

# 外国で発信されるインターネット上の表現と国内犯の成否

愛 知 正 博

## 目次

- 1 はじめに
- 2 問題の様相
- 3 問題の背景
- 4 解決の基本的視座
- 5 解決の試み
- 6 おわりに

## 1 はじめに

周知のように、報道機関による報道や個人による情報発信をはじめとして、インターネットを介した情報流通は、国境による制約なく瞬時にグローバルに展開される特徴がある。その結果、ウェブサイトに掲載される形で一国で発せられた情報提供・表現（たとえば言語、映像・画像等による表現）が、その国では適法であるものの、同時に受信・閲覧可能な他国においては、人の名誉や信用を毀損し、また社会風俗などを害

するとして犯罪視されることが起こりうる。このような状況下で、外国で発信された通信・表現やその電磁的記録の配信を、日本では犯罪に当たるものが日本で受信できることをもって、日本の国内で行われた犯罪(国内犯)として無制約に広く処罰対象とすることは妥当か。本稿で扱おうとするのは、こうした国内犯の成否ないし範囲の問題である<sup>(1)</sup>。

インターネットを介した情報流通には、そうした場合のほか、特定の宛先に向けた電子メール送信等による場合もある。だが、こうした場合は、転送等による伝播の容易性など多少の違いはあるものの、質的に従来の電話や手紙等による場合と基本的に異ならない。日本に特定して向けられた通信・電磁的記録等が日本で受信される場合は、外国から発信されたものであっても、日本で国内犯として刑法適用の対象になることについて、今日でもさしたる疑念はなかろう。こうして、本稿では、サーバコンピュータへのアップロードによりウェブサイトに掲載されて、世界各国で閲覧・認識が可能となるようなインターネット上での情報発信・表現(インターネット表現)に限定して考察の対象としたい<sup>(2)</sup>。

この点に関する明文の規定は、わが国では現在のところ存在しない。ただ、日本国内で受信される場合、後述するように、今日の支配的な伝統的理論によれば、外国でなされたそうした情報提供・表現ないし送信行為を含め、その全体を日本の国内犯(刑法1条1項)として、日本で処罰しうることになると思われる。だが、そうすると、全世界のインターネット上の表現を日本法の評価に照らして選別し、そぐわないものを個人に対する刑事罰の威嚇により抑制することになりかねない。こうした帰結は妥当でないとして、わが国による処罰範囲に制約を加えようとする見解も有力である<sup>(3)</sup>。

こうした事情のなか、最高裁は、インターネットを介したわいせつ電磁的記録配信に関する事件において、国外からの配信を国内犯として処罰できるとの判断を示している(最決平成26年11月25日刑集68巻9号1053頁<sup>(4)(5)</sup>)。ただ、その判示は、当該具体的事例に則したものとなってお

り、そうした処罰が一般に無制約のものかどうかについては明らかにされていない。本稿は、こうした状況にかんがみ、あらためて上記の問題について考察を加えようとするものである。

今日でも、国際社会はなお、刑罰権の問題を各国の主権的な領域支配を基本とした枠組みの中においている。この点を踏まえつつ、必然的にグローバルな広がりを持つ行為について、各国の併存と協調という視点から、解決の糸口と方向性を見出したいと考える。

## 2 問題の様相

### (1) 最高裁平成26年決定の事例の概要

まず、考察の基礎となる先述の最高裁平成26年決定の事例について確認するところから始めたい。第一審および原審の認定等に基づき、本決定で認定された事実の概要は次のとおりである。

「(1)日本在住の被告人は、日本及びアメリカ合衆国在住の共犯者らとともに、日本国内で作成したわいせつな動画等のデータファイルをアメリカ合衆国在住の共犯者らの下に送り、同人ら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ファイルを記録、保存し、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データファイルをダウンロードさせる方法によって有料配信する日本語のウェブサイトを運営していたところ、平成23年7月及び同年12月、日本国内の顧客が同配信サイトを利用してわいせつな動画等のデータファイル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、(2)被告人らは、平成24年5月、前記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わいせつな動画等のデータファイルを保管した」。

この事実に対して、第一審・原審ともに、日本国内におけるわいせつ電磁的記録の頒布（刑法175条1項後段）と有償頒布目的保管（同条2

項)を認めて有罪とした。これに対して、弁護人が、「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のデータの転送は、データをダウンロードして受信する顧客の行為によるものであって、被告人らの頒布行為に当たらず、また、被告人らの行為といえる前記配信サイトの開設、運用は日本国外でされているため、被告人らは、刑法1条1項にいう『日本国内において罪を犯した』者に当たらないから、被告人にわいせつ電磁的記録等送信頒布罪は成立せず、したがって、わいせつな動画等のデータファイルの保管も日本国内における頒布の目的でされたものとはいえないから、わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪も成立しない」と主張して上告した。この後段の主張は、刑法175条の罪には国外犯処罰規定がないことのほか、同条2項のわいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪における頒布目的は、国内頒布の目的であることを要することが前提とされていると解される。

これに対して、最高裁は、上告趣意は、単なる法令違反の主張であって、刑訴法405条の上告理由に当たらないとしつつ、職権により次のように判示して、上告を棄却した。

まず、「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」と判示したうえで、「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。」とした。そして、「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。」との判断を示したのである。

## (2) 国内犯の基準に関する伝統的理論とその適用の結果

こうした場面で問題となる国内犯の基準に関する周知の伝統的理論は、次のようなものである。

国内犯とは、国内（領域内）において罪を犯す場合、すなわち国内に犯罪地が存在する場合をいう。国内犯であることに基づき、犯罪との場所的関連（犯罪地が自国に属すること）に着目して刑罰権を及ぼす原理を属地主義という。その原理の根拠としては、領域主権を背景に、自国保護の考え方からであれ、国際協力的な管轄分配・分担の考え方からであれ、<sup>(9)</sup>究極的には国内法に基づく国内での法益保護が意図されている。なお、こうした地域的な限定がなく、外国人に対しても世界中に刑罰権を及ぼす形態は普遍主義と呼ばれ、そのうち重大な国家的法益を害する犯罪を対象とする場合（刑法2条）を国家保護主義、世界的に共通する法益を害する犯罪を対象とするような場合（刑法4条の2）を世界主義または狭義で普遍主義という。

犯罪地を定めるについては、伝統的に大別して3つの立場がある。<sup>(10)</sup>構成要件に該当する実行行為（の一部）がなされた地とする行為地説、構成要件の結果（の一部）が発生した地とする結果地説、<sup>(11)</sup>構成要件の一部が生じた地はいずれも犯罪地とする遍在説が、それである。いずれの立場も、自国刑法上の構成要件に照らして各当該事実が国内で生じた場合に国内犯とするものである。わが国の現行法には犯罪地に関する明文規定はないが、遍在説が通説・判例であると解されている。<sup>(12)</sup>

今回のような事例に、こうした伝統的理論をそのまま当てはめれば、

容易に国内犯と判断されることになると思われる。今回の事案では、上述のとおり、刑法175条1項後段にいうわいせつ電磁的記録の「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その他の記録を存在するに至らしめること」としており、被告人の海外における配信サイトから日本国内の顧客に送信して、日本国内に設置されたパーソナルコンピュータに記録・保存させたことが、これに該当する旨を判示している<sup>(13)</sup>。こうした判示を前提とすれば、送信と目される行為自体は国外でなされているが、頒布行為の一部ないし結果が日本国内において生じたことになる<sup>(14)</sup>のは明白だからである。<sup>(15)</sup>

最高裁が、あくまで事例判断ではあるが、被告人の配信・頒布について、刑法1条1項にいう「日本国内において罪を犯した」場合に当たること(国内犯性)は明らかだと判示した背景にも、基本的にはこうした理解があったものと考えられる<sup>(16)(17)</sup>。ただ、そこでは「前記の事実関係の下では」<sup>(18)(19)</sup>とされているだけで、国内犯と判断される筋道が明確にされていない。伝統的理論を単にそのまま当てはめるのみでは不具合も懸念される問題状況にかんがみ、あえて明確にしなかったものだと理解もなされている<sup>(20)</sup>。日本国内の顧客のもとで記録・保存されることが国内犯となる論拠とされるだけならば、世界中どこで誰により開設・運営されている配信サイトであっても、日本からのアクセスを遮断していない限り、日本の国内犯として処罰対象となりうる。国内犯とされる範囲が広がりすぎる疑念があるのである。

この問題は、電磁的記録の送信・頒布に限定されない。サーバコンピュータにわいせつな電磁的記録を記憶・蔵置させて不特定・多数の者が(容易に再生閲覧の操作により)画像等を認識できる状態に設定する行為は、わいせつ物公然陳列に該当すると解されている<sup>(21)</sup>。海外において現地のサーバコンピュータに記憶・蔵置させた場合も、インターネットを介して日本において不特定・多数の者がそうした画像等を認識できる状態に設定されていれば、日本国内での公然陳列罪の成否が問題となりうる<sup>(22)</sup>。電磁

的記録の送信・頒布に至らなくても、そうした画像等については、世界中のアップロード行為がすでに日本において国内犯として処罰対象となる可能性があるのである。<sup>(23)</sup>これは、およそ主観的には日本と無関係に、世界中どこで誰がそれをして、日本で閲覧できる状態である以上、国内犯(属地主義)としての形を取りながら、結果として場所的に制約なく、いわば普遍主義的に処罰(国内刑法適用)が可能ということになりかねない。<sup>(24)</sup>

わいせつ等に対する考え方は国によって違い、わいせつ性に関する法的評価は各国で異なる。そうした状況の中で国内で行われる犯罪に処罰範囲を限定する趣旨で、国外犯処罰規定を置いていない場合<sup>(25)</sup>においても、結果として、世界中の誰による行為もが、日本の法的評価に基づく処罰の対象となりうるわけである。文化・法意識の多様性を考慮し、処罰範囲に地域的限定性を持たせる意図が、そこでは損なわれることになるのである。

こうした性質は、実はさらに、その影響・効果や結果が国内に及ぶ限り、インターネットを介した情報提供・表現に広く当てはまる懸念がある。古典的な犯罪形態を念頭においた場合に、日本人による国外犯等が処罰の対象となっているかどうかに関わりがない。そのため、行為者のいかに問わず、全世界で発信地では適法に発信されるインターネット上の表現を日本法の評価に照らして選別し、人の名誉や信用を毀損し、また日本の社会風俗などを害するとして、個人に対する刑事罰の威嚇のもとに、情報流通を抑制することになりかねない。しかし、それは、インターネットの情報発信・表現手段としての効用を害するとともに、必ずしも地球規模で普遍的でもない一国の法意識を、あたかも世界共通の法基準であるかのように全世界に押しつけ他国に干渉するような振舞いとなるおそれがあるのである。

### 3 問題の背景

(1) 国内犯に関する伝統的理論とインターネット空間との不整合  
元来、国内犯の範囲に関する伝統的な理論は、犯罪との場所的関連の観点から、領域主権を根底におき、各国の刑罰権を国境を基準に空間的に限定するものである。それは、本来、地域的に管轄を分配する発想に立脚する。他方で、報道機関による報道や個人による情報発信をはじめとして、インターネットを介した情報流通は、国境による制約なくグローバルに展開される特徴がある。そこには、前提とする環境に齟齬があるという意味で、そもそも不整合がある。前述のような問題が生じる背景は、この点にあるように思われる。

もともと近代以降の伝統的な刑事法学は、領域支配を基盤とした国家刑罰権に基づき、個人による殺人、窃盗、風紀違反などの古典的な犯罪を主に念頭において、その理論を展開してきた。しかも、そこで前提とされていたのは、人の活動や交流が、今日とは異なり比較的狭い範囲に限られていて、その波及も地域的に限定された社会であった。そして、自国に影響のない事件について刑罰的関心を寄せることも乏しかった。多くの事件は各々の領域支配の及ぶ範囲で完結し、他国と文化的軋轢が起きることも少なかった。むろん、犯人が他国に赴いて殺人を犯す場合や、郵便による毒薬物の国際輸送・送付や有害通信など、時として犯罪が国境を越え、複数の国に跨がって生じることはあった。だが、基本的にその影響は限られた関係地域にしか及ばず、一定の空間的に限定された「犯罪の所」(犯罪地)があることを前提にしてきた。国内犯に関する属地主義の原理は、そのような状況の中で、領域主権に基盤を置き、国境の内外という点に注目する形で構想されたものである。

そこでは、そもそも犯罪現象が場所的に限定されていること(地域的限定性)が前提となっていた。属地主義を基本に、国境を越える犯罪についても対処しようとする従来の姿勢は、そうした地域的限定性に基づ



いて各国の刑罰権や管轄の地域的限定・分配の作用を果たしてきたといえる。これは、見方を変えれば、地域的に分割された各国の刑法に対して、世界の法秩序を支える世界刑法としての役割を分配する装置として、属地主義が機能していたとも考えることができる。

これに対して、世界中どこでアップロードして発信しても瞬時に国境を越えて全世界でアクセス・閲覧が可能になるという意味で対極にあり、地域的限定性を欠くのがインターネットの世界である。いま検討の対象にしている表現行為は、その場所が「インターネット上」という、その波及において地域的限定性のない場・空間である。そこに広がるのは、機能的には、その影響の面で発信地・受信地のいかにが実質的に意味を持たない、いわば国境のない均一の世界、グローバル平面である。その結果、すでに見たように、一国で発する情報提供・表現が、その国では適法であるものの、他国においては、人の名誉や信用を毀損し、また政治体制や社会風俗などを害するとして犯罪視されるという事態の発生が容易にありうるのである。これは、見方を変えれば、全地球上（地域による区別のない単一の全世界）が犯罪地ということの帰結なのである。

そこには、国内犯に関する伝統的理論が想定していなかった世界が展開されているという意味で、理論と進行している事態との間に不整合があるわけである。そもそも場所的な限定性が欠如する、いわばグローバル平面上の犯罪では、地域分配的な属地主義的発想そのものが通用しないのである（属地主義の部分的崩壊）。このような場合に、従来の枠組みをそのまま当てはめるのは適切ではない。<sup>(26)</sup>そこにある齟齬・不整合を直視し、その点を素直に考察に反映させつつ克服を図るべきであろう。そこには、空間的な処罰範囲に関する理論的再構成によって解決すべき課題があると思われる。

## (2) インターネット社会の進行と問題の深刻化

そうした不整合が現実には深刻な問題となったのは、インターネット社

会の進展のためである。

実は、これまでも企業活動などの活発化に伴い、一国で行われたことの被害が国境を越えて他国や広く世界に波及するようなことはあり、そうしたことが増えてきてもいた。もともと公海上における船舶衝突等の事故においては、一方の船舶の乗組員による操船ミスが原因であっても、事故の影響は直ちに双方の船舶内に及び、かつ各船舶の国籍は異なることも多い。こうした事件は、元来が国際的となる要素を有するものであり、通例は国内で完結する類のものが、たまたま国境を跨いで発生したというものではない<sup>(27)</sup>。また、各種の有害・汚染物質による国際河川や海洋汚染、大気汚染から、近年の地球温暖化まで、環境汚染・破壊などの分野では、あらためて言うまでもなく、汚染・原因物質排出地等以外に汚染・影響は広く及び、そうした越境は特別なことではない。さらに、電波放送（たとえばテレビ、ラジオ）などは、国際放送の場合、容易に国境を越え、ワールドワイドであることが想定されている。そして、そうした操船ミスや汚染、放送等をどの程度規制するかは、国によって異なる可能性があるのである<sup>(28)</sup>。

ただ、このように類似の問題はあったものの、これらの場合の多くは、国際的または地球規模とはいっても、瞬時に効果が全世界に及ぶわけではないという意味で、なお地域的限定性の面影を残している。また、そこでは生命・身体や健康あるいは財物等に対する侵害が、多くの場合の問題の中心で、そのような場合は、表現に対する評価と異なり、文化や法意識の違いが相対的に少ない。電波放送は、その点では、瞬時に影響が広範囲に及び、また表現に関わるが、通例、発信主体が公私の責任ある企業体であり、平時にはおのずから節度ある振舞いがなされる。こうして、従来の枠組みの中でも、暗黙のうちに相互に現実の法適用を抑制的に微調整しながら対処してやり過ごすことが、まだしやすかったと思われる。

しかし、根底において地域的限定性を欠くインターネット上の表現の

出現により、ついに様相は一変したと言ってよい。しかも、社会におけるインターネットの急速な普及と重要性の増大に伴い、多様な情報・表現が飛び交うとともに状況は深刻さを増し、これまでとは次元の異なる事態に直面している。周知のように、報道機関も新聞やラジオ・テレビだけでなく、インターネット配信にも力を入れている。インターネットの発達・普及は、各種のホームページの開設やSNSなどのソーシャルメディアをはじめとして、公私の報道機関だけでなく個人等にも、各種の情報や考えを広く発信・表現する手段・機会を提供した。不用意にプライバシーを全世界に曝してしまうような危険があるとともに、他人や社会を益し、あるいは害する可能性も生まれた。民族や宗教、政治等が絡み、強烈な国際文化摩擦も背景に、ヘイト表現など一定の集団に対して名誉毀損や侮辱、脅迫となるような表現、さらには人種差別による危害や殺人など、犯罪を教唆・幫助するような法益侵害的な表現が、ウェブ上にアップロードされることもある。また、すでに触れたように、わいせつ情報・表現がインターネットを介して横行していることは周知のとおりである。

こうして、犯罪の地域的限定性の存在を前提とした伝統的な国内犯に関する理論と整合性を欠く事態が進行している。特にインターネットを介した情報発信・表現などのように、急激な変貌を遂げている分野もある。あらためて地域的限定性に乏しくグローバルな展開をする事案について、取り巻く状況を正面から見据えて、対応の仕方を本格的に検討する必要が実際にも生じていると言わなければならない。インターネットの普及は、グローバル社会化に伴う問題を先鋭化させ、強く意識させることになったのである。

### (3) 地域的限定性を有する国家のあり方とインターネット空間との不整合

問題を難しくしているのは、このように地域的限定性の乏しい場で発

生ずる事象があるのに、これに対処しようとする国家は、依然として、そのよって立つ文化も支配も地域的限定性を有する存在であることである。今日の世界は、まだ普遍社会どころか世界連邦でもなく、文化や法意識において多様な地域的支配に立脚する主権国家の集合でしかない。そこには、また一種の不整合があるのである。

本稿の問題は、これまで述べてきたような状況の下で、外国において発信されたインターネットを利用した表現について、日本においても受信されうることを根拠に、国内犯として処罰・規制することは妥当か、ということである。これを肯定することは、すでに述べたように、結果として、全世界でアップロードされるインターネットを介した表現を、日本で日本の評価に基づいて処罰することになりかねない。

そうしたことも、文化的にも普遍的な地球社会を前提とすれば、たしかに問題性は少ないのかもしれない。法意識が均質化し、実体法的評価においても刑事手続のあり方においても実質的に相違がなければ、違法な表現を地球上のどこで取り上げて対処するかは便宜的な事ならにとどまる。日本の地で、普遍社会の一員として普遍社会を代表して対処しても、大きな疑念は生じないだろう。

しかし、現実の地球社会は、上述のように、まだそのような均質化された普遍社会には到達していない。違法性の評価についても相違やかなり隔たりのある異質で多様な文化・法意識が、各国の主権のもとに地域的に分割されて併存する社会である。そうした中で、普遍的でもない独自の法をかざして、勝手に普遍主義的に振る舞うことは、表現などの自由保障とも絡み、他国には、その主権にも関わる過剰な押しつけと捉えられかねない。強烈な国際的軋轢を引き起こす可能性もある。

こうした結果が妥当でないことは間違いなからう。<sup>(29)</sup> たしかに、自国保護を強調する立場からは、自国に影響が及ぶ以上、そうした結果を否定的に捉える理由はないとの見解もありえよう。<sup>(30)</sup> だが、そこまで自国保護的な対応をするのは侵害の対象となる法益が重大な場合に限定すべきで

<sup>(31)</sup>ある。そもそも従来、自国の重大法益が危機にさらされるような場合、国際社会は各国の相互了解が可能な国家保護犯罪として国外犯でも例外的に刑罰権を及ぼすこと(国家保護主義)を相互に認め合う形で基本的に対処してきた経緯がある。一部の極端な場合を除き、それで大きな問題はなかったように思われる。そして、たとえばわいせつ物頒布等の犯罪については、犯罪の全体が国内で行われる場合も、そこまで重大な法益が危機にさらされるとは、わが国では従来考えられてこなかったのである。国際的にも、そうしたものについて国家保護主義的対応が広く承認を受けうるとは考えづらい。そのような場合に、自国保護の観点から他国と強い軋轢を引き起こしてまで、あえて国内犯として処罰を認める道を拓く必要はなかろう。それが、国際協調を重視し国家保護主義に基づく処罰を抑制的に採用しているわが国の姿勢にふさわしいと思われる。それは、憲法の国際主義にも合致する。そして、もし真に自国保護の考慮が重要な表現があるとすれば、それについては、むしろ正面から国家保護主義による対応を検討すれば足りるのであろう。

また、不具合の発生が実際には双方的であることにも留意する必要がある。たとえば、日本(サイト運営地から見れば他国)在住の特定人に対する名誉毀損について、日本での処罰を無限定に肯定することは、相互主義的に考えると、外国にも同様の刑法適用を承認することにつながる。場面を裏返したら、日本におけるインターネット表現・情報発信が<sup>(32)</sup>、他国で国内犯として処罰の対象とされる事態である。日本国内における表現の自由が事実上阻碍されることを是認するような解決のしかたには疑問が多いと言わなければならない。

これはまた、さらに、世界的に外国政治家に対する批判を許さないことを是認するような法のあり方を支持する結果になる虞もある。表現の自由の観点からは、発信地で発信が適法な表現を、他の多くの国で閲覧等が可能であり想定されるからという理由で広く制約してよいかは疑問である。

ただ、そうした結果を回避することは、前述のような従来の国内犯の成否に関する考え方に基づく限り、困難である。本稿の冒頭で取り上げた最高裁平成26年決定の原審が、「<sup>(34)</sup>実際上の検挙の可能性はともかく」と判示して、<sup>(35)</sup>現実に手続をとることの抑制・制約を示唆しつつ、従来の考え方を当てはめて国内犯として処理したことにも、それは表れている。<sup>(36)</sup>こうして、国家保護主義の対象とならないいわゆる普通犯罪について、インターネットを介した情報発信・表現の場合の国内犯の成否やその範囲等に関する考え方をあらためて検討する必要性が生じているのである。

#### 4 解決の基本的視座

これまでの考察から、国内犯として刑罰権を及ぼす範囲の限定が課題となる。その場合に重要なことは、すでに触れたように、今日の国際社会は、なお各国の主権的な領域支配を基本としており、その枠組みの中に刑罰権の問題があるとの現実を前提とすることである。そこが出発点となる。グローバルな平面で展開され、影響がグローバルに及ぶインターネットを利用した表現についても、国内犯としての処罰範囲という問題は、各国の併存と協調という視点から関連の諸事情を考慮し、解決の糸口と方向性を探るべきである。国内の法秩序の維持の要請と他国の法秩序のもとで生活する人の自由尊重の要請との調整・調和の試みと言ってよい。

この点では、そもそも刑罰権の範囲が、法益保護を根底におく刑罰関心（刑法の法益保護機能）と行為・行動の自由保障（刑法の自由保障機能）との調整により決定されるものであることに留意する必要がある。表現に関わる場面においても、たとえば名誉毀損罪について、犯罪の成否に関する立法や解釈上の努力が、名誉保護と報道・表現の自由との関連でなされてきたことは周知のとおりである。<sup>(37)</sup>このことは、そのように一国の刑法における構成要件の外縁・範囲を画定する場面であっても、

国内刑罰権を空間的にどこまで国境を越えて渉外的事案に及ぼすか（管轄を及ぼす形式で処罰に関与すべきかどうか）という刑法の適用範囲を画する場面でも変わらない。

インターネット上の表現による国内での法益侵害に着目し、その地における刑罰的保護の視点からのみものを考えるのであれば、世界中のすべての行為が国内犯となると考えるのが素直である。各国が国内における犯罪を処罰する根拠としては、すでに触れたように、自国保護を目的とする立場と、<sup>(38)</sup>法益保護に関する国際協力として自国内での保護・処罰を分担して引き受ける立場（管轄分配主義）と<sup>(39)</sup>とがありうる。だが、いずれにおいても地域的に分配された各国内の法秩序（ここでは刑罰的保護）の維持が原則となる。そのため、法益保護の側面からは、世界中の国が対処を考慮しうることになり、世界中のすべての行為について世界中が犯罪地（いずれの国にとっても国内犯）という考え方に傾きやすい。

他方、自国民をはじめ生活本拠地（通常の生活地、常居住地）を自国内に持つ者の<sup>(40)</sup>自国内における行動・表現の自由を保障する権能を各国は有し、そこで生活する者はその自由を享受する権利を有する。国際協調の観念のもとでは、この各国の公法的（・刑罰的）権能と人権保障を尊重することは重要である。この視点からは、外国に生活本拠地を有する者が、生活の中でその地で行う言動・表現については、その外国の法秩序による判断が原則的に尊重・優先されるべきである。<sup>(41)</sup>そこで適法になされた行為・言動を、他国が自国内の「犯罪」（国内犯）として刑罰権を及ぼすことは抑制すべきだと考えられる。<sup>(42)(43)</sup>そこでは、行為主体や行為地などの面で外国との関連性が増大するにつれて国内との関連性が減少している事情にも、また留意すべきである。

こうして、主に結果の面で問題となる国内の法秩序・法益保護の維持の要請と、行為の面で問題となる他国の法秩序およびその下で生活する者の自由尊重の要請との調整・調和が肝要となる。その場合に均衡のとれた調整・調和を目指す見地からは、問題となる場面における犯罪との

関連性を基礎において、法益保護機能・刑罰関心の強さと自由保障機能・関心の強さを考慮することが要点となろう。そして、その際には、行為者が生活本拠地で発した表現かどうかと、その表現がその地で自由を保障される適法なものかどうかという点が、とりわけ注目されるのである。

たとえば、国内でアップロードすれば、国内在住の私人に対する名誉毀損となる映像を、一時的に国外に出て、当該国では名誉毀損とはならない他国でアップロードする場合は、そのアップロード行為を含めて国内犯として処罰可能と解しても、他国との関係でさほど不具合はなからう。<sup>(44)</sup> 国内との関連性は、一時的に国外に出てアップロードした点で減少するにとどまる。国内から他国のサーバコンピュータにアップロードする場合と比べて、法益保護の観点から多少侵害が軽度といえるかもしれないが基本的には違いがない。他方で、行為者は、一時的にせよ滞在国ではいちおう自由を認められているが、生活の本拠をおく者に対するのとは自由保障に寄せる国家としての関心に質的な差があろう。生活本拠地を有する者の保護には強い関心を有し、日本でこれを処罰すれば、外国における自由保障と抵触して、大きな軋轢が生じうる。だが、そうしたその地との真正な関係を持たず、単に処罰回避の意図で、当該行為が規制されない地を求めて、いわば「行為地漁り」で渡航してきただけの一時滞在者に対しては、当該国は、例外的な場合を除き、<sup>(45)</sup> その帰国後まで、その自由保障を及ぼすことにさほど関心を持たないのが通例である。そのため、これを国内犯として刑罰権の対象とする形で調整しても支障がないのである。

反対に、もし発信活動（生活）の拠点がある他国で適法なマスコミによるインターネット報道が、かりに日本人の名誉や日本企業の信用を害する内容だった場合は、国内との関連性は基本的に結果が発生している点にとどまる。これに対して、外国はその報道の自由に強い関心を寄せている。このような場合は、外国における自由保障に配慮して日本で国



内犯として他国の記者を罰することとするのは可能なかぎり控えるべきであろう。

なお、行為地国においても表現の自由の保障が及ばず可罰的な行為については、行為地に生活本拠がある者に対して日本が刑罰権を及ぼしても、大きな軋轢は生じないであろう。<sup>(46)</sup>

こうして、ここでは、内外国と犯罪との関連性、とりわけ行為者が表現を行った外国におけるその生活本拠地の有無が注目される。その点は、外国が行為者の所在地国として、その自由保障に寄せる関心に大きく影響すると思われる。また、その外国において具体的に自由保障が及んでいるかどうか、すなわち当該表現行為の可罰性の有無も注目される。こうした点に特に着目しつつ、調整・対処の方法を検討することが重要だと思われるのである。

## 5 解決の試み

そもそも本稿の課題とするような地域分配的な属地主義がうまく機能しないような場面において、過剰に刑罰権が及ぶのを回避し、刑罰権の及ぶ範囲を限定して対処するには、大きく分けて3つの方法がありうるように思われる。

属地主義が旧来のように機能しない事実・側面を正面から捉え、属地的な観点から離れて、属地主義とは別の原理により対処する方法、

国際社会は依然として地域的な支配・主権分配が基本であることを踏まえ、属地主義的対応を基本としつつ、外国の自由保障状況を顧慮し、国内犯となる範囲を限定することで対処する方法、国内犯となりうることを前提に、国内刑法の構成要件の解釈や違法性の評価のしかた等に工夫して対処する方法<sup>(47)</sup>、がそれである。

以下、いずれの方法が現時点において穏当な対処の仕方であるか、これまでの検討を踏まえて、試論的に簡単な考察を加えてみたい。

### (1) 刑法適用の平面で属地的観点から離れる方法

刑法適用(管轄権)の平面で問題解決を図るが、属地的な観点から離れて、属地主義(国内犯の成否)とは別の原理による対処を模索する方法はどうか。すでにみたように、インターネットを介した情報発信・表現については属地主義が旧来のように機能しない事実・側面を正面から捉え、例外的に、そもそも属地主義の対象外として、別の原理により処罰範囲(刑法適用範囲)を画そうとする立場である。

外国主権による自由保障を顧慮し、国際協調の観点から、外国での行為にどこまで管轄権を及ぼすべきかという場面であるから、通例の国外犯の処罰範囲を画する問題と類似しており、本質的に適用法平面の問題としての処理が妥当だとする視点に立脚する方法と言える。さらに属人主義的対処と保護主義的対処とに別れると思われる。

(a)属人主義により対処する方法 一般に地域性を離れて(犯罪地を問わないで)処罰範囲を画する場面で、今日しばしば重要な役割を果たすのが、対人主権を背景とした属人主義(自国民の犯罪行為を処罰する積極的属人主義)である。本稿の扱う場面でも、インターネット上の表現に限定した解釈論または立法論として、国外での行為を規制する必要がある場合に属人主義により対処する方法(属人法説)<sup>(48)(49)</sup>が考えうる。それによれば、どこの国であれインターネット上で表現・情報を発信した日本人が、日本で処罰の対象とされる<sup>(50)</sup>。他方、その影響が国内に及ぶ場合も、日本人による行為のみに刑罰権を及ぼすことになる。

たとえば、もともと日本人の国外犯が処罰される名誉毀損(刑法3条12号)の場合、日本人について処罰対象となる範囲は、属地主義的処罰を肯定した場合と比べて結果的に変わらない。これに対して、外国で行われた外国人による行為は処罰されないことになる。その点で、すでに述べた外国との軋轢を部分的に避ける効果があると考えられる。

しかし、属人主義により対処する方法は、適切なものではなからう。属人主義の根拠としては、従来、大別して3つの理解があるとされる。

④母国ないし母法に対する国民の忠誠関係・紐帯を根拠に処罰を考える忠誠説、⑤属地主義を基本としつつ補充的に代理的な処罰を考える代理説、⑥国際刑事政策的な観点から、犯罪者の生活本拠地たる母国での服役を重視する刑政説が、それである。<sup>(51)</sup>だが、いずれの理解も、ここでの対処の根拠としては適合しない。そもそも④の理解は、所在地を問わず、犯罪の成否に関して本国の法に服するのが基本という発想が、まだ一般的にみて各国の地域的な領域統治を基礎とした国際主義の時代にふさわしくない。⑤の考え方も、前提となる場面の齟齬が大きい。本稿では、犯罪地としての処罰をそのままは基本とできず、それを別の原理などで代替または制約することが課題だとの認識が考察の出発点となっている。犯罪地での処罰をまっとうするのが本来としつつ、犯罪地ではない行為者の本国が補充的にこれに代わって処罰しようという場面ではない。なお、とくにインターネット上の表現の規制・処罰に関する国際協力の実施を行為者の本国に重点的に分配すべき事情・便宜もなからう。⑥の理解についても、行刑面の意義に注目するものであって、行為の当罰性・可罰性に関する刑法的評価において犯罪地が第一次的な機能を果たすことを否定しようとするものではない。この構想も、そうした刑法的評価の作用を限定しようとする本稿の課題とは整合性を欠くといえよう。

また、実際にも、外国人によるネット配信行為等が、かりに日本国内での行為については例外的に処罰を肯定するとしても、外国での行為については、現地において違法な場合も含めて一律に、日本の刑法適用から除外されることになる点も、妥当ではない。現地においても違法な場合は、これを日本で処罰しても、すでに述べたような現地の外国との軋轢は生じないと考えられる。属人主義的対処は、処罰の過剰な限定を行うことになりうるのである。

この立場はやはり適切ではなからう。

(b)法益侵害発生を基準とする方法(保護主義による方法) 法益侵害(実害・危険)発生を基準に刑法適用を考える対処方法も提唱され

ている。国内犯の基準に関して法益侵害地説 (効果説) を採用することにより、新たな規制形態・態様を考える立場である。<sup>(52)</sup> 法益侵害地説は、もとは国内犯の基準に関する結果地説に準えて提起されたため、属地主義の運用に関する学説としても位置づけられている。だが、自国内における法益侵害の発生 (裏を返せば、自国内の法益保護) を端的に問題とする点で、むしろ保護主義的アプローチと言ってよい。国家保護主義との明確な違いがなくなるとの指摘がなされる<sup>(53)</sup>のは、その証左である。この立場は、結果地説に仮託されているが、実は、伝統的な属地主義とは別の原理に立つものである。<sup>(54)</sup>

しかし、この立場による対処は、このように新規な規制形態を持ち込もうとするものではあるが、本稿における問題意識との関係ではほぼ無力で、あまり解決に役立たないといえる。すでにみたように、表現がインターネットにのることにより、広く各国に影響が及ぶという点で地域的限定性が失われる。その結果、世界中の国々の表現が日本で刑法適用の対象となりうるわけだが、自国における法益保護の姿勢がその懸念の根底にあった。そのため、基本的志向を同じくする保護主義的アプローチでは、過剰に刑罰権が及ぶのを回避することは難しいであろう。むしろこの対処方法は、それだけでは、本稿が疑問視するような刑法適用範囲の拡大を解決するより、逆にそうした拡大を肯定することにもなりかねない<sup>(55)</sup>と思われる。

## (2) 国内犯となる範囲を限定する方法

伝統的な属地主義の理解では、本来それが有していた処罰範囲を限定するように機能する基盤が失われている局面であることを見据え、国内犯としての過剰な処罰範囲の拡大を回避するため、旧来の遍在説に一定の制約を加える解釈・運用により対処する方策もある。従来理論の延長線上で、やや修正を加えつつ解決を図ろうとするものである。

外国主権による自由保障を顧慮する観点から、外国での行為に国内犯

として過剰に管轄権を及ぼすのを抑制しようとするには、本質的に、国内犯に関する理論の延長線上で対処するのが素直だという理解に立つものといえる。そこで付加される修正は、国内犯に関する伝統的な一般理論からすれば、特定の局面（ここではインターネット上の表現）において国際協調の視点から例外的に採用されるものである。

そうした見地からは、国内犯となる範囲を制約・限定するために付加される要件の違いにより、大別して3つの立場が考えられよう。結果発生が意図されていた結果地に限定する立場、国内関連性が顕著な場合に限定する立場、表現がなされた外国で可罰的な場合に限定する立場、がそれである。

(a)意図された結果発生地に限定する方法　まず注目すべきものとして、国内犯の基準のひとつとされる結果地について、意図された結果発生地に限定する見解（いわば意図的結果発生地説）<sup>(56)</sup>が提唱されている。インターネットを介した情報発信・表現のような行為については、その領域内での結果発生が意図された特定の国（たとえば使用言語により限定された情報受信地域・市場地）に限り、結果地（たとえば名誉・信用の毀損等の結果が生じている国）に該当し、国内犯として処罰を及ぼしうるとする考え方が示唆されている<sup>(57)</sup>。日本に特定して向けられた有害な電子メール送信が日本で受信される場合に比較的異論なく国内犯とされることとの対比を意識したものとも考えられる。それにより、想定外の国で処罰されることが回避され（予測可能性の確保）、不意打ち防止の効果が期待されることや、そうした国は影響・被害の面で特別な強い関連性があることにも着目する立場と言える。それに伴い、発信地たる外国との軋轢も生じにくくなると思われる。外国にあるサーバコンピュータで運営される海外サイトでありながら、日本からのアクセスを想定した日本会員向けの日本語サイトである場合とか、日本（サイト運営地から見れば他国）に在住する特定人の名誉毀損などを狙ったウェブ掲載の犯行の場合などが、念頭におかれていると考えられる。インターネット

を介することで、波及に地域的限定性が失われ、全世界に拡散されることになった処罰範囲の限定に正面から取り組むものとして評価できる。

たしかに、名誉・信用毀損のような場合は、多くは被害者が特定されており、その生活本拠地（会社等の場合は本店・営業所所在地）などでの結果発生が想定されていると考えられる。日本が意図の結果発生地に該当するかどうかの判断にさほど困難はないかもしれない。しかし、生活本拠地以外の他国での名誉・信用を低下させることを意図する場合もありうる。そもそも発信者の意図という内心を基準とするため、実際の運用にあたって該当性の判断が容易でない懸念がある。とくにわけつ情報の発信のような場合は、困難を伴いやすいと思われる。サイトの使用言語は市場地などを限定する機能がある程度は有するが、日本語のサイトでも、発信国の国内（日本からみれば外国）にいる日本人向けということもありうる<sup>(59)</sup>。日本でダウンロードされていても、それが意図された頒布の結果かどうかの確定に困難を伴うことも予想される。かりにアクセスの可能性が予測できるという程度に考える場合、外国語のみのサイトでも、日本在住の当該外国語を母語とする外国人が日本からアクセスすることはありうるし、日本人がアクセスすることもありえなくはない<sup>(60)</sup>。ゆるやかに解すると、限定作用をほとんど果たさないことになりかねず、想定される市場地などが全世界に拡散してしまう懸念がある。逆に明らかに意図されている場合のみに限定すれば、ほとんど国内犯とはされない事態も考えられる。

なお、この対処方法は、さきに触れたように多少は外国との軋轢が生じにくくなるが、意図の結果発生というその着眼点の性質上、他国における自由保障の質・量という問題を直截に視野に入れることができない。他国で適法な表現に対する処罰の抑制という点には、基本的に十分な対応ができないことになろう。

結局、本提唱は巧妙に考えられた見解ではあるが、実際には、必ずしもうまく機能しない懸念があるように思われる。

(b)国内関連性が顕著な場合に限定する方法 犯罪態様において実質的に国内関連性が顕著な場合に限定して国内犯とする観点から対処する方法も考えられる<sup>(61)</sup>(いわば顕著な国内関連性説)。国内との関連性の強さを基準とするもので、その関連性が刑法適用の根拠である。もともと刑法の場所的適用範囲の問題が、刑法を適用しようとする国と犯罪との一定の関連性を基礎におくことに留意するものといえる。そうした場合の典型は、実質的に行為と結果がともに国内で発生する場合である<sup>(62)</sup>。ただ、本稿で問題としているのは、結果の面では細かな相違はありうるものの基本的に世界中が関係する場面である。そのため、通常、焦点は行為の側面にあることになる<sup>(63)</sup>。なお、行為者が日本人(自国民)の場合も、国家と国民との忠誠関係を強調するような論理に立たない限り、刑法適用(刑法的評価)の面での国内関連性が強化されるわけではない。

たしかに名誉・信用毀損のような場合は、被害者の生活本拠地での結果が相対的に重大で、それだけで刑法適用を基礎づける関連性として「結果が発生した」というにふさわしい実質が存在することも多いと思われる。特定個人の名誉が害されたような事件では、その者の生活本拠地が日本にあるときに顕著な国内関連性を認めて国内犯とすることは考えられよう。しかし、そのようなことは、インターネット上の表現に一般的に当てはまるわけではない。

とりわけわいせつ表現のような場合は、規制の厳しい国ほど影響は深刻だとはいえようが、表現としては同じものが各国に届くわけで、どの国も基本的に、その表現が届く「世界の中のひとつの国」でしかない。一般的には、内容的に他の国と異なる特殊な関連性を有するわけではない。そうした点が、インターネット上の表現の本質である。そこから、単に陳列・頒布という「結果発生」の面だけでは、刑法適用を基礎づけるには十分でなく、さらに行為の側面が重要になるとも考えられる。しかも、発信行為そのものは他国でなされる場合であるから、その際には行為の面での実質的な国内性が重要となる。実際には、形式的発信地は

ともかく、実質的な発信地は国内だと考えてよい場合に限定して国内犯とするわけである。<sup>(64)</sup>たとえば具体的には、他国での発信の点が単なる「処罰回避のための行為地漁り」に過ぎず、実質的には「国内からのデータ発信」(情報流布の起点が国内)といえるような場合が想定される。実は、最高裁平成26年決定の事案も、基本的にそうした事例のようである。<sup>(65)</sup>

こうした対処方法は、実際には他国と共通の一般的な影響が及んでいるだけのときに、刑法適用にふさわしい程度の関連性を付加的に要求する姿勢といえる。法潜脱的な「迂回的行為地漁り」を封じようとする意図も了解できる。国内関連性が強い場合だけに処罰対象を限定するので、他国との軋轢の発生もかなり回避されよう。ただ、実際の運用となると、この方法も課題は多いように思われる。

まず、「国内からのデータ発信」との観点・基準にもとづく適用範囲の外縁が不明確である。国内において発信データを作成・提供した場合<sup>(66)</sup>のほか、たとえば日本で企画を立て、一時的にデータ作成用の機材を持って海外に出てわいせつな電磁的記録を作成のうえアップロードし、また直ちに帰国するような場合、<sup>(67)</sup>さらには、企画は個人的に日本で立て、あとは外国ですべて準備するような場合など、どこまでが該当するのか、曖昧だと言わざるを得ない。

また他方で、日本国内に向けて送配信された場合も、外国で企画・作成されたものが外国から送配信されるようなときは、さきに述べた名誉・信用毀損のような場合は別として、一律に処罰の対象から除かれる点も、疑念が残る。日本国内において法益を守る観点からは、処罰範囲が狭すぎるようにも思われる。

さらに、国内犯として対処するため、行為者のいかんを問わず刑法を適用しうるわけであるが、「国内からのデータ発信」の場合でも、外国でのアップロード行為はその外国に生活本拠を有する常居住者ということがありうる。こうした場合に、共犯者としてその外国人の処罰を実



行すれば、たとえ「行為地漁り」の協力者であったとしても、外国主権による自由保障との抵触による国際的軋轢の発生が懸念されよう。外国での行為に過剰に処罰を及ぼすのを避けようとする趣旨を十分に実現できない可能性がある。

このように、この方法も、十分に適切な対処方法とは言えないように思われる。

(c) 刑法適用の平面で双罰性を顧慮する方法 国際社会は依然として地域的な支配・主権が基本であり、地域ごとにその主権に基づく自由保障が基本的に妥当していることを正面から踏まえて、その自由保障との抵触を避け、外国との軋轢回避を顧慮する方法も考えられる。遍在説的な属地主義を基礎におきつつも、実質的に行為者の常居住国でのインターネットによる表現行為は、その地で許容されている限り、日本に影響が及んでも国内犯として処罰しない<sup>(70)(71)</sup> (双罰性の要件)<sup>(72)</sup> ことを基本とする対処である<sup>(73)</sup> (いわば行為者常居住地双罰説)。結果地における影響の大きさや国内関連性の強さだけでなく、処罰の問題に関する行為地の関心のあり様をも考慮に入れ、その両者の利害調整という観点の中で解決を図ろうとするものだといえよう。一方で、法益侵害に繋がる結果発生を刑法適用を根拠づける国内関連性として基本的に重視しつつ、他方で、外国の報道・表現の自由など当該情報発信・表現の許容(不処罰)に関する自由保障に寄せる強い関心についても配慮して、調整を図るわけである。

この場合の日本への影響は、日本に特定して送信された電子メールによる場合などと違い、基本的に世界に共通の一般的なものであり、特別に日本が強い関心を寄せるべき独自のものではないとの前提があろう。そこで、行為者の常居住国による自由保障・享受を尊重する方向で譲歩して修正を加え、処罰範囲を限定するのである<sup>(75)</sup>。単なる滞在ではなく、常居住が要件とされる点は、法潜脱的な「行為地漁り」を目的とした一時的な渡航者等については、その地を生活本拠としてその法の下に生活

を構築し活動している者と比べて、その自由保障に寄せる外国の関心が強くないことがあろう。そのような場合、軋轢回避の観点からは、外国の有する関心の点で日本の処罰範囲を限定する必要性が少ないため、そうした扱いから除外してよいとの理解といえる。

この方法は、行為の違法性（可罰性）に関する点について外国法を累積適用することにより、<sup>(76)</sup>外国における違法性の存在を国内犯として刑法適用する際の要件とするものである。民事上の不法行為による損害賠償・被害回復の面で、こうした累積適用の方法が各国の報道機関の言論・表現の自由あるいは市民の知る権利を守るのに有益なことを示唆する見解が提唱されている。<sup>(77)</sup>このことは、刑事罰を限定する場面においても参考になろう。<sup>(78)</sup>

さきに検討した国内関連性を重視する立場（顕著な国内関連性説）は、国内犯の範囲を抑制する観点から、実質的なデータ発信の起点が国内にあるかどうか注目する面がある。これに対して、行為者常居住地双罰説の立場は、端的に発信者の常居住地たる外国における発信の自由保障を尊重する視角から、これと抵触する範囲で国内犯としての処罰を抑制する。両者は結論的に近い面もあるが、発信の起点が国内ではなく、他方で外国でも当該発信が違法なときなどに、規制の対象となりうるか否かで相違がある。すでに触れたように、前者では規制対象とならず不必要に処罰範囲が狭くなりすぎる嫌いがあるが、後者ではその点は問題ない。また、前者はすでにみたように、「国内からのデータ発信」の場合に、外国常居住者を現地の法的評価にかかわらず処罰対象とすることで当該外国との軋轢を生む可能性がある。この点でも、後者は軋轢を回避できることになる。

なお、この種の双罰性の要件は、もともと国外犯処罰などの際の要件として考えられたものであり、<sup>(79)</sup>領域支配・統治に基づく属地主義の尊重が背景にある。つまり、属地主義的管轄権分配が有効に機能していることを前提としている。本稿の課題のように、その前提が崩れている場面

に対処しようとするものではないし、国内犯の範囲が渉外的に拡張されすぎる事態を念頭においたものでもない。問題解決のための方法として、本質的な不適合があるのではないかとの批判がありうる。しかし、国家刑罰権を外国が絡む越境的事案にどこまで及ぼすか、その際の要件をどのように設定するかという点では、結局のところそこに違いはない。しかも、インターネットを介した情報発信・表現に関する刑法適用の場面では、たしかに属地主義による国際的分配は有効に機能しないが、そのことによって、各国が基本的に地域的な領域支配により成り立っていること自体が揺らいでいるわけではない。外国による領域内での自由保障の尊重を重視する点でも、同等の配慮に立脚するものだと言える<sup>(80)</sup>。対処方法として、問題の事態との不整合があるとの批判は当たらないと言えよう。

また、日本への影響が基本的に世界共通の一般的なものであり、とくに日本に独自のものではないとしても、それが日本にとって国内犯として関心を寄せる必要がないほど小さいものとは限らないのではないかとの懸念も提起されうる。たしかに、たとえば個人の名誉を毀損する表現など、ウェブサイト掲載による情報発信の方が、日本に特定して向けられた電子メール等による場合より日本への影響が大きい場面さえ、容易に想起されるのである。しかし、こうした問題は、すでにみたように、究極的には国内における法益保護の要請と、外国との大きな軋轢（領域支配を基礎とした報道・表現の自由などの保障との抵触により生ずる軋轢）を回避する要請との調整の中で解決を見いだすべきものなのである。国家保護主義にもとづく処罰の対象となるような政治的犯罪等は別として、普通犯罪については、自国保護の観点を誇張するものでなければ、外国との調整もなく大きな軋轢を引き起こしてまで処罰を実現する価値があるか慎重に考慮する必要がある。

とくに日本に向けて日本で違法となる情報の発信をあえて個別に行うような場合には、外国としても、その適法視は他国に対する違法を推奨

するようなもので、そもそも適法とみなさないか、表現等の自由を保障する必要や関心が相対的に大きくない場合が多かろう。外国でかりに自国内向けに行われるならば適法であるときでも、これを日本で処罰して、通例大きな軋轢は生じないと思われる。逆に、自国内での公表に意義があるとして、表現の自由に対する配慮から一般に許容されているような情報の発信が、自国内向けも含めて一般的な形でなされる場合には、話が異なる。たとえば日本に居住する者の名誉等が毀損されうる表現について、日本でもそのウェブサイトが閲覧できるし日本では違法な内容だからという理由で日本で処罰したら、その外国での情報発信を抑圧することにつながり、外国の主権に反するものとして相対的に大きな反発が予測される。このように、日本における影響や関心の大きさだけでは国際的配慮を要する問題は措置しきれないのである。上記のような国内影響の大きさに関する懸念は、常居住地双罰説による対処を断念しなければならないほどのものではないと考えられる。

こうして、この方法は、国内犯となる範囲の限定を試みるものとしては、相対的に無難なように思われる。

### (3) 国内刑法の平面で対処する方法

ここまで検討してきた対処方法は、伝統的理解に従えば属地主義が適切に機能しない場面で、なお従来のように刑法適用平面の問題として国内刑法の適用を抑制する方法により解決を図ろうとするものである。これに対して、国内刑法をそのまま全世界の事案にあたかも世界刑法のように適用しても弊害が出ないように、国内刑法の規定のしかたの方を変えることで対処を考える立場もありうる。インターネット上の表現という地域的限定性が乏しい事情を徹底して考慮に反映させる見解とも言えよう。そもそも刑法の場所的適用範囲（管轄の分配）という発想になじまない事態と考え、問題を扱う次元を変えて、世界中に適用されるにふさわしい内容を国内刑法の中に盛り込もうとするわけである。

こうした角度からの対処方法としては、国内刑法の構成要件の解釈に<sup>(81)</sup>工夫を凝らす方法と、国内刑法を適用する場面で違法性評価等の際に外国での可罰性の有無を考慮する方向で工夫する方法とが考えられる。

(a)国内刑法の構成要件解釈に工夫する方法 まず、国内刑法の関係する個別の構成要件規定の解釈を、外国での自由保障の尊重などを考慮に入れた形に変更することで対処する方法がある。構成要件のレベルで処罰範囲を適正に画すべく、構成要件の範囲を限定することにより解決を図ることになる<sup>(82)</sup>(いわば構成要件の制約説)。現実には、たとえば外国の自由保障と抵触しやすい越境事例を処罰対象の行為類型から除いた構成要件であるとか、外国行為地において可罰的な行為であることが要件として付加されている<sup>(83)</sup>と解釈することなどが考えられる。具体的には、たとえば 国外サーバコンピュータへのわいせつ画像のアップロードによる陳列や配信・頒布は、国内からアップロードの指示や操作等をした場合を除き、<sup>(84)</sup>そもそも構成要件上の制約から犯罪とならず、国内で閲覧・ダウンロードが可能なことにより国内犯とされても、処罰の対象とならない、同様に外国におけるインターネットへの記事掲載による名誉毀損等は、当該外国において報道・表現の自由等に対する配慮から許容されているときは、日本で閲覧・情報受信により被害が発生しても犯罪を構成しない、などと解することになる<sup>(85)</sup>。

この対処方法は、すでに触れたように、インターネットの特性を徹底して反映させるには原理的に優れていると思われる。ただ、その場合、その性質上、犯罪類型ごとの個別の対応になり、これまでみてきた方法と比べると、<sup>(86)</sup>包括的対処の面では劣る。また、構成要件等として個別に明文で規定すれば明確性に優れるが、解釈・運用で対処するときは曖昧さが残り、これまでみてきた方法と比較して、その点でとくに優位性があるとは言えない。

なお、現行のたとえば175条などについて、上記のような解釈や同趣旨の立法に容易に賛同が得られるかも、そうした制約の明文がない文言

の規定が現に存在し、また伝統的な対処の仕方との乖離が大きいだけに疑問である。こうした国内刑法上での対処方法が現実味を持つのは、表現の自由や知る権利に関する国際的標準が世界に定着して、それを反映した構成要件を持つ刑法が容易に構想できるようになった暁ではないかとも思われる。その意味では、少し先の将来的課題と言えようか。

(b)国内刑法の違法性評価等において顧慮する方法 外国で可罰的でないことを考慮して、国内刑法の適用に際して違法性ないし責任の阻却を認めることで対処する方法も考えられる (いわば違法性ないし責任阻却事由説)。電磁的記録をアップロードする行為地およびサーバコンピュータのある外国<sup>(87)</sup>における当該行為の可罰性について考慮することになる。アップロードする行為地の可罰性について、すでに検討した行為者常居住地双罰性説にみられたように、その地の常居住者にそうした考慮を限定することなども考えられる。

こうした対処方法も、確かに、各国間での法の違いがもたらす不具合を軽減することに役立つ。すでに、海外賭博ツアーなどの事案において、国内犯としての処罰を回避するために提唱されてきた方法と類似しており<sup>(88)</sup>、実務的にも受容されやすいかもしれない。さきに検討した構成要件的制約説と比較した場合、定型性が少ない違法性や責任判断の局面での解釈による対処である分、柔軟性に優れるとも思われる。

ただ、本稿の課題のような場合、理論的に違法性の減少・消滅を認めることは難しいようにも思われる。海外賭博ツアーなどのケースでは、国内での企画・打合せ (共謀、教唆・幫助) 等により形式的に国内犯となる場合も、実質的には可罰的違法性を認めうるほど関係の法益が害されることはない。他方、これとは異なり、本稿が検討課題としているインターネットを介した情報発信・表現のような場合は、外国で可罰的でないことを考慮しても、国内受信により国内で法益が害されていることに違いはない。「あたかも世界刑法の代わり」という側面を考慮に加味したとしても、関係する表現の自由に関する国際的標準が世界的に定着

していない以上、国内刑法における違法性の大きな減少を認めることは難しかろう。対外的軋轢を回避する政策的な視点などから制約的構成要件等を想定することは認められても、構成要件該当性の存在を前提としながら違法性の減少・消滅が理論的に承認されることは容易ではないと思われる。この面からは、常居住地の外国では罰せられない行為であったことから行為者個人に対する非難の程度が減ずるものとして責任減少事由にとどめるのが穏当なようにも思われる。実際には起訴便宜主義の運用により対処するのがせいぜいということではなかろうか。

#### (4) 結論

これまでの考察を踏まえると、現時点で、現行法の下で解決を図るとすれば、基本的に行為者常居住地双罰性説の提起する方法により対処するのが相対的には穏当なように思われる。

問題の焦点は、国際協調の観点から、外国の領域主権による自由保障を尊重して、従来の伝統的理解によれば国内犯に該当するのに、例外的に外国での行為に国内刑罰権・管轄権を及ぼすべきでない点にある。このことを正面から端的に反映させた考え方が、常居住地双罰性説である。

そうした問題の焦点は、通例、国外犯について、どの範囲で国内刑法を適用し国内刑罰権・管轄権を及ぼすか、という形で問われる問題と同質である。この面から考えれば、刑法の適用範囲の問題として、そのレベルで解決を図るのが素直である。そして、そうした対処方法の中では、「国内犯の範囲いかん」という問題として対応するのが、従来の法枠組みからは無難なように思われる。わが国は、国内犯の定義・範囲について明文の規定を持たないため、現行法の解釈・適用により対処するのにも、それは適している。そして、なかでも行為者常居住地双罰性説が、インターネットを介した情報発信・表現について国内犯処罰の例外とすべき範囲を、実際にももっとも的確に画しうるように思われるのである。

なお、問題が発生する背景からみれば、インターネットを介した情報

発信・表現の波及に国境がなく、グローバルに展開する点に、この根源がある。地域的限定性を前提とした刑法の場所的適用範囲（各国刑罰権の地域的分配）という枠組みで考えるのは、本質的に齟齬している嫌いがなくてもない。その意味では、理論的には、全世界に承認され、全世界に適用されることを想定した世界刑法で、インターネットによる情報発信・表現を適切に規制する方が優れる。少し先の未来に向けては、国際的協議を通して、そうした方向を追求することも考えられよう。

ただ、そうした世界刑法がまだ現実に存在せず、将来的にも直ちには現実味がない現状である。各国の国内刑法を代用する方法（国内犯として国内刑法を広く適用することを認めつつ、国際的軋轢を回避する方法）は、「代用に伴う無理」があり、結局、適切に処罰範囲を画定できないように思われる。犯行には地域的・空間的限定性がなくても、今日の国際社会は、世界刑法を生み出すような普遍人類社会にはまだ到達しておらず、各国の領域支配の地域的分配の状態である。この点を考慮すれば、結局は、刑法の適用範囲として、普遍人類社会的な考慮にも留意しつつ、国際主義的に国内犯の範囲を論ずる方向が、現実には穏当なように思われる。

いずれにせよ、過剰な処罰を避ける方向で柔軟な運用が望まれる。

## 6 おわりに

外国におけるインターネットを介した情報発信・表現については、単に旧来の国内犯理論を当てはめて、通例の国内犯として処理することには問題がありそうにみえる。情報発信・表現の地である外国における表現の自由保障を尊重する必要があるだろう。本稿では、こうした問題意識から、試論として、行為者常居住地双罰性説により国内犯としての処罰範囲を限定するのが相対的に穏当なものと解した。

行為地における規制には適合した行為が、その影響を受ける他の地で



は問題視されることは、人間の社会活動が広く活発に展開されるようになれば、インターネットに限らず、さまざまな場面で生ずることである。こうしたことは、今後ますます増加していくことが予測される。そうした場合に、影響の及ぶ地において、行為地の事情をまったく無視して処罰などを行おうとすることは、行為地で暮らす人の現実の生活のしかたを考慮すると、適切とはいえない。

このような場合に、行為地法の顧慮等により処罰を抑制することは必要であろう。だが、及んでくる影響によっては結果地等における対処の必要性も大きくなる。こうした板挟みのような場面の一例について、対応の仕方を論じたのが本稿である。本稿の扱った問題は、そうした広がりをもつものである。

しかし、すでにみたように、こうした事案の処理のしかたについては、インターネットの問題に限っても、まだ学界で十分に議論が蓄積されているとはいえない。最高裁平成26年決定においても、一般的な基準や指針は示されなかった。今後の学説の展開が望まれる。甚だ拙い本稿が、そのための一助となれば幸いである。

[注]

- (1) インターネット社会と国内犯ないし犯罪地に関する問題については、日本においても以前よりすでに多くの言及・考察がなされている。たとえば山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリ1117号(1997年)73頁、齋野彦弥「情報の高度化と犯罪の『域外適用』について」(田村善之編)情報・秩序・ネットワーク(1999年)285頁、岩間康夫「インターネット上のわいせつ情報」刑法の争点(第3版・2000年)238頁、同「インターネット犯罪と遍在主義」刑雑43巻1号(2003年)161頁、松宮孝明「犯罪地 IT時代ないしグローバル化と『属地主義』」刑雑43巻2号(2004年)118頁、三島聡「サイバーボルノ事件」(平川宗信=後藤昭編)刑事法演習(第2版・2008年)257頁、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」(高橋和之=松井茂記=鈴木秀美編)インターネットと法(第4版・2010年)87頁など。なお、翻訳としてクリスチャン・シュワルツェネッ

ガー (園田寿訳) 「インターネットにおける刑法の場所的適用範囲」 関法 49巻 1号 (1999年) 125頁。

- (2) 本稿は、インターネットが利用された国際的な離隔犯の場合における国内犯 (いわばインターネット利用の離隔的国内犯) の成否に焦点を当てて論ずるものである。そうした離隔犯的要素のない国内犯 (いわば純粋国内犯ないし単純国内犯) の場合における各犯罪類型の処罰の当否等については考察の対象外であり、その点は現行法を基本的に前提としている。インターネット上の「仮想社会」における評価 (情報状態) に対する名誉毀損 (平地秀哉 「放送・インターネットにおける名誉毀損」 論究ジュリ 25号 (2018年) 58頁参照) 等も、現行刑法において犯罪とされておらず、本稿における考察の対象外である。
- (3) 豊田兼彦 「判比」 法セミ 58巻 10号 (2013年) 113頁。また前田雅英 「判比」 捜研 64巻 1号 (2015年) 40頁、松井茂記・インターネットの憲法学 (新版・2014年) 425-426頁。なお、不法行為 (いわゆる損害拡散型不法行為) による民事事件の国際裁判管轄権についても類似の問題がありうることにつき、渡辺惺之 「インターネットによる国際的な民事紛争と裁判」 高橋ほか編・注 (1) 前掲 347-348頁、351-352頁、中野俊一郎 「判比」 民商 153巻 4号 (2017年) 546-547頁参照。
- (4) 本件評釈として、前田・注 (3) 前掲 35頁、豊田兼彦 「判比」 法セミ 60巻 2号 (2015年) 115頁、田中健太郎 「判比」 捜研 64巻 4号 (2015年) 16頁、山本高子 「判比」 法学新報 122巻 3・4号 (2015年) 399頁、伊藤亮吉 「判比」 刑ジャ 44号 (2015年) 82頁、白井智之 「判比」 警論 68巻 6号 (2015年) 171頁、鎮目征樹 「判比」 判例セレクト 2015 [1] (月刊法教 425号別冊付録・2016年) 33頁、神谷竜光 「判比」 論究ジュリ 19号 (2016年) 231頁、山田慧 「判比」 立命 368号 (2016年) 268頁、本庄武 「判比」 速報判例解説 [19] (法学セミ増刊・2016年) 187頁、曲田統 「判比」 平成 27年度重判 (ジュリ 1492号・2016年) 157頁、駒田秀和 「判比」 時の判例 [8] (2018年) 252頁など。なお、本決定と同日、同様の争点について同趣旨の決定が同じく第三小法廷においてなされている (裁判集刑事 315号 187頁)。なお、東京高判平成 25年 3月 15日判タ 1407号 218頁。
- (5) 筆者は、2015年 10月 9日開催の中京大学刑事判例研究会において、本事例について報告する機会を得た。参加者からの有益なご指摘に感謝申し上げます。
- (6) 東京地判平成 24年 10月 23日刑集 68巻 9号 1058頁。
- (7) 東京高判平成 25年 2月 22日高刑集 66巻 1号 6頁・刑集 68巻 9号 1062頁。原審に対する評釈として、豊田・注 (3) 前掲 113頁、南部晋太郎 「判比」

研修787号(2014年)25頁, 南部篤「判比」判例セレクト2013 [1] (月刊法教401号別冊付録・2014年) 37頁, 今井猛嘉「判比」平成25年度重判(ジュリ1466号・2014年) 178頁, 野村和彦「判比」刑ジャ40号(2014年) 101頁, 高良幸哉「判比」法学新報121巻1・2号(2014年) 205頁, 岩間康夫「判比」判評667号(判時2226号・2014年) 171頁, 杉山博亮「判比」専修ロージャーナル10号(2014年) 219頁など。

- (8) 2011年改正前の規定に関する最判昭和52年12月22日刑集21巻7号1176頁参照。
- (9) 愛知正博「国際刑事法における未遂の犯罪地」中京法学49巻3・4号(2015年) 118-19頁参照。
- (10) たとえば森下忠・国際刑法入門(1993年) 29-30頁, 愛知・注(9)前掲120頁参照。
- (11) 構成要件が想定する法益侵害(危険を含む)が結果的に生じた地とする法益侵害地説(効果説)も, 近縁の立場として一部で主張されている(辰井聡子「犯罪地の決定について(2完)」上智法学41巻3号(1998年) 273頁)。
- (12) 愛知正博・(福田平=大塚仁編)現代青林講義刑法総論(改訂版・1997年) 42頁, 愛知・注(9)前掲120頁参照。
- (13) 本件は, 同条項(平成23年7月14日施行)の適用が最高裁で扱われた最初の事例であった。「頒布」の意義についても, 最高裁として初めて判示したものであるが, 立案担当者の解釈(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)」曹時64巻4号(2012年) 94頁。榑清隆「『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』の概要」刑ジャ30号(2011年) 6頁, 前田雅英ほか編・条解刑法(3版・2013年) 495頁も同旨)を追認・採用したものである。なお, 原審(東京高判平成25年2月22日高刑集66巻1号6頁)も「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」と述べて, やや表現は異なるものの趣旨を判示していた(今井・注(7)前掲179頁, 南部(晋)・注(7)前掲31頁, 豊田・注(3)前掲113頁, 曲田・注(4)前掲158頁, 伊藤・注(4)前掲84頁。異説, 田中・注(4)前掲23頁, 白井・注(4)前掲177頁)。ちなみに, 顧客の操作に応じて, 運営側の組み込んだプログラムに従い機械的に自動応答・送信するだけの本件配信についても, 自動販売機によるわいせつ図画販売(顧客の機械操作と商品の排出・受け取り)について同販売罪(現在は頒布罪)が成立するとされていることと軌を一にしており(野村・注(7)前掲104頁, 南部(晋)・注(7)前掲32頁。なお, 曲田・注(4)前掲158頁, 伊藤・注

- (4) 前掲85-86頁, 渡邊卓也・ネットワーク犯罪と刑法理論 (2018年) 67頁, 頒布に該当することに異論は少ないと推測されている (今井・注(7)前掲179頁)。立案担当者も結論同旨 (杉山 = 吉田・同95頁)。
- (14) サーバコンピュータに保存した電磁的記録をダウンロードが可能な状態に移行させ, コンテンツと同一内容の電磁的記録を顧客の記録媒体上に存在させるために通信を開始することが, それにあたる。
- (15) 曲田・注(4)前掲158頁, 白井・注(4)前掲181頁。第一審は結果の発生地であることにも言及していた。豊田・注(4)前掲115頁, 前田・注(3)前掲45頁は, そうした根拠付けに対して肯定的か。法益侵害地説では, 法益侵害の抽象的危険の発生を根拠とすることになろう (今井・注(7)前掲179頁参照)。なお, そのような理解を前提としても, たとえば海外旅行中に現地でダウンロードしたうえ本人が日本国内の住所地に送信する場合, 外国居住者が代理人として現地でダウンロードしたうえ日本国内の本人の住所地に送信する場合に, 日本への頒布がなされたことになるのかどうかは定かでない。
- (16) 事例判断ではあるが, この種の事案では, こうした配信サイトを利用することが多いとされており (細谷泰暢「最高裁判事破棄判決等の実情 (上) 平成26年度」判時2271号 (2015年) 21頁。頒布との関連でなされた言及であるが, 国内犯かどうかの問題についても基本的に当てはまるものと解される), この判示の先例的価値は大きいと思われる。
- (17) なお, わいせつ電磁的記録有償頒布目的保管罪における頒布目的は, 国内頒布の目的であることを前提としつつ (駒田・注(4)前掲252頁, 白井・注(4)前掲180頁), 頒布の国内犯性を否定して, 当該目的の不存在を説く弁護人の主張に対して, 本決定は, 頒布の国内犯性を肯定しつつ, 「同条2項所定の目的を有していたことも明らか」と判示している。同罪における頒布目的も国内頒布の目的であることを要するという前提自体は肯認したものと解される。
- (18) 現に原審は, そうした論理で国内犯としている。田中・注(4)前掲23頁, 伊藤・注(4)前掲87頁は, 本決定もこの論理を採用したものと解する。なお, 山本・注(4)前掲409頁も同旨か。
- (19) もっとも, 電子メールや国際電話などを利用した共謀において, 共謀者が所在する地は共謀が行われた地と解して良からう。当該事例では, 本文で述べたようなインターネットを介した配信・保存という観点・根拠を離れても, 日本在住の被告人が, 日本及びアメリカ合衆国在住の共犯者らと国境を跨いで共謀のうえ, 日本向けを意識して当該ウェブサイトを運営している。日本が共謀の行われた地として認められ, その観点からも日本の

国内犯とされうるものであった(なお細谷・注(16)前掲21頁, 駒田・注(4)前掲254頁参照)。最高裁が, 被告人らが日本国内において罪を犯したことは明らかとしたのは, こうした事情も考慮したものかもしれない。ただ, 最高裁は, 「共謀」との表現を使用しておらず, こうした観点から国内犯として処罰を基礎づけることを避けている可能性がある。外国在住の者だけがダウンロードしたにすぎない場合にも, 国内犯として処罰を及ぼすのは, 処罰範囲が広くなりすぎるとの疑念などもある。かりに共謀を根拠に国内犯性を肯定する場合は, 海外での賭博を国内で共謀した場合等と類似する考慮が必要となろう(また後出注(62)参照)。なお, 山口厚「越境犯罪に対する刑法の適用」松尾浩也先生古稀祝賀上巻(1998年)412頁参照。

- (20) 細谷・注(16)前掲21頁, 駒田・注(4)前掲254頁参照。曲田・注(4)前掲158頁は, 外国で運営される外国人向けサイトにまで広く射程は及ばないとする。なお, 米国法人が米国でウェブサイトに掲載した英語表記の記事(プレスリリース)による日本国内での名誉毀損を理由とする不法行為に基づく損害賠償請求訴訟について, わが国の不法行為地としての国際裁判管轄権(民訴法3条の3第8号)が, 諸事情を考慮して例外的に「特別の事情」(同3条の9)があるとして認められなかった事例として, 最判平成28年3月10日民集70巻3号846頁。判旨では, 外国におけるインターネット表現である点が特に注目されているわけではないが, 文脈は異なるものの, 国内で同様の内容を掲載した新聞記事に対する対応との違い・対比に言及するものとして, 横溝大「判比」ジュリ1517号(2018年)133頁。
- (21) 最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁(ただし, 国内のサーバに国内からアップロードして記憶・蔵置させた事案)。なお, そうした閲覧サイトのURL情報をウェブページに掲載した場合につき, 公然陳列を認めた原審判決に対する上告を棄却したものとして, 最決平成24年7月9日集刑308号53頁・判時2166号140頁(2人の裁判官の反対意見がある)。また, オンライン上のストレージサービスに記憶・蔵置したうえ, 公開設定をして公開用URLの発行を受けても, そのURLを私事性的画像記録の撮影対象者(被害者)以外には送信していない場合は, 公然陳列にあたらなるとした下級審判例として, 大阪高判平成29年6月30日判タ1447号114頁。
- (22) 山口・注(1)前掲76頁, 野村・注(7)前掲102頁, 岩間・注(7)前掲173-174頁。また山中・注(1)前掲112頁, 山本・注(4)前掲406-407頁, 白井・注(4)前掲179-181頁, 伊藤・注(4)前掲84-85頁。なお曾我部真裕「インターネットにおけるわいせつな表現・児童ポルノ」松井茂記=鈴木秀美=山口いつ子編・インターネット法(2015年)100頁参

照。また、名誉毀損による不法行為について、当該ウェブサイトにつき閲覧可能性があれば結果発生地であると解したものとして、最判平成28年3月10日民集70巻3号846頁。なお、児童買春等規制法10条、私事性的画像被害防止法3条5項は、「提供」(頒布と基本的に同旨と解されている。たとえば渡邊・注(13)前掲52頁)の場合を含めて、国外犯につき刑法3条(日本人の国外犯)の例に従うことを定めている。これらの場合、日本人についても、たとえば国内への提供のように国内犯とされるときは、その対象ではないことになる。外国における記録物の提供または公然陳列のほか、電気通信の方法によるときも、日本国内には提供されず(たとえば外国内で電子メール送信により提供されるようなとき)、または日本国内では画像等を認識できる状態にないときが、その対象と解されることになる。インターネットを介した名誉毀損(刑法3条13号)についても、また同じであろう。

- (23) なお野村・注(7)前掲102頁、南部(晋)・注(7)前掲33頁、36頁注9参照。反対、南部篤・注(7)前掲37頁。山本・注(4)前掲407-408頁も、陳列罪について海外でのアップロードは日本の国内犯とならないという解釈も示唆する。抽象的危険犯における結果地説にいう結果の存否の問題について論ずるものとして、岩間・注(7)前掲174頁。またシュワルツェネッカー・注(1)前掲137頁参照。いわゆるインターネット賭博についても近似した問題があることにつき、佐久間修「電子取引と刑法」高橋ほか編・注(1)前掲250頁。なお、このような場合にプロバイダーについても共犯としての責任追及が及びうると解する場合は(プロバイダー責任制限法3条参照)、問題状況はいっそう深刻になろう。
- (24) 高良・注(7)前掲215頁注5。
- (25) 刑法3条(刑法175条を列挙していない)参照。なお白井・注(4)前掲180頁。
- (26) 愛知・注(9)前掲133頁注4。
- (27) この場合に、乗組員等に対する刑事手続(刑事裁判権の行使)については、乗船中の船舶の旗国が乗組員の本国のみがとりうること(すなわち、犯罪地に関する遍在説によれば認められそうな結果発生船舶の旗国による管轄の排除)が国際的に承認されていること(海洋法条約97条1項)は、のちにみるように示唆に富み、注目される。
- (28) 法域が狭く隣接しているような状況では、こうしたことはさらに発生しやすい。わが国では、条例の場所的適用範囲について属地主義の処理を基本としており、その場合の犯罪地の理解についても、国内犯を画定するときの基準と同じだとされている。そうすると、たとえば地盤沈下を予防す

るために条例で揚水規制を行うような場合でも、沈下への影響が少なく、揚水規制が緩やかな地域での揚水が、沈下への影響が大きいため揚水規制も厳しい隣の地域での地盤沈下につながることもありえ、法益侵害地説(注(11)参照)では類似の問題が発生するのである。

- (29) 豊田・注(3)前掲113頁。また前田・注(3)前掲40頁。議論の余地があるとするものとして、細谷・注(16)前掲21頁、駒田・注(4)前掲254頁。不法行為による民事責任の準拠法との関連で発信国における表現の自由の保障を揺るがす懸念を指摘するものとして、渡辺・注(3)前掲358頁。なお、外国でインターネットによる当該表現行為が適法な場合、そもそも日本での訴追に向けた捜査について、国際捜査自体の苦勞のほか、現地のプロバイダーなどの協力がいっそう得られにくいということもありえよう。ただ、そうした訴追の事実上の障壁による制約等にとどまらず、処罰の限定が法的にも明確であることが、不当な結果の回避のためには有益であろう。なお、単なる「訴訟政策」的対応に批判的なものとして、山田・注(4)前掲296頁。
- (30) 南部(晋)・注(7)前掲34頁。
- (31) 愛知・注(9)前掲117頁。
- (32) なお、特定の宗教について批判するような場合は、これを信奉する個人の心情を踏みにじり、宗教的に侮辱するような側面がある。このような犯罪については、その宗教を信仰する人が所在する限り、世界中が結果地となりうる。
- (33) 伊藤・注(4)前掲87頁、松井・注(3)前掲426頁参照。
- (34) 今井・注(7)前掲179頁。
- (35) 山本・注(4)前掲410頁は、訴追上の配慮で対応することを説く。伊藤・注(4)前掲87-88頁も同旨か。
- (36) 岩間・注(7)前掲174頁参照。
- (37) 平川宗信・名誉毀損罪と表現の自由(1983年)、同・刑法各論(1995年)220頁以下、同・憲法的刑法学の展開(2014年)261頁以下、高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋ほか編・注(1)前掲53頁、また松井茂記「インターネット上の表現行為と表現の自由」高橋ほか編・注(1)前掲15頁など参照。
- (38) 南部(晋)・注(7)前掲34頁。
- (39) 愛知・注(9)前掲119頁。
- (40) 不法行為における自由保障について、単なる滞在者というだけでなく、加害者に行動基準をもたらすような関連性の有無が問題となることにつき、種村佑介「法の適用に関する通則法二二条の適用について」法学会雑誌56

巻1号 (2015年) 647-48頁。

- (41) その地における適法化が特殊な政治状況からのもので、普遍的な人権保障の観点からは本来は不当だとしても、その状況を国際交渉で協動的に解決すべきである。問題となる法益にもよるが、それがなされていない状態で国内法に従って行動しただけの個人の責任を安易に追及すべきではなからう。なお、後出注 (78) 参照。
- (42) 行為地法を念頭に生活する行為者の法的安定性を重視し、不意打ち的・偶然的処罰を回避する観点から、結果地に関する認識可能性を、結果地に対して国内犯として連結するための要件とする見解がある (小野清一郎・犯罪の時及び所 (1923年) 105-106頁, *Dietrich Oehler*, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., 1983, S.213,215。なお、国際的不法行為の準拠法に関する法適用通則法17条但書参照 (ただし、なお名誉毀損等の特例に関する19条参照)。また民法3条の3第8号参照)。こうした立場は、世界中が結果地になることについて認識可能性がある場合に関する本稿の課題とは場面は異なるが、言動がなされた地における法的状態・安定性を尊重する点で、同種の配慮をするものであろう。また、国内犯としての刑法適用範囲について、解釈上、例外的な要件を柔軟に設けることの許容性をも示していよう。なお、同様の配慮から外国行為地における当該行為の可罰性の存在を刑法適用の要件とするものとして、愛知正博「刑法の場所的適用における双方可罰の要件」福田平 = 大塚仁博士古稀祝賀 (上) (1993年) 361-362頁, 同・注 (9) 前掲121-122頁。
- (43) 外国に常居住地を有する外国人のような場合、現実にはわが国における処罰に向けて外国からその者の引渡しを受けることも困難を伴うであろう。
- (44) 同様に、そうした映像を外国に送り、外国在住の他人にアップロードさせるような場合も、その他人に国内犯として刑罰権を及ぼすことの可否はさておき、アップロードさせた者については、全体を国内犯として処罰しても外国との大きな軋轢は生じないであろう。
- (45) 政治的・思想的発言などの場合は、政治犯に対する各種の特別な扱い・保護 (たとえば犯罪人引渡制度における政治犯不引渡の原則など) と同様の趣旨で、特別な関心を寄せることがありうると考えられる。
- (46) 日本における法定刑が重い方向に大きく異なっている場合は、日本の法益保護関心も強いと思われるが、事情を考慮した量刑判断で柔軟な対応などが必要となり得るであろう。ただし、普通犯罪については、死刑問題はあるものの、わが国が外国と比べて重く罰する方向に大きくずれて重罰としていることは現実には多くないと思われる。
- (47) 起訴便宜主義の活用により対処する方法 (山本・注 (4) 前掲410頁,



- 伊藤・注(4)前掲87-88頁参照)も、これと近似するものと考えてよからう。
- (48) 公海上の船舶衝突等に関する海洋法条約97条1項が、旗国主義において遍在的解決を放棄しつつ(注(27)参照)、属人主義的な処理を採用していることは参考にならう。
- (49) 私事性的画像被害防止法には、私事性的画像記録のインターネットを通じた提供(3条1項)、公然陳列(同2項)の行為について、国外犯の属人主義的処罰規定(同5項)がある。児童買春等規制法10条も同趣旨の規定である。
- (50) 刑法適用に際して着目する点が変わるだけで、当該表現により日本国内に影響が及ぶ実態がなくなるわけではない。その意味では、この立場は、あとで取り上げるような国内犯となる範囲を限定する見地から、自国民による表現行為であることを刑法適用の付加的要件とするものと位置づけることもできよう。わいせつ表現や信用毀損表現のように現在国外犯が処罰されていない行為についても、実際には、その表現が日本国内で閲覧・受信可能な場合に限定して属人主義的に対処することになるわけなので、新たに処罰範囲を国外へと拡張するものではないといえる。
- (51) 愛知正博「外国刑事判決と一事不再理(3)・完」名大法政論集85号(1980年)187-188頁、愛知・注(12)前掲40頁。
- (52) 齋野・注(1)前掲296頁、300頁。なお野村・注(7)前掲107頁、岩間・注(7)前掲178頁注30、注33参照。
- (53) 愛知・注(9)前掲122頁参照。
- (54) 愛知・注(9)前掲136頁注25-注27参照。なお、損害発生・回復が重要な不法行為にかかる民事事件では、法の適用に関する通則法19条が、名誉毀損の不法行為に関する準拠法を基本的に被害者の常居所地法としている。法益保護の観点から正面に据えると、人を連結素として原理的に属地主義とはやや趣の異なる形になりうることを示していよう。なお羽賀由利子「フランス国際私法におけるプライバシー侵害の準拠法」国際外交117巻4号(2019年)143頁参照。
- (55) 南部(晋)・注(7)前掲34頁参照。
- (56) 豊田・注(4)前掲115頁。また、伊藤・注(4)前掲88頁も訴追上の配慮として同旨か。なお、こうした場面で行為者の主観面を考慮することは、これまでさほど多く説かれてきたわけではないが、理論的に難があるわけではない(注(42)参照)。ただ、実際の認定にあたっては客観的事情を手掛かりにしつつ判断することにならう。
- (57) なお、民事上の不法行為責任につき、渡辺・注(3)前掲349-351頁、

種村佑介「判比」判評698号(2017年)154頁参照。記事を掲載する新聞のインターネット配信契約・頒布地など情報の届く地について特定しやすい場合もある。

- (58) なお、名誉毀損による不法行為につき高杉直「判比」平成28年度重判(ジュリ1505号・2017年)314頁参照。また、注(42)参照。
- (59) 採用されている言語を使用可能な人々からのアクセスが主に想定されているとは言えようが、その言語を公用語とする国からのアクセスを意図しているとまで言えるかは微妙である。なお、サイトの使用言語を使用する住民が多い国では、他の国と比較して客観的にも結果や被害などが大きくなり易いともいえようが、画像主体のサイトなども想定すると、決定的な違いがあるとまではいえまい。
- (60) なお、インターネット上に掲載した記事は世界中からアクセス可能である以上、どのような使用言語であろうと、世界中での名誉毀損結果発生が通常予見可能だとするものとして、中村知里「判比」ジュリ1482号(2015年)118頁。
- (61) 国際私法学の用語にならい「密接関連性」として表現することもできる。横溝大「判比」ジュリ1220号(2002年)145頁。なお法適用通則法20条参照、また渡辺・注(3)前掲354頁参照。伊藤・注(4)前掲88頁は、訴追上の配慮としてはあるが近似した見解を示す。また山田・注(4)前掲293頁、松井・注(3)前掲426頁参照。
- (62) なお、公然陳列に関する事案であるが、日本国内から海外プロバイダーのサーバコンピュータにアップロードし、記憶・蔵置させた行為について、刑法の適用を認めたものとして、大阪地判平成11年3月19日判タ1034号283頁。この事案は、日本会員向けのサイトであり、その判示において、日本国内で容易に閲覧・認識可能であることを強調している。かりにそうでなければ、国外陳列は処罰しない建前から考えて、国内で行ったアップロード行為を処罰しなかったものと思われる(海外頒布目的での国内所持が処罰されないのと同趣旨。なお山口・注(1)前掲75-76頁、山中・注(1)前掲112-113頁参照)。実行行為の一部が国内で行われたことを国内犯の根拠としたものであるが、「国内でアップロードし陳列した」事案である。
- (63) たとえば国内への陳列や頒布の点では、世界中どこでアップロードされても、また利用されたのが海外サーバでも国内サーバでも、結果の面では同じなので、「国内からのデータ発信」であるかどうかの点に重点がある、と解するわけである。なお、サイトの使用言語が日本語の方が、日本での反響が大きくなり易く、結果の点で関連性が強いともいえようが、閲覧で

きれば大差はない場合も多いと思われる。こうして、先述の意図的結果発生地説が情報到達側との関連性の面で絞込みを図るものだとすれば、こちらは主に情報発信側の事情に着目して解決を図ろうとするものだともいえる。

- (64) 伊藤・注(4)前掲87-88頁は、訴追上の配慮として近似の対応を示唆する(さらに同87頁注22は、行為地説の立場でも国内犯となとする)。なお、インターネットによる国際的不法行為につき、形式的な加害行為地と不法行為との場所的関連性が希薄なこと(たとえば旅行先など一時的滞在地での発信の場合)を指摘するものとして、渡辺・注(3)前掲346頁。
- (65) 最高裁平成26年決定の事例は、被告人から見れば、直接みずから国内よりデータを海外サーバにアップロードしたものではないが、データを国内から外国に送り、外国に設置されたサーバコンピュータへの蔵置を介して、国内に頒布したものである。国内サイトではなく海外サイトを利用したものはあるが、「国内からのデータを国内に頒布したもの」であって、典型的に「迂回した国内犯」とでも言うべき事案である(なお伊藤・注(4)前掲88頁参照)。しかも、みずからデータをアップロードする場合に準えれば、「国外部分」は「因果の経過」に位置するものとも看做しうるようなものである(なお、国内からの頒布行為を認める見解として、野村・注(7)前掲106頁)。全体として、実質的に見れば、「国内からアップロードし国内に頒布した」のに近い事例と言える。
- (66) 最高裁平成26年決定の事例は、日本国内から電磁的記録を外国に送り、現地でアップロードしたものであるが、日本から直接アップロードする場合も、頒布との関係では、アップロード行為は予備行為に過ぎないことに留意を要する。
- (67) 複数人で企画するような場合は、国内が共謀地ともなりうる。なお注(19)参照。
- (68) たとえば日本人が海外旅行中に企画を思いついて実行に移す場合などが想定される。
- (69) もともと外国在住の外国人のほか、日本から外国に居住地を移す意思で渡航して数年を経た日本人などの場合についても含まれるが、単に海外への一時的赴任で在任しているだけの場合は除かれよう。なお、「常居住国」という基準は、国籍で繋がる「本国」ではないが、「常居住者」という属人的要素に着目するものである。ただし、ここでは属人主義のように処罰を及ぼすための要素としてではなく、自由保障のために処罰を阻害する要素として考慮する点に特色がある。
- (70) 外国の「常居住者」という属人的要素に着目して国内犯としての刑法適用

に例外を認めるもので、いわば人的刑法適用阻却事由である。刑法の場所的適用範囲を一種の処罰条件の問題と解する立場では、その範囲で人的処罰阻却事由と考えることになる。共犯の場合も、一身専属的な人的阻却事由として作用すると解される。

- (71) なお、日本人の国外犯が処罰される犯罪（たとえば名誉毀損）の場合に、外国行為地における可罰性が要件となるかどうかは（愛知・注（42）前掲360-361頁参照）、属人主義による処罰のあり方の問題であって、ここでの議論とはもちろん別論である。
- (72) 結果発生地として国内犯を罰する場合、不意打ちなどの回避に重点があれば、いわゆる抽象的双罰性の存在で足りようが（愛知・注（42）前掲368頁）、ここでは外国行為地との自由保障面での矛盾・軋轢を回避する趣旨であるから、具体的双罰性の有無が問われることになる。ただ、親告罪における告訴の欠如、恩赦の存在といった訴訟条件については考慮が不要であろう。
- (73) 外国に常居住する者が一時的に他国に滞在している際に発信する表現については、常居住国および発信地国の双方でともに適法とされている場合に、日本での刑法適用を抑制することになる。
- (74) 名誉毀損による民事事件の国際裁判管轄権について、単なる場所的な関連性の密接さではなく、被害側と加害側の利益衡量の重要性を説くものとして、出口耕自「インターネット名誉毀損における結果発生地」国際外交118巻1号（2019年）15頁、23頁。
- (75) なお、周知のように、国外での幫助行為も日本において正犯行為がなされれば国内犯として刑法適用が可能とされている（最決平成6年12月9日刑集48巻8号576頁）。銃購入など外国で一般には適法な行為も、日本国内での殺人の幫助としては国内犯として処罰対象となる。ただ、それは実は、他国での殺人を幫助する目的で銃を購入することが、外国でも適法ではないためであろう。かりに、そうした購入（殺人の幫助行為）も適法であるとすれば、やはり日本での処罰は外国の領域支配と抵触するおそれがあると思われる。
- (76) 国内刑法を適用するための先決問題（行為地における可罰性の存在）について外国法を適用するもの、という理解もありうる。たとえば *A. N. Makarov*, *Betrachtungen zum internationalen Strafrecht*, *Tübinger Festschrift für Eduard Kern*, 1968, S. 268。また愛知正博「刑法における外国法適用の諸形態」中京法学20巻1号（1985年）121-123頁参照。
- (77) 種村・注（40）前掲645-646頁参照。
- (78) 刑法適用の場面では、そうしたことはより強く妥当するともいえよう。

なお、名誉・信用毀損等の民事事件については、広汎な累積適用による加害者保護(被害者救済の制限)に対して疑念も提起されている(種村・注(40)前掲649頁も、市民の知る権利との関係で重要な表現の範囲に限定する趣旨を含むものか)。刑事罰の場面でも、同種の考慮が働くことは考えられるが、刑事罰を科すことについては賠償責任等より慎重である必要があるし、とくに社会風俗的な側面の強いいせつ電磁的記録配信等の事案では必ずしも同様に解することにはならないであろう。ただ、外国において当該情報発信が適法とされていることが、日本の基本的な法観念と著しく抵触しており受け入れがたいような場合(たとえば差別意識に基づき民族浄化や特定人物に対する襲撃を煽るような発信が適法とされているとき)は、例外的に適法とされていることを否定して、日本で処罰の対象とすることが考えられよう。法適用通則法42条参照。なお、注(41)参照。

- (79) 自国民や外国人による国外普通犯罪に刑法の適用を及ぼす場合(たとえば積極的属人主義や消極的属人主義)に要件とされることが多い(愛知・注(42)前掲357-361頁参照)。なお、改正刑法草案6条2項但書参照。
- (80) とくに積極的属人主義を忠誠説的に理解したうえで、行為地外国の領域支配との抵触を避けるために双罰性の要件を認める場合(いわゆる制限された積極的属人主義)、適用範囲の過大な拡張の抑制を考える点で、属地主義と属人主義の違いはあるが、同質的でもある。
- (81) 厳密には構成要件そのものの変容ではなく、処罰条件を追加するような解釈でも、また対処できるように思われる。両者は、故意犯における当該事実の認識の要否など微妙に異なりうる(後出注(85)参照)。ただ、本稿の問題場面では、両者は本質的に大きな違いはないと思われるので、ここでは便宜的に構成要件の面での対処に代表させて検討しておきたい。
- (82) 山口・注(19)前掲421-424頁参照(ただし外国が結果地となる離隔犯を念頭においた考察)。
- (83) この場合に、行為地における可罰性の要素を構成要件上の問題ではなく処罰条件と解するときは、各犯罪類型ごとの個別的对応である点を別とすれば、実質的に、刑法の適用範囲の場面で双罰性の要件を提唱する考え方に接近する。なお注(70)参照。
- (84) この解釈をとれば、国内とは無関係に国外で国外サーバにアップロードした場合は、構成要件に該当しないことになるわけである。このように、この対処の仕方の場合、比較的簡明な基準による解釈を展開しようとする、すでにみた国内関連性が顕著な場合に国内犯の範囲を限定する方法と同様に、免責範囲が不必要に広くなりすぎる懸念がありうる。
- (85) なお、構成要件の事実については、行為地の内外性や外国行為地におけ

る可罰性の有無などに関する事実の認識や錯誤が問題となることになる。

山口・注 (19) 前掲424頁参照。

- (86) インターネット上の表現については各行為類型に共通して、一般にこの種の修正を加える総則上の原則があると解釈することも考えられるが、それならば、これまでみてきた方法による場合と実質的に違いがなく、伝統的な手法に近い方が人々に受容されやすい点で優れるようにも思われる。
- (87) インターネットを介した情報発信・表現において、サーバコンピュータがどこに所在しているかは、通例ほとんど重要でない。そのため、その所在地における可罰性の有無を考慮する必要も一般には乏しいと解される。ただ、当該発信・表現が適法な地でアップロードする場合も、あえてこれを違法とする地にあるサーバコンピュータを利用して行う場合は、この立場でも、違法性を阻却する理由に乏しいのではなからうか。
- (88) 古田佑紀「国外犯と共犯」刑法基本講座第1巻(1992年)86頁。なお山口・注(19)前掲412頁参照。