

# プロバイダ等の刑事責任に関する学説

---

# プロバイダ等の刑事責任に関する学説の状況①

園田寿「サイバーポルノと刑法」 法学セミナー501号(平成8年) 4頁以下

「以上のような諸規定(電気通信事業法1条、7条、3条及び4条(事務局注))から判断すると、インターネット・プロバイダに対して一般的にネットワーク内のわいせつ情報を削除すべき刑法的な作為義務を認めることは難しいと思われる。」

前田雅英「インターネットとわいせつ犯罪」ジュリスト1112号(平成9年6月) 77頁以下

「...サーバーコンピュータを管理するプロバイダーは、このようなネットワークの運営を促進する役割を担っているに過ぎない。「管理者」としての側面が弱いので、その刑事責任をパソコン通信におけるホストと同列に論じることはできないといえよう。...ただ、無制約な情報発信を許容しているプロバイダーの存在によって、最近の一連の犯行が容易となっていることは否定し得ず、また、プロバイダーの中には、会員獲得目的であえてわいせつ画像を放置していると疑われるものも存在する。...単にわいせつホームページの開設を黙過したのみでは、175条の正犯ないし幫助の不作为犯を構成するだけの作為義務を認定するのは困難であろう。しかし、プロバイダーが、積極的に、アクセスの多いわいせつ画像を売り物にするサイト名をクリックするだけで、容易に会員にわいせつ画像をみることができるような(ママ)したホームページを開設すれば、わいせつ物公然陳列罪に該当しうるのである。

小向太郎「インターネット・プロバイダーの責任—会員の情報発信をめぐる—」ジュリスト1117号(平成9年8月) 19頁

「プロバイダーのサービスを利用して違法な情報が発信された場合でも、このような行為を起こさせる意図がない限り原則として刑事責任は問われない。しかし、違法な情報の存在を知りながら一定期間放置した場合、情報発信者の犯罪の幫助罪に問われる可能性がある。また、例えばわいせつ図画公然陳列が行われていることを、プロバイダーの営業に積極的に利用しており、それが立証されれば共同正犯や「販売の目的でこれらの者を所持した者」(刑法175条後段)として正犯の罪に問われる可能性もある。

鈴木秀美「ドイツ・マスメディア法制におけるプロバイダーの責任—法的規制と自主規制—」

広島法学23巻2号(平成11年) 127頁以下

「...日本では、学説に対立があるものの、「プロバイダーが違法な情報を知ったり指摘されてから適切な措置を執らなかった場合に、プロバイダーの責任を認める考え方が有力である」。プロバイダーも、違法な表現に対して責任を問われる可能性がある以上、それを具体的事案における裁判所の判断に委ねるのではなく、ドイツのように、法律によって責任を負う場合と、負わない場合を明確に規律しておく必要があるのではないだろうか。」

## プロバイダ等の刑事責任に関する学説の状況②

山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報52巻4号(平成12年)1頁以下

「...プロバイダーが刑事責任、しかも正犯としての責任を負うのは、抽象的に表現すれば、他人が蔵置した違法コンテンツについて、プロバイダー自身がそれをいわば主体的に利用に供しているという場合であるということになる。こうしたことを認めることは通常できないであろう。保障人的地位を認めうるのは、いわば、プロバイダーは、そのコンテンツを蔵置する手間を省いただけであり、プロバイダー自身がその違法コンテンツを発信していると見ることができる、ごく例外的な場合に限られることになるのである。自己のコンテンツの発信と同視する場合の限界を明確にし尽くすことは困難であると言わざるを得ないが、いわば原則として否定されるというのが結論である。」

真島信英「インターネット・プロバイダーの刑事責任」法學研究論集26号(平成14年)27頁以下

「プロバイダーに対して不作為における刑事責任を問う場合が存するのか...。まず、プロバイダーの管理しているものを、①Eメールやインターネットへの接続サービスと、②掲示板やホームページ用サーバー等に分類する見解をもとに、①については、...プロバイダーは、インターネットへの接続について、そこに流れる情報を関知しないことから、...刑事責任を問うことはできない...。しかし、②...については、不特定多数の者が読むことを想定・期待して書き込んでいるであろうことから、...刑事責任の有無について検討を加える...。そしてこの②について、aプロバイダーは違法な情報が流布していることを知らずに放置した場合と、bプロバイダーは違法な情報が流布していることを認識していたにもかかわらず、あえてそれを放置したという場合に分類(される。)aの場合については、プロバイダーの掲示板やホームページ等を管理するにあたって生ずるであろう作為可能性の有無に伴う技術的問題や、政策的見地から、圧倒的に中小規模事業者が占めるプロバイダーにとって、...内容をチェックすることを要求すると、採算が取れなくなったり、倒産に追い込まれたりする現実的問題も生じることから、刑事責任を問うことはできない...。そして、bの場合についてのみ、違法な情報を削除すべき作為義務があるならば、プロバイダーに対して刑事責任を問うる...。」

「(bにつき)プロバイダーは、①...違法な情報を削除すべき作為義務を認めることは難しいとして、たとえ違法情報と認識して放置した場合であっても責任を問えないとする見解と、②...不作為者に対しては、共犯ではなく正犯が問題となるとする見解(がある。)しかし、このような(②)主張者を含めた多くの論者は、結果として、プロバイダーに対して現行法上削除すべき作為義務を認めることは困難であるという結論(となる。)」

「...bのような場合、すなわちプロバイダーが違法な情報を認識したにもかかわらず、それをあえて放置したという場合と、プロバイダーの会員等から苦情等があり、これによって、掲示板やホームページ用サーバーなどに違法な情報が存在するのを認識しえた場合についても、プロバイダーが技術的に可能な範囲でコンテンツの遮断や削除をすべきであるとする真正不作為犯規定の新設について、ドイツにおけるテレサービス法第5条第2項を参考にして検討する必要があるのではないか...。」

## プロバイダ等の刑事責任に関する学説の状況③

永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』（信山社・平成15年）294頁以下

### 「...③不作為正犯としての可罰性

自己の管理し提供するサーバーにわいせつ画像のデータが記憶・蔵置されたプロバイダにつき作為義務を発生させる類型的な事由としては、まず、事実上の引き受けを意味する事務管理は問題となりえない。また、いわゆる先行行為も、社会的に許容された完全に合法的な行為であることはもとより、それ自体何ら法益侵害の危険を伴わないサーバー提供行為しか行っていないプロバイダについては、問題とならない。...プロバイダと会員との間の...契約は、違法情報に対するプロバイダの不作為につきその構成要件該当性を基礎づけることもない。...法令としては、...プロバイダに対しては、風適法上の送信防止措置努力義務に関する規定（同法31条の8第5項）の適用があり、その限りで、これは法令に基づいてプロバイダに作為義務が認められる場合であるということができる。しかし、その場合の不作為の実質的な違法判断においては、この努力義務規定自体はもとより、その違反に対する勧告（31条の9第2項）もまた、プロバイダの刑法上の作為義務までも発生させるものではないと解されるべきである。...最後に、施設・設備等の所有者・管理者たる地位により作為義務が認められる場合であるが、...ここで問題となっている具体的な状況は、わいせつ画像データの記憶・蔵置という他人の（犯罪）行為により、本来は何ら危険源ではない自己の管理するサーバーが危険源へと転化され、当該データ（による法益侵害に至る経緯）への排他的支配も具備させられるに至ったという状況であり、本来的に危険源たるべきものを自ら設置しそれを管理しているという、...危険源の管理者としてこれを監視する作為義務が認められうる典型的な場合とは異なる。したがって、自発的に設定したものではないこのような排他的支配を中心的要素としてプロバイダに刑法上の作為義務を認めることは妥当ではないと思われる。...サーバ管理者との社会的地位に基づいてプロバイダに向けられる社会的要請ないし期待という規範的要素が、自己のサーバーに他人からわいせつ画像データを記録されたプロバイダにつき、その公開を阻止すべき刑法上の作為義務までも課しうるほどの強さや重大性をもつと評価されうるかには、なお疑問がある...。以上より、自己の提供するサーバーに他人からわいせつ画像データが記憶・蔵置されたことを知りつつこれを放置したプロバイダについては、不作為によるわいせつ物公然陳列罪の正犯の成立を認めることは困難であると解される。」

### 「④不作為による幫助犯としての可罰性

...作為義務の発生根拠としては、事務管理はもとより、わいせつ画像データを記憶・蔵置されたのちのその送信防止に関する、契約としての約款条項や法令としての風適法の規定は問題とならない。...施設・設備等の所有者・管理者たる地位という類型であるが、...サーバーの管理者たる地位にあるとの事情が理由となってそのような刑法上の作為義務までもが認められうることは解しがたいように思われる。...先行行為に基づいて作為義務が認められうるのは、たとえ不可罰であれ、その先行行為自体から直接に更なる結果発生危険が生じている場合であって、その先行行為の結果として他人の犯罪行為が招来される可能性がある場合ではないと解されることからすれば、プロバイダには、先行行為に基づく作為義務もまた類型的にも問題とはなりえないように思われる。以上より、当初わいせつ画像データを記憶・蔵置した者がその内容の更新等のため新たにこれを行う場合についても、プロバイダには、これに対する不作為による幫助は成立しないと解される。」

## プロバイダ等の刑事責任に関する学説の状況④

鎮目征樹「プロバイダ等の刑事責任」現代刑事法6巻1号(57号・平成16年)17頁以下

「一定の社会的地位と危険回避措置の期待が密接に結びついている場合に保障人的地位を肯定しうるのだとすれば、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自体が生じた場合に、これを削除し危殆化結果の継続・増大を防止する役割が強く期待されているということを直ちに否定する理由はないように思われる。...(しかし)主体の特定や強度の自由制約の正当化等の見地から、不真正不作為犯一般に要求される特別の要件を充足したとしても、構成要件によっては、これとは別の理由から、さらにプラスアルファの要件の充足が必要となることが考えられる。」

「プロバイダ等の不作為による刑事責任については、従来の学説を前提とする限り、理論的には肯定する余地があるものの、それはなお相当に限られた場合である...」

只木誠『刑事法学における現代的課題』(平成21年・中央大学出版部)151頁以下

「プロバイダー自身が情報提供者(コンテンツプロバイダー)であれば、自らがその提供する表現内容に対して責任をもつのは当然である。次に、出版社としてのプロバイダーの責任に関してである。...編集権の行使などは、プロバイダーの出版者や編集者としての性格を基礎付けうるものであり、これが肯定されると、プロバイダーは情報について責任を負い、他者の違法な情報については、期待可能性がある限り、削除義務を生じるが、しかし、削除によってプロバイダーの責任が基礎づけられるわけではなく、そして、単なる通信事業者であれば、何らの責任を負うものではないことになる。」

「選択・削除等の編集権を有するサービスプロバイダーにあって、これを何らの責任も負わない「電気通信事業者」とすることは困難ではなかろうか。思うに、権利・義務及び削除権限を定める会員規約は、パソコン通信サービス契約約款であると解しうることで、違法な内容を認識するに至ったにもかかわらずこれを削除しなければ一層の被害の拡大が予想される状況のもと、これを未然に防ぐことが唯一できる立場にあることなどを考えると、「公然性を有する通信」を利用するという一種の特権を行使する出版者としてのプロバイダーに条理上の作為義務を認めることは不可能ではないと思われる。...ただ、上記義務は、積極的な監視義務まで課するものではなく、プロバイダーは具体的な事実を認識した後に適切な措置を講じれば足りるとすべきであろう。」

吉田敏雄「不作為犯の体系と構造(四)」北海学園大学法学会 法学研究 第45巻1号(平成21年6月)87頁以下

「インターネット・プロヴァイダの刑事責任については、先ず、プロヴァイダ自身が自己のサービスとして違法な情報(猥褻情報、児童ポルノ情報、名誉毀損情報、著作権侵害情報等)を提供する場合が問題となるが、これは作為という行為形態による構成要件該当性が問題となるに過ぎず、不作為の問題ではない。...もっとも問題となるのは、プロヴァイダが自ら運用するサービス上に会員等からアップロードされた違法情報を削除することなく放置した場合とか、違法な情報が書き込まれた電子掲示板の運営者がそれを排除しない場合、つまり、不作為の行為形態の場合である。これについては、...ホームページ自体(が蔵置されたサーバ)が危険源というのではなく、違法情報(が蔵置されたサーバ)が危険源なのである。このような場合、プロヴァイダや掲示板の運営者が、ホームページや掲示板の特徴の故に違法情報のアップロードを促進するといったような犯罪促進的役割を果たしているという「特別の事情」が認められる場合に限り、監視保障人の地位が認められるべきである。もっとも、プロヴァイダ等に違法情報がサーバ上に蔵置されていないかどうかを常時探索する作為義務を課することは適切ではないので、作為義務は違法情報が蔵置された後のその遮断ないし削除義務に限定される。」