

2018年11月28日

明治大学知的財産法政策研究所 (IPLPI) シンポジウム

「サイトブロッキングを巡る立法上の諸課題」

—EUの動向と日本法への示唆—

科学研究費補助金 基盤研究A 平成27～31年度

「知的財産権と憲法的価値」

第一部基調講演（日本語）

*英文は講演者による加筆修正が行われているため、日本語議事録と異なる部分があります

「サイトブロッキングに関するEUの法理と実務」

Martin Husovec (Assistant Professor, Tilburg University)

フソベック：皆さま、グッドアフターヌーン、「コンニチハ」。本日は、お招きいただきましてありがとうございます。このように招聘していただきましたことを、高倉先生、および、高倉先生のチーム、そして、上野先生および木下先生に、心から感謝申し上げます。大変温かくお迎えいただきまして、昨日から、非常に生産的な議論を行うことができました。本日も、このプレゼンテーションが行われた後、パネルディスカッションのかたちで議論が行われるのを大変楽しみにしております。

実は、今回は来日2回目で、日本に来るのを大変楽しんでおります。前回来日したときは、研究のために2カ月滞在しておりましたので、しっかりと東京人になった感じになりました。皇居の周りを走ったりしておりました。それを思い出して、昨日も、ランニングをしようと思って皇居に行ったのですが、3年がたっておりましたので、反時計回りに回らなければいけないのを忘れておまして、もう少し頻繁に来日しなければいけないと反省したところです。

本日のこの発表のタイトルですけれども、こちらに書きましたのは、いわゆるウェブサイトブロッキングよりも、より広い意味でのタイトルを掲載させていただきました。というのも、EUにおける全般的な状況についての話をしたいと思ったからです。あくまで、サイトブロッキングというのは、媒介者に対して取りうる手段の一部分にすぎないという位置からお話をしたいと思いました。

今回は、EUでの媒介者を巡る状況について、少しお話をしたいと思います。サイトブロッキングというのは、媒介者の不法行為を条件としない媒介者に対するより広範な救済策として利用できる方策の一つです。

これらの媒介者に対する措置は、不法行為をしているわけではないが、権利者の権利行使に際して支援する立場にあるサービスプロバイダーを対象とするようにします。裁判所がプロバイダーに課すこうした法的義務の基礎には、違法なことをしたということではなく、サービスプロバイダーが特定の状況において権利者を支援する立場にあるという事実があります。

ここでいわれている法的責任というのは、いわゆる法的責任の一次的責任、および、二次的責任に次ぐ、3つ目のカテゴリーに属するものだと言えるでしょう。皆さまもご存じのとおり、一次的な法的責任というのは、基本的には、その権利に対して侵害を行う者に対するものであり、二次的な法的責任というのは、その侵害者をほう助する者に対するものということになります。

しかし、ここでは必ずしも誰かの権利を侵害しているわけではありません。そこで私はこれらのプレイヤーについて、特定の状況における支援に対して責任を負うものの、この特定の行動の原因であるユーザーの行動については責任を負わないという事実の本質を言い当てるものとして「**accountable, not liable**」という用語を作り出しました。

この観点は、極めて重要なものだと思っておりますが、欧州域内においても、必ずしも常に明確にそのように考えられていたわけではありませんでした。

しかしながら、近年、この2年ほどでしょうか、こうしたかたちでの理解が勢いを増しつつあります。つまりは、媒介者が、必ずしも不法行為を行ったかどうかは問題ではなく、媒介者が、権利を侵害された権利者に対し、支援を提供するかどうかの問題なのだという視点です。

サイトブロッキングの位置づけをよりよく理解するために、まずオンラインのプロバイダーの全体像を確認する必要があります。この全体像を眺めると、YouTubeやThe Pirate Bayなど、アプリケーションを提供するプロバイダーのほか、アクセスプロバイダーや支払いプロバイダーなど、より多くのインフラストラクチャを提供するプロバイダーがあることが見て取れます。

インターネット上のすべてのサービスが必ずしも同等というわけではなく、それらがさまざまな異なる方法でユーザーの侵害行為に寄与していることを理解することがとても重要です。それらのサービスは、侵害行為と多かれ少なかれ関連している場合もあれば、インターネットの全体的な機能にとって多かれ少なかれ重要である場合もあります。そして、これらのことは、さまざまなサービスの規律にどのようにアプローチしていくかを考える場合に、念頭に置いて考慮すべきことでしょう。

私の著作の中では、侵害行為から近いのか遠いのかということでもって区分しており、

近位のサービス提供者、そして、遠位のサービスプロバイダーといった形で分類しております。

近位のプロバイダー (**proximate providers**) は、皆さまにもなじみのあるよく知られたプロバイダーであり、インターネットのアプリケーションのレベルを提供するものですので、皆さまがユーザー生成コンテンツをアップロードする場所として、使用しているあらゆる種類のサービスを意味しています。

遠位のプロバイダー(**remote providers**)というのは、遠い距離にある、つまりユーザーの視点からはあまりみえないことが多いプロバイダーです。それらのプロバイダーには、皆さんがインターネットにアクセスするために利用しているホームプロバイダーであるとか、大学に来てWiFiにアクセスするとき大学にインターネットアクセスを提供するプロバイダーであるとか、あるいは例えば、決済手段を提供するプロバイダーであるとか、そうしたインターネットへのアクセスを提供するあらゆる種類のプロバイダーがこれに該当するでしょう。

近位のサービスプロバイダーは、EUにおいて、通常は何らかの形の法的責任が課されていると言ってよろしいでしょう。例えば、ユーザーが何らかの侵害行為をしている場合に、その対応を取るべく通知を受けて、何らかの対策を取らない場合には、法的責任を負うといった形になっています。他方で、遠位のサービスプロバイダーについては、そういった形での法的責任の救済の対象外に位置づけられ、このような責任にはさらされないということになります。

したがって、サイトブロッキングの話をするとき、ヨーロッパでは主として遠位のプロバイダーについてみています。なぜなら、近位のプロバイダーは、必ずしもサイトをブロックするのではなく、通知があればそれに応じて対処するということでしょうし、裁判所や当局の決定を待つ必要はないからです。

これらのプロバイダーについては、実際には、それらに適用できるような各種の対策があることがわかります。そして、サイトブロッキングはその各種の対策の1つにすぎません。そしてここに示したスライドは、存在するあらゆる種類の対策を網羅しているわけでもありません。

代替案について考えた場合、明らかな代替案の1つは、アプリケーションのレベルで生じている問題に対処するためには、アプリケーションレベルのプロバイダーに直接アプローチするのが普通であって、リモートプロバイダーのところには行かないわけです。

ヨーロッパでは、サイトブロッキングの法的根拠は、ここに掲載させて頂いているとおり、大変短い文章でかかれていて、また、非常に曖昧なものです。2001年にヨーロッパの法律をデジタル環境に適合させるための著作権リフォームが行われたのですが、そのなかで、加盟国が特定の種類の差止命令を提供することを許可または実際に規定するこの規定もまた可決されました。この義務は、後に著作権法だけでなく他のすべての知的財産権に

まで拡大されまして、最近ではまた、今後の統一特許制度システムにおいても見いだすことができます。

欧州の立法者が求めた義務は非常に短いもので、本質的には EU 加盟国は自国の法制度において自国の権利者が、そのサービスが知的財産権を侵害するために第三者によって使用されている媒介者に対して、差止命令を求めることを確保しなければならないとするものでした。

最初にこの草案が出たときに、実際にこの条項が何を意味しているのかということにつきまして、かなり議論になり、みんなよく分からないという見解になったわけです。

起草時および立法が通過した時点では、これらの条件が実際に何を意味するのかは明確ではありませんでした。多くの加盟国が考えたのは、主として、例えば、媒介者自身が権利の侵害を行っている場合、他のタイプの侵害者に対する場合と同様に、差止命令がもたらされるということでした。しかし、その当時すでに、この規定はダイナマイトになる可能性があるという学界からの声がありました。それは、将来においてこの規定の適用範囲が、ほとんど予測ができない規定である可能性があるという意見でした

ただ、実は、これが草案だった段階では、さほどのロビイング活動も、また、熱を帯びた議論も行われませんでした。というのも、当時は、一般的には、これは害のない条項であるというふうに誤解して、理解していたからです。ですので、多くの人が、この条項がこれほど重要な条項になるというふうには認識していませんでした。

この状況は、この規定の導入後、数年たって初めて、権利者側がより積極的に、各国に対し執行を求めるようになり、この条項に基づいてサイトブロッキングを求めるようになってきました。その段階になって初めて、この条項の重要性が認知されるようになったのです。

ウェブサイトブロッキングが、まさに、IT の専門用語でいう、「キラーアプリ」と呼ばれるものになってきたわけです。

ただ、その後、間もなく、徐々に、なぜこのような条項が EU 法の中に記載されたのかということが、明確になってきました。完全なる新たな政策的な介入であって、どういうわけかレーダーをすり抜けて留まってしまったもので、私が最初の方ですでに述べたこと、すなわち、非侵害者をターゲットとし、それらの者に支援を要求し、場合によっては侵害に対する措置を取るよう支援しなさいという命令を裁判所が発することができるようにする手段を導入することが意図されていたということが、徐々に分かってきたのです。

今日では、すでにこのことを明確にする判例も出てきておりまして、その中で、徐々にこの条項の意味が明らかになってきております。この中で 2 つ重要なポイントがありまして、それがまさに、前に議論になったポイントに関連してくるのですが、第 1 に、この条項において意図されている措置というのは、特に、媒介者による不法行為を前提としない

ということです。第 2 に、これらの措置は、その根幹をなすものとして、侵害行為の防止を目的としているということです。

EU では、ウェブサイトブロッキング以外にも、さまざまな救済、あるいは、対策というものが可能です。例えば、インターネットの接続切断、パスワードのロック、WiFi のパスワードによる保護、そして、フィルタリングといった、こういったさまざまな措置が可能です。

ただ、方法としては、こういった手段を使うことが可能だといえども、例えば、原告が裁判所に訴えを起こしたからといって、必ずしも原告の訴えが認められるわけではない。当然ながら、それを実施する、あるいは、裁判所として命令するには制限があって、その範囲内では、裁判所というのはこれを認めないということになるからです。

制定法から導き出される救済に関する一般的制限となる幾つかの条項があります。まず 1 つ目が、エンフォースメント指令の第 3 条ですが、これは基本的には TRIPS 協定第 41 条の規定を、コピペしたものです。

この要件といたしましては、比例性ですとか、適法な取引の障害を作り出さないこと、十分な抑止力があること、効率的であること、などです。

これらの非常に一般的な要件に加えて、裁判所や立法者はいかなる場合でも、プロバイダーに対してユーザーの一般的監視義務を媒介者に課してはならないという基本的要件があります。我々は媒介者に対して、そのユーザーを一般的に監視することを強制する義務を課してはいけません。

しかしながら、これらの制限は、ごく一般的なものでしかないので、結局は、何か具体的な事例が出てきた場合は、既に判例も出ておりますけれども、裁判所が、いわば、複数の権利を有する当事者間でのバランスを図る、主要なモデレーターになっていると言えます。

ユーザーのデータ保護やプライバシーの権利、ユーザーの表現の自由、そしてそれと同時に、こういった措置の対象となるプロバイダー側のビジネスを行う権利も、これらの権利として認められます。

後で、少し具体例でお話しいたしますけれども、こういった人権に関して忘れてはならないのは、訴訟手続の当事者として具体的に出廷しないような関係者についての適正手続の権利も重要な人権の 1 つです。

私はこれからサイトブロッキングについて詳しく説明しますが、これは非常に新しく、斬新なもののように思えるかもしれませんが、実際にはいくつかの主要な法域の国内法においてこの措置を採用している先例があります。ドイツとイギリスがこれに当てはまりません。

では、ここで、サイトブロッキングについて、具体例を示しながらお話をしていきたいと思えます。サイトブロッキングは、本日の議論の中核でございますし、恐らく、どのよ

うな執行措置が取られているかということについて、大変、関心をもたれているのかと思います。

では、どのように、サイトブロッキングというのは機能するのでしょうか。こちらで、ディズニーと例示しているのが、権利者の側です。そして、彼らは **Pirate Bay** を遮断したいと思っています。ここで関わってくるのが、アクセスプロバイダーでして、この事例の場合は **AT&T** ということになります。**AT&T** が存在して初めて、このウェブへのアクセスができるわけです。

ユーザーとしての **Pirate Bay** は、同時に、**AT&T** の顧客でもあります。いわゆる一般ユーザーも、**AT&T** のアクセスプロバイダーのサービスを使うユーザーです。

この事例では、ディズニーは裁判所にやってきて、**AT&T** の顧客のために、**The Pirate Bay** へのアクセスをブロックするように **AT&T** を強制しようとするわけです。

さて、民事訴訟では、権利者と **AT&T** のみが訴訟の当事者となります。これは、影響を受けるウェブサイトも、影響を受けるユーザーも、訴訟の当事者ではないことを意味します。しかし、裁判所における審理では、これらすべての当事者の利益が考慮されることとなります。

裁判所が基本的に行っているのは、一方では、権利者の財産権、利用者の表現の自由およびプライバシーに対する権利、媒介者である **AT&T** がビジネスを行う権利の重みを考慮するわけですが、それとともに、裁判所は、影響を受けるウェブサイト、この事例では **Pirate Bay** ですが、これに対する適正な手続の保障とビジネスを行う権利の重みについても、検討をしなければならないのです。

そうしますと、この図の右側 2 者は、実際の裁判の当事者ではないわけです。そのような場合に、通常、裁判所はどうするでしょうか。特にイギリスにおける判例では、この 2 当事者についても、ブロッキング命令に際して、裁判所は、ブロッキングが実施された後にそのブロッキングに対して異議が申し立てできるようにするための条項を入れるということになります。

しかしながら、いわゆる各国のレベルで、このような事例についての統一した方式というのは、残念ながら、今のところありません。各国のレベルで見ますと、さまざまなバリエーションがありまして、もしご関心がおありでしたら、こちらにそれについて議論をした論文のリンクを貼っておりますので、ぜひ、いろんな事例をご覧くださいと思います。

理解のために幾つか事例をお話ししたいと思います。裁判所はさまざまな方法によって差止命令を付与します。幾つかの裁判所は、「これらの特定の方法によって、特定のウェブサイトブロッキングしなさい」という差し止め命令の出し方をします。

その他の事例といたしましては、例えば、オーストリアに見られるのですが、「このウェブサイトをブロッキングしてください。しかしながら、それについてあなたが採用する措

置についてはお任せします」という形の命令もあります。

他の異なる事例としては、先ほども少し言及いたしましたけれども、当事者ではないプレイヤー、例えば、侵害行為を行っているこれらのサイトに対し、「この差し止めの命令が出た後、裁判所に来て、判断の取消しを仰ぐことを可能にする」というような文言を付け加える。

他の裁判所においては、「今回の差し止めの判断は、最終的なものである。よって、もし裁判所の判断に異議を唱える場合、別の独立した請求原因に基づいて独立した訴訟を独自に起こしてください」と命令する場合があります。

たとえば、オーストリアの事例では、ユーザーがブロッキングに対して不服を申し立てました。不服の申立は、EU の判例法に基づいて必要となる要件なのですが、ユーザーは、契約の内容を根拠として、合法的なのにブロックされたアクセスへの権利執行について、それは違法であるというふうに訴えた事例があります。

それから、より新しい方法としては、ユーザーがウェブを使うことをブロックされてはいけないとする上で、単に表現の自由だけではなく、ネットの中立性に関する法を根拠として、裁判所の判断に基づくものであるとしても、いかなるタイプのブロッキングでも禁止されるという議論を行った場合もありました。

ただ、最後に申し上げたネットの中立性の議論に基づく措置というのは、ウェブブロッキングが偶発的に行われた場合だけに限定されると思います。例えば、**Pirate Bay** をブロッキングしたときに、それと類似する IP アドレスを共有していたために、自分のサイトがブロックされてしまったというような事例にしか有効ではない議論かと考えられます。

別の重要な相違点としては、共犯の責任に関する法は EU レベルでほとんどハーモナイズされていないため、国が異なれば、**The Pirate Bay** などのウェブサイトは異なる時点でもって侵害をしているというだろうという点です。

ただ、EU におきましても、それぞれ、こういった判例法の相違、例えば、共犯という扱いにするのかどうか、こういった点での相違をできるだけなくして調和しようということで、侵害行為というものを扱った統一的なアプローチを可能にしようとする動きもあります。

EU 司法裁判所は、**The Pirate Bay** のようなウェブサイトが直接侵害している可能性がある場合の判例法を通じて間接的に調和させようとしています。これにより、直接訴えの対象となりうるだけでなく、ウェブサイトによる侵害行為がサイトブロッキングの前提条件となる場合、ウェブサイトのブロックのような行動の対象となる可能性があるウェブサイトの分類を統一することになります。

しかし、やはりこれまでのところ最も重要な相違は、コストとその割り当てに関係しています。

通常のコスト配分というところだと、知的財産権者、この場合はディズニーですが、

C1 と書いた部分のコスト、たとえば、自らの弁護士費用を払うこと、裁判における訴訟費用を支払うこと、そうした法務コストになります。しかし、この図で最も重要なコストである実施コストについて、つまり、一度命令が出た後、実際に差し止めを実行するのは AT & T ということになるので、図でいうと C2 というところになり、媒介者が負担します。

したがって、実際には、このことはブロッキングについて想定されるメリットが弁護士費用や訴訟費用を上回る場合には、権利者は裁判をすることを意味します。そして、EU 司法裁判所は、これらの措置は必ずしも特に効果的である必要はないと述べているので、そのような措置が国内裁判所によっても認められることを意味します。

数字で少し具体例を挙げてみたいと思いますが、いわゆる、弁護士費用や訴訟費用といったコストは、例えばですけれども、1 万ユーロ程度でありましょう。一方で、AT&T が負担する、いわゆるブロッキングの実施に伴う費用は、恐らく、5~6 つのゼロのつく合計といった、桁違いの数字になる可能性があります。

これが、私がいわゆる資源の無駄遣いと呼ぶ、重大な問題につながるのです。この現在の仕組み、いわゆる裁判手続きの中では、必ずしも、ウェブサイトブロッキングのメリットと、全ての当事者のコストとが勘案されて、比較されるということは、保障されていません。

また、こういった資源の問題というのは、司法介入がとても難しいという部分でもあります。というのも、裁判所側は、常に情報の不完全性に直面していて、その不完全な情報に基づいて、期待されるメリットについて試算しなければいけないわけです。ウェブサイトブロッキングを実施したときに、実際にどれだけメリットがあるのか、これは実は、権利者のほうがよく分かっているわけです。例えば、彼ら自身のバランスシートなり、売上高の見通しなり、こういった数字を持っていますので。

しかし、権利者のほうは、全てのコストを自分で算定しようとするインセンティブは、今の裁判手続きの中では働かないわけです。一方で、裁判所のほうは、提示された数字でもってのみ、うまくその措置を調整しようとする。その結果、一見すると、便益がコストを上回るといった形での判決を出すということになるわけです。

このようなやり方では、問題があるので、他のアプローチを模索する必要があると考えられます。

最も簡単な解決策として考えられるのは、権利者に対し、自分自身のコストだけではなく、実施のためのコスト、例えば、この図で言う AT&T が、差し止めを実施した場合に生じる全てのコストというものも試算して、裁判において提示するというものです。C1、C2、C3、全てのコストについて、権利者が裁判所に提示するということです。

そして、恐らくは、権利者側で、その 3 つのコストが便益を上回る場合に初めて、裁判所に訴えを提起するでありましょうから、メリットが上回るときにしか訴訟が提起されな

いということになるのです。

これがもし実施できれば、裁判官にとっても、大変やりやすくなるということになります。さまざまな利益を比較検討する際に、コストの算定などといった部分でエネルギーを使うのではなく、裁判所の本来の役割である、問題となっている基本権をどのようにして、それぞれの当事者に対して重み付けして調和するという、裁判所の本来的な役割にのみ裁判官として集中することができるからです。

ここで大切なのは、ウェブサイトブロッキングは、特に期限が設定されていない場合、つまり、ISPとしては、永続的にその義務を果たさなければならないということです。

そのため、先ほども述べたような全てのタイプの基本権が保護されるというときにのみ、取られるべきであり、さらに、この措置を取った場合に、権利者への利益がすべての直接的なプレイヤーにかかるコストを上回るときにのみ、措置が執られるということを実際にしたいのです。

また、このようなかたちで当事者全員のコストをしっかりと算入して、コストを計算するということによって、極めて柔軟な対応が可能になります。というのも、権利者は、もし、この措置のメリットがコストを上回らなくなったということであれば、そのようなコストを払い続けるということはやめるでありましょう。ですので、自動的に、そのような措置は消滅するということになるのです。

こういったかたちで考えることにより、基本権に対してもっている我々の期待を損なうことなく、これらの措置を実施するという、極めて大きな問題についても、懸念が解決されるということになります。

当然、メリットが費用を上回るかどうか、これは大きな懸念でありまして、それについて、今申し上げた、当事者の費用を勘案するということで解決できる。さらには、全ての基本的人権への期待値についても、こういった形で措置を形成すれば、解決できるということになり得ると考えます。

では、ウェブサイトブロッキングのところから少し離れて、この分野においてウェブサイトブロッキングに対する代替的手段がどれぐらいあるのか、考えてみましょう。

この分野における代替策としては、コースの定理の観点からいえるであろうと思いますが、媒介者に対して権利を分配するということが、1つの代替策として考えられるでしょう。つまりは、権利者は媒介者に対してサイトブロッキングを強制的に要求することはできなくなるが、権利者は媒介者との交渉をとおして、サイトブロッキングをしてもらうようにする、その際の交渉を自主的な形でとってもらうようにできるようにするということがあります。

しかしそうすると、やはり人権について、ここで再考しなければいけません。2つの代替策のどちらのほうが、より良いと思われるでしょうか。もし、自主的にその措置を実施するということができれば、権利者と媒介者の間で交渉が行われ、その中には当然、基本的

人権うんぬんといったことも考慮した上での交渉を行って、実施しなければいけない。こうした世界がいいのか、あるいは、ウェブサイトブロッキングといった形をとる場合に、裁判所にモデレーターになってもらうという世界、このどちらが望ましいでしょうか。

日本では、自発的なブロッキングを行うということは、必ずしも可能ではないと理解しています。通信の秘密という法律上の定めにより接触をするからということでもあります。

このことは、2つの世界を比べたとしても、既に法律でもってそもそも禁止されている、事前に禁止されてしまっているために、自主的な交渉というものは、なし得ないことを意味しています。

しかし、例えばアメリカでは、ウェブサイトのブロックは自主的に合意される可能性があります。問題は、これら2つの世界のどちらが基本的権利を保護するのに適しているか、権利者が権利を行使するのはどちらが優れているかということです。

先ほど私が申し上げたコストというポイントについて説明するために、2つの異なった措置の事例をお話ししたいと思います。1つはヨーロッパにおける立法による措置であり、もう一つは、アメリカでの自主規制による措置です。

ISPは、ユーザーがインターネットのアクセスを通して、権利侵害を行っているという通知を受けた場合、ISPに対し、その措置を取る義務が発生するのですが、フランスでは、その際に、スリーストライクの原則を当てはめるということが行われました。

アメリカでも同様の解決策が生まれました。それは、著作権警告システムと呼ばれているものですが、こちらは自主的な合意に基づくものです。

フランスの制度も、しばらくするとコストが持続可能ではないという判断になりました。政府としては、これだけのコストをこれだけ低い便益のために払い続けることが不能だという結論に至りました。したがって、制度は本質的に機能停止しております。このようなスキームにもうお金を払いたくないと考えている公的機関のほうが、このシステムを停止しようということで、システム停止を行ったわけです。

アメリカでも同じことが起こりました。数年たった後、このスキームは同じように停止されました。その理由は、私人間の契約によるものであり、よく分からないんですけども、やはり同じように、提供している資金に対してあまりにメリットが少ないということで、見返りが無いという判断を権利者がしたのだと考えられます。

そういったことを考えましても、やはり措置を停止してしまうということ、それができるような柔軟性も極めて重要な理由が、お分かりいただけると思います。

当然、このようなシステムであれば、権利者が便益とコストを再評価をして、もし、もう一度、その措置を取る必要があると思えば、また措置を取るでありましょう。つまり、メリットがコストを上回ればという場合です。

私人間のスキームでは、そういったコストを分析した上で、やめるということがあり得る。一方で、政府主導のシステムにおいても、昨今では透明性が求められるので、その情

報でもって、世論からのプレッシャーを受けた場合に、十分な便益がないという判断で、コストとメリットのミスマッチから、もうこの制度はやめようということになるかもしれません。

ただ、同じようなスキームであっても、裁判所が命令する形態をとっている、ヨーロッパに現在ある制度ではどうでしょうか。これは、停止する事由というものが存在していません。ですので、コストは、目に見えないまま、ずっと発生し続けるということになります。自分自身のバランスシートに出てこないからです。誰か、第三者のバランスシートにしか載ってこないコストになるからです。

ですので、こういったコストの分配という問題は、単に、誰がどのコストを払うかというだけでは終わらない、大きな問題になるわけです。そして、措置としても、実務的にどのような措置であり、どのようなウェブサイトブロックするのか、対象になるウェブサイトは何なのかというところが、問題になってくるわけです。

例えば、形式的には侵害行為をしていると考えられるウェブサイトであっても、売上高の減少への影響が非常に小さいというようなウェブサイトもあるでありません。

一方で、売上高を減少させる上で、極めて大きな役割を果たしている違法サイトがあるかもしれない。そういったところが、売上高減少に起因するとして、ウェブサイトブロッキングのターゲットに、なるかもしれない。しかしながら、そのサイトをブロッキングし続けることのコストというものも、その後、発生し続けるわけです。

また、どのアクセスプロバイダーを訴訟の対象として、ウェブサイトブロッキングの対象としたらいいかということについても、やはりコストベースで考える手法があり得るでしょう。

通常、何かこういった侵害に対して、ウェブサイトブロッキングを求めるときには、個別のISPというよりは、全て一括で訴えるということが一般的であります。

ただ、そこで考えるべきなのは、全て個別に訴訟したときに、そういったウェブサイトブロッキング全部に対して、コストをかける価値があるのかということです。そして、どのユーザーがブロックの効果として有効であるのか、有効でないのかを検討する必要があります。

ここで大切なのは、ブロッキングを実施するコストというのは、全てのプロバイダーに対して一律ではないということです。相対的な規模によって、ISPごとにやはりその費用は異なってくる。特に小規模のISPほど、サイトブロッキングに関わる費用というのは高くなる。そして、大きいところは、相対的に小さく感じるということになります。

ですので、コストの配分ということを考えることによって、サイトブロッキングという措置について、どのような実務にし、どのような法体系にするのかという、その全体像が見えてくる1つの手段になると思います。

ヨーロッパの制度では、先ほど説明したように、コストの問題以上に、数多くの解決し

なければならない問題があります。しかし、これらの問題は、ヨーロッパで行われている方法を導入することに興味がない限り、必ずしも発生するわけではありません。

したがって、欧州の制度が生み出した問題のひとつは、立法によって非常に簡単に、大まかな条項を定めてしまうと、実際、その短く大まかな法の規定に基づく措置を講じることで、著作権者側というのは、裁判所に要求できることについて、非常に創造的な方法で見つけてくるということです。

従いまして、これらの裁判所の命令というのは、本来、権利者が立法者のほうに行って民主主義的な手続きを通じて要請しているものを法制化してもらうように説得すべき内容について、権利者が裁判所に対して、形式的に要請し、実現してもらうことを許容しているという性質があるわけです。

アブストラクトにおいて紹介されている 2 つの例について、お話しさせてください。現在、欧州議会で、法案として提出されているのが、フィルタリングに関してであります。これは、フィルタリングというものを、プラットフォームの事業者、例えば、SNS であったり、ホスティング事業者に課すということですが、実は、この内容というのは、これ以前に、裁判所における訴訟の中で、差し止め命令のために争われていた内容であり、その対象となるプレイヤーには、既に SNS 等が入っていたわけです。

2 つめの事例は、アイルランドの事例なのですが、アイルランドの裁判所で争われたもので、これは、スリーストライクススキームについて裁判所を通じて実施していくというものであります。フランスにおけるスリーストライクススキームは HADOPI 法の立法を通して行われていました。これがアイルランドの場合、立法によるのではなく、裁判所を通して、当事者が合意するということになります。

現在でも他にもさまざまな課題が、欧州では挙がっておりますが、この場では、それの一つ一つお話するのではなく、後ほどのディスカッションでお話できればと思います。

今まで話してきた措置というのは、影響をさまざまなものにも及ぼします。例えば、イノベーションに対して影響を与えたり、現在の制度において不法行為法が割り当ててきた責任の在り方と抵触したり、弱体化したりする可能性があるなどの、影響を与えるわけです。

欧州の制度と世界の制度をみた場合、裁判所は、基本権を通して、これらの措置を非常に効果的にモデレートするものであることが分かります。

しかしながら、それ以外にも、まだまだ詳細にわたって検証すべき、孤立している権利というのがあります。例えば、それは、適正手続の権利であったり、プライバシーの権利等に関するものです。特定のタイプの措置を考えたときには、検証すべき課題となります。

裁判所に来る多くの問題の訴訟は、コストの配分が十分に賢明な方法で行われていない

ために、裁判所にもたらされることが非常に多いのです。

現時点で、コストの配分において、非常に懸命な方法をとっている国というのが、イギリスになります。イギリスでは、幾つかの先例が基となって、コストが権利者に課せられます。これによって背後に有るさまざまな経済的な考慮をする必要が権利者にもたらされるわけです。

したがって、日本がどこかの時点で、ウェブサイトブロッキングの導入を検討したいのであれば、すべての基本権を検討することも明らかに重要だと思いますが、その前に、コストを特定の方法で配分することによって設定するインセンティブについて考えることは、おそらく他の多くの考慮事項よりも、フレームワークの在り方により影響を与えたいと思います。

基本権に基づいてフレームワークを形成する方法については、さまざまな興味深く参考となる事例というのがあると思いますが、やはり日本においては、日本特有の権利もあり、一部の権利については欧州や他の国と違うものもありますので、さまざまな事例の中で、1つのモデルだけが、この国において適用できるということでもありません。

従いまして、今回のプレゼンテーションの中では、どのようにこれらの措置を形成していくべきかということに関して、あえて詳しい内容までは書いておりません。といいますのも、この後のパネルディスカッションにおいても、この内容は詳しく話されるかと思えます。

従いまして、私のほうでは、詳細で具体的な内容を考える前に、まず、検討しなければいけない、より大きな図、つまり、マクロ的な観点から検討しなければいけない問い掛けというものを話させていただきました。

ヨーロッパの状況の詳細については、他に、ちょうどご覧いただけるスライドへのリンクを、そこにお見せしております。

それでは、ご清聴ありがとうございました。私のお話しした内容が、理解しやすく、興味深いものであったことを願っております。どうもありがとうございました。(会場拍手)