

日本国におけるインターネットポータルサイトと関連する法律問題

明治大学法学部教授・弁護士

夏井高人

1 インターネットポータルの意義

インターネットポータル（Internet portals）を定義することは容易なことではない。

現在、世界で最大のインターネットポータルだと信じられているのは、米国の Google¹である。Google は世界最大規模の検索サイトであり、インターネット全体に対するポータルすなわちメインゲートとしての役割を果たしている。Google のデータベースに蓄積されたリンク情報は、世界のほぼ全部の Web サイトやコンテンツを網羅するものであり、Google を経由して目的のサイトやコンテンツへと到達することができる。従って、Google がインターネットポータル（portal of the Internet = main gate of the Internet）となっていると考えることは正しい。Google の主な収入源は宣伝広告収入であるとされており、インターネットにおけるビジネスモデルの一つの典型例であると言える。

Google はグローバルな領域であるインターネット全体に対するポータル（メインゲート）としての役割を果たしている。これに対し、ローカルな領域におけるメインゲートとしてのポータルサイトもある。例えば、日本国政府は、電子政府のメインゲートであり「総合的な行政サービスポータルサイト」として e-Gov²を設けている。このサイトは、日本国の行政機関の Web サイトと行政機関がインターネット上で公開しているコンテンツへのリンクを集積し、それらのコンテンツなどをターゲットとする検索エンジンを組み合わせたサイトであり、行政サービスや行政コンテンツへのメインゲートとしての役割を果たしている。同様の例は英国の the Office of the e-Envoy³などでも観ることができる。より大規模なものとしては、EU のインターネットポータルである Europa - The European Union On-Line⁴を代表例としてあげることができよう。

さらに、特定の種類やカテゴリーに属する Web サイトやインターネット上のコンテンツへのメインゲートとしてのインターネットポータルも多数存在する。例えば、法情報（Legal information）の領域では、Australasian Legal Information Institute (AustLII)⁵や Asian Legal Information Institute (AsianLII)⁶などがその代表例である。特定の領域内に限定された法律情報のインターネットポータルも多数存在し、米国コーネル大学ロースクールの LII / Legal

¹ <http://www.google.com/>

² <http://www.e-gov.go.jp/index.html>

³ <http://archive.cabinetoffice.gov.uk/e-envoy/index-content.htm>

⁴ <http://europa.eu/>

⁵ <http://www.austlii.edu.au/>

⁶ <http://www.asianlii.org/>

Information Institute⁷が世界最初のインターネットポータルとして有名である。特定の国（または州，準州，省，県，郡，市）に限定された法情報を提供するインターネットポータルも多数存在する。それらの中でも，米国の連邦議会図書館の THOMAS (In the spirit of Thomas Jefferson, legislative information from the Library of Congress)⁸，国信中国法律網⁹などは非常に大規模で網羅的なインターネットポータルとして広く知られている。大韓民国にも同様の法情報サイトである現行法令（현행법령）¹⁰が存在し，日本国では前記 e-Gov のサイト内に法令データ提供システム¹¹が存在する。これらのサイトは，まさしく法情報へのポータル（メインゲート）としての役割を果たしている。これらのサイトを駆使することにより，我々は，自由に無料で，他国の法制度の詳細を知ることができるのである。

以上のサイトは，いずれもポータル（portal）という英語が本来もっているメインゲートとしての意味と合致するものである。ところが，実際には，自社の Web サイトをポータルと自称する企業サイトが非常に多く存在している。これらのサイトにおけるポータルとは，当該企業の情報に対するメインゲートとしての意味を有していることは疑いない。しかし，当該企業の「ポータル」ではなく単に「Web サイト」と読み替えても全く支障がないことからすると，このような例での「ポータル」は用語の誤用または濫用に近いものであると判断することが可能である。例えば，米国 Apple 社の iTunes の Web サイト¹²は同社の iPod で聴取可能な音楽コンテンツを提供しているが，同社は自社の Web サイトのことを「ポータル」だとは表明していない。このサイトは同社のサービスを提供するサイトに過ぎないからである。ところが，iTunes と同様または類似のサービスを提供する Web サイト中に「インターネットポータル」または「ポータル」を自称するところがかなり多数存在することは事実である。そのような用語例は，誤用または濫用に近いものと思われる。とりわけ，著作権法に違反する音楽コンテンツや映画コンテンツのダウンロードサービスを提供するサイトまたはシステム等は，それが実際にポータルとしての役割を果たしている場合であってさえ，誤用や濫用をはるかに越える違法行為であり，それぞれの国の法律によって処罰される場合には犯罪行為そのものである。

他方，インターネットサービスプロバイダ（Internet Service Providers: ISPs）を指すものとして「インターネットポータル」という語が用いられる例が数多く存在する。中国の新浪网¹³などがその代表例であり，日本国や韓国の ISPs でも同様の例が多数存在する。ISPs は，自社サイト内に存在するコンテンツやサービスを提供するだけでなく，他の Web サイトへのリンク情報を蓄積してその情報を提供し，インターネット上にある情報を伝達する媒

⁷ <http://www.law.cornell.edu/>

⁸ <http://thomas.loc.gov/>

⁹ <http://www.ceilaw.com.cn/>

¹⁰ <http://www.users.kudpc.kyoto-u.ac.jp/~c53851/manual-korea.htm#hourei>

¹¹ <http://law.e-gov.go.jp/cgi-bin/idxsearch.cgi>

¹² <http://www.apple.com/itunes/>

¹³ <http://www.sina.com.cn/>

介者として社会的に大きな役割を果たしている。したがって、ISPを「ポータル」と呼ぶことは必ずしも間違であるとは言えない。しかし、英語圏では、ISPは純粹にサービスプロバイダ（Service Providers）であるかアクセスプロバイダ（Access Providers = Carrier）であるかその両者の混合であるかのいずれであり、そのいずれの場合であっても「プロバイダ（Providers）」と呼ぶのが通例であるので、混乱を避けるため、「ポータル」という用語を用いるのは適切ではないと思われる。

以上のように、「インターネットポータル」は非常に多義的に用いられており、明確に定義することは難しい。また、インターネットで流行する用語の多くは非常に短命であることが珍しくないため、数年後には「インターネットポータル」という用語それ自体が廃れ、消え去っている可能性を否定することはできない。

そこで、本報告では、インターネット上のメインゲートとしてのインターネットポータルとサービスプロバイダ（ISP）としてのインターネットポータルに共通する法律問題をいくつか選択し、日本の法制¹⁴を前提に述べることにする¹⁵。

2 インターネットポータルと国際的裁判管轄権

インターネットポータル上で発生する法律問題については、第一次的には当該サイトが所在する国の法律が適用され、その国が裁判管轄権を有する。

しかしながら、特定のサービスを提供する企業や個人が所在している国と Web サイトのサーバが設置されている国とが異なる場合がある。また、コンテンツを作成・提供する者が所在する国とそのコンテンツを公開する Web サイトが設置されている国とが異なる場合もある。さらに、ファイル共有のように、特定の国にサーバが設置されているとは言えない場合もある。これらの場合には、商取引の決済、欠陥や不良のある場合のクレーム処理、消費者保護、著作権保護などについて、非常に複雑で難解な国際的裁判管轄権の問題が発生することがある。とりわけ、犯罪の場合には、いわゆるナイジェリア詐欺や麻薬取引のような世界的な規模での組織犯罪に対する対応が重要となってくるので、国際的な組織犯罪の防止に関する国際連合条約（The United Nations Convention against Transnational Organized Crime

¹⁴ 日本国では、インターネット上の法律問題を扱う学問領域をサイバー法（Cyber law）と呼ぶことが多い。サイバー法の領域に属する法令は、電気通信事業法、不正アクセス禁止法、特定電子メール適正化法、プロバイダ責任制限法など非常に多数存在し、また、民法、会社法、刑法、著作権法、不正競争防止法、特定商取引法、個人情報保護法などの既存の法令の中にも関連条項が多数存在する。存在する法令は完全に網羅的なものではないけれども、通常想定される法律問題に適用可能な法令は一応準備されていると言って良い。問題は、主として、これらの法令をどのように解釈し、運用するかにある。

¹⁵ 後述する FLMASK 事件及び MYUTA 事件の判決に関する記述の部分は、立命館大学コリア研究センターで「現代日本と韓国の情報化・情報通信技術（IT）の発展と法的問題」と題して 2007 年 6 月 22 日及び 23 日に開催された研究会で紹介したものに若干の加筆・補正を加えたものである。

and its Protocols)¹⁶やサイバー犯罪条約（Convention on Cybercrime (Council of Europe ETS No.185)）¹⁷などが締結されている。

電子商取引上における決済、債務不履行の場合の契約解除や損害賠償請求については、一般的な国際私法の原則に従うことになる。この原則それ自体については特に異論はない。しかし、現実の問題としては、世界的にはりめぐらされたネット上のどの国が国際私法の適用上意味のある国であるのかの判断に苦しむ場合があり、また、インターネットポータルが単なる媒介者に過ぎない場合であっても、まさにそのインターネットポータル自身の法的責任が法的紛争の原因となり得ることもあり、問題はそう簡単ではない。これらの問題の多くは、実際には、インターネットポータルを含む Web サイトの利用契約（免責約款）等によって処理されていることが多い。ただし、日本国においては、消費者契約法により、消費者を一方当事者とする電子商取引に関する限り、全く責任を負わないとする免責約款は無効とされているので、利用契約（免責約款）による対応は万能のものではない。そして、特定の免責約款が無効とされる場合には、やはり国際的裁判管轄権が問題となることがある。

不法行為の場合、不法行為の加害者の所在地である国と不法行為の発生地である国とがいずれも国際的裁判管轄権を有する国とするのが通例である。インターネット上の不法行為は、国境と距離の障壁とは無関係に発生し得るので、当該不法行為の被害者が所在する国と加害者が所在する国とが異なることになることがある。そのような場合には、国際的裁判管轄権がどの国にあるのかという問題はかなり深刻な問題となる。また、仮に国際的裁判管轄権が決定された後においてなされる判決の執行についても、非常に難しい問題が伏在している。インターネット上の著作権侵害に基づく不法行為を原因とする損害賠償請求については、オーストラリアの連邦最高裁判所（High Court of Australia）による判決が参考になる。この事案では、オーストラリアに在住するライター（原告）が米国のダウジョーンズ（被告）の Web サイトのために提供した記事について、Web サイトへの掲載に著作権侵害行為が含まれているとしてオーストラリアの裁判所に民事訴訟が提起され、国際的裁判管轄権の所在が争点となった。連邦最高裁判所は、著作権侵害とされた Web サイト上の記事がオーストラリア国内でも閲覧可能である以上、不法行為はオーストラリアでも発生しているとして、オーストラリアが国際的裁判管轄権を有すると判断した（Dow Jones & Company Inc. v Gutnick [2002] HCA 56 (10 December 2002)）。日本国において同種事案の判決例は存在しないが、マレーシア航空機が日本国外で墜落したことによる遺族からの損害賠償請求事件について、最高裁判所は、「日本国内に営業所を有する外国法人に対する損害賠償請求訴訟については、右法人にわが国の裁判権が及ぶものと解するのが相当である」と判断している（昭和 55(オ)第 130 号損害賠償事件・1981 年 10 月 16 日最高裁判所第二小法廷判決民集第 35 卷 7 号 1224 頁）。したがって、上記オーストラリア連邦最高裁の判決の事案がもし日本国内で発生する場合には、オーストラリア連邦最高裁判決と同じような判決がなされる

¹⁶ http://www.unodc.org/unodc/en/crime_cicp_convention.html

¹⁷ <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CL=ENG>

可能性はある。

刑事事件に関しては、日本国内からアップロードしたポルノグラフィを日本国外の Web サーバ上で公開した行為が、刑法 175 条に定めるわいせつ物公然陳列罪に害とするとして有罪と判断された事例がある（大阪地裁平 9 年(わ)第 637 号事件・大阪地方裁判所平成 11 年 1999 年 3 月 19 日判決・判例タイムズ 1034 号 283 頁）。この事例では、犯罪行為の一部である送信行為が日本国内で実行されたため有罪とされたのであるが、実際に送信しない場合であっても、日本国外に居住する者に依頼して日本国外に所在する Web サーバにファイルをアップロードすれば同様に有罪と判断される可能性がある。そのような判断は、日本人でさえあればどこで何をやっても有罪となると言っているのと同じことになり、極めておかしい理屈であると言わざるを得ない。しかし、日本国の裁判官の多くは、罪刑法的主義の考え方を軽視する傾向があり、国際的な視野・知見に乏しく、インターネットを含む電子技術について無知であることが普通である。そのため、日本国の法令に何らかのかたちで触れる限り、日本国では何をやっても何らかの罪で有罪となると判断されてしまうリスクがかなりあるということが可能である。これは、裁判所による非関税貿易障壁の一種でもある。

3 インターネットポータルとハイパーリンク

インターネットポータルでは、他の Web サイトやインターネット上のコンテンツに対するリンク情報を集積し、その集積されたハイパーリンクのデータベースに依拠してメインゲートとしての機能を果たしていることが多い。

ハイパーリンクの機能それ自体は、インターネットの基本機能それ自体というべきであるし、ブラウザもまたハイパーリンクの機能を用いて動作しているので、その基本機能を用いることが違法行為となることは（理論上では）あり得ないことである。もしハイパーリンクそれ自体が違法であると仮定すると、インターネットそれ自体がすべて違法であると言ふのと同じことにならざるを得ない。

しかし、著作権を重視しすぎる人々の中には、ハイパーリンクが違法であると主張する者もある。そのような人々は、Google のような検索エンジンもすべて著作権侵害であり違法であると考えることが珍しくない。

他方、刑事事件では、リンクを設置する行為が共同正犯、幫助または教唆として有罪であるとされた判決事例がいくつかある。日本国の法学者や弁護士の大半はその判決に反対しているが、日本国の裁判所がその態度を改める可能性は皆無である。したがって、日本国では違法とされている Web サイトやコンテンツへのリンクを設置する行為や検索エンジンでヒットするように情報を集積する行為は、日本国の検察官と裁判官の目から見れば違法行為であると判定されるリスクが極めて大きい。

事例を紹介することにする。

違法なサイトへのハイパーリンクを Web ページ上に設定する行為が犯罪行為の幫助に該

当するかどうか争われた事例がある。正確には、スクランブルされたわいせつ画像の解読手段のあるサイトへのハイパーリンク設定の違法性が争われた。

そもそもわいせつ画像が当時の刑法に定めるわいせつ図画に該当するかどうかという問題はありますが、この問題についてはさておき、ハイパーリンクの設定行為の法的評価に関し、大阪地方裁判所 2000 年 3 月 30 日判決・サイバー法判例解説 70 頁は、FLMASK がダウンロード可能な自己の Web ページから FLMASK でマスク処理していたわいせつ画像をアップロードしてある正犯の Web ページへとハイパーリンクを設定した行為がわいせつ図画陳列罪の幫助行為にあたるとして有罪とした。

いうまでもなく、インターネット上の検索エンジンはハイパーリンクの巨大な集合体である。しかも、Google のように検索エンジンが汎用的であればあるほど、すべての Web サイトへのリンクが集積されることになるであろうことは当然に認識しているわけであるから、もし上記大阪地裁の判断が正しいとすれば、その意味で概括的な故意が常に存在していることになる。要するに、検索エンジンや検索用ロボットの提供者は常にわいせつ図画陳列罪の幫助行為を恒常的に実行していることになる。換言すれば、Google のような汎用検索エンジンを提供する企業は常に公序良俗に反する企業であることになる。しかし、そのような判断を肯定することは不可能である。加えて、インターネットに関する限り、諸外国の多くでは適法行為とされていることを日本国内だけで違法行為として扱うことそれ自体に相当の無理があり、そのようなローカルな規範をグローバルな汎用検索エンジンサービス提供企業に押し付けることはできない。

一般に、このような疑問が生ずる判決に伏在している問題点は、日本国の裁判官の中の少なからぬ人々がマイクロのレベルでの事案解決にのみ目を奪われ、判決で用いた理論を一般化した場合に到底耐えられないような論理的帰結を導き出す危険性があるというマクロのレベルでの検討と政策判断等を見逃しているというところにある¹⁸。

しかしながら、このような奇妙な判決が今後も次々と集積されていく可能性のほうが高いと思われるから、当分の間、法にとって不毛かつ不幸な時代が続くことを覚悟しなければならない。事実、同様の判断傾向は、Winny による著作権法違反事件の判決（京都地方裁判所 2004 年 11 月 30 日判決・判時 1879 号 153 頁、京都地判平成 18（2006）年 12 月 13 日）に受け継がれている。

¹⁸ 生半可な知識だけで分かったつもりになって判決をした結果、非常に奇妙な判決がなされてしまった事案もある。例えば、日本国の信販会社であるジャックスが JACCS という名を含むドメイン名を使用している企業に対しその使用の差し止めを求めた事案において、富山地裁平成 12 年 12 月 6 日判決・判例時報 1734 号 3 頁は、「<http://www.jaccs.co.jp>」がドメイン名であると判断し、その使用の差し止めを認めた。しかし、インターネットのリソースに関して国際的に定められたルールによれば、ドメイン名は「[jaccs.co.jp](http://www.jaccs.co.jp)」だけであり、「<http://www>」の部分はドメイン名ではない。この判決は、WIPO 等の国際機関におけるドメイン名の取扱いについてきちんと検討することなく、完全な誤解に基づいてなされたものと考えられる。なお、この誤りは控訴審の判決中で是正された。

さて、この事件で示された判断を表現の自由の観点から検討してみると、「犯罪行為の幫助に該当する行為には表現の自由はない」という一般的な規範の適用場面の一つであるという点では特に珍しい法的判断を示した事例であるということとはできない。他方で、ハイパーリンクを設定する行為それ自体が一般的には表現の自由に含まれることについては異論がなかろう。問題は、片面的幫助に相当するような場合を含め、正犯者とは別の者がハイパーリンクを設定する行為が、状況により「幫助」として法的に評価されてしまう場合があるということ、その判断基準は必ずしも明確ではないということである。一般に、ハイパーリンクを設定する行為は、そのリンク先へと自動的にアクセスを確立するためになされるわけであるから、少なくともリンク先に対する消極的評価ではなく何らかの意味で積極的な評価を含むものと認識され得ることになる。おそらく、そのような一種の経験則を肯定したがゆえに、上記大阪地裁は幫助の成立を認定したのであろうと推測することができる。しかし、それは非常に薄弱な経験則であることを否定できない。要するに、「このようなタイプの事案においては、いったん何らかの罪で起訴されれば逃げ道はないかもしれない」ということを意味している。これは、表現の自由にとっても大きな脅威であることは言うまでもない。

なお、最近では、ハイパーリンクではなく、Web上で公開されたテキストの中にURLを書き込んであったというだけで有罪であるとして起訴されている事例もある¹⁹。

更に深い検討が求められる。

4 インターネットポータルとキャッシュ

インターネットポータルでは、そのサーバによって伝送するファイルを一時的に記録・保存する機能が不可欠であり、それなしには電子的な伝送が成立しないことがむしろ普通である。このような一時的に記録・保存されるファイルやデータのことをキャッシュと呼ぶ例が多い。

ところが、一時的なキャッシュに過ぎないものでも著作物の違法な複製に該当すると考える人々があり、日本国の裁判所はそのような考え方を受容している。

次に紹介する判決例は、その奇妙さにおいて異常なまでに磨きがかかっており、日本国の裁判所制度それ自体の疲弊を象徴する事例のひとつであると評価することができる。

¹⁹ 北海道の苫小牧で2005年に、大阪府で2003年に、ポルノサイトのURLを電子掲示板等で紹介する記事を掲載した者について、ハイパーリンクが設定されていなくても有罪であるとして逮捕された事例がある（これらの事件に関する判決の存否及びその内容は不明）。刑法理論上では、当該ポルノサイトの運営者が正犯として有罪であると判断されていない場合には、そのサイトの利用を教唆したり幫助したりする行為は成立せず、無罪であるとするのが通説であり、裁判所の判例も同様である。しかし、日本国の警察は、刑法理論とは無関係に被疑者を逮捕し続けている。

東京地方裁判所 2007 年 5 月 25 日判決²⁰がその判決である²¹。この判決は、ネット上の著作物（複製物）の帰属について非常に奇妙な判断を示し、議論が起きている。

この事件は、MYUTA というストレージサービス提供会社である原告のディスクアレイ上に記録されている音楽ファイルについて、当該音楽ファイルにつき権利を有している被告が、当該音楽ファイルをアップロードした（ストレージサービスの）ユーザではなく原告に対して差止請求をする気配を示したことから、原告から被告に対して請求権不存在確認を求める訴えを提起したという事案について、原告が当該音楽ファイルの複製行為を行っていることと認定し、請求権不存在確認請求を棄却したというものである。

問題点は明らかであろう。

問題となった音楽ファイルの複製が当該ストレージの中で実行されることは明らかである。むしろ、何らかのファイルをストレージディスク上にアップロード記録する場合には、何らかの意味での複製が必ず実行されるわけであるから、ユーザは複製するためにストレージサービスを利用しているということができる。すなわち、複製をしている者は明らかにユーザであり、ストレージサービスの提供者である原告は、そのための道具・手段を提供しているのに過ぎない。にもかかわらず、東京地裁の裁判官は原告が複製者であると認定した。この判決の述べるところによれば、「本件サービスの提供そのものがまさにユーザの蔵置に向けた操作の誘因となり、その結果、原告の支配管理下にある本件サーバのシステムが複製のためのファイル処理を行うものである」ということになるようである。

このことは次の理論的帰結を導く。すなわち、複製をした法人格主体が原告であるとされる以上、いかなるファイルであってもいったんストレージディスク上にアップロードされると、元のファイルではなくその複製物がディスク上に生成されることになるのであるから、当該ディスク上に記録されている複製物の処分権を有するのは原告であることとなり、ユーザの行為は存在しないことになる。

本件ではたまたま被告が当該元のファイルについて権利を主張していることからその複製物についての差止請求の気配を示していたのであるが、同様のことはストレージサービスだけではなく普通の PC でも発生し得る。すなわち、PC を管理しているのは例えば Microsoft の Windows XP のようなオペレーティングシステムであり、いかなるユーザであろうともこのオペレーティングシステムの支配を逃れることはできない。したがって、個人用の PC であっても、実質的にその PC を管理しているのはユーザではなくオペレーティングシステムを支配している者（例えば、Microsoft 社）であることになる。そして、も

²⁰ <http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20070528141551.pdf>

²¹ この判決では、特定のユーザが自分で利用するために自分に割り当てられたストレージ領域を利用した行為が、不特定の利用者に対するサービス提供に該当するとの判断も示している。まるで支離滅裂な判断であり、日本国のプロバイダ責任制限法の解釈を根底から揺るがすものである。しかし、もしこの判決における判断がこのまま維持されるとすれば、日本国ではストレージサービスなどの提供が違法とされるリスクが非常に高く、そのようなビジネスを営むことはあまりにも無謀であると断言せざるを得ない。

し、当該PCのユーザがそのPC中のディスクに音楽ファイルを記録すると、そこには元のファイルの複製物が生成されることになるので、その複製物の支配者はユーザではなくMicrosoft社であることになる。それゆえ、もしそのファイルが他人の著作権を侵害するファイルである場合には、その差止請求等の被告は当該PCのユーザではなくオペレーティングシステムの支配者であることになる。以上のようにならざるを得ない。無論、スタンドアロンのPCとインターネットとは異なるという反論もあり得よう。しかし、例えば、外見上では全く異なることのないPCとシンクライアントPCとで法的評価が異なるということを普通のユーザが承認するのは困難である。また、スタンドアロンのPCであることを維持するためには一度もインターネットに接続しないでそのPCを使用するしかないことになりそうだが、現実のオペレーティングシステムはインターネットに接続してメンテナンスを受けないとその利用上支障が発生するようになっていることが多い。だから、完全なスタンドアロンPCであるように使用せよと求めること自体が極めて異状なことであるといわざるを得ない。

もちろん、この判決が示すような理論をMicrosoft社が是認するはずがなく、ほとんどすべてのユーザも是認しないだろう。とりわけ、ストレージサービスを利用したとたんに、そのディスク上にアップロードされたファイルが複製物としてストレージサービスの提供者の支配するファイルになってしまうのであれば、そもそもストレージサービスという形態でのビジネスが成立する余地がなくなってしまうということにならざるを得ない。そのような理論は、社会的に肯定する余地が全くない。

しかしながら、私見によれば、今後もこのような極めて非常識かつ奇妙な判決が集積されていく可能性が高い。サイバー法の領域に関する限り、日本の裁判所は全く信頼できない裁判所であり、国際的な見地からみても非常に問題が多い。日本国の崩壊現象の一部を示すものであるかもしれない。

さて、表現の自由との関係でこの事件について考察してみると、非常に興味深い論理的帰結が導き出されることに気付くことができる。それは、特定の表現をする「主体」がとりかえられてしまうという現象が存在し得るということである。

もし上記東京地裁判決の示す結論が正しいとすれば、ストレージディスク上にアップロードされて生成されたファイル複製物の表現者はストレージサービス提供者であり、そのファイルをアップロードしたユーザではないということにならざるを得ない。そうすると、違法な表現や公序良俗に反する表現がなされている場合であっても、その行為者はアップロードをしたユーザではなく、ストレージサービス提供者であるということにならざるを得ないのである。そうすると、仮に違法な表現であるとしても、少なくともストレージサービスを利用するものである限り、その表現者はユーザではなくストレージサービスの提供であることになるので、ユーザが罪に問われることはないことになる。つまり、皮肉な言い方が許容されるとすれば、この判決は、例えば犯罪を構成するような表現を実行した真の犯罪者が処罰されることなくネット上のディスク上で違法な表現を記録し、その瞬間にスト

レージサービス提供者を犯罪者に転換させることによって、自由に異邦行為を実行することを奨励するような判決であるということにもなりかねない。要するに、判決理論それ自体が完全に破綻しているのである。

このような異状な判決がなされる背景には、特定の行為がなされており、その行為の主体が誰であるのかが問題とされている事案において、ある特定の行為の客観面（または技術面）にのみ目を奪われ、その主観面を軽視しているということがあるように推測される。しかしながら、法律要件（構成要件）は、客観的な要件（体素）と主観的な要件（心素）とによって構成されているのであり、その一方しか見ないことは、法律学の基本を忘れたものであるとの非難を免れないであろう。

5 オンラインゲーム

日本国、韓国、中国のいずれにおいても、オンラインゲームのサービスが盛んに提供されており、そのユーザ数も多い。とりわけ、中国と韓国ではオンラインゲームに用いるステイタスポイントやゲームアイテムのデータが高価で売買されることが盛んであり、そのデータの売買による利益を求めるユーザがかなり多数存在すると言われている。

日本国のオンラインゲームサイトでは、利用約款により、ステイタスポイントやゲームアイテムのデータを他人と交換したり売買したりすることが禁止されていることが多い。従って、このような利用約款に違反して交換や売買がなされた場合には、債務不履行または不法行為として損害賠償請求を受ける可能性がある。

それだけではなく、日本国では、著作権法違反の問題も発生し得る。すなわち、オンラインゲームではないが、ロールプレイングゲーム（RPG）のステイタスポイントを記録したデータを書き換えた行為が、そのゲームのストーリーを改変することになるので著作物の同一性保持権侵害に該当すると判断した事例として、最高裁平成13年2月13日判決・民集55巻1号87頁があるからである。この判決が示している判断は、RPGがオンラインで提供されている場合に、他人のステイタスポイントや他人が獲得したアイテムのデータなどを売買したり交換したりして自分のデータを書き換えた場合には、同様の判決となる可能性が高い。

6 ネット通貨

インターネット上での代金決済は、通常は、クレジットカードによる決済、代金の送金（海外送金を含む。）による決済などによって実行されているほか、ネット上での支払いに用いることのできるポイントデータを購入し、そのポイントデータによる決済が可能なサイトでポイントを使用することによって決済することもなされている。このようなネット上のポイントデータは、擬似通貨と呼ばれることもある。しかし、現時点では完全に通貨と同等

の価値を有するものという意味での電子マネーは存在しない。

しかも、日本国の現行法上では、通貨と同じようなものをネット上で発行すれば、それだけで違法行為として処罰される可能性があることに留意すべきである。このことは、その目的が何であるかを問わない。例えば、芸術的な目的であったとしても、日本国が発行する紙幣と類似のものを作成した行為につき、通貨及証券模造取締法違反により有罪であると判断した事例として、最高裁昭和 45 年 4 月 24 日判決・刑集 24 卷 4 号 153 頁がある。この事案は、現実に印刷物を作成したものであるが、インターネット上のデジタルコンテンツとして紙幣の外観を有するものを作成し公衆送信したような場合でも同じ結論になると思われる。

7 まとめ

以上のほか、日本国の裁判例の中には奇妙な裁判例がいくつもある。担当裁判官が無能・無知であるためにそのような判決がなされることもあるかもしれないが、有能であり知識もあるのに確信をもって処罰している例もある。なぜそのような奇妙な判断をするのかは不明な点が多いけれども、推測としては、自信過剰による勉強不足が最も考えられる。また、個々の事案に対する対処だけを考えるのに精一杯であり、自分の判断が法理論全体に対してどのような悪影響を与えることになるのかを考えるだけの能力や余裕がない場合もあるであろう²²。日本国の裁判制度及び裁判官組織は、それ自体として大きなリスクであることは明らかである。

従って、日本国が何をやっても自由な国であると誤解・錯覚して日本国内でネットビジネスを実行することは、かなり無謀な行為であると言わざるを得ない。このような裁判所が継続する限り、日本国の IT 産業に明るい未来はない。日本国でも営業活動を行おうとする日本国外の企業等も同じである。

²² きちんと法理論を構築することのできるだけの資質・能力を有しているのであれば、その者は、裁判官ではなく法学者の道を選択することが可能であるし、そのようにすべきであろう。一般に、裁判官は、個々の事件において判断をすることが本来の職務なのであり、法理論を一般的に検討・構築することをその職務内容としていない。また、多くの場合、裁判所では、刑事事件、民事事件といったような事件の種類別に裁判官の職場が細分化されており、一人の裁判官が全法体系を見つめながら仕事をする機会はほとんどない。したがって、裁判官に対し、全法体系の中で矛盾なく妥当する正しい法理論を生成して提供するように求めることは最初から無理である。ローマ法の格言によれば、「汝は事実を与えよ、我は法を与える」とされている。しかし、現代社会は非常に複雑であり、事実だけではなく法もまた複雑多岐であるだけでなく一国の法が外国の法や国際条約などと密接な関連をもっていることも決して少なくないので、「事実」についても「法」についても無知であることを自覚している裁判官こそが最も信頼できる裁判官である。それゆえ、裁判官は、法学者によって正しく構築された法理論を真面目に検討し勉強すべき職務上の義務がある。その義務を果たさないで安易に判決をする裁判官は、明らかに職務怠慢である。

その意味で、日本国へのIT投資は、裁判所という阻害要因によって、非常にリスクの高いものとなっていると判断せざるを得ない。

[参考文献]

夏井高人・岡村久道・掛川雅仁編『Q&Aインターネットの法務と税務』新日本法規出版

多賀谷一照・松本恒雄編『情報ネットワークの法律実務』第一法規

夏井高人『電子署名法－電子文書の認証と運用のしくみ』リックテレコム

夏井高人『裁判実務とコンピューター法と技術の調和をめざして－』日本評論社