

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究17

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ
動画等のデータをアップロードし、日本人顧客に
ダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段に
いうわいせつな電磁的記録の頒布

(最決平成26年11月25日 平成25年(あ)第510号 刑集68巻9号1053頁)

刑事判例研究会
山田 慧*

【事実の概要と訴訟の経過】

1. 事実の概要

日本在住の被告人らは、株式会社Vの名義でインターネット上のアダルト動画配信サイトの運営に参画し、V社の東京事務所に相当する株式会社T社において、わいせつな動画やゲームの企画、製作、顧客からのクレーム処理等にあたっていた。V社のアメリカ合衆国ニューヨーク事務所に相当するN社の代表者であるAは、平成21年頃に、N社の注文を受けてT社において被告人らが日本国内で作成し、N社に送信したわいせつな動画を、アメリカ合衆国内に設置されたサーバコンピュータにアップロードし、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動画ファイルをダウンロードさせる方法によって有料配信

* やまだ・さとし 同志社大学大学院法学研究科博士課程後期課程

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

する日本語表記を含むウェブサイトを経営していた。また、被告人らは、平成23年秋頃、T社作成のアダルトゲームをN社から配信するため、顧客が同ゲームをダウンロードするシステムを構築し、同年12月頃、同ゲームデータをN社のバックアップサーバにアップロードし、これをN社においてAが日本語表記を含むゲーム配信サイトにアップロードして有料配信した。そして、平成23年7月21日頃には前記動画配信サイトから、同年12月7日頃には前記ゲーム配信サイトから、日本国内の顧客がそれぞれわいせつな動画およびゲームのデータをダウンロードして、同国内に設置されたパーソナルコンピュータに記録・保存した。

さらに、被告人らは、平成24年5月、以上の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前記わいせつ動画およびゲームのデータをそれぞれ保管した。

以上の事実につき、被告人らは、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪（刑法175条1項後段）およびわいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪（同条2項）で起訴された。

2. 訴訟の経過

(1) 第1審 第1審である東京地判平成24年10月23日（刑集68巻9号1058頁）は、次のように述べて、被告人らを有罪とした。

「刑法175条1項後段の電磁的記録その他の記録の『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等を存在するに至らしめることをいい、本件のように、わいせつ動画データファイルが顧客のダウンロードにより日本国内のパソコンに保存されれば『頒布』に当たるといえることができる。また、サイト運営（共犯者）側は、配信サーバにアクセスしてダウンロードするという顧客の行為を介してわいせつ動画データファイルを配信していたのであるから、顧客によるダウンロードは顧客の行為を利用したサイト運営側の行為という側面もあり、実行行為の一部といえることができ、もしそうでないとしても、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。そうすると、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ことから、国内犯（刑法1条1項）として同法175条1項後段を適用することに問題はない」。

「……関係証拠上、わいせつ動画データファイルがサイト運営側であるN社によって配信サイトにアップロードされる状況にあったので、これが『電気通信の送信』に当たることは明らかである上、国内犯として同条項後段の適用が可能なことも前記の通りであり、さらに、被告人……はこのような状況を了知していたものと認められるから、……有償頒布目的の存在も十分に是認することができる」。

これに対し弁護側は、① 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175条1項後段にいう「頒布」には該当せず、したがって、ダウンロードに供するコンテンツを供給するための当該データの保管は、同条2項にいう「頒布する目的」での保管にも該当しない、② 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などと主張し、法令適用の誤りを理由に控訴した。

(2) 原 審 こうした被告人弁護人の控訴を受けて、原審である東京高判平成25年2月22日（刑集68巻9号1062頁）は、次のように述べて控訴を棄却した。

「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、

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

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175条1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、……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2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えることができる」。

「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1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、既にみたとおり、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175条1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1条1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、外国人であるかを問わず、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く、所論のいう点は、前記のような解釈の妨げとはならない」。

これに対して、弁護側は、控訴趣意と同様の点を指摘したうえで、法令適用の誤りを主張し上告した。上告を受けた最高裁は、上告趣意について、適法な上告理由に当たらないとし、上告を棄却したうえで、職権で次のように判示した。

【決 定 要 旨】

「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、前記の事実関係によれば、被告人らが運営する前記配信サイトには、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、前記の事実関係の下では、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。」

【研 究】

1. 問題の所在

(1) 平成23年刑法改正の経緯と内容 本件において成否が問われた、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪（刑法175条1項後段）およびわいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪（同条2項）は、平成23年の刑法等の一部改正（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〔平成23年法律第74号、同年7月14日施行〕）により新設されたものである。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

(a) 改正までの経緯 改正前の刑法175条は、「わいせつな文書、図画、その他の物」を「頒布」し、「販売」し、または「公然と陳列」すること、および「販売の目的でこれらの物を所持」することを規制していた。このうち、「公然と陳列」とは、同条における客体を不特定または多数の者が認識しうる状態におくことを言い¹⁾、「頒布」とは、不特定または多数の者に無償で交付・譲渡すること、「販売」とは、不特定または多数の者に有償で譲渡することを意味すると一般に解されてきた²⁾。

1990年代にインターネット等の通信技術が飛躍的に発達し普及するようになると、同条の客体に、それ自体は有体物ではない、わいせつ画像等のデータが含まれるかどうか問題となった。この点に関し、情報としてのデータ自体がわいせつ図画に当たるとして、わいせつな画像データをサーバへアップロードした行為につき公然陳列罪を肯定した下級審判例も登場した³⁾。しかし、このような理解に対しては、「物」についての解釈論の枠を超えたものであり⁴⁾、また、わいせつ「情報」の陳列そのものといえる公然わいせつ罪（刑法174条）との区別が困難になるといった批判が加えられた⁵⁾。このため、むしろ多くの裁判例は、インターネットが普及する

1) 最決昭和32年5月22日刑集11巻5号1526頁。

2) 団藤重光編『注釈刑法(4)各則(2)』（有斐閣、1965）291頁〔団藤重光〕、大塚仁『刑法概説（各論）』（有斐閣、第3版、1996）522頁。大塚仁ほか編『大コメンタール刑法 第9巻』（青林書院、第2版、2000）44頁〔新庄一郎・河原俊也〕も参照。

3) 岡山地判平成9年12月15日判時1641号158頁。堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」研修588号（1997）5頁では、本判決と同様の見解が既に唱えられていた。また、本判決の解釈に一定の理解を示すものとして、前田雅英「サイバー犯罪に関する法改正と捜査方法」警察学論集64巻8号（2011）162頁以下も参照。

4) 山本光英「判批」判例時報1679号（判例評論487号、1999）240頁以下、名取俊也「判批」研修596号（1998）25頁、渡邊卓也「判批」早稲田法学76巻1号（2000）179頁以下。園田寿「判批」ジュリスト臨時増刊1135号（平成9年度重要判例解説）166頁も参照。

5) 白木豊「判批」法学教室222号別冊付録（判例セレクト98）33頁、塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法1巻8号（1999）36頁、川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制（2・完）」同志社法学52巻1号（2000）6-7頁。加藤敏幸「改正刑法175条とサイバーポルノについて」情報研究：関西大学総合情報学部紀要37号（2012）7頁、伊藤涉ほか『アクチュアル刑法各論』（弘文堂、2007）421頁〔島田聡一郎〕も参照。他方で、

以前から、わいせつな映画の上映や、わいせつな映像・音声記録されたテープの再生・所持といった事案について、情報が化体された媒体物がわいせつ物に当たるとの判断を示してきた⁶⁾。そして、最決平成13年7月16日⁷⁾（以下「平成13年決定」）は、わいせつな画像データをパソコンネットのホストコンピュータにアップロードし、他の会員に、ダウンロードのうえ、当該画像データを閲覧させたという事案につき、「わいせつな画像データを記憶・蔵置させたホストコンピュータのハードディスク」それ自体がわいせつ物であるとの論理を展開し、公然陳列罪を肯定した。こうして、公然陳列罪の客体はあくまで有体物であって、サイバーポルノの事案においても、情報が化体された媒体物がわいせつ物と解される点が最高裁において確認された⁸⁾。

もっとも、こうした解釈は、客体の交付、すなわち引渡しを要件とする頒布・販売罪の成否とは無縁のものであった。また、わいせつな画像データを直接相手方に電子メールで送信するような場合、当該データにアクセスできるのは受信者のみである以上、媒体であるサーバをわいせつ物とした、不特定または多数の者に対する陳列とは構成しがたく、そのような場合に、わいせつ物頒布罪または販売罪が成立するののかという問題は、なお残されていた。この点について、わいせつな画像データが不特定または多数の相手方に電子メールで送信された場合には、わいせつな情報が化体さ

ㇿわいせつなデータそのものの頒布等を捕捉せざるをえない事態が生じた場合には、データそのものを「物」の文言に取り込む余地があるとの指摘もあった（吉田統宏「判批」警察学論集51巻4号（1998）173-174頁）。

6) 大判大正15年6月19日刑集5巻267頁、最決昭和54年11月19日刑集33巻7号754頁、富山地判平成2年4月13日判時1343号160頁、大阪地判平成3年12月2日判時1411号128頁、東京地判平成4年5月12日判タ800号272頁など。

7) 最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁。

8) 本決定に肯定的なものとして、山口雅高「判解」最高裁判所判例解説刑事篇（平成13年度）97頁、北村篤「判批」研修650号（2002）15頁、塩見淳「判批」法学教室257号（2002）137頁、只木誠「判批」現代刑事法4巻8号（2002）79頁、山口厚「判批」ジュリスト臨時増刊1224号（平成13年度重要判例解説）166頁。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

れたウェブメールシステムを客体としたわいせつ图画販売罪が成立すると
の判断を示した下級審判例も存在した⁹⁾。しかし、画像データないし媒体
物が「移転」したとはいいがたいこのような事案について販売罪を肯定す
るのは、あまりにも技巧的であるとの批判が加えられた¹⁰⁾。また、電子
データは刑法175条の客体には含まれないと明言し、インターネットを通
じて不特定または多数の者に有償で提供する目的で、わいせつ動画ファイ
ルを自宅のファイルサーバ等に記憶・蔵置させる行為について、わいせつ
物販売目的所持罪の成立を否定する下級審判例もあった¹¹⁾。

このように、わいせつ画像等のデータの頒布・販売罪の成否について下
級審の見解は分かれていたが、わいせつ画像等を有体物に記録のうえで頒
布しようが、データとして電子メールに添付して頒布しようが、その本質
的意味が変わるところはないにもかかわらず、後者のケースが刑法175条
によって処罰の対象とならないのは均衡を欠くことが意識されはじめ、刑
法を改正する機運が高まったのである¹²⁾。

9) 横浜地川崎支判平成12年7月6日（公刊物未登載）。園田寿「判批」岡村久道編『サイ
バー法判例解説』別冊NBL79号（2003）74頁、松本裕「判批」研修635号（2001）3頁、
山川景逸「インターネット上のわいせつ画像データを刑法175条のわいせつ图画と認定し
た事例」研修628号（2000）119頁に紹介・解説がある。

10) 山口厚「サイバー犯罪に対する実体法的対応」ジュリスト1257号（2003）20頁（注10）、
園田・前掲注9）75頁。なお、山口雅高・前掲注8）114頁は、本判決は、無形のわいせ
つな画像データそのものをわいせつ物ととらえたものにほかならないとしたうえで、頒
布・販売などの限定的な場面においては、画像データそのものを客体に含めるという柔軟
な考察が必要になると述べている。わいせつ画像データそのものがわいせつ物と捉えられ
る旨を、より直接的に判示した下級審判例として、横浜地川崎支判平成12年11月24日（公
刊物未登載）がある。加藤・前掲注5）9頁も参照。

11) 札幌高判平成21年6月16日高検速報（平21）317頁。

12) 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）」法曹時報64巻4号（2012）93頁、大塚仁ほか編『大コンメンタ
ル刑法 第9巻』（青林書院、第3版、2013）48頁〔新庄一郎・河原俊也〕。さらに、本条
の保護法益との関係で、わいせつ情報と媒体物とを切り離すことのできる度合いが大きけ
れば大きいほど、法益侵害の手段として強力に作用しうることを指摘するものとして、南
部篤「わいせつ情報とわいせつ物頒布等の罪の客体」板倉宏博士古稀祝賀論文集編集委員
会編『現代社会型犯罪の諸問題』（勁草書房、2004）363頁。

(b) 改正刑法175条の概要　そこで、改正後の刑法175条は、1項後段において、「電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布」する行為を新たな処罰対象とした。「電気通信」とは、有線、無線その他の電磁的方式により、符号、音響または影像を送り、伝え、または受けることを言い、「送信」とは、このうち、「送る」行為を指し、「電磁的記録の……頒布」とは、不特定または多数人の記録媒体に電磁的記録を存在させることである¹³⁾。もっとも、この新たな行為類型の追加は、前述の平成13年決定の解釈、すなわち、わいせつな画像等のデータをサーバに記憶・蔵置させて不特定または多数の者が閲覧しうる状態にすれば、わいせつ物公然陳列罪が成立するとの解釈に変更を加えるものではなく、175条1項前段の客体として、「電磁的記録に係る記録媒体」が追加されているのは、その旨を明示する趣旨であると説明されている¹⁴⁾。また、旧法における「販売」の文言は、所有権の移転を伴う譲渡を意味するものであったが、特に電磁的記録のやりとりにおいて（また、有体物においても賃貸のような場合に）、所有権を移転させる方法によらずとも、容易に、広範囲の者に同じ内容のわいせつ物やわいせつな電磁的記録を拡散させることができることに照らし、1項、2項ともに、「販売」の文言は用いられず、有償・無償を問わない「頒布」という文言に統一された¹⁵⁾。なお、電磁的記録の頒布が新たに処罰対象とされたことに伴い、2項では、有償頒

13) 客体に「その他の記録」が含まれているのは、ファクシミリでわいせつ画像等を送信した場合には、頒布先において電磁的記録以外の形態による記録として存在するに至りうることを踏まえたものであるとされる（杉山＝吉田・前掲注12）94頁）。

14) 杉山＝吉田・前掲注12）93頁、新庄＝河原・前掲注12）50頁。

15) 従来、「頒布」と「販売」の意義に関して、頒布を無償による交付・譲渡、販売を有償による譲渡と解する通説によれば、有償ではあるが所有権の移転を伴わない賃貸行為がどちらにも該当しない点が問題視され、また、客が持ち込んだ生テープにわいせつ動画データをダビングして交付する場合に、「物」を「販売」したと言えるのかといった点（大阪地堺支判昭和54年6月22日刑月11巻6号584頁は、ダビングされたテープの所有権がいったん被告人に帰属し、それが客に有償で譲渡されたとして、販売罪を肯定）が議論となっていた。しかし、「販売」の文言が削除され、「頒布」に統一されたことから、これらの問題点は解消されるに至った。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

布目的でのわいせつ物の所持に加え、わいせつ電磁的記録の「保管」も処罰対象となることが明示された。

（2）本件における争点　本件では、被告人らが日本国内で作成したわいせつな動画およびゲームのデータをアメリカ合衆国在住のAのもとに送り、同人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を記憶・蔵置させ、日本国内の顧客に同データをダウンロードさせた行為、およびこれら一連の配信のバックアップのために、日本国内において、同データをDVD等に保管した行為につき、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪およびわいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪が成立するかが問題となった。

弁護側は、わいせつな電磁的記録が日本国内の顧客の記録媒体に存在するに至ったのは、当該顧客の意思に基づくダウンロードという「受信」行為によるものであるから、そのような場合に、被告人らが当該顧客にわいせつな電磁的記録を「送信により頒布」したと評価することはできないと主張した。確かに、前述の通り、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪が新設された際、主に処罰対象として念頭に置かれていたのは、わいせつな電磁的記録を電子メールによって直接的に情報の受け手へと送信する行為であったのに対し、本件被告人は、アメリカ合衆国在住のAを介して、わいせつな電磁的記録をサーバへアップロードしたに過ぎないとも解されうる。このことから、当該電磁的記録のダウンロードが顧客の意思に委ねられていた場合にまで、被告人らによる「送信による頒布」を認めることはできないと主張する余地もあろう。また、本件において直接争われた訳ではないが、平成13年決定の解釈を前提とすれば、被告人のアップロード行為は公然陳列に該当するものの、それはアメリカ合衆国のサーバで行われたものである以上、国内犯として処罰することは可能かとの問題も浮上してくる。さらに、本件の行為が頒布罪に該当するとしても、国外犯処罰規定のない刑法175条について容易に国内犯を認めてよいのかとの疑問もあ

りえよう。なお、わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪について、事実認定から、本件被告人が日本人顧客の存在を想定していたことは明らかではあるが、弁護側の主張するように、本件の一連の配信行為を「頒布」と評価することができないのであれば、「頒布する目的」を認定できないことになる。したがって、同罪の成否も、同条1項後段における「頒布」の意義にかかっていることになるだろう。

これらの点について、本決定は、弁護側の主張を斥け、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪およ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。本決定は、刑法改正後の両罪の成否に関して、最高裁が初めて判断を下したものであることから、その判断の内実および射程を確認し、その妥当性を検討しておきたい¹⁶⁾。

2. 本決定の理解

(1) わいせつ電磁的記録等送信頒布罪における「頒布」の意義　まず、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪における「頒布」について、本決定は、第1審とほぼ同様に、「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」と定義した。他方で、原審では、「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」と定義され、本決定および第1審とは若干異なる表現が用いられた。いずれも、相手の記録媒体上に電磁的記録が記録・保存された状態の作出を意味していることからすれば、本決定および第1審と原審における表現の差異は重要なものではないとも言えよう¹⁷⁾。もっとも、「取

16) なお、本決定と同日に、同様の事案について同じ裁判体が、同様の判断を下している（最決平成26年11月25日裁判所ウェブサイト）。その原審（東京高判平成25年3月15日判タ1407号218頁）においては、後述のように解される本決定の趣旨を、より直截に判示していることから、適宜参照していくこととしたい。

17) 伊藤亮吉「判批」刑事法ジャーナル44号（2015）84頁、曲田統「判批」ジュリスト臨時増刊1492号（平成27年度重要判例解説）158頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー705号（2013）113頁、今井猛嘉「判批」ジュリスト臨時増刊1466号（平成25年度重要判例解説）179頁。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

得させる」との表現は、「存在するに至らしめる」との表現に比べて、取得する側の行為に焦点が当てられているとも解されることから、この表現上の差異に重要な意味はないと言えるかどうかは、顧客によるダウンロード行為の介在を、「頒布」の関係でいかに捉えることができるかにかかっているように思われる¹⁸⁾。

(a) 第 1 審 第1審は、顧客のダウンロード行為を、実行行為の一部、あるいは頒布の結果を構成するものと判示している。顧客のダウンロード行為が頒布の結果を構成すると言えるのは、それ以前の行為のみで頒布の実行行為性が認められる場合であり、「わいせつ動画データファイルがサイト運営側であるN社によって配信サイトにアップロードされる状況にあったので、これが『電気通信の送信』に当たることは明らかである」との判示に照らしても、第1審の判断は、サーバへのアップロード行為自体が「電気通信の送信」に当たりうることを前提としたものであろう。確かに、顧客がダウンロードすることのできるデータをサーバにアップロードする行為は、当該データがダウンロードされ、顧客の記録媒体に記録される現実的危険性を有する行為であるから、「頒布」の実行行為性を満たし、実際にダウンロードされれば頒布罪が成立すると解されうる（交付の相手方による取得に向けた行為を介して頒布が実現されることはある）。

しかし、刑法175条1項後段は、単なる「頒布」ではなく、「電気通信の送信による」頒布を実行行為とし、頒布の手法を限定していることから、本件被告人が行ったサーバへのアップロード行為が、「電気通信の送信に

18) 本決定および第1審と原審における表現上の差異について、山本高子「判批」法学新報122巻3・4号（2015）404頁は、「『取得させる』という結果の側面」を重視するのか、「『送信させる』という一連の行為」を問題とするのかの違いを見出しうるとし、白井智之「判批」警察学論集68巻6号（2015）177頁は、「取得させる」という表現であれば、当該電磁的記録等の入手が受信者側の意思に基づく必要があるのに対し、「存在するに至らしめる」という表現であれば、受信者側の意思の如何にかかわらず「頒布」が成立する（一方的に画像データを送りつける行為にも頒布罪が成立する）という違いが生じうるとしている。

よる」頒布に該当するとは考えにくいとの批判がありえよう¹⁹⁾。

(b) 原 審 これに対し、原審は、顧客のダウンロード行為を、被告人らによる「頒布」の一部であると評価し、その結果を構成するとは評価していない。こうした態度は、サーバへのデータのアップロード行為のみでは、「電気通信の送信による頒布」の実行行為性は認められず、顧客によるダウンロード行為を含めて実行行為と解さざるを得ないことを前提とするものであろう。

では、どのように解すれば、顧客の主体的行為を被告人による頒布行為の一部とみなすことができるであろうか。この点に関し、原審は、「顧客らの行為を介して……取得させた」と判示したことに照らし、顧客らを道具とした間接正犯として構成したとの評価が見られる²⁰⁾。しかし、顧客らは、事態をすべて認識したうえで自由な意思決定に基づいてダウンロード操作を行っており、間接正犯を根拠づける「道具性」を認定することはできないとの批判が、上告趣意においてなされた。

(c) 本 決 定 そこで、本決定において最高裁は、こうした批判を回避すべく、「頒布」の意義につき、原審のように電磁的記録を「取得させる」とは表現せず、「存在するに至らしめる」と述べ、顧客のダウンロード行為が実行行為の一部であるとの認定を積極的に行わなかったものと解される²¹⁾。

もっとも、間接正犯構成に拠らないとしても、それ自体は顧客の意思に基づくことは間違いのないダウンロード行為が介在する事象について、被告人が「送信による頒布」を行ったとなぜ評価できるのかを理論づける必要がある。そこで、最高裁は、顧客によるダウンロード行為を当然の事象として予測し、顧客のリクエストに応じて自動的にダウンロードすることのできるシステムを構築したうえで、サーバに当該あいせつ動画等のデー

19) 杉山博亮「判批」専修ロージャーナル10号(2014)227頁。

20) 杉山・前掲注19)228頁。

21) 山本・前掲注18)407頁も参照。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

タを蔵置し、実際に顧客がダウンロードにより当該データを得るに至った場合には、ダウンロード行為が顧客の意思に基づくものであることの重要性が失われるとの判断を示したものと思われる²²⁾。つまり、顧客によるリクエストを契機として、その都度、手動で送信を行ってれば、その行為が「頒布」に当たることには異論はないと思われるが、手動でも行いうるデータファイルの送信を単にダウンロードシステムとして自動化していたに過ぎない本件のような場合も、顧客のリクエストおよびダウンロード操作は、被告人による送信の「契機」にとどまり、手動で直接送信する場合と同視できるとの判断であると解される²³⁾。

以上のように本決定を分析できるとして、翻って、第1審、原審および本決定を比較してみると、本決定が、サーバへのアップロード行為をもって「送信による頒布」という実行行為性が満たされる余地を認めていないことは確かであろう。他方、原審は、「取得させる」との表現を用いたとはいえ、「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」ものであったことを指摘した点において、本決定と類似すると言える。しかし、本決定は、原審や第1審とは異なり、顧客のダウンロード行為を、実行行為の「一部」とは評

22) 曲田・前掲注17) 158頁、山本・前掲注18) 406-407頁、鎮目征樹「判批」法学教室425号別冊附録（判例セレクト2015〔I〕）33頁。南部晋太郎「判批」研修787号（2014）32頁、野村和彦「判批」刑事法ジャーナル40号（2014）103頁は、原審に対する評価として、同様の点を指摘する。

23) 白井・前掲注18) 178頁。前田雅英「判批」捜査研究767号（2015）44頁も参照。このことは、裏を返せば、不正アクセスなどサイト運営側が予定していないプロセスを経て相手側の記録媒体に当該データが存在するに至った場合には、サーバ運営側が顧客に電子メールで直接送信する場合と同視することはできず、「電気通信の送信による頒布」は認められないことを意味する。伊藤・前掲注17) 86頁、曲田・前掲注17) 158頁、駒田秀和「判解」ジュリスト1499号（2016）98頁を参照。もっとも、本決定は、顧客のダウンロード行為が介在する場合についての一般論を述べたものではなく、事例判断にとどまっていることから、不正アクセスによるダウンロードのような場合に、一般的に頒布行為が認められないとの趣旨までを含むものではない。豊田兼彦「判批」法学セミナー721号（2015）115頁も参照。

価しておらず、被告人らによる送信行為の「契機」と位置づけている。「契機」とは「きっかけ」という意味であり、そこから物事が始まる起点であるとする、本決定は、原審や第1審とは異なり、もっぱら顧客によるダウンロード操作から始まる事象を被告人による送信行為として評価できるとの判断を示しているように思われる²⁴⁾。もっとも、本罪に未遂犯処罰規定はないことから、「頒布」の開始時期を議論する実益は乏しいとも言えるが、後述の公然陳列罪との区別の要否や罪数関係の判断に影響する可能性も指摘されており²⁵⁾、また、アップロード行為が国内で行われたが、頒布の結果が国外で生じた場合の国内犯の成否に影響しうる場合もある²⁶⁾。

(2) 国内犯の成否 本件わいせつ動画等のデータは、アメリカ合衆国在住の共犯者によって、同国に存在するサーバにアップロードされたものであり、刑法175条には、刑法2条以下に規定される国外犯処罰規定は存在しないことから、本件のような場合に、国内犯として処罰することができかどうか争点となった。

刑法1条1項は、国内犯について属地主義を採用しており、「犯罪地」の決定に関しては、構成要件該当事実の一部が日本国内で発生すれば日本を犯罪地とする遍在説が判例・通説とされている²⁷⁾。これに対して、日本

24) 東京高判平成25年3月15日・前掲注16)においても、「サイト側は、あらかじめ顧客によるダウンロードを前提としてシステムを構築しているものであるから、自動ダウンロードをもって、顧客の行為を利用したサイト側の送信行為と評価できる」とされている。これに対して、前田・前掲注23)44頁は、「顧客らのダウンロードは頒布行為の一部を構成する」としている。また、伊藤・前掲注17)85-86頁も、「送信者の実行行為の中にダウンロードが組み込まれている」としている。

25) 駒田・前掲注23)98頁。

26) さらに付言すると、本件において、わいせつ動画等のデータが顧客によってダウンロードされたのが平成23年7月21日頃であり、改正法の施行日が同月の14日であることから、サーバへのアップロード行為自体は改正法の施行前に完了していた可能性があり、サーバへのアップロード行為を含めて実行行為と解することには問題がありえたとも言える。

27) 大判明治44年6月16日刑録17輯1202頁（汽船の失火が国内で生じ、その結果が国外で

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

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日本の刑法の場所的適用範囲が及ぶと解する見解（結果説）も有力に唱えられている²⁸⁾。もっとも、本決定が、顧客によるわいせつ動画等のダウンロード行為を、被告人による「電気通信の送信による頒布」とみなしたのであれば、実行行為が日本国内において行われており、また、日本の顧客の記録媒体に当該データが存在するに至ったのであるから、構成要件的結果も日本国内において生じていると言える。したがって、本件は、遍在説を採るか結果説を採るかで結論を左右する事案ではなく、犯罪地についての一般論を展開する必要性がなかったものと言えよう²⁹⁾。

もっとも、後述のように、情報が瞬時にして世界中に発信されるサイバー空間において、安易に国内犯の成立を認めてよいのか議論の余地がある。この点に関し本決定は、「前記の事実関係の下では」国内犯として処罰することができると判示しており、本件事案における事情に照らして国内犯の成否を判断したものとして解することも可能である。

3. 本決定の妥当性

(1) 顧客のダウンロードの介在 以上のように本決定を理解できるとして、それは妥当なものと言えるであろうか。まず、顧客によるダウンロード行為が介在する場合にも「頒布」を認めることについて、刑法175

↘発生した場合につき、失火罪での処罰を肯定）、下級審判例として、東京地判昭和56年3月30日刑月13巻3号299頁（賄賂の供与は国外で行われたものの、その共謀や約束が国内でなされていたことを理由に贈賄罪での処罰を肯定）などがある。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法 第1巻』（青林書院、第3版、2015）83頁〔古田佑紀＝渡辺咲子〕、山口厚『越境犯罪に対する刑法の適用』芝原邦爾ほか編『松尾浩也先生古稀祝賀論文集 上巻』（有斐閣、1998）413頁以下も参照。

28) 辰井聡子「犯罪地の決定について（1）（2・完）」上智法学論集41巻2号（1997）69頁、同3号（1998）245頁。

29) 豊田・前掲注23）115頁、山本・前掲注18）409頁、曲田・前掲注17）158頁。他方、第1審から本決定に至るまで、遍在説の立場が採られていると評価するものとして、伊藤・前掲注17）86-87頁。

条1項後段では、単なる「頒布」ではなく、「電気通信の送信による頒布」と規定され、頒布の手法にあえて限定が付されていることから、本件のような被告人によるわいせつ動画等のアップロード行為は「送信」には当たらず、したがって「頒布」には該当しないと解することが立法趣旨にも沿うとの批判がある³⁰⁾。しかし、前述のように、本決定は、顧客がダウンロードによって当該データを自己の記録媒体に保存した過程を、被告人が、送信により、顧客の記録媒体に当該データを存在させたものとして評価できる場合があることを示したものであって、こうした判断は、自動販売機を利用したわいせつ DVD の販売がわいせつ物頒布罪における「頒布」に当たると考えられることに照らして³¹⁾、妥当なものと言えよう³²⁾。これに対し、自動販売機の事例は、客体が物であるから、条文上、手段に制限のない「頒布」の実行行為性が問題となり、自動販売機にわいせつ物を蔵置する行為自体を、頒布の結果が生じる現実的危険性を惹起する実行行為と評価できるとの反論がありえる。しかし、そうであるとしても、客が自動販売機で購入する行為を、直接相手に交付する行為と同視するとの理解はなお可能であろう。また、「電気通信の送信」という文言から、175条1項後段の頒布が、電子メールによる送信類型のみを対象とするものであるとの解釈は必ずしも導きえず、今回の刑法改正に向けた法制審議会の議論を見ても、同文言に、そうした限定を付す趣旨を見出すことはできない³³⁾。

30) 杉山・前掲注19) 227-230頁。また、松宮孝明『刑法各論講義』(成文堂、第4版、2016) 421頁は、「他人にダウンロードさせる行為を『頒布』とみなす……のは、間接正犯論を使っても無理である」としている。

31) 南部・前掲注22) 35頁(注7)では、自動販売機を利用したわいせつ物の販売に刑法175条を適用した下級審判例として、岡山地判平成23年2月24日(公刊物未登載)、長野地上田支判平成23年7月22日(公刊物未登載)があげられている。

32) 南部・前掲注22) 32頁、駒田・前掲注23) 98頁。

33) 法制審議会における議事録は、法務省ホームページから入手可能である。〈http://www.moj.go.jp/shingi1/shingi_keiji_haiteku_index.html・最終アクセス2016年10月23日〉また、東京高判平成25年3月15日・前掲注16)は、175条1項後段の「頒布」には、

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

したがって、顧客のダウンロード行為が介在する場合に、被告人による頒布行為を認定することは「可能」とであると解される。

(2) 「頒布」の意義の解釈について 本決定が、電磁的記録の「頒布」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」と定義したことは、概ね肯定的に評価されている。従来、有体物であるわいせつ物の頒布は、「不特定または多数の者に対するわいせつな物の有償または無償による交付」と解され、たとえば、わいせつ物が郵便局に差し出されただけでは頒布とは言えないと解されてきたことからすると³⁴⁾、本罪においても同様に、有体物を客体としたケースにおける「交付」に相当する事実が要求されるべきであって、相手側の記録媒体で閲覧が可能になった段階で「頒布」が認められると解されるべきだからである³⁵⁾。

(a) 児童ポルノ法との関係 他方で、刑法175条の改正に先行して、2004年の児童買春・児童ポルノ禁止法改正により新設された同法7条4項（2014年改正により現在は同条6項）の不特定または多数の者に対して児童ポルノを提供する罪における解釈との不統一が指摘されている。同罪にいう「提供」については、児童ポルノの相手方への到達までは不要との説明がなされているが、同罪は、刑法175条の改正とはほぼ同様の経緯で制定されたものであることから、両法で到達の要否が統一されていない理由は見出しがたいというのである³⁶⁾。しかし、児童ポルノ法における、「相手方へ

ゝ「電気通信の送信による」との限定が付されているが、その送信方法を特定のものに限定すべき理由はないとしたうえで、サイトの運営者側があらかじめ自動ダウンロードのシステムを構築し、サーバにアクセスした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場合も「電気通信の送信による頒布」に含まれると判示した。

34) 大判昭和11年1月31日刑集15巻68頁。西田典之『刑法各論』（弘文堂、第6版、2012）398-399頁も参照。

35) 伊藤・前掲注17) 84頁、鎮目・前掲注22) 33頁、曲田・前掲注17) 158頁、駒田・前掲注23) 97頁。山口・前掲注10) 21頁も参照。

36) 岩間康夫「判批」判例時報2226号（判例評論667号、2014）173頁。

の到達までは不要」との説明は、電磁的記録については、相手方がダウンロードし、自身の記録媒体に保存することまでは要しない（メールサーバにおいて受信されれば足りる）との趣旨であると解され³⁷⁾、そうであれば、本決定で述べられた定義も、児童ポルノ法の解釈と一致するものであると言える。というのも、立法趣旨によれば、「頒布」について、本決定と同様の定義がなされつつ、メール送信されたわいせつデータが受信されれば頒布にあたると説明されているが³⁸⁾、この「受信」とは、受信者の記録媒体にダウンロードされることを意味しない（つまり、メールサーバに到達すれば足りる）とも解されるからである³⁹⁾。また、仮に、刑法175条1項後段における「頒布」が、電磁的記録の記録媒体への保存まで要求するものであるとしても⁴⁰⁾、国内における性的秩序・道徳・風俗を害する行為を処罰の対象とする刑法175条と、児童の権利を擁護することを目的としている児童ポルノ提供罪は、規制の趣旨・目的を異にするものであることから⁴¹⁾、両法での解釈の統一を図るべきとの主張は説得力に欠けるものと言えよう。

(b) 公然陳列罪との関係 もっとも、本決定のような「頒布」の捉

37) 島戸純「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の一部を改正する法律」ジュリスト1274号（2004）64頁。

38) 杉山＝吉田・前掲注12) 94-95頁。

39) 新庄＝河原・前掲注12) 47-48頁は、「相手方がこれを手元のパソコンにダウンロードすることが必要である」とすると、……ウェブメールの場合には、そのメールボックスに記録されるにとどまっている限り、刑法175条1項後段の罪は成立しないこととなり、処罰範囲が不当に狭くなると考えられる上、メールサーバのメールボックスに電子メールが届いた状態は、手紙が郵便受けに入って受信者の支配下に入った場合……と同視し得る」ことから、わいせつ画像等のデータが、受信者の記録媒体にダウンロードされる必要はないとしている。

40) 「頒布」と言えるためには、受信者側のコンピュータのハードディスクへのある程度永続的な記録・保存までが要求されるとするものとして、今井猛嘉ほか『刑法各論』（有斐閣、第2版、2013）383頁〔今井猛嘉〕、山口・前掲注10) 21頁。なお、加藤・前掲注5) 19頁以下も参照。

41) 新庄＝河原・前掲注12) 63頁。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

え方に対して示されている疑問は、公然陳列罪との関係がその問題意識の根底にあるように思われる。すなわち、既に述べた通り、平成13年決定は、パソコンネットのホストコンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶・蔵置させ、それを会員である顧客にダウンロードのうえ再生閲覧させた行為につき、顧客が再生閲覧するために必要な操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶・蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎないことに照らして、わいせつ物公然陳列罪が成立すると判示した。また、平成23年刑法改正は、平成13年決定による解釈を否定しないことを前提としており、その解釈に照らせば、わいせつ動画等のデータをサーバへアップロードした本件行為について、（国内犯の成否に関する問題を度外視すれば）公然陳列罪も成立しうることになる。この点について、立法趣旨においても、サーバにわいせつ画像等のデータがアップロードされた段階で公然陳列罪が成立し、同データが顧客にダウンロードされた段階で頒布罪が成立すると説明されている⁴²⁾。しかし、そうすると、「同一条項内に存する客体と行為の異なる犯罪類型が同一所為の時間的段階毎に成立するという（しかも両者の法定刑は同一）、些か不体裁な処理⁴³⁾」となるのではないか、そのような場合は公然陳列罪を認めれば足りるのではないかとの疑問が呈されているのである。

こうした疑問の実質は、必ずしも明確に述べられていないが、以下の点にあるのではないかと思われる。つまり、平成13年決定は、後に必要とされる閲覧者によるダウンロードが通常必要とされるものであり、かつ容易であることに照らして、わいせつ画像等のデータをホストコンピュータのハードディスクにアップロードした段階で、公然陳列罪の既遂に至るとの判断を示したものである。こうした判断は、公然陳列罪の認定に、顧客によるダウンロード行為をその前提として取り込むものであって、顧客が

42) 杉山＝吉田・前掲注12) 95頁。伊藤・前掲注17) 84頁も参照。

43) 岩間・前掲注36) 174頁。

ウェブサイト上でわいせつ画像等のデータを閲覧することと、ダウンロードのうで当該データを閲覧することに、有意な差は認められないとの趣旨を含むものである。そうであるとすれば、わいせつ画像等のデータがサーバにアップロードされた後の、顧客による実際のダウンロード行為に、さらなる別個の評価を加えるべきではないとも解される。本決定において頒布罪の成立が認められたことに対する違和感は、こうした点にあるのではないかと思われる。

他方で、公然陳列罪と頒布罪の関係に対しては、次のような対応が考えられる。第一に、陳列行為と頒布行為とは原因結果の関係に立つことが一般的であるため、両者は別個の法益を害する別個の行為というわけではなく、両者を合わせた一連の行為によって一個の法益が害されるものであるから、両者を包括一罪として処理すれば足りると解することが想定される⁴⁴⁾。しかし、ここでの公然陳列罪と頒布罪の関係は、たとえば、盗品等の運搬と保管のように、単に意思が連続していて、法益侵害を一つに包括できると言える場合ではなく、窃盗と器物損壊のように、どちらか一方のそれ自体の可罰性が他方の可罰性を包含していると言える場合でもないように思われる。というのも、公然陳列罪それ自体の可罰性に、後に成立する頒布罪の可罰性が含まれているというより、公然陳列罪が「成立」するかどうかの判断自体に、顧客による後のダウンロード行為が組み込まれているからである⁴⁵⁾。

第二に、公然陳列の場合、利用者が閲覧したとしても、それは一過性の

44) 伊藤・前掲注17) 84-85頁。また、新庄＝河原・前掲注12) 48頁でも、判例上、詐欺罪においては、一個の欺く行為によって財物を騙し取り、かつ不法の利益を得た場合には、刑法246条に該当する単一の詐欺罪として処理されることや、盗品等に関する罪について、運搬と保管等、刑法256条の個々の類型を重複して行う場合、原則として包括して一罪とされることなどに照らし、本件のような場合も、単一の罪、あるいは包括一罪として処理するのが妥当であるとされている。

45) 他方、それ自体でわいせつ性を顕現している物が公然と陳列され、その後に頒布された場合には、公然陳列罪は、その後の頒布を前提に認められるものではないから、公然陳列罪と頒布罪の両罪が成立し、包括一罪として処理されよう。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

ものにすぎないことが大半であるのに対し、頒布の場合は、① 当該データの取得を利用者にはたらきかけることが多いこと、② 有償頒布がむしろ通例であることに照らし、性がまさしく売買の対象とされてしまうおそれが生じること、③ 利用者による保存行為を経て、わいせつデータが確実に相手方のハードディスクに記憶・蔵置されることなどから、行為のもつ法益侵害の危険性の程度は頒布の方が深刻であることを根拠として、両罪が時間的段階毎に成立することの正当性を示唆する指摘もある⁴⁶⁾。しかし、①②の点が、公然陳列との絶対的な区別とは言えず、③の点についても、そもそも、公然陳列罪と頒布罪は法定刑が同じであることから、頒布罪において、わいせつ物等が受け手に帰属すること（わいせつな電磁的記録においては、それが相手の記録媒体に存在するに至ること）そのものが重視されているとは言えないように思われる。わいせつ物等の受け手が、自身に帰属した当該わいせつ物等を繰り返し閲覧したとしても、法益侵害の程度が高まるとは言えないからである。したがって、両罪は、不特定または多数の者が同時に同場所においてわいせつ物等を認識しうる状態に置いたのか、不特定または多数の者が個々にわいせつ物等を閲覧しうる状態を作出したのかの違いを有するに過ぎないと考えるべきであろう。

第三に、立法趣旨には反するものの、本決定により、平成13年決定の解釈が否定されたと解することも不可能ではない。つまり、本決定は、サーバにアップロードしたわいせつ画像等のデータをダウンロードさせる行為が頒布であり、アップロード行為そのものは、頒布行為の予備に過ぎないと捉えたと解することもできなくはない⁴⁷⁾。しかし、こうした解釈は、犯

46) 野村・前掲注22) 106頁。

47) なお、日本弁護士連合会「ハイテク犯罪に対処するための刑事法の整備に関する意見」（2003）〈http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2003_38.pdf・最終アクセス2016年10月20日〉17頁は、刑法改正に対する意見として、「ユーザーのコンピュータに電気通信によって送信されるという意味においては、ホームページにわいせつな画像等を掲載する行為と電子メールでわいせつな画像データを送信する場合とは、技術的には全く同様であるから」、サイバーポルノの事案については、もっぱら刑法175条1ノ

罪成立時期を不当に遅らせるものであって、妥当とは言えないであろう。顧客によるダウンロードが容易である限り、わいせつ画像等のデータをサーバにアップロードした段階で可罰性が備わるとの平成13年決定の帰結自体は、否定されるべきではないと思われる。他方で、そもそも「移転」という概念が当てはまりがたい（データが送信者の元にも残る）電磁的記録を、有体物であるわいせつ物と同等に捉えることに難があり、電磁的記録等の「頒布」に限っては、記録へのアクセス可能状態の作出をもって既遂とし、従来、公然陳列罪とされてきた、ホームページ等を通じてわいせつ情報を認識可能にする行為も、頒布行為の一つのバリエーションと理解すべきであるとの見解もある⁴⁸⁾。また、このように「わいせつデータを拡散したから処罰される」ということが了解できる「頒布」概念を用いる方が、一般人にとって推測不可能なほどに「公然陳列」の概念を緩和させる平成13年決定の解釈を採用するよりも、承認されやすいのではないかとの指摘も見られる⁴⁹⁾。しかし、従来、公然陳列と判断されてきた行為を頒布に当たると解すると、ホームページに他サイトへのリンクを張るだけの行為や、URL を記載するだけの行為について、「電磁的記録その他の記録」を頒布したと言いがたくなるのではないかとの疑問も、同時に意識されている⁵⁰⁾。また、電磁的記録その他の記録の「頒布」と、わいせつ物の「頒布」の意義があまりにも乖離することも問題であろう⁵¹⁾。

▼項後段における電気通信の送信による頒布として規定する方が理論的には一貫していると指摘していた。

48) 岩間・前掲注36) 173-174頁、野村・前掲注22) 103-104頁。南部・前掲注12) 374頁も参照。

49) 岩間・前掲注36) 174頁。

50) 岩間・前掲注36) 174頁。わいせつな画像が掲載されたウェブページのURLを、一部改竄したうえでインターネット上の掲示板に掲載した行為につき、児童ポルノ法における公然陳列罪が肯定されている（最決平成24年7月9日判時2166号140頁）。

51) 渡邊卓也「サイバー関係をめぐる刑法の一部改正」刑事法ジャーナル30号（2011）32頁は、客体の引渡しを伴わない電磁的記録の送信を捕捉する文言として、「頒布」が用いられていること自体を疑問視する一方で、有体物の「頒布」について、客体の引渡しを前提としないとして解することで解釈の統一を図ることも、従来の解釈や、条文の文理に照らし

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

以上から、本決定と平成13年決定を両立させることには、なお違和感が残るように思われる。

(3) 国内犯性について いずれにせよ、従来の判例に照らせば公然陳列罪として処理されえた本件が、頒布罪として構成されたのは、刑法改正により、電磁的記録そのもののやりとりを「頒布」と構成しうようになったことに加え、本件では、アップロード行為が海外において行われていたため、公然陳列罪では国内犯の成立を肯定することに疑義が生じやすかったことに起因するところが大きいようにも思われる。しかし、仮に、本件のような場合に頒布罪が成立しうるとしても、① 収賄罪について、外国で賄賂の收受が行われた場合、公務の公正に対する国民の信頼という法益侵害結果は日本で生じていると考えられるのに、刑法4条が国外犯処罰規定を置いていることと対比すると、国外犯処罰規定のない刑法175条につき、容易に国内犯処罰を認めることには疑問が残る（刑法1条が、国外犯に関する一般規定として機能することになってしまう）点⁵²⁾、② 海外において、海外にあるサーバにデータをアップロードする場合にまで国内犯の成立を認めると、他国でアップロードされたわいせつ画像データは、それが日本の刑法におけるわいせつ性を満たし、日本でダウンロードされる限り、すべて日本の刑法が適用可能となり、またその逆の事態も想定され、世界中で、あらゆる国の刑法が競合する事態を招きかねない点⁵³⁾などが指摘されている。また、③ インターネットにおけるわいせつ情報がきわめ

ㄨて疑問であるとする。永井善之「サイバー・ポルノ規制と刑事法改正」刑法雑誌45巻3号（2006）398-399頁も参照。

52) 西田典之『刑法各論』（弘文堂、第5版、2010）386頁。

53) 本件控訴趣意、南部篤「判批」法学教室401号別冊付録（判例セレクト2013〔I〕）37頁、駒田・前掲注23）98頁、豊田・前掲注17）113頁、園田寿「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47巻4号（1997）34頁。他方、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も言える。永井・前掲注51）403-404頁を参照。

て容易に入手できることなどから、サイバーポルノの規制根拠自体が改めて問われるべきであるとの主張もある⁵⁴⁾。

これらの指摘に対して、少なくとも本件では、頒布の結果が日本において生じている点で、①の指摘はあたらないものと思われるが、理論的には、当時の立法者はサイバー犯罪を想定しておらず、刑法4条の存在から本件について特定の結論を導くことはできないとの反論や⁵⁵⁾、②の点にも関連して、刑法5条が、同一の事件について複数の国に自国の法の適用を認めることを前提としているとの反論が見られる⁵⁶⁾。また、③の点について、現時点では現在の日本の基準を用いて刑法の適用を考えなければならないことに加えて、インターネットによる自由な情報の流通は、必ずしも、海外の最もわいせつ表現の規制の緩やかな国の基準に、日本が従わざるを得なくなってしまうことを意味しないとの反論が加えられている⁵⁷⁾。

いずれにせよ、本決定の妥当性という観点からは、本決定は、国内犯の成否に関して一般論を展開しておらず、本件事実関係のもとでは、被告人らを国内犯として処罰できるとの事例判断を示したにとどまっていることに留意すべきである。したがって、本決定は、たとえば外国で運営されている外国人向けサイトに日本在住者がアクセスしデータを取得する場合の処理にまで広く射程が及ぶものではない⁵⁸⁾。この点に関し、各国の刑法が

54) 園田寿「メディアの変貌——わいせつ罪の新たな局面」中山研一先生古稀祝賀論文集編集委員会編『中山研一先生古稀祝賀論文集 第四巻 刑法の諸相』(1997) 170-171頁、長谷部恭男「判批」法律時報69巻1号(1997) 126頁。

55) 前田・前掲注23) 44頁(注2)。

56) 古田=渡辺・前掲注27) 84頁。また、西田典之ほか編『注釈刑法 第1巻 総論』(有斐閣, 2010) 32-33頁〔高山佳奈子〕は、刑法4条は国外で行われる日本の公務を対象としたものであると解し、国内の職務に関して国外で収賄が行われた場合が1条で国内犯になると考えることも可能であり、さらに、「国外犯処罰規定について、『本来属地主義でカバーできるが、注意的な規定により処罰範囲を明確化した』ものと解釈しうる場合もある」とする。

57) 前田・前掲注23) 40頁、前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリスト1112号(1997) 79-80頁。

58) 曲田・前掲注17) 158頁、駒田・前掲注23) 98頁。

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

競合する事態を回避する必要性については、原審において、「実際上の検挙の可能性はともかく」と述べられているように、国際的な調和を加味した訴訟政策により対応するしかない（また、それが妥当である）との声が多く、また実際に、本件における海外在住の共犯者は起訴されていないことがその現れであるとも言われている⁵⁹⁾。しかし、遍在説を形式的に適用し、国内犯の成立を認めたくえて、問題を「訴訟政策」としてブラックボックス化することには疑問の余地もあろう。

他方で、これまでの下級審判例は、日本国内から海外のサーバへわいせつ画像等のデータをアップロードする行為に公然陳列罪の国内犯が成立するかにつき、一般論として遍在説を支持しつつ、④ 国内でわいせつ画像データのアップロード行為が行われていること、⑤ ホームページが日本語で記述されるなど、国内向けであること、⑥ 現実に国内で不特定多数人が再生閲覧していることなどに照らし、構成要件該当事実の「重要部分」が日本国内において実現されているとして、国内犯の成立を肯定している⁶⁰⁾。こうした判断は、遍在説を形式的に適用するものではなく⁶¹⁾、事案の具体的諸事情を勘案し、行われた行為が日本と十分な「密接関連性」を有しているか否かという観点から、国内犯の成否を判断しようとするものであろう⁶²⁾。こうした判例の姿勢が妥当なものであるとすれば、本件は、④ 日本国内でダウンロードが行われたことから、被告人による頒布

59) 伊藤・前掲注17) 88頁、山本・前掲注18) 410頁、岩間・前掲注36) 174頁、高良幸哉「判批」法学新報121巻1・2号（2014）214頁、今井・前掲注17) 179頁。これに対し、杉山・前掲注19) 234頁（注18）は、「実際上の検挙の可能性はともかく……」との控訴審の態度は、「パパ抜きのパパを引いた者」だけが処罰されるとするに等しく、そのようなことをしてもサイバーポルノはなくなると述べる。

60) 山形地判平成10年3月20日（公刊物未登載）、大阪地判平成11年2月23日（公刊物未登載）、大阪地判平成11年3月19日判タ1034号283頁、東京地判平成11年3月29日（公刊物未登載）。塩見・前掲注5) 39頁を参照。

61) 塩見・前掲注5) 39頁は、遍在説の立場からは、さしあたり上記④の点のみが重要であるとしている。

62) 横溝大「判批」ジュリスト1220号（2002）145頁。

が国内においてなされたと言えることに加え、⑤ 日本人向けのサイトであったこと、⑥ 実際に日本国内で閲覧に供されたことから、国内犯の成立が認められる事案であったと言えよう。

4. まとめ・本決定の意義

以上の検討をまとめたうえで、本決定の意義と残された課題を確認しておきたい。

本件は、平成23年刑法改正により新設されたわいせつ電磁的記録等送信頒布罪の成否が最高裁において初めて問題とされたものであるが、その問責対象は、改正の際に処罰対象として主に念頭に置かれていた、電子メールでわいせつ画像等のデータを送信する行為類型とは異なり、従来は公然陳列罪として処理されてきた、わいせつ画像等のデータをサーバへアップロードし、当該データを顧客にダウンロードさせた行為であった。そして、平成23年刑法改正は、従来の公然陳列罪に関する判例を否定するものではないとされている一方で、本件が、従来通り公然陳列罪として起訴されていれば、海外において同国に存在するサーバへデータをアップロードした本件行為を、国内犯として処罰することに一定の疑義がある事案であった。検察官がこれらの事情を考慮したのかは不明であるが、本件行為が、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪として起訴されたことから、顧客の意思に基づくダウンロード行為が介在する場合でも、「電気通信の送信による頒布」が認められるかという争点が生じたものと言える。

そこで、本決定は、顧客によるダウンロード行為が当然の事として想定され、顧客によるリクエストにより自動的にわいせつ動画等のデータが送信されるシステムを被告人自身が構築し、実際にダウンロードにより当該データが顧客の記録媒体に存在するに至った本件事案においては、被告人らによる「電気通信の送信による頒布」を肯定することができるとの事例判断を示した。本件のような場合に、被告人が直接顧客に当該データを電子メールで送信した場合と同視することができるとの解釈は基本的に是認

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

しうと思われる。もっとも、顧客によるダウンロードが介在する事案において、「送信による頒布」が認められる場合、つまり、顧客の自由意思に基づくダウンロード行為がそれ自体として大きな意味をもたないとみなすことのできる場合の限界事例が問題となろう。違法ダウンロードのような、アップロード者にとって全くの想定外であった場合に「送信による頒布」は認められないとしても、ウェブサイト上で閲覧させることのみを想定しつつ、それが容易にダウンロードされることを認識しながらも、何の手立ても講じなかった場合などが限界事例として想定される⁶³⁾。関連して、本件とは異なり、被告人の運営するサイトが、無料配信サイトであった場合には、犯罪の中核はデータのアップロード行為そのものにあるので、公然陳列罪として評価すべきことを示唆する見解もある⁶⁴⁾。また、平成13年決定において言及された、顧客によるダウンロード等の「容易性」について、本決定が、「頒布」の認定において言及していない点をいかに評価するかも問題になろうかと思われる。

他方で、本決定は、従来の判例に照らせば、公然陳列罪が成立しうる行為類型に対する判断であったことから、本件において頒布罪が認められた意義は、実質的には、本件のように公然陳列罪では国内犯の成立を認めることに疑義がある場合に、頒布罪として国内犯の成立を認める余地が生じた点に見出せるのかもしれない⁶⁵⁾。しかし、公然陳列罪が既遂に至った後に、さらに頒布罪も成立することには違和感もあり、平成13年決定の事案のように、国内犯の成否は問題とならない事案が再度生じた場合や、閲覧のためにはダウンロード操作が必要なわいせつ画像等のデータをサーバにアップロードしたにとどまり、顧客によるダウンロードがいまだなされていない場合に、いかなる処理がなされるのか注目に

63) 山本・前掲注18) 406-407頁は、顧客の操作に応じて自動的に送信する機能が認められる限り、ダウンロードすることを困難にするための対抗をしなかったような場合にも「頒布」が認定されうるとする。

64) 白井・前掲注18) 179-180頁。

65) 白井・前掲注18) 172頁も参照。

値しよう⁶⁶⁾。

さらに、本決定を是認した場合、世界各国の刑法が競合するといった問題が生じうる。本決定は、その問題につき一般論を述べたわけではなく、国内犯の成否について結論を述べたに過ぎないが、少なくとも本件は、日本の刑法をもって対応されるべき事案であったように思われる。もっとも、国内犯の成否は、単なる訴訟政策の問題として処理されるのではなく、理論的に裏づけられることが望ましいとすれば、国際的な議論を要する問題とも言えるが、国内犯の成立を限定する際のメルクマールが精査されなければならない⁶⁷⁾。

また、公然陳列罪との関係から、本件を頒布罪として構成することに対する疑問が正当なものであるとしても、わいせつ動画等のデータのアップロードが海外で完結している以上、公然陳列罪の国内犯として処罰することはできないとの理解⁶⁸⁾に従うとすれば、海外のサーバを利用した法の潜脱行為を許すこととなり、その帰結もまた妥当ではない。データのアップロード行為が海外で完結している場合でも、前述の、日本との「密接関連性」という視点から、公然陳列罪の国内犯の成立を認めることはできないか⁶⁹⁾。サイバー空間における抽象的危険および犯罪地の捉え方に関する、

66) 前者の場合に関連して、事案は多少異なるが、被告人が、サーバコンピュータに保存された、自己の女性器の三次元形状データファイルの保存先を示す URL 情報等を電子メールで送信し、顧客に同データを記録媒体に記録・保存させたという事案につき、わいせつ電磁的記録等送信頒布罪を肯定した下級審判例がある（東京地判平成28年5月9日 LEX/DB No. 25543071）。

67) たとえば、国内犯であることを故意の対象とするものとして、山口厚『刑法総論』（有斐閣、第3版、2016）417頁。行為地で当該行為が許容されていることを、日本の刑法における違法性阻却事由と位置づけるものとして、古田佑紀「国外犯と共犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座＜第1巻＞ 基礎理論・刑罰論』（法学書院、1992）86頁。

68) 塩見・前掲注 5) 39頁。

69) 実際の閲覧行為をもって公然陳列罪の既遂と考える立場から、実際に閲覧された場所が犯罪地となることを根拠に、公然陳列罪の国内犯の成立を認めるものとして、堀内捷三『刑法各論』（有斐閣、2003）284頁。他方、公然陳列状態は、わいせつな内容を認識することが可能な場所的範囲全体に及ぶものであり、日本国内からアクセス可能である限

海外に設置されたサーバ上の配信サイトにわいせつ動画等のデータをアップロードし、日本人顧客にダウンロードさせた行為と刑法175条1項後段にいうわいせつな電磁的記録の頒布（山田）

さらなる検討がなされなければならない⁷⁰⁾。

ゝり、国内犯の成立を認めてよいとするものとして、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト1117号（1997）76頁、同『刑法各論』（有斐閣、第2版、2010）513頁。

70) 本件において頒布罪の国内犯の成立が肯定される根拠として、共謀行為やサーバへのアップロードに向けた準備行為（作品の制作、共犯者の会社のバックアップサーバへのアップロードなど）が日本国内で行われたと認定できる点を指摘するものとして、駒田・前掲注23) 98頁、野村・前掲注22) 106頁。前田・前掲注23) 41-42頁も参照。このような共謀行為や準備行為への着目は、少なくとも本件のように共犯者が介在する場合の公然陳列罪の国内犯の成否を検討するにあたっても参照に値しよう。共謀行為が日本国内で行われていたことから、国内犯の成立を認めた下級審判例として、東京地判昭和56年3月30日・前掲注27)、仙台地気仙沼支判平成3年7月25日判タ789号275頁（謀議が日本船舶上でなされ、それに基づく偽造証拠の送付が外国から行われた事案につき、証拠偽造罪の国内犯の成立を肯定）がある。

なお、本件において公然陳列罪の国内犯が成立するとしても、有償頒布目的保管罪は成立しないことになる。