『情報の自由、規制、保護に関する現代的課題』

―プロバイダ責任法制に関する各国制度及び判例等の比較による示唆―

東川（ひがしがわ）　玲（れい）

はじめに－本稿全体のテーマの概観と構成－

１．本稿全体のテーマの概観

インターネット上の「一般人（私人）や団体、人種等」への権利侵害（名誉毀損・プライバシー侵害、著作権侵害、ヘイトスピーチ（憎悪表現）など）はそれぞれ法律上の定義や要件が異なるなか、これらの権利侵害情報からの権利救済に係る制度の枠組みはいまだ不十分であり途上にある。米国や EU、日本ではインターネット上の権利侵害情報の流通による特定の個人や権利者の被害等が問題となった 2000 年前後を境に、プロバイダ責任法制の制度化が図られている。インターネット上の権利侵害については、日本ではプロバイダ責任制限法[1]の下で、特定の被害者からの申立てに基づいて、プロバイダ[2]の責任と発信者への責任追及の両面から、被害者の権利救済と発信者の権利への配慮を定めた制度となっている[3]。しかし、必ずしもプロバイダ責任の捉え方や発信者への責任追及にあたっての発信者情報開示等の運用は国ごとに一様ではなく、各国の制度において被害者の権利と発信者責任、匿名の表現の自由、発信者情報の開示にともなうプライバシー保護の比重や判断基準も異なる[4]。現在、インターネットはさ

---

[1] 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）。

[2] プロバイダ責任制限法が対象とするプロバイダとは、ホスティングプロバイダ、SNS、オークションサイト、ショッピングモール、ポータルサイト、レイティング事業者、動画共有サイトなど多岐にわたるサービスが対象となりうる。発信者情報開示請求の対象については、判例はインターネットアクセスプロバイダも対象となるとする。本稿では、プロバイダと検索サービスを検討対象とするため、両記述は分けて用いることとする。

[3] プロバイダ責任制限法の立案の背景と経緯については、平成 8 年に「電気通信における利用環境整備に関する研究会」、平成 9 年に「電気通信サービスにおける情報流通ルールに関する研究会」を開催し、平成 12 年に開催された「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」での検討を経て、同年 12 月に取りまとめられた「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」概要において①インターネット上の違法な情報への対策として、プロバイダによる自主的な対応の促進と実効性を高めるため、②プロバイダの他人の権利侵害情報に対する措置に係る責任の明確化、③被害者に対するプロバイダが保有する発信者情報を開示するための制度について法制度整備を図る必要があるとの提言がなされている。これらを踏まえて「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に関する法律」は平成 13 年 10 月に閣法第 15 号として第 153 回国会に提出され、同年 11 月 9 日に参議院、11 月 22 日に衆議院において全会一致で可決され、平成 13 年法律第 137 号として公布された。同法は、その後平成 14 年 5 月 27 日に施行されている。

[4] 国会審議における「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案に対する附帯決議」（参議院総務委員会、平成 13 年 11 月 6 日）。同決議では、一、情報の削除や発信者情報の開示が濫用されることのないよう配慮し、発信者の表現の自由の確保並びに通信の秘密の保護に万全を期すこと、二、インターネット等の普及により名誉毀損等の権利の侵害が増大している現状にかんがみ、自己の権利を侵害されたとする者の救済等に当たっては、発信者の正当な権利の行使に支障を及ぼす

らに一般に普及するなかで、被害者からの申立てによって権利侵害情報がプロバイダによって十分に削除されない事例や、プロバイダ責任制限法の対象とならない検索事業者[5]への差止命令などへの社会的な関心も高まっており、インターネット上の権利侵害を抑制する実効的な制度の枠組みについて改めて横断的な検討の必要が生じている[6]。また、権利侵害情報に対する責任分配の視点からは、プロバイダ責任の強化とは別に、発信者への責任追及も含めて全体のバランスが重要であると指摘されている[7]。

プロバイダへの削除義務やアクセス遮断の措置[8]は憲法が保障する表現の自由や通信の秘密に関わる[9]。大手検索事業者に対する検索結果への差止命令が争点となった 2017 年の最高裁決定[10]の判断は、インターネットにおける情報流通の基盤となる検索結果からの削除は、公共の利害に関わる情報を含めて、インターネット上で情報を閲覧する機会を失う可能性があるため、憲法が保障する表現

ことがないよう配慮しつつ、迅速かつ適切に行えるよう運用の在り方等について検討すること、について政府はその実現に努めるべきとされている。衆議院総務委員会でも同趣旨で同タイトルの附帯決議（平成 13 年 11 月 20 日）がなされている。

[5] 宍戸常寿「通信の秘密について」企業と法創造 9 巻 2 号（2013 年）18 頁以下。オンラインの検索サービスは「電気通信設備を用いて他人の通信を媒介する電気通信役務以外の電気通信役務を電気通信回線設備を設置することなく提供する電気通信事業」であるため、電気通信事業法の対象とならず届出等の義務もない。また、プロバイダ責任制限法第 2 条が定める他人の通信を媒介する「特定電気通信役務提供者」にも該当しないこととなる。

[6] 総務省「インターネット上の個人情報・利用者情報等の流通への対応について ICT サービス安心・安全研究会報告書」（2015 年）3 頁。①個人の救済の必要性の高まり、②表現の自由・知る権利等との適切なバランス、③グローバル性を踏まえた各国の法令等を踏まえた検討の視点などが重要であるとしている。

[7] 高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美編『インターネットと法』（有斐閣、2010 年）89 頁。プロバイダ責任や管理責任の負担を増した場合、インターネット上の表現活動に悪影響を及ぼす可能性から、発信者責任の追及とのバランスが重要と指摘している。

[8] 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）19 頁。立法時の議論として、プロバイダへの削除義務の設定については、「プロバイダによる適切な対応を促すための最も直接的な方法は、どのような場合に情報の削除等をするべきなのか（作為義務）を、法律により規定することにより、必要とされる対応を明確化することである。しかし、具体的に個々の情報が権利利益を侵害するものであるか否かの判断は裁判所で行われるべきものであり、また、現状では、判例の積重ねが少ないことから、そのような規定を設けることは困難である。また、個別の情報が権利利益を侵害するものであるか否かにかかわらず、一律、当該情報の削除等をするか否かのルールを定めることも考えられるが、表現の自由の保護又は被害者救済の確保のいずれかの面において妥当性を欠くこととなりかねないという問題がある」と指摘していた。

[9] 毛利透「ドイツにおけるプロバイダ責任法理の展開―危険源の設置者か、有益な表現の場の創出者か」新世代法政策学研究 15 号（2012 年）31 頁。プロバイダに過度の責任を負担させることは、インターネットの発達を阻害する危険を指摘する。

[10] 最三小決平成 29 年 1 月 31 日民集第 71 巻 1 号 63 頁（グーグル事件決定）。

の自由に対する事前抑制とならないようプライバシー保護の利益が明らかに上回らない限り認められないとしている[11]。検索結果からの削除は、プロバイダへの掲示板等における個別の違法な表現への差止命令よりも、情報の流通や知る自由に対する影響を考慮したより厳格な判断が示されていると考えられる。また、発信者に対する責任追及の前提となる発信者情報の開示に関しては、プロバイダ責任制限法は、電気通信事業法が定める通信の秘密規定の適用が特例として除外されていることから、プロバイダは正当な理由がないのに発信者情報を開示した場合は法令違反に問われるため、現状ではプロバイダは刑事訴訟法 197 条 2 項の捜査関係事項照会等を除いて国の機関や地方公共団体等からの開示請求には応じていない。2018 年の大阪市ヘイトスピーチ審査会による答申[12]では、従来の権利救済の枠組みから被害者の支援をさらに広げて、被害者からのプロバイダへの開示請求だけではなく、地方公共団体への発信者情報の開示を可能とするために、大阪市が開示請求を受けて発信者情報の開示の要件を認定した上でプロバイダに開示させる条例や法律に関する検討が行われた。地方公共団体が発信者情報の開示の要件を認定して、プロバイダに発信者情報の開示を義務付けるのであれば、国法レベルでの対応が必要との結論が示されている。本稿では、こうしたプロバイダ責任法制に関わる動きや、インターネットを取巻く状況の変化を踏まえた各国のプロバイダ責任の追及や発信者情報の開示等に関する法制度の比較を通じて、プロバイダ責任法制全体に及ぼす影響等を見通しつつ、今後のプロバイダ法制に関する新たな展開や展望に向けた示唆を得ることを目的としている[13]。

２．全体構成と検討の枠組みについて

---

[11] 最三小決平成 29 年 1 月 31 日民集第 71 巻 1 号 63 頁（グーグル事件決定）。同決定で最高裁が引用する最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集第 40 巻 4 号 872 頁（北方ジャーナル事件判決）によれば、「その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止は、原則として許されないものといわなければならない」と判示している。一方で、「その表現が真実ではなく、公益を図る目的でないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止の必要性も肯定される」として、表現の自由が名誉権に「劣後する場合」があるとしつつ、明白性の原則に則って検索サービスに対しても例外的に差止は許されるとする。

[12] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申）」（2018 年）。

[13] 同上。詳しくは後述するが、上記の答申では、大阪市が条例において発信者情報の開示を義務付けることは現行法に反するとして、電気通信事業法やプロバイダ責任制限法の改正を提言している。

本稿全体のテーマの概観については以上のとおりであるが、本稿全体の構成は第一章から第五章から成り、各章のテーマを連関させながら検討した上で、まとめにおいて本稿全体のテーマと関連付けながら日本のプロバイダ責任法制に関する展望を行う構成としている。また、各章で検討する論点の位置づけやその概要については以下のとおりとなっており、個別の論点については各章においてそれぞれ検討を深める構成としている。また、権利救済の手段については様々なものがあるが、インターネット上における権利侵害情報の流通の防止は、情報の受領者の同意の下で行われるフィルタリングやプロバイダが特定のサイトへのアクセスを遮断するブロッキング、プロバイダが権利侵害情報のデータをサーバーから削除する送信防止措置がある。フィルタリングは青少年に対する有害情報等の閲覧防止等の目的で行われており、利用者側が自主的に設定することから情報そのものの流通は妨げられない[14]。ブロッキングについては、特定の情報へのアクセスを遮断する措置であり、児童ポルノの流通防止のために緊急避難的に認められている[15]ものの、一般利用者は国内外の特定の違法サイトへのアクセスが禁止されるため利用者の情報受領の権利を侵害する。立法化もなされていない状況においては、あくまで緊急避難として認められる範囲を超えて、児童ポルノのブロッキングを除いて権利救済を図ることは憲法や他の法令との関係において問題が大きい[16]。

よって、本稿では検討の対象を絞って、フィルタリングやブロッキングを除いて被害者からの申立てに基づいて保存サーバーや検索結果からデータを削除する送信防止措置に焦点を合わせて、インターネット上の権利侵害情報の削除や

---

[14] 松井茂記『インターネットの憲法学』（岩波書店、2013 年）199 頁。青少年保護のためのインターネット規制については、慎重な対応が求められると述べつつ、法的な規制よりはフィルタリングの推賞の方が妥当である理由として、青少年に有害な情報をすべてブロックできると限らないことや、多くのサイトをブロックしてしまう危険性を指摘しつつ、自主的に用いられる限りにおいて、個々の保護者が監視すれば政府による法的な規制よりは危険性は少ないと指摘する。

[15] 曽我部真裕「インターネットと表現の自由」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か』（法律文化社、2017 年）154 頁。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（法律第 79 号）は、児童ポルノの製造・提供等が実在の個々の児童の権利等の侵害にあたる場合に規制することが正当化されるが、現行法は個別の児童の権利に加えて、社会的な法益（たとえば、児童を性欲の対象としてみる風潮を助長しないことなど）の保護をも立法目的とするものだと指摘している。

[16] 一般財団法人情報法制研究所（JILIS）情報通信法制研究タスクフォース「著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言」（2018 年）。ブロッキングは、フィルタリングとは異なり、発信者はもちろん利用者の同意なく特定のサイトへのアクセスが遮断されるため、通信の秘密違反や表現の自由への侵害が重大となる可能性があるとする。ただし、2011 年より、日本の捜査当局などによる取り締まりが困難な海外サイト等の児童ポルノに対して、インターネットコンテンツセーフティネット協会（ICSA）の協力による自主規制の下で、主要プロバイダによるブロッキングが実施されている。総務省の協力もあることから共同規制とも解せられている。

発信者情報の開示によって発生する憲法および法的問題を検討している。各章で検討するテーマについては、①各国のプロバイダ責任法制の対象、免責される範囲、作為義務や判例等に関する比較を中心に行い、日本のプロバイダ法制への示唆を得ようとしている（第１章）、②米国の著作権侵害に対するノーティスアンドテイクダウン手続きとＥＵの電子商取引指令が定める違法な情報の流通を知り得た場合の速やかな削除による免責規定の日本への導入可能性に関する検討（第２章）、③プロバイダと検索事業者への差止命令に対する判断基準の比較（第３章）、④第三者機関が違法性や発信者情報開示の判断に関わる場合の課題とプロバイダの責任軽減について（第４章）、⑤地方公共団体による発信者情報開示の認定とプロバイダに対する発信者情報開示の義務付けの検討（第 5 章）を柱としている。プロバイダ責任制限法が制定されてから公職の候補者やリベンジポルノへの特例規定による一部改正を除いて、20 年近く改正がされておらず、あらためてプロバイダ責任制限法が定める規定の内容について検討を行う必要がある。また、インターネット上の違法な情報の流通に対する国、裁判所、地方自治体、インターネット事業者が権利救済のために果たす役割について多角的に検討し、表現の自由や通信の秘密と、名誉やプライバシー等の憲法上の権利の比較の視点を加えて、プロバイダ責任の明確化と発信者責任を含めたプロバイダ法制全体のバランスを図る観点から、現在のプロバイダ責任法制の課題と新たな法律上の枠組みの可能性について検討を行う。

３．各章テーマと検討項目に関する概観

第１章では各国のプロバイダ責任法制と判例法理の比較による検討を行う。プロバイダが免責される範囲については、日本では、通信の秘密が適用される電気通信事業法上の電気通信事業者や、信書便法上の信書を取り扱う郵便局など、他人の情報の伝達を媒介するコモンキャリアは責任を負わないと考えられている。日本に限らず米国やＥＵでも単なる導管のサービスの提供者はプロバイダ責任は問われないとされる。プロバイダ責任については、①情報の内容を知ることができるか、②情報の内容を決定することができるかという分類の視点[17]によれば、各国のプロバイダ法制において、プロバイダは、日常的なサービス提供に際して膨大な情報の流通の中に違法な表現がないか探知する一般的な監視義務を負わないとされている。よってプロバイダは、基本的には流通する情報の内容を知ることができないため、権利侵害情報が流通していたとしてもプロバイダは責任を問われない。一方で、プロバイダは、違法な情報が流通していることを知った場合、あるいは知ることができた場合は、情報の流通に影響を及ぼす配信

[17] 松井・前掲注 14）227 頁以下。

者としての責任を負う。我が国のプロバイダ責任制限法におけるプロバイダ責任も、インターネット上で違法な情報の流通を知った時点で発生するという配信者責任に近い考え方である。プロバイダは情報の内容を知った時に接点もしくは責任が発生することから、どの時点から被害者との関係において作為義務が発生し、いかなる作為義務の行使によって免責がされるのかについて規定することは、プロバイダ責任の明確化からは重要な点であると考えられる。プロバイダ責任を明確化しようとする動きとして、プロバイダ責任制限法制定の検討段階においてプロバイダが果たすべき権利侵害情報に対する具体的な作為義務を法律に明文化しようとする議論があった[18]。しかし、プロバイダへの規制を通じたインターネット上における自由な表現に対する制約や萎縮への懸念、明文化する際の立法技術上の課題、当時判例が少ないことによる作為義務の内容や範囲が定まっていないことなどの様々な課題が生じると考えられた。各国のプロバイダ法制においても、プロバイダは違法な情報の流通を知らない場合には民事上の責任は問われないとする規定が中心となっており、プロバイダの作為義務を法律に明記していない。一方、EU の電子商取引指令やドイツのテレメディア法では違法な情報を知り得た場合に速やかに削除することによりプロバイダは免責されると規定している。また、米国では著作権分野におけるノーティスアンドテイクダウン手続きによる違法な情報の削除が行われるなど、日本のプロバイダ法制とは異なる規定も見られる。プロバイダ法制をめぐる動きとして、今後、インターネットの発達により公然と権利侵害や違法な情報の発信が行われ、より多くの利用者に広く流通する中で、こうした違法な情報に対処すべき場合において、プロバイダ責任を問う声は強まることが予想される。こうした動きとして、ドイツでは 2017 年に SNS 対策法が制定され、ヘイトスピーチの SNS における拡散に対処するために、事業者に明らかに違法な情報については 24 時間以内の削除を求め、違反した場合には高額の過料を科す等の内容の立法が行われている。ドイツとは状況が異なるものの、日本でもプロバイダに対するインターネット上の権利侵害情報への対処が強く求められることも想定される。インターネット上の権利侵害の態様については他国とは置かれている状況は異なるものの、制度面から権利侵害情報に対するプロバイダ責任を検討するにあたっては、①全体の責任分配の観点からの権利侵害情報に対するプロバイダ責任と発信者責任とのバランス、②名誉権やプライバシー権等の人格権とプロバイダ自身の編集権や発信者の表現の自由という憲法上の権利の保護のバランス、③被害者による発信者責任を追及するための発信者情報開示請求権と発信者のプライバシー、匿名の表現の自由、そしてプロバイダの通信の秘密とのバランス

[18] 郵政省・前掲注８）参照。

などを検討する必要がある。第１章では、プロバイダ責任の明確化の観点から、各国の法制度や判例等の比較を行い、責任の本質について検討を深める。権利侵害情報に対するプロバイダと発信者の責任分配や憲法上の権利のバランスの観点から見た場合、日本と米国、ＥＵではどのように異なるのだろうか。これらの国の法制度及び判例を中心に比較参照を行いつつ、プロバイダ法制における我が国のプロバイダ責任の分配や権利救済の関係について検討を行う。

第 2 章では、米国のデジタル・ミレニアム著作権法が定めるノーティスアンドテイクダウンの制度面及び判例を分析し、日本への導入可能性について検討する。ノーティスアンドテイクダウンは、権利者からの通知に基づいて速やかにプロバイダが削除を行うことにより法的責任から免責される制度である。ノーティスアンドテイクダウンは発信者の表現の自由や利用者の適法なコンテンツの受領や流通を妨げる可能性がある。この点、米国のデジタル・ミレニアム著作権法は、ノーティスアンドテイクダウンによる表現の削除に対し、発信者による反対通知・復活制度を設けており、発信者に対する一定の保護の手続きを図り、発信者の権利とのバランスを図っている。また、ＥＵの電子商取引指令は、プロバイダが違法な情報の流通に気付いた場合に速やかに削除することにより免責される規定があり、同指令を受けたドイツなどでも国内法化されている。プロバイダが発信者に同意を得ることなく、プロバイダの判断により違法な情報を速やかに削除するノーティスアンドテイクダウン手続きの課題と権利救済について検討する。

第 3 章では、日本の判例が検索事業者に対して示した表現の自由とプライバシー権等の人格権との憲法上の権利比較による判断基準とプロバイダに対する作為義務に関する判断基準について比較を行う。検索事業者の責任については、最高裁は、検索事業者が検索結果からのプライバシー情報等を削除すべき法的な責任を負うのは、検索結果等が果たしている役割や表現の自由の保護の重要性から、プライバシー保護の利益が明らかに上回る場合に限られるとする判断基準を示している[19]。最高裁が引用する北方ジャーナル事件判決が示した事前抑制の側面を有する差止命令に対する慎重な判断[20]は、検索事業者だけでなくプロバイダに対する差止命令にも当てはまると考えらえるが、検索事業者の権利侵害情報に対する法的責任は、第三者によって発信された権利侵害情報に対するプロバイダ責任と比べて、検索結果が表示する情報は利用者の検索行為によるものであり発信された情報との関係はより間接的なものにとどまっていると考えることもできる。こうした憲法上の権利の比較から作為義務を導く方法は、一

[19] 前掲注 10）参照。

[20] 前掲注 11）参照。

般法の条理に基づく一定の作為義務を負うプロバイダの不法行為責任の捉え方とは異なり、個人の人格権の保護よりもインターネット全体における検索事業者の役割から表現の自由を重視する厳格な判断基準となっている。検索事業者が負う法的責任とプロバイダ法制における法的責任を比較し、違法な情報の流通を知りうることによって生じるプロバイダと検索事業者の責任について論じる。現在、プロバイダ責任制限法の対象には検索事業者は含まれていないため、検索事業者は権利侵害情報の流通に気付いた場合に一定の作為義務を負うことを前提として、送信防止措置等を求められているわけではない[21]。しかし、インターネット上の違法な情報流通を抑制するとの観点から見た場合には、検索事業者とプロバイダの責任は同様に規律されるべきとも考えられることから、検索事業者の位置付けや法的責任、作為義務等についてプロバイダと比較し、検索結果からの権利侵害情報の削除が行われやすい制度及び判例基準へ向けた検討を行った。

第 4 章では、プロバイダ責任制限法上の権利侵害情報の違法性の判断や発信者情報の開示要件について、プロバイダ責任を軽減して権利救済の向上を図る視点から、立法時より第三者機関の活用について検討が行われた経緯がある。プロバイダ責任制限法は、違法性の判断にあたってプロバイダ以外には、裁判所を除いて他の機関等には何らの義務や判断に係る権限等を付与していない[22]。このため、プロバイダの判断等に係る負担や責任軽減のために第三者機関の活用や法的な位置付け等の課題が検討されうる。プロバイダ責任制限法は他人の権利侵害を責任要件としていることから、直接の権利侵害の対象とならない第三者機関をどのように法的に位置づけるのかが問題となる。発信者情報の開示請求を受けた際の権利侵害の明白性等の要件を満たすなどのプロバイダの判断を補完する役割、第三者機関によるプロバイダに対する要請への法的拘束力の付与における課題等について検討する。現在、インターネット上で権利侵害情報等の権利侵害が問題となった場合には、プロバイダ責任制限法のガイドライン[23]（以下、ガイドライン）では、法務省の人権擁護機関が被害者からの申立てに従って権利侵害情報として認定したものについては、プロバイダに対する削除等の「要

---

[21] 宍戸・前掲注 5）参照。

[22] 曽我部・前掲注 15）第 9 章。プロバイダ責任制限法は、プロバイダに対する削除義務を定めたものではなく、プロバイダを運営する事業者の不法行為責任又は契約責任としての阻害賠償責任を制限する民法の特別法であると指摘している。また、総務省作成のガイドラインでは、信頼性が認められる機関等による権利侵害情報の通知があった場合は、プロバイダが削除を行っても発信者に対する責任が基本的に免除されると定められている。

[23] プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会「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――」（2018 年）。

請」を行い、プロバイダが同機関の要請に基づいて削除等を行った場合は、基本的には発信者に対する責任が問われないと規定されている。しかし、プロバイダ責任法制においては、第三者機関の権利救済手続きへの関与は規定されていないため、関係者間による自主的な解決、もしくは司法判断にそれらの問題解決が委ねられている。民間機関の場合は法律に基づく拘束力を付与することは困難であることから、補完的な、あるいは自主的な役割が想定される。プロバイダ責任法制における第三者機関の役割や法的な位置づけを検討することによって、被害者からの申立ての段階から権利救済が現状よりも一元的に図られる可能性がある。

第 5 章では、プロバイダ責任と発信者責任のバランスを図る観点から、プロバイダ責任制限法 4 条が定める発信者情報取得の要件が、権利侵害の明白性及び正当性の双方を満たす必要があり、厳格な開示要件によって被害者が裁判による発信者責任の追及のために、匿名の発信者を特定するべく開示をプロバイダに求めてもプロバイダによる発信者情報の開示が進んでいないとの指摘がなされている[24]。こうした課題に関して、2018 年 1 月の大阪市ヘイトスピーチ審査会答申[25]にみられるように、プロバイダ責任制限法 4 条の規定により、被害者は匿名の発信者情報の開示の権利を有するものの、同法では直接の自己の権利を侵害された者に開示請求権を認めており、地方公共団体等には開示請求権はない[26]。このため、地方公共団体が開示請求を行っても、プロバイダの任意に委ねられるなど、現行法の枠内では地方公共団体ができることには限界がある。また、匿名の発信者に対する責任追及を行うための発信者情報の開示は、被害者側にとって負担となっていることから開示の要件を緩和することが求められるが、条例で発信者情報開示の要件を緩和することは発信者のプライバシーや通信の秘密等との関係においてどのような課題があるのだろうか。同審査会の答申では、発信者情報の取得の要件の明確化や提供の義務付けのためには、新たな法律

---

[24] 日本弁護士連合会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言（案）に対する意見書」（2011 年）5 頁以下。プロバイダ責任制限法 4 条の開示要件の厳格性だけでなく、権利侵害の明白性を満たすためには「違法性阻却事由の不存在」を含むとされていることを批判している。実際の判例では，著作権の場合は権利制限事由の不存在の立証は求められておらず，名誉毀損についても違法性阻却事由の不存在の立証を求めていないものもあることから、同提言が判例をもとに「違法性阻却事由の不存在」の主張の立証責任を要するかのように述べているのはミスリーディングと言わざるを得ないと指摘している。

[25] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申）」（2018 年）。

[26] 総務省「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－解説－」（平成 29 年 1 月更新）26 頁。自然人のみならず、法人や権利能力なき社団を含むとされる。

の制定を国に求めており[27]、地方公共団体が発信者情報の開示をプロバイダに求める際に生じる問題や、ヘイトスピーチ等による発信者責任の追及のための被害者への訴訟支援等の課題について検討を行う。

[27] 詳しい検討は別途として、大阪市ヘイトスピーチ審査会がまとめた「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申）」(2018 年）7 頁。市の条例に基づいてヘイトスピーチの表現活動者に係る氏名等の情報を取得するのは、保存期間が定まらぬ中で、任意の要請に止まらざるを得ず、十分な訴訟支援を行うことができないと指摘する。また、氏名等の公表についても同条例の目的に照らした場合に、同条例では、ヘイトスピーチを禁止するという不作為義務が課されていないことから、不作為義務の履行を目的とした制裁的な手段として公表を行うことはできないとも指摘する。

第１章　各国のプロバイダ責任に関する法制度の動きや判例法理に見る日本のプロバイダ法制への示唆

１．はじめに

日本のプロバイダ責任制限法 3 条 1 項は、他人の権利を侵害する情報の流通によって損害を受けた者の申立てや知りうる場合でなければプロバイダ責任に問われないと規定するとともに、同法 3 条 2 項により送信防止措置を講じた場合に発信者の表現の自由にも配慮し、相当の理由もしくは同意照会期間を設けるなど、プロバイダによる削除によって生じた損害賠償責任を定めて被害者と発信者の権利のバランスを図っている。しかし、違法な情報の流通を知り得た場合でなければプロバイダ責任を負わないと規定する一方で、知り得た場合にいかなる作為義務が生じるかその根拠や内容等は規定されていない。また、作為義務からプロバイダ責任が速やかに送信防止措置を講じることによって免責されるとする規定がないのが特徴であり、送信防止措置を講じた場合に生じた発信者への損害に対する賠償責任の制限を定めるのみである。近年の動きとして、プロバイダが送信防止措置を行ったことによる発信者に対する責任については、リベンジポルノ等の権利侵害情報の流通による権利侵害が問題となった際に、発信者に対する同意照会期間を 7 日から 2 日に短縮するなどの法改正が行われた。短期間のリベンジポルノの拡大による回復不能な被害が発生する畏れを考慮して、リベンジポルノ防止法[28]は、私事性的画像記録の定義を置いて、プロバイダによる情報の送信防止措置について発信者との間の確認手続きを短縮する規定が盛り込まれている[29]。

米国では、連邦通信品位法（Communication Decency Act）[30]230 条 (c)項(1)において、双方向コンピュータサービスのいかなる提供者又は利用者を別の情報コンテンツ提供者が提供する情報の発行者（Publisher）又は表現者（Speaker）として扱ってはならないと定めている。インターネット上のコミュニケーションを常時監視する義務からプロバイダを免責するとともに、(c)項(2)により憲法で保障されるいかなる表現であってもアクセスや利用を制限するために誠実にとった措置によって民事上の責任を負わないと規定する。米国において発達した憲法上の表現の自由の厳格な審査基準の影響もあり、立法時にプロバイダが他者が提供する情報を常時監視することがもたらすインターネット上の言論への萎縮効果への配慮がなされている。日本でもプロバイダ責任の追及は、特にイ

---

[28] 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（平成 26 年 11 月 27 日法律第 126 号）。第 4 条がプロバイダ責任法の特例となっている。

[29] 曽我部真裕＝林秀弥＝栗田昌裕『情報法概説』（弘文堂、2015）161 頁。

[30] Communication Decency Act of 1996, 47 U.S.C.

ンターネット上の公共的な利害に関わる言論に対するプロバイダによる送信防止措置等の実施については、従来のメディアに対する規制と同様に表現の自由を重視して慎重な考え方が見られる[31]。一方で、自己実現のための表現の自由と他人の名誉（人格権）が衝突するときは、ともに個人的な利益であっても、人格権はそのまま侵害されてしまうか保護されるかしかないのだから、当該表現を行わなければ自己実現が不可能になるという特殊な事情がない限り、人格権を保護すべきとする見解もある[32]。米国におけるプロバイダ責任の考え方は、公共的利害に関わる表現を萎縮させるとの見方が強く、被害者の権利と発信者の権利のバランスとしては発信者の表現の権利がより重視された。日本では、こうした公共的利害に関わる表現を人格権を制約する公共の福祉と捉えて、個人の人格権等の権利は全体の利益の前では犠牲もやむを得ないとする考え方であるとの批判を受ける[33]。本章では各国の法制度及び判例法理の特徴を検討しつつ、プロバイダ責任法制における被害者の権利と発信者の権利のバランス、さらにはプロバイダ責任と表現の自由との間の調整がどのように図られるべきなのかについての示唆を得ようとするものである。

２．米国におけるインターネット上の有害情報に対する規制の動向

インターネット上の有害情報規制については、米国でも 1990 年代以降、わいせつ表現に対する青少年の保護の必要性から規制を求める声が高まり、連邦議会は連邦通信品位法が制定された。米国では表現の自由を強く保護してきた中で、インターネット上の表現規制についても、例外的に憲法の表現の自由の保障に含まれない表現を定義[34]し、青少年に対する有害情報への規制を立法化するものであった[35]。米国の連邦最高裁は、放送と同様にインターネットも一定の規制

---

[31] 実体法上の議論に重ねて、我が国の名誉毀損罪における真実性等の立証責任は表現者側が負うとする点など名誉権の保護にかたよりすぎているとして、米国の現実の悪意を公人側が立証すべきとされるなどの表現の自由に対する手厚い保護が必要と主張している。

[32] 高橋・前掲注７）60 頁。自己統治の観点からは、情報の伝達や受領する権利については表現の自由の保障が不可欠であるが、名誉にかかわるもののうち、公共の利害に関わる情報であっても純粋に私的な事柄はこの文脈では保護に値する情報ではないとする。

[33] 同上 62 頁。憲法は、人権の制限につき公共の福祉による制限という論理を認めているが、デモクラシーや公共的利害に関わる言論を公共の利益のためと捉えて、個人の権利は甘受されるべきとする考え方は、全体の利益のために無償で個人の被害を収用することであり、公務員等の特別な立場を除いて一般人のうちの特定の個人の無償収用による不公平感は無視されるべきではないと指摘する。

[34] T.BARTON CARTER ET AL. MASS COMMUNICATION LAW, IN A NUTSHELL 20-21（7th ed.2014）．定義付け衡量（definitional Balancing）は、カテゴリカルに表現の自由の対象外とする表現をあらかじめ定義付ける理論。典型的なのは営利的言論の区別による立法規制が挙げられる。しかし、わいせつ表現のように定義付けがむずかしく過度に広汎な定義になりうる場合がある。

[35] 高橋・前掲注７）59 頁参照。こうした表現を定義付けるアプローチとの関連において、予め名誉毀損

を受けるという主張を排除し、インターネットはラジオやテレビと異なり有限希少な電波を使っておらず、利用者が受け身ではなく、自ら主体的に情報にアクセスすることで情報を取得することから侵入性もないとした。そして、インターネット上の表現に対しても修正 1 条の保障が及ぶことから、同法の有害情報の定義の内容は、過度に広汎な内容規制であり、青少年だけでなく成人からのアクセスや情報流通をも妨げる可能性があるとして同法の一部を文面上違憲無効とした[36]。

続いて、連邦議会は子どもをオンライン上で保護するために、17 歳未満の青少年に有害なコンテンツを営利目的で掲示した者に対し刑罰を科す法律（COPA 法）[37]を制定した。同法は有害な表現の定義をわいせつな表現に関する判例の定義に従い、自主的に善意でアクセスを制限している場合の免責の抗弁を主張していたが、表現を過度に広汎に制約するものかどうかが争われた 2002 年の Ashcroft v. ACLU 判決[38]において、連邦最高裁は定義が限定されており広汎な規制ではなく修正 1 条に反しないとして差戻した。しかし、控訴裁判所が再び違憲の判決を行ったため、上告審である 2004 年の Ashcroft v. ACLU 判決[39]において、他により制限的でない代替手段が存在するとして、厳格な審査基準に照らして違憲とした。法廷意見は法律によって規制を及ぼすのではなく、フィルタリングの奨励によって目的を達成できるとした[40]。

また、米国連邦議会は、子どもをインターネットから守る法律（CIPA 法）[41]を制定し、連邦政府の図書館サービスを定めた法律に基づいて補助を受けている公立図書館がインターネット端末を設置する際は、ポルノや有害なサイトにアクセスできないフィルタリング・ソフトを導入しない限り、補助が受けられないとした。連邦最高裁は 2003 年の United States v. American Library Association, Inc 判決で同法を合憲とした。法廷意見は図書館にはわいせつな書物を置かないことに裁量があるとともに、インターネットを通じて閲覧可能な

を定義し尽くすことは不可能に近いと指摘。インターネット上発信者も明確な定義ができない以上、安全が確信しうる地帯にまで身を退こうとすると指摘。

[36] Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997). 連邦最高裁は、同法の規制の対象となった「indecent」の定義が明確になっていないことを理由に挙げる。

[37] Child Online Protection Act-COPA of 1998, 15 U.S.C.

[38] Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564（2002）.

[39] Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656（2004）.

[40] 松井茂記「レーンキスト・コートと表現の自由」宮川成雄編『米国最高裁とレーンキストコート』（成文堂、2009）105 頁。法廷意見はフィルタリングは、国内のサイトだけでなく、外国サイトの有害な表現をも排除することができるとして、法廷意見を書いたケネディは規制ではなく、他の代替的な手段による自発的な取組を支持した。

[41] Children's Internet Protection Act-CIPA of 2000, 47 U.S.C.

表現をあらかじめ設定で閲覧不可とすることは、利用者が適法に情報にアクセスできる環境を提供する図書館の権利を妨げないとしている。

米国のインターネットに対する有害情報への規制立法は、修正 1 条による大幅な制約や影響を受けてきたと言える。プロバイダ責任を定めた 1996 年の連邦通信品位法 230 条に関しても、同法(c)項(1)は、いわゆる規制の導入ではなく、プロバイダ及び個人は第三者が行った情報提供に対し、発行者もしくは表現者としての責任を問われないとした。また、同法(c)項(2)は憲法が保障する表現であっても発信者との関係でプロバイダがアクセスや利用を制限した場合でも民事責任から免責されると定めている。日本のプロバイダ責任制限法では、プロバイダ責任は、情報の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場合もしくは知りうる場合に生じるとしており、米国のような発行者や表現者としての責任を免責するという規定にはなっていない[42]。このような権利侵害情報に対するプロバイダ責任の規定の相違について、プロバイダ責任の明確化の観点から、米国及びＥＵ、さらに英国、ドイツの法制の動きを参照しつつ、以下検討を行う。

3. 米国におけるプロバイダ責任を巡る動き

3－1. 連邦通信品位法によるプロバイダの法的責任をめぐる動き

米国では連邦通信品位法の施行以前の判例上のプロバイダ責任の範囲については、Cubby, Inc v. Compuserve 判決[43]では、実効的にコントロールを及ぼすことができないため、プロバイダは、利用者が送信した電子メールの内容に責任を負わないとした。図書館や書店を例に挙げて、これらが書籍の内容に編集権を有さないことを理由としている。しかし、Stratton Oakmont, Inc. V. Prodigy Services 判決[44]は、電子掲示板サービスを提供するホスト・プロバイダがオンライン上で常時監視を行い、自動的に削除できるシステムを有していたところ、プロバイダは編集権を及ぼすことができるとして発行者としての責任を負うとされた。ところが同社が監視システムを廃止した後の訴訟では、判例は通信事業者と同様にメールや電子掲示板上の名誉毀損に対して責任を負わないとした[45]。このようにプロバイダ責任を解釈した場合は、法的責任を回避するが為に、プロバイダが意図的に違法な書き込みがなされていないかチェックすることを止めてしまう可能性が高くなり、電子掲示板等を積極的に利用する者が減る、あるいは

---

[42] プロバイダ責任制限法は、著作権法違反のコンテンツの削除等も対象としているが、本章では米国法に合わせて名誉毀損による人格権の侵害に対象を絞って要件等を検討する。

[43] Cubby, Inc v. Compuserve, 776 F Supp. 135（S.D.N.Y 1991）.

[44] Stratton Oakmont, Inc. V. Prodigy Services, WL 323710（N.Y.Sup.Ct 1995）.

[45] Lunney v. Prodigy Services, 250 A.D.2d 230, 683 2d. 557（1998）.

電子掲示板が無法地帯と化して違法な書き込みで溢れてしまうことが懸念された[46]。

1996 年に成立した連邦通信品位法 230 条(c)項(1)は、プロバイダ及び個人は、インターネット上の双方向サービスにおいて情報提供者（Contents provider）が発信したいかなる情報に対しても、発行者及び表現者の責任は負わない[47]。同法の発行者及び表現者は、プロバイダ責任制限法 2 条の定義に含まれる発信者とは同義ではないと考えられるが、こうした直接、違法な表現を行った発行者以外の媒介者あるいは情報の配信者としての責任を負うのかについては明記されていない。発行者以外の責任について明確になっていないため、プロバイダとしては監視を行うなどしてアクセスや利用を制限しようと対応した場合は、発行者以外の責任に問われる可能性もありプロバイダは積極的に対応することにより、責任を負う可能性がある。同法(c)項(2)(A)は、プロバイダ及び個人は、憲法で保障される表現であっても、誠実（good faith）にわいせつ、過度に攻撃的な、みだらな、嫌がらせ、その他の好ましくない表現に対するいかなるアクセスや利用を制限するために行った措置に対して民事法上の責任を負わないと規定している[48]。同法(c)項(2)(A)の誠実さは、いわゆる善意によって救おうとした者が誤って犯した罪に対して法の責任を問わないとする“良きサマリア人”の誠実を保護していると解釈される[49]。また、アクセスや利用を制限する対象となる表現は、プロバイダ責任制限法が他人の権利を侵害する違法な情報としているのに対して、不快な、好ましくないといった表現を対象としている点が異なっている。

同法は(f)項(3)においてプロバイダが情報提供者として不快な表現を行った場合に負う損害賠償責任について規定している[50]。連邦通信品位法 230 条がプロバイダ責任を限定したのは、プロバイダがインターネットサービスを提供する上で、発行者と同様の責任に問われた場合、違法な表現が行われていないか常時監視するなどの法的に責任ある体制を一から構築し、違法な情報が流通していた場合は、情報の一部あるいは全部に対して送信防止措置を行わなければならないことから、プロバイダ負担が重くなることでインターネットサービスによ

---

[46] 松井・前掲注 14）337-338 頁。同判決に連邦議会が懸念を抱いたとする。

[47] 47 U.S.C. 230 (C)(1) No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.

[48] 47 U.S.C. 230 (C)(2)(A) No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected.

[49] 松井・前掲注 14）339 頁。よきサマリア人のたとえに照らすと、名誉毀損表現を削除もしくは善意でブロックしたことに対し、名誉毀損の表現者との関係で責任を問われないことを意味する。

[50] Carter, *Supra Note* 8, at77.

る新たな言論の提供が困難となることを回避する狙いもあったとされている[51]。

3－2．連邦通信品位法 230 条(c)項(1)の免責範囲の争いについて

裁判所による同法の解釈で争われたのは、プロバイダは、インターネット上において第三者の表現に対する法的責任を負わないとされているが、違法な表現を知っていた場合、あるいは知りうる場合に配信者として責任を負うかであった。プロバイダによる表現に対する法的責任に関しては、AOL に対して第三者の記載の削除と損害賠償を請求した Zeran v. American Online[52]判決において、連邦地裁は、同法はインターネットサービスを提供する AOL は第三者の表現に対して発行者もしくは表現者として法的責任を負わないこと、その結果、AOL サービスの利用者によるサイト上で名誉毀損が行われていたことを仮に知っていた、もしくは知り得たとしても、プロバイダは発行者でも表現者でもないことから、第三者が発信した内容に対して法的責任を負わないとした。また、プロバイダの免責範囲は、連邦通信品位法 230 条(c)項(1)の発行者もしくは表現者の定義に限られることから、配信者としての法的責任に問うことができるとの原告の主張に対しては、判例は、プロバイダに対して違法な情報の流通を知っていた場合や知りうる場合に配信者責任を認めた場合は、プロバイダは第三者の投稿内容についての一般的な監視義務を負わないとする先例に反して、プロバイダに一般的な監視義務を問うことになる。よって、プロバイダは第三者が行った表現に対して発行者としての責任に問われないだけでなく、情報の流通を可能とさせたことによる配信者としての責任からも免責されるとした[53]。同判決により、プロバイダは違法な表現に対して発行者としての法的責任を負わないことに加えて、違法な表現が流通していることを知り得た場合でも責任を負わないとする同法の解釈が示された[54]。

しかし、同判例の解釈は、一般的な監視義務を負わないことを強調するあまりに、プロバイダが違法な情報の流通を知っていた場合であっても、被害者に対する法的責任からも免責されることになるため、プロバイダはアクセスや利用の制限措置を行う作為義務が存在しないことになると学説から批判をうけうる[55]。プロバイダが自ら違法な表現を知っていた場合でも不作為による責任を負わな

---

[51] 毛利透「インターネットにおける他者の言論の引用者の法的責任」長谷部恭男ほか編「現代立憲主義の諸相（下）」（有斐閣、2013）460-461 頁。

[52] Zeran v. American Online, Inc.,129 F3d 327（4th Cir.1997）.

[53] *Id.*at 332.

[54] Carter, *Supra Note* 8, at 77.

[55] 平野晋「免責否認の法理（「通信品位法 230 条」）」情報通信政策レビュー8 号（2014）7 頁以下。プロバイダに対して違法な情報コンテンツを削除する自主規制の意欲を削ぐと指摘。

いとすれば、プロバイダの違法な表現に対する作為義務を否定することを意味する。しかし、Doe v. GTE Corp 判決[56]では傍論において、連邦通信品位法 230 条の立法目的は、(c)項(1)はプロバイダに対して発行者責任に限定して免責しているだけであり、配信者としての責任からは免責していないことから(c)項(2)の規定に基づいて不快な表現に対するアクセスや利用制限による規律を及ぼそうとしたのであり、そのような自主的な措置によって生じる発行者に対する民事責任から免責していると解釈すべきという[57]。こうした見解は、現在のインターネット上の様々な違法な表現などの新たな規律が問題となる表現類型に対する規律の必要性に呼応しているとして支持する見解もある[58]。判例解釈では(c)項(1)に配信者の責任が含まれないため、プロバイダは違法な表現を知っていた場合であっても法的な作為義務を負わないことから、プロバイダによるアクセスや利用の制限措置が期待できないと批判されている[59]。

3－3. 契約上の義務と連邦通信品位法 230 条の関係

Barnes v. Yahoo!, Inc 判決[60]は、再び 230 条(c)項(1)の発行者の定義に配信者が含まれるのかが争われた。原告は過去の交際相手から復讐を目的として評判を落とす個人情報をインターネット上に公開されたことにより、ヤフーに対して名誉毀損を訴えたものである。また、裁判外において原告からの削除の申立てに対して、ヤフー側が削除を行うとした約束が禁反言に反するかいついても争われている。配信者の責任は 230 条(c)項(1)の発行者の定義には含まれていないとの原告の主張に対し、控訴裁判所は通常の名誉毀損法に照らして、発行者は当該発言を行った者や出版物の作者だけでなく、配信を行った出版社や新聞社も対象となる[61]。そして、設備や機器等を提供したに過ぎない印刷などの製造行程に携わった者の責任は問われない。名誉毀損責任に問われるのは、発行者を意味しているが、名誉毀損法では、直接の発行者以外であっても、名誉毀損が現実に行われていたか、知りうる可能性があった場合に出版社や新聞社は配信者としての責任に問われる[62]。原告は 230 条(c)項(1)の発行者の解釈は、名誉毀損法の直接責任のみが含まれるため、配信者としての責任は免責されていないと主張

---

[56] Doe v. GTE Corp, 347 F 3d. 655（7th Cir. 2003）.

[57] 平野・前掲注 55）10 頁参照。

[58] Carter, *Supra Note* 8, at 233.

[59] Gregory M. Dickinson, *Note, An Interpretive Framework for Narrower Immunity under Section 230 of the Communication Decency Act*, 33 HARV. J.L. & Public Policy 863（2010）.

[60] Barnes v. Yahoo!, Inc,570 F.3d 1096 5314, 5335 (9th Cir. 2009).

[61] *Id* at 5326.

[62] *Id* at 5327.

したのに対して、控訴裁判所は 230 条(c)項(1)の発行者の解釈は、名誉毀損法における直接責任のみを反映したものではなく、直接責任と配信者責任を区別せずに免責していることから、原告の主張は受け入れられずヤフー側に配信者責任は認められないとした。連邦通信品位法 230 条の制定過程は Stratton Oakmont 判決で争われた直接的な発行者の責任を明確にして免責することを目的とした規定であるとの主張も退けている[63]。

一方、裁判ではヤフー側が原告との間で名誉毀損表現に対して削除を約束した、一般法に基づく約束的禁反言の法理の検討が行われた[64]。控訴裁判所は、まず約束的禁反言の性質は、契約上の約束違反による不法行為一般の原則に含まれる原理とした上で、米国ではこれまで契約違反は契約上の争いの中心であり、このような約束に基づく契約への期待は、裁判においても原告の主張と被告の防御の争点となりうること、また約束の履行を促す実効性（enforcement）を持つとした。その上で、一般法と連邦通信品位法 230 条との関係については、230 条(c)項(1)は双方向サービスにおける発行者としてのプロバイダの責任を包括的に免責している条項であると改めて示した上で、当事者間の契約から発生する一般法に基づく約束的禁反言に基づく義務を免責するものではなく、ヤフーが明示的にサイトから削除をするとした約束を一方的に、錯誤や脅迫等の根拠もないままに、破棄できないとした[65]。そして、230 条(c)項(1)と一般法の関係については、異なる法体系のルール（通常は不法行為または法律に由来する）から発生する義務に従う必要があり、第三者の表現を削除せず公開し続けることはできず、ヤフーが履行可能であるという意図を持って削除を約束をした場合は、一般法が適用されるため、ヤフーが負う法的義務が発生する法体系（ベースライン）は変更されると結論付けている[66]。

3－4．第三者による情報提供と自己の情報の関係について

連邦通信品位法 230 条(f)項(3)[67]が定める情報提供者の関係が問題となった Carafano v. Metrosplash.com 判決[68]では、匿名の第三者によって本人になりすまして投稿されたプロフィールが真実でなく評判を貶めるものとして、インターネット上のサイトを管理運営するプロバイダの責任が争われた。地裁は、同サ

---

[63] *Id* at 5329.

[64] *Id* at 5330.

[65] 約束的禁反言から発生する義務は、非契約上の行為に基づく義務や弁護士の能力によって左右される義務ではなく、強制的な約束であるとしている。

[66] *Id* at 5335.法廷意見の中では、原告との間の契約がなお有効かどうか立証の余地があるとしている。

[67] 47 U.S.C. 230 (f)(3).

[68] Carafano v. Metrosplash.com, 207 F.Supp.2d 1055（C.D.Cal.2002）.

イトを運営するプロバイダは230条(f)項(3)の情報提供に該当するため230条(c)項(1)の免責条項は適用されないとして、プロバイダの責任を認める判断を示した。第三者の表現ではなく、同サイトが行っているアンケートがプロバイダが作成したプログラムによってコンテンツを生成する構造をしており、本人になりすましてアンケートに答えればプログラムによって自動的にプロフィールが形成される。同サイト上では容易に本人になりすましてプロフィールを作成できるため、情報提供者としてプロバイダに法的責任の発生を認めうるとする[69]。またプロフィールやサイトの内容に対する投稿コメント欄に誹謗中傷等の表現がある場合に、コメント内容を事前に把握し削除するなどプロバイダ側が管理編集できることも考慮された。しかし、控訴裁判所は、原告のプロフィールは結局、コンピューターのアルゴリズムではなく、第三者の回答に基づいて作成される性質のものであり、プロバイダは(f)項(3)の情報提供者に該当せず包括的に免責されるとした[70]。

その後の判例も230条(c)項(1)の包括的な免責条項が適用されており、原告の訴えはなかなか認められない。Jones v. Dirty World Entertainment Recordings判決[71]では、匿名の発信者の表現により生じた精神的苦痛に対する賠償請求をサイト運営者に求めた。地裁は、同サイトがまさにその名前から推察されるように、サイト内の攻撃的な表現の展開を強く促していると指摘した。地裁は、230条(f)項(3)の定義に基づいて、情報の創出ないし展開に全部または一部の責任を負う情報提供者としてプロバイダの責任を認めうるとした。被告側の230条(c)項(1)は発行者あるいは配信者としてのプロバイダの法的な責任を広く免責するものであるという主張は、米国ではコモンローにより保護されてきた利益に対する名誉毀損責任には、配信者としての責任も含まれており、こうした配信者の責任を認めないのは、230 条(c)項(1)に対する議会の立法意思に忠実な解釈ではないとする。地裁の解釈は、230 条(c)項(1)は発行者としての責任を免責しているに過ぎず、明文により配信者の責任を認めたものではない。もっとも、230条(f)項(3)の情報提供者としての責任は、発行者が行った表現の内容を事前に審査したり削除する義務を負わないが、サイト全体の運営方針として、意図的に特定の煽り立てる、攻撃的な投稿を招く環境を提供し、そうしたコメントを意図的に多くの者に閲覧させようとするなど、表現内容への心理的な誘因もしくは促進があれば230条(f)項(3)の責任を負うとした。しかし控訴裁判所は、同サイトの特徴や投稿内容や過程、運営方針等に関わらず、プロバイダが投稿内容に対して、常時監視を行ったり、事前に閲覧し問題のある表現を削除すべき法律上の根拠が

---

[69] *Supra Note* 8, at 76-80.

[70] 平野・前掲注 55）19 頁以降。

[71] Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC, 755F.3d 398（6th Cir. 2014 ）.

ないため、そうした表現が放置されたとしても被害者の申立てによってサイト内の特定の表現を削除する義務を負わないとした。

４．ＥＵにおけるプロバイダ責任法理

ＥＵ諸国でも、米国と同様に一定の条件下でのプロバイダの免責を認めており、2000 年の「電子商取引指令」[72]第 2 章第 4 節では、媒介するサービスプロバイダの免責要件を提供サービスの形態ごとに定めている。「単なる通信上の媒体（導管）（Mere conduit）として」のサービス[73]、効率的な情報の伝送等のために行われる一時的な蓄積（Cashing）[74]、ホスティングサービスに分かれている。ホスティングサービスについては、第 14 条において「違法な行為・情報に関する実際の知識を有せず、かつ、違法な行為・情報が明白となるような事実・状況の認識がない」場合と「そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・アクセス停止をする」場合には責任を負わないものとされている。また、第 15 条において上記のサービス形態のうち、一般的な監視義務については、「転送または保存情報を監視する一般的義務、および違法行為を示す事実または状況を積極的に探す一般的義務を課してはならない」として否定している。上記サービスの定義にあてはまらない検索事業者については、ＥＵ電子商取引指令の対象とならないことになるが、指令を受けた各国の法令では対象となるところも多い。また、ＥＵの電子商取引指令 15 条 2 項には、加盟国はプロバイダに対して、利用者から提供があった違法情報等の発信者に関する情報を当局に報告させる義務を定めることができるとしている。

4－1．英国におけるプロバイダの責任法理の展開

英国は、ＥＵ電子商取引指令の 2002 年の施行に対応するために、同年に電子商取引規則を施行[75]しており、プロバイダは①違法な行為・情報に関する現実の知識を有せず、かつ、それらがサービスプロバイダに明白となる事実・状況の認識がない場合、②そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・

---

[72] 「域内市場における情報社会サービスの法的側面、特に電子商取引の法的側面に関する欧州議会および理事会指令 2000/31/EC （「電子商取引指令」）」。

[73] 第 12 条　サービスの受け手が提供する情報を通信ネットワークで転送する場合、加盟国は「サービス提供者は転送を主導しない」等の条件で転送情報に対する責任をサービス提供者に課さない。

[74] 第 13 条　加盟国は「サービス提供者は情報を修正しない」等の条件で、その情報の自動的、直接的、および一次的保存に対する責任をサービス提供者に課さない。

[75] 「英国電子商取引規則 2002」（2002 年）により、ホスティングについて、① 違法な行為・情報に関する現実の知識を有せず、かつ、それらがサービスプロバイダに明白となる事実・状況の認識がない場合、②そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・アクセス停止をする場合には、蓄積の結果による損害やその他のいかなる金銭的救済、刑事的責任について責任を負わないこととされている

アクセス停止をする場合には、蓄積の結果による損害やその他のいかなる金銭的救済、刑事的責任について責任を負わないこととされている。また、一般的な監視義務を否定するなどほぼ EU 指令と同内容となっている。英国は、伝統的に名誉権を強く保護しておりマスメディア側の報道に対する名誉毀損責任が認められるケースが多かった。インターネット上では 2001 年のゴッドフレイ事件[76]において、大学講師がインターネットニュース上の誤った記事内容に対する削除をプロバイダに申し立てたところ拒否されたため、名誉毀損訴訟を起こしたところ、同判決ではプロバイダは、書き込みが名誉毀損に当たることを知っていながら放置していた場合にはプロバイダ責任が成立するとされた。これにより、プロバイダは掲示板等の管理者を置いた場合、「知らなかった」という抗弁が成立しなくなるリスクがあるため、多くの プロバイダは最初から書き込みを監視することなく放置し、名誉毀損の抗議があれば内容が名誉毀損に該当するか審査することなく削除を行う動きが生じたとされる[77]。英国では 2002 年の電子商取引規則の制定により、プロバイダは被害者からの請求があったときに削除しない場合は、名誉毀損責任が問われることとなった。グーグル事件[78]では、Blogger.com サイトをホスティングしていたグーグルは、被害者からの訴えに対して名誉毀損表現にあたる書き込みを削除しなかったことによる責任を負うとされている。2013 年名誉毀損法[79]では、従来、英国の原告側に有利とされてきた名誉毀損の内容や枠組みに関する全般的な見直しが行われて、マスメディアの報道への名誉毀損の成立に対する抗弁を認める内容になっている[80]。インターネット上の言論を保護することも含めて、原告の評判が深刻な被害を受けたことなどを証明する責任を原告に移すとともに、営利企業の場合は金額で証明することも求められることとなった（1 条）。また、従来、公正な見解として認められていた抗弁を誠実な意見とし定義し、公益に関わるもの以外についても誠実な意見として免責を受けることを認めている（3 条）。また、判例法（コモンロー）のなかで認められてきたレイノルズ抗弁[81]を、「公益事項の公表」として

---

[76] Godfrey v. Demon Internet Service 4 All ER 342(2001) .

[77] 岡久慶「イギリスの 2013 年名誉毀損法」国立国会図書館「外国の立法 261 号（2014 年）7-8 頁参照。

[78] Tamiz v. Google Inc., EWCA Civ 68（2013).

[79] U.K.Defamation Act 2013(C.26).第 5 章にウエブ管理者の責任を設けており、第 3 条と第 5 条で免責される条件が定めている。

[80] 岡・前掲注 77）3-21 頁。インターネットが市民の意見表明の場として発達してくると、富裕層や企業が都合の悪い見解をこうした制度を利用して封殺する事例が目立つようになり、2013 年名誉毀損法は、こうした法制度に対し国内外から高まった改正の圧力を受け、名誉の保護と表現の自由のバランスを再調整するために成立した法律である、とする。

[81] Reynolds v.Times Newspapers Limited and Others 4 All ER 609（1999）. 元アイルランド首相がサンデータイムス紙を訴えたもので、意見や声明が公益に関わる事案についての事実に基づく意見であり、一

免責されることをあらためて成文化している（4 条）。同法 5 条では、プロバイダを対象とする免責規定が定められており、まずプロバイダが発信したものではないとの抗弁を認めている（5 条 2 項）。匿名で行われた投稿であって被害者が発信者を特定できないときに、被害者がプロバイダに対して第三者による掲示板等への投稿の内容に対する苦情を通知（notice）し、プロバイダが法令に従って通知に対する対応を怠った場合は、プロバイダは責任を負うとされている（5 条 3 項）。また、被害者がプロバイダが投稿内容に関連して悪意のある行動を行ったことを示した場合は責任を負う（5 条 11 項）。ただし、プロバイダは、第三者による投稿に対する管理者というだけで責任を負うわけではないことを定めている（5 条 12 項）[82]。このうち、同法 5 条 5 項及びプロバイダ管理者規則の中で、被害者からの申立てに基づいて、プロバイダが 5 日以内に投稿者から回答がない場合には投稿を削除することによって免責されることを定めるとともに、発信者が削除を希望しないと回答した場合には、48 時間以内にその旨を被害者に通知し、被害者からの匿名の発信者に対する、本人の同意を条件とした発信者情報を開示する手続きが定められている。そして、同法に基づいて発信者の同意が得られずに氏名等が開示されない場合は、裁判所に発信者情報の開示命令を求めることができる[83]。その際は、①権利侵害が行われたこと、②正当な権利行使、③相手方が権利侵害に関与していること、④開示を命じることが正義に適う、といった要件が示されている。さらに、裁判所は①被害者からの投稿内容に対する差止請求に基づいて、プロバイダに対して該当する記述の削除を命じることができること、②名誉毀損表現を行った発行者や編集者、出版者に加えてそれに該当しない者に対しても頒布や販売の差し止めができることが規定

般人が当該問題に関して抱きうるものである場合、悪意が無いことを条件に抗弁となる。事実に基づくことを立証する責任が発生するが、報道の自由の防壁として確立された抗弁とされる。

[82] Defamation Act 2013, Section 5 Operators of websites.

(1)This section applies where an action for defamation is brought against the operator of a website in respect of a statement posted on the website.

(2)It is a defence for the operator to show that it was not the operator who posted the statement on the website.

(3)The defence is defeated if the claimant shows that—

(a)it was not possible for the claimant to identify the person who posted the statement,

(b)the claimant gave the operator a notice of complaint in relation to the statement, and

(c)the operator failed to respond to the notice of complaint in accordance with any provision contained in regulations.

[83]これらの規定については、2013 年名誉毀損法の法令解説（Defamation Act 2013 Explanatory Notes: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5?view=plain ）によれば、2013 年名誉毀損規則（The Defamation Regulations 2013 SI2013 No. 3028）のうちの、ウェブサイト管理者規則に定められている。

されている（5 条 13 項）。同規定は、インターネット上の名誉毀損表現に対して短期的に削除等が裁判所手続きの中で行えるようにすることを目的としているとされている[84]。また、プロバイダ責任よりも発信者に対する責任追及が優先されるべきことを示す規定として、発行者、編集者、出版者でない者に対する名誉毀損の訴えについては、匿名の場合のように、被害者が発行者、編集者、出版者への訴訟が実質的に不可能な状況を除き、これらに該当しない者に対する訴訟を受け付けないとする規定が盛り込まれた（10 条）。書籍の販売業者のような「二次的公表者（secondary publisher）」[85]への保護を目的としつつ、5 条のウェブサイトの管理者の抗弁の規定と併せて、プロバイダ責任を限定するものと目されている[86] 。インターネット接続のアクセスプロバイダなど、ウェブサイト管理者に該当しない場合、当該条項を使って訴訟に対抗することになるとされる[87]。

4－2. ドイツにおけるプロバイダの責任法理の展開

ドイツでは、米国とは対照的にプロバイダの責任について厳しい責任を定めているとされる。1997 年の連邦テレサービス法では、5 条において利用者は自己の情報については一般法律の適用を受けるとしたうえで、プロバイダの責任に関して、プロバイダは利用に供する第三者の情報の内容を知っており、利用を技術的に妨げることが可能でありかつ要求可能である場合に限り責任を負うと定めていた。日本のプロバイダ責任制限法は他人に権利侵害が生じていることを知っていることを責任要件として定めており、テレサービス法の規定は、情報の内容を知っていれば違法であることの認識がなくても責任を負いうるという定めになっていることが特徴的であるとされる[88]。また、連邦制を採用しているドイツでは、立法権が連邦政府と州に配分されており、連邦政府は電気通信と商業取引分野の専属的立法権を有し、州政府は「メディアサービス州際条約」により所管するプレスや放送といった「文化高権」に基づく立法権を有する。インターネットについては、両サービス・分野にまたがることから、テレサービスと呼ばれる個人向けサービスは連邦政府が、メディアサービスと呼ばれる公衆向け

---

[84] 2013 年名誉毀損法の法令解説（Defamation Act 2013 Explanatory Notes: https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/26/notes/division/5?view=plain ）を参照。

[85] プロバイダはこの定義からは除外されている。

[86] Matthew Collins, Extreme makeover: England's new defamation law, Oxford University Press Blog, 31 December 2013.〈http://blog.oup.com/2013/12/england-defamation-law/〉

[87] 岡・前掲注 77）8－11 頁。

[88] 毛利・前掲注 9 ）33～35 頁。日本のプロバイダ責任制限法は、権利侵害が生じていることを知っていることが要件となっているが、ドイツの 1997 年テレサービス法では、違法であることの認識がなくても責任の負いうるという定めになっていたことが特徴的であると指摘している。

サービスについては州政府が立法権を行使することとなったが、法適用の限界事例で混乱が生じないように条文内容は同一であるとされた。ただし、このような利用者の性質による適用法の区別が、インターネット上でアクセスが一般的に認められる情報は、個人の通信が集積することで広まっていくのであって、個人向けサービスと公衆向けサービスを原理的に区分することはできないと指摘されている。ドイツではその後、2001 年のＥＵ電子商取引指令の国内法化により、プロバイダ責任を定めた改正テレサービス法が制定されたが、連邦と州の間のこうした権限分配はそのまま維持された。しかし、その後、放送以外の分野を対象としてテレサービスとメディアサービスを包摂するテレメディアという概念が用いられることとなり、2007 年に成立したテレメディア法ではプロバイダ責任については完全に連邦の権限とされた[89]が、プロバイダ責任規定の内容は 2007 年テレメディア法においてそのまま引き継ぐものとなっている。同法は、情報サービスをテレサービスとメディアサービスに区別し、情報提供者の責任を①利用に供する自己の情報内容を発信した場合の責任については一般法律に従い責任を負う（７条)、②第三者の情報に対しては、プロバイダが違法性を知りかつその利用を阻止することが技術的に可能であり、かつ要求可能である場合にのみ責任を負う（8 条)、③他人の情報へのアクセスを仲介するだけの場合（アクセスプロバイダ）は責任を負わないとした。また、④サービス提供者は、情報を監視したり、違法な活動を示す状況がないか調査する義務は負わないものの、サービス提供者が責任を負わない場合にも、一般法律の義務の適用は影響を受けない（7 条 2 項）とされて、民法の適用による妨害排除・遮断義務は条件をつけずに適用されることとなった[90]。さらに、ホストプロバイダの責任に関しては、違法な行為を知っていないか、又は情報について知っていないことが要件とされており、損害賠償請求の場合は、違法な行為があるか、または情報があることが明白となるような事実や状況を知らない場合（10 条 2 項)、または違法な活動が明らかになった事実を知り得てから直ちにその情報を削除するか情報へのアクセスを遮断するための措置をとった場合に、免責される（10 条 2 項）と規定されている。同規定は、「行為」に関しては違法性の認識を有するとしつつ、「情報」についてはその存在の認識があれば責任を課されうる規定となっているが、プロバイダ責任を限定しようとする立場からは、情報の存在自体の認識に

---

[89] 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ーの責任」広島法学 23 巻 2 号(1999 年)。127 頁以下。同法において、プロバイダ責任に関しては、連邦と州の権限分配については完全に連邦の権限とされたとする。

[90] 当初のテレサービス法では、条件を付して、違法な内容の利用を一般法律に従って遮断する義務は、電気通信法の通信の秘密を遵守しつつ、その内容を知り、遮断が技術的に可能でありかつ要求可能である場合は影響を受けないとされていた。利用遮断義務は、同法の責任制限の例外として規定していた。

よって責任を認めるのではなく、情報についても違法性の認識まで求めるべきであると主張されているという。つまり、法律の内容に詳しくないホストプロバイダに対し、違法であるとの立証主張を受けて初めて責任が発生することとしなければ、情報が流通していないか絶えず監視する義務が発生し、違法なものかどうか判断せずに削除・遮断を行おうとするとして、責任要件を明確化しようとした立法意図が実現されないとされる。実際の判例では、プロバイダがいつ権利侵害に関する情報の流通について知ったか、あるいは知ることができたと認められるかという責任要件となる情報の認識に関して争われており、プロバイダ側がすべての発信者が行った発信の内容について認識した上で、違法性を判断することは不可能であり、原告側が個別に具体的に違法とする内容の存在を指摘した上で、違法性を立証することが求められており、そこまでしないとプロバイダ側の認識は証明できないとされている[91]。こうしたプロバイダの認識に関する扱いは日本とは大きく違いがないと思われる。

同法では、日本や米国と同様に、プロバイダは他者の情報への監視義務が存在しないことが確認されたが、民法の適用による妨害排除・差止請求が同法とは無関係に適用されることとなったため、裁判所が一般法の適用により既にサーバー等に保存された情報の削除だけでなく、同種の違法な情報の保存を将来にわたって禁じる判決を出せる可能性があると指摘されており、その場合、プロバイダは一般的な監視義務の不存在が骨抜きにされて、その限りにおいて監視義務を負う可能性があったとされる。第三者の違法な書き込み等がなされたかについての事前審査等による妨害排除の一般的な義務付けは不要であって、具体的に違法な書き込みがなされ申立人が通告した場合に、差止義務が発生するとされた[92]。また、損害賠償の場合には、単に違法な行為を知っていないことが免責の要件ではなく、違法な行為として明白となる事実を知っていないことが免責要件として加重されている[93]。しかし、認識したあとすぐに、情報を削除または

---

[91] 毛利・前掲注９）40 頁。違法性の認識の争いに関しては、2010 年に欧州司法裁判所が EU 電子商取引指令の解釈として、プロバイダは違法性を知った後、情報を削除・遮断しなかった場合に責任負いうると判示し、ドイツの連邦通常裁判所も同指令の解釈を踏まえて、ホスト・プロバイダの責任を同様に解するとともに、被害者からの通知は法的側面からも十分に明確性を有する必要がある、として同指令の適合的解釈により一応の解決をみたとする。

[92] 同上 35 頁。テレメディア法の対象とならない妨害排除や差止義務に関しては、商標権に照らして明らかに違法な出品の事前審査や削除・遮断が問題となったインターネットオークション判決、ハイゼ事件の控訴審判決によって、意見フォーラムにおける違法な書き込みに対する妨害排除の一般的な義務を認めてプレスと同様にまで事前審査等によって抑制されるべきとの判断には至らなかったとする。その後、テレメディア法と一般法の妨害排除・差止請求の解釈に関しては、一般的な監視義務不存在の趣旨が考慮されるべきとされつつあると変化を指摘している。

[93] 毛利・前掲注９）36 頁。

アクセスを遮断するための措置を取った際は免責されると規定し、米国のノーティスアンドテイクダウンに近い規定が置かれているが、ドイツのプロバイダ責任法制においても、日本のプロバイダ責任制限法 3 条 2 項のようにプロバイダの発信者に対する損害賠償責任に関する制限は、規定されていない。

ドイツの判例法理は、プロバイダは利用に供した自己の情報に対して責任を負うという規定に関連して、「自己の情報」の範囲を広く認めることで、同法の責任制限の規定の適用を回避して、プロバイダ責任を強く認める判例も多くみられるという[94]。ドイツでは、発信者情報の開示が限定的にしか認められていないために、違法性の認識の有無に関わらず、電子掲示板等での第三者の違法な情報の流通が知っている場合にプロバイダに妨害の排除を求めるなど、プロバイダ責任を厳しく認める傾向があるとする指摘がなされている[95]。テレメディア法 11 条以下では、プロバイダによる利用者のデータ取得・利用は、刑事訴追や諜報活動、著作権法、特許法などの法律に規定がある場合以外は、利用者が同意する限りにおいて認められているにすぎず、日本のプロバイダ責任制限法に定められたような発信者開示請求権は規定されていない。インターネット利用の匿名性やデータ保護を強く保障するという立法者の意識的判断であるとされており、違法な個別表現を行った者の匿名性まで守る必要があるかについては疑問が寄せられている[96]。プロバイダ責任とインターネット全体の責任分配のデザインとして、ドイツには日本のような発信者情報の開示請求権が規定されず、発信者への責任追及が限定されていることから、テレメディア法と妨害排除・差止義務を含めてプロバイダ責任を広く認めようとする背景があるとされるが、プロバイダ責任を強めた場合の効果として、電子掲示板等に事前に違法な書き込みがないか審査したり、情報をプロバイダに通知した場合には、プロバイダは責任回避のために削除する必要に迫られることになることへの危惧が示されている。

４－３．SNS 事業者に対する作為義務の強化とテレメディア法の改正

ドイツでは近年、フェイスブックやユーチューブ、ツイッターなどの SNS を用いた大量の難民に対するヘイトスピーチが盛んに行われており社会問題とな

---

[94] 同上。マイクロソフト社が運営する掲示板に投稿された事案で、著名な選手の顔をわいせつ画像と結合した写真を「自己の情報」としてプロバイダ責任を認めている（OLG Koln, MMR 2002, S 548）。また、2010 年に Youtube に投稿された動画は、Youtube が自己の利益のために使用しているため自己の情報であるとし、プロバイダ責任を負うとする判決を出している（LG Hamburg, CR 2010,S818）。

[95] 業平麻渚生「ＩＴセキュリティに関する私人の責任－ドイツにおける問題状況について－」ソフトロー研究 23 号（2014 年）105-125 頁。

[96] 同上 72 頁。権利侵害を受けた者が、刑事上の責任訴追を行って、発信者の情報の開示を実現する傾向があるという。

っていた。ドイツでは日本と異なりヘイトスピーチは民衆扇動罪によって処罰される[97]ため、名誉毀損や刑法で禁止される表現が投稿されながら、削除されずにそのまま掲載されることが問題視された。こうした違法な権利侵害情報に対して、テレメディア法 10 条の規定は第三者が投稿した違法なコンテンツについてフェイスブック等のプロバイダが責任を負うのは、違法なコンテンツの投稿を知りながら遅滞なく削除しなかった場合に限られるため、積極的に違法なコンテンツを探し出すフェイスブックの常時監視義務は認められないことから、フェイスブックの自主的な取組では問題の解決に追いつかずに、拡散されていくヘイトスピーチや名誉毀損表現は削除されずに閲覧可能な状態に置かれ続けた[98]。このため、2017 年にドイツでは「SNS[99]における法執行を改善するための法律案」が連邦政府の閣議決定を経て議会に提出されている[100]。同法案は、SNS 事業者を対象として（1 条）、SNS 事業者に対する違法なコンテンツに対する報告義務（2 条）、苦情対応（3 条）、これらの対応を行わなかった場合の過料（4 条）などが定められている。特に苦情に対する対応として、①苦情の対象となったコンテンツが違法なものかどうか、削除すべきかどうか審査すること、②明らかに違法なコンテンツは 24 時間以内に削除またはブロッキングの措置をとること、③すべての違法なコンテンツは 1 週間以内に削除等の措置がなされること、④違法なコンテンツは証拠として 10 週間保存すること、などが定められている。これらの対応を行わなかった場合は、法人に対しては 10 倍の過料が適用されることから上限 5,000 万ユーロの過料が課せられることなどが定められている。

同法案に対しては、連邦の立法権の範囲に入るのかという問題とは別に、特にプロバイダ責任に関する論点として、SNS 事業者が高額の過料をおそれるあまりに、違法性に関する厳密な判断を放棄し、違法ではないコンテンツも含めて苦

---

[97] 毛利透「ヘイトスピーチの法的規制について」法学論叢 176 巻 2 ・ 3 号 221 頁以下。ドイツ刑法 130 条 1 項、2 項によりヘイトスピーチが民集扇動罪の対象となるとする。

[98] 鈴木秀美「ドイツの SNS 対策法案の概要と問題点」Law and Technology No.76（2017 年）36 頁。2015 年 12 月にはフェイスブックなどの SNS 事業者は、ヘイトスピーチなどの違法な投稿に指摘を受けた際の対応を改善することを約束し、専門チームが 24 時間以内にドイツの法律に照らして違法であると判断した場合には削除する等の自主的な規制や取組を行ってきたが、こうした対応では違法な投稿ではないかとの苦情への対応に対して、フェイスブックは削除されたのは 39%、ツイッターは 1%に過ぎない、とされるなど十分ではないとされていた。

[99] 同上。SNS 事業者については、「利用者に任意の情報を他の利用者と交換すること及び公表することを可能にするプラットフォームをインターネットにおいて、収益を得ることを目的に運営している」（同法 1 項 1 文）と定義している。また、事業者自ら責任を負って投稿内容を編集するジャーナリズム的なプラットフォームは対象外としている（同法 1 項 2 文）。

[100] 同上。同法案は、フェイクニュース規制法として国際的に注目を集めたが、主眼は刑法によって禁止されたヘイトスピーチや名誉毀損の SNS への投稿を事業者に削除させる点にあるとしている。フェイクニュースへの規制は、刑法が禁止する虚偽表現の発信に限定されているとする。

情申立てされた情報を特に審査することなく削除してしまうのではないかとの点に集中したとされる。SNS 事業者が違法かどうか疑わしい場合、違法だとして削除してしまうという点が問題とされた。同法案では「明らかに違法なコンテンツ」は 24 時間以内の削除が求められることから、ヘイトスピーチの内容が違法なのかどうか法律の専門家である弁護士等でも判断は困難ではないかといった批判や SNS 上での自由な表現に対する萎縮効果については、過料は SNS 事業者に対して課されることから発信者に対しては生じないとする意見も見られるものの、ヘイトスピーチ等は政治的主張を多分に含んだ「公共の利害」に関わる表現であることも多いため、これらの SNS 上の主張を自由に閲覧することができなくなる情報受領者の表現の自由の侵害が懸念されるなどの批判がなされた[101]。

その後、同法案は審議の過程で厳しい批判を受けながらも、当初の法案から大きな変更なく 2017 年 6 月にドイツ連邦議会で成立している[102]。プロバイダ責任との関係は、SNS 事業者は同法に従って苦情対応や報告義務が課せられることとなり、同法は民事上の不法行為責任に限らず、刑法上の表現規制に関わる点で異なるものの、SNS 事業者に対して苦情対応という形で厳しい削除義務が課せられたと言えるが、権利侵害の連絡を受けてからプロバイダ責任が生じるなどとする点は、テレメディア法が定める責任の範疇を超えるものではないと考えられる。しかし、違法な情報を知った後、苦情対応を受けてから迅速な審査と削除またはブロッキングが求められている点は、同法が違法な情報を放置せず具体的な対応として速やかに SNS が削除することを目的としており、従来に比べてヘイトスピーチ等に対して厳しい運用が迫られることとなったと言える。苦情対応に関して各社で審査するのではなく、事業者団体等の自主規制機関の設立により一括で違法な表現への対応をしようとする動きが生じているとされている[103]。さらに、同法を改正して不当に削除された投稿の復元ができるようにするとの動きもあるとされる。しかし、このようにプロバイダへの責任追及が厳しく定められた法運用が行われているドイツにおいて、プロバイダばかりではなく、こうした違法な情報を発信した発信者への責任追及も求められることから、同法の制定とともにテレメディア法が改正され、匿名による違法な投稿を行った発信者情報の開示制度が追加された[104]。これまでドイツではテレメディ

---

[101] 同上。42 頁以下参照。

[102] Das Gesetz zur *Verbesserung der Rechtsdurchsetzung* in sozialen Netzwerken vom 1. 9. 2017, BGBl I S. 3352.

[103] 鈴木秀美「ドイツの SNS 対策法と表現の自由」慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要 No.16（2018 年）。

[104] 鈴木秀美「インターネット上のヘイトスピーチと表現の自由」工藤達朗＝毛利透ほか『憲法学の創造

ア法 14 条 2 項において、プロバイダは犯罪捜査、憲法擁護等の目的のために当局に対して開示することができると定めていたが、新たに条文が追加されて、匿名による違法な人格権侵害に対して、民事上の請求権を行使するために必要な限りにおいて、個別事案において、プロバイダは発信者情報を開示することができる（14 条 3 項）。プロバイダは発信者情報開示の適法性について前もって裁判所の判断を求めなければならない（14 条 4 項）、プロバイダは発信者に開示手続きの開始を通知すること（14 条 5 項）が追加された。同法案の改正により日本と同様に発信者責任の追及が可能となったが、プロバイダが任意の判断で開示するのではなく裁判所の判断を仰ぐことが定められており、改正後の規定は日本よりもより慎重な開示手続きとなっていると考えられる。

５．日本のプロバイダ責任法理の展開

５－１．プロバイダ責任が成立する時点について

日本の判例によれば、以下に検討するとおり、プロバイダは民事法上、違法な情報の流通を知っていたにも関わらず、事後的に何らの措置も講じなかったときには、不法行為責任を負う[105]。また、プロバイダが発信者にインターネット接続サービスを提供し、サーバー等を利用可能な状態におくという作為と、名誉毀損罪に該当する情報を削除せずに放置する不作為によって、名誉毀損が行われていることを知りながら放置した場合や知りうる場合には刑事責任上の共犯となる可能性が指摘されている。

プロバイダ責任制限法の立法過程において、当時の判例の作為義務に関する考え方に従って、プロバイダに具体的な作為義務を課することについて検討が行われている。それによれば、他人の権利への侵害が生じるものでなければ作為義務は生じないが、他人の権利を侵害するものかどうかの判断は困難な場合があり、他人の権利を侵害することを具体的に認識した場合に作為義務が生じるとするのか、あるいは一見して明白に名誉毀損等の侵害が明らかであるような悪質な場合に限って生じるとするのかが当時の判例の態度も分かれていたことなどから、具体的に作為義務が発生する要件を定めなかったとしている[106]。プ

的展開上巻』（信山社、2017 年）592 頁。第 1 部が SNS 法、第 2 部がテレメディア法 14 条の改正で構成されるとしている。

[105] 曽我部ほか・前掲注 15）150 頁以下。民事責任については、侵害情報の送信防止措置を行わない不作為による不法行為は、情報の流通を知っていた時に限り、損害賠償責任が発生する。プロバイダは情報の流通を知らなければ、結果発生の予見可能性が存在せず、過失が認められる余地がないと説明する。

[106] 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）15 頁。当時、民法の不法行為責任の規定により、被害者との関係で作為義務が生じ、不法行為責任を負う可能性があることしつつ、判例が定める作為義務の内容が他人の権利利益を侵害する必要があるがその判断は困難な場合があり、プロバイダは具体的に権利侵害を認識した場合に作為義務が生じるのか、さらに限定的な要件を

ロバイダに作為義務がどの時点で発生するのかという観点からは、権利侵害に関する情報の流通を知った場合に、ただちに削除等の作為義務が発生するとすれば、上記のとおりプロバイダにとって判断が困難な場合は、権利侵害ではない情報まで削除される可能性がある。一方で、「一見して明白に」とまで限定せずとも、違法性が明らかとなった時点において作為義務が生じるとすれば、そのような発信者の権利を侵害する可能性は少なくなると考えられる。しかし、この場合は、権利侵害が疑われる情報の流通を知っていたとしても、プロバイダが明らかに違法であると判断できない限り作為義務を負わないこととなり、速やかな権利救済には結びつかないとも考えられる。この点について、インターネット上の権利侵害に対して、裁判でプロバイダに対して損害賠償責任を求める場合は、裁判所が違法性の判断を行うため権利侵害の判断が困難な場合は想定されないが[107]、裁判外で被害者がプロバイダに対して送信防止措置を求める場合は、プロバイダが他人の権利が侵害されていることを具体的に認識した時点により作為義務を生じることとする方が、明らかに違法であることを認識した時点とするよりも、被害者の申立てに基づいてプロバイダによる送信防止措置が期待されうる。プロバイダ責任制限法の制定にあたっては、どの時点において認識したとしてプロバイダ責任が発生するかについては、3 条 1 項において①他人の権利が侵害されていることを知っていたとき、または②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りる相当の理由があるときと規定されている。

しかし、問題は他人の権利が侵害されているかどうかの責任要件の判断については、プロバイダは単に情報が流通しているだけでは責任を負わないが、違法性の認識の可能性があれば作為義務を負うのか、完全に他人の権利が侵害されていると認識しない限り作為義務を負わないのかについて、法律に明記されておらず解釈に委ねられている。同法のガイドラインでは、たとえば名誉毀損の違法性阻却事由の不存在等も含めてプロバイダが認識する必要があるとしているが、プロバイダにとっては判断が困難な情報が多いと想定される中で、実務上は、プロバイダから見て権利侵害が一見して明白であるか、ガイドラインに位置づけられた法務省の人権擁護機関等の要請等の判断に拠らない限り、自主的な削除を行うための法的な判断をするのは容易ではないと考えられる。

満たす場合に限られるのか判例の判断は分かれていると指摘していた。このためプロバイダ責任の明確化に関しては、責任を負わない一定の場合（セーフハーバー）を規定することにより、責任の成立に関しては一般法に従い責任が発生するか否かを判断することとしたとしている。

[107] 同上 151 頁以下。情報の流通によって権利を侵害された者は、損害賠償の他に、権利の効果として侵害行為の停止を求める差止請求権が認められるとする。著作権には明文で認められているが、名誉毀損に対しては明文の規定がない。

５－２．裁判例によるプロバイダ責任に関する解釈と判断基準

日本の判例が示す名誉毀損に関する作為義務の内容については、東京高判平成 13 年 9 月 5 日[108]（ニフティ事件）では、プロバイダは情報の流通を監視し、一般的な監視義務に基づく作為義務は負わないとしたが、違法な表現を具体的に知ったと認められる場合には、当該表現を削除するなどの名誉が害されないよう必要な措置を取るべき作為義務があるとして削除義務違反を認めている。東京高判平成 14 年 12 月 25 日[109]（動物病院事件）では、プロバイダ責任については、①投稿内容が真実ではない場合であって、②精神的な被害や営業上の損害の程度が大きく今後も損害が継続することが見込まれること、③匿名の投稿であるため削除しても発信者や掲示板管理者の不利益が小さいことを理由として、自己の情報ではなく、直接権利侵害情報の発信にプロバイダが関わっていない場合であっても、プロバイダ責任の成立を認めている。判例は、電子掲示板等での発言が①から③を満たした場合は、発信者等の不利益に比べて、被害者の精神的な被害や営業上の損害の程度が大きく、プロバイダによって書込み等の削除が行われない場合には、将来にわたって損害が継続することなどを理由として、プロバイダの作為義務を積極的に認める判断をしている。判例は、プロバイダは発言を放置した不作為による不法行為責任を負うとして、不法行為の根拠としては「条理上」の作為義務があるとした[110]。また、プロバイダによる対抗言論の成立の主張については、電子掲示板において不特定多数が原告を一方的に攻撃する状況にある場合は、対等に議論を交わす前提自体が欠けており、反論を行っても社会的評価の低下を防止することは困難であり、法的救済を拒絶して反論を求める妥当性はないとしている[111]。ホームページ上の名誉毀損訴訟についても同様の判断を行っており、対抗言論については名誉毀損発言が行われたホームページを閲覧した者が、反論を行ったホームページを見るとは限らないとして、対抗言論の成立を否定し損害賠償責任を認めた[112]。このほか、ブログの中で原告らの運営する保育園に関する記事を掲載したことに対して名誉毀損が問わ

---

[108] 東京高判平成１３年９月５日判タ 1088 号 94 頁（ニフティ事件）。

[109] 東京高判平成 14 年 12 月 25 日判時 1816 号 52 頁（動物病院事件）。同判決の実体法の判断は、電子掲示板のようなメディアの評価として適切に利用される限り言論を闘わせるには極めて有用な手段であるが、発言した者が匿名という隠れみのに隠れ、自己の発言については何ら責任を負わないことを前提に発言を行っていることから、このような者に対して言論をもって対抗せよということはできないとしている。また、投稿の閲覧者は、電子掲示板における発言が根拠のないものとは必ずしも判断せず、真実も含まれていると考えるのが通常でありこうした発言によって社会的評価は低下しうるとしている。

[110] 小向太郎「情報法入門（第 4 版）」（NTT 出版、2018 年）147 頁。

[111] 東京地判平成 15 年 7 月 17 日判時 1869 号 47 頁。

[112]東京地判平成 19 年 5 月 31 日判例集未登載。

れた事案では、ブログの中で原告らの保育園が食中毒を発生させたという記事に対してリンクを貼る行為は、事実を適示するものではないため社会的評価を低下させるとはいえないが、リンク先の記事自体は低下が認定されるとした[113]。オークションサイトの評価による名誉毀損の訴えについては、出品者に対して著しく低い評価を付けたことや二度と取引したくない、といったコメントは違法とまでは言えないとしている[114]。また、インターネット上の名誉毀損の成立を阻却する真実性・相当性の適用をめぐっては、個人の発信が多いインターネット上の表現については、その違法性阻却にあたっての証明の範囲を確実な資料と根拠に基づかなければ免責されないとする基準を緩和する判断を地裁は行っている[115]。しかし、最高裁はインターネット上の違法性阻却事由への緩やかな判断の適用を否定[116]した。インターネット上における個人の言論に対しても真実性・相当性の要件の適用を求める判例の考え方は萎縮効果があると批判されている[117]が、インターネット上で匿名の発信者による権利侵害に対して、通常の名誉毀損責任の成立を阻却する事由の要件が緩和されるわけではないという最高裁の判断は、インターネットでは根拠のない権利侵害が行われやすいことを考慮すれば、違法性の判断をインターネットであるからといって緩和するものではなく、妥当な判断であると考えられる。判例は、インターネットにおける他人の権利を侵害する情報に対しては、プロバイダが対抗言論等の主張を行い名誉毀損そのものが成立しないと主張しても、電子掲示板等の表現であるからといって名誉毀損の成立をさまたげたり、違法性が阻却される事由を広く解する判断を行っていない。また、投稿された内容が実体法上の違法性がある場合には、プロバイダが自主的に削除等を行わない場合は、将来にわたって損害が継続するおそれがあり、匿名の表現を行った発信者等の不利益に比べて、被害者の精神的な被害や損害の程度が大きいことも理由としてプロバイダの作為義務を認めている。プロバイダ責任が成立する時点について、判例はプロバイダが投稿された内容が明らかに違法であると知っていたレベルの認識を要求したり、プロバイダが対抗言論が成立するなどの主張を行うことによって、それによって表現内容への違法性の認識がなかったとはしていない。むしろ、判例はプロバイダが違法性を認識していたかどうかに関わらず、発信者による表現内容が実体法

---

[113]東京地判平成 22 年 6 月 30 日判例集未登載。

[114]名古屋地判平成 23 年 3 月 11 日判例集未登載。

[115]東京地判平成 20 年 2 月 29 日判決判時 2009 号 151 頁。

[116]最判平成 22 年 3 月 15 日判例民集 64 巻 2 号 1 頁（ラーメンフランチャイズ事件）。

[117] 松井・前掲注 14）229-230 頁。個人の体験に基づく印象を投稿した場合にまで、社会的信用を毀損したとしてそれが真実であるか真実と信じる相当な根拠がなければ責任を逃れないとするのはインターネット上の表現の自由を無視した判断であると批判する。

に照らして違法な表現であるかどうかについて判断した上で、違法な表現であるならば削除されずに放置されていることをもって、将来にわたって権利侵害が継続するおそれがあることからプロバイダ責任の成立を認めている。こうした判例解釈をプロバイダ責任法理に照らして考えれば、インターネット上において他人の権利を侵害する情報が流通していることをプロバイダがある程度認識した時点から作為義務が生じていると解釈され得ることから、プロバイダが認識したとする時点をはやく捉えて積極的な送信防止を求めることもできるのではないかと考えられる。

５－３．プロバイダによる「公共の利害」に関わる情報の違法性の認識について

インターネット上の公共の利害に関わる表現については、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項が①プロバイダが「他人の権利が侵害されていること」を知っていたか、②「知ることができたと認めるに足りる相当の理由」がある場合は免責されないと定めている。同法のガイドラインによれば、これらの要件を満たすことを被害者側に立証を求めている。この場合、問題となるのは「公共の利害」に関わる表現への送信防止の判断と違法性阻却事由に関する認識である 。

通常の名誉毀損訴訟では、真実性・相当性の立証責任は発信者側が確実な資料や根拠等に基づいて調査を行った相当の理由の立証により違法性阻却が認められるところ、被害者側がプロバイダ責任制限法 3 条 1 項の要件である「他人の権利が侵害されていること」を立証するにあたって、「公共の利害」や公益性を図る意図がないことまで立証すべきかについては条文からは明確ではない。また、同法 3 条 2 項に基づいてプロバイダが発信者に対する照会を行う場合は別として、相当の理由の規定による場合に、プロバイダは違法性阻却事由の不存在の判断まで行わなければ免責されないのかという判断にも影響する。プロバイダが「公共の利害に関わる」表現であるかについての違法性阻却事由に関する判断を行うことなく積極的に削除を行う場合、プロバイダが「公共の利害に関わる」表現を誤って削除することによる表現の自由への制約が懸念される。しかし、3 条 2 項によって発信者からの訴えがなされた場合は、違法性阻却事由が存在することの立証責任は発信者が負うとされていることからすれば[118]、プロバイダは違法性阻却事由がないことについて判断をせずに削除を行ったとしても「他人の権利が不当に侵害されていると信じる相当の理由」があるものと判断した場合でも免責されると解釈することもできるはずである。プロバイダ責任制限

[118] 総務省「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－解説－」（平成 29 年 1 月）15 頁。一般的に不法行為における違法性阻却事由についての主張・立証責任は加害者側にあるとされているが、第 3 条第 2 項においてもプロバイダが違法性阻却事由がないことを主張・立証するのではなく、その情報の発信者が違法性阻却事由を主張・立証することになるとしている。

法には規定はないが、違法性阻却事由が存在するのであれば、発信者側が「公益を図る」意図があったことや真実でない場合の「相当性」をもつのかなど、自らの発信内容が名誉毀損ではないことを立証する機会を付与することによって、後述するノーティスアンドテイクダウンのような、一度削除された投稿内容を復活できる手続きにより発信者の保護を図ることが重要となると考えられる。

EU の電子商取引指令が定めるプロバイダ責任規定のうち、プロバイダが違法な情報の流通を知らなかった場合や違法な情報をただちに削除した場合に免責される規定に対しては、発信者に対する免責を定めた規定はなく、作為にあたっての判断に発信者による抗弁の不成立は含まれていない。また、英国の 2013 年名誉毀損法においては、メディアを想定して公益性のある事実の立証により名誉毀損責任を負わないとする規定が導入されたが、被害者からの削除の申立ての段階で、プロバイダが公益性のある事実であるかどうかについて判断が求められるとの明確な根拠規定はない[119]。名誉毀損の真実性・相当性の立証による違法性阻却は、他国には見られない日本独自の抗弁であるが、EU やドイツの規定が定める違法な情報の流通を知っていた時に生じるプロバイダ責任の内容として、公共の利害に関わる情報に関してプロバイダに違法性を阻却する事由があるかなどの認識まで求めているとは考えられず、削除する前に発信者に事前に照会するなどの手続きも定められていない。プロバイダ責任制限法の規定は、公共の利害に関わる表現に対して特段の配慮を求める規定にはなっていないが、日本や英国は発信者に事前に照会する規定を定めており、送信防止措置についてはより慎重な手続きとなっている。しかし、他人の権利を侵害する情報の流通に関する違法性の認識に関しては、公共の利害に関わる情報について違法性阻却事由の不存在の確証まで求めてプロバイダ責任の発生を遅らせる理由はないと考えられる。

６．各国のプロバイダ責任法理に関する比較によるの示唆

プロバイダが免責される範囲については、米国における連邦通信品位法 230 条の解釈は、判例を見てきたとおり、Stratton Oakmont を契機とする一般的な監視義務によるプロバイダ責任を軽減するという立法目的から(c)項(1)の発行者の解釈を直接責任に限定せず、配信者としての間接責任も(c)項(1)の対象に含めて免責するものであった[120]。このような配信者の責任を認めない解釈に対して

---

[119] 前田聡「イギリス名誉毀損法における公共的関心事の公表の抗弁について」流経法学第 17 巻第 1 号（2017）213 頁。「公的関心事の公表」の抗弁の意義として挙げられるのは，「萎縮効果」の除去，つまり，従来の名誉毀損法が課した法的責任の追及がマス・メディアの報道活動を萎縮させる危険性を低減させるとしている。プロバイダ（ウェブサイトの管理者）による抗弁が認められているわけではない。

[120] Paul R. Niehaus, Comment, *Cyberlibel: Workable Liability Standard?*, U. CHI.L.F.617（1996）; David

は、プロバイダは作為義務を負う法的な根拠がないことになり、被害者への権利侵害が行われた場合でも何らの対応もしないという不作為への批判や懸念は根強い[121]。

しかし、米国でも第三者の表現をプロバイダのウェブサイト等に公然と閲覧させていることから、地裁レベルではあるが 230 条(f)項(3)により心理的誘因や勧誘等を捉えて、情報の創出ないし展開に全部または一部の責任を負うとする解釈により、(c)項(1)の包括的な免責を限定しようとする判例も見られる[122]。また、一般法を適用して約束的禁反言の法理により、230 条(c)項(1)の包括的な免責とは異なる一般法契約上の義務を適用し、契約責任により 230 条の免責条項に関わらず、プロバイダが削除等の作為義務を負うとしている。こうした一般法を含めて何らかの法的責任をプロバイダ法制の免責規定に関わらずプロバイダに問おうとする動きはドイツでも見られる。2007 年テレメディア法においてプロバイダが責任を負わない一定の場合を明記する一方で、プロバイダは違法な情報を知り得た場合にただちに削除することにより免責されると規定している。また、プロバイダは、情報を監視したり違法な活動を示す状況がないか調査する義務は負わないものの、同法の下でプロバイダ責任を負わない場合にも、一般法の義務の適用は影響を受けないと規定しており、ドイツの判例においても、一般法の適用によりプロバイダ責任の免責を制限する動きが見られた。プロバイダが免責されずに法的責任を負う範囲については、EU の電子商取引指令に基づいて、英国とドイツは、国内法化にあたり、①違法な行為・情報に関する現実の知識を有せず、かつ、それらがサービスプロバイダに明白となる事実・状況の認識がない場合、②そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・アクセス停止をする場合には、プロバイダは免責されるとしている。日本もプロバイダ責任が生じる時点については、EU の電子商取引指令と同様に他人の権利侵害を知った時と定めている一方で、他人の権利侵害を知った時点から将来にわたってプロバイダが削除等の措置により免責されるとの明確な規定はない。英国では 2013 年の名誉毀損法により、プロバイダ責任に関しては、発信者ではないとの抗弁が認められるとともに、被害者からの申立てに基づいて、プロバイダが投稿者から回答がない場合には発信者に権利侵害情報を削除する、あるいは、

Miranda, *Defamation in Cyberspace; Stratton Oakmont, Inc. V. Prodigy Services Co,* 5 ALB（1996）.

[121] 毛利・前掲注 51）77 頁。こうした連邦通信品位法の解釈は、米国でも被害者の利益をあまりに軽視するものとする学説や、デジタルミレニアム著作権法に基づく Notice and Take-down 方式を導入するべきとの意見があるとされる。

[122] Christine N. Walz And Robert L. Rogers Ⅲ, *Sixth Circuit's Decision in Jones v. Dirty World Entertainment Recordings LLC Repairs Damage to Communications Decency Act,* Volume 30, Number 4, COMMUNICATION LAWER（2014）.

発信者が削除を希望しないと回答した場合には、被害者に通知し本人の同意を条件として発信者の氏名や住所等の発信者情報を開示する手続きが定められた。英国の規定では、プロバイダは直接の権利侵害を行っていないとの抗弁が認められたが、被害者の削除の申立てに対して発信者に照会した上で同意がない場合は、発信者への責任追及を考慮して発信者情報の開示を認めており、プロバイダ責任と発信者責任のバランスを図ろうとしたものと考えられる。

インターネット上の権利侵害情報に対するプロバイダと発信者責任のバランスを全体から見た場合、米国はプロバイダ責任を認めない一方で、発信者の情報開示請求については裁判所に対して行うものとしており、連邦通信品位法によりプロバイダ責任の追及は困難であることから、発信者に対して直接の責任追及を求めることとなる。ドイツは、電子掲示板等が危険の発信源であるとして違法な情報の事前審査によって妨害排除を求めるなどしてプロバイダの一般監視義務の不存在を脅かす判例も見られたが、ドイツは発信者情報の開示に関しては、2017 年の SNS 対策法の施行時にテレメディア法の改正が行われて裁判所に請求できる規定が盛り込まれた。また、テレメディア法が EU 電子商取引指令と同様の免責規定を定める一方で、一般法による妨害排除、差止請求の適用が明記されるなど権利侵害情報に対するプロバイダ責任を強く認めることにより発信者責任との間のバランスが図られているとの見方がある[123]。英国は、EU 電子商取引指令を踏まえたプロバイダ責任の制限を規定しつつ、被害者による送信防止措置の要請に対して発信者の同意が得られない場合は、発信者情報の開示請求が認められており、プロバイダと発信者の責任分配が規定されている。日本は、一般的な監視義務がないなど、EU やドイツ、英国と同様にプロバイダ責任を制限しつつ、プロバイダ責任制限法において匿名の発信者への氏名等の情報開示請求を規定することによりプロバイダと発信者の責任の分配を図っている。日本の判例は、プロバイダが権利侵害情報の流通を知り、違法な表現が行われている場合には、プロバイダが削除等の措置をとらない限り、将来にわたって損害が生じる可能性があることから条理に基づく作為義務を認めている[124]。このような判例の作為義務に関する根拠や判断については、プロバイダ責任制限法には規定されていないが、判例はプロバイダが対抗言論の法理などを主張した場合でも、それにより違法性の認識がなかったとは認めておらず、同法が規定する他人の権利を侵害する情報に対する知ったときとの認識は、被害者からの

---

[123] 毛利・前掲注 9）75 頁。ドイツで責任が広めに認められる背景として、発信者情報請求権が、日本よりも制限されているという事情を挙げておく必要があるとする。

[124] 松井茂記『インターネット上の表現行為と表現の自由』（有斐閣、2010）49-50 頁。プロバイダは私企業であり利用規約等において表現等を削除する規定がある場合は、利用者は不法行為責任による削除を問い易くなると指摘。

申立てがあった時点で違法性の認識の可能性があることからプロバイダ責任は生じると解釈すべきである。EU やドイツのように「そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・アクセス停止をする」ことにより免責されるとする規定は、プロバイダ責任制限法には具体的な規定は明記されていないが、プロバイダは認識のあとに速やかに権利侵害情報に対処することが求められる。インターネット上の表現に対してプロバイダ責任を積極的に認める場合は、個人による自由な情報発信への直接的な萎縮効果をもたらす懸念もあるが[125]、権利救済の観点から、権利侵害情報が放置され将来にわたって削除されず残り続ける事態を回避することも重要である。このため、各国のプロバイダ責任規定の中心となる違法性の認識の時点を明らかにしたうえで、プロバイダに求められる具体的な対応に関する検討を深めることにより、プロバイダ責任をより明確化することが重要となる。

７．日本におけるプロバイダ責任の明確化に向けた検討

プロバイダ責任の明確化の観点から具体的な対応について検討すると、EU の電子商取引指令やドイツとは異なり、発信者への同意照会や相当の理由に基づくといった規定に基づいた対応が必要となる。また、プロバイダ責任制限法は、匿名の発信者に関する情報開示請求権が定めているが、権利侵害の明白性や正当な利益があるといった要件をいずれも満たす必要がある。よってプロバイダ責任に基づいた対応策を検討するにあたっては、発信者への責任分配の観点も考慮しつつ、検討することが必要となる[126]。

プロバイダ責任の明確化という観点からプロバイダの具体的な対応について検討すると、日本の裁判例はプロバイダの作為義務に関して違法な表現が行われていることを認識していた場合、プロバイダは「条理」に基づいて削除義務を負うとする考え方を示している[127]。このような判例解釈は、裁判所が先行行為や契約、法令等がなく、明確な法律上の裏付けがない中で作為義務を認めようとする判断であるが[128]、プロバイダ責任制限法には、判例が示したプロバイ

---

[125] 高橋・前掲７）75 頁。毛利・前掲９）72-74 頁。

[126] 高橋・前掲注７）85 頁以下。発信者情報の開示が容易ではない制度設計の下では、プロバイダに責任追及できることが重要であり、プロバイダが発信者情報の開示を行い、被害者が発信者に損害賠償責任を追及できる道が開かれていれば不公平感が軽減すると指摘している。

[127] 曽我部真裕＝林秀弥＝栗田昌裕『情報法概説』（弘文堂、2015）151 頁。著作権侵害については明文で差止請求権が認められている。名誉毀損やプライバシー侵害については、人格権に基づく差止請求権があるとされる。

[128] 東京地判平成 11 年 9 月 24 日判時 1707 号 139 頁。大学のネットワーク内で名誉毀損発言が発信された事件では、ネットワーク管理者は名誉毀損発言が発信されていることを現実に認識しただけでなく、その内容が名誉毀損に該当することなどが一見きわめて明白であるような例外的な場合のみ、削除義務が発

ダが条理に基づいて作為義務を負うとする考え方は明文化されていない。同法の立法段階から判例の考え方が作為義務の根拠となるとしつつ、判例の考えに従って具体的にプロバイダの作為義務を負う場合を定めることせず[129]、その後の検討においても法令上、具体的にどのような場合に作為義務が生じるかについて明文化することは困難としており[130]、同法の立法段階からプロバイダが損害賠償責任を負わない要件を定めるセーフハーバー方式を採用している[131]。米国やEU、ドイツや英国においてもプロバイダ責任の法的根拠については法令に規定はされていないが、EUやドイツでは違法な表現をすみやかに削除することにより免責されると規定し、プロバイダには違法な表現を知り得た場合の具体的な対応を明らかにしている。日本においてプロバイダが権利侵害情報の認識した後において、具体的な対応について法律上、EUやドイツのように規定されていないことは、プロバイダの責任の明確化に向けて引き続いて検討されるべき論点であると考えられる。プロバイダの具体的な対応については、プロバイダによる送信防止措置によって生じる発信者に対する責任の内容についても明記していない中で、3条2項において発信者に対する同意照会期間などの規定が定められている。こうした規定が発信者の表現の自由に対する配慮なのか、発信者に対して生じる不法行為責任からの免責規定なのかが明らかでなく、前者であればプロバイダによる送信防止措置に対して慎重な手続き規定を置いたと解されるが、発信者に対する同意照会によって何らかの損害からの免責が成立するのかは明らかではない[132]。プロバイダが電子掲示板等のサービスを利用

生するとしており、削除要件の解釈に幅が見られる。

[129] 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) 15頁。
作為義務が生じる場合について、具体的にどのような場合に作為義務が生じるのかについては、①情報が他人の権利利益を侵害するものであることを具体的に認識した場合に作為義務が生じるのか、②それだけでなく、さらに限定的な要件を満たす場合に限られるのか（要件が加重されるのか）は、裁判所の判断も分かれるところであると指摘している。

[130] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」(2011年) 23頁。プロバイダ責任制限法の制定前から定立されている「条理上の作為義務」という枠組みを維持しているが、当該条理上の作為義務が生じる場合については、判例は、プロバイダが違法情報のアップロードがなされたことを認識していたことに加え、アップロードされた電子掲示板等の設置目的や管理・運営状況・匿名性・営利性、被侵害利益の性質等を総合的に検討し、事例ごとの特性に合わせて認定しているものと見受けられる。全ての事例を通じて一見して明確な基準により作為義務の生ずる場合を決めているわけではないことから、法律上作為義務が生じる場合を明確化することは極めて困難であると指摘している。

[131] 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) 19頁。プロバイダの責任の明確化に関しては、「プロバイダが責任を負わない一定の場合」を規定する方法によることが適当であるとした。

[132] 総務省「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－－解説

者が適正に利用するのを妨げたということ以外に、提供サービスの利用規約に反して削除したことによって、発信者に対していかなる民事上の責任が発生するのか不明であるとも考えられる[133]。発信者からの損害賠償責任が発生するのか明確ではないにもかかわらず、損害賠償責任の発生を前提として制限規定を設けている[134]のであれば、却って発信者の権利を過剰に配慮することとなり、プロバイダが送信防止措置を行うべきかの判断を難しくさせているとも考えられよう。また、ここまでの検討では、米国の連邦通信品位法(c)項(2)は、発行者による不快な表現へのアクセスや利用を制限したプロバイダの免責を定めているが、EU やドイツ、英国のプロバイダ法制においてプロバイダへの発信者に対する損害賠償責任からの免責規定はない。

次章において、プロバイダ責任に基づく具体的な対応の検討を進めるために、米国における著作権侵害に対するノーティスアンドテイクダウンの制度の内容と運用について検討を行いつつ、権利者の通知に基づいてすみやかに削除を行った場合の発信者や一般利用者の権利の保護に焦点をあてて、検討を行う。

第２章　プロバイダ責任法制におけるノーティスアンドテイクダウン手続きと発信者の権利との調整及び導入の検討

１．はじめに

インターネット上で名誉毀損や著作権侵害などの様々な権利侵害を迅速に防ぎ、被害者の権利救済を図ることは重要である[135]。日本では、通信インフラを提

－－」(2017 年) 13 頁。発信者が当該情報をインターネットを通じて本来社会に流通させることができたにも関わらず、情報の送信ができなくなったことによる損害である、と説明しているが、このような一般利用者が情報の送信や流通を行う法的な利益とは何かについて明確ではないうえに、プロバイダが違法な表現を削除しなかった場合の法律上の責任とは異なり、これまでの判例においても発信者に対する一般的な損害というものはいまだ認定されていないと考えられる。

[133] 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) 22 頁。プロバイダと発信者の関係が契約関係にある場合、通常、それに従って講じた削除等の措置について責任に問われることはなく、契約関係にない場合であっても、権利侵害情報に対する削除等の措置については、情報の発信を認める「債務の本旨に従いたる履行」とは言えないことや、違法であるため正当防衛・緊急避難にあたることからいずれにしてもプロバイダは責任に問われないとしている。権利侵害情報ではない情報を削除した場合には債務不履行に問われる可能性はあるとするが、民間企業であるプロバイダに対して、表現の自由侵害を理由に不法行為責任を問うことも困難である。そのような限定的な場合に賠償責任からの免責を定める必要があるか疑わしいと考えられる。

[134] 同上 9 頁。プロバイダが不作為責任に問われることをおそれるあまり、過度に送信を防止する措置を行って発信者の表現の自由を不当に侵害することを抑止する効果も有するとしているが、民間企業であるプロバイダが利用規約に従って削除した場合には、利用者との関係において表現の自由の侵害は基本的には問われないのであって、プロバイダにいかなる民事上の責任が発生するのか不明確である。

[135] 民事だけでなく、刑事事件についても同様である。2017 年 4 月に公表された LINE 社の「LINE

供するコモンキャリアに対し、通信の秘密の保護のために情報流通を妨げないよう義務を課することで、結果的にインターネットの自由な情報流通が確保されてきたとする見解もみられる[136]。一方で、プロバイダが公然と表現された内容にかかわる名誉毀損や著作権侵害に関わる情報を特定し、送信防止措置等を行った場合は、電気通信事業法の通信の秘密や他人の秘密漏洩等の規定は適用されないと解されているが[137]、プロバイダが被害者の通知に従って速やかに送信防止措置を行うことを法制度の中で定める場合は、発信者等の表現の自由や情報受領者の権利との調整が必要となる。プロバイダが被害者の通知に従って削除することによりプロバイダ責任を免責する米国のノーティスアンドテイクダウンはデジタル・ミレニアム著作権法[138]の中で、プロバイダが免責されるための要件の一つとして定められている。インターネット上での著作権侵害は短時間に大規模なものに発展するおそれがあり、裁判所による判断が示されるまで放置することは必ずしも適当ではないため、プロバイダがとるべき定型的な簡易な手続として位置づけられるノーティスアンドテイクダウンは、速やかな権利救済とプロバイダ責任を軽減する目的を有している[139]。一方で、同法に基づく措置は言論規制の側面を有するため、著作権者が善意であることや権限の濫用、必要な手続きを怠った場合の責任等を定めており、権利者の通知に従ってプロバイダがノーティスアンドテイクダウンを行わなかった場合でも、米国では私的利用やフェアユース[140]に該当する場合は、権利者に対してプロバイダ責任に問われないとする判例も見られる。プロバイダはインターネットサービスの提供にあたり、利用者が自由に表現できるよう憲法上の権利を妨げないこと

Transparency Report」によれば、LINE 上で犯罪予告が行われていると通報があった場合などに、被害の軽減、人命保護、犯罪抑止に協力した結果等についてまとめており、インターネット上の権利侵害は民事、刑事問わず全体で相当数にのぼっている。

[136] 宍戸常寿「通信の秘密に関する覚書」長谷部恭男ほか編「現代立憲主義の諸相（下）」（有斐閣、2013）512-516 頁参照。

[137] 宍戸・前掲注 5）16 頁以下参照。

[138] Digital Millennium Copyright Act of 1998, 17 U.S.C.

[139] 文化庁著作権審議会第 1 小委員会専門部会中間報告書（2000 年）（7 ノーティスアンドテイクダウン手続きについて）参照。作為義務として規定する場合は、権利者はその義務の履行を求めてプロバイダに対して訴訟を提起することができることとなるが、プロバイダ側からすると、当該著作物を削除するかしないかは自らの権利に無関係であり、サービス・プロバイダーが訴訟当事者となることは実質的な意味を有しないことが考えられる。したがって、サービス・プロバイダーの義務として規定するのではなく、権利侵害を主張する者からの通知を受けたサービス・プロバイダーが削除等を行った場合にはサービス・プロバイダーは民事上の責任を負わないこととする特別の手続とすることが適当である、と指摘している。

[140] CARTER, *supra* note 34 at 262-264. 米国のフェアユース概念の中心は、公共の利益であるする。市場において著作権者の利益を過剰に保護することを避けて、社会における思想や情報の循環を確保するために認められた一般的な保護概念である。

も重視しており、プロバイダは適法な表現行為が制約されないよう違法ではない表現に対するノーティスアンドテイクダウン手続きの中で一定の歯止めを掛けることにより表現の自由が担保されることも期待されうる[141]。

１－１．ノーティスアンドテイクダウンの概要

米国のデジタル・ミレニアム著作権法が定めるノーティスアンドテイクダウンを取り上げて、①違法な表現に対する速やかな削除手続きと発信者の権利との調整（復活制度）、②違法でない表現が削除されてしまった場合の権利者の責任と表現の自由の保護、③著作権侵害だけでなく分野横断的に名誉毀損、プライバシー侵害に適用する際の課題を検討する視点から、インターネット上での権利救済の実効性と、日本のプロバイダ法制に導入する際の同制度の課題について検討する[142]。日米ともに著作権法は権利者に情報、アイデア、表現といった著作物に独占的な権利を認める法令であり、情報の流通を直接、間接に制約する可能性が高いことから[143]、権利者からの通知に従ってプロバイダが情報の削除等を法令で定める場合は、憲法上の権利である発信者の表現の自由や情報受領の権利を侵害する可能性がある[144]。裁判所によるプロバイダに対する削除命令を比較した場合、裁判所から発せられる事前の差止命令は表現の自由を侵害する可能性があることから、事前抑制の禁止の法理の下で厳格な基準が適用される[145]。ノーティスアンドテイクダウンは、裁判所の事前差止ではなく、権利者の通

---

[141] 総務省「インターネット上の違法・有害情報への対応に関する検討会最終とりまとめ」（2009 年）46 頁。安易な通知により表現行為が容易に削除されることになりかねず表現の自由の観点からの問題が大きい、と指摘している。

[142] 文化庁「著作権審議会第 1 小委員会専門部会（救済・罰則等）中間報告書」（2000 年）（６．サービス・プロバイダーの法的責任の明確化の必要性について）参照。削除をプロバイダーに作為義務として規定することは、表現の自由の萎縮が大きいことや画一的な対応を義務付けることになり、明らかに問題があると思われる通知も削除することになる弊害を指摘。

[143] 一般的には、人格権としての名誉権と財産権の要素が強い著作権では権利保護の目的が異なるため、制約の態様（強弱）も異なりうる。

[144] 大日方信春「知的財産権と表現の自由」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か』（2017 年、法律文化社）160-162 頁。

[145] 最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 巻 4 号 872 頁。北方ジャーナル事件判決。裁判所による事前差止はいわゆる行政権による「検閲」には当たらないものの、憲法 21 条 1 項が保障する表現の自由に対する事前抑制に該当し、厳格な要件の下でのみ許容されるとした。名誉権等の人格権に基づく差止についても、「その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止めは、原則として許されないものといわなければならない。ただ、右のような場合においても、その表現内容が真実でなく、又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止

知に基づいて速やかにプロバイダが自主的に削除を行うことにより免責される仕組みであり、裁判所や他の公権力によるプロバイダへの作為義務を設定するものではない。プロバイダは通知があった場合に免責されるために定型的に対応することとなるが、米国では権利者の通知に従って誤って削除してしまった場合は、権利者への責任を問う規定を設けることでプロバイダ責任が軽減されている。ノーティスアンドテイクダウンは発信者の表現の自由や利用者の適法なコンテンツの受領や流通を妨げるおそれもあり[146]、米国のデジタル・ミレニアム著作権法は、ノーティスアンドテイクダウンに対して、発信者による反対通知・復活制度を設けて発信者の保護を図るなど、インターネット上の自由な言論が侵害されないように配慮している[147]。その他の特徴としては、①ノーティスアンドテイクダウンは簡易迅速な手続として位置づけられるため、手続の過程において裁判所の関与は必要ないと考えられること、②著作権侵害について損害賠償請求を行うことまでは求めないが、著作権侵害の状態をすみやかに排除したいと考える権利者にとっては、ノーティスアンドテイクダウン手続は、迅速に著作権侵害の拡大を防止することができる手段として大きな効果を持つことなどが挙げられる。

1－２．日米のプロバイダ法制の適用関係

まず日米の法制度について整理しておきたい。日本では、著作権侵害に限定せず、他人の権利が侵害されていることを要件としてプロバイダ責任制限法が適用される。同法のプロバイダの定義は、インターネット上のサービスを提供するホストプロバイダを中心として、クラウドサービスを提供するコンテンツプロバイダやキャッシュプロバイダも同法の対象に含まれるが、検索事業者は対象とはならない。判例は発信者情報開示手続きについてはアクセス（経由）プロバイダも対象としている[148]。

めの必要性も肯定されるから、かかる実体的要件を具備するときに限って、例外的に事前差止めが許されるものというべきであり、このように解しても上記説示にかかる憲法の趣旨に反するものとはいえない。」としており、厳格な要件の下で許容されるとしている。

[146] 曽我部・前掲注 15）144-145 頁。国家による制約以外に、インターネット上の民間企業による規制は、一般ユーザーとの間の利用規約において定められるとともに、アーキテクチャと呼ばれる何らかの物理的・技術的構造によって利用環境が決まると指摘。

[147] 文化庁文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 司法救済ワーキングチーム「間接侵害に関する中間報告」（2008 年）。本文と同様の指摘を行っているのに加えて、発信者は復活させる場合に、匿名ではなく実名が求められるため、匿名による情報の発信という法的利益の扱いについて指摘している。

[148] 名誉毀損のプロバイダ責任については主としてホストプロバイダが問題となるのに対し、著作権侵害はホストプロバイダに限らず、映画や音楽等の大容量ファイルに関するファイル共有サービス（P2P）や、クラウドサービスを提供するキャッシュプロバイダの責任が問題となる。

米国では、著作権侵害に関わるプロバイダ責任については、連邦通信品位法により明示的に除外されており、230 条(c)項(1)の包括的免責は適用されない。デジタルコピー等のための技術的保護措置等への著作権侵害については、デジタル・ミレニアム著作権法が適用され、同法によって著作権者からの通知に基づくノーティスアンドテイクダウンが行われている[149]。プロバイダだけでなく検索サービスも対象となるとされており、プロバイダは手続きに従って削除を行うことにより免責される[150]。

米国のノーティスアンドテイクダウンと日本のプロバイダ責任制限法の違いは、米国ではテイクダウン通知に従いプロバイダは実体上の判断を行うことなく速やかに削除すれば免責されることに加えて、検索サービスをテイクダウンの対象とするのに対して、日本のプロバイダ責任制限法は、検索サービスは対象とならず、権利侵害の通知だけでなく、権利者側が主張する権利侵害情報の流通によって直接的に権利者が被害が生じていることが立証されたとプロバイダが判断してから削除を行うのでなければ、発信者への責任が生じる可能性がある。３条 2 項 1 号の判断にあたっては、プロバイダ自らの実体的な判断を行う負担の差は大きいと考えられる。また、３条 2 項 2 号の発信者の同意照会手続きに則る場合は、明らかに権利侵害にあたる情報であっても、権利者からの通知のあとに一定期間は削除等をせずに発信者からの連絡を待つ形となるため、その間に権利侵害が拡大する可能性も高いことから権利救済の迅速性で劣ることになろう。また、プロバイダに多数の権利侵害情報に対する削除依頼が寄せられた場合は、ノーティスアンドテイクダウンと比べた場合に発信者との関係で同意照会による手続上の負担は大きくなる。

日米のプロバイダや検索サービスによる同様の事例と比較し、そのような責任からの免責を定めたデジタル・ミレニアム著作権法のノーティスアンドテイクダウンのプロバイダ法制における役割や課題について検討する。

2. 米国著作権法におけるプロバイダ責任の特徴

米国のデジタル・ミレニアム著作権法は、基本的には著作権法のルールをインターネット空間にも敷衍しており、著作権で保護されるために独創性と創作物という基準を満たす必要があると定めている。独創性の定義には、単なる事実の集合は含まないとされており、一般的に電話会社が保有する電話帳などは、何らかの編集を経て創作性が認められない限り著作権は発生しない。よって、現在、

---

[149] MICHAEL L. RUSTADET ET AL .,GLOBAL INTERNET law IN A NUTSHELL 324-327(3rd ed. 2016).

[150] デジタル・ミレニアム著作権法では、削除を行った場合は、その旨を発信者に通知することとされており、発信者は自らの氏名等を開示した上で、一定期間内であれば削除した内容の復活を請求できる。プロバイダは権利者が一定の期間内に訴訟を起こさない場合は、復活させなければならない。

プロバイダのサービスの主流となっている個人のブログや SNS、ポータルサイトにおける新聞記事が著作権で保護されるためには、創作性を有している必要があるため、創作性の定義や認定が重要な意味を持つ。利用者が保存した写真等のデータ群や個人情報等も基本的には著作権保護の対象ではない[151]。さらに、創作性の定義を満たすためには、一時的に保存されるデータ等は含まれず、著作物を表現するために利用するメディア・媒体が特定されている必要があり、著作物の利用が十分に永続的で安定的に利用可能なメディアでなければならないとされる[152]。

インターネットの発達とともに著作権が保護されるべき媒体は順次、ウェブサイト、ブログ、ソーシャルメディア等に拡大されてきている。著作権の保護はインターネットに接続されたサーバーに音楽や映画、書籍等の著作物をデータで保存する行為（自動公衆送信）に及ぶが、コンピューターRAM やウエブサイトで情報を表示させるための一時的保存に関わるメールの送受信、検索サービスなどは、著作権を侵害しないとされる。米国では連邦憲法[153]は、「作者や発明者に対して一定の期間その著作物や発見に関する排他的な権利を保障することによって、科学や有用な芸術の発展を促進する」ことを定めており、著作権法には、表現の自由を保障した修正 1 条との調整原理がすでに内在されているとされる[154]。すなわち①思想の独占を防ぐため、著作権の客体は思想、アイデアそのものではなく特定の表現形式を要件とする（二分論）[155][156]、②著作物の性質や利用目的において「公正である」と認定できる利用を保護するフェアユース（一般的権利制限規定、17.U.S.C.§107）が定められる[157]。また、権利保護期間を法

---

[151] RUSTAD *supra* note 149 at 293-298.

[152] CARTER *Supra* note 34 at 265.,インターネット利用時の一時的なウエブサイトの保存のためのキャッシュについては、短時間によるアクセスや頻繁な閲覧等に必要な情報操作が認められている。

[153] 米国連邦憲法第 1 条第 8 節第 8 項によれば、時限的かつ排他的な権利を著者等に付与することによって、議会に科学芸術等の発展を促す権限があると規定されている。

[154] 大日方・前掲 14 4 ）161 頁。

[155] See The U.S. Supreme Court in Baker v. Selden, 101 U.S.99（1879）. 本判決において初めてアイデアと表現の二分論が登場し、簿記や会計の計算の中身自体はアイデアであり著作権の保護の対象とならないが、考案された簿記の筆記形式や会計システムは表現であるとして保護の対象となるとした。

[156] 山口いつ子『情報法の構造』（東京大学出版会、2010）260 頁～262 頁。知的財産権と自由な情報流通の調整については、知的財産という概念に内包されている私的権利と公共の利益との間の緊張関係に留意する必要があると指摘している。この点において、米国著作権法の考え方である「二分論」は、知的財産が含む思想やアイデアは自由に流通させて、特定の表現形式で形成された知的財産を時限的に保護しようとする。

[157] 同上 268 頁。近代の欧米における知的財産権の核心には、「私的権利」と「公共の利益」との間の均衡をめぐる哲学的緊張が存在しており、今日の知的財産権をめぐる議論においても顕在化していると指摘する。

定し、権利を制限しているとされるが、表現の自由との調整は「無条件に免除」されているわけではないと考えられている[158]。

デジタル・ミレニアム著作権法の第 17 編 102 条(a) [159]によれば、著作権で保護されるためには、「機械ないし装置の援助によって知覚、再生ないしはその他の方法でコミュニケーションが可能となるような有形的な表現媒体に固定されたオリジナルな著作作品」でなければならない。その上で、著作権者には、106 条(1)に基づく複製権、106 条（3）に基づく頒布権、106 条（4）の公衆送信権など、排他的な権利が与えられる。

米国の著作権侵害は、連邦通信品位法と大きく異なる点として、寄与責任や代位責任といった間接責任の性質の違いに応じた法理が発達しており、著作権を直接侵害した者に対する無過失責任についても、プロバイダに対して厳しく適用してきた[160]。デジタル・ミレニアム著作権法はプロバイダの直接責任を軽減し、単に接続サービスの提供であれば寄与責任や代位責任からも免責している。判例では、プロバイダが著作権侵害の事実を知り、違法な著作物等の掲載によって利益を受ける関係などから、106 条(1)に基づく複製権、106 条（3）に基づく頒布権、106 条（4）の公衆送信権の侵害行為に対して、侵害行為に寄与したかどうか（寄与責任）、あるいは侵害者との関係において侵害行為を管理・監督する立場から、プロバイダは不当に経済上の利益を得ているかどうか（代位責任）によって異なる間接責任を負うものとされる[161]。

具体的には、中央管理サーバー型によるサービス提供の場合、寄与責任や代位責任を認めやすい一方[162]、非中央管理型はユーザーによる特定の具合的な直接的侵害行為に対する認識や直接的な侵害行為に対する実質的な寄与が要件とな

---

[158] RUSTAD *supra* note 149 at 298-299.フェアユースは、コモンローとして発達してきた法理であり、著作権者の排他的権利に対する特例的な例外として認められている。検索サービスについては判例でフェアユースが認められる一方、ツイッター等のソーシャルメディアに対しては適用された判例はまだない、とされる。See Mary Ann L. Wymore, *Social Media and Fair Use*: Pinterest as a Case Study, Bloomberg law. Com（2013）3 p. ソーシャルメディアに個人が著作権者に無断で原作品を掲載するなどして、次々と別の利用者によって引用されていった場合に、裁判所が個人を著作権侵害の寄与責任に問うのか、フェアユースとして認めるのか、線引きが難しい問題であるとしている。

[159] 17 U.S.C.§1201(a)では、1996 年の World Intellectual Property Organization（WIPO）による著作権協定に基づく各種の義務を定めている。また、17 U.S.C.§1203 は損害賠償の規定について、さらに 17 U.S.C.§1204 は権利保護のための技術やコピー制御の不法な解除への刑事罰を規定している。

[160] *See* Playboy Enterprises Inc. v. Frena, 839 F.Supp. 1552（M.D.Fla.1993）. 直接侵害（direct infringement）の責任をプロバイダに認めており、プロバイダが直接、著作権侵害を行ったと認められる場合は、プロバイダの故意や過失にかかわらず無過失責任を負うとしている。

[161] RUSTAD *supra* note 149 at 303-305.米国著作権上の間接責任は、寄与責任（contributory）、代位責任（vicarious）、誘引責任（inducement）があるとされている。

[162] *See* A&M Records, Inc. v. Napster, Inc, 239 F.3d 1004（9th Cir. 2001）.

り、代位責任についても、直接的侵害行為からの経済的利益の帰属や直接的侵害行為に対する管理・監督権能の存在が要件となる。非中央管理型は、ユーザー間のファイル行為に対して、プロバイダは関与しておらず、寄与責任や代位責任のいずれの要件も満たさないため、連邦最高裁は、間接的侵害責任（媒介者責任）は、寄与責任や代位責任に限られないとして、コモンローの中の「誘引責任理論」[163]に基づいて責任が認められる旨判示している[164]。違法行為に利用され得るという著作物データの特性がある場合や侵害行為に用いられるかもしれないという程度の認識があったに過ぎない場合を除いて、配信者がユーザーの侵害行為を助長する直接的な言動があったことが示されている場合には誘引者の責任に問われる[165]。一方で、プロバイダや検索サービスが違法行為を知り得た場合に責任を負う場合であっても、ノーティスアンドテイクダウンによって速やかな削除により免責される点について以下検討する。

2－２．ノーティスアンドテイクダウンの要件

デジタル・ミレニアム著作権法は、プロバイダや検索サービスを免責する条項を設けている。第 2 章では、512 条において、寄与責任、代位責任からの免責を定めている。同条の適用対象の定義によれば、いわゆる一般的なプロバイダを指すがサーバーを設置するプロバイダだけでなく、同法は検索サービス事業者も対象としている。

その上でプロバイダや検索サービスは、以下の 4 つの点を満たす場合に免責されることになる。まず、第一に、512 条（a）によれば、プロバイダ及び検索サービスがデジタル情報を伝送する際に、第三者の指示に基づく他者に対する自動に行われる伝送や接続の場合であって、プロバイダ及び検索サービスによ

---

[163] 作花・前掲 30）472 頁　直接的な侵害を惹起する要素として、①違法なファイル交換の機能があることを広告宣伝し、②侵害を阻止するためのフィルタリング等を行わず、③広告料収入を得ていること、などを挙げているとする。

[164] *See* Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd.545 U.S.913（2005）．法廷意見を書いたスーター判示は、本件の問題は、著作権者の利益と技術革新の利益との緊張関係にあり、被告ソフトを用いた侵害的なダウンロードが日々多数生じていることに鑑みて、間接責任を課すべきだとする著作権者側の主張を採用した。ファイル交換ソフトの配信者の責任を認めなければ、複製装置の配信者に対する寄与・代位責任のみが現実的権利行使手段になってしまうが、複製装置に対し著作権侵害を問うことは難しいと理由を述べている。

[165] *See* Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc. 464 U.S.417, 104 S.Ct.774. Ed. 2d 574（1984）．当時のソニーがベータ（ビデオ）を開発・製造したこと、また販売（頒布）したことは、著作権を侵害せずに利用することが可能であり、このような中立的な技術革新は寄与責任に問われないとした。一方で、Grokster 判決は、フィルタリング等の対策をとることなくソフトウエアの頒布により違法な音楽ファイルを交換することを容認し、顧客獲得の目的化するなど Sony 判決は先例とはならず寄与責任を逃れないとしている。

る選別を経ることなく、また内容等に改変がされることなく、プロバイダ及び検索サービスの伝送等に係るシステム上の合理的に必要な範囲の複製等の技術的処理を除いて複製が行われていない場合は免責される。第二に 512 条（b）によれば、第三者によって投稿された著作物の一時的なシステム上の保存など、あらかじめ複製権を侵害するものではないと評価される場合に免責される。また、第三に、512 条（c）によれば、システムまたはネットワーク上に存在する著作権を侵害する情報に関して、プロバイダ及び検索サービスが現実に知らない場合、または権利侵害行為の外観が明らかでなく知る可能性がないことが免責の条件となるものの、知り得た場合であっても権利侵害情報を削除もしくはアクセスを遮断するなどの措置を行った場合に免責される。ただし、プロバイダ及び検索サービスがコントロールする権利や能力を有している場合に、経済的利益を直接、違法な著作物の流通によって得ていないことが要件となっている。第四に、512 条（d）によればリンク先に著作権侵害の情報がある場合に、オンライン上の情報の提供元に関わるディレクトリ、インデックス、引用あるいはハイパーリンクを用いた場合も免責される、としている[166]。

このうち 512 条（c）は、権利者からの権利侵害の通知に基づく、権利侵害情報の削除（ノーティスアンドテイクダウン）によって著作権侵害に対するプロバイダ責任からの免責を定めており、その手法は削除のみならずアクセスの遮断を含むものとなっている。

ノーティスアンドテイクダウンに関連して、日本のプロバイダ責任制限法と同様に著作権侵害を直接行った匿名の者の特定も認めており、デジタル・ミレニアム著作権法 512 条（c）項（3）[167]により、「現に行われている侵害」に対する匿名者の情報開示を行うことができる。

権利者によるノーティスアンドテイクダウン通知は、①通知を行う者の氏名や内容の特定、②権利侵害を善意誠実に信ずる旨の陳述、③通知に記載された情報が正確であること、などの要件を満たす必要がある。こうした要件を満たさない場合は、権利者は通知による削除によって生じた損害を賠償する責任を負うこととされている[168]。ノーティスアンドテイクダウンによる削除と復活制度に

---

[166] RUSTAD *supra* note 149 at 310-311. ハイパーリンクについては、単に権利侵害情報があるサイトへのリンクを付与しただけでは違法とはならない。See Bernstein v. J.C. Penney, 1998 WL 906644（C.D.Cal 1998）。またトップページ等のハイパーリンクではなく、直接コンテンツや該当情報へのハイパーリンク（ディープリンク）を張る行為についても違法性までは認めていない。

[167] *See* In re DMCA Subpoena to eBay, INC.,2015 WL 3555270 (S.D. Cal., 2015). 情報開示を認める令状の取扱いを定めたデジタル・ミレニアム著作権法 512 条（h）項では、裁判所による令状の対象は、すでに権利侵害情報が削除された侵害者に関する開示請求は認められないとする。

[168] 文化庁長官官房著作権課。以下にノーティスアンドテイクダウン手続に関する概要を示している。
http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/old_bunka/chosakuken_index/toushin/attach/1325600.htm

ついては、512 条(g)項(2)が定めており、権利者からの通知に基づいてプロバイダは削除を行った場合はその結果を発信者に通知する。その上で発信者が何もしなければ削除されたままとなるが、反対通知を行った場合は再びプロバイダは権利者に反対通知を送付し、10 日以内に削除された情報が復活することや権利者は発信者に著作権侵害の訴訟を提起した場合は削除が維持されることなどを伝える。そして権利者が訴訟を提起しない場合は、削除された情報は復活することになる。また、512 条(g)項(2)において発信者の反対通知には、削除された対象及び誤って削除されたものであることや氏名、住所等の記載が必要であると規定している。米国では、実際のテイクダウンの運用においてもインターネット上の著作権を手厚く保護する判例を積み重ねてきており、著作権者の保護に加えて、ノーティスアンドテイクダウンによる一方的な削除措置が一般ユーザー等の私的利用やフェアユースに反しないかが争われている。ノーティスアンドテイクダウンの制度上の課題としては、表現の自由と財産権の保護のバランスがうまく図られているかという点にあり、ノーティスアンドテイクダウンの通知を受けたプロバイダは、著作権侵害ではないものまでも削除してしまう可能性があることである[169]。インターネット上の著作権法違反の類型が多様化し、単純に経済的自由に関わる取引に対する規制と捉えて表現の自由による制約を認めないことは問題視されうる[170]。米国におけるノーティスアンドテイクダウンの判例について以下、詳細を明らかとしたい。

３．米国判例の動きについて

３－１．プロバイダ責任を問われた事例

Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC[171] では、デジタル・ミレニアム著作権法 512 条以下の規定によって、インターネットサイトでクラウドサービスをユーザーに提供する MP3tunes 社（以下 M 社）のサービスが免責されるかが争われた事案である。同社のサービスはクラウド上に楽曲を保存利用できる環境を提供し、適法に購入した音楽ファイルをユーザーが自身のハードディスクに保存せず、クラウドサービスに保存することが著作権侵害にあたるかが争われた。同社のサービスを使えば、いつでもモバイルの通信環境下で音楽ファイルを聴くことが可能となる。同判決では、クラウド上に MP3 形式[172]の音楽ファイル

---

[169] Carter *supra* note 34 at 280-281.プロバイダは削除すれば免責されるので、削除要請の内容が妥当であるか等の判断をしないとする。

[170] 松井・前掲注 14）293 頁参照。著作権保護には憲法の表現の自由保障に照らして限界があることは、ほとんど認識されていないと指摘。

[171] Capitol Records, Inc. v. MP3Tunes, LLC (S.D.N.Y. Aug 22, 2011).

[172] CARTER *supra* note 149 at 273-274.全米レコード協会（RIAA）は、MP3 形式のファイルができるだけ

を保存することが著作権上の複製に当たるのか、著作権ユーザーの適法な利用であるかが争点となった[173]。さらに、本事案は原告側からノーティスアンドテイクダウン通知が行われたにも関わらず、M 社が削除を行わなかった点に関しての違法性が争われた。

まず裁判所は、①第三者の指示に基づいて他者に自動に伝送や接続が行われ、内容等が改変されることなく、システム上合理的必要な範囲で行われる複製等の技術的処理を除き、適法な範囲で利用者が音楽ファイルを利用するクラウドサービス自体は、権利者の複製権を侵害しない、②M 社は、ユーザーがクラウドにアップロードした MP3 ファイルが著作権上、違法な楽曲なのかそうでないのか、あるいはユーザーによる私的利用の範疇に収まっているかの判断を行っていないことから現実に知り得たとまでは言えない、③また、M 社の管理権はクラウド上に保存された個別のファイルに及ぶものの、それによって直接、経済上の利益を得ていないとした。その上で、同社が私的利用の範疇を超えて、違法にファイル共有を行ったと判断したユーザーによってアップロードされたファイルを削除しているとした。

同判決は、M 社側の主張をこのように認めたうえで、権利者側の EMI 社によるノーティスアンドテイクダウンの通知は適法に行われたものであるとした。裁判所は、基本的にはテイクダウン通知に特定の侵害が行われた侵害範囲を明確化しなければならないとしつつも、ユーザーによって行われた Web 上のリンク先に保存された音楽ファイルを M 社のクラウド上のフォルダにリンク先のファイルを特定するだけでアップロードされる機能（side loaded from unauthorized distributors）によってクラウド上に保存された音楽ファイルを追跡し、著作権侵害が特定されたリンク先からコピーされたものかどうか容易に判別することができるため、この場合 M 社は EMI 側が通知した内容に従ってユーザーの個別のデータ保存先から違法なファイルを削除する義務があるが、M 社が行った削除は、同社が私的利用を超えていると判断した一部のファイルに過ぎず、追跡機能を使って違法にコピーされたファイルとして EMI 側が通知

流通しないように、当初は MP3 プレイヤーに対して規制を掛けようとしたが、デバイスそれ自体の開発や販売は、著作権侵害に直接的にも間接的にもあたらないとされた。その後、Napster 社が自身のサーバーに MP3 ファイルをコピー可能な状態で保存し、ファイル共有ソフトを用いて MP3 ファイルを交換できるサービスは違法差止に成功した。*See* A＆M Records, Inc. v. Napster, Inc, 239 F.3d 1004（9th Cir. 2001）.

[173] デジタル・ミレニアム著作権法では、MP3 以外にもデジタルコピーによって提起された様々な著作権侵害事例が争われている。Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 82 F.Supp.2d 211（S.D.N.Y.2000）. 映画を DVD にコピーし、インターネットに投稿できる DeCSS プログラムの普及を阻止するため、特定の個人が自らのウエブサイトに DeCSS を使用したコンテンツ等のアップロードを複製権の侵害として差止めが認められた。

した著作権侵害のファイルに対する削除を行っていないとした。このため、ノーティスアンドテイクダウンを行わなかったM社は著作権侵害の責任を逃れないとした。これに対し、M社側は反論を試みている。M社は、EMI社が一部のコンテンツを公開し、広告的な手法によりキャンペーンの一部として無料でダウンロードできるようになった曲については、暗黙のうちに著作権は放棄されたと主張し、また、そのことによって、ユーザーの利用が著作権侵害かどうかを知ることは困難または不可能であると述べている。しかし、裁判所は、権利者はコンテンツ使用と配信に一定の制限を課しており、著作権の明示的放棄や、使用制限の要件を満たしていないWebサイトに暗黙の許可はしておらず、ユーザーによる違法性の判別が困難であることとノーティスアンドテイクダウンの通知が違法であることは無関係であることから、裁判所は、違法なサイトからダウンロードされたファイルのアップロードは著作権侵害であり、違法なファイルを削除しなかったM社はデジタル・ミレニアム著作権法が定めた免責の基準に合致しないとして代位責任を認めた。また、M 社はユーザーの音楽ファイルという「個人的な財産」の削除は、別の法的責任を発生させるとの主張に対しても、デジタル・ミレニアム著作権法の 512 条の規定により違法なコンテンツの削除に伴う不法行為責任は免責されると斥けている。

３－２．ノーティスアンドテイクダウンが権利濫用とされた事例

著作権者のテイクダウン通知に基づいて、プロバイダや検索サービスによる削除等の措置が無制限に行われれば、表現者の適法な表現行為として認められるべきはずのインターネット上における引用や、Youtube等の動画配信、フェイスブック等のソーシャルメディアにおける一般ユーザーによる情報発信が妨げられる可能性がある[174]。一方で、動画配信サービスやSNSは、著作権者によって侵害行為をコントロールできない膨大な数のコンテンツを日々生み出しており、権利者による通知が追いつかずに、ノーティスアンドテイクダウンの実効性

---

[174] 日本の判例では、動画投稿サイト「パンドラTV（後にTVブレイクに変更」を運営するプロバイダが、ユーザーらによって投稿される映画やテレビ番組等の複製物を閲覧可能な動画としてインターネット上に蔵置するサービスによって広告収益を得ていたことに関して、違法な状態を誘引していたことなどをもって著作権侵害の主体としての責任を逃れないとして発信者としての責任を認めている（知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁）。フランスでは、動画投稿サイト運営者をデジタル経済法第 6 条Ｉ-2の意味の範囲で技術的な媒介者であるとした事例がある（Cass. Civ. 1re, 17 fevrier2011, pourvoi n° 09-67896）。米国では、動画投稿サイトやインターネット上のオークションサイトを運営するプロバイダの責任を、ホスティングサービスと同じ DMCA 第 512 条(c)の枠内で扱った事例がある。具体的には、動画投稿サイトについて Viacom International Inc. v. YouTube, Inc., and Google, Inc. 2010 U.S. Dist. LEXIS62829 (S.D.N.Y June 23 2010)、インターネット上のオークションサイトについて Hendrickson v. eBay Inc., et al., 165 F. Supp.2d 1082 (C.D.Cal.2001).がある。

が問われる事態となっている[175]。デジタル・ミレニアム著作権法は、512 条（f）項は、「権利者により虚偽の理由に基づいてノーティスアンドテイクダウンの手続きにより削除等を行った場合は、侵害を主張した者は侵害により生じたいかなる損害費用に対しても責任を負う」と定めている。以下、同手続きが争われた判例について検討する。

Lenz v. Universal Music Corp（N.D.Cal.2008）[176]では、米国の大手音楽会社ユニバーサルが著作権を有している楽曲について、同楽曲を使用した 1 歳 6 か月の幼児のダンスを撮影した動画を Youtube にアップロードして配信した親に対し、ユニバーサルが Youtube に対して著作権侵害を通知し 512 条(c)項に基づいてノーティスアンドテイクダウンにより、Youtube 側が通知に基づいて削除した事案である[177]。しかし、Youtube が行った動画の一方的削除に対し、動画をアップロードした利用者側の原告が、512 条（f）項に基づいて親が違法な削除による損害賠償による対抗的手段に訴えた。原告は、動画はフェアユースに該当することから、ユニバーサルの権利を侵害していないと主張したが、ユニバーサルは楽曲を Youtube に使用するのを認めていないと主張した。地裁は、原告は、フェアユースの主張に基づいて、512 条（f）項違反を主張できるとした。そして、楽曲の適法な利用に反するノーティスアンドテイクダウンによる通知は、悪意に基づくものであり、正当性が認められないとして原告側の主張を認める判断を行っている。裁判所は権利者に対し、512 条（c）項に基づくノーティスアンドテイクダウンの行使に対して、表現の自由の観点を含んだフェアユースや私的利用という利用者側の権利を考慮しなければならないとする抑止的判断を示したと評価されている[178]。同判決以降、権利者はノーティスアンドテイクダウンが権利濫用にならないかどうか、フェアユースによる対抗的主張が行われ

---

[175] *See* Viacom Intl, Inc. v. YouTube Inc. 676 F.3d.19（2nd Cir.2012）．米国大手メディア企業バイアコム社（Viacom）は、YouTube 社に対し 10 億ドルを超える損害賠償請求を起こした。動画サイトによって巨大な著作権侵害が行われていると主張し、Grokster 判決を踏まえて、積極的に侵害行為に加担し、寄与している責任を負うべきと主張した。また、バイアコムは著作権者に対して、ノーティスアンドテイクダウンの手続きを執ることが大きな負担となっており、動画サイトや SNS 等で行われている全体の著作権侵害を防ぎきれない、と主張した。差し戻し審では、YouTube 社は特定の著作権侵害について特段の認識を有していたとする証拠は認められないと判断した。

[176] Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir 2015).

[177] YouTube 動画やフェイスブックといったユーザー起生型（User-generated content(UGC)）の著作権管理の困難さは、①ノーティスアンドテイクダウンを行う前に次々とコピーがインターネット全体に拡散していくことと、②権利者側がすべてのユーザー基成コンテンツをモニタリング監視しノーティスアンドテイクダウンを行うことが不可能な量、となっている点にあるとされる。

[178] CARTER *supra* note 149 at 280.著作権者はテイクダウン通知を行う前に、厳格にフェアユースに該当しないかの判断をすべきとする。

るリスクを考慮し、プロバイダに対する通知を行う際に抑止的な判断の必要が生じたとされている。

３－３．検索事業者に対する著作権判例（著作権侵害はないとされた事例）

検索事業者のリンク先の検索結果の表示による著作権侵害が問題となった事例については、検索事業者のリンク先に対するプロバイダ責任が問題となったため以下のとおり検討する。Perfect 10, Inc. v. Amazon. com (9th Cir. 2007)[179]では、検索事業者が表示する検索結果の中に、著作権で保護された画像のサムネイルが含まれており、著作権法違反で訴えられている。裁判所は、フェアユースの定義に従って著作権保護による削除に対して一定の制限を掛けた。同事案では、会員制の有料サービスにおいて会員のみに閲覧可能な画像を提供しており、縮小されたデータも含めてダウンロードや携帯電話による利用についても著作権法による保護対象となっている。検索事業者のグーグルは、自動的にソフトウエアプログラムによってインターネット上のサイトを探知し、ユーザーによる検索ワードに応じて検索事業者のデータベースのインデックスから関連結果として、テクストや画像、あるいは動画等を表示する。本事案では、原告側が著作権が及ぶ画像を（縮小された）サムネイル表示を行うグーグル画像検索が違法であると主張した。

サムネイル画像は、海賊行為等を行っているサードパーティのコンピュータに保存されているフルサイズの画像の低解像度版となっていることがあり、ユーザーがサムネイル画像をクリックすると、検索サービスのソフトウェアは、ユーザーのコンピュータ画面上に、フルサイズの画像を保存した第三者のサイトからアクセスするよう指示を出す。検索事業者側は、フルサイズの画像を保存することなく、画像そのものをユーザーに送信しているわけではない。両画像は、同じフレーム内にあるので、同じソースから来ているように見えるものの、実際には検索サービスとサードパーティの Web サイトという 2 つのソースによって構成されている。異なる画像を単一のウィンドウに組み込むようにユーザーのブラウザに指示するプロセスは、「インラインリンク」と呼ばれる機能が用いられている。

権利者側は、画像を電子データとして保存し、その電子情報を直接ユーザーに提供するサーバーの所有者は、著作権者の排他的な表示権に違反して電子情報を無断で提供していることは明らかと主張した。裁判所は、検索事業者の性格に照らして、著作権法が無断で作品を知覚、複製、または他の方法で伝達することを防止するという法の目的に反するものではないこと、検索事業者は完全な画

[179] Perfect 10, Inc. v. Amazon. com, 508 F.3d 1146, 1160 (9th Cir. 2007).

像を保存しているのではなく、その画像へのインラインリンクとフレームのみを保存していることから、情報の複製とは異なり、単にリンクを張る行為は著作権を侵害しないと判断した。また、検索事業者は情報を完全にオリジナルと同じ内容のデータ容量でデータベースに保存し表示しているわけではないから、インラインリンクは著作権の排他的な利用に反しないと判断した。判決では検索サービス側はオリジナルな画像を保存しておらず、画像そのものの配信は行っていないため、著作権を侵害しないとされた[180]。

検索事業者側は、上記のようにインラインリンク表示が複製に当たらないとする主張のほか、画像のサムネイル化は、画像の検索を容易にするという利用者の表現の自由に資する目的下で行っており、公平な使用を定めたフェアユースの基準に合致するとの主張を行った。この点について、控訴裁判所は、検索事業者が著作権で保護されたイメージを使用することについて、フェアユース規定 17 U.S.C. §107（1）の基準をもとに検討している。まず、①商業目的か、非営利的な目的のものかについては、ユーザーはサムネイルのクリックにより検索事業者に直接的な広告の利益をもたらしておらず、非営利的な公正使用である、②著作物全体に関して使用される部分の量および実質性が、複製の目的に関連して合理的であるかどうかについては、画像全体を縮小するサムネイルは、検索事業者が携帯電話等による様々な媒体等で検索環境を向上させるという使用目的に照らして妥当であり、画像全体よりも少ないデータを使用しても、著作物の潜在的な市場価値を損なわない（日本の著作人格権や同一性保持権などの概念とも関連するものと思われる）。結局、17 U.S.C. §107（1）のフェアユース規定の内容に照らして判断した場合に、検索サービスが公益性を有しており、サムネイル利用は公正な目的の下で行われるため、実質的には複製に当たらないと判断した[181]。

４．日本の著作権侵害事例にみるプロバイダ責任について

日本では著作権者に無許諾で書籍や CD を複製し販売する者は複製権に対す

---

[180] 検索サービスは著作物へのアクセスを（インラインリンクによって）容易にしており、これは著作権に対する侵害行為への一定の寄与を意味する可能性があるものの、たとえインラインリンクやフレーミングによって、ユーザーが（リンク先）と同一のウェブページを閲覧していると感じているとしても、実際には検索サービスは画像の複製権と頒布権を侵害しておらず、著作権法は利用者保護を目的とする消費者保護法ではないため、インラインリンクによって寄与責任は生じないとする。

[181] *See* in MAI Systems Corp. v. Peak Computer(9th Cir. 2003). 本判決では、コンピューター上の操作に必要な一時的なデータの保存は著作権を侵害しない。また、著作権の保護主体が問題とされたが、米国では企業に雇用された従業員が開発した成果物については、まず先験的に会社に著作権が帰属する。この点、会社に雇用された立場であっても、著作権を有するのは会社ではなく個人（被雇用者）であるとする欧州の著作権処理と異なる。各国において著作権保護の対象等がいくつかの点は異なっている。

る侵害になり、無許可の演奏やインターネット上で音楽や映像、画像等を著作権者の承諾なく送信する者は、自動公衆送信権や送信可能化権の侵害となる。

しかし、このような物理的な著作物等の利用を 1 次的に取扱う者のみを規制対象とするだけでは、十分に著作権は保護されないために、真に法的責任を負うべき者はだれかという観点から権利侵害主体の検討が行われてきた[182]。昭和 63 年の日本の最高裁判決「クラブ・キャッツアイ」事件[183]において、最高裁は、スナック等において、客に対し歌唱を提供するカラオケ装置の利用について店は管理可能性を有しており、歌唱に伴う音楽著作物の利用主体は、「従業員によるその場を盛り上げるための勧誘、楽曲の選定、カラオケ装置の従業員による操作を通じて」、店の営業政策の一環として営業上の利益を増大させることを意図して行われていることから、直接の歌唱行為を行う客ではなく、「管理可能性」と「経済的利益の帰属性」を有する店を権利侵害主体とした。「管理可能性」と「経済的利益の帰属性」が、いわゆる「カラオケ法理」として示され、著作権の支分権たる演奏権という権利侵害への間接法理のメルクマールとみなされてきた。しかし、カラオケ法理は、特定の場所における店と客といった人的、場所的関係を基礎としているため、間接責任を認めたのではなく、店と客を一体的に捉えて直接的な侵害主体の拡張として捉える見解もみられる[184]。

もっとも、人的関係において直接的なつながりのない、インターネットにおける間接侵害について、MP3 のファイル形式によるファイル交換サービスを行った平成 17 年のファイルローグ事件判決[185]では、裁判所は、同サービスが特定の権利侵害を惹起もしくは誘発し、管理可能性や経済的利益の帰属を根拠としてファイル交換サービスの提供主体による著作権侵害を認めている[186]。一方で、中央サーバーを介さず，対等な参加者が全体としてネットワークを構成するＰ２Ｐ技術を応用した送受信用プログラムの機能を用いた平成 23 年の Winny 事件判決[187]では、具体的な著作権侵害を認識，認容しながら Winny の公開，提供を行ったものでないことは明らかである上，常時利用者に対し Winny を著作権侵害のために利用することがないよう警告を発していたとして著作権法侵害の故意に欠けるとしてソフトウェアの開発者の責任は認めなかった。

---

[182] 作花文雄『著作権法――制度と政策――［第三版］』（発明協会、2008）351-353 頁。クラブキャッツアイ事件以前に、中部観光事件（名古屋高決昭和 35 年 4 月 27 日決定）において関与者を著作物利用主体と捉える考え方が示されているとする。

[183] 最三小判昭和 63 年 3 月 15 日第三小法廷判決民集 42 巻 3 号 199 頁。

[184] 曽我部真裕＝栗田昌裕ほか『情報法概説』（弘文堂、2015 年）第 10 章「著作権侵害」342-343 頁。

[185] 東京高判平成１７年３月３１日判決第 405 号。

[186] また、その後の TV ブレイク事件判決（知財高判平成 22 年 9 月 8 日判時 2115 号 102 頁）においても動画サイトの運営者に侵害主体としての責任を認めている。

[187] 最判例平成 23 年 12 月 19 日刑集第 65 巻 9 号 1380 頁。

上記以外にも、検索サービスによる検索結果で表示されたサイトが著作権法上違法なサイトであった場合は、基本的に検索サービスがインターネット上のサイトを網羅的に示すといった公共性や利便性、目的等に照らして著作権侵害に問われないが、ホームページ上で音楽ファイルやテレビ番組等のコンテンツを違法にアップロードしているサイトを引用[188]する場合、直接侵害を行っていなくとも著作権侵害に問われる可能性がある[189]。このような場合、カラオケ法理が示した「管理可能性」や「経済的利益の帰属性」だけでは、法的責任を構成しづらい事案が生じており、違法な行為への積極的な関与の度合いなど様々な観点から責任の構成の検討が求められている。もっとも、プロバイダ自身が違法な複製に関与していることが認められるような侵害者としての責任を負う場合は、判例は現存する違法な著作権侵害ソフトを削除することによってプロバイダとしての責任が免責されるとはしておらず、将来にわたって違法なファイル等の投稿が行われないような作為義務を課される可能性がある[190]。米国のノーティスアンドテイクダウンの要件でも、プロバイダ自身が侵害主体となる場合は、違法なファイル等を速やかに削除を行っても免責されないとされている。

５．日本でのノーティスアンドテイクダウンの導入可能性

５－１．米国及び EU の制度・事例の検討

日本では民事法上、違法な投稿を削除せず放置した場合に不法行為責任を負うとともに、刑法上の名誉毀損罪についても、媒介者が刑事責任を負う場合がある[191]。プロバイダ責任制限法では、民事責任からの免責を定めており、①権利侵害を知っていたとき、②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に責任を負う。同法の解釈は、実体法上、表現者は真実性・相当性の立証に

---

[188] 作花・前掲 30）455 頁　ホームページの作成等に際して、他人の著作物を利用することは、著作物を公衆に提供する状態に置くことであり、私的使用目的の複製の範囲を超えるため、「公衆送信」の許諾を権利者から得る必要がある。

[189] *See* Washinton Post Co. v. Total News. Inc..97Civ.1190（S.D.N.Y.complaint filed Feb.20,1997）．米国では他者が作成した記事等を無断で引用して、複数のニュースサイトを同時に表示させるポータルサイト等を無断で運営し、広告収入等を得ていた者が著作権侵害に問われたケースがある。

[190] 毛利・前掲注 9 ）79 頁参照。TV ブレイク事件判決（知財高判平成 22 年 9 月 8 日判時 2115 号 102 頁）では、現存する違法なファイルを削除すれば免責されるわけではないとも判示しており、ユーザーが投稿する動画サイトにおいて、将来にわたって違法なソフトが投稿されないかチェックしなければならないとすれば、フィルタリング等の過大な作為義務を課すことになり、動画サービスを危うくすると指摘している。

[191] 曽我部ほか・前掲注 29）150 頁。刑事責任は、侵害情報の送信防止措置を行わない不作為による不法行為は、情報の流通を知っていたとき時に限り、損害賠償責任が発生する。プロバイダは情報の流通を知らなければ、結果発生の予見可能性がなく、過失が認められる余地がないとする。

より免責されることから違法性阻却事由に当てはまらないこともプロバイダが判断した上で、送信防止措置をとることから内容にまで踏み込んで判断を行う事務的な負担は大きい。また、発信者との関係においてプロバイダが損害賠償責任を負わないために、相当の理由が求められていることや、発信者に対する同意手続き等も含めて、権利侵害情報の削除までに時間を要することから権利救済までの間、権利侵害が拡大する可能性がある。

米国のデジタル・ミレニアム著作権法のノーティスアンドテイクダウンは、このような実体法上の判断を行わずに権利者からの申立てに従って、プロバイダや検索サービスが削除等を速やかに行えば免責される点や、法が一定の要件を要求しているものの、事務負担が少なく速やかな権利救済が期待される。一方で、米国の動画サイトに関する判例に見られるように、膨大なコンテンツに対する著作権管理が困難であって権利者によるノーティスアンドテイクダウンが侵害行為に追い付かない事態も生じており、大量の権利侵害情報に対するノーティスアンドテイクダウンの課題も示されている。

一方、第 1 章で検討したとおり、EU の電子商取引指令においてもノーティスアンドテイクダウンに近い規定が置かれている。同指令では、プロバイダ責任に関しては「違法な行為・情報に関する実際の知識を有せず、かつ、違法な行為・情報が明白となるような事実・状況の認識がない」場合と「そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・アクセス停止をする」場合には責任を負わないと定めており、同様の規定はドイツの 2007 年テレメディア法にもみられる。米国のように権利者からの通知に従ってプロバイダが削除をすれば免責される規定とは異なるものの、プロバイダ自ら違法な情報の流通に気付いた時点により削除すれば免責される点は米国制度に近い。米国のノーティスアンドテイクダウンの手続きは、発信者からの反対通知による復活制度が定められているが、EU の電子商取引指令ではプロバイダによる削除に対する発信者の責任については特に規定されていない[192]。

上記で検討した米国のノーティスアンドテイクダウンの個別の事例を見ると、プロバイダがノーティスアンドテイクダウンを選択せずとも違法性が問われない事例が見られた。検索サービスや動画サイト、ソーシャルメディアは、第三者による行為に対する責任が問われた場合に、主体的に検索結果の表示や動画配

---

[192] 生貝直人「プロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性－欧米の制度枠組と現代的課題を中心に－」総務省情報通信レビュー（2011 年）6 頁以下。米国では、著作権侵害の通知を受けてコンテンツの削除やアクセス遮断を行った場合にはその旨を情報発信者に通知し、反論を受け付ける機会を設けることを定めた規定により、過剰削除には一定の歯止めがかけられている。一方 EU では、権利侵害の通知があった場合には「迅速に対象を削除する」こととされるのみであり、合法なコンテンツが誤って削除されることを防ぐ、あるいはそれを回復させるためのプロセスは特に定められていない、と指摘している。

信、記事作成、引用等のサービスを提供しており、一般利用者が動画サービスを用いて一部の著作物を利用しつつも全体としてオリジナルな動画をアップロードする行為はフェアユースにあたると主張して、ノーティスアンドテイクダウンを行わないでも著作権侵害の責任を負わないとされた。同事例は、プロバイダは必ずしも権利者からの通知に従ってノーティスアンドテイクダウンによって情報を削除をしてしまう訳ではなく、ノーティスアンドテイクダウンを選択せずに、著作物の利用自体が適法であり、違法性がないと判断した場合にはプロバイダは著作権侵害ではないと主張して適法なコンテンツが削除されない場合があることを示している。

ここで指摘できることは、ノーティスアンドテイクダウンは実体法上の判断を伴わずに著作権侵害のファイル等の削除を行うため、米国の Perfect 10, Inc. 判決に見られるように、プロバイダは違法かどうか投稿内容を判断せずに削除する方向に向かいやすいとされているが、必ずしもプロバイダは、権利者からの通知に従って、すぐに送信防止措置等をとっているわけではなく、公共の利益にかなう著作物の利用や適正な個人利用という主張が認められることになれば、プロバイダは削除せずに、発信者によるインターネット上の様々なサービスを活用して行われる表現や情報が保護される可能性を示している。この点は、米国では著作物に関しては、ノーティスアンドテイクダウンに対してフェアユース等の主張によって、表現の自由からの制約が機能しているのではないかと指摘できる。よって、日本へのノーティスアンドテイクダウンの導入にあたっては、日本の著作権法は、適用除外規定を個別列挙するなどフェアユースとは異なる法運用が行われているものの、プロバイダによって一律に実体法上の判断を行わずに一方的に情報が削除されて、適法な表現の排除や表現行為の萎縮等が生じるものではない。ノーティスアンドテイクダウンによって適法な表現が削除されてしまう可能性は残されているが、必ずしもそうではないことも考慮されるべきであろう[193]。検索サービスや動画サイトは自らのサービスがユーザーの表現の自由を積極的に創出し、利用者によるサービス提供を行っている以上、こうした一般ユーザーの情報を受領する自由や表現の自由の保護が不可欠となってきており、権利者からの通知に従ってノーティスアンドテイクダウン通知に基づく削除を選択せず、利用者の表現の自由に配慮して適法な表現であると判断すれば情報の削除を行わないという判断が見られた。プロバイダがサービスを提供するにあたっては、著作権者の利益だけでなく、発信者を含めたインターネット利用者全体の利益を考慮する必要が生じており、自主規制に委ねられる

[193] 山口いつ子「グローバル情報環境における著作権と表現の自由とのバランス」小泉直樹=田村善之編『はばたき――21 世紀の知的財産法――』（弘文堂、2015 年）625-626 頁。

面があるものの、プロバイダの選択によってノーティスアンドテイクダウンと表現の自由のバランスが図られる可能性を示している。

５－２．日本への導入可能性と課題についての検討

日本のプロバイダ責任法制へのノーティスアンドテイクダウン導入については、利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」[194]（2011 年）によって検討が行われており、ノーティスアンドテイクダウンを分野横断的に導入する場合は、①名誉毀損等の権利侵害情報に見られるように、形式的な要件の充足を確認することで情報を削除してしまうと、時宜にかなった表現が制限されてしまうこと等も懸念され、表現の自由との関係で大きな問題が生じるおそれがある、との指摘を行っており、②違法性阻却事由の有無など権利侵害情報であるか否かの判断が容易ではない場合も多いことから、そのようなおそれが生ずることがないノーティス（通知）の要件を設けることは困難ではないか、と指摘している。その上で、同提言の結論は、導入すべできないと結論付けているわけではなく、ノーティスアンドテイクダウンの導入の是非には慎重な検討が必要としている。①の「時宜にかなった表現の削除」に関しては、米国でも名誉毀損には適用されていないことを考えれば、著作権侵害のみにノーティスアンドテイクダウンを適用することが考えられる。著作権侵害に導入する場合は、プロバイダ責任制限法の著作権分野ガイドラインにおいて、十分な審査実績を有している「信頼性確認団体」が指定されており、当該団体から通知があった場合は、発信者との関係では相当の理由があるとして扱われて一定程度速やかに削除等が行われていることから、ノーティスアンドテイクダウンに相当する仕組みが存在しているとの指摘がある[195]。しかし、①信頼性確認団体は法人格が要件とされており、個人の権利者や代理人からの通知には上記の効力が認められないこと、②信頼性確認団体の通知に従って削除した場合に発信者は反対意思を表示したり、ガイドラインに位置づけられた信頼性確認団体の判断の過誤に対して訴訟を起こすことができない、③米国のノーティスアンドテイクダウンのような発信者の反対通知による復活制度がなく、また、権利者の通知に権利濫用があった場合の損害賠償が定められていないことから、権利者からの一方的な通知に従って削除されてしまう可能性があることから、権利者及び発信者の双方の権利保護に不十分な内容であると言わざるを得ない。ガイドラインではなく、著作権侵害に対するノーティスアンドテイクダウン手続きを制度化することは、権利者による権利濫用を防止し

[194] http://www.soumu.go.jp/main_content/000122708.pdf.

[195] 利用者視点を踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」（2011 年）43-44 頁参照。

つつ、速やかな権利救済の実現と発信者の権利への配慮により十分な意義を有するものと考えられよう。

次に名誉毀損への適用を検討する場合は表現の自由との関係から慎重な検討を要するが、形式的に名誉毀損等に該当するが違法性阻却事由が認められる「時宜にかなった表現」について、米国のように迅速な権利保護の観点からいったん削除されたとしても復活できるようにすればよいとするか、表現の自由の保護の観点から削除は許されないとするかによって異なりうる。発信者に事前に通知を行い、違法性阻却事由を満たすかどうかについて証明する機会を与えるなど、著作権侵害とは異なる事前手続きを設けることにより、一旦削除されてしまうという問題を回避する制度設計を行うかは、権利侵害からの保護と表現の自由のバランスをどう図るかによるであろう。こうした法制度が立法府の裁量の範囲にあるのか、憲法に照らして違憲であるかは裁判所の判断に委ねられるが、②の通知の要件とも関連して、米国制度のように、通知を行う者の氏名や内容の特定、通知に記載された情報が正確であること等の要件を定めこうした要件を満たさない場合は、通知による削除によって生じた損害を賠償する責任を負うとすることにより権利濫用は一定程度防げるであろう[196]。総務省の提言では、米国のように削除された情報の復活のためには、削除された情報の発信者に顕名（実名）での反対通知を求めるとすると、発信者情報開示請求が認められないような場合においても発信者は名乗り出なければ一定の不利益を受けることとなるところ、発信者の氏名が開示されることは現行の我が国の法制度とのバランスにおいて問題があるとともに、匿名表現の自由やプライバシーとの関係でも問題となると指摘している。しかし、米国では名誉毀損に関しては、刑事告訴の場合は相当な理由に基づいて裁判官の発する令状に基づいてプロバイダの契約者情報や通信の秘密記録を捜索・押収し、発信者を特定することができることから、違法な表現を疑われた発信者情報をどこまで守るべきかは、開示の要件を含めてなお検討を要する問題である[197]。米国のデジタル・ミレニアム著作権法は「現に侵害が行われている」場合に発信者情報の開示請求を認めており[198]、発

---

[196] 同上。制度の濫用の防止という観点から、DMCA においては、ノーティス（通知）の要件に、偽証の罰則付 statement を求めており、ノーティス（通知）の濫用に対する制度的な担保があるのに対して、我が国には、そのような制度が存在せず、不当なノーティス（通知）を防止する制度的な手段が用意されていないという問題点があると指摘しているが、DMCA が定めるような故意や悪意による通知に対しては罰則等の制度的な手段を用意することができないわけではない。

[197] 松井・前掲注 14）381 頁。また、毛利・前掲注 9）76 頁以下。ドイツでは民事上の発信者開示手続きが一般には認められていないため、こうした民事で守られた匿名性を破るために、刑事告訴によって発信者の情報開示を拡大する動きがあるとする。発信者情報開示を定める日本でも名誉毀損を刑事告発したほうが発信者情報を入手しやすいという同様の問題が存在すると指摘する。

[198] すでに削除された情報の発信者については開示を認めていない

信者が復活制度を利用する以前に発信者の氏名等の開示は要求されうる[199]。さらには、復活制度の導入にあたり米国のように実名を公表して反対通知を求めるかどうかは立法政策の問題であって、匿名での反対通知を認めることでも制度設計は可能であろう。また、匿名表現の自由や自ら発信した表現者のプライバシーをどこまで保護するかは議論が分かれる[200]ところであり、最高裁のように公共の利害に関わる情報の削除については、プライバシーを保護する利益が明らかに上回る場合でなければ認められないと考えれば、情報が誤って削除された場合に公共の利害に関わる情報の復活のために実名を求めることは、公共の利害に関わる情報の流通の保護と匿名性やプライバシー保護の比較較量の観点からも妥当でないとは言えないとも考えられる。

同提言は、ノーティスアンドテイクダウンを分野横断的に適用せず、米国のように、著作権侵害情報に限って導入した場合については、著作物には一部改変されているものや正当な利用、あるいは引用に該当するものなどがあり、プロバイダは著作権侵害の有無の判断が困難な場合もあるとしている。このような場合は、同制度は実質的な判断を回避して通知に従って削除した場合のプロバイダ責任を免責していることから、基本的には通知を行った著作権者が正当な利用等が行われている情報の削除に対する責任を負うべきであり、デジタルミレニアム著作権法 512 条（f）項は権利者が虚偽の理由に基づいてノーティスアンドテイクダウンの手続きにより削除等を行った場合は、侵害により生じたいかなる損害費用に対しても権利者は責任を負うと定めている[201]。これは一面において、プロバイダ責任を軽減するものとも評価されうる。すでに見た米国の動画サービスに対する判例のように、正当な利用や引用を認める判例の積重ねによって、著作権者や被害者による権利の濫用を抑止することにより、上記の問題は対応することができると考えられる[202]。

---

[199] 同提言は、日本のプロバイダ責任制限法の発信者情報の開示の要件である「権利侵害の明白性」等の要件とのバランスを述べていると思われるが、発信者がノーティスアンドテイクダウンに対して復活を求める際に実名によって権利を主張することとは別の問題である。「権利侵害の明白性」等の要件については情報の開示を妨げているとの指摘が行われているところであり、復活制度の検討にあたって、発信者情報の開示の厳格な要件に合わせなければバランスが取れないとするのは適当ではない。

[200] 個別的に違法な表現を行った者の匿名性まで守る必要があるのかどうかには、疑問を投げかけることができると指摘している。

[201] DMCA512 条（f）.

[202] 松井・前掲注 14）341 頁参照。ノーティスアンドテイクダウンの手続きについて言及したうえで、名誉毀損の場合にも、同様の措置を妥当とする声もありえようと指摘している。

第３章　日本の検索事業者の責任および差止命令による削除の判断基準の検討
－プロバイダ責任法制と関わる判断基準の構築に向けて－

１．はじめに

前章まで各国の判例上のプロバイダの責任法理と関連制度を中心に、被害者の権利救済とプロバイダ責任の制度的なバランスの観点から、日本や米国、EU 等の制度や判例の比較を行ってきた。インターネットの入口に位置する検索結果を表示する検索事業者と個別のサイト内で掲示板等の情報サービスを提供するプロバイダは、インターネットを利用する利用者からからみればその提供される機能は大きな違いはないと考えられる。検索結果については、より多くの人間によって閲覧されることから、プロバイダが提供する個別のサイト上から権利侵害情報を削除するよりも影響が大きいが、現在、法令上の位置付けはプロバイダと検索事業者では異なる[203]としても情報サービス全体のなかでの位置付けも近しいことから、権利救済の観点からそれぞれの責任法理を比較することに意義があると思われる。検索事業者の役割については、2009 年 1 月に公表された文化審議会著作権分科会報告書[204]では、検索事業者の社会的役割を「利用者にとってはインターネット上に無数に存在するウエブページの中から求める情報の所在を容易に探索する手段であり、デジタル・ネットワーク社会におけるインフラとして、知的創造サイクルの活性化に大きな役割を果たしている」として、発信者、受益者の双方に有益な社会インフラと評価している。また、2015 年に「ヤフー株式会社の公表した検索結果とプライバシーに関する有識者会議」がまとめた「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書[205]」では、「その機能に何らかの制約を課す場合には、検索事業者と被害者の二者間の立場を考慮するのでは不十分であり、情報の受領主体、個人の人格形成、民主主義への奉仕という表現の自由の価値に及ぼす影響をも考慮する必要がある」と指摘している。本章では注目を集めている検索事業者の検索結果からの削除要請に関わる裁判所の仮処分等に対する判断基準を取り上げて、検索事業者への責任追及とプロバイダの責任法理を比較する。判例は、検索事業者による検索結果等の社会的な意義を踏まえて、憲法上の権利間の判断枠組みに基づいて、前科等の公共の利害に関わる情報とプライバシー等の人格権保護との比較衡量の判断基準を示しており、プライバシー等の保護の利益が明らかに上回る場合に検索事業者の削除

---

[203] プロバイダは電気通信事業法が適用されるが、検索事業者には適用されない。またプロバイダ責任制限法も同様の関係にある。

[204] 文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（2009 年）。
http://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/pdf/h2904_shingi_hokokusho.pdf.

[205] ヤフー株式会社「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書」（2015 年）13 頁。

等の作為義務が発生するとしている。一方で、ここまで検討してきたプロバイダ責任については、被害者との関係において条理に基づく作為義務違反が生じるとして、私法上の権利侵害に対する損害賠償責任の枠組みで捉えており、プロバイダや発信者の表現の自由と被害者の人格権という憲法上の権利間の比較較量の枠組みは用いられていない。また、EU ではスペインの判例によって時の経過によって認められる「忘れられる権利」が話題となった、検索事業者の検索結果からの個人情報の主体によるプライバシー情報の削除等の要請に対して EU 司法裁判所が示した考え方や法令解釈は、プロバイダや検索事業者がインターネット上で公然と公開する情報のうち、公共の利害に関わる情報であっても個人の名誉やプライバシー等の人格権に関わる情報については、個人情報の主体による削除権が認められている。こうした制度や考え方との比較と併せて、ここまで検討してきたプロバイダによる権利侵害情報に対する送信防止措置等による権利救済との関連についての示唆を得たいと考えている。

１－１．検索事業者の削除義務が明確化されていない中での判断基準の検討

プロバイダ責任に関しては、これまで検討した通り、プロバイダ責任制限法においては、プロバイダに対して削除義務が発生する場合について規定されていない[206]。同法は民事上の責任からの免責を定めており、これを充たさない限りプロバイダは損害賠償義務を負う可能性があるため、プロバイダの削除義務をいわば裏側から法的に規定しているものと捉えられるとの見解もある[207]。検索事業者に関しても削除義務が発生する場合については明らかになっておらず、判例の判断基準に委ねられていると言えよう。判例では、プロバイダに関しては掲示

---

[206] 総務省のプロバイダ責任制限法検証 WG 第 1 回会合（2010 年）資料 2-2（プロバイダ責任制限法の検証に関して考えられる個別の論点（案））参照。では、プロバイダに対する削除義務が発生する場合の明確化に向けた検討を行っており、プロバイダ責任制限法は削除義務が生じる場合について規定していないとして、立法時の議論として、具体的に個々の情報が権利利益を侵害するものであるか否かの判断は裁判所で行われるべきものであり、また、現状では、判例の積重ねが少ないことから、そのような規定を設けることは困難であることや、個別の情報が権利利益を侵害するものであるか否かにかかわらず、一律、当該情報の削除等をするか否かのルールを定めることは、表現の自由の保護又は被害者救済の確保のいずれかの面において妥当性を欠くこととなりかねないとする議論を紹介している。

[207] 同上 WG 第 2 回会合（2010 年）資料 6（ユニオン・デ・ファブリカン資料）。一般社団法人ユニオン・デ・ファブリカンは、今後中小のプロバイダとの権利侵害情報に関する交渉が拡大する可能性を鑑みると削除義務の明文化が望ましいとも考えると主張しつつ、大手プロバイダは、条理に照らした上で自らの判断を基に自主的に削除義務があると判断しているが、インターネットの世界に於ける自由性・自主性を尊重した上でプロバイダは誇りある自主規制を実施している状況にあると考えられる中で、プロバイダが押しつけられたとも捉える可能性のある削除義務の明文化は慎重に取り扱う必要性がある。同時に、削除義務を明文化するなら、義務を負わない例外が規定されることになると考えられ、例外規定が現行の条理の下で捉えられている削除義務の要件を緩和される可能性を懸念している、とする。

板等で行われた誹謗中傷や権利侵害情報の流通に対して、条理に基づく作為義務が発生する範囲を比較的広く捉えて、特にホストプロバイダは多くの削除命令を受けている[208]。この点、検索事業者については、検索結果のリンク先に権利侵害情報が多く掲載されたサイトが表示されたり、プライバシーを連想させるキーワード等の表示による権利侵害が争われることが多いが、プロバイダに対するようには裁判所はプライバシー情報等の削除を認めていない。プロバイダとの違いとしては、プロバイダがサーバーやサイト上で直接的に権利侵害情報を表示させる以上に、発信者との関係は間接的な関係であって、検索事業者から見れば、サービス提供の観点からは、検索結果で表示されたリンク先のサイトが発信者の発言内容が名誉毀損責任等に問われたり、著作権侵害が行われているサイトであったとしても責任を問われることは少ない。プロバイダ責任と比較した場合、検索事業者はより権利侵害情報との関りが間接的である。また、検索事業者がリンク先から、サジェスト表示から削除を行った場合でも発信者に対する損害賠償責任は基本的には発生しない。これがプロバイダ責任との大きな違いである[209]。この点を鑑みると、検索結果からの削除は、プロバイダが投稿等を削除するよりも発信者に対して民事上の責任に問われる可能性は少なく、削除を行ったとしても独自の検索結果を表示させるサービス内容に影響を与えるに過ぎないとも考えられよう。このように考えると、プロバイダよりも民事責任に問われる可能性の少ない検索結果からの削除要請の方がより認められやすいはずである。しかし、前出の「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書」のように、インターネットの入口に位置する検索サービスは、その機能から高い社会的役割や表現の自由の保護が及ぶと考えられている。検索キーワードを入力する検索者には何らの法的責任は問えない中では、基本的にはサジェス

---

[208] 同上 WG 第 5 回会合（2011 年）資料 4 （作為義務が生じる場合の明確化について）。各裁判例について、プロバイダ責任制限法制定前から指摘されている「条理上の削除義務」という枠組みは維持されているものの、当該条理上の作為義務が生じる根拠については、対象となる侵害行為の特徴やインターネット上の特性等に着目して綿密に検討している裁判例がある一方、被害者救済に重点を置き、比較的ゆるやかに削除義務を認定した裁判例もあり、事例ごとの特性に合わせて条理上の削除義務を認定しているように見受けられる。そうすると、裁判例においても、論理一貫した基準が定立されているというわけではなく、権利侵害の態様、被侵害利益の性質、権利侵害がなされた場の特性、管理者の立場及び認識の有無並びに削除の技術的可能性など、様々な要素を考慮した上、事例に応じた対応を行っていると評価することができる、としている。

[209] 名誉毀損や著作権侵害、ヘイトスピーチが行われていることを知っていて、そのような権利侵害情報を利用して、運営サイトの広告収入等の経済的利益を増幅させている場合は、自己の情報として権利侵害に加担しているとみなす余地はあると考えられる。東京地判平成 21 年 11 月 13 日判タ 1329 号によれば、著作権侵害行為を誘引、招来、拡大させるなど、不法行為責任と経済的利益との関係から直接責任に近い形で運営会社の責任を認めている。一方、名誉毀損やプライバシー侵害は経済的利益との関連はあまり問題視されていない。

ト表示させる検索事業者に法的責任を問うことが重要である[210]。検索事業者は発信者に対する損害賠償責任を負う可能性もなく、間接的に検索結果のリンク先に権利侵害情報サイトを表示させているが、検索事業者の責任が問われた場合、検索事業者はプロバイダよりも間接的な責任に止まると考えられている。[211]しかし、プロバイダ責任制限法がプロバイダの民事責任を制限している一方、検索事業者の民事責任が被害者に対して制限されるべきかなど、検索事業者の民事責任の内容がプロバイダ責任と比較して明確化されておらず、判例の判断基準に委ねられていることは指摘できる。

１－２．検索事業者の責任の明確化

プロバイダと検索事業者の責任をめぐっては、利用者視点に立てば、検索というインターネットの入口で表示される情報とそこから辿ってサイト上で表示される情報は、インターネット利用の一連の操作の中で一体的に表示される情報であって両者は連続しており、また被害者から見てもインターネット利用時のプライバシーや名誉毀損、著作権等への侵害の程度は両者間において大きな相違はないことからすれば、権利侵害に対する検索事業者とプロバイダの責任は、どちらかが軽く、あるいは重く捉えるべきではないと考えられる。それぞれが果たす役割や機能に多少の相違はあっても、情報流通によって生じる権利侵害の関連性からは密接な関係にあると言える。また、インターネット上では誰もが閲覧できる公然性から権利侵害を発生させる可能性を考えれば、技術的あるいは機能的な相違を重視したり、基盤となるサービスなのか個別のサービスかの流通経路の違いによる一般利用者への影響力の差異なども客観的に把握することは困難であることからすれば、検索事業者の役割や機能をあまり強調するべきではない。判例は、以下に検討するとおり、プロバイダ責任と検索事業者の責任は、両サービスの社会的役割や機能の違いなどから、検索事業者の検索結果に対する削除義務はより慎重に図られるべきと考えているようである。両サービスへの権利侵害情報の差止請求は、判例上では検索結果の表示に対するプライバシー侵害等を理由とする削除要請の方が認められ難い結果となっている[212]。プロ

---

[210] プロバイダに対する条理に基づく責任と同様の責任を負うのか、検索結果からの削除を検索事業者に求める作為義務に関する法律上の規定がない中で、根拠がはっきりしない。

[211] 宍戸常寿「検索結果の削除をめぐる裁判例と今後の課題」情報法制研究第 1 号（2017 年）50-51 頁。検索事業者の社会的役割や表現の自由の保護が及ぶことよりも、リンク先の表示等の結果がより間接的であって直接的な責任が問われづらいと指摘している。

[212] 森亮二「検索とプライバシー侵害・名誉毀損に関する近時の判例」法律のひろば 68 巻 3 号（2015 年）50 頁以下。検索サービスとプロバイダ責任について削除要請に対する判例の態度について、同様の差異を指摘している。

バイダや検索サービスに対する削除命令の判断基準がどのように異なるのか、これまでの判例等で示された判断基準や表現の自由等からの制約などを比較し、インターネット全体のなかでの検索事業者とプロバイダが果たしている役割を検討して、インターネット上で表示される権利侵害情報が削除されやすい判断基準の枠組みについて検討を行う。

２．日本の検索事業者の責任に関する判例法理の展開

２－１．検索事業者に関する判例

検索サービスに関する国内判例としては、平成 26 年 10 月 9 日東京地裁決定[213]において、初めて検索結果の表示に対する差止請求に対して、検索事業者であるグーグルの検索結果の削除の仮処分決定が発令された。検索サイトから個人の略歴や情報に関する検索を行う際、自己の氏名等を入力した際にプライバシー侵害や名誉毀損等の権利侵害情報が表示される場合、検索サービス事業者への削除依頼は日常的に行われているが、訴訟に関してはプロバイダに対する削除請求と比べて、裁判所による削除請求を認める判例は決して多くない。判例では、大阪地判平成 25 年 3 月 29 日[214]、東京地判平成 25 年４月 15 日[215]、東京高判平成 26 年 1 月 15 日[216]、京都地判平成 26 年 8 月 7 日[217]、東京高決平成 27 年 7 月 7 日[218]、東京高決平成 28 年 7 月 12 日[219]などが見られるが、いずれも削除請求を却下・棄却する結果となっている。検索事業者に対する削除請求を認める判例が少ないのは、検索事業者自体が独自の削除請求フォームを設けて自主的な削除が行われていることと無関係ではないと考えらえるが、それによって判例が削除請求を認めていないことの説明にはならず、プロバイダと検索サービスに対する裁判所の考え方の違いがあると指摘される[220]。

その後、判例において検索事業者に対して削除請求を認容するものがあらわれている。さいたま地決平成 27 年 12 月 22 日決定[221]では、「忘れられる権利」[222]

---

[213] 東京地決平成 26 年 10 月 9 日判例集未登載。

[214] 大阪地判平成 25 年 3 月 29 日判例集未登載。

[215] 東京高判平成 25 年 4 月 15 日判例集未登載。

[216] 東京高判平成 26 年 1 月 15 日判例集未登載。

[217] 京都地判平成 26 年 8 月 7 日判時 2264 号 79 頁。

[218] 東京高決平成 27 年 7 月 7 日判例未登載。

[219] 東京高決平成 28 年 7 月 12 日判例未登載。

[220] 森・前掲注 212）51 頁。

[221] さいたま地決平成 27 年 12 月 22 日判時 2282 号 78 頁。

[222] 同決定では、ある程度の期間が経過した後は、過去に犯した犯罪に対して社会から「忘れられる権利」を有するとする文脈で言及しているものの、「更生を妨げられない権利」が侵害されてはならないとする理由として言及したものであって、独立した権利として認めたものではないと指摘している。

に触れて児童買春行為による逮捕・罰金刑から 3 年余経過した時点で検索結果からの削除を認めるものであった。同決定は、①犯罪をくりかえすことなく一定期間を経たものについては、「更生を妨げられない利益」があること、②犯罪者といえども、人格権として私生活を尊重されるべき権利を有するので、過去の犯罪を社会から「忘れられる権利」を有すること、③人格権に基づく妨害排除請求権としての検索結果の削除請求権が成立する、として検索結果の表示により回復しがたい損害を蒙るおそれがあるとして検索結果を仮に削除することを命じた現決定を認可した。もっとも抗告審[223]によって同決定は取消されている。

さらに、東京地決平成 27 年 5 月 8 日[224]、東京地決平成 28 年 7 月 14 日[225]、東京地決平成 28 年 8 月 17 日[226]では検索結果の削除を認める判断を下している。しかし、こうした下級審レベルで分かれた判断基準に対して、最高裁平成 29 年 1 月 31 日決定[227]では、検索事業者に対する削除命令については、仮処分手続きの性質を考慮し、北方ジャーナル事件判決[228]を引用している。同判決は、出版差止めの仮処分の検討にあたって、「その表現が私人の名誉権に優先する社会的価値を含み憲法上特に保護されるべきであることにかんがみると、当該表現行為に対する事前差止は、原則として許されないものといわなければならない」とする一方で、「その表現が真実ではなく、公益を図る目的でないことが明白であって、かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるときは、当該表現行為はその価値が被害者の名誉に劣後することが明らかであるうえ、有効適切な救済方法としての差止の必要性も肯定される」として、表現内容が名誉権に「劣後する場合」があるとしつつ、検索事業者に対しても例外的に差止は許されるとする。その上で、同決定は検索結果の提供行為を踏まえて、ウェブサイトのリンク先の情報を検索結果の一部として提供する行為が違法となるかどうかについては、長良川事件判決[229]に依拠しつつ「その者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、社会的地位や影響力、社会状況、当該事実を記載する必要性などを踏まえて、当該事実を公表されない法的利益と検索結果として提供する諸事情を比較衡量して判断すべきであり、当該事実が公表されない法的利益が優越することが明らかな場合には、検索事業者に対して検索結果から削除することを求めることができる」として、検索結

---

223 東京高決平成 28 年 7 月 12 日判タ 1429 号 112 頁。

224 東京地決平成 27 年 5 月 8 日判例未登載。

225 東京地決平成 28 年 7 月 14 日判例未登載。

226 東京地決平成 28 年 8 月 17 日判例未登載。

227 最決平成 29 年 1 月 31 日裁時 1669 号 1 頁。

228 最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集第 40 巻 4 号 872 頁。

229 最判平成 15 年 9 月 12 日民集 57 巻 8 号 973 頁。

果に対する削除請求に対しては、プライバシーと表現の自由の比較較量の枠組みを用いつつ、当該事実が公表されない法的利益が優越することが、明らかな場合には検索結果から削除することができる。法的利益が優越することが明らかな場合についての具体的な基準は示していないものの、判例は検索結果の削除については容易には認めないとする厳格な判断・立場を示すこととなった。

３．個別の検索サービス機能に関する判断基準の検討

３－１．検索結果のリンク先に対する削除

検索事業者に対する削除請求に関する裁判例については、まず検索結果に表示されたウェブサイトの内容に権利侵害情報が含まれる場合、東京地裁平成 22 年 2 月 18 日判決によれば、①違法な表現を含むウェブサイトが検索結果に示される場合であっても、検索事業者が違法な表現やウェブサイトを発信しているわけではない、②検索サービスはウェブサイトの内容や違法性について判断できない、③違法な表現を含むウェブサイトを検索結果から削除すると違法でないウェブサイトの部分まで削除することとなり、社会公共の利益を損なうことを理由として、検索結果から当該ウェブサイトを削除できるのは、「当該ウェブサイトがページ自体からその違法性が明らかであり、かつ、ウェブページの全体か、少なくとも大部分が違法性を有しているという場合に、申し出により検索サービスの運営者が違法性を認識することができたにもかかわらず、放置しているような場合に限られる」と解するのが相当としている。判決では、「社会的評価を低下させるような表現を含むサイトは、真実性等の違法性阻却事由に該当するかが問題となるが、掲示板のスレッドや書込み等を検索結果から削除を求めることができる場合は、きわめて限定されたもの」としており、検索結果の削除請求は限定的にしか認められない理由を述べている。リンク先に権利侵害情報を含むサイトを表示する場合において、検索事業者の媒介者責任についてはプロバイダと異なり、削除請求に対してはきわめて限定的にしか認められない判断を示したといえよう[230]。

３－２．スニペットによる表示

検索結果の表示のうちサイトの記載内容の一部が抜粋されたいわゆるスニペットによって呈示される事実に関する判例ついては、京都地裁平成 26 年 8 月 7 日判決において①検索結果に表示されるのは、氏名が検索のキーワードに含まれている複数のウェブサイトの存在や URL であって、②検索サービスがスニペット部分の表示に含まれている逮捕事実自体を自ら呈示しているとは言えない

[230] 森・前掲注 212）53 頁。掲示板管理者と検索サービスの比較に際して同様の指摘を行っている。

ために、検索サービスが名誉毀損に関する検索結果の表示によって、原告の人格権を侵害したとは言えないことから差止請求を認めていない。この考え方は、スニペット部分に名誉毀損表現があったとしても、検索結果の表示はそもそも違法な表現行為には該当しないとして、検索結果の削除請求は、検索のキーワードに含まれている複数のウェブサイトの存在や URL が前提となっているので基本的に認められないとする判断を示している[231]。

３－３．サジェスト機能による表示

さらに、検索サービスを特徴づけるのは、検索キーワードを入力した際に、キーワードともに自動的に関連付けられた単語が自動的に表示される検索予測機能（サジェスト機能）が挙げられる。検索予測機能に関連した東京地裁平成 26 年 1 月 15 日判決によれば、氏名や会社名等を入力した際に、「前科」や「逮捕歴」が表示されれば、その人物に前科があることが推認される。この場合、氏名は一次的には複数の実在が前提としてある中で、多くの人間によって関連付けられた単語も併せて検索キーワードとして入力されて検索が行われた結果であって、そこで推認された事実が名誉毀損に該当するのかが判例では争われている。報道等による公的事実に関することであって公益を図る目的等の免責要件が認められる場合を除いて、社会的評価の低下が生じている場合は、名誉毀損が成立するとする見解[232]がある一方で、検索サービス事業者が当該人物が過去に犯罪等を犯したと断定しているわけではないことや、氏名と関連付けて表示させるキーワードは機械的に選択されているのであって、検索サービスが自ら選びサジェストしているわけではないことから名誉毀損は成立しないとする立場がある[233]。

４．検索事業者とプロバイダに対する差止命令の比較

４－１．検索事業者に対する差止請求にみる判断基準の差異

検索事業者の検索結果やプロバイダが管理運営する電子掲示板等に対する裁

---

[231] 京都地判平成 26 年 8 月 7 日判時 2264 号 79 頁。結論に対する異論として「検索結果に名誉毀損が含まれていることから、検索サービスが自ら摘示したと解する余地がないわけではない」としている。ただし、そのような場合であっても、結論として公共性、公益目的等の免責要件に照らして、逮捕事実の摘示は違法な人格権侵害にはあたらないと結論付けている。

[232] 森・前掲注 212）56 頁。報道等によって公共性等の免責が認められる場合を除き、表示される単語と結びつきが明らかにその人物の社会的評価を低下させる場合には、名誉毀損が認められるべきとする。

[233] 松井茂之『表現の自由と名誉毀損』（有斐閣、2013 年）399-401 頁。犯罪を連想させる単語がサジェストされる場合であっても、検索サービスがその犯罪を犯したと氏名等を表示される者に対して主張していないことや、利用者が打ち込んだ検索キーワードによってサジェストされる単語が表示されることから、検索サービスによる名誉毀損の成立を否定している。

判所への削除請求は、一般的には人格権侵害に基づく差止請求権を根拠とするとされる[234]。判例では削除請求をめぐって、検索事業者とプロバイダで異なる判断基準が示されてきていると考えらえる。検索結果やスニペット等に対する削除請求が増えており、プロバイダへの削除請求との性質の比較は、両者の法的責任を検討する上で重要である。

検索結果の削除が争われてきた検索サービスについては、第三者である発信者による投稿内容に対する責任が問題となるプロバイダとは異なり、検索事業者が独自のアルゴリズムによる検索結果として表示する権利侵害情報について争われており、プロバイダ責任の法的性質とは異なる。表現の自由の保護がどこまで及ぶのかという観点からは、プロバイダ責任は第三者によって投稿する場を提供したという点において管理者として負う責任であって、表現の自由が直接的に及ぶのは、発信者やインターネットを閲覧する利用者に対してであろう。

検索事業者の責任は、最高裁平成 29 年 1 月 31 日決定によれば、直接的な表現主体として検索結果を自ら提供しており、「検索事業者自身による表現行為」で捉えている。これは京都地判平成 26 年 8 月 7 日が示した検索事業者が媒介者に過ぎず削除の責任を負わないとした判断とは異なり、最高裁は検索事業者を直接的な表現主体として評価している。検索事業者には表現の自由の保護が直接的に及ぶ理由として、最高裁決定によれば、検索事業者が一貫した検索事業者の方針によって検索結果を表示させていることから、こうした検索事業者の方針に沿った一貫性を有する表現行為への制約が検索事業者の表現の自由への大きな制約になるとする。新聞や放送、雑誌等が取材、編集といった内在的な作業プロセスを経て、真実性・相当性の法理が明示的に適用される報道の場合と並んで、裁判所が一貫性のある検索事業者の方針に干渉することに対する慎重な姿勢とも受けとれる。一方で裁判所の検索事業者への削除命令に対する慎重な姿勢は、検索事業者の地位が表現の自由の直接の対象になることやインターネットの情報検索の入口として重要な機能を果たしていることなどを理由とするだけはなく、検索事業者の負う責任が間接的であることを理由とする見解もある[235]。この見解によれば、検索事業者に一貫性のある検索結果を表示させることに表現主体の地位を見出したとしても、検索結果が表示するリンク先やスニペッ

---

[234] 曽我部ほか・前掲注 15）150 頁。情報の流通によって権利または利益を侵害された者には、私法上の救済手段として、侵害行為の停止または予防を請求すること（差止請求権）が認められている。そのほか、名誉毀損の不法行為については、「名誉を回復するのに適当な処分」として、謝罪広告等を請求することが認められている。

[235] 宍戸・前掲注 211）50-51 頁。検索エンジンがそれ自体として表現者としての責任を負うというよりも、リンク先での人格権侵害に接近する補助的な手助けをしているという限度で、人格権侵害の責任を負うことがあるに過ぎないという見解を示している。

トは、権利侵害情報に接近する補助的な手助けをしているという限度での責任であり、一次的な責任を負うものではなく、プロバイダよりもさらに間接的な役割において責任を負うに過ぎないとしている。

４－２．憲法上の権利の比較による作為義務

検索事業者やプロバイダは、権利侵害情報を創出することに直接的に関わっていないことを考慮すれば、新聞や出版社、放送等と異なり、自己の情報として発信者とならない限り、名誉毀損等の直接責任を認めることは困難である。しかし、判例はプロバイダが権利侵害情報に気付いていたのにあえて放置したような場合に、条理等に基づく不法行為責任を負うとして、常時監視義務等の過度な負担を否定しつつ、権利侵害情報を知った場合等には間接責任を認めている。プロバイダ責任制限法はプロバイダが自己の情報として発信に関わっていないことを免責の条件としているが、同法の対象となっていない検索事業者の責任については、検索結果から削除しない不作為に対する不法行為責任とは捉えておらず、人格権に基づいて当該事実が公表されないことが、公表することの社会的な利益よりも明らかに優越する場合に削除することが認められるとして、一般法を根拠として発生する法的責任ではなく、憲法上の権利の比較較量により削除義務を負うと判断している。この検索事業者の作為義務に関する判断基準は、すでに述べたように表現の自由とプライバシーの衝突が問題となる不法行為訴訟において一般的な判断枠組みとして参照される長良川事件判決に依拠したものであり[236]、いわばプロバイダ責任が権利侵害情報の流通に気付いた場合に一般法の条理に基づいて作為義務が生じるという考え方と比較した場合、検索事業者の作為義務については、憲法上の権利の比較較量に従って人格権が明らかに上回る場合に発生する[237]としており、削除義務が発生する根拠を憲法上の人格権侵害と一般法の不法行為責任という異なる法律上の根拠と判断枠組みの下で捉えている。

５．検索事業者に対する削除が認められやすい判断基準の検討

検索事業者の媒介者としての責任は、前掲の東京地裁判決は、①検索サービス自体が違法な表現やウェブサイトを管理しているわけではない、②検索サービ

---

[236] 宍戸・前掲注 211）51 頁参照。

[237] 高橋・前掲注 7）88 頁以下。憲法上の権利の較量の枠組みに立った場合、憲法は人権の制限につき公共の福祉による制限という論理を認めているが、デモクラシーや公共的利害に関わる言論を公共の利益のためと捉えて、個人の権利は甘受されるべきとする考え方があるが、こうした考え方は全体の利益のために無償で個人の被害を収用することであり、公務員等の特別な立場を除いて一般人のうちの特定の個人の無償収用による不公平感は無視されるべきではないという批判がなされている。

スはウェブサイトの内容や違法性について判断できない、③違法な表現を含むウェブサイトを検索結果から削除すると違法でないウェブサイトの部分まで削除することとなり社会公共の利益を損なうとしており、検索事業者のリンク先の権利侵害情報に対する管理責任を否定し、検索結果の内容に踏み込んで違法かどうかまでチェックすることを求めるのではなく、むしろインターネットの入口に位置する、検索結果が表示するリンク先やスニペット等の先にある情報の中身にたどり着く機能を考慮し、発信者や情報の受け手の表現の自由に配慮して検索事業者の媒介者責任を限定する考え方を示した。

このような検索事業者の責任を限定する考え方は、検索事業者が主体的に検索結果の表示を通じて表現行為を行っていると考えた場合、表現の自由の保護の主体となると同時に、検索結果はインターネット上の情報内容に到達するための入り口であって、検索結果が示す URL 等によるリンク先は、検索結果の一部を表示しているに過ぎない。よって、検索事業者の責任はプロバイダよりさらに間接的なものであるとの見解[238]は正鵠を射ているものと考えられる。検索事業者の法的責任を上記のとおり間接的な責任であると考えれば、検索事業者の表現の自由の主体としての憲法上の権利とプライバシーの比較較量の判断基準の枠組みの中で検索事業者の表現の自由が単純に上回るというよりも、検索結果に対して負う法的責任がプロバイダよりも間接的であるがゆえに、検索事業者に対しては、一般法の下での作為義務を認めて削除命令を出すことに慎重であるべきと捉えられる。プロバイダと異なり検索事業者の法的責任が明確化してないがゆえに憲法上の権利間の比較衡量の枠組みを用いるとすれば、たとえ検索事業者が表現の自由を有するとしても、一般法において名誉毀損やプライバシー侵害にあたる違法な表現が許されるわけではなく、検索事業者が負う作為義務や法的責任の根拠を明確化する必要があると考えられる。

プロバイダと比較した場合に、検索事業者のインターネットで果たす役割や性質が情報流通の基盤サービスであることや、検索結果の表示内容が第三者による直接的な表示ではなくスニペット等のリンク先等の内容の一部に過ぎないがゆえに責任が限定されると考えたとしても、プロバイダと検索事業者がインターネット上で入口のポータルサイトにあるか、個別のサイトに位置するかという差異は違法な表現が公然と表示されるという点において大きく異ならないことを考えれば、プロバイダ責任制限法がプロバイダは違法な権利侵害情報に認識した場合に不作為責任を負うという規定とパラレルに考えることも不可能ではない。また、憲法上の権利の比較較量によりプライバシーの権利が明らかに上回る場合に作為義務を導くのではなく、プロバイダが速やかに削除すること

---

[238] 宍戸・前掲注 211）50-51 頁。

による免責される規定と同様に、検索事業者も違法な表現を検索結果から削除することにより免責されるとして、プロバイダ責任法制に照らした法的責任の考察や同法の検索事業者への適用の視点により、検索事業者の法的責任をプロバイダ責任と併せて明確化することも今後、検討されうるべきであろう。

検索事業者が権利侵害を知った場合については、削除等の作為義務が認められるべきとの見解もあり、その場合の法的責任に関する内容については、プロバイダ責任と同様に他人の権利侵害を知った時に生じるとすることも考えられるであろう[239]。検索事業者が自主的に設置した削除フォーム等によって削除要請を受けた場合には、検索事業者は、権利者や被害者からの依頼に応じて自ら権利侵害情報を削除することも多く、その場合、当該情報の削除により利用者に対する情報受領が妨げられる影響を考慮しつつも、権利侵害が疑われる情報や被害者からの申告の内容が名誉毀損等の権利侵害に該当する場合は積極的に削除を行っているとされる[240]。裁判所は、検索事業者の間接責任を消極的に捉える一方で、検索結果からの前科等のプライバシー情報を削除することによる公共の利害に関わる表現の自由への制約が大きいとするが、裁判所の削除に関する判断基準のハードルが高ければ、被害者は検索事業者が自主的に削除依頼に応じない場合に削除がされない状態に陥らざるを得ず、権利救済の観点からは望ましいとは言えないであろう。権利侵害が明らかな場合は当然として、権利侵害のおそれがある場合や専門性の高い中立的な第三者機関などの判断に信頼性[241]のある場合など、現在よりも検索結果からの削除が認められる多様なケースを明らかにするなどして、削除要請が認められやすい柔軟な判断基準を示すべきであると考えられる。

６．EU における検索事業者への削除に関する判断基準

検索結果からの削除に関して、日米と異なる緩やかな基準として参照すべき法制度として、EU 内で大手検索事業者に対して展開された「忘れられる権利」

---

[239] 森・前掲注 212）56-57 頁。プロバイダ責任と同様に削除請求を受けた後の検索事業者の不法行為責任の可能性を否定すべきではないとする。一方で、松井茂記『表現の自由と名誉毀損』（有斐閣、2013 年）401 頁以下によれば、①検索事業者は検索結果において名誉毀損を主張しているわけではないことや、②サジェスト機能に関しては、多くの利用者による検索サービスの利用の結果であって検索事業者がそうした単語を選択しているわけではないことなどを理由として、検索結果の表示による名誉毀損責任の成立を否定する考え方もある。しかし、こうした事情はプロバイダとの間でそれほど異ならないと考えられよう。

[240] ヤフー株式会社「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書」（2015 年）13 頁。

[241] 著作権分野ではプロバイダが行うべき被害者本人の特定、権利侵害が行われていることの確認をプロバイダに代わって適切に行うことができる信頼性確認団体がある。関係事業者で構成されるプロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会によって認定されたものである。

に関する EU 司法裁判所の先決裁定の判断基準を参照しておきたい。Google v. Mario Costeja González (2014) はスペイン国内で提起されたグーグル社に対する自己の氏名が掲載された電子記事が検索結果に表示されないようにデータを削除するよう求めた初めての訴訟の裁判結果である。訴訟以前にスペインの行政当局は 2010 年 7 月に同記事へのリンク表示をグーグル社に削除を命じた。行政当局の決定を不服としたグーグルは、スペイン国内裁判所に複数の訴訟を起こしたところ、スペインの国内裁判所はこれらの申立てを併合し、2012 年 2 月に、①検索エンジン事業者は個人データ処理の管理者にあたるのか、②検索事業者は合法的に公表されている情報まで削除する義務があるのか、について EU 司法裁判所に対して先決裁定を求めた。

EU 司法裁判所は、個人データの処理の目的及び手段を単独で又は他者と共同して決定する法人等（EU データ保護指令 12 条 d 号）に該当するかどうかについて、検索事業者が第三者によってインターネット上に公表あるいは公開された情報を収集し、記録し、体系化したうえでサーバー上に一時保存し、利用者の検索に応じてリスト表示するものであるとして、個人データが含まれている場合に管理者に該当するとした[242]。また、リンク先のウェブページに氏名等に関連する個人情報が合法的に掲載されている場合であっても、EU 司法裁判所は、EU 基本憲章 7 条（私的生活および家族生活の尊重）や 8 条（個人データ保護の権利）の規定を踏まえて、情報主体の権利は検索事業者や当該情報にアクセスする公衆の権利にも優越するので削除義務を負わせることができると判断している。

EU 司法裁判所の EU データ保護指令の運用や解釈は、日本のプロバイダ責任制限法のように、名誉毀損やプライバシー侵害情報を権利侵害情報として捉えて、被害者が情報の流通によって権利侵害が生じた場合に送信防止措置を申し立てた場合に民事上の不作為責任を負うとするのではなく、検索事業者がデータ管理者として個人データ保護規則の定めた個人情報の取扱いに反した場合やデータ主体が同意を撤回した場合などに削除義務を負うとしている。EU では 2016 年 4 月に成立した一般データ保護規則（2018 年 5 月 25 日施行）[243]の中で、同規則の 17 条において「削除権」[244]が定められており、データ主体が公表の同意を撤

---

[242] 石井夏生利＝神田知宏＝森亮二「検索結果削除の仮処分決定のとらえ方と企業を含むネット情報の削除実務」NBL1044 号（2015 年）10-23 頁参照。日本ではじめて検索結果からの削除を命じた、東京地決平成 26 年 10 月 9 日判例集未登載によれば、削除請求した検索結果 237 個のうち、122 個について削除決定が出ている。本判決では、債権者側の主張として EU 決定を参考として検索事業者を検索結果に表示する情報の取扱い等を決定する権限をもつ管理者として認めて、検索結果の削除義務を命じたとされる。

[243] EU では欧州議会と理事会が立法機関であり、EU データ保護規則は規則とあるが、欧州議会と理事会が共同で決定する通常立法行為を経て成立した法律の位置づけである。

[244] 一般データ保護規則第 17 条　削除権（「忘れられる権利」）。

①データ主体は、次の理由がある場合、遅滞なく管理者に対し個人データの削除を求める権利を有し、管

回した場合や不法にデータが処理された場合等において、管理者に個人データの削除を請求する権利を認めるとともに、検索事業者は域内の個人情報の管理者としてデータ保護規則に反した場合は、17 条 1 項において管理者は遅滞なく個人データを削除する義務を負うと定められている。EU の削除権の考え方は、検索結果によって氏名等が表示される場合のように、本人の「同意」を重視するプライバシー権の保護を中心としたものであり、日本のプロバイダ責任制限法のように名誉毀損等による情報の流通によって他人の権利が「侵害」されたことを要件としていない。また、日本の個人情報保護法の対象に検索事業者はならないことから、個人情報保護法に基づいて情報主体が削除や訂正を請求できない点も異なる。EU では検索結果のリンク先に個人情報が「合法的」に掲載されている場合であっても、当該情報にアクセスする公衆の権利にも情報主体の権利は優越し削除義務を負うとしており、リンク先に権利侵害情報が掲載されている場合でも、検索事業者の責任は間接的であり限定されるとして、公共の利害に関わる表現の自由を考慮して容易には検索結果の削除を認めない日本の裁判所の削除命令の判断基準とは大きく異なっている。EU のデータ保護規則が管理者に「削除権」を定めて、情報主体の「同意」が得られない場合は、管理者に情報主体に関連するプライバシー情報の削除を求めている点は、検索結果からの公共の利害に関わる情報やプライバシー情報の削除に対する最高裁が示してきた表現の自由とプライバシーの比較較量の判断基準を示して、検索事業者の表現の自由を重視する我が国の判例とは異なり、プライバシー保護を重視する判断基準として権利救済の向上の観点から参考となろう。

理者は遅滞なく個人データを削除する義務を負う。

(a)当該データが収集その他処理された目的との関係でもはや必要でなくなった場合

(b)データ主体が第６条（１）(a)又は第９条（２）(a)に基づきなされた処理についての同意を撤回した場合、及びその処理にその他の法的根拠がない場合

(c)データ主体が第２１条（１）に従って処理に異議を申し立てた場合で、その処理に優越的な正当理由がない場合か、又は第２１条（２）に従って異議を申し立てた場合

(d)個人データが違法に処理された場合

(e)管理者が EU 法又は構成国法の法的義務を遵守するために個人データを削除しなければならない場合

(f)個人データが、第８条（１）にいう情報化社会サービスの提供に関連して収集された場合

第４章　プロバイダ責任法制における第三者機関の位置付けと規制権限の検討

１．はじめに

これまでインターネットに対する立法規制については、通信の秘密や表現（報道）の自由との関係から慎重な検討を要するとして、名誉毀損やヘイトスピーチ等の人格権保護を目的とする権利救済がいかに重要であるとしても開示命令や削除命令等の規制や規制権限を、国や地方公共団体、さらには人権保護機関等に付与することに慎重であった[245]。このことは、国家規制と自主規制を対置して、メディアに対する規制は個々のメディア又は業界団体が自主的に行うべきものと考えられ、また現にそのように法規制等による政府の介入を極力排除してきたこととの関わり合いから言えば、基本的にはインターネットへの規制も同様に位置付けられているものと考えられる[246]。プロバイダ責任制限法の対象とならない違法ではない有害サイトへの規制は、2008 年に成立した青少年インターネット環境整備法が対象としており、公権力は具体的な有害情報該当性の判断に立ち入らないことが前提とされている[247]。しかし、携帯電話フィルタリング等の性能向上や有害情報の閲覧機会の最小化といった措置については、携帯電話事業者等の事業者団体による自主的な取組のみではなく、国や地方公共団体

---

[245] 曽我部真裕「メディア法における共同規制（コギュレーション）について――ヨーロッパ法を中心として――」大石眞＝土井真一＝毛利透編『各国憲法の差異と接点』（成文堂、2010 年）637 頁以下。従来、日本のマス・メディア規制の文脈では、国家規制と自主規制を対置し、この場合の「自主規制」とは、その定立及び執行の双方について、個々のメディア又は業界団体が行うものであることが前提とされた上で、可能な限り自主規制に委ねるべきだとの主張が学説及び実務において支配的であったと指摘する。

[246] 原田大樹『自主規制の公法学的研究』（有斐閣、2007 年）136 頁以下。インターネットの黎明期には、国境を超えるコミュニケーションというサイバースペースの特殊性を強調して、国家規制ではなく自主規制が選択されるべきとの主張がなされてきたが、世界的な利用者の急増や商業化により、法規制の動きが強まり有害コンテンツやプライバシー保護の立法化が図られたため、現段階において国家権力の不在のみを要因としてインターネットの自主規制の発展を語ることは適切ではないという。インターネットは管理を一元的に担う中枢機構を置くことは基本構想に反する一方、多量の情報が国境を越えて流通することから、国家の監督リソースは限定されており、規制対象の越境性に伴う管轄権問題の発生が解消されておらず、こうした特性が実効的な直接規制ではなく、自主規制の必要性を高めているとも指摘している。

[247] 曽我部真裕「共同規制――携帯電話におけるフィルタリングの事例――」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の既判力とメディア法』87-105 頁。当時、自民党内の青少年特別委員会で検討された法律案では、通報を受け付ける登録通報機関から連絡を受けた事業者は、青少年の閲覧を防止する措置をとることや、フィルタリングの提供などが義務付けられ、違反者には是正命令及び罰則が設けられるなど規制色の強い内容が示されていた。一方、総務省「インターネット上の違法・有害情報への対応に関数件豪快中間とりまとめ」（2008 年）では、フィルタリングの多様性（カテゴリーに含まれるサイトであっても、青少年への配慮を考慮するなど）や選択制、青少年への配慮を適正に審査・認定するための信頼性団体を設立することなどが提案されていた。

も取組む義務があるとされている[248]。他人の権利侵害を要件とするプロバイダ責任制限法は、法令上は削除義務が発生する場合については規定しておらず、違法性の判断にあたって裁判所を除いて他の機関等には何らの義務や判断に係る権限等を付与していない[249]。このため、純粋な自主規制と純粋な命令・監督規制を両端とする連続体の中で、第三者機関による権利救済のための権限の付与をどのように行うかという観点から、第三者機関の活用を検討する。プロバイダ責任制限法との関りから具体的には、他人の権利侵害を要件としていることから、直接の権利侵害の対象とならない第三者機関が被害者との関係において果たす役割や、またプロバイダとの関係において権利侵害情報の違法性や発信者情報の開示請求を受けた際の権利侵害の明白性等の要件を満たす判断を補完する役割、さらには第三者機関の要請等に従ってプロバイダが削除等を行った場合に、発信者との関係においてプロバイダが免責される点について検討する。

第三者機関が民間機関であるか、あるいは行政機関であるかという点も特に、プロバイダに対して権利侵害情報の削除等の命令等を出せる権限を付与する場合は重要となる。現在、インターネット上で権利侵害情報等の権利侵害が問題となった場合には、プロバイダ責任制限法の下においては、ガイドライン上で法務省の人権擁護機関が被害者からの申立てに従って権利侵害情報として認定したものについては、プロバイダに対する削除等の「要請」を行いプロバイダが同機関の要請に基づいて削除等を行った場合は、基本的には発信者に対する責任が問われないとする第三者機関の役割が規定されている。法令上は、第三者機関は権利救済の手続きへの関与は規定されていない。被害者や発信者、プロバイダの関係者間による自主的な解決、もしくは司法判断にそれらの問題解決が委ねられている形となっている。このような現状を捉えて、プロバイダに対する法的拘束力を伴う削除命令は、民間機関の場合は法律に基づく拘束力を付与することは困難であるから、法務省の人権擁護機関のような公的機関が想定されうる。憲法が保障する表現の自由や通信の秘密の保護との関係から生じる問題を回避しつつ、第三者機関の法的な位置付けと役割の検討によって、インターネット上の権利侵害からの権利救済が現状よりも図られる可能性がある[250]。

---

[248] 同法によれば、国や地方公共団体はフィルタリング環境の向上等の施策に努めるものとされる。

[249] 曽我部・前掲注 15）第 9 章。プロバイダ責任制限法は、プロバイダに対する削除義務を定めたものではなく、プロバイダを運営する事業者の不法行為責任又は契約責任としての阻害賠償責任を制限する民法の特別法であると指摘している。また、総務省作成のガイドラインでは、信頼性が認められる権利救済機関等による権利侵害情報の通知があった場合は、プロバイダが削除を行っても発信者に対する責任が基本的に免除されると定められている。

[250] 曽我部真裕「メディア法における共同規制（コギュレーション）について－ヨーロッパ法を中心として－」大石眞=土井真一=毛利透編『各国憲法の差異と接点』（成文堂、2010 年）643 頁以下。ヨーロッパ法では、「共同規制は、強制力を持つ法令上の措置と、もっとも関係の深い諸アクターによってとらえら

２．プロバイダ責任法制における第三者機関の位置付けの検討

インターネットでの被害者は基本的には、発信者自身に対する民事訴訟によって不法行為責任や差止請求を問うのか、プロバイダに対して不作為責任（媒介者責任）に基づく損害賠償もしくは送信防止措置を求めることとなる[251]。プロバイダは被害者からの通知の内容が権利侵害情報にあたるのかどうか、その違法性を判断することは簡単ではない。また、匿名で行われた場合は前段階として発信者の特定のための発信者情報の開示が必要となり、プロバイダに対して発信者情報の開示を請求した場合、権利侵害の明白性等の要件をプロバイダは判断しなければならずそれも簡単ではない。第三者機関が期待される役割としては、プロバイダとの関係から具体的には、①権利侵害情報の違法性の判断、②発信者情報の開示の是非に関する判断について、プロバイダに代わって的確に迅速に行うところに求められよう。また、大阪市ヘイトスピーチ審査会の検討で課題とされた[252]、被害者の代わりに発信者情報開示の主体となることなども期待されるものと考えられる[253]。こうしたプロバイダの権利侵害情報への対処の補完としての役割に加えて、ガイドラインに位置づけられた認定機関はこれまでプロバイダに削除要請を行ってきているが、プロバイダが要請を必ずしも受け入れるばかりではないなかで、また、要請に従わない場合の法的拘束力もないことから、第三者機関の役割として削除命令に近い権限を付与することが重要であると考えられる。こうした点と関連して、プロバイダ責任制限法の立法時において、第三者機関の役割や法的な位置付けについての問題提起がなされており、

れた措置とを結びつけ、実務上の経験を利用するものである」とされている。これは、立法による国家規制と自主規制とが組み合わされた規制という以上には必ずしも明確ではないが、「共同体立法が立法機関により定められた目的の実現を当該分野における承認された当事者に委ねるメカニズム」として、共同規制の定義をさらに絞り込もうとする見解もある。

[251] 同上。プロバイダが管理するサーバーを通じてユーザーが名誉毀損やプライバシー侵害を行った場合に、プロバイダが民事責任、とりわけ損害賠償責任を負うかが問題となっており、著作権侵害についても同様であるとする。

[252] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例の施行に関する事項について（答申）」(2018 年)。大阪市条例第 5 条第 1 項の公表を目的として、投稿サイトの運営者等（プロバイダ）から、インターネットによる不特定多数の者に対する通信における表現活動者の氏名等の情報取得に関する検討が行われた。同答申では、電気通信事業法の通信の秘密、他人の秘密、及びプロバイダ責任制限法 4 条に反すると結論付けている。

[253] 同答申では、プロバイダに対するヘイトスピーチの禁止と制裁を目的として発信者情報を取得することは、表現の自由との関係を十分考慮して慎重に検討する必要があるとして踏み込んだ検討は行っていない。また、被害者に対する訴訟支援の枠組みについて検討した結果、プロバイダに対して情報提供を任意でしか求めることができないことや、発信者情報が保存されていない場合があるため、実効性が期待できない中で、いたずらに支援のための運営事務、コストの負担が増大するとして、地方公共団体のみの取組では限界があり、国に対して国法レベルでの対応が必要であるとした。

特に発信者情報の開示に関する判断枠組みの観点から検討が行われている[254]。提起された課題としては、①発信者情報の開示の是非にあたっての第三者機関の判断は、裁判所による判断の仕組みに優越する性質のものではないことや、②法的な権限を付与した場合に、裁判所の判断を拘束しないとして、プロバイダを拘束する権限を付与した場合に、第三者機関が誤って開示した場合の発信者に対する責任をどうするのか、③発信者が開示に不服がある場合に第三者機関の判断に対して訴訟で争うことが考えられるが、訴訟は顕名で行わねばならないため、事実上、発信者は不服があっても開示の反対手続きを行うことができない、④準司法的機関として位置づけることの必要性があるのか、といった点が提示されている。

①の問題については、まずプロバイダ責任との関りから具体的な手続きを想定した場合、被害者からの送信防止措置等の権利救済の申立てがない限り、プロバイダには法的な削除義務は発生しない[255]。よって、被害者が第三者機関に申立てができるとした場合には、プロバイダは権利侵害情報の存在に気が付かなければプロバイダ責任が発生しないため、第三者機関がプロバイダに通知することが求められる。インターネット上で権利侵害情報が利用者や様々なサイト、まとめサイト等によって引用・転載等されて拡散した場合であっても、現状では、被害者は自ら権利侵害に対処する必要がある。多くのプロバイダのサイトに権利侵害情報が氾濫している状態では、最初の匿名の発信者に限らず、引用者や転載者を特定するためにプロバイダに発信者情報の開示を請求することや複数のサイト等のプロバイダを特定し送信防止措置を求めることになるため、第三者機関に通知することによって、第三者機関が一元的な役割を果たして対象となるプロバイダに被害者に代わって通知することが考えられる。また、現行法では、発信者情報の開示請求権は被害者からの申立てに限定されており、被害者以外の第三者が発信者情報の開示を請求することも制度上は認められていない。発信者責任を追及する際は、発信者を特定する必要が生じるが、発信者情報の開示請求がなされないうちは、発信者への責任追及の訴訟を起こすことができないため、第三者機関の判断が権利侵害の明白性等の法的判断については裁判所の機能に劣るとしても、発信者情報の開示請求や被害の申立てを第三者機関に対して行えるようにすることは権利救済の観点からは重要であると考えられる。

---

[254] 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）32-34 頁。民間機関を活用することや、行政機関としての位置付けを有する機関を設けることにより、当該第三者機関が当事者の合意に基づかずに判断する仕組みが考えられる。執行を担保する必要性等から、法律上に位置付けた上で、被害者の当該機関に対する発信者情報の開示の請求権を設けることが考えられうるとした。

[255] もっとも、真っ当なプロバイダは自ら利用規約に基づいて権利侵害情報を削除する動きもあるが、発信者の権利に配慮して削除をためらうケースもあるとされる。

さらに、④との関連からは、プロバイダ責任制限法が民事責任から免責される場合を定めており、違法な情報が流通していないか探知するなどの一般的な監視義務を定めていないが[256]、被害者からの権利救済の申立てを待たずに、第三者機関が権利侵害情報の流通に気が付いた場合に、プロバイダに対して削除等の法的な拘束力を持った対応が可能となることの意味は権利救済の上で大きいものと考えられる[257]。

また、②や③の問題については、第二章のノーティスアンドテイクダウンの導入の箇所で検討したとおり、権利者からの通知に基づいて情報の削除が行われた場合に、発信者による復活制度を設けることにより、発信者の権利が手続き上保護されうると考えられることや、第三者機関が権利侵害情報の内容を事前に審査した上で削除をプロバイダに求めることに対して、法的な拘束力を与えることから手続き的には削除はより慎重になされ得ることが期待される。このことは、発信者情報の開示についても第三者機関が権利侵害の明白性等を踏まえて開示判断を行う場合は、現行法の下でプロバイダが判断するよりも開示は慎重になされうることが想定される。プロバイダは権利侵害の明白性等が判断が困難であり、また開示しないことによって損害を受けた場合も故意または重大な過失がある場合に責任が限定されていることから開示に踏み切らないケースが多いと指摘されていることを考慮すれば、迅速な発信者情報の開示手続きが期待されうる。また、第三者機関が開示要件を誤って判断することは想定しづらいが、裁判所が誤った判決を下した際の補償等の規定に準じて準司法機関としての責任を制限することなどが検討されうる。

３．第三者機関の活用によるプロバイダ責任の軽減に関する検討

第三者機関の法律上の位置づけについては、上記の④に関連する問題である

---

[256] 曽我部ほか・前掲注 29）第 5 章媒介者責任を参照。

[257] 総務省のプロバイダ責任制限法検証 WG（第 5 回会合）資料 4 （作為義務が生じる場合の明確化について）（2011 年）。作為義務の明確化について検討が行われており、削除しなければならない違法情報については、良心的なプロバイダにおいては、（当時ヒアリングした限りにおいて）おおむね削除されているとも見受けられるし、他方、削除しなければならない事例は千差万別であり、これを一律に法律で「削除義務」という形で規定することが可能か疑問が残る。また、仮にできたとしても削除義務が生じるか否かの要件の該当性につき、裁判所の判断を待たねば、削除したことについてプロバイダが民事責任を追及される可能性が否定できない以上、プロバイダが積極的に削除に応じるか未知数である。さらに、立法時にも検討された表現の自由の保障及又は被害者の救済の確保という側面に関する考察については、現時点でも妥当しており状況が変化したということもできない、と指摘している。しかし、どのように削除義務を規定するかは立法技術によるものであり、削除した場合の発信者からの民事責任の追及についてはすでに制限規定があることからすれば、プロバイダが削除義務に従って権利救済を積極的に図る可能性は否定できないであろう。

が、法令上の権利侵害の有無の判断を行う第三者機関の活用についてインターネットに関連する立法例を参照すると、平成 25 年 9 月に施行された「いじめ防止対策推進法」[258]では、インターネットを通じて行われるネット上のいじめが増加し、深刻化していることから、当該いじめをうけた児童生徒又はその保護者は、当該インターネット上のいじめに係る「情報の削除」を求め、また「発信者情報の開示」を請求しようとするときには、必要に応じて人権保護にあたって第三者機関である法務省の人権擁護機関の協力を求めることができる旨定められている[259]。当該法律では、法務省の人権擁護機関に①情報の削除を求めることと、②発信者情報の開示を請求するときには、必要に応じて協力を求めることができると法律上明記されており、本章で検討する役割や内容の一部がすでに立法化されていると考えてよい。ただ、当該法律では「必要に応じて協力を求めることができる」としているのみであって、プロバイダに削除や発信者情報の開示を求める際の事実上の協力であることから、プロバイダに対して削除や発信者情報の開示を命じる法的拘束力を持った権限の付与等が規定されているわけではない。しかし、仮に規定する場合は、憲法が保障する表現の自由や通信の秘密の保護の関係から、当該立法が憲法違反とならないためには、公権力に権利侵害情報の削除等の権限を付与することが、これらの重要な憲法上の権利を制約するだけの公共の利益や公益性（法益）が認められる必要があるものと考えられる。

2014 年に成立した「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[260]」（平成 11 年成立）の改正法[261]は、児童ポルノをみだりに所持することを禁止するとともに、児童相談所や法務省の人権擁護機関が心身に有害な影響を受けた被害児童の権利擁護を図る役割を負うとしている。

私的に撮影された性的画像を本人の同意なくインターネット上に公表するなどのいわゆるリベンジポルノ被害が社会問題化したことを受けて、2014 年に成

---

[258] 平成 25 年法律第 71 号。

[259] 同法 19 条 2 項。国及び地方公共団体は、児童等がインターネットを通じて行われるいじめに巻き込まれていないかどうかを監視する関係機関又は関係団体の取組を支援するとともに、インターネットを通じて行われるいじめに関する事案に対処する体制の整備に努めるものとする。

同法 19 条 3 項。インターネットを通じていじめが行われた場合において、当該いじめを受けた児童等又はその保護者は、当該いじめに係る情報の削除を求め、又は発信者情報（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（平成十三年法律第百三十七号）第四条第一項に規定する発信者情報をいう。）の開示を請求しようとするときは、必要に応じ、法務局又は地方法務局の協力を求めることができる。

[260] 平成 11 年法律第 52 号。

[261] 平成 26 年法律第 79 号。

立した「私事性的画像記録の提出等による被害の防止に関する法律[262]」は、私事性的画像記録に係る情報の流通によって名誉又は私生活の平穏の侵害があった場合におけるプロバイダ責任制限法の特例として、被害者からの申立てに基づいて発信者に対する送信防止措置の同意照会期間を 2 日に短縮する旨の特例を設けて迅速な権利侵害の防止に努めることとしている。また、第５条において、国及び地方公共団体は、私事性的画像記録の提供等による被害者の適切かつ迅速な保護及びその負担の軽減に資するよう、被害者が私事性的画像侵害情報送信防止措置の申出を行う場合の申出等に対して一元的にその相談に応じ、必要な体制の整備その他必要な措置を講ずるものとするとしており、プロバイダだけでなく、国の機関として法務省の人権擁護機関などが被害者からの申立てに係る相談を受けるとともに、プロバイダに対する削除「要請」を行うこととされている。

2008 年に成立した青少年インターネット環境整備法は、青少年有害情報フィルタリングソフトの性能の向上や青少年のインターネット事業者による青少年有害情報の閲覧を防止するための措置等により、青少年が有害情報を閲覧する機会をできるだけ少なくすることを目的として、インターネット事業者に止まらず、国や地方公共団体にフィルタリング機能等の向上に関する施策を行うことを責務としている。さらに、そのような施策を実施するための関係事業者等による連携体制の整備に努めるものとしている。また、携帯電話事業者に対しては、有害サイトへの接続がなるべく行われないよう青少年有害情報フィルタリングサービスの利用を条件として（ただし保護者が利用しないことに同意した場合は除く）、青少年有害情報の閲覧をする機会をできるだけ少なくするための措置を講ずることや、青少年のインターネットを適切に活用する能力の習得に資するための措置を努力義務としている。

プロバイダ責任制限法とは異なり、同法は情報の流通による被害者の権利侵害からの救済を定めたものではないが、インターネット上の表現内容を「青少年有害情報」[263]として定義し、国や地方公共団体、インターネット事業者等が一体となって青少年ができるだけ閲覧しないよう「フィルタリング」に取組むことを

---

[262] 平成 26 年法律第 126 号。

[263] 青少年インターネット環境整備法（平成 20 年法律第 79 号）。第 2 条により定義している。第 3 項　この法律において「青少年有害情報」とは、インターネットを利用して公衆の閲覧（視聴を含む。以下同じ。）に供されている情報であって青少年の健全な成長を著しく阻害するものをいう。第 4 項　前項の青少年有害情報を例示すると、次のとおりである。

一　犯罪若しくは刑罰法令に触れる行為を直接的かつ明示的に請け負い、仲介し、若しくは誘引し、又は自殺を直接的かつ明示的に誘引する情報

二　人の性行為又は性器等のわいせつな描写その他の著しく性欲を興奮させ又は刺激する情報

三　殺人、処刑、虐待等の場面の陰惨な描写その他の著しく残虐な内容の情報

責務としている。青少年インターネット環境整備法が規定するフィルタリングは、できるだけ青少年がわいせつ画像等を閲覧できないような措置を行うことであるから、情報流通によって特定個人に対して権利侵害が生じていない状況において削除措置ではなくフィルタリングサービスの利用が条件とされる。また、青少年に対する閲覧の制限は政策目的であって、成人が情報を閲覧することまで妨げないことから情報受領の自由を侵害するわけでもない。よって、同法が定義する「青少年有害情報」は「権利侵害情報」とは異なるため、同法が定義する青少年有害情報を成人が見えないようにフィルタリングするなど、青少年が見る可能性があるからといってプロバイダが削除した場合は、成人らの受け手や送り手の表現の自由を制約することとなる[264]。

プロバイダ責任制限法が対象とする権利侵害情報が流通している際のプロバイダによって行われる送信防止措置は、特定個人の権利侵害状態を除去して権利救済を図ることであり、青少年インターネット環境整備法が目的とする青少年全体に対する有害情報の閲覧機会の減少といった社会上の公益性とは異なる。また、プロバイダによる送信防止措置は、青少年のように特定の層に対する閲覧防止策とは異なり、情報そのものを消去することからより表現の自由に対する影響は大きい。しかし、表現の自由の制約の観点から、青少年インターネット環境整備法が社会上の公益性に従ってフィルタリングを認めていることとパラレルに考えた場合に、インターネット上において権利侵害情報の流通を防止することは、基本的には、個人の権利救済という枠組みでは私益の実現ではあるが、ヘイトスピーチのように地域社会の分断を招く情報の流通を抑制する場合は、一定の公益性（法益）を有するのではないか。プロバイダが送信防止措置に取組むことをプロバイダの責務として、被害者からの権利侵害や権利救済の申立てを待たずに予防的に国や地方公共団体等にも権利侵害情報が流通しない取組を求めることは、公共の利益を有することから表現の自由との関係においても許容される余地があろう[265]。この場合のプロバイダ責任は、インターネット上で権利侵害が生じないように一定の社会目的の下で負う責務となるものと考えられるが、携帯電話事業者等が講ずるフィルタリング等の閲覧防止策と異なり、プロバイダや検索サービスに削除命令などの法的拘束力を伴う形での権限を第三

---

[264] 米国の連邦通信品位法（CDA）が定めるインターネットなどを用いて、わいせつな表現あるいは下品な表現を受信者が 18 歳以下の未成年であることを知りながら送信した者、明らかな不快な表現を 18 歳以下の特定の者に送信したり、18 歳以下の者がアクセスできるように陳列した者を 2 年以下の禁固または罰金に処する（併科も可能）ことを内容とする規定は、過度に広汎な規制であるとして連邦最高裁によって違憲とされた。

[265] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」（2011 年）11 頁。

者機関に付与することが表現の自由との関係でどこまで許容されるかが問題となる。

４．第三者機関への削除権限等の付与に関わる問題の考察

第三者機関にプロバイダに対するそのような権限を設定することは、プロバイダに過大な管理責任を負わせる可能性があることや、一般利用者によるインターネット上の情報発信に萎縮効果を与える可能性は否定できない。権利侵害の有無の判断を行う第三者機関による権利侵害の認定により、表現内容が権利侵害情報に該当するのか、あるいは発信者情報の開示に係る権利侵害の明白性等に対するプロバイダによる個別判断を回避し[266]、削除を行った場合に、発信者からの責任も問われない仕組みも検討されうる[267]。

プロバイダ責任制限法の「名誉毀損・プライバシー侵害関係ガイドライン」[268]においては、被害者からの申立てに基づいて法務省の人権擁護機関[269]からプロバイダへの削除依頼がなされた場合の位置づけについては、「人権侵害に関する専門的知見を有する者が多段階にわたり、慎重な検討を加えた結果として依頼が

---

[266] 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」（第２回）議事概要において、「第三者機関の一つの意味は、発信者情報の開示の判断を行うことである。プロバイダが発信者情報を開示すると、通信の秘密を侵したとして処罰を受けるおそれがあるので開示できない。そこで、第三者機関が間に入り、名誉棄損している疑いが非常に強いから発信者情報を開示しても違法性が阻却されるというような判断をし、発信者情報が明らかになうようにする。裁判所は最終的な紛争解決の場として必要不可欠だが、時間や裁判費用がかかることから、一種の紛争解決手段として第三者機関を設けておく必要があるのではないか、という議論がある。BRO（放送と人権等権利に関する委員会機構）などでも、機関に苦情を申し立ててれば対応してくれ、簡便な方で解決が得られる」とする意見が出されている。

[267] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」（2011 年）。送信防止措置や発信者情報開示に関するプロバイダの判断の負担を軽減するために、権利侵害の有無の判断を行う第三者機関を創設すべきとの主張があり、プロバイダ責任制限法において第三者機関を創設し、当該機関による判断に基づき権利侵害の有無が決定されるとした場合、プロバイダとしては権利侵害の判断を自ら行う必要性がなくなり、また、被害者としても、第三者機関による迅速な判断が確保されるのであれば、被害者の権利救済に資するとの考え方によるものである。その上で、裁判所・裁判官を法的に拘束するものではないものの、プロバイダが権利侵害を認定する団体の判断に法的に拘束されることを想定する場合の当該団体を想定することができ、そのような団体（機関）は現時点では存在していない。そして、プロバイダを法的に拘束する根拠としては、プロバイダへの法的な拘束に関するプロバイダの合意があることが考えられるところ、そのような合意の範囲であれば、かかる団体（機関）を想定することも可能であるとも考えられる、と指摘している。

[268] プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会「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――」（2018 年）。

[269] 法務省 HP によれば、法務省には人権擁護局があり、その下部機関である法務局・地方法務局及び支局（全国 263 か所）の職員や全国 1 万 4000 人の人権擁護委員を総称して「法務省の人権擁護機関」と呼ばれている。

なされるものであり、一般私人からの通報と異なる性格を有する」ものとされている。当該機関については、被害者からの申告や関係行政機関からの通報等を受けて手続きを開始し、関係者に対する事情聴取等の調査を行っている。調査結果を踏まえて、被害者への「援助」や当事者間の関係について「調整」を行うほか、人権侵害の事実が認められた場合には、事案に応じて、加害者に対する「勧告」や「説示」を行ったり、プロバイダに対する「要請」を行うなどの措置を講じるとされる。具体的な手続きとしては、被害者自らが被害の回復・予防を図ることが困難な事情の有無を検討し、①被害者自らが被害の回復・予防を図ることに特段の支障がない場合は、プロバイダへの削除依頼の具体的な方法を助言するなどの「援助」として処理し、②被害者自らが被害の回復・予防を図ることが困難な場合や、プロバイダへの削除依頼によっても削除されなかったという事情がある場合は、当該機関からの削除の「要請」が行われるとしている。なお、人権侵害情報に該当するかどうかや措置の選択にあたり、削除要請は行政機関による表現行為に対する働きかけであるため、法務局のみで対応せず法務省人権擁護局長の承認を受けることとされている[270]。こうした、被害者の状況や権利侵害情報の内容の深刻さ等の段階に応じて、特に深刻な権利侵害と認定されるものについては、ガイドラインではなく法律レベルで強制力をもって削除を命ずることを規定することが想定されうる。

同ガイドラインでは発信者からの責任追及との関係については「これらの削除依頼[271]に基づき、プロバイダが送信防止措置を講じた場合は、「他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由がある（3 条 2 項 1 号)」場合に該当し、プロバイダが削除を行ったとしても発信者からの損害賠償責任を負わない場合が多いと考えられる」とされている[272]。しかし、法務省人権擁護機関からの削除依頼については、人権侵犯事件の調査・処理などに関する事務を行う法務省人権擁護機関であって、人権擁護に関する知見の下での判断に基づく

---

[270] 田中邦彦＝中野渡守「平成 25 年における人権侵犯事件の状況について」法律の広場 67 巻 7 号（2014 年）57-58 頁。

[271] 人権侵犯事件調査処理規程 14 条〔人権侵害の事実が認められる場合の措置〕1 項 1 号に規定する「人権侵犯による被害の救済又は予防について、実効的な対応をすることができる者に対し、必要な措置を執ることを要請すること（要請)。」に該当するとされる。

[272] プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会「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――」によれば、「重大な人権侵害事案」で名誉毀損、プライバシー侵害等に該当する場合、法務省人権擁護機関においては、被害者からの申告等を端緒としてインターネット上の該当する情報の削除依頼をプロバイダに行っている。これらの削除依頼に基づき、プロバイダプロバイダが送信防止措置を講じた場合、「他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由がある」場合（法３条２項１号） に該当し、プロバイダ責任制限法の規定に基づき、プロバイダが削除による発信者からの損害賠償責任を負わない場合が多いと考えられる。

通報という点で一般私人からの通報と異なる性格を有するものの、これによってプロバイダに送信防止措置を講じることが義務付けられるわけではない。例えば、プロバイダにおいて、「他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当」の理由がないと判断し、削除依頼に応じれば発信者からの損害賠償責任を負うこととなると判断したときには、プロバイダが送信防止措置を講じないことができる[273]。しかし、一方で削除依頼に該当しない場合は、被害者本人が法務省人権擁護機関からの援助を踏まえてプロバイダに直接発信情報の削除依頼を行うことになるため[274]、プロバイダは通常の判断基準に基づいて送信防止措置の要否又は可否の判断を行わなければならないとされている。

このようにガイドラインの位置付けは積極的な内容を伴うものであるが、ガイドラインでは法務省の人権擁護機関はあくまでプロバイダへの削除要請に止まるため、法的拘束力を伴う削除命令に近い権限を付与するためには法律に規定する必要が生じる[275]。しかし、ガイドラインでも指摘されているように、例えば、公権力の濫用が疑われる政府の不祥事を告発する文章や写真を削除するようプロバイダへ要請した場合などは、プロバイダが法務省の人権擁護機関の削除命令に従う関係になった場合は、表現の自由の重大な侵害となりうる可能性がある。告発を行った発信者からの損害賠償請求に応じなければならない可能性が残されているが、法務省の人権擁護機関のような第三者機関の位置付けが、現状の法令ではその権限や役割が規定されておらず、ガイドラン上に位置付けられたものであることから、削除要請の拘束力を含めてどのように立法化するかは表現の自由との関係から課題となる。

表現の自由との関係についての課題をさらに検討すると、法律上の削除命令の権限[276]を仮に法務省の人権擁護機関に付与した場合、現在のガイドライン上の

---

[273] プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会「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――」（2018 年）平成 30 年 1 月改訂。

[274] 人権侵犯事件調査処理規程 13 条〔援助等の措置〕1 号に規定する「被害者等に対し、関係行政機関又は関係のある公私の団体の紹介、法律扶助に関するあっせん、法律上の助言その他相当と認める援助を行うこと（援助)。」で足りると認められる場合のこと。

[275] 法務省によれば、平成 28 年度のインターネット上の人権侵犯件数は 1,789 件であり、そのうち要請が行われたのは 326 件となっている。プロバイダへの要請に基づいて削除された件数は公表されていない。

[276] 総務省「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）によれば、第三者機関が判断を誤った場合に第三者機関に責任が発生する可能性や、判断が適正に行われるかが問題となりうると指摘しつつ、第三者機関の判断に法的拘束力がなければ、①プロバイダが、権利侵害がないにもかかわらず権利侵害があると第三者機関の判断したことを受けて発信者情報を開示した場合には、結局責任を負うことに変わりはない。また、②被害者においても、権利侵害がある旨の判断を受けてプロバイダに発信者情報の開示を求めたとしても、プロバイダの判断により発信者情報の開示がなされない可能性は残ってしまえば、逆に権利侵害がない旨判断された場合には、裁判所に訴えを提起しなければ発信者情報の開示を受けられないこととなる、と指摘している。

削除要請に至る意思決定の過程においても、インターネット上の名誉毀損等の削除すべき内容であるかの判断は、専門家等を交えた多段階の検討を経て決定がなされるものとなっており、このような削除要請の決定過程は、公権力による一方的な仕組みとはなっていない[277]。しかし、法務省の人権擁護機関が実質的には局長等の国の機関が対象となっているため、国の機関に削除権限を与えることは、政府に対する批判を問題視して削除命令を行うようなケースが想定され得るのであれば、憲法が保障する表現の自由の観点から、そのようなケースが生じないよう政府からの独立性を高めるなど、行政組織法上の観点からも慎重な制度設計が求められることになろう。

こうした第三者機関への権限付与の観点から参考となる制度としては、オーストラリアでは、法定の人権擁護機関[278]がある。独立の法定機関であるオーストラリア放送委員会[279]が、禁止リスト（薬物使用や児童ポルノ、暴力的表現、性行為等の描写などであって名誉毀損は含まれていない）や青少年に不適切なものとしての制限指定を受けるもの（過度な暴力や性的暴力、性行為を示唆するもの、成人向けの描写等）のコンテンツが情報流通しないよう、プロバイダに対して配信や青少年からのアクセスを禁止している。このような同委員会の取組は、インターネット業界の事業者のメンバーで構成されており、オーストラリア政府が事業者と共同して「共同規制」の仕組みを導入したものである。そして、これらの禁止リストに違反するコンテンツをプロバイダが配信した場合は、オーストラリア放送委員会は国内にあるプロバイダに対しては削除命令を出す権限を有している[280]。国外のプロバイダが禁止リスト上の違法表現を配信している

---

[277] 同上。他方、第三者機関の判断に法的拘束力を認めるとなった場合、表現の自由やプライバシーへの配慮などが必要となる上、裁判所（裁判官）の自由な心証を拘束することができるか（いわゆる「裁判官の独立」）といった問題も考えられるとしているが、当事者の合意を前提として、紛争を仲裁する機関であれば、表現の自由への侵害、あるいは法的責任の発生や判断の適正さの担保等の課題はクリアできると指摘している。この点に関しては、前述の総務省による「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」（2011 年）においても、裁判所や裁判官等の判断を拘束することなく、プロバイダを法的に拘束する根拠としては、プロバイダへの法的な拘束に関するプロバイダの合意を前提として、かかる団体（機関）を想定することも可能である、と指摘されている。

[278] Australian Human Rights Commission は 1986 年に設立された人権擁護機関であり、オーストラリア連邦法で認められた政府から独立した委員会組織。法務省長官を通して連邦政府に人権擁護に向けた政策等の提言を行っているとされる。

[279] The Australian Communications and Media Authority（ACMA）は法定の委員会であり、2005 年にインターネット等への規制権限を前身である Australia Broadcasting Authority から引き継いでいる。同委員会は、放送、ラジオ、電気通信、インターネットの各分野を規制する法律を遵守しているか監督権限を有するとともに権限を行使するとされている。
https://www.acma.gov.au/theACMA/About/Corporate/Authority/introduction-to-the-acma#1

[280] https://www.humanrights.gov.au/publications/internet-regulation-australia#f1

場合は、その他の国内のプロバイダにフィルタリングを義務付けており、国内への情報の流通及びアクセスがブロックされる。オーストラリアは、政府ではなく独立性の高い法定の放送委員会にインターネット上の情報流通に対する規制権限を付与しており、国と民間事業者による共同規制の取組に近い形態となっている。現状、日本では、同委員会のような法定の独立性の高い監督機関は情報通信分野には存在しておらず、オーストラリアのように国内外のコンテンツのうち禁止リストを作成するなどして、それに従って、プロバイダへの削除命令を出すなどの役割や権限が与えられているわけではない。法務省の人権擁護機関も含めて、独立性の高い法定の監督機関として想定される第三者機関の性格がその設立目的や組織、役割等が国によって異なっており具体的に法令上、どのような規定を設けるのかも含めて本章では結論を出すことはできないが、このような法定の機関については、プロバイダに代わって権利侵害情報の違法性に関する内容審査や違法性の高い情報への一定の監視を行う役割を期待できることから、今後、青少年保護や人権保護など権利救済の観点からこれらの機能を法令上の中で位置付けて規制権限を付与することも含めて検討されるべきであろう。

第５章　プロバイダ責任法制における地方公共団体による発信者情報提供の義務付けに関する課題の検討

１．はじめに

前章までは、プロバイダと発信者に対する責任分配の観点からの各国の法制度の比較や検索事業者に対する削除要請が認められやすい判断基準に向けたプロバイダ責任との比較、第三者機関の活用によるプロバイダの責任軽減による権利救済に向けた課題を中心として検討を行ってきた。本章では、名誉毀損や著作権侵害に加えて、本邦以外の外国人が比較的多い地域においてヘイトスピーチによる権利侵害が多くみられることから、実体法上の定義や内容規制、罰則等の法制化の動きについては若干の検討にとどめつつ、これらの主張や動画等によるインターネット上の権利侵害情報の流通によって権利侵害が発生している場合に、地方公共団体が被害者のために匿名でヘイトスピーチの発信者を特定するための発信者情報開示の課題について検討を行う。地方公共団体とヘイトスピーチの制度上の関りについては「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律（以下、ヘイトスピーチ解消法とする）」によって、「国との適切な役割分担を踏まえて、当該地域の実情に応じた施策を講じるように努めるものとする[281]」と規定されており、同法２条はヘイトスピーチの定義として「本邦外出身者を地域社会から排除することを扇動すること」を挙げており、ヘイトスピーチが「地域社会」の問題であることを明らかとしている[282]。こうした論点の検討に関連して、本稿全体のテーマとの関連からはインターネット上の権利侵害情報に対する責任分配の全体のデザインとして、プロバイダへの作為義務を通じた表現の自由への制約の側面があるプロバイダ責任の拡大よりも匿名の発信者情報の開示を容易とすることにより、権利侵害情報を発信した発信者に対する直接責任を追及しやすくした方がよいのではないかと指摘されている[283]。被害者の権利救済の観点からは、インターネット全体の責任分配をプロバイダと発信者の間でトレードオフの関係として捉えるのではなく、プロバイダ責任を追及できることと、実際の権利侵害情報の発信者責任を併せ

---

[281] 魚住裕一郎ほか『ヘイトスピーチ解消法　成立の経緯と基本的な考え方』（第一法規、2016 年）37 頁以下。国は施策の実施などの「責務を有する」とされているのに対して、地方公共団体が努力義務に課されるに止まっているのは、法案発議者によれば、地域ごとに本邦外出身者の割合やヘイトデモ等の頻度などが異なるため、国との役割の違いを踏まえたものとされている。ヘイトスピーチが多発する地域では、地域社会に生じる「深刻な亀裂」を修復する必要性が高いとされている。

[282] 同上 25 頁以下。同法の地域社会からの排除という点に関しては、外国人が日本から出ていけといった主張も、国は地域社会の集合体であるから差別的言動に含まれるとしている。

[283] 毛利・前掲注９）76-77 頁。

て追及できるための制度上の手段があることが望ましいと考えられるが、被害者による個別的に違法な表現を行った発信者に対する責任追及にあたっては、大阪市や川崎市[284]など、ヘイトスピーチの抑止等に向けて地方公共団体等がプロバイダ責任制限法が定める発信者情報開示請求を行えるよう求める動きなどが生じており、本章では被害者以外への発信者情報開示請求権の主体の拡大[285]、発信者情報の公表、地方公共団体等による発信者情報の取得にかかるプロバイダの提供の義務付け等の論点を検討し、発信者責任追及の観点からの権利救済の向上に向けた検討を行う。

２．発信者情報の開示と発信者責任追及の課題について

プロバイダ責任制限法４条は、発信者情報の開示規定に関して、「自己の権利を侵害されたとする者」が「発信者の氏名、住所その他の侵害情報の発信者の特定に資する情報」をプロバイダに開示を請求することができると定めている。開示請求の要件は、①侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき（権利侵害の明白性）[286]、②当該発信者情報が当該開示の請求をする者の損害賠償請求権の行使のために必要である場合そ

---

[284] 川崎市は、平成 29 年 11 月に「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律に基づく「公の施設」利用許可に関するガイドライン」を策定し、不当な差別的な集会に該当する場合は公共施設の利用を制限できる等を定めた。

[285] 総務省のプロバイダ責任制限法検証 WG（平成 23 年 1 月）によれば、ある主体において、保護されるべき法益が侵害されていない場合にも、立法論として発信者情報開示請求の主体たるべき地位を認めることが相当かについて、不法行為責任の追及はもちろんのこと、名誉回復措置の請求、差止請求及び削除要求のいずれにおいても、何らかの法益侵害がない限りは、かかる請求ないし要求は認められないことからすると、法益侵害を要件とせずに発信者情報の開示請求の主体たる地位を認めることは、相当とはいえないと結論付けている。しかし、大阪市のような地方公共団体が法益侵害を受けてないとしても、ヘイトスピーチによる権利侵害が多発している状況においては、市民の権利を地方公共団体が保護するとの観点から発信者情報の開示手続きに関わることは権利救済にとって重要であろう。

[286] 総務省電気通信利用環境整備室「プロバイダ責任制限法――逐条解説とガイドライン――」（第一法規、2003 年）46 頁以下。「発信者情報は、発信者のプライバシー及び匿名表現の自由、場合によっては通信の秘密として保護されるべき情報であるから、正当な理由もないのに発信者の意に反して情報の開示がなされることがあってはならないことは当然である。このような状況を踏まえ、本条第 1 項は、一定の厳格な要件が満たされる場合には、正当業務行為として特定電気通信役務提供者に課せられた守秘義務が解除され、その結果、自己の権利を侵害されたとする者が発信者情報の開示を請求することができる旨を法定するものである。発信者情報の開示は、発信者のプライバシーや表現の自由という重大な権利利益に関する問題であるうえ、その性質上、いったん開示されてしまうとその現状回復は不可能であることから、特定電気通信役務提供者が裁判外の請求を受けて開示を求められた場合に、みだりに開示がなされることを回避する必要がある。」とする。また、曽我部真裕＝林秀弥＝栗田昌裕『情報法概説』（弘文堂、2015）163 頁。「権利侵害が明らか」であるとは、公職者の真実性の抗弁等をうかがわせる事情が存在しないことを含む趣旨としている。

の他発信者情報の開示を受けるべき正当な理由があるとき[287]、とされておりいずれも満たさなければならない（１項）。プロバイダは開示請求を受けたときは、連絡がつかない等の特別の事情がない限りは、原則として発信者に連絡を行わなければならない（2 項）[288]。また、プロバイダは開示の請求に応じないことにより生じた損害については、故意又は重大な過失がある場合でなければ、プロバイダは賠償の責めに任じないとして、一度、開示することによって発信者側の情報が知られてしまうことの不利益を重視し、被害者側からの開示請求に応じない場合の規定が置かれている（４項）[289]。最高裁も発信者情報の開示にあたっては、発信者のプライバシーの保護を相当程度に重視していると考えられる[290]が、発信者情報の開示を慎重にする方向にプロバイダを誘導することが法の趣旨ならば、被害者の救済とのバランスという観点からは、被害者がプロバイダに損害賠償を請求することを容易にすべきである[291]。一方で、プロバイダ責任を限定する場合は、プロバイダ責任を軽減し、代わりに発信者情報の開示を容易にすることが全体のデザインの観点からは望ましいとする指摘がなされている[292]。しかし、

---

[287] 同上。「正当な理由」とは、民事上の損害賠償請求や発信者に対する削除要求等を行う場合が想定されており、告訴や告発による刑事責任の追及は、犯人が特定できなくても行えるため、正当な理由には該当しないとされる。

[288] 知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について（報告）」（2010 年）22 頁。迅速な開示手続きの実現の観点からは、発信者の意見を聴かなければならない期限等について規定されておらず、また、ガイドラインにおいてもプロバイダが発信者に連絡をしていつまで待つ必要があるのか明記されていない。実際、権利者がいくつかのプロバイダに対して開示を求めた際、その回答を得るまでの期間がプロバイダによって大きく異なっていたこともあるとして、請求があって開示するかの回答までの期間について、標準処理期間のようなものを定めるべきと主張している。

[289] 総務省電気通信利用環境整備室「プロバイダ責任制限法―逐条解説とガイドライン」（第一法規出版、2003）62 頁以下。軽過失ではなく、重過失と規定しているのは、開示の対象となっている発信者情報については、発信者の氏名や住所といった発信者のプライバシーに関する情報であり、いったん開示されると、原状に回復することは事実上不可能であることから、その取扱いは慎重に行う必要がある。そうすると、判断が微妙な事例においては、任意開示で対応するのではなく裁判所の判断を仰ぐことが、発信者のプライバシーの観点からは肝要であり、その前提として任意開示で対応しないよう不開示の場合に免責される範囲を広く規定することは合理性がある、と指摘している。

[290] 最三小平成 22 年 4 月 13 日判決によれば、「開示関係役務提供者は、侵害情報の流通による開示請求者の権利侵害が明白であることなど当該開示請求が同条 1 項各号所定の要件のいずれにも該当することを認識し、または上記要件のいずれにも該当することが一見明白であり、その旨認識することができなかったことにつき重大な過失がある場合にのみ、損害賠償責任を負うものと解するのが相当である。」と判断し、事実の要件該当性につき一見明白性を要求するなど、発信者のプライバシーに関し慎重な配慮を示していると評価されうる。

[291] 高橋・前掲７）89 頁以下。プロバイダ責任や管理責任の負担を増した場合、インターネット上の表現活動に悪影響を及ぼす可能性から、発信者責任の追及とのバランスが重要と指摘する。

[292] 同上。発信者情報の開示が容易ではない制度設計の下では、プロバイダに責任追及できることが重要

発信者情報の開示の要件である権利侵害の明白性の要件に関しては、とりわけ名誉毀損に関するもののうち、匿名で公人等に関する政治的表現や批判を行った者に対する発信者情報の開示については、表現活動への萎縮効果があり、摘示した事実が真実であることが証明されれば違法性が阻却されることから、プロバイダは権利侵害の明白性の判断には違法性阻却事由が存在しないことまで含めて判断することが求められている[293]。こうした中、大阪市では被害者に対する訴訟支援やヘイトスピーチの抑止に向けた議論の中で、発信者情報の公表や開示に関わる手続きに関して専門家による審査を経て、直接の権利侵害を受けた者に限定されてきた情報開示主体を拡大するための検討を行った答申が出されており[294]、プロバイダだけでなく発信者情報の開示をどのように判断するのか今後の検討を要する課題が示されている。また、プロバイダへの責任追及と併せて、プロバイダ責任制限法が定める発信者情報開示やヘイトスピーチを行った発信者への責任追及による権利救済の検討が重要である。

３．検討の課題―大阪市のヘイトスピーチ条例を参考として―

全国の地方自治体で初めて成立した「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」は、2016 年 7 月 1 日に施行された。また国では同年 6 月 3 日には「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律」が公布され即日施行された。

これにより、ヘイトスピーチに対する規制は、国による法律、地方公共団体による条例という新たな段階に入ったとされるが、ヘイトスピーチに関わる課題として、①インターネット上の権利侵害情報の流通として扱われる名誉毀損や著作権侵害等と異なり、ヘイトスピーチは、基本的には民族全体への差別等の言動を指し、特定個人の権利侵害に該当しないため、他の違法情報等と異なり、プロバイダ責任制限法の他人の権利が侵害された要件を満たさない[295]。また、②プ

であり、被害者側が違法性阻却事由の立証を行うのは不公平と指摘している。その上で、プロバイダが発信者情報の開示を行い、被害者が発信者に損害賠償責任を追及できる道が開かれていれば不公平感が軽減すると指摘している。

[293] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」(2011 年)。名誉毀損に関しては、特に政治的な表現において違法性阻却事由が問題となりやすい性質を有するところ、「権利侵害の明白性」に違法性阻却事由の不存在を要求しないとすると、匿名による政治的な表現活動に過剰な萎縮効果を及ぼすおそれもあり、匿名表現の自由の保障の観点から問題があるとしている。

[294] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申)」(2018 年)。

[295] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関

ロバイダ責任制限法は「自己の権利が侵害された者」が開示請求権を有するとされており、直接の権利侵害を受けていない大阪市のような地方公共団体が開示請求の主体となることができない、ことが挙げられる。プロバイダ責任制限法の他人の権利侵害という要件に該当しないヘイトスピーチの情報流通によって被害を受けた者は、プロバイダ責任を追及するためには、ヘイトスピーチによって何らかの具体的な権利侵害を受けたことをプロバイダに証明しなければならない。こうしたヘイトスピーチを法律によって規制するためには、表現の自由との関係においていかなる規制や具体的に必要な措置を取りうるかが問題となる[296]。

現在、ヘイトスピーチ規制に関しては、プロバイダ責任制限法等の関係法令及び憲法が保障する表現の自由との関係など様々な形で議論が行われている。ヘイトスピーチ解消法のような権利保護の重要性を謳い努力義務をまとめた理念法の制定とは別に、直接的なヘイトスピーチの禁止規制や罰則の適用、当該団体等の名称の公表や対する導入に対しては、まず、憲法が保障する表現内容に関わる規制であることから慎重であるべきだとする基本的な考え方がある。憲法が保障する表現の自由は、民主政を支える極めて重要な法益であり権利であることから、ヘイトスピーチ規制という名のもとに、政府や公権力による広汎な表現内容に対する規制に道を開くことは絶対的に避けなければならないことは言うまでもない。

その上で、個人の法益侵害である名誉毀損罪と異なり、不特定多数で構成される人種や特定の集団に対するヘイトスピーチの禁止類型については、我が国の法体系には直接的な規制の根拠がないことから、人種差別撤廃条約（1995 年 12 月 21 日国連総会採択、1995 年 12 月 15 日日本加入）4 条が定める（a）人種的優越または憎悪に基づく思想の流布及び人種差別扇動並びに暴力行為扇動等の

する提言」(2011 年)。プロバイダ責任制限法は、有害情報及び社会的法益を侵害する情報を対象としていないが、有害情報及び社会的法益を侵害する情報についても、プロバイダの責任の範囲がある程度明確になるので、プロバイダによる適切な対応が促されるとの考え方もありうると指摘しつつ、プロバイダ責任制限法の対象とするためには、送信防止措置を講じること（又は講じなかったこと）により、民事責任（損害賠償責任）を生じるものであることが前提となるとして、社会的法益の侵害等によって他人の権利が侵害されることはないとして同法の対象とする必要はないと結論付けている。しかし、現在、ヘイトスピーチによる権利侵害に対する損害賠償責任の訴えに対して認める判例（京都地判平成 25 年 10 月 7 日判時 2208 号 74 頁、大阪高判平成 26 年 7 月 8 日判示 2232 号 34 頁など）も現れており、必ずしも社会的法益の侵害情報が個人の権利侵害に結びつかないわけではない。

[296] 日本弁護士連合会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言（案）に対する意見書」(2011 年)。上記の提言に関連して、権利侵害が存在しないのに発信者情報が開示されるリスクが高まるとしているが，それは「権利侵害の存在」という要件で検討すべきであり、発信者のプライバシーや表現の自由といった抽象的なリスクを恐れて要件を必要以上に厳格にとどめることは，現在インターネットの分野で多発している権利侵害に対して、被害回復の視点が希薄と言わざるを得ないと指摘している。

犯罪化、(b)人種差別の助長及び扇動を行う団体及び組織的宣伝活動の禁止の法制化、(c)国または地方の公の当局による人種差別の助長または扇動の禁止等の国際条約における人種差別禁止に関する規定が適用される。日本は同条約に加入後、第 4 条の(a)及び(b)については、表現の自由に抵触しない範囲で義務を履行するとの留保を付してきており[297]、国内の人種差別問題については、新規の立法や憎悪表現の規制を行わずに、既存の刑法等の規定や法務省の対応で十分としてきた経緯があるとされる。ヘイトスピーチに関する定義の議論において、人種差別撤廃条約 4 条(a)および(b)に関連して、①人種や集団の構成員への暴力犯罪の遂行の扇動、②個人的法益に対する害悪をもたらす場合の人種及び集団への名誉毀損の適用、③社会的法益に対する害悪をもたらす人種及び集団に対する憎悪の扇動に分類するなどして、ヘイトスピーチを定義し、規制の合憲性の議論が行われている状況にある[298]。学説上は、憲法が保障する平等原理に照らして、少数者集団を侮蔑し、評判を貶める、あるいは敵意を煽ったり排除しようとするヘイトスピーチについては、少数者に対する差別を助長するとして、表現規制を可能とする見解がある[299]。また、ヘイトスピーチの対象となった人種や集団に属する一員や個人に対して、学校や企業、社会生活を送る上での危険が客観的に存在する場合にも規制は可能であるとする見解[300]もある。このうち、個人的法益に対する害悪については、ヘイトスピーチの対象が不特定多数ではなく、ある程度特定の具体的な人に向けられている場合には、個人に対する名誉毀損としてヘイトスピーチに対する損害賠償請求が認められている[301]。個人的法益の侵害が重大であると認められるなど、ヘイトスピーチの名宛人が明白になってい

---

[297] 小谷順子「日本国内における憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制についての一考察」法学研究 87 巻第 2 号（2014 年）388－389 頁。公の「当局」や「機関」が人種差別を助長しまたは扇動することを認めないと規定する同条(c)については、留保していないため、一般人と区別し公人たる地位に基づく憎悪表現を規制する余地は否定されないとする。

[298] 小谷順子「人種差別主義に基づく憎悪表現（ヘイトスピーチ）の規制と憲法学説」法学セミナー757 号（2018 年）。日本では、脅迫、侮辱、名誉毀損などの表現は従来から刑法で規制されてきており、ヘイトスピーチの「害悪」が立法事実レベルで計測できるのであれば、規制を正当化することは可能ではないかと指摘しつつ、問題は複雑であり、人種差別主義に基づく憎悪表現は、歴史的事実の評価や政治的論点の論評という「政治的表現」として強い保障をうけるものも含まれるため、たとえば、2016 年にヘイトスピーチ団体が政党を結成したことは、このような政治的表現との線引きが難しいことを示しており、実際の規制の設計の際にはとくに慎重にならざるをえないとする。

[299] 内野正幸『差別的表現』（有斐閣、1990 年）168 頁参照。

[300] 毛利透「ドイツ憲法から考えるヘイトスピーチ規制」憲法理論研究会編『対話的憲法理論の展開』（敬文堂、2016 年）97 頁参照。

[301] 保守速報や Twitter 等において個人に対するヘイトスピーチによる損害賠償を認めた判例として、大阪地判平 29 年 11 月 16 日（ワ）7658 号。ヘイトスピーチだけでなく、脅迫、業務妨害、名誉毀損等の人格権侵害を加えた複合差別という概念が採用された。

る場合は、新たなヘイトスピーチ規制を行わずとも既存の法令の適用によって対処できる可能性も指摘される[302]。

ヘイトスピーチ規制と権利救済の観点からプロバイダ責任制限法において取りうる措置の検討にあたっては、大阪市ヘイトスピーチ審査会で検討された答申が参考となる。同答申では、ヘイトスピーチを違法行為として禁止し、違反者への制裁措置として罰則を設けて、その適用のために必要となる氏名等の情報を取得することは、表現の自由との関係を十分考慮すれば、慎重に検討する必要があるとして踏み込んだ検討を行っていない。一方で、権利救済の観点からヘイトスピーチ被害者の権利回復のための行動を支援することを目的とした、表現活動者の特定のために必要な情報をプロバイダから被害者に提供することを可能とするために、プロバイダ責任制限法及び関係法令に基づく権利救済に力点を置いて詳細な検討を行っており、地方公共団体がヘイトスピーチ等からの権利救済に関わる点も含めて、被害者による匿名によるヘイトスピーチを行った発信者への責任追及という視点による検討が行われている。

なお、同答申によれば、大阪市が発信者情報の開示に必要な「権利侵害の明白性」などの要件の該当性について判断する際には、専門家等で構成される機関の意見を聴いた上で行うこととしている。以下では、同答申の内容を参考としつつ、発信者への責任追及とヘイトスピーチ抑止のためのプロバイダ責任制限法に基づく表現活動者の氏名等の取得や地方公共団体が条例に基づいて公表などに関する検討を行う。

４．条例によるヘイトスピーチ規制が示す課題の検討

まず、大阪市で検討されてきたヘイトスピーチ規制の現状について概観すると、同条例では「ヘイトスピーチ」の定義については、条例において表現活動の「目的」、「表現内容」及び「表現手段が不特定多数に知り得る状態に置くものであるかどうか」の３つの観点からの要件を設け、２条１項に定めている[303]。憲法で保障された表現の自由等にも十分に配慮するために、市民等の人権擁護、ヘイトスピーチの抑止に向け、「現行の法制度」のもとでとり得る措置等を定めたとされている。同条例は、市民からの申出等に基づき、対象となった表現活動がヘイトスピーチに該当するかどうかについて、専門家で構成する「大阪市ヘイトスピーチ審査会」で審査し、市として該当すると判断した場合には、拡散防止措置として、事案の内容に応じ、掲示物などの撤去、プロバイダに対するインターネ

---

[302] 板垣竜太・木村草太ほか著『ヘイトスピーチはどこまで規制できるか』（影書房、2016 年）132-140 頁。

[303] ヘイトスピーチの定義については、大阪市人権推進審議会等の意見を踏まえ、大阪市が「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例」２条に独自に定めたものとされている。

ット上の映像の削除の要請など、ヘイトスピーチに対する市としての認識等を示すために表現内容の概要、表現活動を行ったものの氏名又は名称などの公表を行うこととしている[304]。

同条例がヘイトスピーチ等の拡散を防ぐために具体的な措置として規定する内容は、ヘイトスピーチが行われた場合に、①ヘイトスピーチに該当するか否かの判定を行い、該当すると判断した場合は、②市はヘイトスピーチが拡散することがないように防止措置を取ることができるとして、③ヘイトスピーチに該当することや、ヘイトスピーチ内容の概要や拡散防止にとられた措置並びに表現活動を行った者の氏名または名称を公表すると定めている。

この①から③の手続きや審査は、本条例で定められた委員5人以内で組織する審査会において行われる。具体的には、市長が事前に審査会に対して意見を諮問し、その答申に基づいて必要な措置や公表を行う仕組みとなっている。ヘイトスピーチに該当するのではないかとの被害者からの申出への対応は、市の人権企画課が担当しているが、他の職務との兼務であるとされ、専任の職員は配置されていない。少人数で兼任した職員が審査にかかる実務をこなすことになるため、発足後間もないとはいえ、十分な体制とは言い難い。実際の運用では、市条例が制定されてから、申出は多数寄せられているが、そのうち審査会に諮問された案件は申出によるものが 21 件、職権によるものは 13 件で合計 34 件のうち、具体的な措置が図られるなど審査が終了したものは 4 件となっており、審査の長期化が指摘されている[305]。

ヘイトスピーチの表現活動者の氏名や所属等の公表は、地方公共団体が取りうる重要な措置として捉えられているが、本条例の目的はヘイトスピーチの抑制を図る観点から、当該表現活動がヘイトスピーチに該当するか等を明らかにして広く市民に情報提供することにより、市民の関心と理解を深めることを目的とするものである。このため、氏名等の公表制度についても、表現活動者に対

---

[304] 大阪市による拡散防止の措置及び認識等の公表については、第5条により、市長は、次に掲げる表現活動がヘイトスピーチに該当すると認めるときは、事案の内容に即して当該表現活動に係る表現の内容の拡散を防止するために必要な措置をとるとともに、当該表現活動がヘイトスピーチに該当する旨、表現の内容の概要及びその拡散を防止するためにとった措置並びに当該表現活動を行ったものの氏名又は名称を公表するものとする。ただし、当該表現活動を行ったものの氏名又は名称については、これを公表することにより第1条の目的を阻害すると認められるとき、当該表現活動を行ったものの所在が判明しないときその他特別の理由があると認めるときは、公表しないことができると定めている。また、大阪市の区域外で行われた表現活動で表現の内容が市民等に関するものであると明らかに認められる表現活動や、大阪市の区域内で行われたヘイトスピーチの動画等を大阪市の区域外でインターネット上に公開することにより拡散させることなどを想定としている。

[305] 田島義久「大阪市ヘイトスピーチへの対処に関する条例の運用状況と課題」法学セミナー757号（2018年）32頁参照。

する制裁や罰則を目的として定めたものではなく、同条例は公表によるヘイトスピーチへの抑止効果は市民に対する情報提供という目的のもとで運用される付随的な位置付けとされている。

しかしながら、デモや街宣活動のように活動の周知などにより主催者の氏名等がすでに明らかにされている場合は、同規定による公表が可能であるが、インターネット上で氏名を明かさずハンドルネームや匿名等で行われる表現活動が行われ、それがヘイトスピーチに該当する場合に、ヘイトスピーチを行った者についてプロバイダから表現活動者の氏名等の情報取得が必要となる。しかし、プロバイダによる氏名等の大阪市への提供は、プロバイダ責任制限法 4 条を根拠として発信者情報を開示することができず、プロバイダが大阪市に開示した場合は、電気通信事業法 4 条の通信の秘密や他人の秘密漏洩に該当することから、プロバイダは開示に応じられないという現状となっている。

５．地方公共団体による発信者情報開示のための取りうる措置の検討

こうしたことから、平成 29 年 4 月 28 日に、大阪市は有識者で構成される市の審査会に対し、「ヘイトスピーチを行った者に関する氏名情報を取得するために、市として条例改正も含めてとりうる実効性のある方策について」さらなる検討を諮問した。ヘイトスピーチを行った者に関する氏名情報の取得と公表は、大阪市に止まる課題ではなく、地方公共団体及び国のヘイトスピーチ規制に関わる問題提起であり、プロバイダ責任制限法が定める発信者情報の取得と公表に関わる課題を示していることから、答申の内容とプロバイダ責任制限法等の関係法令との関係について検討する。

５－１．大阪市答申の概要

2017 年に 10 回開催された審査会では、市の条例の中で取りうる措置としては限界があるとの結論に達し、国に対する法改正等を求める答申が出された。すでに答申は公表されているが、結論部分は、①大阪市条例 5 条 1 項を改正し、プロバイダに対して情報の提供を義務付け、公表を目的とするサイト投稿によるヘイトスピーチの表現活動者の氏名等の情報を取得することは、プロバイダが電気通信事業法 4 条の通信の秘密に抵触するとともに、大阪市に開示することはプロバイダ責任制限法 4 条に抵触する。答申では、匿名で行われたヘイトスピーチの表現活動者の氏名等は、表現の自由やプライバシー保護等のために憲法上、最大限保障されるべきものであり、氏名等の公表によってヘイトスピーチを抑止するといった効果は同条例の目的に照らして付随的なものにすぎないことから、氏名等の公表は憲法上の権利を制約するだけの公共の利益や公益性（法益）が認められない。プロバイダに対して条例によって電気通信事業法 4 条の通信の秘密やプロバイダ責任制限法の権利侵害の明白性といった発信者情報開示の

要件を回避して大阪市に提供を義務付けることは認められないとした。②また、地方公共団体である大阪市がプロバイダから任意で氏名等の情報を提供してもらい、被害者に当該情報を提供することは、法令の根拠がないため、大阪市が取りうる措置としてはその効果が疑われる、とするものである。

その上で、大阪市が取るべき方策は、表現活動者を特定する上での被害者の負担軽減を図るために、プロバイダ責任制限法 4 条 1 項の所定の要件を満たしていることを被害者が具備していることを認定するための法律を制定し、プロバイダから当該情報が地方公共団体に提供した場合に当該プロバイダの発信者に対する責任を免除するよう、ヘイトスピーチ解消法 4 条の規定を踏まえて、地方公共団体の施策の推進の支援の観点から国に検討を求めていくことであるとした。その理由としては、プロバイダ責任制限法 4 条 1 項は、プロバイダによる発信者情報の第三者への提供の一類型を定めているにすぎず、被害者が何らかの権利回復の行動をしようとする場合には、大阪市が当該被害者の行動を支援する目的で表現活動者の氏名等の情報を取得することについて排除しているとまでは言えないことを理由としている。

５－２．発信者情報の取得の要件の緩和に係る具体的な検討

答申でも示されている通り、発信者情報を地方公共団体が取得する法令上の課題としては以下の点である。動画や投稿サイトにおけるヘイトスピーチ拡散は、インターネットによる不特定の者に対する通信であり、また同時に表現活動であることから、表現活動者の氏名等の情報が憲法の通信の秘密の保護の対象となるかという観点から大別して検討すると、通信の内容だけでなく、通信に関わるすべての事項と解する考え方（A 説）と、通信の内容とそれ以外の通信に関わる事項を区別して、前者を保護の核心とみなし、後者は通信の内容の保護に必要とされる範囲で付随的に保護されるに過ぎないとする考え方（B 説）がある。秘匿性を有しない「インターネットによる不特定の者に対する通信」であっても、発信者の氏名等の情報の保護については、通信の内容や存在、相手方の秘匿性がないことから、秘匿性を有する特定者間の通信と比べた場合、A 説では限定的であるものの通信の秘密の保護が及ぶが、B 説では、保護の対象とならずに憲法 13 条のプライバシー、あるいは匿名の表現の自由によってどこまで保護されるのかが問題となる。そしていずれの見解によっても通信の秘密の保護は「公共の福祉」による一定の内在的制約を受けることになる。

一方、法律の保護については、電気通信事業法 4 条の通信の秘密の解釈によれば、①同法の規定を憲法 21 条 2 項の通信の秘密と同義と解した場合、憲法の通信の秘密を、上記の通信の内容だけでなく通信に関わるすべての事項と捉える考え方（A 説）に立てば、発信者の情報は秘匿性を有しないが通信の秘密の保

護が及ぶため、プロバイダが発信者情報を地方公共団体に提供することは同法 4 条の通信の秘密に反する。一方、通信の内容が通信の秘密の保護の対象であり、それ以外の通信に関わる事項は付随的に保護されるに過ぎないとする考え方（B 説）によれば、秘匿性を欠く通信は通信の秘密の保護の対象とはならないことから、同法の通信の秘密の侵害にはあたらない[306]。しかし、電気通信事業法 4 条 2 項は、通信の取扱いに関して知り得た「他人の秘密」の守秘義務を課しており、発信者情報が同項の他人の秘密に該当するかどうかの観点から検討した場合は、B 説は発信者情報の氏名等はプライバシーとして保護されるため他人の通信の秘密漏洩に該当することから、プロバイダが任意により地方公共団体に発信者情報を開示した場合は、いずれの見解によっても同法違反となる。

５－３．地方公共団体に対する発信者情報提供の可否

こうした実定法の解釈に照らせば、プロバイダ責任制限法 4 条は自己の権利を侵害された者からの発信者情報の開示を定めているなかで、同法はプロバイダが負う電気通信事業法の他人の秘密の守秘義務の特例として、プロバイダの守秘義務を免除し、自己の権利を侵害された者に発信者情報の開示を付与していると考えた上で、警察等からの刑事手訴訟法等の法令に基づく請求を受けてプロバイダが発信者の情報を提供している事例が相当数あることからすれば、電気通信事業法は、他の法益を保護する必要性がある場合は、プロバイダが通信の当事者以外の第三者に発信者情報を提供することまで禁止する趣旨のものではない。よって、答申においても、プロバイダ責任制限法 4 条は第三者への情報提供の一類型を定めたものであって、電気通信事業法に違反しない範囲で、被害者以外の第三者に発信者の情報を提供することまで禁じる趣旨のものではない、としている。そして、通信の秘密や電気通信事業法の公共の福祉による内在的制約との関係については、「地方公共団体がヘイトスピーチによる被害者が行う権利回復のための行動の支援として、特定するための必要な情報をプロバイダから取得して被害者に提供することなどは、プロバイダから発信者の情報を取得して発信者を特定し権利救済を得るまでに多大な負担を強いられることから、結果的に権利回復を断念せざるを得ないといったことに追い込まれる可能性があるとの指摘がされていることからみれば、相当程度の高い公益上の必要性（法益）が認められる」[307]と指摘して、憲法の通信の秘密や電気通信事業法の解釈に

---

[306] 通信の秘密を憲法と同義ではないと解釈する場合は、A 説の通信の秘密の保護、あるいは B 説のプライバシーの保護等の観点から、電気通信事業法第 4 条の通信の秘密の保護の該当性が判断されるとする。

[307] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申）」（2018 年）9 頁参照。

照らして、被害者以外の第三者に発信者の情報を提供することは公共の福祉による制約の範囲内にあるとしている。

５－４．地方公共団体への発信者情報の提供の検討

そして、答申は、地方公共団体が条例でプロバイダから発信者情報の提供を受けることを定めることについては、最高裁が法律と条令に関して示した徳島市公安条例事件[308]の基準を踏まえて検討しており、電気通信事業法及びプロバイダ責任制限法と大阪市条例の関係については、規律対象及び規律目的を比較すると、大阪市による支援対象は、ヘイトスピーチに係る表現活動者の氏名等の情報であり電気通信事業法４条及びプロバイダ責任制限法４条の規定が規律する対象と同一である。また、本件支援の目的は、電気通信事業法４条の規律目的とは異なるが、プロバイダ責任制限法４条の規律目的である情報流通による被害者の権利の擁護･救済と同趣旨であるととする。その上で、答申は、大阪市が、ヘイトスピーチによる被害者が行う権利回復のための行動を支援することを目的として、プロバイダに対して表現活動者の氏名等の情報の提供を義務付ける場合には、電気通信事業法４条の目的や効果を阻害するおそれがある、と指摘し、同答申は任意の取得であれば同法に反しないと結論付けている[309]。

答申の結論は、徳島市公安条例判決が示した基準に照らせば、大阪市条例のヘイトスピーチによる被害者が行う権利回復のための行動を支援する目的と、プロバイダ責任制限法の情報流通による被害者の権利の擁護･救済と同趣旨であり規律目的は同じとしたうえで、電気通信事業法の規律目的と異なるとしている。しかし、電気通信事業法は、電気通信事業の公共性を踏まえて、通信役務の円滑な提供を確保し、利用者の利益を保護し、電気通信の健全な発達等を図ることを目的とする事業法であって、大阪市条例やプロバイダ責任制限法の目的とは自ずからその性格は異なる。答申では、プロバイダ責任制限法は一類型として被害者に発信者情報の開示請求権を与えており、他の方法も公益性（法益）があれば許容されうると解釈しうることから、法律と条令の規律目的が異なるゆえに、条例による支援は同法に反すると結論付けるべきではない。徳島市公安条例判決は「目的が異なる場合は、条例の適用によって法令の規定の意図する目的と効果を阻害するか」という基準を示しており、この基準に照らせば、大阪市がヘイトスピーチによる被害者の権利回復のための行動を支援する目的で、大阪市が条例において地方公共団体にプロバイダが発信者情報の提供を可能とするこ

---

[308] 最判昭和 48 年(あ)第 910 号･昭和 50 年 9 月 10 日大法廷判決刑集 29 巻 8 号 489 頁参照。

[309] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申)」(2018）12-13 頁。

とは、電気通信事業法の目的が利用者の利益を保護することであることに照らして考えた場合に、ヘイトスピーチを行う利用者にとっては不利益が及ぶものと考えられるものの、プロバイダ責任制限法 4 条が定める被害者への発信者情報の開示請求権は、発信者情報開示の一類型であって、その他の類型を禁止していないことを考えれば、ヘイトスピーチによる被害が多い地域の地方公共団体が条例において被害者以外の地方公共団体に対してプロバイダが発信者情報の開示を義務付けることは、一定の公益性（法益）が認められる場合には、電気通信の健全な発展という目的を阻害するとまで言えないと考えられる。

６．条例による地方公共団体への発信者情報提供の義務付けの検討

地方公共団体に対して発信者情報の開示を義務付けることについては、プライバシー権や匿名による表現の自由という憲法上の権利を制約することから、法律と条例の関係による検討に加えて、憲法上の権利との調整が必要となる。答申は、プロバイダ責任制限法 4 条は第三者への情報提供の一類型を定めたものであって、電気通信事業法に違反しない範囲で、被害者以外の第三者に発信者の情報を提供することまで禁じる趣旨のものではない、としていることや、地方公共団体が取得することの公益上の必要性（法益）も認めており、同法及び電気通信事業法に反しないものとしている。もっとも、条例で定める場合にプロバイダ責任制限法が定める権利侵害の明白性[310]や正当性の基準の要件をそのまま踏襲するのであれば、プロバイダ責任制限法を改正して地方公共団体が発信者情報を取得できるようにすればよく、一地方公共団体に過ぎない大阪市が条例において定める必要性はあまりない。また、権利救済の観点からは、地方公共団体が条例において発信者情報を取得するにあたり、プロバイダ責任制限法が定める発信者情報の開示の要件を緩和することが法律との関係において許されるかについて検討されるべきである[311]。プロバイダ責任制限法 4 条は①権利侵害が明らかである場合（明白性）と②損害賠償を請求するにあたっての正当な理由、二

---

[310] 山本隆司「講演録 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――」コピライト 7 月号（2002 年）2 頁以下。明白性の要件に関して、「侵害の明白性が要件とされているのはおかしいと思います。ここで明白かつ現在の危険に晒されているのは、「著作権」でなく、著作権侵害を裁判所で議論するための「裁判を受ける権利」です。そうしますと、ここで大事なことは、裁判を受ける権利を保護する必要のないような、ストーカーによる目的外利用ないしは権利の乱用であるかどうかをチェックすればいいだけですので、あくまでストーカーの排除手続だという位置づけでいいはずです。そうしますと、まず権利の侵害の明白性などを求める必要はないはず。」として明白性の要件は不要であると主張している。

[311] 知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について（報告）」（2010 年）24 頁以下。発信者情報開示については、侵害された権利を守ることではなく、裁判を受ける権利を保障することが重要であり、現在のプロ責法第 4 条第 1 項第 1 号の侵害の明白性の要件は削除し、同条第 2 号の開示すべき正当な理由の要件のみで判断すべきとの意見があったとする。

つの要件を満たす必要があり、この要件について大阪市答申では、「地方公共団体が権利侵害の明白性の要件を満たしているか[312]、違法性阻却事由の有無を含めて判断する[313]ことになるが、大阪市がヘイトスピーチを行った者から直接、意見聴取を行うのは困難であるため、表現活動者側の事情等については表現活動の内容や状況などの外形的事実を基に権利侵害が明らかに認められるかどうかを判断することになると考えられる」[314]としている。しかし、実際は地方公共団体が被害者に厳格な権利侵害の明白性や正当性の要件を具備しているのか、違法性阻却事由の不存在に該当するかを判断するのはかなり難しいと考えられる[315]。プロバイダ責任制限法 4 条の発信者情報の開示制度の解釈は、発信者のプライバシーは一度開示されてしまえば回復困難となることから、プロバイダの開示に当たっての判断は、権利侵害の明白性等の要件を満たした場合でなければ応じないとする慎重さが求められるため、権利侵害が明白でない場合は裁判所の判断を仰ぐこととされている。答申は、条例によって権利侵害の明白性等の開示の要件を緩和すべき等の主張はしていないが、開示要件を緩和しないのであれ

---

[312] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」(2011 年)。名誉毀損行為がなされたとしても、当該行為が公共の利害に関する事実に係り、もっぱら公益を図る目的であった場合に、適示された事実が真実であると証明されたときには、その違法性が阻却されるが、プロバイダ責任制限法の「権利侵害の明白性」の要件は、単に権利侵害に該当するのみならず、このような違法性阻却事由が存在しないことをも含むと想定される。これに対し、「権利侵害の明白性」につき、違法性阻却事由が存在しないことを含むべきではないとの主張もある。しかし、発信者情報は、前述のとおり、発信者のプライバシーに関する情報であって、一度開示されると原状回復ができない性質のものであり、その取扱いは慎重に検討すべきであるとしている。真に権利が侵害されたか否かについては、発信者の主張立証を確認せずに判断できないことからすると、プロバイダと被害を被ったと主張する者との間において要求される権利侵害の明白性については、損害賠償請求等で求められる「権利侵害」があったことと同程度の立証まで求められるわけではないとしている。

[313] 日本弁護士連合会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言（案）に対する意見書」(2011 年）5 頁以下。プロバイダ責任制限法第 4 条第 1 項の解釈において、判例は違法性阻却事由の有無を含めて判断するとの解釈が示されていることに対して、「違法性阻却事由の不存在」を含むとされていると述べているが，実際の判例では，著作権の場合は権利制限事由の不存在の主張立証責任は求められていないし，名誉毀損についても，違法性阻却事由の不存在の立証を求めていないものや，主観的要件については，立証責任の転換を認めないものや，立証転換を認めても立証の程度を疎明程度に軽減しているもの等様々であり，判例が単純に「違法性阻却事由の不存在」の主張の立証責任を要するかのように述べているのは，ミスリーディングと言わざるを得ない、と指摘している。

[314] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策についての（答申)」(2018）10 頁

[315] 日本弁護士連合会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言（案）に対する意見書」(2011 年） 4 頁以下。実際の実務において、プロバイダによる発信者情報の開示がなかなかされずに発信者に対する責任追及の支障となっていると指摘している。

ば、地方公共団体による権利侵害の明白性という厳格かつ抽象的な要件を満たすか否かについての判断が困難となり、被害者は裁判外ではなく多くの時間と費用を費やして訴訟によって開示請求をしなければならない現在の状況と変わらないことも予期しうる。よって、発信者情報の開示請求権は，訴訟を行うために違法な表現を行った発信者を特定するために行うものであることからすれば、被害者側には権利侵害の立証の程度の加重や抗弁事由の不存在の主張などは求められていない中では、その相手方を特定する発信者情報の開示の手続において，損害賠償請求等の要件以上の権利侵害の明白性の要件を求めるのは，プロバイダ責任と発信者の責任とのバランスを欠く可能性がある。発信者への責任追及をし易くすることにより、被害者への支援を積極的に行っていくという答申の目的に照らせば、開示要件の見直しも検討されるべきと考えられる[316]。もっとも答申は、大阪市が定める条例によって、発信者情報の開示の要件を緩和すべきとは主張しておらず、条例において発信者情報の開示要件を緩和することが電気通信事業法やプロバイダ責任制限法との関係で許されるのかについての検討は行っていない。しかし、プロバイダ責任制限法がプライバシー保護のために定めた発信者情報の開示の要件よりも、緩やかな要件を条例で定めることになれば法律と抵触する可能性が高いと考えられる。

７．法律による地方公共団体に対する発信者情報提供の義務付けに関する検討

こうしたことから、答申は条例によって発信者情報の開示をプロバイダに義務付けるのではなく、「大阪市としてとるべき措置」として「プロバイダ責任制限法を改正し、地方公共団体が同法 4 条 1 項各号に掲げる要件をサイト投稿に係るヘイトスピーチによる被害者が具備していることを認定するための法律、あるいは法律の委任を受けた条例の適正な手続きを踏まえた上で、プロバイダに発信者を特定するために必要な情報の提供を求める場合には、義務付ける又は発信者に対する責任を免除する」[317]ことを提言した。

---

[316]同上。権利侵害の明白性を緩和すべきではないとする考え方に対して、プライバシー保護や表現の自由の理念を述べるだけで短絡的に権利侵害の明白性の要件を肯定しており，「明白」というあいまいな文言が，発信者情報開示手続に与える悪影響や，具体的な主張立証責任上の問題点を無視しているものと言わざるを得ない。現在，「明白性」という厳格かつ抽象的な文言のために，プロバイダが開示の要件を満たすか否かについての不安感から任意の開示をほとんど拒否しており，そのため多くの時間と費用を費やして訴訟による開示請求をしなければならない状況である。そもそも，発信者情報開示請求権は，違法行為を行った相手方を特定するために行うものである。相手方が特定された後の損害賠償請求等の訴訟においてさえ，被害者側には権利侵害の立証の程度の加重や抗弁事由の不存在の主張などは求められていない。その相手方を特定する手続において，損害賠償請求等の要件以上の要件を求めるのは，被害救済の途を閉ざすものと言わざるを得ない、と批判している。

[317] 大阪市ヘイトスピーチ審査会「インターネット上の投稿サイトを利用して行われるヘイトスピーチを

答申は条例ではなく、国法レベルでの検討を提言したが、発信者情報の開示を義務付ける際に、プロバイダ責任制限法 4 条の所要の条件を具備していることを「認定する」のは地方公共団体となっており、地方公共団体が同法の要件を備えていることを判断するのは簡単ではないことはすでに述べた通りである。また、国や地方公共団体が被害者に代わって要件を具備していることを「認定」してプロバイダに開示を命じるのは、発信者にすればヘイトスピーチが政治的主張を多分に含むものと考えられることから、政治的な力が一切働かないとは言えない中では国や地方公共団体が「認定する」枠組みでは、表現の自由との関係から懸念が残ることになろう。地方公共団体によるヘイトスピーチ被害者への支援の公益性（法益）は認められるものの、民間企業であるプロバイダではなく「公的機関」である地方公共団体が認定した結果に従ってプロバイダが発信者情報の提供が義務付けられる法律の制定は、プライバシー保護の点において一旦、公的機関が発信者情報を所持し、それを被害者に伝えるような形式の場合は、ヘイトスピーチを行った者だけでなく、名誉毀損や著作権侵害を行った者に関する情報を公的機関が把握できる可能性を残すなど、憲法が保障する通信の秘密、もしくは公然性のある表現に対する匿名の表現の自由やプライバシー保護に懸念が残る。さらに、答申は、発信者に対する責任を免除すると述べており、発信者情報が誤って被害者に開示された場合であっても違法性を問われないとなれば、発信者情報の開示に歯止めが利かない恐れがある。よって、法律による制度化に当たっては、具体的に検討しなければならない課題は多いと考えられる。

もっとも、答申が示した地方公共団体に対して権利侵害の明白性や正当な理由を認定する法律の制定により、地方公共団体に対してプロバイダが発信者情報の開示を行うことを可能にするとともに、発信者情報開示にあたって判断の難しい権利侵害の明白性等の要件を満たすかどうかを地方公共団体が認定することは、プロバイダ責任の強化に結びつくものではなく、地域によっては、ヘイトスピーチ等の表現を行った匿名の発信者に対する責任追及の可能性を高めることとなるものと考えらえる。

行ったものの氏名又は名称を当該投稿サイトの運営者から取得するために大阪市としてとりうる方策について（答申）」（2018 年）18 頁参照。

おわりにープロバイダ責任法制に関する今後の展望―

１．プロバイダ責任の明確化の重要性

本稿では、プロバイダ責任の明確化の観点から、日本のプロバイダ責任制限法の規定に対する解釈と判例を中心に検討を行いつつ、併せて米国や EU、ドイツ、英国におけるプロバイダ責任法制の規定や判例解釈を比較した。プロバイダ責任の明確化の観点からは[318]、権利侵害情報が流通している際のプロバイダの作為義務の範囲を法律上、明確に規定することが望ましい。日本のプロバイダ責任制限法は、立法段階においてプロバイダの作為義務を創設的に規定することについて検討を行ったものの、当時は判例も少なくインターネット上の権利侵害の態様は多様であり、一定の作為義務を明文化することは困難であるとして見送られた経緯があった。この点、本稿では、他国がどのようにプロバイダ責任を規定しているのかについて、法制度や判例を検討した結果、米国では、一般的な監視義務を否定し、連邦通信品位法の規定及び判例解釈によって、発行者や表現者、そして配信者としての責任も免責されるとしている。これは一定の作為義務を法律に規定するのではなく、プロバイダ責任を免責するセーフハーバーの規定解釈を裁判所が推し進めた結果であるが、米国の判例を検討した中では、権利侵害情報が削除されないという結果をもたらしている。プロバイダ責任が明確に規定されていないためにプロバイダ責任を免責する範囲を超えて、裁判所等の解釈によって免責の範囲が拡大するという危険やセーフハーバー規定による責任の明確化の限界を示している。

もっとも、EU の電子商取引指令においても一般的な監視義務を否定しており、プロバイダ責任は権利侵害情報を知らなかった場合や違法性の認識がない場合には制限されることを定めている。またドイツや英国も同指令と同内容の免責

---

[318] 利用者視点を踏まえたＩＣＴサービスに係る諸問題に関する研究会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言」(2011 年)。特定の要件の下、一定の範囲でプロバイダに作為義務の生じる場合を創設的に規定することは、プロバイダにとって一定の作為を講ずべき場合が明確になり、プロバイダが容易に送信防止措置に関する判断をすることができることとなったり、当該規定を根拠に、権利を侵害された者が、プロバイダに対し権利侵害情報に関する一定の作為を講じることを強く求めることが可能となる考え方があるとしつつ、一定の作為を講じるべく想定される事例は千差万別であり明文化が困難であることや、そうした権利侵害情報に任意での送信防止措置を期待しがたいプロバイダに対しては、立法の有無にかかわらず、裁判外での対処では限界があると指摘している。しかし、発信者情報の開示請求が権利侵害の明白性などの要件が設定されている中で、発信者情報の開示が認められない場合に、匿名の発信者に対する裁判を断念するケースもあることからすれば、現状のプロバイダ責任に基づく作為義務と裁判を前提とした発信者に対する責任追及のバランスから見れば、上記の裁判外でのプロバイダ責任に慎重な見解は権利救済を現状の困難なままとするものと言える。また、立法技術的にも明文化が困難であるとの見解は、問題を矮小化するものであろう。

規定を規定し国内法化していたが、ドイツでは2007年テレメディア法の中で一般法の適用は妨げないとする規定により、プロバイダが権利侵害を知らなかった場合でも、プロバイダは利用に供した自己の情報に対して責任を負うという規定に関連して、判例は「自己の情報」の範囲を広く認めることで、同法の責任制限の規定の適用を回避して、裁判所はプロバイダに対して一般法に基づいて妨害排除・差止請求の作為義務を広く認めようとする。日本のプロバイダ責任制限法3条1項も、一般的な監視義務を否定し、EUの規定と同様に、権利侵害情報を知らなかった場合や知りうる可能性がない場合にはプロバイダ責任が制限されることを定めるとともに、またプロバイダ自身が自己の情報として発信した場合は免責は及ばないと規定している。作為義務に関しては、米国は著作権侵害の場合に権利者の通知に従って削除した場合は免責されるという形式で定めており、EUやドイツについても権利侵害情報を知った場合に速やかに削除すれば免責される規定を設けている。さらにドイツでは、SNS対策法において明らかに違法なヘイトスピーチ等の表現は24時間以内に削除しなければならないと規定するなど、プロバイダ責任を強める形でSNS事業者に対して厳しい責任を規定しており、まだ施行されたばかりではあるが違法な情報に対してプロバイダの削除義務を明確化する制度の一つの類型であろう。

日本は、発信者の権利に配慮して照会期間や相当の理由を求めており、プロバイダが発信者に照会することなく速やかに削除等の作為により免責される規定を制度化していない。また、日本ではヘイトスピーチは違法化されていないが、名誉毀損等の違法な情報に対して、ドイツのSNS対策法のようにプロバイダの責任を強める形で削除を求めるか、あるいは、米国やＥＵのように違法な表現を知った場合に速やかに削除することにより免責する方法が参考となる。米国のノーティスアンドテイクダウンは著作権侵害に限って認めており、公共の利害に関わる名誉毀損等の表現をすみやかに削除することは、発信者や情報受領者の表現の自由を侵害し、違法でない情報も削除されてしまうのではないかという懸念が示されているが、米国の判例では動画サイト等のプロバイダは適正な利用であると判断した場合は、発信者の表現行為に配慮し、権利者からの通知に従ってすぐに削除をしないなど、自律的な権利調整が図られる可能性を示してる。権利侵害情報に対して法的拘束力を持つ一定の作為をプロバイダに求めた場合、プロバイダへの規制や免責規定を通じてインターネット上の発信者や受領者の表現の自由を制約する可能性がある。プロバイダ規制をこうした表現の自由との関係から考慮した場合、たとえば日本の法制度下においてプロバイダが名誉毀損表現に該当するかについて判断する場合に、特に表現の自由の観点から重要視される公共の利害に関わる違法性阻却事由の存在については、発信者の公益を図る意図や真実性・相当性の基準を満たすのかについて判断するの

は困難である。著作権侵害等の違法性の判断に際してプロバイダから見て、プロバイダ責任制限法が要件とする「他人の権利が侵害されている」かどうかか明らかでない場合であっても、一旦削除することによりプロバイダを免責し権利侵害情報の流通を抑制する一方、違法でないと発信者が主張する場合は、復活制度により発信者の権利に配慮することがプロバイダ責任と権利救済のバランスを考慮した一つの方法であると本稿では考えた。

プロバイダ責任制限法が制定されてから選挙候補者等への権利侵害やリベンジポルノへの特例の規定を設けた一部の改正を除いて、20 年近く改正されていない。プロバイダ責任制限法の責任要件は維持したまま、上記のとおり、著作権侵害や名誉毀損等の権利侵害情報に対して、権利者からの通知に従ってすみやかに削除することにより免責される規定を設けることは一つの方法であろう。さらにプロバイダ責任を強化するのであれば、表現の自由との関係から一般的な監視義務は認められないとしても、ヘイトスピーチのような新たな権利侵害情報に対するプロバイダの対応について改めて幅広い見地から検討を行い、権利救済や犯罪等の違法な情報を抑制する観点から、権利侵害が明白であってかつ重大なものなど、明らかに違法な情報を知りえた場合のプロバイダが速やかに取るべき具体的な対応を法律によって規定することも検討される余地があろう[319]。

２．ノーティスアンドテイクダウン導入によるプロバイダ責任の明確化と速やかな権利救済の視点

本稿では法制度におけるプロバイダ責任の明確化の検討について、次に発信者との関係からその可能性を探った。プロバイダが送信防止措置を行った場合、プロバイダ責任制限法 3 条 2 項は発信者に対する責任が一定の場合に制限されることを定めているが、プロバイダ責任制限法が被害者と発信者の双方の権利に配慮する設計の結果、発信者への同意照会の手続きについては、発信者情報の保存期間が過ぎたあとに被害者から申立てがあった場合は、プロバイダは同意手続きをとれないことや、削除に対する相当の理由を求める規定は、プロバイダは権利侵害情報の違法性について十分に判断できないことから、プロバイダは権利侵害が疑われる場合でも削除をすべきか慎重な判断が求められることとなる。この点もプロバイダ責任の明確化の観点から検討されるべきであると考え

[319] 日本弁護士連合会「プロバイダ責任制限法検証に関する提言（案）に対する意見書」（2011 年）。上記の提言に対して、氏名不詳の者からインターネット上の掲示板において， 権利侵害が認められる書込みによって中傷を受けた事案において，被害者が任意開示を求めたところ，権利侵害の明白性の判別ができないことを理由に任意開示を拒否された結果、訴訟を断念した事例などをあげて、インターネットの匿名性を悪用した被害の実態に照らし検討が不十分というほかないとしている。

て、プロバイダと発信者との関係について検討した。この点、他国の制度を参照した結果、米国のデジタル・ミレニアム著作権法のノーティスアンドテイクダウンや EU の電子商取引指令 14 条の規定を参照し、日本の法制と比較を行いながらその導入の是非について検討を行った。EU やドイツのプロバイダ責任に関する規定は、作為義務に伴い発生する発信者に対する責任という観点からは、プロバイダ責任制限法よりも明確化されている。すなわち、EU の電子商取引指令 14 条はホスト・プロバイダは「そのような知識・認識を得た際に、直ちに、当該情報の削除・アクセス停止をする場合には責任を負わない」と規定し、権利侵害に気付いた場合は、プロバイダの判断により当該情報を削除等することで免責される。同規定は発信者に対する民事責任から制限される場合を規定していない。同指令を国内法化したドイツでもテレメディア法 10 条に同様の規定を置いている。一方、米国のデジタル・ミレニアム著作権法§512（c）においても同様の規定の定めがあり、著作権侵害に対するノーティスアンドテイクダウンの手続きにより、権利者の通知に従って削除を行った場合には、実体法の判断の是非に関わらずプロバイダは権利者及び発信者との関係で責任を負わないとするものである。また、EU の電子商取引指令とは異なり、削除要請の通知を受けた発信者はプロバイダに対して削除への反対通知を行うことにより、通知を行った権利者が訴訟を起こさない場合は、削除された当該情報は復活する。さらに権利者の通知が手続きの要件を満たさず虚偽である場合は、発信者に対して生じた損害に対してはプロバイダではなく権利者に対して責任追及できる。よって、いずれにしてもテイクダウンを行ったプロバイダは被害者及び発信者に対する責任には問われない制度設計となっている。米国は著作権侵害事例に限定しているものの、EU は分野を問わず適用を認めていることから、特に公共の利害に関わる情報の取扱いには、例外的にテイクダウンを回避するといった慎重な対応が検討されうるものの、民間事業者であるプロバイダが自主的に削除規定を定めて、権利侵害情報や有害情報も含めて削除を行っている現状からすれば、権利者からの通知に従ってプロバイダの判断により削除を行った場合に免責される規定を設けることは、憲法が保障する表現の自由との関係で大きな問題とならないであろう。こうした手続きは、プロバイダによる実体法の判断に係る負担を回避し、プロバイダ責任を明確化しつつ権利救済を図ることを目的とした、現在の日本のプロバイダ法制とは相違する制度ではあるが、発信者への照会手続きが不要となるなど、プロバイダ責任と発信者との関係が明確化されて、現在よりも被害者の権利救済を図りやすくする観点からも導入する合理性がある。

３．プロバイダ責任法制におけるプロバイダ責任と発信者責任のバランス

本稿では、各国制度を参照しつつ、プロバイダ責任の明確化について検討を行

ったが、次に検討すべきはインターネット上の権利侵害情報に対するプロバイダ責任と当該情報を発信した発信者責任のバランスであった。プロバイダ責任を明確化することは、プロバイダの判断により権利侵害ではない情報まで削除される可能性がある。プロバイダ責任制限法には発信者の責任を定める規定はないことから、インターネット上の権利侵害については、匿名の発信者の責任を追及するために、発信者情報の開示がとりわけ重要となる。この点、米国では発信者責任の追及の際は、裁判所に対して開示請求を行うこととなり、情報開示はそれぞれの裁判所の判断によってプロバイダに対して行われる。また、EU の電子商取引指令では発信者情報の開示を定めることができるとしている一方で、ドイツでは当初、プライバシー保護の重要性からテレメディア法において発信者情報の開示請求権が規定されていなかったが、SNS 対策法の制定に合わせて、2017 年にテレメディア法が改正されて発信者情報開示の制度が認められた。

プロバイダ責任制限法 4 条は、被害者からプロバイダに対して開示請求があった場合に、①権利侵害の明白性、②開示請求を行う正当な利益を有することを満たすことを求めており、ガイドラインによれば開示の対象となっている発信者情報については、発信者の氏名や住所といったプライバシーに関する情報であり、いったん開示されると、原状に回復することは事実上不可能であることから、その取扱いは慎重に行う必要があるとして、判断が微妙な事例においては、プロバイダによる任意開示で対応するのではなく、裁判所による法的決定によることが、発信者のプライバシーの観点からは重要とされている。その前提として任意開示で対応しないよう不開示の場合に免責される範囲を広く規定することは合理性がある、とされてきた。しかし、本稿で検討した通り、日本弁護士連合会等からも権利侵害を受けた被害者が裁判において発信者責任を追及する際に、訴訟の前提となる匿名の発信者の情報開示にあたり、権利侵害の明白性等の要件により開示手続きが困難となっていることについては強い批判が寄せられている。匿名の表現の自由と発信者のプライバシーの保護と、発信者責任の追及のバランスの最適点を見出すのは簡単ではないが、ヘイトスピーチ等の被害者の権利救済の観点から制度規定や運用の見直しが求めれていることは確かであろう。

４．プロバイダ責任法制における発信者情報開示と地方公共団体や第三者機関の役割の重要性

発信者情報の開示手続きの緩和等を検討するにあたっては、発信者のプライバシーに関わることから、匿名の表現の自由の保護や通信の秘密との関係から慎重な取り扱いが求められる。この点はプロバイダ責任制限法の制定当初から、また、その後の検討によって国の研究会等において発信者情報開示の要件の緩

和の要望に対する検討が行われてきた。米国のように裁判所の法的な判断に委ねるというのも一つの方法であり、また、ドイツでは発信者情報の開示が認められることとなったが、裁判所の判断を得ることとされている。このように、発信者情報の開示は、裁判所の判断や手続きを踏まえた慎重な対応が行われている。日本でもプロバイダ責任制限法 4 条の発信者情報の開示請求権が定められているものの、当初より、プライバシーに関わる情報は一旦開示されてしまえば、回復不能な損害を負う可能性があることを考慮して、プロバイダは任意の開示の判断に迷う場合は開示しないように、権利侵害の明白性や、開示しないことによって被害者に損害場生じた場合においても、プロバイダに故意や重過失が認められない限りは責任を負わないなど慎重な制度設計となっていた。そのため裁判所による発信者情報の開示の判断に委ねられており、裁判所において権利侵害情報の内容や侵害の程度、権利救済の必要性等から判断がなされている。プロバイダ責任制限法 4 条の発信者情報の開示手続きを緩和した場合、プロバイダが慎重な扱いを求められる発信者情報を安易に開示してしまうことが懸念される。被害者の立場から考えた場合に、プロバイダに対して開示を請求しても、プロバイダ責任制限法 4 条は権利侵害の明白性等の要件の判断が困難であることや、被害者に生じた損害に対する責任を故意や重過失が認められる場合に限定されている中では、発信者に対する責任追及が困難となることも多いとされている。本稿ではプロバイダの判断の下における発信者情報の開示要件の緩和は、プライバシー保護の観点から課題も多いことから、プロバイダに対して発信者情報の開示を請求する方法以外に、第三者機関あるいは大阪市のような地方公共団体が被害者に対する発信者情報の開示の要件を満たすことを認定することを制度化するなどして、プロバイダに対して発信者情報の開示を請求する方法を検討し、プロバイダが発信者情報開示に係る判断の負担や責任を軽減することについて検討を行った。

プロバイダではなく、第三者機関や地方公共団体が、被害者が発信者情報の開示の要件を満たすと認定することのメリットは、プロバイダが権利侵害の明白性等の判断の負担を回避して、現状のように被害者には開示しないとしてしまうことや、プロバイダが要件を考慮することなく安易に開示することによる発信者のプライバシーを危険に晒すなど、誤って開示した場合の責任軽減が図られる点にある。また、第三者機関による迅速な判断が確保されるのであれば、発信者責任の追及がより可能となり、裁判所の法的判断を仰ぎやすくすることができる。第三者機関や地方公共団体による発信者情報開示の認定については、裁判所・裁判官を法的に拘束するものではないが、プロバイダが権利侵害を認定する団体の判断に法的に拘束されることを想定する場合、現時点ではそのような団体（機関）は存在していないため、法定の組織とする場合にその性格付けが問

題となる。本稿では、現在のプロバイダ責任制限法のガイドラインで認められた信頼性認定機関の活用や名誉毀損等による被害に対してプロバイダに削除等を要請する法務省の人権擁護機関を対象として検討を行った。日本弁護士連合会などからは、発信者を裁判所に訴える段階において、プロバイダによる発信者情報の開示が十分に機能していないと指摘されていることから、ガイドラインによる位置付けでは限界があり、地方公共団体が被害者が発信者情報の開示の要件を満たしていることを認定するための法整備などにより、侵害の程度が重大な場合などにおいて、発信者情報の開示の要件を満たしていることを迅速に判断するなどして権利救済に積極的に対応する体制が必要である。大阪市答申では、ヘイトスピーチを行った発信者の情報開示の要件を具備することを認定する地方公共団体の法的位置付けを、市の条例ではなく法律による対応が必要であると提言している。国の機関や大阪市のような地方公共団体、あるいは権利者団体や事業者団体など、想定され得る機関については具体的に検討する必要があるが、インターネット上の違法な情報の発信者に対する責任追及を現在よりもさらに可能にする法制度が求められている中で、プロバイダに代わりうる発信者情報の開示要件を満たすことを判断する公的機関や補助的に支援する民間機関について法律上、位置づけることがインターネット上の被害者の権利救済にとって重要となることを本稿では指摘している。