

# 改正刑法一七五条の意義と問題点

川 田 泰 之

## 1. はじめに

新しい情報媒体の出現やインターネットの発達にともなって、それらを利用したわいせつな電子情報の提供行為が頻発するようになった。このような行為について、多くの者は当罰性を承認するであろう。しかし従来、刑法一七五条（わいせつ物頒布等）の解釈として、可罰性をも承認できるかについては争いがあった。なぜならば、一七五条は「わいせつな文書、図画、その他の物」の頒布等を処罰の対象としていたが、少なくとも字義の上では、電子情報は「文書、図画、その他の物」に該当しないからである。

このような不都合を解消させるために、平成二十三年六月一七日に成立し、同二十四日に公布され、一部を除いて同七月一四日に施行された、「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」（平成二十三年法律第七四号）によって、一七五条は次のとおり改正された（一）。

〔旧規定〕

第一七五条 わいせつな文書、図画その他の物を頒布し、販売し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金若しくは料料に処する。販売の目的でこれらの物を所持した者も、同様とする。

〔新規定〕

第一七五条 わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金若しくは料料に処し、又は懲役及び罰金を併科する。電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者も、同様とする。

2 有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者も、同項と同様とする。

旧規定の文言と新規定のそれとを比較対照すると、改正点は次の五つということとなる。

1. 「電磁的記録に係る記録媒体」が追加された。
2. 「販売」が削除された。
3. 懲役刑と罰金刑とを併科できるようになった。
4. 「電気通信の送信により……」が追加された。
5. 第二項が新設された。

以下において、旧規定における問題点のうち特に重要なものを整理・分析した上で、この五点の改正がいかなる意

義を有するかを検討する。さらに、新规定が抱えているいくつかの問題点を指摘して、議論の俎上に載せておくこととする。なお、児童ポルノ処罰法においては刑法に先行して同様の改正がなされているが、刑法一七五条は社会的法益を、児童ポルノ処罰法は児童の権利を保護するものであつて、両者は主たる保護法益を異にしている<sup>(三)</sup>。したがつて、その処罰根拠も異なる以上、両者をまったく同列に取扱うべきでないから、両者の比較検討を本稿の任務としな

## 二. 旧規定の問題点<sup>(三)</sup>

旧規定において問題となつていた典型的な事例は、わいせつ情報が記録されたハードディスクを不特定または多数人がアクセス可能な状態に置いて、わいせつ情報をダウンロードさせる行為を処罰できるかである。アルファードネット事件<sup>(四)</sup>が先例としてしばしば引かれている。パソコンネットの開設運営者が自己の管理するホストコンピュータのハードディスク内にわいせつ画像データを記憶・蔵置させて、右パソコンネットの不特定多数の利用者が電話回線を通じて右わいせつ画像を閲覧可能な状態に置いたという事案である。このような行為による法益侵害の危険性はきわめて高い。しかし右行為を処罰するにあつて、ハードディスクをわいせつ物と評価できるか、評価できるとしてもそれをアクセス可能な状態に置くことをもつて公然陳列罪の成立を認めてよいかが問題とされたのである。

### 1. わいせつ物の有体性

扇情的に性器が象られている彫刻のような、わいせつ性が直接明らかになつている（ように見える）物（いわゆる

顕在的わいせつ物」とは異なつて、ハードディスクそれ自体はガラスやアルミニウム合金に磁性体を塗布した円盤にすぎないから、そこにわいせつ情報が含まれているとしても、その円盤をいくら眺めたところで我々がわいせつな印象を受けることはない。したがつて、ハードディスクそれ自体はわいせつ性を帯びえないという指摘には一理がある。よほど特殊な性癖の持ち主でない限り、ハードディスクを見て性的に興奮することはありえない。そうであるにもかかわらず、ハードディスクをわいせつ物と評価してよいか。

学説は大きく二つに分岐した。第一は、ハードディスクをわいせつ物と評価しない立場である。この立場はさらに、ハードディスクに含まれているわいせつ情報をわいせつ物と解する説（情報説）と、いわゆる顕在的わいせつ物のみをわいせつ物と解する説（かたい有体物説）とに分かれた。第二は、端的にハードディスクをわいせつ物と評価する立場である（やわらかな有体物説）<sup>（五）</sup>。

## （一）情報説

情報説は、わいせつ物に有体性を要求せず、わいせつ情報そのものを一七五条の客体として承認する。主唱者である堀内捷三は次のとおり述べる。

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。たとえば、わいせつな画像が有料でダウンロードされた場合、サーバーが交付されたわけではない。わいせつな画像情報が交付されたのである。……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「化体している情報」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、今日にはこれを無形的にも表象するのである。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「凶画」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<sup>(六)</sup>。

岡山地裁もこれに続いた。

有体物としてのコンピュータはなんらわいせつ性のない物であり、これをわいせつ物であるということはあまりに不自然かつ技巧的である。また、わいせつな映像のビデオテープやわいせつな音声を録音した録音テープがわいせつ物であることは確定した判例であるが、これらの場合も、有体物としてのビデオテープや録音テープがわいせつであるわけではなく、それらに内蔵されている情報としての映像や音声がわいせつであるにすぎない。科学技術が飛躍的に進歩し、刑法制定当時には予想すらできなかった情報通信機器が次々と開発されている今日において、わいせつ画面を含むわいせつ物を有体物に限定する根拠はないばかりでなく、情報としてのデータをもわいせつ物の概念に含ませることは、刑法の解釈としても許されるものと解するべきである<sup>(七)</sup>。

情報説は傾聴に値する主張を包含している。前述のとおり、ハードディスクそれ自体はわいせつ性を帯びえないという指摘には一理あるから、「わいせつな画像が有料でダウンロードされた場合、サーバーが交付されたわけではない」（堀内）、「わいせつな映像のビデオテープやわいせつな音声を録音した録音テープがわいせつ物であることは確定した判例であるが、これらの場合も、有体物としてのビデオテープや録音テープがわいせつであるわけではない」（岡山地裁）という主張には説得力がある。

しかし、情報説に対してはいくつかの批判が加えられている。第一は、情報を「物」と解することは文言の自然な解釈でないから、罪刑法定主義に違反するというものである。しかし、この批判は必ずしも当たっていない。なぜならば、「電気を管理可能なものとして窃盗罪の客体である『財物』に該当する」としたり……、刑法一八五条の賭博罪における『財物』が有体物に限定されず、財産上の利益を含むと解されているように、合理的な拡張解釈は刑法の解釈としても許されることからすると、社会状況や犯罪現象の変化に伴って刑法の条文も合理的な範囲内で柔軟に解釈すること<sup>(八)</sup>は十分に可能だからである。第二は、一七四条（公然わいせつ罪）との区別が困難になるというものである。判例は、ストリップ・ショーは公然わいせつ罪に該当すると解する（人体を「物」と解することは罪刑法定主義に違反するから、妥当であると思われる）が、ストリップのようなわいせつな動作が行われた場合、情報を一七五条の客体と解するならば、それをわいせつ情報の公然陳列と捉えることも可能となつて、一七四条と一七五条との区別は困難となる<sup>(九)</sup>。第三は、刑法は情報（電磁的記録）については特別な取扱いをしている（七条の二は、「この法律において『電磁的記録』とは、電子的方式、磁気的方式その他の他人の知覚によつては認識することができない方式で作られる記録であつて、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう」と規定している）から、情報そのものを「文書、図画、その他の物」に含めることは妥当でないというものである<sup>(一〇)</sup>。第四に、堀内は情報説を採らなければ「刑事政策的にも妥当でない」というが、本罪は抽象的危険犯であるところ、法益侵害の危険を生じさせる行為を処罰するほうが解釈論上も刑事政策上も妥当である<sup>(一一)</sup>。

上記の批判のうち、一七四条との区別が困難になるというものは情報説にとつて致命的である。なぜならば、一七四条の法定刑は「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」であつて、一七五条のそれよりもかなり軽く設定されているところ、両者の区別はきわめて重要であつて、不分明であつてはならないからである。

## (二) 有体物説

情報説を採りえないとすれば、わいせつ物の有体性を強く要求して、いわゆる顕在的わいせつ物のみを一七五条の客体とする見解（かたい有体物説）が説得力を有することとなる。かたい有体物説に立脚すると、新しい情報媒体の出現等の想定外の事態に対処することは困難となる。他方、情報も含めて顕在的わいせつ物でないものはすべて一七五条の客体とならないから、処罰範囲はきわめて限定的となつて、謙抑主義（二二）の見地からは一定の意義を有することとなるであろう。

しかし、まず指摘しなければならないことは、厳密な意味における顕在的わいせつ物なるものは存在しないということである。正當にも白木豊は、「文書も直接可視的な文字は主として音声符号にすぎず、それを読解して初めてわいせつ性が感得され、厳密には『見るだけでわいせつ性が感得される物』ではない」（二三）と述べている。例えば、扇情的に女性器や乳房が表現されているとしよう。女性器それ自体は卵の排出や精の受入れのために穿たれている股間の孔にすぎず、また乳房は乳腺や皮下組織の発達によって形成された胸部の隆起にすぎないから、我々の悟性というフィルターを通さなければそこに性的な意味を見出すことはできない。それを人間以外の動物が眼にしたところで発情することはないのである。あるいは、露骨なわいせつ文書があるとしよう。文字それ自体は紙に付着したインクの染みにすぎないから、やはり我々は色眼鏡を通してしかそこにわいせつ性を見出すことができない。この意味において、そこから直接わいせつ性を感得できるという厳密な意味における顕在的わいせつ物は存在しない。それを想定することは、物自体（Ding an sich）を認識せよというようなものである。いわゆる顕在的わいせつ物とは、そこかわいせつ性をきわめて容易かつ即時的に読み取ることができものを指すにすぎない（二四）。

もつとも、「閲覧者の内心において客体に含まれる情報を読解することが必要であることはすべての客体において共通している」（二五）から、この点には過度に拘泥すべきでないかもしれない。しかし、顕在的わいせつ物という概念

を承認するならば、顕在的わいせつ物とそうでない物（いわば潜在的わいせつ物）との間に質的な相違を認めることとなるが、そうでないならば、両者が示すものの間には量的な相違が存在するにすぎないこととなる。

次に、いわゆる顕在的わいせつ物とは異なつて、ある物品それ自体から容易かつ即時的にわいせつな印象を受けることがなくて、そこに含まれているわいせつ情報を顕在化させるためには一定の操作等が必要であつても、当該物品をわいせつ物と評価して差し支えないことは、従来から当然の前提とされてきたのではないか。というのは、ハードディスクそれ自体がわいせつ性を帯びえないならば、紙もビデオテープもDVDもそれ自体はわいせつ性を帯びえないからである。ここにおいて、以下に述べるとおり、媒体の変化は本質的な問題でない。情報説もかたい有体物説もその点を見落としている。

安田拓人は、鬼と坊主の絵の中央を折り合わせると女性器と男性器の形となるように作られたタオルについて、「一見淫靡ナル感情ヲ生セシムルコトナキ図画ト雖其ノ或ル部分ト他ノ部分トヲ接続スルニ依リ猥褻ノ図画ヲ形成シ而モ当初ヨリ斯ル目的ヲ以テ作成セラレタルモノナルトキハ刑法第一七五条ノ猥褻ノ図画ニ該当ス」と判示した昭和十四年の大審院判決<sup>(一六)</sup>、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写真が現れるヌード盃について、販売目的所持罪の成立を認めた昭和三九年の最高裁判決<sup>(一七)</sup>、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いて、わいせつ情報の顕在化容易性を客体の限界づけの基準として提示した上で、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<sup>(一八)</sup>を挙げ、<sup>(一九)</sup>「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つ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」<sup>(二〇)</sup>と肯定的に評価する。

ここにおいて示されている、わいせつ情報の顕在化容易性（内容復元の容易性）<sup>(二〇)</sup>という基準は正鵠を射ている。



このことは、からくり等を施してある物品に限った話ではない。わいせつ物の典型例とされるわいせつ文書であつても、紙それ自体から直接わいせつな印象を受けることはない。そこに含まれているわいせつ情報を顕在化させるためには、我々は本を開きページをめくる等の操作を行わなければならない。わいせつなビデオテープやDVDも同様である。テープやディスクそれ自体からわいせつな印象を受けることはない。プレイヤーにセットして再生ボタンを押す等の操作を経て、はじめてわいせつ情報は顕在化する。いわゆる顕在的わいせつ物であつても、我々が眼を開けてそれに顔を向けるといふ動作は必要不可欠である。すなわち、我々がわいせつ性を認識するために相応の操作・動作をしなければならぬことは、媒体の変化に関係なく、今も昔も変わらないのである。新しい情報媒体の出現は、わいせつ性を顕在化させるための操作を多少は複雑にしたかもしれない。しかしそうであるからといって、媒体の変化のみを理由とした極端な解釈変更は正当化されないであろう。

このように媒体の変化が本質的な問題でないならば、わいせつ情報が記録されたハードディスクをわいせつ物と評価することに何ら不都合はない。なぜならばここにおいては、本を開きページをめくるといった操作が、あるいはプレイヤーにセットして再生ボタンを押すといった操作が、コンピュータの電源を入れて然るべきソフトを起動させてURLを入力、あるいはリンクをマウスでクリックするといった操作へと変化したにすぎず、そこには量的な相違しか認めることができないからである。マスキングの問題も不都合なく説明できる。わいせつ画像の性器部分に、画像処理ソフトを使用すれば容易に取り外すことができるマスクを付した上で、同画像データをサーバーコンピュータに送信して、不特定多数のネット利用者にわいせつ画像データを再生閲覧させた事案<sup>(三)</sup>も、通常のハードディスク事例と比べてさらなる一手間がかかるにすぎない。

## 2. 公然陳列の意義

以上より、わいせつ情報が記録されたハードディスクはわいせつ物である。旧規定において次に問題となったことは、当該ハードディスクに不特定多数人がアクセス可能な状態を設定する行為を処罰できるか、具体的にいうと右行為が公然陳列罪を構成するかである。アクセス可能性を設定しても、わいせつ物たるハードディスクそれ自体は頒布も販売もされておらず、情報説を採らない限り右行為を頒布・販売罪に問うことは困難である。同様に、ハードディスクそれ自体は公然陳列されていない（行為者以外の目に直接は触れていない／場合によっては行為者自身の目にすら触れていない）として、公然陳列罪の成立を否定するという構成も不可能ではない<sup>(三三)</sup>。また、実態としてはデータの頒布・販売にすぎない行為を陳列と解すると、陳列概念が際限なく拡張する危険も指摘されていた<sup>(三四)</sup>。

しかし、このような理解はあまりに形式的である。川崎友巳が指摘するとおり<sup>(三五)</sup>、映画フィルムの上映について、「猥褻ノ活動写真映画ヲ公然映写シタルトキハ猥褻ノ凶画ヲ公然陳列シタルモノニ該当ス」と判示した大正一五年の大審院判決<sup>(三六)</sup>、録音テープの再生について、再生によって聴覚で内容を感じしうるようにしたものは、映画フィルム、写真、小説等視覚によつて内容を認識しうる場合と異ならないと判示した昭和四六年の東京高裁判決<sup>(三七)</sup>、電話回線（ダイヤルQ）を通じた音声の再生について、わいせつな音声を録音したものを陳列する場合は、その録音内容を不特定多数人が聴取できる状態にすることであると解した平成三年の大阪地裁判決<sup>(三八)</sup>等から看取できるように、従来から、公然陳列罪の成立に客体である有体物そのものが直接認識可能であることは要求されていなかったし、またわいせつな彫刻に布をかけて、その布を各自がめくつて鑑賞するように展示された場合など、わいせつ性を認識するためには一定の操作・動作を閲覧者に対して要求する場合であっても、公然陳列罪に該当することは否定されていなかった<sup>(三九)</sup>。

してみると、わいせつ物の有体性を考慮するにあたって媒体の変化が重要でなかったことと同様に、公然陳列罪の成否を考慮するにあたって当該情報を取扱う技術的手段の変化は重要でない<sup>(三九)</sup>。例えば、わいせつ情報が記録されたUSBメモリがあるとしよう。ここで前述のような、直接人の眼に触れなければ公然陳列罪を構成しないという形式的理解を徹底するならば、逆にこのUSBメモリを人前で見せびらかす行為は公然陳列罪を構成するという珍妙な帰結を導くであろう（もちろん、見せびらかすだけでなく、何らかの形で顕在化が容易となる状況を設定すれば、公然陳列罪の成立を認めてよい）。したがって公然陳列とは、わいせつ物を不特定または多数の者が認識しうる状態に置くことである<sup>(四〇)</sup>。認識可能性を設定すれば公然陳列罪の成立を肯定してよいから、わいせつ物たるハードディスクにアクセス可能な状態を設定する行為は同罪を構成するのである。

他方、以上のような理解によると、わいせつな画像データ等の電子情報を電子メールに添付して送信する行為を、頒布・販売罪ないし公然陳列罪に問うことはできなくなる。紙であろうがビデオテープであろうがDVDであろうがハードディスクであろうが、わいせつ情報が含まれている記録媒体であれば、当該物品をわいせつ物と評価してよい。しかしメール送信事例においては、わいせつ情報はいかなる媒体にも化体していない。情報のみが移動しているのである<sup>(四一)</sup>。従来、情報は媒体に固定されており、両者を不可分のセットとしてやり取りが行われていたが、デジタル化が進んで情報が媒体から解放されたことよって、情報のみのやり取りが可能となった。有体物説を前提とする限り、このような事態に対処することは不可能である<sup>(四二)</sup>。これは、旧規定が予定している事態を超えるものであつて、処罰を放棄せざるをえず、立法的解決がのぞまれていたところである<sup>(四三)</sup>。

### 三. 新規定の検討

#### 1. 新規定の意義

##### (一) 「電磁的記録に係る記録媒体」の追加

前述のとおり、旧規定において、わいせつ情報が記録された記録媒体をわいせつ物と評価することに何ら差し支えはなかった。そうであるならば、あえて「電磁的記録に係る記録媒体」という文言を追加する必要はなかったこととなる。もつとも、確認的な意味で、処罰範囲を明確に示したという限りでは、この改正に一定の意義を認めることができる。

##### (二) 「販売」の削除

新規定一項においては、旧規定に含まれていた「販売」という文言が削除された。しかしこのことよって、わいせつ物の販売行為が非犯罪化されたわけではない。なぜならば、新規定二項を見れば明らかであるが、「頒布」には有償のそれと無償のそれとがあり、新規定において販売行為は、有償の「頒布」に包含されたにすぎないからである。二つの概念が統合された理由は次のように考えられる。すなわち従来、通説によれば、有償の提供行為が「販売」、無償の提供行為が「頒布」であると解されてきた。そして「販売」とは、所有権の移転を伴う行為であるとも解されてきた。しかしそうであるとする、電磁的記録についても所有権が及ぶか疑義がある上に、わいせつなDVDを有償貸与する場合や、客が持ち込んだビデオテープにわいせつな映像を有償でダビングする場合のように、実質的には法益侵害の危険性が高くて、所有権の移転を伴わない行為を処罰することは困難となつて、不都合が生じていた。

そこで、所有権の移転を伴わない行為をも補足して処罰の間隙を埋めるために、概念の一元化がなされたのである(三四)。したがって、新规定における「頒布」には、販売行為や有償無償の貸与行為等も含まれている。ただしこの改正は、サイバーポルノ固有の問題と必ずしも直接には関連していない(三五)。

### (三) 懲役刑と罰金刑との併科

法定刑について旧規定は、「二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金若しくは料料に処する」と規定していたが、新规定は、「二年以下の懲役若しくは二百五十万円以下の罰金若しくは料料に処し、又は懲役及び罰金を併科する」と規定している。すなわち旧規定においては、自由刑か財産刑かのいずれか一つのみを科すことができたにとどまっていたが、新规定においては併科も認められたところ、いずれか一つのみを科してもよいし、両方を科してもよいこととなったのである。

旧規定においては認められていなかった自由刑と財産刑との併科がありうるから、この法定刑の改正は重罰化であると評価できる。これは、本条所定の犯罪が利益獲得目的で遂行されることが多いという実態を鑑みた改正である(三六)。また、かねてより指摘されてきたことであるが、懲役刑と罰金刑とが選択的であると、犯情が比較的重くて、裁判官が懲役刑を選択した場合には執行猶予が付されるケースが多い一方で、犯情が軽くて、裁判官が罰金刑を選択した場合には執行猶予が付されることはあまりなくて(三七)、責任の軽重と事実上の刑罰の軽重とが逆転するケースが散見されていた。このような問題の解消も意識されたものと思われる。

なお、旧規定と新规定とを比較すると、「又は」「若しくは」という接続詞の配置が若干異なっているが、これは併科に関する規定を付け加える際に法律用語の使用規則にしたがって配置を変更したものであるから、あくまでも技術的な問題にすぎない。

(四) 「電気通信の送信により……」の追加

前述のとおり、旧規定は何らかの媒体に記録されていない情報そのもののやり取りを想定していなかった。したがって、メール送信事例に対応すべくなされたこの改正は大きな意義を有しており、処罰の間隙を埋めたという意味においては肯定的に捉えられてよい。ただしこの改正によつて、旧規定においては処罰の対象でなかった行為が処罰の対象となったから、この改正は犯罪化を志向したものであると評価できる。

(五) 第二項の新設

新規定においては第二項が新設された。これは、旧規定における「販売の目的でこれらの物を所持した者」という文言を、他の改正点と矛盾が生じないように、「有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者」と修正したものである。従来の「販売」が「有償頒布」へと変更されたことによつて、有償貸与や有償ダウンロードの所持も処罰対象とされることが明らかとなった。また記録の保管が新たな処罰対象として追加された。したがつて、この改正も犯罪化を志向したものであると評価できる。

2. 新規定の問題点 (三八)

(一) わいせつ概念

一七五条における「わいせつ」という文言は抽象的・多義的であり、判例・通説が支持しているわいせつ三要件①徒に性欲を刺激・興奮させ、②普通人の通常な性的羞恥心を害し、③善良な性的道義観念に反するものも必ずしも

明白でないから、明確性の原則に違反している等、わいせつ性の定義をめぐる問題はかねてより指摘されてきた。そして近年、「インターネットにおいてはわいせつ画像の発信が野放しの状態となつているのであれば、そのような社会通念にしたがつてインターネットにおける『わいせつ』概念を構成する必要が出てはこないであろうか」<sup>(三九)</sup> という主張がなされるに至つた。しかしこの度、わいせつ概念それ自体に処置を施す法改正は行われなかつた。インターネットの発達によつて社会通念が変化する可能性は確かにある。しかしそうであるとしても、新しい社会通念にしたがつてインターネット内外に共通するわいせつ概念を構成すれば足りるのではないか。社会通念の変化それ自体は、インターネットの内と外とで異なるわいせつ概念を使い分ける根拠とならないであろう。そもそも、わいせつ概念に代表される規範的構成要件要素はある程度抽象的・多義的とならざるをえないし<sup>(四〇)</sup>、またわいせつ性は相対的に判断されるべきであるから<sup>(四一)</sup>、法文による一元的な定義には馴染まない。この意味において、今回の法改正がわいせつ概念それ自体に手を加えなかつたからといって、そのことを否定的に評価すべきでない。

## (二) 頒布の意義

新規定一項後段において、わいせつな電磁的記録の電気通信の送信による頒布が新たに処罰されることとなつた。繰り返しとなるが、メール送信事例に対応するために設けられた規定である。ここにおいて処罰の対象となる行為は、単なる送信ではなく「送信による頒布」であつて、相手方に受信させ記録・保存させることが要件となるのである<sup>(四二)</sup>。あるいは、相手方の記録媒体に出現せしめ、ある程度継続的に保存させることが要件となるのであろう<sup>(四三)</sup>。いずれにしても「頒布」には、物の交付を要するものと記録を受信・保存させるものという二つの行為が含まれることとなつて、同じ文言が同一条文内で異なつた意味に用いられるから、混乱を招きかねない。もつとも、あくまでも「電気通信の送信による頒布」と読むならば、単なる送信では足らず特別の要件を追加的に要求したにとどまることも

考えられる（四四）。

### （三）予備の予備

新规定二項は、「有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者も、同項と同様とする」と規定しているから、有償ダビング目的の電磁的記録の保管も処罰の対象となる。しかし、ダビング作成は頒布のための予備行為である。そして、わいせつな電磁的記録の保管はダビング作成のための予備行為である。そうすると、不可罰的な「予備の予備」が処罰されることにならないか。旧規定の時分から疑問視されていた所持に関する問題は、その射程を記録の保管にまで広げて、未解決のまま残されている（四五）。

### （四）犯罪化・重罰化の傾向

刑法においては、罪刑法定主義の見地から、立法時には想定されていなかった新しい法益侵害行為に対して、既存の条文の解釈によつては対応できない場合がある。したがつて、想定外の法益侵害行為に対応すべく、立法府が法改正を行うことは歓迎されてよい。実際に、科学技術が飛躍的に進展した近年、刑事法学は「立法の時代を迎えた」とすら評されている（四六）。

しかし、立法の時代を迎えたからといつても、また処罰範囲を明確にすることは罪刑法定主義の見地から評価されるべきであるとしても、旧規定の解釈によつて対応可能であつた事案についてまで立法による根本的な対処が必要であつたか。新しい、想定外の法益侵害行為が出現するたびに立法による処置を施すのであれば、解釈論は無用の長物となつて、司法府の機能は収縮して、三権分立原理すらも脅かしかねない。そもそも、頻繁に法改正がなされることは、法的安定性の見地からは自重されるべきである。



また、今回の改正が明白に犯罪化・厳罰化を志向している点にも注意を払うべきである。平成以降、DV防止法、ストーカー規制法、出会い系サイト規制法、児童ポルノ処罰法、児童虐待防止法をはじめとする種々の刑事立法によって、従来は犯罪でなかった行為を犯罪化する傾向が顕著に認められる。それぞれの立法に不都合な点はなくとも、全体として見たときに、禁止される行為が増加することは我々の自由が認められる範囲が狭くなることに他ならない。「立法の時代」とはいつても、直情的な必罰主義とは一線を画すべきであろう。

#### (五) 既遂時期

わいせつ情報が記録されたハードディスクを不特定または多数人がアクセス可能な状態に置いて、わいせつ情報をダウンロードさせる行為は、新規定において、わいせつな電磁的記録に係る記録媒体の公然陳列罪を構成する。旧規定から引き続き問題となることは、右行為の既遂時期である。旧規定下における論考であるが、「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」<sup>(四七)</sup>と、閲覧者が実際に再生閲覧した時点で既遂到達を認める見解も主張された。しかし、わいせつ罪は抽象的危険犯であり、実際にわいせつ情報がディスプレイに表示されたことは既遂到達の要件とならない<sup>(四八)</sup>。アクセス可能性を設定した時点で既遂到達を認めてよい。

#### 四、結語

筆者の主張の主たる部分を列挙して、本稿を閉じる。

- ・サイバーポルノをめぐる諸問題を検討するにあたって、記録媒体の変化やそれを取扱う技術的手段の変化は本質的な問題でない。
- ・わいせつ情報が記録されたハードディスクを不特定多数人がアクセス可能な状態に置く行為は、新規定において「電磁的記録に係る記憶媒体」という文言を追加しなくても、旧規定の解釈によって十分に対応可能であった。したがってこの改正は、処罰範囲の明確化という見地から一定の評価に値するにとどまる。
- ・わいせつ情報を添付した電子メールを送信する行為は、わいせつ物の有体性を前提としていた旧規定によっては対応困難であった。したがって、「電気通信の方法により……」という規定が追加されたことは、処罰の間隙を埋めるという意味においては大きな意義を有している。
- ・時代の変化に応じて法は変化を余儀なくされる。科学技術の発展に対応すべく迅速な立法的対応がとられることは歓迎されてよい。しかし、この度の一七五条の改正に限らず、近年の刑事立法が明白に犯罪化・厳罰化を志向していることに注意を払うべきである。

なお本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費（課題番号 2014S-164）による研究成果の一部である。

(二) 改正の理由は次のとおり説明された。「近年におけるサイバー犯罪その他の情報処理の高度化に伴う犯罪及び強制執行を妨害する犯罪の実情に鑑み、情報処理の高度化に伴う犯罪に適切に対処するため、及びサイバー犯罪に関する条約の締結に伴い、不正指令電磁的記録作成等の罪の新設その他の処罰規定の整備を行うとともに、記録命令付差押えの新設その他の電磁的記録に係る記録媒体に関する証拠収集手続の規定の整備等を行い、並びに悪質な強制執行妨害事犯等に適切に対処するため、強制執行を妨害する行為等についての処罰規定の整備を行うほか、所要の規定の整備を行う必要がある。これが、この法律案を提出する理由である」と。法務省「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律（平成二三年法律第七四号）理由」URL [http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12\\_00025.html](http://www.moj.go.jp/keiji1/keiji12_00025.html)（二〇一四年一月三十一日閲覧）。ドイツ刑法第一条三項（録音テープおよび録画テープ、データ記憶装置、図画並びにその他の表現物は、本項を指示する規定においては文書とみなす）のように、総則に定義規定を置く形の改正とはならなかった。

(二) 拙稿「わいせつ罪の保護法益」『法学研究論集』三〇号（二〇〇八年）八一頁以下。

(三) 以下、旧規定をめぐる問題点に言及する際に、厳密には過去形で表記すべきところを現在形で表記することがある。

(四) 最決平一三・七・一六刑集五五巻五号三二七頁。

(五) 「かたい有体物説」「やわらかな有体物説」という呼称は、川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制（二・完）——イギリ

ス刑事法との比較法的考察——」『同志社法学』五二巻二号（二〇〇〇年）五一七頁に依拠した。

(六) 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）五頁。一九九七年の時点でこのように先進的な論考が発表されていたことに感嘆する。なお堀内は、「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、今日にはこれを無形的にも表象しうる」と述べているが、そうであっても結局それをディスプレイ等の有体物に表示させる等の操作は必要となるであろう。

(七) 岡山地判平九・一二・一五判時一六四二号一五八頁。

(八) 名取俊也「わいせつ画像データを刑法一七五条の『わいせつ画像』と認定した事例」『研修』五九六号（一九九八年）二五—二六頁。同旨、吉田統宏「わいせつ画像データを刑法一七五条の『わいせつ図画』と認定した事例」『警察学論集』五一巻四号（一九九八年）一七三—一七四頁、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。

(九) 川崎・前掲六頁。なお、園田寿「サイバーポルノとわいせつ図画公然陳列罪の成否」『平成九年度重要判例解説(ジュリスト一三三五号)』(一九九八年)一六六頁。

(二〇) 園田・前掲一六六頁。園田はこの他に、①情報を図画と呼ぶことは、写真でいえば粒子の並び方を図画と呼ぶことと似て、言葉の一般的な使い方から外れている。画像データを「図画」とするならば、プリントアウトされた紙ではなく文字列(数字や記号)を「図画」と呼ぶこととなって日常的な用語法からかなり外れる。②判例においては聴覚に訴えることも陳列の手段とされているが、わいせつ情報がわいせつ物であるとすると、暗記したポルノ小説の一説を公然と声に出すこともわいせつ物の陳列となる可能性がある。③わいせつ情報そのものも刑法一七五条の規制対象であるとすれば、コンピュータ・ネットワークにおいてはデータがサーバーからユーザーのコンピュータへと伝達されてブラウザによってディスプレイに表示されるから、それはわいせつ物の頒布・販売と考えなければならぬが、データの移転を所有権の移転である頒布・販売と呼べるかは疑問である、という点も指摘する。

(二一) 川端博『風俗犯論』(二〇〇九年)一〇四頁。

(二二) わが国における謙抑主義(Minima non curat praetor)の起源は、宮本英脩『刑法學綱要』(一九二六年)八〇頁、同『刑法學粹』(一九三五年)六六頁、同『刑法大綱』(第四版、一九三五年)一六頁に求めることができる。一九七〇年代の西ドイツにおける刑法の非形而上学化、自由化、刑事的肥大症の排斥もこれに通じるものである(佐伯千仞『改訂刑法講義「総論」』(一九七四年)八二頁)。比較的近時の論考として、萩原滋「刑罰謙抑主義の憲法的基礎」(宮澤古稀第二巻)刑法理論の現代的展開(二〇〇〇年)六三頁以下。

(二三) 白木豊「陳列の意義」『刑法判例百選II各論』(第四版、一九九七年)一八八頁。

(二四) ここにいう認識とはあくまでも一般人の認識能力、日常言語感覚を基礎とする。江藤隆之は、「罪刑法定主義を重視し、それゆえ刑法の行為規範性を肯定する行為無価値論の立場は、その議論において一般人基準を採用することが多い。……そして一般人基準とは日常言語基準に他ならないことは明らかである。この意味において、一般人の規範的観点とは、日常言語の観点を意味するのであり、この見地が罪刑法定主義に反することになることは考えがたい。むしろ、人間の主体性に期待した言語による行動統制(その統制の目的は法益保護である)が刑法の任務であり、その行動統制が不当に強化され人間の自由を萎縮させないようにするための名宛人たる一般人の予測可能性保障を通じて自由保障こそが罪刑法定主義の本務であると解するならば、その解釈は一般人基準においてなされることこそが罪刑法定主義の趣旨に合致するとす

らしい得るのである」と一般人基準の正当性を示している。江藤隆之「中止未遂における任意性の概念について」『桃山法学』一六号（二〇一〇年）一九頁。

(二五) 渡邊卓也『電脳空間における刑事的規制』（二〇〇六年）二二七頁。

(二六) 大判昭一四・六・二四刑集一八卷三四八頁。

(二七) 最判昭三九・五・二九裁判集（刑事）一五一号二六三頁。

(二八) 札幌高判昭四四・二・二三高刑集二二卷六号九六四頁。

(二九) 安田拓人「わいせつ情報を体化した有体物の公然陳列行為について」『阪大法学』五二卷六号（二〇〇三年）三九頁。

(三〇) 「内容復元の容易性」という呼称は、川崎・前掲五頁に依拠した。

(三一) 岡山地判平九・二・二五判時一六四一号一五八頁。

(三二) 白木・前掲一八九頁。

(三三) 園田・前掲一六七頁。

(三四) 川崎・前掲八頁。

(三五) 大判大一五・六・一九刑集五卷二六七頁。

(三六) 東京高判昭四六・二・二三高刑集二四卷四号七八九頁。

(三七) 大阪地判平三・二・二二判時一四一一号二二八頁。

(二八) 大阪地判平三・二・二二判時一四一一号二二八頁。なお日本経済新聞二〇一四年一〇月六日夕刊によると、愛知県美術館で二〇一四年九月二十八日まで開催されていた「これからの写真」展において、写真家本人とモデルとの全身ヌードを撮影した写真が展示されて、匿名の通報を受けた愛知県警から右美術館は撤去を命じられたが、作品の一部を紙や布で覆って展示を続けたとある（またその部屋の入口には警告が示されていた）。観覧客が当該作品を覆っている紙や布をめくることができたか不明であるが、もしできたならば、公然陳列行為であると評価されるであろう。もともと私見は、芸術作品はわいせつ物たりえないという排他的関係論に立脚する。拙稿「わいせつ性の判断方法」『法学研究論集』三二号（二〇〇九年）七三頁以下。

(二九) 佐久間修『最先端法領域の刑事規制』（二〇〇三年）三二五頁。

(三〇) 拙稿「わいせつ罪における公然性の意義」『法学研究論集』三四号（二〇一〇年）六九頁以下。ドイツにおいても「公然」

(offentlich) とは、「不特定多数人か、非個人的関係によって互いに結合した特定複数人のどちらかが、わいせつな行為を知覚し、あることは知覚しうる状況」と定義される。BGHSt Bd.11, 1958, S.282.

(三二) 電子メールに添付されたわいせつ情報も、瞬間的とはいえSMTTPサーバー(送信)ないしPOP3サーバー(受信)に記憶・蔵置されるから、これらのサーバーをわいせつ物と解する余地は残っていたかもしれない。

(三三) 読売新聞二〇〇一年四月三日朝刊によると、「石原慎太郎・東京都知事と田中康夫・長野県知事に電子メールでわいせつな画像を送りつけたとして、警視庁保安課と町田署は三日、神奈川県寒川町内の中学三年生の男子生徒三人(いずれも十四歳)を、わいせつ図画公然陳列の疑いで書類送検する」とある。その後の経過は不明であるが、本件は有体物に化体していない情報のみを送信したものと思われるから、旧一七五条によつては処罰できないであろう。

(三四) 川端前掲一〇五頁。なお、メール送信事例について、その結論は疑問であるが販売罪として処罰した判例は存在する。横浜地裁川崎支部判平一二・七・六研修六二八号一一九頁。

(三五) 吉田雅之「法改正の経緯及び概要」『ジュリスト』一四三二号(二〇一一年)六二頁。

(三六) 加藤敏幸「改正刑法一七五条とサイバーポルノについて」『情報研究』三七号(二〇一二年)一一二頁。

(三七) 今井猛嘉「実体法の観点から」『ジュリスト』一四三二号(二〇一一年)七二頁。

(三八) 執行猶予付き罰金刑判決が下されたことはもちろんある。例えば、東京高判昭四二・一〇・一一判タ二二八号二七一頁、名古屋高判昭六三・三・一六判時二九四号三頁。なお科料に執行猶予を付すことはできない。

(三九) 加藤・前掲一四頁にしたがつて、新規定における客体と行為態様との組合せを整理すると、次のとおりとなる。①電磁的記録に係る「記録媒体(物)」の頒布(二項前段)、②電磁的記録に係る「記録媒体(物)」の公然陳列(二項前段)、③電磁的記録その他の「記録」の電気通信の送信による頒布(二項後段)、④電磁的記録その他の「記録」の電気通信の送信によらない頒布(規定なし)、⑤電磁的記録その他の「記録」の公然陳列(規定なし)、⑥有償頒布目的での「物」の所持(二項)、⑦有償頒布目的での「記録」の保管(二項)。このうち④と⑤については該当する具体的行為を想定し難いが、新技術の登場等によつてそれが出現した場合には、規定が設けられていないから新たな解釈論上の争点となるであろう。

(四〇) 長谷部恭男「インターネットによるわいせつ画像の発信」『法律時報』六九卷一号(一九九七年)一二六頁。

(四一) それゆえ故意の成立を検討するにあたって意味の認識が問題とされるのである。拙稿「規範的構成要件要素の認識」『法

- 学研究論集』三六号(二〇一一年)二三頁以下。
- (四一) 拙稿「メイプルソープ判決の意義」『教育・研究』二五号(二〇一一年)一頁以下。
- (四二) 北村篤「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する要綱(骨子)」『ジュリスト』一二五七号(二〇〇三年)九頁(ただし、旧規定下の論考である)。
- (四三) 今井・前掲七一頁。
- (四四) 加藤・前掲一五頁。
- (四五) 加藤・前掲一七頁。
- (四六) 川端博『『立法』の時代を迎えた刑事法学』『學術の動向』八卷六号(二〇〇三年)三九頁以下、同「序論・刑事立法時代のキーワード」『刑法雑誌』四三卷二号(二〇〇四年)二六四頁以下。ドイツにおいても同様の状況が認められる。特に行政刑罰法規の増加について「規範の洪水(Normflut)」とどう言葉が用いられるほどである。Christine Löw, Die Erkundigungspflicht beim Verbotstatum nach §17 StGB, 2002, S.255.
- (四七) 堀内・前掲六頁。
- (四八) 川崎・前掲九頁。