

DNS ブロッキングが形式的に通信の秘密を侵害し得る
(電気通信事業法上の通信の秘密侵害罪の構成要件に該当する)
とする政府研究会等の記載例

知的財産戦略本部・インターネット上の海賊版対策に関する検討会議（第1回）

2018年6月22日

東京大学 宍戸 常寿

○児童ポルノ流通防止協議会ブロッキングに関する報告書（平成22年3月）12頁

本報告書においては、DNS ブロッキングは通信の秘密を害するものとして扱い、このため論点は、違法性阻却事由の有無となる。

○利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会第6回会合 議事要旨（平成22年5月）5頁

ブロッキングは、電気通信事業法第4条に規定する通信の秘密を形式的には侵害する行為であるが、ブロッキングは、①児童の権利等を侵害する児童ポルノ画像がアップロードされた状況において、②削除や検挙など他の方法では児童の権利等を十分保護することができず、③その手法及び運用が正当な表現行為を不当に侵害するものでなく、④当該児童ポルノ画像の児童の権利等への侵害が著しい場合には、その違法性は阻却されるものと考えられる。

ただ、ブロッキングは、通信の秘密や表現の自由への影響が極めて大きいことや、技術的にはあらゆるコンテンツの閲覧を利用者の意思にかかわらず一律防止可能とするものであり、ブロッキングが児童ポルノ以外の違法・有害情報に決して濫用されないようにすべきであると考えられる。

また、ブロッキングを実施するに当たっては、このほかにも、取り組むべき重要な課題があると考えられる。

○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（平成26年4月）19頁

ACTIVE におけるマルウェア感染防止の取組の概要は、マルウェア配布サイトの URL 情報をリスト化し、利用者がマルウェア配布サイトにアクセスしようとする場合に、ISP が、リスト化されたマルウェア配布サイトへのアクセスに係る IP アドレス又は URL を検知し、そのアクセスを一時停止した上で、当該サイトへのアクセスを継続するか否かを確認する注意喚起画面等を表示するものである。このようなマルウェア配布サイトへのアクセスに対する注意喚起を行うに当たって利用等されるアクセス先 URL 又は IP アドレスは、通信の構成要素であり、通信の秘密の保護の対象であることから、利用者の有効な同意がない限り、通

信の秘密の窃用等に該当し、通信の秘密の侵害となる。

○電気通信事業者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二次とりまとめ（平成27年9月）12頁

C&C サーバ等の FQDN が判明している場合において、感染者が情報窃取や金銭的被害等の深刻な被害を受けることを防ぐとともに、感染者を踏み台にした新たな攻撃の発生を防ぐため、ISP が自社 DNS サーバで処理する契約回線からのアクセスに係る FQDN を検知し、C&C サーバ等の FQDN の名前解決要求に係る通信を遮断することが考えられる。

この点、C&C サーバ等へのアクセスに対する遮断を行うに当たって利用等される通信の宛先 FQDN は、通信の構成要素であり、通信の秘密の保護の対象であることから、通信の宛先 FQDN を検知した上で、該当するアクセスを遮断することは、利用者の有効な同意がない限り、通信の秘密の窃用等に該当し、通信の秘密の侵害となる。

○同22頁

DNSAmp 攻撃やランダムサブドメイン攻撃を防止するため、ISP の網内の DNS サーバにおいて、ISP の自社 DNS サーバに過負荷を生ずることとなる名前解決要求に係る通信を遮断することが考えられる。そのため、DNS サーバが処理するすべての名前解決要求に係る FQDN を常時確認して、上記攻撃に用いられている名前解決要求に係る通信を割り出し、これを遮断することが考えられる。

名前解決要求に係る FQDN は、通信の構成要素として通信の秘密の保護の対象であるから、これらを常時確認し、上記攻撃に用いられている名前解決要求に係る通信を検知し、遮断することは、通信の秘密の窃用等に該当する。

○電気通信事業者におけるサイバー攻撃等への対処と通信の秘密に関するガイドライン（第4版、2015年11月）12頁

サイバー攻撃等の特性を把握した上、当該特性を有する通信のみを機械的に遮断することは、通信の秘密の侵害（窃用等）に当たりうる。

しかしながら、サイバー攻撃等により事業者設備に生じる侵害を防止するために行われる行為として、当該特性を有する通信を遮断するのではなく、DNSサーバへの検索において一時的に通信破棄用のIPアドレスを返答することも、通常は、正当防衛又は緊急避難として違法性が阻却される。

著作権侵害サイト対策検討における論点整理

2018年6月3日

一般財団法人情報法制研究所

情報法制研究タスクフォース（主幹理事：曾我部真裕）

本年4月13日、政府の知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議は「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急方針」（以下、「緊急方針」という。）を決定し、特に悪質な3つの海賊版サイト（及びこれらと同一とみなされるサイト）について、「法制度整備が行われるまでの間の臨時的かつ緊急的な措置として」「ブロッキングを行うことが適当」とした。

緊急方針の決定に先立つ4月11日、当タスクフォースは「著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する提言」（以下、「緊急提言」という。）を公表し、①緊急避難の要件充足性に関する疑問、②法治国家原理の潜脱、③プロバイダに対する不合理な負担という3つの問題点を指摘し、ブロッキングという措置自体の是非も含めて冷静な議論を行うよう提言を行った。

しかし、緊急方針においては、上記の通り「法制度整備」を行うことを予定し、また、ブロッキングを実施するために関係事業者、有識者を交えた協議体を設置し、早急に必要とされる「体制整備」を行うこととすると述べられたところである。

当タスクフォースとしては「緊急提言」にも述べたようにブロッキングという方法には問題が多く、今後の検討がブロッキングありきの形で進むことは決してあってはならないと考える。こうした観点から、本「論点整理」では、今後の「協議体」等での検討において踏まえるべき観点、検討すべき論点を以下の通り整理する。

1. 現行法のもとで可能な法的措置の再精査と実践

緊急方針に至るまでの議論の問題点として、これまでブロッキングを求める出版社側が現行法上可能な法的措置を尽くしたのかが不明な点が挙げられる。この点についてはこれまで、海賊版サイトやホスティング事業者、CDN事業者等に削除請求等を行ってきたが功を奏しなかったといった説明がされているが、インターネット技術者や専門の弁護士から、ほかにも取りうる措置が残されているとの指摘がなされている。

したがって、今後の議論の前提として、こうした専門家の助言のもと、改めて現行法のもとで可能な法的措置を精査し、実践することによって、現行法の実効性を見極めることが求められる。

なお、現行法による法的措置に課題があるとすれば、その一部は権利侵害に加担する海外事業者が関わる事案における民事訴訟・執行法制そのものの不備に由来する可能性がある。こうした不備は著作権侵害に限らずインターネット上の権利侵害対策に共通の障害となっているはずであり、より大きな視点から早急に見直しが必要である。

2. 自主的な取組の推進

次に、同じく現行法のもと、関係事業者において自主的な取組を行う余地がないかについても確認する必要がある。日本では、著作権侵害も含め、インターネット上の違法有害情報対策は、フィルタリングをはじめとした自主的な取組を中心としてなされてきたのであり、海賊版サイト対策においてもこうしたアプローチが追求されるべきである。

この点については、特に、海賊版サイトを支えている広告収入を断つための関係事業者の取組が可能かつ有効である。これまで、大手企業の広告が海賊版サイトに限らず、不適切なサイトに表示されることによって当該企業のイメージが悪化するといった事象が問題となっており、広告が意図しないサイトに表示されないようにする仕組みが必要だという認識が国際的にも高まっている。日本においても広告主の理解のもと、こうした取組が進められるべきであり、このことが海賊版サイト対策としても効果的である。

3. ブロッキング立法の課題

これまで述べたような対応の効果を見極め、十分な効果が見られないことが確認されて初めて、ブロッキングを認める立法の検討に進むべきである。その際には、以下のような課題が検討される必要がある。

(1) 立法事実の十分な検討

ブロッキングが通信の秘密や表現の自由を大きく侵害する措置であり、かつ、(2)で述べるような意味で影響の大きなものであることからすれば、立法事実として、出版社が海賊版サイトによって深刻な被害を被っており、ブロッキングを実施することによって実質的な対策が可能であり、かつ、そうした対策はブロッキング以外の方法では達成できないことが必要だろう。

この点に関しては、海賊版サイトによる被害実態を精査すること（緊急対策決定後に問題の3サイトは閉鎖されたり、接続が不安定になったりするなどの情勢の変化があるが、それによりどの程度売上が回復したかという点も含む。）が必要である。また、ブロッキングには回避策も存在し、万能ではないことから、ブロッキングによってどの程度の効果があるのかを海外事例の調査等を通じて十分に予測することも求められる。

(2) 他のブロッキング主張に対する影響の考慮

ブロッキングは違法有害情報対策のための強力な措置として、これまでもしばしばその導入が主張されてきた。しかし、ブロッキングは通信の秘密や表現の自由を大きく侵害する措置であるため、日本ではこれまで児童ポルノについて自主的な取組として行われてきたにとどまる。今回、海賊版サイト対策を理由に立法で認めようとするのであれば、他のブロッキング主張に対する影響について十分な検討を行う必要がある。

著作権侵害に対してブロッキングを認めるのであれば、他の知的財産権侵害対策についても同様の主張がなされるであろうが、これらについても同様にブロッキングを認めるの

か（あるいは、その余地を残すような理論構成をするのか。）。リベンジポルノや名誉毀損など、他の権利侵害についてどうか。さらに、フェイクニュース対策のような直接的な権利侵害情報ではなく、社会的法益の保護目的の場合はどうか。今回、ブロッキングを広く認めるような理論構成を行うのであれば、幅広いブロッキング要求に途を開き、インターネットの自由は大きな変容を迫られるおそれがあることに十分に思いを致すべきである。

（３）制度設計における課題

海賊版ブロッキングの制度設計については、多くの検討課題がある。

まずは、著作権保護と通信の秘密・表現の自由との憲法レベルでの較量に基づき、どのような場合であればブロッキングが許されるのかの基本的な決定を行う必要がある。その際、著作権侵害がどの程度であればブロッキングが正当化されるのか（前記のとおりそもそも正当化される場合があるかということ自体が問題ではあるが）、オーバーブロッキングのおそれの除去、他の手段が尽くされているのか（補充性）といったことが考慮されるべきである。

その上で、具体的な制度設計についての検討がなされることになるが、その際には、海外の経験も踏まえ、日本の既存の法制度との整合性にも留意しつつ、実効性かつ手続的適正を備えた制度が求められる。

海外事例も踏まえると、裁判所の決定に基づく司法型と、行政機関による命令に基づく行政型、さらには法律では基本的な決定のみを行い、具体的な制度設計は民間に委ねる共同規制型とが考えられる。司法型においては個々のプロバイダごとにブロッキング命令を得なければならないとすれば現実的ではないのではないかと、行政型ではどのようにして判断の中立性・客観性を担保するのか・検閲に当たるのではないかと、共同規制型では多数の事業者のそのスキームへの参加が得られるかどうか等々の課題があり、周到的な検討が求められる。

また、各方式に共通する課題として、費用負担の問題がある。通信事業者たるプロバイダの本来の業務は、ウェブページの内容にかかわらずユーザーの要求に従ってアクセスをさせることにある。ブロッキングは、著作権者の権利保護のために権利侵害者とは評価できないプロバイダに対して多額の負担を課すものであるから、制度設計により国による損失補償（憲法 29 条 3 項）あるいは著作権者による費用負担がなされなければならない。

4. おわりに

繰り返し述べてきたように、ブロッキングは通信の秘密や表現の自由を大きく侵害する措置であり、その導入を検討するのであれば、それにふさわしい態勢が求められる。事実関係を十分に調査するとともに、法的な課題が多くの方分野にまたがっていることから各分野の専門家の参加を得て、オープンかつ理性的に検討されることが切に期待される。

以 上

本件についての問い合わせ先

一般財団法人情報法制研究所 専務理事／事務局長 江口清貴

東京都千代田区永田町二丁目17-17 AIOS 永田町312号室

電話番号；070-3811-9024 E-mail：jilis@jilis.org