

# わいせつ画像データとわいせつ物 公然陳列罪の成否

—アルファネット事件上告審決定を機縁として

江 藤 孝

- 1 問題の所在
  - 2 わいせつ物
  - 3 公然陳列
- まとめ

## 1 問題の所在

最高裁判所は、いわゆるアルファネット事件上告審決定（最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁）において、わいせつ画像データとわいせつ物公然陳列罪の成否につき、(1)わいせつな画像データを記憶・蔵置させたいわゆるパソコンネットのホストコンピュータのハードディスクは、刑法175条のわいせつ物に当たるか、(2)刑法175条にいうわいせつ物を「公然と陳列した」とは何を意味するか、(3)いわゆるパソコンネットのホストコンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶・蔵置させ、不特定多数の会員が自己のパソコンを使用して、この画像データをダウンロードした上、画像表示ソフトを用いて画像を再生閲覧することが可能な状態に置くことは、刑法175条にいうわいせつ物を「公然と陳列した」ことに当たるか、の3点について、明確な態度を示した。

事案は、原判決の認定によると、被告人は、自ら開設し、運営していたいわゆるパソコンネットのホストコンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶・蔵置させ、それにより、不特定多数の会員が、自己のパソコンを操作して、電話回線を通じ、ホストコンピュータのハードディスクにアクセスして、そのわいせつな画像データをダウンロードし、画像表示ソフトを使用してパソコン画面にわいせつな画像として顕現させ、これを閲覧することができる状態を設定したというのである。

これに対し、最高裁判所は、まず(1)の点につき、「被告人がわいせつな画像データを記憶、蔵置させたホストコンピュータのハードディスクは、刑法175条が定めるわいせつ物に当たる」として、原判決の判断を正当であるとし、次いで(2)の点につき、「同条が定めるわいせつ物を『公然と陳列した』とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをいい、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」として、公然陳列の意義を明らかにし、これらの前提に立って、(3)の点につき、「被告人が開設し、運営していたパソコンネットにおいて、そのホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置させたわいせつな画像データを再生して現実に関連するためには、会員が、自己のパソコンを使用して、ホストコンピュータのハードディスクから画像データをダウンロードした上、画像表示ソフトを使用して、画像を再生閲覧する操作が必要であるが、そのような操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎず、会員は、比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった。そうすると、被告人の行為は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを不特定多数の者が認識できる状態に置いたものというべきであり、わいせつ物を『公然と陳列した』ことに当たる」として、原判決の判断を是認した。

従来、パソコンネットのホストコンピュータあるいはインターネットのサービスプロバイダーのサーバーコンピュータのハードディスクにわいせつ画像(情報)データを記憶・蔵置させ、不特定多数の利用者がわいせつな画像を再生閲覧することができる状態に置く行為については、すでにホームページ事件第1審判決(東京地判平成8年4月22日判時1597号151頁)、本件第1審判決(京都地判平成9年9月24日刑集55巻5号369頁)、エフ・エル・マスク事件第1審判決(岡山地判平成9年12月15日判時1641号158頁)、本件控訴審判決(大阪高判平成11年8月26日高刑集52巻42頁)等の下級審判例によって、わいせつ物陳列罪の成立が肯定されている。しかし、ホームページ事件第1審判決及びエフ・エル・マスク事件第1審判決は、いずれも第1審

段階で確定したため、最高裁判所の判断が示される余地がなかった。その意味で、本決定は、コンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶・蔵置させ、不特定多数の利用者がわいせつな画像を再生閲覧することができる状態を設置した事案について、下級審判例の主流に沿いながら、最高裁判所としての判断を示したリーディングケースであるといえよう。

もっとも、本決定は、(1)わいせつな画像データを記憶・蔵置させたホストコンピュータのハードディスクがわいせつ物に当たるとして、わいせつな画像データが記憶・蔵置された媒体がわいせつ物であるとする立場（有体物説）を採用しているが、これに対しては、わいせつな画像を記憶・蔵置した本件ハードディスクは、有体物生は認められるがそのままでは画像の認識可能性がないのでわいせつ物に当たらないとする主張（本件上告趣意）、いわば有体物自体の外形表現のわいせつ性を要件とする立場もあり、また、情報としての画像データそのものがわいせつ物であるとする下級審判例（前掲岡山地判平成9年12月15日）もある。(2)さらに、「公然と陳列した」とは、その物のわいせつな内容を不特定または多数の者が認識できる状態に置くことをいい、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しているが、これに対して、公然陳列といえるためには、陳列が行われると同時に情報が伝播するという「同時性」が必要であるとする主張（本件上告趣意）、いわば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（再生閲覧）できる状態にしてはじめて公然陳列に当たるとする立場もある。

そこで本稿では、アルファネット事件上告審決定を機縁として、判例を中心にしながら、わいせつ物公然陳列罪における「わいせつ物」及び「公然陳列」の意義を若干検討してみたい。

## 2 わいせつ物

### (1) わいせつな文書・図画その他の物

刑法175条のわいせつ物公然陳列罪の客体は、「わいせつな文書、図画その他の物」である。もっとも、現行刑法175条は、わいせつな文書・図画その他の物を頒布・販売・公然陳列または販売目的で所持する行為を2年以下の

懲役または250万円以下の罰金・科料に処しているが、昭和22年法律124号による改正前の175条(旧175条)は、法定刑として500円以下の罰金・科料を定めるとどまり、わいせつの文書・図画を出版または新聞紙に掲載または当該官庁より風俗を害するものとして禁止された文書・図画または新聞紙を発売・頒布する行為については、出版法28条(11日以上6月以下の禁錮または10円以上200円以下の罰金)または新聞紙法41条もしくは38条(6月以上の禁錮または200円以下の罰金)が適用され、出版法・新聞紙法の罪が刑法175条の罪に対して特別法となっていた(泉二新熊・日本刑法論下巻(各論)399-400頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論135頁)。したがって、大審院段階では、判例・学説の関心は、一般法としての刑法が適用されるのか、特別法としての出版法・新聞紙法が適用されるかにあり、わいせつな文書・図画を「自ら」印刷して発売・頒布または所持する場合には刑法175条によらず出版法の適用がある、と解されていた(大判4年11月6日刑録21輯1975頁、木村亀二・刑法各論(復刊版)209頁)。

一方、旧175条にいう文書・図画その他の物については、主観説に立って、「わいせつ物とは一般に性欲の刺激又は満足を『目的』として製作せられた物をいい、その思想的なると形状的なるとはこれを問わない。淫本、春画、淫具等はその代表的なものである」(久禮田益喜・刑法学概説(訂正4版)539頁)とされ、あるいは客観説に立って、「わいせつの文書、図画その他の物とは、人の性欲を刺激し又はこれを満足せしむべき文書、図画その他一切の物を指称す。すなわち、わいせつの記事ある文書、劣情を刺激せしむべき絵画、塑像等はもちろん、わいせつの行為のため使用すべき器具その他これに類する一切の物を総称す」(大場茂馬・刑法各論下巻(8版)524頁)とされ、ことにわいせつな文書・図画とその他の物との相違については、「わいせつなる文書、図画とは、その内容において性に関する思想もしくは形象を表示するものにして、…その他の物とは、同じくわいせつの趣旨を包含するも、文書、図画とは異なり、その内容においてこれを有するにあらずして、その外形においてこれを有する物件をいう。故に本罪の目的物は有体物なることを要し単にわいせつの言語を發表するがごとき場合を包含せず」(新保勘解人・日本刑法要論各論(増訂再版)227頁)と説かれていた。な

お、その他の物の例として、わいせつの文言を吹き込んだレコードも含まれるとする主張（平井彦三郎・刑法論綱各論（初版）221頁）もあった。このように、旧175条の下において、わいせつ物とはわいせつな一切の物をいい、内容において思想・形象を表示する物が「文書・図画」であり、外形（形状）においてわいせつ性を有する物が「その他の物」であるという考え方が一般的であったといえよう。なお、音声を内容とする媒体もその他の物に含まれることも意識されていた。

そして、この考え方は、現行175条の下でも基本的に踏襲されている。すなわち、「文書とは発音の符号によって表示されるものをいい、小説がその典型である。図画とは、象形的方法によって表示されるものをいい、映画、絵画、写真の陽画・陰画、未現像の映画のフィルムなどがその例である。その他の物とは、文書・図画以外のもの、たとえば彫刻物、置き物、レコード、録音テープなどであり、性器の模造物などがその例である」（大谷 實・刑法講義各論（第4版）477頁）とされ、あるいは、「文書とは、文字により一定の意思内容を表示したものであるが、…最も問題となるのは小説の類である。図画は、象形的方法により表示されたもの一般を意味し、絵画、写真、映画の他、ビデオや未現像の映画フィルムのように、現像・映写、再生という作業を加えなければわいせつ性を認識し得ない物も『図画』たりうる。それ故、わいせつ性を除去するようマジックインクでぬりつぶした写真や、画像を特殊加功したビデオでも、インクや特殊処理を容易に除去し得る場合には、わいせつな図画となり得る。除去が困難でも、それを容易にする薬品・装置を併せて販売したような場合は、わいせつ性が認められよう。その他の物とは、彫刻、性器の模造物等外観上わいせつ性が認められるものの他、わいせつの音声を録音したレコード、録音テープ等も含まれる。もともと、175条が予定していたのは、視覚に訴える『わいせつ性』であろうが、現在の175条の解釈において、聴覚に訴える場合を排除する理由はないであろう。いわゆる『ダイヤルQ<sup>9</sup>』の回線を利用したアダルト番組を流すための『電話と接続されたわいせつな音声の再生機』も刑法175条の客体に含まれる」（前田雅英・刑法各論講義（第2版）459-460頁）と説かれている。

(2) 判例の流れ

①活動写真映画映写事件大審院判決 画像データとわいせつ物公然陳列罪の成否をめぐる注目すべき最初の判例は、活動写真映画映写事件大審院判決（大判大正15年6月19日刑集5巻267頁）である。原審は、被告人は午後11時頃某方2階客席広間において約30名の観覧する場所に男女交媾（交合）の状態を撮影した創世記と題するわいせつの活動写真映画を公然映写陳列したものであるとの事実を認定し、刑法175条を適用した。

これに対し、弁護人は次のように主張した。175条にいう文書・図画その他の物とは有体物ですなわち空間を占める外界の独立の事物をいい、陳列とはこの有体物を一定の場所に排列して空間を占め多少永続させることをいうのであって、本件における活動写真は一定の物体を光線的作用によってこれを他に映写させた「幻影」であって物体ではない。また、映写された幻影そのものは物ではないから、空間に場所を占めることはなく、したがってこれを陳列ということができないのは勿論である。

大審院は、次のように判示して上告を棄却した。「映画を映写するときはその写出せられたるものにより映画自体の如何なるものなりやを認識し得べき状態に置くものなるが故に、映画を陳列したるものといひ得べく、原判決もまたこの理由により被告人の本件行為に対し刑法第175条を適用せしものにして、映写により顯れたる幻影をもって同上にいわゆる図画その他の物に該当すとせるものにあらざること、判示により明瞭なり」。

本件は、わいせつな映画を映写・観覧させた行為をわいせつ物公然陳列罪に問うた、公然陳列を肯定しやすい事例であったためか、本判決は、本件においてわいせつ物とは何かについては積極的に判断を示していない。ただ、原判決は「幻影をもって同条にいわゆる図画その他の物に該当すとせるものにあらざること」は明瞭であるとも判示しているので、少なくとも「映像」自体をわいせつ物であるとしたものでないことは明らかである。一方、「映画を映写するときはその写出せられたるものにより映画自体の如何なるものなるやを認識し得べき状態に置くものなるが故に」ともいっているので、映画フィルムの装填された映写機ないし映画フィルム自体をわいせつ物であると判断したものであると解されないわけではない。

②未現像映画フィルム販売目的所持事件控訴審判決（確定） 画像データとわいせつ物をめぐる下級審判例として注目されるのが、「潜在的わいせつ性」という考え方を示して、未現像映画フィルムについてわいせつ図画販売目的所持罪の成立を認めた本件控訴審判決（名古屋高判昭和41年3月10日高刑集19巻2号104頁）である。

被告人は、自ら、女性2人をモデルに使い、淫びな動作で男女性交の姿態を実演させるなどして、その場面を撮影した未現像の映画フィルムを他のすでに現像を終えたフィルムと共に、販売目的で所持したとして、原判決はこれをわいせつ図画販売目的所持罪に当たるとした。これに対し、弁護人は、被告人が販売目的で所持した、わいせつ映画フィルム140巻のうち54巻は、未現像のフィルムであって、科学的な処理を施さなければ画面を顕出することができないから、未だわいせつ図画とはいえない、と主張した。

本判決は、「わいせつの場面を撮影したものであれば、未現像の段階においても、潜在的には、既に製作者の企画にかかるわいせつの場面の映像がフィルムの上に描写されているのであって、ただ単に、右の映像を顕出するための現像の作業を残すのみであり、この作業たるや、特に、高度の知識、技能を要するものではなく、所定の科学的操作を繰り返すことによって、比較的容易になされうる作業であり、しかも、現像は、撮影者その他製作企画者によって、撮影の作業と一貫してなされる要はなく、他の者（たとえば、未現像のままのフィルムを買い受けた者）の意図によってもなされ得るものであるから、未現像のまま転々頒布、販売される可能性もあるものというべく、右のように、既に潜在的にわいせつ性を帯びており、現像も比較的容易になされ得るし、また、現像しないままでも頒布、販売が可能である以上、このような未現像の映画フィルムも、刑法175条の意図する目的に照らし、同条所定の頒布罪、販売罪、販売目的所持罪における、わいせつ図画に当たると解するを相当とする。（未現像のフィルムをもってしては、公然陳列罪は成立する場合が考えられないことは、いうまでもない。）」と判示した。

本判決は、そのままではわいせつな内容を認識できない未現像映画フィルムについて、i 潜在的わいせつ性、ii 映像顕出の容易性、iii 転々頒布・販売の可能性、に着眼して、それが頒布・販売・販売目的所持の客体である図画

に当たることを肯定したものである。なお本判決は、本件未現像フィルムが公然陳列の客体となりえないことにとくに付言しているが、それは不特定多数の者が映像を再生・閲覧する可能性がないことに注目したからであろう。

③ホームページ事件第1審判決（確定） 東京地判平成8年4月22日判時1597号151頁・判タ929号266頁は、コンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶・蔵置させ、不特定多数の利用者にわいせつ画像が再生・閲覧可能な状況を設定した事案に対する先例として注目される。

本判決の認定した事実によれば、被告人は、インターネット接続専門会社であるBインターネットの会員であるが、インターネットの不特定多数の利用者にわいせつな画像を送信し、再生・閲覧させてわいせつ図画を公然陳列しようとして、右会社事業所に設置された同会社の所有・管理するサーバーコンピュータのディスクアレイ内に、男女の性器・性交場面等を露骨に撮影したわいせつ画像のデータ合計67画像分を記憶・蔵置させて、一般の電話回線を使用し、インターネット対応パソコンを有する不特定多数の利用者に、右わいせつ画像が再生・閲覧可能な状況を設定した、というのである。これに対し、本判決は「わいせつな画像を公然と陳列したものである」とした。

もっとも、本判決は、サーバーコンピュータのディスクアレイ内にわいせつ画像のデータを記憶・蔵置させて、不特定多数の利用者にこれが再生・閲覧可能な状況を設定したことをとらえて「公然陳列」に当たるとしたことは明らかであるが、[わいせつ図画]とは、わいせつな画像データを記憶・蔵置させた有体物であるサーバーコンピュータないしそのディスクアレイをいうのか画像データそのものをいうのかについては判断を示していない。

④ダイヤルQ<sup>2</sup>事件第1審判決（確定） 大阪地判平成3年12月2日判時1411号128頁は、わいせつな内容がそのままでは直接認識できない音声を録音した媒体について、わいせつ物公然陳列罪を認めた点が注目される。

本判決の認定した事実によれば、被告人兩名は、いわゆる「ダイヤルQ<sup>2</sup>」の電話回線を使用し、録音再生機と電話機とを連動させる方法により、電話をかけてきた不特定多数の聴取者にわいせつな音声再生して聴取させることを共謀し、マンションの一室において、性交時における女性の感情やせりふを露骨に表現したわいせつな音声録音したカセットテープの内容を記憶



江藤：わいせつ画像データとわいせつ物公然陳列罪の成否

させた録音再生機を設置し、電話をかけてきた不特定多数の者に、録音内容を再生して聴取させた、というのである。

これに対し、本判決は、「わいせつな音声を録音したものは刑法175条の文書、図画以外のわいせつな物に該当する」としたうえで、わいせつ物公然陳列罪の成立を認めた。もっとも、わいせつな音声を録音したテープがわいせつ物に当たることについては、すでに下級審裁判例（東京高判昭和46年12月28日高刑集24巻12号348頁、東京高判昭和48年8月29日東高時報24巻8号137頁）があるので、カセットテープそのものではなく、一旦デジタル信号としてわいせつな音声を記憶させた録音再生機をわいせつ物に当たるとした点に本判決の下級審先例としての意味がある。

⑤エフ・エル・マスク事件第1審判決（確定） 本判決（岡山地判平成9年12月15日判時1641号158頁）の認定した事実によれば、被告人兩名は、わいせつな画像を不特定多数のインターネット利用者に有料で閲覧させようと考え、共謀の上、女性の性器などを露骨に撮影したわいせつ画像の性器部分に、「エフ・エル・マスク」と称するマスク付け外し機能を有する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右ソフトを使用して付した上、同画像データ合計168画像分を、順次、Aインターネット事業部に設置されたサーバーコンピュータに送信し、同コンピュータの記憶装置であるディスクアレイ内に記憶・蔵置させ、インターネットの設備を有する不特定多数のインターネット利用者が、電話回線を使用し、右データを受信した上、右ソフトを使用すればマスクを取り外した状態となるわいせつ画像を復元・閲覧することが可能な状況を設定し、右各データにアクセスしてきた不特定多数の者に対して右データを送信して、右わいせつ画像のデータを再生・閲覧させた、というものである。

これに対して、弁護人らは、被告人らがサーバーコンピュータのディスクアレイ内に記憶・蔵置させた画像はいずれもその性器部分に画像処理ソフトであるエフ・エル・マスクのソフトによりマスク処理され、性器部分が見えないようにされたものであるから、わいせつ性はなく、かつ、被告人らが送信して記憶・蔵置させたものは情報である画像データであるから、有体物であるべきわいせつ図画は存在せず、したがって陳列行為もないから、わいせ

つ図画陳列には当たらない、と主張した。

本は決は、まず、「マスク処理した画像のわいせつ性」について、「被告人らがサーバーコンピュータのディスクアレイ内に記憶・蔵置させた画像にはマスク処理が施されてはいるが、被告人らのホームページにアクセスしてくる者のほとんどにとっては、その場で、直ちに、容易にマスクを外すことができるのであるから、マスク処理が施された画像自体がわいせつである」とし、次いで「わいせつ図画の存在について」、「被告人らがサーバーコンピュータのディスクアレイ内に記憶・蔵置させた物は情報としての画像データであり、有体物ではないが、インターネットにより、これをパソコンの画面で画像として見るができる。そして、ここにおいて陳列されたわいせつ図画は、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るべきである。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、わいせつ図画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」とし、本件被告人の行為をわいせつ図画陳列罪に問うた。

本判決が、「その場で、直ちに、容易にマスクを外すことができるのであるから、マスク処理が施された画像じたいがわいせつである」とした点は、復元が容易であるとしてわいせつ性を認めた東京高判昭和56年12月17日高刑集34巻4号444頁の流れに沿うものである。したがって、本判決の注目すべき点は、「陳列されたわいせつの図画は、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」としている点である。すなわち、わいせつ図画を含むわいせつ物を有体物に限定する根拠はなく、情報としてのデータ

江藤：わいせつ画像データとわいせつ物公然陳列罪の成否

をもわいせつ物に含めるべきである、というのである。もっとも、本判決は、マスク処理された画像をめぐる事案であることもあって、情報としての画像データはわいせつ物に当たるとしているが、画像自体をわいせつ物に当たるとしているわけではない。この点、画像自体をわいせつ物に当たるとする考え方もありうるが、そうすると、再生閲覧の段階でしかわいせつ物陳列罪の成立する余地はないことになる。

⑥アルファネット事件第1審判決（京都地判平成9年9月24日刑集55巻5号369頁）および控訴審判決（大阪高判平成11年8月26日高刑集52巻42頁）。

本件第1審において、弁護人は、i コンピュータのハードディスク内に記憶されたわいせつ画像のデータは、わいせつ物に該当しない。ii 本件わいせつ画像のデータのうち、被告人がハードディスクにアップロードしたのは700画像分から800画像分であって、その余は、会員がアップロードしたものであり、これについては、被告人は刑事責任を負わない、と主張した。

これに対し、第1審判決は、i の点につき、「本件におけるわいせつ物とは、わいせつ画像のデータが記憶・蔵置されている特定の右ハードディスクである」とし、「この理は、わいせつ映像が記憶されたビデオテープの場合と同じである。ただ、本件ハードディスクの場合には、ビデオテープの場合に比べて、そこに記憶・蔵置されたわいせつ画像を顕出させるために、より複雑な操作・機器等が必要であるに過ぎない」とした。またiiの点については、被告人がアルファネットを開設運営し、ホストコンピュータを所有管理していた状況から、会員がアップロードした画像データの分についても、被告人が正犯としての刑責を負う、とした。

本件控訴審においても、弁護人は、i ハードディスクのわいせつ物性、ii 陳列該当性、iii 被告人が責任を負うわいせつ画像の範囲について争ったが、控訴審判決は、i について、「ハードディスクのままでは視覚的にわいせつ画像を見ることができないことが、本件ハードディスクのわいせつ物該当性を否定すべき事由になるとはいえない」とし、またiiの点については、所論の陳列と観覧の「同地性」や情報伝達の「同時性」が、公然陳列罪成立のための必要不可欠な要件にはならないとし、さらにiiiの点についても、諸般の

事情に照らしその主張を斥けた。冒頭に掲げた本件最高裁決定は、これら第1審判決、控訴審判決に沿って、最高裁判所としての判断を示したものである。

### 3 公然陳列

#### (1) 公然と陳列した

公然陳列の意義については、昭和22年法律124号による改正前の175条の下では、「公然の陳列は、不定多数の人の認知し得る場所にわいせつ物を置くの意味なり。陳列は必ずしも多数の物を配列することを要せず」（泉二新熊・日本刑法論下巻（各論）399頁）とされ、あるいは、「公然陳列とは不特定又は多数人の観覧し得べき状態に置くことをいう。映画を映写することも陳列である」（木村亀二・刑法各論（復刊初刷）209頁）とされていたが、現行175条の下でも、その考え方は基本的に踏襲されている。

すなわち、「公然陳列するとは、不特定または多数人の人の観覧することのできる状態に置くことである。映画の映写も陳列にあたるものとされる」（団藤重光・刑法綱要各論（第3版）330頁。なお、わいせつ録音テープの再生も陳列にあたるものとした下級審判例（東京地判昭和30年10月31日判時69号27頁）が注記されている。）とされ、あるいは、「公然陳列とは、不特定または多数人が認識できる状態に置くことをいう。映画フィルムの上映、録音テープの再生、電話を通じて不特定多数の者に聞かせることなどがその例である」（大谷 實・刑法講義各論（第4版）481頁）とか、「公然陳列とは、不特定又は多数人が観覧し得る状態におくことをいう。ビデオ映画や映画フィルムの上映や、録音テープの再生も陳列である。わいせつな画像データをパソコンネットワークに、不特定多数の人が容易に見られる形で流す行為も陳列に該当する」（前田雅英・刑法各論講義（第2版）461頁）と説いている。

#### (2) 判例の流れ

前述した学説からもうかがわれるように、公然陳列の事例は、注目すべき事例だけについていえば、時代を反映して、①わいせつな映像を内容とする「映画の映写」、②わいせつな音声の内容とする「録音テープの再生」、③「わいせつな画像データを内容とする「画像データの再生・閲覧」という順

序で拡大してきたといつてよい。

①の先例となった判例が、活動写真映画映写事件大審院判決（2(2)①）であり、②の注目すべき判例が、ダイヤルQ<sup>2</sup>事件第1審判決（2(2)④）であり、③の先例となったのが、ホームページ事件第1審判決（2(2)③）である。もっとも、活動写真映画映写事件では、わいせつ性の判断対象が映像であり、映画の映写と観覧とが場所的・時間的に同時であるため、わいせつ性と公然陳列該当性が容易に判断できることから、わいせつ物についてとくに論ずるまでもないとされたのではないかと思われる。これに対し、ダイヤルQ<sup>2</sup>事件では、わいせつ性の判断対象が音声であり、わいせつ性の判断は容易であるが、公然陳列およびわいせつ物該当性については、新たな判断を要したものであると思われる。

この点、ダイヤルQ<sup>2</sup>事件第1審判決は、わいせつな音声を録音したものは「文書、図画以外のわいせつな物に該当する」としたうえで、「公然陳列とは、わいせつな物を不特定または多数の人が観覧できるような状態に置くことであるが、わいせつな音声を録音したものを陳列する場合は、通常、その録音内容を不特定または多数の人が聴取できるような状態にすることと解するのが相当である」として、「誰でも、いつでも、どこからでも、所定の電話番号のところに電話をかけることによって、本件録音再生機に記憶された録音内容を聞くことができる状態にしたのであるから、不特定、多数の人に本件録音内容を聴取できる状態にしたというべきである」とした。もっとも、録音テープの再生についてはすでに、これが公然陳列に当たるとされた裁判例（東京地判昭和30年10月31日判時69号27頁）があるが、本判決もこの流れに沿うものである。

ところで、音声を内容とする場合には、わいせつな内容を録音した媒体の設置とその再生・聴取との間には時間的ずれが生じ得るが、その媒体へのアクセスと聴取との間には時間的ずれを生じない。コンピュータのハードディスクに記憶・蔵置された画像データの場合には、画像データへのアクセスと再生・閲覧との間に時間的ずれが生じ得る。したがって、この場合に公然陳列といえるためには、画像データの再生・閲覧の可能性で足りるのか、現実の再生・閲覧を要するののかについて判断を示しておく必要がある。この点、

ホームページ事件第1審判決、アルファーネット事件第1審判決、同事件控訴審判決、同事件上告審決定は、明らかに前者の立場を採用している。

## ま と め

わいせつ画像データとわいせつ物公然陳列罪の成否については、前述したとおり、(1)わいせつ物、(2)公然陳列の2点が問題になるが、(1)の点については、わいせつ物とは、①有体物である、わいせつな画像データを記憶・蔵置したコンピュータのハードディスクをいうとする、アルファーネット事件上告審決定の考え方、②情報としての画像データそのものであるとする、エル・エス・マスク事件第1審判決の考え方、③再生・閲覧された画像とする考え方、があり得るし、(2)の点については、公然陳列とは、不特定多数の利用者が再生・閲覧することができる状態にするために、画像データをコンピュータのハードディスクに記憶・蔵置させることとする、アルファーネット事件上告審決定の考え方、②記憶・蔵置された画像データを再生・閲覧させることとする考え方、があり得る。

(1)の②の立場は、本罪の客体の定義として現実的で明快ではあるが、一方、客体の範囲を絞れないという難点があり、利用者が自己のパソコンにダウンロードした画像データもわいせつ物ということになる。また、(1)の③の立場は、活動写真映画映写事件大審院判決のように、映写と閲覧が同じ場所で同じ時に行われる事案には妥当するが、コンピュータ社会の実情に応じた解釈論としては採用できないであろう。さらに、(2)の②の立場は、物の外形的わいせつ性が中心となる事案には妥当するが、物の内容的わいせつ性が中心となった今日の解釈論としては採用できないであろう。その意味で、アルファーネット事件上告審決定は妥当な方向を示したものといえよう(本決定と同旨の学説として、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頁以下。なお、塩見 淳「猥褻物と猥褻情報」判タ874号58頁以下、前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリスト1112号77頁以下、新庄一朗=河原俊也・大コンメンタール刑法9巻16頁以下、参照)。