

# サイト等の管理・運営者の 刑事責任に関する素描

平 山 幹 子\*

## 目 次

- I はじめに
- II DPF 規制にみられる「場」の不適切な利用に関する議論動向
- III 「場」を利用した犯罪に関する議論動向
  - (1) 問題の所在
  - (2) 共同正犯なのか？
  - (3) 単独正犯構成
- IV 「場」の提供者（管理・運営者）の刑事責任
  - (1) 問題の所在
  - (2) 違法コンテンツを削除すべき保障人的地位
  - (3) 積極的な措置を講ずるべき保障人的地位
- V むすびにかえて

## I はじめに

いわゆるデジタルプラットフォームビジネス（以下、DPF ビジネス）は、一定のニーズを持った者同士がマッチングするための「場」をオンラインで提供するものである。従来、各種「場」の利用をめぐる法的問題が発生したとしても、「場」を提供するにすぎない DPF 事業者の責任は、二次的なものとしてしか認識されずにいた。しかし、社会生活における DPF の存在感が増すにつれ、単なる「場」の提供者にとどまるわけでは

---

\* ひらやま・もとこ 関西学院大学法学部教授

ない DPF 事業者の性質が意識され始めるとともに、その責任範囲を明らかにし、一定の場合には、その活動を規制する法政策が、求められるようになってきている<sup>1)</sup>。

上記のような動向は、刑事法分野とも無関係ではない。というのも、例えば、動画配信プラットフォームを利用したわいせつ動画等の投稿・配信のように、オンライン上の「場」を利用した犯罪が実現された場合には、「場」の提供者であり、その管理・運営を担う者も、問責の対象となりうると考えられるからである<sup>2)</sup>。

本稿では、違法な情報・データがネットワーク上にアップロードされ、不特定多数の者が閲覧やダウンロードができる状態になった場合に成立する犯罪に関し、ウェブサイトやサーバを管理・運営する者など「場」の提供者も刑事責任が問われうるのかという問題につき、DPF 規制をめぐる他分野の議論動向も視野に入れながら、若干の検討を試みるものである。

## II DPF 規制にみられる「場」の 不適切な利用に関する議論動向

はじめに、オンラインで提供された「場」の不適切な利用と DPF 事業者の責任をめぐる議論動向を、確認することにした。

例えば、オンラインショッピングモールで購入した商品の不着や滅失によりプラットフォームの利用者が他の利用者や第三者に損害を与えた場合など、オンラインで提供された「場」の不適切な利用から生じた被害については、従前より、当該不適切な利用者自身が一次的な責任を負うのが原則とされている。もっとも、経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に

---

1) 安平武彦「デジタルプラットフォームをめぐる規制の到達点と実務(1)」NBL1194(2021年)33頁以下。

2) 場の提供者に対する刑事責任の動向に関して、品田智史「プラットフォームビジネスと刑法学」法律時報93巻12号(2021年)94頁以下。

関する準則」(令和2年8月)<sup>3)</sup>は、いわゆる BtoC 取引や CtoC 取引<sup>4)</sup>に関し、DPF 事業者にも責任が及びうる場合として、(1)商法14条または会社法9条により名板貸責任が生じうるケース<sup>5)</sup>及び(2)利用契約上の付随義務違反等に関して保障したことにより、利用契約上の付随義務が生じるケース<sup>6)</sup>を挙げているほか、以下の裁判例に言及している。

まず、①名古屋地判平成20・3・28判タ1293号172頁である。本件は、インターネット・オークションサイトを利用した詐欺被害に関し、DPF 事業者の不法行為責任が争われたものである。名古屋地裁は、「(プラットフォームの)利用契約における信義則上、被告は原告らを含む利用者に対して、欠陥のないシステムを構築して本件サービスを提供すべき義務を負っているというべきであり、当該義務の具体的内容は、「そのサービス提供当時におけるインターネット・オークションをめぐる社会情勢、関連法規、システムの技術水準、システムの構築及び維持管理に要する費用、システム導入による効果、システム利用者の利便性等を総合考慮して判断されるべきである。」と述べ、DPF 事業者が提供する「場」を用いた詐欺等犯罪的行為が発生していた状況の下では、事業者は「利用者が詐欺等の被害に遭わないように、……相応の注意喚起の措置をとるべき義務があった」と述べている<sup>7)</sup>。

---

3) 経済産業省「電子取引及び情報材取引等に関する準則」令和2年8月。<https://www.meti.go.jp/press/2020/08/20200828001/20200828001-1.pdf>

4) 企業が直接個人を相手とする取引(Business to Consumer)及び個人間取引(Consumer To Consumer)を指す。

5) 例えば、アプリマーケットにおいて、当該マーケット自体の外観や取引画面から、アプリの購入者が当該アプリの販売者をマーケット運営事業者であると誤信するのやむを得ないような表示をマーケット運営事業者が作出している場合である。

6) 例えば、モール運営者が商品に関するインタビューを集める等の特集ページを設け、特定店舗の特定商品の品質等を積極的に保障するなどした場合である。

7) 名古屋地判平成20・3・28判タ1293号172頁、控訴審は名古屋高判平成20・11・11裁判所ウェブサイト LEX/DB 文献番号25440062 [控訴棄却]。もっとも、本件では、具体的な義務の内容である相当な注意喚起がなされていたとして、被告人の義務違反は否定されている。

もう一つは、②知財高判平成24・2・14判時2161号86頁である。本件では、インターネットショッピングモール(楽天市場)において展示されていた商品につき、著名な「チュッパ チャプス」,「Chupa Chups」の表示を利用した不正競争行為(不正競争防止法2条1項1号・2号)に当たるとして、商標法36条1項又は不正競争防止法3条1項に基づく差止めと、民法709条又は不正競争防止法4条に基づく損害賠償責任が問題となったところ、知財高裁は、オンラインモールにおける出店者の商標権侵害行為に関し、モールの運営者がそれを知った、あるいは知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるときは、合理的期間内に当該ウェブページの削除がなされない限り、商標権者はモール運営者に対し、出店者に対するのと同様の差止請求と損害賠償請求ができると述べている。

準則が指摘した(1)及び(2)の場合とは、要するに、DPF事業者が利用者間の取引に実質的に関与している場合である。ゆえに、DPF事業者も被害に関する問責の対象となりうること自体に、さほど問題はない。これに対し、裁判例①及び②は、DPF事業者が利用者間の取引に実質的に関与していない場合であっても、利用者間の取引行為に係る情報が仲介される「場」を提供していること自体から、その責任が基礎づけられないかを問題とするものである。これらの裁判例では、DPF事業者が、信義則上、欠陥のないシステムを構築してサービスを提供すべき義務を負う立場にあり、具体的措置として、利用者への注意喚起や不適切な利用を認識した場合の削除等が求められることが示唆されている。

この点、2022年5月1日に施行された「取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益の保護に関する法律」は、取引DPFで行われる通信販売事業に関するものであるが、第1条において「取引の適正化及び紛争の解決の促進に関し取引デジタルプラットフォーム提供者の協力を確保し、もって取引デジタルプラットフォームを利用する消費者の利益を保護することを目的とする。」と規定する。また、第3条において、「努力義務」という形ではあるが、取引DPFを利用して行われる通信販売取引の適正化

及び紛争の解決の促進に資するための措置の実施を定めるとともに<sup>8)</sup>、第4条で、危険商品等が出品され、かつ、販売業者が特定不能など個別法の執行が困難な場合、内閣総理大臣が DPF 事業者に出品削除等を要請し、これに応ずれば、「場」を利用した取引から生じた被害についての責任を免除する旨を定めている。ゆえに、同法もまた、取引の「場」を提供しその利用者を集めることで収益を上げる立場にある事業者は、その提供する「場」における取引の適正化及び紛争解決の促進に協力すべき責務を負う、との考えに立つものと解される。

このように、DPF ビジネスに関する近時の裁判例や立法においては、「場」を提供した DPF 事業者は、「場」の不適切な利用行為を未然に防ぐとともに、発生した被害に一定範囲で対応すべき存在として位置づけられている。では、「場」を利用した犯罪実現に関する「場」の提供者の刑事責任は、どのような形で取り扱われているのだろうか。以下で検討する。

### Ⅲ 「場」を利用した犯罪に関する議論動向

#### (1) 問題の所在

「場」を利用した犯罪実現、とりわけ、動画配信プラットフォームやアプリケーションを利用したわいせつ物公然陳列罪などに関し、「場」の提供者（管理・運営者）の刑事責任が争われた裁判例は、さほど多くはない。また、「場」の提供者が自ら違法データをホストコンピュータのハードディスク内にアップロードして記憶させた場合など、直接的な構成要件該当行為を行ったと評しうるケースに特段固有の問題があるわけではな

---

8) 本法3条は、取引 DPF 提供者に対し、自らが提供する「場」における適正な市場の維持に一定の役割を果たすことを求めるものであるが、提供する「場」の種類や規模に応じ、個別の取引への関与の度合いも異なることに鑑み、同条1項において、講ずべき措置の大枠を努力義務として規定し、その措置の詳細については各取引 DPF 提供者に委ね、同条2項によって措置の実施の状況等を開示させることで、消費者がこれを確認できるようにしている。

い<sup>9)</sup>。そうではなくて、「場」の提供者が、違法な情報の投稿や配信を勧誘するなど、利用者に対し積極的な働きかけを行うとともに<sup>10)</sup>、「場」に投稿された違法コンテンツを削除等することなく放置した場合が問題となっている。

## (2) 共同正犯なのか？

近時、最高裁<sup>11)</sup>は、上記のような形で公然わいせつ罪及びわいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪が実現されたケースにつき、「場」の提供者らと投稿・配信者らとの間で、上記の罪の各共同正犯の成立を認めた(令和3年決定)。これを受けて、学説の中には、「今後、類似事案の多くは共同正犯として処理されていくものと推測できる。」と述べるものもある<sup>12)</sup>。

共同正犯という理論構成が受け入れられやすい理由は、「場」の提供者は、自ら違法データをサーバコンピュータのハードディスクにアップロードするなどの犯罪実現行為を直接行っていないものの、「場」の提供、管理・運営がなければ「場」の利用者らによる違法コンテンツの投稿・配信が存在しえなかったという意味で、当該犯罪の実現に不可欠な寄与をしており、また、そうした不適切な「場」の利用を通じてより多くの収益を上げる意図を有していることから、当該犯罪を自己の犯罪として実現しようとしたといえるほど重要な役割を果たしたと評価しうる点に求められる。もっとも、その場合の問題は、「場」の利用者と「場」の提供者との間で意思連絡は認められず、「共謀」を基礎づけられないのではないかと、という点である。

---

9) 山口厚「プロバイダの刑事責任」情報ネットワーク法学会・社団法人テレコムサービス協会編『インターネット上の誹謗中傷と責任』(商事法務、2005年)111頁も同旨。

10) 「積極的な働きかけ」の点を重視するのは、佐伯仁志「プロバイダの刑事責任」堀部正男監修『プロバイダ責任制限法 理論と実務』(商事法務、2012年)161頁以下。

11) 最決令和3・2・1刑集75巻2号123頁。

12) 伊藤嘉亮「ネット上で公然わいせつ罪や公然陳列罪の『場』を提供する場合の共同正犯の成否(その1)」法学教室 No.808(2022年)108頁。

すなわち、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。ゆえに、「場」の管理・運営者が違法な情報の投稿や配信を促す働きかけを行い、それが利用者一般に認識されていたとしても、面識のない個々の犯罪の実行者との間で「特定の犯罪を行うための謀議」が事前あるいは現場でなされたとはいえない<sup>13)</sup>。上述の最高裁決定（令和3年決定）では、管理・運営者らの意図は、「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」とされた。しかし、かりに最高裁が述べるような形で意思連絡を認めうるとしても、利用者（投稿者）らの犯罪実現意思が表明されたとされる時点で管理・運営者らはそれを認識しておらず、管理・運営者らが利用者らの意思表明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とはできない。

この点、わいせつ物等公然陳列罪に関しては、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

---

13) 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（最大判昭和33・5・28刑集12巻8号1718頁）や、②直接に犯行の指示が出されていたわけでもなく、「黙示の共謀」が肯定されたケース（最決平成15・5・1刑集57巻5号507頁）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。

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という批判が妥当しよう<sup>14)</sup>。

なお、学説の中には、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、上記のようなケースを管理・運営者と利用者の実行共同正犯と構成することで、共同正犯の成立を基礎づけようとする見解<sup>15)</sup>や、これに好意的な見解も見受けられる<sup>16)</sup>。そのような見解の前提となっているのは、共謀共同正犯の場合には謀議行為に基づく心理的拘束が関与者間で認められる必要があるのに対し、実行共同正犯であれば、心理的拘束が認められない場合であっても、各自の実行行為を一体のものと評価できる内容・程度 of 意思連絡があれば足りるという理解である。しかし、共謀共同正犯の場合に関与者間の心理的拘束が必要とされていたかは疑問である<sup>17)</sup>。また、共謀共同正犯であれ実行共同正犯であれ、共謀は事前ないし実行時に存在していなければならないが、特定(ないし対面)していない相手方との事前もしくは現場での意思連絡を肯定することはできない<sup>18)</sup>。

### (3) 単独正犯構成

そこで、「場」の提供者が、違法な情報の投稿や配信を勧誘するなど、利用者に対し積極的な働きかけを行うとともに、「場」に投稿された違法コンテンツを削除等することなく放置した場合に、「場」を提供した管理・

14) 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。

15) 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、伊藤嘉亮「判批」法時91巻5号(2019年)150頁。

16) 豊田兼彦「サイト等の管理・運営行為と共同正犯の成否——最高裁令和3年2月1日決定を素材として——」山口厚・井田良・佐伯仁志・松原芳博・仲道祐樹編『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』(成文堂、2022年)845頁以下。

17) 実行共同正犯として構成するか共謀共同正犯として構成するかは本質的ではないとする指摘として、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。

18) 前掲注(13)参照。

運営者について（共犯規定の適用によらずに）責任を問うのであれば、端的にそうした管理運営行為自体の責任、つまり、自己の提供した「場」に削除すべき違法データが含まれていることを知りながらあえてその管理を怠り、適時に削除しなかった点を問責の対象とすることが考えられる<sup>19)</sup>。

令和3年決定の事案と同様、わいせつ情報等に対する不適切な管理等が行われたケースにつき、共犯規定を介さずに「場」の提供者の責任を肯定した裁判例としては、①サーバコンピュータのディスプレイに掲示板を開設している被告人が、不特定多数の者が送信した児童ポルノ画像をサーバ上に記憶・蔵置させたまま削除せずに放置したケースについて、「被告人は本件ホームページの開設・管理者としてアップロードされた児童ポルノ画像を削除義務も作為可能性もあったことは明らかであり、にもかかわらずこれを削除しなかった被告人の刑責はアップロード者の刑責とは別に追及されるべきものである」として、不作為による児童ポルノ公然陳列罪の成立を肯定したもの<sup>20)</sup>や、②①の控訴審で、被告人の管理運営行為は、陳列行為を開始させ、継続させる行為にあたり、児童ポルノの削除の不作為も陳列行為の一環をなすものとして犯罪行為に含まれるが、陳列行為を続けることの裏返しの行為を捉えたものにすぎないとしたもの<sup>21)</sup>、③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

---

19) 近時のリーチサイト等の運営・提供行為による著作権侵害に関する規定（著作権法113条3項）は、リーチサイト等の運営・提供行為を直接行っていないDPF事業者を規制の対象から除外するが、著作権者等からの削除に関する請求に正当な理由なく応じない状態が相当期間にわたり継続しているなど、特別な事情がある場合はその限りではないことを定めている（同法119条2項4号・5号）。

20) 横浜地判平成15・12・15（公刊物未登載）。奥村徹「プロバイダの刑事責任——判例の考察」前掲注(9)『インターネット上の誹謗中傷と責任』149頁以下。なお、違法なコンテンツが投稿・配信されたサイトなどの管理・運営者の刑事責任が争われた裁判例を整理・検討するものとして、伊藤・前掲注(12)108頁以下（とりわけ114～117頁の一覧表）も参照されたい。

21) 東京高判平成16・6・23（公刊物未登載）。奥村・前掲注(20)151頁以下、伊藤・前掲注(12)114頁参照。

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などがある<sup>22)</sup>。③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。

すでに指摘されているように、「場」の提供者の管理・運営行為には、「作為的要素・不作為的要素が混合する場合もあり、その場合には、両要素を考慮する『併せて一本』的处理がなされることがあることは、事案の個性を法的評価の対象とするという見地からは、十分に理解可能」であるが、「不作為的要素を考慮する以上は、作為義務の問題は回避することはできない<sup>23)</sup>」。DPF 規制の観点からしても、「場」の提供者の責任に関する固有の問題は、「場」の提供自体を作為の実行と捉えることができない場合であっても、自己の管理・運営する「場」に違法コンテンツを持ち込まないよう利用者の注意を喚起したり違法コンテンツを削除したりすることをあえて怠るという、「故意の管理義務違反」の責任<sup>24)</sup>を問うことがで

22) 東京高判平30・2・6高検速報(平30)93頁。

23) 山口・前掲注(9)116頁。

24) 松宮孝明『先端刑法総論』(日本評論社, 2019年)132頁は、故意の放火が疑われる事案における防火管理責任に関し、「人や物の安全システムに関する管理責任の概念は故意犯でも独立した正犯であって、ゆえに、故意であろうと過失であろうと放火犯とは同時犯の関係に立つと考えることもできないではない。」と述べている。また、照沼亮介「著作権法上の侵害主体をめぐる議論と刑法学における議論の対比」上智法学論集57巻4号(2014年)69頁以下は、著作権法112条1項における「侵害する者又は侵害するおそれのある者」の意義に関して、著作物の物理的な利用行為を行っている者以外にもそこに含まれ得るかという議論と刑法学上の議論を検討する中で、上記の問題は、共犯論の問題よりも直接正犯者とは異なる別の主体について、同時に直接正犯者として扱われる場合(同時犯などと呼ばれる)に近いと指摘する。なお、同「共同正犯に関する最近の裁判例」前掲注(16)書『高橋則夫先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』737頁。

きるのではないかという点にあるように思われる。

Ⅳでは、こうした観点から、「場」を利用した犯罪実現に関する「場」の提供者の刑事責任について、若干の検討を試みたい。

## Ⅳ 「場」の提供者（管理・運営者）の刑事責任

### (1) 問題の所在

「場」の提供者（管理・運営者）が故意で「場」の適切な管理を怠り、「場」を利用した犯罪実現を防止しなかったことに、当該犯罪の成立を肯定する場合、それは不作為犯として成立する。そのため、「場」を利用した犯罪実現を防止するための措置を「場」の提供者に義務づけることが可能か、結果発生を防止すべき保障人的地位が問題となる。

従来の議論において、「場」の提供者の刑事責任が問われたのは、その管理する「場」に違法コンテンツが投稿・配信された後の削除の不作為についてである。つまり、正当な削除要求にもかかわらず違法コンテンツを放置することをその投稿・配信行為と同視しうるような場合である。これに対し、「場」に違法コンテンツが投稿・配信されないよう積極的に措置を講ずることについては、技術的に困難であるなど、「場」の提供者にかかる負担の大きさ（作為容易性、可能性の欠如）等を理由に、それを作為義務の具体的内容とすることや、その違反について責任を問うことはできないとする見方が多数である<sup>25)</sup>。そこで、以下では、違法コンテンツが投稿・配信された後の削除義務を念頭に、検討を加えることにする。

### (2) 違法コンテンツを削除すべき保障人的地位

「場」の提供者に違法コンテンツを削除すべき保障人的地位が認められ

---

25) 堀内捷三「インターネットとポルノグラフィ」研修588号（1997年）10頁、鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法 No.57（2004年）18頁。なお、渡邊卓也『電腦空間における刑事的規制』（成文堂、2006年）113頁以下も参照。

るかという問題に関し、有力に主張されているのは、否定的ないし限定的にのみ肯定する見解である。そうした見解に共通する考えまとめれば、以下のようなになる。

すなわち、保障人的地位(義務)は、一般に、①被害者ないし被害法益をあらゆる侵害から保護する立場ないし内容のもの(保護的保障)、②危険源を監視して、そこから生ずるあらゆる侵害を防止する立場ないし義務を内容とするもの(監視的保障)とに分類される。このような保障人的地位は、法律や契約等の形式的根拠から直ちに基礎づけられるわけではなく、実質的根拠として、自己の意思に基づく排他的支配、つまり、自ら危険を創出するとともにそれを現実支配していることを必要とする。この点、削除義務に関して問題となるのは②の類型であり<sup>26)</sup>、サイトの開設・運営は、違法な情報の掲示を可能とする「場」を提供するものである点が問題である。しかし、「場」の提供(開設・運営)自体は法的に是認された行為であるから、当該行為を危険の創出行為と評価することはできない<sup>27)</sup>。サイトの開設・運営者が危険を創出したといえるのは、違法コンテンツを掲示するためのサイトを開設・運営し、かつ、その掲示を利用者に逡巡したといった特別な関与が認められる場合だけである<sup>28)</sup>。

しかし、上記のような有力説の理解には、疑問がある。まず、有力説が前提とする保障人的地位(義務)の分類は、いわゆる機能的二分説<sup>29)</sup>によるものと思われるが、同説による保障人的地位(義務)の分類は、それによって他人の犯罪行為を阻止する義務の有無や、阻止義務の違反を正犯と

---

26) 山口・前掲注(9)122頁は、本文で示したような分類をしたうえで、プロバイダは違法コンテンツによって侵害される法益を保護すべき立場にはなく、保護を引き受けているわけでもないため、保護的保障の見地から、保障人的地位を肯定することには基本的な困難があるとする。

27) 堀内・前掲注(25)10頁、山口・前掲注(9)123頁。

28) 山口・前掲注(9)123頁、佐伯・前掲注(10)165頁。

29) 保障を「保護的保障」と「監視的保障」に分ける「機能的二分説」については、Armin Kaufman, Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte, 1959, S 283f.

するか共犯とするかという問題において意味を有する。別の言い方をすれば、「場」に違法コンテンツという危険源を蔵置するのは「場」の利用者であり、「場」の提供者にそれを監視する義務はないといった場合、それは精々、「場」の提供者には「場」の利用者による犯罪を阻止する義務はないという意味にしかならない<sup>30)</sup>。また、近時の学説によれば、保障人的地位の根拠づけにとって重要なのは、危険の創出や排他的支配等の事情自体ではなく、それらの事情が行為者に義務を課しうる規範的根拠（当為の側面）である<sup>31)</sup>。そして、危険創出による排他的支配が保障人的地位の根拠となりうるのは、「他人を害してはならない」という自由主義社会における最低限の義務が、態度自由に対する結果責任によって裏付けられるからである<sup>32)</sup>。ゆえに、「場」の提供者に関しては、提供者の行為自由として「場」が形成される場合、それによって他者に侵害が及ばないように配慮することが対価として求められる。その際、有力説が指摘するように、「場」の提供自体に特別な危険を認めることはできないが、「場」に違法コンテンツが蔵置され、「場」自体が危険源へと変化した場合には、違法コンテンツを削除し、その管轄領域を安全なものとするを、「場」の管

30) この点、「違法な内容の削除がプロバイダーの組織範囲内に属するときは、第三者による犯罪行為に対する保証人的義務が肯定される」との考えのもと、「具体的な事実を認識した後に適切な措置を講じ」る義務があるとしつつ、「ほとんどの場合プロバイダーは、間接的に正犯行為（結果）を助けたものとして、不作為の従犯の罪責を負う」とする見解もあるが（只木誠『刑事法学における現代的課題』（中央大学出版部、2009年）163頁以下）、わいせつ物等の公然陳列罪は、不特定または多数の人物が陳列された客体を見たという「結果」を要しないという意味での「拳動犯」であるから、「陳列」を認識した後にそれを助けることは「幫助」には当たらない。

31) 橋爪隆『刑法総論の悩みどころ』（有斐閣、2020年）72頁以下も、「事前に危険が創出されたという事実に決定的な意義があるわけではない」、「作為義務を課すことの正当化が問われている。」と述べている。なお、葛原力三「不真正不作為犯の構造の規範論的説明の試み——ドイツにおける最近の理論動向 Freund 及び Vogel の見解を中心に」刑法雑誌 36巻1号（1996年）132頁以下、中森喜彦「保障人説——その推移と意義——」現代刑事法 No.41（2022年）6頁、安田拓人「不作為犯」法学教室 No.490（2021年）115頁以下。

32) ドイツで有力に主張されている理解による。葛原・前掲注(31)133頁以下、松宮孝明編訳『ギュンター・ヤコブス著作集[第1巻]犯罪論の基礎』（成文堂、2015年）117頁以下。

理・運営を継続する提供者の行為自由の対価として、提供者に要求しうる。このような説明に対しては、「場」に違法コンテンツを蔵置したのは利用者であるから、その除去は利用者の義務（行為自由の対価）であって、「場」の提供者ではないという批判が向けられよう。しかし、違法コンテンツを蔵置した利用者自身に削除を期待できない状況において、危険な「場」の提供をなおも継続することは許されない危険の創出に当たり、「場」の提供者に危険の除去（違法コンテンツの削除）を義務づけると解する余地を否定することは、困難であるように思われる<sup>33)</sup>。

### (3) 積極的な措置を講ずるべき保障人的地位

他方、違法コンテンツを「場」に蔵置させないために「場」を監視するなどの積極的な措置に関しては、上述の削除義務の場合以上に、保障人的地位を肯定することに否定的な見解が散見する。その主たる理由は、監視等の措置を講ずることの技術的困難さや「場」の提供者（管理・運営者）にかかる負担の大きさに求められるが、有力説の場合、「場」の管理者という立場など一定の社会的・法的関係に着目した保障人的地位の根拠づけに消極的であることも、一因となっているように思われる<sup>34)</sup>。

しかし、いかなる事実に着目しようと、保障人的地位の根拠づけにとつて重要なのは、それがなぜ刑法上の義務を課すことを正当化しうるのかという当為の側面であることや、近時の学説が指摘するように<sup>35)</sup>、一定の身分関係や社会的・法的関係に基づく義務も、それが自由主義社会の前提と

33) すくなくとも、サイト開設の適法性は、当該サイトの危険性が確認された後の不作為の適法性を基礎づけるものではない。Vgl. Stratenwerth, Strafrecht AT, 3. Aufl. 1981, Rn. 1009.

34) 有力説によれば、法律の規定の存在は、保障人的地位の徴表としての意味を持ちうるとしても、決してそれ以上に出るものではないとされる。山口・前掲注(9)122頁。

35) ドイツでヤコブス、パブリック等によって有力に主張された理解。松宮編訳・前掲注(32)129頁以下、平山幹子『不作為犯と正犯原理』（成文堂、2005年）134頁、同「保障人的地位について」川端博ほか編『理論刑法学の探究』（成文堂、2012年）197頁、山下裕樹「親権者の『刑法的』作為義務」関西大学法学論集64巻2号（2014年）508頁以下。

する制度に由来するものであるときには——自由社会における最低限の義務ではないにせよ——保障人的義務の根拠たりうることを否定するのは、困難である。少なくとも、今後の議論においては、「場」の提供者の義務に係る諸々の法令の状況に目を向けるとともに、その背後に「場」の提供者による対応を予定する制度の存在を認めることが可能か、可能な場合、どこまでの措置を要求しうるのかを正面から検討することを、厭うべきではない<sup>36)</sup>。

## V むすびにかえて

以上、本稿では、DPF を利用した違法行為に関する DPF 事業者の責任問題を念頭におきつつ、とりわけ、違法な情報・データがネットワーク上にアップロードされ、不特定多数の者が閲覧やダウンロードのできる状態になった場合に成立する犯罪に関し、ウェブサイトやサーバを管理・運営する「場」の提供者がいかなる形で刑事責任を問われうるのかについて、若干の検討を試みた。この問題について、刑事法分野では、近時、共同正犯という形でサイトの責任を管理・運営者の責任を肯定する最高裁決定が現れたため、共同正犯をはじめとする共犯論の観点からの検討が中心になされている。しかし、最近の DPF 規制の動向や、共同正犯として

---

36) 「場」の提供者の刑事責任に関連する従前の議論では、風俗営業等の規制や業務の適正化等に関する規定における努力義務を基礎に、プロバイダなどの「場」の提供者について作為義務を根拠づけようとする見解（塩見淳「インターネットとわいせつ罪」現代刑事法 No.8（1999年）39頁以下）や、「継続性・類型性を有する社会的地位であるプロバイダ等に、自己の管理下にある施設への違法コンテンツの蔵置とその認識という事態が生じた場合に、これを削除危殆化結果の継続・増大を防止する役割が強く期待されているということ直ちに否定する理由はないように思われる」とし、プロバイダが違法なコンテンツを除去しうる唯一の存在である場合に限り、その保障人的地位を肯定する見解（鎮目・前掲注(25)20頁以下）も主張されていた。これらの見解は、かならずしも本稿と同じ方向を目指すものではないと思われるが、いずれにせよ、これらの見解が目指したような事情も考慮した理論を展開することが、今後、「場」の提供者の刑事責任を論ずる上では不可欠であるように思われる。

問責することの理論的限界に鑑みれば、「場」の提供者(管理・運営者)が「場」を利用した犯罪実現について問責の対象となりうるのはいかなる場合なのか(保障人的地位)、その場合、被害防止のための具体的措置としてどこまでのことを要求しうるのか(作為義務の内容)を、関連法規の状況を踏まえつつ検討することも不可欠であるように思われる。