

**私事性的画像被害防止法 3 条 2 項及び刑法 175 条 1 項前段の「公然と陳列した」に当たらないとされた事例**

- 【文献種別】 判決／大阪高等裁判所  
【裁判年月日】 平成 29 年 6 月 30 日  
【事件番号】 平成 29 年（う）第 136 号  
【事件名】 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  
【裁判結果】 破棄自判（一部無罪、確定）  
【参照法令】 刑法 175 条 1 項  
【掲載誌】 判時 2386 号 109 頁、判タ 1447 号 114 頁

LEX/DB 文献番号 25546418

**事実の概要**

被告人 X は、元交際相手 A の露出した胸部、陰部等を撮影した画像や動画のデータ（以下「本件データ」）を、B 社が管理するサーバコンピュータ内に開設された、オンライン上のストレージサービスである B ボックス内に作成したフォルダーにアップロードして記憶蔵置させ、同フォルダーを公開設定した。この設定は、公開対象とするフォルダー等につき所定の操作を行うと公開ページ等の URL（以下「公開 URL」）が発行されるというものであり、この公開 URL を電子メール等を使って送った相手がそれにアクセスすることで公開されたフォルダー等を閲覧できるようになるものであった。X はこの頃、A に対して「ネットにまとめてツイッターにばらまく」等の記載に本件画像の公開 URL を添えた電子メールを送信したが、その記載内容にかかわらず X は実際には第三者宛に公開 URL を送信したことはなかった。

X は（別件たる A に対する強要未遂（刑法 223 条 3 項、1 項）と共に）以上の行為（以下「本件行為」）につき、私事性的画像記録物公然陳列（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「私事性的画像被害防止法」）3 条 2 項）とわいせつ電磁的記録記録媒体陳列（刑法 175 条 1 項前段）の各罪で起訴された。（強要未遂の成立に争いはなかったが）弁護人は、X は A 以外の者に対し公開 URL を伝えておらず本件行為は公然陳列には当たらないと主張したが、原審の大阪地判平 28・12・15（LEX/DB25546417）は、刑法 175 条 1 項前段及び私事性的画像被害防止法 3 条 2 項にい

う「公然と陳列」するとは、画像等のデータ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とし、本件においては、X が B ボックスに公開設定をして公開 URL の発行を受けた段階で、画像等の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って、いずれの罪も既遂に達していると解すべきことになるから、A 以外の者に対して公開 URL を伝えていないとの弁護人の主張を前提としても両罪が成立するとした。

これに対し弁護人から控訴がなされた。

**判決の要旨**

大阪高裁は次のように判示して本件行為につき無罪とした。

「B ボックスやその公開機能の仕組み等……によれば、B ユーザーが、B ボックスに保存したデータをマイボックス内で公開設定した時点では、そのユーザーに公開 URL が発行されるにすぎないから、公開設定されたデータを第三者が閲覧し得る状態にするには、公開設定に加え、公開 URL を添付した電子メールを送信するなどしてこれを外部に明らかにするという B ユーザーによる別の行為が必要となる……。そして、B ユーザーが、公開 URL を電子メールに添えて不特定多数の者に一斉送信したり、SNS 上や自己が管理するホームページ上でこれを明らかにしたりすれば、その公開 URL にアクセスした者が公開されたデータを閲覧することは容易な状態となるか

ら、当該データの内容がわいせつな画像等に当たる場合には、これを『公然と陳列した』ものとして、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪等が成立する」。これに対し本件では「XがBボックス内に記憶蔵置させた本件データを公開設定した時点では、その公開URLが発行されたにすぎないから、いまだ第三者が同URLを認識することができる状態になかったし、Xが同URLを明らかにした相手はAのみであったため、ここでも第三者が同URLを認識し得る状態にはなかった」。よって「XがB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A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」。なお、最決平13・7・16（刑集55巻5号317頁）や最決平24・7・9（集刑308号53頁）の各事案「に対し、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点で事実関係を異にするものであり、前記平成13年最高裁決定が示した『(刑法175)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までの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。」

## 判例の解説

### 一 はじめに

本件は、元交際相手の性的な画像等につき行われた、インターネット上での公開に必要な一定の操作等について、私事性的画像被害防止法及び刑法における性表現物に係る各公然陳列罪に当たることが問われた事例であって、法令適用の相違から原判決との間で判断が分かれたものである<sup>1)</sup>。

### 二 わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪の成否

1 刑法175条はその1項前段でわいせつ物の頒布、公然陳列、同項後段でわいせつ電磁的

録等の送信頒布、2項で有償頒布目的でのこれらの物の所持、電磁的記録の保管をそれぞれ処罰している。これらの罪の保護法益について、判例においては従来から性秩序ないし健全な性風俗という社会的法益であると解されており、学説においてもこのような理解が一般的であった<sup>2)</sup>。本条の規定ぶりからは素直と思われるこのような法益理解を前提とすれば、本条の罪は、不特定又は多数の人々がわいせつな表現に接触し認識することで、人々の性的行動を律する規範たりうる性秩序ないし健全な性風俗が害されうることを阻止するべく、わいせつな表現の拡散に係る行為自体を規制する抽象的危険犯であると解されることになる。

本件でその成否が問われたわいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪が規定されている本条1項前段では、規制対象行為として公然陳列と共に頒布が規定されているが、後者は、わいせつな内容が化体された媒体が交付されてその受け手に到達すること<sup>3)</sup>でその内容が受け手に認識されうる状態に至ることを規制するもの（「交付型」類型）であり<sup>4)</sup>、前者は、そのような媒体が受け手に到達することはないがその内容が受け手に認識されうる状態を創出することを規制するもの（「陳列型」類型）であると解される。このような相違が、異なる規制対象行為類型が設定されている意義であろう<sup>5)</sup>。

また本条は、コンピュータ・ネットワーク上でのわいせつな表現の流布という問題への対処のための、平成23年法律74号による改正（以下「平成23年改正」）を受けるまでは、明治40年の現行刑法制定以来実質的な改正を受けることがなかったため、わいせつ表現の媒体として、時代を経るにつれて未現像の映画フィルム<sup>6)</sup>、録音テープ<sup>7)</sup>、ダイヤルQ2サービスにおける録音再生機<sup>8)</sup>といった、それ自体から直接にわいせつ性を認識することができない物についても本条の罪の客体性を問われることとなり、裁判例においてはいずれもこれらの物に化体されたわいせつな内容についての顕在化の容易性を理由として、客体性が肯定されてきた（判例では現在でも、無体物たるわいせつな内容の情報自体に客体性を認めるという立場は採られていない）。前述のような本条の罪の法益理解を前提とすれば、このような容易性を前提として本条の罪の成立を認めることもできよう。

もっとも、直ちにこのようにいうことができるのは交付型の類型についてであって、陳列型については必ずしもそうではないと思われる。なぜなら前述のように、後者においては客体が受け手に交付されることがないから、その物からのわいせつ性の発現は行為者自身によって行われていなければならないと解されるからである。

以上のような175条の罪との関係では、特に平成23年改正以前には、コンピュータ・ネットワーク上でのわいせつ画像等の公開事案につき、有体物の交付はなされていないため情報自体に客体性を認めるのでない限り交付型の罪は成立せず、また、陳列型の罪を客体自体ではなくそれに化体された内容の認識可能性創出行為と解しても内容閲覧行為は受け手により行われているため行為者が陳列したといえるかが問題となった。この点につき最高裁として初めて判断を示したものが標題判決も引用する平成13年の決定である。この問題につき本決定は、既に複数登場していた下級審裁判例と同様に、わいせつな画像データが記憶蔵置されたホストコンピュータのハードディスクに客体性を認めたと<sup>9)</sup>、『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までのことは必ずしも要しない<sup>10)</sup>として、当該パソコン通信で閲覧者に要する画像データ再生操作は通常必要とされる簡単なもので比較的容易に画像閲覧が可能であったとして、ハードディスクへの画像データの記憶蔵置が公然陳列に当たるとした。本決定では、公然陳列に当たるとの評価を受ける、不特定又は多数の者にとってのその内容の認識可能性の設定行為が存在したと認められるためには、その内容認識のために一定の操作等が閲覧者側で必要となる場合ではこの内容発現行為が容易なものでなければならないことが示されたことになろう<sup>10)</sup>。しかし本決定では、ウェブ上でのほぼ自動化された画像表示とは異なり、画像データをダウンロードし画像表示ソフトを用いてこれを再生するとの手順を要するパソコン通信での画像表示操作が簡単と評されていることからすれば、その容易性要件は相当に緩やかに捉えられているようである<sup>11)</sup>。本要件は、陳列型と交付型の各罪の区別を実質的になすものである以上、本来は相当に厳格でなけ

ればならないように思われる。

2 標題判決の事案につき、原判決は特段の理由を示さずに、公開設定をして公開URLの発行を受けた段階でデータ内容を不特定又は多数の者に認識できる状態に置いたとみるべきであるとしている。これに対して標題判決は、本件ボックスの公開機能等を詳細に分析し、それによれば公開URLの発行を受け（これをAのみに送信し）ただけでは未だデータ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は認められないとしている。両者の判断が分かれたのは、公然陳列と認められるに足りる、不特定又は多数の者が認識できる状態の設定の有無との観点からする、公開URLの発行を受けるといふ本件行為に対する評価の相違によるが、それは、いかなる行為によればその法益に対する侵害の可罰的な危険性が生じるかとの理解の相違によるものである<sup>12)</sup>。

この点原判決では、公開設定がなされることで本件データのインターネット上の所在地たるアドレスが設定されURLが発行されるのであり、これ自体がその公開のための重要な操作であって、あとはインターネット上で当該URLが認識されることがデータ内容が認識されることと實際上ほぼ同様の効果をもつから、公開URLの発行だけでその内容が認識される可能性が生じたということができ、この可能性が本件での（各）罪の可罰性を根拠づける、と解されたもののように思われる。確かに、URLの発行はその公開に不可欠の前提であり、これが発行された以上それを不特定又は多数の者に認識させることは、標題判決も指摘するように電子メールでの一斉送信やSNS等での公開等により容易に行うことができるから、公開URLの発行自体で法益侵害の相当の危険はあるとの評価も不可能ではない。しかし、ここでの容易性は行為者側のものであり、閲覧者側にとってのものではない。たとえ公開URLが発行されたとしても、これを知らない者には当該データに到達することは困難であろうから<sup>13)</sup>、本件行為は公然陳列の（未遂にも当たらず）予備的行為に止まるといふべきように思われる。

以上のような点から、標題判決がXは本件データ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はいえないと判断したことは妥当であったと思われる。前述のように、わいせつ内容の発現に閲覧者側の操作等を要する場合にもなお公然

陳列があったと認められるにはその操作等の高度の容易性を要するとする立場からは、標題判決の挙げるように、本件では少なくとも公開 URL が不特定又は多数の者に示され、それにより閲覧者側がそのクリックやブラウザへの転載等のみで内容が表示・再生されうる状態に至っていたことが必要であったと解される<sup>14)</sup>。

### 三 私事性的画像記録物公然陳列罪の成否

本件では問題となった性的画像等の記録が私事性的画像被害防止法上の私事性的画像記録にも当たるものであったことから、Xはこの記録物の公然陳列の罪でも起訴されている。本罪での公然陳列性についてはわいせつ物に係るそれと同様に解されているようであり<sup>15)</sup>、本件でもこれら各罪の成否の判断は原判決、標題判決のそれぞれにおいては一致している。もっとも、わいせつ物公然陳列罪とは異なり、私事性的画像記録物公然陳列罪では性的プライバシーという個人的利益が法益となる<sup>16)</sup>という各罪間での法益の相違に鑑みると、個々の事件での具体的行為に係る各罪の成否の判断に差異が生じる可能性が問われうる。具体的には、わいせつ物の公然陳列に当たると判断されるほどにはその内容の認識可能性を設定したとは評価されえない行為についても、私事性的画像記録物の公然陳列には該当するとの判断がなされるかといった問題である<sup>17)</sup>。この点については、後者の罪は性的プライバシーの保護のため「第三者が撮影対象者を特定することができる方法」で公然陳列した場合のみを処罰対象とするものであり、法益侵害の危険性はこのような方法要件においても評価されていると考えられるから、これとわいせつ物の公然陳列を別異に解すべきではないとの指摘がある<sup>18)</sup>。このような理解は、同一文言に係る解釈の統一性との観点からも望ましいといえよう。

#### ●—注

- 1) 本件評釈として、成瀬幸典「判批」法教 448 号 (2018 年) 128 頁、西岡正樹「判批」刑ジャ 58 号 (2018 年) 121 頁以下、渡辺裕也「判批」捜研 67 卷 12 号 (2018 年) 14 頁以下。
- 2) 判例として最大判昭 32・3・13 刑集 11 卷 3 号 997 頁(チャタレー事件)等、学説として団藤重光『刑法綱要各論(第 3 版)』(創文社、1990 年)311 頁以下等。ただし学説では、一定の道德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(平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977 年)268 頁以下、271 頁、曾根威彦『表現の自由と刑事規制』(一粒社、1985 年)189 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)も有力である。

- 3) 大判昭 11・1・31 刑集 15 卷 68 頁参照(郵送の場合につき、相手方への到達が必要であるとする)。
- 4) わいせつな内容の情報が相手方に受信されその記録媒体に記録されることまで含意するとされる本項後段の送信頒布(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)議事録参照)も交付型といえよう。
- 5) 永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』(信山社、2003 年)177 頁以下参照。
- 6) 名古屋高判昭 41・3・10 高刑集 19 卷 2 号 104 頁等。
- 7) 東京地判昭 30・10・31 判時 69 号 27 頁等。
- 8) 大阪地判平 3・12・2 判時 1411 号 128 頁。
- 9) このような解釈を明文化したものが、平成 23 年改正による刑法 175 条 1 項前段への「電磁的記録に係る記録媒体」の追加である。
- 10) 成瀬・前掲注 1) 128 頁、西岡・前掲注 1) 123 頁以下。
- 11) 本決定と共に標題判決に引用されている最決平 24・7・9 では、平成 13 年決定の解釈を前提としつつ、児童ポルノ画像の URL を改変した文字列をインターネット上の掲示板に掲載した行為に児童ポルノ公然陳列罪の成立を認めた原判決に対する上告が棄却されている(永井善之「判批」新・判例解説 Watch(法七増刊)12 号(2013 年)151 頁以下参照)。
- 12) 西岡・前掲注 1) 124 頁参照。なお、このような考え方を敷衍すると、私事性的画像記録物とわいせつ物の各公然陳列罪では法益が異なるから、公然陳列該当性判断の相対化の余地が生じえよう(後述三参照)。
- 13) 「標題判例匿名解説」判時 2386 号(2019 年)110 頁参照。
- 14) 西岡・前掲注 1) 125 頁参照。
- 15) 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」警論 68 卷 3 号(2015 年)91 頁、平沢勝栄=三原じゅん子=山下貴司編著『よくわかるリベンジポルノ防止法』(立花書房、2016 年)76 頁以下参照。
- 16) 水越・前掲注 15) 89 頁以下。
- 17) 成瀬・前掲注 1) 128 頁、西岡・前掲注 1) 125 頁以下参照。
- 18) 西岡・前掲注 1) 126 頁。