

# 判例研究

## 刑事判例研究(1)

中央大学刑事判例研究会

アメリカ合衆国からアメリカ合衆国内に設置されたサーバコンピュータにわいせつな電磁的記録をアップロードし日本国内の顧客にダウンロードさせた行為が、わいせつな電磁的記録の頒布に当たるとされた事例

高 良 幸 哉

東京高裁平成二四年(う)第二一九七号、わいせつな電磁的記録など送信頒布、わいせつな電磁的記録有償頒布目的の保管被告事件、東京高判平成二五年二月二二日、高等裁判所刑事判例集六六卷一号六頁、判例時報二二九四号一四四頁、判例タイムズ一三九四号三七六頁

**【事案の概要】**

被告人は、いずれも氏名不詳者らと共謀の上、不特定の顧客一名に対し、あらかじめアメリカ合衆国内に設置されたサーバコンピュータに記録、保存させたわいせつな動画データファイル合計一〇ファイルを、不特定の別の顧客一名に対し、前同様に記録、保存させたわいせつな電磁的記録を含むゲームソフトのゲームデータファイル合計四ファイルを、顧客らがそれぞれインターネット上の動画配信サイトとゲーム配信サイトを利用してそのサーバコンピュータにアクセスした、千葉県内と東京都内に設置された顧客ら使用のパソコン宛てに送信させる方法により、それぞれのパソコンに記録、保存させて再生、閲覧可能な状況を設定させ、電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録を頒布し、いずれも有償で頒布する目的で、東京都内の事務所で、DVD二〇枚にわいせつな動画データファイルを記録した電磁的記録を保管し、同所のパソコン一台のハードディスクにわいせつな電磁的記録を含む前記ゲームソフトのゲームデータファイルを記録した電磁的記録を保管した。

以上の行為につき原審は、わいせつな電磁的記録など送信頒布、わいせつな電磁的記録有償頒布目的保管罪の成立を認めた。

これに対し弁護人は、「日本国内の顧客がインターネット上のサイトからわいせつな電磁的記録を含むデータをダウンロードするのは、刑法一七五条一項後段にいう「頒布」には該当せず、また、ダウンロードに供するコンテンツを供給するための保管は同条二項にいう「頒布する目的」での保管には該当しない。さらに、本件は、アメリカ合衆国内のサーバコンピュータに置かれたサイトの運営により、インターネットを通じて行われたものであるから、本件を国内犯として処罰することはできない」として、控訴したものである。

**【判決要旨】**

①刑法一七五条一項後段にいう「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取得させることをいうところ、被告人らは、サーバコンピュータからダウンロードするという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はかならない。被告人らは、この顧客によるダウンロードという行為を通じて顧客らにわいせつな電磁的記録を取得させるのであって、その行為は「頒布」の一部を構成するものと評価することができるから、被告人らは、刑法一七五条一項後段にいう「電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録……を頒布した」というに妨げない。したがってまた、DVDの複製販売等のほか、前記のようなダウンロードに供することを目的として行うわいせつな電磁的記録の保管は、同条二項にいう「有償で頒布する目的」での保管に該当するから、被告人らが、サーバコンピュータのデータが破壊された場合に補充する目的でDVDやパソコンのハードディスクにわいせつな電磁的記録を保管した行為は、有償で頒布する目的で行うわいせつな電磁的記録の保管に該当するということができる。

②犯罪構成要件に該当する事実の一部が日本国内で発生していれば、刑法一条にいう国内犯として同法を適用することができる。と解されるところ、既に見たとおり、被告人らは日本国内における顧客のダウンロードという行為を介してわいせつ動画等のデータファイルを頒布したのであって、刑法一七五条一項後段の実行行為の一部が日本国内で行われていることに帰するから、被告人らの犯罪行為は、刑法一条一項にいう国内犯として処罰することができる。所論は、このように解すると、わいせつ画像等の規制がない外国に配信サーバを設置してサイトを運営する行為であっても、日本からアクセスされてダウンロードされれば、日本人、外国人であるとを問わず、我が国の刑法が適用されることになり、各国の規制との衝突が生じることになり不当であるという。しかし、実際上の検挙の可能性はともかく、我が国における実体法上の犯罪の成立を否定する理由はない。

## 〔研究〕

### 一 問題の所在

本件は、わいせつな電磁的記録を日本国外からの日本国外に設置されたコンピュータにアップロードし、かかる

データを日本国内に在住の顧客にダウンロードさせ、それを顧客のコンピュータに記憶させ、閲覧させた行為が、刑法一七五条一項後段にいう、わいせつな電磁的記録の頒布に当たり、かつその目的でわいせつな電磁的記録を保管した行為が、同二項にいう頒布目的所持に当たるとされたものである。<sup>1)</sup>

本件においては、①わいせつな電磁的記録をサーバコンピュータにアップロードし、これを顧客にダウンロードさせたことが、刑法一七五条一項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布に当たるか、②日本国外においてなされた本件アップロード行為が、刑法一条にいう国内犯として処罰できるかが問題となる。

## 二 公然陳列行為と頒布行為の区別

従来判例上、わいせつな電磁的記録をサーバコンピュータにアップロードする行為をし、これを閲覧者において容易に閲覧できるようにした行為は、わいせつ物の公然陳列行為であるとされており、本件のようなアップロード行為がわいせつな電磁的記録の頒布に当たるとされたのは、わが国の実務上初めてのものである。

わいせつな電磁的記録にかかる刑法一七五条にいう公然陳列、頒布の先例としては、公然陳列事案である、最三決平成一三年刑集五五卷五号三一七頁、いわゆる京都アルファネット事件、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（以下児童ポルノ法）違反事件である最三決平成二四年七月九日判時二一六号一四〇頁がある。電磁的記録にかかる頒布罪としては、平成二三年刑法改正で電磁的記録頒布が明文化される以前の裁判例である、横浜地川崎支判平成二二年七月六日、横浜地川崎支判平成二二年一月二四日<sup>2)</sup>が挙げられる。

京都アルファネット事件決定は、パソコン通信のサーバコンピュータのハードディスクに記憶蔵置したわいせつ

データを、簡易な操作で閲覧できる状態を作出した行為につき、客体をわいせつ情報が化体されたハードディスクであるとしつつ、わいせつ物公然陳列罪の成立を認めたものであり、コンピュータネットワーク上における、わいせつな電磁的記録にかかるわいせつ物陳列罪についての初めての最高裁の判断である。現在の裁判所の判断も京都アルファネット事件決定と同様の考え方に立つ。平成二四年の最高裁決定は、わいせつ画像が掲載されたウェブページのURL情報を、その一部を改変した上で、インターネット上の掲示板に掲載した行為につき、児童ポルノ法七条四項にいう、児童ポルノを公然と陳列した行為に当たるものとした事案である。<sup>(3)</sup>平成二四年決定は京都アルファネット事件決定の見解を踏襲した上で、児童ポルノを閲覧者が容易に閲覧できる状況を作出した行為を公然陳列として構成したものである。両決定をみるに、わいせつな情報をインターネットを介して、閲覧者が容易に閲覧できる状況を作出した行為は、自身でインターネット上にアップロードした場合であれ、URL情報をウェブページ上に掲載することで、閲覧者が容易に閲覧できる状況を作出した場合であれ、情報の化体された有体物を客体とした公然陳列に当たるとされてきたのである。

そもそも、両者の区別はインターネット上では困難な場合があり、実際、平成二四年最高裁決定に関しては、自身でそのわいせつ情報をアップロードし、ウェブページに当該わいせつ画像を自ら掲載したわけではなく、そのURL情報のみを掲載したものであるところ、公然陳列ではなく、むしろ提供罪の事案の幫助としてみるべきとの見解もある。<sup>(4)</sup>インターネット上における公然陳列と頒布の区別は困難である場合も少なくなく、本件もその限界事例であると思われる。

元来、インターネットを介したわいせつな電磁的記録頒布罪は、わいせつな電磁的記録をウェブメールサービス等

を介して、情報の受け手に送信することが代表的な事例であり、二つの横浜地裁判決も、ウェブメールを通じてわいせつな情報を伝達したものである。これら二判決は、前者の平成一二年七月六日判決が、ウェブメールを通じてわいせつ情報を配信した行為が、わいせつ情報が化体されたウェブメールシステムを客体とした上で、わいせつ物頒布を認めており、後者の平成一二年一月二四日判決が情報自体を客体とみた上で、わいせつ物の頒布を認めるなど、両者において、その客体性判断は異なるが、ともにウェブメールによる送信行為にわいせつ物の頒布を認めている。

わいせつ情報それ自体の客体性をどうみるかについては、なお争いがあるところであるが、わいせつな電磁的記録をウェブメール等を用いて頒布する行為自体には平成二三年刑法改正により条文上解決がなされている。

本件は横浜地裁の二判決のようなウェブメールを用いた事案ではなく、アップロード行為が問題となる事案である。本件行為を公然陳列行為であるとするならば、行為が日本国外で完結することになり、日本国内においては実行行為の一部がなされていないともみることができ、その場合、国内犯として処罰できるかが問題となる。そこで、本件のようなアップロード行為がわいせつ物の頒布行為を構成するかが問題となるのである。

本件裁判所の判断によれば、「被告人らは日本国内における顧客のダウンロードという行為を介してわいせつ動画等のデータファイルを頒布した」としており、頒布行為の中に顧客によるダウンロードを組み入れることで、被告人の行為を公然陳列ではなく、頒布行為であるとする。この点が、陳列行為と頒布行為の区別に重要な視座を与えるものである。本件では、被告人が顧客によるダウンロードを前もって想定し、顧客のダウンロード行為を「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」であるとする。つまり、両者を区別するのは、閲覧者のダウンロード行為がアップロード行為者の頒布

のための手段であるとみることが可能か否かという点にみることができよう。実際に刑法一七五条改正の立案段階においては、閲覧者によるダウンロードをわいせつな電磁的記録の頒布の類型として想定していたとされている。<sup>(6)</sup>

従来のわいせつな電磁的記録の公然陳列にかかる裁判例は、わいせつな電磁的記録をネットワーク上のコンピュータにアップロードして、顧客や情報の閲覧者が自身のコンピュータ上において表示させ、これを閲覧することを容易にすることで、わいせつ物の公然陳列罪の成立を認めるものである。行為者によるアップロード時点において、行為者の認識としては、閲覧者が当該わいせつな電磁的記録を自身のコンピュータ上で表示させ、場合によってはこれらが閲覧者のコンピュータに記録される可能性を認識している者であっても、閲覧者のダウンロード行為がそれ自体に対しては積極的な関与をしてはいない。とすれば、閲覧者によるダウンロード行為が頒布の手段であるとまではいえな  
いであろう。この観点でみるに、平成二四年七月九日の児童ポルノ公然陳列に関する最高裁決定は、閲覧者がかかる電磁的記録を自身のコンピュータ上で閲覧する道筋を作り、これを容易にしたものであるとしても、閲覧者がこれを自身のコンピュータに表示・記録させる行為それ自体には積極的な関与をしておらず、児童ポルノの頒布行為に至るものではなく、本件とは区別できる。

両者の区別について、電磁的記録の頒布概念を無限定に拡大すれば、インターネットを介する公然陳列型の事例はその多くが頒布型事案となるであろう。たしかに、刑法一七五条一項後段において、電磁的記録については頒布罪についてのみ規定されているが、これは電磁的記録にかかる公然陳列罪を排除するものではなく、なおも有体物に化体された当該電磁的記録の公然陳列については認められるであろう。この点、刑法一七五条の改正に先だって平成一六年に電気回線を通じた児童ポルノの提供罪が規定されていた児童ポルノ法に関して、児童ポルノにかかる陳列型事案

である平成二四年決定においても、京都アルファネット事件における陳列概念が維持されている点も注視すべきであると思われる。京都アルファネット事件以来維持されてきた、公然陳列に関する判例の立場が変更されない以上は、かかるダウンロード行為が頒布の手段と認められない場合には、アップロード行為のみをもって頒布とみなすことはできないであろう。

本件においては、アップロード行為を行った被告人らは、わいせつな映像データないしわいせつな画像データを含むゲームデータを顧客にダウンロード販売するウェブサイトの運営者であって、当然に当該データファイルをダウンロードする顧客らのダウンロード行為は、被告人において当初から予定されていたものである。顧客がダウンロードを行うことがウェブサイトのシステム上組み込まれたものであることから、当該ダウンロード行為に対して、被告人は積極的に関与しているものであると思われる。顧客はこの被告人らの設定したウェブサイト上のシステムによらなければ、当該データファイルにアクセスし、これを自身のコンピュータ上にダウンロードし表示・閲覧することはできず、被告人らの行為はわいせつな電磁的記録を容易に閲覧できる状況を設定しただけでなく、顧客のダウンロードを手段として組み入れた頒布行為であるとみることができる。そのため、被告人が本件わいせつな電磁的記録を頒布目的で所持していた点についても、刑法一七五条にいう、わいせつな電磁的記録の頒布目的保管に当たるといえるよう。

### 三 犯罪の場所的適用範囲

とはいえ、わいせつな電磁的記録をアップロードする行為自体は、これが違法とはならないアメリカ合衆国内で完結している以上、かかる行為を我が国の刑法上違法であると評価することの妥当性についての問題は残る。



刑法の場所的適用範囲をめぐっては、結果の発生地を犯罪地とする結果説も主張されているが、通説的見解としては、犯罪行為の一部が日本国内で生じていれば、国内犯として処断できるとする偏在主義が通説の見解である。インターネットは、国境を越えた情報の流通が可能である。日本国外のサーバコンピュータにわいせつな電磁的記録をアップロードした行為に関する裁判例としては、大阪地判平成一一年三月一九日判タ一〇三四号二八三頁、いわゆる「あまちゅあふおとぎやらりー事件」判決があるが、これは、あくまで、国内から海外のサーバにわいせつデータをアップロードした事案であって、本件に比べ、行為者が実行行為の一部を国内から行ったことが明確である。本件は、前述した解釈の下、わいせつな電磁的記録の頒布行為の一部が、国内でなされたといえるものである。ただ、日本国外で適法であって、我が国においてはわいせつ物であるとみなされるわいせつな電磁的記録に、国内からアクセスすることも十分に可能である点をもって、かかる行為態様を我が国において違法と評価することが認められるであろうか。

この点について、偏在主義に批判的な見解からは、結果無価値的な観点から、日本国内における法益侵害結果の発生が認められる場合にのみ我が国の刑法の場所的適用範囲が及ぶとし、実行行為の一部が国内において生じた場合に我が国の刑法の適用を認める偏在主義は不当であるとされる。しかしながら、刑法一七五条のような抽象的危険犯の場合には、結果の発生が観念できなくとも、日本国内の法益に重大な危険を生じる場合が少なくなく、結果の発生地と法益侵害性が必ずしも対応しない。そのため、処罰の必要性があるにもかかわらず、処罰の対象としないという法の間隙が生じるおそれがある。とりわけ、インターネットを経由する場合、本件やこれまでのわいせつ物関連犯罪に関して、特定の国家からのアクセスに関してIPアドレスによるアクセスのブロッキングがなされている場合は別

段、ウェブページへのアクセスそれ自体は、国内のサーバ内に開設されたウェブページへのアクセスの場合と何ら違いはなく、法益侵害の危険性に差異はない。とすれば、通説同様偏在主義を採用することが妥当であると思われる。

この点について、偏在主義により刑法の場所的適用範囲が際限なく拡大するのではないかとの批判が向けられるところであるが、行為から生じる法益侵害の危険性が国内に及ぶのであれば、自国の刑法に基づいて、かかる行為の違法性を判断するのはむしろ当然のことである。国外にいる行為者について自国の刑法を適用する実効性がないとの批判もなされるが、主権国家において違法評価を下すことの宣言的な意味も否定できない<sup>(7)</sup>。かかる行為をなした行為者を実際に刑事司法手続きの下に置くことができるかについては、各国間の条約といった国際法上の解決にゆだねられるべき問題であると思われる。

#### 四 本件の評価

以上の点から、被告人が国外から、国外にあるコンピュータ上にアップロードしたわいせつな電磁的記録を国内にいる顧客にダウンロードさせた件につき、刑法一七五条のわいせつな電磁的記録の頒布とし、本件電磁的記録の所持を同条のわいせつな電磁的記録の頒布目的所持とした、本件裁判所の判断は妥当であると考えられる。

本件は、平成二三年刑法改正で新設された、わいせつな電磁的記録頒布及び頒布目的保管罪にかかる、初めての事例である。そののみならず、従来わいせつ物の公然陳列行為としてみられていたわいせつな電磁的記録のアップロード行為のうち、顧客のダウンロード行為が当初から予定されたものである場合のように、顧客のダウンロード行為を頒布のための手段とする場合を頒布罪を構成するとするものである。そのため本件は、わいせつ物公然陳列罪とわい

せつな電磁的記録頒布罪との区別に関し、頒布罪の限界事例であるとみられることから、実務上重要な視座を与えるものとして価値がある。わいせつな電磁的記録の頒布と公然陳列の区別を、閲覧者によるダウンロード行為が頒布のための手段であるか否かに求めるならば、本件と同様のわいせつな電磁的記録をサーバコンピュータ上にアップロードする行為であっても、動画をストリーミング形式でアップロードしたものはあるが、閲覧者が自らソフトウェア等によってこれを自身のコンピュータ上に記憶させ、かかるダウンロード行為にアップロード行為者が関与していないような場合や、単にゲームデータをアップロードしただけで、顧客がダウンロードすることに積極的に関与していないような場合は、なおも、アップロード行為は公然陳列行為にとどまるものとみるべきであると思われる。なお、本件は上告されており、最高裁の判断が待たれるところである。

(1) なお、本件の評釈としては、南部晋太郎「判批」研修七八七号二五頁、南部篤「判批」法学教室別冊四〇一号三七頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー七〇五号一一三頁、石田良「判批」警察公論六九卷四号八九頁、今井猛嘉「判批」重判平成二五年(ジュリスト増刊一四六六号)一七八頁がある。

(2) 共に判例集未搭載。横浜地川崎支判平成二二年七月六日の評釈として園田寿「判批」別冊NBL七九号七四頁など。紹介するものとして、渡邊卓也「電脳空間における刑事的規制」(成文堂、二〇〇六)二四〇頁など。横浜地裁川崎支判平成二二年一月二四日については、ホームページ電脳世界の刑事法学 <http://sonodae-jurist.net/> を参照した。

(3) 平成二四年決定については拙稿「判批」法学新報二二〇巻五・六号三〇三頁参照。

(4) 永井善之「判批」法学セミナー増刊速報判例解説 Vol.12 新・判例解説 Watch 一五一頁。

(5) もっとも、国内においてはわいせつ物の公然陳列による法益侵害の危険性が生じているところ、公然陳列であるとみなしても犯罪の一部が国内で行われており、国内犯であるとみることができよう。同様の見解としては、只木誠「サイバー犯罪と犯罪地」『刑事法学における現代的課題』(中央大学出版部、二〇〇九)一六七頁以下、山口厚「コンピュータ・ネットワーク

クと犯罪」ジュリスト一一七号七三頁以下など。

(6) 南部篤・前掲注(1)三三頁。

(7) 只木・前掲注(5)一七七頁以下。