

1 2018年11月28日

2

3

IPLPI シンポジウム

4

「サイトブロッキングを巡る立法上の諸課題」

5

－EUの動向と日本法への示唆－

6

科研費基盤研究 (A) 「知的財産権と憲法的価値」

7

8

パネル討論「日本法における立法上の諸問題」(90分)

9

10

司会

11

木下昌彦 (神戸大学大学院法学研究科)

12

パネリスト

13

飯村敏明 (ユアサハラ法律特許事務所弁護士)

14

上野達弘 (早稲田大学法学学術院教授)

15

成原慧 (九州大学法学研究院准教授)

16

山本和彦 (一橋大学大学院法学研究科教授)

17

18

パネル討論の流れ

19

➡パネル討論は、次のような論点に沿って進めていきます。パネル討論においては、複雑な議論、難解な法律用語が登場します。議論の前提となる争点の内容については、後述の論点整理をご参照ください。

22

23

テーマI：サイトブロッキングの必要性について (25分)

24

25

(1) サイトブロッキングと通信の秘密との関係について

26

27

(2) 緊急避難論に基づく自主的ブロッキングについて

28

29

(3) リーチサイト規制等の他に選べる規制手段とブロッキングとの関係について

30

31

(4) 現状における立法事実論の問題点について

32

33

(5) ブロッキングが一旦導入されると、名誉毀損やフェイクニュース等、規制対象が広がっていく危険性について

34

35

36

1 **テーマⅡ：サイトブロッキング法制化に伴う実体的論点（25分）**

- 2
- 3 (1) ブロッキング請求権の法的根拠について
- 4
- 5 (2) ブロッキング請求権の法的性質について
- 6
- 7 (3) ブロッキング対象となる海賊版サイトの定義づけについて
- 8
- 9 (4) 補充性要件（権利者が手段を尽くしたか否か）について

10

11 **テーマⅢ：サイトブロッキング法制化に伴う手続的論点（40分）**

- 12
- 13 (1) 行政的ブロッキングと司法的ブロッキングについて
- 14
- 15 (2) 判決（決定）の効力を誰に、どの範囲に及ぼすか。その法的根拠について
- 16
- 17 (3) 訴訟参加・不服申立ての適格は誰に対して与えられるか
- 18
- 19 (4) 仮処分手続によるサイトブロッキングの許容性と問題点
- 20
- 21 (5) 非訟事件手続法に基づくサイトブロッキングの許容性と問題点

22

23 **論点整理**

24 ※以下の整理は全て木下の責任によるものである。

25

26 **1. テーマⅠ：サイトブロッキングの必要性について**

27

28 **(1) 通信の秘密**

29

30 憲法21条2項後段は、「通信の秘密は、これを侵してはならない。」と規定している。

31 同項にいう「秘密」には、通信の内容だけでなく、アクセス先等の通信の存在それ自体に

32 関する事実も包含される。さらに、そこでの「侵してはならない」は、①積極的知得行為

33 の禁止（通信の内容や通信の存在自体に関する事実を知得することの禁止）、②窃用の禁

34 止（発信者と受信者の意思に反して通信を利用することの禁止）、③漏洩行為の禁止（通

35 信に関する情報を他者に漏洩することの禁止）の三つ行為の禁止を意味するとされてい

36 る。

1
2 **・サイトブロッキング⇒通信の秘密侵害論**

3 論拠①：ISPの利用者等の通信当事者が合意した目的の範囲において、接続先等の情報を
4 知得し、利用することは通信の秘密の侵害には該当しない。しかし、サイトブロッ
5 キングを実施するという目的のために、接続先を知得することは、正当な目的の範
6 囲外での積極的知得行為となり、さらに、知得された接続先を利用してサイトブロ
7 ッキングを行うことは、正当な目的の範囲外での窃用となる。そのため、サイトブ
8 ロッキングは、通信の秘密を侵害する。

9 論拠②：海賊版サイト以外のサイトにアクセスしようとする利用者に対しても、サイトブ
10 ロッキングの対象になるか否かという目的をもって、その接続先を知得すること
11 になる。そのため、ブロッキングの実施は、非海賊版サイト閲覧者も含め、万人の
12 通信の秘密の侵害となる（万人侵害論）。

13 論拠③：日本における通信の秘密は、プライバシーを厚く保護するものとして諸外国から
14 も高く評価されている。

15
16 **・サイトブロッキング⇒通信の秘密非侵害論**

17 論拠①：サイトブロッキングにより通信の秘密が侵害されるとの主張は形式論的過ぎる。
18 仮に通信の秘密の侵害に該当するとしても、その「程度」は、通信傍受等と比較し
19 て、弱いものと考えべきである。

20 論拠②：日本以外に上記のような意味での通信の秘密理解を採用している国はない。

21
22 **※通信の秘密の独自の意義**

23 サイトブロッキングは、通信の秘密に対する侵害になる以前に、サイト運営者の表現の自
24 由に対する侵害、インターネット利用者の知る自由に対する侵害になることは明らかで
25 ある。そのため、通信の秘密に対する侵害の有無にかかわらず憲法問題となることは明白
26 である。ただ、サイトブロッキングの有効性の程度が低い場合、すなわち、迂回が容易で
27 ある場合、表現の自由や知る自由との関係ではむしろそれらの権利に対する制限が弱い
28 として、合憲性を基礎づける方向に傾くのに対し、通信の秘密との関係では、迂回の容易
29 性にかかわらず侵害の程度は一様であるので、通信の秘密を取り上げる意義があるとい
30 うことになる。

31
32 **(2) 立法事実論**

33
34 サイトブロッキングに関する立法事実論としては、①ブロッキングそれ自体の実効性を
35 支える立法事実と②ブロッキング以外に選べる手段の実効性を支える立法事実に分ける
36 ことができる。②ブロッキング以外に選べる手段の実効性を支える立法事実については、

さらに、(i) 広告規制など法制度として他の有効な手段があるか否かの問題と (ii) 権利者が選べる救済手段を尽くしたか否かの問題に分けることができよう。②(ii) については、具体的な司法手続のなかで問題とすべき事項であるとも言える。

① ブロッキングそれ自体の実効性について

・実効性否定論

内容：利用者によるブロッキング迂回手段の利用、海賊版運営者によるミラーサーバーの設置など、ISP がブロッキングを行っても実効性はない。

・実効性肯定論

内容：回避手段を利用してまで海賊版サイトを見ようとしないうるライトユーザーには効果的であり、また、ミラーサイト対策としてはブロッキング命令の効力の拡張等により対処すべき問題である。

② ブロッキング以外に選べる手段の実効性について (補充性)

・補充的手段肯定論

内容①：海賊版サイトにおける広告規制、リーチサイト規制、静止画ダウンロード規制など、まだ法制化されていない他の手段が存在し、それらの手段の実効性も検証されていない (規制手段の補充性)。

内容②：海外にサーバーを置く海賊版サイトでも、海外での民事訴訟等を通じて、利用者の特定、差止めが可能ではないか (日本の漫画の場合、関係者は日本国内にいる蓋然性が高い) (権利者が利用できる制度の補充性)

・補充手段否定論

内容①：広告規制は、広告依頼者が海外の企業の場合には、実効的な効果が見込めない。

内容②：リーチサイト規制など、ブロッキング以外の規制が拡大することはかえってインターネットの自由を制限することにならないか。

内容③：欧米のように民事訴訟制度が整備された国では対処できるかもしれないが、民事訴訟制度が整備されていない国にサーバーが置かれた場合、運営者の特定が困難かつ時間がかかる。

内容④：権利者が十分な手立てを尽くしたかどうかは立法段階で議論すべき問題ではなく、裁判所が司法事実を踏まえて個別具体的に判断すべき事項ではないか。

※リーチサイト規制とサイトブロッキングの立法事実論の相違

リーチサイト規制の必要性については、海賊版対策タスクフォースにおいても意見の一致が見られたとされているが、リーチサイト規制も、リンクの自由 (表現の自由) という憲法上の権利の制限に繋がる規制であり、本来、厳密な立法事実の裏付けが要求されるものと考えられる。サイトブロッキング規制を基礎づける立法事実はないが、リーチサイト規制を基

1 礎づける立法事実はあるということになったのであろうか。サイトブロッキングを基礎づ
2 ける立法事実がなければリーチサイト規制を基礎づける立法事実もないということになり
3 はしなだろうか。

5 2. テーマⅡ：サイトブロッキング法制化に伴う実体的論点（20分）

7 (1) ブロッキング請求権の法的根拠

9 著作権法 112 条 1 項は、「著作者、著作権者、出版権者、実演家又は著作隣接権者は、そ
10 の著作者人格権、著作権、出版権、実演家人格権又は著作隣接権を侵害する者又は侵害する
11 おそれがある者に対し、その侵害の停止又は予防を請求することができる。」と規定してお
12 り、差止請求権の被請求者となるのは、明文上は、「侵害する者又は侵害するおそれがある
13 者」（以下、侵害者）に限定されている。

14 ここでの侵害者は、「直接侵害者」を指し、教唆・幫助者は含まれないという見方が通説
15 であるが（異論あり）、何が直接侵害者に該当するかについては、さらに、学説上は、①直
16 接侵害者を原則として物理的な侵害行為者に限定し、それ以外の者については新たに間接
17 侵害の規定を設けて処理すべきであるという発想と②直接侵害者の範囲を規範的に判断し
18 て拡張処理しようとする発想とがあるとされる（最高裁は、いわゆるクラブキャッツアイ事
19 件（最判昭和 63 年 3 月 15 日判時 1270 号 34 頁）において、物理的には歌唱をしていない
20 カラオケ店を侵害主体と認めたことがあり、カラオケ法理と呼ばれる）¹。

21 このような伝統的な議論とは別に、そもそも、112 条 1 項は確認規定であり、侵害者では
22 ない第三者に対しても差止請求権を有するという見解がある。

23 また、著作権法 112 条は差止請求権を創設した規定であり、なおかつ、ISP は、同条にい
24 う「侵害する者」にあたらないと解釈した場合には、新たに差止請求権の法定が必要である
25 が、この場合も、侵害者と位置付けたうえで、差止請求権の対象とするか、あくまでも侵害
26 者ではないという位置づけは維持しつつ、差止請求権の対象とするかの対立がありうる。

28 立法における理論的根拠の整理

30 ・政策的法定説

31 内容：ISP は、著作権の侵害者・侵害者の幫助者ではないことを前提にしつつも、ISP
32 が著作権侵害の拡大を防止し得る地位にあることを根拠として、政策的に ISP に対す
33 る請求権を法定したと解する捉え方。

34 帰結①：法改正は、現行の 112 条 1 項以外の新たな差止請求権を法定することによっ

¹ 中山信弘『著作権法第二版』（有斐閣、2014 年）601 頁。

1 ておこなわれることになる。

2 帰結②：ISPは、ブロッキングの義務付け対象にはなっても、海賊版サイトへの接続
3 業務それ自体は適法であり、同業務により損害賠償や罰則の対象とはならない。

4 帰結③：本来適法な行為に対して義務付けを行うものであるため、ブロッキングに要
5 した費用について補償を与える必要がある（憲法29条3項）。

6 7 ・物権的請求権説

8 内容：物権的請求権は、本来、侵害者・非侵害者に拘わらず及ぶものであるという理解
9 を前提に、著作権にもこのような物権的請求権が内在しており、本来的請求権としてブ
10 ロッキングを請求することができるかと解する捉え方。

11 帰結①：現行著作権法112条1項の差止請求権は、著作権が本来有する請求権の「一
12 部」を「確認」したに過ぎないということになる。

13 帰結②：新たにブロッキング請求権を法定したとしても、それは創設的規定ではなく、
14 確認的規定となる。

15 帰結③：その他の帰結は、政策的法定説と同じ。

16 ・みなし侵害に対する差止説

17 内容：ISPが海賊版サイトへの接続業務を行うことは、著作権を侵害する違法行為とみ
18 なし、そのような違法行為に対する差止めとしてブロッキングを位置づける。

19 帰結①：著作権法に新たな請求権を設けるというよりは、現行の著作権法112条を前
20 提としたうえで、著作権法113条の改正により「みなし侵害」行為を拡大することで
21 対応することになる。

22 帰結②：ISPによる海賊版サイトへの接続業務は、著作権侵害として、ブロッキング請
23 求権に基づく差止めの対象になるだけでなく、著作権法上違法な行為として、損害賠償
24 や罰則の対象になる。

25 26 (2) ブロッキング請求権の法的位置づけ

27 ・裁判外でも請求可能な請求権としての位置づけ

28 内容：現行の著作権法112条1項の差止請求権や民事における損害賠償請求権一般と
29 同様に裁判外でも行使可能なものと位置付ける。

30 帰結①：ブロッキングを求める訴訟は、給付訴訟となる。

31 帰結②：ブロッキング請求権の存在が明らかに認められるときは、ISPが自主的にブロ
32 ッキングを行う場合がある（現行の発信者情報開示など）。

33 帰結③：非訟手続によって、ブロッキングを行うことは憲法32条・82条に違反する可
34 能性がある。

35
36

1 ・裁判外でのみ請求可能な請求権としての位置づけ

2 内容：現行民法の許害行為取消権と同様に、裁判でしか行使できない権利として位置
3 づける。

4 帰結①：ブロッキングを求める訴訟は、形成訴訟となる。

5 帰結②：裁判外では実体的権利は存在しないので、ISP が自主的にブロッキングを行
6 うことはできない（電気通信事業法違反となる）。

7 帰結③：非訟手続によって、ブロッキング命令を発することも可能になる可能性があ
8 る。

9 (3) ブロッキングの対象となる海賊版ウェブサイトの定義づけ

10
11 サイトブロッキングは、その名のとおり、ウェブページ単位ではなく、ウェブサイト単
12 位で行われることになるかと予測される。しかし、ウェブサイト全てが、海賊版作品で占め
13 られているということはあまり考えられず、当該ウェブサイト独自の表現も存在し得る。
14 そこで、何をもちて海賊版ウェブサイトと認定するのか、さらに、海賊版作品へのリンク
15 を貼っただけのリーチサイトも含めるのかという問題がある。

16
17 定義づけに関する論点

18 ・「海賊版ウェブサイト」をどう定義づけるか？

19 →主たる目的によって定義づける（←主たる目的はどう認定するのか。運営者の主観
20 的意図は必ずしも明らかでないことから、客観的要素に基づいて判断しなければ
21 ならない）

22 ・リーチサイトを海賊版ウェブサイトに含まれるか？（リーチサイトの定義との関係）

23
24 (4) 補充性をどこまで厳格に求めるのか

25
26 サイトブロッキングは、抽象的には、当該ウェブサイトそれ自体を差止めるための民事
27 的救済手段を権利者が取れるならば、実施する必要性はない。ただ、立法においては、そ
28 れをどこまで厳格に要求するのか、あるいは、そのような補充性要件を立法にどう書き込
29 むのかという問題がある。

30 一つの立場としては、「海外のサーバーから発信されている」というようにカテゴリカ
31 ルな要件を定め、それにより補充性要件が確保されたと考える立場があり得る。このよう
32 な立場は明確であるが、一方で、海外から発信されているものでも、救済手段が活用でき
33 る場合があり、カテゴリカルな要件は、実際の補充性を反映していないという批判もあり
34 得る。

35 もう一つの立場としては、「著しい損害を避けるためにこれを必要とするとき」のよう
36 に抽象的に補充性を定めるという立場がある。ただ、この場合、例えば、CDN サービス

1 に対する海外における情報開示請求を利用した民事的救済手段の活用ができる場合はどう
2 なるのかは立法段階では明確ではない。また、費用と時間がどの程度であれば補充性が充
3 たされるのかも裁判所の裁量に任せられることになる。これについては、判例の蓄積に委
4 ねるべきという見方と立法段階で明確にしておくべきという見方もあり得るであろう。

6 3. テーマ III：サイトブロッキング法制化に伴う手続的論点

8 実体的な請求権を定めたとしても、その請求権を実現するために相応しい手続が必要で
9 ある。伝統的に、我が国における民事訴訟制度は、権利者（原告）－侵害者（被告）の二当
10 事者間の構造を前提として構築されており、サイトブロッキングのように、その構造がずれ
11 る、あるいは、利害関係人が複数に及ぶような事態は特殊なものとなる。

12 サイトブロッキング訴訟のような特殊な事態への対応については、既存の民事訴訟法の
13 枠組みにおいて充分可能であるという見方（解釈論において対応するという見方）とそうで
14 はないという見方がある（立法において対応するという見方）。後者の見方に依拠した場合
15 には、著作権法に民事訴訟法や民事保全法の特別規定を置くことで対応する必要があるが、
16 それには相当程度の時間をかけて熟議を重ねる必要があるだろう。

17 いずれにせよ、①現行の民事訴訟法の解釈で対応できることと、②解釈では対応できず法
18 改正が必要であることとを明らかにしていく必要がある。

20 (1) 行政的ブロッキングと司法的ブロッキング

22 ・行政的ブロッキング（韓国などで採用）

23 メリット①：一つのブロッキング命令で、全ての ISP にブロッキングを義務付けること
24 ができる。

25 メリット②：行政事件訴訟法の取消訴訟の枠組みを用いて、ブロッキング命令に対する不
26 服申立てを制度化できる（取消訴訟の原告適格をすべての者とするに
27 も法制度上ハードルはあまり高くはない）。

28 メリット③：ブロッキングに至るまでの訴訟費用がかからない。

29 デメリット：憲法 21 条 2 項の「検閲」に該当する可能性が存在することから、極めて違
30 憲である疑いが強い。

32 ・司法的ブロッキング（欧州各国で採用）

33 メリット：司法が命令の主体となることで、憲法 21 条 2 項の「検閲」該当性の疑いは低
34 下させることができる。

35 デメリット①：一つのブロッキング命令によって義務付けの対象にできるのは、訴訟の当
36 事者となった ISP に限定される（←これに対する方策として、法定訴訟

1 担当や任意的訴訟担当)

2 デメリット②：不服申立ての制度化や判決の効力について、既存の民事訴訟法の枠組み
3 とは異なる特別規定を置く必要がある。

4 デメリット③：ブロッキング命令を1つ得るために訴訟費用が権利者に発生する。

6 (2) サイトブロッキング命令の客観的範囲と主観的範囲

8 ① サイトブロッキング命令の客観的範囲

9 判決の効力は、原則として、請求の趣旨によって特定された範囲にしか及ばない。しかし、
10 請求の趣旨により URL で特定された海賊版サイトに対してブロッキング命令が出されたと
11 しても、異なる URL によりミラーサイトが間もなく登場する可能性がある。再度、当該ミ
12 ラーサイトについて訴訟を提起しなければならないとすることは時間と費用の浪費に繋が
13 るだけでなく、ブロッキングの実効性にも繋がる問題である。そこでブロッキングしたい権
14 利者としては、一回の訴訟手続により、URL で特定された海賊版サイトだけでなく、当該
15 海賊版サイトと「類似」の内容をもったウェブサイトに対しても効力の及ぶ命令が出せるこ
16 とを希望するものと考えられる。

17 この場合、例えば、「URL～によって特定されたウェブサイト及び右ウェブサイトと類似
18 の内容をもったウェブサイトに対する接続を遮断せよ」というような請求の趣旨により訴
19 訟が提起されることが考えられるが、このような請求の趣旨は現行の民事訴訟法の枠内で
20 認められるか。あるいは、そもそも、法改正によりそのような請求の趣旨を認めることは可
21 能かという問題がある。

23 ② サイトブロッキングの客観的範囲

24 民事訴訟法の基本原則によれば、判決の効力の主観的範囲は、訴訟当事者にしか及ばない。
25 ただ、我が国の場合、ISP は他国と比較しても、数多く存在するところ、その全てについて、
26 訴訟を提起することは膨大な費用を要することになる。そこで、権利者としては、これも一
27 回の訴訟によって、全ての ISP に対するブロッキング命令が出ることが望ましい。

28 現在の民事訴訟法においては、判決の効力の主観的範囲の拡張（訴訟当事者の拡張）の方
29 法として、いわゆる第三者の訴訟担当という手法があり、第三者の訴訟担当には、法定訴訟
30 担当と任意的訴訟担当がある。

32 (i) 法定訴訟担当

33 法律上、本来の適格者以外の第三者に訴訟追行権が与えられる場合を、法定訴訟担当とい
34 う。債権者代位権に基づき債務者の権利を行使する債権者、破産管財人、人事訴訟における
35 検察官がこれに該当する。

36 例えば、ISP を代表する特定の団体について、法律上、全ての ISP の法定訴訟担当と位置

1 付け、当該団体に対して訴訟を提起することにより、判決の効力を全ての ISP に及ぼすと
2 いう方法があり得る。当該団体の訴訟追行に不満のある ISP は、共同訴訟的補助参加をす
3 ることにより訴訟に関与することができると考えられ、他方で、そのように関与が可能であ
4 るから、個々の ISP に対しても手続保障がなされると考える余地もある。

5 もっとも、法定訴訟担当については、法律の定めが必要であり、ISP を代表する団体ない
6 し機関をどのように定めるか等の課題も多い。

7 8 (ii) 任意的訴訟担当

9 法律ではなく、本来の適格者の「授権」に基づいて第三者に当事者適格が認められる場合
10 を任意的訴訟担当という。任意的訴訟担当については、それを無制限に認めると、弁護士代
11 理の原則や訴訟信託の禁止を回避・潜脱することになることから、例外的にしか認められな
12 いと考えられてきた。ただ、最高裁によれば、「弁護士代理の原則や訴訟信託の禁止を回避・
13 潜脱するおそれがなく、合理的必要がある場合」には、任意的訴訟担当は認められるとされ
14 ている。

15 任意的訴訟担当の場合、法定訴訟担当とは異なり、法改正は必要ないものと考えられる。
16 ただ、ISP により特定の団体（機関）ないし特定の ISP への授権が必要であり、授権をしな
17 かった ISP に対しては判決の効力は及ばないことになる。

18 19 (3) サイトブロッキング訴訟への補助参加・不服申立て

20
21 サイトブロッキング命令の帰趨は、様々な当事者の利害にかかわる。ただ、サイトブロッ
22 キング訴訟において想定されている当事者は、権利者（原告）と ISP（被告）に留まり、ウ
23 ェブサイト運営者、ウェブサイトへの投稿者、ISP の利用者等は、直接には訴訟の当事者と
24 はならない。

25 ウェブサイト運営者やウェブサイトへの投稿者は、サイトブロッキング命令により、自身
26 の表現の自由が制限されることになるほか、ISP の利用者は、知る自由だけでなく、通信の
27 秘密や ISP との契約上の利益も侵害されることになる。

28 他方で、ISP は、直接の利害関係者ではないことから、場合によっては著作権者と ISP の
29 間での馴れ合い訴訟の危険性があり、それによって、ISP の利用者等の権利が害される可能
30 性がある。これらの当事者に不服申立てや訴訟参加を認めない場合には、裁判を受ける権利
31 との関係でも問題が生じる。また、サイトブロッキングの帰結は、場合によっては、民主主
32 義や表現の自由にとって重大な影響を与えることから政策的には当事者を限定することな
33 く不服申立適格を認めるということもあろう。

34 そのため、著作権者と ISP 以外の当事者に、どの範囲で、訴訟参加ないし不服申立ての権
35 利を認めるべきか、あるいは、現行法の枠内では、誰に対して、どのタイミングにおいて訴
36 訟参加の適格が認められるという問題がある。

1

2 **※ 補助参加**

3 他人間に係属中の訴訟の結果について利害関係を有する第三者が、当事者の一方を勝訴
4 させることによって自己の利益をまもるために訴訟に参加することを補助参加という。補
5 助参加人は、攻撃防御方法の提出、異議の申立て、上訴の提起、その他被参加人を勝訴させ
6 るに必要な一切の訴訟行為ができるとされている（民事訴訟法 45 条 1 項）。

7 もっとも、補助参加人となるためには、「訴訟の結果について利害関係を有すること」（補
8 助参加の利益）が必要であり、それがいかなる場合に認められるかは明確ではない。単に、
9 感情的、経済的なものなど、事実上の利害関係では足りないと解されている。ウェブサイト
10 運営者、ウェブサイトへの投稿者、ISP の利用者にそれぞれ、補助参加の利益が認められる
11 か否かは明確ではない。この点を明確にしようとすればやはり民事訴訟法の特別規定を設
12 ける必要があるだろう。

13 また、「補助参加人の訴訟行為は、被参加人の訴訟行為と抵触するときは、その効力を有
14 しない」とされており（民事訴訟法 45 条 2 項）、例えば、被参加人（ISP）が自白した場合
15 には補助参加人が争っても否認の効力は生じず、被参加人（ISP）が上訴権を放棄したり、
16 上訴を取り下げたりした場合には、参加人の上訴は効力がないとされている（参加人の従属
17 性）。サイトブロッキングの場合、馴れ合い訴訟の可能性は常にあることから、このような
18 参加人の従属性をそのまま認めていいか問題がある（共同訴訟的補助参加の可能性？）。

19

20 **※プロバイダ責任制限法 4 条**

21 プロバイダ責任制限法 4 条の発信者情報開示請求は、「侵害者でない者」に対する請求権
22 を認めた実体的規定である。同条の設定にあたっては民事訴訟法等の手続法の改正はなさ
23 れず、同法 2 項に「開示関係役務提供者は、前項の規定による開示の請求を受けたときは、
24 当該開示の請求に係る侵害情報の発信者と連絡することができない場合その他特別の事情
25 がある場合を除き、開示するかどうかについて当該発信者の意見を聴かなければならない。」
26 との意見聴取義務が課せられたに留まる。

27 サイトブロッキング請求権の法定にあっても、プロバイダ責任制限法 4 条の規定と同
28 様に、手続法の改正には踏み込まず、単に ISP に対してウェブサイト運営者などに対する
29 意見聴取義務を定めるだけで足りるのではないかという議論がある。

30 しかし、プロ責法 4 条が想定する侵害者は、仮に不服申立ての機会を与えたとしても、当
31 該不服申立手続の場に現れることがそもそも期待できないという事情があった。また、利害
32 関係者も侵害者に限定される。これに対して、サイトブロッキングの場合には、不服申立て
33 に参加することが期待できる ISP の利用者（通信の秘密や契約上の権利を侵害されている）
34 が多数に及び、プロ責法 4 条の前提が共有されていない。

35 また、プロ責法 4 条 2 項の聴取義務は単に意見の聴取だけを義務付けるものに留まり、
36 その意見を訴訟に反映することまで義務づけるものではない。

1 そのため、訴訟参加や不服申立てについて、プロ責法 4 条の規定と平行に考えるこ
2 とについては慎重になる必要がある。

3 4 (4) 保全訴訟の利用の可否

5
6 民事訴訟を提起しても、本案判決により債務名義を取得し、強制執行に至るまでにはある
7 程度の時間を必要とする。その間に、不可逆的に損害が拡大し、本案判決それ自体が実質上
8 無意味になってしまう可能性がある。そのような事態を防止するため、本案判決までの段階
9 において、暫定的に必要な措置を講じるよう裁判所に求めることができるようにしたのが
10 民事保全の制度である。もっとも、民事保全の場合、本案判決によって得ることのできる状
11 態を実現した場合と実質的に同じ状態を形成するものがあり、それは特に「満足的仮処分」
12 と呼ばれる。

13 サイトブロッキング請求権を法定した場合、實際上、利用されることになるのは、本案訴
14 訟というよりも、民事保全における仮処分手続であると想定される。仮処分手続は、口頭弁
15 論や債務者審尋を経ることなく、書面審理のみによって発することができ、実質的には司法
16 と行政の中間的性格を有している。また、仮処分は、迅速かつ密行的に行われることもしば
17 しばしばある。

18 サイトブロッキングについては事案の重大性から、仮処分手続の利用をそもそも認めな
19 い、あるいは、認めるとしても必要的口頭弁論にするか、さらに、保全異議等の手続をどう
20 するかなども問題点がある。

21 22 (i) 本案訴訟のみ認める司法的ブロッキング

23 メリット：口頭弁論による判決手続によりブロッキングがなされることから、手続保障
24 として最も厚い（純司法手続）。

25 デメリット①：一つの判決を得るために時間を要する（半年から 1 年以上かかることも
26 あり得る）。

27 デメリット②：ISP と権利者以外の者の手続保障・不服申立てについては手続の新たな法
28 定が必要になる可能性がある（既存の枠組みを利用した場合、訴訟参加の
29 制度を利用することになる）

30 (ii) 保全訴訟による司法的ブロッキング

31 メリット：保全命令としてのブロッキング命令は、短期間で出すことができる（早く
32 て 1 日）。

33 デメリット①：公開の対審手続は用意されていない等、手続保障が充分ではなく、実
34 質的には行政ブロッキングに近い。

35 デメリット②：ISP と権利者以外の者に対する手続保障・不服申立てが複雑（補助参加
36 は可能か？）

1
2 (5) 司法による行政ブロッキング（非訟事件手続法に基づくブロッキング）
3

4 通常、行政庁により行政処分として行われるものを司法が実施する場合がある。例え
5 ば、宗教法人の解散命令などがそれに該当する（私立学校に対する解散命令は、行政機関
6 が行っている）。この場合は、民事訴訟法ではなく、非訟事件手続法に従って手続が進む
7 ことになる。

8 行政機関によるブロッキング命令は検閲に該当するおそれがあることから、当該ブロッ
9 キング命令を司法機関によって最初から担わせるということもあり得る。この場合のブロッ
10 キング命令には対世効を持たせることも可能である。また、申立人も、権利者のほか、
11 文部科学大臣や検察官など幅広く柔軟に制度設計を行うことが可能である。

12 ただ、この場合、ブロッキング命令の法的性格が問題になる。実体的請求権の存否を非
13 訟事件手続で確定することはできないとされているので、著作権者の実体的請求権を前提
14 としないままに ISP に対する行政処分的なものとして位置づけられることになる。

15 他方で、非訟事件手続は公開対審による裁判が保障されておらず、不服申立ても公開対
16 審では行われぬ。行政機関による行政処分に対する不服申立て（行政事件訴訟法に基づ
17 く取消訴訟）であれば、公開対審による裁判が保障されるのに、司法機関による行政的処
18 分に対する不服申立てであれば、公開対審による裁判が保障されていないという案版ラン
19 スな状況にある。

20 このような手続のアンバランスについては、憲法学者からも強い批判があるが、判例と
21 して確立している。そのため、立法論としては、不服申立てについては、現行の非訟事件
22 手続法を適用せず、民事訴訟法の基本原則に基づく手続を設けるという方法もあり得る
23 （ハイブリッド型司法ブロッキング）。

24
25