

1. 序論

ISP の責任に関し、すでに米国では、著作権侵害についてデジタルミレニアム著作権法 (DMCA)、また名誉毀損については連邦通信品位法 (CDA) によって一定の立法的解決が図られており、日本でも同法を参考とした法案が制定待ちの状況にある。

そこで本稿では、米国における経緯を振り返った上、ISP の責任に触れた日本の判例を検討した後、前記法案について説明を加えたい。

2. 米国における議論の状況

2.1. はじめに

米国では、ISP の責任について、名誉毀損のケースと著作権侵害のそれとで別々の判例法理が形成され、異なった内容の立法的対応が行われている。わが国において ISP の責任を検討する上でも、米国における判例・立法には参考にすべき点が数多く含まれている。

2.2. 名誉毀損に関する米国の判例・立法

2.2.1 Cubby 対 CompuServe 事件判決 (1991 年)

米国において名誉毀損的表現はコモンロー上の不法行為 (tort) の問題として扱われ、伝統的に、直接の表現者である author、出版社のように編集的コントロールを行いうる publisher、書店など編集的コントロールを行えない distributor の 3 分類に従って、責任内容が類型化されてきた。

後述のように 1996 年の CDA230 条において立法的対応が行われるまでの間、米国の判例上では前記区分を前提として責任内容の検討が行われてきた。

こうした判例のひとつが Cubby 対 CompuServe 事件判決 (Cubby Inc. v. CompuServe Inc. 776 F.Supp. 135 (S.D.N.Y.1991)) である。

本件では、パソコン通信 CompuServe のフォーラムにおいてニュース会社が配信した名誉毀損的情報について、パソコン通信を運営する CompuServe 社の責任が問題となった。

裁判所は、当該情報に CompuServe 社が編集を加えていなかった旨の事実認定に基づいて、同社は distributor にすぎないと判断し、当該名誉毀損を知り又は知り得べき合理性を有していた場合に限り責任を負うが、この点を原告は立証していないとして、同社の責任を否定した。

2.2.2 Stratton Oakmont 対 Prodigy 事件判決 (1995 年)

Stratton Oakmont 対 Prodigy 事件判決 (Stratton Oakmont.Inc. v. Prodigy Services Co.1995.5.24) では、パソコン通信 Prodigy の電子掲示板 (BBS) に書き込まれた名誉毀損的情報について、パソコン通信運営会社 Prodigy 社の責任が問題となった。

裁判所は、編集的コントロールを行使していたか否かを基準に、不快な内容の書込み等を削除していたこと、「家族が安心して楽しめるサービスを提供する」という理念を掲載していたこと等から、これを行使していたとして、同社は publisher の責任を負うとした。

2.2.3 1996年の連邦通信品位法（CDA）230条

両判決を比較すると、問題のある情報を厳しくチェックするという「善行」（自主的対応）に励んだケース（Prodigy 事件）であればあるほど、そうでないケース（CompuServe 事件）に比べて、重い責任という「報い」を与える結果をもたらす点で、不合理が生じる。

そこで1996年のCDA 230条(c)では、名誉毀損的表現など「不快な資料」について、双方向情報通信サービスの提供者又は利用者は、別のインフォメーション・コンテンツ・プロバイダが提供した情報について publisher 又は speaker として扱われてはならず、一定の有害コンテンツに対するアクセスや利用を制限するための善意の行為などについて、双方向情報通信サービスの提供者等は責任を負わされない旨の規定が置かれた。

これは進んで「善行」（「不快な資料」の自主的なブロック等）を行ったことを理由に、被害者との関係で ISP が重い責任を負わされるという不合理の回避を目的とする規定であることから、「良きサマリヤ人」（Good Samaritan）条項と呼ばれる。こうした保護の付与により「善行」を促進する機能を果たす。

なお同条(d)(2)は、同条は知的財産権に何ら影響を与えない旨明記している。

2.2.4 Zeran 対 AOL 事件判決（1998年）

CDA は ISP が distributor の責任を負うか否かについて触れていない。そこで Zeran 対 America Online（AOL）事件では、特定できないユーザによるオクラホマ州連邦政府ビル爆破を賞賛する書き込みで原告（Zeran）名が連絡先に指定されたケースで、これを被告（AOL）が削除しなかったことに関し、被告が原告に対し distributor としての責任を負うか否かという点が争いとなった。

一審判決が原告の請求を退けた後、連邦控訴裁判所は、CDA230条(c)の免責は、ISP が名誉毀損の内容を知っていた場合まで及び、ISP は distributor としての責任からも免除されていると判示し、原告の控訴を棄却した（Zeran v. America Online, Inc., 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied. 118 S. Ct. 2341 (1998).）。

その理由について裁判所は、次の旨を判示している。

すなわち、もし ISP が distributor として、知り又は知り得べき合理性のある場合に責任を負うとすると、名誉毀損の可能性のある旨の通知を受け取る都度、責任を負わされる可能性に直面するから、ISP としては、名誉毀損への該当性や、当該素材をそのまま置いておくことにより負わされるべき法的リスク等について、ただちに判断しなければならなくなる。しかし、伝統的な印刷出版社と異なり、インターネットのポスティングは大量であるから、ISP に対する負担不可能な重荷となる。情報内容が名誉毀損的か否かを問わず、ISP としては通知を受けたメッセージを削除した方が責任を避け得るので、単に削除してしまおうとする気持ちになる。それゆえインターネットにおける言論の自由に委縮的效果を発生させるから、立法目的に反する結果を招く。それに ISP が自主規制を行うと、自ら名誉毀損の資料を知り得る機会を増加させるから、ISP は責任を負わないために自主規制の試みを避けようとすることになり、立法趣旨に反する結果を招く。明確な制定法の目的を損なう場合はコモンロー上の原則は制約を受け

る。もし本件で、コモンローに基づいて免責条項を限定的に解釈すると、230 条の立法目的を損なうことは明白である、と・・・。

2.3. 著作権侵害に関する米国の判例・立法

2.3.1 Playboy 対 Frena 事件判決 (1993 年)

著作権侵害に関する ISP の民事責任についても、1998 年のデジタルミレニアム著作権法 (DMCA) が制定される以前は、米国では著作権法に関する伝統的法理を前提に、これに重い責任を認める内容の判決が下されてきた。

まず、原告発行の男性誌「プレイボーイ」に掲載された写真が、被告 Frena が運営するパソコン通信の BBS に無許諾でアップロードされ、ユーザーが自由にダウンロードしていた事案に関する Playboy 対 Frena 事件で、連邦地裁は 1993 年、BBS 運営者が当該行為を知っていたか否かを問うことなく、BBS 運営者には「公の頒布」(public distribution) 及び「公の展示」(public performance) に関する排他的権利(exclusive right)の直接侵害責任が成立するとして(Playboy Enterprises Inc.v.Frena,893 F.Supp.1552(M.D.Fla.1993))、重い責任を課した。

2.3.2 Sega 対 MAPHIA 事件判決 (1994 年)

Sega 対 MAPHIA 事件は、自ら運営する BBS へのビデオゲームの無許諾アップロード・ダウンロードを推奨し、ビデオゲームをダウンロードする際にユーザーから報酬を受け取ったり、ダウンロードの交換条件として他のゲームのアップロードを要求する等を行っていた被告を、著作権者たる原告が訴えた事案である。

連邦地裁(Sega Enterprises Ltd. V. MAPHIA 857 F Supp.679(N.D.Cal.1994)) は、直接侵害責任が成立するには、被告自身が自らアップロードやダウンロードを行ったり、これを直接行わせたりしたことの立証を要するとした。次に、裁判所は被告の積極的関与を重視し、施設の提供や複製の推奨といった被告の果たした役割に鑑みれば、たとえそれがいつなされていたのかを被告が正確に知らなくても、被告の行為は寄与侵害を構成する旨判示した。

2.3.3 Netcom 事件判決 (1995 年)

Netcom 事件は、原告らが著作権を有する宗教団体教祖の著作物を、これに批判的な元牧師の被告 Erlich が、無断で被告 Klemesrud 運営の BBS にアップロードし、プロバイダたる被告 Netcom 社提供の接続サービスを介して、Usenet へ接続されていた事案である。

連邦地裁 (Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services Inc.,51 BNA PTCJ 115(N.D.Cal.1995)) は 1995 年、Netcom 社の責任について次のとおり判示した。

まず直接侵害責任について、同社自身は積極的に複製を行っておらず、インターネットへの送信過程で一時的 (temporarily) に複製したものにすぎないから、Netcom の行為は「複製」にはあたらないとした。また、Playboy 対 Frena 事件のようにファイル保存領域(archive of file)に長期間情報が保管される場合と異なり、情報を短期間保存するにすぎないから、情報の内容を創作(create)、管理(control)しておらず、このような「媒介」(conduit)としての行為は「公の頒布」、「公の展示」にはあたらないとした。

次に、同社は直接の経済的利益を受けていないので代位侵害責任は認められないが、寄与侵害責任については、侵害認識の要件の点で、原告からの通知受領後は、侵害行為を知っていたか知るべきであったし、侵害行為の助長の点で、アップロード情報を保存して世界中に頒布させているから重大な関与(substantial participation)も認められるので、寄与侵害責任に関し事実審理すべき旨を判示した。

2.3.4 1998年のデジタルミレニアム著作権法(DMCA)

1998年にDMCAが成立した結果、米国著作権法に「オンライン上の資料についての責任制限」という表題で512条が追加され、「サービス・プロバイダ」の責任につき規定されている。これによって「セーフハーバー条項」が設けられた結果、ISPが一定の義務を果たせば責任制限を受けることができるという制度が整った。

本条によれば、「サービス・プロバイダ」は、最終的に素材又は行為が著作権侵害に該当すると判断されるかどうかを問わず、侵害に該当すると主張されている素材・行為へのアクセスを、善意で誠実に解除・除去したことに基づく請求、又は侵害行為が明らかとなる事実・状況に基づき請求について、何人に対しても責任を負わない(同条(g)(1))。但し例外として、「サービス・プロバイダ」が管理又は運営するシステム又はネットワーク上に、「サービス・プロバイダ」加入者の指示に基づいて設置された素材であって、「サービス・プロバイダ」が除去又はアクセス解除したものについては、一定のルールを遵守して行動したことを条件に、はじめて免責の対象となる(同条(g)(2))。

この一定のルールについて、同条では、まず「サービス・プロバイダ」が指定代理人を設け、その名称、住所、電話番号電子メールアドレスなど一定事項を米国著作権局に登録し、著作権者から著作権侵害主張の通知を受け付けることを可能にしておかなければならない(同条(c)(2))。いわば苦情処理窓口の設置である。

次に、この指定代理人宛に、著作権を侵害されたと主張する者から、一定要件(同条(c)(3))をみたした著作権侵害の通知を受けたときは、素材を除去しアクセスを解除した後、その旨をすみやかに加入者に通知すべく、合理的措置をとる(同条(g)(2)(A))。

除去等を受けた会員は、不服があるときは「サービス・プロバイダ」指定代理人宛に反論通知を送り(同条(g)(3))、これを受け取った「サービス・プロバイダ」は、著作権侵害の通知を行った者に対し反論通知のコピーを送り、その際、除去された素材等を10営業日後に復活させる旨をあわせて通知する(同条(g)(2)(B))。

その場合、著作権侵害の通知を行った者は、加入者に対し裁判所に差止訴訟を提起するか否かを検討し、訴訟を提起した場合は、その旨を「サービス・プロバイダ」指定代理人宛に通知する(同条(g)(2)(C))。

この通知を受けた「サービス・プロバイダ」は、削除等を維持したままの状態を保ち、最終的には裁判所の判断に従えば足る。これに対して訴訟が提起の通知を受けない場合は、「サービス・プロバイダ」は、反論通知の受領後10営業日以降14営業日以内に除去等を復活することができ(同条(g)(2)(C))、その場合には除去等の責任を負わずに済む。

以上のルールは、その手続内容にちなんで Notice and Takedown と呼ばれており、これを遵守

して行動すれば、「サービス・プロバイダ」は責任を問われず安全な状態に置かれるので、「セーフハーバー」と呼ばれている。

2.4. 小括

名誉毀損に関し、CDA 230 条をめぐる Zeran 判決は、同条の立法目的を言論の自由に対する萎縮的效果の防止と、ISP の自主的取組促進であるとする見地から、ISP が名誉毀損の内容を知っていた場合にまで同条による免責の効力が及ぶとした。これに対し、あまりにも被害者保護を軽視し行き過ぎであるという批判も唱えられている。

これに対し、著作権侵害に関し DMCA が創設した Notice and Takedown は、ISP としては侵害の事実を知ってから一定のルールに従った措置をとれば損害賠償責任を負わずに済むようになったこと、侵害したコンテンツを削除したりアクセスを停止してもユーザーに対する責任を負わされる危険もなくなったこと、その一方で著作権侵害コンテンツを排除する役割を一定限度は ISP に期待することができることになったこと等の点で、非常に興味深い。

しかしその一方、CDA と DMCA とで免責要件や免責システムが異なっていることに対する合理性には疑問が残されている。ISP にとっては名誉毀損等も著作権侵害も違法・有害なコンテンツには変わらないから、立法論としては統一的な免責要件を確立すべきであるとする考えも成り立ち得るから、日本における立法化に際し検討すべき論点となる。

文化庁著作権審議会国際小委員会「中間報告～情報技術（IT）、電子商取引の進展に対応した国際著作権政策の在り方～」（2000年7月）が、「サービス・プロバイダーの法的責任の問題は、著作権分野のみに留まらない横断的なテーマであることに鑑み、通信分野における議論、名誉毀損などへの対応における議論などを参考にしつつ、他省庁とも緊密に連携を取りながら、様々な検討を進める必要がある。」と指摘し、総務省（旧郵政省）「インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会」報告書（2000年12月）が、違法な情報に関する ISP の民事責任については、名誉毀損の情報や知的財産権侵害の情報等について、情報の種類で区別して取り扱う合理的な理由はないため、すべての違法な情報について検討対象とすべきであるとしているのも、同様の趣旨であろう。

3. 日本におけるプロバイダの民事責任をめぐる問題

3.1. はじめに

日本では ISP などネットワーク運営者の民事責任について、著作権侵害事案の判例は未だ見当たらない。しかし名誉毀損事案の判例は、わずか数例であるが公表されている。

著作権侵害と名誉毀損との間において、日本法では損害賠償の責任論について法制度上の差異は設けられていない。しかも双方ともに絶対権と位置付けられている点でも類似性を有している。したがって、日本法における ISP の民事責任を検討する際、後者に関する判例は前者を検討する上でも重要な参考となる。

3.2. ニフティサーブ現代思想フォーラム事件

わが国でネットワーク運営者の民事責任に関し最初に言い渡された判例は、ニフティサーブ

現代思想フォーラム事件の第一審判決(東京地判平成9年5月26日判時1610号22頁)であった。

本件は、わが国最大のパソコン通信「ニフティサーブ」(現在は「アット・ニフティ」に改称)の電子会議室「現代思想フォーラム」における会員相互の「論争」が民事訴訟へと発展したケースである。発言(書き込み)内容が他会員(原告)に対する名誉毀損にあたるとして、発言者本人が損害賠償及び謝罪広告掲載の請求を受け、さらに前記発言を削除すべき義務を怠ったとして、同フォーラムの運営・管理にあっていたシステムオペレーター(シスオペ)及びニフティも同様の請求を受けた。

前記第一審判決は、発言者本人の不法行為に基づく損害賠償責任を一部認容した。さらに、シスオペについては、「他人の名誉を毀損する発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合には、その者の名誉が不当に害されることがないように必要な措置をとるべき条理上の作為義務があった」とした上、本件では義務を一部怠っているとして、不法行為責任を認め、これを雇用していたニフティの使用者責任(民法715条)も認めた結果、両者の損害賠償責任を一部認容している。

控訴審判決の東京高判平成13年9月5日(判例集未掲載)は、発言中には名誉毀損及び侮辱の不法行為が成立する部分があるとして、発言者本人の損害賠償責任を一部認める一方、シスオペ及びニフティに対する請求を棄却した。

すなわち、シスオペの責任について、被害者が「フォーラムにおいて自己を守るための有効な救済手段を有しておらず、会員等からの指摘等に基づき対策を講じても、なお奏功しない等一定の場合、・・・これを削除すべき条理上の義務を負う」とした上、本件では権限行使が許容限度を超えて遅滞したと認められず、運営方法も不相当とすべき理由は見あたらない等として、削除義務違反は認められないとした。次に、シスオペには前記義務違反が認められないので、これを前提とする使用者責任をニフティは負わないとした。

3.3. ニフティサーブ本と雑誌のフォーラム事件

前記控訴審判決のわずか数日前、ニフティの電子会議室「本と雑誌のフォーラム」における会員相互の「論争」から生じた名誉毀損事件の民事判決(東京地判平成13年8月27日判例集未掲載日)が言い渡された。

本件は、ニフティの会員である原告が、ハンドル名として「神名」を名乗る他会員の前記電子会議室等での発言によって名誉毀損、侮辱等の不法行為による被害を受けたにもかかわらず、ニフティが適切な措置をとらなかったとして損害賠償を請求するとともに、合理的な理由がないのに「神名」に関する契約者情報(氏名及び住所)を隠匿、隠蔽し、原告の名誉権回復を妨害しているとして、人格権による差止請求権及び不法行為に基づく妨害排除請求権を根拠に「神名」の氏名、住所の情報開示を求めて訴えを提起した事案である。

本事件で東京地裁は、まず、パソコン通信上の表現行為の特性に照らすと、発言が名誉・名誉感情を毀損するか判断するにあたり、「発言内容の具体的吟味とともに、当該発言がされた経緯、前後の文脈、被害者からの反論をも併せ考慮した上で、パソコン通信に参加している一般の読者を基準として、当該発言が、人の社会的評価を低下させる危険性を有するか否か、対

抗言論として違法性が阻却されるか否かを検討すべきである」等とした上、「神名」の前記発言を検討した結果、不法行為の成立を否定した。次に、「神名に不法行為が成立することを前提とした原告の被告に対する本件請求はいずれもその余の点を判断するまでもなく理由がない」として、原告の請求をいずれも棄却した。したがって本判例では、パソコン通信運営者の責任に関する裁判所の判断が示されるには至らなかった。

3.4. 都立大学事件

以上と同様の民事紛争は、パソコン通信の事案のみならず、インターネット関連においても発生している。それが都立大学事件である。

本件は、都立大学で対立中のグループの一方の構成員（被告）が、他方の構成員（原告）を誹謗するウェブページを都立大学サイトに掲載したとして、掲載者と大学設置者の東京都（共同被告）に対し名誉毀損による損害賠償等を求めた事案である。

本件で東京地判平成 11（1999）年 9 月 24 日判時 1707 号 139 頁は、被告掲載者の損害賠償責任を認める一方、被告東京都の責任は否定した。

すなわち、「管理者の被害発生防止義務の成否は、事柄の性質に応じて、条理に従い、個別的不是ないし類型的に検討すべきものであり、「ネットワークの管理者が名誉毀損文書が発信されていることを現実に発生した事実であると認識した場合においても、右発信を妨げるべき義務を被害者に対する関係においても負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が甚だしく悪質であること及び被害の程度も甚大であることなどが一見して明白であるような極めて例外的な場合に限られ」、「本件行為は、本件文書が名誉毀損に当たるかどうか加害行為の態様の悪質性も、被害の甚大性も、いずれもおよそ一見して明白であるとはいえない」とした。

3.5. 2ちゃんねる事件

さらに、インターネット上の電子掲示板「2ちゃんねる」に日本生命を誹謗中傷する書き込みがなされた事件で、「2ちゃんねる」の管理者に対して書き込みの削除を求める仮処分決定（東京地決平成 13（2001）年 8 月 28 日〔判例集未登載〕）が出されている。

この決定の内容は公表されておらず不明である。

3.6. 日本の判例の分析

3.6.1 作為義務の根拠

以上の判例のうち、本と雑誌のフォーラム事件以外の 4 判例では、ネットワーク管理者が削除等の作為義務を負う場合があること自体は、裁判所によって認められている。2ちゃんねる事件決定の内容は不明であるが、その余の 3 判例は作為義務の根拠を条理に求めている。

一般に作為義務の根拠となりうるのは、条理のほか、先行行為、法令、契約等である。

ネットワーク運営者には、先行行為を根拠とする作為義務は認めがたく、また根拠とすべき法令も現時点では存在しない。またインターネットの事案では被害者とネットワーク運営者との間に契約関係が存在していないのが通常であるから、契約関係を根拠とすることも困難であ

る。したがって、作為義務の根拠として残りうるのは条理だけであろう。その意味で前記3判例は首肯することができる。著作権侵害の場合におけるネットワーク管理者の責任についても、名誉毀損の場合と区別すべき理由は見当たらないから、同様に条理に求められるべきであろう。

3.6.2 作為義務の成立範囲

前記3判例においては、作為義務の成立範囲について、さまざまな基準が示されているが、問題となる情報の存在を知っていることが最小限の条件とされており、換言すると事前監視義務については否定的である点で共通性を有している。

まず現代思想フォーラム事件第一審判決では、「他人の名誉を毀損する発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合」という、比較的シンプルな基準が示されている。

ここに「具体的に知った」とする内容を分析すると、さらに 当該書き込みという事実（評価の対象に関する覚知）と、それが他人の名誉を毀損するものであること（対象の評価）との2点に分けることができる。

第一審判決が、のみならず を知ることを要する趣旨が否か、判旨からは必ずしも明らかでない。しかし、もし単に を具体的に知っただけで作為義務を負うという趣旨なのであれば、Zeran 判決も指摘するように、名誉毀損の可能性がある旨の通知を受け取る都度、責任を負わされる可能性に直面するから、ネットワーク運営者としては、名誉毀損への該当性や、当該素材をそのまま置いておくことにより負わされるべき法的リスク等について、ただちに判断しなければならなくなるが、インターネットのポスティングは大量であるから、ネットワーク運営者に対する負担不可能な重荷となる。しかも都立大学判決が指摘するように、「管理者においては当該文書が名誉毀損に当たるかどうかの判断も困難なことが多」い。したがって、やはり Zeran 判決が指摘するように、ネットワーク運営者において削除傾向に走りがちになるから言論の自由に委縮的效果を発生させるおそれが残る一方、削除等の自主的取組を阻害する結果も招く。

都立大学判決は、前記疑問点に加え、名誉毀損行為は基本的には被害者と加害者の両名のみが利害関係を有する当事者であり、当事者以外の一般人の利益を侵害するおそれも少ないことを理由に、「加害者でも被害者でもないネットワーク管理者に対して名誉毀損行為の被害者に被害が発生することを防止すべき私法上の義務を負わせることは、原則として適当ではない」とする。

こうした見地から、同判決は作為義務の成立範囲に限定を加え、「ネットワークの管理者が名誉毀損文書が発信されていることを現実に発生した事実であると認識した場合においても、右発信を妨げるべき義務を被害者に対する関係においても負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が甚だしく悪質であること及び被害の程度も甚大であることなどが一見して明白であるような極めて例外的な場合に限られる」としている。

ここでは前記 と とを区別する立場を採用した上、前記 を必要とする一方、さらに前記の点等が一見して明白であることを要件とすることによって、作為義務の成立範囲を限定している。なお、同判決が について述べた「一見して明白である」という点は、法的判断の問題であるという の性質上、ネットワーク運営者が実際にどのように認識したかという主観的

認識の問題ではなく、客観的に見て明白であると認識しうるか否かの問題としていると思われる点に、注意が必要である。

他方、現代思想フォーラム事件控訴審判決でも、作為義務の成立範囲に限定が加えられている。すなわち、本フォーラムの性格上、事後的にでも会員の発言内容の審査をシスオペに求めることは民主主義社会の議論の在り方と背理し、問題発言は本来当事者間での民刑事上の責任追及により解決されるべきであること等を理由として、被害者が「フォーラムにおいて自己を守るための有効な救済手段を有しておらず、会員等からの指摘等に基づき対策を講じて、なお奏功しない等一定の場合、・・・これを削除すべき条理上の義務を負う」としている。

ここでは都立大学事件判決のような限定手法と異なり、フォーラムの個別的な特性に応じた限定という手法が採用されている。これらのアプローチは、個別具体的な特性を反映しうる点の長所がある半面、普遍的で明確な基準とは成り難い点で、ISP の予見可能性を損なうおそれが残されるというジレンマが生じる。

ネットワーク運営者が作為義務を怠った場合は被害者に対し責任を負う一方、作為すべきでない場合に発信者に無断で自ら削除等の措置を講じた場合には、ISP が発信者との関係で接続契約違反となる等、ネットワーク運営者は発信者から責任を追及される可能性が残る。したがって、立法的措置を講じて責任の範囲を明確化することが望ましい。

3.7. 匿名性及び発信者情報開示をめぐる問題

ISP の責任が論じられている事案は本来、被害者と加害者との間において解決すべき性格の問題である。したがって、被害者が加害者に情報の削除を求めても応じない場合、加害者を被告とする民事訴訟（又は仮処分）によって解決すべきことになる。しかし民事訴訟を提起するためには、発信者の住所及び氏名を特定する必要がある。

こうした特定が不可能な場合、当該発信者と契約関係を有する ISP に対し、これを問い合わせる以外、方法が存在しないケースが少なくない。

しかし ISP は電気通信事業者として、電気通信事業法 4 条に基づき通信の秘密保護義務を負っており（違反行為に対し同法 104 条で罰則）、義務の対象には発信者情報も含まれると解されている。その結果、被害者が ISP に対して、加害者（発信者）に関する情報（発信者情報）の開示を求めても、刑事事件における令状捜査の場合と異なり、ISP は開示に応じることができず、その意味で「ネットの匿名性」が守られる。そこで、発信者を直接相手取った民事手続を提起することによって救済を受ける途が事実上閉ざされたとして、前述の本と雑誌のフォーラム事件では、ニフティが発信者情報開示を求めて訴えられた。

かといって、被害者が ISP 自身の手による削除を求めたとしても、前述のとおり、ISP が発信者に無断で自ら削除を行った場合、発信者から接続契約に違反した等として責任を追及される可能性が残るので、被害者の求めに応じて削除を行うことは容易ではない。

こうしたジレンマの結果、被害者が、いきおい刑事告訴を行い強制捜査の力を借りて紛争解決を図ろうとする傾向も強く、その結果、紛争はエスカレートの一途をたどりがちとなる。ことに著作権紛争の場合、事件単位での損害額が少額であったり、加害者が個人であって資力に乏しい場合も多いから、こうした傾向が強い。

以上を解決するためには、立法論として、何らかの方法で一定の場合、発信者情報開示を認める必要がある。

3.8. 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律案

3.8.1 はじめに

本稿を執筆している2001年10月中旬の時点では、「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律案」が、わが国の国会にまもなく提出される予定となっている。今後成立する法律が、最終的に本稿の内容と異なる可能性が残されていることを、予めお断りしておきたい。

本法案は全4条及び附則から構成されており、特定電気通信役務提供者に関する「損害賠償責任の制限」(3条)及び「発信者情報の開示請求等」(4条)の2点について定めている(1条)。両規定ともに民事上の権利侵害のケースを対象としている。したがって、単に有害であるにとどまる情報は対象とされおらず、また違法であっても権利侵害にかかわらないケースは本法案の対象外となる。その一方、権利侵害のケースである限り、名誉毀損、著作権侵害、その他権利の種類を問うことなく共通して本法案の対象となる。なお2条は定義規定である。

3.8.2 損害賠償責任の制限 - 総 説

3条は、違法な情報に関する民事上の損害賠償責任を対象として、免責が受けられる場合を規定している。違法でないが有害な情報を対象外としたのは、ISP等が情報の送信防止措置を講じなかった場合でも受信者等との関係で法的責任を問われないこと等の理由に基づいている。刑事責任を対象外とした理由は、ISP等は違法情報の掲載を知っただけで直ちに刑事責任を問われる事態が想定し難いことに基づいている。これに対し、違法な情報について、ISP等は民事上の責任を問われる可能性があるが、名誉毀損か知的財産権か等、侵害が問題となる権利の種類で区別して取り扱う合理的理由がないことを理由に、すべての権利侵害に共通して適用される規定となっている。

ところで、権利侵害を受けた者(いわゆる被害者)との関係で、ISP等が負うべき作為義務の範囲は明確でなく、権利侵害該当性の判断も困難である等、責任が生じる範囲は不明確である。また、送信防止措置を講じたが、結果として権利侵害に該当しなかった場合、発信者から責任を問われる可能性もある。ISP等による迅速で適切な対応を促すため、ISP等の責任を明確化する必要がある。その場合の方法として、ISP等の義務を規定する方法も考えられるが、権利侵害の判断は最終的には裁判所で行われるべきであって、現状では判例の積み重ねが少ないので、規定を置くことが困難であること等に鑑み、こうした方法によることなく、免責を受け得る場合を規定するというセーフハーバー規定の方法が採用された。したがって、本条による免責を受けられない場合であっても、ただちに有責とする趣旨でないことに注意を要する。

こうして本条は、権利侵害情報が発信された場合におけるISP等の損害賠償責任について、1項で権利侵害を受けた者(いわゆる被害者)との関係について、また2項でISP会員など発信者との関係について、それぞれ特定電気通信役務提供者が免責を受け得る場合に関し規定している。

3.8.3 損害賠償責任の制限 - 権利侵害を受けた者との関係における免責

まず本条1項では、権利侵害を受けた者との関係で、権利侵害情報の発信により生じた損害について、ISP等は原則として責任を負わない旨が規定されている。

これに対し、特定電気通信役務提供者が、当該情報流通により他人の権利が侵害されていることを知っていたとき(本項1号)、又は、当該情報流通を知っていた場合であって、当該情報流通による権利侵害を知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき(本項2号)は、本項による免責が受けられない。

前述のとおり、日本の判例上、ISPが当該情報流通を知っていたことが、権利侵害を受けた者との関係で有責とするための最低限の要件とされている点で共通する。したがって、ISPが当該情報流通を知らなかった場合に本項が免責を認めていることは妥当であろう。

次に、当該情報流通を知っていた場合でも、それが権利侵害に該当するか否かをISP等が判断することには困難が伴う場合が少なくない。こうした点を踏まえ、本項では、権利侵害該当性を知らなかったことにつき相当な理由がある場合にも免責が認められている。

なお、それ以外の場合であっても、当該情報の不特定の者に対する送信防止措置が技術的に不可能な場合は、作為可能性を欠く場合であって、責任を負わせることは不合理であること当然であるから、免責となる旨が明文で規定されている。

3.8.4 損害賠償責任の制限その2 - 情報発信者との関係における免責

次に同条2項は、一定の要件をみたしていれば、特定電気通信役務提供者が情報の送信防止措置を講じた場合でも、当該情報の発信者に生じた損害について免責となる旨規定している。条理等に基づきISP等が送信防止措置の作為義務を負う場合には、本来、当該義務の履行(送信防止措置)は適法行為であるから、発信者からの責任追及が認められる理由を欠くはずである。しかし、前記作為義務の成立範囲は不明確である上、講じた送信防止措置が、結果的に権利侵害に該当しなかった場合には発信者から責任を問われる可能性が残るので、これに対処するために定められた規定である。

ここに一定の要件として、情報発信によって自己の権利を侵害されたとする者から、特定の事項(当該情報、侵害されたとする権利及び権利が侵害されたとする理由)を示して送信防止措置を講ずるよう申出を受けた場合、当該発信者に対し、前記事項を示して送信防止措置を講ずることに同意するかどうかを照会し、当該発信者が当該照会を受けた日から7日間が経過した後も当該発信者から当該送信防止措置に同意しない旨の申出がなければ、必要な限度で送信防止措置を講じることができ、その場合には発信者に対する損害賠償責任を負わないとして、一種のNotice and Takedown手続を定めている。但しDMCAと異なり、専用窓口の設置等については規定が置かれていない。

本項によって免責が受けられなかった場合でも、一般法理によって、発信者に対して責任を負わない場合が他に認められるべきことは、本条1項の場合と同様であろう。

なお、本項は法文上、発信者との関係でのみ免責を認めている。しかし、本項の手続を履践した結果、ただちに送信防止措置を講じなかったとして、その間に生じた損害について、本条

1 項の免責要件に該当していないことを理由に、権利を侵害された者から責任を問われる可能性も理論上皆無とはいえない。したがって、本項の手續を履践したことについては、権利を侵害された者との関係でも、正当行為として責任を負わないと解されるべきとする考え方も成り立ち得る。この考え方に立てば、立法に際しては、立法後における解釈上の疑義を払拭するために、この点に関する明文規定が置かれるべきであったことになる。その一方、ISP 会員が ISP から貸与されたディスクスペースに、特定のサイトに対しサービス拒否攻撃を仕掛けるプログラムを置いて実行し続けていることが明らかであると思われるような場合、被害者サイトから通知を受けた ISP としては、本項の照会等を行うことなくただちに送信防止措置を取るべきであるとする考え方も成り立ち得る。この考え方に立てば、本項の手續履践は、権利を侵害された者との関係では、ただちに正当行為となり得ないと解すべきことになる。

本項の免責を受けるためには、当該情報流通によって他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足る相当の理由が ISP 等に存在していた場合でなければならない旨が、明文で定められている。換言すれば、相当の理由が存在しなかった場合には、ISP 等には信者から責任追及を受ける可能性が残される。これは ISP 等が不当な送信防止措置を拙速に講じることを防止する趣旨である。

3.8.5 発信者情報の開示請求等

4 条の「発信者情報の開示請求等」の内容は次のとおりである。

損害賠償を請求予定の被害者など、発信者情報の開示を受けるべき正当な理由がある者は、ISP 等に対し発信者情報の開示を求めることができる。請求を受けた ISP 等は、発信者の意見を聞いた上で、権利侵害が明らかな場合は開示する。開示してしまえば当事者間での解決が可能になるから、被害者救済も容易になる。

本条では、ISP 等が開示を拒否しても、故意か重過失がない限り責任を負わないとしている。だがその限度であっても、法律専門家でも難しい判断を、ISP 等が自己責任で決定しなければならなくなるので、過酷な負担となる。その一方、もし安易な拒否が許されることになれば、被害者救済が図られず、開示制度が無意味になる。

さらにネットでの誹謗中傷事件などでは、一般に当事者が感情的になりやすい傾向がある。開示を受けた者が、話し合いや裁判ではなく、これを悪用して嫌がらせや暴力での自力救済に走る事態の発生も憂慮される。法案中にもそうした行為を禁止する規定が盛り込まれているが、違反に対するペナルティが欠けており依然、不安が残る。

以上の問題を考えると、公開について ISP 等にゲタを預けてしまうのではなく、公開の是非を司法判断に委ね、公開請求の乱用や裁判所の過重負担を避けるために、裁判所が提訴を預かることを条件に公開を判断する方法が採用できないか、さらなる検討が必要だったはずである。

以上