

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——

川崎友巳

はじめに

第一章 イギリスのサイバーポルノ規制

第一節 わいせつポルノ規制の現状

第二節 わいせつポルノ規制の残された課題

第三節 チャイルド・ポルノ規制と有害ポルノ規制

第四節 イギリスのサイバーポルノ規制の展望

（以上五一卷六号）

第二章 わが国のサイバーポルノ規制

第一節 わいせつポルノ規制の現状

第二節 わいせつポルノ規制の残された課題

第三節 チャイルド・ポルノ規制と有害ポルノ規制

むすびに代えて——わが国のサイバーポルノ規制の展望

第二章 わが国のサイバーポルノ規制

第一節 わいせつポルノ規制の現状

一 サイバーポルノとわいせつ物頒布等罪

サイバーポルノの画像内容に「わいせつ」性が認められる場合、このデータをサーバー・コンピュータに蔵置し、誰もがアクセスが可能な状態におくことは、わが国の現行刑法一七五条のわいせつ物頒布等罪に該当するのであろうか。もしこの該当性が認められるのであれば、わいせつなサイバーポルノ規制がわが国でも可能になる。しかし、該当性が認められなければ、立法的な手当てを検討する必要がある。前述したように、サイバーポルノは、従来のわいせつ犯罪とは異なる特徴を有している。したがって、サイバーポルノへのわいせつ物頒布等罪の適否を検討するにあたっては、こうした特徴をふまえることが要求される。近時、サイバーポルノに関する議論や下級審判決が積み重ねられていく中で、主要な論点は以下の三点に集約されつつある。①サイバーポルノの場合、わいせつの意義や判断方法は、従来の判例が採用してきたものと異なるか。②サイバーポルノの場合、客体とは何を指すのか。③サイバーポルノの場合、実行行為とは何を指すのか。以下では、これらの点について、個別に考察を加えてみたい。

二 わいせつ性

(1) わいせつの意義と判断方法　わいせつ物頒布等罪における「わいせつ」の意義について、判例は、「徒らに性欲を興奮せしめ、且つ普通人の通常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものをいう⁽¹⁾」としている。また、わいせつにあたるか否かの判断は、社会通念に照らし客観的に行われることが求められる⁽²⁾。わいせつ性の判断の方法について、最判昭和五五年一月二八日⁽³⁾は、「文書」のわいせつ性を論じる中で、次のように述べ、全体的考察法を採ることを明らかにしている。「当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から当該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうったえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合して」行うべきである⁽⁴⁾。

こうしたわいせつの意義や判断方法は、サイバーポルノについても何ら変わりなく適用されるのであろうか。この点について、「インターネットにおいてわいせつ画像の発信が野放しの状態となっているのであれば、そのような社会通念にしたがっ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⁽⁵⁾」あるといった指摘が見られる⁽⁶⁾。たしかに、固有の規範や価値基準を導入するため、サイバースペースを一つの独立した裁判管轄権にすべきだという主張は、英米でも有力に唱えられている⁽⁷⁾。また、インターネットの社会的影響がますます強まれば、将来的には、わが国のわいせつ性の基準を変容させる可能性もないとはいえない。しかし、だからといって、今日の基準でわいせつ性

の認められる画像データをわが国から発信する等の行為を刑法上放置しておくことは許されないであろう。⁽⁸⁾ 判例も、サイバーポルノに関する事案を検討するにあたって、これまでの判例が採用してきたわいせつの意義や判断方法を当然の前提としている。⁽⁹⁾

(2) マスク処理されたデータのわいせつ性 ネットワーク・コンピュータに蔵置された画像データがマスク処理されており、画像としてスクリーン上に再生しても、性器などの箇所⁽¹⁰⁾に修正が施されているような場合、このデータの内容にわいせつ性を認めることはできるのであろうか。この点について、岡山地判平成九年二月一日⁽¹⁰⁾は、「画像にマスク処理が施されていても、マスクを外すことが、誰にでも、その場で、直ちに、容易にできる場合には、その画像はマスクをかけられていないものと同視することができる」として、マスク処理されている画像データの内容についても、わいせつ性を認めることができるとの姿勢を示した。従来の下級審判決の中には、マジックインキで塗りつぶされた写真であっても、塗りつぶされた部分を消去し、画像を復元することが通常人において比較的容易な場合には、そのままの状態⁽¹¹⁾で、わいせつ物頒布等罪の客体にあたるものがある。マスク処理されたデータのわいせつ性を肯定した岡山地判平成九年二月一日も、こうした判例の延長線上で判断したものと考えることができ、⁽¹²⁾ 妥当な結論であると思われる。

三 客 体

(1) 従来の判例 わいせつ物頒布等罪が成立するためには、客体として、「わいせつの文書、図画、その他の物」

の存在が必要である。判例は、イギリスと同様に、これらの客体を有体物に限定する一方で、それ自体が視覚的に直接わいせつ性を看取させるものには限られないという立場をとってきた⁽¹³⁾。たとえば、わいせつな映像や音声についても、無形物である映像や音声そのものではなく、それらを記録した映画フィルム⁽¹⁴⁾、ビデオテープ⁽¹⁵⁾、録音テープ⁽¹⁶⁾などがわいせつ物にあたると解してきた。そして、そうした解釈の主たる根拠は、内容の復元の容易性に求められてきたのである⁽¹⁷⁾。

(2) かたい有体物説　しかし、このような判例の対応については、わいせつな内容を描写・上映するための道具・機器自体は、わいせつ性を帯びるものではなく、刑罰法規の明確性の原則や法文の厳格解釈の要請に反する危険性があるとの批判的な立場も示されていた⁽¹⁸⁾。この立場からは、サイバーポルノの場合、わいせつ画像データ自体は無体物であって、一七五条の客体とはなり得ず、データを記憶・蔵置したサーバー・コンピュータ等のハードディスクを客体と解することも認められないという結論になろう(かたい有体物説)⁽¹⁹⁾。

しかし、従来の判例の流れを一切否定し、わいせつ物頒布等罪の客体を視覚的に直接わいせつ性を看取させるものに限定することが、はたして適切な帰結を生むのであろうか。もちろん、客体の無限定な拡張に対する危惧は傾聴に値するが、客体を有体物に限定する一方で、有体物そのものからは、外見上わいせつ性を看取できなくても、情報の復元が容易な場合には、情報を化体した有体物も客体に含めるといって従来の判例の解釈は、一定の限定機能を果たしながら、妥当な処罰範囲を導くことに成功してきたように思われる。また、わいせつ物頒布等罪の客体を外見上わいせつ性を看取できる物に限定しようというかたい有体物説を支持する論者は、わいせつ物の刑事規制そのものに消極

的な立場に基礎をおくことが多い点に留意する必要がある⁽²⁰⁾。したがって、わいせつ物の刑事規制を前提とする限り、かたい有体物説の帰結には疑問が残る。

(3) 無体物説 他方、近時サーバー・コンピュータのハードディスクを客体と解することに否定的な立場をとり

ながら、無体物であるわいせつ画像データそのものをわいせつ図画と解する見解(無体物説)が示され、注目されている⁽²¹⁾。この見解の主たる根拠は、「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、今日ではこれを無形的にも表象しうる」ので、「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形物に限定する必然性がなく、そのような解釈は、「刑事政策的にも妥当でない」という点にある⁽²²⁾。

また、下級審判決においても、岡山地判平成九年二月一五日が、「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」として、「ここにおいて陳列されたわいせつ画像は、サーバー・コンピュータではなく、情報としての画像データであると解すべきである」と判示した。なるほど、一七五条の客体を有体物に限定する絶対的な必然性は、文言上からは直接導き出せず、判例上もこの点を明言した判決は見あたらない。しかも、科学技術の発達や情報化社会の到来という現実をふまえたうえで、法益保護の必要性を重視した観点からの主張には説得力がある。しかし、わいせつな情報そのものを客体と解すると、公然わいせつ罪(刑法一七四条)との区別は明確にできるのか疑問が残る⁽²⁴⁾。たとえば、判例は、ストリップ・ショーを公然わいせつ罪と解しているが、このように、わいせつな動作が行われたり、わいせつな言語が用いられた場合、情報を刑法一七五条の客体とする見方からは、わいせつ情報の公然陳列と捉えることもできるのではないだろ

うか。また、この疑問点を解消するために、わいせつな情報が、有体物に化体されていることをわいせつ物頒布等罪の成立要件としたのでは、情報を化体した有体物を同罪の客体とすることを否定した意義が薄れてしまうし、なぜ、有体物に化体されていることを要件とするのか、積極的な理由付けが難しいように思われる。⁽²⁶⁾ 無体物説の問題提起は、むしろ立法論のレヴェルで考慮すべきであろう。

(4) やわらかい有体物説　こうしてみると、サイバーポルノの問題についても、客体を有体物に限定する一方で、有体物そのものからは、外見上わいせつ性が看取できなくても、情報の復元が容易な場合には、情報を化体した有体物も客体に含めるという従来の判例の延長上で判断し、データ自体を客体として把握するのではなく、データを記憶・蔵置したサーバー・コンピュータのハードディスクを客体と解するのが妥当であろう（やわらかい有体物性）。このような理解は、これまでに下されたほとんどの下級審判決において採用され、⁽²⁷⁾ 学説上も多数によって支持されている。⁽²⁸⁾

四 実行行為

(1) 頒布・販売と公然陳列　わいせつ物頒布等罪が成立するためには、実行行為として、客体を「頒布し、販売し、または公然と陳列」することが要求される。⁽²⁹⁾ このうち、「頒布」や「販売」については、わいせつ物の有償・無償での現実の交付が要件とされる。しかしサイバーポルノの事案において、客体が、わいせつ画像データの記憶・蔵置されたハードディスクであるとすれば、実際にハードディスクが交付されているわけではないので、「頒布」や

「販売」の要件を充足しているとは認められない。

他方、「公然陳列」の存否について検討を加えると、「公然陳列」とは、「不特定又は多数の者が認識可能な状態を設定すること」⁽³⁰⁾をいうと解されている。そこで、サイバーポルノに関する事案では、わいせつ画像データをサーバー・コンピュータのハードディスクに記憶・蔵置し、不特定または多数の利用者が再生閲覧可能な状態にすることが「公然陳列」にあたるという理解が示されている。⁽³¹⁾

ただし、こうした「公然陳列」の理解に対しては、批判的な見解も見られる。そこでは、「他所にある文書につき、その写真や筆写を見せたり中身を口述しても、文書の内容伝達にすぎず陳列とはいえないのと同様、物の「内容」が通信手段を媒介に相手方に認識可能になっただけでは「物の陳列」ではなく、「わいせつ物を陳列した」といえるには、『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」と主張される。⁽³²⁾ また、相手方による具体的な再生行為が必要な場合を陳列概念に包含することは、陳列概念の理解を不当に拡大することになるとも指摘されている。⁽³³⁾

しかし、従来の判例では、「公然陳列」には、必ずしも有体物である客体そのものが認識可能な状態におかれる必要はないとされ、映画フィルムの上映⁽³⁴⁾、録音テープの再生⁽³⁵⁾、電話回線(ダイヤルQ²)を通じてのデジタル信号として記録した音声の再生⁽³⁶⁾なども、公然陳列にあたる⁽³⁷⁾と解されてきた。また、布をかけたわいせつな彫刻の布を各自がめくって観賞できるように街頭に設置するなど、わいせつ物を認識するために相手方の行為を要する場合も、「公然陳列」に該当することは否定されない。⁽³⁸⁾ こうした従来の判例の流れに従えば、わいせつ画像データを一般の利用者が再生閱

覧可能な状態におくことをもって、「公然陳列」にあたると解することは妥当であろう。

(2) 既遂時期 わいせつ画像データのサーバー・コンピュータへの記憶・蔵置が「公然陳列」に該当すると解しても、どの時点で既遂となるかという問題については別途検討が必要になる。というのも、この点について、下級審判決の中には、サーバー・コンピュータにわいせつ画像データを記憶・蔵置した段階で公然陳列の成立を肯定したものが見られる一方で、⁽³⁹⁾ わいせつ画像データを現実に再生閲覧させたことまで言及しているものも散見されるのである。⁽⁴⁰⁾ また、学説上も、サーバー・コンピュータにわいせつ画像データを記憶・蔵置した段階で既遂を認める見解が多数を占めているが、⁽⁴¹⁾ 他方では、「今日のコンピュータ通信の技術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には至っていない」ので、「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」、「二七五条は一種の結果犯である」などとして、わいせつ画像データを現実に再生させたことをもって既遂とする見解も有力に主張されている。⁽⁴²⁾

しかし、わいせつ物公然陳列罪は、抽象的危険犯であり、実際にわいせつ画像が閲覧されたことは、既遂罪成立の要件とはならない。「不特定または多数の者が観覧・認識しうる状態の設定により既遂に達する」という公然陳列罪の性質上、サーバー・コンピュータにわいせつ画像データを記憶・蔵置した段階で既遂を認める立場が妥当であろう。したがって、いくつかの下級審判決において、現実に再生閲覧させたことが言及されているのは、「犯情の悪質さを示すために当該事実を犯罪事実として適示したものと解す」⁽⁴³⁾ べきである。⁽⁴⁴⁾

第二節 わいせつポルノ規制の残された課題

一 三つの課題

イギリスと同様、わが国でも、わいせつなサイバーポルノに対して刑法一七五条の適用を肯定する下級審判決が相次いでいる。わいせつなサイバーポルノに対する判例の流れは、ほぼ確立したと評価できよう。また、こうした判例の動向に歩調を合わせて、学説上も、わいせつ物としてのサイバーポルノの規制に関する議論が活発化している。そうした議論の中には、イギリスの議論でも指摘されていた今後直面するであろう残された課題について、言及するものが少なくない。そこで、以下では、前に整理したイギリスの議論と対応する次の三点について、若干の検討を加えることにしたい。①サービス・プロバイダーの刑事責任。②リンクを張る行為の可罰性。③海外からのデータの送信へのわが国の刑法の適用。

二 サービス・プロバイダーの刑事責任

(1) サービス・プロバイダーへのわいせつ物公然陳列罪の適用 サービス・プロバイダーが、自らが管理するサーバー・コンピュータに開設されたホームページに、わいせつ画像データが含まれていることを認識しながら、放置した場合、サービス・プロバイダーへのわいせつ物公然陳列罪の適用は可能であろうか。学説上、この問題はサービス・プロバイダーにわいせつ画像データを削除する作為義務があるか否かという観点から論じられている。この点

につき否定的な見解は、①電気通信事業法が、電気通信事業者に対して検閲を禁止し、通信の秘密を保障していること、②多くのサービス・プロバイダーは、ユーザー契約にあたって会員規約に基づき事後的に情報内容をチェックし、公序良俗に違反するものがあれば削除するよう警告を出すことを明らかにしているが、不相当な情報を一方的に抹消することは難しいこと、③仮にサービス・プロバイダーが不相当な情報を削除する義務を会員規約に定めていたとしても、それは倫理的な義務にすぎないことなどを根拠に、サービス・プロバイダーにわいせつ画像データを削除すべき刑法上の作為義務を認めることは難しいとする。⁽⁴⁵⁾

これに対して、サービス・プロバイダーの作為義務に肯定的な見解は、保障人的地位を認めるために、排他的支配を要求する立場に立つことを前提として、「わいせつ情報をアップロードした者については、自ら削除することは期待しえないと考えれば、『排他的支配』を肯定することができ」、「わいせつ情報の存在を知らながらあえて放置したような場合には、削除義務を肯定することは全く不可能ではなく、そのときはわいせつ凶画公然陳列罪の正犯となる」と主張する。⁽⁴⁶⁾

(2) サービス・プロバイダーの作為義務の根拠 両者の見解は、管理者として自らのサーバー・コンピュータに記憶・蔵置されたコンテンツを常にチェックすることをサービス・プロバイダーに要求しているわけではないという点では一致している。この点は、表現の自由との関係や物理的な実施可能性からみても妥当であろう。問題は、そうした監視義務がないとしても、ボランティアのネット監視機関などからの通報によって、自らの管理するサーバー・コンピュータにわいせつなコンテンツがアップロードされていることを知った場合にも、そのコンテンツを削除する

法的義務は発生しないのかという点にある。もちろん、「プロバイダーは性秩序、性風俗という法益を保護する後見的作用を有するわけではない⁽⁴⁷⁾」。しかし、実質的には、唯一わいせつなコンテンツを削除することが可能であるサービス・プロバイダーには、サーバー・コンピュータを管理する者として条理に基づく作為義務が発生し、わいせつなコンテンツを取り除くことによって保護法益の侵害可能性を回避することが求められるものと思われる。

また、後述する平成一〇年の風適法改正によって、サービス・プロバイダーには自己が所有しまたは管理するサーバー・コンピュータに映像送信型性風俗特殊業者がわいせつ映像を記録したことを知ったとき、当該映像の送信を防止するため必要な措置を講じるよう努めなければならない努力義務が規定された。サービス・プロバイダーがこの努力義務を遵守していないと認められるときには、公安委員長が、郵政大臣と協議した上でサービス・プロバイダーに対して、努力の達成に必要な措置をとるべきことを勧告することができる⁽⁴⁸⁾とされたのである。こうした勧告が出された場合には、サービス・プロバイダーの送信防止義務は、刑法上の作為義務になったと考えられよう。

三 リンクを張る行為の可罰性

(1) リンクを張る行為とわいせつ物公然陳列罪の成否 自らがホームページを開設するなどサーバー・コンピュータにわいせつ画像データを記憶・蔵置する行為が、わいせつ物公然陳列罪の実行行為にあたる⁽⁴⁹⁾として、では、自らのホームページに他者が作成したわいせつなコンテンツを含んだホームページへのリンクを張る行為は、どのように評価すべきであろうか。この点について、今日のわが国の学説では、わいせつ物公然陳列罪の成立を認める肯定

説と認めない否定説が対立している。両説の対立点は、主に、リンクを張る行為が、自らわいせつ画像データを記憶・蔵置する行為と同視できるか否かという評価の違いにある。肯定説は、「公然陳列」という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⁽⁴⁹⁾とし、それは、「他人により街頭に埋められたわいせつな形態の物を掘り出して放置する行為についてわいせつ物公然陳列罪が成立することと同じである⁽⁵⁰⁾」と説く。これに対して、否定説は、前述の比喩について、「リンクの設定はわいせつ物理蔵の事実を教える行為であり、掘り出しは閲覧者が行わねばならないから」、比喩として正確を欠いており、リンクを張る行為から「ただちに正犯性を導く論理には飛躍がある」と指摘する⁽⁵¹⁾。

たしかに、否定説の指摘するように、わいせつ画像の場所を示す行為がすべてわいせつ物の公然陳列に該当するわけではない。しかし、前述したように、布をかけたわいせつな彫刻の布を各自がめくって観賞できるように街頭に設置したとしても、わいせつ物公然陳列罪は成立すると考えられるから、閲覧者による行為が介在する場合でも、同罪の成立は妨げられないと言えよう。現象的側面から見ると、マウスのクリック一つでわいせつ画像を再生閲覧しうる状態は、単にわいせつ物の場所を示した場合と比較して、わいせつ情報を認識する可能性が高くなることは間違いないであろう。これは、ひいては「善良な性風俗」というわいせつ物公然陳列罪の保護法益を侵害する蓋然性が高いなことを意味する。やはり、リンクを張る行為は、自らがわいせつ画像データを記憶・蔵置したのと同視し、「不特定又は多数の者が認識可能な状態を設定すること」と評価できる行為であるといえよう。

また、リンクを張る行為の技術的側面をつかまえた場合、リンクを張る行為は、閲覧者のコンピュータに次のホームページのURLを読みとらせているにすぎない。また、閲覧者がリンクを張られたホームページにアクセスする際に、リンクを張った者のホームページを経由するわけではなく、すでに閲覧者との接続は切断されている。このためリンクを張ることを「公然陳列」にあたりと評価するのは適切でないとも考えられる⁽⁵²⁾。しかし、こうした技術的側面は、わいせつ物公然陳列罪の成否にとって決定的な問題ではない。前述したように、刑法的な評価の上では、リンクを張る行為を自らがわいせつ画像データを記憶・蔵置したのと同視し、「不特定又は多数の者が認識可能な状態を設定すること」と評価できることこそが重要なのである。閲覧者がクリック一つでわいせつ画像を閲覧できる状況の設定は、十分に自らがわいせつ画像データを記憶・蔵置したのと同視することが可能な法益侵害の危険性を包含しているといえよう⁽⁵³⁾。

(2) リンクを張る行為の関連問題 このようにリンクを張る行為も、わいせつ物公然陳列罪の実行行為にあたる場合があり得るということを前提として、イギリスで提起されたリンクを張る行為の派生問題については、どのように対応すべきであろうか。以下では、イギリスで提起された派生問題に対応させてわいせつ物公然陳列罪の成否につき若干の検討を加えたい。

第一に、わいせつな画像データを閲覧・入手可能なサイトへのリンクが張られているが、リンクを利用してアクセスした際に最初に映し出された画面は、わいせつな内容ではない場合のわいせつ物公然陳列罪の成否について検討してみたい。このようにホームページのトップ画面へのリンクを張った場合、リンクを利用した者がわいせつなコンテ

ンツにたどりつくには、このホームページの開設者が張ったホームページ内のリンクも利用しなければならない。しかし、その時点では、このホームページのトップ画面までのリンクを張った者との接点は切れている。したがって、この点をふまえれば、わいせつ画像が映し出される画面へのリンクを張っていない者には、わいせつ物公然陳列罪は成立しないようにも思われる。しかし、ここで重要となるのは、やはり自らがわいせつ画像データを記憶・蔵置したと同視できるかという基準である。したがって、たとえ、わいせつ画像がスクリーンに映し出される前に、さらにくつかのリンクを利用するとしても、最初のリンクにわいせつ画像データにアクセスすることができ旨が明示してあり、現実には、リンクをたどれば、わいせつ画像データにアクセス可能な場合には、犯罪の成立に影響を及ぼさないケースもあり得るといえよう。

第二に、リンクを張らずに、わいせつ画像データが閲覧・入手できるホームページのURLを掲載している場合にも、わいせつ物公然陳列罪が成立するのかを検討したい。たしかに、リンクを張らずにURLを掲載しただけの場合でも、そのURLを参照した者が、わいせつ画像データを閲覧・入手できるホームページにアクセスすることはきわめて容易である。しかし、URLの掲載は、わいせつな画像を「不特定又は多数の者が認識可能な状態を設定すること」ではなく、設定した場所があることを認識可能な状態を設定したに過ぎず、現象面から見ても、わいせつ情報が認識される蓋然性を著しく高めたとは言いがたい。まさに、「わいせつ情報の情報の陳列」⁽⁵⁴⁾であり、この段階の行為を「公然陳列」があったとは評価できない。したがって、わいせつ画像データが閲覧・入手できるホームページのURLを掲載する行為には、従犯の成立はともかく、わいせつ物公然陳列罪の正犯は成立しないものと思われる。

第三に、リンクを張った時点では、そのホームページにわいせつと評価される画像データは存在していなかったが、その後、そうしたデータが記憶・蔵置された場合のわいせつ物公然陳列罪の成否について検討を加えたい。これまでの検討をふまえれば、リンクを張る行為が客観的に「公然陳列」にあたることは、当初からわいせつ画像データが記憶・蔵置されていた場合と同様である。したがって、後は故意の存否の問題であり、リンクを張った者が、その後、リンクを張ったサイトにわいせつなコンテンツが加えられたことに気づいて、リンクを解かなかった時点で故意が認められれば、わいせつ物公然陳列罪が成立することになる。

四 海外からのわいせつ画像データの送信

(1) 属地主義と遍在説 わが国の現行刑法は、一条一項において「この法律は、日本国内において罪を犯したすべての者に適用する」と規定し、属地主義を採っている。保護主義(二条)、属人主義(三条)、世界主義(四条の二)などの観点から国外犯への適用を規定している一部の犯罪類型を除いては、犯罪地が日本国内である場合(国内犯)に限って刑法が適用されるのである。わいせつ物公然陳列罪はこの属地主義の原則に基づき適用される。

属地主義の基準について、判例および通説は、遍在説を採用し、「構成要件に該当する事実の一部分でも存在すれば、その場所が犯罪地であるから」、国内犯と認められるためには、「構成要件の行為が行われた地、構成要件の結果の発生した地およびその間の因果関係の経過する中間影響地のいづれ」⁽⁵⁵⁾かが日本国内であれば足りると解している。⁽⁵⁶⁾したがって、日本国内のサーバー・コンピュータにわいせつ画像データをアップロードした場合はもちろん、日本国

内から海外のサーバー・コンピュータにわいせつ画像データをアップロードした場合も、当然、国内犯としてわいせつ物公然陳列罪の適用を受けることになる。⁽⁵⁷⁾

(2) 海外のサーバー・コンピュータへのデータの記憶・蔵置とわいせつ物公然陳列罪の成否　それでは、日本国外からわいせつ画像データを海外のサーバー・コンピュータにアップロードし、日本のコンピュータからもアクセス可能にした場合、その行為に対してわが国の刑法一七五条を適用できるものであろうか。前述したように、わいせつ物公然陳列罪を抽象的危険犯とするこれまでの一般的な理解に従えば、本罪の成立に結果の発生は必要でなく、サーバー・コンピュータにわいせつ画像データが記憶・蔵置され、「不特定または多数の者が再生・閲覧しうる状態」を設定した時点で既遂となる。したがって、実際に日本国内のユーザーからアクセスが可能であったとしても、日本国外からわいせつ画像データを海外のサーバー・コンピュータにアップロードした場合には、構成要件に該当する事実の一部が日本国内に存在するとはいえないと解することもできよう。このような理解から、国際条約を締結し、国際的に規制の必要があるとの普遍性が認められない限り、一七五条の適用は困難という見解もある。⁽⁵⁸⁾しかし、日本国外からわいせつ画像データを海外のサーバー・コンピュータにアップロードした場合でも、わいせつ物公然陳列罪の保護法益であるわが国の「善良な性風俗」が侵害される点では、日本国内からわいせつ画像データを海外のサーバーコンピュータにアップロードした場合と変わるところはない。また、公然陳列罪における「不特定または多数の者が再生・閲覧しうる状態に置くこと」の判断にとって、現実に日本国内からの再生・閲覧の可能性があるという点は軽視できないものと思われる。本罪の構成要件判断に際しては、一定の場所的なファクターが重要な意味をもちうるので

あり、これを考慮する必要性は否定しがたい。こうした前提に立てば、日本国内のコンピュータのスクリーン上にわいせつ画像を映し出すことが可能な以上、日本国外からわいせつ画像データを海外のサーバー・コンピュータにアップロードした場合でも、刑法一七五条の適用は認められることになる。⁽⁵⁹⁾

ただし、このように解すると、世界中のネットワーク・コンピュータにアクセスが可能であるというインターネットの性質上、世界中のサーバー・コンピュータがわが国の刑法適用の対象となるという運用上の困難を生じる。英米で主張されているサイバー・スペースを固有の裁判管轄権とすべきという見解の中には、こうした困難の克服を意図しているものもある。また近時、わが国でも遍在説に基づく犯罪地の決定を前提としつつ、国際協調という政策的な観点から「刑法は『行為地の法によっても可罰的であるとき』という条件を充たす場合に限り適用される」とする見解⁽⁵⁷⁾が注目されている。こうした見解によれば、日本国内からであろうと、国外であろうと、海外のサーバー・コンピュータにわいせつ画像データをアップロードした場合には、サーバー・コンピュータの所在国でもコンテンツのわいせつ性が認められなければ、わいせつ物陳列罪は成立しないと結論に至る⁽⁶⁰⁾。しかし、こうした政策的視点に立った限定解釈を合理化する十分な根拠は、見出し得ない。少なくとも現行刑法の解釈としては、運用面での妥当性にかかわらず、適用の可能性を肯定せざるを得ないものと思われる。⁽⁶¹⁾

(3) 輸入禁止罪によるわいせつ物の規制 最後に、イギリスと同様に、わいせつ画像データの海外からの送信について、わいせつ物の輸入規制という観点から若干の検討を加えておきたい。麻薬や覚せい剤などは異なり、わいせつ物について、わが国には、国外から領土内に搬入する行為を包括的に禁止し、その違反を処罰する法令は存在し

ない。関税率法二二条一項は、輸入禁制品として、「風俗を害すべき書籍、凶画、彫刻物その他の物品」をあげ、わいせつ物の輸入を禁じ、この違反は関税法一〇九条によって罰せられるが、同罪の客体は刑法一七五条と同様、有体物に限定されるものと解されるし、同罪は、善良な風俗とともに、税関職員が行う通関行政の適正な遂行・管理を保護法益としており、通関線の突破が犯罪成立の要件となっている。⁽⁶²⁾したがって、ネットワークを通じて無体物であるわいせつ画像データを送信する行為は、規制の対象外である。

もちろん、立法論としては、外国からわいせつ物が搬入されることにより、刑法一七五条が規制しようとしているわいせつ物が社会に広まる危険が新たに生じるのであるから、善良な性風俗にも新たな危険が発生するとして、麻薬や覚せい剤のように、領土内への搬入を広く規制することは検討に値する。⁽⁶³⁾そして、そうした検討の際には、海外から送信されたサイバーポルノを対象に含める可能性も問われることになる。ただし、この場合にも、サイバーポルノの事案では、わいせつ物であるわいせつ画像データの記憶・蔵置されたハードディスクそのものは領土内に搬入されておらず、わいせつ物に無体物を含めるといふ立法的な手当てがなされない限り、規制の対象とはならない。また、イギリスでの指摘と同様、規制の効果には疑問が残ることになる。

第三節 チャイルド・ポルノ規制と有害ポルノ規制

一 チャイルド・ポルノの規制

- (1) チャイルド・ポルノ規制の要請 児童への性的虐待や性的搾取を内容とした「チャイルド・ポルノ」について

ては、その内容が「わいせつ」にあたるかどうかにかかわらず、子供の人権保護の観点から国際的に厳格な対応が推し進められてきた。⁽⁶⁴⁾これに対して、従来、わが国では、「わいせつ」にあたらぬ程度のチャイルド・ポルノを規制するための法制が整備されていなかったことから、インターネット上のチャイルド・ポルノの多くがわが国を発信源とする状況が生じ、わが国は国際的にも強い非難にさらされていた。⁽⁶⁵⁾そこで、わが国でも一九九九年五月、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」⁽⁶⁶⁾が制定され、児童買春とともに、児童ポルノにかかる行為の処罰が図られた。⁽⁶⁷⁾

(2) 児童買春・児童ポルノ禁止法の概要 児童買春・児童ポルノ禁止法一条は、同法の目的として、「児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性にかんがみ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利の擁護に資すること」をあげている。また、同法二条によれば、ここでいう「児童」とは、一八歳に満たない者を指す。

「児童ポルノに係る行為」の処罰について、具体的には、同法七条一項が、「児童ポルノ」の頒布、販売、業としての貸与、公然陳列をした者を三年以下の懲役または禁錮もしくは三〇〇万円以下の罰金に処する旨を規定している。さらに、同条二項と三項は、「児童ポルノ」の頒布等目的での製造、所持、運搬、輸出入などの行為をした者も同様に処罰している。ここでいう「児童ポルノ」の定義について、同法二条三項は、「この法律において『児童ポルノ』とは、写真、ビデオテープその他の物であって、次の各号のいずれかに該当するものをいう」として、次の三

つをあげている。①「児童を相手方とする又は児童による性交又は性交類似行為に係る児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写したもの」(第一号)。②「他人が児童の性器等を触る行為又は児童が他人の性器等を触る行為に係る児童の姿態であつて性欲を興奮させ又は刺激するものを視覚により認識することができる方法により描写したもの」(第二号)。③「衣服の全部又は一部を着けない児童の姿態であつて性欲を興奮させ又は刺激するものを視覚により認識することができる方法により描写したもの」(第三号)。また、「写真、ビデオテープ、その他の物」とは、視覚により認識できる方法で描写された有体物を指し、「その他の物」には、CD-ROM、DVD、LDなどが含まれる。⁽⁶⁸⁾

このように児童買春・児童ポルノ禁止法は、刑法一七五条の「わいせつ」の範囲よりも広い内容の写真、ビデオテープ、その他の物を対象としている。他方、サイバーポルノとの関係では、画像データを記憶・蔵置したハードディスクを客体とし、データの記憶・蔵置を実行行為の「公然陳列」とする点では、基本的には前述した刑法一七五条の解釈と同様と解される。⁽⁶⁹⁾したがって、今後、サーバー・コンピュータに児童ポルノの画像データを記憶・蔵置したホームページを開設し、このホームページにアクセスしてきた者に、その画像データを提供した者は、その画像の内容が「わいせつ」でなくても、同法の下で処罰され得ることになる。

(3) 児童買春・児童ポルノ禁止法の課題　こうして児童ポルノからの児童の保護を求める国際的な世論を背景に制定された児童買春・児童ポルノ禁止法であるが、同法に対しては、すでにいくつかの問題点が指摘されている。とりわけ児童買春・児童ポルノ禁止法が、規制の対象にコンピュータ・グラフィックによって作成された疑似写真を含

むのかという問題は、同法七条が定める児童ポルノ頒布等罪の本質にかかわるだけに重要である。⁽⁷⁰⁾

この点については、①本法の目的が、具体的に虐待や搾取を受けた実際の児童の人権保護を目的としており、児童ポルノ頒布等罪の保護法益は個人法益と解されること、②立法作業の過程で、当初、児童ポルノ頒布等罪の客体として、写真、ビデオテープとともに列挙されていた「絵」が最終的に削除されたこと、③疑似写真のモデルには実際の年齢がないため児童か否かの判断ができないことなどを根拠として、疑似写真は規制に含まれないとする見解が有力である。⁽⁷¹⁾

しかし、①児童ポルノ禁止法七条の児童ポルノ頒布等罪を純粹に個人法益の罪と解すると、刑法一七六条・一七七条が、一三歳以上の「児童」にわいせつ行為や性交についての自己決定権を認め、その不存在を構成要件要素としているのと比べて、児童ポルノ頒布等罪が、被写体となった児童の同意が存在しても成立することに矛盾が生じること、②文言上は、疑似写真を「その他の物」に含むと解することも可能なこと、③疑似写真の中にも、社会通念上、児童をモデルとしていると容易に判断可能なものが多いことなどを考慮すれば、同法は、純粹に個人法益の保護を目的としているのではなく、児童を取り巻く性風俗という社会法益を社会の善良な風俗一般から切り離し、厳格に保護することによって、児童の保護を図ろうとしていると解するほうが無理がないように思われる。

また前述したように、近時、イギリスでも疑似写真を規制の対象とすることが立法的に明らかにされている。こうした動きには、表現の自由の過度の制限であるとの批判的な見解もある。しかし、それにもかかわらず疑似写真にまで規制対象を拡大する法改正が実施された背景として、チャイルド・ポルノによる児童の人権侵害や性的搾取による

児童の心身への影響がきわめて重大であるという社会的な認識が高まっていることが見て取れる。そして、そうした人権侵害や性的搾取から児童を保護するためには、表現の自由の過度な制限につながらないように配慮しながらも、疑似写真まで規制することによって、児童を取り巻く性風俗の健全性を回復する必要性が強く認められたものと思われる。これらの点をふまえれば、わが国においても、少なくとも疑似写真のうち、被写体の頭部や身体の主要部分を、実在の児童の写真から合成するなどしており、社会通念として被写体が児童であると解されるようなものについては、規制の対象に含む余地があると解するのが適切と思われる。⁽⁷²⁾

二 有害ポルノの規制

(1) サイバー・ポルノがもたらす有害環境 刑法によるわいせつ規制とは別に、「青少年の健全育成」の観点から、有害なポルノ画像の規制が問題となる。⁽⁷³⁾ 前述したように、サイバーポルノには、その画像が、刑法一七五条の「わいせつ」にはあたらないが、青少年の健全育成という観点からは、有害と思われるものが少なくない。こうした画像を提供する営業が店舗を設けて行われた場合は、「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律（風適法）」上の「アダルトショップ」や「個室ビデオ」として、一八歳未満の者の立入禁止など規制の対象となる。これに対して、店舗がないことを根拠に、同種の営業を無規制に放置することは妥当でなく、何らかの法的対応が必要との声が高まりつつあった。

(2) 風適法の改正 そうした声を受けて、一九九八年四月、風適法の一部が改正され、無店舗型性風俗特殊営業

などに関する規制の新設の一環として、「映像送信型風俗特殊営業」を規制する規定が設けられた。⁽⁷⁴⁾改正後の風適法では、インターネット上においてポルノ画像を有料で提供する行為を「映像送信型風俗特殊営業」と捉え、この営業について届出制を採用するとともに、こうした営業を営む者に一八歳未満の者を客とすることを禁じている。また、客が一八歳以上である旨の証明または一八歳未満の者が通常利用できない方法により料金を支払う旨の同意を客から受けるまで、映像の提供を禁じている。

(3) 有害ポルノ規制の課題 ただし、現段階の技術水準では、ネットワーク上で相手方の年齢を確実に把握することは難しい。このため、今回の風適法の改正がどの程度の実効性を確保できるかは、今後の展開を見守らなければならない。また、ポルノ画像データを無料で提供している場合の規制は、風適法では不可能なことから、⁽⁷⁵⁾ 今後は、イギリスを始めとした国際的な動向などを参考にしながら、青少年の保護を目的として、刑法上サイバーポルノを包括的に規制する必要があるのか、包括的な規制が表現の自由の不合理な制限につながらないかといった点について議論していく必要がある。

他方において、こうした法的規制と平行して、サービス・プロバイダーによる自主規制を求めることも検討に値しよう。前述したように、イギリスでは、インターネット・サービス・プロバイダー協会が、自らインターネット監視財団を設立し、有害ポルノの自主規制に乗り出している。わが国でも、警視庁からの依頼を受け、民間の防犯ボランティア組織であるガーディアン・エンジェルズ東京支部が、市民モニターからの違法・有害情報に関する通報を集約し、有害情報を発信しているサービス・プロバイダーに勧告する「サイバーウォッチネットワーク」を発足させた。⁽⁷⁶⁾

イギリスとは発足の経緯が異なるため、今日までのところ「サイバークロケットネットワーク」とサービス・プロバイダーとの関係は必ずしも緊密とは言い難い。しかし、表現の自由の法的制限をこれ以上招かないためにも、サービス・プロバイダーが、可能な限り有害ポルノの削除に取り組む姿勢を示すことが求められているのは間違いない。しかし、大規模なサービス・プロバイダーは、膨大なコンテンツを抱えており、その内容を一つ一つ厳格にチェックすることは物理的にも難しい。そうした中で、サービス・プロバイダーが実施可能な有害ポルノ対策として、「サイバークロケットネットワーク」による勧告を活用することは有意義であると思われる。

(1) 最判昭和二六年五月一〇日刑集五卷六号一〇二六頁。

(2) 最大判昭和三三年三月一三日刑集一一卷三号九九七頁。大谷實『刑法講義各論』（成文堂、第四版補訂版、一九九五）四七七頁以下。

(3) 刑集三四卷六号四三三頁。

(4) 最大判昭和四四年一〇月一五日刑集二三卷一〇号一二三九頁も参照。

(5) 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）一二六頁。

(6) また、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・刑法の諸相』（成文堂、一九九七）一七〇頁以下は、インターネットの普及によって、大量のポルノ画像（データ）の入手が可能になった今日、わいせつ物の刑事規制を検討し直す必要性が生じていると指摘する。

(7) サイバー・スペースを独立した固有の裁判管轄とすべきであるという英米の議論について紹介した邦語文献として、平野晋・牧野和夫『判例国際インターネット法』（プロスパー企画、一九九八）六二頁以下。

(8) 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（一九九七）七九頁以下、同『刑法各論講義』（東京大学出版会、第三版、一九九九）四〇七頁。

- (9) 前田雅英「ハイテク犯罪の現状と課題」ジュリスト一一四〇号(一九九八)九五頁。
- (10) 判時一六四一号一五八頁。
- (11) 東京高判昭和五六年二月一七日高刑集三四巻四号四四四頁。
- (12) 山口厚①「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト一一一七号(一九九七)七六頁以下、同②「情報通信ネットワークと刑法」『岩波講座・現代の法6現代社会と刑事法』(岩波書店、一九九八)一一〇頁以下、後藤啓二「コンピュータ・ネットワークにおけるポルノ問題(上)」ジュリスト一一四四号(一九九八)一一〇頁、名取俊也「判批」研修五九六号(一九九八)二三頁以下、前田雅英・前掲注(9)論文九六頁、松本裕「判批」警察公論五三巻六号(一九九八)一一〇頁、吉田統宏「判批」警察学論集五一巻四号(一九九八)一七五頁以下、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法』(一九九九)八〇頁以下、山本光英「判批」判例評論四八七号(一九九九)六三頁、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(一九九九)三七頁。これに対して、園田寿「わいせつの電子的存在について」法学論集四七巻四号(一九九七)二二頁以下は、マスク処理された画像の復元には「高度なテクニクが必要」であり、「誰にでも、その場で、直ちに、容易にできる」とはいえないとする。なお、白木豊「判批」判例セレクト'98(一九九九)三三三頁。
- (13) 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)四頁、園田寿・前掲注(12)論文七頁。
- (14) 大判大正一五年六月一九日刑集五巻二六七頁。
- (15) 最決昭和五四年一月一九日刑集三三巻七号七五四頁。
- (16) 東京高判昭和四六年二月二三日高刑集二四巻四号七八九頁。
- (17) 塩見淳「猥褻物と猥褻情報」判例タイムズ八七四号(一九九五)五九頁以下。
- (18) 佐久間修「『わいせつ』情報の頒布、販売、公然陳列について(二)」産大法学二七巻二号(一九九三)一二頁以下、武田誠「わいせつ規制の限界」(成文堂、一九九五)一六三頁以下。とりわけ、こうした批判は、ダイヤルQ²に接続された録音再生機をわいせつ物と解した大阪地判平成三年二月二日判時一四二一号二二八頁を契機に展開された。たとえば、佐久間

修「判批」判例セレクト⁹²(一九九三) 三六頁、山中敬一「判批」法学セミナー四五一号(一九九二) 一三五頁、山本輝之「判批」法学教室一四六号(一九九二) 九〇頁以下など参照。

- (19) 園田寿①「サイバーポルノと刑法」法学セミナー五〇一号(一九九六) 五頁以下、同・前掲注(6)論文一八一頁、同②「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』(有斐閣、一九九七) 一六八頁以下、同・前掲注(12)論文六頁以下、臼木豊「判批」別冊ジュリスト一四三三号・刑法判例百選Ⅱ各論(第四版、一九九七) 一八九頁、山本光英・前掲注(12)判批六四頁。さらに、水島朝穂「性表現の自由と『わいせつ』」法学セミナー五二三号(一九九七) 八四頁も参照。

- (20) また、かたい有体物説からは、判例や多数説がいうようにわいせつ画像データを記憶・蔵置したコンピュータのハードディスクを「わいせつ物」と捉えたのでは、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データが記録されているだけでも、その全体が「わいせつ物」になり、また、わいせつ情報を各サーバー上のホームページに共有されていることもあり得るから、そうした場合は、インターネット上に点在する無数の各サーバーが「わいせつ物」ということになるが、「わいせつ物」という言葉をこうした文脈で使用することは、従来の裁判例からも、一般の常識的な用語法からも大きく外れるので、妥当でないと指摘される。そして、「表現としてのギリギリの線」は、「携帯型の記憶媒体」であると説かれる(園田寿・前掲注(6)論文一七九頁以下。なお、原禎嗣「インターネットにおけるわいせつ画像陳列行為処罰の可能性と限界」北陸法学七巻一号(一九九九) 七〇頁以下も参照)。しかし、この指摘に対しては、「たとえば、形態自体がわいせつな建築物は『携帯可能』ではないが、十分『わいせつ物』でありうる」とし、「わいせつ物について『携帯可能性』という限定は存在しない」などの反論がなされている(山口厚①・前掲注(12)論文七四頁以下)。このほか前田雅英・前掲注(8)論文八一頁、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」『西原春夫先生古稀記念論文集第三卷』(成文堂、一九九八) 二二二頁以下参照。

- (21) 堀内捷三・前掲注(13)論文四頁以下。また、渡部惇「判批」警察学論集四五巻八号(一九九二) 二三四頁、名取俊也・前掲注(12)判批二五頁以下、吉田統宏・前掲注(12)判批一七三頁以下、前田雅英・前掲注(9)論文九九頁も参照。
- (22) 堀内捷三・前掲(13)論文五頁。

(23) 判時一六四一号一五八頁。

(24) したがって、わいせつな動作が行われたり、わいせつな言語が用いられた場合をわいせつ物頒布等罪の客体と区別する要件は、有体物か無体物かという点に求められるのである(園田寿「判批」ジュリスト一一三五号・平成九年度重要判例解説(一九九八)一六六頁)。

(25) 最決昭和三二年五月二二日刑集一一巻五号一五二六頁。

(26) 園田寿・前掲注(24)判批一六六頁は、無体物説について、次のような問題点を指摘する。①「サイバーポルノの実態は電磁的記録であり、刑法は電磁的記録については特別の扱いをしているから(七条の二)、情報そのものを『文書、図画、その他の物』に含めることはできない」。②「情報を図画とする見解は、写真で言えば、粒子の並び方を図画と呼ぶことに似て、言葉の一般的な使い方から外れている」。③「判例では聴覚に訴えることも陳列の一手段とされていることから、わいせつ情報が『わいせつ物』ならば、暗記したポルノ小説の一節を公然と声に出すこともわいせつ物(文書)の陳列となる可能性がある」。④「『わいせつ情報』そのものも刑法一七五条の規制対象だとすれば、コンピュータ・ネットワークではデータがサーバーからユーザーのコンピュータに伝達(コピー)されて、ブラウザ(ファイルの内容を見るソフト)によってディスプレイに表示されるのだから、わいせつ物の『頒布・販売』と考えなければならない(中略)。しかし、データの伝達を物の移転を前提とした『頒布・販売』と呼べるのかは問題である。特に『販売』は、物の移転による所有権の移転であり、物権法定主義に立つ民法は、所有権を物(有体物)に対する権利としてのみ認めているからである」。

(27) たとえば、東京地判平成八年四月二二日判時一五九七号一五一頁、京都地判平成九年九月二四日判時一六三八号一六〇頁、大阪地判平成一年二月二三日(公刊物未掲載)、大阪地判平成一年二月一九日(公刊物未掲載)。なお、これら公刊物未掲載の下級審判決については、<http://w3.scan.or.jp/sonoda/>を参照。

(28) 前田雅英・前掲注(8)論文八〇頁以下、同「判批」東京都立大学法学会雑誌二八巻一号(一九九七)六一一頁以下、同・前掲注(9)論文九七頁以下、同・前掲注(8)書四一一頁、浦田啓一「判批」警察公論五一巻一一号(一九九六)一一八頁以下、山口厚①・前掲注(12)論文七四頁以下、同②・前掲注(12)論文一〇八頁、佐久間修・前掲注(20)論文二二二頁、塩見淳

「判批」判例セレクト⁹⁷ (一九九七) 三七頁、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 (一九九九) 九頁、斉藤信宰「判批」判例評論四八六号 (一九九九) 四五頁、西田典之「刑法各論」(弘文堂、一九九九) 三七頁以下、林幹人「刑法各論」(東京大学出版会、一九九九) 四〇四頁。

(29) 大谷實・前掲注(2)書四八〇頁。

(30) 新庄二郎「一七五条(猥褻文書等頒布罪)」大塚仁・河上和雄・佐藤文哉編『大コンメンタール刑法第七卷』(青林書院、一九九一)五一頁以下。また、大谷・前掲注(2)書四八一頁。

(31) 山口厚①・前掲注(12)論文七五頁以下、吉田統宏・前掲注(12)判批一七四頁以下、

(32) 白木豊・前掲注(19)判批一八九頁、同・前掲注(12)判批三三三頁。

(33) 園田寿・前掲注(24)判批一六七頁、白杵豊・前掲注(12)判批三三三頁。

(34) 大判大正一五年六月一九日・前掲注(14)判例。

(35) 東京地判昭和三〇年一月三十一日判時六九号二七頁、東京高判昭和四六年二月三日・前掲注(16)判例。

(36) 大阪地判平成三年二月二日・前掲注(18)判例。

(37) これに対して、伊東研祐『現代社会と刑法各論・第三分冊』(成文堂、二〇〇〇)三八九頁は、「猥褻動画像・音声ファイル自体のFTPサーバ上での公開は、多くの場合、(他の要件をクリアできたとしても)何より公然性を欠いて、わいせつ物陳列罪に該らない」とする。

(38) 大阪地判平成三年二月五日・前掲注(18)判例。また、山口厚①前掲注(12)論文七七頁も参照。

(39) 札幌地判平成八年六月二七日(公刊物未登載)、大阪地判平成一一年三月一九日・前掲注(27)判例、東京地判平成一一年三月二九日(公刊物未登載)。

(40) 横浜地川崎支判平成七年七月一四日(公刊物未登載)、京都簡裁略式命令平成七年二月二日(公刊物未登載)、京都地判平成九年九月二四日・前掲注(27)判例。

(41) 浦田啓一・前掲注(28)判批一二二頁、吉田統宏・前掲注(12)判批一七五頁、佐久間修・前掲注(20)論文二二四頁以下、名

取俊也・前掲注(12)判批二七頁、山口厚②・前掲注(12)論文一一〇頁、齊藤信宰・前掲注(28)判批二〇八頁。

(42) 堀内捷三・前掲注(13)論文六頁以下。また、山中敬一・前掲注(12)論文八二頁も参照。

(43) 名取俊也・前掲注(12)判批二七頁。

(44) 札幌地判平成八年六月二七日前掲注(38)判例は、以下のように述べている。「わいせつ図画公然陳列罪は、わいせつ図画を不特定また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を不特定多数の者が閲覧し得る状況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、後者の法が犯状はより悪質とも言うべきところ、本件はまさに後者の事案であるから、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」。

(45) 園田寿②・前掲注(19)論文一七二頁、浦田啓一・前掲注(28)一一二頁、堀内捷三・前掲注(13)論文九頁以下、前田雅英・前掲注(8)論文八四頁、山中敬一・前掲注(12)論文八五頁以下。

(46) 山口厚①・前掲注(12)論文七八頁、山口厚②・前掲注(12)論文一一四頁以下。

(47) 堀内捷三・前掲注(13)論文一〇頁。

(48) 塩見淳・前掲注(12)論文三八頁以下。

(49) 山口厚①・前掲注(12)論文七六頁。

(50) 山口厚②・前掲注(12)論文一一二頁。

(51) 塩見淳・前掲注(12)論文三八頁。

(52) 塩見淳・前掲注(12)論文三八頁。

(53) 園田寿・前掲注(12)論文三六頁以下。

(54) 前田雅英・前掲注(8)論文八五頁、佐久間修・前掲注(20)論文二二五頁。

(55) 大谷實『刑法講義総論』(成文堂、第四版補訂版、一九九六)八六頁。

- (56) 最判昭和四六年四月二二日刑集二五卷三号四五頁。
- (57) これに対して、園田寿「山形わいせつ情報海外送信事件」法学セミナー五二三号（一九九八）一二六頁以下は、わいせつ物そのものの陳列をわいせつ物公然陳列罪の成立要件と解する立場から、サーバー・コンピュータが海外にある場合には、陳列行為も海外で行われていることになり、一七五条の適用は否定されると主張する。なお、園田寿・前掲注(12)論文三三三頁も参照。また、同「インターネットとわいせつ情報」法律時報六九卷一号（一九九七）三〇頁は、海外のサーバー・コンピュータへのデータの送信行為は、実行行為の重要部分ではなく、単なる準備行為に過ぎないため、犯罪地決定の基準たりえないとも主張する。
- (58) 一戸信哉「インターネットによる情報の流通と国際法の課題」外交時報一三三三号（一九九六）五〇頁。
- (59) 岩間康夫「刑法の場所的適用範囲に関する遍在主義の制限について」大阪学院大学法学研究二五卷二号（一九九九）三〇頁以下。なお、山口厚「越境犯罪に対する刑法の適用」『松尾浩也先生古稀祝賀論文集・上巻』（一九九八）四〇九頁以下も参照。
- (60) 堀内捷三「国際協調主義と刑法の適用」研修六一四号（一九九九）一〇頁以下。
- (61) なお、犯罪地の決定については、遍在説を理論的根拠に欠けると批判し、法益侵害の危険を基準にすべきとする結果説が近時有力に主張されている（辰井聡子①「犯罪地の決定について（一）」上智法学論集四二卷二号（一九九七）六九頁以下、同②「犯罪地の決定について（二）」四二卷三号（一九九八）二四五頁以下、町野朔「刑法総論講義案Ⅰ」（信山社、第二版、一九九五）九七頁、齋野彦弥「情報の高度化と犯罪の『域外適用』について」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』（北海道大学図書刊行会、一九九八）二九四頁以下）。ただし、この結果説も海外のサーバー・コンピュータにわいせつ画像データを蔵置する行為へのわが国の刑法一七五条の適用を肯定する。たとえば、辰井聡子②・前掲論文二八二頁は、「少なくとも国内における法益侵害の結果の発生は肯定しうるものであり、その限りでは国内犯性を認める余地はある」とする。なお、同「刑法の場所的適用」上智法学論集四三卷三号（一九九九）八六頁以下、齋野彦弥・前掲注(61)論文三〇二頁も参照。
- (62) 伊藤寧『関税処罰法』（中央法規出版、一九八二）八九頁以下、大蔵省関税研究会編『関税法規精解（上巻）』（日本関税

協会、一九九二) 八三四頁以下。

(63) また逆に、海外から自由にわいせつ画面データが送信されてくる今日では、わが国のわいせつ規制は機能不全状態にあるとして、規制の必要性そのものを問い直す見解があることは、前述したとおりである(園田寿・前掲注(6)論文一七〇頁以下)。

(64) 各国の児童ポルノ規制の動向については、山田敏之「先進諸国における児童ポルノ規制」外国の立法三四巻五・六号(一九九六)一三九頁以下、同「先進各国における児童ポルノ取締に関する規定」外国の立法三四巻五・六号(一九九八)頁以下、後藤啓二「コンピュータ・ネットワークにおけるポルノ問題(下)」ジュリスト一一四五号(一九九八)八二頁以下参照。

(65) たとえば、一九九六年にスウェーデンのストックホルムで開催された「児童の商業的性的搾取に反対する世界会議」では、児童ポルノや児童買春に対する日本の対応の遅れが批判され、早急な対応が求められた(園田寿「解説児童買春・児童ポルノ処罰法」(日本評論社、一九九九)六頁、森山眞弓編著『よくわかる児童買春・児童ポルノ禁止法』(ぎょうせい、一九九九)一五頁以下)。ただし、神谷雅子「チャイルド・ポルノグラフィと表現の自由」法律時報七〇巻一一号(一九九八)四〇頁は、ポルノグラフィが氾らんし、「性的搾取に敏感な風潮とは程遠い」わが国で、「子どもについてだけ、性的搾取について敏感になれという規制を導入することは、見せかけの、おそらくは恣意的な法執行をもたらすだけ」であると主張する。

(66) 平成一一年法律第五二号。

(67) 池田泰昭「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の制定について」警察学論集五二巻九号(一九九九)一二二頁以下、木村光江①「児童買春等処罰法」ジュリスト一一六六号(一九九九)六四頁以下、同②「児童買春・児童ポルノ処罰法」法律のひろば五二巻二二号(一九九九)三五頁以下、酒井紀人「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律の制定」警察公論五四巻一〇号(一九九九)二七頁以下、坪井節子「子ども買春・子どもポルノ禁止法」法学セミナー五三七号(一九九九)五四頁以下。

- (68) 池田泰昭・前掲注(67)論文一二七頁、木村光江①・前掲注(67)論文六六頁、木村光江②・前掲注(67)論文三七頁、園田寿・前掲注(65)書二九頁。
- (69) 園田寿・前掲注(65)書二九頁以下、森山真弓編著・前掲注(65)書五九頁。
- (70) このほか「性欲を興奮させ又は刺激するもの」、「衣服の一部」などの定義の不明確性・広範性を指摘するものとして、岡本勝「『児童買春等処罰法』雑感」刑政一一〇巻九号(一九九九)七七頁。
- (71) 木村光江①・前掲注(67)論文六六頁以下、木村光江②・前掲注(67)論文三七頁以下、西田典之・鎮目征樹「児童の性的保護」法学教室二二八号(一九九九)三六頁、ヤーマン・アクデニス・神谷雅子「インターネットにおける重層的統治とチャイルド・ポルノグラフィ」法学セミナー五三三号(一九九九)一三二頁、園田寿・前掲注(65)書二七頁以下。
- (72) これに対して、木村光江①・前掲注(67)論文六八頁、木村光江②・前掲注(67)論文四二頁は、「実在の児童をモデルとした」と推認できる限度で絵やCGを客体に含むとする。
- (73) 露木康浩「コンピュータ犯罪等の現状と法制度上の課題」ジュリスト一一一七号(一九九七)一〇六頁以下。
- (74) 風適法の改正について解説した文献として、後藤啓二「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律について」ジュリスト一一四〇号(一九九八)六四頁以下、廣田耕一・楠芳伸・遠藤剛「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律の一部を改正する法律」逐条解説(二)「警察学論集五二巻三号(一九九九)一一一頁以下。また、警察庁のホームページ〈http://www.npa.go.jp/police_j.htm〉も参照。
- (75) 山口いつ子「風営法改正と青少年保護」法律時報七〇巻一一号(一九九八)四四頁。
- (76) 末安慶子「誇り高き『無法地帯』に『法の網』を被せるか」サイアス五六号(一九九九)三八頁、保坂昇寿「謎のサイバーウォッチネットワーク」Mac Fan四巻八号(一九九九)四三頁。なお、〈<http://www.angels-japan.com/>〉参照。

むすびに代えて——わが国のサイバーポルノ規制の展望

急速に顕在化したサイバーポルノの刑事規制は、今や国際的な要請といえよう。社会の善良な性風俗を維持し、児童の人権を保護し、有害環境から青少年を保護するためには、従来、ポルノ規制の対象の中心的存在であった書籍・雑誌やビデオテープなどと同様に、サイバーポルノに対しても、ある程度刑事法規制の網をかけることは避けられない。

前述したように、イギリスでは、こうしたサイバーポルノへの対応がさまざまな観点から検討されてきた。このうち、わいせつポルノ規制については、基本的にサイバーポルノの事案に従来の一九五九年わいせつ物出版法を適用することを可能としながらも、さらなる技術の進歩に対応するために、現行法に改正を加える措置が講じられた。また、これまでの改正では二一世紀に備えるにはなお不十分として、一九五九年わいせつ物出版法のさらなる改正も提案されている。他方、チャイルド・ポルノ規制については、サイバーポルノの事案に対応するため、一九七八年児童保護法が改正された。さらに、有害ポルノ規制については、サービスパロバイダーによる自主的規制に委ねる道が選択されている。

これに対して、わが国では、チャイルド・ポルノと有害ポルノについては、新しく児童ポルノ禁止法を制定し、風適法を改正する措置が講じられた。他方、わいせつポルノ規制については、現行法の解釈論の枠内で解決が図られている。こうした姿勢は、ビデオ・カセットやダイヤルQ²の事案につき、刑法一七五条の適用を認めてきた判例・通説

の延長線上にあり、基本的に妥当と評価できる。しかし、イギリスでも議論されているように、こうしたこれまでの解釈論の枠内での対応で、今後のさらなる科学技術の進歩にも通用するのかという疑問は残る。

すなわち、インターネット上で送受信されているのが、情報という無体物であることは紛れもない事実である。もちろん、電信・電話や有線・無線放送などの通信・情報伝達技術によって、インターネットの出現以前から情報の重要性は高められつつあったが、インターネットの意義は、そうした情報の重要性を決定的に高めた点にあるといえよう。これまで、わが国の判例・通説は、現行刑法の解釈によって、こうした通信・情報伝達技術の発展に応じてきた。しかし、こうした判例・通説の対応が、情報の送受信というインターネットの本質を無視していることは否定できない。インターネットを中心とした通信・情報伝達技術が、今後さらに発展することは間違いない。そうした中では、情報の送受信という通信・情報伝達技術の本質を考慮せず、現行刑法の解釈論の枠内で対処することは、いよいよ難しくなるであろう。そうだとすれば、最近のインターネットの普及は、無体物を規制の対象に含めていない現行刑法のわいせつ規制のあり方を根本から問い直す絶好の契機として捉えるべきではないだろうか。⁽¹⁾

さらに、情報の有する価値は、財産的な観点やプライバシーの観点からみても、飛躍的に高まっている。また、サイバーポルノの例でも明らかのように、情報が法益侵害につながる危険性も増大しているのである。こうした実態を真正面から受け止めて、情報に対する刑事法の取り組みを総合的に検討する時期が来たのではないだろうか。⁽²⁾ 二世紀を目前にした今日、デジタル・ネットワークの一層の発展を前提に、立法論の観点から、サイバーポルノの刑事規制の可能性が問われるべきである。

(1) たとえば、園田寿「メディア変貌」『中山研一先生古稀祝賀論文集第四卷・刑法の諸相』（成文堂、一九九七）一七〇頁以下を参照。

(2) 「情報」に対する刑法上の対応の必要性を指摘したものとして、荒川雅行「情報刑法の現代的課題」『中山研一先生古稀祝賀論文集第四卷』（成文堂、一九九七）一五二頁以下、吉崎正弘「マルチメディア社会と法制度」（ダイヤモンド社、一九九七）一六三頁以下がある。また、拙稿「ネットワーク犯罪の現状と対策」犯罪と非行二二二号（一九九九）四八頁以下も参照。

〔付記〕 本稿は、一九九八年度同志社大学大学院研究高度化推進特別経費の助成を受けた研究成果の一部である。