

「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>

【リンク情報の提供行為の法的位置づけ等に関する意見】

- ・リンクは、インターネットにおいてどこにどのような情報があるかということを他者に伝達する行為であり、それが認められなければインターネットの世界は成り立たず、そのよ

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

うな意味においてリンクという表現行為は根源的な権利である。そのような、どこにどういいう情報があるのかを他者に伝達する行為が基本権として重要な行為であるとして、尊重しようというのが「表現の自由」と呼ぶことになる。インターネットの世界において情報伝達行為の重要性を前提に考えると、それに対する制約はできるだけ謙抑的であるべきで、それを制約する要件というのも明確でなければ過度の萎縮効果が生ずることになる。

- そもそもリンク行為というのはインターネット上の中性的な技術である。ただそれが、知りながら侵害著作物をリンクしていき、悪質性の高いものを捉まえていくというふうに繋がっていく場合、そこでのリンク行為は法的に何らかの対応が必要な対象になり得るが、もともとリンク行為がインターネット上の必須の技術だとすれば、そのことは十分認識する必要がある。
- 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。
- 今回の論点は、著作権侵害をして表現をする自由があるのかという大きな論点につながってくる。どのような実質かというところに注目すべきではないか。
- 通常著作権侵害が問題になる行為は誰もが表現行為と考える行為であり、著作権法で権利侵害かどうかを問題にするときは、正に表現の自由の問題が存在していて、それを真正面から考えているものである。そのことからすると、「検討の視点」であえてリンク情報の提供行為に関し表現の自由を取り上げているのは、当該行為が通常表現行為とは考えられず表現の自由が考慮されないおそれがあるので、これを考慮すべき旨を注意喚起するために取り上げているものと理解している。
- 出発点は正犯（である著作権侵害行為）が違法であることであり、さらに当該行為をそそのかす人、助ける人も駄目だという議論であるので、その大元のところを前提として考えることが一番重要。リンクが重要であることは間違いないが、リンクは善のためにも悪のためにもなるのであり、悪のために使うのをやめさせるということは、リンク自体の重要性とは別の問題として考える必要がある。

【検討に際し考慮すべき萎縮効果等に関する意見】

- 著作権侵害に該当するかどうかは、そもそも何が著作物か、著作権侵害の場合誰が権利者かわからず、ライセンス関係の公示もないので、ユーザーとしては著作権侵害サイトや著作権侵害コンテンツに URL を張るのが駄目と言われると、非常に迷ってしまい、リンクを張ること自体が怖くなって萎縮してしまうことは事実としてあろう。萎縮をさせないようにする工夫としてどういうものがあるかについては、全体を通底して重要なところではないか。
- 立法によりなぜ規制の対象になるのかというと、リンク情報を提供することによって侵害コンテンツの公衆送信という著作権侵害行為が幫助される関係にあることが前提としてある。更に、より緊急性の高い行為を対象にするということで、著作権の背後にある著作

権者の経済的な利益に対して損害を与える行為に限って規制の対象にしようということ。特にその利益として想定されているのが、現在若しくは将来の市販によって得る又は得られるであろう利益である。一方で、リンク情報を提供するという行為は、今までは基本的には著作権侵害の対象ではなく、インターネット上で基本的な表現行為としての重要性を持っており、様々な人が表現活動の一環として行ってきた経緯があるため、不必要に規制して、表現を萎縮させないように配慮しなければならない。

- ・削除すること自体は非常に作為が容易な行為であり、違法なものを削除してくださいという請求自体に、萎縮的效果があるのかは疑問。むしろ、損害賠償や刑事罰の萎縮的效果は高い。いわゆる萎縮効果は比較的少ないのではないか。悪質な行為類型の絞り方は、主観面や侵害コンテンツの対象で絞り込むアプローチも有り得、差止請求を考える時に行為態様で絞り込むのは果たしてどうなのか。
- ・差止めは削除するだけなのだから大変ではないとの意見があるが、削除請求が正当なものであるかどうかということは、当然にはリーチサイトのあるいはリンクを張った人には分からないのではないか。元のサイトに対しては何も言わないけれどもリンクしている方にだけ言うという場面において、直接表現した者ではない者に判断を求めることが当然できるのかどうかは明らかではない。元のサイトについての違法性が明らかになっていれば話は簡単だが、そうではない部分にこの問題の難しさもある。表現の自由と著作権の衡量は、正しく著作権法が考慮しながら判断枠組みを作っているとは思いますが、リンクを張るということだけであれば、それが当然に著作権法の解釈から単純に答えが出てくるほど単純ではないのではないか。…明確ではない基準で違法と判断されるかも分からなければ、安全策を取ろうと思えば一切しないのがいいということになってしまいかねない、それが萎縮効果の問題なのではないか。アニメーションのデッドコピーのようなものであれば単純に違法か適法か単純にわかるかもしれないが、そうでない場合は請求者が違法だと主張していることしかわからない。
- ・（上記意見に対し）本小委員会では、違法であると知っている者に対して削除請求を認めようとしているのであるから、違法か適法か分からないリンクの削除が認められることにはならない。デッドコピーのような違法性が明白ものは削除要求されることになるが、明白でない場合は差止めはできないことになる。
- ・憲法論では内容規制か否かなど複雑な考慮を経て規制の明白性が求められることとなる。今回の問題について、表現の自由を理由にして明白な場合に限って規制するというの行き過ぎであり、その方が好ましいという程度の話。明白でなければ差止ないし規制が違憲になるとは言えないだろう。
- ・差止請求、損害賠償がどうだという話もあるが、やはりないところに差止請求が出てくるというのは大きいので、そこは重々意識をしなければならない。

【議論すべき対象等についての意見】

- ・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ぬ。少しでも容易にすることに寄与していれ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。

- ・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

本小委員会では、リーチサイト等による侵害コンテンツへの誘導行為のうち一定の悪質な行為については、現行法上も損害賠償請求に対象となり得るとの意見が多く出されたところである。

他方、差止請求に関しては、現行の著作権法の解釈として差止めを認めることが困難であるとの意見が多く出され、間接侵害一般に係る議論との関係については、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、緊急に対応する必要性の高い行為類型を取り出して検討を行い、それ以外の間接侵害一般に対する差止請求に関する議論については、将来の課題として引き続き解釈に委ねるとの方向で概ね意見の一致がみられたところである。

このような議論の経過を踏まえ、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、差止請求権の対象として特に対応する必要がある行為類型はどの範囲か、について議論を行う。

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侵害コンテンツのリンク情報の掲載等を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)。

論点1-1 侵害コンテンツへの誘導の主体について

侵害コンテンツのリンク情報等の掲載行為等及びリーチサイト運営行為のうち、誰のどの行為が、差止請求権の対象として特に対応する必要がある行為と言えるか。

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

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。

論点1-2 侵害コンテンツへの誘導行為全般について

〔議論のたたき台〕

侵害コンテンツへの誘導行為うち、どのようなものが差止請求権の対象として特に対応する必要が高い、と考えられるか。既に検討を行っている侵害コンテンツへのリンク情報を掲載する行為以外の侵害コンテンツへ誘導する行為についてはどのように考えるか。

例1：侵害コンテンツが多数掲載されているサイト内の検索機能を使用して、当該サイト内に蔵置されている侵害コンテンツへのリンク情報を取得することを可能とする指令を実行するための「ボタン」をサイトに掲載する行為

例2：汎用検索エンジンを使用して、侵害コンテンツが多数掲載され

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。

ているサイト内を検索範囲として指定し、当該サイト内に蔵置されている侵害コンテンツへのリンク情報を取得することを可能とする指令を実行するための「ボタン」をサイトに掲載する行為

【参考】昨年度行った権利者側へのヒアリングにおいて報告のあったリーチサイトには、少なくとも上記例1のようなタイプのものが含まれている。

論点1-3 侵害コンテンツへの誘導行為の直接性について

※当該論点は、アプリ型にも同様に妥当する。

〔議論のたたき台〕

侵害コンテンツへの誘導行為のうち、どの程度直接的なものが、差止請求権の対象として特に対応する必要があるか、と考えられるか。

(1) 侵害コンテンツの URL の掲載等

例：サーバーに蔵置されている漫画ファイルの URL の掲載等

(2) 侵害コンテンツが含まれているページの URL (机上配布資料4頁の URL) の掲載等

例1：いわゆるリーチサイト内における、動画投稿サイト内の各動画が掲載されているページの URL の掲載等 (机上配布資料2頁参照)

例2：汎用検索エンジンの検索結果における、動画投稿サイト内の各動画が掲載されているページの URL の掲載等

(3) (2)の URL の掲載等がされているページの URL (机上配布資料4頁の URL) の掲載等

例1：いわゆるリーチサイト内における、特定作品に係る侵害コンテンツが含まれているページの URL をまとめたページの URL の掲載等 (机上配布資料1頁参照)

例2：汎用検索エンジンの検索結果における、特定作品に係る侵害コンテンツが含まれているサイトの URL をまとめたページの URL の掲載等 (机上配布資料5頁参照)

(4) (3)の URL の掲載等がされているページの URL (机上配布資料1頁の URL) の掲載等

例：汎用検索エンジンの検索結果における、いわゆるリーチサイトのトップページの URL の掲載等 (机上配布資料6頁参照)

【参考】昨年度行った権利者側へのヒアリングにおける意見

法改正により、国内のリーチサイト、アプリ運営者を刑事摘発できるようにすること、海外のリーチサイトを検索エンジンの検索結果に表示されないようにすることを求める。(侵害対策機関)

<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。一方で、アプリ型の技術的などころが必ずしも明確になっていないので、サイトと全く同じように評価してよいのかという問題はあるとの意見や、法律で技術を列挙し出すと、技術自体が変わってしまっていて使えなくなるので、技術自体ではなく法的に絞り込むしかなく、技術的にはアプリだけでもサイトと同じ法的利益の状況のものは、等しきものは等しく扱うべしという法的な建て付けになるとの意見が示されている。

この点、アプリを介したリンク情報の提供方法には、情報埋め込み型（アプリ内にリンク情報が埋め込まれているタイプ）と外部情報取得型（アプリ内にはリンク情報がなく、アプリを起動後に外部のサーバーに蔵置されたリンク情報を取得するタイプ）があり、外部情報取得型については、①アプリ提供者が外部サーバーに蔵置したリンク情報を取得するタイプと②アプリ提供者以外が外部サーバーに蔵置したリンク情報を取得するタイプがある（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）。

このような行為類型を前提に、情報埋め込み型については、リンク情報を掲載した人とサイトを作った人とが同一であるケース（サイト型におけるケースI）と近く、ボタンを押せばそのまま行くということは、リンク情報自体を提供しているとの意見が示されている。

このような意見を踏まえ、情報埋め込み型については、以下の点につき議論してはどうか。

論点1-4（情報埋め込み型）

〔議論のたたき台〕

情報埋め込み型の場合においては、侵害コンテンツへのリンク情報が埋め込まれたアプリを公衆送信（送信可能化を含む。）する行為について、差止請求権の対象として特に対応する必要がある、と考えられる

か。

他方、外部情報取得型については、「アプリを作った人も情報を提供しているのか、第三者の情報を取り込んでいるのかという辺りが仕組みとしても違う。アプリで見るのか、サーバーで見るのかということは、技術的に見ていかないと分からない。外部情報取得型のアプリの実質は、汎用性があるかないかだけの違いで、単なるブラウザと変わらないという見方もできる。取り込んでくる情報が違法情報と適法情報と混ざっているという状態になると、アプリだけの問題なのか、提供する情報を送り出すサーバーなのか、そのサーバーに載せる者なのか、アプリを配布する者なのか、関与者は増えてくるだろう。サイトとアプリが同様に評価出来るのなら構わないが、違う関与者が増えてくる可能性があるので、物によっては少し分けて考えざるを得ない」との意見が示されているところである。

このような意見を踏まえ、外部情報取得型については、上記①と②の二つのタイプに分けて、以下の点につき議論してはどうか。

論点 1 - 5 (外部情報取得型①)

〔議論のたたき台〕

外部情報取得型① (アプリ提供者が外部サーバーに蔵置したリンク情報を取得するタイプ) においては、サーバーに侵害コンテンツへのリンク情報を蔵置して、その蔵置されたリンク情報を取得するためのアプリを公衆送信 (送信可能化を含む。) する行為について、差止請求権の対象として特に対応する必要が高い、と考えられるか。

次の(1)と(2)違いについては、どのように考えられるか。

- (1)サーバーに蔵置した侵害コンテンツへのリンク情報が、当該アプリを介さなければアクセスが困難となっている場合やユーザーがコンテンツへのリンク情報であると理解することが困難となっている場合
- (2)サーバーに蔵置した侵害コンテンツへのリンク情報が、当該アプリを介さなくてもアクセスが容易となっている場合やユーザーがコンテンツへのリンク情報であると理解することが容易となっている場合

論点 1 - 6 (外部情報取得型②)

〔議論のたたき台〕

外部情報取得型② (アプリ提供者以外が外部サーバーに蔵置したリンク情報を取得するタイプ) においては、外部の検索エンジンを使用さ

せて、第三者がサーバーに蔵置した侵害コンテンツへのリンク情報を取得させる条件を組み込んだアプリを提供する行為については、差止請求権の対象として特に対応する必要が高い、と考えられるか。

(1)外部の汎用検索エンジンを使用させてリンク情報を取得させる条件を組み込んでいる場合（外部情報取得型②-1）と、外部の特定サイト内の検索エンジンを使用させる条件を組み込んでいる場合（外部情報取得型②-2）において、違いがあるといえるか。

(2)アプリ提供者によるアプリの提供行為は、サイトの運営者（〈サイト型〉ケースⅡにおける丙）による不作為がリンク情報を掲載する行為と評価される場合と異なり、リンク情報の支配・管理への関与が間接的なものとなると考えられるが、これをどのように評価すべきか。

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高い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。

a. サイトの特性により対象を区別すべきとの意見

①リンク行為自体は著作権侵害ではないというのが現行法の立場であって、一般法に照らして考えるときは、それが著作権侵害行為に対して幫助に当たる場合に限って違法になる。…幫助に当たるためには、著作権侵害行為を助長・促進するという効果を持つという要件を充たす必要があるが、規範的要件であり、直接立証するのは難しいとすると、客観的要件の充足をより形式的な外形的な要素によって押さえていくことを可能とするのかということが求められるべき。リンク情報の提供行為が幫助行為に当たるというためには、著作権者に対して非常に悪影響を及ぼすような効果を有する場合に限定することが必要となるはずであり、リンク情報を掲載するサイトの特性のような客観的な要素による限定なくして、主観的要件のみでリンク情報の提供行為一般を違法とするのはここでの問題の設定にそぐわない。サイトの特性などによって限定をした上で、そこで掲載されたリンクのみを対象とすべき。

②著作権法は求める行為自体は適法というふうに位置付けており、その適法な公衆を助けるリンク者、そのリンク者を助けるサイト運営者というふうな分析的な理解も可能である。そういった分析的な理解はあえて離れて見た目の結果に着目して評価をするのだとすれば、分析的な理解を乗り越えるだけの悪質性とか加速性とか促進性などが必要とされる。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ことから、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特性を有するサイトにリンク情報を掲載する場合に対象を限定すべき。

③②のような特性の証明が難しいというのであれば、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場合に対象を限定すべき。

④113条5項の音楽レコードの還流防止措置のような、著作権者等の得ることが見込まれる利益が不当に害されることになる場合のようなものを要件にすればよいのではないか。更にそれを明確化するために、例えばサイトの特性や侵害コンテンツについて具体的な要件を定めればよいのではないか。

〔指摘に対する反論〕

⑤(⑪開かれた構成要件にすると不明確になるとの意見に対して)著作権法では、「公衆」という極めて重要な概念を「多数」で済ませており、「多数」がいけないということはないだろう。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、不可能ではない。

⑥(⑩、⑯潜脱の恐れがあるとの意見に対して)表現の自由が問題となっている場合に、潜脱の恐れがあるから仕方がないので全部ひっくるめてというよりは、最低限に配慮してということの方がやはり一般の方から理解を得やすいのではないか。

b. サイトの特性により対象を区別すべきではないとの意見

⑦サイトの特性が侵害コンテンツの流通を目的とするような、権利者の利益を害することを目的として開設されたような、いわゆるリーチサイトに投稿することが権利者の利益を害する目的が認められる典型的なケースであるということになるだろう。しかし、典型的なリーチサイトに掲載する場合以外でも、権利者の利益を害する目的があるならば、リーチサイトに投稿する場合と同視できるものとして対象に含めていいのではないか。

〈上記②の見解に対する意見〉

⑧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。

⑨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。

⑩数値的特性に限定すると容易に潜脱がなされてしまう。

⑪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。

⑫一定のサイトに限定する案がないのが現状ではないか。

⑬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。

〈上記③の見解に対する意見〉

⑭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。

⑮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。

⑯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。

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高い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プロバイダ責任制限法務業務で悩ましいのが、著作権を主張する者から自分の著作物が無断掲載されているから送信停止してほしいという要請があっても、市販されている著作物等々であればすぐ対応可能であるが、請求自体がそもそもどうかということを確認するのが、プロバイダであっても非常に難しいこと。一般の人だとなおさらだと思うので、リンクを張ること自体、そんなことに巻き込まれるぐらいならやめておこうといて萎縮するところが心配。
- ②市販であるとか観客から料金を得るとか一定の期間に限るということは、これまでも行ってきた⁵、その理由のほとんどが権利者や利用者との間の経済的な利益等々の調整が中心に行われてきた部分も多い。今回は更に表現の自由も絡む問題であり、また、ダウンロードの違法化や非親告罪化の問題にも増して一般の方を巻き込む部分が多いことから、積極的に調整して限定を掛けていくということが必要。
- ③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。
- ④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。
- ⑤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。
- ⑥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。
- ⑦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、狭過ぎるということにはならない。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。
- ⑧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。
- ⑨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

⁵ 刑事では「有償著作物等」概念がある。「商業用レコード」という市販の目的を持って制作をされるレコードの複製物に貸与権を与え、時間がたつと排他権が報酬請求権に変わり、更に「商業用レコード」については特別に並行輸入を禁止し、それも期間の経過で解除されるという仕組みを持っている。更に、映画の盗撮の防止に関する法律の中で、映画館において観衆から利益を受けて上映が行われる映画に限って、しかも公開後8か月に限って個人による盗撮も差止めを含めた民事・刑事の制裁の対象とするという仕組みがある。

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。

- ⑩「有償著作物」という概念は刑事だけだが、既に著作権法で使われている。それから、商業用レコード（市販の目的を持って製作をされるレコードの複製物）という概念を使って貸与権の付与や並行輸入の禁止を行うとともに、期間の経過によって保護の有無や内容が変わる制度となっている。更に、映画の盗撮の防止に関する法律では、映画館において観衆から利益を受けて上映が行われる映画に限って、しかも公開後 8 か月に限って個人による盗撮も差止めを含めた民事・刑事の制裁の対象とするという仕組みがある。
- ⑪「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

b-1. 市販されているもののみならず、将来市販されることが明示されているものも含めるべきとの意見

- ①将来市販するものまで含めるとなると、範囲が不明確になりやすいのが問題。もし何らかの方法で将来市販される予定があるということを明白に示す手段があつて、そういう手段が示されたものについては将来の市販の可能性のあるものも保護するというふうに行うのであればよい。
- ②将来の市場に対してダメージを与えることも併せて保護すべきだとすると、有償で提供又は提示する、市販するところが最も大きな著作権者が守られるべき利益であり、そこが第一の対象となるということ。そう理解すると、広告によって収入を得ているものは、将来のものを含める意味で言えば差し当たり除外しても構わないということだろう。
- ③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。
- ④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。
- ⑤広告モデルになると広過ぎの印象があり、例えばニュース番組もスポンサーが付いている場合もあるが、コンテンツの性格からして、そこまで入れる必要はない。メインは市販されているもの、あるいは特にテレビ番組であるが、DVD ビジネスが毀損してしまうという意味で、市販されていなくても対象に含める必要がある。例えば、制作者が後に商品化することを自ら明示しているようなケースは入れるべき。

b-2. 市販されているもののみならず、発行後一定期間の市販されていないものも含めるべきとの意見

- ⑥113 条 5 項の音楽レコードの還流防止措置のような、著作権者等の得ることが見込まれる利益が不当に害されることになる場合のようなものを要件にすればよいのではないか。…「著作権者が得ることが見込まれる利益が不当に害される」という要件は、様々な事情に基づいて判断されるものであり明確性を欠くため、コンテンツそのものについても

一つの明確な要件を設けるべき。【再掲】

- ⑦規制される行為が明確でないと、萎縮効果が仮になくても、問題になる行為が社会に蔓延する状況は望ましくないし、駄目な行為を明確にすれば多くの人はずれを避けるようになるという点からも明確性が必要で、明確性を導くことのできる要件を定めるべき。
- ⑧市販のものは、権利者の利益に悪影響を及ぼす典型的な場面であり、対象にすべき。さらに、将来の物を含めると不明確になるので、一定期間経過後も市販されてないものは恐らく今後も市販されることがないだろうから、ある程度の割り切りで、発行後一定期間内の物を含めるのでよいのではないか。その場合でも権利者の利益をさほど害さないのであれば、「権利者の利益が不当に害される」という要件を満たさないということにすればよい。

c. 著作物等の範囲を限定すべきではないとの意見

- ①商業でも一部プロモーション目的で出しているものもあり、それは元々黙示の許諾があると言えて適法である。そのようなものを除けば、市販に至っていなくてもこれからビジネス化を図りたいものが、商業には該当しないという形式的な理由で、リーチサイトで拡散して良いということになると、コンテンツ産業をつぶしてしまう。
- ②権利者が許諾なく利用してほしくないようなものは別段、それ以外にいろいろな制限をかければかけるほど予測可能性がなくなってしまう。非常に小規模で社会的に許容されているといえるようなものを除いて、原則的には「知りながら」等で絞り混んでいるのでよい。細かい要件で絞ると結局潜脱され弊害が出てくるし、細かく絞りをかけると適法・違法の判断がつかなくなってくるので、あまり別の絞りをかけるべきではない。
- ③例えば映画であれば上映からビデオ化、送信、それから放送というように使い方を分けて、収益の最大化を図る。先に違法サイトが出来上がって、それにリーチサイトがあることによって、市場が先に侵害されてしまうような場合に、ビジネスを組み立てること自体が成り立たなくなってしまう。
- ④本来著作物であれば保護されて当然の問題なので、有償著作物かどうか、広告モデルで提供されているものかどうかといった著作物の種類、著作物の性質によって区別を設けることには疑問がある。例えば、最初は無償で提供されていて、評価されるようになってから保護の対象にすると、むしろ混乱が起こってしまうのではないか。
- ⑤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。
- ⑥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。

- ⑦「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。
- ⑧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。
- ⑨独立の新たな犯罪構成要件を作るのであれば有償性などで絞った上でしか作れないが、今回は既に違法になっていて刑法上処罰でき、差止も本来できるものを更に絞り混むということであって、別次元の話である。非親告罪（における「有償著作物」への限定）も訴訟条件の話であり別の話。新たな犯罪構成要件を作る問題や訴訟条件の問題とは別の、既存のものをさらにどう絞るかという話であり、両者を混同しなしないようにすることが肝要。

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コンテンツ産業から見ると、視聴者や読者等から対価を取って提供するのと、広告主から対価を取って広告モデルで提供する二つの道があり、コンテンツの対価を回収する方法の違いがあるにすぎない。市販されている著作物等に限定するという事は、広告主から対価を得る広告モデルのものが対象から落ちてしまうことになり、対象が狭くなり過ぎるのではないか。権利者の利益を害する目的、すなわち、権利者の利益を害するという客観的な事実がまずあって、かつ主観的にもその目的があれば、対象を市販されている著作物等に限定する必要はないのではないか。

e. その他（対象著作物の範囲を限定する場合における考え方に関する意見）

- ①一般的な民法の発想から言うと、市販されているものか否かや、市販後の経過期間に関わらず、著作権が侵害されているという状況であれば、一定の要件を満たすのであれば当然損害賠償や差止めが認められるということになる。明白性の確保のためにはどちらでも考えられるのであり、要件を絞らなければならないとか要件を外さなければならないということではない。対象を絞る場合は明白性の問題ではなく、著作権者の経済上の利益の保護の観点ということになる。

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. 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

①一定の単位というのは何かという定義が非常に難しい。権利者の利益を害する事実があり、その目的があることにより制限を掛けることによって、特に限定を掛けないということでもいい。

②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】

③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】

④「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】

⑤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】
- ③市販のものは、権利者の利益に悪影響を及ぼす典型的な場面であり、対象にすべき。さらに、将来の物を含めると不明確になるので、一定期間経過後も市販されていないものは恐らく今後も市販されることがないだろうから、ある程度の割り切りで、発行後一定期間内の物を含めるのでよいのではないかと。その場合でも権利者の利益をさほど害さないのであれば、「権利者の利益が不当に害される」という要件を満たさないということにすればよい。【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明確な要件かもしれないが、発行後一定期間が経過したからといって著作物等としての要保護性が極端に下がるということではなく、また発行前の著作物はもっと要保護性が高いということもあるので、この限定をすべきではない。
- ②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】
- ③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】
- ④「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】
- ⑤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】

c. その他（期間を限定する場合における考え方に関する意見）

- ①一般的な民法の発想から言うと、市販されているものか否かや、市販後の経過期間に関

ならず、著作権が侵害されているという状況であれば、一定の要件を満たすのであれば当然損害賠償や差止めが認められるということになる。明白性の確保のためにはどちらでも考えられるのであり、要件を絞らなければならないとか要件を外さなければならないということではない。対象を絞る場合は明白性の問題ではなく、著作権者の経済上の利益の保護の観点ということになる。【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。

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に限定すべきとの意見

- ①b を対象とすると、例えば本に書いて売った場合など、広がり止められない。ハイパーテキストがより問題が大きい。寄与する云々を広げていけばどんどん広がるがリモートネスである。
- ②実際に問題になっているリーチサイトと呼ばれているもののほとんどは、サムネイル・URL を押すと違法コンテンツが見える形になっているので、捕えたい悪質な行為ということであれば、a とほとんど同じということになる。むしろ b のようなことをしても、誰もアクセスしないのではないか。

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）とすべきとの意見

- ①a だけにすると簡単に脱法される懸念がある。出発点は正犯であり、限定すればするほど、幫助した人は処罰されるが差止めはできないというアンバランスが生じてくる。悪質な行為を絞り込む必要はあるが、変な形に絞り込むのは、悪質なのに漏れるという不平等も生じてくるという問題がある。

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高い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

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。

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侵害コンテンツの拡散を助長する目的、営利目的というような一定の主観的な要件を立てながら対象となるリーチサイトを定義したうえで、そのような目的がどのような場合であれば認められるかということの具体的な指標として、リンク情報の数、コンテンツの検索を容易にする工夫がされているといったような客観的・外形的な事実があれば、そういう目的ないし意図が認められるというふうに主観的要件の充足を認定していくという方向が考えられるべき。幫助に当たる場合を客観的要件と主観的要件の双方によって限定することが最低限必要であり、主観的要件として「知りながら」という要件だけで足りるという考え方は、むしろ違法となる対象を幫助に当たる場合以外にも広げていくということであって適当でない。
- ②単に著作権侵害を助長するというだけでなく、著作権者のかなり重要な経済的利益を害するところまで求めるということだとすると、「情を知っている」というだけでは不十分な場合もあろう。例えば営利目的や、著作物を提供、提示することの対価を著作権者が受けることを害する目的がある場合に限っても良いのではないか。その趣旨は、著作権者に現に損害を与えるであろう行為は、その要件を問題なく満たし、個人が日常的に行ってきたリンクというものが捕捉されてしまう危険性を減らすことができる。
- ③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物を盗んできてそれを店頭で並べて売る、盗品等罪とのアナロジーで考えれば、リーチサイトは違法コンテンツという犯罪組成物をいわば店頭に並べるようにウェブ上に並べてあるという意味では、有償処分あっせんにも極めて近い行為であり、事故従犯的あるいは本犯助長犯的とも言えるとの意味で、例えば主観面として拡散を助長する目的というような要件を付けるのは、屋上に屋を重ねるようなもの。行為の性質から当然助長しているわけであり、要らない。例えば営利愉快犯目的がなくて法的なリーチサイトだってあり得る。
- ②ノーティス・アンド・テイクダウンという形で、特定性のあるノーティスをし、最終的にはその機会を与えられているにもかかわらず下ろさない者について差止を肯定するという、実体・手続両方組み込んで初めてバランスの取れたルールになり、懸念点にも配慮されると思う。
- ③市販されている著作物、デッドコピーといった個々の著作物の種類に関する問題はどれだけ違法性を知っていたかという主観に集約されるのではないか。
- ④違法な侵害があつて、それを助けているのであれば一般的に差止めになるべき。ノーテ

イス・アンド・テイクダウンを掛ければ、確定的に知りながらやるという非常に悪質な行為に限定されてくるので、32条や黙示の許諾等を全て潜り抜けて真っ黒になったものだけが対象になるのでいろいろな限定はやめた方が良い。営業上のというのでは愉快犯による甚大な被害を野放しにしてしまう。拡散しないリンクはあり得ず、拡散の目的、幫助の目的というのはおのずからビルトインされている。

- ⑤一番重要な要件は「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。
- ⑥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。
- ⑦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>

- ・リーチサイトを作ることによって、元の違法なアップロード行為が将来増すようになるような作用があるというのであれば、盗品等関与罪と同じように考えるというアナロジーが成り立つし、そうではなくてもしリーチサイトというのはリーチサイトだけで成り立っており、元のアップロードと余り関係がないというのであればアナロジーはなりにくい。
- ・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れず、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 その他考慮すべき要素はあるか。(例えば、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)、その他考慮すべき要素があると考えられるか。それはどのような要素か。

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る、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>

- ・113条5項の音楽レコードの還流防止措置のような、著作権者等の得ることが見込まれる利益が不当に害されることになる場合のようなものを要件にすればよいのではないか。更にそれを明確化するために、例えばサイトの特性や侵害コンテンツについて具体的な要件を定めればよいのではないか。【再掲】
- ・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る、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高い悪質な行為類型はどの範囲か。

論点1 刑事罰の対象として特に対応する必要が高い悪質な行為類型については、現行制度において対応が可能といえるか。また、現行制度を踏まえ、新たに制度を設ける必要があるといえるか。

<本小委員会における主な意見>

- ・損害賠償や刑事罰の関係では、送信の幫助、30条1項3号の複製の幫助ということになれば、類型的には幫助は成り立つが、立証は容易ではない。
- ・現行法の解釈にしても何にしても、個人の行為について過大な萎縮効果を生まないように配慮することは極めて重要ではないか。リンク先が著作権侵害だった場合、損害賠償も刑事罰もあり得るかもしれないと言ってしまうと、法理論は別としても一般の方に対しての萎縮効果が強いのではないか。
- ・リンクを張ることは…既に幫助として違法になるものがあり、ここで議論しているのは、現行法のもとで幫助として違法かもしれないけれども、差止請求ができるかどうかは明確ではないので、差止請求ができる類型をどうするかという問題。あるいは刑事でいうと、主犯者を検挙しなくても、リーチサイトの提供行為自体を犯罪として摘発することができるようにするかということの問題として設定されるべき。情を知ってという要件を満たし、違法コンテンツの拡散を助長する目的がある場合であれば、既に違法なのではないか。…もともと幫助として違法な範囲と、今回の法改正の議論で対象とすべき範囲は必ずしも一致する必要はなく、また立法したからといって、もともと幫助として違法とされる範囲が縮小するというわけでもない…。
- ・プロバイダ責任制限法は、プロバイダや運営者は損害賠償請求を忌避するために自主的に問題サイトや問題情報を落としていくシステムになっている。それがどの程度機能しているのかによっても、差止めや刑事罰やという次の厳しい手段に行くかどうかというところは変わってくる。
- ・刑事罰については、著作権侵害罪の幫助となる可能性は十分にあるように思うが、一方で、明確性が要求されるので、どういった行為を刑事罰の対象とするべきかを議論した上で、立法でこういった行為について処罰を下すべきということを明確にした方がよいのではないか。
- ・刑罰も明確化は良いが、本当に新たな構成要件としてしまうのが良いのかという点も含めて、いろいろ考えるべき点は多々あるのではないか。
- ・起訴価値があるかどうかは別として、故意等の刑法総則の要件を満たせば、現行法でも119条の侵害罪の幫助で刑罰の対象になる。このことを前提として、対応する必要が高い行為類型はどの範囲かといわれると、例えば一般法としては刑罰になるけれども、絞り込

んだもの以外は刑罰から外すというような話になるのかどうかを含めて、注意を要する。差止めの方は、現行法下ではできないとの見解が少なくないので、その点からすると、ゼロから積み上げるといった色彩があるが、刑罰の方は現行法でもできると考えているのに、対応する必要が高い行為類型に絞り込んでいくというのは分かりにくいように思う。

<権利者側の意見（平成28年度第3回本小委員会より）>

- ・サイバーロッカー、リーチサイトのサーバーが海外にあり、全ての発信者情報を得ることが非常に難しく、また、運良く発信者情報を手に入れても、国内のISPのログの保存期間が短いケースが多いため、国内にいるリーチサイトの運営者、違法ファイルのアップローダーを特定できず、民事での権利行使や刑事での立件が難しいという問題がある。（マンガ関係者）
- ・刑事手続きについては、正犯の検挙が困難であるために、その幫助にあたるリーチサイト・リーチアプリ運営者について日本の刑事手続きを踏むことが困難な状況にある。（侵害対策機関）
- ・法改正により、国内のリーチサイト、アプリ運営者を刑事摘発できるようにすること、海外のリーチサイトを検索エンジンの検索結果に表示されないようにすることを求める。法改正にあたっては、主観的要件（①著作権・著作隣接権・出版権を侵害する違法コンテンツであることの情を知っていること。②著作権・著作隣接権・出版権を侵害する違法コンテンツの拡散を助長する目的をもってしていること。）を満たす違法コンテンツにリンクを貼って公衆を誘導する行為を、著作権「みなし侵害」行為として、差止請求及び刑事罰の対象とすることを要望する。（侵害対策機関）

<プラットフォーム等意見（平成29年度第2回本小委員会より）>

- ・当小委員会において、現行法下で悪質なリーチサイトの提供は侵害の幫助にあたるとの解釈が可能であり、損害賠償請求および刑事罰の対象となり得る、といった議論がなされている。仮に現行法による対応が可能であるなら、新たな法規制の検討にあたっては、立法事実を明確化した上で、慎重な検討が必要ではないか。（ヤフー）
- ・リーチサイトの定義次第であるが、リンクを含む記事が著作権侵害になり得るとなると、ユーザーに少なからず萎縮効果が生じ、表現の自由が損なわれるおそれがある。（テレコムサービス協会）
- ・リンクの提供行為が、表現行為の一部を構成する場合もあるため、リンクを張る行為を部分的であれ規制することは、結果として、表現の自由、個人の発言の萎縮に繋がるなどの強い懸念が示されており、慎重な検討が必要。（（一社）日本知的財産協会）
- ・情報と情報を関連付けるハイパーリンクは情報通信の基幹技術であり、インターネットの利便性はハイパーリンクによってもたらされている。リンク行為を規制することは、今後の情報通信技術の発展全体に影響を及ぼすだけでなく、社会に大きな混乱をもたらすのでリーチサイト規制には反対。いたずらにリンク行為への規制を拡張するのではなく、違法アップローダーや違法アップロードされたコンテンツへの対処でカバーすべき。（（一

社) インターネットユーザー協会)

<参考>

- ・ 壇俊光, 板倉陽一郎「民事・刑事上の Web サイトリンク行為の違法性に関する比較についての試論」(情報ネットワーク・ローレビュー第 13 巻第 1 号, 2014. 10, p66~80) では, 違法にアップロードされたコンテンツにリンクを設置する行為について, 著作権侵害を行っているとは評価し得ず, また, 刑事においていわゆるカラオケ法理により正犯性を肯定した事例が見られず, 罪刑法定主義との抵触も著しいとした上で, 幫助行為該当性について, 次のように述べられている。

「幫助行為該当性を検討するに, 正犯を容易にしたかがメルクマールとなる。リンクの設置は, リンク先コンテンツをより広く公衆送信可能な状態にする場合があり, これが幫助に該当する場合があることは否定できない(幫助に該当する考えに対しては, 著作権法違反の罪が状態犯であり, 事後共犯に過ぎないという見解からの批判もあり得ようが, 一定の行為の独占を保護している著作権の保護法益との関係では, インターネットで公衆が受信可能な状態にしている間, 法益侵害が続いていることは否定しがたく, 公衆送信権・送信可能化権侵害にかかる著作権法違反の罪を継続犯とすることへの問題は少ないと思われる。)

しかしながら, アップロードされたコンテンツは著作権者の許諾…を得ている可能性もあり, インターネットの基本構造からもリンク設置者が権利侵害コンテンツであることを知っているとは期待することは困難であることから, 原則として故意は認められず, または, 幫助の故意が否定されるべきである…。

他方, リンクが削除可能であり, リンク先のコンテンツが著作権侵害であることを知ったにも関わらず, 漫然これを放置している場合は, 作為義務の発生は明らかであり, 不作為の幫助が成立し得よう。…」

- ・ 中川達也「リーチサイトを通じた侵害コンテンツへの誘導行為への対応」(ジュリスト No.1499, 2016.11) では, 侵害コンテンツを自らアップロードした者を A, 当該侵害コンテンツにリンクを張った者を B, 当該リンクを経由して侵害コンテンツにアクセスして受信した者を C とした上で, リンクを張った者 (B) の責任につき, 次のように述べられている。

「まず, A との関係を見ると, B がリンクを張った時点では, A による送信可能化の実行行為は終了している。したがって, 少なくとも, 刑事上は B の行為を送信可能化の幫助とみることは通常は困難であろう。しかし, B がリンクを張った後に, 当該リンクを経由してアクセスした C に対して実際に送信が行われた場合は, A が行う公衆送信を容易にしたとして, 公衆送信権侵害の幫助が成立し得る。…」

また, C との関係を見ると, C の受信行為について複製権侵害が成立する場合は, C が当該侵害コンテンツを発見して受信(複製)することを容易にしたとして, 複製権侵害の幫助が成立すると考える。」

論点2 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と同じ範囲であると考えられるか。仮に、異なると考えられる場合には、どのような行為類型が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。

<本小委員会における主な意見>

- ・一般論として言えば、やはり損害賠償，差止請求，刑事罰という順に厳しくなっていくので，適用範囲も狭まっていくべき。
- ・差止めと刑事罰は両方同じに考える必要はないのではないのか。例えば，刑事罰については，皆が違法であると異論なく認められるような行為のみについて科すということにしつつ，差止めについては柔軟に，より実効性が高まるよう，ある程度裁判所の判断に委ねていくというようなこともあり得るのではないか。
- ・目的との関係で，実際に科される差止めや刑事罰が不相当なものにならないかというのを注意する必要がある。例えば，…適法コンテンツのリンクを張ればよかったと簡単に言うことが難しく，正当な目的もあるというケースでは差止めの対象若しくは刑事罰の対象にしていいかは慎重に考える必要がある。さらに，刑事罰に関して言えば，萎縮効果というものを考える必要があるので，そういう意味でも不相当な制約にならないように気を付ける必要がある。
- ・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。
- ・独立の新たな犯罪構成要件を作るのであれば有償性などで絞った上でしか作れないが，今回は既に違法になっていて刑法上処罰でき，差止も本来できるものを更に絞り混むということであって，別次元の話である。非親告罪も訴訟条件の話であり別の話。

(3) 立法形式

仮に、新たに制度を設ける場合、どのような立法形式によるべきか。その際当該制度の対象となる行為は、著作権法上、どのような性格のものとして説明されるか。

<本小委員会における主な意見>

- ・解釈論として現行法でも対応が可能であるとしても、個人の行為への配慮という指摘もあるし、より要件を明確化するためにも、基本的にはみなし侵害を中心とした立法をすべきではないか。
- ・現行法上差止請求は難しいと考える。法改正により対応すべきではないか。現行法 113 条 1 項 2 号は情を知って侵害物を譲渡する場合をみなし侵害としており、侵害コンテンツを同様に拡散する行為についても、少なくとも情を知ってという要件の下で侵害とみなすことができるのではないか。
- ・例えば現在の 113 条のみなし侵害の書き方だと、コンテキストに当たる部分は、請求原因事実として、権利者側が主張することになっているかと思う。通常の著作権侵害だと、このコンテキストというのは、基本的には抗弁の側として、利用者側に証明責任を負わせるということにしているかと思うので、論点 5 にも関わるかと思うが、その範囲を狭めていくときに、誰に何を言わせるのかということについてもちゃんと考えていく必要がある。
- ・普通は著作権法の場合には支分権と権利制限で両方を考えてやるが、113 条は擬制侵害で最初から両方まとめてやっているのだから、恐らく今回の話は 113 条でやるとまた話が変わってくると思う。私はどちらかという普通の方で考えていたので、113 条とは別の話だと思ふ。…刑罰や差止めも、刑罰や損害賠償なら現行でできているわけなので、それと同じ内容が差止めになっているだけで、予防的でも何でもない、ごく普通の本体だという発想である。
- ・要するに、間接侵害であるとか、あるいは予備的であるという話があったことからすると、やはり通常の著作権侵害行為とは少し距離があるかと思うところがある。そうだとすればどのような立法形式でいくのかという点も考えたほうが良いのか。
- ・113 条で侵害とみなしてしまった場合には、そこで侵害であることは確定してしまうという趣旨の話があったが、もしその問題があるのであれば、一定の要件を満たした場合にはリンクを張る行為を送信可能化とみなすということにすれば、それに対して 32 条の引用が抗弁として働き、また、例えば学校教育目的であれば 35 条が抗弁として働くようにすることが可能になるのではないか。