

海賊版サイト・ブロッキングの 憲法適合性*

熊本大学法学部教授 大日方 信春[※]

目次

講演にあたって	2
1. はじめに—問題の発端、法的問題の所在	4
2. 表現の自由	6
2-1 海賊版を特定することの検閲該当性	6
2-2 ブロッキングは「表現の自由」を侵害するか	7
3. アクセス先検知は通信の秘密を侵害するか	9
4. 海賊版サイト・ブロッキング差止請求事件	12
5. ブロッキング規定の違憲審査基準	14
6. ISPにブロッキングを義務づけることの論拠	18
7. おわりに	20

講演にあたって

熊本大学法学部の大日方信春と申します。本日はCRIC月例著作権研究会において講演の機会をいただき、誠に光栄なことと思っております。まずはお声がけいただいたことについて御礼申し上げます。

ただ、昨年来の新型コロナウイルス感染症の影響を受けて、勤務校からは感染拡大地域への出張を極力自粛せよとの指示を受けております。本来なら上京して皆

様にお目にかかった講演ができればよかったとは思っておりますが、今回は事前収録という形での講演とさせていただきます。この点についてはご容赦いただきたいと存じます。

ところで、このCRIC研究会に参加されている方々の多くは、著作権法の研究者の方、あるいは実務家の方であると思います。そこでまずは、簡単にわたくしの自己紹介からお話しさせていただきたいと思います。

わたくしの専門は憲法学です。熊本大学では憲法の講義を担当し、また、現在もそして過去においても、知的財産法に関する講義を担当したことはありません。その意味では、知的財産法の研究に関する訓練を受けてきた者ではありません。

そして、憲法学は大きく分けると「人権論」と「統治論」に分けることができると思うのですが、わたくしの研究は、いずれかの領域に明確には分類できない、憲法学のいわば「基礎理論」ともいえるところを扱うことからスタートしています。具体的には、簡単にいうと、憲法は下位の国家行為、たとえば、法律や命令、行政行為などの正当性を判断する規範となっております。

日本国憲法でも、98条1項で「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」としています。こうして憲法は下位の国家行為の正当性を担保するわけですが、では、その憲法自体の正当性はどのように担保されるのか、というような問題に疑問をもったことが憲法を研究するようになった切っ掛けです。非常に深遠でまだ解決できたとは到底考えておりませんが、博士論文では、当時わが国でも「現

*本稿は、2021年2月19日開催の著作権研究会での講演原稿に、講演者が加筆・修正を加えたものである。

代正義論の復権」、「20世紀最大の哲学者」と盛んにもてはやされていたアメリカの政治哲学者であるジョン・ロールズ（John Bordley Rawls, 1921-2001）のある種の実体的正義の構想（「公正としての正義（justice as fairness）」と呼ばれる）により、社会制度を正当化する理論を参照することで、憲法の規範的正当性の源泉について検討しております。

この博士論文を単著¹として無事に公開したあと、次の研究テーマを模索していたとき、偶然、ある新聞記事の見出しを目にすることになります。それは、2003年1月17日付の読売新聞の「ミッキーマウス“延命”」と題された新聞記事でした²。そこには、アメリカで、それまで原則として作者の死後50年に限られていた著作権保護期間を20年間延長する法律³に合憲判決が下されたこと（この合憲判決とは、わが国でも有名な2003年のアメリカ連邦最高裁判決「Eldred v. Ashcroft」⁴ですが、これによって2003年に満了するはずであったミッキーマウスの著作権保護期間が延長されたこと）が、紹介されていました。著作権保護期間の延長について憲法訴訟があることに興味をもったわたくしは、インターネットで「Eldred v. Ashcroft」を検索すると、アメリカでは「著作権と表現の自由」というテーマでさまざまな議論がなされていることを知りました。UCLAのロー・レビューに発表されたMelville B. Nimmerの1970年の論文⁵から数えても、当時で30年以上にわたる議論があったわけですが、これだけアメリカの議論を参照しているわが国の憲法学において「著作権と表現の自由」というテーマでの研究は、まだなかったと思います。

そこで、アメリカの議論を参照しつつ、著作権を保護することが表現の自由の制約に当たるという視点から「著作権と表現の自由」を研究し始めました⁶。以来、著作権から少し広めて、特許権⁷や商標権⁸も表現の自由を制約する場面があるのではないかと、ということも含めて、現在は「知的財産権と表現の自由」に関する単著を公開するために原稿をまとめているところです。

ところで、知財と憲法の関係勉強していたあるとき、内閣府の知的財産戦略本部に呼ばれる機会がありました。そのときいただいた質問が、インターネット上の海賊版対策としてサイト・ブロッキングをするとして、そのことは憲法学的にいうとどう評価されるのか、というものでした。あまり具体的には考えたことのないテーマでしたが、折角の機会なので少し勉強してみると、わが国では海賊版対策としてのサイト・ブロッキングには違憲論が有力であるということがすぐにわかりました。それは煎じ詰めるとブロッキングをするためにはインターネット利用者の全アクセス先を検知しなければならないのですが、それが憲法21条2項で保障されている通信の秘密を侵害するということを理由とするものでした。



ただ、わたくしは直観的に、本当にそうだろうか？ と思いました。機械的に検知されることまで、通信の秘密を侵害するというのだろうか、というのが直観的な疑問として浮かんだのです。その疑問を切っ掛けに、このところ、いくつかの論文を書かせていただいております⁹。きょうは、これらの論文を敷衍する講演をさせていただきますと考えております。

さて、本日の講演の標題は「海賊版サイト・ブロッキングの憲法適合性」とさせていただきますが、まずは、簡単に講演の全体像をお話ししておきたいと思います¹⁰。

いま自己紹介させていただきましたが、このあと「1. はじめに」で海賊版サイト・ブロッキングの憲法適合性について議論する必要が生じた「問題の発端」「法的问题の所在」というものについて整理させていただきます。

ここで、この講演の結論を先に提示させていただくと、わたくしは、海賊版サイトに対する閲覧防止措置（ブロッキング）を、法律を制定してインターネット・サービス・プロバイダ（ISP）に求めることは憲法に反するものではない、と考えております。そのことを具体的には次の手順でお話ししたいと思います。

まず、海賊版サイトとはいえ、それは憲法21条によって保障されている表現の自由の保護を受けるものである、という議論があります。これについては「2. 表現の自由」の章で、海賊版サイトを運営することは表現の自由（具体的には表現表出の自由）で保護されていないこと、また、海賊版サイトを閲覧することも表現の自由（表現受領の自由、いわゆる知る権利）で保護されるものではないこと、これらを明らかにしたいと思います。

また、インターネット上の海賊版サイトに対する閲覧防止措置を講じるためには、対象となるサイトにアクセスしようとする者のアクセス先を検知する必要がありますが、これが憲法21条1項後段及び電気通信事業法（以下、「電通事業法」といいます）4条1項で保障されている「通信の秘密」を侵害するものではないか、という議論があります。これについて「3. アクセス先検知は通信の秘密を侵害するか」の「(1)憲法上の通信の秘密と

電通事業法上の通信の秘密の関係」の項で検討したいと思います。わたくしは、機械的なアクセス先検知まで通信の秘密で保護されるものではないと考えておりますが、そうではない場合でも、著作権を保護することとアクセス先を機械的に検知されない利益とを比較衡量すれば、前者の利益のほうが後者より上回る、したがって、ブロッキングのためのアクセス先検知は通信の秘密を侵害するものではないと考えるのが自然ではないかと思っております。

続いて、あとで詳しくふれますが、政府は2018年4月に「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」と題する文書及び「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」と題する文書を公表しております。これらは海賊版サイトに対する緊急的な対応として、3つのURLを指定して、ISP事業者による自主的なサイト・ブロッキングを求めるものでした。政府によるこの発表を受けて、自身が契約しているインターネット接続事業者に対して、海賊版サイトに対する閲覧防止措置を講じることを差し止めることを求めた訴訟が提起されました。この事件について取り上げたのが、「4. 海賊版サイト・ブロッキング差止請求事件」です。本件では東京地裁・東京高裁とも、事業者がブロッキングを行う蓋然性が高いとはいえないことを理由にブロッキング差止請求自体は棄却されております。ただ、東京高裁では、ブロッキングのためにインターネット利用者の全アクセス先を検知することは通信の秘密を侵害するものであるとの理解が示された点で、注目されています。この東京高裁の見解をどのように理解すればよいのかについて、4章では検討しています。

ところで、ある国家行為が憲法に適合するか否かを判断することを違憲審査といいます。その際、ある法律が憲法上の権利を規制するものであるとき、当該法律の合憲性は、いわゆる違憲審査基準というものを立てて判断するというのが、憲法学の従来の手法です。

そこで、「5. ブロッキング規定の違憲審査基準」では、仮に海賊版サイトに対するブロッキングを実施する法律が制定されたとして、当該法律はどのような違憲審査基準を適用してその憲法適合性が判断されるべきなのか、どのような法律なら従来の憲法学の分析手法によっても憲法に反しないと判断されるのか、こうした点について論じたいと思っております。

さらに、海賊版サイト対策としてブロッキングを実施する場合には、ISPに一定の作為を義務づけることになります。ところが、ISPは海賊版流通に少なくとも積極的に加担していないので、責任なき者に一定の義務を課すことの正当性を検討しなければなりません。そこで、「6. ISPにブロッキングを義務づけることの論拠」では、ISPにブロッキングを要請することの論拠について、ど

のように考えればよいのかを論じることにしております。そして、「7. おわりに」では、きょうの講演の全体をまとめさせていただいております。

それでは、「はじめに」に入らせていただきます。

1. はじめに ― 問題の発端、法的問題の所在

(1) 問題の発端

「はじめに」では、問題の所在を確認させていただきます。

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おります。

朝日新聞の本年1月26日付紙面では「海賊版サイトアクセス急増」という見出しの下で、次のように報道されています¹¹。

「インターネット上に漫画などを無断掲載した海賊版サイトについて、閲覧数の上位10サイトに昨年12月だけで日本国内から約2億回のアクセスがあり、約414億円分以上が『ただ読み』されたとみられることが、出版社などでつくる団体の調べでわかった。(……) 団体は新たな人気サイトの出現とともに、コロナ下での『巣もり生活』が影響した可能性もあるとみている」。

海賊版被害の拡大にも、コロナ禍で自宅で過ごす時間が増えたことが影響しているのでしょうか。

また、こうした海賊版サイトは、運営管理者の特定が困難であるため、侵害者に対する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も困難であるという特徴があります。上記の朝日新聞の紙面でも「サーバーを次々に変えて運営者をたどりにくくしたり、作品の削除要請に応じなかったりなどで、出版社側は対策に苦慮している」とも報道されています。

一方、政府はこのような事態に対処するために、2018年（平成30年）に2つの文書を公表しています¹²。少し詳しく紹介すると、政府の知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議は、まず「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」と題する文書で、被害が甚大で特に悪質な海賊版サイトに関して、法制度整備が行われるまでの間の臨時的かつ緊急的な対応としてISP事業者による自主的な取組としてサイト・ブロッキングを実施し得る環境を整備するため、①特に悪質な海賊版サイトへのブロッキングが緊急避難（刑法37条）の要件を満たす場合には、違法性が阻却されるものと考えられること、②ブロッキングの対象として適当と考えられる特に悪質な海賊版サイトに関する考え方について、政府としての

決定を行う、としています。

次に、同閣僚会議は同じ日に「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」と題する文書を発表しています（この文書は、以下、「緊急対策」といいます）。この緊急対策において「運営管理者の特定が困難であり、侵害コンテンツの削除要請すらできない海賊版サイト」として「漫画村」「Anitube」「Miomio」を挙げ、法制度整備が行われるまでの間の臨時的かつ緊急的な措置として、民間事業者による自主的な取組として、この3サイト及びこれらと同一とみなされるサイトに限定してブロッキングを行うことが適当であるとししました。

ところが、こうした政府の方針は、発表の直後から憲法学者、情報法学者、あるいは実務家界限から、強い批判にさらされています¹³。こうした批判のポイントは、当該ブロッキングが、第1に、憲法及び電通事業法で保障されている通信の秘密を侵害するものであるという点、第2に、インターネット上の表現の自由を侵害するものであるという点、第3に、ISPに不当な負担を課するものであるという点、これらにあると思います。

また、緊急対策の要請という法律を制定せずに政策実現を目指すところを捉えて法治主義に反する点を批判する者もいます¹⁴。公表されている論文の趨勢を見ると、

憲法学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思われます¹⁵。

(2) 法的問題の所在

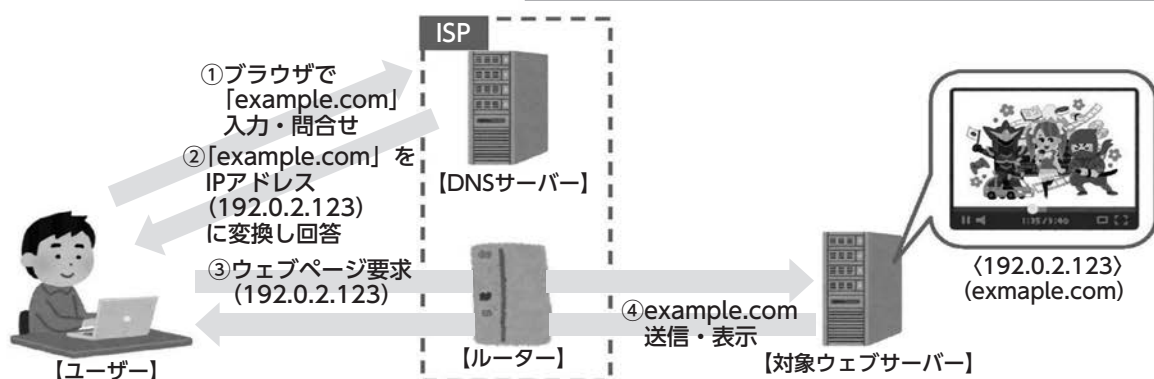
ところで、くり返しになりますが、この講演の要旨をここで確認しておきます。

わたくしは、海賊版に対する閲覧防止措置（ブロッキング）をISPに求めることを、法律を制定して実施することは、憲法21条に反するものではない、と考えております。それを論証する手順として、次の3つの柱を考えております。

まず、1つめの柱として、海賊版サイトに対するブロッキングをISPに求める法律は憲法21条で保障されている表現の自由を侵害するものではないことを述べます。海賊版ブロッキングが憲法適合的なのか否かを考える際には、やはりこの問題が決定的に重要である、と考えております。サイト・ブロッキングが仮に表現の自由を侵害しないのなら、その手段としてインターネット利用者のアクセス先を検知することが通信の秘密を侵害するかどうかの問題は、煎じ詰めれば、ブロッキングで保護しようとしている利益とアクセス先検知で失われる利益の比較衡量の問題として解決すればよい、と考えているから

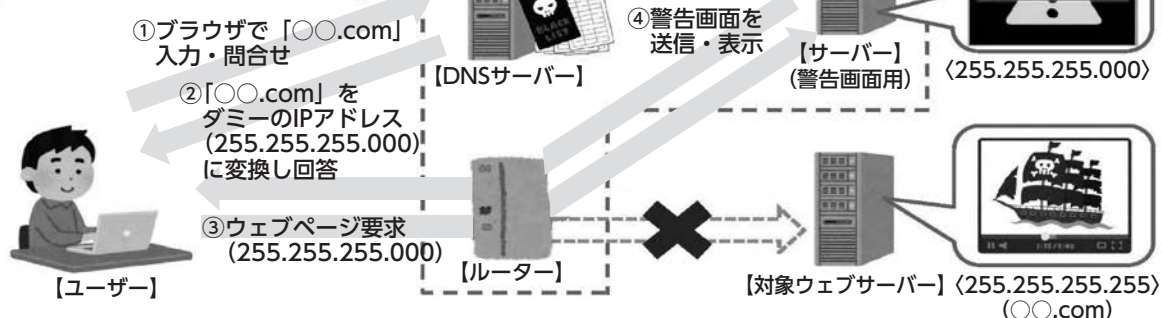
(参考) サイトブロッキングの概要

インターネットの流れ（非ブロック時）



サイトブロッキングの仕組み（例）

※この他、ルーターによるフィルタリングを行う方式などもある。



出典：知的財産戦略推進事務局「インターネット上の海賊版対策について」（2018年6月）

です。

こうした思考方法は、現在も実施されている児童ポルノ対策としてのサイト・ブロッキングでもとられているものだと思います。このブロッキングのためのアクセス先検知は通信の秘密を侵害するものではない、というのが2つめの柱です。3つめの柱として、ISPにブロッキングの負担を課することができる理屈をお話したいと思います。

2. 表現の自由

では、「違法・有害サイトをブロッキングすることは憲法21条により保障されている表現の自由を侵害しないか」に入ります。

2-1 海賊版を特定することの検閲該当性

ここでは「海賊版を特定することは憲法21条2項前段及び電通事業法3条で禁止されている検閲に該当するか」についてお話しします。

(1) 政府が海賊版サイトを特定することは検閲に当たるか

それでは海賊版を特定することの検閲該当性についてです。まず、政府が海賊版サイトを特定することは憲法21条2項前段で禁止されている検閲に当たるとは思われます。

憲法21条2項前段は、国家による検閲を絶対的に禁止している、と理解されています¹⁶。この憲法によって禁止されている検閲についてですが、最高裁は昭和59年の「税関検査事件」¹⁷において、次のような定義を与えています。「行政権が主体となつて、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、対象とされ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」。これが最高裁による検閲の定義です。

そうすると、たとえば、検査対象が思想内容ではないもの、表現物を網羅的に検査するものではなく「税関検査事件」の事例のように、関税徴収手続に付随的偶有的になされるもの、具体的な犯罪捜査に関する押収・没収のような特定の・個別的な審査、さらには発表禁止の効果をもたないもの（本事例では、海外で発表済であったことが当該表現物に対する検査の検閲該当性が否定された1つの理由でした）、これらは憲法で禁止されている

検閲には当たらないことになります。

では、政府による海賊版の特定はどうかというと、いまの最高裁による検閲の定義からすると、憲法で禁止されている検閲には該当しないと思われます。なぜなら、ブロッキング対象の表現物であるか否か、すなわち海賊版であるか否かの判断ですが、それは、表現物に化体されている思想内容等を判断するのではなく、正規版と表現の形式（form of expression）が同一であるか否かを判断するものであるからです。

また、こうした海賊版該当性の判断は、正規版の権利者等からの個別的要求に基づいて政府が判断するという手続になると思われます。そうすると、政府による海賊版の特定は、検閲該当性の要素としてあった網羅的・一般的な表現物の検査とも異なる手続であることとなります。こうしてみると、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にブロッキングを求めるものでしたが、このこと自体は、憲法21条2項前段で禁止されている検閲には当たらないこととなります。

(2) ISPのアクセス先検知が通信の検閲に当たるか

では次に、ブロッキングのためにはISPがインターネット利用者のすべてのアクセス先を検知することが必要になりますが、これが電通事業法3条で禁止されている「通信の検閲」に該当するのでしょうか。電通事業法3条は「電気通信事業者の取扱中に係る通信は、検閲してはならない」と規定しています。

ここで問題となるのは、この電通事業法にいう「検閲」の意味ですが、『電気通信事業法逐条解説』では、「検閲」を「一般に国その他の公の機関が強権的にある表現又はそれを通じて表現される思想の内容を調べることをいう」としています¹⁸。そうすると、たとえば、封書の開封とか電話の盗聴とかが、電通事業法3条で禁止されている検閲ということになると思われます。

ここまでのことで、次のようにいえるのではないのでしょうか。

まず、海賊版ブロッキングのためにISPが検知するのは特定のURLであり、それは通信の内容とはいえない。したがって、ISPによる当該行為は電通事業法3条で禁止されている通信の検閲には該当しない、と考えるという筋があり得ます。また、仮にその特定のURLというのが通信の内容といえるというならば、現在でも、刑事訴訟法は郵便物の押収（100条、222条）、関税法は郵便物の差押え（122条）、そして、何より典型的には、通信傍受法（犯罪捜査のための通信傍受に関する法律〔平成11年法律137号〕）が、一定の犯罪捜査のための通信傍受を許していることからしても、海賊版対策としてのブロッキングを実施するためにISPにインターネット利用

者のアクセス先を検知させることは、少なくとも法律を制定することにより、電通事業法3条1項上の問題は解消される。この講演で念頭に置いているブロッキングは、法律に基づくブロッキングですので、それはいずれにしても電通事業法3条で禁止されている通信の検閲には当たらないということになると思われます。

2-2 ブロッキングは「表現の自由」を侵害するか

次に、「違法・有害サイトをブロッキングすることは憲法21条により保障されている『表現の自由』を侵害しないか」についてお話しします。

サイト・ブロッキングは表現の自由を侵害するか否かの問題は、2つの視点から検討すべき問題だと思います。1つめは、サイト運営者の表現の自由、より詳しくは、表現表出の自由の視点です。2つめは、インターネット利用者の表現の自由、より正確には、表現受領の自由、いわゆる知る権利の視点です。なぜなら、憲法が保障する表現の自由とは、表現表出行為及び表現受領行為について、国家による妨害・干渉を受けないことを保障しているからです。

(1) 海賊版サイト運営者の自由（表出の自由）

まず1つめの視点である、サイト運営者の表現表出の自由について考えてみます。

憲法21条1項は、内容及び媒体がいかなるものであるかを問わずに「一切の表現の自由」を保障しています。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サイト運営者の表現の自由を侵害するものであってはならないはずです。では、この点について、どう考えればよいでしょうか。

わたくしは、次のように考えています。

たとえば、わいせつ表現というものがあります。これは、刑法175条により違法表現とされています。また、名誉毀損表現というものがあります。これも刑法230条により違法表現とされ、さらに、民事上の損害賠償の対象となる不法行為に該当するとされています。民事上の損害賠償の対象になるという意味では、プライバシー侵害表現も同じです。民法709条上の不法行為に該当するとされています。くわえて、児童ポルノも同じことがいえます。児童買春・児童ポルノ禁止法（略称）¹⁹2条3項に規定された内容の表現は違法表現とされていると理解すればよいと思います。

このように、法令上違法・有害表現とされている表現を表出する自由は、いくら憲法が表現の自由を保障しているといっても、ない、と考えることができると思いま

す。違法・有害表現をする自由というのは、法体系上は観念できない、とわたくしは考えております。

では、海賊版という表現物はどうか。海賊版はもちろん著作権法に反する違法表現です²⁰。そうだとすると、いま検討してきた、たとえばわいせつ表現や名誉毀損表現と同じことがいえる、つまり、海賊版表現をする自由というのは、法体系上はやはり観念できないのではないか。いくら憲法が表現の自由を保障しているとはいえ、海賊版を表出する自由は、ない、と考えればよいのではないのでしょうか。すぐ次に違法・有害表現とはいえ憲法上の価値による違法性が阻却される場合があるかもしれない、という点を現段階では留保させていただきますが、憲法は海賊版表出の自由を保障するものではない、といえればよいと思います。

(2) サイト利用者の自由（受領の自由）

それでは、いま留保した、違法・有害表現とはいえ憲法上の価値によって違法性が阻却される場合があるかもしれない、という点に関するお話に進みます。これが先ほど述べた2つめの視点、インターネット利用者の表現受領権に関するものになります。

形式的には違法・有害表現とされるものであったとしても、たとえば名誉毀損表現であったとしても、それが公共の利害に関するものである場合には、違法性が阻却されることがあります。名誉毀損については、刑法230条の2がそれで、同230条上の違法表現であっても230条の2に該当する場合には、その違法性が阻却されることを法定していると理解することができます。

同じように、たとえばわいせつ表現については、刑法175条の構成要件に一旦は該当する場合であっても、芸術的価値あるものの違法性を阻却する判例法理が展開されてきています²¹。名誉毀損の違法性を阻却する刑法230条の2の規定も含めて、こうした違法・有害表現の違法性を阻却する判例法理の基盤には、憲法が表現の自由を保障していることがあります。法令上、一旦は違法とされる表現であったとしても、憲法上の価値によってその違法性が阻却される場合がある。これが憲法に表現の自由の保障が規定されている意義であるといえるでしょう。

では、ひるがえって、著作権法上違法表現とされている海賊版のその違法性を阻却する憲法理論、表現の自由論はあるのでしょうか。わたくしは、これがあると思うのです。憲法21条1項は、表現表出者の権利とともに、表現受領者の権利も保護しています²²。そこで、海賊版アップロードの違法性が阻却されるとすると、それは、海賊版受領者の自由、言い換えると、サイト利用者の知る自由ではないか、と考えられるからです。

ところが、やはり、違法表現を見る自由というもの、いくら表現の自由が保障されているとはいえ、観念できない権利なのではないかと思います。昨年6月に改正著作権法が成立し、先月（2021年1月）から著作権者の許可なく違法に公開されていると知りながら、その公開されている漫画や写真、論文などをダウンロードすると、原則として私的利用目的でも違法となり、悪質な場合には刑事罰の対象になっています²³。これも、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はないという思考枠組の下で説明でき、そして、海賊版を受領する自由はない、ということも、この思考枠組と同一のものであると分析できると思います。

また、急いで付けくわえておくと、違法著作物をダウンロードせずに閲覧するだけならどうか、という、やはり違法著作物を閲覧する自由というものも観念できないと思います。なぜかという、もともと知る権利というのは、政府情報に対する開示請求権として成立しており、その関係で、知る自由というもの、政府情報にアクセスすることを妨害されない権利を本質としています。そう考えると、それ以外の、つまり政府情報以外の情報・表現にふれられる、見ることができるというのは、当該情報をもつ者がそれを開示・公開していることからたまたま得られる利益であるといえます。言い換えると、開示されていない私的情報を開示させることは誰にもできないという点で、たまたま開示・公開されているからそれを見ることができる、いわば反射的利益であるといえると思います。そう考えると、海賊版をダウンロードするのではなく閲覧するだけの自由があるかという、それは海賊版がアップロードされていることから、たまたま得られる反射的利益にすぎない、と評価できると思います。そして、海賊版はそもそも違法著作物なのだからアップロードできない。そうすると海賊版を閲覧するだけの自由というもの、やはり法的には保護されるものではない、といえるのではないのでしょうか。

では、続いて、海賊版と表現の自由に関するその他の問題について検討を進めます。

(3) 滑り坂理論 (Slippery Slope Theory)

表現の自由を保護する目的で海賊版ブロッキングを反対するものの中には、いわゆる「滑り坂理論」によるものがあります。

「滑り坂理論」というのは、もともとは生命倫理の問題に使われてきた論法のようなものです。それは、たとえば〈人間の終末期にあたり安楽死を認めると、それは生命の選択を許すことであるので結果として優生思想の助長につながる、したがって、人間の尊厳を維持するために安楽死は認められない〉というような論法のことです。安楽死の容認は、優生思想助長の「はじめの一歩」であ

るということです。

では、海賊版ブロッキングを認めると、なぜ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」になり、それは表現の自由を規制する呼び水になる、というのでしょうか。それは、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、次は名誉毀損、そして、プライバシー侵害、肖像権侵害などを理由として、それらをアップロードしているサイトに対するブロッキングも実施されてしまうおそれがある、ということです。インターネット上の表現の自由がどんどん規制されていってしまうことになるということです²⁴。

わたくしは、この心配は杞憂であろう、と考えております。なぜなら、名誉毀損表現やプライバシー侵害表現には、たとえば公人を批判するためとか、わいせつ表現にも芸術的・文学的価値であるとか、そういうブロッキングを許さないための「歯止め」となる表現の自由の価値があります。言い換えると、少し前にお話したことですが、名誉毀損やプライバシー侵害、わいせつというものには、その違法性を阻却する表現の自由に基づく理論があるので。

ひるがえって、海賊版について見ると、これもすでにお話したことですが、海賊版をアップロードすることには、その違法性を阻却するための表現の自由に基づく法理論が見当たりません。つまり、名誉毀損表現やプライバシー侵害表現はそれを保護するための表現の自由に基づく理論があり、これがそれらをブロックすることに対する、言い換えると閲覧防止措置を講じることに対する「歯止め」として存在するけれども、海賊版にはそれを保護するための表現の自由に基づく法理論がない。したがって、名誉毀損やプライバシー侵害を理由にブロッキングすることは表現の自由にも反することもあり得るけれども、海賊版に対するブロッキングが表現の自由を侵害することはないはずになる。このように考えると、海賊版サイトに対するブロッキングを容認する同じ論法が、その他の違法・有害サイトに対するブロッキングを容認する「はじめの一歩」にはならない、海賊版と同じ論法で他の表現に閲覧防止措置を施すことはできない、こう考えられると思います。

さらに、海賊版に対するブロッキングは、正規版と表現形式 (form of expression) において同一である、まさにデッドコピー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す。それは、表現の内容に着目してのサイト・ブロッキングではありません。その点、名誉毀損やプライバシー侵害に対するもののように、アップロードされている表現の内容を審査して、それが誰かの名誉を毀損している（社会的評価を低下させている）、またはプライバシーを侵害している（私生活に関わるもので、通常は秘匿したい事柄で、まだ知られていない

ことであること)と判断して当該サイトに閲覧防止措置を講ずることとは、違うのです。

このことも、海賊版に対するブロッキングを容認したとしても、それがその他の違法・有害サイトに対するブロッキングを容認することにはつながらないことの理由として挙げておきたいと思います。

(4) オーバー・ブロッキングの問題

また、海賊版ブロッキングには、いわゆるオーバー・ブロッキングの問題があることも、表現の自由論から海賊版ブロッキングに反対する議論として提示されています。それは、海賊版をアップロードしているサイトには、海賊版ばかりではなくサイト運営者にオリジナルな表現、つまり、誰かの権利を侵害しているわけではない表現もアップされているけれども、サイト・ブロッキングを取れば、権利侵害著作物と同時に権利非侵害著作物まで閲覧不可能にされてしまう。この非侵害著作物の表出を妨害する点が憲法で保障されている表現の自由を侵害することになる、ということです。

では、このオーバー・ブロッキングの問題については、どのように考えればよいでしょうか。わたくしは、次のように考えています。

まず、この問題は、インターネット上でだけ生じている問題ではありません。紙媒体、たとえば週刊誌のある記事において名誉を毀損する、あるいは、プライバシーを侵害する表現などがあり、その記事に対して人格権を被保全利益とする差止請求が認容されると、当該記事を含む週刊誌全体の出版が差し止められるという現象が起っています。この週刊誌には違法・有害表現ばかりでなく、おそらくは誰の権利も侵害していない、出版者においてオリジナルな表現も含まれているでしょうけれども、週刊誌自体が表現市場から退出しなければならなくなります。いわゆるオーバー差止め、オーバー出版停止の問題は観念できるのでしょうけれども、現行法律制度はこのことを許しているのです。ネット上だけがオーバー・ブロッキングだから許されないということにはならないでしょう。

また、仮にオーバー・ブロッキングが生じていたとしても、インターネット上なら適法部分だけ切り取ってアップロードすることも比較的容易である、ともいえると思います。こうした適法部分だけ切り取って再出版するというのが比較的困難であると思われる紙媒体ですらオーバー差止めが問題視されていない現状において、適法部分だけで再アップロードすることが比較的容易であるネット上のオーバー・ブロッキングだけ問題視するのもバランスを欠く思考だと思います。

さらに、これは、イギリスの判例にヒントを得たことですが、海賊版サイト運営者のサイトには確かに適法表

現もアップロードされているであろうけれども、海賊版ではなくその適法表現のほうを視聴したいという利用者は少ないのではないかと、つまり、当該サイトの利用を希望する人は、その多くがやはり海賊版の閲覧を希望して当該サイトにアクセスしようとしているのではないかと、いうものです。イギリスの〔20th Century Fox v. Newzbin 事件〕（これは2つの事件に分かれています）では、著作権を侵害する映画及びテレビ番組が70%、それ以外のコンテンツが30%で構成されているサイトをブロッキングすることの適法性審査において、非侵害的な目的のためのサイト利用についてもブロッキングされてしまう可能性は否定できないが、そのような利用はわずかなもの（de minimis）であり、差止命令の正当性を覆すほどのものではない、と判示されています²⁵。

このように、オーバー・ブロッキングの問題は生じるであろうけれども、インターネット上の場合にはなおさら、その問題は「わずかである」と評価し得るのではないかと考えております。

ここまで、この講演の柱の1つである、海賊版ブロッキングと表現の自由の問題について検討してきました。以上により、海賊版ブロッキングはサイト運営者の表現の自由も侵害しない、インターネット利用者の知る自由も侵害しない、海賊版ブロッキングを容認することは他のサイトへのブロッキングを容認する第一歩になるという「滑り坂理論」も成立しない、オーバー・ブロッキングの問題も大きなものではない、ということが明らかになったと思います。

3. アクセス先検知は通信の秘密を侵害するか

(1) 憲法上の通信の秘密と電通事業法上の通信の秘密の関係

では続いて、この講演の2つめの柱に入りたいと思います。それは、「ブロッキングを実施するためにISPによりなされるアクセス先検知は通信の秘密を侵害するか」という問題をどう考えるか、というものです。

海賊版をブロッキングするためには、ISPがインターネット利用者のアクセス先を検知する必要があります。このアクセス先検知が通信の秘密を侵害するのではないかと、という問題があります。より詳しく述べると、次のようになります。

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」と規定しています。

ここでは、電気通信事業者の管理下にある通信について、通信事業者以外の第三者が積極的に知ろうとすること（このことを「知得」といいます）、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」といいます）、本人の意思に反して自己または他人の利益のために用いること（「窃用」といいます）、これら、知得・漏洩・窃用が禁止されています²⁶。

ところが、海賊版ブロッキングのために行うISPのアクセス先検知・利用行為は、インターネット利用者（契約者）の同意を得ずに、ネット利用者がアクセスしようとするURL等を検知することを伴うものであるため、ISPによるこの行為は利用者の通信の秘密を侵害するおそれがある、とされているのです²⁷。

では、この問題については、どのように考えればよいのでしょうか。ただ、その前に、憲法上の「通信の秘密」（それは憲法21条2項後段に規定されています）と法律上の「通信の秘密」（これは先の電通事業法の4条1項の規定です）、この2つの関係について、わたくしなりの理解についてふれておきたいと思います。

本講演が想定しているのは、法律を制定してのブロッキングでした。この法律は憲法に反するものであってはならないことになります。このことは、憲法98条1項が憲法を最高法規としていることからの帰結です。ということは、ブロッキングを許す法律は、憲法上の通信の秘密保障を侵害してはならないことになりますが、では、何が憲法上の通信の秘密を侵害する行為なのでしょう。憲法学でも通説を見ないと思われるこの問題について²⁸、本講演では、ひとまず、アクセス先を検知すること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ISPに求める法律も憲法に反していないと考えればよい、と理解しておきます。この辺りの問題は、憲法学でもさらに議論が深められる必要があると思いますが、きょうのところは、アクセス先検知の違法性がクリアできれば、そのことを法律で求めたとしても、当該法律は憲法に反しないとの理解を提示するにとどめておきたいと思います。

(2) 非侵害説

お話を「アクセス先検知は通信の秘密を侵害するか」に戻します。

まず、海賊版ブロッキングのためになされるISPによるブロッキングは、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ります。この見解を「侵害説」と名づけるとすると、わたくしの見た限りですが、次のような「非侵害説」（ブロッキングのためのISPによるアクセス先検知は通信の秘密を侵害しないとする見解）が唱えられています。

第1に「公然性を有する通信説」と呼べるものがあり

ます。

この学説に関してですが、ドイツの連邦最高裁は、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基本権憲章第7条に規定されているプライバシーの権利を侵害するものではない、と判示しています²⁹。そのポイントは、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ような「単なる技術的通信」は、ドイツ基本法やEU憲章が秘密を保護しようとしている通信とは性質が違う、という点にあるようです。この説を説くある論者は、ドイツの上記判例を参照して「技術的にはユーザと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受発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」とされています³⁰。

憲法学も、通信の秘密の本来的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³¹、インターネット上で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、との理解を示してきています³²。ただ、インターネット上のコンテンツは公然性を有する通信といえても、つまり利用者のアクセス要求を受けて送信されてきたものは公然性を有するといえても、それへのアクセスを求めることが公然性を有する通信といえるのかについては、やや疑問があります。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この理解は魅力的であるといえます。

第2に「構成要件非該当説」と呼べるものがあります。

ブロッキングのためのISPによるアクセス先検知は、通信の秘密を侵害するものではないと主張する別の論者は、通信の秘密の対象に関する先の論者の二分法、すなわち通信の内容とその構成要素とを分ける出発点に賛同したあと、ブロッキングにあたっては、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ます³³。このとき問題となるのは、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す知得及び窃用に当たるのか、という点にあると思いますので、以下、検討します。

まず、宛先情報を知得することについて、構成要件非該当説は、ISPが通信の媒介のための宛先情報を知ること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³⁴、電通事業法上の通信の秘密の侵害となる通信の知得とは、事業者が他者の通信を媒介する「目的以外の目的で」通信の内容または構成要素を積極的意思によって知ろうとすることに限定すべきである、としています。そうすると、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、それは他者の通信を媒介する目的で宛先情報を知るのである。つまり、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のであるから、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ことになる³⁵、というのです。

次に、ISPによる宛先情報の利用についても通信を媒介する目的での利用なので同じように考えればよい、と述べています。つまり、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す³⁶。

では、この学説に対する評価はどうでしょうか。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」としていました。ここにいる「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した。従来の法学説は、この「知得」、「窃用」、「漏洩」という違法とされる行為類型を通信手段が郵便あるいは電話に限られていた時代さながらに形式的にかつ広範に理解してきているところに、構成要件非該当説は、通信を媒介する目的での形式的な知得、利用等行為は、インターネットを媒介とした通信においては秘密侵害行為には該当しないとすべきであるという理解を示しています。通信手段にインターネットもくわった現在、電通事業法上一見ただけでは違法とされる行為類型も、郵便・電話あるいはインターネットと、通信の媒体に応じて、ときに限定的に再解釈されるべきであるというのです。

第3に「機械的検知非該当説」と呼べるものがあります。

海賊版に閲覧防止措置を施すにあたり、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ます。この点について、従来、通信情報の機械的・自動的に検知も通信の秘密の侵害に当たると理解されてきています³⁷。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しょうか。

ところで、通信の秘密の対象には、通信の内容ばかりではなく、通信の構成要素（宛先や送受信日時など、これら）も含まれるとするのが従来の理解でしたが、その論拠は、明確にされてきていないと思います。たとえば、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³⁸、通信の構成要素まで秘密の対象にすべき理由は、通信の構成要素からも通信の内容が推知できるからである、との回答を得ることができるかもしれません。ところが、推知とは人間がある事柄から物事を推し量って知る、という意味であろうと思います。そうすると、人の知覚によらない知得（機械的知得のことです）によって通信の構成要素を知得したとしても、そこから通信の内容を誰

に推知できるというのでしょうか³⁹。

また、通信の秘密の論拠をプライバシーの保護に見る見解もあります⁴⁰。そのように理解すれば、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と思います）が通信の秘密の保護の対象になるというのです。しかし、プライバシーを私的事柄や私生活と関連づけられ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私的事柄・私生活と関連づける行為がブロッキングには存在しません。そして、プライバ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ることはないことになると考えられます⁴¹。

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に、論理的必然性はないと思われます。その後の利用行為の是非を問わず、通信情報の機械的・自動的に検知一般に通信の秘密を侵害する行為であると見るのは、やはり通信手段としてのインターネットが定着した現在においては適切な理解ではないように思います。

(3) 利益衡量による正当化

ところで、いまの3学説による説得が功を奏しないとすると、海賊版サイトに対するISPのブロッキングの過程には、電通事業法4条1項の通信の秘密を侵害するおそれのある行為が依然として残ることになります。仮に非侵害説が否定されたとしても、ISPによるアクセス先検知と通信の秘密との関係はどのように考えればよいでしょうか。

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による閲覧防止措置、ブロッキングが実施されています⁴²。対象となっているコンテンツは、児童買春・児童ポルノ禁止法2条3項に規定されている表現物（いわゆる「児童ポルノ」）です。

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、ISPはインターネット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の情報を遮断に用いる必要があるために、電通事業法4条1項に規定されている通信の秘密を侵害するのではないかという点が、問題となります。通信の秘密を侵害するとなれば、電通事業法179条により処罰されることにもなります。

この問題については、一般的には、児童ポルノ・サイトを遮断するISPによる自主的な取組は、刑法37条に規定されている緊急避難に該当するので違法性が阻却されるのであると理解されてきています⁴³。

ところが、児童ポルノに対するブロッキングを緊急避難の論理で正当化するこれまでの議論には、疑問も投げかけられています。その主な理由は、緊急避難というのは、第1に、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なのに、ブロッキングは常設的措置であること、第2に、そうであるなら個々具体的な事例において緊急避難充当性が判断されるべきなのに、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ます⁴⁴。政府の知的財産戦略本部等が述べている緊急避難概念は刑法学上のものとは異なる概念であることは刑事法研究者からも指摘されているところです⁴⁵。

ただ、それでも現在は、閲覧遮断措置、ブロッキングが、法律の根拠なく、児童ポルノ・コンテンツに対しては実施されています。これは、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ポルノ・コンテンツを表現する自由は観念できない。一方で、仮に児童ポルノ・コンテンツが放置されるなら被害児童に回復困難な害悪がもたらされてしまう。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、そのために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・コンテンツ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、後退してもよい、と政策的に判断したものであると思われます。

本講演は、海賊版サイトに対する閲覧防止措置、ブロッキングを緊急避難の理論で正当化しようとするものではありません。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制定し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は可能である、と考えています。それは、ブロッキングのためになされるISPによる機械的なアクセス先検知がネット利用者にもたらす不利益は、直接的には著作権者等の権利者に、ひいては文化・芸術振興にもたらす利益と比べて、決して大きいとは思えないからです。

ここまで、この講演の2つめの柱である、ISPによるブロッキングのためのアクセス先検知と通信の秘密の問題について検討してきました。そして、管見の限りですが、現行法においてもアクセス先検知が通信の秘密を侵害しないのではないかと考える3つの学説を紹介したあと、仮に通信の秘密を侵害するとしても、そのことは著作権者等の保護・文化芸術振興という、より大きな政府利益によって正当化し得るということを述べてきました。

4. 海賊版サイト・ブロッキング差止請求事件

では、ここで少し視点を変えて、裁判例を1つ取り上げたいと思います。それは、2018年の政府の要請を受けてISPが海賊版コンテンツに対する遮断措置を講じることを検討するとした際に、その遮断措置、ブロッキングに対する差止めを求めたという事案です。

(1) 事案の概要

取り上げる事案は、令和元年10月30日の東京高裁判決⁴⁶です。原審は平成31年3月14日の東京地裁判決⁴⁷です。

事案の概要は、次のとおりです。本件の第1審原告（以下、単に「原告」といいます）は、電気通信事業を営む株式会社である第1審被告（以下、単に「被告」といいます）との間で、インターネット接続サービス等を受けるため、IP通信網契約等（以下、「本件契約」といいます）を締結しています。被告は、2018年（平成30年）4月23日に同業他社と共同して、「インターネット上の海賊版サイトに対するブロッキングの実施について」と題する文書（以下、「本件文書」といいます）を公表しています。それは、2018年4月13日に政府が発表した、また、この講演の「はじめに」でもふれている「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」と「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」という2つの文書を受けて、サイト・ブロッキングに関する法制度が整備されるまでの短期的な緊急措置として、原判決の別紙に特定された3つのサイト（漫画村、Anitube、Miomioです）に対して、閲覧防止措置（以下、「本件ブロッキング」といいます）を、その準備が整い次第実施することを発表するものでした。

この発表を受けて、原告は、本件ブロッキングは、ISP事業者である被告がインターネット利用者のすべてのアクセス先を検知する行為を伴うから、憲法21条に規定された通信の秘密を侵害し、本件契約の債務不履行になると主張して、本件契約（または憲法21条によって被告との関係でも保障されるはずの原告の人格権若しくは人格的利益）に基づき、被告に対し、本件3サイトを宛先とする通信を妨害しないこと、言い換えると、本件ブロッキングの差止めを求めています。

これに対し、被告は本案前の答弁では、原告がどのような行為の差止めを求めているのかが不明確で請求の趣旨が特定されていないとして、訴えの却下を求めるとともに（この点については、この講演との関係は薄いので省略します）、本案の答弁として、差止めの根拠も必要性も認められないと主張して、請求の棄却を求めました。

ところで、被告による「準備が整い次第ブロッキングを実施する」という発表（これは平成30年4月23日のことです）を受けて、同月26日に、原告は本件訴訟を提起しているわけです。その後、同年7月18日に開催された知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会インターネット上の海賊版対策に関する検討会議で配布された資料において、緊急対策が決定された4月13日以降、本件3サイトのうち2つについては「アクセスができない状況が続いている」、もう1つについては「一時的に再生停止状態だったが、現在は限定的に視聴できる状態。アクセス数は緊急対策決定前に比べて激減している」との報告がなされます。このような状況を受けて、被告は、平成30年8月3日、東京地裁に対し、本件3サイトについて、本件ブロッキングを行う予定はない旨を記載した準備書面を提出し、同月30日の口頭弁論期日においてはその準備書面を陳述しています。

また、被告の親会社である日本電信電話㈱の代表取締役は、平成30年8月7日の記者会見で、現状としてはブロッキングをする考えはない旨の発言もしています。

平成31年3月14日に東京地裁で下された原審は、こうした準備書面の陳述や親会社による記者会見の内容から、被告が現状では3サイトの閲覧防止措置を実施することはないであろうと判断して、そのブロッキングの差止めを求める本件請求を棄却しています。これを不服とする原告（控訴人です）が控訴したのが、令和元年10月30日の東京高裁判決になります。

控訴審で東京高裁も、本件ブロッキングの差止請求が認められるか否かについては、原判決を引用することで、被告（被控訴人）が本件ブロッキングを行う蓋然性が高いとはいえないので、したがって、本件ブロッキングの差止めの必要性は認められないと判示しています。

ところで、原審において原告（控訴人）は、訴訟費用について、民事訴訟法62条の「不必要な行為等があった場合の負担」の規定に基づいて、被告（被控訴人）の負担とすべきであると主張しています。詳細は省きますが、東京高裁は原告のこの主張を否定し、訴訟費用は原告の負担とするとした原審の判断を肯定する中で、本件ブロッキングを実施した場合の憲法上の問題について述べています。この東京高裁の見解は、サイト・ブロッキングの憲法適合性を検討しているこの講演と関係しますので、あとでその判決文を確認いたします。

以上、少しまとまりに欠く紹介だったかもしれませんが、ここまでの海賊版ブロッキングに対する差止請求事件の概要を踏まえつつ、論点、ポイントを整理するとすると、次のようになると思います。

(2) ブロッキング差止めの必要性に関する判旨

まず、原告は被告によるブロッキングの差止めを求め

て訴訟を提起しました。この点については、裁判の時点（平成30年中盤あたりということになると思いますが）において、被告が本件ブロッキングを行う蓋然性は高いとはいえず、したがって、本件ブロッキングを差し止める必要性は認められないと、地裁も高裁も判示しています。判決文中に示されたその理由をまとめると、次のようになると思います。

第1に、本件3サイトのうち2サイトは現時点においてはアクセスできない状況にある。また残り1サイトもアクセス数が政府の緊急対策決定前と比べて激減している状態にある。

第2に、被告及びその親会社は、第1のような状況を受けて、3サイトの閲覧防止措置、ブロッキングを行う予定はないと主張及び発表している。

第3に、被告は現時点において3サイトがいま述べたような状態であるので、実際に本件ブロッキングを実施してはいない。

第4に、現時点においては、今後本件3サイトに対してアクセスできる状況になり、本件3サイトに対するアクセス数が増加することが見込まれることを認めるに足る証拠はない。

もっとも、ここにいる現時点というのは先ほどもふれました裁判時点のことであり、現在という意味では、講演冒頭にふれましたように、海賊版サイトへのアクセスは急増していると報道されております。

(3) 原告の主張についての検討

では、次に、原告の主張の論拠、ISPによる閲覧防止措置の実施に対して差止めを請求する根拠について、検討してみたいと思います。

まず「①被告によるブロッキングは本件契約違反である」について検討します。原告と被告の間では、IP通信網契約が締結されていたわけですが、その契約は電通事業法のたとえば4条1項（「通信の秘密は、侵してはならない」というものです）これら法律の規定を遵守したサービスの提供が本件契約の本旨となるはずなので、被告は契約内容を記した約款を通じて原告との関係で電通事業法上の義務を負っているはずである、と原告は主張しています。

この主張から論点を抽出すると、それは、電通事業法上の義務はプロバイダ（被告）と利用者（原告）との間の私法関係にも及ぶのか、という問題として構成できると思います。では、この問題はどのように考えればよいのでしょうか。

わたくしは、電通事業法4条1項は、ISPに対して通信の秘密を侵害してはならないことを公法上の義務として定めたものであって、この規定を根拠として、利用者が通信の秘密を侵害しないよう求める私法上の請求権を

付与したものではない、と理解しています。そうすると、利用者は電通事業法違反を理由に閲覧防止措置を施さないよう求めることはできない、ということになると思います。

では、次に「②通信の秘密は憲法21条により被告に対しても人格権又は人格的利益として保護されている」について検討します。

原告はこのような見解の下、人格権または人格的利益を論拠として、本件ブロッキングを請求していたわけです。

①のときと同じように、この主張から論点を抽出すると、それは、憲法上の権利を直接の論拠として原告は被告（これは国・地方公共団体ではなく法的には私人です）に対して差止めを請求することはできるのか、という問題として構成できると思います。では、この問題はどのように考えればよいのでしょうか。

わたくしは、この論点についても否定的です。つまり、憲法上の権利ないし制度である通信の秘密を直接の根拠として、法的には私人であるプロバイダに対して差止請求を行うことは困難である、と考えています。憲法の規定は私人間の法的関係に直接適用されることはないというのが憲法学の通説的見解です。

ただ、通信の秘密の論拠をプライバシーの保護であると考え、通信の秘密の侵害は民法709条にいう不法行為に該当するので、民法上の人格権に基づきプロバイダの行為について差止めを求めるということではできるように思います。人格権に基づく差止請求が容認されることは、昭和61年のいわゆる「北方ジャーナル」事件で最高裁も認めているところです⁴⁸。

(4) 海賊版サイト対策としてのブロッキングについて

〔サイト・ブロッキング差止請求事件〕についての検討をさらに進めたいと思います。本日の講演との関係で1番注目すべきところは、海賊版サイト対策としてのブロッキングと憲法上の権利について、東京高裁の見解が表明されているところです。

令和元年10月30日の東京高裁判決は、インターネット利用者の通信の秘密を制限して海賊版サイト・ブロッキングを実施することについて、次のようにいっています。

「本件ブロッキングを実施した場合には、第1審被告により全通信内容（アクセス先）の検知行為が実行され、このことが日本国憲法21条2項の通信の秘密の侵害に該当する可能性があることは、第1審原告が指摘するとおりである。児童ポルノ事案のように、被害児童の心に取り返しのつかない大きな傷を与えるという日本国憲法13条の個人の尊厳、幸福追求の権利にかかわる問題と異なり、著作権のように、逸失利益という日本国憲法29条の財産権（財産上の被害）の問題にとどまる本件のような

問題は、通信の秘密を制限するには、より慎重な検討がもとめられるところで〔ある〕」。

この部分を見ると、東京高裁は、著作権侵害に関する救済としてのサイト・ブロッキングには否定的であるといえるのだと思いますが、ただ、それは第1に、訴訟費用の負担の問題の中で述べられている部分なので（省略しておりますが、「より慎重な検討が求められるところではあるが」）に続いて「訴訟費用の負担の問題の結論を左右する問題ではないものというほかはない」とされています）、したがって、判決文中のこの部分はあくまでも傍論であるといえると思います。実務上の影響はあるのかもしれませんが、それは法理論としては重要視すべきことでもないと思います。

第2に、この判決文は、憲法規範の階梯（規範の高低ないし上下関係のこと）として、憲法13条の個人の尊厳が同21条の通信の秘密より階梯が上で、通信の秘密は同29条の財産権より階梯が上、という関係があることを想定しているように思われます。ただ、憲法条文のどこを見ても、そのような不等号式が成り立つ論拠は、ないと思います。つまり、児童ポルノに対するブロッキングなら21条に反しないけれども、海賊版に対するものなら同条に反するという評価は、憲法条文上はできないということです。この点、児童ポルノに対するものに対しては緊急避難が成立するのである、ということなのでしょうけれど、その緊急避難構成も刑事法的には法理論的なものではないことはすでにお話ししているところです。

そして、第3に、そもそもこの判決文も法律を制定しての閲覧防止措置、ブロッキングについては、それを何ら禁じるものとはなっていないと思います。したがって、仮に東京高裁のこの判決文が実務上の影響をもつとしても、法律を制定してのブロッキングを検討している本講演としては、参考にはなるけれども、それを否定する裁判所の見解とはいえないということになります。

ここまで少し時間を割いて、海賊版サイト・ブロッキングに対する差止めを求めた令和元年の東京高裁判決を検討してきましたが、少なくとも、法律を制定してのサイト・ブロッキングまで憲法に反するとした裁判例ではない、ということは確認できたと思います。

5. ブロッキング規定の違憲審査基準

では、さらに、ここからは仮定のお話になりますが、海賊版サイトについてISPに閲覧防止措置をとらせる法律が制定されたとして、その法律の憲法適合性について

検討してみたいと思います。

(1) 違憲審査についての一般論

本講演をご視聴の方の多くは、憲法というよりは、著作権法や知的財産法をご専門とされているのではないかと思います。そこで、簡単にではございますが、違憲審査についてお話しするところから始めたいと思います。

国家行為の憲法適合性、つまり、ある国家行為が憲法に適合するのか、それとも、憲法に反するのかを判断することを「違憲審査」といいます⁴⁹。国家機関としてこの判断を有権的に、最終的にすることができるのは憲法81条により最高裁判所であることになっております。

憲法81条は次のように規定しています。「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」。ここには「法律、命令、規則」（つまり、立法。まとめて「法令」とします）と「処分」という類型を提示して、違憲審査には大きく分けて2パターンあることが規定されていますが、今回は法令の、その主なものとして法律の憲法適合性審査（違憲審査、合憲性審査という場合もあります）に注目します。

ところで、ある国家行為、ここでは法律の制定に注目していますが、その法律が制定されて、その適用があって（わが国の制度としての違憲審査は付随的審査制を採用しておりますので、法律が制定されただけでは憲法訴訟を提起することができません）、そのことが憲法上の権利を制限しているとき、当該法律の適用は憲法に反するのではないか（反しているとなれば適用違憲）、または、もとをたどって、当該法律そのものが憲法に反しているのではないか（反しているとなれば法令違憲）、これらを判定することを違憲審査というわけです。こうした違憲審査をどのような視点、枠組で実施すべきなのか。裁判所のアド・ホック（場当たりの）な判断に任せてしまえば、国家機関として民主的正当性に欠ける（裁判所は国民の代表者により組織されているわけではないので、その意味で民主的正当性に欠ける）機関が、国民の代表者が制定した法律を憲法に反するとすることの疑問が強くなってしまうこと。また、何より立憲主義の要請により裁判所という国家機関の行為そのものも憲法によ

り統制を受けなければならないこと。これら2つを理由として、違憲審査制の母国（発祥の地）であるアメリカでは、とくに連邦最高裁による判例法理として「違憲審査基準」というものが提唱されてきました。

わが国の憲法学説も、このアメリカの判例法理を参照しつつ、憲法上の権利を制限する法律について、当該法律の立法目的の正当性、当該目的を実現しようとする手段（これが直接的に審査される法律の規定ということになります）の合理性をそれぞれ審査し、さらに、立法目的と目的遂行のための手段との関係性を審査するという手法が提唱されてきています。

その概要を示すと次のようになります。

(2) 具体的な違憲審査基準（表現の自由関連）⁵⁰

まず、「厳格審査基準」と呼ばれる違憲審査基準があります。この審査基準は、表現の自由などの民主政の政治過程に不可欠である権利、あるいは、信教の自由、思想・良心の自由など、少数派、異端者に対する偏見の下で制約されやすい権利を制限する法律の合憲性を審査する基準です。具体的には、対象となる憲法上の権利を制限する法律の立法目的に「やむにやまれぬ（これはcompellingの訳語です）ほど重要な利益が求められ、また、当該立法目的を達成するために法律上でとられている手段も、目的を達成するために「綿密にしつらえられたもの（narrowly tailored）」あるいは「最も制限的でない手段（least restrictive alternative）」でなければならないとされています。

表現の自由の領域でいうと、ある法律が表現の内容を理由としてその表出等を規制するものである場合（これを表現内容規制といいます）、この表現内容規制については、厳格審査基準の下でその憲法適合性が審査されるべきであるとするのが通説的見解です。

次に、「中間審査基準」というものがあります。わが国では厳格な合理性の基準と呼ばれているものですが、表現の自由、信教の自由、思想・良心の自由といった権利であっても、権利の内容とは関係のない、その意味で、権利行使に中立的な目的での権利規制であるなら、法律が権利の内容を理由として規制している場合よりも、国家権力が恣意的に行使される危険は少ないといえます。

審査基準	立法目的	目的達成手段	規制類型
厳格審査基準	やむにやまれぬ利益	綿密にしつらえられている 最も制限的でない	内容規制
中間審査基準 (厳格な合理性の基準)	重要な利益	実質的関連性がある LRAを満たす	内容中立規制
緩やかな審査基準 (合理性の基準)	正当な利益	合理的関連性がある	-----

それでも、権利の「内容」と「内容に関係ない事柄」、つまり「内容中立」との区別は必ずしも截然とはしませんし、また、内容中立といっても精神的自由に対する規制であることに違いはないので、先ほどお話しした厳格審査基準ほどの審査は不要だが、とはいっても、あとでお話する緩やかな審査基準では足りないともいえる。こうした思考を背景に、この中間審査基準は、たとえば表現する「時・場所・方法」を規制する場合のように、内容には関わらない一定の態様で権利・自由を規制する法律には、立法目的について「重要な利益」を実現するためのものであるといえるか、そのために法律がとる手段については、目的実現のために「実質的関連性のある手段」といえるかどうか、または「より制限的でない他の選ぶうる手段 (less restrictive alternative)」がないことを求めています。わが国でよく「LRAの基準」といわれているのは、中間審査基準における手段審査の基準です。

最後に、「緩やかな審査基準」についてお話しします。この審査基準は、権利・自由を規制する法律の立法目的には、それが「正当な利益」を求めるものであることを、立法目的と目的達成手段のために法律上でとられた手段との間には目的との「合理的関連性」があることを求めています。

近代民主制国家における国家権限の行使は、一般的には、合憲性の推定がはたらく、つまり、まずは憲法に反するものではないと推定されるはずだと思います。それが、とくに憲法上の要請を実現するために憲法上の権利を規制せざるを得ないような場合には、その合憲性の推定の程度も強いといえると思われます。したがって、たとえば判例が「一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところ」としている経済活動の自由に対する規制や憲法25条に規定されている生存権を実現するための政策を実現するために、たとえば財産権を制限するような場合には、そのための立法権行使には一定の立法裁量が認められていると考えるべきでしょう。

非常に雑駁な分析なのですが、ある法律が憲法上の権利を制限している場合、その法律の憲法適合性を審査すること（これは違憲審査のうちの法令審査という類型になります）、換言すると法律の合憲性を審査する場合には制約される権利・自由の性質と規制態様に応じて大枠として3つの基準があり、いま講演でお話ししているのは表現の自由に関する問題なので、表現の自由の内容規制については厳格審査基準により、また、表現の内容を直接規制するものではない内容中立規制の場合には中間審査基準（厳格な合理性の基準）により、当該法律の合憲・違憲を判断するという点を押さえておいてください。

ところで、こうして3つの大枠をお話ししたわけですが

けれども、法律の違憲審査は、実は、そう単純ではありません。表現の自由に対する法規制だけ見ても、規制態様に応じて、さまざまな審査類型があります。

そのうち、有名なものとしては、定義的衡量 (definitional balancing)⁵¹という審査手法があります。ただ、これについては時間の都合もあり、ここでは存在の指摘だけにとどめます。

先ほどの表現の自由を規制する法律の違憲審査に関する3類型のほかに、この報告との関係で押さえておいていただきたい違憲審査基準としては、合理的関連性の基準と呼ばれているものがあります。

いままでお話ししてきたのは、表現行為について、内容規制にしる内容中立規制にしる、それらは表現行為を直接に規制するものでした（表現の自由に対する直接的規制と呼ばれています）。これに対して、表現の自由に対する間接的・付随的規制と呼ばれてきた規制類型があります⁵²。たとえば、表現行為を規制していることには違いないのですが、その規制は表現の効果に向けられたものではなく、表現行為をするというその行動がもたらす弊害を防止するための規制である、などと説明されてきました。より具体的には、この規制類型及びそれに対する違憲審査基準は、いわゆる「猿払事件」⁵³で提示されたものです（したがって、いまお話ししている合理的関連性の基準はときに猿払基準とよばれることもあります）。「猿払事件」というのは、北海道の旧猿払村の郵便局員が勤務時間外に特定の政党の選挙用ポスターを公営の掲示板に貼ったという行為が国家公務員法（国公法）で禁じられている政治的行為に該当するというで刑事罰を科せられた、という事案です。国公法の具体的には102条1項は、一般職の国家公務員に対して政治的行為を禁止した規定です。政治的行為も広くは表現の自由で保障される表現行為と考えられ、しかも政治的内容の表現を規制していると考えられるので、表現内容規制なので厳格審査基準で違憲審査する、あるいは、たしかに表現行為を規制しているけれども一定の方法での意見表明を禁止しているので内容中立規制と見て中間審査基準で違憲審査する、ということも考えられるように思います。

しかし、最高裁は国公法102条1項に規定された表現規制を表現行為に対する直接的規制とは見ずに、あらたに表現に対する「間接的・付随的規制」という形態の規制であるにとらえる見解を表明します。その部分だけ「猿払事件」の判決文から抜粋すると、国公法102条1項が国家公務員に対して政治的行為を禁止した目的は、公務員の職務における政治的中立性を確保するためなのです（以下が抜粋です）。

「公務員の政治的中立性を損うおそれのある行動類型に属する政治的行為を、これに内包される意見表明そのものの制約をねらいとしてではなく、その行動のもたら

す弊害の防止をねらいとして禁止するときは、同時にそれにより意見表明の自由が制約されることになるが、それは、単に行動の禁止に伴う間接的、付随的な制約に過ぎず（以下、省略します）。

この判決文のポイントを簡単に指摘すると、法律（この場合は国公法102条1項です）による表現行為に対する規制とはいえ、その表現による「意見表明そのもの」を規制しているのか（表現に対する直接的規制ということになります）、それとも表現による意見表明そのものではなく、その「行動のもたらす弊害」の防止を狙いとしてする規制があり（表現に対する間接的・付随的規制ということになります）、後者の場合には典型的な表現規制ではないので、当該法規制の憲法適合性を審査する違憲審査基準も典型的なものでなくてよい、ということになるかと思えます。

そして、最高裁が提示した審査基準が、学説的には合理的関連性の基準と呼ばれるもので、それは、第1に、立法目的が正当であること、第2に、目的を達成する手段が目的実現との関係で合理的関連性をもつものであること、第3に、規制により得られる利益が規制により失われる利益より大きいこと、この3点を検討するというものです。

(3) サイト・ブロッキングを容認する条文に対する違憲審査

ここまで憲法学の違憲審査基準論に少し立ち入ってお話しさせていただきました。それは、仮に海賊版サイトに対する閲覧遮断措置、ブロッキングをISPに容認する法律が制定されたとして、当該法律の憲法適合性を判定するとしたら、いかなる違憲審査基準が適用されるのであろうか、という仮想問題を検討するためのものでした。

では、その仮想問題として、まずサイト・ブロッキングを容認する法律の規定について検討したいと思います。

海賊版サイトに対する閲覧遮断措置、ブロッキングを求める規定は、表現の創作そのもの、つまり、〔猿払事件〕における最高裁の言葉でいえば「意見表明そのもの」に対する規制ではないと思います。それでは何を規制しているのかというと、これは、インターネット上で海賊版が閲覧できること、言い換えると、ネット上に海賊版がアップされていることからの弊害を防止しようとしていると考えられると思います。

つまり、海賊版をアップロードし続けているという行動によりもたらされる著作権侵害及びそれがコンテンツ産業に与える悪影響という弊害を防止するために、表現行為そのものではなく、アップロードし続けているという行動を規制している。結果として海賊版サイト運営者の表現の自由（とくにオーバー・ブロッキングの問題を想起するならオリジナルな部分）を間接的・付随的に規

制することになるけれども、表現の自由に対する直接的規制のような違憲審査基準が適用されることはない。こういえるのではないのでしょうか。

では、このような法律は、どのような違憲審査基準の下で、その憲法適合性が審査されるのかというと、それが、昭和49年の大法廷判決で確立された合理的関連性の基準ではないか、と思われるのです。具体的には、第1に、立法目的が正当であること、第2に、目的を達成する手段が目的との関係で合理的関連性をもつこと、第3に、規制により得られる利益が規制により失われる利益よりも大きいといえること、これらが論証されれば、当該法律は憲法21条に反するものではない、ということになるかと思えます。

この基準で具体的に検討しますと、第1に、立法目的である海賊版からの弊害防止は正当な立法目的であると考えられること、第2に、サイト・ブロッキングは海賊版による弊害防止のために合理的関連性をもつと思われること、第3に、海賊版ブロッキングにより得られる利益は本来なら権利者に帰属するはずであった正規版からの収益ということになり、ブロッキングにより失われる利益は運営者の海賊版表現の自由がないとするとオーバー・ブロッキングによるオリジナルな表現の遮断ということになります。後者は先にお話ししたように、適法部分だけ切り取っての再アップロードが比較的容易であること、あるいは、わずかな量にとどまると考えられること、これらを理由にブロッキングにより得られる利益よりは小さいといえるのではないのでしょうか。

仮に海賊版サイトのブロッキングを容認する法律が制定されたとして、従来の憲法学の違憲審査基準で審査しても、当該法律は表現の自由との関係では、憲法に反するものではない、という結論が得られるように思います。

(4) インターネット利用者のアクセス先検知を許す条文に対する違憲審査

次に、ブロッキングのためにはインターネット利用者のアクセス先を検知する必要があるわけですが、ISPにそのことを許す法律の憲法適合性はどのように考えればよいのでしょうか。

ISPにインターネット利用者のアクセス先を検知させることは、利用者の権利・利益との関係では通信の秘密を規制することになります。この通信の秘密が保護される論拠を利用者のプライバシーであるとするなら（この場合は、個人情報コントロール権としてのプライバシー権ということになると思います）、平成20年の「住基ネット訴訟」における最高裁判決⁵⁴が参考になると思います。当該事案では、住民基本台帳ネットワークシステム（住基ネット）により個人識別情報が管理されていることが憲法13条の人格権を侵害するか否かが論点とな

りました。

最高裁は、第1に、登録される情報の性質、言い換えると当該情報は秘匿性の高い情報といえるか否か、第2に、住基ネットの目的の正当性、第3に、住基ネットから個人識別情報が漏洩される危険性の程度、これらを総合的に判断して、結論としては、憲法13条が「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」を保障しているけれども、住基ネットによる本人確認情報の管理、利用はこの自由を侵害しない。したがって、住基ネットは同13条に反するものではない、と判示しています。

この判決を下敷きにすると、ブロッキングのためにはISPにインターネット利用者のアクセス先を検知させることになるのですが、これが通信の秘密を侵害するの可否かも、第1に、アクセス先情報の秘匿性、第2に、アクセス先検知の正当性、第3に、ISPが検知で得たアクセス先を漏洩する危険性の程度、これらを総合的に考慮してISPによるアクセス先検知が通信の秘密を侵害するの可否について審査されることになると思います。

結論的にいえば、第1のインターネット利用者のアクセス先情報というのは一定の秘匿性を要する情報のように思いますが、それがブロッキングの場合には機械的に検知されるものであること、第2のアクセス先検知の正当性は海賊版ブロッキングのためなので肯定されるとして、第3のISPによる漏洩の危険性については電通事業法179条が刑罰をもって漏洩を禁止していること、これらを総合的に考慮すれば、ブロッキングのためのアクセス先検知は、プライバシーの保護を論拠としたときの通信の秘密を侵害するものではない、と評価できると思います。

では次に、通信の秘密の論拠を表現の自由の保護であると理解した場合はどうでしょうか。アクセス先というのは、表現の内容ということにはならないと思います。表現の内容というのは、アクセス先にあるコンテンツのことでしょうから。そうすると、アクセス先検知は、表現の自由に対する規制といっても、内容規制ではなく、表現内容中立規制ということになると思います。ある法律が表現内容中立規制に当たるとき、その憲法適合性審査は中間審査基準により判断されることになります。ここでは、立法目的が「重要な利益 (important interest)」を守るものであること、当該目的を達成するために法律によりとられた手段が目的との関係で「実質的関連性のある手段 (substantive means)」である、または「より制限的でない他の選ぶる手段 (less restrictive alternative)」がないことを求められることになります。

そこで、この基準によりISPにアクセス先検知を認める法律を見ると、まず、当該法律の立法目的は著作権の保護ということになります。著作権の権利の淵源には諸

説あるけれども、それが憲法上の保護を受けるものであることに争いはないと思います。また、仮に著作権はここでは端的に財産権の一形態であると考えとしても、アクセス先は通信の内容ではないこと、またその検知は機械的になされることに鑑みると、通信の秘密が表現の自由の淵源をもつものであるとしても、なお、財産権を保護することの価値に鑑みれば、著作権を保護しようとする同法律の立法目的は「重要な利益」を守るものであると認定できると思います。

次に、当該立法目的実現のために法律によりとられた手段の適切性に判断を進めると、そこでは、当該手段が法律の目的を実現するために「より制限的でない他の選ぶる手段」(LRA) がないものであるか否かが問題となるように思われます。

この点について上述している平成30年(2018年)4月の緊急対策には「権利者が、①特に悪質な海賊版サイト運営者への削除要請、②検索結果からの表示削除要請、③サーバー管理者・レジストラへの削除要請・閉鎖要請、④インターネット広告の出稿停止要請、⑤特に悪質な海賊版サイトへの訴訟・告訴の対応等、考えられるあらゆる対策を取ったものの(……)いずれの対策も実質的な効果が得られない場合」には、海賊版サイトから権利を保護するためには現状としてはブロッキング以外の手法は存在しないと考えられる旨、記載されています。したがって、現在、検討の俎上にある海賊版ブロッキングをISPに命じる法律が、著作権侵害を防止する上の手法を取ったあとにブロッキングを認めるという段階を踏むことを法定しているなら、著作権侵害を防止する手法としてのブロッキングは「より制限的でない他の選ぶる手段」はなかった(LRAを満たしている)と認定することができると思われます。

結論としては、ISPにブロッキングを命じる法律が、いまお話ししたような論理で憲法に反しないと論証できるなら、ブロッキングの過程でなされるISPによるアクセス先検知も通信の秘密を侵害するものではないといえる、こうなると思います。

6. ISPにブロッキングを義務づけることの論拠

本講演では、3つの柱を設定しました。1つめが、海賊版サイトに対するブロッキングをISPに求める法律は表現の自由を侵害するものではない、ということでした。そして、2つめが、このブロッキングのためのISPによるアクセス先検知は通信の秘密を侵害するものでもない、

というものでした。

それでは、残された時間で講演の3つめの柱についてお話ししたいと思います。それは、海賊版サイトの閲覧防止措置、プロッキングをISPにさせることは、ISPに一定の負担を課すこととなりますが、それはなぜ許されるのか、という問題に関するものです。

(1) プロバイダ責任制限法の論理

これに関して2001年（平成13年）のプロバイダ責任制限法（略称）⁵⁵（プロ責法）は、その3条1項で、プロバイダが提供する特定電気通信で他人の権利を侵害する情報の送信を防止する措置を講じなかった場合において、当該情報の流通により生じた損害賠償責任（これは不作為責任です）を負う場合を規定しています。また、3条2項は、同性質をもつ情報の送信を防止する措置を講じた場合に、当該情報の発信者に生じた損害に対するISPの損害賠償責任（こっちは作為責任です）が免じられる場合について規定されています。

われわれは、現在、インターネットに代表されるサービスにより、メディアを介さずに情報を世界中に発信する機会を獲得しています。ただし、インターネット上で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ます。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、プロ責法は、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と思います。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」と呼べるものでしょう。

ただし、こうした論理には次のような疑問もあります。

(2) 通信事業者はコモン・キャリアではないか

従来、通信事業者は「コモン・キャリア（common carrier）」であると理解されてきたと思われます⁵⁶。コモン・キャリアとは、鉄道輸送が発展してきた19世紀前半に生成されてきた法概念です。

それは、指定料金が支払われた以上、乗客や貨物の運送を拒絶できないことを法令によって義務づけられている業者のことをいいます。このような理解の下で、通信事業者は、まず、伝送行為における自由を否定されたあと、次に、個々の通信を詮索しない義務を負わされ（これを「情報不接触の原則」といいます）、これらのことと表裏一体として、さらに、伝送した通信内容に対する法的責任を負わない、とされてきています。これに関連して、[NTT脅迫電文事件]に関する平成16年の大阪地裁判決は、脅迫的内容の電報を配達しない民法（709条）上及び条理上の義務をNTTについて否定しています⁵⁷。

つまり、ISPは従来の理解ならコモン・キャリア、指

定料金さえ支払われれば誰に対してもどのような内容であっても通信をそのまま届ける義務を負っているはずといえる。しかし、さきのプロ責法は、コモン・キャリアであるはずの通信役務提供者に、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になっています。

わたくしが、いま、ここで問題にしているのは、このことが法理論としてどのように正当化されるのであろうか、という点です。言い換えると、プロ責法は、おそらく間接責任（あるいは寄与責任）という概念により、ISPに自分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のではなかろうか、と思われるのです。ここで問題にしているのは、プロ責法がとる、ISPには間接責任があるという法的構成の、その論理的正当化根拠は何であろうか、という点です。

(3) インターネット上の表現に関する「公序」の設定

上記の点に関して、わたくしは、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プロ責法を捉えています。自由主義国家とはいえ、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、人生を営んでいます。このことを、通信の秘密との関係で敷衍するなら、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、ということになると思います（そこでは脅迫的内容の通信にも不干渉が要請されていた、といえるでしょう）。

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、表現の效果に課されていた物理的足枷が取り払われています。そこでは放縦国家における表現の自由論がくり広げられかねない状況にあります。したがって、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の妥当性が最早失われているように思われるのです。こうした状況の下で、国家に求められているのは、「表現のプラットフォーム」が転換されたことを受けての新しい「表現の公序」の構築なのではないでしょうか。

ここまでお話ししてきたことに基づいて、海賊版サイトへのアクセスを遮断することをISPに求めることができるか、について考えてみたいと思います。現在のスピーチ・インフラの転換を受け、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最早失われているように思われます。著作権侵害サイト（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す。

ところで、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ます。このように公序は法規制によって維持されるものなのでしょう。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と考えられます。したがって、インターネット上で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のではないのでしょうか⁵⁸。このISPの義務を一般化すれば、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ます。

7. おわりに

それでは、この講演の内容を簡単にまとめておきたいと思います。

まず、1つめの柱として「海賊版サイト・ブロッキングと表現の自由」の関係ですが、第1に、検閲との関係では、最高裁の定義からするとブロッキングの対象を特定することは憲法上の検閲に該当しない、また、思想内容を調べるものではないので電通事業法3条で禁止されている検閲にも該当しないと思います。

第2に、サイト運営者には海賊版表現の自由、海賊版表出の自由というものは保障されないであろう、とお話ししました。

また、第3に、仮にインターネット利用者に海賊版を見る権利、海賊版受領の自由というのが保障されるなら、サイト運営者の海賊版アップロードの違法性が阻却される場合もあるかもしれないのですけれども、ネット利用者の海賊版を見る権利というものも保障されるものではない、と思います。

さらに、ブロッキングと表現の自由との関係では、海賊版に対するものを認めると、違法・有害サイトのブロッキングを次から次へと認めていく第一歩となってしまうのではないかという「滑り坂」理論という危惧もありましたが、わたくしは杞憂であろう、とお話ししました。海賊版のようなデッドコピーをアップロードすることには公共の利益がやはり観念できませんが、名誉毀損表現などには公人批判のためという、また、わいせつ表

現とかには芸術的価値といった公共の利益があり、それがブロッキング防止法理としての機能をもつと思われるからです。

オーバー・ブロッキングの問題も、適法部分を切り出しての再アップロードが容易であるとか、そこへのアクセスはもともとごくわずかであるという事情からして、海賊版ブロッキングの違法性を論証するものとはならないと考えられることをお話ししました。

次に、2つめの柱として「アクセス先検知と通信の秘密」の関係ですが、第1に、現行法においても、それは公然性を有する通信にすぎないとか、法律の文言を限定して解釈できるとか、そもそも機械的検知であることを理由に、ISPによるブロッキングのためのアクセス先検知は通信の秘密を侵害するものではないとする学説があることを紹介しました。

ただ、第2に、仮に現行法の解釈適用ではうまくいかない場合でも、国会審議において著作権保護から得られる利益とインターネット利用者のアクセス先を機械的に検知することにより失われる利益（しかも、児童ポルノ・サイトの閲覧防止措置、ブロッキングが実施されている現在、アクセス先を検知されない利益はすでに失われているともいえるのですが、その利益）とを比較衡量して適切な法律が制定されたあとでなされるブロッキングのためのアクセス先検知は、後法優先または海賊版対策のためという特別法優先の原則からして、通信の秘密を侵害するという問題はクリアされると思います。

なお、海賊版サイトのブロッキングに対する差止めが求められた令和元年10月30日の東京高裁判決も、法律を制定してのブロッキングを否定するものではないという点にもふれています。

最後に、3つめの柱としてブロッキングの「ISPへの義務づけ」についてどのように考えるかですが、これは、海賊版放置はISPによる著作権の間接侵害と考える、またはインターネット上の表現に関する公序を維持する義務がそのプラットフォームを提供しているISPにもあるという理屈により、法的に可能なのではないかというお話をいたしました。

まだまだ不十分な考察であったと思いますが、これでわたくしの講演を終わらせていただきます。ご清聴、ありがとうございました。

1 大日方信春『ロールズの憲法哲学』（有信堂高文社、2001年）。

2 読売新聞2003年1月17日付朝刊。

ミッキーマウスは、1928年に「蒸気船ウィリー」で登場した。1976年著作権法の下、著作権（保護期間28年+47年の75年間 [17 U.S.C. § 304(a)(B)(ii) (1976 Act)]）は、2003年に期限

- が満了するはずであった。下記CTEAが制定されたことにより、著作権保護期間は2023年まで「延命」されたことになる。
- 3 Sonny Bono Copyright Term Extension Act of 1998 (CTEA), Pub. L. No. 105-298, §§ 102 (b) and (d), 112 Stat. 2827-2828 (amending 17 U.S.C. §§ 302, 304).
 - 4 Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003).
 - 5 Melville B. Nimmer, *Does Copyright Abridge the First Amendment Guarantees of Free Speech and Press?*, 17 UCLA L. REV. 1180 (1970).
 - 6 その成果の一部が大日方信春『著作権と憲法理論』（信山社、2011年）である。
 - 7 大日方信春「特許と憲法——表現の自由を中心に——」熊本法學125号（2012年）1頁以下。
 - 8 大日方信春「商標と表現の自由（一）・（二・完）」熊本法學136号（2016年）71頁以下、147号（2019年）1頁以下。
 - 9 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（以下、「サイトブロッキング（序説）」という）、同「海賊版サイト・ブロッキングの憲法適合性」法律時報93巻2号（2021年）82頁以下（以下、「サイト・ブロッキング」という）。
 - 10 なお、この講演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。いわば海賊版サイトにすでにバリエ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するというのがDNSブロッキングの特徴である。
 - 11 朝日新聞2021年1月26日付朝刊。
 - 12 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対策に関する進め方について」（平成30年4月13日）、同「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」（同日）。
 - 13 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）〔研究主幹として曾我部真裕、構成員に宍戸常寿〕。
 - 14 成原 慧「海賊版サイトのブロッキングをめぐる法的問題」法学教室453号（2018年）45、48頁参照。
 - 15 前掲注13に挙げたもののほかに、代表的なものとして、森亮二「ブロッキングに関する法律問題」ジュリスト1411号（2010年）7頁以下参照。
 - 16 芦部信喜「高橋和之補訂」『憲法 第7版』（岩波書店、2019年）207頁参照。
 - 17 最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁〔税関検査事件〕。
 - 18 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）34頁

（以下、「逐条解説」という）。

- 19 児童買春、児童ポルノに係る行為等の規制及び処罰並びに児童の保護等に関する法律（平成11年法律第52号）。
- 20 いわゆる海賊版の作成行為は、複製権（著作21条等）を侵害する行為に当たる。また、頒布行為は、映画の著作物の場合は頒布権（同26条1項）の侵害に当たり、それ以外の著作物の場合は、貸与行為について貸与権（同26条の3）を侵害することになる。さらに、海賊版を情を知って頒布する行為は、著作権等を侵害する行為とみなされる（同113条1項2号）。
以上のような権利侵害行為は、著作権法第119条第1号により罰則の対象ともなっている。
- 21 最大判昭和44・10・15刑集23巻10号1239頁〔「悪徳の栄え」事件〕における田中二郎裁判官意見、最2判昭和55・11・28刑集34巻6号433頁〔「四畳半襖の下張」事件〕参照。
- 22 前掲注16・芦部＝高橋補訂181頁参照。
- 23 著作権法及びプログラムの著作物に係る登録の特例に関する法律の一部を改正する法律（著作30条1項4号・2項、119条3項2号・5項等）。
- 24 前掲注13・木下6-7、8頁参照。
- 25 作花文雄「適法なコンテンツ流通環境の形成とISPsに期待される役割及び法的責任——サイトブロッキングにおける知的財産権と他の基本的権利のバランスの確立——（前編）」コピーライト662号（2016年）28、33頁参照。
- 26 前掲注18・逐条解説36頁参照。
- 27 前掲注15・森8頁、安心ネットづくり促進協議会「法的問題検討ワーキング報告書」（2010年）1頁（以下、「安心ネット報告書」という）参照。
- 28 通信の秘密の意義について憲法学の分析はこれまで必ずしも十分になされてきたとは言えまい。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、491頁、曾我部真裕「通信の秘密の憲法解釈論」Nextcom16号（2013年）14、14頁参照。
- 29 GAMA v. Deutsche Telekom, BGH, Urteil v. 26, 11, 2015- I ZR 3 / 14 und I ZR 174 / 14.
- 30 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」コピーライト677号（2017年）26、35頁。
- 31 前掲注16・芦部＝高橋補訂230頁参照。
- 32 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〕参照。
- 33 伊藤 真＝前田哲男「サイトブロッキングと通信の秘密」コピーライト690号（2018年）28、33-34頁参照。
- 34 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。前掲注18・逐条解説36-37頁。
- 35 前掲注33・伊藤＝前田34頁参照。
- 36 前掲注33・伊藤＝前田34頁参照。
- 37 機械的な情報の取得も電通事業法4条1項の知得に当たるとするものとして、前掲注15・森9頁、前掲注27・安心ネット報告書4頁参照。

- 38 阪本昌成『プライバシー権論』（日本評論社、1986年）240-241頁参照。
- 39 前掲注9・大日方サイトブロッキング（序説）25、29頁、同サイト・ブロッキング85頁参照。
- 40 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）234頁参照。
- 41 個人情報適切に扱われるなら、その収集・利用に情報主体の同意が必須であるとはいえないとするものとして、曾我部真裕「自己情報コントロール権は基本権か？」憲法研究3号（2018年）71頁以下参照。
- 42 児童ポルノに対するブロッキングの概要については、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頁以下参照。
- 43 前掲注28・穴戸516頁、前掲注27・安心ネット報告書14-21頁、前掲注13・木下6頁参照。
- 44 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>）〔2021年3月18日最終閲覧〕参照。
- 45 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、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頁参照。
- 46 東京高判令和元・10・30（令和元年(ホ)2753号）判例集未掲載。
- 47 東京地判平成31・3・14（平成30年(ワ)13295号）判例集未掲載。
- 48 最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁〔「北方ジャーナル」事件〕。
- 49 大日方信春『憲法Ⅱ 基本権論〔第2版〕』（有信堂、2018年）58頁参照。
- 50 目的・手段審査の形態における違憲審査基準の詳細については、前掲注49・大日方62頁以下を参照されたい。
- 51 前掲注49・大日方170頁以下参照。1960年代半ばからのアメリカの判例法理として確立したこの違憲審査基準は、表現の自由によって「保護される表現」と「保護されない表現」との限界を後者の要件を定義するかたちで明確にしたあと、仮に後者に当たるとされる表現であってもなお憲法上の価値によってその違法性が阻却される場合があるのではないかと、する表現の自由保護法理として昇華されてきたものである。著作権法の憲法適合性を定義的衡量の視点から検討するものとして、前掲注6・大日方43頁以下がある。
- 52 前掲注49・大日方186頁以下参照。
- 53 最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁〔猿払事件上告審〕。
- 54 最1判平成20・3・6民集62巻3号665頁〔住基ネット訴訟〕。
- 55 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13年法律第137号）。
- 56 James B. Speta, *A Common Carrier Approach to Internet Interconnection*, 54 FED. COMM. L. J. 225 (2002) は、鉄道、電話に備わ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。
- 57 大阪地判平成16・7・7判時1882号86頁〔NTT脅迫電報事件〕。2020年3月28日の熊本日日新聞には、虚偽の内容を記

した葉書が自宅に届いたことを切っ掛けに裁判の取り下げ名目で現金を騙し取られる架空請求詐欺事件が発生しており、それが「料金後納郵便」を利用したものであったことについて、警察幹部が「窓口で拒否すれば詐欺被害を防げるはず」と指摘したところ、日本郵便は「『信書の秘密』の侵害に当たり、内容で拒むことはできない」と回答したという記事がある。これも大阪地判の判断と同一のものであると思われる。

- 58 ある論者は「憲法上の保護の客体となる『秘密』には、『通信』の利用者としての国民各人が行う個々の通信に関する情報のみならず、それが流通する通信基盤ないし主要な制度的利用環境（の健全性）という意味合いも含まれていると解される」として、同法規範の客観法的要請を提唱している。海野敦史『通信の自由と通信の秘密』（尚学社、2018年）35頁参照。本稿も同様の思考基盤にある。

なお、アクセスプロバイダが自ら著作権侵害を行っていないにもかかわらず、海賊版サイトへのアクセスをブロックする義務を負うと法律上構成することは、日本の民事法上どういう理屈で可能か否かという論点について、知財本部の検討会の勉強会で民法の専門家に対して行われたヒアリング結果（「インターネット上の海賊版対策に関する勉強会」資料9森田教授ヒアリングメモ）（平成30年8月10日）が「極めて興味深い」ものとして以下に掲載されている（小泉直樹「リーチサイトとブロッキング」コピライト694号〔2019年〕2、12頁参照）。「仮に日本法でサイトブロッキングを請求する権利を設ける場合、（……）現段階で考えられるものとしては、インターネット上の権利侵害については、侵害者に対して救済のエンフォースメント（執行）ができない場合があるため、法の実現を確保するため、権利侵害情報の流布を一定程度止めることができる立場にあるアクセスプロバイダに公序維持のための協力義務を負わせるという考え方である。どのように権利侵害に関する救済を実現するかという目的は本来的には公的なものであるが、インターネットにおけるアクセスプロバイダのもつ公共性にかんがみ、その職業倫理上の義務（obligation déontologique）としての協力義務を私法上の義務と構成して課すことも可能ではないか。」（上記小泉・12頁）。

〔付記〕 この講演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す。

※おびなた・のぶはる

1999年広島大学大学院社会科学部法律学専攻博士後期課程修了（博士（法学））、2000年同大学法学部助手、2001年広島県立大学経営学部講師、2004年姫路獨協大学法学部助教授、2007年熊本大学法学部准教授、2010年同大学法学部教授、2017年熊本大学大学院人文社会科学部（法学系）教授。主な著書は、『憲法Ⅱ 基本権論 第2版』（有信堂高文社、2018）、『憲法Ⅰ 総論・統治機構論』（有信堂高文社、2015）、『著作権の憲法理論』（信山社、2011）、『ロールズの憲法哲学』（有信堂高文社、2001）など多数。