

平成30年（あ）第1381号 わいせつ電磁的記録記録媒体陳列，公然わ
いせつ被告事件
令和3年2月1日 第二小法廷決定

主 文

本件各上告を棄却する。

理 由

第1 上告趣意に対する判断

被告人甲の弁護士森直也，同池田良太，同知花鷹一朗及び被告人乙の弁護士秋田真志，同水谷恭史，同田籠明の各上告趣意のうち，判例違反をいう点は，事案を異にする判例を引用するものであって，本件に適切でないか，実質は単なる法令違反，事実誤認の主張であり，その余は，憲法違反をいう点を含め，実質は単なる法令違反，事実誤認の主張であって，いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらない。

第2 職権判断

所論に鑑み，職権により判断する。

1 警察官がリモートアクセス（コンピュータを用いてこれと電気通信回線で接続している記録媒体にアクセスすることをいう。刑訴法99条2項，218条2項に規定されたものか否かを問わない。以下同じ。）をして記録媒体から電磁的記録を複写するなどして収集した証拠の証拠能力について

(1) 原判決の認定及び記録によれば，本件のリモートアクセスに係る捜査の経過等は，次のとおりである。

ア 警察官は，平成26年9月30日，インターネットサイト「X」の運営管理会社である株式会社Y（以下「Y」という。）の業務全般を共同で統括管理するZ（以下「Z」という。）及び被告人甲並びにYの代表取締役である被告人乙らが共謀の上，同サイトにおいて公然わいせつ幫助，風俗営業等の規制及び業務の適正化

等に関する法律違反の各犯行に及んだことを被疑事実とする捜索差押許可状に基づき、Y事務所及び附属設備において、捜索差押えの執行を開始した。

上記捜索差押許可状は、「差し押さえるべき物」として、「パーソナルコンピュータ」等が記載されているほか、「差し押さえるべき電子計算機に電気通信回線で接続している記録媒体であって、その電磁的記録を複製すべきものの範囲」として、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ（中略）からの接続可能なファイル保管用のサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者に使用されているもの」、「差し押さえるべきパーソナルコンピュータ（中略）からの接続可能なメールサーバの記録媒体の記録領域であって、当該パーソナルコンピュータ等の使用者のメールアドレスに係る送受信メール、その他の電磁的記録を保管するために使用されているもの」が記載された、リモートアクセスによる電磁的記録の複製の処分（刑訴法218条2項）を許可した令状であった。

イ 警察官は、上記捜索差押えの実施に先立ち、Yではアメリカ合衆国に本社があるA社の提供するメールサービス等が使用されている疑いがあり、令状に基づきメールサーバ等にアクセスすることは外国の主権を侵害するおそれがあると考えられたことから、日本国外に設置されたメールサーバ等にメール等の電磁的記録が蔵置されている可能性があることが判明した場合には、令状の執行としてのリモートアクセス等を控え、リモートアクセス等を行う場合には、当該パソコンの使用者の承諾を得て行う旨事前に協議していた。

ウ 警察官は、上記イの方針に基づき、被告人兩名を含むYの役員や従業員らに対し、メールサーバ等にリモートアクセスをしてメール等をダウンロードすること等について承諾するよう求め、アカウント及びパスワードの開示を受けるなどしてリモートアクセスを行い、メール等の電磁的記録の複製を行ったパソコンについては、被告人乙から任意提出を受ける手続をとった（以下、この証拠収集手続を「手続㊦」という。）。

しかし、警察官は、Y関係者に対し、上記リモートアクセス等は任意の承諾を得

て行う捜査である旨の明確な説明をしたことはなく、原判決は、手続⑦について、Y関係者は上記捜索差押許可状等の執行による強制処分と誤信して応じた疑いがあるから任意の承諾があったとは認められない旨判断しており、この判断が不合理であるとはいえない。

エ 上記捜索等が開始された同日以降、Y事務所において、メール等を使用者のパソコンに複写する作業等が続いたが、なお相当の時間を要すると見込まれ、終了のめどが立っていない状況において、Yは、警察官に対し、よりYの業務に支障が少ない方法として、警察のパソコンでメールサーバ等にアクセスできるアカウントを付与するなどしてY事務所以外の場所でダウンロード等ができるようにする旨の提案を行った。その範囲や方法等について、Yの幹部と警察官との間で、Yの顧問弁護士も交えて協議が行われ、最終的に被告人乙が同年10月3日付けで承諾書を作成した。警察官は、これに基づき、Y事務所外の適宜の機器からリモートアクセスを行い、電磁的記録の複写を行った（以下、この証拠収集手続を「手続⑧」という。）。

オ 手続⑦、⑧の各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものである。なお、上記各リモートアクセス等について、外国から反対の意思が表明されていたような事情はうかがわれない。

(2) 所論は、日本国外に所在するサーバへのリモートアクセスによる電磁的記録の取得行為は、現行刑訴法によっては行うことができず、あくまで国際捜査共助によるべきものであるところ、警察官が、これらの点を認識した上、国際捜査共助を回避し、令状による統制を潜脱する意図の下に手続⑦、⑧を実施した行為は、サーバ存置国の主権を侵害するものであり、重大な違法があるから、各手続によって収集された証拠は違法収集証拠として排除すべきである旨主張する。

しかしながら、刑訴法99条2項、218条2項の文言や、これらの規定がサイバー犯罪に関する条約（平成24年条約第7号）を締結するための手続法の整備の一環として制定されたことなどの立法の経緯、同条約32条の規定内容等に照らす

と、刑訴法が、上記各規定に基づく日本国内にある記録媒体を対象とするリモートアクセス等のみを想定しているとは解されず、電磁的記録を保管した記録媒体が同条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複写を行うことは許されると解すべきである。

その上で、まず、手続⑦により収集された証拠の証拠能力について検討すると、手続⑦は、Y関係者の任意の承諾に基づくものとは認められないから、任意捜査として適法であるとはいえず、上記条約32条が規定する場合に該当するともいえない。しかし、原判決が説示するとおり、手続⑦は、実質的には、司法審査を経て発付された前記捜索差押許可状に基づく手続ということができ、警察官は、同許可状の執行と同様の手続により、同許可状において差押え等の対象とされていた証拠を収集したものであって、同許可状が許可する処分の範囲を超えた証拠の収集等を行ったものとは認められない。また、本件の事実関係の下においては、警察官が、国際捜査共助によらずにY関係者の任意の承諾を得てリモートアクセス等を行うという方針を採ったこと自体が不相当であるということとはできず、警察官が任意の承諾に基づく捜査である旨の明確な説明を欠いたこと以外にY関係者の承諾を強要するような言動をしたとか、警察官に令状主義に関する諸規定を潜脱する意図があったとも認められない。以上によれば、手続⑦について重大な違法があるということとはできない。

なお、所論は、令状主義の統制の下、被疑事実と関連性の認められる物に限って差押えが許されるのが原則であり、警察官は、被疑事実との関連性を問わず包括的に電磁的記録を取得した違法があるとも主張する。しかし、前記の事実関係に照らすと、前記捜索差押許可状による複写の処分の対象となる電磁的記録には前記被疑事実と関連する情報が記録されている蓋然性が認められるところ、原判決が指摘するような差押えの現場における電磁的記録の内容確認の困難性や確認作業を行う間に情報の毀損等が生ずるおそれ等に照らすと、本件において、同許可状の執行に当

たり、個々の電磁的記録について個別に内容を確認することなく複写の処分を行うことは許されると解される。所論は採用することができない。

また、前記(1)の経過によれば、手続⑦についてのY関係者の承諾の効力を否定すべき理由はないとした原判断が不合理であるとはいえず、上記で説示したところにも照らすと、手続⑦について重大な違法があるということとはできない。

以上によれば、警察官が手続⑦、⑧により収集した証拠の証拠能力は、いずれも肯定することができ、これと同旨の原判決の結論は正当である。

2 被告人兩名に対するわいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪の各共同正犯の成否について

(1) 原判決及びその是認する第1審判決の認定並びに記録によれば、上記各罪に関する事実関係は、次のとおりである。

ア X, I N C. (以下「X社」という。), X動画及びXライブの概要等

(ア) X社は、アメリカ合衆国所在の会社であり、前記サイト「X」を管理・運営し、X内において、平成19年11月以降、投稿サイト「X動画」のサービスを、平成22年8月以降、配信サイト「Xライブ」のサービスをそれぞれ提供していた(以下、上記投稿サイト及び配信サイトを「本件各サイト」という。)

(イ) X動画では、インターネットを通じてX社が契約するサーバに動画データを投稿することができ、投稿された動画データは、無料会員用と有料会員用等の用途に合わせて変換された後、X社が管理する配信サーバに送られ、不特定多数の視聴者がそのサーバにアクセスすることで、その動画の内容を視聴できる。X動画では、有料会員については無料会員と比較して種々の特典が設けられており、視聴者に有料会員登録を促す措置が講じられている。

また、X動画においては、視聴者が投稿動画を介して新規に有料会員登録をした場合には、投稿者は登録料の一定割合に相当するポイントを報酬として得て、現金化することができるなどの仕組みや、投稿された動画を視聴者に評価させる仕組みなど、投稿者により多くの動画を投稿するよう促す措置が講じられている。

X動画は、「一般」と「アダルト」のカテゴリに分けられ、X動画アダルトへの投稿動画には、本件以前から、男女の性器等を露骨に表した無修正のわいせつ動画（以下「無修正わいせつ動画」という。）が相当数含まれており、X動画アダルトのサイト上には、「注目ワード」内に「無修正」（無修正わいせつ動画の意味）というキーワードが表示されたり、「おすすめ動画」内に無修正わいせつ動画のサムネイルが多数表示されたりしていた。

(ウ) Xライブでは、ウェブカメラ等で撮影した動画データをインターネットを通じて生中継でX社管理のサーバに配信することができ、不特定多数の視聴者が当該サーバにアクセスすることで、その動画をリアルタイムで視聴できる。

Xライブでは、無料配信形態と有料配信形態があり、有料配信形態の動画が視聴された場合には、その動画の配信者は、視聴者が支払ったポイントのうちXに手数料として支払われる分を除いた分を報酬として得て、現金化することができる仕組み、Xライブの出演者（パフォーマー）を管理する会社又は個人（エージェント）が視聴料を設定し、前同様に、ポイントを報酬として受け取ることができる仕組み、Xライブの画面上に売上上位者の名前や金額を表示する仕組みなど、配信者により多くの動画を配信するよう促す措置が講じられている。

Xライブにも、「一般」と「アダルト」のカテゴリがあり、Xライブアダルトについても、本件以前から相当数の無修正わいせつ動画が配信されていた。

イ Yの業務内容及び被告人両名らの関与の状況等

(ア) Yは、本件当時、Xに関する業務の大半を行っており、X社と共にX動画やXライブを含むXの業務全般を管理・運営していた。

(イ) 本件当時、被告人両名は、X社の代表者であるZ（以下、同人と被告人両名を併せて「被告人両名ら」ともいう。）と共に、Y従業員を介して、X社の業務全般を管理・運営していた。

X動画のアダルトカテゴリは、被告人甲とZの方針で設けられた。

Xライブは、Zの方針で、ブログ、動画に続く収益の柱に据えるように開発さ

れ、X動画と同様にアダルトカテゴリが設けられた。Xライブの売上上位者の名前や金額等のランキング等は被告人兩名らに報告されていたが、売上げの90%以上をアダルトカテゴリが占めるようになり、被告人兩名らは、多額の利益を上げていたエージェントを「セックス配信中心」などと称して把握していた。

(ウ) 本件各サイトでは、児童ポルノ、獣姦、死体写真、ひどい暴力等のコンテンツについては、一定の基準で凍結等の措置が採られ、特に前二者については監視体制を設けて積極的に削除するなどの措置が講じられていた一方、無修正わいせつ動画については、アダルトカテゴリでは基本的に放置する方針が採られており、その結果、本件各サイトには前記のとおり相当数の無修正わいせつ動画が投稿・配信され、X動画アダルトでは無修正わいせつ動画が削除されずに長期間閲覧ができる状態となっていた。

被告人兩名らは、アメリカ合衆国の法律では問題がないとして無修正わいせつ動画の投稿や配信を許可してきたことに関し、弁護士から、日本国内では刑事責任を問われる可能性がある旨を繰り返し指摘されていた。しかし、被告人兩名らは、X動画のアップロード画面上の投稿者に対する警告文から「無修正ポルノ」の文言を削除し、公然わいせつ被疑事件について捜査照会を受けていたXライブアダルトの配信者が逮捕された後も、他の動画投稿サイトでは削除等がされている無修正わいせつ動画を放置するなど、上記方針を維持していた。

ウ 本件における投稿等の状況等

Bは、過去に何度も投稿した動画が削除されることはなく、視聴者の反応を楽しむ等の欲求を満たすために、第1審判決判示第1の無修正わいせつ動画の投稿（わいせつ電磁的記録記録媒体陳列の犯行）に及んだ。

Cは、Xライブアダルトは視聴者がコンスタントに入り稼ぎやすいこと、前記A(ウ)の料金設定の仕組みがあることなどを理由にエージェント登録し、利益を得る目的で、有料設定で、Dと共謀の上、第1審判決判示第2の無修正わいせつ動画の配信（公然わいせつの犯行）に及んだ。Eは、他のサイトでは制限されている無修正

わいせつ動画を配信しているXライブアダルトの存在を知り、エージェント登録し、利益を得る目的で、有料設定で、パフォーマーと共謀の上、第1審判決判示第3の無修正わいせつ動画の配信（公然わいせつの犯行）に及んだ（以下、B、C、D及びEらを併せて「本件各投稿者ら」という。）。

(2) 前記の事実関係によれば、被告人兩名及びZは、本件各サイトに無修正わいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識した上で、投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、本件各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図を有しており、前記のような本件各サイトの仕組みや内容、運営状況等を通じて動画の投稿・配信を勧誘することにより、被告人兩名及びZの上記意図は本件各投稿者らに示されていたといえる。他方、本件各投稿者らは、上記の働きかけを受け、不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図に基づき、本件各サイトのシステムに従って前記投稿又は配信を行ったものであり、本件各投稿者らの上記意図も、本件各サイトの管理・運営を行う被告人兩名及びZに対し表明されていたといえることができる。そうすると、被告人兩名及びZと本件各投稿者らの間には、無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡があったと評価することができる。

そして、本件わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪は、本件各投稿者らが無修正わいせつ動画を本件各サイトに投稿又は配信することによって初めて成立するものであり、他方、本件各投稿者らも、被告人兩名及びZによる上記勧誘及び本件各サイトの管理・運営行為がなければ、無修正わいせつ動画を不特定多数の者が認識できる状態に置くことがなかったことは明らかである。加えて、被告人兩名及びZは、本件公然わいせつの各犯行については、より多くの視聴料を獲得することについて、C、D及びEらとその意図を共有していたことも認められる。

以上の事情によれば、被告人兩名について、Z及び本件各投稿者らとの共謀を認

め、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪の各共同正犯が成立する
とした原判断は正当である。

3 よって、刑訴法414条、386条1項3号により、裁判官全員一致の意見で、主文のとおり決定する。なお、判示第2の1につき、裁判官三浦守の補足意見がある。

裁判官三浦守の補足意見は、次のとおりである。

リモートアクセスをして記録媒体から電磁的記録を複製するなどして収集した証拠の証拠能力について補足する。

電磁的記録を保管した記録媒体が外国に所在する場合に、同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複製を行うことは、当該外国の主権との関係で問題が生じ得るが、法廷意見が説示するとおり、その記録媒体がサイバー犯罪に関する条約の締約国に所在し、同記録を開示する正当な権限を有する者の合法的かつ任意の同意がある場合に、国際捜査共助によることなく同記録媒体へのリモートアクセス及び同記録の複製を行うことは許されると解される。

本件においては、手続⑦及び⑧の各リモートアクセスの対象である記録媒体は、日本国外にあるか、その蓋然性が否定できないものであって、同条約の締約国に所在するか否かが明らかではないが、このような場合、その手続により収集した証拠の証拠能力については、上記の説示をも踏まえ、権限を有する者の任意の承諾の有無、その他当該手続に関して認められる諸般の事情を考慮して、これを判断すべきものと解される。

(裁判長裁判官 草野耕一 裁判官 菅野博之 裁判官 三浦 守 裁判官
岡村和美)