

# 海賊版サイト・ブロッキングの憲法適合性

大日方信春

## 1 はじめに

### (1) 問題の所在

いわゆる海賊版サイトが、出版業界や映像業界に多大な経済的損失を与えていることが問題になって久しい。とくに、近時、インターネットを利用する者がカジュアルにアクセス可能なコミックの海賊版サイトが出現したことが社会問題として報道されている。こうしたサイトは、運営管理者の特定が困難であるので、侵害者に対する違法コンテンツの削除要請及び損害賠償の請求といった法的な対処をとることが困難であるという特徴がある。

政府は、このような事態に対処するため累次の検討を重ね、2018年4月に「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」(以下、「緊急対策」という)の提言に至っている。それは、海賊版サイトへのアクセスについて、一定の要件の下でインターネット・サービス・プロバイダ(以下、「ISP」という)が遮断措置(ブロッキング)を講じることが適当であるとの方針を含むものであった<sup>1)</sup>。

ところが、この方針は、直後から憲法及び情報法学者並びに実務家から、強い批判にさらされてき

た<sup>2)</sup>。その要諦は、①憲法及び電気通信事業法(以下、「電通事業法」という)で保障されている通信の秘密を侵害する、②インターネット上の表現の自由を侵害するものである、③ISPに不当な負担を課すものである、という点にある<sup>3)</sup>。憲法及び情報法学においてはブロッキング違憲論が有力であるといつてよいであろう<sup>4)</sup>。

### (2) 本稿の見解

本稿は、法律を制定してISPに海賊版ブロッキングをさせることは必ずしも憲法に反するものとはいえないのではないか、と説くものである<sup>5)</sup>。その手順を次のように考えている。

まず、次節「2」において、当該法律は表現の自由を侵害しないか検討する。続く「3」においては、当該法律は通信の秘密を侵害しないか検討している。この手順にはこだわりがある。というのも、サイト・ブロッキングは、表現の自由との関係で問題が処理され得るなら、通信の秘密の保障は相対化できると考えているからである<sup>6)</sup>。最終節「4」では、ISPにブロッキングの負担を課すことができる理屈を説こうと思う。

1) 参照、知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」(平成30年4月13日)、同「インターネット上の海賊版対策に関する進め方について」(同日)。

2) 政府の検討段階からの批判として、木下昌彦「著作権侵害サイトのブロッキングをめぐる憲法上の問題について」内閣府知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会コンテンツ分野会合(第3回)資料4(2018年2月16日)。緊急対策に対する批判として、一般財団法人情報法制研究所(JILIS)情報通信法制研究タスクフォース「著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言」(2018年4月11日)(以下、「緊急提言」という)。

3) この他に、緊急対策が法律によらない統治であることを批判するものとして、参照、成原憲「海賊版サイトのブロッキングをめぐる法的問題」法教453号(2018年)45、48頁。

4) なお、本稿で想定しているブロッキングの手法はDNS(Domain Name System)ブロッキングである。

DNSブロッキングの方法によるなら、ISPは、特定の利用者又はその利用者のリクエストを知る必要はない。なぜなら、宛先となる海賊版サイトに関する事項のみを知ることで足りるからである。また、経時的な観点からすると、サイトは利用者がアクセスする前にブロックされている。海賊版サイトにすでにバリケードが作られていて、利用者はそれによってその宛先にアクセスできなくなるというのがDNSブロッキングの特徴である。

5) 著者による前稿として、大日方信春「通信の秘密とサイトブロッキング(序説)」日本知財学会誌16巻3号(2020年)23頁(以下、「大日方・サイトブロッキング(序説)」)という)がある。

## 2 海賊版と表現の自由——違法・有害なサイトをブロッキングすることの法的問題

### (1) 検閲（21条2項前段）該当性

政府の緊急対策は「特に悪質な海賊版サイト」を特定してISPにそのブロッキングを求めるものであった。仮に法律によるとしても、この手続は検閲に該当するか問題となる。

この点について、判例は、憲法が禁止した検閲について、こういっている。「行政権が主体となって、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象となる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、不適当と認めるものの発表を禁止することを、その特質として備えるもの」<sup>7)</sup>。したがって、①検査対象が思想内容ではないもの、②網羅的でなく付隨的になされるもの、③特定的・個別的審査、④発表禁止の効果をもたないもの、これらは判例の定義によると憲法上の検閲ではない。

この定義によるなら、海賊版の特定は憲法上の検閲には該当しないであろう。なぜなら、ブロッキング対象該当性の判断は表現形式（form of expression）の同一性を判断するもので思想内容等によるものではないこと（①に該当）、権利者の著作権に基づく個別の要求によって判断されるものであること（③に該当）、これらが理由となるであろう<sup>8)</sup>。

### (2) 海賊版サイト運営者の自由（表出の自由）

憲法21条1項は、内容及び媒体を問わずに「一切の表現の自由」を保障している。したがって、海賊版ブロッキングをISPに求める根拠法が検閲に該当しないとしても、ブロッキングの対象となる海賊版サイト運営者の表現の自由を侵害するものではないかを検討する必要がある。

この点について、わいせつ（刑175条）、名誉毀損（同230条）、プライバシー侵害（民709条）及び児童ポルノ（児童買春2条3項）といった違法・有害

表現をする自由というのは観念できまい。海賊版は著作権法に反する違法表現である。したがって、この段階では違法性を阻却する事由があるかもしれないことを留保して（但し、すぐ下の(3)で否定される）、海賊版サイト運営者の海賊版表出の自由は、憲法上の権利としては観念できないと思われる。

### (3) サイト利用者の自由（受領の自由、知る自由）

形式的には違法・有害表現とされるものであっても、それが公共の利害に関するものであったり公職者を批判するものであったりする場合には、違法性が阻却されることがある（参照、刑230条の2、公衆の関心事の法理、公衆に知られた存在の法理、公職者の法理）。海賊版の違法性も阻却される事由があるであろうか。

この点について、憲法21条1項は、表現表出者の権利と共に、表現受領者の権利も保護している。海賊版アップロードの違法性が阻却される事由があるとすると、それは、海賊版受領者の自由（サイト利用者の知る自由）であると考えられる。

ところが、やはり違法表現を見る自由というものも観念できないであろう。違法にアップロードされている著作物をダウンロードする自由というものが観念できることと思考枠組は同じであると思われる<sup>9)</sup>。

### (4) 「滑り坂」の危険

滑り坂理論（slippery slope theory）というものがある。それは、もともとは生命倫理の問題に使われてきた論法のようである<sup>10)</sup>。海賊版サイト・ブロッキングを認めることは、インターネット上の違法・有害表現に対するブロッキングを認める「はじめの一歩」となるのである。敷衍すると、海賊版に対するブロッキングを許したら、同じ論法により、名誉毀損、プライバシー侵害、肖像権侵害等の表現をアップロードしているサイトにもブロッキングが可能となる危険があるというのである<sup>11)</sup>。

本稿は、それは杞憂であろうと考えている。なぜ

6) 児童買春・児童ポルノ禁止法（略称）2条3項に規定する「児童ポルノ」（したがって表現の自由が保護されない）を対象としたブロッキングのためのアクセス先検知が電通事業法上の通信の秘密（4条1項）を侵害しない理由を刑法37条の緊急避難で説明する現在の実務的見解は本文と同一の思考下にあると思われる。

7) 最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁〔税関検査事件〕。

8) 著者は前稿で、正規版が公表されていることを理由にサイト・ブロッキングが検閲に該当しない旨の記載をしている（参照、大日方・サイトブロッキング（序説）27頁）。ただ、海賊版は正規版公表前にアップロードされることもあるので、サイト・ブロッキングが検閲に該当しない理由については、本稿のように修正したいと思う。

9) 急いで付け加えると、ダウンロードせず閲覧するだけの自由というのも観念できないであろう。サイト利用者が海賊版から得る利益は、違法な著作物がアップロードされていることから得られるせいぜい反射的利益に過ぎまい。サイト利用者が主体となって主張できる利益ではなかろう。

10) たとえば〈安楽死を認めることは侵生思想の助長につながる。したがって、安楽死は認められない〉というようなもの。

なら、名誉毀損表現、プライバシー侵害表現、肖像権侵害表現には、たとえば、公人批判のため、芸術的価値あり、競争促進のためといった歯止めとなり得る対抗価値があるからである。ところが、すでに上の(3)で述べたように、海賊版にはこれを保護すべき理由が見当たらない。海賊版サイト・ブロッキングを正当化する理論で、名誉毀損表現等をアップロードしているサイトのブロッキングを正当化することはできないと思われる。

また、ブロッキングは、正規版と表現形式 (form of expression) において同一である海賊版がアップロードされているサイトに対してなされるものである。表現内容に着目したものではない。この点も、ブロッキング対象の拡大に対する歯止めとなり得るであろう。

### 3 ISPによるアクセス先検知と通信の秘密

#### (1) 問題の所在

電通事業法 4 条 1 項は「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない」という。ここでは、電気通信事業者の管理下にある通信について、通信当事者以外の第三者が積極的に知ろうとすること（知得）、第三者にとどまっている秘密をその者が漏らすこと（漏洩）、本人の意思に反して自己又は他人の利益のために用いること（窃用）が禁止されている<sup>11)</sup>。

ISPが海賊版サイトのブロッキングを実施するためには、インターネット利用者のアクセス先を検知したうえで、その情報を遮断に用いる必要がある<sup>12)</sup>。このISPの行為は、利用者の同意を得ずに、同者がアクセスしようとするURL等を検知すること

であるので、ISPによるアクセス先検知は利用者の通信の秘密を侵害するおそれがある、とされている<sup>13)</sup>。

本節では、ISPによるアクセス先検知が通信の秘密を侵害するか否かについて検討する<sup>14)</sup>。

#### (2) 非侵害説

ISPによるブロッキングは、上のように、電通事業法 4 条 1 項にいう通信の秘密を侵害するという見解がある。この見解を「侵害説」とすると、管見の限りで、以下のような「非侵害説」が唱えられていると思われる。

##### (a) 公然性を有する通信説

ドイツ連邦憲法裁判所は、2015年に、サイト・ブロッキングはドイツ連邦共和国基本法（10条 1 項）及びEU基本権憲章（7条）の権利（プライバシー権）を侵害するものではない、と判示している<sup>15)</sup>。その要諦は、インターネット上で一般公衆向けに提供されているものにアクセスするという「単なる技術的通信」は、当該条項が秘密を保護しようとしている通信とは性質を異にする、という点にあるようである。ある論者は、ドイツのこの判決を参照して「技術的にはユーザーとISPとの1対1の通信であったとしても、一般公衆に向けられたコンテンツの発受信を目的とする以上は、なお公然性を有する通信に該当するとして、通信の秘密の保護の要請が後退すると解釈する余地は十分にある」としている<sup>16)</sup>。

憲法学も、通信の秘密の本来の意義を特定個人のコミュニケーションの内容の保護に見出したあと<sup>17)</sup>、インターネット上の公然性を有する通信については、通信の秘密の保護が限定される、とする理解を示してきている<sup>18)</sup>。ただ、インターネット上

11) 参照、木下・前掲注 2) 論文6-7、8頁。

12) 参照、多賀谷一照監修=電気通信事業法研究会編著『電気通信事業法逐条解説〔改訂版〕』（情報通信振興会、2019年）36頁（以下、「逐条解説」という）。

13) 但し、ISPはブロッキングを実施するか否かにかかわらず、通常の業務を実施するために既にアクセス先を知っているということは注記しておく。

また、インターネット利用者がアクセス先について検知されないことへの期待は、児童ポルノ・サイトへのアクセスがブロッキングされている現在、すでに失われている。

14) 参照、森亮二「ブロッキングに関する法律問題」ジュリ1411号（2010年）7、8頁、安心ネットづくり促進協議会「法的問題検討サブワーキング報告書」（2010年）1頁（以下、「安心ネット報告書」という）。

15) ここで憲法上の通信の秘密（21条 2 項後段）と法律上の通信の秘密（電通事業法 4 条 1 項）との関係を検討しておこう。本稿が想定しているのは法律に基づくブロッキングである。この法律は憲法に反するものであってはならない（98条 1 項）。では何が憲法上の通信の秘密を侵害する行為であろうか。憲法学においても通説的見解を見ないと思われるこの問題について、本稿は、ひとまず、アクセス先検知が電通事業法に反しないならば、このことをブロッキングの過程で求める法律も憲法に反しないと解すればよい、と考えている。

16) GEMA v. Deutsche Telekom, BGH, Urteil v. 26. 11. 2015- I ZR 3/14 und I ZR 174/14.

17) Michael Schlesinger・遠山友寛「日本国におけるオンラインでの著作権侵害への対処——サイト・ブロッキングの導入に向けて」コピライター677号（2017年）26、35頁。

18) 参照、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）230頁。

のコンテンツは公然性を有する通信といえても、それへのアクセスを求めることが公然性を有する通信に該当するかは、やや疑問がある。それでも、通信を表現であるそれと、ウェブサイトへのアクセス要求という表現とはいえないものとに区別し、後者の通信に対する秘密の保護は限定的であるとする本説の理解は魅力的である。

(b) 構成要件非該当説

別のある論者は、通信の秘密の対象に関する上の論者の二分法、すなわち通信の内容とその構成要素とを区別する出発点に賛同したあと、DNSブロッキングに当たって通信の内容の知得・窃用・漏洩や通信の構成要素の漏洩がなされることはないとしている<sup>20)</sup>。問題となるのは、ブロッキングに際しISPが宛先情報を扱うことが通信の秘密を侵害する知得及び窃用に当たるのか、という点にある。

まず、宛先情報を知得することについて、この論者は、ISPが通信の媒介のために宛先情報を知ることも形式的には通信の秘密を侵害する行為であるとするのは常識的ではないとしたあと<sup>21)</sup>、電通事業法上の通信の秘密の侵害となる知得は、事業者が「他人の通信を媒介する目的以外の目的で」通信の内容又は構成要素を積極的意思によって知ろうとするに限定すべきであるとしている。ブロッキングでは、ISPは、利用者からのアクセス要求に応じてその宛先を知るのであるから、それは「他人の通信を媒介する目的以外の目的で」宛先情報を知るわけではない。したがって、電通事業法上の通信の秘密を害する知得は生じていないというのである<sup>22)</sup>。つぎに、ISPによる宛先情報の利用についても同じように、ISPが通信の媒介のために宛先情報を用いることは当然なのであるから、通信の秘密を侵害する窃用にあたるのは、ISPが宛先情報を「他人の通信を媒介する目的以外の目的で」自己又は第三者の利益のために用いることと限定して理解すべきことになる。ブロッキングのための宛先情報の利用は限定された意味における窃用には該当しないというのである<sup>23)</sup>。

電通事業法4条1項の「侵してはならない」と

は、通信の秘密の対象を「知得」、「窃用」、「漏洩」してはならないということであった。従来の法学説は、同行為類型を郵便・電話時代さながらに形式的かつ広範に理解してきたところ、上の見解は、これをインターネットを媒体とした通信に適合するよう再解釈している。電通事業法上違法とされる行為類型は、媒体に応じてときに限定的に解釈されるべきであるというのである。

(c) 機械的検知非該当説

ブロッキングに際し、ISPが必要とする情報は、人間の知覚を通すことなく機械的・自動的に検知され利用される。この点について、従来から、通信情報の機械的・自動的検知も通信の秘密の侵害にあたると理解されてきている<sup>24)</sup>。しかし、この理解は、インターネット環境における通信の秘密理解においても、適切なものであろうか。

ところで、通信の秘密の対象に通信の内容ばかりでなくその構成要素も含まれるとするのが従来からの理解であった。ところが、その論拠は明確にされてきていない。通信の秘密の論拠を表現の自由の保障であるとするなら通信の構成要素まで秘密の対象にすべき理由は、そこから通信の内容が推知できるからであるとの解答を得ることができるかもしれない。しかし、推知とは人間がある事柄から物事を推し量って知ることであろう。人の知覚によらない知得（機械的知得）により通信の構成要素を知得したとして、そこから通信の内容を誰に推知できるというのであろう<sup>25)</sup>。

また、通信の秘密の論拠をプライヴァシーに見る見解がある。そう解すれば通信の存在それ自体（そこにはここでいう通信の構成要素まで含まれるであろう）が保護の対象になるというのである。しかし、プライヴァシーを私的事柄や私生活と関連づけた法益であると見るなら、機械的・自動的に検知された情報をそれらと関連づける行為がブロッキングには存在しない。また、プライヴァシーを個人情報の適切な管理に関する法益であると解するなら、検知された情報の管理の側面さえ整備されていれば、情報の検知及び利用が通信の秘密を侵害すると評価され

19) 参照、渡辺康行ほか『憲法I 基本権』(日本評論社、2016年) 257頁〔宍戸常寿執筆〕。

20) 参照、伊藤真=前田哲男「サイトブロッキングと通信の秘密」コピライ特690号(2018年) 28、33-34頁。

21) この点、逐条解説には、通信業務従事者が業務遂行のために宛先情報を知ることも形式的には通信の秘密の侵害に該当するけれども正当行為なので違法性が阻却される、との書き振りが見られる。多賀谷ほか・逐条解説36-37頁。

22) 伊藤=前田・前掲注20) 34頁。

23) 同論文同頁。

24) 機械的な情報の取得も電通事業法4条1項上の知得に当たるとするものとして、参照、森・前掲注14) 9頁、安心ネット報告書4頁。

25) 参照、大日方・サイトブロッキング(序説) 25、29頁。

ることはないことになろう。

このように、通信の秘密の論拠との関係で何が秘密侵害行為であるのかを考えるなら、人の知覚を通すことなく情報を機械的・自動的に検知することまで通信の秘密を侵害すると考えることは、論理必然性をもつものでなかろう。機械的・自動的な検知まで通信の秘密を侵害する知得にあたるとの理解は、結論を一定の方向に導くことを意図しての法解釈ではなかろうか。

### (3) 利益衡量による正当化

ISPによるブロッキングには、(2)の各見解による説得が功を奏しないとなると、電通事業法4条1項の通信の秘密を侵害するおそれが依然として残る。

ところで、現在、2010年に政府によって策定された「児童ポルノ排除総合対策」に基づいて、インターネット上の児童ポルノについて、ISPによるブロッキングが実施されている<sup>26)</sup>。対象となるコンテンツは、児童買春・児童ポルノ禁止法2条3項に規定されている「児童ポルノ」である。この児童ポルノに対するブロッキングを実施するにあたっても、ISPは利用者が訪問しようとするアクセス先を知得したうえでそれを遮断する用いる必要があるため、電通事業法4条1項に反するのではないか、問題となる。同規定に反すれば、同法179条により処罰されることになる。

詳細は省くが、上のISPによる自主的な取り組みは、刑法37条に規定された緊急避難に該当するので違法性が阻却されるとする理解が一般的である。同条は、緊急避難の要件として、①自己又は他人の生命、身体、自由又は財産に対する現在の危難があること（現在の危難）、②危難を避けるためにやむを得ずとした行為であること（補充性）、③避難行為から生じた害が避けようとした害を超えないこと（法益権衡）の3つを規定している。インターネット上の児童ポルノ・コンテンツへの利用者のアクセスをISP等が遮断するブロッキングも、①被写体となった児童の著しい権利侵害の拡大の危険という現在の危難が存在し、②警察等による削除要請をして

もなお発信者で削除がなされない場合という補充性を満たし、③当該児童ポルノ画像による権利侵害が著しく通信の秘密の価値を上回るという法益権衡状態にある場合には許される、というのである<sup>27)</sup>。

ところが、現在の児童ポルノを緊急避難構成で正当化する議論には、疑問も投げかけられている。その主な理由は、緊急避難というのは、①典型的には突発性、一回性ある行為が想定されているはずであるのに、ブロッキングは常設的措置であること、②①であるなら個々具体的な事例において緊急避難充足性が判断されるべきであるのに、ブロッキングは一定の基準で機械的になされること、これらが指摘されている<sup>28)</sup>。それでも、現在は、法律によらないブロッキングが児童ポルノ・コンテンツに対してなされている。それは、煎じ詰めていえば、法律で所持・提供等が禁止されている（児童買春7条）児童ポルノ・コンテンツを表現する自由は観念できず、したがってそれを閲覧する自由も観念できない。一方で、仮に同コンテンツが放置されるなら被害児童に回復困難な害がもたらされる。こうした状況において妥当であると考えられる結論を得るために、ブロッキングにより得られる児童保護という利益がそのため失われると考えられるインターネット利用者のもつアクセス先を検知されない自由より大きいといえる、すなわち、児童ポルノ・サイトをブロッキングするためには利用者の通信の秘密の保護は後景に退いてもよい、と政策的に判断したものであると思われる<sup>29)</sup>。

本稿は、海賊版サイト・ブロッキングを緊急避難構成で正当化しようとするものではない。ただ、海賊版表現の自由、海賊版閲覧の自由等が観念できない以上、海賊版対策に関する他の手段が有効でないなら、権利者等の利益を保護するために法律をもってインターネット利用者の通信の秘密を制限することは法理論上可能である、と考えるものである<sup>30)</sup>。それは、DNSブロッキングのための機械的なアクセス先検知がインターネット利用者にもたらす不利益は、直接的には著作権等の権利者に、延いては文化・芸術振興にもたらす利益に比して大きいとはい

26) 児童ポルノに対するブロッキングの概要については、参照、桑子博行「我が国における児童ポルノのブロッキングの仕組みと今後の展望」警察学論集64巻8号（2011年）67頁。

27) 参照、宍戸常寿「通信の秘密に関する覚書」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相 下——高橋和之先生古稀記念』（有斐閣、2013年）487、516頁、安心ネット報告書14-21頁、木下・前掲注2）6頁。

28) 参照、曾我部真裕「海賊版サイトへのアクセス遮断は是か非か」論座2018年6月6日（<https://webronza.asahi.com/politics/articles/2018053100005.html>）。

29) 知的財産戦略本部等が述べている緊急避難は刑法学上のものとは異なる概念であることを示唆するものとして、参照、亀井源太郎「刑事法研究者から見た海賊版サイト対策を巡る動き」Law and Technology 87号（2020年）71、72頁。

30) この法律の制定にあたっては、インターネット時代における通信の秘密の意義について、国会で講論されるべきであろう。

えないと思われるからである。

## 4 おわりに

### (1) 残された問題

海賊版サイトのブロッキングをISPになぜ義務づけることができるのであろうか。この問題を検討して擱筆したい。

### (2) プロバイダ責任制限法を補助線として

現在、インターネットに代表されるサービスにより、われわれは情報を世界中に発信することができる。但し、インターネット上の情報流通においては、電気通信事業者がボトルネックになっている。そこで、こうしたインターネットのシステムとしての特性を捉えて、2001年制定のプロバイダ責任制限法（略称、以下「プロ責法」という）は、インターネット上に表出された違法・有害情報への対応を、情報表出者を超えて、通信役務提供者に求めるという法的構成をとっている（参照、同法3条に規定されている損害賠償責任の制限）。そこに見られるのはスピーチ・インフラの転換を受けた媒介者の責任（プラットフォームの責任）論である。

ところが、上のプロ責法は、従来の理解ならコモン・キャリア（common carrier）<sup>31)</sup>に該当するであろう通信役務提供者に、他者が送信した通信内容について、一部、法的責任を課すものである。そのことは、法理論としてどのように正当化されるのであるか。換言すると、同法は、間接責任（寄与責任）という概念によりISPに自己の表現とはいえない表現に対する責任を負わせるという法的構成をしている。しかし、この法的構成はISPがコモン・キャリアなら許されないと思われる。ここで問われているのは、このようなプロ責法のとる法的構成の正当性である。

この点に関して、本稿は、国家がインターネット上の表現に関する公序を設定したものとして同法を捉えている。近代の自由主義国家は、それが放縦国家ではないことを想起するなら、われわれは国家が設定したアーキテクチャーとしての法の下で人生を営んでいる。このことを、通信の秘密との関係で敷衍すれば、現実空間で表現が繰り広げられるだけの時代なら、その秘密を絶対的に保護することから生

成される表現に関する公序を法的に保護すべき価値と捉えてきた、ということになる（脅迫的内容の通信にも不干渉が要請された<sup>32)</sup>）。ひるがえって、インターネットが表現のプラットフォームとして重要な地位を得たいま、表現の効果に課されていた物理的足枷が取り払われている。放縦国家における表現の自由論が繰り広げられかねないのである。そこでは通信事業者をコモン・キャリアと捉えていた現実空間における法理論が最早妥当性を失っているのである。

### (3) 媒介者の責任

本節の問い合わせ、海賊版サイトへのアクセスを遮断することをISPに求めることはできるのであろうか、に戻ろう。スピーチ・インフラの転換をうけ、インターネット上の表現へのアクセスについて従来の通信の秘密論で望むことの妥当性は失われているように思われる。海賊版サイトがインターネット上に置かれ続けること、そこへのアクセスが可能であり続けることが、インターネットという表現のプラットフォームにとって適切なことであるとは思えないからである。

法律行為自由の原則の下において、民法90条は、財産秩序及び倫理秩序を維持するために当該自由を規制している。このように公序は法規制によって維持されるものであろう。また、公序を維持するための義務は、行為に関係するすべての当事者に負わされている。したがって、インターネット上の表現秩序を維持する義務も表現に関わるすべての当事者に負わされており、そこにはISPも含まれている。このように理解するなら、海賊版サイトへのアクセスを遮断することをISPに求める法律は、インターネット上の表現の公序を維持するISPの義務を法定したものであるといえるであろう。このISPの義務を一般化するなら、インターネットというスピーチ・インフラに関わる媒介者の責任といえばよいと思われる。

\* 本論文は科学研究費助成事業（基盤研究（C）：課題番号20K01297）による成果の一部である。

（おびなた・のぶはる 熊本大学教授）

31) コモン・キャリアとは、指定料金が支払われれば、誰に対してもその役務をそのまま提供しなければならない事業者のこと。

James B. Speta, A Common Carrier Approach to Internet Interconnection, 54 Fed. Comm. L.J. 225 (2002) は、鉄道、電話に偏っている性質とインターネットの性質の類似性により、後者にもコモン・キャリア規制が適合するとしている。

32) 参照、大阪地判平16・7・7判時1882号87頁〔NTT脅迫電報事件〕。