

ブロッキングの法制度整備に 関する憲法上の論点の検討

2018.7.25

インターネットの海賊版対策に関する検討会議

東京大学大学院法学政治学研究科教授 宍戸 常寿

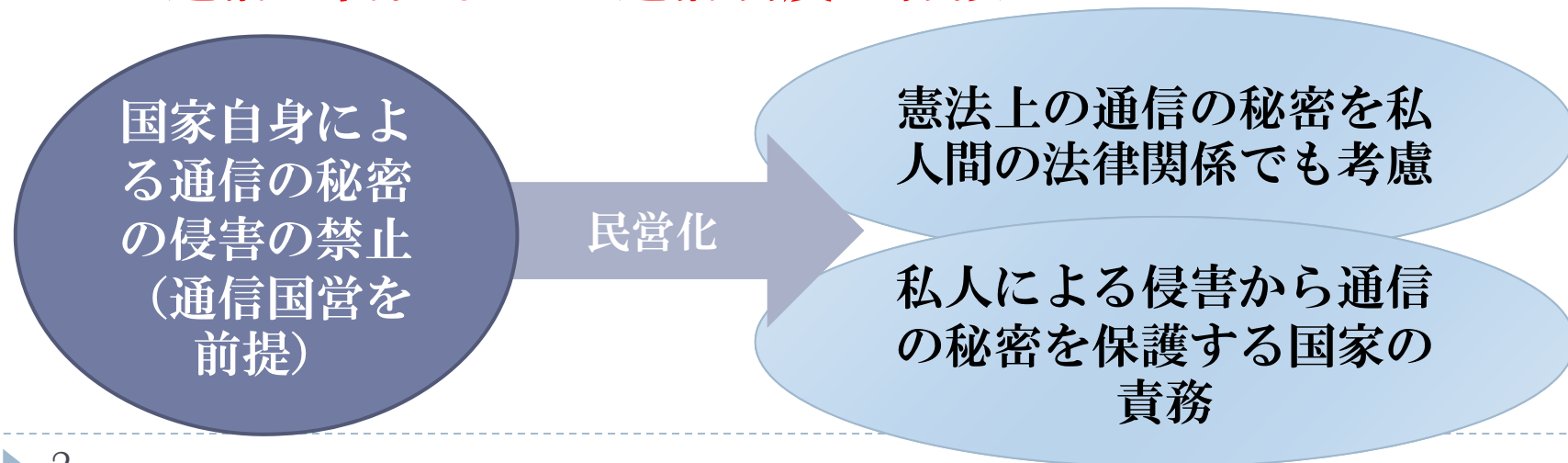
1 通信の秘密の保障

憲法第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。

✓ 通信の秘密の保障の趣旨

- ① 表現の自由（親密な表現、匿名表現）
- ② プライバシー（個人情報保護との重なり）
- ③ 通信の自由または通信制度の保護



1 通信の秘密の保障

- ✓ 「通信」の意義
 - **特定**の発信人と**特定**の受信人との間のコミュニケーション
 - 郵便物、電信・電話、Eメール、インターネットの利用
- ✓ 「通信」の範囲
 - 個々の通信の内容
 - 個々の通信の存在に関する事実（メタデータ）
IPアドレス、発信者情報、発信日時・場所等
※口座番号等の契約者情報等は通信の秘密ではなく個人情報
- ✓ 通信の秘密の機能
 - 通信制度の根幹
 - 通信の自由・**インターネットの自由**の実現

2 通信の秘密の制約

- ✓ 私人による知得・**窃用**・漏洩
 - 信書開披
 - 通信事業者によるブロッキング
 - 通信履歴の漏洩
- ✓ 公権力による知得・窃用・漏洩
 - 令状に基づく通信傍受
 - 税関検査
 - 刑事収容施設被収容者の信書の検査
- ✓ 公権力が私人に対して国民の通信の秘密の侵害を命じたり義務づけたりすること
 - 例：令状に基づき通信履歴の提出を通信事業者に求める

通信を成立させるためにやむをえない範囲で、通信の秘密を知得し利用することは、正当な利用であり許される

通信の成立とは無関係な（例：通信を妨げる目的での）通信の秘密の利用は「窃用」にあたる

なお個人情報一般の目的外利用も、原則として許されないことに留意

3 通信の秘密の制約の合憲性判断枠組み

✓ 人権制約の一般論

憲法の保障する基本的人権を、法律により、公共の福祉（憲法13条）を実現するために必要かつ合理的な制約は許される

✓ 人権の制約により得られる利益と人権の制約により失われる利益の比較衡量

- 利益の内容・性質、制約の程度等の具体的な検討

✓ 立法事実（規制を裏付ける一般的社会的事実）の検討

✓ 比例原則（目的と手段の審査）

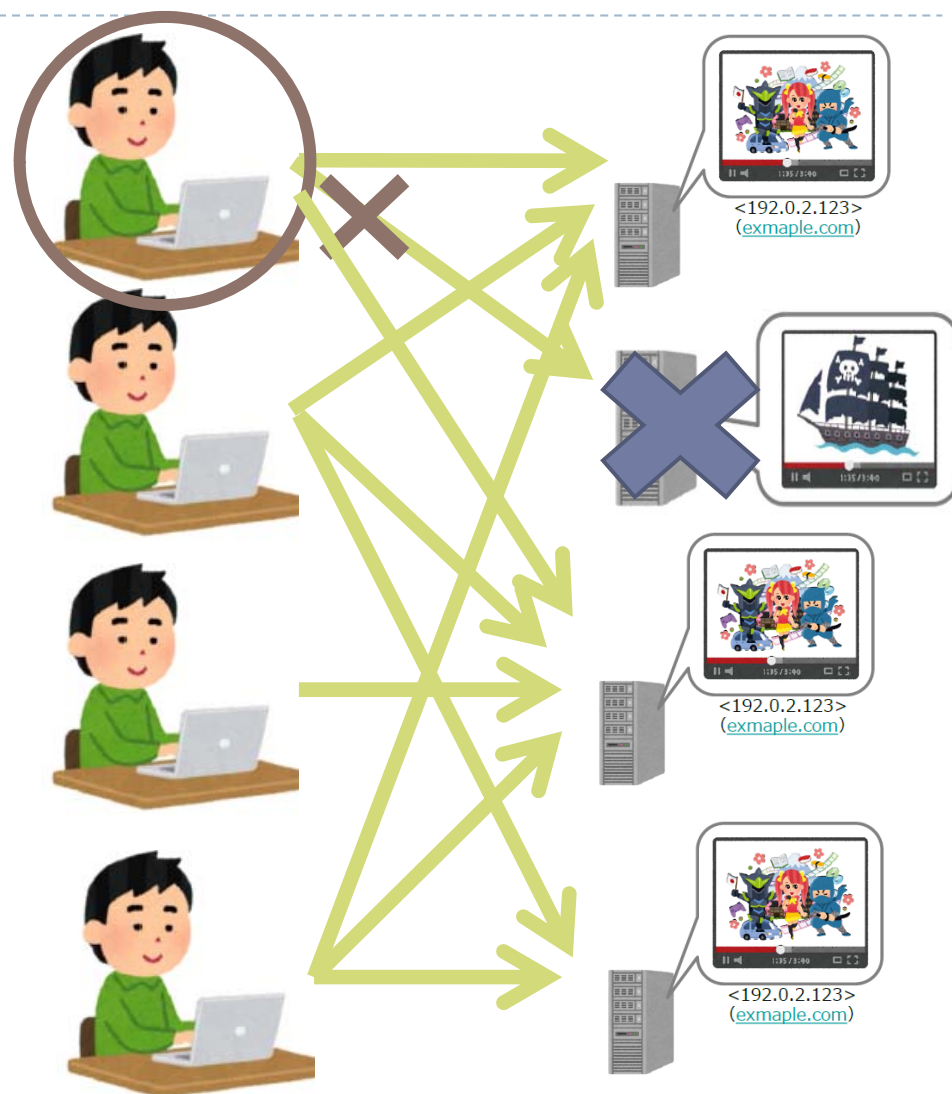
- 具体的な立法目的：規制の必要性と合理性
（事前抑制の場合には法益侵害のおそれの蓋然性と重大性）
- 目的達成手段の合理性（規制の実効性）
- 目的達成手段の必要性（権利制限の程度、他に選ぶうる手段の存否） 等

✓ 精神的自由（コミュニケーションの自由）の制約において注意すべき点

- 二重の基準の理論
厳格審査：やむにやまれぬ政府利益の基準
中間審査：重要な公共的利益を達成するために他に選ぶうる手段（LRA）がないこと
- 具体的・実質的な立法事実の必要
- 事前抑制については制約の基準が明確に定められること
- 制約の範囲が過度に広汎でないこと

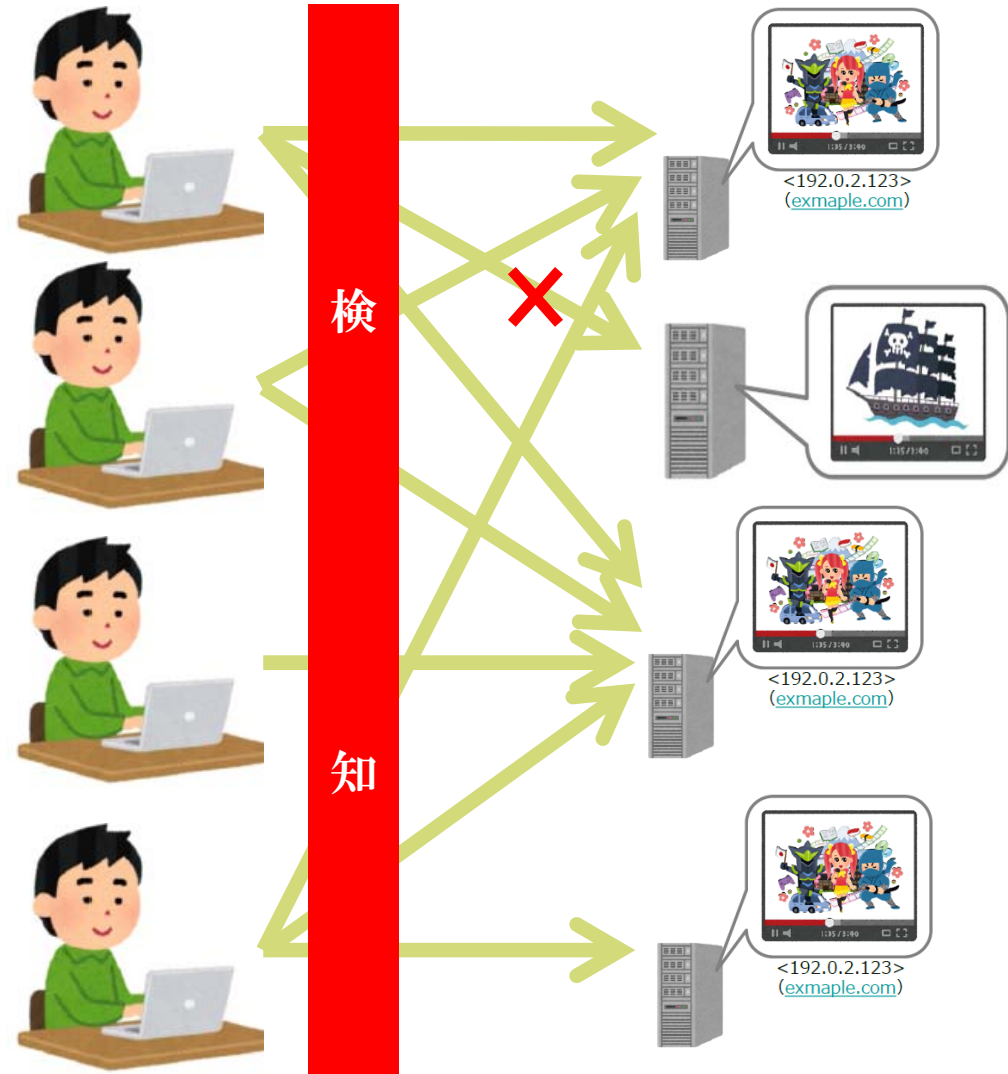
4 通信の秘密から見たブロッキングの論点 (他の海賊版対策と比較した特性)

- ✓ 発信者への規制
 - = 当該発信者との通信を遮断
 - テイクダウン
 - ホスティングプロバイダでの閲覧防止措置
- ✓ 受信側での対策
 - = 当該受信者の通信一般を検知し特定の通信を遮断
 - フィルタリング



4 通信の秘密から見たブロッキングの論点 (他の海賊版対策と比較した特性)

- ✓ **ブロッキング**
= 受信者一般の通信一般を検知し特定の通信を遮断
- ↓
- ✓ 他の遮断措置と共通の問題点に加えて、
- ✓ 不特定多数の無辜の利用者の
- ✓ 海賊版サイトの閲覧と関わりのない多数の通信を検知し、
- ✓ 大量監視(massive surveillance)につながる



4 通信の秘密から見たブロッキングの論点（特性を前提にした基本的な考え方）

- ✓ 通信の秘密も、法律に基づき、公共の福祉を実現するために必要かつ合理的な範囲での制限は許される
- ✓ その意味でブロッキングが絶対的に違憲でないとしても、
 - ① 海賊版サイトの閲覧行為を困難にすること だけでなく、
 - ② それ自体として海賊版サイトの閲覧とは関わらない受信者一般の通信一般の秘密を網羅的・一般的に検知すること
 - ③ それにより、個々の遮断措置を超えて、ブロッキングの仕組み自体がインターネット上の知る権利一般に対する重大な制約たりうること

からすれば、**ブロッキングは、通信の秘密に対する重大な制約であり、その法制化の合憲性は慎重に判断すべき**

- ✓ 少なくとも、具体的・実質的な立法事実裏付けられた、重要な公共的利益の達成を目的として、目的達成手段が実質的に合理的な関連性を有し、他に実効的な手段が存在しないか著しく困難な場合に限られる

4 通信の秘密から見たブロッキングの論点（立法目的及び目的達成手段の合理性）

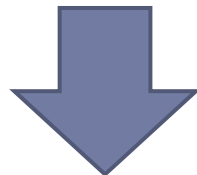
- ✓ 憲法判断における立法目的とは抽象的なもの（著作権者の正当な利益の保護）ではない
→ブロッキングという特定的手段により達成される利益とは具体的に何か
=ブロッキングにより抑止される侵害の具体的態様を特定すべき
- ① 海賊版サイトを撲滅・海賊版サイトへの全アクセスを遮断すること
→ブロッキングは実効的手段でない（インターネット上で当該目的を達成することは不可能）
発信者規制（海賊版サイトの閉鎖）しかない
- ② 海賊版サイトのアクセス減少により広告収入減少を通じて、当該サイトを閉鎖に追い込むこと
→広告出稿抑止等が直接的な手段、ブロッキングは間接的手段にすぎない
効果・因果関係の検証、この範囲で回復・実現される著作権者の利益と全利用者の通信の秘密の衡量が必要
- ③ インターネットに詳しい利用者や海賊版サイトを閲覧するために手間をかける利用者を除く一般利用者が、容易にあるいは不注意に海賊版サイトへアクセスすることを困難にすること
→当該目的との関係ではブロッキングは合理的な手段たり得る
ただし、他の回避手段及びその利用の容易性、この範囲で回復・実現される限定された著作権者の利益と全利用者の通信の秘密の衡量が必要
さらに、インターネットに詳しい利用者や海賊版サイトを閲覧するために手間をかける利用者のアクセスは制限できないことをも考慮して、目的の正当性を判断すべき

4 通信の秘密から見たブロッキングの論点（整合性、目的達成手段の必要性）

- ✓ 仮に、上記目的を通信の秘密を制約しうる重要な利益と認めるならば、より直接かつ明白な権利侵害行為も、法的整合性の観点から、当然問題になる
 - 被写体となった個人の人格の蹂躪である児童ポルノの流通
 - 名誉毀損・プライバシー侵害等の人格権侵害 等
- ✓ ブロッキング以外に同程度に立法目的を達成する手段が存在しない、あるいはそれが著しく困難であるかどうか
 - 通信の秘密や知る権利により制限的でない他の手段（削除要請、CDN対策、検索エンジン対策、広告出稿抑止等）の具体的な実効性、その総合によってもなお目的達成に不十分といえるかどうかの検証が必要
 - とりわけ青少年が容易にあるいは不注意に海賊版サイトにアクセスすることを困難にする手段であり、インターネット上における違法有害情報対策の最も基本的な手段であるフィルタリング（＋リテラシー教育）の実効性及び効果促進施策についての検討が不可欠
 - 遮断される範囲を必要最小限度に限定する必要（→5）

5 ブロッキング対象サイトの基準

- ✓ 通信の秘密に加えて、知る権利の観点からも、遮断の範囲はオーバーブロッキングを避けるために真に必要な範囲に限定されなければならない
- ✓ 個別の適用において現実のサイトがブロッキング対象であるかどうかの明確な基準が、法律上設定されなければならない



- ✓ 基準は、もっぱら著作権侵害サイトといえるサイトに限定されるべき（そうでなければ上記の立法目的にも適合しない）
- ✓ 通信の秘密の制約としての目的達成手段の必要性を担保するため、海外サーバーにあるだけでなく、現に削除措置等を取ったか採ることが著しく困難であるサイトであることを、要件とすべき

6 ブロッキング対象サイトの判断・手続 (行政型、民間型)

(行政機関による判断)

=検閲禁止 (憲法21条2項) 趣旨から許されないと解される

- ブロッキングは税関検査と比べて、より事前抑制的性格が強く、網羅的一般的な審査となり、司法審査の機会を担保することが困難
- 税関検査については、税関長のわいせつ性に関する判断が違法とされた例もある (最判平成20・2・19)
- 自由な情報流通を基本とするインターネットにおいて、税関検査のような水際防止的措置を採ることは、表現の自由に加えて、”Society 5.0 “等、わが国の総合的政策体系との整合性からも疑問

(民間団体による判断)

- 当該団体の独立性・専門性・中立性・公平性・透明性をどのように確保すべきか
- 私的な団体の判断に、当該団体の構成員ではない利用者一般の知る権利や通信の秘密を制約する法的拘束力を付与することが許されるか
- 結局のところ、検閲と同じ問題が生じるおそれ

(参考) 税関検査事件最高裁大法廷判決 (最大判昭和59・12・12)

「憲法二一条二項にいう「検閲」とは、行政権が主体となつて、思想内容等の表現物を対象とし、その全部又は一部の発表の禁止を目的として、対象とされる一定の表現物につき網羅的一般的に、発表前にその内容を審査した上、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。」

「税関検査の結果、輸入申告にかかる書籍、図画その他の物品や輸入される郵便物中にある信書以外の物につき、それが三号物件に該当すると認めるとに相当の理由があるとして税関長よりその旨の通知がされたときは、以後これを適法に輸入する途が閉ざされること前述のとおりであつて、その結果、当該表現物に表された思想内容等は、わが国内においては発表の機会を奪われることとなる。また、表現の自由の保障は、他面において、これを受ける者の側の知る自由の保障をも伴うものと解すべきところ……、税関長の右処分により、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、右の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。」

しかし、これにより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つて、その輸入を禁止したからといつて、それは、当該表現物につき、事前に発表そのものを一切禁止するというものではない。また、当該表現物は、輸入が禁止されるだけであつて、税関により没収、廃棄されるわけではないから、発表の機会が全面的に奪われてしまうというわけのものでもない。その意味において、税関検査は、事前規制そのものということとはできない。」

「税関検査は、関税徴収手続の一環として、これに付随して行われるもので、思想内容等の表現物に限らず、広く輸入される貨物及び輸入される郵便物中の信書以外の物の全般を対象とし、三号物件についても、右のような付随的手続の中で容易に判定し得る限りにおいて審査しようとするものにすぎず、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。」

「税関検査は行政権によつ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く、また、前述のように、思想内容等の表現物につき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のであつて、行政権の判断が最終的なものとされるわけではない。」

「憲法二一条二項後段の規定は、郵便物については信書の秘密を保障するものであるが、関税法七六条一項ただし書の規定によれば、郵便物に関する税関検査は、信書以外の物についてされるものであり、原審の適法に確定したところによると、本件の上告人あての郵便物は、いずれも信書には当たらないというのであるから、右郵便物についてした税関検査は、信書の秘密を侵すものではない。したがつて、その余の所論に論及するまでもなく、憲法二一条二項後段違反の主張は理由がない。」

6 ブロッキング対象サイトの判断・手続 (司法型)

✓ 特定のサイトがブロッキング対象リストに該当するかを司法手続で判断する場合であっても、表現者（侵害者）と被害者の間で争われる人格権侵害についての裁判とは、根底的に状況が異なる

➤ プロバイダを被告とするためには、プロバイダが権利侵害の責任を負うという法律構成を取るべきだが、それが妥当か、他の違法有害情報対策等との整合性はどうか、プロバイダ責任制限法と同様の問題といえるのか

➤ プロバイダが権利侵害の責任を負わないとすれば、なぜ当事者たり得るのか

➤ 裁判所が判断すべき義務違反や命ずべき具体的な行為が特定されているか

=わが国法制から見て、オーストラリアにおけるno fault remedy類似の発想を日本法制に導入することの是非について慎重な検討が必要

→**司法権**の行使に具体的事件性（法律上の争訟（裁判所法3条）すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する裁判）を要求する**憲法76条**との整合性にも関わる

(非訟手続)

✓ 判例に照らしても、裁判所が非訟手続でブロッキングを命じること（特に裁量的に諸般の事情を考慮すること）は、網羅的・一般的な遮断であり**検閲**に該当して違憲になりうるのではないか

(参考) 北方ジャーナル事件最高裁大法廷 判決 (最大判昭和61・6・11)

「一定の記事を掲載した雑誌その他の出版物の印刷、製本、販売、頒布等の仮処分による事前差止めは、裁判の形式によるとはいえ、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とされているなど簡略な手続によるものであり、また、いわゆる満足的仮処分として争いのある権利関係を暫定的に規律するものであつて、非訟的な要素を有することを否定することはできないが、仮処分による事前差止めは、表現物の内容の網羅的一般的な審査に基づく事前規制が行政機関によりそれ自体を目的として行われる場合は異なり、個別的な私人間の紛争について、司法裁判所により、当事者の申請に基づき差止請求権等の私法上の被保全権利の存否、保全の必要性の有無を審理判断して発せられるものであつて、右判示にいう「検閲」には当たらないものというべきである。」

「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的効果が事後制裁の場合より大きいと考えられるのであつて、表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法二一条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうるものといわなければならない。」

6 ブロッキング対象サイトの判断・手続 (その他の論点)

(手続保障等)

- ✓ **適正手続（憲法31条）**・**裁判を受ける権利（憲法32条）**の保障の観点から、本来的な当事者である海賊版サイトとされるサイトの運営者に告知聴聞の機会を認めなければならない（第三者所有物没収事件判決（最大判昭和37・11・28）も参照）
- ✓ 裁判所の判断の専門性を補う観点から、専門的な民間団体がアマカス的に意見書の提出を認める事も考えられるのではないか

(費用負担)

- ✓ ブロッキングの費用には設備、リスト作成、個々のプロバイダの実運用（当該サイトの状況の定期的なチェックを含む）、オーバーブロッキングの際の補償等が考えられる
- ✓ プロバイダ等に対してブロッキングを公権力が命じることは、**営業の自由（憲法22条、29条）**の制約の問題も生じさせる
- ✓ ブロッキングを求める権利者が費用を負担するか、そうでなければ「特別の犠牲」としてプロバイダが国家に補償を求めることができるものとすべきでないか（**憲法29条3項**参照）

7 まとめ

✓ 海賊版サイトのブロッキングの法制化は、

- 通信の秘密
- 検閲禁止
- 表現の自由（知る権利）

との関係で重大な憲法上の問題点があり、その他の憲法上の論点（司法権・適正手続・営業の自由等）についても問題を含むものと考えられる

✓ 仮に憲法適合的な法制化を行おうとするのであれば、

- 立法事実として、**ブロッキング及びフィルタリング等それ以外の海賊版対策サイト**についてその実効性や法的・技術的課題を具体的・多面的に検討すべき
- **民法・民事訴訟法・著作権法・電気通信事業法等の基本的な法制度とその運用**を正確に把握すべき
- **外国法制とその運用について適切な比較分析を行い、わが国法制と整合的な検討を行うべき**

参考文献

- ✓ 安心ネットづくり促進協議会児童ポルノ対策作業部会法的問題検討サブワーキンググループ報告書(2010年)
- ✓ JILIS情報通信法制研究TF「著作権侵害サイトへのブロッキング要請に関する緊急提言」(2018年4月11日)
<https://jilis.org/proposal/data/2018-04-11.pdf>
- ✓ JILIS情報通信法制研究TF「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)
<https://jilis.org/proposal/data/2018-06-03.pdf>
- ✓ 大島義則「『著作権侵害サイトのブロッキング要請に関する緊急提言シンポジウム』参加レポート」NBL1122号(2018)
- ✓ 成原慧「海賊版サイトのブロッキングをめぐる法的問題」法学教室453号(2018)