

# 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

原 禎 嗣

- 一 はしがき
  - 二 直近の判例
  - 三 手口の巧妙化
  - 四 むすび
- 一 はしがき

インターネットの急激な普及は、我が国においても、日常生活の各所においてその効用が喧伝され、ホームページの所在を示すURLが各種メディアで取り上げられること等により、実際にインターネットを利用しない者にも容易に覚知され得るに至った。そして、従来のメディアでは不可避であった情報移転における時間的、空間的制約を越えて機能するインターネットの利便性に対し、その正反対に位置する犯罪、ないし犯罪的行為もまた、伝達された情報が後に「有害」と判断される、という点を除けば、単なる不連続なデジタルデータとして、世界中を瞬時に駆け巡るという状態が出現した。それに伴い、従来の法の枠組みでは対処の困難な事例が出現し、インターネットを包括的に

規律する法の定立が求められて久しい。

「サイバーポルノ」<sup>(1)</sup>と呼ばれる「わいせつ凶画陳列」事例も、ここ数年頻発する重要な問題の一つである。これらに対し裁判所は、従来の判例を可能な限り援用し、場合によっては拡張解釈と考えられる論法を駆使し、刑法一七五条を適用し続けている。そして、そこに見られる「解釈」、すなわち、サイバーポルノに対する一七五条適用の是非という根本的論点について、賛否の両論が発表されている。大層は、一七五条適用を是とし、判例に見える解釈を容認する意見に傾いているように見えるが、若干の疑問を禁じ得ない。それが、本小文起筆の契機である。

筆者は、現行刑法を専攻する者ではないが、法学を学び、かつ日常的にコンピュータ、インターネットを多用する者としての技術的知見に照らして判例を見るに、上述の「若干の疑問」に際会する。「何がわいせつか」といった本質的議論は、本稿の目的を越えるため取り扱わないが、少なくとも技術の進歩が、「解釈」による一七五条適用をますます困難にする現状が見て取れるのである。

以下、本稿においては、インターネット上で得られた最近の技術的問題点を指摘し、これまで現れた判例に見える「解釈」とその限界について、少しく私見を述べることとする。

- (1) サイバーポルノに関しては、昨今、きわめて多くの研究が発表されている。本稿においては特に、園田寿「メディアの変貌——わいせつ罪の新たな局面——」(中山研一先生古希祝賀論文集 第四巻「刑法の諸相」・平成九年二月・二六七頁以下)、園田「わいせつの電子的存在について——サイバーポルノに関する刑法解釈論——」(関西大学法学論集 第四四巻第四号・平成九年一〇月・一頁以下)、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」(「ジュリスト」第一二一七号・平成九年八月・七三頁以下)、山口「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」・平成一〇年九月・一〇五頁以下)、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」(「研修」第五八八号・平成九年六月・三頁以下)、高橋和之、松井茂記編「インターネットと法」・平成一一年三月を参照した。なお、拙稿「サイバーローに関する若干の試論」(「北陸法学」第五巻第四号・平成一〇年三月・五一頁以下)

においても、この点に関し若干言及した。

(2) 前掲各論説のうち、園田「わいせつの電子的存在について」は、後述するマスク、圧縮といったコンピュータ技術に関する積極的言及が見られる貴重な研究であり、本稿執筆にあたり、もっとも強く示唆を得たことを特記する。本稿に取り上げる技術的問題に関しては、園田教授のご指摘を前提に、それ以降の技術の進歩、または教授の指摘されなかった論点に限定することを付言しておく。

## 二 直近の判例

### (1) 概要

インターネット上のわいせつ画像「陳列」事例に関する判例は、「ベッコアメ事件」判決を嚆矢とし、必ずしも多くはないが、着実に積み重ねられ、論点が明確化しつつある。<sup>(2)</sup> 以下においては、直近の二つの判例を取り上げ、<sup>(3)</sup> 若干の検討を試みる。

I 「あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件」(大阪地方裁判所平成二十一年三月一九日判決)

FLマスクと呼ばれる画像処理ソフトウェアによって可逆的処置を施した画像等<sup>(4)</sup>を、国内外のプロバイダのサーバーコンピュータに送信し、インターネット経由でアクセス、閲覧可能な状態にした事例。「大阪FLマスク事件」とも呼ばれる。

判決では、マスクの施された画像について、「公開された本件ホームページにわざわざアクセスしてわいせつ画像を求めようとする不特定多数のインターネット利用者との関係では、容易に右マスクを除去し得たものといえる」としてわいせつ性を認定し、画像データの蔵置された「ディスクアレイ」を「わいせつ画像」とした。また、検察官の立

証では、画像が蔵置されたときされる海外のサーバーコンピュータの所在を特定できなかったが、「画像データが記憶、蔵置されているサーバーコンピュータのディスクアレイが現実に存在していたことは明らかであり、そうである以上、その所在場所が何処であるかは本件のごとき公然陳列の犯行形態からすると、さして重要な事実とはいえず、証拠上これが必ずしも明確に特定されているとはいえない場合でも、わいせつ画像公然陳列罪を構成する犯罪事実の特定ないし証明として不十分であるということはできない」と判示した。<sup>(5)</sup>

## II 「東京海外送信事件」(東京地方裁判所平成十一年三月二十九日判決)

海外のサーバーコンピュータに、マスク処理を施した画像、また施さない画像を送信し、ダイヤルQ2を用いてアクセス、閲覧可能な状態を設定した事例。

判決は、「インターネットにおいてはその仕組みが一層複雑である点を除けば、テレビ放送において、視聴者が受像機のスイッチを入れてチャンネルを合わせれば映像が表示されるのと、その本質において何ら変わりはない」として、明示的ではないが、「情報送信」を「陳列」行為と認定したものと考えられる。<sup>(6)</sup>

### (2) 抽出された「基準」

右の判決に共通する点として、まず、マスク処理を施した画像について、その除去が容易であることを前提に、わいせつ性を認めたことがあげられる。マスク処理は、性等を一時的に隠蔽し、摘発を避けようとする目的に出たものと考えられるが、処理後の画像についてもわいせつ性を認める傾向は、判例において一貫している。また、海外のサーバーコンピュータに画像データを蔵置する行為についても、送信が日本国内で行われ、もっぱら日本国内から閲覧することを予定して作成されたホームページにデータが置かれた点等を考慮し、一七五条の適用を肯定した点も共

通する。

しかし、より本質的な次元で、「陳列」行為の客体とされたものが何であるかについては、未だに一定の解釈は定立されていない。前者では「ディスクアレイ」をそれとし、後者は「データ」<sup>(8)</sup>と思わせる判断を示している。

このような判断については、いうまでもなく賛否の両論が展開されるであろう。ただ、かかる事例は、殆ど全てが下級審で確定しており、上級審の判断を知り得ないことを遺憾とするが、いずれにせよ、マスク処理を施した画像を海外にアップロードした場合でも、一七五条の「陳列」にあたるものとして処罰するという方針は、ほぼ確立されたものと考えられよう。また、両者とも、営利を目的としているが、一七五条では「陳列」「頒布」「販売」の各態様に法定刑の差がないことから、有償、無償の別は、違法性の程度を判断する副次的材料としてのみ用いられることとなる<sup>(9)</sup>。

ここでは、インターネット上にわいせつ図画が「陳列」された、とされている点に着目したい。行為者が、情報の対価として金員を得ている、それは「販売」とは見なされていない。判例はその理由を明示しないが、客体が「無体物」であることを意識した判断と<sup>(10)</sup>考えられる。

(1) 園田教授のホームページ「<http://w3scan.or.jp/sonoda/home.html>」には、公刊物未搭載のものも含め、貴重な判例が掲載されている。以下において特に注記しない場合、判例は全て、同ホームページより引用する。また事件名も、園田教授のホームページに準拠し使用する。

(2) サイバーポルノに関する法的問題は、大別以下のようなであろう。すなわち、①わいせつ情報をアップロードし、アクセス可能にする行為は、わいせつ図画の公然陳列にあたるか、②マスク処理を施したわいせつ画像のアップロードの場合はどうか、③わいせつ情報を公開するホームページへの「リンク」は、わいせつ図画公然陳列にあたるか、④マスクを除去し得るソフトウェアの配布は、公然陳列罪の共犯たり得るか、⑤海外のサーバーにアップロードした場合、刑法一七五条を適用できるか、⑥わいせつ図画が

アップロードされたサーバーを管理するプロバイダの刑責、という各点がそれである(なお前掲山口「コンピュータ・ネットワークと犯罪」・七三〇四ページ参照)。更に、①②に関しては、「陳列」行為とされた場合、陳列された客体は何か、という問題を含む。この点に関し判例は、データが蔵置されたサーバーコンピュータの「ディスクアレイ」(きわめて大容量なハードディスクドライブを複数台設置した記憶装置)を陳列された「わいせつ物」と認定し、ほぼ一貫してこの姿勢を維持していた。

(3) 以前の判例に関する検討は、前掲園田「わいせつ物の電子的存在について」・九一―一四頁、前掲山口「コンピュータ・ネットワークと犯罪」・七四頁、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」(前掲高橋、松井編「インターネットと法」所収)・六六―九頁等を参照されたい。

(4) マスク処理に関しては、前掲園田「わいせつ物の電子的存在について」・二一頁以下に詳細な解説がある。

(5) 「陳列」行為の場所であるサーバーの所在地が特定されないという問題については、疑問を禁じ得ない。この点については、園田教授がホームページ上で批判されているが(<http://w3scan.or.jp/sonoda/comment.html>)、筆者も「証明不十分との印象を受けるものである」。

ところで今回の事例は、行為者によりホームページが開設され、画像データは特定のサーバーに蔵置された。そのデータが、直接、または中継するサーバーのキャッシュを経由して閲覧者のコンピュータに届いたものである。この時のデータの送信は、アクセスがあつて初めてなされる。しかし、WWW以前からインターネットの利用方式の一つとして発展したニュースグループにおけるわいせつ図画掲出を考えると、事態は一層複雑となる。ニュースグループの場合、あるサーバーの特定のグループにアップロードされたデータは、同一グループを受信するように設定された全世界のニュースサーバーに順次転送される。アクセスする者は、自らが契約したプロバイダ等のニュースサーバーに転送されたデータを受信することになるが、この転送が、アップロードをする者の意図に出るものでないことは勿論である。結果、データが全世界に転送されてはじめて「閲覧可能な状態」が形成される。日本から海外のニュースサーバーにアップロードしたとすると、その時点では日本からの閲覧は予定されておらず、ある程度のタイムラグを経て、日本国内の任意の一つのニュースサーバーに転送された時点で、抽象的危険が発生した、既遂となった、と考えられる。ではあるが、日本のサーバーへの転送は、時期も、場所も、行為者の意のままにはならないのである。当然、アップロードから既遂となるまでの経過を厳密に検証することはきわめて困難となる。現実には、ニュースグループ上で、日本人の手になると思われるわいせつ画像データが散見せられる今日、厳格(と思われる程度)な証明を経ずに判決が下されたことに対しては、危惧の

念を禁じ得ない。

(6) 本件弁護団は、ディスクアレイをわいせつ物とする従来の判例を批判する弁論を行っていたが (<http://w3.scan.or.jp/sonoda/tokyooqzben.pdf>)、判決は、何がわいせつ物にあたるかについては明言していない。

(7) 「あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件」判決では、海外のサーバーに開設されたホームページが日本語で記述されていること、日本国内のサーバーにあるホームページからリンクされていることなどを理由に、「日本国内の者が閲覧することが予定されていたとする。なるほどリンクと日本語による表示は（日本語以外を日常的に使用しない）日本人にとって便益であるが、そうすると日本法の適用範囲が、ネットワーク上のあらゆる場所に及ぶという事態を招きかねない点を危惧する。この問題に関しては、前述の園田教授のホームページに、三つの例を上げて批判が述べられている（前掲 <http://w3.scan.or.jp/sonoda/comment1.htm>）。蛇足ではあるが一例を加えるならば、ポルノが違法とされない国の国民が、自国のサーバーに日本語表記を付したわいせつ画像を掲出した場合でも、日本からのアクセスによって、画像閲覧は可能である。開設者が日本人でなく、閲覧可能な状態の設定も日本国内でなされたわけではない以上、日本法適用の余地はないが、「我が国の健全な性秩序ないし性風俗等」なるものが侵害されることに何らの相違はない。また、「あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件」の判断から推して、使用される言語が日本語でない場合を「日本国内の者が閲覧」することを予定しない、と考えるならば、日本語以外の言語を用いて海外のサーバーにホームページを開設する者を増加させ、結果、暗数を増加させることを懸念する。

(8) 画像データを「わいせつ物」と認定した例として、「岡山地方裁判所平成九年十二月二十五日判決」（「岡山Fレマスク事件」）がある。しかし、これ以外の判断は押し並べて、画像データを蔵置した「ディスクアレイ」をわいせつ物としている。

この点に関しても議論が分かれるところであるが、例えば堀内教授は、前掲「インターネットとポルノグラフィ」において、「ディスクアレイを含む」サーバーをわいせつ物とすることを「不合理」と断定し、「わいせつな情報」も、一七五条の「図画」に相当すると述べられている（同書・五頁）。「ディスクアレイ」をわいせつ物とする考え方は、ビデオやフィルムに化体したわいせつ情報を上映するといった、在来型のわいせつ物陳列罪処罰の理論と同一の軸線上に位置し、「わいせつ物」は「有体物」でなければならぬという意識の現れであろう。しかし、ネットワークにおける情報移転の構造を考えれば、少なくとも、ディスクアレイといった、一般のインターネットユーザーが目にしたこともない、また目にする可能性すらない巨大なハードウェアが「陳列」された、とする解釈は、到底首肯できない。しかしながら、無体物である「情報」を「陳列」の客体とすることを、法の改正を経ず、

解釈から導き出すことについては、同様に俄には賛同しがたい。

- (9) インターネットを通じて行われる有償によるデータ送信については、平成一年四月より、風俗営業適正化法の改正によって、「映像送信型風俗特殊営業」とされ、都道府県公安委員会への届け出が義務づけられた。しかし、同法の適用を受けるホームページ開設者が、本稿で取り上げるがときサイバーポルノの送信を行う可能性は殆どなく、わいせつ画像規制については効果を期待することはできないであろう。従来、有償で画像を閲覧させていた業者等は、「バナー広告」と呼ばれる宣伝用画像をホームページ上に掲出し、広告料金を収入源とする形式に切り替えることが予想されるからである。なお、この問題に関しては、平成一年四月二十六日付毎日新聞ニュース速報(Nifty Serveクリッピングサービスより)に、同法施行後のインタビュ記事が見える。

- (10) インターネットを含むネットワーク上では、既に日常的に「売買」が行われている。ネットワークを意思表示の手段のみに用い、物品と対価とが一般の売買と同様の形式で移転する場合を除いても、感覚的に「売買」とい得る状況は決して少なくない。わいせつデータの有償閲覧と同様の形式を取るものとして、「シェアウェア」の流通がある。シェアウェアは、試用可能だが継続して使う場合には料金の支払いが必要なソフトウェアである。ユーザーは、希望するシェアウェアがアップロードされているホームページにアクセスし、これをダウンロードする。ここでは、ホームページ(の置かれたサーバーコンピュータ)にあるデータと全く同一の複製物が、ユーザーのコンピュータ内に生成されることとなる。その後、インストール等の手順を経て試用を開始し、その後、ソフトウェア作成者の指定する方法(ネットワーク上の決済等)で料金を支払うか、ソフトの使用を中止するかを選択する。こうしたシェアウェアの場合、一回の支払いだけで、以後のバージョンアップ料金を徴収しないケースが多く、また、ホームページへのアクセスとソフトのダウンロード自体は無料のため、料金は、ソフトウェアの使用権の対価として支払われていると考えられよう。もっとも、ユーザーの感覚としては、「アップグレードは無償のソフトウェア」を購入しているともいえる。

わいせつ画像を有償で公開するホームページもまた、「会費」等の名目で「アクセス権」を販売し、その権利の範囲内で自由に画像を閲覧させていると考えられ、形態は右のシェアウェアの場合と同様といえる。ただ、これは、インターネット上においては一回の閲覧、ダウンロード毎に課金するシステムを構築しにくいことに起因するもので、実態は、わいせつ画像データの代金が「会費」名目となっているに過ぎない。従って、感覚的には売買に相当するものと思われる。法定刑に差が設けられていないとはいえない。かかる行為まで「陳列」と認定することについては、一七五条適用の困難さを示すものといわざるを得ないのではないだろうか。



### 三 手口の巧妙化

コンピュータ、インターネット関連技術の進歩はめざましく、ソフトウェア、ハードウェア共に、ほんの数月の後には最新型が陳腐化する。メーカーによって開発される技術のみならず、一定以上の知識を有する個人によって作り出される技術<sup>①</sup>もまた、短期間に長足の進歩を遂げる。そのため、前述の判例に見られる技術状態と、平成一一年の現在では、既に大きな径庭があるといわざるを得ない。以下、比較的最近、ネットワーク上に散見せられるわいせつ性隠蔽のための技術に言及する。

#### (1) 隠蔽工作の例

##### ① マスクによる隠蔽

既述のとおり、大阪FLマスク事件に見られるように、「わいせつ」画像には、そのわいせつ性を隠蔽する目的で、「マスク」といわれる処理が施されているケースが多い。既述の「あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件」判決等においては、「FLマスク」と呼ばれる画像処理ソフトウェアを使用することで、容易にわいせつ性を顕現できることを理由に、かかる画像を掲出する行為を一七五条の「陳列」行為にあたるものと認定した。ところが、該事件が発生してから二年余が経過し、「マスク」の手法は著しく巧妙化した。今日、インターネットを渉獵しても、本件当時用いられていたマスクと同じ処理を施された画像を見いだすことは困難である。

では、マスクはどのように変化、進歩したのであろうか。

今日では、「CPマスク」と呼ばれる手法が主流と思われる。これは、FLマスクをより複雑にしたもので、一定面積ごとに区画された画像を、ばらばらにして並べ替えてしまうものである。このマスク処理法も可逆的であり、当然、

元の配列を再現することは可能であるが、並べ替えの際に「C Pコード」と呼ばれる暗号を用いて配列の法則性を決定するため、暗号を知らない者には、これを復元することができないのである。当然、このように処理を施された画像ファイルを、これまでと同一の論拠で「わいせつ」と断定することはできないであろう。

## ② ファイル形式の変更

ここでは、潜在的にわいせつ性を有すると考えられる画像データを、一見しただけでは内容を想像することすらできないよう、すなわち全く不可視な状態に変更する技術について言及する。

### ②-1 拡張子変更等による偽装

インターネット上を流通する画像ファイルには、さまざまな形式があるが、写真をデジタル化する場合、JPEGと呼ばれる形式を用いることが一般的である。JPEGファイルには、拡張子<sup>③</sup> .jpg、または .jpeg が付される。この拡張子を全く無関係なものに書き換えてしまうと、ファイルを開くために一般的に行われる方法、例えば当該ファイルにマウスのポインタを合わせてダブルクリックする、といった方法では、コンピュータのオペレーションソフトは、無関係な拡張子に惑わされて誤動作してしまい、内容を表示することはできない<sup>④</sup>。

更に、拡張子はそのままで、ファイルの形式を変更してしまうプログラムも存在する<sup>⑤</sup>。この場合、やはり暗号を用いて形式変更処理を行うことができるため、当該プログラムと暗号の双方を入手しなければ、当該ファイルから本来の内容を現出させることは不可能である。

## ②-2 書庫化

「書庫化」は、複数ファイルの一つにまとめ、あるいは圧縮することで、記録媒体の要量節約に役立つ技術である。<sup>(6)</sup> 書庫ファイルを扱うソフトウェアの中には、書庫化、圧縮の過程で、パスワードの設定ができるものがいくつか存在する。<sup>(7)</sup> つまり、ファイルをいくつか梱包し、鍵をかけた状態を作り出すのである。当然、鍵を持たない者は、これを開けて中身を取り出すことができない。一般に使用されるインターネット閲覧ソフトでは、この形式のファイルは「表示」されることがなく、こうしたファイルへのリンクをクリックすれば、アクセスした者のコンピュータにダウンロードされ、ハードディスクの所定の場所に、書庫ファイルとして保存される。

「書庫化」の一類型として、「インプラント」という技法も用いられている。これは、画像ファイルである JPEG ファイルに、別の画像、あるいはデータを埋め込むというもので、これにも暗号による「鍵」をかけることができる。埋め込み、取り出しには特定のソフトウェアが必要であり、一種の書庫化といえる。<sup>(8)</sup> ただ、通常の操作では当初のファイルの画像が表示されてしまう。あえて例示するならば、複数の写真を入れた封筒に封印して、別の写真を張りつけた状態といえよう。しかし、紙の封筒と違い、素手で封筒を破り、内容物を取り出すことができないのである。

## (2) 現行法での対応

上述のごとく、これまでの判例にいう「わいせつ画像陳列」と同種の行為が、極めて巧妙な手口で行われるようになると、現行法での対応は、今以上に困難になると断ぜざるを得ない。上記①の方法では、データ入手を試みる者のコンピュータ端末画面には、マスク処理が施された画像が表示される。表示は、画像データの蔵置されたサーバーにアクセスした直後に開始され、データの転送が終了すると同時に端末上の画像も完成する。ここまでは、例えば「あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件」などと同様の形式といえよう。<sup>(9)</sup> しかし、画像データに施されたマスク処理を除去することは、決して「容易」とはいえない。<sup>(10)</sup> マスクを除去するに必要な情報を知り得た者以外には、「わいせつ性の

存在を疑い得る」程度の画像データが、自らのハードディスクに蔵置されたに過ぎず、これをこれまでと同様の論理で検挙、摘発することは不可能といえる。

②―1の方法で処理された画像の場合、インターネット閲覧ソフトもこれを正しく表示することができないため、「陳列」型の公開はできない。「容易な表示」を避けるための偽装であるから、当然である。したがって、データをダウンロードし、自らのハードディスクに記録し、ファイル形式を特定した場合に限り、内容を表示させることが可能となる。当該データが画像ファイルであるか否かも特定後に判然とすることとなり、こうした手法で「わいせつ」画像データを公開した者に、「陳列」行為として一七五条を適用することは困難であると思われる。

先に掲げた「東京海外送信事件」判決では、閲覧者の行為の介入に関し、「閲覧者の行為が介入して初めて閲覧が可能となる場合であっても、その行為が、陳列者の想定したものであり、かつ、閲覧者がその場で直ちに容易に実行できる性質のものである場合には、そのような絵画を展示した段階でその閲覧可能な状況を設定したということができ」とし、二つの条件を満たす場合に、「閲覧可能な状態」を認める旨判示する。しかし、本設例のとき場合には、陳列者が可逆的マスク処理を施した以上、これを外す行為が可能であることを認識していたと考えられようが、「直ちに容易に」という条件を満たすことはないのである。

②―2の方法でも、画像データの可視性は全く失われた状態で「公開」されている。これらを「公開」するホームページには、書庫ファイルへのリンクを示す「タグ」が埋めこまれたHTML文書が置かれていることになり、アクセスする者が、やはりダウンロード、パスワードを入力して解凍、という手順を踏んで、初めて内容が何であるかを知ることができるのである。一般人の感覚として、「陳列」の範疇には入れがたいであろう。

さて、②―1、②―2の場合、それらが「公開」されたホームページにアクセスした者は、わいせつ図画を何一つ見ることはない。見ることを欲せずにアクセスし、見ることを欲しない内容の画像を見せられた「被害者」となるこ

とはない。自らの意思で画像の内容を一切知ることなく、ダウンロード処理を行った場合にのみ、事後に、内容を認識する可能性の一端を手にするのである。ここで「一端」というのは、データにかけられたパスワード、また偽装方式を全て知り得た場合にのみ、内容の取り出しに成功するという意味である。パスワードが必須であることは、①においても同様である。ホームページ作成者が、何らかの方法で「解読」方法を示唆したのなら、<sup>①</sup>いかに複雑な偽装を施そうとも解析は容易となり、上述の問題点は意味をなさなくなる。しかし、一つまたは複数の偽装工作を施し、解析のための手がかりを一切残さずに「公開」する者があったとすれば、これまでの判例の論理を援用することはできないであろう。

「認識可能な状態」を「陳列」の基準とする解釈では、（わいせつ画像らしき）データの存在を認知してから、現実  
にわいせつ性を認識するまで、かかる事後的措施の介入を評価しない。繰り返しになるが、「容易にわいせつ性が顕在化すること」が理由となっている。確かに抽象的危険犯であることから、「認識可能な状態」の作出を以って既遂とすることは理論的に適切であるが、潜在的わいせつ性が極めて複雑な過程、困難なプロセスを経なければ発現しない、既述のごとき例の場合にまで、抽象的危険の存在を認めることには、躊躇せざるを得ない。

更に、②-1、②-2のごとく、（わいせつな部分を持つと思われる）画像は何等表示されることなく、データがデータのままで移転する場合、もはや「陳列」概念に包含することができない以上、「頒布」「販売」と考えることが妥当と思われる。しかしその場合には、これまでの判例に照らし、「その他の物」という要件がより厳格に捕らえられることとなる。語義的に、「頒布」「販売」は、有体物の占有の移転と考えることが通常であり、基になるものが全く変化せずに残り、それと全く同じ複製物が自動的に生成されるインターネット上の現象に、これを適用することは困難であると思われる。<sup>②</sup>

かかる巧妙な手法は、すべて筆者が偶目したものであるが、これをもって今日行われる手段全てを網羅したもので

ないことは勿論である。今、この瞬間にも、何人かの手によって全く新たな方法が開発され、わいせつ情報が発信されているかもしれない。既存の法理では、対応が困難か、あるいは既に「不可能」というべき状態が発生しているのである。しかし、そこで流通するわいせつ情報は、おそらくは受信者の誰かによって、わいせつ性を顕現していることであろう。結果として、ネットワークを通じ、わいせつ情報が流通していることには変わりがないにもかかわらず、最新の技術を用いることで規制を潜り抜けることが可能となる恐れがある、という現実を指摘せざるを得ないのである。<sup>13)</sup>

(1) インターネットの普及以前から、パソコン通信等を通じ、個人が作成したプログラム、提唱した規格が普及し、「de facto standard」として「標準化」する例は多い。企業が開発するソフトウェアではなく、個人によるものは、「フリーウェア」(使用料無料のソフトウェア)として公開されることが多く、必然的に普及も早い。後述する各種マスクも個人または少数のユーザーグループによる発案が一般化したものであり、また「FLマスク」も一個人によって作り出され、またたく間に普及した。したがって、わいせつ性隠蔽のために、新たな技術が開発され、それがネットワークを通じて普及していくことは、当然に予想される。なお、本稿執筆時に利用したソフトウェアについては、特に汎用性が高く普及しているか、あるいは既に既著名であるものを除き、名称を伏せることとする。

(2) コードは、画像ファイル形式の先頭から数バイトの部分に、一六進数で記録される。一六進数を本来の可視的な文字に変換することは比較的容易で、埋めこまれたコードを解読するソフトウェアが存在する。これに対し、コード解読を避けるために、コード自体をでたらめなものに変換したり、あるいはコードを消去したりする技術も存在する。

ところで、現在係争中である「FLマスク事件」の被告人が開発、販売したFLマスクと呼ばれるソフトウェアは、以前からパソコン通信ユーザーによって、画像への可逆的変換方式として用いられていたマスク処理方式の一つの名前を冠したもので、数種類のマスク処理が可能である。現在、事件の被告人は該ソフトウェアを企業に譲渡し、当該企業によって改良された同名のソフトウェアが、「CPマスク」処理機能を持つシェアウェアとしてネットワーク上で流通している。

- (3) 拡張子は、コンピュータプログラムがファイルの種類を特定するための符号で、これを手がかりに、コンピュータにインストールされたプログラムから適当なものを起動し、ファイルを読み込む。つまり、画像の場合は、可視的な状態で再現するという動作が起こる。
- (4) 例えば、マイクロソフトウィンドウズは、単純に拡張子から起動プログラムを決定するので、ファイルのダブルクリックで拡張子を変更されたファイルを開くことは絶対にできない。しかし、JPEGを始めとするファイルには、それぞれ固有のヘッダー情報と呼ばれる符号が、ファイルの先頭部分に埋めこまれる。これを見る、または取り出す技術を持った者ならば、本来の拡張子に修正して、ファイルを開くことが可能となる。
- (5) 筆者の偶目した同種プログラムでは、前註に触れたヘッダー情報が完全に暗号化された。従って、同じプログラムで復元する以外に、元の情報を取り出すことはできなかった。
- (6) 書庫化は極めて一般的な技術で、ZIP、LZHなどいくつかの形式が以前から存在する。市販のプログラムは多くの場合、何らかの方式で書庫化、圧縮されてCD-ROMなどに記録され販売されるが、復元処理は自動で行われるため、ユーザーはその存在を意識することなく利用していることになる。なお、前掲園田「わいせつの電子的存在について」二三ページ参照。
- (7) パスワード設定可能な書庫化プログラムとしては、WINZIPをあげることができる。これは、従来から世界中で広く利用されてきたZIPと呼ばれる圧縮形式を、マイクロソフトウィンドウズで利用するために作られたソフトウェアであり、シェアウェアとして普及した。このWINZIPのパスワード機能は大変強力で、ネットワークで流通する「解読プログラム」を使用しても、数日から数ヶ月の時間を要するような複雑なパスワードを設定することができる。
- (8) JPEGファイルは、数十から数百キロバイトの大きさを持つものが一般的であり、インプラント処理を行うと、埋め込んだファイルの分だけ、サイズが大きくなる。従って、画面に表示される画像に比してファイルサイズが著しく大きい場合、何らかの措置が行われたと推認することは可能である。
- (9) したがって、アクセスと表示との間に殆どタイムラグが生じないことから、画像は「陳列」されていると考えることも可能であろう。蓋し、インターネットを用いて他のサーバーにアクセスする行為と、現実には何らかの画像が展示されている空間を訪れることは感覚的に近似している。卑近な例だが、ホームページの作者は、自らのサイトにアクセスする行為を「訪問」と表現する例が無数に見られる。但し、インターネットの場合、「陳列」行為であっても、相手方にデータの完全な複製が出来上がり、事後に更に

複製、加工等の行為が完全に自由に行えることを考えると、「頒布」「販売」の概念に近いと考えるほうが妥当であろう(前掲山口「情報通信ネットワークと刑法」・一一二頁参照)。

(10) 山口教授は、「ソフトを用いてマスクを外すことはパソコンの知識が必要で仮に容易でないにしても、すでにソフトを入手しているか、入手可能な者であつて、パソコンの知識を有するものに向けて画像が公開された場合には、そのものに関する限りにおいてわいせつ性自体を肯定する余地は十分あるように思われる」(前掲「コンピュータ・ネットワークと犯罪」・七七頁)と述べておられる。教授は、従来型のマスク処理を施された画像データに関する判例を前提にされたものと思われるが、既述のとおり「CPマスク」の場合、この設定、除去が可能なソフトウェアを入手しただけでは、マスクを外すことができない。とすると、かかる画像データが「わいせつ図画」か否か、という根本において、再検討が必要になると考える。

(11) 「鍵」となるパスワードは、使用可能な文字種を桁数乗じた数だけ可能性が生ずるため、やみくもに文字を入力したところで適合することは考えにくい。したがって、アップロードする者が何らかの方法でこれを伝達することが考えられる。方法としては、問い合わせを行った者にemailで直接に伝える、また、ホームページ上に、通常では表示されないようにして記録しておくことなどが考えられよう。ただ、前者の方法ではパスワードを知り得る可能性の範囲が極端に狭まり、「公然性」「不特定性」が失われると考えられる。

(12) これまでの判例においても、「頒布」「販売」と捕らえることがより自然であると考えられるが(前掲本章註(9)参照)、裁判所は全て、「陳列」と判じていることを考えると、「物」の移転を伴わないインターネット上の情報伝達には、「頒布」概念をあてはめることに躊躇がある、と思われる。すなわち、頒布罪の客体は従来、一貫して有体物であったという現実と直面せざるを得ないと考えられる。なお、この点に関しては、園田教授が、前掲「わいせつ物の電子的存在について」・二一九頁で詳細に検討されている。

結局この問題は、インターネットにおけるわいせつ図画問題、いわゆるサイバーポルノにおいて、何がわいせつ物か、という根本の問題へと帰着する(前掲二註(8)参照)。「ディスクアレイ」をわいせつ物とする解釈を取る限り、「頒布」に相当する現象を一七五条で規律することは不可能である。この点に関しては、園田、山口両教授の論争が極めて有意義である。園田教授は、わいせつ「物」である以上、「携帯可能性」をクライテリアと捕らえ(前掲「サイバーポルノと刑法」・六頁)、山口教授は、「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」(前掲「コンピュータ・ネットワークと犯罪」・七四―七五頁)と反論される。更に山口教授は、「こうした物についても「占有」を觀念しうるし、販売目的所持罪の存在を



援用しても、所持可能なものでなければ刑法一七五条の客体になりえないとまではいえない」（同書、七五頁）とされる。だが、少なくとも過去の判例において、頒布の客体とされた物は、わいせつ情報が化体した「有体物」であり、写真や絵画の場合の紙、光学的映像の場合のフィルム、磁気的映像情報の場合のビデオテープなど、「携帯性」を有する有体物であり、容易に複製を作成し得るものであり、更に、「頒布」「販売」を容易ならしめるために、「手交」し得る程度の大きさをもつものであった。そして、こうした事例の客体に共通して、情報が化体した「物」は、概して高い汎用性を有し、わいせつ以外の情報化体にも広く用いられるが、全ての事例において、もっぱらわいせつ情報の授受のために用いられている、という現象面を捕らえることができよう。山口教授の「建築物」との設例は容易に理解し得るが、過去の事例に照らす時、余りに技巧的過ぎるとはいえないだろうか。

園田教授は、この山口教授の批判に対し、重ねて「携帯型の記憶媒体のみを「わいせつ物」と判断することが、表現としての（傍点引用者）ぎりぎりの線だと思われる。」（前掲「メディアの変貌」・一八〇頁）と述べられるが、筆者は全面的に賛成である。

(13) 更に、インターネット上に流されるわいせつ画像のもととなる写真等がいかなるものかについても、考慮する余地があると考えられる。わいせつ画像データは、写真をスキャナ（光学式画像読取装置）でデータ化するか、デジタルカメラで直接被写体を撮影することによって、ネットワークで流通することが可能な状態となる。このうち、写真をスキャナでデータ化する場合、もともとなる写真が問題となろう。蓋し、インターネット上で、複数のホームページに、同一の写真が掲出される例が見いだされる。しかもこれらは、表紙と思しきページにタイトルが付された「出版物」の形態をとっていることが多い。つまり、いずれかで撮影、出版、そして販売されたわいせつ写真集が、もととなっていると考えられるのである。これらわいせつ写真集は、一七五条によって規制される「わいせつ物」そのものであり、当然、国内では販売することはできないが、実際には非公然に流通しているものと思われる。そして、非公然にしか流通させ得ないために、何人かによってスキャンされた画像がインターネット上に流されても、「原作者」は名乗り出てこれを阻止し得ないという状況が生じていると考えられるのである。個人が撮影した画像をもとにする場合も、何人かがこれをダウンロードし、改めてアップロードしたとしても、元画像の作者は、やはり一七五条の規制にかかる画像であるため、転々することを阻止し得ないであろう。公然と掲出、販売が可能ならゆる画像データは著作権法で保護され、無許可での複製掲出は当然に違反行為となり、そのため市販の写真集を取り込んでネットに公開するといった事例が殆ど見られないのと、全く対照的である。

つまり、一七五条が有体物としてのわいせつ物の陳列、頒布、販売行為を禁止するために、法を犯してもこれを行おうとする

者は非公然化せざるを得ず、ネット上での無断複製など著作権侵害行為を放置せざるを得ないのである。地下出版物は、発行規模が小さく、殆ど一般市民が目にする「危険」はないと考えられるから、これに対する一七五条の威嚇は、ある程度(公然化しないという程度で)有効であるといえよう。しかし、インターネットの普及により、原作者者の意図した発行部数を遙かに超える人数がこれらを見ることが可能になり、かえって一七五条による規制がデータ流通を促進するというジレンマが表面化したと考えられるのである。

#### 四 むすび

「携帯性」のある媒体に化体させたわいせつ情報を開示、あるいは移転させる行為を処罰する実績を有する刑法一七五条が、明治四一年以来、相当の効果をあげてきたことを否定するものではない。しかし、爾来九〇年の歳月を閲し、異常な速度で技術が進みつつある今日、解釈の拡張のみをもって現実に対処せんとすることは、既に限界に達している。もし、今日の技術に対応することが可能であるとしても、明日の技術を同様の法理で解決することが可能であるという保障はない。ネットワーク上に現存する「抽象的危険」を一つでも摘み取るという努力に対しては、何人も敬意を表するであろうが、根本に存する解釈の限界を踏み越えてしまったならば、一七五条が持つ在来のわいせつ規制機能そのものにも決して良い影響を与えることはないであろう。

山口教授は一七五条の適用について消極的な学説に対してこう批判される。

インターネット上のわいせつ情報を刑事罰で規制することに対する反対論には、実はわいせつ規制それ自体に対する反対論が含まれていることが多い。なお、インターネット上のわいせつ取締りの困難さを理由とする規制反対論は、十分に考慮すべき内容を備えているが、それだけでは、規制に対する反対論を基礎付けえない。<sup>1)</sup>

確かに、その困難さゆえに規制を放棄するならば、刑法典はその存在価値を喪失するであろう。しかし、困難さが「不可能」といえる段階にまで進みつつあるとしたらどうだろうか。規制「不可能」な状態の出現に対し、解釈を拡張し続けて行けば、いうまでもなく罪刑法定主義は否定される。逆に、「不可能」であるゆえに、何もせずに条文と発生した事態とを放置するならば、刑法の最終手段性が損なわれ、犯罪カタログとしての意味すら失うこととなろう。

本稿では、紙幅の関係上、わいせつ物「陳列」とその周辺の問題点に限定して、拙い私見を述べた。しかし、若干言及した法管轄の問題、客体の問題など、論点は枚挙に遑ない。ここで取り上げたホームページ上のわいせつ図画問題は、「被害者」の積極的行為があつて始めて「侵害」の生じる事例である。したがって、見ることを欲しない人が意図せずに「被害者」となる危険は必ずしも高くない。この危険をゼロにすることは困難であろうが、限りなくゼロに近づける努力は必要であろう。ただし、法的解決ではなく、技術的手法をもってすることが妥当であると確信する。

一七五条のあり方について議論を始めるに、決して早すぎることはない時点まで、現実進展していると考えるものである。

(1) 前掲山口「情報通新ネットワークと刑法」・一二二頁。

(2) 現時点では、「朝日放送ホームページ書換事件」(前掲拙稿・七四―五頁参照)のごとき、文字どおり不特定多数の人々にわいせつ画像を見せるケースに対しては、法的解決が必要なことはないであろう。と同時に、ホームページ開設者には、一層厳重なセキュリティ維持が求められよう。

補註 本稿執筆にあたり、平成九年度北陸大学特別研究助成金の交付を受けた。規程によりここに記す。

本稿執筆にあたり、本学法学部生中本雅子君、村上潤君の手を煩わせた。特記して感謝の意を表す。