

発信者情報開示請求と支分権主義

—— 「一体的な複製」論を契機として

谷川 和幸*

1 問題の所在

著作権等(著作権、著作者人格権、著作隣接権)の侵害の成否が問題となった事件の判決の多くは裁判所ウェブサイトに掲載されているが、近年、特に平成25年以降、その公表判決の中で発信者情報開示請求事件が一定の割合を占めるようになってきている¹。発信者情報開示請求とは、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律(以下「プロバイダ責任制限法」という。)4条1項に基づき、特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者が、特定電気通信役務提供者に対して、当該権利の侵害に係る発信者情報の開示を求める手続きである²。

*福岡大学法学部准教授

¹ 平成25年に言い渡され裁判所ウェブサイトに掲載された著作権等に関する判決・決定55件中、発信者情報開示請求事件は4件(約7パーセント)。26年は49件中6件(約12パーセント)、27年は62件中3件(約5パーセント)、28年は75件中10件(約13パーセント)、29年は38件中11件(約29パーセント)、30年は44件中11件(25パーセント)である。なお有料の判例データベースには、裁判所ウェブサイトで公表されていない発信者情報開示請求事件の判決も掲載されている(本文で後に取り上げる一連の札幌地裁判決はこの例である)。

² 仮処分で行われる場合と、本案訴訟で行われる場合とがある。IPアドレスなど、それ自体では発信者を直接特定できない情報の開示を求める場合には仮処分、氏名や住所など、それ自

開示要件の一つとして「侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき」と定められており（同項1号）、著作権等の権利侵害の成否がこの要件において判断される枠組みとなっている。

これまでに公表されている著作権等に関する発信者情報開示請求事件のほとんどは、著作物性や類似性の判断を行った一事例として位置づけられるものであり³、著作権法の解釈を明らかにするなど、著作権法学に対するインパクトを持つ内容の判決・決定は稀であった。

ところが近時、インターネット上の画像のインラインリンク（埋め込み表示）の事例において、学界にインパクトを持つ発信者情報開示請求事件の判決・決定が相次いで現れた。第一に、インラインリンク設定者は著作物を自動公衆送信する主体ではないので公衆送信権の侵害には当たらないとしつつも、ブラウザ画面において画像がトリミング状態（画像の一部のみが切り出された状態）で表示される点を捉えて同一性保持権の侵害を認めた Twitter リツイート事件知財高裁判決⁴、第二に、おそらくは同様の理由で Twitter のプロフィール画像が円形にトリミング表示される点につき同一性保持権侵

体で発信者を直接特定できる情報の開示を求める場合には本案訴訟、という使い分けがなされている。関述之＝小川直人編著『インターネット関係仮処分の実務』（きんざい、2018年）124頁〔合田章子執筆〕。

³ 例えば創作性の判断事例として知財高判平成20年7月17日判時2011号137頁〔ライブドア裁判傍聴記控訴審〕や東京地判平成29年10月2日裁判所HP（平成29年（ワ）第21232号）〔公約文〕、類似性の判断事例として東京地判平成28年1月29日裁判所HP（平成27年（ワ）第21233号）〔風水ブログ〕などがある。

⁴ 知財高判平成30年4月25日判時2382号24頁。評釈として、谷川和幸「Twitterに投稿された画像の同一性保持権侵害等が認められた事例」福岡大学法学論叢63巻2号（2018年）523頁、小泉直樹「リツイートによる著作者人格権侵害の主体」ジュリスト1524号（2018年）8頁、高瀬亜富「リツイート事件（ツイッターアイコン画像発信者情報開示請求事件）～リツイート（インラインリンク）について著作者人格権侵害が肯定された事例～」コピライト690号（2018年）39頁及び森修一郎「リツイート事件」特許ニュース14833号（2018年）1頁。

害を認めた東京地裁決定⁵、そして第三に、無断アップロードされた画像ファイルに対してインラインリンクを張った行為につき公衆送信権侵害の幫助の成立を肯定した一連の札幌地裁判決⁶である。

その中で本稿が着目するのは、第三の一連の札幌地裁判決のうち平成30年6月15日の判決（以下「本判決」という。）において採用された「一体的な複製」論である。本判決に関しては、幫助の成立を肯定した点が注目されているが⁷、その陰に隠れがちな「一体的な複製」論にもこれと劣らず重要な課題が潜んでいる。というのも、ここでは著作権法が採用している「支分権主義」からの逸脱が見られるからである。

「一体的な複製」論をここでさしあたり簡単に説明しておくならば、それは次のような内容である。ある者が事後的にウェブページ内からインラインリンクを張る目的で先に画像ファイル（第三者が著作権を有するもの）を権利者に無断で自己の管理するサーバ内にアップロードし（第一行為＝画像ファイルのアップロード行為）、その後に当該画像ファイルへのインラインリンクを含むHTMLファイルを同一のサーバ内にアップロードした（第二

⁵ 東京地裁平成30年10月16日判例集未登載（平成29年（ヨ）第22180号）。参照、〈https://www.bengo4.com/internet/n_8726/〉（平成30年12月20日最終アクセス。以下のURLも同じ。）

⁶ 同一の事件（平成28年（ワ）第2097号）が分離され、5件の判決が存在する。①札幌地裁平成29年6月14日 D1-Law 28262896、②札幌地裁平成30年4月27日 D1-Law 28262904、③札幌地裁平成30年5月18日 D1-Law 28262903、④札幌地裁平成30年6月1日 D1-Law 28262901、⑤札幌地裁平成30年6月15日 D1-Law 28262899。このうち幫助の成立を肯定したのは③④⑤判決である。①判決はリンクを張ったことが送信可能化に当たると考えているようである（もっとも従来これが送信可能化に当たらないと考えられてきたことは本文後記の通りであるところ、本判決が従来の議論を意識した形跡はない。）。②判決は⑤判決の「一体的な複製」論と同様の発想で（ただし「一体的な複製」ではなく「一体的な著作権侵害行為」と述べている。）、同一人物による画像のアップロードと記事の投稿とを一体と捉えて後者についても著作権（おそらく送信可能化による公衆送信権）侵害を肯定している。

⁷ 高瀬・前掲注4・43頁、小泉直樹「リーチサイト」ジュリスト1525号（2018年）27頁及び同「リーチサイトとブロッキング」コピライト694号（2019年）4頁。

行為＝HTML ファイルのアップロード行為) 場合に、第一行為が第三者の複製権の侵害となるのみならず、第一行為と第二行為とが当該画像ファイルの「一体的な複製」と捉えられる結果、第二行為もまた複製権の侵害となる、という考え方である。

第二行為が、物理的な意味で画像ファイルの複製でないことは明らかである。画像ファイルは第一行為によって既にサーバ内に複製されており、その段階で複製は完了している。第二行為は単にその画像へのインラインリンクを含む HTML ファイルのアップロード行為に過ぎず、(HTML ファイルの複製ではあっても) 画像ファイルの複製ではありえない。しかしながら裁判所は、「一体的な複製」という説明をすることで、第二行為自体も画像ファイルの複製に該当すると述べたのである。

ここでは、物理的な意味では複製といえない行為が複製権侵害だとされている。著作権法は、「複製」とは著作物を有形的に再製することを意味すると明確に定義し(2条1項15号)、当該有形的再製行為のみを複製権という支分権の権利範囲としている(21条)。著作権法には複製権のほかにも、演奏権、上映権、公衆送信権、翻案権等さまざまな支分権があり、これらもまた公の演奏や上映といった特定の行為のみをその権利範囲としている。このような支分権の集合体が「著作権」であり(17条1項)、それゆえ著作権は「支分権の束」と呼ばれることもある。このように排他権(禁止権)が及ぶ行為態様を個別に限定列挙する制度設計が支分権主義と呼ばれる立法形式である。そうすると本判決における「一体的な複製」論は、支分権の対象とならないはずの行為につき支分権の侵害を認めたという点で、支分権主義からの逸脱を意味していることになる。

裁判所はなぜ「一体的な複製」論などというこれまでに存在しなかった新奇な理屈⁸を持ち出してまで、第二行為を複製権侵害と認めたのだろうか。第一行為が複製権侵害であるというだけでは不十分だと裁判所が考えたのは

なぜなのだろうか。本稿は、このような疑問を契機として、発信者情報開示請求における支分権主義の軽視に対して著作権法学から見た違和感を明らかにするものである。

2 画像の無断利用の態様

（1）インラインリンクとは

本論に入る前に、インラインリンクに関するこれまでの議論の整理をしておくことが必要であろう。

インターネット上における画像の無断利用には様々な態様がありうるが、

⁸ 刑法学においては「一連の行為」論が裁判所によって採用されてきたが、著作権法学にとっては未知の概念である。また刑法学においても「当該法益侵害結果を惹起した行為を記述するために、第1行為のみ、あるいは第2行為のみを記述すれば足りる場合には、当該結果を惹起した第1行為、あるいは第2行為のみが構成要件該当性の判断の対象として切り取られることになり、そもそも『一連の行為』論に基づく全体的考察を行うべき基礎が存在しないことになる」と指摘されており（深町晋也『「一連の行為」論について』立教法務研究3号（2010年）120-121頁）、本件はまさにそのような場合（複製行為として第一行為のみを記述すれば足りる場合）である。なお大阪高判平成29年6月30日判時2386号109頁が述べた、画像ファイルをストレージサービスにアップロードして公開用URLを発行しただけでは未だ第三者がそのURLを認識できる状態になく、刑法175条1項前段にいう「公然と陳列」に当たらないとの考え方をそのまま著作権法にスライドさせれば、第一行為と第二行為とを一連の行為と見るべき必要性が生じるという反論があるかもしれない。しかしそもそもわいせつ物公然陳列罪に関して述べられたこの考え方を著作権法にそのままスライドさせるという点に誤りがある。複製権侵害との関係で言えば、URLを公衆が認識するか否かに関わらず、物理的にデータがサーバにコピー（保存）されればその時点で侵害と言うのに十分である（2条1項15号。ストレージサービスの事例として東京地判平成19年5月25日判時1979号100頁〔MYUTA〕参照。）。公衆送信権侵害との関係でも、現実には送信を行ったことの立証をしなくて済むように侵害行為時点が送信可能化時点に前倒しされており（23条1項カッコ書き）、URLを公衆が認識するか否かに関わらず、インターネットに接続されているサーバに情報を記録等することで、公衆からの求めに応じて自動的に送信が行われるような状態に置けばその時点で侵害と言うのに十分である（2条1項9号の4及び9号の5。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）47-51頁も参照。）。つまり複製権及び公衆送信権のいずれとの関係でも、第一行為のみを侵害行為として記述すれば足りる。

最も典型的なものは、ウェブページ内に（他人が著作権を持つ）画像を表示させ、閲覧者に見せるという態様である。ウェブページの内容はHTMLという言葉を用いて記述される場所、ページ内に特定の画像を表示させるためには、〈img〉（イメージ）タグという記述方法が用いられる。具体的には、〈img src=リンク先 URL〉という形で src 要素に特定の画像ファイルの URL を指定することで⁹、当該画像がページ内に配置・表示されることとなる。この方法でウェブページ内に画像を表示させることをインラインリンクと呼んでいる¹⁰。言い換えれば、ウェブページ内に画像が表示されていれば、それは（前注9の特殊な場合を除き）ほぼ常にインラインリンクである。

（2）「複製型」と「インラインリンク設定型」

画像のインラインリンクはさらに、リンク先の画像ファイルを誰が準備したかによって、2つの類型に分けることができる。第一は、（その画像にインラインリンクを張る）HTML ファイルの作成者と同一人物が準備をした場合である。画像ファイルと HTML ファイルの2つを準備し、それぞれアッ

⁹ なお技術的には、本文記載の方法とは異なり、HTML ファイル自体に画像データを書き込む（それゆえ、外部の画像ファイルを必要としない）方法も可能である。画像のバイナリデータを Base64 という形式で文字列に変換し、それをそのまま HTML ファイル内に書き込むことで実現される（データ URL スキームと呼ばれる。RFC 2397 参照。）。この場合には、当該 HTML ファイル自体が画像（著作物）の複製物となり、HTML ファイルの公衆送信がすなわち画像（著作物）の公衆送信ということになるので、インラインリンクの場合とは支分権の働き方が異なることになる。

¹⁰ 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」（平成30年7月〈<http://www.meti.go.jp/press/2018/07/20180727001/20180727001.html>〉）143頁では「インラインリンク」を「ユーザーの操作を介することなく、リンク元のウェブページが立ち上がった時に、自動的にリンク先のウェブサイトの画面又はこれを構成するファイルが当該ユーザーの端末に送信されて、リンク先のウェブサイトの画面がユーザーの端末上に自動表示されるように設定されたリンクをいう」と定義している。この定義のポイントは「ユーザーの操作を介することなく……端末上に自動表示される」という部分であり、この点においてユーザが主体的に画面の遷移を選択する通常のリンクとは区別される。

プロードすることになる。第二は、他人があらかじめインターネット上にアップロードしていた画像ファイルに対して、インラインリンクを張る場合である。この場合にはHTMLファイルのみをアップロードすることになる。

呼称の正確性には問題があると思われるが¹¹、便宜上、本判決の用語法にならって、前者を「複製型」、後者を「インラインリンク設定型」と呼ぶことにしよう。複製型は、行為者による画像ファイルのアップロード（複製）を伴う。過去の裁判例の中で複製型に分類されると思われるものとして、スメルゲット事件（知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁）や「夕暮れのナパリ海岸」写真事件（東京地判平成24年12月21日判タ1408号367頁）、IKEA 買物代行事件（東京地判平成27年1月29日判時2249号86頁）、ボストンローファーム事件（東京地判平成27年4月15日裁判所HP（平成26年（ワ）第24391号）、「壁ドン」イラスト第1事件（東京地判平成30年6月7日裁判所HP（平成29年（ワ）第39658号））、同第2事件（東京地判平成30年9月13日裁判所HP（平成30年（ワ）第12524号））等がある¹²。画像ファイルを著作権者に無断でアップロードする行為が複製権及び公衆送信権の侵害となることには争いが無いから、複製型においては画像ファイルのアップロード行為を捉えて侵害を肯定すれば足り¹³、それを超えて、HTMLファイルによ

¹¹ 「複製型」においても、複製された画像ファイルをHTMLの〈img〉タグで参照して画面上に表示させる段階ではインラインリンクの設定が行われているため。

¹² 「どーじんぐ娘。」事件（東京地判平成26年1月17日裁判所HP（平成25年（ワ）第20542号））も、共同行為による複製型の事例といえよう。なお、複製型かインラインリンク設定型かが事実認定として問題となった裁判例として、ホストラブ事件（東京地判平成29年6月9日裁判所HP（平成29年（ワ）第4222号））がある。

¹³ アップロード者は送信可能化のみならず、その後に行われる自動公衆送信の主体でもある。なお「複製型」というネーミングはサーバへのアップロード行為を複製と捉えることから来ているが、これとは別に、いったんダウンロードする段階での複製行為も存在している。「夕暮れのナパリ海岸」写真事件判決では、「本件写真をダウンロードして複製したこと及びアップロードしてブログに掲載し公衆送信したこと（複製権及び公衆送信権の侵害）」と判示されており、ダウンロード行為を捉えて複製権侵害を肯定している。ここでは私的複製（30条1項）

るインラインリンクを別途問題視する実益はない。それゆえ上記裁判例において、インラインリンクの論点は登場しなかった。

これに対しインラインリンク設定型では、リンク先画像ファイルは既に第三者によりアップロードされているので、HTML ファイル作成者による新たなアップロードは行われていない。それゆえ複製型のように画像ファイルのアップロードに着目した処理をすることはできず、ここではインラインリンク設定による著作権侵害の成否という論点が立ち現れてくる。

インラインリンク設定型はさらに、リンク先画像ファイルが権利者の許諾に基づいてアップロードされている場合（適法型）と、許諾がない場合（違法型）に分かれる。適法+インラインリンク設定型がわが国で裁判となった例は見当たらないが¹⁴、自動車ディーラーを横断検索できるサービスにおいて各ディーラーのウェブサイトに適法に掲載されている自動車写真を埋め込み表示した事案に係るカナダの CarGurus 判決¹⁵や、YouTube に適法にアップロードされていた動画に対して他のウェブページからインラインリンクを張って埋め込み表示した事案に係る欧州司法裁判所の BestWater 判決¹⁶はこの類型である¹⁷。他方、違法+インラインリンク設定型の裁判例としては、Twitter リツイート事件におけるリツイート者によるインラインリンクのほ

の主張はなされていないが、被告は旅行業を営む個人であるところ、当該営業のために運営されているブログに掲載する目的でダウンロードを行うことにつき私的使用目的は認められないと考えられよう。

¹⁴ インターネット上で騒動となった事例としては、Buhitter というサービスがある。〈<http://nlabitmedia.co.jp/nl/articles/1808/03/news121.html>〉参照。

¹⁵ *Trader Corporation v. CarGurus Inc.*, 2017ONSC1841. 谷川和幸「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」福岡大学法学論叢63巻1号（2018年）210-211頁参照。

¹⁶ *Case C-348/13 BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315.

¹⁷ さらにフランスの事例の紹介として、麻生典「インターネット上の違法コンテンツ規制」芸術工学研究28号（2018年）7頁。

か、動画の事例であるが、ロケットニュース24事件（大阪地判平成25年6月20日判時2218号112頁）がある。いわゆるリーチサイトもこの類型だといえよう¹⁸。

従来わが国では、違法+インラインリンク設定型を念頭に置いて、インラインリンクの著作権法上の扱いが議論されてきた。

（3）インラインリンクをめぐる従来の議論¹⁹

インラインリンク設定型につき適用可能な支分権があるとすれば、それは公衆送信権のみである。インラインリンク設定型は（複製型とは異なり）画像ファイルの複製を伴わないので、複製権は適用できない。また画面上に画像を表示しているものの、上映権も適用できない。それは「上映」の定義（2条1項17号）において、「著作物（公衆送信されるものを除く。）を」とされ、公衆送信²⁰される著作物を画面上に表示させる行為は「上映」に当たらないからである。

しかしその公衆送信権もまた、インラインリンクには適用できないとの理解が一般的である。というのは、公衆送信権とは「著作物について、公衆送信……を行う」排他的権利であり（23条1項）、その名の通り、著作物を公衆に向けて「送信」する行為を対象としているところ（「公衆送信」は2条

¹⁸ 違法+インラインリンク設定型について公衆送信権（伝送権）侵害の幫助の成立を認めたソウル高等法院判決につき、張睿暎「韓国における知財の動き」『年報知的財産法2017-2018』（日本評論社、2017年）243頁を参照。

リーチサイト問題については、文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会「文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会報告書」（2019年2月）を参照。

¹⁹ 詳細は谷川・前掲注15・216頁以下を参照。

²⁰ ここでいう「公衆送信」とは、インラインリンクが公衆送信であるということではなく、インラインリンクを契機としてリンク先サーバから閲覧者の端末へと送信されることを指している。ロケットニュース24事件判決で言えば、「『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」という判示部分における送信がこれにあたる。

1項7号の2で「送信……を行うこと」と定義されている。)、インラインリンク設定者は(HTML ファイルに含まれる) URL 情報の送信は行っているとしても、当該 URL に載置された著作物それ自体の送信は行っていないためである。ここでの送信(自動公衆送信)の主体はアップロード者であって、インラインリンク設定者ではないと考えられている。Twitter リツイート事件知財高裁判決は次のように述べる。「自動公衆送信の主体は、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できる状態を作り出す行為を行う者と解されるところ(最高裁平成23年1月18日判決・民集65巻1号121頁参照)、本件写真のデータは、流通情報2(2)のデータのみが送信されていることからすると、その自動公衆送信の主体は、流通情報2(2)の URL の開設者〔引用者注：アップロード者のこと〕であって、本件リツイート者ら〔引用者注：インラインリンク設定者のこと〕ではないというべきであ

²¹ これに対し、ロケットニュース24事件判決は、「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』〔引用者注：アップロード先サーバ〕の管理者であり、被告〔引用者注：インラインリンク設定者〕がこれを送信していたわけではない」として、物理的な観点から、送信の主体をアップロード先サーバの管理者だと述べている。しかしながらサーバの管理者は自己の管理するサーバ内に第三者がどのようなファイルをアップロードしたかを逐一認識しないのが通常であり、物理的に当該サーバから著作物が送信されたということをもって直ちに送信の主体と認めるべきではないだろう(山田真紀・最判解民事篇平成23年度(上)51頁。WIPO 著作権条約8条に関する Agreed Statement 及び情報社会指令前文27も同旨)。この点につき、札幌地判平成29年4月28日判例集未登載(平成27年(ワ)第2556号)では、Twitterの利用者が無断投稿した画像につきサーバ管理者である Twitter 社に対して削除請求がなされたが、裁判所はまねき TV 事件最高裁判決を引用したうえで「ツイッターのウェブサイトへ投稿されるコンテンツを保存するサーバは、常時インターネットに接続されており、これに対してユーザーから継続的に情報が入力される情報を受信者からの求めに応じて自動的に送信する機能を有しているから、上記(1)の場合〔引用者注：まねき TV 事件最高裁判決が挙げている場合〕に該当し、当該装置である上記サーバに情報を入力する者が送信の主体となるところ、被告ら〔引用者注：Twitter 社のこと〕が上記サーバに情報を入力していると認めるに足る証拠はない。そうすると、被告らが侵害情報の送信の主体であるとは認められない」として請求を棄却している(発信者情報開示請求は認容)。ただし Twitter のサーバは2条1項9号の5イの入力型(第4類型)ではなく記録型(第1類型)であろう。

る」²¹。

このように、インラインリンク設定者ではなくアップロード者が当該著作物についての公衆送信の主体であると理解されている。

	複製型	インラインリンク設定型
適法型	複製権及び公衆送信権侵害 ²²	非侵害？ ²³
違法型		公衆送信の主体に当たらず

そしてこの考え方は本判決においても踏襲されている。本判決もインラインリンク設定型について、「インラインリンク設定行為は、それ自体として、画像 A 又は画像 B のデータを送信し、又はこれを送信可能化するものであるとはいえ、本件写真の公衆送信権を侵害するものであるとはいえない」とする。

そうすると、複製型における第二行為についても同じ説明が成り立つはずである。第一行為（画像のアップロード）が公衆送信権の侵害であるとして

²² 複製型においては無断アップロード行為がそれ自体が複製権及び公衆送信権の侵害とされる。その際、たまたま同じ画像が別の URL において権利者の許諾に基づいて公開されているか否か（適法型か違法型か）ということは侵害の成否には影響を与えない。「壁ドン」イラスト第 1 事件判決は「〔被告が投稿した画像は原告自身の Twitter アカウントにおいて公開されている旨〕被告の主張を前提としても、本件における被告の掲載行為が適法となる余地はなく」と述べる。なお欧州司法裁判所の Renckhoff 判決において、法務官意見は両者を区別し、適法型＋複製型については公衆への伝達権の侵害に当たらないとの見解を表明したが、欧州司法裁判所はこの立場を採用しなかった（Case C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff*, CLJ:EU:C:2018:634）。

²³ 違法型と平行に考えるのであれば、（帮助という説明もできないので）非侵害ということになる。欧州司法裁判所の BestWater 判決も非侵害とする。しかし Buhitter 騒動（前注 14）で明らかとなったように、権利者としては自身が公開した場とは異なる場において埋め込み表示により無断利用されることについては許諾をしていないと感じることがあろう。これは特に、当初公開した場において閲覧数に応じた広告料収入を得ることを期待していた場合に問題となりうる。谷川和幸「欧州司法裁判所の『新しい公衆』論について（1）」知的財産法政策学研究 53号（2019年）掲載予定参照。

も、第二行為（インラインリンク設定）はそれ自体としては公衆送信権侵害とはならないことになる。その結果、第二行為については権利侵害が否定され、「侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき」（プロバイダ責任制限法4条1項1号）には該当せず、発信者情報開示の対象とならないことになる。これに対し本判決は、公衆送信権ではなく複製権に着目することによって、この問題を克服しようと試みた。それが「一体的な複製」論である。そこで、次に本判決の内容を見ていくことにしよう。

3 本判決の紹介

（1）事案の概要

原告Xは写真家であり、北海道の旭山動物園で催されている「ペンギンパレード」を撮影した。この写真が「本件写真」と呼ばれており、その構図等の工夫を根拠に著作物性が肯定されている。Xはその著作者・著作権者である。Xは本件写真の画像ファイルを自身のウェブサイトにおいて公表した。

氏名不詳者A（「発信者A」）は、おそらくは原告ウェブサイトから本件写真の画像ファイルをダウンロードしたうえで、原告に無断で、同ファイルを侵害サイトAにアップロードした。この画像ファイルが「画像A」と呼ばれている。画像Aの内容はXがアップロードした本件写真と同一である（ほかに画像Bも存在するが本稿では省略する。）。

本件訴訟で問題となったのは、しかし、Aではなく、侵害サイトF及び侵害サイトGである。侵害サイトFはさらにF2①からF7④まで14個に、侵害サイトGはG1①からG22③まで57個に分かれているが、本稿の課題との関係では、次の3つの異なる態様のものを挙げておけば十分であろう。

第一に、侵害サイトG2②である。これは160×150ピクセルの、jpg拡張子の画像ファイルである。「侵害サイト」と呼ばれているが、その実態は画

像ファイルの URL であり（この URL は、X のウェブサイトにおける画像の URL とも、画像 A の URL とも異なる。）、その内容は画像 A を縮小等したものである。要するに本件写真と類似の範囲の画像の無断アップロードであり、この態様は判旨においては「複製（画像）」と呼ばれている。

第二に、侵害サイト G 2①である。これはウェブページであり、そこから上記侵害サイト G 2②の画像ファイルに対してインラインリンクが張られている。

G 2①と②の URL はドメイン名が共通しており、後で見る判旨で認定されているとおり、同一人物により発信されていると考えられる。判決文には登場しない名前だが、便宜上、この者を発信者 G と呼んでおこう。発信者 G はつまり、ウェブページを作成するために、画像 A をいったんダウンロードして縮小等を施し、侵害サイト G 2②の URL にこれをアップロードしたうえで、当該画像ファイルにインラインリンクを張った HTML ファイルを侵害サイト G 2①にアップロードしたことになる²⁴。上で見た「複製型」の無断利用である。この態様は判旨においては「複製」と呼ばれている。

第三に、侵害サイト F 5③である。これもウェブページである。そしてそこから侵害サイト A すなわち画像 A のファイルに対してインラインリンクが張られている。侵害サイト F 5③の発信者を、これも便宜上、発信者 F と呼ぶことにしよう。G の場合とは異なり、発信者 A と発信者 F とが同一人物であるという証明はなされていない。つまりここでは発信者 F は、第三者（発

²⁴ もっとも侵害サイト G 2 は WordPress を用いたいわゆる「まとめサイト」であり、この種のまとめサイトの記事の多くは手動ではなく自動で作成・公開されている（自動化のための専用ツールが出回っている。）。本文中ではあたかも発信者 G が手動でアップロード作業を行ったかのように述べたが、実際には自動化されていた可能性が高い。とはいえ、この事実は本判決においては認定されていないので、以下では手動であることを前提に論を進める。なお自動投稿の場合、後述のインラインリンク設定型との関係では、公衆送信権侵害の幫助の故意が認められるのかという点が問題となりうる（本件の控訴審ではこの点も争われている。）。

信者A)が既にアップロードしていた画像ファイル(画像A)に対して、インラインリンクを張る方法で、自身のウェブページにおいてこれを表示させている。画像Aの掲載はXの許諾に基づかないものであるので、上で見た「違法+インラインリンク設定型」の無断利用ということになる。

以上の状況においてXは、F5③を含む侵害サイトF並びにG2①及び②を含む侵害サイトGの各開示関係役務提供者に当たる電気通信事業者に対して、各侵害サイトに係る発信者情報の開示を請求した。

争点は多岐にわたるが、本稿との関係では、上記の3態様のそれぞれにつき「侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき」と認められるかの点(権利侵害の明白性)の判旨を取り上げる。

(2) 判旨

(a) 複製型について

『『侵害態様』欄に『複製(画像)』との記載がある各侵害サイト〔引用者注：侵害サイトG2②などを指す〕については、……各サイトの各発信者が、画像A……を複製し、複製したデータをサーバー上にアップロードすることによって、これを不特定多数の者が閲覧できる状態に置いたものと認められる。』

「他方、『侵害態様』欄に『複製』との記載がある侵害サイトである侵害サイトG2①については、……同サイトに係る発信者は、同サイト上に侵害サイトG2②の画像を表示させるようなHTMLコード(img要素src属性)を入力してアップロードし、同サイト内に画像Aを複製した画像である侵害サイトG2②を表示させ、これを不特定多数の者が閲覧することができる状態に置いたものと認められる。この認定事実は、すなわち、侵害サイトG2①に係る発信者が、侵害サイトG2②のURLへリンクを設定し、侵害サイ

ト G2①の閲覧者の端末上にこれを表示させていることを示すものであるが、……侵害サイト G2①と侵害サイト G2②は共通のサーバー内に蔵置されたものであること、侵害サイト G2①がいわゆる『まとめサイト』であって、サイトを開設し、これに記事を投稿する者以外の第三者が画像等のデータをアップロードすることは通常想定されないことが認められることからすると、侵害サイト G2①に係る発信者と侵害サイト G2②に係る発信者は同一であり、同発信者は、侵害サイト G2①の投稿記事においてこれを利用する目的で画像 A を複製して侵害サイト G2②にアップロードし、侵害サイト G2①にリンクを設定したものと認められる。そうすると、画像 A を複製しこれをサーバー内に蔵置する行為と、同画像の URL に対するリンクを含む記事を投稿しこれをサーバー内に蔵置する行為は、一体的な複製として捉えるべきである（後述するインラインリンク設定型は、画像を蔵置した発信者とリンクを設定した発信者が異なるから、これについての説示があてはまるものではない。）」（下線は引用者。下線部分が「一体的な複製」論である。）

「複製型の各侵害サイトに係る発信者らは、画像 A ……並びにこれを含む記事を、各侵害サイト上にアップロードしているものと認められる。……したがって、上記各発信者が上記各侵害サイトに画像 A ……並びにこれを含む記事をそれぞれアップロードした行為により、少なくとも X の本件写真に関する著作権（複製権）が侵害されていることは明らかである。」

（b）インラインリンク設定型について

「インラインリンク設定型の各侵害サイトには画像 A ……の URL へのインラインリンクが設定されており、これによって、同サイトを閲覧した者の端末上に画像 A ……が表示されるものであることは前記前提事実（3）のとおりである。そして、前記前提事実（3）で説示したインラインリンクの仕組みを踏まえると、上記各侵害サイトにアクセスした者の端末上に画像 A ……

が表示されるのは、上記各侵害サイトに係る発信者が、上記各侵害サイトに投稿された記事において画像A……の URL へインラインリンクを設定すること（以下『インラインリンク設定行為』という。）で、同 URL から閲覧者の端末へ画像A……のデータが直接送信されるためであるといえる。

そうすると、インラインリンク設定行為によって画像A……が上記各侵害サイト上に表示されているとしても、同侵害サイトの URL に画像A……のデータが送信されたり、また、同 URL からユーザーの端末へ同データが送信されたりすることはないから、インラインリンク設定行為は、それ自体として、画像A……のデータを送信し、又はこれを送信可能化するものであるとはいえず、本件写真の公衆送信権を侵害するものであるとはいえない。」

「また、インラインリンク設定行為により、画像A……のデータは、上記各侵害サイトのサーバーを介することなく直接閲覧者の端末に送信されており、この過程で画像A……の画像ファイルが複製されているといった事実も認められないことからすれば、インラインリンク設定行為が本件写真の複製権を侵害するものであるともいえない。」

「他方で、……発信者A……は、本件写真の著作権者たるXの許諾なく、本件写真を画像A……として複製し、これらの画像をインターネット上にアップロードすることで、不特定多数の者が閲覧できる状態に置いたことが認められるから、発信者A……には、本件写真の複製権侵害及び公衆送信権侵害が明らかに認められるというべきである。

そして、インラインリンク設定行為を行った発信者らは、インラインリンク設定行為によって、閲覧者の何らの作為を要することなく、自身のブログ記事に画像A……を表示させ、侵害サイトA……を閲覧した者だけでなく、インラインリンク設定型に係る各侵害サイトを閲覧した者も画像A……を閲覧することができるような状態を作り上げ、不特定多数の者が画像A……にアクセスしてこれを閲覧することを容易にしたものと評価することができる。

そうとすれば、インラインリンク設定行為を行った発信者らは、少なくとも発信者A……による公衆送信権侵害を幫助しているといえ、発信者A……とともに本件写真に関するXの著作権を侵害していることは明らかであるといふべきである。」

「以上によれば、インラインリンク設定型の各侵害サイトについても、同侵害サイトに係る発信者らによってXの本件写真に係る著作権（公衆送信権）が侵害されていることは明らかであるといふべきである。」

（c）結論

以上より、侵害サイトF5③等並びに侵害サイトG2①及び②等に係る発信者情報（氏名、住所、電子メールアドレス）の開示請求が認容された。なおこれに対し被告が控訴し、現在、控訴審に係属中である（札幌高等裁判所平成30年（ネ）第208号）。

4 本判決の問題点

（1）インラインリンク設定型について

インラインリンク設定行為が公衆送信権の直接侵害に当たらないとする点は従来の学説及び裁判例の立場を踏襲するものである。しかしそれに続けて幫助の成立を肯定し、これを理由に発信者情報開示請求を認容した点で、従来にはなかった新たな判断を行ったものとして注目される。もっともこの点

²⁵ 本判決に言及するものではないが、幫助の成立に否定的な見解として、奥邨弘司「インターネットと著作権」法学教室449号（2018年）40頁及び同「違法公開著作物へのリンク・リーチサイトと著作権」NBL1121号（2018年）16頁。プロバイダ責任制限法4条1項の要件との関係では、青木大也「リツイートによる著作権侵害の成否」ジュリスト1520号（2018年）125頁及び後掲注50・東京高決平成27年4月28日〔「本件リンク情報自体は、文字データであるURLの情報にすぎず、その内容や形式からして、原告人の権利の権利を侵害するものとみることにはできないのであり、これをもって本件ウェブページによる公衆送信権の侵害行為を幫助するものとして独自の権利侵害行為であるとみる余地はない」と判示〕も参照。

は本稿の主題ではないのでこれ以上立ち入らない²⁵。

(2) 複製型について

本稿が着目したいのは複製型に関する判断である。ここでは「複製(画像)」(侵害サイトG2②)と、「複製」(侵害サイトG2①)という2つの態様について判断されている。このうち「複製(画像)」が画像ファイルのアップロード、すなわち複製及び送信可能化として、複製権及び公衆送信権の侵害となることには異論はない。問題は、「複製」の方である。ここでは「複製」という呼び名にもかかわらず、画像の物理的な意味での複製は行われていな

²⁵ なおここでは49条にも触れておく必要があるだろう。著作権法は基本的には物理的な意味での複製すなわち有形的再製行為を複製権の対象としていることは本文で述べた通りだが(21条及び2条1項15号)、例外的にそれ以外の行為が複製とみなされる場合がある。それが49条に規定されている、複製物の目的外使用の場合である。当初の物理的複製行為につき私的使用のための複製(30条1項)として権利侵害が否定される場面において、当該利用者が私的使用のために作成した複製物を事後的に私的使用の目的以外の目的のために頒布又は「当該複製物によつて当該著作物の公衆への提示(送信可能化を含む。以下同じ。)を行つた」(平成30年法律第30号による改正後の49条1項1号)場合に、その目的外使用行為が複製行為とみなされている。この規定との関係で、第二行為(インラインリンク設定行為)が複製行為に当たる場合がないとは言えない。本件においては当初の複製行為(第一行為)につき30条1項の適用があるとは考えにくい。例えば次のような場合には問題となる。利用者が当初は自身のみが使用する目的で画像ファイルをクラウドロッカーに保管していたところ、事後的にこれを自身の管理するウェブページにおいてインラインリンク設定の方法で使用する意思を生じ、当該サービスに備わっている公開用URL発行機能を用いてURLを発行し(同機能については前掲注8・大阪高判平成29年6月30日判時2386号109頁参照)、当該URLをリンク先と設定することによってインラインリンクを張ってウェブページ上に表示させたというケースでは、URL発行行為が送信可能化として(2条1項9号の5イの第3類型である「変換」)、またインラインリンク設定行為が公衆への提示として(公衆への提示概念と公衆送信概念とは一致しないことにつき、高瀬・前掲注4・45頁以下)、それぞれ複製とみなされる可能性がある。原告(著作権者)がこのような法的構成を念頭において発信者情報開示請求を行う場面では、49条1項の要件の充足を示すために、原告側において当初の複製につき30条1項の適用があることを主張し、被告(プロバイダ)側において同項の適用がないことを主張するという、通常とは逆転した主張立証活動が行われることとなろう。

い²⁶（判旨がインラインリンク設定型について複製権侵害を否定する際に述べている通りである。）。ここで行われているのは、既に自身によってアップロード済みの画像ファイルに対するインラインリンクを含む HTML ファイルのアップロードである。つまり実態としてはインラインリンク設定行為に他ならない。

そこで素直に考えるならば、この行為は画像ファイルの複製にも当たらないし、（判旨がインラインリンク設定型で述べている通り）公衆送信にも当たらないので、何ら権利侵害を構成しないという帰結になりそうである²⁷。しかし裁判所はその素直な帰結に進まなかった。ここで裁判所が持ち出したのが、判旨において下線を引いたとおり、「一体的な複製」論である。

ここでは、後に投稿記事において利用する目的で予め画像ファイルをアップロードしておく行為（第一行為）と、その後実際にその画像をインラインリンク設定により利用した投稿記事の HTML ファイルをアップロードした行為（第二行為）とが「一体的な複製として捉えるべきである」とされ、その結果、「画像 A……並びにこれを含む記事をそれぞれアップロードした行為により、少なくとも X の本件写真に関する著作権（複製権）が侵害されて

²⁷ もっとも、判旨がインラインリンク設定型について幫助を認めたことからすれば、ここでも、「複製（画像）」による公衆送信権侵害の幫助を認めることができたようにも思われる。裁判所がそのような構成を採用しなかったのは、自分の行為を自分自身で幫助するという説明に無理があると考えたのであろうか。なお東京地判平成25年6月28日裁判所 HP（平成24年（ワ）第13494号）は、原告文書3の PDF ファイルを原告（著作権者）に無断でアップロードした被告 Y1 自身がその後にブログの記事（ウェブページ）において当該 PDF にリンクを張った事案につき、「被告 Y1 が本件 URL を掲載して使用することは、それによって被告ブログ1の利用者が原告文書3をダウンロードし、原告文書3について原告が有する公衆送信権を被告 Y1 が侵害する行為を引き起こす行為であり、原告は、被告 Y1 による本件 URL の掲載、使用を差し止めることができるものというべきである」（傍点は引用者。）として、ブログへの URL の掲載の差し止めを肯定している。ここでは幫助という用語は用いられていないものの、自分自身の行為によって自分自身による公衆送信権侵害を引き起こすという評価がなされている。

いることは明らかである」とされた。上述のように本来は複製ではないはずの第二行為を、第一行為と一体的に捉えることによって複製権侵害行為と評価することが、この「一体的な複製」論の目指したところである。

しかしこの議論には二つの問題が含まれている。

（3）第一の問題点：支分権主義との関係

第一の問題点は、これが著作権の支分権主義から逸脱しているというものである。

支分権主義とは、「権利の対象となる行為を個別的に指定する方式」²⁸である。著作権の対象となる利用行為は、およそ権利者に経済的な悪影響を及ぼす行為全般などという包括的・無限定なものではない。確かに旧著作権法(明治32年法律第39号)では包括的な規定ぶりとなっていたが²⁹、現行著作権法においてはその立法形式は維持されず、次に見るような支分権の限定列举方

²⁸ 前田健「著作権法の設計思想」著作権研究44号（2018年）121頁。

²⁹ 旧著作権法1条1項は著作者の権利として「其の著作物を複製するの権利を専有す」と規定し、2項において「文芸芸術の著作物の著作権は翻訳権を包含し各種の脚本及楽譜の著作権は興行権を包含す」としていた。ここで「複製」とは（現行著作権法における複製概念とは異なり）、「各種の権能を総括する用語」として用いられており（小林尋次『再刊 現行著作権法の立法理由と解釈』（第一書房、昭和33年（平成22年再刊））109頁）、演奏、歌唱、上映、上演、放送等の無形的利用が「複製」に含まれていた。そうすると、ある特定の利用行為が著作権の対象となるかは、この「複製」という包括的な語の解釈次第ということになる（実際、小林・前掲書109頁では、「口述」が「複製」に含まれるかという解釈論が展開されている。）。また札幌地判昭和32年4月19日下民集8巻4号795頁〔ミュージック・サブライ仮処分〕は「複製とは、その方法が有形的であると無形的であるとを問わず、いやしくも人をして原著物を感じせしめるような状態におく一切の場合をいうのであつて、その手段方法は必ずしも著作権法に明文をもつて規定されているものに限定されないと解すべきである。」「同法の明文の規定のみに固執するときは、文化社会の实情にそぐわないばかりでなく、かえつてその権利の侵害を助長し、ひいては文化の発展を阻害するおそれがある」と述べ、当時明文の規定がなかったレコードの有線放送が「複製」に含まれると判示した。この理解は当時の通説であったとされる（飯島久雄「判批」ジュリスト205号（昭和35年）57頁）。

式が採用された。すなわち、現行著作権法において「著作権」とは「第21条から第28条までに規定する権利」の総称として定義され（17条1項）、21条から28条において、複製権、演奏権、上映権、公衆送信権、頒布権、翻案権といった支分権が限定列挙されている。これらの支分権に掲げられている行為のみが著作権の内容であり、逆にこれらに掲げられていない行為は著作権の内容ではない。これが支分権主義、あるいは支分権の列挙主義³⁰と呼ばれる立法形式である。

支分権の対象とされている個別の行為は、歴史的に、著作者の排他的権利に服さしめるべきだと考えられる利用態様が現れるたびに法改正によって拡大されてきた。現行法制定後、貸しレコード問題を契機に貸与権が新設され³¹（当時26条の2、現26条の3。昭和59年改正）、放送権・有線放送権（昭和61年改正により有線送信権となった。）がインターネット送信を含む公衆送信権に拡大され（23条1項。平成9年改正）、上映権の客体が映画の著作物から著作物全般へと拡大され（22条の2）、譲渡権が新設され（26条の2）、レコードの再生演奏を演奏権の対象としないと規定していた附則14条が削除され（以上平成11年改正）、書籍・雑誌の貸与を貸与権の対象としないと規定していた附則4条の2が削除される（平成16年改正）などの改正が積み重ねられてきた。

このように著作権の内容は支分権という形で著作権法において限定列挙され、その拡大の必要がある場合には法改正によって対応されてきた。現在の支分権のリストはこのような歴史的経緯の産物であり、必ずしも、著作者の

³⁰ 齊藤博『著作権法概論』（勁草書房、2014年）88頁。列挙主義に対しては「著作物利用の新技術に対応できるのかという疑問も生じ」得るが、「他面において、著作権の内容が限定的に示され、明確化されていることの意義も看過できない」とする。

³¹ 経緯につき、半田正夫「貸しレコードと貸与権」『著作権の窓から』（法学書院、2009年）110頁（初出は弁理士受験新報2006年11月号）。

排他的権利に服さしめるのが望ましいと考えられる行為の全てを包含する形にはなっていない。そのような行為のうちいくつかのものをピンポイントに指定しているため、その指定には必然的に漏れが発生する。インラインリンクをめぐる問題（リーチサイト規制）はまさにこの漏れた領域に関わるものである。

支分権主義にはこのような限定性・硬直性がある一方で、権利範囲の明確化という積極的な意義もある³²。禁止される行為態様を支分権という形で提示することによって、第三者の行動の自由を確保する意義を果たしているのである。最高裁も、北朝鮮映画事件判決³³において、「著作権法は、著作物の利用について、一定の範囲の者に対し、一定の要件の下に独占的な権利を認めるとともに、その独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨で、著作権の発生原因、内容、範囲、消滅原因等を定め、独占的な権利の及ぶ範囲、限界を明らかにしている。」と述べ、著作権の内容・範囲を明らかにすることは「独占的な権利と国民の文化的生活の自由との調和を図る趣旨」によるものであることを明らかにしている。

そうすると、支分権主義を逸脱し、本来支分権の対象となっていない行為に対して著作権の侵害を認めることは、支分権主義の上記意義を蔑ろにするものだと言わなければならない。「一体的な複製」論はこの点で大きな問題を抱えている³⁴。

³² 鳥並良＝上野達弘＝横山久芳『著作権法入門〔第2版〕』（有斐閣、2016年）140頁。著作権法が支分権を限定列举し、各支分権の対象となる利用行為を法定することの意義として、「禁止権の対象となる行為類型をあらかじめ明らかに」すること（行為規範の安定性）と、「著作権侵害の成否を、客観的な行為の側面から形式的に判断することを可能にする」こと（評価規範の安定性）を挙げる。

³³ 最判平成23年12月8日民集65巻9号3275頁。

³⁴ なお規範的主体論（最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁〔クラブ・キャッツアイ〕及び最判平成23年1月20日民集65巻1号399頁〔ロクラクII〕）も支分権の対象となる行為を行っ

（４）「一体的な複製」論の狙い

それにもかかわらず裁判所があえて支分権主義から逸脱してまで第二行為につき複製権侵害を認めようとした背景には、発信者情報開示請求に特有の課題が潜んでいる。前述の通り、これが通常の侵害訴訟であれば、第一行為によって既に複製権及び公衆送信権の侵害が認められるのであるから、第二行為による侵害の成否を改めて問う実益はないであろう³⁵。しかし発信者情報開示請求においては、そこに実益が生じるのである。

それは開示される情報の範囲に関わっている。発信者情報開示請求においては、発信者情報として、IP アドレスやタイムスタンプ等の通信記録（ログ）の開示を求めていくことになるが、プロバイダにはログの保存義務がないと解されており³⁶、一般にプロバイダは3か月程度しかログを保存しない

ていない者（前者ではカラオケスナックの経営者、後者ではアンテナで受信した放送の機器への入力者）に侵害責任を課す点で同様の問題を抱えているように見えるかもしれない。しかしそこで問題となっているのは、物理的な支分権該当行為が存在することを前提に（前者では客による歌唱、後者ではサービス利用者の指示による録画）、その行為の主体をどのように捉えるべきかという点である。支分権該当行為が何ら存在しないところに侵害責任だけを発生させるわけではない。これに対し本判決の「一体的な複製」論は、既に第一行為による複製権侵害を帰責されている行為者に対し、重ねて、何ら支分権該当行為の存在しない第二行為をも帰責させるという点で、規範的主体論が適用される場面とは状況を異にしている。

³⁵ この点で、前掲注27・東京地判平成25年6月28日の原告が原告文書3のPDF ファイルの削除の請求をすることなく、被告ブログ1におけるURLの掲載・使用のみを対象とした差止請求を行ったことは不可解である。第一行為（アップロード行為）によって生じる自動公衆送信が公衆送信権の侵害となることから、侵害の停止の請求（112条1項）としてPDF ファイルの削除請求が可能であり、かつそれで権利の救済としては十分であると思われるからである。

³⁶ プロバイダ責任制限法の規定は発信者情報の保存を義務づけるものではないと判示した裁判例として、東京地判平成16年5月18日判タ1160号147頁及び東京地判平成17年3月22日判例秘書L06031149（平成15年（ワ）第11242号）。かえって、総務省の「電気通信事業における個人情報保護に関するガイドライン」32条1項は、通信履歴は業務の遂行上必要な場合に限りて記録することができるとし、同ガイドライン解説も「いったん記録した通信履歴は、記録目的の達成に必要な最小限の範囲内で保存期間を設定し、保存期間が経過したときは速やかに通信履歴を消去……しなければならない」とする。

とされている³⁷。

仮に本件において第一行為のみが複製権及び公衆送信権の侵害となり、第二行為はいずれの支分権の侵害でもないと捉える場合には、第一行為すなわち侵害サイト G2②への画像ファイルのアップロード時のログのみが開示対象となり、侵害サイト G2①への HTML ファイルのアップロード時のログは開示対象とならないことになる。第一行為が行われたのが3か月程度の保存期間よりも前であれば、そのログはすでに失われており、開示を受けることができない。

これに対し、「一体的な複製」論によって第二行為時のログをも開示対象と認めることができるならば、とりわけ第一行為と第二行為との間に時間的間隔があるために第二行為時のログについてはまだ保存されているというような事案においては³⁸、原告に救済の途が開かれることになる。

ログの保存期間との関係で可能な限り最新の情報を開示対象としたいというニーズは Twitter 社に対する一連の発信者情報開示請求事件に垣間見える。リツイート事件知財高裁判決における最新ログイン時 IP アドレスが開示対象となるかという議論や、東京地裁仮処分事件におけるツイートの都度プロ

³⁷ 久保健一郎＝福島政幸「インターネット上のトラブルの概観と解決法」東京弁護士会弁護士研修センター運営委員会編『インターネットの法律実務』（ぎょうせい、2014年）6頁では「3か月、6か月」が一つの目安と、清水陽平『サイト別 ネット中傷・炎上対応マニュアル』（弘文堂、2015年）74頁では「コンテンツプロバイダもホスティングプロバイダも、さらにはインターネットサービスプロバイダも、通信ログを保存している期間は3か月程度のことが多い」と、電子商取引問題研究会編『発信者情報開示請求の手引き』（民事法研究会、2016年）32頁では「携帯電話会社の場合で3か月程度」と、関＝小川・前掲注2・37頁〔野村昌也執筆〕では大手の経由プロバイダについて「3か月程度」とそれぞれ述べられている。

³⁸ もっともそのような事案なのかどうかは原告からは不明なので、原告としては常に最新の行為を侵害行為だと主張するよう行動するであろう。なお本件では別紙において第二行為時（侵害サイト G2①の公開日時）が分単位まで特定されている一方（おそらくまとめサイトの記事に投稿日時が表示されていたのであろう。）、第一行為時（侵害サイト G2②へのアップロード時）がいつかは特定されていない。

フィール画像の改変（同一性保持権侵害）が生じているという認定³⁹などはその例である。本判決における「一体的な複製」論もこのような動機に導かれたものと言えよう⁴⁰。

とはいえ、このような手続き上の救済の必要性があるからといって、軽々しく実体法を歪めてよいということにはなるまい⁴¹。

³⁹ 決定文に接していないので確実ではないが、前注5の報道記事からはこのように推測される。これはリツイート事件知財高裁判決の判示（「本件アカウント1の流通情報1（6）及び（7）〔引用者注：個別ツイートに表示されるプロフィール画像〕については、流通情報1（3）の画像と同じものが表示されているから、著作人格権の侵害があると認めることはできない」とは異なる判断である。しかしこの判断の違いは事実関係の違いに由来する。すなわちリツイート事件の当時にはプロフィール画像は正方形のまま（＝改変なしで）表示されていたのに対し、2017年6月の仕様変更以降はこれを円形に表示させるCSSが導入された。東京地裁決定はこのCSSの適用によってツイートの都度プロフィール画像の円形への改変が生じていると捉えたのであろう。以上につき、谷川・前掲注4・529-539頁参照。

⁴⁰ ただし本件で本当に開示対象を拡大的に捉える必要性があったのかについては、次の2点から疑問がある。第一に、侵害サイトGは実際には自動更新のまとめサイトではないかと推測され（前注24参照）、仮にそうであれば、画像ファイルのアップロード（第一行為）とHTMLファイルのアップロード（第二行為）とはほぼ同時に機械的に行われたはずであり、片方のログのみが現存しているということは想定しづらい（どちらも残っているかどちらも残っていないかのいずれかであろう）。第二に、そもそも本件でXが開示を求めている発信者情報は通信記録ではなく氏名・住所等の契約者情報である。契約者情報は少なくとも契約（ホスティング契約やドメイン名登録契約）の存続期間中は保存される種類の情報なのであるから、やはり片方の行為時の情報しか現存しないということは考えにくい。

⁴¹ 本判決のアプローチは、開示対象を拡大するために実体法上の権利侵害の範囲を拡大するというものである。これに対し、実体法上の権利侵害範囲はそのまま（つまり第一行為のみを侵害行為と捉えつつ）、それによって開示される発信者情報の範囲を拡大的に捉えるというアプローチもありうる。そのような例として東京地判平成27年1月29日LEX/DB25524217（平成26年（ワ）第19237号）がある。ここではリンク先記事による名誉権侵害が認められる一方、リンク元である掲示板へのリンクの投稿それ自体は名誉権の侵害ではないとの整理を前提に、リンク先記事の投稿とリンク元掲示板への投稿とが同一のIPアドレスから極めて近接した時期に行われていること等の事情から、両投稿者が同一人物であることが高度の蓋然性をもって推認されるとされ、プロバイダ責任制限法4条の「開示請求の対象が、当該侵害情報の発信そのものについての発信者情報に限定されているとまでいうことはでき」ず、リンク元掲示板へ

(5) 第二の問題点：「流通によって」要件との関係

「一体的な複製」論の第二の問題点は、「複製権」の侵害を認める点にある。

プロバイダ責任制限法4条1項1号には「侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき」と定められている。このうち「侵害情報の流通によって……権利が侵害されたこと」という要件との関係で、実は複製権には大きな欠点がある。というのは、複製権は「流通によって」侵害される種類の支分権ではないからである。

現行著作権法が規定する支分権は、二次的著作物に関わる27条及び28条を措くと、大きく二種類に分類することができる。それは公衆への提示・提供方法の（すなわち著作物の流通方法の）バリエーションに位置付けられるもの（22条から26条の3まで）と、そうではないもの（21条。複製権）である⁴²。前者はまさに流通そのものを対象とするのに対し、後者すなわち複製権は流

の投稿に係る発信者情報は、「リンク先記事を投稿した発信者の特定に資する情報というべきであり、法4条1項が開示請求の対象としている『当該権利の侵害に係る発信者情報』に当たるものと認めるのが相当である」として開示請求が認容された。リンク元掲示板への投稿（第二行為）それ自体は実体法上違法ではないものの、権利侵害であるリンク先記事の投稿（第一行為）に係る発信者の特定に資する情報として第二行為に係る情報の開示を認めるアプローチである（同様の発想として東京地判平成29年4月25日 LEX/DB25553410（平成28年（ワ）第25679号）〔「法は、侵害情報の発信者についての情報であれば開示の対象となるとしており、その情報が侵害情報の発信に係るものであるか、非侵害情報の発信に係るものであるかにより区別しているわけではないと解するのが相当である。〕。〕。もっとも同項が開示請求の対象としているのは「侵害情報の発信者の特定に資する情報」ではなく「侵害情報の発信者の特定に資する情報であって総務省令で定めるもの」であるから、このアプローチに対しては、第二行為に係る情報が省令各号のいずれに当たるのか（例えば東京地判平成28年9月8日 LEX/DB25537357（平成28年（ワ）第33号）は、省令にいう「発信者その他侵害情報の送信に係る者」の情報とは「あくまで侵害情報に係る特定電気通信の過程で把握された発信者を識別するための情報を意味すると解すべきであり、侵害情報そのものには当たらない情報を送信した者の情報は含まない」とすべきである」と狭く解する。）、いずれにも当たらないとした場合に省令による限定列挙が法律による委任の趣旨に適合的であるかという問題が提起されることとなる。

通そのものではなくその前段階を対象とするにすぎない。販売（譲渡権の対象）の前段階としての印刷行為や、自動公衆送信（公衆送信権の対象）の前段階としてのアップロード行為などが複製権の対象である。

そうすると、いざ実際に流通が始まる時点においては、複製行為はもう完了していることになる。「流通によって」複製権が侵害されるということは時系列的にあり得ない⁴³。「流通によって」侵害されるのは公衆送信権や、著

⁴² 現行著作権法制定時には、このように大きく二つに分類する大陸法にならった規定に体系化することも検討された（例えばオランダ著作権法1条は、著作権とは著作物を公衆に向けて利用することと複製することの二種類から構成されることを明記し、12条において公衆に向けた利用のバリエーションを列挙する構成になっている。国立国会図書館調査立法考査局『著作権法改正の諸問題』（昭和45年）89頁では興行権と複製権に大別するフランス法と、有形的に利用する権利と無形的に公に複製する権利とに大別する西ドイツ法とが参照されている。）。結局この大きな分類が法律上明記されるには至らなかったが、「複製権で著作物を有形的に利用する権利をほぼカバーし、別に著作物の無形的利用に関する各種の権利を具体的に掲げている」（前掲書92頁）とされている通り、理論的には複製権とそれ以外に大きく分類することができる。

⁴³ もっともプロバイダ責任制限法4条における「流通」概念を広く捉え、アップロード（アップロード者とアップロード先サーバとの間の1対1の通信）の時点で既に「流通」が始まっていると解するのであれば、この点は解決可能かもしれない。最高裁は平成22年の判決（最判平成22年4月8日民集64巻3号676頁）において、このような1対1の通信を媒介する経由プロバイダが「特定電気通信役務提供者」（同法2条3号）に該当すると判断した。もっともここでは同条1号の特定電気通信の定義のうち「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信」という文言に着目しており（アップロードがこのような目的の電気通信であることはその通りである。）、従って経由プロバイダの通信設備は同条2号の特定電気通信設備に、経由プロバイダは同条3号の特定電気通信役務提供者に当たるという連鎖的な文言解釈によって結論が導かれている。ここでは「流通」という文言の解釈は問題となっていない。そうするとアップロード（複製）を媒介した経由プロバイダが特定電気通信役務提供者になることと、「流通によって」複製権が侵害されることは別の問題であり、最高裁は後者については判断を示していないことになる（プロバイダ責任制限法実務研究会編『プロバイダ責任制限法判例集』（LABO、2016年）211頁も、誰が特定電気通信の始点なのかという問題につき、最高裁は判断を行っていないとの理解を示している。）。もっとも最高裁の判決文中にはアップロードのための電気通信を「最終的に不特定の者によって受信されることを目的とする情報の流通過程の一部を構成する電気通信」と呼んでいる箇所があり、この判示を重視するのであればアップロー

作者人格権のうち「公衆への提供又は提示に際し」働く公表権と氏名表示権である。しかし複製権はそうではない。複製権という支分権の侵害行為は、アップロードによってサーバの保存領域に著作物が記録されたことによって完了する。その後の送信には複製権は関わらない（ただし前注26の場合は別論）。

冒頭に述べたように著作権等に関する発信者情報開示請求事件が増加しているが、プロバイダ責任制限法の開示要件の充足性は従来の裁判例においてほとんど意識されてこなかった⁴⁴。どこかの段階でいずれかの支分権の侵害があればよいと考えられてきたきらいがある⁴⁵。しかしプロバイダ責任制限法の法文上はそうではない。「流通によって……権利が侵害されたこと」が要件なのである。そうすると、この文脈で複製権を持ち出すのは不適切である⁴⁶。

下の段階から「流通」過程が始まっていると考えられることになる。これに対し調査官解説（市川多美子・最終解民事篇平成22年度（上）284頁）は、「上記の電気通信は、これとウェブサーバの記録媒体等から不特定の者への情報の送信とを不可分一体として捉えるかどうかはともかく、不特定の者によって受信されることを『目的とする』電気通信の送信（特定電気通信）に該当すると解するのが、プロバイダ責任制限法2条各号の文理に照らしても自然である」として、不可分一体と捉えるかどうかを留保している。

⁴⁴ 稀有な例外と思われるのが、海賊版DVDをインターネットオークションに出品して頒布の申出をした事案にかかる東京地判平成22年12月7日判例秘書L06530731（平成22年（ワ）第5406号）である。裁判所は「プロバイダ責任制限法4条1項の規定によって発信者情報の開示請求が認められるためには、特定電気通信によって流通する情報がそれ自体で被害者の権利を侵害するものであることが必要である」と述べたうえで、落札後に行われるDVDの占有移転が頒布権の侵害となるとしても、その販売の申出にかかる情報は「それ自体では原告の権利を侵害する情報ではない」ことを理由に開示請求を棄却した。なお本件当時には未施行であったが、現在では113条1項2号が改正され（平成21年法律第53号）、「頒布する旨の申出」がみなし侵害とされているので、申出を内容とする情報が流通することによって著作権が侵害され、開示対象となる。

⁴⁵ 例えば「どーじんぐ娘。」事件判決（前注12）に対して、「情報の流通によって」要件との関係の検討が不十分であるとの指摘がある。田中昌利＝山内貴博＝平津慎副「ウェブサイトに対するリンクの掲載行為による著作権侵害の成否」知財研フォーラム99号（2014年）23頁。

プロバイダ責任制限法4条1項の要件にも、支分権主義と同様、第三者の権利保護という趣旨がある。平成22年の最高裁判決⁴⁷によれば、「法4条の趣旨は、特定電気通信（法2条1号）による情報の流通には、これにより他人の権利の侵害が容易に行われ、その高度の伝ば性ゆえに被害が際限なく拡大し、匿名で情報の発信がされた場合には加害者の特定すらできず被害回復も困難になるという、他の情報流通手段とは異なる特徴があることを踏まえ、特定電気通信による情報の流通によって権利の侵害を受けた者が、情報の発信者のプライバシー、表現の自由、通信の秘密に配慮した厳格な要件の下で、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者に対して発信者情報の開示を請求することができるものとする事により、加害者の特定を可能にして被害者の権利の救済を図ることにある」。ここで「情報の発信者のプライバシー、表現の自由、通信の秘密に配慮した厳格な要件の下で」とされているように、4条1項の要件を無視することはこの趣旨を蔑ろにするものである。

「一体的な複製」論には、支分権主義の趣旨に加え、このようなプロバイダ責任制限法4条の趣旨をも蔑ろにするという、二重の問題がある。

5 発信者情報開示請求と支分権主義

（1）他の権利（名誉権・プライバシー権等）との違い

ところで発信者情報開示請求においては被侵害権利として著作権等以外の権利が主張されることもある。というよりもむしろ、著作権等が主張される

⁴⁶ 同様に、著作隣接権のうち送信可能化権を持ち出すのも不適切ということになる。ただし著作権には公衆送信権があるのとは異なり、著作隣接権には公衆送信権は存在しない（92条の2、96条の2、99条の2、100条の4）。それゆえ、送信可能化権が発信者情報開示請求において使えないとするならば、著作隣接権者の保護に欠けることになる。「流通」概念の解釈論（前注43）により対応できないとすれば、立法的課題となる。

⁴⁷ 前注43。

ことは極めて少なく、圧倒的に名誉権・プライバシー権が多い⁴⁸。

そして名誉権と著作権との間には、侵害判断の手法において大きな違いがある。それは行為態様への着目の要否である。名誉毀損事件においては、行為者の行った事実摘示の内容が名誉毀損表現であるかどうかという点、言い換えれば表現の内容に着目して判断が行われる。そこでは、行為者が、①人前で話したのか、②手紙を郵送したのか、③ビラを貼りつけたのか、④ビラを配布したのか、⑤雑誌を販売したのか、⑥テレビで放送したのか、⑦動画投稿サイトに投稿したのか、⑧映画を上映したのか⁴⁹、といった事実の摘示の行為態様は、公衆性が問題となる場合を除いて、重要とはされない⁵⁰。

これに対し著作権は行為態様に着目して支分権を設けているので、上記の

⁴⁸ 門野智美「リーチサイト規制について——プロバイダの視点からの考察」NBL1121号（2018年）26頁にはYahoo! JAPANのCGMサービスに対して寄せられた削除請求における被害者利益として請求者が主張した内訳が紹介されているが、それによれば名誉権とプライバシー権の一方又は双方を含むものが全体の89.5%であり、これに対し著作権は全体の0.9%に過ぎない。また電子商取引問題研究会編『発信者情報開示請求の手引き』・前掲注37の巻末には平成15年から平成26年までの間に公表された発信者情報開示請求事件の裁判例一覧として216件が紹介されているが（件数は判決単位であり、同一事件の原審と控訴審は2件とカウント）、そのほとんどが名誉毀損や信用毀損、プライバシー侵害が主張された事件であり、著作権等の事件は18件（8.3%）である。ただし注1のとおり近年増加傾向にある。

⁴⁹ それぞれ、①最判昭和34年5月7日刑集13巻5号641頁、②東京高判昭和58年4月27日高判集36巻1号27頁、③福岡高判昭和50年1月27日刑月7巻1号14頁、④最判平成元年12月21日民集43巻12号2252頁、⑤最判昭和56年4月16日刑集35巻3号84頁、⑥最判平成15年10月16日民集57巻9号1075頁、⑦大阪地決平成27年6月1日判時2287号75頁、⑧（プライバシー侵害の事案であるが）東京高決昭和45年4月13日高民集23巻2号172頁〔「エロス＋虐殺」〕の事案。

⁵⁰ したがってリンクを用いた名誉毀損（名誉毀損表現を含むウェブページのURLを書き込むだけで名誉毀損になるかという問題）についても、これを認めることが可能であると考えられてきた。肯定例として東京高判平成24年4月18日LEX/DB25481864（平成24年（ネ）第127号）〔セクハラという言葉と共にURLを書き込んだ事案で、閲覧者はリンク先に移行するのが通常であろうと推測されるとして、当該書き込みはリンク先記事を取り込んでいると評価〕、東京地判平成25年1月17日LEX/DB25510103（平成24年（ワ）第23759号）〔投稿者が「いろいろ情報は↑見て送って」と記載していたことから、リンク先の記事の内容を含めて名誉権の侵害の有無を判断〕、東京地判平成26年11月7日LEX/DB25522921（平成26年（ワ）第13217号）

事例ではそれぞれ、口述権（①）、譲渡権（②④⑤）、展示権（③）、公衆送信権（⑥⑦）、上映権（⑧）といった異なる支分権が関わってくる。そして各支分権ごとにそこでカバーされる行為を比較的詳細に規定しており、例えば③の展示権については美術の著作物等の原作品である場合に限られるとか、⑦の公衆送信権についてインラインリンクは該当しないとといったように、その微妙な権利範囲が問題になってくるのである。そうすると、発信者情報開示請求事件において被侵害権利として主張される著作権（の支分権）が「流通によって」侵害されたのかどうかを判断するためには、発信者による流通の具体的な行為態様に着目し、それがいかなる支分権の権利範囲に属する行為であるかを丁寧に見ていかなければならない。もっぱら侵害情報の内容のみに着目しておけば足りる名誉毀損の場合とは、この点に重要な違いがある⁵¹。そのため、流通の態様がインラインリンク設定である場合には、必然的に、

〔ハイパーリンクの張られていない URL 文字列の書き込みの事案〕など。

他方、最近になって否定例として東京地決平成27年3月10日 LEX/DB25541641（平成26年（ヨ）第4144号）〔プロバイダ責任制限法の「趣旨や文言からすれば、法4条1項の規定によって発信者情報の開示請求が認められる要件である『侵害情報の流通によって』被害者の権利が侵害された場合に該当するためには、当該特定電気通信による情報（文字データ）の流通それ自体によって権利を侵害するものであることが必要であるというべきである」と述べ、URL 情報自体は名誉毀損表現ではないと判断〕及びその抗告審である東京高決平成27年4月28日 LEX/DB25541642（平成27年（ラ）第579号）〔原決定を引用しつつ、「なお、抗告人は、リンク先として URL 情報が書き込まれることによって侵害情報が閲覧される機会が増えるから、URL 情報の記載それ自体が名誉権の侵害に当たると主張するが、その場合でも第三者が URL の示すウェブページを閲覧することによって初めて権利侵害が問題となるのであり、仮にリンク先として URL 情報が転々流通したとしても、文字データにすぎない URL が流通するのみで権利侵害が生じるとはいえない」と付加判断〕が現れた。肯定例の裁判例が名誉毀損の成否という実体法の枠内だけで考えているのに対し、否定例の裁判例はプロバイダ責任制限法4条1項の開示要件の文言を踏まえたものとなっている。確かに実体法の枠内では行為態様の限定がないという点は本文記載の通りだが、発信者情報開示請求を行う際には実体法上の権利侵害に加えてプロバイダ責任制限法4条1項に特有の「流通によって」要件が課されるのであるから、否定例の裁判例のように「流通によって」要件の解釈論に位置付けて議論を再構成することが必要であろう。

インラインリンクと公衆送信権の関係に関する実体法の議論に踏み込まざるを得なくなるのである⁵²。

(2) おわりに

著作権の支分権は、著作物の各種の利用形態の中から、著作権者の経済的利益への悪影響の大きな行為を選び出してピンポイントで指定する方法で歴史的に拡大してきたものであり、侵害となる行為態様を比較的詳細に特定して限定的に列挙することを特徴としている（支分権主義）。このような限定的・硬直的な「縦割り」の権利構造は、とりわけ、発信者情報開示請求において開示対象となる情報の範囲を広く捉えたいとするニーズとの関係で困難な問題を生み出す。インラインリンクの扱いはまさにこのような問題であり、「一体的な複製」論は両者の板挟みの中で生み出された産物であると言えよう。

開示対象の狭さや開示要件の厳格さはプロバイダ責任制限法自体に由来するところが大きいと思われるが、これらの手続き上の課題に対応するために実体法である著作権法において「一体的な複製」論のような新奇的な理論を構築していくことの必要性がどこまであるものなのか、あるいは端的にプロバ

⁵¹ さらに言えばプロバイダ責任制限法4条1項で用いられている「侵害情報」という概念自体が著作権法と適合的でないという根本的な問題がある。名誉毀損やプライバシー侵害の場合にはまさに流通する情報の内容それ自体を見てそれが侵害情報であるかどうかを判断することが可能であろうが、著作権の支分権主義は行為態様に着目する思考様式であり、一定の（すなわちいずれかの支分権の対象となっている）態様によって流通させて初めて侵害となるため、流通概念と切り離して「侵害情報」を独自に観念することはできない。

⁵² したがって本判決がインラインリンク設定型について公衆送信権侵害の成否を丁寧に検討した点は正当であり評価に値する。これに対し特段の説明もなくリンクにつき公衆送信権侵害を肯定して発信者情報開示請求を認容した前掲注6・札幌地判平成29年6月14日（①判決）や千葉地判平成28年4月28日 LEX/DB25549564（平成27年（ワ）第244号）及びその控訴審である東京高判平成28年11月17日 LEX/DB25549566（平成28年（ネ）第2919号）には疑問が残る。

イダ責任制限法の立法問題であると切り捨てればよいのか、しかし後者のような態度は著作権者の救済の観点から十分と言えるのか。「一体的な複製」論はこのような課題を著作権法学に対して突きつけている。

※本稿の執筆に当たっては、青木大也准教授の本判決についての判例研究会報告（平成30年9月）及びその後の質疑応答から多くの示唆を得た。とりわけ、「一体的な複製」論には著作権法上の実益は乏しいが発信者情報開示請求との関係で実益があるのではないかとの視点は青木報告において既に指摘されていたものである。