

わいせつ情報とわいせつ罪の行為態様・再論

渡 邊 卓 也

- I 問題の所在
- II 従来の行為態様
 - 1 「頒布」と「陳列」との区別
 - 2 閲覧者の行為の介在
- III 新たな「頒布」概念
 - 1 立法経緯と問題点
 - 2 「頒布」概念の包摂範囲
 - 3 「頒布」と「陳列」との関係
- IV 結語

I 問題の所在

本稿では、コンピュータネットワークを通じたわいせつ情報の拡散に対して、わいせつ物頒布等罪（刑法175条。以下、「本条」）が、如何なる構成をもって適用可能か、という問題について検討する。具体的には、ウェブサイト上にわいせつ画像を掲載した場合（以下、「画像公開事例」）及び電子メールにわいせつ画像情報を添付して送信した場合（以下、「メール添付事例」）が問題となる。

このような事例に本条を適用するに際して、判例の主流は、従来、わいせつ「物」の「陳列」（「公然と陳列」）として処理してきた（本条1項前段。以下、「わいせつ物陳列罪」）¹⁾。これは、判例が本条の客体を有体物に限るとする立場を

1) 「公然」とは、一般に、不特定又は多数人が認識し得る状態をいうとされる。本稿で問題とする事例のうち、少なくとも画像公開事例については、「公然」性は問題なく認められよう。「公然」性概念の意義については、渡邊卓也「判批」西田典之＝山口厚＝佐伯仁志編『刑法判例百選Ⅱ各論 [第6版]』（有斐閣、2008年）212頁以下参照。

維持し、ハードディスク等の記録媒体を客体としてきたことと関係する。しかし、このような処理に対しては、画像公開事例の一部に対処できないという批判もあり、また、メール添付事例への対処が困難といわれてきた。

特に後者の問題に対処するため、2011年刑法改正により、わいせつ「物」の「頒布」という（同項前段。以下、「わいせつ物頒布罪」）、従来から存在する「頒布」概念に加えて、「電磁的記録その他の記録」の「電気通信の送信による「頒布」という（同項後段。以下、「わいせつ記録送信頒布罪」）、新たな「頒布」概念が規定された²⁾。その意義と問題点については、法案段階で既に検討したが³⁾、後述のように、近時の判例においては、メール添付事例とは異なる事案に対しても、同罪の適用が認められている。このような判例の動向を踏まえ、本条の運用状況について、改めて検討する必要があるように思われる。

なお、これらと同様の概念は、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（以下、「児童ポルノ法」）においても用いられている。同法も、立法当初は「頒布」という文言を用いていたが、2004年改正により、「（不特定若しくは多数の者）に対する」「提供」という文言を用いることとなった（同法7条2項、6項。以下、「児童ポルノ提供罪」）。それゆえ、両者を異質の概念と解する余地もある⁴⁾。しかし、刑法と児童ポルノ法とが、いずれもサイバー犯罪条約（Convention on Cybercrime）批准に伴う国内法整備の一環として改正された経緯に鑑みれば⁵⁾、基本的には、両者を

2) 改正法の解説として、杉山徳明＝吉田雅之「『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』について（上）」法曹時報第64巻第4号（2012年）1頁以下等。

3) 渡邊卓也『電脳空間における刑事的規制』（成文堂、2006年）295頁以下。

4) 例えば、森山真弓＝野田聖子『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ禁止法』（ぎょうせい、2005年）95頁以下は、「提供」とは、「相手方において利用し得べき状態に置く」一切の行為をいい、「相手方が受領すること」は不要とする。

5) わいせつ規制は同条約の要請するところではないが、児童ポルノ法が本条と類似した構造をもつため、同法が改正されたのと併せて、本条が改正の対象となったと思われる。児童ポルノ法改正を含めた改正の詳細は、永井善之「サイバー・ポルノ規制と刑事法改正」刑法雑誌45巻3号（2006年）28頁以下参照。

同質の概念と理解すべきと考える⁶⁾。

そこで以下では、まず、従来の行為態様について、「頒布」概念と「陳列」概念との異同を踏まえつつ確認する。次に、改正時の議論を概観した上で、「提供」概念についても適宜言及しつつ、近時の判例における新たな「頒布」概念の包摂範囲に係る理解を分析し、これを踏まえて、改めて「頒布」概念と「陳列」概念との関係を論ずる。以上を通じて、本条の運用状況について、検討を加えることとする。

II 従来の行為態様

1 「頒布」と「陳列」との区別⁷⁾

2011年刑法改正前の本条は、わいせつ「物」を客体とする「頒布」及び「陳列」の他に、「販売」という行為態様を規定していた⁸⁾。本条の法益を健全な性風俗ないし性秩序と考える通説の前提によるならば、社会にわいせつ情報が蔓延することが問題となる。本条が抽象的危険犯と解されていることも考え合わせると、この法益との関係では、客体たる「物」を手段として、何らかの意味で、当該「物」に化体した情報が有しているわいせつ性の認識可能性を設定することが、共通の要件となる。しかし、本条が行為態様を区別して規定している以上、個別の事案における認識可能性設定行為が、いずれの行為態様にあたるのかを判断しなければならない。

ところで、本条は、上記に加えて、「販売の目的」での「所持」を処罰の対象としていた（改正前の本条後段。以下、「販売目的所持罪」⁹⁾）。そのため、「販売」と「頒布」との区別が論じられることとなった。従来から、不特定又は多

6) 渡邊・前掲注(3)303頁以下参照。ただし、「公然」性が含意されるか否かについて、両概念には差異がある。後掲注(10)参照。

7) 以下の記述については、渡邊・前掲注(3)266頁以下において論じたものを再構成した。

8) 「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。」

数人に対する有償の譲渡が「販売」、無償の交付が「頒布」と解されてきたが¹⁰⁾、所有権の移転を伴わない有償の貸与について、処罰の間隙が生じかねないことが問題とされた。そこで、有償の譲渡が「販売」、それ以外の交付が「頒布」とする見解が有力となった。すなわち、前者は後者の特別な場合であって、両者に共通して、客体の引渡し、すなわち占有の移転が必要とされる¹¹⁾。改正により削除されたことで、「販売」概念は、より一般的な「頒布」概念へと統合されたと解すことができよう¹²⁾。

他方で、「頒布」ないし「販売」と「陳列」との区別については、あまり議論がなかったように思われる。画像公開事例に係る最高裁決定(以下、「判例①」)においても、「『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」とされるなど¹³⁾、「頒布」においても充たされるべき、共通の要件が示されているに過ぎない。「陳列」に行爲限定機能を期待するのであれば、独自の積極的要件を示す必要がある。「頒布」概念が、わいせつ性の認識を客体の引渡しによって実現する場合を意味するとなれば、「陳列」概念は、それを客体の引渡しなしに実現する場合を想定していると解すべきであろう。

9) 同罪については、「販売」の目的物と「所持」の目的物との一致の要否が議論された。詳細は、渡邊・前掲注(3)271頁以下参照。この点は、改正後の「有償で頒布する目的」でのわいせつ「物」ないし「記録」の「所持」ないし「保管」(本条2項。以下、「有償頒布目的所持罪」)や、児童ポルノ等の「提供」の「目的」での「所持」ないし「保管」(児童ポルノ法7条3項、7項。以下、「提供目的所持罪」)においても問題となる。後者について、渡邊卓也「複製行為と児童ポルノ規制の限界」姫路ロー・ジャーナル Vol.1/2 (2008年) 174頁以下参照。

10) このように、「頒布」ないし「販売」概念自体に「公然」性が含意されている。これに対して、児童ポルノ法においては、「不特定若しくは多数の者」に対する「提供」(同法7条6項)が規定されていることの反対解釈として、「提供」概念自体は特定かつ少数の者に対する場合を含み、「公然」性が含意されていないと解される(同法7条2項)。

11) 神谷竜光「判批」論究ジュリスト19号(2016年)233頁参照。

12) ただし、有償頒布目的所持罪においては、例えば、有償の貸与目的でも規制されることとなった。その部分において、処罰範囲が拡張されたこととなろう。

13) 最三小決平成13・7・16刑集55・5・21。

判例は、例えば、未現像の映画フィルムのような¹⁴⁾、いわば、未だわいせつ性が潜在している物についても、本条の客体性を認めている。そこでは、わいせつ性の認定にあたって、その顕在化の容易性への言及があるものの、基本的には、通常の記録媒体と同じ判断枠組みによって処罰が肯定されている。しかし、これらの物について、「頒布」、「販売」ないし「所持」の客体となり得るのはともかく、「陳列罪は成立する場合が考えられない」とされている点に注意すべきである。このような判示はもとより傍論であるが、これをもって、「陳列」については、いわば、わいせつ性の顕在が要件とされているとみることも可能であろう。

この点、本条が、社会にわいせつ情報が蔓延することを防止する規定であるならば、わいせつ性を認識するために何らかの装置や操作が必要な場合の方が、そして、その操作の手間が多いほど、法益侵害の危険は低くなると思われる。すなわち、客体に何らかの修正が施されてわいせつ性が潜在している状態は、それが顕在している状態に比べて、わいせつ性を認識するために閲覧者の行為の介在を要する分、法益侵害の危険が低くなるはずである。それゆえ、本来、後者にのみ可罰性を認めることもできる。

それにもかかわらず、わいせつ性が潜在している客体についても「頒布」等の客体となり得るとされるのは、おそらく、それらが客体の引渡しを前提としており、いずれ当該客体を受領した閲覧者によりわいせつ情報の認識が（繰り返して）為される可能性があることが理由であろう。それらは、わいせつ性の顕在の可能性をもたらすことによりその潜在による法益侵害の危険の低さを補う事情と理解されるべきである。これに対して、客体の引渡しが行われない場合は、そのような事情が認められず、はじめからわいせつ性が顕在していることが要求されるのである。つまり、客体の引渡しがなくとも認識可能性が高いのであれば、可罰性を認めるに充分ということである。

したがって、ここでいうわいせつ性の顕在とは、認識可能性の高さを表現し

14) 名古屋高判昭和41・3・10高刑集19・2・104。販売目的所持罪の成立が認められた。

ていると理解すべきである。すなわち、「陳列」とは、「わいせつ性の認識可能性が高い状態において、客体に含まれる情報の認識可能性を設定すること」と定義し得る。確かに、その可能性判断に際して、閲覧者の行為の介在の要否は重要な要素である¹⁵⁾。しかし、それは、必ずしも絶対的な基準ではない。その意味で、潜在と顕在とを区別する基準は、結局は、わいせつ性の認識可能性の程度問題に帰着すると考える。

2 閲覧者の行為の介在

わいせつ性の認識のために閲覧者の行為の介在が必要だとしても、例えば、わいせつな絵画の展示場所に行くことや、画像が掲載されているウェブサイトアクセスすることは、わいせつ性の顕在のための操作と評価する程度ではないといえよう。これに対して、修正写真の修正部分を薬品等で除去することや、映画フィルムを現像することは、顕在のための操作と評価され、わいせつ性は未だ潜在しているといえよう。同様に、画像修正ソフトで性器の部分にモザイク処理した画像（いわゆる「マスク処理画像」）をウェブサイト上に掲載した場合も、潜在と評価し得るように思われる。

もっとも、判例は、上述のように、「陳列」の定義において積極的要件を示しておらず、潜在と顕在との区別の必要性も認めていない。例えば、判例①においても、「陳列」というためには、「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」とされており¹⁶⁾、その判断に際して、閲覧者の行為の介在をおよそ不要とする態様であることは求められていない。学説においても、マスク処理画像等、わ

15) 永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』（信山社、2003年）189頁以下も、「陳列」というためには行為者自身による情報内容の「発現」が必要とする。

16) パソコン通信におけるホストコンピュータのハードディスクを、「わいせつ物」とした。パソコン通信の場合、受信者がアクセスした段階ではファイル名が表示され、受信者がダウンロード後に表示のための操作をしてはじめて、当該ファイルのわいせつ性が顕在化する。

いせつ性が潜在していると思われる場合も「陳列」を認める見解が有力であり¹⁷⁾、「陳列」概念は行為限定機能を失っている。

この点が論じられたものとして、児童ポルノ法における「陳列」概念の意義が争われた事例に係る最高裁決定（以下、「判例②」）がある¹⁸⁾。事案は、インターネット上の掲示板に第三者が児童ポルノ画像を掲載していたことを利用し、共犯者が管理運営していたウェブサイト上に、被告人が、データの所在を示す識別番号（URL）の一部を改変した文字列を記載したというものである¹⁹⁾。以上のような事実関係のもとで、被告人らの行為が「陳列」（2014年改正前の児童ポルノ法7条4項。以下、「児童ポルノ陳列罪」）にあたるかが争われた²⁰⁾。具体的には、児童ポルノ性の認識に閲覧者の行為の介在を要すること、及び既に第三者により画像が公開されていたことが問題となる。

一審は、判例①と同様の「陳列」の理解を前提に、上記文字列を閲覧した者の多くは改変前のURLを理解できたから、被告人らの行為は改変前の「URLを明らかにしたものと同視でき」、これにより「閲覧者において、簡易な操作で容易に画像を閲覧することが可能」となった、また、当該行為は、「より多くのインターネット利用者が本件児童ポルノ画像を閲覧することを誘引するもの」であって、「いわば、本件児童ポルノ画像を閲覧する道筋を増やすもの」であり、その「認識可能性を新たに設定したものと見える」などとした²¹⁾。原

17) 渡邊・前掲注(3)282頁以下参照。判例として、岡山地判平成9・12・15判時1641・158、大阪地判平成11・3・19判タ1034・283等。

18) 詳細は、渡邊卓也「判批」判例評論第659号（2014年）186頁以下参照。なお、瀧本京太郎「判批」北大法学論集第65巻第3号（2014年）165頁以下は、本条と児童ポルノ法との立法趣旨の違いから、「陳列」概念を別異に扱う可能性を示唆する。

19) URL (Uniform Resource Locator) とは、インターネット上のデータやサービスを特定するための記号の並びのことをいう。第三者の掲示板上で見つけた画像のURLの「bbs」が「(ビービーエス)」と改変されて記載された上で、「漢字は英単語に、カタカナはそのまま英語に、漢数字は普通の数字に直してください。」と付記されていた。

20) 現行法の7条6項にあたる。2014年改正については、渡邊卓也「児童ポルノの刑事規制」刑事法ジャーナル43号（2015年）35頁以下参照。

21) 大阪地判平成21・1・16LEX/DB25481894。

審も、判例①を引用しつつ、当該画像の閲覧に「特段複雑困難な操作を要しないことは明らか」であり、情報を掲載する際の具体的な文言やウェブサイトの体裁等も含めた被告人らの行為全体が「閲覧を積極的に誘引するものであること」も明らかであるから「陳列に該当する」として、控訴を棄却した²²⁾。

このような中で、最高裁の多数意見は、「上告理由に当たらない」とだけ述べ、「陳列」概念に係る具体的評価を示さなかった²³⁾。それゆえ、必ずしも、最高裁が原審の判断を是認したとはいえない²⁴⁾。もっとも、反対意見がこの点を詳論し、判例①を引用しつつも、児童ポルノ陳列罪の正犯ではなく従犯の成立可能性を示唆したことから、「反対意見にまではいたらなかったという消極的な判断があった」と解す余地もあろう²⁵⁾。

22) 大阪高判平成21・10・23判時2166・142参照。

23) 最三小決平成24・7・9裁判集刑308・53。評釈として、朝火恒行「判批」警察公論8巻8号（2013年）88頁以下、天田悠「判批」法律時報85巻11号（2013年）113頁以下、石井徹哉「判批」平成24年度重要判例解説（2013年）165頁以下、園田寿「判批」甲南法務研究9号（2013年）69頁以下、高良幸哉「判批」法学新報第120巻第5・6号（2013年）303頁以下、豊田兼彦「判批」法学セミナー no.701（2013年）119頁、永井善之「判批」速報判例解説12号（2013年）151頁以下、同「判批」刑事法ジャーナル37号（2013年）101頁以下、中村悠人「判批」現代法学第25号（2013年）175頁以下、東山太郎「判批」警察学論集第66巻第12号（2013年）152頁以下、渡邊卓也「判批」判例セレクト2012 [I]（2013年）39頁、同・前掲注(18)186頁以下、瀧本・前掲注(18)188頁以下、早乙女宜宏「判批」日本大学法科大学院法務研究12号（2015年）143頁以下。なお、壇俊光＝飯田幸子「サイバー犯罪における間接関与者に対する罪の成否及び擬律」情報ネットワーク・ローレビュー第12巻（2013年）97頁以下、深町晋也「ネットワーク犯罪における刑法上の諸問題」立教法務研究第7号（2014年）204頁以下、上野幸彦「児童ポルノ提供罪と共犯」情報ネットワーク・ローレビュー第14巻（2016年）67頁以下。

24) 朝火・前掲注(23)92頁、豊田・前掲注(23)119頁、中村・前掲注(23)184頁。

25) 石井・前掲注(23)165頁。東山・前掲注(23)157頁以下は、「正犯性」を「積極的に解した」と評価し得るとし、早乙女・前掲注(23)155頁も、「原審の判断は適法とした」とする。同旨、高良・前掲注(23)309頁以下、壇＝飯田・前掲注(23)97頁。他方で、深町晋也「インターネットにおける違法情報の拡散と可罰性」『変動する社会と格闘する判例・法の動き 渡辺咲子先生古稀記念』（信山社、2017年）10頁は、「問題を今後の学説や裁判例の発展に委ねる趣旨であるとの評価も可能」とする。

確かに、「陳列」の意義が、客体に含まれる情報の認識可能性を設定することに尽きるとすれば、他人が蔵置したデータの所在を示すことで、いわば間接的に当該画像の認識可能性を設定し「陳列」したともいえるが、児童ポルノ性の認識に至るまでに閲覧者の行為の介在が必要なことに鑑みれば、認識可能性の程度を問題にすべきである²⁶⁾。その際には、一審や原審が示した「誘引」性も、判断に影響し得るといえよう。これらを踏まえた上で、閲覧者における操作の容易性を指摘し、判例②を支持する見解も有力である。しかし、改変された文字列を指示どおりに置き換えてブラウザに入力するなどの手順を経なければ画像を認識できないことからすれば、認識可能性の程度は低いと評価し得る。それゆえ、「陳列」にはあたらないと論ずる余地がある²⁷⁾。

また、既に第三者により画像が公開されていたことに鑑みれば、そもそも「陳列」概念が予定する類型にあたるのかも問題である。この点、原審がいうように、「『陳列』ないし『置く』という言葉が本来意味するところに、そこまで絶対的な意義があるとは解されない」とすれば、単に画像閲覧のための「道筋を増やす」だけでは足りないとしても²⁸⁾、認識可能性を一定程度高めたという意味で、その増加分を捉えて認識可能性が「新たに」設定されたと考えることも

26) 一審は「自ら児童ポルノ画像を掲示板に記憶、蔵置したのと同様の直接性、密接性、自動性があるか」を問題とし、原審は「新たな法益侵害の危険性」と「行為態様の類似性」を挙げているが、いずれも認識可能性の程度問題に解消されよう。豊田・前掲注(23)119頁、永井・前掲注(23)速報153頁、同・前掲注(23)刑ジャ104頁以下、高良・前掲注(23)311頁参照。なお、川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(二・完)」同志社法学52巻1号(2000年)13頁以下。

27) 永井・前掲注(23)速報154頁、同・前掲注(23)刑ジャ106頁。さらに、同様の観点から、従犯の成立も否定されると解す余地もあろう。後述のリンク設定行為について、園田寿「わいせつの電子的存在について」関西大学法学論集第47巻第4号(1997年)38頁以下、同「判批」捜査研究583号(2000年)14頁、永井・前掲注(15)225頁等。早乙女・前掲注(23)153頁以下は、リンクを設定せずにURLを掲載する行為は、閲覧者に「効率性を欠く想定されていない行為」を要求するから「容易」とはいえないとする。これに対して、瀧本・前掲注(18)174頁以下は、「作業手順の多寡」を重視すべきでないとする。同旨、深町・前掲注(23)212頁以下。

可能である。しかし、それらの言葉のもつ「創設的な行為という意味合い」を無視できないとすれば、第三者が認識可能性を設定した画像について、重ねて認識可能性を設定することはできないというべきである²⁹⁾。すなわち、「陳列」とは、新たな情報が流布されることによって、はじめて当該情報を認識できるようになることと理解すべきではないだろうか³⁰⁾。

このように考えれば、(改変された) URL の掲載は「陳列」概念にあたらず、少なくとも、児童ポルノ陳列罪の正犯としては処罰できない³¹⁾。また、「陳列」の意義をめぐっては、従来から、わいせつ画像データが蔵置された後に当該デー

28) 例えば、瀧本・前掲注(18)172頁以下は、画像掲載サイトと(改変された)URL掲載サイトの「体裁を比較」して判断すべきであるが、「画像自体の認識可能性」が既に高ければ「犯罪が不成立とされるべき」とする。他方で、深町・前掲注(23)211頁以下、同・前掲注(25)28頁以下は、「行為態様の類似性」という観点からは、URL掲載もインターネットという「場」で為されたことが重要とする。その上で、同・前掲注(23)214頁以下では、既にリンクや検索エンジンにより当該画像が閲覧可能であったとしても、「まとめサイト」の開設等により認識可能性を「質的に高めた」と評価し得るとし、同・前掲注(25)26頁以下では、付加された情報等による「誘引性」を考慮することで、「陳列」と言える危険創出を肯定し得るとする。

29) なお、反対意見は、雑誌等におけるURLの記載と比較しつつ、「陳列」には「児童ポルノ自体」を認識可能にする行為が必要とする。同旨、壇=飯田・前掲注(23)98頁、中村・前掲注(23)182頁、上野・前掲注(23)70頁以下。同様に、後述のリンク設定行為について、塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法第1巻第8号(1999年)38頁は、「情報の情報の陳列とわいせつ情報自体のそれとは質的に異なる」から、「陳列」にあたらなとする。同旨、園田・前掲注(27)関西37頁等。しかし、このように解さなければ「罪刑法定主義の原則」を「踏み外す」とまではいえないように思われる。また、例えば、「アパートの隣室」にある「わいせつ図画を、部屋の境の壁に穴を開けて自室から見えるようにした」場合等も「陳列」にあたらなことになるか。なお、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(1997年)76頁は、リンク設定行為もこのような行為と同等であり、「陳列」に当たるとする。同旨、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〔第4版〕』(有斐閣、2010年)105頁以下、大塚仁=河上和雄=中山善房=古川佑紀編『大コンメンタル刑法 第三版 第9巻』(青林書院、2013年)〔新庄一郎=河原俊也〕51頁。

30) それゆえ、上述の「アパートの隣室」事例についても、穴を開けるまで隣室内が非公開であったことが前提となろう。

タに対して「リンクを張った」場合の罪責が議論されてきたところ³²⁾、このリンク設定行為についても、同様に処罰できないと考える³³⁾。これらを処罰するために「陳列」概念を広く解するならば、「頒布」ないし「提供」を含めた全ての行為態様を包摂する一般概念になりかねず、「陳列」概念の行為限定機能を失わせる点で、妥当ではない。他方で、これらを処罰するために「頒布」概念ないし「提供」概念を広く解するならば³⁴⁾、逆に、「陳列」の存在意義が問われることとなろう³⁵⁾。したがって、いずれの概念においても、他の概念との区別を可能とする積極的要件が必要と考える。

その際に、閲覧者の行為の介在の可否は、「陳列」概念にとって、絶対的な基準ではないとしても、重要な判断要素である。他方で、「頒布」概念につい

31) 反対意見は、「帮助罪が成立する余地もある」から原審に差し戻すべきとする。しかし、共犯が、正犯「行為」を通じた結果の促進を根拠に処罰されるとすれば、陳列「行為」が終了している場合、その後の関与は「事後従犯」であって処罰し得ない。なお、このような場合に従犯の成立を認める見解は、わいせつ物陳列罪や児童ポルノ陳列罪を「継続犯」とする場合が多い。壇＝飯田・前掲注(23)101頁参照。「継続犯」概念の問題性については、渡邊卓也「刑法適用の場所的・時間的限界」刑法雑誌第51巻第2号(2012年)86頁以下参照。

32) リンク(Hyperlink)とは、HTML(HyperText Markup Language)を用いてウェブ上の複数の文書を結びつける仕組みである。リンク設定行為は、そのリンクを辿ればリンク先のデータが読み出され、画像を認識可能であるという点で、間接的に当該画像の認識可能性を設定したと評価し得るから、URLを掲載する行為と性質が共通している。リンク設定行為の可罰性については、渡邊・前掲注(3)135頁以下参照。

33) 当該リンクを辿らなくとも、検索エンジンなどでリンク先の情報に到達可能であるから、認識可能性の高さを基礎付ける事情が充分とはいえないように思われる。

34) 石井・前掲注(23)166頁、永井・前掲注(23)速報154頁、同・前掲注(23)刑ジャ106頁。リンク設定行為について、森山＝野田・前掲注(4)202頁以下、園田・前掲注(23)73頁。深町・前掲注(25)33頁も、「電磁的記録」は「物」と異なり占有移転を要しないから、リンク設定行為を含めて「頒布」概念ないし「提供」概念に包摂可能とする。これに対して、中村・前掲注(23)183頁は、リンク設定行為も含めて、そもそも「提供」概念にあたらないとする。他方で、上野・前掲注(23)81頁以下は、リンク設定行為ははともかく、URL掲載については「提供」概念にあたらないが、児童ポルノ提供罪をデータへのアクセスをもって既遂に達する「継続犯」と解することを前提に、その従犯の成立可能性を認める。

35) 渡邊・前掲注(3)305頁以下。同旨、天田・前掲注(23)116頁。

ては、通常は閲覧者の受領行為により完了するものの、それは不可欠ではないし、「陳列」概念と異なり、「わいせつ性の認識可能性が高い状態」は不要である。それゆえ、閲覧者の行為の介在の要否は重要ではない。ただし、わいせつ性を認識するための操作の手間が余りにも多い場合には、客体の引渡しが無きとしてもわいせつ性の認識可能性が高いとはいえないから、「頒布」すら認めるべきでない場合もあり得ると思われる。

Ⅲ 新たな「頒布」概念

1 立法経緯と問題点³⁶⁾

わいせつ物頒布等罪は、サイバー犯罪に係る多様な論点を提供する犯罪として注目され、例えば、画像公開事例における同罪の成否について、活発な議論が交わされた。それは、他罪とも共通する総論的な論点にも及ぶが、少なくとも、同罪固有の論点については、判例の集積により、おおよその見解の一致が認められてきたように思われる。

まず、わいせつ情報の客体性の問題がある。すなわち、わいせつ画像等の情報自体に客体性を認めるべきか、認めないとすれば、何が客体として捉えられるのかが議論された。この点、法益侵害の実質を論じ、無体物たる情報自体を客体と認める見解もある（以下、「情報説」³⁷⁾）。しかし、同罪の文理や従来判例を踏まえ、同罪の客体である「物」とは有体物であるとし、記録媒体たるハードディスク等を客体と捉える見解が有力である（以下、「媒体説」）。これと同旨の最高裁決定（判例①）の登場によって、媒体説の優位は、実務上も確立したといえよう³⁸⁾。

しかし、同罪の行為態様との関係で、問題が残されている。従来は、媒体説を前提に、もっぱら、わいせつ物の「陳列」が問題とされてきた。これは、客

36) 以下の記述については、渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑事法ジャーナル第30号（2011年）31頁以下において論じたものを再構成した。

37) 判例では、例えば、前掲注(17)岡山地判平成9・12・15。媒体説は「不自然かつ技巧的」として、「情報としての画像データ」の「陳列」を認めた。

体たる記録媒体の移動がなく、客体の引渡しを意味する「頒布」（ないし「販売」）を問題とし得ないからである。しかし、例えば、メール添付事例の場合には、「陳列」概念の理解にもよるが³⁹⁾、むしろ、情報説を前提に「頒布」を問題とする方が自然である。したがって、メール添付事例を捕捉するために、情報説の採否を検討すべきことになる⁴⁰⁾。この点、情報説は、実質的観点から主張されていることから、立法論として優位といえよう。

このような中で、2011年刑法改正が行われた⁴¹⁾。この改正によって、新しい客体が追加された。すなわち、媒体説の解釈を後付け、わいせつ「物」の例示の中に「電磁的記録に係る記録媒体」が加えられた。また、情報説の主張を採り入れ、「電磁的記録その他の記録」が「物」とは別に規定された。もっとも、それだけでは十分な解決とはならない。なぜなら、「電磁的記録」とは、一般に「一定の記録媒体の上に情報あるいはデータが記録、保存されている状態を表す概念であって、情報あるいはデータそれ自体や記録（記憶）媒体そのものを意味するものではない」とされ⁴²⁾、いわば情報と媒体とが一体となって客体

38) 詳細は、渡邊・前掲注(3)226頁以下参照。なお、私見は、情報説に対する批判は妥当としても、ハードディスク等は、情報化体物としての特殊性に鑑みて客体として不適切と考える。

39) 上述のように、「陳列」概念は行為限定機能を失っている。

40) なお、メール添付事例について、横浜地川崎支判平成12・7・6判例集未掲載は「データの移転」による「販売」を認め、横浜地川崎支判平成12・11・24判例集未掲載は「画像ファイル」の「販売」を認めた。

41) この改正に係る改正案は、債権回収に係る公務妨害の罪の改正と独立共謀罪の新設に係る改正案を併せたものに、サイバー犯罪に係る刑法・刑事訴訟法の改正案が加えられ、第159回国会に提出された（閣法46号）（2004年2月20日）。これが、第162回国会で審査未了廃案となった後、第163回国会に再度提出されたが（閣法22号）（2005年10月4日）、第171回国会で再び審査未了廃案となった。その後、独立共謀罪の新設に係る改正案が除かれ、第177回国会に提出され（閣法42号）（2011年4月1日）、可決成立した（同年6月17日。同年6月24日公布、同年7月24日施行）。法案段階での解説として、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項（骨子）」ジュリスト1257号（2003年）6頁以下、山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応」ジュリスト1257号（2003年）15頁以下等。

を構成すると解されているところ、両者が一体として引き渡されなければ、「頒布」とはいえないはずだからである。

そこで、新たに導入された行為態様が問題となる。すなわち、上述のように、「物」を客体とする場合について、「販売」が「頒布」に統合された。また、「電磁的記録」等を客体とする場合について、「電気通信の送信によ」る「頒布」が導入された⁴³⁾。前者は、「販売」を「頒布」の特別な場合と理解すれば、概念の整理に過ぎない。これに対して、後者は、新しい客体に相応する新たな「頒布」概念として用意されたが⁴⁴⁾、客体の引渡しを前提とする「頒布」という文言を使用している点で不徹底といえる。

もっとも、上述の「電磁的記録」の定義は条文上明示されておらず（刑法7条の2）、1987年刑法改正により当該概念が刑法に導入された際の立案担当者によって示された、一つの解釈に過ぎない。それゆえ、「電磁的記録」を、「情報あるいはデータそれ自体」と理解することも可能である。このような理解を前提とすれば、その「頒布」についても、媒体の移動は必要ではなく、情報自体の移動で足りることとなろう。問題は、これを「物」の移動と同様に評価し得るかである。

この点、財産犯の分野においては、「財産上の利益」に情報を含め得るかについて、いわゆる「情報の非移転性」との関係で議論がある。そこでは、情報が別の媒体に複写されても元の情報が残るため、「物」と同じ意味で移転したとはいえないとして、情報は「利益」に含まれないとする見解も有力である⁴⁵⁾。しかし、「窃取」や「強取」ならばともかく、「利益を得」という行為態様について、「利益」が「物」と同じ意味で移転したことを要求する必然性はないともいえよう。いずれにしても、「物」についても「電磁的記録」につ

42) 米澤慶治編『刑法等一部改正法の解説』（立花書房、1988年）〔の場純男＝河村博〕61頁。

43) なお、「電磁的記録」等については、「所持」に代えて「保管」が導入された。また、懲役刑と罰金刑の併科が可能となった。

44) 児童ポルノ法においては、既に、「電気通信回線を通じて」の「提供」が導入されていた（7条2項後段、6項後段。以下、「児童ポルノ送信提供罪」）。

いても、等しく「頒布」という行為態様を規定している本条について、財産犯と同様の議論が妥当するかは疑問である。

2011年刑法改正の立案担当者によれば、「電気通信の送信によ」る「頒布」とは、「不特定又は多数の者の記録媒体上に電磁的記録その他の記録を存在するに至らしめること」とされ⁴⁶⁾、媒体の移動は必要でないが、「相手方が受信することや記録されること」が必要とされる⁴⁷⁾。この解釈によれば、確かに、メール添付事例を捕捉可能であるが、同一の条文の中で同じ文言を異なった定義で用いることになる。そこで、「物」の「頒布」の場合も、当該「物」に記録された状態の情報を相手方の記録媒体上に存在するに至らしめたと解し⁴⁸⁾、全ての場合を媒体の移動を前提としない新たな解釈で包含することも考えられるが、従来の解釈との連続性の観点からは疑問がある。むしろ、情報自体の移動を無理なく表現すべく、異なる文言による規制を模索すべきであろう。

45) この問題については、町野朔『犯罪各論の現在』（有斐閣、1996年）122頁以下、山口厚「情報・サービスの不正取得と財産犯の成否」研修647号（2002年）3頁以下、同「財産上の利益について」『植村立郎判事退官記念論文集 現代刑事法の諸問題 第1巻』（立花書房、2011年）125頁以下、松原芳博「情報の保護」法学教室298号（2005年）54頁以下等参照。

46) 杉山＝吉田・前掲注(2)94頁。同旨、永井・前掲注(5)31頁、新庄＝河原・前掲注(29)47頁。なお、山口・前掲注(41)21頁は、「不特定又は多数」を表現する趣旨を指摘するが、児童ポルノ法において、単なる「提供」と不特定又は多数に対する「提供」とが区別されていることからすれば、重要とは思われない。

47) 北村・前掲注(41)9頁。同旨、山口・前掲注(41)21頁。この点において、立案担当者における同概念の理解と、児童ポルノ法の「電気通信回線を通じて」の「提供」概念の理解とは異なる。前掲注(4)参照。なお、野村和彦「判批」刑事法ジャーナル40号（2014年）103頁以下は、「陳列」は「頒布」の「バリエーション」に過ぎず、「記録を積極的に送信」すれば「頒布」であって、相手方が受信することや記録されることは不要との解釈を示唆する。

48) 神谷・前掲注(11)233頁も、法益との関係でわいせつ物頒布罪が規制しようとしていたのは、「物の新占有者の下でのわいせつ性の認識可能性の設定であった」と指摘する。

2 「頒布」概念の包摂範囲

「電磁的記録」について「頒布」概念を用いることには問題があるが、実務上は、立案担当者の定義に即して、当該概念が解釈されているようである。もっとも、判例においては、2011年刑法改正にあたって言及された、メール添付事例への対処とは異なる文脈における運用が為されている。

この点が論じられたものとして、新たな「頒布」概念の意義が争われた事例に係る最高裁決定（以下、「判例③」）がある。事案は、日本国内で作成したわいせつな動画等のデータファイルをアメリカ合衆国在住の共犯者らの下に送り、同人らにおいて同国内に設置されたサーバコンピュータにファイルを記録、保存して顧客にダウンロードさせる方法によって有料配信サイトを運営していたところ、実際に、日本国内の顧客が同配信サイトを利用してファイルをダウンロードして国内に設置されたコンピュータに記録、保存したというものである⁴⁹⁾。以上のような事実関係のもとで、被告人らの行為が、「電気通信の送信によ」る「頒布」にあたるかが争われた⁵⁰⁾。具体的には、データ送信が国外で行われたことが問題となる。

一審は、立案担当者による定義と同様の理解を前提に、「ファイルが顧客のダウンロードにより日本国内のパソコンに保存されれば『頒布』に当たる」とした上で、「顧客の行為を介してわいせつ動画データファイルを配信していたのであるから、顧客によるダウンロードは顧客の行為を利用したサイト運営側

49) 当該サイトにおいては、入会案内、作品紹介等に日本語表記のものがあり、「日本向け」であることを推認させる。このことは、「頒布」該当性には影響しないが、例えば、自国への特別な「連結点」を示すとして、国内犯適用の可否に影響するとされる可能性がある。渡邊・前掲注(3)52頁以下参照。この点、伊藤亮吉「判批」刑事法ジャーナル44号（2015年）88頁は、「訴訟経済上の考慮を含めた訴追上の配慮」とし、駒田秀和「判解」最高裁判所判例解説刑事篇平成二十六年度（2017年）350頁以下は、「インターネット上の犯罪の特性」に鑑み「異なる対応が将来可能となる余地を残すよう配慮した」とする。さらに、豊田兼彦「判批」法学セミナー no.721（2015年）115頁は、これにより「刑事規制・文化衝突の問題は回避できる」とする。

50) さらに、これを前提として、データバックアップ用のDVD内の動画の「保管」につき、有償頒布目的所持罪の成否も争われた。この点については、前掲注(9)参照。

の行為という側面もあり、実行行為の一部ということができ、もしそうでないとしても、構成要件の一部である結果を意味する」として、同罪の成立を認めたと⁵¹⁾。原審も、同様の理解を前提に、「顧客らの行為を介してわいせつ動画等のデータファイルを顧客らのパソコン等の記録媒体上に取得させたものであり、顧客によるダウンロードは、被告人らサイト運営側に当初から計画されてインターネット上に組み込まれた、被告人らがわいせつな電磁的記録の送信を行うための手段にほかならない」から「その行為は『頒布』の一部を構成」し、「実行行為の一部が日本国内で行われている」として、控訴を棄却した⁵²⁾。

最高裁も、立案担当者と同じ定義を前提に、「顧客によるダウンロード操作を契機とするものであっても、その操作に応じて自動的にデータを送信する機能を備えた配信サイトを利用して送信する方法によってわいせつな動画等のデータファイルを当該顧客のパーソナルコンピュータ等の記録媒体上に記録、保存させることは、刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の『頒布』に当たる」として、上告を棄却した⁵³⁾。

このような事案は、ファイルを構成するのが画像データか動画データかの違いを除けば、画像公開事例と異ならない。それゆえ、従来の判例に従えば、わ

51) 東京地判平成24・10・23刑集68・9・1058参照。

52) 東京高判平成25・2・22高刑集66・1・6。評釈として、豊田兼彦「判批」法学セミナーno.705(2013年)113頁、石田良「判批」警察公論第69巻4号(2014年)89頁以下、今井猛嘉「判批」平成25年度重要判例解説(2014年)178頁以下、岩間康夫「判批」判例評論667号(2014年)171頁以下、杉山博亮「判批」専修ロージャーナル第10号(2014年)219頁以下、高良幸哉「判批」法学新報第121巻第1・2号(2014年)205頁以下、南部篤「判批」判例セレクト2013 [I](2014年)37頁、南部晋太郎「判批」研修787号(2014年)25頁、野村・前掲注(47)101頁以下。

53) 最三小決平成26・11・25刑集68・9・1053。評釈として、伊藤・前掲注(49)82頁以下、白井智之「判批」警察学論集第68巻第6号(2015年)171頁以下、田中健太郎「判批」捜査研究64巻4号(2015年)16頁以下、豊田・前掲注(49)115頁、前田雅英「判批」捜査研究64巻1号(2015年)35頁以下、山本高子「判批」法学新報第122巻第3・4号(2015年)399頁以下、神谷・前掲注(11)231頁以下、鎮目征樹「判批」判例セレクト2015 [I](2016年)33頁、本庄武「判批」新・判例解説 Watch vol.19(2016年)187頁、曲田統「判批」平成27年度重要判例解説(2016年)157頁以下、駒田・前掲注(49)331頁以下等。

いせつ物陳列罪として処理され得る事案である⁵⁴⁾。確かに、わいせつ性を認識するために、一旦ファイルをダウンロードした上で再生等の操作をする必要があるとすれば、閲覧者の行為の介在を問題とし、「陳列」にあたらぬとする余地もない訳ではない。しかし、判例における「陳列」概念の理解を前提とすれば、この程度の操作が必要なことをもって、「陳列」にあたらぬと評価されることはないと思われる。

もっとも、その場合、刑法の場所的適用範囲論における犯罪地の決定が問題となる⁵⁵⁾。すなわち、わいせつ物陳列罪は国内犯（刑法1条1項）の処罰のみを予定しているところ、（狭義の）陳列「行為」は国外で行われたと解される一方で、ウェブサイト上にわいせつ動画を掲載すれば顧客によるダウンロードを待たずに同罪が既遂に達するから、陳列「結果」（健全な性風俗ないし性秩序に対する抽象的危険）も国外で発生したと解し得る。それゆえ、構成要件要素の一部でも国内に存在すれば国内犯適用を認め得るとする遍在説を前提にしたとしても⁵⁶⁾、処罰が認められないことになりかねない⁵⁷⁾。

これを解決するには、犯罪地の決定において、既遂後の事情である顧客によ

54) 松原芳博『刑法各論』（日本評論社、2016年）505頁。なお、岩間・前掲注(52)177頁。

55) 場所的適用範囲論一般について、渡邊・前掲注(3)10頁以下、同・前掲注(31)81頁以下参照。

56) もっとも、遍在説によれば、共謀共同正犯における共謀行為が国内で行われたとして、適用を認める余地はある。野村・前掲注(47)106頁、駒田・前掲注(49)349頁。渡邊・前掲注(3)41頁参照。国内共謀に対する適用を認めた判例として、東京地判昭和56・3・30判タ441・156、仙台地気仙沼支判平成3・7・25判タ789・275参照。この点、神谷・前掲注(11)236頁は、黙示の共謀を念頭に「意思の連絡のみを国内犯性の判断基準とすることはできない」とする一方で、「謀議行為のなされた場所」ならば基準となり得るとするが、両者の区別は必ずしも明らかではない。さらに、「陳列」行為ないし「頒布」行為の始期を国内に求めることで、適用を認める余地もあり得なくはない。岩間・前掲注(52)178頁、駒田・前掲注(49)345頁以下参照。この点、伊藤・前掲注(49)87頁は、国内から「アップロードに参与」しているから行為説に立脚しても「本罪の成立に問題はない」とし、前田・前掲注(53)45頁は、「ファイルを国内で作成し」てから顧客の「コンピュータに記録、保存させ」るまでの全ての過程を挙げて、国内犯適用の根拠とするが、それらが如何なる犯罪構成要素に該当するのかが明らかでない。

るダウンロードをも評価の対象に取り込むことによって、国外で発生した危険の拡大過程も含めて陳列「結果」と評価し、「結果」概念を拡張することも考えられる⁵⁸⁾。しかし、判例は、抽象的危険犯における「結果」概念についての議論が熟していない現状において、このような解決方法を回避すべきと判断したと思われる⁵⁹⁾。そこで、「物」の「陳列」ではなく、「電磁的記録」の「頒布」という新たな行為態様を選択することによって、国内犯適用を認め得る論理を示すべきと考えたのであろう⁶⁰⁾。

その場合、閲覧者の行為の介在があるにもかかわらず、当該行為をも含めて「頒布」と評価し得るかが問題となる。上述のように、「頒布」概念にとっては閲覧者の行為の介在の要否は重要ではなく、それは、新たな「頒布」概念との関係でも異ならないと思われる⁶¹⁾。それゆえ、判例③のように、動画掲載サイトにアクセスし当該動画をダウンロードすることは、例えば、自動販売機で販売されているわいせつ図書を購入する際に現金を投入することと同様に⁶²⁾、「頒布」を認める妨げにはならないといえよう⁶³⁾。

ただし、客体のわいせつ性を認識するための操作の手間が余りにも多い場合には、「頒布」すら認めるべきではない場合もあり得るから、「結果として、わ

57) さらに、それにより、有償頒布目的所持罪成立の前提を充たさないことになる。本庄・前掲注(53)189頁以下。

58) 杉山・前掲注(52)232頁は、このような解釈は「十分可能であった」とする。

59) 場所的適用範囲論における「結果」概念については、渡邊・前掲注(3)45頁以下、同・前掲注(31)93頁以下参照。

60) 南部篤・前掲注(53)37頁、松原・前掲注(54)506頁、同『刑法総論 [第2版]』(日本評論社、2017年)498頁参照。なお、岩間・前掲注(52)174頁以下は、ファイルを記録した時期が改正法施行前であったこととの関係で、刑法の時間的適用範囲についても重要な意義があるとする。しかし、頒布「結果」が改正後に発生したとしても頒布「行為」は改正前に行われたのであれば、時間的適用を認められないと考える。渡邊・前掲注(31)88頁参照。また、「陳列」は改正前から処罰されていたから、時間的適用を認めるために敢えて「頒布」と構成する必要はない。

61) 井田良『講義刑法学・各論』(有斐閣、2016年)499頁参照。これは、児童ポルノ送信提供罪における新たな「提供」概念にも妥当する。

いせつ情報が送信されるに至れば、『頒布』に該当すると解すべき⁶⁴⁾、とまではいえない。例えば、女性器の三次元形状データファイルをオンラインストレージサーバに保存した上で、保存先を示す URL 等をメール送信し⁶⁵⁾、受信した者にファイルをダウンロードさせる方法によって保存させた事案につき、判例③を引用しつつ、わいせつ記録送信頒布罪の成立を認めた下級審判例がある⁶⁶⁾。この事案が、判例②の事案等との比較において⁶⁷⁾、わいせつ性の認識可能性を低下させる事情があったと評価されるかが問題となろう⁶⁸⁾。

なお、例えば、不正アクセスなど、行為者が「予定していないプロセスを経て」ダウンロードが行われた場合には、「行為性は規範的に見て失われていたと理解すべき」との見解もある⁶⁹⁾。しかし、「頒布」該当性判断に際して、こ

62) 南部晋太郎・前掲注(52)32頁、伊藤・前掲注(49)85頁、駒田・前掲注(49)344頁、神谷・前掲注(11)234頁、鎮目・前掲注(53)33頁、大庭沙織「判批」刑事法ジャーナル51号(2017年)102頁、深町・前掲注(25)31頁。白井・前掲注(53)183頁も、これを「的確な表現」としつつ、同・178頁では、「その実質は顧客からの申込みに応じて手作業で送信を行う場合と何ら変わりがない」とする。同旨、曲田・前掲注(53)158頁。野村・前掲注(47)103頁以下も、「送信」の解釈としてこれを支持するほか、「ダウンロードできる仕組みを整えていた」ことが「顧客側の行為を誘致している」と指摘する。また、岩間・前掲注(52)177頁は、「野菜の無人販売所のようなケース」とする。これに対して、本庄・前掲注(53)189頁は、本条の「核心」は情報が化体した「物」が「不特定又は多数者の目に触れ得る状態になること」であるとして、「物」の頒布と「記録」の頒布とは「同列には扱えない」とするが、疑問である。

63) 山本・前掲注(53)407頁も、「顧客の行為はそれほど大きな意味をもたず」、これを含めて「送信」と評価し得るとする。これに対して、杉山・前掲注(52)226頁以下は、「頒布」にはあたるとしても、「送信」にはあたらないとする。

64) 今井・前掲注(52)179頁。

65) クラウドファンディングの出資者に対するお礼として、URLが（一部は自動的に）送信されていた。

66) 東京地判平成28・5・9LEX/DB25543071。評釈として、安田拓人「判批」法学教室431号(2016年)144頁、大庭・前掲注(62)97頁以下等。なお、同判決においては、三次元形状データの「わいせつ」性が争われ、これが肯定された。

67) 大庭・前掲注(62)102頁は、URL情報を送信し「積極的に受信者に働きかけた」点において、判例③の事案よりも、顧客によるダウンロードを「被告人による行為と認めやすい」とする。

のような要素を考慮すべき理由があるかは疑問である。「プロセス」の実現過程が行為者の「予定した」範囲に包摂されるかの評価は、「頒布」該当性自体とは区別されるべきであって、例えば、因果関係の存否における相当性判断の考慮要素として問われるべきであろう。

判例③においては、次に、国内犯適用を認める論理が問題となる。この点、(狭義の)「行為」と「結果」とを区別して論じてきた場所的適用範囲論の前提からすれば、ここでの「行為」とは、行為者を離れて存在すべきではない⁷⁰⁾。それゆえ、顧客によるダウンロードは頒布「行為」ではなく、ファイルが保存された状態(ないしそれに伴う法益侵害の危険性)という意味での頒布「結果」に至る因果経過に過ぎず、当該「結果」に対する適用が論じられるべきである⁷¹⁾。なお、一番や原審が、「顧客の行為を利用した」とか「顧客の行為を介して」ファイルを取得させたと判示したことにつき、顧客を間接正犯における

68) この他、児童ポルノ等のわいせつ動画ファイルを自己のコンピュータのファイルサーバ等に保管し、当該サーバにアクセスするためのID及びパスワードをメール送信し、受領した者にファイルをダウンロードさせる方法によって保存させた事案につき、児童ポルノ送信提供罪等の成否が争われた、札幌高判平成21・6・16高検速報174・317がある。評釈として、立石英生「判批」研修737号(2009年)418頁以下、山崎耕史「判批」研修741号(2010年)21頁以下。なお、同判決においては、上記と同様の動画ファイルを販売する目的でファイルサーバ等に記録させていた事実について、販売目的所持罪の成否が争われ、これが否定された。

69) 曲田・前掲注(53)158頁。同旨、伊藤・前掲注(49)86頁、駒田・前掲注(49)344頁、深町・前掲注(25)31頁以下。なお、高良・前掲注(52)212頁、前田・前掲注(53)44頁。神谷・前掲注(11)235頁も同旨であるが、ダウンロード操作が「意図していた送信の契機」かが、因果関係の存否に影響するともしている。

70) 場所的適用範囲論における「行為」概念については、渡邊・前掲注(3)21頁以下、同・前掲注(31)91頁以下参照。

71) 今井・前掲注(52)179頁、杉山・前掲注(52)231頁、野村・前掲注(47)106頁、豊田・前掲注(53)115頁、曲田・前掲注(53)158頁は、国内「行為」に加えて国内「結果」をも認め得るとする。なお、伊藤・前掲注(49)87頁、神谷・前掲注(11)236頁。これに対して、本庄・前掲注(53)190頁は、「『頒布する』という行為が行われていなければ、『頒布された』という結果も存在していないはず」とするが、国外とはいえ「行為」が行われたことに変わりはない。

道具と捉えたと解す余地もあるところ、「欺罔されたり意思を抑圧されたりしたという事情がない」以上、このような構成は「不可能」とする批判がある⁷²⁾。しかし、ダウンロードは「結果」に至る因果経過に過ぎないとすれば、このような批判は当たらない。この点、最高裁は、それが如何なる犯罪構成要素にあたるのかを明示しておらず、判断を留保したと考えられる⁷³⁾。

3 「頒布」と「陳列」との関係

このような議論は、データ送信が国外で行われたことから生じたのであって、判例③の事案は、上述のように、そもそも「陳列」にもあたり得る。それゆえ、判例③を前提とすれば、画像公開事例一般について、わいせつ物陳列罪が成立した後に、閲覧者によるダウンロードがあれば、わいせつ記録送信頒布罪も成立し得ることとなる⁷⁴⁾、誰か一人でもダウンロードの証明ができれば「頒布」が成立し得るのだとすれば、「陳列」の独自の存在意義が失われかねない。そこで、両罪の関係を如何に解するのかを、明らかにしておく必要がある。

従来は、「頒布」と「陳列」とは異なる概念とされ、ある行為が、いずれの概念にもあたり得るということは、想定されていなかったように思われる。しかし、例えば、わいせつな絵画を展示販売する場合のように、最終的には「頒布」を目的とするとしても、その準備作業として「陳列」が行われる場合はあり得る。この場合、展示時点でのわいせつ物陳列罪の適用は、販売時点でわいせつ物頒布罪を適用し得ることとの関係で、処罰の早期化を認めることになる。これは、データを配信する場合における、同罪とわいせつ記録送信頒布罪との関係でも同様である。

72) 本庄・前掲注(53)189頁。同旨、伊藤・前掲注(49)86頁、松宮孝明『刑法各論講義〔第4版〕』（成文堂、2016年）421頁。「送信」の解釈として、杉山・前掲注(52)228頁以下。

73) これに対して、山本・前掲注(53)409頁は、送信「行為」に対する適用を認めたとする。さらに、駒田・前掲注(49)343頁は、「規範的に評価すれば、わいせつな電磁的記録が顧客の記録媒体に記録、保存されたことは、被告人らの行為によるものと端的にいえるものと判断し」たとするが、その趣旨は必ずしも明らかではない。

74) 杉山＝吉田・前掲注(2)95頁、新庄＝河原・前掲注(29)48頁。

ところで、処罰の早期化は、例えば、未遂犯（刑法43条）のように、刑が減ぜられ得る場合の他、偽造の罪（刑法148条以下）における「偽造」のように、目的要件を付加することで正当化されている場合もある。これらは、既遂犯や偽造文書行使罪との関係における処罰の早期化を、刑の減輕や要件の付加により補うものと理解できる。これに対して、例えば、賄賂の罪（刑法197条以下）における「收受」と「要求」ないし「約束」のように、付加的要件なしに同一の刑罰が科される場合もある。同罪の法益を公務員の職務の公正及びそれに対する信頼と考えるならば、賄賂が現実的に「收受」された場合のみならず、その「要求」ないし「約束」だけでも信頼が害される、という説明も考えられる。しかし、いずれも同程度の侵害性があるといえるかには、疑問がある。

同様に、本条についても、侵害性の程度という観点から、わいせつ物陳列罪の成立を認め得る根拠が問われるべきであろう⁷⁵⁾。すなわち、上述のように、本条の法益との関係で、「陳列」及び「頒布」の各段階において、わいせつ性の認識可能性の程度が論じられるべきであるとすれば、「陳列」概念にとっては、やはり、「わいせつ性の認識可能性が高い状態」と評価し得るかが重要と思われる。そして、その可能性判断に際しては、閲覧者の行為の介在の要否は重要な要素であるから、顧客によるダウンロードについても、認識可能性の程度の観点から慎重に評価すべきである。それゆえ、場合によっては、「頒布」には当たるが「陳列」にはあたり得ない事案があり得る。

その上で、両罪の成立可能性が認められた場合でも、「一連の事象につき、同じ条項に掲げられた客体を異にする複数の選択的実行行為が相次いで並列的に成立しようというのは決して好ましいことではない」から、一罪のみの成立を認める論理が模索されるべきである⁷⁶⁾。例えば、上述のように、第三者が認識可能性を設定した画像について、重ねて認識可能性を設定することはできな

75) 同様の問題は、例えば、児童ポルノ輸入罪ないし輸出罪（児童ポルノ法7条3項、7項、8項）における「提供」等を目的とする「輸入」ないし「輸出」と「提供」等との関係にも、一部妥当する。渡邊卓也「児童ポルノ処罰法における目的犯規定の意義」姫路ロー・ジャーナル4号（2010年）13頁以下参照。

いとすれば、一旦「陳列」を認めた以上、同じ画像については「頒布」も認め得ないという考え方もあり得る。これは、いわゆる横領物の横領の事例において⁷⁷⁾、一旦「横領」を認めた以上、当該客体に対する法益侵害は尽くされているから、同じ客体については「横領」を認めることはできない、という考え方に類似する。もっとも、「陳列」についても「横領」についても、このような考え方は有力ではない⁷⁸⁾。また、「陳列」とは異なり、「頒布」には「創設的な行為という意味合い」が含まれないとすれば、こように考える必然性はない。

そこで、「陳列」後の「頒布」を認めるとすると、両者の罪数関係が問題となる。この点、「頒布」を目的として「陳列」が為されたことから、「手段結果」の関係を認め牽連犯（刑法54条1項後段）として処断すべきとか、「陳列」から「頒布」に至る一連の行為を「一つの行為」として、観念的競合（同条同項前段）として処断すべきともいえる。しかし、これらは、数罪の成立を前提としている点で、犯罪の実態にそぐわない。むしろ、同一条文に規定された一連の行為によって同一の法益が侵害されることから⁷⁹⁾、両者を包括して一罪と評価するのが妥当と思われる⁸⁰⁾。

76) 岩間・前掲注(52)173頁。なお、児童ポルノ法について、上野・前掲注(23)78頁は、児童ポルノ送信提供罪の立法によって児童ポルノ陳列罪の適用が排除されるとし、他方で、白井・前掲注(53)179頁は、有償の場合と無償の場合とでは「犯罪の中核」が異なるから、後者の場合は「不特定多数人がダウンロードし得る状態にしたこと自体」を取り上げて陳列罪とすべきとするが、いずれも疑問である。

77) 例えば、委託を受けて他人の不動産を占有する者が、所有者の承諾なしに当該不動産に抵当権を設定し登記を完了した後に、当該不動産の所有権を移転し登記を完了した事例。

78) 最大判平成15・4・23刑集57・4・467は、先行する抵当権設定行為の存在は、後行の所有権移転行為についての業務上横領罪（刑法253条）の成立を妨げないとした。

79) 深町・前掲注(35)34頁は、児童ポルノ法について「陳列と提供とで侵害される法益が異なるとすれば」観念的競合となるとする。しかし、「製造」との間ならばともかく、同じく児童ポルノの拡散に関する規制である「陳列」と「提供」との間で、法益が異なると解す余地はないであろう。渡邊・前掲注(9)167頁、同・前掲注(75)4頁以下参照。

IV 結語

以上のように、実務においては、「頒布」概念についても「陳列」概念についても、立法当初の想定よりも広く解されている。とりわけ、「記録」を客体とする新たな「頒布」概念については、その包摂範囲が拡大し、従来は「陳列」に包摂されてきた事案までをも取り込む解釈が為されている。擬律の混乱を回避するためには、両者の関係に即した、限定的な定義を模索すべきである。

もっとも、「頒布」という文言から導かれる従来解釈との連続性を度外視するならば、実務における包摂範囲の拡大は、少なくとも「頒布」概念については説明可能である。問題は、「頒布」と「陳列」との関係であるが、「頒布」を目的とした「陳列」について、わいせつ物陳列罪の成立をも認めるためには、「陳列」概念の限定的理解が前提とされるべきである。その上で、同罪の成立可能性が認められた場合も、わいせつ物頒布罪ないしわいせつ記録送信頒布罪との罪数関係について、慎重に検討すべきである。

(わたなべ・たくや 筑波大学法科大学院准教授)

80) 新庄＝河原・前掲注(29)48頁、伊藤・前掲注(49)84頁以下、神谷・前掲注(11)235頁、本庄・前掲注(53)190頁。野村・前掲注(47)106頁は、危険性の程度が異なることを根拠に、わいせつ物陳列罪がわいせつ物頒布罪に「吸収」され、後者のみ成立すると解すべきとする。