HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ドイツにおけるプロバイダ責任法理の展開 ： 危険源の設置者か、有益な表現の場の創出者か
Author(s)	毛利, 透
Citation	新世代法政策学研究, 15, 31-82
Issue Date	2012-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49017
Type	departmental bulletin paper
File Information	HJNGLP015_002.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

GCOE 全体研究会

ドイツにおけるプロバイダ責任法理の展開
――危険源の設置者か、有益な表現の場の創出者か――

毛　利　　透

Ⅰ　はじめに

インターネットの普及にともない、インターネット・オークションへの違法な出品や掲示板への違法な内容の書き込みなど、そこでの違法な活動への法的責任が問われるケースも増えている。特にインターネットにおいては、オークション・サイトや掲示板のようなサービスの利用が匿名で行われることが多く、被害を受けた者にとって加害者を特定するのが困難であるという事情が、解決を要する重要な問題として登場する。可能な解決法としては、違法な行為を行った者ではなくサービスを提供するプロバイダに対し、違法な書き込みなどに一般利用者がアクセスできないよう遮断する措置を講じたり、そのデータをサーバーから削除したりするよう求めることが考えうる。また、そのような違法行為を許していることが不法行為を構成すると考えることも可能である。しかし、多くのプロバイダは利用者に場を提供しているだけで、違法な活動に積極的に加担しているわけではないし、オークションへの出品や掲示板への書き込みは自動処理で行われるため、そもそも利用者による個別の行為を把握しているわけでもない。そのようなプロバイダに利用者の個別の行為に対する責任を負わせることが、はたして妥当といえるであろうか。また、プロバイダに過度の責任を負担させることは、インターネットの発達を阻害する危険もある。

このような問題意識から、各国はインターネットという新たなメディアにおける責任分配問題に対応するため、プロバイダ責任について法的対処を行ってきた。日本では、2001年に「特定電気通信役務提供者の損害賠償

責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」（プロバイダ責任法）が制定され、徐々に適用判例も蓄積されつつある。日本の法運用を評価するためには、他国との比較が有益な手段となろう。本稿は、ドイツのプロバイダ責任についての判例展開を検討することにより、妥当なプロバイダ責任法理の構築の一助となることを目指す。ただし、著者の能力と関心の限界から、ドイツのプロバイダ責任全体を展望することはできない。ここで、本稿の対象を限定しておくことにする。

ドイツでプロバイダ責任を規律する主たる現行法である「テレメディア法（Telemediengesetz）」は、プロバイダ（ドイツ語でも Provider と言われることが多いが、法律上の用語は Diensteanbieter である。この術語は、本稿では「サービス提供者」と訳すことにする。）を 3 種類に区分し、それぞれの責任制限を規定している。8 条がインターネット回線の利用を提供する、いわゆるアクセス・プロバイダ、9 条がデータのダウンロードの便のために情報を一時的に記憶させるサービスを提供する、いわゆるキャッシュ・プロバイダ、そして10条が利用者のために情報を記憶させる、いわゆるホスト・プロバイダである。「…プロバイダ」というとプロバイダを主体として区分するような用語法ではあるが、法律の規定はサービスの内容による区分である。単一のプロバイダが複数のサービスを行っている場合があるのはもちろんであり、その場合の責任は問題となったサービスの内容によって規律される。ウェブ・ページ上でオークションや掲示板のサービスを提供するのはホスト・プロバイダに該当し、本稿はこのホスト・プロバイダの責任法理の展開を扱う。匿名の違法な利用に直接場を提供しているとして最も訴訟の対象になりやすいのがこのホスト・プロバイダであり、日本と同様ドイツでも、3 種類のなかで最も多くの判例蓄積が見られるし、またホスト・プロバイダ規制は、インターネットがどのようなサービスをどのように提供できるか、あるいはすべきか、という問題を最も直接的に扱うことになるからである。

また、後述するように連邦通常裁判所がオークション・サイトへの規律を素材にして判例を展開させたことから、この種のサイトの問題にも目を配るが、本稿がより注目するのは、インターネット上で議論の場を提供する、日本で言う掲示板サービスでの違法な言論活動をめぐって生じる法的問題である。この種のサービスは、ドイツでは「意見フォーラム

（Meinungsforen）」と呼ばれることが多い。いうまでもなく、この法的紛争は、インターネット上での、匿名性を大きな特徴とする表現活動をどの程度保護すべきかという、重要な憲法問題と関わっている。違法性の中身としては、知的財産権侵害と名誉毀損が中心となる。両事案でプロバイダが責任を負う範囲のとらえ方が相違してよいのかということも、考慮に入る。

Ⅱ　法律制定の経緯と内容の概観

1　当初のテレサービス法

ドイツでは、プロバイダ責任をめぐる実定法の規律が、比較的早く、1997年に行われた。ただし、その形態は、連邦法律としての「テレサービス法」と、連邦を構成する全州が結んだ「メディアサービス州際条約」に、実質的に同じ条文を置くという、複雑なものであった。これは、連邦と州のどちらがインターネットという新たなメディアの規制権限を有するのかについて意見が対立し、妥協点を探った結果であった。連邦は電気通信や商業取引について専属的立法権を有し（基本法73条 5 号、7 号、9 号）、州はプレスや放送について立法権を有する[1]。この分野の立法権は、州のいわゆる「文化高権（Kulturhoheit）」の一部とされ、州としては非常に重要なものであって、インターネットという放送類似のメディアが登場したときに簡単には引き下がれない事情があった。そこで、個人向けのサービスについては連邦が、公衆向けのサービスについては州が、立法権を行使することにし、ただし法適用の限界事例で混乱が生じないよう、条文内容は同一とすることになったのである[2]。ただし、このような利用者の性質による適用法の区別が、インターネットの特徴に適合的でないのは明らかである。インターネット上でアクセスが一般に認められる情報は、まさに個人の通信が集積することで広まっていくのであり、個人向けサービスと公衆向けサービスを原理的に区分することはできない。この区分は、法成立後も批判にさらされ、2007年の新たな法体制で変革されることになる。

[1] Vgl. BVerfGE 12, 205.

[2] 当時の法制定の経緯や、条文の内容については、鈴木秀美「インターネットと表現の自由」ジュリスト1153号91頁（1999）が詳しく解説している。

当初の法によるプロバイダ責任の内容を見てみよう。テレサービス法で責任内容を規律する5条は、1項で、サービス提供者は、利用に供する自己の内容（eigene Inhalte）については一般法律による責任を負うとしたうえで、2項で次のように定めている。「サービス提供者は、利用に供する第三者の内容（fremde Inhalte）については、その内容を知り、かつその利用を妨げることがその者にとって技術的に可能でありかつ要求可能である（technisch möglich und zumutbar）場合に限り責任を負う」。3項は第三者にアクセスのみを提供する者はその内容に責任を負わないことなどを定め、さらに4項が次のように定める。「違法な内容の利用を一般法律に従って遮断する義務は、次の場合には影響を受けない。それは、サービス提供者が、電気通信法（Telekommunikationsgesetz）85条に従って通信の秘密を遵守しつつ、その内容について知見を得て、かつ遮断が技術的に可能でありかつ要求可能である場合である」。

日本のプロバイダ責任法3条1項では、プロバイダが第三者の内容について損害賠償責任を負う場合を、それにより他人の権利侵害が生じていることを知っているか、知ることができたと認めるに足る相当の理由があるときに限定しているのに対し、当初のドイツ・テレサービス法では、内容を知っていれば、それが違法であることの認識がなくても責任を負いうるという定めになっていることが特徴的である。さらに、4項では、利用遮断義務をこの責任制限の例外として規定している。とはいえ、その要件は2項とほとんど変わらない（なお、現行の電気通信法では、通信の秘密について定める条文は88条に移っている）。

2　テレサービス法改正とテレメディア法

A　条文内容

この当初の法規定は、その後2001年に、EC の電子商取引指令（Richtlinie 2000/31/EG, e-commerce-Richtlinie）の国内法化として改正された。ここでも連邦と州の権限配分は維持されたが、責任に関する規定はより詳細なものとなった。そして、2007年に連邦と州の間で権限分配について新たな合意が成立し、プロバイダ責任についての規律は完全に連邦の権限とされ、新たにテレメディア法が成立するとともに、州際条約もプロバイダ責任についての規定を含まないものが新たに締結されることになった。ただし、

テレメディア法のプロバイダ責任規定の内容は、2001年改正後のテレサービス法のそれをそのまま受け継ぐものとなっている（条番号が一つずつ繰り上がっている）[3]。ここでは、テレメディア法の関連規定を紹介しておくことにする。同法は7条でプロバイダ責任についての原則規定を置く（改正後のテレサービス法8条にあたる）。その内容は次のとおりである。

「①サービス提供者は、利用に供する自己の情報については、一般法律に従い責任を負う。

②8条から10条までの意味におけるサービス提供者は、自身によって伝達されあるいは保存される情報を監視したり、あるいは違法な活動を示す状況がないか調査する義務は負わない。8条から10条までに従って、サービス提供者が責任を負わない場合にも、一般法律に従って情報利用を削除したり遮断したりする義務は、影響を受けない。電気通信法88条による通信の秘密は保持されるべきである。」

これにより、プロバイダに他者の情報への監視義務が存在しないことが大原則とされた。ただし、この2項1文と次の2項2文の間には強い緊張関係が存在する。2文は、旧テレサービス法とは異なり、情報削除・遮断義務については条件をつけずに一般法律の適用を認めた。これにより、民法の適用による妨害排除・差止請求がテレメディア法とは無関係に認められうることになる。しかし、インターネットという新たなメディアに旧来の法理をどのように適用すべきかは当然不明確であり、その運用次第ではプロバイダ責任限定という法律の趣旨が掘り崩される危険が存在する。特に、裁判所が、既に保存された情報の削除だけでなく、同種の情報の保存を将来に向けても禁じる判決を出せるとすると、プロバイダはその限りで監視義務を負うことになる。1文は一般的監視義務の不存在を定めているのであって、そのような特定内容の監視義務までも否定するわけではないと考えられるが、しかし義務づけの内容によっては、監視義務不存在という大原則が骨抜きにされる危険は存在している[4]。

---

[3] テレメディア法制定の経緯およびその内容については、vgl. Thomas Hoeren, Das Telemediengesetz, NJW 2007, S.801; Alexander Roßnagel, Das Telemediengesetz, NVwZ 2007, S.743.

[4] Gerald Spindler, TDG §8, Rn.11f.,18-21, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG (2004).

そして上述のとおり 8 条から10条までプロバイダを区分して責任規定が続くのであるが、ホスト・プロバイダに関する10条の規定（改正後テレサービス法の11条にあたる）は次のようになっている。

「サービス提供者は、利用者のために保存する第三者の情報については、以下の限りで責任を負わない。

１、違法な行為を知っていないか又は情報を知っておらず（keine Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information haben）、かつ損害賠償請求の場合には、違法な行為があるか又は情報があることが明白となる（die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird）ような事実又は状況を知らない場合、または、

２、知見を得た後すぐに、遅滞なく、情報を削除し又はそれへのアクセスを遮断するための措置をとった場合。

利用者がサービス提供者に従属し、又はそれに監督されている場合には、第一文は適用されない。」

本条 1 号は免責要件を加重する場合を損害賠償請求と限定しているが、これはそれ以外の民事訴訟でプロバイダに責任を認めるには実際の知見を必要とするという趣旨だとも読める。しかし、後述のとおり、連邦通常裁判所は「インターネット・オークション」判決で、この条文は、損害賠償責任以外の民事責任は7条2項2文で本法プロバイダ責任規定の対象外とされていることを受けたものであるとし、結局、具体的知見がなければ免責されるとする規定は刑事責任のみについてのものだと解釈した。

B 「行為」と「情報」の区別に関する議論

テレメディア法10条 1 文 1 号は、「行為」については違法性の認識、あるいは（損害賠償請求の場合）そのように認識してしかるべき状況があることを知っていることが、責任を課されうる要件となるのに対し、「情報」についてはその存在の認識（損害賠償請求の場合には、存在認識をなしてしかるべき状況の知見）があれば責任を課されうるという、いささか複雑な規定となっている。連邦政府の提案理由は、EC 指令自体がこの区別をしていると理解し、それを忠実に国内法化したという立場をとっている。そして、両者は、インターネット上の情報自体が責任を生じさせる場合と、情報自体ではなく、それにまつわる行為が問題となる場合というように区

別することができるという。後者の例として、「権利者の許諾を得ない情報使用」が挙げられている[5]。

しかし、これに対しては、EC 指令はむしろ違法性の認識を行為と情報双方に求めているとの反論が強くなされている。指令のドイツ語正文は、上記の 1 号に相当する箇所が keine tatsächliche Kenntnis von der rechtswidrigen Tätigkeit oder Informationであり（14条 1 項 a）、Information の前に定冠詞がついていない（損害賠償の場合の追加要件の箇所にも、Information の前に定冠詞がない）ことから、たしかに rechtswidrigen は Information にもかかっていると読むほうが普通の理解ではないかと思われる。さらに、形容詞が名詞を後から修飾する他国語を見ると、例えばフランス語正文が le prestataire n’ait pas effectivement connaissance de l’activité ou de l’information illicites となっているように、「情報」にも違法性の認識が求められていることは、明らかである。そこで、ホスト・プロバイダに責任を認めるには、「情報」についても違法性の認識まで求めるよう、EC 指令適合的解釈を行うべきだという解釈論が提唱されている。

むろん、この対立の背景には、プロバイダ責任の程度をめぐる実質的な意見の相違がある。EC 指令に沿って免責要件を拡大しようという論者は、「サービス提供者を、情報の知見がある場合にも、その内容の合法性について監督する義務から解放する」、つまり、違法であるという指摘を受けて初めて責任が発生しうるという程度にまで責任発生を限定することにより、「法に不案内なプロバイダにも特権を与える」べきだと考えている[6]。はたしてこのように考えるべきかが問題となる。また、「情報」を知れば責任は発生しうるとなると、責任を逃れたいプロバイダは、それが違法なものかどうか確信できなくとも、2 号要件を満たすため遅滞なき削除・遮断を行おうとするであろうが、そうすると今度は、その情報を提供した利用者との関係で法的問題が発生しうる。こうして、プロバイダが「板ばさみ」の不安定な状態へと追い込まれてしまい、その責任要件を明確化しようとした立法意図が実現できない、とされる[7]。プロバイダ責任を拡大す

[5] BT-Drucks. 14/6098, S.25.

[6] Gerald Spindler, TDG §11, Rn.17-20, in: Spindler/Schmitz/Geis, TDG (2004).

[7] Frederic Ufer, Die Haftung der Internet Provider nach dem Telemediengesetz (2007),

ることが、インターネットの安定的な利用拡大の阻害要因となってしまうのではないかとの危惧であるといえよう。インターネットを新たな表現の場として重視する立場からは、その場の安定的供給が危うくなる、という危惧だということになる。

ただし、本稿が示すように、実務上は、「情報」にも違法性の認識まで求めるべきかといった論点はあまり争いの対象とならなかった。EC 指令適合的解釈を主張する者も、プロバイダが自分のサーバー内の明白に違法な内容の情報の存在を認識しているならば、違法性についても認識していたと裁判所が推論することに反対するわけではない。結局、インターネット上の情報だけでその違法性が明確な場合には、その「情報」を知るだけで免責要件に該当しなくなるが、「情報」だけでは合法性判断が困難な場合には、それが違法な「行為」の帰結であるとの具体的な知見を得るまで免責されるという結論においては、両説は大きく変わらないことになる[8]。もちろん、名誉毀損の場合などに、この情報の違法性認識をすべきであったか否かについて争いが生じる可能性は残っているが、実務上の大きな争点とはならなかった。むしろ、実務上は、どのような場合にプロバイダが具体的情報を「知っていた」といえるのかについての裁判所の判断が注目された。たとえば、「意見フォーラムに違法な書き込みがある」というような特定性の低い通告で、違法な情報の存在を「知っていた」とされるのでは、実質的にプロバイダに広範な監視義務が課せられるのと同等の帰結となるからである。

S.119. 学説上は、条文の文言に反してでも EC 指令適合的解釈を行うべきだとする論者の方が多いようである。Vgl. Peter Schmitz/Laura Dierking, Inhalte- und Störerverantwortlichkeit bei Telekommunikations- und Telemediendiensten, CR 2005, S.420, 425-427; Sabine Sobola/Kathrin Kohl, Haftung von Providern für fremde Inhalte, CR 2005, S.443, 446f.; Helmut Hoffmann, §10 TMG, Rn.21-25, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien (2.Aufl. 2011).

[8] Ufer, ebd. 118f.; Thomas Stadler, Haftung für Informationen im Internet (2.Aufl. 2005), S.138f.

３　責任要件となる「知見」についての2003年連邦通常裁判所判決

この問題につき、2003年の「テレサービス法の責任特権の基本問題についての最高裁判所の最初の立場表明の一つであり、それゆえ今後の指標となる」とも評される[9]判決で、連邦通常裁判所はその姿勢を示した。原告は、被告の運営するインターネットのページにおいて自分に対する人種主義的侮辱や殺人の脅迫が公表されたとし、それについて何度も通告したのに対策がなされなかったとして、損害賠償を求めた。本事件には、旧テレサービス法5条2項が適用された。したがって、被告が原告の指摘する情報を知っていたといえるかどうかが争点となる。通常裁判所は、責任要件としての知見について、それは「個別具体的内容の実際の知見」であるとする。裁判所はこの解釈の根拠として、条文の文言と並び、「サービス提供者に必要な法安定性を提供するというその意義と目的」を挙げている。そして、被告がこの知見を有していたことの証明責任は原告が負う。「技術的に生み出されたコンテンツの大きな増加や、それによる法益侵害の危険が見通せないほどになっていることによって、サービス提供者にとって、すべての第三者の内容について知見を得てその合法性について審査することがますます不可能となっている」という実態からして、プロバイダ側に証明責任を負わせることはやはり法の目的に沿わない、とされるのである。逆に、原告の負担を軽減すべき事情はない。プロバイダの責任を追及しようとする者は、プロバイダに対し具体的に違法だと考える内容の存在を指摘すればよいのであり、この指摘を行ったことを立証すればよい。本件では、原告は被告に違法な情報について通告したというが、その具体的内容が立証されておらず、被告の知見についての証明がなされていないという原審の判断は維持できる[10]。

本判決によって、プロバイダが責任を負う要件である知見とは、問題となる情報についての個別の、そして現実の知見であり、その責任を問おうとする者は、個別の情報について通告を行わなければならないとされた。通常裁判所が、プロバイダの審査能力の限界を理由づけのなかで用いていることは、そのようなプロバイダを介してなされるインターネットという

[9] Gerald Spindler, Anmerkung, CR 2004, S.50.

[10] BGH, CR 2004, S.48

議論の場の意義を一応肯定的に評価していることの現われだと考えられよう。ただし、新テレサービス法、そして現行のテレメディア法では、上述のとおり、損害賠償については、実際の知見がなくても、知っていることが明らかといえる事情を知っていれば責任を負いうるという規定になっている。ゲラルド・シュピンドラーは、新法の適用にあたっても、それがプロバイダの監視義務不存在規定に抵触しないよう、その責任を肯定するには、やはり問題となる情報を個別に指摘する通告が必要であると主張している[11]。

4　違法性認識の範囲についての欧州司法裁判所判決と連邦通常裁判所判決

ホスト・プロバイダに責任を課しうる要件としての違法性認識が「行為」と「情報」双方に必要か否かについての議論は、こうして実務上の目立った争点とならないまま、2010年から2011年にかけて、判例上の解決を見た。まず2010年３月に、欧州司法裁判所は、電子商取引指令の解釈として、プロバイダは「被害者の通知により、あるいは他の方法で、利用者の情報あるいは行為の違法性を知った後（手続言語であるフランス語では、après avoir … pris connaissance du caractère illicite de ces données ou d'activités dudit destinataire、ドイツ語公定訳では、nachdem er … von der Rechtswidrigkeit dieser Informationen oder Tätigkeiten des Nutzers Kenntnis erlangt hat）、その情報を遅滞なく削除したりそれへのアクセスを遮断したりしなかった」場合に責任を負いうる、と判示し、同指令14条１項ａの「違法な」という形容詞は「行為」にも「情報」にもかかると解釈すべきだということを明示した。本事件では、損害賠償も問題となっていたのに、その場合の追加要件につき言及がなかったことも注目できる[12]。

[11] Spindler (Anm.9), S.51. テレメディア法解釈においても、知見の立証責任は原告が負うべきだとする文献として、vgl. Hoffmann (Anm.7), Rn.54-56. 逆の立場として、vgl. Stefan L. Pankoke, Beweis- und Substanziierungslast im Haftungsrecht der Internetprovider, MMR 2004, S.211, 216f.

[12] EuGH, Urteil vom 23.3.2010 (Google France et Google), NJW 2010, S.2029, 2035. フランス語は欧州司法裁判所ホームページより検索した。

さらに、早くも同年４月に連邦通常裁判所が傍論で、この欧州司法裁判所判決に言及しつつ、電子商取引指令の解釈として、ホスト・プロバイダの責任は「記憶させた情報の違法性を知った後」で初めて発生しうると判示し、さらに被害者からの通知は法的側面についても「十分な明確性」を有している必要がある、と述べたのである[13]。つまり、問題となる情報の存在についての具体的指摘だけでなく、それが違法であるとはっきり分かる指摘を行うことで初めて、被害者はプロバイダの責任を発生させうる。この判示部分は、テレメディア法には慎重に言及していないのであるが、EC 指令の国内法化である同法が指令自体と異なって解釈されるとは考えにくい。通常裁は、EC 指令解釈について欧州司法裁判所に従う態度を示すことにより、プロバイダ責任について指令適合的解釈を行う姿勢を明確にしたのだといえよう[14]。

続いて2011年７月に、欧州司法裁判所が改めて電子商取引指令14条１項について判断した。その中で同裁判所は、前年の判決とは異なって、損害賠償の場合の免責のための追加要件にも明示的に言及し、この部分を無視するつもりのないことを示している。「違法な行為又は情報（前述のとおり、指令の文言では Information の前に定冠詞はない―引用者注）があることが明白となるような事実又は状況を知らない」というこの追加要件につき、同裁判所は、「注意深い経済活動への参加者ならば、問題となる違

[13] BGHZ 185, 291 (309f.). 事案は、グーグルによる、検索結果表示ページ上での、検索先ページの画像の縮小表示（いわゆるサムネイル）の著作権侵害性をめぐるものであり、通常裁は、インターネット上に情報を提供する者は、通常、そのサムネイルが検索ページに表示されることを承諾していると解することができるとして、著作権侵害を認めなかった。本文の判示は、そう解することができない例外的場合にどう判断すべきかについて、通常裁が付け加えた部分である。

[14] ただし、欧州司法裁判所は、ホスト・プロバイダが責任制限規定の適用を受けるためには、「純粋に技術的、自動的、受身の方式で」活動している必要があると述べており、連邦通常裁判所はこの部分も引用している。この要件が、本文次章で述べる、プロバイダが「自己のものとした」情報の責任制限規定適用からの除外というドイツの実務とどのように関連するのかは、今後の判例展開に委ねられている。Vgl. Julia Fitzner, Fortbestehende Rechtsunsicherheit bei der Haftung von Host-Providern, MMR 2011, S.83.

法性を認識し、同指令14条１項ｂ号に沿って行為すべきであったような根拠」を与える事実又は情報を知っている場合に、その要件を満たさなくなる、という解釈を加えている[15]。

そして、やはり同年８月に、早くも連邦通常裁判所がこの判決を参照し、しかも今度はテレメディア法にも明示的に言及する判決を出した。オークション・サイトへの出品の商標権侵害が問題となった事件で、通常裁判所はサイト運営者の免責要件について、７月の欧州司法裁判所判決を引きつつ、電子商取引指令14条１項とテレメディア法10条を留保なく併置した上で、その双方の解釈として、Information の前に定冠詞のない定式化を明示したのである[16]。これにより、連邦通常裁判所がテレメディア法10条について、指令適合的解釈をとることが確定的に示されたことになる。ただし、法律条文とは異なり、プロバイダに責任を発生させるには常に違法性認識（損害賠償の場合には、それをもつべき事情の認識）を求めるべきであるとする実質的根拠は、示されなかった。この箇所で本判決は、同条が指令の国内法化であることを確認的に述べており、そうである以上、欧州司法裁判所に従った解釈をとるべきである、と考えたように受け取れる。

Ⅲ 「自己のものとした」情報の責任制限からの除外

１ ホスト・プロバイダのプレスとの同一視と連邦通常裁判所の対応

A 「シュテフィ・グラフ」事件

こうして、プロバイダに責任を負わせるために必要な知見の要件は、厳しめに解釈する判例が形成されたが、しかしドイツの判例展開は、必ずしもプロバイダに有利なものではなかった。そもそもテレメディア法10条の責任制限規定が適用されない事例が、下級審を含む多くの判決で、拡大的に認められる傾向が強まっていったのである。そして、このような判例傾向の是非が議論の中心を占めることになる。

ドイツでプロバイダ責任を広く認めるために使われている手法の一つは、プロバイダ自身が利用に供した情報ではなくても、その一定の関与が

[15] EuGH, Urteil vom 12.7.2011 (L'Oréal/eBay), CR 2011, S.597, 604f. 手続言語は英語。

[16] BGH,GRUR 2011, S.1038..

認められることを理由にして、テレメディア法７条１項にいう「自己の情報」だと解釈するというものである。旧テレサービス法時代の例として、著名な女性テニス選手の顔を他人のわいせつな画像と合成した写真のインターネットでの公表が問題となった、2002年のケルン上級地方裁判所判決がある（「シュテフィ・グラフ」事件）[17]。ドイツ・マイクロソフトが運営していたサイト中で、匿名でコミュニティと呼ばれるフォーラムのページを立ち上げることができるシステムになっていたところ、あるコミュニティのページにこの画像がアップロードされたのである。グラフ側は、ドイツ・マイクロソフトに対し、そのような違法行為の差止めを求めた。本判決は、その合成写真公開がグラフにとって重大な人格権侵害であることを認めた上で、この写真はマイクロソフト自身の情報であるとして、テレサービス法の責任制限規定の適用を認めなかったのである（後述する連邦通常裁判所の「インターネット・オークション」判決以前であったので、差止請求に責任制限規定が適用されるか否か未確定であったが、判決はいずれにせよ「自己の内容」が問題となるのでその点に立ち入る必要はない、とした）。

本判決は、「自己の内容」とはプロバイダ自身が作成したものに限らず、「第三者が提供した内容であって、サービス提供者が自己のものとしたもの（fremd erstellte Inhalte, die der Dienstanbieter sich zu Eigen macht）」も含む、とする。それは、「プロバイダが、客観的利用者の目から見て、その内容に責任を負う意思をもっているといえるような仕方で、それを引き受けた」ような場合である。このような場合にあたるかは、具体的状況によって判断される。本件では、被告はコミュニティ内の内容に責任を負わないことを明示しており、利用者には第三者の提供した内容であることは明らかだという。しかし判決は、自己のページ内の内容が第三者のものだといえるためには、プレスが自己の印刷物の内容を自己に帰責させないために必要なのと同程度の明確な断りが必要だとし、本件程度の断り書きでは、「真剣で十分な距離をとること」には至っていない、とした。その際、判決は、被告がコミュニティの重点テーマを定め、書き込みの体裁について規律するなどして、第三者の情報にも影響力を行使していたこと、被告が

[17] OLG Köln, MMR 2002, S.548.

広告などによる経済的利益を求め、そのために広くコミュニティによるページ利用を募っていたことなどを考慮要素として挙げている。さらに判決は、合成写真を提供した者の匿名性が個人情報保護の観点から保護されている以上、人格権を十分保護するためにはプロバイダに簡単に免責を許すべきではない、との指摘も行っている。

マイクロソフトのような巨大サイトの運営者にとってすら、その中の一つの合成写真が「自己の内容」だとされるのだとすると、法律によるプロバイダ責任限定は意味を失いかねない。シュピンドラーは、以下のように本判決を批判している。彼も、フォーラムへの書き込みを自己の情報ではないというためには「真剣な距離をとること」が必要だという点には同意する。しかし、本件では、コミュニティの設置はほとんど自動化されているのに、少しの規律によってマイクロソフトが影響力を行使していると認定されている。だが、コミュニティの利用者に、ページ上の情報が運営者由来のものではないことが認識できた以上、運営者がそれを「自己のものとした」とはいえない。営利目的だからといって保護の程度を減らすことも、プレスについての判例からして正当化できない。結局、裁判所を動かしたのは、真の権利侵害者の匿名性とプロバイダの特権の狭間で権利侵害を放っておくことになるような解釈論はとれないという判断であろうが、「しかしながら、まさにこれが（法政策的には反対のある）法律の帰結なのである」[18]。

B　連邦通常裁判所の立場

このように、テレサービス法制定後も、被害者救済の観点から、プロバイダに対し厳しい責任、具体的には、従来の新聞や雑誌などプレスの出版

[18] Gerald Spindler, Anmerkung, MMR 2002, S.549. Gerald Spindler, Die Verantwortlichkeit der Provider für „Sich-zu-Eigen-gamachte“ Inhalte und für beaufsichtigte Nutzer, MMR 2004, S.440, 442 は、「自己のものとする」要件を緩やかに認めると、次注のように一般的監視義務の事実上の導入となってしまうとの危惧を示し、プロバイダが第三者の情報の内容に影響を与えられない場合、その事実を重視すべきだと述べる。Vgl. auch Florian Schmitz/Stefan Laun, Die Haftung kommerzieller Meinungsportale im Internet, MMR 2005, S.208, 211.

社がその内容について負うような責任を負わせようとする傾向が残っていた。このような判決は他の下級審でも見られ、プロバイダに一般的監視義務を課さないという「明確な法律の指示が、判例傾向によって脅かされている」との指摘がなされる状況であった[19]。これに対し、オークション・プラットフォーム[20]への出品物による商標権侵害についてのプラットフォーム運営者の責任が問題となった、2004年のいわゆる「インターネット・オークション」判決において、連邦通常裁判所判決は一定の立場を示した。原告は、被告のプラットフォームにおいて違法な模造品が出品されていることについて、それは被告がオークションの場を設けていることから生じた違法行為であるので、被告が自己の内容として責任を負うべきであり、プロバイダとしての免責は受けられない、と主張した。しかし通常裁判決は、（後述するとおり他の点では原告の主張を認めたものの）この点については、プラットフォームへの出品物を運営者自身の内容とはみなさなかった。なぜなら、「出品者からの提供は、自動的な手続でインターネットに載せられ、その内容を被告が自己のものとすることを導きうるような被告による審査は行われていない」からである[21]。

こうして、いかなる場合に第三者由来の情報についてプロバイダが「自己の情報」として通常の責任を負うべきかについて、連邦通常裁判所による一応の態度が示された。これによれば、書き込みが自動的に行われる多くの意見フォーラムについても、その運営者が「自己の情報」として責任を負うことはなくなると期待された。しかし、プロバイダに「自己の情報」としての責任を課す判決はその後も出され続ける。これは、それがプロバイダ責任の限定を迂回するには非常に有効な手法であるからであろう。

[19] Sobala/Kohl (Anm.7), S.445. Vgl. auch Schmitz/Dierking (Anm.7), S.424f.; Ufer (Anm.7), S.56-63.

[20] ドイツでは、第三者からの情報提供に開放され、その情報が主な内容となっている比較的大きなウェブ・ページのことを「プラットフォーム」と呼ぶ。日本語ではあまりなじみがないが、以下この用語を用いる。

[21] BGHZ 158, 236 (246).

2　意見フォーラム運営者の責任を広く認めるハンブルク地裁判決

特に、ハンブルク地方裁判所は、プロバイダ責任を広く認める傾向があり、多くの事件で議論を呼ぶ判決を示している。2007年の判決では、あるフォーラム内である会社について「(詐欺などで) 訴えられている」「詐欺会社」などという書き込みがなされたところ、その会社から当該フォーラムの運営者に対してそのような書き込みを差し止めるよう要求する通告がなされた。これに対し、運営者が当該会社に対し差止義務不存在の確認訴訟を起こした。しかしハンブルク地裁は、この書き込みを原告自身の情報であると認定し、プロバイダ責任の制限規定の適用を認めなかった。同地裁は、インターネット上で他者の情報を広めた者は、「インターネット上の公表を受け入れているにもかかわらず、そのドメインの管理者はまさにその流布を望んでいない」ということが「十分明確」に示されていない限り、その情報について法的責任を負うべきだという。そのためには、「フォーラム運営者は、問題となる言明に対して、包括的にではなく、具体的かつ明示的に距離をとる」必要がある。「そのようにしてのみ、運営者によるインターネット上での公表が、情報の正しさの保証として理解され、それが真実の事実主張としてさらに流布することを促すことが避けられるのである」[22]。

この判決は、意見フォーラム上の書き込みを非常に広範にプロバイダの自己情報とみなすものであったため、「まったく驚くべきで、間違った見解」[23]といった厳しい批判を受けている。本判決は、インターネット上のフォーラムにある言明を載せることにより、そのフォーラム運営者が当該言明の正しさを保証している、少なくともそのように理解される恐れが広く存在すると考えているようである。そうだとすれば、フォーラム運営者に、違法な記事の掲載を許した新聞や雑誌の発行者と同等の責任が課されても仕方ないことになる。しかし、現実には情報は自動的にアップロードされているのであって、運営者は個別の情報を認識もしていない。そのようなインターネットの特徴を考慮してこそ、新テレメディア法はプロバイダに一般的監視義務を免除したのではないか。もし個別の書き込みについて具体的に距離をとらなければ自己の情報とみなされるのだとすると、結局一般的監視義務が課されているのと同じことになってしまう。また、「理解のある平均的利用者は、フォーラムへの書き込みが自動的に公表されていることを承知している。また彼らは、運営者が、知見をもたず、またその数からして一瞥することすら不可能な任意の書き込みと同一化する意思があるなどとは、想定しないであろう。」とも言われている[24]。現実の仕組みが広く理解されれば、書き込みをプロバイダに帰責する必要性も減少するであろう。

ただし、プロバイダに対して従来のプレスと同等の責任を認めようとする理解の背景には、そもそも自動的に書き込みがなされるような場の言論には、保護すべき価値があまり存在しないという思考があるとも考えられる。インターネットという表現の場の仕組み自体が高い保護に値しないからこそ、プロバイダに擬制的な責任を課することでその発展を法的に限定しようとしているのだといえよう。これに対しては、「予防的監視義務は、インターネットという新たなメディアによって創られた、自由な意見交換の可能性を、基本権に反するかたちで制約することになろう」という見解が対置される。まさに誰の監視もなしに一度は発言できるという場を創出することに基本法 5 条が保護すべき価値を見出すのであれば、「この社会全体の利益は、そのようなフォーラムの運営者に巨大な責任の危険を課すことで空洞化させられてはならない」ということになるであろう[25]。匿名で自由に書き込めるという現在のインターネットの仕組みを憲法上どう評価するのかが、プロバイダ責任の程度認定にもかかわってくるのである。

3　連邦通常裁判所の「マリオンの料理本」判決

連邦通常裁判所は2009年にある判決で、情報を伝播させる者が他者の情報を「自己のものとした」と認定するには、「原則的に抑制が求められる」

[22] LG Hamburg, AfP 2007, S.277.

[23] Christian Volkmann, Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2007, K&R 2008, S.329, 331. 文中ではケルン地裁の判決と表記されているが、ハンブルク地裁の誤りである。

[24] Anne Meckbach/Christoph Weber, Anmerkung, MMR 2007, S.451, 452.

[25] Uwe Jürgens/Ricarda Veigel, Anmerkung, AfP 2007, 279, 280-282.

と判示した[26]。しかし、同年、料理のレシピを写真つきで紹介するページ中にある料理写真が掲載されたところ、この写真の著作権者がページの運営者に対して著作権侵害を主張し、差止めや損害賠償を求めた事件において、公表された写真を被告自身の情報であると認める判決も出している(「マリオンの料理本」事件)。判決は、プロバイダが「自己のものとした」内容も自己の情報として免責対象外となるとしつつ、いかなる場合に「自己のものとした」といえるかは、「理解あるインターネット利用者」がそのような印象を抱くかによって判断する、という。本事件で問題となったページは、利用者がレシピや写真を自動的にアップロードするというものではなく、被告が自分のページで公表する前に提供された情報の適切さについて審査しており、そのことをページ上で記載してもいた。また、ページ上での掲載の仕方も、提供した者の仮名よりも被告との結びつきが強調されていた。さらに、利用者に対しては、アップロードによって、被告が、データの商業的利用を含む利用権を得ることも示されていた。被告は自己利益も求めていたのであり、「単なる技術的媒介者の役割にとどまっていない」。これらの事情から、通常裁は、たとえ写真が第三者に由来するものだということが伝わるとしても、客観的利用者の目から見て被告がそれと「真剣で十分な距離」をとっているとは認められない、と判断したのである。確かに、被告による審査は、写真の法的使用権限の有無について行われていたわけではない。しかし、利用者にはそのような審査範囲の限定は認識できず、情報全体を「自己のもの」としたと見られてもやむをえないという[27]。

本判決は「真剣で十分な距離」の欠如を指摘しているが、「インターネット・オークション」判決からして、距離をとる明示をプロバイダに常に個別に求める趣旨ではなく、書き込みが自動で行われるフォーラムであれば一般的に推定される、プロバイダと個別書き込みの距離が、本件のようなページの場合には存在しないとみなせるという意味であろう。そのよう

[26] BGH, K&R 2009, S.644, 645. あるインターネット・ページのドメイン名の使用権を他者に賃貸していた者が、賃借人がそのページで公表した内容について責任を負わないとされた事件。

[27] BGH, CR 2010, S.468.

にみなした根拠として、判決はいくつかの事項を挙げているが、最も重視されているのは、「インターネット・オークション」判決の事例とは異なり、公表前に運営者による審査が行われていたことであろう。審査を行った以上、それが料理としての評価の観点からのものであったとしても、写真の利用権についても責任を負わされてもやむをえないということになる。プロバイダには、実際に審査を行った事項についてのみ、その判断に伴う責任を自己のものとして認めるという解釈もありえたように思われるが、通常裁はそこまでプロバイダに有利な解釈はとらなかったことになる。「客観的利用者」にそのような限定は不可能だという考慮によるのだろう。しかし、審査の中身を考慮せず、その有無だけで自己情報か他者の情報かというプロバイダの責任にとって決定的分類が決定されてしまうとなると、たとえば明白に名誉毀損的な書き込みは公表しないという程度の審査を行っている良心的なフォーラム運営者の方が、何もしない運営者よりも不利に扱われることになってしまいかねない[28]。

とはいえ、通常裁の立場を正当化するとすれば、インターネットのサービス提供者が免責されるのは、その特徴的機能たる自動的アップロードを用いている限りでのことであり、それはこの機能が積極的意義を有するとの立法者の判断による、との理解が考えられるであろう。この機能を用いず、一部の事項についてでも公表前に人の目での審査をはさむのであれば、それはもはやインターネットの機能を十分に活用している―あるいは、利用者に十分活用させている―とは言えず、むしろ従来のプレスと同等の責任を負わせてよい、ということになる。

なお、本判決は、被告が第三者から寄せられたデータを商業的に利用していたことも、それを「自己のもの」としていることの根拠として挙げている。商業的利用については、上述の「グラフ」事件ケルン上級地裁判決も言及していたが、「インターネット・オークション」判決は、もちろん営利目的で運営されているオークション・プラットフォーム自身の性格は考慮していなかった。広く書き込みを許すページに広告などをつけて収入を得ることと、提供された情報自体を自己の利益のために使用することには、その情報のページ運営者への帰属程度を評価する際に無視できぬ違い

[28] Thomas Hoeren/Marie Plattner, Anmerkung, CR 2010, S.471, 472.

がある。本判決は前者の場合については評価を行っていないと考えるべきであろう[29]。

4　抵抗の持続　－「ユーチューブ」事件

この通常裁判決は、反対解釈を許すものと読めば、むしろ通常のフォーラムなどの書き込みをプロバイダの自己情報とみなすことに消極的姿勢をとったともいえるものであったが、その後で、再び2010年にハンブルク地裁が、ユーチューブに掲載された動画について、ユーチューブが自己の情報として責任を負うとする判決を出し、物議をかもすことになる（「ユーチューブ」事件）。

この事件では、ある歌手の演奏シーンが、著作権を侵害するかたちでユーチューブ上に掲載されたことが問題となった。歌手側が、ユーチューブに対して、そのような動画掲載の差止めや損害賠償を求めた。地裁は、プロバイダが第三者の情報を「自己のもの」としているか否かについて、一般的には判例と同様の基準を立てる。が、まず被告ユーチューブに投稿されたビデオは、それを視聴する利用者には被告のウィンドウ内で公表され、かつ投稿者の（仮）名に比べてユーチューブのロゴの方がずっと大きく表示されている。これにより、利用者には被告が「コンテンツの提供者」に見える。また、ウィンドウ内には、同じ投稿者によるビデオや類似のビデオなど、他のビデオの情報も掲載されている。これらのサービスは、被告自身によるものである。さらに、被告はトップ・ページにおいて投稿されたビデオを様々に分類し、またいくつかのビデオを利用者に推奨しており、投稿されたものを編集しているといってよい（分類は投稿者によって行われているというが、そのことは利用者には分からない）。被告はできるだけ自己のプラットフォームへの訪問者を増やそうとしているのであり、それにより「自己の利益」を図っている。そして、被告は投稿者に対して、投稿画像について被告が利用権を得るという条件を示しており、「被告にとって、意見形成への貢献として作品へのアクセスを可能にするというだけでなく、作品を自己の経済的目的のために利用する可能性も重要である」ことが明らかである。これらの理由により、同地裁は、被告ユーチューブはテレメディア法10条にいうホスト・プロバイダではなく、プラットフォーム内の動画について自己の情報として責任を負う、と判示したのである[30]。

[29] Vgl. Jan Dirk Roggenkamp, Kommentar, K&R 2010, S.499, 501.

ユーチューブという、世界政治にも大きな影響力を有するに至ったプラットフォームの法的責任の範囲を、飛躍的に拡大させる本判決は、もちろん多大な衝撃をもって受け止められた[31]。これに対してはもちろん、「理解あるインターネット利用者」なら、ユーチューブのことは知っており、そこで見られる画像がユーチューブ作成によるものではないことぐらい分かるはずだという批判が可能である。ある批判はさらに、ユーチューブは投稿される内容について審査しておらず、画面に他の投稿画像が現れるのも「完全に自動化」された機能によることは広く知られている、という。商業的利用をしたからその情報が「自己のもの」となるわけではない。上述した「マリオンの料理本」事件の事実と異なり、投稿者が投稿を撤回すればユーチューブの利用権も消滅するという定めになっており、ユーチューブが投稿画像の利用権を得るのは、主としてプラットフォームの運営を法的に守るための措置だと評価できる、とする[32]。また、「マリオンの料理本」判決で通常裁が、ページ運営者が他者由来の情報を「自己のもの」としたと判断する際には、公表前に運営者による審査が行われていたことを重視していたのに、それを行っていないユーチューブにも自己情報としての責任を求めるのは、判例に反しているとの指摘もある[33]。

本判決が、画面の外観からユーチューブが「コンテンツの提供者」だと見える、と述べているあたりは、確かにインターネット利用者の通常の理解からはかけ離れているとの批判が可能であろう。だが、判決をより強く規定しているのは、事業者が自己利益のために使用する情報については、たとえ第三者由来のものであっても、事業者にその合法性について十分監督する責任を負わせてしかるべきだという考えだといえるだろう。本判決

[30] LG Hamburg, CR 2010, S.818.

[31] Per Christiansen, Anmerkung, MMR 2010, S.835.

[32] Marian Klingebiel, Anmerkung, CR 2010, S.823.

[33] Christiansen (Anm.31), S.835, 836; Christian Volkmann, Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2010, K&R 2011, S.361, 362.

は、その結論が被告に過度の義務を負わせるものではないとも判示しているが、その際、ユーチューブが匿名での投稿を認め、投稿内容の合法性についての自己申告も求めていないことを厳しく批判している。判決は、「被告の見解とは異なり、利用者が仮名で内容を投稿できることに被告の保護に値する利益があるという主張は、承認できない。」とまで言い切るのである。現状のビデオ投稿プラットフォームのようなものは、そもそも違法行為を誘発する危険な事業であってそのまま維持させるべきではなく、その事業者を責任から免除する理由はない、と考えているのであろう[34]。

しかし、この責任をまじめに考えるなら、結局すべての投稿について公表前にその合法性を審査するしかなくなる。これでは、インターネット上で第三者の情報を用いた営利事業を行うことは非常に困難になってしまう。テレメディア法は、ホスト・プロバイダの免責に非営利性は求めていない。むしろ、インターネットの特徴を生かした事業の発達を手助けするために、このような営利的目的のホスト・プロバイダをも免責する趣旨を含むのではないか。だとすると、ここでもホスト・プロバイダが自らは監視しない情報によって利益を得られるという、新たなメディアとしてのインターネットの特徴を、経済秩序の観点から積極的に評価できるのか、という問題に対する姿勢が解釈論を分けていることになろう。また、それと関連して、インターネットの匿名利用が有する価値とその危険性とをどのように判断するかが問われることになる。本判決は、匿名性を営利目的で利用することに特に厳しい態度を示したといえるが、しかし特にユーチューブのような表現活動を含むプラットフォームにおいて、インターネットの大きな特徴である匿名性を消極的にのみ評価することは、問題視できよう[35]。

なお、「ユーチューブ」事件のハンブルク地裁判決は、ユーチューブを通常の意見フォーラムと区別する判示をし、判決の射程限定にも留意して

[34] LG Hamburg, CR 2010, S.818, 822.

[35] 本判決は控訴されたようであるが、控訴審判決はまだのようである。ただ、類似の動画投稿プラットフォームについて、ハンブルク上級地裁は2010年に、やはりページ運営者がコンテンツを「自己のもの」としていると判断した地裁判決を破棄する判決を出している。OLG Hamburg, ZUM 2011, S.500.

いる。意見フォーラムでは、書き込みがその利用者の個人的意見であることは「その特別の性格」からして明らかである、という。これは、上述2007年の判決などに見られた地裁の跳ね上がりを抑えるために（？）、ハンブルク上級地方裁判所が、意見フォーラムへの書き込みは「プロバイダによって設置された広告や付属情報があったとしても、まるっきり、あるいは一義的に第三者の内容だということが明らかだ」などと釘を刺していることへの配慮を示したものである[36]。しかし、広告付きの意見フォーラムとユーチューブで客観的な情報の受け取り方に本当に違いがあるといえるのかは、疑問としうる。また、意見フォーラム運営者にはテレメディア法の責任制限を認めて、インターネットの特徴である自由な意見交換を促進すべきだとするなら、政治的な表現活動の広がりに、多くの意見フォーラムと少なくとも同等以上の大きな貢献をしていることが明らかなユーチューブの活動を、大きく阻害する結果となる解釈論を展開することの妥当性も問題となろう。

Ⅳ　ホスト・プロバイダの妨害者としての責任

1　責任制限規定適用からの除外　－「インターネット・オークション」判決

A　妨害者としての差止義務

プロバイダの免責範囲を狭めるもう一つの手法は、テレメディア法７条２項２文が免責対象外としている、情報削除・遮断義務の範囲を拡大することである。これに、特定情報の公表を将来にわたって差止める義務が含まれるとすると、プロバイダには、やはり第三者から提供される情報を事前に監視する必要が生じることになる。この問題についてのリーディング・ケースとなったのが、すでに触れた、連邦通常裁判所の「インターネット・オークション」判決である[37]。適用されたのは、2001年改正後のテ

[36] OLG Hamburg, K&R 2008, S.456, 457（「マリオンの料理本」事件の控訴審判決）. Vgl. OLG Hamburg, MMR 2009, S.479; OLG Hamburg, ZUM 2009, S.417, 418f.

[37] 通常裁の「インターネット・オークション」判決以前の議論状況については、vgl. Gerald Spindler/Christian Volkmann, Die zivilrechtliche Störerhaftung der Internet-

レサービス法であるが、上述のとおり、その内容は現行のテレメディア法と同一である。

既述のとおり、本事案では商標権を侵害するような模造品のオークション・プラットフォームへの出品が問題となった。原審判決は、原告が指摘した違法な出品の削除は命じたが、将来にわたる同様の出品の差止めは認めなかった。これに対し、通常裁はそのような差止めの可能性を認めたのである。通常裁は、テレサービス法のプロバイダ責任制限規定は、刑事責任と損害賠償にのみ妥当するものであり、それ以外の民事責任には適用されない、とする。民事責任一般も対象になっているとすると、損害賠償責任以外については条文上損害賠償の場合の追加要件は適用されないから、それよりも免責範囲が広がることになるが、それは不当な結論だ、というのが一つの理由となっている。また、プロバイダには一般的監視義務は存在しないという大原則はあるが、しかし差止義務は、存続が認められた情報削除・遮断義務の一内容としてやはり排除されていない、とする[38]。

とはいえ、通常裁は上述のとおり、違法な出品物を被告プラットフォーム運営者自身の情報であるとは認めなかったから、被告に差止義務を負わせる積極的根拠が存在するのかが問題となる。判決は、被告は原告の商標権侵害の「妨害者」としての責任を負いうる、とした。民法1004条の所有権妨害者への妨害排除・差止請求権は、823条 1 項のいわゆる絶対権侵害の不法行為類型と結びつけて解釈することにより、所有権以外の絶対権行使に対する妨害者に対しても類推適用できると解されている。そして、この場合、義務を課される「妨害者」には直接の権利侵害者だけではなく、それを一定の態様で援助したいわゆる「間接妨害者」も含まれるとされる。判例は、「何らかの態様で、意図をもって、かつ相当因果関係のあるかたちで（willentlich und adäquat kausal）、保護される利益の侵害に寄与した者」は、この「間接妨害者」にあたるとしつつ、そのような者に過度の負担を

Provider, WRP 2003, S.1

[38] 将来を向いた差止義務づけは、法で責任制限規定の適用が排除された情報削除・遮断義務には含まれないと通常裁判決を批判する文献として、Thomas Stadler, Proaktive Überwachungspflichten der Betreiber von Diskussionsforen im Internet, K&R 2006, S.253, 254.

課さないように、妨害排除・差止を命じるにはさらに一定の要件が必要だとしてきた。それが「審査義務の侵害」である。「その範囲は、妨害者として請求された者に、そのときどきの状況からして、審査が要求可能であるか、あるいはどの程度の審査が要求可能であるかによって定まる」。

では、オークション・プラットフォームの運営者には、差止めを求める要件としてどの程度の審査義務があったと考えればよいか。あらゆる出品について公表前に合法性を審査する義務を求めることは、過大である。「そのような義務づけは、事業モデル全体を疑問にふすことになろう」。しかし他方、被告は売買当事者から手数料を取っているのであって、模造品の売買に関わっているといえる。そこで、判決は次のような結論に至る。「明らかな違法行為が指摘された場合には、被告はその具体的出品物を遅滞なく遮断しなければならないだけでなく、その後同種の（derartigen）商標権侵害が可能な限り生じないよう、予防措置を講じなければならない」。そして判決は、本事案では明らかな商標権侵害があると認定しつつ、被告に課されるべき義務の程度について詳しく決定するため、破棄差戻しの判決を下したのである[39]。

B　判決の評価

本判決の判例としての最大の意義は、差止請求にテレサービス法のプロバイダ責任制限規定が適用されないということを明確化したことにある。クリスティアン・フォルクマンの評釈は、「連邦通常裁判所判決は、その厳しさで人々を驚かせた。なぜなら、法廷は妨害者責任をテレサービス法 8 条から11条の適用範囲からまるっきり除外する立場を示したからである。このような見解が、これまでこれほどの態様で表明されたことは、――明示的なものとしては――存在しない。」と述べている。将来に向けた差止めが一般的監視義務不存在というテレサービス法の大原則と緊張関係に立つ以上、その点への配慮した解釈が必要だったのではないか。

ただしフォルクマンも、判決がテレサービス法の解釈としてではないが、

[39] BGHZ 158, 236 (246-252). 民法1004条の類推適用や「間接妨害者」に関する判例理論については、たとえば vgl. Joachim Münch, §1004, Rn.112, 135-142, in: Soergel, BGB, Bd.15/1 (13.Aufl. 2007).

間接妨害者責任の程度の考慮によって、差止義務の発生に個別の違法出品の指摘が必要であるとしている点には賛同する。問題は、その後で差止めを求められる範囲である。本判決は、指摘があったのと「同種」の出品を禁じる義務をプロバイダに課してよいとするが、そのためにはフィルタリング・ソフトの使用で足りるとの立場を示唆している[40]。しかし、それでも結局すべての出品について事前の審査を行う必要が生じてしまう。これは、一般的監視義務不存在というテレサービス法の基本原則とやはり調和しがたいのではないか[41]。また、別の評釈は、プロバイダが差止める対象を広めに設定し、事前審査でその公表を認めないとなると、正当な出品を求める者の利益を違法に害する恐れが高まり、「板ばさみ」状態に追いやられると指摘する。このため、審査義務の発生は「明らかな」違法出品の場合に限るという判示を重視すべきである。ただし、この論者も、そうだとしても、本判決では一旦審査義務が発生したら、その範囲がどこまで及ぶか不明確であり、プロバイダにとって「ヨブの悲報」である、と述べている[42]。

フォルクマンはさらに、このような審査義務を認めることは、意見フォーラムで名誉毀損が問題となるような場合には、より大きな問題を提起するだろうと指摘している。ある違法な書き込みがなされ、それについてプロバイダに通告がなされると、プロバイダはそれと「同種」の書き込みを公表前に排除するよう措置する必要に迫られることになる。「こうして、プロバイダは、裁判所の要求を今後も満たすためには、実際上『検閲のインフラストラクチャー』を構築しなければならないことになろう」[43]。

[40] BGHZ 158, 236 (252).

[41] Christian Volkmann, Anmerkung, CR 2004, S.767. Gerald Spindler, Anmerkung, JZ 2005, S.37, 39f. も差止範囲の不明確さについての懸念を示し、その対象は違法な出品を行った同一人物に限り、また侵害態様も具体的に特定すべきだ、と主張している。それでは差止対象が狭すぎ、特にインターネット上において権利侵害者の同一人物性を確認することは困難であるから、権利保護に不十分であると指摘する論文として、Heiko Klatt, Die Kerngleichheit als Grenze der Prüfungspflichten und der Haftung des Hostproviders, ZUM 2009, S.265, 272-275.

[42] Thomas Hoeren, Anmerkung, MMR 2004, S.672. 同著者の、妨害者責任の責任制限規定適用からの除外をEC電子商取引指令に適合しない解釈だと批判する論文として、Thomas Hoeren, Unterlassungsansprüche gegen Host Provider, in: Festschrift für Ulrich Eisenhardt (2007), S.243, 250-253. やはり判決に非常に批判的で、将来にわたる差止めは非常に限定的にしか認めるべきではないと主張する論文として、Daniel Rücker, Notice and take down-Verfahren für die deutsche Providerhaftung?, CR 2005, S.347.

2　差止義務の拡大　－「ハイゼ」事件

A　危険源としての意見フォーラム　－　ハンブルク地裁判決

そして、この懸念を現実化するように、2005年に、意見フォーラムの運営者に差止めを、しかも広い範囲で認める判決がハンブルク地裁によって出され、更なる議論を呼ぶことになった（「ハイゼ」事件）。ハイゼは、主にインターネット上で、インターネットなどに関連するニュースを公表するページ（heise.de）を運営している。個々のニュースについて、利用者がコメントを書き込みそれを公表するフォーラム機能も付されていた。あるニュースでハイゼは、ある会社が販売するソフトウェアが、それを利用する者に伝えられない機能を備えており、利用者の知らないままに一定の情報を検索・伝達していると批判的に報道した。すると、この記事に付されたフォーラムに、何人かが、この会社のサーバーに集中的にアクセスし、それをダウンさせようと呼びかける書き込みを行った。この会社がハイゼに対してこれら書き込みの存在を通告したがハイゼが措置をとらなかったため、同地裁にそれらの公表を差止める仮処分を求めたところ、それが認められたのである。

地裁は、当該書き込みは仮処分申立人への営業妨害であると認定した上で、仮処分の相手方ハイゼはこの権利侵害の行為者でなくても「妨害者」として差止命令の相手方となる、とする。ハイゼは、問題となった書き込みの伝播に加担している。通常裁の「インターネット・オークション」判決によれば、プロバイダの妨害者責任はテレサービス法の責任制限規定の適用対象ではない。ただし、要求可能でない義務を課し、それを守れなかった責任を問うこともできない。しかし地裁は、本件ではハイゼに審査義務違反を問える、と判断した。その際地裁は、申立人からの通告を受けた後は、ハイゼは当該書き込みが違法なものであると認識できたはずである

[43] Volkmann (Anm.41), S.769.

のに、措置をとらなかったという本事案の個別性にも言及するが、より一般的に意見フォーラムの運営者に書き込みについて常時の事前審査を求めるような判示にまで踏み込んだのである。

地裁は、ハイゼが書き込み内容について公表前に審査するような仕組みをとることは可能であるし、インターネットによってであっても情報を流布させる以上、プレスと同様にその内容の合法性に事前に注意する義務を負っていると解するべきだとする。書き込みの数が多すぎるというのは、この審査をしない言い訳にはならない。むしろ、ハイゼは「不特定多数の利用者に、まさに第三者の権利を侵害しやすい発言を多数広める可能性を開くことにより、危険源を運営している」。危険なものを運営する者が、その危険を制御できないからといって免責されるなどということはありえない。むしろ、制御できないような危険な事業を営む者は、より厳しい責任を負わされてもやむをえないというべきである。書き込みが多すぎて事前審査はできないというのなら、事前審査できるようコストをかけて体制を整備するか、事業を縮小すべきである。しかも、本件ではハイゼは申立人の製品を批判する記事を載せており、フォーラム利用者に申立人の権利を侵害するような発言を行う誘因を与えている。このような場合、ハイゼはそういう違法な書き込みがなされることを予期し、予防措置をとっておくべきであった[44]。

こうして、「ハイゼ」事件地裁判決は、差止請求については意見フォーラム運営者にプレスと同等の責任を求める姿勢を示したのである。判決は、義務の要求可能性という「インターネット・オークション」判決の判示にも言及はするが、それはプロバイダ責任を限定するためには機能していない。なぜなら、事前審査せずに書き込みを公表するという意見フォーラムの仕組み自体が、保護すべき表現媒体と認められていないからである。むしろ、それは、積極的に違法行為が生じる危険を増大させる有害な事業だと評価されている。だから、そのような仕組みを放棄して、通常のプレスと同様、書き込み公表前に内容について事前審査をすることを要求するのも、十分可能なことだということになる。これは、プロバイダの一般的監視義務不存在というテレサービス法８条（現行テレメディア法７条）２項

[44] LG Hamburg, AfP 2006, S.273.

1 文の原則とは真っ向から対立する立場であるが、地裁は、判例上そもそも差止請求にはこの条文は適用されないということができた。

この判決によれば、違法な書き込みにより被害を受けた者は、通常のプレスに対すると同様、プロバイダへの通告という手順を踏まなくても、直接差止めを裁判所に求められることになる。プロバイダは情報公表時点ですでに、違法な内容は事前に審査して公表させないという義務を怠っていることになるからである。通告するとしても、その意味も変わってくる。通告して初めて差止義務が発生するなら、それは違法行為を指摘するものではないが、地裁のように考えるなら、通告自体が違法行為を指摘するものとなる。実際の帰結の相違として、後者の場合、通告にかかった（弁護士費用を含む）費用を、被害者がプロバイダに請求することができる[45]。こうして、事前審査をしないプロバイダは、損害賠償責任が限定されていても、違法な書き込みがなされるたびに財産的損害が発生する危険を背負うことになる。

B　地裁判決への批判と控訴審判決　－　意見フォーラムの憲法上の価値

意見フォーラムの有用性を一般的に否定するかのような本判決に対しては、強い批判が寄せられた。特に、基本法５条が定める意見表明の自由の観点から、「利用者が瞬時に、事前の審査なくコミュニーションできるという討論フォーラムへの一般的利益」[46]をより重視すべきだという指摘が多い。「瞬時の、つまりほとんどライブでの議論は、意見形成にとって有意義でそれゆえ望ましい現象形態である」。インターネットの新たな技術が、このコミュニケーション形態を広く可能にした。地裁のように事前審査義務を課してそれをなくしてしまうことは、「インターネットというメディアの本質にふさわしくない」。「基本法５条の自由は、常に、権利を侵害する意見表明の危険も含んでいる。しかし、自由な国家は、この危険に対し、ある特定のコミュニケーション形態を完全に阻止するような命令

[45] Vgl. Christian Volkmann, Der Störer im Internet (2005), S.108f.

[46] Uwe Jürgens/Oliver Köster, Die Haftung von Webforen für rechtsverletzende Einträge, AfP 2006, S.219, 221.

あるいは禁止によって対処することはできない」[47]。

また、地裁が、ハイゼが申立人の製品を批判した以上、予防措置をとるべきだったとすることに対しても、批判自体が合法なら、それはいわば「許された危険」のはずであり、そこから義務が発生すると考えるべきではない、との指摘がなされている。そうでなければ、意見フォーラムで激しい議論を呼びそうなテーマは扱えないということになってしまう[48]。インターネットでフォーラムつきで報道する際には、たとえそれ自体は合法でも、第三者に与えるであろう影響まで考慮しなければならないということになると、「自由な意見形成を抑制する効果」が発生してしまうだろう[49]。

本判決に対しては控訴がなされ、ハンブルク上級地裁は、差止めの結論は維持したものの、地裁の判示をかなり抑制した。上級地裁は、フォーラム運営者が第三者の書き込みについて負う責任について、「まず意見表明の自由保障の観点からして、妨害者としての責任も原則としては問題とならない」とする。「事前の『入り口でのコントロール』への一般的義務づけは、自由な意見交換の可能性を、基本権を侵害するようなかたちで制限することになろう」。ただし、具体的に違法な書き込みがなされれば、それと同種の書き込みの公表を差止める義務を運営者に課すことは、過度な要求とならなければ許される。運営者はその限りでの監視義務を負うことになるが、書き込みをした本人が多くの場合特定できない以上、被害者救済のために一定の予防措置を講ずることを求めても利益の均衡は失しない。また、ハイゼは個々の書き込みを商業的に利用しているわけではないが、フォーラムを事業として運営しているのであるから、そこに一定の監視を求めることも不当でない。判決は、違法な書き込みのあった特定のフォーラムのみを監視対象とするならば、コストの面でも要求可能であるとし、本件では申立人が違法書き込みについて通告していた以上、ハイゼに差止義務は発生していると結論づけたのである[50]。

本判決は「多くのフォーラム運営者を少しほっとさせたろう」と述べる評釈は、それによりプロバイダ責任制限規定の実質的内容が妨害者責任においても生かされることになったことを評価している[51]。上級地裁は、地裁のように意見フォーラムをわざわざ設けられた危険な場と見るのではなく、基本的に有益な意見の交換が行われる場と理解している。だから、運営者が直ちに違法行為防止措置をとるべき存在とはみなされないのである。このように、テレサービス法の適用から除外されたプロバイダの妨害者としての責任については、各裁判所のインターネット上での活動への生の評価が法解釈にダイレクトに影響する傾向が見られ、判決傾向は不安定であった。

3　意見フォーラム運営者の責任をめぐる判例展開

A　差止義務限定の論理

2006年には、デュッセルドルフ上級地裁が、名誉毀損的な書き込みについて意見フォーラムの運営者の妨害者責任を限定的に解する二つの判決を出して注目された。一つの判決は、営利事業としてではなく運営されていた意見フォーラムへの書き込みについて、被害者からの通告があった後でも被告運営者の差止義務を認めなかった。問題となったのは、外国の子どもへの慈善事業を行っている者を「ポルノ王」とか「破産者」などと形容した書き込みである（認定によれば、その者はポルノもつくっていないし破産もしていない）。

本判決は、妨害者責任を肯定するための要求可能性の判断において、確かに通報があったのと同様の書き込みが将来繰り返される危険はあるとしつつも、被告がフォーラムから経済的利益を得ていないことを挙げ、そのような者に、差止対象となる書き込みを事前にチェックする体制を構築するコストをかけるよう要求するのは、過大な負担を負わせることになる、

[47] Stadler (Anm.38), S.257. Vgl. auch Michael Libertus/Axel Schneider, Die Anbieterhaftung bei internetspezifischen Kommunikationsplattformen, CR 2006, S.626, 630（意見フォーラムでは、フィルタリング・ソフトで違法な書き込みを判別して除外するのは困難であり、人の目でするとなると莫大なコストがかかる、と指摘する。）.

[48] Michael Libertus/Axel Schneider, Anmerkung, ZUM 2006, S.487, 489. Vgl. auch Marco Gercke, Anmerkung, MMR 2006, S.493, 494; Alexander Hartmann, Unterlassungsansprüche im Internet (2009), S.201f.

[49] Jürgens/Köster (Anm.46), S.222.

[50] OLG Hamburg, ZUM 2006, S.754.

[51] Thorsten Feldmann, Anmerkung, MMR 2006, S.746,

と指摘する。「インターネット・オークション」判決は商標権侵害を予防するにはソフトウェアの導入でよいと示唆したが、この方法は「言明を名誉毀損的になすことにはいくらでも可能な形態があることからして、人格権侵害の場合には明らかにあまり役に立たない」。結局人の目での判断をなさざるを得ないが、そんなコストを被告に要求するわけにはいかない。被告は、被害者から通告があったときに遅滞なくその個別の書き込みを削除していれば、それ以上に将来にわたる義務は負わないと判断すべきである。「サービス提供者が匿名のフォーラムをつくることで権利侵害の可能性を助長しているという事情は、この責任で十分考慮に入れられている」[52]。

もう一つの事件では、児童ポルノに反対する活動を行っている者に対し、小児性愛者ではないかと疑ったり、「怠け者で働くのがいやなのに違いない」などと批判する書き込みが問題となった。判決は、「ほとんどライブ」での討論の場を提供することの意見表明の自由にとっての意義を考慮し、意見フォーラムの運営者の責任は他のホスト・プロバイダよりも限定されるべきだとする。テレビで生放送されている議論の中で名誉を毀損する発言がなされたときと同様、本来訴えられるべきは、違法な書き込みを行った者であって、運営者ではない。ただし、インターネットにおいては書き込みが長く人々の目に触れる状態に置かれるため、できるだけ早く差止請求を行える必要があり、書き込みをした本人が特定できない多くの場合には、運営者に差止めが求められてもやむをえない。運営者がこの責任を負う危険を避けようとするなら、利用者に身元確認を求めておくべきであった。ただし、判決は、原告が書き込みをした本人を特定できている場合には、請求はその者に対してすべきであって、運営者への差止請求は認められない、と判示したのである[53]。

これらの判決は、それぞれの事件の事情をふまえ、できるだけ意見フォーラム運営者の差止義務を限定しようとしている。その背景には、あまり過大な義務を課して瞬時のコミュニケーションの場というフォーラムの特質を消してしまうのは、意見表明の自由保障の観点から望ましくないとの考えであろう。

[52] OLG Düsseldorf, CR 2006, S.682. 事実関係については、JURIS 掲載の原審判決（LG Düsseldorf, Urteil vom 25.1.2006 (12 O 546/05)）も参考にした。

[53] OLG Düsseldorf, AfP 2006, S.267. 事実関係については、JURIS 掲載の原審判決（LG Düsseldorf, Urteil vom 14.9.2005 (12 O 440/04)）も参考にした。

B　連邦通常裁判所の不明確な対応

これに対し、2007年に連邦通常裁判所が、後者のデュッセルドルフ上級地裁判決を一部破棄する判決を下した（「意見フォーラム」判決）。これは、意見フォーラム運営者の妨害者としての責任についての通常裁の初めての判断として注目された。判決は、「インターネット・オークション」判決の枠組みは意見フォーラムにも当てはまるとして、運営者に妨害者としての責任が生じる可能性を認めた。一過性のテレビの生放送中の発言については、確かにテレビ局の責任は制限されるが、インターネットで書き込みが残ることは「当事者の人格権侵害の永続化」となるから、原告はその削除を求めることができる。さらに、「プロバイダは、たとえ審査義務に違反していないとしても、一般私法の観点から、妨害排除とさらには将来の権利侵害の差止めへと義務づけられる」。被告は、原告が自らも匿名のフォーラムで発言し議論を交わしている（原告は、自らを書き込みで攻撃する者に対し、同じスレッドで、匿名性の安全に隠れる「みじめな人物」などと反論していた。）以上、その場で激しい攻撃を受ける危険を覚悟しておくべきだと主張するが、そのような危険を冒すからといって名誉毀損に対する救済を受けられなくなるわけではない。さらに判決は、被告の妨害者としての責任は、原告に書き込みをした人物が特定できているかどうかとは関係なく発生すると判示し、原判決を破棄したのである[54]。

通常裁は、意見フォーラム運営者を他のホスト・プロバイダに対して特権的に扱うことには否定的な立場を示したといえる。確かに、本判決は運営者には一般的な審査義務が存在するとは考えていないようであり、違法書き込みの通告があって初めて差止義務が発生する（そして、それに反して予防措置をとらなかった場合には、裁判によって差止めを命じられる）という、「インターネット・オークション」判決の枠組みにのっとっている。しかし、問題はオークション・プラットフォームの運営者と同様の差

[54] BGH, ZUM 2007, S.533. 本判決が引用する、テレビの生放送についての通常裁判決は、BGHZ 66, 182.

止義務を意見フォーラムの運営者にも課すことが、はたして「要求可能」といえるかどうかである。

実は、通常裁は同じ2007年に、やはりインターネット・オークションでの商標権侵害へのプラットフォーム運営者の責任が争われた、「インターネット・オークションⅡ」判決で、違法出品の通告は「明確で簡単に認識可能な権利侵害」を特定する必要があり、差止対象も明確に違法な出品に限ると判示している。またフィルタリング・ソフトをうまく動かすメルクマールが欠けているような差止めは、要求可能性の限界を超えると判示している[55]。この慎重な姿勢と比べると、むしろ「意見フォーラム」判決が、運営者にどの程度の義務を課すことが「要求可能」なのかについて指針を示さなかったことが興味を引く。特に、もう一つのデュッセルドルフ上級地裁判決が言うように、名誉毀損的表現をフィルタリング・ソフトで除外するのが実際には困難だとすると、通告を受けた場合運営者は何をどこまですればよいのかについて、不明確な点が残ることになる。「インターネット・オークション」判決への評釈で、その法理を意見フォーラムに適用することへの危惧を示していたフォルクマンは、本判決への評釈において、運営者に通告されたのと「同種」の書き込みをすべて差止める義務を課すのは過大にすぎると批判している[56]。

C　事前監視義務をめぐる意見対立の持続　－　特に匿名性の評価をめぐって

このように上級地裁や通常裁は、妨害者としての責任に関しても、意見フォーラム運営者に少なくとも通告前の一般的監視義務を求める立場は否定しているのだが、「ハイゼ」後のハンブルク地裁がそれを唯々諾々と受け入れているわけではない。通常裁の「意見フォーラム」判決後、同年中に、同地裁は、ある料理についてのフォーラムに著作権を侵害する料理

[55] BGHZ 172, 119 (134).

[56] Christian Volkmann, Kommentar, K&R 2007, S.398. フォルクマンは、フォーラム運営者に義務違反がなくても差止めを求められるという判示は、「インターネット・オークション」判決に反していると指摘しているが、本文中で述べたように整合的に理解できるのではないか。

写真が投稿された事件について、通告後その写真を遅滞なく削除した運営者に対し、次のように述べて差止判決を出している（「メッテンデン」事件）。インターネット上での知的財産権侵害は増大傾向にある。そのような中で、写真のフォーラムへの投稿を許しておくことは、「第三者によってそのような権利侵害が行われることの、蓋然性が低くはない可能性」を生じさせることになる。「このことは、そのような権利侵害の可能性を予防するための審査及び場合によっては行動の義務を発生させる」。被告は通告を待たずに予防措置を講ずる義務があったのであり、またそれは実際にも可能であった[57]。

さらに同地裁は同年、ある名誉毀損的書き込みを通告前に削除した運営者に対しても、差止判決を出し、フォーラム運営者への強硬姿勢を改めて示している。この運営者が、ある放送番組制作会社が自社への批判に対し名誉毀損訴訟を起こしたことを批判するブログ記事を公表したところ、それへのコメント用に付されたフォーラム内で、その会社が自社への批判を許さないことを皮肉って「ジーク・ハイル・(問題となったテレビ番組名)」と表記する書き込みがなされた。運営者は、この書き込みを、通告されないでもその日のうちに削除したのだが、それでも地裁は運営者に審査義務違反を認めたのである（「ブログ」事件）。

地裁は、差止義務の前提となる審査義務の程度について、人格権侵害がなされる危険性が高くなる具体的きっかけがあれば、そして侵害の程度が大きいと予想されるほど、運営者には重い審査義務が課されるというべきであり、場合によっては、多大なコストを要求してでも事前監視義務を課すことが許される、とする。本件では、厳しい批判を展開するブログ記事

[57] LG Hamburg, MMR 2007, S.726. 本判決に対しては、後述する控訴審判決と同様に判例違反を指摘する評釈がある。またそこでは、遵守不可能な監視義務を課されるのならば、運営者の実際の対処としては写真の投稿ができないようにする措置をとるしかない（現に、このフォーラムではそのような措置がとられた）が、これは、マルチメディアとしてのインターネットの特性の一つを消してしまうことになり、「事業モデル全体を疑問にふす」ほどの審査義務は高すぎるとした通常裁「インターネット・オークション」判決の趣旨にもそぐわない、と指摘されている。Reto Mantz, Anmerkung, MMR 2007, S.728.

の調子からして、それへのコメントとして重大な人格権侵害が書き込まれる恐れは非常に高かった。また、コメントを仮名で行えるようにしていたことも問題である。「仮名で発言できる可能性が公論形成に役立ちうることは、確かである。この可能性がなければ、言明者が不当な報復への恐れから、それ自体としては保護に値する公論形成への寄与を止めてしまいかねないような場合には、特にそうである。しかし、本法廷の理解では、仮名を使用できる可能性は、議論の中で第三者の人格権侵害が生じる危険を大きく上げるということも、やはり明白である。発言の際に仮名の背後に隠れることができる者は、自分の言明について個人的に責任を問われることを恐れないといけない者よりもずっと、第三者の人格権を侵害してしまいやすいであろう」。だから、仮名でのコメントを認めている運営者は、その分その中身に注意する義務を負うというべきである。そして、コメントの量が多すぎるということは、事前審査が要求可能でないことの理由とはならない。「公共の討論フォーラムを開設した者は、それがもはや自分で適切にコントロールできる程度を超えて成長したからといって、このフォーラムの適切な監視という義務から免れられるわけではない」[58]。

これに対し、「メッテンデン」事件の控訴を受けたハンブルク上級地裁は、2009年に判決を出し、同事件地裁判決のような理解は、フォーラム運営者に、投稿内容について「無制限の責任」を負わせかねないもので、通常裁の判例違反であるとして退け、審査義務は具体的通告によって生じると確認している。また、同判決は、投稿が匿名で行える状態であったことにも触れるが、しかしそのことと具体的な著作権侵害の間に帰責連関があるとは言えず、運営者に通告前の審査義務を課す理由とはならない、としている[59]。同上級地裁は、同種の事案についての同年の別の判決では、フォーラム運営者に書き込み全体への事前監視義務を課すことは、「インターネット・フォーラムを保護しているプレス及び意見表明の自由を侵害する」とはっきり判示している。さらに、匿名表現は「インターネットで基本的に許された、そしてまた一般的な事業モデルであり、意見表明やプレスの自由の保護を受ける」とし、運営者に求められる予防措置の程度はこ

[58] LG Hamburg, AfP 2008, S.219.

[59] OLG Hamburg, MMR 2009, S.479.

の「意見表明の自由を考慮して」定めるべきだとも判示している[60]。

このように、意見フォーラム運営者の妨害者としての責任については、通常裁の一応の判例があるものの、責任の程度をめぐって不明確な点が残っており、また批判も寄せられている。2010年の段階でも、「インターネット・オークション」判決がフィルタリング・ソフトで不可能なことまでプロバイダに要求すべきでないと指摘していたのをうけ、意見フォーラムである言明と「同種」の発言の事前排除を求めることは、多くの場合まさにこの限界を超えるはずだとして、意見フォーラムにおける将来を向いた差止義務づけを基本的に否定する見解も示されている。その著者は、瞬時に広い意見交換を可能にする意見フォーラムの存続に公益がある以上、その「事業モデル」自体をなくしてしまう危険があるほどの義務づけは求められないとする。匿名表現も意見表明の自由で保護されるはずであり、抽象的な危険性で匿名利用を排除すべきではない。違法書き込みへの対処としては、その都度の通報に基づく削除で足りると解するべきである、という[61]。これに対し、意見フォーラム運営者に違法記事を掲載したプレスと同等の責任を課そうとする立場も、ハンブルク地裁には根強く残っていることも上述のとおりである。これらの立場の相違の背景には、匿名での投稿を瞬時に公開する意見フォーラムという場を、意見表明の自由を広げる有益な場と考えるか、違法行為を助長する「危険源」と考えるかという基本的な見解の相違がある。

[60] OLG Hamburg, ZUM 2009, S.417.

[61] Holger Nieland, Störerhaftung bei Meinungsforen im Internet, NJW 2010, S.1494. Hartmann (Anm.48), S.200-204 は、判例の立場を基本的に支持しつつも、オークションと意見フォーラムにおける、フィルタリング・ソフトの有効性の違いや、後者の場合、第三者の違法な行為から運営者が直接の利益を得ていない（前者の場合、運営者は出品ごとに手数料を得ている）ことなどを挙げ、意見フォーラムの場合差止義務の範囲はより限定すべきだとする。そして、義務が及ぶのは違法投稿を行った本人による、問題となったスレッドへの今後の投稿に限るべきだとする。

Ⅴ　最近の連邦通常裁判所判決

1　判例における変化の兆し

プロバイダの妨害者としての責任にはテレメディア法の責任制限規定は適用されないという、「インターネット・オークション」判決以来の通常裁の立場には、近年変化の兆しが見られる。同事件の再上告審判決（「インターネット・オークションⅢ」判決、2008年）は、「最初の上告審判決において、法廷は、2001年テレサービス法８条・11条の責任制限規定は、差止請求に無制限には適用されない、と判示した。(強調引用者)」と述べ、単に「適用されない」としてきた従来の立場とはいささかニュアンスの異なる言い回しを用いている[62]。

そして、写真の売買を行うプラットフォームに所有者の同意を得ないまま撮影された不動産の写真が掲載されたところ、所有者がそのプラットフォームの運営者にその写真掲載の差止めを求めた訴訟において、通常裁判所は2010年の判決で、このような写真売買プラットフォームを設けることが危険源の設置を意味し、運営者には事前の審査義務が発生するとの主張を、次のように述べて退けた。「そのような義務づけは、その事業モデルを疑問にふすことになろう（ここで「インターネット・オークション」判決を参照―引用者注）。そのような義務づけを排除するテレメディア法７条２項の法律規定は、このことに対応したものである」[63]。これは、テレメディア法の一般的監視義務不存在規定の趣旨が、差止請求においても考慮要素となることを示唆したものであり、両者を結びつけてこなかった判例の姿勢に、さらに変化が生じているように思われる。

判例は、プロバイダの妨害者としての責任について、テレメディア法とは独立の民法解釈問題としつつ、その審査義務を限定的に解することで実質的に責任を限定する結論を得ようとしてきた。しかし、この実質論に対しては、下級審判決において根強い反対が残っている。このような中、通常裁は、従来の立場を少々曲げてでも、法律の明文規定を使って自らの解釈根拠を強化しようとしているように思われる。さらに、注16で挙げた直近の通常裁判決は、ホスト・プロバイダの妨害者責任についての判例が、電子商取引指令14条１項についての欧州司法裁判所判決の理解と「一致する（stehen im Einklang)」と述べ、しかも既述のように、同条項とテレメディア法10条の内容を区別して扱っていない。あたかも、妨害者責任についてもテレメディア法10条が適用されるという立場をとっているようにも読める判旨となっている[64]。今後の判例展開もさることながら、このような示唆が下級審判決に影響を与えるのかどうか、注目される。

また、2010年の写真売買プラットフォームについての通常裁判決は、違法な投稿を知った後でも、運営者に課しうる審査義務は、フィルタリング・ソフトウェアをうまく作動させうるメルクマールを有するものでなければならないという「インターネット・オークションⅡ」判決の立場を再論したうえで、投稿された写真が所有者の許可を得たものかどうかはソフトでは判断できないので、やはり運営者に差止めを求めることはできない、とも述べている[65]。通常裁が、ホスト・プロバイダの審査義務は機械が自動的にチェックできる範囲に限るという理解を、より一般化して妥当させるつもりであると読み取れる判示である。そうだとすると、意見フォーラムでは違法な書き込みをソフトウェアで見つけることは非常に困難だという、下級審判決や学説からなされてきた指摘が、その運営者の審査義務を考えるにあたって考慮に入れるべき事項だということになるであろう。はたして、今後この判示が意見フォーラム運営者の差止義務を限定する方向で影響力を有することになるのかどうかも、注目されるべき論点である。

[62] BGH, K&R 2008, S.435, 437.

[63] BGH, ZUM 2011, S.325, 327. 同様にプロバイダ責任を限定的に理解する判決として、vgl. auch BGH, CR 2011, S.259.

[64] BGH,GRUR 2011, S.1038. なお、すでに注13で挙げた通常裁判決も、ホスト・プロバイダの妨害者としての責任についての従来の判例が、欧州司法裁判所によって解釈された EC 電子商取引指令14条１項の要請と整合的であると判示していた。

[65] BGH, ZUM 2011, S.325, 327. また、前注の2011年通常裁判決は、違法出品の通知後には、オークション・プラットフォーム運営者に、その出品の削除とともに同種の出品を差止める義務が発生するとの判例を維持しつつも、具体的事例の判断においては、運営者が指摘のあった出品を削除したこと、及びその後に同種の違法出品は行われていないことの認定をもって、差止請求を退けている。つまり、運営者が実際にどのような違法出品予防措置をとったかを検討していない。

2　人物評価プラットフォームの合法性をめぐって

近年のドイツでオークションや意見フォーラムと並んで議論を呼んできたウェブ・ページの一つに、教師などの個人への評価を利用者が投稿し、それを公表するプラットフォームがある。初等中等教育の教師については「シュピックミッヒ（spickmich.de）」、大学教員については「マインプロフ（meinprof.de）」が特に普及しているようである。フォーラムサービスがある場合には個々の書き込みについての責任が問われうるのは当然だが、ドイツでは、そもそもこのような個人を不特定多数の第三者が評価してその結果を公表するページの開設が、勝手に評価される側の情報自己決定権を侵害するのではないかということも問題視された[66]。2009年に通常裁は、「シュピックミッヒ」について、下級審の傾向に沿って合法との判断を示している。この事件は、本稿がこれまで検討対象としてきた、個別の違法な出品や書き込みへのプロバイダ責任が問題となった事案とはかなり性質が異なるが、インターネットにおける匿名表現の評価について通常裁として初めて立場を明らかにしているので、ここで取り扱っておきたい。

「シュピックミッヒ」にはいくつかの特徴があった。まず、利用は登録制であり、その際名前やメールアドレスとともに、通っている学校も登録しなければならない。登録すると教師への評価を数値で投稿できるが、評価項目がいくつか設定されており、その中には「授業のよさ」や「成績評価の公正さ」などの他に、「クールで気が利いている（cool und witzig）」、「人間味がある（menschlich）」など、人物の個性を測るものも含まれていた。一人の教師につき10人（提訴当時は４人だった）の評価が投稿されると、評価の平均値が公表される。自由記載ができる箇所としては、「引用」として、教師の発言を書き込むことができる欄が設けてあり、さらに「間違っている」という欄に公表された評価などへの異議を書き込むことができる。一年間新たな評価のなかった教師については、データが削除される。また、検索ページから教師名での検索はできないようになっていた。このプラットフォームで評価を公表された教師が、その運用停止を求めて提訴したのである。直接の根拠としては、連邦データ保護法35条２項２文１号が定める、許されないデータ保存に対する、当事者の削除請求権が挙げられた[67]。

通常裁は、このような人物評価ページは連邦データ保護法41条が規定するメディア特権を享受することはできないとしつつ、そのデータ収集・公表は、同法29条が定める、私人の第三者への伝達目的でのデータ収集要件に合致していると解釈すべきだとした。同条によれば、当事者が情報収集を拒むことに「保護に値する利益」がないと考えられる場合に情報収集が認められる（１項１文１号）。判決は、この「保護に値する利益」の有無を判断するにあたっては、情報当事者の利益と情報利用者の利益を衡量すべきだとする。そこで、情報自己決定権とコミュニケーションの権利という、基本法に基づく権利間の衡量が必要になる。職業生活のような社会的領域についての価値判断を表現することは、原則として許されている。「クールで気が利いている」とか「人間味がある」といった評価項目は確かに個人的な性格に関わるが、それも学校生活の中での評価であり、私生活への侵害とはいえない。

他方、このインターネットのページによって、教師についての意見交換の場が広がったことは明らかである。原告は、匿名の者の評価は有益ではないというが、「匿名での利用は、インターネットに内在的なものである（dem Internet immanent）」。「意見表明の自由を特定個人に帰属させうる言明にのみ限定することは、基本法５条１項１文に合致しない。名前を名乗って意見を述べるよう義務づけることは、個人が報復やその他の否定的反

[66] 注目された判決として、シュピックミッヒについては LG Köln, CR 2007, S.666; OLG Köln, K&R 2008, S.40、マインプロフについては LG Berlin, CR 2007, S.742 がある。人物評価プラットフォームの合法性をめぐっては、かなり多くの文献があるが、通常裁判所判決にも影響を与えたものとして、Miriam Ballhausen/Jan Dirk Roggenkamp, Personenbezogene Bewertungsplattformen, K&R 2008, S.403 があり、データ保護を重視する論として、Günter Dorn, Lehrerbenotung im Internet, DuD 2008, S.98 がある。合法な評価公表の範囲を細かく限定的に考察するものとして、Holger Greve/Florian Schärdel, Der digitale Pranger, MMR 2008, S.644.

[67] そもそも、他人による人物評価が、評価される者にとってデータ保護法の適用対象である個人データといえるのかどうかも議論のあったところであるが、通常裁判決はこの点は肯定的に解せることを前提にしている。Vgl. Niko Härting, „Prangerwirkung“ und „Zeitfaktor“, CR 2009, S.21, 26.

応を恐れて、意見を言わないよう決断するという危険を生むであろう。それは、本事案で争われている学校領域だけで生じることではない。この自己検閲の危険に対しては、自由な意見表明の基本権によって対処がなされるべきである」。判決は、インターネットのない時代につくられた連邦データ保護法29条の規定には、今日の状況に応じて「憲法適合的解釈」を施さなければならないとし、上述したように、登録制などこのページがデータ公表に一定の配慮をしていることも考慮したうえで、インターネットでの職業上の人物評価というサービス自体を止めるのは行き過ぎであるとする。結局、通常裁は、原告が人格権への具体的侵害を示していない以上、「保護に値する利益」は認められないと判断すべきだとして、ページの存続を認めたのである[68]。

Ⅵ　おわりに

1　ドイツでの議論のまとめと評価

以上、ドイツでプロバイダ責任をめぐり議論を呼んだ判決を中心にして、検討を行ってきた。ドイツの特に下級審判決では、テレサービス法・テレメディア法が定めるホスト・プロバイダの責任制限規定を限定的に解釈しようとする強い傾向が見られる。解釈の技法としては、第一に、第三者に由来する情報であっても、何らかの条件の下にホスト・プロバイダが「自己のものとした」とみなし、責任制限規定の適用範囲からはずすというやり方がある。第二に、プロバイダ責任制限規定がその妨害者としての責任には適用されないという連邦通常裁判所判例を用い、ホスト・プロバイダに第三者の情報について高い審査義務を課すという解釈が試みられる。

とはいえ、両者において、ホスト・プロバイダに第三者の情報について高い審査義務を課すことを正当化する実質的根拠は似通っている。最も重

[68] BGHZ 181, 328. 判決に肯定的な評釈として、Georgios Gounalakis/Catherine Klein, Zulässigkeit von personenbezogenen Bwertungsplattformen, NJW 2010, S.566、批判的な評釈として、Karl-Heinz Ladeur, Anmerkung, JZ 2009, S.966 などがある。なお、本判決に対する憲法異議は、連邦憲法裁判所の部会決定で、理由を付すことなく退けられている（BVerfG, Beschluss vom 16.8.2010 (1 BvR 1750/09)）。

大な根拠は、ホスト・プロバイダが第三者に匿名での投稿を認めることにより、違法行為がなされる蓋然性の高い場を設定したという理解であろう。ホスト・プロバイダ側の、すべての投稿の事前監視は不可能だとの論理は、この理解に立てば、危険源を設置した者がその危険が大きすぎて手に負えないから免責してくれと求める、到底承認できない主張だということになる。こんな身勝手を認めるかのような法律規定は、できる限り限定的に解釈すべきだということになってもおかしくない。ホスト・プロバイダが事業としてページを運営している場合には、特に自己の利益のためにできるだけ広く投稿を求めるインセンティブがあるとみなされ、その分違法投稿にもあらかじめ対策を講じておいて当然だということになろう。

これに対し、ホスト・プロバイダの責任を限定しようとする論理は、多くの人々に、他者の審査なしで直接オークションに出品したり意見を公表したりする機会を与えるという、インターネットにおける新たな「事業モデル」の出現を、それ自体としては否定的にとらえない。特に、意見フォーラムについては、匿名での瞬時の意見交換の場の創出という事態を、意見表明の自由との関係で積極的に評価することが可能である。もちろん、権利侵害を受けた者の救済のため、一定の責任は負わなければならないが、それも「事業モデル」の特徴を失わせない限度にとどまるべきだということになろう。

これらの考え方には、いずれにも首肯できる部分がある。ただし、少なくとも意見フォーラムについていうならば、一般論としては、連邦通常裁判所が「シュピックミッヒ」判決で述べたように、匿名言論が保護に値するということを解釈論の出発点とすべきであろう。確かに、インターネットは自らの言論に対して責任を取るつもりのない者に、以前にはなかった表現活動の可能性を与えた。しかし、日常生活で不利益を被ることを恐れて表現に踏み出せなかった人々にとって、表現活動を容易にする効果があるのも確かである。この自由を拡大する効果を一般的に否定することは、表現の自由保障の観点からは認められないだろう。表現の自由は本来濫用の危険を内包したものであり、違法な表現に対しては、その都度の対処を行うしかない。

表現の自由がどの程度実践できるかは、そのときどきの技術に依存している。インターネットが技術の発展により利用可能となった以上、そこは

自由の保障されるべき場であるということが法的評価の大前提とされるべきであろう。各参加者が自らの主張の説得力を競うことにより、開かれた場における議論が全体として理性的結論へと近づくという規範的期待がインターネットという場においては妥当しないとする理由はなく、参入の自由が拡大することはその機能をより高めると考えるべきである。違法な表現が流布する危険が印刷媒体よりも高まるとしても、それはやはり個別に対処すべき問題であり、より表現しやすい場を人々に開放することの自由保障にとっての意義を帳消しにするものではない。ユーチューブのような動画の投稿を匿名で行うことも、まさに新たな表現形態を多くの人々に開くものであるという積極的位置づけを行うべきであろう。この観点からすると、そのような場の特性を大きく損なうような法的規律は、憲法上の自由保障に反すると解することも可能になる。匿名での投稿を可能にすることを、危険源の設置とみなすことは、一般的には妥当とは思えない。

ただし、特別の事情が存在する場合には、違法な投稿がなされる危険が特に高まったとして、ホスト・プロバイダに審査義務を課すことが許される場合があるかもしれない。しかし、プロバイダがプラットフォームを事業として営んでいるというだけでは、このような事情があるとは到底言えない。ホスト・プロバイダに自己利益の追求を許さなければ、インターネットの特性を活用した表現機会の拡大を十分実現することはできないであろう。その意味で、意見フォーラムは価値ある「事業モデル」と考えるべきである。問題は、「ハイゼ」事件や「ブログ」事件のように、プロバイダ自身が厳しい、しかし合法な範囲内の批判を行っていたときに、その後のフォーラムへの書き込みに対して特別の審査義務を負うかである。この場合にも、基本的には、ある言論がどのような反応を誘発するかは事前には予測不能である（そのような批判を行ったプロバイダ自身を厳しく非難する書き込みがなされることも十分考えうる）以上、合法的な言論によって特別の危険が作り出されるわけではないと考えるべきである。予測不能なことについて責任を負わせることは、書き手に不当な萎縮効果を発生させることになろう。例外は、フォーラムに一定の思想的傾向が明確に見られ、プロバイダの言論への反応がかなりの蓋然性をもって予想できる場合などに限られるべきであろう[69]。

2　ドイツでの情報開示請求権の制限

ただし、ドイツでプロバイダ責任が広めに認められている背景として、違法な投稿をした本人に関する情報をプロバイダに開示するよう求める請求権が、日本よりも制限されているという事情を挙げておく必要がある。ドイツでは、インターネット利用者のデータ保護につきテレメディア法11条以下が規定しており、その中でプロバイダによる利用者のデータ取得・利用は「この法律またはテレメディアに明示的に言及する法規定がそれを許し、または利用者が同意する限りにおいて」認められているにすぎない（12条１項、２項）。そして、ドイツには、日本のプロバイダ責任法４条にあたるような、プロバイダに対する情報開示請求権を認める一般的な規定はない。テレメディア法には、利用者のデータについて、刑事訴追や警察の危険防御活動、憲法擁護庁などの諜報活動のためを除いては、「知的財産権の実現のため」に必要な場合にのみ情報開示を求めうることが定められている（14条２項、15条５項４文）[70]。ただし、従来から知的財産権に関する諸法律に存在した情報開示請求権がプロバイダに対しても適用できるのかについては議論があったのだが、プロバイダへの開示請求権を認めるよう諸法律は順次改正されている（著作権法（Urheberrechtsgesetz）101

[69] これは、インターネット上の議論にしばしば「集団分極化」現象が生じるという指摘と関連している。毛利透『表現の自由』62－68頁（2008）参照。インターネット上では議論の場は多数散在しているから、参加したい人は自分の趣向に適したフォーラムを選ぶ。こうして現実には各フォーラムでの議論の幅は広がらず、むしろ急進的方向に閉ざされていく傾向があるといわれる。しかし、フォーラムが原理的には開かれている以上、分極化傾向を理由としてフォーラム運営者に議論動向を予測する責任を課するのは、やはり例外的場合に限るべきであろう。

[70] インターネット利用者のデータ保護については、テレメディア法成立まではテレサービスデータ保護法（Teledienstedatenschutzgesetz）が定めていた。テレメディア法はこの法律内容も取り込むかたちで制定されている。テレサービスデータ保護法では、刑事訴追のための開示しか認められていなかったが（５条２文、６条５項５文）、テレメディア法制定の際に、開示目的が拡大された。

条、商標法（Markengesetz）19条、特許法（Patentgesetz）140ｂ条）[71]。

つまり、知的財産権以外の権利侵害について、私人がプロバイダに侵害者情報の開示を請求する権利は、認められていないのである。ドイツは、EC 電子商取引指令の国内法化にあたり、情報開示請求に関する同指令15条２項に対応する措置をとらなかったのであり、これは、インターネット利用者のデータ保護を優先するという立法者の意識的判断であると考えられている[72]。知的財産権侵害以外の違法な書き込みについて、民法242条の信義誠実原則などの一般条項に訴えて情報開示を求める訴訟もあるが、一般に認められていない[73]。このように、インターネット利用の匿名性を強く保障するという立法政策がとられているとすると、権利侵害を受けた者の訴訟の相手方として、現実にはホスト・プロバイダしか考えられないことになり、その責任をあまり限定しては、権利侵害を受けた者の救済が不十分なままになるという考慮が働くことは考えうるところであろう。

個別的に違法な表現を行った者の匿名性まで守る必要があるのかどうかには、疑問を投げかけることができるであろう。日本でも、インターネット上の活動についての責任分配「全体のデザイン」として、プロバイダの責任を拡大するよりも情報開示の方を容易にする方が「よいのかもしれない」との指摘がなされているが[74]、著者も基本的に同感である。しかし、ドイツにおけるインターネット利用の匿名性への厚い保護は、インターネットが多くの人々の日常生活に欠かせないものとなってきている現在において、情報自己決定権の実効的保障への強い意識を示すものでもあるといえよう[75]。

[71] 現行著作権法101条２項によれば、権利侵害者以外への情報開示請求は、その者が「事業としての規模で（in gewerblichem Ausmaß）」サービスを提供しており、かつ被害者が侵害者への訴訟を既に提起している場合（匿名投稿の場合には通常困難である）を除いては「明白な権利侵害」がある場合に認められる。実際の事件では、これらの要件解釈が問題となっているようである。Vgl. Gerald Spindler, Der Auskunftsanspruch gegen Verletzer und Dritte im Urheberrecht nach neuem Recht, ZUM 2008, S.640.

[72] Ufer (Anm.7), S.168, 179-186; Hartmann (Anm.48), S.142-149. プロバイダへの開示請求権に関する議論状況については、vgl. z.B. Volker Kitz, Die Auskunftspflicht des Zugangsvermittlers bei Urheberrechtsverletzungen durch seine Nutzer, GRUR 2003, S.1014; Gerald Spindler/Joachim Dorschel, Auskunftsansprüche gegen Internet-Service-Provider, CR 2005, S.38; Andreas Splittgerber/Joachim Klytta, Auskunftsansprüche gegen Internetprovider, K&R 2007, S.78.

[73] KG Berlin, CR 2007, S.261; AG München, ZUM 2011, S.516.

[74] 高橋和之「インターネット上の名誉毀損と表現の自由」高橋他編『インターネットと法（第４版）』53頁、85頁注24（2010）。

[75] ただし、ことはそう単純でもない。本文でも述べたように、刑事訴追目的であれば匿名性を破ることができるのであり、そのため権利侵害を受けた者が刑事手続に頼ろうとする傾向が生じているとされる。Vgl. Splittgerber/Klytta (Anm.72), S.85. 注73で挙げた諸判決も、被害者は刑事告発すれば捜査当局によって侵害者を特定してもらえるから、民事では情報開示請求権を認めなくてもかまわない、と述べている。しかし、民事で匿名性が保障される代わりに刑事手続による情報開示が拡大するのでは、利用者の権利がよりよく保障されているとはいえないだろう。連邦憲法裁判所は部会決定で、裁判所の発する命令なしでの検察からプロバイダへのＩＰアドレス提出要求に対する憲法異議を退けており（BVerfG, K&R 2011, S.320）、この問題性はなおさら高まっているといえよう。インターネット利用は捜査当局にとっては実は顕名性が高く、私人と公権力の情報アクセス能力に大きな差異を生じさせるメディアであるので、それをより拡大するような法制度は自由保障の観点から望ましくないと考えるべきではないか。情報開示請求を定める日本でも、自らそのような請求はせず捜査当局に侵害者を特定してもらう方がずっと簡単であるから、同様の問題は存在し、名誉毀損への刑法適用の活性化などが懸念されるところである。

３　日本の最近の判決例との比較

以上のドイツでのホスト・プロバイダの責任をめぐる判例・学説の状況は、日本の議論とはどのような関係にあり、どのような示唆を与えうるであろうか。特に著作権侵害の事例では、プロバイダ責任を広めに認める傾向は、日本でも確認することができる。もっとも、「日本では、自ら物理的に著作権侵害行為を行っておらず、著作権侵害行為を幇助し、または関与しただけの者に対して差止めを命じることはできないとの考えが根強い。」とされるため、プロバイダの「間接妨害者」としての責任というドイツの争点に直接相当する議論はなされておらず、「サイトや掲示板の管

理運営者を侵害者と捉えられないか」が争点となる[76]。

著作権侵害者の範囲については、カラオケスナック経営者が、自己の機材を操作して客に歌唱を勧めるなどその歌唱を管理しており、それにより自己の営業上の利益の増大を意図している場合には、直接歌唱しているのが客であっても、経営者を著作権侵害の主体とみなすことができると最高裁が判示したこと[77]により形成された、直接侵害者でない者をも差止めまで認められる著作権侵害者とみなすことを可能にする、いわゆる「カラオケ法理」が定着している。この法理はその後さらに拡張的に運用されているようであり[78]、インターネットのホスト・プロバイダにも、投稿記事による著作権侵害について侵害者としての責任を認める判決例が登場している。ある書籍中の対談記事がほぼそのまま掲示板に書き込まれたことにつき、掲示板運営者の責任が問われた事件（2ちゃんねる小学館事件）で、東京高裁は、著作権侵害の指摘を受けても運営者が何ら措置をとらなかった場合には、運営者自らが著作権侵害に加担したといわざるを得ないとし、差止および損害賠償責任を認めた[79]。

さらに、ユーチューブと類似する動画投稿サイトによる著作権侵害が争われた事件において、東京地裁は、このサービスは匿名で投稿できること、サイトが示すカテゴリーに「ムービー」「アニメ」など放送物の複製が主

[76] 奥邨弘司「動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害（1）」知的財産法政策学研究33号105頁、137頁（2011）。

[77] 最判昭和63年 3月15日民集42巻3号199頁。

[78] 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究26号35頁（2010）、中山信弘『著作権法』475-482頁（2007）、作花文雄『著作権法　制度と政策（第3版）』351－372頁（2008）など参照。なお、最高裁は2011年に、インターネットを利用した放送番組配信サービスのサービス提供者が著作権侵害主体にあたるかの判断において、「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮」すべきであるという総合考慮型のアプローチを採用した。最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁。したがって、今後は「カラオケ法理」という用語は用いられなくなっていくのかもしれない。本判決を、裁判所の解釈による行き過ぎた侵害拡張であると批判するものとして、田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた」法曹時報63巻5号1頁、23－26頁（2011）。

[79] 東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁。

たる内容となることを前提としたものがあることなどから、著作権侵害を発生させる蓋然性が非常に高いと指摘する。にもかかわらず、運営会社は著作権侵害行為に対して有効な手段をとっていない。また、サイトの運営会社はこのサービスによって広告収入を得ており、投稿数が増えることが利益の増加につながるという関係にある。判決は、このような場合、運営会社は「著作権侵害行為を支配管理できる地位にありながら著作権侵害行為を誘引、招来、拡大させてこれにより利得を得る者であって、侵害行為を直接に行う者と同視できる」とし、運営会社を侵害者とみなしてプロバイダ責任法の責任制限規定を適用せず損害賠償を認めた。また判決は、原告がリストで求めた楽曲をサーバーに記憶し送信することを差止めるよう命じてもいる（TVブレイク事件）[80]。

この判決は、運営会社自身が作成するわけではないコンテンツの将来にわたる差止めも、プロバイダ自身が侵害者であるとして認めたわけである。もちろん、このような認定の妥当性自体が批判的評価の対象となりえる。さらに、この差止めが単なる不作為の要請にとどまらないことに注意が必要である。実際には動画の投稿はサイトの運営会社の意向とは関係なくなされるのだから、差止判決を遵守するためには、フィルタリング・ソフトの導入といった作為が要求される。もしこの作為義務が、機械の自動処理によっては実現困難な程度に高いものであったとすると、本判決が動画投稿サイトという「事業モデル」自体を危うくする危険が生じるのではないか。あるいは、ソフトの導入に高い費用がかかるのであれば、大きな資本のない者を投稿サイト運営から排除する効果も発生するであろう。本論文の検討からは、ホスト・プロバイダに将来にわたる差止めを求める場合には、それが一定の作為を要求することにかんがみ、その作為義務の程度が過大にならないかどうかも考慮に入れるべき事項ではないか、という指摘を行うことができよう[81]。

[80] 東京地判平成21年11月13日判タ1329号226頁、241－250頁。控訴審判決でも維持された。知財高判平成22年9月8日判時2115号102頁。

[81] 同趣旨の懸念を示すものとして、佐藤豊「動画投稿サイトの運営者の法的責任に関して」パテント63巻7号64頁、69頁（2010）。あるいは、本判決は、原告である日本音楽著作権協会と包括的利用許諾契約を締結しないような動画投稿サイトは、ま

これに対し、従来「カラオケ法理」のようなものを有していなかった、名誉毀損的表現の伝達媒体の責任については、掲示板の運営者を侵害主体であるとみなす判決は登場していないようである。また、裁判所は将来を向いた差止判決にも抑制的である。「２ちゃんねる」での名誉毀損についての東京地判平成20年２月18日は、被告たる「２ちゃんねる」の管理人が発信主体であるとの原告の主張を否定している。原告は、被告は掲示板で名誉毀損がなされる可能性を十分認識しつつ、それを防止する実効的な措置をとっておらず、また当該掲示板への広告料から利益を得ているなどと主張したが、同判決はそれでも「被告が本件書き込みの投稿に直接関与するなど、本件書き込みの投稿者と実質的に同視すべき事情を認めることはできない」、とした。また、同判決は、被告に損害賠償や名誉を毀損する個々の書き込みの削除は命じつつ、原告の名前を含むスレッドを立てることの差止請求は認めなかった。この際同判決は、将来にわたりそのような差止めを命じることは、「表現行為に対する規制として過度なものといわざるを得ない」という理由に加え、そのような差止めが技術的に困難で、「被告に著しく過大な手数や負担をかける虞がある」という事情も挙げている[82]。

さに「事業モデル」として存続すべきではないと考えているのかもしれない。だとすると、そのような判断の妥当性も問題となろう。村井麻衣子・「判批」判例評論624号18頁、24頁（2011）参照。なお、佐藤・村井両評釈とも、「カラオケ法理」を拡大的に適用して著作権侵害者を認定する場合、それをそのままプロバイダ責任法上の「発信者」性の認定にも当てはめることは、同概念の不明確性を増大させ、プロバイダの損害賠償責任についての予測可能性を高めようとした同法の趣旨に反すると指摘している。佐藤・同69－70頁、村井・同24－25頁。的確な指摘であるが、プロバイダが実体法上権利の侵害主体であると認定される以上、それをプロバイダ責任法解釈と切断することは、実際の事件への対処としては困難であろう。

[82] 東京地判平成20年２月18日　West Law Japan 文献番号2008WLJPCA02189004。また、東京地判平成21年２月５日　West Law Japan 文献番号2009WLJPCA02058007では、同じく「２ちゃんねる」での書き込みで名誉を毀損された原告が、書き込みが多数なされたスレッド自体を削除するよう求めたが、判決は個々の書き込みの削除しか認めなかった。原告は、当該スレッドが残ると今後も名誉毀損にあたる書き込みがなされる可能性があると主張したが、判決は「今後侵害行為のみがなされるこ

本判決が、差止めが被告にどの程度の作為を強いることになるのかという事情を、考慮要素に入れていることは注目できる。その背景には、現状の掲示板サービスは違法行為を誘引する危険をはらむものではあるが、他方での有意義性も否定できず、その運営を非常に困難にするような義務は課すべきでないという判断があるのだろう。類似の考えがドイツでの議論で繰り返し表明されているのは、上述してきたとおりである。名誉毀損的発言が議論の過程で生じることはある程度不可避であり、そのリスクに対して万全な備えをしようとすることは、自由な発言を広く許容する議論の場を開くという、表現の自由にとってインターネットがもたらした可能性を著しく減少させてしまう危険がある。

日本の判決例からは、著作権侵害の場合と名誉毀損の場合とで、ホスト・プロバイダを侵害主体とみなせるかの判断基準に相違があるといえるようである。その理由の一つとして考えられるのは、財産権としての著作権侵害の場合、権利侵害とプロバイダの収益との関連性が高いということであろう。ある著作のネット上での無断引用は、その著作者から財産的価値を奪っており、かつ無償で知識を得られることによる閲覧者の誘引効果は高い。そのおかげでページ運営者の広告収入などが増えるのだとすれば、財産的価値は著作者から運営者に移っているといえ、特に運営者がページ上で違法行為を誘引しているといえるような場合、それを権利侵害主体であると言いやすくなる。一方、人格権としての名誉権の侵害の場合、やはりそれを侵害しているのは書き込みの内容であって、書き込みを可能にした掲示板運営者であるとはいいにくい。名誉毀損によってページ閲覧者が増えること自体あまりないように思うが、かりにそういう事態が生じ、運営者の収入が増えたとしても、それで運営者が被害者の社会的評価を貶めたといえるようになるわけではないと思われる。

さらに、プロバイダ責任を広めに認めることが表現の自由に対して与えるインパクトの点で、両者の間には有意な差が存在するともいえるのではないか。ドイツでは、名誉毀損表現の将来の差止めを機械的に実行するのは困難であることが繰り返し指摘されているが、このことも、活発な議論

とが明らかに予想されるとはいえない」とし、今後の名誉毀損にも個々の書き込みの削除を求めれば足りると判示している。

には、人の社会的評価を下げる表現が無限といってよい態様で出現するのが不可避的だという事情の現れであろう。したがって、差止め対象となる「同種」性を明確に判断することもほとんど不可能であり、その公表を事前に止めるよう求めることはプロバイダによる「検閲」の色彩を強く帯びることになる。プロバイダは通常、発言者とも批判の相手とも直接の人的関係をもっていないから、ますます判断の困難性は増し、その分差止めが過度に広範に行われる危険も増す。このような制約は、インターネット上での生き生きした議論への大きな障害となろう。著作権侵害の差止めについても同様の危惧は確かに存在するが、しかし既存の著作の一定の利用を認めないという限りで差止対象は比較的明確であり、表現活動に及ぼす影響は限定的だといえるのではないか[83]。

ただし当然ながら、このような考察は、個別事例において違法な投稿に対するプロバイダの責任を認めることを排除するものではない。プロバイダの行為が違法言論の危険をどの程度高めているのかについても、事案に即した検討が必要であろう。このような考察を深めることも含めて、日本の判決例・学説についてより詳細な研究を行うことは、今後の課題としたい。

---

[83] この考察はGCOE研究会での田村善之教授の示唆によるものであるが、田村教授は、著作権侵害行為の差止めから発生する萎縮効果が本当に小さいといえるのか、実は疑問もあるとの指摘もなされていたことを付記しておく。

なお、本稿は、インターネット上で匿名表現が支配的であることを前提にして、ホスト・プロバイダの責任について論じたが、同研究会では、インターネット上で顕名の表現活動がもっと広がれば、匿名表現に関する法的評価も変わってくるのではないかとの指摘も受けた。確かにそのような可能性も考えうるであろう。

本論文は、北海道大学GCOE研究会（2011年6月18日）での報告を元にしたものであり、科学研究費補助金・基盤研究(C)「インターネットでの表現活動に関与する諸主体の法的責任の明確化」(2008年度〜2010年度）の助成を受けた研究成果でもある。

なお、2011年10月25日に連邦通常裁判所が、名誉毀損表現に対するホスト・プロバイダの責任につき、新たな判決を出した（VI ZR 93/10）。注目すべき内容のようであるが、もはや本稿の検討対象とすることはできなかった。