

検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(3・完) — 寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等 —

田 村 善 之

5 引用⁽¹⁵⁰⁾

1) 伝統的な裁判例

創作的表現の再生であることが否定されず、法定の利用行為も認められ、黙示の承諾の法理の適用には限界があるということであれば、著作権の制限規定の出番となる。特に本件に適用される可能性があるのは、著作権法32条1項の引用である。

引用に関しては、「節録引用」を適法と定めていた旧著作権法30条1項2号に関する最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁[パロディ上告審]⁽¹⁵¹⁾が著名である。

この事件の事案は、写真家が写真集等に掲載したカラー写真(図5)に対し、被告がその一部をカットし白黒としたうエタイヤの写真を合成して本件モンタージュ写真(図6)を作成したというものである。

最高裁は、「引用とは、紹介、参照、論評その他の目的で自己の著作物中に他人の著作物の原則として一部を採録することをいうと解するのが相当であるから、右引用にあたるというためには、引用を含む著作物の表現形式上、引用して利用する側の著作物と、引用されて利用される側の著作物とを明瞭に区別して認識することができ、かつ、右両著作物の間に前者が主、後者が従の関係があると認められる場合でなければならないというべき」であると説き、本件の被告の行為は、原告の同一性保持権を侵害するのみならず、「従たるものとして引用されているということではできないから」節録引用に該当しない、と帰結したのである⁽¹⁵²⁾。

一般に最高裁のこの説示は、明瞭区別性、附従性という要件が示された

と評価されており、以降の裁判例にも踏襲されている(東京高判昭和60.10.17無体集17巻3号462頁[レオナルド・フジタ絵画複製2審]、大阪地判平成8.1.31知裁集28巻1号37頁[エルミア・ド・ホーリィ贋作]、大阪高判平成9.5.28知裁集29巻2号481頁[同2審]、東京地判平成11.8.31判時1702号145頁[脱ゴーマニズム宣言]、東京地判平成10.2.20知裁集30巻1号33頁[バーンズ・コレクション]、水戸地龍ヶ崎支判平成11.5.17判タ1031号235頁[飛鳥昭雄の大真実]、東京地判平成15.3.28平成15(ワ)13691号等[国語テストI]、東京高判平成16.6.29平成15(ネ)2467等[同2審](原判決を維持)、東京地判平成15.3.28平成11(ワ)5265[国語テストII]、東京高判平成16.6.29平成15(ネ)2515[同2審](原判決を維持)、東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり](傍論)⁽¹⁵³⁾、東京地判平成16.5.28平成14(ワ)15570[国語テストIII]、東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024[創価学会写真ウェブ掲載])。

なお、前掲最判[パロディ上告審]は、引用に該当する第三の要件として、著作者人格権を侵害しないことを掲げているのであるが、その後の下級審の裁判例では、東京高判昭和58.2.23無体集15巻1号71頁[パロディ差戻後2審]を別とすれば、第一、第二の要件のみが踏襲されており、第三の要件は言及されないことのほうが通例である(本文で掲げた諸判決を参照)。具体的な当てはめに関しても、たとえば、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[脱ゴーマニズム宣言2審]は、引用の際、コマ組みが変更されたために同一性保持権侵害を肯定したカットを含めて、32条1項により著作権侵害を否定している。

著作者人格権を侵害しないことを引用の要件に含めるべきかどうかということは、特に著作権が譲渡され著作者と著作権者が異なる者となった場合に議論の実益が生じる。最判の要件論では、たとえば、匿名の著作物について著作者の氏名を表示してしまったために著作者人格権侵害となるような場合、他の点では正当な引用に当たりうるのに著作権侵害にも該当することになる。著作者の人格的利益の侵害のみが問題のところ、何故、著作権者の許諾を必要としなければならないのか、説明に窮することになる。最判が提示した第三の要件は、引用の要件ではない、と考えるべきであろう⁽¹⁵⁴⁾。

この二要件論を検索サイトに当てはめるとどうなるか。

検索サイトが、検索結果の表示に際して、引用した部分と、引用する検索サイト側の文章等を区別して表示しているのであれば、第一の明瞭区別性の要件は満たしていると考えられるが、問題は第二の附従性の要件である。

たとえば、絵画12点を画集に複製した行為が、画集に付された解説文を補足する資料として引用に該当するか否かということが争われた事件で、絵画が特漉コート紙や特漉上質紙を用いたカラー、モノクロ図版で複製されており、大きさも8分の1頁から3分の2頁に上り、他方、解説文の当該絵画に関する記述と同じ頁に掲載されているものは2点に過ぎず、解説文に対する結びつきも必ずしも強くないということ等を理由に、解説文に対して従たる関係にあるということではできずと判示する裁判例がある(前掲東京高判[レオナルド・フジタ絵画複製2審])⁽¹⁵⁵⁾。

また、讀賣新聞夕刊に、若手女優の「ピカソの『苦行者』今度はじっくり」との表題の談話の下、絵画が掲載されたという事件で、本件絵画についての叙述は、単に本件コレクションの中で右絵画に最も引き込まれたことが、それが大学の卒業論文にゴッホを選ぶ決心をした時と似ていたというに過ぎないから、本件絵画を引用する必要性は微弱であり、談話(表題と女優の顔写真を含め、約75mm×約105mmで16行3段)と本件絵画の紙面上の大きさ(約68mm×約95mm)は僅かに談話の方が大きいものの、本件絵画はカラー印刷で読者の受ける印象はむしろ本件絵画の方が大きい、ということ等を理由に附従性の要件の充足を否定した裁判例もある(前掲東京地判[バーンズ・コレクション])⁽¹⁵⁶⁾。

これらの裁判例と比較すると、マーカーを付すなど多少の加工はあるとはいえ、全文をそのまま表示するキャッシュ表示について、附従性の要件を肯定することが困難なことは明らかであろう。

一方、スニペット、サムネイル表示、動画検索結果表示に関しては、サイト独自の文章は多くはなく、あっても定型的なものに止まるという事情は、附従性の要件を否定する方向に働く。附従性の問題を、引用された著作物の量と、引用する著作物における被引用著作物に関連する叙述の量との比較で判断するのであれば、32条1項該当性は否定せざるを得ないことになる。

しかし、かりに附従性の要件が質的な問題なのだとすれば⁽¹⁵⁷⁾、異なる

結論を導くことも不可能ではない。スニペットが短く切除された文章であるとか、サムネイルや動画表示の解像度が落とされているという事情は、附従性の要件を肯定する方向に斟酌することが可能であろう。検索サイト独自の文章は少ないとしても、当該著作物の検索結果の表示は、他の検索結果の表示と一括して表示されるものであり、ユーザーも個別のスニペットやサムネイル等よりも検索結果自体に関心があるという事情は附従性を肯定する方向に斟酌されるだろう。したがって、附従性を質的に判断するのであれば、スニペットやサムネイルに関しては、二要件論の下でも、引用を肯定することができるかもしれない。

2) 新たな動向

最判の提示した引用に関する二要件の妥当性に関しては、近時、有力な批判が加えられている⁽¹⁵⁸⁾。

いわく、最判昭和55.3.28民集34巻3号244頁[パロディ上告審]は、旧著作権法上の「節録引用」に関する判決に過ぎない。そして、現行著作権法32条には、「公正な慣行に合致するものであり」「引用の目的上、正当な範囲内で行われるものでなければならない」という要件が定められているだけなのであるから、過度に前掲最判[パロディ上告審]の定立した要件に振り回される必要はない⁽¹⁵⁹⁾。むしろ、肝要なことは、条文の文言どおり「正当な範囲内」という規範的な要件への当てはめの方であり、その際には、目的、効果、採録方法、利用の態様⁽¹⁶⁰⁾、あるいは、被引用側著作物全体に占める被引用部分の割合、被引用著作物の著作権者に与える経済的影響、引用の目的等⁽¹⁶¹⁾を総合的に考慮して、その成否を判断すべきである、というのである⁽¹⁶²⁾。特に、最判が定立した要件中、附従性の要件に関して、その文言からすると柔軟な解決を阻む可能性のある要件であるが、現実には様々な衡量が入れられており、要件の中身が肥大化しているという問題があるという旨の指摘がなされていること⁽¹⁶³⁾が注目される。

こうした見解は、単に学説上、有力であるというだけではない。

最近では、最判が示した二要件に拘泥することなく、32条1項の文言に従って、著作権侵害の成否を判断する裁判例が次第に増えている(いずれも32条1項該当性否定例であるが、東京地判平成13.6.13判時1757号138頁[絶対音感]⁽¹⁶⁴⁾、東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677[同2審]⁽¹⁶⁵⁾、東京地

判平成15.2.26判時1826号117頁[創価学会写真ビラ]⁽¹⁶⁶⁾、東京高判平成16.11.29平成15(ネ)1464[同2審]⁽¹⁶⁷⁾⁽¹⁶⁸⁾。

二要件に触れる場合にも、単に言及がなされているというだけで、別途、引用の目的上、正当な範囲内の利用といえるのかという32条1項の文言上の要件の吟味がなされており、そちらの方が制限規定該当性判断の決め手となっている裁判例もある(東京地判平成16.5.31判タ1175号265頁[XO醬男と杏仁女]⁽¹⁶⁹⁾、東京高判平成16.12.9平成16(ネ)3656[同2審]⁽¹⁷⁰⁾⁽¹⁷¹⁾。

もっとも、依然として二要件を堅持する裁判例(東京地判平成13.12.25平成12年(ワ)17019[教科書準拠教材I]、東京地判平成14.12.13平成12(ワ)17019[教科書準拠教材II]、東京地判平成15.3.28判時1834号95頁[教科書準拠教材IV]、東京高判平成16.6.29平成15(ネ)2467他[同2審]もこれを維持、東京地判15.3.28平成11(ワ)5265[教科書準拠教材V]、東京高判平成16.6.29平成15年(ネ)2515他[同2審]もこれを維持、東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり])や、さらに、新傾向も取り入れたうえ、二要件に加えて、健全な社会通念に従って相当と判断されるべき態様、引用すべき必要性ないし必然性、鑑賞の対象となり得ない程度に縮小することという要件論を展開する裁判例もあるので(東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024[創価学会写真ウェブ掲載])、裁判例の趨勢はまだ確定していないといわざるを得ない。

それではいかに考えるべきか。

前掲最判[パロディ上告審]が提示した明瞭区別性、附従性という二要件は、引用される著作物を別個独立したものとして提示して論評を加える批評、研究目的型の引用には、一応の目安として穏当なものといえよう。明瞭区別しない限りは正確な論評を加えるべくもなく、また、二次的著作物の利用に対する権利を認めた趣旨が潜脱されないようにするためには、引用の範囲がその目的に必要な範囲に止まっており、しかも過度に権利者に打撃を与えるものであってはならない⁽¹⁷²⁾、と解されるからである。

しかし、明瞭区別性、附従性という要件が、これを超えて、研究、批評型以外の類型の引用にまで妥当する要件として機能するとすると、その妥当性に疑問符がつくことになる⁽¹⁷³⁾。

結論として、検索サイトの検索結果表示のような、研究、批評型でもなく、旧著作権法や前掲最判[パロディ上告審]の時代には登場していない類

型に関しては、最判の二要件によるのではなく、近時の有力説に従い、端的に32条1項の条文の文言に従い、著作権が制限されるか否かということ論じるべきである。そして、また最近の裁判例の傾向に鑑みると、明示的に、もしくは、黙示的ながら実質的に二要件から乖離した判断がなされる可能性の方がむしろ高いのではないか、と思われる。

3) 検索サイトへの当てはめ

二要件にこだわることなく32条1項の文言に従って判断するという枠組みで、検索サイトにおける著作物の利用行為の適法性如何を検討してみよう。

まず、最初に問題となりうるのが、「引用の目的」である。

32条1項は、「報道、批評、研究その他の引用の目的」と規定しており、「報道、批評、研究」という例示は掲げられているが、それが限定列挙されたものではないことは条文上、明らかである。もっとも、学説のなかには、32条1項の適用が肯定されるためには、同項にいうところの「報道、批評、研究」に少なくとも準じる目的があることが必要であると理解するものがある⁽¹⁷⁴⁾。これらの目的を厳格に解釈する見解に従うと、準じる目的の範囲の設定の仕方次第では、あるいは、検索サイトへの32条1項の適用に困難を覚えることになるのかもしれない⁽¹⁷⁵⁾。

このような厳格解釈の背後には、おそらく、著作権法の第一義的な目的は著作権者の保護にあるから、著作権者の利益に対して利用者の利用を優先する結果を招来する各種の制限規定は限定的に解釈されなければならない、という発想が存在するのであろう⁽¹⁷⁶⁾。

しかし、つとに指摘されているように、著作権法の究極の目的が文化の発展にある以上(著作権法1条参照)、権利者の利益ばかりではなく、利用者の利益にも配慮しなければならない⁽¹⁷⁷⁾。それを実現するために各種制限規定が設けられているのであるから、各種制限規定は著作権法の第一義的な目的が著作権者の利益の保護にあるのではないことの証左なのであって、制限規定とは異質な信念により過度に限定的に解釈してしまうと、制限規定の趣旨を果たし得なくなる。

検索サイトにおける検索結果表示は、32条1項が制定された1970年よりも遙か後の1990年代に登場した新しい利用形態である。同項に直接、検索

サイトに関する言及がないことは異とするに値しない。現代の文化に対してインターネットが果たしている役割の大きさと、その隆盛には少なくとも検索ロボットを駆使してネット上のウェブ・ページの情報を大量にデータベース化する検索サイトが不可欠であることに鑑みれば、このような検索サイトがネット上で検索結果を表示するという目的の正当性は、これを是認して然るべきであるように思われる。

次に、「引用の目的上正当な範囲内」であるか否かという要件について。

新説に従えば、この要件のところ種々の衡量がなされることになる。

著作権者側が受ける不利益を考えると、ウェブ上の著作物が著作権者自身かその許諾を受けた者により掲載されたものである場合には、検索結果が表示されることによりアクセスの増加につながるから、それを歓迎こそすれ、拒む理由はないという場合のほうがほとんどであろう。もちろん、なかには特段の事情により検索サイトとの関わり合いを好まない場合もあると思われるが、標準プロトコールを利用してその意思を表示しない限り、いずれにせよ、黙示の承諾の法理を適用すべきであることは前述したとおりである。

そうだとすると、32条1項の適用如何を特に真剣に論じる必要があるのは、当該ウェブ・ページに無断でその著作物が掲載されてしまった著作権者との関係である。なかには当該ページにおいて既にそれこそ引用など著作権の制限規定が適用される場合もありえるが、通例、侵害行為が成立している場合が大半であろう。この場合、検索サイトの検索結果に当該ページが表示されることにより、より多くのネット・ユーザーが侵害ページにアクセスすることになるから、著作権者の受ける不利益は無視しえない。

しかし、他方で、検索サイトがインターネットの隆盛に寄与していることは改めて指摘するまでもない。これだけ大量のウェブ・ページが世界中いたるところで不断に公にされており、頻繁に変更されているにもかかわらず、公衆がなんとか目指す情報に辿り着くことができるのは、検索サイトに負うところが大きい。かりに検索サイトというものが存在しなければ、インターネットの利便性は著しく減殺されることになろう。そして、検索結果を短時間に効率的に把握するためには、スニペット表示、サムネイル表示、動画表示をなすことが必要である。しかも、検索の効率性を高めるためには、大量に迅速に検索結果を表示しなければならないから、

逐一、検索サイトが自らのイニシャティヴで個々のページの背後にある権利関係を調査することは困難である。

そして、スニペットは検索語周辺の文章のみを抜き出すものであり、サムネイル表示や動画表示も相当程度、解像度を落としているのだとしたら、これら表示自体が、オリジナルの著作物に代替する可能性は大きくはない。ゆえに、問題は、あくまでも元のページに著作物が掲載されているというところにあるのだから、著作権者が元のページの管理者に対する差止め等の請求に成功すれば、その救済の目的は一応達成することができよう。そもそも、侵害サイトを発見するにいたるまでには、著作権者のほうも検索サイトの恩恵に与るところがあるという場合も少なくないだろう。

難題ではあるが、こうした事情を天秤にかけるのであれば、特に検索サイトが機能することによって極めて多数の公衆がその恩恵を享受することに鑑みれば、検索サイトにおけるスニペット表示、解像度を落としたサムネイル表示や動画表示は、目的上正当な範囲内の利用と評価しうるのはなからうか。

以上に対して、キャッシュ表示に関しては別論が成り立つように思われる。

たしかに、キャッシュ表示も、マーカーが付され、一つのページのなかで着目すべきところはどこかということを一瞬に一望することができるという機能を発揮する。元のサイトにアクセスできない場合に、その代替物を提供するという意義もある。しかし、スニペットやサムネイル表示によって検索対象サイトの概要が把握できるのであれば、キャッシュ表示がなかったとしても、ユーザーは当該サイトにジャンプすることができることに変わりはない。無論、アクセスが困難であるとか、すでに削除されてしまっている場合があるからといって、キャッシュ表示が検索サイトにとって不可欠であるとまで断じることは困難なのではなからうか。

その反面、キャッシュ表示は、オリジナルの著作物をほぼそのまま再現するものであるから、代替性は極めて高く、著作権者としてはかりに元サイトに対する著作権侵害訴訟に勝訴したとしても、キャッシュ表示が検索サイトに残されたままでは、依然として侵害による被害が拡大することになりはしない。それにもかかわらず、検索サイトが自主的にキャッシュ表示を停止するのを待つしかないというのでは、権利者の救済に悖ることにな

らう。

結論として、キャッシュ表示までもを目的上正当な範囲内として容認することは困難であるように思われる。

なお、キャッシングに関しては、キャッシュ表示ばかりではなく、正当な範囲内にあると目すべきスニペットやサムネイル表示、動画検索結果表示をなすために、技術的に前提として必要とされる行為である。32条1項の射程が、引用の際に必要となる利用にまで及ぶのかということに関しては議論がほとんどなされていないが、少なくとも引用をなすのに必要不可欠となる著作物の利用行為が免責されないことには、32条1項で著作権を制限した趣旨が達成しえなくなることは明らかである。キャッシングがなければ技術的に検索結果を表示することは困難であるというのであれば、検索結果の表示ばかりでなくキャッシングに関しても、32条1項は適用されると考えるべきだろう(ただし、このことは、キャッシングと、それを用いたスニペットやサムネイル、動画検索結果の表示が許されるということの意味するに止まり、キャッシュ表示までもが32条1項の対象となるという趣旨ではない)。

4) 未公表著作物の取扱い

以上の検討から、スニペットやサムネイル表示、動画検索結果表示に関しては、32条1項該当性を肯定しうることが示された。もっとも、これらの表示の場合でも、オリジナルの著作物が未公表であった場合には、条文上、同項を適用することができなくなる⁽¹⁷⁸⁾。

ウェブサイトに掲載されていたとしても、それが著作権者の著作権を侵害してアップされたものであれば、それだけでは「公表」されたことにはならないので(4条1項・2項)、注意が必要である。解釈論としては如何ともしがたいところであり、未公表著作物に関しては、結局、権利濫用による解決を探るほかなくなる。

5) その他の要件について

32条1項は、著作権侵害を阻却するためには、引用が「公正な慣行に合致する」ものでなければならぬ、ということも要求しているが、これだけ検索サイトが流布しており、スニペットやサムネイル表示が広範に受け

入れられているという事実は、この要件の充足を肯定する方向に斟酌されるであろう。揺籃期を脱しつつある動画検索に関しても、同様に解してよいのではなかろうか。

かりに、動画検索については未だ公正な慣行が成立していないとしても、32条1項該当性を否定すべきではないだろう。そもそも、侵害でないということが明らかにならない限り、引用者としては権利者からの警告等に屈さざるを得ないことが少なくないと思われる。しかし、それを理由に「公正な」慣行は成立していないとして32条1項の適用を否定してしまうと、生成期にある利用形態に関しては、カテゴリカルにこの要件の充足が否定されてしまいかねない。少なくとも新たな利用形態の場合には、公正な慣行の存在を要求すべきではないであろう。文言解釈としては、本要件は「公正な慣行」がかりにあればそれに合致することを要求しているだけであると読めば足りる。そのように読むのであれば、「公正な慣行」が存在していない場合には、そのような事情が制限規定の適用を否定する方向で斟酌されることはない、と解することができる⁽¹⁷⁹⁾。

このような見解は未だ少数説に止まるが、しかし、これほど大胆な見解ではないとしても、公正な慣行なるものを著作権の制限の要件とすることには有力な批判があるところであり、この要件は緩やかに運用すべきである旨が説かれているところである⁽¹⁸⁰⁾。そうだとすると、「引用の目的上正当な範囲内」という要件をクリアしているのであれば、前述したようにある程度、オークション等の物品の取引のサイトで対象物の画像を掲載しているという実態があるという事情があるだけで、裁判所がこれを汲んで、公正な慣行に合致するという要件の充足を否定しないと取扱う可能性のほうがちろ高いといえるかもしれない。

この他、裁判例のなかには、引用する側が著作物であることが必要である旨を説くものがある(東京地判平成10.2.20知裁集30巻1号71頁[バーンズ・コレクション])。しかし、32条1項の条文には、文言上、そのような要件は課されていない⁽¹⁸¹⁾。引用する側が著作物であるか否かということは、正当な目的の範囲か否かということ判断の際に、考慮される一事情となるに止まると考えれば十分であろう。

また、32条1項により利用することができる場合には、43条2号により翻訳して利用することもできる。逆にいえば、翻案して利用することは不

可ということになる⁽¹⁸²⁾。しかし、スニペットやサムネイル、動画検索結果表示の場合には、新たな創作といえるほどのものは加えられていないので、オリジナルの複製の域を出ない。翻案には該当しないので、この点を問題とする必要はない。

なお、引用により著作権が制限される場合にも、原則として利用者は利用した著作物の出所を明示しなければならない、とされている。もっとも、公衆送信の場合には、出所明示の慣行がある場合に限られており、検索結果表示の場合には URL を表示すれば足りるというのが慣行となっているように思われる(48条1項3号)⁽¹⁸³⁾。

6 著作者人格権侵害の成否

1) 公表権

未公表著作物を公表することは、原則として、著作者が有する公表権を侵害する(18条1項)。ゆえに、キャッシュ表示はもとより、スニペットやサムネイル、動画検索結果表示が未公表著作物を再生していると評価される限りにおいて、公表権を侵害するといわざるをえない。

この場合、すでに公表された著作物に対しては公表権は働かないが、著作者の同意を得ることなくウェブ上に掲載されたとしても、公表権との関係では公表されたことにはならないことに注意しなければならない(18条1項括弧書き)⁽¹⁸⁴⁾。問題の著作物が未公表著作物であった場合、文言上、32条1項の引用規定を適用することが困難であることは前述したが、未公表著作物に関しては、著作者人格権の一つである公表権も行使されることも覚悟しなければならないのである。また、著作者が死亡した後でも、公表が自由となるわけではなく、一定の限定はあるものの、著作者の人格的利益を侵害する行為をなしてはならないとされている(60条)。

2) 氏名表示権

氏名表示権に関しては、著作物の利用の目的、態様に照らし著作者が創作者であることを主張する利益を害するおそれがないと認められるときは、公正な慣行に反しない限り、省略することができる、とされている(19条3項)。

スニペット、サムネイル表示、動画検索結果表示に関しては、元の著作物の創作的表現を再生していると解される限りで、氏名表示権行使の対象となるが(19条1項2文も参照)、元のサイトのURLを表示したりリンクを貼付すれば足り、著作者名を表示する必要はないというのが慣行であるように思われる。

キャッシュ表示に関しても、少なくとも著作者自身かその同意を得た者がネット上で公開している著作物に関しては、著作権について前述したところと同じ理由により(前述4)、著作者名を表示しないことについて黙示の同意を認めてよいように思われる。もともと、元のサイトにアップされている著作物がそもそも著作者の氏名表示権を侵害するものであった場合には話が変わる。スニペット、サムネイル、動画検索結果表示と異なり、キャッシュ表示は、元のサイトをそのままの形で公衆送信するものなので、元のサイトが著作者の氏名表示権を侵害している場合、キャッシュ表示を別異に取扱い、氏名表示権を侵害しないと扱うことは困難である。元のサイトの抹消に成功しても、同内容のキャッシュ表示のほうの抹消は検索サイトの任意に委ねられるというのでは、著作者の利益の保護に悖るという事情も勘案すべきであろう。結論として、この場合には氏名表示権侵害を肯定せざるをえないように思われる。

なお、送信主体を誤解させるような態様でイン・ライン・リンクを貼ると、リンク先の著作物を公衆送信していると評価すべきであるということ(前述したところであるが、この場合、原則として、リンク先の著作物について氏名表示権を侵害していると評価すべきであろう(両者とも匿名の場合であれば別論となる)⁽¹⁸⁵⁾。

3) 同一性保持権

スニペットは原文の一部を切除するものであり、またサムネイルや動画検索結果表示は解像度が低い。キャッシュ表示も、ユーザーの検索語にマーカーを付すなどの加工がされている。そこで、これらの変更により、元の著作物に関する同一性保持権が侵害されたことになるのかということが問題となりうる。

しかし、そもそも、キャッシュにマーカーが付されていても、またスニペットやサムネイル、動画検索結果表示に関しても、看者は元の著作物に

加工しているということが明瞭に分かるのであるから、誤解が生じることもなく、ゆえに保護に値する精神的な苦痛等が著作者に生じることもない。したがって、この種の一部掲載は、著作権法20条1項にいう「改変」に該当しないと解すべきであるように思われる。

学説でも、誤植であることが明らかな場合や、有体物が壊れただけであることが第三者の目にも明らかである場合には、(後者の場合には所有権の侵害が問題となることは別論として)無体物である著作物の同一性が害されたわけではないので同一性保持権侵害は成立しないと解すべきである、とされている⁽¹⁸⁶⁾。

裁判例でも、他人の著作物を批判するために手書きの線や文字を加えても、本文中で引用者が書き入れたことが説明されており、元の著作物もほぼその同一性を保っており、読者が原告著作物の一部であると誤解するおそれがない場合には、やはり改変には該当しない、とするものがある(東京地判平成11.8.31判時1702号145頁[脱ゴーマニズム宣言]⁽¹⁸⁷⁾、東京高判平成12.4.25判時1724号124頁[同2審])。同様に、誤植であることが明らかであり、当該表現の意味内容を異なるものとしなければ、著作物の同一性を害するものとはいえない(東京地判平成2.11.16無体集22巻3号702頁[法政大学懸賞論文、前掲東京高判[同2審]]⁽¹⁸⁸⁾)。元の著作物の一部分の利用であることが明らかな場合は、著作者の表現しようとした思想、感情が誤って受け止められるおそれがないので、改変に該当しない(東京地判平成13.12.25平成12年(ワ)17019[教科書準拠教材I])⁽¹⁸⁹⁾。

他方で、写真の上下、左右が相当量、トリミングされた場合にこれを改変と認めた判決があるが(東京地判平成11.3.26判時1694号142頁[Dolphin Blue])、写真の構図が変更されているとするその認定からすると、看者がそれが著作物の全体像であると誤解する可能性がある事案のようであり、その点で明瞭に一部拡大と分かる事例にまでその射程が及ぶものではないと解すべきである。

また、かりに改変に当たると解したとしても、20条2項4号のやむを得ない改変であるということで、同一性保持権侵害は否定されるのではなからうか。

検索結果の一覧性を確保するためには、検索語周辺の原文を切り出して表示したり、検索語にマーカーを付す必要があり、また、過度に表示を重

くすることのないようにするためには、解像度を落とす必要もある。

20条2項4号に関しては、同項1号から3号に匹敵するような事情があることが必要であるという制限的な解釈が提唱されることが少なくないが⁽¹⁹⁰⁾、利用者の利益に比して、著作者の精神的な利益をア priori に優先しようとする従来の学説にどれほどの論拠があるのかということについては疑問が呈されているところである⁽¹⁹¹⁾。

たしかに、論文として投稿された著作物を論文として掲載したり、書籍に掲載される予定の著作物を書籍に掲載するなど、利用媒体を同じくするために、著作物を改変する必要がない場合には、厳しい基準で臨むことが正当化されるのかもしれないが、検索サイトのように、元の著作物とは利用態様を異にするために改変が必要となってくる場合には、同一性保持権の存在によって事実上、利用が不可能となる事態を回避するために、別論が成り立つというべきであろう⁽¹⁹²⁾。

裁判例⁽¹⁹³⁾でも、厳格な判断を示しているように見受けられるものは利用媒体を同じくするケースである。

たとえば、紙数の都合があるとか(改行の省略につき、東京高判平成3.12.19知裁集23巻3号823頁[法政大学懸賞論文2審]。前掲東京地判[同1審]は反対)、第三者からの苦情に対応しなければならないということだけでは(東京地判昭和48.7.27無体集5巻2号243頁[シーサイド・レジャー])、改変は正当化されない。大学生を対象とした雑誌に掲載される前記学生論文につき、文脈上、加算の誤りによる誤字であることが明らかな箇所を正しく加算した結果に補正する行為に至って、ようやく、やむを得ないものと認められる(前掲東京地判[法政大学懸賞論文]、前掲東京高判[同2審])。文字が小さくなって判読が困難となることを避けるために、原告著作物内の漫画のカットを二段に分けたという場合は微妙なケースとなるが(許容するものに、前掲東京地判[脱ゴーマニズム宣言])、最後のコマの人物の指が示す方向の位置関係が変化することにくわえて、見出し表示のあるためにスペースが限られていた問題の頁ではなく、隣の頁に移動すれば足りた事案であったから、やむを得ないとはいいたい(それだけの瑕疵で既に発行済みの分まで書籍の出版の差止めを認めることは別途、問題にすべきであるが、前掲東京高判[同2審])⁽¹⁹⁴⁾。

他方、媒体を異にするケースでは、映画のテレビ放送の際にコマーシャ

ルを挿入する行為は、民間放送での長時間の映画放送にあたって避けられないものであるとして、また、ビスタサイズの映画をビデオ化、テレビ放送する際に左右をトリミングする行為についても、当時、広く行われていたこと等を理由として、20条2項4号該当性を認める判決がある(東京地判平成7.7.31知裁集27巻3号520頁[スウィートホーム])⁽¹⁹⁵⁾。

以上、検索サイトのところで行われる変更行為について検討したが、そもそも検索サイトがキャッシュしてきた元のサイトのところで、既に同一性保持権を侵害して作成された著作物が掲載されている場合の取扱いも問題となる。

条文の文言上は、改変済みの著作物をキャッシュ表示等して公衆送信したとしても、検索サイトは自ら改変しているわけではないので、20条に該当しない。20条1項は、「改変」行為のみを同一性保持権侵害行為と規定しており、改変著作物を利用する行為に関しては、頒布のみが禁止されているに止まるので、送信可能化、公衆送信したとしても、同一性保持権侵害行為には該当しないからである(同一性保持権を侵害して作成されたものを放送しても、同一性保持権を侵害しない旨を説く判決として、東京地判平成15.12.19平成14(ワ)6709[記念樹Ⅲ])⁽¹⁹⁶⁾。

公衆送信の際に改変著作物を複製している場合には、これも改変とみるべきである旨を説く判決もあるが(東京地判平成19.4.12平成18(ワ)15024[創価学会写真ウェブ掲載])、通例、頒布には複製が必要となると解されるところ、本判決の解釈の下では、複製のところで侵害の成立に主観的要件を必要としない同一性保持権侵害が肯定されることになり、113条1項2号の知情要件が機能しなくなる。侵害行為の拡大は立法論として議論すべきであろう。

7 救済手段の限定

1) 差止請求

差止請求に関しては、一定の場合に検索サイトに対する請求を認める立場を採用したところで、差止めの範囲を工夫し、事前予防は原則として廃止し、事後的な削除のみを求めうることとすれば、検索サイトにとって大きな脅威にはならなくなるように思われる。

具体例で考えるために、検索サイトの事例ではないが、「MP3…形式によって複製された電子ファイル(同楽曲リスト記載の音楽著作物の複製に係るもの以外のものを除く。)」という主文の差止めを認容した判決(東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405号[ファイルログ著作権本案2審])を例にとろう。

この主文は、楽曲リストで特定された楽曲に関する限り、クライアントから送信されてくるファイルが当該楽曲に係るものであるか否かをサービス提供者である債務者が判別することを要求するものであって、事前差止めを認容するものということができる。債務者は検索機能等を用いて、送信されるファイルをスクリーニングする必要がある。

しかし、これは、あくまでも、当該事件におけるサービスが、前述したように市販のCD等の複製に係るMP3の送受信に適したサービスであり、市販のCD等の複製に係るMP3ファイルの送受信を惹起するという具体的かつ現実的な蓋然性を有する、という認定がその前提となっていると理解しなければならない。別の箇所では、原告(JASRAC)の許諾を受けている者の有無、その割合に関する立証がないとも付言されている。たしかに、著作権の侵害行為に供される割合が極めて高いのであれば、事前にその吟味を求め、適法行為を過度に抑止することにはならないであろう。

これに対して、一般的にインターネットを検索する検索サイトにおいてキャッシングやキャッシュ表示等の対象となっているページの大半は、第三者の著作権を侵害することのないページであろう。もちろん、なかには何らかの形で第三者の著作権を侵害するページを掲載しているサイトも一定の割合で検索の対象に入り込んでいると推察されるが、しかし、それを理由に、逐一、事前の吟味を要求したのでは、著作権侵害とは無関係のページの検索結果を迅速かつ安価に表示することが困難となる。検索サイトがインターネットを介した情報の流通の促進に不可欠の役割を果たしていることに鑑みても、検索サイトの運営を困難とするような解釈論を許容すべきではない。技術的に送信を防止する措置を講じることが可能な場合に限り、プロバイダーに損害賠償責任が発生するとするプロバイダー責任制限法3条1項も参考となる⁽¹⁹⁷⁾。

結論として、検索サイトに対する差止めは、検索サイトのサーバーにお

いて既に蓄積されている特定のキャッシュやサムネイルのファイルの削除を求めるなど、原則として現存するファイルを事後的に抹消するものに止まるのが原則であり、それを超える場合でも、たとえば特定のURLに係るページのキャッシング等の停止を求めるなど、技術的に自動的に遵守することが容易であるものに止めるべきであろう。結局、差止請求といっても予防よりは停止に主眼を置いた請求の限度で、これを認めるということになる⁽¹⁹⁸⁾。

2) 損害賠償請求

このように差止めの範囲が、将来、同じ著作物がアップされた場合にまで及ぶものではなく、単に現在、検索サイトが管理するサーバー内に蓄積されている特定のファイルの削除に止まるのであれば、検索サイトにとって過大な負担となることはなさそうである。そうになると、むしろ金銭的賠償のほうが、検索サイトにとって深刻な事態を引き起こしうるものとなりうるかもしれない。

検索ロボットを駆使して無数のサイトをクロールし、蓄積し、検索結果を表示している検索サイトにとっては、個別の侵害行為に対して支払わなければならない金銭的賠償の総計は相当程度、巨額のものとなりかねない。特に、キャッシュ表示について本稿が32条1項該当性を否定した主たる理由は、著作権者にキャッシュ表示に対する停止請求を認めるべきであるということにある。スニペットやサムネイル、動画検索結果表示を含めて、損害賠償請求までもが簡単に容認されるということになると、大量かつ迅速に自動的に検索結果表示をなす検索サイトにとって、回避不可能な金銭的な負担を背負いこむことになる。未公表著作物に関する検索結果表示についても、事情は変わらない

ところで、2001年に成立した「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関する法律」(プロバイダー責任制限法)は、前述したように、技術的に送信を防止する措置を講じることが可能な場合であって、かつ、権利が侵害されていることを知っていたか、問題の情報の流通を知っていた場合であって、さらに権利侵害を知ることができた相当な理由がある場合でなければ、プロバイダー等(2条3号に定義されている「特定電気通信役務提供者」)は権利者に対する損害賠償責任を負わない

旨を定めた(3条1項)。差止請求権に関しては明文上、同法の射程外であり⁽¹⁹⁹⁾、依然として解釈に委ねられているが、損害賠償責任に関する限り、侵害に関する認識がない場合、単なる過失の成否で責任を判断するのではなく、問題の情報の流通を知っていなければ責任を負わないとされており、プロバイダーの保護に厚いといえることができる。

同法の免責の対象となる「特定電気通信役務提供者」の意味に関しては、「特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者」と定義されている(2条3号)。もっとも、検索サイトに関しては、賠償の免責の要件として、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の「発信者」である場合は、この限りでないといわれていることがネックとなる(プロバイダー責任制限法3条1項柱書但書き)。

ここにいう「発信者」は、その定義規定によれば、プロバイダー等の用いるサーバーのハード・ディスク等に情報を記録した者か、ストリーム・サーバーの送信装置等に情報を入力した者とされている(2条4項)⁽²⁰⁰⁾。検索サイトは、キャッシュやサムネイル、動画検索結果表示に関しては、他人にアップロードさせるサーバーを管理したり、他人のウェブサイトとインターネット間のアクセスを提供したりするに止まる一般のプロバイダー⁽²⁰¹⁾と異なり、検索サイトが検索ロボットを用いて自己が管理するサーバーに蓄積したものを送信するのであるから、検索サイトは「発信者」に該当すると解さざるをえないように思われる⁽²⁰²⁾。

もっとも、プロバイダー責任制限法が発信者を責任軽減免責の対象から除く理由は、発信者であれば、問題のファイルをアップロードする際等に、権利侵害か否かを確認する機会があるので、あえて免責する必要はなく、一般の不法行為や権利侵害の要件の下で賠償責任の有無を決すれば足りると判断したからであろう。これに対して、発信者でないプロバイダーは、物理的に自ら入力したり送信したりするわけではないので、権利侵害の成否を確認する機会が与えられていないことが多い。ゆえに権利侵害を知っていたか、問題の情報の流通を知っているために、侵害の成否を確認する機会があった場合に限り、賠償責任を負わせることにしたのが、同法3条1項の責任軽減規定である。

こうしたプロバイダーの状況と、検索サイトを比較すると、検索ロボッ

トを用いて自動的にウェブ・ページをクロールしキャッシュしたうえで検索結果を表示する検索サイトにとっては、それでも予め侵害の成否を判断する機会がないことに変わりはない。

もちろん、そのような状況を選んだのは、検索サイト自身のビジネス上の判断なのであり、単に侵害の成否を判断する機会がないビジネス・モデルだというだけで免責をするわけにはいかない。しかし、そのようなビジネス・モデルがインターネットにとって不可欠だということになると別論が成り立ちうる。回避しようがない賠償の負担を慮って、そのようなビジネスに参入しようとする企業が過度に減少するとなれば⁽²⁰³⁾、一人検索サイトだけではなく、インターネットに関わる者全ての利便性に影響することになりかねないからである。

そして、プロバイダーがいなければインターネットが現在の規模で成立することはないと思われるが、検索サイトがいなければインターネットでの情報交換の効率性を現在の水準で維持させることはできないだろう。インターネットの利便性確保のために検索サイトが不可欠となっていることは、プロバイダーと変わるところはない。賠償責任を回避する術がないために、プロバイダーになろうとする者が過度に減少することを慮って、プロバイダー責任制限法3条1項が設けられているのだとすれば、同様の事情が妥当する検索サイトにも同項の趣旨を類推し、同様の要件の下で責任を軽減する解釈を採用すべきであると思われる。

要件論としては、検索サイトのキャッシング、スニペット、サムネイル、動画検索結果表示に関しては、不法行為の過失要件の解釈として、プロバイダー責任制限法3条1項の下での責任成立の要件と同様の取扱いをなすように運用すべきであるように思われる。

3) 不当利得返還請求

プロバイダー責任制限法3条1項の解釈として、不当利得返還請求に關しても同項を(類推)適用すべきであることは前述したとおりである(前述33))。しかし、検索サイトが「発信者」ではないということで同項の適用がないとすると、不法行為と異なり、不当利得返還請求には過失が要件とはされていないので、過失判断の調整という形でプロバイダー責任制限法の趣旨を実現することができなくなる。端的に不当利得返還請求権にも

同法3条1項が類推適用されると解するほかなかりう。

8 権利濫用

著作権を制限する一般条項を欠く日本法の下では、一般論として、特に技術的な環境の変化に法制度が追いつかず、旧態依然とした著作権の権利範囲により万人が技術の恩恵を享受することに失敗することのないよう、権利濫用の法理を活用して、著作権法の究極の目的である文化の発展に資する解決策を導くべきである⁽²⁰⁴⁾。

もともと、検索サイトに関しては、業界標準のプロトコールに従った意思表示をしない限りデフォルト・ルールとしての黙示の承諾の法理の適用があり、差止めが認められる場合であってもその範囲は検索サイトのサーバーに既に蓄積されている特定のファイルの抹消の限度に抑えられるのが原則であり、損害賠償請求や不当利得返還請求に対してもプロバイダー責任制限法3条1項の類推適用ないしは趣旨を付度した取扱いがなされるというのであれば、それ以上にあえて権利濫用論を持ち出す必要はないように思われる。逆にいえば、こうした諸々の解釈論上の努力に無理があるというのであれば、権利濫用の法理という伝家の宝刀による処理を志向せざるを得なくなるといえよう。

9 立法論

以上の考察をまとめると、著作権者に無断でウェブサイトに掲載された著作物に関しては、業界標準プロトコールに従った反対の意思表示がなされていないということをもって黙示の承諾の法理を適用することはできず、そのような著作物に関するキャッシュ表示であるとか、あるいは、そのような著作物が未公表であった場合にスニペットやサムネイル表示、動画検索結果表示をなすことは、32条1項によっても適法とすることはできない。また、著作人格権に関しても、未公表著作物の場合には、公表権の侵害を阻却することは明文上、困難があり、元のサイトが氏名表示権を侵害している場合にはキャッシュ表示に関して氏名表示権侵害も肯定されうることになる。

もともと、差止めに関しては、既に検索サイトのサーバーに蓄積されているファイルの抹消の限度で認められるものと取り扱うべきであり、損害賠償や不当利得返還請求に対してもプロバイダー責任制限法3条1項の類推適用かもしくはその趣旨に則した過失判断をなすことにより、検索サイトに過重な負担が課されることを回避することができよう。

とはいうものの、デフォルト・ルールとしての黙示の承諾の法理の適用や、プロバイダー責任制限法の類推適用等に関しては、異論が全くないというわけではないと思われる。引用に関する本稿の解釈論にも疑義を呈する向きがあるかもしれない。したがって、立法で検索サイトに関するこれらの規律を明確化しておくことに越したことはない。さらにキャッシング、キャッシュ表示に関しては、検索サイトに係るものに限らず、広く一般的な免責規定を設けるべきであろう⁽²⁰⁵⁾。

立法の際には、責任の軽減を享受する検索サイトをどのように定義するのかということが問題となる⁽²⁰⁶⁾。なにがしかの検索機能をもったウェブサイトは巷にあふれており、そのような機能を備えていさえすれば責任が軽減されるというのでは、著作権者や著作者に与える不利益を看過しえなくなるという事情も勘案しなければならない。

そこで、第一に、検索結果を表示する目的で、検索ロボット等を利用して自動的にネットをクロールしてキャッシングしていることを要件に入れるべきであろう。自動で大量にキャッシングするからこそ、ユーザーにとっての利便性も高まり、有用な検索サイトとして保護すべき必要性も高くなる反面、事前に逐一、侵害を探知することが不可能となるからである。

また、第二に、検索サイトに借口した脱法的な活用を防ぐため、インターネット上を無差別にクロールしていることも要件に入れるほうが望ましいように思われる⁽²⁰⁷⁾。さもないと、特定の著作権侵害が横行しているサイトのみをターゲットにして、自動で検索結果を表示する検索サイトまでもが責任軽減を享受しうることになり、下手をすると、ダミーとして「検索サイト」と称する者を介在させる行為が横行しかねないからである。

第三に、著作権者や著作者の利益を守るために、キャッシュや検索結果の表示を希望しないことを伝達する業界標準のプロトコールに従っていることも要件とすべきであろう。それにより、権利者は自らか、その許諾を受けてサイトを開設している者を通じて、プロトコールに従った意思表

示をなすことにより、容易に検索や検索結果表示の対象となることを防止することができようになる。

第四に、権利者(と主張する者)から、権利侵害があると信じるに足る相当な理由(プロバイダー責任制限法3条1項2号参照)を示した適式の警告を受領した場合には、相当の期間内に、当該警告で URL 等により特定されたページやファイルの検索結果を表示しないようにする方針を履践していることも要件とすべきであろう。第三の手段を認めるだけでは、そもそも検索対象とされている元のサイトのところで、このような notice and take-down の手続きも設けておく必要があると考える。

なお、検索サイトは、プロバイダー責任制限法3条2項で想定しているプロバイダーと異なり、通例、発信者との間で検索結果を表示する契約上の義務を負っているわけではないので、発信者と権利者のどちらからも法的な責任を追及されるという板挟みの状況に追い込まれているわけではない。また、サイトに表示されているなど、一般的に知られているものを越えて発信者の連絡先などの情報を保持しているわけでもないから、発信者に警告があったことを照会する手続きを要求しても、その履践に難渋することになりかねない。ゆえに、プロバイダー責任制限法3条2項と異なり、警告を受領した場合に、これを発信者に照会する必要はないと取り扱うべきである。

このように、照会手続きを設けないことの反射的な効果として、照会に対する不同意の申出がないという手続的な経過でもって、侵害行為の蓋然性があると(法が)判断し、その削除を促進するという制度設計をなすことができなくなる⁽²⁰⁸⁾。そこで、権利者からの警告には、プロバイダー責任制限法3条2項2号の条文上、必ずしも要求されていない相当の理由が示されている必要があると取り扱うべきことになる。相当な理由がない場合に、検索結果が自衛手段として検索結果を表示しないようにするのは検索サイトの裁量に属するが⁽²⁰⁹⁾、相当な理由があるにもかかわらず、検索結果表示を停止しないのであれば、権利侵害を肯定してよいと解されるからである。

ちなみに、本稿は、解釈論としては、既公表著作物に関するスニペット、サムネイル、動画検索結果表示に関しては、著作権法32条1項により著作権が制限されると解していたが、立法論としては、著作権者の利益を擁護

するために、業界標準のプロトコールに従った反対の意思表示や、相当な理由のある警告がなされたにもかかわらず、依然としてこれらの検索結果表示を続行する行為に対しては、(著作物が再生されていると評価しうる限りにおいて)著作権侵害を肯定するという結論をとることも十分にありうると考えている。

晴れて責任軽減の対象となりうる「検索サイト」に該当した場合、その責任軽減の効果に関しては、デフォルト・ルールとしての黙示の承諾の法理の明確化に加えて、本稿が、32条1項の引用の法理の活用であるとか、過失判断やプロバイダー責任制限法の類推で処理したところを含めて、規律を明確化することが考えられよう。その際には、解釈論としては、相対的に手厚い保護としていた未公表著作物に関して、特に公表権に関わる場所以外の場面(具体的には解釈論としては32条1項の引用のところで処理していた場面)では、既公表著作物と取扱いを違える必要があるのかということも検討に値しよう。

10 準拠法

検索サイトに関してどの国の著作権法が適用されるのかということも問題となる。

インターネットにより同時に多数の国で受信される送信を行うことが技術的に可能となったために、送信行為に対してどこの国の著作権法が適用されるのかという問題が生じるようになった⁽²¹⁰⁾。

従来型の利用地に着目する属地主義の発想をそのまま適用すると、インターネットにおけるサーバー所在地など、送信行為が行われる地に着目して適用すべき法を定める考え方が主張されることになる。この考え方を採用する場合には、明文上は検索サイトの取扱いが不明確な日本の著作権法の適用を迂回するために、免責されることが明らかな著作権法を有する国にサーバーを置いておくという傾向が助長されることになる。

しかし、同時に多数の国で受信できる以上、A国の著作権者にとっては、サーバーがA国内にあるがなかりながら、著作物の送信に対する需要が満たされてしまうことになりはしない。著作権の保護が薄いB国か、もしくは著作権の保護が全く無いC国にたまたまサーバーが置かれていたとい

うことを理由に、B国法やC国法を適用し、A国の著作権法によれば享受しえたはずの著作権の保護を失わせしめる法制下では、他人の著作物を無断で送信しようとする者は自分に都合のよい国のサーバーを利用することで、侵害の責めを負うことなく、特定国の著作権の保護を迂回することが可能となってしまう⁽²¹¹⁾。そのため、最近では、受信国の法を適用する考え方も有力に主張されている⁽²¹²⁾。

とはいうものの、同時に多数の国で受信されるものである以上、受信国の法律を適用しようとする法律関係が錯綜し、收拾がつかなくなるおそれがある。これを野放図にしておくと、受信可能な国のうち最も保護が厚い国の法により差止請求権が認められる結果、他国は送信行為に関する限り、結果的に、最も保護の厚い国の法の水準に従わされることになりかねない⁽²¹³⁾。

要するに、同時に多数の国で受信できる送信に対して、土地に着目する従来型の属地主義の発想で対処することには限界があるのである。ひとまず解釈論としては、送信行為が主として念頭に置いている受信者層が特定国に集中していることが明らかな場合には、当該国の法を適用すべきであろう。たとえば、日本語のようにネイティブ・スピーカーが日本国に集中している言語で構成される情報が送信される場合には、特段の事情(内容からして海外留学生向けの送信であることが分かる場合など)のない限り、どこのサーバーから送られようが、どこから配信されようが、日本の著作権法を適用すべきであろう。このように解しても、日本の受信者層を狙っていることが明らかな送信行為を働いた者にとって不意打ちとなるものではないから、ベルヌ条約5条(2)の定める属地主義⁽²¹⁴⁾の趣旨に反することにはならないと思料される。英語のように多数の国で使用されている言語が用いられている場合には、行為態様に鑑みて、最も関連の深い国の法を適用すべきであろうが、場合によっては複数の国の法の重疊的な適用を認めるほかないだろう⁽²¹⁵⁾⁽²¹⁶⁾。

ともあれ、受信国の法を適用する考え方や、本稿のように受信国の法のうち当該利用行為に最も密接に関係する地の法を選択するという考え方に立脚する場合には、たとえば日本語で利用方法が表示されている検索サイトに関しては、サーバーの所在地がどこにあろうとも、日本の著作権法が適用されることを免れることはできないことになる。

検索サイトの例ではないが、裁判例では、中央管理型のP2Pファイルの交換を促進するサービスの提供者が日本法人であり、サイトが日本語で記述され、本件クライアントソフトも日本語で記述されているのであるから、本件サービスによるファイルの送受信のほとんど大部分は日本国内で行われていると認められること、サービス提供者の管理するサーバーがカナダに存在するとしても、本件サービスに関するその稼働・停止等はサービス提供者が決定できるものであることを斟酌して、サーバーが日本国内にはないとしても、本件サービスにおける著作権侵害行為は、実質的に日本国内で行われたものということができ、被侵害権利も日本の著作権法に基づくものであるということを理由に、差止請求に関しては条理、不法行為に関しては法例11条1項により日本法を適用した判決がある(東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405号[ファイルログ著作権本案2審])。

サーバー所在地というだけで単純に準拠法を決するものではないとした限度で先例的な価値がある。もつとも、考慮すべき事情として列挙されているものは総花的であり、送信地に重きをおくのか、受信地に重きをおくのかということは詳らかにしていない。

なお、差止請求には条理、不法行為には法例を適用するのは、最判平成14.9.26民集56巻7号1551頁[FM信号復調装置Ⅱ]を踏襲するものであるが、同判決に関する論評は既発表の別稿に譲る⁽²¹⁷⁾。

(150) 参照、田村善之「著作権法32条1項の『引用』法理の現代的意義」コピライト554号(2007年)、同「絵画のオークション・サイトへの画像掲載と著作権法」知財管理56巻9号(2006年)。従来の裁判例と学説を俯瞰するものとして、参照、盛岡一夫「引用の要件」『知的財産権法と競争法の現代的課題』(紋谷暢男古希・2006年・発明協会)。

(151) 田村善之[判批]齊藤博=半田正夫編『著作権判例百選』(第2版・1994年・有斐閣)。

(152) 原審の東京高判昭和51.5.19 無体集8巻1号200頁[同2審]を破棄差戻し。

(153) なお、東京高判平成17.3.2判時1893号126頁[同2審]は原判決を取消したが、引用の成否は争点となっていない。

(154) 宗教者を撮影した写真を「↓西洋かぶれの出来そこない! (笑) ↓」などのコメントを付してウェブ・ページに掲載した行為に関して、被写体の人物を揶揄する

ような態様において使用することは、「本件写真の著作者の制作意図にも強く反し、本件写真の著作者が正当な引用として許容するとは到底考えがたい」ことを理由に、32条1項該当性を否定する判決がある(前掲東京地判[創価学会写真ウェブ掲載])。

要件論としては、前記のような事情があるがために、「健全な社会通念に照らし許容し得る引用ということはできず、これを『公正な慣行に合致』し、かつ、『引用の目的上正当な範囲内で行なわれる』ものということとはできない」というのであるから、著作者人格権を侵害しないことという要件を復活させるものではないが、しかし、著作者の制作意図や、著作者が許容するかどうかということとは、著作者(本件は職務著作なのでたまたま著作権者と一致しているが)との間で、著作者人格権侵害の成否として決着すべきことがらである。しかも、同一性保持権が侵害されていないのであれば、著作者の制作意図に反するというだけで著作者人格権侵害が肯定されるわけではなく、別途、113条6項の下で、(被写体ではなく)著作者の社会的名誉が害されたことが示される必要がある(田村・前掲注(63)452頁)。くわえて、著作者が引用を許容したくないと考えたところで、著作者人格権侵害に当たらないのであれば、法は著作者に引用を止める術を認めていないのである。著作者との関係ですら、法が著作物の利用を阻止する理由として認めていない著作者の制作意図や引用を許容する意図がないといった事情が、なにゆえ著作権者が引用を阻止しようとする場合になると考慮されることになるのか、合理的な説明を与えることは困難であろう。本判決の取扱いには疑問を呈さざるをえない。

(155) 板東久美子[判批]池原季雄他編『著作権判例百選』(初版・1987年・有斐閣)。原審の東京地判昭和59.8.31 無体集16巻2号547頁[同一審]を維持した。

(156) 絵画に言及する程度の文章や、絵画にかこつけた文章が付加されているだけで、鑑賞に耐える絵画の複製を認めてしまうのでは、事実上、画集や談話に対して絵画の著作権は働かなくなるということになりかねない。引用を否定した判断は正当であろう(後者の事案では、大学の卒業論文に「苦行者」を選んだという談話であれば、目的上は正当であり、あとは、附従性の要件の判断次第ということになる)。

(157) 二要件論を批判する文脈で、上野達弘「引用をめぐる要件論の再構成」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫古稀・2003年・法学書院)323～325頁。飯村敏明「裁判例における引用の基準について」著作権研究26号93～94頁(2000年)も参照。

(158) 飯村/前掲注(157)、上野/前掲注(157)。

(159) 以上につき、飯村/前掲注(157)91～96頁。上野/前掲注(157)310～332頁も参照。

(160) 飯村/前掲注(157)96頁。

(161) 上野/前掲注(157)326～329頁。

(162) 賛意を表すものに、田村/前掲注(71)133頁(2003年)。今井弘晃「引用の抗弁」牧野利秋＝飯村敏明編『著作権関係訴訟法』(2004年・青林書院)412～413頁も、さ

らに詳細な検討が必要としながらも、好意的な評価を与えている。他方、二要件のほうが簡明で分かりやすいとするものに、三山裕三『著作権法詳説』(新版改訂版・2005年・雄松堂出版)226～229頁。

(163) 上野/前掲注(157)323～325頁。飯村/前掲注(157)93～94頁も参照。

(164) 音楽家レナード・バーンスタインの演劇の脚本を『絶対音感』という本のあの一章にそのまま載せたという事件。裁判所は、二要件ではなく、条文に従った要件論と総合衡量で判断し、引用に該当しないと帰結した(飯村敏明裁判長担当事件)。

(165) もっとも、同判決は、32条1項の文言に従った要件を述べたうえで、明瞭区別性の要件のほうは、引用の性質上、当然に導かれる要件である旨を説く。また、出所を明示する公正な慣行に従うことを要求したので、結果的に、二要件ではなく、明瞭区別性の要件プラス公正な慣行の要件で判断し、結論としては、侵害を肯定している。

(166) 宗教法人の名誉会長の写真を使って、1つは写真の輪郭をトレースし、もう1つは写真をそのまま用いて、各々に不穏当な吹き出しを付けて利用したという事件。裁判所は、まず輪郭だけをとって吹き出しを付加した写真では、そもそも著作物の本質の特徴は再現されていないということで非侵害としたが、写真まで全部使った方の吹き出しに関しては著作権侵害とし、引用に当たるかどうかの判断の際には、正当な範囲内とも公正な慣行に合致しているとも言えないということで、引用に当たらないと判示した(飯村敏明裁判長担当事件)。

(167) 原判決と同様、輪郭をトレースしたものについては複製ないし翻案に当たらないとし、写真をそのまま利用したものについては、二要件論を展開することなく、公正な慣行と正当な目的の範囲内に該当するかどうかという枠組みで判断し、結局、32条1項該当性を否定した。

(168) 今井/前掲注(162)412頁の分析を参照。

(169) 中国出身でアパレルメーカーに勤務している小説家が著した自伝的な小説において、交際していた男性の兄である中国の詩人の詩9編を、ストーリーの内容として、もしくは、主人公の心情を描写するために散りばめたという事件である。裁判所は、二要件も掲げながら、それについては当てはめをなすことなく、むしろ、これらの詩をストーリーに使う必然性がなく、むしろ単に被告の小説家が自分の心情を語るために使っているに止まり、必要性がないので目的上正当とはいえないということを決め手として、引用該当性を否定した。

この事件では、明瞭区別性はなされており、附従性の要件も、見方によるが、小説の中に詩が9編ということなので、少なくとも量的には圧倒的に小説の方が多い。しかし、32条1項の条文の文言上は、目的上正当かどうかということが肝要であり、二要件を満足しているからといってそれだけで32条1項該当性が肯定されることにはならないということを、本判決は明確にしたといえよう。

(170) 引用に関しては、地裁の説示を踏襲。

(171) 裁判例に関しては、今井/前掲注(162)393～413頁、五十嵐敦「著作権の制限(引用の抗弁)について」牧野利他編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』(2007年・新日本法規)262～268頁の分析も参照。

(172) WIPO(黒川徳太郎訳)『ベルヌ条約逐条解説』(1979年・著作権資料協会)66頁も参照。

(173) すでに、パロディのような取込目的型に関し、必然性、必要最小限性、著作権者の受ける経済的な不利益の僅少性という要件を掲げるものに、田村・前掲注(63)242～244頁。東京地判平成16.5.31判タ1175号265頁[XO 醬男と杏仁女]も、取込型の引用が肯定される余地に含みを残しつつ、いずれにせよ、本件では、必然性、必要最小限性を満たさないとする。

(174) 齊藤博『著作権法』(第3版・2007年・有斐閣)242頁。

(175) 厳格解釈説に与する立論ではないが、作花/前掲注(78)36頁は、検索システムにおける利用に「引用」等の制限規定を持ち出すことには困難がある旨を指摘する(同45頁も参照)。

(176) 齊藤博『概説著作権法』(第3版・1994年・一粒社)13～14頁。

(177) 上野/前掲注(157)312頁。

(178) 家族が撮影したスナップ写真の肖像部分を切り取って書籍に掲載したという事件で、未公表著作物であることを理由に32条1項該当性を否定するとともに、権利濫用の主張をも退けた判決として、知財高判平成19.5.31平成19(ネ)10003[東京アウトサイダーズ2審]。

(179) パロディを例に、田村・前掲注(63)241頁。

(180) 飯村/前掲注(157)95～96頁は、「慣行等」も総合考慮して引用ないし引用態様が公正であること程度の要件とみれば足りると説く。

(181) 日向央[発言]「著作物の引用」著作権研究26号134頁(2000年)。

(182) パロディの取扱いとともに、田村・前掲注(63)246～247頁。

(183) 出所明示義務違反に対しては、122条により30万円以下の罰金が課されるが、出所明示義務に違背すると、著作権侵害が成立すると解されるとすれば、著作権侵害に対する刑事罰の定め他に、別途、出所明示義務違反に対する罰則を設ける意味がなくなる。ゆえに、出所明示義務に違反したとしても、著作権の制限に関するその他の要件を充足している限り、著作権侵害となることはない(加戸守行『著作権法逐条講義』(5訂新版・2006年・著作権情報センター)318頁、茶園成樹「著作権の制限における出所明示義務」『著作権法と民法の現代的課題』(半田正夫古稀・2003年・法学書院)345頁)。

この点に関して、東京高判平成14.4.11平成13(ネ)3677[絶対音感2審]は、出所明示が公正な慣行となっている場合には、当該事件で出所が明示されていないという

事情を32条の該当性を否定する方向に斟酌してよい旨を説く。しかし、出所明示の慣行があるかどうかは、48条1項柱書きにいう「複製又は利用の態様に応じ合理的と認められる方法及び程度」を斟酌する際にも考慮される事情といえよう。判旨のような理屈では、32条1項に該当するが、48条のみに違反する類型というものを想起することが困難となり、著作権侵害罪とは別に出所明示義務違反の罪を設けた著作権法の趣旨が潜脱されることになりかねないであろう。

(184) なお、条文上は、たとえ著作者の同意を得て著作物が発行されたり、公衆に提示されたりしたとしても、それについて著作権者の同意がなければ、やはり18条にいう「公表」には該当しないことになるように読めるが、実際に著作物が公衆に頒布されたり、提示されており、しかもそれが自己の意思に基づくものである以上、もはや著作人には公表権で守られるべき法的利益は残っていない。32条1項その他の著作権を制限する規定が適用されるための要件として「公表」を考える際には、著作権侵害により著作権者が不利な立場に追いやられることを防ぐために、著作権者の許諾を得て相当数作成、頒布されたり、公衆に提示されたことを必要とすべきであるが、著作人格権の一つである公表権が問題となる場面では、かような制約は不要である。解釈論としても、18条1項括弧書きの趣旨を付度して、3条、4条で著作権者を予定している文言は、18条1項における「公表」が問題となる場面では、著作者と読み替えるべきであろう。

(185) 岡村=近藤・前掲注(140)162・163頁、大須賀/前掲注(146)294頁、青江=茶園/前掲注(145)250頁。

(186) 田村・前掲注(63)438頁。

(187) 村井麻衣子[判批]北大法学論集51巻3号(2000年)。

(188) 出版社の債務不履行責任を問う余地はある。

(189) 裁判例では、従来よりも「改変」に該当する範囲を狭く解釈するものがある(東京地判平成15.10.22判時1850号123頁[転職情報])。ウェブサイト上で転職情報を掲載する会社同士の争いで、原告が掲載した特定企業の転職情報について、同じ企業から新たに注文を受けた被告が、表現や数字等を変更したうえ、掲載項目の順序を入れ替えて、ウェブサイトに掲載したという事件で、「本質的な特徴をなす表現部分を改変した」と評価することはできないことを理由に、同一性保持権侵害を否定した判決である(別途、著作権侵害を肯定している)。事実を簡潔に伝達することを目的とする著作物であって創作者の人格的な利益の付着の度合いがそもそも小さいものといえることを勘案したものなのかもしれない(参照、藤野忠[判批]知的財産法政策学研究14号375頁(2007年))。かりに、そうだとすれば、改変の成否につき、著作物の性質というものを考慮する新しい方向性を志向する判決だということになる。自然人ではない法人が著作者とされた事例であることにも留意する必要がある(参照、田村・前掲注(63)378頁)。

(190) この種の抽象論を展開する裁判例として、たとえば、大学生を対象とした雑誌に掲載された学生の研究論文の送り仮名や読点を変更する行為は、教科用の図書の場合と同列に論じられるものではなく、同一性保持権侵害が否定されることはないとする判決（東京高判平成3.12.19知裁集23巻3号823頁[法政大学懸賞論文2審]。東京地判平成2.11.16無体集22巻3号702頁[同1審]は反対）、ゲームのシナリオの平仮名表記を漢字表記に変更、アラビア数字を漢用数字に変更、疑問符、感嘆符の付加、改行位置の変更などを含む改変を施してゲーム化した行為について20条2項4号該当性を否定する判決（作品の構成やストーリーの展開に影響を与える大きな変更もなされていたという事案で、大阪地判平成13.8.30平成12(ワ)10231[毎日がすぶらった]）、教科書準拠副教材である国語テストに、教科書に掲載された著作物を改変して掲載したという事件で、被告が解答に直接必要でない部分を外したり説明を付記したにすぎないと主張したのに対し、やむを得ないと認めなかった判決（東京地判平成18.3.31平成15(ワ)29709[教科書準拠教材VI]。知財高判平成18.12.6平成18(ネ)10045[同2審]もこれを維持）などがある（その他、前述した抽象論を説く例として、東京地判平成13.12.25平成12年(ワ)17019[教科書準拠教材I]、東京地判平成14.12.13平成12(ワ)17019[教科書準拠教材II]、東京地判平成15.3.28判時1834号95頁[教科書準拠教材IV]、東京高判平成16.6.29平成15(ネ)2467他[同2審]もこれを維持）。

(191) 上野達弘「著作物の改変と著作権者人格権をめぐる一考察(1)～(2)」民商法雑誌120巻4＝5号752～753頁・6号968頁（1999年）。

(192) 田村・前掲注(63)448頁も参照。

(193) 参照、藤野/前掲注(189)373～376頁。

(194) 裁判例のなかには、計装士に関する講習会の資料につき、資料全体の頁数を増やさないために切除する行為や、最新情報や説明を付加する行為についてまで、20条2項4号該当性を肯定した判決があるが（東京地判平成18.2.27判時1941号136頁[空調技術の最新動向と計装技術]）、事案の解決としてはともかく、一般論としては疑問である（藤野/前掲注(189)374頁）。その点、控訴審は、毎年度、大幅な変更をしないという制約の下で前年度の資料を基礎としつつ、最新の情報を伝える必要がある資料であって、前年度まで3年間にわたって講師を務めていた原告著作物もそのことは承知のうえで、同一社内の後任者である被告に講師を引き継ぐ際に何ら留保を付すことなく前年度資料である原告著作物の電子データを交付していたということを斟酌して、黙示的な同意に基づく改変であると認定している（知財高判平成18.10.19平成18(ネ)10027[同2審]）。穏当な処理といえよう。

この他、評論のために他者の著作物を引用する際に文章1文、括弧内の単語、振りがな、読点1個を省略したという事件で、評論という表現の自由を保障するため、名誉毀損としての違法性が阻却される場合には引用は適法であり、著作権者人格権侵

害の違法性も阻却されると説いて、20条2項4号により同一性保持権侵害を否定した判決がある（東京高判平成5.12.1著作権判例 CD-ROM[雑誌「諸君！」反論文掲載2審]。東京地判平成4.2.25判時1446号81頁[同1審]も参照）。しかし、同一性保持権侵害の有無を判断する際には、著作物の趣旨や内容（＝著作権法上はアイディアの部分）が歪曲されたか否かということ（社会的な名誉の毀損の成否の判断の際には考慮要素となる場合があり、実際に本判決もこれを顧慮している）ではなく、著作物の表現の改変が問題になるのであるから、（社会的な）名誉の毀損は成立しないけれども、なお同一性保持権侵害が成立する場合がありますというべきである（ただし、事案としては、損害賠償や謝罪広告の必要があるほどの侵害ではないようにおもわれる）。また、やはり引用を可能とするために、大幅な要約をやむを得ないと認める判決もあるが（東京地判平成10.10.30判時1674号132頁[小さな悪魔の窪み]）、そもそも創作的表現を異にするということで侵害を否定すれば足りる事件であった。

(195) もっとも、コマーシャルの挿入の仕方や（ノトリミングを含めて）トリミングの手法には選択の余地があることを考えると、一般論としては疑問が残る。その点、東京高判平成10.7.13 知裁集30巻2号427頁[同2審]は、著作物がテレビ放映やビデオ化を承認しておりトリミングすることは了解していたことや、制作途中で監督業を引き継いだ訴外人の慎重な配慮の下でコマーシャル挿入箇所やトリミングの手法が決定されたこと（後者は1審も斟酌）を考慮すればやむを得ない、とより周到に理由付けている。

(196) 田村・前掲注(63)440頁。自身の立場は明示しないが、それが一般的な理解だとするものに、飯村敏明「二次的著作物の利用行為の差止請求の審理判断の構造について」知財年報 I.P. Annual Report 2005・224頁(2005年)。作花・前掲注(1)242～243頁は、改変者以外の者が利用した場合の問題であると把握したうえで、解釈論として差止めを肯定する手法を模索することが望ましいとする。

なお、改変者自身が公衆送信に及んでいる場合には、過去になした改変という侵害行為と因果関係のある損害が拡大し、後追いで損害賠償をしていかなければならないという事態に陥るのを事前に抑止するための差止請求を113条2項の枠内で認めるべきであると考えられるが（田村・前掲注(63)309頁注(2)・441頁、瀬戸さやか「著作権者人格権の内容と人格権侵害について」牧野利秋他編『知的財産法の理論と実務 第4巻[著作権法・意匠法]』（2007年・新日本法規）339頁）、この立場の下でも、自ら侵害行為をなしていない者に対しては（損害賠償請求を保全するという意味合いがないので）、差止請求は認められない。なお、このような113条2項の理解に対しては、同項が「前項の規定する請求をするに際し」とする113条2項の文言に反していることを理由とする批判がなされている（畑郁夫[判批]『特許侵害裁判の潮流』（大場正成喜寿・2002年・発明協会））。

(197) アメリカ合衆国の DMCA も、差止めの範囲について、素材の蓄積やアクセスの拒絶、侵害を遂行している特定のクライアントやアカウント保持者に対するアクセスのアカウントの停止、あるいは、オンライン上の特定の位置に所在する著作権のある素材に関するものであって権利の救済のための実効性に比してサービス・プロバイダーに最小限の負担となるもの以上のものを求められることはないとしていることにつき、前述第1章7 2)。

(198) とはいうものの、ファイルの抹消は、侵害の停止だけでなく、当該ファイルが蓄積されていることにより将来に渡って引き起こされる公衆送信を予防するという意味もあるので、停止請求に限って認めるという趣旨ではない。

(199) 総務省電気通信利用環境整備室他『プロバイダ責任制限法―逐条解説とガイドライン―』(2002年・第一法規)293頁、井上愛朗/飯田耕一郎編『プロバイダ責任制限法解説』(2002年・三省堂)69頁。

(200) 具体例とともに、総務省/前掲注(199)22～23頁、飯田/同編・前掲注(199)42～43頁。

(201) 一般に、プロバイダ責任制限法上の「発信者」には該当しないと解されている(飯田/同編・前掲注(199)44～45頁)。

(202) 裁判例では、市販の CD 等の複製に係る MP3 ファイルを流通過程に置くことに積極的に関わっている者は、発信者に該当すると判示した判決がある(東京地判平成15.1.29判時1810号29頁[ファイルログ著作権本案中間判決]、東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405号[同2審]、東京地判平成15.1.29平成14(ワ)4249[ファイルログ著作隣接権本案中間判決]、東京高判平成17.3.31平成16(ネ)446[同本案2審])。

(203) 現に、大手の日本向けの検索サイトの多くは、フェア・ユースの規定のない日本の著作権法の下で、多大な賠償責任を負担することになることを避けるため、サーバーを海外に置いているのだという(技術的な事情により動画検索に関しては日本国内にサーバーを移す動きがあるという)。もっとも、サーバーを海外に置いているからといって、当該サーバー所在地の法が適用されることにはならず、日本のユーザー向けに検索サイトを提供している以上、日本法が適用されるというのが本稿の立場である(後述9参照)。

(204) 田村/前掲注(71)。

(205) アメリカ合衆国の DMCA におけるキャッシングの取扱いにつき、前述第1章7 2)参照。

本稿は、検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題を扱うことを目的としていたため、キャッシングについても検索サイトに関係するものだけを取り上げていたが、そもそもキャッシングは検索サイトに限らず、一般になされているところである。

キャッシングとは、受信者側のサーバーで、受信時間を削減するために一度受信したデータをハード・ディスクに一定時間蓄積し、当該時間中、同一ファイルにロ

ーカル・エリア・ネットワーク(LAN)内のユーザーからリクエストがあった場合には、送信元を再度呼び出すことなく、蓄積したデータをユーザーに送信するシステムのことを指す。ユーザーのパソコン内でやはり通信時間削減や通信不能時の予備用に自動的にハード・ディスクにデータを蓄積するシステムも、キャッシングと呼ばれる。

物理的には複製に該当し、くわえて LAN 内の多数の者の利用のために蓄積すると、送信可能化権や公衆送信権とも抵触しうのだが、キャッシングには、通信の混雑を解消させ、インターネット全体の運用を効率化するという側面があることを見逃してはならず、逐一、権利者の許諾が必要であると解することにより、キャッシングのシステムを崩壊させる結論はかえって著作物の普及の促進という著作権法の趣旨に悖ることになる(大須賀・前掲注(146)297頁は、プロバイダーのなすキャッシングに対して、著作権者が権利行使をなすことが権利濫用に該当する場合がありますとする。田村/前掲注(71)132頁も参照)。

かといって、一時的複製の議論の拡張で侵害を否定してしまうと、他方で、蓄積時間の長さ、送信元が送信回数に応じて課金する体制を敷いている場合には、キャッシングをなすネットワークの規模の大きさによっては、権利者の側が所期の料金を徴収しえなくなるという問題が生じる(栗田隆「著作権法からみた World Wide Web」『知的財産の法的保護』(1997年・関西大学法学研究所)268頁)。そもそも無断でネット上にアップロードされている著作物に関しても、相当期間キャッシングが蓄積されることにより著作権者に生じうる不利益を無視するわけにもいかないだろう。

ゆえに解釈論としては、複製、送信可能化、公衆送信に該当すると解しつつ、キャッシングが流布している以上、著作権者自身かその許諾を受けた者がアップロードしている著作物については、やはり業界標準のプロトコールに従った反対の意思表示をなしていない限り、デフォルト・ルールとしての黙示の承諾の範囲内ということで侵害を否定するほかないだろう。その場合、かりに反対の意思表示をなしたにもかかわらず、LAN やユーザーのパソコンの設定が業界標準のプロトコールに従っていないためにキャッシングがなされている場合には、別途、私的複製等の著作権の制限規定の適用がない限り、著作権侵害が肯定されることになる。

もっとも、例の如く、当初から送信元のウェブ・ページに著作権者に無断で著作物がアップロードされていた場合にはデフォルト・ルールを適用することはできない。この場合には、別途、著作権の制限規定に該当しない限り、著作権侵害を肯定せざるを得ない場面も出てくるが、やはり検索サイトと同様、差止請求に関しては既存のキャッシュの抹消請求の限度でこれを認めることにし、損害賠償責任に関してはプロバイダ責任制限法3条1項の類推適用ないし趣旨を付度した過失判断という取扱いをなすことで対処することができよう。

なお、最近では、ユーザーがアクセスを希望するサイトが通信途絶の場合、プロバイダーが保存していたキャッシュを表示するというサービスも行われているようであるが、これについても、以上に述べた理屈が妥当する。

(206) 立法論に際しては、アメリカ合衆国 DMCA の取扱いが参考となる。前述第1章7を参照。

(207) 検索対象が広範囲であること等の要件も一考に値するが、範囲を定義することが法技術的に困難であるように思われる。

(208) ところで、アメリカ合衆国の DMCA は、適式の警告があっただけで直ちにプロバイダーに対象のファイルを削除等させることにしている。これに対し、日本のプロバイダー責任制限法3条2項は、プロバイダーが削除をしても警告対象のファイルの発信者に対して法定の免責を認められる時点は、権利者であると主張している者から最初の警告があった時点ではなく、それより遅く、当該警告に対して発信者が7日以内に不同意の申出をなさなかった時点とされている(プロバイダー責任制限法3条2項2号)。しかし、その間、プロバイダーは権利者からの責任追求に対して完全に免責されるというわけではなく、権利侵害があると信じるに足りる相当な理由がある場合には、侵害者から不同意の申出を待つことは許されず、直ちに削除しないと(相当な理由がある場合に削除しても、発信者に対しては免責されることにつき、3条2項1号)、権利者に対して損害賠償責任を負う可能性がある(3条1項)、という構造になっている。くわえて、発信者が照会を受けた日から7日以内に不同意の申出があった場合には、相当な理由がないにもかかわらず削除すると発信者に対して免責されることはなく(3条2項)、逆に相当な理由があるにもかかわらず削除しないと権利者に対して免責されることはない(3条1項)という板挟みの状況に追い込まれる(作花・前掲注(1)589～590頁)。このような法制度は、発信者の表現の自由に配慮したものとなっている反面、削除してしまえばすむ DMCA に比して、プロバイダーに相当な理由の判断の誤りのリスクを負担させる結果となっている(山本隆司「デジタル・ミレニアム著作権法(米)と EU-情報社会における著作権等指令」著作権研究28号86～88頁(2003年)の評価も参照。実務的な対応につき、早稲田裕美子「著作権の保護とプロバイダ責任制限法」法とコンピュータ21号8～9頁(2003年))。

もちろん、相当な理由の解釈として、侵害が明白であることを要するというような運用をすることにより、プロバイダーの負担を相当程度軽減することは可能である。他方で、不同意の申出を待つ期間は、7日間とアメリカ合衆国法(14日間)に比して短く、発信者の表現の自由に配慮するために、警告即削除にはせず不同意の申出を待つという法制度を採用したなかで、可能な限り迅速に権利者の救済を図ったものと評価することができる。

したがって、現行法の構造は一つの合理的な政策判断を示したものであるのだが、プロバイダー責任制限法が著作権に限らず、名誉毀損等も含めて一般的な権利

侵害を扱っていることに起因して、そもそも選択肢が限定されているという嫌いもないわけではない。著作権侵害に特化するのであれば、相対的にはあるが、名誉毀損に比して物的な保護範囲が明確なことが少なくなく(上野/前掲注(134)著作権研究28号99頁)、他人の創作的表現の再生が侵害要件とされており、少なくとも他人の表現をそのまま借用しているところは表現の自由を保障する必要性がないとはいわないが、パロディなどの例外を除けば)大きくはないこと(上野/前掲注(134)著作権研究28号98頁も参照)に鑑みれば、notice 一度で削除としても、表現の自由に対する萎縮効果は大きくないかもしれない。立法論としては一考に値しよう。

(209) インターネットにおいて検索サイトが果たしている役割の大きさに鑑みるときは、検索結果表示の対象から外されるということは、除外対象となったサイトにとっては大きな不利益を受けることを意味する。しかし、だからといって、相当な理由がない限り、除外してはならないという義務を検索サイトに課すことは、検索サイトをして相当な理由の判断を誤るリスクを負担させることになる。もともと、検索サイトは特定のサイトの検索結果を表示する法的な義務はないのだから、無闇に除外している検索サイトは、ユーザーから利便性が悪いという評価を受ける結果、競争原理によって淘汰されかねないという市場の圧力に、弊害の解決を委ねるべきであろう。

(210) 諸説を俯瞰するものに、駒田泰士「インターネットによる著作権侵害の準拠法」木棚照一編『国際知的財産侵害訴訟の基礎理論』(2003年・経済産業調査会)。

(211) 岡村=近藤・前掲注(140)41頁、その他の問題点とともに、石黒一憲「サイバースペースにおける国際的著作権侵害」同『国際知的財産権』(1998年・NTT 出版)34～39頁。

(212) 道垣内正人「著作権をめぐる準拠法及び国際裁判管轄」コピーライト472号16～17頁(2000年)。

(213) 駒田/前掲注(210)302頁。石黒/前掲注(211)18～19・30～33頁、同「フランス司法省=パリ第一大学共催『インターネット法国際コロキウム』報告の邦訳」同『国境を越える知的財産』(2005年・信山社)464～465頁の憂慮も参照。道垣内/前掲注(212)13頁も、こうした弊害のあることを自認する。

(214) 著作権に関しては、属地主義の根拠は「保護が要求される同盟国の法令」の適用を求めるベルヌ条約5条(2)に求めることができる(厳密には、同条約5条(4)という著作物の「本国」における保護について属地主義が妥当する根拠は、5条(3)に求めることができる)(以下につき、田村・前掲注(63)560～565頁も参照)。

学説では、ベルヌ条約5条(2)にいう保護国を、法廷地国のことを指すと読んだうえで、同項にいう法廷地の法令には法廷地の国際私法が含まれると解釈し、例えば日本が法廷地である場合には、当時の法例11条1項が適用されて結果的に行為地の法が準拠法となる(現在では「法の適用の通則法」17条により原則として結果発生

地となろう」という見解が有力に主張されている(元永和彦「著作権の国際的な保護と国際私法」ジュリスト938号58～59頁(1989年))。結論は正当であるが、このような迂路を辿るのではなく、同項の保護が要求されている国とは、著作物の利用行為に対する保護が要求されている国であると読んだうえで、同項は著作物の利用地の国の法律が適用されると規定していると理解すれば足りるであろう(田村善之[判批]ジュリスト995号111頁(1992年)、河野愛/高桑昭=江頭憲治郎『国際取引法』(第2版・1993年・青林書院)317頁、道垣内/前掲注(212)13～14頁。なお、木棚照一「パリ条約と工業所有権に関する国際私法上の原則」同『国際工業所有権法の研究』(1989年・日本評論社)83頁、同「無体財産権をめぐる国際私法規定に関するウルマ一草案」同書142～147頁・178～190頁)。

法廷地法(+法廷地国際私法)説に対する筆者の「迂路」という指摘に対しては批判もある(石黒一憲[判批]齊藤博=半田正夫編『著作権判例百選』(第3版・2001年・有斐閣)、出口耕自「競争法・知的財産法」国際法学会編『国際取引』(三省堂・2001年)134頁。ただし、石黒一憲「米国特許権に基づく日本国内での行為の差止め等の可否とパリ条約」同『国境を越える知的財産』(2005年・信山社)185～186・190～192・226頁は、ベルヌ条約5条(2)には抵触法として「保護国法」を選択することを要請しているが、そこにいう「保護国法」を如何に決定すべきかは直接規律していないので、法廷地国際私法、日本では法例11条によってその欠缺を補充しなければならない旨を説く)。しかし、この説による場合、法廷地毎に著作権侵害に関する抵触法の規律が(微妙に)異なる以上、著作物の利用者は利用時点ではどこかの法律が適用されるのか分からないことになる。このような解釈では、ベルヌ条約5条(2)は何のための条項なのか、趣旨が不分明となろう(道垣内/前掲注(212)15頁、同「国境を越えた知的財産権の保護をめぐる諸問題」ジュリスト1227号55～56頁(2002年)の指摘も参照)。これに対して、駒田泰土「著作権と国際私法」著作権研究22号115頁(1995年)、同「ベルヌ条約と著作物の権利に関する国際私法上の原則」国際法外交雑誌98巻4号479～480頁(1999年)は、出所表示義務違反に対する制裁につき保護国法によらしめるベルヌ条約10条の2(1)を引いて、刑事的な保護を外国法である利用行為地法に委ねるわけにはいかないから、同条約の保護国法は法廷地法と読まざるを得ないと説く。しかし、概念の相対性の原則が同条約に全く通用しないというわけではないだろう。同じ用語である以上、同じ解釈をとらなければならないとしても、ベルヌ条約10条の2(1)にいう「制裁」には民事的なものを念頭に置いていると解することも可能であろう。

以上に対して、石黒/前掲米国特許権は、内国民待遇から直接、抵触法上の帰結がもたらされるわけではないが、パリ条約やベルヌ条約上の「独立の原則」(そして内国民待遇の原則。なお、ベルヌ条約の「独立の原則」の意味については、同183～184頁参照)は知的財産権の属地的制約を意味する実質法上の「属地主義」を前提

としており、その意味での実質法上の属地主義は条約上の要請であるとともに、これらの条約の規定が自動執行性を有する以上、日本においては、憲法98条2項に基づき、その属地主義が直接、法規範性を有する旨を説く。そして、保護国法の具体的な意味については両条約は沈黙しているから、法廷地である各国の抵触法規範に委ねられることになるが、その場合でも、条約上の要請である実質法上の属地主義の枠が課され、それが日本では直接法規範性を有する以上、他国の特許権への国境を越えた介入は許されないことになる、という(以上につき、特に石黒/前掲米国特許権190～192・230～231・346～351頁。具体的な適用例につき、同255～287・352～371頁)。本稿とは異なり(石黒/前掲米国特許権295～299頁の指摘を参照)、海外の文献を渉猟したうえで、日本の諸学説を批判しており、参考にされたい。もっとも、実質法上の属地主義に関しては、本文で述べたように、条約上、明文があるわけでもなく、論理的な帰結でもない以上、そのような属地主義を条約上の要請として導くことは困難であるようにおもわれる(駒田泰土[判批]判時1962号200頁注(6)、申美徳「国際的な知的財産権侵害事件における抵触法理論について(1)」法学論叢154巻2号76～77頁(2003年)も参照)。

さて、確認になるが、筆者の立場は、ベルヌ条約5条(2)が存在する著作権に限っては、そこに抵触法の規定を見出せば足りるので(明示するものとして、他に、道垣内/前掲注(212)14頁、同/前掲ジュリスト1227号55～56頁)、属地主義の根拠を法例11条1項に求める必要はないというものである(田村/前掲ジュリスト995号111頁、同「並行輸入と知的財産権」同『機能的知的財産法の理論』(1996年・信山社)269頁、同・前掲注(63)563～564頁等参照)。筆者が、著作権について、さらには(ベルヌ条約5条2項とは無関係の)他の知的財産権全般についてまで「国際私法」が不要だと提唱していると理解する文献があるが(小泉直樹「いわゆる属地主義について」上智法学論集45巻1号3・11頁(2001年)。なお、金彦叔『知的財産権と国際私法』(2006年・信山社)17～18頁も、同じように筆者の見解を分類したうえで、さらに公法的な規律を志向するものに分類するが、どこを捉えてそのように理解しているのかは判然としない)、二重の意味で誤解がある(出口/前掲137頁、松本直樹「ビジネス方法特許と国際的な特許侵害」竹田稔=角田芳末=牛久健司編『ビジネス方法特許』(2004年・青林書院)497頁の理解を参照。一般的には、賛否はともかく、筆者の見解は準拠法の選択を論じたものと捉えられていることにつき、小泉/前掲以前の論文では、茶園成樹「特許権侵害に関連する外国における行為」NBL679号16・17頁(1999年)、横溝大[判批]ジュリスト1184号141頁(2000年)など)。また、筆者が先行業績の示す抵触法の理論を踏まえていないかの如く指摘されることもあるが(小泉/前掲3頁)、木棚/前掲等の国際私法に関する先行業績を引用することなく、さらに属地主義と国際私法との関係を明らかにすることなく、属地主義と工業所有権独立の原則を循環論法で定義していたために批判(「紹介と批評」ジュリスト983

号133～134頁(1991年)の指摘)を受けていた文献は他にある(小泉直樹「著作権による国際市場の分割」神戸法学40巻1号(1990年))。

(215) この他、作花・前掲注(1)665～668頁は、発信国法の適用を原則としつつ、侵害を回避するために発信国が選ばれた場合には例外的に受信国の法を適用すべきであると説く。実質法に対する評価を準拠法選択に反映させ、権利者に有利な方向にのみ受信国法を適用する点で本稿とは異なる。

(216) ただし、駒田/前掲注(210)304頁は、筆者のような解釈は、単純に保護国法によるとしているベルヌ条約5条(2)を抵触規定とみる限り、困難であると指摘する。結局は、ベルヌ条約5条(2)が、保護国法に連結している趣旨次第であり、かりにそれが利用者の予測可能性に配慮するところにあるのだすれば、筆者のような解釈の仕方も不可能ではないように思われる。

(217) 田村善之「職務発明に関する抵触法上の課題」知的財産法政策学研究5号23～26頁(2005年)。

[付記]

本論文執筆に際しては、検索サイトの実情や関連技術につき、ヤフー株式会社法務部長の別所直哉氏と同マネージャーの今子さゆり氏から種々、ご教示をいただいた。また、台湾および米国ニュー・ヨーク州弁護士であり、北海道大学大学院法学研究科附属高等法政教育研究センター研究員の羅秀培先生にも、数々のご示唆を賜った。この場を借りて御礼申しあげたい。もちろん、本稿に何かの誤りがあるとなれば、著者である私の責任に帰せられるべきものである。

【図5】民集34巻3号313頁



【図6】民集34巻3号314頁

