

不作為不法行為における

電子掲示板管理者の作為義務について

## 目次

### はじめに

- 1.電子掲示板での管理者の責任が問われる状況
- 2.プロバイダ責任制限法におけるプロバイダの責任制限内容
- 3.問題提起

### I 章 不作為不法行為について

- 1.京阪電車置き石事件(最判昭和 62 年 1 月 22 日民集 41 卷 1 号 17 頁)
- 2.不作為不法行為における帰責構造

### II 章 プロバイダの作為義務に関する判例

- 1.プロバイダ責任制限法の概要(法 3 条 1 項について)
- 2.プロバイダ責任制限法施行前の判例
- 3.プロバイダ責任制限法施行前であるがプロバイダ責任制限法に言及している判例
- 4.プロバイダ責任制限法施行後の裁判例
- 5.小括
- 6.掲示板管理者であるプロバイダの作為義務についての考え方

### 結論

## はじめに

本稿では、電子掲示板の管理者(プロバイダ)の名誉毀損発言に対する不作為責任について、管理者の不法行為責任の成立要件について考える。具体的には、プロバイダの不作為責任を考える場合、裁判例はプロバイダの作為義務の存否について判断しているが、従来の不作為不法行理論における作為義務と比べると作為義務の根拠が適切ではないこと、また作為義務の成立が容易になっているので、その原因を考察する。

### 1.電子掲示板での管理者の責任が問われる状況

現在インターネット上では電子掲示板に自分の意見を書き込むことによって、会話を楽しんだり、情報を発信できる。しかし、そこに書き込まれるものは、すべてが適切な表現によるものであるわけではなく、名誉毀損発言に当たる場合があり得る。その被害を受けた者は、基本的には情報の発信者を相手取ってクレームを付けたり情報の発信を止めさせたり、損害賠償を求めたりする。しかし、インターネットでは、情報の発言者が特定できない事もあり、インターネットの情報伝播の迅速性とそれに伴う被害拡大の危険性が考えられ、プロバイダや電子掲示板の管理者に適切な管理が求められるケースがある。

しかし、情報の流通を媒介するだけのプロバイダは、検閲の禁止あるいは通信の秘密保護の点を考慮しなければならない。またネットワーク上を流れる膨大な情報を常にチェックすることは困難である。そういった点からプロバイダに過度の責任を認めることは疑問視されている。プロバイダは違法な情報を削除しないことで、被害者からはプロバイダの不作為を理由に不法行為による損害賠償責任を求められる。また、発言を削除することで、発言者からは表現を不当に妨害されたとして精神的損害による不法行為によって損害賠償を求められる。そうしたことから、プロバイダが両者の間で、いわば板挟みとなってしまう問題が発生した。このような状況の下で、板挟み状態にあるプロバイダの行為規範を作出するべく、2002年から「特定電気通信役務提供者の損害賠償の制限及び発信者情報の開示に関する法律(プロバイダ責任制限法)」が施行された。

### 2.プロバイダ責任制限法におけるプロバイダの責任制限内容

プロバイダ責任制限法の趣旨が法1条に「この法律は特定電気通信による、情報の流通によって権利侵害があった場合について、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を請求する権利につき定めるものとする。」<sup>1</sup>と解説されている。

プロバイダが負う不作為責任についての損害賠償責任は、法3条1項<sup>2</sup>で、損害賠償の制

---

<sup>1</sup>総務省「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の開示に関する法律 - 逐条解説 -」(平成14年5月, 以下「逐条解説」)1頁。

<sup>2</sup>プロバイダ責任制限法3条1項「特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、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(以下この項において「関係役務提供者」という。)は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ず

限というかたちで規定されている。その趣旨は、「特定電気通信による情報の流通に関し、当該情報の流通によって他人の権利が侵害された場合の特定役務提供者(プロバイダ)の不作为を理由とする権利を侵害された者に対する損害賠償責任(3条1項)及び特定電気通信による情報の送信を防止する措置を講じた場合のプロバイダの作為を理由とする発信者に対する損害賠償責任の制限(3条2項)について規定する」<sup>3</sup>ものである。法3条1項ではプロバイダの不作为責任について、免責される場合を規定し明確にしたとされる。

しかし、この内容はきわめて抽象的であり、具体的な事案ではプロバイダ責任制限法の規定のみによって作為義務や不作为義務の有無について判断するのは困難である<sup>4</sup>。そこで、プロバイダ等に適切かつ迅速に対処するための判断基準となるガイドライン<sup>5</sup>が作成された。

ガイドラインの目的はプロバイダ責任制限法3条等を踏まえ、特定電気通信による情報の流通により名誉を毀損され、又はプライバシーを侵害された申立者からの送信防止措置の要請を受けた場合にプロバイダ等のとるべき行動基準を明確化することである。そして、申立者、発信者及びプロバイダ等それぞれの関係者の利益を尊重しつつ、プロバイダ等による迅速かつ適切な対応を促進し、もってインターネットの円滑かつ健全な利用を促進すること<sup>6</sup>である。しかし、プロバイダ等の損害賠償が制限されるかどうかは、最終的には裁判所によって決定される。プロバイダの不作为責任が問われる場合は匿名掲示板が主であり、ガイドラインでも対応できない場合がある。その場合は発信者からの訴訟リスクを考慮して静観するか、申立者からの訴訟リスクを考慮して送信防止措置を講じるかいずれかの対応となる<sup>7</sup>としている。要するにプロバイダは板挟み状態である。

そこで訴訟で解決を図ることになるが、その中身はプロバイダの作為義務違反について争うものが主であるが、ガイドラインもプロバイダの不作为責任の裁判例から作成されている。しかし、裁判例の傾向を見ると、プロバイダの作為義務については、従来の不作为不法行為における作為義務よりも成立する要件が緩くなっている。そうするとプロバイダ責

---

ることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。」

1号「当該関係役務提供者が当該特定電気通信による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「当該関係役務提供者が、当該特定電気通信による情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による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ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき。」

<sup>3</sup>逐条解説 8～9頁

<sup>4</sup>大谷和子「プロバイダ責任制限法名誉毀損・プライバシー関係のガイドラインの概要」別冊 NBL141号(2012)35頁

<sup>5</sup>プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会「プロバイダ責任制限法 名誉毀損・プライバシー関係のガイドライン」(平成23年9月)

<sup>6</sup>プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会「プロバイダ責任制限法 名誉毀損・プライバシー関係のガイドライン」(第3版:平成23年9月、「以下ガイドライン」)1頁

<sup>7</sup>ガイドライン 37頁

任制限法 3 条 1 項に規定されている要件の解釈が広がるのでプロバイダの負担が重くなる。よって裁判所が認める事情から作為義務が発生するという判断には問題があり、プロバイダ責任制限法を施行した目的はプロバイダの板挟みという状態の解決であるが、その問題の解決にはなっていない。

### 3.問題提起

そこで、本稿で述べることは、プロバイダの作為義務についてである。プロバイダには、名誉毀損の発言を削除する作為義務が課せられる場合がある。しかし、作為義務が課せられるための要件が不明確だと、被害者から削除依頼があればとりあえず削除してしまうことになりかねない。その結果、インターネットを媒介とした表現あるいは意見表明の自由を掲示板の利用者から奪うことになってしまう。現在に至るまでのプロバイダの責任が追及された裁判例を考察し、作為義務がどういった事情を考慮して発生根拠としているのか、また適切な要件のもと作為義務が判断されているのか分析したい。

そこで、I 章では最高裁で認められた不作為不法行為の判例<sup>8</sup>がプロバイダの不作為責任の裁判例で引用されているので、どういった事情を考慮して作為義務を認めているのか検討し、その後で従来の不作為不法行為の考え方を考察する。次にII章で、名誉毀損についてプロバイダの不作為責任を争った裁判例から、条理上の作為義務として、どういった事情を考慮して作為義務を認めているのか、その認められた作為義務は従来の不作為不法行為の考え方から見て適切なのか考察する。そして、なぜプロバイダの作為義務の成立が緩くなっているか問題点を指摘し、従来の不作為不法行為の考え方からすると、どのような判断をするのが適切なのか検討する。

## I 章 不作為不法行為について

プロバイダの不作為不法行為について、初めて判断した裁判は、ニフティサーブ事件(東京地判平成 9 年 5 月 26 日判決・判タ 947 号 125 頁)である。同裁判は、プロバイダの不作為不法行為責任を認定するにあたり、その作為義務を導出するために、最高裁昭和 62 年判決を引用する。その後、ニフティサーブ事件における判断基準がプロバイダの不作為責任について判断する際に定着することになった。

ところで、この昭和 62 年の最高裁判決は、不作為不法行為責任における作為義務発生根拠、及び発生要件に関するリーディングケースとして現在も位置づけられている。しかし、昭和 62 年判決の事案とプロバイダの責任を問う場面とでは、行為者の作為義務が問題となることでは共通していても、事件の性質はかなり異なっているのではないだろうか。裁判例はいわば、不作為不法行為のリーディングケースである。そこで、昭和 62 年判決では作為義務の発生する場合に、どのような事情を考慮して発生根拠としているのか検討し、昭和 62 年判決の一般通用性を確かめてみたいと思う。

---

<sup>8</sup>最判昭和 62 年 1 月 22 日民集 41 卷 1 号 17 頁

## 1.京阪電車置き石事件(最判昭和 62 年 1 月 22 日民集 41 卷 1 号 17 頁)

### 〈事案〉

中学生のいたずらによるレール上の置き石のために生じた電車の脱線転覆事故について、自分では置き石をしなかった者が不法行為責任を負うのか否かが問題となった者である。

昭和 55 年 2 月 20 日、Y(被告、被控訴人、被上告人)は学校の同級生であり、遊び仲間でもある、A、B、C の 3 人と自宅でテレビを見たりしていたところ、午後 8 時 40 分ころやはり同級生で遊び仲間の 1 人である D から電話があり、A、B、C の 3 人と出かけた。D はバイクを盗んで乗ろうと持ち掛けたのだが、他の人は反対したのであきらめ、その後、X 電車会社の複線軌道に金網の柵を隔て接する道路上で雑談をしていた。そのうちに、C が信号機のことを話題にしたことから、D が「路線の上に石を置いたら火花が出るかも分らん」と言い出し、Y、C、D が小学生のころ釘を置いたことがあるとか、1 円玉や 5 円玉を置いたことがあるなど、それぞれの経験を話しているうちに、誰からともなく、皆、電車が石を飛ばして通過していく様子を見たいという雰囲気が出て来て、そうした状況の下で、D は A に対し石を置いてくるように言ったところ、A は皆に目立ちたいという気持ちもあり X 所有の軌道敷内に金網のフェンスを乗り越えて入り、京都方面行き軌道に耳をつけるなどし、その後、B、C が順次軌道敷内に入り、C は噛んでいたガムを丸めて京都方面行き軌道上に置き、B は敷地内から拳大の石を拾って大阪方面行き及び京都方面行きの各軌道上にそれぞれ 1 個ずつ置いた。この間 Y と D は軌道内には入らなかったが、A、B、C の 3 人の様子を見ており、B が置き石をするのも見ていた。また、A、B、C が人に見られないように「車が来たぞ」などと注意を与えていたし、さらに、Y は他の少年と同様、電車が石を飛ばしていくのを見たいと思っていたが、石が大きすぎる場合には、電車の脱線の危険もあると考え、B が大阪方面行きの軌道上にやや大きな石を置いたのに対して、「あれはやめろ」と言ったりした。しかし B はそのまま石を放置した。そして、大阪方面行き軌道上の石を見て危険を感じた A がその石を取り除いたものの、京都方面行きの軌道上の石には気付かなかったのでこれを取り除かなかった。Y も京都方面行き軌道上の置き石には気が付かなかったとされている。そのようにしているうちに、午後 8 時 5 分頃その場所を通過しようとして、時速約 75 キロメートルで進行してきた X 電鉄会社の京都行き急行電車が軌道上に置かれていた石を踏み、前 2 両が脱線転覆し、1 両目が民家の庭先に突っ込んで建物を崩壊し、2 両目は横転大破し、乗客 104 名が負傷するという本件事故が発生したというものであった。

### 〈判旨〉

Y の作為義務については、「およそ列車が往来する電車軌道のレール上に物を置く行為は、多かれ少なかれ通過列車に対する危険を内包するものであり、ことに当該物が拳大の石である場合には、それを踏む通過列車を脱線転覆させ、ひいては不特定多数の乗客等の生命、身体及び財産並びに車両等に損害を加えるという重大な事故を惹起させる害然性が高いと

いなければならない。

このように重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であっても、この者が、仲間の関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話し合いをしたのみではなく、これに引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り、事故の発生についても予見可能であったといえるときには、右の者は、実行行為と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務として、当該置石の存否を点検確認し、これがあるときにはその除去等事故回避のための措置を講ずることが可能である限り、その措置を講じて事故の発生を未然に防止すべき義務を負う者というべきであり、これを尽くさなかったために事故が発生したときは、右事故により生じた損害を賠償すべき責任を負うものというべきである。本件において、原審の確定した前示の事実関係によれば、Yは、本件事故発生の19分前ころから、中学校の友人である本件グループの雑談に加わり、各自の経験談をまじえ、電車軌道のレール上に物を置くという、重大事故の発生の危険を内包する行為をすることの話に興じていたばかりでなく、本件事故の発生時まで本件道路上にいて、Bら3名が順次金網柵を乗り越えて軌道敷内に入り、そのうちBが軌道敷内から拳大の石を拾ってレール上に置くのを見ており、少なくとも同人が大阪行軌道敷から拳大の石を拾ってレールの上に置くのを見ており、少なくとも同人が大阪行軌道のレール上にその置石を置いたのを事前に現認していたというのである。そうすると、Yは、置石行為をすることそれ自体についてBと共同の認識ないし共謀がなく、また、本件事故の原因となった本件置石について事前の認識がなかったとしても、Bが大阪軌道のレール上に拳大の石を置くのを現認した時点において、同人が同一機会において大阪行軌道よりも本件道路に近い京都市行軌道のレール上にも拳大の本件置石を置くこと及び通貨列車がこれを踏み本件事故が発生することを予見することができたと認めうる余地が十分にあるというべきであり、これが認められ、かつまた、Yにおいて本件置石の存否を点検確認し、その除去等事故回避のための措置を講ずることが可能であったといえる時には、その措置を講じて本件事故の発生前に置石行為をやめるように言った事実があるとしても、それだけでは直ちに右注意義務の懈怠と本件事故との間には相当因果関係があるものといわざるを得ない。」

#### 〈検討〉

本件事案に関して、Bが置き石をするに至った事情から、実行行為に関連する先行行為にYの作為義務の根拠を求め、不作为による不法行為を示唆したもの<sup>9</sup>と考えられる。

本件事案では、多くの評釈で論じられているが、その内容は「作為義務を生じる一つの場合として、自分が危険状態を惹起する先行行為をした場合が挙げられ、本判決もこの先

---

<sup>9</sup>篠原勝美「レール上の置石により生じた電車の脱線転覆事故について置石をした者との共同の認識ないし共謀のないものが事故回避措置をとらなかったことにつき過失責任を負う場合」曹時41巻12号(1987)202頁

行行為理論を念頭において判示しているように読める」<sup>10</sup>や「重大な事故を生ぜしめる蓋然性の高い置石行為がされた場合には、その実行行為者と右行為をするにつき共同の認識ないし共謀がない者であっても、この者が、仲間関係にある実行行為者と共に事前に右行為の動機となった話し合いをしたのみでなく、これを引き続いてされた実行行為の現場において、右行為を現に知り事故の発生についても予見可能であったといえるときは、右の者は、実行行為者と関連する自己の右のような先行行為に基づく義務がある」<sup>11</sup>といった論評をみることができる。

また、他の論評でも「本件では、実行行為に誘引を与えた話し合いと事故現場に留まっていた点から、他人の置石行為による電車転覆事故を回避すべきYの作為義務を導いている」<sup>12</sup>や「ここで、先行行為として捉えられているものは、事故現場において事前に、Bを含めて仲間とその動機となった話し合いをし、その直後並行した他の軌道のレール上に石が置かれるのを現認していたことである<sup>13</sup>。」とするものや「Yの不法行為の前提となる作為義務について、Bの現実の実行行為に関連する先行行為にあるとし、事故現場における事前の置石行為を現認したこととその動機となる話し合いをしたことをあげている。その点では、自己の一定の行為に基づいて結果回避義務が発生すると考えている」<sup>14</sup>としている。置石をするに至った事情から、実行行為に関連する先行行為に作為義務の根拠を求めている。

では作為義務が発生する場合の実質的根拠として「先行行為」をどのように捉えているのか。「先行行為」に当たる事情は、本件事案は事故現場で事前に仲間と置石をする動機の話し合いをしたことと、事故現場において並行する他の軌道のレール上に石が置かれることを現認していたことで「予見可能性」として、置石という行為が「重大な事故を生ぜしめる蓋然性が高いこと」が容易にわかることを挙げる。置石をすることになる動機の話合いと他の置石行為を現認していたという先行行為を、危険発生（権利侵害）の可能性が高まる行為であると認定した。同先行行為により、加害者に権利侵害発生の予見可能性を認めることができる場合に、結果回避義務である作為義務を課していることが分かる。

よって本件事案では、作為義務を考える場合は、「先行行為が極めて危険な状態を作り出すもの」であるといえたならば、作為義務の実質的根拠になる。

しかし、不作為不法行為について問題とする場合、評釈でも指摘がされているが、作為義務の根拠は先行行為から権利侵害を発生させる場合だけではないと考えられる。そこで不作為不法行為はどのような事情を考慮して、作為義務を発生ずるとしているのか以下で考察する。

---

<sup>10</sup>池田真郎「レール上の置石により生じた電車の脱線事故と不作為の不法行為責任」法セ 395号（1987）100頁

<sup>11</sup>中井美雄「レール上の置石により生じた電車の脱線転覆事故について置石をした者との共同の認識ないし共謀のない者が事故回避措置をとらなかったことにつき過失責任を負う場合」判時 1306号（1989）207頁

<sup>12</sup>浦川道太郎「遊び仲間の置石による電車脱線転覆事故と事故回避措置をとらなかった者の責任」法教別冊 89号（1987）21頁

<sup>13</sup>前掲注(9)202頁

<sup>14</sup>宮崎幹朗「仲間のレール上への置石と不作為の不法行為責任について」『愛媛法学会雑誌』16巻4号（1990）59頁

## 2. 不作為不法行為における帰責構造

不作為不法行為という責任類型は何らかの原因(自然力、第三者の行為、被害者の行為など)から権利法益侵害に向かう因果系列を、不作為のまま放置するという加害類型(権利法益侵害・その危険の放置)を、規律するもの<sup>15</sup>である。以下では、不作為不法行為に関する伝統的理解を確認しておくこととする。

### (1) 作為義務の発生根拠

作為義務の発生根拠において、伝統的理解は、法令・契約・条理慣習という形式的根拠(法源)をあげる<sup>16</sup>にとどまる。この点について、そもそも、不作為不法行為について論じているものは全然見当たらず、作為義務の実質的な根拠が何なのかということの説明するものは少ない。そして、不作為不法行為について論じている河原格教授によると、作為義務があることが前提であるとする。そして作為義務はどのような場合に成立するのかということについて、「一般に次の場合に作為義務が成立すると考えられるとする。①具体的法規に基づいて発生する場合(親権者の監護義務＝民法 820 条、親族間の扶養義務＝法 877 条など)、②先行する他人に対する侵害行為がある場合(他人を傷つけた場合に手当てをする義務が発生する、交通事故の場合の道交法 72 条 1 項)、③先行する危殆行為(有毒物の売却行為、侵害行為への関与など)があれば、損害抑止のための作為義務が発生する(いわゆる 1. で検討した昭和 62 年判決に該当すると考えられる。)。さらに契約、慣習、条理などによって作為義務が成立しうる。このなかで重要なのは契約から生ずる作為義務を怠る場面である」<sup>17</sup>としている。作為義務はどのように成立するかということに関しては次のように解す。それは「ある者が悪結果の発生することを予見し、その発生を回避できるにも拘わらず、具体的な回避を採らない場合にすべき義務が成立すると考えられる(この作為義務と悪結果発生との間の関係を規範的因果関係という。)。このうち問題となるのは多くは専門的職業義務から発生する作為義務を怠る場合である。いずれにしても作為義務が存在することが要件である」<sup>18</sup>としている。

しかし、上記に挙げた考え方よりもさらに進んで、不作為不法行為の作為義務の発生根拠について論じるものがある。それは、作為義務の実質的な発生根拠について詳しく触れている橋本佳幸教授が論じるものである。その考え方によると、不作為不法行為に照らせば、作為義務が発生する実質的根拠については、「何らかの原因から権利法益侵害に向かう因果系列をめぐる負担・リスクを誰に割り当てるべきかにある。したがって作為義務の名宛人については、当該因果系列との「近さ」が基準<sup>19</sup>となる」と説明して作為義務の発生根拠を分類分けしている。

---

<sup>15</sup>橋本佳幸『民法V 事務管理・不当利得・不法行為』(有斐閣・2011)155 頁

<sup>16</sup>前掲注(15)156 頁

<sup>17</sup>河原格「不作為不法行為論序論(一)」東洋法学 48 卷 2 号 (2005) 116 頁

<sup>18</sup>前掲注(17)116 - 117 頁

<sup>19</sup>前掲注(15)156 頁

まず、一つ目が、(i)先行行為基準<sup>20</sup>と考える場合で、当該因果系列を自己の先行行為によって始動させた者は、因果系列に介入してその進行を阻止すべき義務を負うとする。これは、昭和 62 年判決の事案に該当すると考えられる。もう一つの考え方が(ii)支配領域基準<sup>21</sup>であり、当該因果系列(その始点たる危険源や終点たる被侵害権利・法益)を自己の支配領域に有する者もまた、作為義務を課せられる。とりわけ、㊦危険源を自己の支配領域内に有する者は、その危険の制御を命じられ(714 条・715 条や 717 条・718 条が予定する監督・管理義務)、また、㊧自己の支配領域内に有する他人の権利法益に侵害が差し迫っている場合には、その救助等を命じられる。

## (2) 作為義務の発生要件

そして、作為義務違反と認められると不作為不法行為として責任が認められる。作為義務違反は過失要件として判断すればよく、不作為不法行為における過失要件は、特別に、これら先行行為・支配領域基準を判断内容に含む<sup>22</sup>と解している。

不作為不法行為とは、何らかの原因によって権利侵害に向かう因果系列に関して、その因果系列を放置する不作為をもって加害者の責任を追及することを問題とするもの<sup>23</sup>であると考えられる。そのためには、作為義務による命令を通じて、当該因果系列を放置する不作為の違法性評価を基礎づけなければならない<sup>24</sup>と解する。しかし、そのような作為義務は、誰にでもあるということにはならない。ここでの義務を賦課するには、何らかの原因から法益侵害に向かう因果系列に関して、特定の者に、因果系列に介入してこれを阻止するよう命じるという構造をとる<sup>25</sup>ことになると考えられる。よって上記で挙げた先行行為基準、又は支配領域基準によって誰に作為義務があるのかという因果系列を考えることで作為義務を負う不作為者を特定することができるからである。

不作為不法行為を考える場合は、作為義務が発生する実質的根拠は、不作為者となる者が自己の一定の行為によって権利侵害を発生させた者(先行行為基準)と考えるか、権利侵害が自己の管理する領域で発生している場合に作為義務が発生する(支配領域基準)と考えるか、どちらの基準に該当するかを考え責任を負う特定の人物を明確にする。そして、不作為者となる人物は結果を回避するために、権利侵害の発生を容易に知ることができたといえながら不作為責任を負うという過失について判断することになる。

では、具体的にどちらの基準で判断すればよいかというと、まず(i)先行行為基準については、何らかの原因から権利侵害に向かう因果系列に関しては、先行行為の思想に基づき、当該因果系列を自らの行為によって直接に設定した先行行為者に作為義務の負担を割り当

---

<sup>20</sup>前掲注(15)156 頁

<sup>21</sup>前掲注(15)156 頁

<sup>22</sup>前掲注(15)156 頁

<sup>23</sup>橋本佳幸『責任法の多元的構造 不作為不法行為・危険責任をめぐって』(有斐閣・2006)27 頁

<sup>24</sup>前掲注(23)27 頁

<sup>25</sup>前掲注(23)27 頁

てる<sup>26</sup>と考える。先行行為者は、いわば自己の先行行為に対する責任として、自己の先行行為から他者法益の侵害に向かう因果系列について他者法益に安全のための作為義務を負わねばならない<sup>27</sup>のである。

次に(ii)支配領域基準については、何らかの原因から権利侵害に向かう因果系列に関しては、当該因果系列を自己の支配領域に有する者(領域主体)に作為義務の負担を割り当てる<sup>28</sup>と考えられる。領域主体の側からいえば、各人の義務領域は、領域思想<sup>29</sup>に基づき、自らの作為から法益侵害に向かう因果系列をこえて、自己の支配領域内に存する、何らかの原因から法益侵害に向かう因果系列にまで及ぶ<sup>30</sup>ことになる。なぜなら、各人(領域主体)は、自らが事実的支配を及ぼす支配領域について他者による干渉を排除しているのであって、他者の法益との関係で自己の支配領域内の安全を確保するように要請される。

先行行為基準に基づいて作為義務を導出するケースの典型は、1.で紹介した昭和62年判決の事例が該当するが、先行行為として、置石をした実行行為者と、置石の動機の話し合いと実行行為者が置石を他のルールに置いていることを現認していたことが原因となり事故という他者法益の侵害に向かう因果系列を作り出したから作為義務を負うことになったのである。

支配領域基準<sup>31</sup>に基づいて作為義務を導出するケースの典型は、例えば、交通事故にあって病院に運び込まれた人が、医師が頭部のCT検査をしなかったことにより、運び込まれた人が脳内出血により死亡した場合<sup>32</sup>である。脳内出血を放置すると死に向かうところ、その因果系列を断ち切ることができるのは、その患者を担当した医師である。そうすると、医師の支配領域内で本来なら検査をしなければならなかったが、その検査を怠ったことが原因で死亡という権利侵害に向かうという因果系列があるから、それを排除しなければならなかったと考えられる。実際には、医師は脳内出血をさせることには関与していないが、検査をしていたら死亡を防げたということで因果系列を除く責任を負うことになるのである。

そして、予見可能性があるといえるなら結果を回避する義務を負うことになる。これは過失について判断している。予見可能性については、権利侵害が発生することが容易に判断できるということである権利侵害の認識と考えられる。よって判断が困難な場合には結果を回避する義務も認識できないので、過失があったとはいえず、作為義務違反とはならない。

---

<sup>26</sup>前掲注(23)30頁

<sup>27</sup>前掲注(23)30頁

<sup>28</sup>前掲注(23)29頁

<sup>29</sup>前掲注(23) 「思想領域」についてある不利益を、その根本原因が誰の「支配領域」にあったかを基準に割り当てる危険分配思想をいう。

「支配領域」の根拠として、事実的支配、経済的または観念的利益の取得、影響力の行使に対する社会生活上の信頼を挙げる。38頁

<sup>30</sup>前掲注(23)29頁

<sup>31</sup>支配領域基準として判断した裁判例は岡山地判昭和58年8月31日・判時1099号116頁等がある。

<sup>32</sup>前掲注(15)154頁

しかし、昭和 62 年判決も含む裁判例では、過失を判断する要件が、作為義務の存否について判断する要件として含まれている。そうすると作為義務があると判断できたなら、作為義務違反という結果になるのである。

ここまで述べた不作為不法行為については従来の考え方とする。そして、以下ではプロバイダの不作為責任を判断した数々の裁判例を考察していくことにする。その裁判例では、どちらの基準で判断しているのか、またそれは、作為義務としての実質的根拠として適切なのか、またプロバイダの権利侵害の認識とは、どういった場合に認識していたとするのか検討し、その認識の判断が適切なのかを考察する。

## II 章 プロバイダの作為義務に関する判例

以下ではプロバイダの不作為責任についての裁判例を見ていくが、プロバイダ責任制限法について触れて置く必要がある。なぜかという、まずプロバイダ責任制限法は文言が抽象的であり、そこでガイドラインが作成されるに至っている。しかし、ガイドラインは裁判例の蓄積によって作成されたものである。プロバイダ責任制限法の目的からすると表現の自由の萎縮を考慮して、利用者の意見表明の機会を奪うことは許されない。しかし、裁判所の判断では表現の自由の萎縮によって利用者の意見表明の機会などを奪うことになる。裁判例の判断では、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項に規定している権利侵害の認識・認識可能性という過失要件の解釈が広すぎる。被害者を救済することを念頭に置くことで適切な判断をしていない。プロバイダ責任制限法 3 条 1 項の要件によって裁判所はプロバイダの不作為責任について判断することになる。そこで総務省がプロバイダ責任制限法について解説している「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の開示に関する法律 - 逐条解説 - 」によって基本的な理解の仕方として、法 3 条 1 項について触れて置く。

### 1. プロバイダ制限責任法の概要(法 3 条 1 項について)

#### ①プロバイダ責任制限法 1 条(趣旨)

「この法律は特定電気通信による、情報の流通によって権利侵害があった場合について、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を請求する権利につき定めるもの」<sup>33</sup>とする。

「情報の流通によって」とは、情報の「流通」に関しては情報を「送り、伝え、受けること」の 3 面を併せて表現したものである。なお情報の「送信」とは、情報の「流通」のうち「送ること」という一側面を捉えて表現する<sup>34</sup>ものである。

権利を侵害したとは「情報の流通」であり、「情報」自体ではない。すなわち、当該情報を作成したこと等が問題とされるのではなく、当該情報を特定電気通信により不特定の者

---

<sup>33</sup>逐条解説 1 頁

<sup>34</sup>逐条解説 1 頁

が受信し得る状態に置いたこと<sup>35</sup>が問題とされる。

権利の侵害が「情報の流通」自体によって生じたものである場合を対象とするものである。すなわち、流通している情報を閲覧したことにより詐欺の被害に遭った場合などは、通常、情報の流通と権利侵害との間に相当に因果関係があるものとは考えられない<sup>36</sup>ため、この法律の対象とはならない。

「権利の侵害」については独自に定義するものではなく、個人法益の侵害として、民事上の不法行為等の要件としての権利侵害に該当するものである。ここで、侵害されることとなる「権利」については、著作権侵害、名誉毀損、プライバシー侵害等様々なものが想定され、特に限定をすることなく、それらについて、横断的に対象とするもの<sup>37</sup>である。よって一般不法行為等の場合と同様である。法1条に規定されていることが趣旨である。

次に本稿ではプロバイダの不作为責任に関する裁判例から作為義務について検討するものである。その作為義務について関わる法3条1項について具体的に触れておく。

## ②プロバイダ責任制限法3条1項

1項「特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、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（以下この項において「関係役務提供者」という。）は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。」

1号「当該関係役務提供者が当該特定電気通信による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「当該関係役務提供者が、当該特定電気通信による情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による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ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき。」

プロバイダ責任制限法3条1項については、特定電気通信による情報の流通に関し、当該情報の流通によって他人の権利が侵害された場合の特定役務提供者(プロバイダ)の不作为を理由とする権利を侵害された者に対する損害賠償責任の制限について規定する<sup>38</sup>ものである。第1項の概要はプロバイダが自ら提供する特定電気通信による他人の権利を侵害

---

<sup>35</sup>逐条解説1頁

<sup>36</sup>逐条解説1頁

<sup>37</sup>逐条解説2頁

<sup>38</sup>逐条解説9頁

する情報の送信を防止するための措置を講じなかったことに関し、プロバイダに作為義務が生ずるか明確でない中で、当該情報の流通により権利を侵害されたとする者との関係での損害賠償責任(不作為責任)が生じない場合を可能な範囲で明確にするために規定する<sup>39</sup>ものである。

本項の規定により、プロバイダの不作為責任を負う場合が一定の範囲で明確化され、問題となる情報に対してプロバイダによる適切な対応が促されることになるものと期待<sup>40</sup>している。また逆にプロバイダが問題とされる情報の送信を防止する措置を講じないことにより不作為責任を問われることをおそれるあまり、過度に送信する措置を行って発信者の表現の自由を不当に侵害することを抑止する効果も有する<sup>41</sup>ものと考えられる。

法3条1項の対象としているのは「特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたとき」であり、関係役務提供者が、他人の権利を侵害する情報であるにもかかわらず送信を防止する措置を講じなかったときの損害賠償責任の制限を規定したものの<sup>42</sup>である。

本項の対象となる損害とは、特定電気通信による情報の流通で他人の権利の侵害が生じた場合、それによって現実に生じた損害とされる。これは、問題とされる情報の流通自体によって現実に損害が発生している場合でなければ損害賠償責任を問われることはない<sup>43</sup>とする。要するに、ある情報が、他の誰かが受信する前に被害を受ける者がそれに気づき、発信者に連絡する等して、それ以降の流通が防止されたような場合等現実の損害が生じていない場合には、本項の適用はないこと<sup>44</sup>となる。

逆に、プロバイダが送信防止した場合でも、それまでの間に当該情報の流通によって損害が生じていれば、その損害について責任を問われる可能性はあり、本項で制限されることとなる責任は、そのような措置についての責任も含まれる<sup>45</sup>としている。

不特定の者に対して送信防止措置をすることが技術的にできないと、結果回避可能性がないのでプロバイダに作為義務が生じることはなく、それを明確化するものと考えている。ここで、関係役務提供者に期待される措置は、あくまで権利の侵害を防止するために必要な限度にとどまるもの<sup>46</sup>とされる。また、技術的に可能かどうかは客観的に判断されるべきものであり、通常の技術力のある関係役務提供者であれば措置を講じることが可能であるが、当該関係役務提供者の技術力では必要限度で措置を講じることが不可能であるというような場合については、本項による責任の制限には該当しない<sup>47</sup>と解すとしている。

---

<sup>39</sup>逐条解説 9 頁

<sup>40</sup>逐条解説 9 頁

<sup>41</sup>逐条解説 9 頁

<sup>42</sup>逐条解説 9 頁

<sup>43</sup>逐条解説 10 頁

<sup>44</sup>逐条解説 10 頁

<sup>45</sup>逐条解説 10 頁

<sup>46</sup>逐条解説 10 頁

<sup>47</sup>逐条解説 10 頁

「賠償の責めに任じない」とは、不法行為に基づく損害賠償責任や債務不履行に基づく損害賠償責任が生じないことである。

プロバイダが賠償責任を負う場合の要件を(i)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(第1号)、又は(ii)当該情報が流通していることを知っていた場合であって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ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき(第2号)、としている。

これらの要件は、情報の流通に関する認識と情報が権利侵害に当たるかどうかの認識という2つの観点から定められているもの<sup>48</sup>である。

まず、(i)情報の流通に関する認識についてはプロバイダに賠償責任が生じる場合、特定電気通信によりその情報が流通していることを知っていた場合としている。ここで、「知っていた」とは当該情報が流通しているという事実を認識していたこと<sup>49</sup>である。この規定は、上記のような事実を認識していなかった場合、その理由を問わず責任が生じないとし、「結果として、関係役務提供者には、特定電気通信により流通する情報の内容を網羅的に監視する義務がないことを明確化するもの<sup>50</sup>である。

これはプロバイダが流通する情報の内容を一般的に監視することは、発信者の「表現の自由」との関係で重大な問題があるとし、プロバイダが他人の権利を侵害する情報が流通していることを知らない場合について責任を問われると、その追及をおそれて、サービスの提供に影響し、疑わしい情報はすべてあらかじめ削除することになるおそれがあることを考えているからである。なお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は、必ず当該情報が流通していることをも知っていることとなるため、第1号では要件として文言上規定していない<sup>51</sup>のである。

次に(ii)権利侵害に関する認識についてはプロバイダが、不作為責任を問われる可能性がある場合、(i)の情報が流通しているという事実を確認していた場合であり、さらに、権利侵害に関する認識について、プロバイダが「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(第1号)」、又は、プロバイダが「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ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき(第2号)」に限られるとしている。この「認めるに足りる相当の理由」とは、通常の注意をしていれば知ることができたと客観的に考えられることである。

「相当の理由」があるとされるかは、最終的には司法判断に委ねられているところであるが、例えば、関係役務提供者が次のような情報が流通しているという事実を認識していた場合は、相当の理由があるもの<sup>52</sup>とされよう。こういった場合が該当するかというと、通常は明らかにされることのない個人のプライバシー情報(住所、電話番号等)、又は、公共の利害

---

<sup>48</sup>逐条解説 11 頁

<sup>49</sup>逐条解説 12 頁

<sup>50</sup>逐条解説 12 頁

<sup>51</sup>逐条解説 12 頁

<sup>52</sup>逐条解説 12 頁

に関する事実でないこと又は公益目的でないことが明らかであるような誹謗中傷を内容とする情報としている。

この規定は、プロバイダの不作为責任の判断の際に、当然に考慮されるべき事情を独立の要件として抽出し、類型化して規定することで、関係役務提供者が民事上の責任を問われうる場合を明確化するもの<sup>53</sup>である。

被害を受けたと主張する者は、プロバイダに対して損害賠償請求をするには、まず、本項の各要件に該当することを主張・立証した上で、作為義務の存在や因果関係等損害賠償請求に必要な他の要件をも主張・立証する<sup>54</sup>必要がある。よって、主張・立証責任を転換するものではなく、また本項の要件に該当したからといって損害賠償責任がある事となるわけでもない。

この条文によって、プロバイダは明示的に権利侵害情報の削除を行うことが認められ、それによって発信者に対して損害賠償責任を負わないことが明らかにされると共に、一定の場合には、プロバイダが権利侵害情報に対し責任を負わないことが明らかにされたということになる。

プロバイダ責任制限法は、プロバイダの不作为義務の判断基準を 3 条 1 項のみに整理している<sup>55</sup>のである。しかし、法 3 条 1 項は作為義務の発生根拠を規定したのではなく、不作为責任を負う場合を明確にしたものであり、プロバイダの取るべき措置を規定していない。その取るべき措置については、ガイドラインを作成して、そのガイドライン通りに対処することを期待している。しかし、ガイドラインは裁判例の蓄積によってプロバイダの行動基準を示したものである。私は、裁判所の判断では表現の自由の萎縮により、掲示板利用者の意見表明の機会を奪い、またプロバイダの負担が重くなると考えるのでガイドラインによるプロバイダの行動基準とは適切なものではないと考える。

また、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項の要件は、従来の不作为不法行為の考え方からすると、裁判所が判断する権利侵害の認識・認識可能性について要件を満たすような場合でないのに該当するとしている。法 3 条 1 項の要件は最終的には裁判所の判断によるとしているが、従来の不作为不法行為からすると、予見可能性と結果回避義務で判断していた過失要件である。その過失要件が法 3 条 1 項でいうところ権利侵害の認識・認識可能性についてであるが、その解釈からすると、容易に権利侵害とわからなければ、責任が認められることにはならないと考えられる。よって名誉毀損について該当するか容易にプロバイダが判断できなければ不作为責任を負わないことになる。そうすると、プロバイダは違法性阻却事由についても調査する必要はないはずである。そこで、以下ではプロバイダの責任について、裁判例では、どういった事情を考慮して作為義務を認めているのか考察する。

---

<sup>53</sup>逐条解説 13 頁

<sup>54</sup>逐条解説 13 頁

<sup>55</sup>前掲注(4)35 頁

## 2.プロバイダ責任制限法施行前の判例

### (1)ニフティサーブ事件(東京地判平成9年5月26日判決・判タ947号125頁)

#### 〈事案〉

被告 Y3 が事業として行っているパソコン通信ニフティサーブは、パソコンコンピューター、ワードプロセッサ等(パソコン)を電話回線で主催するホストコンピュータに接続する事により、ネットワークに加入している会員同士で情報交換を行ったり、会員がホストコンピュータ内に蓄えられた情報を引き出したりすることを内容とする通信手段である。

ニフティサーブというパソコン通信のネットワークを利用する場合、Y3 と会員との間においては、Y3 が会員に対し、利用することができる権利を与え、その対価として、当該会員が、Y3 に対し、一定の利用サービス料を支払うことを主旨とする契約が締結されているものといえる。会員は本件フォーラムにおいて、自由に電子会議室に発言を書き込んだり、そこに書き込まれている内容を読んだりすることができるものとされている。ニフティサーブにおいては、書き込まれた発言は、Y3 およびシスオペによって、別の会議室に移動したり、削除したりすることができ、発言を書き込んだ会員自身も、他の会員が発言にコメントをつけるまでの間は、これを削除することができるとされている。削除されると会員は、パソコン等からその有線送信を受けることができなくなる。当該フォーラムの運営・管理をシスオペに委託し、その対価として、Y3 から報酬を受けている。シスオペは、通常は Y3 の従業員以外の者で、当該フォーラムを扱うテーマに造詣が深い者が務めているが、その多くがシスオペを専門としているわけではなく、他に本業を有し、空いた時間をシスオペとしての活動にあてている者である。シスオペは、フォーラムの管理運営を補佐させることができるものとされている。

X はニフティサーブの会員であり、ハンドル名「Cookie」として、本件フォーラム「フェミニズム会議室」に書き込みをし、平成5年12月には、リアルタイム会議室の常駐要員として、課金免除の資格まで与えられ、一般の会員のアクセスを許されない運営会議室にも参加を認められた。平成5年4月にニフティサーブの会員となった Y1 は、X 等の発言に反感を感じて、同年5月5日からフェミニズム会議室においてフェミニズムを揶揄する発言を書き込んだ。同月7日に、X は、リアルタイム会議室に参加した Y1 をスクランブル機能を使い事実上排除し、当時のシスオペから Y1 の個人情報や本名を聞き出して、リアルタイム会議室でその情報も使い Y1 に質問をしたため、Y1 は X に対する不信感を抱いた。その一方で、X は、同年11月17日、本件フォーラムから撤退して、別のフォーラムに移った。同年11月29日から翌年3月27日にかけて、Y1 により、本件フォーラムの電子会議室に書き込まれた発言が、X の名誉を毀損するとして、平成6年4月21日、本件フォーラムの運営・管理を委託されているシスオペ Y2 及び Y1 に対して不法行為に基づき、Y3 に対しては使用者責任または債務不履行責任に基づき慰謝料請求、並びに、ニフティサーブ上への謝罪広告の掲載を求めた。

### 〈判旨〉

Y2 の作為義務については、I 章で検討した昭和 62 年判決を挙げて「不作為による不法行為が成立するためには、その要件として、i 結果回避のため必要な行為を行うべき法律上の作為義務を負う者で、ii 故意・過失により、右 i で要求されている必要な行為を行わず、iii その結果、損害が発生したことが必要とされるというべきである。

①シスオペは、Y3 より特定のフォーラムの運営・管理を委託されており、他人を誹謗中傷である発言が書き込まれた場合の対処も、フォーラムの運営管理の一部に外ならないこと、②シスオペにおいては、当該フォーラムに他人の名誉を毀損するような内容の発言が書き込まれた場合には、これを削除できること、③反面、当該発言によって名誉毀損された者には、自ら行い得る具体的な手段は何ら与えられていないこと、④フォーラムの運営・管理に関して、会員規約及び運営マニュアルがあり、会員規約には、他人を誹謗中傷し、あるいはその恐れがある発言が書き込まれた場合には、右発言が削除の対処に関する記載があることに照らし、フォーラムに他人の名誉を毀損するような発言が書き込まれた場合、シスオペが条理に照らし、一定の法律上の作為義務を負うべき場面がある。

一方、①フォーラムや電子会議室の発言の内容をシスオペが事前にチェックすることができないこと、②Y2 を含むシスオペの多くは、本業を有し、③シスオペが行う内容は、フォーラムの運営・管理に及ぶうえ、一つのフォーラム全体に 1 日当たり書き込まれる発言は膨大な数にのぼることが認められ、シスオペに対して、条理に基づいて、その運営・管理するフォーラムに書き込まれる発言の内容を常時監視し、積極的に右のような発言がないかを探知したり、全ての発言の問題性を検討したりという重い作為義務を負わせるのは、相当でない。名誉毀損的な発言が書き込まれた場合、シスオペは、右のような作為義務とフォーラムの円滑な運営・管理の債務との間で、困難な判断を迫られるような場合もありうるから、シスオペの地位、当該発言の内容、当該フォーラムの個性等の事情を考慮すると、少なくともシスオペにおいて、その運営管理するフォーラムに他人の名誉を毀損する発言が書き込まれていることを具体的に知ったと認められる場合には、当該シスオペには、その地位と権限に照らし、その者の名誉が不当に害されることがないように必要な措置をとるべき条理上の作為義務があったと解するべきである。」

### 〈検討〉

本判決は、その後のプロバイダ等の作為義務に関する民事責任を判断した裁判例に踏襲され、定着するに至っている<sup>56</sup>と考えられている。本判決においては、シスオペの作為義務の根拠は、条理<sup>57</sup>とされている。本判決は、「シスオペの責任につき、名誉毀損発言の書き込みを「具体的に知った」場合には、その地位と権限に照らして「必要な措置」をとるべき作

<sup>56</sup>長瀬貴志「プロバイダ等の作為義務に関する裁判例の概要」NBL965号(2011)62頁

<sup>57</sup>加藤新太郎「パソコン通信における名誉毀損—ニフティサーブ事件訴訟第1審判決」判タ965号(1998)70頁

為義務がある」<sup>58</sup>と考えられる。

シスオペの立場について「出版物が特定人の名誉を毀損した場合における出版物に類似するか、書店に類似するか」という視点を提示する見解から考えた場合、「出版者は、出版物の内容につき完全な編集権を持つから、表現者と同一の立場にあり責任を負うのに対して、書店は、問題とされる出版物の内容を現実を知っていたか、知り得たはずであるとき以外は、責任がないことになる。そして、シスオペに完全な編集権があるとするれば、本件のように不作為不法行為を取ることはなかったことになる。逆にいえば、本件は、編集権を持たないシスオペについて判断したものであると理解すべき」<sup>59</sup>ことになる。

本件の判断手法は、「個別事案の性質に応じた柔軟な判断を可能とし、現実的な結論を導く評価だといえる一方で、条理につきまとう作為義務の範囲の不明確性・不安定性を回避することができず、そのことがプロバイダ等においていかなる対応を行うにつき、明確な方針を見いだせない遠因になっている」<sup>60</sup>とも考えられている。

本件事案の作為義務の発生要素として判旨が挙げる事情は①シスオペは、運営・管理をしていることを挙げているが、これは権利侵害が自己の管理する領域で発生していることであり従来の不作為不法行為の考え方である支配領域基準に該当する。

次に②シスオペは削除ができることであるが、これは削除権があることを裏付けるもので実質的根拠ではない。

また、③名誉毀損された者は、自ら削除できないことについて挙げているが、これはシスオペにしか削除権がないことを裏付けるもので、作為義務の実質的根拠とはならない。

そして、④フォーラムの運営・管理に関して、会員規約及び運営マニュアルがあり削除の対処に関する記載があることを挙げているが、これも削除権がシスオペにあることを裏付けるもので、作為義務の実質的根拠とはならない。

実質的根拠とはならないと考えるのは、挙げられた事情は削除権があることを裏付けるものであって、シスオペが発言を削除できることを明らかにしただけである。不作為責任を負うだけの根拠とはいえない。削除できることは、作為義務があるといえる前提条件とでもいえる。しかし、さらに踏み込んでシスオペだけが対処できる人物であるといえなければならぬ。よってシスオペが運営・管理していることが作為義務の実質的根拠となり「権利侵害を具体的に知った」なら作為義務が発生すると考える。「具体的に知った」とは、運営会議室で指摘を受けまたシスオペが書き込みをした者を名宛人とした発言をした者についてはその日、被害者から指摘があったものについては指摘の時点、それ以外については、訴状副本送達の日<sup>61</sup>とした。本件の発言は激烈であり、名誉毀損の成立に関しては特に問題とす

---

<sup>58</sup>山口いつこ「パソコン通信における名誉毀損」法時 69 卷 9 号 (1997) 94 頁

<sup>59</sup>前掲注(57)70 頁

<sup>60</sup>前掲注(56)62 頁

<sup>61</sup>手嶋豊「パソコン通信での中傷に賠償を命令—東京地方裁判所平成 9 年 5 月 26 日判決をめぐって—」法教 206 号 (1997) 23 頁

ることなく被害者から指摘があった時点で、作為義務の成立を認めたもの<sup>62</sup>と解される。よってシスオペに対して権利侵害発生が分かったということは、発言を特定し通知することで認められるということになる。これは従来の不作為不法行為の考え方からすると、予見可能性のことである。情報の流通によって権利侵害が発生していることをシスオペが知ることができたならば権利侵害の認識に該当すると判断している。権利侵害となる発言を事前にチェックすることはできないので、権利侵害が発生することを予見できないことが考慮されている。権利侵害の認識があれば結果を回避する義務があることになるので過失があるとして作為義務違反と判断している。これは作為義務の存否のところでは過失についての要件も含んで判断しているので作為義務があるとなれば作為義務違反となるのである。

## (2)都立大学事件(東京地判平成 11 年 9 月 24 日・判タ 1054 号 228 頁)

### 〈事案〉

原告 X1～X3 及び Y1 は、ともに Y2(東京都)の設置する東京都立大学の学生で、X らは、新聞会執行部と称して学生新聞を発行しているグループのメンバーであり、Y1 は、都立大学 A 類学生自治会執行委員長である。X らの属する新聞会執行部と Y1 の属する A 類自治会とは、新聞会の正当性などを巡って対立しており、日常的に相手方を非難する立て看板やビラなどの応酬がなされ、実力による小競り合いやもみ合いなども生じていた。

都立大学の入学手続日である 14 日、学生間の実力による衝突、乱闘に発展し、双方のグループの複数の学生が 1 週間から 10 日の傷害を負うという事件が発生した。この件について、A 類自治会側の学生が作成した「入学手続日の混乱について」と題する報告書が学生部長宛に提出された。Y1 は、この事件には直接立ち会っていなかったが、A 類自治会執行委員長として広く都立大の学生、教職員に読んでほしいと考え、この報告書と同内容の「3 月 14 日、入学手続きの混乱」と題する本件文書を自分が開設しているホームページに掲載した。このホームページは、都立大が教養課程の情報教育基礎科目を履修した学生に与えている学生個人のホームページ開設資格に基づき、Y1 が都立大の教養教育用コンピュータシステム「教養部システム」内に「都立大 A 類学生自治会ホームページ」という名称で開設しているものである。教養部システムは、Y2 の公務員である情報教育担当教員 A により運営されており、都立大の教職員大学院生用ネットワーク「教育研究用情報処理システム」を経由してインターネットに接続されている。

同委員会は、同 15 日に抗議文を受領し、本件文書の掲載を知り、教養部システムの管理責任者である A にこれを伝えた。A は、削除する措置はとらず、学生間における自主的な解決に期待して同 19 日に Y1 に X らの抗議の趣旨を伝えるにとどめ、20 日に X1 に対して、学生開設のページについては運営している個人が管理しその責任は其の個人にあり、システム管理者はその一切の責任を持たないこと、システム管理者が検閲することはインターネットの哲学と相容れないことを伝える回答書を発送し、X1 に到達した。ま

---

<sup>62</sup>前掲注(61)23 頁

た、教養部電算機系の職員は、この抗議を契機に、本件ホームページを含むすべての学生活動のページのリンクを停止する措置を同 17 日にとった。Y1 は、本件文書に X らの抗議があったこと、実名を記載した趣旨等を説明する文書を付加して本件文書の本件ホームページへの掲載を続けた。

同年 10 月 X らは、ホームページに掲載した本件文書により名誉を棄損されたとして、Y2(主位的に、条理上又は学生に対する安全配慮義務として名誉棄損文書の掲載を知ったシステム管理者の削除義務の不履行、予備的に名誉棄損文書でないと判断したことについての過失不法行為)に対して損害賠償(原告各 30 万円の慰謝料他)及び本件文書の削除を提起した。

#### 〈判旨〉

Y2 の作為義務については、システム管理者の削除権限について、「都立大学の研究教育用ネットワーク運用規程で運営委員会に社会通念上許されない公開情報の削除権限が認められていることとの対比で、運用規定等がない教養部システムにおいても、条理上、各ホームページに記載された情報については作成主体が責任を負うが、情報教育担当教員は社会通念上許されないと判断した公開情報を除去できることができるものと解されるとしたが、この削除権限は、被害者保護のために認められたものというよりは、教養部システム(ひいては都立大学教育研究用情報処理システム)の信用を維持するという都立大構成員全体の利益のために認められているものとし、削除権限を有することからただちに、右情報教育担当教員が X らとの関係において本件文書の削除義務を負うという結論を導き出すことはできない」とした。

その上で、公開情報によって被害を受けた外部者に対する「管理者の被害発生防止義務の成否は、事柄の性質に応じて、条理に従い、個別的ないし類型的に検討すべき」とし、「名誉棄損行為は、犯罪行為であり、私法上も違法な行為ではあるが、基本的には被害者と加害者の両名のみが利害関係を有する当事者であり、当事者以外の一般人の利益を侵害するおそれも少なく、管理者において名誉棄損に当たるかどうかの判断も困難なことが多いので、加害者でも被害者でもないネットワーク管理者に対して、名誉棄損行為の被害者に被害が発生することを防止すべき私法上の義務を負わせることは原則として適当ではない」とした。ネットワークの管理者が名誉毀損文書が発信されていることを事実であると認識した場合においても、「文書の発信を妨げる義務を名誉棄損の被害者に対して負うのは、名誉毀損文書に該当すること、加害行為の態様が甚だしく悪質であること及び被害の程度も甚大であることなどが一見して明白であるようなきわめて例外的な場合に限られるものというべきである。本件文書が名誉毀損文書に当たるか、加害行為の悪質性、被害の甚大性いずれも一見して明白であるとはいえない」として Y2 の責任を否定した。

#### 〈検討〉

本件事案は上記の「ニフティサーブ事件」と同様に「条理」を根拠に「管理者の被害防止義務」を設定<sup>63</sup>する。しかし直ちに削除義務(作為義務)が発生するのではなく、名誉毀損、加害の悪質性及び被害の甚大さが一見して明白な場合のみ例外的に削除義務が発生する<sup>64</sup>とした。この事案ではプロバイダの作為義務については、プロバイダが運営・管理をしていることが実質的根拠である。従来の不作為不法行為の考え方からすると支配領域基準に該当する。

しかし、権利侵害を具体的に知ったといえないので作為義務は発生しないとしている。これは、プロバイダ等に対し、条理(信義則と同じ相手の期待を裏切らないように信義に沿って誠実に行動すべし)という法令に基づかないものを根拠に、作為義務という法的責任を負担させる以上、その作為義務の範囲を限定的に解釈する<sup>65</sup>という方向性をとっている。これは、従来の不作為不法行為の考え方からすると容易に権利侵害が発生すると判断できるとする権利侵害の認識と同じ位置付けになる。権利侵害を容易に判断できなければ権利侵害の認識ができたとはいえないとし、従来の不作為不法行為の考え方から見て適切な判断だといえる。

#### (3)ニフティサーブ事件控訴審判決(東京高判平成13年9月5日・判タ1088号94頁)

この裁判例は上記(1)の控訴審判決であり、Y等が控訴したものである。

#### 〈判旨〉

Y2の作為義務については「シスオペは、会員規約に基づき、フォーラムの適切な運営及び管理、維持するため、誹謗中傷等の問題発言を削除する権限を与えられ、当該発言の削除により、完全ではないものの、他の会員の目に触れなくして、被害の拡大を防ぐことができる。標的とされた会員は、自らは発言を削除することができず、当該発言がフォーラムに記録され続けることによる被害の継続を紡ぐには、シスオペに指摘した上でシスオペの行動を待つ他にない。

シスオペは、上記のとおり、それを業とする者ではなく、他に職業を有するから、問題発言を逐一点検し、削除の要否の検討を適時に実施することはできなかった。本件フォーラムは、フェミニズムという思想について議論することを標榜する以上、事後ではあっても、会員の発言内容について審査することをシスオペに求めるに帰することも、民主主義社会の議論の在り方に背理する。

民主主義社会における議論においては、異論異見は、容認される。尤も、議論の在り方についての理解を共有するに至らない者どうしにおいては、激するあまり、相手を誹謗中

---

<sup>63</sup>前掲注(56)63頁

<sup>64</sup>阿部満・判例地方自治210号(2000)93頁

<sup>65</sup>前掲注(56)63頁

傷するに等しい言辞により議論したり、スクランブル事件におけるように、異論や異見を有したり、相容れない主張をしたりする者をその故に排除するという未熟な行動が生じ勝ちである。そのような場合においても、誹謗中傷等の問題発言は、標的とされた者から当該発言をした者に対する民事上の不法行為責任の追及は刑事事件の追及により、本来解決されるべきものである。

誹謗中傷等の問題発言は、議論の深化、進展に寄与することがないばかりか、これを阻害し、標的とされた者やこれを読む者を一様に不快にするのみで、これが削除されることによる発言者の被害等はほとんど生じない。

以上の諸事情を総合考慮すると、本件のような電話回線及び主宰会社のホストコンピュータを通じてする通信手段による意見や情報の交換の仕組みにおいては、会員による誹謗中傷等の問題発言については、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委託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、会員等からの指摘に基づき対策を講じても、なお奏功しない等一定の場合、シスオペは、フォーラムの運営及び管理上、運営契約に基づいて当該発言を削除する権限を有するにとどまらず、これを削除するべき条理上の義務を負うと解するのが相当である。」

#### 〈検討〉

本件控訴審もまた、「シスオペが会員規約上、誹謗中傷の問題発言を削除する権限を有し、発言削除によって被害の拡大を防ぎうること、被害者自らは被害の継続を防ぎえないことを指摘」<sup>66</sup>し削除すべき条理上の作為義務を認めている。

一定の要件のもとで作為義務が生じるとして、「Y2は問題発言を認識した後、発言者Y1に注意を喚起したり、会員相互の働きかけに期待するなどしたが、このことに不相当な点はないとして、Y2の責任を否定した。これは、原判決よりも、作為義務が生じる場合を限定したもの」<sup>67</sup>と考えられる。

本件事案の作為義務の要素として挙げている事情は、まず、①シスオペは削除する権限を与えられていることを挙げるが、これはシスオペに削除権があるということであって実質的根拠ではない。

次に、②被害者は自ら発言を削除することができないことを挙げるがこれも、実質的根拠ではなくシスオペにしか削除できないということの裏付けになる。

そして、③フォーラムの円滑な運営及び管理がシスオペの契約上託されていることを挙げているが、これが作為義務の実質的根拠であり、権利侵害が自己の管理する領域で発生していることから、従来の不作為不法行為の考え方からすると支配領域基準に該当する。

また、権利侵害の認識については触れられておらず、どういった場合に権利侵害を知る

<sup>66</sup>橋本佳幸「ニフティサーブ現代思想フォーラム事件控訴審判決」判時 1809号（2003）182頁（判例評論 530号・20頁）

<sup>67</sup>金子順一「フォーラムを運営・管理するシステムオペレーターは、一定の場合、誹謗中傷等の問題発言を削除すべき条理上の義務を負うが、同義務に違反しないとされた事例」判タ 1125号（2003）77頁

ことができたとしているかは不明である。

#### (A) II 2.の裁判例の作為義務についてのまとめ

裁判例(1)、(2)、(3)と見てきたが、これらの判例はプロバイダが掲示板を設置・管理・運営をしていることを作為義務の実質的根拠としているが、権利侵害が自己の管理する領域で発生していることを根拠としている。これは、従来の不作為不法行為の考え方からすると、支配領域基準を根拠としている。掲示板内でプロバイダ以外に状況の改善ができないという意味が考えられており、支配領域基準に該当する。よって、従来の不作為不法行為の考え方から見ても事実的根拠としているのは適切な根拠と考えられる。

また、過失について、「権利侵害の認識」があれば結果を回避する義務があったと判断しているとして過失を判断している。プロバイダには名誉毀損の権利侵害の該当性について判断をする場合、都立大学事件のように限定すると一切プロバイダは権利侵害に伴う負担の範囲である違法性阻却事由の調査をする必要がなくなり負担を免れることになる。これは権利侵害の認識について、名誉毀損発言の情報が流通していることを容易に判断できるとしている従来の不作為不法行為の権利侵害の認識の理解の仕方と同じである。

しかし、ニフティサーブ事件第1審では、権利侵害の認識については、名誉毀損の該当性について、容易に判断できない場合までも作為義務を認めることになる。そうすると違法性阻却事由の調査を課されて本来この立場は発言者が負うのだが、プロバイダに課すことになっており負担が大きい。よって、権利侵害の認識に関して従来の不作為不法行為についての判断の仕方とは違っている。

### 3.プロバイダ責任制限法施行前であるがプロバイダ責任制限法に言及している判例

#### (4) 2ちゃんねる対動物病院事件(東京地判平成14年6月26日・判時1810号78頁)

##### 〈事案〉

原告 X1 は動物病院の経営等を目的とする有限会社であり、原告 X2 はその代表取締役であって、獣医である。被告 Y はインターネット上で閲覧可能な電子掲示板である「2ちゃんねる」を設置、運営し、そのシステムを管理する者である。平成13年1月頃から、本件掲示板に設けられた「ペット大好き掲示板」内の「悪徳病院告発スレッド!!」および「悪徳動物病院告発スレッド-Part2-」において、X1 を批判、非難する発言が書き込まれていることを平成13年5月頃、X2 は知人より知らされた。その発言を見た X2 は、同5月下旬、本件掲示板の削除依頼掲示板スレッドを使用して Y に対していわゆる名誉棄損発言の削除を求めた。しかし、その削除請求は、Y によって定められた削除依頼の方法に従っておらず、問題発言の特定が困難であったため、問題発言の一部しか削除されなかった。そこで、X1 及び X2 は Y に対して、平成13年7月に訴えを提起して、50名以上の名誉棄損発言の削除を請求するとともに、X1 及び X2 それぞれに削除義務違反を理由とする不法行為に基づく慰謝料及び損害賠償各250万円(合計500万円)の支払を請求した。

これに対して、Yは本件掲示板に書き込まれた発言の公共性、公益目的、真実性の有無が不明な段階では、X1及びX2の権利を侵害する違法な情報であるか否かも不明であることから、Yは本件各発言を削除する義務を負わないはずであり、匿名による発言の自由を保障する行為は損害防止義務を発生させる先行行為とすべきでなく、平成13年11月に公布されたいわゆるプロバイダ責任制限法3条に照らしても削除すべき場合に該当しないと反論した。

#### 〈判旨〉

Yの削除義務については、「Yは、遅くとも本件掲示板において他人の名誉を毀損する発言がなされたことを知り、又は知り得た場合には、直ちに削除するなど措置を講ずべき条理上の義務を負っているものというべきである。この点につき、Yは、本件掲示板における発言の公共性、公益目的性、真実性等が明らかでない場合には、削除義務を負わないと主張する。

Yの主張は、Yにおいて真実性の抗弁、相当性の抗弁について主張・立証責任を負うことはなく、むしろXらにおいて反対の事実を主張・立証することを要求するものと解される。しかしながら、本件掲示板における発言によって名誉権等の権利を侵害された者は、Yが利用者のIPアドレス等の接続情報を原則として保存していないから、当該発言者を特定して責任を追及することが事実上不可能であり、しかも、Yが定めた削除ガイドラインもあいまい、不明確であり、また、他に本件掲示板において違法な発言を防止するための適切な措置を講じているものと認められないから、設置・運営・管理しているYの責任を追及するほかない。このようなYを相手方とする訴訟において、発言の公共性、目的の公益性及び真実性が存在しないことを求める者が立証しない限り削除を請求できないのでは、被害者が被害の回復を図る方が著しく狭められ、公平を失する結果となる。

このことからすれば、本件において、本件各発言に関する真実性の抗弁、相当性の抗弁について主張・立証責任は、管理者であるYに存するものと解するべきであり、本件各発言の公共性、公益目的性、真実性等が明らかではないことを理由に、削除義務の負担を免れることはできない。

また、Yは、この点に関連して、匿名の発言も表現の自由の一環として保障されるべきであり、匿名による発言の場を提供していることを先行行為として条理上の作為義務をみとめることは許されないとも主張する。しかし、表現の自由といえども絶対無制約のものではなく、正当な理由なく他人の名誉を毀損することが許されないのは当然であり、このことは匿名による発言であっても何ら異なるところではない。しかも、Yは、本件掲示板について、IPアドレス等の利用者の情報を一切保存していないので、Yが管理者としてその責任を負担するのは当然というべきである。

X1は、平成13年6月21日付の通知をもって、同通知書は、同月22日、Yに到達したので、これにより、Yは、本件名誉毀損発言の、各発言を本件掲示板に書き込まれたこと

を具体的に知ったものと認められる。」

プロバイダ責任制限法 3 条 1 項については、「Y は、本件掲示板上の発言を削除することが技術的に可能である上、通知書、本件訴状、請求の趣旨訂正申立書等により、原告らの名誉を毀損する本件各名誉毀損発言が書き込まれたことを知っていたのであり、これにより X らの名誉権が侵害されていることを、認識し、又は、認識し得たのであるから、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項に照らしても、これにより責任を免れる場合には当たらないというべきである。」

#### 〈検討〉

プロバイダは情報の流通を担うにすぎず、本来紛争は情報発信者(発言者)とそれによって権利を侵害されたと主張する者(被害者)との間に存在する<sup>68</sup>が本件では匿名掲示板であり、発言者を特定するのは困難である。

本件事案で作為義務の要素として挙げている事情は、まず①Y に削除権限があることを挙げているが、これはプロバイダが削除できることの裏づけであり、作為義務の実質的根拠とはならない。

また、②削除依頼手続の不明確性について挙げているが、これは削除プロバイダ以外に削除できないということを示すものであり、実質的根拠とはならない。

そして、③アクセスログ不保存から他人の権利侵害をする書き込みが予想できないこと(匿名掲示板を設置したこと)を挙げているが、これは自己の一定の行為によって権利侵害が発生するという従来の不作為不法行為の考え方である先行行為基準に該当するものである。

また、④常時監視することは事実上、不可能であることに関しては、プロバイダの監視が常にできないということを示すものであるから実質的根拠と関係なく、作為義務の要素について判断しているものではない。

この事案は匿名掲示板を設置したことを作為義務の実質的根拠としている。また、Y が「遅くとも本件掲示板において他人の名誉を毀損する発言がなされたことを知り、又は、知り得た場合」に作為義務が発生すると判断している。

この事案では、権利侵害を知り得た場合という認識可能性が初めて考慮されている。これは情報の流通を削除依頼の通知により知る。そして通知の内容から名誉毀損に該当することを、プロバイダが判断できたなら権利侵害の認識可能性に該当するということになる。これは過失を判断することであるが、裁判所は、名誉毀損の該当性について、事後的に裁判所が名誉毀損と認めた場合も権利侵害の認識可能性に含む判断をしている。またプロバイダの負担として、名誉毀損の違法性阻却事由について、Y であるプロバイダにあるとして調査義務を課している。そうした裁判所の判断は、名誉毀損に該当すると、容易に判断できる場合のみ責任を負うという考え方ではなくなっている。従来の不作為不法行為

<sup>68</sup>町村泰貴「動物病院対 2 ちゃんねる事件第 1 審判決」NBL742 号(2002) 7 頁

の考え方よりもプロバイダの作為義務の範囲が拡大している。

(5) 2ちゃんねる対動物病院控訴審判決(東京高判平成14年12月25日・判時1816号52頁)

事案は上記(4)と同じで、Yが控訴したものである。

〈判旨〉

Yの削除義務については、「本件掲示板は、利用者は匿名掲示板で利用することが可能であり、利用者の規範意識が鈍磨し、場合によっては他人の権利を侵害する発言などが書き込まれるであろうことが容易に推測される。

本件掲示板の発言を削除する基準、削除依頼方法、削除人を選任、削除ガイドラインに従って発言を削除させ、あるいは削除人の削除権を剥奪するなどして、掲示板を管理運営しているものであるから、本件掲示板における発言を削除する権限は最終的にはYにある。

本件掲示板に他人の名誉毀損発言がされた場合、名誉毀損された者は、自ら削除することができず、Yの定めた一定の方法に従い、削除ガイドラインにそって削除を求め、削除人に削除されるのを待つことになる。

Yが定めた削除ガイドラインはその表現が全体として極めてあいまいで、不明確であり、個人又は法人の名誉を毀損する発言がいかなる場合に削除されるのかを予測するのは困難であるといえる。このように削除人が発言を削除する際の基準としているガイドラインの内容が明確でなく、削除人はボランティアにすぎないから、必ずしも削除人によって削除されることは期待できない。

本件掲示板が、極めて多数の者によって利用されており、大方、Yの開設意図に沿って適切に利用されていることは、容易に推認できるところであるが、その匿名性のゆえに規範意識の鈍麻した者によって無責任に他人の権利を侵害する発言が書き込まれる危険性が少なからずあることも前記のとおりである。

このような諸事情を勘案すると、匿名性という本件掲示板の特性を標榜して匿名による発言を誘引しているYには、利用者に注意を喚起するとして本件掲示板に他人の権利を侵害する発言が書き込まれないようにするとともに、そのような発言が書き込まれたときには、被害者の被害が拡大しないようにするために直ちに削除する義務があるべきである。

そして、名誉を毀損されたというXらにおいて、当該発言の公共性、目的の公益性、内容の真実性等の不存在につき主張立証する必要があるとの主張については、人の品性、徳行、名声、信用等の人格的価値について社会的評価を低下させる事実の適示、又は意見ないし論評の表明となる発言により、名誉毀損という不法行為は成立し得るものであり、名誉を毀損された被害者が、その発言につき上記のとおり社会的評価を低下させる危険のあることを主張立証すれば、発言の公共性、目的の公益性、内容の真実性等の存在は、違法

性阻却事由、責任阻却事由として責任を追及される相手方が主張立証すべきものである。

Xらは、本件掲示板における匿名の者の発言によって名誉を毀損されたものであり、本件掲示板の匿名の発言者を特定して責任を追及することが事実上不可能であること、Yは単に第三者に発言の場を提供する者ではなく、電子掲示板を開設して、管理運営していることから、Yは名誉毀損発言について削除義務を負うものであり、Yが発言者そのものではないからといって、被害者側が発言の公共性、目的の公益性及び内容の真実性が存在しないことまで主張立証しなければならないとは解されない。

したがって、本件において、Yが、本件各発言の公共性、目的の公益性、内容の真実性が明らかではないことを理由に、削除義務の負担を免れることはできないというべきである。」

#### 〈検討〉

本判決では匿名性による規範意識の鈍麻に基づく権利侵害の危険性を、作為義務の根拠として前面に押し出して、本件および当該電子掲示板における数々の発言を根拠に当該危険性を認定<sup>69</sup>している。また名誉毀損発言についての違法性阻却事由についてもプロバイダにあるとして調査義務の負担も課している。

本件事案での作為義務の要素として挙げられている事情は、①Yに削除権限があることを挙げるが、これは実質的根拠ではなく、削除ができるということを言っているに過ぎない。

次に②削除依頼手続の不明確性についてであるが、これはプロバイダにしか削除できないということを言っているに過ぎず実質的根拠とはいえない。

次に③匿名掲示板を設置していることであるが、これは、自己の一定の行為によって権利侵害が発生しているという従来の不作為不法行為の考え方である先行行為基準に該当する。

裁判所の判断では「Xらは、本件掲示板における匿名の者の発言によって名誉を毀損されたものであり、本件掲示板の匿名の発言者を特定して責任を追及することが事実上不可能であること、Yは、単に第三者に発言の場を提供する者ではなく、電子掲示板を開設して、管理運営していることから、Yは名誉毀損発言について削除義務を負うもの」として支配領域基準とも考えられる。しかし、この後に続く判旨からすると名誉毀損について違法性阻却事由は被害者に主張、立証責任がないことを明らかにして、プロバイダに主張、立証責任があることを明らかにするための裏付けのように思える。匿名性を有することで発言者が分からないことを挙げているので、あくまで作為義務の実質的根拠は匿名掲示板を設置したことを先行行為基準に該当するとして判断していると考えられる。

また、権利侵害の認識については触れられておらず、当然のこのように認識していたと判断している。権利侵害の認識・認識可能性について触れられていない本判決はどうい

---

<sup>69</sup>前掲注(56)65頁

ったことから名誉毀損発言だと認識できたか明確ではないので、この部分が明らかにされていない本判決は妥当な判断をしているとはいえない。

(6)プロ麻雀士対2ちゃんねる管理人事件(東京地判平成15年6月25日・判時1869号46頁)

〈事案〉

Xは、20代の未婚の女性であって、日本プロ麻雀連盟に所属するプロの麻雀士であり、平成13年12月から平成14年12月までは王位のタイトルを保持していた者である。

Yは、インターネット上において、閲覧及び書き込みが可能な電子掲示板である「2ちゃんねる」と題する電子掲示板を開設し、管理運営している者である。

平成14年5月20日、Xは、本件通知書をもって、Yに対し、本件各発言を含むスレッドを直ちに削除し、かつ書面到達後7日以内に本件発信者の氏名、住所及び電子メールアドレス並びに本件各発言にかかるIPアドレスを開示するよう求めた。なお、この直後の平成14年5月21日、Xの通知書がYに到達した。なお、この直後の平成14年5月27日にプロバイダ責任制限法が施行された。そして、本件スレッドには、平成14年6月28日までに、全部で54の発言が書き込まれた。そして平成14年9月5日、各発言は「過去ログ倉庫」へとデータが移動されたが、口頭弁論終結に至るまで、データの削除はなされていない。

Yの管理運営するインターネット上の電子掲示板「2ちゃんねる」において、Xの名誉を毀損する発言等が書き込まれたにもかかわらず、Yがそれらの発言の送信防止措置を講ずる義務を怠り、Xの名誉が毀損されるのを放置したことによりXが損害を被ったなどとして、XがYに対し、民法709条に基づき損害賠償金及びこれに対する訴状送達の日翌日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払をもとめるとともに、民法723条又は人格権に基づき上記掲示板のXの名誉を毀損する発言等の削除を求め、さらに、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(プロバイダ責任制限法)に基づき、上記掲示板に原告の名誉を毀損する発言等の書き込みをした者の情報の開示を求める事案である。

〈判旨〉

Yの作為義務については、「プロバイダ責任制限法は平成14年5月27日に施行されているところ、本件通知はその直前の同月21日にYに到達したものである。同日以降施行までの間の不法行為責任についてプロバイダ責任法がさかのぼって適用される旨の規定はないが、その趣旨は尊重されるべきものである。

本件掲示板は、何人でも匿名で利用することができ、その利用につき何らの契約も使用料等の支払も必要がないものであるから、他人の権利を侵害する発言が無責任かつ安易に書き込まれるおそれが高い。いったん書き込まれた発言は、瞬時に不特定多数の者に対す

る送信が可能となり、被害が際限なく拡大していく可能性がある。発言については、被害者は自らその発言を削除することはできず、削除を依頼しても、当該発言が削除されるには限らない。加害者を特定して責任追及をしようとしても、Yが当該発言に係るIPアドレスを記録・保存していない場合には、それは事実上不可能であり、YがIPアドレスを記録・保存している場合であっても、加害者の特定は相当困難であるといわざるを得ない。そして、Yは、本件掲示板に書き込まれた発言の削除については、その最終責任はYにあると自らの掲示板に表示している。

これらによれば、Yは発言の送信防止措置を講じることは技術的に可能であり、Yは、自ら提供し、書込みを勧誘している本件掲示板に他人の権利を侵害する発言について直ちにこれを削除するなど、当該発言の送信防止措置を講ずる条理上の作為義務を負うものというべきである。

本件通知は、Xが日本プロ麻雀連盟に所属し、王位のタイトルを現在保持する者であること、Xが削除を求める発言の具体的内容が本件各発言であること、それらの発言が本件掲示板内の「かおりん整形」と題するスレッドに書き込まれたものであること、本件スレッドが開設された日時、本件各発言が書き込まれた日時を、それぞれ具体的に指摘するものである。Yは本件通知の記載から、本件スレッドの存否を容易に確認することができたものと認められる。

Yは本件において、本件通知により、本件各発言が本件掲示板に書き込まれたことを具体的に知った上、本件各発言がXの名誉を毀損し、あるいはXを侮辱するものであることを認識し、又は認識し得たものということができる。したがって、Yは、本件通知後速やかに、本件各発言を削除するなどの送信防止措置を講ずる義務を負ったものである。しかるに、Yは、現在に至るまで送信防止措置を講じていないから、Yが送信防止措置を講じなかったことは、上記作為義務に違反し、Xに対する不法行為になるというべきである。」

#### 〈検討〉

本件事案は上記の動物病院事件と同じ要素で作為義務を認めている。通知内容には各発言とスレッドについて書かれおり、容易に発言を見つけることができたとしている。

作為義務の発生する要素として挙げられている事情は、①匿名掲示板を設置していることであり、作為義務の実質的根拠である。これは従来の不作為不法行為の考え方から自己の一定の行為によって権利侵害が発生するという先行行為基準に該当する。

また②最終責任はYにあるとして削除権限があることについては、プロバイダが削除できることを裏付けることであり、実質的根拠とはならない。

匿名性を有する掲示板を設置していることを実質的根拠として権利侵害の認識・認識可能性について発言が名誉毀損であるなら作為義務が発生するとしている。そして、権利侵害の認識・認識可能性については、通知によって、発言を具体的に特定したものを内容として書くことで情報が流通したことを認めている。そして権利侵害に該当することについて

ては認識可能性で判断すると考えられる。本件事案の発言内容は、単純な誹謗中傷であり、プロバイダは権利侵害の認識・認識可能性について名誉毀損と判断できたと考えられる。

#### (7)DHC 対 2ちゃんねる管理人事件(東京地判平成 15 年 7 月 17 日・裁判所 HP)

##### 〈事案〉

Y は、本件ホームページ上において、IP アドレスを原則として保存しないことを約束し、本件ホームページが完全に匿名の掲示板であり、本件ホームページに書き込みをした利用者が誰であるかを特定することが困難又は不可能であることを保証していた。

平成 13 年 3 月～平成 13 年 7 月 7 日、「化粧」との表題の掲示板内の「私が DHC を辞めた訳」、「DHC の苦情!」及び「DHC の秘密」と各題するスレッドにおいて名誉毀損発言が不特定多数の利用者によって書き込まれた。

平成 13 年 9 月 13 日、X 会社は、Y に対し、「DHC の苦情!」、「DHC の苦情 パート 2」及び「DHC の秘密」の各スレッド全体を书面到達後 1 週間以内に削除するように求める通知書を送付し、平成 13 年 9 月 14 日に上記通知書が Y に到達した。さらに、平成 14 年 1 月 29 日、本件各発言について、削除を命ずる仮処分を求める申し立てが Y に送達された。平成 14 年 3 月 14 日、平成 14 年 5 月 2 日に削除を求める仮処分命令が Y に送達された。

Y は、本件ホームページの運営方法を改善せず、その後も、名誉侵害の発言を抑制していなかったが、平成 14 年 7 月 2 日の時点では、削除されていた。そして、平成 15 年 1 月 21 日には、本件に関するすべての発言が削除されていた。

本件は、X らが Y の管理するインターネット上の電子掲示板である本件ホームページにおいて、その社会的評価を低下させる内容の発言が書き込まれたにもかかわらず、Y においてそれらの発言を削除することなく、これらを放置したことにより、Y に対し、民法 709 条及び 710 条に基づき、それぞれ損害賠償金及びこれに対する不法行為の日の後である平成 14 年 5 月 12 日から支払済みまで民法所定の年 5 分の割合による遅延損害金の支払を求めるとともに、民法 723 条又は人格権としての名誉毀損に基づき、本件ホームページ上の発言の削除を求める事案である。

##### 〈判旨〉

Y の削除義務については、「Y は、本件ホームページの管理運営者としてそのシステムを全般にわたり統御していて、削除の最終責任は自己が負う旨を明言しており、書き込まれた発言を削除することが可能な立場にあるものと認められ、他人の名誉や信用を毀損するような発言が書き込まれた場合には、これを削除することによって、被害の拡大を防ぐことができる立場にあったといえることができる。

Y は、本件削除システムによらない削除の申し入れを一切受け付けておらず、名誉や信用を毀損する発言の被害者は、その発言を自ら削除することはできず、本件削除システムに基

づいて削除依頼をした上で、削除人の行動を待つほかないことが認められる。

削除ガイドラインは、削除の対象となる事項の分類が不明確である上、一部の発言の削除の可否の判断は Y の裁定に委ねられるなど削除の範囲があいまいであるため、削除の範囲が一定しないおそれがあり、削除ガイドラインの基準としての有用性自体に甚だ問題があるといわなければならない。

書き込まれた発言により名誉や信用を毀損された者は、発言者に関する情報を得ることができず、Y に問い合わせても、IP アドレス等の接続情報が保存されていないため、これを入手できないことから、当該発言を書き込んだ者を特定することができず、事実上、その者に対する責任追及の途が閉ざされることにならざるを得ない。そして、その反面、利用者は、当該発言を書き込んだ者が誰であるか他人に探知される恐れを抱くことなく、自由に発言をすることができる利点があり、これが行き過ぎると、他人の名誉や信用を毀損するなどの違法な発言に対する心理的抵抗感が鈍磨し、これを誘発ないし助長することになることは容易に推測できるところである。

そして、違法な発言が書き込まれた場合、インターネットが持つ情報伝達の容易性、即時性及び大量性という特徴を反映し、このような発言が一瞬にして極めて広範囲の人々が知り得る状態に置かれることになり、その対象になった者の被害は甚大なものとならざるを得ず、また、時間が経つほど被害が拡大し、被害の回復も困難になる傾向があるところ、有効適切な救済手段が設けられていないのであるから、被害を受けた者の被害拡大の抑止は Y による削除権限の行使の有無に係っているといてもよい。

そうすると、本件ホームページを管理・運営することにより名誉や信用を毀損するなどの違法な発言が行われやすい情報環境を提供している Y は、書き込まれた発言により社会的評価が低下するという被害を受けた者に対し、条理に基づき被害の拡大を阻止するための有効適切な救済手段として、当該発言を削除すべき義務を負う場合があるというべきである。もっとも、本件ホームページ上の発言の数は膨大であるから、Y がこれらの発言を逐一監視して違法な発言を直ちに削除することは事実上不可能である。

したがって、Y は本件ホームページにおいて他人の名誉や信用を毀損する発言が書き込まれたことを知り、又は、知り得た場合には、直ちに当該発言を削除すべき条理上の義務を負っているものというべきである。Y は、平成 14 年 1 月 29 日までに本件発言の内容を具体的に特定し、これらの削除を求めた X らの仮処分申立書の副本の送達を受け、遅くともこの時までには本件発言がされたことを知り得たということができ、これらの発言の削除義務を負うに至ったといえることができる。そうすると、Y が、削除義務を履行したということではできず、X らに対する不法行為に基づく損害賠償を免れない。

プロバイダ責任制限法 3 条 1 項について、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って差し支えない。」

#### 〈検討〉

この事案も 2 ちゃんねるという匿名掲示板での発言について争われたものであり、やはり匿名性を有する掲示板を設置したことを実質的根拠としている。

作為義務の発生する要素として挙げられている事情は、まず①削除の最終責任は Y にあり削除権限があることを挙げるが、これは削除できることを裏付けることでしかなく、実質的根拠とはならない。

次に②削除ガイドラインが不明確であることを挙げるが、ガイドラインが不明であることが作為義務の存否には関係はなく、実質的根拠ではない。

そして、③匿名掲示板を設置したことを挙げるが、これは自己の一定の行為によって権利侵害が発生したとし、従来の不作為不法行為の考え方である先行行為基準に該当し、実質的根拠と位置づけられる。

匿名掲示板を設置したことが実質的根拠とされ、権利侵害の認識・認識可能性について該当すると作為義務が発生するとしている。権利侵害の認識・認識可能性については本件発言の内容を具体的に特定し、仮処分申立書の副本の送達によって、本件発言がされたことを知り得たとして認識可能性を認めている。

#### (B) II 3.の裁判例の作為義務についてのまとめ

ここで取り上げた裁判例は匿名掲示板に関するものだが、(4)の裁判例を境に訴訟で争うことになるのは匿名性を有する掲示板が主となっている。そして、(4)の裁判例と同じ事情を考慮して作為義務を判断している。

そこで、各裁判例で挙げられている要素をしてみるが、まず①削除権限であるがプロバイダなら当然に認められる<sup>70</sup>ことだが実質的根拠とはならない。次に②削除方針と手続の不明確であるが、「匿名掲示板には利用契約はなく、被害者とプロバイダとの間に法的関係はないので、たとえ削除方針が明確といえても、その定めが契約関係にないなら被害者を拘束することもない<sup>71</sup>ので作為義務の存否に関係せず実質的根拠ではない。次に、③常時監視が困難であることも作為義務の存否で判断されているがこれはプロバイダの作為義務の限界を導くもの<sup>72</sup>で作為義務の根拠ではない。(4)の裁判例の後で、常時監視することに関して事実上不可能と触れているものもあることから根拠でない。最後にすべての裁判例で共通して実質的根拠とされている④匿名性を有することについては、責任追及の困難性を惹起している点と、侵害情報を発信しやすくしている点が、条理上の作為義務を導く根拠<sup>73</sup>とされている。しかし、このような環境を提供しているだけで、なぜプロバイダが発信者の行為につ

<sup>70</sup>町村泰貴「判例批評：動物病院対 2 ちゃんねる事件第 1 審判決」判タ 1104 号 (2002) 81 頁

<sup>71</sup>前掲注(70)81 頁

<sup>72</sup>前掲注(70)81 頁

<sup>73</sup>前掲注(70)81 頁

いて責任を負う根拠<sup>74</sup>となるのか、必ずしも明らかでない。侵害情報が書き込まれる危険を作り出した以上、その危険から生じる他人の損害について、その損害を防止すべき義務があるとの趣旨<sup>75</sup>ともとれる。しかし、匿名掲示板を設置したことを実質的根拠として認めることは表現の自由の萎縮になり、利用者の意見表明の機会などを奪うことになる。匿名性があることをプロバイダ自身は、利用者に権利侵害をして下さいと進めているわけではない。

匿名性を有することについては、(5)の控訴審判決では、前面に押し出して「匿名性による規範意識の鈍麻に基づく権利侵害の危険性」を、作為義務の根拠<sup>76</sup>としているが、匿名掲示板であっても適切な利用がされていると触れている。どのスレッドも匿名での発言がなされているにもかかわらず、一方では適切に利用されていると認定し、他方では利用者の規範意識の鈍麻を導き権利侵害の危険まで認定している状況<sup>77</sup>となっているが、匿名性と権利侵害の容易性の関係が裁判例からは認められない状況<sup>78</sup>であるから、なぜ匿名性を有することが作為義務の根拠となるのか明確でない。匿名掲示板の場合は、自己の一定の行為によって権利侵害が発生する状況を作り出すという従来の不作為不法行為法の考え方の先行行為基準で判断をしている。しかし、匿名性を有する掲示板を設置した事を根拠としてしまうと、利用者の意見表明の機会を奪い、表現の自由の萎縮となる。作為義務の実質的根拠とするのは適切ではない。匿名性があるとして掲示板を設置した場合について先行行為があったと認めるべきではない。なぜなら、匿名性と発言者による権利侵害行為との間にどれだけ関連性があるか、少なくとも裁判例の判断では、現時点においては不明である。そうすると、プロバイダの作為義務の実質的根拠は、プロバイダが掲示板を設置・運営・管理していること挙げて、権利侵害が自己の支配領域で発生している場合を作為義務の実質的根拠として判断すべきである。プロバイダ以外に状況の改善ができないこともって根拠と考えればよい。

また、「権利侵害の認識」については、(4)の裁判例で初めて「認識可能性」について触れて判断されるようになった。また、同裁判例で「名誉毀損の成立を阻却する真実性・相当性について明らかでない段階で削除義務違反を問うことはできない」とプロバイダは主張し、裁判所は真実性・相当性の抗弁の証明責任の問題<sup>79</sup>として考えている。

しかし、プロバイダはあくまで削除義務違反を理由とする不法行為責任を負うのであり、プロバイダ自身の名誉毀損を問題としているわけではない<sup>80</sup>と考えられる。問題となる発言の真実性・相当性が明らかではないということは、名誉毀損発言かが不明であるので、認識・認識可能性も認定できないはずである。

裁判所は、真実性・相当性の「抗弁」について名誉毀損の被害者が主張・立証責任を負わ

---

<sup>74</sup>前掲注(70)81頁

<sup>75</sup>前掲注(70)81頁

<sup>76</sup>前掲注(56)65頁

<sup>77</sup>前掲注(56)65頁

<sup>78</sup>前掲注(56)65頁

<sup>79</sup>前掲注(70)81頁

<sup>80</sup>前掲注(70)81頁

ないとしており、プロバイダに課すとしている。しかし、発言者が、名誉毀損発言をする以上、その発言について真実性・相当性について主張・立証すべきだといえるが、プロバイダはこのような立場にない<sup>81</sup>のである。プロバイダが名誉毀損等のクレームを被害者から受けたときに、その真実性・相当性が明らかでなければ、プロバイダは「他人の名誉を毀損する発言がなされたことを知り、又は知り得た場合」とはいえないので、作為義務違反とはいえないというべき<sup>82</sup>であり、そうすると作為義務も発生しないと考えられる。

しかし、(6)と(7)の裁判例では、権利侵害の認識・認識可能性については発言を特定、通知すれば内容から名誉毀損発言だとわかるものであるので作為義務を認めることは可能である。そうすると、プロバイダの作為義務を判断する場合、名誉毀損に該当するかプロバイダが発言の内容を見て一見して明白にわかる場合に権利侵害の認識・認識可能性に該当すると判断すべきである。そうすると、(4)と(5)の裁判例は動物病院の名誉毀損について争っているが、発言の内容は病院の仕事の内容や、料金のシステム、従業員の態度、接客について書かれている。プロバイダは、その発言内容から社会的評価の低下がすると考えられるが、一応は、公共性・公益目的性があると考えられる。また、その内容が真実か、真実と信じるについて相当の理由があるのか、という点については明らかではない。名誉毀損の成否はプロバイダ側で判断できることではない。

そう考えると、ここで挙げた裁判例は、プロバイダ責任制限法について言及されている。裁判所が権利侵害の認識・認識可能性について判断しているので、要件を満たすことになるが、従来の不作為不法行為の考え方からすると容易に名誉毀損と判断できないものは権利侵害の認識・認識可能性に該当しないので裁判所の判断は適切ではない。よって、プロバイダ責任制限法3条1項の要件でもあるが、過失に該当しないはずである。そうすると作為義務違反ではないといえるので、作為義務は発生しないと考えられる。

#### 4. プロバイダ責任制限法施行後の裁判例

(8)予備校事件(東京地判平成16年5月18日・判タ1160号147頁)

〈事案〉

X1は、医学部受験のための予備校であり、X2、X3はその代表者及び従業員である。Yはインターネット上に「全国の中高、大学生、予備校生のための総合掲示板集」と釘打ち、匿名での意見交換を目的とする電子掲示板を管理・運営するものである。本件は、Yの管理・運営する掲示板に、Xらの名誉を毀損する発言が書き込まれたことにつき、①Yが掲示板を常時監視するなどし、名誉棄損発言を直ちに削除しなかったこと、②警察署から当該電子掲示板に発言を削除する連絡を受けても発言の削除等を行わず、Xらが発言を特定して削除を求めた後も、Yが一部の発言を存置し続けていること、③XらがYに発言者のIPアドレスの開示を求めた際、YがIPアドレスを保存していないとしてこれに応じないことなどが、

---

<sup>81</sup>前掲注(70)81頁

<sup>82</sup>前掲注(70)81頁

YのXらに対する不法行為であるとして損害賠償を求め、さらに、民法723条に基づき、存置されている発言の削除を求めた事案である。

〈判旨〉

Yの作為義務については、「本件掲示板は匿名での書き込みを前提とする掲示板であり、平成15年8月まで、IPアドレスが一切保存されていなかったことや、IPアドレスが保存されていたとしても、IPアドレスはインターネットに接続しているコンピューターの識別番号に過ぎず、IPアドレスからは必ずしも書き込みをした者が特定できるとは限らないことからすれば、名誉を毀損する書き込みや侮辱的表現による書き込みがなされやすい反面、書き込みをした者に対して責任追及をすることは困難であり、可及的に早期に書き込みを削除することによって損害の拡大を防止する必要性は高い。

一方、プロバイダ責任制限法3条1項によれば、特定電気通信役務提供者は、当該電気通信による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知ることができたと認める相当の理由があるときについてのみ、権利を侵害された者に対し、損害賠償責任を負うとされているように、一般的に、特定電気通信役務提供者に常時監視等の義務は課されていないと解されている。また、前記のような本件掲示板の規模からしても、事実上も書き込みの内容を常時監視することは不可能である。

以上のような事情と、プロバイダ責任制限法の規定からすれば、Yは、本件ホームページ上に、Xらの名誉等を侵害する書き込みがなされたことを知り、または知り得たときには、削除義務違反を理由とする損害賠償を負うものと言うべきである。

しかし、X1が大学受験予備校として生徒を公募している以上、その活動内容に対する批判や意見は当然あり得るところであり、これを公表されたからといってそれ自体を非難することはできないと考えられること、これらの書き込みの内容及び言葉遣い等からすれば、企業や学校などの活動に対してなされる通常の批判や意見の域を出ているとは考えられないこと、本件ホームページには、予備校・学校等に関する掲示板が多く設置され、予備校・学校等に対する意見交換がホームページ運営の目的とされていると認められることなどからすれば、上記の各書き込みのように予備校に対する批判や意見として相当な範囲を逸脱したとまでは認められない場合には、表現の自由の範囲内として許容すべきであるから、上記各書き込みが違法な名誉毀損になるとまでは言えない。

前記のとおり、Yは、9月19日、牛込警察署から本件ホームページにX1の名誉棄損を毀損する書き込みがなされているとの指摘を受けていた。

しかし、本件ホームページは、本件当時、137個の掲示板を持ち、1つの掲示板に最大500個のスレッドがあり、本件ホームページ全体には32万0655件以上の書き込みがあり、1日平均2500件の新規の書き込みがあるという大規模なホームページであり、各スレッドについても、Xらの名誉を毀損する書き込みと、Xらの名誉を毀損するとは考えられない書き込みないしXらの名誉を毀損するか否か一見して明らかではない書き込みが混在している。

牛込警察署からの被害届に関する被告への連絡内容の詳細は明らかではないが、このときに削除要請の対象である書き込みが特定されていたとは考えられない。上記の事情からすれば、削除要請の対象となった書き込みがどれであるかを被告側のみで判断するのは必ずしも容易ではなく、Yは、警察署からの上記連絡を受けた直後に、「X 学院被害者の会」のスレッドにプライバシーに関することや個人攻撃・人格攻撃をしないように注意を促す書き込みをし、注意を促している。掲示板管理者が送信防止の措置をとったことにつき、情報の発信者に対して損害賠償責任を負う場合があることを併せて考えると、Yが、警察署からの被害届の連絡を受けた9月19日時点で、Xらの権利を侵害する書き込みがあったことを知り得たとして、即日、別紙発言目録4、5、7の書き込みのうち、違法にXらの名誉を毀損する書き込みを自ら特定し、削除すべき義務を負わせることは、Yにあまりにも加重的な負担を課すものであり相当でない。」

#### 〈検討〉

本件事案は、匿名性を有する掲示板を設置したことを作為義務の実質的根拠としている。

また名誉毀損発言がされているという通知のみでなく、発言を特定していなければ、「権利侵害の認識・認識可能性」には該当しないとした。

削除要請の対象となった書き込みがどれであるかを被告側のみで判断するのは必ずしも容易でないとして、権利を侵害する書き込みがあったことを知り得たとして、名誉を毀損する書き込みを自ら特定し、削除すべき義務を負わせることは、あまりにも加重的な負担を課すとして作為義務はないとした。

作為義務の発生する要素として挙げられている事情は、①匿名での書き込みを前提とする掲示板であることについて挙げられているが、これが作為義務の実質的根拠と考えられる。自己の一定の行為によって権利侵害が発生しているという従来の不作為不法行為の考え方の先行行為基準に該当する。

次に②IP アドレス不保存により書き込みをした者が特定できるとは限らないことであるが、これは、匿名性を有していることを裏付けるものであり、実質的根拠とはならない。

また、③匿名性による損害の拡大を防止する必要性が高いことを挙げるが、これは匿名性を有することが権利侵害を発生させるということを指摘していると捉えられるが実質的根拠ではない。

匿名性を有する掲示板を設置していることを実質的根拠として、権利侵害があることで作為義務が発生するとしている。

権利侵害の認識・認識可能性については作為義務違反の所で判断されているが、本件は名誉毀損発言ではないと判断されており、また本件通知が発言を特定していないことから権利侵害を認識することはできないということだと解される。そうすると、発言を特定した内容を通知すれば、権利侵害の認識・認識可能性として認められるということになるが、発言を特定したからといって名誉毀損の判断が容易になるわけではない。よって名誉毀損発言

が容易に判断できる場合のみに権利侵害の認識・認識可能性を認めるべきである。そのことは、従来の不作為不法行為の考え方から導けることであり、本件事案は適切な判断をしているとはいえない。

#### (9) 土木建築会社対 2ちゃんねる事件(東京地判平成 17 年 3 月 22 日 Westlaw・JAPAN)

##### 〈事案〉

X は、土木建築の設計及び請負を業とする会社である。Y は掲示板を設置・運営し、そのシステムを管理している。本件掲示板は、インターネットで誰でもこれを閲覧し又はこれに書き込みをすることが可能であり、掲示板に書き込まれた情報は、電気通信により送信され、掲示板を設置・運営し、そのシステムを管理することにより、本件掲示板に書き込みをして情報を発信する者と本件掲示板にアクセスして情報を受信する者との通信の媒介をしているものである。

X が、Y の管理するインターネット上の電子掲示板「2ちゃんねる」に、X の社会的評価を低下させる発言が書き込まれ、X の名誉が毀損されたと主張して、本件各発言の書き込みがなされたスレッドの削除を求め、さらに Y が X から発言の削除を求める通知を受けた後も、本件各発言を削除することなく放置したことが X に対する不法行為であると主張した。

##### 〈判旨〉

Y の作為義務については、「Y が設置した本件掲示板は、誰でも容易にこれを閲覧し、匿名で書き込みをすることが可能であり、また、実際に、氏名等不詳者によって本件掲示板に本件各発言が書き込まれているところ、その中には、本件名誉毀損発言等の違法な発言等が書き込まれていることが認められる。

そして、本件掲示板に本件名誉毀損発言等のような違法な発言が書き込まれた場合には、インターネットを通じて本件掲示板にアクセスし得る極めて広範囲の不特定多数の人々が当該発言を閲覧し得ることから、時間が経つほど被害が拡大し、違法な発言の対象となった者の被害は甚大なものとならざるを得ない。

また、かかる違法な発言が匿名で書き込まれた場合、被害者としては直接書込をした者に対して事後的に責任を追及をすることで被害を回復することは困難であり、違法な発言による被害拡大を抑えるためには、当該発言を削除することが何よりも必要になる。

他方、Y は、本件掲示板を設置・運営し、そのシステムを管理しており、本件掲示板に書き込まれた本件各発言を削除できる立場にあると認められる。

よって、Y は、X に対して、X の名誉を毀損する本件名誉毀損発言等について、削除すべき条理上の作為義務を負うと解すべきである。

プロバイダ責任制限法 3 条 1 項によれば「当該電気通信による情報の流通を知っていた場合」で、かつ、「他人の権利が侵害されていることを知っていたか、知ることができたと

認められに足りる相当の理由がある場合」であることが必要である。

X は名誉、信用ないし営業権を侵害する情報が多数掲載されていることを指摘したうえ本件スレッド自体の削除を求める旨が記載されている。そして通知後に書き込まれた発言も削除の対象であることが認められる。

通知の到達は、本件掲示板は、過去にも問題となることが多く、X 以外からも削除依頼の通知が届いたこともあり、発言等による被害は、時間の経過と共に拡大して、被害者に多大に損害を被らせるものであることに照らせば、係る掲示板を管理、運営する Y としては、仮に家を空けることがあったとしても、弁護士から内容証明等、発言の削除を求める通知と窺われる書類が届いた場合には、遅くとも 1 週間以内には、その内容を把握できる体制を整えて置くべき義務があったというべきである。それにもかかわらず、Y において、その体制を整えず、通知を放置して、認識しようとしなない場合には、通知の到達の日から 1 週間を経過した時点で、通知の内容に従い、情報の流通を認識したと見るのが相当である。

「他人の権利が侵害されていることを知っていたか、知ることができたと認めるに足りる相当の理由がある」場合については、情報の流通を知った当時、与えられた情報に基づき、当該情報の流通によって他人の名誉権等の権利が違法に侵害されたことを知っていたか、または通常の注意を払っていれば知ることができたと客観的に考えられる場合をさすものと解すべきである。そして、不法行為等が成立し、その成立を阻却する事由の存在を窺わせるような事情が存在しないことをプロバイダにおいて知っていたか、または通常の注意を払っていれば知ることができたと客観的に考えられる場合をさすものと解すべきである。

本件通知が到達した時点において、Y が X の名誉権が違法に侵害されていることを知り、または、知ることができたと認める相当の理由があったかについて、本件通知書で、本件各発言の存在を認識したもので、通知書には虚偽である旨の記載や、これを裏付ける資料の添付はなかったが、名誉毀損の該当性、違法性阻却事由を各発言の内容から判断せざるをえないとして、削除依頼されたスレッドの一部が名誉毀損発言であると判断できるとした。」

#### 〈検討〉

本件事案も匿名性を有することを作為義務の実質的根拠としている。また、権利侵害の認識・認識可能性については、削除依頼の通知について名誉毀損発言を特定したという内容を書けば良いとした。名誉毀損に該当するかは、通知の内容からはわからず、裏付ける資料もないと認めている。よってプロバイダが名誉毀損に該当するか調査することを求めている。

作為義務の発生する要素として挙げられている事情は、まず①匿名で書き込みができることを挙げているが、これが実質的根拠と考えられる。これは従来の不作為不法行為の考え方である自己の一定の行為によって権利侵害が発生したという先行行為基準に該当する。

次に②被害者の被害が甚大になることであるが、これはインターネットの特性であり、これが作為義務の実質的根拠とはなりえない。

また、③匿名性によって発言者を特定できず、発言を削除するしか方法がないことである

が、これはプロバイダにしか削除できないということである。プロバイダに削除権がある事を裏付けるものであり、作為義務が発生する実質的根拠とはなりえない。

匿名性を有する掲示板を設置したことが、自己の一定の行為によって権利侵害が発生したとすることを実質的根拠としている。また、権利侵害の認識・認識可能性については発言を特定、通知することでプロバイダに名誉毀損に該当するか調査する義務を課している。通知には発言が名誉毀損であることを裏付ける資料はなくても良いとしているが、これではプロバイダは名誉毀損であるか判断することは難しい。また名誉毀損を判断するための資料を付けていたとしても、プロバイダには判断が難しいこともある。よって、容易に権利侵害を判断できる場合だけでなく、プロバイダが名誉毀損に該当するか調査することまで求めるべきではない。そう考えると、従来の不作為不法行為の考え方とは違う。

#### (10)学校裏サイト事件(大阪地判平成 20 年 10 月 16 日・裁判所 HP)

##### 〈事案〉

X は、A 中学校 1 年に在籍する女子生徒であつてものもであり、Y はインターネット上の「B レンタル掲示板 : C」において、「A ちゃんねる」、「D ちゃんねる」、「E ちゃんねる」等の名称でインターネット上の掲示板(以下「A ちゃんねる」を「本件掲示板」とする。)を設置し、管理運営していた者である。

本件掲示板は、不特定多数の者が、自由に、匿名で書き込むことができるものであるが、Y は、本件掲示板への書き込み及びその削除についてのルールを定め、「お約束」の表題の下に、①実名の書き込みはいけない、②一般常識から外れたことは書き込まない、③削除依頼はスレッドのアドレスとレス番号を明記する、④第三者から見て特定可能な情報でない場合は削除対象とする、などのルールを掲記している。また、本件掲示板には、管理人への連絡手段が表示されており、書き込みの削除は、利用者からの削除依頼により、管理人が対象の削除基準該当性を判断した上で、管理人により削除される形態となっている。

X が通う中学校の教頭は、Y に対し本件のスレッドのタイトルを特定して、X の個人名が出ている内容についての削除をメールで依頼した。被告は、教頭からの削除依頼に対し、削除の対象となるスレッド及び書き込みのアドレスを正確に引用するよう指摘し、今回は削除依頼が正しく行われていないので、判断できないため処理できない旨メールで応答し、本件スレッドの削除を行わなかった。

教頭は、再度、Y の指摘に従いアドレスを特定して削除依頼を行ったところ、Y は、依頼対象が第三者で客観的に個人を特定できる内容ではなく、削除事由に該当しないとして削除を行わなかった。

X の両親は、本件スレッドのことを知り、警察に相談した上、Y に対し、本件スレッドに記載されている者の保護者であることを示した上で、削除依頼の意思を伝えるとともに、本件スレッドの接続記録の保存を依頼し、Y はこれに応じて本件スレッドの接続記録の保存を依頼し、Y はこれに応じて本件スレッドの接続記録保存のために、本件スレッドを凍結し

た。また X の両親は、警察が接続記録を確保した後、Y に対し、改めて本件スレッドの削除依頼を行い、Y はこれに応じて、同日、本件スレッドを削除した。

X が、Y が管理運営するインターネット上の掲示板に、X を誹謗中傷する内容が書き込まれ、これに気付いた X の関係者が Y に対して削除を求めたにもかかわらず、Y が迅速に削除するなどして、適切な処理をする義務を怠ったとして、損害賠償を求めた事案である。

#### 〈判旨〉

Y の作為義務については、「本件スレッドについては、タイトルで X の氏名及び学年が特定されていること、本件スレッドを立ち上げた冒頭の書き込みが X の容貌等を誹謗中傷する内容であり、その後の書き込みの内容をみると、スレッド全体としては、冒頭の書き込みを非難し、X を擁護する書き込みが多いものの、冒頭の書き込みに同調する内容の書き込みもあることが認められる。

X にとっては、不特定多数の者が閲覧可能なインターネット上で、冒頭の書き込みのように実名を明らかにした上で誹謗中傷する内容の書き込みがされていること自体が、重大な権利侵害というべきであり、本件スレッドが全体としては X を擁護する傾向であったとしても、そのことは権利侵害を否定する理由にはならない。

Y は、本件スレッドを凍結、削除しており、Y がスレッドの削除による情報の送信防止措置を講じることは、技術的に可能であったと認められる。

プロバイダ制限責任法 3 条 1 項の要件である情報の流通に関する認識は、Y は教頭から、本件掲示板内に、タイトルで X の氏名が出てくるスレッドが存在し、同スレッドの内容にも原告の個人名が書き込まれていることを指摘した削除メールを受信しており、本件スレッドの存在を認識したと認められる。

法 3 条 1 項の要件である権利侵害の認識は、Y は教頭からの 1 回目の削除依頼の時点で、本件スレッドを確認することにより、本件スレッドのタイトル及び内容が X の実名を挙げた上での誹謗中傷であり、X の権利を侵害するものであることができたというべきである。

本件掲示板は、Y が、特定の学校の生徒が書き込むことを予定して作成し、運営していた掲示板であり、学校が公式に運営していたものではない。そうすると、本件掲示板の匿名性も考慮すると、掲示板内において、当該学校の生徒同士が、他の生徒の実名を挙げて誹謗中傷を行うトラブルが起りうることは容易に想定でき、これは、Y 自身が実名で書き込みを禁止していることから明らかである。

また、そのようなトラブルが生じた場合、掲示板の閲覧者も当該学校の関係者に多いと考えられるから、実名等を公表された人物の被害が、インターネット上にとどまらず、現実の学校生活にも及ぶこともまた容易に予想することができるというべきである。

したがって、本件掲示板を設置し、これを管理運営していた Y としては、前記のような被害の発生を防止するよう慎重に管理し、トラブルが発生した場合には、被害が拡大しないよう迅速に対処する管理義務を負っていたと解するのが相当である。」

#### 〈検討〉

本件事案は匿名性を有することで生徒間のさまざまなトラブルが「容易に予想」されることを、作為義務の実質的根拠としている。

作為義務の発生する要素として挙げられている事情は、まず①匿名性を有している掲示板を設置していることであるが、これが本判決の作為義務が発生することの実質根拠として自己の一定の行為により権利侵害が発生するという従来の不作為不法行為の考え方からすると先行行為基準に該当する。

次に②生徒同士のトラブルを容易に想定できたことであるが、これは匿名性を有することで権利侵害が発生する事の裏付けをすることであるが実質的根拠とはいえない。

匿名性を有する掲示板を設置した事を実質的根拠として、自己の一定の行為から権利侵害が発生するという従来の不作為不法行為の考え方である。

また、権利侵害の認識・認識可能性については、メールで削除依頼をした時点で発言の内容が誹謗中傷と容易に判断できるので権利侵害の認識があったと考えられる。プロバイダには名誉毀損と容易に判断できた。そう考えられるので、従来の不作為不法行為の考え方のように権利侵害の認識は容易にできた。プロバイダには名誉毀損に該当するか調査することまで求めていないと考えられる。

#### (C) II 4.の裁判例の作為義務のまとめ

プロバイダの作為義務を認める要素として様々な事情を挙げているが、やはり匿名掲示板においては「匿名性を有する掲示板を設置したこと」を作為義務の実質的根拠としている。

これは従来の不作為不法行為の考え方からすると、自己の一定の行為によって権利侵害が発生するという先行行為基準だと考えられる。

II 3.の裁判例(4)から「匿名性を有する掲示板を設置したこと」を根拠とするようになったが、やはり表現の自由の萎縮、意見表明の機会を奪うことになる。利用者は、匿名掲示板を適切に利用している人物もいる。一部の人が匿名掲示板で激烈な発言などを書き込んでおり、裁判例でも述べられているが大方、匿名掲示板はプロバイダが意図する自由に気ままな発言をして、誹謗中傷などについても禁止しており、その通りに利用しているのが多数である。そういった利用がされているのに、匿名掲示板を設置することを根拠にするのは適切なことだとはいえない。また匿名性については先ほども述べたが、発言者による権利侵害行為との間にどれだけ関連性があるか現時点では不明であるので、同様に匿名掲示板を設置することを先行行為基準に該当するとして根拠とすべきではない。

また(8)の裁判例はこれまでの裁判例の要素を取りまとめるような「条理上の作為義務」を設定している<sup>83</sup>と考えられる。しかし、これらの要素がなぜ名誉毀損行為を「知り、又は知り得た時」の「削除義務違反」の根拠となっているのかまったくもって不明<sup>84</sup>である。

<sup>83</sup>長瀬貴志「プロバイダ等の作為義務」別冊 NBL141 号 (2012) 94 頁

<sup>84</sup>前掲注(83)95 頁

その不明なことについて、「条理上の作為義務が明文上の根拠を持たないゆえに、より緻密かつ丁寧な論理構成による規範の設定が求められて然るべきであるにもかかわらず、緻密さが欠ける論理構成により、プロバイダの責任が生ずるとすることは、プロバイダ等において、少しでも権利侵害が疑われるものについては、削除した方が損害賠償責任を免れるという誤った意識を植え付ける可能性があり、ユーザーの表現の自由の観点から、極めて問題である。また、名誉毀損の該当性については表現の自由との調整を試みるような考え方がされているものが多く、一般論としては異存はないとの評価ができるが、プロバイダ等にとっては、「条理上の削除義務」という不明確な基準に加え、さらに書き込みが批判や意見として「相当な範囲」か否かも判断することとなり、その負担をプロバイダに課すことが適切かも議論されるべき<sup>85</sup>との指摘もされている。よって「匿名性を有する掲示板を設置すること」を実質的根拠とすることはやはり適切だとはいえない。

また(9)の裁判例では権利侵害の認識・認識可能性について名誉毀損と思われる発言を特定して、その発言の内容を書いて通知が到達して1週間ほど期間がすぎれば、情報の流通を認識し、権利侵害の認識・認識可能性があるとすることは適切ではないと考える。これは、通知の内容をみれば名誉毀損だとプロバイダは判断できたということである。名誉毀損は社会的評価の低下である。そうするとプロバイダは通知から社会的評価の低下であるとわかれば作為義務があるといえる。そこで、作為義務違反について過失を判断することになる。裁判例では、発言についての違法性阻却事由についてプロバイダが負うとしている。しかし、通知内容に名誉毀損であることを裏付ける資料を送らなくても良いとしている。よって判断が難しい場合も事後的に名誉毀損だと裁判所で判断された場合も責任を負うことになる。しかし調査義務を課すことについて、本来は発言者が違法性阻却事由について負っており、プロバイダにとっては負担でしかない。また、調査しても権利侵害と判断できなかった場合はプロバイダの責任となってしまう。そして、名誉毀損であることを裏付ける資料があったとしても、必ずしもプロバイダが名誉毀損であると判断することは難しい。そう考えると、権利侵害の認識・認識可能性に該当することにはならないとすべきである。作為義務違反とは認められないので、作為義務の存否で権利侵害の認識・認識可能性についても判断しているので作為義務はないと考えられる。

(10)の裁判例では、削除依頼をしていることで名誉毀損発言を認識できたとしているが、この場合は、実名を書いて誹謗中傷しているので、利用規約に実名を公表することを禁止すると、規定していることから権利侵害を認識できたとしているが、逆に実名を書いて、その人物を褒める内容を書いていたら禁止となることにはならないはずである。

よって実名を書くことを禁止していることを考慮することなく、権利侵害を認識できると言えたなら認めるべきである。

裁判所の判断だと作為義務の範囲が拡大する事になりプロバイダの負担が過度になる。プロバイダ責任制限法3条1項の「権利侵害の認識可能性」については、名誉毀損発言を

---

<sup>85</sup>前掲注(83)95頁

特定、通知したからといって容易に判断できないならば権利侵害の認識可能性として認めるべきではない。そうすることで従来の不作為不法行為の考え方である、容易に権利侵害を予見できたとする予見可能性で判断している権利侵害の認識と同じ位置付けだといえる。

## 5.小括

プロバイダの不作為責任についての裁判例を見てきたが、ここで問題となるのは作為義務の実質的根拠としている匿名性を有する掲示板を設置したことを、従来の不作為不法行為の考え方である自己の一定の行為によって権利侵害が発生する(先行行為基準)として判断していることである。

匿名性を有する掲示板を設置したことで権利侵害が発生するというを自己の行為が原因で権利侵害が発生していると判断している。しかし、この判断は匿名掲示板の設置を禁止することを進めているように捉えられる。匿名掲示板を設置しているから権利侵害が発生すると容易に認めることは表現の自由の萎縮にも繋がるし、利用者に意見表明の機会を奪うことにもなる。またインターネットというツールによって、情報発信することで様々なことを知ることができる。匿名性があることで、内部告発や自分の意見を初めて表現できる人は必ずいる。そういった人のためにも匿名性を否定するような裁判所の判断は適切だといえないと私は考える。また匿名性と発言者による権利侵害との間にどれだけ関連性があるか不明ということを考慮して認めるべきではない。

ここで、実質的根拠として、匿名性を有する掲示板を設置したことを、自己の一定の行為によって権利侵害が発生したとする先行行為基準に該当すると認めるには、プロバイダにあたる管理者が例えば、匿名で発言ができるから、名誉毀損発言をしても大丈夫という内容のことを明確にしているなどの事情が必要である。よって、そういった内容がない裁判例では、匿名性を有する掲示板を設置したとしている事情を実質的根拠としているのは適切な判断をしているものではない。

また、作為義務が発生する場合の要件である権利侵害の認識・認識可能性については、本来は予見可能性で権利侵害の認識として判断していたものである。プロバイダは情報の流通によって権利侵害が発生するのであり、書き込みについては権利侵害の情報が流れることでプロバイダの責任が発生するとしている。これは事前に書き込みをチェックできないので書き込みを知ることができたと言えたなら責任が発生するとしている。裁判所の判断は作為義務違反というために過失として判断する場合である。裁判例は、容易に名誉毀損である権利侵害とプロバイダが判断できない場合も作為義務が発生するとしている。従来の不作為不法行為の考え方は、容易に権利侵害が発生することを認識できた場合と考えられる。そうすると、従来よりも作為義務の発生が緩くなっており適切ではない。

また、名誉毀損の違法性阻却事由について、本来は発言者が負うものであるが、裁判所はプロバイダに主張・立証責任を負わせる。そうすると、プロバイダは名誉毀損について該当するか判断することが求められる。しかし、本来は、名誉毀損と容易に判断できない場合に

まで責任を負はないはずである。その点について、プロバイダは容易に名誉毀損と判断できない場合は作為義務が発生しないと考えるべきである。そうすることで、従来の不作為不法行為の考え方も、容易に権利侵害が発生すると予見できたなら、結果を回避すべき義務を負うとしている過失の判断と同じだといえる。またプロバイダ責任制限法 3 条 1 項の趣旨から表現の自由の萎縮を防ぐことも考慮しているので、名誉毀損の該当性について調査義務を課して、違法性阻却事由をプロバイダに課すべきではない。これはプロバイダが権利侵害かもしれないというだけで、削除するという選択をしてしまうことを防ぐことを考慮してのことである。表現の自由が萎縮すること、意見表明の機会を利用者から奪う事防ぐことにもなる。

これらの判断の仕方が原因となり、裁判例はプロバイダの不作為責任は、作為義務の成立する要件を緩くしており、被害者救済を意識しすぎてプロバイダの負担を重くすることで解決を図っている。この判断は適切ではなく、プロバイダ責任制限法では表現の自由のことを考慮して施行されているが、そのことの意味が没却されてしまい正しい判断をしているとはいえない。よって従来の不作為不法行為の考え方に沿って、プロバイダの責任も判断すべきである。裁判所はインターネットの特性を考慮して判断していると思われるが、その特性を重要視しすぎて、プロバイダの作為義務の成立を認めるが適切な判断とはいえない。

## 6. 掲示板管理者であるプロバイダの作為義務についての考え方

上記では、匿名掲示板のプロバイダにおいて作為義務を考える場合、裁判例のように匿名性を有する掲示板を設置したことから権利侵害が発生したとする先行行為基準による考え方は適切ではない。また権利侵害の認識・認識可能性については、容易に名誉毀損発言だと判断できる場合でなければ認めるべきではない。ではこういった事情を考慮して作為義務をプロバイダに課すべきか。

それは、プロバイダが管理する自己の支配領域内にある原因(書き込みをした人物)から権利侵害に向かう因果系列を排除するという支配領域基準を根拠とすべきである。その場合の事情として、掲示板を運営・設置・管理していることを実質的根拠とすべきである。それでは、支配領域基準として考えられる事情はどういった場合か。

例えば、裁判例では、プロバイダが削除できることを作為義務の存否を判断する際にあげている。発言者による権利侵害から被害者を救済できる可能性がプロバイダにない場合までプロバイダには責任を生じさせることができない。よって権利侵害行為によって被害者を救済できる可能性がプロバイダには求められる。プロバイダは、掲示板に書き込まれた発言に対して削除する権限があることが前提とされる。しかし、これは実質的根拠ではなく、さらに踏み込んでプロバイダに責任があるといえることまで要求される。そこで、裁判例から考えた場合、電子掲示板において、プロバイダ以外に状況が改善できないという意味での支配領域が作為義務の発生根拠として求められる。これが、匿名掲示板における裁判例でも実質的根拠として求められる事情である。このことが明示されていない裁判例は多い。他に

状況を改善可能な人物が存在する場合は、プロバイダに作為義務を認めることはできないと考えられる。

なぜかという、その場合は、権利侵害に対する具体的な危険性を考えることができないからである。不作為は「作為と同価値」であることが要求されるので、作為と同価値と認められない不作為については、これを排除する必要があるところ、作為と同価値な不作為を導き出すために「作為義務」が要求されている<sup>86</sup>と解する。

しかし、他に権利侵害の状況を改善する可能性がある者が存在したら、不作為者の権利侵害に対する具体的な危険は一般的には相対的に軽減され、必ずしも作為と不作為が同価値と考えることができない<sup>87</sup>。そうすると、「支配領域基準」として作為義務の発生根拠と考えるためには、プロバイダ以外に状況の改善ができないという意味での支配領域を考慮すべきである。そうすると、匿名掲示板である2ちゃんねるなどは、削除人をプロバイダが選定しているが、これはプロバイダ以外に権利侵害を回復する者と考えられる。しかし、削除人が権利侵害を排除するのに最終的な判断がプロバイダにあると考えられているので、プロバイダにしか削除できないと考えられる。よって「支配領域基準」に該当すると考えられる。

次に、権利侵害の認識・認識可能性についてである。これは作為義務違反についての過失要件でもある。そこで裁判所が判断しているのは、プロバイダが名誉毀損と容易に判断できず、事後的に裁判所が名誉毀損に該当すると判断した場合も権利侵害の認識・認識可能性に該当するとしている。しかし、その点について、従来の不作為不法行為の考え方から見ても、プロバイダ責任制限法3条1項の表現の自由の萎縮に考慮するという趣旨からしても適切ではない。プロバイダは名誉毀損と容易に判断できる場合だけ該当するとすべきである。よって被害者は削除依頼をするとき、発言を特定して、その特定した発言を書いた内容を通知し、その通知内容からプロバイダが容易に発言が誹謗中傷である、社会的評価が低下する発言であるとわかることが必要である。通知をすることによって、裁判所は名誉毀損発言かもしれない情報が流通していることを認識したとする。そして、プロバイダが名誉毀損である社会的評価の低下を招く発言だといえたら、作為義務が発生する。しかし権利侵害の認識・認識可能性は過失の要件でもある。そうすると、社会的評価の低下といえども、違法性阻却事由があるなら作為義務違反とはならない。そうすると、名誉毀損に該当しないので過失もないことになる。では権利侵害の認識・認識可能性という要件はどう考えればよいのか。やはり、名誉毀損に該当すると容易にいえる場合のみに認めるべきである。権利侵害の認識については容易に発言が名誉毀損に該当する場合と判断できるので問題はないように思う。

例えば、発言の内容が、容姿を批判することや、バカ、アホという意味のない表現であって、誰が見ても、被害者を傷つける発言だという発言なら、その発言を特定して通知することで、名誉毀損であると判断できるので削除するという作為義務を負うと考えられる。

---

<sup>86</sup>前掲注(83)98頁

<sup>87</sup>前掲注(83)98頁

一方で、権利侵害の認識可能性については、何をもちて認識可能性があると考えなのか。

認識可能性について、理論的に考えると「客観的には権利侵害が明白であるにもかかわらず、プロバイダが当該権利侵害とは評価しなかった場合」と「客観的に権利侵害が明白とは必ずしもいえないが、事後的に権利侵害と評価された場合」とが考えられる<sup>88</sup>。前者の場合は、権利侵害の評価を誤ったにすぎないので、そのような場合まで作為義務が生じないとすると、不注意なプロバイダと注意深いプロバイダとの間に不均衡が生じるのでこの場合には作為義務が生じる<sup>89</sup>と考えられる。

後者の場合は、前者の場合と同様とすると、プロバイダが必要以上に書込みを削除する可能性が生じ、発言者の表現が不当に侵害されることになる可能性があるため、そのように考えるべきではなく、この場合には、作為義務は生じないと考えるのが相当<sup>90</sup>と解する。例えば、書き込まれた発言があの人は不正をしているという内容や、あの会社は手抜き作業をしているという内容の、事実かわからないけれども、嘘であるともいえない発言であるなら、発言を特定、通知したからといって一見して名誉毀損と判断することは難しい。よってプロバイダは、独自で調査するにしても限界があるし、調査をしたからといってプロバイダ自身が名誉毀損と判断しなければならないので必ずしも正しい判断ができるとは限らない。よって、名誉毀損に該当すると事後的に裁判所で判断された場合でも作為義務があると認めるべきではない。そう考えると、裁判所は、違法性阻却事由について主張・立証責任をプロバイダにあるとして、調査を義務づけるが適切とはいえない。よって、名誉毀損発言だという判断が困難な場合には作為義務を認めるべきではないと考える。裁判所は、権利侵害の認識・認識可能性には該当しないと判断すべきである。そうすることで、プロバイダの作為義務の成立する範囲を裁判例よりも限定的にすることが可能であり、従来の不作為不法行為の考え方と同じ理論といえる。また作為義務を現在の裁判例の判断よりも限定的にすることで、プロバイダの板挟みという状態の解決にもつながる。

この考え方によると匿名掲示板に関する裁判例は、根拠が先行行為基準から支配領域基準に変わり、掲示板を運営・設置・管理をしている事情を根拠とする。そして権利侵害の認識・認識可能性があるといえるならプロバイダに作為義務が発生する。そこで、本稿で見た裁判例をこの考え方に沿うと権利侵害の認識・認識可能性の判断が作為義務の有無に関わる。

裁判例(4)と(5)、(9)については権利侵害の認識・認識可能性についての判断が変わってくる。挙げた裁判例は、書き込まれた名誉毀損発言に関してすべて会社等の評価について発言であった。そうするとプロバイダは発言について調査したとしても正しい判断ができるとは限らない。そうすると名誉毀損に該当すると容易に判断できるとは認められないので権利侵害の認識・認識可能性があるとは認められない。よって作為義務が発生しないのでプロ

---

<sup>88</sup>前掲注(83)98頁

<sup>89</sup>前掲注(83)99頁

<sup>90</sup>前掲注(83)99頁

バイダの不作为責任は無いと考えられる。

しかし、裁判例(6)と(7)、(10)については、権利侵害の認識・認識可能性の判断については発言内容が誹謗中傷であったので、プロバイダは容易に名誉毀損に該当すると判断できた。よって作為義務があると判断できる。

そしてⅡ章で見た裁判例(2)以外のすべての裁判例に共通するが、プロバイダに名誉毀損について違法性阻却事由の主張、立証責任を負わせているが、ここで述べた考えに沿うと負わないで済む。プロバイダの負担が軽くなり、作為義務の成立も限定できる。

## 結論

プロバイダの作為義務について、適切な判断をしていると考えられるのは、Ⅱ 2.(2)で挙げた都立大学事件である。作為義務の実質的根拠としては、設置・運営・管理していることを挙げて、プロバイダ以外に問題の解決が図れないという、従来の不作为不法行為の考え方である支配領域基準で判断している。

また権利侵害の認識・認識可能性については、一見して明白でなければ作為義務が発生しないという例外的な場合のみに作為義務を認めるのが適切であるとしており、調査義務を課していない。よって従来の不作为不法行為の考え方のように判断することで、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項の趣旨からも常時監視義務がないことや、権利侵害の認識可能性についても容易に判断できる場合を前提としているので、プロバイダが過度に発言を削除することを防ぐことに繋がるとも考えられる。よって裁判例のようにプロバイダの作為義務を緩くすることは避けて従来の不作为不法行為のように判断することで、現在よりも限定的にすべきである。