

判例研究

# 漫画海賊版サイト「はるか夢の址」<sup>あと</sup>刑事事件 (大阪地判平成31年1月17日裁判所 Web(平成29年(わ)第4356号))

谷川和幸\*

## 1 はじめに

漫画の大規模な海賊版サイトが近時大きな社会問題となっている。一連の海賊版サイトのうち最初に報道で大きく取り上げられた「フリーブックス」(2017年5月閉鎖)は、スマートフォンによる閲覧のしやすさの点で従来の海賊版サイトとは一線を画するサイト構成となっており、手軽に無料で漫画や小説が読めるサイトとして中高生の間に広まっていた<sup>1</sup>。2017年10月には国内向け海賊版サイトの中で最大規模といわれる「はるか夢の址」<sup>あと</sup>(2017年7月閉鎖)の運営者らが逮捕された<sup>2</sup>。同サイトでは、後述の通り、ファイルがダウンロードされた回数に応じて報酬が得られることを謳って多数の投稿者に漫画等のファイルを競い合って投稿させる仕組みを有しており<sup>3</sup>、運営者と共にこれらの投稿者も逮捕されている<sup>4</sup>。さらに2018年になると今度

---

\*福岡大学法学部准教授

<sup>1</sup> 「漫画など無断公開 5万点が被害に」(読売新聞、2017年5月10日朝刊)、「漫画無料公開、被害100億円 大手出版社、再開を警戒 法的手段検討」(SankeiBiz、2017年5月17日) <<http://www.sankeibiz.jp/compliance/news/170517/cpb1705170615002-n1.htm>> (2019年6月20日閲覧。以下のURLも同じ。)

<sup>2</sup> 「漫画海賊版に誘導 逮捕へ」(読売新聞、2017年10月31日朝刊)。

は「漫画村」が取り沙汰され、同年4月13日に知的財産戦略本部・犯罪対策閣僚会議において決定された「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」において「特に悪質な海賊版サイト」として名指しされたことは記憶に新しいところである<sup>5</sup>（「漫画村」は同月に閉鎖）。

インターネット上に漫画等の著作物のファイルをアップロードする行為が著作権（複製権及び公衆送信権）侵害となり、刑事罰の対象となることは明らかである<sup>6</sup>（著作権法21条、23条1項、119条1項。以下、著作権法の条文は単に条文番号のみで示す）。ところが近時の一部の海賊版サイトの巧妙な点は、サイト運営者自身がファイルのアップロードを行うわけではなく、あくまでも第三者が外部のサーバ（クラウドロッカーやストレージサービス、アップローダ等と呼ばれる。）にアップロードしたファイルへのリンクを掲載しているに過ぎないという建前で運営されている点である<sup>7</sup>。確かに現行著作権法は著作物の送信及び送信可能化に着目した規制をしており（23条1

---

<sup>3</sup> 「海賊版投稿数で格付け リーチサイト 会員競わせ規模拡大」（読売新聞、2017年11月1日夕刊）、「週プレもジャンプも悪辣な被害を被っていた！日本最大最悪の海賊版組織「はるか夢の址」の真実」（週プレNEWS、2017年11月8日）〈<https://wpb.shueisha.co.jp/news/society/2017/11/08/94582/>〉、福井健策「ネットのダークマター、海賊版はもう止まらないのか？」情報管理60巻10号（2018年）735頁。

<sup>4</sup> 「海賊版へのリンク公開 著作権法違反容疑 9人逮捕」（読売新聞 [新潟]、2017年11月1日朝刊）。後記の本件の事案の概要において「G以外の前記Fら14名」とされているのが投稿者である。講談社「「はるか夢の址」大阪地裁の判決についてのコメント」（2019年1月17日）〈[https://www.kodansha.co.jp/upload/pr.kodansha.co.jp/files/pdf/2019/20190117\\_harukayumenoato.pdf](https://www.kodansha.co.jp/upload/pr.kodansha.co.jp/files/pdf/2019/20190117_harukayumenoato.pdf)〉によれば、これらの投稿者についても、本判決とは別に有罪判決が出ているとのことである。

<sup>5</sup> 内閣府知的財産戦略推進事務局『「インターネット上の海賊版サイトに対する緊急対策」について』コピーライト687号（2018年）30頁、平井佑希「海賊版サイトをめぐる法的論点の検討——『漫画村』の出現を契機として」ジュリスト1523号（2018年）82頁。

<sup>6</sup> ファイル交換・共有ソフトを使用した事案に係る刑事裁判例として、京都地判平成16年11月30日判時1879号153頁〔Winny〕（公衆送信権侵害を肯定）や京都地判平成22年12月6日判例秘書L06550647（平成22年（わ）第1511号）〔Share 及び Winnyp〕（複製権侵害及び公衆送信権侵害を肯定）などがある。ファイル交換・共有ソフト以外の事例については後記4（2-3）を参照。

項、2条1項7号の2、同9号の4、同9号の5）、リンクの場面ではリンク先サーバから著作物が送信されるのであるから、リンク元サイトの運営者は公衆送信権の直接侵害の主体ではないと一般に理解されている（詳しくは後記4（3-2））。このようにリンクのみを掲載するサイトはリーチサイトと呼ばれ<sup>8</sup>、現行著作権法では対応に限界があることから、リーチサイト規

<sup>7</sup> 例えば「漫画村」のサイト内には、ウェブ上にある画像ファイルにリンクを張っているに過ぎないので違法ではない旨を主張する文章が掲載されていた。久保雅一「ネット上の海賊版サイトに翻弄された平成時代のコンテンツ産業」コピライト694号（2019年）1頁は、「漫画村」が「リーチサイトであるから著作権法違反には問えないとして、ウェブサイト上でコンテンツホルダーや警察への挑発を繰り返していました」と述べる。

<sup>8</sup> リーチサイトという言葉の初出ははっきりしない。「はるか夢の址」の運営者（おそらく本判決の被告人A）らへの対面インタビューに基づいて執筆された須藤龍也「メディア業界挙げて問題解決を——リーチサイト『はるか夢の址』摘発の意味」新聞研究799号（2018年）56頁には、「リーチサイト（Reach siteもしくはLeech site）という言葉は彼ら〔引用者注：「はるか夢の址」の運営者ら〕が命名したという。お目当ての海賊版ファイルに手が届く（Reach）という意味や、ファイルをひたすらダウンロードする『ヒル』のような連中を指すネットスラング（Leecher）という意味を含ませた。」との記載があるものの、命名たとされる時期は明らかでない（なお「はるか夢の址」の前身であるサイトが第三者によって開設されたのが2008年、その者からAらが運営を引き継いだのが2011年である。）。他方、政府の文書で「リーチサイト」という語が登場する最初のもは、2010年2月16日開催のコンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ第1回会合の参考資料2、内閣官房知的財産戦略推進事務局「インターネット上の著作権侵害コンテンツをめぐる状況について」（平成22年2月16日）だと思われる。同会合の議事録の中では「著作権侵害コンテンツサイトへのアクセスの橋渡し役であるリーチサイト」と説明されている（なお同ワーキンググループの委員であった平野晋は同年に、「リーチサイト」の語を副題に掲げた論稿、「Intellectual Reserve, Inc. v. Utah Lighthouse Ministry, Inc. ～『リーチサイト』（indexing website）の寄与侵害の蓋然性を認めた代表事例～」国際商事法務38巻6号（2010年）856頁を公表している。）。また同年12月17日開催の文化審議会著作権分科会国際小委員会（第3回）議事録には、「我々が非常に対応に困っている形態の1つで、『リンク型』と呼ばれるものです（最近では『リーチサイト』などと呼ばれるようです）。これは、違法なスキャンデータを外部、例えばオンラインストレージとかにアップして、リンクで自らのブログ、サイトに引っ張ってくるという形態です。」とする出版社の発言がみられる。これらの使用例からは、初出は明らかではないものの遅くとも2010年以降には一般に使用されるようになった用語であると考えられる。

制のための法改正につき議論が進められてきた<sup>9</sup>。

もっとも建前上はリンク掲載に過ぎないと言っている、外部サーバにファイルをアップロードした者が実際にはリーチサイト運営者と同一人物なのであれば、アップロード（すなわち送信可能化）を行った事実の証明が可能な限りにおいて、なお送信可能化による公衆送信権侵害を肯定することが可能である。そしてこのことは、アップロード者（実行行為者）とサイト運営者とが別人であっても、両者の間に共同正犯が成立する場合にはやはり同様である<sup>10</sup>。

リーチサイト「はるか夢の址」においては、後述の通り、アップロード者とサイト運営者との間に共同関係が存在していたと考えられる。それゆえ、著作権法は送信及び送信可能化のみに着目しているためにリンクの掲載それ自体は著作権侵害（直接侵害）とならないとする通説的理解を前提にしたとしてもなお、サイト運営者を著作権（公衆送信権）侵害罪の（共謀）共同正犯と捉えることが可能な事案であった<sup>11</sup>。実際、大阪地方裁判所は2019年1月17日、「はるか夢の址」の運営者ら3名に対し、それぞれ懲役3年6月、

---

<sup>9</sup> 後藤健郎「リーチサイト～その実態と法改正への提言～」コピーライト665号（2016年）29頁、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）24頁、小泉直樹「リーチサイト」ジュリスト1525号（2018年）27頁、文化審議会著作権分科会「文化審議会著作権分科会報告書」（2019年2月）〈[http://www.bunka.go.jp/koho\\_hodo\\_oshirase/hodohappyo/1413701.html](http://www.bunka.go.jp/koho_hodo_oshirase/hodohappyo/1413701.html)〉。もっともこの法改正が2019年6月現在実現していない経緯については、川崎祥子「著作権法改正案の提出見送りに至る経緯——インターネット上の海賊版対策をめぐる——」立法と調査411号（2019年）79頁を参照。

<sup>10</sup> 漫画の海賊版ファイルのアップロード行為とリンク設定行為に関して、両行為者が同一人物であるか、そうではないとしても共同関係が存在すると推認された民事裁判例として、東京地判平成26年1月17日裁判所 Web（平成25年（ワ）第20542号）〔ドーナツ嬢。〕。

<sup>11</sup> もっとも本件では被告人らが犯罪の成立を争っていないことから、共同正犯の成否について詳細な検討はなされていない。この点に関しては、インターネット上の「場」の提供者と、その「場」において違法行為（わいせつな動画の投稿等）を行った実行行為者との間に共謀共同正犯が成立するかが争われた大阪高判平成30年9月11日裁判所 Web（平成29年（う）第635号）を参照。

懲役3年及び懲役2年4月の実刑判決を下した（以下「本判決」と呼ぶ。）<sup>12</sup>。

とはいえ、本判決が果たして本当に上記のような通説的理解に基づいて、送信可能化のみに着目して侵害の成立を肯定したのかどうかは明らかではない。むしろ逆に、判決文中ではリンク掲載の点が重視されているようにも読める。仮にリンク掲載行為を著作権（公衆送信権）侵害と捉えたのであれば、公衆送信権の解釈をめぐる議論に大きなインパクトを与えるものとなろう<sup>13</sup>。何を侵害行為と捉えるべきかについては本判決自身が混乱しているようにも読めることから、分析が必要である。以下ではリンク設定行為の規律をめぐる複数の法律構成を含めて検討を行う。また最後に、提案されているリーチサイト規制立法にも簡単に触れる。なお本判決の「罪となるべき事実」第2（不正指令電磁的記録作成罪）については扱わない。

## 2 事案の概要（「罪となるべき事実」第1関係）

### （1）本件サイトの仕組み

被告人A、B及びCは、インターネットサイト「はるか夢の址」（本件サイト）を運営・管理していた者である。

本件サイトの具体的な仕組みや運営者と利用者（投稿者）との具体的な関係について、本判決中では「利用者による違法なアップロードと投稿を助長するための様々な仕組み」と述べられている以上の詳しい説明はされていないが、報道や、Wayback Machineに保存されている本件サイトのアーカイブ<sup>14</sup>を参照して総合すると、おそらく次のようなものであったと推測

---

<sup>12</sup> 大阪地判平成31年1月17日裁判所Web（平成29年（わ）第4356号）。本判決に言及する論稿として、西口博之「海賊版リーチサイトの違法性：平成31年1月17日大阪地裁判決に関連して」知財ふりむ198号（2019年）30頁、深町晋也「インターネットにおけるリンク設定行為の刑罰的課題」法律時報91巻6号（2019年）64頁及び桑野雄一郎「送信可能化行為が反復継続して行われた場合の罪数」ジュリスト1534号（2019年）8頁。

<sup>13</sup> 深町・前掲注12・69頁。

される。

まず本件サイトはいわゆる海賊版サイトであり、閲覧者は本件サイトを經由して、漫画、小説、雑誌等をスキャンした画像形式等のデータ（以下「海賊版ファイル」と呼ぶ。）にアクセスすることができる<sup>15</sup>。本件サイトのトップページには、コンテンツの種類に応じて「一般漫画」「雑誌」「少女漫画」「小説」「やおい」「青年書籍」「同人誌」「その他<sup>16</sup>」「自炊・初出」の9つのカテゴリが設けられ、それぞれ18個のコンテンツのタイトル等がリスト表示されている（例えば「雑誌」カテゴリには「週刊文春2017年05月25日号」「週刊少年マガジン2017年24号」「週刊少年サンデー2017年25号」等が並んでいる。）。ここに挙げられていないタイトルについても、検索機能を用いて検索してアクセスすることができる。

閲覧者がアクセスを希望するタイトルの表題部分をクリックすると、各タイトルの個別ページに遷移する。もっとも本件サイトはいわゆるリーチサイトであり、本件サイトの運営者が管理するサーバには海賊版ファイルは蔵置されていない。個別ページには当該タイトルの海賊版ファイルが実際に蔵置されている外部のアップローダ（ストレージサービス）<sup>17</sup>の名前が表示され

---

<sup>14</sup> <<https://web.archive.org/web/20170519151936/http://haruka-yumenoato.net/>>（2017年5月19日に作成されたアーカイブ）

<sup>15</sup> なおそのアクセスの様子は、基本的にはダウンロードである。この点で、画像ファイルのインラインリンクによってサイト上でそのまま画像を閲覧できる状態のオンラインリーディングサイト（「フリーブックス」や「漫画村」など）とは異なっている。リーチサイトとオンラインリーディングサイトとの区別につき、平井・前掲注5（ただし厳密には、ファイルがどのサーバに蔵置されているかではなく、インラインリンクの有無によるアクセス態様の差異によって区別されるべきものであろう。）。

<sup>16</sup> 料理本や写真集など。

<sup>17</sup> 例えば Rapidgator、Bitshare、Hotfile、Uploaded 等。Hotfile の運営者に関するアメリカの訴訟として、Disney Enterprises, Inc. v. Hotfile Corp., 798 F. Supp. 2d 1303 (S.D. Fla. 2011) がある。また Uploaded の運営者の行為が情報社会指令にいう「公衆への伝達」に該当するかについては現在、欧州司法裁判所に付託がなされている (C-683/18)。

ることになる。閲覧者はこのリンクをたどることによって外部ストレージサービスのサイトに遷移し、そこから目当ての海賊版ファイルをダウンロードすることが可能となるのである。

本件サイトは、自サイトについて次のように述べている。「はるか夢の址は合法的に運用されています。はるか夢の址が行っている行為は『WareZ Linking』に該当し、利用者が外部サービスへアップロードしたファイルへのリンクが利用者によって投稿されるフォーラム型サービスです。」<sup>18</sup>「運営委は投稿されているファイルに対する一切の権限を持ちません。これはファイルの削除や権利者からのクレーム対応においても同じです。当サービスに投稿されているファイルに関してクレームがある方、または法的措置を検討されている事業者様につきましては、リンク先のアップロード運営会社へお問い合わせ頂きますよう、よろしく願い致します。」<sup>19</sup>「はるか夢の址では、一切のファイルをホスティングしません。したがって、投稿者は外部のアップローダ（ファイルロッカー）を使用し、そのアップローダへの URL を投稿する必要があります。」<sup>20</sup>

これらの記述からは、運営者が相当意識的に本件サイトをリーチサイトとして、すなわち自らは海賊版ファイルをホスティング（蔵置）しないようにして運営していたことがうかがえる<sup>21</sup>。

---

<sup>18</sup> 「はるか夢の址について」 <<https://web.archive.org/web/20170519150446/http://haruka-yumenoato.net/guideline/meta/about>>

<sup>19</sup> 「投稿ファイルの取り扱いに関して」 <<https://web.archive.org/web/20170602232637/http://haruka-yumenoato.net/guideline/meta/posted-contents>>

<sup>20</sup> 「ファイルのアップロード」 <<https://web.archive.org/web/20170610104326/http://haruka-yumenoato.net/guideline/posting/upload>>

<sup>21</sup> もっとも当初よりこのような意識的な運営をしていたわけではないようである。須藤・前掲注 8・56頁では「当時サイトを構築していた無料の国内サーバーでは海賊版漫画を保存する容量がなく、海外のサイバーロッカーに保存先を頼っただけのことだった」と述べられている。

## (2) 利用者によるアップロードと URL 投稿を助長するための仕組み

リーチサイトを運営するためには、海賊版ファイルがどこかのアップローダにアップロードされることと、その URL を知得してリンクを張ることが必要となる。しかもリーチサイトが継続的にアクセスを集めるためには、日々、新作の海賊版ファイルの情報が集まることが望ましい。とはいえ、運営者自らが海賊版ファイルを用意して外部アップローダにアップロードするだけではその規模は大きなものとはなり得ない。そこで本件サイトは、利用者（投稿者）に海賊版ファイルを用意させ（具体的には「自炊」させ）、アップロードさせ、その URL を投稿させるための仕組みを用意した。

外部アップローダの中には、アップロードしたファイルがダウンロードされた回数に応じて、アップロード者に金銭的報酬が支払われる仕組みのサービスが存在する<sup>22</sup>。本件サイトではそのようなアップローダの利用を勧めることで、報酬目的のアップロード者が現れるよう誘引している。本件サイトの実際の宣伝文句は次のようなものである。「アップローダの中には、アフィロダと呼ばれる報酬付きのサービスがあります。これらのサービスにファイルをアップロードし、ダウンロード数を稼ぐことにより、大量の報酬を得ることができます。報酬には様々なものがありますが、主なものとしては Pay-Per-Download (PPD) プランと Pay-Per-Sale (PPS) プランがあります。前者は一定量のダウンロードにつき報酬が発生するものであり、後者は自分のウェブサイトやブログにリンクを張り、そのリンク経由でプレミアム会員が登録した場合に報酬が発生するものです。上手く運用することで毎月5000米ドルほど稼ぐことも可能です。」<sup>23</sup>

このような報酬を期待して海賊版ファイルをアップロードした投稿者は、

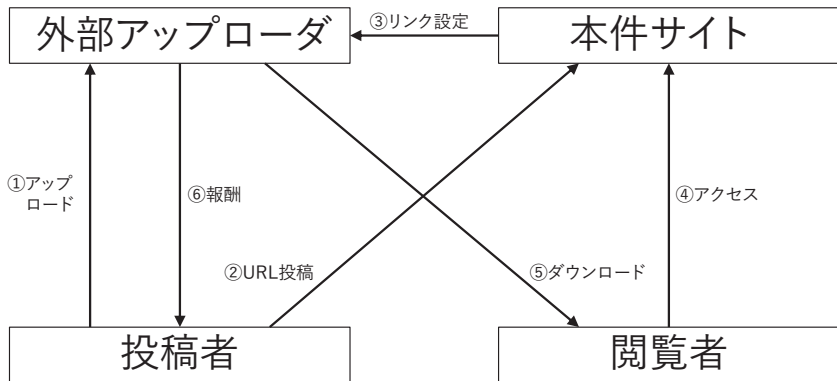
---

<sup>22</sup> このようなアップローダの財源は、有料会員の会員費である。福井・前掲注3・736頁。Disney Enterprises, Inc. v. Hotfile Corp. (前注17) の事実認定も参考になる。

<sup>23</sup> 前注20。



次に、その URL 情報等を本件サイトの個別ページとして投稿することになる。この操作は本件サイトの「ファイル登録」というページから行うことになる<sup>24</sup>。投稿者はこのページにおいて、自らがアップロードした海賊版ファイルについての各種情報、具体的には、カテゴリー、作者、作品名、外部アップロードに海賊版ファイルをアップロードした際に設定された当該ファイルへアクセスするための URL、コメント等の情報を投稿する。このような投稿者の操作を経て、本件サイトに海賊版ファイルの URL が集まってくるわけである。ここまでの流れを図示すると次のようになる。



しかし、投稿者が多くなれば、日々大量の個別ページが投稿されることでそれぞれの個別ページが埋没してしまい、投稿者が期待したほどのダウンロード数が稼げないという不満を生じさせることになるであろう。そこで本件サイトの運営者が考え出した巧妙な仕組みが、投稿者のランク付けである。本件サイトの利用者は、利用状況に応じて実績ポイントが貯まるようになっており、このポイントに応じて一般メンバー、シルバーメンバー、ゴールドメンバー等にランク付けされる<sup>25</sup>。ゴールドメンバー以上になると、自分が

<sup>24</sup> 「ファイル登録」 <<https://web.archive.org/web/20170629121807/http://haruka-yumenoato.net/post>>

「ファイル登録」したファイルに、「金ラベル」と呼ばれる特殊なラベルを付すことができるようになる。「金ラベル」が付されたファイルは本件サイトのトップページのリストの上位という目につきやすい場所に表示され、アクセスの集中が大いに期待される状態になるわけである。しかもこの「金ラベル」は投稿者自身が「自炊」したファイルにしか付すことができないとされているため、投稿者は発売直後の雑誌等を他の投稿者に先駆けて「自炊」して投稿するインセンティブを有することとなる<sup>26</sup>。このような競争原理を導入することで、本件サイトは単なるリーチサイトにとどまらず、むしろ海賊版ファイルをインターネット上に供給する発信源としての役割を担っていたとされる<sup>27</sup>。

このような本件サイトの運営者A、B及びCに対して漫画家等44名が告訴し、著作権法違反等で起訴されたのが本件である。

### (3) A、B及びCの関与

Aは、インターネット上の知識は無制限にリンクされるべきである、面白くない、あるいは、役に立たなかったコンテンツに対して対価を支払う必要はないなどといった考えから、本件サイトを開設した。その運営・管理全般を統括する中で、サイトを大きく有名にしたいといった願望から、利用者による違法なアップロードと投稿を助長するための前述のような様々な仕組み

---

<sup>25</sup> 「ユーザーランクと権限」 <<https://web.archive.org/web/20170430095851/http://harukayumenoato.net/guideline/account/user-rank>>。例えば他人が投稿したファイルをダウンロードする、自分で「ファイル登録」を行う、自分が登録したファイルを他人がダウンロードする等の利用実績に応じてポイントが加算されていき、一定値を超えるたびにランクアップする。

<sup>26</sup> 「ステータスとラベル」 <<https://web.archive.org/web/20170429055856/http://harukayumenoato.net/guideline/posting/status-and-label>>。また「ファイルの転載に関して」 <<https://web.archive.org/web/20170429062947/http://harukayumenoato.net/guideline/posting/reprinting>>のページでは明確に「自炊師の優遇」が謳われている。

<sup>27</sup> 前掲注3・週プレNEWS。

を作り、本件サイトを利用者の多いものに成長させていった。

Bは、もともと自身が運営していたリーチサイトとの業務提携を打診したことをきっかけとして、本件サイトの運営に関わるようになり、インターネットに関する豊富な技術や知識を生かして、Aに助言をし、本件サイトが摘発されないようにするためにサーバを海外に移行することを提案した上で、自らサーバの契約をし、サーバの保守・管理も引き受けていた。また、大きな利益を得るには至っていなかったものの、経済的利益を得るために、本件サイトに広告を掲載することをAに承諾させていた。

Cは、本件サイトの会員となり、報酬目的で書籍データをアップロードしているうちに、誘われて同サイトを管理する立場の一人となり、投稿を削除、編集等する投稿管理の役割を担うとともに、利用者拡大のための提言をAにして採用されるなどした。またCは次に述べるとおり実行行為者でもある。

「罪となるべき事実」第1は次の通りである（下線は引用者）。

「被告人3名は、『D』の名称で、インターネットサイト『E』を運営・管理していたものであるが、別表（省略）記載のとおり、Fら15名と共謀の上、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けないで、別表番号5ないし9においては被告人Cが、その余においてはG以外の前記Fら14名が、平成28年3月2日から平成29年7月18日までの間、48回にわたり、埼玉県草加市内前記F方等15か所において、同所に設置されたパーソナルコンピュータを使用してインターネットを介し、H等44名が著作権を有する著作物である漫画「I第J巻」等68点の各書籍データを、インターネットに接続された自動公衆送信装置であるサーバコンピュータの記録媒体に記録・蔵置した上、平成28年3月2日から平成29年7月18日までの間、48回にわたり、前記F方等15か所において、前記パーソナルコンピュータを使用してインターネット

を介し、前記各書籍データを記録・蔵置した場所を示す URL を、「K」等 2 事業者が管理する前記「E」のサーバコンピュータ内の記録媒体に記録・蔵置し、インターネットを利用する不特定多数の者に前記著作物68点の各書籍データを自動公衆送信可能な状態にし、もってそれぞれ前記著作権者の著作権を侵害した。」

なおここでの「著作権」とは、著作権の支分権の中でも公衆送信権（23条 1 項）を指している（本判決の「法令の適用」欄に「著作権法119条 1 項、23条 1 項」とある。）。

### 3 判旨（有罪）

裁判所は被告人 3 名につき、別表番号毎に刑法60条、著作権法119条 1 項、23条 1 項を適用した。「量刑の理由」では次の通り述べられている（下線は引用者）。

「被告人 3 名が、他の共犯者らと共謀して行った判示第 1 の各犯行は、インターネットサイト（以下「本件サイト」という。）のサーバコンピュータ内に、違法にアップロードされた漫画等の書籍データのリンクを掲載するなどして、不特定多数の者に対して書籍データを自動送信可能な状態にしたものである。本件サイトには、利用者による違法なアップロードと投稿を助長するための様々な仕組みがあり、犯行は常習的なものである。著作権を侵害された者は44名、書籍は68点に上り、被告人 3 名において本件サイトを利用者の多いものに成長させていたこともあって、書籍の販売価格とダウンロード回数を掛け合わせた額は約3,931万円に及んでいる。その全額が著作権者が得られるはずであった利益ではないにせよ、多くの財産的な損害が発生していると認められるし、著作権には人格的な利益も含まれており、多数の著作権者らに総体として大きな損害が発生していると認められる。なお、検察官は、本件サイトによる推定損害額を具体的に主張し、著作権協会の関係者の

心情等も主張しているところ、この犯行は親告罪であり、告訴されていない被害に係る損害や著作権者以外の者の心情を量刑上考慮することはできないが、判示第1の各犯行が、同種事案の中でも際立って大規模で社会に大きな影響を及ぼす行為の一環としてされたものであり、その結果として、起訴に係る多くの損害を発生させていることは考慮に値する。このように、判示第1の各犯行は同種事案の中でも相当悪質で結果も重大なものであるといえる。」

## 4 研究

### （1）問題の所在——2つの行為の関係

「罪となるべき事実」第1の引用個所で下線を付した通り、本件サイトを通して漫画等の海賊版ファイルへのアクセスが閲覧者に提供されるに当たっては、2つの行為が行われている。第一に、著作物である各書籍データ（海賊版ファイル）を、インターネットに接続された自動公衆送信装置であるサーバコンピュータの記録媒体に記録・蔵置する行為（以下「第一行為」と呼ぶ。）が存在する。これは外部アップローダ（ストレージサイト）のサーバへのアップロード行為である（前掲図の①）。これにより、各書籍データに対応するURLが設定されることになる。第二に、前記各書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを、「E」（本件サイト）のサーバコンピュータ内の記録媒体に記録・蔵置する行為（以下「第二行為」と呼ぶ。）が存在する。これは本件サイトの「ファイル登録」画面を操作してURLを投稿する行為である（前掲図の②。あるいは②及び③か）。ここでは記録・蔵置された情報は著作物そのものではなく、そのURLである。URL情報を記録・蔵置することにより、「E」のサーバコンピュータにアクセスしてHTMLファイルを受信した閲覧者は、そこに書き込まれたURL情報に基づいて各書籍データにアクセスし、これを受信（ダウンロード。前掲図の⑤）することができる。

ワールド・ワイド・ウェブでファイルを流通させる場合、基本的にはこのような2段階の手順が行われる<sup>28</sup>。第一行為が海賊版ファイルのアップロード、第二段階がHTMLにURLを書き込むことによるリンク設定である。

本判決を理解する上で困難を伴うのは、裁判所が上記2つの行為の関係をどのように考えていたのかが不明瞭であるという点である。「罪となるべき事実」第1では、被告人らは共謀の上で、48回にわたり第一行為を行った上、48回にわたり第二行為を行い、「もってそれぞれ前記著作権者の著作権を侵害した」と記載されている。この「それぞれ」の係り方が曖昧であり、①第一行為と第二行為との両方を一体的に48回行ったことにより、計48回それぞれが著作権の侵害に当たる、という読み方と、②第一行為と第二行為とが、それぞれ、著作権の侵害に当たる、という読み方が可能である。①説によれば第一行為と第二行為とがあわさって（一体となって）初めて著作権の侵害となるのに対し（一体的把握説）、②説によれば第一行為も第二行為もそれぞれ単独で著作権の侵害となりうる（分離的把握説）。

さらには、本判決の上記説示を離れて検討するならば、③第一行為のみが著作権の侵害であり、第二行為は非侵害であるという解釈や、④逆に第一行為は非侵害であり、第二行為のみが著作権の侵害であるという解釈もありえよう（いずれも分離的把握説のバリエーションと整理できる。）。本判決の「量刑の理由」中に「リンクを掲載するなどして」とある点に着目すれば④説を理解することも可能であるし、その直後に「利用者による違法なアップロードと投稿」とある点からは①説又は②説が自然であるが、「違法な」はアップロードのみに係ると読めば、③説にも読めなくもない<sup>29</sup>。

---

<sup>28</sup> 谷川和幸「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」福岡大学法学論叢63巻4号（2019年）845-849頁。そこで「複製型」と呼ばれているのが第一行為と第二行為とを同一人物が行う場合であり、「インラインリンク設定型」は第三者が第一行為を行った結果のURLに対して第二行為のみを行う場合である。

## 《整理》

- ・ 第一行為と第二行為とが一体となって初めて侵害→①説（一体的把握説）
- ・ 第一行為と第二行為とを分離して捉える（分離的把握説）

	第一行為（アップロード）が侵害	第一行為（アップロード）が非侵害
第二行為（リンク設定）が侵害	②説	④説
第二行為（リンク設定）が非侵害	③説	

このような混迷があることを踏まえ、以下では、第一行為と第二行為との関係をいかに解するべきかを検討する。

<sup>29</sup> 二関辰郎「リーチサイト『はるか夢の址』の運営者に実刑判決——リンクの法的位置づけと、どの行為が犯罪とされたか」（2019年2月21日）<<https://www.kottolaw.com/column/190221.html>>は「①と③の行為〔引用者注：第一行為と第二行為〕の両方があいまって著作権侵害になったようにも読める一方、『はるか夢の址』に関して別途逮捕された別の被告人について、すでに言渡済の別の事件の判決では、①（アップロード）の行為だけで既遂になった者もいる。そうすると、①の行為が罪となる行為で、③の行為は余事記載にすぎないようにもとれる。いずれにせよ、③（リンクを貼る行為）だけで犯罪とされたわけでないのは確かだ」として、本文中の①説又は③説で理解している。他方、深町・前掲注12・69頁は、本文中の①説又は④説（若しくは②説）の読み方がありうるとし、「本判決がいずれの論理を採用しているのかは、少なくとも判決文のみからは断定することは困難であるが、仮に後者〔引用者注：④説又は②説〕であるとすれば、著作権侵害罪についても、リンク設定行為のみによって成立する可能性を認めたことになり、その波及効果は極めて大きなものとなり得る」と述べる。これに対し桑野・前掲注12・9頁は、「判決内容からもわかるとおり処罰されたのはリーチサイトの運営行為ではなく、海賊版サイトへのアップロード（送信可能化）による公衆送信権侵害行為である」として、特に迷いを見せることなく③説として理解している。

## (2) 一体的把握説(①説)の検討

### (2-1) 一体的把握説(①説)の基本的な発想

①説は、同一人物による第一行為(アップロード)と第二行為(リンク設定)とが一体となって初めて著作権(公衆送信権)の侵害となる、という理解である。言い換えると、第一行為も第二行為も、それ単独では侵害にならないという理解である。

この見解は、起こっている事柄の実質を最も素朴に捉えるものである。すなわち、ファイルをアップロードすることが可能なサーバは世界中に無数に存在しており、そのURLも基本的には容易に推知され得るものではない。そうだとすれば、第一行為すなわちいずれかのサーバの記録媒体に著作物の情報が記録・蔵置されただけでは、いまだ、そこへのアクセスが生じる具体的な危険は発生していない。アクセスの具体的な危険を発生させる行為は、まだ誰も知らないそのURL情報を公衆に提供する行為すなわち第二行為(リンク設定行為)に他ならない。かくして、第一行為と第二行為とが一連の流れとして行われることで初めて、「インターネットを利用する不特定多数の者に前記著作物68点の各書籍データを自動公衆送信可能な状態にし」(本判決「罪となるべき事実」第1の末尾)、公衆送信権侵害の具体的危険が生じるのである。と、このように考えるわけである。

この見解を裏付ける刑事裁判例として、大阪高判平成29年6月30日判時2386号109頁がある<sup>30</sup>。ここでは、オンラインストレージサービスである「Yahoo!ボックス」のサーバにわいせつな画像のデータを記録・蔵置し、公開設定にして公開用のURLの発行を受けたというだけでは、いまだ、同デー

---

<sup>30</sup> 評釈として、西岡正樹「オンライン上のストレージサービス内に被害者の裸体等を写した画像・動画データを保存し、公開設定をしてその公開用URLの発行を受けたというだけでは、いまだ各データの内容を不特定又は多数の者が認識し得る状態に置いたとみることはできず、刑法175条1項前段等の公然陳列罪は成立しないとされた事例」刑事法ジャーナル58号(2018年)121頁。



タの内容を不特定又は多数の者が認識し得る状態に置いたとみることはできず、公然陳列罪（刑法175条1項）は成立しないと解すべきであると判断された<sup>31</sup>。記録・蔵置と公開用 URL 発行という第一行為だけでは足りず、第二行為として SNS 上での URL の公開等<sup>32</sup>が必要であるとされたのである。

また著作権侵害に関する民事裁判例にも同様の見解に立つものが近時初めて現れた。東京地判平成31年2月28日裁判所 Web（平成30年（ワ）第19731号）〔たぬピク〕である。画像ファイルを電子メールに添付して送信する方法でアップローダにアップロードして URL を設定し（第一行為）、その URL を電子掲示板に書き込んだ（第二行為）事案であるが、裁判所は、第一行為の「段階では、本件画像 URL は『up@vpic（省略）』にメールを送信した者しか知らない状態にあり、いまだ公衆によって受信され得るものとはなっていないため、本件画像を『up@vpic（省略）』宛てにメール送信してアップロードする行為（本件画像アップロード）のみでは、公衆送信権の侵害にはならない」とし、続けて同一人物が第二行為を行ったことで、「本件投稿自体は、URL を書き込む行為にすぎないとしても、本件投稿をした者は、本件画像をアップロードし、その URL を本件掲示板に書き込むことで、本件画像のデータが公衆によって受信され得る状態にしたものであるから、これを全体としてみれば、本件投稿により、原告の本件写真2に係る公衆送信権

<sup>31</sup> これに対し原判決（大阪地判平成28年12月15日判時2386号113頁）は「刑法175条1項前段…にいう『公然と陳列』するとは、画像データ及び動画データの内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置くことをいい、実際にそれらの内容を再生閲覧することまでは必要ではないと解すべきである。」「被告人が『ヤフーボックス』に公開設定をして、公開用の URL の発行を受けた段階で、画像データ及び動画データの内容を不特定又は多数の者が認識できる状態に置いたとみるべきである」と判示していた。

<sup>32</sup> 公開設定を行った「ヤフーユーザーが、公開 URL を電子メールに添えて不特定多数の者に一斉送信したり、SNS 上や自己が管理するホームページ上でこれを明らかにしたりすれば、その公開 URL にアクセスした者が公開されたデータを閲覧することは容易な状態となるから、当該データの内容がわいせつな画像等に当たる場合には、これを『公然と陳列した』ものとして、わいせつ電磁的記録記録媒体陳列罪等が成立すると考えられる」と判示されている。

が侵害されたものということができる」と結論付けた。ここではまさに、第一行為と第二行為とがあいまって全体として公衆送信権の侵害に当たるものとされている<sup>33</sup>。

## (2-2) 公衆送信権、自動公衆送信、送信可能化

それではアクセスの具体的危険の発生に着目するこの一体的把握説 (①説)は、著作権法の解釈として適切なのであろうか。これを検討するにあたっては、公衆送信権に関する著作権法の規律を正確に理解することが重要である。

23条1項は「著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する」と規定する。これが公衆送信権と呼ばれる支分権である。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（〔略〕）を行うことをいう」と定義されており（2条1項7号の2）、具体的には放送（同項8号）、有線放送（同項9条の2）、自動公衆送信（同項9号の4）及びその他の公衆送信がここに含まれる。23条1項は公衆送信行為を行うことを著作権者の排他的権利と定めているから、第三者が法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けずに、公衆送信行為を行うと公衆送信権侵害罪が成立する（119条1項の「著作権……を侵害した者」に当たる。なお17条1項で「著作権」とは21条から28条までに規定する権利と定義されている。）。本稿との関係では各種の公衆送信のうち自動公衆送信を念頭に置けばよい。自動公衆送信を行うことで公衆送信権侵害となる類型のことを、「自動公衆

<sup>33</sup> 同様に、第一行為と第二行為が一体として複製権の侵害に当たるとした民事裁判例として、札幌地判平成30年6月15日D1-Law28262899（平成28年（ワ）第2097号）〔ペンギンパレード5〕がある。同判決を契機とした論稿として、谷川・前掲注28及び青木大也「インラインリンクと著作権と発信者情報開示請求——〔ペンギンパレード写真事件〕にみる諸論点——」L&T84号（2019年）56頁。

送信による公衆送信権侵害」と呼ぶことにしよう。

これに加えて23条1項にはカッコ書きが存在し、公衆送信のうちの自動公衆送信については、送信可能化が著作権者の排他的権利に含まれている。すなわち送信可能化を行うことで公衆送信権侵害となる類型が存在する。これを「送信可能化による公衆送信権侵害」と呼ぶことにする<sup>34</sup>。

自動公衆送信が関わる公衆送信権侵害には上記2類型が存在しており、その区別をすることが重要となる。まず前者の「自動公衆送信による公衆送信権侵害」では、自動公衆送信行為が侵害行為（構成要件該当行為）となる。自動公衆送信とは、「公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの（放送又は有線放送に該当するものを除く。）をいう」と定義されている（2条1項9号の4）。公衆送信の定義とあわせて書き直すならば、「公衆によって直接受信されることを目的として、公衆からの求めに応じ自動的に行う、無線通信又は有線電気通信の送信」が自動公衆送信である<sup>35</sup>。ここでは「公衆からの求め」があった場合に、それに応じて自動的に行われた送信が侵害行為とされている。この送信は実際にはサーバコンピュータの処理によって行われる自動的な機械の挙動であって、人間の「行為」であると言えるのかは疑問がないではないが<sup>36</sup>、著作権法はこれを「行為」と捉えて<sup>37</sup>この「行為」を行った者を侵害の主体としている<sup>38</sup>。構成要件該当行為は送信行

<sup>34</sup> この類型を「送信可能化権侵害」と呼ぶ用例がしばしばみられるが、著作権法上、「送信可能化権」は著作隣接権を指して用いられる語であり（92条の2、96条の2、99条の2及び100条の4）、著作権の支分権としての「送信可能化権」は存在しない。また逆に、著作隣接権には「自動公衆送信による公衆送信権」に相当する排他的権利は存在しない。このことは、「送信可能化」概念の解釈に当たって、送信可能化権しか有しない著作隣接権者の保護に欠けることがないように留意する必要性を喚起させる。

<sup>35</sup> 具体的には、「インターネットのWWWサービスやパソコン通信のBBS（電子掲示板）などのように、『サーバー』と呼ばれる送信用コンピュータに入力されている情報が、公衆（端末）からのリクエスト（アクセス）があった場合にのみ送信されるような形態である」と説明されている（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）60頁）。

為であるため、「公衆からの求め」に応じて行われる個別の送信が（罪数はさておき）それぞれ侵害行為に該当することとなる。したがって、自動公衆送信による公衆送信権侵害罪の起訴状等における犯罪事実の記載の中には、送信の事実（日時、相手方等）を1つ以上記載することが必須である。

もっとも、送信の事実を特定することは必ずしも容易ではない<sup>39</sup>。また1996

---

<sup>36</sup> 「送信は個々のアクセスした者に対して自動的に行われるのであり、アクセスした者以外の者の能動的な行為によるものではない。」（高橋和之＝松井茂記編『インターネットと法〔第3版〕』（有斐閣、2004年）241頁〔青江秀史＝茶園成樹〕）、「自動公衆送信は、装置を用いて自動的な送信が行われることから、具体的な送信がされる際の直接的な行為は存在し難い。」（山田真紀・最判解民事篇平成23年度（上）51頁）、「特に『自動公衆送信』については、個々の実行『行為』としての送信行為が存在するのか、なお疑問の余地もある」（深町晋也「リーチサイトの刑法的規制について」NBL1121号（2018年）10頁）などの指摘がなされてきたところである。

<sup>37</sup> 自動公衆送信による公衆送信権侵害罪は、自動公衆送信可能状態を除去しないという不作為によって実現される不作為犯であるとの理解も可能かもしれない。このような構成を示唆するものとして、長谷川遼「リツイート事件（控訴審判決）」著作権研究45号（2019年）277-278頁。このように考える場合、作為義務者は先行行為として自動公衆送信可能状態を作出した者すなわち送信可能化行為を行った者となるのが原則である。もっとも一部の電子掲示板がそうであるように、投稿者が投稿をした後で、当該投稿者にはもはやその投稿を削除することができない（自動公衆送信可能状態を除去する作為可能性がない）場合がある。このような場合には、例外的に、削除権限を有する者（電子掲示板の管理者）を作為義務者と捉える必要がある（そのためには権利者からの侵害事実の通知等のプラスアルファの事情が要求されよう）。民事裁判例であるが、東京高判平成17年3月3日判時1893号126頁〔ちゃんねる小学館控訴審〕はこの観点から理解することができる。

<sup>38</sup> 自動公衆送信の主体について、最判平成23年1月18日民集65巻1号121頁〔まねきTV〕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る」としている。これは結局、次にみる送信可能化行為を行った者を指しているものと理解しうる。もっともその行為態様が送信可能化の5類型には限定されていないという点では、より広い範囲の者が含まれる余地は残されている。

<sup>39</sup> 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35・62頁は「インターネットのような、送信先の特定が極めて困難な形態が主流となってきたこともあり、仮に著作権者に無断でインタラクティブ送信されたとしても、著作権者側でそのことを立証することが困難なことから、〔引用者注：自動公衆送信による公衆送信権だけでは〕著作権者の保護には必ずしも十分とは言い難い面があった」とする。

年の WIPO 著作権条約 8 条では「公衆への伝達権」として、「その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（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を含む。）を許諾する排他的権利」を整備することが求められたところ、自動公衆送信による公衆送信権だけでは同条のカッコ書き部分（英文では making available to the public とされている部分）に対応することができない。そこで平成 9 年の著作権法改正で創設されたのが後者の「送信可能化による公衆送信権侵害」（すなわち 23 条 1 項カッコ書き）である<sup>40</sup>。この送信可能化の規制は自動公衆送信の準備段階の行為の規制という意味を持つ<sup>41</sup>。準備段階で規制すべき理由は、送信の事実の特定が困難であることに加え、サーバに海賊版ファイルがアップロードされており、公衆からの求めに応じて自動的に送信され得る状態が作出されていれば、それ以上の行為者による何らの作為を要することなく自動公衆送信が行われる潜在的危険が十分に存在していると考えられるためである。

どのような行為が送信可能化行為に当たるかについては——こちらは明確に人の行為の形で——2 条 1 項 9 号の 5 に定義されている。同号柱書きでは「次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」を送信可能化と定義する。ここでは行為の具体的態様（「次のいずれかに掲げる行為」と、その行為の結果（「自動公衆送信し得るようにする」と）が組み合わさった形で定義されている（したがって、結果的に「自動公衆送信し得るように」した行為であっても、それが「次のいずれかに掲げる行為」を手段としたものでなければ、当該行為は送信可能化行為には当たらない<sup>42</sup>。）。

<sup>40</sup> 著作権審議会マルチメディア小委員会「審議経過報告」（平成 9 年 2 月 24 日）。

<sup>41</sup> 前掲注 38・最判平成 23 年 1 月 18 日〔まねき TV〕（「著作権法が送信可能化を規制の対象となる行為として規定した趣旨、目的は、公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行う送信（後に自動公衆送信として定義規定が置かれたもの）が既に規制の対象とされていた状況の下で、現に自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為を規制することにある。」）

「次のいずれかに掲げる行為」は5つの類型に分かれる。同号イには「記録」、「加え（付加）」、「変換」及び「入力」が、同号ロには「接続」が挙げられている。中でも典型的であり理解が容易な「記録」類型の送信可能化行為について取り上げると<sup>43</sup>、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置（公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分（以下この号において「公衆送信用記録媒体」という。）に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう。以下同じ。）の公衆送信用記録媒体に情報を記録……すること」というのがその定義である。「公衆の用に供されている電気通信回線」とはインターネットを、「自動公衆送信装置」とはサーバを<sup>44</sup>、「公衆送信用記録媒体」とはサーバのハードディスク等の記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分（公開領域）をそれぞれ意味している<sup>45</sup>。要するにサーバの公開領域に情報を記録することが「記録」類型の送信可能化である。自動公衆送信による公衆送信権が具体的な送信のたびに何度も侵害されるのに対し、送信可能化による公衆送信権はこの

---

<sup>42</sup> 例えば、一体的把握説を前提に考えると、アップロードした海賊版ファイルのURLを紙に印刷してピラを撒いて公衆に告知した行為の結果として公衆が当該海賊版ファイルに現実にはアクセスすることが可能になったとしても、「次のいずれかに掲げる行為」の結果ではないので送信可能化行為には該当しない（これを「変換」行為とみる可能性につき・後注56参照。）。もっとも、結果として自動公衆送信が行われるので、自動公衆送信による公衆送信権侵害は成立する（送信可能化なき自動公衆送信）。

<sup>43</sup> その他の類型の詳細については、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35・64頁以下のほか、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）44頁以下を参照。

<sup>44</sup> 最初から条文でも「サーバ」と書いておけばよかったように思われるが、そうできなかった事情については、加戸守行『著作権法逐条講義〔六訂新版〕』（著作権情報センター、2013年）41頁参照。

<sup>45</sup> 「接続」類型の事案であるが、京都地判平成16年11月30日判時1879号153頁〔Winny〕の次の説示も参照。「本件において、構成要件となる『情報』とは映画の著作物である邦題名『X』及び『Y』の各情報であり、『公衆送信用記録媒体』とはそれらの情報が記録された被告人使

ような記録等の単発の行為により侵害される<sup>46</sup>。このような理解に基づき、立法時より、海賊版ファイルをアップロードする行為が「記録」類型の送信

---

用のパソコンのハードディスクであり、『自動公衆送信用装置』とは送受信プログラムの機能を有するファイル共有ソフト『Winny2.0β6.6』をダウンロードして使用していた被告人のパソコンであり、『公衆の用に供されている電気通信』とはインターネットであることが、それぞれ明らかである。

<sup>46</sup> 加戸・前掲注44・575頁（『送信可能化』は、これまでも述べてきておりますように、『自動公衆送信し得ない状態』にあるものを新たに『自動公衆送信し得る状態』にするという一つの行為であり（第2条第1項第9号の5）、その時点で完結する行為であります。）。実行行為である単発の行為の結果として自動公衆送信可能状態が作出されるのであり、送信可能化による公衆送信権侵害は状態犯として理解される。これに対し作花文雄『詳解著作権法〔第5版〕』（ぎょうせい、2018年）は、送信可能化を「一時的な行為そのもの」「物理的な個々の行為」に限定せず、「送信可能な状態が作出されているのであれば当該権利は及び得る」（258頁）、「送信可能化は瞬間的に完結するものとする合理性は存しない」（263頁注2）とする。自動公衆送信可能状態が継続している限り送信可能化による公衆送信権侵害が継続的に成立する（すなわち継続犯である）という理解であろう。なお前者の理解からは、差止請求の可否（単発の送信可能化行為が既に完了している以上、もはや送信可能化行為の差止めは認められないのではないか）が問題となり得る（ただし著作権との関係では、自動公衆送信による公衆送信権侵害のおそれを理由とする自動公衆送信行為の差止めは可能である。著作隣接権との関係では問題が残るが、あえてそのような立法がなされた意義を探究するものとして、松田政行『著作権法プラクティス』（勁草書房、2009年）110頁以下。）。また犯罪の終了時期も問題となるが（名誉毀損罪の終了時期が問題となった事案として大阪高判平成16年4月22日判タ1169号316頁。山口厚「インターネット上の名誉毀損罪における犯罪の終了時期」平成17年度重要判例解説（2006年）158頁も参照。）、公衆送信権侵害罪については、送信可能化後の自動公衆送信を別に処罰対象としているので、名誉毀損罪の場合とは状況が異なる。もっとも、送信可能化権しかない著作隣接権については名誉毀損罪と同じ状況であり、なお問題が残ろう。この点に関して、119条3項には「著作隣接権を侵害する自動公衆送信」なる概念が登場しており、送信可能化後の自動公衆送信がそれ自体として著作隣接権の侵害となる場合があるかのように読める。しかし、そもそも著作隣接権者には送信可能化権しか与えられておらず（前注34）、自動公衆送信行為は著作隣接権の権利範囲に含まれないから、著作隣接権を侵害する自動公衆送信などというものはあり得ない。「もともとこの部分は議員修正によって設けられた条文でもありまして、その文言は正確とは言い難いものと考えられます。」とも指摘されており（文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（第6回）（平成29年12月13日）議事録〔上野委員発言〕。同改正の経緯につき、池村聡＝壹貴田剛史『別冊著作権法コンメンタル平成24年改正解説』（2013年）11頁及び173頁以下参照。）、この文言を根拠に自動公衆送信が著作隣接権の侵害となると解すべきではない。学説上も、この文言をより正確に読み替える提案がなされている。池村＝

可能化に当たると説明されてきた<sup>47</sup>。

ところが、情報をサーバの公開領域に記録しただけで、まだその所在場所を指し示す URL を公衆に知らせていない段階では、いまだ送信可能化による公衆送信権侵害罪は既遂に達していないのではないか。URL を公衆に知らせることまでが必要なのではないか。一体的把握説（④説）は立法時の上記説明に対し、このような問いを投げかけるわけである。そこでようやくこの点の検討に進む。

### （2-3）検討

まず、この場面で公然陳列罪に関する前掲・大阪高判を持ち出すのは適切でない。その理由は公然陳列罪と送信可能化による公衆送信権侵害罪との構成要件の書かれ方が異なるから、という一点に尽きる<sup>48</sup>。公然陳列罪の構成要件は、「わいせつな文書、図画、電磁的記録に係る記録媒体その他の物を頒布し、又は公然と陳列した者」（刑法175条1項前段）であり、「公然と陳列」の意義について具体的な定義規定は置かれていないが、最高裁判例によれば、「公然と陳列」とは「その物のわいせつな内容を不特定又は多数の者

---

壹貫田・前掲書184頁注30はこれを「著作隣接権者の送信可能化権や複製権、録音・録画権を侵害してなされた送信可能化により可能となった自動公衆送信を意味するものと解する」とする。小倉秀夫＝金井重彦編著『著作権法コンメンタル』（LexisNesix、2013年）1689頁〔小倉秀夫〕は、「著作隣接権者の送信可能化権を侵害してなされた送信可能化が行われた自動公衆送信装置からなされる自動公衆送信のことを起草担当者はいいかかったのではないかと理解できるが」としつつも、119条3項が刑罰規定であることから、罪刑法定主義との関係でこのような解釈の許容性には疑問を呈している。

<sup>47</sup> 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35・64-66頁、江見・前掲注43・47頁以下。

<sup>48</sup> 違法コンテンツに対するリンク設定行為の可罰性について、「問題となる構成要件ごとに、リンク設定行為によって構成要件が充足されるか否かにつき別個の考慮が必要となる」「あくまでも個々の構成要件の文言解釈こそが決定的に重要となる」との指摘として、深町・前掲注36・9-10頁。



が認識できる状態に置くこと」と解されている<sup>49</sup>。ここでは公衆が「認識できる」状態に置くこと（認識可能性）が重要であり、同最高裁判例の事案においては、利用者側の操作が「通常必要とされる簡単な操作」であり「比較的容易にわいせつな画像を再生閲覧することが可能であった」との事情に基づいてこの認識可能性が肯定された。これに対し、送信可能化の定義が述べているのは「自動公衆送信し得るよう」な状態に置くこと（自動公衆送信可能性）である。そして自動公衆送信とは、公衆からの求めに応じて自動的に行われる送信であるから、5類型のいずれかに該当する行為の結果として、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かれれば、当該行為は送信可能化行為に該当する。ここでは公衆の側の認識可能性（あるいはアクセス可能性）は条文上要求されていない<sup>50</sup>。このように両罪が要求する結果の内容が異なっている点を見逃してはならない。

確かに、公衆が URL を知らなければ、実際には自動公衆送信が行われることはないであろう。しかしこれは「自動公衆送信による公衆送信権侵害」が起こらないという意味であり、「送信可能化による公衆送信権侵害」はすでに起こっているとみるべきである。なぜなら、そもそも送信可能化は自動公衆送信の準備段階の行為の規制として、現実の自動公衆送信の事実の立証の負担を軽減する趣旨で導入されたものだからである。仮に、アップロードに加えてその URL を公衆に知らせる行為をも必要とすると解する場合には、海賊版ファイルが自動公衆送信可能状態にあることに何らかの手段で気付いた権利者は、その事実に加え、アップロード者が具体的にいかなる行為によって URL を公衆に知らせたかまでを特定しなければならなくなるが<sup>51</sup>、これは立法の趣旨に反するものであろう。アップロード者が URL を公衆に告知

<sup>49</sup> 最決平成13年7月16日刑集55巻5号317頁。

<sup>50</sup> 江見・前掲注43・49-51頁（「公衆にとっての入手可能性や着信可能性が文言上要件とされているわけではない」）。

していないにも関わらず第三者が URL を偶然に入力して発見してしまうことや、検索エンジンの巡回プログラムに発見されて検索可能となることがあり得ることを考えれば、URL 告知行為を必須のものとするべきではない<sup>52</sup>。

実際、これまでの下級審の刑事裁判例は一体的把握説を採用していない。公衆送信権侵害罪の成立を肯定した公表刑事裁判例において、罪となるべき事実として URL を知らせた行為が記載されている例は見当たらない。このことは、公衆に対して URL が知らされることは必須の構成要件該当事実ではないと考えられてきたことを示している。具体的には次の通りである。

【1】長崎地判平成25年9月9日判例秘書 L06850503（平成25年（わ）第96号等）

いわゆる自炊代行業の事案。複製した電子データをインターネットを介してダウンロードできるようにしていた。罪となるべき事実の第4は、「……著作物……10点がそれぞれ記録された電子データ10点について、前記被告人宅に設置されたパーソナルコンピュータを利用し、インターネットを介して、……自動公衆送信装置であるサーバーコンピュータに記録し、インターネットを利用する不特定多数の要請に応じて前記電子データを送信し得る状

---

<sup>51</sup> この点、（送信可能化による公衆送信権侵害ではなく）自動公衆送信による公衆送信権侵害として構成し、その将来の差止めを求める場合には、送信可能化についての立証は回避することができるとの批判があり得よう。しかし、第一に、自動公衆送信の主体とは基本的には送信可能化の主体であると考えられていることからすれば（前注38）、差止めの相手方である被告が自動公衆送信の主体すなわち送信可能化の主体であることを結局は立証せざるを得ない。第二に、著作隣接権には自動公衆送信による公衆送信権に対応する権利がないから（前注34）、一体的把握説による限り、レコードの海賊版ファイルが自動公衆送信可能状態にあることに気付いたレコード会社（著作隣接権者）は常にアップロード者同一人物による URL 告知の事実の立証を要求されることになる。

<sup>52</sup> 同旨、江見・前掲注43・50頁（「自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に著作権等を侵害する情報が記録される等すれば、現実自動公衆送信が行われる可能性は生じているのであって、送信可能化権侵害の法益が侵害されているといえることができる」）。

態にし、もって前記Cの著作権を侵害し」というものであり、著作物の記録のみを摘示している。

【2】札幌地判平成26年7月16日判例秘書 L06950334（平成26年（わ）第426号）〔にこ☆さうんど〕

動画サイト「ニコニコ動画」にアップロードされていた動画データから音声部分だけを抽出して配信するサービスを提供していた事案。罪となるべき事実は、「……被告人方において、同所に設置してインターネットに接続されたサーバコンピュータのハードディスクに、……音楽の著作物……の各情報を記録することにより、同サーバコンピュータにアクセスしてきた不特定多数のインターネット利用者に上記各情報を自動公衆送信し得る状態にし、もって上記甲協会ほか1社の著作権及び上記株式会社乙の著作隣接権を侵害した」というものであり、著作物の記録のみを摘示している。

【3】前橋地判平成27年2月9日判例秘書 L07050048（平成26年（わ）第477号等）

テレビ番組をYouTubeにアップロードした事案。罪となるべき事実の第2は、「……パーソナルコンピュータを操作して、インターネットに接続された自動公衆送信装置である『A, INC.』管理のサーバコンピュータの公衆送信用記録媒体に、……著作物である……12作品の各映像等の情報を記録することにより、同サーバコンピュータに接続してきた不特定多数の者に前記各情報を自動公衆送信し得る状態にし、もって、前記C株式会社ほか4社等の著作権を侵害した」というものであり、著作物の記録のみを摘示している。

【4】秋田地判平成29年12月8日判例秘書 L07251004（平成29年（わ）第102号等）

週刊漫画雑誌に掲載される「ONE PIECE」等の漫画をいわゆるネタバレサイトに掲載し、雑誌の発売日前にインターネット公開した事案。罪となるべき事実の第1は、「……パーソナルコンピュータを使用し、インターネットを介して、……著作物である漫画……の画像データを、……インターネットに接続されたサーバーコンピュータの記憶装置に記録保存して、インターネットを利用する不特定多数の者に自動的に公衆送信し得る状態にし、もって前記Aの著作権及び前記Bの出版権を侵害した」というものであり、著作物の記録保存のみを摘示している（第2ないし第4も同様）。

【5】熊本地判平成29年12月25日判例秘書 L07251057（平成29年（わ）第370号等）

上記【4】と同様の事案。罪となるべき事実の第1は、「……パーソナルコンピュータを使用し、インターネットを介して、……著作物である漫画……の画像データ及び同話の台詞等に係る文字データを、Fが管理するインターネットに接続されたサーバーコンピュータの記憶装置に記録保存して、インターネットを介して同サーバーコンピュータにアクセスする不特定多数の者に自動的に公衆送信し得る状態にし、もって、Bの著作権及びCの出版権を侵害した。」というものであり、著作物の記録保存のみを摘示している（第2ないし第5も同様）。

最後に、提案されているリーチサイト規制の条文案（その内容は後記4（4））は、一体的把握説からは適切に理解することができない。そこにはリーチサイトがリンクを張る対象である「侵害著作物等」の定義として、「著作権（第二十八条に規定する権利を除く。以下この項及び次項において同じ。）、

出版権又は著作隣接権を侵害して送信可能化が行われた著作物等をいい〔後略〕と書かれている。ここでの送信可能化がアップロードと URL を公衆へ知らせることとの一体的把握によって初めて充足されるのだとすると、時系列（「送信可能化が行われた」という過去形の文言）から見て、リーチサイトがリンクを張る前に既に URL の公衆への告知が行われていなければならないことになる。これでは、一番最初に当該海賊版ファイルにリンクを設定するリーチサイトのリンク行為が規制対象から漏れることになってしまう。条文立案者は明らかに、アップロードがすなわち送信可能化にあたると考えているのであり<sup>53</sup>、アップロードに加えて URL の告知までもも要求する一体的把握説は、文化庁の理解とも異なっている。

#### （2-4）小括

以上述べてきた通り、一体的把握説は著作権法の解釈として適切ではない。前掲・東京地判〔たぬピク〕は、第一行為の「段階では、本件画像 URL は『up@vpic（省略）』にメールを送信した者しか知らない状態にあり、いまだ公衆によって受信され得るものとはなっていないため、本件画像を『up@vpic（省略）』宛てにメール送信してアップロードする行為（本件画像アップロード）のみでは、公衆送信権の侵害にはならない」としているが、この点は送信可能化の解釈を誤ったものである。URL を公衆が知らないとしても、仮に「公衆からの求め」があれば自動的に送信され得るような状態が（「記録」類型の行為により）作出されている以上、送信可能化行為というのに十

<sup>53</sup> 送信可能化を公表とみなす4条2項の規定について説明する加戸・前掲注44・84頁には、「ネットワークにアップロードされた時点、すなわち送信可能化が行われた時点」というストレートな言い回しが登場する。23条1項について説明する同書193頁も同じ発想で書かれている（「送信前の自動公衆送信装置に自分の著作物がアップロードされた（公衆送信し得る状態に置かれた）段階、例えばホームページに自分の著作物が掲載されていることがわかりさえすれば」との記述）。

分である。これを第二行為（URL 書き込み）と「全体として」一体的に把握する必要はない<sup>54</sup>。

### （3）分離的把握説（②③④説）の検討

そこで第一行為（アップロード）と第二行為（リンク設定）とは分離的に捉えられるべきである。この場合、両行為につきそれぞれ独立に公衆送信権侵害の成否を検討することとなる<sup>55</sup>。その検討の帰結として両行為がそれぞれ単独でも侵害になるとするのが②説、第一行為のみが侵害になるとするのが③説、第二行為のみが侵害になるとするのが④説である。そこで両行為を順に検討する。

#### （3-1）第一行為（アップロード行為）

まず第一行為について検討する。第一行為のみでは侵害にならないとの解釈があり得るとすれば、前記①説のように、URL が公衆に知られない限りは送信可能化には当たらないという解釈である。しかしこれが成り立たない

---

<sup>54</sup> 青木・前掲注33・60頁注4は、「仮にこの判決が……公衆送信権侵害の成立にインラインリンクを必要なものとした事例であるとする、インラインリンクを付する行為自体が公衆送信権侵害行為（支分権該当行為）に必要なものとして格納される場合があることになり、……従前の一般的な理解からは距離のある判示と整理されることになろう」と評価する。裁判所がこのような「距離のある」法律構成をひねり出した背景には、通説的理解（③説）に従うならば、第一行為のみが送信可能化による公衆送信権侵害であり、第二行為は非侵害となってしまう、第二行為にかかる発信者情報の開示請求を認めることができないという耐え難い結論になることを避けたいとの配慮があったのであろう。しかしこの点は私見によれば、第二行為は非侵害である（侵害情報の流通ではない）ものの、第一行為という侵害情報の発信者の特定に資する情報として、それと同一人物である蓋然性の高い第二行為の行為者にかかる情報の開示を認めることで解決すべきである（谷川・前掲注28・865頁注41のアプローチ）。つまり著作権実体法の問題ではなく、プロバイダ責任制限法及び省令の問題として解決されるべき課題である。この点についてはログイン時のIPアドレスが開示対象となるかという議論を参照。

<sup>55</sup> なお複製権侵害については谷川・前掲注28参照（支分権主義に忠実に分離的に把握したうえで、第一行為のみが侵害になると解すべきであると論じる。）。

ことは既に述べた<sup>56</sup>。自動公衆送信の準備段階の行為が完了し、後は「公衆からの求め」を待つみの状態<sup>57</sup>にまで達したことで、自動公衆送信による公衆送信権侵害の危険が生じているのであるから、この段階で規制すべきとするのが23条1項カッコ書きによる送信可能化規制の趣旨である。そのため、URLが公衆に知られているか否かに関わらず、アップロードをしてサーバーの公開領域に記録されれば、送信可能化による公衆送信権侵害に該当すると解すべきである。したがって第一行為は公衆送信権侵害に当たると考えられる。

### （3-2）第二行為（リンク設定行為）

議論が多いのは第二行為である。分離的に捉え、第二行為だけでも侵害を認めると、違法公開著作物へのリンクが違法となり（さらには適法公開著作物への無断リンクすら違法となりかねない。）、ハイパーリンクによって成り立っているインターネット（ワールド・ワイド・ウェブ）の根幹を毀損しか

---

<sup>56</sup> しかも分離的に捉える場合、第二行為であるURLを公衆に知らせる行為がそれ自体独立して送信可能化に当たらなければ、およそ送信可能化による公衆送信権侵害は成り立たなくなる。URLを知らせる行為が送信可能化の5類型のいずれかに当たるとするのは困難である。あえて当てはまりそうなものを探すならば「変換」類型（事実上アクセスが生じ得ない状態を、容易にアクセスされうる状態に「変換」した、との捉え方）であろうが、条文が想定する「変換」とはこのような概念上の変換ではない。該当部分の条文は「情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し」というものであり、明らかに、記録媒体の性質の変換（非公開領域を公開領域にするなどサーバの設定を変更すること）を指している。URLが知られていない状態でも公開領域に記録されているのであるから、URLを知らせることによって媒体の性質の変換が生じるわけではない。これに対し、公然陳列罪に関する大阪高判で問題となった公開用URL発行機能は、まさに、それまで非公開領域として設定されていた記録媒体を公開領域に設定変更する行為であり、「変換」類型に該当する。谷川・前掲注28・858頁注26も参照。

<sup>57</sup> 「接続」類型の文脈であるが、半田正夫＝松田政行編『著作権法コメンタール1〔第2版〕』（勁草書房、2015年）199頁〔水谷直樹〕はこの状態のことを「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」と的確に表現している。

ねない。それゆえ多くの学説や裁判例はリンク設定行為のみでは公衆送信権の直接侵害には当たらないと解してきた。

その根拠は要するに、リンク先に蔵置されている情報はリンク先サーバから自動公衆送信されるのであるから、リンク設定者はその送信主体には該当しないというものである<sup>58</sup>。この点に関しては多数の先行文献があるので詳細はそちらに譲るとして<sup>59</sup>、ここではリンク設定行為が公衆送信権の直接侵害に当たると主張する近時の2つの学説について検討する。

第1の見解は、リンク設定が送信可能化に該当するとするものである<sup>60</sup>。既に述べた通り送信可能化には9号の5イの4類型（記録、付加、変換、入力）と同号口の1類型（接続）があるが、この見解はリンク設定を同号口の「接続」と捉えるものである。同号口の規定は次のようなものである。「その公衆送信用記録媒体に情報が記録され、又は当該自動公衆送信装置に情報が入力されている自動公衆送信装置について、公衆の用に供されている電気通信回線への接続（配線、自動公衆送信装置の始動、送受信プログラム of 起動その他の一連の行為により行われる場合には、当該一連の行為のうち最後のものをいう。）を行うこと」。また送信可能化に該当するためには、これ

---

<sup>58</sup> 知財高判平成30年4月25日判時2382号24頁〔リツイート控訴審〕参照。もともとこれは物理的主体に関する議論であり、規範的主体論によればリンク設定者が自動公衆送信の主体とされることはあり得る。その一例だと理解し得るものとして、東京地判平成30年1月30日裁判所Web（平成29年（ワ）第31837号）〔DRA-CAD11〕。なお大阪地判平成25年6月20日判時2218号112頁〔ロケットニュース24〕は送信の物理的主体を「ニコニコ動画」の管理者であるとすが、これは正確には「ニコニコ動画」に当該動画を投稿した者とされるべきであることにつき、谷川・前掲注28・850頁注21参照。

<sup>59</sup> 比較的近時のものとして、長谷川・前掲注37、青木・前掲注33のほか、奥邨弘司「違法公開著作物へのリンク・リーチサイトと著作権——日米欧の議論の状況」NBL1121号（2018年）12頁や谷川和幸「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）201頁、小泉直樹「リーチサイト」ジュリスト1525号（2018年）27頁などがある。

<sup>60</sup> 野口明生「リンクと送信可能化行為」パテント71巻8号（2018年）60頁。



ら5種類の行為の結果として、「自動公衆送信し得るようにすること」が必要である（同号柱書き）。このことを踏まえて、同見解の主張を要約すると次のようになる。（1）公衆が「求め」をするためには、その前提として「何を」「何処へ」「どのように」要求すればよいのかの情報、すなわち URL が、公衆に提供される必要がある。（2）リンクを設定して URL を提供する行為は、この送信要求の前提情報を提供することに相当する。（3）したがってリンク設定は、同号口のカッコ書きが定める「接続」における「一連の行為のうち最後のもの」に該当する。（4）もっともこれにより「自動公衆送信し得るように」されたかに関しては、同号柱書きのこの文言の2つの解釈の可能性との関係で問題となる。第一の解釈（A説）は、「全く自動公衆送信し得ない状態から『自動公衆送信し得るようにする』ことを要する」、第二の解釈（B説）は、「既に自動公衆送信し得る状態にあっても、これとは別に新たに『自動公衆送信し得るようにする』と評価できれば十分とする」というものであるが、B説が妥当であり、リンク設定者の主観等の事情によって、新たに「自動公衆送信し得るように」したか否かは柔軟に評価される。

この見解は、しかし、条文の文言からは受け入れがたい。（3）において論者は、リンク先サーバ（自動公衆送信装置）と「公衆」との間の「接続」を行ったものと捉えているが<sup>61</sup>、同号口が述べている「接続」はそのような内容のものではない。そこで述べられているのは、自動公衆送信装置と「公衆の用に供されている電気通信回線」との間の接続である。言い換えれば、サーバコンピュータとインターネット回線との間の接続である。同号口のカッコ書きが挙げる一連の過程、すなわち「配線」「自動公衆送信装置の始動」「送信用プログラムの起動」等は、いずれも物理的な接続作業である<sup>62</sup>。この接続作業はリンク設定とは無関係に行われ、通常はリンク設定以前に既

<sup>61</sup> 野口・同64頁図4では、「自動公衆送信装置」と「公衆」との間が「口型行為」でつながれている。

に完了している。そうすると、第三者が当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に記録された情報にリンクを設定した行為の前後において、当該自動公衆送信装置がインターネット回線に接続されているか否かの状態が変化することはないのであるから、リンク設定者は同号口という「接続」を行ったことにはならない。また（４）についても、立法担当者は明らかにA説に立っている<sup>63</sup>。そもそも「送信可能化」という用語自体が、不可能状態を可能状態へと変化させるという意味を含んでいる。なるほどB説は様々な事情を取り込んだ規範的評価を可能にする解釈として魅力的ではあるが、少なくともわが国はこの立場をとらず、物理的・形式的な観点から権利範囲を明確化する立法を選択したのである<sup>64</sup>。権利範囲の柔軟な拡張については幫助や規範的主体論によって実現されるべきだと考えられており、そしてまた実際にそれを実現している裁判例が登場しているところ、これに加えてリーチサイト規制が立法化された暁には、B説が意図したリンク設定者への権利行使はほとんどそれらにより実現可能となると考えられる。

第2の見解は、リンクが自動公衆送信を惹起し、その主体がリンク設定者

---

<sup>62</sup> 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35・66頁は、「一連の行為のうち最後のもの」と規定した理由を述べる個所で、「『接続』という行為は、サーバーの電気プラグをコンセントに差し込む行為、サーバーに電話線等を配線する工事、サーバーの電源スイッチを入れる行為、サーバーに組み込まれているコンピュータ・システムを起動する行為、サーバーに組み込まれている送受信プログラムを起動する行為その他の一連の行為から構成されており」と述べており、物理的な接続作業を念頭に置いていた。

<sup>63</sup> 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35・67頁（「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ものと解される。」）

<sup>64</sup> 支分権の及ぶ範囲は著作物を利用する第三者に広く関わるものであるから、その権利範囲を明確にして事前に法定することが重要である、というのが支分権主義の基本的な発想である（谷川・前掲注28・860頁以下）。これに対し欧州は柔軟で不明確な立法を選択したことにつき、谷川・前掲注59・209頁以下及び谷川和幸「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）109頁。

になる場合があるとするものである<sup>65</sup>。リンクを契機として自動公衆送信が惹起されることは事実であるし、その主体を規範的主体論によりリンク設定者とする余地は確かにあるだろうが、この見解の特徴は、これを物理的主体と捉えようとする点にある。その主張を要約すると次のようになる。(1) 23条1項で公衆送信権が及ぶとされる「自動公衆送信」の中には、「送信可能化」と「狭義の自動公衆送信」とがあり、両者は分離独立して把握できる。

(2) そして「狭義の自動公衆送信」行為は、「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」である<sup>66</sup>。するとその主体とは、狭義の自動公衆送信の有無を決定している者となる。(3) その決定に関して、狭義の自動公衆送信の主体が送信先として決定している「公衆」か否かは、自動公衆送信装置ごとに別に検討すべきである。(4) 狭義の自動公衆送信の主体が送信先として決定していない自動公衆送信装置（乙サーバ）に直接アクセスしている公衆をして、著作物が送信可能化された自動公衆送信装置（甲サーバ）に直接アクセスさせたと言える一定の場合には、そのようなアクセスをさせた者は、実質的には甲サーバから、乙サーバへ直接アクセスしている公衆に対して、狭義の自動公衆送信の決定をほしいままに行った者であると言えるから、乙サーバから送信される狭義の自動公衆送信の主体と評価されるべきである。かくして、乙サーバから甲サーバへのリンク設定を行った者は、狭義の自動公衆送信の主体となる。

このうち(1)はその通りであり、本稿でも「送信可能化による公衆送信権侵害」と「自動公衆送信による公衆送信権侵害」とを区別してきた。疑問があるのは(4)である。ここでは、著作物が甲サーバの公衆送信用記録媒体に記録されることで送信可能化されている場合に、「乙サーバへ直接アク

---

<sup>65</sup> 福市航介「リンクと自動公衆送信権」コピーライト682号（2018年）24頁。

<sup>66</sup> 福市・同31頁。

セスしている公衆」宛に送信させることがリンク設定者による乙サーバからの自動公衆送信と捉えられている。しかし「乙サーバへ直接アクセスしている公衆」は、同時に、リンクを契機として「甲サーバへ直接アクセスしている公衆」でもある。閲覧者のブラウザの背後では、乙サーバへの通信と、甲サーバへの通信とが、両方行われているのであるから、サーバごとに公衆が異なるとする認識に誤りがある。閲覧者はリンクを契機として甲サーバに直接アクセスし、甲サーバからの送信を受信している。甲サーバからの送信は甲サーバにおける送信可能化を行った者が決定したのである。リンク元である乙サーバにおいてリンク設定をした者が決定したわけではない。同見解の「実質的」な評価には妥当な部分もあるだろうが、それを規範的主体論として考慮するならともかく<sup>67</sup>、直接侵害の物理的主体を探究する際に持ち込むことには賛同できない。

以上の通り、リンク設定者を公衆送信権侵害の物理的主体と捉える試みは成功しているとは言い難い。それゆえ、やはり従来を通説的理解の通り、リンク設定者は物理的な意味での送信主体には当たらないとしつつ、幫助や規範的主体論などによる拡張の可能性をより模索していくことが有用である。

したがって、結局、第一行為（アップロード）のみが送信可能化による公衆送信権侵害になるとする③説が妥当である。

#### （４）本判決の理解

それでは本判決はこれらの点につきどのように考えたのであろうか。冒頭で指摘した通りこの点は不明瞭であるが、「罪となるべき事実」第1の記載は①説（一体的把握説）を念頭に置いて書かれていると読むのが素直である

---

<sup>67</sup> もっとも、インラインリンクの文脈では、侵害主体は「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」（34頁）と述べられているなど、同文献が物理的主体について論じているのか、規範的主体について論じているのかは判然としない。

う。なぜならこの文章は、「第一行為をした上、第二行為をし、自動公衆送信可能な状態にし、もってそれぞれ著作権を侵害した」という内容であるところ、「第一行為をした上、第二行為をし」たとの部分が行為を、「自動公衆送信可能な状態にし」の部分はその結果として生じた状態を述べており、この状態を作出したことが著作権（公衆送信権）の侵害に当たるとされていることからすれば、「第一行為をした上、第二行為をし」たとの部分が構成要件該当行為であると捉えられるからである。また「量刑の理由」のCの箇所に「自ら書籍データを違法にアップロードして本件サイトにリンクを投稿する判示第1の別表番号5ないし9の各犯行」とあることから、アップロード（第一行為）とリンク投稿（第二行為）とが一体として1つの犯行を構成しているとの理解を読み取ることができる。仮に裁判所が通説的理解のように③説を念頭に置いていたのであれば、前記4（2-3）の先例のように第一行為のみを記載すれば十分であったはずであり<sup>68</sup>、あえて第二行為まで記載した点に、①説の思考を見出すことができるのである。

逆に、本判決を②説で理解することは適切でないように思われる。とりわけ、Cに関する「別表番号5ないし9の各犯行」という記載について、この「各犯行」は5番から9番までの5個（奇数個）の犯行で構成されているところ、仮にアップロードとリンク投稿とが分離的に「各犯行」を構成するのだとするとCは最低1つの著作物についてはこのどちらか片方しか行っていないことになるが、それは事実として不自然である（自らアップロードして自らそのURLを投稿するというのが本件サイトの仕組みであり、アップロードだけしてリンクを投稿しないと、他人がアップロードしたファイル

<sup>68</sup> もっとも、江見・前掲注43・48頁は、第二行為は「送信可能化権侵害行為〔引用者注：第一行為のみを指している〕と一体化して、それに関する犯行態様を示す重要な行為であると評価することができると思われる（したがって、犯罪事実を示すに当たっては、これを記載するのが相当な場合が多いと思われる。）」と述べており、この指摘に従えば、本判決の「罪となるべき事実」第1の記載を③説で理解することも可能となる。

の URL の投稿のみを行うとかいう行動は想定しにくい)。確かにAに関する記載として「他の共犯者らと共謀して行った判示第1の各犯行は、インターネットサイト（以下「本件サイト」という。）のサーバコンピュータ内に、違法にアップロードされた漫画等の書籍データのリンクを掲載するなどして、不特定多数の者に対して書籍データを自動送信可能な状態にしたものである」とあり、リンク掲載に眼目が置かれているように見えるが、ここでは「リンクを掲載するなどして」の「など」に第一行為が含まれていると読んでおくべきであろう（それ以外に「など」に相当しうる内容を「罪となるべき事実」第1の記載中に見出すことはできない）。

①説は確かに、犯罪の成立を限定的に捉える点において被告人に有利な解釈ではある。しかしストレージサービスへのアップロードだけでは公衆送信権侵害とならないとするのは送信可能化規制を導入した前記立法趣旨に鑑みて疑問がある上、国民に対する誤ったメッセージともなりかねない<sup>69</sup>。また民事訴訟における立証活動の場面で権利者にとって権利行使を困難にする解釈であって問題があることも前記の通りである。

本件は通説的理解である③説によっても共謀共同正犯の成立が認められた事案であるように思われ、また本判決自体も、やや苦しいながらも、③説で読める余地を残しているものである（前注68）、③説で理解しておくことが穏当であろう。

## （5）リーチサイト規制との関係

最後に、提案されているリーチサイト規制立法との関係に少し触れておきたい。リーチサイト規制については、長年の審議会の議論を経て、平成30年

---

<sup>69</sup> 海賊版サイト運営者が法解釈の動向を注視していることを示すエピソードとして、須藤・前掲注8・57頁。

2月に文化審議会著作権分科会報告書が取りまとめられ、著作権法改正が予定されていた。しかしその法案に含まれていたダウンロード違法化条項が問題視され、通常国会への提出が見送られたという経緯がある<sup>70</sup>。その騒動の過程で文化庁が用意していた改正法案の内容の一部が報じられた<sup>71</sup>。これによれば、リーチサイト及びリーチアプリ規制として、著作権法113条2項として次のような規定の新設が提案されていた（さらに3項にはリンク提供を放置する種類の規定が設けられるとともに、罰則の119条の規定の整備も含まれている。）。

「送信元識別符号又は送信元識別符号以外の符号その他の情報であつてその提供が送信元識別符号の提供と同一若しくは類似の効果を有するもの（以下この項及び次項において「送信元識別符号等」という。）の提供により侵害著作物等（著作権（第二十八条に規定する権利を除く。以下この項及び次項において同じ。）、出版権又は著作隣接権を侵害して送信可能化が行われた著作物等をいい、国外で行われる送信可能化であつて国内で行われたとしたならばこれらの権利の侵害となるべきものが行われた著作物等を含む。以下この項及び次項において同じ。）の他人による利用を容易にする行為（同項において「侵害著作物等利用容易化」という。）であつて、第一号に掲げるウェブサイト等（同項及び第百十九条第二項第四号において「侵害著作物等利用容易化ウェブサイト等」という。）において又は第二号に掲げるプログラム（次項及び同条第二項第五号において「侵害著作物等利用容易化プログラム」という。）を用いて行う行為は、当該行為に係る著作物等が侵害著作物

<sup>70</sup> 川崎・前掲注9。この経緯に関する小島立委員の第3回情報法制シンポジウムでの報告の紹介として、「拙速すぎる文化庁の違法ダウンロード拡大と阻止、一体何があったのか？委員振り返る」（すまほん！！、2019年6月16日）<<https://smhn.info/201906-the-truth-of-the-illegal-download-expansion-problem>>参照。

<sup>71</sup> 「DL違法化「必要な議論尽くされた」「バランスの取れた内容」…文化庁の説明資料入手」（弁護士ドットコム、2019年2月28日）<[https://www.bengo4.com/c\\_23/n\\_9306/](https://www.bengo4.com/c_23/n_9306/)>。

等であることを知っていた場合又は知ることができたと認めるに足りる相当の理由がある場合には、当該侵害著作物等に係る著作権、出版権又は著作隣接権を侵害する行為とみなす。

一 次に掲げるウェブサイト等

イ 当該ウェブサイト等において、侵害著作物等に係る送信元識別符号等（以下この項において「侵害送信元識別符号等」という。）の利用を促進する文言が表示されていること、侵害送信元識別符号等が強調されていることその他の当該ウェブサイト等における侵害送信元識別符号等の提供の態様に照らし、公衆を侵害著作物等に殊更に誘導するものであると認められるウェブサイト等

ロ イに掲げるもののほか、当該ウェブサイト等において提供される侵害送信元識別符号等の数、当該数が当該ウェブサイト等において提供される送信元識別符号等の総数に占める割合、当該侵害送信元識別符号等の利用に資する分類又は整理の状況その他の当該ウェブサイト等における侵害送信元識別符【ママ】等の提供の状況に照らし、主として公衆による侵害著作物等の利用のために用いられるものであると認められるウェブサイト等

二 次に掲げるプログラム

イ・ロ （略）」

「送信元識別符号」とは URL のことであり、「侵害送信元識別符号等」は、著作権等を「侵害して送信可能化が行われた著作物等」の URL 等を指している。利用促進文言や強調等の態様に基づいて「公衆を侵害著作物等に殊更に誘導するものであると認められるウェブサイト」「主として公衆による侵害著作物等の利用のために用いられるものであると認められるウェブサイト」等がいわゆるリーチサイトであって、そのようなリーチサイトにおいて



URL 等を提供することで「侵害著作物等」の「他人による利用を容易にする行為」を行うことが、一定の故意等のある場合に、みなし侵害とされるという複雑な規定となっている。このような規定を設ける最大の意義は、リーチサイトによる URL 等の提供行為について独立の処罰を可能にする点にある。

本件では、投稿者（送信可能化による公衆送信権侵害の実行行為者）とサイト運営者との間に共謀があり、共同正犯が成立することが特に争われていない。事案の概要欄で述べてきたような本件サイトの様々な仕組みによるアップロードの誘引を考慮すれば、共謀の存在を認めることは妥当と言えるであろう。しかし常にこのような分かりやすい共同関係が認められるわけではない。また本件サイトのような“上流”の供給源から URL を知得してそれを自己の運営する“下流”のサイトに掲載しなおす場合のように、全く共同関係が存在しないフリーライド型の純粋なリーチサイトも想定し得るから、アップロード者と切り離れた独立の構成要件を設けることには十分な意義があろう。

## （6）まとめ

本判決は「罪となるべき事実」第 1 の記載において、第一行為（著作物の記録・蔵置すなわちアップロード）と第二行為（その URL の記録・蔵置すなわち URL 設定）とを挙げており、裁判所としてはこれら二つの行為が一連一体のものとして行われて初めて公衆送信権の侵害となると捉えているように読める。しかしこのような一体的把握は送信可能化規制を導入した立法趣旨に照らして疑問があり、権利者に過分の立証を要求するものであって妥当でない。通説的理解はこれら二つの行為を分離した上で、第一行為のみを送信可能化による公衆送信権侵害と捉えるものであるが、本件の事案もそのような解決が可能であったように思われ、あえて一体的把握をすべき必然性

は存在しないと考えられる。なお第二行為についてはこれを独立のみなし侵害行為とするリーチサイト規制が提案されており、この法改正が実現されれば、アップロード者との共同関係を立証することなくリンク設定のみを根拠に権利行使が可能となる。

付記：本稿の校正段階で、講談社が本件の被告人Aらに対して約1億6000万円の損害賠償を請求する民事訴訟を提起したとの報道に触れた<sup>72</sup>。また奇しくも同日、「漫画村」の元運営者とされる男性がフィリピンで拘束されたとの報道もなされた<sup>73</sup>。

---

<sup>72</sup> 「講談社：誘導サイトの開設者を提訴 賠償求める」（毎日新聞、2019年7月10日）。

<sup>73</sup> 「違法コピー：「漫画村」元運営者を拘束フィリピン、強制送還へ」（毎日新聞、2019年7月10日）。