

# ネット事業の法的リスク -掲示板運営を含む-

(インターネットウィーク2005 Dec. 08)

英知法律事務所  
弁護士 森 亮二  
rmori@tklo.ne.jp

1

## はじめにー 様々な事業者たち

- ネットオークション
- サイバーモール
- オンライン商店
- ホスティングプロバイダ
- アクセスプロバイダ
- 負荷分散
- PtoPファイル交換
- 匿名掲示板
- eラーニング
- 電子認証
- セキュリティベンダ
- オンラインゲーム
- ブログサービス
- ソーシャルネットワークサービス
- ポータルサイト

2

## はじめに - 法的リスクとは

Q 法的リスクとは何か？

A 法律に違反したとされることによって生じる不利益

ネット事業の主要なリスクは？

- セキュリティ
  - 個人情報漏えい
- 著作権(知的財産権)
  - 著作権侵害、商標権侵害
- 公益的観点の規制・解釈
  - 消費者保護法、特商法の違反
- 違法情報媒介責任
  - 匿名掲示板における誹謗中傷

3

## セキュリティのリスク

4

## セキュリティのリスク 1

情報セキュリティの3要素: 「C」「I」「A」

「C」onfidentiality: 機密性

宇治市住民基本台帳データ漏えい事件  
大手ブロードバンド顧客データ漏えい事件

「I」ntegrity: 完全性

朝日放送ウェブページ改ざん事件  
霞ヶ関官庁サイト連続改ざん事件

「A」vailability: 可用性

みずほシステム障害事件  
東証システム障害事件

5

## セキュリティのリスク 1.5

攻撃者の責任に関するもの	管理者の責任に関するもの
< 一般法 > 不法行為(民法709条)	< 一般法 > 不法行為(民法709条) 債務不履行(民法415条)
< 方法に着目 > 不正アクセス禁止法 電子計算機等損壊業務妨害罪	< 守秘義務を課すもの > 公務員、医師、弁護士
< 情報内容に着目 > 不正競争防止法の営業秘密 電気通信事業法の通信の秘密	< 安全管理義務を課すもの > 個人情報保護法(20条～22条) 不動産登記法(123条1項)

6

## セキュリティのリスク 2

### 個人情報保護法

#### 第20条(安全管理措置)

個人情報取扱事業者は、その取り扱う個人データの漏えい、滅失又はき損の防止その他の個人データの安全管理のために必要かつ適切な措置を講じなければならない。

「I」:完全性

「A」:可用性

「C」:機密性

第19条(データ内容の正確性の確保) 個人情報取扱事業者は、利用目的の達成に必要な範囲内において、個人データを正確かつ最新の内容に保つよう努めなければならない。

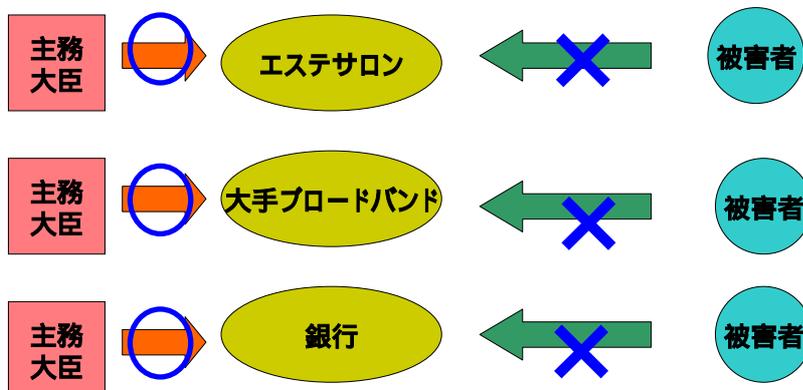
「I」:完全性

7

## セキュリティのリスク 3

個人情報  
3つのリスク

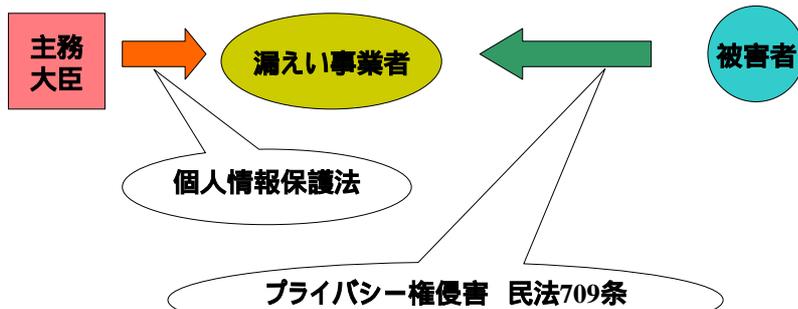
個人情報保護法に関する大きな誤解



8

## セキュリティのリスク 4

個人情報  
3つのリスク

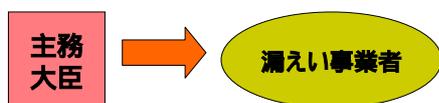


💡 漏えい事件発生時、個人情報保護法で被害者から訴えられることはない。

9

## セキュリティのリスク 5

個人情報  
3つのリスク



個人情報保護法のリスク →

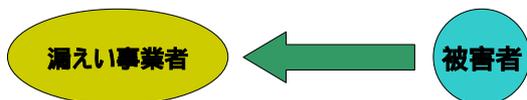
- 主務大臣による報告の聴取 (第32条)  
義務規定の施行に必要な場合
- 同 勧告 (第34条)  
個人の権利利益を保護するために必要がある場合
- 同 命令 (第34条)  
正当な理由なく勧告に従わない場合、かつ重大な権利利益の侵害が切迫していると認められるとき
- 罰則 (第56条～第58条)  
報告懈怠、虚偽報告、命令違反がある場合

本当にこれだけか？

10

## セキュリティのリスク 6

個人情報  
3つのリスク



### <プライバシーの3要件>

公表された事柄が私生活上の事実または私生活上の事実らしく受け取られるおそれのある事柄であること(私事性)、  
一般人の感受性を基準にして当該私人の立場に立った場合公開を欲しないであろうと認められる事柄であること、  
一般人に未だ知られていない事柄であること(非公知性)

かなり緩やかになっていることに注意

### <不法行為の要件>

- (a) プライバシー侵害
- (b) 故意・過失
- (c) 因果関係

11

## セキュリティのリスク 7

個人情報  
3つのリスク

- 04/1/23 会員の個人情報242件の社外流出を公表。
- 2/11 400万件流出の報道。
- 2/25 総務省が漏えい事業者に行政指導検討を公表。
- 2/25 ユーザーにお詫びメール、相談窓口も設置。
- 2/27 漏えい事業者に問い合わせ殺到、2日間で5100件。
- 2/27 社長が謝罪。流出データは450万人分を確認。
- 4/14 総務省が行政指導。
- 6/18 全顧客情報600万人分の流出、通信記録の流出が判明。  
総務省、業務改善命令の可能性を示唆

大手プロトタイプ  
顧客情報流出事件

日経BP「IT Pro」2004/05/31の記事より抜粋

「社長は「(中略)」と語り、事件の全容が解明したとの考えを示した。全容が解明したことから社長自身の責任問題について話が及ぶと、(中略)、辞任の意向をきっぱりと否定した。」

12

## セキュリティのリスク 8

漏えい時の対応  
本人への通知

- |   |  |
|---|--|
| <ul style="list-style-type: none"><li>□ <b>通知の適否</b>      必須</li><br/><li>□ <b>通知時期</b><br/><br/>通知の趣旨は、一次被害の事実を知らせ、二次被害を防止することなので、事実確認後直ちに。</li><br/><li>□ <b>通知対象者の範囲</b><br/><br/>はっきりしない場合は、可能性の否定できない範囲で全員に。<br/>さらにはっきりせず、全員に個別通知できたことの確信が持てなければ、公表</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>□ <b>通知内容</b><ul style="list-style-type: none"><li>✓ 事実関係を簡潔に。確定的事実と可能性を書き分ける</li><li>✓ 謝罪</li><li>✓ 二次被害についての注意喚起 (<b>最重要</b>)</li><li>✓ 原因究明・再発防止 (今後はPCを持ち帰らせません。)</li><li>✓ お問い合わせ窓口</li></ul></li></ul> |
|---|--|

## セキュリティのリスク 9

漏えい時の対応  
主務大臣への報告

- |   |   |
|---|---|
| <ul style="list-style-type: none"><li>□ <b>報告の適否</b><br/><br/>小規模でもやった方が安全</li><br/><li>□ <b>報告時期</b><br/><br/>金融分野GL、総務省GLでは、「直ちに」(努力義務)。<br/>法32条で報告を求められたらもちろん迅速に対応する。</li></ul> | <ul style="list-style-type: none"><li>□ <b>報告内容</b><br/><br/>本人に対する通知内容と同じ。ただし、通知・公表をした場合には、その旨も報告。犯罪被害による流出である場合には、警察に被害申告を行った事実も。</li></ul> |
|---|---|

## セキュリティのリスク 10

### 漏えい時の対応 公表(i)

#### □ 公表の適否

「基本方針」には、「可能な限り事実関係を公表することが重要である」とあるが、なんでもかんでもというわけではない。

「基本方針」は、公表の目的を「二次被害の防止・類似事案の発生回避」としているのだから、ここから考える。

類似事案の発生回避とは、未知の手口による場合などに公表によって警鐘を鳴らす趣旨なので、個別通知が完了し、手段も既知である場合には、公表不要との判断もありうる。あとは、レピュテーションリスクの管理の観点から判断 例：

- a. マスコミ報道が先行して対応が後手に回っているような印象を与えないか
- b. マスコミ報道や2chで誤報がなされており訂正する必要があるか
- c. なんらかの事情で事実隠蔽の汚名を着せられないか

15

## セキュリティのリスク 11

### 漏えい時の対応 公表(ii)

#### □ 公表時期

以下の観点から決する。

- a 大量の問い合わせに対応する体制が整備できているか。  
具体的には 想定問答集の作成、専用窓口設置(コールセンター)、マスコミ対応窓口(広報担当)、その他の部署への周知
- b その他の事情  
たとえば 上場企業であれば、証取法上の適時開示、刑事事件になりうる場合には捜査の密行性との関係、潜在的被害者への通知の代替手段である場合には早める

**統計的に多いのは、数日後。**

#### □ 公表方法

ウェブサイトへの掲載  
+  
プレスリリース

## セキュリティのリスク 12

漏えい時の対応  
公表(iii)

### □ 公表内容

- 基本的には通知と同じだが、投資家、マスコミ、一般市民、従業員などのステークホルダーが知りたいのは、
  - a 流出の規模
  - b 会社のリスク
  - c ステークホルダーへの影響であることに注意。(つまり判明している流出件数は必須。「1」件の流出が確定しております。最大「1」件の流出が疑われております。)
- 具体性については、配慮が必要。原則として、具体的に書くべきだが、PC盗難など金品目当ての犯人に、暗号化されている個人情報の金銭的価値について教えることは得策ではない。
- 必要に応じて証券市場への適時開示も  
迷ったら適時開示したほうが安全。

一部引用 NBL808-812 「個人情報流出対応にみる実践的リスクマネジメント」  
大塚和成/竹内朗/田中克幸/鶴巻暁

## セキュリティのリスク 13

保護法対応から学んだこと

漏えいすることを前提にした  
アプローチ

↓  
しっかりしたエクスキューズ  
ができるか

↓  
セキュリティのリスクへの対応の  
基本

実は、企業リスク全般への  
対応の基本

不祥事・違法行為を前提に  
したアプローチ

↓  
「あってはならないこと」  
など何も無い

## 著作権(知的財産権)のリスク

19

### 著作権(知的財産権)のリスク 1

なぜ  
「著作権のリスク」  
なのか？

- デジタル情報の特徴  
複製容易 + 劣化なし
- ネットワークの特徴  
流通容易 + 匿名性



違法な複製・処分の誘惑

- 著作権法の特徴 難解



いいことと悪いことの境界が  
分からない

20

## 著作権(知的財産権)のリスク 2

Q:  
著作権はいつ発生しますか？

A:  
a 著作物ができたとき  
b 著作権登録をしたとき

21

## 著作権(知的財産権)のリスク 3

著作権の帰属 1  
Q:  
著作権は発生した時に  
おいて誰のものですか？

A:  
著作者(著作物を創った  
人)

22

## 著作権(知的財産権)のリスク 4

### 著作権の帰属 2

Q:

開発業務委託契約に基づいて作成されたプログラムの著作権は最初に誰に帰属しますか？

A:

- a プログラマー
- b プログラマーを雇っているベンダー企業
- c お金を払う発注者
- d 前払いの場合のみ発注者

23

## 著作権(知的財産権)のリスク 5

### 著作権法第15条

(職務上作成する著作物の著作者)

- 1 法人その他使用者(以下この条において「法人等」という。)の発意に基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成する著作物(プログラムの著作物を除く。)で、その法人等が自己の著作の名義の下に公表するものの著作者は、その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする。
- 2 法人等の発意に基づきその法人等の業務に従事する者が職務上作成するプログラムの著作物の著作者は、その作成の時にける契約、勤務規則その他に別段の定めがない限り、その法人等とする。

(翻訳)

- 1項 法人のイニシアティブで法人の従業員等が作ることになった著作物が法人名で公開される場合には、特に決め事のない限り、著作者は、従業員等ではなくて法人である(プログラムを除く)。
- 2項 法人のイニシアティブで法人の従業員等が作ることになったプログラムについては、特に決め事のない限り、著作者は、従業員等ではなくて法人である。

24

## 著作権(知的財産権)のリスク 6

- Q よそのサイトから写真一枚だけ貰ってきてもいいですか？
- Q 同業他社がうまい宣伝文句を使っているのですが、非常に短いから大丈夫？
- Q うちが営利目的ではないので、よそのものを貰ってもいいのでは？
- Q 「どこどこから貰いました」というクレジットをつければいいのでは？
- Q 元々はうちが委託を受けて作ったものの一部なので…
- Q 役所の公開資料は？
- Q 「てにをは」を変えれば？



複製権、送信可能化権の侵害となり得ます。  
貰うのは了解を得てからにしましょう。

25

## 著作権(知的財産権)のリスク 7

- Q リンクを張るのはどうですか？  
リンクの態様によっては著作権侵害が生じるとする見解もあるがあくまでも少数説。リンクの態様によっては不正競争防止法違反等に。
- Q 見出しだけなら…  
知財高裁平成17年10月6日判決  著作権否定・不法行為肯定  
「見出しは、控訴人の多大の労力、費用をかけた報道機関としての一連の活動が結実したものといえること、著作権法による保護の下にあるとまでは認められないものの、相応の苦勞・工夫により作成されたものであって、簡潔な表現により、それ自体から報道される事件等のニュースの概要について一応の理解ができるようになっていること、見出しのみでも有料での取引対象とされるなど独立した価値を有するものとして扱われている実情があることなどに照らせば、見出しは、法的保護に値する利益となり得るものというべきである。」

26

## 公益的規制・解釈のリスク

27

## 公益的規制・解釈のリスク 1

ウェブサイトの広告  
の必要事項

### 特商法第11条、特商規則8条

- 価格(送料も)
- 支払の時期及び方法
- 商品の引渡時期
- 返品の特約(その特約がない場合には、その旨)
- その他

事業者の氏名/名称、住所、電話番号 代表者名・責任者名

申込みの有効期限があるときは、その期限 価格・送料以外の付帯的費用

商品に隠れた瑕疵がある場合の事業者の責任(規定がある場合のみ)

ソフトウェアを使用するための動作環境 商品の販売数量の制限その他の特別の販売条件 広告の表示事項の一部を表示しない場合に、消費者がそれらを記載した書面を請求する場合の費用負担(消費者に負担させる場合のみ)

詳しくは「特定商取引に関する法律等の施行について」(通達)

<http://www.meti.go.jp/policy/consumer/tokushoho/kaisei2004/tsuutatsu.pdf>

28



<http://www.ecom.jp/kaniya/index.html>



<https://www2.ecom.jp/kaniya3/shop.html>

The screenshot shows a web browser window with the URL <https://www2.ecom.jp/kaniya3/html/shop/food/tokusyoho.html>. The page title is "ネットショッピング 生鮮食品販売 ECOMかに屋". The main content is a table titled "★ 特価商品引込に基づく表示 ★" (Special Price Guide). The table lists various items and their special prices, such as "生鮮食品" (Fresh Food) and "冷凍食品" (Frozen Food). Below the table, there is a section for "お問い合わせ" (Contact Us) and "お問い合わせ先" (Contact Information), including the company name "ECOMかに屋株式会社" and contact details like phone and fax numbers.

<https://www2.ecom.jp/kaniya3/html/shop/food/tokusyoho.html>

### 公益的規制・解釈のリスク 2

販売業者	ECOMかに屋	お支払い方法	クレジットカード、銀行振込、郵便振替、代引、電子決済、コンビニ決済。お支払い手数料はお客様にてご負担ください
運営会社	ECOMショップ株式会社(架空の会社です)	お支払い期限	お振込の場合は、商品到着後1週間以内をお願いします。
事業責任者	太郎	返品、返品期限	生鮮品は、納品より2日以内。但し生鮮品以外は7日以内とします。
所在地	東京都港区芝公園 丁目番 号 電話番号 Fax番号 03-0000-0000、03-0000-0000	返品送料	不良品の交換は当店負担とさせていただきます。但しお客様都合の場合はお客様ご負担とさせていただきます。
商品代金以外の必要料金	消費税相当額、送料、決済手数料	瑕疵がある場合の特約	なし <span style="float: right;">32</span>
申込の有効期限	在庫表示を参照		
交換	不良品は、同等商品と交換又はご希望により返金します。		
販売数量	サイトに表示。なお数量に限りがある場合は数量も表示します。		
引き渡し時期	ご注文から原則3日以内にご指定日時に発送。なお不漁、在庫僅少の場合は入荷次第となります。		

## 公益的規制・解釈のリスク 3

許されない広告

「こういう広告はいけません」

- 以下についての誇大広告(特商法12条、省令11条)  
商品の性能・品質・効能、役務・権利の内容・効果  
引渡し後の引取り・返品  
事業者・商品・役務が、国や著名人と関係があること  
原産地・製造地・製造社名  
・価格(送料も) ・支払時期と方法 ・引渡時期 ・返品の特約
- 要件を満たさない宣伝メール(特商法11条、省令8条)
- 景表法の不当表示(実際よりも品質・価格等がよいように感じられる表示、景表法4条)

33

## 公益的規制・解釈のリスク 4

許されない広告

「こういう表示もいけません」

(特商法14条、特商規則16条)

- クリックが当該電子契約の申込みとなることが、消費者にすぐわかるように表示しないこと。
- 消費者が申し込み内容を簡単に確認し、訂正できるように措置していないこと

34

## 公益的規制・解釈のリスク 5

サイト規約の  
有効性

「『見えやすいところ』では不十分です」

「電子商取引等に関する準則」p 6

(サイト利用規約が契約条件に組み込まれると認められる場合)

ウェブサイトで行う取引の際に必ずサイト利用規約が明瞭に表示され、かつ取引実行の条件としてサイト利用規約への同意クリックが必要とされている場合

(サイト利用規約が契約条件に組み込まれるか否かに疑問が残る場合)

ウェブサイト中の利用者が必ず気が付くであろう場所にサイト利用規約が掲載されている(例えば取引の申込み画面にサイト利用規約へのリンクが目立つ形で張られているなど)が、サイト利用規約への同意クリックまでは要求されていない場合

35

## 公益的規制・解釈のリスク 6

確認画面の  
必要性

「確認画面がないと『無効』のおそれ」

民法95条

重大な錯誤がある場合には、意思表示は無効。ただし重大な過失がある場合には、無効にならない。

電子消費者契約法3条

消費者が行う電子消費者契約の申込で、消費者が操作を間違っ申し込んだような場合には、民法95条の**ただし書き**は適用しない。ただし、確認画面を設けている場合は別。

間違えた！  
(無効) → 重過失  
(有効) → Web店舗なら…  
(無効) → 確認画面があれば  
(有効)

36

## 公益的規制・解釈のリスク 7

消費者契約法の  
威力

「一方的に有利な内容の規定は無効です」

### 消費者契約法8条

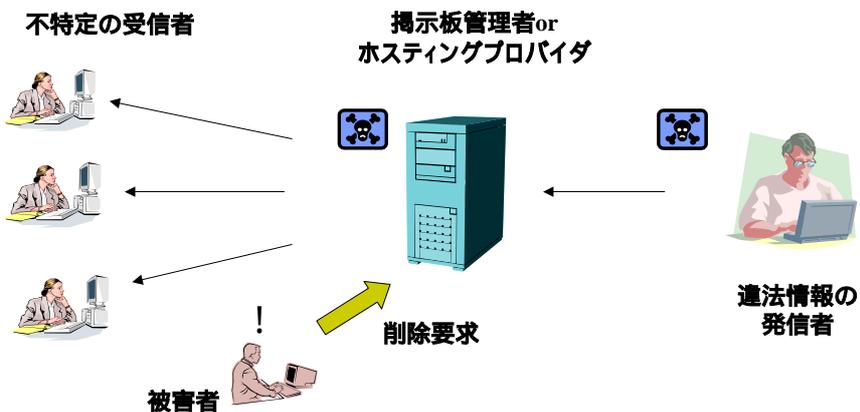
- 「事業者に落ち度がある場合でも消費者に生じた損害について、事業者は責任を負わないものとします。」  
債務不履行・不法行為で「一切」「あらゆる」はダメ
- 「消費者の損害につき、事業者に重過失がある場合でも、商品の代金を超える損害については、事業者は責任を負わないものとします。」  
債務不履行・不法行為で「重過失」については一部でもダメ
- 「事業者は、一切の瑕疵担保責任を負いません」  
瑕疵担保責任で「一切」「あらゆる」はダメ。ただし、事業者が交換・修理することになっていればOK
- 高額な損害賠償の予定、年14.6%を超える遅延損害金はダメ
- 消費者の利益を一方的に害するものはダメ

37

## 違法情報媒介のリスク

38

## 違法情報媒介のリスク 1



39

## 違法情報媒介のリスク 2

削除する・しない  
2つのリスク

2つの責任の可能性

A

放置した場合、被害者  に対し  
違法情報を発信・拡散したに基づく不法行為責任

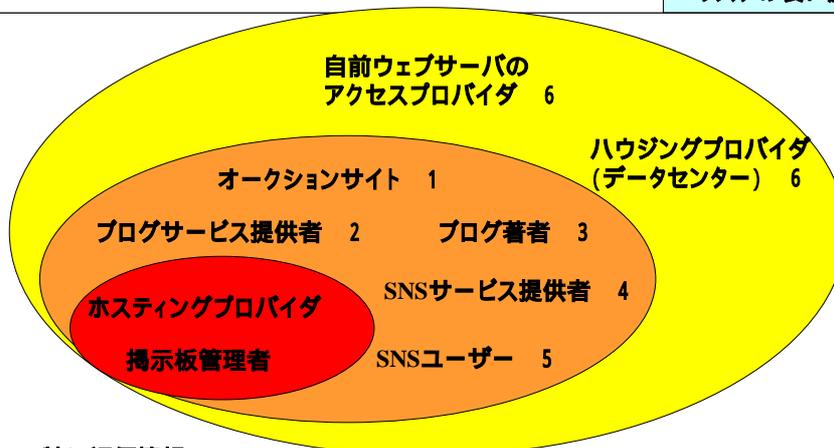
B

削除した場合、発信者  に対し  
表現の自由の侵害等に基づく不法行為責任  
(ホスティングプロバイダの場合)ホスティングサービス契約に基づく債務不履行責任

40

## 違法情報媒介のリスク 3

リスクの長い腕



- 1:特に評価情報  
 2:ホスティングプロバイダと同じ 3:コメント欄の違法情報 4:公開範囲は問題  
 5:コメント欄の違法情報×公開範囲は問題 6:アクセス提供でも有責?

## 違法情報媒介のリスク 4

プロバイダ責任制  
 限法の免責

### < 誤って防止措置をしない場合 >

送信防止が技術的に可能  
 情報の流通and権利侵害  
 の両方を知っていた  
 情報の流通を知っていてand  
 権利侵害を知ることができたと認め  
 るにたりる相当の理由あり

× or × でなければ免責。  
 (ただしプロバイダ = 発信者の場合は  
 免責なし)

### < 誤って防止措置をした場合 >

必要な限度での措置  
 他人の権利が不当に侵害されてい  
 ると信じるに足りる相当の理由あり  
 発信者に対する意見照会到達後7  
 日を経過しても防止措置に同意しな  
 い旨の申出が来ない

× or × であれば免責。

不法行為・契約責任の成立範囲も等しく責任範囲を画することに注意

42

## 動物病院事件

# 違法情報媒介のリスク 5

### <事実>

1. 原告は、動物病院とその代表取締役。被告2chにおける書き込みで名誉毀損・誹謗中傷を受ける。  
「動物の命よりもまず「金」を要求する」、「過剰診療、誤診、詐欺、知ったかぶり」
2. 原告は削除要請をするが被告は放置。原告は損害賠償・書き込みの削除を求めて被告を提訴

### <争点>

1. 被告に削除義務があるか = 義務違反による不法行為が成立するか

#### 被告の主張

公共性 公益目的 真実性がはっきりしない以上、他人の権利を侵害する情報かどうかさえ不明であり、被告が削除義務を負うのはおかしい。

2. 責任制限法3条の免責を受けるか。

**原審:東地H14.6.26、控訴審:東高H14.12.25、最判:H17.10.7**

43

## 動物病院事件

# 違法情報媒介のリスク 6

### <原審の判断>

#### 不法行為成立 + 3条免責なし

1. 削除義務肯定  
被告に削除権限あり  
削除手続きがあるものの基準不明  
アクセスログを保存せず違法な書き込みを助長  
常時監視は不可能  
違法阻却事由の有無がはっきりしなければ削除されないのでは被害者の保護に欠ける。被害者 公共性 公益目的 真実性の立証責任は被告。

**遅くとも名誉毀損の書き込みを知り  
または知り得た場合には直ちに削除  
する等の条理上の義務あり。**

2. 責任制限法施行前ではあるが同法の趣旨は十分尊重すべき。  
本件は 技術的に可能 × 情報の流通and権利侵害の両方を知っていた × なので免責なし。

### <控訴審の判断> = 原審どおり

1. 不法行為責任について原審を支持。
2. 責任制限法3条の免責を否定。  
3条は、プロバイダが他人の権利を侵害することを知っていたときはもちろん、プロバイダが当該情報の流通を知り、かつ、通常人の注意をもってすればそれが他人の権利を侵害するものであることを知り得たときも責任を免れないとする趣旨。  反対解釈!

## 違法情報媒介のリスク 7

### DHC事件

#### <事実>

1. 原告は、化粧品販売製造会社DHCとその代表取締役。被告2chにおける書き込みで名誉毀損・誹謗中傷を受ける。  
「家政婦として愛人を募集」、「セクハラ」「女性従業員・女性外注と密接な関係」「博士号を金銭により取得」「スケアホヤジ」
2. 原告は削除を命じる仮処分決定を得て間接強制を行うが、その後も書き込みは掲示板に残る。損害賠償(計6億円)・書き込みの削除を求めて被告を提訴

#### <争点>

1. 被告に削除義務があるか = 義務違反による不法行為が成立するか

新たな被告の主張

真実性が判断できない被告が削除義務を負うことは、真偽不明の段階での削除をもたらし、発信者の表現の自由を制約する

2. 責任制限法3条の免責を受けるか。

東京地裁H15.7.17

45

## 違法情報媒介のリスク 8

### DHC事件

#### <裁判所の判断>

#### 不法行為成立 + 3条免責なし

1. 削除義務肯定  
被告に削除権限あり(被害拡大を防ぐことのできる立場にいる)  
削除手続きがあるものの基準不明・範囲不相当 有用性に問題  
アクセスログを保存せず違法な書き込みを助長  
書き込み放置の被害は甚大  
管理人の削除しか救済方法のない2chに書き込む以上、真偽不明の削除も発信者の想定範囲内

遅くとも名誉毀損の書き込みを知りまたは知り得た場合には直ちに削除する等の条理上の義務あり。

2. 3条免責否定

「同法3条1項は、インターネット上の電子掲示板の情報の流通により他人の権利が侵害された場合、プロバイダー等が当該情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき、又は、そのような情報の流通を知っている場合であって、これによる他人の権利侵害を知ることができたと認めるに足る相当な理由があるときでなければ、賠償の責めに任じない旨規定しているのであるが、本件のようにあるスレッドに他人の名誉や信用を毀損する多数の発言が書き込まれているような場合においては、その中の個々の発言を具体的に認識するまでの必要はなく、当該スレッド内に前判示のような危険性を有する発言が存在しているとの認識があれば、他人の権利を侵害するような性質の情報が流通しているとの認識があったといつて差し支えない。」

46

## 違法情報媒介のリスク 9

### DHC事件

#### <裁判所の判断>

#### 3条免責なし(つづき)

#### 3条1項の条文構造

- 1号: 「情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき」
- 2号: 「**情報の流通を知っている場合であって**、これによる他人の権利侵害を知ることができたと認めるに足りる相当な理由があるとき」

1号の方に「情報の流通を知っている場合であって」が抜けているのはなぜか？  
書くまでもないから！

「その中の個々の発言を具体的に認識するまでの必要はなく、当該スレッド内に前判示のような危険性を有する発言が存在しているとの認識があれば、他人の権利を侵害するような性質の情報が流通しているとの認識があったとって差し支えない。」



表現上は「流通しているとの認識があった」となっているが果たしてこれで具体的な情報流通の認識があったといえるのか。

第一法規「プロハイダ責任制限法逐条解説とガイドライン」p30

47

## 違法情報媒介のリスク 10

### 小学館事件

#### <事実>

1. 原告は、出版社小学館と漫画家。被告2chに原告が著作権を共有する書籍(漫画に関する対談)の一部が転載された。
2. 原告は被告に対し、電子メールで削除を依頼。被告が応じないため、損害賠償・転載の削除を求めて提訴。

#### <争点>

1. 転載は著作権侵害か適法な引用か。
2. 原告は自動公衆送信・送信可能化の差止めを請求できるか。
3. 削除しなかったことについて損害賠償責任を負うか。

原審:東地H16.3.11、控訴審:東高H17.3.3

48

## 違法情報媒介のリスク 11

### 小学館事件

#### <原審の判断>

= 損害賠償・差し止め共に棄却

1. 転載は著作権侵害にあたる。
2. 差し止め不可。
  - 差止請求の相手方は現に侵害行為を行うか行うおそれのあるものに限られる。本件では侵害行為を行うのは発信者であって被告ではない。
  - ちなみに(冒論として)責任制限法3条2項の免責要件は～。  
本件は、のいずれでもなく免責を受けない。責任追及を受けるおそれなしとしない状況下では送信を止める条理上の義務もない。

反対解釈？

3. 損害賠償責任なし。
  - 掲示板管理者やホスティングサービス事業者は、他人の送信する情報を媒介するだけであり、情報が著作権侵害であっても、**発信者である場合を除き特段の事情がない限り防止措置を講じるべき作為義務を負わない。**  
☀️ **制限的な基準**
  - 本件の削除要請は、真正な著作権者からの申告かどうか分からない。
  - **ちなみに(冒論)**責任制限法3条1項の免責要件は～  
本件は、のいずれでもなく、免責される。

49

## 違法情報媒介のリスク 12

### 小学館事件

#### <控訴審の判断>

= 損害賠償・差し止め共に認容

1. 転載は著作権侵害にあたる。
2. 差し止め可。  
差止請求の相手方を限定すべきか否かについての議論はなされていない。

3. 損害賠償責任あり。
  - **匿名掲示板の管理者は、「著作権侵害であることが極めて明白なときには当該発言を直ちに削除するなど、速やかにこれに対処すべき。」**  
☀️ **制限的な基準**
  - 削除要請における特定性等の問題はさておき、掲示板自体を見れば著作権侵害であることは明白。  
「脱字？と思われる箇所がいくつかあったのですが、そのままうぶします。」  
「> 492ほんっとありがとう。しかも忠実に・・・。」
4. 責任制限法に対する言及なし

50

## 違法情報媒介のリスク 13

### 小学館事件

#### <控訴審の問題点…匿名性>

- 削除義務の基準は、「匿名掲示板の管理者」を名宛人としていることに注意。

#### 本件管理者の主張:

IPアドレスを保存して発信者の責任追及の可能性を残しており、「匿名掲示板管理者は」みたいな責任の負われ方は心外

#### 控訴審判決:

「IPアドレスによって特定されるのは当該発言がいずれのプロバイダーから発信されたかにとどまり、発言者までの特定は当該プロバイダーが厳格に管理している個人情報を得て初めて可能になるものである」



これはさすがに妙な話…



では、IPアドレスの保存によってニュートラルな掲示板になったのか？



端的に違法情報に対する積極的な関与の有無を問題にすべき。

51

## 違法情報媒介のリスク 14

### ファイルログ事件

#### <事実>

1. 原告は、音楽著作権管理事業者とレコード会社(それぞれ別事件)。被告は、PtoPファイル交換サービス事業者。
2. ユーザのクライアントソフトによりユーザPCが被告サーバに接続され、ネットワークが形成される。ファイル交換自体はユーザー間で直接行われ、被告サーバはファイル名・ファイルサイズ・ユーザーID等の情報を提供するのみ。
3. 原告が著作権・著作隣接権を有する音楽著作物のファイルが被告サービスの下で交換されていることから、ファイル交換の差止めと損害賠償を求めて提訴。

#### <争点>

1. 被告による著作権侵害があるか。
2. 被告は損害賠償責任を負うか(責任制限法3条の免責を受けるか)。

#### <裁判所の判断>

##### = 著作権侵害・損害賠償責任あり

被告は「発信者」であるから3条免責なし。

- 送信可能化・自動公衆送信を行った主体は被告であり、2条4項の「記録媒体」はファイル送信者のPCと一体となった被告サーバ。
- 送信の主体は被告なので「記録媒体に情報を記録した者」も被告

原審:東地 H15.1.29中間判決、H15.12.17終局判決、控訴審:東高H17.3.31

52

## 違法情報媒介のリスク 15

判例比較  
2つの基準

事件名	ネットワーク特性	侵害利益	削除義務発生の基準
ニフティ現代思想フォーラム事件(原審) 東京地裁 H9.5.26	ニフティ・フォーラム 	名誉毀損	[シスオペについて] 違法な発言を知ったときから条理上の削除義務を負う。
都立大事件 東京地裁 H11.9.24	ウェブ・ホスティング	名誉毀損	名誉毀損文書に該当すること、加害行為の様態が甚しく悪質であることおよび、被害の程度も甚大であること等が一見して明白であるような旨をわめて例外的な場合にのみ削除義務を負う。
ニフティ現代思想フォーラム事件(控訴審) 東京高裁 H13.9.5	ニフティ・フォーラム 	名誉毀損	[シスオペについて]フォーラムの円滑な運営及び管理というシスオペの契約上託された権限を行使する上で必要であり、標的とされた者がフォーラムにおいて自己を守るための有効な救済手段を有しておらず、会員等からの指摘等に基づき対策を講じても、なお奏功しない場合

## 違法情報媒介のリスク 16

判例比較  
2つの基準

事件名	ネットワーク特性	侵害利益	削除義務発生の基準
動物病院事件(原審) 東京地裁 H14.6.26	匿名掲示板	名誉毀損	遅くとも名誉毀損の書き込みを知りまたは知り得た場合には直ちに削除する等の条理上の義務あり。
動物病院事件(控訴審) 東京高裁 H14.12.25	匿名掲示板	名誉毀損	同上 責任制限法第3条1項にも言及し、同項の免責を否定。最:決平成17.10.7により上告棄却。
小学館事件(原審) 東京地裁 H16.3.11	匿名掲示板	著作権	発信者である場合を除き特段の事情がない限り防止措置を講じるべき作為義務を負わない。

54

## 違法情報媒介のリスク 17

判例比較  
2つの基準

事件名	ネットワーク特性	侵害利益	削除義務発生の基準
DHC事件 東京地裁 H15.7.17	匿名掲示板	名誉毀損	遅くとも名誉毀損の書き込みを知りまたは知り得た場合には直ちに削除する等の条理上の義務あり。
ファイルログ事件(中間判決)東京地裁H15.1.29	PtoPファイル交換 	著作権	被告の行為の内容・性質、利用者の有する送信可能化状態に対する被告の管理・支配の程度、被告の行為によって受ける同被告の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである。
ファイルログ事件(終局判決)東京地裁H15.12.17	PtoPファイル交換 	著作権	(中間判決に同じ)

55

## 違法情報媒介のリスク 18

判例比較  
2つの基準

事件名	ネットワーク特性	侵害利益	削除義務発生の基準
小学館事件 (控訴審) 東京高裁 H17.3.3	匿名掲示板	著作権	匿名掲示板の管理者は、著作権侵害となるような書き込みをしないよう、適切な注意事項を適宜な方法で案内するなどの事前の対策を講じるだけでなく、著作権侵害となる書き込みがあった際には、これに対し適切な是正措置を速やかに取る態勢で臨むべき義務がある。掲示板運営者は、(中略)、著作権侵害であることが極めて明白なときには当該発言を直ちに削除するなど、速やかにこれに対処すべきものである
ファイルログ事件 (控訴審) 東京高裁 H17.3.31	PtoPファイル交換 	著作権	原審に同じ

56

## 違法情報媒介のリスク 19

アルファネット事件

刑事責任!

### < 事実 >

わいせつ画像を投稿するための掲示板(パソ通)を開設し、投稿を呼びかけて画像を集めた。閲覧は会員制で会費を徴収。広告も出していた。30画像upした会員は2か月分会費免除。

犯罪の成立要件の問題は、直接違法情報媒介のリスクと直接関係がないのでこれ以上扱わない

### < 争点 >

- 管理者自らがupしていないものについても責任を負うか(作為犯か不作為犯か、正犯か共犯か)。
- 本件におけるわいせつ物(刑法175条)は何か。「有体物」の陳列といえるのか。
- 受信者の操作も必要であり「陳列」とはいえないのではないか。

京都地裁H9.9.24 大阪高裁H11.8.26 最高裁H13.7.16

57

## 違法情報媒介のリスク 20

アルファネット事件

刑事責任!

### < 裁判所の判断 >

- 原審は、削除しなかった不作為について正犯を認める。
- 控訴審は、管理者は、会員が勝手にupしたものを放置したのではなく、自己の用途に資する目的で収集・分類・整理し、宣伝し、会員を募って積極的に管理したのであるから作為犯とする。

### < その他の問題 >

- わいせつ物は？  
わいせつな画像データを記憶させたホストコンピュータのハードディスクがわいせつ物にあたる。
- 操作が必要である点は？  
簡単な操作であり、容易に閲覧することができるから、「陳列」にあたる。

控訴審: 判時1692号148頁、判タ1064号239頁  
最高裁: 判時1762号150頁、判タ1071号157頁  
商事法務「インターネット上の誹謗中傷と責任」p132～

58

大人の玩具販売  
事業者事件

## 違法情報媒介のリスク 21

刑事責任！

### < 事実関係 >

大人の玩具販売の広告のために不特定多数のものがわいせつ画像・児童ポルノ画像を掲載できるサイト「××アップローダー」を開設し、掲載された画像を不特定多数に閲覧可能にした。

### < 争点 >

- 管理者自らがupしていないものについても責任を負うか(作為犯か不作為犯か、正犯か共犯か)。

千葉地裁H14.9.24

59

大人の玩具販売  
事業者事件

## 違法情報媒介のリスク 22

刑事責任！

### < 裁判所の判断 >

違法画像が多数投稿されることを目論み、目論みどおりに投稿がなされたのであり、掲示板設置行為から画像投稿までが作為による正犯の実行行為と評価できる。

資料が限定されているため、はっきりしないが、掲示板設置から第三者による画像投稿までの全体を捉えて、管理者が仕組んだ管理者自身による行為として公然陳列罪の成立(作為・正犯)を認めたものと思われる。

前掲「インターネット上の誹謗中傷と責任」p134～

問題は、児童買春情報サイト事件と共通する。

60

### < 事実 >

C国P市における児童買春等の情報を紹介する目的で、サイト開設。

第三者の違法画像投稿を知ったがアクセス数が増えると考え、削除しなかった。

C国に転居後は通信インフラ不備のため、掲示板の内容を必ずしも確認していない。

C国に転居後はパスワード喪失により削除ができない。

### < 争点 >

- 管理者自らがupしていない。特に、(a) サイトから直接経済的利益は得ていない、(b)プロバイダの無料サービスを利用しており費用負担・管理行為なし。単に放置していた掲示板に第三者が勝手にupしたとも評価できる。  
アルファネットとはかなり違う
- upされた画像を見ていないので故意がない。
- パスワードを喪失し、削除は事実上できなくなったことにより、責任を負わないのでは？

横浜地裁H15.12.15、東京高裁H.16.6.23

61

### < 裁判所の判断 >

・管理者がupしていない点

- 原審は、不真正不作為犯であるとしたが作為義務の根拠等ははっきりしない。
- 控訴審は、掲示板開設・管理運営の全体を一体的にとらえて作為犯としての正犯責任を認める(不作為犯も含まれる)。掲示板開設時の目的は、経済的な利益ではないが自尊心・名誉欲等を満足させるものであり、C国移住後は経済的な目的も加わっていた。

### < 裁判所の判断(続き) >

・画像を見ていない点

- 控訴審:掲示板開設にあたり、閲覧者のupを予想して、それでも構わないとしてこれを容認しており、未必の故意を容認した原審は正しい。

・パスワード亡失の点

- 削除する可能性が失われたといえないことは明らか。

62

問題点

- 控訴審は、サイト開設時(違法情報なし)に実行行為があると考え  
るのか。
- サイト開設時の未必の故意で足り  
るとすると のように考えないとし  
ても、upされたらすぐ犯罪が成立  
することにならないか。
- 未必の故意で足りるとする場合、  
プロバイダ責任制限法第3条との  
均衡は？

「未必の故意」  
犯罪事実が発生する  
かもしれないという認  
識。発生しても構わ  
ないとする「認容」の  
要否について議論が  
ある。

63

- 平成12年6月  
「Pあやしい掲示板」開設
- 平成12年10月  
自ら児童買春情報の書き込み
- 平成13年1月  
児童ポルノ画像のupを知る。削除す  
れば発信者に嫌われるが放置すれ  
ばアクセス数が増えると考えて放置
- 平成13年9月  
C国に転居、通信インフラ不良のため  
その後upされた画像については確  
認していない。またパスワード亡失に  
より画像削除は事実上できなくなった。
- 平成13年11月  
本件掲示板が日本のテレビで取り上  
げられたことから不安になるが、削  
除等はしなかった。
- 平成13年12月以降  
P市を訪れた日本人買春客を相手に  
バスの運行サービスを行う。掲示板  
を維持すると客が増えるので利欲的  
目的も持つようになる。
- 平成14年5月末  
バスの運行をやめるが、やはり日本  
人買春客を対象とする自動二輪車  
のタクシーやレンタルルームのサー  
ビスを行う。

前掲「インターネット上の誹謗中傷と責任」p135～

64

## 違法情報媒介のリスク 27

刑事責任のまとめ

- 刑事責任を認めた判決は、すべて違法情報への積極的・意欲的関与を認定している。(まったくの不作为・放置について、刑事責任を認めた事案は存在しない。)
  - アルファネット事件： 画像upを明示的に求めて、応じた会員を優遇
  - 大人の玩具販売業者事件：商品広告のために違法画像の多数投稿を目論む
  - 児童買春情報サイト事件：「送信を暗に利用・慫慂したのである」
- 児童買春情報サイト事件において「未必の故意で足りる」としたことは、刑事と民事の逆転につながる。
- プロバイダ刑事責任制限法を作ればいいのか？  NO！  
責任制限は、元々責任の発生し得る場面で問題になることであり、不用意に「プロバイダ刑事責任制限法」を作ることは、プロバイダ等がアップロードされた違法情報について原則として責任を負うべき立場にあるのではない<sup>65</sup>かとの誤解を招く虞がある

## 違法情報媒介のリスク 28

小括

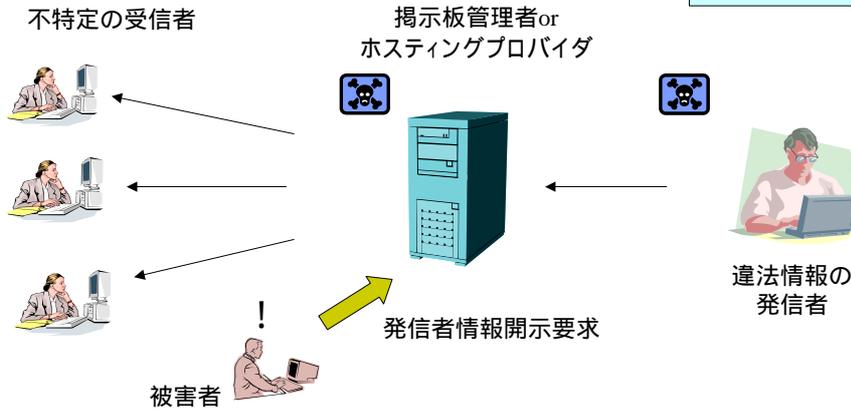
### 【今後の注目点】

- 小学館事件控訴審のインパクト  
IPアドレスを保存していても「匿名掲示板」扱いとなる。基準は、「権利侵害が明白な場合」と制限的ではあるが、比較的簡単に削除義務違反が認められる傾向が広まりかねない。
- フリーブログ  
2ちゃんねるの「まとめ」など違法情報発信の温床となっている。事業者は、ユーザー情報を保有しておらず、匿名性を重視する小学館事件控訴審の流れが定着すると極めて大きなリスクを負うことになる。
- 刑事責任については、議論が始まったばかりであるが、民事責任とのバランスをどのように考えるかが問題である一方、民事で被害者救済の進まない分野での解決策として期待する声もある。

66

## 違法情報媒介のリスク 29

発信者情報開示立法の背景



67

## 違法情報媒介のリスク 30

発信者情報開示立法の背景

### <従来の考え方>

発信者情報を開示することはプロバイダによる通信の秘密の侵害となる。

e.g. 裁判所が強制捜査令状を出した場合は例外

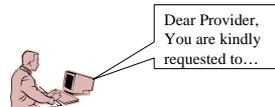
被害者は救済されない...



「ニフティ本と雑誌フォーラム」事件: 責任制限法施行以前、プロバイダの開示義務が認められなかったが争われた。

### <責任制限法の考え方>

一定の場合、被害者に開示を求める実体的請求権が発生する。



68

## 違法情報媒介のリスク 31

### 発信者情報開示 基本構造

#### < 開示請求権の要件 >

権利侵害の明白性  
開示の正当理由

両方揃えば・・・  
↓  
★ 開示請求権発生

#### < 意見照会義務 >

開示請求！

↓  
プロバイダは発信者に対して意見照会をする義務を負う  
「開示してもいいですか？」

#### < 免責 >

開示の免責 **なし**  
誤って開示した場合には通常どおりの責任。

不開示の免責 **軽過失免責**  
誤って開示しなかったこと  
によって生じた損害について故意・重過失がなければ責任を負わない。

↓  
不開示に誘導！

69

## 違法情報媒介のリスク 32

### 発信者情報開示 判例の傾向

- 公開された数件の事件においては、開示制度の射程範囲自体が問題とされている。特に、発信者のアクセスプロバイダ(経由プロバイダ)や PtoPソフトで著作物を放流する者のアクセスプロバイダが開示関係役務提供者にあたるか、が争われた。
- 公権解釈が通信の秘密保護の立場から、「訴訟外の開示はまれであろう」とするため、プロバイダは敗訴判決まで開示せず、被害者にとっての十分な救済と成り得ていない。義務的な意見照会はある程度機能しているものと推測される。

70

羽田タートルサービス事件

違法情報媒介のリスク 33

<事実>

1. 原告は、アルバイト派遣事業者
2. 発信者は、無料ホスティング事業者のホスティングサービスを受けてWebサイト(本件Webサイト)を開設しており、本件Webサイトにおいて、原告派遣業者の名誉を毀損  
「[原告会社]は、(中略)日夜労働者を驚愕の低賃金・奴隷労働で労働者を酷使するどころか、給料債権を平然と踏み倒す事や、偽りの求人情報を求人雑誌に掲載している事が問題となっております」。
3. 原告は、本件無料ホスティング事業者に発信者情報の開示を請求。本件無料ホスティング事業者は、ホスティングサービス利用者の登録情報として保有していたメールアドレスIDパスワードを原告事業者に開示した。
4. 発信者のメールアドレスは、被告プロバイダからインターネット接続サービスの提供を受ける会員のものであった。そこで、原告事業者は、被告プロバイダに対し、本件メールアドレス保有者の氏名、住所および電話番号の開示を請求。被告プロバイダはこれを拒否。

東京地裁H15.4.24

71

羽田タートルサービス事件

違法情報媒介のリスク 34

<争点>

1. 「経由プロバイダ」は、開示関係役務提供者にあたるか。
2. 法の遡及適用があるか(問題の情報は本法施行前に削除)。

<裁判所の判断> = × 請求棄却

1. 経由プロバイダは、開示関係役務提供者にあらず、責任制限法の適用外。  
根拠は? 条文の文言

ステップ1

- ・発信者 = 「情報を…に記録し…または入力した者」
- ・特定電気通信 = 「…の送信」

「記録」「入力」「送信」

発信者の行為である「記録」「入力」「送信」と定義される特定電気通信

ステップ2

- ・特定電気通信設備 = 「特定電気通信の用に供される設備」
- ・開示関係役務提供者 = 「特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者」

開示関係役務提供者であるためには、特定電気通信に設備を提供している必要あり

2. 法の遡及適用なし。こちらだけでも棄却

72

羽田タートルサービス事件

## 違法情報媒介のリスク 35

### プロバイダ責任制限法

**第2条** この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、

当該各号に定めるところによる。

特定電気通信 不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信(中略)の**送信**(中略)をいう。

特定電気通信設備 **特定電気通信**の用に供される電気通信設備(中略)をいう。

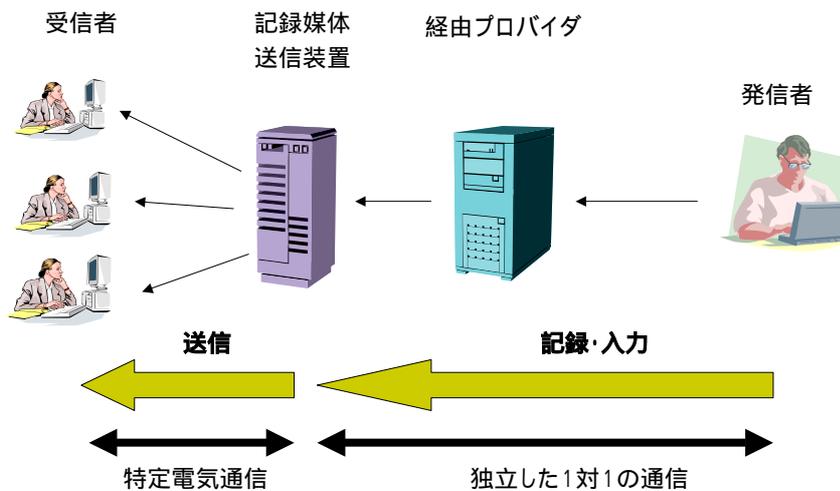
特定電気通信役務提供者 特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他**特定電気通信設備**を他人の通信の**用に供する者**をいう。

発信者 特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体(中略)に情報を**記録し**、又は当該特定電気通信設備の送信装置(中略)に情報を**入力した者**をいう。

**第4条** 特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者は、次の各号のいずれにも該当するときに限り、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる**特定電気通信役務提供者**(以下「開示関係役務提供者」という。)に対し、当該開示関係役務提供者が保有する当該権利の侵害に係る発信者情報(中略)の開示を請求することができる。

羽田タートルサービス事件

## 違法情報媒介のリスク 36



< 事実 >

1. 原告は、羽田タイトルサービス事件の代理人弁護士
2. 発信者は、同事件に関連して2chにおいて、原告弁護士の名誉毀損・誹謗中傷を行う  
「プロバイダに対して脅迫を行った」「DQN」「あんたそろそろ自分自身にも弁護士をつけた方がいいんじゃない?」「卑怯」
3. 2chは、本件書き込みに関するアクセスログを開示。
4. このアクセスログから、本件発信者は被告の接続サービスのユーザーであることが判明し、原告から被告に対して開示請求。被告は、通信の秘密を厳守すべき通信事業者たる地位にあるため、民事手続おける開示は、本法律に基づく開示を命じる確定判決が存する場合に限られる、との見解を示してこれを拒絶。

< 争点 >

1. 「経由プロバイダ」は、開示関係役務提供者にあたるか。
2. 権利侵害(名誉毀損・誹謗中傷)の明白性

原審:東地H15.9.17、控訴審:東高H16.1.29

75

< 裁判所の判断 > = 請求認容

1. 経由プロバイダも、開示関係役務提供者であり責任制限法が適用される。

発信者からウェブサーバへの情報の送信は、この部分だけ見れば、1対1の通信となるが、それだけでは独立の通信としての意味を有するものではなく、発信者からウェブサーバへの情報の送信とウェブサーバから不特定多数の者への情報の送信は一体不可分であり、全体として1個の通信を構成すると考えるのが相当。

「本法律には「発信者」についての定義規定はあっても、「送信」及び「発信」に関する定義規定はない。そして、本法律2条各号の規定だけから、本法律が「送信」と「発信」のそれぞれについて、あえて異なった意味付けを与えたとは解されないのであって、被告の主張は採用できない。」

無料掲示板等が、発信者の住所・氏名を把握していることは少ない一方、経由プロバイダは、課金の都合上ほとんど住所・氏名を把握している。開示請求の対象から経由プロバイダを除外し、問題の情報を記録しているサーバ保有者等に限定すれば、発信者の住所・氏名を把握していない者に対して開示を命じることができる一方、情報を保有している者に対しては開示を命じることができない結果になる。

侵害情報は経由プロバイダの設備に記録されず、経由プロバイダは開示の要件具備について十分判断できない。しかし、特段の事情がない限り、裁判外の開示に応じないことについて責任を問われないので問題はない。

2. 権利侵害の明白性を肯定

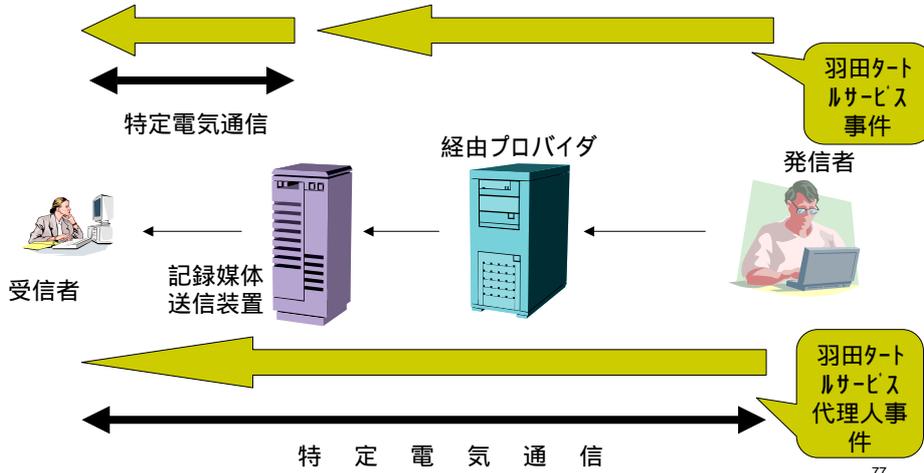
社会的評価低下 +  
公益性なし 真実性なし

76

被告は控訴!

羽田タイトルサービス代理人事件

違法情報媒介のリスク 39



パワーコム事件

違法情報媒介のリスク 40

<事実>

1. 原告は、TBCアンケート回答者
2. 発信者は、PtoPファイル交換ソフト WinMXを用いて漏洩したアンケート回答等を放流。
3. 発信者のIPアドレスから発信者にインターネットアクセスを提供した被告が判明。
4. 被告は、訴訟外の開示請求に対して発信者に対する意見照会(4条照会)を行い、発信者が反対したため開示拒否。

<争点>

1. WinMXによるファイル送信は、特定電気通信にあたるか(被告は、1対1の通信であり、あたらないと主張)。
2. 被告は開示関係役務提供者にあたるか(被告は、情報の送信について主体的関与or管理権必要と主張)。
3. 羽田タイトルサービス事件における「経路プロバイダ」問題との整合性(なぜ争点に?)
4. 権利侵害(プライバシー侵害)の明白性
5. 開示の正当理由

東京地裁H15.9.12

78

## 違法情報媒介のリスク 41

### ハードコム事件

< 裁判所の判断 > = 請求認容

#### 1. WinMXファイル送信は特定電気通信

本件のような原則的な設定の場合、発信者が自己のPC内のWinMX共有フォルダに情報を記録することによって、WinMXユーザーであれば誰でも当該情報を取得することができる状態 = 不特定の者によって受信されることを目的とする状態となったといえる。

なお、現実に情報の送信がなされた時点に基づいてみれば1対1の通信のように見える点は、特定電気通信の典型例である掲示板の閲覧のような場合でも同じ。「不特定の者によって受信されることを目的とする」か否かは共有フォルダへの記録・送信・受信の全体を觀察して判断すべきである。

#### 2. 被告は開示関係役務提供者にあたる。

情報の送信について主体的関与or管理権のある者に限定する文言は見当たらない。また、開示の要件具備の判断ができなくとも、通常裁判外の開示に応じなければ問題は生じない。

#### 3. 羽田タートルサービス事件との整合性は問題とならない。なぜなら同判決はそもそも誤っており、発信者から受信者までの全体を一つの特定電気通信と捉えるべき。

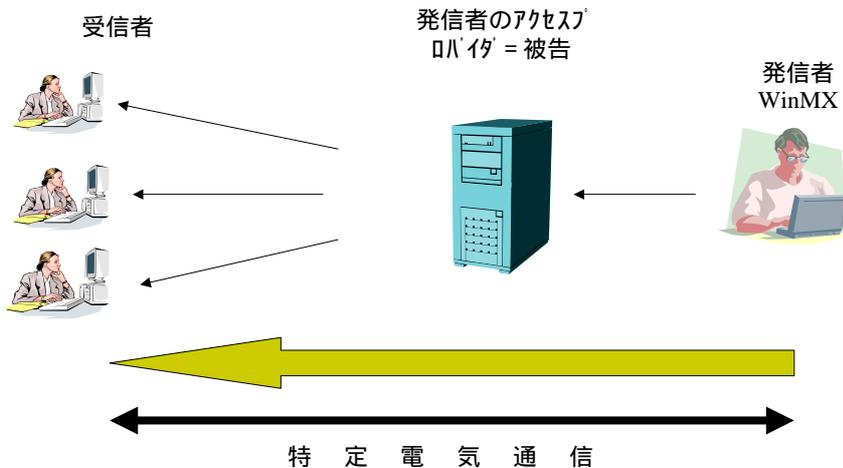
#### 4. 権利侵害の明白性を肯定

プライバシー侵害あり。違法阻却事由なし

79

## 違法情報媒介のリスク 42

### ハードコム事件



80

## 違法情報媒介のリスク 43

### 「経由プロバイダ」の抗弁

- 発信者情報開示制度におけるプロバイダのリスク回避目標は？
    - ・通信の秘密を侵害しない
    - ・損害賠償責任を負わない
    - ・開示請求訴訟における勝訴 ×
  - 勝訴が目標でなくとも訴訟においていい加減な対応をすれば…
    - ☀ 通信の秘密の侵害
- どの程度やればいいのか？
- 「熱心な応訴態度」逐条解説 p 55
- ↓
- 「当然期待される攻撃防禦方法の提出」**  
(総務省回答@H14第二東京弁護士会意見交換会)
- 今後「経由プロバイダの抗弁」が認められる可能性は低くなったが、完全に過去のものとなったとは言えない。現時点では「当然期待される攻撃防禦方法」に含まれると考える方が安全。
  - 発信者に対する意見照会(4条2項)の要否  
責任制限法の適用がないと主張すること、4条に基づく意見照会を行うことは論理的には不整合。しかし、意見照会を行えば簡単に開示に同意するかもしれない、これをしないことは被害者の早期解決の可能性を奪う。  
4条照会といわずに照会すればいいのでは。<sup>81</sup>