

プロバイダ責任制限法について (上)

加藤 敏幸*

要 旨

ネットワーク上の表現による名誉毀損と表現の自由との調整に際して、プロバイダの責任を制限するための法律が近年制定された。本法律では(1)被害者に対する賠償責任の制限と、(2)発信者に対する賠償責任の制限、さらに、(3)発信者情報の開示請求、について定められている。そこで本稿ではこれらの規定について、これまでに蓄積された判例を検討することで、その適用上の問題を検討したい。

On a Law to Limit Liability of Providers

Toshiyuki KATO

Abstract

Recently there was a law passed to limit the liability of networks in legal suits around the issue of freedom of expression.

This law provides (1) a limit on Civil liability for the victim, (2) a limit on Civil liability for the user of a network, and (3) a request for disclosure of user-information.

This paper will examine the precedents for creating this law.

*関西大学総合情報学部

プロバイダ責任制限法について（上）

目次

はじめに

一 立法趣旨「1条」と定義規定「2条」

二 対被害者（放置）の賠償責任の制限「3条1項」

三 放置責任に関するこれまでの判例

四 法制定前後の判例

（以上、本号）

五 対発信者（削除）の賠償責任の制限「3条2項」

六 発信者情報の開示請求「4条」

おわりに

はじめに

（1）『インターネット白書2004』によると、日本におけるインターネット人口は昨年末で既に6,000万人に到達し、本年2月の調査時点では6,284万4千人、本年末には6,700万になると見通されている。この調査によると、利用場所や接続機器を問わずにインターネットを利用する「インターネット世帯浸透率」は78.1%となり、さらに、純粹に自宅の機器からのみインターネットを利用する「インターネット世帯普及率」は今回初めて50%を超えて、まさにわが国の全所帯数の半数を超える52.1%となったとのことである^[1]。

このように普及したインターネットは単に情報収集のみに使用されるだけではなく、より積極的に、ウェブページや電子掲示板を利用して、広く不特定の者に対して情報を発信することを可能にした。かかる双方向通信手段の国民へ解放は、表現の自由に対する新たな可能性を開拓し、特に「匿名による表現」は、発言の機会の少ない社会的弱者（さらには内部告発者）に対しても、抑圧を恐れずに広く自己の主張を自由に表明できる新たな表現手段として、大いに支持されるに至っている^[2]。しかしながら他方では逆に、発言者の身元が分からないという「匿名による情報発信」という特性を悪用して、他人の権利を侵害する機会をも広く提供することになったと考えられる。

すなわち、ネットの普及は一方で、「情報発信力の普遍化、情報伝播の即時性と広域性、情

[1] 財団法人インターネット協会<<http://www.iajapan.org/iwp/>>参照。

[2] 一般に、この「匿名性」という特性はネット上のトラブルの元凶として考えられているが、しかし、インターネット上の匿名による表現の自由もまた、法的に保護されるべきものであると考えられている。藤田康幸「匿名の表現の自由とインターネット」法とコンピュータ18号73頁（2000）、また、町村泰貴「サイバースペースにおける匿名性とプライバシー（一・二）」亜細亜法学34巻2号71頁（2000）、35巻1号71頁（2000）。これによると、一方で、匿名の表現に対する規制や制約の行き過ぎについて批判しつつ、他方、匿名性による弊害については、被害者の「裁判を受ける権利」を確保し得るような、裁判手続きの仕組みの工夫を主張している。

報発信者の強い匿名性」といった、ネットの一般的な特性を形成することにより^[3]、既存メディアである「放送や出版」と類似しうる情報発信手段を万人に開放し、少数意見公開の保障を可能にした。しかし他方で、出版・放送類似の情報発信が誰でも安易かつ簡便になされ得て、しかも、編集などによる「点検もなしに」行われ得るようにもなったのである^[4]。

そのことから、かかる特性を悪用して無責任で一方的な情報発信も容易に行われることが可能になり、そのために、他人の権利を侵害するなどの多くのトラブルが発生している^[5]。しかもこのトラブルの中には、従来の会員制であった「パソコン通信」とは異なる、完全匿名で自由に書き込みのできる「インターネット」上の掲示板サイトにおいて、いわゆる「祭り」と呼ばれる集中的な書き込み現象も生じており、これは社会現象にまで至っている。たとえば、一昨年夏（2003年7月）のプロ野球オールスターファン投票で生じた「川崎祭り」では、巨額の移籍料と年俸を得ながら、肩の故障のため一軍実績のなかった中日の投手に対し、インターネットによる組織的な大量投票で第一位に選出させた、嫌がらせ・悪ふざけ事件が記憶に新しい^[6]。

(2) この紛争解決のためには、被害者および発信者の「当事者」相互が裁判において「直接」対決して、その責任の所在を明確にすることが被害者救済の本筋と考えられるが、しかし、オンライン・トラブルの原因たる情報発信者が通信の匿名性を利用するために、発信者を特定して加害者に対し「直接に」責任追及すること自体が困難な状況となっている。

そこで、かかるトラブルについてその被害を受けたと主張する者（以下、被害主張者という意味で、これを被害者と記す）が救済を求めるために、発信者情報を知る立場にあり、また、管理上削除等の措置の可能な、通信に関与するインターネット・サービス・プロバイダやサーバーの管理者・運営者（この中には非営利的である大学や地方公共団体も含まれ得る）に対して、発信者情報の開示や削除等の救済措置、さらには、かかる請求事項を実現しなかったことについての責任を追及することになり、ここにいわゆる「プロバイダの法的責任」が問題とされるに至ったのである。

さらに、オンライン上における権利侵害は個々の私人間のトラブルだけに終わらずに、より

[3] 酒匂一郎『インターネットと法』22頁（信山社、2003）。

[4] 高木篤夫「インターネット上の名誉毀損とプライバシー侵害」法律のひろば55巻6号32頁（2002）、また、酒匂・前掲書22頁。

[5] トラブルの諸態様については後述するが、学生生活に関するネット問題について整理したものとして、拙稿「学生生活とネット犯罪」大学時報290号100頁（2003）参照。

[6] 例えば、北海道新聞「もっと知りたい／救援のファン投票」〈<http://www5.hokkaido-np.co.jp/motto/20030712//qa1.html>〉、大阪日刊スポーツ「ドラゴンズ情報／川崎、球宴出場を正式辞退」〈<http://www.nikkansports.com/osaka/od/p-od-030703-03.html>〉参照。なお、「祭り」現象については、・ネットワーク・セキュリティ研究会編（牧野二郎、今野志保、西島義昭、梅澤拓、城所岩生の各弁護士共著）『ネット告発－企業対応マニュアル』38頁参照（毎日コミュニケーションズ、2003.4.1）、以下牧野他『ネット告発』と引用する。

広範囲に、著作権侵害や犯罪にまで拡大していく状況の中で、かかる通信に関与するプロバイダ自身の、これら違法行為に対する関与責任までもが追及されうる状況も生じ得る。たとえば、わいせつ画像や薬物の販売など違法情報を含むコンテンツの発信を、これらのプロバイダが何の監視も措置もしないで放置したとすれば、「不作為の帮助」という態様で、この情報発信者などユーザーの犯罪行為へ荷担することになるのではないかとすることも懸念され、ここにプロバイダの刑事責任までもが議論されることとなる^[7]。また近時には、ファイル共有ソフトである「Winny」利用による著作権侵害について、従来からの利用者摘発^[8]のみならずソフト開発者に対しても、著作権侵害の帮助犯としての刑事責任を追及する公判が開始されるに至っている^[9]。

このように、ネット・トラブルとプロバイダの法的責任に関しては、著作権侵害や刑事責任までも含めた総合的な再検討が要請されるところではあるが、本稿ではひとまずその前提作業として民事責任の問題に注目し、近時制定されたいわゆる「プロバイダ責任制限法」について検討をはかりたい。もっとも、この法律についてはその評価は大きく分かれており、たとえば、憲法上の「表現の自由」を重視する立場からは、言論の場を提供するにすぎないプロバイダに重い責任を負担させるものとして強く反対されているし^[10]、他方、著作権保護の立場で「権利者の保護」を重視する立場からは、被害者保護が足りないとして、逆の立場からもこの法律に反対されている^[11]。それ故、この法律の適正な解釈と運用のためにも、これまで蓄積された諸判例の検討が不可欠となる。

なお、プロバイダの法的責任に関連して民事責任を追及しうる侵害態様としては、①誹謗・中傷・名誉毀損・信用毀損・プライバシー侵害・差別表現などの「人格権侵害グループ」と、

[7] 積極説として、只木誠「インターネットと名誉毀損」現代刑事法8号43頁(1999)、他方、制限的な見解として、山口厚「プロバイダーの刑事責任」法曹時報52巻4号5頁(2000)、また、佐藤雅美「プロバイダーの刑事責任について」刑法雑誌41巻1号87頁(2001)参照。なお、佐藤論文は刑法学会関西西部会(2000年7月23日)における共同研究の成果であり、筆者も同共同研究において「不正アクセス」について報告した、拙稿「不正アクセス」刑法雑誌41巻1号77頁(2001)。

[8] 京都府警によるWinnyユーザーの著作権侵害容疑での逮捕記事については、毎日コミュニケーションズ(MYCOM)「PCWEB ニュース(2003/11/28)」<<http://pcweb.mycom.co.jp/news/2003/11/28/19.html>>参照。京都地裁におけるこの者に対する懲役求刑の記事については、同「PCWEB ニュース(2004/2/20)」<<http://pcweb.mycom.co.jp/news/2004/02/20/008.html>>参照。被害額が13.8億円相当であったためかかる求刑が行われたといわれている。

[9] Winny 開発者の逮捕記事については2004年5月10日付け朝日新聞夕刊(大阪本社)、前掲「PCWEB ニュース(2004/5/10)」<<http://pcweb.mycom.co.jp/news/2004/05/10/017.html>>参照。京都地裁初公判については、毎日新聞記事検索「毎日新聞2004年9月1日大阪夕刊」<<http://www.mai-nichi-msn.co.jp/search/html/news/2004//09/01/20040901ddf041040004000c.html>>等参照。

[10] たとえば、牧野二郎「ネット関連訴訟の現状について」自由と正義53巻6号74頁以下(2002)、牧野他『ネット告発』183頁。また、松井茂記『インターネットの憲法学』240頁(岩波、2002)、以下松井『憲法学』と引用する。

[11] 山本隆司「プロバイダ責任制限法の機能と問題点—比較法の視点から—」コピーライト42巻495号15頁以下(2002)。

②著作権侵害や商標権などの「知的財産権侵害グループ」に大別できようが^[12]、本稿においてはひとまず言論や表現による被害者の保護の観点から、①の人格権侵害グループについて検討したい^[13]。すなわち、今後の本格的な研究の前準備として、かかる誹謗・中傷・名誉毀損・信用毀損・プライバシー侵害・差別表現といった人格権侵害行為に対して、プロバイダ責任制限法がどのように被害者を救済するのかを、制定前の事例や制定後に適用された事件との関連を分析して、その課題と問題点を一通り概観し、整理しておきたい。

一 立法趣旨「1条」と定義規定「2条」

（1）立法趣旨「一条」

平成14年5月27日より施行されている「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（平成13年11月30日法律第137号）」（以下、プロバイダ責任制限法と略称する）は、わずか全4条から成る法律である。その構成は、第1条で本法律の趣旨が述べられ、つぎの第2条で本法律に用いられる用語の定義規定がおかれている。その上で、第3条で損害賠償責任の制限に関する規定と、第4条の発信者情報の開示請求に関する規定をおくことで、プロバイダの法的責任についての立法的解決を図ろうとしている。

そこでまず、かかる制定に至った背景を第1条の立法趣旨から問題の所在を検討し、ついで、第2条の定義規定から本法律の対象となるものを概観したい^[14]。

さて、第1条の規定はつぎの通りである。

[12] プロバイダ責任制限法の制定に相応して、社団法人テレコムサービス協会から公表されガイドラインも、このように、（1）「名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン」と、（2）「著作権関係ガイドライン」とに分かれている。ガイドラインの概要については、酒匂・前掲書31頁、藤原宏高「プロバイダの法的責任と紛争処理」法律のひろば55巻6号21頁（2002）、桑子博行＝大谷和子「プロバイダ責任制限法関係ガイドラインの概要」コピライト42巻498号23頁（2002）参照。また、社団法人テレコムサービス協会<<http://www.telesa.or.jp>>の、プロバイダ責任制限法対応事業協議会<<http://www.isplaw.jp>>では、プロバイダ責任制限法関連の情報（法律・ガイドライン）を収録し、ガイドラインの全文は「プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドライン」<http://www.telesa.or.jp/019kyougikai/html/01provider/provider_031111_1.pdf>と、「プロバイダ責任制限法名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン」<http://www.telesa.or.jp/019kyougikai/html/01provider/provider_020524_2.pdf>にある。

[13] 現に、ピア・ツー・ピア（P2P）方式のファイル交換ソフト「WINMX」に関して、著作権侵害者の開示請求を巡る事件、H15.9.12東京地方裁判所平成15年（ワ）第28169号発信者情報開示請求事件、最高裁「下級裁主要判決情報」<<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanrei.nsf>>（以下、「最高裁HP下級裁」と引用）も発生しているが、これについては（2）のグループとともに、その検討は別の機会に譲りたい。なお、プロバイダ責任制限法と著作権の問題については、早稲田祐美子「著作権の保護とプロバイダ責任制限法」法とコンピュータ21号3頁（2003）参照。

[14] 本法律に関する総務省立案担当者による解説としては、大村真一＝大須賀寛之＝田中晋「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の概要」NBL730号27頁（2002）（以下、総務省として引用）、同「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」ジュリスト1219号101頁（2002）、同「『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』について」コピライト41巻491号24頁。

第一条

この法律は、特定電気通信による情報の流通によって権利の侵害があった場合について、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を請求する権利につき定めるものとする。

通常の場合、第1条においては目的規定が置かれるが、ここでは法律の内容が示されているだけで、本法律により最終的に達成しようとする目的自体はあげられていない。そこで、この趣旨について、ネット・トラブルとプロバイダをめぐる法的問題の所在を分析することで、立法の背景を探りたい。

オンライン環境における「諸トラブルの類型」としては、具体的には、①名誉毀損・信用毀損、②プライバシー侵害、③著作権侵害、④ドメイン名などと商標権侵害・不正競争行為、⑤不正アクセス・なりすまし、⑥ウイルス投与、⑦迷惑（スパム）メール、⑧電子商取引や電子オークションにおける詐欺などのトラブル、などがあげられているが^[15]、このことからネット通信については、「発信の容易性、被害の拡大性、被害回復の困難性」という特性も指摘される^[16]。

このうち、(1) オンライン上において特定人を誹謗中傷する「名誉毀損」については、以下の典型例に類型化されている^[16]。すなわち、①ネットワーク上での議論の対立から感情的な個人攻撃をする「フレーミング」に発展する場合、②ホームページや掲示板において、不特定多数に対して意見表明や抗議・告発をする場合、③「コラージュ」など個人の容姿を侮辱的に加工・合成して公開する場合、④他人を装って他人の名を騙り、本人の望まない淫らな発言や申し込みをする場合である。このうち、③、④など、明らかに刑事事件が成立する場合があるが^[17]、①、②については、「表現の自由」との関連もあり、具体的な事例については、後述

また、総務省電気通信利用環境整備室・社団法人テレコムサービス協会編著『プロバイダ責任制限法』（第一法規、2002）があり、同書では、立案担当者による逐条解説と、社団法人テレコムサービス協会によるガイドライン（前掲註8）が所収されている。なお、逐条解説については、総務省<http://www.soumu.go.jp/s-news/2002/pdf//020524_1_a.pdf>から入手できる（以下、「逐条解説」として引用する。）。また、本法律について論じるものとして、松本恒雄「違法情報についてのプロバイダの民事責任」ジュリスト1215号107頁（2002）、同「ネット上の権利侵害とプロバイダの責任制限法」自由と正義53巻6号58頁（2002）、牧野・前掲自由と正義53巻6号68頁（2002）、町村泰貴「ネットワークトラブルとISPの責任」L&T: law & technology 15号29頁（2002）、丸橋透「プロバイダ責任の制限と発信者情報の開示」判例タイムズ1085号65頁（2002）、藤原宏高「プロバイダの法的責任と紛争処理」法律のひろば55巻6号21頁（2002）、山本・前掲コピライト42巻495号2頁、飯田耕一郎編著『プロバイダ責任制限法解説』（三省堂、2002）等がある。

[15] 町村・前掲 L&T 15号29頁。

[16] 総務省・前掲 NBL730号28頁。

[16] 中村壽宏「名誉毀損」サイバーロー研究会編『サイバースペース法』159頁以下参照（日本評論社、2000）。

[17] 取締当局による具体的な刑事事件の紹介については、後藤啓二「インターネット上の誹謗中傷、詐欺その他違法・有害情報の現状と対策について（上）」ジュリスト1159号119頁以下（1999）などを参照。なお、これによると、インターネットの最大の問題は「無責任性」にあり、それは「匿名性」と「管

する諸判例で検討したい。

またつぎに、(2) オンライン上における「プライバシー侵害」事件については、パソコン通信の事例ながら、いわゆる「ニフティ眼科医事件」が発生している^[18]。掲示板（ブリティン・ボード・システム、BBS）での言い争いから、被害者のプライバシー（職業、営業所、電話番号など）が掲示板に公開されたものであるが、この公開によって、無言電話などのいたずら電話や、原告に「成りすまし」で注文された通信販売商品（アダルトグッズ）配達などの嫌がらせを受け、さらに診療妨害や信用毀損などもあって、これらの被害に対して損害賠償が認められた。

ネット上ではこのような「言論による私的制裁」が起りやすいことが指摘されているが^[19]、その場合、プライバシー侵害がその契機となる場合が多い。会員制をとるパソコン通信でも本件のような権利侵害が生じているが、会員制をとらずにしかも無料で自由に書き込みできるような電子掲示板サイトにおいては、その危険性はさらに大きいものになり、無責任でヒステリックな集団パッシングも起りうる。前述した「川崎祭り」も（2003年7月発生）も、その社会現象かと思えることができよう^[20]。

(2) 問題の所在

かかるトラブルについて、その侵害を受けたと主張する者が救済を求めるには、加害者を特定した上で、直接この者に対して、「これからの」違法な行為を停止させ（差止請求）、また、「これまでの」損害に対する賠償を追及（損害賠償請求）すべく、裁判所に訴えること（民事責任の追及）が法的に可能であろう。たとえば、いわゆる「2ちゃんねる不当解雇スレッド事件」（前掲「最高裁 HP 下級裁」H14. 9. 2 東京地方裁判所平成13年(ワ)第25246号損害賠償請求事件^[21]）では、運送会社の元従業員が解雇の不当性を訴えるべく、インターネット上の無料で非会員制の巨大書き込みサイトである「2ちゃんねる」^[22]の掲示板に書き込みをなし、会社

理システムの欠如」が原因だとしてその規制を主張する、同「インターネット上の誹謗中傷、詐欺その他違法・有害情報の現状と対策について（下）」ジュリスト1160号96頁（1999）。

[18] 神戸地判平成11年6月23日判例時報1700号99頁、本件の評釈として、牧野二郎「ニフティ・プライバシー事件」岡村久道編著『インターネット訴訟2000』222頁（ソフトバンクパブリッシング、2000）、新保史生「掲示板プライバシー侵害事件」別冊 NBL79号岡村久道編『サイバー法判例解説』92頁（商事法務、2003）がある。なお、控訴審の大阪高裁でも原審の判断が肯定されている、大阪高判平成12年12月17日、牧野・前掲235頁註1参照。

[19] 酒匂・前掲書27頁。

[20] 前掲註[6]参照。

[21] 本件の判例評釈として、中道＝神田「2ちゃんねる『不当解雇スレッド』事件」別冊 NBL79号48頁、また、酒匂・前掲書25頁註7頁。

[22] 2ちゃんねる<<http://www.2ch.net/>>、掲示板システムの仕組みや2ちゃんねるの運営については、牧野他『ネット告発』30頁以下、また、長岡範泰「名誉毀損的情報を仲介した者の責任について」法学ジャーナル73号152頁以下（2003）が詳しい。なお、掲示板の書き込みに用いられる特有の表現・用語については、2典プロジェクト『2典－2ちゃんねる辞典－』（バーチャルクラスター、2002）、同『続2典－続2ちゃんねる辞典－』（同、2003）参照。また、社会学者による2ちゃんねる管理人

や役員に誹謗・中傷を内容とする表現を掲示板に掲載してそのことで損害賠償を命じられている。本件では本人特定が容易であったため、書き込みを放置したプロバイダではなく発信者「本人」自身が直接に訴訟当事者として被害者の救済が図られた点が特徴的である。

しかしながら、情報発信の「匿名性」というネットの特性からこの加害者が特定できない場合には、直接加害者に責任を追及することは不可能になる。そのため、被害者と加害者の両方の中間に介在しているネット接続のサービスを提供するインターネット・アクセス・サービス・プロバイダ (IASP) や、加害者に情報発信を可能にするサービス (ホームページや掲示板) を提供している者、いわゆる、ウェブページのホスティングサービスを行っているインターネット・サービス・プロバイダ (ISP) や掲示板運営者 (以下、「プロバイダ」と総称する^[23]) を、救済の「手立て」とせざるをえなくなる。すなわち、①発信者の情報を保有し、また、②権利侵害情報に対する物理的な措置の可能なプロバイダに対し、一方で、①加害者の特定を可能にする発信者情報の「開示」請求をし、他方で、②侵害情報の強制的な「削除」を求めることになる。

しかし、①の発信者情報の「開示」請求については、「通信の秘密」保護やプライバシー保護の観点から問題があり、ここで被害者の「裁判を受ける権利」との間で板挟み状態にプロバイダは置かれることになる【問題点1】。また、②の「削除」請求についても、「表現の自由」の保護や発信者との契約上の義務の拘束もあって、表現の違法判断さえも困難な場合に遭遇する。その結果ここでも、「誤って削除せずに放置した (不作為の)」場合には、被害者から賠償の請求を受ける可能性もあり【問題点2】、他方また、「誤って強制的に削除した (作為の)」場合には、発信者から契約違反などの責任追及を受ける【問題点3】という板挟みの状態に置かれるのである。かかるプロバイダの板挟み状態と被害者救済の調和のために、諸外国では種々の立法が制定されてきたが^[24]、ようやくわが国でもかかる三つの問題点を立法的に解決すべく、この「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

との対談記として、対談：遠藤薫×西村博之「社会現象としての『2ちゃんねる』—社会学者と管理人の視点から」遠藤薫編著『インターネットと<世論>形成』第17章所収272頁 (東京電機大学出版局, 2004)。その他、井上トシユキ+神宮前.org『2ちゃんねる宣言』(文藝春秋, 2001)。

[23] プロバイダについてはたとえばドイツ法において、(1) コンテンツ・プロバイダ、(2) サービス・プロバイダ、(3) アクセス・プロバイダ、の種類に分けて、それぞれの責任を検討している、後掲註 [24] 参照。

[24] 諸外国の立法状況については、郵政省「インターネット上の情報流通の適性確保に関する研究会報告書」(平成12年12月) <http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/pressrelease/japanese/PDF/denki/001220j60101.pdf>参照。このうち、プロバイダの法的責任を規定するものとして、EUの「電子商取引の法的側面に関する指令」(2000年7月)や、合衆国の「通信品位法」(1996年)、「デジタル・ミレニアム著作権法 (DMCA)」(1997年)がある。合衆国については、平野晋「ユーザーの名誉毀損行為に対するISPの民事責任 (上・下)」判例タイムズ1002号45頁、1003号88頁 (1999)。國生一彦「ネットと米国憲法修正第一条」自由と正義53巻6号78頁 (2002)。また、比較法的観点から合衆国のデジタル・ミレニアム著作権法 (DMCA) とわが国の「プロバイダ責任制限法」について検討する山本・前掲コピライト42巻495号2頁 (2002)、ドイツ法については、鈴木秀美「ドイツ・マルチメディア法制におけるプロバイダの責任」広島法学93巻2号127頁 (1999) 参照。

（平成13年11月30日法律第137号）」（プロバイダ責任制限法）が成立したのである^[25]。

（3）定義「二条」

以上の立法趣旨から、この法律の趣旨はプロバイダに関する、（1）損害賠償責任の制限（第3条）と（2）発信者情報の開示（第4条）、の2点が規定されており、しかも、それは特定個人の「民事上の」権利侵害があった場合が対象とされている。それ故、刑法上の違法コンテンツ（わいせつや児童ポルノ情報など）は本法律の対象外とされるが、民事上の不法行為となるものは、知的財産権や人格権などの侵害態様に限定されることなく、横断的に対象とされる^[26]。また、「情報の流通」自体によって、直接に引き起こされる権利侵害でなければならぬので、たとえば、インターネット上の悪質商法やオークションによる詐欺商法など、二次的な流通情報の閲覧から間接的に遭遇する被害は対象外とされている^[27]。なお、第1条で用いられた、「特定電気通信」、「特定電気通信役務提供者」の用語については、つぎの第2条で定義されている。

第二条

この法律において、つぎの各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 特定電気通信 不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信（電気通信事業法（昭和59年法律第86号）第2条第1項に規定する電気通信をいう。以下この号において同じ。）の送信（公衆によって直接受信されることを目的とする電通通信の送信を除く。）をいう。
- 二 特定電気通信設備 特定電気通信の用に供される電気通信設備（電気通信事業法第2条第2項に規定する電気通信設備をいう。）をいう。
- 三 特定電気通信役務提供者 特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者をいう。
- 四 発信者 特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体（当該記録媒体に記録された情報が不特定の者に送信されるものに限る。）に情報を記録し、又は当該特定電気通信設備の送信装置（当該送信装置に入力された情報が不特定の者に送信されるものに限る。）に情報を入力した者をいう。

ここでは、法律の適用対象となるいわゆるプロバイダなどが「特定電気通信役務提供者」と

[25] 法律制定までの関係官庁における研究会等の経緯については、飯田編・前掲書20頁以下。

[26] 総務省・前掲 NBL730号28頁（2002）、「逐条解説」2頁。

[27] 「逐条解説」1頁。また、松本・前掲自由と正義53巻6号60頁（2002）。

して規定されている。この「特定電気通信役務提供者」とは、「特定電気通信設備（特定電気通信の用に供される電気通信設備，本条2号）を用いて他人の通信を媒介し，その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者」（本条3号）であるが，前提となる「特定電気通信」とは「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信の送信（公衆によって直接受信されることを目的とする電通通信の送信を除く.）」（本条1号）とされている。すなわち，放送に当たるものは放送法などでの規制があるために対象外とされ，インターネットにおけるウェブページや電子掲示板などの不特定の者により受信されるものが対象となる。

したがって、「特定電気通信役務提供者」とは，プロバイダやサーバの管理・運営者が対象となり，典型例としては「電通信事業者」に当たるプロバイダが対象となるが，営利性により限定されていないので，電通信事業者以外，たとえば，大学や地方公共団体，電子掲示板を管理する個人も対象に含まれることになる^[28]。それ故，この「特定電気通信役務提供者」は「プロバイダ等」と表記するべきであるかもしれないが，本稿ではかかる意味を持つものとして「プロバイダ」と記す。なお，プロバイダについてはさらに，発信者情報の開示との関連で，「経路プロバイダ」といわれるインターネット・アクセス・サービス・プロバイダ（IASP）まで含むか否かが争われていたが，これについては第4条の検討の際に後述する。

二 対被害者（放置）の賠償責任の制限「3条1項」

プロバイダの損害賠償責任を制限する第3条の構成は，先述した【問題点2】と【問題点3】に対応して当事者との関係で2つの規定に分かれている。すなわち，第3条第1項は「被害主張者に対する責任の制限」，第3条第2項は「発信者に対する責任の制限」を定めている。つまり，第1項は「誤って削除せずに放置した（不作為の）場合」の被害者への賠償責任が問題になり，第2項は「誤って強制的に削除した（作為の）場合」の発信者への賠償責任が問題となる。つぎに第4条は，被害者救済のための発信者情報の開示について，被害者の「裁判を受ける権利」と，発信者の「通信の秘密」保護やプライバシー保護との間で生じた板挟み状態の【問題点1】について，被害者の発信者情報開示請求権を規定している。以下，（1）第3条第1項，（2）第3条第2項，（3）第4条に章を分けて分説するが，ここではまず，第3条第1項について検討したい。

（1）規定

被害主張者に対して，権利侵害の問題情報について削除などの防止措置をとらずに，放置することによって生じた損害について，その賠償責任（不作為責任）を制限するのが本条であり，条文はつぎの通りである。

[28] 総務省・前掲NBL730号28頁，「逐条解説」5頁。なお，本法律制定前にも，後述する「都立大事件」が発生している。

第三条第一項

特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者（以下この項においては、「関係役務提供者」という。）は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、つぎの各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。

- 一 当該関係役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき。
- 二 当該関係役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足る相当の理由があるとき。

この条文は非常に複雑な規定の仕方がなされている。本項では「各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない」と規定されてあるが、しかし、つぎの第2項では「各号のいずれかに該当するときは、賠償の責めに任じない」と規定されている^[29]。そのためこのことから、第1項について文言上の反対解釈がなされて、「いずれかに該当するときは、賠償の責めに任じる」ことになるのか、という疑問が生じてくる。そうだとすると、これはプロバイダの法的責任の制限ではなくて、逆に、責任を根拠付け、あるいは、責任の範囲を拡張して、プロバイダの責任を広く追及する規定になろう。

その意味で、この第1項については評価が分かれるところであるが^[30]、その背景には制定への契機となった諸判決に対する評価の対立とも関連しているので、この点については、後述する判例分析の際に検討したい。なお、ここで若干の整理をしておく、(1)この規定により、プロバイダの責任が広範に認められることになるとして反対する見解として、牧野および町村説がある。これによると、後述の判例「ニフティ現代思想事件（控訴審判決）」による責

[29] 飯田編・前掲書69頁以下、同73頁によると、これらの規定の仕方は立証責任の所在を表現しているとする。すなわち、免責要件を定める3条2項は免責を主張するプロバイダに立証責任があり、免責要件を定めたものでない3条1項は賠償責任発生の必要最低条件を示すために、権利侵害の被害を主張してプロバイダに損害賠償を請求しようとする者（被害主張者）が立証責任を負うことになる。なお、後掲註[42]参照。

[30] なお、立案当事者の見解によると、本条はプロバイダーに対して削除などの措置を義務づける制度ではないことを強調し、不作為責任を恐れて過度の削除などを行い表現の自由を侵害することを回避できるとする、総務省・前掲NBL730号32頁註8。

任制限をこの規定が解除し、権利侵害の事実認識のみで管理者の責任を負わせることになったとする^[31]。他方、同ニフティ事件原審である東京地裁判決と概念が近くなったとして（賛成する）藤原説がある^[32]。これに対しては、（2）侵害の認識があっても直ちに損害賠償責任が生じるわけではなく、民法709条で責任が認められる場合に、本規定は責任要件を加重するものであるから、判例よりも責任を広く認めるものでないという松本・丸橋説の反論がある^[33]。しかし、（3）合衆国の著作権法との比較から、未だ被害者保護が足りないとする山本説もある^[34]。

（2）要件

さて、プロバイダが削除などの措置を講じなかった場合に、不作為による賠償の責任が生じ「得る」ことになる要件とは、つぎの通りである。

（要件1）問題となる当該情報に対する削除など送信防止措置の技術的可能性（1項本文）を前提として、かつ、（要件2）当該情報の流通についての認識があり、かつ、（要件3）当該情報の権利侵害についての認識（1項1号）あるいは認識可能性（1項2号）のいずれかがあること、の3要件である。換言すると、プロバイダが放置について被害者から免責されるのは^[35]、（要件1）措置の技術的不可能性、または、（要件2）情報流通の認識の欠如、または、（要件3）侵害の認識の欠如あるいはその認識可能性の不存在、の場合ということになる。

ただ、本法律で規定するのはあくまでかかる責任が生じない場合であって、責任が生じるのは不法行為等の責任を定めた他の法令の要件充足にかかっており、上記3要件が充足されれば直ちに責任が認められて損害賠償責任が発生する趣旨の規定だと考えるべきではないであろう^[35]。

第1の要件は、結果回避可能性の当然の前提であるから、措置の技術的可能性がなければ、そもそもプロバイダの責任は生じようがない。つぎに、第2の要件については、まず、問題となる当該情報の流通に対する認識を当然の前提としている点が重要である。条文上は1項2号だけにしか文言はないが、「流通の認識」がなければ「侵害の認識」もあり得ようがないので、1項1号でも当然にこの流通の認識を前提にしている^[36]。このことは、言葉を換えれば、流通自体を監視し、認識する義務がないということを宣言しており、膨大な情報を常時監視をし

[31] 牧野・前掲自由と正義53巻6号74頁以下、同・牧野他『ネット告発』183頁。また、町村・前掲L&T 15号32頁、なお、松井・高橋＝松井編『第三版』40頁、同『憲法学』240頁もこれに近い。

[32] 藤原・前掲法律のひろば55巻6号22頁。

[33] 松本・前掲自由と正義53巻6号63頁、丸橋・判例タイムズ1085号60頁、また、大谷和子「ニフティ『現代フォーラム』事件」別冊NBL79号98頁。

[34] 山本・前掲コピーライト42巻495号15頁以下。

[35] 藤原・前掲法律のひろば55巻6号22頁。

[36] 総務省・前掲NBL730号31頁、「逐条解説」13頁、松本・前掲自由と正義53巻6号63頁。丸橋・前掲判例タイムズ1085号60頁。

[36] 総務省・前掲NBL730号32頁註90。

なければならないという過大な負担（監視義務）から、プロバイダは解放されたことを意味する^[37]。

つぎに、第3の要件である「①侵害の認識および②認識可能性」であるが、これは権利侵害についての「①悪意および②善意有過失」^[38]ということになる。「認めるに足りる相当の理由」とは、「通常の注意を払っていれば知ることができたと客観的に考えられること」で、具体的には、通常明らかにされることのない住所や電話番号などの私人のプライバシー情報などがそうであるし、また、名誉毀損の場合にその違法性を阻却することになる公共性や公益性といった特別の事情がない、単なる誹謗中傷のみを内容とする情報など、このような場合には、「相当の理由」があると解されている^[39]。

（3）立証責任

なお、この3条1項の「相当の理由」と民法709条不法行為の「過失」とは理論的には別個の要件であるが、相当程度重なり合うことが指摘されている^[40]。理論的には、プロバイダの責任は民法709条の不法行為の成立により根拠づけられるのであって、その結果、責任がある場合にも、本法律の免責要件に該当すれば損害賠償が免責されると考えるべきである。その意味で、本条は「責任を負わない場合」のみを定めるものであって、「責任を負う場合」定めるものではないと考えられ、それは上記3要件は不法行為の要件に加重される要件となる。つまり、作為義務違反による不作為の権利侵害（違法性）、故意・過失、因果関係、損害、という不法行為の要件を満たした上で、本法律の3つの要件がプロバイダの責任のための加重要件となって、その結果、プロバイダの責任成立を制限している^[41]。

しかしこのことで、立証責任の観点から、別の問題が生じるように考えられる。つまり、被害者がプロバイダの責任を問う場合は被害主張者が立証責任を負い、上記の一般的な不法行為の要件を全て主張立証しなければならなくなる^[42]。とすると、名誉毀損の場合には、表現の自由との調和をはかるための特別の事柄、すなわち、①公共性、②公益性、③真実性、という違法性を阻却する事由の不存在までもが成立に必要となるので、立証責任はどこまで及ぶのか

[37] 「逐条解説」12頁、なお、松本・前掲ジュリスト1215号114頁、同・前掲自由と正義53巻6号63頁は、この点に本法律の意義を認められている。

[38] 松本・前掲自由と正義53巻6号63頁、山本・前掲コピーライト42巻495号12頁。

[39] 「逐条解説」12頁、もっとも、調査が必要な場合や引き続き議論が行われているような場合には該当しないとされている。

[40] 飯田編・前掲書68頁、「逐条解説」20頁。

[41] 飯田編・前掲書31頁、松本・前掲自由と正義53巻6号62頁、大谷・前掲別冊NBL79号98頁、森亮二「都立大事件」別冊NBL79号5頁。

[42] 丸橋・前掲判例タイムズ1085号60頁。飯田編・前掲書69頁以下によると、本項の規定の仕方から、つぎの2項と違ってプロバイダの免責要件を定めたものではなく、損害賠償責任の発生の必要最低条件を示すものであることから、プロバイダに損害賠償請求をしようとする被害主張者側に立証責任があるとす。なお、3条2項については、これは免責要件を定めるものであるので、免責を主張するプロバイダが立証責任を負うことになるとしている。飯田編・前掲書73頁。

という問題が発生する^[43]。つまり、プロバイダではなしに、直接、発信者を訴える場合には、従来から、違法性阻却事由の立証責任は発信者にあるとされてきたのだが、プロバイダが当事者の場合には、プロバイダに発信者と同一の立証責任を負担させるとするのにも問題があるし、他方、被害主張者に立証責任が課せられるとすると、プロバイダの立証責任は軽減されるものの、被害者には不公平が生じるのではないかという疑問が提出されている^[44]。なおこの点についても、後述する具体的な判例（動物病院事件）の分析の中で検討したい。

三 放置責任に関するこれまでの判例

(1) パソコン通信ニフティと都立大の事件

つぎに、本条制定の契機となった判決についての分析をなして本条との関連を検討した上で、さらに近時の法制定前後に出された判決から、本条適用上の問題点を検討したい。

法制定前の判決を時間的系列順に並べると、①「ニフティサーブ・現代思想フォーラム(FSHISO)事件(地裁判決)」(東京地判平成9年5月26日判例時報1610号22頁判例タイムズ947号125頁)、②「都立大事件」(東京地判平成11年9月24日判例時報1707号139頁判例タイムズ1054号228頁)、③「ニフティサーブ・本と雑誌フォーラム(FBOOK)事件」(東京地判平成13年8月27日判例時報1778号90頁)、そして、前掲①の控訴審判決である④「ニフティサーブ・現代思想フォーラム(FSHISO)事件(高裁判決)」(東京高判平成13年9月5日判例時報1786号80頁判例タイムズ1088号94頁)がある。

事件を概観すると、まず①「ニフティ現代思想事件(地裁判決)」^[45]は、(インターネットと

[43] 判例(最1小判昭和41年6月23日民集20巻5号1118頁)によると、民法上にはかかる違法阻却事由の明文規定はないが、表現の自由と名誉毀損の調整を図るために、刑法230条の2の規定「公共の利害に関する場合の特則」の趣旨が民事責任にも妥当されるとされている。松井茂記「インターネット上の表現行為と表現の自由」高橋和之+松井茂記編『インターネットと法(第3版)』第1章所収18頁(有斐閣, 2004)、以下高橋=松井編『第3版』と引用する。

[44] 高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋=松井編『第3版』第2章所収73頁。

[45] 本件については、原告訴訟代理人としての立場から本件について論じたものに、藤原宏高編著『サイバースペースと法規制』27頁(日本経済新聞社, 1997)があり、また、控訴人訴訟代理人の論じたものとして、山下幸夫『最前線インターネット法律問題Q&A集-サイバースペース法入門』148頁(情報管理, 1997)、同「サイバースペースにおける名誉毀損とプロバイダーの責任」NBL723号34頁(2001)がある。

その他、本件の判例評釈としては、山口いつ子「(メディア判例研究)パソコン通信における名誉毀損・ニフティサーブ事件」法律時報69巻9号92頁(1997)、高橋和之「(判例批評)パソコン通信と名誉毀損-東京地裁平成9年5月26日判決-」ジュリスト1120号80頁(1997)、新美育文「パソコン通信での名誉毀損」法学教室205号73頁(1997)、手嶋豊「(判例クローズ・アップ)パソコン通信での中傷に賠償を命令-東京地方裁判所平成九年五月二六日判決をめぐって-」法学教室206号17頁(1997)、同「いわゆるニフティサーブ事件第一審判決(東京地判9・5・26)」判例評論470号189頁(1998)、青柳幸一「パソコン通信における名誉毀損(東京地判平成9・5・26)」法学教室210号別冊『判例セレクト'97』8頁(1998)、加藤新太郎「(民法判例レビュー)パソコン通信における名誉毀損・ニフティサーブ事件訴訟第一審判決(東京地判平9・5・26判タ947頁125頁,判時1610号22頁)」判例タイムズ965号68頁(1998)、松本恒雄「ニフティサーブ事件-インターネットの光と陰」法学教室248号21頁(2001)、大谷・前掲別冊NBL79号98頁がある。

は違って会員制である）パソコン通信において初めて名誉毀損が問われた裁判例である。すなわち、会員同士の相互の意見交換の場として設置された電子会議室（フォーラム）において、ある女性会員の発言に反発を感じた男性会員が相手を誹謗・中傷する侮蔑的な書き込みをしたために、女性会員から名誉を毀損されたとして不法行為で訴えられた事件である。本件ではまた同時に、このフォーラムの管理を委託されたシステム・オペレータ（シスオペ）やパソコン通信の主宰者（ニフティ・サーブ）に対しても、シスオペはかかる発言に対して削除措置をとらずに放置し、また、ニフティはシスオペに対して使用者責任があるとして、損害賠償と謝罪広告を求められた。

これについて東京地裁は、まず男性会員に対しては、その発言の「すべて」について、これらの発言の「いずれも」が原告の社会的評価を低下させるものであることを認めて、つぎに、シスオペに対しては、本件発言を具体的に知った場合には名誉が不当に害されることがないよう必要な措置をとるべき条理上の作為義務があり、あえて放置することでこの義務を怠ったとし、最後に、ニフティにはシスオペに対する実質的な指揮監督関係があることを認め、その使用者責任を肯定して損害賠償の命じた（もっとも、ともに謝罪広告の必要性は認めなかった）。

しかし、本件の控訴審判決が出されるまでの4年間の間に、かかる地裁の判断とは異なり、むしろ責任を制限する、②、③の判決が出されている。すなわち、②「都立大学事件」^[46]では、大学自治会と新聞会の正当性を巡る学生グループ間の対立で発生した乱闘事件につき、インターネットにも接続された教育用パソコン教室のサーバー内に開設された自己のホームページ（学生自治会ホームページ）に、相手グループこそが暴力を振るって傷害を負わせたとする内容の文書を掲載したために、この文書が名誉毀損に当たるとして慰謝料と謝罪広告を請求した。また同時に、ネットワークを管理する大学が文書の存在を知らながら削除措置をとらずに放置した点で、大学を管理する東京都にも同様の請求した事例である。

裁判所は発信者（表現者）である被告の学生グループについては名誉毀損の成立を認めたが、しかし、本ネットワーク管理者の削除義務については、加害者でも被害者でもないネットワーク管理者に被害防止の義務を負わせるのは原則的に適当ではなく、極めて「例外的」な場合、すなわち、①当該情報の名誉毀損文書への該当性、②加害行為態様の著しい悪質性、③加害程度の甚大性、などが「一見して明白」であるような場合に限られるとして、削除義務を否定した^[47]。

さらに、③「ニフティ本と雑誌事件」^[48]では、パソコン通信の会員同士のために設置された電子会議室（フォーラム）に参加していたが女性会員が、（1）他の会員から、「被害妄想」と

[46] 本件の評釈として、森・前掲別冊 NBL79号 4 頁がある。

[47] 森・前掲 NBL79号 5 頁は、管理者が発信行為に関与する①「ニフティ現代思想事件」と違って、本事件は単に無償のホスティング・サービスを行っているだけであるというネットワークの特性の差異を指摘しつつ、本判決採用の基準はプロバイダ責任制限法施行後も先例性を有するとしている。

[48] 本件の評釈として、大須賀寛之「ニフティサーブ『本と雑誌フォーラム』事件」別冊 NBL79号96頁があり、また、松本・前掲ジュリスト1215号110頁（2002）が詳しい。

か「精神的文盲」、「禁治産者」など名誉毀損および侮辱に当たるは書き込みを受け、原告とその会員との間で言い争いが繰り返されていた中で、さらに、(2) その会員が原告の本名の一部をハンドル名を使用したことで原告のプライバシー侵害および嫌がらせの被害を受けているにもかかわらず、フォーラムを設置し管理運営するパソコン通信主宰者たる被告は、上記不法行為に対して適切な措置をとらなかったとして、本主宰者に対し慰謝料の請求をなし、(3) また、当該会員の契約者情報(氏名及び住所)を隠蔽して、名誉回復を妨害しているとして、その開示請求を求めたものである。

被告は、原告の要求する開示請求には法的根拠がなく、また、電気事業法4条の「通信の秘密」に当たるから開示できないと主張し、裁判所の証拠保全決定による文書送付嘱託に対しても拒否の回答をしたために、民事訴訟法上、これ以上の強制は不可能なため、証拠の取調不能とされて開示なされないまま^[49]、訴訟は終結した。本件はこのように、加害者(発信者)が特定できず、ニフティのみが被告であるという特別な事情があったのであるが、裁判所は、上記(1)につき、パソコン通信上の名誉毀損、侮辱、プライバシー侵害、嫌がらせについて詳細な検討をした上でその成立を否定し、この不法行為成立を前提とした被告に対する本件請求の(2)、(3)は判断するまでもなく、理由がないとして棄却した。

その際、名誉毀損の検討につき、パソコン通信のフォーラム(会議室)に参加の許された会員は自由に発言することが可能であり、それ故、「言論による侵害に対しては言論で対抗する」という表現の自由の基本原則からも、被害者の反論が十分な効果を挙げているような場合には、社会的評価の低下する危険性は認められず、また、当該発言の判断に当たっても、発言がなされた経緯や前後の文脈から判断する必要がある、「対抗言論」として許された範囲内のものと認められる限り、違法性を欠くこともあり、名誉毀損は成立しないとした。

(2) 対抗言論

この思考方法は、名誉毀損の判断について表現の自由との調整を図る原理として主張された、いわゆる「対抗言論」(モア・スピーチの理論)を採用するものであり、本判決はこの理論を正面から取り上げたものと称されている^[50]。すなわち、名誉が言論により毀損され得るなら、その回復も言論によって可能であり、言論(speech)の弊害に対しては「さらなる言論」(more speech)で対抗することにより、名誉毀損と表現の自由の調整が可能となるとされている^[51]。

この観点からすると、①「ニフティ現代思想事件(地裁判決)」に対しては、大いに疑問が生じるところである。すなわち、フォーラムでは原告は反論できる立場にあり、かかる状況で

[49] 松本・前掲ジュリスト1215号110頁。

[50] 飯田編・前掲書11頁。同趣旨、大須賀・前掲97頁。

[51] 高橋・高橋=松井編『第3版』59頁、63頁。また、同「インターネットと表現の自由」ジュリスト1117号26頁(1997)。

はよほどのことがない限り、名誉毀損の成立は認めるべきではなく、「よほどのこと」があった旨を判示する必要があった^[52]、という批判も成り立ち得る。つまり、当該表現が名誉毀損になるか否かは、具体的な文脈の中で判断されなければならないし、地裁判決が言うように、当該表現の「いずれも」が直ちに原告の社会的評価を低下させると断定することができるのか、が問題となる^[53]。

そしてこれら一連の制限的な判例の経緯を経て、まさしくこれらの疑問点について判断を下した、④「ニフティ現代思想事件（高裁判決）」が出されたのである。東京高裁は、被告の発言のうち、「幼児殺しや不法滞在の犯罪」などの「一部」についてのみ名誉毀損及び侮辱を認めたとすぎず、しかも、シスオペの削除義務やニフティの指揮監督権についてはこれを否定して地裁判決を覆した。発言のすべてを包括的に判断した地裁と違って、前後の文脈の中で名誉毀損等を判断した点、さらに、シスオペの会員相互の働きかけを期待するなど、削除以外の適切な対応を果たしていることから、被害者の申出によって権利侵害の事実を知っただけでは、直ちに削除義務の成立を認めることをしなかった点で、高く評価されている^[54]。

ところで、この「対抗言論」が成立するためには2つの前提が必要とされている。すなわち、①論争当事者の相互が対等の表現手段を有していること、②論争を発展させる意味を持たない「嫌がらせ」のような言説ではないこと、の2点が指摘されている。換言すれば、①名誉を毀損された者が毀損した者と同等の表現手段を使用できない場合には、名誉の回復は不可能であり、また、②批判者が執拗に同一の批判を繰り返すような場合には単なる「嫌がらせ」と同じであって、「表現の自由の保障」に貢献しないものである、というような例外的な場合は、対抗言論による名誉回復は機能しないとされている^[55]。

そうだとすると、一般論としてこの対抗言論説に従うとしても、具体的なこれらの事件の事実関係の認定において、上記の「対抗言論の機能しない例外的な事情」に該当すると評価され得ることがなければ、個別具体的な事案解決としては妥当性を欠くことになろう。現に、批判の対象になったニフティ現代思想事件の「地裁判決」に対してさえも、基本的枠組みとして高橋説の対抗言論の考えに説得力を認めながらも、実務的感覚としては、本件の書込が名誉毀損に該当することに違和感がないとする見解も存在している^[56]。その場合には、上記例外事情

[52] 高橋・前掲ジュリスト1120号89頁。

[53] 青柳・前掲法学教室210号別冊『判例セレクト' 97』8頁。なお、手嶋・前掲法学教室206号17頁、同判例評論470号189頁は、原告のハンドル名のみならず本名まで明らかにされた点から原審を支持され、また、山本・前掲コピーライト42巻495号13、16頁も原審を支持する。

[54] 高橋・高橋＝松井編『第3版』65頁。本件控訴審の訴訟代理人である山下・前掲NBL723号36頁によると、控訴審判決は高橋説に従っている旨を指摘して、高裁判決を支持する。また、大谷・別冊NBL79号99頁も名誉毀損の成否判断に慎重な点で本判決を支持している。しかし、山本・前掲コピーライト42巻495号13、16頁は地裁判決を支持して、本判決や都立大事件判決は、権利者が不利な立場に置かれて不公平な結果になるとして反対する。

[55] 高橋・前掲ジュリスト1120号81、82頁。

[56] 加藤・前掲判例タイムズ965号70頁。

の②「批判者が執拗に同じ攻撃を続けるとき」に該当することになる。

(3) 会員制の特殊性

そこでつぎに、対抗理論の前提ともなる例外事情の①について検討すると、判例における責任制限の流れはこれら事件共通の特殊性が反映しているように考えられる。すなわち、まず、ニフティの両事件は現在問題になっているインターネット上の問題ではなくて、共に会員制である「パソコン通信」上の「会員同士」の事件であった点、つぎに、都立大事件では非営利的で無償の「教育機関」サーバーであり、しかも、所属する「学生同士」の事件であった点である。つまり、利用契約^[57]を自らの意思で締結して「利用許可」された「会員制」の論争の「場」に主体的に参加した「会員同士」が当事者である点、また、インターネット上のホームページの事件ではあるものの、教育上「利用許可」された「学生同士」が当事者である点では、ともに一定の有資格者にのみに開かれた極めて「会員制」に近い環境であったといえよう。

ここにおいては、この「会員同士」、「学生同士」という点で密接な共通性があり、「対抗言論の理論」が適用され得る余地の極めて高い環境であったといえよう。電子「会議室」という、文字通り、会員間の意見交換の場であるパソコン通信のフォーラムや、「言論」の府である大学でこそ、「言論には言論で」という「対抗言論」の原則論が適用されやすい環境にあった。

しかも、この会員制類似の構造は利用者（会員、学生）の管理の容易性と関連して、発信者を確認し特定しやすいといった特徴も有している^[58]。つまり、ログを保存しない旨を公言することによって完全な匿名性を保障した「2ちゃんねる」のようなインターネット上の掲示板サイトとは基本的に異なっているという点が重要である^[59]。いずれにしても、例外事情の①、すなわち、対抗言論の前提の①に関しては、これらの事件は妥当し得たと考えられる。

しかしこのことから、これらの点は逆に、現在問題になっている「インターネット」上の名

[57] これについては、パソコン通信ケイネットの電子掲示板において誹謗・中傷の書込をしたことで、会員規約により会員契約の解約を認めた「ケイネット事件」（東京高判平12年1月19日判例時報1748号125頁）がある。判例評釈としては、夏井高人「二つの異なる判決—ケイネット事件」岡村編著『インターネット訴訟2000』291頁、松沢栄一「ケイネット東京事件」別冊NBL79号94頁。なお、第一審判決については、ケイネット東京事件第一審判決については、<http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/juris/tdej-h10-12-21.htm>、ケイネット横浜事件第一審判決については、<http://www.isc.meiji.ac.jp/~sumwel_h/doc/juris/ydcj-h10-12-25.htm>。

[58] なお、「ニフティ本と雑誌事件」では発信者不明のために開示請求が出されたが、対抗言論の理論から名誉毀損自体が否定されたので開示もなかった。他方、「ニフティ現代思想事件」や「都立大事件」では加害者たる情報発信者は特定されており、被告として訴えられている。もっとも、「ニフティ現代思想事件」の場合も、被害者がたまたま発信者本人を割り出したと言われているので、その限りでは、通信の秘密を根拠に開示を応じないとすれば、その点ではインターネット上の問題と共通であろう。松本・前掲法学教室248号24頁。なお、大学のパソコンの場合はワークステーションと違って、IPアドレスから利用者を特定することは困難であるが、近時の認証システム（指紋、手のひら静脈等）を採用することで特定可能にはなっている。

[59] もっとも、後述する「2ちゃんねる動物病院事件」の敗訴以来、全書き込みについてIPアドレスを

名誉毀損事件との相違点を強調させ、特徴づけることになる。従来の議論では、パソコン通信の事件もインターネット上の事件も共通のものだと考えられ、たとえば、会費制有無の違いはあっても、ニフティサーブのような巨大なパソコン通信は会費さえ払えば誰でも入会可能なのでインターネットと同様に扱い得るとする見解や^[60]、また、プロバイダの責任を問う点では、発信情報を保有し開示可能なフォーラム管理者に対して、被害者から削除措置の請求やその不作為の賠償責任を求める構造は共通ものとする見解^[61]、さらには端的に、ニフティの両事件とも「インターネット」上の名誉毀損とする見解までもある^[62]。「オンライン」上の、という趣旨なら理解できるが、しかし、前述のとおり、これらの事件は管理者のいる「会員制」である「パソコン通信」上の事件であって、管理者のいない「インターネット」とは決定的に異なると思われるべきであろう。

さらに、パソコン通信とインターネットの利用者では、その利用者層が異なる点も指摘できよう。パソコン利用者が極めて少数であった「趣味」や「マニア」の時代であったパソコン通信では、目的意識的に会員契約締結の上に入会した会員同士の「場（フォーラム）」であり、文字通り、表現の自由（と対抗言論）が体现できる環境にあったといえよう。しかし、国民全所帯の半数を超えるインターネットの普及率を考えると、アクセス・プロバイダへの接続契約があるというものの、それも購入して接続すれば誰でも使用ができる環境に移行した。その結果、会費や使用料なしに会員でなくとも自由に書き込みができ、しかも、発信者の身元を隠蔽できる完全匿名性をうたった匿名掲示板サイトでは、たとえば、1日当たり約80万件もの書き込みが生じる程に大衆化したのである^[63]。

かかる環境の変化を背景に、当初に期待された「理性的」な議論の場としてのパソコン通信電子会議室・フォーラムは、まさしく衰退の一途をたどったのである。もちろん、現在の匿名掲示板においても、「理性的」な議論の場として、また、少数意見の発言の場として、重要に機能しているのは無論のことである。しかしながら、リアル社会の鬱憤ばらしや一方的な憂さ晴らしの場として、匿名の掲示板サイトが利用されるという状況も出現して、かかる状況下において、匿名掲示板に書き込まれたインターネット上での名誉毀損事件が頻発したのである。そこで以下、本法律制定前後に発生した、巨大匿名掲示板サイト「2ちゃんねる」におけるインターネット上での名誉毀損事件を検討したい。

保存・記録し、被害者に開示する方針になったとのことである、前掲註[22]牧野他『ネット告発』30頁、長岡・前掲法学ジャーナル73号183頁。

[60] 松本・前掲ジュリスト1215号111頁。

[61] 町村・前掲L&T15号32頁。

[62] 松井『憲法学』195頁。

[63] 平成14年6月26日に東京地裁で出された、後掲する「2ちゃんねる動物病院事件」の判決において認定された数字である。後掲註 [220] 参照。

四 法制定前後の判例

(1) 2ちゃんねる関連事件

インターネット上の巨大匿名掲示板サイトである「2ちゃんねる」に関連した事件には、先に紹介した「2ちゃんねる不当解雇スレッド事件」^[64]があったが、ここでは、発信者本人の特定が容易であったため、情報発信者本人が直接の当事者として救済が図られた。しかし、本人特定が困難な場合は直接の責任追及が不可能になるので、接続記録を保有するサイト管理者などのプロバイダに発信者情報の開示を求めるか、削除等の送信防止措置を求め、その不作為につき損害賠償責任を追及することになる。

かかる事件については、(1) 誹謗中傷する書込の削除を求めた仮処分申請の事件(肯定)として、「2ちゃんねる日本生命仮処分事件」(東京地決平成13年8月28日東京地方裁判所平成13年(ヨ)第1087号仮処分命令申立事件, 判例集等未搭載), また、(2) 損害賠償・削除請求事件(ともに肯定)として、いわゆる「2ちゃんねる動物病院事件」(東京地判平成14年6月26日判例時報1810号78頁判例タイムズ1110号92頁, 東京高判平成14年12月25日判例時報1816号52頁)^[65]や、法制定・施行後の損害賠償の請求事件(肯定)として「2ちゃんねるDHC事件」(前掲「最高裁HP下級裁」H15. 7. 17東京地方裁判所平成14年(ワ)第8603号損害賠償等請求事件)があり、すべて肯定されている点が特徴的である。その他、「2ちゃんねる」が直接の当事者となるものではないが、「2ちゃんねる」上の掲示板に書き込まれた名誉毀損の書き込みについて、経由プロバイダに対して発信者情報の開示請求を認めた「DDIポケット事件」(前掲「最高裁HP下級裁」H15. 9. 12東京地方裁判所平成15年(ワ)第3992号発信者情報開示請求事件)もある^[66]。

このうち、「2ちゃんねる日本生命仮処分事件」^[67]は、「2ちゃんねる」上の掲示板で誹謗中傷的な発言が書き込まれたとして、同掲示板の管理人に対して日本生命が書き込みの削除を求めた仮処分命令の申立につき、東京地裁が一部の発言の削除を命じる仮処分決定をなした事件である。この仮処分申請について、その後、ユーザーから「祭り」と呼ばれる大量の書き込み現象が生じて、日本生命に対するネガティブキャンペーン(二次的被害)の様相を呈する結果となったといわれている。

[64] 前掲註 [21] 参照。

[65] また、前掲「最高裁HP下級裁」H14. 6. 26東京地方裁判所平成13年(ワ)第15125号損害賠償等請求事件, H14. 12. 25東京高等裁判所平成14年(ネ)第4083号損害賠償等請求事件もある。

[66] 本件は、同一の書き込み人による別件事件(後述する「So-net事件」)の訴訟代理人であった弁護士が原告であり、その別件事件に関して非難する書き込みをなした投稿者について、「2ちゃんねる」の管理人と訴外会社との和解条項に基づいて開示されたアクセスログから、経由プロバイダが判明したものである。なお、これについては、第4条の発信者情報開示の問題の際に後述する。

[67] 本件については、牧野他『ネット告発』132頁が詳しく、企業の危機管理として、匿名掲示板における企業攻撃への対応策が検討されている。また、山下・前掲NBL723号39頁註11も参照。

また、「2ちゃんねる DHC 事件」^[68] は、「2ちゃんねる」上の掲示板において化粧品製造販売会社 DHC に対する名誉及び信用毀損の発言が書き込まれ、違法な発言が行われる高度の蓋然性を認識しながら掲示板運営・管理者が放置したとして、条理上の削除義務違反に基づく損害賠償請求が認められた事例である。判決において、IPアドレス等の接続情報の保存されていない匿名掲示板においては、発信者の特定が不能なため責任追及の道が閉ざされる反面、発信者は探知される恐れなく自由に発言でき、それが高じて、名誉や信用を毀損する違法な発言に対する心理的抵抗感が鈍麻し、これを誘発・助長することは容易に推測できると指摘している。その上で、このような名誉や信用を毀損するなどの違法な発言が行われやすい情報環境を提供している掲示板の管理・運営者（被告）には、かかる発言により社会的評価の低下を受けた被害者に対し、「条理に基づき被害の拡大を阻止するための有効適切な救済手段として、当該発言を削除すべき義務を負う場合がある」として、逐一監視は不可能なため、当該発言の書き込みを知り、又は知り得た場合には、直ちに当該発言を削除すべき条理上の義務を負う、と判示している。なお、「2ちゃんねる動物病院事件」については、節を改めて検討する。

（2） 2ちゃんねる動物病院事件

「2ちゃんねる動物病院事件」^[69] も「2ちゃんねる」の管理・運営者に対する損害賠償および削除請求事件である。事件の概要は、動物病院を経営する獣医が、同サイト掲示板内の「悪徳動物病院告発スレッド!!」において誹謗・中傷する書込がなされたため削除依頼の書込をしたが、依頼方式に従っていないなどの理由から放置されたので、不法行為に基づく損害賠償と本件発言の削除を求めて本訴を提起したものである。これに対して第一審の東京地裁は、以下の2つの理由からほぼ全面的に原告の主張を認めた上で、さらに傍論において、平成14年5月27日に施行されるプロバイダ責任制限法についても触れ、施行前でも同法の趣旨は尊重され、しかも、プロバイダの「免責される場合を規定した」本法律の規定に照らしても、本件は免責される場合に当たらないと判示した。

すなわち、（1）削除義務違反の有無については、①被告は削除権限を有していたこと、②削除依頼手続が曖昧で不明確であること、③利用者の接続情報を保存しない方針なので匿名利用が可能であり、そのために、名誉を毀損された者が発言者を特定して、直接に責任追及することが困難なこと、④1日約80万もある書込を常時監視することは不可能であること、を考慮して、遅くとも、名誉毀損の発言を知り、また、知り得た場合には、「直ちに」削除等の措置

[68] 本判例を紹介するものとして、町村康貴「プロバイダ責任制限法施行後の状況（上）」L&T 22号32頁以下が詳しい。

[69] 本件の判例評釈として、潮見佳男「ネット掲示板の名誉毀損記事—管理人の真实性・相当性の立証責任—」コピライト42巻499号27頁（2002）、町村泰貴「判例批評：動物病院対2ちゃんねる事件第1審判決」判例タイムズ1104号78頁（2002）、同「2ちゃんねる動物病院（第一審判決）」別冊79号42頁、同「2ちゃんねる動物病院（控訴審判決）」別冊79号58頁、また、長岡・前掲法学ジャーナル73号147頁（2003）や、牧野他『ネット告発』150頁以下がある。

を講じる条理上の義務を負うと判示している。

また、(2) 立証責任については、名誉毀損の違法性を阻却する事由（発言の公共性、目的の公益性、真実性）が存在しないことまで、被害を受けた者に立証の負担をさせるとすれば、立証されない限り削除の請求は認められないことになって、被害回復に公平を失する結果となるとした。それ故、被告のプロバイダ側に主張・立証責任があるので、公共性・公益性・真実性等が明らかではないことを理由に、削除義務の負担は免れないとした。

これらの結論は控訴審の東京高裁においても是認され、特に、匿名性について、「本掲示板は、匿名で利用することが可能であり、その匿名性ゆえに規範意識の鈍麻した者によって無責任に他人の権利を侵害する発言が書き込まれる危険性が少なからずある」ことに論究して、「匿名性という本件掲示板の特性を標榜して匿名による発言を誘引している」本件サイトの管理者は、権利侵害する発言の書込がなされるように注意を喚起するとともに被害が拡大しないようにするため「直ちに」削除する義務がある、と判示している。

(3) 判決の問題点

本件については、まず、(1) 賠償責任に関して、権利侵害の認識で「直ちに」作為義務を認めた点で、これまでの判例よりも幅広く責任を認めたようにも考えられる^[70]。すなわち、削除義務を制限した都立大事件やニフティ現代思想事件の地裁判決を制限した控訴審判決に共通した、「対抗言論」に基づくプロバイダの責任制限は放棄され、プロバイダにより重い管理責任を要求している。

しかしこの背景には、「対抗言論」の前提が欠如する例外的な事情の存在を、法廷が事実関係の中に認めたとも考えられる。高裁が指摘した「匿名性」の論究は、インターネットの匿名掲示板においては、パソコン通信時代の「対抗言論」の「例外事情」が、むしろ「原則的な状況」になっていることの指摘であるかもしれない。閉じられた同一の自己完結的なネットワーク内ともいえるパソコン通信の時代から、ネットのネットと呼ばれる無数のネットワークや星の数ほどあると言われるサイトと結合されたインターネットへの展開は、「対抗言論」の可能な「場」の成立範囲の展開と必ずしも同視できず^[71]、例外の原則化が横行するようなダークサイドも拡大しているともいえよう。つまり、高橋説における対抗理論の例外こそが、インターネット上の掲示板では一般化される可能性すら生じており、前述した無責任で一方的な書き込みである「川崎祭り」もその一つである。この場合、被害を受けた当事者は反論する方法がない。またたとえば、部落差別の問題文書である地名総鑑などがインターネット上で公開されるようなことがあれば、公開されただけで就職や結婚の身元照会に利用されるなど、その被

[70] 町村・前掲判例タイムズ1104号82, 80頁, 同・前掲別冊79号43頁, 58頁。また、松井『憲法学』244頁註29。

[71] このことは既に、高木・前掲法律のひろば55巻6号35, 36頁が指摘している。

害は計り知れず^[72]、他方、このような差別情報の公開に対しては、対抗言論や反論の方法もない。ネット悪用によるプライバシー侵害や、ネット利用の差別表現は、まさしく、対抗言論の機能しない例外場面であって、これはもはや、対抗理論が問題となる「言論」を越えていると言わざるを得ない^[73]。

かかる背景を本判例は自覚的に指摘するものではあるが、しかしながらそれでも、本判決の解決は事実認定の如何と事案の個別的解決妥当性の問題に帰結すると考えるべきであろう。それ故、対抗言論の例外性がストレートに適用されて、原則的にすべての場合にプロバイダの責任を認めさせ、書き込んだ発言者本人でもないプロバイダに賠償責任を負わせることで救済しようとするのは行き過ぎである。いわんや、プロバイダに検閲官の振る舞いを要求するのも筋違いである。本判決はプロバイダ責任制限法第3条1項について付言し、これが責任の根拠規定ではなく、責任を負担しない旨を規定したものと解したが、そうだとすると、他人の名誉が毀損された発言を知った場合に「直ちに」条理上の義務を負うとしたのは、あくまで「発言者の特定できない」匿名掲示板「2ちゃんねる」事案特有の解決方法であると考えられる。

つぎに、(2)立証責任に関して、違法性阻却事由不存在の立証を掲示板管理者の負担としたが、これも本事例の特殊性によるものと考えられるべきであろう。つまり、接続記録を保存しない方針のために発信者を特定できず、直接責任を追及できない仕組みを構築したのは本サイトの管理・運営者であり、この者にしか責任を追及するすべしか被害者には与えられていないからである。それ故、本来なら発信者本人が立証すべき違法性を阻却することを、被害者に負担が多いからとして、管理・運営者に負担させるのはここでも筋違いである^[74]。しかし負担の均衡論としては、本サイトの運営方法では管理・運営者に負担させる以外に方法がなかったのかもしれない。

このように、損害賠償による救済では、事案の特殊性に縛られた窮屈な結論を導きがちである。そこで、被害者救済に関して重要なのはこのように過去にむかう救済（賠償）ではなくて、

[72] パソコン通信の時代から「地名総監」ハイテク化の動きがあった、1995年5月19日付け朝日新聞、1995年6月18日付け朝日新聞参照。近時の動向については、たとえば、部落解放・人権政策確立要求中央実行委員会編『全国のあいつぐ差別事件2004年度版』11頁、93頁以下参照（解放出版社、2004）。また、部落解放519号（2003）には、「特集・インターネットと人権」についての各論考もある。

[73] なお、「ニフティ FBOOK 事件」判決で展開された意味での「対抗言論の法理」については批判も多い。福島力洋「インターネット上の名誉侵害」法学セミナー565号11頁（2002）は、同判決は対抗言論の固有の問題を扱ったものではなく、反論した結果社会的評価が下落しなかったから名誉毀損が成立しないとするものではないとしている。また、和田真一「インターネット上の名誉毀損における当事者の匿名性をめぐる問題」立命館法学292号495頁（2003）は、反論は権利であって、反論の義務まで認められるかについては疑問を呈し、インターネット上の執拗な攻撃につねに反論で対抗せよというのは酷な場合があることを認めている。

[74] 潮見・前掲コピライト42巻499号30頁以下、高橋・高橋＝松井編前掲書73頁以下。なお、町村・前掲L&T 22号34頁によると、「2ちゃんねる DHC 事件」判決では本件と違って、プロバイダが名誉毀損の免責事由の証明責任を負うことについては言及していない点を指摘し、また、プロバイダ自身の名誉毀損が問われているわけでないので、かかる立証責任についての問題の立て方自体が間違いである旨を主張している、町村・前掲判例タイムズ1104号81頁以下。

むしろ、現在と将来の侵害を即刻に除去すること（差止め）にあるため、現実的な問題解決の方向が模索されるべきであろう。つまり、プロバイダが発信者情報を有さず、あるいは開示しないなどの特定の場合には、同趣旨の新たな発言にまで効力のある包括的な削除を命じる裁判所の判断（差止め判決や仮処分決定）を得ることによって、救済の実効を上げるべきことが主張されている^[75]。ただ、目下のところは、救済はこの方法によるべきだとしても、立法論的には、法廷の判断を求める削除請求権の新設が求められるべきであろう。

なお、本項が予定した放置による削除義務違反に関する事案について、本法律制定・施行後は、法制定以前ほど活発には裁判上で争われていないことも指摘されている。それは本項の規定が功を奏したというよりかはむしろ、4条で認められた「開示請求」へと訴訟の流れが移り、プロバイダではなしに直接に情報発信者に責任追及が可能になった点に原因があるといわれている^[76]。そこでこれについては、章を改めて論じることにしたい。（続く）

【付記】本研究の一部は、平成15年度関西大学研修員研修費によって行った。

【追記】本稿校正の段階で、次の有益な文献に接し得た。矢上哲雄「プロバイダ責任制限法施行後のプロバイダ等の状況」コピライト44巻524号25頁(2005)、森亮二「プロバイダ責任制限法—近時の裁判例と問題点—」コピライト44巻524号30頁(2005)、これについては、本稿(下)において検討したい。

[75] 町村・前掲別冊79号59頁，同・前掲判例タイムズ1104号80頁。

[76] 町村・前掲 T&L 22号33頁以下。