

**アダルトサイトの管理運営者にわいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪等の
共謀共同正犯が成立するとされた事例****【文 献 種 別】** 判決／大阪高等裁判所**【裁判年月日】** 平成 30 年 9 月 11 日**【事 件 番 号】** 平成 29 年（う）第 635 号**【事 件 名】** わいせつ電磁的記録記録媒体陳列、公然わいせつ被告事件**【裁 判 結 果】** 控訴棄却（上告）**【参 照 法 令】** 刑法 60 条・175 条 1 項前段・174 条**【掲 載 誌】** 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449705

事実の概要

第一審（京都地判平 29・3・24 裁判所ウェブサイト）の認定によれば、被告人 A は、大阪市内に本店を置き、インターネット・ホームページの企画、立案、制作並びにインターネットでのサーバの設置およびその管理業務等を目的とし、アメリカ合衆国所在の C 社（代表者 D）と共にインターネットサイト E を管理・運営する F 社の実質的相談役、被告人 B は、F 社の代表取締役であり、C 社は、E 内において E 動画アダルトと E ライブアダルトの各サービスを提供していた。E 動画アダルトと E ライブアダルトには相当数の無修正わいせつ動画が配信されており、C 社の取引高に寄与していた。D と被告人両名は、これらのことを認識した上で、無修正わいせつ動画の投稿・配信を許容し、これらのサイトを管理・運営していたところ、G が E 動画アダルトに無修正わいせつ動画を投稿してわいせつな電磁的記録に係る記録媒体を公然と陳列し、H、I、J が E ライブアダルトに無修正わいせつ動画を配信して公然とわいせつな行為をした。

これを前提に、第一審は、次のように述べて、被告人両名にわいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪・公然わいせつ罪の共謀共同正犯が成立するとした。すなわち、E 動画アダルトや E ライブアダルトでは、その仕組みに動機づけられて、無修正わいせつ動画が許容されるものとして相当数投稿・配信されており、G も、同様に動機づけられて E 動画アダルトへ無修正わいせつ動画を投稿し、H、I、J らも、エージェント登録により高

額な利益を上げる仕組みであることに動機づけられて E ライブアダルトへ無修正わいせつ動画を配信した。そして、D と被告人両名は、E に不特定多数の者により無修正わいせつ動画が相当の割合で投稿・配信されることを認識し、許容するだけでなく、これを利用して利益を上げる目的で E 動画アダルト、E ライブアダルトを管理・運営しており、具体的な投稿・配信行為を認識しなくても、概括的にこれを認識・認容していたといえる。そうすると、D および被告人両名と G 以下の本件各投稿者らとの間には、無修正わいせつ動画の投稿・配信の各行為の時点で、それぞれわいせつ電磁的記録記録媒体陳列ないし公然わいせつを共同して行う旨の黙示の意思連絡および相互利用補充関係があった。被告人両名が G らの無修正わいせつ動画の投稿・配信を具体的に認識しておらず、また、同人らの存在を具体的に認識していなかったとしても、共謀の成立には、必ずしも具体的な投稿者・配信者や個別具体的な実行行為まで認識することを要するものではないから、前記判断を左右しない。

以上に対し、被告人両名が控訴し、事実関係を争うとともに、被告人両名にはわいせつ動画等の投稿・配信の相手方の存在についてさえ認識がなく、このような場合に共謀を認めることは、相互の意思連絡を必要とする従来の共謀概念ではあり得ないと主張した。

判決の要旨

本判決は、第一審に法令の解釈、適用の誤りは

ないとして控訴を棄却したが、その中で、共謀共同正犯の成立、とりわけ意思連絡の点について、次のように述べた。

被告人兩名は、無修正わいせつ動画の投稿・配信を勧誘・促進する意図を有し、この意図は、各サイトの画像上、当該サイトの利用者に対し、事前に默示的とはいえ明確に示されており、本件各投稿者らも、これらのサイトのシステムに従って自らが投稿・配信した無修正わいせつ動画を不特定多数のサイト利用者の閲覧・観覧に供するとともに、所定の特典を受けることを希望するという意思を有し、この意思も、本件各投稿者らが本件投稿等を行った時点においてEの管理・運営を行う被告人兩名に対し明確に示されていたから、意思連絡がないとはいえない。投稿・配信時点では投稿者等の存在や投稿等の内容を認識していなくても、被告人兩名は各サイトを管理運営していたのであるから、共同して特定の無修正動画をサイト利用者の閲覧・観覧に供する旨の意思が実質的に合致したといえる。

共謀が成立するには、①実行犯が行う犯罪行為の具体的内容について逐一認識することを要するものではないし、②組織的犯罪等のように、主犯格の者において末端の実行犯が誰であるかを知らなくても、共謀の成立を認めるべき場合もある。何よりも本件各犯行については、③いずれの犯行も被告人兩名の管理・運営するウェブサイトへ個々の実行犯が無修正わいせつ動画の電磁的記録の送信により投稿・配信するという形態によって実行されたものであること、④被告人兩名と実行犯らは共に、このような形態によって違法な行為がなされることについて確定的に認識していたこと、⑤被告人兩名にとって個々の実行犯が誰であるかは特段問題ではなかったこと、⑥特定の実行犯が特定の無修正わいせつ動画を投稿・配信することにより、共謀の対象となる犯罪行為および共謀の相手となる共犯者が具体的に特定されること、といった特質がある。このような本件各犯行の特質に照らすと、被告人兩名が、個々の実行犯や投稿等された無修正わいせつ動画を、投稿等の時点において、いずれも特定して認識していないからといって、そのことが実行犯との意思連絡ひいては共謀の認定の妨げになるとは考えられない。

判例の解説

一 問題の所在

被告人兩名は、無修正わいせつ動画の投稿・配信を勧誘・促進したとされるが、本件の最大の特徴は、その相手方が、具体的に特定された者ではなく、当該サイトの利用者という不特定多数の者であった点にある。また、被告人兩名の勧誘に応じて無修正わいせつ動画を投稿・配信したとされる実行犯の各行為が、被告人兩名の知らないうちに、被告人兩名の意思に拘束されずに、実行犯において完全に自由・主体的に行われた点も、大きな特徴であるといつてよい。

このように、ある者が不特定多数の者に対して犯罪の実行を促進したところ、一部の者がこれに呼応し、促進者の知らないうちに、促進者の意思に全く拘束されることなく犯罪を実行した場合に、促進者と実行犯との間に共謀・意思連絡があったといえるか。この点が、本件で検討されるべき最大の問題である¹⁾。

二 共謀・意思連絡の拡張

1 本判決は、被告人兩名に共謀を認めた。これは、不特定多数の者を相手方とする場合であっても意思連絡を認めることができる、という理解を前提にしている。このような理解は、判例で認められてきた共謀・意思連絡の範囲を超えるものである。

2 大審院・最高裁の裁判例で、このような場合に共謀・意思連絡を認めた例は見当たらない。背後者が実行犯やその行為を具体的に認識していなくても、共謀が認められることはあるが、それは、順次共謀の場合である。この場合、背後者と媒介者、媒介者と実行犯は相互に具体的に特定された関係にあり、この点の認識もあるから、本件とは問題状況が異なる。下級審には、インターネットを利用したわいせつ図画公然陳列の事案について意思連絡を認めたと解される裁判例があるが²⁾、これは、実行共同正犯についてのものである。共謀共同正犯に関するものは、下級審にも見当たらない³⁾。

むしろ、裁判例では、不特定多数の者を相手方とする場合については、せいぜい幫助犯の成立可能性があるとどまるとされてきた。例えば、最高裁の事例として、Winny 事件⁴⁾がある。また、

下級審には、名古屋地判平 18・1・16⁵⁾があり、それは、被告人兩名が自己の管理するサーバコンピュータに電子掲示板「ロリータなんでも」を開設し、これを管理し得る立場にあったところ、各投稿者が児童ポルノ画像をこの掲示板に送信して公然陳列したという事案について、「被告人兩名と各投稿者らとの間には、上記の内容の電子掲示板が開設されていることの認識と、これに対して投稿者らが児童ポルノを送信して記憶蔵置させ、これがインターネットを通じて不特定の第三者に閲覧可能であることを相互に認識していたにとどまり、具体的に相手の行為を利用して各投稿者が送信蔵置させた児童ポルノを不特定の第三者に閲覧させることについての意思の連絡があったとはいえない」として、児童ポルノ公然陳列罪の幫助犯の成立を認めている。

3 このように、判例は、幫助犯の成否を問題としてきたのであり、その理由は、前掲名古屋地判平 18・1・16 が述べるように、意思連絡が欠ける点に求められてきたと考えられる⁶⁾。それにもかかわらず、意思連絡を認めたのであれば、それは、共謀・意思連絡の拡張を意味する。

三 本判決に対する疑問

1 では、このような拡張は、正当化され得るか。本判決は、投稿・配信の時点で実行犯等を特定して認識していなくてもよい理由として、①②の一般論と、③ないし⑥の具体的な事情を挙げる。しかし、これには疑問がある。

まず、①であるが、背後者に実行行為の詳細な認識がなくてよいとされてきたのは、背後者の認識において実行犯（順次共謀の事例では、背後者と実行犯の媒介者）が特定されている事例であり、本件のような場合ではない⁷⁾。よって、①は、本件では理由にはならない。②も、理由になるとは思われない。②が当てはまるのは、すでに述べたように、順次共謀の場合であるが、本件は、順次共謀の事案ではないからである。

次に、③以下であるが、③は、客観的な相互利用補充関係を推認する事情にはなり得ても、共謀・意思連絡という主観的な要件を直ちに基礎づけるものではない。片面的共同正犯の事例を想起すれば明らかなように、客観的には相互利用補充関係があるが、意思連絡はないということもあり得るからである⁸⁾。③を④の前提事実すぎないとみ

て、④に注目したとしても、それは、共謀・意思連絡を拡張してよい理由にはならない。④は、違法行為がなされることの認識が被告人兩名と実行犯のそれぞれにあったといっているだけであって、そこから直ちに「本件犯行」についての意思「連絡」があったということはできないからである。では、⑤はどうか。これも根拠としては不十分であろう。実行犯の不特定性・没個性性は、共謀・意思連絡を否定して背後者を幫助犯に格下げする理由にもなり得るのであって、これを共謀・意思連絡を肯定する理由とするのは、論理の飛躍だからである。⑥も、理由になるかは疑問である。実行行為の時点で実行犯が客観的に特定されたとしても、それは、実行犯を特定して認識していなくてもよいことの理由にはならないからである。

したがって、①ないし⑥を総合的に考慮しても、共謀・意思連絡を根拠づけることはできないように思われる。

2 本判決における共謀・意思連絡の拡張は、刑法（特別法を含む）のあり方と整合しない疑いもある。

刑法は、不特定多数の者に対して犯罪実行を促した場合については、「せん動」による処罰を予定している。「せん動」は、これに呼応して実行行為が行われたことを要しない点で刑法総則の共犯と異なるが、不特定多数の者を相手方とする点では本件の問題状況と共通する。そこで、「せん動」にも目を向ける必要がある。

では、「せん動」に呼応して犯罪が実行された場合、総則の共犯規定、とりわけ共同正犯の規定の適用はあるか。結論からいうと、刑法は、「せん動」については、共同正犯を含む総則共犯規定の適用を予定していないと解される。その理由は、第1に、「せん動」と並んで規定されている「教唆」（独立教唆）の反対解釈に求められる。例えば、破壊活動防止法 41 条は、同法の「教唆」について、「教唆された者が教唆に係る犯罪を実行したときは、刑法総則に定める教唆の規定の適用を排除するものではない」と定める一方、「せん動」については、これに相当する規定を置いていない。よって、破壊活動防止法は、「せん動」への総則共犯規定の適用を予定していないと解される。第2の理由は、判例実務における運用である。「せん動」に呼応して犯罪が実行された場合に「せん動」者をその共同正犯とした事例は見当たらな

い。例えば、渋谷暴動事件では、「せん動」された者により放火や殺人が実行されたが、「せん動」者は、これに対する重大な寄与や正犯意思があったことは否定しがたいにもかかわらず、共謀共同正犯としてではなく、「せん動」罪のみで処罰されている⁹⁾。

このように、刑法は、不特定多数の者に犯罪実行を促し、これに呼応して犯罪が実行された場合については、共謀共同正犯ではなく、「せん動」罪での処罰を予定しており、判例も、これに従っていると考えられる。「せん動」罪の対象となる重大犯罪についてさえ共謀共同正犯の成立が認められていないのに、それより格段に刑の軽い本件の各罪について共謀共同正犯の成立を認めるのは、問題であるように思われる。

3 本件は、すでに述べたように、実行犯が、実行を促した者の意思に拘束されずに、自由かつ主体的に犯罪を実行したところにも特徴がある¹⁰⁾。しかし、本判決は、この特徴を考慮したとは思われず、この点も、従来の裁判例と整合しない疑いがある。

例えば、大分地判平 27・10・15¹¹⁾ は、覚せい剤の密売の事案について、被告人兩名は、仕入代金を全額提供し、実行犯の密売の直前まで仕入れた覚せい剤を管理するなど「重要な役割」を果たしていたにもかかわらず、密売の実行犯に自由・主体性があった（客、譲渡者、代金を自由に決めていた）ことを理由に、被告人兩名を共謀共同正犯ではなく幫助犯としている。また、カップル喫茶店内での公然わいせつの事案に関する東京地判平 8・3・28¹²⁾ は、被告人兩名が、客（男女の同伴客に限定）が性的行為をし、それを互いに見せ合っ

てエスカレートさせるという営業の狙いに従って店内の雰囲気作りをするなど、誘引行為ないし場の提供を行ったにもかかわらず、「あくまでも店内の行動は客の自由に委ねられていた」として、被告人兩名を共謀共同正犯ではなく幫助犯としている。これらの裁判例に照らしても、本件で共謀共同正犯の成立を認めることには、疑問の余地がある。

4 以上のように、本判決には様々な疑問がある。被告人兩名には共同正犯は成立せず、幫助犯しか成立し得ないと解すべきように思われる。

検察官が被告人兩名を共同正犯として起訴し、第一審および本判決が共謀共同正犯の成立にこだ

わったのは、被告人兩名が経済的利益を得る目的を有しており、実際にそのような利益を得た点を重視したからかもしれない。しかし、利益の帰属が共同正犯の実質的根拠の1つになり得るとしても、それは、意思連絡が認められた上での正犯性の要素であり、意思連絡を基礎づけるものではない。

●——注

- 1) サイトを管理運営する行為の中立性、実行共同正犯の可能性など、他にも論点となり得るものはあるが、紙幅の関係上、ここでは取り上げない。
- 2) 横浜地判平 20・1・17 判例誌未登載 (LLI/DB 判例番号 L06350161 参照)。
- 3) なお、東京地判平 18・4・21 判例誌未登載 (島田聡一郎「判批」刑事法ジャーナル 9 号 (2007 年) 135 頁参照) は、不特定多数の者に犯罪実行を促し、これに呼応して犯罪が実行された場合について、意思連絡を認めているが、これは名誉毀損罪の、それも実行共同正犯とされた事案についてのものである。
- 4) 最決平 23・12・19 刑集 65 巻 9 号 1380 頁。
- 5) 奥村徹「プロバイダの刑事責任」情報ネットワーク・ローレビュー 7 号 (2008 年) 43 頁注 2 参照。
- 6) Winny 事件については、意思連絡とは別の要件、例えば、正犯意思、相互利用補充関係が充たされないために共同正犯から除外されたと解する余地があるが、Winny 開発・提供者と、それを使って著作権侵害を実行した者との間に、著作権侵害についての意思連絡があったとみるのは不自然であろう。
- 7) 最決平 15・5・1 刑集 57 巻 5 号 507 頁は、被告人が、スワットらのけん銃等の携行を「概括的とはいえ確定的に認識していた」ことを指摘して、被告人とスワットらとの共謀を認めたが、ここにいる「概括的」とは、被告人の近辺で警護する者のうちの誰かという意味であって、被告人の近辺で警護する者という点では、被告人の認識において、けん銃等の携行者は特定されている。
- 8) この点について、伊藤嘉亮「共同正犯における意思連絡の要否と役割」早稲田法学会雑誌 67 巻 2 号 (2017 年) 106 頁以下参照。
- 9) 東京地判昭 60・10・16 刑月 17 巻 10 号 953 頁。さらに、地方税法の「せん動」につき、広島地判昭 30・4・9 刑集 16 巻 2 号 154 頁参照。
- 10) このような場合の分析として、樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修 844 号 (2018 年) 7 頁以下参照。
- 11) 裁判所ウェブサイト (LEX/DB25447723 参照)。
- 12) 判時 1598 号 158 頁。