九卷二号一〇四頁。
- (70) 単純に視聴する行為を超えて、わいせつ情報を認識するために、アクセス行為を要する事案につき、公然陳列罪の成立を認めたのは、ダイヤルQ接続の録音再生機につき公然陳列罪を認めた前掲平成三年大阪地裁判決が、初めてのものだと思われる。
- (71) 北村・前掲判例研究一八頁以下。
- (72) 佐久間・前掲西原古稀論文集論文二二五頁。
- (73) なお、聴覚に訴える場合につき、陳列が「並べる」という語義をもつことなどから陳列罪該当性を批判するものと、山本・前掲判例研究九一頁、浅田和茂ほか「刑法各論[補正版]」(平九)「松宮孝明」三一〇頁以下、井田・前

掲書九頁、など。

- (74) 只木誠「判例研究（本決定評釈）」現代刑事法四卷八号（平一四）八二頁以下。
- (75) 学説では、園田教授が、本件のような事案の実質が、本来不可罰であるはずのわいせつ情報の頒布・販売にすぎないことを、繰り返し強調されている。園田・前掲現代刑事法論文一八頁など多数。さらに、橋本正博「判例研究（本決定原判決の評釈）」現代刑事法二卷九号（平一二）八三頁、曾根威彦『刑法各論「第三版」』（平一三）二七〇頁。
- (76) 北村・前掲判例研究二〇頁。
- (77) 山口（厚）・前掲判例研究二六八頁。
- (78) 浅田・前掲判例研究五七頁。
- (79) 販売の場合には、販売がな行われていなくても、販売目的所持罪が成立しうる。
- (80) 川端博「インターネット画像とわいせつ物陳列罪の客体」研修六一六号（平一一）九頁は、正当にもこうした方向に反対し、立法的解決によるべきことを主張されている。
- (81) 瀧波・前掲判例研究五四頁。
- (82) 例えば、最近では、岩間康夫「インターネット上のわいせつ画像に対する刑事規制について」大阪学院大学通信二九卷二号（平一〇）六頁以下。
- (83) 現行刑法一七五条を、本件のような事案に適用することは、こうした女性や児童の保護、暴力団などの不法な資金源の枯渇化の観点からは、刑事政策的なお意味があり、そうした代替規定を設けないままに、単純に本条を廃止することは躊躇されてよい。もっとも、こうした刑事政策的考慮は、本条の保護法益として予定されている範囲を超えており、そうしたことから、立法論的解決は急がれる課題である。