

〔翻訳〕

新しいメディアと刑法

エリック・ヒルゲンドルフ 講演

吉田 宣之 訳

この原稿は、二〇〇一年五月二十四日からパッサウ大学で開催されたドイツ刑法学者会議の冒頭で発表された、ビュルツブルク大学エリック・ヒルゲンドルフ教授の講演の「生」原稿である。この発表は、会議の冒頭に位置づけられていることから明らかのように、今回の学会の中核となる発表であり、その内容も今まさに話題となっているインターネット犯罪の克服に関するものであることから、ドイツ刑法学の「今」を知る上で重要であると考え、教授にお願いし、そのご好意により翻訳の許可をいただいたものである。なお、この原稿は、多少の手直しをした上で、全刑法雑誌(Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft)に掲載される予定である。

Ⅰ、はじめに

ご来場の皆様、私が皆様にお話しすることが許されているテーマは、最近、かなり衆目を集めているものです。新

しいメディアという言葉は、世間では良く耳にしますが、その厳格な意味については、残念ながら、十分に一致しているわけではありません。この新しいメディアは、まず、全ての内容がデジタル化されている、それ故、あらゆる情報が統一された二進法のコードに変換されているという点で、従来のメディア、すなわち、新聞、ラジオおよび映画と区別されます。このデジタル化は、それが新しいメディアの第二の特徴ですが、データ回線を使つての情報の処理と送信を可能にします。インターネットは、全ての場所および地域を世界的な規模で包括的に結びつけます。したがつて、インターネットは、全ての回線の回線と呼ぶことが出来るのではないのでしょうか。データ回線は、情報の発信者と受信者との側で、任意に多数の人と情報を素早く交換することを可能にします。新しいメディアの第三の特徴は、テキスト、画像および音声を集め、それを自由に合成することにあります。それゆえ、新しいメディアは、マルチメディアと呼ばれています。新しいメディアの社会的作用を鳥瞰することは、まだ出来ません。さて、これからは、ほぼこのメディアの影の側面について、すなわち、データ回線を使った犯罪についてのみ話すことにしたいと思います。

二〇〇〇年五月 Microsoft-Programm Outlook を通じて、「I love You」という魅力的な名前で広められたコンピュータウイルスは、世界中の数百万台のコンピュータを麻痺させ、数十億マルクにも及ぶ経済的損失をもたらしたとされています。実際のところ、この特別の愛の挨拶が重要な意味を持っていました。今回は、この挨拶は、モスクワからではなく、フィリピンからやってきました。しかも、電子データ処理を学んでいた学生が、たまたま成績評価が悪く、フラストレーションが溜まったために、教授に自分をアピールしようとして発信したものでした。その半年後、インターネット界の中心的存在の一つであるソフトウェア企業 Microsoft 本社がハッカーの攻撃の犠牲になり、その際、特に重要な秘密データ、所謂「Quell-codes(情報のソースコード)」が探索され、コピーされたようです。それから発生すると思われる損害については、まだ算定できていません。その同じ年、巨大電脳企業、たとえば Amazon.

com、CNN および Yahoo の業務が、大量の電子メールによる照会 (Denial of Service, いわゆる「DOS」) によって妨害されました。ここでも、また、数十億マルクにも及ぶ損害が発生しました。

このような事例が示すように、インターネット犯罪は、ついに科学上の空想および学問的思索の領域を抜け出して、第一級の現実的問題となつていゝのです。刑法学もその問題には一言口を挟むべきですが、インターネット犯罪者の可罰性の条件と限界という一部分的に極めて解決困難な問題を取り扱うこととなります。これから、それらの問題の二、三のものについて言及することにしつゝと思ひます。ただ、事前にお断りしておきたいのですが、時間と言つて制約のために、詳細な論及は、ほんの少しの点に限られることとなります。しかし、二、三の法政策的問題には、それがインターネット犯罪に特別の関係があると思はれる範囲で、言及しなければならぬと考えます。

急速で、世界的なインターネットおよびその他のデータネットの普及、およびそれによつて可能にされた、国境を越えたデータの流れは、個別国家の法秩序に重大な問題を突きつけています。このことは、正に、刑法についても言えます。なぜなら刑法は、他の法分野とは異なり、それぞれの国家の法文化に深く根付いてゐるからです。それに比して、ネット上での情報の公開は、(個別)国家の領土に限定されることなく、基本的には、世界的規模で受け取られると言つて特徴があります。それ故、国家の刑法によつて、インターネット犯罪の克服と言つて課題は、過大な要求のようにも見えます。国家と言つて枠組みを超えた刑法は、いままでのところ国際刑法という形を取つて、その萌芽が存在してゐるに過ぎません。刑罰権は、伝統的理解に従えば、個別国家の主権の中心に在ります。その結果、国家は、この権利を易々と己れを超える上位の裁判所に譲り渡すなどということは、好まないのです。

このような事情から、いままで、国家の刑法によつてインターネット犯罪の処罰は過剰な要求であるとされてきたのです。また、国際協約によつてのみ解決可能な地球規模の問題であるから、個別国家が「ネットの支配者」たらん

とするのは、僭越なことであるとも言われています。このような声は、特に、ミュンヘン簡易裁判所の CompuServe 判決以後高声になってきましたし、世人のかなりの共感を呼び起こしています。これらの主張を相互に関連させて考えてみることも意味があるうと思います。すなわち、インターネット犯罪を刑法によって克服する際に生ずる問題は、市場の地球規模化が国家法秩序および国家政治に対して作り出した問題の持つ広範な多様性の一部に過ぎないと説明されています。このように考える立場からは、地球規模での問題の進行を操縦することはそもそも不可能であるとの命題に行き着くことも稀ではありません。それ故、国家は、個別事例についての経済的な枠組条件の保障と不当に厳しい要求の緩和にその任務を限定しなければならないとも言われています。このような言説は、経済の優位性と政治の限界について語ると同時に法の限界についても語っているのです。

私は、このような敗北主義は間違いであり、また、有害であると考えます。すなわち、民主主義的な立憲国家にあっては、市場がではなく、政治が、社会の秩序の課題を解決すべき任務を負っているのです。そのための手段が刑法で、それによって特に重要であるとされている法益が保護されるのです。新しいデータネットの登場は、このような任務の分担を何ら変えるものではありません。国家刑法にとつてインターネット犯罪の克服はそもそも過大な要求であるし、国家を超えた方法によってのみ成果が約束されるとする—しばしば打算的な側から持ち出される—見解は、市場利益のために法益保護を徹底して後退させてしまうことになりません。それ故、この見解は、受け入れ難いのです。

インターネット犯罪をめぐる刑法上の議論は、そうではなくて、固有の問題を背負っているのです。一つの困難性は、新しい素材との技術的な関係にあるだけではなく、流行の、イギリス語法のぎつしり詰め込まれた用語例(「サイバー用語」とも結びついているのです。技術が非常に早いテンポで発達しているために、専門用語も絶えず変化しているのです(その際には、用語製作者が重要な役割を担っていますが)。刑法解釈学には、このようなインフレ傾向に

ある用語例に歩調を合わせる理由はありません。また、解釈上の問題の解決を、すぐに時代遅れになってしまうことがほぼ確実な技術的な詳細に委ねることも納得がいきません。このことは、「技術からの距離の原則」と言うことが出来ると思います。まもなくデータネットの利用は日常的なものとなり、その技術の側面は、今日の電話やラジオの場合のように、影が薄くなるでしょう。刑法によるインターネット犯罪の克服は、固有の言語、固有の基礎および固有の規則を持った特別の解釈学を創造することにはなくて、明確性および検証可能性のような法治国家的準則を満足させる、実証済みの解釈学的構成を新しい問題に矛盾無く適用することにあるのです。

これからは、ドイツ刑法がインターネット犯罪の挑戦に如何に答えるべきかの問題について話すことにします。そのためには、まず、このような新しい犯罪形態の二、三の類型が示されなければなりません(II)。続いて、センセーションを巻き起こした CompuServe 事件に少し立ち入って見たいと思います(III)。それを終えてから、刑法典の所謂「国際刑法」条項(3条乃至7条、9条)に含まれている刑罰適用規定を話題にします(IV)。これらの規定の助けを借りれば、適用可能性の問題が、とりあえず支持可能な程度に解決できることが示されるでしょう。最後の部分(V)では、結論として、インターネットに対する超国家的な刑法の可能性について説明を試みるつもりです。

II、インターネット犯罪の現象形態

基本的には、インターネットあるいは他のデータネットによって、およそ全ての犯罪を犯すことができます。「インターネット犯罪」という表現は、インターネットによって初めて可能になるか、あるいは、少なくとも本質的に容易になる犯罪の現象形態を総称する表現であると言えるでしょう。それには、目下のところ、特に、次のような事例群が属しています。

すなわち、(1)データの探知(「データ窃盗」、たとえば、パスワードの探知、

(2)データ通信の傍受、

(3)データ処理装置への侵入(「ハッキング」、たとえば、外部からあるいは内部からの(社員による)侵入、

(4)妨害ソフトウェアあるいは嫌がらせソフトウェア(コンピュータウイルスあるいはトロイの木馬のような)の考案
や流布、

(5)ネットアドレス、特に、大企業および官庁のアドレスの遮断あるいは妨害(「denial-of-service-attack」, DOS)'

(6) (データ形式にされている)許されていない資料、たとえば、極右の宣伝やポルノグラフィーの入手可能化あるいは送信、

(7)データの無許可での変更あるいは入れ換え、

(8)データの無許可でのコピー(これには、特に、著作権の侵害が含まれる)、

(9)他人への成り済まし、これは、情報の発信者(たとえば、他人のパスワードを使用して)あるいは受信者(銀行のコンピュータへの接続を装って)に成り済ますことよって行われる、

(10)一定の目的を持った虚偽情報にアクセス可能にしたり、発信したりすること(たとえば、株式相場に影響を与えることを目的にして)。

これらの事例群は、インターネット犯罪の現象形態を網羅的に把握しているわけではなく、現在のところ考え得る最も重要な形態を表していると言つてよいでしょう。これらの事例の内の最後の二つ、すなわち、他人への成り済まし、および、虚偽情報へのアクセスを可能にしたりあるいは発信したりする形態は、ネットによる商取引および特に

銀行取引(「電子商取引」、あるいは「electronic banking」)が増大するなか、その重要性は日に日に高まっています。「ハッカー」あるいはコンピューターの妨害がではなく、詐欺もしくはコンピューター詐欺がインターネット犯罪の将来を決定づけると言えるでしょう。

その他、インターネット上での虚報も最近になってやっとなインターネット犯罪の一現象形態と認められるようになりました。Bill Clinton がインターネット上で記者会見をしたとき、そこで、とりわけ、彼が、ポルノグラフィを増やすことを積極的に支持すると発言したとされました。しかし、後に、ハッカーが巧妙にこのような発言を Bill Clinton のものとしてしまったということが明らかになりました。注目すべき点は、最初、誰も、前アメリカ大統領のイメージからして、それを不思議に思わなかったということです。

それに加えて、特に、他人の行為を包括的に可能にしたり、ないしは、促進したりする事例があります。特に関心が高いのは、

(1)プロバイダーの責任と、

(2)違法な内容のサイトへの「リンク」を設定することの責任です。

可罰性が、画像等の無断の取り込みとネットによる送信の面に関しては、欠落しています。データ保護のための連邦の担当者は、昨年三月に発表された活動報告書の中で、正当にも、私的生活領域および秘密領域からの無権限での画像等の取り込みと公開とを処罰するようにとの要求を出しています。カメラの超小型化は、人が見られていないと信じているような場所で、秘密裏に写真を撮り、それをインターネット上で公表することを可能にしています。それは、お金のためである場合もありますが、当事者を笑い者にしようとするためである場合もあります。問題になってくるのは、たとえば、百貨店の試着室あるいは水浴施設の脱衣室、および個人の住居あるいは医者診察室です。密

かに録音されたテープを公開することは処罰されている(201条)のにもかかわらず、密かに撮られた写真の公表が例外的にのみ刑罰構成要件に包摂されるなどというのは、説得力がありません。

更に、可罰性の欠落は、ウイルスや他の嫌がらせソフトをプログラム化したり、流布したりした場合、それが第三者のデータを侵害しない限り、303a条および303b条には該当しないという点に見られます。しかし、そのようなプログラム—これは、しばしば、「悪意の商品 (malware)」と呼ばれますが—から、構成要件該当性の前段階である前域構成要件とでも言われるような構成要件の実現が正当化されているとも思われるとすると、それは、実際、大変危険なことですので、その点が検討されなければなりません。また、過失でウイルスを通信回線内に持ち込むこと、あるいは、流布することも処罰されるべきであるかが検討されなければなりません。同様に、権限無く他人の電子メールを読むことも、202条によっても202a条によっても把握できないのですから、処罰されるべきであるか否かが検討されなければなりません。さらに、Neuzelの無許可の複写も刑罰規範に包摂できません。最後に、電子メールによって希望もしないのに、大量の宣伝が送りつけられること(「スパミング」)も、煩わしくかつ時間がかかるだけではなく、電子メールアドレスが遮断されることにもなるのですから、言及されるべきです。ハッカーに関しては、ドイツの立法者は他人のデータ処理装置への単なる侵入を処罰しようとは考えていないのですから、可罰性の欠落はありません。

他面、立法者には既存の構成要件およびそこに使われている概念の厳密化によって法律状況を明らかにすることが要請されています。このことは、202a条2項で定義されておらず、単に「電子的に、磁気的にあるいはその他直接的に感知不可能な」、記憶させられたかあるいは送信されたデータに限定されているデータ概念についても言えます。さらに、立法者による明確化は、データの処分権の問題についても、同様に、263a条の文脈での「権限無く」

の要件についても必要です。それに止まらず、303b条の可罰性の範囲を再考すべきであるとの提案、および、秘密についての贓物取得（不正競争防止法17条2項2号）を刑法典中に受け入れるべきであるとの提案もなされています。

以上の議論をまとめますと、インターネット犯罪の克服をめぐる議論は、今日、まだその緒に付いたに過ぎないと言えるでしょう。プロバイダーの責任の問題のみは、すでに多くの厳しい注目を集めていますが、それは、Compuserve Deutschland（以下、ドイツ Compuserve という）の経営者に対するミュンヘン簡易裁判所の判決に負うところが大了。この事案を踏み込んで考察することには、価値があります。

III' Compuserve 事件

Compuserve 事件は、最近の刑事事件の中ではセンセーショナルなものの一つです。一九九八年五月二十八日、ミュンヘン簡易裁判所は、ドイツ Compuserve 有限会社のそれまでの経営者を、特に、児童ポルノの流布の共同正犯として二年の自由刑に処しました。刑罰には、保護観察が付されました。この判決には、世界的な規模での反対がありました。『専門的知識が欠けている』とか『尊大である』との批判は、当該裁判官に対して加えられたものの中では、最も軽いものでした。一九九九年九月十七日、この簡易裁判所の判決は、ミュンヘン地方裁判所によって破棄されました。

どうしたと言おうのでしょうか？ 被告人は、ドイツ Compuserve の経営者でしたが、これは、アメリカ Compuserve の一〇〇パーセント出資の子会社でした。ドイツ Compuserve は、自社のドイツ会員がアメリカ Compuserve のデータ記録装置にアクセスできるようにする接続装置を運営・管理していたのです。一九九五年九月、バイエルン

の刑事訴追は、ドイツ CompuServe の経営者に、アメリカのサーバーから児童ポルノがドイツに送られてきているとの指摘をしました。特に、五つの通信グループが、児童ポルノの内容の記事を配信していると名指しました。経営者は、この情報をすぐさまアメリカの親会社に伝え、親会社は、それに基づいて、指摘されたホームページを閉鎖しました。続いて、費用の掛かる児童保護ソフトを作成し、CompuServe の顧客に使用できるようにしました。その後、上述の通信グループが、また、開設されました。それにもかかわらず、バイエルンの捜査庁は、児童ポルノ、猥褻ポルノおよび強姦ポルノを内容とする多くの記事をアメリカ CompuServe から受信することができたのです。それは、CompuServe によって使用されたフィルター・ソフトが完全に機能しなかったからです。

これを起訴する際に、検察庁は、ドイツ CompuServe の経営者を、まず、ドイツのネット利用者が可罰的内容の記事にアクセスするのを適切なフィルター・ソフトを設定し、阻止しなかったという不作為を理由に非難しました。情報技術の安全に関わる連邦の鑑定人は、国境を超えたデータの流れをドイツ CompuServe のネット接続の際に 100パーセント統制することは、技術的に不可能であると証言した後、検察庁も、弁護側も同様に、被告人を無罪にするよう申立てました。このように一致した最終弁論がなされたので、誰もが無罪であると予測していました。しかし、驚いたことには、簡易裁判所は、起訴された経営者に二年の自由刑という有罪判決を言渡したのです。

判決には、多くのコンピュータ雑誌、あるいは、残念なことに、また、法律専門誌において読まれる批判とは異なつて、十分に納得のいく理由が付されていきました。その基礎には、ドイツ CompuServe とアメリカ CompuServe とは経済上一体であり、それ故に、ドイツ刑法によつても一体として取り扱うべきである、という考えがありました。このことは、アメリカの親会社の不作為はドイツの子会社の責任でありうることを意味していると言えるでしょう。バイエルンの裁判官は、アメリカの企業が児童ポルノを内容とする記事を自己のサーバーから継続して排除しておくこ

とができるはずであったとの事実が証明されたと見えています。責任者がこれを放置しておいたのであるから、彼は可罰的であり、ドイツ CompuServe の経営者も共同正犯としてその責任を負わされるというのです。

判決の重要な文章は、次のように述べています。明らかに強姦、児童および猥褻ポルノを閲覧させようとしているニュース・グループの活動を阻止することによって、アメリカ CompuServe は、ハードポルノへのアクセスを不可能にすることができた。アメリカ CompuServe が、当該ニュース・グループをデータ記録装置から取り除いておけば、これらグループは、アメリカ CompuServe の顧客をそのデータ記録装置にアクセスさせることができなかつたはずである。……アメリカ CompuServe の、ドイツの顧客がハードポルノのホームページへいつでもアクセスできるようにしておくことについて有する利益は、保護に値しない。逆に、電信・電話分野での技術革新が、法的に自由な領域を存在させてしまわないようにすることに極めて重要な社会の利益がある。というのは、その法的に自由な領域では、青少年の保護、および、性的な動機からの暴力に対する保護のように価値の高い法益が純商業的利益の下位に置かれ、そうすることで犠牲に供せられることになってしまうからである。

私は、この判決文に全く耳を貸さない人などいるはずがない、と思います。しかし、解釈学的には、多くの問題、たとえば、他人によって設定された、ないしは、除去されなかつた内容についてのドイツ CompuServe の経営者の個人的な責任の問題等が残されています。ドイツの経営者がアメリカの親会社に影響を与える可能性は、ほとんどないと言えます。このような従属的な地位を考えると、子会社の経営者にアメリカの親会社の不作為を躊躇無く共同正犯として帰属させるのは、適当ではありません。被告人に無罪を言い渡したミュンヘン地方裁判所は、それ故、正当にも、ドイツの経営者の行為は、いずれにしろ幫助とされるべき性質のものであると詳述しています。

さらに、被告人にはハードポルノをインターネット上で流布しようという故意が欠けているとしています。むしろ、

全く逆に、被告人は、アメリカの親会社の力を借りて問題となった内容を遮断したり、消去したりしようと努力している。ハードポルノへのアクセスを仲介したことを理由とする可罰性は、それ故、問題にはならないとも述べています。しかし、私には、この判断は説得力がないように思われます。少なくとも、未必の故意は経営者にあると言つてよいのではなからうかと。むしろ、勧められるのは、まず、罪となるべき内容の遮断をしなかったという不作為を認めはするが、現実的なコントロールの可能性と封鎖可能性の欠如を理由に被告人に無罪を言い渡すという手法ではないでしょうか。

見逃してはならないのは、総論的には、インターネット犯罪の可罰性についての、そして各論的には、プロバイダーの可罰性についての多くの、重要な問題が、依然として未解決のままにされているということです。このことは、電信・電話事業法 (TDG) の 5 条についても言えます。この規定は、インターネットのプロバイダーに対する包括的な責任規定として構想されたものですが、これまで、いずれにせよ、刑法で解決されたというよりは批判されてきている問題を含んでいるのです。Compuserve 事件は、また、行為の一部がドイツ国内ではなく、外国、すなわち、アメリカで行われているという点でも、困難な問題を提起しています。この問題領域にこれから取り組みたいと思うのです。

IV、インターネット上での情報の犯罪的開示に対するドイツ刑法の適用可能性

インターネット上では、国境を越えることは、例外的ケースではなく、原則的ケースです。このことは、ドイツに送られてくる情報（たとえば、電子メールによつて）についてだけではなく、ドイツの領土を出た、ドイツ国外に記録されたインターネットサイトから検索される情報についても言えます。問題なのは、そのような、外国から発信さ

れ、ドイツ国内で受信された情報の内容にどの程度ドイツ刑法の適用が可能かという点です。このような問題提起に対しては、「国際刑法」(3条乃至7条、9条)に規定があります。この題材は、およそ一〇〇年の間、刑法解釈学にあつて、むしろ日陰者であつた規定を日向へと連れ出しました。国際刑法は、インターネット犯罪によって、初めて、永い眠りから目覚めさせられることになったのです。

国内の刑法規定を国境を越えて適用することは、基本的には、国際法の基準に照らして判断されるべき、他国の主権への侵犯を示しています。関連するのは、特に、他国の事件に介入することを原則的に禁止した不干渉の原則です。インターネット犯罪を刑法によって克服しようとする多くの、新しい提案が挫折するのは、適用の問題に関する国際法の広がり十分に認識されていないし、評価もされていないからです。刑法的検討の出発点は、3条に含まれている属地主義の原則、すなわち、ドイツ刑法は国内で行われた行為についてのみ適用されるとされる原則です。犯罪地は、9条によって詳細に規定されています。すなわち、この規定によれば、ドイツ刑法が適用可能なのは、行為者がドイツ国内で行為したか、あるいは、不作為の場合であれば、ドイツ国内で行為すべきであつた場合に、または、構成要件の一部を構成する結果がドイツの領土内で発生したか、あるいは、少なくとも(未遂の場合には)発生すべきであつた場合です。ドイツ刑法は、したがつて、偏在の原則に従つて居るのです。すなわち、行為地と同時に結果地がドイツ刑法適用の連結点として問題になるのです。

1、ドイツ刑法の適用可能性の限界

インターネットによる情報公開の場合には、9条1項3段が適用されるように思われます。すなわち、問題となつている情報内容が国内で受信されているために、結果地が領土内にあるからです。このことから、ドイツ刑法は、イ

インターネット上での、刑法典の意味での構成要件に該当するすべての情報公開に適用可能であることとなります。しかし、このような立場は、国際法的には、支持不可能です。というのは、それが国家の主権に反し、不干渉の原則を侵犯するからです。また、政治的にも、ドイツ刑法の適用範囲を、世界主義の規定(6条)のように、国際法上の防衛策を講じることなく、世界にまで拡大することは、支持不可能であるように思われます。インターネットについてドイツ刑法を一方的に「世界規模化」することは、諸外国に「ドイツによって世界が救済される」というモットーの新種と映りかねません。最後に、他の国もインターネットについて、その刑法の適用範囲を世界的に拡大し、それを貫徹しようとするかもしれないと言う点も考慮しなければなりません。これに対して自己を防御しようとする者は、自己の刑法についても国際法の限界を認めることに吝かであってはならないと思います。このような理由から、インターネットについてドイツ刑法の適用範囲を制限することは、どうしても必要なのです。

適用可能性の問題を事態に則して正しく解決するための鍵は、法律自身が提供してくれます。それは、9条1項3段が、ドイツの領土内で発生した全ての「結果」がではなく、当該犯罪との文脈の中で、「構成要件該当的」である結果のみが行為地を基礎づけ得る、としていると考えることです。そうすると、行為の結果のない単純挙動犯は、本来的に、9条1項3段の適用範囲外となります。この種の犯罪に適用されるのは、9条1項1段で、それによれば、実際に行為が行われた場所が行為地を基礎づけることになるのです。単純挙動犯を、たとえば、アメリカの領土内で犯した者は、それ故、ドイツ刑法によれば、原則的に、不可罰です。それに対して、結果犯については、9条1項3段が適用可能です。ドイツの領土内で発生した、構成要件該当の結果は、それ故、原則的に、行為地を基礎づける機能を発揮します。また、構成要件に該当する中間結果(いまだ本来の法益侵害を生じさせてはいないが、その前段階である)および可罰性の客観的条件は、行為地を基礎づけるよう作用します。具体的危険犯は、「具体的な危険の発生」

を必要とするので、結果犯と表現できます。それ故、「具体的危険」の発生も、9条1項3段によって、行為地を基礎づける機能を有するのです。

これに対して、抽象的危険犯の取り扱いについては、非常に争われています。抽象的危険犯は、一般的に危険な行為を処罰しています。事実上の（「具体的な」）危険の発生は、必要ではありません。それは、抽象的危険犯は、立法者が危険の存在を抽象化したところから名付けられたことによるのです。それ故、「抽象的危険」あるいは「抽象的な危険化」という概念を用いることは、誤りです。「危険」という概念の下で理解される状況が、妨げられることなく、時が経過すれば、我々の経験知によれば、法益の侵害が予想され得るようなものであるとすると、そのような危険は、もはや多かれ少なかれ具体的なものであつて、抽象的なものであることはできません。「抽象的な」危険は存在しないのであり、「抽象的危険」について語ることは無意味なのです。このことは、インターネット上で実現された、抽象的危険犯には構成要件に該当する結果が欠けていることを意味します。

2、結果犯における客観的連結点

9条1項3段が単純挙動犯および抽象的危険犯に適用されなかった場合にも、まだ、法律の文言によれば、どのような構成要件該当の結果であつても、ドイツの領土内で発生しさえすれば、行為地を基礎づける作用があるのか、という問題が残っています。同様のことは、構成要件的に重要な中間結果および可罰性の客観的な条件についても認められなければならないでしょう。したがつて、ドイツ刑法は、アメリカの市民がニューヨークで記録されたインターネットのサイト上で、同じくニューヨークに住んでいるアメリカの市民を侮辱しようとして、その侮辱をドイツ国内で呼び出し、読んだような場合にも、185条は、到達の必要性を要件とし、結果犯とされているために、適用でき

ることになるでしょう。このような結論に問題があることは、明らかです。最も容易に主張可能であるように思われるのは、ドイツ刑法が外国で犯された行為に適用できるのは、行為の結果がドイツの領土内で発生し、加えて、ドイツにとって特別の連結点がある場合に限られるという考えです。行為の「領土的個別明確化」を話題にすることができます。この領土的個別明確化の基準は、国際法のそれとしても十分であるだけではなく、追考可能で、検証可能でもなければなりません。4 条、5 条および 7 条に挙げられている基準は、3 条と 9 条によって定められた範囲を充足する、あるいは、修正する領土的個別明確化の特別な場合と解釈できます。

3、Töben 事件

ドイツ連邦裁判所は、Töben 事件で、初めてインターネット上でのドイツ刑法の適用範囲について立場を明らかにしています。被告人は、オーストラリアの市民ですが、オーストラリアのサーバー上に、英語で、極右的で人種的な宣伝を書き込み、そこで、とりわけ第三帝国時代のユダヤ人の集団的殺戮の存在を否定しました。それ故、彼は、現存するユダヤ人の侮辱（185 条）、それと行為単一の関係にある死者の誹謗（189 条）および民衆煽動（130 条 1 項 2 号）で起訴されました。マンハイム地方裁判所は、185 条および 189 条はインターネット上での情報の公開に対して適用可能であるとの立場を支持しました。それは、そのような表現が到達することで、ドイツ国内で 9 条 1 項 3 段の意味での構成要件該当の結果が発生していると考えたからです。それに対して、9 条 1 項 3 段は、抽象的危険犯としての民衆煽動罪には適用不可能であるとしました。また、国際刑法上の他の連結点もなかったため、民衆煽動による有罪判決は、結局のところ考慮されませんでした。

ドイツ連邦裁判所は、二〇〇〇年十二月の判決では、これに従いませんでした。すなわち、インターネット上で流

布された民衆煽動（130条1項あるいは3項）の場合、ドイツのインターネットユーザーがアクセス可能ではあるが、構成要件に属する結果が国内で発生したと言うには、このような表現が具体的に国内の平和を乱すのに適したものである場合に限られるべきです。「抽象的—具体的」あるいは、また、「潜在的」危険犯が問題なのであって、そこでは、「平和の紊乱に対する適格性」が9条1項3段の意味での結果と評価されるべきです。本件においては、Töbenの表現が、ドイツ連邦共和国においても公の秩序を乱すのに「具体的に適格で」あつたと言えます。それ故、構成要件に属する結果が、ドイツの領土内で発生しているのであり、ドイツ刑法の適用が可能であると。

ドイツ連邦裁判所の決定には、インターネット上での極右的であつたナチズムの宣伝に世界的規模で立ち向かうという努力が明確に認識可能であり、これは、原則的に、確実に賛同を得られる態度です。しかし、ドイツ連邦裁判所によつて打ち出された方法が、刑法解釈学的と同時に国際法的に支持可能かどうかは、大いに疑問の余地があるように思われます。私は、ここでは、3点を指摘するに留めたいと思います。

(1)まず、注目されるべきは、ドイツ連邦裁判所が用いた基本概念の著しい不明確性と、その論述の持つ矛盾です。すでに、「抽象的—具体的危険犯」という名称が、あまり良くありません。これは、対立概念を止揚しようとする際に用いられる概念構築の典型例であつて、その開放性は、ほぼお好みの議論の方針を受け入れるものであることは、法学上、すでにずっと以前から指摘されているところです。また、「危険」および「結果」のような概念の普通の使用方法にも不明確さが見られます。「抽象的危険」という表現が、厳格には、無意味であることは、すでに述べました。それにもかかわらず使用されているところを見ると、原則的に、弱いかあるいは少ない危険を意味しているのでしょうか。現在認識可能になっており、しかも實際上重要な不明確性について言えば、刑法解釈学は、危険概念をさらに詳細かつ厳格にする任務を負っているのです。そのために唯一の進み得る道は、法益侵害の（客観的）発生蓋然性を考慮す

ることであるように思われます。「危険」という概念は、それ故、因果性との緊密な関係の中で定義されなければならないのです。

さらに必要なのは、刑法上の結果概念の明確化です。Puppe は、すでに数年前、正当にも、刑法上の結果の理論が、肥大化した行為の理論に対して、欠落しているという点に注意を促しています。このような欠陥は、インターネット犯罪の結果地をめぐる最近の議論で痛感されています。連邦裁判所は、9 条 1 項 3 段の意味での「結果」が一般的構成要件論の結果概念と等置することはできないと述べた場合、構成要件論の中に、ある程度明確な結果概念がもはや存在しないことになってしまおうと言う点を等閑視しています。構成要件の議論のコンテキストで一般的である、「外界の変更」という形式は、9 条 1 項 3 段にとつて、連邦裁判所によろうとも放棄することはできません。むしろ、連邦裁判所は、比較的軽度の危殆化であっても外界の変更であるとする立場に立っているのです。このことは、9 条 1 項の、これまで一般的であった結果概念に無条件に一致するのです。

連邦裁判所は、9 条 1 項 3 段が、その明確な文言によれば、「構成要件に属する」結果を前提にしているという点を、納得の行く説明も無く無視している限りで、新しい道を進んでいると言えます。連邦裁判所は、(19 度変更された)法律の文言によつて、「結果の発生は刑罰構成要件と緊密に関係させて理解されるべきであること」が明らかにされているに過ぎないと主張し、その立法資料も指示してはいます。けれども、その資料には、法律の規定形式によると、「唯一構成要件の結果のみが行為地の決定に意味を持つのであって、それを超える、可能的な、それ以外の結果には意味がないと表現される」べきであると明示的に述べられています。それ故に、立法資料は、連邦裁判所の見解に賛成と言うよりは、反対なのです。

(2) 第二の批判の方向性は、これに関連しています。非常に問題であると思われるのは、連邦裁判所の立場は 130 条

を無視しており、如何にして一般化可能であるかという点です。連邦裁判所は、明示的に、純粹に抽象的な危殆犯にあつて、結果地は、「いずれにしろ、危険が現実化した時に認められるであろう」と考えられるべきか否かを未解決のままにしているのです。裁判所が危険の「現実化」を、危険が侵害結果へと転換した時に初めて認めようとしているのか、あるいは、行為者の行為の一般的危険性が具体的な危険へとその濃度を増せば十分であるとしようとしているのか、依然として不明です。恐らくは、後者の立場でしょう。「具体的危険」の概念を明確かつ厳格に把握することに成功しない限り、この立場は、行為に結び付けられる否定的なすべての結果を9条1項3段を充足するものとしてしまふことになってしまいます。

(3) 連邦裁判所は、9条1項3段を擴張的解釈することによつて、ドイツ刑法の適用範囲を拡大したのですが、「国際法上正当化される連結点」の意味を強調することで、次の一步で、自ら、それを、再度、撤回しているのです。連邦裁判所は、これに関連して、「重要な、国内の法益」の存在と130条の目的設定とを挙げています。このような、十分な、領土的個別明細化を強調することは、原則的には、国際法的裁判権の限界を考慮するときには、説得的です。それにもかかわらず、連邦裁判所が、最初に、ドイツ刑法の適用範囲を極端に拡大し、続いて、再度制限しましたが、その際の基準の不明確性は、非常に憂慮すべきです。特に、ドイツ刑法の特別な領土的適用可能性を、「重要な、国内の法益」が関係していることを理由に基礎づけようとしているのですが、それは、そのような法益の存在は国家の立法者の裁量にのみ属する事柄であるのですから、許されないのです。

総じて、Tobias 事件での連邦裁判所の判決は、それ故、多くの問題を未解決のままにしているのです。解釈学的区別の撤回を政策的理由で説明するのは、確かに、あまりにも漠然とし過ぎていと言えらるでしょう。けれども、Töben 事件の判決は、私には、（たとえば、環境刑法や刑法上の製造物責任におけるように）既に以前から、正当にも批判さ

れている、現代の刑法の「柔軟化」の格好の例であるように思われるのです。

V、「間文化的刑法」への途上

裁判所が、将来、今まで以上に、他国からあるいは他文化から生じた犯罪に取り組むようになることが期待されます。インターネットは、ドイツ刑法の国際化を、国境を越えた経済犯罪や環境犯罪よりもっと強く推し進めることとなります。それは、後二者の犯罪形式の作用の仕方が、少なくとも、原則的には、隣接する国家に限定され、インターネット上の行為のように、無条件的に全地球に作用するものではないからです。

1、国家的刑法の文化的相違の考慮

そのことから、刑法において、文化的な差異は考慮されるべきであるのか、されるとすれば、どのようにかという問題が生じます。極右の宣伝をアメリカのサーバーからドイツ国内でアクセス可能にしたアメリカ国籍のアメリカ人の事件(130条)、ポルノを内容としたデータファイルをドイツに送信しようと試みたスカンジナビア人の事件(184条1項4号)のような事案は、行為者が、なんといっても同質の文化の出身であるために、比較的問題の無い事案と位置づけることができます。サウジアラビアで記憶させられた、ドイツ語のインターネットサイト上で、ドイツ国内の敬虔なイスラム教徒たちに、官庁による一定の命令に抵抗するように勧められた場合(111条、あるいは113条、26条)、あるいは、アフリカのある国で記録されたインターネットサイトが同国人に少女の性器を切断するよう勧め、そのための詳細な手引書を添付した場合(111条、あるいは223条、224条、26条)、どのような規則を適用すべきでしょうか。

ドイツ刑法は、この種の挑発に対して全く何の備えもないというわけではありません。ここ数十年の人の移動の結果、ドイツ国内にも、その土地で生まれた人達の文化とは顕著に異なる、大きな集団が存在するようになっていきます。実体的刑法が、文化的な特殊性を考慮してもおかしくはないのです。すでに部分的には、構成要件該当性の検討に影響を与えています。たとえば、謀殺（211条）における「低劣な動機」の存在の検討の際に。時として、正当化事由の存否の判断の際にも問題になり得ます。たとえば、基本法4条の一定の宗教的手法を検討する際にも。最も容易なのは、文化的な特殊性を、行為の人格的非難可能性の本質的要素、それ故、行為者の責任を形成する不法の意識の範囲で考慮することです。ドイツの領土内に居る外国人の場合、刑法の基本的部分に関する限り、禁止の錯誤の回避可能性は、いずれにしろ認められなければならないのですから、むしろ、刑罰減輕の可能性が存在すると考えられることになるでしょう（17条2文）。

インターネットを利用する行為者については、いつそのこと禁止の錯誤の回避不可能性が認められるべきでしょう。このことは、特に、当該人間がその故郷の文化圏を捨て去ることができない場合に、考えられるべきです。その他、文化的に条件付けられた特殊性は、量刑の際に考慮されます。以上を総合すれば、我々の刑法は、文化的特殊性を今日既に考慮する能力を持っていると言い得るでしょう。したがって、その限りで、既に、「間文化的刑法」は、存在しているのです。

2、インターネットには超国家的刑法か？

ドイツの領土内で否定的な作用を営むが、上で述べられたような発想からは、ドイツ刑法に包摂されないような行為について考えた場合、新しい問題が出てきます。このことは、上で詳述したように、原則的に、単純拳動犯あるい

は抽象的危険犯の構成要件を充足する、外国で行われた行為について言えます。そのような行為が、そこで処罰されていないために、行為地の刑法に包摂されない場合、文化を超えた、超国家的刑法が、当然に要請されることになるでしょう。インターネットの国際的な行為規範集、所謂「ネチケット」は、このような働きをすることができません。

国際刑法の現在の発展、および、特に、世界刑事裁判所の地位を効果的に定めることによって、有効な、超国家的なインターネット刑法の理念が決してわき道に逸れた議論ではないことが示されています。そのような刑法が、どのような内容を持ちうるのかは、いまだ全く未解決のままです。コンセンサスの得られるような解決に達するためには、全ての当事者の利害を総合的に取り入れた法政策的考慮が必要です。インターネットを西ヨーロッパと北アメリカの価値観で基礎づけようとするのは、いずれにしる説得的ではありません。このことが公然とはなく、拡張解釈も類推解釈も可能な「人権」あるいは「正義」などという概念の隠れ蓑の下で密かに行われる場合は、なおさらです。とはいえ、人権の概念の解釈を詳細に見れば、全く異なった多くの見解が存在し得ることが指摘されていますが、だからといって、この概念の優越的な重要性が否定されるという意味ではありません。西欧の「文化至上主義」に対してよく聞かれる批判は、正に、インターネットについて考えるとき、正鵠を射ているのです。

スケッチ程度ではありませんが、ここで述べられた、以下のような考えは、私には、実りをもたらし得る結論であるように思われます。すなわち、刑法は、法共同体によって特に保護に値すると際立たされた利益(あるいは「財」)の保護に奉仕するものです。法的な保護の貸与によって、そのような利益は、法益になります。このような考えを国際的に通用力を持った刑法に転用すれば、保護に値する法益は、地球規模で承認された利益に限られることになりました。こう言えるのは、基礎的な、人間の本性に根ざした利益、たとえば、生命、身体の不可侵、自由および名譽の保護に関する利益ということになるでしょう。このようにして基礎づけられた、世界的規模のインターネット刑法は、列挙

された財の侵害を処罰する、極めて限定的な構成要件をのみ持つべきことになるでしょう。その際忘れてならないのは、列挙した法益（名譽は例外として）が、インターネット上での公開によって、例外的に侵害されるに過ぎないという点です。インターネットに対する刑法的保護は、それ故に、将来、他国の主権を尊重しなければならないことから、主として国家の刑法秩序に委ねられることになると思われまます。

新しい、国際的組織の創設あるいは自国のインターネット構成要件を、国際刑事裁判所を計画し、その管轄に帰属させることは、現在、全く必要ありません。今、世界的規模で処罰しようとしているインターネット上での情報公開は、世界法の原則に任せれば十分です。このことは、ドイツ法にとつては、一定の重大なインターネット犯罪をいわずにしても過重労働ということにならざるを得ませんが―6条で補足することを意味します。それは、丁度、酷いポルノの事案について、一致してなされた方法です。世界法犯罪の数を増やすことについては、大いに自制が必要とされます。アメリカ合衆国のように古き伝統を持った諸国が、表現の自由を広く解釈し、たとえば、極右の宣伝をも無罪とするのならば、インターネット上でのそのような行為を一方的に世界的規模で可罰的とするのは、ドイツがなすべき仕事ではないのです。この点を、連邦裁判所は、Tobias 事件で充分考慮しなかつたように私には思えます。6条の拡張は、国際的な協定に基づいていなければならぬのです。このような拡張の必要性についてのコンセンサスが、實際上、得られるか否かは（たとえば、名譽の保護の領域で）、期して待たなければならぬでしょう。

VI、結論

ご出席の皆様、私の主張も最後になりました。私は、流行になっているとさえ思われる標語、すなわち、「新しいメディアと刑法」という言葉の背後に、全くもって重大な、刑法解釈学的な問題の広いスペクトルが隠されている

ことを示そうといたしました。そして、その問題は、部分的には、ドイツ刑法解釈学の古典的な問題設定に深く結びついていたのです。インターネット犯罪は、決して実証された、解釈学的利用手段を投げ捨てることを強制するものではありません。全く反対に、新しい問題設定を実証された、法治国家的に保障された方法で取り扱うことを必要としています。しかし、刑法解釈学の視野を二、三の面で拡大することは、必要です。すなわち、このことは、まず、間文化的に基礎づけられた刑法の問題、言わば、最も容易に刑法理論に帰属させることの出来る問題領域についてえます。刑法解釈学的視野を拡大しなければならないのは、また、長い間忘れ去られていた国際刑法についてもです。その際には、国際法的な条件が、今まで以上に、優先的に尊重されなければなりません。このような国際化への圧力は、新しいメディアの刑法学に対して持つ最も重要な作用なのです。

(よしだ のぶゆき・本学法学部教授)