

平成 30 年 7 月 27 日（金）
文化審議会著作権分科会
法制・基本問題小委員会

検索エンジンサービスと著作権の法的保護 －平成 29 年最決を示唆とした憲法的論点に関する一試論－¹

木下昌彦（神戸大学法学研究科准教授）

1. はじめに

ウェブサイトを識別する URL の提供行為（リンク行為）は、今日、インターネットにおける情報流通やコミュニケーションにおいて不可欠なものとなっている。ただ、違法なウェブサイトの URL の提供行為は、違法なウェブサイトの提供に等しいという観点から URL の提供行為も法的規制の対象とすべきであるという見解がある。既に、児童ポルノの分野においては、URL の提供行為それ自体が処罰の対象となり得ることについて、それを否定しなかった最高裁判決が存在する²。

他方で、著作権法の分野においては、伝統的に著作権を侵害するウェブサイトの URL の提供行為については、基本的にその行為自体は著作権侵害には該当しないとの理解を前提として、現行法の枠内においては法的規制の対象とはならないと一般に考えられてきた³。

¹ 本研究は、科研費基盤研究（A）「知的財産権と憲法的価値」（高倉成男明治大学教授研究代表者）の助成を受けたものである。なお、本意見書にあたっては、金子敏哉明治大学准教授・前田健神戸大学准教授から有益な助言を頂いた。ただし、本稿の内容は、全て報告者の責任に帰するものである。

² 最決平成 24 年 7 月 9 日判時 2166 号 140 頁判タ 1383 号 154 頁。もっとも、同決定は、「被告人が開設したウェブページに本件児童ポルノの URL を明らかにする情報を掲載した行為は、当該ウェブページの閲覧者がその情報を用いれば特段複雑困難な操作を経ることなく本件児童ポルノを閲覧することができ、かつ、その行為又はそれに付随する行為が全体としてその閲覧者に対して当該児童ポルノの閲覧を積極的に誘引するものといえるのであるから、児童ポルノ公然陳列に該当する」とした原審判決（大阪高判平成 21 年 10 月 23 日判時 2166 号 142 頁判タ 1383 号 156 頁）に対する上告を例文決定により棄却したものに過ぎず、最高裁自身の論理は明らかにされていない。また、その直接の射程は、児童ポルノの事案に限定されると解することもできよう。

³ 本意見書においては、「著作物の複製・公衆送信」等の支分権に該当する行為であり、引用などの権利制限規定の適用のないものを指して、「著作権侵害」ないし「著作権の侵

ただ、リーチサイトなど、リンク行為、ハイパーリンクの貼り付け行為等を通じた著作権侵害の拡大が指摘されるなかで、現在、著作権法上も、URL の提供行為を法的規制の対象として明示すべきではないかとの議論が生じている。

もっとも、URL の提供行為といっても、その文脈、場面ごとに、その行為がもつ社会的意義は大きく変わり得る。特に、Google や Yahoo などのインターネット情報検索サービスによってなされる URL の提供行為については、他の文脈での URL の提供とは異なる考慮をもってその法的規制を考えるべきであるという見解も強く主張されてきた。

そのなかで、平成 29 年 1 月 31 日、最高裁は、インターネット情報検索サービスによってなされる URL の提供行為について、そこに特別な位置づけを与える判断を示した(以下、平成 29 年最決)⁴。この平成 29 年最決は、直接的には、プライバシーの法的保護の場面での判断に留まるものである。しかし、そこでは検索結果として URL を提供することの意義が論じられると共に、検索結果の削除を請求できることも認められており、その基本的な論理は、著作権保護を目的とした URL 提供行為に対する法的規制の憲法上の限界を論じるというような場面においても参考になり得る要素を多分に有している。

報告者は既にこの委員会において一般的なウェブサイト上における URL の提供行為に対する規制について憲法的観点から報告をさせて頂いたことがある⁵。ただ、今回の意見書では、特に、平成 29 年最決を示唆として、インターネット情報検索サービスによってなされる URL の提供行為に対する規制を著作権の保護を目的として法定化するという論点に絞って、その憲法上の限界について考えてみたい。

なお、URL の提供に対する法的規制としては、損害賠償請求権の法定、削除請求権の法定、刑事罰の法定のように様々なあり方がある⁶。そのなかで平成 29 年最決が示したものは

害」と表記する。

⁴ 最決平成 29 年 1 月 31 日民集 71 卷 1 号 63 頁 (以下、平成 29 年最決)。同決定について法曹時報における担当調査官の解説は未だ公刊されていないものの、次の文献において、速報的に、担当調査官による解説が示されている。高原知明「時の判例」ジュリスト 1507 号 119 頁 (以下、高原①)、高原知明「最高裁重要判例解説」Law and Techonology76 卷 81 頁 (以下、高原②)、高原知明「最近の判例から」法律のひろば 2017 年 6 月号 47 頁 (以下、高原③)。

⁵ 木下昌彦「リーチサイト規制と表現の自由」文化庁文化審議会著作権分科会法制・基本問題小委員会 (平成 29 年 7 月 28 日)。

⁶ 従来、わが国においては、差止や削除のような行為請求権の相手方となるのは、損害賠償責任や刑事罰の対象者と同様、「侵害者」でなければならないとされてきた。しかし、侵害者でなければ行為請求権の相手方とはならないとする論理的必然性はなく、公共の福祉に適合する限り、侵害者でない者に対しても行為請求の相手方とすることは立法論上可能である。実際、特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に

削除請求権の可否とその要件であったことから、本意見書では、差し当たり、削除請求権の法定を念頭に議論を進めることにする。

2. 平成 29 年最決の射程

平成 29 年最決は重要判決であるが、その射程は形式的には大きく限定されたものである。そのことは本意見書での議論を進めるにあたって最初に確認しておく必要がある。

まず、平成 29 年最決は、あくまで「個人のプライバシーに属する事実をみだりに公表されない利益」との関係において判断がなされたものであり、著作権はもちろん、名誉権や肖像権といった他の人格権についての判断を直接含むものではない。

また、平成 29 年最決は、URL 等情報の検索結果からの削除について判断したものであり、そこで問題となったプライバシーの法的保護についても、いかなる場合に、損害賠償請求が認められるかということについては直接判断をしていない⁷。

加えて、平成 29 年最決が問題としたプライバシーの法的保護は、基本的には、具体的な立法がないなかでの法的保護であって⁸、明示的に立法によって法的保護を規定しようとした場合、その立法による法的保護が、憲法との関係においてどこまで許容されるかについても、もとより判断を含むものではない。そのため、著作権の法的保護を図るために、立法により、著作権に基づく検索結果削除請求権を法定する場合について、その憲法上の限界等を平成 29 年最決から直接的に導出できるものではない。

関する法律（以下、プロバイダ責任制限法）4 条は、侵害者であることとは無関係に、媒介者である特定電気通信役務提供者に対して、発信者情報の開示請求権の相手方としている（欧州においては、行為請求権の相手方は侵害者でなければならないという論理が既に大きく崩れてきていることを示す文献として、MARTIN HUSOVEC, INJUNCTION AGAINST INTERMEDIARIES IN THE EUROPEAN UNION: ACCOUNTABLE BUT NOT LIABLE? (2017).)。なお、このような観点から、逆に、削除請求権の対象となることは当然に損害賠償責任や刑事罰の対象となることを意味しないとも言える。

⁷ 検索結果の提供により権利侵害を受けた者が検索事業者に対して損害賠償請求をする場合には、プロバイダ責任制限法 3 条の責任制限規定との関係が問題となるとする見解もあるが、検索事業者による検索結果の提供は、単なる媒介者として提供されるものではなく、自身の表現行為として提供されるものであるから、この場合、検索事業者は、プロバイダ責任制限法 3 条の適用がない「発信者」であると言え、検索事業者に対する損害賠償請求とプロバイダ責任制限法 3 条の規定とは元来無関係であると言える。

⁸ 興味深い点として、平成 29 年最決においては一切実体法の引用・適用はなされておらず、ただ、判例の引用があるのみである。いわば判例における法形成の一場面であったとも言えよう。

もつとも、以上のように平成 29 年最決の形式的な意味での射程は限定されているとはいえず、当該決定が判決理由のなかで示した基本的な論理は、合理的な理由のある限り、著作権事案においても十分に及び得るものと考えられる。そのため、当該決定は、著作権の法的保護についての憲法上の限界を考えるにあたっては参考にするべき対象であると言える。

3. 検索結果提供の法的位置づけ

平成 29 年最決が示した基本的な論理において第一に重要であるのは、当該決定が、検索事業者による特定の検索結果の提供行為を違法とし、その検索結果の削除を余儀なくすることは、検索事業者自身による「表現行為」に対する「制約」であり、さらに、「インターネット上の情報流通の基盤」という大きな役割に対する「制約」でもあるということを明確に示した点である。

まず、そこでなされた検索結果の提供は表現行為であるという位置づけは従来必ずしも自明のものではなかった。検索結果の提供は、プログラムにより機械的・自動的に行われていることから、検索結果の提供は誰の行為でもない単なる事実であるという見解もあり得ないものではなかった。

しかし、平成 29 年最決は、プログラムそれ自体が「検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるよう作成されたものである」ということを根拠として、そのような立場を否定し、検索結果の提供は、検索事業者自身による行為であり、さらに、その行為は表現行為であるとの判断を示したのである。

このように検索結果の提供を検索事業者自身の表現行為として位置づけることは、一面では、検索結果の提供についての法的責任が検索事業者自身にも帰属し得るということを含意するものとなる。しかし、一方で、表現行為として位置づけられた行為は、基本的に、憲法 21 条 1 項による保障の対象になることから、検索結果の提供は、表現の自由に該当する行為として、憲法上の基礎付けを得ることになる。

もとより、平成 29 年最決は、直接的には憲法判断を含むものではないが、そこでは、検索事業者が提供する検索結果の削除を法的に義務付けることには、表現の自由に対する制約として、憲法上の限界が存在するという論理が当然の前提とされていると考えられる。このような表現の自由としての検索結果の提供という論理は、著作権を保護するために検索事業者が提供する検索結果の削除請求権を法定するという場合にも等しく妥当するものであると言えよう⁹。

⁹ 削除請求権や損害賠償請求権を法定することは、私人と私人の関係を規律するものであり、憲法の適用はないとする見解があり得る。私人間の問題に対しては憲法の適用がないというのは、あくまで、「私人の行為」に対して憲法の適用がないとするものであり、私人の関係を規律する「法律」に対して憲法の適用がないとするものではない。実際、最高

さらに、平成 29 年最決は、検索結果の削除の義務づけを、単に表現行為に対する制約とするだけでなく、情報流通の基盤的役割に対する制約とも捉えていることも重要である。今日、インターネット上には無数のウェブサイトが存在し、それを介して多様なサービスが提供されている。そのなかで、平成 29 年最決は、特に「検索事業者による検索結果の提供」については、他の通常のインターネット上のサービスにはない、特殊な「情報流通の基盤としての大きな役割」というものを見出したと言える。

このように検索結果の削除の義務付けが情報流通の基盤的役割に対する制約として位置付けられたことの重要な帰結は、削除等の法的義務付けを課し得る要件について、検索結果提供の場合と通常のウェブサイト上での記事等の提供の場合とは異なるものとなり、特に、前者の場合のほうが後者よりもより限定された場合にのみ削除が認められ得るということである。後に詳述するように、平成 29 年最決は、単に公表されない利益の優越性だけでなく、優越することの明白性を検索結果削除の要件として求めたが、それは、検索結果提供が果たす情報流通の基盤的役割に基礎づけられたものであったと考えられる。

なお、情報流通の基盤的役割論が、検索事業者だけでなく、どこまで他のサービスに妥当するのかわかるという問題もある。今日、例えば、twitter や facebook などのようなサービスは、検索事業とは異なるものの、情報流通に不可欠な役割を果たしており、明らかにその社会的役割は他のウェブサイトやウェブ上のサービスとは違うものとなっている。今後、検索事業者に妥当した法理をどこまで及ぼすべきかについてはさらなる議論の蓄積が必要であるが、少なくとも、サービスの性質やそれが果たす社会的役割に応じて許容される制約の程度が変わってくるという議論は避けられないものであると考えられる。

4. 検索結果削除の義務づけの可否と義務づけの対象

(1) 検索結果義務づけの可否

表現の自由に対する憲法上の保障は絶対的なものではなく、公共の福祉に基づく制約に服する。特に、個人の権利に対する保護を目的とした規制も、それが必要かつ合理的なものに留まる限り、公共の福祉に基づく制約として憲法上も許容されると考えられる。

平成 29 年最決は、検索事業者による特定の検索結果の提供行為を違法とし、その削除を

裁は、最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁（証券取引法 164 条 1 項事件）において、上場会社の役員や主要株主が、当該上場会社発行の株式の短期売買取引によって利益を得た場合、当該上場会社が、その利益の提供を請求することができると定めた旧証券取引法（現金融商品取引法）164 条 1 項の規定の憲法適合性を正面から検討している

（証券取引法 164 条 1 項は私人間の関係を規律した法律であり、訴訟自体も、私人間の訴訟であった）。

余儀なくすることは、表現行為と情報流通の基盤的役割に対する制約であるとしつつも、個人のプライバシーを法的に保護するために、「検索事業者が、ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトのURL等情報を検索結果の一部として提供する行為」が違法となり、さらに、検索事業者に対し、当該URL等情報を検索結果から削除することを求めることができる場合があることを認めた。

この判旨それ自体も直接的には憲法判断ではないものの、このように検索結果の削除を法的に義務づけることができる場合があることを最高裁自身が認めたものであることから、そこでは、そのような義務づけは憲法上も許容され得るものであるということが当然の前提にされていたものと考えられる。しかも、平成29年最決の事案は、削除を義務づける明文の規定のない事案であり、同種の請求権について法定をなすことがただちに違憲になることは同判決を前提とすると基本的には考えられないと言える。

そして、権利の性質の違いはあるものの、著作権であるからといって、プライバシーに認められた請求権を否定し得る特段の理由はないことから、著作権を保護するために同種の請求権を法定することもまた憲法上許容し得ると考えられる。むしろ、問題は、そのような請求権が憲法との関係でいかなる場合に認められ、認められないかということである。

(2) 検索結果削除の義務づけの根拠と対象

検索結果を削除することをいかなる場合に義務づけることができるかを検討する前に、平成29年が一体何の削除について、いかなる理由に基づき義務づけることができるとしていたのか改めて確認しておく必要がある。

(i) 削除対象と削除理由

まず、平成29年最決が、違法となり、また削除の対象とした検索結果の提供とはいかなる行為であろうか。検索結果の提供は、通常、①特定のウェブサイトの所在を識別するURL、②当該ウェブサイトの表題（タイトル）、③当該ウェブサイトの記事からの抜粋（スニペット）の三つの構成から成り立っている。平成29年最決は、この三つの構成全てが、URL等情報として削除の対象になることを肯定している。

もともと、検索結果の提供において何をもって違法となるかということはいくらか詳細な検討が必要である。特に、他人の権利を侵害するウェブサイトのURLを提供することをもって違法となるのか、それとも、スニペットの提示それ自体が他人の権利を侵害するがゆえに違法となるのかは明確にしておく必要がある。

プライバシー侵害の場合、スニペットそれ自体に他人のプライバシーを侵害する内容が記載される場合もあり、そのこと自体をもって違法と判断し得る場合もあり得よう。しかし、

少なくとも平成 29 年最決が想定していたのはこのような場合に留まるものではなく、さらに、スニペット等に表示された内容にはプライバシー侵害に該当する内容が含まれないが、提供された URL によって識別された元ウェブサイトのほうに他人のプライバシーを侵害する情報が含まれるという場合も射程に置いたものであったと考えられる¹⁰。

他方で、例えば、現行の著作権法 47 条の 6（現時点で未施行であるが、平成 30 年改正により 47 条の 5 第 1 号に移動）柱書きは、検索事業者による検索結果の提供が著作権である複製権等に対する侵害とはならない旨を規定した権利制限規定であるが、そこで想定されている権利侵害というのは、あくまでスニペットによる権利侵害である¹¹。すなわち、検索結果として提供されるスニペットの中には、他人のウェブサイトからの複製行為や利用者に対する公衆送信行為を伴う場合もあるところ、当該公衆送信行為が著作権を侵害しない旨を定めたものが著作権法 47 条の 6 柱書きということになる。

これに対し、現行法上、その記事中に著作者の権利を侵害する内容を含むウェブサイトの URL を提示することそれ自体は、著作物を複製・公衆送信等する行為に該当せず、権利制限規定の適用によるまでもなく、著作権の侵害にならない。そのため、著作権法 47 条の 6 但書にいう「当該検索結果提供用記録に係る著作物に係る送信可能化が著作権を侵害するものであることを知つたときは、その後は、当該検索結果提供用記録を用いた自動公衆送信を行つてはならない」との規定は、スニペットの表示が著作物（元のウェブサイトの記事等）の自動公衆送信に該当する場合を想定したものであり、著作権を侵害するウェブサイトの URL の提供そのものを禁止の対象としたものではない。つまり、平成 29 年最決が想定する事態は、著作権法 47 条の 6 が想定する事態よりも広がりをもつものであり、例えば、著作権法 47 条の 6 は既に平成 29 年最決が示したような請求権を既に認めていたとの解釈は誤りである。

（ii）削除対象となる「ウェブサイト」の意義

より厳密に考えておかなければならないこととして、「ウェブサイト」の概念がある。ウェブサイトとは厳密に言えば、特定のドメイン名の下にあるウェブページの集合体のこと

¹⁰ 前掲注 4, 高原③51 頁は、「検索結果中には人格的な権利利益を侵害する内容が含まれていないものの、収集元ウェブサイトの内容には人格的な権利利益を侵害するものが含まれているという事案において、収集元ウェブサイトの内容について個別に主張立証して…検索結果の削除を求めることを本決定が否定するものではないものと思われる」としている。

¹¹ 厳密には、著作権法 47 条の 6 柱書きは、検索の前段階としてネット上をクロールして情報を Google のサーバーに蓄積する行為についても非侵害とする趣旨も含むものである。

であり、ウェブページそれ自体とは本来区別されるべき概念と言える。平成 29 年最決は、単に「ウェブサイト」の概念を用いるだけであり、特段、ウェブページとウェブサイトの区別を用いていない。そのため、提供が違法となる URL というのは、権利侵害情報が記述された具体的なウェブページの URL なのか、それとも、権利侵害情報が記述されたウェブページを含むウェブサイトのウェブページ全ての URL なのかということとははっきりしない。

仮に、平成 29 年最決が用いる「ウェブサイト」が通常用語と同じであるとする、検索事業者は、権利侵害情報が記述されたウェブページを含むウェブサイトのウェブページ全ての URL を削除しなければならない。ただ、そのような帰結は、過剰な削除を導くものであり、表現行為に対する規制は必要最小限の範囲でなければならないという基本的な原則と抵触することになる。そのため、平成 29 年最決は「ウェブサイト」という概念を用いてはいるものの、それは権利侵害情報が記述された具体的な「ウェブページ」を指すものと解すべきと考えられる。実際の検索事業者の対応も、平成 29 年最決の前も後も、ウェブページ単位の対応であると考えられる。

(iii) 検索クエリによる限定の是非

従来、あまり意識されてこなかったことであるが、平成 29 年最決が削除の対象となり得るとしたものは、特定の検索クエリ（検索サービスの利用者が検索する際に打ち込んだ単語）のもとで提供される URL であったのか、それとも、検索クエリがいかなるものであるにもかかわらず、特定の URL について一切検索結果から削除ができるとしたものかという問題がある。

平成 29 年最決の事案における最初の仮処分決定の主文は、「債務者は、別紙検索結果目録にかかる各検索結果を仮に削除せよ。」とするものであり、それだけを見ると検索クエリの内容にかかわらず、そこで指摘された URL は、あらゆる場合において、検索結果から削除すべきということになる¹²。

しかし、そもそも平成 29 年最決の事案において債権者（抗告人）が求めていたものは、「グーグル検索で、債権者の住所（省略）と氏名を入力して検索すると、検索結果として、債権者の逮捕歴が表示されるという事実を前提としての「当該」検索結果の削除であったと解されるし¹³、平成 29 年最決が違法となり、削除対象となり得るものとしたのも、正確には、「ある者に関する条件による検索の求めに応じ、その者のプライバシーに属する事実を含む記事等が掲載されたウェブサイトの URL 等情報を検索結果の一部として提供する行為」としていた。このような事情に鑑みると、平成 29 年最決において削除対象となり得るとされたのは、あくまで特定の検索クエリによって表示される検索結果であって、必ずしも

¹² さいたま地決平成 27 年 6 月 25 日判時 2282 号 83 頁。

¹³ さいたま地決平成 27 年 6 月 25 日判時 2282 号 83 頁参照。

特定のウェブサイトの URL について、それをいかなる検索クエリにより検索したとしても削除の対象になり得るとしたのではないと捉える余地がないではない¹⁴。

これに対し、著作権に基づく検索結果の削除の場面において、多くの論者が想定しているものは、特定の検索クエリに依存しない URL の一律削除であるように思われる。特定の検索クエリに限定された削除のほうが、表現の自由にとっては、より制限的な制約であり、もし仮に平成 29 年最決が特定の検索クエリに限定した削除を指向しているのであれば、全検索クエリのもとでの削除にはより慎重な要件が課せられるべきということになる。

ただ、現時点では、平成 29 年最決の判旨の趣旨がはっきりしないという点、特定の検索クエリに依存した削除かどうかによって比較衡量の在り方がどう変わってくるかも不明確な点があることから、本意見書では、以下、特定の検索クエリに依存した削除かどうかの問題には立ち入らず、差し当たり、平成 29 年最決は全検索クエリにおける削除を肯定したものと考察を加える。

5. 検索結果削除を義務づけることのできる要件

(1) 平成 29 年最決が提示した判断方法と実体的要件

平成 29 年最決は、検索結果提供の違法性を判断する際の判断方法と検索結果削除を義務づけることのできる実体的要件を提示している。まず、平成 29 年最決は、①当該事実の性質及び内容、②当該 URL 等情報が提供されることによってその者のプライバシーに属する事実が伝達される範囲とその者が被る具体的被害の程度、③その者の社会的地位や影響力、④上記記事等の目的や意義、⑤上記記事等が掲載された時の社会的状況とその後の変化、⑥上記記事等において当該事実を記載する必要性」といった 6 つの要素を考慮要素として挙げ、検索結果提供の違法性は、「当該事実を公表されない法的利益」と「当該 URL 等情報を検索結果として提供する理由」に関する「諸事情を比較衡量して判断すべき」であるとした。そのうえで、平成 29 年最決は、このような利益衡量の結果、「当該事実を公表されない法的利益が優越することが明らかな場合」には、検索事業者に対し、当該 URL 等情報を検索結果から削除することを請求することができるとしたのである。

このような平成 29 年最決の判断枠組みは、大きく、(i) 違法性の判断方法としての利益

¹⁴ 「忘れられる権利」を承認したものとして話題となった欧州司法裁判所 2014 年 5 月 13 日先決裁定 (Google Spain SL, Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos, Mario Costeja González (ECLI:EU:C:2014:317)) が検索事業者に削除義務を認めたのも、特定の検索クエリによって表示される検索結果であったと解される。なお、欧州司法裁判所 2014 年 5 月 13 日先決裁定の分析については、栗田昌裕「プライバシーと『忘れられる権利』」龍谷法学 49 卷 4 号 305 頁も参照。

衡量と(ii)削除請求の実体的要件としての公表されない利益の優越の明白性に分けることができる。その判断枠組みは、例えば、北方ジャーナル事件判決で示された名誉毀損表現に対する事前差止めのように直接憲法に言及しつつ導出されたものではないものの、当該判断枠組みに基づいた削除の義務づけは憲法上も許容され得るとの判断が当然含意されていると見るべきであろう。

その判断枠組みを子細に見ていくと、まず、ここで採用された違法性の判断方法としての利益衡量論であるが、それは、プライバシー侵害による不法行為責任の成否を判断する際に伝統的に最高裁が採用してきた判断方法に従ったものであると言える¹⁵。平成29年最決は、不法行為責任の成否で用いてきた判断方法が、差止め(削除)の判断方法としても妥当すると考えたものと言える¹⁶。

ただ、平成29年最決の大きな特徴は、単に利益衡量に基づき公表されない利益が優越する場合に削除を義務づけることができるとしたのではなく、さらに、その優越が「明らか」であることを削除の要件として加えたことにある。

このように平成29年最決が明白性を要求したことの趣旨について、同決定の担当調査官は、検索事業が果たす役割等を踏まえたうえで、「削除の可否に関する判断が微妙な場合における安易な検索結果の削除は認められるべきではないという観点」があったものと解説している¹⁷。この点を私見として敷衍すると、仮に端的にプライバシーに属する事実を公表

¹⁵ 例えば、平成29年最決も引用する最判平成15年3月14日民集57巻3号229頁〔長良川リンチ殺人報道事件〕は、「プライバシーの侵害については、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由とを比較衡量し、前者が後者に優越する場合に不法行為が成立するのである」としたうえで、「本件記事が週刊誌に掲載された当時の被上告人の年齢や社会的地位、当該犯罪行為の内容、これらが公表されることによって被上告人のプライバシーに属する情報が伝達される範囲と被上告人が被る具体的被害の程度、本件記事の目的や意義、公表時の社会的状況、本件記事において当該情報を公表する必要性など、その事実を公表されない法的利益とこれを公表する理由に関する諸事情を個別具体的に審理し、これらを比較衡量して判断することが必要である。」としていた。

¹⁶ 出版の事前差止めについては、北方ジャーナル事件判決が、「被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞がある」ことを必須の条件としていた(最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁)。しかし、平成29年最決の判断枠組みに基づく、「被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞がある」場合以外の場合にも削除が認められ得ることになる。はっきりしない点もあるが、平成29年最決は、既に一度は提示されたことのある検索結果の提供の削除は、事前差止めには該当せず、北方ジャーナル事件判決の射程が及ばないと考えたのではないかと推察される。ただ、インターネット上の表現については、伝統的な事前/事後の枠組みとは異なる枠組みに基づき憲法保障が必要であるとも考えられ、この点は今後の課題としたい。

¹⁷ 前掲注4, 高原①121頁、高原②85頁、高原③50頁。

されない法的利益が「優越する」場合を削除の要件としてしまうと、優越性の判断が微妙な場合においては、本来、プライバシー保護が優越しない場合であるにもかかわらず、検索事業者が自主的に削除したり、裁判所が削除命令を出してしまったりするという、いわば過剰削除のリスクが存在することになる。検索結果の提供は情報流通の基盤的役割を持つがゆえに、そこでの過剰削除がもたらす不の影響は極めて大きなものとなる。平成29年最決は、そのような事態が生じることを最小化するために明白性要件を課したものであると言える。

もっとも、明白性要件を課すことにより、本来はプライバシー保護が優越する場合であるにもかかわらず削除がなされないといういわば過少削除のリスクが生じることになる。通常の場合であれば、過剰削除のリスクは過少削除のリスクと相殺されるが故にあえて明白性要件を問題としないで済むと言えるかもしれない。しかし、最高裁は、検索結果提供の場面においては、検索結果提供が有する情報流通の基盤的役割という側面を重視し、過剰削除のリスクがもたらす弊害は、過少削除のリスクがもたらす弊害よりも大きいと判断したもののと言えよう。

(2) 平成29年最決が提示した判断方法と実体的要件の著作権法事案への応用

平成29年最決の判断枠組みは、あくまでプライバシーの法的保護の場面を念頭に置いたものであって、著作権の法的保護の場面においてその枠組みがどこまで及ぶかは慎重な検討を要する¹⁸。

(i) 利益衡量に基づく公表されない利益の優越性

まず、違法性の判断方法としての利益衡量であるが、前述のように、これは、プライバシー侵害による不法行為責任の成否を判断する際に伝統的に最高裁が採用してきた判断方法に従ったものである。このように最高裁が利益衡量論に依拠してきたのは、そもそもプライバシーの法的保護に関する明文の規定がなく、一般的な法原則である利益衡量に頼らざるを得なかったからという事情もあったものと解される。

他方で、著作権については、著作権の法的保護の著作物の自由利用との間での利益衡量は、基本的には、既に著作権法の諸規定を通じて立法府によって示されていると言える。それを

¹⁸ これは直接憲法論とは関係しない事柄であるが、検索事業者の自主的な削除実務においては、プライバシーや名誉権など各国の事情が大きく異なる分野においては、個別の国ごとの対応が取られているのに対して、著作権については、DMCA対応として、グローバルに共通のポリシーのもと削除対応がなされているようである。立法政策としては、名誉権・プライバシーにおける実務と著作権における実務との違いを念頭においた議論が必要であると考えられる。

いわゆる定義付け衡量と呼ぶかはともかく、著作権侵害とされる行為については、著作権を法的に保護することが他の対立する諸利益よりも優越するということがここでは既に含意されているものと考えられる。そのため、著作権との関係においては、改めて個別具体的な利益衡量論を持ち出す必要はなく、端的に URL によって識別されたウェブページに著作権侵害コンテンツが存在するか否かを検討すればよいということになる。

(ii) 公表されない利益の優越性の明白性

判断方法としての利益衡量とは異なり、公表されない利益の優越の明白性の要件については、著作権法事案においても考慮されるべき要件であると考えられる。プライバシー保護の場面で想定される過剰削除のリスクと弊害というものは、著作権に基づく削除についても等しく妥当する。著作権法上違法であることを端的に削除要件としてしまうと、本来は著作権侵害でないにもかかわらず、検索事業者が自主的に削除したり、裁判所が削除命令を出してしまったりする過剰削除のリスクが生まれることになる。そのような過剰削除がもたらす弊害が大きいことは、プライバシーの場面と同様である。もちろん、プライバシーとは異なり著作権の場合における過少保護の弊害が大きいというのであれば、別論であるが、回復が困難なプライバシーと比較して基本的には金銭的に損害の回復が可能な著作権の場合のほうが過少保護の弊害が大きいとすることは論理的に難しいものと考えられる。

以上のように、平成 29 年最決が示した枠組みを前提としたうえで、それを著作権法に特有の事情を考慮に入れたうえで再構成すると、特定のウェブページの URL が検索結果として提供される場合には、単に当該ウェブページに著作権侵害コンテンツが含まれるというだけの理由でそれを削除対象とすることは、過剰削除の弊害が大きいことから、当該 URL の提供の削除を請求することはできず、過剰削除の弊害の小さい場合、すなわち、当該ウェブページの内容が著作権侵害コンテンツであることが「明らか」である場合には、当該 URL の提供の削除を請求することができると解することが適切であり、また、そう解することによって検索結果の提供が有する憲法的価値と著作権とのバランスが保たれるものとする。

なお、著作権法上違法であることが「明らかな」場合とはいかなる場合であるかが問題となる。「明らかな」の意味については、場面は異なるものの、基本的には、プロバイダ責任制限法 4 条が、発信者情報の開示請求の要件として規定した「侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかである」における「明らか」と基本的には類似するものと考えられるが、「明らか」要件を課すことの趣旨に鑑みれば、過剰削除となる危険性がほとんど考えられないような場合、例えば、現在、社会的に海賊版サイトとして問題になっているウェブサイトにおけるウェブページにおいて原作とそのまの動画や漫画が掲載されているような場合には、著作権侵害であることが明らかであると認定

することに特段の疑義は生じないと考えられる¹⁹。

(iii) 削除の対象とし得る URL の範囲

検索結果として提供された URL によって識別される元ウェブページに「明らか」に著作権を侵害するコンテンツが含まれる場合に、その削除請求権を法定することが憲法上許容されるとしても、もう少しウェブサイトにおける階層構造に着目してその範囲に注記をしておきたい。

まず、侵害コンテンツを直接含むウェブページそれ自体の URL については、それが削除対象になり得ることは争いがないと思われる。しかし、当該ウェブページに含まれる侵害コンテンツがウェブページ全体の一部に留まっている場合であればどうであろうか。その場合、削除が認められると侵害コンテンツ以外の情報へのアクセスも同時に困難となる。ただ、平成 29 年最決は、そのような場合であっても、当該ウェブページの URL を検索結果から削除し得ると想定していたものと思われ、その点も踏まえたうえで、削除要件は構築されたものと考えられる²⁰。それと平仄を合わせるならば、著作権侵害の場合であっても、ウェブページに侵害コンテンツが含まれる以上、当該ウェブページの URL は検索結果から削除の

¹⁹ もっとも、「明らか」要件それ自体を用いなくとも、削除請求が認容される要件を絞り込むことで、実質的には著作権侵害であることが「明らか」なものに限定することができれば、「明らか」要件を改めて設ける必要はないものと言える。

²⁰ 平成 29 年最決の原審は、「本件検索結果を削除することは、そこに表示されたリンク先のウェブページ上の本件犯行に係る記載を個別に削除するのとは異なり、当該ウェブページ全体の閲覧を極めて困難ないし事実上不可能にして多数の者の表現の自由及び知る権利を大きく侵害し得るものである」とし、さらに、「本件検索結果に記載されたリンク先のウェブページは、…インターネット上のいわゆる電子掲示板であると認められることから、本件犯行とは関係のない事実の摘示ないし意見が多数記載されているものと推認される。そうすると、元サイトの管理者に対して個別の書き込みの削除を求めるのではなく、本件検索結果に係るリンク先のウェブページを検索結果から削除し、又は非表示の措置をすることは、検索サービス事業において原告人が大きなシェアを有していることや、インターネット上のサイトの URL を直接発見することが極めて困難であることに照らせば、それらに対する公衆のアクセスを事実上不可能にするものと評価することができ、看過できない多数の者の表現の自由及び知る権利を侵害する結果を生じさせるものと認められる。」として、ウェブページの URL の検索結果からの削除は、権利侵害とは関係のない情報へのアクセスを困難とし、それ故に表現の自由や知る権利に対する制約が大きいとしていた（東京高決平成 28 年 7 月 12 日判タ 1429 号 112 頁判時 2318 号 24 頁）。平成 29 年最決は、原審とは必ずしも同一の判断枠組みを採用したわけではないが、上記の原審の認識は共有していたものと考えられる。

対象にし得ると考えられる。おそらく、検索事業者における著作権侵害に関する削除実務も同じような対応をしているものと推察される。

もっとも、次に、侵害コンテンツを含むウェブページ（以下、ウェブページ①）に直接にリンクとしてつながっている同一サイト内のウェブページ（以下、ウェブページ②）であったらどうであろうか。また、さらに、ウェブページ②に直接リンクを貼ったウェブページ（以下、ウェブページ③）であればどうであろうか。この問題はウェブページ n まで続いていく。この点は、非常に難しい問題であり、現時点での差し当たりの私論として述べさせて頂くならば、単にリンクとして繋がっているというだけで、当該ウェブページの検索結果からの削除を認めてしまうと、それと共に削除範囲が広がり、アクセスが困難となる他の情報も増えていくことになり、表現の自由と著作権との適切なバランスが崩れてくることになる。そのほか、本来、著作権が及ぶ範囲は著作権侵害コンテンツそのものに限られるという観点と表現行為に対する規制は必要最小限の範囲でなければならないという基本的な原則から考えた場合には、基本的に削除対象にし得るのは、ウェブページ①に限定されるべきであろう。ウェブページ②や③などの URL まで削除対象とすることは、次に検討するようにウェブサイト全体あるいはウェブサイトのホームページの URL の削除を可能とし得る場合のほか、特にウェブページ②や③などのウェブページ①の侵害コンテンツそれ自体への誘因性が極めて高いと見得る場合に限られると解すべきではないかと考えられる。

次に、特定のウェブページに限定されず、著作権侵害コンテンツを含むウェブサイト全体あるいはウェブサイトのホームページの URL を削除対象とすることは可能かという問題がある。平成 29 年最決もこの単位での削除は認めていなかったものと考えられ、また、現在のいわゆる DMCA クレームに対応した検索事業者の削除実務もこの単位での削除は認めていないものと考えられる。

このようなウェブサイト単位での削除がもたらす影響は極めて大きく、これを法定化することについてはまずもって政策論上慎重になるべきである。もっとも、このようなウェブサイト単位での削除を法定化することが絶対的に違憲かという点と必ずしもそこまでは言い切れないかもしれない²¹。例えば、ウェブページに掲載された情報の大部分が著作権を侵害するものであることが「明らか」であり、それ以外の情報が基本的には掲載されていない場合、あるいは、ウェブサイトそれ自体が全体として著作権侵害コンテンツの公衆送信を目的としたものであることが明らかである場合には、表現の自由の制約として一般に求められ

²¹ 現在議論されている著作権保護のためのサイトブロッキングは、アクセスプロバイダーに対して基本的にウェブサイト全体のブロッキングを義務づけることを想定しているものと考えられるが、仮にウェブサイト全体のブロッキングが許容されることが合憲であるとするならば、そのようなウェブサイト全体の URL の検索結果としての提供の禁止も許容され得ると考えられる。もちろん、現在、ブロッキングそれ自体の合憲性については議論がなされているところである。

る「厳格な基準」に耐えうる立法事実が存在することを前提に、ウェブサイトのホームページ等の URL の提供の削除を要請し得る請求権を法定することは憲法上許容されると考える余地はあろう。この場合、著作権者は自分以外のコンテンツには権利が及ばないとする見解もあり得るが、ウェブサイトに掲載された他の複数のコンテンツも他人の著作権を侵害するものであることが「明らか」である場合において、ウェブサイトのホームページの URL の検索結果からの削除を実現させるために、あえて他の権利者に改めて訴訟を提起させることはそれ自体不合理な要素があり、公共の福祉の観点から、特定の著作権者が削除請求の訴訟を提起した機会に、ウェブサイト全体の URL の検索結果からの削除命令を裁判所に認めるということはそれ自体合理性が否定されるものではない。

6. おわりに

インターネット検索事業サービスを通じて、検索結果としてなされる URL の提供を違法とし、削除を求めることができることは、憲法上は、憲法 21 条 1 項が保障する表現の自由に対する「制約」となり、また、それは検索事業者が担う情報流通の基盤的役割に対する「制約」ともなることから、その制約の「程度」は重大であると言える。

しかし、平成 29 年最決における基本的な論理に示唆を得るならば、少なくとも、著作権侵害であることが「明らか」なコンテンツを含むウェブページの URL の提供については、例え、それがインターネット情報検索サービス事業者によって検索結果の提供としてなされる場合であっても、著作権者がその差止め（削除）を請求できる旨法定することについては、表現の自由に優越する公共の福祉がそこにあると考えることができ、憲法上許されないものではないと解される。

もっとも、実際上の見地から言えば、訴訟において争いとなるのは、検索事業者が著作権者の求めに対し自主的な削除に応じなかった場合に限られる²²。検索事業者は、著作権事案においては、一定の方針を決めたうえで、ビッグデータや AI 技術等を用いて機械的に処理をしているものと考えられるところ、「明らか」に著作権侵害と見得る事案であるにもかかわらず、検索事業者が削除に応じないということは現実としてあまり想定できない。逆に、検索事業者が削除に応じない場合には、そこに著作権侵害でないとの事情を基礎づける合

²² 平成 29 年最決の担当調査官が、「我が国において検索事業者に対して検索結果の削除を求める場合、当事者間で任意の交渉を経た上でなお検索事業者が任意削除に応じないときに裁判所に事件が持ち込まれることが多く、実質的な判断対象は、検索事業者が第一次的に削除が相当でない判断した検索結果であることが多い」としたうえで、そのような場合には「検索事業者による第一次的判断に至る過程や当該判断の合理性に対する評価」が「『明らか』性評価に当たっての一つのポイントになってくる」としていることは注目される（前掲注 4，高原③52 頁）。

理的理由が存在するというのが通常であろうと思われる。その場合には、結局、著作権侵害が「明らか」とは言えないということになろう。その意味では、機能的には、「明らか」要件は、検索事業者による自主的なシステム構築に基づく判断を基本的には信頼し、そこに裁判所は原則として介入しないという役割も持つものであると解される²³。ただ、そうだとするならば、あえてそのような削除請求権を法定しても、それは現在実務で行われている範囲以上の便益を著作権者にもたらしめるのではなく、結局実務の運用を追認するに留まるもので、立法の必要性はないと言えるかもしれない（すなわち、削除請求権が実際に意味を持つ場面は極めて少ない）。

他方で、現在の検索事業者の削除実務よりもさらに進んだ立法という観点からは、侵害コンテンツに係わるウェブページを超えて、ウェブサイト全体あるいは侵害コンテンツをそれ自体は含まないウェブサイトのホームページの URL 提供の削除請求権まで著作権者に認めるということが検討されることになると考えられる。これについては、前述のように絶対的に違憲とはまでは言えないものの、表現の自由と著作権との適切なバランスという観点からは、個別のウェブページの URL の検索結果からの削除の場面以上に厳格な要件が課せられる必要があると考える。また、仮に憲法上許容されると言っても、それは政策的に妥当な解決であるとは限らず、各国でそのような権利を法定した例は存在するのを含め、慎重な議論を要すると考えられる。

²³ この点については、木下昌彦「検索エンジンサービスとプライバシーの法的保護」『平成 28 年度重要判例解説』（有斐閣，2017 年）14 頁，15 頁も参照。なお、紛争解決についての第一次的判断としてビッグデータや AI に基づく処理がなされるという状況があり、しかも、その判断が裁判所の判断と一致する確率が極めて高いというような事態が現実化した場合、ビッグデータや AI による処理に異議を唱え、公的な機関である裁判所に紛争が持ち込まれるというケースはその場合、縮小していくように思われる。とりわけ、既にそのようなシステムが構築されているとするならば、あえて、新たに裁判所が介入する制度を構築する必要性は非常に少ないことになるのではないか。