

インターネット上の匿名表現の要保護性について

——表現者特定を認める要件についてのアメリカの裁判例の分析

毛利 透

I 日本の発信者情報開示制度

1 プロバイダ責任制限法の規定について

インターネット上では、多くの表現活動が匿名や仮名で行われている。これにより、多数の人々が、自己の名を表に出すことなく自らの主張を広く訴えることが可能になった。特にネット上での電子掲示板への書き込みなどの表現は匿名で行われることが多く、その活発さは匿名性によって支えられているところが大きい。他方、自己の名を出さない表現活動は、責任意識の欠如を導きがちであり、他者の権利を違法に侵害するものとなる危険が大きい。

このような事態に対処するためには、まず匿名表現の場を提供しているプロバイダの責任を問えないかが問題となりうる。しかし、多くのプロバイダは書き込まれる内容を事前に審査しているわけではないから、あらゆる違法表現の責任を負わせることは不適切といわざるを得ない。そこで、各国でプロバイダの責任を限定する法的対処がなされており、日本でも「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」（以下、「プロバイダ責任制限法」と呼ぶ）3条および3条の2が、そのための規定を置いている。私自身、ドイツとアメリカにおけるプロバイダ責任を限定する法律およびその

* アメリカの民事訴訟制度について、山田文教授のご教示を得た。この場を借りてお礼申し上げる。むろん、本論文の内容についての責任は、すべて私にある。

運用実態につき、研究を公にしている¹⁾。

匿名表現の被害者としては、もう一つ、表現者が誰であるかを法的手段を使って突き止めた上で、その者の責任を追及するという手段が可能である。インターネット上の通信には履歴が残されているから、表面的には匿名で行われている表現であっても、プロバイダから通信履歴の開示が得られれば、それを使って表現者を特定できる可能性が高い。匿名ビラの作成者が誰であるかを見つけて出すための決まった方法は存在しないが、ネット上で名前を明かさずに書き込みを行った者を探し出すための手段は技術的には明確であり、むしろ匿名性を崩すことはより簡単だともいえる²⁾。

しかし、そのような開示請求を簡単に認めてよいかどうかは、法的に慎重な配慮を必要とする。インターネット上の表現のための通信についても、公開されない通信履歴などについては通信の秘密の保障が及ぶと考えるべきではないか。また、表現者は、自己の名が明かされないと考えたからこそその内容を書き込んだはずであり、そのような表現者の信頼は保護に値するのではないか。日本で、この点について立法的解決を示したのが、プロバイダ責任制限法4条である。

同条1項は、プロバイダに対する発信者情報開示を、以下の条件を2つとも満たす場合にのみ認める。

「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。

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

1) 毛利透「ドイツにおけるプロバイダ責任法理の展開」新世代法政策研究15号(2012年)31頁、同「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」『現代立憲主義の諸相下』高橋和之先生古稀記念(2013年)453頁、459頁以下。

2) もちろん、高度な技術をもった発信者が発信元を隠す操作を行った場合など、発信者にたどり着くことが困難な場合もあろうが、決められた手順に従えば発信者にたどり着く場合の方がずっと多いだろう。なお、掲示板への書き込みなど多くの場合、サイトの運営者は書き込みを行う者に実名の登録を求めているため、発信者情報開示は2段階必要になる。まず、掲示板の運営者(ホスト・プロバイダ)に対し、特定の書き込みを行った者のIPアドレスと接続時刻(タイムスタンプ)などを請求する。次に、アクセス(経由)・プロバイダに対して、この時刻にこのIPアドレスを割りあてた相手の開示を求めることになる。東京地方裁判所プラクティス委員会第一小委員会「名誉毀損訴訟解説・発信者情報開示請求訴訟解説」判例タイムズ1360号(2012年)4頁、29-30頁参照。

き。」

同条2項は、プロバイダはこの開示請求を受けたときには、発信者と連絡することができないなど「特別の事情」がある場合を除き、開示するかどうかについて発信者の意見を聴かなければならないと定める。3項は、開示を受けた者は、発信者情報をみだりに用いて不当に発信者の名誉や生活の平穩を害する行為をしてはならないと定める。4項は、プロバイダは、開示請求を拒否したことから開示請求者に生じた損害については、故意または重過失のある場合でなければ賠償責任を負わないと定めている。

このプロバイダ責任制限法4条につき、最高裁判所は、「発信者情報が、発信者のプライバシー、表現の自由、通信の秘密にかかわる情報であり、正当な理由がない限り第三者に開示されるべきものではなく、また、これがいったん開示されると開示前の状態への回復は不可能となることから、発信者情報の開示請求につき、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の厳格な要件を定めた上で……上記のような発信者の利益の保護のために、発信者からの意見聴取を義務付け³⁾るものだと判示している。このように、発信者情報開示に「厳格な要件」が課され、かつ同条4項が開示請求に応じなかった場合の責任を限定していることから、開示請求があった場合、プロバイダは基本的にはそれに裁判外で応じることはせず、開示を求める者の提訴を待つということになる⁴⁾。

多くの場合、わざわざ裁判で開示を請求する者には、発信者への損害賠償請求のための必要などの開示の正当な理由は認められるであろう。したがって、開示請求訴訟での実体的審理の焦点は、請求者の「権利が侵害されたことが明らか」であるかどうか、つまり権利侵害の明白性が認められるかどうかだということになる。なお、本稿で扱う権利侵害は、基本的に名誉毀損に限定することにする。

3) 最判平22・4・13民集64巻3号758頁。

4) 総務省総合通信基盤局消費者行政課『改訂増補版 プロバイダ責任制限法』（2014年）61頁注2参照。

2 権利侵害の明白性要件の解釈実務

プロバイダ責任制限法4条1項1号の権利侵害の明白性要件につき、総務省による同法の解説書は、「権利の侵害がなされたことが明白であるという趣旨であり、不法行為等の成立を阻却する事由の存在をうかがわせるような事情が存在しないことまでを意味する」と述べている⁵⁾。しかし、この説明自体は明確とはいえない。特に、前段と後段の内容の関係が不明確である。前段は、権利侵害の程度を意味していると理解することも可能であるが、後段は、違法性や責任を阻却する事由につき、通常であればその立証責任を負う側の負担を軽減する趣旨（その存在をうかがわせる事情があれば、権利侵害が明白とはいえない）、さらには、その事情の不存在の立証責任を原告に課す趣旨にも読める。

初めて裁判所の解釈を示した判決として注目されたのが、2003年の東京地裁判決である。電子掲示板への名誉毀損的書き込みがこの要件を満たすかが問題となったが、判決は、この要件は「発信者の有するプライバシー及び表現の自由と被害者の権利回復の必要性との調和を図るため」のものだとしたうえで、「原告（被害者）は、……当該侵害情報によりその社会的評価が低下した等の権利の侵害に係る客観的事実のもとより、その侵害行為の違法性を阻却する事由が存在しないことについても主張、立証する必要がある」とする。

ただし、同判決は、民法709条とは異なり同号には「『故意又は過失により』との不法行為の主観的要件が定められていない」し、「このような主観的要件に係る阻却事由についてまでも、原告（被害者）に、その不存在についての主張、立証の負担を負わせることは相当ではない」とする。したがって、名誉毀損が問題となる表現の発信者情報開示のためには、違法性阻却事由（公共の利害に関する事実に係ること、公益目的、主張された事実の真実性）のいずれかが欠けていて違法性阻却の主張が成り立たないことを原告が主張、立証する必要がある一方、真実と信じるについて相当の理由があったという責任阻却事由については、原告が主張、立証する必要はないとの解釈を示した。そして判決は、書き込みが公共の利害に関する事実ではあるものの、公益目的ではなく、真実でもないと認定し、権利侵害の明白性を認めた。

5) 総務省前掲注4) 65-66頁。この部分の叙述内容は、初版（2002年）以来同じである。

6) 東京地判平15・3・31判時1817号84頁。

確かに、発信者情報開示請求において立証責任が転換されると解することには、理由がある。被告となるプロバイダは発信者自身ではないから、表現内容の真実性について立証するための証拠をもっているとは期待できず、また、敗訴しても発信者情報を開示すればよいだけであるので、立証活動を真剣に行うインセンティブにも欠ける。そのため、表現内容が違法でないことの立証が十分行われない危険がある。この点を考慮して、総務省のプロバイダ責任制限法解説書は、発信者情報開示請求においては、裁判所が「プライバシーや表現の自由といった価値の重要性に配慮した適切な訴訟指揮を行うことが期待される⁷⁾」と特に指摘している。違法性阻却事由についての立証責任を原告側に転換することは、このような、被告の訴訟当事者としての特徴に由来する問題性への対処として、ありうる方策といえるだろう。とはいえ、発信者に責任阻却事由がなかったことまで原告に主張・立証を求めるのは、確かに責任の転換が行き過ぎていると感じられる。原告がそのための証拠を有しているとは、通常期待できない。

平成 15 年判決後、発信者情報開示請求については多くの判決例が積み重なっているが、本稿ではそれらの詳細な紹介・分析は省略せざるを得ない。私自身の調査をふまえても、基本的に壇俊光ほかの論文による検討⁸⁾に同意することができよう。まず、権利侵害の明白性要件を、通常の不法行為上の名誉毀損と同様の枠組みで判断している例が散見される⁹⁾。次に、同要件を何らかの範囲での主張・立証責任の転換と解釈する裁判例は多いが、ただし、その転換の範囲は「多種多様」であって、必ずしも上記平成 15 年判決の立場が一般的というわけではない。ただ、私が見たところ、実質的に責任阻却事由についてまで主張・立証責任の転換を求める判決であっても、実際に、未特定の発信者が真実と信じるについて相当の理由を有していなかったことの立証が原告に求められているわけではない。投稿内容が真実でない以上、裁判所としては、それでも

7) 総務省前掲注 4) 66 頁。

8) 壇俊光ほか「発信者情報開示請求訴訟における【対抗言論の法理】と【権利侵害の明白性】の要件事実的な問題について」情報ネットワーク・ローレビュー 12 卷 (2013 年) 21 頁、28-29 頁。

9) 東京地判平 24・11・30 2012WLJPCA11308015、東京地判平 27・9・29 2015WLJPCA09298049 など。

相当の理由はあったということが積極的に示されない限り、相当の理由はないという事実認定を行うだけの心証を抱けるのであろう。¹⁰⁾

3 権利侵害の明白性要件への批判について

ところが、近年はむしろ、発信者情報開示請求に不法行為による損害賠償請求の場合よりも厳しい要件を課すこと自体の合理性を疑問視する指摘が多いように思われる。日本弁護士連合会は2011年に、権利侵害の明白性要件を批判する意見書を公表した。その中では、この要件ゆえにプロバイダは発信者情報について任意の開示をほとんど拒否しており、被害者は裁判所への請求の負担を強いられるとされている。さらに、そもそも発信者情報開示請求は違法行為を行った者を特定するための手続であるのに、その後の損害賠償請求よりも重い要件を課すのは「被害救済の途を閉ざすもの」である、という。そして、裁判上の請求においては「『明白性』という要件を課する必要はない。」と法改正を求めている。¹¹⁾

壇俊光ほかによる論文も、権利侵害の明白性要件を立証責任の転換と解釈する諸判決において、原告に課される主張立証の内容が不明確であるとの指摘に加え、「そもそも、発信者情報開示請求は、損害賠償請求訴訟等の前段階であるところ、損害賠償請求訴訟ですら求められないような主張立証を、裁判上の発信者情報開示請求訴訟で求めることは、被害救済の観点から妥当ではない。」とする。そして、「『明白性』は、裁判上の請求では、特段意味のある規定ではないと解するべき」だと主張する。¹²⁾高田寛も、被害者が発信者を知る要件が、損害賠償が認められる要件よりも厳しいことは、被害者の裁判を受ける権利を奪うものと考えられることもできるとし、しかも、被害者が権利救済を得る

10) 東京地判平25・10・9 2013WLJPCA10098015、東京地判平26・7・30 2014WLJPCA07308014 など。

11) 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6月30日)(<http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/110630.pdf>)。日弁連は、2013年にも同旨の内容を含む要望書を公表している。日本弁護士連合会「プロバイダ責任制限法改正についての要望書」(2013年11月6日)(http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/opinion/report/data/2013/request_131106.pdf)。

12) 壇ほか前掲注8) 36-37頁。

までに事実上複数回の訴訟を強いられる現在の仕組みは、匿名性の「隠れ蓑を着る」ことを許された発信者に対して、被害者を不当に不利に扱うものだと主張する¹³⁾。

プロバイダ責任制限法が発信者情報開示に権利侵害の明白性を求めたのは、それがまさに表現による被害者から発信者への訴訟の準備段階であって、表現内容の違法性について確定的な判断が困難だということを考慮してのことであろう。その段階で発信者の権利が不当に害されないよう、開示には「厳格な要件」が求められた。しかし、被害者の立場からすれば、準備段階で本来の訴訟での勝訴よりも厳しい要件が課され、被告を特定することができず、可能かもしれない権利救済の断念に追い込まれるのでは、本末転倒だという評価がなされるのも、うなずけなくはない。

上記のとおり、日本の判決例の多くは、権利侵害の明白性要件に意味を認めている。このような判断手法を実質的に正当化するためには、発信者情報開示自体によって発信者のどのような利益が害されるのかについて、より詳細に議論する必要があると思われる。最高裁は発信者情報を「発信者のプライバシー、表現の自由、通信の秘密にかかわる情報」だとするが、しかし、発信者情報開示によりそれらの利益がどのような意味において問題となるのか、必ずしも明らかではない。権利侵害の明白性要件を実質的に無視する裁判例も散見され、また意味を認める場合にもその内容がまちまちである背景には、「なぜ発信者情報の秘密を守るべきなのか」という根底的問題について十分な考察が加えられていないという事情があるのではないか。

日本では、確かに憲法 21 条 2 項も電気通信事業法 4 条も通信の秘密を保護しており、発信者情報開示はこの通信の秘密に対する制約となるから、それだけでも慎重に考えるべき理由にはなる。しかし、通信の秘密は、元来 1 対 1 の情報交換の秘密を念頭におく概念であり、内容が公表されるインターネット上の表現活動のための通信の履歴が、どの程度この観点からの保護に値するののかには、疑問を呈することが可能であろう。通信を通じた表現という、かつて想定されていなかった事態によって被害を受けた者の救済の可能性を、通信の秘

13) 高田寛「特定電気通信役務提供者に対する発信者情報開示請求権についての考察」富大経済論集 61 巻 2 号 (2015 年) 133 頁。

密を理由にして限定することには、違和感が生じても当然である¹⁴⁾。

発信者情報開示の問題性は、むしろ表現の自由との関係で正面から発生すると考えるべきではないか。それは、匿名でなされた表現内容の作者を強制的に暴くという手続である。匿名で表現するという選択が、表現の自由の行使として保護されると考えれば、この顕名化は憲法上の権利の制約ということになろう。だが、日本では、匿名表現の匿名性を暴くことが、表現の自由に対する制約であるという問題意識が低い。確かに、匿名性を暴くこと自体は、その表現内容を禁止しているわけではない。発信者情報開示においても、開示されて発信者が分かってから、その者を相手に改めて対象となる表現の違法性が争われることになるのであって、開示だけで表現に制裁が課されるわけではない。しかしながら、もし匿名性が保障されていなければ、これらの合法かもしれない言論はなされなかったのではないだろうか。匿名性が表現活動への敷居を低めているとしたら、そのこと自体が、表現の自由保障の観点から意義をもっているのではないか。

発信者情報開示に厳格な要件を要求するためには、表現の匿名性そのものに保護に値する価値があると考えられる必要があるように思われる。とはいえ、さらに、この表現の匿名性は、インターネット技術の特性上可能になっているにすぎず、厚い保護に値しないという考え方もありうるかもしれない。確かに、インターネットが普及する前には、このような匿名表現の可能性は存在しなかったのであり、当然ながら、それでも一般市民に匿名表現の機会が乏しいことが表現の自由との関係で問題だとは感じられていなかった。そうだとすれば、技術の進化によってたまたま可能となった匿名表現の機会を保護することが、存在する発信者情報をわざわざ隠してまで、被害者の権利救済の可能性を限定することを正当化できる利益なのか、という疑問が生じてもおかしくない。逆にいえば、インターネット上の匿名表現の権利が保護に値すると評価するためには、一般市民に広く匿名表現の機会を与えるに至った技術の進化が、表現の自由保障の観点から積極的な評価に値するといえる必要があると思われる。そう

14) 高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋ほか『インターネットと法〔第4版〕』（2010年）55頁、82-84頁は、インターネット上の表現のための通信につき、通信内容が公開される以上、その他の情報の秘密を保護する必要はないという解釈が成り立ちうると述べる。

言えるとしたら、技術的に可能となったインターネット上の匿名表現の権利は、もはや奪われてはならず、それ自体として憲法上の保護に値すると主張することが可能になろう。

以下では、このような問題意識をもちつつ、アメリカにおける裁判実務・学説の動向を検討することにする。¹⁵⁾

II アメリカにおける匿名表現者特定のための要件

1 匿名表現者特定の手続

アメリカでは、バージニア州を除き、私人が裁判でインターネット上の匿名表現者を特定するための手続は、法定されていない。¹⁶⁾ところが、アメリカでは特に、匿名表現者の特定が被害者からの権利救済のために不可欠なのである。それは、通信品位法 (Communications Decency Act) 230 条が、実務において広く、プロバイダを完全免責するよう解釈されているからである。つまり、掲示板の運営者は、書き込み内容について、全く責任を負わない。¹⁷⁾だとすれば、被害者は、発信者を訴えるしか取りうる法的手段がない。¹⁸⁾

だが、発信者は不明である。このような場合、アメリカでは通常、被告匿名のまま訴訟を提起し (いわゆる John Doe 訴訟)、訴訟遂行のために必要なディスカバーリーとして、裁判所からプロバイダに対し被告を特定するための文書提出命令 (subpoena duces tecum、以下、本稿で「サピーナ」と呼ぶのはこの文書提出命令

15) ちなみに、ドイツでは、知的財産権侵害の場合以外には、私人からの発信者情報開示請求は認められていない。人格権侵害については、法政策的に、被害者が訴訟のために表現者を特定する利益よりも、表現者のプライバシー保護を優先させているのである。毛利前掲注1)「ドイツにおける……」75-77頁。法解釈を通じて表現者特定を裁判所に認めさせようという試みは、2014年の連邦通常裁判所判決によって拒否され (BGHZ 201, 380)、実務上もこの解釈が確定した。人格権侵害の場合、プロバイダを訴えるべきか表現者を特定して訴えるべきかにつき、アメリカとドイツは対照的な選択をしていることになる。

16) See Ethan B. Siler, *Yelping the Way to a National Statutory Standard for Unmasking Internet Anonymity*, 51 Wake Forest L.Rev. 189, 199f. (2016).

17) 毛利前掲注1)「インターネットにおける……」462-63頁参照。

18) このことは、プロバイダの完全免責を認めた *Zeran v. America Online Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) の直後から意識されていた。See Lyrissa Barnett Lidsky, *Silencing John Doe*, 49 Duke L.J. 855, 868-72 (2000).

のことであり)を出してもらうという手続がとられる。この文書提出命令をどのような要件で認めるかが問題となるが、その際、アメリカでは、特に強く匿名表現の権利との緊張関係が意識されているのが特徴である。表現者が特定されれば、匿名で表現する権利は当然否定されることになるが、この権利制約が憲法上重大な問題を発生させるという意識が強く存在するのである。背景には、連邦最高裁が匿名表現に対する保護を厚く認める判例を積み重ねてきたという事情がある。

したがって、本稿も、まず匿名表現の権利についての連邦最高裁判所の判例を振り返っておく必要がある。その後、匿名表現者の特定のための命令を発出できる要件についての裁判例の展開を追い、学説の対応も検討しておく。

2 匿名表現の権利を認める連邦最高裁判例

アメリカで、表現の匿名性が合衆国憲法修正1条で保障されると認めた判例として、まず名前が挙がるのが、匿名のビラ配布を禁じる市条例を違憲とした¹⁹⁾1960年の *Talley v. California* である。本判決は、匿名の冊子や書籍などが「人類の進歩において重要な役割を果たしてきた」という。多くの圧政に対する批判は匿名でなければできなかつたであろうし、フェデラリスト・ペーパーズも仮名で出版されている。判決は、結社に対し構成員を開示させるよう求めることが、構成員らに対し「報復への恐れ」から公的討論を抑止する効果をもたらすとして違憲とされた先例を参照し、当該市条例も同じ欠陥を有すると判示した。

さらに、インターネット上での匿名表現の権利についての判決で必ずといっていいほど引用されるのが、選挙についての匿名文書の頒布を禁じる州法が違憲とされた1995年の *McIntyre v. Ohio Elections Commission* である。²⁰⁾本判決は、*Talley* 判決を引きつつ、匿名表現には「経済的あるいは公的な報復の恐れ、社会的迫害への懸念、あるいは単にできるだけプライバシーを守りたいという願い」などいろいろな動機があるだろうが、いずれにせよ「著者の匿名を

19) *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960). 毛利透『表現の自由』(2008年)121頁参照。

20) *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995). 川岸令和「匿名の政治文書配布禁止が第一修正に違反するとされた事例」*ジュリスト*1099号107頁(1996)参照。

維持するという決断」は修正1条で保護される自由の1側面であると確認する。政治的言論においては、特に人気のない主張をしようとする者にとって、匿名性は必要とされてきた「尊敬される伝統」である。²¹⁾ 結論部において判決は、「我々の憲法の下では、匿名の文書発行は、破壊的でいかがわしい行為ではなく、主張や異論提起の誇りある伝統である。」「匿名を維持する権利は、いかがわしい行為を保護するように濫用されうる。しかし、政治的言論はその本性上、ときとして不快な帰結を生むものであり、我々の社会は一般に、自由な言論の価値に、その濫用の危険よりも重要性を認めている。」と述べる。²²⁾ これらの箇所は、下記の諸判決で頻繁に引用されている。²³⁾

その後、州民投票への提案のための署名活動において、運動員に自己の名前を記載したバッジをつけるよう求める州法の条項などを違憲とした Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc.²⁴⁾、私有地に立ち入る戸別訪問を事前の許可制とする条例を違憲とした Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton²⁵⁾ なども、匿名表現の権利を認めた判例としてしばしば引用される。前者の判決は、運動員に自己の名前を示すよう求めることは、嫌がらせ、報復などへの懸念から署名活動への参加を抑制する効果を有すると認定した。同判決は、1対1の説得が求められる署名活動で名前を出すよう求められることは、McIntyre 判決の事例よりも表現活動への抑制効果が大きいと述べている。

後者の判決は、当該条例を違憲とする理由の一つとして、表現活動の強制的

21) McIntyre, 514 U.S. at 341-43.

22) Id. at 357.

23) Jasmine Mcnealy, A Textual Analysis of the Influence of McIntyre v. Ohio Elections Commission in Cases Involving Anonymous Online Commenters, 11 First Amend.L.Rev. 149 (2012) なる論文まであるほどである。同論文は、インターネット上の匿名表現者を特定するための要件についての判決例において、McIntyre 判決は確かに多く引かれているが、それは参照判例としての引用にとどまり、拘束的な先例と考えられているわけではないと指摘する (at 170)。しかし、これは事案の違いからして当然のことであろう。匿名表現一般の法的評価において、McIntyre 判決は明らかに後の判決に大きな影響力を及ぼしている。

24) Buckley v. American Constitutional Law Foundation, Inc., 525 U.S. 182 (1999). 毛利透『民主政の規範理論』(2002年) 253-56頁参照。

25) Watchtower Bible and Tract Society of New York, Inc. v. Village of Stratton, 536 U.S. 150 (2002). 毛利前掲注19) 340-41頁(注13)参照。

な顕名化の問題性を指摘した。戸別訪問の許可を得るためには、自己の名前と訪問目的などを自治体に伝えなければならない。つまり、匿名で戸別訪問し自分の意見を伝えることが禁じられる。同判決は、上記3判決を引きつつ、当該条例が「住民の知らない人々が人気のない主張を説いて回ることを妨げかねない」との懸念を示すのである²⁶⁾。

このように、連邦最高裁の判例は、表現者が匿名でしか安心して発言できない内容が、顕名を強制することで発信されなくなるおそれを重視し、匿名で表現するという選択は憲法上の保護に値すると評価している。表現内容に自信があるなら名前を出して発言せよと迫ることは、実際には、発言の自己への悪影響を危惧する人々を黙らせてしまう危険が大きい。最高裁判例は、この萎縮効果により社会的に有益な発言がなされなくなる危険を重視し、そのためには、匿名表現が「濫用」されるある程度の危険は甘受するしかないという姿勢を示している。表現そのものを禁止する規制ではなくても、それが表現者の環境に与える影響が法的にレバントなものだと評価されることにより、表現の匿名性が法的に保護されるべき独自の利益として肯定されているのである。

3 初期の判決例—— Seescandy.com, In re Subpoena Duces Tecum to AOL 判決

すでに述べたとおり、アメリカでは一般に、インターネットの匿名表現者に対して、被告匿名のまま訴訟を提起し (John Doe 訴訟)、ディスカバリーとしてプロバイダに情報を開示する命令を出すという手続がとられる²⁷⁾。連邦民事訴訟規則 (Federal Rules of Civil Procedure) 10 条(a)は、訴状に「全当事者の名前」の記載を求めており、被告匿名のままの提訴を認めていないようにも見えるが、実際にはこのような訴訟も認められてきた²⁸⁾。被告匿名の提訴を法の明文で認め

26) Watchtower, 536 U.S. at 166f.

27) 平野晋「二つの責任制限法と解釈動向」『プロバイダ責任制限法 実務と理論』(堀部政男監修、2012年) 171頁、大島義則「匿名表現の自由と発信者情報開示制度」情報ネットワーク・ローレビュー 14巻 (2016年) 22頁参照。なお、インターネット上での著作権侵害者を特定するための命令については、デジタルミレニアム著作権法 (17 U.S.C. §512(h)) に基づく特別の手続 (DMCA Subpoena と呼ばれる) が用意されている。本稿では扱わないこのサビーナについても、両文献を参照のこと。

る州もある。たとえば、カリフォルニア州民事訴訟法 (Code of Civil Procedure) 474 条は、被告の名前が分からない場合にも、原告に被告を任意の名前で呼ぶ提訴を認め、被告を特定できた段階で名前を訂正することを認めている。

ただし、このように匿名の被告を相手に訴訟を提起したうで、ディスカバリーとして裁判所からプロバイダに情報開示命令を出させるという手続には、匿名表現者の権利との関係で大きな問題がある。ディスカバリーにおける情報開示は、当事者の要求に応じて非常に広く認められるのが原則だからである。²⁹⁾ この原則をそのまま適用して、原告の求めるとおりプロバイダに対して文書提出命令を出してよいということになると、インターネット上の表現の匿名性は簡単に破られることになる。しかし他方、原告としては、いくら提訴が認められても、被告が匿名のままでは訴訟を遂行する意味がない。また、プロバイダに情報開示を求めるのが、被告を特定するためには事実上唯一の手段である。こうして「裁判所は、訴訟のまさに開始時において、被告のアイデンティティのディスカバリーを許すかどうかという、重大な、多くの場合結論を決めてしまうような決定をするよう求められる」ことになる。³⁰⁾

この問題についての初期の判決例として知られるのが、1999 年の *Columbia Insurance Co. v. Seescandy.com* ³¹⁾ である。ただし、本件で問題となったのは名誉毀損ではなく商標権侵害であった。³²⁾ 原告は、侵害行為の差止めや損害賠償を求めて、被告を特定できないまま、侵害行為者のドメイン・ネームである *Seescandy.com* を被告として提訴した。連邦地裁は、原告の権利救済の必要性の観点から被告不明のままでの提訴を認める一方、「この必要性は、匿名もしくは仮名でオンライン・フォーラムに参加するという正当で価値ある権利と

28) See Carol M. Rice, Meet John Doe, 57 U.Pitt.L.Rev. 883 (1996).

29) 浅香吉幹『アメリカ民事手続法〔第3版〕』(2016年)87頁参照。秘匿特権は限定的にしか認められず、連邦法上は記者の取材源秘匿も認められない。同90頁。

30) Michael S. Vogel, Unmasking "John Doe" Defendants, 83 Or.L.Rev. 795, 799 (2004).

31) *Columbia Insurance Co. v. Seescandy.com*, 185 F.R.D. 573 (N.D.Cal. 1999).

32) *Seescandy.com* 判決は商標権侵害の事例ではあるが、匿名表現者を特定するための命令の要件についての判例展開の出発点とみなされているので、本稿でも取り上げる。その後も、知的財産権侵害が問題となった裁判例はもちろんあるが、それらは本稿では扱わない。

衡量されなければならない。」とする。素性を知られることなく表現できる可能性は、「自由なコミュニケーションや荒々しい討論を促進しうる」。「間違いを犯していない人々は、嫌がらせをしたり困らせようとする者が取るに足らない訴訟を提起し、裁判所命令の力を得て自分たちのアイデンティティを開示しようとするという恐れを抱かずに、オンラインに参加できるべきである³³⁾」。そこで裁判所は、被告を特定するためのディスカバリーには限定が必要であると示し、具体的には4つの要件を示した。

①原告は、被告が実在し、その者を連邦裁判所で訴えられることを、十分な特定性をもって示さなければならない。②原告は、被告を特定するためにディスカバリー以外の手段を尽くさねばならない。③原告は、自らの訴えが却下申立て (motion to dismiss) に耐えうることを示さなければならない。④原告は、開示命令の相手が被告を特定できる情報を有している蓋然性があることなどを示して、ディスカバリーを求めなければならない³⁴⁾。

この中では、③が、日本の権利侵害の明白性要件に対応する、訴訟対象の違法性そのものに関する要件だといえる。却下申立てとは、訴答 (pleading) 手続の段階で被告から訴訟を終結させるよう求めてなされる申立てである (連邦民事訴訟規則 12条(b))³⁵⁾。判決はこの点を、被告への告知なしでのディスカバリーは、刑事の捜査手続における令状に類似していると示し、その場合と同様の「相当な理由 (probable cause)」(合衆国憲法修正4条の文言) を求めるのが適切だと理由づけている³⁶⁾。

このように、Seescandy.com 判決は、インターネット上の匿名表現者を被告として特定するための命令を、通常のディスカバリーよりも限定する姿勢を示した。その中で、すでに匿名表現の要保護性が考慮されている。本判決は、この判示部分で連邦最高裁の判例を引用していないが、他者からの嫌がらせを受

33) Seescandy.com, 185 F.R.D. at 578.

34) Id. at 578-80.

35) 浅香前掲注 29) 78 頁参照。「却下」といっても、日本法でいう却下とは意味が異なる。

36) Seescandy.com, 185 F.R.D. at 579f.

37) Seescandy.com 判決の要件ですでに、ディスカバリーのための原告への要求としては「通常ではない証明の負担」を課していることになる。Matthew Mazzotta, Balancing Act, 51 B.C.L.Rev. 833, 850 (2010).

ける恐れなく活発な表現活動ができる状況の確保を重視する箇所には、容易に判例の影響を見出すことができよう。

ただし、同判決が示した「却下申立て基準」は、その後緩すぎるとの批判を招くことになる。判決は、この基準が刑事捜査における令状発行を認める要件に相当するというのであるが、連邦民事訴訟規則上、被告からの却下申立てが認められるのは限定的で、訴えの対象については「救済が与えられうる請求が記載されていない」場合とされている（12条(b)(6)）。これは、たとえ原告の主張どおりの事実が認定されたとしても、その請求は認められないということの意味する³⁸⁾。このような判断がなされる場合は少ないであろうし、原告がこの却下申立てを乗り越えることも、さして困難ではない³⁹⁾。実際、当該事案でも、原告はこの要件を満たしたとされている。

もう一つ、初期の判決例として、2000年の *In re Subpoena Duces Tecum to America Online, Inc.* がある⁴⁰⁾。これは、AOLが運営するページへの匿名投稿で名誉毀損や秘密漏示がなされたとして、原告が投稿者を匿名の被告として訴えを起し、訴外AOLに対して投稿者の情報を開示するよう求める文書提出命令が出されたところ、AOLがこれを取り消すよう申立てを行った事案である。州の第一審裁判所は、AOLに投稿者の匿名表現の自由を主張する適格を認めた。そして、インターネット上の匿名表現者は「できるだけプライバシーを守りたいという願い」（*McIntyre* 判決からの引用）からそうしているのであるから、連邦最高裁が認めてきた匿名表現の権利はインターネットにおいても保障されるべきだとしうえて、その権利と違法表現で権利を侵害された者の救済の必要性との衡量が必要になるとする。そして、「サビーナを求めている当事者が、自分は提訴された管轄区域で訴訟の対象となる行為の犠牲者であるだろうということを、正当で誠実な根拠（*legitimate, good faith basis*）をもって主張できる」ことが必要だとする。裁判所がそのように認定でき、かつ求めら

38) Geoffery C. Hazard, Jr. et al., *Civil Procedure* 202f. (6th ed. 2011). 日本でいえば、請求が主張自体失当とされる場合に該当するといえる。

39) ただし、訴答で原告に求められる事実主張内容の詳細さは、法域によって異なる。連邦では、簡素化された告知訴答が採用されているが、より詳細な主張を求める事実訴答を採用している州も多い。後者の州では、前者よりは却下申立てが認められやすい。浅香前掲注 29) 70-73 頁参照。

40) *In re Subpoena Duces Tecum to America Online, Inc.*, 52 Va. Cir. 26 (2000).

れる情報が請求にとって中核的に必要だといえる場合には、匿名表現者を特定するための文書提出命令も許される。裁判所は、本事案ではこれらの要件は満たされていると判断した。

本判決は、連邦最高裁 McIntyre 判決に依拠しつつ、表現者の匿名性維持への願望が憲法上の保護に値するとした。ただし、本判決の「誠実な根拠基準」も、後には緩すぎるとの批判を受けることになる。

4 匿名表現の権利をより配慮した判決例—— Dendrite, Cahill 判決

これらの判決を受けて、匿名表現者を特定するための文書提出命令の要件について詳細な判示をなし、今日まで大きな影響を与えている判決の一つが、2001年の Dendrite International, Inc. v. Doe, No.3⁴¹⁾である。原告は、インターネット上の投稿により名誉毀損の被害を受けたと主張し、被告不明のまま州の裁判所に提訴し、被告特定のためのディスカバリーを求めたところ、裁判所はそれを一部拒否した。本判決で、原告からの上訴を受けた州の控訴審裁判所も、原審判断を維持したのである。

判決はまず、インターネット上の匿名表現者を特定するための文書提出命令の要件として、結論的に4つの要件を挙げる。①匿名の投稿者に事前に反論の機会を与えるため、原告は、その投稿があったのと同じ掲示板で知らせるなどして、命令についての告知がなされるよう努力すること。②対象となる言明を特定すること。③原告が匿名被告に対する「一応の訴訟原因の存在 (a prima facie cause of action)」を示すこと。これは、原告の訴えが却下申立てに耐えるというだけでなく、「訴訟原因の各要素を支持する十分な証拠を、一応の基礎で (on a prima facie basis) 提供しないとイケない」ことを意味する。④さらに、裁判所は、被告の匿名表現の憲法上の権利と、原告の上記「一応有利な主張の強さ (the strength of the prima facie case)」および被告特定のための開示の必要性との衡量を行う必要がある。⁴²⁾③は、「一応の証明基準」と呼ぶことができよう。

本判決は、Seescandy.com 判決よりも匿名表現の権利を保護する姿勢を鮮明

41) Dendrite International, Inc. v. Doe, No.3, 775 A.2d 756 (N.J.Super.A.D. 2001).

42) Id. at 760f.

にした。その理由として本判決は、まず、連邦最高裁判例を引きつつ、表現に際し自分の名を出さないという選択をすることも表現の自由の一内容として保護されると確認している⁴³⁾。そして、Seescandy.com 判決が却下申立て基準を刑事捜査における令状発行のために必要な「相当な理由」と同程度のものと考えていたことへの批判を示唆しつつ、重要なのは、「原告が、インターネットで提供されるパブリック・フォーラムの機会を使う批判者に嫌がらせを加えたり、その者らを脅したり、黙らせたりするために、不明の被告を特定しようとしてディスカバリー手続を使うのではない、ということを確認すること」だとする。そのために、裁判所は、原告の主張が証拠に支えられているかどうかにつき、慎重な判断を行うべきだと姿勢を示したのである。具体的な事例においても、判決は、問題となった投稿によって原告には損害が生じていないと判断し、当該表現者を特定するためのディスカバリーを認めなかった⁴⁴⁾。

さらに、この Dendrite 判決と同様の配慮を示した判決として、Doe v. Cahill⁴⁵⁾がある。原告 Cahill は市議会議員であるが、市政についての掲示板への匿名の投稿によって名誉を侵害されたと主張し、この匿名表現者を被告として州裁判所に提訴した後、その特定のため、プロバイダへの開示命令を求めた。プロバイダから告知を受けた被告は、自らの情報を開示しないよう申し立てたが、原審はそれを認めなかったため、被告は州最高裁に上訴した。

州最高裁は、インターネットが「ユニークな民主化メディア」であり、「より多く、多様な人々が公共の討論に参加することを可能にした」と、その表現の自由にとっての価値を認めた上で、ネット上の発言の匿名性は議論をより公平なものにする効果があるとも指摘する。さらに、連邦最高裁判例を引いて、匿名表現の権利が憲法上保護されることを確認する。匿名表現は濫用される危険もあるが、「政治的言論はその本性上、ときとして不快な帰結を生むものであり、我々の社会は一般に、自由な言論の価値に、その濫用の危険よりも重要性を認めている」(McIntyre 判決より引用)⁴⁶⁾。しかし、もちろん名誉権保護との

43) Id. at 765.

44) Id. at 770-72.

45) Doe v. Cahill, 884 A.2d 451 (Del. 2005).

46) Id. at 455f.

調整は必要である。その調整の基準について、判決は本事案が公人による匿名表現者に対する開示請求である点を特に指摘する。「低すぎる基準は、潜在的な投稿者が匿名で表現する修正1条の権利を行使することを萎縮させるであろう」。特に公人によって何者であるかを容易に特定されるとなると、仮にその後の訴訟で勝てたとしても、訴訟外での各種の報復を恐れざるをえない⁴⁷⁾。

本判決は、このような観点から「誠実な根拠基準」や「却下申立て基準」を退けた後、Dendrite 判決を参考にしつつ、「サマリージャッジメント基準」を示した。これは、ディスカバリーで匿名被告を特定するためには、名誉毀損訴訟の原告はその主張を「サマリージャッジメントの申立てを拒絶するに十分な事実で支持する」必要がある、とするものである。判決はさらに、手続要件として、Dendrite 判決の被告への告知努力義務を受け入れる。ただ、判決は Dendrite 判決の第4要件である利益衡量は不要とした。「サマリージャッジメント基準」自体が衡量の結果であり、さらに衡量の機会を認めることは、「分析を不必要に複雑にする」だけだとしたのである⁴⁸⁾。

サマリージャッジメントは、裁判所が、当該事案に重要な事実に関する真正の争いがないと判断した場合に、トライアルに入ることなく事実認定を行い、それに基づき法的判断を下して終局判決を行うものである（連邦民事訴訟規則 56条(c)(2)⁴⁹⁾）。ここでいう「サマリージャッジメント基準」は、原告が、被告からの自己に有利なサマリージャッジメントの申立てを拒めるだけの証拠を示すことを求める。判決はこのことを、名誉毀損事例について、「原告は、トライアルで立証責任を負う当事者として、名誉毀損主張の自己のコントロール内にあるすべての要素につき、重要な事実に関する真正の争点を生み出す証拠を提出しなければならぬ」と言い換え、またこれを「一応の証拠 (prima facie proof)」の提出とも呼んでいる。「自己のコントロール内にある」という限定は、被告不明の段階で原告に提出困難な証拠を求めることを避けるための配慮であり、公人の名誉毀損について具体的には、原告は被告の現実の悪意について証拠を提出する必要はないとされた（主張された事実が虚偽であることの証拠は示さ

47) Id. at 457.

48) Id. at 458-61.

49) 浅香前掲注 29) 107 頁参照。

なければならない⁵⁰⁾。判決は具体的事例について、原告は問題となった投稿が事実を摘示していると示せていないとして、サマリージャッジメント基準を満たしていないとし、被告特定のための開示を認めた原審を破棄した⁵¹⁾。

このCahill判決は、匿名表現者特定のためのディスカバリーについて、Dendrite判決と同様の慎重な姿勢を示したといえる。この段階ですでに自らの主張の全要素を支える一応の証拠を提出するよう求めるというのは、ディスカバリーとしては非常に例外的扱いである。ただ、Cahill判決は、事例が公人に対する名誉毀損であったことを重視しており、「サマリージャッジメント基準」が匿名表現者特定のための要件として常に妥当すると考えているわけではない。また、この基準がDendrite判決の第3要件である「一応の訴訟原因の存在」要求と同一といえるのかも、異論のありうるところである。Dendrite判決第4要件である利益衡量を不要としたことの是非も問題となりうる。しかしいずれにせよ、Cahill判決は、特に政治的言論について、インターネット上で匿名で表現すること自体に、多くの人々が権力者からの様々の圧力による萎縮を避けて自由に発言できるために重要な価値を認めているといえよう。顕名化が表現者に圧力をかける手段として使われることへの警戒という点は、Dendrite判決などとも共通してみられる関心事である。

5 その後の判決例

その後の判決の多くは、Dendrite, Cahill両判決を先例として参照している。Krinsky v. Doe⁵²⁾ 6では、経済関連の掲示板である会社の役員への匿名の批判が名誉毀損だとして州裁判所に訴えられ、被告を特定するための文書提出命令が求められた。原審は命令を出したが、控訴裁判所はそれを破棄したのである。同裁判所は、被告特定のための命令を出すための基準について、先例を検討した後、まず、却下申立てやサマリージャッジメントといった民事訴訟上の手続の要件を流用するのは、混乱を招くとして否定する。判決は、被告への告知努力に加えて、「名誉毀損の諸要素の存在を一応示す」ことを求める。「少なくと

50) Cahill, 884 A.2d at 463f.

51) Id. at 466f.

52) Krinsky v. Doe 6, 72 Cal.Rptr.3d 231 (Cal.App.6 Dist. 2008).

もこれだけを求めれば、原告が、話者を嫌がらせたり困らせたりする、あるいは正当な批判を窒息させることだけを求めているということはない、ということを保証できる」。この基準は Dendrite 判決と同様であるが、ただし本判決は、Cahill 判決同様、原告がアクセスできる範囲の事実の証拠でよい、という限定を認めている。また、Dendrite 判決の第 4 要件である独立の衡量は、やはり必要ないとしている。⁵³⁾そして、問題となった投稿は事実の摘示とは解せないとして、被告特定のための命令を認めなかった。

また、ロースクール関連の掲示板に、イェール・ロースクールの女子学生の名誉を毀損し、また脅迫するような投稿が多数なされ、広く話題ともなった事案⁵⁴⁾についての Doe I v. Individuals⁵⁵⁾では、被告特定のためにディスカバリーに求められる立証の程度として、やはり先例の諸基準が検討された末、原告は「被告に対して一応有利な事件とできるすべての要素に関して具体的に示す」ことを求められるという基準が適切だと判示し⁵⁶⁾、具体的事案でその点を肯定して命令を認めた。Dendrite, Krinsky 両判決と同等の基準である。⁵⁷⁾

被告が不明の場合に、その者に対する提訴前に、その特定のための開示命令を、情報を有する者を相手にして裁判所に請求する手続を定める州もある。たとえばニューヨーク州では、このような提訴前ディスカバリー (pre-action discovery) と呼ばれる制度 (CPLR §3102(c)) を使って、匿名表現者の特定を求めることができる。ただし、この条文はインターネット上の表現に限らず訴訟提起のために必要な情報一般についての開示を認めるものであり、条文上特に要件が定められているわけではない。この制度によってプロバイダに匿名表現者を特定する情報の開示が求められた事件 Cohen v. Google, Inc.⁵⁸⁾で、ニューヨ

53) Id. at 244-46.

54) See Nathaniel Gleicher, John Doe Subpoenas, 118 Yale L.J. 320, 364ff. (2008); Lyrisa Barnett Lidsky, Anonymity in Cyberspace, 50 B.C.L.Rev. 1373, 1386f. (2009); Jessica L. Chilson, Unmasking John Doe, 95 Va.L.Rev. 389, 391f. (2009).

55) Doe I v. Individuals, 561 F.Supp.2d 249 (D.Conn. 2008).

56) Id. at 256.

57) Dendrite 判決と同様の基準を採用する判決としてほかに、Independent Newspapers, Inc. v. Brodie, 966 A.2d 432 (Md. 2009) など。サマリージャッジメントというラベルは誤解を招くとしつつ、実質的には原告に Cahill 判決と同等の要求を行う判決として、Solers, Inc. v. Doe, 977 A.2d 941 (D.C. 2009).

ーク州最高裁は、同制度で開示を受けるためには、判例上原告に「訴訟原因が存在することを強く示す」ことが求められているとする。判決は、これは「実体的訴訟原因の一応の立証」を意味し、Dendrite 判決で示された表現の自由への配慮がすでに含まれているといえるものだとし、この制度によりインターネット上の匿名表現者を特定するための命令を出すことを認めた。そして、原告はこの要件を満たしたと判断されている⁵⁹⁾。

これに対し、近年になっても、より緩やかな基準で十分だとする判決もある。In re Anonymous Online Speakers⁶⁰⁾ は、匿名でなされた会社に対する名誉毀損の表現者を特定するための手続中で、証言を求められた者がそれを拒否することの許容性が問題となった事件である。連邦地裁が Cahill 判決同様の基準を用いて一部の者らについてのみ証言を強制したところ、双方が上訴した。連邦控訴裁判所は、やはり連邦最高裁の匿名表現の権利についての判例を引用しつつも、同時に、判例は表現内容によって保護の程度に差があることも認めているとする。その上で、匿名表現者を特定するための命令を認める要件についての諸裁判所の先例を検討しつつも、控訴裁判所は当該事案で問題となっている投稿を営利的表現であると分類し、そうである以上保護の程度は政治的表現より低くてかまわないという。まさに政治的表現が問題となっていた Cahill 判決の基準を用いるのは、本来要件として高すぎるということになる。しかし、控訴裁判所は、ディスカバリーについては地裁が広い裁量を有しており、その判断を覆せるのは「明白な誤り」がある場合に限られるが、本件はそこまでの誤りとはいえないとして、原審の判断を維持したのである。

会社の事業に対する批判的言論を営利的表現に分類することの妥当性は、非常に疑わしい⁶¹⁾。それでも、典型的な政治的表現以外には、Cahill 判決のような

58) Cohen v. Google, Inc., 887 N.Y.S.2d 424 (2009).

59) 同様の制度をもつイリノイ州でも、原告に「訴訟原因を確立するために十分な事実を示す」ことを求める運用で、憲法上の懸念には対応できているという判断が示されている。Maxon v. Ottawa Publishing Co., 929 N.E.2d 666 (Ill.App.3 Dist. 2010). 同判決は、この要件は Dendrite, Cahill 両判決と同程度の要件だとしている。ただし、反対意見は、イリノイ州の実務は Dendrite, Cahill 両判決の要件よりも低い証明度で提訴前ディスカバリーを認めていると評価している。

60) In re Anonymous Online Speakers, 661 F.3d 1168 (9th Cir. 2011).

61) See Paul Alan Levy, Developments in Dendrite, 14 Fla. Coastal L.Rev. 1, 20 (2012).

厳しい基準を使う必要はないという主張は、同判決自体の論旨からしてもありうるものであろう。Dendrite, Cahill 両判決の基準を一般化しようとする傾向に対しては、このように留保をつける判決も存在する。

さらに、バージニア州では、インターネット上で匿名で行われたコミュニケーションの違法性が問題となった場合に、発言者を特定するためのサピーナにつき、特別の条文を置いている。同条は原告に、匿名で「違法である、あるいはそうであろう (are or may be tortious or illegal)」コミュニケーションが行われたこと、あるいは「自分は提訴された管轄区域で訴訟の対象となる行為の犠牲者であるということ、正当で誠実な根拠 (legitimate, good faith basis) をもって主張できる」ことを、「支持する資料」をもって示すことなどを求めている (Va. Code §8.01-407.1)。同条は 2002 年に成立したものであり、原告に課される立証の実体的要件は、同州の裁判所による In re Subpoena Duces Tecum to AOL 判決の影響を受けていると思われる。同判決自体が、匿名表現の権利と被害者救済の必要性のバランスを考慮したものであることは既述のとおりだが、その後の諸判決が匿名表現の権利をより保護する姿勢を示してきたため、この制定法の要件の合憲性が問題となった。これが争われたのが 2014 年の Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc. である。⁶²⁾ 製品・サービス評価の投稿を受け付けている Yelp のページへの匿名投稿により名誉を毀損されたと主張する会社が、同法に基づき投稿者を特定するための命令を求め、それが出された。ところが、Yelp はこれに従わず、裁判所侮辱の制裁を受けた。Yelp が控訴したところ、控訴裁判所も命令は合法だと認め、原審を維持したのである。⁶³⁾

控訴審判決は、連邦最高裁の匿名表現の権利についての判例を引きつつも、表現内容が違法であれば表現者が特定されても仕方がないとする。そのバランスをとるために、Yelp 側は Dendrite, Cahill 両判決の基準を用いる必要があると主張したのだが、控訴裁判所は州法の合憲性を認め、そうである以上この法律に従うとした。しかし、同判決は合憲性の理由として、法律には合憲性の推

62) Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc., 752 S.E.2d 554 (Va.App. 2014).

63) その後、州最高裁が、州裁判所は問題となった命令を出す管轄権を有しないと判断し、控訴裁判所の判決は破棄された。州最高裁はその際、州法の合憲性問題については判断を留保する旨を明示している。Yelp, Inc. v. Hadeed Carpet Cleaning, Inc., 770 S.E.2d 440 (Va. 2015).

定が働くという程度のことしか言っていない。同判決は、法律が上記要件に加え「サピナー要求に対し衡量テストを適用するいくらかの余地」を認めていると解釈しており、この点が合憲判断に意味をもったのかもしれない。⁶⁴⁾

最近の連邦地裁判決は、インターネット上の匿名表現者を特定するための命令の要件について、これまでの諸判例が以下のような「基本的コンセンサス」を形成してきているとしている。⁶⁵⁾①原告は、反論の機会を与えるため、表現者に告知を行う「合理的努力」をしなければならない。②「原告は、自己の主張の、自分のコントロール内にあるすべての要素につき、一応の支持 (prima facie support) を示さなければならない」。③裁判所は、原告が対象言明を特定しているか、必要な情報を得る他の手段はないかも考慮する。④もしこれらの要素から明確な判断ができない場合には、裁判所は、情報開示が表現の自由にもたらす抑止効果を正当化するに十分な利益に値することを原告が示したかどうかを、判断しなければならない。

もちろん、先例が常にこれらの要件を審査基準として採用してきたということはない。特に④の利益衡量を独立の考慮事項として立てるかどうかについては、既述のように、判決例の中でも意見の相違がある。原告がディスカバリ一段階で立証すべき程度に関する②についても、判決例において様々な定式化がなされてきたところである。が、確かに多くの判決は、被告を特定するためには、原告がいったん自らの主張を支える証拠を提示する必要があると考えてきたといえるであろう。これにより、原告が単に顕名化に伴う様々の圧力によって表現活動を萎縮させるために表現者の特定を求めているのではない、ということを確認することが必要だと考えられているのである。

6 学説の反応

このような判例の傾向に対し、批判的な見解ももちろん存在する。2004年の

64) Yelp, 752 S.E.2d at 565. 表現の自由保障の観点から、同法は他州の判決例と同様に、原告に証拠による主張の根拠づけを求める趣旨だと解釈すべきであると控訴審判決を批判する論稿として、Jesse Lively, Can a One Star Review Get You Sued?, 48 J.Marshall L.Rev. 693, 714-25 (2015). 同論文も、原告が証拠をそろえない段階で匿名表現者の特定を認めると、批判対象となる会社などが「批判者を脅して黙らせる」ためにサピナーを使うことが許されてしまうことを懸念する。

65) East Coast Test Prep LLC v. Allnurses.com, Inc., 167 F.Supp.3d 1018 (D.Minn. 2016).

段階で Dendrite 判決の基準が厳しすぎるとするある論文は、インターネットの匿名表現者を特定するための命令について、ディスカバリー一般とは異なる特別の要件を定立することに反対する。確かに匿名表現の権利は憲法上保障されているが、連邦最高裁が扱った事例は、いずれも一定の表現活動を行う場合には顕名を求めるといった内容の法令の合憲性が争われたものであり、違法な表現を公表した者が責任追及から逃れるために匿名を守りたいという主張が、認められるわけではない。問題は、保護されるはずの表現活動に対する萎縮効果であるが、違法表現の被害者の救済を受ける権利の観点からして、ある程度の萎縮効果が生じるのは仕方ない。この論文の著者は、既存の手続ルールでも、特に被告が不明の段階ではディスカバリーに一定の要件を課すことは可能であり、また原告による表現者に対する訴訟外の私的な制裁的行為を防止する措置をとることもできるという。バランスとしてはこれで十分であり、Dendrite 判決の要件は、むしろ原告の提訴を「抑止し過ぎる」であろう⁶⁶⁾。

その後も、Dendrit, Cahill 両判決の立場に対しては、被害者救済の観点からの異論は示されている⁶⁷⁾。最高裁判例は、匿名表現者を公私の権力に対抗する言論を可能にするための「誇りある」活動だと見てその要保護性を強調しているが、匿名性には責任意識を欠如させ、根拠のない誹謗中傷といった違法な表現を誘うという「ダークサイド」があるのも確かである。インターネットの現実において、後者の言論の方が前者よりもずっと多いのだとしたら、判例の匿名表現保護の論理をインターネットに持ち込んで、被害者が救済を求める前提として被告を特定することすら困難にすることには、反論があってもおかしくない⁶⁸⁾。

しかし、文献上も、判決例の大勢を支持する論調が支配的であるといえよう。

66) Vogel, supra note 30. See also Caroline E. Strickland, Applying McIntyre v. Ohio Elections Commission to Anonymous Speech on the Internet and the Discovery of John Doe's Identity, 58 Wash.&Lee L.Rev. 1537 (2001). ただ、これらの論文は、従来の最高裁判例が扱った事例は「事前抑制」であったとし、これを特定の表現がなされた後に表現者を特定するための命令と対置するが、ある範疇の行為を匿名で行うことを禁止しているだけで、制裁としては事後の刑罰しか付されていない規制まで「事前抑制」に含めるような概念の用い方には、賛同しかねる。

67) See S. Elizabeth Malloy, Anonymous Bloggers and Defamation, 84 Wash.U.L.Rev. 1187 (2006); Benjamin Conery, Maintaining the Mask of the First Amendment, 47 Suffolk U.L.Rev. 823 (2014).

68) Lidsky, supra note 54, at 1385f., 1388.

しばしば参照されるイェール・ロー・ジャーナルの論文は、基本的に Dendrite, Krinsky 両判決の「一応の証明基準」を肯定しつつ、被告が特定できない段階で原告に証明を求めるのが困難な要素については、原告が公人か私人かで基準を分け、公人には表現者の現実の悪意について「強い推論 (strong inference)」を示す事実の提出を求めるべきだとする。これに対し、私人はそのような負担からは解放すべきである。⁶⁹⁾ 同論文は、公人については、Cahill, Krinsky 両判決が証明対象から除外したような、被告の主観にかかわる事実についても一定の証明を求めるべきだという厳しい立場を示したのだが、その背景には、匿名表現の権利と被害者救済の必要性との衡量において、公共の討論に貢献する言論は顕名化によって生じうる萎縮から強く保護されるべきであるとの判断がある。一方、同論文は、「オンライン・モブ」ともいえる匿名表現によるハラスメントの被害も深刻であり、そのような言論はむしろ攻撃対象を黙らせる力をもつものであって、被害者救済の必要性が高い、という考慮も示している。⁷⁰⁾ だがそれでも、私人が原告となる場合にも、被告特定のためのデイスカバリーを得る要件として、自己のコントロール内の要素については一応の証拠を示すよう求めるのであり、むしろかなり表現の匿名性を保護しようとしているともいえるであろう。また、同論文は、Dendrite 判決が示した独自の衡量要件については、他の要件では明確な判断ができない場合にのみ使用することを肯定している。⁷¹⁾

原告が自己の主張について「一応の証拠」を示すべきだとする基本的な要請については、賛同する文献が多い。⁷²⁾ そこでは、被告特定のための文書提出命令が、批判者への嫌がらせ、脅しのために濫用されることへの懸念が大きな役割を果たしている。また、上で見たイェール・ロー・ジャーナルの論文と同様に、

69) Gleicher, supra note 54, at 353-57.

70) Id. at 330f. 匿名表現によるハラスメントへの危惧には、むろん、イェール・ロースクールでの事件（前掲注 54）参照）が反映している。

71) Id. at 360-62. その他、表現者への告知の合理的努力と訴訟遂行のための必要性が、要件として挙げられている。Id. at 363.

72) Mazzotta, supra note 37, at 844f., 860-62（証明対象は自己のコントロール内の要素に限定）; Levy, supra note 61, at 47-50; Susanne Moore, The Challenge of Internet Anonymity, 26 J.Marshall J. Computer & Info.L. 469, 483-85.

政治的言論についてはより厳しい基準を設けるべきだという主張も散見される⁷³⁾。これは、政治的言論については、特に匿名での表現活動が顕名化の恐れによって萎縮させられないことが重要だと考えられているからであろう。

Ⅲ むすびにかえて

既述のとおり、日本でも、発信者情報開示には「表現の自由」の観点からも「厳格な要件」が必要だといわれている。しかし、そこで「表現の自由」がいかなる意味で問題となっているのかはあいまいなままであるように思われる。アメリカの判例・学説において、匿名表現の権利の要保護性は、なによりも顕名化がもたらしうる表現者への圧力に対する警戒に支えられている。国家の行為と社会的な圧力が結びついて発生する萎縮効果に対する警戒は、ウォーレン・コート期以来アメリカの表現の自由判例を支える発想である⁷⁴⁾。確かに、顕名化自体は、表現者に法的制裁を課すものではないともいえる。しかし、顕名化によって表現者に対し必然的に生じる有形無形の圧力は、公共の討論の活発さを損なう萎縮効果として、避けるべき自由への制約と考えられているのである。そして、インターネットが広く匿名表現の可能性を開いた以上、そのフォーラムを匿名で利用する機会を保障することまで憲法上の表現の自由保障に含まれるべきだということになる。インターネットによって多くの人々が議論に参加できるようになったことは、表現の自由保障の観点から積極的に評価されるべきことであり、そこで技術的に可能とされた表現手法を人々ができるだけ臆することなく使用できることが、憲法上保障されるべき権利だと考えられて

73) Ryan M. Martin, *Freezing the Net*, 75 U.Cin.L.Rev. 1217, 1240-43 (2007); Siler, *supra* note 16, at 206-08. Michael R. Baumrind, *Protecting Online Anonymity and Preserving Reputation through Due Process*, 27 Ga.St.U.L.Rev. 757, 788-95, 800 (2011) は、政治的表現についてはサマリージャッジメント基準が適切としつつ、それ以外の表現の場合には原則として特別の要件を課す必要はないとして、両者により明確な差異を設けようとする。

74) 毛利前掲注 19) 第 4・5 章参照。

75) インターネットにおける表現規制についての初の連邦最高裁判決である *Reno v. American Civil Liberties Union*, 521 U.S. 844 (1997) が、その人々に開かれた表現媒体としての有効性を強調し、インターネットに修正 1 条の保障が限定されず及ぶと判示した (at 870) ことも、上記の多くの判決で参照されている。

いるのだといえよう。

このような匿名表現の権利についての評価は、日本の発信者情報開示要件を考えるうえでも参考になるとと思われる。確かに、匿名性の有する「ダークサイド」からすれば、表現者特定の要件を全般的にあまり厳しくしすぎることに問題はある。しかし、匿名性自体に保護されるべき価値を認めないような考え方は、それが一般の人々の表現活動への敷居を低めていることが有する積極的意義を認めていない点において、批判されるべきである。権利侵害の明白性要件により、発信者情報開示がプロバイダの判断だけで行われず、裁判所の判断を経ることが一般的になっていることは、この観点からむしろ積極的に評価すべきであろう。これにより、発信者情報を求める者にとって時間・労力のコストが増大するのは確かだが、表現者にとっていったん開示されれば回復できない匿名性への利益がかかっている以上、私的業者の判断に委ねるのは適切ではない。⁷⁶⁾

アメリカの裁判例では、表現者特定の要件として、原告に対しまず手続的に、文書提出命令が求められている旨を匿名表現者に告知する努力が求められるのが一般的である。これにより、表現者にできるだけ反論の機会を与えることが意図されている。ただし、一般的にいて、表現者に対しては、原告よりもプロバイダの方が連絡をとりやすい立場にいるといえよう。表現者を匿名被告とする訴訟形式においては、プロバイダは訴外の第三者にとどまるが、事情によっては告知義務をプロバイダに課すことも許されるとの判決例もある。⁷⁷⁾日本では、プロバイダ責任制限法4条2項がプロバイダに発信者の意見聴取義務を課しているが、これは手続の適正さの確保策として、原告に告知努力義務を課すよりも妥当な手法であろうと思われる。ただ、発信者が直接裁判所に対し弁明を行う機会が保障されていないことには問題もあり、発信者に原告に対しては身元を隠したまま意見提出を認める制度を導入するなどの改善策は考える。⁷⁸⁾

76) この表現者の利益を考えれば、刑事事件の捜査においても、プロバイダが任意捜査に応じて発信者情報を開示することには問題が大きいといえよう。

77) Solers, 977 A.2d at 954f. Krinsky, 72 Cal.Rptr.3d at 244 も、プロバイダから匿名表現者に告知がなされれば、それ以上原告に告知を求める必要はないとする。

78) 大島前掲注27) 33-34頁参照。

実体的要件については、日米の訴訟制度や名誉毀損の成立要件の相違を考えれば、アメリカの判決例の具体的な基準が取り入れられる価値を有するというわけではなく、その考え方が参考に値する⁷⁹⁾という程度であろう。ただ、原告に、自己のコントロール内にある限りで、自己の主張を根拠づける一応の証拠を示すよう求めるという、アメリカの判決例の「基本的コンセンサス」とも言われている要件は、上記した日本の平成15年判決の立場と類似しているとはいえる。平成15年判決には、十分な理由が付されていたとはいえない。アメリカでは、この要件は、原告が十分な根拠もないのに表現者を特定し、その者に嫌がらせや脅しといった圧力を加えようとするのを避けるために、求められている。さらに、このような考え方から、名誉毀損の相手が公人か私人かで表現者特定の要件を変えてよいという主張も、有力になされている。これらの理解は、日本の権利侵害の明白性要件解釈においても参考となろう。

(もうり・とおる 京都大学教授)

79) 同 32-34 頁参照。