

「対応すべき悪質な行為の範囲」の検討（案）

検討の視点

検討を行うにあたっては、以下の視点が必要ではないか。

- ① リンク情報の提供行為は、インターネットによる情報伝達において不可欠な役割を担うものであり、表現行為として憲法第 21 条第 1 項により保護される。もっとも、表現行為も、絶対無制限なものではなく、公共の福祉を実現するために必要かつ合理的な制約を受ける。
- ② 表現の自由の制約に当たっては、厳格な基準¹を併用しつつ、利益衡量²を行うことが要求される。そのため、検討に当たっては、表現の自由と著作権者の利益保護を比較考量し、公共の福祉を実現するために必要かつ合理的な制約とすることが必要である。また、表現行為を規制する場合、憲法上保護に値する表現行為をしようとする者を萎縮させ、表現の自由を不当に制限する結果を招来するおそれのないよう³、規制の対象となるものとそうでないものとの区別の明確性についても配慮する必要がある。
- ③ 侵害コンテンツへのリンク情報の提供行為が幫助（正犯の行為を容易にする行為）に該当する場合には民事責任や刑事責任を負うこともあり得るが、リンク情報の提供行為全般について違法と適法の境界を画定するのは必ずしも容易ではない。そのため、今般の検討では、リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為による被害状況を踏まえ、さしあたり緊急に対応する必要性の高い悪質な行為類型を取り出して対応を検討することとする。

＜本小委員会における主な意見＞

- ・リーチサイトなど提供する行為が違法とされるのは、侵害コンテンツを公衆送信するという結果に対して因果的に寄与しているからであり、行為が結果に対してどれくらい危険性のある行為なのかを見なければならない。少しでも容易にすることに寄与してい

¹ 厳格な基準としては、主として、「明白かつ現在の基準」、「必要最小限度の基準」（規制の対象・程度が必要最小限度であることを要求するもの）、「LRA の基準」（規制の対象・程度がより制限的でない他の選び得る手段であるかどうかを審査するもの）が該当する（第 17 期文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（第 3 回）資料 3 「木下氏提出資料」より）

² よど号判決以来、「自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、右の目的のために制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決せられるべき」として定式化されている。（第 17 期文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会（第 3 回）資料 3 「木下氏提出資料」より）

³ 最大判昭和 59 年 12 月 12 日民集 38 卷 12 号 1308 頁[札幌税関検査事件]参照

ば最終的な結論として違法とする余地はあるが、違法性の程度には段階があり、評価しなければいけない。

- ・利益衡量の際は、考えるべき重要なものだとすることを前提にしなければならない。悪質なものに限るのは大前提であって、その悪質性というのは極めてレベルの高いものでないと問題があろう。
- ・違法に著作物を掲載する行為自体は違法であることは変わらないが、そこへリンクをする人をどの範囲でアウトにするかを議論している。
- ・今回は、特に必要性が高い悪質な行為に対応するための議論であるのに、議論が進む中で、リンクを全て悪質な行為として差止請求の対象にすべきということになるのは、世の中に与える影響等を考えると、一足飛びに行き過ぎるのではないか。
- ・できるだけ客観的な要素によって対象を明確にする場合、それに伴う負の効果を最小限度にとどめることができるのであれば、そのような押さえ方もバランスのとり方としてあり得る。違法な幫助行為の全てを対象とするわけではなく、悪質性の高いものだけを対象とするということは、それ以外は落ちてしまうということを忍容しつつ、その反面で対象を明確にすることにより萎縮効果を避けるというメリットを得ようということ。

<本小委員会（第3回）木下昌彦氏ヒアリングより>

- ・無数のウェブサイト情報が散乱しているインターネットにおいては、情報の場所を示す URL の提供は意見交換や情報摂取の過程において不可欠な役割を担うものであり、その重要性に鑑みれば、URL の提供行為は表現行為として捉えられ、憲法 21 条 1 項における表現の自由として保護されると考えられる。
- ・もっとも、憲法 21 条 1 項で保障される表現の自由は、絶対無制限なものではなく、公共の福祉による制限の下にあることは最高裁判例の一貫した考え方であり、URL の提供行為が表現の自由として憲法上保護されるものであるとしても、公共の福祉を実現するための必要かつ合理的な制約である限り、規制の対象になりうると考えられる。
- ・「幫助」概念を…判例等の蓄積により絞り込んでいくということが重要。
- ・現状の中で URL の提供が持つ意味、社会的な意味、憲法上の意味と著作権の保護というものを考量して、著作権法あるいは文化にとって何が適切なのかということをお判断いただければと思う。
- ・著作権侵害があるかどうかは一般人にとっては判断が難しい場合もあり、単純に著作権侵害がある動画あるいは著作権侵害があるサイトの URL の提供を違法とすることは、有用な URL の提供行為について広く萎縮効果を与えてしまう可能性がある。そのため、規制対象となる URL については海賊版等に限定する方がより憲法的要請にかなう。
- ・著作権侵害に該当するかどうかはかなり複雑なものであり、一般人にとっては何が著作権侵害かわからないため、単純に著作権侵害サイトの URL を張ることが違法であるとしてしまうと、URL を張ること自体が怖くなり、萎縮してしまう。そのため、特に著作権侵害であることが明白な場合に限って規制するというのが、萎縮効果を防ぐ観点から重要なのではないか。

(1) 民事

リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為のうち、差止請求の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型はどの範囲か。

論点1 差止請求の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型は、誰のどの行為と考えられるか。

<サイト型>

昨年度行った権利者側へのヒアリングによれば、リーチサイトによる侵害コンテンツへの誘導行為には、サイトを運営する行為とリンク情報を掲載する行為が含まれる(参考資料4「リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為の行為類型」参照)。

① リンク情報を掲載する又は削除しない行為

リンク情報を掲載する行為又は掲載を行った者が当該リンクを削除しない行為については公衆送信や複製といった結果の発生に対する危険性の程度が高く、実質的には送信可能化と同視でき、少なくとも著作権者の損害に繋がるという意味において対象とすべきとの意見や、サイトの特性で限定することが困難である以上、当該行為を対象とすることとなるとの意見が示された。

また、サイトの利用者によって掲載された情報をサイトの運営者が削除しない行為については、サイトの運営者がその情報が掲載されている状態を放置すること自体が情報の掲載行為と評価され、差止請求の対象と認められた例がある⁴。

	ケースⅠ	ケースⅡ
リンク情報の掲載	甲	乙
サイトの運営	甲	丙

⁴ 例えば、東京高裁平成17年3月3日判決(平成16(ネ)第2067号)では、「自己が提供し発言削除についての最終権限を有する掲示板の運営者は、これに書き込まれた発言が著作権侵害(公衆送信権の侵害)に当たるときには、そのような発言の提供の場を設けた者として、その侵害行為を放置している場合には、その侵害態様、著作権者からの申し入れの態様、さらには発言者の対応いかんによっては、その放置自体が著作権侵害行為と評価すべき場合もあるというべき」とし、行為主体性を認めている。

② サイトを運営する行為

他方、サイトを運営する行為については、侵害行為を助長する程度はリンクを掲載する行為よりも高いことがあり得るとの意見が示されたものの、これを差止めの対象とすると過剰差止めによる表現の自由に対する過度な制約となりうるとの意見や、個々のリンク掲載行為が差止の対象となる場合は現行制度の下でも予防措置としてサイト自体の削除が認められ得るとの意見等が示された。

<アプリ型>

アプリ型については、サイト型による場合と技術上の差はあるものの、基本的に侵害コンテンツへのリンク情報を提供する場であるという点については共通しており、特段区別して考える必要はないと考えられることから、サイト型と同様に考えればよい旨の意見があった。

論点2 行為者がリンク情報を掲載するサイトの特性（リンク情報の数、侵害コンテンツへのリンク情報である割合、コンテンツの検索を容易にする工夫など）により、差止請求の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型に該当するか否かを区別すべきか。

仮に、区別すべきと考える場合、どのような特性を有するサイトを対象とすべきか。

この点については、一定数以上のリンク情報が掲載され、一定割合以上が侵害コンテンツへのリンク情報であるサイトであって、コンテンツの検索を容易にする工夫がなされているサイトにリンク情報を掲載する又は削除しない場合に限定すべきとの意見が示された。その理由については、表現手法としてリンクが気軽に行われている状況では、特定の属性を持つサイトにおけるリンクに限定しなければ世間一般の混乱を招く、副作用や波及効果が大きいとの問題意識が示された。

この意見に対しては、問題意識については多数の共感が得られたものの、①著作権法の構成上、権利者が著作物を特定してそれがリンクの対象となっているとの構成をとらざるを得ないとの意見、②サイトにおける侵害コンテンツの量は、主観的な要素を判断するにあたっての事実として考慮をすれば良いとの意見、③数値的特性に限定すると容易に潜脱がなされてしまうとの意見、④潜脱が容易にならないように開かれた構成要件（例えば「多数」）とするとかえって不明確となり利用者にも不都合なこととならざるを得ないとの意見、⑤一定のサイトに限定する案がないのが現状ではないかとの意見、⑥悪質な行為態様を掴

むアプローチとしては被害の度合いを考えることが一番重要であり、主観や被害の度合いという要素の相関関係でしか掴むことが難しいとの意見⁵等が示された。

また、一定数以上のリンク情報が掲載されているサイトにリンク情報を掲載する又は削除しない場合に限定すべきとの意見も示されたが、これに対しては、①理屈としてはあり得るものの、具体的にどこで切るのかが難しいとの意見や、②多数のリンクが掲載されたサイトであればいわば注意義務のようなものを負うこととなる根拠の説明がつかないとの意見、③依然として数値的特性に限定すると容易に潜脱がなされてしまうという問題が残るとの意見が示された。

論点3 リンク先の侵害コンテンツがどのようなものである場合に、差止請求の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型と考えられるか。そのように考える根拠は何か。

<本小委員会における主な意見>

財産犯の度合いが深い行為が悪質性が高いものになるという意味で、対象コンテンツの性質によって悪質性を区分するというアプローチはある。

論点3-1 市販されているかどうかや商業目的の有無などで対象著作物等を限定すべきか否か。限定すべきとする場合どの範囲とするべきか。また、そのように考える根拠は何か。

「検討の視点」で示した表現の自由と著作権者の利益保護の比較考量の観点や、萎縮効果による表現の自由の不当な制限を招来しないよう求められる明確性の観点から、例えば以下の点についてどのように考えられるか。

- ・ 市販されている著作物等、過去に市販されていた著作物等、将来市販することが予定されている著作物等、広告収入に係る著作物等、それら以外の著作物等といった違いにより、現在権利者に及んでいる不利益の程度が異なっているといえるか。
- ・ 市販することにより得られる利益、将来市販することにより得るこ

⁵ この意見に対しては、著作権法では「専ら」要件により刑事罰の対象としていた時代もあり（平成24年改正前の著作権法第120条の2）、不可能ではない、との意見も示されている。

とが見込まれる利益（例：番組放送後DVD販売を予定している場合）、広告料収入に係る利益（例：広告付きの無料放送等）、その他の方法により得られる利益（ライセンス料収入等）といった違いにより、差止請求による保護の要請の度合いが異なるといえるか。

- ・ それぞれの立場（下記 a. ～d.）の違いにより、対象行為の明確性の程度、適法な表現行為への萎縮効果の内容や程度など、表現行為に与える影響が異なるといえるか。
- ・ 権利者でない者からの権利行使や、適法行為であるにもかかわらず第三者から違法性を指摘されるといった嫌がらせの問題が増大するとの懸念が指摘されていることについてはどのように考えるのか。

等

a. 市販されている著作物等に限定すべきとの意見

- ①ヒアリングでは販売後間もない著作物へのリンク情報が問題になっているということで議論が始まったのではないか。
- ②有償著作物等のデッドコピーであれば著作権者に与える不利益は非常に大きいので、抑止する必要性は非常に高いが、そうでないものに対しては、そこまで抑止する必要性は高くない。
- ③個人の問題発言を見つけて、揚げ足取り的にアカウントの停止に追い込んだり、検索結果からのサイト追放に追い込んだりすることが実際に行われている。著作物の場合は権利者が誰かが分からないという問題を常に抱えているところ、嫌がらせの問題などに対応するためにも、外形的に権利者が誰であるかの想像がつくものに絞ることには合理性があり、リンクをする人に予測可能性を確保することにつながる。
- ④通常、市販されている著作物のリンクを気軽に張ることはない。
- ⑤広告モデルで提供されているものも市販されていれば対象となるため、狭過ぎることにはならない。市販されているものに限定して、様子を見ながら拡張を検討していくという形でも十分なのではないか。
- ⑥表現行為の萎縮という負の影響が生じないよう範囲をくくり出すべき。「発行後間もない市販されている著作物等」、「市販されている著作物等」はある種の明確な限定の仕方である。
- ⑦世の中に与える影響、世の中が付いてくるかという問題、様々な副作用を考えると、まず悪質性の高い、特に権利者の方に与える影響の大きいものから順番に対応すべきであり、将来捕捉できないものがあれば、その時点で捕捉するというように、一歩ずつ進んでいくべき。
- ⑧「有償著作物」は既に著作権法に入っている概念であり、工夫して使えるのではないか。
- ⑨「商業目的」とすると対象範囲の判断が難しくなるのではないか。

b. 市販されている著作物等のみならず、一定の商業目的で提供される著作物等を含めるべきとの意見

- ① 広告モデルのもとで提供される著作物は、権利者が視聴者等から直接対価を得る代わりに、広告主から対価を得ることで提供されている。市販されている著作物に限定すると、それらが全て除外されることになり、対象を絞り過ぎなのではないか。
- ② 有償で売られているものや商業目的で取扱われているものに対してリンクを張っているのは悪質性が高い兆候ではないか。
- ③ 例えばテレビ番組等には、後に商品化されるポテンシャルがある部分がある。このような商業目的の著作物は対象外として良いのか。

c. 著作物等の範囲を限定すべきではないとの意見

- ① 表現の自由への萎縮効果が生じないようにするためにある程度悪質なものを客観化することは必要だが、リンクそれ自体に正当事由がなければ、差し止めを認めていいという基本的な姿勢に立つべき。「市販されている」などの要件で限定することには疑問がある。
- ② アメリカなどでは金銭賠償が原則であり、例外的な救済として差し止めを含むエクイティー上の救済があるので、差し止めが例外だというのは分かるが、日本やドイツなどでは、まずは差し止めがあって、プラスして損害賠償というのが著作権の基本であり、やめてしまうことには違和感がある。差し止めを受けた場合は削除すれば良いが、損害賠償の方が怖いとの意見を聞くので、差し止めだけを特別扱いにするというのは実態に合わないのではないか。
- ③ 「有償」や「商業」という絞りを掛けてしまうと、その対象外のものには損害賠償だけしかできないことになるが、損害賠償は額の認定が非常に難しく、リンクの幫助であればほぼゼロ円にしかならない。損害の立証が不要な差止めは大きな意味を持ち得る。
- ④ 引用的なリンクや、社会的に許容された範囲として黙示の許諾があるかもしれないリンクについては、そのようなものとして救えば良い。

d. リンク情報を提供する者が「利益を得る目的」を有しているか否かにより対象範囲を異ならせるべきとの意見

- ① 利益を得る目的がある場合は市販の著作物に限らず広く対象にし、利益を得る目的がない場合は市販のコンテンツに限定することも考えられる。

論点3-2 著作物等のデッドコピー（一定の単位について全体をコピーしたもの。軽微な改変が行われたものを含む。）に限定すべきか否か。そのように考える根拠は何か。

例えば以下の点についてどのように考えられるか。

- ・仮に、論点3-1でb, c, dの立場をとる場合、著作物等のデッドコピーに限定すべきとの立場をとる場合には、デッドコピーの対象単位をどのように観念するのか。
- ・仮に、著作物等のデッドコピーに限定しない場合、以下のようなケースについてはどのように考えるか。
 - ①他人の楽曲を許諾なく歌う姿を動画共有サイトへアップロードしたもの（いわゆる「歌ってみた動画」）へのリンク情報
 - ②マンガの一コマをアップロードしたものへのリンク情報

a. 著作物等のデッドコピーに限定すべきとの意見

- ①ヒアリングでは販売後間もない著作物へのリンク情報が問題になっているということで議論が始まったのではないか。【再掲】
- ②表現行為の萎縮という負の影響が生じないよう範囲をくくり出すべき。「発行後間もない市販されている著作物等」、「市販されている著作物等」はある種の明確な限定の仕方である。【再掲】

b. 著作物等のデッドコピーに限定すべきではないとの意見

- ①表現への自由の萎縮効果が生じないようにするためある程度悪質なものを客観化することは必要だが、リンクそれ自体に正当事由がなければ、差し止めを認めていいという基本的な姿勢に立つべき。「市販されている」などの要件で限定することには疑問がある。【再掲】
- ②アメリカなどでは金銭賠償が原則であり、例外的な救済として差し止めを含むエクイティー上の救済があるので、差し止めが例外だというのは分かるが、日本やドイツなどでは、まずは差し止めがあって、プラスして損害賠償というのが著作権の基本であり、やめてしまうことには違和感がある。差し止めを受けた場合は削除すれば良いが、損害賠償の方が怖いとの意見を聞くので、差し止めだけを特別扱いにするというのは実態に合わないのではないか。【再掲】
- ③「有償」や「商業」という絞りを掛けてしまうと、その対象外のものには損害賠償だけしかできないことになるが、損害賠償は額の認定が非常に難しく、リンクの幫助であればほぼゼロ円にしかならない。損害の立証が不要な差し止めは大きな意味を持ち得る。【再掲】
- ④引用的なリンクや、社会的に許容された範囲として黙示の許諾があるかもしれないリンクについては、そのようなものとして救えば良い。【再掲】

論点 3-3 「発行後一定期間」の著作物等に限定すべきか否か。そのように考える根拠は何か。

表現の自由と著作権者の利益保護の比較考量や、萎縮効果の観点から、どのように考えられるか（論点 3-1 参照）。

a. 「発行後一定期間」の著作物等に限定すべきとの意見

- ①ヒアリングでは販売後間もない著作物へのリンク情報が問題になっているということで議論が始まったのではないかと【再掲】
- ②表現行為の萎縮という負の影響が生じないよう範囲をくくり出すべき。「発行後間もない市販されている著作物等」、「市販されている著作物等」はある種の明確な限定の仕方である。【再掲】

b. 「発行後一定期間」の著作物等に限定すべきではないとの意見

- ①表現への自由の萎縮効果が生じないようにするためにある程度悪質なものを客観化することは必要だが、リンクそれ自体に正当事由がなければ、差し止めを認めていいという基本的な姿勢に立つべき。「市販されている」などの要件で限定することには疑問がある。【再掲】
- ②アメリカなどでは金銭賠償が原則であり、例外的な救済として差し止めを含むエクイティー上の救済があるので、差し止めが例外だというのは分かるが、日本やドイツなどでは、まずは差し止めがあって、プラスして損害賠償というのが著作権の基本であり、やめてしまうことには違和感がある。差し止めを受けた場合は削除すれば良いが、損害賠償の方が怖いとの意見を聞くので、差し止めだけを特別扱いにするというのは実態に合わないのではないかと【再掲】
- ③「有償」や「商業」という絞りを掛けてしまうと、その対象外のものには損害賠償だけしかできないことになるが、損害賠償は額の認定が非常に難しく、リンクの幫助であればほぼゼロ円にしかならない。損害の立証が不要な差し止めは大きな意味を持ち得る。【再掲】
- ④引用的なリンクや、社会的に許容された範囲として黙示の許諾があるかもしれないリンクについては、そのようなものとして救えば良い。【再掲】

論点 4 どのようなリンク情報が提供される場合に、差止請求の対象として特に対応する必要が高い悪質な行為類型と考えられるか。

例えば以下の選択肢が考えられるが、どうか。

- a. ネットワーク回線を介してハイパーテキストにより提供されるリンク情報
- b. ネットワーク回線を介して提供されるリンク情報（例えば、URL の文字列を提供するなど、ハイパーテキストによる提供に限定されない）

論点5 どのような主観を有する場合に、差止請求の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型と考えられるか。

この点については、「知りながら」という要件で差止の対象がかなり限定できるのではないかとの意見や、「知りながら」の要件が差止の際に違法性を肯定するベースであるとの意見、幫助は違法行為を助長する目的といった主観的要素を有していなければ違法にならないというのが一般法の解釈であるところ、「情を知って」は必須であるとの意見等が示され、「侵害コンテンツであることを知りながら」との主観的要素が必要であるとの意見が複数示されている。

このような状況を踏まえ、今回は、「侵害コンテンツであることを知りながら」という要素に加えて、別の主観的要素が必要か否か、必要と考える場合についてはどのような要素が必要か、その理由はなぜか、について議論してはどうか。

例えば、「利益を得る目的」や「著作権者等の利益を害する目的」といった別の主観的要素が必要であるとの立場をとる場合、具体的にどのような場合にそれらの目的があると考えるか、について議論してはどうか。

また、「侵害コンテンツの拡散を助長する目的」という要素については、幫助は違法行為を助長する目的といった主観的要素を有していなければ違法にならないというのが一般法の解釈であるところ、「助長する目的」は必須であるとの意見や、リンク情報の数やサイトの中の侵害コンテンツへのリンク情報の量といった部分は、侵害コンテンツの拡散を助長する目的を裏付けるような事実として考慮をすれば良いとの意見等が示されている。このような意見を踏まえ、「侵害コンテンツの拡散を助長する目的」との主観的要素についてはどのように考えるか。

[参考]

- ・著作権法第123条第2項⁶「前項の規定は、次に掲げる行為の対価として財産上の利益を受ける目的又は有償著作物等の提供若しくは提示により著作権者等の得ることが見込まれる利益を害する目的で、次の各号のいずれかに掲げる行為を行うことにより犯した第百十九条第一項の罪については、適用しない。」
- ・不正競争防止法第2条第1項第13号「不正の利益を得る目的で、又は他人に損害を加える目的で、他人の特定商品等表示(略)と同一若しくは類似のドメイン名を使用

⁶ 注：「環太平洋パートナーシップ協定の締結に伴う関係法律の整備に関する法律」による改正条文。現時点では未施行。

する権利を取得し、若しくは保有し、又はそのドメイン名を使用する行為」
・同法第 21 条第 1 項第 1 号「不正の利益を得る目的で、又はその保有者に損害を加える目的で、詐欺等行為（略）又は管理侵害行為（略）その他の保有者の管理を害する行為をいう。以下この条において同じ。）により、営業秘密を取得した者」

a. 「利益を得る目的」及び「著作権者等の利益を害する目的」が必要との意見

①全ての要件について、最も限定的な要件としてよいのではないか。

b. 「利益を得る目的」が必要との意見

①個人の単発のつぶやきとしてのリンクについてまで差止請求権の対象にすることについては、様々な懸念が広く共有されている。懸念されているケースを対象外にするためには、例えば営利目的という要件を設けるなどの方法も有り得る。

c. 「利益を得る目的」又は「著作権者等の利益を害する目的」が必要との意見

①個人の単発のつぶやきとしてのリンクについてまで差止請求権の対象にすることについては、様々な懸念が広く共有されている。懸念されているケースを対象外にするためには、例えば営利目的という要件を設けるなどの方法も有り得る。【再掲】

d. 別の主観的要素は必要ではないとの意見

①一番重要な要件は「違法コンテンツと知りながら」である。これが差止の際に違法性を肯定するベースである。違法コンテンツと知りながらわざわざリンクを張ることは、自分の行為が何らかの形で違法に参画していることを承知しているということで、そのような行為は言論として守る必要性はない。引用等の正当性のない場合における単なるリンクは、「知って」いれば要件として十分であり、言論の弾圧や言論の萎縮にはならない。

②要件は単純に「知りながら」に収斂すべき。そもそも違法コンテンツへのリンクを張ること自体、形態として複製又は自動公衆送信権侵害の幫助に該当し、違法な行為である。その違法な行為に差止請求権を肯定するための要件として、情報を知っていることのほか、要件を付け加える必要があるか疑問。

③実務的には「知りながら」は主観的要件であり立証が困難なので、警告状の送付によることが通常。警告されても、やめるのが手間でもないのに違法なリンクを張り続ける人は要保護性もないということで、確定的故意になり、対象を絞り込める。権利者は手続が面倒という不利益を負うが、利用者には強い安全弁になる。

<本小委員会におけるその他の主な意見>

・侵害コンテンツへのリンクを多数掲載したといったような量的なもの、サイトの中での違法コンテンツの量みたいなものという部分は、主観的な要素を判断する中で違法コンテンツの拡散を助長する目的を裏付けるような事実として考慮をすれば良い。

- ・多数侵害コンテンツのリンクが張られている場合に限らず、問題は個々のリンクそのものではないか。個々のリンクに問題があったら、それをどうするかという話なのだろう。多数掲載したというのは、主観的要素を判断する事情というふうに取り扱われるのではないか。
- ・主観的要件は、単なる主観の問題ではなく、違法行為を助長するような効果を持つことの客観的裏付けが必要。拡散を助長するということは、当該サイトにそれだけの客観的要素が認められるということを通じて認定されるのであり、客観的要件が不要ということではなく、どのような客観的要件を定めればより明確に主観的要件の認定ができるかを議論すべき。

論点6 その他許されるべき行為はなにか(正当な目的を有する場合の取り扱い等)。

論点1から5までに検討した点に加えて(、又はこれらに代えて)、その他に許されるべき行為が考えられるか。それはどのような行為か。

例えば、正当な目的(又は理由)がある場合については、正規コンテンツを翻案したものの論評をする場合には侵害コンテンツを引用する必要があり、それは差止の対象から除外すべきとの意見や、送信可能化等の場合も引用の権利制限は適用があり、リンクを張る行為を違法にする正当化根拠が送信可能化と同視できるならば当然リンク行為についても引用の権利制限が適用されるべきとの意見等が示され、正当な目的を有する場合を除外する必要があることについては複数の意見が出されているところである。

これまでの意見で示された「コンテンツの批評」、「コンテンツの紹介」という目的は、正当な目的を有する場合として除外されるべきか。これらの他、正当な目的を有する場合があるか。それはどのような場合か。

<本小委員会における主な意見>

- ・例えば正規コンテンツを翻案し、その翻案部分について論評する場合には違法コンテンツを引用する必要があり、それは「知って」いても差止の対象から除外すべき。
- ・リンク行為は個人が気軽にやっている行為も多く、一言だけ意見を加えてリツイートするなどの形で拡散している。それらの行為は、従来考えてきた引用や著作物の正当な利用の概念に当てはまるものか、従来の制限規定だけだと厳しいのではないかという心配がある。
- ・引用のような形になるものは、どんな形のリンクであっても許されるべきでないか。
- ・引用の点は、違法なサイトの引用が正当かなど、個別の判断になると思う。そのあたりは、救うべきものは救われるという、現行法の解釈問題になってくる。
- ・現状でも、送信可能化やアップロードをした場合も引用の権利制限規定は適用がある。も

しリンクを張る行為を違法にすることの正当化根拠が、送信可能化と同視できるということであれば、当然、送信可能化について適用される権利制限規定に相当するものは全て適用されないとおかしい。

<本小委員会（第3回）木下昌彦氏ヒアリングより>

- ・違法にアップロードされたものは、その文脈にかかわらずあらゆる URL の提供行為を禁止できるかということについても慎重に考える必要がある。特に、引用として当該動画の URL を提供する行為を禁止することは、引用として著作物の利用を認めてきた伝統的な著作権法の調整原理に抵触する可能性がある。その意味で、違法にアップロードされた動画の URL 提供行為については規制の対象になり得るとしても、表現の自由との調整という観点から引用に関する適切な免責を設ける必要性については立法に当たって検討を要する。

(2) 刑事

リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為のうち、刑事罰の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型はどの範囲か。

論点1 先に検討した「差止請求の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型」は、刑事上可罰的（刑事罰の対象として特に対応する必要がある悪質な行為類型）であると考えられるか。仮に、可罰的といえる範囲が当該行為類型とは異なると考えられる場合には、どのような行為類型が可罰的であると考えられるか。

<本小委員会における主な意見>

- ・個々の権利侵害に対する刑事的な抑止を超えて、ネット社会における著作物流通の安定性を害するというような社会的な侵害と捉えるならば、一定数割合や一定数リンクということを要件にしてもよい。
- ・個人的法益に対する罪としての刑罰規定を作る際に、社会的な影響力を考慮したり、社会的法益を考慮したりして犯罪化することが可能かという点については、疑いがある。民事の差止請求と、刑罰法規の方についてだけ突然限定的なことを、あるいはほかの法益を盛り込みたいといわれても、なかなか難しくなる可能性がある。
- ・私権の救済的方法として 119 条には刑罰がある。著作権法の中には社会法益を捉えている条項として特別なものはあるが、私権という個人法益を考えるのか、社会法益を考えるのかは違う話なので、混ぜないようにすることが重要である。