

**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係るわいせつ電磁的記録送信頒布罪の成否****【文献種別】** 判決／東京高等裁判所**【裁判年月日】** 平成29年4月13日**【事件番号】** 平成28年（う）第1100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事件**【裁判結果】** 有罪（上告）**【参照法令】** 刑法175条1項**【掲載誌】** 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25448616

**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」とも）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及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が、原審の東京地判平28・5・9（LEX/DB25543071）は造形物のわいせつ性は否定した<sup>1)</sup>ものの、3Dデータにつきこれを認めて第3行為につき有罪とし、URL情報の送信についても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して第2行為も有罪とした（罰金40万円・求刑罰金80万円）<sup>2)</sup>。

これに対し弁護人・検察官双方から控訴がなされ、弁護人は本条が違憲である、3Dデータはわ

いせつ性を欠く、第2行為は送信頒布に当たらない、第2・第3行為に構成要件該当性が認められてもアートとしての価値ゆえ正当行為として違法性が阻却される等と主張した。

**判決の要旨**

東京高裁は弁護人の主張に対して次のように判示し<sup>3)</sup>、双方の控訴を棄却した（以下「本判決」）。

性的秩序、最小限度の性道徳の維持（最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁）あるいは性生活に関する秩序及び健全な風俗の維持（最大判昭44・10・15刑集23巻10号1239頁）との法益ないし立法目的は今日でも十分な合理性、必要性を有する。「性的秩序や最小限度の性道徳、健全な性風俗の維持は、性犯罪の防止や青少年の健全な育成、売春の防止等といった個々の具体的な法益の保護を下支えする基礎的な法益ともいべきものであり、その法益保護のためのわいせつ物頒布等の規制は十分な合理性を有している。

3Dデータはその画像が女性器とその周辺部を精緻で生々しく表現したもので、社会の平均的一般人がみた場合、製作の意図や過程等を知らずとも女性器と認識でき、閲覧者の性欲を強く刺激することも明らかである。芸術性・思想性等による性的刺激の緩和程度を検討するには本データ自体を考察すべきで受領者の創作可能性を考慮すべきでないことは所論指摘の通りであるが、本データ自体にそれを緩和するような芸術性・思想性は見出し難い。本データにおける女性器の形状や表象方法、データ全体における性的部位の割合等を踏

まれば性的刺激の程度は強く芸術性等によるその緩和の程度も大きく評価できず、本データが主として受け手の好色的興味に訴えるものと判断した原判決の評価に誤りはない。

175条後段(ママ)の「頒布」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。不特定の出資者の記録媒体に3Dデータが存在するに至るまでの経過や仕組みが頒布に当たるとした原判決の認定は正当である。

正当行為性の判断に作品外の事情を考慮すれば表現の自由等に萎縮効果をもたらしようとの原判決の説示は不適切であるが、3Dデータにはわいせつ性が強く、その頒布も活動資金獲得の方策と評されるから、この頒布が芸術活動として正当行為に当たり違法性が阻却されるとはいえない。

## 判例の解説

### 一 はじめに

本件は女性器に係る象形的な作品やデータの公開等が芸術活動の一環としてなされたと解される事案<sup>4)</sup>につき、その一部に刑法175条1項にいうわいせつ物頒布等の罪の成立を認めた判決に対する控訴審判決であり、その主な争点は本条の合憲性、3Dデータのわいせつ性、第2行為の送信頒布性、第2・第3行為の正当行為性、である。

### 二 刑法175条の合憲法(本条の法益)

刑法175条の法益につき、判例は従来からこれを性的秩序、最小限度の性道徳あるいは健全な性風俗と解しており、これらの維持は表現の自由(憲法21条)の制限となる公共の福祉の内容をなすとしている<sup>5)</sup>。学説においても同様の理解が通説的であるが<sup>6)</sup>、一定の道徳等の刑罰による強制の問題性や表現の自由への過度の制約という法令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、及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も有力である<sup>7)</sup>。しかし規制対象たるわいせつ表現の態様に限定のない本条の解釈としては判例・通説のような理解が自然であろう<sup>8)</sup>。

ただそのゆえに、本条には有力説も指摘する違憲のおそれは残る。その回避にはわいせつ表現の広範な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、それは抽象的な性道徳等ではなくより具体的な利益でなければならないと思われる。

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前掲32年判決は、わいせつ概念がいわゆる3要素説(徒に性欲を興奮または刺激せしめ、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)によることの根拠として「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、羞恥の感情をいだかしめ……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年判決ではそのいう性道徳等の利益は刑法第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>9)</sup>。

この点本判決は、本条の罪の性道徳等という法益はなお十分に合理的で必要とした上で、これら性道徳等の維持は性犯罪の防止等という個々の具体的法益の保護を下支えする基礎的な法益ともいうべきもの、としている<sup>10)</sup>。このような説示は、性道徳等という本条の罪の法益は性に関する他の諸犯罪の諸法益を統合し抽象化したものというような理解を前提としなければ導かれえないように思われる。そうであるとすれば、前者の法益は後者の諸法益と基本的な共通性を有し、本条の罪は性に関する諸犯罪への関与行為の処罰を早期化したものと解されうることになろう。このような解釈は、本条の罪の法益に係る有力説の解釈はその文言上困難ながらその法令違憲は回避すべきとの立場から採られうる限界的な解釈とも考えられるが、この解釈では狭義の共犯にも満たない関与行為の処罰が特に性に関する諸犯罪につき認められる根拠が問われよう。最高次の法益と解される生命に関してさえ、例えばテレビドラマの殺人シーンなどもごく一般的である。

### 三 わいせつ性の判断

3Dデータにつき原判決は、他者の創作を期待

したその提供行為は芸術性、思想性を含むと解しうるとしつつも、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として、これをそのわいせつ性肯定の理由の一つとしていた。このような判断の背景にはデジタルデータの加工の容易性や3Dプリンタでの再現性等への懸念もあったのかもしれない。しかしいずれにせよ、受け手の側の加工によるわいせつ性の充足が認められるならば頒布の罪の客体たりうる素材の範囲が無限定的となりかねず、そもそもこのような判断方法は、32年判決等を引用しつつわいせつ性は客体自体につき判断すべきとしていた原判決自体の立場に反しよう。控訴審判決もこのような説示は不適切であるとしている。

ただ本判決も、3Dデータはその画像が女性器と周辺部を精緻に表現しており、平均的一般人は女性器と認識しえ、これが閲覧者の性欲を強く刺激することも明らかである（かつデータ自体に性的刺激を大きく緩和しうる芸術性等は見出し難い）としてわいせつ性を認めている。ここでは、データ自体に性的刺激を緩和しうる芸術性等が認められるかの評価はなされているものの、当該作品が一般人からみて女性器の（視覚により認識される）表現であると認められることがわいせつ性肯定の要点となっているようである。しかしこの判断の方法はともかく結果は、原判決及び本判決共に前提としていると解される、最判昭55・11・28（刑集34巻6号433頁。「四畳半襖の下張」事件）により具体化されたいわゆる全体的考察方法、即ち「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、などの諸点から検討すべき」とのわいせつ性判断方法に則さないように思われる。それは、当該表現の無価値性と共に、法益侵害原理の観点からわいせつ概念の本質要素たるべき性的煽情性とを内容とすると解される「好色的興味への訴え」の存在の認定が不充分と思われるからである。わいせつ性の判断においてこのような要素が重視されない場合、例えば医療目的で作成された性器の写真にもわいせつ性が肯定されかねないこととなる。

ただ、この例のような場合に本条に係る罪の成

立を否定するには、この場合にもわいせつ性は否定されないとして構成要件該当性を認めた上で、その行為の価値等に基づき違法性阻却を認めるという構成もありえよう。本件に係るこのような違法性阻却の判断については後述する（五参照）。

#### 四 送信頒布性の判断

本判決は本条1項後段の頒布概念につき最判平26・11・25（刑集68巻9号1053頁）による定義を前提とした上で、受け手の記録媒体に3Dデータが存在するに至る経過等がこの頒布に該当するとの原判決の認定は正当であるとする。

即ち原判決は大要「Xがオーナーを務めるクラウドファンディングには出資者に自動的に3Dデータの保存先URLを送信する機能があり（送信内容はXが定めうる）、更に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あったことから、受信者の操作はXの意図していた送信の契機にすぎずXがこれに応じて受信者へデータを送信したというべき」としていた。このような理由づけは、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前掲26年決定を踏まえたものであろう<sup>11)</sup>。本決定の事案とXの事案では共に、①わいせつとされるデータの保存行為（国外サーバへの記録、オンラインストレージのサーバへの記録）と、②その保存場所の告知行為（サイトの開設運営、URL情報の送信）までは行為者によりなされているが、③相手方へのデータ到達による記録状態の現出は相手側の取得行為（保存場所へのアクセスとDL）によって実現されており、③のゆえに行為者側に頒布行為性が認められうるかが問われることになる。

この点、本条における公然陳列概念との対比からしても、その頒布概念の要点はわいせつ性が化体された媒体を相手の排他的な利用可能状態におくことであろうから、これを1項前段の頒布は物の交付との態様により、後段の頒布は情報の伝達によるその化体された媒体の相手の元での現出との態様により、実現する場合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が自らなす場合のみならず、相手が取得ないし作出しうるよう行為者が設定した（ため相手

その取得ないし作出をなしえた) ことで実現する場合もなお頒布(既遂)に当たるといえよう。そうすると、相手はその媒体に3Dデータを記録しようよう設定したことで、相手による記録状態の作出によりその現出を実現したXの行為自体は後段の頒布に当たりえよう<sup>12)</sup>。

## 五 正当行為性の判断

弁護人は原審段階から、Xの第2、第3行為は創作過程自体が作品たるプロジェクトアートとしての価値ゆえ正当行為として違法性が阻却される旨も主張していた。これを退ける理由として原判決は、構成要件該当性段階で表現の自由への考慮は尽くされているから違法性段階で再度それを斟酌すべき理由はなく、また正当行為性に関し作品外の事情を考慮すれば判断が主観的となり表現の自由に萎縮効果をもたらしようとした。この点本判決は、原判決の結論は支持しつつも、「作品外の事情といっても様々なものがあり得……違法性阻却の余地を一切否定することはできない……上、表現の自由等への萎縮的效果を理由に、かえって処罰範囲を広げるような結果を是認する説示とも受け取られかねず、刑法の解釈として極めて不適切」としている。

わいせつ物に係る行為として本条の罪の構成要件該当性は否定されえない場合にも違法性段階でその阻却が認められることはありえよう。特に、前述のように本判決(や原判決)にもみられる如く女性器の(視覚により認識される)表現たることがわいせつ性肯定の要点とされる等広く構成要件該当性が認められる場合には、違法性阻却による犯罪成立の限定はより重要となろう<sup>13)</sup>。そして、この違法性阻却の有無の判断では、構成要件該当性に係る判断よりもより広範で実質的な判断がなされるべきことになろうから<sup>14)</sup>、その限りで作品外の事情を考慮することも要請されうる。本判決がこのような余地を認めることはもとより正当であろう。

### ●—注

- 1) なお、東京簡略式命令平24・12・26 公刊物未登載により、第1行為でのYに係るわいせつ物公然陳列罪の成立は確定している(罰金30万円)。
- 2) 原判決の評釈として、安田拓人「判批」法教431号(2016年)144頁、池端忠司「判批」新・判例解説 Watch(法七増刊)20号(2017年)19頁、拙稿「判批」新・判例

解説 Watch(法七増刊)21号(2017年)掲載予定。

- 3) なお、造形物につき原判決が「一見して」人体の一部との印象を与えず「直ちに」女性器を連想させないとしてわいせつ性を否定した点に対する、このように時間を問うことは判例で確立されたわいせつ性判断基準を変容させているとの検察官の控訴趣意に対しては、本判決は、そのような説示は造形物を見た者が女性器とは明確に認識し難い旨述べたものであり、「一見して」等はわいせつ性判断基準として述べたものではないと解するのが相当であるとしている。
- 4) X自身による本件行為等の紹介として、ろくでなし子『ワイセツって何ですか?』(金曜日、2015年)、同『私の体がワイセツ?!』(筑摩書房、2015年)参照。
- 5) 前掲32年判決(チャタレー事件)、44年判決(「悪徳の栄え」事件)等。
- 6) 団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(創文社、1990年)311頁以下等。
- 7) 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、林美月子「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。通説の立場にあっても、この見解を立法論としては妥当であるとする論者もある(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)。
- 8) 判例においてもこの見解は明確に斥けられている(最判昭58・10・27刑集37巻8号1294頁)。曾根威彦『表現の自由と刑事規制』(一粒社、1985年)189頁は有力説による法益理解を採りつつ、その解釈が文言上困難であるとして本条を違憲とする。
- 9) 拙稿・前掲注2)参照。
- 10) このような法益理解は既に、漫画本に本条のわいせつ性を認めた東京地判16・1・13判時1853号151頁(評釈として、白木豊「判批」堀部政男=長谷部恭男編『メディア判例百選』(有斐閣、2005年)120頁以下)においても示されていた。
- 11) 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販売と実質的に同様として本決定を支持している(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)。
- 12) 拙稿・前掲注2)参照。
- 13) もっとも、表現活動への萎縮的效果の回避や構成要件の違法推定機能の維持の観点からは、構成要件該当性判断の厳格化の方が望ましい。
- 14) 清水晴生「わいせつ表現と芸術活動」白鷗大学法科大学院紀要8号(2014年)24頁参照。