慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	プロバイダ責任法制の比較 : ブラジルの二〇一四年インターネットにおける市民の権利に関する枠組み (Marco Civil da Internet) 及び二〇一五年民事訴訟法を参考に
Sub Title	Estudo comparativo entre os regimes da responsabilidade civil dos provedores de serviços de internet : uma análise baseada nas Marco Civil da Internet (2014) e Código de Processo Civil (2015) no Brasil
Author	髙橋, 一実(Takahashi, Kazumi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2021
Jtitle	慶應義塾大学大学院法学研究科論文集 (Proceedings of Keio University Graduate School of Law Studies in Law and Politics). No.61 (2021.) ,p.1- 58
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00069591-00000061-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

プロバイダ責任法制の比較

——ブラジルの二〇一四年インターネットにおける市民の権利に関する枠組み（Marco Civil da Internet）及び二〇一五年民事訴訟法を参考に——

髙橋一実

一　はじめに
二　プロバイダ責任制限法の概要及び問題の所在
㈠　発信者情報開示請求権及び開示手続
㈡　リベンジポルノ防止法における特例
三　ブラジルのインターネットにおける市民の権利に関する枠組みの概要
㈠　制定の背景及び経緯
㈡　ブラジルにおけるプロバイダ責任法制の概要
四　ブラジルにおける発信者の特定及び提訴方法
㈠　手続法の柔軟な解釈による理論的アプローチ
㈡　実務上のアプローチ
五　比較検討
㈠　提訴を容易にする方法の検討
㈡　私事性的画像記録の送信防止措置レジームの実効性に関する検討
六　むすびに代えて

一　はじめに

一九四八年の国連総会で採択された世界人権宣言の一九条は、「その時代における情報の発信と受信の自由の理念」[1]を以下のように反映している。

世界人権宣言一九条　すべて人は、意見及び表現の自由に対する権利を有する。この権利は、干渉を受けることなく自己の意見をもつ自由並びにあらゆる手段により、また、国境を越えると否とにかかわりなく、情報及び思想を求め、受け、及び伝える自由を含む。

歴史を振り返ってみると、情報を伝達するメディアは、今日の主要なメディアとして、プリント、コモンキャリア、ブロードキャスティングの順に登場してきた。[2]世界人権宣言の後において、情報テクノロジーは目覚ましく進化し、インターネットの発展に伴って、誰もが、自由に、自らの情報を発信する、又は他者の情報を受信することができる範囲が、飛躍的に拡大した。一九条の人権思想を「リアルな世界で語ることを可能にするに至った」[3]のである。

他方で、インターネットの普及は、我々に利便性をもたらす一方で、負の側面もある。特に「不特定多数の人々がアクセスする場を通じての情報流通は、他人の利益を侵害する情報や社会全体にとって有害な情報の流通を容易にし、被害の時間的・空間的拡大をもたらす」[4]と指摘される。この点、情報流通を媒介する立場にあり、問題となる情報の削除等の措置が可能であり、発信者の特定に資する情報を保有する可能性があるプロバイダ等の適切な対応が期待されるところである。そこで、我が国において、立法的対応を図ったものとして、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に関する法律（平成一三年法律第一三七号、以下、「プロバイダ責任制限法」という）があり、二〇〇二年五月に施行に至った。[5]

諸国のプロバイダ責任法制を比較すると、「必ずしもプロバイダ責任の捉え方や発信者への責任追及にあたっての発信者情報開示等の運用は国ごとに一様ではなく、各国の制度において被害者の権利と発信者責任、匿名の表現の自由、発信者情報の開示にともなうプライバシー保護の比重や判断基準も異なる」。[6] 他国の動向に目を向けると、[7] 近年の立法として、ブラジルの「インターネットにおける市民の権利に関する枠組み（Marco Civil da Internet）」（以下「MCI」という）が二〇一四年に成立した。[8] MCIは、プロバイダの法的権限、責任、及び記録開示等の定めのほか、インターネットの利用一般に及ぶ原則、保障、権利義務を確立するものであり、同法を「インターネット憲法」と呼ぶ者もいる。[9]

本稿では、両国のプロバイダ責任法制の比較を通じて、今後の法制をめぐる新たな展望に向けた示唆を得ることを目的としている。本稿で扱う主要な論点は、発信者情報開示手続の簡易・迅速化である。日本においては、情報の流通により自己の権利を侵害された者（以下、「被害者」という）が、発信者を特定するための手続に要する時間的・費用的負担が問題視されている。他方で、ブラジルでは、MCIを踏まえ、国内学説及び裁判例においては、二〇一五年民事訴訟法（Código de Processo Civil）との協働の上、手続を簡易・迅速化するアプローチが図られている。かかるアプローチを参考に、日本における発信者情報開示制度の改善に向けて検討を加える。

本稿の構成としては、まず、日本におけるプロバイダ責任制限法の概要を踏まえ、同法をめぐる本稿の問題意識及び課題を提示する。次に、ブラジルにおけるMCIの立法過程や原則について紹介の上、同法及び民事訴訟法を踏まえたプロバイダ責任法制について論じる。続いて、先に触れた発信者情報開示手続を含む両国の法制の比較検討を行うこととする。

二　プロバイダ責任制限法の概要及び問題の所在

プロバイダ責任制限法[10]は、「特定電気通信による情報の流通によって権利の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」定めたものである（一条）。なお、同法の対象となる「特定電気通信役務提供者」（以下、単に「プロバイダ」という）には、非営利・営利、個人・法人の限定はない。プロバイダの損害賠償責任の制限については三条、発信者情報の開示請求等については、四条にそれぞれ規定を置く。

同法が対象とするのは、「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信」（二条一号）にあたる「特定電気通信」である（一条）。したがって、一対一の通信である電子メールサービスや、自らの情報を保存するために個人が利用するファイルストレージサービスは含まれないこととなる。

同法は、侵害される「権利」については特に限定せず、分野横断的に対象としている。一方、刑法上違法ないし有害な情報は同法の対象とならない。また、「権利の侵害」は「情報の流通」自体によって生じた場合を対象としており（一条）、「それ自体が違法でない違法情報へのリンク情報[11]」や「流通している情報を閲読したことにより詐欺の被害に遭った場合[12]」等は含まれないこととなる。

㈠　発信者情報開示請求権及び開示手続

1　発信者情報開示請求権

インターネットにおける名誉毀損等の不法行為に対する損害賠償請求や、著作権侵害に対する差止請求の前提とし

て（以下、かかる請求を「本案請求」という）、請求権を被害者が発信者に対して行使するためには、発信者を特定するための情報を要する。典型的には、他人の権利を侵害する情報の発信が匿名で行われたことにより、当該情報の発信者の特定ができない場合等において、被害者が発信者に対して訴えを提起するためには、プロバイダから発信者情報の開示を受ける必要がある。

この点、プロバイダ責任制限法は、発信者情報の開示について、「開示関係役務提供者」に対する被害者の請求権を創設している（四条一項）。この請求権は裁判外での行使も可能である。「開示関係役務提供者」とは、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プロバイダ等（以下、単に「プロバイダ」という）を指す。開示の要件として、「権利を侵害されたとする者の救済の必要性と発信者の通信の秘密やプライバシー等の保護とのバランスに配意し」[13]、（ア）侵害情報の流通によって開示を請求する者の権利が侵害されたことが明らかであるとき、かつ（イ）発信者情報が、開示を請求する者の損害賠償請求権の行使のために必要である場合その他発信者情報の開示を受けるべき正当な理由があるとき（四条一項一号及び二号）との定めがある。（ア）における「明らか」とは、不法行為等の成立を阻却する事由の存在をうかがわせるような事情が存在しないことまでを意味する。また、同法が対象とするのは、特定個人の権利が侵害された場合であり、第三者の権利が侵害された場合は、対象に含まれない。

発信者情報の開示は、「発信者のプライバシー、個人情報及び表現の自由という重大な権利利益に関する問題である上、その性質上、いったん開示されてしまうとその原状回復は不可能であることから」[14]、みだりに開示されることを回避し、実質的かつ積極的な利害を有する発信者本人の意思を反映する必要がある。それゆえ、同法は、（ウ）開示の請求を受けたプロバイダは、発信者の意見を聴かなければならないこと（四条二項）、（エ）開示を受けた者は発信者情報をみだりに用いてはならないこと（四条三項）、（オ）プロバイダは、開示に応じないことによる開示請求者に生じた損害は、故意・重過失がある場合でなければ賠償責任を負わないこと（四条四項）を定めている。

２　発信者情報開示手続の現状及び課題

プロバイダ責任制限法四条一項一号は、権利侵害が「明らかであること」（明白性）を要件として定めるところ、任意開示においては、「権利侵害が一見明白である」ことを要すると解されるが、そういった状況はほとんどの場合に存在せず、また開示しなくとも事実上プロバイダは責任を問われることはない（四条四項の重過失要件）から、プロバイダは、裁判外での任意開示に応じない場合も多いと指摘される[15]。また、開示による免責規定が存しないことも、プロバイダの任意開示を消極化させる要因となっていると言える。プロバイダから任意の開示がなされない場合、開示請求手続をとる必要があるが、同法四条の「開示請求権は実体法上の請求権として構成されており、原則として訴訟手続を必要とする構成が採用されている[16]」。実務上は、一般的に、発信者の特定のために、「①コンテンツプロバイダへの仮処分の申立て、②アクセス（経由）プロバイダへの訴訟提起[17]」という二段階の裁判手続を要する。その上、本案請求訴訟を含めると、被害者は、三段階の裁判手続を要するということになる。

先に述べた現行の制度においては、（ア）発信者情報開示手続のために、多くの時間・費用・手間を要し、被害者の負担となっていること、（イ）発信者を特定できない場面の増加、といった問題が指摘されている[18]。（ア）に関しては、本案請求の前提として、先に述べた二段階の裁判手続を行う必要がある点、さらに、開示請求が訴訟手続によることで、必要的口頭弁論に基づく審理・判決を経ることとなり、必然的に時間を要する点から、被害者の負担が大きいとの指摘がある[19]。また、（イ）に関しては、被害者が一定の時間の経過後、権利侵害情報の流通に気づく場合や、「コンテンツプロバイダにおける開示手続に一定の時間がかかるケースでは、アクセスプロバイダが保有するＩＰアドレスなどのログが請求前に消去されてしまう場合[20]」等に、発信者が特定できない可能性があるという課題がある。

本稿においては、前記（ア）（イ）の課題に関して、発信者情報開示手続の簡易・迅速化のために、特に、両プロバイダを相手方とする開示手続を一つの手続の中で完結できないか、という問題意識を中心として、ブラジルにおけ

るアプローチを参考に、検討を進めたい。また、（イ）に関しては、方策の一例として、ＭＣＩにおけるプロバイダの記録保存義務について紹介する。

㈡　リベンジポルノ防止法における特例

二〇一四年、私事性的画像記録の提供等による被害の防止に関する法律（以下、「リベンジポルノ防止法」という）が成立した（平成二六年法律第一二六号）。リベンジポルノ防止法四条においては、プロバイダ責任制限法三条二項の定めるところの損害賠償責任の制限の特例が設けられた。当該特例は、私事性的画像記録が流通すると、「興味本位で拡散しやすく、被害者が受ける損害は重大かつ回復困難であり、削除の緊急性が高いという実態に鑑み[21]」、特定電気通信により流通した私事性的画像記録に対して送信防止措置を講じたとき、当該情報の発信者との関係で、プロバイダの損害賠償責任が生じない場合について、追加的に規定するものである。リベンジポルノ防止法四条は、（ア）プロバイダが講じた送信防止措置が必要な限度において行われたものであり（四条本文）、かつ（イ）自己の名誉又は私生活の平穏を侵害されたとする者から送信防止措置を行うよう申出があり（四条一項）、措置を講ずることに同意するか発信者に照会し、二日以内に発信者から同意しない旨の申出がない場合（四条二項）、プロバイダは責任を負わない旨定める。申出主体は、原則として撮影対象者であり、撮影対象者が既に死亡している場合は、その配偶者、直系の親族又は兄弟姉妹がそれに含まれる。なお、リベンジポルノ防止法四条は、プロバイダ責任制限法三条二項と同様、プロバイダと発信者が契約関係にある場合、その取り決めを排除する趣旨はないので、任意規定にあたると考えられる。

リベンジポルノ防止法四条は、プロバイダ責任制限法三条二項の定めるところの損害賠償責任の制限の特例として、発信者に対する送信防止措置に関する同意照会期間を七日から二日に短縮し、プロバイダの自主的対応による被害の拡大の防止を図っている。もっとも、発信者に対する同意照会期間経過後に、必ずしも送信防止措置が講じられるわ

けではない。本稿においては、プロバイダのさらなる自主的対応を促進するため、効果的な送信防止措置レジームを確立できないか、ＭＣＩを参考に、検討する。

三　ブラジルのインターネットにおける市民の権利に関する枠組みの概要

㈠　制定の背景及び経緯

１　制定の背景

ブラジルにおいては、情報社会の中で、インターネットの利用上の諸問題に関し、特別の法律を持たず、裁判所の判断によるところとなり、個々の事案の判決において矛盾・対立が生じ、法的安定性が問題視されていた[22]。

同時代において、インターネット上の犯罪を規律する法として、“Lei Azeredo”（Azeredo法）と呼ばれる法（一九九九年第八四号法案）が起草された[23]。同法は、その射程が極めて広範囲に及ぶものであり、仮に施行されれば、多くのブラジル国民が犯罪者として扱われるという問題、また、研究・開発のために必要な実践を違法とし、革新の機会を抑圧するという問題が危惧された[24]。Azeredo法に対しては、学術部門をはじめとして、オンラインにおける嘆願書を含む社会的な反対運動が広がった[25]。他方で、Azeredo法の代替案についてのコンセンサスはなかった[26]。かかる状況の中、Ronaldo Lemos博士は、二〇〇七年に、民事的規制が先んじる必要性を説いて、“Marco Civil”の立案を提唱した[27]。この考えは、学術部門や一般社会により擁護され、その議論は政府にも及び、二〇〇九年に確立された[28]。

２　制定の経緯

文化省及び国立教育研究ネットワーク（Rede Nacional de Ensino e Pesquisa: RNP）が管理する“Cultura Digital”という

ブログを通じて、法務省の暫定草案について開かれた論議が展開された[29]。かかるオンライン・プラットフォームの活用によって法案につき議論する、というのは、ブラジル政府初の試みであった[30]。同ブログは、登録ユーザーが、政府や討論者に対して関知させるために、諸問題に関するコメントを掲載することが可能であり、その立案を進めるための意見の複数性を担保するものであった[31]。その議論の最初の段階においては、法務省によるたたき台（特に、暫定草案）、及び最終的に法案化するために当初議論された考えに焦点が当てられ、条文、項、号が作成された[32]。第二段階においては、焦点を同草案に置きつつも、より多岐にわたる議論が展開され、条文、項、号ごとに一般社会の人々の参加を得て協力的に議論した[33]。さらに、外務省を介して他諸国の規制についての報告を各大使館に要請し、規律の重要な部分に関して、とりわけ議論の活発なヨーロッパ諸国及びアメリカと調和させることを試み[34]、最終的に政府提出法案として結実した[35]。

かかる経緯から、同草案は、二〇一一年第二一二六号法案として国会に提出され、Marco Civil da Internet（インターネットにおける市民の権利に関する枠組み）は、二〇一四年三月二五日下院、同年四月二三日上院を通過し、成立（二〇一四年法律第一二九六五号）に至った。そして、同年四月二四日官報掲載[36]を経て、同年六月二三日施行[37]となった。MCIは、前述の通り、インターネットの利用における原則、保障、権利義務を確立するものである。

3　MCIの基本原則及び二〇一六年デクレト第八七七一号

MCIが指針とする基本的原則については、同法三条に規定を置く。その中でも、①憲法（Constituição da República Federativa do Brasil）上の表現の自由（liberdade de expressão）、思想の共有及び表明の自由（comunicação e manifestação de pensamento）の保障（MCI三条一号）、②プライバシーの保護（MCI三条二号）、③法律に基づく個人情報の保護（MCI三条三号）、④ネットワーク中立性の原則（MCI三条四号）が強調される[38]。

MCIの施行規則として、二〇一六年五月一一日に、デクレト第八七七一号が発令された。同デクレトは、第一に

ネットワーク中立性の原則の例外となる前提を規律すること[39]、第二にインターネット・サービス・プロバイダによるデータの保存及び保護の方法を示すこと、第三に行政機関による登録情報の提供要請の透明化の手段を措定すること、第四に違反の調査及び是正のための基準について確立することを目的とした。

㈡　ブラジルにおけるプロバイダ責任法制の概要

１　ＭＣＩ制定以前のプロバイダの責任等に関する見解

⑴　インターネット・サービス・プロバイダの分類

学説において、インターネット・サービス・プロバイダ（以下、「ＩＳＰ」という）に関する様々な分類が行われてきた。Marcel Leonardi 博士は、ＩＳＰの概念を形成し、それを、バックボーンプロバイダ、アクセスプロバイダ、電子メールプロバイダ、ホスティングプロバイダ、コンテンツプロバイダに分類した[40]。他方で、Ronaldo Lemos 博士は、ＩＳＰを二つに大別した。それは、アクセスサービス・プロバイダ（provedores de serviço de acesso: PSAs）及びオンラインサービス・プロバイダ（provedores de serviços online: PSOs）である。このPSAsは、アクセスプロバイダに対応し、PSOsは、電子メールプロバイダ、ホスティングプロバイダ、コンテンツプロバイダを包含するものと解される[41]。それに対して、ＭＣＩにおいては、専ら、明示的に、二種類のプロバイダについて扱っている。それは、インターネット接続プロバイダ（provedores de conexão à internet）及びインターネット・アプリケーション・プロバイダ（provedores de aplicações de internet）である。ＭＣＩには、プロバイダの種についての明確な規定はないが、インターネット接続プロバイダは、アクセスプロバイダ又はPSAsに対応している[42]。また、インターネット・アプリケーション・プロバイダは、おおよそ、PSOsに類似するものであると解されている[43]。本稿において、ブラジルにおけるプロバイダの種別に言及する場合、ＭＣＩ施行前の議論に関しても、ＭＣＩによる分類に合わせ、「接続プロバイダ」及

び「アプリケーション・プロバイダ」と表記することとする。[44]

(2) 接続プロバイダに関して

接続プロバイダは、設備を提供するサービスを行い、情報を評価する技術的なコンディションもなければ、通信を傍受する権利やあらゆるメッセージを取得する権利もないことから、第三者により作成された権利侵害コンテンツから生じた損害について、民事責任を負わないとする見解が展開されてきた。[45] 接続プロバイダの発信者情報開示に関して、裁判所は、接続プロバイダは、他人の権利を侵害するコンテンツの作成者である発信者の情報を、第三者（被害者）や管轄の当局に提供すべき義務があるとの立場をとってきた。この点、接続プロバイダがユーザーをインターネットに接続させる仲介の役割を担っているというサービス内容の特徴やサービスにより利益を得ていることに言及の上、ユーザーを特定するための技術的な手段を活用して、発信者情報を記録し開示する義務があるとした裁判例もある。[46] ただし、発信者情報に関する記録の保存期間やその保存すべき記録の詳細に関しては、明らかでなかった。[47] そこで、インターネット運営委員会（CGI.br）[48] は、民法（Código Civil）二〇六条三項五号に定める、民事賠償請求権の時効期間との調和を図り、IPアドレスの識別情報、接続開始・終了日時、及び発信元の記録を三年の間保存すべきとの勧告を行った。[49]

(3) アプリケーション・プロバイダに関して

第三者により生じたコンテンツに対するアプリケーション・プロバイダの責任に関しては、客観的（無過失）責任（responsabilidade objetiva）に立脚すべきとする立場と主観的（過失）責任（responsabilidade subjetiva）に立脚すべきとする立場に割れていた。

アプリケーション・プロバイダの客観的責任を支持する学説においては、被害者が、不法行為等の責任を、匿名や偽名を使った発信者に対して追及することが困難であるとの指摘のほか、その多くが営利目的と考えられるプロバイ

ダとは異なり、直接の発信者が損害を塡補するために十分な資力を有していないという指摘があった。[50] 下級審において、かかる客観的責任の立場を示したものもある。[51] その中には、アプリケーション・プロバイダによって展開される通常の事業が、危険を伴うものであると理解され、民法九二七条単項（危険責任等の無過失責任を定める規定）を適用する裁判例[52]や、かかる場合において、コンテンツが第三者によって生じたものであることの立証に加え、発信者の特定がなされることにより、因果関係が否定されることで、アプリケーション・プロバイダは責任を負わないと示す裁判例[53]があった。

他方で、主観的責任を支持する学説の中には、アプリケーション・プロバイダに客観的な責任を負わせる場合、プロバイダは、膨大な損害を被ることとなり、結果として、享受するサービスの対価は高価になる等、リスクの負担は、ユーザーにふりかかることとなるという指摘もあった。[54] この点、高等司法裁判所（Superior Tribunal de Justiça: STJ）は、アプリケーション・プロバイダの責任につき、主観的責任に立脚すべき立場を示した。[55] 高等司法裁判所第三小法廷二〇一一年八月二三日判決[56]によれば、前提として、インターネットの商業利用は、消費者保護法において生じる消費関係（relações de consumo）に属するとする。消費者保護法（Código de proteção e defesa do consumidor）三条によれば、消費関係におけるサービスの事業者とは、報酬を介した事業を展開する者であるとされるが、ＩＳＰにより提供されたサービスが無料であることは、消費関係を歪めるものではないと示す。同判決は、その根拠として、消費者保護法三条二項にある「間接的な報酬（mediante remuneração）」が広範に解釈されるべきもので、サービス提供者の間接的な収入も含まれるからであると示す。かかる消費関係を考慮すれば、第三者により生じた権利侵害コンテンツに関するアプリケーション・プロバイダの損害賠償責任は消費者保護法一四条、及び一般規定である民法九二七条単項を前提とする客観的責任と解することとなる。この点、同判決においては、ユーザーにより発信される情報の内容に関して、アプリケーション・プロバイダが、あらかじめ監視することは、提供されるサービスの本質的な活動ではなく、

データや画像に関する点検やフィルタをかけないサイトについて、消費者保護法一四条に定める瑕疵があるとは言えない旨示した。また、違法コンテンツから生じる精神的な損害についても、アプリケーション・プロバイダの活動に本来備わっている危険にはあたらないとし、民法九二七条単項の適用もなされなかった。さらに、高等司法裁判所は、アプリケーション・プロバイダは、第三者による違法コンテンツを認識した後で、コンテンツへのアクセスを不可にするための効果的な措置[57]を行わない場合にのみ責任を負うとする見解を示し（同第三小法廷二〇一四年八月二一日判決[58]）、その認識は、被害者による裁判外の通知で十分であるとした（同第三小法廷二〇一二年六月一九日判決[59]）。送信防止措置の期間については、被害者の裁判外の通知から二四時間以内に措置を講じなければならないとする見解や、これに対して事業規模や送信防止措置の技術的な困難性、被害の重大さ等を考慮するべきであるとして期間を延長する見解等、裁判官の間で意見が割れていた[60]。発信者情報開示に関しては、ユーザーが自由にコンテンツの発信ができるサービスを提供するアプリケーション・プロバイダの特性に言及の上で、発信者の特定に資する情報を提供するように注意すべきであるとし、発信者の有効な追跡手段として、ＩＰアドレスの記録及び開示の義務を認めてきた[61]。記録保存の期間としては、高等司法裁判所は、民法二〇六条三項五号に定める、民事賠償請求権の時効期間との調和を図り、当該記録を三年の間保存すべきであるとの見解を示した[62]。

２　ＭＣＩにおけるプロバイダ責任法制の概要

(1)　対　象

ＭＣＩにおいては、前述の通り、ＩＳＰを接続プロバイダ及びアプリケーション・プロバイダの大きく二つに分類している。ＭＣＩには両者の明確な定義はないが、「インターネット接続」については、「ＩＰアドレスの帰属及び認証を介して、インターネットにおけるデータパケットを送受信するための端末の能力」と定義している（ＭＣＩ五条五号）。また、「インターネット・アプリケーション」に関しては、「インターネットに接続している端末を介してア

クセスされる機能の総体」であると定めている（ＭＣＩ五条七号）。接続プロバイダは、発信者に対してインターネット・アクセスを提供する、いわゆる経由プロバイダにあたるものである。他方、アプリケーション・プロバイダは、コンテンツプロバイダ、電子メールプロバイダ、及びホスティングプロバイダを含むものであると解されている。[63] プロバイダの種別については、その活動が多種多様に展開されていることから、その者の活動に応じた責任を負うべきとの理念（ＭＣＩ三条六号）のもと、個別の定義を避けた。なお、営利・非営利、個人・法人の限定もない。

対象となる権利については分野横断的であるが、プロバイダの責任について規定するＭＣＩ一八条以下は、民事上の責任についてのみ規律している。また、著作権及び著作隣接権については、アプリケーション・プロバイダの責任について定めるＭＣＩ一九条二項において、同条の適用を留保し、特別法の定めによる旨規定している。もっとも、ＭＣＩ一九条二項に定めるところの特別法の議論は結実せず、未だ第三者による著作権侵害に対するアプリケーション・プロバイダの責任については、法律上の定めがない。この点、ＭＣＩ三一条によれば、当該特別法の施行までは、ＭＣＩの施行時点で有効な著作権関連法により規律される旨定めるが、著作権法（Lei de Direitos Autorais〔一九九八年法律第九六一〇号〕）においても、インターネットにおける権利侵害について扱っておらず、結局のところ、裁判所の判断によることとなる。[64]

(2) 責任の制限

責任については、ＭＣＩは、接続プロバイダ及びアプリケーション・プロバイダに大別して規定している。

まず、接続プロバイダについて、ＭＣＩ一八条は「インターネット接続プロバイダは、第三者によって作成されたコンテンツによって生じた損害に対し、民事上の責任を負わない」と定める。同規定には、先に述べたネットワーク中立性の原則が反映されている。ネットワーク中立性について扱うＭＣＩ九条は、通信、パケット通信、又はルーティングに対して責任を負う者は、あらゆるパケットデータを平等に扱う義務があり、コンテンツ、宛先・出所、媒体、

サービス・アプリによって区別してはならない旨定める。MCI一八条は、ネットワーク中立性の原則との調和を図り、さらに、接続プロバイダはコンテンツの内容を関知しない媒介者に過ぎないとする従前の国内の立場、及び接続プロバイダの責任を制限する諸国の動向に平仄を合せた。[65]

続いて、アプリケーション・プロバイダであるが、MCI一九条本文においては、「表現の自由を保障し、検閲を防止するために、インターネット・アプリケーション・プロバイダは、特定の裁判所の命令の後、当該命令が定める期間において、自己のサービスの技術的な範囲内で、（権利を）侵害する（infringente）コンテンツをアクセス不可とするための措置も講じなかった場合においてのみ、第三者により作成されたコンテンツから生じる損害につき民事上の責任を負う。ただし、法律に別段の定めがある場合はこの限りでない」と定める。MCI一九条の定める、裁判所の命令による送信防止措置レジームを、"notice and take down"と対比の上、"judicial notice and take down"と呼ぶ者もいる。[66] MCI一九条は、従前の国内の裁判例と同様に、プロバイダにコンテンツに係る監視義務を課しておらず、主観的責任に立脚する。[67] 主観的責任に立脚することで、プロバイダによる監視及び過度な削除行為を抑制することも可能となると解された。[68] また、コンテンツの送信防止措置に対し、司法の判断を介することで、表現の自由に対して正当な制限を加えることが可能となり、表現の自由の保障に資する、との指摘もある。[69] MCI一九条は、被害者による裁判外の通知の後、権利侵害コンテンツの送信防止措置を講じなかった場合、プロバイダは責任を負うとするMCI以前の高等司法裁判所の立場に反するものとなった。これに対しては、インターネットにおける権利侵害の拡大のスピードを鑑みて、司法の判断が介在することにより、迅速な送信防止措置がなされないこと、裁判所の負担の増加、及び被害者の費用的・時間的負担の増加等の懸念が指摘されている。[70] ただし、送信防止措置は、裁判所の命令のみに依存して行われるわけでなく、プロバイダが自主的に、利用規約等に則り、措置をとることは妨げられない。[71]

アプリケーション・プロバイダの責任は、原則として、先に述べたMCI一九条により規律されるが、MCI二一

条にその例外の定めがある。ＭＣＩ二一条本文は、「第三者が作成したコンテンツをアクセス可能にするインターネット・アプリケーション・プロバイダは、当事者の許可なく公開されたヌード若しくは性的行為を含む私的な画像、動画、又はその他のコンテンツの公開から生じるプライバシーの侵害について、当事者又はその法定代理人から通知を受けた後、自己のサービスの技術的な範囲内で、迅速に当該コンテンツをアクセス不可とする措置を講じなかった場合のみ、二次的に責任を負う」と定める。また、ＭＣＩ二一条単項は、「当該通知において、当事者のプライバシー権を侵害したとするコンテンツを具体的に特定し得る内容及び申立ての正当性（通知を行った本人の適格性）を確認することが可能となるだけの十分な内容が含まれない場合、通知は無効とする」と規定する。ＭＣＩ二一条は、リベンジポルノの増加を背景として、プライバシー侵害について、そのコンテンツの内容から、レジームに例外を設ける規定である。[72] アプリケーション・プロバイダは、「二次的に責任を負う」とあるが、ここでいう二次性（補充性）とは、実際に権利侵害コンテンツを公開した第三者（発信者）が完全な形で賠償を行うことができない場合、その補充としてプロバイダが賠償を負担するというものである。問題となったコンテンツが司法の評価に服した場合、権利を侵害するコンテンツにあたらないと評価する可能性もあることから、立法者は、プロバイダの負担を軽減するために、その責任を補充的なものとしたとする意見もある。[73] ＭＣＩ一九条との異同は、同法二一条が、裁判外の通知のみを以って、問題となるコンテンツの送信防止措置を講じなかった場合、プロバイダが責任を負い得る、とする点にある。

(3) ＩＳＰの記録保存義務

ＩＳＰの記録保存義務については、ＭＣＩ一三条以下に規定を置く。まず、ＭＣＩ一三条においては、接続プロバイダが一年間、接続記録（アクセスログ）を保存しなければならない旨定めている。接続記録については、ＭＣＩ五条六号において、「インターネット接続の開始・終了日時、その継続期間、及びデータパケットの送受信に端末が使用するＩＰアドレスに関する一連の情報」と定義されている。また、ＭＣＩ一五条においては、「法人格を有し、営

利目的で組織的に業として行うインターネット・アプリケーション・プロバイダは、六か月間、安全管理体制における守秘のもと、インターネット・アプリケーションへのアクセス記録を保存しなければならない」と規定されている。他方で、ＭＣＩ一七条は、同法に定める場合を除いて、インターネット・アプリケーションへのアクセス記録を保存しないことの選択をもって、第三者の利用に起因する損害につき、直ちにプロバイダに責任が生じるわけではない旨定める。「インターネット・アプリケーションへのアクセス記録」については、ＭＣＩ五条八号において、「特定のＩＰアドレスから特定のインターネット・アプリケーションを利用した日時に関する一連の情報」と定義されている。保存及び開示の対象となる記録に関しては、学説及び裁判例ともに大きく二つに見解が割れている[74]。一方では、ＭＣＩ五条八号の文言解釈により、対象を制限的に捉える見解がある。他方で、ＭＣＩの体系的解釈により、対象を広く捉える見解がある。後者は、その基礎を、特に、ＭＣＩ一〇条一項に置く。ＭＣＩ一〇条本文は、「本法で定める接続記録とインターネット・アプリケーションへのアクセス記録の保存及び提供は、個人情報と私的な通信の内容の保存及び提供と同様に、直接的な当事者、又は間接的な関係者のプライバシー、私生活、名誉、及び肖像の保護に注意を払わなければならない」と規定する。その上で、ＭＣＩ一〇条一項においては、「保存に責任を負うプロバイダは、本法七条の規定を遵守し、本章第四節が定める裁判所の命令により、本条本文に定める記録のみを、又は当該記録とともに、ユーザー・端末の特定のために資する個人情報若しくはその他情報を提供する義務がある」との定めがある。かかる観点から、高等司法裁判所においては、IPv4アドレス枯渇を背景とした複数ユーザーによるＩＰアドレスの共有状態を考慮し、ＭＣＩ五条八号に記載のない、送信元ポート（porta lógica de origem）につき、その開示が、ユーザーの特定、及びネットワーク自体やそれに携わる仲介業者の公正な機能のために不可欠であるとして、アプリケーション・プロバイダに保存・開示義務があることを示唆した[75]。

(4) 発信者の特定及び提訴

ＭＣＩ二二条本文では、「利害関係者は、付随した又は独立した申立てとして、民事又は刑事訴訟手続の証拠収集の目的で、記録を保存する者に接続記録又はインターネット・アプリケーションへのアクセス記録の開示を命じるよう裁判所に申し立てることができる」と定めている。また、二二条単項においては、当該申立てには、違法行為が発生したことの強い兆候（fundados indícios da ocorrência do ilícito）（単項一号）、調査（investigação）又は証拠調べを目的として、要求した記録の使用を正当化する根拠（二号）、及び記録が対応する期間（三号）が含まれることを要し、含まれない場合は、認められない旨定める。また、ＭＣＩ一九条三項は、「インターネット上で公開されたコンテンツに起因する名誉、評判、又は人格権の侵害に対する損害賠償を求める訴訟、及びインターネット・アプリケーション・プロバイダによるコンテンツをアクセス不可とする措置を求める訴訟は簡易裁判所に提起することができる」と規定する。[76] もっとも、発信者が明らかでない場合の、発信者の特定、及び発信者に対する損害賠償請求のための具体的な手続的方法は、ＭＣＩには明示されていない。[77] この点、ブラジルにおいては、二〇一五年民事訴訟法[78]（二〇一五年法律第一三一〇五号、以下「ＣＰＣ」という）上の理論及び実務的観点から、分析されており、[79] 次章で詳述することとする。

四　ブラジルにおける発信者の特定及び提訴方法

(一)　手続法の柔軟な解釈による理論的アプローチ

1　三段階の裁判手続による手法

一つ目は、三段階の裁判によるものである。[80] まず、一段階目として、インターネット・アプリケーションへのアク

セス記録を取得するための、アプリケーション・プロバイダに対する作為義務の履行を目的とする訴え（ＣＰＣ四九七条）から始め、その訴えに違法コンテンツの緊急保全による削除仮処分の申立て（ＣＰＣ三〇〇条）を合わせて行う。続いて、一段階目で明らかになった発信者のＩＰアドレス等を含むアクセス記録をもとに、接続プロバイダに対して、作為義務の履行を目的とする訴えを提起し、保有する発信者情報の開示を求める。三段階目として、発信者に対する本案請求を行う。

２　先行的早期緊急保全手続を用いた手法

二つ目は、二段階の手順を要する。先行的早期緊急保全（tutela provisória de urgência antecipada em caráter antecedente）制度を活用した手法である。

先行的早期保全とは、民事保全手続の一種である。保全手続（tutela provisória）は、明白性に基づく保全（tutela de evidência）（ＣＰＣ三一一条）及び緊急保全（tutela provisória de urgência）に大別される（ＣＰＣ二九四条）。緊急保全は、被保全権利が存する蓋然性があり、損害のおそれ又は訴訟の有効な結果に危険を及ぼす場合（ＣＰＣ三〇〇条本文）、申し立てることが可能になる手続上の制度であり、さらに二つの亜種に分類される。一方が、先行的緊急保全（tutela provisória de urgência antecipada）であり、他方が予防的緊急保全（tutela provisória de urgência cautelar）である。両者の異同に関して、ＣＰＣにおいては明文上、言及されていないが、前者は、申立人の権利を暫定的に保護することを目的とする。他方で、後者は、緊急の措置を介して、申立人の権利を保障するための手段を取得する可能性を与えることを目的とする、と説く者もいる。[81] もっとも、ＣＰＣにおいては、その保護が緊急性を根拠としていることが最も重要であることが考慮され、保護の形態が「先行的な（antecipada）」ものであるか又は「予防的な（cautelar）」ものにあたるかの基準は明示されなかった。さらに、ＣＰＣ三〇五条単項では、これらの措置の間に互換性を確立した。先行的緊急保全の申立ては、本案の審理に付随して行われる場合と、本案の訴えの提起と同時に行われる場合が

ある。後者が、先に述べた先行的早期緊急保全にあたる（ＣＰＣ三〇三条）。三〇三条は、二〇一五年ＣＰＣにより創設された規定である。訴訟の提起と同時期である場合、申立人は三〇三条規定の申立てにおいては、簡略化された形で訴状を提出することが可能であり、原告が簡略化された訴状による申立てを選択した場合、先行的早期緊急保全が認められたならば、原則一五日以内に主要な請求を確認するほか、事実及び理由の補完とともに、新しい添付書類を追加しなければならない（ＣＰＣ三〇三条補項一）。かかる補完を行わない場合、訴訟は、本案の判決なく、無効となる（ＣＰＣ三〇三条補項二）。また、保全を認めるための要素を欠いている場合、裁判所は、原告に対して、五日以内に訴状を修正（emenda）するよう決定し、原告が修正を行わない場合、保全処分は認められず、訴訟は本案の判決なく無効となる（ＣＰＣ三〇三条補項六）。

具体的には、まず、一段階目に、アプリケーション・プロバイダに対して、コンテンツの削除及び発信者のＩＰアドレスの取得のために、先行的早期緊急保全（ＣＰＣ三〇三条）を申し立てる。[82] 保全処分が認められ、当該コンテンツが削除され、ＩＰアドレスが開示されたならば、訴状への追加（ＣＰＣ三〇三条補項一）として、被告に接続プロバイダが記載されるとともに、発信者の登録情報の開示からなる作為義務の履行請求（ＣＰＣ四九七条）という新請求を定立する。[83] そして、二段階目として、発信者への本案請求が可能となる。一段階目につき、手続上の観点から疑念が残るという見解がある。同見解によれば、先行的早期緊急保全の申立ては、アプリケーション・プロバイダに対してなされるが、訴状修正後は、相手方が接続プロバイダに変更されることを理由として、ＣＰＣにおいて規定されていない手続上の問題により、訴えの却下のリスクがあると指摘される。[84]

３　事前の証拠提出の訴え及び主観的連続的併合に基づく共同訴訟を用いた手法

三つ目としては、事前の証拠提出（produção antecipada de provas）の訴え及び主観的連続的併合に基づく共同訴訟（litisconsórcio sucessivo）を活用した手法である。事前の証拠提出の訴えは、憲法上の裁判を受ける権利（連邦憲法五条

三五号）に由来し、証拠へのアクセス権の取得を目的とする。[85] 事前の証拠提出の訴えは、当該証拠を用いようとする証拠調べ（fase instrutória da ação）の段階より前、又はその訴えの提起前に行うことが可能であると解する意見もあるが、[86] 後者のみが可能であるとする意見もある。[87] 原告は、申立ての際、証拠の性質、予め証拠提出を試みる根拠、及び証拠調べの対象となる事実について明示しなければならない（ＣＰＣ三八二条）。なお、裁判官は、証拠を先行させるための前提を表面的に確認し、証拠の評価及び本案についての判断は後訴に譲り、認可判決（sentença homologatória）は、証拠が提出されたことを認め、保証するのみであると考えられる。[88] 事前の証拠提出の訴えは、証拠へのアクセスを容易にし、利害関係者が、裁判上で争うリスク及び和解を介した問題解決の利点を適切に評価することを可能にすることによる訴訟の削減と司法当局・当事者間の協力の促進を主要な目的とする制度であり、その主眼を証拠への権利の行使の保障に置く。[89] ＣＰＣ三八一条は、事前の証拠提出の手続が生じ得る前提を規定している。具体的には、訴訟期間内に一定の事実の評価が不可能又は著しく困難になる場合（ＣＰＣ三八一条一号）のほか、二〇一五年ＣＰＣにより、当事者間の紛争の裁判外での解決に有用な場合（三八一条二号）、及び事実に関する予めの認識により、後訴の提起を正当化し得る、又は回避し得る場合（三号）を加えた。同改正により、事前の証拠提出が、本案に対して自立的な性格を有することがさらに明らかになり、遅滞における危険がなくとも可能になった。

続いて、主観的連続的併合に基づく共同訴訟について概説する。この共同訴訟形態は、明文に規定を置かず、学説上の議論及び実務上で展開されてきた。主観的連続的併合に基づく共同訴訟は、一方の主体と関係する請求が定立され、また、他方の主体との関係で別の請求が定立され、両請求の間に先決関係があることを前提とした当事者複数訴訟の一形態である。両請求の関係は、先決性を有する一方の請求が認容されない場合は、他方の請求は認容されないという関係に立つものである。[90] ただし、先決性を有する請求が認容される場合に必ずしも他方の請求も認容されるわけではない。例えば、原告複数の場合は、同一の被告に対して原告がそれぞれ請求を定立し、被告複数の場合は、原

告が、被告各々に対して請求を定立し、両請求の間に先決関係が存する。また、原則として、共同訴訟人独立の原則（ＣＰＣ一一七条）に則った任意の共同訴訟（litisconsórcio facultativo simples/comum）であると解される。[91] その許容性に関しては、訴訟経済、合理的な手続期間と迅速な手続の完了（連邦憲法五条七八号）、判決調和に基礎を置くと考えられる。[92] 合理的な手続期間は、訴訟における適切な審理に十分と考えられる期間で、当事者に対して有効な解決策を与えるという意味で理解される。民事訴訟法上の要件から、共同訴訟の許容性を検討すると、主観的併合要件は、ＣＰＣ一一三条に定められているところ、主観的連続的併合に基づく共同訴訟は、定立される請求の先決関係を考慮し、ＣＰＣ一一三条二号に定める「複数の案件の間に目的物又は請求原因の関連性があるとき」にあたるものと考えられる。[93] なお、主観的連続的併合に基づく共同訴訟は、一つの訴えにおいて複数の請求について審理及び判決を求める形態であるから、客観的併合の要件として、単純併合の要件を充足することを要すると解される。[94] すなわち、ＣＰＣ三二七条補項一の定める「各請求が両立し得るものであること」（一号）、「同じ裁判官が各請求を審理する管轄権を有すること」（二号）かつ原則として「訴訟手続の種類がすべての請求につき適合していること」（三号）を要する。

具体的には、まず、一段階目として、アプリケーション・プロバイダ及び接続プロバイダに対して主観的連続的併合に基づく共同訴訟の形態で、事前の証拠提出の訴えを提起する（ＣＰＣ三八一条三号）。[95] その訴えは、両プロバイダからの必要なデータの開示を介して、発信者を特定することを目的とする。[96] 発信者の特定後、二段階目として発信者に対して本案請求訴訟を提起する。

４　主観的予備的併合に基づく共同訴訟を用いた手法

四つ目は、主観的予備的併合に基づく共同訴訟（litisconsórcio eventual）を活用した手法である。主観的予備的併合に基づく共同訴訟とは、請求の客観的予備的併合（ＣＰＣ三二六条）の概念から出発し、複数の請求に順位を付け、一方の主体と関係する請求（主位的請求）が認容されることを解除条件として、他方の主体と関係する請求（予備的請

求）の審理及び判決を求める当事者複数訴訟の一形態である。[97] 例えば、原告複数の場合は、同一の被告に対して、原告がそれぞれ請求を定立し、被告複数の場合は、原告が複数の被告各々に対して請求を定立し、請求の間で順位付けがなされる。主観的予備的併合に基づく共同訴訟は、任意であり、その許容性の基礎は、訴訟経済、合理的な手続期間、判決調和等にあると解される。[98] さらに、原告が、客観的に評価可能な疑念（dúvida objetivamente aferível）を有する場合、この共同訴訟が有用であると説かれる。[99] 客観的に評価可能な疑念とは、請求を定立する原告が、請求の相手方が不明である等の事実状況や定立すべき請求が必ずしも明らかでない状態を指す。その上で、かかる状態にある場合、事実上又は法律上併存し得ない請求を定立することが可能になる点も、主観的連続的併合に基づく共同訴訟の意義と解される。主観的併合要件は、ＣＰＣ一一三条に定められているところ、この共同訴訟は、ＣＰＣ一一三条二号に定める「複数の案件の間に目的物又は請求原因の関連性があるとき」にあたるものと考えられる。[100] なお、主観的予備的併合に基づく共同訴訟は、客観的併合の要件として、「同じ裁判官が各請求を審理する管轄権を有すること」（ＣＰＣ三二七条補項一の二号）かつ原則として「訴訟手続の種類がすべての請求につき適合していること」（補項一の三号）を要するが、一つの訴えにおいて複数の請求全てについて審理及び判決を求める形態にあたらないことから、「請求の両立性」の要件（補項一の一号）は問題とならない。[101] さらに、先に述べた客観的に評価可能な疑念も、基本的な要件と解されている。[102]

四つ目の手法に関しては、単一の訴えである。[103] 具体的には、アプリケーション・プロバイダに対して、損害賠償請求及び作為義務の履行を目的とする訴え（ＣＰＣ四九七条）を提起し、ＩＰアドレスの取得及びコンテンツの緊急保全による削除仮処分（ＣＰＣ三〇〇条）を合わせて申し立てる。当該訴えは、任意の主観的予備的併合に基づく共同訴訟の形態をとり、不定の共同被告（接続プロバイダ及び発信者）を伴う（ＣＰＣ三一九条補項一及び補項二、同条につき、詳しくは後述する）。接続プロバイダに対しては、発信者の登録情報の開示、発信者に対しては、本案請求を行う。

5　裁判官による措置を用いた手法

五つ目は、直接、不定の発信者に対する本案請求訴訟を提起する方法[104]である。ＣＰＣ三一九条二号においては、被告となる者の氏名、婚姻状況、住所等、被告を特定する事項を訴状において明示することを要する旨の定めがある。もっとも、二〇一五年の新法に新たに追加された、ＣＰＣ三一九条補項一においては、二号に規定の情報が定まらない場合、原告は、裁判官に対して、情報の取得のための措置を求めることができるとの定めがある。また、同じく追加されたＣＰＣ三一九条補項二においては、二号に規定の情報がなくとも、被告の呼出しが可能である場合は、訴えが却下されない旨定めがある。

具体的には、提訴の段階で、発信者が不定であるという問題への対処として、先行する訴訟を行う代わりに、アプリケーション・プロバイダに対して、ＩＰアドレスの開示及び問題となるコンテンツの削除仮処分を求める通告（oficio）、そして、接続プロバイダに対して発信者情報を開示するよう求める通告の送付を、裁判官に対して要求する[105]。かかる手順で発信者情報が提供された場合、原告は、被告の確定のために訴状を補正する[106]。

㈡　実務上のアプローチ

以上で紹介してきた方法は、必ずしも実用化されているわけではなく、三段階の裁判手続を経る手法（前記㈠１の理論）を用いるのが一般的である。もっとも、発信者の特定までに、二段階の手続を要することに関し、時間的・費用的負担を懸念する批判がある[107]。さらに、手続の期間が長期化する一方で、ＩＳＰの記録保存義務の期間が最大一年間であることを考慮し、発信者に対する責任追及の上、損害を填補することが困難であるとの指摘がある[108]。以下では、かかる問題を改善する実務上のアプローチとして、開示手続の簡易・迅速化を図った裁判例を紹介する。

1　通常訴訟手続における訴え提起を前提としたアプローチ

(1)　サンパウロ州高等裁判所民事第五次法廷二〇一五年一一月一八日判決[109]について

本件においては、X_1・X_2（原告、控訴人）が、動画共有サービスを提供するY_1・Y_2（被告、被控訴人）に対して、同サービスにおいて、第三者であるユーザーが公開した映像コンテンツが、自らの権利を侵害するとして、当該コンテンツの削除、及び当該コンテンツを投稿したユーザー情報の開示等を求めた。ユーザーの情報については、一般登録身分証明書（Registro Geral: RG）、納税者番号（Cadastro de pessoas fisicas: CPF）、住所、ＩＰアドレス、電話番号、及び電子メールアドレスの開示を求めた。原審（第一審）は、X_1・X_2の請求を一部認容し、当該コンテンツの削除、及び当該コンテンツを投稿したユーザーのＩＰアドレスの提供を行うよう、Y_1・Y_2に命じた（民事中央法廷第三五民事部[110]二〇一二年二月十日判決）。X_1・X_2は、当該コンテンツを投稿したユーザーの特定のためには、裁判官が、接続プロバイダに対して、情報開示のための通告（oficio）を送付することで足り、原告による別訴の提起は不要である等主張し、控訴した。

控訴審においては、「訴訟経済及び訴訟の迅速性の原則に配慮し、訴状に記載の映像の公開に対して責任を負うユーザーの個人情報の提供のために、接続プロバイダに対して通告を送付することは可能である」と判断された。他方で、Y_1・Y_2の提供したマニュアル（ＩＰ番号に関わるデータの取得のための説明書）に従い、通告を受けるべき接続プロバイダを特定するのはX_1・X_2の責任であるとした上で、X_1・X_2が前記マニュアルにより、接続プロバイダの特定に成功しなかった場合、当該判決（訴訟記録）を以って、判決の執行の段階で、X_1・X_2は、Y_1・Y_2が関係する説明を提示するよう、申し立てるべきであると示した。

(2)　考　察

同判決は、訴訟経済の原則、及びこの種の訴えが通常要求する緊急性を根拠とし、第三者に対する通告を利用した

解決について、ＣＰＣ七七二条三号の類推により、法的保護を見出しているという見解がある。[111] ＣＰＣ七七二条三号は、執行の実効性の確保を目的とした、第三者による書類又は情報の提供について定めている。ＣＰＣ七七二条本文は、「裁判官は、手続の如何なる段階においても、次のことを行うことができる」と定めた上で、同条三号は、「申立人によって指定された主体に対して、合理的な期間を設定し、執行の目的に一般的に関係する情報、さらに、所有している文書及びデータを提供するよう決定する」権限を裁判官に与えている。例えば、被申立人の所得税申告の写しを提供するよう、ブラジル経済省連邦歳入特別局（Receita Federal do Brasil）に通告するという場合である。執行の時点で、申立人の権利は、既に認められており、その執行の実効性の担保という単一で排他的な目的のために、訴えにおいて第三者の介入を可能にする。[112] この点、接続プロバイダに対する通告の場合においても、被害者は、アプリケーション・プロバイダに対する訴えにおいて、既に発信者情報の開示を受ける権利が認められていると考え、その調査を完了するために、第三者たる接続プロバイダによる情報開示のみを要すると解釈し、ＣＰＣ七七二条三号の前提との類似性を見出す見解がある。[113]

２　事前の証拠提出手続の活用によるアプローチ

(1)　サンパウロ司法区第二地域法廷（サント・アマロ）民事第二部1011048-06.2018.8.26.0002号事件[114]について

本件においては、インターネットにおいて自らの肖像権を侵害されたとする原告Ｘが、被告Ｙ[116]に対して、事前の証拠提出の訴えにより、発信者情報の開示を求め、訴えを提起した。裁判所は、本件訴状の受理にあたって、以下のように示した。

二〇一四年法律第一二九六五号二二条は、「利害関係者は、付随した又は独立した申立てとして、民事又は刑事訴訟手続の証拠収集の目的で、記録を保存する者に接続記録又はインターネット・アプリケーションへのアク

セス記録の開示を命じるよう裁判所に申し立てることができる」と定める。また、同法同条単項は、当該申立てには、違法行為が発生したことの強い兆候（一号）、調査又は証拠調べを目的として、要求した記録の使用を正当化する根拠（二号）、及び記録が対応する期間（三号）が含まれることを要し、含まれない場合は認められない旨定める。上記の要件が充足した場合、裁判官は、同法一三条及び一五条に規定する、接続記録及びアクセス記録の提供を認める。同法一三条には、「インターネットへの接続の提供において、安全管理体制における守秘のもと、各々の独立したシステムの管理者は、一年間、接続記録を保存する義務を負う」と定める。その上、同条五項は、「いかなる場合においても、本条で扱う記録の申立人に対する提供にあたっては、同章第四節に定める通り、司法の許可を要する」と規定する。また、同法一五条は、「法人格を有し、営利目的で組織的に業として行うアプリケーション・プロバイダは、六か月間、安全管理体制における守秘のもと、インターネット・アプリケーションへのアクセス記録を保存しなければならない」と定める。その上、同条三項は、「いかなる場合においても、本条で扱う記録の申立人に対する提供にあたっては、同章第四節に定める通り、司法の許可を要する」と規定する。本件において、訴状に記載の記録の提供を基礎とする当該申立ては、ＣＰＣ三八一条本文の前提に完全に適合するものである。同法三八一条は、訴訟期間内に一定の事実の評価が不可能又は著しく困難になる場合（一号）、当事者間の紛争の裁判外での解決に有用な場合（二号）、及び事実に関する予めの認識により、訴訟の提起を正当化し得る、又は回避し得る場合（三号）に、事前の証拠提出が認められる旨定めている。インターネットにおいて名誉を侵害した者が確かでないと認めたならば、最終的に損害賠償を請求する者の特定を可能にするために、事前の証拠提出のための特別な訴訟手続を適用することが可能である。これは、独立したシステムの管理者又はインターネット・アプリケーション・プロバイダのもとにあるデータの守秘の解除を認めるための、裁判官による法的要件の評価のみに向けられた非争訟的な手続である。それゆえ、通常訴訟手続及び被告に対し

て作為義務を課す、責任追及のための請求の審理によってなされる手続ではない。以上より、当該訴訟手続を、事前の証拠提出（ＣＰＣ三八一条以下）による手続に変更する。

裁判所は、Ｘに対して、法定の延長不可の一五日の期間内（ＣＰＣ三二一条）で、提供を求める記録が対応する期間（ＭＣＩ二二条単項三号）を示すために、訴状の補正を命じ、補正を行わない場合、当該訴えは無効となる旨示した。Ｘの訴状の補正後、訴状に記載の発信者情報の記録開示のために、一五日の期間内でＹの呼出しを命じるとともに、三八二条四項の定めにより、防御（反論）が認められない旨示した。その後、事前の証拠提出が認可され、ＣＰＣ三八二条本文の通り、一か月の間、利害関係者による複製や証明書の発行のために、文書保管所に当該訴訟記録を保存することとした。その上で、一方当事者による訴訟費用及び弁護士費用の負担については、争訟性の不存在を理由として、証拠の事前の提出手続に適さないものと示した。

(2)　民事中央法廷民事第三三部1121983-76.2019.8.26.0100号事件について[117]

本件は、原告Ｘが、Y_1（アプリケーション・プロバイダ）及びY_2（訴訟提起時は不定の接続プロバイダ）を共同被告とし、権利侵害コンテンツの投稿者の発信者情報の開示を求めて、主観的連続的併合に基づく共同訴訟の形態において、事前の証拠提出の訴えを提起した。裁判所は、訴状の受理において、Ｘは、「権利侵害コンテンツの投稿により被害を受けていると推察できる。適切な申立てを行うためには、当該投稿を行った者を特定する必要があり、その遅延は、申立てができなくなる可能性及び損害の填補が困難になるリスクがある。以上のことから、緊急保全処分及び明白性に基づく保全処分を認める」とした。裁判所は、Y_1に対し、一〇日以内に、自ら及びグループ会社のデータバンクにある、訴状に記載のアカウントに関係する接続記録を添付書類として提供するよう命じた。その上で、Ｘに対して当該通告の写しを、訴状の写しとともに、一〇日以内で送付し、法定の期間内で答弁を行うためにY_1を呼び出すよう命

じた。

(3) 考　察

事前の証拠提出の訴えの手続は、通常訴訟手続と比して、原則として、反論及び上訴を認めないという点で、略式の手続である。[118] ＣＰＣ三八二条四項においては、申立人により申し立てられた証拠の提出の全部を却下する決定に対するものを除き、反論又は上訴を認めない旨規定している。この点、学説においては、手続上の平等の原則（princípio da isonomia processual）、当事者対等及び広範な防御の原則（princípios do contraditório e da ampla defesa）、二段階の管轄権の原則（princípio do duplo grau de jurisdição）を考慮し、ＣＰＣ三八二条四項の解釈は、緩やかかつ体系的になされるべきであるとの見解がある。[119] かかる見解によれば、ＣＰＣ三八二条四項は、（証拠を評価する）最終的及び将来的な訴えの理非に関する議論の禁止のみに言及しているため、事前の証拠提出の許容性及び適法性を扱う反論と上訴は認められるとする。[120] 反論に関して、一部の学説は、実体法上の権利を含む本案の問題について論じることはできないが、被告は、公序良俗や手続的・形式的な問題（当事者適格、訴えの利益、証拠方法の不適切性等）を述べることができるとしている。また、被告は、「同一の手続きにおいて、同一の事実に関係する限りにおいて、あらゆる証拠の提出を求めること」ができる（三八二条三項）。この「事実」という用語を広く解釈し、「争訟性があることに関する同一のエピソード（mesmo episódio da vida em torno do qual houve litígio）」や同一の法律関係を取り巻く問題と解するべきであるとする見解がある。[121] この見解によれば、被告は、原告が証拠の提出の対象とする事実とは異なる事実を対象とする証拠の提出を試みることができるとする点で、事実上の防御を認める。上訴に関して、当該手続においては、提出された要素が裁判の証拠として機能することを証する決定、又は証拠の提出の全部を認めない決定は、判決の性格を有し、控訴（recurso de apelação）の対象となる。他方で、一部又は全部の証拠の提出を認める決定は、審理の終結以前であるので、中間決定（decisão interlocutória）の性格を有し、不服申立て（agravo de instrumento）の対象となる。[122]

審理に関しても、裁判官は、証拠を先行させるための前提を表面的に確認し、事実の存否やその法的効果についての判断をしない（ＣＰＣ三八二条二項）という点で、略式の審理が展開される。したがって、提出される証拠に対して、裁判官は評価を加えず、当該訴えの判決は、単に、証拠が提出されたことを認可し、保証することのみを目的としている。提出される証拠が評価の対象にならないということは、実際に証拠が提出されないということを意味するのではなく、証拠の対象とする事実の存在、許容性、及び真実性についての確信がないということである。[123]

事案（１）においては、ＭＣＩ二二条単項各号の充足を開示の根拠としている。他方で、事案（２）に関しては、開示仮処分の決定を開示根拠としている。両者はともに、発信者情報の開示を目的としたＩＳＰに対する作為義務の履行を目的とする訴え（ＣＰＣ四九七条）ではなく、ＣＰＣ三八一条規定の事前の証拠提出の訴えを活用している。先に述べた通り、事前の証拠提出は、通常手続と比して、略式の手続である。さらに、開示が判決によらず、中間決定の性質を有する開示判断によりなされている。

事案（２）に関しては、主観的連続的併合に基づく共同訴訟の形態において、事前の証拠提出の訴えを提起している。訴状の受理に際して、Y_1に対して、開示仮処分の決定により、発信者情報の開示を求める通告がなされている。本件は、その後、Y_1により、裁判所による決定内容の明確化を求める異議申立ての後、未だ係属中であり、実際の開示の存否や発信者情報の具体的な開示対象については、明らかではない。[124] もっとも、当該共同訴訟の形態に従えばY_1（アプリケーション・プロバイダ）に係る審理及び執行を前提として、Y_2（Y_1による情報の開示により、特定された接続プロバイダ）に係る審理がなされるところと考えられる。Y_2による情報開示については、Ｘの申立てによるが、再び仮処分の決定によりなされる可能性もある。もっとも、ＣＰＣ三〇〇条によれば、緊急保全処分（仮処分）は、被保全権利が存する蓋然性があること、かつ損害が生じるおそれ又は訴訟の有効な結果に危険があることを要件としているところ、発信者情報開示後の原状回復の困難性を鑑み、開示仮処分が認められないことも考えられよう。かかる場合は、

事案（2）と同様に、MCI二二条単項各号の要件が考慮され、充足する場合、開示が認められるものと推察する。

五　比較検討

㈠　提訴を容易にする方法の検討

本節においては、発信者情報開示手続制度の改善の方策について、比較検討する。方策の類型としては、第一に、「開示手続を前置せず、いきなり本案請求訴訟の提起を求める方途」[125]、第二に、「開示手続を本案請求訴訟に前置する独立の手続とする現在の方法を維持しながらも、当該開示手続を簡易化・迅速化する」[126]方途がある。本節の構成としては、まず、第一の類型に関して、ブラジルの理論（前記四㈠5）を参考に、現状制度における解釈論的検討を加える。続いて、第二の類型として、ブラジルの裁判例におけるアプローチ（前記四㈡）を踏まえ、日本における新たな発信者情報開示手続の構築に向けた検討を加える。なお、日本においては、近時、発信者情報の開示を一つの手続で行うことを可能とする「新たな裁判手続」（以下、「非訟手続案」という）の創設を含む、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の一部を改正する法律（令和三年法律第二七号）が成立した[127]。本稿においては、非訟手続案の提言を行った、発信者情報開示の在り方に関する研究会における議論状況について後述する。

1　情報非開示のまま本案請求の可能性

以下で検討するのは、開示手続をスキップした本案請求を可能にする、匿名訴訟の構想である。本稿における「匿名訴訟」の概念につき、「本案訴訟について、被害者が発信者を被告として特定しないまま訴えを提起することを認

める制度[128]」を匿名訴訟と呼ぶこととする。さらに、その分類として、「訴訟手続の開始から終了まで一貫して匿名で訴訟手続を追行するもの[129]」を狭義の匿名訴訟、「提訴時には匿名であっても、訴訟手続終了までに当事者が特定されることを前提とするもの[130]」を広義の匿名訴訟とする。

ブラジルにおいては、先に述べた通り（前記四㈠5）、原則、訴状において当事者を特定とすることを前提としながら（ＣＰＣ三一九条二号）、裁判官に対し、情報の取得のために必要な措置を求めることができること（同条補項一）及び被告の呼出しが可能である場合は、訴えが却下されないこと（同条補項二）の定めがある。また、ＣＰＣ三一一条には、訴状における記載事項を定めた三一九条各号規定の要件を具備しない場合等に、裁判官が、原告に対して訴状を補正するよう命ずるとの定めがある。すなわち、ブラジルにおいては、被告が不定であることを以って訴状を却下することはしないが、被告を特定の上で、訴訟手続を行う。したがって、分類としては、広義の匿名訴訟へのアプローチが可能と解される。前記四㈠5で紹介した理論によれば、訴えの提起後、被害者は、プロバイダからの発信者情報の開示により、被告たる発信者が特定された場合、訴状を補正することとなる。もっとも、かかる理論の実務上の活用例は発見に至らなかった。他方で、三一九条補項一に基づく情報収集のための通告の送付によって、公的又は民間組織の協力を求める具体的手段の一つとして、国家法務審議会（Corregedoria Nacional de Justiça: CNJ）による二〇一七年規則第六一号五条が注目に値する。同規則五条は、ブラジル市民情報登記センター（Central Nacional de Informações do Registro Civil: CRC）の情報を用いたり、連邦歳入特別局[131]及び高等選挙裁判所（Tribunal Superior Eleitoral）へ情報の提供を求めたりすることが可能である旨規定している。ただし、当該措置は、被告に関する部分的な情報の保持から出発すると解されている[132]。例えば、住所を用いて電力会社から氏名を取得したり、氏名を用いて選挙裁判所でＣＰＦと住所を取得したりする場合がある[133]。ＣＰＣ三一九条補項一において、訴状の記載事項の一部が不明であるという前提で、その不備を補うための裁判所の作用が予定されているとするならば、訴状の提出段階にお

いて、訴状の記載事項たる被告の情報を全く持たないという前提で、裁判所の通告のみを以って、ただちにプロバイダによる情報提供がなされるという理論は、その前提を異にする。また、ＣＰＣ三一九条補項一は、司法へのアクセスの保障をその趣旨としているところ[134]、仮に、裁判所の措置による開示が行われなくとも、被害者はプロバイダに対して情報提供を求める手立てが失われるわけではなく、特定情報を開示される発信者の権利利益を考慮して、その保障がどこまで貫徹されるべきかには疑念が残る。他方で、仮に可能であるとするならば、当該通告の前に、ＭＣＩ二二条単項各号の記録開示のための要件を考慮することになろうか、と推察する。もっとも、当該理論は、発信者情報開示手続及び本案請求訴訟を別箇のものとするのではなく、本案請求訴訟に前置する開示判断が行われる可能性を示唆するものと言え、被害者の負担は軽減されよう。

これに対して、日本の民事訴訟制度は、被告の特定を念頭に置いている。仮に、発信者が非開示のため不明の場合、民事訴訟法（以下、「民訴」という）一三三条二項一号の必要的記載がないものとして、訴状は却下される。ブラジルのように広義の匿名訴訟及び発信者情報開示を組み合わせた手法の実現を考えるならば、前提として被告が匿名である訴え自体を認める必要がある。その際、訴状の送達は留保されるものとされ、原告（被害者）及びプロバイダ間での開示手続を行う、という制度設計が考えられる[135]。裁判所が開示要件の充足を認めない場合は、訴状が送達できないので、留保していた訴状が却下されることになる（民訴一三八条二項）。他方で、裁判所が開示要件の充足を認めるときは、プロバイダから発信者情報の開示を受け、訴状に補正するなどして、訴状の送達を行い、通常の訴訟手続を行うこととなる。

また、このような方策の亜型として、提訴前の証拠収集手続を拡大し、本案請求訴訟提起前に発信者情報開示手続を前置させるという制度的対応の可能性を検討する。かかる構想は、本案請求訴訟提起前に、「原告・プロバイダ間で開示要件について争い、発信者情報が開示されれば、それに基づき原告が訴状を作成するというものである[136]」。も

っとも、提訴前証拠収集手続は、主として「係属後の審理の基礎となる事実資料を充実させ、また当事者間の自主的な争点整理を進めることによって、適正、かつ、迅速な審理を実現する」[137]ための手続である。また、訴えの提起前にもかかわらず、相手方当事者から証拠収集を可能にするには、その根拠が問題となるところである。日本においては、その根拠に対応するものとして、提訴予告通知（民訴一三二条の二）により、予告通知者と被予告通知者の間で、「訴訟係属に準じる状態…（中略）…が発生し、その効果として訴え提起に必要な事実資料を収集する権能が認められ」[138]ると解される。本来であれば被予告通知者たるべき発信者に対して、提訴予告通知なく、第三者たるプロバイダに開示の協力を求める手続を構成することが可能かは疑念が残るとする考えもある。[139]また、現状の証拠収集は、第三者との関係で、「証拠の所持者に対して強制力を及ぼすものを避け、相手方などの協力が得られる範囲で」[140]行われるという任意性があり、プロバイダに対し開示を強制する構想とは相容れないものとなろう。

２　開示手続の簡易・迅速化

(1)　ブラジルにおける方策の検討

以上では、情報非開示のまま本案請求訴訟を提起する方策を検討してきた。以下では、本案から独立した開示手続の前置を維持し、その手続を簡易・迅速化する方策を検討する。

ブラジルにおいては、日本と同様に、本案訴訟を提起する前に通常は二段階の裁判手続を要するところ、一つ目の裁判例（前記四(二)1）のように、アプリケーション・プロバイダに対する開示判決をもって、接続プロバイダに対しても発信者情報の開示のための通告がなされる旨示している裁判例がある。この方策（以下、「方策一」という）によれば、被害者は、接続プロバイダに対する別訴の提起を要さず、本案請求訴訟の提起の前に、一回の訴訟で済むこととなる。また、二つ目及び三つ目の裁判例（前記四(二)2）のように、事前の証拠提出の訴えを本案請求訴訟に前置する方策がある（以下、「方策二」という）。事前の証拠提出の訴えは、独立した訴えの性質を持つが、先に述べた通り、通

常の訴訟手続に比して、略式の手続であり、開示判断は、判決に前置する決定により行われていた。また、三つ目の裁判例のように、事前の証拠提出の訴えにおいて、主観的連続的併合に基づく共同訴訟の形態をとること（以下、「方策三」という）で、アプリケーション・プロバイダの情報開示を前提として、接続プロバイダの保有する発信者情報についても開示判断がなされることとなる。

かかる方策の間の異同として、MCI二二条が定めるところの裁判所の記録開示命令のための申立ての法的性質に注目してみたい。方策一においては、当該申立ては、通常訴訟手続における開示請求としての性質を有し、MCI二二条単項各号は、プロバイダに開示義務を負わせるための要件として機能すると解される。他方で、方策二及び三によれば、通常訴訟手続で開示請求を行う方式の併存の可能性は別として、当該申立ては、訴訟上の情報取得制度に位置づけられ、MCI二二条単項各号は、開示命令（決定）の要件として機能することを予定していると推察される。これに対して、方策の間の共通点として、方策一及び方策三によれば、同一手続において、アプリケーション・プロバイダ及び接続プロバイダの発信者情報の開示が可能となるという点があり、開示手続の簡易・迅速化に資するものとなるだろう。

日本において現行法で採用されたのは、立案当時、プロバイダの負担を考慮し、消極的な評価がなされていた実体法上の請求権の創設であった。かかる方策は、通常訴訟で請求する方式を予定する点で、ブラジルにおける方策一と類似するものであろう。ここで、日本の立案過程における発信者情報開示の議論を振り返るに、プロバイダ責任制限法制定の基礎となった二〇〇〇年一二月の「インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会報告書」[141]においては、「裁判所が非訟的に開示の妥当性を判断して許可を出して、これをもって被害者がプロバイダに発信者情報開示を求める案」[142]及び「発信者の利害を代弁する機関が発信者情報開示請求訴訟の被告となる案」[143]が示された。ブラジルの方策二及び三は、前者の案と類似するものと考えられる。

方策一は、アプリケーション・プロバイダに対する開示請求の認容判決を根拠として、接続プロバイダの情報開示の執行を可能とするものである。方策一の日本への導入可能性について検討するに、各プロバイダが一般に保有する情報の性質の異同及び後述する発信者の手続保障の観点[144]から、コンテンツプロバイダ及びアクセスプロバイダに対する開示判断を同等に扱うことが適切か、という問題が生じる。アクセスプロバイダの保有する情報は、コンテンツプロバイダに比して、住所及び氏名など秘匿性が高いとされる情報を含む場合が多い。さらに、両プロバイダのとり得る発信者に対する連絡手段も異なるため[145]、適切な意見照会を行い、開示手続に反映するという手続保障を行うために、コンテンツプロバイダによる発信者の手続保障をもって十分だとする積極的な理由がない。この点、両プロバイダに記録保存義務を課し、その上で、コンテンツプロバイダ及びアクセスプロバイダの間で、発信者に対する統一的な連絡手段を確立するなどの質的な担保が可能であれば、先に述べた問題に一定の対処が可能だと解する。その場合、プロバイダの負担の増加を考慮するに、ブラジルのように、記録保存義務の対象となるプロバイダを限定すること、具体的な保存期間を設けることで対応を図ることが望ましいと考える[146]。

続いて、ＭＣＩ二二条の申立てを訴訟上の情報取得制度に位置づけていると考えられる方策二及び三の導入可能性を検討する。日本における実体法上の開示請求権に関して、「一般義務化された民事訴訟法上の文書提出義務の基礎にある真実解明に協力する義務と共通する性質を有する[147]」との指摘がある。その上で、当該請求権の創設に関して、以下のように説明される。

民事訴訟を提起できれば、権利者は第三者であるプロバイダに対する文書提出命令等により、発信者の情報を得ることが可能となる。しかし、日本では、発信者不明のまま被告として民事訴訟を提起することはできないため、上記のような方法をとることができず、また立法当時は、訴え提起前の証拠収集手続も存しなかったことか

ら、独立した実体法上の権利として発信者情報開示請求権を定めたものである。[148]

この点、プロバイダ責任制限法制定後の改正民訴法における、訴え提起前の証拠収集手続の拡充による対応可能性に関しては、先に述べた通り（前記五(一)1）、第三者たるプロバイダに対する強制力の問題がある。これに対して、ブラジルの方策二及び三は、本案請求訴訟は提起前であるが、開示手続は、被害者及びプロバイダを当事者とする、あくまで独立した訴えであり、その中に開示決定を位置づけるという構成をとっているため、プロバイダに対する強制力は問題にならないだろう。提訴前証拠収集手続において提訴前予告通知、また、文書提出命令の前提として（本案請求）訴訟の提起を要する現状においては、方策二及び三のような本案請求訴訟から独立した手続の設計は、立法によるほかない。さらに、現行法上の発信者情報開示請求制度との間の調整も要するところと考える。

かかるブラジルの制度（特にも、方策三）を踏まえて、日本においても、一つの手続かつ決定手続により、発信者の特定を完結させる仕組みを構築できないか、検討する。この点、非訟手続の活用は、手続の簡易・迅速化を図ることが可能であり、柔軟な制度設計が可能であろう。二〇二〇年に開催された、発信者情報開示の在り方に関する研究会は、同年一二月の最終とりまとめにおいて、非訟手続の創設に関する提言を行っている。以下、概説する。

(2) 非訟手続案の概要

発信者情報開示の在り方に関する研究会は、二〇二〇年八月公表の中間とりまとめにおいて「非訟手続等として被害者からの申立てにより裁判所が発信者情報の開示の適否を判断・決定する仕組み（新たな裁判手続）を創設することについて、創設の可否を含めて、検討を進めることが適当である」[149]とした。二〇二〇年一二月の最終とりまとめにおいては、「現行法上の開示請求権を存置し、これに『加えて』非訟手続を新たに設けることを前提として、非訟手続の具体的な制度設計を検討することが適当である」[150]としている。具体的な制度設計としては、同一の手続内で発信者

の特定を完結するとともに、「特定のログを迅速に保全できるようにする仕組みを導入する」[151]ことを目的として、当該手続の中に、三つの命令を位置づける方法について提言している。その命令とは、「①コンテンツプロバイダ及びアクセスプロバイダ等に対する発信者情報の開示命令」[152]（開示命令）、「②コンテンツプロバイダが保有する権利侵害に関係する発信者情報を、被害者には秘密にしたまま、アクセスプロバイダに提供するための命令」[153]（提供命令）、「③アクセスプロバイダに対して、コンテンツプロバイダから提供された発信者情報を踏まえ権利侵害に関係する発信者情報の消去を禁止する命令」[154]である。前述のブラジルの方策三は、アプリケーション・プロバイダに対する開示決定を前提として、接続プロバイダの審理に移るという構成であり、二度の開示判断を経ることとなる。それに対して、この非訟手続案によれば、提供命令を創設することにより、コンテンツプロバイダによるアクセス・プロバイダの早期の特定を経て、両プロバイダの審理をまとめ、一つの開示判断にて開示が可能になると解する。ただし、コンテンツプロバイダが、自らの発信者情報の開示の相手方であるアクセスプロバイダを特定できない場合、コンテンツプロバイダの開示を先行させ、被害者側によりアクセスプロバイダを特定後、改めて開示命令を申し立てるプロセスを残存させる必要がある、との指摘があった。[155]

(3) 発信者の手続保障の問題

ブラジルにおいて、発信者情報開示手続の当事者構造は、日本と同様に、プロバイダと被害者である。他方で、日本と異なり、ＭＣＩは、発信者情報の開示につき、プロバイダの発信者に対する意見照会義務の定めを置かず、原則として裁判所の命令によってのみ開示がなされる。訴えの提起のためには、訴えの利益及び適格を要し（ＣＰＣ一七条）、何人も自らの名において、法律に別段の定めがある場合を除き、他者の権利について主張することができない（ＣＰＣ一八条）。この点、プロバイダは、裁判所の命令の名宛人ではあるが、通信の秘密の解除によって特定される第三者としての権利利益を有しているわけではない。ブラジルにおいては、処分権主義及び弁論主義の貫徹により、

プロバイダは、開示決定に不服を申し立てる利益を示すためには、要求された情報を提供しない自らの権利を基礎として、裁判所の命令が違法であると主張する必要があると解されている。[156] 例えば、プロバイダは、記録保存義務がないことや企業機密の漏洩にあたる可能性を主張することができる。発信者の意見を照会する時間的な負担、プロバイダによる発信者への照会に基づく代替的な防御がないことで、開示手続は、簡易・迅速化が見込まれる。他方で、かかる簡易・迅速性のみをもって、日本に示唆的であると結論づけることはできない。ブラジルは、開示につき、任意開示を促進する方向ではなく、原則として司法の判断を介在させることで、発信者の権利を不当に侵害する申立ての濫用の防止に資する枠組みを前提としている。

さらに、発信者の諸権利の要保護性の前提の異同も問題となる。例えば、「匿名」表現の自由の保護についてである。[157] ブラジルにおいては、発信者の表現の自由の保護のために、送信防止措置に関しては、例外的に、プロバイダによる発信者に対する、情報提供義務を設けている。また、先に述べた処分権主義及び弁論主義の貫徹の例外として、最近、高等司法裁判所は、投稿コンテンツの送信防止措置を求める訴訟において、プロバイダが、当該コンテンツの合法性について、発信者に代わって主張を行うことは妨げられないと示した。[158] それに対して、表現の「匿名性」に制約を加え得る発信者情報の開示手続においては、プロバイダによる発信者に対する情報提供義務はなく、前述のとおり、代替的防御も認められないと解されている。連邦憲法五条四号において、思想の表現における匿名が禁止されているところ、インターネットにおける匿名表現についても、高等司法裁判所は、プロバイダによる匿名性を抑制する環境づくりを行うべきであるとし、[159]「匿名性」自体の保護に対して消極的な評価が見受けられる。以上から、表現の自由及び表現の自由に関わる「匿名性」自体に対する要保護性の評価が、発信者の手続保障に反映されているとも考えられよう。

日本においては、「発信者情報は、発信者のプライバシー及び匿名表現の自由、通信の秘密として保護されるべき

情報であるから、正当な理由もないのに発信者の意に反して情報の開示がなされることがあってはならないことは当然である[160]」とした上で、「匿名性を維持したままでの発信者自身の手続参加が認められない現行の手続法の枠組みの下にあっては、開示請求の相手方となる…（中略）…開示役務提供者…（中略）…の行為を通じて、発信者の利益擁護や手続保障を図ることが不可欠である[161]」としている。立法者意思は、「被告プロバイダの訴訟追行により発信者の手続保障が満たされるというもののようである[162]」。もっとも、情報の取得や発信に関与しないプロバイダによる訴訟追行能力を考慮するに「当然に発信者の手続保障が尽くされる関係にはない[163]」こと、「訴外人たる発信者の利益のために訴訟追行をしなければならないとするのは、処分権主義と弁論主義を基調とする民事訴訟の基本的枠組みにそぐわない結果となる[164]」ことが指摘される。この点、プロバイダ責任制限法四条二項の意見聴取義務を踏まえ、手続保障について限界を画する見解がある。同見解によれば、発信者が「開示に同意しない場合は、発信者情報開示請求権の要件が満たされていないことの主張立証を求め、発信者による主張立証をプロバイダが訴訟に提出することを必要とし、かつそれで足りるとすべき[165]」と示す。

同見解は、現行法の実体法上の発信者情報開示請求権を前提とした開示手続におけるプロバイダの手続保障についての理論である。ここで、先に述べた非訟手続を運用するにあたって、発信者情報開示の在り方に関する研究会は、最終とりまとめにおいて、「現行制度においてプロバイダに義務づけられている発信者への意見照会とともに、どのような観点や仕組みが必要なのかについて、意見照会の時期・主体・権利利益の保障等の観点に留意し[166]」検討を行った。

なお、前述の通り、ブラジル及び日本の、発信者情報開示手続における発信者の手続保障についての前提は大きく異なり、本稿における比較検討としては、両国の基本的スタンスを紹介するにとどめざるを得なかった。被害者の負担を軽減する開示手続の簡易・迅速化は、発信者の手続保障との間で調整を要するところ、ブラジルのようなスタンスをとる場合、開示手続は簡易・迅速化が見込まれる一方で、発信者の手続保障は手薄となる[167]。他方で、日本のよう

に、発信者の意思を反映すべく手続保障のさらなる拡充を図った場合、非訟手続案の採用により開示手続の簡易・迅速化を図ったメリットが低減する可能性がある。

㈡　私事性的画像記録の送信防止措置レジームの実効性に関する検討

本節においては、私事性的画像記録の送信防止措置に関するプロバイダの自主的対応を促すための制度設計について、若干の検討を加える。いわゆるリベンジポルノ等のコンテンツに関しては、ブラジルにおいては、先に述べた通り（前記三㈡2⑵）、ＭＣＩ一九条の例外として、ＭＣＩ二一条に特別の定めを設けている。すなわち、プロバイダは、裁判所の命令を受けた後に、侵害コンテンツに対する送信防止措置を講じなかった場合にのみ責任を負うという命令・送信防止措置レジームを原則としている。他方で、その例外として、リベンジポルノ等のコンテンツについては、プロバイダが、当事者又はその法定代理人から裁判外の通知を受けた後で、送信防止措置を講じなかった場合に、責任を負い得るという、裁判外の通知・送信防止措置レジームを確立している。かかる裁判外の通知・送信防止措置レジームの採用により、拡散リスクが高く、被害回復の困難なリベンジポルノ等のコンテンツに関して、プロバイダに迅速な対応を促すことが期待される。

日本においては、リベンジポルノ防止法四条にプロバイダ責任制限法三条二項の定めるところの損害賠償責任の制限の特例が設けられ、発信者に対する送信防止措置に関する同意照会期間を七日から二日に短縮して、プロバイダの自主的対応による被害の拡大防止を図っている。もっとも、発信者に対する同意照会期間経過後に、必ずしも送信防止措置が講じられるわけではない。この点、ブラジルの制度と比較すると、プロバイダの自主的な対応の消極性及び被害の拡大が危惧されるところである。他方で、そのブラジルの通知・送信防止措置レジームに依れば、送信防止措置を講じたが、実際には、権利侵害情報でなかった場合等でも、通知により、送信防止措置が講じられ、発信者の表

現の自由等への保障を欠くこととなる。また、当該制度の濫用を防止するための制度的な担保を確立することも必要になる。ブラジルのような早期の送信防止措置が期待されるレジームの導入には、より慎重な検討を要する。

また、近時のブラジルの動向として、裁判外の通知により送信防止措置を講じるものとするＭＣＩ二一条規定のレジームを拡大し、他の権利侵害類型への適用を試みる議論がなされているところである。この点、二〇一六年第五二〇三号法案は、ＭＣＩへの追加規定（二〇条―Ａ）[168]として、過去に裁判所から送信防止措置命令を受けたコンテンツの転載コンテンツの送信防止措置に関する特別規定を設けるものである。追加規定二〇条―Ａ本文は、アプリケーション・プロバイダが、以前に裁判所命令の対象となったものと同一の侵害コンテンツにつき、利害関係者及び法定代理人から通知を受けてから、四八時間以内に、送信防止措置を講じなければならない旨定める。同法案に関して、立案担当者は、インターネットで利用できる違法コンテンツは、非常に早い拡散力があり、その結果は、甚大な被害となり、回復できないものになり得ると強調する。[169]なお、同法案は成立に至っておらず、他委員会の意見報告を待つ段階にある。[170]ブラジルにおいては、コンテンツの送信防止措置について、原則として裁判所の命令を前提としていることから、複製・転載コンテンツに関して、裁判外の通知を介した送信防止措置の促進のために、立法的対応を図る動向がある。他方で、日本においては、裁判外の任意開示の可能性を前提としており、その促進とガイドラインの充実により、複製・転載コンテンツの迅速な送信防止措置についても対応可能であるところと解する。もっとも、立法にて、特定の類型に属するコンテンツの送信防止措置に時間的制約を設けることを試みる動向は、注目に値する。

六　むすびに代えて

本稿は、ブラジルのインターネットにおける市民の権利に関する枠組み（ＭＣＩ）及び二〇一五年民事訴訟法との

比較を通じて、日本のプロバイダ責任制限法の枠内にとどまらず、インターネットにおける発信者、プロバイダ、被害者の相互関係を規制する手続的枠組みを含む立法への昇華に向けて、今後への示唆を得ることを主たる目的とした。

諸国のプロバイダ責任法制は、「必ずしもプロバイダ責任の捉え方や発信者への責任追及にあたっての発信者情報開示等の運用は国ごとに一様ではなく、各国の制度において被害者の権利と発信者責任、匿名の表現の自由、発信者情報の開示にともなうプライバシー保護の比重や判断基準も異なる」[17]。国境を問わず、一般に普及及び拡大するインターネットの機能や性質、日々変化するインターネットを取り巻く状況を踏まえれば、諸国の法制及び動向は注目に値し、それらを地域横断的に検討していく必要があろう。

他国の法制として、ブラジルに焦点を当てた本稿から得うる、今後の立法への示唆としては、三点ある。

一点目は、発信者情報開示手続の簡易・迅速化である。日本においては、発信者に対する本案請求訴訟の前に、原則として、発信者の特定のために二段階の裁判手続（発信者情報開示手続）を要することから、被害者の時間的・費用的負担が問題となっている。

本稿においては、ブラジルにおける事前の証拠提出の訴え及び主観的連続的併合に基づく共同訴訟形態を活用した方策三（前記五㈠2⑴）を中心に、発信者情報開示手続を簡易・迅速化させる可能性について検討した。

事前の証拠提出の訴えは、訴訟期間内に一定の事実の評価が不可能又は著しく困難になる場合（ＣＰＣ三八一条一号）、当事者間の紛争の裁判外での解決に有用な場合（二号）、及び事実に関する予めの認識により、訴訟の提起を正当化し得る、又は回避し得る場合（三号）に認められる。ＣＰＣ三八一条二号及び三号は、二〇一五年新民事訴訟法典の制定により加えられ、当該訴えが、本案請求訴訟に対して自立的な性格を有することがさらに明らかになった。当該訴えは、通常訴訟手続と比して、原則として、反論及び上訴を認めないという点で、略式の手続である。なお、裁判官は、証拠を先行させるための前提を表面的に確認し、証拠の評価及び本案についての判断は後訴に譲り、証拠

が提出されたことを認め、保証することのみを目的とする認可判決を行う。また、一部又は全部の証拠の提出を認める決定は、審理の終結以前であるので、中間決定の性格を有する。本稿においては、事前の証拠提出の訴えを活用した裁判例を二つ紹介した（前記四㈡2）が、いずれも、開示判断そのものは、認可判決に前置する決定にて行われた。

また、主観的連続的併合に基づく共同訴訟は、明文に規定を置かず、学説上の議論及び実務上で展開されてきた。主観的連続的併合に基づく共同訴訟は、一方の主体と関係する請求が定立され、また、他方の主体との関係で別の請求が定立され、両請求の間に先決関係があることを前提とした当事者複数訴訟の一形態である。

事前の証拠提出の訴え及び主観的連続的併合に基づく共同訴訟の形態を組み合わせた方策三の具体的な流れとしては、まず、アプリケーション・プロバイダ及び接続プロバイダに対して、主観的連続的併合に基づく共同訴訟の形態で、事前の証拠提出の訴えを提起する。続いて、アプリケーション・プロバイダに関係する審理及び執行を前提として、アプリケーション・プロバイダから開示がなされた記録に基づき、接続プロバイダを特定する。その後、接続プロバイダに関係する審理に移行する。方策三によれば、同一かつ略式の手続内で、アプリケーション・プロバイダ及び接続プロバイダからの開示を求めることができ、かつ開示判断を決定にて行うことができる。この点、被害者の時間的・費用的負担の軽減に資すると解する。

二点目に、ＩＳＰの記録保存の義務化である。日本においては、被害者が発信者に対して本案請求訴訟を提起する前に、プロバイダの保有する記録が削除されてしまい、発信者の特定に至らないケースが問題視されている。

他方で、ブラジルにおいては、ＭＣＩ一三条において、接続プロバイダは一年間、接続記録を保存しなければならない旨定めている。また、ＭＣＩ一五条においては、営利目的の法人格を有するアプリケーション・プロバイダは、六か月の間、アクセス記録を保存しなければならない旨定められている。

ブラジルの法制によれば、両プロバイダに対して、それぞれ一定期間の記録保存義務を設けている。この点、被害

者が発信者に対して本案請求訴訟を提起する前に、記録が削除されてしまい、発信者の特定に至らないというケースのほか、プロバイダが記録を保有せず、開示請求が空振りに終わるケースを削減することが可能になると考える。

三点目に、私事性的画像記録の送信防止措置レジームの実効性の強化である。日本においては、リベンジポルノ防止法四条にプロバイダ責任制限法三条二項の定めるところの損害賠償責任の制限の特例が設けられ、発信者に対する送信防止措置に関する同意照会期間を七日から二日に短縮して、プロバイダの自主的対応による被害の拡大の防止を図っている。もっとも、発信者に対する同意照会期間経過後に、必ずしも送信防止措置が講じられるわけではなく、その実効性が問題となる。

ＭＣＩにおける送信防止措置をめぐるプロバイダの責任について、ＭＣＩ一九条本文においては、アプリケーション・プロバイダは、特定の裁判所の命令の後、当該命令が定める期間において、自己のサービスの技術的な範囲内で、（権利を）侵害するコンテンツをアクセス不可とするための措置も講じなかった場合においてのみ、第三者により作成されたコンテンツから生じる損害につき民事上の責任を負う旨定める。かかるＭＣＩ一九条の規律を原則として、ＭＣＩ二一条においては、その例外の定めがある。ＭＣＩ二一条は、いわゆるリベンジポルノ等のコンテンツは、アプリケーション・プロバイダが、被害者又はその法定代理人から、裁判外の通知を受けた後で、送信防止措置を講じなかった場合に、責任を負い得る旨定める。かかる裁判外の通知・送信防止措置レジームの採用により、プロバイダに迅速な対応を促すことが期待される。

リベンジポルノ等のコンテンツが有する拡散リスクの高さ、被害回復の困難な性質を考慮すれば、ブラジルのように、プロバイダの自主的な対応を促す実効性が高いレジームの採用を検討する必要があると考える。

続いて、本稿において、残された問題につき、本稿本文の各所にて示したもののほか、以下の三点を今後の課題として示し、むすびに代えたい。

一点目は、ＭＣＩ二二条単項一号「違法行為が発生したことの強い兆候（fundados indícios da ocorrência do ilícito）」の意義の明確化である。ブラジルにおける発信者情報の開示要件は、ＭＣＩ二二条単項各号に定めがあるところ、一号の「違法行為が発生したことの強い兆候」の意義について、分析を加えることができなかった。かかる強い兆候の存否については、裁判官は、訴訟における証拠を評価し、心証が形成された理由を判決に明示しなければならない旨定めるＣＰＣ三七一条の原則のもとで判断がなされることとなる。今後、ＭＣＩ二二条単項一号をめぐる何らかの統一的基準ないし解釈を定立するためには、裁判例の蓄積とともに、権利侵害類型や手続形態に応じて、個別の事案を分析及びそれらを比較検討する方法論が考えられる。

二点目は、事前の証拠提出制度一般の導入可能性の検討である。本稿においては、前記方策三の長所を反映し得るものとして、最終とりまとめにおける非訟手続案を紹介したに留まり、日本における事前の証拠提出制度一般の導入可能性について、検討を加えることができなかった。当該制度一般の導入可能性については、発信者情報開示のための特定事案の比較考察に限定することは適当ではなく、民事訴訟制度一般に及ぶ広範な検討を要するところと解する。

三点目は、先に触れた非訟手続案に関する具体的な検討である。非訟手続案を含む「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の一部を改正する法律」は、二〇二二年中に施行の見通しである[172]。本稿で扱うことのできなかった、同法に基づく、発信者情報開示手続の簡易・迅速化に関する具体的な分析、及び前記方策三との比較検討を今後の課題とする。

（1）　総務省総合通信基盤局消費者行政課『改訂版　プロバイダ責任制限法』（第一法規、二〇一一）iii頁（堀部政男教授ご寄稿の「初版　まえがき」）。

（2）　堀部政男「インターネット上の情報流通とプロバイダ責任制限法の制定前史」、同監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論

―施行10年の軌跡と展望―』別冊ＮＢＬ一四一号（二〇一二）四頁。

（3）総務省総合通信基盤局消費者行政課・前掲注（1）iii頁。

（4）総務省総合通信基盤局消費者行政課・前掲注（1）i頁（長谷部恭男教授ご寄稿の「改訂版　まえがき」）。

（5）「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の一部を改正する法律案」は、二〇二一年二月二六日の閣議決定を経て、同日、第二〇四回国会に提出された（本稿入稿時）。その後、同法律案は、同年四月一三日に衆議院本会議、四月二一日に参議院本会議で、それぞれ全会一致で可決され、成立し、四月二八日に公布に至っている（令和三年法律第二七号）。二〇二二年の施行を目指す見通しであり、同法についての分析及び比較検討も必要なところであるが、本稿入稿時、筆者にはその用意がなく、紹介に留める。同法につき、総務省「新規制定・改正法令・告示　法律」、<https://www.soumu.go.jp/menu_hourei/s_houristu.html>（二〇二一年五月二〇日参照）。

（6）東川玲「情報の自由、規制、保護に関する現代的課題―プロバイダ責任法制に関する各国制度及び判例等の比較による示唆―」、京都大学、一頁<https://repository.kulib.kyotou.ac.jp/dspace/bitstream/2433/235040/2/dhogk00221.pdf>（二〇二一年一月四日参照）。

（7）その他諸国の状況として、神足祐太郎「諸外国におけるインターネット媒介者の『責任』」レファ八三九号（二〇二〇）一三一頁以下を参照。ＭＣＩにおけるプロバイダ責任法制は、とりわけ、アメリカやＥＵ諸国の規律に影響を受けたとされる。

（8）ＭＣＩは、成立当時、我が国においても、ネットニュースをはじめとして、各所で取り上げられた。塚越健司「ブラジルで成立『ネット憲法』インターネット管理をめぐる世界の攻防 インターネットは誰のもの？」、WEDGE Infinity（ウェッジ）、<https://wedge.ismedia.jp/articles/-/3892>（二〇二一年一月四日参照）。

（9）Wéverttton Gabriel Gomes Flumignan, *Responsabilidade civil dos provedores no Marco Civil da Internet (Lei n. 12.965/14)*, São Paulo, 2018, p. 25.

（10）前掲注（5）参照。本稿においては、現行法（平成一三年法律第一三七号）を前提として、概要の紹介及び検討を進める。参照条文についても、改正前の条文に対応するものである。

（11）大村真一「プロバイダ責任制限法の概要―法の概要と制定10年後の検証の概要」、堀部政男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論―施行10年の軌跡と展望―』別冊ＮＢＬ一四一号（二〇一二）一四頁。

（12）大村・前掲注（11）一四頁。

(13) 大村・前掲注（11）一五頁。
(14) 総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『改訂増補第2版　プロバイダ責任制限法』（第一法規、二〇一八）七二頁。
(15) 山本隆司「不開示に関する重過失の解釈―最三判平成22・4・13民集64巻3号758頁」、堀部政男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論―施行10年の軌跡と展望―』別冊ＮＢＬ一四一号（二〇一二）一一二頁。
(16) 山本和彦「提訴を容易にするための手続的方法」、堀部政男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論―施行10年の軌跡と展望―』別冊ＮＢＬ一四一号（二〇一二）一五〇頁。
(17) 発信者情報開示の在り方に関する研究会「最終とりまとめ」、総務省、四頁以下 <https://www.soumu.go.jp/main_content/000724725.pdf>（二〇二一年一月四日参照）。以下、本稿本文及び脚注において、「最終とりまとめ」と表記する。
(18) 最終とりまとめ 四頁以下。
(19) 山本・前掲注（16）一五〇頁。
(20) 最終とりまとめ 四頁。
(21) 総務省総合通信基盤局消費者行政第二課・前掲注（14）六〇頁。
(22) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 23.
(23) 同法案を由来として、二〇一二年法律第一二七三五号が成立しているが、違憲性を問題視する強い反発から、原法案の条項の大半を削除の上、成立した。また、同年には、刑法の追加規定として、サイバー犯罪を類型化し、罰則を定める法律第一二七三七号（Carolina Dieckmann 法）が成立した。
(24) Carlos Affonso Souza & Ronaldo Lemos, *Marco civil da internet: construção e aplicação*, Juiz de Fora, 2016, Editar Editora Associada Ltda, p. 17.
(25) Ibid., p. 17.
(26) Ibid., p. 17.
(27) Ronaldo Lemos, "Internet brasileira precisa de marco regulatório civil". Disponível em : <http://tecnologia.uol.com.br/ultnot/2007/05/22/ult4213u98.jhtm>. Acesso em : 04/01/2021.
(28) Carlos Affonso Souza & Ronaldo Lemos, op. cit., p. 18.
(29) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 24.

(30) Carlos Affonso Souza & Ronaldo Lemos, op. cit., p. 19.
(31) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 24.
(32) Ibid., p. 25.
(33) Ibid., p. 25.
(34) Ibid., p. 25.
(35) Carlos Affonso Souza & Ronaldo Lemos, op. cit., p. 24.
(36) Seção I do Diário Oficial da União (DOU) de 24 de Abril de 2014. Disponível em Jusbrasil : <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/69354783/dou-secao-1-24-04-2014-pg-1?ref=previous_button>. Acesso em : 04/01/2021.
(37) MCI三二条において、官報掲載から六〇日経過後に同法を施行する旨定めがある。
(38) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 29.
(39) Carlos Affonso Souza & Ronaldo Lemos, op. cit., p. 30.
(40) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 61.
(41) Ibid., p. 61.
(42) Ibid., p. 62.
(43) Ibid., p. 62.
(44) なお、日本のプロバイダ責任法制に焦点を当てて検討する場合、本稿においては「アクセスプロバイダ」(又は「経由プロバイダ」)、「コンテンツプロバイダ」の分類を採用する。
(45) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 102.
(46) TJ-RS, AC 70026712505, Rel. Des. Tasso Caubi Soares Delabary, Órgão Julgador : Nona Câmara Cível, julgado em 27/05/2009.
(47) Wévertton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 103.
(48) インターネット運営委員会は一九九五年五月三一日付省間規則第一四七号(二〇〇三年九月三日デクレト第四八二九号により改正)により創設された。同委員会は、ブラジルにおける、インターネットの利用及び開発のための技術的なガイドラインを公表する権限を与えられている。

(49) Comitê Gestor Internet Brasil（CGI.br）, "Recomendações para o Desenvolvimento e Operação da Internet no Brasil". Disponível em : <http://www.cgi.br/recomendacoes-para-o-desenvolvimento-e-operacao-da-internet-no-brasil/>. Acesso em : 04/01/2021.

(50) Wéverton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., pp. 126-127.

(51) Ibid., p. 127.

(52) TJ-RJ, AC 2008.001.18270, Rel. Des. Benedicto Abicair, Órgão Julgador : Sexta Câmara Cível, julgado em 11/06/2008. TJ-RJ, AC 0006047-50.2009.8.19.0040, Rel. Des. Benedicto Abicair, Órgão Julgador : Sexta Câmara Cível, julgado em 01/12/2009.

(53) TJ-SP, AI 381.078-4/0-00, Rel. Des. Ênio Santarelli Zuliani, Órgão Julgador : Quarta Câmara de Direito Privado, julgado em 07/04/2005. TJ-RJ, AC 0004584-91.2008.8.19.0207, Rel. Des. Alexandre Freitas Câmara, Órgão Julgador : Primeira Câmara Cível, julgado em 22/02/2010.

(54) Wéverton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 128.

(55) Ibid., p. 129.

(56) STJ, REsp. 1186616/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgado em 23/08/2011.

(57) かかる措置は、削除、アクセス制限、サービスの一時停止等様々な措置が考えられる。本稿においては、ブラジル法制における「アクセスを不可にするための措置」について、条文の邦訳等を除いて、便宜上、日本法制と文言を合わせ、「送信防止措置」という語を用いる。

(58) STJ, REsp. 1.337.990/SP, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Órgão julgador : Terceira Turma, julgado em 21/08/2014.

(59) STJ, REsp. 1.323.754/RJ, Rel. Min. Nancy Andrighi, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgado em 19/06/2012.

(60) Wéverton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., pp. 130-131.

(61) STJ, REsp 1308830/RS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgado em 08/05/2012.

(62) STJ, REsp 1.398.985/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgado em 19/11/2013.

(63) Wéverton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 128.

(64) Souza, Carlos Affonso & Lemos, Ronaldo, op. cit., p. 27.

(65) Wéverton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 105.

(66) Ibid., p. 134.

(67) Souza, Carlos Affonso & Lemos, Ronaldo, op. cit., p. 100.

(68) Ibid., p. 102.

(69) Ibid., p. 102.

(70) Wéverttton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 140.

(71) Souza, Carlos Affonso & Lemos, Ronaldo, op. cit., p. 102.

(72) Wéverttton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 137.

(73) Mariana May Sangoi, *Marco civil da internet (lei n. 12.965/2014): análise da responsabilidade civil dos provedores de aplicação por dano decorrente de conteúdo publicado por usuário da rede*, Santa Catarina, 2016, p. 69.

(74) Ricardo Maffeis Martins & Daniel Bittencourt Guariento, "Provedores precisam guardar dados suficientes para identificar usuários de seus serviços". Disponível em : <https://migalhas.uol.com.br/coluna/impressoes-digitais/316545/provedores-precisam-guardar-dados-suficientes-para-identificar-usuarios-de-seus-servicos>. Acesso em : 04/01/2021.

(75) STJ, REsp 1.777.769/SP, Rel.Min. Nancy Andrighi, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgados em em 5/11/2019. STJ, REsp 1.784.156/SP, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgados em 5/11/2019.

(76) ブラジル簡易裁判所法二条によれば、口頭、簡易、略式、訴訟経済及び迅速性の基準に則って手続が進められる。民事簡易裁判所は、他の裁判所と異なり、弁護士強制がなく、申立てに際しての簡易的フォーマットの提供や非識字者のサポートを行う支部も存し、この点、被害者の負担を軽減するものと解される。詳細につき、前田美千代「ブラジルの簡易裁判所（Juizado Especial）と消費者被害の救済―ポルトアレグレ市及びサンパウロ市における聞き取り調査とともに―」法研九一巻二号（二〇一八）一一三頁以下を参照。

(77) Fernando da Fonseca Gajardoni & Ricardo Maffeis Martins, *Direito digital e legitimação passiva nas ações de remoção de conteúdo e responsabilidade civil*, Cadernos Jurídicos, ano 21, nº 53, São Paulo, 2020, p. 50.

(78) 本稿においては、二〇一五年ブラジル民事訴訟法の邦訳にあたって、一九七三年民事訴訟法の邦訳書である藤井孝四郎・二宮正人編訳『ブラジル民事訴訟法典』（Kaleidos-Primus Consultoria e Comunicacao Integrada, 1998）を参考とした。

(79) Fernando da Fonseca Gajardoni & Ricardo Maffeis Martins, op. cit., p. 56.

(80) Ibid., pp. 56-57.

(81) Daniel de Carvalho Mendes & Adolpho Augusto Lima Azevedo,"O panorama das tutelas provisórias no novo Código de Processo Civil". Disponível em : <https://www.conjur.com.br/2016-abr-03/panorama-tutelas-provisorias-cpc>. Acesso em : 04/01/2021.

(82) Fernando da Fonseca Gajardoni & Ricardo Maffeis Martins, op. cit., p. 57.

(83) Ibid., p. 57.

(84) Ibid., p. 57.

(85) Giovanni Vidal Guaragni & Sandro Marcelo Kozikoski, *PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA OU AÇÃO AUTÔNOMA DE EXIBIÇÃO DE DOCUMENTO: A CONTROVÉRSIA SOBRE A PROVA DOCUMENTAL NO CPC/2015*, Revista Eletrônica de Direito Processual, ano 13.vol. 20. Múmero 3, Rio de Janeiro, 2019, p. 159.

(86) Richard Saymon Santos Durães, "Produção antecipada de provas: linhas gerais acerca do instituto". Disponível em : <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/11469/Producao-antecipada-de-provas-linhas-gerais-acerca-do-instituto>. Acesso em : 04/01/2021.

(87) Giovanni Vidal Guaragni & Sandro Marcelo Kozikoski, op. cit., p. 159. かかる立場は、訴訟が係属中で、事前の証拠提出が必要な場合は、ＣＰＣ一三九条六号が適用されると説く。そこでは、裁判官に、「紛争のニーズに適応させて、手続の期限を延長し、証拠の提出順序を変更する」権限を与えている。

(88) Ibid., p. 161.

(89) Ibid., pp. 161-162.

(90) Silas Sivas Santos, *LITISCONSÓRCIO EVENTUAL, ALTERNATIVO E SUCESSIVO NO PROCESSO CIVIL BRASILEIRO*, São Paulo, 2012, p. 244.

(91) Ibid., p. 244.

(92) Ibid., p. 249.

(93) Ibid., p. 251.

(94) Ibid., p. 251.

(95) Fernando da Fonseca Gajardoni & Ricardo Maffeis Martins, op. cit., p. 58.
(96) Ibid., p. 58.
(97) Silas Sivas Santos, op. cit., p. 200.
(98) Ibid., pp. 208-210.
(99) Ibid., pp. 208-210.
(100) Ibid., pp. 213-214.
(101) Ibid., pp. 214-215.
(102) Ibid., p. 215.
(103) Fernando da Fonseca Gajardoni & Ricardo Maffeis Martins, op. cit., p. 59.
(104) Ibid., p. 59.
(105) Ibid., p. 59.
(106) Ibid., p. 59.
(107) Ibid., p. 56.
(108) Diogo Dias Teixeira, "Desafios processuais na identificação de cyber-infratores". Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/63638/desafios-processuais-na-identificacao-de-cyber-infratores>. Acesso em : 04/01/2021.
(109) TJ-SP, AC 0127959-62.2011.8.26.0100, Rel. J. L. Mônaco da Silva, Órgão Julgador: Quinta Câmara de Direito Privado, julgado em 18/11/2015.
(110) 中央法廷は、サンパウロ市中央部を管轄区域とし、民事事件、租税（財務当局）・労災関係事件、財務当局の租税取立関係事件、民事簡易裁判所の管轄事件、及び非行児童・少年に係る事件を担当する法廷に分かれる。そのうち、民事中央法廷は、民事部、家族・相続部、児童・少年部、破産手続・裁判上の再生手続部、登記部、及び企業・仲裁関係紛争部から構成される。
(111) 前掲注（108）参照。
(112) 前掲注（108）参照。
(113) 前掲注（108）参照。
(114) 第二地域法廷は、サンパウロ市南部を管轄区域とし、民事部、相続・家族部から構成される法廷と、刑事部、児童・少年

部、民事簡易裁判所管轄事件部、第二南部地域のＤＶに係る事件を担当する部から構成される法廷に分かれる。

(115) Processo nº 1011048-06.2018.8.26.0002. Disponível em : Jusbrasil <https://www.jusbrasil.com.br/processos/184676901/processo-n-1011048-06201882600002-do-tjsp>. Acesso em : 04/01/2021.

(116) 本件は、ＣＰＣ一八九条三項に定めるところの、憲法上のプライバシー権への配慮から、訴状の補正後、非公開の裁判となった。非公開裁判においては、同条補項一の定めの通り、訴訟記録を閲覧する権利は、当事者及びその代理人に限られる。当該訴訟の官報掲載内容も限定されており、原告及び被告の顕名は行われていないが、被告ＹはＩＳＰと推察される。

(117) Processo nº 1121983-76.2019.8.26.0100. Ds Club Intermediacoes LTDA. x Facebook Serviços Online do Brasil LTDA. Disponível em : Jusbrasil <https://www.jusbrasil.com.br/processos/184676901/processo-n-1011048-06201882600002-do-tjsp>. Acesso em : 04/01/2021.

(118) Giovanni Vidal Guaragni & Sandro Marcelo Kozikoski, op. cit., p. 161.

(119) Ibid., p. 165.

(120) Bruna Bessa de Medeiros, “É possível a apresentação de defesa ou recurso na produção antecipada de prova?”. Disponível em : <https://migalhas.uol.com.br/depeso/305486/e-possivel-a-apresentacao-de-defesa-ou-recurso-na-producao-antecipada-de-prova>. Acesso em : 04/01/2021.

(121) Heitor Sica, “Produção antecipada de provas: uso estratégico no Novo CPC”. Disponível em : <https://blog.sajadv.com.br/producao-antecipada-de-provas-no-novo-cpc/>. Acesso em : 04/01/2021.

(122) 前掲注（120）参照。

(123) Giovanni Vidal Guaragni & Sandro Marcelo Kozikoski, op. cit., pp. 161-162.

(124) 二〇二一年一月調査時点。

(125) 山本・前掲注（16）一五一頁。

(126) 山本・前掲注（16）一五一頁。

(127) 前掲注（5）参照。

(128) 山本・前掲注（16）一五五頁。

(129) 山本・前掲注（16）一五五頁。

(130) 山本・前掲注（16）一五五頁。

(131) 連邦歳入特別局は、ＣＰＣ三一九条二号規定の訴状記載事項である、ＣＮＪ（法人用税務登記番号）、ＣＰＦ（個人用納税者番号）を管理している。

(132) Modelo Inicial, “Citação sem saber a qualificação dos Réus. É possível?”. Disponível em : <https://modeloinicial.com.br/artigos/citacao-qualificacao-reus>. Acesso em : 04/01/2021.

(133) 前掲注（132）参照。

(134) WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; DIDIER JR., Fredie; TALAMINI, Eduardo; DANTAS, Bruno, Breves Comentários ao Novo Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo: RT, 2016, p. 863 [Luis Guilherme Aidar Bondioli].

(135) 山本・前掲注（16）一五七頁以下。

(136) 山本・前掲注（16）一五八頁。

(137) 伊藤眞『民事訴訟法　第６版』（有斐閣、二〇一八）三二八頁。

(138) 伊藤・前掲注（137）三二八頁。

(139) 山本・前掲注（16）一五八頁。

(140) 伊藤・前掲注（137）三三一頁。

(141) インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会「報告書」、国立国会図書館、<https://warp.da.ndl.go.jp/info:ndljp/pid/283520/www.soumu.go.jp/joho_tsusin/pressrelease/japanese/PDF/denki/001220j60101.pdf>（二〇二一年一月四日参照）。

(142) 町村泰貴「発信者情報開示請求権の法的性質」、堀部政男監修『プロバイダ責任制限法 実務と理論――施行10年の軌跡と展望――』別冊ＮＢＬ一四一号（二〇一二）一四四頁。

(143) 町村・前掲注（142）一四四頁。

(144) 町村・前掲注（142）によれば、発信者情報開示にあたって、プロバイダ責任制限法四条の定める「要件が充足しているかどうかが問題となるのだが、それを決する手続に発信者は参加することができず、自ら主張立証する機会を与えられないままである。この問題を発信者の手続保障問題という」（一四八頁）と説明される。

(145) この点につき、最終とりまとめにおいては、「コンテンツプロバイダは、通常、発信者への連絡手段として電子メールアド

レスや電話番号しか持っていないことが多く、これらの方法により意見照会を行っても発信者から適切な回答を得られるケースは少ないが、アクセスプロバイダの場合、契約者の氏名や住所を保有しているケースが多く、郵送により、電子メールによる意見照会よりも適切に発信者から回答を得ることが可能であると考えられる」（二六頁）との指摘がある。

(146) この点、プロバイダ責任制限法検証ＷＧ「プロバイダ責任制限法検証ＷＧ 提言」、総務省、<https://www.soumu.go.jp/main_content/000134914.pdf>（二〇二一年一月四日参照）によれば、一律の記録保存義務を設けないとしても、「中小零細のプロバイダ事業者はもちろんのこと、大手プロバイダ事業者においても、その利用者数（契約者数）を勘案すると、本来の業務を圧迫して、適切なサービスを提供することができなくなる可能性も否定できない」（三九頁）との指摘もある。さらに、当該記録は通信の秘密（電気通信事業法四条）に該当するところ、原則は、保存は許されず、電気通信役務を円滑に提供するために例外的に認められる（同法一条）。かかる事実上及び法律上の問題を考慮し、記録保存義務の創設を肯定的に論じるには、さらなる検討を要するものである。

(147) インターネット上の海賊版対策に関する勉強会事務局「アクセス制限に関する請求権の考え方について（森田教授ヒアリングメモ）」、内閣知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会、<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/kaizoku/benkyoukai/siryou9.pdf>（二〇二一年一月四日参照）。

(148) 前掲注（147）参照。

(149) 発信者情報開示の在り方に関する研究会「中間とりまとめ」、総務省、一六頁<https://www.soumu.go.jp/main_content/000705095.pdf>（二〇二一年一月四日参照）。

(150) 最終とりまとめ 三二頁。

(151) 最終とりまとめ 一七頁。

(152) 最終とりまとめ 一七頁。

(153) 最終とりまとめ 一七頁以下。

(154) 最終とりまとめ 一八頁。

(155) 最終とりまとめ 一八頁以下。

(156) Demócrito Reinaldo Filho, “Limites e requisitos da ordem judicial para quebra de sigilo de dados armazenados por provedor de serviços na internet. : Desnecessidade de individualização prévia do(s) investigado(s) e do esgotamento de

outros meios de prova". Disponível em : <https://jus.com.br/artigos/80222/limites-e-requisitos-da-ordem-judicial-para-quebra-de-sigilo-de-dados-armazenados-por-provedor-de-servicos-na-internet>. Acesso em : 04/01/2021.

(157) この点、発信者情報開示において問題となる権利利益のうち、匿名表現の権利に焦点を当て、アメリカの裁判例の分析とともに、日本における発信者情報開示の要件について検討を加えたものとして、毛利透「インターネット上の匿名表現の要保護性について―表現者特定を認める要件についてのアメリカの裁判例の分析」、樋口陽一ほか編『憲法の尊厳　奥平憲法学の継承と展開』一八七頁以下（日本評論社、二〇一七）がある。

(158) STJ, REsp. 1.851.328/RJ. Rel. Min. Nancy Andrighi, Órgão Julgador : Terceira Turma, julgado em 19/06/2020.

(159) 前掲注（56）参照。

(160) 総務省総合通信基盤局消費者行政第二課・前掲注（14）七一頁。

(161) 総務省総合通信基盤局消費者行政第二課・前掲注（14）七二頁。

(162) 町村・前掲注（142）一四八頁。

(163) 町村・前掲注（142）一四八頁。

(164) 町村・前掲注（142）一四八頁。

(165) 町村・前掲注（142）一四九頁。

(166) 最終とりまとめ二二頁以下。

(167) この点、プロバイダの保有する情報が裁判所にのみ開示され、発信者が匿名のまま開示手続に関与する、又は本案請求訴訟おいて匿名のまま訴訟手続の追行を可能とする等の制度を構築する方向性を前提とするならば、発信者の手続保障の問題について、一定の対処を図ることができよう。

(168) Wéverton Gabriel Gomes Flumignan, op. cit., p. 142.

(169) Ibid., p. 142.

(170) Portal da Câmara dos Deputados, "PL 5203/2016". Disponível em : <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2083673>. Acesso em : 04/01/2021.

(171) 前掲注（6）参照。

(172) 前掲注（5）参照。

髙橋　一実（たかはし　かずみ）
所　　属　慶應義塾大学大学院法学研究科修士課程二年
専攻領域　ラテンアメリカ法、民事訴訟法
主要著作　ミゲル・アンヘル・アコスタ著、髙橋一実訳、前田美千代監訳「二〇一五年アルゼンチン新民商法典における契約法および家族法の重要改正」『法学研究』第九三巻第四号（二〇二〇年）