

中間まとめ案に対する意見書

2018年10月11日

弁護士 林 いづみ

中間まとめ案に対する意見を、以下の通り、申し上げます。

1. 憲法上の通信の秘密との関係について**(1) 「強い憲法違反の疑い」との評価は妥当性を欠く**

中間まとめ案の「第4章 おわりに」には、本検討会議において「①ブロッキングを可能にする法律には強い憲法違反の疑いがある、②他の手段の実効性を検証するまで法制化はいったん見合わせるべき」との意見があった旨が記載されている。この意見は、ブロッキング（ブロッキング）を可能にする法律には（どんな内容の法律であっても）「強い憲法違反の疑いがある。」との評価（①）を根拠として、法制化見送りという結論（②）を述べるものである。

しかし、①の「強い憲法違反の疑いがある」との評価は、憲法上の原理間の利益衡量に際し、電気通信事業者が著作権侵害サイトへのアクセスを制限するために宛先 IP アドレスを知得することによる通信の秘密の形式的な侵害のおそれ（電気通信事業者が通信業務のために導管として宛先 IP アドレスを知得すること自体は通信の秘密侵害罪の構成要件に該当しないか、少なくとも正当業務である。）と、公権力が特定の表現内容の事前抑制を目的として宛先 IP アドレスを知得することによる表現の自由の侵害のおそれを同列に論じ、具体的な弊害を検討することなく「強い憲法違反の疑い」と断定的に評価する点において、妥当性を欠くと考えられる。以下、この趣旨を説明する。

(2) ブロッキング法制化の立法事実は存在する

憲法上の原理間の利益較量は、それによって達成しようとする利益と生じるかもしれない具体的な弊害との比較においてなされるべきである。

本件において、前者の「それによって達成しようとする利益」は、海賊版サイトにより著作権を侵害されている著作権者の被害救済である。匿名や海外の海賊版サイトが、膨大な著作物を公衆に閲覧可能とする著作権侵害を行っている事実の存在については争いの余地がなく、既存の民事・刑事の司法制度の下では被告の特定や海外での執行において限界があることも客観的事実であり、実効性のある救済手段を速やかに講じる必要性が認められる。

この点に関して、海賊版サイトへのアクセス数の推定方法の正確さを論難して被害救済の立法事実がないなどという議論があるが暴論というほかない。推定被害が 3000 億円ではなく仮に数十億円であったとしたら救済の必要がないというのであろうか。創作者は、霞や朝露をすすって生きていけというのであろうか。創作者が精魂をこめて生み出した作品を、インターネット上で著作権フリーにするか、どのように利用させるかは、創作者の選択の問題である。創作者の選択に対するリスペクトを忘れ、インターネット世界の自由と著作権フリーを履き違えた議論をすることは許されないと考える。また、「他に取し得る手段」として、インターネット上の正規版サイトの普及対策をあげる議論もあるが、普及対策と侵害対策は別々の議論である。普及対策の促進が必要であることは当然であるが、だからといって侵害対策が不要になるわけではない。

創作者に対して正当な対価を還元せず無償で閲覧を可能とする海賊版サイトによって、日々、インターネット上で膨大な著作物の無断利用が行われていることが、正規版の普及を阻害し、著作者や特に中小出版社にとって死活問題となっている。上記のとおり、被害救済の立法事実がないという議論はいずれも暴論であり、すみやかに実効性のあるブロッキングを講じるべき立法事実の存在は明らかである。

(3) ブロッキングによる具体的弊害の内容は一切明らかにされておらず、行為としては「通信の秘密の侵害の程度は相対的に低い」と評価されている

後者の、アクセス制限によって「生じるかもしれない具体的な弊害」については、「無辜の民の通信の秘密の侵害に該当する」などの主張が一部のマスメディアとともに活発に展開されている。しかしながら、導管としての電気通信事業者が海賊版サイトへのアクセスを制限するために宛先 IP アドレスを利用すること（その利用を捉えて「窃用」と評価するとしても）による具体的な弊害の内容については、海賊版サイトへのアクセス制限に反対する立場の委員から、これまで全く明らかにされておらず、本検討会議における当職らの質問に対しても沈黙されている。

具体的弊害を明らかにすることなく「強い憲法違反の疑いがある」と評価することは、法制化見送りという結論の単なるトートロジー（同語反復）にすぎないことになりかねないが、それにもかかわらず、海賊版サイトへのアクセス制限に反対する立場の委員が、具体的な弊害の内容について沈黙されているのは、電気通信事業者が宛先 IP アドレス及びポート番号のみを機械的・自動的に確認する行為については、ACTIVE¹の導入に関する総務省の検討において、「通信の秘密の侵害の程度は相対的に

¹ ACTIVE とは、マルウェア感染対策として、約款により、ISP 事業者が契約者の通信一般を検知し、特定のサイトへアクセスする際に警告を表示する等の官民連携プロジェクト。総務省が 5 年間にわたり 36 社で実証事業を行った。公表されている実施は 2 社（現在公表）にすぎない。当職は、本検討会の席上で総務省に対して他に実施社が存在するのか、

低い」と評価されている²からかもしれない。

しかし、同じ行為について ACTIVE 導入時に「侵害の程度は相対的に低い」と評価した事実に照らしても、もともと通信に介在して導管として閲覧先情報を取得している電気通信事業者がブロッキングの目的で宛先 IP アドレスを利用することによる通信の秘密の形式的な侵害のおそれと、公権力が表現内容の事前抑制を目的として通信の内容及び通信の存在それ自体に関する事実を知得して利用することによる表現の自由の侵害の重大な弊害とでは、大きな違いがある。

そして、前者による具体的な弊害は一切説明されておらず、侵害に該当すると考える立場でも「侵害の程度は相対的に低い」と評価されるものであるから、これを後者と同視して、「強い憲法違反の疑いがある」と評価することに合理的な根拠がないことは明らかである。したがって、「他の手段の実効性を検証するまで法制化はいったん見合わせるべき」ではない。むしろ、数年間にわたり法律に基づかずに緊急避難として実施されてきた児童ポルノのサイトブロッキングや、今般提唱されている ACTIVE 方式では、閲覧制限対象サイト選択の透明性が制度として担保されているか問題である。海賊版サイトの閲覧制限のために、対象サイト選択の透明性を担保する司法判断による閲覧制限措置を憲法適合的に立法することは十分可能であり、すみやかに議論を進めるべきである。

(4) ブロッキングにおいては、通信の宛先を直接公権力が知得するわけではない

中間まとめ案（第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について）は、電気通信事業者がユーザーの閲覧先を検知する行為が憲法上の積極的知得行為にも該当することを前提として、アクセス制限と通信の秘密との関係を論じている。

しかし、通信の秘密について、憲法上の「積極的知得行為」と電気通信事業法上の「知得」との関係を検討するにあたっては、そもそも憲法が国家権力を制限することによって国民の権利・自由を守ることを目的とする法規範であることを踏まえ、秘密を知得する主体が公権力であるか否かを明確に区別する必要がある。殊に、もともと通信を媒介する立場にあってユーザーの閲覧先情報を取得している通信事業者が主体となり「知得」する場合と、通信にかかわるべきではない公権力が「知得」する場合とは厳然と区別すべきである。これらを同列に論じるのは妥当ではない。

この点、中間まとめ案（第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について）では、憲法上の「積極的知得行為の禁止」を、脚注において「公権力が通信の内容及び通信の存在それ自体に関する事実を知得することの禁止」と正しく捉えている一方、その

実施状況の調査を求めたが、約1か月経過後も回答はない。総務省は、少なくとも実証事業を行った36社による実施の有無について直ちに公開するべきである。

² 「電気通信事業におけるサイバー攻撃への適正な対処の在り方に関する研究会」第一次とりまとめ27頁。同研究会の座長は宍戸委員であり、森委員も構成委員である。

後の記述では、「憲法上の積極的知得行為と電気通信事業法上の『知得』の範囲に差異を設ける解釈は一般的ではないため、上記整理を前提にするとユーザーの閲覧先を検知することは憲法上の積極的知得行為にも該当することになると考えられる。」としている。つまり、中間まとめ案は、「知得」の対象ないし客体（ユーザーの閲覧先）に着目し、「誰が知得するのか」という「知得」の主体の点を捨象している。しかし、上述のとおりその点の区別は重要であり、民間事業者でもともと通信を媒介する際にユーザーの閲覧先情報を取得している通信事業者と、公権力とを混同してはいけない。ブロッキングにおいては、公権力それ自体が通信の内容を積極的に取得する者でもないし、通信の宛先を直接公権力が知得するわけではない³。

仮に、裁判所の判断でアクセスプロバイダにアクセス制限を命じることは公権力が民間事業者を介して「知得」することに該当すると考えたとしても、電気通信事業法4条の「通信の秘密」が憲法21条2項後段の保障内容を法律により具体化したもの⁴と考えるなら、電気通信事業者の取扱中に係る通信について同条の違反とならない行為は憲法上も問題にならない行為となる。そして、立法に基づく司法判断によるブロッキングが電気通信事業法4条の違反にならないことは論を俟たない（なお、上述のような主体による区別を当然の前提にしたうえで、さらに、通信の秘密の内容に応じて侵害となり得る行為の態様・範囲を区別するアプローチを提唱するものとして、「サイトブロッキングと通信の秘密」（コピライト2018年10月）を参照されたい。）。

（5）修正案

この点及びこの点を前提とした記述は、本来であれば根本的に修正すべきである。しかしながら、中間まとめ案の作成は終盤に差し掛かっており、とりまとめをする観点からは、大きな修正は難しいと考えられる。そこで、最小限の修正案として、両論併記的に次のように修正することを提案する。

³ 本検討会7月25日木下准教授の資料では、「表現の自由」と「知る権利」については「制限することになる」と言い切っておられるが、「通信の秘密」については、「また、ブロッキングの義務付けは、公権力それ自体が通信の内容を積極的に取得するものではないが、公権力がプロバイダーを介してアクセス先等に関する情報を「窃用」（アクセス先等の情報をブロッキングの実施のために利用することは、通信当事者の意思に反した利用である）するという側面があり、憲法21条2項後段によって禁止された「通信の秘密」を「侵す」ことにもなり得る。」（4頁）と、前者と後者を区別して評価している。また注5では、伝統的な考え方では、「憲法21条2項後段の保障を①積極的知得行為の禁止と、②漏洩行為の禁止に限定」しているが、そのように「限定する必然性はなく、電気通信事業法と同様、同条は窃用の禁止も定めたものと解釈する余地は十分にある。」という前提をとって、「窃用」まで広げたうえで「窃用」として論じておられる。

https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2018/kai_zoku/dai4/sankou1-1.pdf

中間まとめ案	修正案
<p>(第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について)</p> <p>憲法上の積極的知得行為と電気通信事業法上の「知得」の範囲に差異を設ける解釈は一般的ではないため、上記整理を前提にするとユーザーの閲覧先を検知することは憲法上の積極的知得行為にも該当することになると考えられる。</p> <p>したがって、本中間まとめにおいては、ブロッキング目的でのユーザーの閲覧先の検知が憲法上の通信の秘密の対象となる事項の積極的知得行為に形式的には該当するとの前提の下、以下の整理を行う。</p>	<p>(第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について)</p> <p>憲法上の積極的知得行為と電気通信事業法上の「知得」の範囲に差異を設ける解釈は一般的ではないため、上記整理を前提にするとユーザーの閲覧先を検知することは憲法上の積極的知得行為にも該当することになるとする<u>考え方がある</u>。これに対し、注67のとおり、<u>憲法上の通信の秘密は、公権力が通信の内容及び通信の存在それ自体に関する事実を知得することを禁止する概念であるから、主体が公権力の場合と民間事業者の場合（ことに、もともと通信に介在して閲覧先情報を取得している通信事業者の場合）とは厳然と区別すべきであることを根拠として、通信事業者による閲覧先の検知・利用行為を憲法上の積極的知得行為と位置づけるのは妥当ではないとする考え方がある。</u></p> <p><u>以上のように異なる考え方があるが、</u>本中間まとめにおいては、ブロッキング目的でのユーザーの閲覧先の検知が憲法上の通信の秘密の対象となる事項の積極的知得行為に形式的には該当することを<u>一応前提</u>としたうえで、以下の整理を行う。</p>
<p>(第3章・2・(2) イ 「公共の福祉」による制約 について)</p> <p>そこで上記のような各権利を制約するブロッキングに適用される違憲審査基準を検討する。この点、ブロッキングに当たって積極的知得行為の対象となるのは通信の内容ではなく宛先のみである。また</p>	<p>(第3章・2・(2) イ 「公共の福祉」による制約 について)</p> <p>そこで上記のような各権利を制約するブロッキングに適用される違憲審査基準を検討する。この点、ブロッキングに当たって積極的知得行為の対象となるのは通信の内容ではなく宛先のみである。<u>直</u></p>

<p>当該宛先に関する情報は海賊版サイトへのアクセスか否かを確認する限度で用いられるにすぎず、具体的には、それ自体は特段の意味内容を持たないユーザーが入力した URL の文字列がブロッキング対象サイトの URL の文字列と一致するか否かを判断するための必要最小限の範囲で機械的・自動的に確認を行うものに過ぎない。そのため、ブロッキングに伴う通信の秘密の侵害の程度は、信書の内容を自然人が業務目的外で知得するような場合と比較すると必ずしも高くないと考えられる。</p>	<p><u>接、公権力が知得するわけではないとの考え方もある。</u>また当該宛先に関する情報は海賊版サイトへのアクセスか否かを確認する限度で用いられるにすぎず、具体的には、それ自体は特段の意味内容を持たないユーザーが入力した URL の文字列がブロッキング対象サイトの URL の文字列と一致するか否かを判断するための必要最小限の範囲で機械的・自動的に確認を行うものに過ぎない。そのため、ブロッキングに伴う通信の秘密の侵害の程度は、信書の内容を自然人が業務目的外で知得するような場合と比較すると必ずしも高くないと考えられる。</p>
---	---

2. GDPR について

中間まとめ案（第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について）の脚注の記述には、GDPR に関連して EU が日本の「通信の秘密」を積極評価していることを指摘する箇所がある。しかし、EU が積極的に評価しているのは、本タスクフォース第7回資料 1 1（宍戸委員提出資料）スライド 15 頁にも示されているとおり、通信事業者による外部への開示や第三者提供に関する点であり、そういった行為をともなわないブロッキングとは関係がない。それゆえ、その点を指摘する記載を置くべきであり、両論併記的に次のように修正することを提案する

中間まとめ案	修正案
<p>（第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について）の脚注</p> <p>更に、EU の一般情報保護規則 45 条に基づく日本についての十分性認定案（2018 年 9 月 5 日公表）においては、日本国憲法が公共の福祉に基づく法令によらない限り通信の秘密を保障していることを重視しているほか（パラグラフ 116）、電</p>	<p>（第3章・2・(2) ア (ア) 通信の秘密について）の脚注</p> <p>更に、EU の一般情報保護規則 45 条に基づく日本についての十分性認定案（2018 年 9 月 5 日公表）においては、日本国憲法が公共の福祉に基づく法令によらない限り通信の秘密を保障していることを重視しているほか（パラグラフ 116）、電</p>

<p>気通信事業法上の通信の秘密の「漏洩」の禁止が私人から公的機関に対する個人情報第三者提供を限定していることが指摘されている（パラグラフ 129）。</p> <p>したがって、諸外国の憲法規定・通信法制の十分な検討なく通信の秘密の確立した解釈を動かすことは相当でないと考えられる。</p>	<p>気通信事業法上の通信の秘密の「漏洩」の禁止が私人から公的機関に対する個人情報第三者提供を限定していることが指摘されている（パラグラフ 129）。</p> <p>したがって、諸外国の憲法規定・通信法制の十分な検討なく通信の秘密の確立した解釈を動かすことは相当でないと考えられる。</p> <p><u>もつとも、上記 EU の十分性認定案のパラグラフ 116 が重視しているのは、通信の秘密が外部への情報開示を禁じている点であり、同パラグラフ 129 が指摘しているのは公的機関に対する個人情報の第三者提供の限定という問題である。これに対して、ブロッキングを行うときに通信事業者が閲覧先情報を外部へ開示あるいは提供するわけではないことから、EU の十分性認定案はここでの議論とは関係がないとする指摘もあった。</u></p>
---	---

3. ブロッキングを限定する場面について

中間まとめ案には、ブロッキングを許容する場面を限定的に捉えるための記述が複数登場するが、記述が一貫していないので整合させる必要がある。具体的には、「実効的な手段が存在しないか事実上困難」という記述、「他に実効的な手段が存在しないか著しく困難な場合」という記述、そして、「他に方法が無い場合に限定」という記述がある。

記述を一貫させるにあたり、「他の方法が無い場合」に限定するのは、権利者に対して「無いことの証明」を強いるに等しく極端な結果を招くので妥当ではない。また、被害救済を求める権利者に対して、他の方法が「著しく困難」であることの証明を求めるのは不合理であり、権利の濫用にならない程度の「合理的な努力」を尽くすことで足りるというべきである。特に後述 4. で説明するとおり、最近、一部報道を通じて、一事例をもって一般論としたり、判決例や著作権法の条文を混同ないし誤解する解釈を用いて他の実効的な手段が存在することにより、あらゆる手段を尽くした上でなければブロッキング法制化の立法事実がないという主張が展開されている。こうした現状を鑑みると、被害者である創作者に対して「あらゆる手段を尽くしたのか」と過度の負担を強いることがいかに不合理・不正義であって、被害救済の道を閉ざすことになりかねないことを、強く留意する必要がある。

したがって、中間まとめ案で最も用いられている「事実上、他に実効的な手段が存在しないか困難な場合」という記述に揃えるのが妥当である。

4. 事実上、他に実効的な手段が存在しないか困難な場合

(1) 米国訴訟手続を通じた海賊版サイト運営者の特定につながる情報の入手について

最近の報道によれば⁴、大手CDN事業者である Cloudflare（以下、「クラウドフレア社」という。）に対する米国での訴訟を通じて海賊版サイト「漫画村」の運営者が特定できた可能性があることや、クラウドフレア社に対する日本での訴訟を通じて記事の削除と発信者情報開示を命じる仮処分決定が出されたとのことである。これらが実際にサイト運営者の特定等につながるとすれば歓迎すべきことである。ただし、そのことゆえに、一般論として、他の実効的な手段が存在する（ブロッキング法制化の立法事実がない）、ということになるわけではない点に留意する必要がある。

そもそもブロッキング法制化は他の様々な海賊版対策で効果が上がらない場合に、それら既存の海賊版対策を補うものとして検討が始まったものであり、他の海賊版対策で幾つかの事例を解決に近づけることができることが分かったことを以てブロッキング法制化の必要性がなくなったとするのは、論理的に飛躍している。

以下、説明する。

1) 海賊版サイトが利用するCDN事業者がクラウドフレア社とは限らない

CDN事業者はクラウドフレア社以外にも多数存在し、海賊版サイトがクラウドフレア社を利用するとは限らない。今回のクラウドフレア社の対応を受けて、海賊版サイトが、より契約者の匿名性を担保するCDN事業者に乗り換えることも予想される。

また、海賊版サイトが利用するCDN事業者が米国法人とは限らない。米国法人でなければ、今回喧伝されている訴訟手続（サピーナ）は使えない。

2) サイト運営者が偽名で契約すれば情報開示されても意味が無い

上記報道によると、今回、漫画村については、クラウドフレア社及びPaypal社の子会社から漫画村に関する課金関係の資料の開示を受けてサイト運営者を特定したとのことだが、

⁴ 2018年10月10日付 Buzzfeed 記事「海賊版サイト「漫画村」の運営者を特定か 法的措置へ」(BuzzFeed News Reporter、Japan 播磨谷拓己)

<https://www.buzzfeed.com/jp/takumiharimaya/manga-mura>

同日付 YOMIURI ONLINE 記事「海賊版サイトが悪用、CDN大手に記事削除命令」（読売新聞編集委員若江雅子）<https://www.yomiuri.co.jp/national/20181009-OYT1T50108.html> 等

サイト運営者がクラウドフレア社との間で、実名で有償サービスの契約を行っていたために特定に繋がり得る情報を得られたと思われる。しかし、クラウドフレア社は無償でもサービスを提供しており、当該無償サービスは偽名でも利用が可能であり、実際に当該無償サービスを利用している海賊版サイトも存在するとの情報を得ている。こうした場合、クラウドフレア社から資料開示を受けても、サイト運営者の特定に繋がらない。

この「漫画村」の事例では、サイト運営者が、クラウドフレア社との契約において、マンションまでの住所をたまたま記載していたことが伺われる。しかし、一般的に、サイト運営者がクラウドフレア社のCDNサービスを利用するためには、正確な個人情報を提供せずに契約を締結することが可能である。実際に本人と連絡がとれるメールアドレスを記載することは必要であるが、周知のとおり、匿名性を維持したまま新たなメールアドレスを作成することは容易である。それゆえ、サイト運営者が、真の住所等の特定につながる情報を自ら記載していない場合には、クラウドフレア社から情報の開示を受けたとしても、サイト運営者の特定には繋がらない。上記1)記載のとおり、今回のような報道がなされれば、海賊版のサイト運営者はますます注意し、正確な情報をクラウドフレア社に出さなくなるであろう。

また、クラウドフレア社のサービスを有料で利用する契約を締結する場合には、クレジットカード会社やPaypalなどの金融機関ルートで本人情報を得られる可能性もある。しかし、上記のとおりクラウドフレア社のサービスには無料サービスもあるため、サイト運営者が無料サービスを選択した場合には金融機関ルートで追加情報を得ることもできない。詳細は記載できないが、クラウドフレア社の無料サービスを利用している海賊版サイトも現に存在している。

3) サイト運営者の特定は海賊版サイトの停止を意味しない

「漫画村」の場合には、運営者が日本国内に居住しているらしいことから、住所の特定を通じて実際に本人の特定につながる可能性があるものの、サイト運営者の住所が旧共産圏その他の海外である場合、実際の本人の特定につながらない可能性や、特定ができて本人の捕捉につながらない可能性がある。それゆえ、ある事例において米国の訴訟手続を利用してサイト運営者を特定できる場合があるとしても、そのことから、一般的にそういった仕組みが利用できるので実効的な他の手段が存在する、といった結論を導けるものではない。したがって、これをもってアクセス制限の立法に関する立法事実が失われたとか、補充性要件を満たさないことになるなどの主張はいずれも、失当である。

漫画村については、サイト運営者が日本に居住する日本人という報道があり、そうだとすれば、サイト運営者の特定の後、法的措置を進めることにより、海賊版サイトを停止させることができる蓋然性が高い。しかし、少なからぬ海賊版サイトが日本から見て法執行の実現が困難な国を利用しており、サイト運営者が日本から見て法執行の実現が困難な国に居住

する外国人の場合、サイト運営者の特定は海賊版サイトの停止を意味しないことが多い。

例えば、4月13日の政府緊急対策において悪質な海賊版サイトの例示として挙げられた「漫画村」、「Anitube」、「MioMio」のうち、「Anitube」と「MioMio」については、CODAが4月13日以前よりサイト運営者を特定し、当該運営者が居住する海外現地当局に対し取締要請を行った。特に、「AniTube」については、ブラジル国内でサイト運営者に対する家宅捜索が行われ、刑事訴訟が提起されたが、海賊版サイトの運営は止まらなかった。今月上旬に報道で紹介された海賊版サイトである漫画塔は、サイト運営者はアルメニア人の可能性があるとされている。

4) 外国法に基づく手続が可能であることを理由に日本法での救済の必要性を否定することは妥当でない

日本の著作権者に被害救済の途を与えるべきか、また与えるとしてどのような要件・効果を定めるべきかは、国として重要な政策判断事項である。このため、法制度整備の必要性を検討するに当たって、現在日本法に基づいてどのような救済が与えられているかを基準とするべきであり、外国の法制度に依拠し、外国の法制度が利用可能であることを以て日本としての法制度整備の必要性を否定すべきではない。

実質的に見ても、海賊版サイトの停止に当たり海外での訴訟手続が必要となれば、当該訴訟手続にアクセス可能な権利者の範囲は限定され、権利者にとって酷となるおそれがある。資金力の乏しい権利者は共同で訴訟提起し費用を分担すべきとして被害者に必要以上の努力を強いるのは不合理である。

(2) 一部報道で紹介された判決例・著作権法の理解について

最近の一部報道⁵（以下、「同記事」という。）において「あらゆる手段を尽くしたのか」との主張を裏付けるものとして紹介された判決例や著作権法の解釈について、誤解が拡散しないように、簡単に説明しておく。以下の通り、カラオケ機器を実際に納品していた業者や投稿サイトの運営者の不作為の責任についての判決例は、導管的なCDN事業者に対してそのままあてはまるものではない。

なお、当職は、そもそも、被害者に対して「あらゆる手段」を尽くすことを要求すること自体が不合理・不正義であると考えるが、特に、かかる要求の前提として、同記事が、存在する「あらゆる手段」として挙げている判決例や著作権法の解釈が誤解を招くおそれがあることを懸念し、（文献の出典等を確認する時間がなく不十分な記載となることに忸怩たる思いが強いが）取り急ぎ、かかる誤導的な論調が拡散しないよう、以下において注意喚起を試みるものである。

⁵ 2018年10月10日付けYOMIURI ONLINE記事「揺らぐ「ブロッキング必須論」…注目の仮処分決定」（読売新聞編集委員若江雅子）
<https://www.yomiuri.co.jp/fukayomi/ichiran/20181010-OYT8T50001.html?from=yto>

1) 2001年の最高裁判決

同記事は、クラウドフレア社に対して肖像権など人格権を侵害する記事の差止めを認めた東京地裁仮処分決定を紹介したうえで、某弁護士⁶の意見として、『むしろ著作権侵害の場合、直接の権利侵害情報の発信者でなくても、侵害の主体として責任を認められる可能性がさらに高まるのでは。』これは著作権に特有のカラオケ法理があるからだ。」と記載し、続けて「カラオケ法理の“長い腕”」との小見出しで、「2001年には、カラオケリース機器リース業者について共同不法行為責任を認めた最高裁判決もあり」、某弁護士は『CDN事業者と海賊版サイトとの関係はこれに似ている』と指摘する。」と記載している。

同記事が挙げている2001年の最高裁判決というのは、最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁〔ビデオメイツ事件〕と思われるが、これは、そもそも差止めの事件ではなく、不法行為を理由とする損害賠償請求の事件であり、同最高裁判決は、カラオケリース業者を、直接の侵害主体と認めたわけではない。同最高裁判決はカラオケ法理とは無関係である。

同最高裁判決は、カラオケリース業者の責任を認めるに当たって5つの事情を考慮しているが、特に、そのうち「カラオケ装置は・・著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置とすることができること」というように、業務用カラオケ装置というものの専用性や侵害の蓋然性の高さを根拠としている。

参考：同最高裁判例の判例解説（現知財高裁所長高部裁判官（当時の最高裁調査官）による解説）「本判決は、業務用カラオケ装置が当該音楽著作物の著作権者の許諾がない限り一般的にカラオケ装置利用店の経営者による著作権侵害を生じさせる蓋然性の高い装置とすることができることを根拠としている。すなわち、カラオケ装置は、違法性阻却事由である許諾がない限り、その使用によってほとんど常に著作権侵害が生じる、専ら侵害の行為に供する装置という意味での特殊性がある。したがって、例えば、コピー機のように、著作権侵害を生じない態様の使用方法がある装置に関しては、リース契約の相手方の中に著作権侵害を行う者があったとしても、リース業者において、具体的に著作権侵害に使用されることを認識しているのではない限り、予見可能性も、結果回避可能性も認め難く、リース業者の幫助による損害賠償責任を認めることにはつながらない。」

これに対して、CDNサービスというのは、上記判例解説でいうコピー機のような汎用のサービスであると考えられることからすれば、同記事が記載する「CDN事業者と海賊

⁶ 同記事では弁護士名が明記されているが記事内容に照らすと、コメントされた弁護士の意見を必ずしも正確に記載していない可能性もあると思われるため、弁護士名は匿名とした。

版サイトの関係はこれに似ている」との指摘は理解しがたいものである（もっとも、指摘した弁護士の指摘の趣旨を、同記事が正確に記載していない可能性もある。）。

2) 「罪に濡れたふたり」事件判決について

同記事は、「カラオケ法理の“長い腕”」の小見出しのもとで、1)の最高裁判決に続けて、掲示板「2ちゃんねる」に転載された「罪に濡れたふたり」事件で掲示板管理者に対して削除等を命じる高裁判決が出ていることも取り上げている。

しかし、同高裁判決は差止請求を認めているが、利益性などを考慮したものではないため、学説上、これはカラオケ法理を用いた裁判例ではないと位置づけられている（したがって、この点も、同記事には混乱がある）。

また、同高裁判決は、「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する掲示板の運営者は、これに書き込まれた発言が著作権侵害（公衆送信権の侵害）に当たるときには、そのような発言の提供の場を設けた者として、その侵害行為を放置している場合には、その侵害態様、著作権者からの申入れの態様、さらには発言者の対応いかんによっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もある・・・」と述べたものであり、あくまで「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する掲示板の運営者」とか「インターネット上においてだれもが匿名で書き込みが可能な掲示板を開設し運営する者」についての判断であり、そのような（権利侵害の蓋然性の高い）場を自ら提供しているからこそ、事前の対策を講じる義務や適切な是正措置を速やかに取る義務が肯定されたと考えられる（なお、この事件でも、高裁判決の時点でようやく「放置」が認められたのであって、地裁判決の段階では「放置」があったことが否定されている。また、同事件の事案では、匿名制であることや、発言者自身も自分で発言を削除できないことなども関係した可能性がある。）。

以上のとおり、同高裁判決も一般的・汎用的なネットワークインフラを提供する事業者に対する差止請求を認めたものではない。

3) クラウドフレア社に対して肖像権など人格権を侵害する記事の差止めを認めた東京地裁仮処分決定について

同記事によれば「対象となったのは日本語のウェブサイトに掲載された無断撮影の写真や人格権を侵害する記事」であり、人格権の一つである肖像権侵害の事案である。

これに対し、海賊版サイトの場合には著作権侵害の事案となり、著作権法112条との関係で幫助者への差止請求は認められないとするのが通説である（なお、東京地裁の場合、肖像権侵害の仮処分であれば、一般民事の保全事件を担当する部（民事9部）の担当になるが、著作権侵害であれば知財専門部に配転になるため、判断する裁判体も異なることになる。）。

さらに、著作権侵害の事案であれば、著作権法47条の5に定める権利制限規定の適用

の有無が問題になるが、肖像権侵害の場合にはそのような条文は関連しない。それゆえ、肖像権侵害の事案でクラウドフレア社に対する記事削除の仮処分命令が出されたからといって、著作権侵害の事案において直ちに同様の結論が出るとは限らない。

なお、クラウドフレア社のサービスを受ける契約締結にあたり、正確な個人情報を伝える必要がないことは前述のとおりであるから、発信者情報開示を命ずる仮処分命令が発令されたとしても、サイト運営者の特定につながらない可能性がある。少なくとも、ある事例において特定ができる場合があるとしても、そのことから、一般的にこの仕組みが利用できるので実効的な他の手段が存在するという結論を導けるものではない。したがって、これをもってアクセス制限の立法に関する立法事実が失われたとか、補充性を満たさないことになるなどの主張はいずれも、失当である。

4) CDN事業者に著作権侵害を知らせさえすれば、それ以降、CDNサービスを続けることは、CDN事業者による著作権侵害と認められるのか？

同記事では「トライする前から諦めている？」との小見出しのもとで、「著作権法上、アクセスを効率よく処理するためのキャッシュサーバーなどで行われているコンテンツの複製は、著作権（複製権）侵害の例外とされているが、著作権侵害にあたと知ったときは、権利制限が外れ、保存し続けると複製権を侵害した当事者として扱われる。つまり、権利者がきちんとCDN事業者に著作権侵害である旨を知らせさえすれば、それ以降、CDNサービスを続けることはCDN事業者による著作権侵害と認められるということだ。」と記載し、本検討会の某委員が「日本にはさらに恵まれた制度があるのに、なぜこれまで使わなかったのか。日本の権利者はトライする前から諦めているように見える」と苦言を呈する、と記載している。

同記事が「権利者がきちんとCDN事業者に著作権侵害である旨を知らせさえすれば、それ以降、CDNサービスを続けることはCDN事業者による著作権侵害と認められる」と述べているのは、現行著作権法47条の5第3項1号（および49条1項4号による目的外使用）に該当するという解釈に基づくものと思われる。同記事の言うように、「CDN事業者に対して侵害通知さえすれば足りる」という解釈の余地もあり得るし、削除を求める被害者としては望ましいが、同記事がいうほど簡単な話ではない。

まず、そもそも、CDN事業者は47条の5第3項の前提である複製を認める同条第2項の適用を受けるのか、が議論になる。同条2項は、中継を業として行う者が複製の行為主体であることを前提にした規定であるため、CDN事業者に適用されるためには、まずはCDN事業者が複製主体と言えなければならないが、この点について、文化庁著作権課による解説では「ネットワークを通じた情報処理の高速化を行うためにキャッシュを作成する行為」（サービス）は、現行法47条の5第2項ではカバーされていないとされてい

る⁷。

また、何よりも、現行法47条の5第3項1号に当たるためには、「当該著作物に係る送信可能化等が著作権を侵害するものであること・・・を知ったとき。」に当たる必要がある。ここにいう「知った」という意味については諸説あり、著作権侵害を認定する本案判決や仮処分命令が出されたことを知った場合や、プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドラインに従った申出や相当な根拠に基づく通知等があり、著作権侵害が確認できた場合等も、「知った場合」に該当すると解されるという見解（池村）もある一方で、著作権法113条1項2号における「情を知つて」をめぐる裁判例をもとに、仮処分、判決等の公権的判断が必要という見解（奥邨）もある。

参考：知財高裁H22.8.4判決は「著作権法113条1項2号の「情を知つて」とは、取引の安全を確保する必要から主観的要件が設けられた趣旨や同号違反には刑事罰が科せられること（最高裁平成6年（あ）第582号同7年4月4日第三小法廷決定・刑集49巻4号563頁参照）を考慮すると、単に侵害の警告を受けているとか侵害を理由とする訴えが提起されたとの事情を知るだけでは、これを肯定するに足らず、少なくとも、仮処分、判決等の公権的判断において、著作権を侵害する行為によって作成された物であることが示されたことを認識する必要があると解されるべきところ」と判示している。

⁷ この規定は、2018年著作権法改正により新47条の4に収録されているが、その際、従来の47条の5第2項でカバーできなかった「ネットワークを通じた情報処理の高速化を行うためにキャッシュを作成する行為」サービスが、新たに、新47条の4柱書によって、カバーされることになる、と解説されており、同解説においては、そのようなキャッシュサービスは、現行法ではカバーされていないことが前提になっている。

*文化庁長官官房著作権課「平成30年著作権法改正の概要」Law&Technology 81号50頁以下（2018年）「本項は、権利制限の対象となる場合を各号に列挙したうえで、これにとどまらず、柱書において、各号に掲げられる場合と同様に著作物の電子計算機における利用を円滑または効率的に行うための付随的な利用に供することを目的とする場合における著作物の利用を広く権利制限の対象とするものである。同項1号は改正前の47条の8を、2号は改正前の47条の5第1項1号および同条2項を、3号は改正前の47条の9をそれぞれ元とするものである。これにより、これら各号に整理された改正前の規定により権利制限の対象となっていた行為に加えて、たとえばネットワークを通じた情報処理の高速化を行うためにキャッシュを作成する行為や、インターネットサービスプロバイダがウィルスや有害情報等のフィルタリングを行うために行う複製行為等が新たに権利者の許諾なく行えることとなるものと考えられる。」

したがって、同記事にあるように、「権利者がきちんとCDN事業者に著作権侵害である旨を知らせさえすれば、それ以降、CDNサービスを続けることはCDN事業者による著作権侵害と認められる」というほど、CDN事業者を簡単に利用主体と位置付けることができるわけではない。

しかも、2018年著作権法改正後の新47条の4には、そもそも「当該著作物に係る送信可能化等が著作権を侵害するものであること・・・を知ったとき」についての規定がないため、その施行日（2019年1月1日）以降については、「現行法47条の5第3項1号に当たるから・・・」という理論構成は使えない。仮に同記事のように「日本はさらに恵まれた法制度がある」と解釈するとしても、来年からは使えないことになる。

5) 小括

同記事は、「揺らぐ「ブロッキング必須論」…注目の仮処分決定」と題し、上記1)～4) 記載の主張を展開したうえで、「あらゆる手段を尽くしたのか」との小見出しにおいて、「本当に権利者側はあらゆる手段を尽くした上でブロッキング法制化を主張しているのか」、「まだ試みてもいない段階では『他の手段が存在しない』とは言えず、違憲の疑いが払拭されていないと指摘されている。今回の仮処分命令は、こうした主張をさらに裏付けるものになるだろう。」と結論づけている。

しかし、上記のとおり、従来 of 裁判例は、TVブレイク事件にしても、2ちゃんねる事件にしても、権利侵害の蓋然性の高い場を自ら提供している事業者に対して差止請求を認めたものばかりで、一般的・汎用的なネットワークインフラを提供する事業者に対する差止請求を認めたものは存在しない。他方、CDN事業者は、内容にかかわらず中継を担う事業として一般的・汎用的なネットワークインフラを提供する者であり、自らユーザーに発言や投稿の場を提供するサービスではなく、権利侵害の蓋然性の高い場を自ら提供している、とは直ちに言い難いものであることに留意すべきである。 以上