

顧客のダウンロード行為とわいせつな電磁的記録の頒布

【文献種別】 決定／最高裁判所第三小法廷
【裁判年月日】 平成26年11月25日
【事件番号】 平成25年（あ）第510号
【事件名】 わいせつ電磁的記録等送信頒布、わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管被告事件
【裁判結果】 上告棄却
【参照法令】 刑法175条1項後段
【掲載誌】 刑集68巻9号1053頁、裁時1616号19頁、判時2251号112頁、判タ1410号79頁

LEX/DB 文献番号 25446785

事実の概要

1 日本在住の被告人は、日本及びアメリカ合衆国在住の共犯者らとともに、日本国内で作成したわいせつな動画等のデータファイルをアメリカ合衆国在住の共犯者らの下に送り、同人らにおいて同国内に設置されたサーバコンピュータに同データファイルを記録、保存し、日本人を中心とした不特定かつ多数の顧客にインターネットを介した操作をさせて同データファイルをダウンロードさせる方法によって有料配信する日本語のウェブサイトを運営していた。

このような状況の下、①日本国内の顧客が、2011年7月及び同年12月、上記配信サイトを利用してわいせつな動画等のデータをダウンロードして同人のパソコンに記録、保存した。また、②被告人らは、2012年5月、上記有料配信に備えてのバックアップ等のために、東京都内の事務所において、DVDやハードディスクにわいせつな動画等のデータを保管した。

被告人は、①が、被告人らによるわいせつ電磁的記録等送信頒布に、②が、わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管にそれぞれ当たるとして起訴された。

2 第一審（東京地判平24・10・23刑集68巻9号1058頁）は、①②のそれぞれについて被告人及び相被告人を有罪とし¹⁾、懲役2年（執行猶予3年）及び罰金250万円に処した。被告人は控訴したが、控訴審（東京高判平25・2・22高刑集66

巻1号6頁）は、控訴を棄却した。被告人はさらに上告し、サーバコンピュータから顧客のパソコンへのデータ転送行為は、データをダウンロードして受信する顧客の行為によるものであって、被告人らの頒布行為に当たらず、また、被告人らの行為といえる配信サイトの開設、運用は日本国外でされているため、被告人らは、刑法1条1項にいう「日本国内における罪を犯した」者に当たらないから、被告人にわいせつ電磁的記録等送信頒布罪は成立せず、したがって、わいせつな動画等のデータファイルの保管も日本国内における頒布の目的でされたものとはいえないから、わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪も成立しない旨主張した。

決定の要旨

上告棄却。

刑法175条1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存在するに至らしめることをいうと解される。

そして、被告人らが運営する配信サイトには、インターネットを介したダウンロード操作に応じて自動的にデータを送信する機能が備え付けられていたのであって、顧客による操作は被告人らが意図していた送信の契機となるものにすぎず、被告人らは、これに応じてサーバコンピュータから顧客のパーソナルコンピュータへデータを送信したというべきである。したがって、不特定の者で

ある顧客によるダウンロード操作を契機とするものであっても、その操作に応じて自動的にデータを送信する機能を備えた配信サイトを利用して送信する方法によってわいせつな動画等のデータファイルを当該顧客のパーソナルコンピュータ等の記録媒体上に記録、保存させることは、刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の「頒布」に当たる。

また、被告人らが、同項後段の罪を日本国内において犯した者に当たることも、同条2項所定の目的を有していたことも明らかである。

したがって、被告人に対しわいせつ電磁的記録等送信頒布罪及びわいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪の成立を認めた原判断は、正当である。

判例の解説

一 本決定は、2011年の刑法改正によって、わいせつ物頒布罪（刑法175条）が改正され、同条1項後段において、電気通信の送信によるわいせつな電磁的記録等の頒布（以下、本罪という）が、同条2項において、わいせつな電磁的記録の有償頒布目的での保管がそれぞれ処罰されるようになった以降、本罪に関して出された初めての最高裁判例である。

争点は、①顧客らのダウンロード行為を介して国内にわいせつ情報が引き入れられた場合に、被告人らが「頒布」をしたといえるか、②被告人らのわいせつ情報保管行為に、有償頒布目的が認められるか、③頒布罪の国内犯性であった。このうち、②は①が肯定されると連動して肯定される関係にある。また③に関して、刑法の場所的適用に関して、判例（大判明44・6・16刑録17輯1202頁）・通説の立場だと見られる遍在説に従えば、構成要件該当事実の一部が日本国内で生じれば、日本が犯罪地であるということになるため、①が肯定されると連動して肯定されることになる。そのため、以下では①の問題を中心に検討する。

二 本決定は、本罪にいう「頒布」の意義について、「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存在するに至らしめること」をいうと解した。この定義は、立案当局者の解説に依拠したものである²⁾。

本罪新設以前には、わいせつな画像データその

ものがわいせつ物であるという、下級審裁判例が散見されていた³⁾。こうした解釈は、客体を「物」と明示する刑法175条の解釈として、罪刑法定主義の見地から疑問の余地が大きいものであった。また、わいせつ物頒布等罪が、わいせつ情報が物に化体することで流通の危険が高まることに着目して公然わいせつ罪（刑法174条）よりも重い刑を科している趣旨⁴⁾を等閑視するおそれがあった。2011年改正は、175条前段の頒布の客体を「わいせつな……電磁的記録に係る記録媒体その他の物」と改めることで、わいせつ情報は記録媒体に化体した場合にわいせつ物になることを立法上明確にするとともに、本罪を新設した。

こうした経緯からして、本罪成立には、単にわいせつな電磁的記録を送信するだけでは足りず、相手方の記録媒体上に記録として存在するに至らしめることが必要である⁵⁾、という立案当局者及び本決定の解釈には重要な意味がある。というのも、わいせつ物頒布等罪はわいせつ情報が有体物に化体したことに着目して重い処罰を予定しているため、本罪においても、わいせつ情報が不特定又は多数の者に認識可能な状態になった⁶⁾だけでは足りず、最終的に相手方の手許にわいせつ「物」が現出することが不可欠であるためである。

そして相手方の手許にわいせつ物を現出させることが、本罪をわいせつ物の頒布等と同様に扱う根拠なのであるから、この行為は行為者によって行われなければならないことになる。典型的には、電子メールでわいせつな画像を不特定又は多数の者に送信して取得させる行為である。学説の中には、わいせつ物の公然陳列罪が成立するためには、「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」とした最高裁判例（最決平13・7・16刑集55巻5号317頁）の延長線上で、本罪についても、ホームページへのアップロードのみが実行行為であり、その後の不特定多数者によるダウンロードは実行行為ではないと解する余地があるとするものがある⁷⁾。しかし、既にわいせつ物が存在していることを前提とする公然陳列罪と相手方の許にわいせつ物を現出させる本罪の性質の違いからして、こうした解釈は採り得ないと思われる⁸⁾。

三 以上を前提として、ダウンロードは顧客に

よる受信行為であって、サーバ側の送信・頒布行為ではない、との被告人の指摘を裁判所が退けた理由を検討する。

この点については既に立案当局者自身が、不特定・多数の者が、わいせつな画像を閲覧するために、Webサーバのハードディスクにアクセスしてその画像データを自己のコンピュータにダウンロードした場合には、これらの者の行為を介して、同人らのコンピュータにわいせつ画像データを記録させて頒布したことになる、と解説していた⁹⁾。しかし、何故に、顧客によるダウンロードがわいせつな画像データをサーバにアップロードした者の頒布行為になるかについては明らかではなかった。

本件控訴審判決は、「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ほかならない。」と述べていた。

この判示は明確ではないものの、ダウンロードを直接には顧客らの行為と解しつつ、この行為は被告人らによって当初から計画された送信のための手段であると評価するものであると思われる。他人の行為が自らの送信行為の一部と解するには、間接正犯として構成するしかない。しかしながら、本件で顧客らは、欺罔されたり意思を抑圧されたりしたという事情はなく、自らの自律的意思決定によりダウンロードを行っている。わいせつ情報をダウンロードさせることについて、顧客らの与り知らない事情を行為者が利用したという事情も見受けられない。本件を間接正犯と構成することは不可能であろう¹⁰⁾。

これに対して本決定は、顧客によるダウンロード操作はあくまでも送信の契機にすぎず、サーバコンピュータから顧客のパーソナルコンピュータへのデータの移動は、あくまでも被告人らの送信行為によるものと評価しており、控訴審判決とは事実構成を異にしているように見える¹¹⁾。こうした評価を可能にする実質的根拠として、自動販売機を利用してわいせつDVDを販売する行為もわいせつ図画の頒布に当たると解されることと実

質において異ならないという主張や¹²⁾、顧客に対するデータファイルの送信が、顧客からの申込みに応じて逐一手作業で行われていたとすれば、頒布に当たることには議論の余地はないところ、本件では手作業でも行い得るデータファイルの送信行為を単にシステム上で自動化していたにすぎず、法的に見た場合、その実質は顧客からの申込みに応じて手作業で送信を行う場合と何ら変わりがないという主張がなされている¹³⁾。

しかし、前者については既にわいせつ情報が化体したDVDという有体物を相手方に交付することによる頒布と、未だ有体物に化体していないわいせつ情報を相手方の記録媒体に記録することによる頒布は同列には扱えないと思われる。刑法175条の核心が、わいせつ情報が化体した有体物が不特定又は多数者の目に触れ得る状態になることであるとするならば、そのような状態になれば既遂が認められる。そのため、わいせつDVDを自動販売機から購入する行為については既遂後の行為と位置づけ得るのに対し、顧客によるわいせつな画像データのダウンロードが介在する場合、行為者による行為は完結せず、途中から顧客の行為が行われることにより、わいせつ情報が記録媒体に化体したと評価されると思われる。

後者については、顧客の申込みを受けて手作業で送信作業を行う場合、わいせつ情報を顧客のコンピュータ上の記録媒体に化体させたのは送信者であるが、既に構築された自動送信プログラムを利用し顧客がダウンロードを行う場合、わいせつ情報を顧客のコンピュータ上の記録媒体へと化体させるプロセスの因果の起点は顧客であるといわざるを得ない。法的に評価するからこそ、後者は顧客の行為であるといわざるを得ないように思われる。

結局本件は、送信の契機を作った顧客が記録媒体にわいせつ情報を記録・保存したものであり、被告人らが行ったことは送信頒布行為ではなく、国外でわいせつな情報をサーバのハードディスクに蔵置させて不特定又は多数の者に閲覧可能にさせた公然陳列行為にとどまると思われる。そうすると、②有償頒布目的の保管罪も成立しないことになる。

四 最後に、③国内犯性について簡単に検討する。控訴審判決は、実行行為の一部が国内で行わ

れていることから国内犯として処罰可能であるとしている。本決定は、国内犯性が肯定できる点について特段の理由を述べていないが、送信行為の一部が国内で行われているとして、この点に関する控訴審判決と同様の理解を前提としているものと思われる。これに対して、本稿の理解では、被告人らの実行行為はすべて国外で行われたことになるため、この理屈では国内犯性は肯定できないことになる。

これに対し、第一審判決は、顧客によるダウンロードが実行行為の一部でないとした場合も、構成要件の一部である結果を意味することはいうまでもない、とした上で、「頒布という構成要件の一部である行為又は結果が日本国内で発生している」と述べており、実行行為の全部が国外で行われた場合でも、国内犯性を肯定する余地を認めるものと思われる。しかし、「頒布する」という行為が行われていなければ、「頒布された」という結果も存在しないはずである。またそれとは別に、国内においてわいせつ画像を不特定又は多数の者が閲覧可能な状態が発生したことを一種の結果と捉えて、国内犯であるとするのが考えられる¹⁴⁾。しかしこの解釈によれば、本国では許容されるが日本国内では許容されないわいせつ情報をインターネット上にアップロードした者には、すべからくわいせつ罪が成立することになりかねない。健全な訴追裁量に期待するとしてこの点を割り切つてよいものかが問われている。いずれにしても、本決定は国内で実行行為の一部が行われたと解したため、この解釈の当否については言及していない。この点は将来の課題である。

●—注

- 1) 第一審相被告人も控訴をしたが、東京高判平 25・3・15 判タ 1407 号 218 頁で控訴が棄却され、さらに本決定と同日付の最決平 26・11・25 裁判集刑 315 号 187 頁で上告が棄却されている。上告審決定の内容は本決定と同趣旨である。
- 2) 杉山徳明＝吉田雅之『『情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律』について(上)』曹時 64 巻 4 号(2012 年) 94 頁。
- 3) 岡山地判平 9・12・15 判時 1641 号 158 頁、横浜地川崎支判平 12・7・6 研修 628 号 119 頁。
- 4) 山口厚『刑法各論〔第 2 版〕』(有斐閣、2010 年) 506 頁。わいせつ物にわいせつな情報を含むと、人が公然とわいせつの行為をした場合との区別が不明確になることを指摘するものとして、塩見淳「インターネットとわいせつ

犯罪」現刑 8 号(1999 年) 36 頁。

- 5) 杉山＝吉田・前掲注 2) 95 頁。
- 6) 今井猛嘉「原審判批」平成 25 年重判解(2014 年) 179 頁。
- 7) 野村和彦「原審判批」刑ジャ 40 号(2014 年) 104 頁。
- 8) さらに学説上は、わいせつ情報のホームページへのアップロード行為は公然陳列罪に該当するはずで、それをダウンロードすると本罪が成立するとする本決定及びそれを明言する立案当局者の見解(杉山＝吉田・前掲注 2) 95 頁)について、両罪の関係を不明確にするものであると評価するものもある(岩間康夫「原審判批」判時 2226 号(2014 年) 173 頁。両罪の棲み分けを検討するものとして、高良幸哉「原審判批」新報 121 巻 1＝2 号(2014 年) 211 頁、山本高子「判批」新報 122 巻 3＝4 号(2015 年) 407 頁)。しかし、賄賂の要求・約束・收受のように段階的に発展する行為が同一の法定刑で処罰されている例が存在し、刑法 175 条に関して、わいせつ物の頒布(改正前の販売)と有償頒布(改正前の販売)目的所持が同一の法定刑で処罰されていることからすると、公然と陳列した物を依頼に応じて頒布したのであれば、陳列罪が成立した後に本罪が成立しても、直ちに不当とはいえないと思われる。両罪が成立する場合は包括一罪の関係に立つ(伊藤亮吉「判批」刑ジャ 44 号(2015 年) 84 頁)。
- 9) 杉山＝吉田・前掲注 2) 95 頁。顧客の操作を介して電磁的記録を当該顧客の記録媒体に存在させることも送信の一方方法であるとする裁判例(前掲注 1)の東京高判平 25・3・15)も同趣旨であろう。
- 10) 杉山博亮「原審判批」専修ロー 10 号(2014 年) 228 頁。伊藤・前掲注 8) 85 頁は、受信者にはダウンロード行為時に反規範的人格態度が認められるから、受信者を利用した間接正犯の形態でもない、としつつ、行為主体である送信者がダウンロードシステムを構築することで事象を支配していたことを理由に、ダウンロードは送信者の行為であるとする。しかし、間接正犯ではないとしつつ、事象を支配していると評価できる理由は明らかではないように思われる。
- 11) 田中健太郎「判批」捜研 770 号(2015 年) 23 頁、白井智之「判比」警論 68 巻 6 号(2015 年) 178 頁。
- 12) 南部晋太郎「原審判批」研修 787 号(2014 年) 32 頁。
- 13) 白井・前掲注 11) 178 頁。判タ 1394 号 377 頁掲載の控訴審判決に関する匿名解説が、「他人の行為を介してはいるものの、実質は本罪の構成要件の典型的な場合であるサイト運営側が顧客にメールでわいせつデータを送信する場合と変わらない」と述べるのも同旨だと思われる。
- 14) 山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリ 1117 号(1997 年) 76 頁。