

平成 29 年 7 月 28 日（金）

文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会

リーチサイト規制と表現の自由

神戸大学大学院法学研究科 木下昌彦

I. はじめに

海賊版の楽曲や動画の多くは、まず、主として海外で運営されているストレージサイト（サイバーロッカーとも呼ばれる）や動画サイト等にアップロードされる（以下、当該アップロードをおこなう者を直接侵害者）。ただ、それだけでは、一般のネットユーザーは、当該海賊版に容易に辿り着くことはできない。直接侵害者や当該海賊版を見つけた第三者が、当該海賊版の URL をウェブ上で提供すること（いわゆるリンク行為）で、当該海賊版と一般のネットユーザーが繋がることになる。管理者や第三者からの書き込みにより、日常的に、海賊版の URL の提供行為が行われているサイトは、リーチサイトないしリンクサイトと呼ばれており、その多くは、主として広告収入を目的として運営されていると言われている。

このような海賊版の URL の提供行為やリーチサイトの運営行為は、著作権侵害行為を誘発し、助長させているとして、その規制の必要性が指摘される一方で、URL の提供行為やリーチサイトの運営は表現行為としての側面があり、その規制は憲法上疑義を生じさせるのではないかという意見もある。

そこで、本報告は、それら URL の提供行為やリーチサイトの運営を規制するにあたって、憲法的観点から考慮すべき事項あるいはその限界について、既存の判例法理およびそれを解説した調査官解説の記述を参照に、差し当たり一般的見地から現段階の報告者の考え方を紹介するものである。

II. 表現行為としての URL 提供行為

まず、URL 提供行為は憲法 21 条 1 項において表現の自由として保護される表現行為に該当するかという問題がある。この点について、我が国の学説は十分な蓄積があるとは言えないが、大きな手掛かりとなるのが、最決平成 29 年 1 月 31 日判時 2328 号 10 頁・判タ 1434 号 48 頁である（以下、平成 29 年最決）¹。

平成 29 年最決では、プライバシーを侵害するウェブサイトの URL を検索事業者が検索結果として提供することを違法とし、削除の対象とすることの是非が問題となったが、最高裁は、URL を含む検索結果の提供の意義について次のように論じている。

¹ 同判決についての報告者の評釈として、木下昌彦「判批」平成 28 年度重判 14 頁。

「検索事業者は、インターネット上のウェブサイトに掲載されている情報を網羅的に収集してその複製を保存し、同複製を基にした索引を作成するなどして情報を整理し、利用者から示された一定の条件に対応する情報を同索引に基づいて検索結果として提供するものであるが、この情報の収集、整理及び提供はプログラムにより自動的に行われるものの、同プログラムは検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるように作成されたものであるから、**検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する**。また、検索事業者による検索結果の提供は、公衆が、インターネット上に情報を発信したり、インターネット上の膨大な量の情報の中から必要なものを入手したりすることを支援するものであり、現代社会においてインターネット上の情報流通の基盤として大きな役割を果たしている。そして、検索事業者による**特定の検索結果の提供行為が違法とされ、その削除を余儀なくされる**ということは、**上記方針に沿った一貫性を有する表現行為の制約**であることはもとより、検索結果の提供を通じて果たされている上記役割に対する制約でもあるといえる。」

この説示においては、URL の提供行為が表現行為となり、さらに、それを違法として削除を求めることが表現行為の「制約」にもなり得ることが論じられている²。ここでの URL の提供行為は、直接的には検索結果の提供としてなされたものを念頭に置いたものではあるものの、より広い射程において、URL の提供行為が表現行為となり得ることを前提とした説示であると捉えることができよう。

また、理論的にも、無数のウェブサイト情報が散乱しているインターネットにおいては、情報の場所を示す URL の提供はインターネット上での意見交換や情報摂取の過程において不可欠な役割を担うものであり、その重要性に鑑みれば、それを表現行為として捉え、憲法 21 条 1 項における表現の自由として保護されるものであると捉えることに対する異論は基本的にはないものと考えられる³。

もっとも、憲法 21 条 1 項で保障される表現の自由は、絶対無制限なものではなく、公共の福祉による制限の下にあるということはわが国の最高裁判例の一貫した考え方であり、URL の提供行為が表現の自由として憲法上保護されるものであるとしても、公共の福祉を実現するための必要かつ合理的な制約である限り、規制の対象になりうるものと考えられる。

² 平成 29 年最決は、URL のほか、ウェブサイトの表題（タイトル）や抜粋（スニペット）も含めたものとして「検索結果」という概念を用いているが、高原知明「判解」ジュリ 1507 号 119, 121 頁は、平成 29 年最決は、「検索事業者の提供する検索結果の中核的部分は飽くまでも収集元ウェブサイトの所在を識別する URL である」との観点に依拠していたとする旨解説している。

³ URL 提供行為の憲法上の意義について包括的に研究したものとして、アメリカのものであるが、Anjali Dalal, *Protecting Hyperlinks and Preserving First Amendment Values on the Internet*, 13 U. PA. J. CONST. L. 1017 (2011). がある。

III. URL 提供行為に対する規制を考えるにあたっての基本的枠組み

1. 表現の自由に対する規制の憲法適合性に関する基本枠組み

表現の自由に対する規制の憲法適合性について、最高裁の判断方法は変遷が見られるが、今日では、基本的には、以下のような枠組みによってある程度定着しているものと考えられる。

まず、基本的人権に対する制約の合憲性を判断するための判断枠組みの基本となるのは、利益衡量論であり、それは、よど号判決以来、「自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべき」として定式化されている（最大判昭和 58 年 6 月 22 日民集 37 卷 5 号 793 頁 [よど号判決]、最判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁 [堀越判決]）。最高裁は、仮に、判文のなかで明示的に示すことはなくても、この利益衡量論に基づき憲法判断をおこなっているとの指摘が多く、多くの調査官等によって指摘されている（千葉勝美「判解」最判解民事篇平成 4 年度 220 頁、235 頁以下 [成田新法解説]、西野悟一「判解」最判解刑事篇平成 21 年度 532 頁、550-551 頁、辻川靖夫「判解」法曹時報 68 卷 2 号 230 頁、242-246 頁）。

また、表現の自由のように優越的地位を占める人権の制約については、単純な利益衡量ではなく、「厳格な基準」ないし「厳格な基準を意識・配慮した基準」を併用する必要があるということも今日の判例の立場であるといえる（最大判平成元年 3 月 8 日民集 43 卷 2 号 89 頁 [レペタ判決]、最判平成 7 年 3 月 7 日民集 49 卷 3 号 687 頁 [泉佐野市民会館判決]）⁴。かつては、表現の自由に対する規制であっても、合理的関連性の基準のように緩やかな基準が審査基準として用いられたことがあったが（最大判昭和 49 年 11 月 666 日刑集 28 卷 9 号 393 頁 [猿払判決] 等）、今日では、「厳格な基準」ないし「厳格な基準を意識・配慮した基準」を併用しつつ、利益衡量をおこなうことが判例の流れであると解される（岩崎邦生「判解」最判解刑事篇平成 24 年度 501 頁 [以下、堀越事件判解]）。

堀越事件判解 504-505 頁によれば、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

⁴ もとよりこのような理解は憲法学説の通説であると言えよう（芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法第六版』（岩波書店、2015 年）193 - 197 頁）。

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。

また、表現の自由が問題となる場合については、萎縮効果の防止という観点から、規制の対象となるものとそうでないものとの区別の明確性について特に配慮が必要であると考えられる（最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁 [札幌税関検査事件] 参照）。

2. 「表現そのもの」に対する規制の憲法適合性についての二段階アプローチ

違法動画の URL 提供行為やそれを掲載するサイトを規制することは、「表現そのもの」を対象に、「表現そのもの」の抑止を「ねらい」（目的）としてなされるものであり、その部分だけを取り出した場合には、厳格な基準に基づき判断されるべき典型的規制であるといえる⁵。

もっとも、同じく「表現そのもの」に対する規制の典型として知られるわいせつ規制については、今日、判例は、改めて「利益衡量論」に基づく憲法判断（バランスング・アプローチ）をするというよりも、むしろ、予め合憲となるものとして絞り込まれた特定の範疇に当該表現行為が含まれるかどうかを検討することで当該規制の合憲性を判断する手法（カテゴリーカル・アプローチ）を採用していると考えられ、これは著作権法における新たな法制について考えるにあたって参考になるものと考えられる。

刑法 175 条 1 項は、わいせつな文書等を頒布し、又は公然と陳列する行為を処罰しているが、これが、合憲であることは、一連の最高裁判決によって確立したものとなっている（最大判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 卷 3 号 997 頁 [チャタレー判決]、最大判昭和 44 年 10 月 15 日刑集 23 卷 10 号 1239 頁 [悪徳の栄え判決]）。最高裁は、これらの判例の立場を前提として、「わいせつ文書」の「頒布」に類型的に合致する、ないし、実質的に同視し得る行為については、その行為を処罰するにあたって、特段、憲法上の疑義を認めてこなかった。また、改めて利益衡量論に基づく合憲性審査を展開するようなこともしてはいない。逆に言えば、そこでは、何が「わいせつ」「頒布」「公然陳列」に該当するかという定義付けとその適用が、処罰範囲を限定し、表現の自由との調整を図る役割を果たしているものと言える。

⁵ 複製を典型とした一般的な著作権侵害行為に対する規制は、「表現」を変えることで同じ内容の意見を伝達できるなど他の代替的な伝達手段が存在するという観点から、表現手段に対する規制であるという議論もありうるが、URL 提供行為に対する規制は、URL という表現内容それ自体を規制するものであり、一般的な著作権侵害行為よりも内容規制的側面が強いものであるといえることができる。

例えば、最判平成 24 年 7 月 9 日判時 2166 号 140 頁・判タ 1388 号 154 頁（以下、最判平成 24 年）は、児童ポルノを掲載した他人のウェブサイトの URL をウェブ上で提供する行為は、児童ポルノ処罰法 7 条 4 項がいう「公然陳列」に該当し、処罰の対象となるとした高裁判決（大阪高判平成 21 年 10 月 23 日）に対する上告を棄却しているが、これも上記のようなカテゴリーカル・アプローチの典型であると考えられる。当該判決は、事例判断的側面の強い判決であり、最高裁は憲法判断を明示的には示していないが、わいせつや児童ポルノについては、「公然陳列」行為が合憲的に処罰対象になるということを前提として、URL の提供も、その「公然陳列」に該当することから、その行為を処罰することも合憲であるという暗黙の判断がなされたものと考えられる。

ただ、最高裁は、わいせつ文書の頒布に関連する事案について、必ずしも、その全てを上記のようなカテゴリーカル・アプローチによって判断をしているわけではない。その典型であるのが、最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁〔札幌税関検査判決〕である。同事件においては、わいせつ表現物の輸入規制が問題となった事件であるが、最高裁は、チャタレー判決や悪徳の栄え判決に照らし、ただちに合憲という判断をせず、改めて、必要最小限度の基準や LRA の基準を意識したうえで、わいせつ表現物の輸入規制の憲法 21 条 1 項適合性を審査している（千葉勝美「判解」最判解民事篇平成 4 年度 220 頁、236 頁〔成田新法解説〕）。これは、バランス・アプローチを厳格な基準の併用によりおこなったものと評価することができるが、そのような手法が採用されたのは、わいせつ表現物の輸入規制が、わいせつ文書等の頒布といった伝統的に合憲的に処罰対象となるカテゴリーに属する行為を規制するものではなく、むしろ、そのように伝統的に処罰対象となる行為がなされることを防止するための「予防的措置」として捉えたことによるものであると考えられる。

このような最高裁の傾向をまとめるならば、「わいせつ」規制の合憲性判断においては、まずは、「わいせつ物頒布」のように伝統的処罰対象となることが承認されてきた表現類型・行為類型に該当するか否かというカテゴリーカル・アプローチが採用され、その行為に該当しない予防的措置である場合には、バランス・アプローチを厳格な基準を併用することによりおこなわれているということになる。

3. 著作権保護を目的とした URL 提供行為に対する規制の憲法適合性についての基本的判断枠組み

著作権保護を目的とした規制の憲法適合性の判断方法について、現在、我が国では確立した判例法理、学説は存在しないと言っていい。ただ、基本的には、同じく「表現そのもの」に対する規制であるわいせつ規制に見られるような、カテゴリーカル・アプローチとバランス・アプローチの両方の観点から考えることが適切であると考えられる。

まず、著作権法制は、表現の自由との緊張関係を調整するための内在的調整原理として、規制の対象となる著作物の利用に対する厳格な限定（表現／アイデア二分論）や権利制限規定（引用法理など）が存在している。そのことから、基本的には厳格な基準を併用する利益

衡量論をあえて持ち出すまでもなく、既存の著作権法の解釈が最高法規である憲法を踏まえつつ行われる限り、既存の著作権法と表現の自由の間に憲法上の問題は生じないものと考えられ、また、そのように判例、実務も運用されてきたと言える。

加えて、新たな著作権侵害行為に対処するための新たな法制度を設定する場合においても、伝統的な著作権法の枠組みの範囲内での規制と実質的に同視できる場合や既存の調整原理に基づき適切に調整がなされると解し得る限りは、法令の具体的解釈の問題はともかく、法令それ自体の憲法上の問題は発生しないものとする⁶。また、著作権侵害行為に対する予防的措置についても、「幫助」や「教唆」といった伝統的な規制拡張法理のカテゴリーに収まる限りは、同じく憲法上の問題は生じないものと考えられる。

このようなカテゴリカル・アプローチが妥当する領域においては、著作権法それ自体の合憲性は、伝統的な意味あるいは核心的意味での著作権侵害とは何か、「翻案」「引用」「幫助」「教唆」とは何かといういわば法解釈論に実質的には還元されると言っていいたいだろう。

ただ、「幫助」や「教唆」のカテゴリーを超えて、さらに、予防的に規制をする場合には、伝統的な範囲を超えて、新たな規制を表現の自由に対して加えることになることから、原則的には、厳格な基準を併用した利益衡量論に基づく必要がある、また、当然ながらそのような予防的規制を必要とする立法事実の裏付けが必要となろう。このように考えることが、わいせつ規制についての合憲性の判断枠組みとも合致するうえ、伝統的に実現されてきた著作権と表現の自由との間のバランスを適切に保つことにも資するものと考えられる⁷。

IV. URL 提供行為等に対する規制とその限界

1. 違法動画等の URL を直接提供する行為に対する規制について

著作権侵害を誘発する URL 提供行為は様々なものが考えられるが、まず、違法にアップロードされた動画等それ自体の URL を提供する行為は、現行の法解釈はともかく社会的実体としては、伝統的な著作権侵害行為である著作物を複製し、頒布する行為とほぼ同一視できるものであり、その行為を新たに規制の対象とすることについては、厳格な基準に基づく利益衡量を持ち出すまでもなく、ただちに、それが憲法上の問題を生じさせるとの評価に値

⁶ 「伝統的枠組み」(traditional contours) という概念は、「連邦議会が著作権保護の『伝統的枠組み』を変えない限り、第一修正に基づくさらなる審査は不必要である」とした *Eldred v. Aschcroft*, 537 U.S. 186 (2003). に由来するものである。

⁷ 著作権法による規制範囲は歴史的に段階的拡大を遂げてきたが、現時点での著作権法は、「伝統的枠組み」の枠内に属する法制と「伝統的枠組み」の枠外に属する法制の二つの法制によって構成されていると考えることができる(表現の自由との関係では、カテゴリカル・アプローチとして正当化される部分とバランス・アプローチにより正当化される部分があると言える)。そのなかで何が具体的に著作権法における「伝統的枠組み」であると言えるかは、著作権法の歴史的発展と根本的制度趣旨、さらには比較法も踏まえて解釈上明らかにされるべきものであると言える。

するものではないと考えられる。また、伝統的な著作権侵害行為の範疇から外れる余地があるとして、バランス・アプローチに基づき検討をおこなった場合でも、それを規制する必要性を裏付ける立法事実は存在すると考えられ、また、多くのストレージサイトが海外に存在するなか、違法動画の拡散を防止するうえで、他に有効な手段もあまり考えられないものと評価できよう。

もっとも、一般的に著作権侵害があるのかどうかは、一般人にはなかなか判断が難しい場合もあることから、単純に著作権侵害がある動画あるいは著作権侵害のあるサイトの URL の提供を違法とすることは、有用な URL の提供行為について広く萎縮効果を与えてしまう可能性がある。そのため、規制対象となる URL については海賊版等に限定する方がより憲法的要請に適うものと言えよう。

また、違法にアップロードされたものについては、その文脈にかかわらず、あらゆる URL の提供行為を禁止することができるかということについても慎重に考える必要がある。特に、引用として当該動画の URL を提供する場合もありえ、それを禁止することは引用として著作物の利用を認めてきた伝統的な著作権法の調整原理に抵触する可能性があることについては慎重に考えていく必要がある。また、著作権侵害になる動画であっても、政治的に重要な内容を含んでいるものも考えられる。その意味で、違法にアップロードされた動画の URL 提供行為については規制の対象になりうるとしても、表現の自由との調整という観点から引用に関する適切な免責を設ける必要性については立法にあたって検討を要しよう。

2. リーチサイトに対する規制について

違法動画サイトやリーチサイトの URL の提供行為だけでなく、ウェブサイトの運営自体を違法とし、その全体を差止めの対象とすることが憲法上可能かという問題がある。

リーチサイトの運営者に対し、URL の削除の義務を課すことは、URL を放置することが実質的に URL の提供と同視できるものであることから、URL の提供行為それ自体に対する規制と同様に憲法上の問題は生じないと考えられる。

ただ、リーチサイトにおいては、違法動画サイトの URL 以外にも、当該動画の内容や感想、評価等、それ自体は著作権侵害に該当しない適法な表現行為が含まれている場合があることから、サイト全体の差止めを求めることについては、違法動画の URL 提供行為に対する規制以上に慎重になる必要がある。特に、同じサイト上において著作権侵害行為がある場合であっても、著作権侵害とは無関係な部分も含むサイト全体に規制を及ぼしうるとすることは、伝統的な著作権法の枠組みを超えて新たな規制を表現の自由に課すものと評価することができる。そのため、URL 提供行為に対する規制とは異なり、リーチサイト全体に対する差止の憲法適合性は、厳格な基準に基づく利益衡量に従って審査されるべき対象になるものと言える。