

「インターネットにおける青少年のメディア保護に対する刑法上の要求——アクセスプロバイダの刑法上の責任を特に考慮して」

エリック・ヒルゲンドルフ
石井 徹 哉(訳)

- 一 序論
- 二 インターネットならびに児童および青少年保護の特性
- 三 青少年メディア保護州際協定二三条
- 四 プロバイダ責任
 - (一) プロバイダ責任の基本構造
 - (二) アクセスプロバイダの不作為に関する刑法上の責任について
 - (三) 反対説
- 五 アクセスサービスと未来のインターネット

一 序論

児童および青少年をメディアにおける新たな種類の危険から保護することは、現在、盛んに話題にされている。

その場合、まさに当然のことながら、立法者が——同様に最初に強調しておくべきものであるが——刑法上の手段の投入についてこれまで注目に値するほど自制してきたにもかかわらず、しばしば刑法を求める声もまた叫ばれている。立法者は、そのような手段の投入に代えて、青少年のメディア保護において「調整された自己規制」という要求の高い構想に従っている¹。青少年のメディア保護に関する州際協定（以下、「青少年メディア保護州際協定」とする）は、たしかに二三条において刑法規範を含んではいるものの、それでもやはり、この規定は、広範でかつきめ細かな多種多様なそのほかの処分の中にくるみこまれてしまっている。

インターネットにおける青少年のメディア保護に対する刑法上の要求を検証するという私に課された任務を、以下においては、児童および青少年のメディア保護に関して一般刑法からどのような特別の諸要求が帰結されるのかを明らかにすることが肝要であるというようには理解してはいない。むしろ、以下の論述の目的は、青少年のメディア保護を刑法学者の視点から分析し、評価することにある。この場合、本稿で筆者に与えられた量では若干の局面だけを論じることができにすぎないことは、明らかである。

おそらく一般的な考えによると、インターネットにおいてもっとも加重された危険な状態が現れていることから、インターネットにおける児童および青少年のメディア保護に限定することにする。本稿の第一節は、これらの危険に費やされることになる。第二節は、青少年メディア保護州際協定二三条の刑罰法規を取り扱う。第三節では、まさに児童および青少年の保護という観点において、プロバイダの特別の刑法上の責任の問題を究明したい。プロバイダ責任は、まさに刑法の観点においても、インターネットにおける児童および青少年の有効な保護のための鍵であると考えている。したがって、この節は、とりわけ詳細なものとなるであろう。基礎的なことを明らかにしたあと、アクセスプロバイダの責任という特に議論のある問題を扱うことになる。最後に、インター

ネットにおける現在の重要な発展をテーマとして扱う。すなわち、Web 2.0の形成およびクラウドコンピューティングがこれである。これらは、すでに今日、インターネットにおける児童および青少年保護について新たな課題を作り出している。

二 インターネットならびに児童および青少年保護の特性

仕事および日常生活に対するインターネットの意義は、ますます重要なものとなっている。二〇〇九年、一四歳以上のドイツ人の六七%が時折オンラインの状態にあり、そのうちほぼ七二%が毎日そうしていた^②。それどころか、一四歳から一九歳まででは、九六%がオンラインの状態であった。青少年によって新たなソーシャルネットワークがとりわけ集中的に利用されている。一四歳から一九歳の七四%は、これらのサービスを利用し、しばしば毎日数時間も利用している。二〇歳から二九歳までではまだ六一%、三〇歳から三九歳まででは二四%、四〇歳から四九歳まででは一二%、五〇歳から五九歳まででは一〇%にすぎない^③。

インターネットの意義が重要になることおよび利用者数の増大によって、予想に違わず、ネットにおける犯罪的行動およびその他の社会有害的な行動の数量が増大している。先の四月に公表された二〇〇九年の犯罪統計によると、昨年（バイエルンを除く）連邦全体でインターネットを犯行手段とする犯罪行為が二〇六、九〇九件記録されており、二〇〇八年（二六七、四五二件）より二三・六%増加している。そのうち、五分の四以上を詐欺罪（八二%）、とりわけ商品詐欺（件数の三七・六%）が占めている。第二グループは——もちろん大きな隔たりがあつて——ポルノ文書の頒布（二・九%）が形成し、これに続くのが、著作権法規定に違反する犯罪行為（二

・六%)である。

インターネットには、法的にもますます重要となるいくつかの特徴が認められる。インターネットにおいて公表したものは、遍在的である。それは、国境に縛られず、原則として世界の至る所で受信することができる。さらに、インターネットにおいて公表したものは、たいいていネットにおいて永久に見つけることができ、いったんアップロードしたならば、それは、確実にそこから再び削除することはほとんど不可能である。インターネットの第三の特徴は、そこで公表を可能とする速さの点にある。問題となる内容それ自体を世界のもっともかけ離れた片隅で自由に利用できるようになるためには、その場所がネットにさえ接続しているならば、少々キーボードをタイプすることで十分である。

インターネットは、いくつか少数のサービス提供者、すなわちGoogle・Microsoft・AppleあるいはAmazonのような「グローバルプレイヤー」による優越的支配によって特徴づけられる。⁴このことは、ワールドワイドに同様の技術的標準が支配的であるという利点を有し、そのことがインターネットへのアクセスおよびそこでコミュニケーションを驚くほど容易にしている。しかしながら、いくつか少数の巨大サービス提供者——さらになおほとんどもっぱら米国から発祥している——は、重大な問題をも提起する。発言権を持つのは、個々のユーザやユーザグループではなく、その領土上でネットが自由にできる国家でもなく、私的な巨大企業である。例えば、Web 2.0におけるFacebookというコミュニケーションプラットフォームは、その所有者がほとんど自分の好きなように変更し、拡張し、しかしさらに停止することもできる。Facebookと瞬く間に五億を越えた顧客との間の契約関係は、ひじょうに脆弱であり、そのため、Facebookは、ユーザになんらの安全をも保証しない。将来の息の詰まるようなひとつの問題は、国家または国家共同体が巨大企業に対して要求することができるかどうかで

ある。真剣な権力テストは、まだおこなわれていないが、私の見るところ、その帰趨は確定していない。

ワールドワイドに広がった同一の技術的な基礎のために、インターネット詐欺、有害なソフトウェアならびにボログラフィおよびその他の違法な内容の頒布といったパスワードによって記述することができると類似の問題がいたるところで浮かび上がっている。これらのグローバルな挑戦に直面して、グローバルな解答を、例えばワールドワイドに妥当する法的な標準という形式において、求めるということが容易に思いつく。そこで、二〇

〇一年の欧州評議会の「サイバー犯罪条約」がある種の「インターネットの世界刑法」、「世界情報法 (lex informatica universalis)」の出発点になることができるだろうということは、あり得ないことではないように思われる。⁵⁾

利用者の数およびこれに伴って潜在的な被害者の数も継続的に増加している。絶えず繰り返し、新たな未経験の利用者がインターネットに接するようになっていく。しかしながら、これまで、メディアリテラシーを学校教育の確乎たる要素にすることに成功していない。すでに述べたように、ドイツにおいて、ほとんどすべての児童と青少年は、一四歳を越えると通常インターネット上で活動するようになっていく。この場合、彼らは、両親によってほとんど調べられずそのためほとんどコントロールもされないサービスをしばしば利用する。とくによくあることなのが、「Web 2.0」「インタラクティブネットワーク」における青少年特有のサービスは、原則としてあらゆる内容において(受動的に)消費されるだけでなく、(積極的に)オンラインに提供されることが可能である。その種のサービスの本質にあるのは、内容がすばやく変化することである。内容のコントロールは、ほとんど可能ではなく、通常は望まれないはあるいはそれどころか明白に違法な内容を設定するような人物の排除は、もちろん可能ではない。児童および青少年が彼らにとって有害な内容から遠ざけることがずっと困難であるもう一つの理由は、便利にあらゆる場所からインターネットへのアクセスを可能にするモバイルコンピュータ

(スマートフォン、携帯電話)がますます普及していくという点にある。

インターネットコミュニケーションは、いくつかの心理学的な特徴を示し、これらは、刑法上の観点から——そして、ここでは私が刑事学のおよび刑事政策的視座を含めている——重要な意味がある。「典型的な」インターネットコミュニケーションで浮かび上がってくる現象を、いわゆるreduced social cueアプローチ⁶に従い、次のようにまとめることができる。

- 1 社会的なコミュニケーションの文脈が限定的にしか認知されない。
- 2 これに相応する認知の限界がコミュニケーションの相手方に関して成立する。
- 3 これに対して、自己の人格が強化されて、場合により歪曲されて認知される。このことは、自己中心的な傾向を促しうる。
- 4 コミュニケーション相手との間の相互作用が前記の要因によって弱められ、そのため、不確実性、誤解へと容易に導き、しかしまた冗長性へと容易にいたりうる。
- 5 状況の情報がインターネット経由のコミュニケーションではふるいにかけられてしまう。このことを均質化されたコミュニケーションへの傾向と説明することができる。
- 6 インターネットは、コミュニケーションの抑制を除去することを促進し、このことが事案に応じて不確定性、情緒性を助長することができる、しかしまた侮辱的態度を助長しうる。
- 7 集団力学に関しては——これが青少年との交流において特に注目し値する現象であるが——相反する効果を示す。一方で、均質化の効果が強まり、それゆえ、集団の形成が容易にされ、他方で、極性が促進され、そのため敵対化の構図を生みだし強めることとなりうる。

8 コミュニケーションの帰結に関しても、効果が相反する。一方で、匿名の集団化の進行が可能となるが、民主主義的な集団コミュニケーションおよび創造性への刺激も考えることができる。

上に概要を示した要因が——とりわけ社会的コミュニケーションの文脈およびコミュニケーションの相手方の制限された認知ならびに自制を失わせる傾向という観点が——高度に犯罪を誘発するように作用しうるものであり、それゆえ、犯罪行為を促進しうるものであるということは、明白である。しかしながら、これらの要因を明示し、コントロールされずさらにコントロール可能でもないインターネットへのアクセスの可能性を指摘することは、刑法の介入を正当化するのに十分ではない。特に説明しなければならないのは、刑法がこれらの危殆化の状態を回避するのに実際に適しており、さらにまた必要であるということである。刑法的手段は、インターネットにおいて、最後の手段としてのみそれゆえ他のすべての手段が失敗に終わった場合にのみ考慮される。刑法は、インターネットにおいても、法益保護の最終手段 (ultima ratio) となっている。

インターネット犯罪に対抗するための重要な犯罪構成要件は、すでに刑法典に、一部は、詐欺や侮辱のように一般的な、インターネットにおいても妥当する犯罪構成要件の形式で、一部は、データの変更やコンピュータ破壊のように特別のインターネット犯罪の形式において存在している。例えば禁止されたポルノグラフィのように、相当数の犯罪領域がますますインターネットにおいて広がっていき、そのため、インターネット犯罪の隊列を受け入れている。

三 青少年メディア保護州際協定二三条

そのほかにさらに、立法者は、青少年メディア保護州際協定二三条において、児童および青少年を保護するための特別の刑法規範を創出した。これによると、(青少年メディア保護州際協定四条二項一文三号および二文に反して) 拡散媒体の特別の作用の形式を考慮して、児童および青少年の発達または自己答責的かつ共同生活能力のある人格への教育を著しく危殆化することに明らかに適しているサービスを流布しまたはこれにアクセスさせた者は、一年以下の自由刑または罰金刑に処される。行為者が過失で行った場合、六月以下の自由刑または罰金刑(二八〇日以下の日数)が規定されている。この規定は、複数の観点において問題を引き起こしている。ここでは、そのうちの四つに論及することとする。⁷⁾

第一に、疑問となるのは、どのサービスがそこで記述されている発達または教育の危険を引き起こすのに「明らかに適している」のかということである。青少年における発達または教育への危険を引き起こすことを特定のサービスが「適していること」を判断する資格があるのは、原則として法適用者ではなく、経験的な心理学または他の経験諸科学である。そのほか、そのような適性の「顕著性」に関連づけることによって、不明確性という刑法にとって普通ではない要素が構成要件に入れられることになるであろう。

第二に、問題があるのは、「拡散媒体の特別の作用の形式を考慮して」という文言をどのように解釈すべきかということである。立法者が明確に前提としていることは、様々な拡散媒体が媒体利用者へのそれぞれ異なる作用をも呼び起こし、そのため異なる危険状態を創出するということである。しかし、どのような作用がまさにどの媒体と結びついているかということは、ここでもまた経験的問題であって、法律家および法適用者は、こ

れについてなんら特別の能力を要求されることはありえない。ここで明らかとなった法律の不明確さは、法治国家的な明確性の要請に鑑みて疑問がある。関係者がそれぞれの個別の事案において複雑なメディア心理学の考察をおこなわなければならない場合、規範がどのように一般予防または特別予防上有効となるのかということも問題である。

第三に、奇妙なことは、青少年メディア保護州際協定二三条が、閉じられた利用者集団内部に少なくともも存在するサービスにアクセスさせることに刑罰を科しているのに対して、絶対的に禁止されている内容にアクセスさせること（青少年メディア保護州際協定四条）は秩序違反としてのみ整備されているといことである。絶対的に禁止された内容へアクセスさせることに刑罰を科し、より危険の少ない内容へアクセスさせることを秩序違反とすることのほうがより説得的であろう。立法者の評価は一貫しておらず、法治国家的観点においても、基本法三条における平等な取扱を参照しても、問題呼び起こすものである。

第四の青少年メディア保護州際協定二三条において明らかとなっている問題は、潜在的な犯罪者の範囲に関わる。法律は、特定のサービスが拡散されまたはアクセスさせられることを前提にしている。したがって、就中いわれるアクセス提供者（アクセスプロバイダ）も潜在的な行為者の範囲にあてはまる。アクセス提供者は、青少年メディア保護州際協定において、複数の箇所と同じように義務を負わされている。刑法上のプロバイダ責任は、インターネット刑法の特に議論のある領域に属している。それゆえ、以下では、このことと関連する問題のいくつかの点について詳細なことに立ち入ることとする。

四 プロバイダ責任

(一) プロバイダ責任の基本構造

プロバイダ責任の基礎は、テレメディア法 (Telemediengesetz) 七条乃至一〇条において規定されている。ここから帰結されるのは、段階づけられた責任の規制である。

・利用のために用意している自己の情報について、サービス提供者が「一般的な法律により」責任がある。

このことは、一致した見解によれば、刑法上の責任も含むものである (テレメディア法七条一項)。

・テレメディア法一〇条によると、サービス提供者は、次の場合に限り利用者のために蔵置している他人の情報について責任がない。すなわち、違法な行為または情報の認識がなく、損害賠償請求の場合に、違法な行為または情報を明白にし (二号)、あるいは、それを認識するにいたった場合ただちに情報を削除しまたはそれらへのアクセスを遮断するために、遅滞なく行動できる (二号) 場合に限り責任がない。

・コミュニケーションネットワークにおいて伝送しまたは利用のためのアクセスの媒介をしている他人の情報について、サービス提供者は、テレメディア法八条一項により、伝送の契機となっておらず (一号)、伝送される情報の名宛人を選別しているのでもなく (二号)、伝送される情報を選別しまたは変更もししていない (三号) 場合に、責任がない。この免責は、提供者が違法な内容を知っていたかまたは知り得たかに関係がない。

それゆえ、責任の規制は、責任を生ぜしめるデータがサービス提供者の自身のデータであるのかどうか——そ

の場合、原則として完全な責任を負わされる——、そのようなデータがサービス提供者によって他人のために蔵置しているかどうか——その場合、負責は違法性を認識している場合にのみ、もしくは、遅滞ない遮断の努力を怠った場合にのみ生じる——、または、サービス提供者の活動がデータを伝送しまたは通過させるといふ点のみ存在しているかどうかにより区別される。最後の場合、負責は、テレメディア法八条一項一号ないし三号の嚴格な前提に結びつけられることになる。

さらに付け加えると、テレメディア法七条二項において、サービス提供者の負責の範囲について、三つの一般原則が確立されている。第一に、サービス提供者は、テレメディア法八条ないし一〇条の意味において、自らが伝送しまたは蔵置しているデータを監視しまたは違法な活動を指し示す事情を調査することを義務づけられていない（テレメディア法七条二項一文）。この規定は、データ通信の徹底した監視およびフィルタリングをしようとしても、技術的に不可能であろうということに基づくものではない。——今日では、そろどころか、グーグルの検索エンジンによってインターネット全体が綿密に調べられるであろう（それによって実際に存在しているページのほんのごく僅かの部分だけしか把握できないとしても）。結局、「不可能は義務づけない（*ultra posse nemo obligatur*）」の原則を明確に打ち出すことが重要であるというのであれば、規制は、厳密に言えば、それどころかまったく必要ないであろう。むしろ、テレメディア法七条二項は、「インターネットへのアクセスを媒介する」というビジネスモデルが自己の顧客の監視と偵察を含まないという考えに帰せしめることができる。継続的にかつ広範囲にわたって、自己の顧客にアクセスを開放しているインターネットサイトを監視することは、インターネットプロバイダに期待することはできない⁵⁾。

テレメディア法七条二項に記述されている第二の一般原則は、テレメディア法八条ないし一〇条によりサービ

ス提供者に責任がない場合にも、一般法により情報の削除またはその利用の遮断を義務づけることに影響を及ぼさないままにしておくことを述べている（テレメディア法七条二項二文）。それゆえ、サービス提供者の免責は、提供者が「一般法」により情報の削除または遮断を義務づけられることによってなら変わるものではない。

最後に、テレメディア法七条二項三文は、電気通信法八八条による電気通信の秘密が保障されるべきことを確認している。この規定は、我々の関心からすると、それほど重要ではなく、以下において検討しなくてもよいことができる。

インターネットサービス提供者に関する前述の負責の諸規定は、関連する法的な事案の数がまだまったく度を超えて多いわけではないにもかかわらず、原則として認められている。就中刑事訴追当局は、インターネットにおけるサービス提供者を起訴する場合、注目に値するほどの自制を示している。このことは、一方で、独自の技術的な専門知識が懐疑的なものにされることが関連し、しかし他方で、刑法上のプロバイダ責任の本質的な問題がまだ明らかになっていないことと関連しているといつてよいであろう。なかでもインターネットのアクセス媒介の場合には、刑法上の責任の範囲が相変わらず議論されている。

(二) アクセスプロバイダの不作为に関する刑法上の責任について

問題の検討に入るために、以下の事例を検討することとする。Aは、アクセスプロバイダとして活動している。Aは、固定IPアドレスを通じて、そのおよそ一〇〇の顧客にインターネットへのアクセスを媒介している。Aは、顧客に対して、そのネットを見守るポルノがないように保つことを契約上義務づけている。Jugendschutz.

net（青少年メディア保護州際協定一八条）は、Aに、顧客XがAのアクセスを介して繰り返し児童ポルノをネットへと送信していることを指摘し、Xのアクセスを遮断することを要求した。しかしながら、Aは、たんなるアクセスプロバイダとしてその顧客の活動について責任はないと説明し、あらゆる助力を拒否した。Aは、例えば、不作為による遂行された児童ポルノの頒布の幫助（刑法一八四条c、二七条、一三条）を理由として可罰的なものとしてできるであろうか。

Xの相応する正犯行為は存在している。しかしながら、Aの責任に関しては、Aがアクセスプロバイダとしてテレメディア法八条により責任を免れているということが、最初から障害となる。テレメディア法八条に述べられている例外は存在していない。けれども、プロバイダ責任に関する一般原則を内容としているテレメディア法七条にも注目すべきである。テレメディア法七条二項二文によれば、違法な内容を削除しまたは遮断するという一般法による義務づけは、影響を受けない。それゆえ、この場合、不作為犯の範囲に関して、Aの免責はいっそう制限される¹⁰。

そのような「一般法」が見つげ出すことができるのかどうかの問題である。青少年ポルノ文書の頒布、取得および所持を一般的に処罰している刑法一八四条cを検討してみる。これによって、立法者は、青少年ポルノを頒布し、取得しまたは所持しないようにとの（刑罰により担保された）命令を制定法にしている。刑法一八四条cが不作為によっても遂行されうることから、児童ポルノおよび青少年ポルノ文書をインターネットから削除し、または、少なくともこれらを遮断するという義務づけも、いずれにせよ相応の保障人的地位が存在する限り、帰結される。結論において、このことが明らかにするのは、アクセスプロバイダAの免責が、青少年ポルノの内容を削除しもしくは消去する義務が妥当する限度で作動しないということである。もちろん、Aの可罰性は、刑法

一八四条c、二七条、一三条による不作為の可罰性のすべての前提が充足する場合にのみ生じる。第一に、正犯行為が必要である。これは、Xによる児童ポルノの頒布に存在する。この所為を、Aは、不作為によって支援している。AがXを遮断していたならば、Xは、児童ポルノを新にネットへアップロードすることができなかったであろう。Aにとつて遮断は、そうしたとしても重要な自己の利益を侵害されなかったであろうことから、可能でありかつ期待可能であった。

より問題となるのは、Aの保障人的地位である。先行行為によるアクセスプロバイダの保障人的地位は、例外の場合にのみしか基礎づけることはできない。すでにインターネットにアクセスさせていたという点だけに危険源を開いたということをみて、保障人的地位を肯定しようとするのであれば、アクセスプロバイダの免責は著しく阻害されてしまうであろう。¹¹⁾ しかしながら、Aは、その顧客に青少年ポルノの内容を伝送しないことを契約上義務づけている。このことによつて、相応の作為義務が基礎づけられるといえる。

Aは、また故意に行為している。違法性と責任は、存在している。したがつて、不作為による児童ポルノの頒布に対する幫助の犯罪行為（刑法一八四条c、二七条、一三条）を肯定することができる。

(三) 反対説

学説上、ここで主張している立場に対して反対する見解が存在する。そのなかで最も重要なものを以下で簡潔に論及することとする。

a まず主張されているのが、テレメディア法七条二項二文が刑法にとつて意味がないということである。¹²⁾

この幾分意外な主張は、規範の文言にまったく手がかりを見いだせないのであるが、その理由づけは、もちろんそれぞれが相互にきわめて矛盾するものである。

就中論じられているのが、テレメディア法の欧州の準則、すなわち電子商取引に関する指令¹³⁾がテレメディア法七条二項二文の刑法に適用可能であることを排除しているというものである。しかしながら、指令自身においてもこれについて起草された検討理由においても、そのことに関する手がかりは、見いだせない。まったく反対に指令の検討理由四二において次のように述べられている。

「本指令において責任に関して確定されている例外は、情報社会のサービスの提供者の活動が、コミュニケーションネットワークを運営し、それを通じて第三者によって自由に処理される情報を伝送しまたは伝送をより効率的にするという唯一の目的のために一時的に蔵置するコミュニケーションネットワークへのアクセスを媒介するという技術的な事柄に限定されている場合だけを除外する。この活動は、純粋に技術的で、自動的にかつ受動的な類のものであって、このことが意味するのは、情報社会のサービスの提供者が転送されまたは蔵置されている情報に関する認識もコントロールも備えていないということである。」¹⁴⁾

ここでは、とりわけプロバイダによる内容の認識とそのコントロールがないことが重要であるとする最後の文が私には重要であるように思われる。権限のある当局の情報にもかかわらず、違法な、それゆえ例えば児童ポルノの内容のものもつデータを送出している一義的に同定されている特定の顧客を遮断すること
を故意に怠ったアクセスプロバイダは、しかし、転送される情報に関する認識もコントロールも備えている。検討理由四二が述べているように、「純粋に技術的な、自動的な事態」は問題にならない。むしろ、

提供者は、違法な状態を維持するように意識的に決断している¹⁵。したがって、引用した立法者の考量の明確な文言によれば、そのようなプロバイダをあらゆる責任から免れさせることについてなんらの契機も存在していない。

b アクセスポロバイダの不作为に対するテレメディア法七条二項二分の適用可能性に反対する別の論拠は、この条項の意味での「一般法」の概念のもとに刑罰法規が該当しないということを内容とする¹⁶。この論拠は、一般的な見解によると、テレメディア法七条一項において言及されている「一般法」が刑罰法規を含んでいるという理由からすでに注目に値する¹⁷。立法者がまったく同一の条文で「一般法」に異なった意味を与えようとしている¹⁸ことを、認めることはほとんどできない。「一般法」が法秩序の他の部分、例えば基本法五条二項においても刑法を含んでいるということに言及しておけば足りるであろう。

c 第三の論拠は、より真摯に受けとめられるべきものである。すなわち、それがないと不作为についての刑法上の責任が実際に排除してしまう保障人的地位をアクセスポバイダが欠いている¹⁹ものがこれである。アクセスポバイダがそこを介して伝送されもしくはアクセスポバイダの内容に対する保障人だとただちに考えられるものではない²⁰ということは、明白である。むしろあらゆる個別事案において検討されるべきことは、保障人的地位の発生根拠——法律、契約、先行する危殆化行為または密接な人的関係——のひとつが妥当するかどうかである。

アクセスポバイダに対する（制限された）法律上の保障人的地位は、例えば青少年メディア州際協定五条一項が確定する。そこでは、児童または青少年を自己答責的で共同生活能力のある人格へと発達させることを侵害することに適合している内容を頒布しまたはアクセスさせる提供者が、該当する年齢の段階にある児童または青

少年がそのような内容を通常認知することがないように注意しなければならないとしている。

アクセスプロバイダの別の考えうる根拠は、権限ある当局の遮断処分である。そのような処分の可能性は、電子商取引に関する指令において認められる。検討理由四五によると、指令に「定められている媒介行為による責任の制限が……異なった性質の指示の可能性に影響を及ぼさない。これは、特に、違法な情報を削除することまたはそのような情報へのアクセスを遮断することを含めて法侵害を除去しまたは阻止することを要求する裁判所または当局の指示に存しうる。」

最後に、契約による保障人的地位についても考えることができる。例えば、プロバイダがその顧客に対して契約上特別の保護義務を引き受けている場合がそうである。その種の規制は、例えば、その顧客に特別の態様のものとして児童および青少年に有益なものとして勧めようとするプロバイダには、有益なものとなり得るであろう。上記に述べた事例では、契約によるそのような保障人的地位が存在する。

結論としてこのことが意味するのは、一部の学説によって認められている、不作為犯の領域におけるアクセスプロバイダのきわめて広範な免責について、健全な法律上の基盤が存在していないということである。アクセスプロバイダは、そうすることが義務づけられておりかつそれが可能であったにもかかわらず、故意に犯罪的な内容を消去したまたは少なくとも遮断しなかった場合、刑法上も責任を負わせることが可能である。²¹

五 アクセスサービスと未来のインターネット

前記でアクセスプロバイダについて獲得した帰結は、未来のインターネットにおける刑法上の責任について、

重大な意味がある。未来での社会のデジタル化がなお一層進展していくことを前提にすべきである。一方で、持続的に、職業および日常に対する新たな応用が展開される。他方で、つねに新たなユーザグループが創出される。インターネット創世期の典型的なインターネットユーザがまだ若く、男性中心でかつ標準以上をもって形成されていたのであれば、「参加型ネット」、「Web 2.0」ともよばれるものの台頭によって、教育からより遠い階層の構成員がますますインターネットへと向かうことになるであろう。Web 2.0において女性が差を詰めており、いくつかのサービス、就中ソーシャルネットワークでは、それどころか男性が逆転されていることも、注目に値する。Web 2.0は、長い間、若年層のユーザグループのために残されてきたものである。しかし、この傾向は、しばらくするうちに消滅したように思われる。それどころか、今後数年、数十年、「デジタルネイティブ」が比較的分別のつく年齢に達すると、年配者の押し寄せることがいつそう強まるといつてよい。この新たな年齢グループの出現によって、ネットの利用者数が将来にわたっても増加することが確実なものとされる。²²⁾

現在のインターネットの発展は、二つのバズワードによって特徴づけることができる。Web 2.0とクラウドがこれである。「Web 2.0」のもとでは、インターネットをたんに情報とコミュニケーションのために利用するのではなく、自ら内容をオンラインに置く新たな可能性が理解されている。²³⁾ このことは、自ら執筆できる百科事典の記事 (Wikipedia) でありうるが、しかしまた、音楽またはビデオのデータ (Youtube) あるいは例えば趣味や私生活の別の側面に対する人的なサービス (インターネットの友人グループ、ソーシャルネットワーク) もありうる。²⁴⁾ その種の文脈において、利用者は、自己のデータを提供し、そのため自らインターネットサービス提供者 (コンテンツプロバイダ) になっている。これに対して、伝統的なサービス提供者は、プラットフォームの準備 (ホスティング) プロバイディングまたはサービスプロバイディング) に限定し、あるいはそれどころか、その種のサービスへの

たんなる媒介（アクセスプロバイディング）に限定している。そのため、まさにアクセスプロバイディングに新たな応用領域が開くことになる。

この傾向は、クラウドコンピューティングによっていっそう強められている。この概念は、ごく最近使用されるようになったものであり、そのためまだ不明確なものである。法情報学に関する先行研究において、クラウドコンピューティングは、以下のように記述されている。

「潜在的に膨大な数の顧客に対する、インターネットにおけるITサービス提供者による（コンピューティング能力、データ蔵置およびプログラムもしくはウエブサービスのような）コンピューティングリソースの提供。提供者は、世界中に分散された大規模なコンピューティングネットワーク（グリッドまたはサーバファーム）を運営し、これによって、変動する能力の要求（スケラビリティ）に対する高度の適合能力および高度のフェールセーフを提供することができる。伝統的なサービス提供のデータセンターとは対象的に、顧客は、ネットのどのサーバに自己のデータが蔵置されているのかということおよびどこで処理がおこなわれているのかということ²⁵がわからない。」

より簡潔に表現すると、クラウドコンピューティングは、インターネットを介したその利用が使用料ベースの価格設定に基づいておこなわれるスケラビリティがありかつ場所の制約のないオンデマンドサービスを作り出すものとして記述される。専門家が予想しているのは、クラウドコンピューティンがこれと結びつく重要な技術的かつ経済的利点のゆえに今後五ないし一〇年で広範な応用分野を切り開くということである。

インターネットのサービス提供者の活動にとってこのことが意味するのは、データがそもそも物理的にどこに蔵置されているのかがますます不明確になるといふことである。ホスティングプロバイダの法学的な重要性は、

それゆえ、疑問となる。これに代わって、違法な内容の著作者の責任が中心になってくる。この責任を把握できない限り、アクセスプロバイダが責任の名宛人としてとどまることになる。このことは、先に扱った事例、すなわち違法なデータをネットへ供給するサイトを遮断することを故意に怠ったという事例に少なくとも関係しない。これに対して、アクセスプロバイダへの干渉によってインターネットにおける自由の一部が断念されることになると反論される。これに対しては、「インターネットにおける自由」が「現実世界」においてもつことがない犯罪の自由を与えることを意味することはありえないと反論することができる。インターネットもとうの昔に現実世界に属してしまっているのである。もし国家がグローバルネットワークから撤退するのであれば、このことは、未来の鍵となる媒体が、一方でいくつかの少数の世界規模で活動する民間の大規模業者と、他方で犯罪者および準犯罪者などに分割されることになってしまうであろう。インターネットにおける完全に圧倒的多数が示している「通常の」まじめな利用者は、欠落するのである。それゆえ、インターネットの私有化は、私の確信によれば、未来が豊かになる道ではない。しかし、刑法を国家のおそらくもつとも強力な武器として性急に、ポピュリスティックに動機づけられて投入することは、効果的ではない。その代わりに、青少年メディア州際協定において展開されているように、洗練され、すべての関係者の利益を考慮する手段が、インターネット全体にとっても、優先に値する選択肢であるように私には思われる。

(註)

(1) 青少年メディア保護における現在の状況、就中青少年保護州際協定の（当面の間棚上げされている）新規定については、Allenhein, NJW-aktuell 2010, 16f. また詳細は、Braml/Hopf, ZUM 2010, 645ff.

- (2) ARD/ZDF online Studie, media-Perspektiven 2009, S. 333-376. による数値。
- (3) ARD/ZDF online Studie, media-Perspektiven 2009, S. 333, 360.
- (4) 残念ながら、「インターネットの自由」に夢中になっている場合、この事実は、しばしば見過ごされている。今日、インターネットは、「オフライン」という古い世界よりもはるかに規制され、コントロールされており、この場合、コントロールは、規制によってではなく、ごくわずかのハードウェア（例えばマイクロチップ）と就中ソフトウェア（OS、ブラウザ、ソーシャルネットワークのためのソフトウェア）の提供者によってなされている。
- (5) インターネット刑法のヨーロッパの準則については詳細は、Hilgendorf, Tendenzen und Probleme einer Harmonisierung des Internetrechts auf Europaischer Ebene, in: Schwarznegger ua. (Hrsg.), Internrecht und Strafrecht, 4. Tagungsband, 2005, S. 257-298.
- (6) Döring, in: Krämer (Hrsg.), Medienpsychologie, Schlussbegriff und Konzepte, 2008, S. 290, 292.
- (7) そのほかの問題は、Nikles ua., Jugendschutzrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2005, § 23 JMStV.
- (8) インターネットにおいて違法な内容が存在していることは、一般に知られていることから、違法な内容についてもアクセスを保障していることをあらゆるアクセスプロバイダが知っていることを前提にすることができるといえる。このことから、テレメディア法八条によるその免責が否定されるわけではない。アクセスプロバイダが的確に違法な内容を指摘され、それでもなお、遮断することが技術的に可能でありかつ期待可能であり、そのうえ保障人的地位を備えているにもかかわらず、意識的にこれを怠ったときは、事情が異なる。
- (9) LG München I, 3. 9. 2009-4 HKO 16685/08, CR 2009, 816, 817.
- (10) Valerius, in: Beck OK, StGB, Providerschaft, Rn. 27; Hilgendorf/Frank/Valerius, Computer- und Internetrecht, 2005, Rn. 318ff.; Hilgendorf, in: Satzger/Schmit/Widmaier, StGB, 2009, § 184 Rn. 29; ebenso auch schon Generalbundesanwalt, MMR, 1998, 93, 95. (現在のものとはほぼ一致している) 旧テレサービス法五条が妥当しているものとこの法状態については、ausführlich Hilgendorf, NSTZ 2000, 518ff., A.A. etwa Gercke/Brunst, Praxishandbuch Internetrecht, 2009, Rn. 61f.; Sieber/Höflinger, in: Hoeren/Sieber (Hrsg.), Handbuch-Multi-Media-Recht (Stand Dez. 2009), 18, 1, Rn. 69. ノルメン・イン・は

- MünchKommStGB Bd. 6/1, 2010 § 7 TMG Rn. 8. におおつて、この主張している見解を、この見解によるとテレメディア法八条ないし一〇条の免責特権が刑法にとつて無意味なものとなるであろうと指摘している。この指摘は、説得的でない。テレメディア法七条二項二文では、むしろ、その文言からすでに誤解なく明らかとなるように、不作為すなわち特定の（違法な）情報を削除しないまたは遮断しないことに関する特別が問題となっている。
- (11) プロバイダの保障人的地位について詳細は、Pelz, *wistra* 1999, 53, 55f. ヘルツは、結論的に先行行為による保障人的地位が「*保護的*」であるべきである。Vgl. Generalbundesanwalt, MMR 1998, 93 ff. Enger Malek, *Strafsachen im Internet*, 2005, Rn. 112 ff.; eingehend Popp, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Internet-Provider*, 2000, S. 126–155.
- (12) 例えば、テレサービスタ法八条二項二文と旧規定との違い、Kudlich, JA 2002, 798, 802. 加えて、Altenhain, in: MünchKomm (Fn. 10), Bd. 6/1, § 7 Rn. 8.
- (13) ABL L 178 vom 17. 7. 2009, S. 1 ff.
- (14) ABL L 178, S. 1, 6.
- (15) Vgl. auch BT-Drs. 14/6098, S. 24. この文は、提供者の免責を「*自分自身の判断*」に関わつてのみならず、結びつけられている。
- (16) So offenbar Paul, *Primärrechtliche Regelungen zur Verantwortlichkeit von Internet Providern aus strafrechtlicher Sicht*, 2005, S. 175 ff., 187.
- (17) Vgl. nur Billmeier, in: Manssen (Hrsg.), *Telekommunikations- und Multimediarecht*, Bd. 2, 2010, § 7 TMG Rn. 141.
- (18) この文は、テレサービスタ法五条の旧規定に「*この点に*」を挿入した。この点に「*この点に*」を挿入した。Hilendorf, *NSZ* 2000, 518, 519f.
- (19) Satzger, *Strafrechtliche Providerhaftung*, in: Heermann/Ohly (Hrsg.), *Verantwortlichkeit im Netz*, *Wer haftet wofür?*, 2003, S. 161, 171 f.
- (20) Vgl. auch Lackner in: Lackner/Kühl, *StGB*, 27. Aufl. 2011, § 184 Rn. 7; skeptisch Fischer, *StGB*, 58. Aufl. § 184 Rn. 29, beide m.w.N.
- (21) この限りで、頒布された画像を捕捉するために、ある特定の送付が手紙爆弾を含んでいることを最初から信用される形で

指摘されたにもかかわらず、その送付を送り届けることを怠った郵便配達人の場合と異なるものが妥当する。

- (22) Web 2.0における発展についての詳細は、前掲注2のオンライン研究参照のこと。
- (23) その発展がひじょうに急激に進むため、印刷された資料がその現象のあとすぐに再び古くなっていく。Vgl. aber immerhin Zieger, *Paralleluniversum Web 2.0. Wie Online-Netzwerke unsere Gesellschaft verändern*, 2009, oder Kaspar, *Web 2.0*, 2009.
- (24) (名誉毀損を特に考量して) Web 2.0の刑法上の問題については論じておらず、Hilgendorf, *ZIS* 3/2010, 208 ff.
- (25) Hansen/Neumann, *Wirtschaftsinformatik I*, 10. Aufl. 2009, S. 164 f. Zu den technischen Seiten des Cloud Computing Baun u.a., *Cloud Computing. Web-basierte dynamische IT-Services*, 2010. Mei-Huber, *Cloud Computing. Praxisratgeber und Ein-sichtsstrategien*, 2010.

【訳者あとがき】

本稿は、Eric Hilgendorf, *Strafrechtliche Anforderungen an den Jugendmedienschutz im Internet. Unter besonderer Berücksichtigung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Zugangs-Providern*, in: Nikolaus Bosch/Stefan Leible (Hrsg.), *Jugendmedienschutz im Informationszeitalter*, 2012, S. 105-120 (auch in: *Kommunikation & Recht Bd. 14* (2011), S. 229-234). の邦訳である。本稿は、現在のインターネットにおける現実の状況をふまえて、青少年のメディア保護に関する州際協定 (MSIV) を手がかりとして、刑法上の課題、とりわけアクセスプロバイダの刑事責任について論及するものである。今後のわが国における青少年保護にかかわる刑法上の解釈論のみならず、法政策的問題への手がかりとなると思料し、邦訳した次第である。

ヒルゲンドルフ教授は、チュービンゲン大学で哲学、現代詩、宗教学および法学を学び、*Die Entwicklungs-*

geschichte der parlamentarischen Redefreiheit in Deutschland」という修士論文で哲学および歴史学の専門を修了された。一九九〇年のArgumentation in der Jurisprudenzという研究によって哲学での博士の学位を取得された後、一九九二年にStrafrechtliche Produzentenhaftung in der "Risikogesellschaft"の論文で法学博士の学位を取得されている。一九九六年にZur Abgrenzung von Tatsachenaussagen und Werturteilen im Strafrecht、刑法、刑事訴訟法および法哲学についてチュービンゲン大学にて教授資格を授与された。その後、一九九七年から二〇〇一年までコンスタンツ大学で教授を務められ、二〇〇一年から現在にいたるまでヴェルツブルク大学の法学部教授の職にある。その間、二〇一〇年一〇月から二〇一二年九月まで同大学の法学部長を務められている。ヒルゲンドルフ教授の研究領域は、幅広く、医事刑法、バイオ刑法、比較法からコンピュータ刑法ないしインターネット刑法にまでおよぶ。また、基礎法学（法哲学、法理論、生命倫理、法思想史および刑法史）の分野にも積極的に取り組まれ、最近ではロボティクスと法・倫理という課題にも取り組まれている。教育面においても、法学におけるE-Learningのバイオニアであり、二〇〇五年から二〇〇九年までバイエルン・バーチャル大学（Virtuellen Hochschule Bayern）のプログラム委員会の委員も務められていた。

ネットワークにおける青少年の法的保護をどのように実現するのかということは、喫緊の政策課題であるが、わが国では、統一的な方針のものになされているわけではなく、問題となる事象が生じるたびに弥縫策のごとく立法がなされたり、あるいは、解釈論の問題へと落とし込むことでなされているがごとき観を呈している。

ドイツでは、青少年保護について適宜立法をおこなうことで社会的な進展、技術的な発展に対応を図ってきており、ここでとりあげられた青少年メディア保護州際協定もその一つである。青少年の保護は、未成年者がいわゆる有害な情報にアクセスすることを排斥すること、犯罪の被害者にならないように保護することとの両面があ

る。青少年メディア保護州際協定は、これを連邦および諸州の間で統一の方針のもとに実施するための一つの方策である。アクセスプロバイダの刑事責任に関して、ドイツでは、すでにテレメディア法における免責規定が存在しており、青少年メディア保護州際協定もこれをふまえている。テレメディア法の解釈をもふまえてドイツでの多数説は、アクセスプロバイダについてアクセスを遮断しなかったという不作為についてその刑事責任を消極的に解しているのである（この点については、石井徹哉「アクセスプロバイダの刑事責任」¹⁾千葉法学論集二〇巻四号（二〇〇六年）三三頁以下参照）が、ヒルゲンドルフ教授は、このような通説的見解に対して否定的である。これは、昨今のネットワークサービスの状況、そこへコミットする個人・集団のありよう、ソーシャルネットワークやクラウドサービスの普及からみて、従前のようなサーバ、記録媒体といったハードに着眼した解釈論に限界を認められていることが、そのような態度決定に影響を及ぼしているように解せられる。

わが国でも同様にアクセスプロバイダについて不作為犯の成立を否定的に解するのが多数であろうが、従前通りの理解でなお適切であるかは、検討を要する課題であろう。例えば、児童ポルノのブロックングについて、緊急避難を援用しつつガイドラインによって「自主的に」児童ポルノへのアクセスをブロックングすることを容認しているが、これは、実質的にはプロバイダへの義務づけをしているに等しいものである。緊急避難を援用しているとはいえ、ガイドラインを策定することによって実施していることから、これは、行為規範化されているものともいえるからである（緊急避難はいわば消極的構成要件として機能しているにすぎない）。この点に、アクセスプロバイダに無制約の免責を肯定するのは適切ではないとの政策的判断を垣間見ることができる。このような考え方を徹底するならば、わが国においても、アクセスプロバイダについて、児童ポルノの公然陳列等につき不作為による犯罪の成立を肯定しうることになるであろう。いずれにしても、ネットワークにおける青少年の保護の

あり方については、全面的に再検討する必要がある。

蛇足ながら、ドイツでは、児童ポルノと青少年ポルノが一三歳を境に区別されて刑事規制されており、前者は、以前から嚴罰をもって臨まれてきたが、後者は、サイバー犯罪条約の批准のために立法されたものである。わが国の刑法でいえば、同意があっても強制わいせつ罪や強姦罪が成立する状況の映像・画像がより厳しく刑事規制され、場合によっては、その所持それ自体をなお処罰することについて、十分な理由をもって説明しうる。しかし、そうではない青少年ポルノについては、その刑事規制の根拠が薄弱であり、立法それ自体に対する批判も根強い。ドイツでは、後者の問題は、セクステイングの可罰性をめぐって顕在化している。青少年の保護を考える際には、このような点に関する緻密な（ドイツに限らない）比較法研究をふまえることが必要であって、わが国では、（とりわけ單純所持の犯罪化にみらる）議論の仕方が雑なように思われる。