



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバースペースと表現の自由（六）：表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に
Author(s)	小倉，一志
Citation	北大法学論集，55(6)，167-225
Issue Date	2005-03-18
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36656
Type	departmental bulletin paper
File Information	55-6_p167-225.pdf



サイバースペースと表現の自由（六）

——表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に——

小倉 一 志

目 次

はじめに

第一章 リアルスペース上の表現諸理論の形成

第一節 アダルトコンテンツ

第二節 名誉毀損的表現

（以上、五五卷一号）

- 第三節 差別的表現
- 第四節 小括
- 第二章 サイバースペース原理論
 - 第一節 第一世代
 - 第二節 第二世代
 - 第三節 小括
- 第三章 サイバースペースに対する表現内容規制
 - 第一節 アダルトコンテンツ
 - 第二節 名誉毀損的表現
 - 第三節 差別的表現
 - 第四節 小括
- 第四章 表現内容規制論の再検討
 - 第一節 サイバースペースをめぐる国内判例
 - 一 アダルトコンテンツ
 - 二 名誉毀損的表現
 - 三 その他(サイバースペース上の表現の根幹に係わるケース)
 - 第二節 サイバースペースをめぐる法律・条例等
 - 第三節 日米の対比
- 結語

(以上、五五卷二号)

(以上、五五卷三号・四号)

(以上、五五卷五号)

(以上、本号)

第四章 表現内容規制論の再検討

本章では、前半において、わが国の判例・立法を検討し、後半で日米比較を行う。アメリカにおけるサイバースペースをめぐる判例・立法の流れは、第二章、第三章で検討したが、ここでは、わが国の判例・立法を見ることによって、日米間の相違を浮き彫りにする。結論を先取りすると、少なくとも、次のような違いを見て取ることができるであろう。まず、アダルトコンテンツについては、アメリカの判例・学説が、大上段にサイバースペース上の言論の自由の問題として議論しているのに比べて、日本のそれは、全て刑法の解釈問題として処理されてきており、憲法的視点が完全に欠落している点を指摘できる。そのため、アメリカの子どもオンライン保護法 (Child Online Protection Act: COPA) やチャイルドポルノ防止法 (Child Pornography Prevention Act: CPPA) と類似点の多すぎる改正風営適正化法や児童ポルノ法もさほどの抵抗もなく成立し、適用されているといえる。

名誉毀損的表現については、わが国の判例では、ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件東京地裁判決のように、当該表現を知り得べき場合に責任を認めるのか、それとも都立大学事件東京地裁判決のように、一見明白に違法なものをあえて放置した場合にのみ責任を負うのかが確定していなかったところに、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 (いわゆる、プロバイダ責任制限法) が適用されることになった。アメリカでは、言論の自由等を考慮要素としたバランスングを行った結果として、「グッド・サマリタン (Good Samaritan) 良きサマリタン」一条項をプロバイダを完全に免責するものとして扱っていることから、同法は、アメリカとは異なった制度をわが国に導入するものであると評価できる。

以上の点をふまえて、最後に、表現内容規制論の再検討を行ないたい。

第一節 サイバースペースをめぐる国内判例

一 アダルトコンテンツ

サイバースペース上のアダルトコンテンツが問題となった判例に関しては、既になんりの数が出ている。ここでは、「二」パソコン通信のホストコンピュータやインターネット上のサーバコンピュータのハードディスクに蔵置し、ユーザにアクセス可能な状態を設定することが、刑法一七五条にいうわいせつ図画公然陳列にあたるか等が問題となったケース（この場合、（a）サーバが日本国内にある場合と、（b）外国にあるサーバに日本国内からアクセスして蔵置する場合に細分される）、「二」画像修正ソフトで修正を加えた（修正しなければわいせつ性が肯定される）画像をサイバースペース上で公開する行為が、わいせつ図画公然陳列にあたるかが問題となったケース、「三」ウェブサイトにリンクを張る行為が、わいせつ図画公然陳列の幫助犯にあたるかが問題とされたケース、に分けたい。⁽¹⁾⁽²⁾

「一」サーバへの蔵置が問題となったケース

（a）日本国内のサーバの場合

- (1) P-STATION 事件 横浜地川崎支判平成七年七月一四日（判例集未登載）
- (2) MEDIA 大阪事件 京都簡判平成七年一月二二日（判例集未登載）
- (3) ベッコアメ事件 東京地判平成八年四月二二日（判時一五九七号一五一頁）
- (4) モンキータワー事件 札幌地判平成八年六月二七日（判例集未登載）
- (5) 京都アルファネットワーク事件 京都地判平成九年九月二四日（判時一六三八号一六〇頁）

- (6) 京都アルファネット事件 (控訴審) 大阪高判平成一年八月二六日 (判時一六九二号一四八頁)
- (7) 京都アルファネット事件 (上告審) 最判平成一三年七月一六日 (判時一七六二号一五〇頁)
- (8) 岡山レディースナイト事件 岡山地判平成一二年六月三〇日 (判例集未登載)
- (9) 横浜わいせつ画像メール添付事件 (第一事件) 横浜地判平成二二年七月六日 (判例集未登載)
- (10) 横浜わいせつ画像メール添付事件 (第二事件) 横浜地判平成二二年一月二四日 (判例集未登載)

わが国において、初めて、サイバースペース上の「情報」に刑法一七五条のわいせつ物公然陳列罪が適用されたのが、(1)判決である。パソコン通信の運営者が、自らのホストコンピュータ内のハードディスクに画像データを蔵置し、不特定多数の顧客に閲覧可能な状況を設定した上で、アクセスしてきた者にデータを送信して再生・閲覧させた行為が、わいせつ物公然陳列罪にあたるとされた。この判決は、従来から、公然陳列の先例としてあげられてきた、映画フィルム(3)の上映、録音テープの再生、わいせつなテープの転写(5)、電話を通じて不特定多数の者に聞かせることを公然陳列としたケースから、その適用が容易に想像できる。現在では、刑法一七五条の客体は、「そのもの自体が直接わいせつな表現をしているものであつて視覚により直接これを認識し得るもの」には限られないことになっており、現像・映写・再生といった作業を加えなければ、わいせつ性を認識し得ないものも客体となる。(8)この場合、わいせつの「図画」であるか「その他の物」であるかは別にしても、刑法一七五条のわいせつ物公然陳列罪が適用されることに変わりはない。このように、既存判例の拡張適用ともいふべき判例がその後の判例を支配していくことになる。(10)(11)

(1)判決と同様に、(2)判決および(4)判決においても、パソコン通信上の「情報」の蔵置が有罪とされた。(4)判決における弁護側は、本件のようなコンピュータを使用した画像の提供にわいせつ図画公然陳列罪を適用することは許されない、との主張とともに、「本件パソコン通信ネットの各会員は、それぞれが時と場所を異にしながら、個別に、各自のパソコン

コンを操作して、電話回線を通じてホストコンピュータから画像を取り出し、それぞれのパソコンに写った画像を密かに見て楽しんでいたものであり」、しかも、「わいせつ画像にアクセスできた会員は僅か二八名で」あることからして、「被告人の本件行為は、わいせつ図画公然陳列罪にいう『公然陳列』の要件を欠く」との主張を行った。これに対して、判決は、「わいせつ図画公然陳列罪にいう『公然陳列』とは、わいせつ図画を不特定多数の者の閲覧に供し得る状態におくことをいうものと解すべきであるところ、わいせつ画像をいったんコンピュータのハードディスク内に磁気データの形で記録した場合であっても、そのデータをコンピュータ処理すれば画像の形に復元し得るものである以上、そのデータに不特定又は多数の者がアクセスしてデータを受信できる状態にすれば、その行為はわいせつ図画の公然陳列に該当するものと解すべきである。」「この場合、画像データを受信して画像に復元し閲覧する行為それ自体はアクセスする会員がそれぞれ個別に時と場所を異にして行なうこととなるが、そのような形態の閲覧であつても」、実質的に「会員がそれぞれ逐次ホストコンピュータのところまでやってきてわいせつ画像を閲覧しているのと異なるところはない」のであれば、「時を異にして複数の者が順次ないし逐次これを閲覧する場合も陳列に当たると解すべきであ」り、また、二八人という「会員集団は不特定かつ多数の者というを妨げないことは明らかである」とした。

この「わいせつ物公然陳列罪の特徴として認められる陳列と観覧の『同地性』や情報伝達の『同時性』」が、同罪成立のための必要条件であるかに関して、京都アルファネットワーク事件第一審の(5)判決は、何も語るところがないが、控訴審である(6)判決¹²⁾は、「同地性」や「同時性」が同罪成立のための必要不可欠な要件ではないと明言している。上告審である(7)判決¹³⁾も、文言上は明確ではないが、(6)判決を支持していると考えて良いだろう。(7)判決は、唯一の最高裁判決である。判決自体は非常に短いものであるが、従来の下級審判決の流れをそのまま受け入れる形となっている。その内容は、①わいせつな画像データを蔵置させたハードディスクは、刑法一七五条にいうわいせつ物にあたる。②同条の定め

る、『公然と陳列した』とは、その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者が認知できる状態に置くことをいい、その物のわいせつな内容を特段の行為を要することなく直ちに認識できる状態にするまでのことは必ずしも要しない」。そこから、③「ホストコンピュータのハードディスクに記憶、蔵置された画像データを再生閲覧するために通常必要とされる簡単な操作」で、わいせつ性が露見する程度のものであることを前提とすると、ハードディスクへの記憶、蔵置という行為自体が、「画像データを不特定多数の者が認識できる状態に置いたもの」といえ、わいせつ物を「公然と陳列」したことにあたると判示した。

パソコン通信をめぐる判例の中で形成されてきた理論は、インターネットにおいても、そのまま適用されると思われる。(3)判決では、刑法一七五条前段のわいせつ図画公然陳列罪の構成要件該当性について、被告人が事実を争わなかったため、判決の中では言及されていないが、⁽¹⁴⁾裁判官の理解は、他のパソコン通信をめぐる諸判決と同様の理解であったように思われる。判決文自体は非常に簡単なものであるが、当時、爆発的発達前夜であったインターネットにおける初の摘発事例であり、マスコミでも大々的に報道されたため、社会の注目を集めた。⁽¹⁵⁾この事件および判決を境に、わが国においてもサイバースペース上の表現内容規制が議論されはじめるようになる。⁽¹⁶⁾その意味では、「ベッコアメ」事件が良くも悪くもそのスタートラインとなったのである。

次に、(8)判決、(9)判決および(10)判決は、いずれも、有料によるアダルトコンテンツの配布が問題となったケースである。(8)判決では、インターネット上に有料サイトを開設し、映像再生ソフト (RealPlayer) を用いて、リアルタイムに女性のわいせつな演技を中継した行為が、わいせつ図画陳列罪もしくは公然わいせつ罪にあたるとして、有料サイトの運営者が起訴されたケースであるが、判決は、主位的訴因であるわいせつ図画陳列罪を認定せず、予備的訴因として主張されていた公然わいせつ罪 (刑法一七四条) を認定した。検察官は、主位的訴因であるわいせつ図画陳列罪を主張す

るにあたって、「パケット化された映像データのみを見ると、それがメモリ上に記憶されている時間はごく短時間であるとしても、女性がわいせつな演技をしている間は、その演技の時間だけ一連のわいせつな演技の映像データがメモリ上に順次記憶され続けており、演技時間だけのわいせつな映像を構成するデータがメモリ上に存在していたのであるから、その間、メモリは、わいせつ性を帯びた有体物である」と主張したのに対し、判決は、「配信されたデータをダウンロードし、後にその映像を観覧することは不可能であり、また、パケット化された映像「データがメモリ上のバッファ領域に存在する時間は、数ミリ秒（ミリ秒は千分の一秒）である」ことからみても、「リアルサーバーコンピュータのメモリが、わいせつ情報を化体した有体物であるということはできないから、本件犯行は、主位的訴因であるわいせつ図画公然陳列罪には当たらない」と判示した。「そして、被告人らは、不特定の者に、女性のわいせつな演技を観覧させる意図のもとに、インターネットを利用して、女性にわいせつな行為をさせ、その映像を不特定の会員に観覧させたのであるから、本件犯行は、予備的訴因である公然わいせつ罪に該当する」とした。

(9)判決および(10)判決は、いずれも電子メールの添付ファイル形式で、わいせつ画像の販売を行った行為が、わいせつ図画販売罪に該当するとされたケースである。被告はいずれも、「電磁的記録」が構成要件化されていない反対解釈として、単なる画像データは『図画その他の物』に含まれない」と主張したのであるが、判決では、「本罪の保護法益である健全な性風俗は、情報の化体した媒体が『物』であるか否かにかかわらず、わいせつな情報内容によって侵害されるはずである。にもかかわらず、従来、『わいせつな文書、図画その他の物』の構成要件として有体物であることが必要であると考えられた理由」は、「法定刑の軽い公然わいせつ罪にとどまるという事案との限界を画する意味があったと考えられる。すなわち、わいせつ情報が有体物という媒体に固定されてこそ、その情報が同一性を維持したまま繰り返し再現可能となり（著作権法二条三項参照）、本罪の予定する性風俗の侵害の危険が発生すると考えられ、わいせつ

情報が有体物という媒体から離れたまま同一性を維持して伝播し、性風俗を侵害するという事態を技術的に想定していなかったためであると考えられる。」このような理解からすれば、「パソコンに記録、保存されたわいせつな画像のデータは、インターネットの電子メール・システムにより、同じ形で送信先の受信用メールサーバーに送られ、その受信メール・アドレスを有する者のパソコンのディスプレイ上に同一の画像として再生可能な状態となる」システムの下では、「電子メール・システム全体がビデオテープのように情報の媒体としての機能を果たし、わいせつな画像データが有体物に化体されたのと同程度の固定性・伝播性を有するに至っているといえる。もちろん、電子メール・システムという媒体がなければ本件画像データは同一性を維持したまま伝播しうる固定性を保つことができないから、このシステムから離れて、本件画像データそれ自身が『わいせつ図画』に該当すると解することはできないが、本件画像データがインターネットにおける電子メール・システムという媒体の上に載っていることにより、有体物に化体されたのと同視して『図画』に該当すると解することは可能」であると(9)判決は判示し、(10)判決も、(画像情報の入った)ファイル自体をわいせつ図画としたうえで、わいせつ物図画販売罪を適用した。⁽¹⁷⁾

(b) 外国にあるサーバーの場合

- (11) 山形海外送信事件 山形地判平成一〇年三月二〇日 (判例集未登載)
- (12) 大阪海外送信事件 大阪地判平成一年二月二三日 (判例集未登載)
- (13) あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件 大阪地判平成一年三月一九日 (判タ一〇三四号二八三頁)
- (14) 東京海外送信事件 東京地判平成一年三月二九日 (判例集未登載)

パソコン通信は、自己完結型ないし集中管理型のネットワークであるのに対して、インターネットは「ネットワーク

のネットワーク」といわれるように、分散型分権型のネットワークである。このような性質を持つインターネットから、海外のサーバにアクセスし、そのサーバ内にデータを蔵置することは容易に可能である。

(11)判決は、日本国内からインターネットを経由して、アメリカ合衆国内所在の「サーバコンピュータに送信し、同コンピュータの記憶装置であるディスクアレイ内に記憶・蔵置させ、日本国内の不特定多数のインターネット利用者に右わいせつ画像が閲覧可能な状況に設定し、右わいせつ画像の情報にアクセスしてきた」者に「わいせつ画像の情報を送信して再生閲覧させ」たことに對して、わいせつ図画公然陳列罪を適用したケースである。この判決では、(a)のよう⁽¹⁸⁾に国内にサーバがある場合との違いの差は見取れない。次の(12)判決では、被告人側の三つの主張、すなわち、①刑法一七五条前段はわいせつな「物」の存在を前提としているのであって、本件で問題となっているようなデータである「情報」自体をわいせつ図画ということはできない、②本件で陳列された「情報」は国外のサーバに置かれているので、刑法一七五条前段の陳列行為とはいえない、③国外への「情報」のアップロードは実行行為の一部とはいえないので、国内犯として処罰することはできない、との主張に對して判断を行っている。まず、①については、(a)でみた一連の判決と同様に、「刑法一七五条前段は伝統的には物の存在を前提とするものと解されているが、少なくとも、フィルム、ビデオテープ等わいせつな画像のデータが化体した物が存在する場合には、その物をわいせつ図画ということができ」、本件では「少なくとも、右ディスクアレイをもってわいせつ画像ということができ」とした。②については、「国内から再生閲覧できる状況に置いたのみならず、これを宣伝し、被告人が設置していた会員制度により、具体的に日本国内において不特定多数人が容易に右データを再生閲覧できるよう取り計らっていた」点を重視することによって、「日本国内に向けて」わいせつ図画を公然陳列したということができるとし、③については、「刑法一条一項にいう『日本国内において罪を犯した』場合とは、犯罪構成事実の全部が日本国内で実現した場合に限られず、その一部が日本国内

で実現した場合も含むと解される」との一般論から、「日本国内において、わいせつな画像のデータのアップロード行為、すなわち、わいせつ図画の設置行為について実行の着手があり、また、右画像を不特定多数人に閲覧させるための会員制度の設営行為も日本国内からなされ、現実に日本国内において不特定多数人が右データを再生閲覧しているものであるから、犯罪構成事実の重要部分が日本国内で実現しており、刑法一条一項に規定する国内犯に該当するといえることができる」とした。この(12)判決の理解は、(13)判決に引き継がれる⁽¹⁹⁾。この点に関し、(13)判決は、「（アメリカのサーバに開設された会員用画像データを含む会員用ホームページは、日本国内のプロバイダーに開設された本件ホームページの会員用ページとして開設されたもので、その内容は日本語で構成され、本件ホームページから直接移動できるようにリンクされており、その会員も本件ホームページで募集していたものであるから、右会員用画像データは、当初から、専ら日本国内の者が閲覧することが予定され、しかも、それが容易に可能となる措置も講じられていたものといえることができ、実際にも右会員用画像データにアクセスしてこれを閲覧した者の殆どは日本国内の者であったことは、被告人自身も認めている」とし、「わいせつ図画公然陳列罪の実行行為の重要部分」は国内で行われたとする。なお、その後の(14)判決は、(11)判決同様、「海外サーバへの蔵置」の点を一切無視して判決を下しているが、この点は自明のこととして判断しなかったのであろう。

〔二〕画像修正ソフトで修正を加えた「画像」が問題となったケース

- (15) J-BOX 事件 大阪地判平成九年二月一七日（判例集未登載）
- (16) 岡山 FLMASK 事件 岡山地判平成九年二月一五日（判時一六四一号一五八頁）
- (17) あまちゅあ・ふおと・ぎやらりー事件 大阪地判平成十一年三月一九日（判例集未登載）
- (18) フロンティア事件 浦和地判平成十一年九月八日（判例集未登載）

サイバースペース上で公開した画像が、画像修正ソフトで修正を加えた画像であったにもかかわらず、その画像修正ソフトが可逆性を持つために、わいせつ図画（公然陳列）とされたケースである。

(15)判決は、「エフ・エル・マスク」によりマスクを付したデータとともに「マスク付け外しのソフトの入手及び同ソフトを使用すれば右画像に付されたマスクが容易に外せる旨の情報データも」蔵置していたために、わいせつ図画を公然と陳列したとされた。しかし、この判決では、結論があるだけで、理由は示されていない。この点に關し、初めて判断を加えたのが、(16)判決である。判決では、①当該ソフトの購入者は二万五千人を越えており、また、数万部の発行部数をもつパソコン雑誌にも利用方法が詳細に紹介され、インターネット利用者にはマスク付け外しソフトとして常識になっていること、②被告人らも、当該ソフトの存在と効用を十分に知っていたこと、③当該ソフトのホームページ開設者の申し入れにより両者にリンクが貼られていたこと、からすれば、「画像にマスク処理が施されていても、マスクを外すことが、誰にでも、その場で、直ちに、容易にできる場合には、その画像はマスクがかけられていないものと同視することができる」と言うべきであり、この場合の基準となる人的範囲はインターネットでアダルトページにアクセスする者とすべき」であり、マスク処理をした画像にわいせつ性を認めてよいとした。⁽²⁰⁾(17)判決も、修正済みの画像とマスク処理ソフトの利用、入手に係わるホームページのリンク情報を「公然と陳列」している以上、同罪に当たるとしている。更に、(18)判決では、ネガポジ反転処理のように比較的簡単なマスク処理であれば、上の判決のように「マスクソフトの情報提供」がなくとも、それだけでわいせつ図画となるとした。(18)判決とその他の判決の違いは、マスク処理の容易さの違いから来ている。

「三」 リンクを張る行為が問題となったケース

(19) FLMASK リンク事件 大阪地判平成二二年三月二〇日（判例集未登載）

FLMASK の制作者である被告人が、「FLMASK サポート」という名のホームページを公開し、(15)判決、(17)判決で有罪が確定した被告人（正犯者）に対して、電子メールにより相互リンクを申し出、両名にソフトの登録コードを無償で提供した。これにより、相手のホームページには、「FLMASK のソフトは△こちら△で入手できます。△画像の修正加工、加工取り外し△が簡単にできる優れものです。注意 修正加工している箇所をもう一度、FLMASK について同じように修正加工すると修正が外れてしまいます。サンプル画像も同じです。修正ナシの画像に戻ってしまいます」などと表記されるようになった（△内は文字上の色が変わっているところである）のが、(19)判決の事案である。(15)判決、(17)判決で両被告人の行為が、わいせつ図画公然陳列罪にあたるとされたのは既に見たとおりであるが、本件の被告人は、幫助犯として起訴された⁽²¹⁾。被告人側は、「FLMASK サポート」から正犯者らのアダルトサイトへアクセスできるリンク情報を設定した行為は、インターネットで通常行われているリンク行為と何ら異ならず、単に、自己のホームページ上のコレクションリンクとして正犯者らのホームページに対するリンクを設定したものにすぎないから、リンク行為は幫助意思ある幫助行為ではないと主張したが、判決は以下の理由でこの主張を斥けている。判決は、リンクの設定とは、ホームページから別のホームページに容易に繋がる筋道を新たに設けるものであるとの理解を示したうえで、①リンク許可依頼メールの送信および相互リンクの設定に際して、被告人は、相手のホームページのほとんどが猥褻な画像を掲載するアダルトサイトであることを認識していたこと、②被告人は、FLMASK が専ら画像のマスクを除去するために用いられていることを認識しており、また、「FLMASK サポート」へアクセスしてくる者の中に、猥褻な画像を閲覧しようとする者が相当数含まれていることについても認識していたと推認できると、③「FLMASK サポート」内のリンク

集には、「マスクされた画像のあるホームページ」との表題が被告人により付けられ、また、リンク先の名称についても、そのような画像が存在することを推測させるものが多く存在し、アクセスする者にとっては、これらのリンクを辿ればより多くの画像が閲覧できるであろうとの期待を抱かせること、④現実に当該リンク集によりアダルトサイトに移動でき、また、同ホームページ内の画像マスクを除去することができ、被告人は当然そのことを認識していたこと、をあげたのである。

なお、インターネット上におけるリンクが問題となったのは、19判決が初めてではない。平成八年九月に広島市内のインターネットサービスプロバイダの幹部三人がわいせつ図画公然陳列罪で摘発されたが、彼らが作成した「アクセスランキン^g Best50」において、男女の性行為などが含まれる画像サイトにリンクを張った点が問題となった。最終的に本件は、「情状を表向きの理由とする『不起訴処分』⁽²²⁾となった」。論者の中には、「わいせつ物を書店で販売すれば書店も罰せられる可能性があるように、リンクはわいせつ物陳列罪に手を貸す行為でもあります。主犯が逮捕されるのに、リンク元はまったく罪に問われないなどということも、考えてみればおかしい話です」として、可罰性を認めていこうとする立場もあるが、オランダの過激派サイトへの単なるリンクは不可罰としたドイツの判決をあげるまでもなく、⁽²⁴⁾リンクの性質を考慮に入れば、リンク行為自体は原則として不可罰と考えられなければならない。⁽²⁵⁾

以上、見てきたように、被告人・国側の双方は、憲法上の表現の自由の問題としてではなく、「純然たる刑法一七五条の解釈論」として争い、そして、裁判所も両者の主張に対して、「純然たる刑法一七五条の解釈論」としての回答を示している。被告人が訴訟において、補足的に、憲法的主張を行うことも一部にはあったようであるが、その際にあつても、わいせつ「情報」を刑法一七五条のいうわいせつ「物」に含む解釈の流れに對抗して、罪刑法定主義を定める憲

法三一条違反を主張するに止まっている。⁽²⁶⁾確かに、わが国においては、既に見たように、チャタレー事件最高裁判決ないしその後の一連の判決において、判断手法等には揺らぎが見られるものの、合憲性自体は一貫して維持されているために、被告人側が大上段に憲法違反を主張するのは、訴訟経済上の観点からしても躊躇われたのであろう。しかし、憲法上の表現の自由の観点の欠如は、専ら言論の自由の問題と捉えられているアメリカの判例と比べると著しいコントラストをなしており、わが国においても、憲法上の表現の自由の問題として理論化を行う必要がある。

特に、今後、刑法一七五条の問題としてではなく、改正風営適正化法等の適用が問題となる際には、法律レベルの議論ではなく、憲法レベルでの議論が必要であらう。この点に関し、刑法学の立場から、積極的に発言されている園田寿教授も、「サイバーポルノをめぐる実際の刑事事件では、多くの被告人がホームページに掲載した自分たちの画像のわいせつ性については争わず、ただ、刑法の適用可能性についての論争を繰り返してきた。この点が、表現の自由やわいせつ性と芸術性などが焦点となった『チャタレー事件』や『四畳半襖の下張り事件』などの従来のわいせつ裁判と決定的に異なる点なのである⁽²⁸⁾」として、今までの争い方に疑問を呈されている。その際にあつては、アメリカの状況の検討と分析が最も参考になるように思われる。⁽²⁹⁾

二 名誉毀損的表現

次に検討するのが、サイバースペース上の名誉毀損的表現に関わるケースである。ここでは、名誉毀損を行ったとされる表現者に対する一次的責任（直接責任）だけではなく、システムオペレータ（以下、シスオベとする）、パソコン通信業者・サーバ管理者の二次的責任（間接責任）も争われた点に特徴がある。プリントメディアと比較した場合の

(サイバースペースのような)電子メディアの特徴の一つは、情報の発信者とメディアの管理者(所有者)の分離、すなわち、情報の「うつわ」と「中身」の責任主体が異なる傾向を見せる点にあるといえるが、少なくとも、わが国では、この二つの責任主体の相関関係について、明確な解が与えられてこなかった。⁽³⁰⁾これらの解は、電子メディアのあり方全体に大きな影響を与えるものといえるが、ここでは、ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件と都立大学事件を中心とした初期の判例を検討することにする。

「二」事件の概要・判決の内容

- (1) ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件 東京地判平成九年五月二六日(判時一六一〇号二三頁)
- (2) PC-VAN チャット・ログ事件 東京地判平成九年二月二二日(判時一六三七号六六頁)
- (3) 都立大学事件 東京地判平成一年九月二四日(判時一七〇七号一三九頁)
- (4) ニフティサーブ・本と雑誌のフォーラム事件 東京地判平成一三年八月二七日(判時一七七八号九〇頁)
- (5) ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件(控訴審) 東京高判平成一三年九月五日(判時一七八六号八〇頁)

(1)判決は、わが国において初めて、サイバースペース上の名誉毀損的表現が問題となったケースであり、また、表現者だけではなく、パソコン通信業者及びフォーラムのシスオペに対しても責任を認めたこともあり、非常に注目された。

原告Xは、パソコン通信事業者Yの会員であり、Cookieというハンドルネームを用いて、現代思想フォーラム(FSHISO)のフェミニズム会議室に活発な書込みを行い、当時のシスオペである訴外Aより、課金免除資格(フリーフラッグ(FH))を受けており、また、フェミニズム会議室のボードリーダーとして、メンバーをリードする立場にあった。当時、同会議室に参加していた被告Yは、Xの発言内容に反感を感じるようになり、原告を揶揄するような表現を

同会議室内で行った。Aよりシスオベを引き継いでいた被告Y³は、平成六年二月、Xの代理人から送付された書面による削除要求にしたがって、Y²による発言の一部を削除し、訴状到達後の五月には、訴状内で指摘を受けた残りの発言を電子会議室の登録から外す措置をとった。しかし、Xは、実際に名誉毀損的表現を行ったY²のみならず、Y³に対しては、本件各発言を直ちに削除する等の作為義務があったのにこれを怠り、Xの名誉が毀損されるのを放置した不作為による不法行為を、Y¹に対しては、Y³を指導して本件各発言を削除させるか、自ら削除すべきであるのに怠ったことに対して使用者責任または債務不履行責任を主張し、それぞれ三者を訴えた。(1)判決は、この事案に対する地裁判決である。なお、Y²はXに対して、①Xがスクランブル機能を用いて、Y²のリアルタイム会議室の参加を妨害したことは村八分にあたり、よって名誉毀損にあたる、②Y²の職場におけるトラブルを同会議室で暴露したことがプライバシー侵害にあたる、との反訴を提起したが、判決では否定されている。

(1)判決は、三者の責任について次のように判断している。まず、Y²の責任に関して、「ニフティサーバにおいては、匿名性が確保されており、本件発言によって原告の社会的評価が低下したといえるかは疑問である」との(Y²およびY³による)主張に対して、判決は、「電子会議室に書き込まれた発言は、多数の会員がこれを読むことができるという意味において公然性を有するというべきところ」、①Y²は「発言中において、繰り返し『Cookie』が原告であることを」「本名を示して明らかにしていること」、②Y¹発行の会員情報誌には、「『Cookie』が原告であることが、原告の本名を示して明らかにされていたこと」、③原告Xは、「ニフティサーバ上で職業及び訳書名を公開していたことに照らすと、本件各発言が書き込まれた当時、『Cookie』とのハンドル名を用いているものは、原告であるという事実を多数の会員が認識し得る状態にあったもの」と解され、「原告において匿名性が確保されているとはいえないから、本件各発言によって、原告の名誉は毀損されたものというべきであ」とした。ただし、ここで注意すべきなのは、どの発言が名誉毀損

にあたるのかについて、判決は何も語っていない点である⁽³³⁾。判決は、別紙発言表において、各発言を示し、「これらの発言は、いずれも激烈であり、また、原告を必要以上に揶揄したり、極めて侮辱的ともいえるべき表現が繰り返し用いられるなど、その表現内容は、いずれも原告に対する個人攻撃的な色彩が強く、原告の社会的名誉を低下させるに十分なものである」としているだけである⁽³⁴⁾。

次に、Y³に対する責任原因については、「不作為による不法行為が成立するためには、その要件として、i 結果回避のため必要な行為を行うべき法律上の作為義務を負うものが、ii 故意・過失により、右iで要求されている必要な行為を行わず、iii その結果、損害が発生したことが必要とされる」とした、最判昭和六二年一月二二日を枠組みとして示し、作為義務の存否を判断する。この点に関し判決は、まず、①シスオペであるY²は、Y¹との間で「締結されたフォーラム運営契約により」、「運営・管理を委託され、その対価として報酬を受領している者であり」、「他人を誹謗中傷するような内容の発言が書き込まれた場合の対処も、フォーラムの運営・管理の一部にほかならないこと」、②Y³は、「当該フォーラムに他人の名誉を毀損するような内容の発言が書き込まれた場合には、これを削除するなど」の「措置をとることができ、これらの措置をとれば」「他の会員の目に触れることはなくなること」、③「その反面、当該発言によって名誉を毀損された者には、右のような内容の発言が多数の会員によつて読まれてしまう事態をさけるため、自ら行い得る具体的な手段は何ら与えられていないこと」、④「フォーラムの管理・運営に関して、シスオペの拠り所となるものとしては」、会員規約及び運営マニュアルがあるが、そのいずれにも、「他人を誹謗中傷し、あるいはそのおそれがある発言が書き込まれる」可能性を前提とした記載があること、に照らすと、「フォーラムに他人の名誉を毀損するような発言が書き込まれた場合」、シスオペが「条理に照らし、一定の法律上の作為義務を負うべき場面もある」とした。その上で判決は、続けて、①新聞雑誌等とは異なり、シスオペが「書き込まれる発言の内容を」「事前にチェックするこ

とはできないこと」、②Yを含む「シスオペの多くが、シスオペとしての業務を専門に行っていたわけではな」いこと、③「シスオペが行うべき業務の内容は、フォーラムの運営・管理全般に」及び、また、「一日あたりに書き込まれる発言は膨大な数にのぼる」ことからすると、シスオペにおいて、「フォーラムに書き込まれた個々の発言の内容を、これを書き込まれる都度全てチェックし、その問題点をもなく検討することは」通常困難であること(また、書き込まれた発言の全てを、常時チェックするために必要な人員を確保することを要求することは酷に失すること)、に照らすと、シスオペに対し、条理に基づいて、「フォーラムに書き込まれる発言の内容を常時監視し、積極的に右のような発言がないかを探知したり、全ての発言の問題性を検討したりというような重い作為義務を負わせるのは、相当ではない」とした。

それでは、どのレベルの作為義務を負わせることが相当なのか。この点について判決は、「発言削除等の措置は、会員のフォーラムを利用する権利に重大な影響を与えるものであり、当該フォーラムの円滑な運営・管理を害し、ひいては、会員に、十分にフォーラムを利用させることができない状況に陥ってしまうこともあり得」、「また、当該発言内容によっては、名誉毀損にあたるか否かの判断が困難な場合も少なくないというべきである。」「したがって、右のようなシスオペの地位、当該発言の内容、当該フォーラムの個性(テーマ、会員層、ローカルルール等)等の事情も考慮する必要がある」、そのような「事情を勘案すると、少なくともシスオペにおいて、その運営・管理するフォーラムに、他人の名誉を毀損する発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合には、当該シスオペには、その地位と権限に照らし、その者の名誉が不当に害されることがないよう必要な措置をとるべき条理上の作為義務があったと解すべきである」とした。

最後に、Y₁の責任原因・使用者責任については、Y₁とY₃とのフォーラム運営契約から、両者間において、使用者責任

の基礎となるべき、実質的な指揮監督関係は優に認められ、かつ、Y³の行為が、Y¹の事業の執行に関して行われたことは明らかであることからして、Y¹はX¹に対し、使用者責任に基づき、Y²の不法行為によってX¹が被った損害を賠償する必要があるとした。Y¹の責任原因については、X¹から、債務不履行（安全配慮義務違反）を理由とする主張もなされていたが、この点に関しては、「会員契約の主旨に照らすと」、「安全配慮義務がないことは明らか」であるとして否定した。その他、X¹はY¹に対して、謝罪広告の掲載を求めたが、この点についても否定されている。

次に、(3)判決を見る。(1)判決は、実際の表現者だけではなく、情報媒介者たる、シスオベやパソコン通信業者にも責任を認めたのであるが、(3)判決は（公立大学のサーバが問題となった点で、若干、事案が異なるが）⁽³⁶⁾情報媒介者の責任について、(1)判決と異なる判断を行なっている点で注目される。

事案の概要は、次の通りである。原告X¹と被告Y¹は、いずれも被告Y²の大学に所属する学生である。X¹とY¹がそれぞれ所属するグループ間では、以前から、Y²の大学における学生自治会ないし新聞会の正統性をめぐって争いがあつたが、平成一〇年三月に行われた新入生の入学手続に際して、両グループ間で実力による衝突・乱闘が発生し、双方のグループの複数の学生が一週間程度の傷害を負うという事件が発生した。そのころ、Y¹は学生個人としての利用資格で開設していたY²大学教養部システムサーバ内の自分のホームページに、本件乱闘を内容とした文書（Y¹のグループが乱闘事件に関してY²大学に提出した報告文書と同一のもの）を追加した。これに対し、この文書の存在を知ったX¹は、Y²の「都立大教育研究用情報処理システム運営委員会（以下、システム運営委員会とする）」に対し、この内容は虚偽であること、また、内容が真実であろうと虚偽であろうと本件ホームページへの掲載はX¹に対する名誉毀損にあたることを指摘して、システム運営委員会の公式謝罪を求めた。システム運営委員会は、教養部システムサーバを管理する担当教員に

その旨を伝えたが、その教員は、本件文書を削除する措置はとらず、学生間における自主的な解決に期待して、Y₁に対して、Xの抗議の主旨を伝えるにとどめた（訴訟提起が新聞報道された後、担当教員により削除）。そのため、Xは、Y₁に対しては名誉毀損による不法行為を、Y₂に対しては「教養部システム内のホームページ上の名誉毀損文書」の存在を知ったときにはこれを削除する義務を負うものであることから、故意による不法行為（主位的）、過失による不法行為（予備的）により慰謝料等と謝罪広告の掲載を求めたものである。

判決は、Y₁の不法行為責任について、「本件文書は、本件ホームページ内に掲載されることにより、インターネットを経由して不特定多数の人間がこれを閲覧することが可能な状態に置かれたものであるから、公然性を有するものというべきである」とし、本件ホームページに到達するには「インターネットアドレスを知っている」等の事情がなければならず、「事実上都立大関係者以外の者が本件文書を閲覧する可能性はない」とのXの主張を斥けたうえで、「本件文書は、原告らの実名を挙げた上で、原告らグループが中央新歓グループの学生に暴力を振るい傷害を負わせたため、中央新歓グループの学生が原告らを交番に連れて行き、原告らを含む八名の学生が交番に収容された旨の記載があり、本件文書を閲覧した者に対し、原告らが傷害事件という犯罪行為をおかしたという印象を与えるものであるから、本件文書の記載内容が真実であるかどうかにかかわらず、本件文書の記載によって原告らの社会的評価は低下したものである」として、名誉毀損の成立を認めた。

本件における情報媒介者たるY₂の責任に関しては、システム運営委員会要綱から見て、「教養部システムにおいても、条理上、各ホームページに記載された情報については作成主体が責任を負うが、情報教育担当教員は社会通念上許されない」と判断した公開情報を削除することができると解される。情報教育担当教員である「ネットワーク」管理者が削除権限を有するのは、「被害者保護のためというよりも「社会通念上許されない内容の情報発信がもたらす当該ネット

ワーク全体に対する信用の毀損を防止する必要があるからであり、本件で問題となった、教養部システムについても同様に解される。したがって、原告が主張するような「情報教育担当教員が社会通念上許されない内容の公開情報の削除権限を有することからただちに、右情報教育担当教員が原告らに対する関係において本文書の削除義務を負うという結論を導き出すことはできない」。⁽⁴⁰⁾「しかしながら、自ら管理するネットワークからインターネット経由で外部に情報が流れる場合において、右情報の流通を原因として外部の者に被害が生じたときであっても、ネットワーク管理者は、常に外部の被害者に対して被害発生防止義務を負うことがない」とまでいうことはできない。管理者の被害発生義務の成否は、事柄の性質に応じて、条理に従い、個別的ないし類型的に検討すべきものである。」「ネットワークからインターネット経由で外部にコンピュータウイルスを流す行為」や「他のコンピュータに不法侵入してシステムを破壊する行為」とは異なり、名誉毀損行為は、「基本的には被害者と加害者の両名のみが利害関係を有する当事者であり、」また「管理者においては当該文書が名誉毀損に当たるかどうかの判断も困難なことが多いものである。このような点を考慮すると」、「ネットワーク管理者に対して、名誉毀損行為の被害者の被害が発生することを防止すべき私法上の義務を負わせることは、原則として適当ではない」。したがって、「ネットワークの管理者が名誉毀損文書が発信されていることを現実に発生した事実であると認識した場合においても、右発信を妨げるべき義務を被害者に対する関係においても負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が著しく悪質であること及び被害の程度も甚大であることが一見して明白であるような極めて例外的な場合に限られるものというべきである」と判示した。

(2)判決は、⁽⁴¹⁾少し特殊な事案であるが、他人のIDを不正に使用しているとの噂があった原告Xを問いたすために被告Yは、オンライン会話サービス(OLT)上で、Xとチャットをしたが(チャットにはスクランブルはかけられず、途

中で約二〇名の会員がアクセスしていたことをXは認識しながらも継続したことが認定されている）、その会話記録をYの一方的判断で、会員であれば誰もが閲覧できる電子掲示板に掲示した行為が、名誉毀損、プライバシーの侵害、著作権の侵害にあたるとして争われたものである。

判決では、Yの発言を、「IDを不正利用したという事実そのものを摘示したものではなく、その点についての原告に対する疑惑が極めて濃厚であると評価し、表現したものと認めるのが相当であり」、また、既に電子掲示板上に掲示されていた「疑惑の具体的な内容に新たな事実を付加するものではなく、その掲示によって、疑惑の確度に対する従来の印象を超えて新たに原告に対する右疑惑を深めたとはいえない。したがって、被告の本件掲示行為によって原告の社会的評価が低下したということはできない」と判示し、名誉毀損の成立を否定した。更に、判決では、仮に前記発言が「事実を摘示するもので、本件掲示行為によって原告の社会的評価が低下したとみる余地があっても」「公共の利害に関する事実に係わり、専ら公益を図る目的に出たものであり、被告において原告が右IDを不正使用したと信じるにつき相当な理由があつたものと認められるから、違法性がない」とも判断している⁽⁴²⁾。

この他、(1)判決の控訴審である(5)判決⁽⁴³⁾では、発言の「一部は品性に欠ける言葉で女性をのしっている」として、名誉毀損を認定したが、シスオベは⁽⁴⁴⁾（書き込み内容について直接）「発言者に疑問を呈した他、会員による非難に晒し、会員相互の働き掛けに期待し、これにより、議論のルールに外れる不規則的発言を封じることがも期待していた」のであって、「直ちに削除することはせず、議論の重ねにより発言の質を高めるとの考えに従って本件フォーラムを運営して」きたこと自体は、「思想について議論することを目的とする本件フォーラムの性質を考慮すると、運営方法として不当」とはいえず、「シスオベとしての削除義務に違反したと認めることはできない」と述べ、表現者たるユーザの責

任のみを認めている。また、(4)判決では、(1)判決と同様に、パソコン通信上の「会議室」の書き込みが名誉毀損（原告は、侮辱、プライバシー侵害等の主張も行なっている）にあたるか否かが争われ、原告は、ニフティが書き込みについて削除などの適切な措置をとらなかったとして一〇〇万円の損害賠償と、問題の書き込みを行った別の会員の住所氏名を明らかにすることを求めた。判決は、「言論による侵害に対しては、言論で対抗するというのが表現の自由（憲法二一条一項）の基本原則であるから、被害者が、加害者に対し、十分な反論を行ない、それが効を奏した場合は、被害者の社会的評価は低下しないと評価することが可能であり、パソコン通信にあつては、「被害者が加害者に対し、必要かつ十分な反論をすることが容易な媒体と認められる」ことから、「被害者の反論が十分な効果を挙げているとみられるような場合には」「名誉ないし名誉感情毀損は成立しないと解するのが相当である。」また、被害者が、加害者に対し、相当性を欠く発言をし、それに誘発される形で、加害者が、被害者に対し、問題となる発言をしたような場合には、その発言が、対抗言論として許された範囲内のもものと認められる限り、違法性を欠くこともある」との判断枠組みを示している。その上で、別の会員による一連の書き込みが侮辱的だと認める一方、そのきっかけが原告の挑発的な発言であり、原告も反論している点を捉え、「原告が必要十分な『対抗言論』をできている以上、社会的評価が低下する危険性は消滅した」として、一連の書き込みに違法性はなかったと結論づけている。⁽⁴⁷⁾

(4)判決および(5)判決は、(3)判決と同様に、表現者および情報媒介者の責任を緩和する方向での解釈が行われているように思われる。この点は、アメリカの判例動向と類似の傾向をたどっているといえるが、立法により情報媒介者の責任を確定させたアメリカと軌を一にしているわけではない。また、後で見る、プロバイダ責任制限法は、今後の判例動向を今までとは異なる軌道を描かせる「磁力」としての役割を果たすものといえよう。

〔二〕検討

検討においては、高橋和之教授の議論を中心に見ていきたい。⁽⁴⁸⁾ 高橋教授が、この領域における議論をリードされているだけでなく、その議論が、(3)判決以降の判決に大きな影響を与えていると思われるからである。

(a) 表現者の責任

ここでは、まず、わが国において、名誉毀損的表現がどのように理解されてきているのかを見ることにする。高橋教授においても名誉毀損法理のベースは、従来の通説・判例と大きな違いはない。

表現の自由は憲法二一条により保障された権利であるが、人の名誉も古くから法的保護の対象とされてきており、現在では、憲法一三条における人格権の一つである名誉権として、憲法上の権利であるということができる。そのため、両者の憲法上の権利を調整する必要がある。戦前から、⁽⁴⁹⁾刑法二二〇条は、「公然と事実を摘示し人の名誉を毀損した者は、その事実の有無にかかわらず」処罰されるとしてきたが、戦後になって、表現の自由を規定する憲法二一条との関係上、二二〇条の二において成立阻却要件を追加し、名誉権との調整を図ることになった。同条一項では、(a)「公共の利害に関する事実に係り」⁽⁵⁴⁾、(b)「その目的が専ら公益を図ることにあったと認め」られ、(c)「事実の真否を判断し、真実であることの証明があったとき」には名誉毀損行為を処罰しないことを定めている。⁽⁵⁵⁾ また、二項では、「公訴の提起されるに至っていない人の犯罪行為に関する事実」は、(a)であることが指定され、三項では、「公務員または公務員の候補者に関する事実に係る場合」には、(a)(b)であることが指定され、それゆえ(c)の要件のみで判断されることになる。以上は、刑法上の規定を前提としたものであるが、この規定の主旨は、民事上の不法行為としての名誉毀損においてもそのままあてはまるとというのが、⁽⁵⁶⁾判例の理解である。

しかし、学説においては、刑法二三〇条の二における成立阻却要件の追加によっても表現に対し厳しすぎると主張され、また判例もその流れに追隨し、成立阻却の要件を緩和する。例えば、(a)に關し、「月刊ペン」事件最高裁判決⁽⁵⁷⁾は、「私人の私生活上の行状であつても、そのたずさわる社会的活動の性質及びこれを通じて社会に及ぼす影響力の程度などのいかんによつては、⁽⁵⁸⁾その社会的活動に対する評価ないしその一資料として、刑法二三〇条ノ二第一項にいう『公共ノ利害ニ關スル事実』にあたる場合があると解すべきである」とし「事実の公共性」の要件を緩めて⁽⁵⁹⁾いる。(b)の「目的の公益性」に關しては、条文上は「専ら」とされているが、主たる動機が公益を図る目的であればよいと解されており、この点についても緩やかに解されている。原告に対する反感ないし敵対感情から表現した場合や人身攻撃が目的であつた場合には、この「公益性」を否定する傾向があるとされているが、それ以外において「公益性」を理由に成立阻却を認めなかつたケースはほとんどないといわれている。⁽⁶¹⁾(c)の「真实性の証明」が表現を行なう者にとつても重い負担を課すものであるが、この点に対しても、要件の緩和が図られている。「夕刊和歌山時事」事件最高裁判決は、「人格権としての個人の名誉の保護」と「憲法二二条による正当な言論」の「調和と均衡を考慮するならば、たとい刑法二三〇条ノ二第一項にいう事実が真実であることの証明がない場合でも、行為者がその事実を真実と誤信し、その誤信したことに對して、確実な資料、証拠に照らし相当の理由があるときは、犯罪の故意がなく、名誉毀損の罪は成立しないものと解するのが相当である」として、仮に誤信があつたとしても、事実が真実であることの証明がない場合には名誉毀損罪にあたるとした従来の判例を変更している。学説においては、この最高裁判決よりもさらに進んで、「虚偽であることを知っていたか、または虚偽か否かを不遜にも考慮しなかつたこと」を被害者である原告側が立証しなければなら⁽⁶³⁾ないとする「現実の悪意(actual malice)」の法理をわが国にも導入しようとする学説もある。「現実の悪意」があつた場合、その表現が虚偽であることを知っていたか、あるいは虚偽であつても構わないと考え、最低限の裏付け調査もな

しに表現を行なった場合にのみ、名誉毀損が成立すると考える立場であり、公務員 (public official) 等を批判する言論 (表現) の民主社会における重要性を考えて、それが萎縮することのないように一種の緩衝地帯 (buffer zone) を設定しようというのがこの法理のねらいであるといえる。⁽⁶⁴⁾

以上のような判例・学説の理解に対して、高橋教授は、より原理的なレベルからアプローチをされている点で注目される。少しく詳しく見てみよう。表現の自由と名誉の保護との間で調整が必要な理由とは何か。これを表現の自由の側から考察される。従来から、学説において、表現の自由が保障する価値として、「自己実現」の価値と「自己統治」の価値があげられてきたが、「自己実現」の価値から、他人の名誉を (より) 毀損することはできない。⁽⁶⁵⁾ 両者はあくまでも等価値的な個人的利益であり、ここから、「名誉の犠牲において表現を保護する」必要はない。⁽⁶⁵⁾ ここでは、もう一つの「自己統治」の価値からのアプローチが重要性を持ち、「自己統治」における表現、すなわち、自らのデモクラシーにかかわる表現においては、「政治的決定に関する情報、すなわち公共の利害に関する情報」が必要なのであって、そのような情報を流通させる必要性から、「本来名誉毀損となるような表現も、公共の利益のために甘受しなければならぬ」場合が出てくる。ここにおける制限は、公共の利益のために個人の名誉権を「収用」するという性格のものである⁽⁶⁶⁾、ある個人の特別の犠牲において全体が利益を得る点で、財産権の公用収用 (憲法二九条三項) と同じ構造を持つ。このような理解から、刑法二三〇条の二における成立阻却の要件を正当化することができるとされる (「公共の利益」のアプローチ)。

更に、高橋教授は、名誉毀損を受けた者に、犠牲を甘受させることを正当化するものとして、「対抗言論 (more speech)」の理論を提示される (「対抗言論」のアプローチ⁽⁶⁷⁾)。すなわち、対抗言論は名誉毀損が問題となる表現におい

ても妥当し、あくまでも、「名誉を毀損されたと主張する者は、対抗言論によって名誉の回復を図ればよいのであって、それが可能なら、国家（裁判所）が救済のために介入する必要はない。むしろ、当人達の自由な言論に委ねておく方がよい」ということになる。⁽⁶⁸⁾しかし、この対抗言論がうまく機能するためには、いくつかの条件がある。この条件にあてはまらなければ、（形式的には）名誉毀損にあたる表現を正当化することはできない。その条件としては、①両者が対等な言論手段を有していること、②対抗言論を要求しても不公平とはならない何らかの事情が存在すること（例えば、自ら議論誘発的な表現を行なった等）、⁽⁶⁹⁾が考えられ、かかる条件を満たす場合には、「原則的には違法性はない」との評価がなされる。この「対抗言論」のアプローチは、「公共の利益」のアプローチとは異なり、名誉は（形式上）毀損されても対抗言論により回復しうるので、結果として名誉毀損は生じないと考えるのである。⁽⁷⁰⁾ただし、高橋教授は、「理論上は『公共の利益』のアプローチと対抗言論のアプローチは異なるとしても、実際上は両者は重複して生ずることが多いであろう」とされる。この点について、高橋教授は明示的ではないが、この重複は、いわゆる「月刊ペン」事件最高裁判決から⁽⁷¹⁾、推測されるものであろう。すなわち、本件で問題となった「私人の私生活上の行状」も被表現者である私人の置かれている状況に應じて「公共の利害に関する事実」にあたる場合もあるというのは、表現者およびそれを受け取る者の「自己統治」に係わる表現であるからであり、また、（判例上は明示的ではないが）被表現者のメディアへのアクセスの容易さがあるからこそ、「対抗言論」のアプローチによっても正当化されるといえるのである。このような理解を前提として、サイバースペース上の表現をみると、リアルスペース上の表現に比して、「対抗言論」のアプローチがより適用可能な空間であると考えられる。⁽⁷²⁾このスタンスを広く解するならば、両当事者が「アクセスをもっていれば、基本的には両者は対等の立場にある」ということができ、被害者が「アクセスをもつ限り、その成立を限定的に考えるべき」となる。⁽⁷³⁾

この「対抗言論」のアプローチに対して、町村泰貴教授は、「表現の自由という観点からみても、魅力的な見解」としつつも、なお、二つの点で疑問があると主張される。その一点目は、「被害者が対抗言論可能性を理由に反駁可能だといっただけではなく、そうしなければならぬこと、つまり反論義務があるといえる場合でなければならない」。「名誉毀損の被害を受ければ、その回復のために法的手段、すなわち訴訟によって損害賠償や謝罪広告を求めることができるのは当然のことであって、反論可能性があるといっただけでは訴訟での権利主張を否定する根拠とはならない」こと。二点目は、「反論によって名誉回復することが現実には可能な場合でなければならない。反論による名誉回復が実際には不可能だったり、困難だったとすれば、そのような手段」は画餅にすぎず、また、「反論が現実には可能かどうかという判断は、被害者の個人的な事情や通信環境に大きく依存する」と主張される。⁽⁷⁴⁾これに対し、一点目の疑問に対しては、「対抗言論」のアプローチがうまく作用する「スペース」に限定するように高橋教授は条件を絞っているのであって、その「スペース」では事実上、「反論義務」が存在している状態であること。高橋教授にあっても、片方の表現者が一方的に名誉毀損的表現を行なった場合に、ROM (Read Only Member) でしかない被表現者が反論「しなければならぬ」ことを主張しているわけではない。つまり、「対抗言論」のアプローチがうまく作用しない場合にのみ、民事上の責任が生じるのであって、作用しているかぎり、多少辛辣な表現による応酬がなされようとも違法性は生じることはない、と反論可能である。⁽⁷⁵⁾二点目の疑問に対しては、既に見たように、この「スペース」が成立するためには条件が付されており、その条件からすれば、町村教授が前提とされているような反論による名誉回復の不可能性・困難性は生じない、との反論が可能であろう。ただ、この「対抗言論」のアプローチが成立するためには、上で見た二つの条件をクリアする必要があるが、その条件を満たすような「スペース」の成立する領域は非常に少ないと考えられる。その典型例は、高橋教授が議論の念頭に置かれているような、パソコン通信におけるフォーラムであろうが、それ以外にどのような「ス

ペース」が考えられるのかも問題である。

この点に関し、高橋教授は、必ずしもパソコン通信とインターネットの両者を区別していないように思われ、また、松井茂記教授にあつても、「インターネット上では反論のためのアクセスの可能性が開かれており、表現に対しては表現で対抗すべきだとする表現の自由の基本原理がより強く妥当する。それゆえ、インターネット上の表現行為には一切責任を認めるべきではないとの見解は妥当ではないとしても名誉毀損責任を問ひうる余地はより狭いと考えることも可能かもしれない」とされるだけで、両者を区別していない。しかし、高橋教授が主張するような「スペース」をインターネット上にも成立させるためには、(インターネット上における表現形式すべてがあてはまるのではなく)、非常に「クローズド」な形式のものしか、高橋教授の想定される「スペース」にはあてはまらないはずである。横山経通弁護士も、同様のスタンスに立たれているように思われる。横山弁護士は、パソコン通信については、(4)判決の判示部分、すなわち、「パソコン通信についてみるに、フォーラム、パティオへの参加を許された会員であれば、自由に発言することが可能であるから、被害者が、加害者に対し、必要かつ十分な反論をすることが容易な媒体であると認められる。したがつて、被害者の反論が十分な効果を挙げていると認められるような場合には、社会的評価が低下する危険性が認められず、名誉ないし名誉感情毀損は成立しないと解するのが相当である。また、被害者が、加害者に対し、相当性を欠く発言をし、それに誘発される形で、加害者が、被害者に対し、問題となる発言をしたような場合には、その発言が、対抗言論として許された範囲内のものと認められる限り、違法性を欠くこともあるというべきである」とした部分を支持し、高橋教授と同様のスタンスをパソコン通信についてはとるが、インターネットについては、「インターネット上で反論をしても、それを読んだ者にはどちらが真実か、どちらが正しいか判断もつかないため、十分な名誉の回復が達成されない場合も多く、今日におけるインターネットの影響の大きさに鑑みれば、インターネット上での表現が名誉毀損に該当

するか否かについても基本的には従来のメディアと同様に考えるべきである。仮に対抗言論により名誉の回復が図れる場合があるとしても、それは極めて限定的な場合に限られる」とされる⁽⁸⁰⁾。

その射程の問題は一旦、脇に置くとしても、パソコン通信における、フォーラムや掲示板が当該「スペース」であることは間違いない。高橋教授の「対抗言論」のアプローチを承認する立場からすれば、(1)判決の「原告に対する名誉毀損発言は、それがフォーラム内で批判されたからといってその発言内容そのものの違法性が滅殺されるものではないし、本件フォーラムの特色が自由な議論にあり本件各発言に反論を行ない得ることをもってその違法性の消長を来すものとはいえない」という理解は、「ネットワークにおける双方向性の特性を十分に理解しないものであり、『言論には言論を』という『思想の自由市場』としての理想的な環境がパソコン通信やインターネットの中にあることを十分に理解していない⁽⁸¹⁾」ものと批判されよう。(5)判決も、以上のような議論を念頭に置いた判決であったと推測される。

(b) 情報媒介者の責任

次に検討すべきなのが、情報媒介者たる、シスオペ(システムオペレータ)、パソコン通信業者・インターネットサービスピバイダの責任である⁽⁸²⁾。情報の発信者とメディアの管理者(所有者)⁽⁸³⁾の分離をその特徴とするサイバースペースにおいては、この点をどのように解するかで、サイバースペース上の表現の許容範囲が決まるといっても過言ではないだろう。

この点に関し、「電気通信事業者の取扱中に係わる通信に対する」検閲の禁止を電気通信事業法三⁽⁸⁴⁾条で定めているが、当初は、その名宛人を憲法二二条二項の名宛人と同様に解し、電気通信事業者たるパソコン通信業者・インターネットサービスピバイダをその射程から除外し、検閲を可能にする見解も見られた⁽⁸⁵⁾が、現在では、電気通信業者も名宛人と

解されている。⁽⁸⁶⁾ここから二説に分かれ、情報媒介者による「編集権」⁽⁸⁷⁾の行使は、検閲にあたり、許されないと解する立場もあるが、電気通信事業法三条あるいは四条の適用範囲を、「公然性」をもたないという意味での「秘密性」をもった通信に限定して解する、高橋教授の理解が正当であろう。なぜなら、①電気通信事業法は、電話等の伝統的なコミュニケーションを念頭に作られたものであって、パソコン通信業者・インターネットサービスプロバイダとは、その形態が異なること⁽⁸⁹⁾（ただし、「公然性」がないとされる、電子メールサービス等には電気通信事業法三条の適用があると解される）、②編集権が行使できないと解するのは、プロバイダ側にも表現の自由があることを考えると認められないこと、また、③実際上の問題としても、フォーラムを適切に維持・管理していくためには、最低限の編集権を認めざるをえないこと、⁽⁹⁰⁾があげられる。更に、従来型の「通信役務説」を柔軟に解し、「情報自体の性格（情報の公開性）」とその管理（公開情報の設置）⁽⁹¹⁾の差異から、（単なる）インターネット接続サービスとホームページ開設のためのハードディスクスペースの貸借とを分離し、前者にあつては、「通信役務説」と同様に、絶対的な禁止が貫かれるが、後者にあつては、あくまでも付随役務であり、この範囲内で、事業者側の管理権限を容認しようとする主張もみられる。⁽⁹²⁾この「付随役務説」にあつても、電気通信事業法三条の射程内であると解する関係上、内容の可否について、網羅的・一律的に内容の審査を行なうことは違法になるとするが、①会員の行なつた表現行為がその契約に違反することが明らかな場合（ただし、事後的かつ個別に問題とされた場合に限る）、②契約に定めがなくても、その公開情報が、明らかに人権侵害を構成すると考えられる場合には、例外として編集権の行使すなわち検閲が許容されとする。高橋教授の説と「付随役務説」のスタートラインを異ならせているものは、ホームページに対する強い規制とリンクした堀部政男教授による「公然性を有する通信」概念⁽⁹²⁾に対する警戒心の違いであろうが、アメリカやフランスように（ニュートラルな）通信概念の再構成が行なえるのであれば、両説はさらに融合していくことになる。⁽⁹³⁾以下においては、両説においても、情報媒介

者(シスオペ・パソコン通信業者)の責任を肯定しているので、両者を一つとして考えていきたい。

(1)判決ではシスオペが、(3)判決では、(1)判決のシスオペと同様の立場に立つサーバ管理担当教官の削除義務が問題となっていることは、既に見た通りである。(1)判決では、シスオペの「不作為による不法行為」と捉える立場から、理論上「結果回避のため必要な行為を行なうべき法律上の作為義務」の存在が必要とされ、具体的には、①「発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合」に、②「必要な措置をとること」が求められるとする。⁽⁹⁴⁾この要件自体については、概ね肯定的な意見が多いといえるが、その運用には注意が払われなければならない。①に関し、(1)判決では被害者本人からではなく、フォーラムの運営スタッフないし他の会員から、当該表現の存在が指摘された時点で(指摘がなかったものについては、訴状副本到達の段階で)「具体的に知った」とされており、原告が同じ会議室で「言論の応酬」を行なう可能性自体をなくしてしまう点で問題であり、また、(当該発言の違法性の認識ではなくて)当該発言の存在自体を知れば違法とする点も問題であろう。このような「緩やかな」認識で責任が認められるのであれば、シスオペは法的責任を避けようとするために、問題のある表現を削除しようとする。⁽⁹⁸⁾やはり、ここでは、少なくとも、名誉毀損を構成することが「明らかな」書込みについてのみ、被害者からの通知によって知った段階で作為義務を認める、といった限定的な理解が必要であったであろう。⁽⁹⁹⁾②の必要な措置については、(A)原告から対処を求める電子メールを受け取った後、フォーラムの運営員会で対応を協議し、原告と電話で話し合いを持ったこと、(B)訴状副本到達後、(弁護士との対応の協議等で約一月弱の間があったが)当該副本に指摘されていた発言をフロッピーに保存した後、削除したこと、については「必要な措置」をとったと評価されたが、(C)それ以前において、発言削除は「フォーラムの混乱状況を激化させると考え、むしろ各紛争の当事者に徹底した議論を行なわせ、発展的かつ根本的に紛争を解消させるといふ」フォーラムの運営方針にのっとり、シスオペとしてできるだけ静観する方策をとっていた行為が、「必要な措置」

を取っていないものと判断された。だが、パソコン通信上の表現者は、皆対等であり、シスオペが介入して削除を行なうのは例外的な対応とすべきであり、本件のようなフォーラムの運営方針は許容され、「この対応を非難するには、論争に委ねることのできない特別の事情の存在が示されなければならない」と考えるべきだろう。⁽¹⁰⁰⁾ 以上のように、高橋教授をはじめとする学説は、判決の枠組み自体は賛成するものの、その適用にあつては、非常にその射程を絞っているといえる。⁽¹⁰¹⁾

このような限定的な理解は、(3)判決においても受け継がれており、「ネットワークの管理者が名誉毀損文書が発信されていることを現実に発生した事実であると認識した場合においても、右発信を妨げるべき義務を被害者に対する関係においても負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が甚だしく悪質であることなどが一見して明白であるような極めて例外的な場合に限られるものというべきである」と判示し、⁽¹⁰²⁾ 高橋教授の説よりもさらに限定的に解しているといえるだろう。⁽¹⁰⁴⁾ この(3)判決が結論を導き出す前提として、ネットワーク管理者の義務とは大学におけるネットワーク全体の信用の低下を防止すべき義務にすぎず、被害者を保護すべき義務を負うものではないと判示している点に對して、近江幸治教授は、「ネットワーク全体の信用を維持すべきことは当然であるが、そのネットワークで必然的に生じ拡大する『被害』(ネットワーク弱者)に對しては、適切な措置を講ずるべき責任があるというべきである。」「本判決は、ネットワーク管理者による削除はネットワーク全体の信用維持のためであつて、被害者のために削除するのは道義心によるものだとしているが、独断的な論法といわざるをえない」と強く非難されている。⁽¹⁰⁵⁾ なぜ、(3)判決が、このような論法をとったのか解らないが(1)判決も(3)判決も、「条理上」の削除権限を認めるというスタートラインは同じである)、(3)判決に對する近江評釈は、「ネットワーク管理者が削除措置を法的にとれるか」の議論と「ネットワーク管理者が第三者に對し削除を行なわなかったことに法的責任を負うか」の議論の位相を同一レベルで考えていたからこそ生じた批

判であろう。例えば、公共施設の利用規則を定め、そこでの表現規制を行なおうとする場合、主としてその公共施設の物理的制約から規則の正当性が導かれるといえるが、それとパラレルの関係で、（原則的に）物理的制約のない大学のネットワークにおける規則（本件の場合は「要綱」）は、「ネットワーク全体の信用維持」からその正当性が導き出されることができよう。この正当化根拠は、第三者に対して法的責任を負うかどうかとは直接には係わりのないことである。これに対して、第三者に対する法的責任については、主として、ネットワーク管理者ないしシスオベに法的責任を課した場合の表現の自由に対する影響度を中心に検討されなければならない。戸松秀典教授は、(3)判決について、「理由中には裁判所が正面から表現の自由の保障のあり方に言及した箇所をみつけないことができない」が、「訴訟当事者の表現の自由をいかに保護すべきかの問題が争点の背後にあることは明らかである」と分析されている。⁽¹⁰⁶⁾この点の検討を行なうためには、表現の自由からの検討を背後からではなく、前面に打ち出して検討する必要がある。その際においても、アメリカとの比較は重要な意味を持つように思われる。

その他、検討すべき点として、シスオベを使っているパソコン通信業者ないしインターネットプロバイダの責任の問題がある。現行法を前提とすると、両者の間に「使用者責任の基礎となるべき指揮監督関係」が認められれば、パソコン通信業者ないしインターネットプロバイダが使用者責任を負うというのは正当な理解であると解されるが、この点については詳述しない。⁽¹⁰⁷⁾

(1) 山口厚教授は、学説上の論点を、「①わいせつ情報を、パソコン通信のホスト・コンピュータやインターネットのサーバー・プロバイダーのサーバー・コンピュータのハードディスクに蔵置し、利用者にアクセス可能な状態を設定することは、刑法一七五条にいうわいせつ図画の公然陳列に当たるか。(a)サーバーが日本国内にある場合と、(b)外国にあるサーバーに

日本国内からアクセスしてわいせつ情報を蔵置する場合とで判断は異なるか。②わいせつ情報を公開しているサイトヘリンクを張る行為は、わいせつ図画公然陳列となるか。③画像修正ソフトで修正を加えた（それがなければわいせつ性が肯定される）画像をネットワーク上で公開する行為は、わいせつ図画公然陳列か。④画像の修正部分を回復する画像修正ソフトを配布する行為は、わいせつ図画公然陳列ないしその共犯となるか。⑤わいせつ情報が蔵置されたホスト・コンピュータやサーバーを管理するパソコン通信の運営主体やインターネットのサービス・プロバイダーは、わいせつ情報等を削除しない場合に、何らかの刑事責任を負うか」に分類されている（山口厚「コンピュータ・ネットワークと犯罪」ジュリリー一七七号七三―七四頁）。なお、アダルトコンテンツ関連の国内判例は、純刑法的な論点であるのがほとんどであると思われるので、深入りすることは避け、ラフスケッチを行うに留める。

(2) 判例集未登載の判決文については、園田寿教授の HP (<http://law.school.konan.jp/sonoda/> (last visited Dec 6, 2004)) に多くを負っている。

(3) 大判大正一五年六月一九日刑集五卷二六七頁。

(4) 東京地判昭和三〇年一月三一日判時六九号二七頁。

(5) 大阪地堺支判昭和五四年六月二二日月報一一卷六号一七三頁。

(6) 大阪地判平成三年二月五日判時一四一一号一二八頁。

(7) 最判昭和五四年一月一九日刑集三三卷七号七五四頁、名古屋高判昭和五五年三月四日刑月一二卷三号七四頁。

(8) 前田雅英「判批」都法三八卷一六〇七頁、前田雅英『刑法各論講義（第3版）』（東京大学出版会・一九九九年）四一三頁参照。

(9) 刑法一七五条の客体である、「わいせつな」文書とは、発音的符号によって表示されるものをいい、小説がその典型である。図画とは、象形的方法によって表示されるものをいい、映画、絵画、写真の陽画・陰画、未現像の映画フィルムなどがその典型例である。その他の物とは、文書・図画以外のもの、例えば彫刻物、置き物、レコード、録音テープなどであり、性器の模擬物などがその例である」と伝統的に理解されてきたが（大谷實『新版刑法講義各論（追補版）』（成文堂・二〇〇二年）五二四頁）、最近では、ビデオテープを「図画」として扱う（例えば、富山地判平成二年四月二二日判時一三四一四号一六〇頁、佐久間修『「わいせつ」情報の頒布、販売、公然陳列について（一）―ビデオテープの複写と通信回線を

利用した情報授受の罪責」(産法二七卷二号二二頁以下) ことが定着しつつあるといわれる(前田・上掲論文六一頁)。このように、「容易にわいせつ画像が顕現しうるものは『図画』に含まる」(同論文六一頁)とする理解からすれば、記録媒体たる、FD、MO、CDなどのディスクメディアはもちろん、パソコンやサーバのハードディスク自体までも「わいせつ」図画」と呼ぶことが可能になる(なお、ハードディスク、MO、FDにわいせつ画像を保存していた各メディアがわいせつ図画であるとされ、バックアップ用の所持であったにもかかわらず、刑法一七五条後段のわいせつ図画等販売目的所持罪が適用されたケースとして、神戸HD販売目的所持事件(神戸地判平成九年三月二五日(判例集未登載)がある)。ハードディスク自体を「わいせつ」図画」とすることについては、学説からの強い批判がある(例えば、園田寿「メディアの変貌」わいせつ罪の新たな局面」中山研一先生古稀祝賀論文編集委員会編『刑法の諸相』(成文堂・一九九七年)一七九頁)。

(10) 「情報」そのものを「有体物」といえないために、その「情報」を保存する「有体物」を刑法一七五条の客体とするわけであるが、アメリカにおいては、18 U.S.C. §1465において、伝統的なプリントメディア等に加えて、「電氣的録音 (electrical transcription)、音声を再生することが可能な他の物品 (other article capable of producing sound)、下品なあるいは不道徳な性質を有する他のあらゆる物 (any other matter of indecent or immoral character)」をその対象とし、また、チャイルドポルノ防止法 (CPA) 等においても、サイバースペース上の表現を規制対象とすることを明文化するための改正を行っている(拙稿「サイバースペースと表現の自由 (三)」表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に」北法五五卷三三号一六六頁[注99])。ドイツでは、一九七四年の刑法改正で、「本項の定義を参照する規定においては、音声媒体および画像媒体、描写その他の表現は、文書とみなす」(二一条三項)と追加した関係上、刑法典における「文書 (Schriften)」がサイバースペース上のデジタル「情報」までも含む概念であるかが争われてきたが、一九九七年八月施行の「情報サービスおよび通信のための大綱条件の規律のための法律」により、ハードディスク等の「データ記憶装置 (Datenspeicher)」も文書とみなされることになり、立法的解決を見ている(米丸恒治「ドイツ流サイバースペース規制・情報・通信サービス大綱法の検討」立命一九九七年五号一〇四五、一〇六五頁、米丸恒治「インターネットの構造と規制」法時六九卷七号八頁)。わが国においても、立法による解決が望まれるところである。

(11) 例外として、(10)判決(後出)がある。判決では、「陳列されたわいせつ図画は、スーパーコンピューターではなく、情報

としての画像データであると解するべきである。有体物としてのコンピュータはなんらわいせつ性のない物であり、これをわいせつ物であるということはあまりに不自然かつ技巧的である。また、わいせつな映像のビデオテープやわいせつな音声を録音した録音テープがわいせつ物であることは確定した判例であるが、これらの場合も、有体物としてのビデオテープや録音テープがわいせつ物であるわけではなく、それらに内蔵されている情報としての映像や音声がわいせつ物であるにすぎない。科学技術が飛躍的に進歩し、刑法制定当時には予想すらできなかった情報通信機器が次々と開発されている今日において、わいせつ図画を含むわいせつ物を有体物に限定する根拠はないばかりでなく、情報としてのデータをもわいせつ物の概念に含ませることは、刑法の解釈としても許されるものと解するべきである」とした（清見勝利「わいせつ情報の頒布・陳列―ELMACK事件」インターネット弁護士協議会編『インターネット事件と犯罪をめぐる法律』（オーム社・二〇〇〇年）四〇頁、毎日新聞総合メディア事業局「電脳記者が行く」（毎日新聞社・一九九九年）九五―九七頁）。更に、(10)判決（後出）は、「画像情報の入った」ファイルは一定の内容を保ったまま送付されるのであって、固定性を有し、販売概念を曖昧にするものではない。しかも、その画像ファイルは、購入者のパソコンのハードディスク等に保存し、或いはこれをプリントアウトして文書化したり、或いは更に転送したり、CD-ROMに焼き付けたりして、他に広めることも可能である。また、今日ではインターネットを通じてさまざまなファイルの売買が日常的に行われており、本件を『わいせつな文書、図画その他の物』の範囲を従来の解釈より拡張してわいせつ画像販売として刑法一七五条に当たるとしても、予想不可能で不意打ちに当たるとは到底思われない」と述べた後、上の(16)判決（後出）を指示している。

このような、わいせつ「情報」を「物」とする解釈に対しては、「刑法一七四条（公然わいせつ罪）」との区別が決定的に曖昧になるほか（暗記したボルノ小説を公衆の面前で声に出すことも、わいせつ物陳列罪になりかねない）、わいせつデータの送信が「陳列」なのか「頒布」「販売」なのかについて深刻な混乱をもたらす。これらの行為は、同一の条文で規定されているが、刑法一七五条後段は、販売目的のある場合に限って、その前段階である（わいせつ物の）所持を処罰しているので、これらの行為類型の区別は重要な問題なのである。「さらに、データの送信を物の移転を前提とした「頒布・販売」と呼べるのかも問題である。特に「販売」は物の移転による所有権の移転であり、物権法定主義に立つ民法は物（所有権）に対する権利としてのみ認められているから（民法一七五条）、データ自体に所有権が成立するとはいえない」と批判されている（園田寿「情報化社会と刑法」園田寿編『知の方舟―デジタル社会におけるルールの継承と変革―』（ローカ

ス・二〇〇〇年)一九二〇頁。

(12) 浅田和茂「判批」判時一七四三号二二六頁(判例評論五〇八号五四頁)以下参照。

(13) 松井茂記『インターネットの憲法学』(岩波書店・二〇〇二年)一二九―一三〇頁、塩見淳「コンピュータ・ネットワークを通してわいせつ画像データの配信とわいせつ物公然陳列罪の成否」法教二五七号一三六頁以下参照。

(14) 判時一五九七号一五二頁参照。

(15) 「今年(一九九六年)の二月一日に、インターネットでワイセツな画像を流していたとして、二人のユーザーがワイセツ画像公然陳列罪で警視庁保安課に摘発された(一人は逮捕)。二人とも「ベッコアメ」というプロバイダーに接続してホームページを開いていた。一人は二十八歳の会社員で、約三百枚のワイセツ画像を「カメ」というページに流し、もう一人は十六歳の高校生で二枚の動画と静止画像十一枚を『オリバー』というページに流していた。二人のページには、五ヶ月間で十五万件のアクセスがあったという」(立花隆『インターネット探検』(講談社・一九九六年)七九頁)。二月一日は、通信品位法(Communications Decency Act: CDA)が連邦議会を通過した日でもある。また、前日には、二人の自宅とともに、プロバイダーである「ベッコアメ」も同容疑で家宅搜索されている。

(16) 「ベッコアメ」事件につき、堀部政男「わいせつ画像とインターネットの規制」法教一八七号一〇四―一〇五頁、園田寿「サイバーポルノと刑法―『物』を規制する刑法の限界―」法七五〇一四―一八頁、長谷部恭男「インターネットによるわいせつ画像の発信―ベッコアメ・インターネット事件―」法時六九卷一五―二三―二六頁、松井・前掲『インターネットの憲法学』[注13]一二八頁、前田・前掲「判批」[注8]六〇七―六一五頁、塩見淳「判批」別冊判例セレクト'97(刑法)三七頁(『法学教室』判例セレクト'86―'90(有斐閣・二〇〇二年)所収五〇一頁)、藤原宏高「インターネットの直面する法的問題」コピー一九九七年五月号二〇―二一頁、浦田啓一「インターネットを利用したわいせつ画像の提供につき、わいせつ画像公然陳列罪の成立を認めた事例」警公五一卷一六―二六頁、紀藤正樹『電脳犯罪虎之巻―ネットワークの新しいルール』(KKベストセラーズ・一九九七年)二八―三二頁、毎日新聞総合メディア事業局・前掲書[注11]七四―七五頁参照。

(17) アダルトコンテンツ関連の判決として、更に二つの判決を示しておこう。一つ目は、朝日放送ホームページ不正書換事件判決(大阪地判平成九年一〇月三日判タ九八〇号二八六頁)である。一九九七年五月に、朝日放送のホームページ内の

天気予報を伝えるページにわいせつ画像を故意に掲示した者が有罪とされたケースである。この事案は、不正アクセス禁止法制定以前であったので、電子計算機損壊等業務妨害罪（刑法二三四条の二）で起訴されたが、わいせつ図画公然陳列罪でも起訴され、有罪が確定している（園田寿ほか「ハッカーVS不正アクセス禁止法」（日本評論社・二〇〇〇年）五七一六〇頁、岡村久道・南石知哉「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』（商事法務・二〇〇三年）六四一六五頁、毎日新聞総合メディア事業局・前掲書〔注1〕五九一六〇頁。二つ目は、ベッコアメ準抗告事件決定（東京地決平成一〇年二月二七日判時一六三七号一五二頁）である。通常、ユーザがわいせつ図画公然陳列罪等で起訴され、それにもなつてプロバイダも強制捜査を受ける場合には、「被疑者（捜査の対象となつたホームページを掲げている人）の持っているホームページのデジタル情報と、被疑者が発したメール、被疑者宛のメールといったものが特定され、それらの情報の入っているサーバを仮に差し押さえて、内容のデータを確保して、その後返還するという方法で事業に支障をきたさないように進められ、それはいまや常識になつている」にもかかわらず、本件の場合には、「ベッコアメの預貯金、印鑑、金銭出納帳にはじまり」「プリンタや、ルータなどの通信機器類」、更に、当該犯罪行為と全く係わりのない「顧客名簿（会員名簿のことであるという）」、「通信文（電子メール一切という趣旨らしい）」、「ID番号記録紙」、「電子メール控え（ログのことだろう）」といった一切合切が押収の対象になつていた（牧野二郎『市民力としてのインターネット』（有斐閣・一九九八年）七七頁）。この強制捜索令状にベッコアメが準抗告を申し立て、「被疑事実と無関係な会員のデータまで押収したのは違法」としてデータ差押え処分の取消しを認めたのが本件である。更に、牧野二郎「福岡県違法捜査事件」岡村久道編『インターネット訴訟2000』（ソフトバンクパブリッシング・二〇〇〇年）三九六四〇六頁、牧野二郎「ベッコアメ準抗告事件決定にみるプライバシーの重視―捜査の必要性とプライバシー保護のバランス―」法セ五二二号二六頁以下、指宿信「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』（商事法務・二〇〇三年）六六―六七頁、牧野二郎&尾崎憲一「BEKKOMEの二月一日!」KONPETTO Vol. 6（ベッコアメインターネット・一九九八年）三六―三八頁、船越一幸「情報とプライバシーの権利―サイバースペース時代の人格権―」（北樹出版・二〇〇一年）一四六―一四七頁参照。

(18) 毎日新聞総合メディア事業局・前掲書〔注1〕九七一―〇二頁参照。

(19) ここでは、公訴事実の第二に對する判示部分のみを扱い、公訴事実の第一については、「二」で見る。

(20) 名取俊也「判批」研修九六号二二頁以下、吉田統宏「判批」警論五一卷四号一六九頁、白木豊「判批」別冊判例セレク

- ト98 (刑法) 三三頁 (前掲『法学教室』判例セレクト86-00) [注16] 所収五一二頁、松井・前掲『インターネットの憲法学』[注13] 一四三—一四四頁、毎日新聞総合メディア事業局・前掲書 [注11] 八九—九七頁参照。
- (21) 清見・前掲論文 [注11] 三六頁以下、牧野二郎「大阪マストリンク事件」岡村久道編『インターネット訴訟2000』ソフトバンクパブリッシング・二〇〇〇年) 三四頁以下、牧野・前掲書 [注17] 五八—六三頁、毎日新聞総合メディア事業局・前掲書 [注11] 七三—八八頁参照。
- (22) 牧野・前掲書 [注17] 五九—六〇頁、松井・前掲『インターネットの憲法学』[注13] 一四二頁、立花隆『インターネットはグローバル・ブレイン』(講談社・一九九七年) 三六—四〇頁参照。
- (23) 紀藤・前掲書 [注16] 四四—四五頁。ただし、本件のように、「わいせつ物陳列罪の主犯であるホームページの設置者は海外にあり、リンクはただわいせつなホームページを紹介したというだけでは(主犯を罰することができないので)」、「ほう助犯のみを罰することは均衡を失いますから、現行法上は不起訴になることも当然」だとする(同書四三頁)。
- (24) [PDS (民主社会党) のアングラ・マークヴァルト連邦議会議員が、雑誌「Radikal」へのリンクを自分のホームページに設けた。極左の雑誌はドイツで禁止されていることから、この雑誌の著者たちはオランダのXS4ALL (access for all) というプロバイダのサーバ上に雑誌を掲載しており、そこへのリンクが刑法一三〇条(犯罪行為の教唆)の要件を満たすものであり、マークヴァルト議員といくつかのプロバイダが、この違法な文章を配布したとして起訴されたが、一九九七年六月に無罪とされた(リゴ・ヴェニング(小橋馨訳)「プロバイダの法的責任—ドイツ」サイバーロー研究会編(指宿信編集代表)『サイバースペース法—新たな法的空間の出現とその衝撃—』(日本評論社・二〇〇〇年) 二三五—二三六頁)。see JAMES SLEVIN, THE INTERNET AND SOCIETY 220-221 (2000).
- (25) 可罰性が認められる例外としては、(19)判決のように、違法サイトへのリンクという「リンク(つながり)」だけではなく、違法行為発生に係わる強固な「リンク」が求められなければならないだろう(もちろん正犯の存在が前提となる)。また、見方を変えれば、本件のケースは、リンク自体の可罰性が問題になったというよりは、幫助を認定するためにリンクという行為が注目されたケースであったと見ることもできるように思われる。いずれにしてもインターネット上のリンク自体は原則として不可罰でなければならない。そうでなければ、リンクページ開設者は、リンク先のサイトをすべてチェックしなければならず、特に、サーチエンジン等は存在自体が否定され、不当な結果を生じることになる(立山紘毅「いわゆ

る『リンク』をめぐる犯罪に関する憲法学的考察」判タ九九七号一〇六頁、清見・前掲論文〔注11〕五四頁。この点につき、立山教授は、リンクの可罰性を論じるにあたって、片面的幫助の法理を前提として議論を展開されているが、裁判所も必ずしもこのような「緩い」幫助論で有罪を認めているのではないと思われる。既に有罪となっている(15)判決、(17)判決の被告人にわいせつ性を顕現させるためのマスクソフトを提供し、リンクという形で、彼らと強固な「リンク」を持ち続けたために有罪とされたのであって、本件において可罰性が認められたからといって、他の通常行われているようなリンク行為にまで直ちに拡大されるというわけではないであろう（本件ではたまたま、リンクという行為が幫助を顕現させたともいえる）。同じ意味で、清見弁護士上の論理の運び方にも若干の飛躍があるように思える。なお、第一東京弁護士会総合法律研究所『インターネット法律相談』（アスキー・一九九七年）二四頁も、「リンクを張ることに幫助の余地があるといつても、リンクというのはウェブの特徴の一つであって、リンクによる単なるサイト紹介が違法であるとすべきではありません。原則としてリンクは幫助とはならないものと考えておくべきです。」「正犯の実行行為を認識しながらそれを援助する意思が明確でなければそもそも幫助の余地があるものとすべきではないのです。」とする。

- (26) 例えば、(6)事件控訴趣意書 (<http://lawschool-konan.jp/sonoda/text/kousou.html> (last visited Dec 6, 2004))、(14)事件冒頭陳述要旨 (<http://lawschool-konan.jp/sonoda/text/toikyog2.html> (last visited Dec 6, 2004)) が、憲法三一条違反を主張する。また、(6)事件控訴審弁論要旨では、憲法三一条違反に加えて、「立法者の意図しない拡張解釈を行っている」ので国会の立法権を侵害し、憲法四一条にも反するとする (<http://lawschool-konan.jp/sonoda/text/kyoio2.html> (last visited Dec 6, 2004))。なお、一連のアダルトコンテンツ関連の判決の中で、「表現の自由」の言葉が出てくる唯一の判決は、(19)判決である。しかし、「当裁判所が認定した事実によれば、被告人の判示各行為は、いずれも、善良な性道德・性風俗を侵害する危険の大きい行為と認められるのであり、これを処罰することが、表現の自由を侵害するものであるとして、憲法に違反するものであるなどとは、およそ考えることができない。」と判示するのみである。

- (27) 最大判昭和三二年三月一三日判時一〇五号七六頁。拙稿「サイバースペースと表現の自由（一）―表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に―」北法五五卷一〇九頁一〇一頁〔注68〕。

- (28) 園田寿「サイバーポルノ」岡村久道編『インターネット訴訟2000』（ソフトバンクパブリッシング・二〇〇〇年）三一七―三一八頁。

(29) その他、アダルトコンテンツ関連の国内判例を刑法的観点から検討した文献として、園田寿「コンピュータ・ネットワークとわいせつ罪」『ジュリスト増刊 変革期のメディア』(有斐閣・一九九七年)一六八頁以下、園田寿「インターネットとわいせつ情報」法時六九巻七号二六頁以下、小倉秀夫「インターネット法規制のゆくえーわいせつ規制を具体例としてへ各論」インターネット弁護士協議会編十村井純「インターネット法学案内」(日本評論社・一九九八年)一七一頁以下、園田寿「わいせつ画像」サイバーロー研究会編(指宿信編集代表)『サイバースペース法ー新たな法的空間の出現とその衝撃ー』(日本評論社・二〇〇〇年)一三二頁以下、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之十松井茂記編「インターネットと法」(第3版)『(有斐閣・二〇〇四年)八五頁以下等がある。更に、岡村久道編「サイバー法判例解説」(商事法務・二〇〇三年)には、(7)判決(山口厚、一〇四一〇五頁)、(8)判決(園田寿、七二一七三頁)、(9)判決(園田寿、七四一七五頁)、(13)判決(塩見淳、六八一六九頁)、(19)判決(落合洋司、七〇一七二頁)等の判例評釈が収められている。

(30) アメリカの状況については、拙稿「サイバースペースと表現の自由」(五)ー表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心にー北法五五巻五号一四九頁以下参照。

(31) 高橋和之「インターネットと表現の自由」ジュリー一一七号二七頁。この点に関し、石村善治教授は、言論法の分析手法には、「巨視的分析」と「微視的分析」の二つの手法があることを摘出し、「チャネルに関連する『プロバイダー』をめぐる法的問題の在り方を探りあてる」ためには、後者の検討が必要であるとされる(石村善治「博多つ子学者が語る いまだから憲法」(自治体研究社・一九九九年)四一ー四四頁)。

(32) 高橋和之「判批」ジュリー一二二〇号八〇頁以下、高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋和之十松井茂記編「インターネットと法」(第3版)『(有斐閣・二〇〇四年)四九頁以下、町村泰貴「ネットにおける名誉毀損ーニフティ名誉毀損事件」インターネット弁護士協議会編「インターネット事件と犯罪をめぐる法律」(オーム社・二〇〇〇年)一〇頁以下、五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣・二〇〇三年)一〇三ー一〇五頁、大沢秀介「インターネットと表現の自由」大沢秀介編「はじめの憲法」(成文堂・二〇〇三年)一一五頁以下、青柳幸一「判批」法学教室別冊判例セレクト97(憲法)八頁(前掲「法学教室」判例セレクト86ー100「注16」所収一四六頁)、松井・前掲「インターネットの憲法学」[注13]二二一頁以下、福島力洋「サイバースペース上の名誉毀損と表現の自由」阪法四九巻二号一九七ー二〇六頁、福島力洋「インターネット上の名誉侵害」法セ五六五号一〇頁以下、名和小太郎・大谷和子編「ITユーザの法律と倫理」(共

立出版・二〇〇一年）五五頁以下、堀部政男「インターネット時代の到来と人権」月刊ヒューマンライツ一七号七一〇頁、内田晴康・横山経通編『インターネット法ービジネス法務の指針ー』（第4版）（商事法務研究会・二〇〇三年）八四一八七頁、山口いつ子「パソコン通信における名誉毀損ーニフティサーブ事件ー」法時六九卷九号九二頁以下、新美術文「パソコン通信での名誉毀損」法教二〇五号七三頁以下、笠原毅彦「ネットユーザーの危ない現実ーまったく新しいトランプルへの法律・新常識ー」（青春出版社・二〇〇一年）五一頁以下、山下幸夫「ネットワークの表現の自由の観点から見たニフティ訴訟第一審判決」ニフティ訴訟を考える会編『反論 ネットワーク社会における言論の自由と責任』（光人社・二〇〇〇年）二〇九頁以下（同書に収められたその他の論文も参考になる）、山下幸夫「最新線インターネット法律問題O&A集」（情報管理・一九九七年）一四八頁以下、藤原宏高「ネットワーク社会のセキュリティ」（ソフトバンク・一九九五年）七〇頁以下、中村壽宏「名誉毀損」サイバーロー研究会編（指宿信編集代表）『サイバースペース法ー新たな法的空間の出現とその衝撃ー』（日本評論社・二〇〇〇年）一五七頁以下、手嶋豊「判批」法教二〇六号一七頁以下、小向太郎「インターネット・プロバイダの責任ー会員の情報発信をめぐってー」ジュリー一一七号一九頁以下、加藤新太郎「判批」判タ九六五号六八頁以下、高木篤夫「名誉毀損とプライバシー侵害をどう防ぐか」藤原宏高編「サイバースペースと法規制ーネットワークはどこまで自由かー」（日本経済新聞社・一九九七年）一四三頁以下、斉藤博「パソコン通信上の名誉毀損」リマークス一七号七二頁以下、潮見直之「情報社会と名誉毀損」竹田稔・堀部政男編『新・裁判実務体系9 名誉・プライバシー保護関係訴訟法』（青林書院・二〇〇一年）五八頁、原田肇「判批」コピ一九九七年八月号三〇頁以下、三浦正広「パソコン通信ネットワークにおける名誉毀損事件ー債務不履行による人権侵害ー」コピ一九九七年七月号三八頁、船越・前掲書「注17」一一二一一三頁、紀藤・前掲書「注16」五八七九頁、拙稿「インターネットに対する規制」岡田信弘編『憲法のエチュード』（八千代出版・二〇〇四年）一〇二一一〇三頁等参照。

(33) 高橋・上掲「判批」八二一八三頁、高橋・上掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」六四一六五頁参照。

(34) この判示部分に対して、高橋教授は、「表現の『品性』は別として、名誉毀損というほど『激烈』なものかどうかには疑問が残る。」「思想の議論には論争はつきものである。ましてや、フェミニズムと言えば、最近の論争の中では激しいことで有名な領域である。そのような領域の公開討論に自ら参加し発言する以上、この程度の批判は当然に予想されるところであろう」と反論される（上掲「判批」八三頁）。

(35) 民集四一巻一七頁。中学生のいたずらによってレール上に置石がされたために生じた、列車の脱線転覆事故について、事前に仲間と話し合ひはしたが、最終的に自らは置石行為を行わなかった者に対して、過失責任の生じる余地があるとしたケースである(藤岡康宏ほか『民法Ⅳ―債権各論〔第二版補訂〕』(有斐閣・二〇〇二年)二六六頁〔藤岡執筆〕参照)。

(36) 近江幸治「判批」判時一七二五号二三〇頁(判例評論五〇二号五二頁)、戸松秀典「憲法価値の具体的実現―コンピュータの寄与を考える―」法教二四四号八頁以下、五十嵐・前掲書「注32」一〇四―一〇六頁、松井茂記「インターネットと憲法」公法六四号六〇一―六一頁、松井・前掲「インターネットの憲法学」〔注13〕二二二―二三三頁、船越・前掲書「注17」一四頁、内田・横山編・前掲書「注32」八七―八八頁、森亮二「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』(商事法務・二〇〇三年)四一五頁、拙稿・前掲「インターネットに対する規制」〔注32〕一〇三頁参照。

(37) 学生のネットワーク不正利用に係わる大学の責任を論じたものとして、常本照樹「ネットワークの不正利用と大学の法的責任」北海道大学附属図書館報 榆蔭一〇五号 (http://www.lib.hokudai.ac.jp/koho/yuin/105/yuin105_1.htm (last visited Dec 6, 2004))、栗田隆「Web ページによる権利侵害と通信設備設置者の責任―インターネットプロバイダーと大学について―」(<http://civilpro.law.kansai-u.ac.jp/kunita/copyright/article5.html> (last visited Dec 6, 2004)) がある。また、笠原毅彦教授は、「もっとも広い概念としてのインターネットプロバイダーの責任を考えた場合、従来の議論で見落とされているものは、インタラクティブサービスプロバイダーから業者としてのインターネットサービスプロバイダーを除いた部分である。」「大学の例を取れば、そこでは、多くNTTの専用線を使い、独自のドメインを持ち、直接にインターネットにつながる。しかし、(電気) 通信事業法という通信事業者ではなく、この法律の適用はNTT回線の部分にはあるが、ローカルネットワークとしての大学にはない。」こういった「プロバイダーに関しては、なんらの法規制もなされていない。インターネットとの接続に関する責任を論じるにあたっては、電気通信事業法の議論だけでは足りず、これらの役務提供者(サービスプロバイダー)を含んだ議論が必要であり、私見では、インタラクティブサービスプロバイダー全体を視野に入れた立法が必要である」とされる(笠原・前掲書「注32」六八―七一頁、笠原毅彦「プロバイダーの民事責任―プロバイダ概念の再検討」(http://www.iic.gr.jp/journal/990807_1.htm (last visited Dec 6, 2004)) も同旨)。文面だけを見ると、「なんらの法規制もなされていない」との表現が気になるが、笠原教授は、他のところで、「オフラインで違法なものはオンラインでも当然

違法である」ことを力説されているので、電気通信事業法の射程外である大学のサーバについても、民刑法が適用されること自体は認められているのであろう。なお、アメリカにおいて、大学のサーバ上の表現が問題となったケースとしては、*Loving v. Boren* や *Landers v. Trustees of California State University System* がある（拙稿「サイバースペースに対する表現内容規制立法とその違憲審査基準—アメリカにおけるアダルトコンテンツ規制を素材として—」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル六号二二九、二四〇頁）。

(38) 「公立」大学のサーバである点は、検討に値すると思われるが、本件の評判等では、完全に省かれている論点であるので、ここでも「公立」大学のサーバとパソコン通信業者の違いを強調しない。

(39) 「公然性」を認めるにあたつて、判決は、「原告らの氏名をキーワードとして検索サイトで検索すれば、その検索結果により本件ホームページに直接アクセスすることは可能であり、原告らの知人等がこのような検索をすることも十分にあり得る」と判示している（判時一七〇七号一四四頁）。この論法をとるならば、現存するホームページの大部分は「公然性」があることになる。

(40) 判決ではまた、情報教育担当教員の削除権限の行使は、「合理的裁量に委ねられ、裁量権の逸脱、濫用がない限り」、「削除権限の行使が教養部システム内部の関係者において違法になることはない」としている（判時一七〇七号一四五頁）。

(41) 静岡県弁護士会編『情報化時代の名誉毀損・プライバシー侵害をめぐる法律と実務』（ぎょうせい・二〇〇〇年）一九二〇頁、一八三頁、内田・横山編・前掲書「注32」四〇頁、笠原毅彦「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』（商事法務・二〇〇三年）九〇―九一頁参照。

(42) プライバシー侵害の主張に対しては、「原告はOLTにおける公開性の限度において、本件会話を不特定人に公開された場で行い、かつこれを容認していたものといふべきである」から、「被告が原告の明示の意思に反して本件揭示行為に及んだことは、その当否は疑問であるとしても、これが、原告のプライバシーを侵害し」たとはいえないとし、著作権侵害の主張に対しても、通信記録の「内容は日常の会話と特段異なると認められる点がなく」著作物とは認められないとしている。その他、プライバシー侵害が問題となったケースとしては、ニフティ・プライバシー侵害事件（神戸地判平成一年六月二三日判時一七〇〇号九九頁）がある。原告は、パソコン通信の掲示板で、自分の意見や雑感等を掲示板に揭示したり、他の会員にメールで送ったりしていたが、他人を中傷、罵倒するような内容を含むものもあり、それを問題視して

いた被告が、電話帳に記載されている原告眼科医の診療所の住所および電話番号を原告の承諾なく掲示した。この掲示に對して、プライバシー侵害が認められた(牧野二郎「ニフティ・プライバシー事件」岡村久道編『インターネット訴訟2000』(ソフトバンクパブリッシング・二〇〇〇年)一二二頁以下、笠原・前掲書「注32」四六一四八頁、船越・前掲書「注17」一一六一一七頁、内田・横山編・上掲書四一頁、静岡県弁護士会編・上掲書一八二一八三頁、新保史生「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』(商事法務・二〇〇三年)九二一九三頁参照)。

(43) 松井茂記『日本国憲法(第2版)』(有斐閣・二〇〇二年)四六六―四六七頁、松井茂記「マス・メディアと名誉毀損・プライバシーの侵害」法時七四卷一四一頁、高橋・前掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」「注32」六八―七二頁、五十嵐・前掲書「注32」一〇四―一〇六頁、松井・前掲「インターネットの憲法学」「注13」二二四頁、松井・前掲「インターネットと憲法」「注36」六一頁、大谷和子「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』(商事法務・二〇〇三年)九八―九九頁、拙稿・前掲「インターネットに対する規制」「注32」一〇二―一〇三頁参照。

(44) シスオペに對する「条理上の義務」につき、「本件のような電話回線及び主宰会社のホストコンピュータを通じて通信の手段による意見や情報の交換の仕組みにおいては、会員による誹謗中傷等の問題発言については、フォーラムの円滑な運営及び管理というシスオペ契約上託された権限を行使する上で必要であり、標的とされた者がフォーラムにおいて自己を守るための有効な救済手段を有しておらず、会員等からの指摘等に基づき対策を講じて、なお奏功しない等一定の場合、シスオペは、フォーラムの運営及び管理上、運営契約に基づいて当該発言を削除する権限を有するにとどまらず、これを排除すべき条理上の義務を負うと解するのが相当である」と判示して、第一審同様、肯定している(判時一七八六号八九頁)。

(45) 表現者の責任については、「フォーラムにおいては、批判や非難の対象となった者が反論することは容易であるが、言葉汚く罵られることに對して、反論する価値も認めがたく、反論が可能であるからといって、罵倒することが言論として許容されることになるものではない」と述べて名誉毀損の成立を認めている(判時一七八六号八八頁)。

(46) 松本恒雄「違法情報についてのプロバイダーも民事責任」ジュリ二二五号一〇一―一〇二頁、福島・前掲「インターネット上の名誉侵害」「注32」一一―一二頁、松井・前掲「マス・メディアと名誉毀損・プライバシーの侵害」「注43」四一頁、松井・前掲「インターネットの憲法学」「注13」二二三―二二四頁、大須賀寛之「判批」岡村久道編『サイバー法

判例解説」(商事法務・二〇〇三年) 九六一九七頁、内田・横山編・前掲書「注32」四〇頁参照。

(47) 更に、インターネットの電子掲示板「2ちゃんねる」に職員に関する誹謗中傷が書き込まれたとして、日本生命が「保険業界板」及び、同「板」への書き込み約五〇〇箇所の削除を求めた仮処分申請で、運営者に対して当該書き込みの削除を命じる決定を出した(東京地決平成一三年八月二八日(判例集未登載))。原告は、ニフティサーブ・現代思想フォーラム事件が判示したところの「条理上の作為義務」を根拠として、「保険業界板」全体の削除を主張したが、最終的に認められたのは、二〇箇所程度の書き込みに過ぎなかったといわれる(井上トシユキ+神宮前ong「2ちゃんねる宣言」挑発するメディア」(文藝春秋・二〇〇一年) 一七〇頁以下参照)。「2ちゃんねる」については、原告および原告が経営する動物病院を誹謗中傷する内容の書き込みがなされ、運営者に当該書き込みが存在する旨の通知書を発送したにも係らず、放置していたケースにおいて、①運営者である被告が削除人を任命していることから、被告本人も削除権限を有すること、②削除人が従うことになっている「削除ガイドライン」は、内容が不明確であり、また、ボランテアで行っていることから、所定の方式によっても削除人が削除するとは限らないこと、③被告はメールアドレス等の接続情報を原則として保存していないため、事実上、匿名による利用を可能にしていること、④掲示板の規模、膨大な書き込み数、および、削除人がボランテアであることを考え合わせると、書き込みを常時監視し、削除の要否を検討することは不可能であることなどの諸事情を考慮すると、遅くても他人の名誉を毀損する発言がなされたことを知り、または、知り得た場合には、直ちに削除するなどの対策を講じる義務があるとした(2ちゃんねる・動物病院事件) 東京地裁判決(東京地判平成一四年六月二六日判時一八一〇号七八頁、町村泰貴「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』(商事法務・二〇〇三年) 四二一四三頁、町村「判批」判タ一一〇四号八五頁以下、五十嵐・前掲書「注32」一〇六頁、内田・横山編・前掲書「注32」八九九頁、拙稿・前掲「インターネットに対する規制」「注32」一〇三一一〇四頁参照) および東京高裁判決(平成一四年一二月二五日判時一八一六号五二頁、町村泰貴「判批」岡村編・上掲「サイバー法判例解説」五八一五九頁参照) が出ており、また、原告運送会社より懲戒解雇処分を受けた被告が、「不当解雇」スレッドを作成し、原告会社を批判した表現が名譽毀損にあたることされた(2ちゃんねる・不当解雇スレッド事件) 東京地裁判決(東京地判平成一四年九月二日(判例集未登載)、中道秀樹・神田孝「判批」岡村久道編『サイバー法判例解説』(商事法務・二〇〇三年) 四八一四九頁参照)、化粧品輸入・販売を行う原告会社の社会的評価を低下させた表現に対して、「2ちゃんねる」の運営者は発言を削除すべき条理

上の義務があるとして損害賠償責任を認めた(2ちゃんねる・DHC事件) 東京地裁判決(東京地判平成一五年九月三日、<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanei.nsf/webview/152016a532f14569549256d7f00180d4e/OpenDocument> (last visited Dec 6, 2004)) および東京高裁判決(東京高判平成一五年一二月二四日(判例集未登載))が出ている。その他、ホームページ上の名誉毀損的表現が刑事事件のレベルで問題となったケースとして、「『フェミニスト』をやっつけろ」HP事件(福岡地判平成一四年一二月二日 (<http://courtdomino2.courts.go.jp/kshanei.nsf/listview01/B1CA2AFD871ACBF449256CA800291D11/OpenDocument> (last visited Dec 6, 2004)))、名誉毀損を理由とするホームページの差止めが認められたケースとして、東京地決平成一三年四月二四日(判例集未登載)、東京地決平成一三年八月二八日(判例集未登載)等がある(内田・横山編・前掲書[注32]三八一三九頁参照)。

(48) 高橋・前掲「インターネットと表現の自由」[注31]二七頁以下、高橋・前掲「判批」[注32]八〇頁以下、高橋・前掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」[注32]四九頁以下。更に、福島・前掲「サイバースペース上の名誉毀損と表現の自由」[注32]五八〇一五八七頁参照。

(49) 戦前からの名誉毀損法制につき、清水英夫『精神的自由権』(三省堂・一九八〇年)一三五頁以下、平川宗信『名誉毀損罪と表現の自由』(有斐閣・一九八三年)三二頁以下参照。

(50) 「公然性」については、少なくとも名誉毀損的表現が一定範囲に流布されなければならない。判例においても、警官が弁護士に対し暴言を吐いたケースにおいて、第三者に聞こえなかった事実を重視して、名誉毀損の成立を否定したものがある(東京高判昭和三五年九月一二日下民集一一巻九号一八八五頁)。

(51) 「事実(の)摘示」は刑法三三〇条の構成要件の一つとされているが、いわゆるロス疑惑事件に関する雑誌記事が問題となった、最判平成九年九月九日判時一六一八号五二頁は、「問題とされる表現が、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会から受ける客観的評価を低下させるものであれば、これが事実を摘示するものであるか、又は意見ないし評論を表明するものであるかを問わず、成立しうるものである」と判示している。「事実摘示」も「意見表明」もなく、名誉を毀損するケースがどれだけあるかわからないが、そのように判示している。なお、名誉毀損的表現においては、「事実摘示」と「意見表明」の両者が曖昧な形で表現されることが多い。しかし、「事実摘示」や「意見表明」の前提となる「事実摘示」とは異なり、純粋な「意見表明」の部分には成立阻却要件が必要とされないことから、両者の区別が必要となる。

この点に関し、従来の判例は、「事実」とは「ある特定の者についての現実の事実または行為を叙述した表現であつて、右事実または行為の真偽を客観的に証拠により確定できる性質を有するもの」であり、「意見」とは「前提となる事実に対しての人の評価」をいうものと解されていたが、先の最判平成九年九月九日は、「ある記事の意味内容が他人の社会的評価を低下させるものであるかどうかは、前記記事についての一般の読者の普通の注意と読み方とを基準として判断すべきであり、そのことは、前記区別に当たつても妥当するものというべきである。すなわち、新聞記事中の名誉毀損の成否が問題となっている部分について、そこに用いられている語のみを通常の意味に従つて理解した場合には、証拠等をもつてその存否を決することが可能な他人に関する特定の事項を主張しているものと直ちに解せないときにも、当該部分の前後の文脈や、記事の公表当時に一般の読者が有していた知識ないし経験等を考慮し、右部分が、修辭上の誇張ないし強調を行なうか、比喩的表現方法を用いるか、又は第三者からの伝聞内容の紹介や推論の形式を採用するなどによりつつ、間接的ないしえん曲に前記事項を主張するものと理解されるならば、同部分は、事実を摘示するものと見るのが相当である。また、右のような間接的な言及は欠けるにせよ、当該部分の前後の文脈等の事情を総合的に考慮すると、当該部分の前提として前記事項を黙示的に主張するものと理解されるならば、同部分は、やはり、事実を摘示するものと見るのが相当である」との判断基準を示し、「事実摘示」を従来よりも緩やかに解している点で注目される（のぞみ総合法律事務所編『被害の実態とその対策実務 名誉毀損』（商事法律研究会・一九九八年）一三〇—一三一頁参照）。

「公正な評論 (fair comment)」の法理についてもこゝでふれておこう。アメリカにおいては、意見が公正である限り（私生活暴露や人身攻撃でなければ）評論者は責任を負わないとする法理が形成されているが、この点については、わが国においても受容されている。公立小学校の教員を批判するビラをまいた事案である、最判平成元年（二月二一日判時一三五四号）八八頁は、「公共の利害に関する事項について自由に批判、論評を行なうことは、もとより表現の自由の行使として尊重されるべきものであり、その対象が公務員の地位における行動である場合には、右批判等により当該公務員の社会的評価が低下することがあつても、その目的が専ら公益を図るものであり、かつ、その前提としている事実が主要な点において真実であることの証明があつたときは、人身攻撃に及ぶなど評論としての域を逸脱したものではない限り、名誉侵害の不法行為の違法性を欠くものというべきである」とし、更に、先の最判平成九年九月九日は、「意見ないし評論の前提としている事実が真実であることの証明がないときにも、事実を摘示しての名誉毀損における場合と対比すると、行為者におい

て右事実を真実と信ずるについての相当の理由があれば、その故意又は過失は否定されると解するのが相当である」と判示している(同書一二三—一二四頁参照)。

(52) 通説・判例において、民事・刑事とも名誉毀損が保護する名誉は、社会的名誉であると解されている。

(53) 「社会的評価の低下」について、ここでふれておきたい。名誉毀損は社会的評価を低下させる行為と解されている以上、情報の送り手の意図や被害者の被害感情とは区別され、情報の受け手が被害者の社会的評価を低下させる印象を抱く行為かどうかで判断され、現実に人の社会的評価を低下させたことまでは求められない(最判平成九年五月二七日判時一六〇六号四一頁)。

(54) 「公共の利害に関する事実」の具体例として、松井教授は、①政府や公職者に関する報道、②犯罪や裁判などの報道、③それ以外の社会的な関心事項(この場合は個別的な判断が必要)および、私行に関する事実(一般的にいえば、私生活上の事実は公共の利害に関する事実とはいえないが、公職者やその候補者の場合、その人の資質はしばしば私生活上の事項とも結び付いて理解されており、それゆえ私生活上の事項であつても公共の利害に関する事実だと考えられている。同じことは公的人物の場合にもあてはまる)をあげられる(松井茂記『マス・メディア法入門(第3版)』(日本評論社・二〇〇三年)一〇八頁)。

(55) 野中俊彦・中村陸男・高橋和之・高見勝利『憲法I(第3版)』(有斐閣・二〇〇一年)三四七—三四八頁(中村執筆)。

(56) 最判昭和四一年六月二三日民集二〇巻五号一一八頁。三島宗彦「判批」マスコミ判例百選(第二版)四四頁以下参照。

(57) 最判昭和五六年四月一六日判時一〇〇〇号二五頁。青柳幸一「判批」憲法判例百選I(第四版)一四六頁以下、平川宗

信「判批」マスコミ判例百選(第二版)五二頁以下参照。

(58) この理解は、アメリカにおける「公的人物(public figure)」の考え方とはほぼ同じであるという(浦部法穂『違憲審査の基準』(勁草書房・一九八五年)一七七頁)。

(59) この判決では、「公共性」の判断基準についても示しており、「公共ノ利害ニ関スル事実」にあたるか否かは、摘示された事実自体の内容・性質に照らして客観的に判断されるべきものであり、これを摘示する際の表現方法や事実調査の程度などは、同条にいわゆる公益目的の有無の認定等に関して考慮されるべきことがらであつて、摘示された事実が公共の利害に関する事実であるか否かの判断を左右するものではない」としている。なお、公人の私行については、「宴のあと」事

件東京地裁判決（東京地判昭和三十九年九月二八日判時三八五号一二頁）で問題となっており、「公開が許容される目的に照らして自ら一定の合理的な限界があることはもちろん」であるが、「公人ないし公職の候補者については、その公的な存在活動に付随した範囲および公的な存在、活動に対する評価を下す必要または有益と認められる範囲では、その私生活を報道、論評することも正当とされなければならない」とする（山川洋一郎「有名人などの名誉・プライバシー」清水英夫編『マスコミと人権』（三省堂・一九八七年）一三七―一三八頁）。

(60) 松井・前掲『マス・メディア法入門（第3版）』（注54）一一一頁参照。

(61) のぞみ総合法律事務所編・前掲書（注51）一二九頁参照。下級審判決では、「外形上公益目的によると見られる体裁を一応保持している場合には、他に格別の事情が存しない限り、社会に生起する日々の事象を報道して国民の知る権利に奉仕するという公益目的に基づくものと事実上推定されるから、公益目的を否定する側において反証としてこれを摘示した真の動機が公益目的によるものでないことなど具体的事情の主張、立証を要するものというべきである」（京都地判昭和六〇年一〇月二五日）とする判決もある（同書一二九頁）。

(62) 最大判昭和四四年六月二五日判時五五九号二五頁。浦部法穂「判批」憲法判例百選Ⅰ（第四版）一四四頁以下参照。

(63) 浦部法穂『全訂憲法法学教室』（日本評論社・二〇〇〇年）一五八一―一五九頁、浦部法穂「言論・出版の自由と名誉・プライバシー」樋口陽一・佐藤幸治編『憲法の基礎』（青林書院新社・一九七五年）三〇二頁、佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院・一九九五年）五二六頁、松井・前掲『日本国憲法（第2版）』（注43）四四七頁、奥平康弘『憲法裁判の可能性』岩波書店・一九九五年）一七一―一七二頁（奥平「日本における憲法の過小な役割配分について」高柳信一先生古稀記念論集『現代憲法の諸相』（専修大学出版局・一九九二年）所収二二九頁）等。否定的な見解として、芦部信喜教授は、「現実の悪意」の法理を認める立場から「事実の真否にかかる違法性阻却が二三〇条の二ですべて尽くされていると解さなければならぬ理由はない。二三〇条の二は違法性阻却が認められる最も重要かつ一般的な場合を規定したものにすぎず、これ以外の場合をいかに解するかは理論に委ねられていると解することは可能」とする平川宗信教授の主張（平川・前掲書（注49）九九―一〇〇頁）に対して、「妥当するかどうかはなお議論の余地がある」とされる（芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）』（有斐閣・一九九八年）三五五頁）。また、芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店・一九八七年）二〇二頁は、「刑法二三〇条ノ二の解釈の問題になりますと、なお細かな問題点の検討も必要で、『現実的悪意』の考え方には異論もありま

す」とされている。芦部教授は、刑法二三〇条の二の条文を念頭において消極的なスタンスをとられていたといえる(なお、松井教授は、芦部教授と同様に、実定法上の根拠が必要とする阪本昌成教授の主張(阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂・一九九五年)六〇一六一頁、佐藤幸治編『憲法Ⅱ 基本的人権』(成文堂・一九八八年)一七七一―一七八頁〔阪本執筆〕参照)を引き合いに出して、「憲法二二条こそがまさにそのような『実定法上の根拠』だといふべきであらう」とされる(松井茂記「名誉毀損と表現の自由」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座2―権利侵害と被侵害利益』(日本評論社・一九九八年)一一一頁。これに対し、高橋教授は、日米間の(名誉毀損の表現を行なった際の)サンクシヨンの違いを考慮して消極に解される。いわば機能論的消極説である(高橋・前掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」〔注32〕五三―五五頁)。長谷部恭男教授も損害賠償額による萎縮効果の低さから「現実の悪意」の法理は不要であるとされる(長谷部恭男『憲法(第3版)』(新世社・二〇〇四年)一六四頁)。

この点に関する判例は、北方ジャーナル事件最高裁判決(最大判昭和六一年六月一日判時一一九四号三頁)における、谷口正孝裁判官意見が、「名誉の侵害・毀損の被害者が公務員、公選による公職の候補者等の公的人物であつて、その表現内容が公的問題に関する場合には、表現にかかる事実が真実に反していてもたやすく規制の対象とすべきではない。しかし、その表現行為がいわゆる現実の悪意をもつてされた場合、換言すれば、表現にかかる事実が真実に反し虚偽であることを知りながらその行為に及んだとき又は虚偽であるか否かを無謀にも無視して表現行為に踏み切つた場合には、表現の自由の優越的保障は後退し、その保障を主張しえないもの」とし、肯定的に理解した(ただし、この谷口意見に対して、伊藤正己裁判官の補足意見は「これを事前規制に対する判断基準として用いることに」疑問を呈する)。これに対し、例えば、大阪高判平成元年五月二六日判タ七二三号一九六頁は、「実定法上の根拠がないにもかかわらず民法七〇九条の要件を加重するものであるにとどまらず、そもそも表現の自由、殊に公共的事項に関する表現の自由は、民主制国家を護持するために重要な権利として憲法上保障されていることを重視するが故に」「個人の名誉の保護と表現の自由の保障との調和を図っているものであり、右要件を超えて虚偽であるかどうかを全く無視する態度で虚偽の事実を公表した場合にだけ責任を負担すると解することは、個人の名誉の保護を疎んじ、表現の自由を過大に保障する結果となつてその均衡を失ふこととなるからして、採用し難い」とし、「現実の悪意」の法理の採用を否定している(東京地判平成八年一月三十一日判時一五五五号一二五頁も同旨)。

(64) 高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣・一九九五年)一八一—一九頁参照。

(65) 高橋・前掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」[注32]五六頁。

(66) 同論文五八頁。

(67) 「言論の応酬と名誉権侵害の成否」につき、東京地判昭和四七年五月二九日判時六六九号四一頁は、「ある者が、ある積極的事実を摘示して批判し、これに対しある者が摘示された事実はない旨反論してさらに論評を加えることは、言論による応酬の場合には往々にしてみられる形態である。その場合双方の交わす批判、反論、再批判、再反論の応酬は表現の自由の問題として最大限に尊重されなければならない。」「名誉ないし正当な利益を擁護するために必要な範囲を逸脱しない限度でなされた反論は、それだけを切り離して考えると相手方の名誉権を侵害する言動を含んでいても、相手方の摘示した事実が真実であり、あるいは相手方において真実と信ずるにつき相当の理由がある場合を除いて、名誉毀損または侮辱による不法行為とならないと解するのを相当とする」と判示した。横浜地判平成六年二月一日判時一五二一〇一〇頁は、「自己の正当な利益を擁護するために、やむを得ず、他人の名誉を毀損するような言辭を用いて反駁した場合、その表現内容だけを切り離して考えると相手の名誉を侵害するものであっても、そこに至った経緯に照らすと、相手の名誉を毀損するような言辭を用いたことには無理からぬ事情が存在し、かつ、相手のとった言動と対比して、その方法・内容において一般社会通念上それもまた自然の成り行きとしてやむを得ないものと考えられる程度を超えないかぎり、右の行為は違法性を欠き、名誉毀損による不法行為とはならないと解するのが相当である」とする(のぞみ総合法律事務所編・前掲書[注51]一三七—一三八頁参照)。前者においては、「相当の理由」基準の枠内で違法性が阻却されるとの構成となっているが、後者においては、「一般社会通念上それもまた自然の成り行きとしてやむを得ないものと考えられる程度」であれば、違法性が阻却されると解される。少なくとも、パソコン通信のような、「クローズドなスペース」では、このような「言論の応酬」による違法性阻却が認められる可能性が高くなるといえるよう。

(68) 高橋・前掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」[注32]五九—六〇頁。

(69) ただし、「争点の深化に役立つところのない事実無根の中傷まで許容する必要はな」く、また、「再反論を続けても、執拗に同じ内容の人格攻撃を受けたような場合、いつまでもそれにつきあわなければならないとすれば、それも適切ではない」とされる(同論文六三—六四頁)。

(70) 同論文六〇一六一頁。

(71) 最判昭和五十六年四月一六日判時一〇〇〇号二五頁。

(72) 山口・前掲論文「注32」九六頁。「コンピュータ・ネットワークの場合には、既存メディアとは異なり反論スペースの確保に物理的、経済的制約が少なく、被害者に反論の場を提供するという措置をとるのに適したメディアといえる」(内田晴康・横山経通編『インターネット法ービジネス法務の指針』(商事法務研究会・一九九七年) 六六頁)。

(73) 高橋・前掲「判批」「注32」八一頁。

(74) 町村・前掲論文「注32」一七頁。

(75) 高橋教授が示す、「両当事者がパソコン通信へのアクセスをもっていれば」両者は対等とする「原則」と、「例外」としての「対抗原則を要求しても不公平とはならない何らかの事情がある」場合に、ただけウエイトを置いて理解するかが、ここでの問題となる。おそらく、町村教授は、「原則」の方にウエイトを置いて高橋教授の説を理解されたように思われるが、これは高橋教授の真意ではないように思われる。この点は次の記述からも読み取れよう。「対等な立場での対抗言論が可能ならば、常に名誉毀損の成立を否定してよいであろうか。そうではない。少なくとも、被害者に対抗言論で闘うよう要求しても不当ではないと言えるような一定の状況が必要であろう。そのようなものとして、まず第一に、被害者が、批判・攻撃をうけることが予想されるような立場に自ら進んで身を置いたという事情が挙げられる。何もしていないのに突然攻撃の対象とされたような場合にまで、対抗言論に訴えることを要求するのは、たとえそのためのアクセスをもつ場合でも、フェアではない。しかし、通常は、批判・攻撃の対象とされるのは、自らの意思で社会に向かって発言し、影響力を行使しようとする活動をしている人であろう。そういう人は、当然、自己の発言・主張が反対の立場の人から批判され反論されることを覚悟しなければならない。」「基本的には論争の『聴衆』が判断すべきことなのである。論争場裡に自ら身を置いた以上、批判には対抗言論で答えるべきで、公権力を借りて批判を封じるようなことは、よほどのことがない限り、許されるべきことではない。第二に、批判者が同じ攻撃を執拗に続けるような場合には、その都度対抗言論で対応せよと要求するのはフェアではなからう。そのような攻撃は、論争を進展させる意味をもたず、むしろ『いやがらせ』と同じであって、表現の自由を保障する目的に貢献しないと思われる」(高橋・前掲「判批」「注32」八二頁)。

(76) 同論文八一頁。

- (77) 松井・前掲「名誉毀損と表現の自由」〔注63〕一一三頁。中村睦男教授も、「インターネット上での名誉毀損に対しては対抗言論による名誉回復が可能かつ容易である限度で表現規制の許容範囲（名誉毀損の成立範囲）は狭まりうる」ことを指摘される（野中ほか・前掲書〔注55〕三六八頁〔中村執筆〕）。
- (78) 「一口にサイバースペースといっても、電子掲示板やニュースグループ、メーリングリスト、ホームページなど、表現形態には様々なものがあり、それらを一樣に取り扱うことは必ずしも適切だとは思われない」（福島・前掲「サイバースペース上の名誉毀損と表現の自由」〔注32〕五八八頁）。
- (79) 判時一七七八号九五―九六頁。
- (80) 内田・横山編・前掲書〔注32〕三九頁。
- (81) 山下・前掲書〔注32〕一五〇頁。
- (82) 情報媒介者が刑事責任を問われるケースも問題となろうが（小向・前掲論文〔注32〕二〇―二二頁）、ここでは省略する。
- (83) 清水幸雄編『情報と法』（中央経済社・一九九八年）一四頁（清水執筆）。
- (84) 電気通信事業法につき、堀部政男「情報通信法―関係法令の概観」石村善治・堀部政男編『情報法入門』（法律文化社・一九九九年）五一頁以下、堀部政男「情報通信システムと法」堀部政男・永田眞三郎編『情報ネットワーク時代の法学入門』（三省堂・一九八九年）五九頁以下、堀部政男『自治体法学全集10 自治体情報法』（学陽書房・一九九四年）七五頁以下等参照。
- (85) 電気通信法制研究会編『逐条解説・電気通信事業法』（第一法規出版・一九八七年）二二頁、堀部・前掲「わいせつ画像とインターネットの規制」〔注16〕一〇四頁、田中正人「解説電気通信事業法・放送法」（オーム出版・一九八五年）一六頁。
- (86) 「憲法二二条二項にいう『検閲』の主体は、公権力に限られると解されているが、それは検閲概念自体に内包されているというよりは、憲法の名宛人が原則的には公権力であるという憲法理論から来る結論であり、逆に、法律の名宛人は原則として全ての国民であるとすれば、電気通信事業法三条の検閲主体には私人を含めて解するのが自然ではないだろうか」（高橋・前掲「インターネットと表現の自由」〔注31〕三二頁）。更に、岡村久道・近藤剛史『インターネットの法律実務』（新日本法規・一九九七年）二四一頁、栗田・前掲論文〔注37〕参照。

- (87) 「編集権」の用語については、「マス・メディア法制の世界において、新聞経営者の財産権に由来し、労働者の表現の自由にも労働基本権にも優越する権利と定義された文言であり、冷戦下あるいは『レッド・パージ』下で猛威を振るいながら、後に新聞経営者にまで『一夜普請のバラック』と揶揄されるに至った概念規定の荒い用語である」との指摘がある(立山紘毅「書評・高橋和之・松井茂記編『インターネットと法』(有斐閣・一九九九年)」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑧ 憲法基礎理論の再検討』(敬文堂・二〇〇〇年)二四七頁)。
- (88) 速水幹由「インターネットプロバイダの法的責任論へ通信役務説の立場から」インターネット弁護士協議会編+村井純「インターネット法学案内」(日本評論社・一九九八年)一八九頁以下。
- (89) 名和・大谷編・前掲書「注32」五七頁。
- (90) 高橋・前掲「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」[注32]六七―六九頁、高橋・前掲「インターネットと表現の自由」[注31]三二―三三頁。
- (91) 牧野二郎「インターネットプロバイダの法的責任論へ付随役務説の立場から」インターネット弁護士協議会編+村井純「インターネット法学案内」(日本評論社・一九九八年)二〇〇頁以下。
- (92) サイバースペースは「通信」と「放送」という層を持った「ウエハース」である。堀部教授は、その「ウエハース」全体を「公然性を有する通信」として処理していく立場であるといえるが、諸外国でみられる立場は、「ウエハース」内の「層」をそれぞれ分離させて考える立場といえよう。
- (93) ただ、両説には微妙な差異が残るかもしれない。高橋教授にあつては、「政策としては、どの程度の編集権を留保するかはプロバイダーの選択に委ね、ユーザーは競争業者の間で自己の好みに最も適した者を選択するという体制を目指すのがよいのではないか」(高橋・前掲「インターネットと表現の自由」[注31]三三頁)として、エリック・シュレヒターの議論(Eric Schachter, *Cyberspace, the Free Market and the Free Marketplace of Ideas: Recognizing Legal Differences in Computer Bulletin Board Functions*, 16 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 87, 137)を示すのに対して、「付随役務説」は、原則はそのままに、「公的性(通信事業者の種別や、私企業か公共企業か、第三セクターかなどの資本形態)の違いなどの要素も考慮」に入れて、その管理の内容、規制の強弱を決める(牧野・前掲「インターネットプロバイダの法的責任論へ付随役務説の立場から」[注91]二〇二頁)としているからである。

(94) 山口・前掲論文「注32」九四頁参照。

(95) 「もしシスオベに、原告の主張したように、あらゆる書込みを常時監視し、違法な発言は直ちに削除すべき義務を負わせるならば、多くの会員を抱えるネットワークでは、監視のために多くのスタッフを必要とするにいたり、場合によっては採算が」とれなくなるかもしれないし、「シスオベとしては、少しでも責任を問われる可能性のある発言はすべて削除する方向での運用を行なうことになりがちであろう。」「それを考えれば、この点に関する本判決の基準設定は、評価できる」(高橋・前掲「判批」「注32」八五頁)。

(96) *Cubby v. CompuServe*, 776 F.Supp. 135 (1991) は、ディストリビューター (distributor = 配布者) にあたる場合には、当該表現の存在を「知っていた」か、または「知り得べきであった」場合に責任を負うとしており、(1)判決と比較すると、「知り得べきであった」の部分に欠けている。しかし、(1)判決の「知っていた」の部分を緩やかに解しており、これだけでは、*Cubby* 判決よりも(1)判決の方が(民事責任を)限定的に考えているとはいえない(町村・前掲論文「注32」一九二〇頁)。しかし、後で見るように、(3)判決は *Cubby* 判決よりも限定的であると解して良いだろう。

(97) 山下・前掲書「注32」一四九頁。小林英明『Q&A事例でわかるインターネットの法律問題』(中央経済社・二〇〇一年)一六九頁も、「名誉毀損の被害者から指摘があった場合はもちろん、指摘がなくても、それを具体的に認識していれば削除すべきであり、それを放置した場合には損害賠償責任を負うとする判断は、運営者側にとり重い義務を課した判決」であるとする。

(98) 山口・前掲論文「注32」九四頁も、「判決の認めるとおり、『当該発言の内容によつては、名誉毀損にあたるか否かの判断が困難な場合も少なくない』なかでは、シスオベに大きな負担を課すおそれがあり、これから逃れるために発言削除の方向に傾き、ネットワーク上の自由な言論に影響を及ぼすことも十分に考えられる」と指摘する。

(99) 高橋・前掲「判批」「注32」八六頁。

(100) 同論文八五頁。また、「被害者にそれを通知することで原則的には」情報媒介者の「義務は果たされたと考えるべきである」とする(同論文八九頁)。

(101) 控訴審判決(5)判決は、学説側からの批判を受け入れたものであると評価できであろう。

(102) 判時一七〇七号一四五頁。

(103) 「そこには、ホームページ上の名誉毀損表現については、表現者と被害者との問題として解決すればよく、特にひどい表現内容の場合以外は、ネットワークやインターネット利用者の自由への介入を控えるべきとの考えを読み取ることができる」(戸松・前掲論文「注36」一一頁)。

(104) 本件「解説」判時一七〇七号一四〇頁。

(105) 近江・前掲「判批」「注36」一三三頁(判評五四頁)。

(106) 戸松・前掲論文「注36」九頁。

(107) 判例・学説の状況については、論文提出時点(二〇〇二年九月三〇日)を一つの区切りとしている。それ以降の動向については、別稿にて、改めて検討したいと考えている。この点をご寛恕いただきたい。

* 本稿は、平成一三年度・一四年度文部科学省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果に基づく、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇二年二月二五日授与)に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一六年度文部科学省科学研究費補助金(若手研究B)による研究成果の一部を取り入れている。