

通信の秘密を巡る現状と課題

情報法制研究会（2018/5/19）

曾我部真裕（京都大学）

JILIS



京都大学
KYOTO UNIVERSITY

はじめに

- 報告者とブロッキング問題との関わり
 - 安心ネットづくり促進協議会（安心協） 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）
 - アドレスリスト作成・管理の在り方サブワーキンググループ（2011年）
 - 一般社団法人インターネットコンテンツセーフティ協会（ICSA）との関わり。
 - 情報法制研究所（JILIS） 情報通信法制研究タスクフォース研究主幹
 - 「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」（2018年4月11日）

1. 「緊急対策」と「緊急提言」

知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」（4月13日）

- 3つの海賊版サイトのブロッキングをプロバイダに要請する内容となることも伝えられたが、実際に決定された文面は、非常に分かりにくい内容。
- 「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、特に悪質な海賊版サイトのブロッキングについては、通信の秘密や表現の自由との関係でも、緊急避難の要件を満たす場合には、その侵害について違法性が阻却されるものと考えられる。」
 - 緊急避難の要件が充たされるかどうかを明らかにしていない。
 - 他方で、「緊急対策」では、3サイトがブロックできることが前提であるかのような表現も見られる。
- 結局、知財本部のこの「緊急対策」は、どのようなメッセージを発しているのかが明らかではなく、全体として趣旨が不明瞭。

JILIS情報通信法制研究TF「緊急提言」(4月11日)

一般財団法人情報法制研究所 (JILIS) 情報通信法制研究タスクフォース

研究主幹 曾我部 真裕 (JILIS 理事、京都大学教授)

構成員 穴戸 常寿 (JILIS 理事、東京大学教授)

構成員 新保 史生 (JILIS 参与、慶應義塾大学教授)

構成員 丸橋 透 (JILIS 上席研究員、明治大学教授)

構成員 成原 慧 (JILIS 上席研究員、九州大学准教授)

構成員 森 亮二 (英知法律事務所、弁護士)

オブザーバ 鈴木 正朝 (JILIS 理事長、新潟大学教授、理化学研究所 PI)

オブザーバ 江口 清貴 (JILIS 専務理事)

オブザーバ 玉井 克哉 (JILIS 参与、東京大学教授、信州大学教授)

オブザーバ 板倉 陽一郎 (JILIS 参与、弁護士)

オブザーバ 上沼 紫野 (JILIS 上席研究員、弁護士)

オブザーバ 加藤 尚徳 (JILIS 研究員)

JILIS情報通信法制研究 T F「緊急提言」(4月11日)

- 提言前後の経緯

- 緊急シンポジウム (22日)
- NTTグループがブロッキングを実施する方針を明らかに (23日)

- 基本的な立場

- 「このたび政府において検討されているプロバイダに対する著作権侵害サイトのブロッキング要請 (以下、「本件要請」という。) には、以下の通り、法的に見て大きな問題があり、このような要請を行うことは差し控え、立法前の要請の可否、ブロッキングという措置自体の是非も含めて改めて冷静な議論を行うよう緊急に提言する。」

JILIS情報通信法制研究 T F「緊急提言」（4月11日）

① 緊急避難（刑法37条）の要件充足性に関する疑問

- 「補充性要件に関連して、警察による摘発や被害者による法的措置の努力が十分に行われているのかが不明である」。
- 「法益権衡要件に関しては、著作権という財産権が当然に利用者一般の通信の秘密に優位するといえるのか疑問である」。

→安心協法的問題検討サブワーキンググループ報告書

- ブロッキングの効果と法益権衡要件との関係

(参考) 安心協法的問題検討サブワーキンググループ報告書

著作権侵害との関係では、著作権という財産に対する現在の危難が認められる可能性はあるものの、児童ポルノと同様に当該サイトを閲覧され得る状態に置かれることによって直ちに重大かつ深刻な人格権侵害の蓋然性を生じるとは言い難いこと、補充性との関係でも、基本的に削除（差止め請求）や検挙の可能

性があり、削除までの間に生じる損害も損害賠償によって填補可能であること、法益権衡の要件との関係でも財産権であり被害回復の可能性のある著作権を一度インターネット上で流通すれば被害回復が不可能となる児童の権利等と同様に考えることはできないことなどから、本構成を応用することは不可能である。

JILIS情報通信法制研究 T F「緊急提言」(4月11日)

② 法治国家原理からの逸脱

- 法律の根拠なくして事実上強制力の強い要請を行うことの問題性をいうもの。
- 法治国家原理は、日本国憲法でも41条等で当然の前提とされている根本的な原理であって、国家が権利の制限や義務付けを行うためには、国会の制定した法律に基づく必要があるという原理である。事実上の強制を法律の根拠なくして行うことは、法治国家の潜脱であって問題が大きい。
- 児童ポルノブロッキングも同様ではないかという意見について。

JILIS情報通信法制研究 T F「緊急提言」(4月11日)

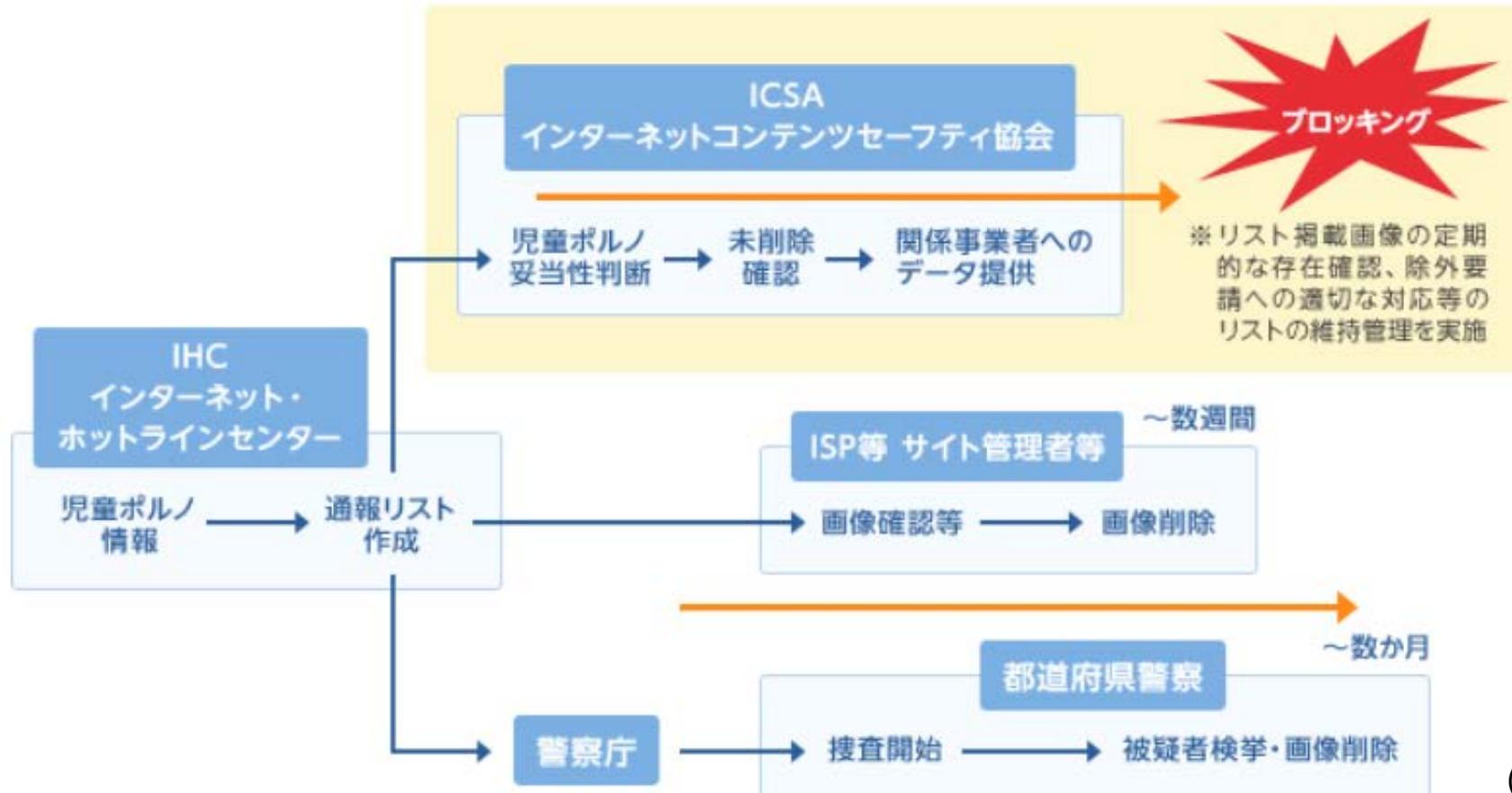
③ 通信の自由を支えるプロバイダに対する不合理な負担

- ブロッキングの効果には限界があるにもかかわらず、プロバイダはブロッキングのために相応のコストやリスクを負担する必要があり、プロバイダに対して不合理な負担を負わせる恐れがあるということである。言うまでもなくプロバイダはインターネットによる通信の自由を支える不可欠なインフラであるため、こうした事態は望ましくない。

2. 児童ポルノブロッキングの議論を振り返る

児童ポルノブロッキング実施体制

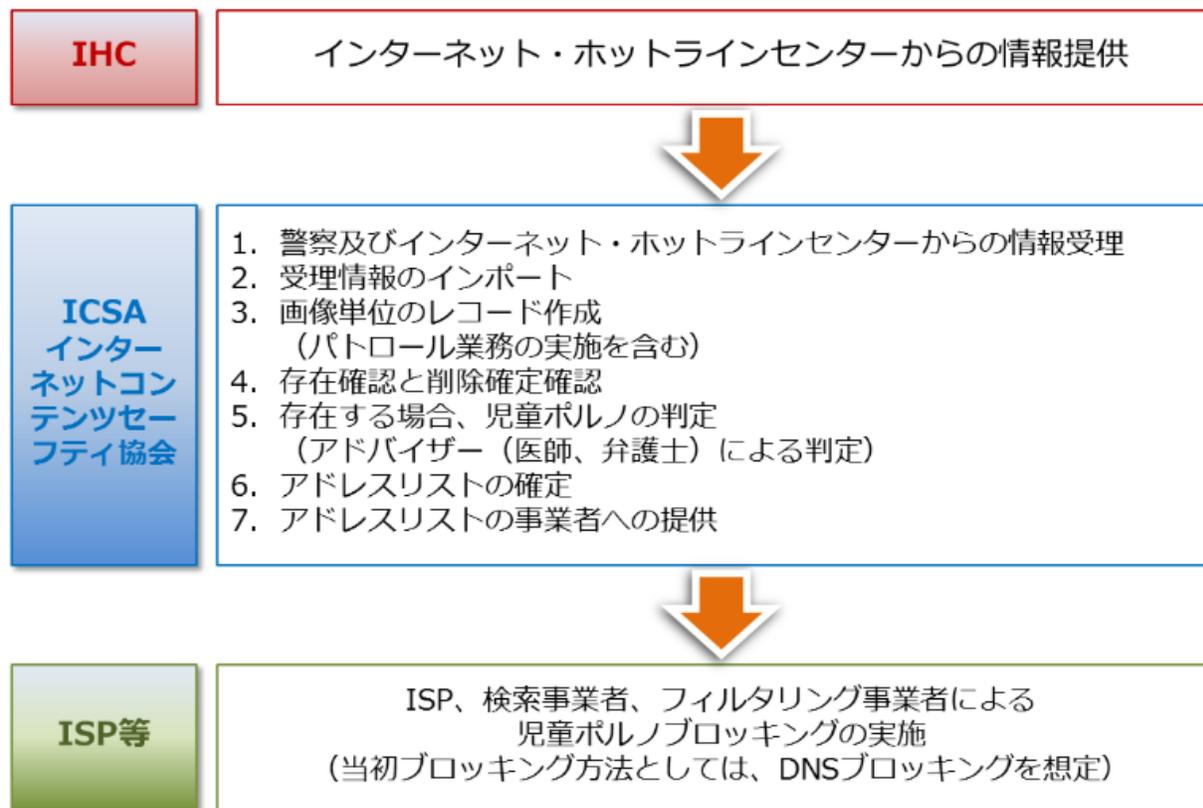
・ブロッキング実施イメージ図



(ICSAウェブサイトより)

児童ポルノブロッキング実施体制

ブロッキングのための児童ポルノアドレスリスト作成フロー



(ICSAウェブサイトより)

DNSブロッキングにおけるリスト対象ドメイン判定基準

1. (サイト開設の目的)

当該ドメインに含まれるサイトの相当部分の開設目的の全部又は一部が、児童ポルノの画像等をそれと知りながらインターネット上で流通させることにあると認められること。

2. (児童ポルノ画像の数量)

当該ドメインに含まれるサイトの中に、

- (ア) 児童の権利等を著しく侵害するものであることが明白な画像等が存在するか、
- (イ) 児童の権利等を著しく侵害する画像等が相当数存在するか、
- (ウ) 児童の権利等を著しく侵害する画像等が相当の割合で存在するか、のいずれかであること。

3. (発信者の同一性)

- (ア) 当該ドメイン内に複数のサイトがある場合には、各サイトの管理者が同一であること。
- (イ) (ア) にいう管理者以外の第三者が、当該ドメイン内に設置された電子掲示板等において情報を発信している場合には、
 - (i) 当該情報に2の対象となる児童ポルノの画像等が含まれており、かつ、サイト管理者を当該画像等の実質的な発信者であるとみなしうるような特段の事情が存在すること。
 - (ii) また、当該情報に児童ポルノ以外の情報が含まれる場合には、当該情報の発信者の多くが、児童ポルノの流通が当該サイトの開設目的であることを認識・認容しながら、当該情報を発信したものと認められること。

4. (他の実効的な代替手段の不存在)

当該ドメインをDNSブロッキングの対象とすることが、1ないし3及びその他の諸般の事情を総合的に考慮した上で、やむを得ないと認められること。

1. (サイト開設の目的)

当該ドメインに含まれるサイトの相当部分の開設目的の全部又は一部が、児童ポルノの画像等をそれと知りながらインターネット上で流通させることにありと認められること。

- 子どもの成長記録等、何らかの正当な目的のサイトが児童ポルノに該当する画像を掲載していることもありうることから、ブロッキング対象となりうるサイトを、児童ポルノを流通させる目的のものに限定するもの

2. (児童ポルノ画像の数量)

当該ドメインに含まれるサイトの中に、

(ア) 児童の権利等を著しく侵害するものであることが明白な画像等が存在するか、

(イ) 児童の権利等を著しく侵害する画像等が相当数存在するか、

(ウ) 児童の権利等を著しく侵害する画像等が相当の割合で存在するか、のいずれかであること。

- むしろ緊急避難の法益権衡要件に由来するもの。通信の秘密に優越的する利益だと言えるためには、児童の権利侵害性がそれだけ高いサイトでなければならない。

3. (発信者の同一性)

(ア) 当該ドメイン内に複数のサイトがある場合には、各サイトの管理者が同一であること。

(イ) (ア) にいう管理者以外の第三者が、当該ドメイン内に設置された電子掲示板等において情報を発信している場合には、

(i) 当該情報に2の対象となる児童ポルノの画像等が含まれており、かつ、サイト管理者を当該画像等の実質的な発信者であるとみなしうるような特段の事情が存在すること。

(ii) また、当該情報に児童ポルノ以外の情報が含まれる場合には、当該情報の発信者の多くが、児童ポルノの流通が当該サイトの開設目的であることを認識・認容しながら、当該情報を発信したものと認められること。

3. (発信者の同一性)

- オーバーブロッキング防止との関係では重要な要件。
 - 第2要件の例えば(ア)からすれば、悪質な児童ポルノが1点あるだけで第2要件は充たされる。つまり、適法画像が同時に多数あっても、悪質児童ポルノが1点あれば第2要件は充たされる。このようなサイトをブロックすれば、適法画像も閲覧できなくなるため、オーバーブロッキングになる。
- しかし、この場合、悪質児童ポルノとほかの適法画像との発信者が同一であれば、オーバーブロッキングとなったとしても、発信者は甘受すべきだと言うことが可能ではないか。
- 第3要件は、このような趣旨から、発信者の同一性あるいはそれと同視できるような場合であることを求めている。

4. (他の実効的な代替手段の不存在)

- 当該ドメインをDNSブロッキングの対象とすることが、1ないし3及びその他の諸般の事情を総合的に考慮した上で、やむを得ないと認められること。
 - 緊急避難の補充性要件に由来する要件。児童ポルノ対策としては、主に、警察による捜査と削除要請とが考えられるが、児童ポルノの性質上、個別に被害届や告訴を行うことは現実的ではないので、実際には主として削除要請が念頭に置かれている。

知財本部「著作権侵害サイトブロッキング対象ドメインについての考え方」

※1：著作権侵害サイトブロッキング対象ドメインについての考え方：

1. **開設目的**（当該ドメインに含まれるサイトの開設目的の全部又は一部が、マンガ、アニメ、映画等の著作物をインターネット上に流通させることにあると認められること）
2. **侵害コンテンツの数量**（当該ドメインに含まれるサイトの中に、著作権者等を明白に侵害するコンテンツが相当数存在し、日本から相当数のアクセスがあること）
3. **発信者の同一性**（当該ドメイン内に複数のサイトがある場合には、各サイトの管理者が同一とみなされること）
4. **他の実効的な代替手段の不存在**（①当該ドメインに含まれるサイトが、著作権者等の権利行使や削除要請に真摯に対応しない、②侵害者又は運営者が特定できず、権利行使や削除要請が困難である、③刑事訴追で起訴されてもサイトを閉鎖しない等、諸般の事情を総合的に考慮した上で当該ドメインをブロッキングの対象とすることがやむを得ないと認められる場合）

3. 緊急避難構成を改めて考える

緊急避難構成の問題点

- ① 緊急避難は、突発的に生じた現在の危難状況において、重要な法益を保護するためにやむなく行った行為を刑事免責するための法理。
 - 典型的には突発性、一回性の行為が想定されているはずである。これに対して、ブロッキングは、常設的なスキームのもと行われるべきものであるから、こうした典型的な緊急避難の姿とはかなり距離がある。
- ② 緊急避難においては、当然ながら、個々の構成要件該当行為ごとに緊急避難充足性を具体的事情に即して判断すべきことになる。
 - 個々のブロッキング行為ごとに、それによって救われる法益と侵害される法益を具体的な事情に即して比較較量する必要があることになる。しかし、ブロッキングは一定の基準に従って機械的に行われるのであり、具体的な事情に即した比較衡量をするには限界がある。

緊急避難構成の問題点

- ② 緊急避難においては、当然ながら、個々の構成要件該当行為ごとに緊急避難充足性を具体的事情に即して判断すべきことになる。
- 一般的には、日本の裁判所は緊急避難の成立を認めることには非常に慎重であり、「実際に正当化されることは、ほとんどない」とも言われる。
 - これらの事情を踏まえると、一定の基準を事前に立てた上で機械的にブロッキングを行うという恒常的な仕組みに関して、すべてについて緊急避難が成立すると考えることができるかどうかについては、検討の余地がある。
 - この点は特に海賊版ブロッキングについては現実の問題として考える必要があり、ユーザーが通信の秘密侵害として告訴して刑事事件になる可能性は、相当程度存在するのではないか。
- ③ 他の重要な問題が見えにくくなってしまふ恐れがある。

緊急避難構成のメリット

- ① 通信の秘密と他の法益との較量を適切に行うことができる。
 - 厳密な意味で緊急避難が常に成立するかどうかについては明らかではないものの、まずは他の対策を尽くすことを求め、また、極めて重要な法益が侵害されている場合に限りブロックが認められる結果となっており、ブロック対象が拡大することを防止している。

- ② 緊急避難構成をとることにより、ブロック対象拡大を防止。
 - 刑法37条は「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…」とあり、緊急避難が成立しうるのは個人的法益を救おうとした場合に限定される。成人のわいせつ動画だとか、フェイクニュースなどの、一義的には個人的法益を侵害するものではないサイトに対するブロックを正当化する余地はもともとなく、その意味において、緊急避難構成により、やはりブロック対象が拡大することが防止されている。

緊急避難構成のメリット

以上からすれば、緊急避難構成にも重要なメリットがあり、ブロッキングを実施するプロバイダの理解が得られて実質的にも自主的な取組と言える限り、また、裁判所によって否定されない限りはこうしたアプローチを続けるという戦略にも十分理解できる。

4. 海賊版ブロッキング問題の今後

情報共有の必要性

- 知財本部の「緊急対策」では、今後、関係事業者や有識者を交えた協議体を設置して検討を進める方針が示されている。その中では、ブロッキングありきではなく、事実関係について情報共有をすることが不可欠であろう。
- その上で、ブロッキングやむなしとなった場合、まずは緊急避難の充足性について改めて確認しても良い。その際に問題となるのは、法益権衡要件。ここでは、合計の被害額がいくら多額に上ろうとも、このことは直接関係してこない。
- そうすると、この場合に法益権衡要件がどのように判断されるのか。
- ブロッキング支持者が主張するのは、全体としての被害の深刻さであるから、この点を正面から捉えるためには、ブロッキングやむなしということになれば、やはり立法が必要だということになりそう。

立法の方向性

- ① 通信の秘密や表現の自由と著作権保護との衡量をどのように考えるか。
 - まず、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。
 - ブロッキング対象は緊急対策で示された4要件を充たすものに限られるべきである。
 - 通信の秘密の侵害を最小限にすることが求められるが、この点については、ブロッキング容認論で主張される、メッセージではなくアクセス先つまりメタデータあるいは通信の構成要素に過ぎないという点が意義を有する。ただし、メタデータであることをもって一般的に通信の秘密侵害性が低いということとはできない。メタデータをブロッキングのために機械的に処理するにすぎないこと、また、それ以外の目的に利用しないことを担保する仕組みが求められる。

立法の方向性

- ② ブロッキング対象の認定に当たり、適性をもつ主体が適正な手続で行うことが求められる。
- ③ 費用負担の問題。

おわりに

海賊版サイトが跋扈する現状は確かに無視できない深刻な問題であり、表現の自由や通信の秘密といった重要な価値を尊重しつつ問題を解決するため、法的あるいは実務的な課題を一つひとつ冷静に議論して克服していくしかない。

今回は、民間での議論は総じてそのような形で進んでいるように見え、大変心強く思われる。

今後、政府がこうした議論をどのように受け止めるのか、その度量が問われている。

ご清聴ありがとうございました。