



Title	インターネット情報へのアクセスおよび取得行為の違法性
Author(s)	権, 英俊; 金, 勲//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 23, 57-112
Issue Date	2009-06
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43595">https://hdl.handle.net/2115/43595</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	23_57-112.pdf



## インターネット情報へのアクセス および取得行為の違法性\*

権 英 俊\*\*  
金 勳(訳)

### 【論文要旨】

インターネット上の情報保有者は、その情報に対する権利を持っていない場合でも、自分の情報通信網内の情報の流通をコントロールすることができるだろうか。もしも、許諾なくインターネット上の情報にアクセスし、これを取得する者がいたらどうなるのか。本稿は、主として韓国法の観点からこれらの基本的な問題に対する包括的な考察を試みるものである。この分析を容易にするために、まず、この点における画期的なアメリカの裁判例の一つである eBay 判決を紹介し、検討する。

本報告は、さまざまな紛争を三つの類型に分類している。第一の類型は、動産としてのコンピュータシステムの保護に焦点を当てた、物権型紛争である。これには伝統的な動産侵害法理が適用されるだろう。その結果、差止命令の正当化のためには、現実的損害が要求されるだろう。第二の類型は情報流通型紛争である。韓国の情報通信網法48条は、インターネット上のアクセスの違法性の判断において、重要な役割を果たすだろう。同条の解釈には、情報の保有者と利用者間の均衡を図ることが必要である。第三の類型は、情報財産型紛争である。知的財産法とそれに関する法律がこの類型の紛争に適用されるだろう。

伝統的な法理論と技術的進歩がもたらす法律環境における最近の変化の格差を狭めるためには、新しい法規範が必要となる。韓国はアドホックな方法で関連法を制定することによって、この難題に答えてきた。インターネットの出現が違法性に関する規範枠組みに対して、どのような影響をもたらすかについては、これまでほとんど注意が払われてこなかった。しかしながら、本稿は、体系的かつ包括的なア

---

\*本稿は、韓国比較私法学会の刊行する 비교사법 제14권 3호(통권 38호) (比較法14卷3号(通卷38号)) (2007年9月)に同じ内容で掲載されたものである。

\*\* Assistant Professor, College of Law, Seoul National University.

ブローチを強調し、インターネット上の情報取得行為の違法性を評価することができる一般基準の提案を試みるものである。

**キーワード：**違法性、不法行為、インターネット、情報、動産侵害

— 目 次 —

- I. 序論
- II. 米国の関連判決および議論
  - 1. 背景説明
  - 2. eBay 判決の内容
  - 3. eBay 判決の意味と後続判決
  - 4. 学界における議論
- III. 韓国におけるインターネット情報アクセスおよび取得行為の違法性
  - 1. 議論の前提
  - 2. 物権型紛争に関する違法性判断
  - 3. 情報流通型紛争に関する違法性判断
  - 4. 情報財産型紛争に関する違法性判断
- IV. 結論

## I. 序論

情報の交換は、インターネットの根本的な存在理由である。そのため、インターネット上で他人の情報にアクセスしこれを獲得するのは自然なことである。ところが、情報は、今日において重要な価値の創出資源であり、これをめぐりさまざまな法律上の利害関係が存在している。このような法律上の利害関係はお互いに衝突することもある。そのため、仮想空間と呼ばれるインターネットも、これらの利害関係の対立を規制する法秩序から自由ではない。一方、インターネットの情報における私法的秩序の拡散は、非常に多様である。ただ情報コントロールという視点から見れば、主に次の二つの側面が問題となる。

第一は、情報自体のコントロールである。物について物権を行使するように、情報についてもそれに類似する支配権を行使し得るのかという問題である。これは、主に著作権などの知的財産権に関する法律と密接に関係

している<sup>1</sup>。これに関しては、当該情報が独占・排他的権利の対象（例えば、著作物）としての要件を満たしているか、その際に当該情報はどの程度保護されどの範囲で自由に利用されるのか、当該情報が侵害された場合、誰がどのような責任を取るのかなど、いくつかの重要な争点が議論されている。

第二は、情報流通のコントロールである。例えば、他人が自分のサーバーに望まない情報を送信する行為（情報発信行為）や、他人が自分の管理する情報にアクセスしそれを取得する行為（情報へのアクセスおよび取得行為を以下あわせて「情報の取得行為」とする）をコントロールすることができるか、また情報の流通コントロールを無視・迂回して情報を取得する行為が違法であるかの問題である。この問題は、情報管理者が、情報そのものの所有者（例えば著作権者）であるか否かを問わないという点で、第一の問題と区別される。例えば、情報自体については知的財産権を有しないポータルサイト（portal site）の運営者がその情報の流通について、どの程度の制御権を行使することができるかという問題である。

本稿は、主に第二の問題に焦点を合わせたい。伝統的知的財産権法の範囲で論じられる最初の問題とは異なり、第二の問題については、まだ国内で十分な議論が行われていない<sup>2</sup>。本稿で具体的に議論したいのは、他者のコントロールするインターネット上の情報にアクセスし、これを取得す

<sup>1</sup> 最近では従来の意味での知的財産ではないが、知的財産と同様に保護される情報も現れている。例えば、創作性の有無にかかわらず、データベースを保護する著作権法91条乃至98条、相当な努力で作られたオンラインのデジタルコンテンツを保護するための「オンラインデジタルコンテンツ産業発展法」18、19条を参照。

<sup>2</sup> これに関する韓国の論文として、鄭震明、「사이버소유권에 관한 연구 (サイバー所有権に関する研究)」、비교사법(比較司法) 12卷3号(2004)、同「사이버불법행위에 관한 법리 소고 - 민사 법리의 적용을 중심으로 - (サイバー不法行為に関する法理小考—民事法理の適用を中心に—)」、財産法研究22卷3号(2006)、이재환(イジェフアン)、「Trespass to Chattels」、사이버不法行為法研究会の発表文(2004. 5.) (未公刊)を参照。一方、米国では過去10年間、この問題を取り扱う一連の判決が出され、最近ではインターネット上の個人情報制御に関する学問的な議論が為されている。これについては本稿の「II. 米国の関連判決および議論」の「4. 学界における議論」の部分を参照。

る行為が違法であるかという点である。さらに、問題意識を具体的に呈示するならば、次のとおりである。情報そのものの独占的・排他的な所有者ではない情報管理者が、自分の情報通信網に保存された情報の流通をコントロールすることができるのだろうか。また、他人がそのコントロールを回避し、情報をアクセス・取得する行為は違法であるのか。これらの違法性の判断における結論がインターネット全体の情報の流通秩序にどのような波及効果を及ぼすのだろうか。それはより良い社会づくりに貢献しているのだろうか？これらの問いに対する答えは、情報の流通を本質とするインターネット上の根本的な法秩序(私法秩序)の基礎となるものである。

このテーマを検討するに当たり、米国のeBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc. 判決<sup>3</sup>(以下「eBay判決」とする)は、具体的な問題意識を与えてくれた資料である。この判決は、あるインターネットのオークション価格比較サイトの運営会社が、eBayのウェブサイトへアクセスして自動的方法でオークション関連の情報を大量に収集する行為が米国の不法行為法上の動産侵害(trespass to chattel)に該当するか否かを論じている。eBay判決およびそれをめぐる米国の学者達の議論は、韓国と米国との法体系および法理の相違を超え、参考にする価値がある。

本稿の内容は大きく二つの部分に分けることができる。一つ目の内容は、米国におけるeBay判決およびそれに関する議論の紹介である。この内容は、目次Ⅱの「米国の関連判決および議論」で取り扱う。二つ目の内容は、これらを参考にして韓国におけるインターネット上の情報取得行為の違法性を如何に判断すべきかを分析する内容である。これは、目次Ⅲの「韓国におけるインターネット情報アクセスおよび取得行為の違法性」で取り扱う。本稿の結論部分に当たる目次Ⅳでは、分析結果を要約したうえで、この問題について若干の展望を示す。

<sup>3</sup> 100 F. Supp. 2d 1058(N.D. Cal. 2000).

## Ⅱ. 米国の関連判決および議論

### 1. 背景説明

#### (1) 動産侵害(trespass to chattel)の法理

eBay判決は、アメリカ不法行為法上の動産侵害の法理を扱っている。したがって、判決の内容を紹介する前に動産侵害の法理を簡単に紹介する。

最初に理解しなければならないのは、アメリカの不法行為法は違法行為を、一つの統一的体系の中で把握せず、個々の行為類型に応じて別々に把握するという点である<sup>4</sup>。これは、包括的な不法行為の概念が発達している大陸法の主要な国々の立場<sup>5</sup>とは異なっている<sup>6</sup>。米国の不法行為法に存在する個別的不法行為の類型は、大きく故意責任(intentional liability)、過失責任(negligence liability)、無過失責任(strict liability)の三つに分類することができる。

<sup>4</sup> James Gordley, Foundations of Private Law (2006), at 159.

<sup>5</sup> 例えば、フランス民法1382条は、「他人に損害を生じさせる人の所為はいかなるものであっても、非行(faute)によってそれをもたらした者に、それを賠償する義務を負わせる。」と規定している(명순기 訳, 프랑스민법전(フランス民法典)(2004) 585頁から引用)。一方、ドイツ民法823条は、他人の生命、身体、健康、自由、所有権、またはその他の権利を違法に侵害、または他人の保護を目的とする法律に違反する行為、826条は、善良な風俗に違反して他人に故意に損害を与えた行為について、それぞれ損害賠償義務を負わせている(梁彰洙 訳, 독일민법전(ドイツ民法典)(2005) 531頁から引用)。ドイツの場合、形式的には不法行為に該当する場合は、個別に列挙されているが、実質的には広い解釈の中の包括的な不法行為の概念を用いて不法行為制度を運用している。周知のとおり、韓国民法750条においても不法行為について「故意または過失による違法行為で他人に損害を与えた者は、その損害を賠償する責任がある。」という一般規定を置いている。

<sup>6</sup> James Gordley & Arthur Taylor Von Mehren, An Introduction to the Comparative Study of Private Law (2006), at 234, 240. これらの特徴の故に米国では、問題となる行為が既存の違法行為のうちどの類型に含まれるかが主な争点となっている。特に、不法行為法により規制されるべき新しい社会現象が現れると、その社会現象が、既存の違法行為類型のどちらに属するのかについて考えなければならない。

その中で、動産侵害は故意責任の種類に該当するもので<sup>7</sup>、他人が所有する動産の占有を正当な法的根拠がなく物理的に侵害する行為である<sup>89</sup>。コモン・ローの判例によって形成されてきた法理によると、動産侵害は、①原告の占有、②被告の故意の占有侵害、③損害(harm)の発生、④占有侵害と損害との間に因果関係があるときに成立する。その中で主に問題になるのは②と③の要件である。

まず、占有の侵害行為について概観する。占有侵害行為は、占有剥奪(dispossession)と使用または占有妨害(using or intermeddling)(以下「占

<sup>7</sup> したがって、過失による動産侵害の結果が発生したとしても、これは過失による不法行為(negligence tort)の問題に止まり、上記の動産侵害に当たるとは考えない。しかし、イギリスではこの問題について意見が統一されていない。例えばtrespassによれば、接触(contact)が直接(direct)であるか否かは問題となるが、しかし、直接的な接触により著作権侵害が発生した場合に、その侵害行為の故意(intent)、過失(negligence)を問わないとする。W.V.H. Rogers, *Winfield and Jolowicz on Tort*, 15th ed.(1998), at 83-84. これに反対する見解としてR.E.V. Heuston & R.A. Buckley, *Salmond and Heuston on the Law of Torts*, 21st ed.(1996), at 136. Gordley & Von Mehren, *supra* note 6, at 240から再引用。

<sup>8</sup> Black's Law Dictionary, 7th ed.(1999), at 1509.

<sup>9</sup> コモンローの初期段階では、動産侵害に対する救済手段としてwrit of trespass *de bonis asportatis* が付与されていた。これは、原告が占有する動産を被告が侵害している事案に関するものであった。これが動産侵害法理の原型であるといえる。その後、コモンローの発展に伴い、上記のような古典的な動産侵害以外にも、動産返還請求(detinue)と横領物回復(trover)という新たな不法行為の類型が派生した(Edward J. Kionka, *Torts*, 2d ed.(1992). at 146)。動産返還請求(detinue)は、被告が最初は適法に占有していたが、その占有権原が失われた後も継続して占有している形態の不法行為である。一方、横領物回復(trover)は、原告が失った動産を被告が取得しているが、これを返還することなく、自ら使用、または他人に処分する形態の不法行為である。ところが、その後、動産侵害は動産に対する意図的侵害行為を包括的に包摂する形に発展する。そのうち、被告に強制的にその動産を取得させ、原告に価値相当額を支給させる多くの重大な著作権侵害は、動産の横領(conversion of chattels)に分類され、侵害の程度がそれほど大きくない場合は、(狭い意味での)動産侵害(trespass to chattels)に分類された。Kionka, *Id.*, at 147. 本稿で取扱う不法行為の類型は、後者に該当する動産侵害である。

有妨害」とする)の二つの態様で現れる<sup>10</sup>。占有剥奪は、他人の同意を得ずに動産を持ち去ったり、或いは欺罔または脅迫により動産を取得したり、動産に対する占有者の接近を妨害したり、動産の毀損または留置などの形で現れる<sup>11</sup>。一方で、占有妨害は動産に対して意図的に行われる物理的な接触(physical contact)を意味する<sup>12</sup>。占有剥奪と占有妨害を区別することは容易ではない。しかしながら、占有者の動産を、本来の目的に応じて使用することが不可能な程度に至っている場合は占有剥奪であり、その利用がなお可能であるが、妨害を受けている程度なら占有妨害に該当すると見ることができる。

次に、損害発生について概観する。これらの損害は、名目的損害(nominal damage)ではなく、現実的損害(actual damage)でなければならない<sup>13</sup>。占有妨害行為が占有剥奪に至った場合には、動産自体に現実的な損害が発生したと推定されるため、占有剥奪のみで動産侵害が成立する。しかし、占有侵害行為が占有妨害に止まる場合には、動産自体に現実的な損害が発生しているか否かを審理しなければならない。そのため、現実的な損害発生要件は、多くの占有妨害において問題となる。

## (2) インターネットと動産侵害法理

米国の不法行為法の分野において、動産侵害が重要な位置を占めていたわけではない。まず、保護対象である動産は不動産に比べ、相対的にその経済的価値が小さい。そのため、動産侵害は、不動産侵害に比べて比較的軽微に扱われていた。そのうえ、動産侵害の程度が重大で、侵害者に支配権が移転されると評価できる行為は、動産の横領(conversion of chattels)に該当する<sup>14</sup>。つまり、動産の所有権に対する重大な侵害は、動産侵害ではなく、動産の横領の法理により規律される。上記のような理由から、動産侵害法理はそれほど大きい関心を受けることなく、不法行為法分野の一

<sup>10</sup> Restatement (Second) of Torts (以下「Restatement」), Comment to § 217.

<sup>11</sup> *Id.* § 221.

<sup>12</sup> *Id.* § 217.

<sup>13</sup> *Id.* § 218. See also Geroge C. Christie et al., *The Law of Torts*, 4th ed. (2004), at 60.

<sup>14</sup> 注9を参照。

隅を占めているにすぎなかった<sup>15</sup>。

ところが、インターネットの発展に伴い、仮想空間で望まない情報の発信や取得行為に関する制限法理が模索され、動産侵害の法理は、劇的に復活し始めた。インターネットは、個々のコンピュータシステムを接続するネットワークであるため、情報の流通と保存も、これらのコンピュータシステムを通じて行われる。また、物理的な設備としてのコンピュータシステムは、動産 (chattel) に当たる。故に、望まない情報に関連する行為を、動産であるコンピュータシステムに対する侵害であると評価し得る行為類型を見出し、これに基づいて、動産侵害の法理による情報制御権を正当化しようとする試み<sup>16</sup>が現われた<sup>17</sup>。最初は、情報発信行為についてこの法理が適用された。例えば、被告が原告のコンピュータシステムに営利目的の広告情報 (いわゆる迷惑メール) を大量送信し<sup>18</sup>、または原告の雇用や

<sup>15</sup> Prosserの表現によれば、動産侵害の主な意味は、動産の違法な移転に到達しない程度の占有妨害行為があっても救済措置が付与されるという程度に止まるもので、動産侵害は動産の横領の弟分 (a little brother of conversion) であるとする。Prosser & Keeton, Prosser & Keeton on Torts, 5th ed. (1984), § 14, at 85-86.

<sup>16</sup> その最初の試みは Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek et al., 47 Cal. Rptr. 2d. 468 (Cal. Ct. App. 1996) で為された。この判決は、電話会社のコンピュータシステムをハッキングする過程で、コンピュータシステムに過度な負荷を起こした行為が動産の侵害に当たると判示した。ただ、この判決は、被告らが発信した電気信号が原告のコンピュータシステムへ到達することも、動産侵害に必要な物理的な接触に該当すると判示している。しかし、動産侵害の要件に関する詳細な理由は述べていない。

<sup>17</sup> コモンロー上、動産侵害の法理の他には成文法としてコンピュータ詐欺および濫用防止法 (Computer Fraud and Abuse Act, 18 U.S.C.A. § 1030参照) がこの問題に対処している。同法は、政府や金融機関のコンピュータに保存された機密情報、財務記録、信用情報などを保護するために、これらの情報が保存されているコンピュータシステムへ、承認なくアクセスして情報を取得する行為を禁止する連邦法である。この法律は、上記のような禁止条項に反する行為に対する民事上の救済手段と刑事処罰について規定している。これに関する判決で、EF Cultural Travel BV v. Explorica, Inc., 274 F.3d 577 (1st Cir. 2001); Am. Online, Inc. v. Nat'l Health Care Disc., Inc., 174 F. Supp. 2d 890 (N.D. Iowa 2001); Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 126 F. Supp. 2d 238 (S.D.N.Y. 2000) などを参照。

<sup>18</sup> CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 54 Cal. Rptr. 2d 468 (Cal. Ct. App.

人事政策を非難する旨のメールを大量送信する場合<sup>19</sup>、これらの情報発信行為がコンピュータシステムに対する侵害行為であるか否かが問題となった。また、情報の取得行為に関しても動産侵害の法理が議論されていた<sup>20</sup>。それぞれの事案で裁判所は、情報の受信者および情報の管理者が、不要な情報の送信行為、または不正な方法で情報にアクセスしてこれを獲得する行為を、伝統的動産侵害法理に基づいて規制し得るのかについて苦心した。このような苦心は、適用される法理と、その対象たる紛争の実質との乖離から生まれたものである。動産侵害の法理は、文字どおり有体物としての動産に焦点を合わせている。ところが、上記の紛争は、実質的には、動産としてのコンピュータシステムというよりは、そのシステムで流通する情報に関するものである。そもそも、動産侵害の法理は、インターネットの情報流通紛争に適用されることを想定して発展してきたものではなかった。にもかかわらず、情報コントロールに関する紛争において動産侵害の法理が適用されるという異質的な同居は避けることはできない。というのは、米国の不法行為法は情報に関する一般規定を設けていないため、情報関連の紛争を、従来の特定の不法行為の類型に包摂せざるを得なかったのである。

全般的に見れば、インターネットと、動産侵害の法理との関係における

1996); Am. Online, Inc. v. LCGM, Inc., 46 F. Supp. 2d 444 (E.D. Va. 1998); Hotmail Corp. v. Van\$ Money Pie Inc., 100 F. Supp. 2d 1058 (N.D. Cal. 2000); Am. Online, Inc. v. Nat'l Health Care Disc., Inc., 121 F. Supp. 2d 1255 (N.D. Iowa 2000). 以上の判決は、①電子メールが原告の会社のサーバーに送信されるのは占有干渉に該当するほどの十分な物理的な接触であり、②その転送量が大きくて、ディスク空間を相当程度蚕食したので、現実的な損害が発生しているという論理に基づいて動産侵害を肯定した。

<sup>19</sup> Intel Corp. v. Hamidi, 1 Cal. Rptr. 3d 32 (2003). カリフォルニア州最高裁は激論の結果4:3の表決で、現実的な損害が発生しなかった理由などを挙げ、動産侵害の成立を否定した。

<sup>20</sup> 動産侵害の成立を断言する eBay の判決がその代表的な事例である。それ以外の動産侵害の成立を断言した Register.com, Inc. v. Verio, Inc., 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004); Oyster Software, Inc. v. Forms Processing, Inc., No. C-00-0724, 2001 WL 1736382 (N.D. Cal. Dec. 6, 2001) と、これを否定した Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc., No. CV 99-7654, 2000 WL 1887522 (C.D. Cal. Aug. 10, 2000) を参照。

アメリカの判決の立場は、まだ明快に整理されていない。ただ、現段階で暫定的に評価するならば、米国の判決は、概ね動産侵害の法理を広く適用し、インターネット空間における私的制御権を広く認める傾向を見せているように思われる<sup>21</sup>。特に後述するeBay判決は、情報管理者がインターネット上で日常的に行われる情報の収集行為を制御し得る道を開いており、このような流れの先頭に立つ。そのため、この判決は多くの学問的論議の対象となっている。eBay判決を本稿の出発点にしたのは、以上のような理由からである。

## 2. eBay判決の内容<sup>22</sup>

### (1) 事実関係

#### (イ) 当事者

この事件の原告は、世界的なインターネットのオークションサイトとして広く知られているeBay社である。eBay社のウェブサイトでは、売り手が売りたいものを登録すると、買い手が、そのリストを検索して、オークション方式での買取りを申し込み、そのうちの最も高い価格を提示した買い手にそのものが落札されるというオークション方式の売買が行われている。円滑な売買のために、eBay社は、買い手が、種類別にわかりやすい商品リストを入手できるサービスを提供する。

この事件の被告はBidder's Edge社(以下「BE社」とする)である。BE社は、インターネット利用者が大量のインターネットオークションサイトを個別的にアクセスしなくても自社のサイトから一括的にオークションの情報を入手、比較することのできるサービスを提供していた。事件の当時、BE社はeBay社を含む100以上のインターネットオークションサイトの商品情報を定期的に収集し、インターネット利用者に提供してきた。その中で、eBayが最大規模のインターネットオークションのサイトであり、eBayの関連情報がBE社の全情報の69%という大きな割合を占めていた。

<sup>21</sup> 注18から20に現れるように、動産侵害の成立を肯定する判決が多数を占めている。

<sup>22</sup> 以下の判決の内容は、eBayの判決文の理由部分を参照した。

#### (ロ) オークション関連情報の収集について

BE社はビジネスの一環として、インターネットオークションのサイトに載っているオークション情報を大量かつ頻繁に検索、収集する必要があった。しかし、個々のサイトを個別に訪問して、手作業で情報を収集、分析し、それを利用者に提供することは、膨大な費用と時間を要する作業であった。また、顧客への迅速な情報提供と、継続的アップデートの要請に対応するのも困難であった。そのため、BE社はロボット(robot)、スパイダー(spider)、ウェブ・クローラー(web crawler)などと呼ばれるソフトウェア(以下「ソフトウェア・ロボット」とする)を活用していた。このソフトウェア・ロボットは、インターネット上の情報の検索、複製、収集などの機能を実行するコンピュータプログラムである。このプログラムは短い時間で大量の情報を処理することができるので、情報を収集、利用する立場から見れば非常に役立つものである。しかし、これらのソフトウェアは、情報の自動検索・収集過程で、情報を保有しているサーバーの容量を蚕食する。蚕食はサーバー全体の情報処理速度を落とし、またはサーバーの機能障害および麻痺を引き起こすこともある。そのため、情報を収集される側からすれば、これらの自動検出は厄介なものである。

一方で、普通のインターネット利用者は、eBay社の会員に加入した後、手動の方法でオークション関連の情報を収集する。インターネット利用者が、eBay社の会員となるためには、eBay社の提示する利用約款に同意しなければならない。eBay判決が下された頃の利用約款によれば、書面による事前同意のない「ロボット、スパイダー、または他の自動装置、またはウェブページおよびその中に含まれるコンテンツをモニター、複製する手動的なプロセスの利用(use of any robot, spider, other automatic device, or manual process to monitor or copy our web pages or the content contained herein)」は禁止されている。ただし、判決文によれば、BE社がeBay社のウェブサイトを検索し始めた時点で上記の約款が存在したのか、BE社がその約款条項に同意したか否かは明らかではないとされている<sup>23</sup>。

<sup>23</sup> 仮にBE社が約款の条項に同意したにもかかわらず、これに違反して情報収集をした場合には、動産侵害の法理を持ち出す必要もなく、契約の違反として簡単に解決することができただろう。

### (ハ) 紛争の展開

BE社は、1999年の上半期から本格的にeBayなど大量のオークション情報サイトの情報を収集し提供し始め、1999年4月24日には、eBay社からeBayウェブサイトを自動検索できる同意を得た。その期間中、eBay社と情報収集における正式なライセンス契約の締結に関する協議をした。しかし、情報収集における具体的意見の相違により、結局この契約は締結されなかった<sup>24</sup>。

eBay社は、1999年8月の末から9月上旬ごろ、BE社にeBay関連の情報を取り扱わないように要請したが、BE社はその後もeBay社の情報を収集し続けた。1999年11月末からeBay社はBE社が使用していると推定されているIPアドレスからの情報要求を拒否し始めたが、BE社はプロキシサーバー(proxy server)<sup>25</sup>を変えながら、遮断を迂回してeBay社の情報を収集し続けた<sup>26</sup>。

---

<sup>24</sup> eBay社は、BE社の利用者がeBayの関連情報を要求する場合にのみ、eBayのシステムから情報を収集することを認めようとした。この場合、eBayのシステムの負荷は減少し、eBay関連の情報の正確性は向上する。一方、BE社は利用者の要求とは無関係に、定期的にeBayのシステムから情報を収集しようとした。この場合、BE社のデータベースへの蓄積が可能となり、BEのウェブサイト内で情報を早く検索することができる。

<sup>25</sup> プロキシサーバー(proxy server)は自分を通して他の通信網サービスに間接的にアクセスできるようにする通信網サービスである。プロキシサーバーは、情報の保有サーバーと利用者間で利用者が求める情報を代わりに取得し、一時的に保管する方法で利用者に提供する。利用者が再びプロキシサーバーを経由し、その情報を要求する場合には、実際のサーバーに再接続する必要はなく、一時的に保管していた情報を送信する。この場合には情報の処理速度を向上させるというメリットがある。一方、プロキシサーバーを使用して接続する場合、接続されるIPは利用者ではなく、プロキシサーバーのIPである。そのため、最終利用者のIPアドレスの取得は困難である。

<sup>26</sup> BE社の立場からすれば、eBayの関連情報を含めるかどうかは営業上非常に重要である。BE社が提供するオークション関連の情報の約69%がeBayのものであり、またBE社の推計によると、eBayの関連情報が提供されない場合には約3分の1の顧客を失う危険があった。

### (2) 訴訟の経過

2000年4月14日、eBay社はBE社を相手に、カリフォルニア州北部連邦地方裁判所に動産の侵害(trespass to chattel)、不正競争(unfair competition)など計9つの訴因(cause of action)に基づいて、予備的禁止命令(preliminary injunction)を申請した。2000年5月24日、裁判所は予備的禁止命令の請求を認容した。

### (3) 裁判所の判断

#### (イ) 予備的禁止命令の要件

予備的禁止命令が認容されるためには、①本訴での勝訴の可能性(likelihood of success on merits)、②回復不可能な損害の可能性(possibility of irreparable injury)の二つの要件が主張、立証されなければならない<sup>27</sup>。本件で、裁判所は二つの要件がすべて満たされると判断したうえ、予備的禁止命令の請求を認容したのである。

#### (ロ) 本訴における勝訴の可能性

本訴における勝訴の可能性について、裁判所は、eBay社の9つの主張のうち、動産侵害における勝訴の可能性は認めているが、残りの主張については判断を示していない。

裁判所は、BE社の動産侵害が成立するためには、①コンピュータシステムに対するeBay社の占有利益(possessory interest)に対する意図的な妨害と、②そのようなBE社の無断利用行為が、eBay社に損害を発生させなければならない、としている<sup>28</sup>。

まず、占有妨害行為の存否について、裁判所は、電子信号の発信も占有妨害に必要な物理的接触の要件を十分満たしていると判断したThrifty判決<sup>29</sup>を援用しつつ、BE社の自動的、反復的な情報収集行為が、eBay社のコ

---

<sup>27</sup> Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173, 1174(9th Cir. 1989); Sega Enterprises Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1517(9th Cir. 1992).

<sup>28</sup> 100 F. Supp. 2d 1058, 1069(N.D. Cal. 2000).

<sup>29</sup> 注16を参照。

ンピュータシステムに対する占有妨害 (intermeddling) に該当すると判断した<sup>30</sup>。この点について、BE社は、eBay社のウェブサイトはオークション情報を知らせるために開設されたものであり、BE社が自動的方法で情報を大量に収集したとしても、これは既に黙示的許可があったと見るべきであると抗弁している。しかし、事実関係で述べたようにeBay社は明示的にBE社の情報収集を拒絶しており、BE社の上記の抗弁は認容されなかった<sup>31</sup>。

次に、eBay社の現実的な損害の発生について、裁判所はこれを肯定している<sup>32</sup>。BE社のソフトウェア・ロボットは、eBay社のコンピュータシステムに1日10万回ほど自動的情報要求を行っており、これは、最大であってもeBay社のコンピュータシステム容量の1.53%程度を占めるに過ぎない<sup>33</sup>。しかし、裁判所は、BE社による情報要求の占有率が低いとしても、eBay社のコンピュータシステムの質と価値を減少させることには変わりがないと判断した。その一つ目の理由として、BE社の利用によりeBay社はその部分を他に使用する機会を失ったことを挙げている。二つ目の理由としては、eBay社の反対にもかかわらず、BE社の情報収集の要求行為を認めてしまうと、BE社のようなその他のオークション情報の収集者が、eBay社のウェブサイトアクセスし情報を収集することを助長することになり、最終的にeBay社の真の消費者の効率的なアクセスを否定する結果につながりかねないことを挙げている。すなわち、裁判所は、①BE社のeBayサーバーに対する利用行為が、他の人々の利用可能性を減少させた点、②そして、そのような利用が他の情報収集者の類似行為を招致し、将来的にeBay社のサーバーに害悪をもたらすという点、などを現実的損害を肯定する根拠として挙げている。

上記のような判断のプロセスにより、裁判所は動産侵害における勝訴の可能性を認めたのである。

<sup>30</sup> *supra* note 28, at 1069, 1070.

<sup>31</sup> *Id.* at 1070.

<sup>32</sup> *Id.* at 1071, 1072.

<sup>33</sup> *Id.* at 1063.

### (ハ) 回復不可能な損害の可能性

eBay社は、BE社によるシステムの占有割合は1.11%から1.53%の間であると主張し、eBayシステムの維持費に対する上記割合の相当額がBE社により発生したeBay社の損害額であると主張した。また、BE社の情報収集行為を防止することができなければ、大量の類似業者が同じ方法により情報収集をすることになり、eBay社のシステムの機能障害や情報の損害など、回復不可能な損害が発生しかねないと主張した。裁判所は、一つ目の主張に対しては懐疑的であったが、二つ目の主張は肯定的に受け入れた。裁判所はこのような損害の可能性を認めたとえ、上記のような事態により発生する営業利益の損失や信用の毀損は算定、報酬化し難いものであり、禁止命令に必要とされる損害回復の不可能性要件を満たしていると判断した<sup>34</sup>。

### 3. eBay判決の意味と後続判決

eBay判決は、インターネットの情報の取得行為に対して動産侵害の法理を肯定的に適用した初の判決であった。さらに破格的であったのは、そのような情報の取得行為が現実的には、コンピュータシステムの機能に障害が発生しなくても、動産侵害に当たるという論理であった。これに対しては、従来の動産侵害法理が想定していた解釈の範囲を超えたものではないかという疑問の声も上がるようになった。またこの論理は、情報管理者が自分の意思により情報取得行為を制御することができるという論理につながりかねないものであったため、インターネットの情報の基本的な流通構造をめぐる論争を触発させることになった。その後の判決の流れは、このような論争をよく反映している。

<sup>34</sup> BE社は、禁止命令が認容される場合、BE社に莫大な営業上の損害が予想されると主張した。しかし、裁判所はそう断定することは困難であるとしている。また、禁止命令の要件を満たしている限り、被告側の損害が予想されても禁止命令を下し得ると判断した。この判断の後押しとして裁判所が引用した判決は、Triad Sys. Corp. v. Southeastern Exp. Co., 64 F.3d 1330 (9th Cir. 1995); Cadence Design Sys., Inc. v. Avnat! Corp., 125 F.3d 824, 830 (9th Cir. 1997); Concrete Mach. Co., Inc. v. Classic Lawn Ornaments, Inc., 843 F.2d 600, 613 (1st Cir. 1988); Windsurfing Int'l, Inc. v. AMF, Inc., 782 F.2d 995, 1003 (Fed. Cir. 1986).

自動的ソフトウェアを利用して、公共のデータベースからドメイン名登録者のリストを抽出した行為に対する禁止命令を下した Register.com, Inc. v. Verio, Inc. 判決<sup>35</sup>、同様の方法で原告のウェブサイトからメタタグ (metatag) を複製した行為に対する禁止命令を下した Antiperspirant Oyster Software, Inc. v. Forms Processing, Inc. 判決<sup>36</sup>は、eBay 判決の論理を踏襲している。

一方、Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc. 判決<sup>37</sup>は、自動情報収集プログラムであるウェブクローラー (WebCrawler) を利用して情報を収集する行為が如何なる害悪を及ぼすかについて十分な証拠がないとして、禁止命令を下さなかった。また、情報発信行為に関するものであるものの、原告会社から解雇された元従業員が会社の雇用や人事政策を非難しつつ、自分の運営する元・現職従業員組織への参加を勧誘するメールを大量に送信した事件において Intel Corp. v. Hamidi 判決<sup>38</sup>は、情報発信の行為によりコンピュータシステムに損害、または機能の低下が生じない限り、たとえ会社のコンピュータのプロセッサまたはストレージが一時的に蚕食されたとしても、原告会社に現実的な損害が発生したとはいえないため、動産侵害が成立しないと判示した。

#### 4. 学界における議論

eBay 判決を初めとするインターネットの情報紛争に動産侵害の法理を適用した判決に対して、米国の学者の議論は複雑に絡み合っている。しかし、概ね次のように整理することができる。

##### (1) 解釈論

まず、従来の動産侵害法理の解釈論に関するものである。ここでは、「物理的接触」と「現実的損害」の要件が問題となる。具体的には、判例が「物

<sup>35</sup> 356 F.3d 393(2d Cir. 2004).

<sup>36</sup> No. C-00-0724, 2001 WL 1736382(N.D. Cal. Dec. 6, 2001).

<sup>37</sup> No. CV 99-7654, 2000 WL 1887522(C.D. Cal. Aug. 10, 2000).

<sup>38</sup> 1 Cal. Rptr. 3d 32(2003).

理的な接触」の要件を容易に認めている点<sup>39</sup>に関する議論がないわけではないが<sup>40</sup>、「現実的損害」の要件の方に割合に議論が集中していると思われる。特に、eBay 判決の現実的損害要件における緩和的な解釈を批判する意見が多い<sup>41</sup>。これらの意見によれば、企業の信用の低下などの間接的で新しいタイプの損害は動産としてのコンピュータシステムの損害ではないとする<sup>42</sup>。また、現実的な損害の要件を緩和し、コンピュータシステム自体とは関係のない損害で足りるとする解釈は、コンピュータシステムの所有者に対して根拠のない物権法的保護を付与することになるとする<sup>43</sup>。

##### (2) 政策論

次に、このような実定法の解釈論がもたらす結果に対する政策的議論を

<sup>39</sup> Thrifty-Tel., Inc. v. Bezenek et al., Cal. Rptr. 2d 468, 473(Cal. Ct. App. 1996) が電子信号の伝送が占有干渉になるほどの十分な物理的な意味を持つと判示して以降、eBay の判決など複数の判決 (例えば CompuServe, Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F. Supp. 1015(S.D. Ohio 1997); Am. Online, Inc. v. LCGM, Inc., 46 F. Supp. 2d 444, 452(E.D. Va. 1998)) において、このような立場が維持されている。

<sup>40</sup> 伝統的な動産侵害においては実質的物理的接触を要求しているので、電気信号が送信されるだけでは動産侵害が成立しないと批判として、Dan L. Burk, *The Trouble with Trespass*, 4 J. Small & Emerging Bus. L. 27, 32-34(2000); Laura Quilter, *The Continuing Expansion of Cyberspace Trespass to Chattels*, 17 Berkeley Tech. L.J. 421, 439(2002); Ned Snow, *Accessing the Internet Through the Neighbor's Wireless Internet Connection: Physical Trespass in Virtual Reality*, 84 Neb. L. Rev. 1226, 1243(2006) を参照。これによると、電話をかけたか、FAXを送信したり、テレビ信号を送信したりすることが動産の侵害行為となるため、不当であるとする。また、このような物理的な接触の概念の拡張は動産の侵害や生活妨害 (nuisance) の間の境界線をあいまいにし、動産侵害の法理における所有者とそれ以外の者とのバランスが所有者側に傾くという結果を招いているとする。

<sup>41</sup> 例えば、Maureen A. O'Rourke, *Shaping Competition on the Internet: Who Owns Product and Pricing Information?*, 53 Vand. L. Rev. 1965, 1980(2000); Burk, *supra* note 40, at 36; Quilter, *supra* note 40, at 438.

<sup>42</sup> Quilter, *supra* note 40, at 440.

<sup>43</sup> Susan M. Ballantine, *Computer Network Trespasses: Solving New Problems With Old Solutions*, 57 Wash. & Lee L. Rev. 209, 212(2000).

概観する。これは、動産侵害の法理自体よりは、当該法理のインターネット構造全般に与える波及効果に焦点を当てつつ、その方向を示そうとするものである。学界の議論においてより大きな割合を占めるのは政策論である。このような政策論傾向の背後には、そもそもインターネットに馴染まない動産侵害の法理自体の解釈論に執着するのではなく、インターネットの私有化またはインターネットの情報流通のコントロール構造をめぐる政策的当否を問い、それに基づいて動産侵害の法理を拡大または縮小して適用することが望ましいという考え方があるかもしれない。

これに関する学説の見解は、主にインターネットに動産侵害の法理を適用することに対して肯定的な立場を取りながらインターネット上の個人の制御権を支持する立場<sup>44</sup>と、否定的な立場を取りながらインターネット上の個人の制御権を批判する立場<sup>45</sup>に分けられる。個人の制御権を支持す

<sup>44</sup> このような立場に立っていると思われる論文として、Daniel J. Cafarella, *Crossing Virtual Lines: Trespass on the Internet*, 5 B.U. J. Sci. & Tech. L. 6(1999); David McGowan, *Website Access: The Case for Consent*, 35 Loy. U. Chi. L.J. 341(2003); Richard A. Epstein, *Cybertrespass*, 70 U. Chi. L. Rev. 73(2003); Patricia L. Bellia, *Defending Cyberproperty*, 79 N.Y.U. L. Rev. 2164(2004); David M. Fritch, *Click Here for Lawsuit: Trespass to Chattels in Cyberspace*, 9 J. Tech. L. & Pol'y 31(2004); Daniel Kearney, *Network Effects and the Emerging Doctrine of Cybertrespass*, 23 Yale L. & Pol'y Rev. 313(2005); Joshua A.T. Fairfield, *Virtual Property*, 85 B.U. L. Rev. 1047(2005).

<sup>45</sup> このような立場に立っていると思われる論文として、Niva Elk-Koren, *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*, 26 U. Dayton L. Rev. 179(2001); Edward W. Chang, *Bidding on Trespass: eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc. and the Abuse of Trespass Theory in Cyberspace-law*, 29 AIPLA. Q.J. 445(2001); O'Rourke, *supra* note 41; Steve Fischer, *When Animals Attack: Spiders and Internet Trespass*, 2 Minn. Intell. Prop. Rev. 139(2001); Lawrence Lessig, *The Architecture of Innovation*, 51 Duke L.J. 1783(2002); Quilter, *supra* note 40; R. Clifton Merrell, *Trespass to Chattels in the Age of the Internet*, 80 Wash. U. L.Q. 675(2002); Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 Cal. L. Rev. 439(2003); Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 Cal. L. Rev. 521(2003); James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Enclosure of the Public Domain*, 66 L. & Contemp. Probs. 33(2003).

る立場は、①インターネットへの投資の保護による共有地の悲劇 (tragedy of commons)<sup>46</sup>の予防と資源の効率的利用の向上<sup>47</sup>、②著作権法の保護が及ばないが保護する価値のある情報の保護<sup>48</sup>、③会員登録や、パスワード入力などの要求など、すでに広く行われている情報流通の制御に関する現実<sup>49</sup>、④規範的保護が与えられない場合に一種の自力救済として一層強化された技術的措置が取られる可能性への懸念<sup>50</sup>などを主な論拠として挙げている。一方、個人の制御権に対して批判的な立場は、①非著作物の流通に対する制御が強化され、著作権者の保護と一般公衆の利用の保護という二つの価値の精巧たる均衡を保っている著作権法の趣旨の没却<sup>51</sup>、②情報へのアクセス権の制限による知る権利や表現の自由の萎縮<sup>52</sup>、③ネットワーク

<sup>46</sup> 共有地の悲劇 (tragedy of commons) は、1968年に Garret Hardin が Science に寄稿した論文のタイトルである。共有地の悲劇は次のような現象を指す。独占的な支配権が導入されていない共有の牧草地があると仮定する。共有の状態なので誰もが自由に放牧をすることができる。この場合、個人が一頭でも牛を多く放牧していればその利益は個人に帰属する。しかし、これにより発生する牧草地の荒廃化の費用はすべての共同体のメンバーが分担することになる。この場合、放牧の私的限界費用が社会的限界費用より少なくなるため、家畜の過剰放牧の現象が起こる。このような個人の行動が累積されると、牧草地のような共有資源は過度に荒廃化され、最終的に牧草地は廢地となる。詳細は、朴世逸、法経済学、改訂版(2000)、127-130頁を参照。

<sup>47</sup> Miichael J. Madison, *Rights of Access and the Shape of the Internet*, 44 B.C. L. Rev. 433, 436(2003).

<sup>48</sup> Bruce P. Keller, *Condemned to Repeat the Past: The Reemergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Property*, 11 Harv. J.L. & Tec. 401, 406(1998).

<sup>49</sup> Bellia, *supra* note 44, at 2200.

<sup>50</sup> David M. Fritch, *Click Here for Lawsuit: Trespass to Chattels in Cyberspace*, 9 J. Tech. L. & Pol'y 31, 48-49(2004).

<sup>51</sup> Quilter, *supra* note 40, at 437; Burk, *supra* note 40, at 39-40, 43-44; Elk-Koren, *supra* note 45, at 200, 208-209; Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 Cal. L. Rev. 111, 119-121(1999).

<sup>52</sup> 特に、eBay判決の論理が拡張すると、他のウェブサイトから情報を収集することに相当な障害が生じ、検索サイトまたは価格比較サイトなど知る権利を満たしてい

効果 (network effect)<sup>53</sup>の減少によるインターネットの社会的効用の減少<sup>54</sup>、④情報のアクセスおよび取得に関する取引費用の上昇<sup>55</sup>などを主な論拠として挙げている。

このような立場の違いを法と経済学の視点から分析する学者もいる<sup>56</sup>。これらの分析によれば、前者はコンピュータシステムの所有者が他人がそのシステムにアクセスできるか否かに対する決定権を持つという点において property rule に基づいており、後者はそうではないという点で liability rule に基づいている<sup>57</sup>。

多くの比較サイトなどの知る権利に問題が起こる。また、情報の転送に関する制御権が強化されれば、検閲による表現の自由の萎縮につながる恐れもある。Intel 事件の結論も、Intel 社の嫌う内容のメールを制御可能にするのは、内容による表現の制約 (content-based restriction) につながる危険性があるという点を念頭に置いている。

<sup>53</sup> ネットワーク効果 (network effect) は、財貨の消費から得られる効用が消費者の数が増えるにつれて増える効果をいう。

<sup>54</sup> Lemley, *supra* note 45 参照。

<sup>55</sup> Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World* (2001), at 171.

<sup>56</sup> 例えば、David McGowan, *Website Access: The Case for Consent*, 35 *Loy. U. Chi. L.J.* 341 (2003); Bellia, *supra* note 44.

<sup>57</sup> property rule と liability rule は Guido Calabresi & A. Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, 85 *Harv. L. Rev.* 1089 (1972) に初めて導入されて以来、法と経済学の重要な概念として位置づけられている。この論文によると、property rule は、権利者が自分の意思以外には権利を侵害されないとする権利保護の方法であり、他人の利用が損害を発生させるか否かにかかわらず、その行為を排除することができる。したがって、他人が権利を獲得するためには、権利者に連絡して自発的な取引を成立させなければならない。これに対して、liability rule は、所有者以外の他人であってもそれらの権利に対して、裁判所や立法府など第三者により客観的に決められた対価を支給することで、その権利を侵害することが可能な権利の保護方法である。したがって、権利者は property rule とは異なり、自分の意思に基づいて他人の侵害行為を排除することができない。権利者の特定が容易で、取引コストが低い場合は property rule が効率的であるが、逆の場合には liability rule がより効率的である。

### (3) 評価

米国においてこの問題が激しく議論されているのは、結局情報に関する一般的規範が欠如しているからであると思われる。もちろん、表面的には動産侵害の法理の適用が議論されている。しかし、動産侵害の法理は、本来の現実空間での財産を保護するための法理である。ところが、eBay 判決において真の問題となるのは、コンピュータシステムの所有権というよりは情報の流通に関する制御である。つまり、情報流通の制御という争点における一般的規範が存在しなかったため、動産侵害の法理が形式的に持ち出されたのである。したがって、実際の問題の本質と、ここに適用される法理の間に乖離が存在しているといえる。激しい論争は正にこのような乖離を克服する過程でもある。ほとんどの米国の論文が単なる解釈論を超え政策論を論じているのは、このような乖離を短期的に克服できないとしても、長期的にはこれを埋める新しい規範体系の確立が必要であるということを確認しているためであろう。上述のような新しい社会現象と従来の規範との乖離、そしてその乖離を克服するための解釈論と政策論の展開は、韓国にも示唆するところが大きい。また、これらの議論の存在自体が示唆するものもある。インターネットには国境が存在しない。したがって、米国で問題となることは韓国でも例外ではない。したがって、米国における議論は、情報流通に関する韓国の私法秩序に対しても問いかけているといえる。

## Ⅲ. 韓国におけるインターネット情報アクセスおよび取得行為の違法性

### 1. 議論の前提

#### (1) 米国の議論の参考価値

上記の eBay 判決およびそれをめぐる米国の議論が韓国においてどの程度の参考価値を有するのであろうか？

これに答える前に、韓国と米国の不法行為法における二つの相違点を押さえておかなければならない。

一つ目の相違は、不法行為の要件が包括的であるかどうかである。既に述べたように、米国の不法行為法では、原則として各不法行為の枠組みの中で紛争を解決しなければならない。そのため新しい社会現象を規律する場合には制約となることがある。これに対して、韓国民法750条は、極めて包括的である。故意または過失による違法な行為により他人に損害を惹起した場合は、その行為の種類を問わず不法行為が成立する。特に違法性の要件は、米国の不法行為法と著しく異なる。米国の不法行為法では違法行為の類型が個別的に存在している。一方、韓国の違法性の概念<sup>58</sup>は、全体的法秩序に反する状態を意味するものであり、すべての行為類型に解放されている。この概念は、法律の全体を貫く二つの大きなテーマ、すなわち何が「法」であるか<sup>59</sup>、また何が法の「違反」であるのか<sup>60</sup>という問題を

<sup>58</sup> 現行の民法750条に該当する旧民法709条は違法性ではなく権利侵害を要件としていた。ところが、具体的な権利が侵害された場合にのみ不法行為の成立を肯定すると、被害救済の幅があまりにも狭くなるという問題があった。日本の場合、いわゆる大学湯判決(大判大正14(1925). 11. 28民集4巻670頁)で、権利とはいえないが法律上保護すべき利益も保護されるべきであると判示して以降、1930年代から学界においても「権利侵害から違法性」への拡張が受け入れられた。したがって、旧民法時代にも判例や学説は、すでに権利侵害行為を、法律の保護に値する利益の侵害行為および違法性のある行為に拡大解釈していた。現行の民法はこれを立法化した、不法行為の成立要件を拡大したのである。このような立法の経緯については、民議院法制司法委員会民法案小委員会、民法案審議録上巻440頁以下、민사법연구회 편(民事法研究会編)、民法案意見書(1957)、199頁以下(金其善執筆部分)と郭潤直編、民法注解[XVIII]、206頁(李尙勳執筆部分)を参照。

<sup>59</sup> 何が法であるかについては、一般的に形式的違法性論と実質的違法性論が説明道具として登場する(その代表的な説明として郭潤直、債権各論、第6版(2005)、398-399頁参照)。前者は、法を実定法として把握する。後者は、法を概念を実定法に限定しない。さらに、実定法の形で存在しないが、法秩序のレベルで認識されている善良な風俗またはその他社会秩序まで、その概念の範囲内に含める。現在は形式的な違法性論に固執する学者は見当たらない。実定法は、絶えず変化する社会の各領域をすべて規律することは不可能であり、社会が目指しているものと法の規定との間に生じるギャップを埋める理論的根拠を、実質的違法性論が提供しているからである。これらの実質的違法性論によれば、違法性は具体的な法律の規定に違反している状態に限られず、全体的な法体系または法秩序(Rechtsordnung)に違反する状態

含んでおり、このような問題はまた明確に答え難いものである。このため、違法性は確定し難い抽象的な概念である。しかし、逆にいえば違法性はそれだけに柔軟かつ弾力的でオープンな概念でもある。そのため、韓国では米国とは異なり、新しい現象を従来の枠組みに当てはめる過程で発生する不都合は回避することができる。したがって、韓国におけるインターネットの情報取得行為の違法性に関する議論はより柔軟に行われ得る。

二つ目の違いは、不法行為の効果として差止請求が可能かどうかである。米国の不法行為法はコモンローの領域に属する。しかし、不法行為に対する典型的救済手段は、コモンローの救済手段である損害賠償である。しかし、損害賠償のみでは不法行為に対する救済が十分ではなく、かつエクイティー(law of equity)上の禁止命令(injunction)の要件を満たしている場合には、禁止命令ももう一つの救済手段として認められる。命令<sup>61</sup>は、特

である。

<sup>60</sup> 何が法の違反であるかについては、一般的に結果不法論と行為違法論が説明道具として登場する(その代表的な説明に李銀瑩、債権各論、第5版(2005)、801-803頁、金曾漢・金学東、債権各論、第7版(2006)、782頁、民法注解[XVIII](注58)、209-210頁参照)。前者は保護法益の侵害の結果そのものから違法性を導き出す。これに対して、後者は違法性の本質を加害行為に求める。

<sup>61</sup> injunctionは「禁止命令」に翻訳するのが一般的であり(例えば、李相潤、英米法、改訂版(2005)、226頁、李在哲、「미국의 民事抗訴節次」(「米国の民事抗訴節次」)、裁判資料80輯(1998)、5頁以下。一方、「禁止」に翻訳したものとして서철원, 미국불법행위법(ソチョルウォン、米国不法行為法)(2005)、137、225頁)、「差止命令」に翻訳することもある(吳大性、「미국의 민사소송에 있어서 差止命令」(「米国の民事訴訟における差止命令」)、民事裁判の諸問題(下)、松泉李時潤博士華甲記念論文集(1995)、562頁以下)。しかし、injunctionは、特定の行為に対する禁止のみならず、履行の命令にも適用されるので、禁止命令という用語はinjunctionの類型をすべて包括できないという欠点がある。このため、injunctionを翻訳せずそのまま使用する論文(李峻、「미국법상의 민사보전처분」(「米国家上の民事保全処分」)、裁判資料80輯(1998)、121頁以下)もある。厳密に言えばinjunctionを禁止命令に翻訳することは、特定の行為を為すことを命ずるinjunctionを包括できなくなるため不完全である。しかし、本稿で問題となるinjunctionのほとんどは特定の行為に対する禁止や防止を求めるprohibitory injunctionやpreventive injunctionであるため、本稿では一般的用例に従って禁止命令とする。

定の行為を命じる或いは禁止する裁判所の命令である<sup>62</sup>。不法行為においては、裁判所が加害者に不法行為の停止を命じ、または将来的に不法行為を行わないように命じる形で現れる<sup>63</sup>。したがって動産侵害の法理を広く適用すると、排他性を本質的要素とする物権的秩序が拡張され、インターネット上の情報流通に関する個人の制御権が大幅に強化される。これに対して、韓国の民法は不法行為に対する救済手段として、損害賠償のみを想定している。そのため、不法行為においては物権や人格権などの絶対権を侵害しない限り、または法律で許さない限り、禁止命令に当たる妨害予防または妨害除去の請求権は発生しないとするのが一般的理解とされている<sup>64</sup>。したがって、違法性の範囲を広く適用しても、それが直ちに物権的秩序の拡大を意味するものではなく、個人の制御権の強化がアメリカほどに達することはない。その意味で、違法性の範囲の拡張に比例して property rule<sup>65</sup>の拡張が行われることはない。したがって、韓国におけるインターネットの情報取得行為の違法性を議論するに当たっては、これらの波及効果の相違を考慮する必要がある。

これらの違いが示唆するように、米国の eBay 判決およびそれをめぐる議論を考察するに当たって、我々が注目すべき点は、英米法特有の動産侵害の法理の内容とその適用プロセスであるというよりは、その背後で行われる普遍的な政策的議論であろう。というのは、実定法に具体的な規定を置いていない場合はもちろん、具体的な規定がある場合であっても、これを解釈する際には、違法性の判断は全体的法秩序に要請される様々な価値

<sup>62</sup> Black's Law Dictionary (注8), at 800.

<sup>63</sup> 禁止命令は衡平法によって認められるもので、コモンロー上の違法行為である動産侵害の成立要件が満たされたとしても、直ちに認められるものではない。禁止命令が認められるためには、禁止命令によらないと回復することのできない損害が発生し、適切なコモンロー上の救済手段が存在しないという点を主張、立証しなければならない。一方、上記の二つの要件は、事案の性質、禁止命令を取得する目的、禁止命令が認容または拒否された場合に当事者に与える影響などとさまざまな要素を総合的に考慮して判断する。Restatement, § 933(1)を参照。

<sup>64</sup> 民法注解〔XVIII〕(注58)、256-258頁(朴徹執筆部分)、注釈民法、債権各論(6)、第3版、155-161頁(金炫彩執筆部分)。

<sup>65</sup> property ruleについては、注55を参照。

を衡量しなくてはならず、必然的に米国と同様の政策的考慮が行われるからである。

## (2) 違法性判断の議論体系

### (イ) 違法性判断の枠組みを形成する必要性

違法性とは全体としての法秩序(Rechtsordnung)に違反する状態である。また、法秩序とはあるべき社会を志向する規範的原理の総体である。したがって、違法性の判断においては、判断主体の「望ましい社会」に対する価値判断が介入せざるを得ない<sup>66</sup>。このような違法性判断においては、次の二つの要請を考慮しなければならない。まず、予測可能性の向上である。如何なる行為が法律により許容されるのかが裁判官または事案ごとに大きな差異があるとすれば、社会の法的安定性は害されてしまう。したがって、同じ類型の行為の違法性の判断においては意識的に一応の体系的枠組みの確立に努め、その成果を蓄積しつつ一定の予測可能性を確保していかなければならない。二つ目は、判断の柔軟性の向上である。抽象的で動きのない文言を実際の紛争の中で解釈・適用するためには柔軟性が必要である。また、多様で変化に富んだ社会の価値体系を反映するためにも重要である。これらの二つの要請に応えるためには、ある程度の予測可能性を担保しながらも、柔軟な判断の余地を残す違法性の判断の枠組みが求められる。

そういう意味で、違法性の判断基準における相関関係説という通説的な立場は、一つの有益な出発点となり得るが、その上に類型化が為されない限り、予測可能性を確保するには、やや抽象的である<sup>67</sup>。むしろ、違法性

<sup>66</sup> 박철, “사법재량론”, 「사법논집」 제31집 (박철, 「司法裁量論」、司法論集31集) (2000)、822頁では、「法の解釈は、解釈者が法的問題 (legal question) に当たって、既存の法律を土台に自分の価値観が反映された価値判断との政策判断を論理的に構成し、回答する作業である」と説明する。

<sup>67</sup> 相関関係説によれば、違法性は「著作権侵害の利益」と「著作権侵害行為の態様」の相関関係によって決定される。すなわち、違法性の判断に当たっては、まず被侵害利益が如何に重大な利益であるか、またどの程度侵害されているかなどの結果不法的要素を考慮する。また、侵害行為の態様に表れる悪性が如何に重大であるかな

について「関連行為の全体を一体として判断するのではなく、問題となる行為ごとに個別的・相対的に判断すべき」としつつ<sup>68</sup>、裁判官の誤った判断<sup>69</sup>、損害を惹起した証券会社の従業員の投資勧誘<sup>70</sup>、日照権や眺望権の侵害<sup>71</sup>、名誉毀損<sup>72</sup>などといった各類型ごとに、それに相応しい特有の違法性

ど行為不法的要素を考慮する。この二つの考慮は相互補完的關係にある。したがって、前者が強い場合には後者が弱くても違法性が成立し得る。また、前者が弱くても、後者が強い場合には違法性が成立する。この理論は、元々日本の我妻栄教授が1936年に著書「事務管理・不当利得・不法行為」の中で主張し、日本の通説となり、その後わが国に紹介されたものである。相関関係説の由来と、韓国における限界については、金聖龍、“不法行為의 要件으로서의 違法性的 役割”(「不法行為の要件としての違法性的役割」)、民法学30巻(2005)、43-46頁を参照。

<sup>68</sup> 大判2003.6.27.2001다734(공2003하, 1592)、大判2001.2.9.99다55434(공2001상, 606)。

<sup>69</sup> 大判2003.7.11.99다24218(공2003하, 1695)では、裁判官の裁判上の職務遂行が違法とされるためには、単に法令の規定に従わない行為のみでは足りず、裁判官の違法または不当な目的乃至裁判官の職務遂行基準の著しい違反など特別な事情がなければならないと判示する。検事の拘束および公訴提起の違法性に関する大判2002.2.22.2001다23447(공2002상, 753)、警察官の職務の違法性に関する大判2004.9.23.2003다49009(공2004하, 1698)では、これらの職務行為の違法性認定の要件を厳格に解釈している。

<sup>70</sup> 大判2003.1.10.2000다50312(공2003상, 576)は、取引の経緯と取引の方法、顧客の投資状況、取引の危険性や、これに関する説明の程度などを総合的に考慮して、当該勧誘行為が、経験の足りない一般投資家の取引行為に必然的に伴う危険性に対する正しい認識の形成を妨害する行為、または顧客の投資の状況に鑑み過剰な危険性を伴う取引を積極的に勧誘する行為に該当する場合に、顧客を保護する義務を怠った違法行為であると判示する。

<sup>71</sup> 大法院は、日照権や眺望権を初めとする環境権の侵害については、受忍限度論を違法性の判断の基準として提示する。大判2004.9.13.2003다64602(공2004하, 1661)は、日照妨害行為や眺望利益の侵害行為が社会通念上の受忍限度を超え、違法行為と認められるために考慮されるべきいくつかの要素を列挙している。

<sup>72</sup> 大法院は、マスコミが事実を摘示し、個人の名誉を毀損する行為をした場合でも、それが公共の利害に関する事項であり、その目的がもつばら公共の利益のためであるときは、摘示された事実が真実であることが証明されまたは証明がないとしても、行為者がそれを真実であると信じ、またそう信じることに相当な理由があれば違法

の判断体系を確立してきた韓国の判例の基本立場がより実用的である<sup>73</sup>。

このような一般論に鑑みると、インターネットの情報取得行為の違法性についても、その分野の特徴に応じた判断をしなければならないだろう。正に産業社会の発展に伴う公害問題の台頭により、受忍限度論が新たな違法性の判断基準として登場したように、情報化社会の発展と情報流通に関する問題についても同じ議論が必要である。

#### (ロ) 情報取得行為の違法性判断の枠組み

インターネットの情報取得行為に対する違法性判断の枠組みは、インターネットと情報の特殊性をとらえることから出発すべきである。

インターネットは、①コンピュータシステムや電線、ケーブルなどのハードウェアで構成される物理的基盤層 (physical infrastructure layer)、②ネットワークおよびハードウェアの運用方法を定義し、指示するコードやネットワークプロトコルにより構成される論理的基盤層 (logical infrastructure layer)、③これらのネットワークを介して実際に転送される情報から構成されるコンテンツ層 (content layer) の重層構造により構成される<sup>74</sup>。筆者は、インターネット上の多様な情報紛争も、三種類の構造に対応して分類することができると思う。

一つ目の類型は、情報流通の物的インフラに関する紛争類型であり、便宜上「物権型紛争」と称する。これは、物理的な基盤層に関連したものであり、一種の物権侵害に関する紛争である。電子ウイルスを侵入させたり、またはスパムメールを送信したり、過度な情報収集活動により動産としてのサーバーの機能を低下・麻痺させたりする場合はこれに当たる。これは

性がないと見るべきであると判示する。大判2004.2.27.2001다53387(공2004상, 594)、大判2002.1.22.2000다37524, 37531(공2002상, 522)、大判1998.5.8.97다34563(공1998상, 1575)などを参照。

<sup>73</sup> 不法行為法において行為類型ごとの規範の創出が重要であると力説した von Cammerer の主張を参照。Ernst von Cammerer, Wandlungen des Deilichtsrecht (1968), S. 92.

<sup>74</sup> Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, 52 Fed. Comm. L.J. 561 (2000) を参照。

米国では動産侵害の法理、韓国では所有権妨害に関する法理が適用される領域である。

二つ目の類型は、情報流通の方法における紛争類型であり、便宜上「情報流通型紛争」と表現したい。これは、論理的な基盤層に関連するもので、絶対権侵害を除く一般的不法行為における紛争である。諸々の技術的措置を講じ自分のネットワークへのアクセスや情報の取得を制御したにもかかわらず、情報にアクセスする場合がこれに当たる。これは、米国においては動産侵害法理の拡大適用または連邦法である「コンピュータ詐欺および濫用防止法」<sup>75</sup>により、韓国においては後述するように主に「情報通信網の利用促進および情報保護などに関する法律」(以下「情報通信網法」とする)48条1項により規制されるべき領域である。

三つ目の類型は、情報自体の保護価値に関する紛争であり、便宜上「情報財産型紛争」と称する。これは、コンテンツ層に関連するものであり、一種の知的財産権紛争である。例えば、情報そのものが著作物であり、著作権者の許諾なしに情報にアクセスして取得(複製、送信)する場合がこれに該当する。これは、米国と韓国の著作権法、コンピュータプログラム保護法などの知的財産権分野の法律やその他のオンライン・デジタル・コンテンツ産業発展法などの情報そのものを保護する特別法によって規律されるべき領域である。

このような違法性の判断の大きな枠組みの下で、各類型ごとに違法性の判断基準を設ける必要がある。以下ではその違法性の判断基準について議論したい。ただ、三つ目の類型は、従来の知的財産権法の法理を適用する領域に属し、またこれらの法理は既に形成されている。したがって、本稿では主に一つ目と二つ目の類型について検討し、三つ目の類型については簡単に言及するに止める。

<sup>75</sup> 注17を参照。

## 2. 物権型紛争に関する違法性判断

### (1) 争点

所有権を妨害する行為は原則として違法である<sup>76</sup>。したがって、他人がインターネット上の情報にアクセスして情報を取得する行為が動産としてのコンピュータシステムの所有権を妨害する場合は、特別な事情がない限り、違法である<sup>77</sup>。したがって物権型紛争の違法性の判断においては、コンピュータシステムの所有権の妨害とは如何なる場合かが核心的争点となる。

物権型紛争と、情報流通型紛争とを区別して検討することには実益がある。

まず、コンピュータシステムの所有権の妨害は違法性の徴表となるため、違法性の阻却事由がない限り、上記の行為は違法と評価される。一方、情報流通型紛争の場合には、当該行為を違法と判断できる積極的な要素を把握する必要がある。

次に、コンピュータシステムの所有権が妨害される場合には、妨害排除を請求することができるのみではなく、不法行為が成立する場合には損害賠償を請求することもできる。しかし、現在の多数説は不法行為における一般的救済手段としての妨害排除請求を認めていない。そうすると情報流通型紛争の場合には損害賠償のみが可能である。

最後に、物権型紛争は米国の動産侵害の法理が規制する領域であるため、これに関する解釈論の参考価値は大きくなりつつあるが、情報流通型紛争の場合には相対的に政策論に傾聴すべき点が多い。

<sup>76</sup> 物権には様々な種類があるが、便宜上、最も典型的な物権である所有権を中心に考察する。

<sup>77</sup> コンピュータシステムの所有者からこれを賃借して使用する者には、その債権の関係に基づいて債権者代位権を行使し得る道が開かれている。また、理論的には債権侵害を主張する余地もある。韓国の判例も特別な場合には債権の侵害に対する違法性を認める(大判2001.10.12.2000㉔53342(공2001하, 2456))。しかし、実際には債権侵害の主張が受け入れられる可能性は低い。情報取得の過程で、債権の実現が不可能になるほどの事態が惹起される可能性はあまりないからである。

## (2) コンピュータシステムの所有権妨害に関する判断

(イ) 所有者は所有物を使用、収益、処分する権能を有する(民法211条)。一方、所有物に対する所有権の実現が妨害される状態またはこれを惹起する行為を、所有権の妨害という。この場合、所有者は所有権を妨害する者に妨害排除を、妨害する恐れのある行為者に妨害予防または損害賠償の担保を請求することができる(民法214条)。これらの請求権を総じて妨害排除請求権と呼ぶ<sup>78</sup>。妨害排除請求権は妨害が存続するあいだに行使することができる。このため、妨害状態が終了した場合には発生した損害につき損害賠償を請求することができるに止まる。したがって、妨害と損害は区別されなければならない<sup>79</sup>。

(ロ) コンピュータシステムの場合、上記の妨害の発生は如何なる状態を指すのであろうか。大量の情報配信や収集、悪質なウイルスの流布などにより、コンピュータシステムに負荷がかかり過ぎて麻痺状態に陥り、受忍し難い機能障害となった場合には、コンピュータシステムの所有権が妨害されたとすることができる<sup>80</sup>。というのは、そのことによりコンピュータシステムの使用・収益などの権能の実現に支障が生じたからである。

しかし、情報アクセスや取得の行為がコンピュータシステムの所有者の意思に反するものの、コンピュータシステムに客観的な機能障害をもたらしていない場合には、妨害が発生したとは言い難い。インターネットに接

続されたコンピュータシステムは、そもそもネットワークを介する情報のやりとりを目的に存在している。したがって、コンピュータシステムが本来の目的に沿って通常の情報流通に供されている場合は、一部の情報の流通の内容または形式がコンピュータシステムの所有者の意思に背くとしても、そのシステムの使用・収益権の実現に障害が生じたと見ることができない。仮に、コンピュータシステムの所有者が当該システムの使用用途を積極的に制限しているにもかかわらず、その目的に反する使用が為される場合はどうなのか。代表的な例として、コンピュータシステムの所有者が一定の範囲の利用者のアクセスを阻止するための技術的措置を講じているにもかかわらず、これらの技術的措置を無力化させたり、迂回してアクセスしたりする行為、望まない情報(例えば、スパムメールやわいせつ物)を継続して送信する行為、未成年者が他人の住民登録番号を盗みアダルトサイトにアクセスする行為などがある。こうした行為は違法と評価される可能性が高い<sup>81</sup>。しかしながら、コンピュータシステムの所有権の妨害に当たるかについては疑問である。というのは、上記の行為がコンピュータシステムの所有者の想定する用途に反するかも知れないが、それだけで直ちにコンピュータシステムの使用・収益に障害をもたらすものではないからである<sup>82</sup>。すなわち、コンピュータシステムに対する妨害であるか否かは所有者の意思という主観的なものに左右されるのではなく、インターネットに接続されたコンピュータシステムの特徴と用途などに鑑み、そのシステムの使用・収益の実現に障害が発生したのかという客観的なものにより判断しなければならない。

(ハ) これについては、eBay判決の論理の如く情報の取得行為に使われたコンピュータシステムの容量がその所有者が他の用途でシステムを使

<sup>78</sup> 例えば、李銀榮、「所有者의 妨害除去請求權 (所有者の妨害除去請求權)」、不動産法学1巻(1987)、197頁。

<sup>79</sup> 妨害と損害の概念の区別については金炯錫、「所有物妨害除去請求權에서 妨害의 概念(所有物妨害除去請求權における妨害の概念)」、서울대(ソウル大)法学45巻4号(2004)を参照。

<sup>80</sup> このような論理構成によると、干渉の発生は被告の行為だけではなく、原告のサーバーの処理機能と容量によって大きく左右される。すなわち、被告が送信する電子メールの量が少ない場合でも、原告のサーバーの処理能力が著しく低く、これにより原告のサーバーに障害が発生する可能性はある。逆に、被告が送信する電子メールの量が多くても、原告のサーバーの処理能力が非常に高い場合は、障害が発生しない場合もあり得る。しかし、所有権の保護は、個々の対象ごとにそれぞれ為されるため、その保護の様相が対象に左右されるのは避けられないことでもある。

<sup>81</sup> 技術的措置の無力化を伴う情報通信網のアクセスは、情報通信網法48条1項、迷惑メールの大量送信は、同条2項、住民登録番号を盗用するアクセスは同条1項と住民登録法21条2項8号の違反がそれぞれ問題となる。

<sup>82</sup> 不快な手紙を読み個人的な苦痛を経験したとしても、メールボックスには何ら損害も発生せず、迷惑電話によりプライバシーが侵害されとしても、電話機には何ら損害も発生しないとするIntel Corp. v. Hamidi判決(注19参照)の判旨は、韓国の妨害議論にも示唆するところが多い。

用する可能性を失わせたという点で妨害が発生したと反論することもできる。もちろん、これらの行為の故に合法的にシステムに接続しようとした他の利用者のアクセスが不可能となったという事実、すなわち接続障害の問題が証明されれば、こうした行為は妨害となり得る。しかし、このような場合が現実的に稀であるだけでなく、その因果関係を立証することも容易ではない。また、このような行為が接続の障害を惹起してはいないが、コンピュータシステム利用者の数を増加させ、少なくとも理論的には全体的な情報の処理速度を低下<sup>83</sup>させたという点を、妨害の発生と見ることができだろうか。この場合は、客観的に妨害状態が発生したと見る余地はある。しかし、それが通常の違法たる妨害であるとするのは困難である。客観的に妨害の状態が発生したとしても、それが受忍可能な範囲内のもので違法とされない場合は妨害排除請求の対象とならない<sup>84</sup>。通常、利用者の増減に応じて情報の処理速度がある範囲内で変化するため、そのような増減変化はある程度まで受忍されなければならない。そのため、処理速度の低下が客観的にシステムの障害と評価される程度に達していない限り、これは受忍されなければならない。したがって、これを発生させた行為を違法たる妨害とすることができない<sup>85</sup>。つまり、このような行為

<sup>83</sup> 情報の処理速度は利用者の絶対的な数のみでなく、個々の利用者の利用形態、コンピュータシステムや回線の性能や容量などの他の変数の影響を受ける。インターネットの速度の低下の原因と解決方法については、김정호・이완재 공저, 사이버공간의 법경제학 (キムジョンホ・イワンジャエ, サイバー空間の法経済学) (2004)、67-103頁を参照。

<sup>84</sup> 民法注解〔V〕、246-247頁(梁彰洙執筆部分)、李英俊、韓国民法論(物権編)、新訂2版(2004)、529頁。参考までに、ドイツ民法1004条2項では、所有者が受忍義務を負う場合には、妨害排除請求は認められないと規定し、これを明文化している。

<sup>85</sup> 鄭震明、「사이버소유권에 관한 연구(サイバー所有権に関する研究)」(注2)、24-25頁では、この場合、受忍限度は一般的な不法行為のように被害の程度、被害利益の性質とそれに対する社会的評価、送信行為の目的、商品性、インターネットの利用の前後関係、加害の防止および被害回避の可能性、公法的規制に違反するかどうか、交渉の経過など、すべての問題を総合的に考慮して判断すべきであると説明する。このような違法性の要求は、客観的に妨害状態が発生したが、これを情報にかかると行為者に帰属させることのできない他の一般的な場合でも良く活用され

はほとんどの場合、所有権に基づく妨害排除の対象とならない。

(二) 現実的にもコンピュータシステムの所有権に基づく妨害排除請求権を行使し得る場合は多くない。まず、相手の行為により発生する妨害に対して排除請求権を行使するためには妨害行為が続き、排除対象たる妨害状態が存続しなければならない<sup>86</sup>。しかし、インターネット上で行われる情報関連の行為は、行為が行われる際に一時的にコンピュータシステムに過度な負荷をかけるに過ぎず、行為が終了すれば負荷も消える。したがって、システム障害は妨害排除の請求ではなく、損害賠償の請求に関する問題として片付けられる可能性が高い。たとえシステム障害が発生し、または発生する恐れがあるとしても、システムの管理主体側からすれば、時間のかかる不確実な法的手段よりも迅速かつ確実な技術的手段を利用して問題を解決しようとするだろう。その意味で、妨害排除の請求という法的手段の実益は大きくない。

(ホ) 結局、情報の取得行為がコンピュータシステムの所有権を妨害し違法と評価されるためには、その行為の故にコンピュータシステムに客観的機能障害が発生し、かつその障害が存続しなければならない<sup>87</sup>。現実的にこれらの要件を満たす事例は多くないだろう。

### (3) 生活妨害規定の類推適用について

(イ) 米国には nuisance 法理によりインターネット上の情報取得行為を規律しようとする議論がある<sup>88</sup>。nuisance は土地の利用および享有に対す

ている。したがって、仮に入試の結果発表などの重要な情報を早く取得するために多数の利用者が同時にアクセスすることにより、システムがダウンする恐れがあるという理由で、システムの所有者がアクセス予定者を対象に、妨害予防の請求権を行使することはできない。

<sup>86</sup> 民法注解〔V〕、246頁(梁彰洙執筆部分)を参照。

<sup>87</sup> 鄭震明、「사이버소유권에 관한 연구(サイバー所有権に関する研究)」(注2)、19頁以下も同旨。

<sup>88</sup> Adam Mossoff, *Spam-Oh, What a Nuisance!*, 19 Berkeley Tech. L.J. 625(2004); Steven Kam, Note, *Intel Corp. v. Hamidi: Trespass to Chattels and a Doctrine of Cyber-Nuisance*, 19 Berkeley Tech. L.J. 427(2004)などを参照。

る公的または私的利益に対する侵入 (invasion) であるが、trespassに該当しない行為を規制するために発達した違法行為類型である<sup>89</sup>。nuisanceに該当するか否かは被告の行為により発生する害悪がその行為による効用の総和を超えているか否かにより決定される<sup>90</sup>。動産侵害の法理の場合には、動産の占有妨害およびそれによる現実的な損害の発生のみで動産侵害が肯定され、動産侵害となった行為の効用は問わない。一方、nuisanceの法理は動産侵害となる行為の効用と、その行為により発生する害悪との衡量プロセスを経る。インターネットで情報にアクセスし取得するのは情報流通の根幹となる行為類型であり、その行為の持つ効用は大きい。したがって、インターネットにおいては動産侵害の法理よりはnuisanceの法理を適用することにより、事案ごとに行為の便益と費用を衡量して、具体的妥当性のある結論を導くことができるとする。

(ロ) 韓国の民法においても隣接する不動産所有者の相互間の利用を調整するために215条から244条にかけて相隣関係に関する規定を設けている。そのうち、民法217条1項は、「土地の所有者は煤煙、熱気体、液体、音響、振動、またはこれに類似するものにより、近隣の土地使用を妨害し、または近所の住人の生活に苦痛を与えないように適切な措置を講じる義務がある」と規定する。さらに、2項では「近隣の居住者は、前項の事態が近隣の土地の通常の使用に相応するものである場合には、これを認容する義務がある」と規定する。特に2項の受忍義務は、韓国の生活妨害法理と一般的な所有権妨害法理とを峻別する重要な要素である。

(ハ) そこで、米国のnuisanceに関する議論のように、韓国も生活妨害法理により望まない情報の取得行為を規制する余地はないのだろうか。思うに、これらの疑問には次のような傾聴すべき点がある。

まず、人々の意識の中に根ざしているインターネットと土地の類似性に注目する必要がある。インターネットは一般的に空間に喩えられる。インターネット上で使用される用語もインターネットと土地の類似性を映し出す。例えば、仮想空間 (cyberspace) やウェブサイト (website)、インターネットアドレス (internet address)、チャットルーム (chatting room)、

<sup>89</sup> Restatement, Comment to § 822.

<sup>90</sup> Restatement, § 822 (a), § 826 (a).

ファイアウォール (firewall)、情報スーパーハイウェイ (information superhighway) などの用語は、現実空間から類推されるものである。よって、ネットワーク上の一定の部分を支配する者を土地の所有者に喩えることも可能である。誰かが他の仮想空間にアクセスして情報を取得する過程で、他人に使用妨害または苦痛を与えることは、土地の所有者が近隣の土地の<sup>91</sup>使用を妨害したり、近隣の居住者の生活に苦痛を与えることに喩えることもできる。そうだとすると、韓国においても生活妨害の規定を類推適用して上記のような行為を禁止することができるかもしれない<sup>92</sup>。

また、インターネットにおける情報流通の多様性に鑑み、弾力的に事件を解決する必要性にも注目すべきであろう。民法217条2項は生活妨害が土地の通常の使用に相応するものである場合には、相手に受忍義務を負わせている。このような条項は、利益衡量プロセスによる柔軟性と弾力性を保障している。

(二) しかしながら、生活妨害の規定の類推適用には上記の利点があるにもかかわらず、理論的難点が存在する。まず、インターネットは上記の類推適用を認めるほど、「土地」に似ているものではない。インターネットを一種の空間に喩えることは、あくまでも観念的なものに過ぎず、実際の類似性によるものではない。もっとも、米国においてはインターネット

<sup>91</sup> インターネットの中では、いつでもすぐに他人の支配領域にアクセスして影響を与えることができる。このような点で、インターネットでウェブサイト有する者の相互関係は、近隣の土地所有者間の相互関係に喩えることができる。また物権法においても生活妨害がいつも隣接する土地で起きるとは限らない。つまり、ある程度離れている土地の間でも生活妨害が成立し得る。金相容、物権法、全訂版増補(2006)、362頁、李英俊、物権法、新訂2版(2004)、418頁、李銀榮、物権法、改訂新版(2003)、465頁、Säcker, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 4. Aufl.(2004), § 906 Rn. 1; Baur/Stürner, Sachenrecht, 17. Aufl.(1999), § 25 Rn. 26を参照。

<sup>92</sup> 参考までに、民法217条は土地所有者に対して適用される条文であるが、建物の所有者または占有者、賃借人にも類推適用される。金載亨、「所有權과 環境保護 - 民法 제217조에 대한 意味와 機能에 대한 檢討를 中心으로 - (所有權と環境保護 - 民法217条の意味と機能の検討を中心に-)」、人權과 正義 (人權と正義) 276号(1999)、24頁。

を空間に比喩する言語的習慣が、インターネットの制御構造を不動産のそれに類似させていると批判する学者もいる<sup>93</sup>。また、民法217条は土地所有者の所有権行使に対する社会的な制約という意味を有するものであり、所有権の内容に関する民法211条と密接な関係がある。これに対して、情報の取得行為は所有権の存在を前提とするものではない。したがって、民法217条をインターネット上の情報取得行為に類推適用することは困難であると考えられる。

#### (4) 韓国の視点から見る eBay 判決—所有権妨害と関連して

上記の権利紛争に対する違法性の判断基準によれば、BE社の情報収集行為により eBay社のコンピュータシステムの所有権が侵害されたとする eBay判決の内容は、韓国では、そのままでは受け入れ難いと思われる。まず、BE社の情報収集活動の過程で eBay社のコンピュータのサーバーの容量の約1.53%を利用しただけでは、eBay社のシステムの使用・収益に障害が発生し、妨害状態が惹起されたとは言いがたいためである。eBay判決でもこれを「現実的損害」とは捉えていない。それでは、eBay判決が論じているようにBE社の使用を放っておくことは、類似する形の使用を誘発し、サーバーに障害を引き起こす「恐れ」が生じたといえるのか。民法214条によると、所有権を侵害する恐れのある行為者に対して予防請求をすることができる。しかし、これらの予防請求が許容される恐れとは、侵害の蓋然性を意味する。将来他の類似する形の使用が誘発され、これらによりサーバーに障害が発生するということは蓋然性というよりは推測に近い。もっとも、将来的に第三者により惹起されることを、現時点でBE社に帰責させるのも妥当ではない。

たとえBE社の情報収集活動が、妨害またはその恐れを発生させたとしても、そのような行為が違法であるか否かについては疑問が残る。eBay判決で現れた事実関係からすると、そのような情報収集活動は、受忍可能な範囲内のものであると見るべきだろう<sup>94</sup>。

<sup>93</sup> Hunter, *supra* note 45; Boyle, *supra* note 45.

<sup>94</sup> インターネットにおける受忍限度については、鄭震明「사이버소유권에 관한

したがって、所有権侵害という側面からみると、BE社の行為は違法とはいえず、妨害排除請求および損害賠償請求の対象とならないと考えられる。

### 3. 情報流通型紛争に関する違法性判断

#### (1) 争点

情報の取得行為が動産としてのコンピュータシステムの所有権を侵害しなくても、その行為は違法となり得る。所有権侵害の場合にのみ違法性が認められるというわけではないからである。それでは如何なる場合に情報の取得行為が違法となるのか。

インターネットで情報にアクセスし取得する行為は、通常許容される。ネットワーク上に自分のコンピュータシステムを接続する際には、原則として情報の流通を甘受する意思があると推定でき、またそれがインターネットが目指す本来の姿でもある。したがって、インターネットの情報取得行為の違法性問題は、主に情報管理者が情報へのアクセスを制限するにもかかわらず他人がこれにアクセスし取得しようとする際に発生する。ところが、韓国の情報通信網法の48条1項は「正当なアクセス権限なしにまたは許可されたアクセス権限を超え、情報通信網<sup>95</sup>へ侵入」する行為を禁止し、63条1号はこれに関する罰則規定を設けてこの問題を規律している。もちろん、この条項はアクセス制限措置が講じられていない状態で行われた情報取得行為の違法性については言及していない。したがって、このような問題は不正競争防止および営業秘密保護に関する法律などの特別法、さらには民法の一般法理により規制される。ただ、上述したように実際に問題とされるのは、情報アクセスの制限に違反する情報取得行為である。したがって、韓国における情報流通型紛争の違法性判断は、ほとんど情報通信網法48条1項の解釈論と密接な関連を持つといえる。

연구(サイバー所有権に関する研究)」(注2)、24-25頁を参照。

<sup>95</sup> 情報通信網は電気通信基本法2条2号の規定による電気通信設備の使用、または電気通信設備とコンピュータおよびコンピュータの利用技術を活用して、情報を収集・加工・保存・検索・送信または受信する情報通信システムをいう(情報通信網法2条2項1号)。

## (2) 情報通信網法48条1項新設の背景と意味

### (イ) 新設の背景

情報通信網法48条1項は、当該法律が2001年12月31日法律6585号に改正される際に同条2、3項<sup>96</sup>とともに新設された。

旧情報通信網法(2001年1月16日法律6360号、改正前のタイトルは「情報通信網利用促進等に関する法律」である)には情報通信網への侵入に関する規定がなかった。その後、上記法律が2001年1月16日に全面改正され<sup>97</sup>、52条1項に「何人も違法または不当な方法で情報通信網の安全性および情報の信頼性を確保するための保護措置を侵害または毀損してはならない」という規定が新設された。また、2001年12月31日に一部改正され、48条1項に「正当なアクセス権限なしに、または許可されたアクセス権限を超え、情報通信網へ侵入」する行為を禁止するという現行規定を設けた。沿革的にみれば、情報通信網法は「規制の不存在⇒保護措置の侵害または毀損禁止⇒(保護措置の侵害または毀損を伴わない)アクセス権限のない侵入禁止」という方向に、徐々に情報通信網の私的制御範囲と強度を拡張してきた。

### (ロ) 意味

米国の例と比較すればよく分かるように、この条項は情報流通の私的な制御において重要な意味を持つ。米国の関連判決および議論は、情報通信網の管理者が他人の情報流通行為に対して、何時如何なる要件の下で制御することができるかに関するものである。つまり、コモンロー上の動産侵害の法理を裁判所が如何なる要件の下で適用できるかに関して法理的・政

<sup>96</sup> 2項は「何人も正当な理由なしに、情報通信網、データやプログラムなどを毀損・滅失・変更・偽造またはその運用を妨害するプログラム(以下「悪性プログラム」という)を転送または流布してはいけない」、3項は「何人も情報通信網の安定的な運営を妨害する目的で、大量の信号またはデータを送信したり、不正な命令を処理させるなどの方法により情報通信網に障害を発生させてはいけない」と、それぞれ規定する。

<sup>97</sup> この時期の法律も「정보통신망이용촉진및정보보호등에관한법률(情報通信網利用促進および情報保護等に関する法律)」に変更された。

策的な議論が激しく展開されたのである。成文法としては、コンピュータ詐欺および濫用防止法(Computer Fraud and Abuse Act)が制定されているものの、当該法律は保護対象を特定のコンピュータシステム(政府や金融機関のコンピュータシステム)の特定の情報(機密情報、財務記録、信用情報など)に限定しているため、情報管理に関する包括的な立法であるとはいえない。ところが、韓国の情報通信網法48条1項は、このような複雑に展開されている議論を一つの簡単な条項で解決している。すなわち、情報通信網の管理主体にアクセス権の設定権を与え、これに違反するアクセスを禁止している。そうすると、情報通信網の管理主体のアクセス制限の措置に反するアクセスは、違法行為となる。したがって、韓国においては米国より広範な情報流通の制御権が法律により認められている。

興味深いことに、韓国の立法者はこの条項の有する意味と影響を十分に予想していないようである。これに関する立法の資料を検討してみても、1項が如何なる議論を経て如何なる理由で立法化されているかは明らかではない。当時の法律改正案の立法理由は、情報通信網法48条の新設について、コンピュータウイルスを転送・流布し、または他人の情報通信網の安定的な運営を妨害する目的で大量の情報を配信するなどの行為に対する処罰根拠を設けるためであると説明するに止まる。これは、48条2項および3項の立法趣旨に過ぎず、1項に対するものではない。それ以外にも、国会のホームページの情報通信網法の提案経緯および主な骨子と、科学技術情報通信委員会の審査報告書などにおいても、1項に関する言及は見当たらない。この条項がインターネット全体の秩序において有する意味と、これに関するアメリカの激しい議論などに鑑みれば、このような静かな立法プロセスは異例なものである。この条項に対する学術的な関心もそれほど大きくなさそうである。そういう意味で、情報通信網法48条1項はその潜在的爆発力の割にはあまり注目されていないといえよう。

## (3) 情報通信網法48条1項の解釈論

### (イ) 解釈論の前提

情報通信網法48条1項は、情報通信網の管理主体が当該情報通信網内の情報流通について制御権を有することを出発点としている。その当否をめ

ぐる米国の議論はすでに紹介したとおりである。筆者は、必要な場合情報通信網の管理主体に情報流通に関する制御権を与えることは妥当であると考える。

コンピュータシステムの運営主体が、そのシステム内の情報の出入りについて何の決定権も有しない状態、すなわち、すべてのシステムが万人によって共有されている状態は、不可能なことであり、望ましくないことである。情報は非常に多様な属性と姿を持っている。情報の中には個人情報や営業秘密のようなコンピュータシステムに貯蔵はされているものの、共有してはいけない情報もある。したがって、情報流通への制御は当然正当化されるべきである。また、一切の制御権を剥奪するのも効率的ではない。コンピュータシステムの所有者が自分のシステムをインターネットに接続しネットワークに参加するからといって、自分の領域に対するすべての制御権を失ってしまうとするならば、彼らはネットワークに参加しないという選択をする可能性が高い。このような選択の数が増え、かつ長期的に蓄積して行けばインターネットの価値は落ちてしまう。

しかし、私的制御権が安易に拡大されるのも望ましくない。情報流通の制御の反対側には考慮しなければならない他の価値も存在するからである。例えば、知る権利や表現の自由<sup>98</sup>、フェアユース (fair use)、自由競争、情報需要者の経済的利益などの価値を上げることができる。私的制御権の過度な拡大は一般公衆がアクセスできる情報の総量を減少させ、社会的費用を増大させる。

しかしながら、このような否定的な側面は制御権の存在そのものを否定するほどのものではない。まず、私的な制御権の行使は、ネットワーク全般に対するものではなく、特定のコンピュータに限るもので、その影響力は大きくない。また、一般公衆に大きな影響を与えるコンピュータシステムの所有者は、公共機関、または商業的なサービスの提供者である可能性

---

<sup>98</sup> 米国においても、情報のアクセスを表現の自由と知る権利の観点から、情報の制御を仮想財産権 (cyberproperty または virtual property) の観点から把握し、二つの観点の対立と調整を問題とする議論がある。Ronnie Cohen & Janine S. Hiller, *Towards a Theory of Cyberspace: A Proposal for a New Framework*, 10 Rich. J.L. & Tech. 2 (2003) を参照。

が高い。それに、公共機関が保有している情報は原則として開示が強制されている<sup>99</sup>。また、商業的サービスの提供者の場合は情報提供が営利追求の手段なので、なるべく幅広い情報を提供しようとするだろう。このように、情報公開に関する強行法規の存在と市場メカニズムによる情報流通の現状に鑑みると、規範的に私的制御権の行使を許容することによる社会的費用がその利益を超過しているとはいえないだろう。

したがって、情報の流通における私的制御権の許容は原則として政策的妥当性が認められる。ただ、情報流通の過度な制御が招く副作用を考えれば、これをどの範囲で認めるのが妥当であるかについて議論する必要がある。このような観点から、情報通信網法48条1項の解釈論は、競合する諸価値のバランスが取れる方向に展開して行かなければならない。

#### (ロ) 解釈論

情報通信網法48条1項は、「何人も正当なアクセス権限なしに、または許可されたアクセス権限を超え、情報通信網へ侵入してはならない」と規定する。ここで導出される行為の禁止要件は、①アクセス権限の不存在と②情報通信網に対する侵入である。この場合、利益衡量の梃子として活用できるのはアクセス権設定の「正当性」と、「侵入」の概念である。アクセス権設定の正当性は、設定により保護される利益の大きさに比例し、侵入であるかどうかはアクセス行為態様に表れる反社会性の強度に比例する。行為全体の違法性を判断する際には、これらの結果不法的要素と行為不法的要素を合わせて考慮しなければならない。

#### 1) アクセス権限の不存在

まず、本項は「アクセス権」の概念を想定する。また、アクセス権の不存在を一つの要件として挙げている。本項のいうアクセス権の設定主体は情報通信網の管理者と解釈される<sup>100</sup>。その管理者が必ずしも情報通信網の

---

<sup>99</sup> 公共機関の情報公開に関する法律3条および9条を参照。

<sup>100</sup> 大法院2005.11.25.宣告2005㉔870判決(㉔2006㉔, 241)は、この点を明確にしている。この事件では、情報サービス提供者の承諾はないが、それらのサービス利用者の承諾を受けてアクセスした行為について説明している。大法院は、このとき

ハードウェアを構成するコンピュータシステムの所有者である必要はない。情報通信網の管理者をアクセス権設定の主体と解釈する以上、韓国における情報通信網の管理者のアクセス制限措置に違反する情報取得行為の範囲はかなり広がる。

そこで、情報通信網の管理者はどんなアクセス権でも設定できるのか。また、その権限なしに行った情報取得行為は常に違法であるのか。そうではないと考えられる。というのは、情報通信網の管理者のアクセス権に対する設定が常に正当化されると、管理者に情報流通に関する決定権が全面的に委ねられ、これは情報保有者には有利であるが、情報の利用者にとってはあまりにも不利であるからである。つまり、バランスの取れた解釈論ではない。法律の条文はアクセス権の正当性のみを言及するに止まり、アクセス権設定の正当性については言及していない。しかし、違法性の判断が究極的に頼らざるを得ない全体的法秩序の観点からすると、アクセス権設定の正当性は黙示的に要求されていると考えるべきである。なぜなら、正当性が認められないアクセス権設定さえ法により保護することはできないからである。したがって、アクセス権限の設定が正当化できるのは如何なる場合であるかについて考察する必要がある。

---

のアクセス権限はサービス提供者が設定するものであり、利用者の承諾を受けるだけでアクセス権が発生することはないという立場をとる。ちなみに、日本の不正アクセス行為の禁止等に関する法律2条2項1号では、他人のIDコードを入力して、当該アクセス制御機能によって制限される特定の利用を可能にする行為を禁止しながらも、管理者または当該識別コード関連の利用者の承諾を得た場合には、禁止の対象から除外している(これに関する日本の文献として、田園寿「不正アクセス」法学教室228号(1999)、露木康浩「不正アクセス行為の禁止等に関する法律について」ジュリスト1165号(1999)、加藤敏幸「不正アクセス」刑法雑誌41巻1号(2001)などを参照)。これは、他人のIDコードの使用において利用者にも承諾権限を付与したとするもので、わが国の大法院の判例の態度と異なる。以上、이범균(イボムギョン)「가. 情報通信網利用促進および情報保護などに関する法律48条1項によって禁止される行為の範囲、および『正当なアクセス権』の判断基準、나. 情報通信網利用者が自分の利用者IDとパスワードを教え情報通信網の使用を承諾した場合、第三者に正当な情報通信網へのアクセス権限があるか否かについて(2005. 11. 25. 宣告2005도870判決: 공2006상, 71)」、대법원 판례해설 통권(大法院判例解説通巻)59号(2006)を参照。

### ①アクセス権限の設定は正当な利益を保護しなければならない

まず、従来の法秩序により保護される利益を守るためのアクセス権限の設定は正当である。このような利益には、プライバシーや個人情報などの人格的利益、営業秘密や営業利益などの経済的利益、国家機密や金融情報、公序良俗の維持や青少年保護などの公共の利益などが含まれる。これらは既に従来の法秩序により保護されているものであり、ここでのアクセス権限の設定による情報流通の制御は、保護の道具として使われたに過ぎない。この場合、アクセス権の設定は正当である。

次に、情報通信網法48条1項が想定する利益を守るためのアクセス権限の設定は正当化される。これは厳密には従来の法秩序により保護される利益に含まれるといえるが、説明の便宜上別途に検討する。情報通信網法48条1項は情報通信網の安定性と情報の信頼性を保護する趣旨の条文の一つである<sup>101</sup>。したがって、上記の条項の保護する法益もこのような立法目的に照らして解釈しなければならない。このような観点からすると、上記の条項が仮想空間における新しい財産権や住居権、またはプライバシー権など私的権利を創出し、その空間の占有者にそれを目的とする制御権を与えたものであると見ることはできない。むしろ、個人的利益よりも情報通信網の信頼性と情報の信頼性を守ること、情報通信網の有する社会的機能を保護しようとする側面が強い。上記の条項が保護しようとする利益のうちの一つである情報通信網の安定性とは、ウイルスの流布を目的とする侵入などの情報通信網の運営に機能障害となる一切の行為から保護される状態を意味する。もう一つの保護利益である情報の信頼性は、当該情報通信網内において流通される情報の発信・受信の主体、またはその情報の真実性に対する信頼度が高い状態を意味する。特に、限定的範囲内の利用者のみが情報をやりとりするのが当該情報通信網の重要な価値決定要素である場合、誰がその情報通信網に入って情報をやりとりするのかは、情報

---

<sup>101</sup> 情報通信網法48条1項は第6章「情報通信網の安定性の確保等」に含まれており、45条では情報通信サービス提供者に情報通信網の安定性および情報の信頼性を確保するための保護措置を取る義務を課している。大法院2005. 11. 25. 宣告2005도870判決(注100)では、これを考慮して、48条1項の趣旨を情報通信網の安定性や情報の信頼性を確保するためのものであると宣言している。

の信頼性に直結する。そのため、本来情報通信網に入ることのできない者が他人のIDとパスワードを利用して、情報通信網に入り情報関連の活動を行う場合には情報の信頼性が阻害される。

最後に、契約によるアクセス権限の設定も、契約の無効事由がない限り正当化される。多くの場合、情報通信網の管理者と利用者の間には契約関係が形成される。典型的な契約の例としては、ポータルサイト側と加入者が会員登録時に締結する約款がある。このような約款は無効事由がない限り当事者を拘束する。そのため、有効な約款に情報へのアクセスおよび利用制限が設定されている場合に、情報管理者は約款に基づいてアクセス権を設定することができる。

## ②アクセス権限の設定は明示的に為されなければならない

情報へのアクセスが自由であることがインターネットの一般的性質である。そのため、情報の保有者がこれを制限し、その制限に反するアクセス行為が違法であると宣言するためには、その制限は明示的に行われなければならない。

アクセスの制限は、言語によるアクセス制限措置（例えばホームページにアクセス制限の事実の掲載）と、技術的・物理的保護措置（例えばIDとパスワードの入力の要求、特定のIPアドレスからの電子信号をブロック）との二種類に大きく分けることができる。実際、ほとんどの場合には後者の措置が取られている。前者の措置をとる場合も理論的にはアクセス権の設定が明示的になされたといえるが、後述する「侵入」の要件と関連づけてさらに検討する必要がある。

## 2) 情報通信網への侵入

情報通信網へ侵入する行為態様に関する問題である。情報通信網へアクセスする行為が侵入であるか否かは、その行為の態様に表れる反社会性をもって判断せざるを得ない。反社会性を判断するに当たっては、行為当時の慣行や社会通念が考慮される。例えば、ハッキング(hacking)は、典型的な侵入行為である。他人のIDとパスワードを盗用するアクセスも侵入に該当するといえる。会社を退職した後、以前のIDとパスワードを使って会社の情報通信網にアクセスする場合も例外ではない。

他人の承諾を得てその者のIDとパスワードを使用したアクセスは侵入行為となるのだろうか。大法院2005. 11. 25. 宣告2005㉔870判決がこの問題を論じている。本判決は情報通信網法48条1項の解釈論に関する唯一の大法院判決である。判決は情報通信網の保護措置に対する侵害または毀損が無かったとしても、不正な方法で他人の識別符号(IDとパスワード)を使用したり、保護措置による制限を回避する不正な命令を入力するなどの方法で侵入する行為も禁止されると述べた後、第三者が正当な利用者からIDとパスワードを受け取り、その使用承諾を得た場合であっても、サービス提供者の同意を得ていない場合には、これは情報通信網への侵入行為に該当すると判示した<sup>102</sup>。

したがって、正当な利益を守るための技術的・物理的なアクセス制限の措置が存在するにもかかわらず、これを無力化または迂回する方法で侵入することは、侵入に当たると判断できよう。ただ、アクセス制限措置のない公開されたシステムの所有者が特定の人間に対してアクセス禁止の意思表示をした場合、それを無視し情報にアクセスする行為は侵入とならない可能性が高い。

## (4) 韓国の視点から見る eBay 判決—営業利益侵害の違法性と関連して

上述した違法性判断基準を eBay 事件に適用すれば、如何なる結論を得られるだろうか。

### (イ) アクセス権限設定の正当性という観点から

アクセス制限措置を通じて守ろうとする利益の保護価値が高い場合に

<sup>102</sup> この事例で陸軍法務将校(中尉)である被告人は、同じ法務参謀部の上官(大尉)のIDとパスワードを知り、これを利用して、軍隊のウェブメールのアカウントにログインした後、1軍の司令官宛に上官の名義で、自分を懲戒処分しようとしたことに対する抗議の電子メールを送り、軍隊の電子決済システムに接続し、同じ趣旨で、1軍司令官に上官名義の電子メールを送った。検察は、被告人が許可されたアクセス権限を超え、情報通信網である陸軍ウェブメールのアカウントとハンドオフィス・アカウントに侵入したとし、被告人を情報通信網法違反の罪で起訴した。これに対して、1審と原審は、被告人の有罪を認定しており、大法院もこれを認定している。

は、違法性が認められる可能性も高くなる。ところが、本稿の冒頭で既に述べたように、BE社の情報収集活動はeBay社のコンピュータシステムへの違法な妨害を惹起する程ではなかった。結局、eBay社がアクセス制限措置を通じて守ろうとした実際の経済的利害関係は次の二つであったと思われる。

一つ目は、eBay判決でも判示しているように、BE社の自動情報収集活動が他の者に模倣されることに対する負担である。直ちにサーバーに大きな負担が生じなくても先例が正当化されたら、今後同様な利用の増加につれてサーバーへの負担も増え、サーバーの管理費用が増大する。しかし、このような危険性はまだ具体的ではない。さらに、情報の利用およびサーバーへの負担の増加につれて容量と管理コストが増加することは、情報化の発展の中で甘受せざるを得ないことであると思われる。

二つ目は、トップの地位にあるeBay社の営業利益の減少に対する懸念である。eBayは最も大きい有名なオークションサイトであった。したがって、顧客は他に情報が無ければ自然とeBayのウェブサイトを訪れていた。ところが、オークションサイト間の価格を比較するサイトの活性化は、従来の構図を崩してしまう。これは認知度の恩恵を最も大きく受けていたeBay社の収入減少につながる。このような点がeBay社を訴訟まで提起させたかも知れない。しかし、eBay社がBE社の行為を阻止することにより守ろうとする利益は、具体的でないうえ、反競争的な構図の固定化により創出される側面がある。したがって、競争法の観点からすればこのような利益の保護価値は大きくなく、むしろ法によって保護されない反射的利益または事実上の利益という性質が強いといえる。

また、eBay社が守ろうとする経済的利害関係の向こう側にある別の価値を考慮すれば、eBayへのアクセスに対する制限の正当性はさらに減少する。

まず、自由市場経済の下でBE社が有する営業活動の自由と営業利益を考慮しなければならない<sup>103</sup>。BE社は価格を比較する事業を運営しており、

<sup>103</sup> Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II Bd. 13. Aufl. (1994), S. 539は、経済活動の自由と営業利益の保護の関係について議論しながら、営業利益の侵害による違法性判断の問題は、財産損害に対する賠償の拡張と経済活動の自由の拡張との間の境界を画する難しい問題であると説明する。

eBayのオークション情報は全体の情報の69%に達するほどの大きい割合を占めている。そのため、eBayの情報を収集できなくなる場合、BE社の営利活動は事実上中断される状態にある。つまり、事件の結論はeBay社よりBE社にとって遥かに致命的であった。

また、自由競争や消費者の知る権利など公益的視点も考慮しなければならない。営業利益も違法行為から保護されなければならない法益である<sup>104</sup>。しかし、自由市場経済において特定の主体の営業利益に対する過度な保護は反競争的効果を生じさせる。したがって、営業利益の侵害に対する違法性判断は、自由競争という価値との相関関係の中で行われなければならない。BE社の情報収集は直接的にはBE社の営利の追求行為であるが、間接的に価格比較を通じ消費者の知る権利と選択権を向上させ、オークションサイト間の自由競争を促進するものであった。このため、BE社の情報収集を制御しようとするeBay社の対応には知る権利や自由競争を阻害する側面がある。

このように、eBay社が守ろうとした営業利益の保護価値とその反対側にあるBE社の営業利益や知る権利、自由競争の保護価値を比較衡量すれば、eBay社のアクセス制限の正当性は大きくない。

#### (ロ) 行為の態様の側面から

一見するとBE社の行為の違法な要素は大きく見える。BE社はeBay社とソフトウェア・ロボットを用いて情報収集活動を行うための契約について交渉していた。これは、BE社がeBay社の情報流通の制御措置を尊重するという意思の表れであった。しかし、最終的に契約の交渉が決裂すると、プロキシサーバーを利用してeBay社のIPアドレスの遮断措置を迂回して情報収集活動を行い、eBay社の情報流通制御措置を無視した。このような禁反言的態度は、BE社の行為に対する非難可能性を高めるものである。

しかし、別の方向で考える余地もある。まず、BE社がeBay社と契約を締結し、摩擦のない情報収集を行おうとした善良な意図は、BE社の情報収集行為の反社会性を高める要素にはならない。最初から契約の締結を意

<sup>104</sup> 大判2004.3.25. 2003다20909, 20916 (공2004상, 693); 大判2003.9.5. 2001다68358 (공2003하, 2008); 大判2001.7.13. 判決98다 51091 (공2001하, 1835).

図せず、直ちに情報収集に入った場合に比べて本件が不利に評価されるのは公平性に欠けるからである。一方で、プロキシサーバーを変えながらIPアドレスを隠したまま情報収集を行った行為は否定的評価を受ける余地はまだ残る。しかし、プロキシサーバーの使用は既に一般化されており、それを不正な行為であるとするのは困難であり、たとえIPアドレスの遮断を迂回する目的でプロキシサーバーを変えながらアクセスしたという不正たる側面があるとしても、それだけでは直ちにその行為の違法性が認定されるわけではない。BE社の正常な営業のためにはeBay社の情報収集が必要であった点、BE社が現実的に選択した方法が根本的には正当性の弱いeBay社の制御権の行使によるものである点、典型的なハッキングや不正命令の入力の事例とは異なり、本件におけるeBay社の情報は誰にも公開されていた点を考慮すれば、当該行為は社会正義観に反する反社会的行為に達するほど違法性の高いものではないといえよう。

#### (ハ) 小結

結論として、eBay事件においてBE社の情報取得行為の違法性は認められないと考える。eBay社の守ろうとしている利益の実体が曖昧で、その正当性も不十分である。また、現行法の秩序からBE社がソフトウェア・ロボットを利用して情報収集活動を行ってはいけないという行為規範を導き出せるかも疑問が残るからである。この結論は、①検索活動を最大限に保障し<sup>105</sup>、②取引コストを最大限に低下させ<sup>106</sup>、③情報の総量を最大化し<sup>107</sup>、④自由競争を最大限に促進する結果につながる。また、韓国は違法

<sup>105</sup> 特に、eBayのような影響力が大きいウェブサイトに対する情報収集活動は、それ以外のウェブサイトに対する情報収集活動よりもっと寛大に容認されなければならない。

<sup>106</sup> eBay社の制御権が認められる場合、eBayウェブサイトに対する情報収集活動は、eBay社との交渉や取引において正当化され、これは、取引コストを高めるものである。さらに、このような構図の下では、力関係がeBay社に傾いてしまい契約の不正性に対する懸念も高まる。

<sup>107</sup> インターネットの存在理由に鑑み、インターネットにおける価値判断は、最終的にそれが情報の量と質を向上させる結果をもたらすか否かという視点でみるべきである。

な情報アクセス行為を刑事罰の対象としている<sup>108</sup>。これは主にハッキングを念頭においた規定であると思われる。したがって、上記のような解釈論は罪刑法定主義の精神に基づいて、インターネット犯罪の拡大解釈を防止する効果もある。

もちろん、違法性の否定という結論はeBay事件を超え一般化できるものではない。むしろ現実の問題となる大半の情報通信網の侵入事件は、eBay事件より重要な利益に対する侵害事件であり、情報通信網法48条1項の違反という結論となる可能性が高い。にもかかわらず、韓国の視点からeBay事件を検討することは、拡大しやすい本条項に対する制限解釈論の試みとして十分意味を有するものであろう。

#### 4. 情報財産型紛争に関する違法性判断

本稿で検討する最後の紛争類型は、いわゆる情報財産型紛争である。インターネット上のコンテンツと関係する紛争類型である。情報そのものが財産として保護される場合、所有者の許諾を得ない情報のアクセスと取得行為は違法である。

まず、著作権法、コンピュータプログラム保護法、特許法、商標法、意匠法など従来の知的財産権法の分野では、一定の要件を備えた情報を財産として保護する。インターネット上の情報が著作物に該当する場合、第三者は著作権者の許諾を得ずに、当該情報を複製、公演、放送、送信、展示、配布などに使用し、またはその情報を原著物または構成部分とする二次的著作物、編集著作物を作成してはならない<sup>109</sup>。

また、これらの従来の知的財産権法の保護範囲を超える新しい情報関連

<sup>108</sup> 情報通信網法63条1項1号では48条1項に違反する行為を、3年以下の懲役または3千万ウォン以下の罰金に処すると規定する。したがって、情報通信網法48条1項は、犯罪の構成要件を規定した刑罰法規の性質を持つ。罪刑法定主義の理念の下で構成要件を厳格に解釈する必要がある点も考慮する必要がある。

<sup>109</sup> 著作権は著作者人格権と著作財産権に分けられる。著作者人格権は公表権、氏名表示権、同一性保持権に分けられる(著作権法11条から13条)。著作財産権は上に挙げられた行為を為す権利である(著作権法16条から22条)。情報の取得行為は、その中の著作財産権と関連している。

法律もある。オンラインデジタルコンテンツ産業発展法は、情報通信網におけるデジタルコンテンツ<sup>110</sup>(以下、オンラインコンテンツという)を保護する。同法18条によれば、正当な権限なしに、他人が相当の努力により製作し、また発表した日から5年が経過していないオンラインコンテンツの一部、または相当の部分を複製または転送する方法で、競争事業者の営業に関する利益を侵害する行為は禁止される。また、同法19条ではこれに対する侵害排除請求と損害賠償請求を規定している。本法律はオンラインコンテンツという広い範囲の対象を知的財産権の保護対象としている。ただ、これに対しては時間、行為の態様、保護法益などの制限が設けられている。データベースの保護もその一例である。韓国では著作権法によりデータベースが保護されているが、これは従来の著作物の保護範囲を超える情報そのものを保護するものである。これによれば、データベースの製作者の許諾を得ずに、データベース内全部または相当な部分を複製し、配信する行為は禁止されている<sup>111</sup>。

情報を財産として保護する制度は伝統的かつ確実な情報流通制御の基礎となっている。如何なる場合にその財産権が侵害されるのかについては法律がかなり明確に規定しており、また学術的研究や判例の蓄積も豊富である。したがって、本稿では情報財産型紛争における違法性については具体的に取り上げない。もっとも、これとの関連で、フェアユース(fair use)などの財産権保護範囲の制限が重要な争点として議論されている。これらの議論は、情報化社会の構造を形成して変更する重大な意味を持つ。ただ、本稿ではeBay事件と関連する幾つかの問題のみについて簡単に触れておきたい。

まず、仮にeBay事件が韓国で起きたとしたら、オンラインデジタルコ

---

<sup>110</sup> デジタルコンテンツは、符号・文字・音声・音響・画像、または映像などに表現されるデータや情報であり、その保全と利用の効用を高めるために電子的形態に作成または処理されたものをいう(同法2条1号)。

<sup>111</sup> 著作権法91条から98条。データベースの保護の一般論については、한지영(ハンジョン)、「데이터베이스의 法的保護에 관한 研究(データベースの法的保護に関する研究)」, 서울대학교 박사학위논문(ソウル大学の博士学位論文)、(2005)を参照。

ンテツ産業発展法の違反となったのだろうか。違反となるためにはBE社の行為が「競争事業者の営業に関する利益を侵害する行為」でなければならない。しかし、eBay社とBE社が競争者関係にあるとは考え難い。したがって、オンラインデジタルコンテンツ産業発展法に違反する行為とはいえない。もっとも、eBayは韓国の著作権法上のデータベースに対する侵害となるのだろうか。この部分においては議論の余地がある。私見としては、著作権侵害の成立は困難であると考え。データベースの保護はデータベースの製作者に与えるものである。データベースの製作者は、データベースの作成、またはそれらの素材の更新・検証または補充のために相当の人的・物的投資をした者である(著作権法2条20号)。しかし、eBay社のデータベースは一般的なデータベースとは異なり、かなりの部分がeBay社の会員らにより直接生産、入力、更新、補充される。したがって、eBay社がこれらの情報を体系的に配列するだけでデータベース製作者の地位を得られるのかについて疑問が残る。特に、創作性のないデータベースの保護は、創作性のある著作物の保護という著作権法の基本理念に鑑みると、例外的なものである。そのため、データベースの保護範囲は、投資の保護と不正競争防止という保護目的に照らして、厳格に解釈しなければならない。そういう意味でも、eBay社にデータベース製作者の地位を与えることは妥当ではない<sup>112</sup>。

#### IV. 結論

本稿では、インターネット情報のアクセスと取得行為の違法性の判断基準について検討した。要約すると以下のとおりである。

最初に、物権型の紛争は、インターネットのハードウェア部分であるコンピュータシステム所有権の侵害となるか否かが問題となる紛争である。

---

<sup>112</sup> eBay社のように顧客が入力した商品の情報で構成されるウェブサイトの運営者を、データベースの製作者として保護することができるかについて、さまざまな解釈が可能であるとしながらも、保護が可能である解釈論が、果たしてデータベースの保護の立法の趣旨に相応するのか、また、政策的に妥当であるかについて根本的な疑問を示した見解として、丁相朝、知的財産権法、(2004)、272-273頁参照。

この場合、コンピュータシステムに対する違法な妨害が発生したのかが争点となる。また、コンピュータシステムにおける受忍し難い客観的機能障害の発生が違法性判断の要件となる。

次に、情報流通型紛争は、インターネットの論理的部分である情報流通の方法に関連する紛争である。韓国の情報通信網法48条1項は情報へのアクセス制限について規定する。これは情報流通型紛争の違法性判断における重要な基準である。ところが、情報流通に関しては多くの価値が存在する。したがって、対立する諸価値の最適な妥協点を見出さなければならない。これは情報通信網法48条1項の解釈論、とりわけ、アクセス権設定の「正当性」および情報通信網に対する「侵入」という二つの要件解釈に帰結することができる。よって、アクセス制限により保護しようとする利益がどれだけ正当なものであるか、またアクセス制限に対する回避と無力化の行為態様に表れる反社会性がどの程度なのかを考慮して、違法性を判断しなければならない。

最後に、情報財産型紛争はインターネットの内容部分である情報そのものに関する紛争である。韓国の様々な知的財産権関連の法律とオンラインデジタルコンテンツ産業発展法などの特別法は、財産としての情報のための規範体系を構成している。情報財産型紛争における規範体系は上記の二種類の紛争タイプのそれより確かなものであるように思われる。しかしながら、情報の保護と情報の利用という二つの価値を如何に調和させるかという問題は、情報財産型紛争においてもなお検討し続けるべき課題であろう。

規範的基準を議論するに当たって常に念頭に置かなければならないのは、現実における当該基準の限界である。すなわち、上記のような基準は、現実におけるインターネット技術と契約という二つの手段によって限界付けられている。そしてこれらの手段を通じ法律とは別途にインターネットを支配するコード (code) が生まれる。これらの事実上の支配力は想像よりはるかに強力な幅広いものである。例えば、情報の保有者の情報に対する保護が何ら正当性を有しなくても、強力な技術的手段を駆使して情報の流通を制御すれば、現実的に大半の情報利用者は情報にアクセスすることが非常に困難となる。また、情報にアクセスしようとする者に約款による契約関係の形成が求められ契約が成立すれば、情報取得行為の違法性判断における一次的根拠は、情報の保有者が一方的に作成した約款の内容に

なるだろう。したがって、今後これに関連して、情報およびその流通を制御するための自力救済手段としても技術的措置の正当性、およびオンライン約款の公正性に関する問題が広く議論されるだろう。

既存の法規範が十分想定していない新しい社会現象を規範の世界の中に引き込む作業は容易ではない。しかし、両者の間に存在するギャップ、そのギャップからくる緊張感こそが新しい規範体系を確立する原動力である。情報通信分野におけるこれまでの立法の動向に鑑みると、今後もこれらの規範は、適宜特別法を制定し、または既存の法律に新条項を設ける形で整えられるだろう。しかし、根本的で、基礎的な法理論と法体系に対する真摯たる考察無しに、場当たりの規範体系を作っていくのは望ましくないことである。そういう意味で、本稿ではeBay判決を一つの手掛かりとしてインターネット上の情報取得行為の違法性という根本的な問題を自分なりの体系に沿って論じてきた。しかし、先行研究の乏しいテーマであるうえ、筆者の能力面での制約も加わって本稿にはいろいろな不足点が存在していることは言うまでもない。今後、研究結果の蓄積を通してその不足が修正・補完されることを期待する。

#### 【参考文献】

##### 1. 国内文献

###### (1) 単行本

- 郭潤直, 債権各論 (6版), 2005.
- 金相容, 物権法 (全訂版 増補), 2006.
- 김정호·이완재 공저 (キムジョンホ・イワンジェ), 사이버공간의 법적제학 (サイバー空間の法経済学), 2004.
- 金曾漢·金学東, 債権各論 (7版), 2006.
- 민사법연구회 편 (民事法研究会 編), 民法案意見書, 1957.
- 朴世逸, 法経済学 (改訂版), 2000.
- 서철원 (ソチョルウォン), 미국불법행위법 (アメリカ不法行為法), 2005.
- 李相潤, 英米法 (改訂版), 2005.
- 李英俊, 韓国民法論 (物権編) (新訂2版), 2004.
- 李銀榮, 物権法 (改訂 新版), 2003.
- 李銀瑩, 債権各論 (5版), 2005.

-丁相朝, 知的財産権法, 2004.

-한지영 (한지영), 「데이터베이스의 法的 保護에 관한 研究 (데이터베이스의 法的保護に関する研究)」, 서울대학교 박사학위논문 (ソウル大学博士学位論文), 2005.

## (2) 論文

-金圣龍, 「不法行為의 要件으로서의 違法性的 役割 (不法行為の要件としての違法性的の役割)」, 民事法学30卷, 2005.

-金載亨, 「所有權과 環境保護 - 民法 제217조에 대한 意味와 機能에 대한 檢討를 中心으로- (所有權と環境保護-民法217条の意味と機能の檢討を中心に-)」, 人權과 正義 (人權と正義) 276号, 1999.

-金炯錫, 「所有物妨害除去請求權에서 妨害의 概念 (所有物妨害除去請求權における妨害の概念)」, 서울대 (ソウル大) 法学45卷4号, 2004.

-박철 (박철), 「사법재량론 (司法裁量論)」, 사법논집 (司法論集) 31集, 2000.

-吴大性, 「미국의 민사소송에 있어서 差止命令 (米国の民事訴訟における差止命令)」, 民事裁判의 諸問題 (下), 松泉李時潤博士華甲記念論文集, 1995.

-이범균 (이범균) 「가. 情報通信網利用促進および情報保護などに関する法律48条1項によって禁止される行為의 範圍および『正当なアクセス權限』의 判斷基準. 나. 情報通信網利用者が自分のIDとパスワードを第三者に渡し使用を許諾した場合、その第三者に正当なアクセス權があるか否か (2005. 11. 25. 宣告2005도870判決 : 공2006상, 71)」, 대법원 판례해설 통권 (大法院判例解説通卷) 59号, 2006.

-李銀榮, 「所有者의 妨害除去請求權」, 不動産法学1卷, 1987.

-李在哲, 「米国の民事抗訴手続」, 裁判資料80輯, 1998.

-이재환 (이재환), 「Trespass to Chattels」, 사이버불법행위법연구회 발표문 (사이버不法行為法研究会発表稿) 2004. 5. (未公刊).

-李峻, 「미국법상의 민사보전처분 (アメリカ法上の民事保全処分)」, 裁判資料 80輯, 1998.

-鄭震明, 「사이버불법행위에 관한 법리 소고 - 민사 법리의 적용을 중심으로 - (사이버不法行為に関する法理小考-民事法理の適用を中心に-)」, 財産法研究22卷3号, 2006.

-鄭震明, 「사이버소유권에 관한 연구 (사이버所有權に関する研究)」, 비교사법 (比較司法) 12卷3号, 2004.

## 2. 外国文献

### (1) 単行本

-Baur/Sturmer, Sachenrecht, 17. Aufl., 1999.

-Black's Law Dictionary, 7th ed., 1999.

-Edward J. Kionka, Torts, 2d ed., 1992.

-Ernst von Cammerer, Wandlungen des Deiliktsrecht, 1968.

-Geroge C. Christie et al, The Law of Torts, 4th ed., 2004.

-James Gordley & Arthur Taylor Von Mehren, An Introduction to the Comparative Study of Private Law, 2006.

-James Gordley, Foundations of Private Law, 2006.

-Karl Larenz/Claus-Wilhelm Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, II Bd. 13. Aufl., 1994.

-Lawrence Lessig, The Future of Ideas: The Fate of the Commons in a Connected World, 2001.

-Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6, 4. Aufl., 2004.

-Prosser & Keeton, Prosser & Keeton on Torts, 5th ed., 1984.

-R.E.V. Heuston & R.A. Buckley, Salmond and Heuston on the Law of Torts, 21st ed., 1996.

-W.V.H. Rogers, Winfield and Jolowicz on Tort, 15th ed., 1998.

### (2) 論文

-Adam Mossoff, *Spam-Oh, What a Nuisance!*, 19 Berkeley Tech. L.J. 625 (2004).

-Bruce P. Keller, *Condemned to Repeat the Past: The Reemergence of Misappropriation and Other Common Law Theories of Protection for Intellectual Property*, 11 Harv. J.L. & Tech. 401 (1998).

-Dan Hunter, *Cyberspace as Place and the Tragedy of the Digital Anticommons*, 91 Cal. L. Rev. 439 (2003).

-Dan L. Burk, *The Trouble with Trespass*, 4 J. Small & Emerging Bus. L. 27 (2000).

-Daniel J. Caffarelli, *Crossing Virtual Lines: Trespass on the Internet*, 5 B.U. J. Sci. & Tech. L. 6 (1999).

-Daniel Kearney, *Network Effects and the Emerging Doctrine of Cybertrespass*, 23 Yale L. & Pol'y Rev. 313 (2005).

-David M. Fritch, *Click Here for Lawsuit: Trespass to Chattels in Cyberspace*, 9 J. Tech. L. & Pol'y 31 (2004).

-David McGowan, *Website Access: The Case for Consent*, 35 Loy. U. Chi. L.J. 341 (2003).

-Edward W. Chang, *Bidding on Trespass: eBay, Inc. v. Bidder's Edge, Inc. and the*

- Abuse of Trespass Theory in Cyberspace-Law*, 29 AIPLA Q.J. 445 (2001).
- James Boyle, *The Second Enclosure Movement and the Enclosure of the Public Domain*, 66 L. & Contemp. Probs. 33 (2003).
- Joshua A.T. Fairfield, *Virtual Property*, 85 B.U. L. Rev. 1047 (2005).
- Laura Quilter, *The Continuing Expansion of Cyberspace Trespass to Chattels*, 17 Berkeley Tech. L.J. 421 (2002).
- Lawrence Lessig, *The Architecture of Innovation*, 51 Duke L.J. 1783 (2002).
- Mark A. Lemley, *Beyond Preemption: The Law and Policy of Intellectual Property Licensing*, 87 Cal. L. Rev. 111 (1999).
- Mark A. Lemley, *Place and Cyberspace*, 91 Cal. L. Rev. 521 (2003).
- Maureen A. O'Rourke, *Shaping Competition on the Internet: Who Owns Product and Pricing Information?*, 53 Vand. L. Rev. 1965 (2000).
- Michael J. Madison, *Rights of Access and the Shape of the Internet*, 44 B.C. L. Rev. 433 (2003).
- Ned Snow, *Accessing the Internet Through the Neighbor's Wireless Internet Connection: Physical Trespass in Virtual Reality*, 84 Neb. L. Rev. 1226 (2006).
- Niva Elk-Koren, *Let the Crawlers Crawl: On Virtual Gatekeepers and the Right to Exclude Indexing*, 26 U. Dayton L. Rev. 179 (2001).
- Patricia L. Bellia, *Defending Cyberproperty*, 79 N.Y.U. L. Rev. 2164 (2004).
- R. Clifton Merrell, *Trespass to Chattels in the Age of the Internet*, 80 Wash. U. L.Q. 675 (2002).
- Richard A. Epstein, *Cybertrespass*, 70 U. Chi. L. Rev. 73 (2003).
- Ronnie Cohen & Janine S. Hiller, *Towards a Theory of Cyberspace: A Proposal for a New Framework*, 10 Rich. J.L. & Tech. 2 (2003).
- Steve Fischer, *When Animals Attack: Spiders and Internet Trespass*, 2 Minn. Intell. Prop. Rev. 139 (2001).
- Steven Kam, *Intel Corp. v. Hamidi: Trespass to Chattels and a Doctrine of Cyber-Nuisance*, 19 Berkeley Tech. L.J. 427 (2004).
- Susan M. Ballantine, *Computer Network Trespasses: Solving New Problems With Old Solutions*, 57 Wash. & Lee L. Rev. 209 (2000).
- Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access*, 52 Fed. Comm. L.J. 561 (2000).
- 加藤敏幸「不正アクセス」刑法雑誌41巻1号(2001)
- 露木康浩「不正アクセス行為の禁止等に関する法律について」ジュリスト1165号(1999)
- 園田寿「不正アクセス」法学教室228号(1999)