



罪刑法定主义的局限性在日本

——以关于日本刑法第175条的判例为题材

(日) 坂口一成

一、导言

笔者曾在国内几所大学进行过学术报告，其题目是《透过案例和司法解释看中国“罪刑法定主义”的实像》。那时候我每次都听到这样的意见：“日本是法治国家”、“日本刑法坚持罪刑法定主义”。但是，依笔者拙见，从法律实践的层面来看，日本的“法治”、“罪刑法定主义”也不尽人意，存在着理想与现实之间的距离。

当然，每个国家都在不同程度上存在理想与现实之间的距离。所以在此意义上，这种距离的存在本身并非重要的问题；而成问题的是，这距离究竟有多大呢？为何产生这样那样的距离？本文将以在日本被称为刑法中最基本的原则、即罪刑法定主义为对象，去探讨拉开理想与现实之间距离的原因。具体来讲，本文以有关日本刑法典第175条的判例为研究对象。

该条规定：“散布、贩卖或者公然陈列猥亵的文书、图画或者其他猥亵物的，处二年以下惩役或者二百五十万日元以下罚金或者科料；以贩卖为目的持有该类物品的，亦同”。判例将该条解释为：“猥亵”是“将性欲无益地兴奋或者刺激，并且害普通人的正常的性害羞感，违反善良的性道义观念”；“猥亵的文书、图画或者其他猥亵物”（将此合称为“猥亵物等”）都要是有体物（所谓“有体性要件”）；“散布”是“将此给与不特定多数的人”；“贩卖”是“给与不特定或多数的人有偿让渡”；“公然陈列”是作出使不特定或多数的人能认识猥亵物等的状态。

其中在司法实践和理论界颇有争议的问题之一就是猥亵物等的有体性要件。因为，一方面有体性要件是将该条和第174条公然猥亵罪加以区别的重要标准，另一方面随着信息技术的进步，它已经成为对猥亵信息进行刑事处罚的制约因素。

第174条规定：“公然实施猥亵行为的，处六个月以下惩役或者三十万日元以下罚金、拘留或者科料”。在此所说的“公然”与第175条的“公然”一样，都是“使不特定或多数的人能认识的状态”。“公然实施猥亵行为”是“将其行为人或者其他人的性欲刺激兴奋或者满意的动作，并且害普通人的正常的性害羞感，违反善良的性道义观念的”。可以说第174条所规制的是猥亵行为的公然陈列。在此意义上，第174条和第175条公然陈列猥亵物等罪的区别在于是猥亵行为还是猥亵物，换言之有体性要件。因而“为了明确规制猥亵信息的第174条与规制猥亵物的扩散和展示的第175条的界限，坚持（第175条的）有体性要件是必要的”。并且，第174条的法定刑比第175条更轻，因此这个区别在司法实践当中有很大的意义。

但是，随着刑法制定之后一百年的信息技术的进步，尤其是如今网络的普及，立法时不可能想象到，不以有体物为媒体的信息传达也成为可能。换言之，没有作为猥亵信息媒体的有体物，也可以将猥亵信息扩散和展示了。在这样的情况下，判例首先为了维持“有体性要件”，将“公然陈列”、“贩卖”等关于“行为”的概念扩张了。现在的情形是，在网上无形的猥亵图像数据泛滥，在社会上出现了将猥亵图像数据上载到网站而将此供不特定多数的网户阅览、以猥亵图像数据为附件将电子邮件送给用户等的行为，对

于这样的行为为很难再维持“有体性要件”。此乃后者所谓的“对猥亵信息进行刑事处罚的制约因素”。

不过，日本的裁判所对于这些行为仍然没放弃适用第175条。那么，裁判所将规制“猥亵的物”的第175条这个大约一百年前制定的刑法规定怎样解释并用以对待这些案件呢？这正是考验日本罪刑法定主义的真实价值的试金石。本文将关于第175条的判例为题材，围绕着“有体性要件”，探讨日本的裁判所是如何适应信息技术的进步的，并从罪刑法定主义的立场来考评其适应方式。

本文首先探讨网络普及之前的判例而评析以前的判例法理，继而对于利用网络案件的判例探讨裁判所怎样对待网络这个新技术，最后表达笔者的观点。笔者认为，本文至少有如下两点意义：（1）日本多数学者指出，日本尽管移植了近代型法律制度，但是其理念还没充分地落实。依笔者看来这样的现象应该在中国也存在，例如中国刑事法方面就有罪刑法定原则或无罪推定原则。这样的现象是中日两国共同的，也是在东北亚共同的。那么，其背景很有可能有着该地区共同的法律文化方面某些原因，而本文将探讨这个问题的开端为目标。（2）在如今的中国理论界，许多学者陆续介绍着很多近代法国家（包括日本）的法制，但是介绍怎样运用法律的作品并不多见。因此，像本文这样介绍在司法实践当中怎样解释法律的研究本身有一定意义。

二、判例的确立

在此将以有代表性的判例为素材探讨裁判所是如何解释第175条的。本文对猥亵信息的媒体物作如下区分：（1）电影胶片；（2）录音磁带等录音物；（3）录像磁带。探讨判例时，首先介绍案情、争论点、判决的要点，然后加以评析。判决或决定名之后括号里的罪名是在判决或决定里认定成立的罪名（本文介绍的所有判例里没有无罪案）。

（1）电影胶片

[1]1926年6月19日大审院判决（公然陈列猥亵图画罪）

本案是刑法施行之后第一次对于猥亵物的有体性有争议的判例。案情是：在一个房间放映猥亵电影胶片供约30名观众观看。

本案争点是：①何为“猥亵图画”？②何为“陈列”？对于此两点，辩护人在上告理由中主张：①电影并非物体而是影像，因此不能认为是“猥亵图画”；②既然如此，电影不会占空间因而也不能认为是“陈列”。

对此主张，裁判所阐述判决的理由为：“并非将放映而显出来的影像当作该条所谓的图画或者其他猥亵物”，“放映电影是依靠其所放映的东西来能认识其内容的状态，因此可以说是陈列电影”。即对于①而言，猥亵图画并非其所放映的影像而是“电影胶片”，而对于②而言，“放映是陈列猥亵物的一个手段”，以用“放映”这个手段来“能认识（其内容）的状态”为“陈列”。

在此可以确认两点：第175条的客体（即中国刑法所说的“行为对象”，下同）是作为“有体物”的“电影胶片”（即信息的媒体物），而并非影像（即信息）；“陈列”是作出可认识其内容的状态。另外在此还需要指出，辩护人在上告理由中还主张：“我们认为制定刑法时的立法者完全没想象到电影，按照条文刑法第175条没有包括电影这一点是很明显的”。即他们主张电影是出乎立法者的意料的，已超过条文所设想的范围。不必亲眼看得到猥亵物等的“公然陈列罪的扩张在此已经开始了”。

[2]1966年3月10日名古屋高裁判决（以贩卖为目的持有猥亵图画罪）

案情是：以贩卖为目的持有未显影的电影胶片。如果被告人持有的是已显影的电影胶片，按照[1]判决的逻辑，应该被认定为是猥亵图画。但是，在本案中电影胶片是未显影的。为此，辩护人主张：“除了经过科学处理，（未显影的电影胶片）不可能放映出影像，因此不可能将其当作是猥亵图画”。

对此裁判所认为：“依靠视觉不能认识到的未显影的电影胶片果真是猥亵图画这一点并非没有异议”，但是“（猥亵）电影胶片尽管是还没显影的，但是它毕竟是已经带着潜在猥亵性，这个显影又很容易，并且未显影的也可以散布或贩卖。因此，将其理解为相当于刑法第175条所规定的散布罪、贩卖罪和以贩卖为目的持有罪的猥亵图画是妥当的”。其理由是①带有潜在猥亵性、②比较容易地显影出猥亵性和③未显影的也可以散布或贩卖。

在此需要指出的是：在判决旁论里指出过“如果是未显影的电影胶片的话，不可能想象成立公然陈列罪的情形”，即潜在猥亵性是只有在散布、贩卖和以贩卖为目的持有的范围内才能存在的。反过来讲，对于陈列时要显出猥亵性的公然陈列罪而言，潜在猥亵性这个理论不可能成立。

(2) 录音磁带等录音物

[3]1971年12月23日东京高裁判决（贩卖猥亵物罪）

案情是被告人贩卖了将猥亵的声音等录下来的录音磁带。本案并非对于这种行为适用第175条贩卖猥亵物罪的第一个判决，但是此前的判决都没有阐述过为何将录下猥亵的声音等录音磁带能理解为猥亵物。本判决首次阐述其理由：即“声音确实是无形的，但是如在本案里将会话、声音等录下于磁带而将其固定下来后，通过放此磁带，依靠听觉能认识到其内容的物，与如电影胶片、照片、小说等依靠视觉即能认识到其内容的不异，因此，如果在其内容上该当是猥亵的，将其理解为相当于刑法第175条的‘猥亵的文书、图画或者其他猥亵物’是妥当的”。

本判决的看法很明显：“即使是声音，将其固定于物并且能放的话，可以将其物认定为猥亵物，即信息的媒体物也是猥亵物”。

[4]1991年12月2日大阪地裁判决（贩卖猥亵物罪）

案情是：被告人将猥亵的声音作为数字信号而录下于录音机器之后，通过一种收费提供信息电话服务的方式来将其提供给打电话过来的不特定多数的客户所听。笔者认为本案的争论点是：①何为“猥亵物”？②将猥亵的声音供不特定多数的客户所听是否相当于“公然陈列”？③每个客户在不同的时间和地方个别地收听的能否也认为属于“公然”？（但是本判决对于③什么也没说）。

对于①，判决首先揭示“将猥亵的声音录下的物相当于刑法第175条所规定的文书、图画之外的猥亵物”，并指出：因为将猥亵的声音录下于录音机器，所以“有没有公然陈列的问题，并非在于磁带本身，而在于将猥亵的声音一旦作为数字信号来录下的录音机器”。换言之，判决所说的猥亵物还是作为有体物的录音机器，而并非作为其内容的声音。

对于②，判决指出：“公然陈列”是“作出使不特定或多数的人能收听录下的内容的状态”。这里的“陈列”概念是与在如电影胶片等依靠视觉来认识其内容的“陈列”概念一样解释的。

本判决有如下四个要点：第一，本判决所说的猥亵物并非信息而是信息的媒体物；第二，本判决认为“陈列”可以包括依靠听觉来认识的情况。对此在理论界有如下异论：“‘陈列’这个词的意思本来是‘为了给人看而摆’”；第三，本判决认为，没认识到“猥亵物”本身也可以成立“陈列”。以前是能认识猥亵的内容的同时，能认识“猥亵物”本身，比如放映猥亵电影胶片、放猥亵录音磁带等。但是，本案的电话服务（包括之后的电脑通信和网络）使信息可以脱离媒体物而独自传达了。至此，没认识到“猥亵物”本身也能认识猥亵信息了。因此，可以说本判决是“随机应变”的，这样的判断使有体性要件变得有名无实了；第四，本判决认为每个客户在不同的时间和地方个别地收听的也属于“公然”（所谓“同时性”和“同地性”）。对此在理论界有这样的批评：即“公然性……要有多数人‘同时’认识其内容的可能”，因此本案缺乏公然性的要件。

(3) 录像磁带

[5]1979年6月22日大阪地裁堺支部判决（贩卖猥亵图画罪）

在本案解释上特别有争议的是对于如下两种行为能否成立贩卖猥亵图画罪：①被告人有偿地将自己所有的猥亵录像磁带或猥亵电影胶片复制到客户所有的空白录象磁带的行为，②被告人有偿地将他人所有的猥亵电影胶片复制到客户所有的空白录象磁带的行为。尤其对于②而言，其行为的实质是有偿复制服务（），既然如此，该行为只不过是信息的转移而已（不过，判决对两个行为都肯定了成立贩卖猥亵图画罪）。

首先，判决指出关于“散布”和“贩卖”的解释：“‘散布’指的是‘将猥亵物无偿地交给不特定或者多数的人’”，而“‘贩卖’指的是‘将猥亵物有偿地转让（买卖或者交换、承包等约定转让猥亵物的所有权而将此交付——原文）给不特定或者多数的人或者除了这之外将猥亵物有偿地交给不特定或者多数的人’”。即两者的界限在于无偿或有偿，前者是“无偿交付”，而后者则是“有偿交付”。

但是最高裁判例从来没讲过“散布”要是“无偿”的。对于“贩卖”概念最高裁曾经解释为“对于不特定或者多数的人的有偿转让”。按照最高裁判例，“贩卖”是给付代价而获得标的物的所有权的行为。但是，本判决除此之外还将“有偿交付”加入到“贩卖”内。换言之，本判决不以“所有权的转移”为“贩卖”的要件，在此点上本判决扩张了原有的“贩卖”概念，而此扩张即将发挥作用。

其次，判决对于①指出：“应该说是签订了复制猥亵录像磁带的承包合同，并基于此合同将复制后的猥亵录像磁带交付给客户，而在此虽然作为发包方的客户供给了空白录像磁带，但是主要材料是被告人供给的，因此，此合同的内容是被告人首先获得该猥亵录像磁带的所有权，然后将此转让给客户的”。即判决认为：①是复制猥亵录像磁带的承包合同，而基于此承包合同，复制后的录像磁带首先归属于作为主要材料提供者的被告人。既然被告人有录像磁带的所有权，将此有偿地转让给客户的行为就是“贩卖”。

最后，判决认为②也是与①同样的承包合同而指出：“在此应该说客户提供了主要材料，因此该猥亵录像磁带的所有权归属于客户，……此行为不相当于如上所述的猥亵图画转让，但是应该说相当于该图画的有偿交付”。在此虽然不能采用对于①所采用的理论构成而主张所有权转移的存在，但是本判决认为基于被告人将复制后的录像磁带交给客户的行为就是“交付”，而下了②也属于“贩卖”的结论。

在此需要指出的是，本判决以作为信息的媒体物的转移为媒介将“无形的信息的转移”理解为“贩卖”。此论理虽然坚持着“有体性要件”，但是为此扩张了“贩卖”概念。

[6]1990年4月13日富山地裁判例（以贩卖为目的持有猥亵图画罪）

案情是：被告人持有猥亵录像磁带（原本），接受过不特定多数的客户的要求而将此复制到自己所有的空白录像磁带之后卖给他们（对于作为原本的猥亵磁带属于猥亵图画和以贩卖为目的持有复制的猥亵录像磁带属于以贩卖为目的持有猥亵图画罪这两点没有争议）。本案的争论点是：对于持有专门为了制造复制品而用，并且没有意图贩卖的作为原本的猥亵录像磁带的行为能否定为以贩卖为目的持有猥亵图画罪。在日本理论界将这样的贩卖目的称为“间接贩卖目的”。对此本案的辩护人主张，被告人的行为“只不过以贩卖为目的持有猥亵的信息，而信息本身并非有体物”，因此不能成立这个罪名。

对此主张判决指出：因为过去制造复制品很困难，所以将以贩卖复制品为目的持有原本的行为作为以贩卖为目的持有而“处罚的必要比较低”。但是，在制造复制品不难的今天，“尽管只为原本而用且无意图贩卖，但是猥亵物在社会上流传的危险性比较高，其危险性与持有贩卖的标的物的行为没什么两样”。换言之，裁判所认为制造复制品变得容易了，因此发生了将本案的行为作为以贩卖为目的持有猥亵图画罪“处罚的必要性”。

本判决并没有提起第175条的解释论而说其解释“并没有违背文理”。“即使限于以贩卖为目的的解释，成为第175条后段持有罪的处罚根据的也只有信息的流传”。

（4）小结

通过本章的探讨，将判例关于第175条的解释作如下总结。

首先，作为第175条的客体的猥亵物等必须是有体物。裁判所从[1]判决以来始终坚持这一点。但是，作为猥亵物等的有体物本身在外观上不必具备猥亵性，只要其内容上具备猥亵性就可以认定为猥亵物等。并且，如果是“散布”、“贩卖”和“以贩卖为目的持有”的行为，即使不能当时认识到其猥亵内容，只要经过一定的操作之后能认识就可以将此认定为猥亵物等（参见[2]判决）。反之，“潜在猥亵性”不能适用于公然陈列罪。因为，该罪只有在陈列时显出猥亵性才能成立这个罪名。

其次，虽然对于猥亵物等的概念严格地坚持文理解释而导出有体性要件，但是对于行为类型（“散布”、“贩卖”、“公然陈列”和“以贩卖为目的持有”）则进行目的论解释。比如，“陈列”的意思本来是‘为了给人看而摆’。但是，在[1]里尽管直接看到的是影像，但是裁判所认为放映是陈列的手段，而被告人所陈列的是电影胶片。再如[4]判决将“公然陈列”理解为“作出使不特定或多数的人能收听录下的内容的状态”。另外，对于“贩卖”或者“以贩卖为目的持有”也进行目的论解释。

那么，日本的裁判所为何对于行为类型进行目的论解释？笔者认为这里面有如下看法：即该条的实质规制对象应该是猥亵信息，但是，从文理解释来讲该条不能规制信息本身，因而只能规制信息的媒体物。可见，有体性要件“是（从持续性的观点所要求的）外在性约束，因而已经包含了将信息本身为客体的看法”。所谓“潜在猥亵性”也属于此观点的延伸。在此意义上，有体性要件已经只不过是形式上的（[6]判决的论理是此之最）。

而依笔者拙见，日本裁判所采取这样解释的原因就在于如下考虑：尽管立法没跟上信息技术的进步，但是猥亵信息还是要规制的，即基于当罚性将条文扩张地解释。从罪刑法定主义的严格解释的角度来讲，这样的解释是有疑义的，在此不必一一赘述。在下一章，利用网络的案件的出台导致如上判例更大的动摇。

在此所探讨的案件可以大致分为如下两种：一种是将猥亵图像数据在服务器里保存之后，供通过电脑通信或者网络访问该服务器的用户阅览的行为。还有作为此亚种，对于猥亵图像数据作遮罩处理之后实行如上行为的；另一种是将猥亵图像数据作为电子邮件的附件发送到用户的接收邮件服务器的行为（以下，本文将第一种称为“下载数据类”，将第二种称为“发送邮件类”）。

先在此明示有关此两种类型的争论点。关于下载数据类有如下争论点：①按照有体性要件，无形的数据不会成为猥亵物，那么，在此类型案件中何为“猥亵物等”？；②将猥亵图像数据供不特定多数的客户阅览属于“散布、贩卖”还是“公然陈列”？从技术的角度来讲，在此情况下，客户所看到的猥亵图像并非是在服务器的硬盘上所保存的，而是先将服务器的硬盘上所保存的猥亵图像数据下载到自己的电脑的硬盘而保存的。因而，按照原有的判例此类型将不能说是“公然陈列”。同时，没有有体物的转移，因此又不能说是“散布”或者“贩卖”；③对于此一点，裁判所认为属于“公然陈列”。有的判决沿袭着原有的判例而将公然陈列理解为作出可认识信息的状态，也有的判决指出还需用户的阅览行为。后者是将一直理解为抽象危险犯的该罪理解为他人行为介入的结果犯。因此，何时能认定为公然陈列的既遂就成了争论点；另外，对于猥亵图像数据作遮罩处理的案件里，除了如上3点之外，还有④既然“适用陈列罪要在陈列时从猥亵物能认识到其猥亵性”，对于此案件能否适用公然陈列罪？

而发送邮件类有如下争论点：①与下载数据类同样的理由，何为“猥亵物等”？②此类行为属于“散布、贩卖”还是“公然陈列”？

（1）下载数据类

在此首先探讨被称为“京都アルファネット事件”的案件。此案虽然并非此类型的第一个判决，但它是第一次上告到最高裁而对于上述的争论点①—③第一次明示其判断的。再者，除了此案之外，任何此类案件还没上告到最高裁，多数的案件一般第一审以后不控诉而直接发生法律效力。因而本文从此案的第一审来开始探讨（[9]—[11]）。其后，将探讨对于猥亵图像数据作遮罩处理的此类案件（[12]—[13]）。

[9]1997年9月24日京都地裁判决（第一审）

本判决所认定的事实是：被告人将猥亵图像数据在服务器的硬盘上保存之后，作出了使拥有电脑通信设备的不特定多数的用户能阅览该猥亵图像的状态，将该数据发送给访问该猥亵图像信息的不特定多数的人而使他们再生阅览。在公审里特有争论的是对于此行为能否成立猥亵物公然陈列罪。

本判决指出如下理由而肯定其成立该罪：“只要将图像数据下载而再生，就很容易地显出（猥亵图像）在证据上也是很明显的，因此可以认为在本案中的猥亵物是保存猥亵图像数据的特定硬盘。其理由与录下猥亵的影像的录象磁带相同。只不过本案的硬盘……必要更复杂的操作和机器等而已”。

在此需要注意的是如下两点：本判决明示猥亵物是保存猥亵图像数据的服务器的硬盘；本判决作为“公然陈列”指出用户的再生阅览行为。

[10]1999年8月26日大阪高裁判决（控诉审）

本案辩护人在控诉旨趣书主张原判决在认定“猥亵物”和“公然陈列”上错误地解释适用第175条：在本案中要阅览猥亵图像就不可缺少下载图像数据后将该数据在自己的电脑里保存下去，然后用图像阅览软件浏览该图像数据文件等的客户的行为。即在这些客户的行为实施之前（上载后），在原判决认定为“猥亵物”的服务器的硬盘只不过“外面被金属覆盖着的机器”，并且其猥亵图像数据是不可见的。按照名古屋高裁判决（本文的[2]），不可见的物不会成为公然陈列的对象。因此，不能认为在上载时公然陈列猥亵物。还有原判决以“使他们（指的是客户）再生阅览”作为实行行为的一部分，这在将一直认为是抽象危险犯的本罪理解为他人行为介入的结果犯这点上也是不妥的。

但是本判决没有采纳辩护人的意见而驳回控诉，其理由如下：首先，本判决以①“在规范性意义上”将其可以当作是图画、②极为容易地阅览图像以及③虽然客户所阅览的图像数据并非在服务器的硬盘上所保存的，而在客户自己的电脑的硬盘上保存的，但是两者毕竟有同一性的这三点为据，认为本案的硬盘相当于“猥亵物”。

其次，本判决先就“公然陈列”概念，认为“要认定公然陈列猥亵物，有作出使不特定或多数的人能阅览此的状态就足够了”，然后指出因为“将数据在显示器上作为猥亵图像显出而作出使客户能阅览的状态，从而使猥亵图像在社会上能广泛地传播，而作出健康的性风俗有可能受到公然地侵害的状态”，“不

能认为“同地性”和“同时性”成为本罪的不可缺少的要件”，所以被告人的所为相当于公然陈列。

最后，作为如上解释“公然陈列”的归结，“原判决认定指出……发送数据而让客户阅览不应该认为是作为达成既遂的不可缺少的要素而认定指出，而只不过作为在本案中被告人公然陈列猥亵物这个罪行所包括的有关犯罪情形的结果部分，具体认定而指出而已”。

笔者认为此案的要点有如下四点：①本案的“猥亵物”是保存猥亵图像数据的硬盘；②“公然陈列”的理解与原有的判例相同，是“作出使不特定或多数的人能认识猥亵物的状态”；③本判决的“作出健康的性风俗有可能受到公然地侵害的状态”，以法益侵害为媒介扩张地解释“能认识的状态”；④原判决所认定的客户的再生阅览行为并非作为“公然陈列”行为的一部分，而是为了指出其罪行的严重性。

[11]2001年7月16日最高裁决定（上告审·驳回）

本决定驳回上告而根据职权判示了如下三点：①保存猥亵图像数据的所谓电脑网络的服务器的硬盘相当于刑法第175条所规定的猥亵物；②刑法第175条所规定的“公然陈列”猥亵物是作出使不特定或者多数的人能认识其猥亵内容的状态，而没有必要作出经过某些行为而立即能认识其猥亵内容的状态；③在所谓电脑网络的服务器的硬盘上保存猥亵图像数据，不特定多数的会员用自己的电脑来下载该图像数据之后，用图像阅览软件作出能再生阅览其图像的状态相当于刑法第175条所规定的“公然陈列”猥亵物。

笔者认为本决定的要点有如下两点：一是，本决定仍坚持着猥亵信息的媒体物就是“猥亵物等”这一解释；二是，对于“公然陈列”概念，本决定所采用的解释在表面上似乎与原有的解释无相异之处，但有一点大不一样，即本决定在原有解释的基础上还加上了“没有必要作出无需某些行为而立即能认识其猥亵内容的状态”这个要件。反过来讲，按照此解释，有必要“某些行为”而经过一定时间之后才成为“能认识的状态”也属于“公然陈列”。在此一点，可以说最高裁扩张了“公然陈列”概念本身。笔者认为此背后有：在利用电脑通信的下载数据类里，为了阅览猥亵图像不可缺少客户的行为；在利用网络的此类里也仍然必须有客户的行为，尽管其行为一般自动地进行。在下面将探讨的对于猥亵图像数据作遮罩处理的案件里也要客户的行为。

[12]1997年2月17日大阪地裁判决（公然陈列猥亵图画罪）

本案是关于对猥亵图像数据作遮罩处理的案件的第一个判决。本案中所使用的是被称为“FLMASK”的遮罩处理软件。

本判决的内容如下：被告人用该软件来对猥亵图像数据作遮罩处理之后，在服务器的硬盘上保存遮罩处理过的该图像的同时，将“FLMASK”的下载方法以及只要用该软件就不难复原图像的消息都在该硬盘上保存下来，而作出使不特定多数的人接受该数据、复原图像而能阅览遮罩处理之前的图像的状态，使访问该数据的不特定多数的人接受到该数据而再生阅览该猥亵图像，从而公然陈列了猥亵图画。

本案的要点有二：一是，本判决不仅指出了在其硬盘上保存了猥亵图像数据，还指出了在其硬盘上保存了只要用“FLMASK”就“不难复原图像的消息”。依笔者拙见，本判决特意指出了这一点的原因在于，要明示本案具备作为“潜在猥亵性”的要件之一的“复原的容易性”（参见[2]判决）。二是，可以理解本判决将“公然陈列”解释为包括客户的再生阅览行为。

[13]1997年12月15日冈山地裁判决（公然陈列猥亵图画罪）

案情与[12]案大致一样。本判决阐述如下理由而肯定其构成该罪。

首先，本判决认为“猥亵图画”为猥亵图像数据本身：即“陈列的猥亵图画应当理解为作为信息的图像数据，而并非是服务器。作为有体物的服务器是毫无猥亵性的物，因而将其理解为猥亵物太过不自然和牵强”，“在科技飞速发达而不断发明出制定刑法时任何人意料不到的信息通信机器的今天，不仅不存在将包括猥亵图画在内的猥亵物限定为有体物的根据，而且不存在可以将猥亵物理解为包括信息数据在内的刑法解释根据”。归根到底，本判决说有体性不再是“猥亵物等”的要件。

其次，本判决将“公然陈列”理解为“作出使不特定多数的人能阅览的状态”。本判决还指出了被告人使客户“再生阅览”其图像，但是依笔者拙见这是为了指出其情节的恶劣。

最后，本判决以“尽管对于图像作过遮罩处理，但是如果任何人能在自己所在的地方、立即、轻易地复原图像的话，可以将其图像视为与没有作过遮罩处理的一样”为由肯定了遮罩处理过的猥亵图像本身带有猥亵性。

本判决的要点是有体性不再是“猥亵物等”的不可缺少的要件。但依笔者浅见，采用有体性不要说的判决只有本判决，而除此之外都采用了有体性必要说。因而，可以说本判决对于何为猥亵图画这个问题的

观点属于极为例外。

小结

借最高裁之词，对于下载数据类的问题日本的裁判所所站的立场可以作如下总结：首先对于①何为猥亵物等，判例认为是“保存猥亵图像数据的所谓电脑网络的服务器的硬盘”。[13]判决认为图像数据本身就是猥亵图画，但是如上所述其观点属于极为例外。

其次对于②将猥亵图像数据供不特定多数客户阅览的行为属于“散布、贩卖”还是“公然陈列”，此文所探讨的判决和决定都认为属于后者（其实笔者查过的判决也都是）。其理由是：下载数据类“的实质并非‘陈列’，而是刑法没设想的‘信息的散布、贩卖（传达——原文）’”。但是，“成立猥亵物的散布或贩卖，就要有作为客体的‘物’本身的有偿或无偿地‘交付’，在网络上因为不以物为媒体，所以不可能散布或贩卖猥亵电子信息”。因此“在网络上，将贩卖猥亵图画行为不理解为犯罪，而将猥亵图画供不特定多数的人阅览的行为作为‘公然陈列’处理”。要而言之，采用散布或贩卖的构成就会因没有有体物的转移而不能成立罪名，因此适用“公然陈列”。

再次对于③何为公然陈列的既遂时，下级审的理解有分歧。但是最高裁在[11]决定里将“公然陈列”解释为“作出使不特定或者多数的人能认识其猥亵内容的状态”。换言之，最高裁认为公然陈列猥亵物等罪是抽象危险犯，从而作出能认识猥亵内容的状态时该罪就达到既遂。就此一点最高裁沿袭了原有的判例。不过，认为“公然陈列”“没有必要作出无需某些行为而立即能认识其猥亵内容的状态”这一点，扩张了原有的判例。即[2]判决的旁论所指出的内容意味着成立“公然陈列”就要陈列时显出猥亵性，但是，最高裁所采用的解释是陈列时不必立即显出猥亵性。

最后，最高裁这样的解释也关系到④对于将猥亵图像作遮罩处理的案件能否适用公然陈列罪。下级审判决都认为尽管将猥亵图像作过遮罩处理，如果能容易地复原图像的话，就肯定陈列时具有猥亵性（[12]判决和[13]判决）。如前所述，此类案的情形与[11]案的情形不一样，因而最高裁的判断不直接约束下级裁判所，但是，按照最高裁决定的逻辑，笔者认为这样的下级审判决将被最高裁肯定。

这样，判例都坚持着对于“猥亵物等”的有体性要件，尽管把握的过于形式。对于“公然陈列”则恰恰相反采用了目的论的扩张解释。但是，笔者认为，判例所坚持的两点：①即使在陈列时不能立即阅览，但如果很容易阅览的，就肯定其成立“公然陈列”和②以复原的容易性为据肯定遮罩处理的图像的猥亵性，违背罪刑法定主义的严格解释原则，尤其是后者，其推理属于类推解释。另外，虽然坚持着有体性要件，但是以服务器的硬盘作为“猥亵物等”的解释，“太过不自然和牵强”。在接下来的（2）与此类型不同，不存在服务器的硬盘，是不存在被认为“猥亵物等”的有体物的案件。

（2）发送邮件类

[14]2000年7月6日横滨地裁川崎支部判决（贩卖猥亵图画罪）

本判决对于此类行为肯定了成立贩卖猥亵图画罪。其理由如下：“作为本罪的保护法益的健康的性风俗，不管信息的媒体是否‘物’，都会被猥亵信息内容所侵害。尽管如此，一直认为以有体物作为‘猥亵的文书、图画或者其他猥亵物’的构成要件的理由之一，……（如脱衣舞那样，只是猥亵信息）其展现时间极短而其本身不具备可传播的固定性，从而侵害性风俗的危害不会达到本罪所预定的程度而对于此行为仍然要适用法定刑较轻的公然猥亵罪，因此为了划清两者界限就必要此要件。……（但是，电子邮件系统）在整个社会普及的情况下，可以说整个电子邮件系统发挥如录像磁带那样作为信息的媒体的作用，从而已经具备与将猥亵图像数据载于媒体物上一样的固定性和可传播性。……可以理解因为将本案的图像数据载于在网络上的电子邮件系统这个媒体上，因此将此视为与载于有体物一样而认为相当于‘图画’……”。

要求有体物性的第二个理由是，除了有体物之外就不能认为有所有权的转移，从而导致模糊‘贩卖’概念。但是，只要采用了如上的理解，虽然没有图像所载的媒体本身的所有权的转移，但是也可以认为有作为电子的信号的数据的转移……”。

依笔者拙见，本案所取的解释之要点有二：其一，本判决将“电子邮件系统”理解为猥亵图画；其二，本判决认为，虽然作为信息媒体的电子邮件系统没有所有权的转移，但是有图像数据的转移，因而肯定其成立第175条所规定的“贩卖”。对于前者而言，可以说其逻辑属于类推的推理。很明显，“视为与载于有体物一样”这一判词表明着本案已经超过了条文所预定的情形。而对于后者而言，以图像数据的转移为据肯定了贩卖猥亵图画这一解释也超过了原有的判例。从表面上来看，似乎要展开维持有体性要件的解

释，但是本案的解释实质上却已经放弃了此要件。正如园田教授所指出的那样：“（判例的）处罚的逻辑已经破绽了”。

另有一点需要注意的是，本判决为作此解释，在判决里首先就指出了本罪的保护法益以及立法时与现在的技术差异（[15]判决也从保护法益以及立法时与现在的技术差异起论）。但是笔者认为，这些事情不能成为将“电子邮件系统”包括在“猥亵物等”内的论据。按照罪刑法定主义的宗旨，发生了这些情形，就要用立法（包括修正）来解决。

[15]2000年11月24日横滨地裁川崎支部判决（贩卖猥亵图画罪）

本判决对于此类行为也肯定了成立贩卖猥亵图画罪。本判决指出：本案是“将与自己的电脑所保存的猥亵图像一样的猥亵图像置于收费会员的电脑上使其显出，而通过网络将猥亵图像数据的文件发送给他们。其文件保持着一定的内容而送给他们，因而它具有固定性，从而绝不会模糊贩卖概念”。并且，对于其图像文件而言，通过将它打印、在CD-R光盘上刻录等方式来可以传播，因此这与刑法第174条的宗旨不合，属于应该适用第175条的情形。再说，如今通过网络买卖各种各样的文件并非罕见的事，因而即使将“猥亵物等”进行扩张解释而使本案该当于刑法第175条，也绝不能认为是“不可预料的突然袭击”。

在此需要注意的是，本判决没有明显指出何为本案的“猥亵图画”。从“将保存猥亵图像数据的文件发送给他们”之词，可以认为本判决所说的“猥亵图画”是“文件”。但是，“文件”与猥亵信息一样是无形的数据，并非有体物。有体性要件是对第175条的文理解释所导出的，因而放弃此要件就是违背文理的解释，而并非罪刑法定主义所允许的。

小结

判决都肯定了对于此类行为成立贩卖猥亵图画罪。如前所述，在此类案件中如下两点就存在争议：第一点是何为“猥亵图画”；第二点是此类行为属于“散布、贩卖”还是“公然陈列”。

对于第一点，[14]判决认为“电子邮件系统”“视为与载于有体物一样而认为相当于‘图画’”，而[15]判决没有明显指出何为“电子邮件系统”。前者采用的类推的推理，并且“电子邮件系统”不会是有体物。而对于后者而言，如前所述，如果说“文件”就是“猥亵图画”的话，也属于“并非罪刑法定主义所允许的”。依笔者拙见，在此类案件中，根本不会存在有体物的转移，因此要维持有体性要件，只能判处无罪。

对于第二点，两个判决都认为此类行为属于“贩卖”。此类案件与下载数据型不同，“不特定多数的人不能直接访问本案的图像数据”（参见前揭(55)），因此对于此类行为不能成立公然陈列猥亵物等罪。而要说“贩卖”（或者“散布”），就要有有体物的“交付”，这不仅是对于下载数据型适用公然陈列猥亵物等罪的理由，而且也是判例始终坚持的立场。既然此类行为不存在有体物的“交付”，按理说“贩卖”就根本不会存在。因而将“电子邮件系统”视为“与载于有体物一样”这个理解正是属于类推的推理。

对于此类案件，对“客体”以及“行为类型”的解释都和原有的判例相距甚远。认为判例理论都破绽了也非言过其实。

四、结语

在日本理论界，对于类推解释，虽然理论上认为“按照罪刑法定主义的原则，如果某种反社会性的行为是否属于既存的刑罚法规所预设的类型存在疑义时，法院不应将该条适用于该行为，而应根据立法府的判断进行解决”。但是，司法实践当中“有这样的倾向：对于有超过社会通念‘框架’之嫌疑的有争议的案件（检察官）一旦提起公诉，法院就下有罪的判决。……如果（法院）对于提起公诉的案件下了有罪判决，就没有必要修改法律了”。换言之，严格地按照罪刑法定主义的理论，裁判所对于灰色的案件应该判无罪而等待立法上的解决，但是在司法实践里，裁判所对于这样的案件判有罪，而它一旦判有罪，立法府就不进行立法。

依笔者拙见，在本文所探讨的案件里也可以看到日本司法实践的这些倾向。在第1章所探讨的多数案件，至少可以说“是否属于既存的刑罚法规所预设的类型存在疑义”。明显的例子有：将放猥亵的声音理解为“陈列”的[3]和[4]；将每个客户在不同的时间和地方个别地收听的理解为“公然”的[4]；在形式上判断有体性要件而将复制猥亵录像磁带，即猥亵信息的转移理解为“贩卖”的[5]；肯定“间接贩卖目的”的[6]等。笔者虽然还不敢肯定说将这些解释是类推解释，但是至少可以说是有悖于严格解释的。

随着利用网络的案件的出现，对于“是否属于既存的刑法规则所预设的类型”的疑义更加强了。比如说，以复原的容易性为据肯定遮罩处理的图像之猥亵性的[12]和[13]都已经超过了原有的判例。不过除了这点之外，可以认为对于下载数据类的判决和决定都还沿袭着原有判例的基本理论：猥亵信息的媒体是“猥亵物等”；作出可认识其内容的状态是“公然陈列”。因此，对于此类型，除了否定扩张“公然陈列”概念的[1]判决，不能不承认成立犯罪。

但是，至于发送邮件类的案件，根本不能认为猥亵信息的媒体物为“有体物”，从而也不能认为存在“物的转移”，因此按照原有的判例不可能将这类行为认定为贩卖（或者散布）猥亵物等罪，即对于此类型案件沿袭不了原有的判例。但是，日本的裁判所对于此类型案件肯定了成立贩卖猥亵图画罪。如前所述，[14]和[15]所揭示的解释已不是“是否属于既存的刑法规则所预设的类型”的问题，而是类推解释。

由上可见，日本的裁判所为了对付信息技术的进步而极为“灵活”地解释着原有的法律。如上所述，在笔者的眼中属于类推解释的也不少。但是，多数学说支持着上述的裁判所的解释，除了发送邮件类之外。其背后有如下看法：“在明治时代制定的现行刑法定主义对付不了最新的高科技是很自然的，如果要将其妥当的结论与通常的语义之间的差距控制在最小的范围内，虽然作为文理解释不能不有可疑之处，但是在现有的情况之下只好将‘在有体物上固定下来的显出猥亵图像数据的信息’理解为猥亵图画或者猥亵物”。

日本的学说就整个判例的倾向指出：“随着新技术的出台，出现了立法者根本没有预想到的危害社会的行为时，日本的裁判所富有如下倾向，即以保护法益和该行为的当罚性为由，对于原有的构成要件进行目的论的扩张解释而处罚该行为”；“在德国用立法来寻求具体妥当的结论，在日本判例则企图用‘灵活的解释’来妥当地解决”。并且有的将这些判例的倾向称为“刑法解释之‘日本型’”、“日本的规范意识”而积极地评价。

但是，这些判例的倾向和支持这些倾向的学说悖于罪刑法定主义是不必一一赘述的。平野龙一教授揭示了问题的核心：“现在罪刑法定主义被认为是理所当然的原则。没有人正面否定它。但是在我国并非没有一方面倡导罪刑法定主义，而另一方面在解释各个规定时不一定忠实于它的人。将日本和德国相比，我想至少两者之间对于罪刑法定主义的感觉有所差别，即我国对它的重视比较不够”。

另外，对于裁判所为何采用“灵活的解释”的问题，有的指出立法不机动为其理由。相反，也有的指出“我国的判例的问题在于，包括刑法和刑事诉讼法，采用‘过于灵活的解释’，从而削减立法能源”。“立法不机动”和“过于灵活的解释”是紧密联系在一起，都成为实现罪刑法定主义的障碍。至于两者之间因果关系的先后笔者在此难于回答，但是，既然“如果（法院）对于提起公诉的案件下了有罪判决，就没有必要修改法律了”，反过来讲，如果（法院）对于提起公诉的案件下了无罪判决，就出现修改法律的必要，因此笔者认为，“过于灵活的解释”就是更深层的问题。笔者赞成如下看法：“尽管本来应该修改刑法而纳入到刑法典，但是判例和学说超出解释论而将立法论作为解释论展开，它们的这些对应方式本身就是很大的问题”。

由上可见，日本的罪刑法定主义里存在着“过于灵活的解释”这一很大的问题。那么，为何出现了这个问题呢？笔者认为，回答这个问题的一个重要的关键就是“追求具体妥当性”这一思考方式。即“日本人的法律意识里不存在法与衡平的矛盾，而常常强烈地追求具体妥当的结果，即立足于衡平的解决。个别的正义（Einzelfallgerechtigkeit）才是作为法律的真正的实现被希求。人们将照条文语义适用法律批评为墨守成规或者僵硬地运用法律，而赞扬合情的灵活的解释和适用”。可以说本文所探讨的判例也有这些倾向。基于处罚的必要而灵活地解释法律这一倾向正是其佐证。这些思想方式与罪刑法定主义之间存在着激烈的矛盾。

最后我想补充两句。笔者曾在日本发表过两篇论文。两者都是探讨为何罪刑法定主义在中国被拒绝。笔者在那些论文中指出了“向实质价值的取向”作为其一个原因。当然，现在还不明确中国的“向实质价值的取向”与日本的“追求具体妥当性”之间的具体的差异到底何在、有多大的差异等问题，而需等今后的研究。不过，笔者认为也不能完全断定没有这种可能：即在中日两国的司法实践中罪刑法定主义实现程度的差别并非是质量上、性质上的差别，而只是程度上的差别而已。

（日本北海道大学法学博士）

