

# プロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性

## —欧米の制度枠組と現代的課題を中心に—

生貝直人<sup>1</sup>

本稿の目的は、制定法としてのプロバイダ責任制限法制と私的主体の行う自主規制の間での重層的なガバナンス構造を、著作権分野の現代的課題を中心として国際的な観点から検討することにより、プロバイダ責任制限法制の現状に対する実質的な理解と、今後の制度設計のために必要な分析視角を提示することである。まず、全体的な問題状況を把握するために米国・EU および英国の制度枠組を概観した後、制定法と自主規制の相互作用に関連の深い「過剰削除」「ブロック技術の導入」「ISP レベルでの対応」の 3 つの論点の検討と、我が国のプロバイダ責任制限法の状況との対比を行い、最後に今後の制度設計のあり方に対する示唆を論じる。

### 1. 問題の所在

#### 1. 1. プロバイダ責任制限と自主規制

インターネット上のコミュニケーションは、多くの場合何らかのプロバイダ<sup>2</sup>を介して行われる。プロバイダは、利用者から受け取った情報をインターネット上で公開する役割を担うにあたり、その情報が著作権侵害をはじめとする違法な内容を含んでいた場合、利用者が行った違法行為に対して一定の責任を負うことを免れない場合がある。プロバイダの利用者は通常きわめて多数に渡るため、そこで行われた違法行為全てに対して民事・刑事上の責任や常時の監視義務を担わされることとなると、実質的にサービス提供が著しく困難となり、情報社会の発展そのものに悪影響を及ぼす可能性がある。

こうした問題を解決するために、インターネットが本格的な普及を始める 1990 年代後半から各国において議論の焦点となってきたのが、利用者が行った違法行為に関して、プロバイダの責任をどのように「制限」するかという問題である。米国では 1996 年に Communications Decency Act (以下、CDA)、1998 年に Digital Millennium Copyright Act (以下、DMCA) が成立、EU では 2000 年に EU 域内のプロバイダ責任制限の枠組みを定めた E-commerce Directive (2000/31/EC、以下、ECD) が成立し、我が国では 2002 年に

---

<sup>1</sup> 東京大学大学院学際情報学府博士課程

<sup>2</sup> 我が国ではこの点「ISP (Internet Service Provider)」という用語が用いられることも多いが、便宜のため本稿では、単に「プロバイダ」と言った場合は、UGC サービス等をはじめとする他者のコンテンツを受け取りインターネット上で公開するホスティング・プロバイダを指し、特に「ISP」という呼称を用いる場合には、IP アドレスの割り当て等によりインターネット・アクセスを提供するプロバイダ (いわゆる Internet Access Provider) の機能のみを指すものとする。

「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（以下、プロバイダ責任制限法）」が施行されるなど、各国において法的枠組みの構築が進められてきた。プロバイダに関わる法的問題は多岐に渡るが、著作権侵害をはじめとする多くの領域について共通の原則として採用されているのが、いわゆる Notice and Takedown（以下、NTD）、すなわち「当該プロバイダのサービス上に違法なコンテンツが掲載されているという通知（notice）を受けた際に、該当するコンテンツを削除する（take down）」対応を行えば、プロバイダ自身は利用者が行った違法行為について損害賠償等の責任を問われないという責任制限のプロセスである。

しかし、NTD プロセスの詳細なあり方を含めて、いずれの国々においてもプロバイダ責任制限法制<sup>3</sup>の条文そのものでは、プロバイダが免責されるための詳細な要件を定めておらず、実質的なルール形成は蓄積される各種の判例に加え、プロバイダ事業者自身による自主的な取り組み、あるいは業界団体や関係者が協力して定める行動規定（Code of Conduct）といった、いわゆる「自主規制（self-regulation）」によって形成される部分が多い。これらの自主規制の内容は、基盤となるプロバイダ責任制限法制をはじめとする関連法制のみならず、商習慣や解決すべき問題を取り巻く社会・経済的状况など複数の要素に依存するものであり、具体的なルール形成のありようは各国によって異なる。言い換えれば、各国のプロバイダ責任制限法制の実質的なルールは、公的機関が直接的に全てを決定するわけではなく、また純粋な民間の自発的意思に基づく自主規制というわけでもなく、民間の取り組みと政府の制定する制度枠組の相互作用関係の中で形成される、「共同規制（co-regulation）」と理解すべき側面を有するのである（Frydman et al. [2009]）。

## 1. 2. 自主規制のコントロール

一方プロバイダ責任制限法制は、プロバイダの事業活動を円滑にすることとはまた別の側面を持つ。公的機関がインターネット上の違法な行為やコンテンツに対する取締りを行おうとした際、インターネットの持つ一定の匿名性、関連する利用者の数、そしてその国際性・越境性などを主な要因として、公的機関自身がそれらを逐一取り締まることは、現実的にきわめて困難である。そうした分散的な End to End のデジタル・ネットワーク環境の中で、サービス上のコンテンツに対する一定程度集中的な管理能力を持つプロバイダは、インターネット上のいわば「コントロール・ポイント（Zittrain [2003]）」としての役割を果たし得る<sup>4</sup>。法執行の効率性や実効性という観点からすれば、公的機関としては違法行為を行う個々の利用者に目を向けるよりも、コミュニケーションの媒介者（intermediary）

<sup>3</sup> 本稿では、日・米・欧における「制定法としての」プロバイダ責任制限関連法制度を総称する際、「プロバイダ責任制限法制」という表現を用いる。

<sup>4</sup> この他、インターネット上のコミュニケーションを直接媒介せずとも、製造物の利用方法如何によって他者の違法行為を幫助し得るソフトウェア製造者等の責任の展開を、「ゲートキーパー」という概念を手がかりにインターネットの End to End の原理の観点から子細に論じた Zittrain [2006]は、本稿の問題意識と重なるところが大きい。

であるプロバイダをいかにコントロールし、規制者の代理人（regulatory agency）として振舞わせるかということが、主要な焦点として浮かび上がるのである。

ただし、通信キャリアや放送事業者といったような寡占的市場と異なり、「プロバイダ」の役割を果たす事業者や個人はきわめて多数に渡る。実行可能性という観点からも、あるいは表現の自由や営業の自由への配慮という観点からも、プロバイダに対して直接的な命令と統制によるコントロールを行うことは困難であり、また望ましくもない。それぞれのプロバイダは、利用者の違法行為によって自身が損害賠償等の責任を負うことを回避したいという共通のインセンティブを持つ。そのインセンティブに働きかける制度枠組、具体的にはサービス上での違法行為に対し、いかなる対応を行えば免責の要件を充たすかというプロバイダ責任制限法制の設計の如何により、NTD プロセスに基づき受動的に通知を受け「事後的」な対応を行うのみならず、「事前的」に違法なコンテンツを遮断するよう振舞わせることも可能となる。特にいわゆる UGC（User Generated Content）サイトの拡大に伴い、無数の利用者によって発信される情報が質量ともに拡大する近年において、著作権侵害に対するプロバイダの能動的な対応への要請は急速に高まりつつある。

こうしたプロバイダ責任制限法制を通じたプロバイダのコントロールは、実質的な公的機関の関与が過度に強い場合には一種の間接的な検閲（censorship）として機能し、表現の自由への抵触を避けられない場合が生じることから、一定程度抑制されねばならない。しかし一方で、プロバイダ責任制限法制に基づく自主規制が行われた結果、規制当局の意図しないところによって過度の表現規制、あるいは情報社会の健全な発展を阻害するような振る舞いが生じることを避けるという要請も生じる。すなわち、プロバイダ責任制限法制による自主規制のコントロールにおいては、(1)代理人としてのプロバイダに違法コンテンツを自主的に削除させることと、(2)そのような自主規制によって生じ得る弊害を抑止・解決するという、2つの視点が求められるのである。

我が国の法学・制度研究に見えるような、制定法や判例のみを対象とする分析視角によっては、プロバイダ責任制限法制の現状に対する包括的な理解、そしてそこに存在する課題についての実質的な検討を行うことは困難である<sup>5</sup>。以上の問題意識に基づき、本稿では主に著作権侵害に関わる論点を中心として、プロバイダの責任制限を定めた各国の法制の相違と、それによってもたらされるプロバイダの自主規制の実態を多角的に検討するため、米国、EU および英国の制度を概観（2）した後、現在生じている主要な論点の検討を行い（3・4・5）、最後に我が国のプロバイダ責任制限法制を取り巻く状況との対比（6）、そして今後の制度設計のあり方に対する一定の示唆（7）を提示していく。

---

<sup>5</sup> 我が国においても近年、私的主体の形成する制度や規範に対する関心は徐々に高まっており、特に東京大学グローバル COE「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」をはじめとして研究の蓄積が進められているところであるが、情報政策分野に関するものは後で参照する山本[2008]等を若干の例外として、未だ限られているのが現状である。

## 2. 欧米の制度枠組

### 2. 1. 米国の規定

インターネットの拡大の中心地となった米国においては、プロバイダの責任を問う訴訟も早くから提起されてきた<sup>6</sup>。判決の多くはプロバイダの責任を軽減させようとするものであったが、必ずしも裁判所の姿勢は統一されておらず、徐々に立法による責任ルールの明確化の必要性が指摘され始める。米国において最初に成立したプロバイダ責任制限法制は、1996年に成立したCDA（1996年通信法第5章）である。同法230条(c)(1)は、双方向コンピュータサービス（**interactive computer service**）におけるプロバイダの責任を、「双方向コンピュータサービスにおけるいかなるプロバイダやユーザーも、第三者によって提供された情報について、発行者（**publisher**）や発言者として扱われることはない」として制限している。他者の表現を媒介するサービスとしてはインターネット以前から多くの類型が存在していたが、特に雑誌や新聞等の出版社のようにその内容に対する編集責任（**editorial responsibility**）を持つ「発行者」としてみなされるか、あるいは書店や図書館のように表現内容には原則として介入を行わない「配布者（**distributor**）」とみなされるかによって、媒介者が負う責任は大きく異なる。当該媒介者が「発行者」とみなされれば、発行物に含まれた名誉毀損表現にともなう損害賠償等の責任を当然負うこととなり（厳格責任）、一方で「配布者」とみなされれば、その表現について知っていたか、あるいは知りうべき相当の理由があった場合に限り責任を負うこととなる（過失責任）。CDAは、インターネット上のプロバイダの責任が、原則として後者に限定されることを明確化したのである。

CDA230条(e)(1)では、同条における規定は知的財産分野には一切の影響を与えないとされ、著作権分野においては1998年にDMCAにおけるセーフハーバー条項（米国著作権法512条）が成立する。DMCAでは、CDAにおける過失責任の原則を引き継ぎつつも、免責を受けるための要件をより詳細に規定する。他者の情報をホスティングしインターネット上で公開するプロバイダ<sup>7</sup>は、利用者が行った侵害行為についての現実の知識（**actual knowledge**）を持たず、侵害を明らかにする事実や状況に気付いておらず、かつ権利者から所定の記載要件に基づく侵害通知があった場合に直ちにその著作物を削除すること（512条(c)(1)(A)）により免責の対象となるという形で<sup>8</sup>、NTDのプロセスが明確化されている。

---

<sup>6</sup> 欧米のプロバイダ責任制限法制の制度枠組については我が国においても既に多くの紹介がなされているため詳細な検討は避け、本稿の問題意識と直接関係する点に焦点を絞る。そのため、発信者情報の開示等の論点に詳細な言及は行わない。

<sup>7</sup> この他に、通信の接続や一時的保存のみを担う導管（**conduit**）（512条(a)）、キャッシング（512条(b)）、検索エンジンをはじめとする情報検索ツール（**information location tools**）（512条(d)）の分類がなされているが、以下では便宜のため、後述のECDと合わせ特に他に言及のない限りホスティング・プロバイダについての検討を行う。

<sup>8</sup> さらに、プロバイダが侵害行為をコントロールする権限や能力を持たず、その行為から直接的な経済的利益を受けていないことが要請される（代位責任（**vicarious liability**）への非該当性、512条(c)(1)(B)。寄与侵害と合わせ田村[2007:86-]等も参照）。この点、商業的・非商業的問わずウェブサイト上において広告等の手段により何らかの収益を得ることが常

しかしこうした削除手続は、不可避免的に誤った削除、つまり本来著作権を侵害していないコンテンツを削除するなどして、情報の発信者側に対する損害をもたらす事態を生じ得る。そのため DMCA では、削除措置を受けた利用者からの反論を受け回復を図る手続（512条(g)(2-3)）、および情報の削除により情報発信者側に損害が生じた場合においても、プロバイダが信義誠実に行動した場合には責任を問われなくとする、いわゆる「善きサマリヤ人条項」（512条(g)(1)）を規定している。加えて、近年課題となっているブロッキング技術に関わる規定が置かれる。512条(m)(1)においては、プロバイダは自らのサービス上での利用者の行為に対する一般的な監視（general monitoring）義務を負わないものとしてプロバイダの過度の監視責任を否定している一方、512条(i)(1)においては、反復的な侵害を抑止するポリシーを採用し、利用者に対して明確に提示し実践していること、標準的な技術的手段（standard technical measures）を採用し、またそれを妨げないことが免責の要件とされているのである。

## 2. 2. EU の規定

EU においてプロバイダ責任制限法制の必要性を指摘したのが、インターネット上の違法・有害コンテンツへの対応指針を示した European Commission [1996]である。同文書は法的強制力は持たないものの、情報社会に関する法制度の不調和が欧州経済にもたらす利益を阻害するとして、プロバイダの責任についての一定の基準を策定する必要性を指摘した。さらにプロバイダが行う自主規制の重要性を強調し、PICS（Platform for Internet Content Selection）のようなブロッキング技術等を利用した自主規制措置を促進すること、加盟各国はインターネット上の違法コンテンツをプロバイダに通知するホットラインや、さらに積極的に違法コンテンツを探し出す主体（watchdog）の設立を支援することなどを求めた。さらに青少年保護の取り組みとして 1999 年には Safer Internet プログラムが開始され、プロバイダが設置するホットラインの国際的なネットワークである INHOPE や、インターネット上の青少年保護に関する注意喚起や意識向上等を行う INSAFE 等を通じた、自主規制に対する各種の支援を進めてきた。これらの取組は、プロバイダの行う自主規制を重要なガバナンス手段として認識しつつも、それらの個別の自主規制を EU 域内で一定の基準に調和させようとする、「調和した自主規制（coordinated self-regulation）」に対する志向性の下に形成されてきたものである（Newman and Bach [2004:401]）。

EU 各国においてもプロバイダ責任を問う訴訟や個別立法が行われる中、加盟国のプロバイダ責任制限の調和を図るために制定されたのが、2000年に施行された ECD である。ECD では違法行為全体に関わるプロバイダ責任制限の他、電子署名の有効性や消費者保護等についても規定している<sup>9</sup>。「情報社会サービス（Information Society Service）」<sup>10</sup>のプロバイ

---

態化している現代の状況において、いかに責任制限の要件を判断するかが問題になる。後述する ECD の規定と合わせ、近年の議論のレビューとして Brown [2008]等を参照。

<sup>9</sup> ただし同指令の規定は、EU 域内の個人情報保護を定めたデータ保護指令（95/46/EC）や

ダに該当する事業者については、DMCA512条(m)(1)と同様に加盟国がプロバイダに対して一般的な監視 (general monitoring) 義務を課してはならないことを明記し (15条)<sup>11</sup>、ウェブサイト上において事業者名および所在地、メールアドレス等を正確に提示させることを求めている (5条)。

米国 DMCA512条(c)に該当するのは、14条に定められるホスティング・プロバイダの責任であり、14条(1)において DMCA512条(c)(1)(A)他で規定されるのと同様の NTD プロセスを定めている。ただしそのプロセスの詳細、つまり権利侵害が生じていた場合に被害者はいかなる方法でプロバイダに通知を行うべきなのか、プロバイダはそれらの通知に対していかに対応すべきかなどについては ECD では定められておらず、加盟国の国内法、あるいは個別の事業者の取り組みに委ねられている。さらに後で詳述するように、米国 DMCA512条(c)(g)(1-3)で規定されるような、削除されたコンテンツの回復手続等についても定められていない。これは ECD が EU 域内での共通のプロセスを定めるというよりは、プロバイダが民事的・刑事的に免責されるための一定の基準を定めようとするものであったことを反映している (Frydman and Rorive [2002:53])。

16条以下では、ECD を EU 各国が国内法化する際に参照されるべき付随的な規定が置かれている。16条では、各国は ECD の各条項を国内法化するにあたり、産業界に対して各種の自主的な行動規定の策定を働きかけるよう求めている。これは産業界の自主性を確保することと同時に、情報社会サービスのような変化の激しい分野において、時間的に数年を要する立法や法改正に頼るよりも、より柔軟な行動規定による対応を行うことが現実的であるという意図に基づく (Lodder [2002:90])。行動規定の策定にあたっては、事業者や専門家に加えて消費者を含めた議論がなされること、内容に関しては指令の規定を適切に反映していることが求められる。EU や各国政府に対して行動規定のドラフトを提出し、承認を求める条項も組み入れられているが、あくまでも強制ではなく自発的に行うこととされている。さらに違法コンテンツへの対応に加えて、第16条(1)(e)では、ECD では必ずしも対象範囲とされていない青少年保護に関する行動規定の策定も視野に入れるべきだとされる。17条では、電子商取引に関する紛争を解決するための ADR (Alternative Dispute Resolution、あるいは Online Dispute Resolution) の設置と活用を促すよう加盟国に求めている。削除された情報の回復請求を含む各種の紛争を逐一公式の訴訟プロセスで解決す

---

電子プライバシー指令(2002/58/EC)に影響を与えないことが明示されている(1条(5)(b))。

<sup>10</sup> 98/34/EC(98/48/ECで一部改正)の1条(2)において、「主に何らかの利益を目的として、利用者の求めに応じて電子的手段を通じて遠隔的に提供される」サービス全般を指すものと定義される。ただし Television Without Frontier Directive (89/552/EEC、2007年に AudioVisual Media Service (AVMS) Directive に全面改正)をはじめとする各種の指令や規則等によって既にルールが確立していることなどを理由として、テレビ放送やラジオ放送はその定義には含まれない(前文18)。

<sup>11</sup> ただし後に見るように、ECD では加盟国が ISP に「一般的な監視義務」を課すことは禁じているものの、特定の種類の違法行為を防ぐために合理的であると認められうる追加の注意義務を課すことについては禁止していない(前文48)。

ることはコスト的にも現実的でないことから、裁判外の紛争解決、特にオンラインで簡易に利用可能な紛争解決手段を求めているのである<sup>12</sup>。

### 2. 3. 英国における ECD の国内法化

英国では ECD に対応するため、2002 年 8 月、電子商取引規則 (e-commerce regulation) を施行し、同規則の具体的な指針を示すために DTI (Department for Trade and Industry、省庁再編により現在は Department for Business, Innovation and Skills) がガイドライン (DTI [2008]) を公開している。同規則は基本的には ECD と同内容を示しているのみであり、NTD の手続きについても、プロバイダの活動分野によって状況が大きく異なることなどを理由として具体的なプロセスを定めることはせず、引き続き産業界の自主的な取り組みに任せられるべきであるとしている (DTI [2002:27-28])<sup>13</sup>。

英国内の自主規制に関しては、ISP 事業者団体の ISPA UK (The Internet Services Providers' Association、1995 年設立)<sup>14</sup>が加盟企業が従うべき要件としての行動規定<sup>16</sup>を策定し、情報通信分野を所管する独立規制機関 Ofcom (Office of Communication) による承認を受けているが、NTD に関わる具体的な手続等は定められておらず、利用者からの苦情受付については「10 営業日以内の対応」を行うという一般的な文言が置かれるのみとなっている。違法情報への自主的な対策としては、ISP 事業者が中心となり 1996 年に IWF (Internet Watch Foundation) が設立され、「児童性的虐待画像」「児童等への不適切な接

---

<sup>12</sup> ただし近年の各国における議論状況を見ても、プロバイダ責任制限法制、特に著作権侵害等に関する独立した ADR の役割を重視したものは少なく、後述する英国の Digital Economy Act の立法過程においても ISP と著作権者の利害対立を調停する Rights Agency の設立が検討されたものの、実現には至っていない (Wales [2009:4])。これはプロバイダ責任制限法制に関わる紛争処理の多くが、NTD のプロセスや個別企業・業界団体の判断、そしてそれに対する利用者等の異議申立というプロセスに内部化され、特に深刻な紛争の場合は司法での解決に委ねるという対応が一般化していることが一つの要因としては考えられよう。プロバイダ責任制限法制に焦点を絞ったものではないが、電子商取引に関する代替的紛争処理の歴史と近況のレビューとして Katsh [2006]等を参照。

<sup>13</sup> 2005 年には電子商取引規制における免責の範囲を、米国 DMCA で規定されているハイパーリンクや位置情報サービス、コンテンツアグリゲーションサービスにまで拡大しようとする検討も行われたが、実現には至っていない (DTI [2006])。

<sup>14</sup> この他に Copyright, Designs and Patents Act 1988 において、Information Society Directive に対応するため、裁判所がプロバイダに対して差止命令を出すことが可能な規定を追加している (第 97 条 A 項)。また誹謗中傷に関しては Defamation Act of 1996 において、その事実を知らずに誹謗中傷を含む内容を配布した配布者は責任を問われないことを定めている (1 条(1)(c))。

<sup>15</sup> インターネット接続事業を行う ISP 事業者団体であり、ホスティングや電子掲示板等を管理する「プロバイダ」全般を対象とした事業者団体ではない。しかし森田[2008]が我が国のプロバイダ責任制限法を取り巻く状況に関して指摘するように、英国においても比較的集合性の高い ISP 事業者団体が策定した自主規制ルールは、その他のプロバイダに対しても一定の規範的効力を及ぼしているものと考えられる。

<sup>16</sup> ISPA Code of Practice [http://www.ispa.org.uk/about\\_us/page\\_16.html](http://www.ispa.org.uk/about_us/page_16.html) (2011/1/4 確認)

触 (online grooming)」「ヘイトスピーチ」に関わる情報を受け付けるための集中的なホットライン窓口と、各 ISP がそれらの遮断を行うための URL リストの作成等を行っており、徐々にその活動も拡大しているが、著作権分野への対応は行っていない (Wales [2009:11])。

## 2. 4. DMCA と ECD の相違

米国の DMCA と EU の ECD は、いずれも NTD プロセスによる対応を責任制限の要件とする点では共通しているものの、米国では DMCA (著作権) と CDA (それ以外) でそれぞれを規定する垂直的手法、EU では ECD によって全体を規定する水平的手法を採用している点をはじめとして、実際の規定には一定の差異が存在している。DMCA に存在しており、ECD に存在していない規定としては、(1) NTD の詳細なプロセス、(2) 情報発信者からの反論を受け付ける機会、(3) 免責要件として一定の技術的措置を要すること、(4) 免責対象の類型としての「情報検索ツール」提供サービス<sup>17</sup>、(5) プロバイダが情報を削除した際の「善きサマリア人条項」等を挙げることができる。一方で ECD の規定に存在しており、DMCA に存在しない規定としては、主に ECD の国内法化に関する(1)自主的な行動規定策定の推奨、(2)ADR の活用等を挙げることができる。

全体的な比較としては、DMCA においてはプロバイダの免責要件についてかなり詳細な部分までを規定しており、各国での対応、とりわけ産業界における自主的な対応に委ねられる部分が広いという見ることができる。これは DMCA が直接適用される法律であるのに対し、ECD が加盟国に対する一定の共通基準を求める指令であるという性質の違いから自然と見ることもできようが、上述した英国をはじめとして、ECD の規定をほぼ字句通りに国内法化している加盟国が存在する点には留意する必要がある<sup>18</sup>。さらに DMCA が著作権法に焦点を絞ったものであるのに対し、ECD が単一の指令で違法情報全般に対応しようとしている点も、規定の具体性の際の理由として指摘する必要があるだろう。実際に EU でも知的財産関連の指令においていくつかの補足的な対応がなされており、2001 年の Information Society Directive (2001/29/EC) では、8 条(3)において、著作(隣接)権者はそのサービスが著作権侵害に用いられている事業者に対して、差止 (injunction) を求めることができるとされている。さらに 2004 年の Intellectual Property Rights Enforcement Directive (2004/48/EC) では、ECD に規定の置かれていなかった権利侵害者の発信者情報開示について定めており (DMCA512 条(h)に相当)、知的財産権の侵害を受けた権利者は各国の裁判所等を通じて、プロバイダをはじめとする媒介者に対して侵害を行った者の情報開示を求めることができるとしている (8 条)。

---

<sup>17</sup> ECD では DMCA512 条(d)に該当する検索エンジンをはじめとする情報検索ツール (information location tools) の免責に関わる規定が存在しないが、2003 年の時点ですでにスペイン、オーストリア、ポルトガル、リヒテンシュタインをはじめとするいくつかの国々では同様の規定を導入している (European Commission [2003:13])。

<sup>18</sup> この点につき、米国および EU の英国・フランス・ドイツ等のプロバイダ責任制限法制の規定を広く比較した Beer and Clemmer [2009:385]等を参照。

### 3. 過剰削除を巡る課題

#### 3. 1. NTD プロセスの不完全性に起因する過剰削除

NTD の要件に従えば、プロバイダの側には、権利侵害の通知を受けた場合にはできる限り迅速にそのコンテンツを削除しようとするインセンティブが働く。特に大規模な電子掲示板や動画共有サービス等の場合、そうした通知はきわめて多数に上ることになるため、一件一件の通知について本当に権利侵害に該当する内容であるのかといった吟味を十分に行うことは実質的に困難であり、本来は削除されるべきでないコンテンツがプロバイダによって削除される可能性をもたらす。

この点につき米国では、著作権侵害の通知を受けてコンテンツの削除やアクセス遮断を行った場合にはその旨を情報発信者に通知し、反論を受け付ける機会を設けることを定めた DMCA512 条(g)(1-3)により、過剰削除には一定の歯止めがかけられていると考えられよう。一方 EU では、ECD14 条(1)において、権利侵害の通知があった場合には「迅速に対象を削除する」こととされるのみであり、合法的なコンテンツが誤って削除されることを防ぐ、あるいはそれを回復させるためのプロセスは特に定められていない。この詳細なプロセスは各国法や業界団体の自主規制によって補完することも可能であろうが、少なくとも英国においてはそうした法制度や自主規制は明確な確立には至っていない。この点について詳細な量的データ等は存在していないが、2004 年に英国でオックスフォード大学の研究者らによって行われた覆面調査員型の比較調査 (Ahlert et al. [2004]) によれば、英国のプロバイダは米国と比較して著作権侵害の苦情をよく精査することのないまま該当コンテンツを削除している傾向が示され、その要因として ECD に情報発信者の反論を受け付けるプロセスが存在しないことが指摘されている。

さらに、DMCA512 条(g)に含まれる善きサマリヤ人条項も ECD には存在しないことから、プロバイダの法的位置付けは相対的に不安定に置かれる。プロバイダによる誤った削除は、法的にはまずプロバイダと利用者間で結ばれるサービス利用許諾条件についての契約違反となり得ることから、各プロバイダはコンテンツの削除に関する一定の要件（サービス運営者が不適切と判断した場合にはコンテンツが削除される場合がある等）をサービス利用規約に含めることによって対応される。DMCA 512 条(g)(1-3)等に該当する規定を ECD に明文化する議論も進められてきたものの (Edwards [2009:76])、現時点では具体的な指令の改正は行われていない。

#### 3. 2. フェアユース条項に起因する過剰削除

一方米国においても、米国著作権法 107 条で規定されるフェアユース条項との関連が問題となることがある。フェアユース条項は、当該著作物の利用を(1)利用の目的と性格、(2)利用された著作物の性質、(3)著作物全体との関係における利用された著作物の量および重要性、(4)著作物の潜在的価値または市場に対して及ぼしうる影響、という 4 つの観点から

総合的に判断し、正当であると認められた場合には著作権侵害とならないとする規定である。同規定による判断は基本的に訴訟の場面における裁判官の判断によって事後的に決定されるものであるため、NTDに基づきプロバイダが当該著作物の削除を行う場合、あるいは後述するブロッキング技術による削除を行う場合などに、事前に判断することが困難であるという問題が生じる<sup>19</sup>。実際に2007年には、ViacomがYouTubeに対して行った削除要請は本来フェアユースにあたるものであるとして米国の消費者団体らが訴訟を提起し<sup>20</sup>、Viacom側はそれを認め謝罪、今後削除通知を行う際にはフェアユースに該当するか否かの検討を行うこと、さらに誤った削除が行われた場合の苦情受付窓口をViacom自らが設けることなどに合意している<sup>21</sup>。

#### 4. ブロッキング技術導入を巡る課題

##### 4. 1. ブロッキング技術

米国・EUいずれにおいても、従来はプロバイダが責任制限を受けるための要件は、NTDプロセスを中心とした「事後的」対応に焦点が置かれており、権利者からの通知を受けて速やかに対応を行うことがプロバイダの関心の中心であった。しかし近年のUGCサービスの拡大に伴い、著作権侵害コンテンツをユーザーのアップロード時等に「事前的」に検出し、削除するためのブロッキング技術の導入をプロバイダがどの程度まで求められるかが焦点となっている。違法情報を事前に検出し削除するためのブロッキング技術は様々なものが開発されているが、現在UGCサービス等において広く用いられているのが、米国に本拠地を置くAudible Magic社等の提供する、いわゆるフィンガープリント型の著作権侵害コンテンツ検出技術である。権利者等が同社のデータベースに登録して作成するコンテンツのデータベースに基づき、アップロードされたコンテンツがそのデータベースと合致するかを判断し、合致した楽曲（あるいはそれを含んだ動画等）のアップロードを自動的に遮断することや、サイト上から削除することを可能にしている<sup>22</sup>。

##### 4. 2. 欧米の状況

米国のDMCAにおいては、責任制限を受けるための要件として、ブロッキング技術をは

---

<sup>19</sup> こうした事前の決定が困難なフェアユースの性質を、いかにしてDRMのような技術的保護手段に反映させるかは米国では議論の対象になることが多い。近年の議論の状況としては例えばArmstrong [2006:68]を参照。

<sup>20</sup> *MoveOn.org Civic Action and Brave New Films, LLC v. Viacom International Inc.*, 3:2007cv01657 (N.D.Cal, 2007)

<sup>21</sup> Viacom Admits Error -- Takes Steps to Protect Fair Use on YouTube (Electronic Frontier Foundation, 2007/4/23)

<http://www.eff.org/cases/moveon-brave-new-films-v-viacom> (2011/1/4 確認)

<sup>22</sup> さらにこの他にも、ISP向けにディープパケットインスペクション(DPI)技術を用いたブロッキング技術も実用化されており、後述するISPレベルでの著作権侵害対策に用いられる。

はじめとする事前の技術的措置を求める条項が存在しており（512条(i)(1)）、実際に大手のUGCプロバイダは一定の技術的措置の導入を行っている<sup>23</sup>。一方でEUのECDにおいては同様の規定は置かれておらず、UGCプロバイダがブロッキング技術の導入を求められか否かは条文上定かではない。ECD12-14条のいずれにおいても、裁判所が「侵害を排除する、あるいは防ぐための命令」を出すことは認めており<sup>24</sup>、またInformation Society Directive 8条(3)は著作権者がプロバイダに対して差止請求を行うことができると規定し、Enforcement of Intellectual Property Rights Directive 9条(1)でも再確認されている。これらの規定から、権利侵害が明らかである場合の「事後的な」差止命令の正当性に関しては疑いがないが、プロバイダの一般的な監視義務を否定したECD15条との関係から、著作権侵害ファイル等を「事前に」検出し、削除するためのブロッキングソフト等の導入が求められるかどうか問題となる。この点につき、ECD前文45および47では、監視義務は「特定の場合（specific case）」に限られるとしている。さらに前文40では、違法コンテンツを自動的に識別して未然にブロックするような技術の導入は、関係者による自発的な合意（voluntary agreements）によることが望ましいとし、各国政府は合意形成を支援すべきであり、かつそのような技術は、Data Protection Directive（95/46/EC）等が定めるプライバシー保護に配慮したものでなければならないとする<sup>25</sup>。

近年のEU加盟国の判決においては、このようにECDの中で明確な規定が存在しない状況を背景にしつつも、UGCプロバイダの責任制限の要件としてブロッキング技術の導入を求めるものが相次いでいる。2007年、フランス<sup>26</sup>に本拠地を置くEU最大の動画共有サービスであるDailyMotionが著作権侵害訴訟の対象となった事件<sup>27</sup>では、DailyMotionは権利者からの著作権侵害通知には適切に対応しており、これ以上の対応を求めることはECD15条の一般的監視義務の否定に反すると主張したが、裁判所はこれを認めず、DailyMotionが免責を受けるためには一定のブロッキング技術の導入が必要であるとし、損害賠償の支払いを命じた（Jondet [2008]）。さらに同年のGoogle Video（2009年にYouTubeに統合）に対する著作権侵害訴訟の判決<sup>28</sup>においては、Daily Motionと同様にホスティング・プロバイダとしての地位が認められ、著作権侵害の通知に対しても迅速な対

---

<sup>23</sup> たとえばYouTubeやMySpaceも、大手メディア企業との共同事業を開始したことをひとつの契機として、2007年からはAudible Magic社のブロッキングソフトの実装を行っている。両社の経緯についてはKim [2007:146]等を参照。

<sup>24</sup> それぞれECD12条(3)、13条(2)、14条(2)。

<sup>25</sup> さらに2008年には、オンライン環境ではブロッキング技術の導入が表現の自由の制限になり得るとの観点から、表現の自由に配慮した利用を行うよう求めた勧告が出されている（European Commission [2008]）。

<sup>26</sup> フランスにおけるECDの国内法化は、2004年のLCEN（Loi pour la confiance dans l'économie numérique）によって行われている。LCENの詳細については日本語では井奈波[2008]に詳しい。

<sup>27</sup> *Nord-Ouest Prod. v. S.A. Daylymotion*, Tribunal de grande instance Paris, July 13, 2007.

<sup>28</sup> *S.A.R.L. Zadig Prod. v. Google Inc*, Tribunal de grande instance Paris, Oct 19, 2007.

応を行っていた。しかし裁判所はグーグルが免責を受けるためには著作権侵害通知に受動的な対応を行うのみでは足りず、特に一度特定のコンテンツについて通知を受けた後は、当該コンテンツが繰り返しアップロードされることを防止するための技術的措置を導入する必要があるとし、グーグルの責任を認めたのである（Angelopoulos [2009:4]）<sup>29</sup>。

これらはいずれも事前のブロッキング技術等の導入につき、ECD 前文 45 および 47 の監視措置に関する規定を広く解したものとされる。これらの判決により、EU においても ECD の定める免責要件を満たすためには、実質的には DMCA512 条(i)(1)同様ブロッキング技術の導入が必要であると解される余地が生じている。実際に DailyMotion では同判決を受けた直後に Audible Magic 社のブロッキング技術の導入を発表<sup>30</sup>、MySpace においても同技術が採用される<sup>31</sup>など、プロバイダによるブロッキング技術の導入は拡大しつつある。

#### 4. 3. 自主的な協定への動き

一方で、プロバイダがブロッキング技術を「どの程度の技術水準で」採用すれば免責の対象となるかは、EU・米国ともに現在までのところ明確に定められていない。こうした不確実性を解消するため、著作権者団体とプロバイダが、著作権侵害に対していかなる対応を行うかに関する自主的な協定を結ぶ事例が生じ始めている。米国では 2007 年、主要な映画・テレビ番組スタジオ（Disney、CBS、NBC Universal、Viacom）と大手 UGC プロバイダ（MSN Video、MySpace、DailyMotion、Veoh.com）が共同で、UGC Principles（Principles for User Generated Content Services、以下、UGC 原則）<sup>32</sup>に署名した。同原則は政府の直接的な介入等は受けておらず、法的な強制力を持たない一種の紳士協定ではあるものの、UGC プロバイダがこれに従う限り、著作権者は UGC プロバイダに対し著作権侵害の訴訟を提起しないものとされている。同原則ではまず以下のように、UGC プロバイダが著作権者との協力の元に適切なブロッキング技術の導入を行うことが定められる。

---

<sup>29</sup> この他にも近年では UGC サイトがどこまでプロバイダ責任制限法制の免責対象となるかが焦点となっており、大手 SNS サービスの MySpace が著作権侵害訴訟の対象となった *Lafesse v. MySpace*, Tribunal de grande instance Paris, July 13, 2007. では、MySpace がユーザーが利用するページの構成をほぼ全面的に決定しており、また広告による収入を得ていることなどを理由として、ECD14 条でいうホスティング・プロバイダとしての要件を満たしておらず発行者（publisher）の立場にあるものとし、直接的な著作権侵害の責任と 60,000 ユーロの損害賠償を認めている（Blázquez [2008:4]）。

<sup>30</sup> Dailymotion choisit la solution de fingerprinting d’Audible Magic pour détecter les vidéos protégées par des droits（DailyMotion, 2007/7/13）：  
<http://press.dailymotion.com/fr/wp-content/uploads/AudibleMagic-Dailymotion.pdf>  
（2011/1/4 確認）

<sup>31</sup> MySpace Implements Video Filtering System to Block Unauthorized Use of Copyrighted Content（AudibleMagic, 2007/2/12）  
<http://audiblemagic.com/news/press-releases/pr-2007-02-12.asp>（2011/1/4 確認）

<sup>32</sup> <http://www.ugcprinciples.com/>（2011/1/4 確認）

- ・ 利用者に対して著作権侵害を行わないよう周知・確認を行うとともに、サービス利用許諾においても著作権侵害を行わないよう定める
- ・ 著作権侵害を予防するために効果的かつ合理的なコンテンツ特定技術（**Identification Technology**）を実装し、著作権者が作成するコンテンツ・データベース（**Reference Material**）を活用したブロッキング技術の導入を行う
- ・ 同技術は技術進歩に合わせたアップデートを行い、著作権侵害を十分に抑止すると同時に、合法的なコンテンツのアップロードを妨げず、かつフェアユースに対する十分な配慮を行う
- ・ データベースに登録されたコンテンツについて、著作権者が特定の利用者に合法的なアップロードを認めた場合には、著作権者はそれらの利用者のホワイトリストを作成し、UGC プロバイダに提供する
- ・ 著作権者と UGC プロバイダが協力して、著作権侵害にあたらぬコンテンツが誤って削除された場合の苦情受付プロセスを確立する

さらに同原則の後半では、DMCA の規定を敷衍しつつ、NTD の詳細なプロセスについての規定が置かれている。

- ・ 著作権者から UGC プロバイダに対して著作権侵害コンテンツの削除要請があった場合には、UGC プロバイダは(1)迅速に削除対応を行い、(2)アップロードを行ったユーザーに対して適切な通知を行い、(3)ユーザーからの反論があり、それが合法的なコンテンツであったと認められた場合にはコンテンツの回復を行う
- ・ 著作権者が削除要請を行うにあたっては、当該コンテンツがフェアユースに該当しないことに配慮する
- ・ プライバシー保護等をはじめとする関連の法令に配慮しつつ、UGC プロバイダは(1)アップロードを行ったユーザーの IP アドレスおよびその日付等の情報、および(2)アップロードされた後に著作権者からの通知により削除されたコンテンツを、最低 60 日間保有する。そして著作権者から合法的なプロセスによる開示請求があった場合には、それらの情報の開示を行う
- ・ 著作権侵害を繰り返すユーザーに対しては、事前に策定されたポリシーに基づき、アップロードの停止等の措置を行う努力をする

UGC 原則は、(1)責任制限を受けるためにいかなる水準のブロッキング技術を採用する必要があるかを定めていない DMCA の規定を補完していること、(2)UGC プロバイダにおけるより効果的な著作権侵害対応を可能とすることに加えて、(3)過剰なブロッキングの抑止やフェアユースに対する配慮等を含んだ形で、より洗練されたブロッキング技術の開発・導入のインセンティブを関係者に与えるという利点を持つ（Anonymous [2008:1400]）。こ

のようなプロバイダと著作権者の自主的な協定によって、NTD プロセスの詳細およびコンテンツが誤って削除された場合の回復プロセスを規定することは、権利侵害への対応と利用者の保護をバランスするための一つの手段として考えられよう。

ブロッキング技術のような流動的な技術の詳細な要件を明文により定めることの困難さは、制定法においても自主的な協定においても同様であり、UGC 原則においてもブロッキング技術の水準を明確に定めているとは言い難い。同原則の意義は静的な意味での決定事項というよりも、むしろ利害対立の著しい UGC プロバイダと著作権者の間に協定という形の関係経路を作り出すことにより、ブロッキング技術の水準に関わる両者の継続的な交渉と、技術開発・実装の協力関係を促進するものとして見出されるべきであろう。しかし同原則が締結された後も Universal が Veoh.com に提起した著作権侵害訴訟が続いていること（連邦地裁で Veoh.com 側勝訴）<sup>33</sup>、EFF（Electronic Frontier Foundation）をはじめとする複数の消費者団体が、UGC 原則におけるフェアユースへの配慮が不十分であるとして独自に Fair Use Principles<sup>34</sup>を提案していることなどを鑑みるに、深刻な利害対立の調整における自主的な協定の限界には今後も注視する必要がある。

欧米の比較を行った際に興味深いのは、なぜ米国においてはこのようなブロッキングに関わる協定が仮にも成立し、一方で EU においては現段階において成立していないのかということである。この点については、主要な UGC サイトの多くが米国に本拠地を置いていることに起因する文化的背景の違いや交渉費用の問題等、複数の要因を考慮せねばならないが、プロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性という観点からは、ブロッキング技術の導入を求めた条項の存否という点に焦点が当たる。該当する条項が明文として存在しない EU においては、UGC サイトの側としてはできる限りその実装の不必要性を主張することが合理的な行動たり得るが、抽象的とはいえ明文の規定が存在する米国においては、UGC サイトの側としても著作権者の側としても、できる限り低いコストでその具体的な意味内容を明確化したいという共通のインセンティブを持つことになる。DMCA512 条(i)(1)は、利害の相反するプレイヤー同士が交渉を行い、自主規制を促すための機能を持つと理解すべき側面を有すると考えられるのである<sup>35</sup>。

---

<sup>33</sup> *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, No. CV 07-5744 AHM(AJWx), slip op. at 28–29 (C.D. Cal. Sep. 11, 2009).

<sup>34</sup> ブロッキングの適用は、当該コンテンツが単一の商業的コンテンツを 90%以上含んでいた場合に限られるべきであるとしている。 Fair Use Principles for User Generated Video Content <http://www.eff.org/issues/ip-and-free-speech/fair-use-principles-usergen> (2011/1/4 確認)

<sup>35</sup> この点、DMCA の同規定を藤田[2008:228]の言う「私的秩序形成の出発点としてのハードロー」と表現することも可能であろう。ただしここでは交渉が決裂した際の威嚇点 (threat point) が、藤田の想定するような私的整理交渉が失敗した場合の法的倒産手続ほどに明確ではなく、威嚇点として機能しているのは交渉が失敗した場合の法的環境の不確実性、そしてそれに伴う著作権侵害訴訟によって両者に生じ得る訴訟費用等の紛争コストであると言えよう。

## 5. ISP レベルでの対応

### 5. 1. ECD の解釈

ブロッキング技術の導入を求められる媒介者は、上記で主に論じてきた UGC プロバイダなどのホスティング・プロバイダのみにはとどまらない。利用者にインターネット接続サービスを提供する ISP に対しても、特定のサイトへのアクセス遮断や、P2P ファイル交換等を遮断するブロッキング措置を取るよう求められる事例が現れつつある。

2004 年、ベルギーの著作権者団体である SABAM (Society of Authors, Composers and Publishers) が、同国の ISP 企業である Tiscali (後に Scarlet と改称) に対し、P2P ファイル共有のトラフィックを遮断するよう求める訴訟を提起した。ブリュッセル地方裁判所は 2007 年 6 月、SABAM の求めに応じて、Tiscali に対し Audible Magic 社の提供する DPI 型のブロッキング技術を導入するよう命令を出し、導入は 6 ヶ月以内に行う必要があり、1 日の遅延ごとに 2500 ユーロの賠償金を SABAM に支払うこととした<sup>36</sup>。ここで同裁判所は ECD 前文 40 の「自主的な協定に任せられるべき」という文言は、裁判所が ISP に対してブロッキング技術の導入を求めることを妨げるものではないとの見解を示し、前文 45 の求める要件に照らし合わせ合法的な判断であるとした<sup>37</sup>。同事件はその後 Scarlet 側が控訴を行い、ブリュッセル高等裁判所から欧州司法裁判所へ、ISP に対して DPI 技術を用いたブロッキング技術の実装を求めることが、(1)ECD15 条の定める一般的監視義務の否定と矛盾しないこと、(2)Data Protection Directive および E-privacy Directive (2002/58/EC) をはじめとする EU のプライバシー保護法制に矛盾しないことを確認する照会 (ECJ reference) が行われている (Lens and Fossoul [2010])。

さらに 2008 年にデンマークで出された判決<sup>38</sup>では、同国の ISP 企業である DMT2 に対して、著作権侵害を助長するウェブサイトである The Pirate Bay へのアクセスを遮断する命令が出された。The Pirate Bay は、世界中に多くのユーザーを持つ P2P ソフトである BitTorrent でのファイル共有を行うために必要な認証ファイル (トレントファイル) の提供を専門とするウェブサイトであり、これまでも多くの著作権侵害幫助の訴訟対象になってきた。同裁判所は、DMT2 が ECD における免責の対象となることを認めつつも、ECD が差止措置の命令を許容していることを理由としてアクセス遮断を命じたのである (Jacobsen [2008])。

### 5. 2. 自主的な協定と政府の関与

ECD の規定上、ISP に対してブロッキング技術の導入を求めることが法的に可能であるかが必ずしも定かではないことを背景に、前述した UGC サイトの場合と同様、ISP と著作

---

<sup>36</sup> *SABAM v. S.A. Scarlet (formerly Tiscali)*, Tribunal de premiere instance de Bruxells, May 18, 2007.

<sup>37</sup> 同判決の英語訳として Hughes et al. [2007]を参照。

<sup>38</sup> *IFPI Denmark v. DMT2 A/S*, Bailiff's Court of Frederiksberg, February 5, 2008.同判決の英語訳として Spang-Hanssen [2008]を参照。

権者団体との間では著作権侵害を防ぐことを目的とした自主的な協定の締結が行われはじめている。英国では2008年、OfcomとBERR（Department for Business, Enterprise & Regulatory Reform、現在は省庁再編により Department for Business, Innovation and Skills）の仲介により、著作権団体と主要ISP企業6社によるMoU（Memorandum of Understanding）が締結された。ここでは、各ISPはP2Pによる著作権侵害を行うユーザーに対して警告書を送付すると同時に、合法的なコンテンツ販売を支援する内容が含まれている（Edwards [2009:81]）。さらにアイルランドでは2009年2月、ISP企業のEircomとIRMA（Irish Recorded Music Association）の間で、著作権侵害を繰り返したユーザーに対するインターネット接続の遮断措置（いわゆるスリーストライク条項）を導入するMoUが締結される。ここでは、P2Pによる著作権侵害を検知するサービスを行うDtecNet社によって収集されたIPアドレスがEircomに送付され、3回の警告を受けたユーザーは最大1年間のインターネット接続遮断を課せられることが定められている<sup>39</sup>40。

こうした中、英国では2010年4月にISPレベルでの著作権侵害対策を含むDigital Economy Act（以下、DEA）が成立し、P2Pでの著作権侵害に対抗する業界団体での自主規制にOfcomが包括的な関与を行うことが定められた。DEAではISPに対して著作権侵害を減少させる義務を負わせることとし、3条において(1)権利者は書面でISPに対して著作権侵害の事実を通知、(2)1ヶ月以内にISPは当該利用者に同内容を照会、(3)改善がない場合は「技術的な方法（technical measures）」により当該利用者のインターネット接続に制限を加える、という形での段階的対応システム（Graduated Response System）の導入を定めている。ISPによる対応を、スリーストライク条項を法制化したフランスのHadopi（Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur Internet）<sup>41</sup>のような「遮断」としなかったことは一定の柔軟化と言えるが、「技術的な方法」には、帯域制限や提供サービスの部分的停止、アカウントの一時的停止、その他の方法によるサービス制限などを含むとされている（9条(3)）。

---

<sup>39</sup> 同MoUにはプライバシー保護の観点からIPアドレスの扱いをめぐる異議申し立てが出されていたが、2010年4月、ダブリン高等裁判所において同協定が合法であるという判断がなされた。Cyberspace isn't a place - Irish Judge（The Register, 2010/4/19）

[http://www.theregister.co.uk/2010/04/19/charleton\\_eircom\\_emi/](http://www.theregister.co.uk/2010/04/19/charleton_eircom_emi/)（2011/1/4 確認）

<sup>40</sup> 米国でもRIAAを中心として同様のMoUを締結しようという動きがあるが、今のところ結論は出ていない模様である。MediaSentry may be gone, but RIAA tactics will live on（ars technica, 2009/1/6）

<http://arstechnica.com/media/news/2009/01/mediasentry-may-be-gone-but-riaa-tactics-will-live-on.ars>（2011/1/4 確認）

<sup>41</sup> Hadopiの経緯の詳細については、服部まや[2010]等を参照。同法におけるインターネット接続の遮断は当初行政機関であるHadopiの判断により行うことが可能であるとされたが、デュープロセスの欠如を理由とした同国憲法院（Conseil constitutionnel）による違憲判決、および2009年に改正されたFramework Directive（2002/21/EC）1条(3)におけるいわゆる「新インターネットの自由条項」においてインターネット接続の人権性が規定されたこと等を受け、裁判所の判断を必要とするよう改められている。

DEA の詳細な手続きの策定を委ねられた Ofcom は、法案通過直後に P2P による著作権侵害に対応するための Terms of Reference (Ofcom [2010]) を公開した。そこでは著作権侵害に対する ISP の技術的対応の詳細は産業界の自主的な行動規定によることが望ましいとした上で、自主的な行動規定は(1)Ofcom による承認を得ること、(2)誤って技術的対応を受けた場合の利用者の反論手続を十分に確保すること、(3)ISP はその実施状況を Ofcom に対して年に 4 回報告することなどが定められた。技術的状況の流動性等を背景に規制の詳細を産業界の自主的な対応に委ねつつも、Ofcom の一定の事前的関与とデュープロセスの保障を含めた事後的監視を担保することにより、利用者の権利に対する一定の配慮が行われているのである。

このような明示的な公的関与の下での自主規制の促進の背景には、特に近年 Ofcom が重視する、公私の共同規制の概念があると考えられる (Wales [2009:8])。共同規制は EU において、元来は加盟国が指令を柔軟に国内法化する方法論として明示されたものであるが (European Commission [2001:21])<sup>42</sup>、Ofcom はその設立当初より、情報政策分野における自主規制をはじめとした柔軟な規制手法の活用を要請されてきた<sup>43</sup>。幾度かの改訂を経て共同規制を用いる際の包括的なガイドラインを策定しており (Ofcom [2008])、実際にモバイルコンテンツにおける青少年有害情報対策 (生貝[2010]) や EU 域内のインターネット放送サービス規制を行う AVMS Directive の国内法化 (Prosser [2008]) 等の領域において、Ofcom の主導による共同規制の取組を進めてきたところである。DEA の具体的な運用は未だ流動的であるが、自主規制の持つ柔軟性という利点を生かしつつ、その実効性や利用者保護等を確保するにあたり公的機関が一定の枠組設定を行うという共同規制概念の具体的な適用は、ことさらインターネット接続の遮断という基本権侵害の恐れが強い領域において、注目に値する方法論であろうと考えられる。

## 6. 我が国の状況との若干の対比

### 6. 1. 制度枠組の概観

我が国で 2002 年に施行されたプロバイダ責任制限法では、ECD のように単一の立法で違法情報全般に対応する形式を採りつつも、ECD よりも DMCA の規定に近い、プロバイダが採るべきプロセスについての具体的な規定を行っている。同法ではプロバイダとしての「特定電気通信役務提供者」は、問題となる情報の送信を防止することが技術的に可能であり、かつ他人の権利が侵害されていることを知っていたとき (あるいは知ることができると認めるに足る相当の理由があるとき) に責任を負い得ることとされる (3 条 1 項)。さらに利用者の発信した情報の送信防止措置を行った際に、当該情報が他人の権利を不当

<sup>42</sup> さらにその後提示された European Parliament, Council, and Commission [2003]において、共同規制は「立法機関によって定義された目的の達成を、その分野で活動する主体 (経済的主体や社会的パートナー、NGO や共同体などを含む) に委ねる法的措置のメカニズム (18 条)」と定義されている。

<sup>43</sup> Communications Act 2003 6 条(2)(a)を参照。

に侵害していると信じるに足りる相当の理由があったとき（3条2項1号）、または権利を侵害されたとする者からその侵害情報等と共に送信防止措置を講ずる申出を受け、当該情報の発信者がその照会を受けてから7日間を経過しても送信防止措置に同意しない旨の申し出がなかった場合には（3条2項2号）、送信防止措置によって発信者に生じた損害につき損害賠償責任を負わないとしており、これによりNTDのプロセスが導き出される<sup>44</sup>。

さらにプロバイダをはじめとする関係者がその規定に実際に対応するにあたっての行動基準を明確化するため、テレコムサービス協会等ISP業界団体が中心となって各種のガイドラインを策定している<sup>45</sup>。これらのガイドラインは基本的にはISP業界団体というプロバイダ責任制限法の影響を受ける事業者の一部によって策定されたものであるが、プロバイダ責任制限法における免責を受けるための事実上の共通ルールとして機能していると考えられる（森田[2009]）。

## 6. 2. 過剰削除の問題

プロバイダ責任制限法におけるNTDプロセスは、具体的には(1)プロバイダが被害者からの通知を受けた際、(2)情報発信者に照会を行い、(3)7日間以内に反論等がなければ当該情報を削除、(4)権利侵害の不存在を主張するなどの場合には当事者同士の紛争に委ねるといふ手続を採用することで、違法情報への対応を実効化すると同時に、情報を削除される利用者への確認を行うことで、双方の権利への配慮を行っている<sup>46</sup>。欧米の文献においても言

---

<sup>44</sup> 加えて4条に発信者情報の開示請求に関わる規定が置かれる。さらに3条1項1号および2号の情報流通への認識に関わる規定がプロバイダの過大な監視義務を否定していると解されることにつき、加藤[2005:79]等を参照。この点は、責任が生じる認識要件を「現実の認識(actual knowledge)、DMCA512条(c)(1)(A)およびECD14条(1)」に限定しつつも、DMCA512条(m)(1)およびECD15条において改めて一般的監視義務の否定を行う欧米の規定とは若干異なる。

<sup>45</sup> プロバイダ責任制限法に直接関連するものとして「名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン」「著作権関係ガイドライン」「商標権関係ガイドライン」「発信者情報開示関係ガイドライン」の4つ、その他一般的な対応指針として「インターネット上の違法な情報への対応に関するガイドライン」「インターネット上の自殺予告事案への対応に関するガイドライン」、さらに消費者との利用契約を結ぶ際の契約モデルとして「違法・有害情報への対応等に関する契約約款モデル条項」を策定している。さらに電気通信事業者協会や社団法人日本インターネットプロバイダー等と共同で「帯域制御の運用基準に関するガイドライン」を策定している。一覧として以下を参照。 <http://www.ihaho.jp/info/guideline.htm>

(2011/1/4 確認)

<sup>46</sup> ただし同法3条2項1号に示される通り、当該情報の権利侵害性が一定程度明らかであった場合にはこの限りではない。「著作権関係ガイドライン」においては、インターネット上では著作権侵害の被害が甚大となる等特に迅速な対応が必要になる場合があること等を鑑み、情報発信者への通知後7日間(3条2項2号)を経ずとも削除することを可能とするための手続を具体化している。特に侵害通知の適正性をプロバイダ自身が判断することの困難さを解消するため、著作権等管理事業者をはじめとする一定の団体を「信頼性等確認団体」として認定し、そこから申出者の本人性や当該情報の著作権侵害性の確認を含む所定の情報が記載された書面を受け取った際には、速やかに必要な限度において送信防止措

及されるように、このような「notice-wait-and-takedown (Beer and Clemmer [2009:387])」  
とでも言うべき削除プロセスは、情報発信者による反論機会を直接規定しない ECD のみならず、DMCA の採る NTD プロセスと比しても利用者側の権利保護に慎重な手続きとなっており、我が国における過剰遮断の抑制に一定程度資していると考えられる<sup>47</sup>。

加えて我が国の著作権法においては、権利制限規定を 30 条以下に限定列挙する形式を採っていることから、米国のフェアユース規定に起因する過剰削除の問題も比較的生じにくい状況にあると言えよう。ただし現在我が国においてもいわゆる日本版フェアユース条項の導入作業が進められているところであり（文化庁[2010]等）、具体的にいかなる態様での条項が導入されるかにも依存するが、権利制限規定とプロバイダ責任制限法との関係性のあり方は、後述するブロッキング技術導入の論点と合わせ、今後整理を行う必要性が生じる可能性がある。

### 6. 3. UGC サイトでのブロッキング技術の導入

事前のブロッキング技術の導入に関しては、我が国のプロバイダ責任制限法においては DMCA512 条(i)(1)に該当する明文の規定が存在しないため、EU の ECD の状況に近いものと考えられる。我が国においてはこれまでに前述したようなブロッキングの導入を明確に争った判決が存在しておらず、同法が実際の裁判において同様に解釈されるかは定かではない。ただし近年の判決に見えるように、明文の規定を持たない ECD においても実質的に DMCA512 条(i)(1)と同様の要件を求めることが常態化してくるとなると、国際的なスタンダードという観点からも、我が国のプロバイダ責任制限法においても同様の解釈、あるいは法改正が行われる可能性も考えられる。その場合いかなるサービスにおいて、いかなる水準でのブロッキング技術の導入が求められるかを明確化させるため、我が国においても米国の UGC 原則のような民間の自主規制基準の策定を視野に入れる必要が生じよう。

### 6. 4. ISP レベルでの対応

ISP レベルでの著作権侵害対策については、我が国においても 2010 年 2 月、ISP 業界団体と著作権者団体の協議によりガイドライン<sup>48</sup>が策定され、民間による自主的な対応が進められることとなった。同ガイドラインの策定には ISP 企業および権利者団体が参加し、主に我が国で代表的な P2P ファイル共有ソフトである Winny を利用した著作権侵害につき、

---

置を講ずることとしているのである。

<sup>47</sup> EU でも欧州委員会の支援によりプロバイダと消費者団体、著作権者団体等の協議により同内容の行動規定を EU レベルで策定しようとした経緯があったが、利害対立等により実現には至っていない (Ahlert et al. [2004:11])。もっとも我が国のような慎重な削除プロセスが権利侵害の減少において負の側面を有していないかは、ガイドラインの実際の運用実態と合わせ、実証を含めた検討が別途必要であろう。

<sup>48</sup> ファイル共有ソフトを悪用した著作権侵害対策協議会「ファイル共有ソフトを悪用した著作権侵害への対応に関するガイドライン」（2010 年 1 月）を参照。

<http://www.ccif-j.jp/shared/pdf/guideline10Jan.pdf>（2011/1/4 確認）

ISP と著作権者団体が協力して対応するための手続を定めている。具体的な手続としては、(1)権利者団体が無許諾で公開されている著作物入手し、その内容および発信者の IP アドレスを含む関連情報を ISP に送付し対応要請を行い、(2)ISP 側としては権利者団体からの要請に基づき、当該行為を行った利用者に対してメールでの通知（警告）を行うという形を採っている。

これは英国における BERR の仲介による MoU の締結と同様の対応と言えるが、英国においてもその後間もなく DEA による段階的対応システムの導入が行われたことや、フランスの Hadopi をはじめとする各国の立法状況等を鑑みるに、今後我が国においてもインターネット接続の遮断を含めた技術的対応の導入が政策論議の対象となる可能性は高いものと考えられる<sup>49</sup>。具体的な対応のあり方としては、国際的な比較の観点からは(1)アイルランドの Eircom と IRMA の間で結ばれた MoU のように民間の自主的協定を促す、(2)英国の DEA のように公的機関の主導による共同規制による対応を行う、あるいは(3)フランス Hadopi のような公的関与のきわめて強い立法による方法論を採る、という複数の選択肢が存在することになる。我が国における著作権侵害の状況や国際的な状況を注視しつつ、著作権者の利益と利用者の権利保護の衡量に基づく制度設計が必要となろう。

## 7. 考察と総括

### 7. 1. 自主規制に対する実効的なコントロール

冒頭で述べたように、公的機関による自主規制のコントロールには、(1)代理人としてのプロバイダに違法コンテンツを自主的に削除させること、(2)そのような自主規制によって生じ得る弊害を抑止・解決するという、2つの視点が求められる。ここではその区分を前提としつつ、自主規制に対する公的関与のあり方について一定の考察と総括を行いたい。

第一に前者の点については、これまで確認してきた通り、プロバイダによって行われる自主規制の多くは、純粹に自主的なルール形成に基づくルール形成（いわゆる自己統治、self-governance）等と異なり、あくまでもプロバイダ責任制限法制の存在を前提に、利用者の行う権利侵害への責任を回避するために半ば不可避免に行われる私的主体の行動であった。一定の公的関与を前提とした自主規制を「公的権力の影の下での自主規制（Newman and Bach [2004]）」とすることがあるが、本稿で焦点としたプロバイダ責任制限に関わる自主規制は、より端的に「サンクションの影（可能性）の下での自主規制」とも称することが適切であろう。

著作権法の性質上、そのサンクションはあくまで一義的には権利侵害を受けた私的主体によって提起されるものである。しかしそのサンクションの影の具体的なありようは、プロバイダ責任制限法制がプロバイダの責任をどの程度まで具体的に制限するのか、あるいは責任制限の要件として何を求めるのか、逆に言えばどの程度不確実性を残すのかという制度設計の如何によって、立法者の間接的なコントロールを受ける。そのような不確実性

<sup>49</sup> 例えば知的財産戦略本部[2010:32-37]においても今後の検討課題として指摘されている。

をプロバイダ責任制限法制の中に残さざるを得なかった理由としては、プロバイダによる違法行為への対応は自主規制によって行われることが望ましいという規範的判断があったことも考えることはできるが、むしろ発展の著しい情報技術に関わるルールの方策定において、未だ明確な法的ルールを決定すること自体が困難でありまた適切でもなく、緩やかな自主規制の積み重ねの中からルールを見出した後に、法的ルールの決定を行うことが望ましいという実的な判断要素がより強い影響を与えていたと考えることが妥当であろう<sup>50</sup>。

さらに言えば、プロバイダの自主規制は、先進国のマスメディア規制等に多く見られるような、内容規制に関わる業界団体の自主規制とも一定の区別を行う必要がある。確かにマスメディアの自主規制も、表現内容に対する政府の直接介入への忌避等を背景としたある種のサンクション（例えば放送であれば行政指導や免許の取消可能性等）の影の下での自主規制ということではできるが、例えば我が国の放送法における番組調和原則等のようにその自主規制の大枠が法制度によって定められている場合も含め、一般的な社会的観念の中から自主規制内容を導き出すことは比較的容易である。一方でプロバイダの責任に関しては、NTD プロセスや事前の技術的対策の詳細などは従前の社会的観念からは判断し難い性質を持つ。こうした性質は、プロバイダの行う自主規制ルールの策定に一定の困難をもたらすのみならず、基盤となる法文の微妙な調整により、結果としての自主規制ルールの内容を大きく異なったものとする可能性を持つ。UGC プロバイダにおけるブロッキング技術の導入について、米国と EU において自主規制の帰趨が異なっている事実は、そのひとつの例証と見ることができるだろう。

さらに、制定法としてのプロバイダ責任制限法制と自主規制の関係性は、産業分野の性質や社会的・経済的諸条件によっても左右されるものであり、著作権侵害への実効的かつ効率的な対応という政策目的を達成するにあたり、特定の条文構造から必然的に特定の自主規制が生み出されると予見することは不可能だと考えるべきである。特に情報政策分野のように制度を取り巻く環境の変化が激しい領域においては、実効的な自主規制のコントロールのためには、公的機関と自主規制を行う主体の間での継続的な交渉が必要となるものと考えられる。我が国のプロバイダ責任制限法に関わるガイドライン等についても、純

---

<sup>50</sup> もっとも、EU において情報政策を含む多様な分野で自主規制や共同規制の概念が重視され始めた背景には、「民主主義の赤字」という言葉に象徴される EU の集権制に対する批判を避けるため、指令の国内法化にあたって加盟国政府および産業界をはじめとするステイクホルダーの自律性を尊重しようとする目的があった（Senden [2005:9]）点には留意する必要がある。いわばコーポラティズム的なガバナンス手法としての側面を持つ自主規制の重視と、米国のようにインターネット関連産業の柔軟な発展を念頭においた自主規制の重視（象徴的には 1997 年の Framework for Global Electronic Commerce）では、その根幹に一定の差異があることは念頭に置くべきだろう。EU において公的関与の色彩の強い共同規制の概念が重視されていることにはそのような背景が影響を与えていることも考えられるが、近年の米国の自主規制においても、プロバイダ責任制限法制を含む多くの情報政策の領域において、実質的に EU の共同規制と同様の手法が採られるようになりつつあるという指摘につき、Frydman et al. [2009]等を参照。

粹に民間で策定された自主規制というよりは、実質的には審議会等の立法過程における関係者間での交渉を含め、公的機関と業界団体や個別企業の間での公式・非公式の交渉により形成されてきたと考えることが妥当であろう。

一方で、そのようなコントロールの正統性という側面にも留意しなければならない。近年の自主規制の拡大についてしばしば指摘されるように、政策手段としての自主規制の拡大は、公的機関が自ら規制を行う場合には課せられる公法的制約、あるいは民主的合意の調達というプロセスを回避するために行われる、いわば自主規制への逃避(原田[2007:19]、長谷部[2008]他)とも言うべき事態をもたらす可能性がある。そのような危惧を考慮した際に、Ofcom が ISPA UK の行動規定や DEA の段階的対応システムに付随する行動規定に対して公式の承認を行うプロセスを採っていることは、少なからず産業界の「自主性」という側面を損なうことにはなるが、自主規制に対するコントロールの実効性に加え、その透明性、ひいては正統性の確保という観点からも積極的に評価すべき側面を有する。Marsden [2010:211]等が指摘するように、多様な形態を採り得る公私の共同規制関係の中においても、その交渉プロセスの公開性を含めた透明性 (transparency) の原則が共通前提とされるべきであろうと考えられる<sup>51</sup>。

## 7. 2. コントロールにおける利用者の保護

第二に、自主規制による弊害を抑止・解決するという点である。プロバイダ責任制限法制に関わる自主規制の策定においては、権利侵害を受ける著作権者等と、コンテンツの媒介によって収益を上げるプロバイダそのもとという利害対立が鮮明に存在していることから、プロバイダ責任制限法制を参照点としつつ行われる、両者の利害対立の調整が主要な焦点となることが多い。特に現在各国で課題となっているブロッキング技術の導入は、権利侵害のより確実かつ効率的な抑止を可能とし、著作権侵害を減少させるのみならず、プロバイダの側としても NTD に対する逐一の対応を行わずとも不慮の賠償金の支払いやサービスの停止等の事態を避けるという意味で、両者の合意点として比較の見出し易い形の対応であると言えよう。

問題は、その利害調整の過程において必ずしも反映され得ない「利用者」の利益である。田村[2009:19]は著作権の政策形成過程における利害アクターを、より強い著作権保護を求める著作権者側と、より自由な利用を求める利用者に二分し、集合的な利害主張を行い難い後者の利益が軽視される傾向があることを問題視する。しかしプロバイダ責任制限法制を補完する自主規制の策定においては、「より強い著作権保護を求める権利者」および「著作権侵害による訴追を避けたいプロバイダ」、そして「過剰な削除やブロッキング、インターネット接続の制限等によって不利益を受けうる利用者」という三者の利害アクターが存在すると考えることが妥当であり、そして相対的に軽視される可能性が高いのはやはり利用者の利害であると言えよう。このような非対称な構造の中で、不完全な NTD のプロセス

<sup>51</sup> 透明性を念頭に置いた包括的な指摘として、RAND Corporation [2008:60]等も参照。

に起因する過度な情報削除や過剰なブロッキングに伴う表現の自由の制限、インターネット接続の遮断等によって制限され得る利用者の権利はいかにして守られ、また誤った制限が行われた場合の事後的な回復措置は担保されるべきであろうか。

米国の著作権者団体と大手 UGC プロバイダの間で結ばれた UGC 原則は、私的な協定の中において、誤った削除に対する苦情受付窓口の創設をはじめとする利用者の権利保護・回復手段を含んでいる点で着目に値する。自主規制はサンクションを避けるために行われる側面を持つ一方で、事業主体としてのプロバイダにとっては利用者にアピールするためのビジネスの判断としての側面も併せ持つ。法による強制が無くとも商業的な競争圧力、いわばプロバイダ間の制度間競争によって<sup>52</sup>、自律的に利用者の側にも配慮のなされた自主規制が行われることも期待はできるし<sup>53</sup>、米国の消費者団体による Virgin Media へのフェアユース訴訟や UGC Principle に対抗する Fair Use Principles の提案等に見えるように、消費者の利益を集合的に代弁する主体によってバランスされることも考えられる。さらに、必ずしも自主規制やその基盤となるプロバイダ責任制限法制の中に権利回復を予定する条項が置かれていなかったとしても、田村[2009:21-23]が政策形成過程において特定利益のバイアスを受け難い司法による調整を期待することと符合して、一般不法行為等に基づく司法による事後的救済や損害賠償等が考えられる場面も存在しよう。

しかし、このような私人による自律的な権利保障のあり方に過度な期待をするべきではない。プロバイダの側にそのような自主規制の調整を行うインセンティブが存在しない場合もあり得るし、米国のように情報政策分野における消費者団体の活動が活発な国は必ずしも多くない<sup>54</sup>。また一般不法行為等による事後的救済についても、プロバイダのサービス利用規約によって広範な免責規定が置かれていることが多い (Schönberger [2009:1250-] 等)<sup>55</sup>。Ofcom の DEA への対応プロセスに見られるような、自主規制のあり方に対する一

---

<sup>52</sup> このような利用者の能動的な選択に基づく競争圧力を機能させるにおいても、前提となる情報を利用者が得るためには前項で指摘した透明性の原則が不可欠になると考えられる。

<sup>53</sup> DEA についても、ISP 事業者からは利用者保護重視の観点から度々反対の声明が出されてきた経緯があるが、特に法案通過後には英国の大手 ISP である BT と TalkTalk の 2 社が、同法の求めるインターネット接続に対する技術的制限が一般的監視義務の否定を含む ECD の各規定および E-privacy Directive が規定する通信の秘密に反するとして訴訟を提起していることは注目に値する。Judicial Review on the Digital Economy Act 2010 (Lawdit Solicitors, 2010/12/21)

[http://www.lawdit.co.uk/reading\\_room/room/view\\_article.asp?name=../articles/Judicial%20Review%20on%20the%20Digital%20Economy%20Act%202010.htm](http://www.lawdit.co.uk/reading_room/room/view_article.asp?name=../articles/Judicial%20Review%20on%20the%20Digital%20Economy%20Act%202010.htm) (2011/1/4 確認)

<sup>54</sup> 共同規制のように多様な主体の継続的な交渉によって自主的な規制が行われる状況において、消費者団体の役割の重要性を強調したものとして Braithwaite [2006:888]等を参照。

<sup>55</sup> さらに前述の「違法・有害情報への対応等に関する契約約款モデル条項」においても、「契約者による本サービスの利用が第 1 条(禁止事項)の各号に該当する場合、当該利用に関し他者から当社に対しクレーム、請求等が為され、かつ当社が必要と認めた場合、またはその他の理由で本サービスの運営上不適当と当社が判断した場合は、当該契約者に対し、次の措置のいずれかまたはこれらを組み合わせて講ずること (第 3 条)」があるとし、「事前に通知することなく契約者が発信または表示する情報の全部もしくは一部を削除し、または

定の枠組設定やデュープロセスの保障といった公的関与は、透明性や正統性の確保に加え、利用者の保護という観点からも積極的に評価し得るのである。

この点、我が国の公法学分野においては、ドイツの公的任務論等を参考に、公的関与の強い自主規制を行う民間団体等に対しても一定の公法的規律を及ぼす制度設計を行うべきであるという、原田[2007:267-]の公共部門法論の提案は多くの示唆を持つ。しかし原田の議論においても、公法的規律を受ける主体としては集合性の高い業界団体等を念頭に置いていることから、部分的には業界団体等による自主規制が行われつつも、その大部分はむしろ個別の事業者の微妙なインセンティブ構造の中で行われていることが多いプロバイダ責任制限の場合においては限界があるものと考えられる。さらにプロバイダを利用した情報発信者に対する免責を規定するサービス利用規約への対応として、契約約款への規律付けという手法も考えられよう。この観点からは、政策手段としての自主規制が公的活動の私的主体、特に業界団体等に対する一種の委託である点を強調するのであれば、米国の公化 (publicisation) 論やコモンロー上の common callings 法理等を手掛かりに、公益性の高いサービスを提供する主体と利用者の中で結ばれる契約内容そのものに対して、一定の公益的観点からの制約が課せられることを理解しようとする内田[2010]の「制度的契約論」の構想が視野に入ることとなる<sup>56</sup>。

一方で、このような公法的制約を私的主体に準用しようとするタイプのアプローチは、その規制行為の委託が業界団体等にはば明示的な形で行われている場合、あるいはプロバイダの果たす役割がきわめて公益性が高く、その振る舞いによって失われ得る権利が重大であると認められる場合等に限定されるべきであろう。インターネット上に広く分散して存在するプロバイダに対して広くそのような制約を課すことは、インターネットの柔軟な発展という観点からも、そしてプロバイダの果たす役割自体が表現の自由のインフラとして機能しているという観点からも疑義が残されるところである。Ofcom が DEA におけるインターネット接続の制限については共同規制による対応を採り、フランスでも Hadopi におけるインターネット接続の遮断については事前的な司法判断を含む公的関与の強い対応を採る一方、いずれの国々においてもプロバイダ責任制限法制に関わる NTD やブロッキング技術の導入については公的関与の少ない民間の自主規制 (あるいは事後的な司法判断) に委ねていることは、このような観点を少なからず反映しているものと見ることもできよう。

### 7. 3. 重層的構造の理解

部分的に自主規制に依らざるを得ず、しかしその自主規制の適正性をいかに担保するべきかという困難な問題に対して、唯一の包括的な対応策は存在しない。おそらくは、(1)プ

---

他者が閲覧できない状態 (第3条(2))」に置くという免責条項を提示している点も参照。

<sup>56</sup> この他にも、純粋な私人間の契約内容に対する公的介入のあり方は伝統的な公私二分論や契約自由の原則との関係から我が国においても長い議論の対象となっており、例えば基本権保護の観点から消費者契約法における契約規制を論じたものとして山本[2010]を参照。

ロバイダ責任制限法制の設計における救済手続の一定の事前的明確化、(2)ISP 業界団体等の策定する自主規制ルールの適正性の確保（およびそれを通じたプロバイダ全体の規範への波及）、(3)一般不法行為等を通じた司法による事後的救済、(4)その前提となるサービス利用規約への一定の規律付け、(5)そしてそれらの現実の運用を注視した上でのプロバイダ責任制限法制の適時の見直しといった、複数の手段の組み合わせによって対応されるべきであると考えられる。そしてそうした公私のコントロール関係の全体において、透明性の原則が強く考慮されるべきであろう。このような複雑な組み合わせとしての制度設計は、制定法としてのプロバイダ責任制限法制、その欠点を埋め合わせる形で形成される自主規制、そしてそれによって生じ得る問題を抑止・解決するための公的機関による枠組設定や監視という、公的主体と私的主体の重層的構造としてのプロバイダ責任制限法制の理解によってのみ可能となるのである。

## 8. 終わりに

本稿ではその問題となる事象や具体的対応の事例の数の多さから著作権侵害の課題を中心に取上げたが、それ以外の分野においても、例えば青少年保護における有害情報対策、児童ポルノ対策<sup>57</sup>、サイバーセキュリティ（マルウェア感染 PC のネットワーク遮断等）、ログデータの長期保持を通じたテロ行為等を含む犯罪捜査への協力<sup>58</sup>など、プロバイダをはじめとした媒介者全般に対する自主規制への要請は日増しに高まりつつある。そしてコントロール・ポイントとしての媒介者自身も、いわゆるクラウド化の進展や、人々の様々な行動履歴（ライフログ）を収集する主体の増加等をはじめとして、質・量ともに急速な拡大を見せている。これらの媒介者は、プロバイダ責任制限法制をはじめとする法制度の設計や公的関与のあり方によっては全く新しい、より効率的な規制の代理人としての役割を果たし得る。その分野の特性や失われ得る権利の性質により、生じ得る問題への具体的な対応のあり方は異なるだろうが、本稿で提示したプロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性に関わる視点の多くは、いずれにおいても共通して求められるものと考えられる。

## 謝辞

本論文の執筆にあたっては、匿名の査読者の方々からきわめて有益な多くのご指摘を賜り、短期間の修正作業の中においても、研究を大きく進展させることができた。将来の研究の方向性にまで及ぶ懇切丁寧なご指導の数々に、心より感謝申し上げます。

---

<sup>57</sup> 例えば我が国においては児童ポルノサイトへのアクセス遮断につき、安心ネットづくり促進協議会[2010]において、通信の秘密の侵害等との兼ね合いを考慮しつつも緊急避難説の採用を肯定する見解が示されている。

<sup>58</sup> 例えば EU では Data Retention Directive (2006/24/EC) において、インターネット上のプロバイダや ISP に対するログデータの保持義務が課せられ、蓄積されたデータは各国法令により公的機関による提出命令の対象となる。

## 参考文献一覧

- [1] Ahlert, C. et al., How 'Liberty' Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, 2004.  
[http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty\\_disappeared\\_from\\_cyberspace.pdf](http://www.rootsecure.net/content/downloads/pdf/liberty_disappeared_from_cyberspace.pdf) (2011/1/4 確認)
- [2] Angelopoulos, C., Filtering the Internet for Copyrighted Content in Europe, *IRIS plus*, Issue 2009-4, 2009.
- [3] Anonymous, The Principles for User Generated Content Services: A Middle-Ground Approach to Cyber-Governance, *Harvard Law Review*, Vol.121, pp.1387-1408, 2008.
- [4] Armstrong, T.K., Digital Rights Management and the Process of Fair Use. *Harvard Journal of Law & Technology*, Vol.20, pp.49-121, 2006.
- [5] Blázquez, C., User-Generated Content Services and Copyright, *IRIS plus*, Issue 2008-5, 2008.
- [6] Beer, J. and Clemmer C., Global Trends in Online Copyright Enforcement: A Non-Neutral Role for Network Intermediaries?, *Jurimetrics Journal*, Vol.49, pp.375-409, 2009.
- [7] Braithwaite, J., Responsive Regulation and Developing Economies, *World Development*, Vol.34, No.5, pp. 884-898, 2006.
- [8] Brown, B., Reevaluating the DMCA in a Web 2.0 World, *Berkeley Technology Law Journal*, Vol.23, pp.437-468, 2008.
- [9] DTI, A Guide for Business to the Electronic Commerce (EC DIRECTIVE) Regulations 2002, 2002. <http://www.bis.gov.uk/files/file14635.pdf> (2011/1/4 確認)
- [10] DTI, Consultation Document of the Electronic Commerce Directive: The Liability of Hyperlinkers, Location Tool Services and Content Aggregators: Government response and summary of responses, 2006.  
<http://www.berr.gov.uk/files/file35905.pdf> (2011/1/4 確認)
- [11] Edwards, L., The Fall and Rise of Intermediary Liability Online, *Law and Internet Third Edition* (Lilian Edwards and Charlotte Waelde ed.), Hart Publishing, Portland, OR, pp.47-88, 2009.
- [12] European Commission, COM(96)487 Communication on Illegal and Harmful Content on the Internet, 1996.
- [13] European Commission, European Governance – a white paper, 2001.  
[http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001\\_0428en01.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2001/com2001_0428en01.pdf)  
(2011/1/4 確認)
- [14] European Commission, COM(2003)702 First Report on the application of Directive

- 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market, 2003.
- [15] European Commission, Recommendation CM/Rec(2008)6 of the Committee of Ministers to member states on measures to promote the respect for freedom of expression and information with regard to Internet filters, 2008.
- [16] European Parliament, Council, and Commission, Interinstitutional Agreement on Better Law-Making, 2003/C 321/01, 2003.
- [17] Fitzdam, J., Note, Private Enforcement of the Digital Millennium Copyright Act: Effective Without Government Intervention, *Cornel Law Review*, Vol.90, pp.1085-1117, 2005.
- [18] Frydman, B. et al., Public Strategies for Internet Co-Regulation in the United States, Europe and China, 2009.  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1282826](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1282826) (2011/1/4 確認)
- [19] Hughes, J. et al., English Translation of Sabam v. S.A. Tiscali (Scarlet), District Court of Brussels, 29 June 2007, 2007.  
[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1027954](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1027954) (2011/1/4 確認)
- [20] Jacobsen, S., Restraining Injunction against Internet Service Providers under Danish Law, *IRIS*, Issue 2008-6:7, 2008.
- [21] Jondet, N., The Silver Lining in Dailymotion's Copyright Cloud, *Juriscom.net*, April 19, 2008, 2008. [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1134807](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1134807) (2011/1/4 確認)
- [22] Katsh, E., Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace, *Lex Electronica*, Vol.10, No.3, 2006.
- [23] Kim, E.C., YouTube: Testing the Safe Harbors of Digital Copyright Law, *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol.17, pp.139-172, 2007.
- [24] Lens, S. and Fossoul, V., Courts look to ECJ as fight against illegal downloading continues, *International Law Office*, 2010/10/4, 2010.  
<http://www.internationallawoffice.com/newsletters/detail.aspx?g=c4173f67-7f9a-4063-8f62-a884b1149157> (2011/1/4 確認)
- [25] Lodder, A., European Union E-Commerce Directive - Article by Article Comments, eDirectives, *Guide to European Union Law on E-Commerce* (edited by Lodder et al.), Kluwer Law International, London, pp.67-93, 2002.
- [26] Marsden, C., *Net Neutrality: Toward a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, London, 2010.
- [27] Newman, A. and Bach, D., Self-Regulatory Trajectories in the Shadow of Public

- Power: Resolving Digital Dilemmas in Europe and the United States, *Governance*, Vol.17, Issue 3, pp.387-413, 2004.
- [28] Ofcom, Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation, 2008.  
<http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/coregulation/statement/statement.pdf>  
 (2011/1/4 確認)
- [29] Ofcom, Measures to Tackle Online Copyright Infringement: Terms of Reference, 2010. <http://stakeholders.ofcom.org.uk/internet/terms-of-reference> (2011/1/4 確認)
- [30] Prosser, T., Self-regulation, Co-regulation and the Audio-Visual Media Services Directive, *Journal of Consumer Policy*, Vol.31, Issue 1, pp.99-113, 2008.
- [31] RAND Corporation, Options for and Effectiveness of Internet Self- and Co-Regulation, 2008. [http://www.rand.org/pubs/technical\\_reports/TR566.html](http://www.rand.org/pubs/technical_reports/TR566.html)  
 (2011/1/4 確認)
- [32] Schönberger, V.M., Virtual Heisenberg, *Washington & Lee Law Review*, Vol.66, pp.1245-1262, 2009.
- [33] Senden, L., Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol.9.1, 2005.
- [34] Spang-Hanssen, H.S., Translation of Danish ('thepiratebay.org') case: IFPI Denmark v. DMT2 A/S (Frederiksberg Fogedrets Kendelse FS 14324/2007, 5 February 2008) [Bailiff's Court of Frederiksberg (Copenhagen)], 2008.  
<http://ssrn.com/abstract=1093246> (2011/1/4 確認)
- [35] Wales, T., Industry self-regulation and proposals for action against unlawful filesharing in the UK: Reflections on Digital Britain and the Digital Economy Bill, 2009. <http://www.oii.ox.ac.uk/publications/IB5.pdf> (2011/1/4 確認)
- [36] Zittrain, J., Internet Points of Control, *Boston College Law Review*, Vol.44, No.2, pp.653-688, 2003.
- [37] Zittrain, J., A History of Online Gatekeeping, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol.19, No.2, pp. 253-298, 2006. (邦訳：成原慧・酒井麻千子・生貝直人・工藤郁子訳「オンライン上のゲートキーピングの歴史(1)(2)(3)」知的財産法政策学研究、Vol.28, 29, 30、北海道大学、2010年)
- [38] 安心ネットづくり促進協議会「児童ポルノ対策作業部会 法的問題検討の報告」2010年 <http://good-net.jp/modules/news/uploadFile/2010032936.pdf> (2011/1/4 確認)
- [39] 生貝直人「モバイルコンテンツの青少年有害情報対策における代替的規制—英米の比較分析を通じて—」国際公共経済研究 21号、pp.92-102、国際公共経済学会、2010年
- [40] 井奈波朋子「プロバイダ責任に関するフランスの裁判例」社団法人著作権情報センタ

- 一講演資料、2008年 <http://www.itlaw.jp/CRIC200807.pdf> (2011/1/4 確認)
- [41] 内田貴『制度的契約論—民営化と契約』羽鳥書店、2010年
- [42] 加藤敏幸「プロバイダ責任制限法について（上）」関西大学総合情報学部紀要 情報研究 22号、pp.67-90、関西大学、2005年
- [43] 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1)」知的財産法政策学研究 Vol.16、pp.73-130、北海道大学、2007年
- [44] 田村善之「デジタル化時代の著作権制度：著作権をめぐる法と政策」知的財産法政策学研究 Vol.23、pp.15-28、北海道大学、2009年
- [45] 知的財産戦略本部「コンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について（報告）」2010年  
[http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents\\_kyouka/siryoku/20100601wg\\_houkoku.pdf](http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents_kyouka/siryoku/20100601wg_houkoku.pdf) (2011/1/4 確認)
- [46] 長谷部恭男「国家は撤退したか 序言」ジュリスト 1356号、pp.2-4、有斐閣、2008年
- [47] 服部まや「違法ダウンロードに対するインターネット・アクセス制限法制化の動き～フランスの事例を中心に～」R&A、2010年6月号、KDDI 総研、2010年  
<http://www.kddi-ri.jp/pdf/KDDI-RA-201006-01-PRT.pdf> (2011/1/4 確認)
- [48] 原田大樹『自主規制の公法学的研究』有斐閣、2007年
- [49] ファイル共有ソフトを悪用した著作権侵害対策協議会「ファイル共有ソフトを悪用した著作権侵害への対応に関するガイドライン」、2010年  
<http://www.ccif-j.jp/shared/pdf/guideline10Jan.pdf> (2011/1/4 確認)
- [50] 藤田友敬「ハードローの影のもとでの私的秩序形成」、藤田友敬編『ソフトローの基礎理論』pp.227-245、有斐閣、2008年
- [51] 文化庁「文化審議会著作権分科会法制問題小委員会 権利制限の一般規定に関する中間まとめ」2010年  
[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22\\_shiho\\_05/pdf/sanko\\_ver02.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/housei/h22_shiho_05/pdf/sanko_ver02.pdf) (2011/1/4 確認)
- [52] 森田宏樹「プロバイダ責任制限法ガイドラインによる規範形成」ソフトロー研究第12号、pp.73-102、商事法務、2008年
- [53] 山本敬三「基本権の保護と契約規制の法理」早稲田大学比較法研究所編『比較法と法律学』pp.96-138、有斐閣、2010年