

法制・基本問題小委員会（第3回）におけるヒアリング結果の概要

1. コンテンツ海外流通促進機構（CODA）ヒアリング

[リーチサイトの運営者について]

- 現在 CODA で把握しているリーチサイトは56。企業が運営するブログを使用しているもののほか、レンタルサーバーを借りて自分でサイトを立ち上げるものもあり、所在地は日本のものと海外のものがある。

[検索結果表示抑止の効果]

- CODA では、侵害サイトを検索エンジンの検索結果に出さないよう要請を行っている。当初、平成28年前半は、検索エンジンの運営会社から、リーチサイトは法的に不明確な部分があるため対応できないと回答されていた。
- その後、平成29年になって、対応されるものが出てきた。おそらく、エンベットと呼ばれる、サイト上で動画自体を見ることができる形のものについては、検索結果の表示抑止を認めてくれたが、単に URL が張ってあるだけのものは拒否された。また、検索結果の表示抑止を認められたのは、各作品の個別ページであり、リーチサイトのトップページには応じてもらえなかった。
- 平成29年7月には、エンベットではない、URL が張ってある作品の個別ページについて、検索結果の表示抑止に対応してもらえた。

Q. 去年2月8日の知的財産戦略本部の次世代知財システム検討委員会では、グーグルはリーチサイトの削除をしてくれないと発言されたが、グーグルの運用が変わったということか。

A. 対応が変わったと認識している。資料に記載したとおり、明らかに変わっている。

Q. トップページは今も削除がなされていないということか。

A. 対応されていないという認識だが、直近の状況については分からない。

[広告出稿の停止]

- 広告収入を収入源としている権利侵害サイトが多いため、広告出稿を抑止することが、権利侵害サイトへの対策に最も効果的と考えられる。ただし、我が国では、著作権侵害サイトに対する広告出稿が違法ではないこと、オンライン広告の配信システムが多層化しており複雑であること等の事情により、広告出稿停止は容易ではない。
- オンライン広告の配信システムは、高度かつ複雑な自動マッチングシステムが使用されており、広告主に侵害サイトに出稿したくないという意思があっても、なかなか対応ができない。

- CODA は、著作権侵害サイトのブラックリストを作成し、広告主の団体、広告配信事業者と、環境改善に向かい話し合いを始めたところ。
- イギリスは、英国警察知的財産権犯罪ユニット（PIPCU）が主体となって広告問題を取り扱っている。

Q. 仮に上場企業等の広告が出ていることを CODA で発見した場合、広告主や配信業者に、削除を頼みに行っているのか、実態を知りたい。

A. 広告主がどういったサービスを使用しているかによる。多層化されていないサービスであれば、広告は簡単に止められる。一方、多層化しているものの場合、広告主が、このサイトでは広告を出さないようにと言っても、ある程度出にくいようにはできるが、絶対に止められるとは言えないと聞いている。

Q. 大手の広告会社でも、広告の技術上、なかなか実態がつかめないのか。特定の広告枠に特定の広告が掲載されるのではなく、最も効率のいい、Web の情報内容や時間帯、需要者の属性その他の情報等を計算して、最適の広告がはめ込まれる。そういうものを全部フォローしていくと、果たしてリーチサイトに当たるものについての広告が、どういう会社が広告を載せたかというのは後でデータを分析すれば分かるかもしれないが、なかなか追及することが難しいという実態か。

A. 広告会社でもおそらく把握できていない部分はあると認識している。サイトを表示する度にマッチングが行われており、広告を表示しないように要請しても、次に見たときにはそもそも出てくる広告が違っている。

Q. 例えばわせつなページや薬物のページなどでも、広告は一旦出した以上はどこに出るか分からないということで対応が済んでいるのか。むしろこれらのページについてはかなりブロックが効いているのではないかと思うが、著作権については甘く対応されているのか、それとも技術的にできないのか。

A. イギリスの場合、大手広告主に協力してもらい、侵害サイトに広告を掲載しないという方法を採用している。侵害サイトに載る広告は脆弱な企業であり、大きな広告料が侵害者に渡らなくなっていることで、成功していると評価されている。イギリスは、複雑な広告のシステムを監視するソフトを作り、それで探索を行った結果を広告主の企業に報告して、侵害サイトに広告を出すことを慎むよう協力を促し、ほとんどの大企業が協力をしている。

Q. サイトの IP アドレスは特定されると思うが、IP アドレスを否定してしまえば、前の段階でブロックしてしまうことは可能なのではないか。技術的に難しいのか。

A. 技術的に可能か不可能かは分からないが、どこまでコストを掛けられるかという問題もある。少なくとも何層かに渡る仕組みの中で、侵害サイトへの広告出稿を止めないアド

エクステンションを経由してしまうと、その広告は通ってしまう。著作権侵害だからと広告を止められるシステムだけではない。事前に止められるシステムを設けているアドエクステンションと、そうでないものがあると認識している。どこまでその広告会社が広告マッチングのルートを全部把握しているかというところにつながってくると思う。実際の調査でも、完全に止めるのは難しそうだという実感がある。

2. 木下氏ヒアリング

II. 表現行為としての URL 提供行為

- URL 提供行為、リンクを張る行為は、そもそも憲法 21 条 1 項によって表現の自由として保護される表現行為に該当するか。この点、URL の提供行為が表現行為となり、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なるという考え方が示された最高裁決定がある。
- 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、URL 提供行為は表現行為として捉えられ、憲法 21 条 1 項における表現の自由として保護されると考えられる。
- もっとも、表現の自由として保護されるからといって絶対無制約なものではなく、公共の福祉による制限の下にある。必要かつ合理的な制約である限り、表現の自由に対する制約も可能。

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

- 表現の自由を制約できる「必要かつ合理的な制約」について、現在の最高裁の基本的な考え方は利益衡量論。「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」というのが基本的な考え方。
- 表現の自由のように優越的地位を占める人権の制約に対しては、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のが今日の判例及び憲法の通説の立場。
- 「厳格な基準」については様々な考え方があるが、「明白かつ現在の危険の基準」、規制の対象・程度が必要最小限度であることを要求する「必要最小限度の基準」、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「LRA の基準」等が、最高裁が採用している厳格な基準として挙げられる。

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」の抑止を狙いとしてなされるものであり、それだけを取り出せば、「厳格な基準」に基づき判断されるべき典型的な規制である。

- 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おいては、判例は、利益衡量論より、あらかじ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。
- 刑法175条1項（わいせつ物頒布等）の規定が合憲であることは一連の大法廷判決によって確立されたものとなっているが、最高裁は「厳格な基準」に基づき判断するという手法を必ずしもとっているわけではなく、何が「わいせつ」あるいは「頒布」、「公然陳列」に該当するかを判断することによって、表現の自由との調整を図っている。すなわち、「わいせつ」等の概念を絞り込んだ上で、その概念に問題となった表現行為が該当するかの検討を通じて、表現の自由と公共の福祉との間の調整をする。
- ただ、最高裁は全てにおいてカテゴリーカル・アプローチで判断しているわけでもない。わいせつ表現物の輸入規制が問題となった事件では、最高裁は、わいせつ規制が合憲であるから輸入規制も合憲であるといった判断はしておらず、そもそも輸入規制ということが合憲かということについて、「厳格な基準」を併用しながら判断したと言える。
- カテゴリーカルにわいせつ表現物の「頒布」あるいは「公然陳列」に該当すると言える場合、それは合憲的に規制できることになるが、わいせつ物の「頒布」や「公然陳列」というもの自体には該当せず、それを防ぐための措置である場合には、利益衡量論に基づく憲法判断（「balancing・アプローチ」）を、「厳格な基準」を用いて行う2段階の方法をとっている。

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憲法判断の方法について、確立した判例、学説は存在しないが、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に、カテゴリーカル・アプローチとbalancing・アプローチの両方の観点から考えることが適切。

[カテゴリーカル・アプローチが妥当する場合]

- 新たな著作権侵害に対処するための新たな法制度を設定する場合も、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、法令それ自体の憲法上の問題は発生しない。また、著作権侵害行為に対する予防的措置についても、伝統的に言われている「幫助」や「教唆」といった伝統的な拡張法理のカテゴリーに収まる限りは、憲法上の問題は生じない。
- このようなカテゴリーカル・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な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還元される。

[balancing・アプローチが妥当する場合]

- 予防的に規制する場合には、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、そのような予防的措置を必要とする立法事実の裏付けも必要になる。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枠組みとも合致する上、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。

IV. URL 提供行為等に対する規制とその限界

- 違法にアップロードされた動画等自体の URL を提供する行為は、社会的実態としては伝統的な著作権侵害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って、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、直ちにそれが憲法上の問題を生じさせるとの評価に値するものではない。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ものとして、「厳格な基準」を併用するbalancing・アプローチに基づく判断をしたとしても、それを規制する必要性を裏付ける立法事実はあると考えられ、多くのストレージサイトが海外に存在する上で違法動画の拡散を防止するためには、他に有効な手段も考えられない。
- もっとも、著作権侵害があるかどうかは一般人にとっては判断が難しい場合もあり、単純に著作権侵害がある動画あるいは著作権侵害があるサイトの 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かなう。
- 違法にアップロードされたものは、その文脈にかかわらずあらゆる URL の提供行為を禁止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 を提供する行為を禁止することは、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。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得るとしても、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当たって検討を要する。
- (児童ポルノサイトに関する判例(最決平成24・7・9判時2166号140頁)からの示唆を受けて) URL を張る行為は、確かにわいせつのところでは公然陳列と同じだという前提に立った判例は既にある。ただ、これは飽くまでも児童ポルノという悪質性の高いもので、しかもわいせつについては、判例は、基本的には芸術や文化とは比較衡量しないという前提がある。一方で、まさにカテゴリーカルの基準の中で、著作権法は伝統的に文化などと調整してきたというところがあると思う。このため、必ずしも

必然的に児童ポルノの判決の射程が及ぶとも言い切れないのではないかという側面もあり、現状の中で URL の提供が持つ意味、社会的な意味、憲法上の意味と著作権の保護というものを考量して、著作権法あるいは文化にとって何が適切なのかということをお判断いただければと思う。

[サイトに対する規制について]

- リーチサイトの運営者に対し URL 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と考えられ、URL 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。
- ただ、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、著作権侵害に該当しない表現行為も含まれている場合がある。著作権侵害に該当しない表現行為も含め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。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得るとすることは、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めの憲法適合性は、「厳格な基準」に基づく利益衡量に従って審査されるべき。

Q. わいせつや名誉毀損の判断は、最終的には法的判断であるとしても基本的には社会通念や一般読者の普通の注意と読み方に基づくといったことになり、一般人も大体の評価ができる。一方、著作権侵害は純粋に法的な評価をしなければならず、その結果、わいせつの場合と比べると萎縮効果は高いかと思うが、その点どうお考えか。

A. 著作権侵害に該当するかどうかはかなり複雑なものであり、一般人にとっては何が著作権侵害かわからないため、単純に著作権侵害サイトの URL を張ることが違法であるとしてしまうと、URL を張ること自体が怖くなり、萎縮してしまう。そのため、特に著作権侵害であることが明白な場合に限って規制するというのが、萎縮効果を防ぐ観点から重要なのではないかと。

-

Q. サイト全体への対策とした場合、著作権侵害でない表現があった場合に対する差止になるのではないかという指摘があったが、例えばわいせつ書籍の輸入の場合も、書籍全てがわいせつなのではなく、特定のページが駄目で、問題がないページもあると思う。その場合も、一旦は本全体の輸入が止まるといったことになることと余り変わらないかと思うが、その点はいかがお考えか。

A. 「わいせつ」については、「わいせつ」な部分が書籍の一部だけの場合はそもそも「わいせつ」に当たらない場合がある。その上で、書籍の場合に書籍全体が輸入規制の対象となっているのは、基本的には、書籍は物理的に分解しない限り切り離せないという実上の事情に基づくものである。ウェブサイトの場合は、URL だけを削除することは実

際上も可能。例えば名誉毀損やプライバシー侵害に基づくウェブサイトの記事の削除請求についても、基本的に差止めが認められるのは、飽くまでもプライバシー侵害や名誉毀損に該当する部分のみである。その運用を前提とすると、著作権侵害についても、基本的には、違法な部分だけが削除の対象になり得る。実効性の観点から、サイトの一部の削除を請求するだけではどうにも対処できないといった立法事実があるとするならば許容される余地はあるかと思うが、それは著作権侵害と関連するからというだけで合憲性を基礎付けることができるものではなく、飽くまで「厳格な基準」に基づく審査を経る必要のあるものであろう。

- Q. バランシング・アプローチかカテゴリカル・アプローチかを分ける指標として、伝統的に合憲的に規制の対象になるカテゴリーに属するかということがある。著作権法の場合は、従来、公衆送信権があって規制の対象となっており、公衆送信権侵害に対する幫助行為も、刑事罰の対象あるいは損害賠償請求の対象として規制の対象になってきた。そうだとすると、公衆送信権侵害と実質的に同視できる行為について規制を及ぼす場合には、それはカテゴリカル・アプローチでいいということになると思う。さらに、それに対する幫助行為というものに対してもカテゴリカル・アプローチでいいということになると思う。（サイト運営行為に、違法なリンク先がある URL を張らせる場所を用意し、違法なリンクが多数張られた状態のサイトをそのまま存在させ続けることが該当する場合、）サイト運営全体に対してどういう規制行為を及ぼすことができるか。サイト運営行為のうち、少なくとも一定の悪質なものについては、従来の著作権法の解釈でも、公衆送信の幫助になる可能性があるということは指摘されてきた。従来の解釈においても幫助となるものと同視できるものに対して規制を及ぼすということであれば、カテゴリカル・アプローチでいいということになるのではないか。
- A. 例えば出会い系サイト規制については、理論的には児童売春等の場所になり得るものを運営しているという観点から、サイトそれ自体を規制の対象とするという立法もありえるが、現行法はそのような仕組みにはなっていない。最高裁も、出会い系サイトにおいても児童売春等に関係ない部分についてまで規制が及んでいないことを現行法の合憲性を基礎づける理由として挙げている。仮に表現が分離できるような場合であれば、その全体を違法とするということはやはり踏み越えている。違法な表現部分と違法でない表現部分というものを分離できる場合には、それぞれ別枠で審査基準というのを考えなければいけないのではないか。
- Q. カテゴリカル・アプローチかバランシング・アプローチかという点で言えば、従来の著作権法の解釈においても対象とし得る行為であったのだとすれば、カテゴリカル・アプローチになり、全体を規制するということの弊害については著作権法の解釈の中で考慮すればよいという問題にならないか。
- A. 伝統的な著作権法としては、著作権侵害の幫助に当たるようなサイト全体についても規制の対象になるといった伝統的な裏付けや解釈論的な裏付けが、単に立法化されている

というだけではなく、より核心的な部分だという論証ができるのであれば、カテゴリーカル・アプローチの範疇に入るものと思う。ただ、一方で、名誉毀損やプライバシーなどの諸権利においては必ずしもそのような運用がなされていない。そこまでの権利性はもたないと考えられてきた。少なくとも、名誉毀損やプライバシーにおける運用との整合性については説明する必要があるのではないか。なぜプライバシーや名誉権には認められてこなかった権利が著作権には認められているのかということが論証の課題になってくる。

Q. 伝統的な云々というのは traditional contours から来ているかと思うが、正犯と幫助、教唆あたりならば、普通の刑法でもそれで済むので、余りややこしい話をしなくてもよいのではないか。誰が見ても刑法の教唆や幫助なら伝統的だし、それが著作権でも、そういうものなら同一視できるが、それを超えてほかのものまでやるのは、要するに通常言われているようなもの以上の規制を掛けると問題になるけれども、そうではなく、伝統的な教唆、幫助等なら問題ないという、それに尽きるのならば、余り時間は掛けなくてもよいように思う。

Q. 伝統的処罰対象か、そうでない予防的措置かということとの関係で、リーチサイトについては間接侵害的なものも踏まえて議論するべきであるということだったと理解している。違法にアップロードされた動画等の場合には、この複製、頒布等と同一視できる、明々白々に著作権侵害サイトということが分かるようなものについては、伝統的な処罰対象というか、予防的云々ということではなくて、そういう審査の判断で臨むという理解で間違っていないか。

A. 明確に違法動画というものに対して張り付けるという行為はそう。ほかにどうなのかということだが、論理的に言えば、伝統的な意味での著作権侵害行為の頒布と同一視し得るような気もするが、他方で、それもちょっとカテゴリーカル・アプローチをとりつつも、難しい点だが、やはり URL の特殊性があり、みんな自由に張って、それが表現空間を築いているため、違法性が明らかではないものの URL を張る行為までも、その規制がカテゴリーカルに合憲だと言えるのかということについては、議論いただきたいところ。

Q. 刑法の立場から補足。カテゴリーカル・アプローチについて、実は刑法において、教唆はともかく、幫助は極めて広範な概念。幫助は、要するに有形・無形の方法で他人の犯罪を容易にするといった、非常に外延の広い概念として理解されている。むしろ刑法の議論では、幫助というと、伝統的に非常に広過ぎて、なかなか限定しにくいものであり、それゆえいろいろなところで限定のアプローチが必要だと理解されていた。

この点が特に表れたのが Winny をめぐる最高裁の判例であり、高裁判決が極めて限定的な幫助の理解を示したところ、それをひっくり返す形で、ただし、従来の昭和 24 年判決のような幫助の一般論よりはやや限定した形の幫助の理解をとり、被告人の故意を

否定したことで無罪にした。要するに、カテゴリーカル・アプローチをとるというときに一番の重要な点は、伝統的な処罰範囲がどのような範囲のものであったのかということで、必ずしも刑法研究者の間でも理解が共有されているとは限らない。この点について何か御示唆があれば。

- A. 正に Winny がそうであったように、「幫助」という概念をどう考えるかが重要。「幫助」は憲法的観点から、伝統的にカテゴリーカル・アプローチで限定すべきであるといった一つの例だったが、それは「幫助」概念を刑法学者と著作権法学者の議論あるいはそういう Winny 事件のような判例等の蓄積により絞り込んでいくということが重要なのだろう。ただ、その場合、重要なのが、例えば Winny の場合に「幫助」に当たらないとして無罪になったが、そこで伝統的な「幫助」を越えて予防的措置を拡大した場合、例えば Winny の提供を処罰対象とするように新たな立法をするというような場合には、憲法の原則的な厳格な基準に基づいてその合憲性が判断されるべきであろう。