

(社)著作権情報センター 4月著作権研究会
2002年4月15日 アルカディア市ヶ谷

プロバイダ責任制限法の機能と問題点

ー比較法の視点からー

弁護士 山本 隆司

はじめに

I. 米国DMCAの出現

1. DMCAの内容

- (1) 技術的手段・著作権管理情報の保護
- (2) プロバイダの責任制限
- (3) コンピュータ保守行為に対する権利制限
- (4) 船体デザインの保護制度の創設

2. プロバイダの責任制限

- (1) 損害賠償義務の制限
 - 無過失責任の原則から過失責任の原則へ
 - ノーティス・アンド・テイクダウン手続
 - 監視義務からの免除
- (2) 差止命令の範囲の制限
- (3) 発信者情報の開示制度

3. 日米欧の規定対比

- (1) 損害賠償責任
 - 米国DMCA
 - EU電子商取引指令
 - 日本のプロバイダ責任法
- (2) ノーティス・アンド・テイクダウン
- (3) その他

II. プロバイダのリスク

1. 問題の所在

- (1) プロバイダ・リスクの3側面
 - 責任リスク
 - 判断リスク
 - 訴訟当事者リスク
- (2) 米国におけるリスク処理
- (3) EUにおけるリスク処理
- (4) 日本におけるリスク処理
 - 一見して侵害が明白な場合は存在するか
 - 訴訟当事者リスクは不可避

2. 著作権侵害責任のリスク

- (1) アップロード・複製行為の主体
- (2) 送信行為の主体
 - 不作為による送信行為の有無
 - 不作為による侵害行為の成立要件
- (3) 差止請求権の有無
 - 直接侵害者説
 - 間接侵害者説

3. 侵害判断のリスク

- (1) 過失の発生
 - 監視義務
 - 確認義務
 - 削除義務
 - 過失の事情

- (2) 過失の判断事例
- (3) 判断リスクの回避制度
- 4. 訴訟当事者にされるリスク
 - (1) 真の紛争当事者
 - (2) 発信者情報開示制度の限界
 - 憲法的枠組み
 - 法律的枠組み
 - プライバシー保護の限界
 - 表現の自由の限界

III. 日本プロバイダ責任制限法の問題点と改善のアイデア

- 1. 責任リスクの適正配分
 - (1) 損害賠償責任
 - (2) 差止請求権・削除請求権
- 2. 判断リスクの適正配分
 - (1) 問題点
 - (2) 改善のアイデア
- 3. 訴訟当事者リスクの適正配分
 - (1) 侵害明白性の要件
 - 裁判を受ける権利の保障
 - 不正目的権利主張者の排除
 - (2) 重過失要件
 - (3) 発信者情報の確保
 - 開示主体に関する問題点
 - 発信者情報確保制度
 - 送達受領代理人制度

はじめに

ご紹介いただきました弁護士の山本です。よろしくお願いいたします。

さて、このプロバイダの責任制限法（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律）の問題を議論するときには、アメリカのDMCA（デジタル・ミレニアム著作権法）をまずご紹介する必要があると思います。というのは、プロバイダの責任制限が必要であるとの議論が初めて出てきたのは、このDMCAだからです。

しかし、DMCAでプロバイダの責任制限が規定された必要性というのは、実はアメリカの制度の特異性からきています。ただ、アメリカの場合にはその特異な制度から発生する問題を手当てするだけにとどまらず、よりよくするための制度も設けています。そういうところが日本法にとっても参考になります。

I. 米国DMCAの出現

1. DMCAの内容

まず、DMCAとはどういうものなのかということをご紹介したいと思います。DMCAは1998年10月28日に制定されました。

(1) 技術的手段・著作権管理情報の保護

その内容の第1は、1996年に締結されたWIPOの著作権条約と実演・レコード条約の施行です。すなわち、技術的制限の保護（著作権法1201条）、著作権管理情報の保護（同1202条）です。ただ、WIPO条約の中では、技術的制限というのはコピーコントロールだけに限られています。DMCAは一步踏み込んでアクセスコントロールの保護ということも明確に打ち出しています。いわば裏返しの意味でアクセス権、使用权を創設したといえるような内容になっています。

これはおわかりだと思いますが、ネットワーク社会以前においては、情報は記憶媒体に収められて、その記憶媒体を通じて転々流通するというものでした。すなわち、記憶媒体と伝達媒体は分離していませんでした。これに対して、ネットワーク社会の段階では、記憶媒体と伝達媒体とが分離し、記憶媒体を離れて著作物の伝達が可能になりました。

記憶媒体と伝達媒体とが分かれる前であれば、料金を回収するには、コピー行為に対して課金をすればいいのですが、ネットワークにおいては、課金する方法としては、著作物を暗号化して、いくらコピーされても構わないような状態にしておいて、その暗号を解読する段階で料金をとる形になるわけです。したがって、ネットワーク社会においては著作物の保護として、アクセスコントロールの保護が不可欠ということになります。DMCAは、はっきりとこれについて手当てしています。コピーコントロールよりも重視しています。

(2) プロバイダの責任制限

第2の内容は、プロバイダの責任制限です。この問題は、米国著作権法上、著作権侵害に対して、故意・過失を問わず、損害賠償請求が認められている（504条）ことと関係があります。1993年のフロリダ中部地区連邦地方裁判所の「プレイボーイ事件」

(*Playboy Enterprises Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552 (M.D. Fla. 1993)) 判決では、ユーザーが電子掲示板(BBS)に『プレイボーイ』誌の写真をアップロードし、これに対して著作権者であるプレイボーイ社が、ユーザーではなくBBSを管理するプロバイダを相手取って著作権侵害訴訟を起こしました。ここでは、誰がプレイボーイ誌の写真を複製した複製行為者かということが問題になりました。裁判所はあっさりと、複製媒体であるサーバーを保有しているプロバイダが複製行為者だと認定しました。

日本であれば、著作権侵害に対しては、善意・無過失にかかわらず差止請求権は認められますが、損害賠償責任は民法709条に基づいて、故意または過失がない限りは課されません。しかし、アメリカの場合には著作権侵害があると、善意・無過失にかかわらず、差止請求権だけでなく損害賠償請求権も認められてしまいます。したがって、プロバイダ

は、侵害行為者だと認められてしまったために、善意・無過失であるかどうかにかかわらず損害賠償義務が認められてしまいました。つまり、無過失責任です。

そうしますと、プロバイダは、どういうものがアップロードされるのか、それが著作権侵害かどうか、いちいち監視・チェックしないといけないという状態になります。これではネットワーク社会を支えるプロバイダに過大な負担を負わせてしまうところから、DMCAでは、サービス・プロバイダの責任を無過失責任から過失責任に転換するということを行ったわけです。

(3) コンピュータ保守行為に対する権利制限

第3の内容は、コンピュータ保守行為に対する権利制限規定（著作権法117条(c)）の制定です。この問題は、1993年の「MAI事件」(*MAI Systems Corp. v. Peak Computer*, 991 F.2d 511 (9th Cir. 1993)) に関係します。この事件において、第9巡回区連邦控訴裁判所は、RAMへの蓄積を複製だと認めました。この事件は、RAMについてのリーディングケースとしてよく挙げられるのですが、コンピュータの保守業者が保守の過程でコンピュータを操作した場合に、保守業者が複製行為を行った実施行為者として著作権侵害責任を問われてしまったという事件です。

裁判所はコンピュータにプログラムをロードすること、すなわちRAMへの蓄積は、複製行為に該当するからということで保守業者の責任を単純に認めました。RAMへの蓄積が複製であるということについては、アメリカの中でも異論はないのですが、保守行為が著作権侵害責任を問われるということになると、保守業務をプログラムの著作権者が独占できることになってしまいます。このような結果は競争政策上望ましくないとの観点から、DMCAでは、コンピュータの保守行為に対して著作権への権利制限規定を設けるという手当てがなされました。

(4) 船体デザインの保護制度の創設

第4の内容は、船体デザインの保護制度（著作権法1301条以下）の創設です。1989年の連邦最高裁の「ボニートボート事件」判決 (*Bonito Boats Inc. v. Thundercraft Inc.*, 489 U.S. 141 (1989)) に関係します。フロリダ州が、船の船体のデザインについて、デッドコピーを禁止する法を定めました。デザインに対する保護は、連邦法である特許法や著作権法によって保護が先占されています。したがって、同一の対象物に対して州法が保護を認めるということは連邦法の優位性に抵触するということで、州法の効力が否定された事件です。

船舶のデザインは、創作性があれば当然著作権法で保護されるのですが、創作性のレベルもかなり低いものでも、デッドコピーから保護する必要があるのではないかと考えられ、DMCAにこういう規定が入れられました。これは時限立法で、その後の様子を見てその法制を継続するかどうか、船体デザインだけにこの保護をとどめておくのか、さらに広げなのか、のちに考えるということになっています。

以上がDMCA、デジタル・ミレニアム著作権法の内容です。

2. プロバイダの責任制限

(1) 損害賠償義務の制限

無過失責任の原則から過失責任の原則へ

戻りまして、プロバイダの責任制限（著作権法512条）がDMCAにどのように定められているかを見ていきますと、第1に、損害賠償義務の制限に関して、先ほど申し上げましたように、無過失責任の原則から過失責任の原則に転換しています。

「プレイボーイ事件」では無過失責任、つまりプロバイダが著作権侵害の直接行為者だと判断したのですが、1995年の「ネットコム事件」第9巡回区連邦控訴裁判所判決 (*Religious Technology Center v. Netcom*, 51 PTCJ 115 (N.D. Cal. 1995)) においては、プロバイダはアップロードされたものの複製行為者ではなく、複製手段をユーザーに提供しただけで、あくまでも複製行為者はユーザーだという位置づけをしました。そうしますと、複

製行為に利用されるものを使わせたというのは、日本法でいいますと教唆・幫助の問題、アメリカ法でいいますと寄与責任の問題になります。寄与責任は、故意・過失がない限り、損害賠償義務が認められません。ネットコム判決はこういうアプローチを取りました。この判決の考え方を立法化したのが、DMCAの過失責任の原則です。

また、損害賠償義務の免責を認めるための要件として、代位責任というものも入れています。損害賠償義務を認める根拠としては、寄与責任のほかに代位責任というのがあります。被告が侵害行為に関して管理権限を持っているということと、その侵害者の行為から直接の経済的な利益を得ているという2つの要件があれば、報償責任の原則に基づいて代位責任が認められます。したがって、免責の要件として、管理権限または直接の利得の欠如が入れられています。

ノーティス・アンド・テイクダウン手続

第2に、ノーティス・アンド・テイクダウン手続（512条(c)）というものを入れています。これは、権利者からアップロードされているものが権利侵害に当たるとの通知があったときには、プロバイダに対して、直ちにそれを削除する義務を課すものです。

よく勘違いされる点ですが、通知があつてはじめて削除すればいいという意味での免責ではありません。通知がある前に違法なものがあることを別のルートから知っていたような場合には、その時点で削除しなければ過失責任が問われます。先ほどの過失責任の原則とダブルでかかってきます。ということで、過失責任を軽減するための手続きではなく、過失責任の原則に上乗せして要件を厳しくするという手続きです。

監視義務からの免除

第3に、監視義務のないことを明記しています（512条(m)(1)）。過失の根拠となる事情がどこにあるのか、後で詳しく見ていきたいと思うのですが、侵害しているものがあるかもしれないという具体的な状況があつてはじめて、本当にそういうものがあるのかどうかを確認する義務が生ずるのか、あるいはそもそもプロバイダのサービスが違法目的に使われるかもしれないということだけに基ついて違法な行為に使われていないかどうかを積極的に監視する義務が生ずるのか、が問題になります。DMCAは後者の監視義務を排除しています。具体的に侵害の疑いを生じさせる状況が出てからはじめて、それを確認すればいいという立場をとっています。

(2) 差止命令の範囲の制限

著作権侵害がありますと差止命令が出されるわけですが、DMCAでは、その範囲が制限されています。違法なものを配信しているプロバイダに対しては、そのサービス全体を止めてしまうという差止命令も、本来であれば裁判官の裁量で可能です。しかし、要件としては、先ほどの善意・無過失であるとか代位責任が成立しないであるとか、ノーティス・アンド・テイクダウン手続に従っているとかということを条件としてですが、差止命令を、当該侵害物に対する削除もしくはアクセスの解除の範囲に限定しています（512条(j)）。

(3) 発信者情報の開示制度

発信者情報の開示制度（512条(h)）はなかなかおもしろい制度です。権利者は、アップロードされているものが自己の著作権を侵害していると考えたと、その発信者に対して訴訟を起こせるように、プロバイダに対して発信者の身元を明らかにする情報の開示を求めることができます。

そのための要件としては、裁判所に対して文書提出命令を申し立てるということが必要です。ただし、その要件は、形式的な書面と証拠としての宣誓供述書の提出であり、手続は、裁判所の書記官が形式的な審査で文書提出命令を出してくれるという簡易な制度です。

このような手続の場合、発信者情報が変な人に流されてしまうのではないかと、いわゆるストーカーにでも流されてしまうことがあるんじゃないかという懸念が生じます。アメリカでは、宣誓供述書の虚偽記載に対する刑事制裁がその抑止力になります。宣誓供述書は公証人の前で宣誓の上事実を陳述するのですが、そこで嘘を言うと偽証罪に問われます。

3. 日米欧の規定対比

DMCAの問題提起を受けて、2000年にEUが電子商取引指令を定めてプロバイダの責任の制限を規定し、2001年にはわが国が、プロバイダ責任制限法を制定しました。

アメリカ、EU、日本の各法制を比較して整理したものがスライド1です。

(1) 損害賠償責任

米国DMCA

具体的にDMCAの条文をご紹介します。DMCAでは、プロバイダのサービスを4種類に分けています。接続サービス、システム・キャッシング、ホスティング、インデックスサービスの4種類です。通常もっとも問題になるのはホスティングサービスですので、その規定についてご紹介いたします。

DMCA第512条(c)(1)は、「サービス・プロバイダによってまたはそのために管理されまたは運営されるシステムまたはネットワーク上に、使用者の指示により素材を蓄積したことによって、著作権の侵害を生じた場合、サービス・プロバイダは、以下の条件を全て満たす場合には、著作権の侵害による金銭的救済（これが損害賠償請求権ですが）または第(j)節に定める場合を除き差止命令その他の衡平法上の救済（これが先ほどの差止命令の制限ですが）につき責任を負わない。」と規定しています。その「条件」の第1は、善意・無過失であるということ。つまり過失責任になったということです。

「条件」の第2は、管理権能または直接の経済的利益の欠如です。これは代位責任の要件ですが、代位責任の要件を欠いているということが条件になります。

「条件」の第3は、ノーティス・アンド・テイクダウン手続です。ノーティスがあればすぐに削除しなければならない。こういう要件を満たしている場合に損害賠償義務が免除され、差止命令については限定が加えられるという規定になっています。

接続サービスとシステム・キャッシングについては、要は自動的・受動的なサービスであって、機械的に行われるものに限って免責が認められます。その代わり、善意・無過失とかは問題になりません。

インデックスサービスについても、ホスティングサービスと同様の要件を課しています。

EU電子商取引指令

EUの電子商取引指令は、プロバイダの責任制限を接続サービス、システム・キャッシング、ホスティングの3種類に分けて規定しています。

通常もっとも問題となるホスティングの規定をご紹介します。電子商取引指令第14条第1項は、「サービスの受領者が提供する情報を蓄積することからなる情報社会サービスが提供される場合には、加盟国は、サービス・プロバイダが、以下の条件のいずれかを充たすことを条件として、サービスの他の受領者の要求により蓄積される情報について責任を負わないことを保障しなければならない。」と規定しています。

注意を要するのは、この規定は、損害賠償請求権と差止めの両方に適用があることです。その要件としては、差止命令の免責については善意であるということ、損害賠償の免責については善意・無過失であるということとされています。

接続サービスとシステム・キャッシングについては、同じように自動的・受動的・機械的なものであれば免責されます。ホスティングについては、善意・無過失であるということが要件になります。インデックスサービスについては定めておりませんが、これは教唆・幫助であるとか、間接侵害ないしは寄与責任の議論で処理される問題だという位置づけです。

日本のプロバイダ責任制限法

日本の場合にはこういう類型的な分け方はしておりません。単純に回避可能性と善意・無過失を要件にしています。

プロバイダ責任制限法第3条1項は、「特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者……によって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定

の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれか（この各号というのは善意・無過失を要件にしています）に該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。」と規定しています。

（2）ノーティス・アンド・テイクダウン

DMCAは、ノーティス・アンド・テイクダウンという簡便な救済手続を定めています。権利者からの形式的な要件を満たした通知が来れば、プロバイダは直ちに削除する必要があります（512条(c)）。そして、権利侵害通知をアップロードしたユーザーに送りますが、ユーザーが一定の期間内に権利の侵害ではないと異議通知を行った場合には、プロバイダはこれを復活させるかどうかという問題になります。権利者が訴訟をユーザーに対して起こせばプロバイダは復活させる必要がありません。他方、訴訟が提起されないと、プロバイダは元のユーザーのアップロードしたものを復活させる必要があります（512条(g)）。こういう手続です。

これに似た制度は、EUには定められていません。

日本には、ノーティス・ノーティス・アンド・テイクダウンといわれるものが定められています（3条2項2号）。まず、権利者からの形式的要件を満たした侵害通知があった場合に、侵害通知をユーザーのほうに送って、ユーザーの側が一定期間内に異議通知を出さなかったときには、プロバイダはこれを削除できるという手続です。プロバイダの判断で削除できるということであって、削除しないといけないという制度ではありません。

（3）その他

監視義務については、アメリカのDMCAでは明確に免除の規定を入れています。差止命令の制限については先ほどご説明したとおりです。発信者情報の開示制度は、先ほどご紹介したとおり、形式的要件と形式的手続の制度に設計されています。

日本の場合には、やはり開示請求権という制度（4条）が設けられていますが、これには裁判所が介入しません。要は、プロバイダが権利者から開示を求められた場合に、開示するかどうかプロバイダの判断が問題になります。侵害の明白性、開示の必要性、ユーザーの意見陳述の機会が要件とされています。かなり権利者の権利救済には時間のかかる要件です。しかも、開示しない場合には、侵害が明白でありながら、重過失で明白でないと誤って判断しても責任は問われませんが、開示した場合には、侵害が明白であると過失で誤って判断すれば責任を問われます。あまりにユーザーに偏った権利者には極めて不利な内容になっています。

II. プロバイダのリスク

1. 問題の所在

（1）プロバイダ・リスクの3側面

今回は、プロバイダ責任制度を分析する切り口として、プロバイダにどのようなリスクが発生するのかという観点から、法制度のあり方を見ていきたいと思います。これを整理したものが、スライド2です。

責任リスク

プロバイダのリスクの第1は、プロバイダに過大な責任が課されていないかどうかです。要は、無過失責任が課されているとか、あるいは侵害があるかどうかわからない段階においてその有無を監視しないといけない義務を課しているかどうかポイントになります。

判断リスク

プロバイダのリスクの第2は、判断リスクです。プロバイダは、アップロードされたものが著作権を侵害するか否か判断せざるをえず、判断を誤った場合に責任を課されるおそれがあるというリスクが発生します。この判断というのがなかなか難しく、判断を誤った場合にその責任を免除してやるということが必要になります。そのための制度として、いくつか考えられます。

その第1は、「放置義務制度」とでもいうべきものです。プロバイダに、権利侵害通知が来ても、それをほったらかしにしておくことを義務づける方法です。その代わりに、権利者とユーザーとの間で直接対決できるような制度をつくる必要があります。すなわち、発信者情報開示制度です。

判断リスク回避の第2の方法は、「削除義務制度」とでもいうべきものです。これはアメリカが採っているような制度ですが、権利者からの権利侵害通知があれば直ちに削除することを義務づける方法です。その代わりに、権利者とユーザーとの間で直接対決できるような制度をつくる必要があります。すなわち、権利者情報開示制度です。

判断リスク回避の第3の方法は、「削除権制度」とでもいうべきものです。権利侵害通知が来たとしても、削除するのもしないのことはプロバイダの裁量に任せてしまい、その判断について責任を問わないとする制度です。この場合でも、権利者と発信者、それぞれ削除されたり放置されたりした側としては不満が残りますから、直接対決できる制度を設ける必要があります。すなわち、発信者情報開示制度と権利者情報開示制度の両方です。日本は、ノーティス・ノーティス・アンド・テイクダウンの場合に限って、この削除権制度を採用しています。

訴訟当事者リスク

プロバイダのリスクの第3は、訴訟当事者とされてしまうリスクです。これがどういうふうに回避されているのか。後で詳しく説明しますが、通常、プロバイダが訴訟当事者になる必要性はありません。ないにもかかわらず、プロバイダが訴訟に巻き込まれてしまうということでは、プロバイダの機能を障害し、ネットワーク社会の発展を抑制してしまうことになります。

したがって、権利者・発信者間だけで直接紛争解決ができる制度が必要です。すなわち、削除されたユーザーのためには権利者情報開示制度が、放置された権利者のためには発信者情報開示制度が、権利者・発信者間だけの直接紛争解決に必要不可欠となります。

(2) 米国におけるリスク処理

この観点からアメリカの制度、EUの制度、日本の制度を見ていきます。その評価を整理したものが「スライド3」です。

アメリカの制度においては、プロバイダは前述のリスクから十分に免責されています。ノーティス・アンド・テイクダウン手続においては、ノーティスがあれば自動的に削除すればいいので、判断リスクはありません。削除義務がありますので、削除してしまったということについてユーザーからサービス契約の違反ということを追われることもありません（著作権法512条(g)）。発信者情報を開示した場合でも、プロバイダは裁判所の命令によって開示するわけですから、通信の秘密を侵害したという責任に問われることもありません。

また、アメリカの制度は著作権者を著作権侵害から守るという観点からも合格点がつけられます。

しかし、発信者が権利侵害から保護されているかどうかということから見ますと、第1に、通信の秘密の侵害に関しては、○にしていますが△くらいかもしれません。というのは、ストーカー的な、本当に権利侵害があつてではないがこれに名を借りて発信者の氏素性を知りたいと思っているような人から、発信者情報を保護できるかどうかということから考えると、その保護の手段になっているのは宣誓供述書に対する刑事制裁だけです。しかし、ストーカー行為自体違法でありながら、それをあえてやろうと思う人間が、宣誓供述書に対する偽証罪が怖くてこれをやらないとは思えません。つまり、刑事制裁というのは必ずしも十分ではないのではと思います。○ではなく、△と評価すべきと考える理由です。

第2に、発信者の発信の自由は、保護があまりに薄いのではないかと考えます。というのは、発信者は、アップロードしたものが侵害ではないと思っていても、自称権利者が現れて、プロバイダに著作権侵害通知をすればいきなりばつさり削除されてしまいます。こ

れでは削除される発信者としてはたまらないのではないか。私もホームページを持っていますが、誰かが著作権侵害の言いがかりをつけて権利侵害通知を出して来ただけで削除され、訴訟で紛争解決するまで回復されないのではたまらないと思います。このような意味で、発信の自由に対しての手当てが不十分ではないかと考えます。

(3) EUにおけるリスク処理

EUの制度における前述の各リスクの処理について評価するのはなかなか難しいところです。というのは、ディレクティブは加盟各国に対する立法の指令で、最低限の内容の立法を義務づけるだけで、それ以上の内容は、各国の立法政策に委ねています。したがって、十分なリスク処理の制度となるか否かは、各国の立法政策次第です。

(4) 日本におけるリスク処理

日本のプロバイダ責任制限法を評価しますと、わが国の法制は、判断リスクに関して部分的に削除権制度を採っています。しかし、著作権者が発信者との間で直接紛争解決を図ろうとしても、発信者情報の開示を受けるには、事実上プロバイダに対する訴訟提起が必要となるので、救済が迂遠とならざるを得ません。したがって、著作権者を著作権侵害から保護しているかとの評価において、明らかに×であるとともに、著作権侵害に関して、プロバイダを訴訟当事者リスクから回避させることができませんので、リスク処理措置として×の評価です。

これを分析したものが**スライド4**です。

権利者が自分の著作権を侵害されていると主張する場合に、4つのパターンがあります。大きく分けて、最終的には侵害だと判断される場合と侵害していないと判断される場合があります。最終的には侵害だと判断される場合であっても、一見して侵害が明白な場合①と、一見して侵害か否か判断できない場合②があります。また、最終的には侵害していないと判断される場合にも、一見して侵害か否か判断できない場合③と、一見して侵害でないことが明白な場合④があります。

一見して侵害が明白な場合は存在するか

侵害であることが一見して明白な場合には、プロバイダ（P）に対して権利者が削除請求やユーザーの発信者情報の開示請求をした場合には、日本のプロバイダ責任制限法上、プロバイダ（P）はアップロードしたものを削除し、また発信者情報を開示することが許されます。したがって、この場合には、権利者としては、後は発信者（U）に対して訴訟を起こして権利救済を求めれば足りることになります。

問題は、侵害が一見して明白な場合というのはどれくらいあるのかということです。しかし、実際にはこれはほとんどないと思います。なぜかというと、例えば、私の関与した「キューピー事件」では、原告側が著作権を持っているローズ・オニールの1913年キューピー人形と被告キューピー株式会社の人形を比較すれば（**スライド5**参照）、一見してほとんど同一です。しかし、地裁の判決は、類似していないと判断しました。この類似性に関する判断は高裁で覆されていますが、私はここで、地裁の判断が誤りだと愚痴を言いたいわけではありません。ここで重要なことは、侵害の判断においては、両当事者の作品を見比べて似ているかどうかで、侵害か否かが判断されるのではないという点です。いかに似ていても、原告側の著作物は、原著物を基にする二次的著作物であったり（「キューピー事件」地裁判決）、第三者の著作物の単なる複製物であったり（「同期の桜事件」）する可能性があり、その場合には公有に帰した著作物に由来する表現上の特徴は原告側の著作物の保護要素から排除されます。その結果、被告の著作物は作品は似ているけれども、保護要素においては似ていないということで、侵害が否定されているわけです。

そうすると、プロバイダの側に立った場合に、権利者側からその著作物とアップロードされているものを示され著作権侵害であると言われても、2つを見ただけでは侵害の有無を判断できません。権利者側の著作物が二次的著作物であるかもしれませんし、第三者の複製物であるかもしれない以上、プロバイダにとって、侵害が一見明白である場合などほとんどないと思われまます。侵害が一見明白である場合は、同様の事件についてすでに判

決が出ている場合くらいでしょう。

訴訟当事者リスクは不可避

そうするとどうなるか。現実に存在するのは、侵害であるか否かが一見明白でない②や③の場合がほとんどと思われます。この場合について具体的に手続の進行を見ていきますと、権利者はプロバイダに対してユーザーの住所氏名等の情報、すなわち発信者情報の開示を求めます。また、侵害物だからアップロードされたものを削除することを求めます。しかし、プロバイダは、侵害が明白ではないので、発信者情報を開示しません。他方、アップロードされたものを削除はするかもしれませんが、削除する義務はありません。過失がない限りは責任を問われることはありませんので、先ほど申し上げましたように、一見して明白な侵害の場合はほとんどありませんから、過失があると判断するのは極めて困難です。

ということは、発信者を相手に損害賠償または削除させようと思った場合には、発信者の身元が分かりませんから、プロバイダを相手に訴訟せざるを得ません。プロバイダとの訴訟によって、著作権侵害が認められれば侵害が一見明白な場合に該当しますので、プロバイダは、その段階で初めて発信者情報を開示できることとなります。また、削除も堂々とできるということになります。

しかし、後に詳しくご説明するとおり、プロバイダは本来的には訴訟に関与する利害関係も必要性もありません。それにもかかわらず、訴訟に必然的に巻き込まれてしまう結果となります。その意味で、**スライド3**に記載したとおり、プロバイダに訴訟当事者リスクを生じさせているので、著作権侵害責任に関して、×という評価をせざるを得ません。発信者情報を開示させ、発信者に削除や損害賠償を求めるのに、プロバイダとの訴訟を経由することが必要であるというのは、著作権者の救済として、何とも迂遠な手続です。したがって、著作権者の著作権侵害から守られているかという点においても、×だと評価せざるを得ません。

以上が、日本のプロバイダ制限法における問題点の結論です。

以下では、これをもう少し詳しく見ていきたいと思えます。キーワードは、先ほど言いました3つのリスクです。第1は、プロバイダに過大な著作権侵害責任が成立するかどうかというリスク。第2は、プロバイダが侵害を判断しないといけないか否かというリスク。第3は、紛争当事者として巻き込まれるリスク。この3つがキーワードです。

2. 著作権侵害責任のリスク

まず、プロバイダに著作権侵害が成立するのかどうかを考えていきます。

(1) アップロード・複製行為の主体

ユーザーは、自分のコンピュータからプロバイダのサーバーに著作権侵害物と主張されるものをアップロードします。このアップロード、すなわちサーバーに複製するという行為の行為者は誰か。アメリカの例で申し上げましたように、「プレイボーイ事件」ではプロバイダが複製行為者だと判断されましたし、「ネットコム事件」では、ユーザーが複製行為者だと判断されました。

複製の要素は、複製の行為と、複製の意思の2つです。

まず、複製の行為に関して、複製手段は何か、それを使ったのは誰かと考えると、複製手段はサーバーです。サーバーはプロバイダが保有していますが、ユーザーはこれを使用する権限を持っています。複製手段を利用したのは誰かという点では、ユーザーもプロバイダも複製行為者たり得ます。

つぎに、複製の意思から考えると、サーバーに蓄積するという抽象的な意味ではプロバイダにも複製の意思があります。しかし、具体的な侵害物に着目すれば、侵害物を複製する意思を持っているのは誰か、わかりやすくいうと当該侵害物を選んだのは誰かと考えると、それはユーザー以外にありません。ユーザーがそれを選んでアップロードしているのですが、プロバイダの側は何を選ぶという行為はやっていません。

以上のとおり、この侵害行為としての複製行為者はプロバイダではなく、ユーザーだというふうに考えられます。

(2) 送信行為の主体

今度は、サーバーから公衆に対して無断複製物を配信する場合の送信行為者を、送信の行為と送信の意思という2つの点から検討していきます。

まず、送信の行為に関して、送信手段は何か、それを使ったのは誰かと考えると、送信手段はサーバーとネットワークです。サーバーとネットワークはプロバイダが保有していますが、ユーザーはこれを使用する権限を持っています。送信手段の利用を利用したのは誰かという点では、ユーザーもプロバイダも送信行為者たり得ます。

つぎに、送信の意思から考えると、送信されるものを選択しているのはユーザーです。プロバイダは送信する対象として当該複製物を選択する意思は持っていません。

したがって、送信の行為者というのはプロバイダではなくユーザーだというふうに判断できると思います。

不作為による送信行為の有無

ところが、検討はこれで終わりません。刑法の概念では、即成犯と状態犯と継続犯の概念区分があります。即成犯というのは、犯罪行為がその瞬間に終わって、かつ法益の侵害もその時点で終わるといえるものです。例としていわれるのは殺人などの場合で、人を殺すという行為が一瞬起こって、その人の生命という法益はその瞬間に失われます。状態犯というのは、例えば窃盗のような場合では、窃盗行為は盗んだという行為の瞬間に終わりますが、盗まれた状態、所有権の侵害された状態というのはずっと続きます。継続犯というのは、例えば監禁罪のような場合で、犯罪行為が、一時点で終了することなく、監禁されている間中ずっと続いているといえるものです。

この3つの概念で見ていきますと、複製行為は状態犯です。つまり、複製行為は一瞬で終わりますが、違法状態である違法複製物はずっと残ります。違法複製物が残っているということ自体は、法益侵害状態ですが、侵害行為ではありません。これに対して、送信行為は、送信が行われている間中ずっと侵害行為が継続しています。ここが、複製行為と送信行為の違うところです。そうしますと、送信権の侵害については、ユーザーが侵害行為者であるとしても、プロバイダが事後的に送信権の侵害に関与することが可能であることを意味します。

分かりやすい例でいいますと、無断複製物をアップロードして送信させているユーザーが送信途中で亡くなった。プロバイダは当該ユーザーが亡くなったのを知っているけれども、もっとやれと思って、それを削除もせずずっと残している。あるいは、ユーザーの親族から削除してくれといわれても残している、というような場合、すでに発生した侵害状態を利用する意思を持って、侵害行為を継続する行為をプロバイダは行っているわけです。これは不作為による侵害行為に故意のある例です。ここで、侵害状態を利用する意思を持って削除せずに放置しておいたわけではないが、放置していたことに権利侵害に対する注意義務違反があれば、不作為による侵害行為に過失のある例となります。

不作為による侵害行為の成立要件

不作為による侵害行為が成り立つかどうかは、2つの要素を見ていく必要があります。作為と同視できるかどうか、その意思があるかどうかです。

不作為が作為と同視できるためには、作為義務がありながらそれを放置しているということが必要です。作為義務の発生根拠としていわれているのは、法令に基づく作為義務と、契約に基づく作為義務と、条理に基づく作為義務です。条理に基づく作為義務も、根拠としては、先行行為、引受行為、管理者たる地位がいわれています。プロバイダについて見ていきますと、第1に、プロバイダはサーバーを現実に管理しており、また、通常、利用規約の中にも違法物があつた場合の削除権限が明記されていますので、作為義務の根拠としては管理者としての地位にあると思います。第2に、プロバイダのサービスは、適法行為にも使えますが違法行為にも使えますので、違法行為にも使えるような媒体を提供したと

いう先行行為があると思われま。第3に、作為義務を裏づける実質的な根拠として、著作権侵害は重大な違法行為ですから、侵害した状態をずっと放置しておくというのは、公序良俗に反しており、削除する強い必要性があるということになります。こういうところから、不作為を作為と同視すべき強い作為義務が認められると考えます。

なお、作為義務が認められても、作為可能性がなければ作為義務違反は成立しません。しかし、プロバイダは違法なものがあれば削除できるという管理者たる地位にあるので作為可能性も認められます。

意思の要件ですが、著作権侵害に該当するという違法性の認識があれば、故意が成立します。権利侵害が予見でき、権利侵害回避のための注意義務を怠った場合には過失が成立します。

以上のとおり、著作権侵害責任の成否について、プロバイダに複製権の侵害は成り立たないが、公衆送信権の侵害は成り立ち得るとというのが結論です。

(3) 差止請求権の有無

さらに、著作権侵害について過失があれば損害賠償請求権が認められるのは当たり前ですが、差止請求権や削除請求権が認められるかどうかという論点について検討してみたいと思います。

著作権法第112条1項は、著作権を侵害する者または侵害するおそれのある者に対して差止請求することができるという主旨が書いてあります。そこでいう者には教唆・幫助も入るのかどうかということが問題になります。しかし、そもそもプロバイダが無断複製物の送信を放置していたような場合に、プロバイダは教唆者・幫助者として位置づけられるのか、それとも直接の侵害者として位置づけられるのか、という両方の考え方がありません。

直接侵害者説

プロバイダが放置という不作為によって公衆送信権を直接侵害していると見るのが、この直接侵害者説です。その場合には、送信行為を行っているユーザーと、プロバイダとともに直接侵害者と見ることになります。

意思の共同がない正犯を2人認めることはおかしいのではないかという考え方もありますが、不作為犯の場合には正犯が2人いることもあり得るように思います。例を挙げますと、子供が溺れているのを目の当たりにした親が、すぐ近くにいて助けられるにもかかわらず、死んでしまえとの意思を持って、わが子の溺れているのを放置した場合、その親に対しては不作為による殺人罪が成立します。その場合において、実は第三者がその子を殺意を持って川に突き落としたとすると、当該第三者もやはり殺人の正犯になります。子供の溺れた原因が、自分で落ちたのか第三者が突き落としたのかを親が知らないにもかかわらず、第三者の存在の有無によって、同じ親の行為が殺人の正犯になったりならなかったりするのはおかしい結論となります。したがって、不作為犯の場合には、正犯、すなわち直接の侵害行為者が2人いるというようなこともあり得ると思います。

行為の性質から考えて、プロバイダには直接行為性があると思えます。したがって、ホスティングのような場合には、公衆送信権侵害の主体をプロバイダに認めて、第112条1項を適用して差止請求を認め、2項に基づいて削除を求めることができると思います。

間接侵害者説

ところが、プロバイダは送信手段を貸しているだけで、教唆や幫助というような間接侵害にしかならないんだという考え方も、十分あり得ると思います。では、第112条1項は、教唆や幫助にも適用があると考えていいのでしょうか。

これを肯定している裁判例もあります。たとえば、「小僧寿司事件」は商標権侵害の事件ですが、フランチャイズシステムにおいて、商標権を侵害する商標をフランチャイジーが使用し、本部がこれを指示していた場合について、第1審裁判所は、本部は教唆・幫助の関係にあると認定しながら、差止請求を認めました（大阪地判平成2年3月15日判時1359-128、高知地判平成4年3月23日判タ789-26）。

また、制限的に一定の場合にだけ差止請求を認めた裁判例（大阪地判昭和36年5月4日下民集12-5-937）もあります。すなわち、侵害の停止に支配的・直接的な役割を果たし得る地位にある教唆・幫助者に対しては、第112条1項を適用できるという考え方を採っています。

他方、否定説もあります。教唆・幫助は不法行為法上の概念であって、第112条1項は適用にならないという考え方はです。

私は、第112条1項は教唆や幫助の場合にも適用があると解釈すべきと考えています。なぜかという、第1に、教唆・幫助は不法行為上の概念ではなく、もっと広く侵害行為の態様一般をいう概念だと思います。したがって、教唆・幫助→不法行為→差止請求権なし、というロジックは当てはまりません。第2に、差止請求権の根拠は、被侵害権利の排他性にあると思います。したがって、法律が権利の排他性を認める以上、その排他性を妨げるものであれば教唆であろうと幫助であろうと、差止命令の実効性がある限り、これに対する差止請求を認めるのが制度趣旨に合致します。第3に、著作権侵害の教唆・幫助に対しては、損害賠償請求が認められるにとどまらず、刑事罰が課されます。そのぐらい抑制しないといけないという違法性があって、つまり排除されないといけない違法性がありながら、なぜ差止請求だけ認めないのか。実質的におかしいと思います。差止命令によって、教唆や幫助という違法状態を排除できるのであれば、第112条にもっと働いてもらうべきではないでしょうか。

3. 侵害判断のリスク

(1) 過失の発生

次に、判断リスクの問題にいきたいと思いますが、故意・過失はどういう背景事情があって認められるのか。

監視義務

ホスティングの場合を想定してください。侵害物が存在する可能性があることを根拠に、それを監視する義務があるのかどうか。監視しなかったからと言って、監視義務違反として過失が認定されるのか。決してそんなことはないだろうと思います。

包丁を例にとると、包丁は肉や野菜を切るだけでなく、殺人の道具にも使えます。つまり、違法行為にも使われる可能性があります。だからといってその包丁の使い方や監視しないといけないのかということ、そんなことはあり得ません。それと同じように、サービスの性質自体で違法にも適法にも使われるというときに、違法に使われる可能性だけでは監視義務が発生する根拠にはなり得ないと思います。

確認義務

しかし、侵害の具体的存在を認識し得る事情が発生した場合には、本当にあるのかということを確認すべき義務はあると思います。たとえば、侵害通知によってそういう事情が発生します。こういう確認義務が発生しながら、実際に確認してみたら侵害物だという認識を持つか、あるいは確認せずにほったらかしにするという場合があります。ほったらかしにしておいたら、確認義務違反として過失が認められると思います。

侵害物の存在を具体的に認識したら、これが違法かもしれないという可能性を認識し得る事情が発生します。そのときに、違法かどうかを確認する義務がその時点で生じます。確認せずに放置しておく、確認義務違反として過失の問題になると思います。確認した結果、やはり違法だったという場合には、侵害物そのものの存在の認識と違法性の認識とがあれば、故意の問題になります。

削除義務

そして、相当の方法で確認しても、違法か否か判断がつかない場合には、これを削除すべき義務はないと思います。他方、侵害物が存在してかつそれが違法だと認識すると、それを直ちに削除するという義務があります。それを削除せず、放置しておく、権利侵害を認識しながら放置しているということですので、故意があるということになります。

故意の要件としては、侵害物の存在を認識していることと、その違法性を認識していることだと思えます。

過失の事情

以上のとおり、過失を認める根拠としては、確認義務違反に過失を認めることができます。その確認義務違反が発生する根拠というのは、侵害物を具体的に認識しているような事情、あるいは違法性を認識し得るような事情があったときだと思えます。

(2) 過失の判断事例

過失の有無を判断した事例を見てもみますと、名誉棄損事件として、「ニフティ事件」があります。東京地裁の判決（平成9年5月26日）の中では、名誉棄損の事実を具体的に知ったときに、条理上それを排除すべき作為義務があると認定しています。これは極めて素直な解釈だと思えます。

ニフティの東京高裁判決（平成13年9月5日）は、一般論は地裁判決と同じですが、プロバイダの責任を認めることについては、極めて制限した解釈を採っています。しばらくほったらかしにしておいても、それだけでは過失は認められないというような、かなり後退した結論になっています。これはどういう理屈だろうと考えてみますと、善解すれば、フォーラムに入っている人たちの中に団体自治があって、違法行為に対する措置がその団体自治に委ねられているというような論理、もしくはそのフォーラムに参加しているということ自体、ある程度のことは許すという暗黙の承諾があるというような理屈だと思えます。

「都立大事件」（東京地裁平成11年9月24日判決）というものもあります。こちらのほうは、悪質かつ一見明白な侵害がない限りは、プロバイダには責任はないという判断をしています。

「ニフティ事件」の高裁判決も、「都立大事件」も、いずれもプロバイダの責任を認めることに対して極めて消極的です。プロバイダに余計な責任が加わってはいけないという配慮は、極めてよくわかるのですが、だからといって過失のところでこういうふうに制限的に解釈すべき問題ではないと思えます。なぜかという、このような解釈を採ると、一方で権利者の側が不利に置かれ、他方で侵害者だけ結局得をすることとなって、全体的に見れば極めて不公正な結果となります。プロバイダの責任を軽減するというやり方は、方向違いだと思えます。

(3) 判断リスクの回避制度

プロバイダの判断リスクを回避する制度として、先ほども申し上げましたとおり、3つのやり方があります。

第1は、権利侵害通知が来てもほったらかしにしておく放置義務制度です。つまり、放置しておいても、それによって発生する著作権侵害責任を免責する。その場合には、権利者と発信者の間での直接対決の制度的保障として、発信者情報の開示義務が当然必要になります。

第2は削除義務制度です。これは、侵害通知が来たら直ちに一律に削除する義務を定める制度です。削除について、ユーザーへの責任が免責されます。その場合には、今度は権利者と発信者の間での直接対決の制度的保障として、権利者情報をユーザーに開示してやる必要があります。

第3は、削除権制度です。削除するか放置するかを裁量権をプロバイダに与える。それによって発生する著作権侵害責任や、ユーザーに対する契約違反責任は問わないというやり方です。その場合には、やはり直接対決の制度的保障として、発信者情報、権利者情報のそれぞれを開示する制度が必要になります。

以上のとおり、いずれの制度を採るにしても、採らないにしても、権利者とユーザーが直接対決できる制度的保障が必要です。

4. 訴訟当事者にされるリスク

(1) 真の紛争当事者

次に、プロバイダを訴訟当事者として関与させる必要性があるのかどうか考えてみますと、第1に、プロバイダには、著作物に対しての利害関係はありません。第2に、通常、アップロードされたユーザーの侵害物に対しての利害関係もありません。第3に、損害賠償についても、プロバイダが損害賠償金を払ってやる必要性があるのかというと、資力があるという意味ではユーザーよりもプロバイダのほうがいいのかもかもしれませんが、故意・過失がない限り、資力があるというだけではプロバイダが費用負担をするべき根拠には全然ありません。

第4に、差止削除ですが、これはユーザーとの間で直接対決をやってユーザーに対して権利者がアップロードを削除しろとかいう命令がもしも出た場合には、民訴法115条2項4号、民事執行法23条3項によって、プロバイダは、つまり他人のものを預かっている立場としてのプロバイダの地位ですから、判決の効力をプロバイダにも及ぼして、プロバイダに削除を求めることができるということになると思います。

したがって、結論としては、プロバイダを紛争当事者に入れる必要性は全然ない。紛争当事者に入れる必要がないということは、直接対決をやらせれば必要かつ十分だということです。

(2) 発信者情報開示制度の限界

そうしますと、直接対決をやらせるためのネックになっているのは発信者情報の開示です。発信者の身元、氏名、住所を開示させることにはいかなる問題が存在するのかという点です。

憲法的枠組み

発信者情報は、少なくとも個人対個人の通信に関しては、憲法的には憲法第21条2項の通信の秘密として保護されます。ホスティングサービスの文脈においては、公衆に向けた通信ですので、第21条2項の通信の秘密が及ぶのか否かには議論のあるところですが、ここでは第21条2項の通信の秘密が及ぶとの前提で、検討します。

第21条2項の「通信の秘密」はプライバシーの保護という側面と、表現の自由という両方の側面を持つといわれています。この発信者情報の保護に関しては、他方で、権利者が持っている「裁判を受ける権利」を考える必要があります。裁判を受ける権利は、最近では、公正で実行性のある権利保護を求める権利だと解釈されています。それが実現するためには発信者情報が必要となります。したがって、発信者情報の開示は、裁判を受ける権利と通信の秘密、すなわちプライバシーや表現の保護とのバランスの問題になります。

法律的枠組み

次元が下がって、法律的な枠組みの中では、電気通信事業法第4条の中で通信の秘密が規定されています。プロバイダ責任制限法の第4条は、最初に申しあげましたように、侵害の明白性というような一定の要件を入れて、その場合には開示してもいいという規定にしています。これは電気通信事業法第4条を緩和したものと一応位置づけることができます。

プライバシー保護の限界

そこで、通信の秘密の一側面であるプライバシーの保護というものは、どこまで保護されるのか。最近出ました「江沢民講演会事件」高裁判決（平成14年1月16日、判時1772-17）をご紹介しながら、プライバシーの保護の限界を考えてみたいと思います。

この事案は、大学が主催した江沢民の講演会への参加者名簿には、学生だけでなく招待客とかマスコミ関係者の名簿も含まれていますが、それを警察に提出したことが問題となった事件です。講演会開催に際して中国大使館からの要請があり、江沢民の安全を図るために厳重な警戒をする必要がありました。大学は、警察の要請に従って、参加する人たちの名簿を提出しました。名簿には、住所と氏名のほかに学籍番号、電話番号の4つが書かれていました。6人の学生が、それはプライバシーの侵害だとして、損害賠償を求めて訴えた事件です。

ここで、プライバシーとはどういうものを議論していて、要件を3つ挙げています。プライバシーの第1の要件は私生活上の情報であるとしています。氏名住所等は、一応私生活上の情報に該当します。開示を欲しない情報である、が2番目の要件です。住所氏名というようなものは、個人を識別するためのもので、一定範囲内で開示されて初めて役に立ち、開示を欲しない程度は低い情報であるが、昨今のストーカーの問題を考えたときに、全然関係のない人には開示されたくないと思う情報ではある。そういう意味で、開示を欲しない情報としての要件は一応満たしていると認定しました。

3番目の要件は、誰にでも知られているというわけではない情報としています。周りの人たちには氏名や住所等は知られているけれども、一般公開されているわけではないので、氏名住所等はプライバシーだと認定しました。そして、大学がそれを警察に開示したというのは、プライバシーの侵害に該当すると認定しました。

次に開示しても許される違法阻却事由はあるのかどうかを検討しました。

いろいろな要素を総合検討しないといけないといって、6つのポイントを検討しています。第1は、プライバシーとして保護される程度です。裁判所は、開示を欲しない程度は低いと認定しました。第2は、開示によって具体的不利益を受けているかどうか、その内容、程度です。これもほとんどないと認定しました。第3は、開示目的の正当性・有用性・必要性です。これは警備上の必要性ということで、正当性があります。第4は、開示方法の方法・態様ですが、それも行き過ぎはないと認定しました。第5は、本来的にこういう参加者名簿をつくった情報収集の目的とこの開示した目的との関連性です。これもあると認定しました。しかし、6つ目の要件、同意を得られないやむを得ない理由があったかどうかについて、いくらでも参加者に、開示について事前の了解をとることができる状態であったのに、あえてそれをしなかった怠慢があったということで、違法阻却事由を否定しました。そして、1人1万円の損害賠償を認めています。

発信者情報の開示との関連で考えますと、発信者情報として知りたいのは、どこの何者なのかという身元です。訴訟を起こすに必要な氏名と住所が最低限欲しいのですが、それは一応プライバシーに当たります。

では、違法阻却事由はどうか。プライバシーとして保護される程度は、この事件と同じように極めて低い。開示によって受ける具体的な不利益もほとんどないでしょう。開示目的の正当性、これは裁判をやるためにはどうしても必要な事柄ですから、正当性もあると思われれます。開示の方法・態様、情報収集目的、開示目的の関連性、これらも認められると思います。同意を得られないやむを得ない理由、その権利侵害があると主張しているときに訴訟を提起されることは不利益であり、任意の同意は期待できません。したがって、同意を得られない理由も認められると考えます。以上のおおりに、「江沢民事件」とは違って違法阻却事由も認められると思います。

ということで、プライバシーの保護の限界の考え方からいっても、ネットワーク上における著作権侵害の文脈においては、当事者が直接対決のために必要であれば、発信者情報を開示するというのは、プライバシーの侵害にはならないだろうと思います。

表現の自由の限界

次に、通信の秘密のもうひとつの側面である表現の自由と、その限界について考えてみます。表現の自由にもそもそも当たるのかどうかというのも多分に問題ですが、その点は抜きにして、表現の自由の問題とした場合に、その限界を判断するいくつかの憲法上のテストがあります。

1つは、「明白かつ現在の危険」のテストというものです。ここで考えないといけないのは、その表現によって危険に晒されているのは何なのかという問題です。実は、プロバイダ責任制限法の第4条で、侵害の明白性といっていますが、どうも「明白かつ現在の危険」のテストを念頭に置いていて、かつその危険にあるのは著作権だ、という認識をしているのではないかと思います。しかし、実は危険に晒されているのは著作権ではなく、裁判を受ける権利だと思います。

ここでは、著作権侵害かどうか判断してもらうために裁判をとりあえず受けたい。裁判を受ける権利として公正かつ実効性のある権利保護が危機に立たされているのです。この点からいうと、著作権侵害が明白ではないと、被告の氏名・住所の開示を受けることができず、その結果、まさに、真摯に裁判を受けることを望むかぎり、裁判を受ける権利は「明白かつ現在の危険」に陥っているわけです。侵害の明白性の有無を問わず、発信者情報の開示は、このテストに合格すると思います。

明白性の原則ですが、これは求めている内容も明白ですので、全然問題はない。「より制限的でない他の選び得る手段」のテストからみても、他に手段がないから問題ありません。また、利益衡量のテストについても、裁判を受ける権利と表現の自由の問題で、これも問題はない。事前抑制のテストについても、そもそも発信者情報開示は事前抑制ではありませんから、全然問題にならない。

以上のとおり、表現の自由の観点からいっても、発信者の情報の開示をさせることは問題はないと思います。

Ⅲ. 日本プロバイダ責任制限法の問題点と改善のアイデア

1. 責任リスクの適正配分

まとめとして、日本のプロバイダ責任制限法の問題点を検討します。

(1) 損害賠償責任

わが国のプロバイダ責任法が過失責任の原則を採っていることは、適切な責任リスクの分配だと考えます。しかし、裁判例における過失の概念ないしは範囲に関する解釈には、問題があります。すなわち、前述のとおり、「ニフティ事件」の高裁判決や「都立大事件」判決で示された過失の認定は、不公正なリスク配分を生じさせるものと思われます。「ニフティ事件」の地裁判決が正当な解釈です。

(2) 差止請求権・削除請求権

また、責任リスクの適正配分に関しては、差止請求権・削除請求権に問題があります。

現行法では削除請求権は規定されていません。先ほど、プロバイダに公衆送信権の直接侵害が成り立つと申し上げました。しかし、プロバイダには、教唆・幫助しか成り立たず、教唆・幫助には著作権法112条の適用がないとの考え方もあります。この考え方に立てば、プロバイダにその侵害物の削除を求める根拠はなくなってしまいます。したがって、プロバイダに削除権限を明示する規定が少なくとも注意規定として必要だろうと考えます。

さらに、先ほど申しましたとおり、プロバイダにはアップロードについて複製権侵害者とはなりません。プロバイダに複製権の侵害物に対する削除請求権を認めることも必要ではないかと思えます。これはメールサーバーのように第三者に公開するような場合ではなくても、メールサーバーが違法物、複製物の蓄積媒体に使われているような場合に、それをいつでも利用できるよう、ストックされているものを、削除できる権限があってもいいというアイデアです。

2. 判断リスクの適正配分

(1) 問題点

損害賠償責任に関して、ノーティス・ノーティス・アンド・テイクダウン（3条の2項2号）は、権利者からの通知があって、ユーザーからの異議通知がなければ削除してもいいと定めています。これはつまり、プロバイダは削除してもいいし、しなくてもいいという削除権の制度です。しかし、せめてこの場合は、権利者の保護という点から考えますと、これは当然削除しなければならないシチュエーションだと思います。削除権というような位置づけではなく、削除義務として位置づけるべきだと考えます。

(2) 改善のアイデア

ひとつのアイデアですが、判断リスクを軽減するために3つ挙げました削除義務制度、放置義務制度、削除権制度を折衷する考え方がありえます。すなわち、顕名情報について

は放置義務制度を採り、権利侵害通知があっても直ちに消すということはない。他方、匿名情報に関しては削除義務制度を採り、権利侵害通知があったら直ちに削除するという義務を課すというのはどうか、と思います。

というのは、訴訟を起こせる程度に氏名と住所が特定されているような顕名情報であれば、直接対決する手段が確保されているわけですから、プロバイダに削除を求めるよりはユーザーに直接削除を求めれば足ります。したがって、顕名の場合には、放置義務制度で良いと思います。

他方、匿名情報については、権利者は、ユーザーに直接削除を求めることはできません。プロバイダにおいて速やかなる権利救済を行う必要があります。また、匿名にしているというのは、言い過ぎかもしれませんが、やましいところがあるという推定もある程度できます。したがって、匿名情報に対しては権利侵害通知があれば削除しなければならないとする削除義務制度にしてもいいのではないかと考えます。

3. 訴訟当事者リスクの適正配分

(1) 侵害明白性の要件

訴訟当事者リスクの適正配分に関しては、発信者情報の開示制度に問題があると思います。

裁判を受ける権利の保障

すでにお話ししたとおり、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さらされているのは、先ほど申し上げましたように、「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、あくまでも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が。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ですが。

不正目的権利主張者の排除

ストーカーのような不正目的で著作権侵害を主張して発信者情報を求める者を排除する方法として、いくつかのアイデアがあります。

第1は、アメリカの宣誓供述書と同じように、刑事制裁をつけた宣誓供述書を求めるというやり方です。

第2は、発信者情報の開示を求めるのには、弁護士が関与するというのを義務づけるという方法です。弁護士によってある程度ストーカーを排除できるという期待ですが、私の経験からいって、弁護士だからといってどこまで信用できるのかなという気がしています。

第3の方法は、裁判所の関与です。裁判所の関与といっても、裁判所がここで判断すべき問題は侵害があるかどうかではありません。ストーカーというような、権利の乱用をしようとしている人間を排除するだけです。真摯な権利主張があるのかどうかの判断だけでいいので、今の制度でいうと仮差押えなどの保全手続程度の手続で十分なのではないかと思えます。ある程度の権利の疎明書類を出させたら、真摯な訴えであるかどうか判断できるからです。

(2) 重過失要件

また、発信者情報開示制度には、権利の侵害の明白性について誤ったとしても、重過失がなければ責任は取らないという規定があります。しかし、こういう規定は、過失自身認定しにくい状況で、重過失を認定されることはまずあり得ません。したがって、この要件は、事実上、プロバイダにユーザーの発信者情報の開示をさせないものにしてしまいます。発信者情報開示制度は、ほとんど働かない制度になってしまっていますので、この要件は外すべきです。

(3) 発信者情報の確保

開示主体に関する問題

さらに、開示プロバイダの範囲について問題があります。問題になっている侵害物を管理下におくプロバイダだけが、発信者情報開示制度の対象になっています。アメリカのDMCAを改めて見ますと、権利侵害の主張があれば、当該プロバイダ以外であっても発信者情報の開示を求めることができるというふうに読めます。当該プロバイダだけでなく、実は、発信者情報を持っているのは別のところのプロバイダを経由して送られてくるようなものがありますので、当該プロバイダに限っていると発信者情報は入手できないという場面が多々出てくると思います。

発信者情報確保制度

権利者が訴訟提起に必要な発信者情報を確保するアイデアとして、プロバイダに発信者情報を取得管理すべき義務を負わせる制度はどうでしょうか。今の制度ではユーザー情報の取得管理について何の義務づけもありませんから、実は匿名のままアップロードでも何でもできるという状態になっています。いくら権利者に対する発信者情報の開示制度があっても、プロバイダが発信者情報を持っていなければ、最後まで発信者は誰かわからないということになってしまいます。

送達受領代理人制度

権利者が訴訟提起に必要な発信者情報を確保するもう1つのアイデアとして、送達受領代理人制度も考えられます。ユーザー匿名のままでも構いませんが、権利侵害と主張される場合に備えて、匿名のユーザーは訴状の送達受領代理人を登録しておく。その場合には匿名人の送達受領代理人に訴状を送れば訴訟は継続できるという形にしておく、匿名のままでも訴訟は起こせます。これは、思いつきだけです。

おわりに

今お見せしましたスライドはホームページに載せていますので、ご覧になりたい方はアクセスしてください。

ご清聴ありがとうございました。