

# 判例研究

## 刑事判例研究(1)

中央大学刑事判例研究会

オンラインストレージ上に被害者の裸体等を写した電磁的記録をアップロードし、公開用URLの発行を受けたというだけでは、同記録を不特定又は多数の者が認識しうる状態に置いたとはいえず、刑法一七五条一項前段等の公然陳列罪は成立しないとされた事例

高 良 幸 哉

大阪高判平成二九年六月三〇日/平二九(う)一七五条一三六号/強要未遂、私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律違反、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列被告事件/判時二三八六号一〇九頁、判タ一四四七号一一四頁

## 【事案の概要】

被告人は、自宅のパーソナルコンピュータ（以下、PC）を使用して、インターネットを介し、元交際相手の女性（以下、被害者）の顔を写した画像データと共に、その露出した胸部等を撮影した画像データおよび動画データ二五点並びに被害者の陰部を撮影したわいせつな画像データ五点をA株式会社（以下、A）が管理するサーバコンピュータ内に開設されたAボックスに送信して記憶、蔵置させるとともに、不特定多数のインターネット利用者に対し、前記画像等の閲覧が可能な状態を設定し、第三者が撮影対象者を特定できる方法で、衣服の全部又は一部を着けない人の姿態であつて、殊更に人の性的部位が露出又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するものである私事性的画像記録物を公然と陳列するとともに、わいせつな電磁的記録にかかる記憶媒体を公然と陳列した（原審第二事実）。

加えて本件被告人は、自宅のPCを使用し、被害者が使用するメールアドレスに、被害者の裸体画像等と共に返信がなければならぬ旨記載した電子メールを送信して閲読させ、その要求に応じなければ被害者の名誉に危害を加える旨告知して怖がらせ、義務のないことを行わせようとしたが、被害者が応じず、その目的を遂げなかつた（原審第一事実）。

ただし、各公訴事実の外形的事実に争いはなく、原審大阪地判平成二八年二月一五日は、「被告人は、判示第二事実に係る画像データ及び動画データを「Aボックス」に記憶、蔵置させ、公開設定したものであるところ、刑法一七五条一項前段及び私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律三条二項にいう「公然と陳列」するとは、画像データ及び動画データの内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをいい、実際にそれらの内容を再生閲覧することまでは必要ではないと解すべきである。そうすると、本件においては、被告人が「Aボックス」に公開設定をして、公開用のURLの発行を受けた段階で、画像データ及び動画データの内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置いたとみるべきであるから、いずれの罪も既遂に達していると解すべきこととなる。被害者以外の者に対して公開用のURLを伝えていないとの弁護人の主張を前提としても、判示第二の各罪が成立することは明らかである。」とした。

これを受けて、本件被告人が控訴したものである。

## 【判決要旨】

本件大阪高裁は、「被告人がAボックス内に記憶蔵置させ、本件データを公開設定したのみでは、いまだ同データの内容を不特定又は多数の者が認識することができる状態に置いたとは認められず、同データの公開URLを電子メールに添付して被害者宛に送信した点についても、特定の個人に対するものにすぎないから、これをもって同データの内容を不特定又は多数の者が認識し得る状態に置いたと認めることもできない。結局、被告人は、本件データの内容を不特定又は多数の者が認識することができる状態に置いたとは認められないから、刑法一七五条一項前段及び画像被害防止法三条二項各所定の公然陳列罪は成立しない」とし、「不特定多数の者が本件データを認識し得る状況になかった点で事実関係を異にするものであり、前記平成一三年最高裁決定が示した「(刑法一七五条)が定めるわいせつ物を「公然と陳列した」とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをいい、その物のわいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にすることは必ずしも要しないものと解される」との判断を踏まえても、公然性は否定されると解するのが相当」であるとした。

以上のように判示して、本件大阪高裁は、原判決を破棄し、原審第一事実である刑法二二三条一項、三項にいう強要未遂罪については有罪としつつ、第二事実である、性的画像の公然陳列行為については、無罪とした。

## 【研究】

### 1. 論 点

本件は、被告人が、オンラインのストレージサービス<sup>(1)</sup>のサーバコンピュータ<sup>(2)</sup>に被害者の裸体等の性的なデータをアップロードし、かかるデータを公開設定した行為が、刑法一七五条一項前段および私事性的画像記録の提供等による被

害の防止に関する法律（以下リベンジポルノ防止法）三条における公然陳列行為に該当するとされたものである。本件においては、インターネット上における性的画像の陳列における「公然性」の有無が問題となる。なお、本件においては、被告人は刑法二二三条にかかる強要未遂罪でも起訴されているが、外形的事実において争いはなく、本稿の検討の対象とはしない。

## 2. 電磁的記録の公然陳列行為における「公然性」

### （1）リベンジポルノ公表罪における「公然性」

リベンジポルノ防止法にいう私事性的画像は、「撮影者において第三者に公開されることを予定せず、撮影されたもの」であること、すなわち「私事性」を備えたものであり、かつ①「性交又は性交類似行為に係る人の姿態」、②「他人が人の性器等（性器、肛門又は乳首をいう。）を触る行為又は人が他人の性器等を触る行為に係る人の姿態であつて性欲を興奮させ又は刺激するもの」、③「衣服の全部又は一部を着けない人の姿態であつて、殊更に人の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させ又は刺激するものに当たるといふポルノ性を有するもの」のいずれかに該当するものである（二条各号）。刑法一七五条にいう「わいせつ物」等とはその対象物を異にするが、ともに性的な図画であるため、本件のように「わいせつ物」等に該当し、リベンジポルノにも該当する文書が存する。

リベンジポルノ防止法三条の公表罪における公然陳列等の行為態様については、刑法一七五条等における公然陳列罪の行為態様と共通するものと解されている<sup>(3)</sup>。なお、リベンジポルノ防止法については、社会的法益である善良な風

俗を保護法益とする刑法一七五条とは異なり、法全体としては「個人の名誉及び私生活の平穩の侵害による被害の発生又はその拡大を防止すること」を目的とし（一条）、とりわけ三条の公表罪については、性的プライバシーを保護法益とする<sup>(4)</sup>。ただし、両罪の保護法益の差異等は、両罪の規制対象行為について、リベンジポルノ防止法三条が「第三者が撮影対象者を特定することができる方法」による公表に行為態様を限定し、刑法一七五条の行為よりも規制範囲を制限している点に表れており、ここにいう「陳列」概念そのものを異なるものとする必然性はないであろう。<sup>(5)</sup>

そこで、本件行為について、リベンジポルノ防止法三条二項および刑法一七五条一項の公然陳列罪の成否は、両罪とも、オンラインストレージサービスへの性的な画像・動画データのアップロードから当該性的内容の公開に至るプロセスの中で、いかなる行為が「公然と陳列した」というのか、すなわち「公然性」要件を満たすのかという点にかかることになる。

## （２）裁判例における「公然と陳列した」の要件

刑法一七五条のわいせつ物関連犯罪における「公然と陳列した」という文言の解釈においては「陳列」概念とともに、情報そのものの客体性が議論になってきたのであり、学説においては、情報そのものを陳列行為の客体とする見解や行為客体については有体物説を厳格に維持すべきとの見解などが主張されてきた。<sup>(6)</sup> 裁判例においても情報自体の客体性を認めるものもみられた。<sup>(7)</sup>

インターネット上における公然陳列が問題となった事案としては、電話回線を利用して、パソコンネットの不特定多数の顧客にわいせつな画像を送信し、再生閲覧させてわいせつ物を公然陳列した事案である、最決平成一三年七月

一六日刑集五五卷五号三一七頁（いわゆる京都アルファネット事件最高裁決定）において、後の裁判例においても参照される最高裁の判断が示されている。

最決平成一三年は、「わいせつな画像データを記憶、蔵置させたいわゆるパソコンネットのハードディスクのホストコンピュータのハードディスクは、刑法一七五条が定めるわいせつ物に当たるとして、データそのものではなくデータの記録された記憶媒体が刑法一七五条一項における公然陳列等の客体であるとする、いわゆるハードディスク説を採用し、加えて、わいせつ物を「公然と陳列した」とは、「その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをい、わいせつな内容の特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にすることを要しない」とし、「いわゆるパソコンネットのホストコンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶、蔵置させ、不特定多数の会員が自己のPCを使用して、この画像データをダウンロードした上、画像表示ソフトを用いて画像を再生閲覧することが可能な状態に置くことは、刑法一七五条にいうわいせつ物を「公然と陳列した」とに当たる」と判示したものである。

ここでは、わいせつな図画の閲覧者の「認識可能性」が設定されたか否かが「公然と陳列した」か否かの分水嶺になることが示されている。そして、閲覧者の「認識可能性」の判断にあつては、閲覧者が当該わいせつ図画を閲覧するにあたり、「蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作にすぎず、会員は、比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった」として、操作の「容易性」を基準として<sup>(8)</sup>。

その後のわいせつ物の公然陳列事案においてもかかる見解が踏襲されており、最高裁の判断としては最決平成二四年七月九日判時二一六六号一四〇頁がある。これは、児童ポルノを掲載したサイトURLの中のBBSというアルファベットをカタカナのビービーエスという文言に置き換えた改変URLを、被告人がインターネット上の掲示板に掲載

した事案である。最決平成二四年法定意見は特に理由を示さず上告棄却しているが、反対意見が最決平成一三年の基準を採用し児童ポルノの公然陳列罪（児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制および処罰並びに児童の保護等に関する法律七条四項（二〇一四年改正前、現行法七条六項））の成立を否定しているほか、原審大阪高判平成二一年一〇月二三日、原審大阪地判平成二一年一月一六日はともに、最決平成一三年の「認識可能性」判断の基準を採用し、児童ポルノの公然陳列罪を認めている。<sup>9)</sup>

以上の最高裁決定において示されている要件は、わいせつな内容を不特定又は多数の者が認識できる状態におくこと（閲覧者の「認識可能性」）、わいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にすることまでは要しないが、閲覧者が容易にアクセスできたか否か（閲覧の「容易性」）の二点であり、本件大阪高裁および原審大阪地裁においても、「公然性」判断の基準は最決平成一三年で示されたこの基準を採用している。

### （3）オンラインストレージサービスにおける「公然性」

オンラインストレージへのアップロードにおいて公然陳列が問題となった事案は本件以前の公刊物登裁判例においてはみられない。なお、本件原審においては、本件オンラインストレージサービスの仕組みなどには特に触れることなく、従来の「公然性」判断の基準をもって刑法一七五条等における公然陳列罪の成立を認めている。

オンラインストレージサービスは、保存用メディアの移動なく、利用者にインターネット上でのファイルの保存やアクセスを可能にする。アップロードを完了したのみでは、あくまでも当該ファイルにアクセス可能であるのは利用者本人であり、その私的領域を出るものではない。そのため、いかなる時点で「公然と陳列した」といえるかについ

ては、アップロード行為そのものではなく、その後の「閲覧させるための行為」に着目する必要がある。

本件のように、公開設定の後に公開URLの発行を受けるようなシステムの場合、当該URLに特定少数の範囲を超える者が「容易」にアクセスできるかが判断の基準におかれるであろう。確かに、公開設定を行えば、URLを知らない者であっても、ランダムな英数字を入力したURLが、偶然に当該URLに一致すればアクセスの可能性は全くないわけではないとはいえ、このような未だ公開URLを不特定または多数の者に伝達していないような場合にあつては、不特定または多数の閲覧者をして「容易」にアクセス可能な状況とは思われ<sup>(10)</sup>ない。

ただし、他のオンラインストレージサービスによつては、そのシステム上公開設定をした時点で、検索エンジンを用いた画像検索が可能となるようなものもあり、事実ごとに利用されたストレージサービスの仕組みを考慮し、特定少数者の範囲を超えた者における閲覧の「容易性」を判断する必要がある。

### 3. 本件の検討

本件は、刑法一七五条一項前段およびリベンジポルノ法三条二項の構成要件にかかる「公然と陳列した」行為の判断に関しては、従来の公然陳列事案同様、最決平成一三年を踏襲するものであり、この点においては原審においても本件大阪高裁においても共通するものである。原審と本件大阪高裁の判断を分けたのは、公開URLの取得時点で、「画像データ及び動画データの内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置いた」といえるのか、それとも本罪が既遂となるためには、公開URLを伝達するまで必要なかという点である。

ここで問題となるのが、オンラインストレージサービスにおける画像公開のためのプロセスである。通常、インター

ネット掲示板等に画像を直接に掲載する、あるいは画像へのリンクを貼ったりURLを掲載したりする行為と異なり、オンラインストレージサービスにおいては、アップロードや公開の設定それ自体によって、画像の公開行為が終了するものではない。<sup>(11)</sup> 前述のとおり、本件のようなシステムの場合、たとえ公開URLを取得したとしても、その時点では、不特定多数の者に情報が閲覧され、またこれが伝播する危険性は極めて低い。

確かに、刑法一七五条一項前段およびリベンジポルノ防止法三条にいう公然陳列罪は抽象的危険犯であり、具体的状況下における法益侵害の危険の発生までは要しないが、当該行為には侵害が現実化しうる程度の危険性は必要である。<sup>(12)</sup> ここで、最決平成一三年の閲覧者の「認識可能性」を基準とするのであれば、偶然の一致をもって当該性的データにアクセスする可能性は存しないわけではないが、閲覧者をして簡単な操作で当該データに「容易」にアクセスできるということはできず、「公然と陳列した」といいうるほどには、閲覧者の「認識可能性」を設定したとはいえない。とすれば、本件アップロードと公開設定それ自体は、公然陳列罪において想定される構成要件該当行為には未だ至っていないものと思われる。

そのため、原審が既遂と認定した公開URLの取得時点においては、なお、公然陳列のための準備行為に過ぎないのであって、リベンジポルノ防止法および刑法一七五条の規制対象となる電磁的記録を「公然と陳列」したものである。よって、本件大阪高裁の判断は、公開URLの閲覧者への伝達をもって既遂とし、本件被告人の行為を、「本件は、不特定多数の者が本件データを認識し得る状況になかった」とし、平成一三年最高裁決定が示した「公然性」判断の基準を踏襲しつつ、妥当な判断を示したものと評価できる。

## 4. 本件の意義と射程

本件は、オンラインストレージサービスを利用した、わいせつ電磁的記録等の公然陳列が問題となった初めての公刊物登載事案である。本件は、原審判断と同様に、オンラインストレージの場合であっても、最決平成一三年において示された「公然性」判断の基準が用いられることを明らかにしたのみならず、オンラインストレージサービスの電磁的記録公開に至る仕組みに言及し、いかなる時点において「不特定多数の者が本件データを認識し得る状況になかった」といえるかについて具体的判断を示したものであり、事例の蓄積として意義のあるものである。

本件判断は、公開設定を行い公開URLの発行を受けたにもかかわらず、現実に不特定多数の者による閲覧の危険性が極めて低いような場合には、「公然性」はないとする判断といえる。本件解説においても言及されているが、オンライン上閲覧可能なデータが膨大になった現在においては、オンライン上にアップロードした画像等が検索エンジンを通じてアクセス可能であるとしても、その情報量の膨大さゆえに、通常の検索を用いるだけでは「容易」にアクセスできないような状況も存する。確かにこのような場合においても、システム上は不特定多数の者の「認識可能性」を設定したといえるが、閲覧の「容易性」を満たさず、従来の「公然性」判断の基準では、法益侵害性を判断することが困難な事案も想定される。当然に、本件の射程はかかる状況にまで及ぶものではないが、今後のこのような事案が問題となる際には実務上参考となるものと思われる。

(1) なお、本件の評釈として、成瀬幸典「判批」法学教室四四八号一二八頁、西岡正樹「判批」刑事法ジャーナル五八号一二

一頁、渡辺裕也「判批」捜査研究八一七号一四頁がある。

(2) 本件解説(判時二三八六号一〇八頁)によれば、オンラインストレージサービスは「Yahoo!ボックス」である。かかるオンラインストレージサービスにおいては、オンラインの自身のストレージ上のフォルダ(マイボックス)に画像等をアップロードし、かかるフォルダを公開設定し、公開用URLの発行を受けた上で、当該URLをウェブメール等で公開対象者に告知し、公開対象者が当該URLにアクセスすることにより、アップロード者以外の者の閲覧が可能となる。Yahoo!ボックスウェブサイトを「使い方ガイド」<https://info-box.yahoo.co.jp/guide/start/public.html>(二〇一九年三月二六日現在)参照。

(3) 水越壮夫「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律について」警察学論集六八巻三号九一頁。また、法令立案者の解説によれば、ここにいう「不特定又は多数」とは、「特定かつ少数の場合」を外す趣旨であり、何をもって「不特定又は多数」とするかについては社会通念によるが、わいせつ物頒布等罪(一七五条)および名誉棄損罪(二三〇条)における「公然」概念が参考になるとする。平沢勝栄・三原じゅん子・山下貴司「よくわかるリベンジポルノ防止法」(立花書房、二〇一六)七二頁。

(4) 平沢三原山下・前掲注(3)六六頁。

(5) 「法益侵害の危険性」は「方法」要件において評価されている(西岡・前掲注(1)一二六頁参照)。また、渡邊卓也「ネットワーク犯罪と刑法理論」(成文堂、二〇一八)一五四頁は、リベンジポルノ防止法三条の公表罪が、不特定多数の者に対する「提供」等のみを規定している点で処罰範囲が狭いことも、撮影対象者が被る苦痛の程度の差に理由を求めることも可能であるとす。

(6) 主張されていた主な学説としては以下のものがある。情報の化体されたハードディスクを客体とする説としては、山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト一一七号七四頁、只木誠「判批」現代刑事法第四巻第八号七九頁以下、川端博「インターネット画像とわいせつ物陳列罪の客体」研修六一号一〇頁など。情報自体を客体とする説としては、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」研修五八八号五頁、前田雅英「ハイテク犯罪の現状と課題」ジュリスト一一四〇号九七頁など。その他、「陳列」概念の拡大に否定的な見解としては、園田寿「情報社会と刑法」(成文堂、二〇一〇)九八頁、渡邊卓也「電脳空間における刑事的規制」(成文堂、二〇〇六)二五六頁以下など。刑法一七五条における客体性の議論について、二〇一一年刑法改正において、電磁的記録にかかる頒布・公然陳列が規定されたことにより、現在は立法上の解決をみているといえよう。

- (7) 岡山地判平成九年二月十五日判時二六四二号一五八頁は、「有体物としてのコンピューターはなんらわいせつ性のない物であり、これをわいせつ物であるということはあまりに不自然かつ技巧的」であるとして、客体の有体物性を維持しつつインターネット上の公然陳列罪を認める見解を批判している。
- (8) 西岡・前掲注(1)一二四頁。拙稿「判批」法学新報一二〇巻五・六号)三〇三頁以下参照参照のこと。
- (9) 単に他人がインターネット上に掲載したわいせつ図画のURL情報を掲載した行為は、わいせつ物公然陳列罪の正犯ではなく、別途幫助罪の成立を検討すべきとする大橋裁判官による反対意見がある。永井善之「判批」法学セミナー増刊速報判例解説Vol.12新・判例解説一五一頁も同様。
- (10) 本件解説(判時二三八六号一〇頁)においてもこの点指摘されている。
- (11) 成瀬・前掲注(1)一二八頁は、本件判断を支持した上で、「Xが不特定多数の者に本件データの内容を認識させるために必要な行為をなし終えたのであれば……公然陳列に必要な行為は完了し、本罪の成立を基礎づける法益侵害性が認められると解することも不可能ではない」との留保を付している。
- (12) 西岡・前掲注(1)一二五頁は、「法益保護の観点から、行為者の行為が法益侵害の現実的な危険をもたらす程度の「認識可能性」を設定するに至ったと判断される場合に、当該行為を公然陳列に当たると解すべきである」とする。

(中央大学研究開発機構専任研究員(機構助教))