インターネットサイトの管理・運営者の刑事責任

【文 献 種 別】 決定／最高裁判所第二小法廷
【裁判年月日】 令和 3 年 2 月 1 日
【事 件 番 号】 平成 30 年（あ）第 1381 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】 棄却（確定）
【参 照 法 令】 刑法 60 条・174 条・175 条 1 項前段
【掲　載　誌】 刑集 75 巻 2 号 123 頁
◆ LEX/DB 文献番号 25571273

関西学院大学教授 **平山幹子**

事実の概要

被告人Ｘ及びＹは、アメリカ合衆国所在のＦ社から業務委託を受けてインターネットサイト「Ｆ」を管理・運営し、投稿サイト「Ｆ動画」のサービス及び配信サイト「Ｆライブ」のサービスをそれぞれ提供していた（以下、上記投稿サイト及び配信サイトを「本件各サイト」という。）。本件各サイトは、「一般」と「アダルト」のカテゴリに分けられており、各「アダルト」カテゴリでは、児童ポルノ、獣姦、死体写真、ひどい暴力等のコンテンツに対し、一定の基準で凍結等の措置が講じられ、特に前二者については、監視体制を設けて積極的に削除するなどの対応がなされていた。しかし、男女の性器等を露骨に表した無修正のわいせつ動画（以下「無修正わいせつ動画」という。）に関しては、基本的に放置する方針が採られていた。その結果、Ｆ動画アダルトには、本件以前から無修正わいせつ動画が相当数含まれ、サイト上には、「注目ワード」内に「無修正」というキーワードが表示されたり、「おすすめ動画」内に無修正わいせつ動画のサムネイルが多数表示されたりしていた。また、Ｆライブアダルトにも、本件以前から相当数の無修正わいせつ動画が配信されており、アダルトカテゴリが売上げの 90％以上を占めるようになっていた。Ｘらは、こうした状況を把握していたほか、無修正わいせつ動画の投稿や配信を許可してきたことにつき、日本国内では刑事責任を問われる可能性がある旨を、弁護士から繰り返し指摘されていた。しかし、Ｘらは、Ｆ動画のアップロード画面上の投稿者に対する警告文から「無修正ポルノ」の文言を削除し、本件以前に公然わいせつ被疑事件について捜査照会を受けていたＦライブアダルトの配信者が逮捕された後も、他の動画投稿サイトでは削除等がなされている無修正わいせつ動画を放置していた。

日本国内にいるＡは、過去に何度も投稿した動画が削除されることもなく、視聴者の反応を楽しむ等の欲求を満たすために、無修正わいせつ動画の投稿に及んだ。Ｂは、Ｆライブアダルトは視聴者がコンスタントに入り稼ぎやすいこと等を理由に、登録をし、有料設定で、Ｃと共謀の上、無修正わいせつ動画の配信に及んだ。Ｄは、他のサイトでは制限されている無修正わいせつ動画を配信しているＦライブアダルトの存在を知り、登録をし、利益を得る目的で、有料設定で、パフォーマーと共謀の上、無修正わいせつ動画の配信に及んだ（以下、Ａ～Ｄを併せて「本件各投稿者ら」という。）。

以上の事実につき、一審[1]は、Ｘらは、不特定多数の者によって無修正の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本件各サイトを管理・運営していたのであるから、「各投稿者及び配信者の具体的な投稿・配信行為を認識していなくても、概括的にこれを認識・認容していたといえる。」とした。そして、無修正わいせつ動画の投稿・配信の各行為の時点で、Ｘらと本件各投稿者らとの間に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及び相互利用補充関係を認め、Ｘらには、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪の各共同正犯が成立するとした。これに対し、Ｘらは、わいせつ動画等の投稿・配信の相手についてさえ認識がなく、

そ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等として控訴したが、二審[2]はこれを棄却したため、さらに上告した。

決定の要旨

上告棄却。

「被告人両名……は、本件各サイトに無修正わいせつ動画が投稿・配信される蓋然性があることを認識した上で、投稿・配信された動画が無修正わいせつ動画であったとしても、これを利用して利益を上げる目的で、本件各サイトにおいて不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図を有しており、前記のような本件各サイトの仕組みや内容、運営状況等を通じて動画の投稿・配信を勧誘することにより、被告人両名……の上記意図は本件各投稿者らに示されていたといえる。他方、本件各投稿者らは、上記の働きかけを受け、不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供するという意図に基づき、本件各サイトのシステムに従って前記投稿又は配信を行ったものであり、本件各投稿者らの上記意図も、本件各サイトの管理・運営を行う被告人両名……に対し表明されていたということができる。そうすると、被告人両名……と本件各投稿者らの間には、無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡があったと評価することができる。

そして、本件わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪は、本件各投稿者らが無修正わいせつ動画を本件各サイトに投稿又は配信することによって初めて成立するものであり、他方、本件各投稿者らも、被告人両名……による上記勧誘及び本件各サイトの管理・運営行為がなければ、無修正わいせつ動画を不特定多数の者が認識できる状態に置くことがなかったことは明らかである。加えて、被告人両名……は、本件公然わいせつの各犯行については、より多くの視聴料を獲得することについて、B、C及びDらとその意図を共有していたことも認められる。

以上の事情によれば、被告人両名について、……本件各投稿者らとの共謀を認め、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪及び公然わいせつ罪の各共同正犯が成立するとした原判断は正当である。」

判例の解説

一　問題の所在

本決定は、インターネットサイトに違法なデータをアップロードする等して実現された犯罪につき、インターネットサイトの管理・運営者らに共同正犯の成立を肯定するものである[3]。その際、サイトの管理・運営者が「サイトの仕組みや内容、運営状況等を通じて」利用者らに犯罪実現を働きかけ、利用者らは「サイトのシステムに従って……投稿又は配信を行った」ことにより互いの犯行意図は示されていたとして、黙示の意思連絡の存在を肯定し、共謀を認めた点が注目される。そこで、本決定に関しては、不特定多数の者に犯罪の実行を働きかけた者とその働きかけに応じてはいるものの自主的に犯罪を実行した者との間で、意思連絡を認めることができるのかが問題となる。また、本件各サイトで扱われるものには、一般的な動画のアップロードないし「わいせつ行為」に当たらない程度の性的表現のライブ中継等も含まれていた。そのため、理論的には、インターネットサイトの管理・運営行為の中立性によって関与行為の可罰性が否定されないかを問題としうる一方で、インターネットサイトの管理者でありながら、違法な情報の投稿・配信を促した上でその監視をあえて行わず、何ら措置を講じなかったことにつき、単独正犯の成立を認めることができないかも、検討の対象となる。

二　意思連絡と共謀の成立時期

共同正犯の成立に必要な「共謀」とは、「二人以上の者が、特定の犯罪を行うため、共同意思の下に一体となって互に他人の行為を利用し、各自の意思を実行に移すことを内容とする謀議」をいう[4]。ある行為が何らかの犯罪を誘発する可能性を持つとしても、それが一般的に認識されているだけでは、個々の犯罪の実行者との間に「特定の犯罪を行うための謀議」があったとはいえない。たしかに、従前の裁判例には、①共謀者と最終の実行者との間に面識がなく、かつ、その実行時期も共謀者には認識・予見されていなくても、順次共謀という形で「共謀」が認定されたケース[5]や、②直接に犯行の指示が出されていたわけでなくても、「黙示の共謀」が肯定されたケース[6]が存在する。しかし、①の場合、すくなくとも直接的な

共謀が認められる者同士の間では、特定の存在として、相手方についての具体的な認識が存在している。また、②は、被告人と実行の最終分担者との間の強固な人間関係等を前提に、被告人が実行者と行動を共にし、被告人が直接指示を出さなくても実行者らが実行に及ぶことを確定的に認識していたことを根拠とするものである。いずれの事情も認められない本件とは、前提が異なる。

この点、本決定によれば、Ｘらが本件各サイトに投稿・配信された無修正わいせつ動画を不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供する意図を有していることは、本件各サイトの運営等を通じて本件各投稿者らに示されている一方で、本件各投稿者らは、その働きかけを受け、不特定多数の利用者の閲覧又は観覧に供する意図に基づき投稿又は配信を行っており、その意図も、本件各サイトの管理・運営を行う被告人らに表明されていたのだから、両者の間に無修正わいせつ動画を投稿・配信することについての黙示の意思連絡を認めることができる。

しかし、この構成には無理がある。というのも、これによれば、本件各投稿者らの犯罪実現意思は、両罪の実行に当たる投稿・配信がなされたときにそれぞれ表明されていたことになるが、当該時点で、Ｘらは本件各投稿者らの意思表明を認識していないからである。他方、Ｘらが本件各投稿者らの投稿・配信に気付く時点では、すでに犯罪の実現行為は終了している。そのため、共同性を基礎づける共謀が事前あるいは現場でなされたということはできない。すくなくとも公然わいせつ罪に関しては、突然始められるわいせつ行為のライブ中継につき、その意図がＸらに「表明されていた」として意思連絡（ひいては共謀）を肯定することは困難であるし、かりに当該サイトではわいせつ行為のライブ中継を行うという決まりがあったとしても、問題は残る。従前の裁判例では、公演されている演技の内容がわいせつ行為に当たることを知りながらその公演のために劇場を提供するストリップ劇場の運営責任者の行為には、公然わいせつの幇助しか認定されていないからである[7]。

これに対し、わいせつ物等公然陳列罪に関しては、投稿後にはじめて投稿に関する合意が認められる場合でも、同罪を継続犯と解することで共謀の成立を認める余地がないわけではない。しかし、同罪の「陳列」とは、わいせつ物を不特定または多数人が視聴できる状態に置くことであり、「置いた状態」の継続と「置くこと」の継続は同じではない[8]。だとすると、やはり投稿後の意思連絡ないし合意によって本罪の共謀を基礎づけることはできない。

三　中立的行為との関係

以上からすると、投稿者らによる犯行への共犯責任を問うのであれば、せいぜい幇助犯の成否を検討するべきであろう。その場合、問題となるのは、インターネットサイトの管理・運営という行為の中立性によってその可罰性が否定されないかである。

この点、不特定多数の者に対し犯罪の実行を促しうる行為の中立的性格に鑑み、関与責任が認められる範囲に絞りをかけた「Winny 事件」決定[9]は、中立的行為に幇助犯が成立するためには「一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況が必要であり、また、そのことを提供者においても認識、認容していることを要する」とした。その上で、被告人の行為が「当該ソフトの性質、その客観的利用状況、提供方法などに照らし、同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合」に当たることは否定できないが、そのように限定された事実を被告人が認識・認容していたとはいえないとして、幇助犯の成立を否定した。ここで、同決定のいう「一般的可能性を超える具体的な侵害利用状況」とは、関与行為を利用した犯罪が行われる可能性の判断ではなく、当該行為に犯罪促進的意味を付与するような特別な事情を指すものと解される。

本件では、以前から本件インターネットサイトを利用して相当数の無修正わいせつ動画が投稿・配信されていたことや、被告人らがそれを十分に認識した上で、あえて積極的に削除するなどの措置を講じずに放置する方針を採用したこと、弁護士から日本国内では刑事責任が問われる可能性がある旨を繰り返し指摘されたり、当該サイトを利用した公然わいせつ被疑事件で捜査照会を受けて配信者が逮捕されたりした後も、Ｘらが投稿者らに対する警告文を削除して無修正わいせつ動画を放置するなど、上記方針を維持していたことが確認されている。ゆえに、本件インターネットサイトについても「一般的可能性を超える具体的な侵

害利用状況」は存在し、かつ、本件の場合には、そのことをXらサイトの管理・運営者らは認識・認容していたとして、同人らの行為の可罰性を基礎づけることが可能であろう。

四　単独正犯の成立可能性

問題は、インターネットサイトの管理・運営行為の中立性が否定され、犯罪促進的な意味が付与されうる状況が認められるときに、違法コンテンツの投稿・配信を積極的に働きかけた上、あえてその監視を怠ったのであれば、それ自体を単独の正犯行為と見ることができないかである。

裁判例には、インターネット上のデータ保存アプリを運営・管理し、ユーザーがアップロードしたわいせつ画像等を受け入れて記憶、蔵置させた上、そのダウンロードに必要な合言葉を経営する会社の掲示板で入手できる状態に置いていた者につき、ユーザーとの共謀を否定しつつ、それ自体、わいせつ画像等の公然陳列正犯行為に当たるとしたものもある[10]。当該事案では、被告人らの行為は「多数のわいせつ画像等を含む画像等を集めた上、これを積極的に公然と陳列した場合であるから、わいせつ画像等の公然陳列の作為犯ととらえるのが相当である。」とされたが、他方で、被告人らが主要なわいせつ画像を監視し得たことや、ユーザーから通報があったものについて消極的に削除の対応をするにとどまっていたことにも言及されている。この点、学説には、インターネットサイトの開設が適法であることを理由に、サイトの監視義務や違法コンテンツの削除義務を否定するものも散見する[11]。しかし、サイト開設の適法性は、その利用によって被害が発生しないよう一定の措置を講ずることや、被害が発生した場合に対処すべきことを条件とするものであって、行為の中立性が否定されるような侵害利用状況が認められる場合にまで無関心でいることを正当化するものではないであろう。もちろん、「削除」など個別の措置に関していえば、当該違法コンテンツの存在を認識するまでは講ずることができず、当該コンテンツの存在を認識するに至っていない段階でそれを義務づけることができない場合もありうる。しかし、本件のようなケースでは、あえてわいせつ動画等の監視を怠り、同様のコンテンツを凍結し、警告を出す等の事前措置を講じなかったことを問擬すべきであって、本件各投稿者らによって投稿されたわいせつ動画等の「削除」の不作為ではない[12]。

なお、本件に関しては、公然性の作出をわいせつ物等公然陳列罪等の実行行為の一部と解し、実行共同正犯の事案と構成することで、Xらの共同正犯責任を基礎づけようとする見解[13]等も主張されている。しかし、刑法60条という同一条文で把握されるものである以上、実行共同正犯と共謀共同正犯の成立要件を区別するのは疑問である。むしろ、本件は、故意のサイト管理違反による同時正犯と見るべきように思われる[14]。

●――注

1）京都地判平29・3・24刑集75巻2号203頁。
2）大阪高判平30・9・11刑集75巻2号220頁。
3）共同正犯の成否に関する本件の評釈として、伊藤嘉亮「判批」法時91巻5号（2019年）150頁、豊田兼彦「判批」新・判例解説Watch24号（2019年）178頁、吉戒純一「判批」ジュリ1562号（2021年）105頁、高橋直哉「判批」法教493号（2021年）142頁、照沼亮介「判批」令和3年度重判解（2022年）131頁等。
4）「練馬事件」大法廷判決（最大判昭33・5・28刑集12巻8号1718頁）。
5）前掲注4）等。
6）「スワット事件」決定（最決平15・5・1刑集57巻5号507頁）が典型である。
7）福岡高判昭27・9・17高刑集5巻8号1398頁。
8）深町晋也「ネットワーク犯罪における刑法上の諸問題――最決平成23年12月19日刑集65巻9号1380頁及び最決平成24年7月9日判時2166号140頁の検討」立教ロー7号（2014年）204頁以下。
9）最決平23・12・19刑集65巻9号1380頁。
10）東京高判平30・2・6高検速報（平30）93頁。
11）園田寿「サイバーポルノと刑法」法セ501号（1996年）4頁以下、佐伯仁志「プロバイダの刑事責任」堀部政男監修『プロバイダ責任制限法　実務と理論』（商事法務、2012年）164頁。
12）投稿されたわいせつ動画等の存在を認識した後であれば、インターネットサイトの管理・運営者らに求められる具体的措置を当該データの削除とし、その不作為を公然陳列行為と評価することも可能であろう。
13）樋口亮介「実行共同正犯」酒巻匡ほか編著『井上正仁先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、2019年）135頁。
14）判例には、故意の監督違反（同時正犯）のケースを共謀共同正犯として処理したとみられるものもある。最決平19・11・14刑集61巻8号757頁、最決平4・6・5刑集46巻4号245頁等。松宮孝明『先端刑法総論』（日本評論社、2019年）179頁。