



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	瀧本, 京太郎
Citation	北大法学論集, 65(3), 188 [113]-164 [137]
Issue Date	2014-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57034
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no3_Part7.pdf



刑事判例研究

瀧 本 京太郎

児童ポルノ画像の URL をウェブページ上に明らかにした行為と公然陳列罪
(最三小決平成24年7月9日判時2166号140頁)

I 事実の概要

被告人Xは共犯者Yとともに、金銭収入を得る目的で会員制の有料掲示板(当初はアダルトコンテンツは禁止されていた)を管理運営していたが、より多くの収入を得る目的で、同掲示板をロリータ愛好者専用の掲示板に変更した。同掲示板では、正会員になる前に仮会員となるシステムが採用されており、仮会員となった者に対しては「粗品」という名目で、仮会員専用のページに児童ポルノ画像の URL を掲載していた。

YはXに依頼されて、インターネット上の児童ポルノ画像を検索し、発見した画像の URL をXに伝えていた。Xは、Yから伝えられた画像の URL を「粗品」として掲示板に記載していたが、URL をそのまま掲載すると警察に捕まるかもしれないと考え、URL の一部を改変し、「漢字は英単語に、カタカナはそのまま英語に、漢数字は普通の数字に直してください。」という注意書きを付した上で掲載していた。

事件当日、Yはロシアのインターネット掲示板を閲覧しながら児童ポルノ画像を検索していたところ、第三者であるAが個人的に利用する目的で作成した掲示板にアップロードされていた本件児童ポルノ画像を発見したため、2つの URL をXに伝えた。Xは同日、これらの URL のうち、“bbs”という部分を「(ビービーエス)」と改変し、同改変 URL を仮会員専用のページに「粗品」として掲載した。

以上の行為につき、XとYは児童ポルノ公然陳列罪（児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律7条4項1文後段。以下、「児童ポルノ法」と略す）に問われた。

Ⅱ 第1審および原審の判断

公判では、被告人らの行為が児童ポルノ法7条4項の「公然と陳列した」に当たるかが争点となったが、第1審と原審を比較すると、結論は異なるものの、そこで用いられている判断枠組みはやや異なっている。

1 第1審

第1審の大阪地判平成21年1月16日¹は公然陳列性を判断するにあたり、まず①改変されたURLを閲覧者が正しく直す必要がある場合においても公然陳列罪が成立しうるかを検討し、そのためには「閲覧者において、簡易な操作で容易に画像を閲覧することが可能であれば、『認識できる状態に置いた²』といえ、この簡易性の判断にあたっては、閲覧者に必要とされる作業の個数及びその作業自体の容易性を総合して決すべきであ」とした上で、本件においては、文字列の修正は「初歩的なパソコンの知識で対応できる単純なもので、時間もさほどかからない(通常1分もかからず、秒単位で操作しうるとみられる。)」し、「閲覧者において容易に正しい文字列を理解しうる」という点から、閲覧者に要求された操作は簡易なものであると判示した。

次に、本件児童ポルノ画像は既にAによってインターネット上の掲示板に蔵置されていたものであり、Xらの行為がなくとも、他のホームページからのリンクや検索エンジン等によって本件児童ポルノ画像を閲覧することが可能であったことから、②Xらの行為が認識可能性を新たに設定したとは言えないのではないかが問題とされた。この点を判断するにあたっては、「Yは、ロシア

¹ LEX/DB25481894

² 大阪地裁は最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁を引用しつつ、「公然と陳列した」の意義については「児童ポルノ画像を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことのみで足り、その画像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必要ないと解される」と述べている。

の掲示板から直接リンクを張られていたことから本件児童ポルノ画像の掲載された掲示板を見付けたというのであり、ホームページのリンクを辿って辿りつくのは必ずしも容易なものではな」く、また、AのホームページとXらのホームページを比較すると、「Aのホームページは、専ら、Aが個人的に画像を保存することを目的として開設されたもので、その掲示板の題名、内容等に照らしても、検索エンジンにかかりやすい工夫がなされているとは認めがたく、検索エンジンから、Aの掲示板を発見することも容易であるとはみられない。」「他方、被告人Xは、……検索エンジンの上位になるように、ダミーページのソースにロリータなどの文字を掲載したり、掲示板のトップページに載せている文章を、ロリータ愛好者が集まりやすいような内容にしたりして、掲示板の会員、仮会員が集まるようにしている。また、被告人Xは、閲覧者において、フリーメールを利用するなどして、被告人らに個人情報を知られることなく仮会員になることが可能な仕組みにしており、さらに、ウィルス感染の心配をそれほどせずに児童ポルノ画像を閲覧できるようにしているなど、本件改変URLの記載は、より多くのインターネット利用者が本件児童ポルノ画像を閲覧することを誘引するものである」から、「Xの行為は、いわば、本件児童ポルノ画像を閲覧する道筋を増やすものであり、本件児童ポルノ画像の認識可能性を新たに設定したものといえる」と判示した。

最後に、③Xは本件児童ポルノ画像の所在場所を紹介したに過ぎず、不特定又は多数の者が認識できる状態に置いたといえないのではないかと、という点が問題とされた。この点については、自ら児童ポルノ画像を支配しているかどうかは公然陳列の判断にとって不可欠の要素ではないが、あらゆる認識可能性の設定行為が当然に公然陳列にあたるということではできないとした上で、本件のような行為を公然陳列というためには、「(Xの) 行為と、児童ポルノ画像との間に、自ら児童ポルノ画像を掲示板に記憶、蔵置したのと同様の直接性、密接性、自動性が必要であ」と判示した。そして、(ア) 本件URLを入力して接続すれば直接本件児童ポルノ画像を閲覧できるという点から直接性を肯定し、(イ) ホームページを見れば、児童ポルノが「粗品」とされていることや、本件改変URLは児童ポルノ画像が掲載されているホームページのURLを一部改変したものであるということを容易に認識可能であったということから密接性を肯定した。(ウ) 自動性については、大阪地裁は詳細な検討をしていないが、「リンクを設定する場合は、クリック1つで画像を閲覧しうるのであるから、

密接性、自動性が肯定されるのは明らかである。」と述べた上で、本件のような場合でも簡易な作業で閲覧が可能であるから、「リンクの場合と区別すべきではなく、密接性、自動性があるとみられる」と判示している。

以上の検討により、大阪地裁はXおよびYにつき児童ポルノ公然陳列罪の成立を肯定し、Xを懲役1年（執行猶予4年）及び罰金60万円に、Yを懲役8月（執行猶予3年）及び罰金30万円に処した。これに対して、Xのみが控訴した。

2 原審

原審の大阪高判平成21年10月23日³では、弁護人は①本件行為は「陳列」という言葉の解釈から考えられる行為ではなく、本件行為の処罰は罪刑法定主義の観点から許されない類推解釈を行うものである、②大阪地裁は直接性、密接性、および自動性という要件の意味を正しく理解しないまま検討しており、本件ではそれらの要件も充足されていない、と主張した。

大阪高裁はこれらの点に関する判断に先立ち、大阪地裁の判断手法の不明確さを指摘している。すなわち大阪高裁は、地裁が認定した「新たな認識可能性の設定」について、Aの掲示板を発見することは容易ではなかったと認定した点は「客観的に確かな証拠があるのか、疑問がないではない」とし、さらに所論②についても、「（所論も指摘するとおり）原判決が直接性、自動性、密接性の意義をどのように理解しているのかなどの点については必ずしもよく分らないところがある」と述べたのである。

しかし、所論①については、「他人がいったん公然陳列した児童ポルノを更に公然陳列することがおよそ不可能であるというわけではなく、公然陳列の意義を「合目的的に解釈することは、もとより相当な法解釈というべきである」と述べ、「他人がウェブページに掲載した児童ポルノのURLを明らかにする情報を他のウェブページに掲載する行為が、新たな法益侵害の危険性という点と、行為態様の類似性という点からみて、自らウェブページに児童ポルノを掲載したのと同視することができる場合には、そのような行為は、児童ポルノ公然陳列としての実質的な当罰性を備えており、……そのような行為を児童ポルノ公然陳列として処罰することには十分な合理性が認められるというべきである」と判示し、公然陳列性を判断するに際しては、（ア）新たな法益侵害の危険

³ 判時2166号142頁。

性、(イ) 行為態様の類似性という枠組みを用いて判断するという姿勢を示し、それぞれ検討を行っている。

まず(ア) 新たな法益侵害の危険性については、児童ポルノ画像の位置情報を掲示する行為は、リンクの有無にかかわらず、閲覧者において特に複雑困難な操作を要するものではないから、このような行為は「当該児童ポルノが特定のウェブページに掲載されていることさえ知らなかった不特定多数の者に対してもその存在を知らしめるとともに、その閲覧を容易にするものであって、新たに児童ポルノを不特定多数の者に認識させる危険性において、自らウェブページに児童ポルノを掲載する行為と大きな差はないというべきであ」り、本件のように URL の一部が改変されていたとしても、正しい URL を容易に認識できるのであれば、改変という事情を考慮する必要はない旨判示し、新たな法益侵害の危険性を肯定した。

ただし大阪高裁は、この危険性は、閲覧者が児童ポルノ画像を閲覧するためが必要とされる操作の数が多くなるにつれて減少していくものであるが⁴、「そのような場合であっても、当該情報等（上記ハイパーリンク、URL 及び改変された URL 等）を掲載する行為又はそれに付随する行為（当該ウェブページだけでなく、それと同じウェブサイトの別のウェブページも含めた、当該情報を掲載するに当たっての具体的な文言やそれらのウェブページの体裁等）によっては、上記危険性が減少しないこともあり得るから、そのような行為を全体としてみて、閲覧者に対して児童ポルノの閲覧を積極的に誘引するものかどうかという点も、児童ポルノの『公然陳列』に該当するか否かの判断につき重要な要素になると考えられる」と判示している。

次に(イ) 行為態様の類似性については、児童ポルノ画像を自ら掲載する行為と、既に掲載されている画像にリンクを張るなどする行為とではインターネットの技術的な仕組みからすれば性質は異なるものであるが、「重要なのは、

⁴ あるウェブページに、①児童ポルノが直接掲載されている場合、②他人のウェブページに掲載された児童ポルノ画像へのハイパーリンクが設定されている場合、③ハイパーリンクを張らずに URL のみが掲載されている場合、そして本件のように④ URL の一部が改変されている場合の順に、閲覧者の作業数が多くなり、閲覧者が児童ポルノ画像を閲覧するに至る危険性もその分減少する、とされている。この点については後述する。

(一定の場合に) インターネットを通じてだれもが簡単に児童ポルノを閲覧できてしまうなどという現象面なのであって、そこにどのような技術的仕組みが用いられているかではない」とした上で、本件のような行為は「インターネットに接続されたパソコン等の簡単な操作……によって容易に児童ポルノを閲覧することができるようにする行為とすることができるのであるから、上記のような現象面からみれば、そのような行為は、自ら児童ポルノを掲載する行為との間に類似性を有しているといえることができる」と述べ、行為態様の類似性も肯定した。

以上から大阪高裁は、本件行為は「当該ウェブページの閲覧者がその情報を用いれば特段複雑困難な操作を経ることなく本件児童ポルノを閲覧することができ、かつ、その行為又はそれに付随する行為が全体としてその閲覧者に対して当該児童ポルノの閲覧を積極的に誘引するものといえるのであるから、児童ポルノ公然陳列に該当する」と判示して、Xの控訴を棄却した。これに対してXが上告した。

Ⅲ 決定要旨

上告棄却。

「上告趣意は、憲法違反、判例違反という点を含め、実質は単なる法令違反、事実誤認、量刑不当の主張であって、刑法405条の上告理由に当たらない。」

最高裁の多数意見はのように、特に職権判断を示すことなく上告を棄却したが、大橋正春裁判官の反対意見が付せられており、寺田逸郎裁判官がこれに同調している。

大橋反対意見は、『『公然と陳列した』とされるためには、既に第三者によって公然陳列されている児童ポルノの所在場所の情報を単に情報として示すだけでは不十分であり、当該児童ポルノ自体を不特定又は多数の者が認識できるようにする行為が必要で、この理は、所在場所についての情報が雑誌等又は扉に掲示されたポスター等で示される場合に限らず、インターネット上のウェブページにおいてなされる場合にも等しく妥当する。ウェブページ上で児童ポルノが掲載されたウェブサイトの URL 情報が示された場合には、利用者が当該ウェブページの閲覧のために立ち上げたブラウザソフトのアドレスバーに URL 情報を入力して当該児童ポルノを閲覧することが可能となり、そのために特段複雑困難な操作を経る必要がないといえるが、このことは、パソコンで

立ち上げたブラウザソフトに雑誌等で示された URL 情報を入力して閲覧する場合においても同様であり、両者の間に特段の違いがあるものではない。」「平成13年決定の判旨の後段部分は、当該事件の内容から明らかなように、被告人自身が開設・運営していたパソコンネット上において、そのホストコンピュータに記憶、蔵置させた画像データの閲覧について、再生閲覧のために通常必要とされる簡単な操作に関し述べるものであり、本件のように、被告人によって示された URL 情報を使って閲覧者が改めて画像データが掲載された第三者のウェブサイトにアクセスする作業を必要とする場合まで対象とするものではないと解される。」「そうすると、本件について被告人の行為は児童ポルノ法7条4項の『公然と陳列した』には当たらず、……本件については幫助罪が成立する余地もあることから、……幫助罪の成否について更に審理を尽くさせるため、本件を原審である大阪高等裁判所に差し戻すべきものと考える」と述べ、本件行為は「公然と陳列した」とは言えず、幫助犯の成立する余地があると主張している。

Ⅳ 評釈

1 はじめに

本件は、被告人が運営していた会員制有料掲示板の仮会員となった者に対して、他のウェブページにおいて掲載されていた児童ポルノ画像の URL を一部改変した上で、リンクを張らずに掲示板に掲示した行為につき、児童ポルノ法7条4項の児童ポルノ公然陳列罪の成否が争われた事案である。

インターネット空間における公然陳列罪の成否、特に「陳列」の意義に関してこれまで学説で主に問題とされてきたのは、わいせつな画像（児童ポルノを含む）が掲載された URL に、リンクを張ってこれをさらに掲載するという行為態様であり、本件のように、リンクを張らずに URL を掲載するという行為態様については、あまり議論がされてこなかった。また、リンクを張る行為についても、これが公然陳列に当たるかについては、学説上これを肯定する見解が比較的多数であると見られるものの、否定的な見解も依然として有力に主張されており、一致した見解はなお見られないのが現状である。

さらに本件においては、被告人は、処罰を逃れるために URL の一部を別の文字に改変して掲載しており、仮会員となった閲覧者が、改変された部分を元の正しい文字に修正しなければならなかったという事情があり、事案をより複

雑にしている。

そこで以下では、本件に関連する学説および判例・裁判例について検討した上で、第1審と原審で用いられた判断枠組みや最高裁の反対意見についても検討を加え、本件行為につき児童ポルノ公然陳列罪の成立を肯定した裁判所の判断が妥当であったかを検証する。なお本稿では、2名の被告人のうち、Xの行為のみを特に問題とする。

2 学説

わいせつ物公然陳列罪の成否に関しては刑法175条1項前段、あるいは児童ポルノ法7条4項の文言に即して、問題となるケースが2つある。すなわち、①客体が「わいせつ物」ないし「児童ポルノ」に該当するかが問題となるケースと、②行為者の行為態様が「公然陳列」に該当するかが問題となるケースである。本件はこのうち②の類型に属している。

(1) 総説

最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁（以下、「平成13年決定」とする。）によれば、公然陳列とは「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」であり、そこには「不特定又は多数」と「認識可能性の設定」という2つの要件がある。この点、学説によれば、「認識可能性の設定」については、自らわいせつ物を製造したり、わいせつ画像情報をハードディスクに蔵置したりすることは公然陳列罪の成立にとって必須ではなく、他人が製造・蔵置した場合でも、不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことで公然陳列罪が成立するとされている⁵。また、多数の見解によれば、公然陳列罪は抽象的危険犯であると解されており、わいせつ物が現に認識されることまでは必要とされない^{6,7}。これは平成13年決定において客体を「認識できる状態に置

⁵ 他人が埋設したわいせつ物を掘り起こして放置する行為などもわいせつ物公然陳列罪に当たるとされる。山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリスト1117号（1997年）76頁、園田寿「わいせつの電子的存在について」関西大学法学論集47巻4号（1997年）37頁、大塚ほか編『大コンメンタール刑法（第3版）第9巻』（青林書院、2013年）51頁。

⁶ 浦田啓一「判批」警察公論51巻11号（1996年）121頁、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋＝松井＝鈴木編『インターネットと法（第4版）』（有斐閣、

くこと」とされており、不特定又は多数の者が実際に認識したことまでは要求されていないことから理解できよう。

(2) わいせつ画像にリンクを張る行為と公然陳列罪の成否

しかし、他人が蔵置したわいせつ画像情報にリンクを張る行為が公然陳列に当たるかについては、これを肯定する立場が多数説であるように思われるが、否定説もなお有力に主張されている。そこでの対立点は、「リンクを張る行為が、自らわいせつ画像情報を記憶・蔵置する行為と同視できるか」という点であり、学説はこのことを「密接性」と表現している⁸⁹。

肯定説の主な論拠は、リンクを張ることによってわいせつ情報への認識可能性を設定した以上、公然陳列罪の成立は妨げられない、というものである。このような見解を採る論者によれば、リンクを張る行為を「現象の側面から見ると、マウスのクリック一つでわいせつ画像を再生閲覧しうる状態は、単にわいせつ物の場所を示した場合と比較して、わいせつ情報を認識する可能性が高く

2010年) 106頁、園田・前掲注(5) 18頁。

⁷ 公然陳列罪を結果犯と解する学説として、堀内捷三「インターネットとポルノグラフィー」研修588号(1997年) 6頁以下がある。ただし、論者はその理由の1つとして「今日のコンピュータ通信の技術的水準においては通信エラーの起こる頻度を無視できるほどまでには至っていない。画像や文書をダウンロードしようとした場合、それが確実に自己のコンピュータに到達するとはかぎらないし、また、その内容が必ずしも正確に送信されてくるともかぎらない。」と主張しているが、現在においてはそのようなことは稀であると思われ、論者がなお公然陳列罪を結果犯と解しているかについては定かではない。この見解に対する批判として、園田・前掲注(5) 18頁。

⁸ 川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(二・完)」同志社法学52巻1号(2000年) 12頁以下。密接性の用語につき、佐久間修「ネットワーク犯罪におけるわいせつ物の公然陳列」『西原春夫先生古稀祝賀論文集第三巻』(成文堂、1998年) 225頁。

⁹ 先に述べたように、他人が製造・蔵置したわいせつ物を公然陳列することは論理的には可能であるが、このようなケースにおいて密接性が特に要求されているのは、リンクを張る行為はインターネット上で行われるものであることから、「認識可能性の設定」という公然陳列の定義と日常用語的に理解される「陳列」概念の間に隔たりが生じており、そのギャップを埋めるためであろう。山口・前掲注(5) 80頁。

なる」ことは間違いなく、これは「『善良な性風俗』というわいせつ物公然陳列罪の保護法益を侵害する蓋然性が高くなることを意味する」¹⁰として、リンクを張る行為は自らわいせつ画像情報を記憶・蔵置するのと同視しうる、と主張している。ただし、単に認識可能性を設定するだけで公然陳列罪の成立を認めると、書籍等にわいせつ画像情報の URL を記載したような場合にも同罪が成立してしまう恐れがあることから¹¹、リンクを張る行為の可罰性が認定されるケースを「マウスのクリッカー一つでわいせつ画像を再生閲覧しうる場合¹²」や「クリックするだけで自動的に見聞可能な状態になる」場合¹³、あるいは「自動的直接的にわいせつ画像を顕現させ」た場合¹⁴に限定し、「直接性」と「自動性」を要件とすることで解決を図っている¹⁵。そのような場合にのみ、行為者は「リンク先でわいせつ性が発現している状態を、リンク設定行為によりリンク元においても作出した、つまり、リンク元で直接その画像を公開した（わいせつ性を発現させた）」と評価されるのである¹⁶。

これに対して否定説は、肯定説が挙げている「マウスのクリッカー一つでわいせつ画像を再生閲覧しうる」という論拠につき、「ホームページに他のわいせつホームページのアドレスを記載しただけの場合と比べて、リンクの設定が『クリッカー一つ』の故に誘惑的である以上の差異があるとは解されない。」と批判し、リンクを張る行為は「わいせつ情報の情報の陳列¹⁷」であって、「わいせつ情報

¹⁰ 川崎・前掲注（8）13頁。

¹¹ 園田寿「インターネットとわいせつ情報」法律時報69巻7号（1997年）28頁。

¹² 山口厚「情報通信ネットワークと刑法」『岩波講座現代の法6 現代社会と刑事法』（岩波書店、1998年）112頁。

¹³ 佐久間・前掲注（8）225頁。

¹⁴ 山中・前掲注（6）106頁。

¹⁵ 特に直接性については、リンクがわいせつ画像に直接繋がる場合と、リンク先にアクセスした後で何回かの行為がなければ閲覧可能な状態にならない場合（例えば、リンク先にさらにリンクが設定されている場合や、直接わいせつ画像に繋がる場合であっても、当該画像にマスク処理が施されている場合）を想定し、後者の場合には直接性が否定されとする。山中・前掲注（6）105頁以下、永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』（信山社、2003年）227頁以下。

¹⁶ 永井・前掲注（15）227頁。

¹⁷ 「わいせつ情報の情報の陳列」とは、「ただ単にわいせつ情報に接しうる道筋を示したにすぎず」、「HTML 文書に当該情報の URL を示すコマンドを埋め込

自体の陳列とは質的に異なるのであり、アクセス可能性の設定からただちに正犯性を導く論理には飛躍があると主張している¹⁸。また、この立場からは、既に認識可能になっている情報にリンクを張る行為は、認識可能性を「拡大」してはいるが、新たな情報を流布したわけではないため、認識可能性を「設定」したことにはならない、という指摘もなされている¹⁹。

(3) リンクを張らずにわいせつ画像情報の URL を掲載する行為の可罰性

ところが、リンクを直接張る場合とは異なり、本件で問題となったような、リンクを張らずに URL を掲載するにとどまる行為については、そもそも学説による分析があまりなされておらず²⁰、(2)における肯定説からも公然陳列罪を認めることには消極的であると考えられる²¹。

このケースにつき公然陳列罪の成立を否定する論拠としては、① URL を示しただけではわいせつ情報への直接的なアクセス可能性を設定したとはいえないとする見解²²や、② URL の掲載はわいせつな画像情報の認識可能性を設定するのではなく、そのような認識可能性が設定された場所があるということを教えているに過ぎず、現象面から見ても、わいせつ情報が認識される蓋然性を著しく高めたとはいえない、とする見解²³がある。ただし、①の見解は「雑誌に URL を掲載した場合には公然陳列罪は成立しない」とする趣旨であり、インターネット上に URL を掲載した場合にも公然陳列罪を否定する趣旨かどう

んだにすぎない」という趣旨であると思われる。山口・前掲注(5)76頁、園田・前掲注(5)37頁。

¹⁸ 塩見淳「インターネットとわいせつ犯罪」現代刑事法1巻8号(1999年)38頁。

¹⁹ 渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』(成文堂、2006年)149頁以下。これによれば、「WWWにおける情報発信の場合には、情報を蔵置しさえすれば、当該情報に対するアクセスは誰にでも可能なのであるから、蔵置行為によって、既に、不特定多数の者による認識可能性の要件が満たされている」とされる。

²⁰ このようなケースを正面から取り上げているものとして、川崎・前掲注(8)15頁。

²¹ 天田悠「判批」法律時報85巻11号(2013年)114頁、石井徹也「判批」平成24年重要判例解説(2013年)166頁。

²² 山口厚「情報ネットワーク社会と刑法」情報ネットワーク・ローレビュー7巻(2008年)133頁。

²³ 川崎・前掲注(8)15頁、園田寿「判批」甲南法務研究9号(2013年)73頁。

かは必ずしも明らかではない。この見解の論者はリンクを設定する行為の可罰性を論ずるに際して、「リンクの技術的仕組みがどうであるかには関わりがなく、専ら『現象面』が問題となるにすぎない」とも主張しており²⁴、本件のように、リンクを張らずに URL を掲載するにとどまる行為であっても、現象面が同じであると判断されれば、肯定説の立場から公然陳列罪の成立を認めることも十分あり得るように思われる。

3 従来の判例と本件下級審判決の枠組み

(1) 従来の判例

本件では下級審の各審級及び最高裁における反対意見のいずれにおいても平成13年決定が引用されており、特に下級審はこの枠組みを基礎として、本件の特殊性を考慮しながら慎重に公然陳列性の判断を行っている。

平成13年決定の事案は、被告人がパソコンネットを開設し、被告人所有のホストコンピュータのハードディスクにわいせつ画像情報を記憶・蔵置させ、不特定多数の者に当該情報を送信して再生・閲覧させた行為がわいせつ物公然陳列罪に問われたというものであり、本件と同様に、行為の公然陳列性が争点の一つとされた。最高裁は、「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必要ない」と判示し²⁵、閲覧するためには画像表示ソフトなどを使用する必要があった点については、「そのような操作は、ホストコンピュータのハードディスクに記憶・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、公然陳列性を肯定したのである。

もっとも、受け手が一定の行為を行わなければ、行為者が発信した客体からわいせつな内容を認識することができないというケース自体は、特段珍しいわけではない。これまでに現れたケースとしては、わいせつな内容が収録された

²⁴ 山口・前掲注(12)112頁。

²⁵ 弁護人は上告趣意で、公然陳列罪が成立するためには「同地性(陳列の現場でしか観覧できないこと)」及び「同時性(陳列が行われると同時に情報が伝播すること)」が必要であると主張している。刑集55巻5号341頁以下参照。

未現像の映画フィルム²⁶、一定の操作をするとわいせつな図柄を認識することができるハンカチ及びマッチ箱²⁷、一部がマジックインキで塗りつぶされた写真誌²⁸について判断されたものがあり、いずれのケースにおいても、「容易な作業でわいせつな内容を認識できる」という点が根拠となって、わいせつ図画販売罪等の成立が肯定されている。

しかし、平成13年決定以外のケースにおいて、作業の容易性との関係で争点とされているのは客体のわいせつ性であり、行為の公然陳列性について判断されているわけではない。この点で、平成13年決定は他の裁判例とは一線を画しているように思われる。客体のわいせつ性が問題とされた事例でも、そこで用いられている判断基準は「作業の容易性」であり、平成13年決定がこの枠組みをほぼ踏襲しているとも言えるが、たとえば名古屋高判昭和41年3月10日判時443号58頁のように、客体のわいせつ性が肯定されても公然陳列性は否定されるというケースもあり得ることから²⁹、客体のわいせつ性に関するケースと公然陳列性に関するケースは、厳密には異なっているものと思われる。

一方で、平成13年決定は、わいせつ画像を自らアップロードした事案につい

²⁶ 名古屋高判昭和41年3月10日判時443号58頁、名古屋高判昭和55年3月4日刑事裁判月報12巻3号74頁。

²⁷ 札幌高判昭和44年12月23日高刑集22巻6号964頁。

²⁸ 東京高判昭和49年9月13日判時769号109頁。

²⁹ 名古屋高裁昭和41年判決は、わいせつな場面が撮影された未現像の映画フィルムを販売した行為がわいせつ図画頒布罪等に当たるかどうか争われた事案であるが、名古屋高裁は、フィルムの現像は「特に、高度の知識、技能を要するものではなく、所定の科学的操作を繰り返すことによって、比較的容易になされうる作業である」として、「このような未現像の映画フィルムも、刑法一七五条の意図する目的に照らし、……わいせつ図画に当るものと解するを相当とする。（未現像のフィルムをもってしては公然陳列罪は成立する場合が考えられないことは、いうまでもない。）」と判示した。

わいせつな内容を発現させることが比較的容易になされうる、という理由でフィルムのわいせつ性を肯定する一方で、それを公然陳列しても公然陳列罪は成立しないという結論は、平成13年決定の理解とは異なるようにも考えられる。しかし、現像という作業は暗室で実施しなければならず、さらに一定の科学的知識や現像に用いる薬品類も必要となるから、フィルムの内容を「特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態」に置いたとまでは言えないであろう。

て判断したものであり、他人がアップロードした画像の URL を掲載した本件の事案とは大きく異なっていることから、平成13年決定の射程が本件に及ぶかという点も問題となるように思われるが、本件下級審のいずれの審級においても、本件改変 URL の掲載行為が自己蔵置と同視しうるかという視点の下で検討がなされていることからすれば、平成13年決定の射程を直ちに本件に及ぼすことはできないと解されたのであろう。

（２）本件下級審判決の枠組み

以下では第1 審及び原審の枠組みについて、特に両者で問題となった①積極的誘引性、及び②新たな認識可能性の設定、という2つの観点から検討を加えていく。

① 積極的誘引性について

先に述べたように、本件の解決のために用いられている判断枠組みは第1 審と原審とで異なっている。しかし、被告人の行為が本件児童ポルノ画像の閲覧を積極的に誘引したという事情（本稿ではこれを「積極的誘引性」と呼ぶこととする。）が考慮され、犯罪の成否に何らかの影響を与えているという点では、両者は共通している。平成13年決定の枠組みをそのまま用いるのであれば、作業の容易性を判断するだけで、犯罪の成立を肯定することは十分可能だったはずである。にもかかわらず第1 審及び原審が積極的誘引性を指摘しているのは、本件の事実関係において犯罪の成立を肯定するためには、作業の容易性を指摘するだけでは不十分であるという考慮があったためではないかと考えられる。

ただし、積極的誘引性が、本罪の成立要件との関係でどのように用いられているかという点に関しては、まったく同じというわけではない。第1 審では、既にインターネットで閲覧可能であった本件児童ポルノ画像の認識可能性を新たに設定することが可能か、という文脈でこの要素が考慮されているのに対して、原審では、「児童ポルノ画像を閲覧するための作業が多くなるに連れて、閲覧者が児童ポルノ画像を閲覧するに至る危険性が減少する」ということを前提とし、それでもウェブページの体裁等から積極的誘引性があると判断される場合には、そのような危険がなお存在しているため、新たな法益侵害の危険性が認められる、というのである。新たに認識可能性を設定したかという第1 審の問題意識は、新たに法益侵害が発生したかと言い換えることも可能であるか

ら、第1審と原審の問題意識は共通しているとも言えるが、原審で問題とされているのは、作業手順の多さに伴って減少する新たな法益侵害の危険性を何をもって補っているかという点であり、新たな認識可能性の設定という点を第1審ほどに強調しているわけではない。

ところで大阪高裁は、作業手順の多寡が新たな法益侵害の危険性の大小に影響し、積極的誘引性という事情が、(作業手順が多いことによって減少した)新たな法益侵害の危険性を補完すると考えているようであるが、この前提が妥当かについては、慎重に検討すべきであるように思われる。というのは、閲覧者に求められる作業の個数が多くとも、それが高度の技術を要するものでないのであれば、時間的な点は措くとしても技術的な困難は存在しないのであるから、新たな法益侵害の危険性には影響を与えず、従って積極的誘引性という事情を考慮する必要もないと考えられるからである。

大阪高裁は以上の前提を説明する際、①あるウェブページに児童ポルノが掲載されている場合、②ハイパーリンクが他のウェブページに掲載されている場合、③URLのみが掲載されている場合、及び④URLが改変されている場合を想定し、①から④の順に新たな法益侵害の危険性が減少していくとしつつ、積極的誘引性がある場合にはこの危険性が減少しない、と説明しているように見える。しかし、④の場合であっても作業自体は誰でも行える、極めて容易なものであるから、積極的誘引性がなければ新たな法益侵害の危険性を肯定できない、と言う必要はないように思われる。平成13年決定が「作業の容易性」という判断枠組みを用いて指摘したのは、当該作業が閲覧者にとって技術的に困難なものでなければよいということであって、作業手順の多寡についてまで論じているものではないと言すべきである。

また、作業手順が多いという理由で新たな法益侵害の危険性が減少ないし否定され则认为てしまうと、大阪高裁も自ら指摘しているように、「犯罪として処罰されることを免れるための手段として」児童ポルノを閲覧するための作業手順を多くするような掲載方法が将来一般的となれば、児童ポルノ公然陳列罪の規定は事実上骨抜きにされる恐れが生じるのではないだろうか。

さらに、児童ポルノ画像に限らずとも、示されたURL等の先に、閲覧者の目的とする情報が存在しているということが分かっている、あるいはその可能性があるのであれば、作業の個数が多かったとしても当該情報を入手するために作業を継続するであろう、と考えることは特段不自然なことではないように

思われるし、児童ポルノ公然陳列罪の罪質を刑法175条におけるわいせつ物公然陳列罪の罪質と同様に抽象的危険犯と解するのであれば、本件改変 URL を掲載した時点で公然陳列罪は既遂に達すると言うべきであり、作業手順の多寡を検討する必要があるかについては、やはり検討の余地があると言えよう。

以上は第1審の判示についても妥当する。すなわち第1審では、新たな認識可能性を設定したかという争点を検証する際、A作成の掲示板とX作成の掲示板の体裁をそれぞれ比較し、前者は検索にかかりづらく掲示板の発見は困難であるが、後者は検索にかかりやすいよう設定されているため積極的誘引性があり、新たな認識可能性を設定したと認定されている。しかし、原審に対するのと同様の理由から、積極的誘引性の存在それ自体を根拠として新たな認識可能性を認定することはできないように思われる³⁰。

② 「新たな」認識可能性という基準について

第1審と原審は共に、「公然と陳列した」の意義について平成13年決定を引用し、同決定中の「認識できる状態に置いた」という文言に基づいて、新たな認識可能性の設定について検討している。しかし、平成13年決定において争点とされたのは作業の容易性であって、「新たな」認識可能性を設定したかという点は争点とされていない。本件下級審は、同決定の「認識できる状態に置いた」という文言につき、新たな適用上の要件を付け加えたものと評価できよう。

そこで問題となるのが、既に公然陳列されているものを重ねて公然陳列することが可能か、という点である。これについては先に述べたとおり、学説からは概ね肯定されているようにも思われるが、単に児童ポルノ画像への「道筋」を増やしたという理由のみでは、これを肯定すべきではないように思われる。たとえば、既に（インターネット上の）広範囲にわたって当該児童ポルノ画像が蔵置されているウェブページにアクセスすることが可能であるような状態³¹で、さらに当該児童ポルノ画像にリンクを張り、あるいは URL を掲載したと

³⁰ 渡邊卓也「判批」判例評論659号（2014年）187頁は、誘引性は認識可能性の程度問題に解消されるとする。

³¹ 多数人が同一のウェブページにリンクを張るなどしたために、その他多数のインターネット利用者が当該ウェブページを認識しうるようになった状態などがこれにあたる。

しても、確かに形式的には「道筋」を増やしたと言うことは可能であるが、しかしこの場合は、実質的に「新たな認識可能性を設定した」と言うことはできないから、これを自己蔵置と同視することもできない。それは、部屋の壁に穴を開けることで、室内に蔵置されているわいせつ物が外から観覧できるようにした場合には公然陳列罪が成立するとしても³²、既に多数の穴が開いている壁に、さらに穴をひとつ開けたとしても公然陳列罪が成立する、と考えるのが妥当でないのと同じである。

従って、本件のようなケースを解決するにあたっては、児童ポルノ画像が本来蔵置されていた場所と、その URL が掲載されていた場所の体裁を比較して、新たな認識可能性の有無を判断することが必要となろう。第1審がこの点を検討したのは正しかったように思われるが、その際判断基準とすべきなのは客観的に人目につきやすいかどうかであり、先に述べたとおり、積極的誘引性を考慮する必要はないと言うべきである。どれだけ閲覧を積極的に誘引していたとしても、そのウェブページが人目につかなければ意味がないであろう。つまり、既にインターネット上にアップロードされている画像について、実質的に新たな認識可能性を設定したと言うためには、元のウェブサイトの認識可能性が低く、リンクや URL が掲載されたウェブサイトの認識可能性が高いような場合でなければならず、この点が立証されなければ、行為者を公然陳列罪に問うことはできないと解するべきである。このように解すると、本件においては、原審が第1審の認識可能性に関する検討を「客観的に確かな証拠があるのか、疑問がないではない」として否定しているにもかかわらず被告人を有罪とした結論は、妥当ではないこととなろう。本稿は、新たな認識可能性については第1審の判断枠組みが、積極的誘引性を検討した点を除けば妥当であると考ええる。

しかし、新たな認識可能性という要素を真に要求するのであれば、第1審の検討もなお完全であるとは言えない。というのは、第1審は画像がアップロードされているウェブサイトと、改変 URL が掲載されているウェブサイトの体裁を比較検討することによって新たな認識可能性があったと結論付けているが、本件で問題となった画像それ自体が、他のウェブページ等においてどの程度認識可能であったかという点については検討されていないからであり、この点は学説においても特に問題点として触れられていない。しかし、この点を検

³² 山口・前掲注(5)76頁。

討せず、ウェブサイトの体裁を比較するのみで新たな認識可能性が設定されたかを判断するのは、妥当ではないのではなかろうか。

例えば、児童ポルノ画像Aが、認識可能性の低いウェブサイトにアップロードされていたところ、あるとき行為者がこのサイトを偶然発見し、画像AのURLを、認識可能性の高いウェブサイトに掲載したという事例を想定してみよう。この架空事例は本件事例とほぼ同じであり、第1審の判断枠組みによれば有罪となるであろう。しかしそこに、「画像Aは既にインターネット上の広範囲においてアップロードされており、誰でも容易に閲覧することが可能であった」という事情が付け加わった場合には、異なる結論が得られるのではないだろうか。なぜなら、画像が既に広範囲に知れ渡っているということは、認識可能性が設定され尽くしているということを意味し、そのような画像にアクセスするためのリンクやURLを掲載しても、新たに認識可能性を設定したとは言えないからである。そしてこの場合は、2つのウェブサイトの体裁を比較検討する必要もない。問題となった画像自体の認識可能性が既に高ければ、ウェブサイトの認識可能性の高低にかかわらず犯罪は不成立とされるべきである。

ただし現状において、画像自体の認識可能性の有無や程度を正確に判断することが可能かどうかについては疑問があり、どの程度認識可能性を高めれば新たな認識可能性を設定したと言えるかについても明確な基準はないため、画像自体の認識可能性という基準が有用であるとは言えないようにも思われるが、「新たな認識可能性の設定」という基準を用いて本件のような事例を解決しようとするのであれば、本来であればこの点まで考察しなければ、妥当な結論を得ることはできないのではないだろうか³³。

³³ 深町晋也「ネットワーク犯罪における刑法上の諸問題」立教法務研究7号(2014年)214頁以下は、「極めてアクセス数の多いサイトにアップされ、かつ、既に多くのインターネット利用者によって紹介されているようなわいせつ画像について、それを更に紹介する意味で自己のサイト内でハイパーリンクを貼った場合などについて、常にわいせつ物公然陳列罪が成立すると考えることは妥当ではなかろう。」とする一方で、わいせつ画像を集めた『まとめサイト』のようなものを開設した場合には、不特定又は多数の者が認識可能な状態を質的に高めたと評価することが可能であり、なお、新たな認識可能性を設定したものと認めても差し支えないと思われる」とする。しかし、本文でも述べたとおり、当該画像がネット上で共有されている程度を把握することは困難であると思わ

さらに言えば、本件の解決には直接関係しないが、リンクを張る行為や URL を掲載する行為に対して、新たな認識可能性を設定したという事情を要求するのであれば、自己蔵置行為に対しても同様の事情を要求すべきなのではないだろうか。この点学説が関心を寄せているのは専ら前者についてであり、自らアップロードする行為についても新たな認識可能性という事情を要求するかについては定かではない。しかし、既に広範囲にわたって認識可能性が設定されている画像を自らアップロードした場合には犯罪が成立し、リンクや URL を掲載した場合には成立しないというのは、均衡を欠くであろう^{34 35}。

れ、わいせつ画像を紹介しているサイトというのは、通常は「まとめサイト」の形態をしていると思われるため、認識可能性を「質的に高めた」という事情を考慮しても、なお処罰範囲の限定を図ることは容易ではないように思われる。

³⁴ 一方、インターネット空間ではなく、実体を伴う現実の空間においても同じことが言えるかについては議論の余地があろう。例えば、街中のある場所にわいせつ物 A が公然陳列されていたところ、その隣に全く同じわいせつ物 A' を置いたような場合には、なお公然陳列罪の成立する余地はあろう。現実の空間において同一のわいせつ物が 2 つ置かれたとき、これによって発生した善良な性風俗に対する抽象的危険を除去するためには、これらのわいせつ物の両方を撤去する必要がある。しかし、先に置かれたわいせつ物 A のみが公然陳列罪の客体であるとする、同一のわいせつ物 A' が置かれた後で、A のみが撤去された場合には、A' については公然陳列罪が成立しないにもかかわらず、善良な性風俗が害される危険は除去されず、不当な結果をもたらす恐れがあろう。

一方、インターネット空間においては、ひとたびわいせつな画像が認識可能性のあるウェブサイトへアップロードされると、多くの閲覧者によって画像が他の場所へと「拡散」されていく可能性が高く、アップロードされたわいせつ画像を撤去することは、現実の空間と比較すると極めて困難であることが予想される。仮に、多数のウェブサイト上に同一のわいせつ画像がアップロードされている場合に、行為者がさらに他のウェブサイト上にわいせつ画像を蔵置したとしても、この行為が新たな認識可能性を設定したとは言えないのではないだろうか。

³⁵ リンクや URL を掲載する行為は自らアップロードする行為とは異なるため、これと同視するための「密接性」要件として、新たな認識可能性の設定という事情を要求していると考える余地はあるかもしれないが、新たな認識可能性の設定を必要としない自己蔵置と、これを要求するリンクや URL の掲載行為を「同視」することはできないはずである。新たな認識可能性の設定という要件を、

この点について原審は、本件改変 URL の掲載行為は閲覧者に対して複雑困難な操作を要求するものではないことを根拠として、本件行為は「当該児童ポルノが特定のウェブページに掲載されていることさえ知らなかった不特定多数の者に対してもその存在を知らしめる」ものであると判示しているが、この判示は、今まで検討してきた意味での新たな認識可能性を論じたものではないように思われる。原審は、閲覧者に求められる作業の容易性を根拠として「その存在を知らしめる」ものであると判示しているが、作業が容易であることと、新たな認識可能性を設定することには関係がないこともさることながら、ここで原審が「その存在を知らしめる」という文言を用いて想定している認識可能性は、第1審や学説が検討しているような実質的なものではなく、より形式的な認識可能性であると思われる。それは「当該児童ポルノが特定のウェブページに掲載されていることさえ知らなかった不特定多数の者」という判示からも明らかであろう。というのは、「特定のウェブページ」がどの程度の認識可能性を有していたかを分析することなく結論を導き出していることに加えて、この判示が実質的には何の制限にもなっていないからである³⁶。

(自己蔵置とリンク等の) 双方の場合で必要とするか、あるいは不要としなければ、一貫した解釈はできないと言うべきである。

³⁶ 例えば、認識可能性の高いウェブサイト、既にインターネット上の広範囲にわたって認識されている児童ポルノ画像がアップロードされていたところ、その画像に対して、認識可能性の高い別のサイトにおいてリンクや URL を掲載したような場合であっても、原審が判示したような「当該児童ポルノが特定のウェブページに掲載されていることさえ知らなかった不特定多数の者に対してもその存在を知らしめ」た場合に該当することになるであろう。インターネット空間においては理論上誰もがあらゆるウェブサイトにアクセスすることができるため、誰がどのウェブサイトを閲覧し、あるいはしていないのかを識別することは困難である。それゆえ、どれほど多くのインターネット利用者に認識されているウェブサイトにいかにせつな画像がアップロードされたとしても、理論上は当該ウェブサイト知らない者が常に存在することになる。しかし、本文でも述べるが、第1審が分析しているように、認識することが事実上困難なウェブサイトというものが存在していることは否定できないように思われる。この点について指摘しているものとして、深町・前掲注(33) 209頁以下、斎藤あゆみ「ネットワーク利用犯罪におけるプロバイダの刑事責任」専修法研論集 37号(2005年) 149頁以下。

確かに、第1審の分析を否定している以上、大阪高裁は問題となったウェブサイトの認識可能性については触れずに構成要件該当性を判断しなければならなかった、ということは理解できる。あるウェブサイトの「認識可能性が高い」あるいは「認識可能性が低い」状態とは具体的にどのような状態を指すかを明らかにすることは容易ではなく、大阪高裁が抱いた疑問は当然と言えよう。しかし、第1審の分析はこの問題に一定の解決を示していると評価しうる。すなわち、第1審の認定によれば、本件児童ポルノ画像を自己の掲示板にアップロードしたAは専ら個人的な目的に基づいて当該行為を行っており、その掲示板の体裁³⁷が、Aの目的が個人的なものであることの裏付けになっていると言える。さらに、共犯者Yが本件児童ポルノ画像を発見したのは、ロシアの掲示板から直接リンクが張られていたものを発見したという偶然によるのであるから、Xが本件改変URLを掲載しなければ、(画像それ自体が広範囲に認識されていたかという点を捨象すれば)本件児童ポルノ画像が人目に付くことは困難であったと言えよう。従って、少なくとも本件の事実関係の下においては、ウェブサイトの認識可能性の程度に明らかな差があったと言っても差し支えない。そして、ウェブサイトの認識可能性の程度差が事実関係を通して明らかにならなかったのであれば、新たな認識可能性の設定を否定すべきである。問題となるのは、「明らかな程度の差があった」ことをどのように認定するかであるが、本件のように、元のウェブサイトを認識することが事実上ほとんど困難であると言えるような場合でない限りは、これを肯定することはできないように思われる。

③ 本件における下級審の判断について

以上を踏まえて本件下級審判決について検討すると、まず原審は新たな認識可能性については事実上考慮していないにもかかわらず本罪の成立を肯定している点で、妥当ではない。次に第1審については、積極的誘引性という点を除けば、2つのウェブサイトの認識可能性を比較した上で、Xは自らのウェブページにおいて改変URLを掲載することで、本件児童ポルノ画像に対して新たな

³⁷ Aが作成した掲示板の題名は「☆☆☆☆☆☆☆☆」というものであり、外部からは当該掲示板に児童ポルノが掲載されているということが分かりにくくなっていた。

認識可能性を設定したと判断している点では妥当であると言えるが、新たな認識可能性という基準を用いるのであれば、やはり当該画像それ自体の認識可能性の程度まで分析すべきだったように思われ、その分析を行わずに本罪の成立を肯定するのが妥当な解決であったと言えるかは、なお疑問がある。しかしながら現状において画像それ自体の認識可能性というものをどれだけ把握できるか定かでない以上、やむを得ないと言わざるを得ないであろう。

もっとも、新たな認識可能性の設定という基準を用いずに、平成13年決定の「作業の容易性」という基準をそのまま本件にあてはめて判断すれば、第1審でも原審でも、本罪の成立を肯定することは十分可能だったはずである。にもかかわらずそのような処理は行われておらず、平成13年決定の適用に際し一定の限定を施そうと試みている姿勢は適切なものであったと評価できよう。

（3）最高裁の法廷意見と大橋反対意見について

先にも述べたとおり、最高裁の多数意見は上告趣意が適法な上告理由に当たらないとして、具体的な法律判断を示さずに上告を棄却しているが、「これは多数意見が原判決の法令適用の適否等については何ら判断を示さなかったものであって、法令適用等について原判決の判断を是認したと捉えることは相当ではない」³⁸と指摘されていることに注意を要する。

これに対して大橋反対意見は、刑法175条の公然陳列概念は児童ポルノ法7条4項の公然陳列概念にも該当するとした上で、「『公然と陳列した』とされるためには、既に第三者によって公然陳列されている児童ポルノの所在場所の情報を単に情報として示すだけでは不十分であり、当該児童ポルノ自体を不特定又は多数の者が認識できるようにする行為が必要で」とあると批判し、また、平成13年決定の射程は本件には及ばず、幫助罪の成立する余地もあるとして、破棄差し戻しを主張するものである。

しかし、「所在場所の情報を示す」とこと、「児童ポルノ自体を不特定又は多数の者が認識できるようにする」とこととの間には、それほど本質的な差異は存

³⁸ 判時2166号（2013年）141頁（匿名解説）。石井・前掲注（21）165頁は、「反対意見にまではいたらなかったという消極的な判断があったとみてよいのではなからうか。」とする。このほか、朝日恒行「判批」警察公論68巻8号（2013年）92頁、豊田兼彦「判批」法学セミナー701号（2013年）119頁。

にしているのではないだろうか。原審も判示しているように、重要なのは当該ウェブページで用いられているインターネット技術ではなく、容易に児童ポルノを閲覧できるという現象である。所在場所の情報を示すことがその児童ポルノ画像の閲覧を容易にし、新たな認識可能性を設定したと言えるのであれば、これを自己蔵置と同視したとしても、罪刑法定主義に抵触することはないように思われる。また、技術が異なるという理由でこのような行為態様を処罰せずに放置するならば、児童ポルノの被写体となった児童の権利侵害はさらに助長され、不当な結果をもたらすことにもなりかねない³⁹。

また、平成13年決定の射程を言う点についても、反対意見は、平成13年決定は自己蔵置の事案であり、本件は自己蔵置の事案ではないため射程が及ばないと主張しているが、本件行為が自己蔵置と同視しうるのであれば、なお本件を平成13年決定の射程に含めて論ずることは可能であるし、平成13年決定において重要なのは「閲覧者に要求される作業の容易性」であって、これは自己蔵置の場合のみに限定しているものではないと言うこともできよう。

最後に幫助犯の成否については既に学説からも指摘されているように、Xの本件行為が、既に終了したAによる本件児童ポルノ画像の自己蔵置行為を助長したとは言えないから、幫助犯の成立は否定されよう⁴⁰。

V おわりに 刑法175条と児童ポルノ法7条4項の関係について

結論としては、本稿は、Xの行為について本罪の成立を認めた結論自体は妥当であると考えるが、そこで用いるべき判断枠組みは第1審の枠組みであり、これと異なる原審の枠組みによっては有罪判決を維持することはできないと考

³⁹ 大橋反対意見は、雑誌等にURLが掲載された場合であってもこれを公然陳列罪で処罰することとなり不当である、という趣旨の批判を展開しているが、携帯情報端末が公汎に普及した現在にあっては、ほんとうにこのような行為類型を公然陳列罪で処罰すべきでないのかについては、議論の余地がある。

⁴⁰ 深町・前掲注(33) 215頁以下、天田・前掲注(21) 115頁以下、石井・前掲注(21) 166頁、永井善之「判批」法学セミナー増刊号(新・判例解説 Watch) 12号(2013年) 154頁、同「判批」刑事法ジャーナル37号(2013年) 106頁、中村悠人「判批」現代法学25号(2013年) 183頁、渡邊卓也「判批」判例セレクト2012 [I] (2013年) 39頁、同・前掲注(30) 188頁以下。また、幫助犯の成立可能性を検討すべきとする見解につき、豊田・前掲注(38) 119頁。

える。最高裁決定については、法廷意見が第1審と原審のいずれの枠組みを妥当としているのか、あるいはいずれの枠組みも妥当でないとしているのかが明らかでないため、立ち入って検討することはできないが、少なくとも本稿の見解からは、有罪の結論を維持したことに対しては、批判すべき点はないように思われる。

本件の検討は以上であるが、最後に、刑法175条と児童ポルノ法7条4項の関係について、若干の検討を加えることとする。

本件下級審判決や大橋反対意見によれば、わいせつ物公然陳列罪(刑法175条)における「公然と陳列した」の意義について判断した平成13年決定の趣旨は、児童ポルノ公然陳列罪(児童ポルノ法7条4項)における「公然と陳列した」という文言の解釈にも妥当するとされている。しかし、これらの法律はそれぞれ立法趣旨や法定刑が異なっており、175条の解釈と児童ポルノ法7条4項の解釈が一致するという結論が必然的に出てくるわけではないように思われる。

刑法174条(公然わいせつ)及び175条(わいせつ物頒布等)の罪が規定されたのは、性風俗ないし公衆の性的感情という社会的法益を保護するためであり⁴¹、公然陳列罪に対する法定刑は2年以下の懲役若しくは250万円以下の罰金若しくは科料、又は懲役と罰金の併科とされている。他方、児童ポルノ法の趣旨は、端的に言えば児童の権利の擁護(1条)であり、法定刑は5年以下の懲役若しくは500万円以下の罰金又はこれらの併科と、刑法よりも格段に重い処罰が規定されており、両罪は保護の対象や法定刑において明確な差異を有している⁴²。

そこで、特に立法趣旨という見地から、両罪の「公然陳列」概念について見てみると、例えば、既に広範囲に、児童ポルノではないわいせつ画像がアップロードされている状況において当該画像にリンクを張ったような場合は、既に健全な性風俗は害され尽くしていると言うことも可能であり、その限りでこれを罰しないといった処理も想定し得るのに対し、児童ポルノの場合は、たとえ広範囲にわたって児童ポルノ画像が認識可能な状態になっていたとしても、さ

⁴¹ 大塚ほか編・前掲注(5)4頁。

⁴² 「わいせつ」の概念の解釈も、児童ポルノ法2条3項においては、刑法175条における解釈(最判昭和26年5月10日刑集5巻6号1026頁)よりも広く解されており、この点でも両罪は異なっている。森山眞弓＝野田聖子編著『よくわかる改正児童買春・児童ポルノ法』(ぎょうせい、2005年)79頁以下。

らに新たなウェブサイトには児童ポルノ画像を蔵置することはもちろん、児童ポルノ画像にリンクを張ったり、あるいは児童ポルノ画像が掲載されているウェブページに至る URL を掲載したりするような場合であっても、児童ポルノの被写体となった児童の権利は、さらに追い打ちをかけるように害されると言え、このような行為類型までもを処罰することによって、児童の権利の保護が実現できるのではないだろうか。

確かに、両罪は共に「公然と陳列した」という同一の文言が用いられており、立法者の意思としても、両罪の公然陳列概念を別異に扱うことを予定していないと考えられるから、下級審や大橋反対意見がこの点を特に問題としなかったのはむしろ当然であるとも言えよう⁴³。しかし、児童ポルノ法の立法趣旨や違反行為に対して予定されている法定刑は、刑法175条のそれらよりも明らかに厳しい態度で臨んでおり、そのような観点からすれば、公然陳列の概念を刑法175条と児童ポルノ法7条4項とで一致させるというのは、実は必須の要求ではないように思われるのであるが、この点の解明は、さしあたり本稿の目的とするところではないので、今後の検討の可能性を指摘するにとどめることとする。

⁴³ 森山＝野田・前掲注(42) 101頁は、児童ポルノ法7条4項の「公然と陳列した」の解釈については平成13年決定と同様に考えられると説明している。