

韓国におけるオンラインサービス提供者の 法的責任論が進むべき方向*

朴 俊 錫**
金 勳(訳)

【論文要旨】

利用者の侵害行為に対するオンラインサービス提供者の付随的責任に関する議論や規制は、主に責任成立要件と責任制限の要件の二つに分けられる。そのうち、責任成立要件についてわが国の判例は、民法第760条第3項の幫助規定がオンラインサービス提供者の責任の成立要件の根拠規定であることを明言しており、著作権侵害の事案と名誉毀損の事案とで同様の立場を取っていると思われる。一方、責任制限の要件については、著作権法と情報通信網利用促進法の責任制限に関する規定が一致していないため、韓国のオンラインサービス提供者は不必要な法的不安を抱えている。米国では伝統的に著作権侵害と名誉毀損を分けて、オンラインサービス提供者の付随的責任を論じているが、韓国は米国の手法に倣うことはできない。なぜなら、韓国では米国とは異なり、著作権侵害の場合と名誉毀損をはじめとする他の場合とを区別して、付随的責任を議論してきた訳ではないからである。そのうえ、米国でもオンラインサービス提供者の責任制限要件を統合しようとする有力な見解が主張されていることも看過できない。

したがって、韓国における上記の法的不安を解消するために、オンラインサービス提供者の責任論は、利用者によるすべてのタイプの侵害行為につき、統合されることが望ましい。最善の方向は、オンラインサービス提供者の責任制限に関する統

* 本論文は2008年12月31日に韓国慶熙大学校法学研究所から出版された慶熙法律第43巻第3号9頁～49頁に掲載された筆者の論文を日本語に翻訳したものである。この論文の執筆中である2008年11月7日に行われた北海道大学とソウル大学の共同研究会で、補完の方向性を提示してくださった田村善之教授と安藤和宏教授に深く感謝を申し上げます。

** Assistant Professor, College of Law, Seoul National University. 知的財産権法専攻。

合法を制定することであるが、それが難しい場合には、次善の策として、著作権法第102条、第103条と情報通信網利用促進法第44条の2でそれぞれ規定されている責任制限の要件を統一するという方向に、直ちに改正すべきである。表現の自由にも関わる名誉毀損の事案を著作権侵害の事案とは別個のものとして扱うべきとの考え方は、少なくともオンラインサービス提供者の付随的責任論の議論においては誤りであろう。また、オンライン上の名誉毀損は、通常、オンライン上の著作権侵害の主な手段の一つであるP2Pネットワークではなく、電子掲示板サービスを通じて行われているという点、オンライン上の名誉毀損の事案においては、問題となる情報の合法性を判断しながら制御することが、オンライン上の著作権侵害に比してより困難である点、前者の場合には侵害者が比較的少数であり、金銭で填補し難い損害が存在するため、直接侵害者を把握する必要性がより強いという点などの相違点は、付随的な考慮要素に過ぎず、統合的な法理の確立に対し大きな障害となるものではない。

キーワード：オンラインサービス提供者、インターネットサービス提供者、名誉毀損、著作権侵害、責任の制限、セーフハーバー

I. 序

華麗に登場するがすぐに識者の関心が薄れてしまう知的財産権の他の争点とは異なり、オンラインサービス提供者（Online Service Provider、あるいはインターネットサービス提供者、ISP¹⁾）の責任論、より具体的には、利用者の著作権侵害に対するオンラインサービス提供者の責任理論は、数年間にわたり関連業界と司法部、行政省庁の熱い関心の対象になっている。21世紀には知的財産権法が民法に相当する重要な地位を占めるであろうという楽観的な観点からすると、オンラインサービス提供者の責任論、正確に言えば付随的責任（derivative liability）²⁾の理論は、民法における使用者

責任又は製造物責任の理論に相当する位置を占めているといえよう。著作権法におけるオンラインサービス提供者の法的責任論は、オンラインサービス提供者の責任の発生はいかなる成文法規定を基準とするのか（責任成立要件又は責任要件の問題）、あるいは、既に発生した責任はいかなる要件の下で軽減又は免除されるのか（責任制限要件の問題）など、細かな争点ごとに、現在でも具体的な事例を通じて形成されている状況である。しかしながら、短期間であるにもかかわらず、比較的豊富に蓄積されてきたこれまでのわが法院の判例により、利用者の著作権侵害において、オンラインサービス提供者は民法第760条第3項³⁾の幫助による共同不法行為責任を負うという法理が、比較的明確に確立されている。一方、責任制限要件の問題においては、既に2003年の著作権法で導入された責任制限の規定である第102条及び第103条の解釈を通じてその要件が具体化されている。

ところが、オンラインサービスにおける利用者の不法行為の侵害対象は、著作権に限られるものではない。他人の人格権や商標権などもその対象となるため、人格権を侵害する名誉毀損行為や商標権侵害行為なども、オンラインサービス提供者の付随的責任が問題となる領域である。責任制限要件についてはいうまでもなく、最近まで法律と判例は、責任成立要件においてもオンラインサービス提供者責任の根拠規定が何であるのかについて明らかにしていなかった。このように、著作権以外の領域においてオンラインサービス提供者が直面する法的現実には著しく不安定なものである。にもかかわらず、これらが注目されていない原因は、ソリバダ事件をはじめとする著作権侵害事件では多数の利用者が侵害者となり社会の関心も高かったのに対して、名誉毀損などの事案ではそうではなく、法律上の紛争となった事件の数も相対的に少なかったためであろう。このような状況下で、著作権侵害とその他の侵害をすべて網羅するオンラインサービス提

¹⁾ インターネットサービスの提供者という表現がより適切であると思われるが、本稿では差し当たり韓国の現行著作権法の表現に合わせ「オンラインサービス提供者」と称する。

²⁾ 米国ではこれを二次的責任（secondary liability）とも呼んでいる。韓国にはこれに直接対応する理論が存在しないため、本稿では差し当たり「付随的責任」と称する。

³⁾ 第760条（共同不法行為者の責任）

①数人が共同の不法行為で他人に損害を与えたときは、連帯してその損害を賠償する責任がある。

<中略>

③教唆者や幫助者は共同行為者とみなす。

提供者の責任論の統合は、そもそも議論されることも無かったのである⁴。

本稿のⅡの部分では、韓国の著作権侵害やその他の侵害における利用者の侵害行為によるオンラインサービス提供者の責任規定の沿革を考察し、特に責任制限要件における現行法のアンバランスについて説明する。次に、Ⅲの部分では、オンラインサービスで発生し得るすべての種類の権利侵害におけるオンラインサービス提供者の責任成立要件と責任制限要件を、統合法理として確立すべきであると主張する。そのために、韓国と米国の状況を比較して議論を進め、さらに統合の範囲及び具体的方法を考察する。そして、Ⅳの部分では著作権以外の侵害類型の中でも、特に名誉毀損の場合を、著作権侵害の場合と比較しながら、その性質上の異なる点を説明した上で、そのような相違が存在してもなお、両者を統合する一つの法理を確立することは可能であることを述べる。

Ⅱ. オンラインサービス提供者の責任論の沿革

1. 責任成立要件論

1) 利用者の著作権侵害

オンラインサービスが韓国に導入され、その普及が活発化したのは、1985年のDACOMの「千里眼（チョンリアン）」が最初で、米国や日本とほぼ同じ時期であったが、利用者の著作権侵害によりオンラインサービス提供者の法的責任が問題となった最初の事件は1999年のいわゆる「カクテル98事件」⁵であった。この事件で法院は米国の寄与責任理論と代位責任理論⁶に強く影響されていると思われる判旨を出しているが、具体的に韓国

⁴ 名誉毀損の場合、オンラインサービス提供者が登場するまでは、従来の言論学理又は民法学者の議論が、オンラインサービス提供者の事例にまで拡大したと見ることができのに対して、著作権侵害の場合には、知的財産権の学者が限定的に議論の対象としていると思われる。例外的に名誉毀損と著作権侵害の両者を取り上げている論考も、両者間の責任論又は比較については言及していない。

⁵ ソウル地方法院1999. 12. 3宣告98가합111554判決。

⁶ 寄与責任（contributory liability）は著作権に対する他人の侵害行為について認識し

法のどの成文規定が著作権侵害におけるオンラインサービス提供者の責任根拠規定であるかについては明言していない。このような問題はその後、いわゆるインターネット帝国事件⁷でも同様であった。この状況を打開し、具体的な根拠規定を明示したのがソリバダ（音の海）の最初の事件（以下「ソリバダ1」とする）に対する仮処分事件の控訴審であるソウル高等法院の2005年判決⁸である。法院はソリバダ側には、利用者の著作権侵害行為に対する民法上の幫助責任、すなわち民法第760条第3項に基づく責任があることを初めて明示した。それ以降、韓国の法院は2007年1月9日判決（上記の仮処分事件の申告審⁹）や、最近のソウル中央地方法院の「プルナ」判決¹⁰においても、上記の規定を利用者の著作権侵害におけるオンラインサービス提供者の責任成立要件としている。また、2007年12月14日のソリバダ1に対する刑事申告審¹¹でも、幫助犯の法理に基づいて刑事責任を判断していることに鑑みれば、広い意味で、民事事件とは同様の立場を取っていると見ることができよう。

2) 利用者のその他の権利侵害

(1) 名誉毀損の場合

韓国において著作権以外でオンラインサービス提供者の付随的責任が

ており、当該侵害行為を誘発、惹起又は侵害行為に実質的に関与する場合である。代位責任（vicarious liability）は監督・統制の権利と能力を有しており、侵害行為により直接的経済利益を受ける場合である。これらは米国の判例法上認められる二次的責任論で、米国の裁判所は寄与・代位責任の理論を利用者の著作権侵害行為におけるオンラインサービス提供者の責任成立要件として応用している。박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사, 2006, 31-32면（パクジュンソク『インターネットサービス提供者の責任』（博英社・2006）31-32頁）。

⁷ ソウル地方法院2001. 8. 24宣告2000가합83171判決。

⁸ ソウル高等法院2005. 1. 12宣告2003나21140判決。

⁹ 大法院2007. 1. 25宣告2005다11626仮処分異議判決。

¹⁰ 「プルナ」P2Pサービスが音源著作者の複製権、伝送権侵害において幫助責任を負うと判示したソウル中央地方法院2008. 4. 23宣告2007가합67109判決を参照。

¹¹ 大法院2007. 12. 14宣告2005드872判決。

問題となった最初の事例は、いわゆる「ハイテル (Hitel) 事件」¹²である。これは、利用者がハイテル掲示板を利用して、有名な歌手パク某のファンに対し名誉毀損を行った事案である。その後も名誉毀損行為に関するオンラインサービス提供者の責任が問題となった事例¹³が全くないわけではないが、その中で「청도군 홈페이지 사건(チョンドグンホームページ事件)」に対する2003年の大法院判決¹⁴がこれまでの主要な事例とされている。ところが、この大法院の判決に至るまで、法院はオンラインサービス提供者に責任を負担させる根拠規定が何であるかについて判決文で明らかにしていなかった。つまり、判決の趣旨によると、民法の不法行為理論によりオンラインサービス提供者に責任を負担させていることは比較的明確であったが、直接の不法行為者である利用者との関係においてオンラインサービス提供者の不法行為責任が、民法第760条第1項の協議による共同不法行為であるか、それとも上述した著作権侵害と同様、民法第760条第3項の

¹² ソウル地方法院2001. 4. 27判決99사74113判決。一審のソウル地方法院東部支院1999. 8. 18判決99가소83281判決は、原告の請求を棄却したが、上記の控訴審はこれを覆して一部引用しており、上告審(大法院2001. 9. 7宣告2001다36801判決)は控訴審の判断をそのまま援用、支持した。

¹³ 濟州地方法院2003. 1. 16宣告2000가단16380(本訴)、2002가단3869(反訴)判決以外は見当たらない。

¹⁴ 大法院2003. 6. 27宣告2002다72194判決。

「オンラインサービス提供者であるインターネット上のホームページ運営者が自分の管理する電子掲示板に他人の名誉を毀損する内容が掲載されことを放置した場合、名誉毀損による損害賠償責任を負うためには、その運営者にその掲示物を削除する義務があり、かつ正当な事由がなくこれを履行しなかった場合でなければならない。削除義務の有無は掲示の目的、内容、掲示期間と方法、それによる被害の程度、掲示者と被害者の関係、反論又は削除要求の有無など掲示に関する双方の対応の態度、当該サイトの性質及び規模、営利目的の有無、開放の程度、運営者が掲示内容を知り又は知り得る時点、削除の技術的・経済的難易度などを総合的に判断しなければならない。したがって、特別な事情がない限り、単にホームページ運営者が提供する掲示板に他人により第三者の名誉を毀損する内容が掲示され、運営者がそれを知り又は知り得るという事情だけでは、運営者がその文章を即刻に削除する義務を負うと断定することはできない…」

共同不法行為となるのかについては、判決文からは読み取ることができなかったのである。同時期の著作権侵害の事件を見ると、2003年は上述の利用者の著作権侵害事件であるソリバダ1への初の法院の判断¹⁵があった時点であり、その後の数年間に著作権侵害の分野では数え切れないほど沢山の判決が出され、責任成立要件の問題は比較的明確に整理されることになった。これに対して、名誉毀損の分野では「チョンドグンホームページ事件」以後、価値のある後続事例が現れなかったため、法的に曖昧な状況は比較的長く続いた。

そのような中、最近の2008年7月2日に出されたいわゆる「억울하게 죽은 내 딸 사건(死んでも死に切れないわが娘事件)」¹⁶で、ソウル高等法院は原審の曖昧な立場を修正して、民法第760条第3項¹⁷を、被告らであるポータル業者(オンラインサービス提供者)の責任が発生する根拠規定として明示している。これを基準に解釈すれば、韓国の法院は名誉毀損の場合と上述の著作権侵害の場合において、同じ規定をもってオンラインサービス提供者の責任発生要件を根拠付けているといえよう。

(2) その他の権利侵害の場合

わが国の判例においてオンラインサービス提供者の付随的責任の問題のほとんどは著作権侵害の事例であり、前述したように名誉毀損の先例は未だ多くない。よって、それ以外の権利侵害については関連事例が見当た

¹⁵ ソリバダ1仮処分事件に対する初の法院の判断である水原(スウォン)地方法院城南支院2003. 2. 14宣告2002카합284判決を指す。

¹⁶ ソウル高等法院2008. 7. 2宣告2007다60990判決。ただし、その原審であるソウル中央地方法院2007. 5. 18宣告2005가합64571判決では、責任発生根拠規定を明確にしていない。この事案は次のとおりである。原告と交際していた娘が失恋して自殺することにより、死んだ娘の母親が原告の名誉を毀損する内容の書き込みをミニホームページなどに書き込んだ。その後、これを受け、第三者による関連の新聞記事のコメントや、ミニホームページ、ブログなどに原告を誹謗中傷する書き込みが数多く掲示された。法院はこのような書き込みを被告ポータルが放置したと判断し、被告らの名誉毀損の幫助による不法行為責任を認めている。

¹⁷ 判決の原文は誤記(「第766条第3項」)であるが、第760条第3項を指していることは明らかである。

らない状況であったが、2007年5月31日に珍しい判例¹⁸が登場した。利用者に販売する目的で、ゲームのアイテムを直接「リネージュ」オンラインゲームに接続しプレイを通じて獲得するために¹⁹、事前に大量に取得した他人の住民登録番号などの個人情報不正に使用した中国の違法業者のプライバシー侵害行為において、ゲームサービス提供者の責任は如何なる根拠条文で肯定されるのかを述べた事例である²⁰。この事案で、法院は再び民法第760条第3項を、オンラインサービス提供者の責任発生要件の根拠条文として明示している。

2. 責任制限要件論

1) 利用者の著作権侵害

これに関する韓国の関連規定は米国著作権法のそれに及ばないが、かなり複雑である。また、その内容は既に多くの論文を通して注目されてきた。したがって、ここでは次のようにごく簡単に要約するに止めておく。

著作権法は2003年5月27日改正に当たり、オンラインサービス提供者のサービス提供行為に関して、利用者が著作権などを侵害した場合に一定の要件の下でサービス提供者の責任を軽減・免除する規定を新設した。これらの規定は米国のデジタルミレニアム著作権法の規定を受け入れたもの

¹⁸ ソウル中央地方法院2007. 5. 31宣告2006가합22338、2006가합38197（併合）の判決。

¹⁹ この事件で侵害の利用者に当たる中国の業者らは、いわゆる「アイテム工場」を運営しながら、ゲームサービスにアクセスして、主に「BOTと呼ばれる自動プログラム」（利用者がゲーム内でマウスなどによりキャラクターを操作しなくても、キャラクターを自動的に操縦して、アイテムを獲得する作業だけを繰り返し実行させることを目的とする特殊なプログラムを言う。上記の判決文から引用）を実行して、販売目的でアイテムを集積していた。

²⁰ このような事案で原告は、被告であるオンラインゲーム事業者が本件の名義盗用が発生する当時、既にゲームの外におけるアイテムの取引が被告会社の本件ゲーム営業の利益になるという判断の下で、作業場又はアイテム仲介業者と癒着してアイテムの取引と関連する本件名義盗用を、故意又は過失によって幫助したと主張した。

であり、現行の著作権法第102条²¹及び第103条²²にはほぼそのまま継承されて

²¹ 第102条(オンラインサービス提供者の責任制限)

- ① オンラインサービス提供者が、著作物等の複製・伝送と係わるサービスを提供することと関連して、他人による著作物等の複製・伝送によりその著作権その他この法によって保護される権利が侵害されるという事実を知り、当該複製・伝送を防止したり中断させた場合には、他人による著作権その他この法によって保護される権利の侵害に関するオンラインサービス提供者の責任を減輕又は免除することができる。
- ② オンラインサービス提供者が、著作物等の複製・伝送と係わるサービスを提供することと関連して、他人による著作物等の複製・伝送によりその著作権その他この法によって保護される権利が侵害されるという事実を知り、当該複製・伝送を防止したり中断させようとしたが技術的に不可能な場合には、その他人による著作権又は本法によって保護されるその他の権利の侵害に関するオンラインサービス提供者の責任は免除される。

²² 第103条(複製・伝送の中断)

- ① オンラインサービス提供者のサービスを利用し著作物等の複製・伝送により、著作権又はその他の本法により保護される自身の権利が侵害されたと主張する者(以下本条では「権利主張者」という)は、その事実を疎明し、オンラインサービス提供者にその著作物等の複製・伝送を中断させることを要求することができる。
- ② オンラインサービス提供者は、第1項の規定による複製・伝送の中断要求がある場合には、直ちにその著作物等の複製・伝送を中断させて、当該著作物等を複製・伝送する者(以下「複製・伝送者」という)及び権利主張者にその事実を知らせなければならない。
- ③ 第2項の規定による通報を受けた複製・伝送者が、自身の複製・伝送が正当な権利によるものであることを疎明しその複製・伝送の再開を要求する場合、オンラインサービス提供者は、再開要求事実及び再開予定日を権利主張者に遅滞なく通報してその予定日に複製・伝送を再開させなければならない。
- ④ <省略>
- ⑤ オンラインサービス提供者が、第4項の規定により公示し、第2項及び第3項の規定により当該著作物等の複製・伝送を中断させたり再開させた場合には、他人による著作権又は本法によって保護されるその他の権利の侵害に対するオンラインサービス提供者の責任及び複製・伝送者に発生する損害に対するオンラインサービス提供者の責任を減輕又は免除することができる。ただし、本項の規定は、オンラインサービス提供者が他人による著作物等の複製・伝送によ

いる。その中の第103条はいわゆる「侵害主張の通知及び除去（notice and takedown procedure）」の手順を規定し、権利者の要求に応じて侵害物を除去したオンラインサービス提供者に対する任意の責任減免を規定しており、第102条は侵害物を除去しようとしたが技術的に不可能な場合における必要的責任免除を規定している。

2) 利用者のその他の権利侵害

著作権侵害においては、上述のように 2003年にオンラインサービス提供者の責任制限の要件が設けられたが、名誉毀損などその他の権利侵害においては責任の制限規定が存在しないという法的不均衡、言い換えれば空白の状態が韓国では何年も続いた。その後、2007年1月26日に改正された「情報通信網利用促進及び情報保護などに関する法律」（以下「情報通信網利用促進法」とする）は従来の簡略であった第44条の規定²³をより詳細な条文に変えている。特に、第44条の2（「情報の削除要請など」）²⁴を通じて、

りその著作権又は本法によって保護されるその他の権利が侵害されるという事実を知った時から第1項の規定による中断を要求されるまでに発生した責任には、適用がない。

⑥ 正当な権利なしに第1項及び第3項の規定による当該著作物等の複製・伝送の中断や再開を要求する者は、それによって発生する損害を賠償しなければならない。

⑦ 第1項ないし第4項の規定による疎明、中断、通知、複製・伝送の再開、受領者の指定及び公示等に関して必要な事項は、大統領令で定める。〈以下省略〉

²³ 厳密に言えば、改正前の第44条はオンラインサービス提供者の責任規定ではあるが、責任制限規定ではなかった。この規定が従来の著作権法上のオンラインサービス提供者の責任制限の規定と矛盾していると批判したものと、박준석（パクジュンソク）・前掲164-168頁参照。

²⁴ 第44条の2（情報の削除依頼など）

① 情報通信網を通じて一般人に公開する目的で提供される情報によりプライバシー侵害、名誉毀損など他人の権利が侵害された場合、その侵害を受けた者は当該情報を扱う情報通信サービス提供者に侵害の事実を疎明し、当該情報の削除、又はそれを反駁する内容の掲載（以下「削除など」とする）を求めることができる。

韓国でも利用者による名誉毀損などその他の侵害行為におけるオンラインサービス提供者の責任制限を認める規定が導入された。

しかし、情報通信網利用促進法第44条の2は、2003年の改正著作権法やその施行令の内容と比較すると、相対的に内容が乏しい上、責任制限要件の具体的な部分も著作権法と一致しないため、実際の紛争の中で混乱を招く恐れがある。たとえば、①著作権法では権利者の侵害の主張通知に対応して、利用者も対応する通知をなし得ると定めているが²⁵、情報通信網利用促進法にはこのような対応通知制度がない、②著作権法とは異なり情報通信網利用促進法にはいわゆる臨時措置制度が設けられており²⁶、これによってサービス提供者が、権利侵害の有無の判断が困難、又は当事者間に争いが予想される場合に、その情報へのアクセスを臨時的に遮断する措置を取ることができる点、③著作権法では侵害物の除去が技術的に不可能な

② 情報通信サービス提供者は、第1項にいう情報の削除などの要請を受けた場合は、遅滞なく削除・臨時措置など必要な措置を取り、直ちに申請人及び情報揭示人に通知しなければならない。この場合、情報通信サービス提供者は必要な措置を取った事実を、当該掲示板に公示するなどの方法で利用者に知らせなければならない。

③ 情報通信サービス提供者は、自身が運営・管理するための情報ネットワークの第42条に基づく表示方法を保てない青少年有害媒体物が掲載されているか、第42条の2に基づく青少年のアクセスを制限する措置なく青少年有害媒体物を広告する内容が展示されている場合は、遅滞なく、その内容を削除しなければならない。

④ 情報通信サービス提供者は、第1項に基づく情報の削除要請に対して、権利侵害の有無を判断し難い又は当事者間の争いが予想される場合は、その情報へのアクセスを一時的に遮断する措置（以下「一時的措置」という）を取ることができる。この場合、一時的な措置の期間は30日以内とする。

⑤ 情報通信サービス提供者は、必要な措置に関する内容・手順などを事前に約款に具体的に明示しなければならない。

⑥ 情報通信サービス提供者は、自分が運営・管理する情報ネットワークで流通する情報に対して、第2項に基づく必要な措置を取った場合、これによる賠償責任を軽減又は免除され得る。

²⁵ 上記著作権法第103条第3項。

²⁶ 上記情報通信網利用促進法第44条の2第4項。

場合にオンラインサービス提供者の責任を免除しているのに対して²⁷、情報通信網利用促進法にはこのような規定が存在しない²⁸、④著作権法では、権利者の侵害申立ての通知がなくともサービス提供者が著作権侵害の事実を知った場合は責任制限を認めないと明示しているが²⁹、情報通信網利用促進法ではそのような規定がない、⑤著作権法施行令第40条³⁰は、権利者が、侵害を主張する通知において疎明すべき事実について詳細に定めているが、情報通信網利用促進法は「疎明」のみを定めるに止まり、具体的な定めがない³¹、など数え切れないほどの相違点³²がある。結局、オンライ

²⁷ 上記著作権法第102条第2項。

²⁸ 後述するように、名誉毀損の事案ではP2Pネットワークではなく、電子掲示板(BBS)サービスが主な著作権侵害の手段となるため、現実的に、名誉毀損の事案でオンラインサービス提供者の侵害物の除去が不可能な場合はほとんど存在しないが、例外的にP2Pネットワークを介しても、名誉毀損が発生し得るため、上記の本文のような相違が問題となる可能性はなお存在する。

²⁹ 上記著作権法第103条第5項の但書。

³⁰ 第40条(複製・転送の中断の要求)

法第103条第1項に基づきオンラインサービス提供者に複製・伝送を中断するよう要求する者(以下「権利主張者」という)は、文化体育観光部令で定める要請書(電子文書の要請書を含む)に、次の各号の何れかに該当する疎明資料(電子文書を含む)を添付して、オンラインサービス提供者に提出しなければならない。ただし、権利主張者が著作権信託管理者であるか、又は最近1年以内に反復的な侵害行為に対し権利者であることを疎明することができる資料を既に提出した場合には要請書のみを提出することもできる。

1. 自分が当該著作物等の権利者として表示されている著作権等の登録証のコピー又はそれに相当する資料。
2. 自分の氏名又は異名など広く知られているものが表示されている著作物等のコピー又はそれに相当する資料。

³¹ たとえば、情報通信網利用促進法が適用される名誉毀損の事案において被害者が「最近1年以内に反復的な侵害行為に対し権利者であることを疎明することができる資料を既に提出した事実がある場合」も、他の場合と区別せず原則として著作権侵害の事実の疎明資料を具備することが求められると解釈される。

³² たとえば、著作権法は権利者による侵害主張の通知を確実に受取人に届かせるために、受取人が名前、電話番号、Eメールアドレスなどをオンライン上に公示することを義務化している(施行令第44条)のに対して、情報通信網利用促進法は一連の措

ンサービス提供者側の責任制限という観点からすると、利用者の不法行為が著作権侵害であるか、それとも他の権利侵害行為であるかにより、かなり異なる二つの法律の要件をそれぞれ満たさなければならないため、かなりの法的な混乱に直面する。

さらに、少なくとも文言上では情報通信網利用促進法第44条の2が、著作権侵害も網羅するすべての権利侵害行為に適用される余地もあるものの³³、そう解釈する場合にオンラインサービス提供者が責任制限を受けるには両方の法律の内容を満たすべきなのか、それとも一方の法の内容を満たすことで足りるのかについては未だ明らかではない。情報通信網利用促進法は著作権以外の権利侵害に適用されるに過ぎないとする立場を取るとしても、一つの行為が著作権侵害に止まらず、名誉毀損やプライバシーの侵害などすべてに該当する場合(たとえば、他人の著作物を、公正利用とは無関係に、悪意的に侮蔑的表現に書き換えオンライン上に任意に掲示する行為)、オンラインサービス提供者の法的状況は変わらないことになるのである。

Ⅲ. オンラインサービス提供者の責任関連規定の統合の必要性

1. 序説

結局、韓国におけるオンラインサービス提供者の法的責任論の展開状況

置に関する内容・手順などをあらかじめ約款に具体的に示すことを要求している。些細な相違ではあるが、このような要件を満たしているか否かが、実際の紛争においてオンラインサービス提供者の責任制限要件の成就を判断する基準の一つとなる。³³ 法第44条の6において「私生活侵害又は名誉毀損などの権利」(下線は筆者による)とし、その他の権利も含まれる可能性を示している。ただし、第44条の10で、「私生活の侵害又は名誉毀損など、他人の権利を侵害する情報に関する紛争の調整業務を…実行するために…名誉毀損の紛争調整部を設け」との表現からすれば、上記の法の主な適用対象は名誉毀損の領域のようである。しかし、上記の調整部の業務範囲に関する第44条の10と異なり、第44条の2は調整業務ではなく、オンラインサービス提供者の責任制限に関する問題のみであるため、第44条の2を著作権侵害の事案にも適用することは全く不可能なことではない。

を整理すると次のとおりである。

名誉毀損などの他の領域においては判例が多くないため、未だ明らかではない側面もあるが、これまでの状況からすると、韓国の法院は責任成立要件においては著作権侵害と名誉毀損などのすべての場合において、民法第760条第3項を根拠規定とするという統一的な立場を取っている。

しかし、責任制限要件においては、韓国は米国と同様に著作権侵害の場合と名誉毀損などその他の権利侵害の場合を、それぞれ異なる法律により規律するいわゆる二元化された責任制限理論を適用している。また、著作権侵害の場合と異なり、2007年1月26日まで韓国には名誉毀損などの権利侵害における責任制限の規定が存在しなかった。このような状況は、著作権侵害と名誉毀損などのすべての分野を網羅してオンラインサービス提供者の責任制限を立法化しているEUやドイツ、日本の状況とは異なるものである。

このような韓国の状況に対して、名誉毀損などの分野についてもオンラインサービス提供者の責任制限の立法が必要であるとする主張と、韓国の状況に鑑みれば、著作権侵害と名誉毀損の場合を統合する責任制限理論が最も望ましいという批判³⁴が既になされている。

2. 韓国においては米国の二元化の法理ではなく統合理論が妥当である理由³⁵

1) オンラインサービス提供者の責任論における米国の二元的取扱い

米国ではオンラインサービス提供者の責任成立要件と責任制限要件を、利用者の著作権侵害行為と名誉毀損行為とにそれぞれ分けて、別の法理に

³⁴ 박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 168-179면 및 같은 저자의 “이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임,” 서울대 박사학위논문(2005), 107면 이하 등 (박준석 『인터넷서비스提供者の責任』 168-179頁、及び「利用者の著作権侵害によるインターネットサービス提供者の民事責任」ソウル大博士學位論文(2005) 107頁など).

³⁵ この部分は박준석・前掲175-178頁などに最近の動向を反映し、アップデートしたものである。

よって議論している³⁶。

まず、責任成立要件論においてはそれぞれ判例法の理論に従っている。つまり、名誉毀損行為に付随するオンラインサービス提供者の責任を、発行者(publisher)と配布者(distributor)に区分しており、一方、著作権侵害行為における付随するオンラインサービス提供者の責任は、代位責任者(vicarious infringer)と寄与責任者(contributory infringer)に区分してそれぞれ議論している。

次に、責任制限要件論においてはそれぞれ異なる成文法規定を根拠としている。名誉毀損においては通信品位法(CDA)第230条(c)(1)³⁷でオンラインサービス提供者の包括的な免責を規定しているのに対し、著作権侵害に関してはデジタルミレニアム著作権法(DMCA)でオンラインサービス提供者の技術的類型に応じて異なる要件を定めている³⁸。米国では著作権

³⁶ 米国の事例を基準にすると、1991年のCubby, Inc. v. CompuServe事件(名誉毀損関連)→1993年のPlayboy Enterprises, Inc. v. Frena事件(著作権)→1994年Sega Enterprises v. Maphia事件(著作権)→1995年のStratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Service Co.事件(5月、名誉毀損関連)→1995年Religious Technology Center v. Netcom, Inc.事件(11月、著作権関連)の判断が次々に出された。すべて同時期に同じように電子掲示板(BBS)を侵害の手段とした事案である。

³⁷ 通信品位法第230条(c)項は、「著作権侵害物を遮断及び選別した善良なサマリヤ人の保護(Protection for “Good Samaritan” blocking and screening of offensive material)」というタイトルの下、「(1) 双方向コンピュータサービスの提供者又は利用者は、他の情報コンテンツ提供者が提供するすべての情報(information)について発行者や発言者(speaker)として取り扱ってはいけない。(2) 憲法上保護されるか否かを問わず、わいせつ・淫乱・扇情的・醜悪な、又は過度に暴力的で、執拗な嫌がらせなど、又はその他の拒否すべき内容であるとサービス提供者又は利用者が判断し、それらを善意に遮断するために自発的に取った一切の措置について民事責任を負わない。…」と規定している。

³⁸ さらに、被害者の要求に応じて、オンラインサービス提供者が侵害者の個人情報を提供できるようにするいわゆる「情報の提出命令(subpoena)」についても、著作権侵害に対する情報提出命令は米国のデジタルミレニアム著作権法第512条(h)項により訴訟を提起せずに裁判所の命令を得ることができるが、その他の侵害については、まず不特定侵害者を相手にする「Jones - Doe訴訟」を提起した後に連邦民事訴訟規則(Federal Rules of Civil Procedure, FRCP)第45条による召喚命令(subpoena,

侵害の事案と名誉毀損などの事案において、責任成立要件論と責任制限要件論がそれぞれ異なっており、さらに、米国の裁判所はZeran v. American On-Line, Inc. 事件³⁹の判決などを通じて、通信品位法が定める包括的な免責をさらに拡張⁴⁰している。その一方で、2008年3月14日に出されたCLC v. Craigslist 判決⁴¹において、連邦第7巡回控訴裁判所は、Zeran 判決における連邦第4巡回控訴裁判所の解釈に反対し、通信品位法第230条(c)(1)の趣旨は名誉毀損などの領域でいかなる場合でもオンラインサービス提供者を免責させようとする包括的な免責条項ではなく⁴²、オンラインサービス提供者が他の者が提供した情報について発行者又は発言者とはならないと定義する条項に過ぎず、オンラインサービス提供者自らが生産した情報に

上記情報提出命令とは異なり、情報だけでなく、人に対する召喚も含むため、本稿では異なる翻訳を用いる)による必要があるため煩雑である。

³⁹ 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997), cert. denied, 524 U.S. 937 (1998). この事件の原告は立法化されたばかりの通信品位法第230条(c)項により被告のオンラインサービス提供者が免責される結果を避けるため、被告に対して発行者責任ではなく、配布者としての責任を追及している。しかし、連邦第4巡回控訴裁判所は通信品位法の発行者の免責条項の趣旨を広く拡大解釈し、免責の効果が配布者である被告にも適用されるとして、被告の免責を認めている。

⁴⁰ 韓国の有力な立場(김재형, “인터넷에 의한 인격권 침해,” 「인터넷과 법률」, 법문사, 2002, 529면(ギムジェヒョン「インターネットによる人格権侵害」『インターネットと法律』(法文社・2002) 529頁))によると、このような通信品位法の趣旨と判例の立場からすると、オンラインサービス提供者の責任の有無を判断する際に、名誉毀損的なメッセージを制御できる権限や機会があったか否かは何ら意味もないとする。このような傾向もまた、統制し得る権限や機会をなお重視している著作権侵害行為と比較すると、名誉毀損に対するオンラインサービス提供者の責任と著作権侵害行為に対するオンラインサービス提供者の責任を、なるべく統一的に論じようとする試みを困難にするものである。

⁴¹ Chicago Lawyers' Committee for Civil Rights under Law, Inc. v. Craigslist, Inc., 519 F.3d 666 (7th Cir 2008).

⁴² 上記の判決を下した連邦第7巡回控訴裁判所のEasterbrook判事によれば、そのように解釈すると、第230条(c)(2)に基づく一定の措置を取る必要もなく、オンラインサービス提供者は第230条(c)(1)により免責されるので、オンラインサービス提供者には上記の規定にいう一定の措置を取る動機さえなくなるという矛盾に陥るとする。

については、オンラインサービス提供者自身が責任を負うとしている。これは、名誉毀損の分野でオンラインサービス提供者の免責を拡大し過ぎた過去の立場とは一歩距離を置いた判断であるといえる。

2) 二元論の統合的解釈の可能性

しかしながら、このように相異なる米国の二大責任論を詳細に検討してみると、両者の法理を統合することは全く不可能というわけではないことが分かる。まず、名誉毀損において配布者は、その侵害事実を知り又は知り得るときは責任を負担するのが原則であるが、これは著作権侵害において寄与責任の要件を列挙する際に行為者(オンラインサービス提供者)が直接侵害者の侵害行為を知り又は知り得ることを要求するという点と一致する。ただし、寄与責任の要件にはその他にも「行為者が直接侵害者の侵害に実質的寄与(material contribution)をした」という付加的要件が必要であるようにも見える。しかし、名誉毀損行為の場合には配布者の行為、つまり侵害物を配布する行為そのものが侵害行為に実質的に寄与する行為に該当するという点に注目する必要がある。つまり、名誉毀損の法理と著作権侵害の法理がそれぞれ独自の法理として発展する中で生じた細かい表現上の相違点を除いて比較すれば、名誉毀損行為に対する配布者の責任成立要件と著作権侵害に対する寄与行為者の責任成立要件は基本的に同一のものであり、単にそれぞれを名誉権の法律領域と著作権の法律領域に分けて別個のものとして名づけ、解釈しているに過ぎないと思われる。

一方、発行者には、名誉毀損行為に対する編集権の行使を根拠として、厳格責任を負担させるのが原則である。ここで言う編集権とは、直接侵害者(口頭による場合は発言者、出版物による場合は著者がこれに該当し得るが、ここでは後者に限定して説明する)による出版に向けた編集過程で出版業者がこれを制御することができる権利及び能力を指している。これは代位責任の要件において、著作権の直接侵害者を制御し得る権利及び能力を要求しているという点に一致する。代位責任の要件においても、寄与責任の要件と同様に、以上に加えて「著作権侵害行為により直接的な金銭的利益を得る」という追加的要件が必要であるように見えるが、前述の名誉毀損行為の場合のように、発行者である出版者は出版物の出版により直

接的に経済的利益を得ている者であるという点に注目しなければならない。結局、この場合にも名誉毀損の法理と著作権侵害の法理が、独自の法理に分化して発展する中で生じた細かい表現上の相違点を除いて比較すれば、名誉毀損行為に対する発行者（特に、出版者の場合）の責任成立要件と著作権侵害に対する代位責任者の責任成立要件は基本的に同一の要件であり、それぞれ名誉権と著作権の法律領域において異なる表現を使っているに過ぎないといえる。

要するに、名誉毀損行為における配布者又は発行者の責任要件とは異なり、著作権侵害においては、寄与侵害者と代位責任を負う者の責任成立要件として別途に「行為者が直接侵害者の侵害行為に実質的な寄与をする」又は「侵害行為から直接的に金銭的利益を得る」という要件が課されている。しかしそれらの要件は、名誉毀損の場合には別の表現で示され（すなわち、配布者の責任が問題となる場合「責任を負う者が侵害物を配布する」）、あるいは明言する必要のない当然の前提（発行者の責任が問題になる場合「発行人である出版者は出版物の出版により当然直接的な利益を得る」という経験則）となっているに過ぎないのである。

なお、米国の多数説⁴³が、著作権侵害における寄与責任の原則の沿革に着目し、「違法行為に参加又は拡大した者は主たる不法行為者と同様に責任がある」というコモンローの原則から発展してきたと解釈している点からも、名誉毀損における発行者と配布者の責任法理と、著作権侵害行為における代位責任と寄与責任に関する法理は、共にコモンロー上の原則に根を下ろしていると見ることができる。結局、二つの法理は細かい表現の上では多少の相違があるが、基本的には共通する一つの法理として包摂することが十分可能なのである⁴⁴。また、米国でも、本稿の統合論とは方向が

⁴³ Peter Katz, *Copyright Infringement: The Perils of Indirect Liability*, 16 Journal of Proprietary Rights 1 (2004), p. 2 又は Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster*, 37 Creighton L. Rev. 859 (2004), pp. 871-72.

⁴⁴ たとえば、米国では、本稿とやや異なる視点で上記二つの法理の統一を図ろうとする論者もあり、その説明を要約すると以下のとおりである。

「連邦最高裁判所が *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964) などの事例で取っ

異なるものの、侵害行為の類型によりオンラインサービス提供者の責任及び責任制限論が異なる方向に発展した結果、オンラインサービスにおいて異なる法理間の対立又は法的な空白が発生していると批判しつつ、責任発生要件はともかく⁴⁵、少なくともセーフハーバーの要件においては、その侵害行為の類型を問わず、一つの法理として統合すべきであるとする有力な意見⁴⁶が最近主張されている。

3) 米国と異なる韓国の事情

韓国の著作権法第102条及び第103条などの責任制限の要件規定は、米国

た態度から類推してみると、オンラインサービス提供者の代位責任について如何なる立場を取るべきかを推測することができる。それは、名誉毀損の責任を追及されることを避けるために出版者らが過度に検閲を行い、より大切な表現の自由が抑制されるという不当な結果を避けるべきであるように、被告のオンラインサービス提供者にフェアユースの抗弁をより幅広く認めるなどの方法でオンラインサービス提供者に代位責任を問うことについても極めて慎重でなければならない。これまで裁判所は躊躇して来たが、表現の自由の価値が著作権法の基本的な解釈においても積極的に反映されなければならない。」(Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, Geo. L.J. (2000), pp. 1837 FN 16, 1871-72). ただし、上記の説明は、結局、表現の自由という憲法上の価値を最上位に置き、その下に著作権法上の寄与・代位責任の法理を従属させて解釈しているという点において、表現の自由に関連する名誉毀損行為と寄与・代位責任と関連する著作権侵害行為に対する各法理を敢えて対等に把握しようとする本稿とは異なるものであるというべきである。上記の論者の説明は、一見、表現の自由に関連する書き込みに関して免責されるためにオンラインサービス提供者が過度に掲示物を検閲、削除する恐れがあるという事実を指摘した点は妥当であるが、著作権侵害に関連する掲示物のほとんどは、憲法上の表現の自由とは、少なくとも現実的には大きな関連がないということに鑑みれば、特に有用な統合論であるとは言い難い。

⁴⁵ 比較的最近に成文法により確立した責任制限要件とは異なり、責任成立要件は前述のように判例法に根拠を置き、既に長年の伝統に根を下ろしているため、これらを統合することは決して容易ではない。

⁴⁶ 詳細については、Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. on Telecomm. & High Tech. L. 101 (2007), pp. 107-118.

のデジタルミレニアム著作権法を母胎としており、また韓国の「カクテル98事件」などの著作権侵害の責任成立要件に関する判例は、米国の影響を強く受けている。したがって、一見すると韓国においても米国と同様に異なる責任制限の理論を適用するのが妥当であるように見えるが、実際にはそうではない。

(1) 韓国における責任成立要件は同一である

韓国においてもオフラインの領域では、名誉毀損による不法行為の法理と著作権侵害の不法行為の法理とは明確に区別されているといえる。しかし、オンラインサービスの場合に、サービス提供者の付随的責任理論において上記の二つの法理が厳密に区別されているとは言い難い。むしろ、米国とは異なり、オンラインサービス提供者の責任成立要件が、利用者の著作権の侵害行為であっても、名誉毀損などその他の権利侵害行為であっても、基本的に同一に解釈されていると思われる。換言すれば、既に述べたようにこれまでで最も有力な判例の立場によると、両者は共に民法第760条第3項の幫助による不法行為の規定をオンラインサービス提供者の責任成立要件としている。著作権侵害の場合、大法院判所など多数の判例⁴⁷が民法第760条第3項を、オンラインサービス提供者の責任の根拠規定として幫助による共同不法行為責任を認めており、また利用者による名誉毀損の場合でも、2008年7月2日に下されたソウル高等法院のいわゆる「억울하게 죽은 내 딸 사건 (死んでも死に切れないわが娘事件)」⁴⁸で、民法第760条第3項を、被告らであるポータル業者（オンラインサービス提供者）の責任の発生の根拠として明示的に提示しており、これは私生活の侵害又はプライバシー侵害の事例⁴⁹においても同様の状況となっている。なお、判決文における責任成立の具体的な法的要素を比べてみても、著作権侵害の事案と名誉毀損などその他の権利侵害は事案を異にしているにもかかわらず、侵害場所が同じ類型、たとえば掲示板サービスの提供者である場合に、

⁴⁷ ソリバダ仮処分事件に関する大法院2007. 1. 25宣告2005나11626仮処分異議判決及びその原審であるソウル高等法院2005. 1. 12宣告2003나21140号判決など。

⁴⁸ ソウル高等法院2008. 7. 2宣告2007나60990判決。

⁴⁹ ソウル中央地方法院2007. 5. 31宣告2006가합22338、2006가합38197 (併合)判決。

その法的責任論はほぼ同一の判断要素に基づいていることが見て取れる⁵⁰。

(2) 韓国で異なる責任制限要件が立法化された背景など

以上のように、韓国は米国とは異なり、オンラインサービス提供者の付随的責任の成立を検討するにあたり、著作権侵害の場合と名誉毀損の場合を区別せず、民法第760条第3項を適用しているため、責任成立後の責任制限要件においても統一法理により議論するのが論理的に妥当である。

それにもかかわらず、韓国が当初、EUやドイツ、日本のように統合された責任制限法を導入せず、著作権侵害の分野に限ってオンラインサービス提供者の責任制限要件を導入したのは、著作権法を所管する文化観光部と、情報通信網利用促進法を所管する情報通信部がオンラインサービス提供者の所管部門の座をめぐり悪意なき競争をする中、文化観光部がオンラインサービス提供者の責任制限規定を著作権法に入れている米国の例を急遽踏襲したためであると思われる⁵¹。もっぱら著作権侵害を念頭に置いていた文化観光部によってオンラインサービス提供者の責任制限の立法は著作権法に特化して行われることになり、他の侵害行為（名誉毀損や商標権の侵害など）に関する問題は後回しにされたため、法体系全体からすれば、他の侵害行為に関する責任制限の立法は2007年1月26日の情報通信網利用促進法の改正まで先送りされることとなった。また、今日において

⁵⁰ 「死んでも死に切れないわが娘事件」で、ソウル高等法院は被告オンラインサービス提供者の責任を、注意義務違反が問題とされるオフラインにおける民法上の不法行為事件のように、「予見可能性」と「回避の可能性」に分けて説明している。しかし、詳細にその判断要素を見てみると、著作権侵害に対する被告の現実の認識、又は予見可能性（認識可能性）、サービスにおける営利性と収益、侵害物に対する遮断可能性があったことを指摘しているが、これは著作権侵害訴訟における法院の判断内容に類似するものである。たとえば、ソリバダ1仮処分異議事件の控訴審判決は「著作権侵害を未必的にでも知り得た点」、「サービスの運営を通じて得た認知度を利用して収益を得る計画であった点」、「IDを判別してアクセスを拒否することにより、著作権侵害行為をする利用者らのファイル共有を制限し得た点」などを挙げている。

⁵¹ 詳細については、パクジュンソク・前掲173-174頁参照。このような拙速な立法が犯したミスについては同書161-163頁参照。

も著作権侵害の事案と名誉毀損など他の侵害の事案とでは、オンラインサービス提供者に異なる法律の異なる責任制限要件が適用されるため、オンラインサービス提供者にとって不必要な法律上の混乱が生じている。オンラインサービス提供者の立場からすると、被害者が著作権者であるかそれとも名誉毀損又は他の被害者であるかという、多少偶然ともいえる事情に応じて異なる責任論を展開するよりも、その伝達者がオンラインサービス提供者であるという共通点に焦点を合わせるのが妥当であろう。というのは、後者の考えのほうが、前述の不必要な法律上の混乱は解消され、さらに、オンラインサービス提供者の地位が比較的重要である韓国の実情により合致しているからである。

あるいは、名誉毀損の分野には表現の自由という憲法上の至高たる価値が介在する領域であるため、著作権侵害とは「必ず」区別されるべきだとの法理が存在するという反論があるかもしれない。しかし、米国の判例の流れを見ても、表現の自由という価値を優先するという命題と、その価値を理由に名誉毀損の発言の伝達者の責任に対して著作権侵害の場合と異なる扱いをしなければならないのかという問題とは、別問題であると思われる。たとえば、米国の連邦最高裁判所がNew York Times v. Sullivan事件⁵²で、名誉毀損の発言の伝達者に厳格責任 (strict liability) を課するのは表現の自由を萎縮させるおそれがあるため違憲であると判ずるまでは、米国の判例は度々名誉毀損の発言の伝達者に厳格責任を課してきた⁵³。なお、これは著作権の(直接)侵害者に原則的に課される厳格責任と何ら異なるものであった。その後、名誉毀損の発言の伝達者に対する責任は、編集者、配布者の二つのタイプの広い意味での過失責任 (negligence liability) として判例上固定されたが、通信品位法の登場によってオンラインサービス提供者には一定の免責が与えられるという過程を辿ってきている。このような沿革からも見られるように、名誉毀損の発言の伝達者責任を論じる際に、表現の自由という価値があるからといって、必ずしもそれが厳格責

⁵² 376 U.S. 254 (1964).

⁵³ 米国における厳格責任論と第三者責任論の歴史的発展過程についてはMatt Jackson, *One Step forward, Two Steps Back: An Historical Analysis of Copyright Liability*, 20 Cardozo Arts & Ent. L.J. 367 (2002) 参照。

任、又は過失責任でなければならないという理由は存在しない。同じように、韓国でも自国の状況と立法政策に鑑み、名誉毀損の発言の伝達者の責任(あるいは責任の制限)を著作権の侵害行為の伝達者のそれと同様に規定することもできよう。

(3) EU やドイツ、日本には既に統合法が存在する

上述したように、米国は伝統的に著作権侵害と名誉毀損行為とを責任成立の段階から厳格に区別しており、さらに責任の制限要件も個別の法律でそれぞれ区別して規定している。しかし、法的な伝統が異なる他の国々、すなわちEUやドイツ、日本などはすべて本稿の主張するような統合法を立法化し、かつ施行している。それぞれ順に、2000年の電子商取引のガイドライン⁵⁴、2007年のオンラインメディア法 (Telemediengesetz)⁵⁵、2002年「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」⁵⁶などである。これらの例からしても、韓国は著作権侵害と

⁵⁴ 正式名称は2000年「域内市場における電子商取引を含む情報化社会サービスの特定分野に関する指令 (Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market)」である。

⁵⁵ 1997年オンラインサービス法 (Teledienstegesetz, TDG) 以来、ドイツの責任制限立法は抽象的で、単純であるが、特定の権利侵害に限定せず、さまざまな権利侵害に対して、統一的な免責基準を確立する統合免責法の形を取っている。その後2001年に改正されたオンラインサービス法 (Teledienstegesetz, TDG) 第8条から第11条までの責任制限規定は2007年の新しいオンラインメディア法 (Telemediengesetz) の第7条から第10条に継承されており、内容は変わらない。オンラインメディア法は、オンラインサービス (teledienste) とメディアサービス (mediendienste) の二元的立法、すなわち、従来の中央政府の管轄であった「オンラインサービス法」と州の管轄であった「メディアサービスに関する州間条約 (Mediendienstestaatsvertrag: MD StV)」を統合するための立法であるとされる。このうち、2007年法の成立経緯などについては韓国電波振興院「ドイツの通信・放送・電波法令の検討」情報通信部研究開発結果報告書 (2007年12月) を参照。

⁵⁶ 「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」。日本では略して「プロバイダ責任制限法」、あるいは「サービス提供者責任制限法」と称する。

名誉毀損などの他の侵害行為とを、従来から責任成立の段階から厳格に区別していたと見ることはできない。したがって、米国の例を追随するのではなく、EUやドイツ、日本の例を手本とすることが妥当である。

4) 統合の範囲及び統合の具体的な方法

(1) 統合の範囲

統合的に規制する必要があるオンラインサービス提供者の付随的責任において、利用者の侵害行為の代表的なものとしては、著作権侵害行為と名誉毀損行為を挙げることができる。なお、その他には私生活の侵害（又はプライバシーの侵害）⁵⁷、商標権侵害⁵⁸、わいせつ物を流通させる行為⁵⁹、

⁵⁷ 上述のように、情報通信網利用促進法第44条の2が明示している対象であると同時に、ソウル中央地方法院2007. 5. 31宣告2006가합22338、2006가합38197（併合）判決のように、実際にオンラインサービス提供者の幫助責任を扱った事例も存在している分野である。

⁵⁸ 未だ韓国では、この分野の関連の事例は勿論のこと、学界でもほとんど言及されていない。これは商標権を侵害する物品がインターネットオークションサービス提供者のサービス上でサービス利用者に販売された場合、サービス提供者が負担する責任及び責任の制限に関する問題である。これについて、2008年7月頃、米国の連邦地方裁判所とフランスの裁判所は、同じ相手（eBay）を被告とする訴訟で背馳する判決を下した。米国での訴訟は高級宝石店 Tiffany が eBay を相手に提訴したもので、偽の宝石が eBay のオンラインマーケットで複数回販売されたにもかかわらず、eBay が自身の利益のために故意に目を瞑っていたため、サービス利用者による商標権侵害に対して eBay も一緒に責任を取らなければならないとする趣旨の請求であった。しかし、連邦地裁は Tiffany の主張とは異なり、オンライン市場で偽の宝石類が取引されるのを常に監視することはマーケット提供者ではなく、権利者の Tiffany の責任であるとし、2008年7月中旬に請求を棄却した。これに対して、ルイヴィトンが同じ理由で eBay を相手に商標権侵害訴訟を起こした事件では、これを担当したフランスの裁判所は、原告の請求を上述の判決と同時期である2008年7月頃に認容している。

⁵⁹ しかし、オンラインサービスを通じて提供される情報がわいせつ物であるときは、韓国では多くの場合、わいせつ物の製作者が刑事処罰の対象になる。そのため、わいせつ物の著作権侵害を主張しオンラインサービス提供者の付随的責任までを追究することは現実的に困難である。

又はその他一切の権利侵害行為⁶⁰といったものが挙げられる。

ただし、責任成立要件と責任制限要件の統合論は、利用者の侵害行為によるオンラインサービス提供者の負うべき付随的責任（derivative liability）に限定されるものであり、オンラインサービス提供者が直接侵害行為をした場合には、本稿にいう統合法理の対象とはならない。なぜなら、直接の侵害は利用者によって行われ、オンラインサービス提供者がその情報の伝達媒体のみを提供し付随的責任を負う場合には、責任論において統合的に議論する共通の基盤があるのに対して、オンラインサービス提供者が直接侵害行為を為した場合にはそうではないためである。後者の場合、オンラインサービス提供者のみに統合的な法理による規制を及ぼすという特例を設けることは認められず、個々の権利侵害形態を具体化した著作権法又は不法行為に関する規定に頼らざるを得ない。たとえば、韓国で最近話題になっている「オフライン新聞記事に対するポータルサイトの編集の責任論」⁶¹は、ポータルサイトの直接侵害が成立するか否かに関する問題に過ぎないので、本稿で取り上げる統合論の対象ではない。

同様に、オンラインサービス提供者ではなく、直接侵害者の責任成立要件の問題に過ぎない違法性阻却事由も統合論の対象ではない。このような違法性阻却事由に該当し得るのは、著作権の侵害における侵害の利用者による公表された著作物の引用（著作権法第28条）などの抗弁、名誉毀損における発言者の「真実と信じるに値する相当な理由がある」という主張⁶²な

⁶⁰ たとえば C.L.C. v. Craigslist, Inc., 519 F.3d 666 (7th Cir 2008) は、利用者たちが「有色人種の禁止」、「子供のいる家族は拒否」などの差別的な賃貸借行為を行い「公正賃貸借法（Fair Housing Act）」に違反する行為に揭示サービスを提供した被告 Craigslist に対して、原告がオンラインサービス提供者の付随的責任を追究した事件であった。裁判所は、オンラインサービス提供者の免責を規定した通信品位法（CDA）第230条(c)(1)が、上記法律に違反する場合にまでオンラインサービス提供者に免責を与えるものではないとする原告の主張を退けた。

⁶¹ これは、いわゆる「진여옥 사건（ジョンヨオク事件）」と呼ばれるソウル高等法院2008. 1. 16宣告2006가2006の判決とその原審であるソウル南部地方法院2006. 9. 8宣告2005가단18300判決などが該当する。

⁶² わが国の判例（大法院2006. 5. 12宣告2004가35199判決など多数）は名誉毀損の違法性阻却事由を定める刑法第310条のような明文規定がない民事事件においても、

どが挙げられる。換言すれば、著作権侵害又は名誉毀損などにおいては、上記の独立した違法性阻却事由が存在するため、オンラインサービス提供者の責任論の統合が困難であるとする主張は適切ではない。なぜなら、前記の違法性阻却事由は直接侵害者である利用者の不法行為の成立段階で検討され、侵害が成立するとなって初めてオンラインサービス提供者の「幫助責任」が問題となるからである。

(2) 統合の具体的方法

統合の具体的な方法としてはEUやドイツ、日本のように統合法を制定することが最も望ましい方法である。これは後に述べる次善策とは異なり、長期的にも一つの省庁による統一的な管理が保障されるというメリットがある。実質的には同一、又は少なくとも統一的に規制されるべき対象であるにもかかわらず、異なる省庁が所管し異なる法律により重複的に規制されてしまう結果、法律の間に隙又は矛盾が生じてしまい、また行政省庁間で円滑に協力できないという現象が起こってしまう。もちろん、これらを各省庁間の悪意なき競争として見ることもできるが、客観的な立場からするとマイナス面があると捉えられるのも事実である。たとえば、韓国においては比較的早い段階にIPTV関連技術が具備されたにもかかわらず、これを「放送」の一種として規制しようとする放送委員会と、「通信」の一種として規制しようとする情報通信部との対立により、関連立法は外国より遅れているという例がある⁶³。

他人の名誉を毀損する行為を行った場合は、それが公共の利害に関する事項であり、その目的がもっぱら公共の利益のためであるときは、真実であるという証明があれば、その行為に違法性がなく、また、その証明がなくても、行為者がそれを真実であると信じるだけの相当な理由がある場合には、違法性はないと判じている。

⁶³ これは、정윤식, “IPTV 도입에 따른 미디어 정책 및 사업방향,” 서울대학교 기술과법센터(<http://www.clt.re.kr>) 2005년 제8회 워크숍 발표문(ジョンユンシク「IPTVの導入に伴うメディアの方針及び事業の方向」ソウル大学の技術と法センター(<http://www.clt.re.kr>・2005年の第8回ワークショップ発表)及びアイニュース2007年1月21日記事「융추위 IPTV 법제화 의지 밝혀… 부처간 이견은 여전(融推委IPTV法制化意思明かす…省庁間の意見の食い違いは相変わらず)」などを参照。同じく、オンラインサービス提供者の責任制限の立法を確立するに当たり、旧文化観

仮に、様々な事情により統合法の確立が困難であるなら、次善策として、少なくとも現段階では、著作権法と情報通信網利用促進法の関連規定の内容を統一すべきであろう。差し当たり、著作権法第102条及び第103条に比べて簡略過ぎる情報通信網利用促進法の責任制限規定を改め、上記の著作権法の条文における詳細な「侵害主張の通知と除去(notice and takedown procedure)」規定を導入すべきである。残念なことに、これまで韓国においては、著作権法と情報通信網利用促進法を、少なくともオンラインサービス提供者に関しては整合させる必要があるとの認識に立った上で、それらの統一的規制を試みる動きはみられない⁶⁴。

光部と廃止された情報通信部との間の不調和により、著作権領域とは異なり、名誉毀損などの領域では最初から責任制限立法が長く制定されず、矛盾する状態が続いたが、2007年1月26日になってようやく関連規定が導入されたのも、これに該当する事例として見る事ができる。

⁶⁴ この点において、2008年7月24日にジンソンホ議員ら国会議員12人が、著作権法改正案と情報通信網利用促進法の改正案を同時に提出して統一的規制を図ろうとしていることは、その改正案の内容の妥当性に疑問が残るものの、少なくとも上記の本文と同じ認識を前提としているという点ではそれなりの意味がある事ができる。上記の情報通信網利用促進法の改正案では、まず、情報通信網における権利保護の対象を明示的に著作権にまで拡張する一方、所管官庁(放送通信委員会)が、情報通信サービス提供者又は掲示板管理・運営者に対しその取扱いを拒否・停止又は制限するように命じるのできるいわゆる第44条の7に定められた「不法情報」の対象に著作権侵害物も包括されるように拡張した。さらに名誉毀損やわいせつなコンテンツによる(プライバシー)権利侵害などの他の権利侵害の場合にも、著作権法改正案と同様に情報通信網の利用秩序を深刻に毀損すると判断した場合、放送通信委員会が、当該掲示板の管理・運営者に情報通信サービスのアクセス遮断を命じる事ができる権限を付与しようと試みている。

IV. オンラインサービスにおける著作権侵害事件と名誉毀損事件との相違点

1. 序説

オンライン上で行われるという共通点がある一方で、オンラインサービス上の利用者の著作権侵害行為と他の侵害行為、たとえば名誉毀損行為の間にはいくつかの特徴的な相違点が存在している。したがって、現段階では指摘されていないものの⁶⁵、今後、統合法の立法化に際して、このような相違を理由に統合は困難であるとする反論も想定できる。しかし、本稿の分析によれば、このような相違が今後の統合法の立法化の際の障害となるとは言い難い。

2. 具体的な相違

1) 利用者の主な侵害手段がBBS（電子掲示板）であるか、P2Pネットワークであるかの相違点⁶⁶

インターネットの初期においては、主にBBS（Bulletin Board System、電子掲示板）に違法複製物をアップロード又はダウンロードするという方法で著作権侵害が行われていた。しかし最近では従来のようなBBSを利用した著作権侵害の事例は、数年前に比べて大分減少している（しかし後述するように広い意味⁶⁷でのBBS方式、たとえばインターネット・ストレージサービス又はウェブハードサービスによる著作権侵害が新たに登場し跋扈している状況である）。このような傾向は韓国において特に深刻であるが、その理由は以下のとおりである。

⁶⁵ 韓国においてほとんど議論されていないのは勿論、米国の場合も、これまで伝統的に責任成立要件に関して、名誉毀損と著作権侵害の事案を区別して取り扱ってきたため、二つの事案の相違について論及する例は見当たらない。

⁶⁶ バクジュンソク・前掲168-172頁参照。

⁶⁷ ここでは、P2Pネットワークと対立する概念として、個々のコンピュータではなく、中央サーバーが利用者の情報を個別的に保存し、利用者の要求に応じて提供するシステムを意味する用語として用いる。

第一に、過去のPC通信に代表されるBBSは会員向けにサービスを提供していたため、利用資格の制限があった。このような閉鎖性⁶⁸のために、著作権者であっても会員にならないと掲示板にアクセスできないため、自分の著作権の侵害を確認することができなかったのである。特に、PC通信は特定の地域や国の利用者のみを対象とするサービスであるため、外国にいる著作権者が他国のPC通信上で行われる自分の著作権に対する侵害を知ることは事実上不可能であった。その後、ワールドワイドウェブによりネットワークが大きく拡張されるに伴い、会員資格による情報へのアクセスの制限と、国家間の制限がなくなり、著作権者の監視も幅広く可能になった。また違法複製物が一定期間BBSで公開されている限り、「検索エンジン」などの手段による利用者のダウンロード及び著作権者の監視・摘発はますます容易化している。したがって、著作権者からの侵害事実に関する直接の通報又はオンラインサービス提供者自身の定期的な監視を通じて、利用者の違法掲示物を削除又は利用者のホームページを閉鎖するなどの方法でBBS上の著作権侵害を取り締まることは従来よりも容易になった。このようなBBS環境の変化を受け、著作物の違法複製行為は、より隠蔽性の高いP2Pネットワークで行われるようになった。

第二に、PC通信時代に複製対象となった著作物は容量がキロバイト又はメガバイト単位に過ぎなかった。しかし、現在は映画のファイルなど、違法複製の対象物の容量はギガバイト単位に大幅に増大している。同時に、コンピュータの容量も大幅に増加しており、今でもBBSを提供する業者はより大きい貯蔵容量の掲示板サービスを利用者に提供しようとしているが、もはや業者が提供するBBS上の貯蔵容量だけで⁶⁹違法複製物を配布す

⁶⁸ ハイテル、チョンリアン、ナウヌリ、ユニテルなどのPCの通信システム下では、ハイテル利用者はハイテル利用同士で情報を交換し、チョンリアン利用者など他のPC通信の利用者と情報を共有できないため、開放的ネットワークと呼ばれるインターネットとは異なり、閉鎖的なネットワークであった。

⁶⁹ ただし、ここで混同してはいけないのは、伝統的な意味でのBBSに限定する説明であるという点である。一方、「インターネット・ストレージサービス」のような私金庫のように他人のアクセスが制限されている有料サービスは通常、ギガバイト単位のストレージ容量を提供している。

ることは困難になっている⁷⁰。これに対して、新しく登場したP2Pネットワークによる違法複製物の配布は利用者自身のコンピュータ貯蔵容量さえ許せば、複製物の容量自体に何ら制約がない状態である。

以上のような理由で、P2Pネットワーク技術が早くから応用されていた韓国では、既に数年前から利用者の著作権侵害行為の主な舞台がP2Pネットワークとなっていた⁷¹。これに対して、名誉毀損行為においてはP2Pが登場した後も依然として従来のBBSが主な手段として使われている。そのような差異が生じた理由は次のとおりである。

まず、未だイメージファイルではなく文字ファイルのみで作られた名誉毀損となるものが多い⁷²。よって、現在でもBBS業者の提供する容量の小さな貯蔵空間を利用しても、十分に名誉毀損となるものを掲示することができる。

第二に、名誉毀損における侵害者は、通常一定の範囲（たとえば、同じ学校の学生の名譽を効果的に毀損するには他の場所ではなく当該学校のBBSに書き込みをするだろう）の他の利用者らに名誉毀損の表現を直接かつ速やかに配布することを目的とする。BBSは一定範囲の加入者のみを対象とするか、又は少なくともとも運営の目的に合致する利用者がよく訪れるた

⁷⁰ このような理由で、従来は、違法複製物を流布しようとする者が、大容量の複製ファイルを複数に分割して複数の事業者から複数のストレージを借り、それぞれに分けて保存し、他の利用者たちが利用するBBSには、単に上記各ストレージへのリンクのみを公開しているというやり方が、大容量の複製物の流布に一時用いられていた。

⁷¹ 数年前までは「e-Donkey」などをはじめとするP2Pが著作権侵害のほとんどを占めていたが、最近では再びBBS方式による著作権侵害が増加する傾向である。ただ、最近のBBSは従来の意味での掲示板サービスではなく、「インターネット・ストレージサービス」、すなわちWebハード方式を指す。

⁷² しかし、韓国において女優のオ某を始め、女性歌手ベク某の性行為の映像ファイルが流れ、被害者が刑事告訴に至った事件でも分かるように、大容量の映像ファイルを通じて名誉毀損をする行為も現れた。このような場合には、BBSではなくP2Pが利用されたりする。判例の中にも、P2Pサービスを利用して他人の裸の写真を転送、配布することにより、結果的に他人の名譽を毀損した問題を、情報通信網利用促進及び情報保護等に関する法律違反（淫乱物流布など）の罪のレベルで取り扱った事例がある。

め、その目的に合致した場であるといえる。しかし、P2Pネットワークの場合はそこに接続されている殆どの不特定多数を相手にしているため、掲示範囲が広過ぎて適当ではない。また、P2Pネットワークの場合は、BBSのように自分の好みに合う特定の掲示板にアクセスし掲示物をクリックするのではなく、利用者がある程度正確なキーワードを自分で入力しないとその情報を見つけることできない⁷³。したがって、そもそも名誉毀損物がP2Pネットワーク上に存在するという事実そのものが利用者に認識されぬまま、名誉毀損となるものが長期間伝播されない可能性もある。

最後に、P2PネットワークはBBSと異なり、ダウンロードが完了⁷⁴して初めて内容を把握することができるという利便性の問題がある。

一方、インターネットのストレージサービス又はウェブハードサービスも広い意味でのBBS方式に分類されるが、一般的にログインを必要とする閉鎖的な形を取るため、名誉毀損となるものを制限を受けずに速やかに発表しようとする侵害者の目的とは合わないため、名誉毀損行為の手段として使われていない。

結果的に、名誉毀損行為におけるオンラインサービス提供者の責任問題は（BBSのみならずP2Pの領域でも行われる著作権侵害行為とは異なり）、今後も従来型のBBSの領域において発生するだろう。

2) 事前統制の可能性における相違点

従来、著作権侵害の対象が文字作品の場合には、文字著作物の表現の多様性や創作性の有無・程度が千差万別であったため、当該文字著作物が保護されるべき著作物であるか否かを判断するのは極めて困難であった。そ

⁷³ ファイル交換システムのチャートを提供する機能がない限り、P2Pサービスでは、たとえば「某氏が部下をセクハラする場面を盗撮」というタイトルのファイルが載せられていても、BBS掲示板とは異なり、「アクセス」又は「部下」などのキーワードで検索しない限り、上記ファイルの存在を知ることができない。

⁷⁴ もちろん、超高速のオンラインサービスの下で、テキストファイルは、その内容がたとえ数百ページにわたるものでも数秒以内にダウンロードが完成される。しかし、BBSにおいては接続して当該掲示物をクリックする瞬間に内容を知り得るということに比べると、更に不便であり、結局、その伝播の効率性も低下する。

それは、掲示物が名誉毀損であるか正当な表現であるかの判断と同様に、容易ではなかった。そのため、BBS サービス提供者にとって、利用者の掲示物が著作権を侵害するものであるか否かを自分で判断して、掲示の拒否又は削除などにより統制することが困難であった。

しかし、現在において著作権侵害の対象は、より進歩した技術で作られた音楽ファイル、映画ファイルが主流となっている。これらは高度の技術と資本の投入により作られたものであるため、創作性の判断、換言すれば保護すべきか否かの判断が従来の文字の著作物に比べ容易になっている⁷⁵。また、利用者の利用行為がフェアユースに該当する余地も比較的少ない。したがって、これらの音楽ファイル、映画ファイルなどの場合には従来の文字著作物の場合に比べ、オンラインサービス提供者が自ら削除するなど、合理的な範囲内で主体的に統制し易くなっている⁷⁶。

このように、名誉毀損の場合に比べ、著作権侵害の場合は侵害行為に対する事前統制の可能性は高いという点に着眼して、たとえば最近公表された「デジタルコンテンツ識別システム」⁷⁷のような、デジタル著作物の情報

⁷⁵ 文字の著作物の場合、利用者が他人の保護されるべき作品の相当部分を剽窃して、タイトルや登場人物の氏名や一部の結末など、ごく些細な部分のみを変え、自分の独創的な作品のように掲示したという場合、オンラインサービス提供者が利用者の掲示物が著作権を侵害するものか否かを判断することは困難であるが、ムービーファイルの場合は、利用者がそれらの映画のファイルの全体又は一部をそのまま複製して公開することはできるものの、部分的に修正を加え、あたかも自分の独創的な映画のようにごまかそうとする可能性は相対的に少ない。技術の進歩に伴い、個人でも動画を自由自在に編集することができる日もますます近づいてはいるが、現在でも一般人の編集能力は、動画自体に対する操作ではなく、映画の特定の場面をスキップしてシンプルにし接続するか、新しい台詞を吹き替えるなどの程度に止まっている。

⁷⁶ 以上はパクジュンソク・前掲172-173頁参照。

⁷⁷ たとえば、2008年7月30日の文化体育観光部の発表によれば、これまで情報通信部と別途に推進してきたURN (Uniform Resource Names) 基盤デジタルコンテンツ識別システムを一つに統合して、「国家デジタルコンテンツ識別システム」を完成したとする。ここで、デジタルコンテンツの識別システムとは、個々のデジタルコンテンツに固有の番号と、メタデータ (タイトル、名前などの属性情報) を体系的に付けて、バーコードのようにコンテンツを明確に識別できるようにするものであ

を事前登録システムでデータベース化し、その情報に基づいて違法と適法の著作物を識別する技術に関する研究や、それを応用するといった試みは早い段階から行われていた。なお、著作権法第104条によれば、著作権者はオンラインサービス提供者に対し、事前にいわゆる「技術的措置」⁷⁸を整えるように要求することができ、オンラインサービス提供者はその要求に応じて相応の措置を講じて侵害行為に対してフィルタリングする義務を負う⁷⁹。一方、そのような技術的措置は現在の技術水準では100%正確ではなく、オンラインサービス提供者の法的不安を加重させるだけであるとして、上記の条項は削除されるべきとの批判⁸⁰もある。しかしながら、著作権法第104条のような内容は、著作権侵害において完全ではないものの、

り、住所地が変われば、個人が役所に申し出て、固有のIDと実際の居住地をマッチさせるのと類似している。

⁷⁸ これは、著作権者ではなく、オンラインサービス提供者が有する技術であるという点、著作物へのアクセスや利用に対する統制ではなく、違法と合法な著作物を完全に確認することを出発点と帰着点にする識別技術であるという点で、著作権法第2条第28号で定義され、第124条により保護される「技術的な保護措置」とは区別される。このような説明は정상조/박준석, “OSP의 技術的措置에 관한 義務-소리마다 사건을 중심으로-,” Law & Technology 제4권 제1호, 2008 (丁相朝=パクジュンソク「OSPの技術的措置に関する義務-ソリバダ事件を中心として-」Law & Technology 第4巻第1号(2008) 27頁参照。

⁷⁹ 著作権法施行令第46条は、次のように定めている。

①法第104条第1項で「当該著作物等の違法な転送を遮断する技術的な措置等の必要な措置」とは、次の各号のすべての措置をいう。

1. 著作物等の題号等と特徴を比較して著作物等を認識することができる技術的な措置
2. 第1号により認知した著作物等の違法な送信を遮断するための検索制限措置及び送信制限措置

<以下省略>

⁸⁰ つまり、著作権侵害の事案で、オンラインサービス提供者の事前統制の可能性がより大きいという点が、直ちに著作権侵害を防ぐためにオンラインサービス提供者に、事前の監視を要求したり、いわゆる積極的なフィルタリングシステムの採用を要求する論理に飛躍してはならない。紙面の関係で詳しくは言及しないが、より詳細な批判は丁相朝=パクジュンソクの前掲論文参照。

少なくとも多くの場面では機械的な方法を通じて著作権侵害の有無を比較的容易に識別し得るといふ現実的な期待を反映しているといえよう。

そのため、著作権侵害に比べ、名誉毀損の場合にはオンラインサービス提供者の自主的判断及び制御が困難であり、また侵害物に対する判断も容易ではない。

3) 侵害者の数の相違

オンライン上の著作権侵害の場合には侵害行為を行う個別利用者の数は数え切れないほど多いが、一方、オンライン上の名誉毀損の場合には一人、多くても通常数名⁸¹に過ぎない。このような相違は次のような法的結果をもたらす。

オンライン上の著作権侵害事件の場合、著作権を侵害する利用者の数は数万人に達しても珍しくはないほど、極めて多い。そのため、特別な事情がない限り、被害者である著作権者にとって、侵害者一人一人に対して法的対応を取るのとは不可能に近い。したがって、著作権者の立場からすれば、無数の直接侵害者を相手に提訴するよりは侵害を媒介するオンラインサービス提供者に対して責任を追及することがより簡単な救済方法である。なお、これは著作権者が著作権の強制執行の労力と費用を大幅に削減できるという結果をもたらす⁸²。また、中高生や大学生などの直接侵害者を相手に提訴する場合、個々の利用者の無資力により結局満足を得られない恐れもあるが、オンラインサービス提供者を相手にする場合にはそのような心配は少ない。要するに、侵害を受けた著作権者は様々な理由により、個々の利用者よりはオンラインサービス提供者を相手取って訴訟を提起しよ

⁸¹ たとえば、ブログに記載された名誉毀損の文章を多数のユーザーが閲覧しても、名誉毀損という不法行為法の枠組みの中で、彼らは加害者ではなく、基本的に第三者に該当する。もちろん、上記の文章を再度別のブログに掲載する行為の場合は、共同加害者となり得るが、一般的な場合、このような行為を行った加害者の数も著作権侵害の場合とは異なり、数万人もしくは数百万人に達しない。

⁸² Douglas Lichtman & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 Harv. J.L. & Tech. 395 (2003), pp. 396-99.

うとする傾向を示しているのである⁸³。

一方、オンライン上の名誉毀損事件の場合には著作権侵害事件と異なり、加害者は一人（あるいは多くても比較的少数）のみであることが通常である。そのため、オンラインサービス提供者ではなく直接の加害者を相手に訴訟を提起しても、加害者の特定の問題を除けば⁸⁴、オフラインの法的紛争に比べ訴訟の遂行が特に困難ではない。

以上の状況に鑑みる限り、オンライン上の著作権侵害の訴訟においては、オンラインサービス提供者を被告とする訴訟が、オンライン上の名誉毀損訴訟においては、個別の加害者を相手にする訴訟が「相対的に」頻繁に提起されると予想される。換言すれば、両者の法的紛争はその性質の相違により、前者に比べ後者の紛争の方が、被害者は個別の加害者を相手にしようとする傾向が強いため、今後の関連立法においてその点を十分に考慮する必要がある。たとえば、名誉毀損の事件には表現の自由という問題があるものの、事案によっては個別侵害者に関する個人情報の提供が必要となり、著作権侵害よりオンラインサービス提供者の利用者情報の提供に関する制度を活性化⁸⁵する必要があるだろう。実際、日本ではオンライン上の不法行為が著作権侵害であるか、名誉毀損などの他の権利侵害であるかにかかわらず、統一的に適用される特別法である「プロバイダ責任制限法」により規制しており、その適用事例を見ると、加害者の特定のための「発信者の情報開示請求」がなされる事例のほとんどは著作権侵害ではなく、名誉毀損事件であることが見て取れる。

⁸³ Douglas Lichtman & William Landes, *supra* note 82, pp. 397-99 参照。

⁸⁴ このような困難を解消するために、日本では著作権侵害だけでなく、名誉毀損にも適用されるサービス提供者の責任制限法により発信者の情報開示を求めることができ、米国の場合には、著作権法上は情報提出命令を利用できないが、その代わりに連邦裁判所に匿名の被告を相手とする訴訟、すなわちいわゆる「John Doe 訴訟」を提起し、連邦民事訴訟規則第45条に基づく一般的な召喚命令 (subpoena) 制度を利用して、名誉毀損の加害者を特定することができる。上記の条文の詳細は <<http://www.law.cornell.edu/rules/frcp/Rule45.htm>> [2008. 8. 28.] 参照。

⁸⁵ 既に韓米自由貿易協定によりこの制度の導入が確定された状態なので、その制度を具体的に立法化するにあたって、より活性化できる方法を検討すべきだという趣旨である。

しかしながら、このような予想とは裏腹に、数年前の米国では個別の利用者を相手にオンライン著作権侵害の責任を迫る訴訟が急増したことがあり、最近、韓国でも似たような傾向が見られる。これは次のような特殊な事情によるものであると考えられる⁸⁶。つまり、原則に則れば、オンライン上の著作権侵害訴訟で、著作権者としてはオンラインサービス提供者を対象にする方が個別の利用者を相手にするより有利であるが、状況によっては、著作権者が個別の侵害者を相手に責任を迫りせざるを得ない場合もあるということである。

第一の場合は、オンラインサービス提供者に対する法的措置が最初から困難な場合であり、このような場合には煩雑であっても個々の利用者を相手に提訴しなければならない。たとえば、米国では2003年4月25日に連邦地裁がGrokster事件でP2Pソフトウェアの提供者の責任を否定して以来、2004年8月19日に連邦第9巡回控訴裁判所が再度同じ立場を取ることにより(2005年6月27日の連邦最高裁判所による判決まで)、かなりの期間、著作権者がP2Pソフトウェア提供者の寄与・代位の法的責任を迫ることは現実的に不可能であった。そのため、この時期、米国著作権業界は、個々の利用者を相手にいちいち提訴するという状況を受忍せざるを得なかった⁸⁷。

第二の場合は、すべての侵害者の責任を問うことはできないが、その中の一部の者を相手に民事・刑事の法的措置を講じることにより、潜在的侵害者らに侵害行為を自粛させるという社会的効果を達成するために、著作権者が政策的観点から個々の侵害者を相手に提訴する場合である。たとえば、最近の韓国では刑事処罰をテコに青少年利用者から示談金を徴収する法務法人の行為が目されている。これには付随する問題が沢山あるにもかかわらず、著作権者が法務法人にこのような委任をしているのは、上記のような理由からであろう⁸⁸。

⁸⁶ 以下に関連する説明としては、パクジュンソク・前掲431-432頁参照。

⁸⁷ このような指摘としては、Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 Stan. L. Rev. 1345 (2004) など多数。

⁸⁸ 同じく、米国レコード産業協会が継続的に個々の侵害者を相手に訴訟を提起した

第三の場合としては、P2Pネットワークの性質上、大半の利用者は単に情報を受信する受動的な地位にいてだけで、実際に積極的に情報を送信する利用者はごく少数に過ぎないため、著作権者がそのような利用者を把握し阻止することができる場合は、個別利用者を相手にする訴訟もそれなりに有効な方法となり得る⁸⁹。ちなみに、ある調査によるとGnutella利用者の70%以上がファイルを受け取るだけで提供したことがなく、上位1%の利用者が検索される50%以上のファイルを提供していたとされている⁹⁰。

このように、過去の米国⁹¹、又は最近の韓国⁹²におけるオンライン上の著

影響で、2003年6月頃には700万に達していたKazaaの利用者が、同年11月頃には320万人に減少したという統計もある。Cnet.news <news.com.com/2100-1027-5113188.html> [2008. 7. 11.].

⁸⁹ 米レコード産業協会会長のCary H. Shermanが米上院議員Colemanの質疑に答えた回答書では、米国のレコード産業協会の提訴の目的は、軽微な不法利用者らを相手にせず、もっぱら何千人もの不法な侵害物を保有している利用者を対象にするだけであると主張している。これについては、Cary H. Sherman (Chairman of the Recording Industry Association of America), "RIAA Narrative Response To Senator Norm Coleman's File-Sharing Inquiry," August 18, 2003 を参照。

⁹⁰ Eytan Adar & Bernardo A. Huberman, *Free Riding on Gnutella*, 5 First Monday 10 (Oct. 2000), これは、Tim Wu, *When Code Isn't Law*, 89 Va. L. Rev. 679 (2003), p. 733から再引用。他の研究所がGnutella利用者を分析した結果、交換される情報の90%が上位10%の利用者から出たものとされている(John Borland, "Record Labels Mull Suits against File-Traders," CNET News, 2002. 7. 3. これは、Stacey L. Dogan, *Code versus the Common Law*, 2 J. on Telecomm. & High Tech. L. 73 (2003), p. 103から再引用)。

⁹¹ 米国の場合、主に2003年頃から2005年頃までに、個別利用者を直接相手とする著作権侵害訴訟が毎年急増していた。以後、2004年12月頃までの米国の音楽産業協会が個別利用者を相手に提起した訴訟は約7,000件に上る。このような訴訟の洪水により2005年5月頃、米国のレコード産業協会に提訴された利用者数は1万人を突破するようになった。<www.pcworld.com/news/article/0,aid,118028,00.asp>と<shareno-more.blogspot.com>[2008. 8. 10.]を参照。このような暴走は、2005年の連邦最高裁判所がGrokster判決を通じてサービス提供者又はプログラム提供者に対する責任追及の道を開いた後、減少に転じている。

⁹² 韓国の場合、2007年に検察に受理された著作権関連の告訴・告発の件数は、青少年を対象にした法務法人の訴えの急増により初めて2万件を突破したとされる。

著作権侵害訴訟において個々の利用者を相手にする訴訟が急増したのは、特殊な事情によるものであり、それを一般化することはできない。

4) 金銭のみで被害が填補されるか否か

オンライン上の著作権侵害の場合には金銭による損害填補が可能であるが、オンライン上の名誉毀損の場合には、金銭賠償により填補されない部分が存在する。「オンライン上」の侵害に関するものではないが、わが国の判例もこの相違点を明確に認めている。たとえば、大法院1997. 10. 24 宣告96다17851判決は「人…が有する名誉に関する権利は一種の人格権であるため、その性質上、侵害された後には金銭的な賠償や名誉回復のみでその被害を完全に回復することは困難であり、損害填補の実効性も期待し得ないため、このような人格権の侵害においては、事前の予防的な救済手段として、侵害行為の停止・防止などの禁止請求権が認められ得る」と判じている。

このような観点からすると、オンラインサービス提供者が著作権侵害事案において違法な複製を阻止しなかったという場合よりも、名誉毀損の事案において名誉毀損の掲示物を遮断しない場合に、被害者の被害の回復可能性が低いと見ることができる。したがって、後者の場合には、オンラインサービス提供者がより積極的に侵害除去措置を取るよう誘導すべきである⁹³。ただし、名誉毀損の事案であっても、その被害者が公人 (public

2003年には10,429件、2004年は12,568件、2005年は14,915件、2006年は18,310件であったが、2007年には25,089件に達している。これについては、一部の法務法人が、無差別的に法的圧迫を通じて和解金を取り立てたためであるとする解釈がある。これについては、 시사저널 2008. 1. 21. (953호), “네티즌 달치는 저작권 쓰나미”(「ネチズンを襲う著作権の津波」) 時事ジャーナル2008年1月21日 (953号) の記事を参照。

⁹³ 一方、著作権侵害の事案では、オンラインサービス提供者が著作権侵害の除去措置に不十分であるとしても、理論的には事後的に損害が金銭的に填補される「余地」がある。このような点で複製・送信者の対応通知権を認め、侵害除去よりも情報疎通に重きを置く米国のデジタルミレニアム著作権法の条項を韓国も受容すべきであろう。

figure) である場合には、被害者の救済よりも、公人に対する一般国民の正当な関心又は監督を奨励する公的な利益が優先される場合もあるため、例外的に取扱う必要がある。

なお、人格権の侵害に対しては、金銭賠償に加え上記96다17851判決のいう「名誉回復に必要な処分」が別の救済手段として認められているが⁹⁴、この場合の処分とは、金銭賠償では回復され難い精神的又は非物質的な被害を対象とするものであり⁹⁵、金銭的損害の填補のように、オンラインサービス提供者など他人が代わって履行できる性質のものではない。よって、加害者本人の履行が求められる場合も少なくないだろう。この点に鑑みても、名誉毀損事件の解決において被害者が加害者の個人情報を知る必要性は、著作権侵害事件に比べ高いといえよう。

3. 以上の相違点は統合法理の確立の障害とならない

以上でいくつかの相違点を基準に検討したように、オンライン上で発生する様々な権利侵害のうち、代表的な二種類、すなわち著作権侵害や人格権の侵害 (名誉毀損) は、その性質の相違により、法的にも多少異なる取扱いをする必要があることは事実である。しかし、このような相違は、著作権侵害と名誉毀損などにおいて、オンラインサービス提供者の責任関連規定の二分化状況を維持すべきという考えの十分な根拠にはならない。前述した四つの相違点を分析してみると次のとおりである。

第一に、利用者の侵害行為が多く行われるオンラインサービスが、電子掲示板なのか、それともP2Pネットワークなのかにより、法規又は法律上の取扱いを異にする必要があるというのは事実である。しかし、その必要性は、電子掲示板サービスの提供者とP2Pネットワークのサービス提供者が、それぞれ異なる技術的性質を有するという相違に起因するものであ

⁹⁴ 第764条 (名誉毀損の場合の特則) 他人の名誉を毀損した者に対して、法院は被害者の請求によって、損害賠償の他、名誉回復のための適切な処分を命じることができる。

⁹⁵ 憲法院の憲法違反の決定 (89헌마160 1991. 4. 1.) はあるものの、従来は謝罪広告などがこれらの処分の内容であった。そのほかにも被害者は金銭的補償よりも加害者への刑事的懲罰を求めることもできる。

り、提供される情報（又はコンテンツ）が著作権侵害物であるか、名誉毀損物なのかによるものではない。つまり、法的な側面からすると、オンラインサービスの登場前のオフライン時代には情報内容における相違が重要であったところ、オンラインサービスにおいてはそのような相違よりも、当該情報の提供に使われる技術的性質の相違が重要となってきたのである。

たとえば、同じ著作権侵害の事案において、当該情報を伝達したサービス提供者が掲示板サービスの提供者であるのか、それとも単なる接続サービスの提供者であるのかにより法的責任は異なる⁹⁶。このような技術的性質の相違を重視して、現在、米国の著作権法は「一時的なデジタルネットワーク通信（Transitory Digital Network Communications）」、システムキャッシング（System Caching）、システムやネットワーク上に利用者により保存されている情報、検索エンジンなど四つの類型にオンラインサービス提供者を分類した上で、著作権侵害に対するオンラインサービス提供者の個別的责任の制限要件もそれぞれ定めている。そして、2007年6月30日に締結された韓国と米国間の自由貿易協定（FTA）⁹⁷により、韓国もオンラインサービス提供者の技術的類型を①単純伝送機能、②キャッシング機能、③ウェブサイトリンク機能、及び④掲示板機能の4種類に分けて、その責任制限要件をそれぞれ規定することを約している状況である⁹⁸。また、国内における韓米自由貿易協定の実施のために提案された2007年9月13日の文化観光部による著作権法改正案⁹⁹第102条においても、オンラインサービス提

⁹⁶ 掲示板サービス提供者が一定の要件の下で責任を負担することに比べて、接続サービス提供者については、米国の17 USC § 512(a)の規定と、韓国の著作権法第102条第2項は、責任が免除されるという点において一致している。

⁹⁷ 韓米自由貿易協定の第18.10条30。

⁹⁸ 米国産牛肉の騒動をめぐる政治的状況により、上記の協定を果たして締結できるかについて不明瞭な部分もある。しかし、韓米両国で提起される反対論の関心対象が牛肉と自動車などであって、上記の知的財産権の合意にあるのではないため、上記協定において約された知的財産権関連の内容は韓国に導入される可能性が現時点では大きいものと思われる。

⁹⁹ 文化観光部「2007.9.13.著作権法改正案の立法予告」文化観光部の公告（第2007-75号）を参照。

供者の責任制限規定を、①オンライン上において著作物等を送信し、その中で一時的に保存する行為、②自動的に処理されるキャッシング、③サービス利用者の指示により著作物などをオンラインサービス提供者のシステムに保存したり、情報検索ツールによりオンライン上の位置をリンクさせる行為などの類型に細分化し、それぞれの要件を明確に提示している。これに対しては、オンラインサービス提供者の技術的類型に応じてそれぞれ責任制限要件を具体的に規定するよりはむしろ、現在の韓国の著作権法のように統一的に規制する方が、常に新しいサービス方法が次々に創出されるインターネットの実情に相応するだけではなく、法規の適用においても弾力性を期待できると主張する立場もある。しかし、技術的特徴（たとえば、オンラインのネットワークにおいて単純に接続のみを行う接続提供者は、利用者同士の間で伝送される情報を識別、遮断することが不可能であるという特徴）が、法的な評価（統制の可能性がないため、一般的に責任を否定する）に直接的に影響を与え、その法的効果を異にせざるを得ないならば、技術的特徴に基づく立法化こそが最も適当であろう¹⁰⁰。要するに、将来的には、韓国でもオンラインサービス提供者の技術的特徴に応じて、異なる責任制限の立法をすることは避けられないものであり、また妥当なものである。しかし、このことを、オンラインサービスにより伝送される情報が著作権侵害物であるか、名誉毀損物であるかに応じて、責任制限規定を異にすべきであるとする主張に飛躍させたり、あるいは両方の議論を混同したりしてはならない。

第二に、オンラインサービス提供者の事前統制が、名誉毀損より著作権侵害の方が容易であるという点である。しかし、これは「少なくとも現時点では」具体的な立法上の相違を要する程度ではないと思われる。他方で、わが国の著作権法第104条は、事前統制の可能性における名誉毀損と著作権侵害の相違に基づいて立法化された具体例であるという解釈も、本稿の趣旨に対する反対意見として成り立つ。しかし、著作権法第104条の「技術的な措置」は現在の技術レベルでは100%正確なものではなく、オンラインサービス提供者に法的不安を加重させているだけであるため、削除されるべきであるとする批判があることは既に述べたとおりである。また、

¹⁰⁰ パクジュンソク・前掲147頁参照。

2006年の立法当時は、他に類を見ない立法措置であったため、議論はなお続けられている状態である。

百歩譲って、今後の技術の発展により「技術的な措置」の効用が完璧に近づき、名誉毀損などとは別に著作権侵害の場合に限定してこのような「技術的な措置」を立法で義務づけることが必要となったとしても、その場合はオンラインサービス提供者の責任関連の統合法の中で著作権侵害のみに適用される特別規定を制定することもできるのであって、依然として統合法の確立の可能性は残るだろう¹⁰¹。

第三の、オンラインサービス上の名誉毀損と著作権侵害における侵害者の数の相違¹⁰²は、被害者の要求に応じオンラインサービス提供者が直接侵害者の個人情報を提供する、いわゆる情報提供命令(subpoena)制度をより積極的に活用する方法などで対処すべき問題である。言い換えれば、この相違点は、オンラインサービス提供者に関する立法において、名誉毀損と著作権侵害とを積極的に区別して別の規定を置く理由にはならないということである。

第四の、金銭のみで被害が填補されるか否か¹⁰³という相違も第三の相違と同様である。

¹⁰¹ もちろん、究極的な技術の進歩により前述の「デジタルコンテンツ識別システム」のようなものにより技術の内容や利用価値がほぼ完璧となる場合は、著作権侵害の分野におけるオンラインサービス提供者の責任の有無は、このような識別技術の誠実な採択の有無のみによって判断される日が来るだろう。そのような理想が実現されれば、著作権侵害においてオンラインサービス提供者の責任論は今よりもはるかに簡単になり、名誉毀損における責任論とは大きく異なる様子を呈することになると思われる。

¹⁰² 前述のように名誉毀損の場合、直接侵害行為をする者が相対的に少数であるため、著作権侵害の場合よりも、被害者が直接利用者を相手に被害の填補を請求する可能性は相対的に高い。

¹⁰³ 前述のように名誉毀損の場合は、金銭賠償だけでは回復し難い精神的又は非物質的な被害が存在するため、金銭的な損害填補ではなく加害者本人の履行を要求する場合が多い。

V. 結論

オンラインサービス提供者の付随的責任論は、責任成立要件と、責任制限要件に分けて論じることができる。その中でも、責任成立要件についてわが国の判例は、著作権侵害と名誉毀損などその他の権利侵害の場合を区別せず、民法第760条第3項による幫助規定により、オンラインサービス提供者の責任成立を判断しており、既に統一的な立場を取っていると見ることができる。これに対して、責任制限要件については、韓国は著作権法と情報通信網利用促進法の責任制限規定にそれぞれ異なる要件を設けており、オンラインサービス提供者の法的な不安を不必要に加重している。したがって、このような法的不安を解消するためには責任制限の法理をも統合することが望ましい。その最善策は統合法を確立することであろう。しかし、それが困難である場合、現実的な次善の策としては、著作権法第102条、第103条、及び情報通信網利用促進法第44条の2でそれぞれ定められている責任制限の規定の内容を統一する方向で改正を行うことが挙げられる。名誉毀損の場合は表現の自由が関係する点を理由に、著作権侵害とは別の法理が必要であるとする主張は、少なくともオンラインサービス提供者の付随的責任の議論においては誤りである。また、オンライン上の名誉毀損の場合は、著作権侵害の場合に比べ、侵害が主にP2Pサービスではなく掲示板サービスで行われるという点、事前統制の可能性が低いという点、侵害者の数が相対的に少なく、非金銭的損害が存在するため被害者が直接侵害者を捜し出し措置を取る余地が大きい点などの相違が存在することは認めるが、このような相違はオンラインサービス提供者の付随的責任論の統合における大きな障害にならない。

【参考資料】

김재형, “인터넷에 의한 인격권침해,” 「인터넷과 법률」, (남효순/정상조 공저), 법문사, 2002, 515-540면 (金在享「インターネットによる人格権侵害」ナムヒョソン=丁相朝『インターネットと法律』(法文社・2002) 515-540頁)。

박준석, “이용자의 저작권침해에 따른 인터넷서비스제공자의 민사책임,” 서울대 박사학위논문 (2005) (박준석「利用者の著作権侵害によるインターネット

「서비스 제공자의 민사 책임」 서울대博士学位論文 (2005).

박준석, 「인터넷서비스제공자의 책임」, 박영사, 2006 (박준석 『인터넷서비스 제공자의 책임』 (博英社・2006)).

정상조/박준석, “OSP의 技術的措置에 관한 義務-소리바다 사건을 중심으로-,” Law & Technology 제4권 제1호, 2008 (丁相朝=박준석 「OSP의 技術的措置에 관한 義務-소리바다 사건을 중심으로-」 Law & Technology 第4卷第1号 (2008)).

정윤식, “IPTV 도입에 따른 미디어 정책 및 사업방향,” 서울대학교 기술과법센터 (<http://www.clt.re.kr>) 2005년 제8회 워크숍 발표문 (조윤식 「IPTV의 도입에 따른 미디어 정책 및 사업방향」 서울대학교 기술과법센터 2005년 제8회 워크숍 발표문).

Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 Geo. L.J. 1833 (2000).

Douglas Lichtman & William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 Harv. J.L. & Tech. 395 (2003).

Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete?: Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc. in the Age of Napster*, 37 Creighton L. Rev. 859 (2004).

Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 Stan. L. Rev. 1345 (2004).

Mark A. Lemley, *Rationalizing Internet Safe Harbors*, 6 J. on Telecomm. & High Tech. L. 101 (2007).

Matt Jackson, *One Step forward, Two Steps Back: An Historical Analysis of Copyright Liability*, 20 Cardozo Arts & Ent. L.J. 367 (2002).

Peter Katz, *Copyright Infringement: The Perils of Indirect Liability*, 16 Journal of Proprietary Rights 1 (2004).

Stacey L. Dogan, *Code versus the Common Law*, 2 J. on Telecomm. & High Tech. L. 73 (2003).

Tim Wu, *When Code Isn't Law*, 89 Va. L. Rev. 679 (2003).