

第5章 インターネット上の表現行為をめぐる法律問題

わが国では、インターネット上のわいせつ画像など、いわゆる有害情報に対し、どのように規制されているか

Q

画像配信サービス事業を計画していますが、いわゆる有害情報に関する規制のどこが問題となるかがわかりません。どのような範囲のどのような行為が、どういう法律によって規制を受けるのでしょうか。

A

生活のあらゆる領域がオンライン化されようとする状況の中、いわゆる「有害情報」の範囲が拡散して、一義明確に定義することが難しくなっていますし、もともとインターネットは国境を知らずから、規制や摘発を逃れようとする側が国境を越える現象も目立ってきています。また、従来のように、接続事業者（プロバイダ）を介して、受信者と情報発信者が1対1の関係で対抗する場合だけではなく、冗長性確保のためのクラウド化によって情報発信者の電子計算機が必ずしも事業者1つに限られないばかりではなく、アフィリエイト・ビジネスなどを介して受信者も巻き込んだ情報発信が行われるようになっており、今後にゆだねられた問題はますます増える一方にあります。しかしながら、リアル・ワールドで処罰されるべき事項はオンラインでも処罰されるべきことの反面、規制の残余に自由があるのではなく、自由が原則であって規制は例外であり、それは「より制限的でないこと」が強く求められます。またそこでは、事業者との協力関係を基礎とした「依頼」や「自主規制」の余地が多用される傾向がありますが、そのような手法を採用するならばなおさら、自由と規制のあり方について事業者等と政府との関係の論議だけでなく、それ以外の国民との透明な対話が必要なこと、そこでは年少者の意見表明の機会が十分に留意されるべきことにも注意すべきでしょう。

解説

有害情報とは

オンラインの有害情報といえば、以前はわいせつに関する情報でほとんど決まりといえる状態にありました。いわゆる「オンライン・ポルノグラフィ」をめぐる問題です。ところが、インターネットの回線速度が急激に上昇する一方で、接続料金が安くなったこと、ネットカフェのように公衆が常時アクセスできる環境が特に都市部で普及したことから、あらゆる人々があらゆる生活関係をオンライン化する、まさにユビキタス環境が実現したことを背景として、さまざまな「有害情報」が憂慮されるようになってきました。その中には、3Dプリンターで性器の彫像を再現する「データ」の頒布はいかに理解すべきか、という新たな問題も発生しています。しかもまた、単純な情報発信者と受信者との間の1対1の対応関係だけではなく、そこには伝送路（接続事業者）を保有・運用する事業者のみならず、取次事業者ともいふべき掲示板開設者などのあり方を問題もまた検討しなければなりません。近年のクラウド化の進展は、従来のように事業者とコンピュータが1対1で対応するとは限りません。

残念ながら、有害情報そのものの定義が拡散する傾向だけでなく、それに関係する者の範囲と関係、さらには規制のあり方とその関係とが拡散する傾向に対しては、種々の議論が開始されたばかりというところにあります。

たとえば、警察庁はサイバー犯罪への取組みとして、「児童ポルノ画像、わいせつ画像、覚醒剤等規制薬物の販売に関する情報等、インターネット上に掲載すること自体が違法となる情報」を違法情報、「違法情報には該当しないが、犯罪や事件を誘発するなど公共の安全と秩序の維持の観点から放置することのできない情報」を有害情報と一応区分していますが、一見して明らかなおおりに、この文言には「誘発」「公共の安全と秩序」といった一般条項が含まれていて、これら情報への「対策の必要性」に合意を取り付けることは容易であるとしても、取組みが過度に広汎な規制に陥らないか、十分すぎるほどの検討が必要です。

その他の「有害情報」

それ以外にも、違法でも有害でもないが、迷惑であったり不快であったりする情報も考えられますし、ある「物」

の存在そのものの有用性は文句なしに認められるが、その誤った使用法の流布は重大な法益侵害を引き起こす蓋然性の高い情報も考えられます。迷惑な情報の典型としては「迷惑メール(しばしばそれは、ポルノグラフィーやその種のサイトへのリンクを含みます。)」が考えられますし、不快な情報という、民族や人種、特定の国民を殊更に排除しようとする「ヘイト・スピーチ」も考えられますが、これらは相互移行的に別カテゴリーと考えられるようになることは十分予想できることです。

このような理由から、現段階において「有害情報とは何か」ということを一義明確に定義することは、ますます困難になりつつあるといえるでしょうが、そうであるからこそ「原則自由、規制は例外」「自由は規制の残余ではなく、その規制もまた、より制限的ではない他の手法を選択すべし」というスジの上にあらねばなりません。それゆえ、拡散するばかりの「有害情報」に対応するためには、複数の手法を組み合わせるよりほかはなさそうです。たとえば、刑罰をもって対抗すべき情報については、罪刑法定主義の要請を厳格に維持した立法的対処を厳守しつつ、情報の対象物が両義的(有用も悪用もできる)である場合など、法執行当局が通信事業者の協力も得ながら対

応する場合もやむをえない場合があることも事実で、一刀両断の解決を難しくしています。

種々の対策とその困難さ

その例としては、硫化水素ガスを発生させて公衆に被害を及ぼす事案が多発したことを受けて警察庁が、2008年、「硫化水素ガスの製造を誘引する」情報を確認する場合、接続事業者や掲示板開設者に削除するよう依頼する通知を出しています(平20・4・30警察庁丁情対発33)。また、いわゆる「危険ドラッグ」(医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律2条15項にいう「指定薬物」)に関して、平成21年5月29日付薬食発0529001号別添「薬局、医薬品販売業等監視指導ガイドライン」が実施されているほか、一般社団法人電気通信事業者協会など通信事業者4団体が「インターネット上の違法な情報への対応に関するガイドライン」を制定して、前者と後者の協力関係の上で有害情報へ対処しようとしています。

しかし、果たしてそれら対処が実効的であるかどうか、たとえば迷惑メールに関しては迷惑メール防止法(特定電子メールの送信の適正化等に関する法律)があり、登録適正化機関(同法14条)による措置と同時に、一時に多数

の者にメールを送った場合、政府が必要な措置をとるべきことを命ずることができる（同法7条）と定めており、実際に措置命令の実例もあるにはあるものの、法律の実効性に多大な疑問があることはすでに周知のとおりです。

そのような弱点と同時に、政府部門と私的部門との協力関係、つまり、後者が第一義に問題事象に対処し、前者は規制に当たってやむにやまれぬ事情を政府が証明しない限り正当化できない場合にしか動かないという手法は、なるほど「より制限的ではない」といえます。その意味で硫化水素ガスのように両義的な物質（言うまでもなく、化学工業では必須の物質です。）や、精神毒性を持ち、その影響下での行為は第三者に明らかな物理的侵害をもたらす危険ドラッグについては、情報そのものではなく、「物」そのものへの規制を優先させる（もともと、「指定薬物」の包括指定は、犯罪構成要件が明文の法律で定められるべきこととの関係で一抔の問題性を持ちます。）方向性は、一応相当といえるでしょう。ただし、それが「自主規制」や「依頼を受けて行われる削除」である場合、事業者は公衆に対して、より大きな説明責任を有する、とっておくことにします。

オンライン・ポルノグラフィー

さて、ポルノグラフィーについては、映画やビデオの規制において、洋の東西を問わず「わいせつ画像」の定義をめぐって、すでに「文書」の段階で法律上の問題になっていました。この点について、周知のとおり、刑法175条が「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物」の頒布と公然陳列を禁止していますが、インターネット以前にも、たとえば電波法108条が「無線設備……によつてわいせつな通信を發した者」に関する処罰規定を置いています。つまり、罪刑法定主義の要請に基づき、諸法によって頒布手段を法定化しつつ、刑法典の処罰規定を維持し続けてきたといえるでしょう。

しかしながら「わいせつ」を定義する試みはいまだ成功したといえず、最高裁判所も「いたずらに性欲を興奮または刺激せしめ、かつ通常人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義觀念に反する」（最判昭32・3・13判時105・76。いわゆる「チャタレイ夫人」事件）としか定義できていませんから、憲法31条が定める罪刑法定主義の要請から見ても重大な問題があります。さらに、なるほど一方で「性的羞恥心を害する」がごとき出版物やコンテンツが氾濫し、それが誰からでも発信される（自

撮りヌードやリベンジ・ポルノの氾濫を想起してください。)状況に「規制の必要性」が認められたとしても、前記の「チャタレイ夫人」は既成の「良識」や「道義観」果ては「秩序感覚」にまで挑戦する(しかもそれは、人間の認識を押し上げる重要な営みです。)内容であることが示すとおり「自由でなければならぬこと」が表現の自由として憲法上保障される領域にあって、両者の厳密な区分が難しいがゆえの「せめぎ合い」が繰り返されてきたといえるでしょう。

その中において、従来から、いわゆる風俗営業に関して「風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律」が、特に店舗型の風俗営業を規制してきました。これに対して、1998年の改正で映像送信型性風俗産業が「専ら、性的好奇心をそそるため性的な行為を表す場面又は衣服を脱いだ人の姿態の映像を見せる営業で、電気通信設備を用いてその客に当該映像を伝達すること」と定義され(同法2条8項)、同法31条の7以下で都道府県公安委員会への届出制となりました。

また、同法31条の8第2項以下は、18歳未満の者を客としてはならないこととしていますから、事実上、年少者をポルノグラフィーから遮断する効果をもちますし、さらに事業者には、児童買春、児童ポルノに係る行為等の規

制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律2条3項各号に規定する子どもの姿態に該当する映像が、その自動公衆送信装置に記録したことを知ったときには送信防止のための必要な措置を講ずるよう努力義務が課せられています。とはいえ、その定義は前述のチャタレイ夫人事件最高裁判決に比べても広範で、何が規制対象となるのか明確性を欠きます。さらに風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律31条の9第1項は、当該事業者を管轄する公安委員会は、善良な風俗や清浄な風俗環境を害する行為等を防止するため、必要な指示をすることができることとしていますが、大人を対象とする営業活動を指して、特に「清浄な風俗環境」を目的として公安委員会・警察が取り締まるのは「余計なお節介」に属するのではないかとの疑問を禁じえません。それ以外にも、同法同条3項は、電気通信事業者たる自動公衆送信設置者に対して同法同条2項に基づく勧告をしようとするとき総務大臣と協議しなければならないことを定めますが、電気通信事業者に強大な許認可権をもつ総務大臣をここに引き込むのは、なしくずしに規制主体を広げるのではないかとの疑問も残るところです。

さらに、2014年、特にSNSにおけるリベンジ・ポルノが後を絶たないことから「私事性的画像記録の提供等によ

る被害の防止に関する法律（通称：リベンジ・ポルノ防止法）」が新たに制定され、性交または性交類似行為に係る人の姿態（同法2条1項1号）、他人が人の性器等を触る行為または人が他人の性器等を触る行為に係る人の姿態であって性欲を興奮させまたは刺激するもの（同法2条1項2号）、衣服の全部または一部を着けない人の姿態であって、殊更に人の性的な部位が露出されまたは強調されているものであり、かつ、性欲を興奮させまたは刺激するもの（同法2条1項3号）を私事性的画像記録と定義して、第三者が撮影対象者を特定できる方法で、電気通信回線を通じて公衆に提供した場合に処罰する（同法3条・ただし親告罪）こととされました。

前者は、私事性的画像記録の流通によって名誉や私生活の平穏が侵害された場合の処罰と同時に、プロバイダ責任制限法の特例を設けることを立法目的としています（リベンジ・ポルノ防止法1条）。すなわち、同法3条は私事性的画像記録を提供した者の処罰規定であり、それに加えて同法4条はプロバイダ責任制限法4条の特例を設けて、前述の私事性的画像が送信されることを防止するために電気通信事業者が必要な措置をとった場合には、民事免責することを定めています。

なお、同法の保護法益は個人の名誉と私生活の平穏と考えられますから、

商業目的で作成された画像や第三者に見られることを認識して撮影した写真等は、同法の保護対象にあたらないと考えられています「私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律の施行について（通達）」（平26・11・27警察庁丙生企発120ほか）。その一方、リベンジ・ポルノ防止法の通称とはうらはらに、同法は「恋愛感情のもつれ」や「いじめ」等、典型的に想像されている「目的」のいかんを問いません。また、上記通達で「撮影対象者を特定することができる方法で」とは、「画像自体から特定可能な場合のほか、添えられた文言、掲載した場所等の画像以外の部分から特定可能な場合を含む」と考えられているので、たとえば、ネット上では往々にしてたちどころに人物が特定されてしまうばかりか、それらがリンクやリツイートで拡散する現状を考えると、想像以上に処罰対象が広がる可能性を否定できません。一方で、国・地方公共団体にリベンジ・ポルノ被害者保護のための施策を同法が求めていることを合わせて考えると、今後、運用上の問題を引き起こさざるをえないようにも思われます。

オンラインと「物」

上記の問題をはらみつつ、ネットワーク普及以前にあっては「物」、すなわち有体物を問題とする事案が大半でし

た(例外的なものとして、コンピューター・ゲームソフトに関する事案、電腦学園Ver. 2事件・最判平11・12・14裁時1258・1)が、オンライン・ポルノグラフィーの時代に入って、裁判例の動向は有体物から離れて情報そのものを問題とする傾向が現れていること、さらに「幫助」の範囲を拡大する傾向があったことを挙げておかなければなりません。

まず前者について、アルファネット事件大阪高裁判決は、わいせつ画像データが記憶・蔵置された被告人のコンピュータのハードディスクは、伝統的な図画の概念から外れるとしても、わいせつ物に包含される、と判断しました(大阪高判平11・8・26判時1692・148)。本件上告審決定はさらにすすんで、刑法175条にいうわいせつ物を「公然と陳列した」とは、その物のわいせつな内容を不特定または多数の者が認識できる状態に置くことをいい、わいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にすることを要せず、ホストコンピュータのハードディスクにわいせつな画像データを記憶・蔵置させ、不特定多数の会員が画像を再生閲覧することが可能な状態に置くことは「公然と陳列した」ことに当たる、と判断しました(最決平13・7・16判時1762・150)。これらは、大阪高判が「規範的な意味において……あてはまる」と述べていますが、犯罪構成要

件の一義明確性という罪刑法定主義を没却させるものであって、重大な疑問が残る裁判例でしたが、その後も本件最高裁決定を踏襲して「その物のわいせつな内容を特段の行為を要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」と述べてリンクを張る行為を「公然陳列罪」とした裁判例(最決平24・7・9判時2166・140)があります。ただし、この決定は3対2の僅差であり、2名の反対意見がリンクを張る行為は幫助罪成立の余地があるとしても、罪刑法定主義の原則からして公然陳列罪とはいえないとする判断を示していることが興味深いところです。

このような疑問に対しては、2011年、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(平成23年法律第74号)の成立で一応の立法的な解決が図られました。すなわち、刑法175条1項に「電磁的記録に係る記録媒体その他の物」が挿入され、「わいせつ物」に関する一応の立法的な解決が図られたほか、「販売」の語は削除されましたが、一般に「頒布」は有償・無償を問わないので「販売」も可罰的と解されています。同時に同法2項には「有償で頒布する目的で、前項の物を所持し、又は同項の電磁的記録を保管した者」を1項同様に処罰する規定が設けられていますし、1項後段には

「電気通信の送信によりわいせつな電磁的記録その他の記録を頒布した者」を処罰する規定が置かれ、これはメールでのポルノグラフィー頒布をも含むものと解されています。

幫助犯をめぐる

後者については、いわゆる「大阪FLマスキング事件（大阪地判平12・3・30（平9(ワ)1619）」以来、最近（最判平26・10・7（平24(ホ)1080））に至るまで、裁判所は幫助罪の成立を容易に認める傾向があります。またさらに、上記「大阪FLマスキング事件」においては、裁判所がFLマスクというソフトウェアの幫助性を問題としながらも、わいせつな図画が掲載されているサイトへのリンクが張られていることを「幫助」としています（ただし、本件における「リンク」の関係を理解することは、アフィリエイトやまとめサイトが絡んだ近年の「まとめサイト」の問題に比べると、まだしもイメージしやすいところではあります）。

たしかに大審院以来の確立した判例として、主犯と従犯との間に意思の連絡を必要としないとはいえ、ネットワーク時代にこれをそのまま適用することが適切かどうか、かねてより疑問の残されているところです。したがって、「わいせつ」問題とは離れますが、

peer-to-peerソフトであり、フリーソフトウェアとして開発者とユーザーとが公開して開発に当たっていたWinnyの頒布行為に対して、開発過程に過度の萎縮効果をもたらすことを考えれば「単に他人の著作権侵害に利用される一般的可能性があり、それを提供者において認識、認容しつつ当該ソフトの公開、提供をし、それをを用いて著作権侵害が行われたというだけで、直ちに著作権侵害の幫助行為に当たると解すべきではなく、「同ソフトを入手する者のうち例外的とはいえない範囲の者が同ソフトを著作権侵害に利用する蓋然性が高いと認められる場合で、提供者もそのことを認識、認容しながら同ソフトの公開、提供を行い、実際にそれをを用いて著作権侵害（正犯行為）が行われたときに限り」幫助犯が成立する（最判平23・12・19判時2141・135）と判断した事案は、幫助犯成立の拡散に歯止めをかけるとともに、ソフトウェア開発における「萎縮効果（chilling effect）」をも加味したかに思われる点が注目に値します。

児童ポルノ

大人を被写体とするポルノグラフィーに関しては、その多くが女性を対象とするものであって女性の人格の尊厳に対する冒瀆であるという理由から、

表現の自由の範疇に属さない、という有力な見解が一部にあります。一般的とはいえません。むしろ、大人の関係ならば、利害得失の弁別能力も十分ならば、反撃力もあるので、ポルノグラフィーとして撮影・記録される行為が自由な意思の発露を著しく妨げるかどうかといった「人対人」を規律すればよい、と考えられます。

これに対して、子どもを対象とするポルノグラフィーの場合、少なくない事例が家族内で行われ、子どもの自由意思といえないこと、子どもが著しい発達の途上にあるため、人格の完成にとって重大な問題となることが明確に懸念できる等の事情から、個人の尊重という憲法上の価値を具体的に保護するという観点に基づいて、子どものポルノグラフィーを規制する理由を説明することができます。ところが、ここで問題になるのは、子どもを保護するために課される種々の規制によって「大人がポルノグラフィーを撮取る自由」を損なうのではないか、という点です。

原則として大人は「わいせつ図画」と言おうがポルノグラフィーと言おうが、それらを撮取る完全な自由を有し、憲法上保護されます。そのことは、いささか露骨な言い方になりますが、大人はポルノ漬けになって堕落する自由をも保障されている、とも言い替え

ることができますし、そうなるかどうかは自己責任だ、というわけです。むしろ、そこに政府が介入するのは家父長主義（パターナリズム）の誹りを免れません。したがって、懸念されるのは子どもの保護を理由として大人の自由が損なわれるのではないかという点につきますが、「わいせつ」そのものの定義の難しさに加えて、大人の世界と子どもの世界とを区別することは、オンライン・ポルノグラフィーの場合、極めて難しいものとならざるをえませんし、かりに学校・地域という単位でゾーニングしたとしても、国境を知らないインターネットには実効性が極めて疑問であるが故に、大人の自由を損なう危険性はさらに無視できないものとなります。

判例は、自動販売機による販売を業とする者に対する岐阜県青少年健全育成条例事件大法廷判決（最判平元・9・19判時1327・9）以来、たとえそれが監視カメラで撮影されているものであっても、条例による規制は合憲であり（福島県青少年健全育成条例事件。最判平21・3・9判時2064・157）、「青少年の健全な育成を阻害する有害な環境を浄化するための必要やむを得ない」措置であるとの理由付けを通していますが、たとえ青少年の健全な育成が正当であっても、大人の自由との衡量を冒頭から放棄しているのではないか、とかね

てから批判されているところです。

児ポ法改正

このような状況に一石を投じたのが「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等に関する法律（以下「児ポ法」といいます。）です。

子どもに対する買春行為の規制については、おそらくほとんど異論のないところではあると思います。ところが、子どものポルノとなると、2014年改正以前、子どものポルノグラフィーは、子ども児童を相手方とし、または子どもによる性交・性交類似行為に係る子どもの姿態、他人が子どもの性器等を触る行為や子どもが他人の性器等を触る行為に係る子どもの姿態であって性欲を興奮させまたは刺激するもの（ここには「著しく」の文言もないことに注意）、衣服の全部または一部を着けない子どもの姿態であって性欲を興奮させまたは刺激するものと定義され、チャトレイ夫人判決にいう「著しく興奮させ、刺激するもの」を欠くために、規制対象がより広範な規定となっていました。

そのうえ、東京都青少年健全育成条例の改正をめぐって、漫画・CG等、被写体の存在しない映像表現に対して「非実在青少年」という奇妙な規制理由が持ち出されたことで事態が紛糾し

たことはよく知られている一方、すでに20年近く前から、国連を中心として「子どものポルノグラフィー大国」という名指しの非難もあって、子どものポルノグラフィー提供や提供目的の製造、所持、運搬等を規制するだけではなく、単純所持を処罰すべきだという議論があり、あたかも「人権派」対「人権派」といった状況が見られました。

これに応えるため、2014年、児ポ法が改正されて、いわゆる単純所持に関しては「自己の性的好奇心を満たす」目的犯として処罰されることになりました。一般にこれは、子どものポルノグラフィーの「送りつけ」であったり、ブラウザー閲覧に当たって技術的に生ずるキャッシュ等、前記の目的を持たない「所持」を不処罰とするものとされています。そのほか、同法2条3項3号には「殊更に人の性的な部位（性器等若しくはその周辺部、臀部又は胸部をいう。）が露出され又は強調されているものであり」との文言、さらに同法3条には「学術研究、文化芸術活動、報道等に関する国民の権利及び自由を不当に侵害しないように留意し、児童に対する性的搾取及び性的虐待から児童を保護しその権利を擁護するとその本来の目的を逸脱して他の目的のためにこれを濫用するようなことがあってはならない」と定められて、改正前よりも規制対象や濫用防止に関して、

いくぶんかの絞り込みがなされています。

とはいうものの、問題は依然として残ります。たとえば、同法3条に一応の絞り込みがなされていますが、学術研究図書が通常書籍流通のルートに乗った場合（たとえば、産婦人科学の専門書が、一般に容易に閲覧可能な書店店頭と並んだ場合を想起してください。）のように、場違いな文脈に図画が置かれた場合の問題をどうするかという問題も残ります。現に、国会図書館をはじめとして各地の図書館が、所蔵図書のうち「危なそうなもの」の閲覧禁止に踏み切っていることも報道されています。その一方で、法規制をかくぐる「ジュニアアイドル・ビジネス」が横行し、性交または性交類似行為ではないけれども、容易にそれを連想させる年少者や、衣服を着けてはいるものの、ほとんど透けて見える画像の提供が後を絶ちません。

このような問題事象に対しては、見る者の「連想」に委ねられた部分が多いために、たとえ改正児ポ法でも対処の難しい事案に属しますが、子どもの福祉という観点からはやはり問題が残ります。そこで児童福祉法34条1項9号「児童の心身に有害な影響を与える行為をさせる目的をもって、これを自己の支配下に置く行為」に該当するとして摘発する事案も知られています

が、果たしてこのような形での規制が適切かどうか、にわかに判断できないところです。しかもそのうえ、改正風適法や改正児ポ法の施行後にもかかわらず「JKリフレ」などと称する営業が、むしろ「活性化」している状況は「規制か自由か」では割り切れない問題を感じさせます。

ヘイト・スピーチ

いわゆる「ヘイト・スピーチ」については、もともと人種差別撤廃条約（あらゆる形態の人種差別の撤廃に関する国際条約）4条が人種差別や民族差別、戦争宣伝やそれらの煽動や衝動を禁止し、それらを法律で取り締まるべき犯罪としていたにもかかわらず、日本では事態をあまり深刻に受け止めてはいなかったために法的な対応が遅れてきた事情があります。しかし、このところの社会変動にともなって、ネット上には俗に「ネトウヨ」と呼ばれる排外主義的言説やデマが溢れ、書店の店頭には「嫌韓・嫌中本」が山をなし、現実にも在日外国人、特に中国系や韓国・朝鮮系の人々に物理的暴力として向けられている状態が顕著に現れています。これが暴力的な「言動」として学校の業務に向けられた場合について、平成26年7月8日に大阪高等裁判所は一番・京都地方裁判所の判断（京都地判

平25・10・7判時2208・74)を支持して、異例ともいえる妨害行為の差止と損害賠償を命じました(大阪高判平26・7・8判時2232・34。なお、最判平26・12・9が原審を上告棄却・確定)。

人種差別撤廃条約4条は、規制対象が国内法で考えられてきたよりも広く、(広義の)人種差別の流布・煽動から、それらへの資金援助を含む一切の援助の提供が法律で処罰すべき犯罪であると宣言することを条約加盟国に求めています。ところが、日本はこの条項に対して、憲法21条が保障する集会、結社および表現の自由その他の権利の保障と抵触しない限度で実施する旨の留保宣言を付けていること、国内法上、専門家でさえ条約上の義務よりも国内法上の権利義務関係の方が充実していると考えてきた経緯もあって、完全に出遅れた感が否めませんから、上記の裁判例は「遅きに失した」ともいえるでしょう。

しかしながら、「多文化共生社会」の実現が求められていること、ネットで参加を呼びかけてリアル・ワールドで暴力行為に及ぶ群衆の存在はもはや無視できない社会問題となり、その雰囲気やまたネットで拡散されるという悪循環は誰の目にも否定できません。したがって、現在、地方自治体議会から国に対して意見書が取りまとめられつつある状態にもあります(たとえば、2014年12月25日・神奈川県議会「ヘイトスピ

一チの根絶に向けた対策を求める意見書)が、日本政府も留保を付けていない同条約4条(c)「国又は地方の公の当局又は機関が人種差別を助長し又は扇動することを認めないこと」に関して、しばしば国または地方の公の当局者から、差別の助長と受け止められかねない発言が飛び出すこと、それを漫然と支持するかの雰囲気や社会に溢れていることをどう考えたら良いのでしょうか。

一方で憲法21条の価値が重いとしても、その価値と国際社会でも共通理解とされている価値とを両立させることは、「差別の助長や煽動の禁止」といった消極的取組み以上に「当局」や「当局者」に求められているのではないのでしょうか。これは当然、国境を知らないインターネットに携わる事業者においても十分心すべき事象です。

犯罪行為地とその追及

海外にサーバーが置かれていた場合に、犯罪行為地はどこにあるのかが問題になりますが、データの送信が国内で行われていれば、犯罪行為の一部が国内で行われていたことになるとして有罪とする裁判例(大阪地判平11・3・19判タ1034・283)があります。

もっとも、現在のようにネットワークの回線帯域幅が大きくなると、逆に、法律上の営業拠点を海外に置きつつ、複数国にまたがるクラウドを国内の別

会社が事実上運用する、といった複雑な形態の存在が表面化しています。たとえば2014年9月30日に、サイト利用者が自らの性行為をネットで生中継・有料配信していたことに対して、警察が海外事業者のダミーと目される国内事業者を公然わいせつ幫助などの疑いで摘発しました（朝日新聞同日・「FC2」関連会社を捜索 公然わいせつ幫助容疑 京都府警）。

FC2は、上記のみならず、無数の「まとめサイト」があって複雑なリンクが張られており、違法画像・動画のアップロード、個人攻撃サイト、詐欺サイト等への誘導が目につきます。しかも、バナー設定者やブログ開設者等に対して、それら問題あるサイトへ誘導した「成功報酬(?)」が行われている実態も指摘されています。このような問題に対しては、サイバー犯罪条約への対応もあって、2011年、刑事訴訟法99条に2項が追加されたほか、99条の2が追加され、記録命令付差押えを裁判所ができるようになりました。また、同法197条3～5項等にも所要の改正がなされました。

前者は裁判所の差押えの範囲たる物を電子計算機そのものではなく、電磁的記録の複写でよいとしていること（刑事訴訟法99条2項）のほか、それらの保管者等をして必要な電磁的記録を記録媒体に記録または印刷させて差し押さえることができる（刑事訴訟法99条の

2）とするものです。後者は、前者を実現するために、接続事業者に、原則として30日間（特に必要があるときには、さらに30日間。刑事訴訟法197条3項）通信ログのうち必要な範囲を消去しないよう書面で求めることができるとする規定です。しかしここでも、「求める」との規定が、むしろ「強制」の後ろ盾にならないかどうか、いくら依頼に応じなかったことに対する制裁規定がないので強制処分ではないといっても、接続事業者等が「依頼」に安易に応じることが顧客にとってどのように映るのかには、なお懸念の残るところです。

なお、一般にこれら保全要請は、捜査機関が行う処分による財産上の不利益に対する特別の保護を要しないので準抗告（刑事訴訟法430条）の対象にならないとされています。しかし、捜査権を濫用して事件との関連性のないことが明らかな電磁的記録を大量に差し押さえて事業遂行に支障を来す場合など、財産権の侵害と考える余地もありうるわけですから、接続事業者等においては、準抗告の余地がないかどうか一考に値します。

それぞれの「立ち位置」

なお、これら改正においては、事業者が「協力的」であることが前提となっています。従前の法律では、冗長性を持たせるための電子計算機構成のた

めに、電子計算機を特定すれば、事業者の保有するそれを全部差し押さえられる可能性もあって、事業者に著しい負担を強いる点が指摘されています。しかしその前に、憲法21条2項が定める検閲の禁止と同時に、通信の秘密(通説・判例は、これを「公共の福祉」による制約の認められない絶対的保障とする。)を侵さないかどうかと同時に、同35条の定める令状主義の原則を没却しないかが重要なポイントであり、それゆえに強制処分を定めなかった、と考えるべきでしょう。なお、民事訴訟法3条の2以下が追加され、3条の3は5号で、訴えが日本における業務に対して行われるとき、日本で事業を行う外国会社に対する訴えに日本の裁判所の管轄権が定められました。この規定に基づき、2013年2月6日、プロバイダ責任法4条が定める発信者情報開示に関して東京地裁が仮処分を命令する、おそらく最初の事案が知られています。開示対象者はここでもFC2ですが、開設されているブログは誹謗中傷に当たるものであったと伝えられます。この措置には執行可能性の点で疑問も残りますが、(広義の)接続事業者がまったく「協力的」ではなく、むしろ法を潜脱する意図がうかがわれる場合、有害情報のカテゴリーによっては一考の余地もあるでしょう。

さて、「有害情報」と一口に言っても、

上述はそのほんの一端に過ぎません。

子どものポルノグラフィーに関して、自由か規制かの議論には限界があることを先に示唆しました。その根底には「子どもの貧困」という重大な問題も控えているように思われますが、そこまで風呂敷を広げなくとも、これらの問題、日本では表だった社会的討論を欠いているように感じるのは私だけでしょうか。ヘイト・スピーチに見られるように、匿名の仮面を被れば、ありとあらゆる罵詈雑言を浴びせる一方で、文字どおりの公共的な討論がなかなか進まない現状はどう考えたら良いのでしょうか。そんな現状に、インターネットという言説空間は何も益するところはないのでしょうか。

これに限らず、特に子どものポルノグラフィーをめぐるっては、健全育成か保護か、はたまた自由か教育かといった議論が喧しいのですが、それはどこか子どもの頭越しに行われているのではないかと考えます。憲法が個人の尊重を基本的人権として保障しているとしても、それぞれの立場ごとに具体的に対話可能な議論を続けていくこと、そこにおいては事業者もまた利潤追求だけでは済まないことが、改めて問われているのではないのでしょうか。

(立山 紘毅)