

Site blocking and “ Reasonable expectation of privacy”
(ブロッキングと『通信のプライバシーの合理的な期待』)

-“Secrecy of communication” in Galapagos islands
(ガラパゴスの国の「通信の秘密」)

Ikuo Takahashi
Lawyer (Bengoshi)

(弁護士 高橋郁夫)

Agenda(講演内容)

- Introduction
- Debate in 2018
- Legality of “Forward Pass”
 - Rediscovery of discussion of liability scheme
- Framework of Internet Intermediary’s active role
- はじめに
- 日本における2018年のサイトブロッキング議論
- 「前パスの適法性」の議論
 - プロバイダ責任制限法の議論の再発見
- ネットワーク媒介者の積極的な役割

Introduction(はじめに)

- Performance of IT Research Art Ltd.
 - http://www.itresearchart.biz/?page_id=15
- Ministry of Internal Affairs and Communications(MIC): "Contract for research and study on the state of laws and regulations in foreign countries concerning the secrecy of communications for telecommunications services to respond to issues such as information security measures" (February 2014)
- MIC : "Contract for research and study on measures against rights-infringing information on the Internet in other countries" (FY2015)
- Research on infringement of rights
 - The distribution and viewing of rights-infringing information(such as information on privacy violations and defamation) on the Internet has become a social problem.
 - caused irreparable damage to individuals, as well as economic disadvantages
- 株式会社ITリサーチ・アートの業績
 - http://www.itresearchart.biz/?page_id=15
- 総務省「情報セキュリティ対策等の課題への対応のための電気通信サービスの通信の秘密に係る諸外国の法制度等規制の在り方に関する調査研究の請負」(平成26年2月)
- 総務省「諸外国におけるインターネット上の権利侵害情報対策に関する調査研究の請負」(平成27年度)
 - 「権利侵害調査」
 - 権利侵害情報(プライバシー侵害・名誉毀損情報)の流通・閲覧が社会問題化
 - 個人に回復困難な損害を生じるといった事象が起きているほか、権利侵害情報によって経済的不利益を被る事象も発生している。

Debate on Site blocking in 2018(サイトブロッキングの議論-2018年)

- Concept
 - A technical technique of an Internet intermediary that makes it impossible for the recipient to receive a communication without any consent from both parties to the communication.
 - Positive views
 - Major publishers etc.
 - CODA, MPPAJ, JASRAC, Kodansha, Shueisha, KADOKAWA, Press Information Center, etc.
 - Cautious view
 - Japan Information Law Institute (JILIS), Japan Internet Providers Association (JAIPA), JPNIC, Internet Content Safety Association (ICSA), Mobile Content Examination and Management Association (EMA), Internet Users Association (MIAU), Housewives' Federation of Japan, etc.
- 概念
 - 通信の両当事者からの同意が一切ないままに、受信者の受信を不可能にするインターネット媒介者の技術的手法
 - 積極的な見解
 - 大手出版社など
 - CODA、日本映画製作者連盟、JASRAC、講談社、集英社、KADOKAWA、出版広報センターなど
 - 慎重な見解
 - 一般財団法人情報法制研究所(JILIS)、一般社団法人日本インターネットプロバイダー協会(JAIPA)、JPNIC、一般社団法人インターネットコンテンツセーフティ協会(ICSA)、一般社団法人モバイルコンテンツ審査・運用監視機構(EMA)、一般社団法人インターネットユーザー協会(MIAU)、主婦連合会、など

Basis of Negative View(慎重な見解の根拠)

- Concern of “violation of Secrecy of Communication”
- Objection against “Necessity” as justification
- Evasion of blocking/Fear of over blocking
- “Coercive” State “hope” evades from rule of law
- 通信の秘密の国民の懸念
- 違法性阻却事由としての緊急避難の適用について
- ブロッキングの回避手段も存在／弊害がある
- 政府が要請する(法律という形式を潜脱する)

Basics of “Secrecy of communication”(a.k.a 「通信の秘密」)

- Section 21 subsection 2
 - No censorship shall be maintained, nor shall the **secrecy of any means of communication** be violated.
- Telecommunication Business Act(Protection of Secrecy)
 - Article 4 (1) The **secrecy of communications** handled by a telecommunications carrier must not be violated.
 - (2) A person who is engaged in telecommunications business must not disclose **other persons' secrets** which came to their knowledge while in service with respect to communications handled by a telecommunications carrier. The same applies even after that person has left office.
- 憲法21条2項
 - 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。
- 電気通信事業法4条(秘密の保護)
 - 1 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。

Loophole of “Secrecy of communication” (a.k.a「通信の秘密」)

Constitution Section 21 subsection 2 (憲法21条2項)

1.2 scope of laws
same or different
(法の範囲)

...ined, nor shall the secrecy of any means of communication be violated.

TBA(電気通信事業法)「秘密の保護」Protection

1.1 meaning of
“communication”
(通信の意味)

(1) The secrecy of communications handled by a telecommunication carrier shall be protected.
(電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵すことによつて保護されない)

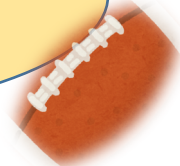
Other person's secret

(2) A person who is engaged in telecommunications business must not disclose other persons' secrets which came to their knowledge while in service with respect to communications handled by a telecommunications carrier. The same applies even after that person has left office.

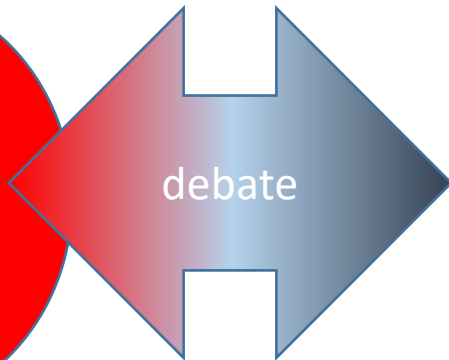
(電気通信事業従事者が「通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない」)

ゾーンディフェンスのシーム

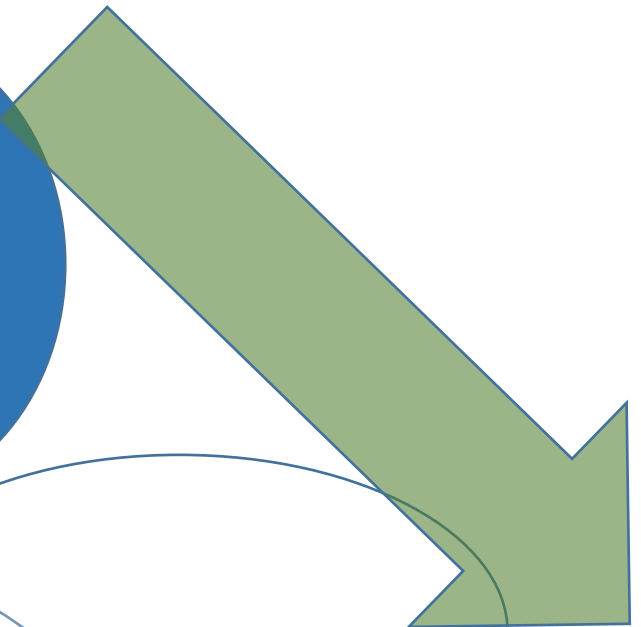
Legality of Site blocking



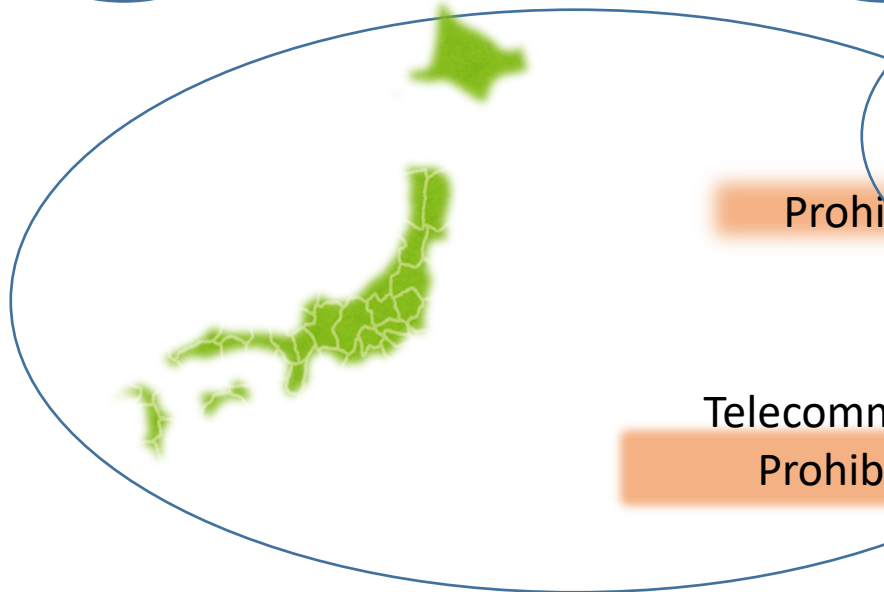
Against



Lawful



著作権法
(copyright law)



憲法 (constitutional law)

Prohibition* (Actively access • Misuse • leakage)

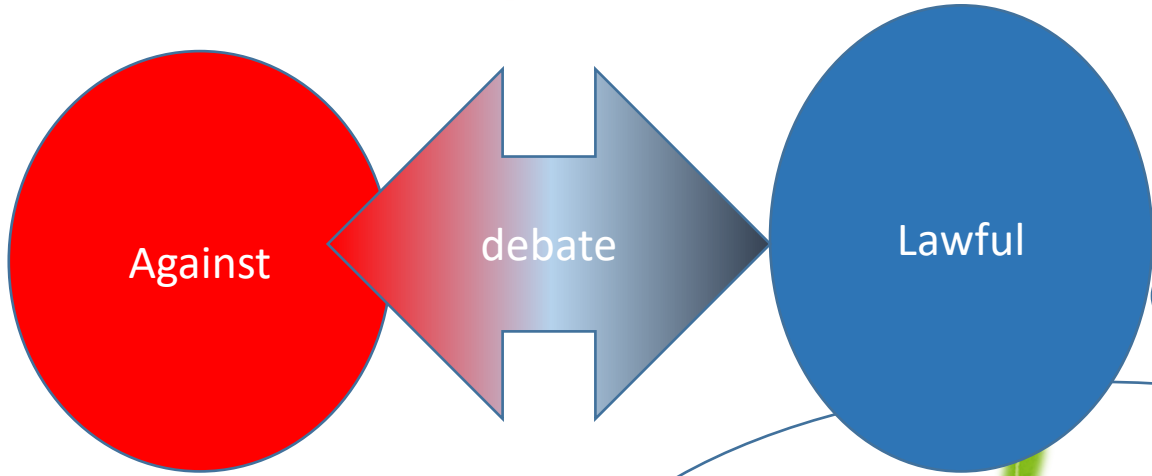
比較ネットワーク法

Telecommunication Business Act (電気通信事業法)

Prohibition* (Actively access • Misuse • leakage)



議論の全体像



1 論争はかみ合っているのか (On the same battle field?)

Legality of Site blocking



憲法 (constitutional law)
Prohibition* (Actively access • Misuse • leakage)

Telecommunication Business Law (電気通信事業法)

2 通信の秘密の肥大化と限界
(Secrecy of communication-Fat or Fit?)



Issue1(論点1)-

On the same battle field?(論争はかみ合っているのか)



Legality "forward pass"(前パスの合法性)

- 政府が要請する(法律という形式を潜脱する)-evasion of law”
- 違法性阻却事由としての緊急避難の適用について-
”Necessity” should be limited.
- 裁判所の命令(著作権侵害に対する救済措置)-remedy
- プロバイダは、著作権侵害情報であることを「明らかに現実に覚知していた」-actual acknowledge of illegal information

質問1 正しい質問(“Well thought” Question)

- 電気通信役務提供者は、
 - 裁判所(または、行政)命令で停止することができるのか(違法性阻却事由)? (Q1.1)
 - 自ら「現実的に違法情報が流通していることを覚知(actual acknowledge)」したときに、自らの設備でその流通を停止することができるのか? (Q1.2)
- 議論1-否定説
 - このような問題設定で議論されていないので不明
 - (論者)違法情報でもとどけないといけない(NTT脅迫電報事件-threat telegram case)
 - (論者)表現の自由の保護が弱いので、「通信の秘密」で保護している? (freedom of expression is weak, secrecy of communication should be protected)
 - (仮)プロバイダに負担をかけすぎる
 - (仮)憲法に違反できないはず
- 議論1-肯定説
 - 裁判所の差止命令は、当然に(No doubt)法律上の根拠になる。
 - 電気通信役務提供者についての一般的理論をそのまま適用すべき(問題は、最小限度性等の問題)
 - 脅迫電報事件は、責任(duty of stop-liability)の論点で、違法性阻却の問題とは別。
 - では、「信頼できる旗手」(actual acknowledge-trusted flagger)から連絡があった場合は?

回答1.1裁判所(または、行政)命令(Judicial Order)で停止することができるのか(違法性阻却事由)?

- 当然に可能(Of course. If so, site blocking is authorised **without doubt.**)
 - 根拠
 - 「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であっても、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)に当たる場合等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。」(「電気通信事業者におけるサイバー攻撃等への対処と通信の秘密に関するガイドライン(Electronic Telecom Provider's measures against Cyber Attacks and secrecy of communication guideline)」6頁)
- 裁判所の命令と憲法の関係は？(Q1.1.1-The Constitution and Court Order)

Q1.1.1-裁判所の命令と憲法の関係は？ (The Constitution and Court Order)

直接適用説(Direct)-State Action

- 電気通信事業者にも憲法が直接適用(direct application)される
- 東京高裁判決(Tokyo High Court-令和元年10月30日)の前提

適用否定説(Negative)(MIC admitted in 1999)

- 電気通信が民営化された以上、憲法は、直接は適用されない(Not applied directly)
- 「電気通信が自由化された現在では、電気通信分野における競争の進展状況、インターネットの登場等の電気通信の多様化の進展状況にかんがみれば、憲法上の『通信の秘密』は私人である電気通信事業者等へは直接的な適用はなく、電気通信事業法等で保護されているものと考えられる。」(「情報通信の不適正利用と苦情対応の在り方に関する研究会報告書」(1999))

裁判所の命令は、憲法に違反する内容であることはできない(Court order-compliant with Constitution)。

(Q1.1.2)

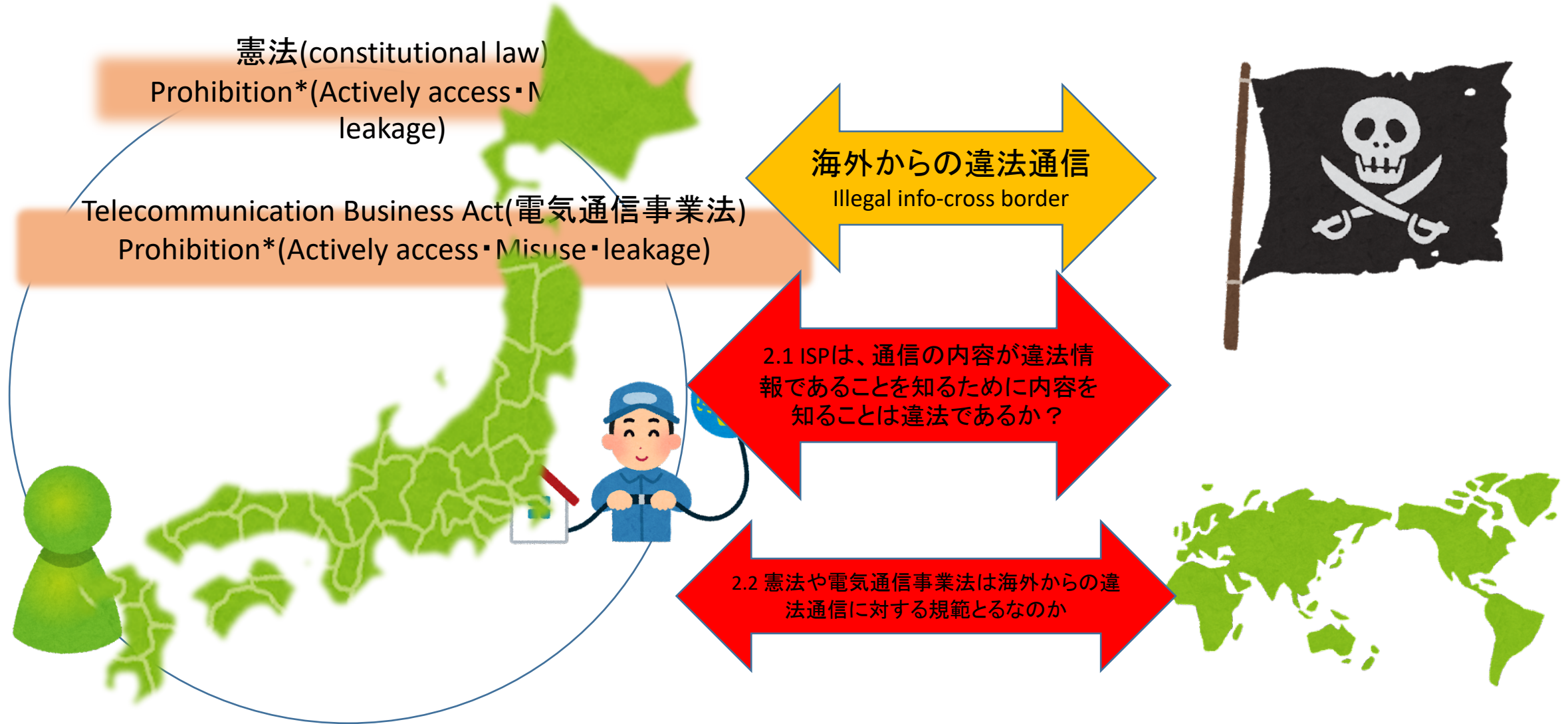
(Q1.1.2) 裁判所の命令の憲法の適合性

- 基本的人権の規定や法原則と矛盾しないように留意すべき(Compliant with fundamental rights/general principles of EU law, such as the principle of proportionality)
- 配慮されるべき利益は何か？
 - 著作権(copyright)
 - 営業の自由(freedom to conduct a business)
 - 通信の秘密(日本の場合)
 - 利用者の情報の自由(欧州だと「インターネットアクセスの権利」-the freedom of information of internet users)
- 方法の特定されていない場合(injunction does not specify the measures)/差止違反に対する罰則の適用(incurring coercive penalties for breach)は問題である。
- 適用されるべき法原則は(Legal Principle)
 - 比例原則(Proportionality)
 - 経済的利益と精神的自由で、精神的自由が「利益考量で」優越すると説明する論者がいるが、これは誤り
 - (参照) “STUDY ON DYNAMIC BLOCKING INJUNCTIONS IN THE EUROPEAN UNION”/UPC Telekabel 事件(2014)

回答 1.2 –オンライン媒介者の違法情報に対する活動は、法的に許容されていたはず(2) (justification of intermediary)

- プロバイダ責任制限法の位置づけの再発見-Rediscovery of Provider Liability Limitation Law
 - 一般的モニタリング義務がないことは自明(prohibition of general monitoring)
 - プロバイダの違法情報についての「セーフハーバー」を定めている(safe –harbor of intermediary)
 - 情報の送信を防止する措置を講じた場合には、(略)「情報の流通によって他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由があった」場合には、責任を負わない
 - 「セーフハーバー」がない場合の権限と責任は、どうなのか？ (Liability and justification of countermeasure against illegal information)
- 2000年にかけての日本の議論(Based on Committee’s discussion)
 - 「電気通信における利用環境整備に関する研究会(Study Group on the Improvement of the Usage Environment in Telecommunications)」(1996年)
 - 「電気通信サービスにおける情報流通ルールに関する研究会(Study Group on Information Distribution Rules for Telecommunications Services)」(1997年-報告書は、1998年1月)
 - 「コンテンツに対するコントロールを及ぼし得ず、コンテンツに責任はないのではないか」
 - 「インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会 – 報告書 – (Study Group on Ensuring the Appropriateness of Information Distribution on the Internet - Report)」(1999年5月から12月)
 - すべてのサービスを検討の対象とした上で、例えば、情報の削除等の措置であれば、情報の削除等の措置を講ずる技術的な可能性(情報の管理可能性)という観点から検討するなど、必要に応じて、責任の範囲や要件でさらに絞って検討
- 回答
 - 立法の経緯等を前提とする限り、現実的な覚知の際に停止することも可能である(ただし、比例性等は必要)。

論点 2) “Secrecy of communication”-Fat or Fit -通信の秘密の解釈の肥大化と限界



質問2.1 ISPは、通信の内容が違法情報であることを知るために内容を知ることが違法である？

違法説(illegal)

- 内容を知ろうとすることは積極的な取得に該当する-actively access

適法説(authorizes to access)

- 違法説は、「通信の秘密」の解釈の肥大化(Fat interpretation)の上で議論をするものである。
- 現実的に覚知しているという通知がなされた場合に、それが事実在即しているのかを知ることが当然に許容されている(after actual knowledge-permitted ,of course)
 - プロバイダ責任制限法は前提
 - 秩序違反の疑いの場合に調査する権限は、一般に認められている

回答2.1「公然性ある通信」については、秘密とはいえない(Not secret-if communication in published nature)

- 「電気通信サービスにおける情報流通ルールに関する研究会」(Committee on information distribution rule in the electronic communication service)

- (1997年-報告書は、1998年1月)

- 検討された関連論点

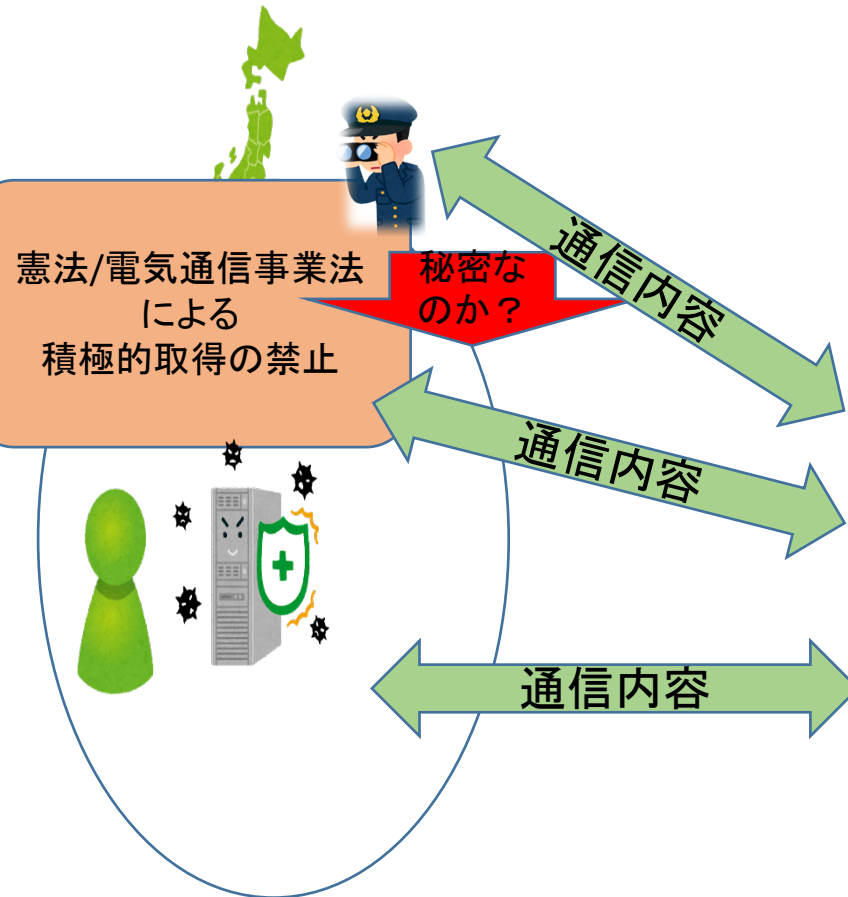
- 概念(legal term)

- 通信形態から通信内容に秘密性が認められず、また情報が不特定多数に流通することから1対1の通信とは異なった扱いをすることが適当なものを公然性を有する通信(communication in published nature)と呼ぶこととし、典型的なものとして、誰でもアクセス可能なインターネットのホームページを念頭に置いて検討

- 「検閲」との関係(censorship)

- 「発信者」への注意喚起 (warning to sender)と検閲/通信の秘密

- 削除(deletion)/利用停止(stop to use)および契約解除(termination of contract)と検閲(3条)/通信の秘密(4条1項)/利用の公平(7条)/役務提供義務(34条)



質問2.2 憲法や電気通信事業法は海外からの違法通信に対して適用しうるのか
(Applicable to cross border communication)

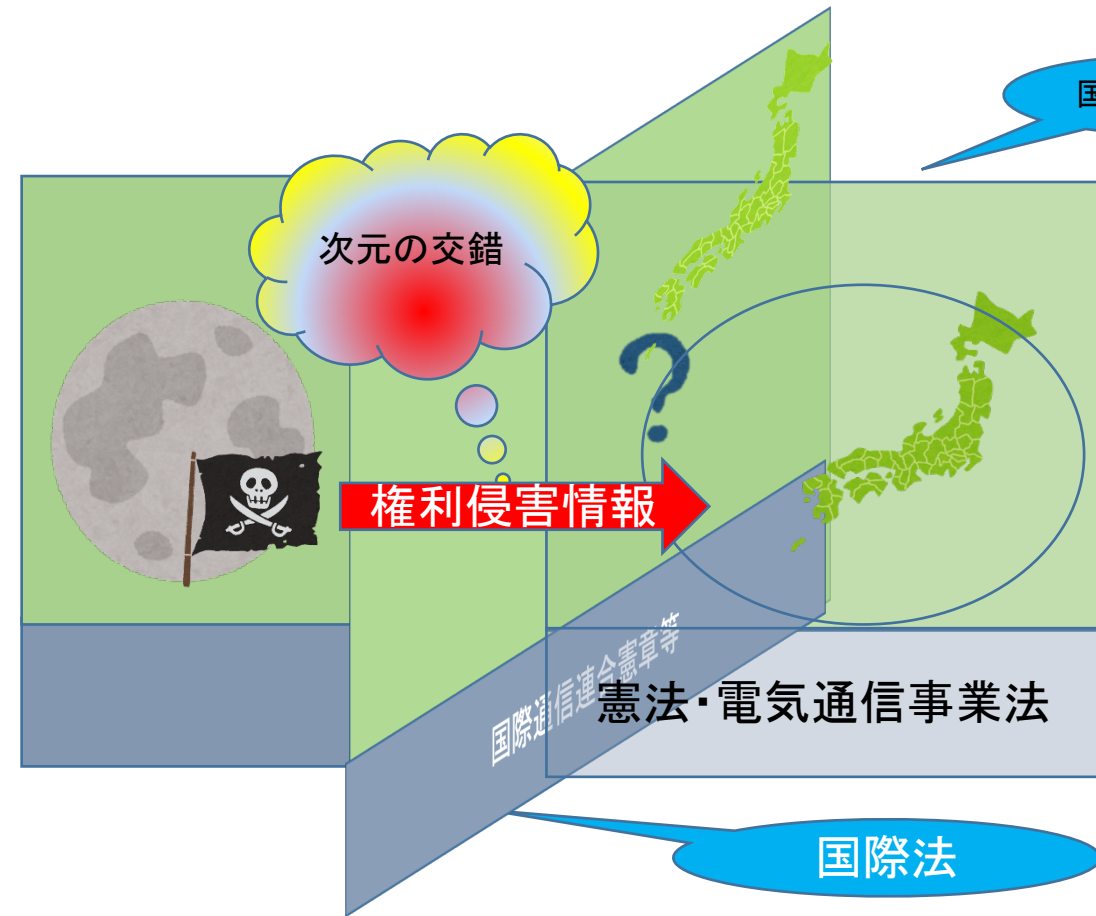
肯定説(Yes)

- 考えたことない(No idea)
- 憲法が優位するのは当然
(Constitution Law - superior)
- 通信の秘密は、基本権(Secrecy of communication-fundamental right)

当然に限界(No/reasonable respect)

- 憲法
 - 立法管轄権(legislative Jurisdiction)の制限は存在
- 憲法優位説は少数(Constitution superior-minor opinion)
 - 日本の憲法教科書(Textbook of the Constitution)
- 電気通信事業法(TBA)
 - 5条-電気通信事業に関する条約(Treaty)
 - 「電気通信事業者(Telecom provider-licensed in Japan)」の取扱中-ないものが保障されるか(Zero to guarantee)
- 米国(US)
 - 越境通信に対する規範が異なる

回答2.2 海外からの違法情報の通信に対しては、プロバイダーの対応が「当然」に可能-(respect for privacy ,but not guaranteed)



- 国際法と国内法の二元の世界-国内法についても、当然に、解釈が調整されるべき(Parallel world-coordinated interpretation of law)
- 越境通信については、国内の主権(Sovereign –trans border search theory)から、異なった取扱が正当化される
 - 税関検査合憲判決(平成28年12月9日最高裁判決-Supreme court 2016/12/9)
 - 「信書」が除かれているが、そもそも「公然性ある通信」である
- 実質的-海外の法執行-実効性に問題(Law enforcement in foreign country-troublesome)

Optimal balance and Incentive (最適なバランスとインセンティブ)



- How to move Pirate's profit to lawful copyright holder **without infringing reasonable expectation of privacy?**

(プライバシーの合理的な期待を侵害せずに海賊の利益を適法な権利者に移転できるのか)

- Over blocking issues.(オーバブロック)
- Transparency(透明性)
- Complaint resolution(苦情取扱)
- ->Evidence(証拠に基づいた議論)

まとめ(Conclusion)

- 2018年の悲劇は、戦略のない導入から始まったこと
 - 2018 tragedy without strategy
- 法律論としての議論をすべき時期に来ていること(Start from “legal discussion”)
 - 依頼者は、「日本国民」(Our client is “JAPAN”.NOT Ministry or Industry)
 - 見落とされてきた論点がたくさんある(Missed many legal issues)
 - 正確に論点を切り分けよう(differentiate legal issues -remedy, liability, justification)
 - 多角的なアプローチの有用性(学際的・比較法的・経済的分析)(Multiple approach-effective /Interdisciplinary, comparative, economics approach)
- 証拠・証拠・証拠...証拠(Evidence,evidence,evidence....)

Thank you (ありがとうございます)

- ご質問は、
 - ikuo@komazawalegal.org
- 参考情報(FYI) - 筆者のブログ
 - 「公然性ある通信」再訪-「電気通信サービスにおける情報流通ルールに関する研究会－報告書」(1998年)を読む(<https://komazawalegal.org/?p=1885>)
 - プロバイダ責任制限法の数奇な運命-導管(conduit)プロバイダは、プロバイダ責任制限法における情報の停止についての違法性阻却をなしうるのか(<https://komazawalegal.org/?p=1857>)
 - ISPのLiabilityからResponsibilityへ-EPRS「オンライン媒介者のEU責任レジーム改革」報告書(<https://komazawalegal.org/?p=1849>)
 - ダイナミック・ブロッキングの状況-欧州議会調査サービス「デジタル環境におけるスポーツイベント主催者の直面する課題」(<https://komazawalegal.org/?p=1842>)