

No. 151(2016/12)

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～

慶應義塾大学法科大学院 奥邨弘司

はじめに

インターネット上のリンク行為について、著作権の直接侵害が成立し得ることを示したものとして注目される本判決について、紹介したい¹。

1 事実の概要

Playboy 誌を発行している Sanoma 社は、ドイツのテレビ司会者 Britt Dekker のヌード写真を、同誌の 2011 年 12 月号に掲載予定であった。Sanoma 社は撮影したカメラマンから、当該写真の著作権について独占許諾を得ていた。

前記雑誌の発行前である、同年 10 月のある日、GeeStijl.nl という web ニュースサイトを運営する GS Media 社に対して、匿名の人物から、前記写真のファイルがホストされているサイトの URL が送信されてきた。同日、Sanoma 社から、GS Media 社の親会社に対して、GeeStijl に写真を掲載しないようにとの連絡が届いたが、GS Media 社は「Ms Dekker のヌード写真」という記事を掲載し、問題の写真中の 1 枚の一部と、「お待ちかねのあなたに写真へのリンクへはこちら」という文言と共に、写真へのリンクを掲載した。

その後、Sanoma 社から記事の掲載停止の要請が GS Media 社に届くが、同社は、その都度、新たな記事を掲載し、写真へのリンク（当初写真を掲載していたサイトが、Sanoma 社からの要請で写真を削除したので、写真を掲載している別のサイトへのリンク）も掲載した。

Sanoma 社は、GS Media 社が、写真へのリンクを掲載したことおよび写真の一部を掲載したことが、著作権侵害などに当たるとして、オランダで訴訟を提起した。地裁は著作権侵害を認めたが、控訴裁は認めず、事件は最高裁に上告された。

¹ 本稿は、2016 年 10 月 7 日に開催された SLN セミナー（Softic）での講演内容をもとにまとめたものである。

オランダ最高裁は、インターネット上に、著作権者の同意なく掲載され、自由にアクセス可能な著作物に対してリンクを提供する行為が、情報社会指令の定める公衆への伝達権（the right to communicate to the public²）の侵害となるか否かについて、欧州司法裁判所の先決判断を求めた。

2 判決の概要

情報社会指令³ 3条は次のように定める。

- (1) 加盟国は、著作者に、その著作物を、有線又は無線で、公衆に伝達すること（公衆の構成員が、個々に選択した時間と場所で著作物にアクセス可能とするような方法で公衆に対して利用可能にすることを含む）を許諾しまたは禁止する排他的権利を付与しなければならない。
- (2) 略
- (3) (1) 項および(2) 項に定められた権利は、本条に規定された方法で、公衆に対する伝達を行ったり、公衆に利用可能としたりすることでは、消尽しない。

「この規定により、著作者は、禁止権的な性質であって、かつ、著作者が、著作物の見込みユーザーと、そのようなユーザーが考えている公衆への伝達を禁止するために、そこに介在できる権利を有する。

情報社会指令 3 条(1) 項は、『公衆への伝達』概念を定義していないので、その意味と範囲は、指令の目的と解釈対象の規定が置かれた文脈に照らして決定されるべきである。」 [28～29]

指令の目的は、「著作者にその作品の利用（公衆への伝達の機会を含む）に関する適切な対価を得ることを可能とすることで、著作者に高いレベルの保護を確立することにある。よって、『公衆への伝達』は、指令前文 23 項⁴が明確に述べるように広く解釈されるべきである。」 [30]

同時に、知的財産権の保護による著作権者の利益と、著作物の利用者の表現の自由や情報自由といった基本的権利の保護との間で、適切なバランスを取る必要がある。 [31]

「従来判示してきたように、『公衆への伝達』という概念は、著作物の『伝達行為』と『公衆』に対する著作物の伝達という、累積的な 2 つの基準を含むものである。」 [32] また、「公衆への伝達」の概念への該当性は、個別の評価が必要であって、そのような評価に際しては、相互に依存的な追加の基準も考慮する必要がある。 [33～34]

すなわち、第 1 に考慮すべきは、既に伝達されているものを中継する事案における、介在

² Communication to the public については、「公衆への伝達」と訳するのが一般的なため、それに倣った。ちなみに「公衆への伝達」権は、我が国でいう公衆送信権（送信可能化を含む）および伝達権を足しあわせたような権利となる（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）3～4 頁参照）。我が国の伝達権と混同しないように注意を促したい。

³ 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.

⁴ 指令前文 23 項は、この指令は、著作者の公衆への伝達に関する権利を更にハーモナイズさせるものであり、当該権利は、伝達が発信される場所にはない公衆に対してなされる伝達の全てをカバーするような形で理解されるべきである、と述べる。

者（＝中継者）の果たす役割の不可欠性（中継者の行為がなければ中継の受信者は著作物を享受できない）と意図性（受信者に著作物を享受する機会を与えることを意図して伝達を行う）である。[35] 第 2 に、「公衆」概念は、不確定数の潜在的視聴者を意味し、かなり多数であることが含意されている。[36] さらに、「公衆への伝達」とされるためには、著作物が以前に用いられたのと異なる技術的手段で伝達されるか、それともそうでない場合は、「追加的公衆（new public⁵）」（すなわち、著作権者が公衆への最初の伝達を許諾した際には考慮していなかった公衆）に対して伝達されなければならない。[37] 第 3 に関連するのは、情報社会指令の定める公衆への伝達における「伝達」とは営利的な性質を有しているという点である。[38]

「他の web サイト上で、著作権者の許諾なく自由に利用可能となっている著作物に対するリンクを web サイト上に掲載する行為が、情報社会指令 3 条（1）項にいう『公衆への伝達』に該当するといえるかどうかの評価は、以上の要件に照らして行われる」。[39]

ここで、「他の web サイト上で自由に利用可能となっている著作物に対するリンクを web サイトに掲載する行為は、情報社会指令 3 条（1）項にいう『公衆への伝達』に該当しないとした、Svensson 事件判決（C-466/12, EU:C:2014:76）が想起されるだろう。」[40] しかしながら、同事件で「裁判所が、問題となっている伝達行為は追加的公衆に向けられたものではないので、公衆への伝達は存在しないと結論づけたことに鑑みると、裁判所は、著作権者の許諾を得て他の web サイト上で自由に利用可能となっている著作物へのリンクに言及したにすぎない。」[41]

「その意味で、リンクとそれが参照する web サイトは、どちらも同じ技術、すなわちインターネットを使って、保護された著作物に対するアクセスを与えていることを考えると、リンクが追加的公衆に向けたものであるべきで、本件とは異なるが、著作物が、著作権者の許諾のもとに、他の web サイト上で、全てのインターネットユーザーに既に自由に利用可能となっているという事実のために、当該行為は情報社会指令 3 条（1）項の意味での『公衆への伝達』として把握されないのである。」リンクによってアクセス可能となる web サイト上で、著作物が自由に利用可能である場合、著作権者がそのような伝達到どうする場合、彼らは全てのインターネットユーザーを公衆に含めていると考えるべきである。[42]

「Svensson 事件判決や BestWater 事件判決(C-348/13, not published, EU:C:2014:2315)から、著作権者の許諾なく、他の web サイト上で自由に利用可能となっている著作物に対するリンクを掲載する行為が、原理原則として、情報社会指令 3 条（1）項の意味する『公衆への伝達』から除外されるということは導き出し得ない。むしろ、同項は、全ての公衆への伝達行為は著作権者による許諾にかからしむべきと定めているので、両判決は、同項に基づく同意の重要性を確認するものである。」[43]

もっとも、GS Media 社やドイツ政府、欧州委員会などからは、インターネット上に無許諾で掲載された著作物に対するリンクを掲載する行為を全て著作権侵害とすることは、表

⁵ new public をいかに訳すかは悩ましい。「新しい公衆」と訳す例もあるが、その場合、旧来の公衆概念とは異なる、新しい公衆概念を意味するのでは、との誤解を招かないか心配でもある。その意味するところを勘案し、かつ、英英辞書（American Heritage）にも new の意味として additional や further があげられてい

現の自由に対する過大な制約であり、自由および公共の利益と著作権者の利益のバランスを求め、情報社会指令に合致しないとの指摘がある。

この点、表現の自由にとってのインターネットの重要性、そして、リンクがインターネットおよび大量の情報の交換に貢献していることを考慮しなければならない。さらに、「特に個人にとって、リンクが誘導しようとしている web サイトが、保護されている著作物へのアクセスを提供しているのかどうか、そして、必要な場合は、それらの著作物がインターネットに掲載されることについて著作権者が同意しているかどうかを確かめるのは難しい。」また、リンク掲載後に、リンクした者が知らないうちに、リンク先の web サイトの内容が変更されることもある。[44~46]

以上を踏まえると、公衆への伝達該当性の判断に当たっては、「他の web サイト上で自由に利用可能な著作物へのリンクが、利益を目的としない者によって行われる場合、当該者が、当該著作物が著作権者の同意なくインターネット上に掲載されたということを、現に知らないおよび合理的に知ることができないという事実は考慮される必要がある。」[47]

「逆に、自身が掲載したリンクがインターネット上に違法に掲載された著作物へのアクセスを提供することを現に知っていたまたは知り得べきであった者——例えば著作権者によってその旨通知された場合など——によるそのようなリンクの提供は、情報社会指令の定める『公衆への伝達』に該当すると考えるべきである。」[49]

オリジナルのサイトで、著作物へのアクセスを会員に限定するための制限が行われている場合に、そのような制限を回避することを可能とするようなリンクを掲載する行為も、同様に理解されるべきである。[50]

「さらに、リンクの掲載が利益を目的として行われるとき、そのようなリンクを掲載する者は、関連する著作物が、当該リンクが誘導する web サイト上に、違法に公開されていないことを確かめるため必要なチェックを行うことが期待される。ゆえに、当該著作物が保護されるものであること、かつ、インターネット上での公開に対する著作権者の同意がもしかしたら欠けるかもしれないことについて、十分な認識を持って、当該リンクを掲載したものと推定される。そのような状況下で、かつ、覆滅可能な前記推定について覆滅がなされない場合は、インターネット上に違法に掲載された作品へのリンクを掲載することは、『公衆への伝達』に該当する。」[51]

オランダ最高裁への回答としては、情報社会指令については次のように解釈すべきである。すなわち「他の web サイト上で著作権者の同意なく自由に利用可能となっている著作物へのリンクを web サイト上に掲載することが、同指令の規定するところの『公衆への伝達』に該当するか否かを立証するためには、当該リンクの提供が、他の web サイト上における著作物の公開が違法なものであることを知らずかつ合理的に知ることができなかった者によって営利を目的とせずになされたものであるか、逆に、そのような認識を推定させるような状況でかつそのような目的（注：営利目的）で行われたものであるかを判断しなければならない。」

ることを踏まえ、本稿では、差しあたり、「追加的公衆」と訳すこととした。

3 解説⁶

3-1 本判決の構造

本判決には、全体の構造にわかりにくい感じがあるため、最初にその点について触れておきたい。

まず、本判決は、インターネット上で自由に利用可能となっている著作物に対するリンクを web サイト上に掲載する行為を、公衆への伝達に当たらないとした先例 (Svensonn 事件判決) の射程を縷々説明した後に、インターネット上に著作権者の許諾なくアップされ、自由に利用可能となっている著作物に対するリンクを掲載する行為は、先例の射程外であって、公衆への伝達に該当するとの原則を示す。その後、表現の自由やインターネットの重要性を踏まえ、前記原則を修正する2つの要件について言及する。

後に見るように、前半部分、すなわち、原則を示すところまでは、欧州司法裁のこれまでの裁判例に照らして想定範囲内の結論ともいえるのであるが、後半部分、すなわち絞り込みのための2要件に関する部分は、従来の裁判例に照らしても、また本判決の前半部分との関係でも、多少唐突な感じを否めないのである。自身が示した原則に対する批判への対応が優先した結果、理論面が置き去りにされてしまったのではないかとの感想すら覚える。

本判決は、GS Media のリンクは「公衆への伝達」に該当するとの判断を示したが、これは、同社が直接侵害者となりうることを意味する。なぜなら、同社の行為 (=リンクを掲載する行為) が、公衆への伝達に該当すると結論される以上、それは間接利用 (侵害) 行為ではなくて、直接利用 (侵害) 行為だからである。

もっとも、本判決は、先決判断に関するものであるため、GS Media 社の行為が、著作権侵害となるか否かを直接的に判断するものではなく、あくまでも、公衆への伝達とはどのような行為かを明らかにするものである。GS Media 社の行為が、権利侵害に該当するか否かは、権利制限規定への該当性なども考慮した上で、最終判断されることになる。

これらの点も、本判決を分かりづらくしている要因であろう。

3-2 本判決の争点

本判決の争点は、著作権者の同意なく他の web サイトにアップロードされ、誰でも自由に利用可能となっている著作物へのリンクを web サイト上に掲載することが、公衆への伝達となり得るか、という点につきる。

ところで、一口にリンクといっても、リンク先の状態によって、大きく4つに分類することができる。まず、著作権者の同意を得てネットにアップされた著作物のうち、アクセス制限がなされていないため誰でも自由に利用可能なものへのリンク (タイプ①) と特定の者にしかアクセスできないものへ、アクセス制限を回避するような形のリンク (タイプ②) が考えられる。後者の場合は、当該リンクを辿ることで、アクセス制限を回避することになり、本来ならば当該著作物にアクセスできない者もアクセスし、利用することが可

⁶ 速報解説として、Liwen Mah & Jennifer Stanley (Fenwick & West LLP), *Copyright Alert : The European Union Exposes Websites to Copyright Liability for Linking to Infringing Material of Third Parties*
<<https://www.fenwick.com/publications/pages/the-european-union-exposes-websites-to-copyright-liability-for-linking-to-material-of-third-parties.aspx>>.

能となる。

次に、著作権者の同意を得ずにネットにアップされた著作物のうち、アクセス制限がなされていないため誰でも自由に利用可能なものへのリンク（タイプ③）と特定の者にしかアクセスできないものへ、アクセス制限を回避するような形のリンク（タイプ④）が考えられる。タイプ④の場合に、リンクを辿ることでアクセス制限の回避になるのは、タイプ②の場合同様である。

	アクセス制限なし	アクセス制限あり
同意を得てネットにアップされた著作物	タイプ①	タイプ②
同意を得ずネットにアップされた著作物	タイプ③	タイプ④

以上のような分類に基づけば、本判決は、タイプ③のリンクを web サイトに掲載する行為について、公衆への伝達に該当するか否かが争われた事案と整理することができ、検討対象は極めて限定されていることが分かる。では、その他のタイプのリンクについてはどうなるのか。この点、本判決は、タイプ④のリンクを掲載する行為の評価については傍論的に触れる一方、タイプ①および②のリンクを掲載する行為については、Svensson 事件判決において既に解決されているとの立場を取った。

3-3 Svensson 事件判決⁷

Svensson 事件の事実関係を簡単にまとめると次のようになる。原告はジャーナリストであり、彼らはスウェーデンの新聞社のために記事を書き、その記事は、新聞と新聞の web サイトに掲載され、インターネットユーザーなら誰でもアクセス可能であった。被告は、web サイト運営会社であり、自身の顧客のために、他の web サイトに掲載されている記事に対するリンク集を提供していた。原告は、被告が、原告の記事を無許諾で利用可能化していることを理由に、損害賠償を求めて提訴した。

Svensson 事件において、欧州司法裁に先決判断が求められた事項の内、本稿に關係するのは、次の2点である。

- ① 著作権者以外が、インターネット上の著作物に対するリンクを掲載する行為は、公衆への伝達に該当するか。
- ② ①の結論は、問題の著作物が、アクセス制限のある web サイト上に掲載されている場合と、制限のないサイトに掲載されている場合で、異なるか。

争点①に関して、欧州司法裁は、公衆への伝達は、「著作物の伝達行為」と「当該著作物の公衆への伝達」という2つの要件から成り立つと述べる。

⁷ 作花文雄「リンキ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）——リンキング許容性の下における著作物利用行為性の生ずる『Contextの検証』——」コピーライト654号（2016）27頁参照。

そして、情報社会指令の前文4項および9項は、著作権者に対して高いレベルの保護を与えることを求めているとして、「伝達行為」は広く解釈されるべきとした。さらに、同指令3条(1)項から明らかなように、公衆の構成員が（実際にアクセスするかどうかは関係なく）アクセス可能な態様で、著作物を公衆に対して利用可能にすることは、「伝達行為」に該当すると述べた上で、アクセス制限なくネット上に掲載されている著作物に対するリンクを掲載する行為は、リンクを辿るユーザーが、前記著作物に直接アクセスすることを可能とするものであるから、「利用可能化」と解釈されるべきであり、ゆえに3条(1)項にいう「伝達行為」に該当すると説示したのである。

次に、欧州司法裁は、webサイトの管理者がリンクによって著作物を伝達する行為は、結局、webサイトの潜在的ユーザー、すなわち、公衆に向けたものであるから、公衆への伝達に該当すると説示した。もっとも、最初の伝達の対象となったのと同じ著作物を、最初の伝達と同じ技術的手段で伝達する場合は、追加的公衆——著作権者が公衆への最初の伝達を許諾した際に考慮されていなかった公衆——に向けられた伝達でなければ、同指令3条(1)項のいう「公衆への伝達」には当たらないとも解釈した。そして、Svensson事件で問題となっているようなリンクは、原告の記事を追加的公衆に伝達するものではないと述べた。なぜなら、Svensson事件の場合、最初の伝達が対象とした公衆は全てのインターネットユーザーであったために、リンクによる伝達の対象として追加的公衆を概念できないからである。

以上の結果として、欧州司法裁は、争点①に関して「他のwebサイトで自由に利用可能な著作物に対するリンクをwebサイト上に提供することは『公衆への伝達』には該当しない」と判示したのである。

3-4 事案の相違

既にみたように、Svensson事件判決の結論は、「他のwebサイト上で、自由に利用可能となっている著作物に対するリンクをwebサイト上に提供することは『公衆への伝達』には該当しない」である。つまり、この結論だけを読めば、冒頭の4分類のうち、タイプ①のリンクとタイプ③のリンクを区別せずに、それらをwebサイト上に掲載することが「公衆への伝達」には当たらないと判示しているようにも読めるのである。もし仮にそのように理解すると、GS Media事件の場合も、リンクは「公衆への伝達」に該当しないことになろう。

しかし、欧州司法裁は、Svensson事件のリンクがタイプ①であるのに対して、GS Media事件のそれはタイプ③であることに注目して、後者の場合、結論は異なるとしたのである⁸。

改めてよく読むと、Svensson事件判決の結論を導く理由付けの柱となった「追加的公衆」は、同判決によれば、「著作権者が公衆への最初の伝達を許諾した際に考慮されていなかった公衆」と定義されているから、公衆への最初の伝達時に著作権者の許諾があったことが大前提となっているのは明らかである。とすると、同事件判決の射程をタイプ①のリンクに限定した本判決の論理は妥当ということになろう。

⁸ この点は、オランダ最高裁の判断においても意識されていたようである。作花・前掲注7) 35～36頁参照。

ところで、本判決は、「追加的公衆」について縷々説示するが、それはあくまでも、先例たる Svensonn 事件判決の射程が、タイプ①のリンクに限定されることを明らかにするためではない⁹。誤解しやすいところであるが、本件のリンクはタイプ③であり、それが公衆への伝達に該当するのは、「追加的公衆」に対して伝達を行うからではない。本判決の理解によれば、情報社会指令 3 条（1）項は「全ての公衆への伝達行為は著作権者による許諾にかからしむべきと定めている」のである。つまり、Svensonn 事件判決こそが例外であるということになる。

ここまですべてを整理すると、次のようになる。すなわち、他の web サイト上で自由に利用可能となっている著作物に対するリンクを掲載する行為は、当該著作物の利用可能化であって、公衆への伝達に該当するのが原則である。しかしながら、そのようなリンクがタイプ①の場合、当該リンクは「追加的公衆」への伝達ではないので、公衆への伝達には該当しない。逆にいえば、タイプ①のリンクを除いた残り、すなわち、タイプ③のリンクは、公衆への伝達なのである。

3-5 認識要件と営利性要件

3-5-1 相互の関係

ここまでの検討では、タイプ③のリンクは、全て公衆への伝達に該当するはずである。しかし、欧州司法裁は、認識要件と営利性要件を付加して、公衆への伝達に該当するリンクを絞り込むこととした。

このような絞り込みは、表現の自由や、インターネットの重要性、そしてインターネットにおけるリンクの果たす役割に鑑みてのことと説明されている。さらにいえば、インターネット上には無数の、違法にアップロードされた著作物が存在するため、結果として多くのリンクがタイプ③になりかねないからでもある。

この点、絞り込みを行うことについても、そして、その必要性についても、異論はないところであろう。なぜなら、そうしないと、インターネットの利用に大きな萎縮効果が生じることは明らかだからだ。問題は、その目的に照らして、適切な絞り込みが行われているといえるかどうかである。

絞り込みは、認識要件と営利性要件の2つで行われるが、そのうち、キーとなるのは、認識要件である。すなわち、リンク先の著作物が、権利者の許諾なくインターネット上にアップロードされているものであることを現に知っているか、または合理的に知ることができたか、のいずれかの場合のみ、タイプ③のリンクは公衆への伝達に該当するのである。この原則は、リンクが営利目的であってもなくても変わらない。では、営利性要件はどのように働くかと言えば、営利目的でリンクを掲載する者については、認識要件を満足するものと推定されてしまうのである。もちろん、推定であるから覆滅は可能であるが、裏返せば、推定を覆滅できないと、営利目的で行われるタイプ③のリンクは、公衆への伝達に該当することになる。一方、非営利目的でリンクを行う者には、このような推定は適用されない。

⁹ 追加的公衆については、茶園・前掲注2) 9頁および作花・前掲注7) 28頁参照。

3-5-2 認識要件

では、なぜ、認識要件が求められるのだろうか。

この点判決は、認識要件を欠く者は、「他のインターネットユーザーが著作物に直接アクセスすることを可能とすることによって当該著作物の利用可能化を行っているとしても、一般論として言えば、自身の行為が、自身のユーザーに、違法にインターネット上にアップされた著作物に対するアクセスを与える結果となっていることについて、十分に認識して中継を行っているわけではない。」[48]と説示する。さらに、「問題の著作物が、リンク先の web サイト上で制限なく利用可能になってしまっている場合、原理的には、前記中継行為がなくても、すべてのインターネットユーザーは当該著作物にアクセスできる。」[48]とも説示している。

しかしながら、裁判所のこれらの説示は、端的に言えば、知らずに行っているのだから仕方がないとか、現状よりも状況を悪化させるわけではないとか言っているにすぎず、何故認識要件が求められるのかについては答えているわけではない。そもそも、本判決で論じられているのは、リンクが公衆への伝達に該当するか否かであったはずである。とすれば、それは、行為の外形およびそれにまつわる外在的な事情によって決せられるべきであって、認識の有無や行為がもたらす結果によって決せられるべきものではないように思われる。前記2つの説示は、リンクを掲載した者の損害賠償責任を減免するための理由付けとしてならば、理解できなくはない。また、権利制限規定の理由付けであっても理解可能である。しかし、ここでは、公衆への伝達行為の範囲を決めるために持ち出されているのである。

ところで、米国においてリンク（ただし、検討の対象となったのはインラインリンク）が著作権侵害になるか否かについては、Perfect10 事件第 9 巡回区控訴裁判決が、リンクは公の展示権の直接侵害には該当しないとしつつ、寄与侵害が成立する可能性を示唆して、事件を地裁に差し戻している¹⁰。よく知られるように、米国の寄与侵害の要件は、①直接侵害を認識していることと②直接侵害に重要な寄与を行っていること、の2点であり、①の認識には、現実に認識している場合の他に、合理的に知りうる場合も含まれるとされる。ここまで述べれば明らかなように、本判決の論理は、むしろ米国の寄与侵害とパラレルに考えるほうが、納得がいく内容なのである。逆に言えば、直接侵害の問題となっているがために、収まりが悪い感じがするのである¹¹。

何故、欧州司法裁がこのような形を取ったのか、その理由は判決中には明記されていない¹²。また、欧州司法裁の（著作権関連事件以外も含めた）一般的な傾向がどのようなもの

¹⁰ Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F.3d 1146 (9th Cir. 2007)

¹¹ 作花・前掲注7) 43 頁は「一般論として、コンテンツの違法性についての認識の有無は、侵害の発生を防止又は除去する行為義務の認定にも関わるものであり、直接侵害又は間接侵害のいずれのアプローチを採るとしても、リンク設定者の帰責の有りに影響を及ぼす。」として、認識要件の重要性を指摘するが、同時に「リンキング行為者のコンテンツの違法性についての認識は、米国の寄与侵害責任法理や豪州の『authorization』責任法理などにおいて、直接的侵害行為に対する間接的関与者としての侵害行為主体認定においても重要な判断要素となる。」として、認識要件の間接侵害理論との親和性を指摘する。

¹² 茶園・前掲注2) 8 頁は「裁判例の多くでは、利用者が不可欠の役割を果たすことが強調されている。利用者は、自己の行動の結果を十分に認識しつつ、第三者に著作物へのアクセスを与えるための行為であつ

かも、筆者は不勉強である。そのため、あくまでも想像の範囲でしかないが、一つには、先決判断という形式に由来する部分があるのかもしれない。間接侵害という形で、帰結を加盟国に委ねるのではなくて、直接侵害として指令が規定する権利の基本的な概念の解釈を示す方が、欧州全体のハーモナイゼーションに資するところ大ということなのだろうか。今ひとつは、情報社会指令が限定的な形でしか権利制限を認めないため、権利自体の範囲を調整することで、現実的な妥当性を確保している可能性である。後者の点は、「追加的公衆」概念にも通じるところがあるように思われる¹³。

3-5-3 営利性要件

次に営利性要件はどこから来るのだろうか。

一つの手がかりは、本判決が、情報社会指令という公衆への伝達における「伝達」は、営利的な性質を有するものであるとの認識を示している点にある。実は、この認識は本判決に特有なものではなく、関連する判決に見られる一貫した認識といえることができる¹⁴。例えば、本判決が参照する Football Association Premier League 事件判決 (C-403/08, EU:C:2011:631) では「情報社会指令における『伝達』は営利的な性質である」と説示し、さらに同判決が参照する SGAE 事件判決 (C-306/05, EU:C:2006:764) では「利益の追求は、公衆への伝達を認定するための必須の条件ではないが、本件の事実関係のもとでは、伝達が営利的な性質を有するのは、いずれにしても明確である」と説示している。

もっとも、情報社会指令という公衆への伝達における「伝達」は営利的な性質を有するものである、との認識が、なぜ、「著作物が、当該リンクが誘導する web サイト上に、違法に公開されていないことを確かめるため必要なチェックを行うことが期待される」こと

て、それがなければ第三者がアクセスを得ることができないものを行う場合、公衆への伝達を行っている」と述べ、利用者 (GS Media 事件でいえば、リンクを掲載する者) が不可欠な役割を果たしていることを裏付ける要素として、認識を位置づける。適切な指摘だと考えるが、だとするとなおさら、本判決の論理には疑問を覚える。これまで問題としてきたのは、行為に対する認識であり、違法性の認識云々ではなかったように思われるからである。認識対象が変わっていないだろうか。

¹³ 一旦、公衆への伝達が行われた著作物をさらに公衆に伝達する行為が、公衆への伝達権の対象となるか否かについて、欧州司法裁は 3 Step テストを行う。すなわち、まず、①最初の伝達が著作権者の許諾のもとに行われたか否かを検討する。①の答えが No なら、後続の伝達は公衆への伝達権の対象となる (以上、本判決に基づく)。①の答えが No の場合、次に、②最初の伝達と後続の伝達が同一の技術的手段で行われたか否かを検討し、②の答えが No ならその時点で後続の伝達は公衆への伝達権の対象となる。②の答えが Yes の場合、最後に、③後続の伝達は追加的公衆に向けられたものか否かを検討する。③の答えが Yes の場合、後続の伝達は公衆への伝達権の対象となり、No の場合は対象外となる。

このように見てくると、追加的公衆の議論は、最初の公衆への伝達が著作権者の許諾のある場合にのみ登場し、かつ、最初に伝達されたままの状態の後続の伝達が行われる場合にのみ登場するわけであり、ちょうど、譲渡権における消尽と似たような場面で登場するように思えるのである。しかも、追加的公衆の概念は、消尽における二重の利得の禁止と裏表の関係にあるといえる。以上を踏まえると、追加的公衆の議論は、公衆への伝達権における一種の消尽論なのではないかと、筆者には思われてならない。もちろん、情報社会指令 3 条 (3) 項は、明文で、公衆への伝達権に関する消尽を否定しているのであるが、だからこそ追加的公衆の議論という、いわば裏口から、裁判所はアプローチしているのではないかとも思われるのである。もっとも、この点についての詳しい検討は、他日に譲りたい。

¹⁴ 茶園・前掲注2) 9 頁参照。

に繋がるのかについては、全く説明されていないし、先例の引用、参照すら存在しない。さらに、そのような期待を受ける者（＝営利目的でリンクする者）が、リンク対象の著作物に関して「インターネット上での公開に対する著作権者の同意がもしかしたら欠けるかもしれないことについて、十分な認識を持って、当該リンクを掲載したものと推定される」のがなぜなのかも全く説明されず、先例も引用・参照されていない。つまり、その根拠が明らかでないのである¹⁵。

しかも、「違法に公開されていないことを確かめるため必要なチェックを行うことが期待される」ことと、「著作権者の同意がもしかしたら欠けるかもしれないことについて、十分な認識を持って（いるもの）・・・と推定される」ことが、直接結びつく点には、強い違和感を覚えざるを得ない。

例えば、「違法に公開されていないことを確かめるため必要なチェックを行うことが期待される」から、リンク先のサイトに公式表示（日本のLマークのようなイメージ）が存在しないにもかかわらずリンクを掲載した場合、「著作権者の同意がもしかしたら欠けるかもしれないことについて、十分な認識を持って（いるもの）・・・と推定される」なら理解できる。また、例えば、「違法に公開されていないことを確かめるため必要なチェックを行うことが期待される」から、リンク先のサイトのURLが海賊版などをイメージさせるものである¹⁶にもかかわらずリンクを掲載した場合、「著作権者の同意がもしかしたら欠けるかもしれないことについて、十分な認識を持って（いるもの）・・・と推定される」でも理解可能である。

しかしながら、欧州司法裁の説示には、前記のような、途中をつなぐものがないのである。しかし、欧州司法裁が、営利目的でリンクを掲載する者は、（著作権侵害ではないことをチェックするという）法の期待を裏切っていることが推定される、と端的に述べているだけ、と捉えるのはやはり抵抗感がある。むしろ、「違法に公開されていないことを確かめるため必要なチェックを行うことが期待され（ている）」のであるから、リンク先については、同意があることがチェック済みのはずであり、よって「著作権者の同意がもしかしたら欠けるかもしれないことについて、十分な認識を持って（いるもの）・・・と推定される」としても、容易に覆滅できるはず、という趣旨と解すべきなのだろう。その意味では、欧州司法裁は、理由を明確に示さないままに、立証責任を転換しますと宣明している——通常なら、リンクを掲載した者が、違法にアップロードされたものへのリンクであることを認識していた旨、著作権者が立証しなければならないところ、この推定の結果、リンクを掲載した者が、自らに認識がなかった旨を証明することになる——ように思われるのである。

¹⁵ そもそも、公衆への伝達に該当するか否かの判断に営利性を加味すること自体に対して批判がある（茶園・前掲注2）9頁参照）。

¹⁶ 米国DMCAのセーフハーバが適用されるかを検討する際に、海賊版をイメージさせるURLの場合は、プロバイダーが危険信号を認識していたことにならないかという具合に議論されることがある。もっとも、否定的に解するのが一般的傾向ではある。詳しくは、拙稿「動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害(1) —民事責任に関する日米裁判例の比較検討—」知的財産法政策学研究33号(2011)105頁以降参照。

4 今後のポイント

4-1 認識要件

既にみたように、タイプ③のリンクを掲載する場合、リンク先の著作物が違法にインターネット上にアップされたものであることを、現に認識していた場合、または、合理的に認識可能であった場合、当該リンクを掲載する行為は、公衆への伝達行為に該当（し、原則として著作権侵害に該当）する。この点は、営利性の有無に関係がない。

この点、権利者から、リンク先の著作物は著作権が侵害されたものである旨の通知が届いた場合、この要件は容易に満足されることになろう。問題は、それ以外にどのような場合に、合理的に認識可能と判断されるかである。この部分の解釈次第では、違法となるリンクが急増する可能性が考えられる。今後の事例判断の積み重ねを待つしかないであろう。

4-2 営利性要件

営利性も、著作権の世界では、本来的に広く解されがちな概念である。しかしながら、本判決の論理では、営利性があるとされた場合、立証責任が転換されてしまうのは、既にみたとおりである。その意味では、本要件がどのように解釈されるかは、結果に与える影響が大きいといわなければならない。

推定の正当化根拠、すなわち、立証責任の転換の正当化根拠が、先に見たように、著作権者の同意があることはチェック済みのはずであり、立証責任を転換しても過度の負担にはならないはず、という点にあるのだとすると、それが期待できないようなケースに対してまで、立証責任の転換が生じないような解釈が望まれよう。例えば、全くの個人がブログにアフィリエイト広告を掲載しているような場合にまで、著作権者の同意があることはチェック済みのはずであり、立証責任を転換しても過度の負担にはならない、と捉えるのは適切ではないだろう。その意味では、そのような場合は、そもそも営利性なしと判断すべきように思われる。

しかし、本件の被告である **GS Media** は、その主たる収入をサイトの広告で賄っているようであり、同社について営利性が認められたことを勘案すると、果たして個人のアフィリエイトとの間に線引きが可能かどうかは、疑問を持たざるを得ない。

4-3 リーチサイトへの影響

そもそも、**GS Media** の運営していたサイトは、リーチサイトというよりは、どちらかといえば、まとめサイトのようなものであり、リーチサイトに比べれば、（ゴシップ的な内容であるとはいえ）自身としても発信するメッセージを有するサイトであった。そのサイトのリンクが、実質的に著作権侵害と判断された以上、リーチサイトについては、多くを語る必要はないだろう。

若干分析的に見れば、リーチサイトの場合、**GS Media** 同様に営利性は認定されるであろうから、立証責任はリーチサイト側に転換されるどころ、彼らが、著作権を侵害してアップロードされていたものであるとは知らなかったと立証することはかなりハードルが高いといわざるを得ない。

また、合理的に知っていたという要件の広狭にかかるが、例えば、権利者が、あるリンク先のサイトに掲載されているものの多数が、著作権者の同意を得ずにアップロードされ

た者であることをリーチサイトに通知した場合、通知されたものだけを削除することではすまないのではないかと思われる。すなわち、そのように侵害物が多数掲載されているサイトについては、通知のないものについても、侵害物でないかをチェックすべきであり、逆にいえば侵害物であることが合理的に認識可能であったと判断される余地は、決して小さくないであろう。

4-4 検索エンジンへの影響

リーチサイトの議論で、忘れられがちなのは、検索エンジンとの切り分けをどうするかである。どちらも、他のサイトへのリンクの集合体という意味では、変わらないからである。

この点、本判決の論理は、検索エンジンにも同様に適用されるだろう。そして、検索エンジンが営利目的で運営されていることは容易に認定されるであろうから、立証責任は検索エンジン側に転換されることになる。とすると、著作権を侵害してアップロードされていたものであるとは知らなかったと、検索エンジン側が立証する必要がある。検索エンジン側としては、自動的にリンクを収集している関係上、現実には知らなかった、合理的に知り得なかったと主張することになる。

後者に関して、電子商取引指令¹⁷15条1項は、プロバイダーに常時監視義務や能動的探索義務を課すことを禁じているため、検索エンジン側としては援用したいところであろうが、同指令上保護を受けられるのは「単なる導管」「キャッシング」「ホスティング」の3機能に限られるから、検索エンジンがこれらに含まれるかという問題がある。ちなみに米国の場合は、前記3つの機能に加えて、情報探索ツール機能も、DMCAの免責の対象となっている¹⁸。

なお、本判決の論理では、リーチサイト自体が違法となり得るから、リーチサイトを検索結果に表示しリンクを提供すること自体も、問題となることは指摘しておきたい。

4-5 日本法への示唆

日本法への示唆は、2つに分けて考えたい。一つは、理論面であり、今ひとつは結果面である。

理論面については、既にみたように、本判決の論理は、リンクを利用可能化と捉え、かつ、公衆への伝達に当たるか否かの判断に、認識可能性や営利性を加味するというものである。

この点、我が国の送信可能化概念は、それを定義する著作権法の規定の厳格性ゆえに、リンクまでもそこに含むものと解釈するのは難しいだろう。また、カラオケ法理¹⁹やまねきTV事件²⁰法理、さらには罪に濡れたふたり事件判決²¹の考え方を採用しても、リンクを掲

¹⁷ Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market.

¹⁸ 米国著作権法 512条(d)項。

¹⁹ 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事件]。

²⁰ 最判平成 23年 1月 18日民集 65巻 1号 121頁。

²¹ 東京高判平成 17年 3月 3日判時 1893号 126頁。

載する者を公衆送信の主体と捉えるのは難しいであろう。

ただ、著作権法以外の法領域に目を向けると、掲示板に名誉毀損記事へのリンクを掲載することも名誉毀損となとした判決²²や児童ポルノが掲載された URL を掲示板に掲載することが公然陳列にあたることとされた事件²³などが存在する。果たしてそれらの場合と著作権の場合で何が異なるのか、それとも異なるのかは、今後もっと詰めて議論される必要があるだろう。

ところで、仮に、我が国でも、リンクを掲載することを送信可能化と捉えることになったとした場合について考えたい。その場合に、絞り込みを行うために、本判決のように認識要件や営利性要件を考慮するのは、やはり条文上、手がかりとなる規定がない以上、躊躇される。もっとも、我が国でも、NTT リース事件判決²⁴では、専ら営業行為の対象であったリースについて、一見特定少数向けと思われるにもかかわらず、営利目的であることに着目して、公衆に対する提供と判断したのではないか²⁵との指摘があることに鑑みれば、営利性について参照する余地がないとはいえない。ただ、公衆送信概念を操作することは、公衆に提供・提示する権利全般に影響を与えるおそれがあり、リンク行為やリーチサイトへの対処のためだけで正当化されるか疑問がある。

なお、本判決の考え方は、米国の寄与侵害と近い部分があると指摘したが、その意味では、我が国の間接侵害の議論として参考にすることは、十分あり得る。もっとも、これは、結果面の示唆かもしれない。

結果面については、今後の運用次第のところはあるが、禁止される範囲が過大に過ぎるようにならないか、という点は注目すべきであろう。また、4-1、4-2、4-3、4-4で検討したような問題について、我が国ではどこで線引きをするのか検討される必要がある。個人的な感想としては、リンクに関する問題で、もっとも厳しい線を引いたのが本判決ではないかと考えている。その意味では、少なくとも、リーチサイト対策としては、本判決の論理は過大に過ぎると思われる。

以 上

²² 東京高判平成 24 年 4 月 18 日平成 24 年（ネ）第 127 号。

²³ 最判平成 24 年 7 月 9 日裁判集刑 308 号 53 頁。

²⁴ 東京地判平成 16 年 6 月 18 日判時 1881 号 101 頁。

²⁵ 増山周 [判批] 著作権判例百選 [第 4 版] 98 頁および中山信弘『著作権法 第 2 版』（有斐閣・2015）276 頁参照。