

刑事判例研究

東北大学刑事法判例研究会

FC2 事件最高裁決定について

最決令和3年2月1日裁判所時報1761号4頁(平成30年(あ)第1381号)

【事案の概要】

被告人は、動画投稿や動画配信のサービスを提供するサイトであるFC2の代表者と、FC2を運営するホームページシステム社の代表者である。被告人らは、投稿者と共謀して、被告人らがFC2社とともに管理するサーバーに、投稿者が送信した無修正わいせつ動画のデータを記録・保存させるなどして、利用者が無修正わいせつ動画を閲覧できる状態を設定した、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列1件、配信者らと共謀して、無修正わいせつ動画を配信し、不特定の視聴者らに観覧された公然わいせつ2件につき起訴された。第一審(京都地判平成29年3月24日LEX/DB25448598)は、上記3点を有罪とし、両名は、証拠能力や共謀を争い控訴。控訴審(大阪高判平成30年9月11日裁判所ウェブサイト)⁽¹⁾も、これらを認め有罪としたので上告がなされた。

【判旨】

被告人両名及びZ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

(1) 同判決については、上嵐一高「刑法判例の動き」ジュリスト1518号(2018年)147頁、豊田兼彦「判批」新判例解説Watch(2019年)、吉田利広「判批」研修853号(2019年)25頁以下、指宿信「判批」新・判例解説Watch(2019年)、中島宏「判批」法学セミナー768号(2019年)130頁、宇藤崇「判批」法学教室462号(2019年)157頁、深野友裕「判批」警察学論集72巻4号(2019年)151頁以下、栗田理史「判批」研修849号(2019年)25頁以下、伊藤嘉亮「判批」法律時報91巻5号(2020年)150頁以下、水谷恭史「越境捜査が実施された事案の問題点」自由と正義71巻1号(2020年)21頁以下参照。

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、被告人兩名及びZ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・運営を行う被告人兩名及びZに対し表明されていたといえることができる。そうすると、被告人兩名及びZ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、被告人兩名及びZ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、被告人兩名及びZ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、C、D及びE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、被告人兩名について、Z及び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。

【研究】

1. はじめに

本事件には、大きく分けて2つの争点がある。1つは、刑事訴訟法上の争点であり、リモートアクセスにより収集された証拠が証拠能力を有するかの問題である。もう1つは、刑法上の問題として、共同正犯の成否が問題となる。前者の問題については、すでに判例研究⁽²⁾が公表され、検討がなされているため、本稿は、後者の問題について検討を行う。

共同正犯が成立するには、共同正犯者間に意思の連絡（共謀）が認定されなければならない。ところで本事件のように、わいせつ動画の投稿者（中継者）と、

(2) 前田雅英「判批」Westlaw Japan判例コラム227号（2021年）、岩崎正「判批」新・判例解説Watch（2021年）、田中優企「判批」法学教室490号（2021年）149頁。

サイトの運営者（管理者）⁽³⁾が、互いに誰かを知らず、一度も話したことがないような場合であっても、意思の連絡は認定されるのであろうか。また意思連絡が認定出来るとすると、意思の内容をどのように認定するのであろうか。

本稿では、まず投稿者（中継者）と、サイトの運営者（管理者）の意思連絡が問題とされた同種の事案を分析する（2）。次に本事件で認定された意思連絡に関し、意思連絡の態様（3）と内容（4）の2つの側面から分析を行い、従来の最高裁決定との関係で、本決定の意義を考える。そして最後に、その他の点についても検討を加える（5）。

2. サーバー管理者の刑事責任が問われた同種事案との比較

サーバー管理者に、（投稿された違法画像等について）刑事責任を認めた裁判例は、20世紀の終わり頃から散見される。比較的初期の実務では、サーバー管理者を、投稿者側の共犯として起訴するのではなく、単独正犯として起訴する傾向が強かったように思われる。

例えば、(A) 大阪高判平成11年8月26日判時1762号150頁⁽⁴⁾は、アルファネットワークというサイトを運営する被告人が、同サイトの会員が投稿したわいせつ画像を、閲覧可能な状況を設定し、アクセスしてきた者にわいせつ画像を閲覧させていた事案において、わいせつ物公然陳列罪の単独正犯の成立を認めた。また(B) 東京高判平成16年6月23日公刊物未掲載⁽⁵⁾は、カンボジアの風俗情報を交換する掲示板を運営する被告人が、他人が投稿した児童ポルノを削除していなかった事案につき、原審が不作为による児童ポルノ公然陳列罪の単独正犯としたのに対し、東京高裁は管理行為の部分に作為犯を認め単独正犯として有罪とした。

これに対し、平成の中頃から、サーバー管理者を投稿者側の共同正犯として起訴する傾向が強まっているように思われる（これは後述のソフト事件により、客観的謀議説が否定されたこと、黙示の意思連絡による共謀共同正犯が肯定されることが明らかになった影響が大ききように思われる。）。

(3) 本稿では、サーバーの「管理者」と「運営者」は、特に区別せず同じ意味で用いる。

(4) 園田寿「陳列概念の弛緩」現代刑事法11号（2000年）10頁以下、橋本正博「判批」現代刑事法17号（2000年）79頁以下、浅田和茂「判批」判例評論508号（2001年）216頁以下参照。

(5) 奥村徹「プロバイダーの刑事責任」情報ネットワークローレビュー7号（2008年）39頁以下参照。

例えば (C) 東京地判平成 18 年 4 月 21 日公刊物未掲載⁽⁶⁾は、インターネット上に専用掲示板を開設し、いわゆるアイコンの投稿を呼びかけていた被告人が、名誉毀損罪の(投稿者との)共同正犯とされた事案である。弁護人は、被告人の行為は掲示板管理行為のみであるとし、2つの名誉毀損行為の観念的競合を主張したが、裁判所は共同正犯であることを理由に、それぞれの投稿行為を、被告人自身があたかも自ら行ったかのような罪数判断をして、併合罪とした。ここでは、単独正犯ではなく共同正犯として処理する実益が明らかにされているように思われる。また、(D) 東京地判平成 22 年 6 月 30 日 D1-LAW 28175102 は、わいせつ行為をライブ配信するアダルトサイトの経営者につき、女性出演者との公然わいせつ罪の共同正犯を肯定した。弁護人は、女性出演者と被告人らは面識がなく、指揮命令関係もないことなどを理由に共謀の不存在を主張したが、裁判所は、被告人の従業員らを通じた黙示かつ順次の共謀を認定した。これに対し、共謀を否定した事案として (E) 東京高判平成 30 年 2 月 6 日高刑速(平30)号 93 頁がある。これは、画像等を公開するアプリである「写真箱」を運営管理する被告人が、児童ポルノの公然陳列で起訴された事案において、原審が、アップロードを行った者と被告人の意思連絡を認定したのに対し、東京高裁はこれを否定したものである。さらに近時の裁判例として、漫画の海賊版を公開するサイトに利用者を誘導する「リーチサイト」を運営した元大学院生らが、著作権公衆送信権侵害の共同正犯として有罪とされた (F) 大阪高判令和元年 11 月 1 日 LEX/DB 25564530 (はるか夢の址事件)⁽⁷⁾がある。この事件では、被告人らは、投稿者がアップロード行為及び URL 記録行為により、著作物について公衆送信権を侵害することを認識していたとして、投稿者と黙示の意思連絡が認定されている。

このようにしてみると、サーバー管理者と投稿者の間で意思の連絡が認定出来るのかにつき、下級審レベルでは、否定するもの (E) と認めるもの (C, D, F) が対立し、後者の中でも、直接的な意思連絡を認める方法 (C, F) と、直接的な意思連絡は否定するが第三者を介した順次共謀により意思連絡を認定する方法

(6) 鳥田聡一郎「判批」刑事法ジャーナル 9 号 (2007 年) 135 頁以下参照。毎日新聞 2006 年 4 月 22 日 (東京朝刊) 28 面によれば、アイコン掲載による初の有罪判決である。

(7) 小泉健介「判批」警察公論 75 巻 5 号 (2020 年) 85 頁以下、仲道祐樹「判批」法律時報 93 巻 4 号 (2021 年) 127 頁以下参照。

(D) が対立していた。以上のような状況に照らしてみると、本最高裁決定は、投稿者とサーバー管理者の間で、直接的な共謀が認定出来る事案のあることを示しており、また認定出来る場合がどのような場合かを明らかにした点に、重要な意義が見いだされる⁽⁸⁾。

3. 意思連絡の態様について——黙示の意思連絡——

最高裁は、サーバー管理者と投稿者の間に直接的な意思連絡を認めたのであるが、着目すべき点は、「明示」でなく、「黙示」の意思連絡が認められている点である。これについては、これまで最高裁の態度は、変遷しているようにも見えるため、検討を要する。

最高裁は、戦後早期から、実行共同正犯の場合には、意思連絡が黙示でも足りる場合があることを明らかにしていた。例えば、「明示の意思の表示が無くても暗黙にでも意思の連絡があれば共謀があつた」とする最判昭和23年11月30日集刑5号525頁や、「暗に共謀」を認定している最判昭和25年6月27日刑集4巻6号1096頁⁽⁹⁾があげられる。もっとも共謀共同正犯の場合に関し、最高裁の立場は長らく、明確でなかったように思われる。

最高裁が共謀共同正犯を肯定したリーディングケースとされる最判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁(練馬事件)は、「共謀共同正犯が成立するには、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つ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なし、よつて犯罪を実行した事実が認められなければならない」と判示していた。この判示に関し、一部の論者⁽¹⁰⁾は、最高裁が謀議行為への参加を共謀共同正犯の成立に不

(8) 豊田・前掲注(2)178頁は、不特定多数の者を相手としている場合には、意思の連絡を肯定できず、せいぜい幫助犯しか成立しないとされてきたと主張するが、本文で述べたように、必ずしも実務でそのような態度は貫かれていないように思われる。

(9) この事件が実行共同正犯でないとするのは、伊藤博路「状況証拠の積み重ねによる共謀共同正犯における黙示の意思連絡に関する共謀の認定について」信州大学法学論集6号(2006年)262頁。また最判昭和24年11月10日裁判所ウェブサイトも、「事前に明示的に強盗をすることを謀議していた場合ばかりでなく、予め暗黙のうちに強盗をすることを互に了解していた場合であつても、又できることなら窃盗だけにとどめ、止むを得ないときは強盗をする旨打合せていた場合であつても、なお共謀の上強盗をなしたものといい得る」とするが、共謀共同正犯の事案であるかは必ずしも明白でない。

(10) 岩田誠「判解」『最判解 刑事篇 昭和33年度』(1959年)405頁、内藤謙『刑法講義 総論(下)Ⅱ』(2002年)1370頁、町野朔『刑法総論』(2019年)382頁。

可欠と解していると理解した（いわゆる客観的謀議説）。このような理解を前提とすると、共謀共同正犯の成立には謀議行為への参加が必須であるため、黙示の意思連絡による共謀共同正犯は想定しづらいことになる⁽¹¹⁾。もっともこれには、有力な異論も存在した。というのは、練馬事件では、共謀を罪となるべき事実と位置づけながらも、謀議行為の行われた日時、場所またはその内容の詳細についての判示まで要求されていないからである。むしろ最高裁は、共謀を、犯罪実行時における合意、あるいは犯行の時点までに形成された内心の意思状態と解しているという理解（主観的謀議説）も主張されていた⁽¹²⁾。こちらの理解を前提とすると、共謀を形成する過程は重要でなく、意思連絡が黙示であることは、共謀共同正犯を否定する理由にならないといえよう。

上記の争いは、時代が平成に入り、次のスワット事件により決着がついた。すなわち最決平成15年5月1日刑集57巻5号507頁（スワット事件）は、スワットとよばれる暴力団組員が、組長のボディーガードとしてけん銃を所持し、組長から直接指示はなかったが、けん銃所持を概括的とはいえ確定的に認識し、また組員にけん銃を持たないよう指示出来る立場であるにも関わらず、警護を当然のものとして受け入れ、認容しボディーガードらもそのことを認識していた事案において、被告人である暴力団組長とスワットとの間にけん銃等の所持につき黙示的に意思の連絡があったことが認められ、共謀共同正犯が肯定された。これにより、謀議行為なしの共謀共同正犯が認められること（客観的謀議説の否定）、そして実行共同正犯だけでなく共謀共同正犯においても、共謀が黙示で足りる場合があることが確認された。

スワット事件以降、黙示の意思連絡による共謀共同正犯が肯定された事案として、最判平成25年4月16日刑集67巻4号549頁がある。これは被告人が犯罪組織関係者の指示を受けて日本に入国し、覚せい剤が隠匿された輸入貨物を受け取ったという事案において、犯罪組織関係者と共同して覚せい剤を輸入するという意思を暗黙のうちに通じ合っていたとして黙示の意思連絡を肯定したものである。また実行共同正犯の事案であるが、最決平成30年10月23日刑集72巻5号

(11) 川田宏一「共謀共同正犯の成否」池田修=杉田宗久編『新実例刑法 総論』（2014年）309頁。

(12) 藤木英雄『可罰的違法性の理論』（1967年）374頁以下、小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（1989年）31頁等参照。

471 頁（砂川一家 5 人死傷事件）は、弁護人が、明示的な意思の連絡が無い限り、危険運転致死傷罪の共謀は認められないと主張したのに対し、「被告人と A は、赤色信号を殊更に無視し、かつ、重大な交通の危険を生じさせる速度で自動車を運転する意思を暗黙に相通じた上、共同して危険運転行為を行ったものといえるから、被告人には、A 車による死傷の結果も含め、法 2 条 5 号の危険運転致死傷罪の共同正犯が成立するというべき」と判示して、暗黙の意思連絡を認定した（もっとも本稿の理解とは異なり、本件は、共謀共同正犯の事案であるとする理解も存在する点には注意を要する⁽¹³⁾）。

以上のように、判例において、黙示の意思連絡は実行共同正犯から共謀共同正犯へと広がってきた。この流れからすると、本決定は、最高裁レベルで黙示の意思連絡に基づく共謀共同正犯を肯定した数少ない事例の 1 つであり、事例を追加する点にも意義が認められよう。なお学説⁽¹⁴⁾においては、黙示の意思連絡を否定する見解⁽¹⁵⁾や、意思連絡が明示か黙示かで区別し、前者の場合には未必的認識で足るが、後者の場合には確定的認識を要求すべきという理解⁽¹⁶⁾も主張されている。しかし意思連絡が明示であるか黙示であるかという区別は、本来、民法法により形成された区別である⁽¹⁷⁾。それゆえ共同正犯に必要な意思連絡を、民法上の契約と同視するような理解をとるのでなければ、刑法上は明示か黙示かを区別すべきで無いと思われる。

4. 意思連絡の内容——認定方法について——

それでは、最高裁はどのようにして黙示の意思連絡を認定したのであろうか。本件で意思連絡を認定する際には、FC2 の運営者が、投稿者や中継者と面識がなく、直接的・個別的な接触がない点が問題となるが、最高裁は、被告人と投稿者の間に介在するサイトの仕組みやシステムに着目し、①システムの管理・運営を通じて示される被告人の意図と、②同システムの利用を通じて示される投稿者

(13) この問題については、小林憲太郎「危険運転致死傷罪の共同正犯」研修 855 号（2019 年）3 頁以下、伊藤嘉亮「危険運転致死傷罪の共同正犯に関する一考察」ソシオサイエンス 27 号（2021 年）36 頁以下等参照。

(14) 先行研究として阿部力也「黙示の意思連絡について」法律論叢 70 巻 2=3 号（1997 年）95 頁以下参照。

(15) 畢英達「共謀共同正犯に関する試論（5）」北大法学論集 47 巻 1 号（1996 年）339 頁。

(16) 曲田統「判批」ジュリスト 1531 号（2019 年）161 頁。

(17) Vgl. *Ingeborg Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl., 2019, § 23 Rn. 17.

の意図を、それぞれ認定し、(両者の合致する)無修正わいせつ動画を投稿・配信することについて、黙示の意思連絡を認定した。

このような意思連絡の認定方法は、主観的謀議説を前提とした認定方法であり、スワット事件(前掲最決平成15年5月1日)における認定との共通点が指摘できる。なぜなら、スワット事件では被告人の組織内での地位及びスワットとの関係、本件以前の警護の態勢・状況、スワットらが所持に至る経緯、逮捕時における状況を前提に、被告人及びスワットらそれぞれの認識を明らかにし、意思連絡が認定されているからである。

もっともスワット事件と本件は、前提となる人的な関係の密接さに違いがある。すなわちスワット事件では、同一の暴力団組織という「密接な関係」があることを前提に、黙示の意思連絡が認定されているのに対し、本件の投稿者と運営者の間にはそのような関係は認められない。この点をどう考えるかが問題となるが、最高裁が本件においてもスワット事件と同様の認定方法を用いた点からすると、最高裁としては、人的関係が密接といえなくとも、両者の意思や意図を認定して黙示の意思連絡を認定出来ること、そしてその方法は、人的関係が密接な場合は異ならないことを明らかにしているといえよう。

なお、近時の実務では人的関係が密接とはいえない共同正犯事案として、特殊詐欺事件が問題となっている。例えば、福岡高判平成28年12月20日判時2338号112頁は、現金送付型の特殊詐欺事件において、騙されたふり作戦が行われ、受け子が逮捕された事案であるが、原審が受け子の故意を否定したのに対し、福岡高裁は受け子の故意と共謀を認定した。その際、福岡高裁は、(互いに誰かを知らない)被告人である受け子と、指示を与えた者の間に何らかの意思連絡があった事を認定した上で、指示を与えた者の認識を認定せずに共謀を認定して。しかし、本決定の判断を前提とすると、福岡高裁は指図を行った側の認識を認定しておらず、疑問が残る。本決定は、今後の特殊詐欺事件における共謀の認定に際しても、参考とすべき事例となることが予想される。

5. おわりに——その他の点について——

以上述べてきたように、本決定は、従前の実務で争いのあった、サーバー管理者と投稿者の意思連絡の認定の可否について、直接的な意思連絡を認定した点、そして黙示による意思連絡による共謀共同正犯を肯定した数少ない事例であるという点に意義が認められる。そして黙示の意思連絡に関しては、スワット事件の

認定方法を継承しており、サーバー管理者と投稿者のように、人的関係が必ずしも密接とは言えない事案であっても黙示の意思連絡が認定出来ることを明らかにしている点で、実務上の意義は少なくないと思われる。

以下では、共同正犯の成否に関連して、2点述べておきたい。まず、本件の第一審及び控訴審では、「相互利用補充関係」という用語が用いられているが、最高裁はこの用語を用いていない。この点をどう考えるか問題となるが、最高裁としては、相互利用補充関係という、本来の意図を離れて一人歩きする危険のある表現を、意識的に避けているのではないであろうか。

次に、本件では投稿者の内CDEに関しては、より多くの視聴料を得るという経済的関心から犯行が行われているが、投稿者Bは、視聴者の反応を楽しむ等の欲求を満たすため、言い換えると自慢が目的で犯行に及んだことが認定されている。CDEに関しては、(投稿者も管理者もともに利益を得られるので)利益という点から見ても共同正犯を肯定しやすいと考えられるが、Bについては、どのような理由から共同正犯なのか、言い換えるとBとCDEを同じように共同正犯者と評価していかは、必ずしも明らかにされていないように思われる。

学説の中には、自慢目的の投稿者Bと、サーバー管理者の間で、犯罪実行についての合意や意思連絡は考えずらいとし⁽¹⁸⁾、本件を共謀共同正犯でなく、実行共同正犯として構成する方法⁽¹⁹⁾が示唆されている。すなわち、本件で問題となっているわいせつ電磁的記録記録媒体公然陳列罪及び公然わいせつ罪は、公然性を要求する犯罪であり、構成要件的状况である公然をともに作り出した点を重

(18) 樋口亮介「実行共同正犯」『井上正仁先生古稀祝賀』(2019年)170頁は、本件の原審について言及しており、サイト運営者が経済的な利益を得ることに関心を有しているとしても、投稿者が利得への関心に応じるという意識が浮上しないままわいせつ動画を投稿することもあり得るが、その場合、共謀＝犯罪実行についての合意を認めることはより困難とする。伊藤・前掲注(2)153頁は、意思連絡に加え、正犯性も問題視する。

(19) このアプローチは、実行共同正犯と共謀共同正犯を区別することを前提としている。区別を主張する見解として樋口亮介「共謀共同正犯における共謀の意義」研修844号(2018年)3頁以下、伊藤嘉亮「詐欺罪における共同正犯の限界」法律時報92巻12号(2020年)30頁以下、菊池則明「危険運転致死傷罪における実行共同正犯と共謀共同正犯」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務2』(2020年)72頁以下、区別に否定的な立場として三好幹夫・判例秘書ジャーナル(2019年)HJ200013、小林憲太郎「いわゆる実行共同正犯について」判例時報2480号(2021年)93頁以下。

視して、本件を実行共同正犯の一種であると解するのである⁽²⁰⁾。

しかしこの主張には賛同できない。伝統的に、共同正犯は、不法の中核部分を共同しなければならないとされてきた。どの部分を中核と把握するかについては、様々な方法が存在するが、日本では行為の外形を基本としつつ場所や空間など客観的に把握することが多く、そのために実行行為の共同を基本とした共同正犯論が構築されてきた。そしてかつては少数説であったが、現在は多数説となった共謀共同正犯肯定説は、共同すべき不法の中核部分を、広くとる（緩和した）見解なのである。この点、「公然性」という要素は、それを作出することが要求されていない、言い換えると不法の前提条件にすぎないのであるから、論者の主張する公然性の共同作出による共同正犯の構成は、不法の中核部分を構成しないところに共同正犯を肯定することを意味する。もしこのような共同正犯を認めるとすると、それは共同正犯を著しく緩和したものであり、通常の実行共同正犯とは全く別物であろう。それだけでなく犯罪の実態として考えた場合にも違いが存在する。通常の実行共同正犯の場合、共同行為の時点で実行の着手が肯定されるのに対し、構成要件的状况の作出を共同した共同正犯の場合、公然性を作出する共同行為の段階では、いまだ実行の着手が認められないであろう。以上からすると、構成要件的状况の作出をとらえた共同正犯の構成には疑問が残る。

(今井康介)

(20) 伊藤・前掲注(2) 153頁以下。