

●●●●● 海賊版サイトへのブロッキングを巡って ●●●●●

オープンな場で筋の通った検討を

——ブロッキングの法的な問題点

京都大学 大学院法学研究科教授 曾我部 真 裕

本稿では海賊版サイトブロッキングに関する憲法的・法的な問題点について整理し、今後の検討における課題を提示してみたい。なお、筆者はこの問題についてすでに複数のウェブメディア上で記事を執筆しているので（注1）、あわせてご参照いただければ幸いである。また、一般財団法人情報法制研究所（JILLIS）では、筆者を取りまとめ役として複数の提言を公表しているが（注2）、本稿はこれらの提言とは別に、個人としての考えを述べるものである。

通信の秘密の侵害

ブロッキングの問題点としてまず指摘されるのは、通信の秘密の侵害である。ブロッキングは、プロバイダーが、インターネットユーザーのアクセスしようとするサイトを探知し、それがブロッキング対象リストに掲載されているのであればアクセスを遮断するものである。つまりプロバイダーは、ユーザーの「アクセス先」の情報を、通信の接続という本来の目的とは異なる目的で利用する点で、通信の秘密を侵害することになる。本誌の読者であれば、電話の前身は盗聴

されなくても、誰と通話したかという情報自体センシティブであり得ることは理解されるだろう。同様に、アクセス先（＝通信の相手方）は、通信の「秘密」に含まれ、保護される。

通信の秘密の侵害に対しては、電気通信事業法に罰則が定められている（同法179条）。通信の秘密の侵害は犯罪とされているのである。そこで、法律の明文上の根拠なく、プロバイダーが自主的にブロッキングを行おうとする場合、この通信の秘密侵害罪との関係が最大の法的な問題となり、これまでの議論ではこの点が中心的な論点とされてきた。

すなわち、形式的には通信の秘密侵害にあたったとしても、①現在の危難②補充性（やむを得ないこと）③法益権衡（生じた害が避けようとした害の程度を超えないこと）——の3要件を満たせば緊急避難として犯罪は成立しないという刑法（37条）の規定によってブロッキングを認めることができないかが議論されてきた。現在行われている、プロバイダーの自主的な取り組みとしての児童ポルノサイトのブロッキングはこうした理解に基づいており、今回の海賊版サイトについても緊急避難の要件を満たすかどうか



そがべ・まさひろ=1974年生まれ。専門は憲法・情報法。京大准教授、パリ政治学院客員教授などを経て、2013年から現職。著書『反論権と表現の自由』『憲法学のゆくえ』（共著）などがある。

争われている。

否定説が有力であるように思われるが、ブロッキングを認める立法を行うならば緊急避難の成否自体はもはや論点にならない。しかし、立法を行う場合には、憲法上の通信の秘密（憲法21条2項）との関係が正面から問題となる。この点については、次の2点を指摘しておきたい。

一つは、ブロッキングがアクセス先を探知してアクセス遮断を行う点で通信の秘密を侵害することは電気通信事業法の通信の秘密の場合と同じであるが、ブロッキングだけの目的のために、通信内容ではなくアクセス先を機械的に探知して利用するもので、通信の秘密の侵害としては程度が高くないとも言える。このことだけを考えれば、ブロッキング履歴を他の目的に利用したりしないような担保があれば、ブロッキング立法の合憲性は

ある程度緩やかに認められるのではないかとも思われる。

しかし第2に、ブロッキングはこのあと述べるように、表現の自由（知る権利）やプロバイダーの自由に関わる措置であるから、やはりその合憲性は慎重に考える必要がある。

表現の自由と著作権侵害

電気通信事業法に定める通信の秘密侵害罪との関係を中心とする議論の中では後景に退いているが、ブロッキングに関する法的問題として、通信の秘密と同様、あるいはそれ以上に重要なのは、表現の自由の問題である。ブロッキングは、特定のサイトの閲覧を遮断する措置なので、インターネットユーザーの知る権利（これも表現の自由の一部）の侵害であり、また、発信者にとっても自らの情報発信が受け手に届かなくなるため、発信者の表現の自由の侵害でもある。ブロッキング立法に関しては、発信者の表現の自由と受け手の知る権利は表裏の関係にあるから、以下では主に発信者の表現の自由の観点から検討する。また、発信者にも2類型があるので区別して述べる。

最初に検討するのは、著作権を侵害する情報発信を行っている者との関係である。これについては、著作権侵害を行っているのだから、ブロッキング対象となっても仕方がないのではないかと考える読者もいるかもしれない。

しかし、著作権侵害にもさまざまなものがあり、厳密に言えば著作権侵害になるかもしれないが社会的には許容されている、という類のものも少なくない。例えば、新聞記事をまるごと転載して感想を述べているような個人のブログ記事や、アニメキャラクターの二次創作的なものである。これらは、著作権侵害であるからといって、ブロッキング対象とされるべきではない。ブロッキングは閲覧そのものを遮断する検閲的な側面を持っているため、対象は、今回政府の対策のきっかけとなった「漫画村」等のような、明らかな海賊版サイトに限るべきだろう。話が前後するが、技術的な観点からは、ブロッキングの方式にはいくつかあり、現在児童ポルノサイトのブロッキングで多く利用されているのはDNSブロッキングという方式である。詳細は省くが、この方式は比較的低コストで導入が可能である一方で、ページ単位でなくドメイ

ン単位でしかブロッキングできない。

児童ポルノの例で言えば、一つのドメインに児童ポルノ画像と適法画像とが混在していた場合にブロッキングを行うと、適法画像まで見られなくなる（オーバーブロッキング）。適法な表現であって何ら規制されるいわれのないものが巻き添え的にブロッキングされてしまうのだから、表現の自由の深刻な侵害である。

特に、児童ポルノ画像の発信者と適法画像の発信者とが異なる場合、巻き添え的なブロッキングが正当化される余地は極めて小さいと言わなければならない。

したがって、現在の児童ポルノのブロッキング基準では、不当なオーバーブロッキングが生じないよう配慮されている。その結果、ブロッキング可能なドメインは極めて限定的なものとなっている。

以上のような議論は、著作権ブロッキングの立法を検討する際にも当然問題となる。この観点からもブロッキングが可能なサイトはかなり限られることになる。

さらに、ブロッキングを実際に行うプロバイダーの立場にも配慮が必要である。プロバイダーの活動はひとまず営業の自由（憲法22条1項）として保障されると捉える。一般に、営業の自由は表現

の自由よりも制約が広く認められやすいとされるが、プロバイダーはインターネット上の情報流通のインフラとして重要な役割を担っているのであるから、このような一般論をそのまま当てはめるのではなく、より慎重な考慮が必要である。

また、通信事業者たるプロバイダーの本来の業務は、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プロバイダーの本来の業務に反する負担を課すものであるから、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。

制度設計における課題

これまでの議論を踏まえると、「漫画村」等の明らかな海賊版サイトに限ったブロッキングは、オーバーブロッキングを避けるような基準のもと、通信の秘密について上述のような配慮を行い、プロバイダーに対する補償を行えば憲法上許容されるように思われる。しかし、憲法上のハードルは他にも存在する。

まず、今述べたようなことがらを担保

する仕組みが必要である。基準が厳格であってもその該当性を判断する主体や手続きが恣意を許すようなものであつては意味がない。具体的な仕組みとしてはいくつかの方式が想定されるが、一長一短である。例えば、諸外国では裁判所による判断を前提とする司法型が多く見られるが、日本ではプロバイダーが多数存在し、それらのすべてを相手取って法的措置を取らなければならないとするのは現実味に欠けるだろう。また、行政が審査の上、特定のサイトについてブロッキング命令を出すという行政型は実効性を確保しうるが、行政がサイトの内容を審査するという形になることから慎重意見が多く出ることが予想される。

また、そもそも、今のような具体的な制度設計を検討する前に、ブロッキングが上記のように表現の自由やプロバイダーの自由に対する制約になるのであるから、立法の前提として、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という事情（立法事実）が存在することが示される必要がある。

この関連で認識しておくべきことは、ブロックキングはさまざまな意味で万能ではないということである。技術的な回避策が存在するし、著作権侵害サイトのすべてをブロックキングできるわけではないのは上述のとおりである。ブロックキングを導入して表現の自由やプロバイダーの自由に対してリスクを与える一方で、さほど効果がないということになってはならない。

今後の検討に向けて

以上の検討からすれば、海賊版サイトに対するブロックキングを認める立法措置を行うことは、憲法上、不可能ではないにしても、現実には道のりは遠い。

まずは、上述のようなブロックキング立法の前提となる立法事実がオープンな場で提示されることが必要だろう。現状では、被害実態がどのようなものか、出版社側はどのような手段をとったのか、捜査機関による摘発はどの程度困難なのか、広告業界との協力などによる自主的な取り組みは有効な対策とならないのか等々、不透明な点が多い。ブロックキングが本稿で述べたようにさまざまな憲法上の権利の制約に当たるものとすれば、その例外として認めるにふさわしい筋の通った検討がなされるべきであろう。

(注1) 拙稿「海賊版ブロックキング問題 憲法の観点から問題点を整理する」THE PA GE 18年5月5日 (<https://thepage.jp/detail/20180505-00000002-wordleaf>)、同「漫画村と政

府が『同じ穴のムジナ』と言える3つの理由」iRONNA 同年5月6日 (<https://ronna.jp/article/9588>)、同「海賊版サイトへのアクセス遮断は是非か」WEBRONZA 同年6月6日 (<http://webronza.asahi.com/politics/articles/2018053100005.html>)。その他、包括的な検討として、成原慧「海賊版サイトのブロックキングをめぐる法的問題」法学教室453号(18年)45ページ以下。

(注2) 情報法制研究所情報通信法制研究タスクフォース「著作権侵害サイトのブロックキング要請に関する緊急提言」(18年4月11日)、「インターネット上の海賊版サイトに対するブロックキングの実施について」(同年4月27日)、「著作権侵害サイト対策検討における論点整理」(同年6月3日)。いずれも同研究所ウェブサイト (<https://jilis.org/index.html>) に掲載。