

判例研究

権利者の許諾を得ずにアップロード されているソフトウェアのダウンロード先 URL を教示する行為が公衆送信権の侵害 に当たるとされた事例

(東京地判平成30年1月30日裁判所 HP (平成29年(ワ)第31837号))

谷川和幸*

1 事案の概要

原告X（株式会社）は建築CADソフトウェア「DRA-CAD11」（本件ソフトウェア）の著作者であり、著作権を有している（著作権法15条2項。以下、著作権法の条文は条数のみを掲げる。）。本件ソフトウェアには、正規品のシリアルナンバー等を入力しないとプログラムが起動・実行されない「アクティベーション機能」が備わっており、具体的には、Bというモジュールがこの機能を担っている。

被告Y（個人）はインターネットオークションサイト（ヤフオク）の出品者である。本件ソフトウェアの定価は約20万円であるが、Yはこれをヤフオクにおいて、「ダウンロード販売」として、即決価格4980円で多数出品していた（具体的には、142点を出品したとXは主張している。うち1点はXの

*福岡大学法学部講師

従業員が確認のために落札した。)

当該ヤフオク出品において、商品名は「『DRA-CAD11』建築設計・製図CAD」などと記載されており、商品説明欄には「DRA-CAD11」、注意事項欄には「ダウンロード品同等」「インストール完了までフルサポートさせて頂きます」、発送詳細欄には「ダウンロード販売」である、などとそれぞれ記載されていた（このオークション対象商品を「本件商品」と呼ぶ。)

Yは、ヤフオクにおいて本件商品を落札して代金をYに支払った顧客（購入者）に対し、本件ソフトウェアとBのプログラムのクラック版とが蔵置されているオンラインストレージサイト「C」のURLをダウンロード先として教示するとともに（この蔵置についてXの許諾はない。）、当該Bのプログラムのクラック版の起動方法及び本件ソフトウェアの起動・実行方法を教示するマニュアル書面を提供した。（URLの具体的な教示方法は判決文からは明らかではないが、メールに記載して送信したか、書面に記載して送付したか¹のいずれかではないかと推測される。)

購入者はYから教示されたダウンロード先「C」から本件ソフトウェア及びセットアップCDの内容と、クラックされたBを入手し、セットアップ後にクラック版のBを上書きすることで、アクティベーションを回避して本件ソフトウェアを使用することができるようになった。

Xは、Yによる本件商品の販売行為が著作権（複製権、翻案権、譲渡権）及び著作者人格権（同一性保持権）の侵害に当たるとして、損害額約2800万円（141点×約20万円）の一部である1000万円の支払いを請求した。（商標権侵害及び不正競争の点は省略。なおYは過去に本件販売行為に係るXの商標権の侵害について起訴され有罪判決を受けており、本件においても商標権侵害については争っていない。)

¹ Xの主張欄には、Yがマニュアル書面を購入者に郵送した旨の記載があるが（判決文7頁）、URLもまた同書面に記載して郵送したのかどうかについて、裁判所の認定はない。

2 判旨

一部認容。

「上記事実によれば、①被告は、ヤフオクにおいて、あくまで『DRA-CAD 11』建築設計・製図 CAD 自体をオークションの対象物と表示して出品しており、『商品説明』欄には『DRA-CAD11』、『注意事項』欄には『ダウンロード品同等』『インストール完了までフルサポートさせていただきます』、『発送詳細』欄には『ダウンロード販売』と記載されていたこと、②かかる表示を見てオークションに入札した顧客も、当然、本件ソフトウェアを安価に入手する意図で入札を行ったと推認できること、③被告は、顧客に対し、本件ソフトウェア及びそのアクティベーション機能を担うプログラムのクラック版（いずれも原告の無許諾）のダウンロード先をあえて教示し、かつこれらの起動・実行方法を教示するマニュアル書面を提供し、その結果、顧客が、本件ソフトウェア（無許諾品）を入手した上、本件ソフトウェアで要求されるアクティベーションを回避してこれを実行することができるという結果をもたらしており、被告の上記行為は、かかる結果を発生させるのに不可欠なものであったこと、④被告は、営利目的でかかる行為を行い、後記 3 認定のとおり多額の利益を得ていること、以上の事実が認められる。

これらの事情を総合すれば、上記（1）の一連の経過により、被告は、本件ソフトウェアの一部に原告の許諾なく改変（アクティベーション機能の回避）を加え（本件ソフトウェアの表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、変更等を加えて新たな創作的表現を付加し）、同改変後のものをダウンロード販売したものと評価できるから、被告は、原告の著作権（翻案権及び公衆送信権）並びに著作者人格権（同一性保持権）を侵害したものと評価すべきであり、これに反する被告の主張は採用できない。なお、原告は、譲渡権侵害を主張しているが、有体物の譲渡ではなくソフトウェアのダウンロードが行われたものとして、公衆送信権が侵害されたもの

と解すべきである。

他方で、原告は、被告が本件ソフトウェアをオンラインストレージサイト『C』において記録蔵置（複製）している旨主張するが、本件ソフトウェアを『C』という名前のサーバに保存したのが被告であることを認めるに足りる証拠はないから、原告の上記主張は採用できない。」

損害額については、Xが本件ソフトウェアの正規品をオンライン販売する場合には17万9550円で販売していたこと、本件商品の落札数として証拠上認定できるのが54点であることから、両者を乗じた969万5700円と算定し（114条3項）、この限度で請求を一部認容した。

3 研究

（1）本判決の意義と検討課題

オークションサイトを利用した海賊版ソフトウェア販売の事案は、その販売の態様に依じていくつかの類型が存在する。もっとも古典的な態様は、出品者の手元においてソフトウェアを無断で複製した媒体（CD等）を作成し、それを落札者に送付する方法である²。本件で問題となったのはこれとは異なって、いわゆるダウンロード販売と呼ばれる類型であり、媒体を送付することはせず、ソフトウェアはインターネットを利用して落札者にダウンロードさせる態様を取る。またこの他に、ソフトウェア（例えば試用版）自体は落札者が自ら調達することを前提に、そのプロダクトキー（シリアルナンバー）のみを販売する態様のものもある³。

ダウンロード販売に関するこれまでの報道事例には以下のようなものがあ

² ソフトウェアではないが、放送番組を無断複製したビデオテープを販売した事案として東京地判平成17年4月27日裁判所HP（平成16年（ワ）第26771号）がある。

³ プロダクトキーの販売について商標権侵害に基づく損害賠償請求を認容した長野地判平成29年8月10日2017WLJPCA08106001（平成27年（ワ）第36号）を参照。

るが、そのいずれも、ダウンロードさせるソフトウェアを出品者自身がアップロードしていたとの事実を前提に、そのようなアップロード行為を捉えて公衆送信権又は複製権の侵害としたものようである。

①徳島地判平成16年9月3日判例集未登載（刑事）⁴

「オークションとダウンロードを組み合わせた『海賊版』販売の男性逮捕」（平成16年4月27日）との見出しで ACCS（一般社団法人コンピュータソフトウェア著作権協会）のウェブサイト⁵で紹介されている事案であり、「ATOK16」などをヤフオクに出品し、ダウンロード先 URL を教示してダウンロードさせたものである。ACCS の記事には「ヤフーオークションを悪用した事例の中でも、CD-R などの媒体のやり取りがなく、オークションが持つ集客力と落札機能だけを悪用した新しい侵害類型と言えます。」とあり、媒体販売ではないダウンロード販売が摘発された最初期の事例である。

捜査段階における読売新聞の記事⁶に、「容疑者はホームページに、かな漢字変換ソフト『ATOK16 for windows』を送信可能な状態にしておき、インターネットのオークションにかけ」、落札者にダウンロードさせた著作権法違反（公衆送信権侵害）の疑い、との記載があるほか、前記 ACCS の記事に、「ATOK16」のソフトはファイル交換ソフト WinMX を利用して入手した旨供述しているとの記載があることから、出品者自身がアップロードをした事案であろうと推測される。

⁴ 読売新聞平成16年9月4日大阪朝刊31面。著作権法違反（公衆送信権侵害）罪で懲役1年6月（執行猶予3年）の有罪判決。

⁵ <http://www2.accsjp.or.jp/criminal/2004/0402.php>

⁶ 読売新聞平成16年4月27日大阪夕刊17面。

②福岡地判平成21年1月6日判例集未掲載（刑事）⁷

「オンラインストレージサービスを悪用してソフトを販売」（平成20年9月3日）との見出しで ACCS のウェブサイト⁸で紹介されている事案であり、「Adobe Illustrator 10」などをオンラインストレージサービスに記録・蔵置したうえで、「引渡はDL 渡し」などと記載してヤフオクに出品し、落札者にダウンロード先 URL を教示してダウンロードさせたものである。

捜査段階における読売新聞の記事⁹には「落札者がダウンロードできるよう、大容量のデータファイルを転送できるサーバー内に3回にわたり無断複製した疑い」とあり、支分権としては複製権の侵害が問題となった事案のようである。同記事には「販売目的でサーバー内にソフトを無断複製した事例の摘発は全国初」とあり、上記①事件との関係で疑問が生じるが、①は公衆送信権侵害の事例、こちらは複製権侵害の事例、という区別をするならば誤りではないということになるだろうか。

③東京地判平成27年2月12日裁判所 HP（平成26年（ワ）第33433号）及びその控訴審である知財高判平成27年6月18日裁判所 HP（平成27年（ネ）第10039号）（民事）

本件と同一の原告が提起した訴訟であり、本件と同様、CADソフトウェア「DRA-CAD10」をヤフオクでダウンロード販売した事例である。被告が準備書面を提出せずに欠席したことから、「被告は、落札者に対し著作物を販売譲渡する目的で、本件ソフトウェアのファイルを、原告に無断で、上記ダウンロードサイトに記録・蔵置する行為を行った」との事実について擬制自白が成立した。控訴審は、被告が「本件ソフトウェアをデッドコピーして

⁷ 懲役1年6月（執行猶予3年）、罰金20万円の有罪判決。

⁸ <http://www2.accsjp.or.jp/criminal/2008/0809.php>

⁹ 読売新聞平成20年9月4日西部朝刊（西2社）32面。

権利者の許諾を得ずにアップロードされているソフトウェアのダウンロード先 URL を
教示する行為が公衆送信権の侵害に当たるとされた事例（谷川） — 207 —

本件商品を作成し、これをウェブサイトにもアップロードし、自動公衆送信が可能
な状態にしたものと認められる」として、複製権及び送信可能化権の侵害を
肯定した。

④ 松江地判平成27年8月18日判例集未掲載（刑事）¹⁰

「一太郎2015」などをオークションサイトに出品したことで著作権法違反
（公衆送信権侵害）と商標法違反に問われた事案であるが、アップロードに
関する詳細は不明である。

⑤ 大阪地判平成27年9月2日判例集未掲載（刑事）¹¹

BSA（ザ・ソフトウェア・アライアンス）のウェブサイト¹²で紹介されて
いる、「Windows 8.1 Professional」をオンラインストレージサーバに記録・
蔵置した公衆送信権侵害の事案である。

⑥ 大阪地判平成29年2月20日裁判所 HP（平成28年（ワ）第10506号）（民事）

「Windows 8 Professional」等をヤフオクでダウンロード販売した事案であ
る。被告は損害額の点を除いて事実関係を争わなかったため、「被告は、原
告の許諾を得ずに本件各プログラム……を複製して商品を作成し、これを
ウェブサイトにもアップロードし、自動公衆送信が可能状態にして販売し」
たとの事実について擬制自白が成立した。裁判所は複製権及び送信可能化権
の侵害を肯定した。

¹⁰ 読売新聞平成27年8月19日大阪朝刊（島根）33面。懲役1年6月（執行猶予3年）、罰金50
万円の有罪判決。

¹¹ 著作権法違反（公衆送信権侵害）及び商標法違反で懲役2年（執行猶予3年）と罰金100万
円を併科する有罪判決。

¹² <http://bsa.or.jp/news-and-events/news/bsa20151028/>

なお同判決を報じるBSAの記事¹³には、「本判決は、著作権侵害の主戦場が物理的な模倣品メディアから、インターネット上へのソフトウェアの蔵置と不正キーの提供という形態に移行する中、非常に重要な判決といえます」とのコメントが付されており、この種のダウンロード販売の事案が増加していることをうかがわせる。

以上のように、(一部不明確なものはあるものの)従来裁判例においては出品者自身がアップロード者であると認定されており、それを前提に著作権(公衆送信権又は複製権)侵害の成立が肯定されていた。著作権者の許諾を得ずに著作物たるソフトウェアをインターネット上にアップロードする行為が送信可能化に当たり、(権利制限規定の適用などの例外的事情がない限り)公衆送信権の侵害となることは明らかである(23条1項、2条1項9号の5イ)。

これに対し本件が特殊であるのは、判旨として引用した部分の末尾で裁判所が述べているように、「本件ソフトウェアを『C』という名前のサーバに保存したのが被告であることを認めるに足りる証拠はない」という点にある。裁判所の事実認定において、本件ソフトウェアをCにアップロードした者がYであるとは認定されていない。それにもかかわらず、裁判所は、ダウンロード先URLの教示を含むYの一連の行為を根拠として、公衆送信権等の侵害を認めたのである。この点に先例とは異なる本判決の意義があり、また検討すべき課題がある。

ところで、その者自身は著作物をアップロードした者ではないが、許諾を得ずにアップロードされている著作物に対してハイパーリンクを張る方法で著作物を公衆がアクセス可能な状態に置く者を著作権法上どのように評価す

¹³ <http://bsa.or.jp/news-and-events/news/bsa20170314/>

るべきかということが、近時、いわゆるリーチサイト規制の問題として議論されている。本件の事例は、ウェブサイトからハイパーリンクを張るという形式ではないものの、URL を教示することで購入者による本件ソフトウェアへのアクセスを可能にしているという点でリーチサイトと共通性を有する。そこで、リーチサイト規制に関してこれまで行われてきた議論を踏まえて、また今後の議論に与える影響という観点から、本判決を分析することが重要である。

さらに、本件ソフトウェアのアクティベーション機能を担うモジュール「B」の改変が行われている点を捉えて裁判所は翻案権及び同一性保持権の侵害を認めているが¹⁴、このような改変行為がこれらの権利の侵害となるかについても検討が必要である。

そこで以下では、まずハイパーリンクを張る行為（以下「リンクング」と呼ぶ。）をどのように評価すべきかに関する従来議論を概観したうえで、その議論との関係で本判決をどのように理解すべきかについて検討する。その後、翻案権や同一性保持権など、リンクング以外の論点についても若干の検討を行う。

（２）リンクングをめぐる従来議論

ア 二つのアプローチ

リンクングの著作権法による規律に関して、比較法的には、二つの異なるアプローチが存在する。一つが欧州が採用する直接侵害アプローチであり、もう一つが日本において採用されてきた間接侵害アプローチである¹⁵。

¹⁴ もっとも、同一性保持権侵害は最終的な損害額には反映されていない。これはXが逸失利益の損害賠償のみを求め、慰謝料請求をしなかったためである（判決文では「原告は、著作者人格権侵害も主張するが、これと原告の主張する損害の間には因果関係が認められない」とされている。）。この意味で、同一性保持権の侵害を認めた裁判所の判断は傍論である。

¹⁵ 直接侵害・間接侵害という言葉を用いて欧州とわが国を対比する先行研究として、角田政芳

イ 直接侵害アプローチ—広く定めておいて狭めていく

これは、支分権該当行為を立法段階ではじめから広く規定しておき、リンクングを原則として支分権（公衆への伝達権）の直接侵害行為と位置付けるアプローチである。欧州とカナダがこの立場に立つ。

最も侵害の範囲を広く捉えるのがカナダである。カナダ著作権法3条(1)(f)は、著作物をテレコミュニケーションにより公衆に伝達することに関する排他的権利（公衆への伝達権）を著作権者に認めている。そしてこの権利には、「公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くこと」が含まれている（同法2.4条(1.1)）。いわゆる利用可能化（making available）に関する権利であり、これはWIPO著作権条約8条の文言をほぼそのまま国内法化した規定である。

同法の下で画像の埋め込み表示が問題となったのが、2017年のCarGurus判決¹⁶である。自動車ディーラーを横断検索できるようにしたサービスにおいて、各ディーラーが各ウェブサイトに掲載している自動車の写真を埋め込み表示によって利用した被告の行為が、各写真の著作権を有する原告¹⁷の公衆への伝達権の侵害となるかが争われた。裁判所は次のように述べて、利用可能化に当たり、公衆への伝達権の侵害に当たると判断した。

「被告 CarGurus は、写真を被告サーバに複製したわけではなく、リンク先のサーバに蔵置されている画像の単なる埋め込み表示（framed）をしたに

「リーチサイトと著作権の間接侵害」土肥一史先生古稀記念論文集『知的財産法のモルゲンロート』（中央経済社、2017年）563頁。

¹⁶ Trader Corporation v. CarGurus Inc., 2017 ONSC 1841.

¹⁷ 原告も被告と同様に自動車のオンライン販売のマーケットプレイス運営業者であるが、提携しているディーラーに対して、原告従業員等がディーラーの店舗に赴き、自動車の写真を撮影するサービスを提供していた。各ディーラーの自動車写真について原告が著作権を有するのはそのためである。このような経緯からすれば、各ディーラーのウェブサイト当該自動車写真が掲載されることについては、当然、原告の許諾があったものと考えられる。

過ぎないと主張する。

しかしこの主張は認められない。被告が被告サイトにおいて写真を表示させたとき、その写真が実際に被告サーバに保存されているのかりンク先のサーバにあるのかに関わらず、それは利用可能化（making it available to the public by telecommunication）に当たる。」

後で見るとわが国においては第三者サーバに蔵置されている画像を埋め込み表示する行為は公衆送信権によってカバーされていないと解釈されているが、カナダ著作権法においては、「利用可能化」概念の広範な理解により、このような埋め込み表示が支分権該当行為とされているのである。しかも、この事件において、原告写真は第三者サーバ(原告と関係のある各ディーラーのウェブサイト)においておそらく適法にアップロードされていたものと思われるが（注17参照）、このことが侵害の成否に影響するファクターであるとは捉えられていない。この点が次に見る欧州と異なっており、最も侵害の範囲を広く捉えるのがカナダであるというのはこの点に着目した評価である。

カナダと同様、利用可能化概念の広範な理解に基づいて支分権の範囲を広く捉えるのが欧州である。情報社会指令 (Directive 2001/29/EC¹⁸) 3条(1)の公衆への伝達権には、カナダ著作権法と同じく、WIPO 著作権条約 8条に由来する利用可能化行為が含まれている。欧州司法裁判所は近時、情報社会指令 3条(1)の公衆への伝達権の範囲に関して次々と重要な先決判決を下しているが、リンキングに関する重要な判決が、2014年の Svensson 判決¹⁹

¹⁸ Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society.

¹⁹ Svensson and Others v Retriever Sverige AB (Case C466/12). 茶園成樹「EUにおける公衆への伝達権とリンク」渋谷達紀教授追悼論文集『知的財産法研究の輪』（発明推進協会、2016年）599頁。

と2016年のGS Media 判決²⁰である²¹。

Svensson 判決の事案は次のようなものである。原告Svenssonらはスウェーデンのジャーナリストである。彼らが契約しているスウェーデンの新聞社のウェブサイトに、彼らが執筆した記事が掲載された。当該記事にはアクセス制限はなく、インターネット利用者は誰でも閲覧可能な状態に置かれていた。

被告は顧客の関心に応じて選んだニュース記事（他のウェブサイトに掲載されているもの。）へのハイパーリンクを顧客に提供するウェブサービスを運営している。そのサービスにおいて、原告らが執筆した記事に対して、許諾なく、ハイパーリンクを張った。そこでこのリンクが公衆への伝達権の侵害となるかが争点となった。

欧州司法裁判所はまず、『公衆への伝達』の概念が二つの累積的な要件—すなわち、著作物の『伝達行為』と、『公衆』への著作物の伝達—を含んでいることは明らかである。」と述べて、2要件に分けて検討を始める。

前者の「伝達行為」要件については、カナダの場合と同様に、利用可能化概念の広範な理解が示された。すなわち、『伝達行為』要件については、情報社会指令前文（4）及び（9）が述べるように、高いレベルの著作権保護を保障するために広く解釈されなければならない。」「あるウェブサイトから、

²⁰ GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others (C-160/15)。奥邨弘司「GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV 事件欧州司法裁判決（2016年9月8日）の概説～インターネット上に無断アップロードされた著作物へのリンクが侵害となる条件～」SOFTIC LAW NEWS151号（2016年）1頁。

²¹ 欧州の動向の概観については、茶園成樹「EUにおける公衆への伝達権について」『年報知的財産法2013』（日本評論社、2013年）2頁、作花文雄「リンクングに関する著作権問題の動向（CJEUにおける裁判例の形成と課題）」コピライト658号（2016年）26頁、作花文雄「リンクングに関する著作権問題の動向（CJEUにおける裁判例の形成と課題）・続編」コピライト669号（2017年）25頁、小泉直樹「良いリンク悪いリンク」別冊L&T3号（2017年）47頁、井奈波朋子「〔欧州〕『リーチサイト』問題」知財管理67巻8号（2017年）1255頁、角田・前掲注15など多数の文献がある。

他のウェブサイトでアクセス制限なく公表されている著作物に対してリンク（clickable links）を張る行為は、リンク元サイトの利用者に対して当該著作物への直接のアクセスを利用可能とするものであると認められなければならない。」したがって、「著作物へのリンクの提供は『利用可能化』と捉えられなければならない。それゆえ、『伝達行為』に該当する。」

ここで終わればカナダと同様の帰結になるわけだが、欧州司法裁判所はさらに続けて「公衆」要件の解釈に進む。

「確立した判例法によれば、情報社会指令3条（1）の『公衆への伝達』概念に含まれるためには、伝達は、本件で問題となっているように最初の伝達が対象とするのと同じ著作物を最初の伝達と同じ技術的手段（ここではインターネット）を用いて行われる場合には、『新しい公衆（new public）』に向けられたものでなければならない。新しい公衆とは、著作権者が最初に公衆への伝達を許諾する際に考慮に入れていなかったような公衆のことである。」

「本件において、リンクを張るという手段での利用可能化は、問題となっている著作物を新しい公衆に伝達するものではない。」「最初の伝達が対象としていた公衆は、新聞社のウェブサイトへの潜在的な全ての訪問者であった。すなわち、アクセス制限の対象でないことを考慮すれば、すべてのインターネット利用者がその記事に自由にアクセス可能だったのである。」

ここで述べられているのは、著作権者の許諾に基づいて行われた最初の公衆への伝達（ここでは新聞社ウェブサイトでの公開）にアクセス制限がなかった以上、それは潜在的には全世界のインターネット利用者に向けた伝達だったのであり、今回、被告が別のウェブサイトからリンクを張ることでそれとは異なる新しい（あるいは追加的な²²）公衆による受領の可能性が生じたわけではないのだから、著作権者に新たな権利行使の機会を認める必要はない、

²² 奥邨・前掲注20・3頁注5。

という発想である。

そうであるならば、これとは逆に、最初の公衆への伝達がそもそも著作権者の許諾を得ずに行われた違法アップロードであり、その段階における権利行使の機会が初めからなかったという事案においては、リンクの段階での権利行使の機会を認める必要があるようである。この旨を述べるのがGS Media 判決である。

GS Media 判決の事案は、著作権者の許諾なくアップロードされた写真へのリンクである。Playboy 誌を発行している原告 Sanoma 社は、ある有名なヌード写真について写真家から独占許諾を受け、訴権も有している。その写真が Playboy 誌に掲載して出版される前に流出し、とあるストレージサービスに無断でアップロードされた。被告 GS Media 社はニュースサイト運営会社であるが、匿名の人物から、本件写真がアップロードされている事実とその URL を知らせるメールを受け取ったことから、自社のニュースサイトにおいて「写真へのリンクはこちら」として当該 URL に対してハイパーリンクを張って紹介した。このリンクが公衆への伝達権の侵害となるかが争点である。

Svensson 判決との違いは、最初の伝達が著作権者の許諾に基づかないという点である。欧州司法裁判所は GS Media 判決において、Svensson 判決が述べた「新しい公衆」論の射程を、最初の伝達が著作権者の許諾に基づく事案に限定した。もっとも、ここで終わるならば、違法にアップロードされた著作物に対するリンクが常に侵害となってしまう、インターネット（正確にはワールド・ワイド・ウェブ）がハイパーリンクにより形成されていること、そしてインターネットが表現の自由にとって重要な存在であることを無視することとなる。そこで欧州司法裁判所は、リンク先のコンテンツが著作権者の許諾を得ずに公開されている場合には、リンクを張る者が、そのことを知っているか、知るべきであった場合に限り、公衆への伝達に該当す

る、との限定を課した。そして、リンクを張る行為が営利目的である場合には、この認識が推定される、という定式を提示した。

リンクングが公衆への伝達に該当するか

	第一伝達が許諾に基づく場合	第一伝達が許諾に基づかない場合
カナダ	該当する (CarGurus 判決) ²³	
欧州	該当しない (Svensson 判決)	リンク者の認識により異なる (GS Media 判決)

リンクングを常に違法と扱うことになるであろうカナダの解釈とは異なり、欧州司法裁判所は、リンク先における伝達が権利者の許諾に基づくものかどうかで場合分けをおこない、さらに、許諾に基づかない場合であってすら、リンク者の認識によって侵害の範囲を制限する余地を認めている。このように、「利用可能化」や「伝達行為」を広く理解することでいったんは権利の範囲を広く設定しておきながら、その後に「新しい公衆」論や行為者の認識要件などで実際の権利範囲を狭くしていくというのが欧州のアプローチである。

そして欧州における公衆への伝達権の範囲はさらに広がりを見せており、近時の *Filmspeler* 判決²⁴（2017年）においては、違法にストリーミング配信されている動画を家庭のテレビで手軽に視聴することを可能とする小型端末を販売する行為が、公衆への伝達権の直接侵害に当たるとされた。「公衆に

²³ おそらくは第一伝達が許諾に基づいていたのであろうと推測される CarGurus 判決の事実でさえ公衆への伝達に該当すると判断されている以上、第一伝達が許諾に基づかない場合には、なおさら、公衆への伝達に該当すると判断されることとなる。

²⁴ *Stichting Brein v. Wullems* (C-527/15). 奥邨弘司「Stichting Brein 事件（または Filmspeler 事件）EU 司法裁判所先決判決について」コピライト675号（2017年）37頁、谷川和幸「リーチアプリ内蔵端末の規制に関する諸外国の動向」L&T78号（2018年）31頁。

としてアクセス可能な方法で著作物が利用可能とされれば『伝達行為』というために十分である。これはリンクに関する先例が述べてきたことであり、本件端末の販売も同様である」というのが欧州司法裁判所の判断である。

この欧州司法裁判所判決を受けて、オランダ国内では、URLの教示行為を公衆への伝達権の侵害とする判決が登場した（MovieStreamer 判決²⁵）。この事件の被告は、違法ストリーミング配信サイトのアドレスを知りたいと希望する購入者に対し、そのようなサイトへのリンクをプレイリストの形式で羅列したファイル（拡張子 m3u 形式）を販売した。原告関係者が試しに購入したファイルには、約5000サイトのアドレスが記載されていたという。そこで原告（著作権管理団体）がリンク集の販売の差止めを求めて提訴した。

裁判所は、欧州司法裁判所判決を参照しながら、被告の行為が伝達行為に該当し、違法サイトだと知りつつまた営利目的でリンク集を販売したことから、公衆への伝達権の侵害に当たると判断した。

このように、欧州においては、本判決（東京地裁判決）で問題となったような URL 教示行為は公衆への伝達権の支分権該当行為（つまり直接侵害）と評価されることとなる。それは、公衆への伝達権に含まれる「利用可能化」概念が広範なものであり、公衆に著作物をアクセスさせる行為が幅広く含まれることに由来している。

ウ 間接侵害アプローチ—狭く定めておいて広げていく

これに対して、初めから支分権の範囲を狭く立法しておいて（それゆえ直接侵害の成立を限定しつつ）、その後に幫助や間接侵害等の拡張法理を用いて侵害の範囲を広げていくというのが、わが国におけるこれまでの学説や裁判例のアプローチであった²⁶。

²⁵ オランダ中部地区地方裁判所（2017年10月27日、ECLI:NL:RBMNE:2017:5510）。

²⁶ わが国のほか、オーストラリアの Cooper 判決（Cooper v. Universal Music Australia Pty. Ltd.

狭い立法というのは、公衆送信（2条1項7号の2）、自動公衆送信（同9号の4）、送信可能化（同9号の5）等につき詳細な定義規定を置いていることを意味している。とりわけ、送信可能化の長々とした定義規定と、「公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くこと」というカナダ著作権法2.4条（1.1）の利用可能化概念の文言とを比較すれば、わが国著作権法における定義の詳細さは際立っている。このように詳細に定義された支分権該当行為の範囲が厳格であるために、単なるリンクはこれに該当しないという理解で学説はおおむね一致している²⁷。また、経済産業省が公表している「電子商取引及び情報財取引等に関する準則（平成29年6月）」²⁸にも、次のような説明が見られる。

「ユーザーは、リンク元のウェブページ中に記述されたリンク先のウェブページの URL をクリックする等の操作を行うことにより、リンク先のウェブページを閲覧することになるが、この際、リンク先のウェブページのデータは、リンク先のウェブサイトからユーザーのコンピュータへ送信されるのであり、リンク元のウェブサイトへ送信されるわけではなく蓄積もされない。即ち、リンクを張ること自体により、公衆送信、複製のいずれも行われるわけではないから、複製権侵害、公衆送信権侵害のいずれも問題にならないも

[2006] FCAFC 187. 作花文雄「ハイパーリンクの提供とウェブサイト運営者の法的責任」コピライト2007年6月号34頁参照。）や、アメリカの Perfect10判決（Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)）が同じアプローチに位置付けられる。もっともアメリカは近時の Goldman 判決（Goldman v. Breitbart News Network, 2018 U.S. Dist. LEXIS 25215 (S.D. N.Y. 2018)）において Perfect10判決の「サーバーテスト」に従わず、展示権の直接侵害を肯定しており、今後の動向が注目される。

²⁷ 田中昌利＝山内貴博＝平津慎副「判批〔ドージンぐ娘。〕」知財研フォーラム99号（2014年）26頁、吉田和彦「2016年 AIPPI 総会—ミラノー（2） 議題（著作権）：インターネットにおけるリンク張りとは利用可能化」AIPPI61巻12号（2016年）1078頁、奥邨・前掲注20・13頁、井奈波・前掲注21・1261頁、小泉・前掲注21・47頁。

²⁸ <http://www.meti.go.jp/press/2017/06/20170605001/20170605001.html>

のと考えられる。」

裁判例も同じ考えを採用してきた²⁹。動画の埋め込み表示が問題となったロケットニュース24事件³⁰では次のように判断された。

「被告は、『ニコニコ動画』にアップロードされていた本件動画の引用タグ又は URL を本件ウェブサイトの編集画面に入力することで、本件動画へのリンクを貼ったにとどまる。

この場合、本件動画のデータは、本件ウェブサイトのサーバに保存されたわけではなく、本件ウェブサイトの閲覧者が、本件記事の上部にある動画再生ボタンをクリックした場合も、本件ウェブサイトのサーバを経ずに、『ニコニコ動画』のサーバから、直接閲覧者へ送信されたものといえる。

すなわち、閲覧者の端末上では、リンク元である本件ウェブサイト上で本件動画を視聴できる状態に置かれていたとはいえ、本件動画のデータを端末に送信する主体はあくまで『ニコニコ動画』の管理者であり、被告がこれを送信していたわけではない。したがって、本件ウェブサイトを運営管理する被告が、本件動画を『自動公衆送信』をした（法2条1項9号の4）、あるいはその準備段階の行為である『送信可能化』（法2条1項9号の5）をしたとは認められない。」

Twitter における画像のインラインリンク（埋め込み表示）が問題となったリツイート事件³¹でも、同様の判断がなされた。

「本件写真の画像が本件アカウント 3～5 のタイムラインに表示されるのは、本件リツイート行為により同タイムラインの URL にリンク先である流通情報 2（2）の URL へのインラインリンクが自動的に設定され、同 URL か

²⁹ なお関連して、画像の埋め込み表示なのか再投稿なのか事実認定レベルで争われた事例として東京地判平成29年6月9日裁判所 HP（平成29年（ワ）第4222号）〔ホストラブ〕がある。いずれに当たるかによって法的効果が異なることを前提としていると理解しうる。

³⁰ 大阪地判平成25年6月20日判時2218号112頁。

³¹ 東京地判平成28年9月15日裁判所 HP（平成27年（ワ）第17928号）。

らユーザーのパソコン等の端末に直接画像ファイルのデータが送信されるためである。すなわち、流通情報 3～5 の各 URL に流通情報 2（2）のデータは一切送信されず、同 URL からユーザーの端末への同データの送信も行われないから、本件リツイート行為は、それ自体として上記データを送信し、又はこれを送信可能化するものでなく、公衆送信（著作権法 2 条 1 項 7 号の 2、9 号の 4 及び 9 号の 5、23 条 1 項）に当たるとはしないと解すべきである。」

これらの判決等が示す通り、わが国では「送信可能化」等の著作権法が規定する詳細な定義に合致する行為のみが公衆送信権の対象となるのであり、この点において、（リンクングにとどまらず、URL 教示行為や端末販売行為をも含むというように）アクセスを可能とする行為を広く公衆への伝達権の支分権該当行為とする欧州の発想とは決定的に異なっている。つまりわが国は WIPO 著作権条約 8 条の「利用可能化（making available to the public）」を「送信可能化」（2 条 1 項 9 号の 5）の意味で理解し、その限度で国内法化しているということになる³²。

このような限定的・形式的理解は、しかし、その帰結の妥当性という点で批判の対象となりうる³³。また、送信可能化の定義規定は明らかに立法当時の（そして現在の）インターネット技術を前提としたスペシフィックな規定であるところ、そのような立法が、技術中立的に規定されている WIPO 著

³² 文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説』（有斐閣、1999年）62頁。あわせて上野達弘「公衆への利用可能化権に関する国際的検討—アンブレラ・ソリューションの光と影」『年報知的財産法2013』（日本評論社、2013年）25頁も参照。

³³ 小泉・前掲注21・55頁（「わが国におけるリンクに関する議論が、物理的送信主体がリンク先であるという事実ややや過度にとらわれ、近時の規範的侵害主体に関する判例の展開を十分にフォローできていなかったのではないかという感すら抱かせる。」）

著作権条約の趣旨³⁴に沿うものと言えるかについても疑問を呈する余地があるう³⁵。

そこで、裁判例においては、支分権該当性の判断に引き続き、幫助や主体論について検討されてきた。

ロケットニュース24事件では、著作権者の許諾を得ずに動画をニコニコ動画にアップロードした者による公衆送信行為の幫助に当たるのではないかという観点からの検討がなされた。裁判所は次のように述べて、結論として幫助の成立を否定した。

「『ニコニコ動画』にアップロードされていた本件動画は、著作権者の明示又は黙示の許諾なしにアップロードされていることが、その内容や体裁上明らかではない著作物であり、少なくとも、このような著作物にリンクを貼ることが直ちに違法になるとは言い難い。そして、被告は、前記判断の基礎となる事実記載のとおり、本件ウェブサイト上で本件動画を視聴可能としたことにつき、原告から抗議を受けた時点、すなわち、『ニコニコ動画』への本件動画のアップロードが著作権者である原告の許諾なしに行われたことを認識し得た時点で直ちに本件動画へのリンクを削除している。

³⁴ 利用可能化概念の文脈で技術的中立性に言及する EU 法の文献として、Stamatoudi, Irini, and Paul Torremans, eds. *EU copyright law: A commentary*. Edward Elgar Publishing, 2014 §11.24.

³⁵ WIPO 著作権条約 8 条をどのように国内法化するかについては各国に委ねるとするアンブレラ・ソリューションが採用されているとはいえ、それはあくまでもどの支分権に対応させるかという制度設計レベルの裁量に過ぎず、条約の内容を縮小的に理解して国内法化してよいということの意味するものではなかろう。Lindner, Brigitte, and Ted Shapiro, eds. *Copyright in the information Society: A guide to National Implementation of the European Directive*. Edward Elgar, 2011, p. 18 (「[利用可能化に関する権利を国内法化する際に] それをどのような支分権に位置付けるかについてはそれなりに自由があるとはいえ、締約国は、[利用可能化概念が有する] 特徴に配慮しなければならない。とりわけ、利用可能化行為を決定づける基準 [すなわち ①利用可能にすれば十分であってその後に実際に伝達が行われたかどうかは無関係であること、及び②公衆がその選択する場所及び時期において著作物にアクセスできること] が適切に反映されなければならない。」)

このような事情に照らせば、被告が本件ウェブサイト上で本件動画へリンクを貼ったことは、原告の著作権を侵害するものとはいえないし、第三者による著作権侵害につき、これを違法に幫助したものでもなく、故意又は過失があったともいえないから、不法行為は成立しない。」

リツイート事件では、送信の主体に関する検討が行われている。

「本件写真の画像ファイルをツイッターのサーバーに入力し、これを公衆送信し得る状態を作出したのは本件アカウント 2 の使用者であるから〔引用者注：リツイートされる元となったツイートの投稿者を意味する。〕、上記送信の主体は同人であるとみるべきものである（最三小判平成23年 1 月18日判決・民集65巻 1 号121頁参照）。一方、本件リツイート者らが送信主体であると解すべき根拠として原告が挙げるものについてみるに、証拠及び弁論の全趣旨によれば、ツイッターユーザーにとってリツイートは一般的な利用方法であること、本件リツイート行為により本件ツイート 2 は形式も内容もそのまま本件アカウント 3～5 の各タイムラインに表示されており、リツイートであると明示されていることが認められる。そうすると、本件リツイート行為が本件アカウント 2 の使用者にとって想定外の利用方法であるとは評価できないし、本件リツイート者らが本件写真を表示させることによって利益を得たとも考え難いから、これらの点から本件リツイート者らが自動公衆送信の主体であるとみることはできない。」

このように、いずれの事件でも結論としては否定されているものの、狭い支分権該当行為を広げるために、幫助や送信主体論による責任主体の拡張が模索されていると見ることができる。

なお、リンクが公衆送信権の侵害と判断された事例として、「どーじんぐ娘。」事件³⁶がある。これは、違法にアップロードされた同人誌のファイルに関して、ハイパーリンクを掲載したブログの運営者についての発信者情

³⁶ 東京地判平成26年 1 月17日裁判所 HP（平成25年（ワ）第20542号）。

報の開示請求が認められた事例である。もっとも、同事件の特殊性は、判決が次のように語る通りである。

「本件記事を投稿した発信者は、本件記事やそれ以外の本件ブログの記載からして、ダウンロードサーバに本件漫画の電子ファイルをアップロードした者と同一人であると認めるのが相当であり、仮にそうでないとしても、少なくともアップロード者と共同して主体的に原告の公衆送信権を侵害したものであることが明らかである。

以上によれば、本件記事によって原告の権利（本件漫画の公衆送信権）が侵害されたことが明らかである。」

ここでは、リンクを行った者がアップロード者と同一人であるか、そうでないとしても共同行為者であると認定されているのであって、リンクが単独で公衆送信権の侵害と評価されたわけではない³⁷。

このように、従来のがわが国の議論は、詳細に定義された「送信可能化」「公衆送信」概念の範囲が狭く、リンクはこれに当たらないことを前提に、間接侵害に関する法理等を用いることで責任追及の範囲の拡張を模索していくというアプローチを採用していた³⁸。そして、このような議論状況を前提に、リーチサイトについて、特に差止請求との関係では間接侵害の解釈論で

³⁷ 田中＝山内＝平津・前掲注27・28頁。なお2017年10月に運営者らの逮捕が報じられたリーチサイト「はるか夢の址」についても、同様に、リーチサイト運営者らとアップロード者らとの間に一定の関係があったことが報じられている。

³⁸ なお、第三者がアップロードしていた児童ポルノ画像ファイルのURLを示唆するような文字列を、それを復号するための付記（具体的には、当該文字列中のカタカナを英語に、漢数字をアラビア数字にする等の変換を施すことでURLになる旨の記載）とともにウェブページに掲載した行為について、児童ポルノ処罰法7条4項1文後段（当時）の「児童ポルノを…公然と陳列した」罪の成立を認めた原判決（大阪高判平成21年10月23日判タ1383号156頁）について、適法な上告理由に当たらないとして被告人の上告を棄却した最高裁決定がある（最決平成24年7月9日判タ1383号154頁）。同決定には、このような行為は「公然と陳列」には当たらず、（第三者の公然陳列についての）幫助犯が成立する余地があるに過ぎないとする2名の反対意

は十分に対処ができないとの問題意識から、立法的検討が行われている最中である³⁹。

（3）本判決の位置づけ

ア アップロード行為へのYの関与の不存在

URL 教示行為を公衆への伝達権の直接侵害と捉える欧州の直接侵害アプローチと対比する形で、わが国の間接侵害アプローチについて見てきた。そこで、これを踏まえて、本判決の検討に入ろう。

まず本判決と「どーじんぐ娘。」事件との違いを見ておくことが重要だろう。「どーじんぐ娘。」事件では、リンクを張った者がアップロード者本人か、又は共同行為者であるという事実認定を前提に、公衆送信権の直接侵害が肯定されている。これに対し、本判決が明確に述べるように、「本件ソフトウェアを『C』という名前のサーバに保存したのが被告であることを認めるに足りる証拠はない」というのである。またアップロード者との共同の行為であるという認定もなされていない。したがって、購入者（以下、この者をダウンローダーの頭文字を取って「D」と呼ぶ。）に対して URL を教示した Y と、当該 URL に本件ソフトウェア等をアップロードした者（以下、この者をアップローダーの頭文字を取って「U」と呼ぶ。）との間には、何の関係もなく⁴⁰、Y と U の行為は独立であるという見方を前提とせねばならない。

見が付されているが、この対立は（法分野は異なるものの、構図としては）直接侵害アプローチと間接侵害アプローチの対立であると言える。原判決の立場は、「公然と陳列」という文言の開放性（広範な解釈の余地）によって可能となったものである。もし仮に児童ポルノ処罰法に「陳列」の詳細な定義規定が置かれていたとしたならば、議論の様相は異なっていたであろう。

³⁹ 文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「平成29年度法制・基本問題小委員会の審議の経過等について」2頁以下（平成30年2月28日）。

⁴⁰ 何の関係もない者がこの URL をどのようにして知るに至ったのかという疑問はある。MovieStreamer事件で問題となったようなURLの取引が行われているのかもしれないし、どこか

イ 直接侵害アプローチに基づいて本判決を理解する可能性

(ア) Yは送信可能化の物理的主体ではない

Yがアップロード者本人でもその共同行為者でもないという見方を前提とする以上、Yは本件ソフトウェアの送信可能化行為を行った物理的主体とは言えない。その理由は、繰り返しになるが、「送信可能化」が2条1項9号の5において、イ又はロの「いずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすることをいう」と定義されているところ、イはサーバに情報を入力すること等を、ロは記録媒体をインターネットに接続すること等を中心に、相当詳細に行為を特定して定義しているので、YのURL 教示行為はこれに当たらないからである⁴¹。

もっとも、後で述べるとおり、オンラインストレージサイトに人知れずアップロードが行われただけでは未だ実際に送信される現実的可能性が低いところ、Yの教示行為によって初めて公衆に対する送信の現実化が惹起されたと見る余地がある。そこで、このことを反映させる解釈として、Yの教示行為が9号の5ロにいう「接続」を構成する「一連の行為」のうち「最後のもの」に当たる（Yが最後の仕上げとして公衆に接続した⁴²、と捉える）との説明

の電子掲示板やブログにおいて情報のやり取りが行われているのかもしれない。いずれにせよ、アップロード者本人または共同行為者でなければURLを知り得ないというわけではないであろう（実際、本件商品の購入者はYを通してURLを知ることになるのであるから、やろうと思えばYと同じことをすることが可能であった。）。

⁴¹ 厳密に言えば、YがDに対して電子メールでURLを教示したのであれば、Dが利用するメールサーバの保存領域（自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体）に情報を入力したと言いうるかもしれない。もっともその場合でも、当該行為によって送信可能化されたのはURL情報であって、本件ソフトウェアではない。URL情報それ自体は著作物ではないので、Yの行為が著作物の自動公衆送信（23条1項）に当たることはない。参照、井奈波・前掲注21・1261頁（「リンクを張る行為は、公衆の求めに応じて信号を送信してはいるが、送信している信号が著作物を示す信号ではなく、著作物の所在を示す場所の信号にすぎないから、自動公衆送信行為には該当しないと考えられる。」）

⁴² 欧州司法裁判所の *Filmsteler* 判決（前注24）が端末の販売行為について「著作物を違法にストリーミング配信するサイトと端末の購入者との間に直接の結びつきを確立させた介入行為

は成り立たないだろうか。

しかしこの説明は困難である。同号にいう「接続」とは著作物と公衆とを結びつけるといった規範的な概念ではなく、自動公衆送信装置を公衆の用に供されている電気通信回線（インターネット）へと接続するという物理的な概念だからである（一連の行為の例として挙げられている配線、装置の始動、プログラムの起動などはいずれも物理的な行為である。）。Yの教示行為が行われる前であっても、「公衆の用に供する電気通信回線に対する導通が完全になされた状態」にあることは疑い得ない⁴³。むしろこのような規範的な解釈を施すことは、送信可能化の時点を実際の送信時点まで事実上遅らせることを意味し、自動公衆送信の前段階としての送信可能化を規制するという平成9年改正の意義を没却することとなろう。そうすると結局、本件では、オンラインストレージサイト「C」（自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体）に本件ソフトウェアの情報を入力した（アップロードした）Uのみが本件ソフトウェアの送信可能化の物理的主体となる。

（イ）Yは公衆送信又は自動公衆送信の物理的主体でもない

それでは、（送信可能化の主体ではないとしても）公衆送信又は自動公衆送信の物理的主体と見ることは可能だろうか。自動公衆送信は公衆送信の一類型とされており（2条1項9号の4）、公衆送信とは「公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信……を行うことをいう」と定義されているから（同7号の2）、Yの行為が「送信」に当たらない限り、これらに該当することもない。そして著作権法に「送信」の

であり、これがなければ購入者がこれらの著作物を享受することに困難を来したであろう」と評価するのと共通の発想。

⁴³ 半田正夫＝松田政行編『著作権法コンメンタール1〔第2版〕』（勁草書房、2015年）199頁〔水谷直樹〕。また、江見健一「送信可能化権侵害による著作権法違反の罪について」研修718号（2008年）49頁以下も参照。

定義は存在しないが、公衆送信の典型例が放送・有線放送・自動公衆送信とされていることから考えると、情報を電氣的な方法で直接受信させ得る行為がここでの「送信」ということになろう。そうであれば、Yが本件で行ったのはURL情報の教示であり、これを受け取ったDが自発的に当該URLにアクセスして初めて本件ソフトウェアを入手できるのであるから、Yの行為が情報（本件ソフトウェア）を電氣的な方法で直接受信させ得る行為と見ることはできず、Yは公衆送信又は自動公衆送信の物理的主体ではないことになる。

（ウ）小括

以上より、YのURL教示行為は公衆送信、自動公衆送信、送信可能化のいずれにも該当せず、Yが公衆送信権の直接侵害者であると見ることはできない。これはロケットニュース24事件やリツイート事件において述べられていた通りである。

（エ）条約の直接適用？

以上は現行著作権法の規定を前提とする議論であるが、もし仮にその規定に縛られずに議論ができるならば、なお直接侵害を認めることができるかもしれない。その突破口となりうるのが著作権法5条である。

同条は、「著作者の権利及びこれに隣接する権利に関し条約に別段の定めがあるときは、その規定による。」と規定している。そこで、公衆送信権の内容としてWIPO著作権条約8条の規定を直接適用することで、その内容を現行法とは異なるものとして理解することが可能かもしれない。具体的には、欧州のようにWIPO著作権条約8条が広範な利用可能化の権利を規定していると理解したうえで、わが国の現行法がそのような条約に適合していないとして、その欠缺を条約の直接適用によって埋めるという手法である。

その結果、わが国の公衆送信権は、欧州における公衆への伝達権と同内容で理解されなされることとなる。もしこのような議論が可能なのだとすれば、本判決はそのような考えによって直接侵害アプローチを取ったものだと説明が成り立つ余地があるかもしれない。

しかし、実際にはこの説明は成り立たない。

第一に、WIPO 著作権条約 8 条の権利を具体的にどの支分権として規定するかについては各国に委ねるとする、いわゆる「アンブレラ・ソリューション」と呼ばれる立場が条約上採用されており、条約に照らしてわが国の公衆送信権の規定に欠陥があるということには必ずしもならない。

第二に、そもそも本件は条約との関わりを有する事案ではない。本判決に表れた事情に涉外的要素は見られない。本件ソフトウェアは日本の法人である X により創作され、日本で販売されていることから、その本国はおそらく日本であると思われる（WIPO 著作権条約 3 条により準用されるベルヌ条約 5 条（4）（a））。Y は日本国内向けのサービスであるヤフオクを利用し、おそらく日本国内の利用者に向けてこれをダウンロード販売したのであり、本件においては、日本における保護が求められているといえる。この場合、著作物の本国における保護の内容はその国の法令によって定まるのであって、条約上特段の義務が生じることはない（WIPO 著作権条約 3 条により準用されるベルヌ条約 5 条（3）第一文）。つまり、本件において適用されるべき条約の「別段の定め」は存在しない。

従って、著作権法 5 条を根拠とする条約の直接適用という説明で本判決を理解することはできない。

以上より、直接侵害アプローチに基づいて本判決を理解することは不可能である。

ウ 間接侵害アプローチとしての評価

そこで、本判決は、物理的主体ではないYに対して、何らかの拡張的法理を適用することで損害賠償責任を認めたものであると理解することとなる。具体的には幫助構成又は規範的主体論が考えられる。

(ア) 幫助構成

Yによって幫助された行為として可能性があるのは、Uによる公衆送信行為か、Dによるダウンロード行為である。なお、Uによる送信可能化行為はアップロードの時点で完了していると考えられるので、その後のYの行為によって幫助される対象とは捉えられない⁴⁴。

一般に、オンラインストレージサービスにアップロードされるファイルは無数に存在し、通常は検索エンジンで検索することはできない。しかもそのURLは容易に推測がつくものではないため、適当にURLを打ち込んで偶然そこにたどり着く可能性は低い。またある時点で特定のURLに存在していたファイルも、短期間でそこから削除され、別のURLにアップロードされるおすという事態がしばしば生じる⁴⁵。このような事実認識を基にするならば、単にオンラインストレージサービスに著作物をアップロードする行為は一確かに送信可能化行為ではあるものの—実は送信の実質的な危険性をほとんど伴わない行為なのではないかとも思われる。人知れずファイルが存在している、公衆の誰もそのURLを知らないのであれば、現実には送信は生じないからである。

そのような秘匿状態にあるURLの情報をオークションに出品し、落札者

⁴⁴ この点については文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（平成29年度第6回）における議論も参照。

⁴⁵ 欧州司法裁判所の *Filmspeler* 判決（前注24）でも「違法ストリーミング配信サイトは公衆にとって容易に見発見できるものではなく、またそのほとんどは頻繁に〔URLが〕変化するという事実は明らかである」と判示されている。

に教示する行為は、送信の現実的危険性を高める行為である。なぜなら、落札者Dは、まさに当該ファイルを受信することを欲してYに情報料としての対価を支払うのであるから、ほぼ確実に当該 URL からファイルを受信するであろうと考えられるからである。そしてもちろんYはDのそのような意図を認識しているし、自らが教示する URL に保存されているファイルが本件ソフトウェアであること及びそれがXの許諾を得ずにアップロードされていることも認識していることであろう（クラック版のBとともに教示している事実より）。このようなYの行為が有する重要性和Yの主観的態様に鑑みれば、YがUによる公衆送信を幫助したと見ることは十分可能である⁴⁶。

また、同じ事態を落札者Dの側から見るならば、Yの行為はDによるダウンロードすなわち複製や、業務上使用によるみなし侵害（113条2項）を幫助したものと捉えられる（もっとも、Dの複製行為につき30条1項の適用がありうる。）⁴⁷。

したがって、本判決の結論を幫助構成によって説明することは可能である。もっともこれは、本判決が幫助構成を採用したと理解することと同値ではない。判決文には幫助という用語は用いられていないからである。

（イ）規範的主体論

むしろ判決文の「被告は、原告の著作権（翻案権及び公衆送信権）並びに著作人格権（同一性保持権）を侵害したものと評価すべきであり」という

⁴⁶ 茶園・前掲注19・619頁注53（「リンクを張る者は、リンク先からの違法送信を幫助するとして不法行為責任を負う場合はあろう。」）、中川達也「リーチサイトを通じた侵害コンテンツへの誘導行為への対応」ジュリスト1499号（2016年）25頁（「Bがリンクを張った後に、当該リンクを経由してアクセスしたCに対して実際に送信が行われた場合は、Aが行う公衆送信を容易にしたとして、公衆送信権侵害の幫助が成立しうる。」）など、学説上も幫助の成立の余地を認める見解がある。またロケットニュース24判決も一般論としては公衆送信の幫助がありうることを承認している。

⁴⁷ 中川・同上。

説示は、幫助ではなくYこそが侵害主体であるとの認識を表明している。つまり本判決では、幫助構成ではなく、(物理的主体ではない) Yを公衆送信の規範的主体と捉える構成が採用されたと見るべきであろう。

問題はその理論的裏付けである。

公衆送信の主体について判断した最高裁判例としては、まねき TV 事件判決⁴⁸がある。そこで同判決との関係を検討せねばならない。同判決において最高裁は、「自動公衆送信が、当該装置に入力される情報を受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置の使用を前提としていることに鑑みると、その主体は、当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者と解するのが相当であり、当該装置が公衆の用に供されている電気通信回線に接続しており、これに継続的に情報が入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が送信の主体であると解するのが相当である。」と判示した。ここでは自動公衆送信の主体は、送信可能化の物理的主体と同一の者であるとされている。この考えをそのまま本件に当てはめるならば、送信可能化の物理的主体はYではなくUであり、従って、自動公衆送信の主体もUであるということになろう⁴⁹。

これに対し学説上は、自動公衆送信の主体と送信可能化の主体が異なる場合がありうるのではないかという指摘もなされている。例えば茶園成樹は、「送信の主体を、『利用者が、自己の行動の結果を十分に認識し、すなわち意図的に目的をもって、第三者に、自己の介入がなければ得られなかった保護著作物へのアクセスを取得させるために、介入すること』を行う者と広く解することは不可能ではないであろう」と述べる⁵⁰。福市航介も、自動公衆

⁴⁸ 最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁。

⁴⁹ 同判決が「継続的に情報が入力されている場合」に限定している点を重視するならば、アップロードが単発の行為によって完了している本件においては同判決の射程は及ばない、との議論もありえないではない。しかし同事件の調査官解説では、入力が継続が否かは重要ではないとの見解が示されている(平成23年度最判解58頁注17)。

送信概念と送信可能化概念の峻別を前提に、狭義の（つまり送信可能化とは切り離された）自動公衆送信行為を「すでに送信可能化された著作物について、狭義の自動公衆送信の有無を決定し、自動公衆送信装置をして、その決定に従った送信をなさしめる行為」と定義する⁵¹。これらの定義によるならば、送信可能化の物理的主体とは異なる者を狭義の自動公衆送信の主体と認める余地が生じる（実際、福市は、インラインリンクについて、「リンク先からリンク元のユーザーへの自動公衆送信をほしいままに決定しているのは、インラインリンクの設定者であると規範的に評価できる」として、リンク設定者が公衆送信の主体であるとの見解を述べる⁵²）。

本判決を理論的に説明するためには、これらの学説が述べるように、送信可能化の主体とは異なる者が自動公衆送信の主体となることがあると考えなければならない。その際のポイントは、茶園が指摘する、「第三者に、自己の介入がなければ得られなかった保護著作物へのアクセスを取得させる」という要素であろう⁵³。たとえ第三者によって既に送信可能化されている著作

⁵⁰ 茶園・前掲注19・619頁。ただし茶園自身は、このような解釈によって送信の主体を広く捉えると、適法にアップロードされている著作物への無断リンクも公衆送信権侵害となってしまいうおそれがあるとして、解釈によるのではなく法改正が望ましいとする。

⁵¹ 福市航介「リンクと自動公衆送信権」コピライト682号（2018年）31頁。

⁵² 福市・同上33-34頁。ここで福市は、リンク元のBサーバにとつての公衆と、リンク先のAサーバにとつての公衆とが異なる公衆であるとの理解を前提に、Bサーバにアクセスしたユーザーに対してインラインリンクの形でAサーバから情報を送信させる行為は、（Aサーバからの送信のみを許諾した権利者から見れば）異なる公衆に対する送信であることを理由に、公衆送信権を働かせようとしている。しかし、インラインリンクが設定されたHTMLファイルに従ってウェブページを表示しようとするユーザーは、Bサーバ（に蔵置されたHTMLファイル）にアクセスする公衆であると同時に、Aサーバ（に蔵置された画像ファイル等）自体にも直接アクセスしている公衆であるとするのであり、両公衆が異なるという理解には疑問がある。

⁵³ 文化庁長官官房著作権課内著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室編・前掲注32・67頁は、送信可能化の文脈ではあるが、「送信可能化について権利侵害の責任を問われるべき者については、（自動公衆送信し得る状態にない）著作物、実演、又はレコードを『自動公衆送信し得る』状態にしたのは誰か、という観点から解釈されるべき」であり、「送信を仲介する通信設備において形式上法第2条第1項第9号の5イに規定する行為に該当する現象が生ずる

物であっても、その URL が秘匿状態にあつたり、送信のためにパスワードが要求されるなどして、そのままでは自動公衆送信される現実的可能性が低いという場合に、その URL を教示し、あるいはパスワードを提供する者は、規範的に見て、自動公衆送信の主体と見る余地がある。なぜならその者のそのような重要な介入行為がなければ、第三者が現実には当該著作物へのアクセスを取得すること（つまり現実には自動公衆送信が行われること）は不可能だったと言えるからである。

上述の幫助構成において述べた通り、本件の URL 教示行為はそのような性質を有するものである。オンラインストレージサイト「C」における本件ソフトウェアの URL はおそらく一般には知られていない秘匿状態にあつたと考えられる。Y は当該 URL 情報に取引価値があることを知つたうえで、ヤフオクを利用してこの情報の購入者を募つた。購入希望者が現れて取引が成立したことに鑑みれば、購入者から見ても、本件ソフトウェアのダウンロード先 URL の情報は約5000円の代金を支払つても入手する価値のある情報だったということを意味している。この Y の行為は、アップロード者 U を利するわけではなく、もっぱら、Y 自身が代金を獲得することに向けられている（自己のための行為としての主体性）。

ここで翻つて本判決を見てみると、そこで判示されている事情は、まさに、上記の事実関係を説明するものである。本判決は次の4つの事実関係を挙げる。

①ヤフオクにおける出品の対象（本件商品）が、本件ソフトウェアの「ダ

ことがあり得るが、この場合、その通信設備を単に設置、管理、運営する者については、単に設置の運営等を行っているに過ぎないと解される限りにおいては、当該著作物等について送信可能化に関する責任を問われるものではないと解される」（傍点は引用者）と述べており、実質的に判断すべき旨を説いている。この解釈態度は、本文で述べるとおり、秘匿状態にある URL 情報を対価を支払つて取引する本件のような事案における自動公衆送信の主体の判断にも同様に妥当するであろう。

ウンロード販売」であると表示されていた事実

②本件ソフトウェアを安価に入手するという顧客の意図・認識

③Yの行為とその結果。具体的には、本件ソフトウェア等のダウンロード先をあえて教示したこと、かつ、その起動・実行方法をも教示したという行為。その結果として、顧客は本件ソフトウェアを入手し、アクティベーションを回避して実行することができるようになったこと。そしてこの結果を発生させるうえでYの行為が「不可欠」であったという評価。

④Yの行為が営利目的であったこと、そして実際に多額の利益を得ていること

確かに本件 URL 情報が秘匿状態にあったという認定はなされていないが、購入希望者が存在するという②の事実はこれを裏付けているといえよう（そうでなければ、つまり本件ソフトウェアのダウンロード先を誰でも簡単に無償で入手できる状態にあったのであれば、このような取引は発生しなかったと考えられるからである。）。そしてYは実際にこの価値のある情報を「ダウンロード販売」という形で購入者に教示し（①③）、この教示によって初めて、購入者による本件ソフトウェアの利用が実現された。このYの行為はY自身の利益のために行われたものである（④）。

本判決の立場は、上記のような理解により内在的に説明し得る。つまり、送信可能化の物理的主体とは異なる者を、実質的・規範的な観点から自動公衆送信の主体として認定したという説明である。この実質的評価は、本件 URL 情報が秘匿状態にあり（そのままでは現実の自動公衆送信が行われる可能性は低く）、それゆえ価値ある情報として有償で取引されているという事実に基づくものである。

そうであれば、本判決をいわゆるリーチサイト規制に応用することは困難である。リーチサイトがリンクするファイルは確かにオンラインストレージ

サイト等にアップロードされ、そのままでは URL が知られていないものであったかもしれないが、まさに当該リーチサイトがリンクを張ることで、そのようなファイルが存在することが公の知るところとなっている（しかも HTML には当該 URL が明記されているはずである）。閲覧者は当該リーチサイトを通じて対象のファイルに無償でアクセスし、ダウンロードすることすら可能であるのだから、URL が取引価値を持つことはない⁵⁴。

（４）その他の論点

ア 翻案権侵害について

本判決はアクティベーション機能を担うモジュール B のクラック版について、「被告は、本件ソフトウェアの一部に原告の許諾なく改変（アクティベーション機能の回避）を加え（本件ソフトウェアの表現上の本質的な特徴の同一性を維持しつつ、具体的表現に修正、変更等を加えて新たな創作的表現を付加し）、同改変後のものをダウンロード販売したものと評価できるから」翻案権を侵害したものと評価すべきである、と判断している。

しかしこの判断には疑問がある。第一に、B のクラック版を作成したのが Y であるという認定はなされていない。本件ソフトウェアのアップロード者が第三者であるのと同じく、この B のクラック版の作成者が第三者である可能性もあるのではないか。そうだとすると、Y の行なった行為は、第三者が改変を施したプログラムの URL の教示にとどまるのであり、これを翻案行為（二次的著作物の創作行為⁵⁵）と捉えるのは困難である。仮にクラック版の B が第三者の翻案行為によって作成された二次的著作物であるとしても、

⁵⁴ これに対し、リーチサイトが有料会員制であり、会員以外にとってなお URL が取引価値を持つという場合には、本判決の事案に近づく。

⁵⁵ 最判平成13年6月28日民集55巻4号837頁〔江差追分事件上告審〕は、「言語の著作物の翻案（27条）」の意義について、「別の著作物を創作する行為をいう」としており、翻案行為とは創作行為であると理解している。

その URL を教示した Y の行為については、28 条を介した公衆送信権の侵害が問題となるに過ぎないのではないか。

第二に、そもそもクラック版の作成は翻案行為なのであろうか。アクティベーションを回避するための方法については様々なアイデアがありうるであろうが、それをクラック版のプログラムとして作成する際に、その具体的な表現において創作性が発揮されうるのかどうかについては疑問がある⁵⁶。

確かに、同様の CAD ソフトウェアのクラック行為について翻案権侵害を認めた先例が存在している⁵⁷。しかし同判決が翻案権侵害の根拠として述べる次の部分は、アイデアのレベルの選択の余地を述べているに過ぎず、具体的表現における創作性の付加について判断したものだと理解できない。

「モジュールの管理・制限態様は、管理・制限を行うか否かの選択だけではなく、行うとしてどのような程度、方法による管理・制限を行うかという選択の余地があるところ、被告従業員は、本件クラックソフトにより本件 DLL ファイルを改変するという選択を行ったものであり、何らかの個性が発揮されたものというべきである」

しかも当事者の主張によれば、ここで挙げられている本件クラックソフトは、被告従業員が自ら作成したものではなく、インターネットから入手したものであることがうかがわれ、そのような場合にはなおさら、被告による翻案行為が認められないはずである。

⁵⁶ 冒頭に登場した東京地判平成27年2月12日裁判所 HP（平成26年（ワ）第33433号）もアクティベーションを回避するためにクラックが行われている事案であるが、その別紙「請求の原因」第4の3に掲載されているバイナリファイルの16進ダンプの対比表を見ると、その差異はごくわずかである。本件におけるモジュール B の改変も同程度のものだとすれば、この改変が表現における新たな創作性を生み出すようなものだと考えづらい。

⁵⁷ 東京地判平成19年3月16日裁判所 HP（平成17年（ワ）第23419号）。批判として、森本純「判批」『最新判例知財法』（青林書院、2008年）736頁。

本判決も、クラック版の具体的な態様について全く触れておらず、具体的表現における創作性の付加が本当に認められるのかどうかは明らかではない。

イ 同一性保持権侵害について

同一性保持権についても翻案権と同様の問題があるが、同一性保持権については、もっぱら本件ソフトウェアのモジュールBの改変のみを目的とするクラック版の URL を教示することで購入者の手元での改変を惹起したのであるから、ときめきメモリアル事件最高裁判決⁵⁸の射程内であるという議論をする余地があろう。

ウ 原告による支分権の選択の誤りの救済について

Xが損害賠償を請求するにあたって選択した著作権の支分権は、複製権、翻案権及び譲渡権である。実はXは公衆送信権の侵害を主張していない。

それにもかかわらず裁判所はその判断の中で「なお、原告は、譲渡権侵害を主張しているが、有体物の譲渡ではなくソフトウェアのダウンロードが行われたものとして、公衆送信権が侵害されたものと解すべきである。」と述べて、公衆送信権侵害に基づく損害賠償請求を認容している。

これは処分権主義に反しないのだろうか。本稿ではこの点を詳しく検討することはできないが⁵⁹、このような救済を行わなかった事例を紹介することで、問題提起のみをしておきたい。その事例とは、東京地判平成28年8月3日裁判所 HP（平成27年（ワ）第29129号）である。ここでは原告が著作権を有するプログラムを無断でサーバにインストールした被告の行為について

⁵⁸ 最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁。

⁵⁹ 複製権と翻案権の間では、両者は連続性を有する概念であり、訴訟物を同一と捉える見解が存在する。田中浩之「著作権侵害訴訟の訴訟物」『著作権判例百選〔第4版〕』（有斐閣、2009年）205頁。この見解に立つ裁判例として、東京高判平成14年9月6日判時1794号3頁〔記念樹事件控訴審〕が挙げられている。

譲渡権の侵害が、レンタルサーバにインストールしてインターネットを通じて顧客に使用させた行為について貸与権の侵害が主張され、損害賠償請求がなされた。複製権侵害を主張するのが適切であったと思われるが、裁判所はこの支分権の選択の誤りを救済することなく、所有権の移転や占有権原の取得が認められないことを理由に、いずれの支分権該当行為にも当たらないとして、請求を棄却している。本判決における裁判所の態度との違いをどのように理解すればよいだろうか。

（５）まとめ

本判決は、権利者の許諾を得ずにアップロードされているソフトウェアのダウンロード先 URL 情報をインターネットオークションの落札者に教示することでダウンロードさせる、いわゆる「ダウンロード販売」の事案に係るものであるが、先例がアップロード者とオークション出品者とが同一人物であることを前提に公衆送信権又は複製権侵害の成立を認めてきたのに対し、両者が同一人物であることが証拠上認定できないとされている点で特異な事案である。それゆえ、アップロード行為ではなく、オークション出品行為（すなわち URL 教示行為）それ自体に着目して侵害の成否の判断をせざるを得なくなった。

わが国の著作権法は「送信可能化」等を詳細な定義をもって定めているので、単に URL 情報を教示する行為が著作物の送信可能化や公衆送信に当たるとは言えず、この点で Y は公衆送信権侵害の物理的主体とはなり得ない。他方、アップロード者による現実の公衆送信行為を容易にした点を捉えて公衆送信の補助という構成がありうるが、本判決はそのような説明をしているわけではない。本判決は URL が秘匿状態にあり、その情報が取引価値を持つことを前提に、Y の行為が落札者による本件ソフトウェアの入手に不可欠であったことや、Y が自己の行為として営利目的で行い、多額の利益を得て

いることなどを挙げて、Yを公衆送信の規範的主体と捉えたものと理解できる。それゆえ、本判決の射程はこのようなダウンロード販売の事案に限られ、いわゆるリーチサイト規制への応用は困難であろう。

※本稿は、福岡大学研究推進部の研究経費（課題番号：167101）による研究成果の一部である。