

## 他者がウェブサイトで公開した児童ポルノ画像の URL を一部改変した文字列を別サイトに掲載した行為が児童ポルノ公然陳列罪の正犯にあるとされた事例

### 1. 事実の概要

ネット上で会員制の小児性愛者専用掲示板を運営していた被告人 Y は、新会員勧誘のため、児童ポルノ画像 URL の同掲示板での紹介を思いつき、意思を通じた被告人がネット上で収集してきた同画像 URL 中の一部を片仮名に改変した文字列（以下「改変 URL」）を、片仮名は英字に戻すよう指示する付記とともに同掲示板に掲載していたところ、両者は児童ポルノ公然陳列の罪で起訴された。第一審、第二審は、XY 間の共謀を認定し両者を本罪の共同正犯とした。

### 2. 決定要旨

第三小法廷は特段の理由を示さず上告を棄却したが、大橋裁判官による以下の反対意見がある。

平成 13 年決定<sup>ii</sup>の趣旨は本罪にも妥当する。しかし公然陳列というには公開済画像の場所情報を情報として示すのみでは足りず、当該画像自体を不特定多数者が認識可能とする行為が必要である。その内容を特段の行為を要せず直ちに認識可能にするまでは要しないとの平成 13 年決定は、パソコン通信での画像閲覧に要する操作に述べたもので、示された URL を用い改めて画像掲載サイトに接続する作業を要する本件のような場合まで対象とするものではない。すると本件行為は「公然と陳列した」には当たらないが、幫助罪の成立の余地もあるから本件を差し戻すべきである。

### 3. 解説

本件での児童ポルノ公然陳列罪の成否につき、第一審判決は平成 13 年決定を引用したうえで、①閲覧者側が簡易な操作で容易に閲覧可能なら認識可能状態に置いたといえ、この簡易性は作業の個数と容易性とで決せられる、また②認識可能状態においたというには、行為と画像との間に、自ら掲示板に記憶したのと同様の直接性、密接性、自動性が必要であるとする。これら①、②ともに認識可能状態の設定の要件として述べられており、両者間の関係は判然としないが、①は平成 13 年決定のいう、特段の行為なく直ちに認識できる状態にするまでのことは不要との要件を具体化し、②は認識可能状態の設定行為との同価値性をいうものと解される。ただ、②にいう直接性等の諸要件も、その充足をいう判示からは結局、内容の表示が直接的自動的であることをいうものであって、その実質は前述の簡易性との要件に等しいように思われる。

また、第二審判決は、陳述概念を認識可能状態の設定と述べる平成 13 年決定が児童ポルノ法にも妥当するとした上で、画像の URL を明らかにする情報を別サイトに掲載する行為が、新たな法益侵害の危険性と行為態様の類似性の 2 点から、自ら画像を掲載したことと同視可能であれば公然陳列として処罰されうるとする。このうちまず、法益侵害の危険性との指標は、一般的にはその高低は閲覧者側で必要とされる画像表示操作の難易度と相関するから、第一審のいう閲覧操作の簡易性に概ね類似の要素となる。そして、第二審は、この法益侵害の危険性の高低につき、行為者の情報掲載行為またはそれに付随する行為における画像閲覧の積極的な誘引の有無をも判断要素とする。誘引の存在の考慮自体は、法益を欲しない性表現に触れない利益などと解さない限り是認されようが、誘引の存在の過度の重視は内容発言の容易性を欠く場合にも広く陳列の存在を肯定することとなり不適切と思われる。さらに行為の類似性との指標は画像閲覧容易性との現象ないし結果へ矮小化されている。これでは行為態様要件としての意義に乏しく、画像位置情報の書類掲載なども画像自体のネット公開と類似と解されてしまいかねず妥当でない。

確かに第一審、第二審ともに閲覧者側の行為の簡易性等を要件とする趣旨は妥当である。しかし、交付型の犯罪類型との区別からしても、公然陳列罪の成立を妨げない受け手側の行為は軽微なものでなければならないと考える。前述のように自動性、直接性などの諸要件もこれを担保する趣旨であろうし、サイバー・ポルノ事案でこれらが認められるのは、ネットでの画像表示や、せいぜい画像自体への直接のリンク設定行為までであるように思われる。画像の位置情報の紹介のみでは画像到達への直接性、自動性もなく、閲覧者がそれに到達してもそれは内容発現行為であって紹介者の発現行為とは言い難い。本件最高裁判決での反対意見は、「画像の所在場所情報を示すことはネット上なら公然陳列になるということとはできない」との趣旨であろうし、妥当であると思われる。

<sup>i</sup> 平成 21 年(あ)第 2082 号。

<sup>ii</sup> 最決平 13・7・16 (刑集 55 卷 5 号 317 頁)。