

インターネット上の児童の保護に係る刑事法的課題

研究代表 石井 徹哉 千葉大学大学院専門法務研究科・教授
研究分担者 渡邊 友美 千葉大学大学院人文社会科学研究所博士後期課程・学生

1 はじめに

児童に関してインターネットにおいて現在問題とされているのは、児童ポルノがその主たるものである。なかでも、児童ポルノのブロックング及び児童ポルノ所持の一般的な犯罪化が大きく取り上げられている。他方で、児童それ自体の保護のあり方については、それほど重要視されているようには思われない。しかし、セクスティングのように児童から性的な画像ないし映像を送付する行為もみられるだけでなく、SNS 等におけるネットワークの閉じられた世界における活動をどのようにコントロールするのかという問題、あるいは一般的にサービスプロバイダの関与、国家との共働のあり方が問われている。上記のセクスティングも、その端緒が SNS 等であることが多いことからみても、児童の保護を考える上では検討すべきものといえよう。

そこで、児童の保護一般の問題を扱う前に、まずは情報通信上の課題について検討し、その枠組みをふまえて児童の保護のあり方、児童ポルノの刑事規制の問題を検討することにしたい。その際、児童ポルノブロックングにおいてもまず問題となったのが通信の秘密であり、電気通信事業法上の通信秘密侵害罪という視点からまずこれを検討することとする。次に、児童ポルノに係る問題についてプロバイダの刑事責任について検討し、わが国における刑事法的課題を明らかにする。最後に、児童ポルノに関する罪の基本的な構想と現行法及び改正法の相違を検討し、立法的課題を展望することとしたい。

2 通信の秘密からみた課題

2-1 通信の秘密侵害罪

電気通信事業法 4 条は、その 1 項で、「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。」と規定し、179 条で、電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密を侵す行為に刑罰を科している。電気通信事業法は、その名が示すように、電気通信事業に関して、その公共性に鑑みて種々の規制をなすものであり、この法律は、行政法上の諸規制の根拠として意味を持っている。そのため、従来、その罰則に関してあまり議論されてこなかった。しかしながら、行政規制に関わる領域では、通信の秘密侵害罪を背景として事業者に対する種々の規制がなされている現状がある。この場合、裁判所による公権的な解釈ではなく、行政当局または事業者側の自主的なかつ自制的な解釈によって電気通信事業者およびその関係者の行動が制約されることになる。

他方で、インターネットにおいては、電話回線と異なり、電気通信事業者自身がつねに通信内容を含め通信の秘密を積極的に侵害する状況が迫られている。そのほかにも、電気通信事業法の諸規制が電話を代表とする伝統的な通信回線を前提に立法されたものの、現在のインターネットにおける通信の特性と齟齬をきたしているところが多々みられる。通信の技術的な特性をみても、インターネット通信は、パケットという形で通信内容といわゆる通信の外形部分が一体化されているのであって、電話のように通信内容と受信人・発信人情報といった通信の外形部分が比較的容易に区分しうる通信と同一に考えることは、困難ではないかと考えられる。また、インターネット通信では、事業者自身による通信の秘密の知得の必要性がかねてより強く主張されている経緯も認められる。

2-2 通信の秘密侵害罪の保護法益

通信の秘密侵害罪の保護法益は、一般社会通念においては、通信当事者のプライバシーとして語られることが多い。しかし、ある意味で通信の秘密を侵害する信書開封罪（刑法 133 条）の法定刑が 1 年以下の懲役又は 20 万円以下の罰金であり、また、業務上取り扱う個人の秘密の侵害である秘密漏示罪（134 条）の法定刑が 6 月以下の懲役又は 10 万円以下の罰金であるのに対して、本罪の法定刑は、2 年以下の懲役又は 100 万円以下の罰金であり、電気通信事業従事者に対する加重刑が 3 年以下の懲役又は 200 万円以下の罰金であることからすると、個人のプライバシーだけを保護法益として説明することは困難である。

公衆電気通信法時代は、通信事業が、公益事業として、日本電信電話公社（日本電信電話公社法 2 条、5 条）および国際電信電話株式会社（国際電信電話株式会社法）に限定されて認められていた。このような背

景において、公衆電気通信法 112 条の通信の秘密侵害罪について、憲法 21 条 2 項を具体化するものとして理解することは、妥当であったといえる。しかし、電気通信事業が広く民間事業者に解放されている現状にあっては、通信事業の公共性ゆえに、せいぜい憲法 21 条 2 項の法意に照らして通信の秘密を保護したものと解されるのであって、国家による侵害を問題とする憲法 21 条 2 項における通信の秘密と電気通信事業法における通信の秘密が同一の意義、同一の内容のものであると解する必然性に乏しい。

通信の秘密侵害罪は、通信が社会生活にとって必要不可欠なコミュニケーションの手段であることから、それを保護することによって個人の私生活の自由および安寧を保障することを基礎としていることは、否定し得ない。それよりも、通信の秘密の保護は、コミュニケーション内容が当事者の知らないところで知得されないという通信当事者の期待がその中核を形成していると解するのが適切である。このように解することによって、通信当事者が個人だけでなく、企業等の法人または団体を主体としうることをも説明できることになる。さらに、そのような通信当事者の期待を保護するために、電気通信業務の適正かつ合理的な運用およびこれに対する社会的信頼をも、通信の秘密侵害罪が保護していると解すべきである。それは、通信が第三者に知得される状況が認められる場合、通信手段を安心して使用できなくなり、社会基盤としての通信が機能しなくなり、利用者の社会経済活動に著しい支障が生じてしまうからである。電気通信事業法 1 条が、電気通信事業の公共性を謳うのは、このような趣旨を含意している。

2-3 通信の秘密侵害罪における違法阻却事由

電気通信事業者といえども、その取扱中に係る通信の秘密を侵害した場合、通信の秘密侵害罪の構成要件に該当する。電気通信事業法 4 条 2 項が、電気通信事業者について他人の秘密の侵害の禁止していることから、事業者が通信当事者となる場合に、本罪の構成要件に該当しないのではないかとの疑念が浮かぶ。しかし、179 条は、4 条違反に対して刑罰を科すという立法形式をとっておらず、改めて構成要件の内容を罰条として明示した上で刑罰を科している。したがって、電気通信事業者は、その通信の秘密が自己の秘密他人の秘密かにかかわらずこれを侵害した場合、本罪の構成要件に該当することは否定し得ない。もっとも、4 条 2 項が電気通信事業に従事する者について、通信に関して知り得た他人の秘密を守るべきことを規定しているのは、その業務の性質上、通信の秘密を容易に知りうる立場にあるものの、その業務を適切かつ円滑に遂行するのに必要な限度において通信の秘密を知得することがあるからである。この条項の趣旨からすると、電気通信事業者が通信の秘密を侵害する場合について、一定の範囲で正当行為（刑法 35 条）として犯罪の違法性が阻却されることが当然に予定されているといえる。

正当行為による正当化に関して、通説は、行為の目的、手段の相当性、法益侵害の比較、あるいは政策的な配慮などを総合考慮し、社会通念上許容し得る場合、あるいは法秩序全体の見地から許容し得る場合に違法性を阻却すると解している。判例も、行為の目的、手段・方法等の行為態様を考慮し、法秩序全体の見地から当該行為の違法性を判断しているとされている。ただ、その実質的な価値判断としては、利益衡量が内在しており、優越的な利益の原則が妥当しているものと考えられる。

以上の二つのことから、電気通信事業者が通信を配信するに際して自動的、機械的またはこれらに準じた態様において実施する措置は、自動的または機械的であるがゆえに通信の秘密を侵害する虞が少なく、かつ、電気通信役務の円滑、適切な実施、通信の公平な取扱という電気通信役務の公共性を促すものであって、そのため電気通信事業に対する信頼を害するものではない。したがって、正当業務行為として正当化されることになる。同様に、通信事業者が通信を取り扱う際に、輻輳状態が生じ、通信の配信が困難または不可能になっている場合に、輻輳の原因を探索し、これを突き止める行為は、たとえ個別の通信の秘密を侵害するにいたったとしても、違法性が阻却される。この場合、現に通信の秘密が侵されてはいるが、輻輳の原因を追及しない限り、円滑かつ適正な通信状態の復仇が望めないものであって、通信当事者の私的領域に踏み込むことはあっても、通信の安定性の確保を図るという点で通信事業の公共性に適合するものであり、通信状態の復仇こそが通信事業に対する信頼を確保することにつながるからである。

このような通信業務に直接関わり、かつ、電気通信業務の適正性、安定性等に資する場合は、通信の秘密侵害罪の違法阻却を肯定できる場面が多い。しかし、電気通信業務を直接に関係しないところで、通信の秘密を侵害する場合、刑法 35 条による違法阻却を認めることは困難である。その端的な例が、児童ポルノ掲載サイトのブロック行為である。利用者がプロバイダを通じて児童ポルノサイトへとアクセスしようとする場合、アクセス先を監視し、リストに基づいてホスト名、IP アドレス、URL を検知して、アクセスを遮断するものである。この場合、利用者のアクセス先の監視・遮断によって通信の知得および窃用行為が存在し、通信の秘密侵害罪の構成要件に該当する。ブロック行為は、電気通信事業に随伴するものではなく、む

しろ電気通信事業遂行とはなんら関係しない別個の利益を保全するためになされるものであり、刑法 35 条による違法阻却は、困難である。

そのため、児童ポルノブロッキングに関するガイドラインは、緊急避難（刑法 37 条）をその法的根拠として通信の秘密侵害罪の違法性が阻却されるものとしている。すなわち、児童ポルノがウェブにアップロードされている状態は、児童ポルノの拡散により被写体となった児童の権利侵害を拡大する危険性があることから、現在の危険が存在するとし、ブロッキング以外に児童ポルノの拡散を阻止する手段が存在しない場合に、補充性の要件が充足されるとする。また、法益権衡については、被写体児童の性的虐待状況の拡散という権利侵害と通信の秘密を比較した場合、前者の害が上回ることから、この要件も充足するとする。補充性の要件に関しては、児童ポルノ流通を防止するより侵害性の少ない手段が存在しないこととされている。例えば、発信者側による削除、警察による検挙が例示される。この限りにおいては、Take down. Or Block. の原則が維持されていることになる。

児童ポルノのブロッキングに関する通信の秘密侵害罪の正当化の説明として、または、理論的根拠として、緊急避難を用いることは、それ自体妥当であるかのように思われる。しかし、刑法理論として検討する場合、なお疑念の余地がある。もっとも問題であると思われるのは、緊急避難を根拠とする行為をガイドラインによって規定しているところにある。ブロッキングを実施することは、各プロバイダの自主的な取組みとされているものの、ガイドラインにより実施方針を策定し、これに準拠して実施することは、実質的に児童ポルノのブロッキングの行動準則を規定していることに等しい。もともと緊急避難は、その法的性格について責任阻却事由とする見解もあるように、正当な利益の拮抗状態における利害調整の機能を果たすものであり、裁判時における事後的な評価によってなされるものである。もっともこのような考え方に対しては、異論もあり、違法阻却事由も行為規範の内容をなすとの消極的構成要件論も主張されている。この点に関して、理論的な一致点を見ないまま、特定の立場を前提にすることは、ガイドラインとしての性格上望ましくない。

また、ブロッキングを行動準則としてガイドラインに規定することは、実質的には、ブロッキングを行為規範化することになってしまう。このことは、児童ポルノの存在を認識しながら、ブロッキングの措置を講じない場合、不作為による児童ポルノの罪の正犯または共犯が成立する可能性を生ぜしめることになる。電気通信事業法における通信の秘密は、たんに個人の私的領域の保護を目指すにとどまらず、通信事業者いわば「土管」としての役割を徹底させ、不用意に特定の行動をさせないことで、電気通信事業の適切な運用、通信の安定性等の公共性に資するようにしてきたものであり、緊急避難状況があるとしてもガイドラインによる行動準則化は、法の目的にあまりに反するように解される。ブロッキングは、リストを元にしてアクセスの可否を判断するものであって、個別の避難措置ではなく、継続的な運用であることからしても、前述の疑念は、一層高まることになる。

より根本的な疑問は、実質的にみて、Take down. Or block. の原則が妥当しているのかということにある。緊急避難が認められるには、補充性の要件が充足されなければならない。警察による検挙やサイト管理者による削除が実施されないことがこの要件充足の前提になる。問題は、削除要請がそれほど機能し得ないものなのかということにある。ドイツでは、児童ポルノのブロッキングに関する立法をしたものの、削除が功を奏したため、結局、当該法律を撤回することになった。ドイツでは、立法後も、ブロッキングを実施する前に削除の実効性を検証したところ、連邦刑事局および各州の警察当局による海外のプロバイダに対する削除要請が適切に実施されたため、「ブロッキングに代えての削除(Löschen statt Sperren)」との方針を連邦政府がとることとし、コミュニケーションネットにおける児童ポルノ対策に際するブロック規制の消滅のための法律が成立し、児童ポルノ対策が徹底した削除によって対抗することとなっている。ドイツにおいて有効に実施されていることがわが国ではいまだ困難なままとなっているのかがまず問題とされるべきである。児童ポルノの拡散行為を含めネットワークにおける児童の保護は、法制度だけでなく、官民共働における適切な役割分担があつてこそ効果を発揮するものである。国内外の児童ポルノの削除または遮断の有効な実施のあり方をまず検討することが必要である。

また、国内サーバにおいてなお児童ポルノの拡散に対して削除またはサーバの遮断等が有効機能しないのは、プロバイダまたはサイト管理者の削除または遮断の懈怠に対して刑事責任の成否が曖昧なところにあるのかもしれない。EU ないしはドイツにおいては、コンテンツプロバイダおよびホスティングプロバイダに対して一定の責任を問うことが可能とされている。いずれにしても、プロバイダの自主的取り組みによって、児童ポルノがサイトに上がっている場合には、積極的に削除しうる仕組みができあがっている場合には、ブ

ロッキングは、不要となり得るということには、留意しておくべきであろう。また、たびたび取りざたされる児童ポルノ規制に関する法改正では、禁止対象の拡大にのみ議論が偏在しているが、児童の性的虐待・性的搾取を防止し、児童に対する権利侵害を阻止するには、どのような手法がもっとも効果的であるかという抜本的な議論が必要であって、刑事規制は、有効に阻止し得なかった（施策、政策の失敗）場合のあくまで補助的な手段でしかないことを再度想起しなければならない。

3 プロバイダ等の刑事責任

3-1 はじめに

上記のように、わが国では、ブロッキングの要請が根強く存在するようである。法律上ブロッキングが可能になったとしても、ブロッキングによる利益侵害の重大性に鑑みると、ドイツと同様削除要請に対応して、児童ポルノの送信可能化が停止されることが望ましいことは否定できない。そこで、刑事責任の観点からプロバイダ等の削除義務または送信停止義務を刑事責任の側面から検討し、解釈論上の限界を明らかにし、捜査機関またはインターネットホットラインセンターによる削除要請の実効性をどのように確保するための問題の所在を明らかにしたい。

3-2 プロバイダ等の刑事責任と削除義務

これまでのわが国におけるプロバイダの刑事責任に関する議論を見る限り、この問題を不真正不作為犯の形態であるとし、作為義務を限定的に肯定すべきものとして理解されてきたといえよう。

まず、プロバイダ等に積極的な関与が認められない場合、保障人的地位を基礎づけるに足りる程度の事実的な基礎を欠いているものとされる。作為義務に関する伝統的な見解は、法令、契約・事務管理、条理・慣習により保障人的地位が基礎づけられるとしてきた。一般的に、プロバイダ等に対して違法な情報を削除する義務を基礎づけていると考えられる法令も契約も存在しているとはいえない。法令、契約、条理等により保障人的地位を認めるとしても、なんらかの点でプロバイダ等の削除の可能性に言及していればよいというものではない。不真正不作為犯において問題とされる保障人的地位は、保護法益の侵害が生じないようにする法的義務であり、法令によるにせよ契約によるにせよ、つねに保護法益または被害者との関係において義務が認められていることが必要である。しかしながら、プロバイダ等に関して利用者や契約者との間に一定の義務を認めることが可能であっても、それが直ちに被害法益や被害者との関係における義務といえるものは存在しない。

もっとも、刑法以外の法令や契約によって作為義務を肯定できたとしても、それだけではまだ刑法上の義務とはいえず、より実質的な観点から保障人的地位を基礎づけるべきである。近時の有力な考え方は、違法な情報内容を放置することによって構成要件を実現したこと、法益侵害またはその危殆化が認められることが必要であるとする。それゆえ、保障人的地位を基礎づけるための実質的な根拠として、排他的支配が必要とされ、さらにこれに附加して、危険の創出や事実上の引受けなどが要求されている。

一般に排他的支配は、不作為者が結果へと向かう因果の流れを掌中に収めていたこと、または因果経過を現実的かつ具体的に支配していたことを意味するものとされる。削除義務についてこれを検討すると、違法な情報を削除可能な者が当該行為者唯一であることを要することになる。例えば、ホスティングサービスを契約した者が、借り受けたサーバの自己のユーザ領域において掲示板を開設し、管理運営していた場合、そのいずれに対しても捜査当局ないしインターネットホットラインセンターが状況を通知することによって違法な情報内容を認知してしまったとき、双方について当該情報の削除可能性があるため排他的支配が否定されることになる。また、情報発信者自ら削除が可能な状態がある限り、サーバ管理者およびBBS掲示板等の管理者に排他的支配を認めることができなくなる。

このような問題が生じるのは、排他的支配が、その内実として因果経過の支配が考えられていることが示しているように、結果犯のうちの侵害犯を想定しつつ検討されてきたものだからといえる。しかしながら、インターネット上の違法行為に関するプロバイダ責任が問題となる事案は、わいせつ情報または児童ポルノの公然陳列、名誉毀損等の犯罪であり、これらは、一般に抽象的危険犯とされる犯罪類型である。抽象的危険犯の理解に関して争いがあるものの、通説からは、実行行為の遂行によって危険の発生が擬制されるとされる。行為の遂行によって客観的に危険な状態として抽象的危険が生じるものと考えられる有力な見解にしたがったとしても、前述の犯罪類型では、通常、構成要件に記述された行為を完遂するのとほぼ同時に抽象的危険

としての結果が生じることとなる。したがって、名誉毀損罪や児童ポルノまたはわいせつ電磁的記録公然陳列罪では、結果にいたる因果経過の支配をそもそも想定することができず、このような意味で、不真正不作為犯の成立を肯定することはできない。それゆえにこそ、不作為によるプロバイダの刑事責任を検討する上では、法律または契約に依拠することが必要になるともいえるが、このような見解が妥当でないことはすでに述べたとおりである。

3-3 プロバイダ等の刑事責任と従犯・正犯

(1) 従犯の成否

排他的支配による作為義務の基礎づけは、もっぱら正犯を念頭に置いてきたが、この点から作為義務を基礎づけることが困難になると、残るは、従犯が成立するかどうかということになる。しかし、これを積極的に解することは困難であろう。

不作為による従犯に関するこれまでの裁判例をみると、この場合に問題とされる作為義務の内容は、原則として正犯による犯罪を阻止する義務またはこれに類するものとして理解されている。従犯の一般的成立要件を他人の犯罪に加工する意思をもって、有形、無形の方法によりこれを幫助し、他人の犯罪を容易ならしめるとの解釈を前提にするならば、少なくとも正犯による犯罪の遂行を困難にしたりはその遂行の障碍となるべき行為をする義務が従犯における作為義務と理解すべきことになるであろう。これは、不真正不作為犯の正犯が結果にいたる因果経過に介入することで義務の履行により結果を回避し得たことを根拠に結果の実現をもたらしたと評価されるのに、従犯の因果性がいわゆる正犯による犯罪結果の強化または促進とされることから、義務の履行により正犯の犯罪結果を困難にしたりと評価できれば足りることを理由とするものである。このような前提のもとでプロバイダ等の作為義務を考えると、そもそも違法な情報内容をネットワーク上に公開する正犯者の犯罪の遂行を困難にしたりはその障碍となる行為をするには、当該情報がネットワーク上に公開されたあとでは困難であって、作為義務を認めることができず、違法な情報内容を認識したにもかかわらず、そのまま放置したとしても、従犯は成立しないと解すべきである。

行為者が積極的に関与することによって従犯の成否が問題となったのが、最高裁判平成24年7月9日決定(判時2166号140頁)である。本件では、被告人らは、自らが開設し、管理運営していたホームページ上に、別の者が開設し管理運営していた掲示板にアップロードされていた児童ポルノ画像データの所在を特定するURLの一部を改変した文字列を記載し、「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。」と附記することによって、上記画像データの所在を明らかにした行為について、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に関する法律(以下、「児童ポルノ法」とする)7条4項)に問われたものである。

この事案に対して、一審(大阪地裁平成21年1月16日判決)は、『公然と陳列した』とは、児童ポルノ画像の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をいうと解される」として、「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』といえ」として、児童ポルノ公然陳列罪にあたるとした。さらに、原審(大阪高裁平成21年1月23日判決)も、「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当該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である場合には、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、新たな法益侵害の危険性という点においても、行為態様の類似性という点においても、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のであるから、児童ポルノ公然陳列に該当するといふべきである」として、控訴を棄却した。

最高裁判所は、弁護人の上告趣意について、適法な上告理由にあたらぬとして、それ以外に何も判断を示すことなく上告を棄却した。ただし、本決定は、いわゆる例文棄却について大橋裁判官およびこれに同調する寺田裁判官の反対意見が附されている珍しい決定となっている。大橋裁判官の反対意見は、刑法175条の「公然陳列した」を、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をいい、その物のわいせつな内容を特段の行為を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要しないとする最高裁平成13年7月16日決定(刑集55巻5号317頁)の趣旨は、児童ポルノ法7条4項の「公然と陳列した」にも該当し、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あるとし、平成13年決定の趣旨は、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く、被告人の行為は、児童ポルノ法七条四項の「公然と陳列した」にはあたらないが、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、原審に差し戻すべきというものである。

このように、事案において児童ポルノ公然陳列罪の従犯とする反対意見をとるためには、当該画像が公然陳列されている状態をさらに拡散可能な状況を設定することが正犯の犯罪結果を強化・促進したものと解することが前提となる。しかしながら、このようなすでに生じてしまっている犯罪結果の強化・促進をもって足りるとする考えには、二つの点で疑問が残る。

第一に、この意味での強化・促進の因果性は、正犯者の行為を介在したものではない。たしかに、犯罪が継続して成立し、法益侵害結果を促進しているといえる限り、実行行為を行った正犯との関係において従たる役割にとどまる者を実行行為の前後を問わず従犯とする解釈論もありうる。しかしながら、このような解釈によるとしても、それが妥当するのは、実行行為終了後結果発生までの間かあるいは侵害犯である結果犯または結果的加重犯に限定されるべきであるし、また第三者による強化ないし促進行為は、結果発生までに存在する必要がある。例えば、正犯者が建造物に放火して立ち去った後、現場を通りかかった者がガソリンをまいて建物の焼損を促進した場合に幫助の可能性を肯定できるとする。放火行為が終了した後焼損結果が生じるまでの間にガソリンをまいて焼損を促進したのであれば、幫助を肯定しうるが、焼損結果発生後であれば、建物の燃焼は促進されてはいるものの、抽象的危険としての公共の危険は、焼損により肯定されているのであるから、さらなる促進を肯定するのは、困難である。

第二に、前述の考え方は、共犯の因果性を正犯者を介在することなく肯定することを前提にしている。このような行為者の行為と犯罪結果との直接的な結びつきを前提に共犯の因果性としての正犯の犯罪の強化・促進を考えることから、単独正犯の場合と同じ意味での条件関係を前提にした上で、当該行為が犯罪結果を強化・促進したのかを問うことになり、この場合、強化・促進の因果性判断が実質的に幫助行為としての行為の危険性判断に転化している可能性がある。このような考えは、従犯を正犯の犯罪結果を処罰条件とした危険犯として理解することにいたってしまうであろう。

そもそも共犯の因果性が単独正犯とは異なり強化・促進という形で緩和されるのは、自由な意思決定をおこなう者を介して犯罪結果と結びついているというところにその根拠がある。現行刑法は、責任無能力者を例外として、すべての人間が自己の理性にしたがって自由に意思決定をする能力を有することを前提に犯罪成立要件を体系化している。責任主義の実質的な基礎は、違法行為を遂行する動機に対して反対動機を形成する可能性が法秩序の側からみて期待可能であるということにあるといつてよい。これを前提とし、かつ、犯罪の違法性が法益侵害を求めるならば、特定の法益侵害または犯罪結果の惹起を決意することに対して反対動機形成可能性が認められる者に対して働きかけることによって、間接的に法益侵害または犯罪結果を惹起したことが、刑法60条以下の修正された構成要件として処罰される根拠を基礎づけるものである。

(2) 構成要件解釈としての正犯性

以上から、プロバイダ等の刑事責任について、プロバイダ等が違法な情報をアップロードした者と意思の連絡がない場合、共犯の責任を肯定することが困難であることが示されたように思われる。それゆえ、プロバイダ等の刑事責任は、正犯によるものとして考察するのが妥当である。この場合参考となるのが、ドイツテレメディア法によるプロバイダ責任の規定とその解釈である。テレメディア法は、その7条1項において、プロバイダ責任の一般原則として、サービス提供者が自らが利用のために提供した自己の情報については、一般法にしたがって責任を負う旨を規定している。他方で、テレメディア法10条は、他人の情報を利用者のために蔵置している場合、サービス提供者が違法な行為または内容の認識を欠如しているとき免責されるとし(1項1文)、認識に達したときは即時に情報を削除または情報へのアクセスを遮断するために行動した場合に免責されるとしている(1項2文)。そのため、削除または遮断のための行動に出なかった場合、犯罪の成立が肯定されうる。しかし、このような意味でプロバイダー等に刑事責任を問うことが困難であることは、すでに述べたとおりである。

もっとも、ドイツでは、自己の作成した情報のみならず、自己のものとしている情報についても同法7条1項から責任を負うものとされている。プロバイダー等の責任が問題となるのは、どのような場合に自己の情報にしたといえるのかである。この点について、連邦通常裁判所は、すべての重要な事情を全体的に考察してそれに基づいて客観的に判断すべきとしている。この立場からは、他人に由来するものとの断り書き

を認識させない場合、自己のものにしたものといえとされる。これに対して、他人の情報内容を意識的に選択し、コントロールし、または、責任を負うことを要求する見解も有力であるが、証明の困難さに何点があると指摘されている。もっと欧州裁判所がこれに近い見解をとっている。

以上のドイツにおける議論は、テレメディア法の規定を基礎とするものであって、ただちにわが国において使用しうるものではない。しかし、他人のアップロードした情報についてもプロバイダ等に責任を肯定する余地を認める点で参考となりうる。そして、他人の情報であってもこれを自己のものとしてといえるかどうかは、プロバイダ等について、正犯としての責任を問う場合に有効に機能する。正犯は、構成要件を直接実現した者といえるから、当該構成要件の解釈を離れて抽象的に考察するのではなく、問題となっている犯罪の構成要件解釈として検討すべきである。

まず、プロバイダ等なかでも掲示板の管理者が違法な情報をアップロードする者と意思連絡の上違法な情報をアップロードし公開する場を提供した上で、そこに違法な情報がアップロードされる場合には、共同正犯が成立しうる。例えば、児童ポルノ専用掲示板を開設し、児童ポルノデータを積極的にアップロードさせる場合にも妥当するであろう。しかし、通常の掲示板（例えば、旅行情報の交換）を運営していたのにすぎないにもかかわらず、突如問題となる画像がアップロードされた場合、掲示板の運営者は、これを発見し、問題となる画像を意識的にそのまま放置したからといって、なんらかの犯罪が成立することはない。

日本だけでなく、ドイツにおいても、プロバイダ等の責任について議論されているのが、リンクを張る行為である。問題とされるのが、わいせつ画像または児童ポルノ画像がすでにアップロードされており、当該画像データの蔵置されているURLへとリンクを張る行為について、どのような責任を負うのかということである。

この場合、「公然と陳列した」といえるかどうかを検討しなければならない。この点に関しては、すでに学説上も議論がなされている。否定説は、リンクを張る行為は、当該画像を不特定又は多数の者が認識可能な状態を設定したわけではなく、設定した場所があることを認識可能な状態を設定にすぎず、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。これに対して、肯定説は、自らわいせつ情報を蔵置せずとも、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、公然陳列に該当するとする。もっとも、このような立場であっても、リンクを張らずにわいせつ画像データを閲覧・入手できるウェブページのURLを掲載しているにすぎない場合には、否定的に解し、雑誌等に該当データのURLを記載したにすぎない場合には、直接的なアクセス可能性を設定していないため公然陳列ではないとする。

児童ポルノまたはわいせつ画像のデータについてリンクを張る行為は、リンクをクリックすることによって直接認識可能な状態を設定した場合にのみ公然陳列と解するのが妥当である。しかしながら、刑法175条及び児童ポルノ禁止法は、公然陳列のみならず、提供行為についても処罰の対象としている。したがって、リンクをクリックして直接画像を閲覧できるような状態でない場合には、当該データを提供したものとしてみても処罰可能と解すべきである。

4 今後解決されるべき課題

以上のように、プロバイダ等に刑事責任を問うるのは、積極的に行為に出た場合であって、すでに存在している情報を放置していた場合について刑事責任を問うのは、困難である。たしかに解釈論のひとつとして刑事責任を問うとの考えもありうるが、争いがあり、不安定である。

しかしながら、違法な行為または違法な情報がネットワーク上に残っているにもかかわらず、それを削除しないプロバイダ等が存在し、児童ポルノ画像が放置され、拡散されうる状況が残ることを容認するのことは、政策的な検討課題である。ドイツでは、テレメディア法のプロバイダ責任に関する規定によって保障的地位が肯定され、さらに不作為犯に関する総則的規定（ドイツ刑法13条）が存在することと相俟って広範な刑事責任を肯定することが可能となっている。このことが、プロバイダ等による自主的取り組みを促し、違法な行為・違法な情報の迅速な削除という効果をもたらしていることも看過できない。そこで、このような規定を導入することによって、わが国における刑事責任の範囲について解釈論的転換を図ることも可能かもしれない。しかし、刑事責任が限定されている状況を立法により直接解決するのではなく、解釈論へと影響を及ぼそうとすることは、規制手法として妥当でない。また、民事責任の分野において、事案の蓄積があるプロバイダ責任制限法にさらなる修正を加えることによる混乱も看過し得ない。

この場合重要なことは、違法情報が存在している場合に、当該プロバイダに通知することによって直ち

に削除されることである。そのために、刑事責任を法律によっても拡大することは望ましくなく、まずは効果的な行政的手法を法律上確立することではないかと考える。その前提として、実体法上当該情報が違法であることを要することになる。この場合、迅速かつ効果的な措置のためには、違法情報であることが明白であることが必要であるが、児童ポルノ等については、その限界線が微妙となりうる。

そのため、児童ポルノに関しては、削除措置が十分に機能しづらい。これは、とりわけ被写体の年齢認識に関する問題で顕在化する。被写体が10代後半の場合、当該画像が児童ポルノかどうかの判別が著しく困難になるからである。限界領域については、事後的な捜査等による証拠収集によって犯罪の成否が確定されるが、即時の削除や送信停止のためには、それでは対応できず、いたずらに画像が拡散されることになる。ひとつの方策は、被写体がネットワーク上にアップロードすることに同意していない場合、ポルノ画像のネットワークへのアップロードを規制することである。

この問題を解決するには、そもそも児童ポルノ関連犯罪の処罰の根拠を明確にする必要がある。わが国の立法者は、児童の保護ということをいいつつも、児童ポルノの定義あるいは所持処罰のための要件として自己の性的欲求を満たす目的を要求するなどしていることからみて、性道徳一般を基本的な保護法的としてとらえている。そして、このことが児童ポルノと通常のポルノの限界づけを不明確にし、ネット上からの児童ポルノを駆逐することの障壁となっている。

むしろ、児童ポルノは、被写体となった人物の同意能力の欠如または瑕疵ある同意による撮影・製造行為であり、さらに被写体となった人物の同意能力の欠如または瑕疵ある同意による拡散行為にその処罰の実質をみるべきである。この意味では、たとえ成人であっても、その同意なきまたは瑕疵ある同意に基づくポルノ画像の拡散行為は、やはり同様に禁止されるべきであり、当罰性を有しているといえよう。このような立場からは、被写体人物の同意なきポルノ画像を拡散可能な状態に置くことをまず犯罪化すべきであり、それを副次的に支えるものとして児童ポルノ関連の犯罪が存在するものと解するのが妥当ということになる。これによって、年連認識の有無を問題とすることなく、ネット上で商業化されていないポルノデータを不用意にアップロードすることが差し控えられ、またプロバイダによる積極的な削除も可能となる。

【参考文献】

- 伊藤榮樹・小野慶二・莊子邦雄編『注釈特別刑法第6巻交通法・通信法編II』(1982年)〔河上和雄〕
石井徹哉「アクセスプロバイダの刑事責任(1)」千葉大学法学論集 20巻4号(2006年)33頁以下
石井徹哉「アクセスプロバイダの刑事責任(1)——ドイツテレサービス法における展開——」千葉大学法学論集 20巻4号(2006年)33頁以下
大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法第2巻〔第35条～第44条〕』(第2版・1989年)243頁以下〔古田佑紀〕
奥村正雄「プロバイダの刑事責任——判例の考察」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『インターネットの誹謗中傷と責任』(2005年)126頁以下
川崎友巳「サイバーポルノの刑事規制(2・完)」同志社法学 52巻1号(2000年)1頁以下
小向太朗「インターネット・プロバイダーの責任」ジュリスト 1117号(1997年)19頁以下
小山覚『「情報処理の高度化等に対処するための刑法等の一部を改正する法律」の実務的課題』第8回デジタル・フォレンジック・コミュニティ in Tokyo 2011(2011年)
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 理論と実務』別冊 NBL No. 141(2012年)161頁以下
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)35頁以下
鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法 6巻1号(2004年)17頁以下
多賀谷一照ほか著『電気通信事業法逐条解説』(2008年)
森亮二「ブロッキングに関する法律問題」ジュリスト 1411号(2010年)7頁以下
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
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
安心ネットづくり促進協議会「児童ポルノ対策作業部会法的問題検討サブワーキング報告書」(2011年)
日本ユニセフ協会「子どもポルノと日本の現状」<http://www.unicef.or.jp/special/0705/slide/slide.html>

J.A.J. Brüggemann, Entwicklung und Wandel des Sexualstrafrechts in der Geschichte unseres StGB, 2012.

Daniel Schuh, Computerstrafrecht im Rechtsvergleich – Deutschland, Österreich, Schweiz, J. Eisele, Computer- und Medienstrafrecht, 2013.

Eric Hilgendorf/ B.Valerius, Computer- und Infternetstrafrecht, 2. Aufl., 2012.

M. Grecke/ P. Brunst, Praxishandbuch Internetstrafrecht, 2009.

Klaus Laubenthal, Handbuch Sexualstrafrecht, 2012.

Jasim Palm, Kinder- und Jugendpornographie im Internet, 2011.

Ulrich Sieber, Kinderpornographie, Jugendschutz und Providerverantwortlichkeit im Internet, 1999, S. 69ff

Ralf Gnüchtel, Jugendschutztatbestände im 13. Abschnitt des StGB, 2013.

http://www.bundesregierung.de/nn_1272/Content/DE/Artikel/2011/04/2011-04-13-loeschen-statt-sperren.html

〈発 表 資 料〉

題 名	掲載誌・学会名等	発表年月
通信の秘密侵害罪に関する管見	千葉大学法学論集 27 巻 4 号	2013 年 3 月
プロバイダ等の刑事責任	警察政策 16 巻	2014 年 4 月
ネットワーク犯罪	日本刑法学会第 91 回大会	2013 年 5 月