

**女性器の3Dデータの保存先URLをメール送信し、アクセスした者に同データをダウンロードさせた行為にわいせつ電磁的記録送信頒布罪の成立が認められた事例**

【文献種別】 判決／東京地方裁判所

【裁判年月日】 平成28年5月9日

【事件番号】 平成26年(刑わ)第3268号

【事件名】 わいせつ物陳列、わいせつ電磁的記録等送信頒布、わいせつ電磁的記録記録媒体頒布被告事件

【裁判結果】 有罪(控訴)

【参照法令】 刑法175条1項

【掲載誌】 公刊物未掲載

LEX/DB 文献番号 25543071

**事実の概要**

芸術家たる被告人Xは第1に、Yと共謀の上、女性向けアダルトショップでX他2名の女性器を模った石膏様の物3点(性器にあてがい凝固した印象材に流し込んで固まった石膏に装飾を施したもの。以下「造形物」)を展示した行為につきわいせつ物公然陳列(刑法175条(以下「本条」)1項前段)、第2に、自己の女性器の三次元形状データファイル(色や感触に係るデータは含まない。以下「3Dデータ」)をオンラインストレージのサーバコンピュータに保存した上、この保存先URL情報を自己の活動の支援者に対し、クラウドファンディング・サービスのメール送信機能および電子メールにより送信して、そこにアクセスした者に3Dデータをダウンロード(以下「DL」)させた点につきわいせつ電磁的記録送信頒布(同項後段)、第3に、3Dデータが記録されたCD-Rを郵送して販売した行為につきわいせつ電磁的記録記録媒体頒布(同項前段)、の各罪名にて起訴された。

これに対し弁護人は、造形物や3Dデータはわいせつ性を欠く、URL情報の送信は記録の頒布に当たらない、等と主張した。

**判決の要旨**

東京地裁は次のように判示して上記第2、第3につき有罪とし、Xを罰金40万円(求刑罰金80万円)に処した(以下「本判決」)<sup>1)</sup>。

本条のわいせつ性とはいたずらに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ普通人の正常な性的羞恥心を

害し、善良な性的道義観念に反することをいう。①文書についてはその芸術性・思想性が性的刺激を減少・緩和させわいせつ性を解消させる場合があり、この判断ではその章句が文書全体との関連で判断されねばならず、この判断枠組みは物や電磁的記録についても異ならない。その考慮要素は最大判昭44・10・15刑集23巻10号1239頁が述べており、当該物等の形状や表象方法、作品全体に占める性的部位の割合、表現された思想とその表象との関連性、芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から当該物等を全体としてみたときに主として受け手の好色的興味に訴えるものと認められるか、等の諸点から検討すべきである。また、②わいせつ性は対象自体につき客観的に判断すべきであり、対象外の事実関係は判断基準外におかれ作者の主観的意図によって影響されず(最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁、最判昭48・4・12刑集27巻3号351頁)、③その判断はその時代の健全な社会通念、即ち普通人のもつ健全な集団意識に照らし決められ(前掲最大判昭32・3・13)、④閲覧者たりうる者が特定の集団等に止まる場合にはその中の普通人、平均人が基準となる(最判昭45・4・7刑集24巻4号105頁)(丸数字は引用者)。

本件造形物は一見して人体の一部との印象を与えず、性的刺激は限定的で一定の芸術性・思想性による刺激の緩和もあるから好色的興味に訴えるとはいえず、わいせつ物に当たらない。

3Dデータは色や感触に係るデータを含まないが、女性器とその周辺部の形状が起伏やしわやひだも含め立体的かつ忠実に再現されている。この

わいせつ性判断の基準者は、そのコピーや転送の容易性ゆえ被頒布者以外が目にする可能性があるため特定人でなく社会一般によるべきである。本データは立体的視覚情報を内容とするから実際の女性器を彷彿とさせ、強く連想させ、閲覧者の性欲を刺激し、性的刺激の程度も強い。本データはその提供により他人にもこれを用いた創作をして欲しいとの意味での芸術性・思想性を含むと解しようが、受領者がよりリアルなデータを作りうるためその意図がかえってわいせつ性を高めうるから、芸術性等によるわいせつ性の緩和を大きくは評価できない。以上より本データは主に好色的興味に訴えるものでわいせつ電磁的記録に当たる。

本条1項後段と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（最決平26・11・25刑集68巻9号1053頁）。Xがプロジェクトオーナーを務めるクラウドファンディングには一定額の出資者に自動的に3Dデータの保存先URLを送信する機能が備え付けられ、さらにXが利用したオンラインストレージにはDL操作に応じた自動的なデータ送信機能が備え付けられていたことからすれば、受信者による操作はXが意図していた送信の契機にすぎないと評価できるからXが受信者へデータを送信したというべきであり、X自身がURL情報を電子メールで送信した行為も、受信者のDL操作はXが意図していた送信の契機にすぎないと評価できるから、いずれも同項後段の頒布に該当する。

3Dデータを保存したCD-Rの郵送は同項前段の頒布と認められる<sup>2)</sup>。

## 判例の解説

### 一 刑法175条の罪の保護法益

1 判例（前掲32年判決（チャタレー事件）等）、通説は刑法175条の罪の法益を性秩序ないし健全な性風俗と解する。他方で学説では、一定の秩序や風俗の刑罰による強制の問題性や表現の自由（憲法21条）への過度の制約という違憲のおそれ等を理由に、その法益を、欲しない性表現により性的感情を害されることのない自由、および思考能力の未熟な青少年の保護、と解すべきとする見解<sup>3)</sup>も有力である。判例<sup>4)</sup>においては明確に斥けられているこの見解にも、通説の立場にあって

も立法論としては妥当であるとする論者<sup>5)</sup>もある。規制対象たるわいせつ表現の態様に限定のない現行本条の解釈論としては判例・通説のような理解が自然といわざるをえないであろう。

2 ただそのゆえに、本条の罪には有力説も指摘する違憲のおそれは残ることになる。この払拭にはまず、わいせつ表現の全面的禁止が正当化されるほど重要な利益が規制根拠たるべきことになるが、これら利益は、一定の価値観に基づく秩序や風俗・道徳自体といった抽象的観念的利益ではなく、その内実をなしうるより具体的な利益であることが求められよう。

ところで、現在の判例によるその法益やわいせつ概念に係る立場の基礎をなす32年判決は、上記判決の要旨冒頭でも示されたいわゆる3要素（説）がわいせつ概念たることを示す根拠として「猥褻文書は性欲を興奮、刺戟し、人間をしてその動物的存在の面を明瞭に意識させるから、羞恥の感情をいだしめ……人間の性に関する良心を麻痺させ、理性による制限を度外視し、奔放、無制限に振舞い、性道徳、性秩序を無視することを誘発する危険を包蔵している」と、わいせつ表現の危険性を強調する。これからすれば、32年判決ではその性道徳、性秩序との利益は刑法第2編第22章におけるをはじめとする性に関する諸犯罪が行われる可能性の低い社会状況と捉えられているように思われる。すると本条にいうわいせつ表現は、これら諸犯罪を惹起する少なくともその抽象的危険性をもつ性表現であるべきことになろう<sup>6)</sup>。

### 二 本判決におけるわいせつ性の判断

1 本判決はわいせつ性の判断につき前掲44年判決（「悪徳の栄え」事件）を引用して全体的考察方法（前掲①）を採っているが、その実質は本方法を発展させた最判昭55・11・28刑集34巻6号433頁（「四畳半襖の下張」事件）によるものである。この55年判決の基準（同①）では、わいせつ性には③作品の内容・意義がほぼ好色的興味への訴えに尽きる（価値がないか著しく乏しい）、また④好色的興味に訴えることで受け手の性的衝動をおおる煽情性がある、といった要素が前提とされている。ただ、作品の無（低）価値をいうにすぎない②自体は法益の侵害・危殆化に対する

べき刑事規制の発動を根拠づけないから、⑥こそわいせつ性の本質と解されるべきことになろう。⑥は前述の、わいせつ規制は性に係る諸犯罪を惹起する抽象的危険性をもつ表現の規制たることの基準化ともいえ、55年判決の基準もこのような意味に解されるべきであろう。

本判決はさらに、わいせつ性の判断に関してその対象（前掲②）や基準（同③④）を示しているが、これに基づく具体的判断のいくつかには後述のような問題もありうる。

## 2 造形物のわいせつ性

本判決は本件造形物がわいせつ性を欠くと判断する理由として、これらは一見して直ちに実際の女性器を連想させないとしつつも、女性器とのモチーフで楽しませたりそれへの否定的イメージを茶化す等の制作意図は読みとれるとして一定の芸術性・思想性を認め、性的刺激の緩和が認められるとする（前掲①による。以下の丸数字表記も同旨）。ただ、これが露骨に女性器を模したものであることは比較的明瞭であり、そうだからこそ本判決もその制作意図が読みとれるとしているのであろう。そうすると、これにわいせつ性を否定する本判決の結論からは、女性器が直接的で露骨にイメージされるものであってもわいせつとして規制されるべきでないものがあること、即ち女性器の描写の程度とわいせつ性の有無とは連動しないことが前提とされていることになろう。本判決は芸術性等による性的刺激の緩和等から本造形物は主に好色的興味に訴えるものではないとしており、これは前述の③を否定するものであろうが、わいせつ性の否定は本造形物についても⑥を欠くことによると解されるべきであろう。

なお、造形物に係る本判決の判断では、その閲覧者たりうる者の範囲（前掲④）についても疑義がある。即ち本判決は、その展示場所ゆえにそのわいせつ性の判断基準者は18歳以上の女性の中の普通人、平均人となるとする弁護人の主張を、それ以外の者が入場する可能性等もあるとして排斥している。しかし本件では、男性については単独はもとより女性同伴でも複数人の場合は禁止というほど入店規制が図られていたとされ、このような場合、基本客たる18歳以上の女性以外がそれを閲覧する可能性は相当に低い。それにもかかわらず、この僅かな可能性のゆえにわいせつ性判

断の基準者が限定されなくなるのでは、これがなされうるのはごく稀な場合のみとなろう。

## 3 3Dデータのわいせつ性

本判決は3Dデータにはわいせつ性を肯定するが、ここでも閲覧者たりうる者の範囲（前掲④）を特定人に限られないとし、その理由として、3DデータはXの支援者等の特定少数者にしか配布されていないがそのコピーや転送は容易であり、それらの者以外が入手する可能性を否定できないとする。しかしこのような理由づけは、およそデータ化され一旦配布された情報についてはその閲覧者たりうる者は無限定であるというに等しいように思われる。このような帰結は実態に即していないと解されるほか、情報のデジタル化がごく一般的となった今日での様々な創作・表現活動に萎縮的な影響を与えかねない点でも望ましくないであろう。

本判決はまた、他者の創作を期待した3Dデータの提供行為は芸術性等を含むと解しうるとしつつも（前掲①）、その意図がよりリアルな女性器データの作成を促しうることをわいせつ性肯定の理由の一つとする。しかし、ここにいうXの意図はデータ受領者がなしうるリアルなデータの作成に限られない創作行為への漠たる予見にすぎず、これ自体はデータのわいせつ性を根拠づけえない。さらに、本データでは受領者が創出するものよりリアル性が低いことが前提とされており、他者による創作の可能性を併せてわいせつ性を判断することは、これを作品自体につき客観的に行うべきとする自らの立場（前掲②）と矛盾しよう。

このように、本判決は色彩等の情報を欠く本データに高度のリアル性まではないことは暗に認めつつも、立体的視覚情報としての忠実な再現性等を理由に実際の女性器を彷彿とさせ強く連想させ、閲覧者の性欲を強く刺激するとしてそのわいせつ性を肯定している。しかしまず、女性器を強く連想させること自体は単なる隠語によっても可能なのであるから、連想性といった要素は今日でのわいせつ性の最低限の一要件とされるべき象形的視覚的写実性に解消されるべきである<sup>7)</sup>。そこで本データの写実性をみると、その視覚情報は女性器とその周辺部に限られ色や感触に係るデータもなく無機質的である一方、しわやひだ等に関しては本判決もいう如くその形状等が忠実に再現され

ているから、結局は現実とかけ離れた局所的でいびつな再現性しかない。このようなものは性欲を刺激するどころか却って非現実的で不気味、グロテスクと感じさせることが一般的であろう。また仮に、本判決のいう如くこれが性欲を強く刺激するものであっても、これ自体は性的諸犯罪を惹起する抽象的危険を根拠づけるとまではいい難いであろうから、その写実性の低さと併せ、これにはわいせつ性は認められないと解されるべきであろう。

### 三 本判決における頒布の判断

本判決は本条1項後段の頒布概念につき前掲26年決定を引用した上で、これは受け手の行為を介さず取得させる行為をいい本件では受け手のDL操作を要するから頒布に当たらないとの弁護人の主張を、受信者の操作はXの意図していた送信の契機にすぎないと評価できるとして排斥している。このような理由づけも、顧客のDL操作に応じた自動的なデータ送信機能をもつサイトの国外サーバにわいせつ動画等のデータを記録しこれを国内客に有償でDLさせた行為に同項後段の頒布を認めた本決定に依ったものであり、学説も一般にこのような事案は自動販売機でのわいせつDVD販売（以下「自販機事例」）と実質的に同様として本決定を支持している<sup>8)</sup>。

この点学説には、本条の罪にはわいせつ情報の有体物への化体による流通の危険の高度化ゆえに公然わいせつ罪（刑法174条）より重い刑が科されているから、本条1項後段の頒布罪では同情報が不特定多数者に認識可能となるだけでは足りず、行為者自身が相手の元にわいせつ物を現出させることを要するとして、これと、既に同情報の化体した物の交付に係る自販機事例とは同列には扱えず、26年決定事案も同情報をサーバに蔵置して不特定多数者に閲覧可能にした公然陳列に止まるとする見解もある<sup>9)</sup>。刑の重さの根拠は概ねその通りであろうが、ゆえに本条の頒布概念で重要となるのは同情報を物に化体することではなく、これが化体された物を相手の排他的な利用可能状態におくことと思われる。すると、1項前段の頒布はこの物の交付を、後段の頒布は情報の伝達によるその化体された媒体<sup>10)</sup>の相手の元での現出を、それぞれ捕捉するものと解されるところ、これら交付や現出を行為者自身がなす場合はもとよ

り、相手が取得ないし作出しうよう行為者が設定した（ため相手がその取得ないし作出をなした<sup>11)</sup>）ことで実現する場合もなお頒布（既遂）に当たると解すること<sup>12)</sup>は、その可能な語義としても許されよう。

そうすると、相手がその媒体に3Dデータを化体しうよう設定しその現出を実現した本件Xの行為も後段の頒布に当たりうると解されえよう。

#### ●—注

- 1) なお、第1行為でのYに係るわいせつ物公然陳列罪の成立は東京簡裁略式命令平24・12・26公判物未登載により確定している（罰金30万円）。
- 2) 本判決の評釈として、安田拓人「判批」法教431号（2016年）144頁。
- 3) 平野龍一『刑法概説』（東京大学出版会、1977年）268頁以下、271頁、萩原滋『実体的デュー・プロセス理論の研究』（成文堂、1991年）265頁、林美月「性的自由・性表現に関する罪」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開各論』（日本評論社、1996年）59頁以下等。
- 4) 最判昭58・10・27刑集37巻8号1294頁。
- 5) 山口厚『刑法各論〔第2版〕』（有斐閣、2010年）503頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』（弘文堂、2012年）394頁等。
- 6) これら諸犯罪の共犯に至らない危険で足ることになるため、わいせつ概念には象形的視覚的性描写の高度のリアル性等が併せて要件とされるべきであろう。
- 7) 造形物につき前述の如く、連想性がわいせつ性に直結しないことは本判決も前提としていよう。
- 8) 伊東亮吉「判批」刑ジャ44号（2015年）85頁以下、鎮目征樹「判批」判セレ2015 I（2016年）33頁、曲田統「判批」ジュリ1492号（2016年）158頁、神谷竜光「判批」論ジュリ19号（2016年）234頁。
- 9) 本庄武「判批」新・判例解説 Watch（法セ増刊）19号（2016年）188頁以下。
- 10) 正確には媒体への記録状態である。法制審議会刑事法（ハイテク犯罪関係）部会第3回会議（2003年5月15日）議事録、拙稿「サイバー・ポルノ規制と刑法・児童ポルノ法改正」大経法大法学研究所紀要38号（2004年）18頁以下参照。
- 11) これら相手の行為に関しては詐欺罪での交付行為と同様（伊東・前掲注8）86頁注18）とも、一種の離隔犯（神谷・前掲注8）234頁）ともいいえよう。
- 12) 26年決定が「被告人運営のサイトにはDL操作に応じた自動的なデータ送信機能があり、客の操作は意図された送信の契機にすぎず、被告人が送信をした」旨いうのもこの趣旨と解される。