HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	オンライン上のゲートキーピングの歴史(1)
Author(s)	Zittrain, Jonathan; 成原, 慧; 酒井, 麻千子 et al.
Citation	知的財産法政策学研究, 28, 117-145
Issue Date	2010-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43642
Type	departmental bulletin paper
File Information	28_117-145.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

オンライン上のゲートキーピングの歴史(1)

Jonathan ZITTRAIN
成原　慧・酒井麻千子・生貝直人・工藤郁子(訳)

目　次

Ⅰ．はじめに
Ⅱ．２種類のゲートキーパー
Ⅲ．オンライン上のゲートキーピングの黎明期における活用：既存の私的な監視とエンフォースメントのレジームに対する補完
Ⅳ．インターネットの成熟と限定的なゲートキーピングの継続：著作権侵害、ISP、OSP（以上、本号）
Ⅴ．インターネットのさらなる発展に伴い試練に曝される限定的なゲートキーピング：著作権侵害、ピア・ツー・ピアサービス、阻止ないし取り締まる義務の再考（以下、次号）
Ⅵ．グリッド上のゲートキーピング：自制としてのGrokster判決
Ⅶ．規制に対する自制の終焉？：クラークマン的ゲートキーパーからレッシグ的ゲートキーパーへ
Ⅷ．結論

Ⅰ．はじめに

オンライン世界によって引き起こされる諸問題に対峙することを迫られた米国の司法と立法の歴史は短いながらも激烈なものであったが、その中からある種の賢慮が形成されてきた。それは、オンライン世界のアーキテクチャを劇的に作り替えるような介入に対しては謙抑的であるべきであり、そのような介入が、問題がない活動までをも結果的に阻害しかねないことに配慮すべきであり、そして限界事例においては、明らかに加害的

な活動を抑止することができるのであれば、それを放置することは避けなければならないという賢慮である。

規制は軽めのものとしながらも、生じうる最悪のオンライン上の害悪を抑止することを可能とする能力をもたらしたのは、ゲートキーパーというものの存在である。ゲートキーパーとは、他者のコンテンツを伝達し、ホスティングし、インデックス化するなど、様々な形で媒介を行う者であり、そのビジネスモデルの性質とそれに対応する技術的なアーキテクチャが、規制当局に徴用され、疑義のある素材へのアクセスを停止し、加害者を特定することを多くの場面で可能にしてきたのである。本稿の大半は、こうした断片的な歴史を統合しこの分野の法が自制の歴史を示してきたという理解に対して有力な証拠を提供するために、名誉毀損にはじまり著作権侵害へと続きピア・ツー・ピア（peer to peer）へと向かう技術の変化に至るゲートキーピングの軌跡と、それが今までのところは実質的な規制の侵入を招いてこなかったという現象を描写することに当てられる。米国連邦最高裁のGrokster判決[1]はインターネットが生き永らえることを可能にしてきたこの軽度の規制の伝統を維持したものであると私は考えている。したがって、Grokster判決は、大きな転換点というよりも、インターネットを構築する人々と彼らを規制する人々との間の継続的な緊張緩和状態（Détente）を是認する単なる一里塚にすぎないのである。

Grokster判決が、このような自制の歴史の文脈のなかに自らを位置づけることができたのは、ゲートキーパーに関して現在喫緊の課題となっている一連の論点を回避したからであるといってよいかもしれない。回避されたものが何であるのかということは、Grokster判決がもたらした帰結に着目することによって明らかになる。その帰結というのは、同判決におけるGrokster社の敗北は、同社を紛争に巻き込んだピア・ツー・ピア・ソフトウェアの頒布と使用に対して何らの実際的な影響力も有していないという事実である。すなわち、直近のピア・ツー・ピア技術はピア・ツー・ピアのネットワークから媒介のレイヤーを取り除いている。ピア・ツー・ピア技術が可能にする好ましくない活動を挫かせるために責任を負担させ、

[1] Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd. (*Grokster III*), 125 S. Ct. 2764 (2005).

それらを遮断し修正しうるような中央のウェブサイトないしサービスは多くの場合もはや存在しないのである。新たなオーバーレイ・ネットワークがユーザーの個人的なアイデンティティに加えてネットワーク上のアイデンティティをも覆い隠すにつれて、分散化されたインターネット・サービス・プロバイダは当事者に対して交渉の仲立ちをする能力すらないということが明確となるかもしれない。

このようなコントロールの自然なポイントの消失は、自らの利益が挑戦に曝された人々をして、新たな、より口当たりのよくない媒介者を前面に押し出させしめることになるだろう。そこで前面に押し出される媒介者は、ソフトウェアの開発者である。ソフトウェアの開発者は、ソフトウェアがユーザーに取得され好ましくない目的で用いられた後にリコールまたは修正することのできるような形でソフトウェアを作成することを要求されるかもしれない。また彼らは、ある人のPCにインストールされた第三者の作成したソフトウェアを無効化できるように自らのソフトウェアをプログラムすることさえ要求されるかもしれない。ソフトウェアに対するコントロール、そしてそれを用いるPCユーザーの能力に対するコントロールは、ネットワークに対するコントロール以上に、インターネットへの規制に関する未来の主戦場となるであろう。そしてそこにおける戦いの火蓋は、オープンで生成的なPCから離れて、より高度に規制可能な終端のプラットフォームへと向かおうとする個々に動機づけられた消費者のムーブメントによって切って落とされることになるのである。

Ⅱ．2種類のゲートキーパー

人々に法を遵守させることの困難に直面した規制者は、代わりに人々の行動に合致するように法を変更することを選択するかもしれない。とりわけ、このことは、自然犯というよりは法定犯[2]に近い「駐車違反」型の違法行為の場合によく当てはまる。規制者は、中庭の芝生へのダメージを和

[2] 法定犯は、法がその行動を禁じているがゆえに悪事であるとされるのに対して、自然犯は生来的に不道徳ないし邪悪な行為であるとされる。BLACK'S LAW DICTIONARY 978-79 (8th ed. 2004).

らげるために、人々が歩きたがらないような場所に敷かれた小道を歩くよう人々を説得する代わりに、人々が歩きたがる場所に精確に敷石を置こうとするかもしれない。だが違法行為がより重大なものである場合には（あるいは少なくとも立法者がより強固な決意を持っている場合には）、エンフォースメントの困難を指摘することは、単に規制者をしてより巧妙かつ執拗に人々の行動に影響を与えるよう促すことになるにすぎない。

電子窃盗禁止法（the No Electronic Theft (NET) Act）[3]のような試みは、新たな挑戦に対抗してより広範なオンライン規制を実現するための陣営の一つである。モデムとネットワークの出現以前には、大規模な著作権侵害を行うためには複製と頒布のインフラストラクチャーへの大量の投資が必要だったので、現実世界の主要な著作権侵害者は概して何らかのビジネスモデルを必要としていた。ネットの出現によって、友人や赤の他人同士でほんの少しずつ助け合いを重ねていくだけで、大規模な著作権侵害を遂行することができるようになった[4]。NET法は、権利者の許諾なくソフトウェアまたは他の著作物を故意にネットワーク上において入手可能な状態にした者を、そのことから収益を得ようとしていたか否かにかかわらず刑事訴追することを新たに可能にした[5]。しかし、このことに対応するだけの法のエンフォースメントや訴追のための投資、あるいは少なくともそれらの優先順位の引き上げ[6]が行われないのであれば、厳格な立法を制定

[3] Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997) (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C., 18 U.S.C., and 28 U.S.C.).

[4] 参照、Jonathan Zittrain, *What the Publisher Can Teach the Patient: Intellectual Property and Privacy in an Era of Trusted Privication*, 52 STAN. L. REV. 1201, 1206 (2000)（「ネットの発展は、複製を非常に容易にすると同時に、捜査、訴追、および刑事罰を受ける可能性を大いに引き下げ、また何度複製を繰り返しても原物と同じように複製できるような環境を実現したことで、複製の水準を指数関数的に引き上げた」）.

[5] *Id.* NET法について概観したものとして参照、Stephanie Brown, Legislative Update, *The No Electronic Theft Act: Stop Internet Piracy!*, 9 DEPAUL-LCA J. ART & ENT. L. & POL'Y 147 (1998)（NET法の歴史を説明した上で、同法の条文を詳細に検討している）.

[6] 参照、Piracy Deterrence and Education Act of 2004, H.R. 4077, 108th Cong.（2004年9月28日に下院を通過）（著作権法の刑事的エンフォースメントの強化を求めてい

するという情熱のみによっては、著作権侵害行為の水準をインターネットの登場以前に戻すことは困難である。

インターネットが、容易に特定されたり刑事罰を科されたりすることがないような遠隔地から実質的な損害を惹き起こすことができるようにする能力を人々に付与していくのにつれて、NET法のような直接的な態様の行動規制の実効性と訴求力は低下することになる。個人に対する直接的なエンフォースメントへの障壁の増大に対しては主として2つの代替策が提起されてきた。一つが、個人の行動に対する規制に力を貸すよう媒介者を徴用する試み（「伝統的ゲートキーパー」(traditional gatekeepers)）であり、もう一つが、個人を特定したり個人の行動を規制したりすることを促すように技術自体を変化させる試み（「技術的ゲートキーパー」(technological gatekeepers)）である。両者はともに、違法行為を行う者に対する直接的な規制は容易ではないという認識に依拠している。

一つめの試み、すなわち、規制において人間の媒介者または制度的媒介者を用いるという戦略の展開は、その起源を不法行為法上の代位責任（vicarious liability）の法理の成立にまで遡ることができる[7]。レイニア・クラークマンは、大きな反響を呼んだ1986年の論文において[8]、直接的な「第一次的エンフォースメント」（primary enforcement）の限界を明らかにした上で、いかなる場合にゲートキーパーの責任に訴えるべきかを検討するための一般的な枠組みを提起した。ゲートキーパーの責任は、違法行為を何らかの形で支えている媒介者に違法行為を抑止することを要求し、違法行為を抑止しなかった場合に媒介者にペナルティを科すものである[9]。クラークマンは強制的なゲートキーピングの妥当性を評価するための4つの基

る）.

[7] 代位責任（vicarious liability）は、他者の行為の責任を負わされる者に事実上の「巡査」（cop-on-the-beat）―これはジェレミー・ベンサムにおける使用者責任（respondeat superior）の理解にまで遡ることのできるメタファーである―としての役割を果たすインセンティブを付与している。Reinier H. Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third-Party Enforcement Strategy*, 2 J.L. ECON. & ORG. 53, 53 & n.1 (1986).

[8] *Id.* at 54-55.

[9] *Id.* at 53-54.

準を提起している。「(1)実行可能な[直接的]ペナルティによっては抑止できない深刻な違法行為が存在すること、(2)私的なゲートキーピングを行うインセンティブがないか不足していること、(3)ゲートキーパーが、違法行為を行う者の選好や市場における代替手段にかかわりなく、実効的に違法行為を抑止することが可能であり、またその意志を有していること、(4)法的な規律によってゲートキーパーが合理的なコストで違法行為を検出するよう仕向けられること」[10]。彼はこのほかに、適法な活動を行う第三者に対するゲートキーピングのコストも考慮すべき要因に掲げている。ゲートキーピングの義務を履行することがゲートキーパーと他者との間に摩擦を引き起こすことがありうるというのである[11]。クラークマン自身の論文は、金融上の違法行為等のホワイトカラーの違法行為に焦点を当て、これらの行為が法律家や会計士にゲートキーパーとしての役割を期待することで抑止することができるのかということを論じるものであったのだが、その後のサイバー法に関する議論の多くは彼の提示した枠組みにまさに当てはまるものとなった。新たな手法を模索する規制者が提言するプロジェクトは、しばしば、ゲートキーピングによってインターネットに対する規制目的を十分に達成することができるのかということを確認するものであったのである。

個人の行動を間接的に規制しようとする2つめの企て、すなわち、技術自体を変革する企ては、法システムがネットの利用に由来する諸問題の第一の波を経験することを経て、クラークマンの論文の約10年後に理論として結晶化されることになった。ローレンス・レッシグは、コードもまた法となりうるということを強調することによって、サイバースペース上の規制可能性に関する論点を明確な形で提起した[12]。技術の機能は（主権者にとって合理的に利用可能な規制の選択肢の幅とともに）人々がなしうる行動の幅を画定するが、他方で技術はそれを構築する人々によって変革されうるのである。したがって、「生来的な規制不可能性」(natural unregulability)という言葉を用いることは、非常に高い改変可能性を有する手段を自然の力であるかのように誤認させることになる[13]。規制者が、他の主体がそれを元に戻したり回避したりすることができない形でインターネットの技術の特性について何らかの改変を促すのであれば、インターネットの世界によって引き起こされてきた規制を行う際の困難の多くは消え失せることになる。レッシグは、さらに続けて、このような変化は大いに憂慮すべき事態であるという。過度に熱心な規制者により十分な配慮を欠いたままの技術的な規制が実現し、その結果、規制の適正な活用が過度に阻害されるとともに、技術の開発者の創造的な自由が侵害されてしまうことになりかねないというのである[14]。

媒介者のインセンティブを変化させることによって、また、技術の働きを変革させることによって、人々の行動をコントロールしようとするこれらのテーマは、サイバー法におけるほとんどあらゆる理論領域に見出すことができる。これまでの議論でしばしば見逃されてきたのは、これらの手法がその潜在的な可能性にもかかわらずこれまでいかに限定的な形で用いられてきたのかということである。その理由を理解することは、このような自制的な態度が今後続くのかどうか、続かないとしたら、今後どのようなことが見込まれるのか、そして規範的な観点からそのことについていかに評価し対処すべきなのかを理解することを意味している。

[10] *Id.* at 61.

[11] *Id.* at 75-78.

[12] 参照、Lawrence Lessig, *The Limits in Open Code: Regulatory Standards and the Future of the Net*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 759, 761-62 (1999)［以下、Lessig, *Limits in Open Code* と表記］. 一般的な議論として参照、LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (1999)［以下、LESSIG, CODE AND OTHER LAWS と表記］. レッシグは「コードは法である」という考えを有名にしたが、この考えのオリジナルな構想はジョエル・ライデンバークに遡ることができる。参照、Lessig, *Limits in Open Code*, at 761-62.

[13] LESSIG, CODE AND OTHER LAWS, *supra* note 12, at 24-25（本書でレッシグは「現状主義」（“is-ism”）の誤謬について説明している）.

[14] 参照、LAWRENCE LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD 236-39 (2001).

Ⅲ．オンライン上のゲートキーピングの黎明期における活用：既存の私的な監視とエンフォースメントのレジームに対する補完

サイバースペース上の名誉毀損と子どもによるポルノグラフィーへのアクセスに対する米国の政策の発展は、媒介者がすでにフィルタリングを行っていると規制者が認めた場合にのみ介入を行うという点で、サイバー法の精神史の黎明期における規制の自制のあり方についての有用で複雑に絡み合った実例を提供してくれる。

多くの消費者が、まずは専用の情報サービス（proprietary information service）を通じてオンライン世界に参入するとまもなく、彼らは、広く公衆一般に、あるいは、少なくとも彼らが利用する各々の専用ネットワークの他の加入者に向けて、情報を公開する多大な力と自由を享有するようになった。オンライン世界の技術は、コンテンツの伝達、利用、再利用に関して（コードについてまでそれが妥当するわけではないとしても）高度に生成的（generative）[15]な性格を有していた。すなわち人々は、文字ベースのチャット、公開メッセージボード、電子ファイル文書ライブラリーといった予め開発されたアプリケーションを通じて遠隔者間やグループ間で新たな会話の諸形態を創出することによって、斬新な方法で相互に交流することができるようになったのである。オンライン世界の技術が有するこのような様々な形の生成を可能にする性質、すなわち生成性（generativity）は、名誉毀損的表現の拡散や子どもへのポルノグラフィーの伝達などの好ましくない利用法をも可能にした。そして、これらの行為が、見つけ出すことが困難であり、資力に乏しく判決の執行も不能となる可能性の高い個人により行われるという事態は、直ちに第三者の責任に関する問題を引き起こすことになった。

ここで1991年のCubby, Inc. v. CompuServe, Inc.[16]と1995年のStratton Oakmont, Inc v. Prodigy Services Co.[17]の2つのコモンロー事件をとりあげよう。どちらの事件も、専用の「オンライン・サービス・プロバイダ」（「OSP」）[18]が加入者による名誉毀損的表現の投稿を下支えしていた。CompuServe事件においては、他者の名誉を毀損したとされるニュースレターがCompuServeのデータライブラリにアップロードされていた[19]。一方、Prodigy事件においては、投資銀行の名誉を毀損したとされるメッセージがその投資銀行による増資の最中に「マネー・トーク」掲示板に投稿されていた[20]。これらの責任の決定基準は、コモンロー上の名誉毀損の法理における既存の区分である、書店／頒布者（booksellers/distributers）と新聞／出版者（newspapers/publishers）との分類論に依拠していた[21]。両者とも、自らが公衆に入手可能にした第三者の表現に責任を負う可能性があるが、頒布者の責任が認められるための基準は出版者のそれよりも高く設定されている[22]。このような相違は、頒布者は受動的な導管（conduit）であるという考えに基づいている。頒布者は、自らが流通させる素材について、いかなる形であれきめ細かな方法で編集することを引き受けておらず、それゆえ、名誉毀損的な言明を排除するために自らが提供する素材を検査することを要求されないのである[23]。他方、出版者は、自らが提供する素材について編集を引き受けているため、最終的な結果に対してより多くの責任を負わされることになる[24]。

CompuServe事件においては、フォーラムにアップロードされた素材を事前にスクリーニングすることは不可能であるという裁判所の事実認定

[15] 生成性（generativity）については参照、Jonathan Zittrain, *The Generative Internet*, 119 HARV. L. REV. 1974 (2006).

[16] 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

[17] No. 31063/94, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995). なお、本判決の立場は、1996年電気通信法（通信品位法）、Pub. L. No. 104-104, tit. V, 110 Stat. 56, 133-43 (codified at 47 U.S.C. § 230 (2000)) によって取って代わられた。

[18] OSPは、利用者が情報を人々に広く頒布できるようにするために情報を蓄積する。後掲の脚注67-68に付随する文書を参照.

[19] *CompuServe*, 776 F. Supp. at 138.

[20] *Prodigy*, 1995 WL 323710, at *1.

[21] *CompuServe*, 776 F. Supp. at 139-41; *Prodigy*, 1995 WL 323710, at *1-5 参照。

[22] *CompuServe*, 776 F. Supp. at 139-41; *Prodigy*, 1995 WL 323710, at *3 参照。

[23] *CompuServe*, 776 F. Supp. at 139-41; *Prodigy*, 1995 WL 323710, at *3 参照。

[24] *CompuServe*, 776 F. Supp. at 139; *Prodigy*, 1995 WL 323710, at *3 参照。

（事実の問題としてそれは誤っているのであるが）により、CompuServe社のサービスは受動的な導管と評価されることになり、その結果、同社は頒布者寄りに位置づけられることになった[25]。他方で、Prodigy社は、自らを家族向けのサービスとして位置づけ、好ましくない素材を（それが既に投稿された後であっても）スクリーニングする役割を引き受けていた[26]。Prodigy事件において裁判所は、CompuServe判決の理由づけに全面的に同意することを示唆する一方で、当該事件における事実に基づいて異なる結論に至っている。すなわち、Prodigy社は編集者として行為しており、それゆえ、自らの電子掲示板の内容に関して、CompuServe社が自らの電子ファイルライブラリの内容に対して負うよりも多くの責任を引き受けることになる[27]。Prodigy判決において裁判所は、Prodigy社が、将来の責任の回避のために、自らのサイトの運用のあり方をより受動的なものへと組み替えることが可能であることを認めている[28]。その際のProdigy社の判断は、同判決の理由づけによれば、同社の出版者と擬されることになるフィルタリング・サービスに対する公衆の需要が、当該サービスが名誉毀損的表現をスクリーニングし損なった場合に負う可能性のある賠償責任に対する保険の費用を埋め合わせた上で、（フィルタリングを行わない状態、すなわち「頒布者」としての立場を採用した場合に比して）より多くの収益をもたらすことになるか否かという経済的な見積もりに基づいて行われることになろう[29]。

このような出版者と頒布者の分類論は、クラークマンのゲートキーパーの理論に合致させることは容易であるように見える。すでに編集を行っている立場の者は、わずかな追加費用でゲートキーパーとしての役割を引き受けることができるからである。クラークマンはゲートキーパーが引き受けることになる役割を「告発者」（whistleblower）、「用心棒」（bouncer）、

[25] *CompuServe*, 776 F. Supp. at 140-41 参照。

[26] *Prodigy*, 1995 WL 323710, at *2-3.

[27] *Id.* at *5.

[28] *Id.*

[29] *Id.*

そして「目付役」（chaperone）に区分している[30]。出版者は、この3つの役割のうちで最も要求水準の高い役割を担わされることになる。やや単純化して説明すると、告発者は、違法行為が行われる可能性を発見した場合にそれを当局に通報する[31]。用心棒は、単純な観点に従って「問題がある」と思われる人物と取引することを拒絶する[32]。目付役は、クライアントとの強固で継続的な関係を利用して、クライアントの行動をより複雑かつきめ細かに監視し、影響力を行使する[33]。名誉毀損に対するゲートキーピングのレジームは、それが出版者に関するものであるか頒布者に関するものであるかにかかわらず、上記の3類型のうち、目付役としての役割を期待しているように思える。法や会計のような専門的サービスに関しては、それら各専門領域におけるゲートキーパーがクライアントと継続的な関係を保っており、また各々のクライアントの「ビジネス」を知ることになるので、一定の条件下ではクライアントの行動を十分に知った上で監督することになる。その上、当事者の行動に適用可能なルールと限界を理解することはまさしく法律家と会計士の仕事内容である。掲示板の運営者およびその他のオンライン上の媒介者に対しても、ゲートキーパーとしての役割を果たすことが要求されるとすれば、同様に、自らのシステムを行き来する多種多様な表現内容について十分に理解し、一定の条件下では、その真実性を評価することまで求められることになりかねない。だが、このことは決して容易な作業ではない。

したがって、OSPの文脈では、名誉毀損に対する出版者としての責任を課すことは、ゲートキーパーであるOSPを直接的に被告となる「代弁者」の立場に置き、違法行為を発見するための潜在的に多大な費用を課すことになる点で、ゲートキーパーとしての義務は苛酷なものとなろう[34]。他方

[30] Kraakman, *supra* note 7, at 58-60, 62-66.

[31] *Id.* at 58-60.

[32] *Id.* at 62-66.

[33] *Id.*

[34] 参照、Assaf Hamdani, *Who's Liable for Cyberwrongs?*, 87 CORNELL L. REV. 901 (2002)（オンライン上のゲートキーパーに厳格責任（strict liability）を適用することは過剰な抑止効果をもたらすことになると論じている）; Douglas Lichtman & William Landes,

で、名誉毀損に対する頒布者としての責任は、同様にゲートキーピングの枠組みに収まる責任ではあるものの、責任が認められる前提としてOSPの過失を証明することが要求されると考えられるので、ゲートキーパーとしての責任はより緩やかなものにとどまる。名誉毀損に対して頒布者が責任を負う過失の基準は、一般に、伝達された素材が他者の名誉を毀損するものであったことをゲートキーパーが知っていたかまたは知るべき理由があったことが要求される、と表現されている[35]。このような責任の水準が極めて寛大なものであるということは、CompuServe社が一般への公開を可能にした素材が現実に他者の名誉を毀損するものであったにもかかわらず、同社は当該素材の名誉毀損的な性格を知りうる理由を有していなかったと裁判所に認定され、その結果、サマリー・ジャッジメントにおいて同社の抗弁が認められていることからも明らかであろう[36]。

クラークマンの理論は出版者が頒布者に比べてより厳格に扱われるべき理由を提供しているが、政策上の問題としては、(Prodigy事件の場合のように、そして裁判所の信念にもかかわらず事実としてCompuServe事件の場合のように) たとえ媒介者がすでに編集者としての役割を引き受けていたとしても、OSPによる名誉毀損的表現のスクリーニングは、いかなる種類のゲートキーピングの枠組みにも当てはまらないかもしれない。例えば、頒布者としての限定的な責任を負うにすぎない場合でも、OSPは、原告が問題となる表現に気づき、何らかの手段により潜在的に名誉毀損となりうる可能性のあるコンテンツを明確に特定してOSPに伝えたときは、その表現を削除することを求められるかもしれない。このような枠組みは、OSPのゲートキーパーとしての役割を目付役よりも用心棒に近いものに追いやることになろう。OSPは、単に被害者の依頼に基づき名誉毀損的な表現を削除したり、そのような表現の投稿を続ける者を閉め出したりする

Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective, 16 HARV. J.L. & TECH. 395, 404-06 (2003) も参照。

[35] 参照、*CompuServe*, 776 F. Supp. 135, 139-41 (S.D.N.Y. 1991); *Prodigy*, No. 31063/94, 1995 WL 323710 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995).

[36] 参照、*CompuServe*, 776 F. Supp. at 139-41.

役割を果たすにすぎないからである[37]。

このような場合に用心棒としての役割を果たすことは、目付役としての役割を果たすことに比べれば、OSPにとって重荷にならないかもしれない。だが、このような形の役割の変更は、ある発言が他者の名誉を毀損するものであるか否かを判断することは依然として困難であるということ、そして、掲示板の管理者の代わりに名誉を毀損されたと主張する当事者を目付役として用いることは望ましくない解決かもしれないという事実を隠蔽してしまう。真実のところは名誉を毀損されておらず単に感情を害されたにとどまる人々が、OSPに対して問題の素材が彼らの名誉を毀損するものであるという誤った通告を送る気になり、その結果、用心棒がその職務を過度に熱心に遂行するような事態に陥りかねないのである[38]。

Prodigy判決が下される頃までには、専用のOSPは、成長しつつあった商業的なインターネット・サービス・プロバイダ (「ISP」) と結託して一定の政治的な影響力を獲得していた。OSPとISPは、自らの提供する情報を能動的に編集することができるように、例えば、自らが好ましくないと考えるポスティングを選択的に削除したとしても、見落としてしまった名誉毀損的なポスティングに対して出版者水準の責任を負うことがないような権限を求めていた[39]。Prodigy判決はそのような条件整備を (少なくと

[37] *Zeran v. America Online, Inc.*, 958 F. Supp. 1124, 1127-28 (E.D. Va. 1997) において問題となった他者の名誉を毀損するメッセージを投稿した加入者は、America Online (「AOL」) が被害者からの求めに応じて過去の投稿を削除した後も新たなメッセージを投稿し続けた。この事件においてAOLが名誉毀損的発言を繰り返す加入者のアクセスを完全に利用停止にしなかった理由は明らかではない。AOLは単にそのような選択肢を採用しなかっただけかもしれないし、あるいは、いかなる身分証明も求めることなくフリートライアルのメンバーシップを認めていた同社の実務が、名誉毀損的発言を繰り返す加入者が古いアカウントが停止されるたびに新しいアカウントを作ることを可能にしてしまっていたのかもしれない。

[38] 参照、Jonathan Zittrain, *Policy Commentary: The Rise and Fall of Sysopdom*, 10 HARV. J.L. & TECH. 495, 506-09 (1997).

[39] *Id.* at 510-13 参照 (連邦議会が他者の書き込んだメッセージの動的な交換を不十分に管理していたことに対して責任を負わされるシスオペに州法からの一定の免責を与える必要性を明確に認めていたと指摘している)。

もニューヨーク州法の下では）明示的に否定したわけであるが、それと時期を同じくして、連邦議会は、これとは一見して別のサイバー法に関する問題、すなわち子どもたちがオンライン上ではポルノグラフィーを現実世界に比して極めて容易に入手しうるという問題に駆り立てられていた[40]。オフラインの世界では、以前から、子どもたちが品位を欠く素材を入手する可能性を抑止する方策は、ゲートキーパーに責任を課すことで達成されてきた。多くの州では、書店は外見から未成年者にみえる購入者に対しては一定の年齢以上に達していることを認証するための年齢確認を行わなければ品位を欠く素材を販売することができないとする法律が定められてきた[41]。これに対して、1996年通信品位法（Communications Decency Act-CDA）[42]は、第三者のゲートキーパーに規制を課す陣営ではなく、「より強硬な直接規制」の陣営に与するものとなった。CDAは、オンライン上の媒介者に上のようなゲートキーピング機能を果たすことを要求しなかった。その代わりに、同法は、未成年者に対して品位を欠く素材をオンライン上で提供することを「行った」者に刑事罰を科すにとどめた[43]（ただし、素材の提供を行った者がネットワークの他方の末端にいる個人の年齢

[40] 参照、Communications Decency Act of 1995, S. 314, 104th Cong. (1995); Protection of Children From Computer Pornography Act of 1995, H.R. 2104, 104th Cong. (1995); Protection of Children from Computer Pornography Act of 1995, S. 892, 104th Cong. (1995); Online Parental Control Act of 1996, H.R. 3089, 104th Cong. (1996); 141 CONG. REC. S8268 (daily ed. June 13, 1995) (statement of Sen. Robb); 141 CONG. REC. S9017 (daily ed. June 26, 1995) (statement of Sen. Grassley).

[41] 例えば参照、MONT. CODE. ANN. §45-8-206 (2005). モンタナ州では事業者が未成年者にわいせつな素材を頒布することが州法で禁止されているが、「購入者が18歳以上であると信じる合理的な理由を有していた」書店に免責を認めていた（「合理的な理由」には、徴兵カード、運転免許証、結婚許可証、出生証明書、身分証明書、教育IDカード、政府IDカード、または購入者が18歳以上であることを証明する趣旨のその他の公式ないしそれに準ずるカードまたは文書を示されることなどが含まれる）。

[42] Telecommunications Act of 1996 (Communications Decency Act), Pub. L. No. 104-104, tit. V, 110 Stat. 56, 133-43 (codified at 47 U.S.C. §230 (2000)), *available at* http://www.epic.org/free_speech/CDA/cda.html.

[43] 47 U.S.C. §223(a) (2000).

認証を行うための誠実な措置をとっていた場合には、その限りではないとされている[44]）。

政策的な観点からみれば、CDAが直接規制を志向する選択は、ゲートキーパーによる規制に移行する前に、まずは直接的な刑事罰による規制を試すべきであるという判断を反映したものであったということが許されるかもしれない。受動的な導管（conduit）に準ずるものか、もしくは完全な導管といえるISPやOSPに対して品位を欠く表現をふるい分けることを要求することは、適法な活動を行う第三者との間に大量の摩擦を引き起こすことになるだろう[45]。というのも、そのような要求は、第三者による投稿を糧とするオンライン上のチャットルームやメッセージボードなどを運営するOSPに、情報を完全に遮断するか、サービスを維持するためのコストを大幅に増大させるか、あるいは、責任を完全に回避するために情報を過剰に遮断するかのいずれかの選択を促すことになるからである[46]。政治的な観点からみれば、CDAの規律は、単にISPやOSPが、未成年者に有害となりうる素材の送信に関するCDAの法的責任の枠組みから自らを除外するよう連邦議会を説得するのに成功したことを意味するというだけのことなのかもしれない。

CDAにおいてISPとOSPに対して命令的な規制が採用されなかった一方で、好ましくないコンテンツに子どもが接触しないようフィルタリングを行う上でISPやOSPが有用な役割を担うことができるということは同法においても認識されていた。ゲートキーパーによるフィルタリングを要求することこそ控えたものの、CDAはそれを奨励する意欲を表明している[47]。そのために同法は、州法のレベルで増大しつつあった名誉毀損その

[44] *Id.* § 223(e)(5)(A).

[45] 参照、*supra* note 11.

[46] クラークマンはこの費用を「第三者に関する費用」と呼んでいる。Kraakman, *supra* note 7, at 75-77 参照。

[47] 47 U.S.C. §230(b) (2000). CDAは、「連邦または州の規制によって拘束されていない」ネットワークであるところの、専用および非専用の情報ネットワークにおける活気があり急激に発展しつつある自由競争市場によってもたらされる社会的便益への賛辞を含む前文を冒頭に置いている。*Id.*

他のコモンロー上の不法行為に対するゲートキーパーの責任の枠組みを緩和したのである。すなわちCDAは、「双方向コンピュータ・サービスのいかなる提供者…も、別の情報コンテンツ提供者が提供する情報の出版者（publisher）または代弁者（speaker）として取り扱われない」と規定することで、Prodigy判決の法理を専占し、「良きサマリア人」による他者を害する表現に対する遮断とスクリーニングを明示的に奨励したのである[48]。利用者の提供したコンテンツを集積するOSPは、そのサービスの加入者の制作物を多かれ少なかれその意のままに編集したとしても、彼らのサービスを利用して問題となりうる言論を送信するかもしれない個人に対して、ゲートキーパーとしての役割を果たす義務が随伴することを心配する必要はなくなったのである[49]。

CDAは、同法制定後の初期の裁判例において、出版者としての責任はもとより頒布者としての責任をも排除しうるほど広範に責任を免除したものであると解釈されたため、CDAはオンライン上の名誉毀損に対するゲートキーピングの適切な水準に関するコモンロー上の判例法理の浸透を終焉させることになった[50]。CompuServe社や他のオンライン上の媒介者は、もはや名誉毀損に対して、「用心棒」としての限定的な責任についてですらゲートキーパーとしての役割を果たすよう迫るいかなる法的圧力の下にも置かれなくなったのである。

このように名誉毀損に対する救済は、結局は、伝統的ゲートキーパーの枠組みを採用するものとはならなかったのだが、同様に技術的ゲートキーパーも採択されることにはならなかった。加入者がアップロードしたファイルが投稿と同時に直ちに他の加入者にも入手可能とされていたという、CompuServe判決における裁判所の事実認定を仮に信頼するとしても、CompuServe社は自らの受動的な体制を改め、その代わりに現実になされていた体制、すなわち投稿されたファイルを同社の従業員と受託業者のみが閲覧できる「プレビュー」エリアに留め置き、一般に公開するかどうか判断するという体制へと変更することができたはずである[51]。同様に、Prodigy社はメッセージの即座のポスティングを許していたが、そのような体制もまた再コード化することが可能なものであった。モデレータの承認がおりるまでメッセージを保留状態に置くこともできたはずだからである。CDAの免責条項により法的な意味を失ったCompuServe判決とProdigy判決の含意は、ゲートキーパーは自らのサービスがどれだけ能動的または受動的なものであるか決定する権限を有しているということ、そしてそのような決定は、それに従ってゲートキーパーに一定の義務が課せられることになるルールを規定することになるということだったのである。すなわち、ゲートキーパーの責任に関する判断は、それがその企業の出版者としてのふるまいに起因するものであれ、頒布者としてのふるまいに起因するものであれ、いずれの場合にせよ、選択しえた他の代替的な技術的枠組みではなく、各々のゲートキーパーが選択した技術的枠組みにおける当該ゲートキーパーの行為に焦点が当てられる形で行われたのである。つまり、法はコードに追随し、コードはビジネスモデルに追随していたのであって、その逆ではなかったのである。

[48] *Id.* §230(c)(1).

[49] CDAの「良きサマリア人」条項はCDAの多くを修正第1条違反を理由に違憲無効とした連邦最高裁の *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) 判決を経て生き延びた。

[50] 例えば参照、Batzel v. Smith, 333 F.3d 1018, 1027 n.10 (9th Cir. 2003)（「これまで、CDAの「良きサマリア人」条項に関する問題を取り扱ってきたすべての裁判所は、議会が頒布者と出版者両方の責任を免除することを意図していたと判断してきた」と述べている）．他方で参照、Doe v. GTE Corp., 347 F.3d 655, 660 (7th Cir. 2003)（ISPが自ら好ましくない情報を作り出した場合ではなく、「情報が第三者に由来するものである場合に限り」、CDAはISPの責任の免除を認めているはずであると述べている）；Barrett v. Rosenthal, 9 Cal. Rptr. 3d 142, 153-54 (Cal. Ct. App. 2004), *cert. granted*, 87 P.3d 797 (Cal. 2004)（*Zeran v. America Online, Inc.*, 129 F.3d 327 (4th Cir. 1997) が「双方向コンピュータ・サービスの提供者および利用者を一次的な責任を負う出版者としての責任のみならず頒布者としての責任からも免除した」と述べた上で、「Zeran判決におけるCDAの解釈を受け入れることを拒否」している）．その後の展開として、Barrett v. Rosenthal, 20 BERKELEY TECH. L.J. 333 (2005).

[51] 参照、Robert B. Charles, *The New World of On-line Libel*, MANHATTAN LAWYER, Dec. 1991, at 40.

Ⅳ．インターネットの成熟と限定的なゲートキーピングの継続：著作権侵害、ISP、OSP

名誉毀損は、個人による問題となりうるオンライン活動を抑止するに当たって媒介者の果たすべき適切な役割は何であるのかということに関する1990年代前半のリトマス試験紙であった。それに続いて著作権侵害行為が、規制者や法学者の耳目を急速に集めるようになった。

政治的な観点からみれば、著作権者は、自らの名誉が毀損された人々や品位を欠くコンテンツにわが子が不適切に晒されていると信じている人々よりも、十分に組織化されており、またおそらくはその被る被害もより明示的に示しうるものであった[52]。すなわち、ネットワークが可能にした著作権侵害による出版者の被害は、より可視的であり経済的算定に適したものであり、名誉毀損の原告となりうる多くの者とは異なり、出版者の利益は予見可能なものであり、継続的なものであった。そのような中で、出版者らは、自らの著作物が継続的に海賊に晒されるようにしてしまう大海原の構造的大転換を阻止するために出航し、膝元で甲板が傾きつつある中、法的な救済を要求したのである[53]。

[52] この現象について一つのありうる説明として参照、Marc Galanter, *Why the "Haves" Come Out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change*, 9 LAW & SOC'Y REV. 95 (1974).

[53] 参照、Michael D. McCoy & Needham J. Boddie, II, *Cybertheft: Will Copyright Law Prevent Digital Tyranny on the Superhighway?*, 30 WAKE FOREST L. REV. 169 (1995)（インターネット上における電子窃盗の可能性を所与として著作権の改革の提案について検討した上で、現行の著作権法はインターネット時代に適応しうると結論づけている）; Robert A. Cinque, Note, *Making Cyberspace Safe for Copyright: The Protection of Electronic Works in a Protocol to the Berne Convention*, 18 FORDHAM INT'L L.J. 1258 (1995)（デジタル形式で伝送される著作物に対して強力な国際的エンフォースメントを行うことに伴う長所と短所について検討している）; John Perry Barlow, *The Economy of Ideas*, WIRED, Mar. 1994 (http://www.wired.com/wired/archive/2.03/economy.ideas.html)（デジタル時代において古い法は情報を統御するのに適していないと論じた上で、暗号のような新しい技術が知的財産保護の要になるだろうと予測している）.

出版者はまず、オンライン上の著作権侵害行為に関して、直接的な侵害者ばかりでなくゲートキーパーに対しても責任を負わせることを求めた。前者の直接的な侵害者の責任は前述のNET法に反映されたが[54]、著作権侵害行為を減少させる上では、後者の媒介者の責任がより有望であるように思われていた。1990年代初期における著作権により保護されたソフトウェアの違法な交換を可能にした個人の電子掲示板（BBS）の管理者との小競り合いでは、コモンロー上の名誉毀損と連邦制定法である著作権法との間の法理上の繋がりは、新しいものには応用できない古いストーブのパイプのように細い繋がりしかないにもかかわらず、CompuServeとProdigy事件の根底にある衡平の原理をおおよそなぞる形で一連の判決が下された[55]。自らのシステム上で行われた個別の著作権侵害行為を認識していたと思料された個人のBBS管理者は、著作権侵害の寄与責任を問われる傾向にあった[56]。他方で、著作権侵害行為そのものからは離れたところにいる企業や、質量ともに多くの活動を支援しており著作権侵害はそのごく一部にすぎないような企業は責任を免れた[57]。したがって、出版者／頒布者の分類

[54] 参照、Pub. L. No. 105-147, 111 Stat. 2678 (1997) (codified as amendments to 17 U.S.C. §§ 101, 506 and 18 U.S.C. § 2319).

[55] 一般的な議論として参照、Jonathan Zittrain, *Internet Points of Control*, 44 B.C. L. REV. 653, 666-67 (2003).

[56] 参照、Playboy Enters., Inc. v. Russ Hardenburgh, Inc., 982 F. Supp. 503, 512 (N.D. Ohio 1997)（加入者に著作権の保護された画像をアップロードするインセンティブを与え、アップロードされた画像を公開し、他の加入者がダウンロードできる場所へ画像を置いたBBSが著作権侵害に対して損害賠償責任を負うことを認めた）; Sega Enters. Ltd. v. MAPHIA, 948 F. Supp. 923, 931-32 (N.D. Cal. 1996)（著作権により保護されたテレビ・ゲームのトレーディング・エリアを提供するBBS管理者の寄与侵害責任を是認した）; Playboy Enters., Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552, 1559 (M.D. Fla. 1993)（加入者に課金していたものの、著作権侵害には気付いていなかったと思われるBBS管理者の損害賠償責任を認めている）.

[57] 参照、Marobie-FL, Inc. v. Nat'l Ass'n of Fire Equip. Distrib., 983 F. Supp. 1167, 1178-79 (N.D. Ill. 1997)（ウェブサイトのホスティング・サービスを提供する者ではなく、著作権により保護された画像を許諾を得ずにウェブサイト上に置いた者が著作権侵害に対する直接侵害者としての責任を負うとした上で、ホスティング・サービスの寄与侵害責任は、侵害に関する認識の水準と時期に基づいて判断されること

は、著作権侵害に関する媒介者の責任を確立するために司法が寄与侵害責任と代位責任の法理の下で考案した要件におおまかに対応している。寄与侵害と代位責任の定義は事案ごとに流動的なものではあるが、一般に侵害行為を知りながらそれを実質的に援助している者は寄与侵害責任を問われ、使用者責任における雇用者に類似すると考えられている者で、侵害行為を管理する権限と能力を有しており、そこから利益を得ている者は代位責任を問われるということができる[58]。媒介者が受動的な導管の役割に徹すれば徹するほど、寄与侵害であれ代位責任であれ、侵害を発見するゲートキーパーに仕立てられる可能性は少なくなる。

1990年代後半までに、CompuServeやアマチュアBBSのような専用サービスはおおよそインターネットに移行し、インターネットへのアクセスを消費者等に提供するインターネット・サービス・プロバイダ（ISP）が政治的影響力も有する事業になっていった。しかし、消費者によるインターネットの利用は依然として、専用サービスに起源を持つハブ・アンド・スポーク（hub-and-spoke）という利用モデルに従っていた。ウェブ・ブラウザ[59]やファイル・トランスファー・プロトコル（FTP）[60]のように発達を遂げたインターネットに対応したアプリケーションは、依然として、消費者のPCがパワフルなウェブサーバーまたはファイルサーバーへ非対称な形でアクセスするという考えを採用し続けた。消費者向けのPCは依然と

になるとしている）; Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Comm. Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1367-73 (N.D. Cal. 1995)（BBSの管理者は、著作権により保護された素材をUSENETのニュースグループに置くためにBBSを利用した加入者の著作権侵害行為につき直接的な責任を負わないと判断した上で、上流のISPが負う責任について懐疑的な立場を表明している）.

58 参照、A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (*Napster II*), 239 F.3d 1004, 1019-24 (9th Cir. 2001)（著作権侵害における寄与侵害と代位責任の要素について論じている）.

59 参照、BILL STEWART, *Tim Berners-Lee, Robert Cailliau and the World Wide Web*, *in* LIVING INTERNET, http://livinginternet.com/w/wi_lee.htm（2006年4月29日最終確認）.

60 参照、J. Postel & J. Reynolds, File Transfer Protocol (FTP), RFC 959 (Oct. 1985), ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc959.txt; The FTP Protocol Resource Center, Jgaa's Internet, http://war.jgaa.com/ftp/（2006年4月29日最終確認）（FTPクライアントおよびサーバーの実装の一例を描写している）.

して、サーバーとして稼働させたいと思っても、大量に流入する接続を処理できるほどパワフルではなく、そのようなPCに常時接続を提供するものが存在しないという状況においては、他の場所で情報をホストしてもらうことは理にかなっており、その役割は急速にISPとなりつつあったOSPによって果たされたのである。

このような市場と技術の構造を背景として、出版者は、1997年から98年の会期の議会において著作権侵害行為の抑止を規制により支援するよう請願を行った。その結果、成立した1998年のデジタルミレニアム著作権法（DMCA）[61]は、相互に独立した多数の条項を含んでおり、その中の一部が、著作権侵害をコントロールする手段の一つとしてゲートキーパーの責任に直接的に関係を持つものであった[62]。17 U.S.C. §512に見受けられるいわゆる「セーフ・ハーバー条項」と呼ばれる諸条項は、相互に利害が対立する出版者とISPが、先に権力を有する場合の政治学的な方程式の所産とでもいうべきものとなった[63]。

名誉毀損などの州法上の訴訟から情報サービス・プロバイダを保護するCDAの条項と同様に[64]、§512(a)は、ISPが実際に受動的立場に身を置いており[65]、かつ、繰り返し著作権侵害行為を行う者に対して利用停止のポリシーを採用するという要件（もっとも、この要件が訴訟において問題とされることはあまりないのであるが）を満たす限りにおいて、最も受動的な媒介者であるISPを、彼らが送信するデータに関する著作権侵害行為に対するあらゆる責任から免除している[66]。

§512(c)は、OSPの責任制限について定めている。OSPとは、利用者が

61 Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (1998) (codified as amended in scattered sections of 17 U.S.C).

62 参照、*id.* §202, 112 Stat. at 2877-86 (codified at 17 U.S.C. §512 (2000)).

63 著作権侵害責任に関する多様な原則の「包括的な明確化に着手する代わりに」、議会は「現行法を発展過程の状態に留めておく一方で、サービス・プロバイダに共通する一定の活動のために一連の『セーフ・ハーバー』を創出する」ことを選択した。S. REP. NO. 105-190, at 19 (1998).

64 参照、*supra* notes 42-44 および付随する文書。

65 参照、17 U.S.C. §512(a)。

66 後掲の脚注84-92に付随する文書を参照。

情報を他者に大量に頒布できるようにするために情報を実際に蓄積する者のことで、GeoCities[67]やTripod[68]、今日でいうとYouTube[69]やMySpace[70]がこれに当たる。§512(c)は、OSPが著作権者から著作権侵害が行われているという通知を受けた後、迅速に著作権を侵害する素材を削除するために行動する場合には、著作権侵害行為に対する責任からOSPを免除している[71]。したがって、仮に利用者が著作権により保護された本をデジタル形式で複製してGeoCities上の自己のホームページにアップロードしたとすると、出版者は「DMCAに基づく削除通知」をGeoCitiesに送付することができる。通知を送付されたOSPは自己の責任によりそれを無視することもできる。削除通知を無視した場合にも、OSPは最終的に寄与侵害または代位責任を否定される可能性はあるが、訴訟において§512のセーフ・ハーバー条項の恩恵を享受することはない[72]。つまり、§512(c)は以下のような意味を有する。OSPは加入者の活動を能動的に目付役として監視することに煩わされることはない。また、仮に何か気にかけるべきものが見つかった場合にも、OSPは著作権を侵害する素材を除去（または加入者に削除するよう命令）することで著作権侵害に対する責任から免除されることを確信することができる。§512(c)は、CompuServe判決における頒布者の責任が、CDAによって覆されることなく規範化されていたとすれば、名誉毀損の文脈において存続していたと目される「用心棒」としてのゲートキーパーの役割を奨励するというある種の流行の顕れといえる。

名誉毀損の文脈と同様に、DMCA制定時においても、権利を侵害されたと主張する当事者が中立的な「用心棒」に対して過剰な仕事を要求しようとするのではないかと憂慮する声が存在した。§512(f)は、削除通知を誠実なものに限定する意図で設けられたものである。すなわち、同条は、通知を送付した側が通知対象の素材が著作権を侵害するものであるとの虚偽の通知を故意になした場合には、削除通知の標的とされた者は、OSPであれ個々のコンテンツ・プロバイダであれ、そのいずれもが損害の賠償を求めることを認めている。電子投票機器メーカーのDiebold社が社内のEメールで自社機の脆弱性について議論していたところを外部のウェブ上にリークされてしまったという事件で、この条項の意味が試されることとなった[73]。社外の多くの場所にリーク情報のコピーが置かれることになったが、そのうちの一つがSwarthmore大学がホストし同大学の学生が運営するウェブサイトであった[74]。Diebold社は、リーク情報を含むポストが自社の著作権を侵害することを理由として、文書をホストする各OSPに削除通知を送付した[75]。通知を受け取ったSwarthmore大学当局は学生に当該文書を削除させたが、それに対して、学生側は、§512(f)違反などを理由にDiebold社に対する訴えを提起した[76]。裁判所は学生側の主張を認め[77]、Diebold社は文書が著作権を侵害しているとの虚偽の通知を故意になしたことを理由に125,000ドルの損害賠償を支払うことになった[78]。というのも、当該文書は著作物であるとは認められるものの、フェアユースの抗弁が成立することは明らかであり、著作権侵害が認められる可能性は存在していなかったからである[79]。

以上のような§512(f)の要件は満たさないものの、削除通知が行き過ぎ

[67] Yahoo! GeoCities, http://geocities.yahoo.com/（2006年4月29日最終確認）.

[68] Tripod, http://www.tripod.lycos.com/（2006年4月29日最終確認）.

[69] YouTube, http://www.youtube.com/（2006年4月29日最終確認）.

[70] MySpace, http://www.myspace.com/（2006年4月29日最終確認）.

[71] 17 U.S.C. §512(c)(1)(A)(iii)（2000）.

[72] OSPが著作権が侵害されたとする通知を受けたにもかかわらず、あらゆる対応を拒絶した場合には、OSPの責任が問われることになるだろう。参照、Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'n Servs., Inc., 907 F. Supp. 1361, 1375 (N.D. Cal. 1995)（「Netcomが原告から著作権が侵害されたとする通知を受けた後になされた投稿に対する寄与責任の法理の適用のあり方について、原告は実質的な事実に関する真正の論点を提起した」と判示している）.

[73] Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d. 1195, 1197 (N.D. Cal. 2004)を参照。また、Online Policy Group, Online Policy Group v. Diebold, http://www.onlinepolicy.org/action/legpolicy/opg_v_diebold/（2006年4月29日最終確認）も参照のこと。

[74] 参照、*Diebold*, 337 F. Supp. 2d. at 1197-98.

[75] *Id.* at 1198.

[76] *Id.* at 1199.

[77] *Id.* at 1204-06.

[78] 参照、Online Policy Group, *supra* note 73.

[79] 参照、*Diebold*, 337 F. Supp. 2d at 1204.

ていると感じられる場合のために、§512(g)はオンライン上に情報をポストする者に「反対通知」という代替的な救済策を認めている。OSPがコンテンツを提供する加入者に対して、投稿した素材につき著作権に関する苦情が申し立てられたということを通知した場合、当該加入者は、実際には素材が著作権侵害に当たるものではないという誠実な信念を主張することができる―より正確にいえば、「錯誤または誤認の結果、除去または遮断がなされた」という信念を主張しうる[80]。§512(g)の実際の文言は妙に限定的であるように見える。しかし、もし「錯誤」という文言について著作権を侵害していない素材を除去するよう求めたことも、概念上含まれると解釈する場合には、§512(g)、§512(f)、§512(c)は総体として、OSPが良きゲートキーパーたりうる道筋と、放任されるべきであるという道筋に対する議会のニュアンスのある評価を具現したものと理解されることになる。

§512(d)は、§512(c)がOSPに与えた条件付きの保護とほぼ同一の内容の条件付き保護を、オンライン上のどこか別の場所にある著作権侵害コンテンツへとユーザーをリンクで誘導しているにとどまる「情報探知ツール」を運営する者に与えている[81]。このセーフ・ハーバーは、コンテンツの生産や蓄積から遠く離れたところにいる者が、問題のないコンテンツをブロッキングすることを過度に推奨するものであり、政策的な観点からは、若干行き過ぎのものだったといえるかもしれない。結局のところ検索エンジンは、OSPとその加入者との間の関係とは違って、インデックス化した大多数のウェブサイトと明確な関係を有するわけではないので、著作権を侵害していると申し立てられた素材の創作者を見つけ出してコミュニケーションをとることはより困難である。さらに、検索エンジンと各々のウェブサイトの間に契約が存在しないことを考えれば、ディレクトリ・サービスは除外されたリンクの管理者と関係を維持し続けるインセンティブをほとんど持たないだろう。このように情報探知ツールは、クラークマンが提起するところの、顧客と人的関係を有し、自己の便宜のために顧客を監視することが必要となる金融サービスのゲートキーパーとはまったく異なるのである。他方で、OSPは、クラークマンの枠組みにより適合的であり、加入者との関係を維持し、法的な賢慮の命ずる範囲内で可能な限り世に示されるように加入者の素材をホストする。さらにいえば、一般の検索エンジンがインデックス化するウェブサイトの量は膨大であるため、検索結果から特定のリンクを除去することを要求する削除通知の信頼性を評価するのは、明らかに多大な労力を要することになる。もちろん、§512(d)はセーフ・ハーバー条項なので、そこに掲げられている行為を命ずるものではなく、単に奨励しているにすぎない。すなわち、§512(d)は、§512の他の項と同様に、その条件を満たさない場合に直ちに被告に責任を負わせるのではなく、そのような場合に被告に責任を負わせる可能性を与えるにすぎない。しかし、かかる責任の可能性は、裁判所が寄与侵害の法理をどのように展開していくのかということに依存したものなのである。この問題に関する米国の裁判例の数は少ないが、その中では、単なるハイパーリンクに対する責任は、仮にそのような責任が成立しうるとしても、慎重な態度がとられてきた[82]。

[80] 17 U.S.C. §512(g)(3)(C) (2000)を参照のこと。また、§512(f)は「反対通知」において故意に誤った事実を述べた者に損害賠償を課している。*Id.* §512(f).

[81] セーフ・ハーバー条項が存在しない場合には、著作権を侵害する素材へのリンクを提供するウェブサイトの運営者に対しては、寄与侵害責任が認められてきた。例えば参照、Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc., 75 F. Supp. 2d 1290, 1292-95 (D. Utah 1999)（著作権の保護された素材の保管場所となっていた他のウェブサイトに3つリンクを張り、サイトの訪問者にそれらのサイトへ行き、素材を打ち出し、他者へ当該素材を送ることを推奨していた被告のウェブサイトに対して暫定的差止命令を出した）.

[82] 参照、*id.*; Universal City Studios, Inc. v. Reimerdes, 111 F. Supp. 2d 294, 341 (S.D.N.Y. 2000)（リンクを行うことに対して差止めまたは損害賠償責任を認めることは、「当該リンクに責任を有する者が(a)相当の時期にリンク先のサイトに違法な素材が存在していることを知っており、(b)それが法的に提供することが許されない回避技術であるということを知りながら、(c)その技術の流布を目的にリンクを創出または維持したという明確かつ確信を与える証拠」が存在する場合にのみ適切であると述べている）; Perfect 10 v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006)（直接侵害を「コンテンツが蓄積されコンテンツがユーザーに向けて直接提供される」ウェブサイトに限定する「サーバー・テスト」を採用し、Google に対して著作権により保護された画像へのリンクを禁じる暫定的差止命令を求める請求を部分的に退けた）; Bernstein v. JC Penney, Inc., No. 98-2958 R Ex, 1998 WL 906644 (C.D. Cal. Sept.

実際には、Googleのような検索エンジン・サービスの提供者は、おそらくは§512(d)のディレクトリ・サービスのためのセーフ・ハーバーを享受する目的で、近年ではルーチン的に削除通知を受け入れるようになっている。Googleはディレクトリの結果から情報を除去する際に「Chilling Effects」と呼ばれる非営利の情報センターのウェブサイトに除去を行ったことを通知し、削除された情報が存在することを指摘するGoogleの検索結果画面に同サイトへの参照を表示することで、情報の除去によってもたらされる弊害を緩和している[83]。

ISP、OSP、および検索エンジンに対するセーフ・ハーバーは、それらの主体が「繰り返し侵害を行う加入者…のアカウントをしかるべき条件の下で利用停止にすることを定める運営方針を…採用し合理的に実行」することを求める§512(i)を前提としている[84]。この要求は、「用心棒」の役割が単に問題となっている特定の情報と向かい合うだけではないことを示唆している。この要求は、悪しき行為ではなく悪しき人を特定することを期待しており、ISPやOSPがそうした悪しき人に立ち向かって、ちょうどバーやナイト・クラブで「用心棒」が行うように、常習犯を追い出すことを奨励しているのである。そのような状況下で加入者がアカウントを剥奪された場合、セーフ・ハーバー条項に従えば、その後の人生もずっと彼らはアカウントを取得することが禁じられるべきなのであろうか。また、「繰り返し著作権侵害を行った者」は、実際に何らかの裁断が下された者を意味するのだろうか―すなわち、裁判所が被告に判決を言い渡すのか―それとも、ISPが侵害の判断をした者、例えば第三者が著作権侵害を主張してISPに対応を申し立ててきたときに明白に侵害であると判断された者で足

29, 1998)（Ardenのスポークスマンである Elizabeth Taylor の写真を違法に掲載したウェブサイト等へリンクしたインターネット上の映画データベースにリンクするJC Penney社のウェブサイト上でArden社の香水の販売が促進された事件で、裁判所は原告による Elizabeth Arden 社と JC Penney 社に対する著作権侵害を理由とする訴えを棄却した）.

[83] Chilling Effects, http://www.chillingeffects.org/（2006年4月29日最終確認）. なお、著者は Chilling Effects の創設者の一人である。

[84] 17 U.S.C. §512(i)(1)(a)（2000）.

りるのだろうか。連続的な著作権侵害という基準について、加入者が管理しているホームページについて著作権侵害が月曜日と水曜日に申し立てられたという場合にはこれに該当するのだろうか。このような疑問に対する権威のある回答はない。下院および上院の報告書においても§512(i)についての見解は常に曖昧である。

> 「本委員会は、§512(i)が、侵害の可能性を調査すること、自らのサービスを監視すること、または問題となっている行為が著作権を侵害しているか否かについて困難な判断をすることをプロバイダに義務づけるものであるとする意図はない。しかしながら、繰り返し、または、あからさまにインターネットへのアクセスを濫用して、他者の知的財産権を蔑ろにする者は、アクセスを喪失するという脅威が現実のものであることを思い知るべきである」[85]。

実際には、ISPがセーフ・ハーバー条項の要件を充足することを切望していたとしても、ISPを通じて繰り返し著作権侵害を行っていると告発された人々のアカウントが停止されるようなことにはならないと思われる。出版者はこれまで概して、著作権侵害に対するISPの寄与侵害または代位責任を追求する訴訟において、被告のISPがセーフ・ハーバーの要件を満たしていなかったと主張する際に、§512(i)が定めるアカウント利用停止の要求に関する論点を前面に出すことはなかった。唯一注目に値する例外的な事例が、著名なSF作家がAOLの「Usenet」を通じて自らの作品の海賊版が明らかに再送信されているとしてAOLを訴えたEllison v. Robertsonである。Usenetは、世界中にいる個々人からのメッセージを、ある加入者のホストから別のホストへ転送する中央集権化されていない混沌としたニュースグループ・システムである[86]。他の大多数のISPと同様に、AOLは数多くのUsenetグループのホストを引受けていた。AOLのホストするUsenetグループにおいて、加入者は恒常的に更新されるコンテンツを入手

[85] H.R. REP. NO. 105-551, pt. 2, at 61 (1998); S. REP. NO. 105-190, at 51-52 (1998) も参照のこと。

[86] 参照、189 F. Supp. 2d 1051 (C.D. Cal. 2002), rev'd, 357 F.3d 1072 (9th Cir. 2004).

することができ、他の多くのコンテンツに混じってEllisonの作品のコピーにもアクセスすることができた[87]。AOLは、§512のセーフ・ハーバー条項に依拠して、繰り返し著作権侵害を行った者のアカウントを利用停止とするポリシーを実行するという§512(i)の要件を満たしていると主張した[88]。AOLは著作権侵害を理由に加入者のアカウントを停止したことは明らかに皆無であったにもかかわらず、連邦地裁は同社の主張を認めた[89]。しかし、控訴審の第9巡回区控訴裁判所は、AOLが著作権侵害の通知を受けるEメールアドレスをEllisonのような権利を侵害された著作権者に対して十分な告知をせずに変更していたという限定的な問題に関して、AOLが§512(i)を忠実に遵守していたか否か陪審が判断する必要があるとして事件を連邦地裁に差し戻した[90]。AOLとEllisonは差戻審において正式審理前に和解した[91]。

ISPよりも能動的なGeoCitiesをはじめとするOSPが無料のホームページ・アカウントを停止する理由は様々であり、そのなかには著作権が侵害されたと第三者が主張してきたということも含まれるのであろう。だが、OPSは、利用停止された加入者が自らのサービスに新しい無料アカウントを作成することを防ぐことはないといってよい。すなわち、§512(i)の「繰り返し著作権侵害を行った者」という条項は、理論的には媒介者の介入、特に、§512(a)のセーフ・ハーバーを享受するために本条項を満たさなくてはならない受動的ISPの介入の度合いを劇的に高める可能性を有しているが、実際には「用心棒」としての活動をISPやOSPが十分な形で行うには至っていないのが現状である[92]。

[87] *Id.* at 1053-54.

[88] *Id.* at 1064-66.

[89] *Id.* at 1066.

[90] Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004).

[91] 参照、Jim Hu, *AOL Settles Copyright Claim*, CNET NEWS.COM, June 10, 2004, http://news.com.com/AOL+settles+copyright+claim/2110-1025_3-5230737.html.

[92] 一つの考えうる例外は、インターネットへのアクセスを非営利の事業として展開している大学である。学生が大学からのアクセスを通じて著作権侵害行為を行っていると通知されたとき、いくつかの大学は学生にアクセス権限が剥奪されることになるという警告を用いて著作権侵害行為を止めるよう要求してきたが、このような措置がとられた理由が、DMCA§512のセーフ・ハーバーの要件を満たすことを維持するためのものであることは明らかである。例えば参照、Matthew S. Lebowitz, *RIAA Targets Harvard Student*, HARVARD CRIMSON, Mar. 18, 2005, *available at* http://www.thecrimson.com/article.aspx?ref=506523（「大学は、著作権侵害行為を行う学生を能動的に見つけ出そうとはしていないが、大量の帯域幅が著作権侵害行為に用いられた場合には時に学生による著作権侵害行為を見つけ出すことがある。このような場合には、問題となっている行為を行った学生に一連の警告書が送られる」); Letter from Courtney Bickel Lamberth, Allston Burr Senior Tutor, Winthrop House, Harvard Univ., to Aaron Koller, Undergraduate Student, Harvard Univ. (Oct. 17, 2001) (on file with author), http://www.chillingeffects.org/copyright/notice.cgi?NoticeID=212において入手可能。ついでながら言うと、筆者自身は学生のアクセスが実際に剥奪されたという話を聞いてきたが、商業的なISPは一見したところでは顧客にアクセスを剥奪するという警告さえ通知していないようである。

OSP、ISP、および検索エンジンは1996〜97年においてインターネットの技術的な世界を席巻していた。DMCAやCDAは、これらの企業が、そのビジネスモデルや技術的アーキテクチャを根本から変更しないような形で行動することを促すことを企図して制定された。権利を侵された当事者は、目に余る著作権侵害の個々の事例について申し立て削除させるのみならず、かかる制度を濫用しシステムの運営者に完全に合法的な素材をも削除させてしまうことも可能であった。もっとも、そのような方策がとられたとしても、侵害を断行することに決めている個人はまた別の場所に著作権を侵害する素材を再度投稿することができたのである。その間、インターネットにコンテンツを投稿していた人々の大半は、彼らの情報を流通させる媒介者によるゲートキーピングに遭遇することは滅多になかったのである。