

資料 1 - 4

令和3年4月8日

横浜地裁川崎支部判平12. 7. 6¹について

桐蔭法科大学院教授・弁護士 中島 肇
(元東京高等裁判所判事)

(はじめに)

標記の判決は、私が横浜地裁川崎支部の裁判官時代に言い渡したものであり、公刊物未搭載ながら、多くの論文に批判的に引用されたもので、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年)20頁脚注10)において「実質論としては理解しうるものであるが、苦しい技巧的解釈であることは否定できない」と評され、加藤敏幸「改正刑法175条とサイバーポルノについて」関西大学総合情報学部紀要37巻においては、詳細な検討を加えていただいた上で、「わいせつ画像データという情報自体を175条の定める「物」として取り込み、その販売とする構成には限界があることが明白となった」事例、言い換えると、平成23年改正前の旧刑法175条の解釈では処罰に限界があることが明確になった事例としてご紹介いただく榮に浴した(笑)判決である。

本判決後の平成23年の法改正で立法的に解決された問題ではあるが、敢えてこの事例を素材として「立法当時に想定されていない行為を刑事法の解釈によって処罰することは、罪刑法定主義の見地からどこまで許されるか」という問題を検討したい。

1 事案の概要

被告人は、知人の女性の陰部等を撮影したわいせつ画像を被告人のパソコンのハードディスクに保存し、平成11年4月中旬から10月上旬ころまでの間、被告人が開設した指定銀行口座に代金を振り込んだ東京都内等に在住する8名の個人パソコンに対し、代金合計3万9000円で、わいせつ画像のデータを、電子メールの添付ファイルとして被告人のパソコンから送信し、同8名のパソコン内のハードディスク内に記憶・蔵置させ、各人のパソコンのディスプレイ上にわいせつ画像を再生閲覧可能な状態にさせたという訴因(平成23年改正前の刑法175条²わいせつ図画販売罪)で起訴され、同罪として有罪としたものである。

¹ 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条のわいせつ図画と認定した事例」研修628号119頁で詳細な紹介がされている。

² 平成23年改正前の刑法175条の規定は以下のとおりである。
「わいせつな文書、図画その他の物を頒布し、販売し、又は公然と陳列した者は、二年以下の懲役又は二百五十万円以下の罰金若しくは科料に処する。販売の目的でこれらの物を所持した者も、同様とする。」

わいせつ画像データはプロバイダのサーバーに蔵置されておらず、被告人の個人パソコンに保存してあるデータを購入者個人に直接電子メールの添付ファイルで送られた点に特徴があり、公然性がないため予備的訴因である「公然陳列罪」は否定した。

素人的な犯行であり、被告人は納得して控訴せず一審で確定した。

2 争点（弁護人の主張）

「（平成23年改正前の）刑法175条にいうわいせつ図画は有体物に限られる。」「現行法上は、罪刑法定主義の見地から、本件について刑法175条を適用することは許される範囲を超えた類推解釈に当たるといふべきである。被告人の本件公訴事実記載の行為は、刑法175条の構成要件に該当せず、無罪である。」

3 争点に対する判断

「従来、「わいせつな文書、図画その他の物」の構成要件として有体物であることが必要であると考えられた理由の一つは、ストリップ・ショーのように、わいせつな視覚情報を陳列などする行為であっても、提供される情報が媒体に化体されず、その場限りで消えていく場合には、そのわいせつな情報自体に伝播可能な固定性がなく、性風俗の侵害の危険性が本罪の予定する程度に至らないから、法定刑の軽い公然わいせつ罪にとどまるという事案との限界を画する意味があったと考えられる。すなわち、わいせつ情報が有体物という媒体に固定されてこそ、その情報が同一性を維持したまま繰り返し再現可能となり（著作権法2条3項³）、本罪の予定する性風俗の侵害の危険が発生すると考えられ、わいせつ情報が有体物という媒体から離れたまま同一性を維持して伝播し、性風俗を侵害するという事態を技術的に想定していなかったためであると考えられる。」

「（インターネット）システムが社会一般に普及してきた状況のもとでは、いわば電子メール・システム全体がビデオテープのように情報の媒体としての機能を果たし、わいせつな画像データが有体物に化体されたのと同程度の固定性・伝播性を有するに至っている」「電子メール・システムという媒体の上に乗っていることにより、有体物に化体されたのと同視して「図画」に該当すると解することは可能であり、合理的な拡張解釈として許されると解する。」

³ 同法3項の規定は以下のとおりである。

「この法律にいう「映画の著作物」には、映画の効果に類似する視覚的又は視聴覚的效果を生じさせる方法で表現され、かつ、物に固定されている著作物を含むものとする。」

この規定は、「わが国では映画著作物として著作権で保護されるためには物に固定されていることを要求している」趣旨とされている（半田正夫「インターネット時代の著作権」31頁）。

4 コメント - 「電気窃盗」の議論との類似

かつて、「電気は物か」という争点をめぐって、大判明治36・5・21刑録9・874が「管理可能性」があれば「物」に該当すると判示して有罪とした例が有名である⁴。現行刑法が電気を財物とみなす旨の注意規定を設けた後も、窃盗の客体である「財物」が有体物に限らず、管理可能なエネルギーを含むとするのが通説であり、これが罪刑法定主義に反するという議論は少数に止まっている。

標記判決の争点はこの電気窃盗事件の争点と酷似している。平成23年改正前の刑法175条が「わいせつ図画」を「物」としていた意味は、「有体性」に意味があるのではなく、著作権法2条3項が示すように、わいせつ情報を「固定」できること（同一性を維持して管理可能であること）ことに意味があったと解されるのであり、標記の判決はこれを根拠として有罪と判示したのである。

然るに多くの研究者の論文では罪刑法定主義の見地から疑問とされるのは、電気窃盗の議論との整合性を欠くのではないか。

5 罪刑法定主義の見地から

- 最高裁昭和50年9月10日判決（徳島市公安条例事件）団藤補足意見

罪刑法定主義の見地から、刑事法の解釈の限界を考えるに当たっては同事件の団藤補足意見の下記の判示が標準とされるべきである。

「ある刑罰法規があいまい不明確のゆえに憲法31条に違反するものと認めるべきかどうかは、通常の判断能力を有する一般人の理解において、具体的場合に当該行為がその適用を受けるものかどうかの判断を可能ならしめるような基準が読みとれるかどうかによってこれを決定すべきである。」

ITの分野では技術革新が日進月歩であり、「罪刑法定主義」の名のもとに過度に形式的で厳格な解釈を前提として法改正を待つという発想では違法状態が野放しとなる。司法は「世界の投資家が安心して投資できるためのインフラの一つである」という社会経済的な役割を自覚し、刑事司法の分野でも上記の弾力的な解釈によって社会経済インフラとしての司法を機能させるべきであろう。

⁴「所持の可能なるが為には五感の作用に依りて認識し得べき形而下の物たるを以て足りとし、有体物たることを必要とせず。何となれば此種の物にして独立の存在を有し人力を以て任意に支配せられ得べき特定を有するに於いては、之を所持し其所持を継続し移転することを得べければなり。約言すれば可動性及び管理可能性の有無を以て窃盗罪の目的たることを得べき物と否らざる物とを区別するの唯一の標準となすべきものとす。」と判示した。