

ISP の責任に関して出現しつつある欧州の制度

加盟国は電子商取引指令の実施に向けて前進している

欧州連合加盟国は、2002年1月17日の施行期限に合わせた電子商取引に関する指令¹（以下「電子商取引指令」または単に「指令」とする）の国内法における実施（implementation）に向けて前進している。これまでのところ、電子商取引指令を実際に実施しているのはルクセンブルクのみである。ただし、オーストリア、ベルギー、デンマーク、フランス、ドイツ、ギリシャ、スペイン、スウェーデンおよびフィンランドといった国々は、指令の実施を目的とした法案を公表している。²

本稿は、選択された特定の国、すなわち、ベルギー、フィンランド、フランス、ルクセンブルク、スペイン、スウェーデンおよびノルウェー（ノルウェーは EEA の加盟国としての義務の一部として指令を実施する）における実施のための法案について説明したものである。³ 指令の実施は、特に指令の第 3 条に見られる域内市場（「起点国(country of origin)」）の原則を実施する態様に関するものをはじめ、幾つかの分野で興味深い論点を提起しているが、本稿では、送信、アクセスの提供、キャッシングおよびホスティングに従事している情報社会サービスプロバイダー（「ISSP」）の責任制限を規定している指令の条項の実施に関する論点のみに重点を置く（指令第 12～14 条）。

ベルギー

1. 総論

ベルギー司法省は、ナミュール大学の研究センターである「情報・法律研究センター（Centre de Recherches Informatique et Droit）」（CRID）に、電子商取引指令を実施する法案に関する提案の起草を委託した。CRID の草案が満足できるものであった場合には、同省はその草案を議会に対する提案として公式に提出する。ベルギーにおける法律の採択の時期は明確ではない。

CRID の「予備草案」は、事実上、全般的に電子商取引指令の規定に忠実なものである。

¹ 域内市場における情報社会サービス、特に電子商取引の一定の法的側面に関する 2000 年 6 月 8 日付の欧州議会および理事会指令 2000/31（電子商取引に関する指令）、OJ L 178、2000 年 7 月 17 日。

² 筆者は Morrison & Foerster のブラッセル事務所の下記の同僚に対して本論文への寄与について感謝したい。Karin Retzer（ドイツ）、Dieter Paemen（ベルギーおよびフランス）、Ann-Charlotte Högberg（ノルウェーおよびスウェーデン）、Sakari Aalto（フィンランド）および Rosa Barcelo（スペイン）。

³ 以下では論じていないが、オーストリアおよびデンマークの法案は、<http://www.bmj.gv.at/gesetzes/download/ecommerce.pdf>（オーストリア）および <http://www.em.dk>（デンマーク）にて入手可能である。

2. 媒介サービス・プロバイダーに対する責任規定

予備草案は、第 19 条から第 23 条においてオンライン媒介活動に関する責任制限を置き換えている。そのアプローチは実質的には同じであるが、電子商取引指令とは異なり、差止命令は単なる導管、キャッシングおよびホスティングに関する個別の条文ではなく、分離して第 23 条で取り扱われている。

予備草案の第 19 条では、送信およびアクセスの提供についての責任制限を実施している。同条は指令中の対応する規定と実質的に異ならない。キャッシングについての責任制限に関する第 20 条も同様である。

予備草案の第 21 条第 1 項および第 2 項は、指令の第 14 条で規定されているホスティングサービスの提供についての責任制限に対する判定基準に忠実に従っている。しかし、第 21 条第 3 項は、政府は産業界と協議した後に通知・削除(notice and take-down)制度を導入する勅令について提案を行う旨規定している。通知・削除制度は、「現行の法的手段を損なうものではない」。

起草者は同草案において、「将来における欧州共同体のこの問題に関する計画を妨害しないように」ハイパーリンクングについての責任を取り扱わない選択をしたことを明確に述べている。

最後に、第 22 条は、サービス・プロバイダーがモニタリングの義務を遵守する義務の範囲を定め、ここでも全般的に指令の第 15 条に忠実に従っている。

フィンランド

1. 総論

2001 年 3 月 8 日、フィンランド司法省は、電子商取引指令(2000/31/EC)のフィンランド法への移入に関する協議用文書を公表した。同文書は、情報社会におけるサービスの提供に関する新しい法律を、消費者保護、電気通信におけるプライバシー、および不公正な事業慣行に関する現行法の一定の改正と共に採択することを提案している。フィンランドは、同法律の採択に向けて速やかに行動しており、実施期限までには施行されると思われる。

協議用文書によって提案されている法律は、少数の重要な相違点を除いては、構成および内容の両面について電子商取引指令に忠実に従ったものになっている。フィンランドの現行法を考慮して、構成上の変更が行われている。内容に関しては、指令の文言に対して幾つかの重要な相違点がある。ホスティングについての責任の基準は幾分変更されており、法定の削除手続が導入されている。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

同法案の第 10 条から第 21 条までは、媒介サービスプロバイダーについての責任制限、および媒介サービスプロバイダーの施設を介して配布された違法な情報(material)に対して適用される削除および回復制度を規定している。各媒介者に対する責任ルールが指令の規定と異なっているもっとも重要な点に関する一般的な概観を下に示す。

同法案は、電子商取引指令と同じく、(a) 情報の送信およびインターネットへのアクセスの提供の両方を含む「単なる導管」としての活動、(b) 代理(proxy)キャッシング、および (c) サーバー上のスペースの提供の 3 種類のオンライン媒介機能を対象としている。単

なる導管および代理キャッシングについての責任の適用除外に関しては、同法案の第 10 条および第 11 条の規定は、基本的には指令に含まれている対応する規定をそのまま引き写したものである。

ホスティング・サービス・プロバイダーの責任については、実質的には整合していると考えられるかもしれないが、同草案の規定は指令の第 14 条の語句とは大幅に異なっている。特に、ホスティングサービスプロバイダーの責任は、同法案で導入した通知・削除制度に合わせて修正されている。全般的に、同草案の規定は、問題になったコンテンツへのアクセスを防止することについて裁判所の命令に従わない場合を除き、第三者のコンテンツについてのホスティングサービスプロバイダーの責任を免除している。同法案はこの原則に関する二つの例外を規定している。第一に、著作権を侵害している情報に関して、ホスティングサービスプロバイダーは、権利者からの通知に基づき、同法案で規定された削除制度に従ってアクセスを防止しなければならない（下記参照）。第二に、ホスティングサービスプロバイダーは、違法なポルノ情報（主として児童ポルノ）またはヘイトスピーチといった違法コンテンツについての認識を得た際には、それらを含むコンテンツへのアクセスを速やかに防止しなければならない。違法なポルノ情報およびヘイトスピーチはフィンランド刑法典を参照して定義されている。これらの規定の内容を記述することは本稿の範囲を超えるものである。

（児童）ポルノおよびヘイトスピーチを含む情報を削除するために導入された認識の基準は、フィンランドの立法にとっては新しいものである。この基準をそのまま言い換えれば、サービスプロバイダーがそのコンテンツの違法性を現実知っていること、を意味する。これに類似する文言が他の制定法で使用されたことはないと思われるため、実際においてこの基準の正確な内容を定義することは不可能である。フィンランドにおけるは、現実の認識から緩やかに定義された擬制認識までの広範囲な解釈を可能にしている。同法案と一緒に公表された注釈では、現実の認識に近い基準を示しているように見受けられるが、この問題はとても明確とは言い難い。

フィンランドの電気通信およびサービスプロバイダー業界は一般的にこの責任規定を歓迎しているが、著作権によって保護されている情報の削除についての特別な制度を厳しく批判している。著作権のあるコンテンツをその他のコンテンツと区別して取り扱う根拠が不十分であり、このような制度を導入することは業界に不当な負担を課すものであると主張している。

削除制度。同法案は、違法または侵害となるコンテンツを削除する差止命令を発するための特別な裁判手続を規定している。この手続は、ヘルシンキ市裁判所またはホスティングサービスプロバイダーの本居にある地方裁判所で提起することができ、裁判所は、迅速な手続によって差止命令に関する決定を行わなければならない。差止命令が発せられてから 4 カ月以内に検察官または原告が実体訴訟を進行させない場合には、その差止命令は失効する。この手続は、フィンランドの裁判所の一般的な手続規定に基づいたものであり、したがって、差止命令は数日以内、最長でも数週間以内に認容または却下されると思われる。また、一般原則に基づき、差止命令を請求する当事者は、担保を提供することを要し、後に不当であると判断された差止命令の執行によって発生するすべての損害について責任を負う。

一般的な削除手続に加えて、著作者は、同法に基づき、ホスティングサービスプロバイダーに対して直接通知を行うことができる。任意の削除手続においては、著作権保護の対象となる複製物を侵害すると主張されるコンテンツについて、デジタルミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act）（「DMCA」）における対応する手続と実質的に同等な手続が規定されている。サービスプロバイダーは、法律が規定する形式で権利者から

MORRISON & FOERSTER LLP

通知を受け次第、その情報を削除しなければならない。DMCA との主要な相違点は、複製物の権利者は、そのサービスプロバイダーに対して削除の通知を送達する前に、サーバー上のそのコンテンツについて責任を負う者に対して削除の要求を送達するか、または少なくとも送達することを試みなければならない点である。

同法案は、自己のコンテンツが侵害であると主張を受けた者が、同法案に記載された形式に従って通知を行うことによって侵害を主張されたコンテンツを回復することができる、DMCA に類似した回復(put-back)制度を含んでいる。DMCA との相違点は、その者が回復の要求を与えることにつき、削除の要求について認識を得た日から起算して7日間の制限を課されている点である。その者は、DMCA の回復手続に定められているようにサービスプロバイダーに対してではなく、権利者と主張する者に対して自己の回復の要求を与えると共に、その写しをサービスプロバイダーに送付することを要する。DMCA および同法案における回復制度の相違はあまり重要ではないと考えられる。

削除または回復の要求を発する者は、同法案に従い、その要求の不実表示によって発生する損害について責任を負う。この責任基準は、この者が自己の行う表示が正当であることにつき善意であったことを証明できない限り責任を負う点で、DMCA の規定よりも同法案の方が若干厳しいものであると考えられる。DMCA によれば、この者は自己の要求における事実に関して重大な不実表示を認識しながら行うことについて責任を負う。すなわち、この者からの損害賠償を請求するサービスプロバイダーまたはコンテンツプロバイダーは、その認識および不実表示について証明することを要する。実際において裁判所が責任規定をどのように解釈するかについての詳細な検討を行うことなしには、この相違の重要性を正確に決定することはできない。

同法案には、結局は正当でなかった削除に関してコンテンツプロバイダーに向けられる責任からホスティングサービスプロバイダーを免除する規定は盛り込まれていない。このような例外は有用なものであろうが、フィンランドの契約法または不法行為法の下では、サービスプロバイダーが法律を遵守したことについて契約上または不法行為上の責任を負う事例を想定することは困難であろう。

サービスプロバイダーは、削除および回復の要求を受けるべき人に関する詳細な連絡先情報を容易に入手できるようにしておくことを要すると考えられる。しかし、DMCA にはそのような連絡先となる人の登録要件が含まれているが、同法案においてはかかる要件は含まれない。

モニタリングの義務。 同法案の注釈では、フィンランド法はサービスプロバイダーについての一般的なモニタリングの義務を含んでおらず、そのため、指令の第 15 条を実施する必要はない旨述べられている。

フランス

1. 総論

フランスは、2001年6月13日に、実施法(implementation legislation)の草案、「情報社会に関する法案 (Projet de Loi sur la Société d'Information / Draft of the Law on the Information Society)」(LSI)の公式版を、オンラインで入手可能にしている。⁴

LSIは、電子商取引指令で取り扱っている対象物に限定されていない。たとえば、LSIは、電子的通信において返答する権利(right to reply)も提案しており、フランスにおけるドメイン名の登録を規制している。さらに、フランスが既に法律を採択している多くの分野において、LSIは、調整を図る新たな立法を行うのではなく、たとえば電子商取引指令によって課された責任規定に関する事例のように、既存の法律の技術的な改正を導入している。したがって、それが改正した多くの現行法を参照することなく同実施法の影響を把握することは困難である。

電子商取引指令を実施するLSIの規定は、第III編(域内市場の原則、オンライン広告、およびオンライン契約に関する第17~25条)および第II編第二章(オンライン媒介者の責任に関する第11~13条)に含まれている。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

2000年8月22日、フランスは、ホストサービスプロバイダーの責任を制限するため、1986年の通信自由法を改正する法律を採択した。LSIの第11条から第13条までは、同法が電子商取引指令が遵守したものとなるためにさらに改正を行うものである。しかし、実質的には指令に従ったものであると考えることができるとしても、LSIで使用された文言は指令の文言に正確には従ってはいない。ホストサービスプロバイダーは、ホストされた「情報の明白に違法な性格について実際に認識を持った」際に速やかにその情報を除去するかもしくはアクセスできなくなかった場合、または裁判所の命令に応じて行為しなかった場合には、責任を問われることがある。

1986年の通信自由法は、すでにアクセスの提供に関する責任の制限を含んでおり、LSIは指令の遵守を確かなものとするためこれを改正している。LSIで提案されているキャッシングについての責任の制限は、実質的には指令の規定に対応したものであり、郵便・電気通信法典に挿入される。知的財産法典の技術的な改正も提案されている。

LSIでは、指令に従い、ISSPはモニターする一般的な義務を負わないと述べられている。また、LSIは、ISSPは報道機関の義務を負う出版者としては取り扱われないことも明確にしている。

2000年8月22日付の法律で改正された1986年の通信自由法がオンラインサービスプロバイダーのその他の義務で同実施法の影響を受けないものを含んでいる点に注意すべきである。たとえば、同法では、インターネットサービスプロバイダーが自己の顧客に一定のサイトへのアクセスをブロックする技術的な手段が利用可能であることを知らしめ、そのよ

⁴ これは、現行バージョンの法案とは大きく異なる、数カ月前に非公式に配布された初期の予備草案に代わるものである。<http://www.lsi.industrie.gouv.fr> 参照。

うな手段を少なくとも 1 つ提供することを要求している。さらに、ISSP は、自己の顧客の同定を可能にするために顧客の実際の身許の記録を保管しなければならない。

LSI は通知・削除制度の導入は提案しておらず、ハイパーリンクの設置から発生する責任の制限についても規定していない。

ドイツ

1. 総論

2000 年 12 月 1 日に、経済省は、電子商取引指令のほとんどの規定を実施することを意図した法律の最初の「作業用草案」である「電子商取引の法的枠組みに関する法案 (Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr)」すなわち「EGG」を公表した。⁵ EGG は、1997 年 8 月 1 日に施行された現行の情報・通信サービス法、「IuKDG」を改正するものである。⁶

2001 年 4 月 30 日、ドイツ連邦の州(「Länder」)を代表する連邦参議院の連邦立法府は、文言に関して幾つかの修正を提案する同草案に対する意見を審議した。若干の修正を加えた EGG の草案が 2001 年 5 月 17 日に官報で公示された。この草案の文言は、2001 年 6 月 22 日、連邦議会(ドイツ国会)でさらに討議された。しかし、同草案に対する厳しい批判のため、同草案は経済的事象に関する議会ワーキンググループに付託され、本会議での第 2 読会が 2001 年 10 月までに開催される予定はない。

EGG に関する批判は、主として、域内市場の原則(EGG 第 4 条)の実施の提案の態様に集中していた。欧州委員会の当局者および多くの業界団体が、EGG 第 4 条の現在の文言は、域内市場の原則を不正確かつ複雑な態様で言い換えていると感じている。Liikanen 委員(企業・情報社会 DG)および Bolkenstein 委員(域内市場)は、この問題に対するドイツの司法大臣 Däubler-Gmelin 氏の注意を喚起するため、同大臣に宛てた書簡の中で懸念を表明している。

元来の IuKDG と同様に、EGG はそれ自体をいわゆる「テレサービス (teleservices)」に限定しており、「メディア・サービス (media services)」をその対象としていない。「テレサービス」は、「文字、画像および音声等のデータの個別の使用を予定し、電気通信による送信に基づいた」情報社会サービス(たとえば、オンデマンドサービス、インターネットアクセスサービス、テレバンキング)であり、他方「メディア・サービス」は、一般公衆に向けられた情報社会サービス(たとえば、オンライン新聞またはオンライン株価情報の提供)である。⁷ メディア・サービスは、IuKDG の採択に関連して 1996 年に成立した政治的妥協に従って、連邦政府ではなく、ドイツの州の立法措置の対象となる。(連邦) IuKDG の立法上の論争の過程で、連邦の立法府とドイツ連邦の州のどちらが新しいメ

⁵ 「電子商取引の法的条件に関する法律草案」は、<http://www.iid.de/iukdg/eval/EGG-Fassung-Kabinett.pdf> にて入手することができる(ドイツ語)。

⁶ 2001 年 5 月 9 日、ドイツ司法省は指令の第 10 条および第 11 条で ISSP に課された情報の要求を実施する法案、いわゆる「Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Schuldrechtsmodernisierung」を公表した。この法律については激しい論争が行われている。

⁷ 実際上、テレサービスとメディアサービスの区別はどちらかといえば不自然なものであり、適用が困難になることがありうる。

ディアサービスについて立法権を持つかという問題が激しい論争の対象になった。1996年7月に成立した妥協では、テレサービスの規制は連邦の立法府が担当し、州はメディア・サービスに対する権限を与えられ、その結果がメディアサービスに適用される IuKDG に対応する「メディアサービスに関する州際協定 (Mediendienste-Staatsvertrag)」(MDSStV)の採択につながった。

州は著作権に関する権限を持たないため、⁸ ISSP の責任を制限し(また、IuKDG の第1条5に規定されている責任制限を反映し⁹)ている現行 MDSStV の第5条は、著作権侵害には適用されないと一般的に判断されている。IuKDG の第1条5は、メディアサービスに関する著作権についての責任に対しても類推によって適用されると示唆されている。しかし、このような解釈は、ドイツの実質的憲法である法律に違反すると考えられる。さらに、少なくとも1つの事例が IuKDG の著作権に関する責任への適用可能性の問題を提起している。メディアサービスに関する電子商取引指令の実施に関しての MDSStV の不確実性について州が対処するか、またどのように対処するかは今後にかかっており、これまでのところ、この法律の草案は公表されていない。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

EGG は、送信、アクセスの提供、キャッシングおよびホスティング活動に関する指令の責任制限を忠実に実施している。指令に従い、EGG の責任制限は、刑事責任だけではなく民事責任も対象にしている。

EGG に規定された新しい責任制度は、旧制度 (IuKDG 第1条5) の下で存在していた民事責任に関する一定の問題を解消しうるものである。たとえば、(法学者の間で一般的に受け入れられている見解に反して) 少なくとも1つの裁判所が、IuKDG 第1条5(2)(ホスティングサービスプロバイダーを責任から保護する)が著作権に関する責任には適用されないと判断しているが、¹⁰ EGG はホスティングについての責任制限は著作権に関する責任に適用されることを示唆しているという追加的論拠を提供している。

また、EGG は、ホスティングの責任の制限を発生させる認識の基準は「現実の認識」であること、または、損害賠償の請求に関しては擬制認識(「事実または状況について知っていること」)であることを明確にし、また、要求されている認識はその情報または違法な活動に関するものであること すなわち IuKDG の第1条5では明確に示されていない争点を明確にしている。

EGG は、ハイパーリンクの提供から発生する責任の制限に関する原則を規定しておらず(この問題に関するドイツの多くの判例はその理由付けの面で整合が取れておらず、ハイパーリンクについての責任を U.S. DMCA に見られるものに沿って制定法で明確化することが適切かつ有用であろうことにもかわらず)、また、「通知・削除」に適用されるいかなる原則も規定していない。

⁸ ドイツ憲法第73条(9)参照。

⁹ IuKDG の第11節は「テレサービス法 (Teledienstengesetz)」(TDG)として引用され、IuKDG の第1条5も TDG の第5条として引用されている。

¹⁰ ハンブルク高等裁判所、AOL 対 Hitbox、2001年3月8日判決、参照。

ルクセンブルク

1. 総論

ルクセンブルクは、2000年8月14日に早くも電子商取引指令を電子署名指令および隔地売買指令（以下「電子商取引法」とする）と共に施行した。¹¹ 本法は72の条文を含んでおり、民法典、商法典、手続法典および刑法典の一部を改正するものである。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

電子商取引法の第60条から第63条までは、電子商取引指令の責任規定を極めて忠実に実施している。従って、これらの条文は、単なる導管としての活動についての責任の免除を含んでおり、ホスティングおよびキャッシングについての責任制限は、指令に規定されているのと同一の要件が満たされる限り与えられる。

また、同法は、公の秩序、犯罪の防止および捜査、公衆衛生および公衆の安全または消費者の安全のために必要であると判断される場合には、裁判所が長期間にわたる特定のサイトのモニタリングまたは一般的監視を要求する可能性も予想している。

ノルウェー

1. 総論

EEAの加盟国として、ノルウェーは欧州連合の加盟国と同様に指令を実施する義務を負っている。¹² ノルウェー政府の協議用文書においては、構成、内容および文言について指令に極めて忠実に従ったまったく新しい法律を採択することによって指令を実施することが提案されている。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

媒介サービスプロバイダーの責任制限についての指令の規定は、「単なる導管」、キャッシングおよびホスティングを対象とした3つの別個の規定によって実施されている。

「単なる導管」の規定は、指令と同様に、媒介者がその送信を開始せず、受取人を選択せず、または送信されるコンテンツを選択しもしくは変更することがない限り、媒介者は自己のサービスを介して送信されるコンテンツについて責任を負わない、と定めている。

キャッシングの規定も、指令をほとんど一語一語そのままに実施している。そのコンテンツを利用可能にすることを裁判所または政府機関が禁止していることを媒介者が知ったとき、またはそのコンテンツが以下に説明する通知・削除制度に従って元の送信源から除

¹¹ 民法典、新民事手続法典、商法典、刑事法典を修正する、および、電子署名のためのEC制約に関する1999/93のEC指令、情報社会のサービスの法的側面の一部に関する指令、金融サービスを除く財とサービスの隔地売買に関する97/7/CEE指令の一部規定、ルクセンブルク大公国の公報A-96号を移し替える、電子商取引に関連する2000年8月14日法。

¹² 電子商取引指令を施行する法案を含め、ノルウェーの協議用文書は、産業経済省のウェブ・サイト、http://odin.dep.no/nhd/norsk/aktuelt/hoeringssaker/paa_hoering/024081-080013/index-dok000-b-n-a.html 上に入手することができる（ノルウェー語）。

MORRISON & FOERSTER LLP

去されもしくはアクセスがブロックされたことの通知を受けた場合であって、キャッシュ・コピーを速やかに除去しなかったときに限り、その媒介者に責任が及ぶ。そのため、媒介者の責任を問うための「現実の認識」という指令の要件は、特別な通知・削除手続による通知または裁判所もしくは当局による命令を必要とすると解釈されている。

ホスティングについての責任制限に関しては、同協議用文書には、二者択一の提案が定められている。第1の提案は、ホスティングサービス（「サービスの受取人の要求に応じたデータの蓄積」）についての責任を制限している。すなわち、媒介者は、(1) 裁判所または政府機関がそのコンテンツを利用可能にすることを禁止していることを知らしめられた場合、(2) 通知・削除制度による通知を受けた場合、または (3) そのコンテンツが「『知的財産、児童ポルノもしくは人種差別に関する法』に基づき」違法であることの現実の認識を持った場合であって、その媒介者が速やかにそのコンテンツを除去し、もしくはアクセスをブロックするときには、責任を負わない。

「現実の認識」の意図する意味とは、媒介者が責任を問われる前提としてコンテンツの存在についての認識を持っていることを要するのみではなく、媒介者がそのコンテンツが違法なものであることを了解していたことを要する、ということである。しかし、同協議用文書では、たとえば、難しい法的評価を行うことが必要な名誉毀損等の場合のように、このような要件が不適切である分野がありうると述べられている。したがって、「知的財産法、児童ポルノおよび人種差別」に触れた部分は、媒介者に対してそのような評価を実施することを期待する特別法がまだ議論されている段階であるため、括弧内に置かれている。

同様な配慮により、第2の案では、「現実の認識」という要件が完全に除去されている。第2の提案の下では、媒介者には、(1) 裁判所または政府機関（この点については文言上は明確にされていないが、ノルウェーにおいてであると推測される）がそのコンテンツを利用可能にすることを禁止していることを知った場合、または (2) 通知・削除制度による通知を受けた場合であって、その媒介者がそのコンテンツを削除せずもしくはアクセスをブロックしないときに限り、責任が課される。

同協議用文書では、媒介者が責任制限の利益を受けるための要件を満たさなかったという理由のみにより責任が帰属するものではないことが強調されている。これに加えて、その媒介者に責任を課すノルウェー法の規定が存在することを要するのである。

また、一般的なモニタリングの義務を媒介者に課してはならないとする指令の規定が、同法案に移入されている。したがって、同法案の第13条は、ホスティングについての責任を制限する規定は、そのサービスの受取人の要求に基づいて蓄積または送信されるコンテンツを管理またはモニターするいかなる一般的な義務も媒介者に課してはならず、違法行為の兆候を調査する一般的な義務もないと述べている。

通知・削除制度。上に示したとおり、同協議用文書は、デジタルミレニアム著作権法の規定をモデルにした通知・削除制度の実施も提案している。同法案の第14条は、サービスの受取人の要求に従って蓄積されたデータが知的財産、児童ポルノおよび人種差別に関する法律の規定に従い違法である旨の通知を（第15条の要件に従い）受け取ったサービスプロバイダーは、直ちにそれらのデータを除去し、またはそれらのデータに対するアクセスをブロックすることを義務づけられる旨規定している。そのサービスプロバイダーは、サービスの受取人に対して、そのデータが除去されたこと、またはそれに対するアクセスがブロックされたこと、およびサービスの受益者はそのコンテンツの回復を要求できることを知らせなければならない。サービスプロバイダーがそのような要求を受け取った場合、そのサービスプロバイダーは、削除を要求した者に対して、そのサービスプロバイダーがそのよ

うな通知を送付した後、最も早くても10日以内、最も遅くても14日以内にそのデータが再度利用可能にされることを知らせなければならない。第15条は、要求をしている者の身許や削除を要求されたコンテンツなど、削除の要求に適用される形式的要件を規定している。第15条の要件が満たされていない場合、サービスプロバイダーはそのコンテンツを削除またはそのコンテンツに対するアクセスをブロックする前に、追加の情報を要求することができる。

スペイン

1. 総論

立法の経過。2001年4月30日、科学技術省（以下「MST」とする）は、電子商取引指令をスペイン法において実施するための情報社会サービスおよび電子商取引に関する法律の第4次草案（以下「草案」とする）を採択した。MSTのウェブ・サイト <http://www.setsi.mcyt.es> で公に入手できる同法案は、以前の法案の公開の審議会の期間に利害関係者が行った多数の意見を考慮したものである。

同草案に添付されている注釈では、同草案は正式な法案としての最終的採択のため内閣へ提出される前にさらに修正されるであろうと述べられている。実際に、同省は、インターネットおよび自由論者の各団体が言論の自由を抑圧すると見ている同草案の様々な面についての強力なキャンペーンの結果、さらに修正が行われることを公式に発表している。

同省の代表者は、表明された懸念の幾つかについて検討する修正提案が同草案に加えられればMSTは起草を終え、同草案は正式な法案としての採択のため内閣に提出されると述べている。次いで、同法案は、審議および最終的な採択のため、議会、最初は委員会、次に本会議へ提出されることになる。

MSTは2001年末までに同法案が正式に採択されるよう希望していると表明し続けてきたが、初期の草案に対してみられた反対が議会で繰り返され、議会での審議の結果として同法案がさらに修正され、MSTの当初の計画を遅延させる可能性がある。

一般的背景。同草案は、制裁に関する規定ならびに民法典、商業登記法および仲裁法等の現行法の改正を含んでいるが、指令の主要な対象分野と同じ分野を取り扱ったものである。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

スペインの法案の第12条から第17条までは、媒介サービスプロバイダーの設備を介して流布される違法または非合法的な情報に関する媒介サービスプロバイダーに対する責任規定を定めている。

概観。同法案は、電子商取引指令における同一の3種類のオンライン媒介機能、すなわち、「単なる導管」、代理キャッシングおよびサーバー上のスペースの提供を対象としている。しかし、これら3種類に加え、同草案は、新たなオンライン媒介機能、すなわちハイパーリンクの提供を追加している。

同草案の責任制限は指令中の責任制限に酷似している。これらの責任制限は民事責任および刑事責任の両方に関するものであり、あらゆる種類の違法または侵害となる情報が媒介者自体によってではなく、第三者によって提供されるものである限り、適用される。最後に、この制限は損害賠償責任に関してのみ適用され、したがって、差止命令（裁判所または行政上の）は引き続き利用することができる。

個別責任の原則。同草案の責任規定の内容は、電子商取引指令に含まれる規定に極めて良く似ている。指令と同様に、スペインの草案では、ネットワーク設備およびインターネットへのアクセスの提供については何らの責任も予想していない。キャッシングについての責任の基準は、指令に含まれているものに極めて忠実に従っている。これに関する同草案と電子商取引指令の間の主要な相違点は、同草案によれば、キャッシングサービスのプロバイダーは責任を排除するためにはその情報を除去し、あるいはアクセスできないようにすることを要求されているが、同草案では指令で要求されているような「速やかに」実行することは求められていない。

同草案の第 16 条によれば、ホストサービスプロバイダーは、当該活動または情報の違法性に関する認識を持っていない場合には、責任を負わない。ホストサービスプロバイダーはそのような認識を得次第、その情報を除去し、あるいはアクセスできなくするよう真摯に行為することによって、自己の責任をさらに制限することができる。同草案は、「当局」がその情報の違法性を立証し、その除去を確定させた場合に、どのホストサービスプロバイダーがそのような認識を持っていたとみなされるかについての推定規定を含んでいる。

同法は、そのような認識を持っているとみなされた特定のサービスプロバイダーに対してそのような決定がなされることを要するとは明記していない。このことは、スペインで設立されたホストサービスプロバイダーは、世界中のあらゆる国のあらゆる裁判所が当該情報の違法な性格を確定し、そのような決定がまったく別の当事者に向けられたものであっても、自己がホストするコンテンツの違法な性格の認識を持っているとみなされうることを意味しているとも考えられる。最後に、同法は、この推定規定はホストサービスプロバイダーが自主的に採択した通知・削除制度を損なうことなく適用されると付け加えている。

第 4 次草案に追加されたこの最後の推定規定は、ホストサービスプロバイダーにとって極めて不利なものであると考えられる。なぜなら、実際の文言によれば、スペインで設立されたホスト・サービスプロバイダーは、そのような情報が違法であると宣告され、たとえば中国で設立された他のホストプロバイダーから除去することが命じられた場合に、自己がホストした一定の情報が違法であることの現実の認識を持っているとみなされることがあるからである。

最後に、電子商取引指令と異なり（ただし、U.S. DMCA と同様に）、同法案の第 17 条は、リンクングを取り扱っている。同条では、インターネット上のどこかでホストされ、またはウェブ・サイト、ディレクトリもしくはサーチ・エンジンに含まれているコンテンツへのリンクを提供する ISSP は、a) その ISSP がリンクもしくは推奨する情報もしくは活動が非合法であること、もしくは第三者の権利を損なう可能性があることについての現実の認識を持たず、または、b) そのような認識を持っている場合には、そのリンクを抹消もしくはアクセスをブロックする限り、そのサービスエンドユーザーを違法なコンテンツに導くことについて責任を負わないと規定されている。インターネットおよび電子商取引に対するサーチエンジンおよびハイパーリンクの重要性がより一般化する中で、またハイパーリンクに関する潜在的な責任をとりまく既存の不確実性に鑑みて、スペインによるこの点に関する良識ある規定の導入は歓迎すべき前進である。

同草案は、モニターすることについての一般的な義務は規定していない。ただし、同草案の第 11 条は、違法な活動の存在について認識を得次第、ISSP は、その旨を当局（行政府および司法府を含む）に知らせなければならない旨規定している。その情報の存在について通知を怠った場合には処罰される可能性がある。同条は、（裁判所に加えて）行政機関にオンライン媒介者に対する暫定的差止命令を発する権限を与えるという、最も論議を呼ん

だ規定を含んでいる。そのような新しい行政上の権限に対する強い反対の結果として、同省は差止命令を発する権限を裁判所のみ制限するものと思われる。

また、裁判所から求められた場合には、ISSP は、一定の（指定された）当該サービスの受取人をモニターし、その受取人の活動に関する情報を保管しなければならない。裁判所は、この義務を最長で 6 カ月間に限って課することができる。同草案は、そのような方法が有効であることが証明された場合には、ISSP にとってより負担の少ない態様で、モニタリングが行われうることを規定している。最後に、裁判所または行政機関から要請を受け次第、ISSP は自己のサービスの受取人の同定を可能にする情報を提供しなければならない。

スウェーデン

1. 総論

立法の経過。 電子商取引指令を実施するスウェーデン法の最初の草案（スウェーデン語）は産業雇用通信省のウェブサイト <http://naring.regeringen.se> で入手することができる。この草案は、6 月 15 日に終了した公開の審議会に付されていた。議会への公式な提出は 2001 年の後半の間に行われる予定であり、議会は 2001 年の末から 2002 年のはじめに修正を加えることなくその法案を採択するであろう。実施を担当する政府当局者はスウェーデンが指令を期限内に施行することができなくなる可能性を否定してはいない。

この草案は内部で議論的となってきた。なぜなら、主として産業雇用通信省が指令の施行を担当するが、司法省も重大な関心を持っており、この草案で主張された指令についてのいくつかの奇妙な解釈を企てたためである。

一般的背景。 この草案は、構成、内容および文言の面で指令に忠実に従ったものである。しかし、特に起点国の原則および媒介者の責任を制限した規定に関してはいくつかの問題がある。

2. 媒介サービスプロバイダーに対する責任規定

媒介サービスプロバイダーについての責任制限に関する指令の規定は、「単なる導管」、キャッシングおよびホスティングを対象にした 3 つの個別の規定によって実施されている。

「単なる導管」の規定は、パケット交換による通信の最中に行われた複製を含むとは明示していないが、これは意図されていることであると考えられる。第 12 条 (2) の文言を明示的に実施していない理由は、おそらく、「独立性を欠いた」そのような一時的な複製は、現在のところスウェーデンの著作権法では重要でないと考えられ、したがってこれを省略することは重大な問題ではないと理解されたためと思われる。¹³

いずれの責任制限も刑事責任には及ばず、損害賠償および制裁に関してのみ効力を持つ。その背景にある主張は、スウェーデンの刑事法はすでに指令の責任制限と一致しており、かつ、指令との一致を確保するのに十分な保護手段を含んでいる、というものである。

¹³ 送信の間に作成される複製物が著作権の文脈外で何らかの重みを与えられるとすればそれは驚くべきことであり、いずれにせよ、その他の責任に関しても同じ結論に達することになると思われる。

このような実施の仕方をした主な理由は、おそらくは、電子掲示板についての責任に関するスウェーデン法（以下「法」とする）の存在であろう。法によれば、広範囲にわたるインターネットサービスを含むよう広義に定義された「掲示板」の所有者は、定義された違法なコンテンツ、たとえば、ヘイトスピーチ、名誉毀損を発生させまたは著作権を侵害する情報についてのサービスを一定の範囲でモニターし、そのようなコンテンツを削除し、またはそのようなコンテンツに対するアクセスをブロックすることを義務づけられている。その所有者は、故意または重過失によって一定の情報を削除しないことにつき刑事責任を負う。判例法が存在していないため、モニタリングの義務が実際にどこまで及ぶのか、また、どのような行為が重過失と判断されるかについては明らかではない。しかし、同法の要件は、削除されるべきコンテンツの存在についてユーザーが通知することができる「濫用(abuse)」担当部門(department)によって充足することができると判断されてきた。ただ、法が（デジタル・ミレニアム著作権法の通知・削除制度のような法的確実性が存在しないにもかかわらず）通知・削除制度と解釈されてきたとしても、判例法が存在していないため、電子商取引指令を実施するスウェーデン法に含まれる責任制限は、民事責任と同様、刑事責任も対象とすることが望ましいであろう。

法のモニタリングの義務をそのままにしておくという決定と同様に、刑事責任を制限する明文規定を実施しないとする決定は、そのいずれもが指令の要件に反すると思われる。特に、法は、サービスプロバイダーが指令で規定されているところの現実の認識を持った違法なコンテンツを故意に削除しなかった場合のみならず、重過失によってかかる認識を欠いていた場合にもサービスプロバイダー責任を負う可能性があるとして規定しているようである。「濫用担当部」を通じてモニタリングの義務を充足することができると考えたサービスプロバイダーが自己のサービスをモニターすることを怠ったという理由で責任を問われうるか否かについては明確ではない。

スウェーデンは、現状が実際上うまく機能していると主張し、通知・削除制度を実施しないことを選んだ。おそらく、理由としてより重要なのは、通知・削除制度は媒介者が違法な情報について気づいてそれを削除することができる道を制限すること、および通知・削除制度を法と組み合わせることは困難であるかもしれないという明らかな懸念があることであろう。

したがって、ノルウェーおよびフィンランドは通知・削除（および回復）制度で決着しそうであるが、他方、スウェーデンはそうならないであろうと考えられる。このことは、伝統的に見られた北欧法の間での調和に反することになる。通常、各指令は全ての北欧諸国において極めて類似した形で実施されている。

結論

幾つかの重要な間隙は残されているものの、全体としては、電子商取引指令はオンライン仲介の責任に関して実行可能で均衡の取れたアプローチを提供した。全般に、加盟国は指令の文言および精神に忠実に従っており、その間隙を埋める措置を取りつつある国もある。たとえば、スペインはハイパーリンクプロバイダーに対する妥当な責任免除の提案でリードしており、フィンランドおよびノルウェーは、特に表現の自由を尊重しながらも、インターネットから違法な情報を効率的かつ有効に除去することを促進すべき通知・削除制度の実施について前進を示している。

指令がいったん実施されると、加盟国は相応に整合したオンライン責任制度を定めるようになるが、かなりの相違点は残存することになるであろう。たとえば、加盟国の裁判所は、ホスティング責任の制限に適用される擬制認識の基準を一致して適用することはでき

MORRISON & FOERSTER LLP

ないであろう。要約すれば、十分な責任の枠組みは実現したが、ヨーロッパのための合理的かつ一貫性のあるオンライン責任制度の存在を確保するためには、欧州委員会にとって、またおそらくは欧州裁判所にとっても、成すべき事が大量に残存することになりそうだ、ということである。