

第18回研究会資料

(事務局資料)

各種法律における公然性の概念①

<刑法>

第174条〔公然猥褻罪〕

公然猥褻ノ行為ヲ為シタル者ハ六月以下ノ懲役若クハ三十万円以下ノ罰金又ハ拘留若クハ科料ニ処ス

「公然」とは、「不特定又は多数の人が認識することのできる状態をいう」(最決昭32・5・22)とされており、これが判例・通説となっている。すなわち、公衆の面前であることを要しないし、現実に不特定又は多数人が認識したことも必要ではなく、不特定又は多数人が認識できる可能性があれば足りるということである。従って、少数人であってもそれが不特定であれば「公然」に該当し、特定していてもそれが多数人であれば「公然」に該当する。

(大塚仁他「大コンメンタール刑法第7巻」1995 青林書院)

第175条〔猥褻文書等頒布罪〕

猥褻ノ文書、図画其他ノ物ヲ頒布若クハ販売シ又ハ公然之ヲ陳列シタル者ハ二年以下ノ懲役又ハ二百五十万円以下ノ罰金若クハ科料ニ処ス販売ノ目的ヲ以テ之ヲ所持シタル者亦同シ

「公然」とは、「不特定又は多数の人が認識することのできる状態をいう」(最決昭32・5・22)。したがって、①「予め発行した切符を持参してきた者40名位又は30名位」に対しわいせつ映画を観覧させた場合、②観覧料を徴収し、外部との交通を遮断した自宅2階3畳間で観客5名程度に対しわいせつ映画を上映して観覧せしめた場合であっても、その5名がかねて力車屋等において上映者の依頼に応じ勧誘案内してきたものであるとき、③「不特定多数の脚を勧誘しこれに観覧の機会を提供しているのであるから、たとえ会員組織の如く半ば秘密に会員券を売り会場は外部の人の出入りを許さず、客同士も殆どお互いに判らず未成年者は入場しなかった」場合は、いずれも「公然」に該当する。

(大塚仁他「大コンメンタール刑法第7巻」1995 青林書院)

第230条〔名誉毀損・死者の名誉毀損〕

公然事実ヲ摘示シ人ノ名誉ヲ毀損シタル者ハ其事実ノ有無ヲ問ハス三年以下ノ懲役若クハ禁固又ハ五十万円以下ノ罰金ニ処ス

(1) 公然性

(a) 一般的意義

名誉は社会的評価であるから、名誉毀損行為は、社会的評価を害する現実的危険を持ったもの、社会に向かって行われる「公然」のものでなければならない。公然とは、今日一般に、不特定又は多数人が認識できる状態をいうと解されている。多数人に対する場合であれば勿論、誰でも見聞き得たという意味で不特定人に対する場合にも、上記の危険はあると考えられるからである。・・・不特定とは、摘示の相手方が「特殊の関係に依り限局させられたる者」でない場合、誰でも見聞き得た場合をいう。限られた数名の者に対して摘示した場合であっても、その場所の通行・出入りが自由であって、相手方たる数名の者はたまたまそこに居合わせたに過ぎないのであれば、不特定の要件を満たす。判例は、田の畦でその場に居合わせた数名の者に摘示した場合、葬儀の際、遺族その他の者が自由に出入りしうる僧侶等の休憩所で、住職等数名に対して公言した場合、公衆数名が居合わせた裁判所の公衆控所で他人の悪事を口外した場合、被害者方出入口土間において道路の通行人にも容易に聞き取れる状況で怒鳴った場合などに公然性を認めている。

(b) 認識可能性

不特定又は多数人が「認識できる状態」であればよいということには、二つの意味合いがありうる。一つは、現実に摘示事実の内容が認識・了解されたことを要しないということである。この点は、名誉毀損罪が抽象的危険犯と解されていることから根拠づけられる。もう一つは、事実摘示の直接の相手方は特定少数人であっても、伝播して間接に不特定多数人が認識できるようになる場合も含まれうるということである。・・・不特定多数人の認識できることが行為の危険性を基礎づけるのである以上、「伝播可能性は具体的であることが必要であって、当の言説が実際に不特定又は多数人に伝播するであろうことを積極的に推認させるような具体的事情があることを要する」と解すべきである。

(大塚仁他「大コンメンタール刑法第9巻」1995 青林書院)

各種法律における公然性の概念②

<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等に関する法律>

(児童ポルノ提供等)

第7条 (略)

2・3 (略)

4 児童ポルノを不特定若しくは多数の者に提供し、又は公然と陳列した者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。電気通信回線を通じて第二条第三項各号のいずれかに掲げる児童の姿態を視覚により認識することができる方法により描写した情報を記録した電磁的記録その他の記録を不特定又は多数の者に提供した者も、同様とする。

5・6 (略)

「不特定又は多数の者」とは、不特定かつ少数の場合及び特定かつ多数の場合も含むのですが、不特定又は多数の者を相手方とする目的(反復の意思)を有している限り、1人に対する1回のみでの提供であっても差し支えありません。

「公然と陳列」とは、不特定又は多数の者が観覧することのできる状態に置くことをいいます。

なお、Webサーバーのコンピュータのハードディスクに児童ポルノの画像のデータ(電磁的記録)を記憶・蔵置させて不特定多数の者がそのデータの画像を認識できる状態を設定した場合(当該ハードディスクにアクセス可能な状態にした場合)、当該コンピュータのハードディスクが、児童ポルノを内容とする電磁的記録に係る記録媒体に該当し、児童ポルノの公然陳列罪が成立します。(刑法のわいせつ物公然陳列罪について、最高裁判所第3小法廷2001年7月16日最高裁判所刑事裁判例集第5巻5号317頁があり、これと同様に考えられます。)

(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」
2005 ぎょうせい)

<破壊活動防止法>

(定義)

第四条 この法律で「暴力主義的破壊活動」とは、次に掲げる行為をいう。

一

イ～ハ (略)

ニ 刑法第七十七条、第八十一条又は第八十二条に規定する行為を実行させる目的をもって、その実行の正当性又は必要性を主張した文書又は図画を印刷し、頒布し、又は公然掲示すること。

ホ 刑法第七十七条、第八十一条又は第八十二条に規定する行為を実行させる目的をもって、無線通信又は有線放送により、その実行の正当性又は必要性を主張する通信をなすこと。

二 (略)

2・3 (略)

「公然掲示」とは、不特定又は多数人の見得る状態の場所に文書又は図画を掲げることをいう。ここに、頒布又は公然掲示の対象となる文書又は図画は、印刷物なることを必要としないことに注意を要する。

(神山欣治「逐条破壊活動防止法解説」1952 立花書房)

各種法律における公然性の概念③

<特許法>

(特許の要件)

第29条 産業上利用することができる発明をした者は、次に掲げる発明を除き、その発明について特許を受けることができる。

- 一 特許出願前に日本国内又は外国において公然知られた発明
- 二 特許出願前に日本国内又は外国において公然実施をされた発明
- 三 特許出願前に日本国内又は外国において、頒布された刊行物に記載された発明又は電気通信回線を通じて公衆に利用可能となつた発明

[字句の解釈]

<公然>公開的という程の意味である。したがって、その発明が秘密の範囲を脱出したことを意味する。この点の解釈については従来から多くの判例があるが、それらを参照しながら説明してみよう。(イ)公然とは、必ずしも多数の者ということ意味しない。すなわち、きわめて少数の者が知っている場合であってもこれらの者が秘密を保つ義務を有しない者である場合は公然ということを妨げない。(ロ)多数の者が知っているということは必ずしも公然であるということにはならない。すなわち、その多数の者が、秘密を保つべき義務のある特許庁の職員、工場の従業員のような場合は公然ではない。(ハ)秘密保持の義務については、組合契約において「組合員使用の某機械はこれを秘密にし組合員以外の者に観覧又は使用させない」と定めていたとしても「組合解散後においても各員はこれを秘密にしなければならない」というような明文がない限り、組合解散と同時に秘密厳守の義務も解除され、その組合解散時にその組合員の発明の利用が公然性を有することになるとされている。

<電気通信回線を通じて利用可能となつた>・・・公衆に利用可能とは、発明の開示された情報が公衆(不特定多数の者)にアクセス可能な状態におかれることをいう。現実には誰かがその情報を見たという事実を必要としない。個人間の私信メール、特定の者(守秘義務を持った者、特定の会社の従業員等)のみがアクセス可能は情報は、公衆に利用可能となつたものではない。

(「工業所有権法逐条解説」2001 特許庁編 発明協会)

<著作権法>

第22条(上演権及び演奏権)

著作者は、その著作物を、公衆に直接見せ又は聞かせることを目的として(以下「公に」という。)上演し、又は演奏する権利を専有する。

「公衆」については、著作権法の各規定の権利の働き方を考える上で重要な概念となっており、第2条第5項で「特定かつ多数の者を含む」と規定されている。つまり、著作権法上の「公衆」とは、不特定人のほかに特定多数人が含まれる。「特定」とは行為者との間の個人的な結合関係を意味しているが、どの程度の関係であれば特定の関係と言いつけるのか、また、多数とは何人程度をいうのかということについては必ずしも一義的に定まるものではない。著作物の種類や利用態様などに応じて、どのような場合に権利を及ぼすことが適切であるのか、条理に照らして判断することが重要である。例えば、学校の授業であれば、教師からみて生徒や学生は特定されており、数十名いれば特定多数と考えられる。また、一般人を対象とする講演会などは不特定人を対象とするものと考えられる。

(作花文雄「詳解 著作権法(第3版)」2004 ぎょうせい)

規律根拠としての社会的影響力の内容について

・・・電気通信を利用した情報提供サービスであることからどのような特殊事情が生じるか、また、情報倫理に関して法令上特別の措置をとる必要性があるかどうかを検討する。(中略)

(1) ネットワークを利用することによる法益侵害性の増大

ネットワークを利用する場合としない場合により、法益侵害性・違法性が異なるかという問題である。まず、「公然性を有する通信」であるNIサービス(注:電気通信を利用した情報提供サービス)の特殊事情を、印刷・出版メディアと比較してみると、

①ネットワークによっては、印刷・出版メディアより大きな伝播性を有すること(社会的影響力)

②双方向通信であることから、誰でも容易に加害者となりえ、従来のメディアが有する職業的倫理意識を持たない者による侵害の危険が増大すること(プライベートメディア性)

③情報通信は表現行為が即時に直接相手に伝達され、終了するため、侵害行為が直接被害者に到達し、編集作業や頒布行為を要する印刷・出版メディアと比べて侵害行為を事前に抑制する機能が働きにくいこと(即時直接性)

④情報発信行為は、地理的、時間的、財政的制約が少なく、印刷・出版よりも簡易であり、侵害行為の反復継続が容易であること(反復継続性)

⑤匿名での発信が容易であり、かつ基本的に記録物が残らないため、悪用されやすいメディアであること(匿名性、無記録性)

という点がひとまず特徴として挙げられるので以下これを検証する。

「放送」と比較して①の点では「放送」程の社会的影響力はなく、③の点は「放送」にも該当する点で関係があるが、②④および⑤は「放送」には該当せず、「公然性を有する通信」であるNIサービスの特徴といえる。

印刷メディアと比較した「放送」の特質として、情報の発信と受信の時間差がない「即時性」、特に能動的動作を介さずにすべての視聴者が受信可能である「簡易直接性」および動画像と音声による臨場感を与える「マルチメディア性」があるといわれる。したがって、新聞に比べて「速報性」が高く、「強力な印象」を、容易に同時に多くの視聴者に「浸透」させることができるというマスメディアとしては極めて魅力的な特徴を有していることは確かである。それ故に新聞とは質的に異なるメディアとして、規制が必要だとする考え方も成り立ちうるであろう。

しかし、それにもかかわらず、そのようなメディアが少数しかないからこそ規律が必要なのであって、実質的な意味での希少性が要件として不可欠であるように私には思われる。・・・

(多賀谷一照・岡崎俊一「マルチメディアと情報通信法制
—通信と放送の融合—」1998 第一法規)

・・・放送メディアに対する規制の根拠は、放送が希少な周波数帯を利用するメディアであることとその特殊な社会的影響力に求められてきた。・・・

・・・従来の放送事業市場は寡占市場である。放送事業者はいずれの国でも個別の地域においては少数であった。・・・

多チャンネル化は、この種のカルテルの執行を困難にすると予想される。・・・

今後のメディア法制の在り方を考える上でも、ターナー判決は重要な示唆を与える。まず、この判決で問題とされた再送信規定の合憲性はケーブルテレビの発展のために経営上の危機にさらされた地上波放送の維持という立法目的に依存している。・・・

・・・法廷意見はケーブル事業者が情報のボトルネックとして作用する点をも規制の理由として指摘している。連邦通信委員会が、フィンシルールを通じて三大ネットワークによる番組の制作・配給を厳しく制限してきたのも三大ネットワークが番組提供のボトルネックとして働いて他の情報源を排除する危険に対処したものであった。将来、広く展開する伝送路網の管理・運営者が、かつてのネットワークや現在のケーブルテレビ事業者のようにボトルネックとして作用する危険があるとすると、この規制根拠は今後その意義を高めていく可能性がある。・・・

(長谷部恭男「情報化と表現の自由」1996 ジュリスト1089号)

有害コンテンツ対策に係る「有害情報」の内容について

＜インターネット上の有害情報＞

現在、インターネット上には、誰にでも見ることができる形で、他人を誹謗中傷する情報やプライバシーを侵害する情報、詐欺、悪質商法の疑いのあるもの、マルチ商法、ねずみ講の勧誘、著作権法等の違反の疑いのあるもの、違法薬物や毒劇物の販売広告、犯罪を懲罰し、あるいは犯罪方法を教示するもの等違法・有害な情報がはんらんしている。「違法情報」を「情報の発信自体が違法であるもの又は犯罪が行われている疑いのあるもの」とし、「有害情報」とは、「犯罪を懲罰し、あるいは犯罪方法を教示するもの、プライバシーを侵害するもの、又は少年の健全育成を阻害するもの等違法には至らないが個人の権利や尊厳を侵害し、又は社会に危害を及ぼすおそれのあるもの」ととらえることとすると、前者には、刑法上の名誉毀損や侮辱に当たる誹謗中傷、わいせつに当たるチャイルドポルノ等のポルノ、売春周旋目的の広告、賭博の疑いのある広告、詐欺、悪質商法等の疑いのある広告、覚醒剤等の違法薬物を販売している疑いのある広告、著作権法違反となる物品の販売広告等が該当し、後者には、刑法上の名誉毀損や侮辱に至らない誹謗中傷や個人情報の流布、犯罪を懲罰し、あるいは犯罪方法を教示しそれに用いられる銀行口座等を販売するもの、毒劇物の販売広告、差別を内容とするもの、犯罪被害者等の心情を逆なでする内容のもの、チャイルドポルノ等のポルノ(わいせつに当たらないものに限り)、暴力を賛美し、あるいは残酷な写真を内容とするもの等少年の健全育成を阻害するもの等が該当することとなる。

(警察庁生活安全局生活安全企画課理事官 後藤啓二「インターネット上の誹謗中傷、詐欺その他違法・有害情報の現状と対策」1999 ジュリスト)

＜青少年保護のための規制＞

インターネット上にありとあらゆる情報があふれているという事実は、インターネット上の有害な情報から青少年を保護するための規制の必要性を強く示唆する。

青少年は、まだ発達の途上にあり、十分な判断能力を獲得するには至っていない。それゆえ、成人であれば、その判断能力に基づいて、自己の責任においてどのような表現を受領するかを判断することができるが、青少年の場合それができない。したがって、不十分な青少年の判断能力をおぎなうため、保護者、そして場合によっては国や地方公共団体が、青少年自身の最善の利益のために、青少年の受領しうる表現に制限を設けることができる。

このような観点から、すでに日本でも、ほとんどの地方公共団体において青少年保護育成条例が制定されており、青少年の人格形成に有害な図書等を知事が有害図書と指定し、指定された図書については、書店等が青少年に販売・頒布し、閲覧させることを禁止している。これらの条例が対象としているのは、主として2つの種類の図書等である。1つが性的に刺激的な図書等であり、いま1つが異常に残酷であったり暴力的な図書等である。ただし、国のレベルでは、青少年有害社会環境対策基本法の制定が問題とされているが、包括的な有害情報規制はまだ実施されていない。

(松井茂記「インターネットの憲法学」2002 岩波書店)