

平成 30 年 7 月 25 日（水）

内閣府知的財産戦略本部 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（第 4 回）

サイトブロッキング請求権の法定をめぐる憲法的課題

木下昌彦（神戸大学法学研究科准教授）

平成 30 年 8 月 8 日 [修正及び加筆について]

- ・平成 30 年 7 月 25 日に提出させて頂いた参考資料（以下、7 月 25 日資料）に不正確な点・補足すべき点がありましたので、下記の内容につきまして、修正・加筆させて頂きました。特に、不正確であった箇所につきましては深くお詫び申し上げます。
- ・7 月 25 日資料においては、オーストラリアのサイトブロッキング法制について、行政処分型司法ブロッキングと整理させて頂いておりました（2 頁）。しかし、オーストラリアの法制のもとでも、基本的には対審構造を前提とした手続きに基づき裁判所によるブロッキング命令がなされているようであり、行政処分型司法ブロッキングとの整理については削除させて頂きました。また、英国の法制度においては争訟型司法ブロッキングと整理させて頂いておりましたが、それは対審構造に基づき手続きが進行することに着目した整理であり、そこでは必ずしもわが国の民事法制のように実体的請求権の具体的法定が前提とされているわけではありません。そもそも、英国やオーストラリアのようなコモンロー諸国とわが国の法制度とは裁判制度や民事法の基本的発想が大きく異なることから、対比的に論じることそれ自体について内在的な限界があり、あくまで抽象的・図式的観点からの対比に留まるという点にご留意頂ければ幸いです。もっとも、それらコモンロー諸国においてもブロッキング命令の主体が司法府であることは注意すべき点かと思えます（ただし、欧州の多くのサイトブロッキングは基本的にはわが国の仮処分手続に相当する簡略化された予備的手続等により実施されているのが実情です）。
- ・7 月 25 日資料においては、技術的制約から DNS ブロッキングを選択せざるを得ないと記述しておりましたが（8 頁）、「技術」的には対象範囲をより限定できる URL ブロッキング等も可能です。ただ、実施費用等の観点から現実的選択肢としては DNS ブロッキングを選択せざるを得ないというのが実情のようであり、この点についてもより正確を期すため、修正をさせて頂きました。
- ・7 月 25 日資料には記載がありませんでしたが、欧州における手続保障の状況について補足的に説明を加えさせて頂きました（12-13 頁）。

1. はじめに

報告者は、平成 30 年 2 月 16 日における内閣府知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会において、「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」と題する報告をさせて頂いた。その報告内容と現時点での報告者の見解は基本的に異なるところはない。ただ、その後、サイトブロッキングをめぐる法的・政策的議論が大きく進展し、報告者自身も研究を通じて新たな知見を得ることができた¹。そこで、ここでは、特に、インターネット上の海賊版対策として、著作権に基づく ISP (インターネットサービスプロバイダー) に対するサイトブロッキング請求権を法定化する際に問題となり得る憲法上の諸論点に焦点を当てて、上記報告を補足させて頂きたい。

なお、本報告においては、まず、サイトブロッキング法制についてあり得る類型を確認したうえで (2)、サイトブロッキング請求権の具体的法定化の在り方について検討し (3)、次いで、当該請求権を法定化する際に具体的に問題となる憲法上の実体的課題 (4) と手続的課題 (5) についての検討をおこないたい。

2. サイトブロッキング法制の諸類型

今日、様々な国においてサイトブロッキングが法制化されているが、その法的仕組みの在り方は様々である。ただ、行政機関が主体となって実施するいわゆる行政ブロッキングは憲法 21 条 2 項により絶対的に禁止される「検閲」に該当し得るという問題があり、比較法的にも、OECD 諸国において著作権保護を目的として同制度を採用している国は僅かである。わが国の憲法との関係に即して考えた場合、欧州各国によって採用されている司法が主体となって実施するいわゆる司法ブロッキングが第一に検討されるべき法制度の仕組みである²と考える。

もっとも、司法ブロッキングといってもさらに様々な仕組みが考えられる。第一は、著作権者もしくは国の申立てを受けて裁判所において手続が開始されるものであるが、対審構造 (二当事者対立構造) を必ずしも採用せず、裁判所がいわば行政機関による行政処分のようにサイトブロッキングを ISP に対して命じる決定を行うというものである。これは、行政処分型司法ブロッキングと言えよう。仮に、わが国において、このような行政処分型司法ブ

¹ 本研究は、科研費基盤研究 (A) 「知的財産権と憲法的価値」(高倉成男明治大学教授研究代表者) の助成を受けたものである。なお、本報告にあたっては、金子敏哉明治大学准教授・前田健神戸大学准教授から有益な助言を頂いた。ただし、本稿の内容は、全て報告者の責任に帰するものである。

² EU は、情報社会指令 8 条 3 項 (2011 年) とエンフォースメント指令 11 条 (2014 年) によって、各加盟国に対し、「媒介者」(intermediaries) のサービスが、権利侵害に利用されている場合、当該媒介者に対して「差止め」(injunction) を求めることができる地位を権利者に保障すべきことを求めており、そのことが、欧州各国がサイトブロッキングを導入する重要な契機となっている。

ロックキングを導入する場合には、基本的には非訟事件手続法が手続の軸となろう³。

第二は、著作権者に ISP に対するサイトブロックキング請求権を実体法上の権利として法定したうえで、訴訟手続としては、著作権者が原告となり、ISP を被告とする訴訟を提起し、裁判所がその請求に理由があると判断した場合には、サイトブロックキングを ISP に対して命じる判決をするというものである。これは、差し当たり、争訟型司法ブロックキングと呼ぶことができよう。比較法的にも多くの裁判実績のある英国におけるサイトブロックキングの運用は、構図的にはこのような争訟型司法ブロックキングとして整理できるものと思われる⁴。わが国において、争訟型司法ブロックキングを導入する場合、その手続は、基本的には民事訴訟法に基づくことになるが、後に詳述するように、民事保全法による仮処分手続に基づくこともあり得ると考えられる。

行政処分型司法ブロックキングと実体型請求権に基づく司法ブロックキングのどちらがより望ましい制度であるかは難しい問題である。ただ、裁判を受ける権利を定めた憲法 32 条や「法律上の実体的権利義務自体につき争いがあり、これを確定するには、公開の法廷における対審及び判決によるべき」との趣旨を規定した憲法 82 条 1 項の理念に照らすならば、公開の対審構造の手続が保障される争訟型司法ブロックキングの制度が優先して検討されるべきであると考えられる⁵。そのため、以下では、サイトブロックキング請求権を法定したうえでの争訟型司法ブロックキングの制度を念頭に議論を進めたい。

【補足】ハイブリッド型司法ブロックキング

最初のサイトブロックキング命令は、著作者の申立てにより、非訟事件手続法に基づきサイ

³ 例えば、宗教法人法 81 条が規定する宗教法人の解散命令などはわが国における類似の法制度であると捉えることができる。本来、解散命令は行政処分的性格を有するものであるが、宗教法人の解散という重大性に鑑み、その命令を行政ではなく、司法に委ねたものと解することができる。この解散命令手続は、基本的に非訟事件手続法の規定に従ってなされることになる（宗教法人法 81 条 7 項）。

⁴ 英国では、EU の社会情報指令 8 条 3 項を受けて、2003 年による法改正によって加わった 1988 年著作権・意匠・特許法 97 条 A によって、サービスプロバイダーに対する差止めを命じる権限を「高等法院」(The High Court) に対して与える立法がなされている。ただ、英国では、当該立法の存否にかかわらず、裁判所は、権利保護のために侵害者でない者に対し行為義務を命じる権限を本来的に有するという見解が有力であり、当該立法が直接には規律しない商標の分野においても、サイトブロックキング命令が発せられている。なお、英国におけるサイトブロックキングについては、丸橋透「プロバイダの侵害防止技術導入義務—英国=ECJ 法理の検討」中山信弘編『知的財産・コンピュータと法—野村豊弘先生古稀記念論文集』（商事法務，2016 年）837 頁を参照。

⁵ 最大判昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁 [過料決定事件] は、裁判所による過料の決定に対する不服申立の手続において公開の対審が保障されていないとしても、憲法 82 条、32 条に違反しないとしている。ただ、過料は財産上の不利益を課すものに留まるものであり、サイトブロックキングのように広範な当事者の精神的自由に対する重大な制約を課す事案にその射程が及びうるのか疑問である。

トブロッキング決定を行うが（行政処分型司法ブロッキング）、その決定の取消手続については、非訟事件手続法に基づくことなく、新たな本案手続を設け、ISP、ウェブサイト運営者、ISP との契約者などの利害関係者に原告適格を認めたとうえで、サイトブロッキングを申立てた著作権者を被告として、第一審裁判所から公開の対審構造のもとで決定の適法性を争うというハイブリッド型司法ブロッキングも構想できる。この場合、権利義務の終局的確定は公開の対審及び判決によってなされることになるから⁶、非訟事件手続法によってのみ完結する行政処分型司法ブロッキングとは異なり、憲法 82 条や憲法 32 条との抵触は抑えられるように思われる。また、不服申立の出訴期間を制限し、併合審理とするならば不服申立手続の安定も図れるように思われる。もっとも、この制度の構築にあたっては大きな作業を要するものと予想される。

3. サイトブロッキング請求権の具体的法定化

現行の著作権法は、112 条 1 項において、「著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、その著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と規定し、著作権に基づく差止請求権を法定している。もっとも、同条により差止請求権の相手方となるのは侵害者か侵害するおそれのある者に文言上は限定されている。ISP（とりわけアクセスプロバイダ）は、同条にいうところの「侵害する者」には該当しないと考えられることから、ISP に対するサイトブロッキング請求権が実体的請求権として認められるためには、同条に追加する方向で、著作権法に新たな条文を設ける必要があるものと考えられる⁷。

もっとも、そのようなサイトブロッキング請求権を法定するにあたっては、その前提として ISP を侵害者と位置付ける必要がある、あるいは、そもそも侵害者として位置づけることのできない ISP に対してサイトブロッキングのような行為義務を課すことはできないのではないかという見解もあり得る。

しかし、行為義務は侵害者に対してのみしか課すことが出来ないとする必然性は存在せず、公共の福祉に適合する限りにおいて、特定の主体に作為義務を課すことは可能であるは

⁶ 最大判昭和 40 年 6 月 30 日民集 19 卷 4 号 1089 頁 [家事審判事件] 参照。

⁷ 著作権法 112 条 1 項は、著作権に基づく請求権を創設的かつ排他的に規定したのではなく、本来、著作権に固有に帰属する請求権のうち、一部を確認的に規定したものに過ぎないと解したうえで、物権類似の排他性を有する著作権には、侵害者だけでなく、非侵害者に対する請求権も固有の請求権として帰属していると考えれば、著作権法の改正を経るまでもなく、著作権に基づきサイトブロッキングを ISP に対して求める訴訟を提起できるとも言える。ただし、このような訴訟が提起されたわが国の判例・裁判例は管見の限り存在しない。

ずである⁸。実際、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（以下、プロバイダ責任制限法）4条は、侵害者であることとは無関係に、媒介者である特定電気通信役務提供者に対して、発信者情報の開示請求を義務づけている。また、侵害者と位置付けられた場合、現在の著作権法体系上は、差止めの対象になるだけでなく、より強い萎縮効果を生じさせる損害賠償や刑事罰の対象ともなり得ることから、その帰結がもたらす影響は単にサイトブロッキングに留まらないという問題もある。そのため、ISPに対するサイトブロッキング請求権の法定においては、ISPは侵害者ではないことを前提としたうえで、制度構築が模索されるべきであると考ええる。

以上のようなサイトブロッキング請求権を法定化したうえでの争訟型司法ブロッキングは、報告者の現時点での知見に基づく限り、相対的に憲法上の課題が小さいものと考えられる。ただ、それでも、さらに数多くの検討事項が存在する。容易に想像できるものだけでも、例えば、①そもそもサイトブロッキング請求権の必要性・実効性を裏付ける立法事実は存在するか、②サイトブロッキングの対象となる海賊版サイトをどのように定義づけるか、③サイトブロッキングに期限は設けられるべきか、④ミラーサイトに対するサイトブロッキングについて、その手続は簡略できるか、⑤仮処分手続を利用することは可能か、利用できるとして必要的口頭弁論にすべきか、⑥サイト運営者、サイト利用者、ISPの利用者等の訴訟参加、不服申立てはどのようにするのか。⑦サイトブロッキングに要したISPの費用は、何を、どのように算定し、誰が負担するのか。というような諸論点について明確な解答を出す必要がある。

ここではその全てについて網羅的に検討することはできないが、特に憲法上の権利の実体的保障と手続的保障という二つの観点に絞って検討を行っておきたい。

4. 憲法上の権利に対する実体的保障に基づく諸課題

(1) 総論

実体的請求権を法定したうえでの司法ブロッキングであっても、憲法21条によって保障される表現の自由、知る自由、通信の秘密に対する制約を伴うものであることは否定できない⁹。もとよりこれらの憲法上の権利は絶対無制約なものではなく、その制約も公共の福祉

⁸ 欧州においては、行為請求権の相手方は侵害者でなければならないという命題が既に大きく崩れてきており、その淵源は、ローマ法における *actio negatoria* に見出すことができるとする文献として、MARTIN HUSOVEC, *INJUNCTION AGAINST INTERMEDIARIES IN THE EUROPEAN UNION: ACCOUNTABLE BUT NOT LIABLE?* (2017).

⁹ 削除請求権や損害賠償請求権を法定することは、私人と私人の関係を規律するものであり、憲法の適用はないとする見解があり得る。私人間の問題に対しては憲法の適用がないというのは、あくまで、「私人の行為」に対して憲法の適用がないとするものであり、私人の関係を規律する「法律」に対して憲法の適用がないとするものではない。実際、最高

に適合する限りにおいて憲法上許容される。

そこで、いかなる場合に公共の福祉に適合する制約であると言えるかが問題となるが、近年の最高裁大法廷の判例は、「基本的人権を規制する規定等の合憲性を審査するに当たっては、多くの場合、それを明示するかどうかは別にして、一定の利益を確保しようとする目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を具体的に比較衡量するという『利益較量』の判断手法」を採用しているとされている¹⁰。また、さらに、基本的人権のなかでも、それが表現の自由のように精神的自由に属する場合には、恣意的判断に陥らないよう客観性を確保するため、「厳格な基準」の併用によって利益衡量をなすべきであるというのも最高裁の立場であると解される¹¹。

そこでいう「厳格な基準」を併用するとはいかなる意味かが問題となるが、近年の最高裁調査官が定式化したところによれば、それは『『目的』の合理性の審査と、その目的達成のための『手段（方法）』の合理性の審査を厳格に行うべき』ということの意味するものとされ、さらに具体的に、そのうち『『目的の合理性』については、規制の目的それ自体が正当であること（違法、不当な目的でないこと）にとどまらず、規制の目的が、規制される人権との関係で、『当該人権を規制して得ることが是認されるような重要な利益を得ることにあること』が要求され、『『手段（方法）の合理性』については、規制の対象・程度が『目的を達成するために必要かつ合理的なものであること』が要求されることになり、これは、規制をしなければ、あるいは規制の対象を狭めたり規制の程度を下げたりすれば、目的の達成に支障が生じるか（弊害が生じるか）という観点から検討すべき』ことを意味するとされている¹²。

なかでも、精神的自由に対する制約の程度が大きく、より慎重な判断を要する場合には、規制の対象・程度に関して、規制の対象が必要最小限度であること（必要最小限度の基準）や「より制限的でない他の選び得る手段」があるかどうかを審査する「LRAのテスト」が用いられるものと考えられる¹³。

裁は、最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁（証券取引法164条1項事件）において、上場会社の役員や主要株主が、当該上場会社発行の株式の短期売買取引によって利益を得た場合、当該上場会社が、その利益の提供を請求することができることと定めた旧証券取引法（現金融商品取引法）164条1項の規定の憲法適合性を正面から検討している（証券取引法164条1項は私人間の関係を規律した法律であり、訴訟自体も、私人間の訴訟であった）。

¹⁰ 最判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁〔堀越事件判決〕（千葉勝美裁判官補足意見）。最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁〔よど号ハイジャック記事抹消事件判決〕も参照。

¹¹ 千葉勝美「判解」最高裁判例解説民事篇平成4年度220頁、233頁以下参照。最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁〔レペタ事件判決〕も参照。

¹² 岩崎邦生「判解」最高裁判例解説刑事篇平成24年度463頁、504-505頁。

¹³ 例えば、最大判昭和59年12月12日民集38巻12号1308頁〔札幌税関検査事件〕は、「必要最小限度」の原則の観点から検討する姿勢を示した判決であるとされ（千葉、前掲

サイトブロッキングは、伝統的に著作権法が有していた救済制度の枠組みを超えて、精神的自由に対して重大な制約を課すものである。さらに、通信の秘密に対する制約については、現行法上は、刑事罰の対象とされているものであり、その制約の程度は極めて大きいと言える。そのような点に鑑みるならば、サイトブロッキングを法制化するにあたっては、これらの精神的自由に重大な制約を課しても、なおそれを上回る程度に実効性を見出すことができ、また、その規制対象も必要最小限度の範囲に限定されているということが憲法上の基本的な要請になるものと言えよう。

(2) サイトブロッキングの実効性を支える立法事実

サイトブロッキングの導入にあたっては、失われる諸利益を上回る程度に、それが著作者の利益を守るうえで実効的な効果を挙げることができるものであること、また、そのような実効的な効果は、海賊版サイトへの広告規制や既存の著作権法制のもとで用意された救済手段によっては達成できない種類のものであること、これらの点を支え得るだけの十分な立法事実が存在することが求められる。そのことは憲法上も、政策上も必須の要請となることは言うまでもない。ただ、残念ながら、このような基本的立法事実に関する検討は、現在のところ、わが国においてこれまで充分になされてこなかったように思われる。

欧州において実施されているサイトブロッキングが、海賊版サイトへのアクセス数を減らし、一方で、正規版からの購入の増加をもたらしていることを示す実証的研究が存在することは常々指摘されてきた¹⁴。しかし、特にサイトブロッキングの長期的な効果については、それを疑問視する実証研究も存在し¹⁵、サイトブロッキングが、實際上、どの程度効果的なものなのかについては、実証研究という観点からは現時点において決着が付いていないものと言える。少なくとも、サイトブロッキングの実効性に関する実証研究として、これまでどのようなものが存在し、それらの分析の結果どのようなことが言えるのかということは、最低限、立法化の前提として十分に調査・検討を要する課題であると考えられる。

また、サイトブロッキングについては技術的な回避手段が存在することはよく知られているところ、サイトブロッキングの対象範囲が拡大することによって、併せて技術的回避手段もこれまで以上に普及し得ることが予想される。このように技術的回避手段自体が普及、一般化すると、かえって同時に児童ポルノサイトなどへのサイトブロッキングの効果も縮

注 11, 236 頁)、最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁 [堀越事件判決] は「必要最小限の基準」が意識された判決であるとされている (岩崎, 前掲注 12, 503 頁)。

¹⁴ 例えば、Danaher, Brett and Smith, Michael D. and Telang, Rahul, The Effect of Piracy Website Blocking on Consumer Behavior (November 2015). Available at SSRN: <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2612063>,

¹⁵ 例えば、Joost Poort and others, Baywatch: Two Approaches to Measure the Effects of Blocking Access to The Pirate Bay 38 Telecommunications Policy 383 (2014).

減させてしまう懸念が存在する。この点は、著作権に基づくサイトブロッキングそれ自体の問題とは直接関係がないかもしれないが、著作権に基づくサイトブロッキングが既存の児童ポルノに対するサイトブロッキングに対してどのような効果・影響を与えるのかも併せて検討しておく必要があるように思われる。

(3) サイトブロッキングの対象となる海賊版サイトの定義づけ

ISPに対するブロッキング命令は、必要最小限度の基準の要請から、理想的には、著作権を侵害している具体的コンテンツ単位あるいはそのようなコンテンツを含むウェブページ単位のブロッキングが望ましい。例えば、現在のわが国の裁判例の運用実態として、プライバシーに基づくネット記事の削除請求等の事案においては、プライバシー侵害に該当する記事のみの削除を認め、ウェブサイト全体の差止めやウェブページ全ての削除命令というようなものは原則として行われていないようである。しかし、サイトブロッキングの場合には、費用など運用上の制約から、いわゆるDNSブロッキングなど、特定のドメイン名のもとにあるウェブサイト全体をブロッキングする手法を採用せざるを得ないものと予想される。

もちろん、運用面での実現可能性に基づく制約が存在する以上、ウェブサイト全体のブロッキングを採用することそれ自体はただちに違憲として否定されるべきものではない。しかし、そのように広範な範囲において制約をもたらすものである以上、ブロッキングの対象となる「ウェブサイト」については、単にそこで著作権侵害が存在するというだけでは足りず、ウェブサイト全体をブロッキングせざるを得ないようなものに限定される必要があるものと考えられる。

例えば、ウェブサイトを構成するウェブページの一部に著作権侵害コンテンツが存在したからといって、ウェブサイト全体をブロッキングの対象にすることは、そこで失われる利益が極めて大きく、得られる利益と釣り合う限度で制約が許されるという観点からは許容され得ないだろう。

他方で、ウェブページの全てが著作権侵害しかないというウェブサイトであれば、もちろん、ブロッキングの対象にすることに困難を見出すことはないが、おそらく、いわゆる海賊版サイトも含め、そのようなウェブサイトは稀ではないかと考えられる。

加えて、児童ポルノと異なり、著作権の場合、様々な権利制限規定が存在し、形式的に著作者に無断になされた複製、公衆送信であっても、著作権法上は規制対象とはならない場合がある。例えば、画像が無許可で大量にアップロードされている場合であっても、同時に、その画像についての感想・論評が数多く書き込まれており、当該画像がその補助的資料と見得るような場合には、それぞれの画像について適法な引用（著作権法32条1項）と言える場合もあるように思われる。

以上のような問題から、サイトブロッキングの対象となるウェブサイトを明確に定義づけることは困難であり、潜脱の危険性に対応する必要性も勘案すると、立法技術的には、複

数の考慮要素を挙げたうえで、最終的には裁判所による個別具体的な判断に委ねざるを得ないものと考えられる¹⁶。

もともと、これまで、わが国の著作権法制については、裁判所による個別具体的な利益調整ではなく、立法府による利益調整を軸として構築されてきたのであり、例えば、フェアユースの法理のような裁判所に広い裁量をもたせる法制度はわが国の著作権法制とは相容れないとの立場が有力であったように思われる。サイトブロッキングの是非のような重大な局面において個別具体的な事案ごとにおける総合衡量的判断がわが国の著作権法制の基本的建前・全体的構造と整合的であると言えるのか検討を要しよう（フェアユースのように権利制限規定の場面では立法府による利益調整の建前を強調し、サイトブロッキングのように権利拡張の場面では裁判所による利益調整を強調することは、一貫性に欠けるように思われる）¹⁷。

5. 憲法上の権利に対する手続的保障に基づく諸課題

(1) 総論

憲法上の権利である表現の自由は実体的観点から公権力による制約に対し限界を定めるだけでなく、手続的観点からも公権力による制約に対し限界を定めるものと考えられる。

特に、表現の自由が要請する手続保障という観点から重要であるのが、「公共の利害に関する事項についての表現行為に対し、その事前差止めを仮処分手続によつて求める場合に、一般の仮処分命令手続のように、専ら迅速な処理を旨とし、口頭弁論ないし債務者の審尋を必要とせず、立証についても疎明で足りるものとする」ことは、表現の自由を確保するうえで、その手続的保障として十分であるとはいえないと論じた北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決である¹⁸。そこで最高裁は、手続的保障という文言を用いているが、その意味について同判決の調査官解説は、憲法 31 条の要請というよりも、むしろ、「憲法 21 条の表現の

¹⁶ ウェブサイトの主たる目的が海賊版コンテンツの配信に該当するか否かによって容易に規制対象の範囲を画することができるとする見方もあり得るが、そこでの「主たる目的」は専らウェブサイトの客観的側面のみに基づき判断せざるを得ないところ、いかなる要素があれば、主たる目的が海賊版コンテンツの配信に該当するかをさらに検討せざるを得ないものと考えられる。この場合の目的の認定が困難であるのは、例えば、著作物利用におけるパロディー目的、「変形利用」(transformative use) 目的の認定が困難であるのと類似すると言えよう。

¹⁷ 平成 30 年 5 月 18 日に成立した「著作権法の一部を改正する法律」(平成 30 年法律第 30 号) は、権利制限規定の柔軟化を図ったものと解されている。もともと、法改正後も、柔軟な権利制限規定が適用される場面は限定されており、現時点での著作権法制が全体として柔軟性よりも明確性・予測可能性を軸としていることは変わらないものと言える。

¹⁸ 最大判昭和 61 年 6 月 11 日民集 40 巻 4 号 872 頁 [北方ジャーナル事件判決]。

自由を実質的に保障するための手続保障という意味である」と解説している¹⁹。手続保障についての一般原則は憲法 31 条が定めるところではあるが、上記最高裁判決の言説は、表現の自由については憲法上の権利としてのその重要性に鑑み、当該権利が実質的に保障されるよう十分な手続的保障が整備されなければならないという原則を前提としたものであると解される。

これに対し、サイトブロッキングの場合には、表現の自由、知る自由、通信の秘密といった精神的自由に対し重大な制約をもたらすものであるほか、特に、その訴訟手続に関しては手続保障の観点から本来的に難題を抱えている。

例えば、名誉権に基づく出版差止請求訴訟の場合、訴訟の被告となるのは当該出版について最大の利害関係を有する出版社や著者である。そこでは、対審構造のもとで、出版が適法であることを示すための十分な主張が、出版社や著者から提出されることが期待される。本来、表現活動に関しては、国民全体が潜在的利害関係をもつものと言えるが、あえて第三者に訴訟参加、不服申立ての権利を認めなくとも、出版社や著者らによって法的主張は尽くされるものと期待できるのである。

他方で、サイトブロッキングの場合に被告となるのは、自身は表現活動を行う主体ではない媒介者である ISP である。ISP は、当該表現それ自体を伝達することに直接の利害を有しない。また、例えば、ライセンスの有無など、問題となった著作物に関する十分な情報を持ち得ないのが実情である。そのため、ISP がウェブサイト運営者やウェブサイト利用者の権利・利益や法的主張を正当に反映した主張を訴訟上示すことができるのかという問題が生じ得る。理論上、例えば、政治的少数派が運営するウェブサイトについて、著作者と ISP との間の馴れ合い訴訟によってサイトブロッキング命令が出されるという事態も考えられるのである。

サイトブロッキングの法制化にあたっては、そのようなサイトブロッキングの特殊性に鑑みた、表現の自由を実質的に保障するという観点からの十分な手続保障を図る必要がある。

(2) 仮処分手続の利用の可否

手続保障という観点からまず問題となるのが仮処分手続の利用の可否という問題である。現在、出版物に対する差止訴訟がそうであるように、サイトブロッキング請求権が法定された場合、主として、民事訴訟法が規定する本案手続よりも民事保全法が規定する仮処分手続に基づく訴訟が提起されることになると考えられる。

ただ、前述のように北方ジャーナル事件大法廷判決自身が、一般の仮処分手続について、「表現の自由を確保するうえで、その手続的保障として十分であるとはいえない」と論じていたことは改めて顧みられるべきである。簡略な手続により公開の口頭弁論も必要としな

¹⁹ 加藤和夫「判解」最判解民事編昭和 61 年度 278 頁，297 頁。

い仮処分手続は、一種の行政処分的な側面を有しており、行政処分型司法ブロッキングに近い側面があると言えよう。

サイトブロッキングは精神的自由に対し重大な制約を広範に与えるものであり、また、サイトブロッキングの対象となるウェブサイトであるかどうかの認定も困難な場合が予想される。そのような案件について、一般的な仮処分手続に基づき、非公開かつ迅速に判断することが表現の自由を実質的に保障するための手続保障として充分であるかは疑問がある。仮処分手続を認めないという選択肢もあるほか、仮に認めるとしても、少なくとも、現在は任意的口頭弁論とされている民事保全法 3 条の特則として、サイトブロッキングに関する訴訟については必要的口頭弁論にすべきではないかと考えられる。また、仮処分手続については、利害関係人の訴訟参加、あるいは、仮処分命令について不服がある利害関係人の不服申立権について明確ではなく、この点も十分に議論すべき課題であるように思われる。

(3) 利害関係人の訴訟参加・不服申立の是非

サイトブロッキングは、潜在的な利害関係人は多数に及び、かつ、単に著作者と ISP との間の対審構造に依存したのではそれらの潜在的な利害関係人の主張を十分に訴訟に反映できない可能性がある。そこで ISP 以外の第三者が訴訟に参加し、あるいは、判決に不服がある場合に、不服申立を行う法制度的手当が必要である。

もつとも、不服申立等の権利を第三者に与えるとしても、それを誰に与えるのかということが問題となる。第一に考えられる利害関係人は、ブロッキングにより重大な不利益を被ることになるブロッキングの対象となるサイト運営者であることに疑いはない。第二に、サイト運営者以外にも当該サイトに書き込みをしたり、コンテンツをアップしたりしていたウェブサイトの利用者も自らの書き込み等が閲覧できなくなることから、利害関係人になると言える。第三に、ISP の契約者も、サイトブロッキングがなされると、自らの通信の秘密が害されることになるほか、ISP との契約によって得るはずであった利益が害されることになり、直接の利害関係人であると言えよう。第四に、これは直接の利害関係人であるとは言えないが、サイトブロッキングが適正になされているかどうかをモニタリングするという観点からすべての国民を利害関係者として扱い、その資格や属性を問わず、訴訟参加や不服申立権を認めるということもあり得る。

これらの利害関係者のうち、特に、ウェブサイト運営者、ウェブサイト利用者、ISP の契約者に対して訴訟参加・不服申立の機会を与えないことは、憲法 32 条が保障する裁判を受ける権利や憲法 31 条の手続保障との関係においても問題になるものと考えられる。実際、欧州においてもサイトブロッキングの手続においては、欧州人権条約 6 条 1 項が保障する「公正な裁判を受ける権利」(right to a fair trial) との関係で重要な論点となっている²⁰。もし仮に、十分な手続保障がないまま、立法を進めた場合、サイトブロッキングは、た

²⁰ Martin Husovec, Injunction against Innocent Third Parties: The Case of Website

だ、表現の自由、知る自由、通信の秘密に対する制約となるだけでなく、裁判を受ける権利に対する制約にもなると言える。

【補足】 手続保障におけるEU法、英国法の動き（8月8日追加）

欧州人権裁判所は、2014年4月のAkdeniz v. Turkey 事件決定において、ブロッキングされたウェブサイトの利用者であったというだけでは、欧州人権裁判所がその申立てを受理することのできる権利侵害の「被害者」(victim) (欧州人権条約34条) として扱うには不十分であるとの決定を示している²¹。他方で、同じく2014年4月のUPC Telekabel Wien 事件判決において、欧州司法裁判所は、ブロッキングは、インターネット利用者の合法的な情報アクセスの自由を侵害してはならない旨述べたうえで、国内の手続法は、インターネットの利用者に対し、ISPによってブロッキング措置の履行がなされたことを知った後に裁判所の前で自らの権利を主張する機会を提供しなければならないとする判断を示した²²。英国の裁判所は当初ブロッキングの影響を受けるインターネット利用者らに対する手続保障について明確な判断は示していなかったが、UPC Telekabel Wien 事件判決を受けて、2016年の決定において、影響を受けるISPの契約者は、裁判所に対しブロッキング命令を解除し、変更することを求めることができる旨示唆する判断を示している²³。

サイトブロッキングに関する手続保障については、欧州でも議論がまだ成熟途上である。サイトブロッキングをこれまで多発している英国では、裁判所が手続的事項も含め立法的役割を果たしており、現在、裁判所による具体的事案解決を通じてサイトブロッキングに関する実体面・手続面の法制を漸次的に進めているようである。他方で、わが国の法制においては、英国同様の法制度は有しておらず、また伝統もないため、手続面を含め、基本的には、立法段階において全てパッケージ化した状態で整備する必要があるだろう。

なお、プロバイダ責任制限法は発信者情報開示請求の場面において、請求を受けた者は、発信者の意見を聴かなければならないとしており（4条2項）、その限りで発信者の手続保障を図っている。発信者情報開示の場合には、そもそも発信者が発信者情報開示の段階において訴訟の当事者として現れることは通常想定されず、4条2項の限度での手続保障でも充分と言えるかもしれない。しかし、ブロッキングの場合には、ブロッキングの対象となったウェブサイト運営者だけでなく、顕名により訴訟当事者となることが予想されるISP契

Blocking, 4 JIPITEC 2, 116, 123 (2012).

²¹ Akdeniz v. Turkey App no 20877/10 (ECHR, 11 March 2014).

²² Case C-314/12 UPC Telekabel Wien [2014]ECLI:EU:C:2014:192. なお、同判決については、Martin Husovec, CJEU allowed Website Blocking Injunctions With Some Reservations (2014) 9 (8) Journal of Intellectual Property Law & Practice 631. も参照。

²³ Cartier International AG & Ors v. British Sky Broadcasting Ltd & Ors [2014]EWHC 3354(Ch) [263].

約者やオーバブロックされたウェブサイト運営者も重要な利害関係人となっている。また、ブロックの場合には、単に発信者の情報開示に留まらず、直接的に表現の自由、知る自由、通信の秘密が制限されているわけであるから、手続面においてもより重厚なものが要請されるはずである。発信者情報開示請求の場面においては単に実体的請求権の法定によって立法的課題は解決できたように見えるが、サイトブロックの場合には、手続法上の十分な手当が立法上も不可避であるように思われる。

6. おわりに

実体的請求権を法定したうえで、司法手続を通じてサイトブロックを実施することは抽象的にはただちに違憲であるとは言えない。ただ、一方で、当該制度を憲法上の実体的要請・手続的要請に見合うかたちで具体化するにあたっては、憲法、著作権法、民事訴訟法にまたがる重要論点、しかも、現時点でわが国の判例・学説の十分な蓄積がない論点について、解答を出していく必要があることもまた事実である。それらの難題について拙速な解答を提示することは将来に大きな禍根を残しかねないし、その結果成立した法制度が幅広い国民の理解を得られるか疑問である。サイトブロックの法制化は、議論を早急に進めることのリスクも踏まえて、慎重に検討されなければならないものとする。