

# サイト・ブロッキング法制化における プライバシー権と通信の秘密

## 大日方信春

### 1 はじめに

国内最大といわれた海賊版サイト「漫画村」が開設されたのは2016年1月のことのようである。海賊版の社会問題化はこの頃からはじまったと言えるのであろう。

これに対して、政府は、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」及び「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」という2つの文書を公表している<sup>1)</sup>。そこでは、インターネット接続事業者（以下「ISP」とする）に対して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の実施要請がなされたこともあります。以来、海賊版対策としてのサイト・ブロッキングの是非が、注目を集めてきている<sup>2)</sup>。とくに、サイト・ブロッキングは表現の自由及び通信の秘密を侵害するおそれがあることについて、実務家を含めて憲法学・情報法学からの有力な見解の表明があることはよく知られている。

ところで、著者は、本誌に「海賊版サイト・ブロッキングの憲法適合性」と題する論文を書いたことがある<sup>3)</sup>。それは、一定の形態でなされるサイト・ブロッキングは表現の自由及び通信の秘密に反しないことを述べたものであった。ただそれは、サイト・ブロッキングの憲法適合性を検討するにあた

り、サイト・ブロッキングと表現の自由の関係を注视し、同措置が表現の自由に反しないならば、通信の秘密との関係は付隨的問題として利益衡量により判断することができるとの思考に基づくものであった。

旧稿の統編ともいえる本稿では、通信の秘密の保護法益をプライバシーと見る視点から、海賊版サイト対策としてのサイト・ブロッキングと通信の秘密の関係に焦点をあてたいと思う。具体的には、サイト・ブロッキングで侵害の危険を負っているプライバシーとは何か、そして、どのようなサイト・ブロッキングならプライバシーを毀損しない、即ち、通信の秘密を侵害しないものと言えるのか、これらを明らかにしたいと思う。

本稿の冒頭にあたり、1つ、確認しておきたいことがある。政府による先の2018年の文書は「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<sup>4)</sup>という留保付きではあるものの、海賊版サイトに対するブロッキングをISPに自主的措置として求めるものであった。それは、法律に基づかなければ行政指導によるサイト・ブロッキングである。憲法学者・情報法学者等によるサイト・ブロッキング批判の一部には、こうした法律に基づかないブロッキングは「法治主義を逸脱する<sup>5)</sup>」との批判があった。

サイト・ブロッキングが国民の表現の自由・通信

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、以下「緊急対策」とする）、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) それ以降に法制化された政府の海賊版対策としては「リーチサイト」（リンクを貼るなどして海賊版サイトへの誘導をするサイト）の運営者に刑事罰を科す改正著作権法の制定（2020年10月施行）、海賊版であることを知ってのダウンロードに刑事罰を科す改正著作権法の制定（2021年1月施行）、訴訟時におけるサイト運営者の特定を容易にするプロバイダー責任制限法の改正などがあげられる。

3) 参照、大日方信春「海賊版サイト・ブロッキングの憲法適合性」法時93巻2号82頁（2021年）。

4) 知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議「緊急対策」2頁。

5) 成原慈「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45、48頁（2018年）。

の秘密・プライバシーを結果として制約するのであれば、それは法律の根拠をもってなされるべきである。この点は、本稿も賛同している。したがって、本稿は、ISPに海賊版サイト・ブロッキングを義務づける法律が将来において制定されたとして、当該法律はインターネット利用者の通信の秘密やプライバシー保護との関係でどのように評価されるであろうか、という問題に回答するものである。法律を制定しての海賊版サイト・ブロッキングを念頭に置いていることを、まずはここで確認しておきたい<sup>6)</sup>。

## 2 通信の秘密とプライバシーの関係

### (1) 憲法上の位置づけ

憲法21条2項後段は「通信の秘密は、これを侵してはならない」と規定している。日本国憲法では通信の秘密は表現の自由を保障する条項の中に位置づけられている。こうした条文構造から、通信の秘密の意義を、コミュニケーション過程の保護に見出す学説もある。

この点、諸外国の憲法では、通信の秘密は表現の自由とは別個の条文で規定する場合が多いようである<sup>7)</sup>。また、大日本帝国憲法でも表現の自由は29条、通信の秘密を意味するものと広く解されていた信書の秘密は26条と、やはり別個の条文で規定されていた。これは、通信の秘密が特定の人との間のコミュニケーションの内容を他人に知られないようにするという、私生活上の自由の保護を主たる目的とするものであると考えられていたことによると思われる。表現の自由とは異なる保護法益を持つと考えられていたのであろう。

表現の自由は、一般的には不特定又は多数者に向かわされたいわば外的なコミュニケーション過程を保護しようとするものであると思われる。これに対して、通信の秘密は、いわば内的なコミュニケーション過程の保護を通じて、個人間の私的接触を可能にしようというところに本来の意義があるように思わ

れる。こうしたことから、通信の秘密は、その条文の場所から表現の自由も保護するものではあるものの、同時に私生活上の自由・プライバシーを保護するものであるとする理解が通説的だと思われる<sup>8)</sup>。

### (2) 電気通信事業法上の位置づけ

憲法の名宛人は国家である。憲法は、国家機関に對して憲法の条文・原理・原則に反しないよう、國家権力の行使を求める法規範である。したがって、通信の秘密を定めた憲法21条2項も国家機関に對して通信の秘密の侵害を禁止していることになる。

このことを法律のレヴェルで確認しているのが電気通信事業法（以下「電通事業法」とする）の3条である。それは「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」と定めている。ここにいう「検閲」とは、逐条解説<sup>9)</sup>によると「國その他の公の機關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<sup>10)</sup>」とされている。電通事業法3条は、通信の検閲を禁止することで、憲法21条2項が要請している通信の秘密の保護を実現しようとしていると理解できるであろう。

また、通信の秘密を定めた憲法21条2項は、国家に、国家を含めた通信事業者に通信の秘密を侵害させないような法制度の設営を求めていえる。これを法律のレヴェルで具体化したものが電通事業法の4条であろう。その第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」と規定している。また第2項本文には「電気通信事業に從事する者は、在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない」と定められている。この規定について、逐条解説には、電気通信事業に從事する者に対し、電気通信事業に対する利用者の信頼確保の観點から、通信の秘密を守ることを職務上の義務として課すものである旨の解説がある<sup>11)</sup>。通信の秘密の電通事業法における保護法益が利用者の信頼確保であ

6) なお、海賊版サイト・ブロッキングの法制化にあたっては、まず「海賊版」の定義が問題になろう。本稿は、ひとまず、海賊版を原作及びその模倣品（デッドコピー）のことであるとしておきたい。この点については、参照、前田健「著作権法における『海賊版』概念」高倉成男ほか編『知的財産法制と憲法的価値』（有斐閣、2022年）43頁以下。

7) 芦部信喜=高橋和之補訂『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）230頁は、イタリア憲法15条とドイツ連邦共和国基本法10条を紹介している。

8) 参照、芦部=高橋補訂・前掲注7) 230頁、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）355-356頁。

9) 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〔第2版改訂版〕』（電気通信振興会、2019年）（以下「逐条解説」とする）。

10) 多賀谷監修「逐条解説」34頁（圈点は大日方）。

11) 同書35頁。

るとされていることをここでは心に留めておきたい。

なお、通信の秘密の対象は「通信の内容」のみならず「通信に関わるすべての事実」、言い換えると「通信の外形的事項」「メタデータ」にまで広く及ぶという理解が一般的である。これは、外形的事項を知られることによってもプライバシーが害される場合があることを理由としている。

ところで、サイト・ブロッキングとは、一般的には、ISPなどがネット利用者のアクセス先を検知し特定のウェブサイトへの接続を遮断することをいう。このブロッキングにより通信の秘密、延いては、プライバシーが侵害されるとされることがある。ここにいう「プライバシー」とはどのような内容をもつ保護法益であろうか。

### 3 サイト・ブロッキングにより 毀損され得る「プライバシー」とは

個人のプライバシーが、不法行為法上の人格権ないし人格的利益の1つとして法的保護に値するということは、いまでは裁判例や学説においてほぼ異論はないと思われる。

また、最高裁は「憲法13条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定している」ことを認めている。憲法学説においては、ここにいう「私生活上の自由」をプライバシー権を見る見解が一般的だと思われる。

さらに、情報通信技術の発展した今日では、社会生活のあらゆる場面において、データが収集され利活用されている。そのデータの中には個人情報が含まれているため、データの利活用に伴うプライバシー侵害のリスクも懸念されている。

こうして、実務上あるいは学説においても「プライバシー」概念は、一定の認知度を持っていると思われる。ただそれでも、そこにいう「プライバシー」がそもそも何を意味しているのかについては、必ずしも見解は一致していないように見える。そこで、ここでは日本の最高裁判所がプライバシ

ー保護について示した判例法理の整理を試みることにする<sup>12)</sup>。

この整理の後、次節においては、海賊版サイト・ブロッキングとの関係で問題となる「プライバシー」とは何か、それは言い換えると、サイト・ブロッキングにより侵害されるとされる通信の秘密が保護法益としているものは何か、それは本節で整理されたプライバシーのどの類型に該当するもののかについて、述べることにする。

#### (1) 人格権（人格的利益）としてのプライバシー

日本の最高裁が「プライバシー」事案として捉えたと思われる第1の類型として「プライバシーに属する事実（又は情報）」の私人による公表について、それを法的に保護されているはずの「人格的利益」を毀損する行為と見て、不法行為該当性を認定したものがある。

プライバシーの権利の起源は、19世紀末のアメリカにある。よく知られているように、サミュエル・ウォーレンとルイス・ブランダイスの1890年の論文「プライバシーの権利」<sup>13)</sup>は、イエロー・ジャーナリズムによる煽情的な報道から後に「プライバシー」と呼ばれるようになる利益について「ひとりで放っておいてもらう権利（right to be let alone）」を提倡するものであった。

日本でも、1964年（昭和39年）の東京地裁判決「宴のあと」事件<sup>14)</sup>において、プライバシーの権利がマスコミュニケーションの発達した社会において、個人の尊厳を保つ上で必要不可欠な権利であることは承認されている。

この類型に分類できる最高裁判例としては、ノンフィクション作品により前科等を公表されないことについて「法的保護に値する利益」にあたるとしたノンフィクション「逆転」事件<sup>15)</sup>がある。

また、実名類似の仮名を用いた報道が少年法61条で禁止されている「推知報道」にあたるか否か問われた長良川推知報道訴訟<sup>16)</sup>において、最高裁は、記事に記載された犯人情報及び履歴情報は、他人にみ

12) 本節の執筆にあたっては、下記の文献をとくに参照している。齊藤邦史「信認義務としてのプライバシー保護」情報通信学会誌36巻2号127頁（2018年）、同「『私生活上の自由』概念の再検討」情報ネットワーク・ローレビュー14号184頁（2016年）、栗田昌裕「民事裁判例におけるプライバシー」NBL1100号37頁（2017年）、水野謙「プライバシーの意義——『情報』をめぐる法的利益の分布図」NBL936号29頁（2010年）。

13) Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).

14) 東京地判昭和39・9・28下民集15巻9号2317頁〔宴のあと〕事件。

15) 最三判平成6・2・8民集48巻2号149頁〔ノンフィクション「逆転」事件〕。

16) 最二判平成15・3・14民集57巻3号229頁〔長良川推知報道訴訟〕。

だりに知られたくないプライバシーに属する情報である、としている。

判例が用いた「プライバシー」概念の第1類型としては、それを人格的利益との関係で理解しているものをあげることができるとと思われる。

## (2) 私生活上の自由としてのプライバシー

最高裁が「プライバシー」事案として捉えていると思われる第2の類型として、プライバシーを「私生活上の自由」を保護法益とする法概念として用いているものがある。この「私生活上の自由」は、憲法13条を根拠とするものであり、したがって国家による権力行使の限界を問う場面で言及されてきている。

憲法13条の定める幸福追求権の内容については、いわゆる人格的利益説が有力に見える<sup>17)</sup>。この学説は、個人が道徳的に自律するために不可欠又は必要な利益を幸福追求権の内容に読み込んで憲法上の保護を与えるようとするものである<sup>18)</sup>。ところが、情報化社会においては、憲法上の保護を与えるべき人格的利益と直接に関わる情報（「プライバシー固有情報」という）ではない、人格的利益とは直接には関わらないであろう情報（「プライバシー外延情報」という）であっても、国家との関係でみだりに取得・利用されるべきではない、と考えられるようになっている。なぜなら、プライバシー外延情報であったとしても、それが大量に収集され広範に利用されるなら、個人の道徳的自律性を脅かすおそれがあるからである。そこで、憲法学説は、憲法上の保護が与えられる「プライバシー」を自己に関する情報を自らコントロールする権利と読み換える「自己情報コントロール権としてのプライバシー権」という概念を定立するに至っている<sup>19)</sup>。こうすることで、個人の道徳的自律に直接には関わらないプライバシー外延情報であっても、国家は正当な目的の下で適正な方法による所得・保有・利用によってしか扱えないという法理論を構築したのである。

最高裁の判例法理におけるプライバシーを「私生活上の自由」と捉える類型は「人格的利益」を保護する目的で提唱されたプライバシー概念とはま

た別のプライバシー概念に依拠するものであると理解できる。具体的には、デモ行進において警察官が集団の行進状況を撮影した行為の違法性が問われた1969年（昭和44年）の京都府学連事件<sup>20)</sup>で言わた「みだりにその容ぼう・姿態を撮影されない自由」や、旧外国人登録法に基づく指紋押捺を拒否した事案である1995年（平成7年）の指紋押捺拒否事件<sup>21)</sup>における「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」などのように、判例では「みだりに○○されない自由」という言い回しで登場する「私生活上の自由」という保護法益は、判例が「プライバシー」という概念を人格的価値に由来すると見る第1の類型とはまた別のもの、すなわち、判例が「プライバシー」事案と捉えている第2の類型として分類できると思われる。

## (3) 情報の適正管理を求める「プライバシー」

最高裁が「プライバシー」事案と捉えていると思われる第3の類型は、今までの2つの類型とは少し異なる。というのも、第1類型は通常は秘匿しておきたい事柄を暴かれたという点で、また第2類型はみだりにあるいは知らないところで情報を収集されたという点で、いずれも情報主体の同意のない情報の取扱いが問題になっているという共通の性質を持っている。

これに対して、第3の類型は、情報主体としては情報取扱者に自らの情報を任意に渡している状況がある。それは、たとえば講演会への参加申込であったり、ある種のサービスの利用開始の申込であったりするけれども、そこでは情報主体は個人情報を「任意に提供」している。この場面では情報を秘匿しているわけでもなく、またみだりに情報収集されたわけでもない。こうした関係における情報取扱者の何らかの行為を不法行為としている判例がある。

たとえば、2003年（平成15年）の早稲田大学講演会名簿提出事件<sup>22)</sup>では、大学が中国の当時の国家主席の講演会開催にあたり、会場整理等を理由として参加者に提供を求めていた個人情報（学籍番号、氏名、住所、電話番号）を当該提供者の同意を得ることなく警備当局に提出したという事実関係におい

17) 参照、野中俊彦ほか『憲法I』〔第5版〕（有斐閣、2012年）271頁〔野中俊彦執筆〕はすぐ下の芦部説を参照してこう評価している。

18) 参照、芦部＝商橋補訂・前掲注7) 121頁。

19) 参照、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）455頁、同・前掲注8) 203頁。

20) 最大判昭和44・12・24刑集23巻12号1625頁〔京都府学連事件〕。

21) 最三判平成7・12・15刑集49巻10号842頁〔指紋押捺拒否事件〕。

22) 最二判平成15・9・12民集57巻8号973頁〔早稲田大学講演会名簿提出事件〕。

て、最高裁は、要秘匿性なき個人情報についても「本人が、自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくないと考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものであるから、本件個人情報は、上告人らのプライバシーに係る情報として法的保護の対象になる」と判示している。

また、学習用教材・システムを利用するため取得していた個人情報（氏名、性別、生年月日、郵便番号、住所、電話番号、保護者名）が漏洩した2017年（平成29年）のベネッセ事件<sup>23)</sup>も、最高裁では、上記の早稲田大学事件を参照して、本件個人情報は上告人のプライバシーに係る情報として法的保護の対象になるというべきであるところ、本件の事実関係によれば本件漏洩によって上告人はそのプライバシーを侵害されたといえる、とされている。

このように最高裁は、情報主体が任意に提供した情報については、それが人格的な利益には直接は関わらない情報（最高裁は「プライバシーに係る情報」という表現を用いている）であっても、当該情報についての「適切な管理についての合理的な期待」を保護法益として、当該「期待」や「信頼」が毀損されたときには不法行為が成立するという論理をとっている。こうした情報提供者と情報受領者・情報取扱者との間の情報取扱いに関する「期待」や「信認」のようなものも「プライバシー」という概念に関連させて、最高裁は論じてきていると思われる。

#### （4）小 括

ここまで、わが国の最高裁が「プライバシー」事案として捉えたと思われる判例を3つの類型に分類してきた。

第1類型は「人格的利益」に由来する保護法益を念頭に置いて「プライバシー」という概念によっている事例である。第2類型は「同意のない情報収集」を禁止するための「私生活上の自由」という法益を指すために「プライバシー」という概念に依っている事例であった。そして、第3類型は「任意に提供された情報」の適切な管理についての「期待」「信頼」を「プライバシー」という概念と関わせて理解しようとするものである。

こう見えて「プライバシー」という言葉は場面場面で異なる保護法益を内包する概念のよう

ある。では〈海賊版サイトに対するブロッキングは通信の秘密を侵害するかもしれない、なぜなら、通信の秘密はプライバシーを保護するものであるからである〉という言説における「プライバシー」とは上の3つの類型の内のどれを念頭に置いている概念であろうか。サイト・ブロッキングによって毀損されるかもしれないプライバシーとは何かについて、節を改めて見ていくたい。

## 4 通信の秘密が保護している プライバシーとは

### （1）インターネット利用関係における通信の秘密の保護法益

プライバシー概念は、それを通信の秘密の保護法益一般との関係で捉えるなら、通信の内容にも通信の構成要素にも関係すると思われる。したがって、この場合のプライバシーは、前節で検討した3つの類型のすべてのプライバシーを指していると思われる。

但し、海賊版サイト・ブロッキングのためのアクセス先検知という場面に限定して通信の秘密の保護法益を考えるなら、言い換えると、通信の秘密を保護することによりインターネット利用関係におけるISPと利用者との間で「プライバシー」という概念で何を保護すべきであるのかを考えるなら、それは、インターネット利用者がネット利用のために必要であるということでISPに渡している個人情報がISPにより適切に管理されていること、このことがネット利用関係において「通信の秘密」という法原理で保護しようとしている「プライバシー」という法益の本質であると思われる。ISPと利用者との間におけるインターネット利用関係といふいわば〈閉じられた法律関係〉内においては、ISPによりネット利用者情報が適切に管理・利用されていることに対する「信頼」が通信を利用したコミュニケーションの成立のためには必要不可欠なので、当該関係における、つまりISPとネット利用者との間における情報管理に関する「合理的期待」「信頼」というものが「法律上保護された利益」にあたるという発想がそこにはある。インターネット利用関係において守られるべき事柄を「プライバシー」という概念で示したとき、そこでいうプライバシーは、わが国の最高裁判例の類型によれば第3の類型である

23) 最二判平成29・10・23判時2351号7頁〔ベネッセ事件〕。

ということができるであろう。

## (2) 電通事業法 4 条の保護法益

事業者に通信の秘密の保護を求めた電通事業法 4 条をふり返ってみよう。その趣旨は、第 1 に、通信が人間の社会生活にとって必要不可欠なコミュニケーションの手段であることから憲法21条 2 項（通信の秘密条項）の規定を受けて思想表現の自由の保障を実効的にすること、第 2 に、個人の私生活上の自由を保護し個人生活の平穏を保障する、換言すると、プライバシーを保護することにあった。すでに本稿では、逐条解説はこの観点から、電通事業法の 4 条は電気通信事業に関する利用者の信頼を確保するために電気通信事業に従事する者に対し、通信の秘密を守ることを職務上の義務として課している、との分析を示している（参照、2 の(2)）。電通事業法の逐条解説、言い換えると実務の見解も、電通事業法で通信の秘密を保護する意義は、電気通信事業に対する利用者の信頼を保護するためであるという理解にあるのだと思われる。

## 5 おわりに

### (1) 本稿のまとめ

本稿は〈海賊版サイト・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（憲21条 2 項後段、電通事業法 3 条・4 条）を侵害するのか〉という問題への回答である。本稿のここまで検討をまとめておこう。

① 通信の秘密は、少なくともプライバシーの保護は要請しているといえるであろう。

② ここにいう「プライバシー」とは、通信利用者が通信を利用するため通信事業者に提供した個人情報の取扱いが適正になされることへの「合理的な期待」のことであると思われる。

③ この「合理的な期待」が毀損されなければ通信の秘密を侵害しているとはいえない。したがって、サイト・ブロッキングを許す法律を制定する場合には、ブロッキングするための情報利用に関して、通信利用者が通信事業者との間で抱いている「合理的な期待」が毀損されないものであること、言い換えると、通信情報を扱う通信事業者が「信認義務（confidential duty）」を負っていることを法制度として規定する必要があると思われる。

### (2) サイト・ブロッキング法の違憲審査の枠組

ある国家行為（ここでは法律の制定）が憲法に反するか否か裁判所が審査することを「違憲審査」（「司法審査」とも）という。この違憲審査には学説上いくつかの基準・枠組が提唱されている。この基準・枠組で提唱されている要素をクリアできている法律は憲法に反するものではない、といえるのであろう。

では、海賊版サイトに対するブロッキングを実施するための法律については、どのような要素が満たされていれば、当該法律は憲法によって保護されている通信の秘密やプライバシーを侵害するものではないといえるのであろうか。本稿は、必ずしも網羅的ではないが、次の要素がクリアされれば、当該法律は憲法に反するものではないと考えている。

まず、第 1 に（前提として）サイト・ブロッキングが法律及びそれに基づく政令等によって法制度化されていること。

第 2 に、立法事実、これは海賊版の被害が甚大であり、その被害をブロッキング以外の方法で有効に解決できないという状況があること。

第 3 に、ブロッキングの対象となるサイトは悪質な海賊版（ほとんどデットコピーでありもっぱら利益のみを求めるようなもの）に限定されていること。

第 4 に、ブロッキングのために利用する個人情報が限定されていること。

第 5 に、上と関連して、目的外利用を制度として禁止する仕組が法制度に組み込まれていること。今日のインターネット上のコミュニケーションを考えると、通信の内容だけでなく通信の外的情報（いわゆるメタデータ）を保護することも、通信事業に対する利用者の信頼を保護するためには重要になっていると思われる。

このほかにもまだあるとは思われるが、海賊版サイト・ブロッキングを容認する法律を制定するにあたって、これらの考慮要素がクリアされている法律ならば、当該法律は通信の秘密・プライバシーを侵すものではないと評価されるであろう。

\* 本稿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。

（おひなた・のぶはる 熊本大学教授）