

# 法的问题検討サブワーキング 報告書

## 目次

第1 問題の所在と検討の姿勢	-1-
1 ブロッキングとは	-1-
2 問題の所在	-1-
3 検討の姿勢	-1-
第2 通信の秘密の侵害に当たるか	-2-
1 通信の秘密の保護に関する規定	-2-
2 「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密」の意義(通信の秘密の保護範囲)	-3-
3 「侵す」の意義(侵害行為該当性)	-3-
(1) 侵害の3類型	-3-
(2) 通信当事者の同意	-4-
4 ブロッキングは通信の秘密の侵害に当たるか	-4-
第3 違法性阻却されるか① 正当行為	-6-
1 法令行為	-6-
2 正当業務行為	-7-
(1) 正当業務行為の意義	-7-
(2) ブロッキングと「正当な業務による行為」の関係についての考え	-7-
(3) 検討	-7-
i 現在の実務上の運用とその考え方	-7-
ii 正当業務行為における法益侵害と事業の維持・継続との両面性	-9-
iii 関係判例	-10-
(4) 小括	-10-
第4 違法性阻却されるか② 正当防衛・緊急避難	-13-
1 正当防衛	-13-
2 緊急避難	-14-
(1) 緊急避難の要件及び運用の実務	-14-
(2) 「現在の危難」の存在	-15-
i 「現在の危難」の意義	-15-
ii 児童ポルノ公然陳列罪の保護法益	-15-
iii 児童ポルノの公然陳列による「危難」はあるか	-16-
IV 危難に「現在性」はあるか	-17-
(3) やむを得ずにした行為であること(補充性)	-17-
i 「やむを得ずにした行為」の意義	-17-
ii 他に採るべきより侵害性の少ない手段の有無	-17-
iii ブロッキングの手法との関係	-18-

(4) 法益の権衡 .....	-19-
(5) 小 括 .....	-20-
第5 その他の法的問題について 表現の自由との関係 .....	-21-
第6 総 括 .....	-22-

(参考)

## 第1 問題の所在と検討の姿勢

### 1 ブロッキングとは

いわゆるブロッキングとは、ユーザがあるウェブサイトを開覧しようとする場合に、当該ユーザにインターネットアクセスを提供するISP等が、ユーザの同意を得ることなく、児童ポルノサイト等予め決められた一定のサイトへのアクセスに係るホスト名、IPアドレスないしURLを検知し、そのアクセスを遮断する措置をいう。こうした措置は、通常は個々のユーザの同意を得たうえで行われるものであり、一般にはフィルタリングと呼ばれ、オプションサービスとして実施しているISPも存在する。いわゆるブロッキングと従来行われているフィルタリングとの相違は、基本的には、ユーザの同意を得て行うものかどうか、すなわち強制の有無であり、ブロッキングは強制フィルタリングと言い換えてもよい(本報告書では便宜上、ブロッキングとの呼称を使用するが、別途、こうした特徴や海外での呼称等を踏まえ、より適切な呼称があるかどうか検討することが望ましい<sup>1</sup>)。

### 2 問題の所在

ブロッキングにはいくつかの手法があり、それぞれ、仕組み、要するコストや負荷、精度等に違いがあるが、閲覧目的でユーザが行うアクセスにつき、通信を媒介するISPが監視したうえで、一定のサイトへのアクセスを検知・遮断するという点では共通している。このような措置は、アクセスしようとする個々のユーザの同意を得て実施している限り原則的に問題はないと考えられるが、ユーザの同意を得ることなく実施した場合、通信の秘密を侵し違法となる可能性がある。

本サブワーキング(以下、本SWGと称します。)では、ブロッキングの措置を採った場合、通信の秘密の侵害に当たるか、当たるとして、違法性が阻却される場合に該当するか、該当するための条件は何かといった、ブロッキングと通信の秘密との関係について整理し、ブロッキングの導入を検討するに当たっての法的課題の解決の一助とするべく、検討を行ったものである。

### 3 検討の姿勢

なお、検討に先立ち、本SWGの基本的な検討の姿勢について述べておくと、本SWGは、インターネット上の児童ポルノの流通は重大な問題であり、ISPとしても、この問題に対して無関心でいることは許されないと考える。したがって、ブロッキングについても、通信の秘密を盾にいたずらに拒絶することを目的として検討を行うものではない。しかしながら、他方で、通信事業者は、個々のユーザ、ひいては社会一般に対して、通信の秘密を守るという責務を負っていることもまた

---

<sup>1</sup> なお、本SWGでの検討の中では、強制通信遮断措置、強制監視措置、スクリーニング&ブロッキングなどの呼称が提案された。

事実であり、しかもこの責務は法律によって罰則を付してまで遵守が求められていることは、決して軽視されるべきではない。通信の秘密に関する解釈は、予想外の場面に波及し、不当な結果を引き起こす危険性を常に秘めており、その意味でも、慎重な検討が求められる。

本SWGとしては、生じ得る影響を幅広く考慮し、通信の秘密として本来守られるべきものが不当に害されることのないよう、また、通信役務の円滑な提供という電気通信事業者の基本的な社会的責務の履行が妨げられることのないよう留意しつつ、児童ポルノという特に対策の必要性和緊急性の高い問題について、ブロッキングという特殊な対策を採りうるのかどうか検討することとしたい。

## 第2 通信の秘密の侵害に当たるか

### 1 通信の秘密の保護に関する規定

通信の秘密は、個人の私生活の自由を保護し、個人生活の安寧を保障する(プライバシーの保護)とともに、通信が人間の社会生活にとって必要不可欠なコミュニケーション手段であることから、憲法上の基本的人権の一つとして憲法第21条第2項において保障されている。

#### ● 日本国憲法

##### 第21条

2 検閲は、これをしてはならない。通信の秘密は、これを侵してはならない。

これを受けて、電気通信事業法において、罰則(2年以下の懲役又は100万円以下の罰金)をもって通信の秘密を保護する規定が定められている(電気通信事業法第4条、同第179条)。なお、電気通信事業に従事する者が通信の秘密を侵した場合には、それ以外の者と比較して重い罰則が科されており(3年以下の懲役又は200万円以下の罰金)、電気通信事業者等にはより厳格に通信の秘密の保護が求められている。また、電気通信事業者の業務の方法が通信の秘密の確保に支障があると認められるときは、総務大臣による業務改善命令が発令されることとされている(同法第29条第1項第1号)。

このように、電気通信事業法上も、通信の秘密は厳格に保護されている。

● 電気通信事業法

第4条 電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。

2 電気通信事業に従事する者は、在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。

第179条 電気通信事業者の取扱中に係る通信(第164条第2項に規定する通信を含む。)の秘密を侵した者は、2年以下の懲役又は100万円以下の罰金に処する。

2 電気通信事業に従事する者が前項の行為をしたときは、3年以下の懲役又は200万円以下の罰金に処する。

3 前2項の未遂罪は罰する。

第29条 総務大臣は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、電気通信事業者に対し、利用者の利益又は公共の利益を確保するために必要な限度において、業務の方法の改善その他の措置をとるべきことを命じることができる。

一 電気通信事業者の業務の方法に関し通信の秘密の確保に支障があるとき。

二～十二 (略)

## 2 「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密」の意義（通信の秘密の保護範囲）

「電気通信事業者の取扱中に係る」とは、発信者が通信を発した時点から受信者がその通信を受ける時点までの間、電気通信事業者の管理支配下にある状態のものを指し、情報の伝達行為が終了した後も、保護の対象となる。

「通信の秘密」の範囲には、個別の通信に係る通信内容のほか、個別の通信に係る通信の日時、場所、通信当事者の氏名、住所・居所、電話番号などの当事者の識別符号、通信回数等これらの事項を知られることによって通信の意味内容を推知されるような事項すべてが含まれる<sup>2,3</sup>。ウェブサイトの閲覧でいえば、閲覧のためのアクセス情報(アクセスに係るIPアドレス、タイムスタンプ等)は、通信の構成要素として通信の秘密の保護の対象となる。

## 3 「侵す」の意義（侵害行為該当性）

### (1) 侵害の3類型

<sup>2</sup> 東京地裁平成14年4月30日判決（公刊物未登載）は、『通信の秘密』には、通信の内容のほか、通信当事者の住所・氏名・電話番号・受発信場所、通信の日時・時間・回数なども含まれると解すると判示している。

<sup>3</sup> 総務省「電気通信事業分野におけるプライバシー情報に関する懇談会」第18回会合（以下「第18回プライバシー懇談会」という。）においても、「通信の秘密とは、1] 個別の通信に係る通信内容のほか、2] 通信日時、通信当事者を特定する情報（氏名、住所等）、送受信場所等の個別の通信に係る構成要素を含むものと解されている。」とされている。

（同会議事要旨 [http://www.soumu.go.jp/main\\_sosiki/joho\\_tsusin/d\\_syohi/060123\\_1.html](http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/d_syohi/060123_1.html)）

一般に、通信の秘密を侵害する行為は、以下の3類型に大別されている。

- ① 知得:積極的に通信の秘密を知ろうとする意思のもとで知得しようとする行為
- ② 窃用:発信者又は受信者の意思に反して利用すること<sup>4</sup>
- ③ 漏洩:他人が知り得る状態に置くこと

ここにいう、知得や窃用には、機械的に検索を行って特定の条件に合致する通信を検知し、当該通信を通信当事者の意思に反して利用する場合のように機械的に処理される仕組みであっても該当し得る。

## (2) 通信当事者の同意

なお、通信当事者の同意がある場合には、通信当事者の意思に反しない利用であるため、通信の秘密の侵害に当たらない。例えば、違法・有害サイト等一定のカテゴリのサイトへのアクセスを検知した上、当該アクセスを遮断する行為(いわゆる「フィルタリング」)は、通信当事者の積極的な申し込みに基づいて実施する限りにおいて、通信当事者の意思に反しない利用であるため、通信の秘密の侵害とはならない。もっとも、通信の秘密という重大な事項についての同意であるから、その意味を正確に理解したうえで真意に基づいて同意したといえなければ有効な同意があるということとはできない。その意味で、単に約款に記載しただけでは通常は有効な同意があったとは言えないと考えられ、同意の取得方法についても十分な配慮が必要となる。

## 4 ブロッキングは通信の秘密の侵害に当たるか

ウェブサイトの閲覧においては、閲覧のためのアクセスに係るホスト名、IPアドレスないしURLは、いずれも通信の内容ないし通信の構成要素として通信の秘密の保護の対象となる。そして、ブロッキングは、アクセスの途中、すなわち電気通信事業者の取扱中にかかる通信について、ISPにおいて、一定のサイトへのアクセスに係るホスト名、IPアドレスないしURLを検知・遮断する行為であるから、当該サイトへのアクセスを要求している通信当事者の意思に反して通信の秘密の構成要素等を「知得」し、かつ、利用すなわち「窃用」するものであり、通信の秘密の侵害となる<sup>5</sup>。

### 【通信過程を分断し、ISPを通信の一方当事者とみなす見解について】

<sup>4</sup> 最高裁第一小法廷昭和55年11月29日判決(刑集34巻6号480頁)は「電波法一〇九条一項にいう「窃用」とは、無線局の取扱中に係る無線通信の秘密を発信者又は受信者の意思に反して利用することをいうと解すべき」と判示している。

<sup>5</sup> 前掲注2総務省第18回プライバシー懇談会において、迷惑メールのフィルタリングにつき、「事業者が、その取扱中に係る電子メールの内容又は構成要素についてフィルタリングを行い、あらかじめ設定した条件に該当する特定の電子メールを検知して、通信当事者の意思に反して利用する(例:ブロッキングする、廃棄する等)行為は、事業者の取扱中に係る通信の秘密を「発信者又は受信者の意思に反して利用する」ことになり、通信の秘密の侵害に当たると解される。」とされている。

サイト閲覧までの通信過程を分断して、ユーザとISP間の通信部分のみを切り出し、ISPを通信の一方当事者とみなした上で、通信当事者であるISPによる利用であるから通信の秘密の侵害には該当しないとする見解がある<sup>67</sup>。これは、主にDNSポイズニングの手法について通信の秘密の保護を回避するための解釈と推察される。

ウェブサイトの閲覧は、一般に、①ユーザがアクセス先のホスト名に対応するIPアドレスを照会し、②照会を受けたISPのキャッシュサーバがユーザに当該IPアドレスを回答し、③ユーザはそのIPアドレスをもって再度同じISPを経由して目的のサイトにアクセスするという過程を経ることから、このうち①と②部分のみを取り出せば、物理的には、ユーザとISPとの間で通信が行われているように見えないこともない。

しかしながら、通信の秘密の保護の趣旨は、物理的な電気通信それ自体の保護ではなく、通信の意味内容を保護することであり、通信当事者の合理的意思や通信の性質・目的を無視して、物理的な通信過程のみに着目することは、一般的に妥当な解釈とは言いがたい。ウェブサイト閲覧に際して、ユーザにもISPにもお互いを相手方として通信をする意図はなく、ましてユーザ側が、自分のウェブサイト閲覧に関する情報の全てを通信媒介者にすぎないISPに委ね、その情報をISPが自由に知得・利用・第三者提供等することを容認しているとはおよそ考えられない。またISPとの間で行われる前記①と②の通信は、本来の目的である通信（閲覧を希望するウェブサイトへのアクセス）を成り立たせること以外に独立した意味を持っておらず、いわば前記③の通信のための不可分の前提であって、別個独立の通信と言えるだけの実質を備えていない。さらに、ISPが通信の一方当事者になるとすれば、当該ISPは、ユーザからの通信につき、その内容も含めどのような目的でも自由に利用処分することができることになりかねないが、それはもはやISPのDNSキャッシュサーバを利用するウェブ閲覧（すなわち、専門知識のない一般国民の大半の利用形態）に対して、通信の秘密の保護を否定するに等しい結果となる。また、物理的には通信事業者と通信事業者間の通信と見る余地があることはウェブサイトの閲覧に限られず、電話やメールなどに不当に拡大する可能性も否定できない。

また、この見解は、判例にみられる考え方とも整合しない。ブロッキングとは場面が異なるものの、いわゆる経由プロバイダがプロバイダ責任制限法上の発信者情報開示義務を負うかどうかの問題となった一連の事案において、電子掲示板等への書き込みか

---

6 たとえば、警察庁「平成20年度総合セキュリティ対策会議報告書 インターネット上での児童ポルノ流通に関する問題とその対策について」19頁において、「一般に、通信の当事者間では、『通信の秘密』は放棄されている場合が多いものと解されることから、ISPと利用者が当該通信行為の当事者と解し得る場合には『通信の秘密の保護』との関係は、比較的容易に整理されるものと考えられる。」と述べられている。

7 また、総務省「インターネット上の違法・有害情報への対応に関する検討会 最終取りまとめ」99頁においても、「名前解決はユーザーとDNSのキャッシュサーバとの通信当事者間の通信と解しうるため、通信の秘密との関係の整理が比較的しやすく、ユーザー側の設定や同意がなくても、ISP側の設定変更のみで実施可能と解する余地がある」と述べられている。

ら不特定多数による閲覧までの一連の通信過程を分断することで開示義務の対象から免れようとする主張について、裁判例はほぼ一致してこのような主張を排斥し、通信の性質や目的に照らして一連の通信過程全体を一個の通信ととらえる解釈を採用している<sup>8</sup>。

以上のとおり、ウェブ閲覧におけるDNSサーバとの通信部分だけを取り出して通信の秘密の保護を否定する見解は、通信当事者の合理的意思に反し、通信の性質・目的にも合致せず、しかも、採用することによって通信の秘密の保護を骨抜きにする危険性を孕むものであり、通信の秘密の保護を規定する電気通信事業法の趣旨に反する解釈であり、妥当でないと考えられる。

### 第3 違法性阻却されるか① 正当行為

通信当事者の同意を得ることなく通信の秘密を侵した場合、原則として電気通信事業法に違反するものとして、違法性が認められる。

しかし、正当防衛(刑法第36条)・緊急避難(刑法第37条)に当たる場合や正当行為(刑法第35条)に当たる場合など違法性阻却事由がある場合には、例外的に通信の秘密を侵すことが許容されることになる。

#### ● 刑法

第35条 法令又は正当な業務による行為は、罰しない。

#### 1 法令行為

例えば、裁判官の発する令状に基づいて通信履歴を提出したり通信を傍受したりする場合やプロバイダ責任制限法第4条第1項に基づき発信者の氏名住所等の情報を開示する場合のような法令に基づき通信の秘密を侵す行為は、正当行為として違法性が阻却される(刑法第35条)。したがって、児童ポルノ禁止法等により「ブロッキングを実施することができる」等の規定が置かれ、ブロッキングに法律上の根拠が付与された場合には、法令に基づく正当行為として、違法性が阻却されると考えられる。

もっとも、その場合には、当該法令が、通信の秘密の保護及び検閲の禁止を規定した憲法第21条第2項に反するものではないことが前提となり、この点については別途慎重な検討が必要で

<sup>8</sup> たとえば、①東京地裁平成15年9月17日判決(判タ1152号276頁)、②東京地裁平成15年11月28日判決(金商1183号51頁)、③東京高裁平成16年1月29日(②事件の控訴審判決。公刊物未登載)などの裁判例において、発信者によるサーバへの情報入力からサーバによる閲覧者への当該情報の送信に至る一連の情報流通全体を一個の「特定電気通信」とみて、その特定電気通信の一部を媒介する経路プロバイダについても「開示関係役務提供者」に当たると判断している。



ある。

## 2 正当業務行為

### (1) 正当業務行為の意義

法令に根拠がなくとも、電気通信事業者の正当な業務による行為については正当行為として違法性が阻却される(刑法第35条)。

ここにいう業務とは、社会生活上の地位に基づいて反復・継続される行為をいい、正当業務行為と言えるかどうかは、当該行為の具体的状況その他諸般の事情を考慮に入れ、それが法秩序全体の見地から許容されるべきものであるか否かを判定しなければならない(最高裁大法廷昭和48年4月25日判決刑集27巻3号418頁)とされている。例えば、医師による医療行為、弁護士の被告人の利益を擁護するための弁護活動、国民の知る権利に奉仕する取材活動、宗教活動、労働争議行為などにおいて正当業務行為が認められている。

### (2) ブロッキングと「正当な業務による行為」の関係についての考え

ブロッキングのように一定の通信を遮断する目的で通信を監視する行為は、通信の秘密を侵し、一定の場合には通信役務の提供自体を拒絶するものであるから、電気通信事業者としてのものも基本的な責務を放棄するものにほかならない。のみならず、ブロッキングとは、事実上の私的検閲行為にほかならず、インターネット上の表現の自由全体に萎縮的効果を及ぼし、児童ポルノ以外の圧倒的多数の閲覧についても通信の秘密を侵害するなど、国民全体に多大の弊害を生じさせるものである。また、現在のところ、問題になっているのは児童ポルノ情報のみであるが、違法有害情報の種類は多岐にわたるところ、一度安易に違法情報のブロッキングを正当業務行為と認めた場合、児童ポルノ以外の分野にも容易に拡大する危険性を秘めており、適法な表現行為を含む情報流通一般への広汎な監視を正当化する恐れが増すことにより、秘密性を前提とする通信役務全体に対する国民の合理的期待に一層反することともなりかねない。このように、通信の秘密の問題は目先の事態のみから性急に結論を出すべきではなく、電気通信事業者としての基本的な責務を放棄し、国民全体に不利益を及ぼしてでも獲得されるべき利益であるのか、また、その影響や弊害がどこまで及ぶ危険性があるのかを慎重に考慮しなければならない。「法秩序全体の見地」からの検討とは、そうした視点をも含むものというべきである。

### (3) 検討

#### i 現在の実務上の運用とその考え方

電気通信事業者による通信の秘密の侵害行為が正当業務行為として許容される場面については、従来から厳格に解されている。

例えば、課金・料金請求のために通信当事者の通信履歴を利用する行為やISPがルータにおいて通信のヘッダ情報を知得して経路を制御する行為<sup>9</sup>等のほか、ネットワークの安定的運用等のために必要な措置については目的の正当性、行為の必要性、手段の相当性を慎重に検討した上、正当業務行為と解されている。ネットワークの安定的運用等のために必要な措置としては、大量通信等によるネットワークに対する攻撃への対処、いわゆるOP25B・IP25B及び帯域制御などがこれに当たる。なお、これらの措置により、結果的に大量通信や迷惑メールによる被害を受ける人が減少したり、ファイル交換ソフトの悪用による著作権やプライバシーの被害が減少したりすることはあり得るが、それを目的とした対策であることから正当業務行為とされているわけではなく、あくまでネットワークの安定的運用等に必要であることを理由に正当業務行為と認められていることに注意を要する。

他方で、ファイル交換ソフトを通じた個人情報や機密情報の流出を防ぐため、会員の同意を得ることなく、通過する全ての通信を監視し、特定のファイル交換ソフトの利用が検知された場合にはその通信を遮断するという行為については、電気通信事業者として予定されている業務の範囲を超えており、かつ、当該ソフトを用いた問題のない通信を遮断したり当該ソフト以外の通信も誤って遮断したりするおそれがあることなどから、正当業務行為とは認められていない。

#### 【正当業務行為性が肯定されているケース】

- 課金・料金請求のために通信当事者の通信履歴を利用する行為
- ISPがルータにおいて通信のヘッダ情報を知得して経路を制御する行為
- ネットワークの安定的運用のために必要な措置（IP/OP25B、帯域制御、サイバー攻撃への対処など）

#### 【正当業務行為性が否定されているケース】

- 会員の個人情報や機密情報の流出を防止するため、特定のアプリケーションの利用を検知・遮断する措置（Winny 遮断が問題となったケース）

こうした運用の実務から、電気通信事業者による通信の秘密の侵害行為が正当業務行為となる場合について、底流にある基本的な考え方を読み取ることができる。前記のとおり、課金・料金請求、経路制御、ネットワークの安定的運用に必要な措置（大量通信対策、IP25B・OP25B及び帯域制御等）など、国民の社会・経済・文化的インフラである通信役務の特色を踏まえ、個別の

<sup>9</sup> およそ経路制御であれば全て正当業務行為となるものではないことには注意を要する。経路制御が正当業務行為となるのは、それがユーザの求める電気通信役務の提供に必要不可欠だからであって、ユーザの意図に反する目的での経路制御は、ネットワークの安定的運用等の観点から正当と認められない限り、正当業務行為となるものではない。

契約に基づく役務提供義務の履行のみならず、いつでも誰でも自由に通信を利用できる環境を確保するという観点に立ち、利用者である国民全体にとっての通信役務の円滑な提供という見地から正当・必要と考えられる措置は正当業務行為と認められている。他方、ファイル交換ソフトによる情報漏洩の防止のように一般的な意味では正当な行為と言い得るものであっても通信役務の提供それ自体と関わりなく専ら特定の通信の危険性に着目して採られる措置については正当業務行為とは認められていない。すなわち、電気通信事業者による通信の秘密の侵害行為が正当業務行為に該当するか否かは、社会インフラの担い手である電気通信事業者としての通信役務提供にとっての正当性・必要性という見地から判断されており、必ずしも一般的な意味での正当性があるかという観点から判断されているわけではないといえることができる。

電気通信事業者の責務は円滑な電気通信役務の提供にあるところ、利用者が安心して通信を行うためには、その秘密が守られることは最も重要かつ基本的な要請である。そのため、電気通信事業法は、電気通信事業者に対しては、通信の秘密侵害罪の罰則を加重し、是正命令の対象とするなど、特に厳格に通信の秘密の保護を求めている。前記のように、従来、電気通信事業者による通信の秘密の侵害行為が正当業務行為として許容される場面について厳格に解されてきたのはそうした趣旨を踏まえてのことと考えられ、妥当なものと言える。

## ii 正当業務行為における法益侵害と事業の維持・継続との両面性

また、正当業務行為については、①被害者の同意が主たる正当化根拠であるもの（治療行為、スポーツ活動など）と、②被害者の同意以外の根拠が重要となるもの（取材活動、弁護活動、牧会活動など）とに分けられところ、特に②の類型については、ある行為によって法益侵害を発生させるが、他方でその行為によって必然的に当該事業の維持・継続に必要なし有用なものであるという両面関係を有することが必要と解されるとの指摘がある。例えば、外務省機密漏洩事件（最高裁昭和53・5・31決定刑集32巻3号457頁）においては、行為者は機密の漏洩という法益侵害によって、他方で報道の不可欠の前提となる情報を獲得するという関係にあったし、労働争議、弁護士の弁護活動、宗教活動等でも同様である。電気通信事業と通信の秘密との関係でも、課金・経路制御・帯域制御、大量通信対策、OP25B・IP25Bなどネットワークの安定的運用維持のための措置は、いずれもその行為によって通信の秘密を侵害するものの、他方で電気通信事業者の事業の維持・継続に必要なし有用なものである。なお、正当業務行為による法益侵害と事業の維持・継続の両面関係という場合、通信役務提供に直接必要なものに絶対的に限定されるものではなく、通信役務提供に必要不可欠とは必ずしも言えないものであっても、その行為が電気通信事業者の事業の維持・継続に必要なし有用なものであれば、正当業務行為と解する余地もある。

しかし、違法有害な内容の通信を監視・遮断することは、通信の秘密という法益を侵害するが、他方で電気通信事業者の事業の維持・継続に必要なし有用とは必ずしもいえず、法益侵害と事業の維持・継続との間の両面関係は希薄である。現在、こうした措置は原則として採られていな

いが、採らないことによって電気通信事業者の事業の維持・継続に支障が生じているという事実は確認されていない。こうした措置を採らないことが社会的に批判されることはあるが、そのことが事業の維持・継続に影響を与えているとまでは言い難い。このような、正当業務行為が通常想定する法益侵害と事業の維持・継続の両面関係という側面からみても、電気通信事業者による違法有害な内容の通信の監視及び遮断は、一般的な正当業務行為とは場面が異なると言える。

### iii 関係判例

判例も、電気通信事業者が通信の秘密を侵して通信の内容に介入することについては消極的な態度を示している。例えば、いわゆるヤミ金業者が発信した脅迫的内容の電報について、電気通信事業者に、これを差し止める義務があるかどうか争われた事例において、これを否定したものがある(大阪地裁平成16年7月7日判決、判例時報1882号87頁)。同判決では、脅迫電報を配達されることにより被る被害者の生命、身体、精神的侵害を保護すべき社会的な要請は高いなどの主張に対して、脅迫電報の差し止めは、①通信事業者に求めることが適当でないのみならず、かえって公共的通信事業者としての職務の性質からして許されない違法な行為である、②電気通信事業者の提供する役務の内容として予定されているのは、あくまでも物理的な通信伝達の媒体ないし手段として、発信者から発信された通信内容をそのまま受信者に伝達することである、③ある電報が犯罪的な内容であるか否かを把握するためには、全電報を審査の対象としなければならない、結局、圧倒的に多数のその他の電報利用者の通信の秘密を侵害することになり、このことによる社会的な悪影響はきわめて重大である、④通信の内容が逐一吟味されるものとする、萎縮効果をもたらし、自由な表現活動ないし情報の流通が阻害される、⑤現行制度上許されない作為義務を電気通信事業者に求めるものである、などと判示した。同判決は通信事業者に脅迫的内容の電報を差し止める義務があったかどうか争点となった事案であり、電気通信事業者が脅迫的内容の電報を差し止めることが許されるかどうかという点について判断した事案ではないが、「公共的通信事業者としての職務の性質からして許されない違法な行為である。」、「現行制度上許されない作為義務を電気通信事業者に求めるもの」などと指摘していることに照らせば、少なくとも、通信事業者による脅迫的内容の電報の把握及び差し止めにつき、正当業務行為等の正当行為として許容される行為であるとは考えていないものと思われる。なお、同判決の控訴審である、大阪高裁平成17年6月3日判決も、「役務提供を拒否できるのは、提供が不可能な場合や将来の役務の確実かつ安定的な提供の妨げとなる場合などに限られる。そうすると、違法な内容の電報であることから、役務提供を拒否することは同条(平成15年改正前の電気通信事業法第34条)より許されない。」と判示し、原告の控訴を棄却している。

## (4) 小括

以上の検討によれば、電気通信事業者による通信の秘密の侵害が正当業務行為となるか否

かを検討するに当たっては、基本的に、従来の実務の運用どおり、電気通信役務の提供にとって正当・必要と言えるかという観点から検討されるべきである。

しかし、ブロッキングについては、電気通信役務の提供にとって必ずしも正当・必要なものではなく、電気通信事業者の事業の維持・継続に必要なし有用な利益をもたらすものとも言い難いことから、正当業務行為とみることは困難と考えられる。

#### 【利用者の保護を理由として正当業務行為を肯定できないか】

海外でブロッキングを実施している国では、その根拠として、児童保護の必要性と並んで、ユーザが児童ポルノの閲覧という違法行為に及ぶことのないよう保護するという点が挙げられることが多く、利用者保護の必要性という観点から正当業務行為と考える余地がないかどうか問題となる。

現行法は、ウェブ上で児童ポルノを閲覧すること自体が違法でないため、利用者保護の観点から正当業務行為になると考える余地はないが、ウェブ上での児童ポルノの閲覧が違法とされた場合はどうか。

この点、意図して閲覧する行為が違法になったとしても、児童ポルノ閲覧という違法行為に及ぶ可能性を排除したい者は任意にフィルタリングサービスに申し込めば足り、自ら意図的に違法行為に及ぼうとする者を妨げる形で保護することはISPの事業には含まれないのであるから、利用者保護の必要性からの正当業務行為を認めることは困難である。

なお、海外では、意図して児童ポルノを閲覧する場合だけでなく、意図せずに児童ポルノサイトを閲覧してしまった場合にも違法とされる場合があることから(実際に検挙されることは少ないようである)、意図せず児童ポルノサイトにアクセスした結果として違法行為とみなされることのないように保護する必要があるという指摘にも一定の理由がある(ただし、意図しない閲覧であってもフィルタリングサービスを利用することによりこれを回避できるはずである。)。これに対してわが国においては、意図せずに児童ポルノサイトにアクセスした場合をも処罰の対象とする規制は想定しがたいが、その場合を除き、利用者保護の必要性の観点からブロッキングを正当業務行為とすることは困難なのではないか。

#### 【一般的違法性阻却として正当化できないか】

上記のような意味での正当業務行為とは言えなくても、なお正当化の余地はないか、より一般的な正当化事由を援用できないかが問題となる。

刑法上、明文化された個別の違法性阻却事由(正当防衛、緊急避難、法令行為など)の背後に、より一般的な違法性阻却の根拠が存在するとの理解からすれば、こうした一般的な正当化根拠が充足される場合には、個別の違法性阻却事由に厳密に

は妥当しない場合にも、なお違法性阻却が認められる余地がある。こうした一般的な正当化事由については、①これを刑法第35条に読み込むか(この場合には、刑法第35条を「正当行為」に関する条文として緩やかに解することになる)、それとも②超法規的違法性阻却事由とするか(この場合には、刑法第35条は法令行為と正当業務行為に関する規定として厳格に解することになる)はともかく、学説においてはもちろん、判例においても認められてきた<sup>10</sup>。そうすると、ブロッキングについても、厳密な意味での正当業務行為には妥当しないとしても、なお一般的な正当化事由に該当する可能性は理論上否定されない。

しかしながら、一般的正当化事由という概念が認められるとしても、通信の秘密の分野において、通信内容との関係で通信の秘密を侵害することにつき一般的違法性阻却を肯定した判例はなく、むしろ上記の電報事件判例の趣旨に照らせば、通信の秘密の侵害について、安易に一般的な正当化事由を援用して違法性阻却を肯定することは妥当でないと解される。具体的には、一般的正当化事由の要件として、目的の正当性、手段の相当性、法益の権衡性が挙げられることがあるが、上記の電報事件裁判例は、脅迫的内容の電報を差し止めることについて、「公共的通信事業者としての職務の性質からして許されない違法な行為」「現行制度上許されない行為」などとしており、この趣旨に照らせば、電気通信事業者が通信の内容に着目してこれを遮断する行為には、目的の正当性も手段の相当性も認められないことになろう。

また、一般的正当化事由の要件としては、上記の目的の正当性、手段の相当性、法益の権衡性だけでは足りず、緊急性ないし補充性が必要とする立場もある。緊急性ないし補充性が必要とされるのであれば、結果としては緊急避難とほぼ同様の正当化事由となるに過ぎず、ブロッキングとの関係でも、後述の緊急避難での正当化において検討するところに尽きることになるため、緊急性・補充性の要否という観点から分析する必要がある<sup>11</sup>。この点については、緊急性ないし補充性が常に必要と解されるわけではなく、特に侵害法益が軽微である場合には、補充性の要件は緩やかに解されるべきとする見解も有力である<sup>12</sup>。しかし、ある法益を侵害せずとも一定の法益・利益を保全できる場合に、敢えて当該法益を侵害する必要性は乏しいとすると、厳密な意味での緊急性・補充性が必要かはともかく、少なくとも、他になんらの法益も侵害しないで済む場合にまで、敢えて当該法益を侵害することを許容することは困難であろう<sup>13</sup>。したがって、一般的正当化事由を援用する場合には、なお緊急性・補充性が必要と解される。

<sup>10</sup> 判例刑法研究2 違法性 4 頁以下(上田健二) 参照

<sup>11</sup> 判例が一般的正当化事由の存否に関する判断基準として掲げる要素は多岐に渉る。たとえば、目的の正当性、手段の相当性、法益の権衡性の他に緊急性や補充性を挙げるものも多い(東京高裁昭和43・1・26判決、高刑集21巻1号23頁など)が、補充性などを明示的には掲げないものもある(福岡高裁昭和33・11・27判決、判例時報177号30頁)。

<sup>12</sup> 前田雅英・刑法総論講義[第4版] 301頁、より詳細は同・可罰的違法性論の研究 545頁以下。

<sup>13</sup> なお、大コンメンタール刑法[第2版] 第2巻245頁(古田佑紀)も参照。

以上の検討によれば、一般的正当化事由を援用してブロッキングの正当化を行うことは困難といわざるを得ない。

なお、一般的正当化事由は、学説の一部では超法規的違法阻却事由と理解されていることから明らかなように、基本的には個別的な違法阻却事由に該当しない場合の補充的なものというべきであり、正当業務行為には該当しないとされた場合には、まずは他の明文の違法性阻却事由(正当防衛・緊急避難)の成否を検討すべきであり、これらのいずれにも該当しない場合にはじめて一般的な正当化事由を検討すべきものと考えられる。

#### 第4 違法性阻却されるか② 正当防衛・緊急避難

正当防衛や緊急避難の要件を満たす場合には、違法性が阻却され、通信の秘密を侵すことが許容される。

##### 1 正当防衛

###### ● 刑法

第36条 急迫不正の侵害に対して、自己又は他人の権利を防衛するため、やむを得ずにした行為は、罰しない。

2 防衛の程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

正当防衛では、急迫不正の侵害の存在が要件となること、ここにいう「急迫」とは、法益侵害の危険が切迫していることをいい、「不正」とは違法であることをいう。「侵害」は、他人の権利に対して実害または危険を与えることをいい、必ずしも犯罪であることを要しない。

もっとも、「防衛」行為は、侵害者に向けられた反撃でなければならないところ、児童ポルノサイトへのアクセスをブロッキングする場合、侵害者は基本的に児童ポルノ画像をアップロードした者と考えられるが、反撃に相当する行為は個々のユーザのアクセスの検知・遮断であって少なくとも直接アップロードした者に向けられたものではないから、防衛行為とは言い難い。侵害行為を個々のユーザのアクセスと捉えれば防衛行為といい得るが、その場合、常にアクセスという侵害行為があるわけではない以上、常時監視することを侵害の急迫性との関係で整理することは困難である。

よって、児童ポルノサイトのブロッキングの問題については、正当防衛により違法性が阻却されると解することは困難である。

## 2 緊急避難

### (1) 緊急避難の要件及び運用の実務

#### ● 刑法

第37条 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、やむを得ずにした行為は、これによって生じた害が避けようとした害の程度を超えなかった場合に限り、罰しない。ただし、その程度を超えた行為は、情状により、その刑を減輕し、又は免除することができる。

2 前項の規定は、業務上特別な義務がある者には、適用しない。

一般に、緊急避難の要件は、①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があること(現在の危難の存在)、②危難を避けるためにやむを得ずにした行為であること(補充性)、③避難行為から生じた害が避けようとした害の程度を超えなかったこと(法益の権衡)、と解されている。

電気通信事業者による通信の秘密の侵害が正当防衛ないし緊急避難と解され得る典型的な事例としては、通信施設に対する攻撃に対応したり人の生命身体に対する危険を避けたりするために通信の秘密を侵すことが必要な場合等が挙げられる。

前者の例としては、大量通信に起因する電気通信事業者の設備障害の発生を回避する目的で、DOS攻撃等のサイバー攻撃、ワームの伝染及び迷惑メールの大量送信及び壊れたパケット等の大量通信に対して、遮断その他の措置を採る場合が挙げられる<sup>14</sup>。

後者の例としては、インターネット上における、人命保護の観点から緊急に対応する必要がある自殺予告事案につき、ISPが、警察に対して、書き込んだ者や電子メールを送信した者の氏名・住所その他当該者を特定するに足る情報を開示する場合が挙げられる<sup>15</sup>。

<sup>14</sup> 電気通信事業関連4団体において、平成19年5月、「電気通信事業者における大量通信等への対処と通信の秘密に関するガイドライン」が策定されている。同ガイドライン自体は公開されていないが、電気通信事業関連4団体のウェブサイト等にその概要が掲載されている。

([http://www.jaipa.or.jp/info/2007/info\\_070530.html](http://www.jaipa.or.jp/info/2007/info_070530.html))

<sup>15</sup> ISP等が自殺予告事案につき、警察から照会がなされた場合に迅速かつ適切に対応できるよう、業界4団体により、平成17年5月、「インターネット上の自殺予告事案への対応に関するガイドライン」が策定された。その中で、自殺予告事案に係る発信者情報の開示は原則として通信の秘密の侵害に当たり許されないが、予告の内容その他の情報を総合的に判断して「発信者の自殺又は自傷行為による生命又は身体の安全に対する危険」が生じていると判断される場合に、ISPが警察に対して当該発信者情報を開示する行為は、必要最小限度の範囲にとどまる限り、やむを得ない行為と認められ、かつ、通信の秘密が憲法上保障されていることを考慮しても、生命又は身体に対する重大な危険を回避するために発信者情報を開示するという避難行為は、一般的には法益権衡の原則を満たすとして、緊急避難として発信者情報の開示ができる旨整理されている。



## (2) 「現在の危難」の存在

### i 「現在の危難」の意義

危難の「現在性」とは、法益の侵害が間近に押し迫ったことすなわち法益侵害の危険が緊迫したことを意味し、被害の現在性を意味するものではない(最高裁昭和24年8月18日判決刑集3巻9号1465頁)とされる。また、「危難」の発生原因に制限はなく、人の行為、自然現象、動物、疾病、飢餓などあらゆるものを含むが、その存在は客観的に判断されるものであり、行為者の主観的予測では足りない。なお、近時の裁判例にも、「緊急避難における『現在の危難』とは、法益の侵害が現に存在しているか、または間近に押し迫っていることをいうのであり、近い将来侵害を加えられる蓋然性が高かったとしても、それだけでは侵害が間近に押し迫っているとは言えない」としたものがある(東京地裁平成8年6月26日判決 判例時報1578号39頁)。

### ii 児童ポルノ公然陳列罪の保護法益

インターネット上における児童ポルノ流通に関する危難の現在性を検討する前提として、児童ポルノの公然陳列により侵害される法益が問題となる。

児童ポルノ公然陳列罪の保護法益については確立した判例がなく、下級審裁判例の判断も区々であるが、児童ポルノ禁止法第1条が児童の権利保護に重きを置いていること<sup>16</sup>、裁判例の中にも個人的法益侵害と社会的法益侵害の双方の側面を肯定していると解し得るものがあること<sup>17</sup>に照らすと、個人的法益の侵害と、社会的法益の侵害という側面を併せ持つと考えるのが相当である。ここにいう社会的法益の側面とは、児童一般が健全な性的観念を持てなくなるなど児童の人格の完全かつ調和の取れた発展が阻害されないようにすること及び児童を性欲の対象としてとらえる風潮を抑止すること等であり、他方、個人的法益の側面については、主に、当該児童の心身への有害な影響と、その成長への重大な影響等から保護することであると解される。

<sup>16</sup> 「児童に対する性的搾取及び性的虐待が児童の権利を著しく侵害することの重大性に鑑み、あわせて児童の権利の擁護に関する国際的動向を踏まえ、児童買春、児童ポルノに係る行為等を処罰するとともに、これらの行為等により心身に有害な影響を受けた児童の保護のための措置等を定めることにより、児童の権利を擁護することを目的とする。」

<sup>17</sup> たとえば、以下のような裁判例がある。

① 大阪高裁平成21年10月24日判決(公刊物未登載)

「児童をポルノに描写することは、その対象となった児童自身の心身に有害な影響を与えるのみならず、そのような対象となっていない児童においても、健全な性的観念を持てなくなるなど、児童の人格の完全かつ調和の取れた発展が阻害されることにつながるものであるから、児童ポルノ法は、直接的には児童買春の対象となった児童や児童ポルノに描写された児童の保護を目的とするものであるが、間接的には、児童一般を保護することを目的としていると解される。」

② 大阪高裁平成20年4月17日判決(公刊物未登載)

「児童の心身に有害な影響を与え、その成長にも重大な影響を及ぼす行為を防止し、児童を性欲の対象としてとらえる風潮を抑止するという児童ポルノ法の立法趣旨に照らすと…」

### iii 児童ポルノの公然陳列による「危難」はあるか

ウェブ上に児童ポルノがアップロードされることにより、不特定多数の者が自由にアクセスできる状態が設定され、広く流通し得る状態となる。

そして、前記のとおり、児童ポルノの提供及び公然陳列については、社会的法益のみならず個人的法益保護の側面からも禁止する趣旨であることに鑑みると、ウェブ上において誰でも容易に児童ポルノを入手し得る状態が設定された段階で、①発達途上の児童の心身に有害な影響を与え、②通常の学校生活を送れなくなる、健全な異性観が持てなくなるなど児童の健全な成長の機会が奪われるなど児童の権利に対する法益侵害の蓋然性が客観的に発生していると認められる。そのため、必ずしも、児童自身がウェブ上での児童ポルノの流通について認識していなくても、客観的にウェブ上において誰でも容易に入手し得る状態が設定された時点で、児童の権利に対する危難の存在を肯定することができる。なお、仮に、笑顔で写っているなど自己の意思で撮影に応じているように見える画像であっても、判断能力の未熟な児童の段階である以上、危難の自招性は一般的に否定されると考えられる。

ところで、児童ポルノがウェブ上において流通し得る状態に置かれた段階で、成人するなどしてすでに児童ではなくなっていた場合、発達途上の児童の心身への悪影響や児童の健全な成長への支障という法益侵害の発生はもはや観念することができない。しかしながら、成人した後であっても、自己の判断能力が未熟な段階で撮影された児童ポルノ画像が流通し得る状態にあることに伴う心身への悪影響は存在し得る。こうした悪影響は、一般的な名誉毀損やプライバシーを侵害する情報の流通によっても生じ得るものであるが、児童ポルノ画像は、①児童という本来性欲の対象とされるべきでない段階で、かつ、②判断能力が未熟で自己の行為の意味を十分に理解できない状態の下で実質的には自己の意思に反して、性欲の対象にされてしまったものという性的搾取ないし性的虐待の画像であり、児童ポルノ画像をウェブ上において誰でも容易に入手し得る状態に置かれられないという利益は、一般的な名誉やプライバシーと比較しても、特に保護されるべき人格的利益というべきであり、その侵害はすみやかな救済手段が提供されるべき著しく重大かつ深刻なものと言える。このことに鑑みると、児童ポルノの流通時にすでに児童でないとしても、児童ポルノがウェブ上において流通し得る状態に置かれた段階で、そのような人格的利益に対する危難の存在を肯定することができるのではないか。

以上まとめると、児童ポルノがウェブ上において流通し得る状態に置かれた段階で、当該児童の心身とその健全な成長への重大な影響が生ずるとともに、本来性欲の対象とされるべきでない段階で自己の意思に反して性欲の対象にされた性的虐待画像が公開されることにより特に保護を要する人格的利益に対する侵害が生じているものといえ(なお、以下では、これらの侵害されて

いる諸利益につき、併せて「児童の権利等」という。) <sup>18</sup>、客観的に危難の存在を肯定することができる。

#### IV 危難に「現在性」はあるか

従来から、電気通信事業者による通信の秘密の侵害行為について違法性阻却が問題となる場面では、常時行う措置については、危難の「現在性」がなく、緊急避難の問題とはならないと考えられている。しかしながら、児童ポルノについては、児童ポルノ流通による法益の侵害が典型的に著しく重大かつ深刻であることに鑑み、ウェブ上において流通し得る状態に置かれ、誰でもアクセスし得る状態が継続している限り、危難が常時存在するものと解される。したがって、従来からの理解を前提としても現在性を肯定することができる。

##### (3) やむを得ずにした行為であること (補充性)

###### i 「やむを得ずにした行為」の意義

「やむを得ずにした行為」とは、当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味する(最高裁大法廷昭和24年5月18日判決、集刑10巻231頁) <sup>19</sup>。補充性、すなわち危難を避けるために他に採るべき侵害性の少ない手段が存在しないということは、この「やむを得ずにした」の内容をなすものと解されている(大審院昭和8年9月27日判決、刑集12巻1654頁参照)。もっとも、他に採るべきより侵害性の少ない手段の有無に関しては、そのような手段の容易性や実効性なども考慮しうると解される。

###### ii 他に採るべきより侵害性の少ない手段の有無

児童ポルノのブロッキングにおいて、補充性の要件を満たすためには、児童の権利等に対する危険を回避するために、ブロッキングをするよりほかに方法がないと言えることが必要となる。ウェブ上の児童ポルノ情報の流通による危難を回避する方法としては、ブロッキングのような閲覧を防止する措置のほか、児童ポルノ情報の削除、流通させた者を児童ポルノ公然陳列罪で検挙することなどが考えられる。

---

<sup>18</sup> なお、児童ポルノ問題で保護されるべき法益の主体は、当該児童個人のみではなく、「総体としての子ども」を含むのではないか、との指摘もある。

<sup>19</sup> 「緊急避難とは「自己又ハ他人ノ生命身体自由若クハ財産ニ対スル現在ノ危難ヲ避クル為メ已ムコトヲ得ザルニ出デタル行為」をいうのであり、右所謂「現在ノ危難」とは現に危難の切迫していることを意味し又「已ムコト得ザルニ出デタル」というのは当該避難行為をする以外には他に方法がなく、かかる行動に出たことが条理上肯定し得る場合を意味するのである。」

このうち、ウェブ上に児童ポルノを流通させた者を検挙することは、もっとも侵害性の少ない手段ということができる。インターネット上での児童ポルノ流通につき最終的に責任を負うべき者は流通させた者であり、これを検挙しない限り新たな児童ポルノが流通する可能性もあるため、こうした者を児童ポルノ公然陳列罪で検挙して厳正に法執行することこそが最も重要かつ抜本的な対策である。検挙された旨の報道がなされることにより、類似のサイトが閉鎖されるという事態も珍しいことではなく、強力な予防効果が期待できるという意味でも検挙は有効である。

もっとも、ウェブ上での児童ポルノ流通による児童の権利等に対する侵害の防止という観点からは、検挙とは別に、現にウェブ上で流通する児童ポルノへの対策も検討する必要があるところ、個別の児童ポルノ画像を削除するという手法は、通信の秘密の侵害という問題がなく、ブロッキングに比べて侵害性が低い手法であることから、より適切なものと言える。児童ポルノを当該情報が蔵置されているサーバから削除すれば何人も閲覧できなくなることから、削除はより効果的な対策とも言える。

このように、検挙及び削除は、ブロッキングと比べてより侵害性が少なく、効果の面からみてもより適切な手段ということができるから、これらの手段を採用することにつき容易性・実効性が認められない場合にのみ、ブロッキングについて補充性が認められると考えられる。なお、検挙の容易性や実効性は、警察が通常想定される捜査資源を投入した場合を基準として判断することが相当と考えられる。

例えば、サーバが海外にあり、かつ、サーバ管理者が海外ないし不明であるなど国内に接点がない場合には、検挙や削除に容易性や実効性があるとは言い難く、原則として補充性が認められると考えられる<sup>20</sup>。他方、サーバやその管理者などにつき国内と接点がある場合には、通常は削除や検挙の容易性・実効性が認められるため、補充性が認められるためには、原則として、こうした手段を尽くしてもなお当該画像データが流通しているというような特段の事情が必要と考えられる<sup>21,22</sup>。

### iii ブロッキングの手法との関係

---

<sup>20</sup> 海外では、我が国よりも児童ポルノ規制が厳格な国も少なくないため、むしろ我が国より検挙や削除が期待できるのではないかとの指摘もあった。確かに、そうした可能性も否定はできないが、容易性と実効性の程度は不明瞭であり、我が国内から直接、積極的な対処が取れない以上、これを理由に補充性を認めないとするは厳格に過ぎるものと考えられる。もちろん、捜査共助やホットラインの国際的枠組みであるINHOPeの活動が、さらに効率的になることにより、迅速に児童ポルノの削除・検挙がされるよう国際協調は促進されるべきである。

<sup>21</sup> 海外でも、ブロッキングは国外サイトに限定し、国内サイトは当然に警察による検挙や削除で対応するという国が少なくない（たとえば、イギリス、ノルウェーなど）。これは、国内に児童ポルノサイトの存在を確認したのであれば、ブロッキングという迅速な処理をする以前に、速やかに検挙すべきという考え方に基づくものと考えられる。

<sup>22</sup> なお、ここで海外と国内とで相違が生じるのは、より侵害性の少ない手段を採用することの容易性・実効性を理由とするものであり、当然のことながら、対象となる被害児童が外国人か日本人であるかによるものではない。児童の権利等の保護の観点からは、対象を日本人に限定する必要はないと思われる。

また、ブロッキングには様々な手法があるところ、手法によっては、他の問題のない情報を広く遮断してしまう、いわゆるオーバーブロッキングと呼ばれる問題が生じることがある。これは、後記のとおり、主に表現の自由の侵害という問題であるが、補充性との関係でも、ブロッキングの手法としていくつかの方式から現実的に選択が可能である場合には、原則として、より侵害性の少ない方式を採用することが求められる。

例えば、DNSポイズニングと呼ばれる方式は、ハイブリッドフィルタリングと比較してオーバーブロッキングの危険性が高いと考えられ、他の方式が選択可能である場合には原則として避けるべきと考えられる。仮にこの方式を採用する場合には、オーバーブロッキングの可能性を可能な限り排除すべく、ブロッキングの対象について厳格に選択することが求められる。具体的には、ブロッキング対象のサイトが、その目的、掲載されるコンテンツの内容やその割合等の客観的な利用状況、違法コンテンツへの対応などの運営状況、収益の有無等の諸般の事情を総合して、専ら児童ポルノ画像の掲載のために利用されているサイトと認められる場合に限定するなどの配慮が求められると考える。そのため、ブロッキングを実施するために児童ポルノ画像が掲載されているサイトのリスト等を作成する場合には、ブロッキングの手法ごとに、オーバーブロッキングの可能性を可能な限り排除できるようなものとする必要があると考えられる。

#### (4) 法益の権衡

ブロッキングによって侵害される法益は、通信の秘密であり、他方、ブロッキングによって守られる法益は、児童の権利等であり、身体法益や自由法益と位置づけることができる。前記のように通信の秘密は厳格に保護されるべき法益であるから、安易な比較衡量は許されないものの、一般に、児童ポルノの被写体となった児童が受ける侵害は重大かつ深刻であり、児童ポルノがウェブ上において広く多数人の目にさらされている状態は、生命又は身体に対する重大な危険に比肩するものといえることに鑑みれば、質的には少なくとも財産への危険と比して法益権衡の要件を満たす余地は相当あると考えられる。

もっとも、量的な観点からは、児童の権利等に対する法益侵害の程度は、個々の児童ポルノ画像の内容によって異なるという側面も否定できない。例えば、児童ポルノ禁止法第2条第3項第1号ないし第3号に則して考えれば、明白に児童虐待と言える第1、第2号と家族写真でも入り得る第3号とでは法益侵害の程度に開きがあるのではないかという指摘があり、量刑上も第1号や第2号の方が重く処罰される傾向にあるとされている。また、当該児童の年齢についても、12、3歳と16、7歳とではその法益侵害の程度が異なるともいう指摘もある。このほか、顔が見えるなど本人識別可能性の有無等の事情も法益侵害の程度に影響を与え得るとの指摘もある。一般に、第1号、第2号のような内容で年齢が低いほど法益侵害の程度は重大かつ深刻ということができ、逆に高くなるほど相対的にその程度は小さくなると言えるが、どこまでが法益権衡の要件を満たすのか、明確な線引きは困難である。通信の秘密の法益としての重大性に鑑みれば、できる限り謙抑的な運用が望ましく、その意味では、画像の内容が著しく児童の権利等を侵害するものであ

るか否かというのが一つの基準になるのではないか。

## (5) 小 括

以上の検討によれば、児童ポルノがウェブ上において流通し得る状態に置かれた段階で児童の権利等に対する現在の危難の存在を肯定する余地がある。そして、検挙や削除が著しく困難である場合に、より侵害性の少ない手法・運用で、著しく児童の権利等を侵害する内容のものについて実施する限り、補充性及び法益権衡の要件も満たし得ると考えられる。

もっとも、ウェブ上において流通し得る状態に置かれた段階で一般的に危難の存在を肯定することができるのは、児童ポルノ流通による法益の侵害が典型的に著しく重大かつ深刻であるというきわめて特殊なケースだからであり、およそ他の違法有害情報一般に妥当するものではなく、安易に他の侵害行為一般への応用が許されるものではないことに留意することが必要である。

### 【児童ポルノ以外の違法情報についても妥当し得るか】

インターネット上には、児童ポルノのほか、成人のわいせつ画像、著作権侵害情報、誹謗中傷やプライバシー侵害等様々な違法情報が存在する。これら児童ポルノ以外の違法情報についても同様に緊急避難としてブロッキングすることができるかどうかの問題となる。

前記のとおり、児童ポルノについては、ウェブ上において流通し得る状態に置かれた段階で児童の権利等に対する重大かつ深刻な法益侵害の蓋然性があると言えることから、この段階で危難の存在を肯定できるものと解されるが、これはあくまでもウェブ上で児童ポルノが流通することの重大性や深刻性に鑑みてのことであって、直ちに他の違法有害情報一般に妥当するものではなく、安易に応用が許されるものではないと考えるべきである。

例えば、成人のわいせつ画像については、基本的に自己の意思に反するものではなく、仮に自己の意思に反するものであるとしても、児童という本来性欲の対象とされるべきでない対象の問題である児童ポルノと、現在の危難ないし法益の権衡の点で直ちに同列に扱うことができるわけではない。また、一般的な名誉毀損やプライバシーなどの法益侵害がある場合にも、人格的利益の侵害という点で共通する面があるとしても、児童という本来性欲の対象とされるべきでない対象の問題である児童ポルノの事案とは、現在の危難ないし法益の権衡の点でやはり根本的に異なると解される。さらに、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。

ブロッキングは、適切な内容を含む通信全般を監視し、不適当な内容の通信を遮断するというものであり、事実上の私的検閲行為であり、その実施対象については、児童ポルノに限定し、他に拡大することがあってはならないと考える。

なお、海外で児童ポルノのブロッキングを実施している国でも、著作権侵害サイトのブロッキングは行われておらず、ブロッキングは児童ポルノサイトのみに限った例外的な措置として扱われている。

## 第5 その他の法的問題について 表現の自由との関係

通信の秘密との関係以外のブロッキングの法的問題として、ブロッキングが国民の表現の自由の不当な侵害となる可能性があるかどうかというものがある。この点は、児童ポルノという違法情報についてISPが自主規制することを超えて、児童ポルノ以外の適法な情報もブロッキングしてしまう、いわゆるオーバーブロッキングが発生した場合に特に大きな問題となる。

ブロッキングにはいくつかの方式が存在するが、DNSポイズニングなどでは、謙抑的に運用しない限りは、オーバーブロッキングが発生する。その他の方式でもURL単位でのブロッキングであることから完全にオーバーブロッキングの可能性が排除できるとは限らない。児童ポルノ画像かどうかについての判断を誤る可能性も存する。オーバーブロッキングの問題は、事実上不可避免的に発生するものと言える。

電気通信事業法には、通信の秘密と異なり、オーバーブロッキングに関する規定はなく、仮にオーバーブロッキングになったとしても、処罰や行政処分の対象ではない。しかし、表現の自由の侵害であることは明らかであり、民事上の不法行為責任を問われる可能性がある。ブロッキングでは、実施する個々のISPがリストの内容の当否を判断するなどの関与をすることは想定されておらず、第三者が作成するブロッキング対象リストに基づいて行われるものであるため、オーバーブロッキングは、基本的にはリスト作成・管理者が責任を問われるべき問題であるとはいえ、ISPは、任意にそのリストを採用しているのであるから、一切責任を負わないとは必ずしも言い難い。

最終的には、個別事案ごとの判断となり、予めオーバーブロッキングの法的リスクを完全に払拭することは困難である。しかし、表現の自由の保護の観点からは、できる限りオーバーブロッキングの危険性の少ない方式を採用することが望ましい。また、運用の面でも、リスト作成・管理者による中立的で透明性の高いリストの作成・管理が期待される。具体的には、ブロッキングされていることを情報の発信者が認識できるような配慮や、児童ポルノに該当しないことが事後に明ら

かとなった場合の迅速なリストからの除外措置など、表現の自由への配慮が必要である。

## 第6 総括

通信の秘密の保護は、国民の安全・安心な通信のための不可欠の前提であり、安易に侵されてはならないものである。とりわけ、ブロッキングは、適切な内容を含む通信全般を監視し、不適当な内容の通信を遮断するというものであり、事実上の私的検閲行為であること、技術的には児童ポルノ画像のみならずいかなる情報内容に対しても適用可能であることから、民間で自主的に実施するものとはいえ、その実施には明確な基準に基づくなど、特に慎重を期すべきである。いったんこうした仕組みを導入すれば、ブロッキングの対象が際限なく拡大していく懸念も払拭できない。

しかしながら、児童ポルノは、児童からの性的搾取ないし性的虐待というべきものであり、児童の時点ではもちろん成人した後になっても、心身及び社会生活に重大かつ深刻な被害をもたらすものであって、生命又は身体に対する重大な危険の回避に比すべき重大な法益侵害であり、しかもそのことは、児童ポルノ法の存在が示すとおり、社会共通の認識となっている。その意味で、ウェブ上を流通する多様な違法有害情報の中でも別格というべき類型ということができ、検挙や削除が著しく困難である場合に、より侵害性の少ない手法・運用で、著しく児童の権利等を侵害する内容のものについて実施する限り、児童ポルノのブロッキングにつき、緊急避難として、現行法のもとでも許容される余地はあると考える。

ただし、その実施に当たっては、電気通信事業法を所管する総務省の見解も踏まえつつ、その手法、ブロッキングの対象等について通信の秘密や表現の自由の不当な侵害が生じないよう、十分な配慮が求められるだけでなく、今後、電気通信事業者等が、緊急避難に基づいて自主的取組としてのブロッキングを実施するに際しては、その対象や手法等について、可能な限り明確性と透明性が確保されることが必要であることから、事業者や利用者、法学者等の幅広い関係者の参加を得て、引き続き検討していくことが望ましい。

以上



## 児童ポルノ作業部会法的问题検討サブワーキング 構成員

リーダー	宍戸常寿	東京大学准教授(憲法)
リーダー代理	丸橋透	テレコムサービス協会サービス倫理副委員長・ニフティ法務部長
構成員	別所直哉	安心ネットづくり促進協議会 調査企画委員会副委員長・ ヤフーCCO(最高コンプライアンス責任者)兼法務本部長
	野口尚志	日本インターネットプロバイダー協会(JAIPA) 理事 (行政法律部会副会長)
	曾我部真裕	京都大学准教授(憲法)
	深町晋也	立教大学准教授(刑法)
	森亮二	弁護士・安心ネットづくり促進協議会 児童ポルノ作業部会主査
	上沼紫野	弁護士
	奥村徹	弁護士

## (参 考)

### 1 大量通信等によるネットワークに対する攻撃への対処

大量通信等によるネットワークに対する攻撃への対処通信の遮断等の措置が採られることがある。DOS攻撃等のサイバー攻撃、ワームの伝染及び迷惑メールの大量送信及び壊れたパケット等の大量通信は、その対象となる利用者の設備に支障を与えるのみならず、電気通信事業者の設備に支障を与え、電気通信役務の提供にも影響を与えかねない事態を引き起こすことがしばしばあることから、円滑な電気通信役務の提供を確保するため、必要な限度で、これらの措置が正当業務行為となる場合がある。また、緊急時に行われる対策については、一般的に、正当防衛、緊急避難の要件を満たす場合には通信の秘密の侵害について違法性が阻却される。

### 2 OP25B(Outbound Port25 Blocking)・IP25B(Inbound Port25 Blocking)

ISPが支配管理するルータに流入ないし通過する全ての電子メールの送信元IPアドレス及び步ポート番号を機械的に検知し、一定の条件を満たす電子メールにつき、25番ポートを閉じる方法により送信をブロッキングする措置をいい、大量の迷惑メールの送信による電子メール送受信上の支障のおそれを防止するための対策として採られている措置である。これらの措置は、ネットワークを適正に維持管理してメールサービスを運用するために必要な限度にとどまる場合には正当業務行為となる場合がある。

### 3 帯域制御

アプリケーションやサービス、利用者等を区別して、使用できる回線容量や通信速度等に基準を設けてネットワーク上のトラフィックを制御することをいい、ファイル交換ソフトの過度の利用によりネットワーク帯域が占有され、全体の通信速度の低下という問題が生じることへの対策として用いられる措置である。この措置は、特定のアプリケーションやユーザのトラフィックがネットワーク帯域を過度に占有していることにより、ウェブページの表示やメールの送受信の遅延等、他の一般ユーザの通信品質に支障が生じている又は支障が生じる蓋然性が極めて高いという客観的状況において、トラフィックの適正管理によるネットワークの安定的運用を図り、他のユーザの通信品質を確保するために必要な限度で、正当業務行為となる場合がある。