

# EU情報社会サービス基盤法制とその課題

——その一、電子商取引指令の検討——

米 丸 恒 治

- 一 はじめに
- 二 指令制定の経緯と概要、目的
- 三 情報社会サービスとプロバイダ
- 四 本拠地国原則と許認可からの自由
- 五 情報提供義務
- 六 電子契約の可能性
- 七 プロバイダの責任
- 八 残された課題

## 一 はじめに

インターネットによって成立したグローバルな仮想空間、サイバースペースにおいては、各種コミュニケーションが電子化、オンライン化されるとともに、膨大な種類のサービスが電子化され、オンラインでの電子データの送受信

EU情報社会サービス基盤法制とその課題（米丸）

三七七（一）

によって、場所や時間および従来の社会秩序にとらわれないサービスの提供および利用が可能となっている。現在では、商取引のみならず、行政サービスも可及的に電子化して提供しようとする政策(電子政府、e-government)が各国で展開してきている。こうしたサービスの電子化、オンライン化は、従来のネットワーク外の、リアルな世界において、国家の領域内で、「物」に体化した情報のコミュニケーションを前提としてきた各種の法制度および法規範、法意識に対して、さまざまな課題を突き付けてきている。本稿は、こうしたサイバースペースを成立させ(電気通信サービスの法的保障による)、そこでの基本的な法原則として生成しつつある諸制度(サイバースペース基盤法制)を検討する作業の一環として、欧州連合(EU)の「情報社会サービス」(通例有償で電子的に遠隔からかつ受領者の個別的な要求に基づいてもたらされる各サービス、詳細は後述)に関する指令(「内部市場における情報社会サービス、特に電子商取引の一定の法的観点に関する欧州議会および欧州連合理事会の二〇〇〇年六月八日の指令二〇〇〇/三一/EC(電子商取引指令)」、いわゆる商取引指令<sup>1)</sup>)の規制内容を検討するものである。

欧州連合、EUにおいては、法制度の異なる構成国間で域内市場の統合を行い、そのために必要な国内法制の整合化を進めてきた。特に、商品やサービスの流通については、国境の壁をなくし、自由な移動を認める政策が進められてきている。インターネットの普及に伴って、それを利用した電子商取引等の各種サービスもEU域内ばかりでなく、地球規模で、まさにグローバルに展開しているが、EU域内でも、そうした電子商取引の普及のために、その障害となる各国国内法制の整合化が図られることとなったのである。

EUにおいては、本稿で検討するいわゆる電子商取引指令と電子署名指令(「電子署名のための共同体の枠組に関する一九九九年二月一三日の欧州議会および欧州連合理事会の指令一九九九/九三/EC」<sup>2)</sup>)によって、サイバースペースにおいて国際的に適用される法原則が確立しつつある。もちろんその法原則に対しては、さまざまな批判が

あることも事実であるし、未解決の問題も多い。しかし、EUでのこうした原則の確立は、国際的な交渉を通じて、EU構成国以外の諸国に対しても事実上さまざまな影響を与えうることは否定できない。これまで特に顕著な例としては、EUの個人データ保護指令が、アメリカや日本などに対しても、EUと同等の実質的な個人データ保護を確立することを強く促す事実上の影響力を持った<sup>3)</sup>。また、非関税障壁の除去に関しては、検査検定制度の国際的な整合化、相互承認<sup>4)</sup> および技術基準の民間組織を通じた利活用<sup>5)</sup>の動きなどを通じて、わが国でもそうしたEUの法的しくみが重要な影響と参考材料を提供し影響を与えてきているのである。

本稿は、サイバースペースにおいて送受信されるサービスについて、EUにおいてこのところ制定された前記二指令のうち、商取引指令を取り上げる。そこでは、「情報社会サービス(information society services; services de la société de l'information; Dienstleistungen der Informationsgesellschaft)」なる新たな概念枠組<sup>6)</sup>が設定され、その枠内での国際的な法原則の整合化が行われている。また、商取引指令で確立された原則は、後述のように狭い意味の商取引に限らず、サイバースペースにおける情報送受信に広く包括的に適用される基本的な法原則を定めるものとして重要である。商取引指令という名称からすれば、本来の筆者の専門分野を越えているが、同指令は、商取引を中心とする包括的な法制度を構築するものとして分野を越えた検討を必要とするものである。本稿は、そうした認識からする序説的な作業であることを予め述べておきたい。

以下では、EUの電子商取引指令の内容を概観しそれに対する若干の検討を加える。その際、同指令は、電子商取引に関する指令ではあるが、そのみにとどまらない点に注意されなければならない。特に、同指令が想定する「情報社会サービス」は、事業者と消費者、サービスや商品の提供者と受け手との間に、対価関係がある場合だけを想定しているわけではない。基本的に営利的なサービスに限定しているものの、スポンサーにより資金が提供され、ユー

ザには無料で提供されるサービスに適用されるだけでなく、おそらくその責任規定その他は、その他のサイバースペースでの法的関係にも事実上、解釈を通して影響を与える可能性がある。また、同指令は、構成国が消費者保護その他の目的から導入してきているさまざまな規制に対しても影響を与えるものである。たとえば、オンラインでの医薬品の通信販売は、つとにわが国でもその問題点が指摘されてきたものであるが、EUにおいても、オランダのオンライン医薬品販売業者による医薬品販売が問題とされ、一部では差止訴訟も提起され、法的議論の対象となっている。

本稿において検討する電子商取引指令は、商取引を中心に念頭におきながらも、欧州指令上、九八年に新たに導入された「情報社会サービス」概念に含まれるサービス全体に対して適用される法原則を定めるものである。情報社会サービスは、後に検討するように、ドイツで九七年に制定された情報・通信サービス大綱法（いわゆるマルチメディア法）の中に含まれるテレサービス法およびメディアサービス州際条約で定められた、それぞれ「テレサービス」および「メディアサービス」、とりわけテレサービスの概念と同様、電気通信サービスに基づいて形成されるインターネットの中で提供される情報サービスの多くを包括するものである。そしてさらにテレサービス法等と同様に、それらの情報サービスに適用される法原則や、それら情報サービスを提供するプロバイダと、それらサービスに関わる各種のサービスプロバイダの責任原則について分野横断的に、水平的に定めるなど、いわばサイバースペースの基本的な法原則を定めるものになっている。

これは、後述のように、まったくの非営利的なサービスは形式的な対象にしないものの、通常営利的に提供されるすべてのサービスに対して適用される法原則を定めるしくみになっている。商取引以外の、一般的な情報サービスの多くの部分に対しても適用される点では、指令の影響は極めて広範に及ぶことに注意が必要である。

そしてこの指令が新たに規制する内容は、オンライン活動に関する限り、プロバイダに対する表示・情報提供規制、競争法、各種の規制された専門職業法、民事法上および刑法上のもを含む責任、契約法の個別の観点などを、同時に整合化するというものになっている。そうした意味からも、商取引指令が、サイバースペースの基礎的な法原則を定めるものとして検討に値するのである。それは、異なる法律制度を持った国家の壁にかかわらずグローバルに展開するサイバースペースでの情報通信サービスに共通に適用されるサイバースペース基盤法としての意味を持つているし、今後の国際的な条約締結、協調、調整の動向などへの影響もまた大きいと予測される。

本稿は、こうした広範なサービスを対象として、その表示義務や責任等の基本原則を定める「サイバースペース基盤法」としての性格に着目して、検討を行うものである。

なお、いわゆる電子商取引のうち、オンラインで発注した商品が郵便その他の物理的な配達手段を利用して配達される方法で行われるもの、いわゆるインターネットを利用した通信販売については、すでにEUでは、その遠隔地からの契約締結について適用される遠隔契約指令（通信販売指令）<sup>⑩</sup>が制定され、現在では、遠隔からの消費者信用サービスについて適用される指令案（修正案）<sup>⑪</sup>が提案されている。いずれにせよ、通信販売に適用される消費者保護的な法規制については、すでに施行済になっている部分も多い。消費者保護的な規制の展開に着目するならば、本稿で検討する商取引指令、電子署名指令のみならず、先行する遠隔契約指令なども含めてその規制のありようが検討されなければならない。

以下では、まず、指令の成立までの経緯を簡単に整理した上で、個別の規定について、紹介、検討することとした。

## 二 指令制定の経緯と概要、目的

## (1) 経緯と概要

EU（EC）においては、八〇年代後半から、国家等により独占されてきた電気通信市場を民営化し、規制を緩和する政策が展開してきたが、自由化された電気通信サービスに基づいてインターネットを利用した情報通信サービスが普及し、EU域内を含むグローバルなサービスが展開するにあわせて、EU構成国の中でも、こうした新たな情報通信サービスについて国内法による規制ないしは基盤整備をする国が出てきた。特に、九七年には、ドイツが情報・通信サービス大綱法（いわゆるマルチメディア法）<sup>(13)</sup>を定め、サイバースペースに対する基本的な基盤整備を行ったのを皮切りに、構成国の動きが出てくる。そうした動きに対して、EUの内部市場において国境の壁をなくして自由な人、物、サービスの流通を保障する政策を進めてきたEC委員会は、情報社会サービスに対して適用される構成国の国内法の違いが内部市場での障害になることを考慮して、内部市場での情報社会サービスに適用される法原則の調整を図るつとしてきたのである。<sup>(15)</sup>

EC委員会は、九七年四月一六日のコミュニケ「電子商取引における欧州のイニシャチフ」<sup>(16)</sup>で、情報通信技術の発展、通信市場の自由化、ユーロの導入、域内市場の形成などの諸条件を活かすための確実な法的枠組を創出することを表明していたが、電子商取引指令および電子署名指令等の制定は、この延長上で行われた立法作業である。

電子商取引指令について、委員会は、一九九八年一二月に最初の提案を行った。当初の指令案に対するさまざまな批判<sup>(18)</sup>を受けて、委員会は、九九年八月一七日に修正提案をなし、二〇〇〇年五月四日に欧州議会が指令案について議決して、電子商取引指令（二〇〇〇年六月八日）<sup>(20)</sup>が成立することとなった。指令は、公布と同時に施行され、構成国

は、二〇〇二年一月一七日までに指令の国内措置を行うこととされている（二二条）。

この間、当初の提案以来、その提案に対する激しい議論はあったが、当初の提案に含まれていた基本原則は変わっていない。特に、情報社会サービスの全体に適用される水平モデルや、本拠地国原則など以下で検討する主要なポイントの基本は、修正されることはなかった。

成立した指令は、四章二四ヶ条からなっているが、それに六五の考慮事項が付されている。第一章総則では、指令の目的と定義規定および内部市場についての基本原則を定め、第二章では、情報社会サービスのプロバイダについて、事前許可を求めない事前許可排除原則（情報社会サービスの自由）を定め、一方でそれに際して各種の情報提供義務を課している（一般的な情報提供義務と商業的通信に適用される情報提供義務）ほか、電子契約締結についての定め、仲介者の責任（免除規定）についての原則を定めている。第三章は、実施にあたっての行動規約、裁判外紛争処理等についての規定、第四章は、通常の指令と同様の、国内措置、名宛人等についての補則を定めるものとなっている。

## (2) 指令の目的

指令一条一項は、「構成国間での情報社会サービスの自由な流通を確保することにより、内部市場が真の機能を発揮することに貢献」することを指令の目的としている。もともとの委員会提案の中では、EUの内部市場における電子商取引の展開が域内の産業の競争力を高め、投資と雇用を促進する可能性を提供するものであるが、オンラインでのサービス提供に課される多くの法的な障害が除去されない限り、そうした便益は最大化されないとの認識を示した上で、電子商取引指令によってそうした法的障害を除去することを目的とすることを述べている。<sup>(21)</sup>

これまでEUでは、域内での規制の透明化<sup>(22)</sup>、個人情報保護<sup>(23)</sup>、通信販売での消費者利益の保護<sup>(24)</sup>、条件付きアクセスサービスの法的保護<sup>(25)</sup>、電子署名法制<sup>(26)</sup>、著作権<sup>(27)</sup>、電子マネー<sup>(28)</sup>などについて、それぞれ指令を制定して、対応してきているが、電子商取引指令は、こうした内部市場における諸指令で確立してきた法原則を補充し、内部市場での電子商取引の発展を基盤的に保障するとともに、WTO、OECDなど国際的な議論の場での影響力の確保をも視野に入れた試みとして位置づけられる。

委員会の認識では、オンラインでのサービス提供にとつて、それらに適用される構成国の現行法制および法理論が異なっており、現行の法的枠組の明確性を欠くことから、サービス提供にとつての不確定性をもたらす、域内の事業者には法務対策費用の点で特別の負担をもたらしているほか、その投資意欲を減退させその競争力を阻害してきているとする<sup>(29)</sup>。指令では、その障害を除去するために、相互に関連する五つの論点に基づく基盤的な基本原則を確立することを目指している。

委員会の掲げる五つの論点とは、①情報社会サービスプロバイダの設立、②商業的通信（広告、遠隔からのセールスなど）、③契約のオンラインでの締結、④仲介者の責任、⑤実施措置の諸論点である<sup>(30)</sup>。①では、本拠地原則を適用し、プロバイダへの事前許認可制を課さないことを確認するとともに、プロバイダによる表示、情報提供を規制している。②では、商業的通信の場合に守られるべき表示原則を定め、透明性を与えるための規制をするとともに、専門的な職業についても、一定の留保つきながらオンラインでのコミュニケーション（広告等）についての一定の承認を与えている。③では、オンラインでの契約締結の障害となる法制度を除去することを構成国に求め、契約締結にかかわる若干の論点について定めをおく。④では、オンラインでの各種サービス提供を支える仲介者、仲介的なプロバイダの責任について、それを一定の場合に免除する規定を置いて、仲介者の責任についての共通原則を定めている。

そして⑤の実施に関わつては、従来と同様の指令の施行規定だけではなく、行動綱領の制定による私的な自主規制の利用や、オンラインでのサービスに関する紛争処理制度の設置などが盛り込まれている。

指令は、以上のような論点について、企業および市民が情報社会サービスをEU全体を通じて提供しまたは享受することができるよう確保するために厳密に必要なところのみ、整合化されたルールを確立しようとしている<sup>(31)</sup>。

### (3) 指令の適用除外分野

指令は、詳細には三で検討する「情報社会サービス」に分野横断的に適用されるが（一条二項）、次の分野は明示的に適用除外されている（同五項）。

- ① 租税（一条五項a号）<sup>(32)</sup>
- ② データ保護関連指令の除外（同b号）<sup>(33)</sup>  
データ保護関連指令（指令九五/四六/EC、九七/六六/EC）<sup>(34)</sup>は、すでにEU内でのデータ保護法制についての整合化を行っている。また、それらはデータ処理の責任者の本拠地により判断することとしている。また、争いのある見解であるが、サーバーのおかれている地点もそこに含める見解もあり、これらは、商取引指令では排除されている考え方であり、後述のように、電子商取引指令で採用されるプロバイダの責任原則および本拠地国原則と矛盾することになる。そこで、データ保護については、明示的に適用除外規定を置いている。
- ③ カルテル法的規制（同C号）

カルテル法の分野は、基本的に市場地原則により適用法令が決定され、本拠地原則をとる商取引指令と異なるため、適用除外とされている。

④ 公証人、それに対応する職業、弁護士の活動、賭博等<sup>(35)</sup>(同d号)

訴訟の代理、依頼人の利益の裁判所での弁護も除外されている。しかし、インターネットでの法律相談は、後述のように、被規制職業による情報社会サービスの提供として、指令により把握されている。国内の裁判所で代理を行うのでないかぎり、指令の規定が適用される余地が出てくる。

⑤ 公衆衛生および消費者保護に関する共同体の規制水準には関わらない(一条三項)。

具体的には、通信販売指令九七/七/EC、特定の製品についての広告に関する指令、医薬品の広告に関する指令九二/二八/EEC、タバコ製品の広告、スポンサリングについての指令九八/四三/ECなどが、念頭におかれている<sup>(36)</sup>。

指令は、以上の分野を明示的に適用除外している。なお、明示的に適用除外されているわけではないが、考慮事項の中では、刑法の分野それ自体の整合化を行うものではないとされている<sup>(37)</sup>。しかし、指令が定める後述のプロバイダの責任規定は、刑法上の原則を整合化することにもあたるとの見方もありうる。

### 三 情報社会サービスとプロバイダ

指令は、前述のように、「情報社会サービス」なる概念で範囲が確定されるサービスに対して、一定の法原則を適用する構造(分野横断的な水平モデル)をとっている。したがって、この情報社会サービスが、どういう内容のサービスを意味しており、従来の諸サービスの概念とどのように区別されるかが、重要になる。それにより、表示義務、情報提供の要否やプロバイダ責任免除の有無などが決定されることになる。

#### (1) 「情報社会サービス」

##### 1) その定義

指令は、当初の提案と異なり、最終的に、この情報社会サービスの定義については、これまでEUの指令の中で用いられてきた概念を参照する立法技術を採用した。ここでは、いわゆる透明指令<sup>(38)</sup>と、条件付きアクセスサービス指令<sup>(39)</sup>の中で用いられた概念を参照している。

同指令二条a号は、情報社会サービスを「指令九八/四八/ECにより改正された条文での指令九八/三四/EC第一条第二号の意味でのサービス」と定めて、いわゆる透明指令(指令九八/三四/EC)、すなわち「技術的基準および規則ならびに情報社会サービスの分野における情報提供手続に関する欧州議会および理事会指令」<sup>(40)</sup>、一条二号の「情報社会サービス」(information society services: Dienste der Informationsgesellschaft)<sup>(41)</sup>の定義を参照している。もともとの透明指令<sup>(41)</sup>は、構成国による技術的な規制および技術基準の制定に関する情報提供・報告について定めるものであったが、その後、その改正指令<sup>(42)</sup>によって、現在のように情報社会サービスについての規制についても適用されるように拡大されたものである。それによれば、情報社会サービスについては、次のように定められている。

「(2) 「サービス」 各情報社会サービスを指し、すなわち、通例有償で電子的に遠隔からかつ受領者の個別的な要求に基づいてもたらされる各サービスをいう。

この定義の目的に関しては、次の各表現は、それぞれに定める事項を意味する。

- 「遠隔から」 当事者が同時に存在することなくサービスが提供されることを意味する。
- 「電子的に」 サービスが電子的情報処理(デジタル圧縮を含む)設備およびデータ記録設備を用いてもともと

送信されかつその目的地で受信され、かつそのサービスが完全に、有線、無線、光学的手段またはその他の電磁的手段によって伝送、伝達および受信されることを意味する。

・「サービスの受領者の個別的な要求に基づき」サービスが個別的な求めに基づくデータの伝送によって提供されることを意味する。

この定義に含まれないサービスの例示リストは、付属書五で定める。

この指令は、次のサービスには適用しない。

・ラジオ放送サービス

・指令八九ノ五五二ノEECの第一条a)号によるテレビジョンサービス(\*)。

(\*) OJ L 298, 17. 10. 1989, p. 23. Directive as last amended by Directive 97/36/EC (OJ L 202, 30. 7. 1997, p.

2) ;

情報社会サービスに含まれないサービスを例示するリストとして、次の付属書五が一定のサービスを列挙している。

「付属書五

第一条第二号第二段落に含まれないサービスの例示リスト

一 「遠隔から」提供されるものでないサービス

サービス提供に際し電子的装置が使われている場合であっても、サービスの提供に際してサービス提供者と受領者が同時に物理的に存在しているサービス

a) 電子的装置を補助的に用いた、しかし患者がいての、医師の診療における診察または処置

b) 顧客が店舗にいて電子カタログを参照する行為

+

+

c) 顧客がいて旅行代理店でなされるときの、コンピュータ網を通じての航空券の予約  
d) 利用者がいての、ゲームセンターでの電子ゲームの利用

二 「電子的に」提供されるものでないサービス

・電子装置を使うが、しかし物としての形式で提供されるサービス

a) 現金支払装置またはチケット販売機

b) 入退出路またはそのいずれかで電子的装置によりアクセスがコントロールされかつ正規の手数料徴収が保障されるかまたはそのいずれかの場合の、有料道路網、有料駐車場等へのアクセス

・オフライン・サービス CD・ROMまたはディスクセットでのソフトウェアの販売

・電子的処理システムおよび記録システムを通じて提供されるものでないサービス

a) 音声電話サービス

b) ファックスサービス、テレックスサービス

c) 音声電話またはファックスを通じて提供されるサービス

d) 電話またはファックスによる医療相談

e) 電話またはファックスによる法律相談

f) 電話またはファックスによる直接通信販売

三 「サービスの受領者の個別的な要求に基づいて」提供されるものでないサービス

個別的な要求に基づかないで同時に多数の個別受領者に向けてデータの転送により提供されるサービス(二対多転送)

+

+

+

+

- a) (時間的にずらされたビデオ・オン・デマンドも含む) 指令八九ノ五五二ノE.E.Cの第一条a号によるテレビジョンサービス
- b) ラジオサービス
- c) (テレビ電波により伝送される) テレテキスト<sup>1)</sup>

## 2) 情報社会サービスの基準

指令は、前述のような情報社会サービスの定義をとった。ここでは、(i) 通例有償で、(ii) 電子的に、(iii) 遠隔から、(iv) 受領者の個別的な要求に基づいて、もたらされるサービスが情報社会サービスとされ、指令の適用対象とされる。当初の指令案では、オンラインショッピング、通信販売などを包摂する広い定義になっていたが、最終的に、前述の内容に修正された。以下、若干の点について、その内容を検討しておく。

### ① 電気通信サービスとの区別

情報社会サービスは、送受信双方で、電子情報処理・記録装置を用いたサービスの提供および受領がなされるものに限定されている。したがって、リアルタイムでデータが送受信され、ユーザ側でコンピュータ端末を必要としない通常の音声電話、ファックスサービス、テレックスなどの電気通信サービスは除外されることになる。<sup>43)</sup> 一般に電気通信サービスは、もともと基盤的な電子的データ(信号)の送受信をカバするのに対して、情報社会サービスは、その電気通信サービスを利用して、送受信されるデータを利用したサービス提供になると考えてよいであろう。<sup>44)</sup>

ただこうした限定をした場合でも、インターネット電話(インターネットを利用した音声電話サービス)のうち、ユーザ側でパソコンに接続されたマイクとスピーカで電話サービスが提供される場合は、情報社会サービスに入り、

+

インターネットは経由するがユーザには公衆電話網を經由して一般の電話機を通じて提供される場合は、情報通信サービスに入るとい取り扱いになるようである。

また、携帯電話端末を用いて、WWWおよび電子メールを利用して提供されるサービスも含まれることになる。したがって、モバイル商取引(m-commerce)は、情報社会サービスとして扱われることになる。

なおインターネットアクセスサービスは、当初の指令案では、ネットワークそのものを構成するとされていたが、結果的に通信サービスではなく、情報社会サービスに含まれることになっている。<sup>45)</sup>

### ② オンラインショッピングに関する限定

オンラインショッピング、通信販売の場合は、指令の定義からすれば、オンラインで製品やサービスが提供される部分だけが、情報社会サービスに入る(例、オンラインでのソフトウェアの販売、有料データベースの検索・情報提供など)のに対し、製品やサービスの提供に物理的な配送手段が使われたり、オフラインでサービスが提供される部分は、除外されることになる。<sup>46)</sup>

### ③ 放送サービスとの区別

メディアの融合によって、最近では、テレビ、ラジオなど従来からの放送サービスが、有線で提供されたり、インターネットを通じて提供されるようになってきている(メディアの融合)<sup>47)</sup>。指令は、こうした状況に新たな枠組で対応するのではなく、あくまでも従来の放送サービスとの区別をした上で、情報社会サービスの範囲を確定する。ここでは、放送が、事業者から一方的にサービス内容が提供されるのに対して、情報社会サービスの場合は、ユーザの「個別的な要求に基づいて」提供される点で限界を画そつとしている。

透明指令の付属書三の三項は、「個別的な要求に基づかないで同時に多数の個別受領者に向けてデータの転送によ

り提供されるサービス(一対多転送)」との基準を示しているが、ケーブルテレビや一般のテレビまたはラジオの番組をインターネット等で不断に提供している場合はともかく、例示でも示されるビデオ・オン・デマンドのようにユーザの個別的な選択と求めに応じて提供されるサービスの場合は、限定が困難であるが、指令は、時間的に与えられたビデオ・オン・デマンドも含めて、テレビジョンサービスとして除外している。この点は、必ずしも理論的に整合的ではない。

放送と情報社会サービスの区別は、ドイツにおける情報・通信サービス法とメディアサービス州際条約の制定の際にも問題となった。ドイツでは、連邦のテレサービス法は、「文字、画像または音声のような組み合わせ可能なデータの個別的利用のために定められかつ電気通信による伝送を基礎としているあらゆる電子的情報サービスおよび通信サービス(以下テレサービスという。)(同法二条一項)に適用されるとして、個別的利用に限定し、一方、メディアサービスについては、「公衆に向けられた情報サービスおよび通信サービス(メディアサービス)(州際条約二条一項)<sup>(49)</sup>と定めて理論的に区別した規定をおいているが、実際上は、区別は不可能とされている<sup>(50)</sup>。ただ実際上は、両法の規定がほとんど同一に保たれた結果、問題はほとんどない<sup>(51)</sup>とされている。

これまで、ドイツ法では、おおまかに、電気通信サービスは技術的側面、免許問題ないしは市場構造問題に関して規制の対象とされ、テレサービスおよびメディアサービスは内容的な、コンテンツに関する側面に、と切り分けてきているといつてよい。これに対し、指令の場合は、メディアが融合した現状にもかかわらず、不必要に全サービスを区別しようとしていて、新たな解釈問題を生じさせる、との批判がある<sup>(52)</sup>。また、具体的にも、指令の区分にしたがうと、ユーザおよびプロバイダの双方に電子情報処理組織がないと情報社会サービスとして把握されないから、電話で音声メニューシステムを使った電子メール、電子メッセージシステムのサービスプロバイダは含まれない<sup>(53)</sup>。たとえば

+

+

電話での法律相談は、把握されないのに、オンラインでの法律相談は把握され、後述の本拠地国原則が適用されるなど、アンバランスが出てくる。

結局のところ、指令が想定する各種の通信の現象形態の区別では、満足のゆく解決策は用意されておらず、通信の形態およびその内容が融合する中で、どのようにそれらを区別し、どのようにより適合理的な規制の枠組を適用するかという、困難なかつ決定的な問題について、なお課題は残されているといつてよいであろう。さまざまな現象形態の区別を結果的に区別するのは不可能だともいわれているが、今後各国がどのようにサービスを区分していくか、対応、推移が注目される。

## (2) 「サービスプロバイダ」

次に問題となるのが、指令が規制対象とするサービスプロバイダの概念である。

指令は、サービスプロバイダについては、情報社会サービスを提供する各自然人または法人と定めている。前述した情報社会サービスが、さまざまな基準により限定された概念であることから、指令で把握されるサービスプロバイダも、結果的に次のように、限定されることになる。

- ① サービスプロバイダは、オンラインでユーザに対してサービスを提供しまたは契約を締結するなど、関係者が物理的に対面することのない場合に限られる。この点は、通信販売指令の場合と同様である。
- ② 次に、ユーザも電子情報処理およびデータ保存装置を利用する場合に限られることになる。この点では、携帯電話端末のように情報処理およびデータ保存機能を有する電話機も含まれることになろう。
- ③ 電子社会サービス自体が「通例有償で」と限定されているために、まったくの非営利的なプロバイダ(個人を

含む)は、指令の適用対象となるプロバイダには含まれない。しかし、スポンサや広告主など第三者により費用負担されているサービスのプロバイダは、指令により把握される。<sup>(54)</sup>

この点について、指令が、営利的なサービスを中心に行っているのは、EUが、域内市場における貿易障壁を除去しようとしているという目標からと、EUの権限から考えれば理解できることではある。しかし結果的に、構成国が営利的なプロバイダだけ責任免除(後述七)によって利するようなことになれば、致命的でかつ客観的に正当化できないとする批判は正当である。<sup>(55)</sup> 非営利的なプロバイダを除外する点は、それらも含めて適用対象としたドイツのテレサービス法とは異なっている。<sup>(56)</sup> ドイツでは、従来のテレサービス法で、非営利のプロバイダも含めて責任原則を定めていた延長上で、商取引指令の国内措置としても、営利・非営利の双方について包括的に責任免除規定を導入しようとしている。<sup>(57)</sup>

④ また、本拠地をおくプロバイダについての限定では、一時的にはない、期間を限らず、という要件(二条c号による)で営利的な事業者の範囲を限定している。この点については、営利的な活動でも期間を限定して実施することがあることからして、問題があるとの指摘もある。<sup>(58)</sup>

以上のように、批判や修正申請があつたにもかかわらず、委員会、閣僚理事会は、プロバイダ全体についての統一的な法原則、特に、責任特権についてのそれ、を創出することはできなかったといえよう。<sup>(60)</sup>

なお、指令は、共同体の構成国内に本拠地を有する情報社会サービスプロバイダに適用されることになる。この点では、域外に本拠地を有するプロバイダは除かれるし、その場合は、域外に本拠地を有し共同体内にサーバーや中継装置等を置く者も除外されることになる。この点は、本指令で明確化されることになった。

共同体内に本拠地を有するという要件については、欧州裁判所のこれまでの判例を前提として、判断することとさ

れており、そこでは、事実の質的な基準、経済活動の継続性の基準によるのであり、形式的なまたは技術的な基準によるのではない。<sup>(62)</sup>とされている。経済活動が固定した設備を使って一時的にはなく行われている場所を指し、その場合、経済活動の事実と継続性という質的な基準が決定的であり、形式的な郵便受けとか、技術的な基準、例えばサーバーの設置など、行為者が容易にコントロールを免れるようなものを基準にしているわけではない。<sup>(63)</sup>

#### 四 本拠地国原則と許認可からの自由

##### (1) 本拠地国原則

三条では、本拠地国原則を定めている。指令が整合化する「協調分野 (coordinated field)」では、本拠地国原則が適用され、構成国は、自国のプロバイダに自国法を遵守させる義務を負うと同時に、他国に本拠地を有するプロバイダの活動を規制することを原則的に制限される。

三条一項、二項は、簡潔に、各構成国はその領土内に本拠地を有するサービスプロバイダにその国内規定が適用されるよう配慮しなければならないと定める。この点は、三条一項、三条二項および二条h号の「協調分野」<sup>(64)</sup>の定義規定とがあいまって、構成国には、この指令により協調される分野に関する理由からは情報社会サービスの自由な流通を制限することが禁止される。つまり、構成国は、自らの領域に本拠地を置くプロバイダに対しては、自国法を遵守させる義務を負うが、一方他の構成国の国内法を遵守して外国に対してサービスを提供するプロバイダの活動は、原則として制限できないことになる(情報社会サービスの許認可からの自由の原則)。協調分野では、情報社会サービスの表示規制などをのぞけば、原則自由なものとして扱われる。本拠地国法に従っておれば、他構成国により妨げられることはないということを意味する。その限りでは、裁判管轄の問題にも、また適用法規の問題にも関わらないも

のとされている。<sup>(65)</sup> もっとも後述のように、電子的方法以外で提供される製品そのもの、または製品提供方法には関わらないので、その点は、各構成国の国内法による規制がこれまでと同様になされることになる。

協調分野での情報社会サービスの基準は、前述のように、それがオンラインで提供されるかどうかで区別がなされる。特に、セキュリティ措置、表示義務、製品についての責任、国境を越えた医薬品送付などは、協調分野に入らず、本拠地国原則は妥当しない。そこで、オンラインでの注文そのものを規制するのではなくて、契約の履行である製品の輸入を規制するという方式が認められることになる。それに対して、ソフトウェアの販売などについては、オンラインで販売する場合と、物で提供する場合とで扱いが異なることになる。

## (2) 例外分野

指令では、以上のような本拠地国原則が適用されない分野がさらに限定されている。

EU指令の性格上、EU構成国以外の第三国のプロバイダには適用されないことは当然であるが、指令は、三条三項で、同一項および二項の原則が適用されない分野を付属書によって定めることにしている。さらに、同四項で定める一定の例外的な事情があるときには、例外的に構成国による制限を許容している。

付属書では、八つの事項を例外として挙げている。

指令により別途規制がなされている著作権等、電子マネー、保険サービス、の各分野を挙げているほか、契約当事者の法選択の自由、消費者契約に関する契約上の債権債務関係、不動産に対する権利を設定しまたは移転する契約の形式的な効力(この契約が不動産が存在する構成国法により強行的な形式規定に服するかぎり)、電子メールによる求めによらない商業通信の許容性、の各事項を本拠地原則の例外分野としている。

これらの分野では、サービスの提供先、相手国の法律制度により法的規制がなされる可能性を認めているのである。これらの分野のうち、電子メールを使った求めによらない商業通信、いわゆるスパム・メールについては後述するが、指令によって本拠地原則が適用されるわけではなく、各構成国の国内法に従ったメールの許否が認められることになる。

指令は、付属書で定める一定の分野については、一律に本拠地原則の例外を認めるが、さらに、公共の秩序の保護、青少年保護、犯罪防止・犯罪捜査、差別的・人間の尊厳の侵害防止、公衆衛生の保護、公共の安全、消費者保護の目的からそれらに対する重大な侵害または重大な危険をもたらす情報社会サービスに対して、比例原則を満たし、なおかつ本拠地国に対して措置要求し、それに対して措置がなされないか不十分な場合において、委員会に通知した上で、例外的な措置を相手国がとることを許容している(四項)。また緊急の場合には、事前の手續をとることなく(事後通知は必要)、措置をとることを許容する(五項)。

以上のように、指令は、基本的には本拠地国原則をとりながら、一定の分野を例外とし、特定の目的から厳格な要件のもとで行われる緊急措置を認めることによって、内部市場の整合化を図ろうとしているのである。

## (3) 本拠地国原則の評価

これまで本拠地国原則は、民法法の分野ではさほど適用事例は多くないといわれており、通例、テレビ指令<sup>(66)</sup>の競争法上の規定、公共経済法の分野でのみ知られているといつてよい。それによれば、公法上の要件、私法上の要件、例えば、競争法などから刑事法上の犯罪構成要件まで、すべてが本拠地国法で処理されることになる。民法法の分野で、最近まで本拠地法で処理されてきた会社法の分野にあっても、この分野での典型的な要件のみに限定されてきたとさ

れている。<sup>(67)</sup> そういう状況からして、各法分野を通じて横断的に本拠地原則を適用する今回の規制は、衝突法の原則でも、欧州指令でも、馴染がない考え方であるとの評価がなされるのである。

本拠地国原則によれば、欧州内でやグローバルにサービスを提供する企業にとって、本拠地を置く国の国内法を把握し、それに従っておりさえすれば、原則的には、他国でサービス提供を制限されたり、法令違反の責任を問われることはない。プロバイダにとっては、自らが提供するサービスが適法かどうかについてEUの他の構成国法を予め調査しておく負担から開放されるし、紛争が生じたときも「一定の」負担軽減がなされることになる（法務対策費用の軽減）。そういう意味では、本拠地国原則は、サービスプロバイダにとって、とりあえずは法的な予測可能性を確保し、法務関係のコストを削減するメリットをもたらすし、結果的に情報社会サービスのさらなる展開を促進する効果をもたらすことになる。

しかし、一方で、これまで国内法でさまざまな消費者保護的な規制や、広告規制、割引規制などの公正競争の観点からの規制を多くしてきた構成国にとっては、そうした規制が、他構成国からのプロバイダのサービスには適用されないことになる。それにより自国法による規制が実質的に空洞化されることになる。また、自国のみが、そうした規制をプロバイダに及ぼすことによって、自国のプロバイダを外国のプロバイダに比べて不利な競争条件に置くことになり、そのことが結果的に、プロバイダに有利な規制をしている国へのプロバイダの流出にもつながる。その結果、厳しい規制をしている国は、結果的に規制の切り下げ、規制緩和をしいられることになる。こうして規制の切り下げ競争（race to the bottom）をもたらすことになるのである。<sup>(68)</sup>

とくに、ドイツの論者は、商取引指令が採用した本拠地国原則について極めて強い批判をしてきた。高水準の国内法による規制が、EUの最低水準にあわせて引き下げられざるをえない状況をもたらすとして、批判してきたのであ

る。<sup>(69)</sup> ドイツの広告規制、不正競争規制（通説的には、不正競争規制も競争秩序を維持し、結果的に消費者の利益のために行われているとされている）は、他の構成国と比べて厳しい規制をしているが、指令の本拠地国原則の結果、引き下げを余儀なくされるのではないかとわれている。<sup>(70)</sup> 多くの論者が危惧するのは、ドイツ法上、経済法の分野での信義誠実法、広告規制、景品・割引・販売方法規制などについて、他の構成国に比べて厳しい規制をしてきているが、

そうした規制が、自主規制も含めて、商取引指令の本拠地法原則により機能しなくなるとい点である。<sup>(71)</sup> もっとも以上のような批判に対して、一方では、本拠地国原則が適用されず、サービス提供の相手方国の法が適用されるとすると、プロバイダに一六の違う法制度を全部調査して、適法なサービスを提供しなければならぬという膨大な負担を課すことになるから、問題外であるとして、指令の規定を支持する見解もある。<sup>(72)</sup> 法的な立地条件の競争と一方での緊急に必要な法益の保護のための「非常ブレーキ」によってバランスがとられたシステムは、その基本的な考え方においては、消費者保護の水準を最低レベルまで低下させるのではなく高いが適切な水準に保たれる、信頼性のある理論的な保護モデルであると評価するのである。<sup>(73)</sup>

プロバイダに対する監督の点では、外国に本拠地をおくプロバイダの監督は困難なことから、構成国がそれぞれ自国のプロバイダを監督することによって、EU域内のプロバイダの適法な活動が保障されるというねらいもある。<sup>(74)</sup>

#### (4) 許認可からの自由

次に、指令は、情報社会サービスについて、事前の許認可を排除して、自由に提供しうるものであることを確保することを構成国に求めている（四条）。そこで構成国に課されるのは、もっぱら情報社会サービスに対して課される

許認可および同等の効果がある法的要件を課さないことである。放送サービスおよび電気通信サービスについては、許認可権限が認められているのに対し、情報社会サービスの場合は、許認可からの自由の原則が確認されたことになる。

この点は、ドイツのテレサービス法およびメディアサービス州際条約で、テレサービスおよびメディアサービスが許認可および届出なしに営むことができることとされていることと同様の規定であり、こうした規定を置くことにより、欧州での情報社会サービスの発展を法的に保障することを意図したものである。

なお、指令が保障するのは、もっぱら情報社会サービスに対して求められる許認可等の排除であって、一般的に他のサービスや事業者に求められている許認可等にはかわらない。したがって、電気通信法制上、一定の情報社会サービスプロバイダも電気通信法制上の許認可または届出が求められている構成国の法制では、そうした許認可等は認められることになる。

#### (5) 衝突法と本拠地国原則

本稿では主として、ドイツで公にされた文献によりながら商取引指令を検討対象としているが、本拠地国原則については特に強い批判がなされてきた。ここでは、本拠地国原則は、公法の分野ではなじみがあるものの、私法の分野ではなじみがない法原則であるというだけではなく、現在進行中の国際私法の見直し手続や、衝突法の原則と矛盾するという点である。とりわけ、本拠地国原則と衝突法の関係については、批判が強い。ここでは、衝突法と本拠地国原則の関係を当初の指令案のものと暗黒の部分と評価したり、<sup>(76)</sup>あるいは、国際私法と同原理との相互作用が容易には判断し難い<sup>(77)</sup>という指摘がなされている。

本拠地国原則の採用は、基本的な法政策的決定であり、オンラインセクターをずっと越え出る転轍を意味しており、特に、衝突法協定 (Rom I, Rom II) の見直しと衝突するおそれがある<sup>(78)</sup>との指摘や、EUでの衝突法、国際私法に関する最近の改正動向の中で重要な意味を有する、契約外の債権債務関係に適用されるべき法についての協定交渉とも、矛盾するのではないかとされている。特に、その六条では、不正競争または不正慣行から生じる債権債務関係には、その行為が侵害的に作用する国の法、つまり市場地原理、対象国原理を適用することを定めている。こうした動きに対応して、商取引指令でも同様の法原則をとるべきであるとの強い意見が出されていたが、<sup>(79)</sup>入れられなかったわけである。

このように、指令制定過程で本拠地国原則については、集中的に議論されてきたにもかかわらず、最終的には、当初の三条が、ほとんど変わらないで存続しているほか、さらにこの原理を一貫させる方向で指令ができあがっている。つまり、当初の提案では、明示的に、指令の例外をさらに拡大するための手続として、委員会協議手続を二十二条一号<sup>(80)</sup>と付属書一で定めていたが、最終的には、それも跡形もなく削除されている。

論者も指摘するように、本拠地国原則は、もともと伝統的には、本質的に公法上の措置に関わってきた。公法の分野では、その主権の及ぶ範囲内では、その国の法規範を適用するのが原則であり、そもそも他の法域の法規範を参照することは知らない。しかし私法では別であるというわけである。これまで本拠地国原則を適用してきた事例では、金融機関、保険会社への監督<sup>(81)</sup>、最近ではテレビ指令の改正などがあげられているが、<sup>(82)</sup>いずれも、公法的な規制・監督と関わる法規範においてである。商取引指令の場合は、分野横断的に本拠地国原則を導入した点が、新たなかつもっとも議論を呼んだ点である。

商取引指令が本拠地国原則を定めることについては、提案当初から極めて強い批判があったが、指令は、結局、最

終的にその基本的な法政策的決定を変更することなく、本拠地国原則を情報社会サービスに対して適用することとした。この本拠地国原則については、現在でも、さまざまな批判的意見が出されているし、また今後も、そうした批判的な検討がなされていくことと思われる。

## 五 情報提供義務

指令は、サービスプロバイダに対して、サービス提供の点では原則自由としつつも、さまざまな情報提供規制を行っている。指令上は、プロバイダに課される一般的な情報提供義務、商業的通信（広告メールなど）に課される情報提供義務、さらに電子契約締結にあたっての情報提供義務の三種類の情報提供義務を定め、情報提供の点では、比較的包括的な規制をしているといつてよい。

### (1) 一般情報義務

指令五条は、サービスプロバイダが、次の各情報を、「容易に、直接かつ恒常的に」提供しておくよう確保することを構成国に求めている。

指令は、名称、本拠地住所、連絡先・連絡方法、公的登記簿の番号・識別記号、権限ある監督行政庁（その活動に許認可が必要な場合）、被規制職業については、職業団体、職業表示・構成国名、職業法上の原則の参照またはそれへのアクセス方法、付加価値税の納税者番号について情報提供することをプロバイダに求めることになる。また五条二項は、少なくとも、情報社会サービスが料金に関連する限りにおいてこの点が明確にかつ一義的に示されていること、および特に、租税公課および送料が価格に含まれているのかどうかについて示されていることを、配慮するよう

構成国に求めている。

この規定は、情報社会サービスプロバイダに対して、基本的な情報義務を課すものであって、その情報によってサービスのユーザは、プロバイダの同一性確認、特定をすることが可能となる。特に、インターネットにおいては、サービスが匿名または仮名で提供されれば、ユーザにとっては、プロバイダの情報としてURLとWebページ上の表示しか手がかりにできず、たとえば法的紛争が生じたときに、プロバイダの特定ができないという事態に直面することがありうる。こうした事態を回避するために、情報社会サービスの提供者の所在等のプロバイダの同一性確認情報を提供させることは、消費者保護の観点からも極めて有効な措置だと評価することができる。こうしたプロバイダの情報提供義務は、たとえばすでにドイツのテレサービス法六条（名称および住所、社団・人的集合体の場合は、代表者の氏名および住所）および価格表示法改正（サービス価格の表示）によって導入されているが、商取引指令はそこで求められる情報よりも広範な情報提供をプロバイダに要求するものである。一部には、提供情報の範囲は広いわけにどの情報が意味があるのかについて批判がある<sup>83)</sup>。しかし、サービス提供者の同一性確認・特定が、インターネットの世界では重要であることを考慮すれば、積極的に評価すべき規定であるといえよう。

### (2) 商業通信に関する一般的情報義務

広告バナー、広告メール、広告サイトなどの商業通信については、指令はさらに一般的情報提供義務に加えて、商業的通信であることを明確に示すことを基本原則とした情報提供規制を行っている。

商業的通信についての情報提供義務を定める六条は、商業的通信であることを明確に示すこと、商業的通信の委託者の表示、価格割引、おまけなどの販売促進手段ならびに懸賞募集・福引きが許容されている国のプロバイダのサー

ビスについては、かかるものであることの明確な表示とそれらの請求または参加の条件を表示することを求めている。求めによらないで広告のメールをユーザに送りつける、いわゆるスパム・メールに関わっては、指令は、その許容性については明確にふれず、かかるメールが一義的にかかるメールであることを示すように表示することを求めている(スパム・メールの問題については後述する)。これも情報提供規制、広告規制の一環である。六条c)、d)では、明白に本拠地国原則が定められている。

もっとも情報と広告の明白な分離といつても、実際には問題となるケースがある。たとえば銀行による評価活動は、情報を与えると同時に、場合によっては自らの事業に顧客を誘引することになる、などの例をあげることができよう。この点では、ハイパーリンクも同様の問題を生じさせることがある。

### (3) 商業的通信規制とスパム・メール

商業的通信については、すでにその情報提供の点での規制については前述した。指令上は、商業的通信についてはその表示についての規制をするのみであつて、そもそも商業的通信自体の許否、とりわけスパム・メール<sup>(84)</sup>の許否等については指令は整合化していない。

商業的通信の概念自体は、広告・宣伝等のすべての営利的な情報提供に適用される点で、極めて広範な通信を対象としている。独立の製品テスト情報、広告の性格を持たない単なる情報の伝達など一部の例外をのぞき、商業的通信に含まれる情報社会サービスが極めて多い。一方で、景品、広告ゲーム、プレゼントなどの規制は、各国毎に異なっており、委員会がそれらを実質的に整合化することをしなかったことにつけが、それらについての透明性規制しかで

きないという点に現れている<sup>(85)</sup>。との指摘がある。

以下では、簡単にスパム・メールをめぐる議論およびドイツでの受け止め方を紹介しておきたい。

EUにおいては、unsolicited mail、スパム・メールの問題は、すでに通信販売指令九七/七/EC<sup>(86)</sup>および電気通信部門個人データ保護指令九七/六六/EC<sup>(87)</sup>で規制されている<sup>(88)</sup>。ここでは、スパム・メールを、原則的に認めユーザが拒否する場合には許されないといい規制をするか(Opt-out system)、原則的に許容されずユーザの事前の同意があるときに限定して許容するか(Opt-in system)の原則的な判断をすることなく、構成国に委ねている<sup>(89)</sup>。しかしこれにせよ、ユーザが拒否する場合、メールを受け取りたくない場合は、スパム・メールの送信は許容されないという点は法的には認められているのである。

本指令では、これまでと同様、スパム・メールの一般的な許否の問題は扱ってはならず、通信販売指令および電気通信部門データ保護指令における規制を前提としている。本指令は、情報社会サービスの商業的通信について、構成国が、ユーザの拒否がない限りで、スパム・メールを原則的に許容することもできるという従来からの原則に基づいている。その結果、構成国は、スパム・メールを禁止することもできれば、許容することもできるのである。本指令では、スパム・メールを許容する場合の、メールの形式上の要件を新たに定めている(スパム・メールの明白かつ一義的な表示)。重要なのは、この文脈では、電子メールも、第三条の付属書により、本拠地国原則から除外されており、したがって国内立法で異なる定めができるという点である。

ドイツの論者の中では、ドイツ法では、スパム・メールは禁止されているとする論者が多数であり、<sup>(90)</sup> 裁判例も、不正競争防止法一条、民法典八二三条一項を根拠に、スパム・メールは許容していない<sup>(91)</sup>。多くの論者は、スパム・メールの禁止の原則は、商取引指令によっても存続が認められると解している<sup>(92)</sup>。

商取引指令は、以上のようなスパム・メールの許否の問題自体には触れず、透明性と電子メールの目印の問題に集めた規定をおいているのである。指令本文の中では定められていないが、考慮事項三〇で求めにやらない商業通信は、受領者に付加的な伝送費用を生ぜしめてはならない、とされており、その点は、それぞれの構成国の許否の態様に依りて、重要であろうと思われる。

指令は、さらに七条二項で、(脱退リスト)拒否リスト (Opt-Out-Register; ロンロン・リスト Robinson-Liste)<sup>(93)</sup> についての規定を入れている。そのリストに自然人を登録させ、メールを送る業者は、このリストを定期的にチェックしてコントロールしなければならぬ、という規定を入れた。これにより、ユーザが事前にスパム・メールの送信に対して、防衛できる機会を与えるわけである。この規定違反に対してどのようなサンクションを課するかのも、構成国にゆだねられている。

なお、指令の規定に対しては、なぜ自然人に限定して、このような規制をおいたのか理解できない<sup>(94)</sup>、とする見解も示されている。事業者にとつても、スパム・メールによって場合によっては経済的負担が生じたり、通信が混雑するという事情があることに鑑みれば、こうした批判にも理由がある。

商取引指令が、スパム・メールの許否について、構成国のさまざまな法状況を認めた結果、将来的には、ドイツのようにスパムを禁止する国とそうでない国の間でユーザの立場から見た比較がなされることになる。その結果、ドイツのように一般的に禁止されている国のユーザに対して、許容する国のユーザが経済的、時間的に負担を課されているか、ネットが混雑しているかどうかを検討されることになる。その意味で、今後の状況が注目される。

#### (4) 被規制職業

指令は、さらに「被規制職業」<sup>(95)</sup> という定義で確定される法令で規制された専門的な職業についても、商業的通信についての定めを置いている。被規制職業の定義は、情報社会サービス同様、他の指令の定義を参照するものであるが、その定義も規制のしかたを手がかりにしており、規制される職業の実態によって区分するものではないので、その実態は、当然国によりまったく異なっている<sup>(96)</sup>。指令は、そうした資格自体の国による差異にはふれることなく、商業的通信の開放のみを意図している。

一般に被規制職業については、構成国の国内法で、広告規制や業務提供方法についての規制をしていたり、あるいはそれらの職業団体によって自主的または法令に基づく規制がなされていることが多い。従来から、インターネット等を使つての広告や業務提供(たとえば、弁護士広告、オンラインでの法律相談、医療相談など)<sup>(97)</sup> が問題とされてきた。

指令八条は、インターネットでの被規制業者による商業通信の許容性を明示的に認めている。指令では、「職業法上の原則、特に、独立性、職業の権威と名誉、職業上の秘密ならびに顧客および同業者に対する公正な行動の遵守が守られている限りにおいて」という限定つきながら、構成国に被規制職業による商業的通信を可能とするよう求めている。

この場合、被規制職業による商業的通信に関しても、本拠地国原則は妥当するので、たとえば、外国の弁護士が広告をすることも制限できない、ということになる。

こうした指令の基準によって、原則として<sup>(97)</sup>、被規制職業についてもオンラインでの広告など商業的通信が許容される。その際、五条(一)項が定めているように、被規制業者が所属する同業者団体、会、職業表示、それに妥当する本拠地の規定も示す義務を定めており、こうした表示規制をして透明性を確保しながらも、基本的には情報社会サービ

又原則自由化の中に、被規制職業のそれも含めているのである。

なお、指令は、このように被規制職業の商業的通信を自由化するにあわせて、同業者団体、同業者組織に、E U 中で妥当する行動綱領を定めるように働きかけ(八条二項)、それにより、職業関連の広告法の整合化を図ろうとする規定もおいている。この点では、本拠地原則により生じる各国の規制の差異を自主規制によって整合化しようとするものであるが、あくまでも行動規約は任意のものであり、法令による強制的な規制ではないので、効果には限界がある。

## 六 電子契約の可能性

### (1) 基本原則

商取引指令の中に定められたオンラインでの電子契約についての規定は、当初の指令案から、審議の過程で、非常に大幅な修正をされた。もともとの指令案の二一条は、極めて複雑な契約締結規定を置いていたが、審議の過程で大幅に変更された。現行指令では、注文の確認についての規定がおかれているのみとなつて<sup>(98)</sup>いる。

現在の電子取引に関する規定は、電子契約を可能にするという基本的な考え方で規定がおかれている(可能化原則、Ermöglichungsgrundsatz<sup>(99)</sup>)。指令は、オンラインでの契約締結を可能にすることを構成国に求めている。商取引指令のみが、オンライン契約に必要な規定をおいているわけではなく、契約締結の際の契約書の機能のいくつかは、電子署名指令によってカバーされていることになる。電子契約に関しては、電子署名指令と商取引指令が相互に関連しているのである。

最終的な指令の中で取り入れられた新たな点として、電子メールの交換によって締結される契約についても、契約

として有効なものとすべきではあるが、情報提供義務(二〇条一項および二項)と注文の実施(二一条一項および二項)についての規定の適用が、除外されている点(二〇条四項、二一条三項)もここでふれておきたい。

### (2) 電子的に締結される契約の差別禁止

商取引指令は、電子契約に関しては、電子的に締結された契約の無差別取り扱いを求め、契約締結に際しての保護規定および情報提供義務を定めている。以下、個別的にみておこう。

指令九条は、構成国に電子的な契約(電子的に締結される契約)を差別しないことを求めている。しかし指令は、具体的な措置についての定めをおかず、構成国の判断にゆだねている。

構成国は、九条に基づいて、訴訟法を含むすべての民事法について、それらが従来の契約書による契約と電子契約が平等な取扱いを保障しているかどうかを検討するという包括的な作業を行わなければならないことになっている。

もともとの指令案では、差別をなくすためのすべての観点での調査をしなければならないとしていたが、最終指令は、明らかに法的な障害に限定しておりかつ、考慮事項三四では明示的に形式規定に言及している。もっとも、法的観点に限定しているからといって、訴訟法上の問題を扱わなくていいことにはならない。

この点に関して、考慮事項三七は、実際上の障害を、「一定の場合に電子的手段が使えないことにより生じる」ものと理解している。また考慮事項三四は、契約締結および契約の保存までとしているが、九条の解釈としては、それよりも広く、電子契約の利用全体で検討されなければならない。さらに、考慮事項三五は、一般的または特殊な法的要件を課することもできるとしているが、この点は、具体的には電子署名の要件を念頭においているのではないかと考えられる。

指令九条は、一項で、電子契約の平等な取扱いを求めつつ、二項では、特別の形式要件が必要な契約を除外することを構成国に認めている。そこには、不動産に関する契約（賃貸借を除く）、行政庁、裁判所、公証人等の協力が必要な契約（登録を要する契約、公証を要する契約など）、営業として行うものではない保証契約、家族法上および相続法上の契約があげられている。この関連では、構成国は、例外を認める契約については、EC委員会に通知する必要があるほか、五年毎に報告を行わなければならない。特に、(b)で掲げられた例外についてはさらに例外を正当化する理由を示さなければならないとして、例外を認めつつも、それを縮減する方向での規制が行われているといつてよい。

(3) 契約締結の時点および瑕疵補正

契約締結の過程についての規定として最終的な指令では、注文の実施について、注文の確認連絡についての規定およびユーザが呼び出し可能なときに到達したとみなす規定のみが定められている。これは、前述のように当初の指令案に対する激しい批判の結果である。

指令二条一項では、サービスプロバイダがユーザによる注文の受領を遅滞なく電子的方法で確認しなければならぬこと、および注文および受領確認は、当事者がそれを呼び出すことができるときに到達したものとみなすこと、の二点を電子的な契約の締結に際して求めている。また二項では、ユーザが入力ミス注文前に認識、訂正することのできる手段を用意することを求めている。これらの要件は、いずれも、消費者契約については例外なく妥当し、非消費者契約の場合は、合意による例外を認めている<sup>(10)</sup>。また、電子メールによる契約には適用されない<sup>(11)</sup>（三項）。

注文の受領確認は、インターネット上では、相手方に注文のデータが到達しても、そのみでは注文者実際にデータが到達したのかどうかはただちには明かでない。システムエラーで、データがプロバイダのもとに到着してい

ないこともありうるために、注文者は不安定な状況におかれることもないわけではない。そこで受領確認をさせることによって、そうした不安定を除こうとするものである。

プロバイダによる注文の受領確認については、それが法的にどのような性格、効果を持つのかの問題は、解釈論上残っている。確認されないと法的にどうなるのか<sup>(12)</sup>、など、今後各国の民法法学上の論点になると思われる。

受け手がメッセージを呼び出し可能になったときに（例、電子メールが相手方のメールサーバーに到達したとき）、意思表示が到達したとみなす規定は、ドイツ法との関連では問題ない。電子メールの到達に関する支配的な見解は、指令と同様に解している<sup>(13)</sup>。

三項で新たに入った電子メールによる契約成立の適用除外規定は、当初の指令案には含まれていなかった。電子メールの「交換」による契約については、確かに受領の確認は無意味とされるが、誤りの訂正については、一概にはいえない。ブラウザに統合されたメールによる申込の場合、一方的な電子メールの送信は、三項には含めない、と解釈する余地が残されている<sup>(14)</sup>。

考慮事項三九では、三項の例外が、プロバイダがこれらの規定を回避することを認める方向へと導くものであってはならない、と確認的に述べられているが、除外すること自体に問題はなかったであろうか。

(4) 契約締結との関連での情報提供義務

プロバイダに対する一般的な情報提供義務および商業通信に求められる情報提供義務については前述したが（五(1)、(2)）、指令は、*data privacy*に契約締結に際してユーザに提供されるべき情報についても規定している。指令の二〇条一項は、消費者でない者として異なる定めをすることを許容しつつ、次の点につき、顧客に対し、契約締結前に、契約の締

結につき明白かつ一義的に情報を与えることを求めている。

ユーザに提供することが求められている情報は、(a) 契約締結の技術的な手順、(b) 契約文言がプロバイダにより保存されるかどうか、事後にアクセス可能かどうかの指摘、(c) 注文実施の前の入力ミスの認識・訂正の技術的手段、(d) 使用可能言語、の四点である(一〇条一項)。

指令は、同じく消費者でない者どうしで異なる定めをすることを許容しつつ、プロバイダが服する行動規約についても、情報提供することを求めているほか(同一項)、契約条件および約款については、ユーザが保存、複製することが可能なように提供されていなければならない(同三項)、としている。

指令では、以上のような情報提供義務も、三項により求められる約款等の情報を除いて、電子メールの交換またはそれに相当する個別的通信手段によって成立する契約には適用しないこととしている(同四項)。

指令が契約締結に際して求める情報提供の内容は、以上のとおりであるが、これらの情報提供は、基本的に、欧州消費者保護法のモデルに応じたものといえる。もっとも重要なものとしては、第一に、拘束的な過程と非拘束的な過程の区別、第二に、誤った入力が行われたときの修正の可能性についての情報である<sup>(106)</sup>。ドイツなどでは、すでに多くのサイトで手続過程を示しているものがみられるが、その点では、手続過程についての情報提供は契約締結の実際には新たなほそれほど大きな意味をもつものではないと思われる。もっともそうした積み重ねを通じて、指令上も、手続過程情報の重要性が取り込まれることになったのであろう。なお、当初の指令案では、約款、言語についての情報提供が含まれていなかったが、最終的に以上のような内容になったものである。

電子メール等による個別的通信により締結される契約について、指令は、約款等の提供を除き適用除外を定めるが、契約締結については、あえて殊更に電子メール等個別的通信によるものを適用除外する必要があったかどうかは、筆

者には疑問である。電子メールによる契約の場合も、必要な情報提供はなされなければならない。それが電子メールまたはそれに付された添付ファイルの中で提供されるだけではないかと思われる。三項の約款提供は個別的通信による場合にも適用されることになっており、これは意味がある<sup>(106)</sup>。

さて次の問題は、情報義務違反がどのような効果をもたらすか、そのサンクションの問題である。この点について、ドイツ法では、契約締結上の過失の理論もしくは権利濫用異議または証拠保存可能性の計略的な侵害が問題になり<sup>(106)</sup>る。

行動綱領についての情報提供(一〇条二項)については、その意味を疑問視する意見が出されている。特にサンクションも用意されていない。ユーザが、契約の前行動綱領を知って、業者を信頼することは、よほど注意深いユーザでないかぎり考えられないようにも思われるし、また、契約締結後にも行動規約の役割が残るのかがどうかは不明との指摘がある。こうした行動規約の重視は、このところデータ保護の関連でも注目を集めてきているが、法的規制の限界を補うものとして事業者の自主規制を重視し活用する潮流のひとつの現れといってい<sup>(106)</sup>よう。

契約締結前も含む各種の情報提供による消費者保護の方策に対しては、情報提供だけでなくなされても実際には消費者はそれらの情報を十分には読まず、消費者保護の効果は疑問だとする見解もだされている<sup>(106)</sup>。重要な情報を簡潔に分かりやすく提供し、それが十分に消費者に認知されるための工夫が求められているといえようか。

## 七 プロバイダの責任

サイバースペースでの表現活動やサービス提供に関わっては、それらを技術的に支える仲介者の役割が極めて重要である。とりわけこれまでは、表現やサービス提供のために必要なデータを、表現者やサービス提供者自らが提供す

るのでなく、ネットワーク接続を媒介するプロバイダや、たとえばWWWのためのデータスペースを提供するプロバイダの役割を法的にどのように考えるのが問題となってきた。

特に、ドイツでは、子供ポルノの提供に関わって大手通信プロバイダであるコンピユサーブ・ドイツ社の役員が、刑事責任を問われる事件<sup>(10)</sup>があったこともあり、表現、サービスを仲介するプロバイダの法的立場<sup>(11)</sup>が議論されてきた。その延長上で、ドイツでは、テレサービス法の中にサービスプロバイダの責任についての規定(五条)をおき、自己のコンテンツについては自ら責任を負うが(同一項)、自ら利用に供している他人のコンテンツについては、プロバイダがこのコンテンツについて知っており、かつその利用を防ぐことが技術的に可能でありかつ期待可能であるときにのみ、責任を負う(同一項)とした。また他人のコンテンツに対するアクセスを仲介するだけのプロバイダは、他人のコンテンツには責任を負わないし(三項前段)、またユーザの要求に基づき、他人のコンテンツの自動的かつ短期間の保持は、アクセス仲介とみなす(同項後段)こととして、キャッシュサーバーに短期的に蓄積されたデータについての責任を免除することとしている。

商取引指令は、その規定から見る限り、ドイツのテレサービス法の規定と、アメリカ合衆国の一九九八年デジタルミレニアム著作権法(DMCA)の規定を参考にしているように見受けられる。

商取引指令では、仲介者の責任について、純粋な伝達と、ホスティングの二種類を中心に規定をおき、その間に特別のキャッシングについての規定を設けている。

これらの規定は、その性格からして、責任発生要件を積極的に定めようとしているわけではなく、プロバイダの責任を免除する規定である<sup>(12)</sup>ことができる。ドイツテレサービス法の規定がそうであるように、すべての法分野の責任の存否について、これらの規定の基準によりフィルターにかけ、責任が認められる場合のみ、それぞれの分野

での責任の存否が検討されることになる。

商取引指令の規定は、ミレニアム著作権法のように著作権法に限定せず、さまざまな法分野における仲介者の責任について判断するためのフィルターを提供する。それは、まさにドイツの立法者が、テレサービス法で行ったと同様の、大胆な試みであると評価することができる<sup>(13)</sup>。

ある論者は、指令の責任免除についての規定は、ドイツのテレサービス法五条のフィルターコンセプトが、欧州で承認されたことを示しているとする。その上で、指令が、責任免除規定をドイツ法よりも厳格に要件規定したことを歓迎している。指令の規定は、これまで承認されてきた責任コンセプトをインターネットにおいて確立するのに貢献するという評価をしている<sup>(14)</sup>。

いずれにせよ、商取引指令は、その責任規定を特定の法分野に限定することなく、全部の責任領域をカバーしている。したがって、具体的には、著作権法、競争法、商標法、刑法などそれぞれの法分野で問題となる法令違反、権利侵害について、仲介者の責任を判断するための前提として、重要な意味を持つものである。

なお、指令の考慮事項八によれば、刑法の分野を整合化するものではないとする。確かに、構成国の刑法を整合化することを目的とするものではないが、「水平的」または横断的な責任規律は、刑法だけの包括的な整合化を意味しないが、ほとんどすべての法領域を把握するので、結果的に刑法の整合化にも到達しうることになる。望んだ結果ではあるが、指令の主たる目的ではないということの意味するのである<sup>(15)</sup>。

## (2) プロバイダの責任免除の種類

さて、指令は、情報社会サービスの仲介者の責任について三つの区分を設けて、規定をおき、さらにそれら仲介者

に対して一般的な監視義務を否定する一ヶ条を置いている。仲介者の三区区分とは、純粹な伝達 (pure conduit) )、キャッシング、ホスティングの区分である。

(a) 純粹な伝達 (一二条)

指令二条は、ユーザが入力したデータを通信網に伝送するかまたは通信網へのアクセスを仲介する情報社会サービスについては、責任を負わない取扱いを求めている。この点では、ドイツのテレサービス法五条三項、メディアから、ドイツ法と異なり、より要件を明確に限定した規定の仕方をしている。プロバイダが、(a) 伝達を招来させず、(b) 相手先を選択せず、(c) 内容を選択または改変させない、という三つの要件をかかげ (一項各号)、一方で、その要件をみだす純粹な伝達のための自動的かつ瞬間的な記録を行う場合も含めている。この限りにおいては、電気通信サービス類似のサービスが責任免除の対象になる。<sup>(15)</sup>

ルーティング、アクセスサービスプロバイダなどは、責任免除の対象の例としてあげられるが、電子メールの送信サービスについては、議論が分かれる。<sup>(17)</sup>

メーリングリストについては、受信者を選択しているから、この規定の対象にはならない、との見解がある。<sup>(18)</sup> モデレータ付のメーリングリストは、明白に対象外である。

(b) キャッシング (一三条)

第二の類型として、指令一三条は、ネットワーク利用者の間での通信を容易にするための中間的保存について、一般的に責任を免除しようとするものである。<sup>(19)</sup> 一三条の肩見出しでは、キャッシングという用語が用いられているが、指令は、キャッシングについても、五つの要件をみだす限りでのみ、責任を負わせないこととしている。五つの要件と

+

+

は、(a) 情報の無改変、(b) 当該情報へのアクセス条件に従っていること、(c) 一般的関連技術規準への準拠、(d) 情報利用についてデータ収集するための標準的な合法的テクノロジーを妨げないこと、(e) もとからの情報発信地点において削除またはそれへのアクセスが停止、または停止命令を受けたことを知った時点で、当該情報を削除またはアクセス停止するために速やかに行動すること、である。特に責任法上重要なと思われる点は、(e) の要件であり、これにより、E U域内でもとからのサーバーのミラリングによって法的規制が迂回されることが阻まれることになる。<sup>(20)</sup>

一三条の規定も、テレサービスの規定よりもさらに責任免除の要件を詳細に規定している点が注目される。規定のしかたは、D M C A 五二条<sup>(21)</sup> b) に類似している。

しかしながら、このように限定してもなお、意識的に第三者と協力しながら違法な情報をキャッシングにより伝達するプロバイダまで責任から免除されてしまう点を指摘する見解もあり、問題はなお残されているといえよう。

(c) ホスティング (一四条)

純粹伝達およびキャッシングの場合と異なり、ユーザにより入力された情報を記録する情報社会サービス (一四条一項の用語、ホスティング) の場合は、ユーザが入力したデータをプロバイダの記憶装置に記録し、そのデータを他のユーザ等を利用させることによって、ユーザにとっては情報発信またはサービス提供の重要な手段であると同時に、一方では、ユーザによる違法行為または権利侵害が生じた場合に、当該データを記録するホスティングプロバイダの責任が問われることになる。

指令一四条は、次の二要件のいずれかをみだす場合は、プロバイダはユーザにより記録されたデータについての責任を負わないこととしている。

〔a〕 プロバイダが、違法な活動または情報を事実上知らず、かつ損害賠償請求権に関わっては、プロバイダが

違法な活動または情報を明らかに示す事実または事情を知らないこと、または

(b) プロバイダが、この点を了知しまたは認識して、遅滞なく、情報を削除しまたはそれに対するアクセスを停止するために活動するとき」

二つの要件は、プロバイダが事情を知らない場合と知ってからの場合に分かれている。まず、プロバイダがユーザーによる「違法な」活動または情報を事実上知らない場合は、プロバイダは責任を負わない。ただ、損害賠償に関しては、プロバイダが違法な活動または情報を「明らかに示す事実または事情を知らないこと」を求めている。いずれにせよ、少なくとも違法な活動または情報に関する事実・事情を知らないプロバイダは、責任免除されることになる。

この規定は、テレサービス法五条二項と同様の規定であるが、両者には違いがないように見えて、かなりの違いがある。テレサービス法五条二項は、プロバイダに責任を負担させるためにはそれが情報の内容を知っていることを求めており、付加的に違法性の認識まで求めているわけではない。違法だと知らなくても、事実を知っていれば責任要件のひとつが生じる。そこでは、むしろ、プレス法およびメディア法で受当する基準により、プロバイダがその法的統制義務を十分に行ったかどうかを審査しなければならない。

それに対し、指令の場合は、違法性の認識まで必要とされており、それによりサービスプロバイダ自身は、情報の認識に際しては、内容の適法性の統制義務から免除されることになる。内容を知らないプロバイダだけでなく、法的知識を十分に持たないプロバイダもこの責任免除規定により恩恵を被ることになるのである。

損害賠償請求については、さらに付加的に、プロバイダが違法な活動または情報を明らかに示す事実または事情を知らないことが求められる結果、活動または情報の事実上の認識ではなく、これらが明らかになる事情の認識でも

足りるから、これにより結果的に、プロバイダの過失責任的な要素が再度考慮されなければならないことになる。

以上のような差異があるために、今後、ドイツの立法者は、テレサービス法五条二項の改正を余儀なくされる。<sup>(12)</sup>

次に、ドイツ法と指令との相違の第二点として、期待可能性の問題がある。テレサービス法五条二項によれば、プロバイダが「コンテンツについて知っており、かつかつその利用を防ぐことが技術的に可能でありかつ期待可能であるときにのみ」、プロバイダは責任を負う。ドイツ法では、コンテンツについて知っていても、期待可能性がなければ責任を負わないのに対し、指令では、知っていれば、「遅滞なく、情報を削除しまたはそれに対するアクセスを停止するために活動」しなければ責任を負うことになる。もっとも「遅滞なく」活動するかどうかの解釈によって、期待可能性の考慮事項の若干の事情は考慮されるかもしれないから、結果的には相対的な違いしかないかもしれない。

第三に、指令の規定に関わっては、違法なコンテンツのプロバイダによる削除または停止の問題がある。指令は、考慮事項四六の中では、プロバイダが、ユーザーのコンテンツを削除または停止するに際しては、意見表明の自由と国内法の手続を遵守すべきことを求めている。「違法な」コンテンツまたは損害賠償の原因となる事情を知ったプロバイダが、あるいはそのような認識を持ったプロバイダが、ユーザーのコンテンツを削除・停止することは、違法行為を是正し、権利侵害の拡大を防止する観点からは求められる行為であるが、一方で、それは、プロバイダによる予防的な拡大的なコンテンツのコントロールにつながりかねない危険性がある。そのために、考慮事項でも述べられているような意見表明の自由の尊重が求められている。筆者は、別稿で、テレサービス法五条二項について、プロバイダにユーザーのコンテンツについての責任を負わせること、コンテンツを知っていることに加えて期待可能性の要件によってその責任が一義的に判断できない結果、プロバイダが予防的にユーザーのコンテンツをコントロールする傾向がでてくる点について、批判的な見解を述べたことがある。<sup>(13)</sup> 指令は、コンテンツの違法性まで認識していないかぎり責任を

負わせない点では、意見表明の自由との関係では親和的であり、望ましい一方で、違法なコンテンツを認識した(通報メール等によって)場合は、期待可能性の判断を経ないで迅速な削除・停止の措置をとることを求めている点では、意見表明の自由にとつては制限的に作用することになる。

プロバイダによるユーザのコンテンツの削除および停止のための手続については、指令は具体的に定めていないが、ユーザの意見表明の自由との関係では、そのための手続の確立が課題となる。DMCAが定めているような<sup>(18)</sup>ユーザへの通知後停止手続のようなユーザへの通知と手続を確保する必要がある。今後の課題である。

最後に、テレサービス法五条二項は、他人のコンテンツ(Fremde Inhalte)に対して責任を負わないと定めるのに対して、指令一四条二項は、ユーザが、サービスプロバイダのもとにあるか、監督に服するかどうかを問題とし、服する場合は、責任免除規定を適用しないこととしている。たとえば、電子出版サービスの出版社と著者は、著者が出版社の統制に服しているのであるから、一四条の適用はないことになる。

#### (d) 監視義務の否定(一五条)

指令は、仲介者たるプロバイダに対しては、以上のような責任免除の規定を置くとともに、それにコンテンツの一般的な監視義務を課することを禁止している。一五条一項によれば、構成国は、プロバイダに、「それが伝送しまたは記録する情報を監視しまたは違法な活動を示す事情を積極的に調査する一般的な義務を課してはならない。もっとも、指令の条件付きの文言からして、反対解釈の余地は残されているし、さらに第二項では、プロバイダに、ユーザの推測される違法な活動または情報について権限ある行政庁に遅滞なく通知する義務、または権限ある行政庁にその求めに応じて、ユーザの特定を可能とする情報を提供する義務を課することができるとして、報告義務、情報提供義務を導入する余地は認めている。一般的な監視義務を課することは禁止されているが、こつた規定によって、結果的に

監視を強いられる危険性がないわけではないように思われる点は疑問のあるところである。

### 八 残された課題

さて、電子商取引指令の規制分野は、これまでみてきたとおりである。

以下では、指令で規制されておらず、今後に残された課題として指摘されている点についても簡単に紹介しておくたい。

#### (1) 加害者責任(Störerhaftung)と監視義務

ドイツにおいては、指令が、ホスティング・プロバイダの責任について定める一四条三項において、裁判所または行政庁が、事実上の加害者(Störer)であるプロバイダに対して、差止を求める可能性を認めているが、一方で、一般的な監視義務を否定している点についての不足が問題視されている<sup>(19)</sup>。つまり、違法なコンテンツを記録させたプロバイダが、差止の義務を負ってコンテンツを削除したとしても、差止の義務は一回の削除にとどまらず将来的な保存の許可や再度の用意にまで及ぶので、プロバイダに、事実上一般的な監視義務を導入することを強いることになる。差止訴訟についても、必要な規定をおくべきであったが、おかれていないために、そうした問題点が残されているとされる。

なお、加害者責任に関連してくる反論請求権(Gegendarstellungsanspruch)<sup>(20)</sup>についても触れられていない。指令は、個別通信に限定していないことを鑑みれば、たとえ潜在的な名誉毀損の被害者にとつては、相当の保障規定をおくことが意味がありまたは要請されていたのではないかというわけである。

## (2) ハイパーリンクと責任規定

商取引指令で定められていない論点のひとつにハイパーリンクにより違法な内容のコンテンツをリンクした場合の責任がある。これは特に、ドイツにおいては、過去に、ハイパーリンクによって外国の極左的内容のコンテンツにリンクを張ったことの責任が問われた事件があったこともあり、議論となってきた<sup>(124)</sup>。そうしたドイツの状況からすれば、ハイパーリンクについての責任をおかなかったことは問題視されることになる。

もともとハイパーリンクは、他人のコンテンツのURL、ファイル名等を指示するのみで、ユーザにより入力された情報を伝達するわけでもなく、また、ユーザがプロバイダのところに保存した情報を提供するわけでもないから、指令二二条ないし一四条では把握されない。しかし、ハイパーリンクによって、ブラウザで表示される自らのページに他人のコンテンツを読み込んで表示させることにより、自らその表示を行ったと同様の効果を持たせることができる。その場合にハイパーリンクの責任が問われないとすると、結局、自らのコンテンツを提供するプロバイダとのアンバランスが出てくるのである。規定がおかれていない以上、さしあたりは個別のリンクの仕方によって、自らのコンテンツとみなすか、伝達とみなすかの解釈により解決せざるを得ないといえよう。したがって、ハイパーリンクについて、各国が異なる規定をおく可能性があることになる。

この点は、同様に、サーチエンジンについても妥当する。サーチエンジンも、自動的に他人のコンテンツについてのハイパーリンクを提供し、場合によってはその要約も提供するのであるから、リンクの問題と同様の問題が生じうる。

## (3) 情報社会サービスと製造物責任法

情報社会サービスとして利用して提供される「製品」の欠陥が問題となるときに、製造物責任法との関係が問題となりうる。指令の考慮事項一は、商取引指令が、製造物責任指令、製造物安全指令にも関わらない、としている。そこで、製造物責任法にしたがい、サービスプロバイダを輸入業者とみなす可能性が残されている。製造物責任法四条二項により、サービスプロバイダも輸入業者として責任主体にされる可能性である<sup>(125)</sup>。特に、製造物責任指令は消費者の健康、安全、消費者保護に関係することから、個別の確認規定がなくとも、商取引指令にかかわらず適用されると解釈される可能性がある。製造物責任を理由とするプロバイダの責任が問題とされる余地がないわけではないことを紹介しておきたい。

## (4) 商取引指令と国際条約上のプロバイダ責任

国際条約上、プロバイダの責任に関連する規定がおかれているときに、それと矛盾する国内法の規定が問題とされてきた。具体的には、ドイツのテレサービス法五条二項が違反事実を知ったプロバイダしか責任対象としておらず、過失により知らなかった事業者は責任免除していることが、TRIPS協定四一条、四五条に違反するのではない<sup>(126)</sup>か、という指摘である。この点、商取引指令についても同様の指摘が妥当するために、今後の議論が注目される。

## (5) 行動規約の重視、訴訟提起可能性の確保、実施措置

これまで述べてきたような、商取引指令の責任免除規定との関連では、責任の所在は明確になるが、実際にプロバイダまたはユーザの立場からみて、権利侵害があったときに、迅速な、有効な権利保護が保障されることになるかどうかは、未知数である。指令では、行動規約の利用が提唱されていたとしても、それ以上に、各国の国内の紛争処理

手続が有効になるかどうかは、ただちに肯定するのはむずかしい。「適切な訴訟可能性」の確保が求められていても、各国が訴訟可能性が十分でないとして、改正に取り組むかといえば、ただちにはそうした動きは期待できないであろう<sup>(34)</sup>。そうした意味でも、今後の各国の国内措置と、EC委員会による国内措置の監視が、重要になってこよう。

さて、これまで本稿で紹介、検討してきたように、EUにおいては、商取引指令その他の指令によって、サイバースペースに適用される基盤的な法原則、法制度を確立しつつある。そこでは、「情報社会サービス」を共通の対象として、各種の法分野に横断的に適用される法規範も生成しつつあり、また既存のサイバースペース外のリアルな各種法制度との関係についての調整も試みられつつある。とりわけ、ユーザおよびプロバイダの実態がただちには明らかにならないサイバースペースにおいて、一定の表示義務を課して、その透明性と特定性を確保しようとする試みや、プロバイダの責任についての原則を定める試みは、わが国にとっても、重要な示唆を与えるものと考えられる。

商取引指令の規律対象のひとつである電子契約については、電子署名指令の検討が残された課題であり、続稿では、電子署名指令を検討対象として取り上げることじしたい。電子署名法制は、近時の電子政府化の動向ともかかわり、早急に検討されなければならない課題である。

(1) 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 (Directive on electronic commerce), OJ L 178, 17. 7. 2000, p. 1. 指令の訳記として、拙訳「資料」EU情報社会サービス指令(電子商取引指令)、立命館大学所収予定参照。電子商取引指令および指令案そのものについては、Gerald Spindler, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, S. 775 ff.; Alexander Tettenborn, Europäischer Rechtsrahmen für den elektronischen Geschäftsverkehr, K&R 1999, S. 252 ff.; Hans-Georg Landemann, Der Richtlinienvorschlag »Elektronischer Geschäftsverkehr« Ziele und Probleme, ZUM 1999, S. 795 ff.; Gerold Spindler, E-Commerce in Europa – Die E-Commerce-Richtlinie in ihrer

+

endgültigen Fassung – , MMR Beilage 7/2000, S. 4 ff.; Alexander Tettenborn, E-Commerce-Richtlinie: Politische Einigung in Brüssel erzielt, K&R 2000, S. 39 ff.; Alexander Tettenborn, E-Commerce-Richtlinie – Erste Überlegungen zur Umsetzung in Deutschland, K&R 2000, S. 386 ff.; Hans-Wolfgang Amdt/Markus Köhler, Elektronischer Handel nach der E-Commerce-Richtlinie, EWS 2001, S. 102 ff. なぎぎ参照。ゾル、同一著者の複数の文献については、それぞれそれぞれを区別して略す。

(2) Directive 1999/93/EC of the European Parliament and of the Council of 13 December 1999 on a Community framework for electronic signatures, OJ L 13, 19. 1. 2000, p. 12. 電子署名指令の訳記として、拙訳「資料」EU電子署名指令、立命館大学所収予定参照。ゾル、同一著者の複数の文献については、それぞれそれぞれを区別して略す。

(3) 現在、わが国でも官民を通じて個人情報保護法が制定されようとしているが、その重要な切っ掛けとして、EUが同等の個人情報保護が確保されていない第三国への個人情報提供を規制したことがあげられる。EUの個人情報保護指令をめぐる状況については、さしあたり、アレクサンダー・ロスナゲル(拙訳)「データ保護の新たな構想——インターネットの挑戦——」(立命館法学二七〇号)の訳者解説および同注(1)の文献参照。なおロスナゲル・前掲は、ドイツ法を前提としてインターネット上での個人情報保護について、論点を示唆的な文献である。

(4) EUにおける技術的な規制と検査検定制度の整合化の構想としてのニュー・アプローチ、グローバル・アプローチについては、さしあたり拙稿「グローバル化と基準・規格、検査制度の課題——EUのニュー・アプローチとグローバルアプローチ——」(鹿野菜穂子・谷本圭子編『国境を越える消費者法』日本評論社)一七頁以下(二〇〇〇年)参照。

(5) ISO、JISなどの技術規格は、強制的な技術基準ではないが、市場取引の圧力を通じて、法令上の規制を補完する重要な役割をはたしつつある。特に最近では、個人情報保護の規格や、労働安全衛生管理システムについての規格、さらに消費者保護のための規格など、カバーする範囲と機能が增大してきている。拙稿・前掲のほか拙稿「労働安全衛生法制と基準・規格・OHSSの課題——行政法的考察——」(安全工学三九巻六号(二一九号)三六八頁以下(二〇〇〇年)参照。こうした状況は、規格を制定する民間組織とそこでの手続についての検討を必要としているように思われる。この点は、別稿での課題としておきたい。

(6) その意味では、本来「情報社会サービス指令」と呼ばれるべきであるのが、「」では広く使われている用語法に従いたい。

(7) ネット通販とこうした安全規制との関係での消費者保護については、さしあたり拙稿「消費者保護」サイバー・研究会編『サイバースペース法』(日本評論社)二〇〇〇年)一八九頁以下参照。ドイツ法については、若干古くなったが、拙稿「ドイツにおける消費者保護法とネット取引」法律のひろば九九年二月号三二頁以下参照。

EU情報社会サービス基盤法制とその課題(米丸)

- (8) LG Frankfurt/Main, v. 9. 11. 2000-2-03 O 365/00 und 366/00. その他 シュトゥットガルト、ヘルリン等でも訴訟が提起されている。本稿で検討する商取引指令については、このたて医薬品の国境を越えた販売が自由化されたわけではな<sup>1)</sup>。
- (9) ドイツの情報・通信サービス大綱法、情報サービスおよび通信サービスの大綱条件の規制のための法律 (Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste ; Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz ; InfKDg, v. 22. 7. 1997, BGBl. I S. 1870) は、マルチメディア法とも呼ばれるが、正確には、情報・通信サービスに対する基本的な法規制を行う法律である。拙稿「ドイツ流サイバースペース規制——情報・通信サービス大綱法の検討——」立命二五五号一四一頁以下(一九九八年)および同「ドイツ・デジタル署名法と電子認証——サイバースペースの不確定性克服の制度基礎の検討」立命二五六号三三頁以下(一九九八年)参照。
- (10) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4. 6. 1997, p. 19. なお、筆者は、この改正指令の名称から通信販売指令と略称することだ。回条の区役については、このあたり、拙稿・前掲注(一)三二頁以下参照。

(11) Amended proposal for a European Parliament and Council Directive concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Directives 97/7/EC and 98/27/EC, COM (1999) 385 final (23. 07. 1999). 前掲の提案は、Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council concerning the distance marketing of consumer financial services and amending Council Directive 90/619/EEC and Directives 97/7/EC and 98/27/EC, COM (1998) 468 final, OJ C 385/10, 11. 12. 1998.

(12) 国内措置の例として、通信販売法 (Fernabsatzgesetz) 制定、民法改正を含む法の改正を行っていること。Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umsetzung von Vorschriften auf Euro vom 27. 6. 2000 (BGBl. I S. 897). 回条の区役、このあたり、Arthur Waldenberger: Verbraucherschutz im Internet, in: Sieber/Hoeren, a. a. O., Teil 13, 4 Rdn. 107 ff.; Hermann-Josef Piepenbrock/Peter Schmitz, Fernabsatzgesetz: Neuer Rechtsrahmen für E-Commerce, K&R 2000, S. 378 ff.; Klaus Tonner, Das neue Fernabsatzgesetz – oder: System statt „Fliekenreppich“, BB 2000, S. 1413 ff.; Andreas Fuhs, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzes, ZIP 2000, S. 1273 ff.; Jan Geert Meents, Ausgewählte Probleme des Fernabsatzgesetzes bei Rechtsgeschäften im Internet, CR 2000, S. 610 ff.; Niko Härting, Fernabsatzgesetz, 2000. 法条ゆかり諸案理由は、BT-Drucks. 14/2658, v. 9. 2. 2000. 回条の基本的な区役は、詳細な情報提供義務や、一週間の撤回権の保障、撤回権の保障については、オースト、ジュネ、ソニアウムのホータのオンライン上の販売については除外)、民法典への消費者および企業の定義の導入、消費者契約法については、一般的に撤回権が定められたこと(一般的に撤回権は、

+

一週間、民法典三六一条、三六一条)である。その他、消費者信用法、UWG、通信教育法、訪問販売撤回法の改正を行っていること。

(13) 前掲(9)参照。

(14) 構成員国具体的な動向については、Proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the internal market, COM (98) 586 final (18. 11. 1998), OJ C 30, (5/2/99); ABl. EG Nr. C 30 v. 5. 2. 1999, S. 4 ff., Explanatory Memorandum, 11. 1. 参照。

(15) 指令の標題事項は、上参照。

(16) A European Initiative in Electronic Commerce, Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, COM (97) 157, 16. 4. 1997.

(17) Proposal, op. cit. (N. 13).

(18) Fithjof A. Maennel, Elektronischer Geschäftsverkehr ohne Grenzen – der Richtlinienvorschlag der Europäischen Kommission, MMR 1999, S. 187 ff.; Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 252 ff.; Arthur Waldenberger, Electronic Commerce: der Richtlinienvorschlag der EG-Kommission, EuZW 1999, S. 296 ff.; Michael Lehmann, Rechtsgeschäfte und Verantwortlichkeit im Netz – Der Richtlinienvorschlag der EC-Kommission, ZUM 1999, S. 180 ff. など参照。なお、Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 252 ff., 253 ff.は、撤回の指令についての如条の文書への回条が認められている。

(19) Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on certain legal aspects of electronic commerce in the Internal Market, COM (1998) 427 final. 前掲の輸出課税の設置は、指令の如条は、その旨は、二〇〇〇年一四の欧米議会の総論外議は

(Communication from the Commission to the European Parliament pursuant to the second subparagraph of Article 251 (2) of the EC Treaty concerning the Council common position on the proposal for a Directive on certain legal aspects of Information Society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (Directive on Electronic Commerce), SEC (2000) 386 final) の設置は、如条中既述指令のその旨を反映している。

(20) 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 (Directive on electronic commerce), O. J. L 178/1, 17. 7. 2000.

(21) Proposal, op. cit. (N. 13), p. 7 et. seq.

+

- (22) Directive 98/34/EC. 後件(97) (17)参照。  
(23) 後件(75)参照。
- (24) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ L 144, 4. 6. 1997, p. 19. 49 節 距離販賣サービスの保護取引に関する指令(23 Juli 1999) 参照。
- (25) Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, OJ L 320, 28. 11. 1998, p. 54.
- (26) Directive 1999/93/EC 追加(2)参照。
- (27) Proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, COM (97) 628 final (10. 12. 1997). 回提案は、その後 修正された (Amended proposal for a European Parliament and Council Directive on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the Information Society, COM (1999) 230 final, 21. 05. 1999) 二〇〇一年四月九日閣僚理事会で最終的に採択された。データベースの不正複製 Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, OJ L 77, 27. 3. 1996, p. 20.

- (28) Directive 2000/46/EC of the European Parliament and of the Council of 18 September 2000 on the taking up, pursuit of and prudential supervision of the business of electronic money institutions, OJ L 275, 27. 10. 2000, p. 39.
- (29) Proposal, op. cit. (N. 13), COM (1998) 586 final, pp. 7-10.
- (30) Proposal, op. cit. (N. 13), COM (1998) 586 final, pp. 10-14. 提案は、大抵を掲げるが、最終的には、本条の枠内で整理される。
- (31) Pia Lindholm/Fritjof A. Maennel, Directive on Electronic Commerce, CRI: 2000, S. 65 ff. 関係者間の利益間の適切なバランスの確保を図る企業への投資を促進し、関係する消費者のサイバースペースに対する信頼性を高めることである。もちろん一方では、指令を「死蔵」だと評する評議 (Thomas Hoeren, Vorschlag für eine EC-Richtlinie über E-Commerce – Eine erste kritische Analyse – , MMIR 1999, S. 192 ff., 199) である。
- (32) 考慮事項 117 ー 117 号参照。
- (33) 考慮事項 149 号参照。
- (34) Directive 96/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the

+

processing of personal data and on the free movement of such data, O. J. L 281 (23/ 11/1995), p. 31; Directive 97/86/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector (December 15, 1997), O. J. L24 (30/01/1998), p. 1.

- (35) 賭博等の除外については、考慮事項 166 号参照。
- (36) 具体例は、考慮事項 111 号参照。
- (37) 考慮事項 181 号の 166 号参照。
- (38) 透明指令と同じ用語は、内部市場の技術的な規制の適合化を行うために、構成国が実施しようとする技術的な規制や技術基準制定の動向についての情報提供を求めることである。内部市場における技術規制情報の透明性を図る指令と同じ、用いられている。
- (39) Directive 98/84/EC of the European Parliament and of the Council of 20 November 1998 on the legal protection of services based on, or consisting of, conditional access, OJ L 320, 28. 11. 1998, p. 54.
- (40) Directive of the European Parliament and of the Council laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations and of rules on Information Society services, OJ L 204, 21. 7. 1998, p. 37, Directive as amended by Directive 98/48/EC (OJ L 217, 5. 8. 1998, p. 18). もちろんこの透明指令は、次注で示す名称であったが、指令九八ノ四八ノECにより、指令の名称も改正された。

(41) Directive 98/34/EC of the European Parliament and of the Council of 22 June 1998 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, OJ L 204, 21. 7. 1998, p. 37.

(42) Directive 98/48/EC of the European Parliament and of the Council of 20 July 1998 amending Directive 98/34/EC laying down a procedure for the provision of information in the field of technical standards and regulations, OJ L 217, 5. 8. 1998, p. 18.

(43) Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 188. は、リアルタイム (Echtzeit) でも知られるサービスは除外されるべきであると説明している。

(44) なお、この議論にかかわっては、ユーザのユーザが利用するサービスの提供者の権利、届出規制、料金規制があるため、ユーザ側の議論については、別の機会に譲りたい。このため、Fabian Schuster, Erl. zu § 4, in: Wolfgang Büchner u.a. (Hrsg.), Beck'scher TKG Kommentar, 2. Aufl. 2000, § 4 Rdn. 4 ff.; Spindler, in: Alexander Rohrigel (Hrsg.), Recht der Multimedia-Dienste, St. L. 1. 2000, § 2 TDG Rdn. 37 参照。

+

- (45) 考慮事項一八参照。
- (46) なお、商品の配送等オンラインで行われるものは情報社会サービスではないとされているが、その場合でも、当該オンラインの活動部分だけが情報社会サービスから排除され、オンラインでの契約締結までは情報社会サービスとして扱われるのかというか、筆者は、契約締結までに適用される原則は、オンラインで履行されるものも、商品配送等をオンラインで行うものも同様であることが、オンラインでの契約締結までは情報社会サービスとして把握されているのではないかと推察する。したがって、オンラインのサービス部分だけが除外されることとなると思われる。現在のところ、その点に明確に言及する文献は参照できていないが、EC委員会のCOM(2001) 332案 (Communication from The Commission to the Council and the European Parliament E-Commerce and financial services, COM (2001) 332 final, p. 6) の中で、オンラインで提供されるサービスについてもオンラインの広域については、指令が適用されることと述べていることは、上記の解釈の証となる。
- (47) EC指令では、メディアの融合を前提とした規制枠組についてのグリーンペーパーが出された。各界の意見が集約された。Green paper on the Convergence of the telecommunications, media and information technology sectors, and the implications for regulation, COM (97) 623, 3. Dec. 1997. コーリンツのまよもつと、Communication to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, The Convergence of the Telecommunications, Media and Information Technology Sectors, and the Implications for Regulation—Results of the Public Consultation on the Green Paper [COM (97) 623]、COM (1999) 108 final, 10. Mar. 1999.
- (48) 拙稿・前掲一四八頁一七二頁注(8)参照。
- (49) メディアサービスについては、前注の拙稿掲記の文献のほか、Ansgar Warnke, Etl. zu § 1 MDSNV, in: Rohmangel, a. a. O. (N. 43); Christoph Meier, in: Rohmangel, a. a. O. (N. 43); Bernd Holzner, Vorfagen zu Rundfunk, Medien- und Telediensten (3. 2), in: Thomas Hoeren/Ulrich Sieber (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, St. 2, 2000, 参照。
- (50) Waldenberger, Teledienste, Mediendienste und die „Verantwortlichkeit“ ihrer Anbieter, MMR 1998, S. 124 ff.; ders., Etl. zu § 1 TDG, in: Rohmangel, a. a. O. (N. 43). テレサービス、メディアサービスと放送との区別が困難な事例については、Holzner, a. a. O., Rdn. 57 ff. 参照。
- (51) ただ州際条約六条二項では「ジャーナリストティックに編集された構成の、サービス提供を行うプロバイダが自らに限定され、そのプロバイダは、従来のマスメディアと同様、反論の機会を与える規制(一〇条)を受け、行政庁に対する情報請求権が与えられている(一一条)などの違いがある。またデータ保護規制については、メディアサービスについては、すでにデータ保護監査の規定(条約一七条)がもたらされている点があげられる。また、青少年保護の点でも、州際条約は、刑典一八四条のポルノ文書については、一般的に許容しないのに対し、TDGでは

+

相手方が成人であることを確保して提供するなどの余地を認めている。

- (52) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 778 f.
- (53) また、電子メールを印刷して配達するサービスは、郵便サービスにあたり、情報社会サービスとしては把握されない。考慮事項一八参照。
- (54) 考慮事項一七参照。なお、Hoeren, a. a. O. (N. 30) もそのように述べている。またECのDGXVの関係者の個人的な論文 (Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 188) の中でも、純粹に私的なホームページは、定義に含まれず、またたとえば国家が、経済的な反対給付なしにその高権的な活動の枠内で行うような活動も、営利的な性格を欠いていると説明されている。今後の問題は、ハニー広告等で第三者により費用負担されているプロバイダの場合、この程度、営利的に費用負担されていれば、情報社会サービスに入るのかという問題が残されている。
- (55) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 193; Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 777; ders., a. a. O. (N. 1), 1999, S. 200.
- (56) 拙稿・前掲一四九頁参照。
- (57) 電子商取引指令の責任規定は、いわゆる電子商取引法(テレサービス法等を改正するオムニパス法)案の中で、営利・非営利を問わずテレサービスに適用される責任原則を定めて国内措置が取られることとしている。Entwurf eines Gesetzes über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer Geschäftsverkehr-Gesetz—EGG), BR-Drucks. 136/01, v. 16. 2. 2001.
- (58) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 776.
- (59) 欧州議会の法務委員会は、経済活動のメルクマールを放棄すべきだとする修正提案をした。Änderungsantrag Nr. 30, Ausschuss für Recht und Bürgerrechte, v. 23. 4. 1999.
- (60) 考慮事項一八参照。営利的、職業的な利用以外の電子メール等は除外されているため、指令の規制は及ばない。
- (61) Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 189, Anm. II B 12, Urt. v. 25. 7. 1991, Rs. C-221/89 を指摘する。なお、Ivo Geis, Die Europäische Perspektive der Haftung von Informationsanbietern und Zertifizierungsstellen, CR 1999, S. 772 ff., 773 中参照。
- (62) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 194 を参照。
- (63) A. a. O. 同様の説明は、Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 189 中。
- (64) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 195, Anm. 16 は、協調分野とこの用語は、EC指令によって大部分は協調していない分野をまざまざと示す奇妙な用語であること指摘している。協調分野によつて、あらゆるオンラインサービスプロバイダに適用される欧州法および国内法上の規制が意味されること。Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 195.

+

EC情報社会サービス基礎法制とその課題(米丸)

+

(65) なお、考慮事項13を参照。

(66) いわゆる国境なれど指令、 Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, OJ L 288, 17. 10. 1989, p. 23. Directive as amended by Directive 97/36/EC of the European Parliament and of the Council (OJ L 202, 30. 7. 1997, p. 60). 商取引指令の考慮事項四の中で、明示的禁止の指令が行ったと同様の整合化を目指す旨、述べられてゐる。

(67) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1993, S. 781.

(68) 11001年1部 255 f. 電子商取引の指令に於て、特に、 Spindler, a. a. O. (N. 1), S. 781; Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 255 f. 参照。 Michael Lehmann, Electronic Commerce und Verbraucherschutz in Europa, EuZW 2000, S. 517 ff., 518 ff. 電子商取引には本拠地国原則は不適切で、それは、経済法のタリントンをまたがらうことである。 de N., a. a. O. (N. 17), S. 180, 181 f. 参照。

(69) 前注の文献参照。

(70) Arndt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 107, 考慮事項11を参照。

(71) 経済法の関連では、信義誠実法 (Lautekeitsrecht) 広告規制も、本拠地国の法が適用される (Spam メール規制をのぞく Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 61) 9. Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 195 に於ては、11001年1部の本拠地国原則は、ドイツ法に於ては、極めて大きな影響を有する。特に、ドイツは、信義誠実法により、多くの規制を行っている。景品令、割引法、特別販売セール規制など。また資格規制も外国よりも極めて限が厳しい。広告に自主規制も、指令に於て機能しなくなるのではないかとする。

コーレンは、当初の指令案についての説明の中で、指令の考え方は、国際私法をまったく知らないか、あるいはちょっと小心なものであつて、本拠地の国際私法をも適用しようとしてゐるのか、あるいは国際私法上の原則として本拠地原理を貫徹させようとしてゐるのかであつて、後者だとすれば、衝突法に於て我々が知っていることがドイツに於ては、特別の役割はもはや果たさない。それぞれ本拠地の国際私法が適用されることとなり、それぞれ法分野に応じて異なつて適用される法が適用される。三條は、自明のことのみであり、削除されるべき、だとつづける。

11001年1部 255 f. 指令の考慮事項13では改めて、明確に説明を加えてゐる。

(72) Arndt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 105.

(73) Arndt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 106. それによれば、市場地原則が妥当する経済法分野でも、相手国の法令違反の手續の中で事業者は、相手国の法令が本拠地国の法令より過剰な規制をしていると主張して争つてきた。著名なDassonville事件以来、民事裁判所は、国内法令の適用が、条約第二八条の意味における同等の効果を持つ措置にあたらないかどうかを常に審査し、その規定が国境を越える取引に適用されるかどうかを判断してきている。そうした関連では、「11001年1部」を思い、本拠地国主義は、「一五年来、欧州裁判所によつて、欧州共同体条約の基本的自由から導き出される」としてゐる。 Waldenberger, a. a. O. (N. 17), S. 238. 同前。

一方、相手国も、公共の福祉に重大な影響があるという理由から、より厳しい規制をすることは許されてきた。しかしそれは、その規制が差別的な取扱をするのではなく、重大な公益の保護に必要であり、かつ狭義での比例原則に対応する場合に限られる。この点でも、特に新しい点は無い。

新しい点は、訴訟で、事業者がそのサービスが、本拠地国で適法であることを説明しなければならないこと (ドイツ民事訴訟法一九三條) であり、そのために、訴訟の遅延と、比較法的な鑑定書を多用しなければならないための訴訟コストの負担の増加であることである。こうした事情が、法的安定性と消費者の信頼、有効な紛争処理可能性へのアクセスという希望と適合するのにかつては、疑問を投げかけている。 Arndt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 107. その後なら、相手国の特別の規制が許容されるかどうかを判断する負担が欧州裁判所に生じることとなる。結果的には、事業者は、当初から、構成国の国内法をすべて調査しなければならないわけではないとしても、結果的に相手国で複雑でコストのかかる裁判が提起されれば、当初から他構成国の法制度を調査してあかないと、その勝訴の見込みは計算できないことになるのではないかとつづける。

Arndt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 107. 9. 理論的には評価できる本拠地主義が、以上のような保護水準の引き下げと中小企業に対する相手国での費用と時間のかかる訴訟の負担可能性とを考慮したとき、進歩といえるかどうかについては最終的には疑問視してゐる。

(74) Communication, a. a. O. (N. 45), P. 8. いずれにせよ、11001年1部の見解が有効なためには、各国が相対的に同水準、同内容の規制を行っていること、監督に対する相互の信頼がなければならないだ。

(75) 拙稿・前掲一四九頁参照。

(76) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 195.

(77) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1993, S. 785.

(78) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1993, S. 781; ders., a. a. O. (N. 1), 2000, S. 7; Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 256 f.

- (69) Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 39 ff. チェンホルンは、電子商取引についても、市場地原理、すなわち結果的に対象国原理を適用することを認めた。
- (70) Tettenbornの批判参照。
- (71) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 781.
- (72) 指令を肯定的に論じた Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 188 は、明確にラテック指令の先例を引き合いに出して、本拠地国原則を説明している。
- (73) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 193 は、V.A.T.審判は、必要かどうかが疑問視しており、またスウェーデンのラテックに商業登記制度がない国もあるとして、指令の問題点を指摘していた。資格法上の、諸規制のないような流動的で、実現不可能ではないかとして、情報ソースにリンクをはるべきの対応になるのではないかと指摘した。
- (74) 一方的に広告メールを送りつける、いわゆるスパム・メールは、日本においても、近時、受信者がコストを負担することの問題性が認識をわきましている。とりわけ、受信バリエーションに応じて課金をされる携帯電話等の場合は、特にその問題が大きいといえる。
- (75) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 196.
- (76) Directive 97/7/EC of the European Parliament and of the Council of 20 May 1997 on the protection of consumers in respect of distance contracts, OJ, L 144, 4.6.1997, p. 19. 通信販売指令によるスパム・メール規制(110条1項)は、明示の拒否がない限り利用が許されるよう構成国は確保しなければならないとしている。その限りでは、少なくとも消費者が明示的に拒否している場合は、スパム・メールは許容されないよう規制が与えられるべきではないかと指摘している。この点については、拙稿「前掲ひら」を参照。
- (77) Directive 97/66/EC of the European Parliament and of the Council of 15 December 1997 concerning the processing of personal data and the protection of privacy in the telecommunications sector, OJ, L 24, 30.1.1998, p. 1. 指令の11条は、求めがちな通話(unsolicited calls)について定め、自動通話またはファックスによる広告通話は、事前の同意がある場合のみ許容されること(1項)、その他の電子メール等を利用したものは、同意なしには許容されないとするか、または受け取りたくないユーザに対してのみ許容されないとするか、の選択を構成国に委ねている。
- (78) 考慮事項110参照。
- (79) 通信販売指令の回収措置として、ドイツでは、通信販売法(Fernabsatzgesetz, v. 27.6.2000, BGBI. I S. 897)が制定されたが、その中にはスパム・メールについての規定はあかれていない。指令一四条は、スパム・メールを禁止することを許容していると解され、またすでにドイツ法上は、スパム・メールは禁止されると解釈されてきたことから、特別の規定の必要性が認められなかったためである。BT-Drucks. 14/2638, v. 9.2.2000, S. 53.
- (80) ドイツの関係者によれば、スパムを認める主張は、Stefan Bechtold, Der Schutz des Abnehmers von Information - Urheberrecht und Gewerblicher Rechtsschutz im Internet, ZUM 1997, S. 427 ff., 439; Jörg Reichelsdorfer, „eMails“ zu Werbezwecken - ein Wettbewerbsverstoß?, GRUR 1997, S. 191 ff. 参照。
- (81) そもそもスパム・メールに関する法理は、ドイツにおいては、私的な分野での勧誘電話について展開してきたものによる。BGH, v. 8.12.1994, BB 1995, 1211; Baumbach/Hefemehl, UWG, 21. Aufl. 1999, § 1, Rdnr. 67. それらが、その公序良俗違反は、ユーザに対する負担、妨害を理由としていたが、それがスパム・メールを扱われる裁判例で受け入れられていくにつれて、その公序良俗違反の、裁判例とユーザ、LG Traunstein, 18.12.1997, CR 1998, S. 171 f.; LG Berlin, v. 2.4.1998, CR 1998, S. 623 f.; LG Berlin, v. 14.5.1998, CR 1998, S. 499; LG Berlin, v. 13.10.1998, CR 1999, S. 187 f. 個別のユーザに差止請求権を認めるものかどうかが争点として、議論があるが、これらに肯定する者として、Thomas Hoeren/Jörn Oderscheidt, Verbraucherschutz im Internet, VJR 1999, S. 371 ff., 381; Stefan Ernst, Verbraucherschutzrechtliche Aspekte des EU-Richtlinienvorschlages zum Electronic Commerce, VJR 1999, S. 397 ff., 402 参照。スパム・メールについては、なお、拙稿「前掲注(一)でも簡単に紹介した。詳細は、Rainund Körner/Cornelius Lehment, Teil 11.1 Allgemeines Wettbewerbsrecht, in: Sieber/Hoeren, a. a. O., Teil 11.1 Rdn. 19 ff. 参照。Hoeren は、決定的なのは、ユーザに個別的な負担をかけるべきかどうかは、それを認めるか、あるいはスパム・メールがトクによって、インターネットが混雑するかどうかであることである。
- (82) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 197 f.; Spindler, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 14; Amdt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 111 f. 参照。Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 190 以下、指令案についての説明の中で、Opt-in/Opt-out 手続双方にわたって、両手続が存続するべきであると主張している。
- (83) ロンドン・リストアップについては、オランダ・ネットトピアサービスを行っている。参照。ドイツ語圏のものでは、郵便(Deutschen Direktmarketing-Verbandes 以下)、「トナクス(Arbeitsgemeinschaft Telefax im VDMA 以下)」、「(携帯電話のショート・メッセージ・サービス) (http://free-sm.com/robinson/robinson.php3)」、「電話 (http://www.telrobinson.de/)」、「電子メール (http://www.robinsonlist.de/)」など、それぞれがサービス手段でロンドン・リストアップを運用している。
- (84) Spindler, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 14.

- (95) 被規制職業にじつこの定義 (11条(5)号) は、指令八九ノ四八ノEEC (Council Directive 89/48/EEC of 21 December 1988 on a general system for the recognition of higher-education diplomas awarded on completion of professional education and training of at least three years' duration, OJ L 19, 24. 1. 1989, P. 16) 1条(5)号およびその改正指令 (Council Directive 92/51/EEC of 18 June 1992 on a second general system for the recognition of professional education and training to supplement Directive 89/48/EEC, OJ. L 209, 24. 7. 1992, P. 25) 1条(5)号(定義)中の「被規制職業」の定義を参照する。それに代われば、被規制職業とは、直接または間接に構成国の法令または行政規則によって、開始、行使、行使の方法 (法令による名称独占規制を含む) が大学卒業資格等 (Diplom: 指令11条(5)号(定義)要件にかからしめられている職業をいふ)。(96) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 197も、被規制職業の概念があいまいであり、国により、被規制職業のとらえ方も異なる。よめる。(97) 11条(5)号(医療資格など公衆衛生、健康問題など指令の適用除外を認められている部分は例外とされた)。(98) Amdt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 108。(99) Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 190。(100) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 199は、指令の「確認」は、DG-15の発見ではなくて、消費者保護的な考え方のDG-14から由来するのではないかと、電子商取引のあり方を委員会が理解していないのではないかと(これは当初案について)と批判していた。ホームページ上での宣伝をみてユーザが申込をする場合、法的には、宣伝は、申込の誘引であり、ユーザから申込がなされることになる。プロバイダのWeb上で表示が、非拘束的な情報の提供であれば、11条は適用されない。古典的な私法が適用される」と述べていた。その後、指令の規定が本文で紹介したように変更されたものである。(101) Hoeren によれば、瑕疵補正の考え方も、新たな点であり、通常は、入力ミスは、ユーザの責めに帰せられ、民法119条1項により、その意思表示を取り消す。しかしその場合、プロバイダの信頼損害を負担しなければならぬ。111条、指令は、入力ミス補正の機会をあたえるところ、その情報提供義務を定めていふ。(102) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 192, 198ff.; Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 789。(103) Amdt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 109も、電子商取引についての一般的な文献として、Josef Mehrings, Teil 13, 1 Vertragsschluss im Internet, in: Sieber/Hoeren, a. a. O., Teil 13, 1 参照。申込の到達にじつこの、a. a. O., Rdn. 75 ff., 78 参照。(104) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 789。(105) Tettenborn, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 257。

+

- (105) Spindler, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 12。(106) Spindler, a. a. O. (N. 1), 1999, S. 790。(107) 行動規約の重視は、ユーザ保護指令の10条によるものが注目を集めた。この関連では、アメリカ合衆国連邦政府によるデイスカッションサーバ「Elements of Effective Self-Regulation for Protection of Privacy」CR 1998, 190 参照。Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie, 1998, S. 327ff. 参照。事業者の自主規制の動向は、Global Business Dialogue on Electronic Commerce (GBDCE) による注目を浴び、九九年九月11日に、このインターネットによる会議が開かれた。Computerwoche v. 17. 9. 1999, S. 1; wvd v. 14. 9. 1999, S. 1。ユーザは、個人データ保護、著作権保護、青少年保護などの実現のために自主規制措置の活用が議論された。Geis, a. a. O. (N. 60), S. 777 参照。オンラインにおける電子通信サービス、メタマサービス、テレサービスに関するデータ保護にじつこの、Marcus Helfrich, Reinhard Fraenkel, Peter Buttgen, Peter Schmitz, 24の解説 (Teil 16 Datenschutz, in: Sieber/Hoeren, a. a. O., Teil 16) のほか、テレサービスデータ保護法にじつこの、簡単に措高・前掲153頁、詳細は、Rohsiegel, a. a. O. (N. 43), 3. Teil 参照。(108) Hoeren, a. a. O. (N. 30), S. 197 参照。(109) コンユトサーブ事件にじつこの、社説・前掲150頁、「機密性 (AG München, Urt. v. 28. 5. 1998, MMR 1998, S. 429ff. m. Anm. Ulrich Sieber, 438ff.; CR 1998, S. 500ff.; NJW-CoR 1998, S. 326ff.)」の、その後「機密性 (LG München I, Urt. v. 17. 11. 1999, CR 2000, S. 117ff.; NJW 2000, S. 1051ff.; MMR 2000, S. 171f.)」の、無罪判決が出された。(110) Digital Millennium Copyright Act of 1998 (Act Oct. 28, 1998, P. L. 105-304, § 1, 112 Stat. 2860) の第1章「コンピュン著作権侵害責任制限法」11011条(4)号「著作権法511条 (17 USC § 512(201))」が追加された。

+

- 同法5111条は、「一定の状況下でコンピュンサーバシステムプロバイダの責任を制限する規定をめぐらぬ。ユーザは、広義 (Transitory digital network communications) キヤッチング (System caching) ユーザの指示での情報の保存 (Information residing on systems or networks at direction of users) 情報検索ツール等 (Information location tools) にじつこの規定がもたれている。後述の「ユーザ」電子商取引指令にじつこの、最後の検索ツール等、すなわち、information location tools, including a directory, index, reference, pointer, or hypertext link にじつこの規定を欠いている。なお同法にじつこの、Jane C. Ginsburg, Copyright Legislation for the "Digital Millennium", 23 Colum.-VLA J.L. & Arts 137 (1999); Jonathan A. Friedman & Francis M. Buono, Using the Digital Millennium Copyright Act to Limit Potential Copyright Liability Online, 6 RICH. J. L. & TECH. 18 (Winter 1999-2000); Steven Bickerstaff, Telecommunications and Internet Law, MMR 2001, S. 72ff., 76; Stefan

+

Preytag, Digital Millennium Copyright Act und europäisches Urheberrecht für die Informationsgesellschaft, MMR 1999, S. 207 ff. など参照。キーンサービスにいうところの「これらの規定によつて」プロバイタは「違法と見られる著作権侵害のサービスを除去、停止等するようにインセンティブが与えられるべきである」 Ginsburg, p. 160.

(II) Maennel, a. a. O. (N. 17), S. 191 参照。

(III) Spindler, a. a. O. (N. 1), S. 199 ff. 中の「この点について」。

(IV) Amdt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 111.

(11) Spindler, a. a. O. (N. 1), S. 200. ネットワークにおいては、1105 五条が、各種の法的責任を考慮する場合のフィルタの役割を果たすという点への見解、および全法秩序にかんじて一般的に責任を規制するものであることと比較して、11 条以下は、法領域を包括する責任状態を規律し、それらに特定の部門に帰しえない横断的規制として把握する。EU 指令の中で、たとえば統合的環境保護指令や Services II 指令などにより、環境法の統合化が間接的に環境刑法の構成要件に影響を与えたように、商取引指令の提案は、間接的に刑法上の規範に影響を与えている。それは、EU の刑法上の立法権限を必要とするわけではない。

(12) 指令は、ネット法において「コーサ」によつて発信された情報の伝達、発信に制限を設けた文言を採用している。

(13) Gerald Spindler, Verantwortlichkeit von Dienstleistern nach dem Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, MMR 1999, S. 199 ff., 201 年単なるアクセスプロバイタは、ネット法上のテレサービスといえるかという疑問を提示しつつ、指令には、情報社会サービスとして明確にわたっている。11 条1号が、通信網へのアクセスの仲介も情報社会サービスとされていることから明白である。

(14) Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 201 以下。メール送受信サービスは除外されている。

(15) サービスの指令発給理由では、メールクライアントについては、1 項のみに入らないと述べられていた。

(16) Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 202; Amdt/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 110.

(17) この点、考慮事項四四では「コーサ」と共同して違法な行動を行つたプロバイタは、伝達、キャッシングなど多くのことを行つたのであるから責任免除をなすべきではない。

(18) 著作権法五111 条。

(b) System caching.

(1) Limitation on liability. A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or

+

other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the intermediate and temporary storage of material on a system or network controlled or operated by or for the service provider in a case in which—  
(A) the material is made available online by a person other than the service provider;

(B) the material is transmitted from the person described in subparagraph (A) through the system or network to a person other than the person described in subparagraph (A) at the direction of that other person; and

(C) the storage is carried out through an automatic technical process for the purpose of making the material available to users of the system or network who, after the material is transmitted as described in subparagraph (B), request access to the material from the person described in subparagraph (A).

If the conditions set forth in paragraph (2) are met

(2) Conditions. The conditions referred to in paragraph (1) are that—

(A) the material described in paragraph (1) is transmitted to the subsequent users described in paragraph (1)(C) without modification to its content from the manner in which the material was transmitted from the person described in paragraph (1)(A);

(B) the service provider described in paragraph (1) complies with rules concerning the refreshing, reloading, or other updating of the material when specified by the person making the material available online in accordance with a generally accepted industry standard data communications protocol for the system or network through which that person makes the material available, except that this subparagraph applies only if those rules are not used by the person described in paragraph (1)(A) to prevent or unreasonably impair the intermediate storage to which this subsection applies;

(C) the service provider does not interfere with the ability of technology associated with the material to return to the person described in paragraph (1)(A) the information that would have been available to that person if the material had been obtained by the subsequent users described in paragraph (1)(C) directly from that person, except that this subparagraph applies only if that technology—  
(i) does not significantly interfere with the performance of the provider's system or network or with the intermediate storage of the material;

(ii) is consistent with generally accepted industry standard communications protocols; and

EU 情報社会サービス基礎法制とその課題 (米丸)

四三九 (六三三)

+

- (iii) does not extract information from the provider's system or network other than the information that would have been available to the person described in paragraph (1)(A) if the subsequent users had gained access to the material directly from that person ;
- (D) if the person described in paragraph (1)(A) has in effect a condition that a person must meet prior to having access to the material, such as a condition based on payment of a fee or provision of a password or other information, the service provider permits access to the stored material in significant part only to users of its system or network that have met those conditions and only in accordance with those conditions ; and
- (E) if the person described in paragraph (1)(A) makes that material available online without the authorization of the copyright owner of the material, the service provider responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing upon notification of claimed infringement as described in subsection (C)(3), except that this subparagraph applies only if—
- (i) the material has previously been removed from the originating site or access to it has been disabled, or a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled ; and
- (ii) the party giving the notification includes in the notification a statement confirming that the material has been removed from the originating site or access to it has been disabled or that a court has ordered that the material be removed from the originating site or that access to the material on the originating site be disabled.

- (121) Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 202 ; Geis, a. a. O. (N. 60), S. 775.
- (122) この点の考え方は、ドイツ法でも、まったく馴染がないというわけではなく、ドイツの場合も、明かな法令違反についてはおおまかかな統制は義務づけられるべき。
- (123) Spindler, a. a. O. (N. 1), 2000, S. 18 中同様。
- (124) 拙稿・前掲一五二頁参照。
- (125) DMOA による通知後差止手続は、著作権法五二二条 b 1 c) のおかげで、責任を免除されるための条件として、一定の要件を定められた通知がなされた後、遅滞なく当該コンテンツを削除または停止することを求められていることによる。通知の内容（内容特定等）と要件（署名等）も、明示的に定められている（同条 ②）ほか、削除・停止する際のユーザーの通知（同条 2）についても定められている。
- (126) Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 204 ; ders., a. a. O. (N. 1), 2000, S. 20.

+

- (128) ドイツにおけるメディアサービス条約は、インターネットで提供されるブロードコミュニケーションを対象としているために、反論についての規定（同条約 10 条）をおくが、テレサービス法では規定はない<sup>125)</sup>。Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 204.
- (129) Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 204 ; ders., a. a. O. (N. 1), 2000, S. 20。ドイツのハイパーリンクについての責任については、TDG 五条一項における責任論、五条二項直接および類推適用説、五条三項の論理的な解釈まで諸説が展開してきた<sup>126)</sup>。
- (130) Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 205.
- (131) TRIPS の四一條は、加盟国に無体財産権侵害に対する救済手続を設けることを求め、また四五条一項は、無体財産権侵害に対する損害賠償請求を、過失により権利侵害した者に対しても認めることとしている。この場合、自らのサーバーに権利侵害にあたるコンテンツがあることを知らずして権利侵害を引き起こしたホスティングプロバイタも損害賠償責任を負うことがありうることを解釈できる<sup>127)</sup>。

- (132) Michael Lehmann, Unvereinbarkeit des § 5 Telemediengesetz mit Völkerrecht und Europarecht, CR 1998, S. 232 ff., 233 f. ; Spindler, a. a. O. (N. 116), S. 205.
- (133) 商取引指令三条の付属書で除外されているのは、本拠地国原則にだけであり、その他の点では、著作権についても指令が適用される<sup>128)</sup>。
- (134) この点の紛争処理または権利救済の实效性について疑問を投げかけるものとして、むしろ、Andr/Köhler, a. a. O. (N. 1), S. 111.

〔後記〕 本稿は、二〇〇〇年度電気通信普及財団の助成による研究成果の一部である。記してお礼を申し上げます。また本稿は、ヘルリン・フンボルト大学での在外研究中に、事柄の性質上早急にまとめる必要にかられて、執筆したため、日本での関連文献は、拙稿と若干の手元に用意していたものを除き、基本的に剽窃をさせていただいた。後日、必要な補訂をすることとしてお断りしておきます。