

平成30年2月16日（金）

内閣府知的財産戦略本部

検証・評価・企画委員会

木下昌彦（神戸大学法学研究科准教授）

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

《参考条文》

日本国憲法

第12条 この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によつて、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであつて、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。

第13条 すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。

第21条 集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。

2 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

電気通信事業法

（検閲の禁止）

第3条 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。

（秘密の保護）

第4条 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。

2 電気通信事業に従事する者は、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。その職を退いた後においても、同様とする。

第179条 電気通信事業者の取扱中に係る通信（第164条第2項に規定する通信を含む。）の秘密を侵した者は、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

2 電気通信事業に従事する者が前項の行為をしたときは、3年以下の懲役又は200万円以下の罰金に処する。

3 前2項の未遂罪は、罰する。

刑法

（緊急避難）

第37条 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を避けるため、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかつた場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、

又は免除することができる。

1. はじめに

本報告は、著作権侵害コンテンツをインターネット上で掲載しているウェブサイトに対して、ブロッキングを導入することの憲法上、電気通信事業法上の問題点について、報告者が現時点で有する知見を前提として整理したものである。

なお、ブロッキングの導入にあたっては理論上、①公権力が電気通信事業者（プロバイダー）にブロッキングを義務付けることができるよう新たな立法を行う、②新たな立法を伴うことなく、電気通信事業者が自主的に侵害サイトのブロッキングを行う、③電気通信事業者が自主的に侵害サイトのブロッキングができる場合を明示的に立法化するという手法が考えられる。本報告では、順次、これらを検討していく。

2. 公権力の命令に基づくブロッキング

(1) 行政的ブロッキングと司法的ブロッキング

公権力がプロバイダーに対してブロッキングを義務付ける命令を発することは、憲法上の問題を直接に生じさせるものであるが、その仕組みにはいくつかの種類を考えることができる。なかでも典型的に想定できるものを挙げると、まずは、法令によって特別の権限を与えられた行政機関が、機関自らの調査あるいは権利者等からの通報に基づき、インターネット上の特定のウェブサイトを著作権侵害サイトと認定し、当該サイトのブロッキングをプロバイダーに義務付ける命令を発するという仕組みが考えられよう。これは、公権力のうち、行政機関が主体となってブロッキングを命じるという点において、行政的ブロッキングと呼べる。他方で、権利者が提起した民事訴訟における民事的救済の一つとして、あるいは著作権侵害罪の付加刑の一つとして、または、行政機関の請求に基づき裁判所がプロバイダーに対して侵害サイトのブロッキングを命じるというのが考えられる。これは、公権力のうち、裁判所が主体となってブロッキングを命じるという点において、司法的ブロッキングと言えよう。

行政的ブロッキングにおいても、司法的ブロッキングにおいても、ブロッキングという帰結は同じであるが、ブロッキングの濫用の防止、不利益を受ける者の手続保障等の観点から、行政的ブロッキングよりも司法的ブロッキングのほうがより制限的でない規制であるといえる。そのため、ブロッキングの在り方としては、まずは後者の司法的ブロッキングの採用を検討すべきであり、司法的ブロッキングでは実効的観点から不十分であるとの立法事実が認められて初めて行政的ブロッキングの採用が可能であるものと考えられ

る¹。

(2) ブロッキングと検閲

憲法 21 条 2 項前段は、「検閲は、これをしてはならない。」と規定している。憲法が特に「検閲の禁止」について、このような特別の規定を設けたのは、「検閲がその性質上表現の自由に対する最も厳しい制約となるものであることにかんがみ、…公共の福祉を理由とする例外の許容（憲法 12 条、13 条参照）をも認めない趣旨」、すなわち、「検閲の絶対的禁止を宣言した」ものと捉えるのが最高裁大法廷の確立した見解である²。

最高裁は、札幌税関検査事件判決において、その絶対的に禁止される「検閲」とは、「(1) 行政権が主体となって、(2) 思想内容等の表現物を対象とし、(3) その全部又は一部の発表の禁止を目的として、(4) 対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、(5) 発表前にその内容を審査した上、(6) 不相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を指すと解すべきである」との判断を示している。札幌税関検査事件の調査官は、この定義について、主体、対象、目的、範囲、手段、方法等について検閲の特質として備えるべき要素を挙示したものとしている³。もっとも、同調査官は、同時に、「検閲に当たらないとする論拠の一つでも肯認されれば、直ちにそれは検閲に当たらないという結論が導き出されるかという、必ずしも常にそのようにはいえないであろう」としたうえで、具体的事案について、上記基準に照らして個別的に判断すべきこととなろうとしていることには注意が必要である。

これまでブロッキングの検閲該当性について判断した判例・裁判例は存在せず、非常に難しい問題であるが、差し当たりは、上記札幌税関検査事件判決において検閲該当性が否定された税関検査との対比が有用であろう。

札幌税関検査事件判決は、税関検査により輸入禁止の通知が税関長によりなされると、「わが国内においては、当該表現物に表された思想内容等に接する機会を奪われ、…知る自由が制限されることとなる。これらの点において、税関検査が表現の事前規制たる側面を有することを否定することはできない」と論じた。しかし、(i)「輸入が禁止される表現物は、一般に、国外においては既に発表済みのもの」であることから「事前規制そのものということとはできない」ということ、(ii)「税関検査は、関税徴収手続の一環として、これに付随し

¹ 例えば、フランスの憲法院は、児童ポルノサイトについては、行政的ブロッキングを認めつつ、著作権侵害サイトのブロッキングについては、行政機関（独立行政委員会）に委ねることは違憲であるとしており、結果、著作権法違反の付加刑として裁判官がネット接続禁止を言い渡すという法制度が採用されているようである（曾我部真裕「情報法に関するフランス憲法院判例の最近の動向」堀部政男編『情報通信法制の論点分析』（商事法務、2015年）281頁、286-287頁）。

² 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 号 [札幌税関検査事件]。

³ 新村正人「判解」最判解民事篇昭和 59 年度 469 頁、487 頁 [札幌税関検査事件調査官解説]。

て行われるもので」あるから、「思想内容等それ自体を網羅的に審査し規制することを目的とするものではない」こと、(iii)「税関検査は行政権によって行われるとはいえ、その主体となる税関は、関税の確定及び徴収を本来の職務内容とする機関であつて、特に思想内容等を対象としてこれを規制することを独自の使命とするものではない」こと、(iv)「税関長の通知がされたときは司法審査の機会が与えられている」ことから、「行政権の判断が最終的なものとされるわけではない」こと等の事情を挙げて、税関検査の検閲該当性を否定している。

ブロッキングの場合、ブロッキングの対象となるサイトが、純然たる海賊版のみを掲載しているサイトである場合には、当該著作物は、既に、権利者により通常の市場において広く国内外に流通していると考えられ、読者も通常の販売経路を通じて当該著作物に接することができる。また、日本国外での端末からは当該サイトを閲覧することも理論的には可能である。その意味で、ブロッキングは、税関検査と同様に、「事前抑制そのもの」とは言えないということができる。

もっとも、多くの侵害サイトは著作権侵害表現と共にサイト独自の表現を伴うこともあり、例えば、掲示板などが併設されていると日々その内容が変化しうるものである可能性がある。そのため、サイト全体をブロッキングする場合には、単純に他の経路により当該情報が入手可能であるとは言えない。また、税関検査の場合には税関が付随的業務として税関検査に必要な限りで検査を行うものであるが、インターネット上から特定のウェブサイトをブロッキングの対象として認定することを専門の行政機関がおこなう場合には、規制を目的とした専門の行政機関が網羅的に審査することになり、その側面を捉えれば、税関検査よりも検閲性が強いということができる。

前述のように著作権侵害コンテンツのブロッキングは「事前抑制そのもの」とは言えない要素があることから、行政的ブロッキングが必然的に検閲に該当するとは言いきれないが、検閲との認定あるいはその疑いを避けるという観点からは、司法的ブロッキングのほうがより適切であると言えるだろう。

(3) ブロッキングと表現の自由・知る権利・通信の秘密

憲法 21 条 1 項は、表現の自由を保障しており、同条の趣旨から「知る自由」（情報摂取の自由）も保障されると考えられる⁴。ブロッキングは、仮に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」と当該サイトを閲覧したいと考える者の「知る自由」を制限することになる。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

⁴ 最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁 [よど号ハイジャック記事抹消事件]。

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⁵。

もっとも、検閲とは異なり、「表現の自由」、「知る自由」、「通信の秘密」に対する制限は絶対的に禁止されるものではなく、公共の福祉に適合する場合には、合憲なものとして許容されるというのが判例・通説である。ただ、表現の自由、知る自由、通信の秘密は、精神的自由に属するものであり、それが憲法上許容される公共の福祉に基づく規制であるかどうかは、いわゆる「厳格な基準」(LRAの基準、必要最小限度の基準)に従って判断されるべきであるというのも判例・通説の立場であると言える⁶。

著作権侵害行為については、既に、民事の損害賠償及び差止め、刑事罰といった防止のための規制が存在している。ブロッキングは、それらの規制とは異なり、検閲的・事前規制的側面が強く、さらに通信の秘密への侵害を伴うなど、より抑制的側面の強い規制であると言える。そのため、ブロッキングの採用が絶対的に違憲であると述べることは適切ではないが、厳格な基準に基づき、伝統的な民事・刑事の救済という手段によっては実効的な著作権保護

⁵ 憲法 21 条 2 項後段における「秘密」の対象は、通信の内容だけでなく、アクセス先等の通信の存在それ自体に関する事実も含まれる ((宍戸, 後掲注 8, 496 頁参照)。また、憲法 21 条 2 項後段にいう通信の秘密を「侵してはならない」ということの意味は、伝統的に、①公権力が通信の内容や通信の存在自体に関する事実を知得することの禁止 (積極的知得行為の禁止)、②通信業務事業者が職務上知り得た通信に関する情報を私人や他の公権力に漏洩することの禁止 (漏洩行為の禁止) の二つを意味するとされてきたが (長谷部恭男『注釈日本国憲法 (2)』(有斐閣, 2017 年) [阪口正二郎] 435 頁)、電気通信事業法のもとでは、さらに③発信者・受信者の意思に反して通信を利用することの禁止 (窃用の禁止) も、通信の秘密の保障に含まれると解されている (宍戸, 後掲注 8, 512 頁参照)。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。いずれにせよ、サイトブロッキングは通信の秘密の侵害となると言われるのは、単に、プロバイダーがアクセス先を知得するだけでなく、その情報を通信当事者がおおよそ同意しない用途に用いることによるものであることが重要である (例えば、郵便配達員が配達のためハガキの宛名を知得する行為それ自体は問題とならなくとも、宛名を知得したことにより配達を止めれば知得した情報の「窃用」として憲法上問題となりうる)。

⁶ 岩崎邦生「判解」最判解刑事篇平成 24 年度 501 頁, 504-505 頁によればは、厳格な基準としては、主として、「明白かつ現在の基準」、「必要最小限度の基準」(規制の対象・程度が必要最小限度であることを要求するもの)、「LRA の基準」(規制の対象・程度がより制限的でない他の選び得る手段であるかどうかを審査するもの) が該当するとされており、同解説は、さらに、それをより一般的に、次のように定式化している。すなわち、厳格な基準とは、『『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であり、さらに具体的に、『『目的の合理性』については、規制の目的が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』ことを意味するとしている。

が実現できず、そのことにより生じる損害も重大であるという立法事実が認められたうえで、さらに、ブロッキングの対象となる範囲も必要最小限度に留まるというような仕組みが採用される場合のみ許容されるものと考えられる。また、前述のように、濫用の防止、当事者の手続保障という観点からは、原則、司法的ブロッキングによるべきであり、司法的ブロッキングにおいては実効性が欠けるといような立法事実が認められない限り、より検閲性の高い行政的ブロッキングの採用は認められないのではないかと考えられる。

3. 電気通信事業者の側の自主的取組みとしてのブロッキング

次に、公権力による義務付けではなく、電気通信事業者が、自主的取組みとしてブロッキングをおこなうという手段が考えられる。憲法 21 条などの憲法第三章の各規定は、原則として、「国または公共団体の統治行動に対して個人の基本的な自由と平等を保障」するものであり⁷、公権力の主体ではない電気通信事業者の自発的な行為は、直ちに、それ自体が憲法 21 条の各規定との抵触が問題となるわけではない。電気通信事業者の自主的取組みが問題となるのは、憲法というよりもむしろ法律である電気通信事業法違反の有無である。ブロッキングを実施するためには、電気通信事業者が利用者のアクセス先を知得したうえで、それを遮断に用いる必要があるところ、電気通信事業者が知得したアクセス先を遮断に用いることは、アクセス先の「窃用」として、「通信の秘密を侵す」ことに該当し、電気通信事業者が電気通信事業法 179 条等違反の罪に問われる可能性がある。

現在、児童ポルノコンテンツについては、①現在の危難（被写体となった児童の著しい権利侵害の拡大危険の防止）、②補充性（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等）、③法益権衡（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を上回るといえる状況であること）の三つの要件が充たされれば、刑法 37 条の緊急避難が成立し、犯罪は成立しないとの解釈を前提として、電気通信事業者の自主的取組みによるブロッキングが行われている⁸。このような解釈の妥当性について判断した判例・裁判例は存在しないものの、概ね妥当なものとして受け取られていると言えるだろう。

ただ、児童ポルノにおいて妥当した緊急避難の解釈がそのまま著作権侵害行為にも妥当するか否かは慎重に考える必要がある。児童ポルノの場合、被写体となった児童が被る精神的人格的損害あるいは社会的認知は事後的な金銭賠償等によっては容易に回復することが困難である。それに対して、著作権侵害行為が問題となるのは、主として金銭的損失であり、損害の性質として児童ポルノとは大きく異なる。著作者の権利については、通常の民事的救済ではなく、あえてブロッキングというかたちで緊急避難的に保護すべき権利といえるかはなお検討の余地があろう。また、著作権侵害コンテンツに対してブロッキングを行う場合

⁷ 最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁 [三菱樹脂事件] 参照。

⁸ 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）』（有斐閣、2013 年）487 頁、516 頁。

にも、緊急避難が成立するというのであれば、名誉毀損、プライバシー侵害、肖像権侵害、誇大広告等の表現についても自主的なブロッキングが可能ということになるのではないかという問題もあろう。

4. 電気通信事業者の側の自主的取組みとしてのブロッキングの明示的合法化

著作権侵害コンテンツについて、電気通信事業者が自主的取組みとしてブロッキングをおこなうことが、刑法 37 条の緊急避難に該当するかは不明確であることから、電気通信事業法によって明示的に免責規定を設けるということも考えられる。電気通信事業法によって保護される通信の秘密はあくまで法律によって保護された利益に過ぎないことから、電気通信事業法それ自体が、通信の秘密をどこまで保護すべきかは立法政策の問題であり、憲法問題とはならないとも考えることができる⁹。

ただ、電気通信事業者が遵守すべき通信の秘密の範囲が完全に立法裁量に属するものであり、憲法問題とはならないかということについては憲法学説上様々な議論が存在する。例えば、高橋和之東京大学名誉教授は、通信の秘密の保障は、「当事者が私的に通信を行うことを禁止しないというにとどまらず、さらに、通信という制度の存在を保障したものと理解すべきである」とし、「通信制度としては、郵便や電信・電話が代表例であるが、そういった制度を、公的にか私的に（民間企業として）かは別にして、維持する責務を国に負わせた規定と読むべきである」と論じている¹⁰。この見解を前提とすれば、憲法は電気通信事業者に通信の秘密を遵守するよう求める法令を制度として定めることを国に義務付けており、国が電気通信事業者の遵守義務を免除する場合には、それ自体が憲法 21 条 2 項後段違反ということになり得る。

もともと、そのように考える場合であっても、憲法上保障される通信の秘密それ自体が絶対的なものではないことから、公共の福祉に基づき必要最小限度の範囲内において、電気通信事業者の順守義務を免除する規定を設けることまでも憲法上禁止されているとは言えないだろう。

5. おわりに

例えば、大量の海賊版コンテンツを掲載するサイトであり、かつ、海外にサーバーが置かれている等の事情により既存の民事、刑事の救済によっては損害の防止が困難であるというような場合において、当事者や一般市民に不服申立ての適格を認めたくらうと、司法的ブロッキングを行うる制度を法令によって定めることは、それが、表現の自由、知る自由、通信の秘密を侵害するものだとしても、これまでの判例に照らして直ちに違憲になるとは言え

⁹ 松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣，2007年）516頁参照。

¹⁰ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第4版）』（有斐閣，2017年）255頁。

ないだろう。そのような制度を設けるか否かは立法政策の問題であると言える。

もっとも、児童ポルノサイトのようなサイトについてさえ、ブロッキングの法制化が見送られたことから伺えるように、現在のわが国の情報通信制度は、公権力がブロッキングを強制することはせず、情報通信事業者による自主的取組みに基づき、刑事法における緊急避難が認められるような例外的な場合にのみブロッキングを認めるという枠組みが事実上形成されていることは立法政策の次元においても十分考慮すべき事柄であろう。この枠組みは憲法によって必然的に要請されたものではなく、あくまで、事実上形成されているに過ぎないものであり、憲法の許容する範囲内で変更は可能である。しかし、現在、事実上形成されている枠組みが、インターネット空間における自由を維持するうえで重要な役割を担っていることは確かであり、それを変質させることは憲法そのものではなくともそれ自身が社会的価値と言える憲法的価値を毀損する可能性も秘めている。例えば、著作権侵害サイトについて公権力の命令によるブロッキングが認められるのであれば、当然、児童ポルノサイトも認められることになろうし、名誉毀損、プライバシー侵害、肖像権侵害を伴うサイト、さらには、テロ等に関連する記述のあるサイトについてもブロッキングが認められるべきということになろう。

確かに、わが国のコンテンツ産業の発展という公益の実現にとって海外から配信される侵害サイトはその障害でしかなく、ブロッキングがそれを排除するための有用な手段の一つであることは疑いがない。しかし、ブロッキングを採用することそれ自体が他の分野に自ずと波及する要素をもち、問題は著作権の問題に留まらない。著作権侵害サイトに対するブロッキングの採用を検討する場合にはその点も視野に入れたうえでの総合的な利益衡量・政策的判断が求められると言えよう。