

改正刑法175条とサイバーポルノについて

加藤 敏幸*

要 旨

サイバーポルノの取り締まりに関して、昨年（平成23年6月17日）、刑法175条が改正された。改正法は従来の客体に加えて、「電磁的記録に係る記録媒体」をもわいせつ物として例示列挙に加え、さらに、「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」する行為をも新たに処罰の対象にした。そしてこれに伴い、有償頒布目的でのわいせつ物の所持およびわいせつ電磁的記録の保管も処罰に加えられた。

しかし、この改正法の適用にあたっては様々な問題点が指摘されている。そこで、この改正法について、今回の改正に至った背景と改正法の新たな内容、そしてその問題点について検討したい。

キーワード：刑法175条、わいせつ犯罪、サイバーポルノ

Revised law on criminal obscenity for cyberporn

Toshiyuki KATO

Abstract

Recently, the law on criminal obscenity was revised in relation to cyberporn. This law extended definitions of the act of criminal obscenity to bring cyberporn under stringent control.

However, there are issues that arise in terms of the application of this law in relation to cyberporn. This paper examines these issues in relation to the revision of the law.

Key words: penal code § 175, criminal obscenity, cyberporn

* 関西大学総合情報学部

目次

はじめに

一 これまでの経緯

二 改正法の背景

三 改正法の内容

四 改正法の問題点

五 記録の「頒布」

おわりに

はじめに

国境の制約のないボーダレスなインターネットの普及により、これまでなら、わいせつ関連犯罪で規制されて通常では目にし得ないような画像情報が氾濫するに至った。これらの情報はいわゆる「サイバーポルノ」と称されて、その規制に関する刑法解釈論についてはこれまで多岐に渡って論争されてきたが⁽¹⁾、ついに最高裁により判断が下され、実務的決着が確定したといわれている（最三小決平13・7・16刑集55・5・317）。その後、2004（平成16）年第159回国会において、2001（平成13）年のサイバー犯罪条約署名を受けたハイテク犯罪刑事法整備法案の中で、刑法175条（わいせつ物頒布等罪）を改正する法案が提出されたものの、会期終了のため継続審議とされた。しかし他方で同国会においては、サイバーポルノに関連した児童ポルノ法の改正が先行して成立するという状況にあった。

そのなかで昨年2011（平成23）年6月、刑法175条（わいせつ物頒布等罪）の改正法が成立した⁽²⁾。これまで問題になったサイバーポルノは、後述するとおり、「わいせつ情報とその記録

(1) この間の主要な論文として、園田寿「わいせつの電子的存在について」関大法学論集47巻4号1頁（1997）、同「メディアの変貌」『中山研一古希祝賀論文集（第4巻）』所収167頁、成文堂（1997）、長谷部泰男「インターネットによるわいせつ画像の発信—ベッコアメ事件判決」法律時報69巻1号123頁（1997）、前田雅英「インターネットとわいせつ罪」ジュリスト1112号77頁（1997）、同「ユビキタス社会における犯罪の現状と青少年の保護」ジュリスト1361号42頁（2008）、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト1117号73頁（1997）、同「サイバーポルノとわいせつ物陳列罪—最高裁判決」ジュリスト1224号平成13年度重要判例解説166頁（2002）、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ—」研修588号3頁（1997）、佐久間修「ネットワーク犯罪におけるわいせつ物陳列」『西原春男古希祝賀論文集（第3巻）』所収217頁、成文堂（1998）、中山研一「わいせつ罪の保護法益」現代刑事法11号4頁（2000）、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41巻1号（2001）、浅田和茂「大阪高判平11・7・26（アルファネット事件控訴審判決）判例批評」判例評論508号54頁（判例時報1743号216頁）（2001）、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『インターネットと法（第3版）』第3章所収、有斐閣（2004）、永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』信山社（2003年）、などがある。

(2) 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1257号6頁（2003年）、山口「サイバー犯罪に対する実態法的対応」ジュリスト1257号15頁（2003年）、同「サイ

のやりとり」(しかもその多くは有償的・利得的「取引」)にその実体がある。しかし、わいせつ「物」と規定された物中心の法規定においては、この「情報」の規制についても「物」としての法的擬律を必要としてきた。他方、コンピュータ犯罪元年と言われた1980年代には、すでに文書偽造罪についてキャッシュカード偽造事件に対処すべく、1987年の刑法一部改正において、(物である)「文書」とは別に、「電磁的記録」を保護対象とする法的手当がなされていた⁽³⁾。しかしわいせつ罪に関してはかかる法的手当はなされてこなかったことが指摘されている⁽⁴⁾。

この間において、技術革新による情報の伝達・保存媒体の進歩は、コンピュータによるデジタル処理への変化に伴い、紙やフィルム、テープによるアナログ媒体からデジタル媒体に統一されて、紙ベースの文書、紙・フィルムベースの画像(静止画)、フィルムやビデオテープベースの動画、録音テープベースの音声、デジタル媒体(たとえば、FD、MO、USBメモリ、SDメモリ、携帯型HDD、備付型HDD等)に一元的に統合され、さらに、インターネットによるデータ交換で、データの伝達・送受信・蔵置保存も可能になった。この動向においてサイバーポルノの問題が出現し、今回の法改正となったわけである。

わいせつ関連犯罪そのものについては表現の自由との関係で、その保護法益や非犯罪化問題など憲法上、刑法上の重要な論点を形成するものではあるが⁽⁵⁾、ここではそれはさておき、今回

バー犯罪の現状と課題」現代刑事法57号4頁(2004年)、林陽一「わいせつ情報と刑法175条」現代刑事法57号10頁(2004年)、南部篤「わいせつ情報とわいせつ物頒布等の罪の客体」板倉古希祝賀論文集『現代型犯罪の諸問題』所収355頁(2004年)、吉田雅之「特集・情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正―法改正の経緯及び概要」ジュリスト1431号58頁(2011年)、今井猛嘉「特集・情報処理の高度化等に対処するための刑法等の改正―実体法の視点から」ジュリスト1431号66頁(2011年)、同「ネットワーク犯罪」法学教室303号59頁以下(2005年)、また、児童ポルノ法の改正に関連して、島戸純「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に関する法律の一部を改正する法律」ジュリスト1274号61頁(2004年)、永井善之「サイバー・ポルノ規制と刑法・児童ポルノ法の改正」大阪経済法科大学法学研究所紀要38号(2004年)1頁、同「サイバー・ポルノ規制と刑法および児童ポルノ法の改正」刑法雑誌45巻1号130頁(2005年)、同「サイバー・ポルノ規制と刑事法改正」刑法雑誌45巻3号396頁(2006年)、渡邊卓也「電脳空間におけるわいせつ情報とわいせつ罪の行為態様」清和法学研究12巻1号65頁(2005年)、同『電脳空間における刑事法的規制』(以下『規制』と引用)成文堂(2006年)、同「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑事法ジャーナル30号27頁(2011年)、園田寿『情報社会と刑法』成文堂(2011年)、その他の論考として、川田泰之「わいせつ罪における公然性の意義」明治大学大学院法学研究論集34号69頁(2010年)がある。

なお、法制審議会刑事法部会における議論については法務省のサイトに議事録があり、特に、第1回会議(平成15年4月14日)、第3回会議(平成15年5月15日)参照、(“http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_030414-1.html”, 同“/shingi_030515-1.html”).

(3) 拙稿、「電磁的記録不正作出罪」中山研一＝神山敏雄編共著『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正(注釈)改訂増補版』(二4、所収)63頁以下、成文堂(1989年)。

(4) 山中、前掲注(1)93頁。

(5) 拙稿「性表現の自由と規制」松井修視編著『レクチャー情報法』第10章所収、法律文化社(2012校正中)参照。わいせつ表現の規制については、憲法21条「表現の自由」との関連が問題になり、わいせつ概念の如何によっては、憲法上保障されるべき表現も刑法で規制されるおそれがある。そこで現在の憲法学においては、わいせつ表現も表現の自由に含まれるとしたうえで、わいせつ文書の定義を厳

の法改正を契機として、これまで議論されたサイバーポルノの規制と改正法につき、改正に至った背景と、改正法の新たな内容、そしてその問題点について検討し、今後の本格的な考察のための準備としたい。

— これまでの経緯

1 検討の前にまず、刑法175条(わいせつ物頒布等罪)の旧規定について整理しておきたい。旧法の規定では、「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科料に処する。販売の目的でこれらの物を所持した者も、同様とする。」と規定されていた。すなわち、旧法前段では、本罪の客体として、「わいせつな文書、図画その他の物」が規定されていた。これは「わいせつ物」が客体であって、その例示列挙して、1文書、2図画、3その他の物、があげられていたので、「わいせつな(1文書、2図画、3その他の)物」が客体と考えられる。

つぎに行為態様は、その客体を①「頒布・販売」し、または②「公然陳列」することである。①の「頒布・販売」とは、判例・通説によると、不特定または多数人数に対する無償の交付(頒布)、および有償の交付(販売)とされている⁽⁶⁾。この見解によると、交付とは占有移転であるから貸与も含むことになり、「有償貸与」も販売とするが、しかし、販売は単なる占有移転ではなく所有権移転をも伴うため、この分類は不自然である⁽⁷⁾。そこで、これを避けるために、販売

格化し、規制をできる限り限定しようとする考え方「定義づけ衡量論」が有力に主張されている。芦部信喜『憲法(第3版)』172頁、岩波書店(2002年)。そのほか、松井茂記『マス・メディア法入門(第2版)』144頁以下、日本評論社(1998年)、同『インターネットの憲法学』123頁以下、岩波書店(2002年)。同『LAW IN CONTEXT 憲法』193頁以下、有斐閣(2010年)。

なお最高裁は、わいせつ文書の頒布販売罪に関するチャタレー事件(最大判昭32・3・13刑集11・3・997)において「わいせつ定義(わいせつ三要件)」を示して175条を合憲として、それ以後も一貫してその立場は堅持されている。それによると、憲法上規制の可能な「わいせつ物」とは、「①徒に性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ②普通人の正常な性的羞恥心を害し、③善良な性的道義観念に反する」ものと定義し、個々人の意識を超えた「社会通念」によって判断すべきだとした。また、規制の根拠についても、わいせつ文書が性に関する良心を麻痺させ、性道徳・性秩序を無視する危険を含むために、性的秩序を守り、性道徳を維持することにあるとした。しかしながら、その後の判例においては、「相対的わいせつ概念」や「強度の明確性」を要求するなど、わいせつ概念を明確化する努力がなされている。

刑事法においても、「被害者なき犯罪」の「非犯罪化」論の立場に立ち、見たくない者と未成年者の保護の観点からわいせつ罪処罰を制限する見解が主張されたが(平野龍一『刑法概説』271頁(1977))、最高裁の判断により否定されて(最判昭58・10・27刑集37・8・1294)、現在は有力な立法論にとどまっている。

(6) 大判大15・3・5刑集5・78、大塚仁『刑法概説(各論)(第3版増補版)』522頁(2005年)、大谷實『刑法講義各論(新版第2版)』499頁(2007年)。

(7) 山中敬一『刑法各論(第2版)』646頁(2009年)。

を有償の譲渡とし、頒布を販売以外の方法による交付とする見解が近時は有力になった⁽⁸⁾。なお、頒布・販売のいずれの場合も相手方への引き渡し（占有移転）が必要であり（最判昭34・3・5刑集13・3・275）、郵送の場合には相手方への到着を要するとされている（大判昭11・1・31刑集15・68）。つぎに②の「公然陳列」は、不特定または多数の観覧しうる状態におくこととされていたが（大判大15・6・19刑集5・267）、近時、ダイヤルQ2事件（大阪地裁平3・12・5判時1411・128）で、聴覚を含めた認識可能状態とされるようになった。

このように旧規定下では、客体は「物」としての制約があり、その物の「授受」と物の「公然陳列」が行為態様であったため、そのいずれも考えがたいサイバーポルノについて、解釈問題が生じたのである。なお、旧法同条後段は、「販売目的」での「所持」が処罰されるが、判例はその物自体の販売目的に限定することなく、複写の原本たるマスターテープ（富山地裁平2・4・13判時1343・160、東京地裁平4・5・12判タ800・272）や光磁気ディスク（MO）（最決平18・5・16刑集60・5・413）それ自体の販売目的がなくとも、ダビング目的所持をこれに含めている。

2 そこでつぎに、これまで発生した主要なサイバーポルノ事件の諸事例を整理したい⁽⁹⁾。①「P-STATION事件」（横浜地川崎支判平7・7・14公刊物未登載）および②「MEDIA大阪事件」（京都簡裁略式命令平7・11・21公刊物未登載）は、パソコン通信を利用した会員へのわいせつ画像の閲覧提供により、わいせつ物公然陳列罪成立を認めた。③「ベッコアメ事件」（東京地判平8・4・22判タ929・266）はインターネットを利用した初めての事件で、インターネット接続業者（プロバイダ）である「ベッコアメ」の会員である被告人が、自己のホームページ上にわいせつ画像を公開したものである。わいせつ画像を「図画」とした点でも注目されるが、判例はインターネット対応のパソコンを有する不特定多数の利用者に同わいせつ画像が再生可能な状況を設定したとして、わいせつ図画公然陳列罪の成立を認めた。④「モンキータワー事件」（札幌地判平8・6・27公刊物未登載）は、パソコン通信ネット「モンキータワー」の開設・運営者が、会員に対してわいせつ画像のデータを送信し復元閲覧させたとして、上記同様にわいせつ図画公然陳列罪の成立を認めた。⑤「J-BOX事件」（大阪地判平9・2・17公刊物未登載）は、画像をモザイク処理してマスクするソフト（FLMASK）を用いて、局部をぼかしたわいせつ画像データをインターネットのホームページで公開し、ここでもわいせつ図画公然陳列罪の成立が認められた。同ホームページにはさらに、ぼかし処理の復元方法とそのソフトの入手先までも掲載されていた。⑥「アルファネット事件」（京都地判平9・9・24判時1638・160）、同控訴審判決（大阪高判平11・8・26判時1692・148）、同最高裁判決（最三小決平13・7・16

(8) 団藤重光『刑法綱要各論（第3版）』329頁（1990年）、西田典之『刑法各論（第5版）』385頁（2010年）、前田雅英『刑法各論講義（第5版）』569頁（2011年）、山口厚『刑法各論（第2版）』510頁（2010年）、ほか。

(9) 判例の詳細については、園田教授のホームページ（“<http://sonoda.e-jurist.net/data/hanrei.html>”）参照。

刑集55・5・317)は、電話回線利用のパソコンネットである「アルファネット」の開設・運営者が、ホストコンピュータのハードディスクにわいせつ画像データを記録・蔵置させて、不特定多数の顧客である会員にそれが閲覧可能な状況を設定し、アクセスした者へ上記データを送信してパソコン上で再生閲覧させた事件である。さらに、会員に対しわいせつ画像のアップロードを黙認するのみならず、会費免除の特権を与えては奨励さえもしていた。裁判所はわいせつ画像の記憶・蔵置されているハードディスクがわいせつ物であるとして、いずれもわいせつ物公然陳列罪の成立を肯定したが、特に先述したとおり最高裁が積極的判断を下したことで実務上の決着をつけた注目すべき事件である。⑦「岡山FLMASK事件」(岡山地判平9・12・15判時1641・158判タ972・280)は、先述したモザイク画像処理ソフト(FLMASK)によってぼかし処理されたわいせつ画像を公開した事件である。岡山地裁はマスク処理されていても処理ソフトにより復元が容易に可能な場合にはわいせつ性が認められるとし、さらに、陳列されたのは蔵置するハードディスクではなく画像データそのものであって、このわいせつな画像データそのものが「わいせつ図画・物」に該当するとして、わいせつ図画公然陳列罪を認めた。⑧「山形海外送信事件」(山形地判平10・3・20公刊物未登載)と⑨「大阪海外送信事件」(大阪地判平11・2・23公刊物未登載)は、ともに国外サーバーの事件である。すなわち、米国に設置されたサーバーにホームページを開設し、国内からわいせつ画像データを送信した行為が、わいせつ図画公然陳列罪と認められた。⑩「あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件」(大阪地判平11・3・19判タ1034・283)と⑪「東京海外送信事件」(東京地判平11・3・29公刊物未登載)は米国のサーバーを利用したもので、特に⑪事件では国内で会員を募集してダイヤルQ2回線を使用した事件である。ともに、わいせつ図画公然陳列罪が認められた。⑫「フロンティア事件」(浦和地判平11・9・8公刊物未登載)はパソコン通信利用のわいせつ画像データの閲覧の事件で、わいせつ物公然陳列罪が認められた。⑬「電子メール添付事件」(横浜地判平12・7・6公刊物未登載、研修628号119頁)は、わいせつ画像データを電子メールに添付して送信した事件であるが、事例を詳細に述べるとつぎの通りである。パソコンのHDDにデジタルカメラで撮影した知人女性の陰部等の画像データを蔵置・保存して、米国のプロバイダで開設したホームページ上で、不特定多数にわいせつ画像を電子メールによる販売を告知した。そこで、これに振込送金した応募者にわいせつ画像データを電子メール添付ファイルとして直接送信して、応募者のパソコン内HDDに蔵置・保存させ、同画像を閲覧可能状態にしたとして、わいせつ物販売罪が認められた。なお、プロバイダのサーバーコンピュータには当該画像データを蔵置することなく、自ら保存したわいせつ画像データを直接に添付ファイルとして送信していたために、公然陳列罪は否定された。

3 以上の事件を分類すると、①②④⑥⑫はこれまでのパソコン通信の事件であり、③⑤⑦⑧⑨⑩⑪⑬はインターネットの事件、さらに、⑬の事件は、電子メールの事件である。成立した犯罪について分類すると、わいせつ「図画」公然陳列罪とするものは③④⑤⑦⑧⑨⑩⑪であり、

わいせつ「物」公然陳列罪とするのは①②⑥⑫の事件、さらにわいせつ物「販売」罪とするのは⑬の事件である。

また、①から⑫は、わいせつ画像の不特定多数に対する公開という「公然性」を容易に肯定し得る点で共通しているが、しかし、⑬は受取人個人に直接に送信された電子メール利用の添付ファイルで送られており、その点で公然性のない「特定者間の通信」であるため、その他の不特定多数の者がこの画像へは直接アクセスできない点で異なっている⁽¹⁰⁾。

このように、サイバーポルノのこれまでの事例は「わいせつ情報とその記録のやりとり」を実体とするが、上記事例はさらに二つの形態に集約できる。一方は、(1)インターネットのwebを通じて、HP上でわいせつ画像を公開掲示する類型であり、他方は、(2)あらかじめ募集設定した申込者に、電子メールにてわいせつ画像情報を添付書類で送信したり、さらに、Faxにてわいせつ画像情報を送信する類型である。(1)、(2)の両類型はともに、物ではない情報や記録が対象であるため、物の移動や引渡を必要とする「頒布・販売」とは考えにくい(判例は後者につき販売罪としたが、問題点は後述のとおりである)。さらに(1)のweb上の画像公開の事例では、公開のため不特定多数による閲覧が可能であるので、わいせつ物性が肯定されれば、「公然陳列」の可能性もあるが、(2)の電子メールによるファイル添付の事例では、特定者間の通信であるため、公然陳列罪成立の可能性はない⁽¹¹⁾。そのため、別個に新たな構成が必要になる。

二 改正法の背景

1 さて上記の事例における旧規定上の解釈論議の中心問題は、まず、(1)サイバーポルノにおいては何がわいせつ物であるのかであり、つぎに、(2)各事例の行為が、頒布・販売や公然陳列という行為態様のいずれに該当するのか、ということである。

まず、(1)の問題であるが、インターネットによるわいせつ画像データという情報の授受・伝達というサイバーポルノの実態に即して、わいせつ物を有体物に限定する必要もないとした判例が出現している(前述⑦事件の岡山地裁)。これを支持する見解として、端的にサーバー上に電磁化されて保存されたわいせつ「情報」そのものが、わいせつな「図画」にあたるとする見解も主張された⁽¹²⁾。しかしその場合、わいせつ「物」と規定した条文にあまりにも乖離し、その結果、法定刑がより軽く、わいせつ「情報」の陳列そのものといえる刑法174条公然わいせつ罪との区別が困難となるため、大方の支持を得ていない。また、ディスプレイ画面上で閲覧で

(10) なお、⑤⑦はマスク処理された画像ならびに処理ソフトに関する事件であり、また、⑧⑨⑩⑪は海外(米国)のサーバーを利用する事件であって、別個の論点をなしている。

(11) 山中・前掲注(1) 94頁。

(12) 堀内・前掲注(1) 5頁以下、南部・前掲注(2) 365頁、372頁。また、前田・前掲注(1) ジュリスト1112号82頁、同・各論前掲注(8) 569頁注16はその可能性を認めている。なお、曾根威彦『刑法各論(第5版)』275頁(2012年)、渡邊・前掲注(2) 規制243頁は「情報説」と呼んでいる。

きるわいせつ画像をわいせつ物とすることも考えられるが、ディスプレイ画面上の画面は一時的な電気信号の陰影に過ぎず、映画スクリーンに上映された画面（瞬時の光の陰影）と同様に永続性を持たないために「物」とは言い難い。

そこで、わいせつ情報の蔵置・保存された媒体であるサーバーやハードディスクをわいせつ物とする見解が有力になり、わいせつ情報そのものではなく、かかる情報の化体した媒体（有体物）がわいせつ物とされている。⑥の事件において最高裁は、この見解に立ってわいせつ情報の記録を蔵置したサーバーコンピュータのハードディスクがわいせつ物であり、さらに行為態様についても、陳列概念につき Web を通じて不特定多数に認識され得る状態におくものと解して、わいせつ物公然陳列罪を肯定した⁽¹³⁾。現在、学説の多くもこれを支持している⁽¹⁴⁾。

2 一つめの類型である web 上でわいせつ画像を公開する事例においては、このように情報の媒体にわいせつ物性を認めて、公然陳列罪で対応することもできたが、しかし、二つめの類型である電子メール添付の事例（前述⑬事件）については、この処理方法には困難が生じるといわざるをえない。

まず、⑬の事例では、行為者自身のパソコンに蔵置したわいせつ画像を「直接に」相手方に送信したのであって、公開の事例のようにプロバイダのサーバーにわいせつ情報を蔵置しておらず、媒体であるサーバーをわいせつ物として不特定多数の者に対する陳列があるとする最高裁や通説の構成は不可能である。さらに、メールによりわいせつ画像情報を添付書類で送信したり、さらに、Fax によりわいせつ画像情報を送信する場合は、不特定多数の者に何度も繰り返し受信させない限りは、たとえば、恋人同士のデータ交換のように、あくまで特定個人間の個別的な通信であるため公然陳列とすることもできない。

そこで横浜地裁川崎支部は、電子メールシステム全体を媒体とし、伝播可能な程度に固定化されているとして媒体を通じて画像データを「販売」としたが、あまりに技巧的な構成であるといわざるを得ない⁽¹⁵⁾。同判例によると、客体に有体物性を要求される刑法175条が、174条の公然わいせつ罪よりも重く処罰される理由をつぎのように説明している⁽¹⁶⁾。すなわち、ストリップ・ショー等においては、視覚情報が固定化されず、その場限りに消えていくために軽い公

(13) 曾根・前掲注(12)274頁、渡邊・前掲注(2)規制244頁は「媒体説」と呼んでいる。

(14) しかし、ハードディスクがわいせつ物としその公然陳列という構成はあまりにも不自然であるという有力な批判がなされている。園田・前掲注(1)中山古稀180頁ほか、松宮孝明『刑法各論講義(第2版)』399頁(2008年)、曾根『刑法各論(第3版補正3版)』283頁(2006年)。

(15) 山口・前掲注(2)ジュリスト1257号20頁注10。

(16) 研修628号122頁以下参照。これらの罰則についての述べると、174条は最高6月以下の懲役もしくは30万円以下の罰金であるが、175条は最高2年以下の懲役もしくは250万円以下の罰金である。すなわち、自由刑で4倍、罰金刑で約8倍の差がある。ただ、これらの規定については、実際の性行為や性器の露出よりもその模造物や画像の方が重く処罰されるという根本的な矛盾が、かねてより指摘されている。

然わいせつ罪が成立するが、わいせつ情報が有体物に固定される場合は、その情報の同一性を維持したまま繰り返し再現可能（著作権法2条3項）となり、性風俗侵害の危険が発生するとしている。つまり、媒体への化体により情報伝播を可能にする固定化が有体物性を要求しており、この「情報自体の伝播可能な固定性」の点で174条と区別されるとする⁽¹⁷⁾。

そこで本件では、インターネットの電子メール・システム全体が、相手先ディスプレイ画面に画像の再生を可能としているのであって、ビデオテープのように情報の媒体の機能を果たしており、わいせつ画像データが有体物に化体されたのと同じ程度の固定性・伝播性を有しており、その結果、電子メール・システム全体を媒体としてわいせつ画像データが有体物に化体されたと同視されて、本件画像データはインターネットにおける電子メールシステムを媒体とする「わいせつ図画」に該当する、と判断した。しかし、この論法ならば、サイバーポルノは常にインターネットのシステム全体が媒体とも解され得ることになり、不合理である。

さらに、客体に有体物性を要求する第二の理由として、「販売」概念を構成する「所有権移転」は有体物でなければならないが、電子メール・システム全体を媒体とする上記構成からは、媒体自体の所有権移転はないものの、電気信号たる画像データの移転は観念できるとした。このように所有権移転としての「販売」の構成要件をあいまいにするものではないので、わいせつ図画販売罪が肯定されるとした。しかしここでも、元のデータは残ったままであり、移転したとは言い難く、不合理である。

このようにこの類型においては、わいせつ画像データという情報自体を175条の定める「物」として取り込み、その販売とする構成には限界があることが明白となったのである⁽¹⁸⁾。

3 そこで、これまでのサイバーポルノ諸事例に対する法的構成について、以下のとおり、5つの場合分けをして考察してみたい。すなわちまず、①わいせつな「情報のやりとり・取引」のみがあって、物の移動・引渡がない場合、つぎに、②情報の取引を、わいせつ情報が物に化体した化体物（記録媒体）の「取引」と考えるが、しかし、依然として「物」自体の移動・引渡がない場合、そこで、③物の取引（移動・引渡）はないので、かかる化体物の「陳列」として考えるが、しかし、依然として「物」自体の陳列がない場合、さらにそこで、④その「物」自体の陳列はなくても、それに化体された情報について認識可能な状態が生じているというように「陳列」概念を拡張して、その化体物すなわち記録媒体が「陳列」されているとする場合（しかしここでも、媒体「自体」の陳列はない）。最後に、⑤物の移動・引渡はなく、媒体の陳

(17) 山口・前掲注(1)ジュリスト1224号判例解説167頁は「固定性・伝播性」と名付けているが、林・前掲注(2)11頁および15頁注12は、これを「時間的伝播性と場所的可搬性」として、固定性と管理・利用可能性の問題を論じている。

(18) なお、同事件については山中・前掲注(1)94頁、山口・前掲注(2)ジュリスト1257号19頁、今井・前掲注(2)法学教室303号59頁、同・前掲注(2)ジュリスト1431号70頁、南部・前掲注(2)370頁参照。

列もないが、「情報の取引」を捕捉するために、情報そのものではなくて、媒体に含まれた情報の記録「状態」の取引と考えて、「(電気通信による)記録の引渡」があるとする場合、の5つの場合である。

すなわち、サイバーポルノ実態はもとよりわいせつ「情報のやりとり・取引」であるが、①「情報の取引」だけからは、物も移動・引き渡しがないため、web上で画像を公開する事例と電子メールに添付する事例の両類型とも、「頒布・販売」を肯定することは不可能であり、現行法上は処罰できない。だからといって、「情報の取引」自体を処罰化するように法改正するならば、現行法の枠組みであるわいせつ「物」の範疇を放棄することになり、公然わいせつ罪(174条)と大きく矛盾することになる。すなわち、もっぱらわいせつな視覚情報を提供するストリップショーにつき、通説は従来から法定刑の低い公然わいせつ罪(174条)とされてきたからである⁽¹⁹⁾。それゆえ、サイバーポルノだからといって、いきなりこのような新たな処罰行為の新設・追加はあり得ない。

そこでまず、一つめの類型であるweb上で画像を公開する事例においては、有体物の「物自体」の概念を拡大して、情報の化体した媒体を対象にして、情報「化体物」の「取引」、「陳列」という構成が考えられる。ただ、②サイバーポルノをわいせつ情報の化体した媒体、すなわち「化体物の取引」と考えた場合、ここでは「物自体の移動・引き渡し」は存在せず、所有権移転も認められないので、ここでも「頒布・販売」は考えられない。つぎに、③サイバーポルノを「化体物の取引」ではなく「化体物の陳列」と考えた場合でも、わいせつ物それ自体という「物自体の陳列」はないので、そのままでは「公然陳列」とすることもできない。そこで、④まず、物概念を拡大して、ハードディスク等の記録媒体に蔵置・保存されたわいせつ情報につき、記録媒体をわいせつ物にし(②)、つぎに、記録媒体のままではわいせつ情報の視覚的な「陳列」対象とはならないので、「認識可能状態の出現」とまで「陳列概念を拡大」することによって(③)、いわば②と③の二重の規範的拡張によって、「情報化体物」の「公然陳列」を肯定することが考えられる。これは最高裁の考え方であるが、このように、(無体物である)わいせつな電磁的記録を含んだ(有体物である)記録媒体を、本条の客体に追加することによって明文化し(さらに、頒布・販売を頒布に統一してこれまでの不都合を解消しようとし)たのが改正法I項前段といえよう⁽²⁰⁾。

他方、二つめの類型であると電子メールに添付する事例では、横浜地裁川崎支部のように、メールシステム全体を媒体とし販売罪を肯定する構成には無理があるので、⑤「情報の取引」という実質を注視しつつも、①とは別に、情報そのものではなくて媒体に含まれた情報の記録「状態」の取引と考え、「(電気通信による)記録の引渡」とする考え方がある。情報や情報媒体

(19) もっとも、植松正『刑法概説II各論(再訂版)』206頁(1975年)は175条のわいせつ物陳列罪の成立を主張するが、しかし、人(の身体や行為)を「物」と見ることはできないため、少数説である。

(20) しかし、曾根・前掲注(12)275頁は法改正後も問題が解決されていないとしている。

そのものではなく、媒体に含まれた記録「状態」を対象にするこの考え方は、すでに、「文書」とは別に「電磁的記録」を保護対象に含めた文書犯罪の改正と同様の仕方の手当である。ここでは、現在の「物も移動・引き渡し」を要する「販売」という構成を放棄して、「情報の取引」についてを新たな「電気通信による情報の引渡し」という新類型を創設し、これによって情報のやりとり自体を規制する新たな構成要件を新設したのが改正法I項後段といえよう。つまり、一つめの類型であるweb上で画像を公開する事例は移動・引き渡しが観念できないため、「陳列」を問題せざるを得ず、陳列の客体の追加が必要になり、つぎに、二つめの類型である電子メールに添付する事例では、情報それ自体のやりとりを従来とは異なる形での規制することが必要になったといえよう⁽²¹⁾。

三 改正法の内容

1 平成23年6月17日、サイバー関係の法整備を目的とする「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」が成立し、コンピュータ・ウイルスの作成・取得を処罰する「不正指令電磁的記録作成罪（刑法168条の2）」、「同取得罪（刑法168条の3）」や刑事手続き法上の諸改正のなかで、刑法175条はつぎのように改正された（下線部は筆者による）。

1項 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過料に処し、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項 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。

改正法においては、旧法前段が1項で二分化されたうえで、まず前段で客体の追加と行為態様の統合がなされ、つぎに後段では新たな客体と行為態様の追加、2項では旧法後段の販売目的の所持が、有償頒布目的による前項の物の所持と記録の保管に変更された。

以下、改正点につき1項前段から詳述すると、まず本段の客体につき、わいせつ物の例示列挙のなかに「電磁的記録に係る記録媒体」が含まれた⁽²²⁾。これはあくまで情報の化体物が客体とするものであり、その結果、岡山地裁の情報そのものをわいせつ物とする見解は否定されて、最高裁決定を明示化するものである。先の場合分けの④に該当する⁽²³⁾。

(21) 渡邊・前掲注(2) 刑事法ジャーナル31頁は、「媒体説」の限界を「情報説」で補足したとする。

(22) 伊東研祐『刑法講義各論』353頁(2011年)。

(23) 西田『刑法各論(第6版)』397頁(2012年)。なおこの点につき、前田雅英『刑法講義各論(第5版)』561頁(2011年)は、「わいせつ物とは『区別された』電磁的記録に係る記録媒体(二重括弧は筆者による)として、わいせつ物とは別個に保護客体を追加したとされている。これは、前田説が有体物に

さて、この「電磁的記録に係る記録媒体」であるが、2004年改正の児童ポルノ法をみると、第2条の定義規定の客体例示では、従来、「写真、ビデオテープその他の物」とあったのを、ビデオテープにかえて「電磁的記録に係る記録媒体」という文言が用いられている。このことから、本条改正においても、これまで客体として問題となった記録媒体、すなわち、録音テープ、ダイヤルQ2録音再生機、ビデオテープ、さらにハードディスクのすべてを統合するものだと考えられる⁽²⁴⁾。

さてつぎに、この1項前段に関する処罰行為であるが、従来の「頒布・販売」における「販売」概念が削除されて「頒布」に統一されたため、「頒布・販売または公然陳列」から、「頒布または公然陳列」となった。「販売」概念が廃止されたのは、直接的には、所有権移転のない有体物の有償貸与を包含させるためであり、具体的には、わいせつなビデオテープをレンタルする行為を補足し、さらに、客持ち込みの生テープに「自己所有」のわいせつビデオをダビングする行為をも念頭に置かれていると考えられる。しかしこれはサイバーポルノに直接に関連しない点に注意が必要である⁽²⁵⁾。これはむしろ、後述する1項後段の新たな客体である「記録」の行為態様との統一化や、さらには、2項における「販売目的」から「有償頒布目的」への変更と密接に関連すると考えられる。

2 ついで1項後段であるが、ここでは「電気通信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布する」という新たな処罰行為が追加された。これは先の場合分けの⑤に該当するもので、二つめの類型である電子メール添付事例の処罰化、すなわち、わいせつ画像情報のメール送信やわいせつ図画のファックス送信が対象とされる。それゆえ、伝達手段は「電気通信の送信による」と限定され、その関連で客体も、「わいせつな電磁的記録その他の記録」とされた。

まず、客体について「電磁的記録」とあるが、これについてはCDカード偽造やオンライン詐欺などのコンピュータ犯罪に関連する先の刑法の一部改正の際、1987年に追加された定義規定がある。すなわち、刑法第7条の2において、「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とっては認識することができない方式で作られる記録であって、電子計算機による情報処理の用に供されるものをいう」と規定されている。この電磁的記録とは、情報を保存する媒体そのものではなく、その媒体の上に一定の情報が載っている

固定されたわいせつ画像などを表示する情報をわいせつ図画・物とされているからである。前田・同569頁。

(24) 西田・前掲注(23)各論第6版398頁。

(25) 大阪地裁堺支部判昭54・6・22刑月11巻6号584頁は、画像情報のみの転送で物の移転のない本事例につき、ダビングを加工請合契約(民法632条)とし、一旦店側に移った生テープの所有権が客に有償譲渡されたという技巧的な構成をとって、わいせつ物販売罪とした。山中・前掲注(1)94頁参照。なお、西田・前掲注(23)各論第6版399頁はこの場合改正法の頒布に該当するとしつつも、しかし他方、客持ち込みの生テープに「客所有」のわいせつビデオをダビングする場合は、従来の所持者以外に移転・流布させたといえないので、頒布にあたらないとしている。

状態を指す、とされており、記録としての性質上、一定の永続性を有することが必要である。また、通信中または処理中のデータなどは含まないとされていることから、媒体上の状態という「電磁的記録」よりも、「データ」の方がより広い概念とみなされ、それゆえ、電磁的記録は情報（データ）そのものではないと考えられる⁽²⁶⁾。1987年の改正で、文書とは別に、電磁的記録の不正作出や供用が新たに処罰行為として追加されたのと同様に、今回改正された本条においても、有体的なわいせつ物とは別に、電子的・磁氣的・光学的等の方式で、わいせつな内容が情報として媒体上に一定の永続性を有して維持・保存され、その記録が通信・伝達など情報処理の際に供用されるものだと考えられる。

さて、電気通信により送信されるものであるため、有体物は対象になり得ず、それゆえ、「記録」に重点をおいて「わいせつな（1 電磁的記録、2 その他の）記録」と読めないこともない。このように解すると、電磁的記録はわいせつな記録の例示事項となり、その他の記録も有体物性のないものであって、記録そのものが客体になったとも考えられる。しかし、送信されるものは、わいせつ画像情報をデジタル情報にコード化された記録状態であり、情報そのものではない。コード化される限りでは、通信媒体間では内容が保存可能であり、媒体間では伝播性も可搬性もあるといえ⁽²⁷⁾、それゆえ、受信者側の記録媒体でその記録を蔵置・保存が可能だと考えられるので、上記のように考えることはできない。

つぎに「その他の記録」であるが、このように考えると記録の保存の仕方は、「電磁的記録でない」その他の保存方法でも可能な記録ということになり、たとえば、紙媒体による有体物も対象となる⁽²⁸⁾。すなわち、電磁的記録として電気通信で送信され、再度、有体物化されるもの、たとえば、ファクス通信で受信し、紙媒体に転記されたわいせつ画像ということになる。立案当局の説明によると、送信されたわいせつ情報は、頒布された相手方の記録媒体のところまでできるものに着目し⁽²⁹⁾、そこでは電磁的記録の形態ではなくて、紙媒体に記録された形で生じるため、その他の記録としたとしている⁽³⁰⁾。

3 つぎに、1項後段の行為であるが、電気通信の送信による記録の「頒布」とは、受信により「記録を存在するに至らしめる」こと、すなわち、「相手方に受信させ、さらに保存させることが必要」だとして、単なる交付や単なる送信とは異なることが強調されている。この点につ

(26) 拙稿「コンピュータ犯罪」中山研一＝神山敏雄＝斉藤豊治編著『経済刑法入門（第3版）』（13章所収）215頁、成文堂（1994年）、荒川雅行「電磁的記録の定義」中山研一＝神山敏雄編共著『コンピュータ犯罪等に関する刑法一部改正（注釈）改訂増補版』（二3、所収）57頁以下、成文堂（1989年）。

(27) 林・前掲注（2）11頁。

(28) 今井・前掲注（2）法学教室303号59頁、同・前掲注（2）ジュリスト1431号71頁注27によると、「その他の記録」とは電磁的記録でないその他の有体物である記録とする。

(29) 法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会第1回会議事録・前掲注（2）。

(30) 同上議事録。山口・前掲注（1）ジュリスト1257号21頁。

いての詳細は後述する⁽³¹⁾。立法担当者の発言によると、1項後段の処罰の追加は、ネットワークの普及により生じた電子メール添付事例の類型を、これまでのわいせつ物の頒布行為と実質的に同様の行為として新たな処罰化したものである。この改正に伴って、1項前段で最高裁決定を明文化して、記録媒体の頒布・公然陳列を明示したとしている⁽³²⁾。

なお、本条2項では、1項で販売概念が放棄されて、頒布概念に統一されたことを受けて、従来の「販売目的」を「有償頒布目的」と変更し、その目的で1項の「物を所持」、1項の（電磁的）「記録を保管」した場合を処罰する。これにより、従来旧法下の判例（富山地裁平2・4・13判時1343・160）は認めた「ダビング目的所持」、すなわち、原本たるマスターテープや光磁気ディスク（MO）それ自体の販売目的のない場合も包含され、処罰が容易になったとする見解もある⁽³³⁾。ネットワークなどコンピュータ技術や複写技術の発達で、物の販売という所有権移転以外の方法でわいせつ物やわいせつな電磁的記録を拡散せしめることが可能になったことを受けて、わいせつ物の販売のための所持以外にも、わいせつな電磁的記録の保管をも処罰するものであるが、明らかにこれは、対象追加に伴う処罰行為の拡張である⁽³⁴⁾。

四 改正法の問題点

1 改正法は、上述したとおり、これまで判例上で問題になったサイバーポルノのあらゆる形態の補足を試みるものである。しかしその適用の限界については、慎重な検討が要されると考えられる。そこで、改正法の規定した処罰行為を、サイバーポルノについて客体と行為態様の組み合わせで整理すると、つぎのように整理できる。

①電磁的記録に係る「記録媒体（物）」の頒布	(1項前段)
②　　〃　　「記録媒体（物）」の公然陳列	(1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	(1項後段)
④　　〃　　「記録」の電気通信の送信によらない頒布	(規定なし)
⑤　　〃　　「記録」の公然陳列	(規定なし)
⑥有償頒布目的での「物」の所持	(2項)
⑦　　〃　　「記録」の保管	(2項)

(31) 法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会第1回会議議事録・前掲注（2）、北村・前掲注（2）9頁、山口・前掲注（2）ジュリスト1257号21頁、今井・前掲注（2）ジュリスト1431号71頁。ちなみに、電気通信とは、電気通信事業法第2条1号において「電気通信 有線、無線その他の電磁的方式により、符号、音響又は映像を送り、伝え、又は受けることをいう」とされている。

(32) 同上議事録。

(33) 前田・前掲注（23）各論第5版573頁、山口・前掲注（2）ジュリスト1257号21頁。

(34) 今井・前掲注（2）法学教室303号60頁、同・前掲注（2）ジュリスト1431号72頁は「わいせつ電磁的記録保管罪」の追加としている。

①②⑥は、記録媒体を含めた「物」が客体であり、③④⑤⑦は、「記録」が客体である。「頒布」は、「物」と「記録」のいずれにも用いられており、児童ポルノ法では、それが「提供」とされていた。このうち、④と⑤は規定がおかれていないので処罰対象にはならないように考えられるが、しかし、物と記録のいずれにも用いられている「頒布」の理解如何では、これらを含みうるおそれも生じてくる。

そこで、1項前段の「物（媒体を含む）」の頒布と、1項後段の「記録」の頒布、さらに、児童ポルノ法の「提供」との違いを検討したい。先述の通り、「頒布」とは従来の用法からすると、物の交付であり、しかも、郵送の場合は相手方への到達が必要（大判昭11・1・31刑集15・68）とされるように、現実には相手方に引き渡されることが必要である（最判昭34・3・5刑集13・3・275）。とすると、①の1項前段の「頒布」も同様に「相手への到達を要する物の引渡」と解され、また「販売」が廃止されて「頒布」に統合されたので、具体的には「譲渡、賃借、所持」ということになる。なお、②の「物」の「公然陳列」は、時系列的に「物の引渡」以前の行為ということになる。

他方、③の1項後段の「記録」の頒布は、新たな客体として「記録」を追加したため、（記録媒体を含む）物の引渡や移動の必要のない「記録の頒布」を認めている。「電気通信の送信による頒布」とあるが、電気通信の単なる送信とは区別され、ここでは有体物の頒布と実体的に同様であるべく「相手方に受信させ記録・保存させる」ことを要件にしている⁽³⁵⁾。その結果、「電気通信の送信による頒布」とは、「媒体上に記録された状態の物を相手方の支配下に出現せしめる」こと、「不特定又は多数の者の記録媒体にわいせつな電磁的記録を存在するに至らしめること」と説明されている⁽³⁶⁾。この点を強調して、メール添付であれファックス送信であれ、ともに、「相手方の記録媒体等に出現せしめ」「これがある程度継続的に保存させる」と説明する見解もある⁽³⁷⁾。そうだとすると、「物の交付を要する頒布」と、物の交付を要しないで「記録を受信・保存させる頒布」、との二つの行為が「頒布」という同一の文言に含まれ、同一条文において異なった意味内容で用いられることになる⁽³⁸⁾。もっとも、「記録の頒布」を記録の「電気通信の送信による」頒布と読めば、客体と手段により特定された頒布だから違った意味内容が生じ得るとし、有体物の場合の交付（占有移転）と同様に、移転のない無体物では単なる送信ではならず、「現実到達・保存」という特別の要件までも要求したと、考えることもできよう。いず

(35) 北村・前掲注（2）9頁、山口・前掲注（2）ジュリスト1257号21頁。

(36) 同上議事録。

(37) 今井・前掲注（2）ジュリスト1431号71頁。

(38) 現に、審議会においてもこの点が委員によって議論され、渡邊・前掲注（2）刑事法ジャーナル32頁はこの点を批判する。また、日本弁護士連合会・ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する意見（2003年7月18日）では、「公衆伝達」という異なる文言の採用を提案している（http://www.nichibenren.or.jp/activity/document/opinion/year/2003/2003_38.html）、また、意見書全文は、（http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2003_38.pdf）参照。永井・前掲注（2）法学研究所紀要19頁および21頁注36、同・前掲注（2）刑法雑誌45巻1号133頁もこれに賛同している。

れにしても、それは「頒布の時期」をどう解するのかという問題に関連する。

2 ところで、以上概観した改正法の構成方法は、改正案とほぼ同時期に検討され、既に2004年に改正法の成立した「児童ポルノ法」の規定の仕方と共通性があり、その密接な関係が指摘されている⁽³⁹⁾。そこで、改正法の問題点を検討する前に、両法を比較・検討することにする。

2004年に改正された「児童ポルノ法」には、客体と行為態様につき、つぎのような追加がなされている。まず、(1)客体の追加であるが、同法2条3項の「児童ポルノ」の定義規定において、従来、「写真」と併記された「ビデオテープ」が、「電磁的記録に係る記録媒体」(下線部は筆者による、以下同様。)という文言に変更され、ビデオテープ以外の電磁的記録媒体に拡張された。この文言は有体物である児童ポルノの変更追加された例示列举であり(「児童ポルノとは写真、電磁的記録に係る記録媒体その他の物」とされている)、改正刑法175条の1項前段に相応する。なお、この「電磁的記録」については、1987年の刑法一部改正で追加された刑法第7条の2の定義規定が条文にそのまま括弧書きで引用されている。また、これに対する行為態様は「頒布、販売、業としての貸与」とあったのを「提供」に統一された。さらに、(2)同7条1項後段においても、有体物の児童ポルノ以外に、その内容を描写した「電磁的記録その他の記録」が客体に追加され、行為態様も「電気通信回線を通じて(の)提供」が追加されている。これは改正刑法175条の1項後段の「電気通信の送信による頒布」に相応しており、類似性が窺われる。

つぎに、(3)行為態様であるが、有体物の「児童ポルノ」については、「提供」と「公然陳列」が規定され、同「記録」については「提供」のみが規定されている(同法7条1項および4項)。このように「提供」行為は、物たる「児童ポルノ」とそうでない「記録」のいずれにも用いられており、この点でも、改正175条の「頒布」との関連性が窺われ、規定の構成方法に共通点がある。なお、提供の相手方が「不特定もしくは多数の者」である場合は5年以下の懲役もしくは500万円以下の罰金(併科)(7条4項)、そうでない場合(「特定かつ少数者」の場合)は3年以下の懲役もしくは300万円以下の罰金(7条1項)と区別されている点が注目される。すなわち、わいせつ関連犯罪では公然性という処罰の限界付けがあったので特定者間の交付は不可罰であったが、しかし児童ポルノでは、従来不可罰であった「特定かつ少数者」への「提供」までも処罰を拡大しているのである。さらに、提供目的での「物」の所持等、および「記録」の保管を処罰する点でも、改正175条の2項と共通である(同法7条2項および5項)。以上のことから、児童ポルノ法における「提供」と改正175条における「頒布」との関連性が問題になるので、これについては次章において検討したい。

3 なお、改正法についてはさらに、2項の新たな処罰行為の追加が検討されなければならない

(39) 永井・前掲注(2)法学研究所紀要24頁、同・前掲注(2)刑法雑誌45巻1号133頁。

い。すなわち、1項で販売と頒布が「頒布」へと一元化され、さらに、「記録の頒布」が新設されたことによって、旧法の「販売目的での所持」は、2項の「有償頒布目的での（物の）所持と（記録の）保管」へと変更されることになった。その結果、「物」以外に適用される、有償頒布目的での「記録」保管罪が新設されたのである。

改正前の判例で問題とされたレンタル目的での所持やダビング販売目的での所持といった事例は、サイバーポルノとは直接に関連のない、販売目的での「物」の所持が問題であった。しかし、「記録」の保管にまで拡張されたために、サイバーポルノも対象になったのである。つまり、有償頒布目的という制約はあるものの、インターネット等で海外などから入手したわいせつな画像データを記憶媒体に蔵置・保管するだけという行為、すなわち、記録の頒布や記録媒体の頒布・公然陳列という1項所定の行為以前の段階が、処罰の対象になったと考えられるのである。その結果、ダビング事例の場合に旧法下で問われた問題点は、依然残されたままである。

というのもダビング事例の場合、ダビングされたテープやCDが引き渡されたとしても、取引される内容はオリジナルにあるわいせつなデータそのものである。そして、マスターテープの原本に保管されたその記録が複製されて手渡されるのも、やはり同一内容のわいせつな記録である。それゆえ、この実態に即して取り締まり、規制する趣旨は理解できるが、しかし、ダビング作成は頒布のための予備行為であり、わいせつな記録の保管はそのダビング作成のための予備行為である。つまり、わいせつな記録の保管は頒布のための「予備の予備」にしかすぎないことになり、とすれば、不可罰的な「犯罪行為の予備の予備」行為を処罰することになる。これはすでに旧法化で指摘された物の所持に関する問題を、記録の保管にまで未解決のまま残すことになる。

すなわち、前掲したように、ダビング目的でのわいせつビデオ・マスターテープ所持を販売目的の所持として肯定した判例（富山地裁平成2・4・13判時1343号160頁、東京地裁平成4・5・12判タ800号272頁）や複製作成用の記録原本を保存した光磁気ディスク（MO）の所持を販売目的の所持とした判例（最決平成18・5・16刑集60巻5号413頁）をめぐって、これを全面的に支持する見解⁽⁴⁰⁾と予備の予備を処罰するとして反対する有力な見解⁽⁴¹⁾が争われていたのである。この改正法については、レンタル目的所持の事例やダビング目的所持の事例を捕捉するものだと評価する見解もあるが⁽⁴²⁾、これに対しても、疑問を呈する見解もある⁽⁴³⁾。

改正法による処罰拡張の理由は、販売目的で児童ポルノを自分のパソコンに蔵置したという旧法化の事例が念頭に置かれている。札幌高裁は、販売目的所持における販売の対象は「わい

(40) 前田・前掲注(23)各論第5版572頁、大谷・前掲注(6)各論(新版第2版)506頁。

(41) 西田・前掲注(8)各論第5版386頁。

(42) 山口・前掲注(2)ジュリスト1257号21頁。

(43) 渡邊・前掲注(2)刑事法ジャーナル30号32頁注27は、所為・保管の目的物と頒布の目的物との同一性が不要になったとしてこの規定を評価する山口・前掲注(2)ジュリスト1257号21頁に対し疑問を呈している。また、改正法についても、西田・前掲注(23)各論第6版400頁、伊東・前掲注(22)355頁。

せつな文書、図画その他の物」(旧175条)であるので、電子データそのものや電磁的記録その他の記録(児童ポルノ法7条1項)は含まないとして、販売目的所持の成立を否定した(札幌高判平成21・6・16公刊物未搭載, 研修737号418頁)⁽⁴⁴⁾。その点、改正法では有償頒布目的の対象として電磁的記録が含まれ、その保管が処罰の対象になっているので捕捉することが可能になったが⁽⁴⁵⁾、しかし、「予備の予備」の処罰という問題は残されたままである。

五 記録の「頒布」

1 そこで最後に、児童ポルノ法における「提供」と、それに関連するサイバー犯罪条約9条の1Cの「頒布」、そして、改正175条における「頒布」とを比較して、検討したい。改正175条の「記録の頒布」と児童ポルノ法「記録の提供」の実体的な内容は、1998年に改正された「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」(略称、風営法)で新設された「映像送信型性風俗特殊営業」(2条8項)における「映像の伝達・送信」である⁽⁴⁶⁾。しかし、単に伝達・送信といっても時間的に幅があるので、1項後段で問題になったfax送信事例とメール添付事例を検討するために、まず、ファクシミリ送信とメール送信の動作手順を整理したうえで、それぞれの既遂時点を検討したい。

まず、「ファクシミリ送信」はつぎの手順で動作する。まず、①送信するわいせつ写真画像や文書(有体物)をセットとして、②スキャナーで読取り、③コード化された電気信号パターンに変換(原本は手元に残る)されて、④電話回線通信により送信され、⑤相手方の機器に受信させて、電気信号パターンを保存させ、⑥相手方が読み取るために、プリンタで印刷して複写物の視覚化で復元するが、閲覧しないで保存のままにおいておくことができる。なお、パソコン・ファクスの場合は、⑤、⑥が相手方パソコンになるだけである。ここでは、受取人が直接に支配できる⑤の段階を「受け取り」と考えて問題はない。

つぎに、「電子メールによる添付ファイルの送信」の場合であるが、インターネットの場合には、プロバイダにおいてメールの送受信を管理するメールサーバーのコンピュータを介してメールのやりとりが行われ、つぎの二つのシステムが利用される。すなわち、メールアドレスで転送先を一意的に識別し送信メールを送り出すSMTPサーバーと、受信メールを受け取ってユーザーからのリクエストを待つPOP3サーバーである。そこで、ここでの動作手順は、①スキャナー読取やデジタルカメラで撮影されたわいせつ画像記録を、②送信者のコンピュータのハードディスクにコード化された電気信号パターンの形で蔵置・保存してあるのを、③転送用と

(44) 西田・前掲注(8)各論第5版387頁参照。

(45) 前田・前掲注(23)各論第5版573頁、前掲注(2)ジュリスト1257号21頁。

(46) 風営法2条8項で、「専ら、性的好奇心をそそるため性的な行為を表す場面又は衣服を脱いだ人姿態の映像を見せる営業で、電気通信設備を用いてその客に当該映像を伝達すること(放送又は有線放送に該当するものを除く)により営むものをいう」と定義されている。

して、同一コードパターンの複製記録がメールの添付ファイルとして作成され、⑤送信者のパソコンから、⑥プロバイダのSMTPサーバーによって転送（元の記録はそのままに残してその複製をファイル転送）、⑦電気通信により、⑧相手先プロバイダにおかれた相手先メールサーバーで受信し、popサーバーに転送、⑨受取人パソコンからアクセスにより、⑩受信者パソコンにダウンロードし、⑪受信者パソコン内で添付ファイルを開いて画像に展開して閲覧するか、あるいは受取人パソコンのハードディスクに蔵置・保存する。

さてそこで、「受け取った」とみなされるのは何時であるか、ということが問題となる。⑧の段階では、コードパターンされた記録が記録媒体上に保存されているが、⑩の段階ではじめて、受信者は受信画像を支配下に置くことができるといえよう。すなわち、⑧を自己の郵便受けへの配達と同視し、その時点で受け取ったとするのは早すぎるように思われる。なぜなら、この段階は「郵便局」に到達しただけであると同様で、受信者自らがさらに引き取りに向かなければならない。むしろ、自己の郵便受けに到達されたとみなせるのは、⑩の段階で初めて、あたかも郵便受けに受け取った郵便物同様に自己の支配下に入ると考えられる。この段階では、視覚可能な画像に展開されず閲覧されなくとも、受取人側のパソコンのハードディスクには、わいせつな電磁的記録が保存媒体上に記録が出現すると考えられる。この時点において、物の到達と同視しうる状態となり、物の移転はないが、記録の移転が有体物の交付・引渡と同様の状態となって、記録という状態が相手方に出現するのである。

2 以上の分析から、「プロバイダ内で相手方の受信箱に入れる行為」を「提供」と考えている児童ポルノ法⁽⁴⁷⁾は、改正法の頒布を考える際には規制の時期が早すぎるし、また、不特定多数の者以外に特定者への交付・到達まで処罰を拡張している児童ポルノ法の「提供」は広すぎるといわざるを得ない（児童ポルノ法7条1項）。なお、電磁的記録が対象になっている点に着目して、相手方下での「記録状態の作出」時期を考察する見解もあり⁽⁴⁸⁾、その限りでは正当だとしても、「提供」を「相手方下での記録状態の作出」とするこの見解では、「提供」と「頒布」が同じ内容を意味することになり疑問である⁽⁴⁹⁾。「現実の到達」や「相手方の支配下」を問題にするのなら、⑧の段階は「提供」であって、⑩の段階は「頒布」と考えるべきであろう。

この点については、サイバー条約における「頒布」の概念が参考になろう⁽⁵⁰⁾。すなわち、2001年欧州評議会で採択されたサイバー犯罪条約の9条は、コンピュータ・システムを利用する児童ポルノを規制する立法措置を要請しているが、その条約9条1項Cにおいて、「頒布罪」と「送信罪」の規定がおかれている。これによると、「頒布（distributing）」とは不特定多数の者へ

(47) 島戸・前掲注(2)ジュリスト1274号61頁、なお、渡邊・前掲注(2)規制306頁。

(48) 永井・前掲注(2)法学研究所紀要26頁注53。

(49) 渡邊・前掲注(2)規制307頁同旨。

(50) 永井・前掲注(2)法学研究所紀要42頁以下、同・前掲注(2)刑法雑誌45巻1号137頁参照。

の交付であり、「送信 (transmitting)」とは、特定少数者への交付を意味している。児童ポルノ法が「提供」において、不特定多数の他に特定少数者への交付まで拡張したのは、この規定のためであると考えられる。

そこで、本条にいう頒布だが、条約の注釈書によると、客体の積極的拡散 (active dissemination) とされており、不特定多数の者への伝達とされている。9条1項bには「利用可能化罪」すなわちサイト開催でオンライン上に児童ポルノをおくことが規定されているので、この頒布では、交付・到達以前の単なる開設だけではなくて、相手方への現実の交付・到達を要し、具体的には、画像データが受取手のコンピュータのハードディスクに保存され、再生される状態までも要求されている。とするならば、「頒布」は相手方の不特定多数が要件となっている意味で、「提供」よりも「狭い」といわざるをえないし、また、利用可能化罪とは別に、現実の交付 (相手方への到達) を要求する点で、「提供」よりも「遅い」と考えられる。すなわち、改正175条1項後段の「電気通信による記録の頒布」とは、まず、立法当局の説明するとおり、頒布の「布」の意味はもともと不特定または多数のみを意味するものであるから、当然にこれまで許されてきた特定者間の送信伝達は対象から排除される趣旨となって、その意味で、「提供」よりは明らかに狭い。さらに、審議会における修正意見に対する議論から判断しても単なる送信とは異なるため、頒布の時期も遅く解される⁽⁵¹⁾。

3 そこで、この頒布時期の問題をさらに検討するために、ライブ実況中継におけるストリーム配信について検討したい。映像や音声など大容量サイズを必要とするのマルチメディアデータの場合、一旦一括してダウンロードしたのちに再生する方法 (ダウンロード型) では受信自体に長時間を要し、また、ライブ実況中継の配信には大きな支障が生じることになる。そこでこの方式に代えて、データを受信しながら同時に再生を行う「ストリーミング方式」が採用されている。この方式には、サーバに映像や音声のデータを保存して視聴者のリクエストに応じて配信する「オンデマンド型」と、現場で中継された映像や音声をリアルタイムにコード化し、そのまま配信する「ライブストリーミング (live streaming)」と呼ばれる方式がある。後者では、通常ストリーミングと違って、サーバ側はマスターとなる動画や音声のデータを有しないので、利用者 (クライアント) はダウンロード方式による再生はできず、ストリーミング方式で再生をすることになる⁽⁵²⁾。

このライブ中継のストリーム配信の場合、送信された画像データは送信者側のハードディスクに蔵置されていないので、最高裁が判断したように、わいせつ画像記録を蔵置した媒体 (ハードディスク) をわいせつ物とし、そのわいせつ情報が不特定多数に認識可能な状態を出現させたとして、「記録媒体の公然陳列」とする構成は考えられない。また受信側も、キャッシュメ

(51) 山口・前掲注 (2) ジュリスト 1257号 21頁は単なる交付や単なる送達と違う点を強調している。

(52) IT用語辞典 e-Words (株式会社インセプト) ("<http://e-words.jp/>") 参照。

モリーには一時的に保存されることはあっても、いわば、瞬間瞬間に画像データが閲覧されてはその都度消滅してしまうため、受信者側では、受信・閲覧はあるものの、記録の蔵置・保存は生じていないといえよう。そうだとすると、この場合はわいせつな記録の「頒布」ということはを考えることはできず、せいぜい単なるわいせつ情報の視覚提供として、法定刑の低い174条の公然わいせつ罪が成立しうるととどまる。

このことから、1項後段の「記録の頒布」というためには、受信者側の受信だけではならず、受信者コンピュータのハードディスク（記録媒体）への、ある程度永続的な記録・保存といった管理が要求されるといえよう。これによってはじめて、「物の引渡」と同様に考えられる「記録の引渡」が認められる⁽⁵³⁾。

おわりに

改正された175条は新たな客体と処罰行為を追加した。とりわけ、わいせつ「物」（1項前段）とわいせつな電磁的「記録」（1項後段）のいずれにも用いられた「頒布」の概念は少なからず混乱をもたらしたが、以上検討したごとく、記録の頒布時期について受信者側の「記録保存」の時点と考えることで、一応の解決を見ると考えられる。

このように本稿では、新たな処罰行為である「記録の頒布」を中心に改正法の問題点を検討したが、あくまで処罰が問題になるのは発信者の側の話である。頒布の相手方となる受信者は、わいせつ物や記録を頒布により受け取ることで犯罪の成立を助けるため、必要的共犯と考えられるが、現行法上は処罰する旨の規定はなく、それゆえ、教唆や幫助といった共犯としては処罰されることはない（不可罰の必要的共犯ないしは片面的対向犯⁽⁵⁴⁾）。

しかし、サイバー法領域の近時の動向に注目すると、いわゆるパターンリズム（保護原理）に基づく改正が継続進行しているように考えられる。まず、著作権法の分野であるが、近年改正されたダウンロード違法化だけでは足りないとして、その処罰化を図る法改正が6月20日に成立した⁽⁵⁵⁾。ここでは蔵置・保管それ自体が処罰の対象になるが、蔵置・保管の処罰化に関連

(53) 今井・前掲注(2)ジュリスト1431号72頁はこのことから、「記録させる意図」を要求して単純な送信と区別し、また、「永続的に記録・管理されること」を頒布の要件としている。さらにキャッシュ・メモリなどで短時間保管される一時ファイル（その限りで電磁的記録であるが）についても、電源切断で消去されるのでこれも頒布とはしていない。同・前掲注(2)ジュリスト1431号72頁注26。林・前掲注(2)12頁。さらに、山口・前掲注(2)ジュリスト1257号21頁も、単なる送信では足りず、相手方に受信させ、さらに保存させることが必要だとする。

(54) 必要的共犯については西田・前掲注(8)各論第5版387頁が詳しい。また、松宮・前掲注(14)各論400頁。

(55) 毎日新聞によると、6月16日に衆院で可決されたが、この本会議に先立つ文部科学委員会では刑罰に関する部分の審議が行われることなく採決されたという。なお、5月24日に特集記事がある。また、NHK NEWSWEB「違法ダウンロード罰則化の波紋」(“http://www3.nhk.or.jp/news/web_tokushu/0621.html”)。

しては、改正175条と同じ構成を取った児童ポルノ法においても、「単純所持の処罰化」という法改正の動きがある。現在は2011（平成23）年に成立した京都府の条例のみであって法改正は審議中であるが、しかし宮城県も検討するなどその広がり動きを示している。これは、「見せてはいけないことの規制」から、「見てはいけないことへの規制」、「持つてはいけないことの規制」へと展開している⁽⁵⁶⁾。

これらのことを刑法の分野でいうと、今回の改正法では、1項で「販売」概念が廃止されて「頒布」に統一されたので、配布に「有償貸与」が包含され、また2項で「販売目的」が「有償頒布目的」に変更されたので、「有償貸与」目的の所持が処罰の対象になったが、しかしこの改正は、昭和15年の戦時体制下における刑法改正仮案で既に提案されていた「業としての貸与」の処罰を実現するものであり（刑法改正仮案第329条、なお、昭和36年刑法改正準備草案第262条1項、昭和46年刑法改正草案第251条1項）、また、所持に関しては、販売目的所持の他に「頒布ないし貸与」目的での所持をも処罰の対象に拡張するものである（刑法改正仮案第330条、なお、昭和36年刑法改正準備草案第262条2項、昭和46年刑法改正草案第251条2項）。これらはかつての刑法改正論議において刑法の「倫理化」とか不必要な「処罰化」として批判されてきたものである。かかる傾向が強化されて、とりわけ改正法2項の目的規定が緩和ないし変更されるようなことになれば、たちどころにわいせつ物の「単純所持罪」（記録の場合は「単純保管罪」）が可能となろう。さらに、著作権侵害で問題になる「ファイル交換ソフト」においては、著作権で保護されたコンテンツをハードディスクに蔵置・保存するだけで「通信可能化権侵害」となるところ、コンテンツの内容がわいせつ画像や動画の場合には、その蔵置だけでも記録保管として処罰可能となる。

以上のように、今後、様々な問題が予想されるが、その意味でも、改正法の厳格な適用が望まれるところであり、また、まだまだ未解決の問題も多い本改正法については、今後の適用状況を慎重に見守って、更なる検討を続けたいと考える。

【付記】本研究は、平成23年度関西大学国内研修員研究費によっておこなった研究成果の一部である。

(56) 京都府条例の報道については、朝日新聞デジタル（“<http://digital.asahi.com/articles/OSK201110070215.html>”）参照。また、児童ポルノ法の問題点については、松井・前掲注（5）『LAW IN CONTEXT 憲法』193頁以下。また、園田・前掲注（2）情報社会と刑法164頁以下、永井・前掲注（2）法学研究所紀要1頁以下参照。