HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	欧州司法裁判所の「新しい公衆」論について（2）
Author(s)	谷川, 和幸
Citation	知的財産法政策学研究, 68, 182-198
Issue Date	2023-09
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/90482
Type	bulletin (article)
File Information	68_05_Tanikawa.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

欧州司法裁判所の「新しい公衆」論について（2）

谷　川　和　幸

２　欧州司法裁判所における「新しい公衆」論の展開（続き）

(6) 再アップロード――Renckhoff 判決[73]（2018 年）

(a) 事案の概要

再アップロードが公衆への伝達権侵害となるかが争われた事件である。ここで再アップロードとは、ある著作物のファイルがその著作権者の許諾に基づいて特定の URL において既に公衆によるアクセスが可能な状態に置かれているときに（第一伝達）、第三者が、同一のファイルを、権利者の許諾なく、他の URL にアップロードする行為（第二伝達）を指す。再アップロードの前後を通して、第一伝達によるアクセス可能状態に変化はない。そのため、インターネット利用者が第一伝達を受信することによって当該著作物にアクセスし得るという状態は継続しているのであるから、第二伝達によって「新しい公衆」への伝達が生じることはないのではないか（つまりインターネット上で同一の著作物にアクセスするためのルートが増えただけで、当該著作物にもともとアクセスできた者の範囲は何ら拡大していないのではないか）という点が問題となったのである[74]。

---

[73] Case C-161/17 *Land Nordrhein-Westfalen v Dirk Renckhoff*, ECLI:EU:C:2018:634.

[74] わが国の諸事例（前掲注 45 参照）の中では、〔「壁ドン」イラスト〕事件が典型的な再アップロードの事案である。この事件では原告が自己の Twitter アカウント等を用いてイラストを公表しており（第一伝達）、被告はそれを再アップロードして自己のウェブサイトに掲載した（第二伝達）。ここでは簡単に公衆送信権侵害が肯定されており、第一伝達の存在・継続が第二伝達の適法性に影響を与え得るのではないかとの問題意識を判決文中に見出すことはできない。わが国には「新しい公衆」論が存在しないのでこの帰結は当然なのではあるが、このような場合に公衆送信権が保障されなければならない実質的理由は何かという問いを発することは許されよう。そしてその問いへの回答は、Renckhoff 判決によって与えられることになる。

事案の概要は次の通り。原告 Renckhoff は職業写真家であり、コルドバの風景を撮影した写真（以下「本件写真」）をある旅行情報サイト（以下「本件旅行情報サイト」）に掲載することを許諾した。本件写真は本件旅行情報サイトにおいて、特段のアクセス制限やダウンロード防止措置を講じることなく公開された（第一伝達）。被告はドイツの州のひとつ、ノルトライン＝ヴェストファーレン州であるが、問題の再アップロード行為はその州内の総合学校（Gesamtschule）のウェブサイト（以下「本件学校サイト」）に関わるものである。本件学校サイトには、その学校に通う生徒がスペイン語のワークショップのために制作した学習成果物（プレゼンテーション資料）がアップロードされていた。その学習成果物の中に、当該生徒が本件旅行情報サイトからダウンロードしてきた本件写真が（おそらくスペインの紹介のために）含まれていたのである。つまり当該生徒又は学校関係者は、本件写真を、学習成果物の一部として、第一伝達とは異なる URL に再アップロードしたことになる（第二伝達）。

これに気付いた原告は、自己の許諾は本件旅行情報サイトに対するもののみであって、本件学校サイトへのアップロードは複製権及び公衆への伝達権の侵害に当たると主張し、当該学校の教育に関して責任を負う被告（州）を相手取って、削除や損害賠償等を請求する訴えをドイツ国内裁判所に提起した。請求を一部認容する一審及び控訴審判決を経て事件は連邦通常裁判所（BGH）に上告された。

控訴審判決において、再アップロードの時点で既に本件写真が第一伝達によって制限なくアクセス可能であったという事実は再アップロードの適法性に影響を与えないと判断されていたが、BGH はこの点は「新しい公衆」論との関係で不明瞭であり指令の解釈を要すると考え、欧州司法裁判所に付託する決定をした。

その付託事項は、欧州司法裁判所が要約するところに従えば[75]、「著作権者の許諾に基づき、特段の制限なく、他のウェブサイトにおいて以前より公開されていた写真の著作物を、別の者が自身のウェブサイトに投稿する行為は、指令 3 条 1 項の『公衆への伝達』概念に含まれるか」というものである。

---

[75] *Renckhoff*, para. 13.

この問いに対して法務官は消極的な見解を示したが、欧州司法裁判所はそれを採用せず、再アップロードも「公衆への伝達」に含まれるとする立場を表明した。両者が対立することに加え、公衆への伝達権は消尽しないとする指令3条3項との関係にも言及があることから、以下ではこれらを順に詳しく見ていく。

(b) 法務官意見[76]

Campos Sánchez-Bordona 法務官は、結論として、本件における再アップロードについて公衆への伝達権は及ばないとの見解を示した。その理由として、本件の事実関係に基づいて次の3点を指摘している。

第1に、本件学校サイトに本件写真がアップロードされた主たる目的は学習成果物の公開であり、本件写真はその一部に含まれていたに過ぎないという従属的な性格のものである。学校関係者が閲覧を想定していた「公衆」も、生徒の家族などの限られた範囲の者であり、原告が許諾した本件旅行情報サイトの利用者をはるかに超えるような範囲の者に見せようとしていたとは認められない。

第2に、GS Media 判決が非営利目的でリンクを張る者について述べた2つの要素[77]（①利益を追求することなくリンクを張る者は、原則として、違法にインターネット上に投稿された著作物に対するアクセスを顧客に与えるために、自分の行為の結果を完全に知ったうえで介入するわけではない、②著作物がリンク先ウェブサイトにおいてアクセス制限なく利用可能である場合には、彼の介入がなくても原則としてすべてのインターネット利用者がそれにアクセスすることが既に可能であった）は、本件でも参考となる。本件のようにこれらの2要素が認められる場合には、原則として「公衆への伝達」が認められないと推論できる。ただし、(a) リンク先における投稿が違法であることを著作権者が通知した場合、(b) リンク先ウェブサイトが導入しているアクセス制限措置を回避するような方法でリンクを張る場合、又は (c) 著作権者が、自己の写真をインターネット上で公開しようとしている者に対して、同意を与えないことを知らせていた場合にはこの限りではない。

---

[76] Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona, ECLI:EU:C:2018:279.
[77] *GS Media*, para. 48.

これを本件について見ると、本件旅行情報サイトにおいて本件写真の著作者についての記載はなかった。そしていかなるアクセス制限もなく当該サイトにおいてアクセスが可能であった。これらの事実は、生徒や教師がさらなる調査をすることなく、合法的に本件写真を自由に利用できると考えることを促したであろう。

つまり、写真の著作者が第三者による使用を黙示的に許諾していたと考えることができるのではないか。通常のインターネット利用者が、何の制限も警告もなくインターネット上で提供されている写真を教育等の目的で利用しようとする場合に、それが著作権で保護されているか否かを調査すべき義務を課すことは論理的ではないように思われる。そのような義務を課すことはインターネットによって提供される大量の情報の利用を制限することになり、EU 基本権憲章第 11 条に謳われている表現及び情報の自由を損なうことになる。本件ではさらに同 14 条 1 項の教育を受ける権利も害することになる。

第 3 に考慮されるべきファクターは、生徒と教師は営利目的で行動したわけではないという事実である。GS Media 判決は、営利目的でリンクを張る者はリンク先コンテンツが著作権で保護されていることとその公開について著作権者の許諾がないことを十分に知ったうえで行動しているものと推定されると述べている[78]。逆に言えば、営利目的がない場合には当該著作物が違法にインターネット上に投稿されたということを利用者が知っていたことが立証されなければならない。本件では本件旅行情報サイトには写真の利用に関する何らの制限も警告もなかったのであるから、生徒と教師はその写真を本件学校サイトに含めることを止めるものは何もないと信じることができたであろう。このように推定したとしても、この推定は容易に反証可能であるから、指令 3 条 3 項によって禁じられている公衆への伝達権の消尽と同じことにはならない。

法務官は上記の指摘に続けて、「新しい公衆」が存在しないことについても次のように説明している。

本件において、本件旅行情報サイトにおける公開と、本件学校サイトに

[78] *GS Media*, para. 51.

おける投稿とは、いずれもあらゆるインターネット利用者に対して制限なく本件写真の利用を可能にするものであり、両サイトが潜在的にアクセスを提供している「公衆」の範囲はどちらも同じである。本件写真は著作権者の許諾を得て容易かつ合法的にアクセス可能にされていたものであり、生徒と教師の介入が、より広い範囲の者によるアクセスを容易にするような決定的なものであるとみることはできない。「著作者の同意を得てインターネット上に投稿された画像は、自由かつ無料でアクセス可能であり、反対の表示や警告がない限り、潜在的な訪問者の数やカテゴリーを区分したり、一部の者のみがその画像を見ることができて他の者は見ることができないと想定したりすることは不可能である、というのがインターネットの論理である」[79]。

インターネット上で著作物を公開する専門家は、自身が著作権を有することを明確にし、その流通をコントロールするために、技術的手段その他の適切な措置を講じるべきである。著作権者にこのような努力を求めることで、インターネットの論理を損なうことなく、インターネット利用者の正当な利益と著作権者との間のバランスを維持することに役立つと信じている。

このように法務官は、本件写真の利用を禁止する警告等がなかったことから、普通のインターネット利用者が非営利目的で（特に本件のような教育目的で）写真を利用する際に著作権侵害の可能性についての調査義務を課されるべきではなく、むしろ著作権者の方で警告等の適切な措置を講じて著作権が及ぶことを明示すべきであると考え、本件における再アップロードが公衆への伝達権の侵害に当たらないとの立場を表明したのである。

これはわが国において「寛容的利用」と呼ばれている考えにも近く[80]、インターネットの実態に即した判断のようにも思われる。しかし欧州司法裁判所はこの法務官の意見を採用せず、本件のような再アップロードにも

---

[79] Opinion of Advocate General Campos Sánchez-Bordona, para. 101.

[80] 田村善之『知財の理論』（有斐閣、2019 年）322 頁（初出は田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究 44 号 25 頁（2014 年））。法務官意見が著作権者による事前の警告等を要求していることは、同 323 頁が述べる「保護を必要とする者に保護のための行動をとる」ことを要求する「オプト・イン方式」の発想と一致する。

公衆への伝達権が及ぶと判断した。そこで次に判決の内容を見ることにしよう。

（c）欧州司法裁判所の判断

判決はまず、これまでの判例法に従い、本件における第一伝達と第二伝達とはいずれも同一の技術的手段（インターネット）を用いていることから、第二伝達が「公衆への伝達」に該当するためには、「新しい公衆」に対する伝達でなければならない、との判断枠組みを確認した[81]。そしてSvensson判決において「新しい公衆」が否定されたのと同様に、本件のような再アップロード事案においてもそれが否定されるべきであるかについて検討し、次のように述べて、両事案は区別されるべきであることを明らかにした。

第1に、指令3条1項の下で著作者は、その著作物の伝達を防止するために、利用者が行おうとしている公衆への伝達に介入するための予防的な性質の権利を有するところ、「もしも、著作権者の同意の下で以前にウェブサイトに投稿された著作物をその後に別のウェブサイトへ投稿する行為が『新しい公衆』への伝達に当たらないと判断されてしまえば、この予防的な性質を持つ権利は、その効果を失うことになる。最初に投稿されたウェブサイトとは別のウェブサイトへの投稿によって、この予防的な性質の権利の保有者が、必要に応じて、最初のウェブサイトから著作物を削除したりそのウェブサイトへの投稿について第三者に与えた同意を取り消したりすることによってその伝達を停止することを要求することを不可能又は非常に困難にする可能性がある」。つまり、著作権者が著作物の伝達をもはや望まないとして最初のウェブサイトから削除させた場合でも、その後に投稿された別のウェブサイトにおいて依然として利用可能になり続けてしまう[82]。

第2に、指令3条3項は明示的に、公衆への伝達権が消尽することはない旨を規定している。「著作権者の同意を得てウェブサイトで以前に伝達された著作物を別のウェブサイトに投稿することが『新しい公衆』への利用可能化に当たらないと判断することは、公衆への伝達権に消尽のルール

[81] *Renckhoff*, para. 24-25.
[82] *Renckhoff*, para. 29-31.

を適用することになる」。この帰結は同項に反するのみならず、著作権者がその著作物の利用に対して適切な報酬を得る機会を奪うことになる[83]。

裁判所はこれらを考慮して、再アップロードは「新しい公衆」への利用可能化に該当し、公衆への伝達権が及ぶものと判断した。その際、「新しい公衆」の内容について、「最初のウェブサイトにおける伝達について著作権者が同意した際に考慮していた公衆とは、当該サイトの利用者のみであり、その後に同意なく投稿された別のウェブサイトの利用者やその他のインターネット利用者を含むものではない」と判示している[84]。

また、法務官意見を意識してか、公衆への伝達権が及ぶか否かを判断する際に、著作権者がインターネット利用者による著作物の利用方法を制限していなかったことは無関係である、なぜならば同権利の享有と行使のためにいかなる方式の履行も必要とされないからだ、と述べている[85]。

要するに、本判決は、どのウェブサイトを通して伝達が行われるかに関する著作権者のコントロールを確保しようとしたわけである。利用可能化の権利はそのような伝達をコントロールするための予防的な性質の権利と位置付けられている。あるウェブサイトにおける伝達を許諾したとしても、別のウェブサイトにおける伝達について許諾・禁止する権利は依然として消尽せず、別途の報酬の請求が可能である。最初のウェブサイトにおける伝達を許諾した際に考慮される「公衆」はあくまでも当該ウェブサイトの利用者のみであって――当該ウェブサイトにアクセス制限がない場合にはそれは事実上インターネット利用者全体に等しいとしても、形式的には――別のウェブサイトの利用者とは区別される。それゆえ別のウェブサイトの利用者は「新しい公衆」と評価され、再アップロードは公衆への伝達権の対象となるのである。

このような本判決の立場は、法務官意見とは次の 2 点において大きく異なっている。第 1 に、法務官は、非営利目的での利用者に調査義務を課すのではなく、むしろ著作権者の側に制限・警告等の措置を講じるべき義務

---

[83] *Renckhoff*, para. 32-34.
[84] *Renckhoff*, para. 35.
[85] *Renckhoff*, para. 36. 田村・前掲注 80・374 頁も「オプト・イン方式」が無方式主義と抵触する可能性を論じている。

を課している。それを果たしていない以上は黙示的な許諾があると認められるべきだとの帰結を示唆している。しかし本判決は無方式主義の要請から、このような義務の転換を認めていない。

第 2 に、そして本稿の問題関心からはこちらがより興味深い点であるが、法務官は「インターネットの論理」に言及して、「公衆」の分割・個別化を認めなかった。つまり当初のウェブサイトの利用者と再アップロードに係る別のウェブサイトの利用者とはいずれも潜在的にはすべてのインターネット利用者を意味しており、再アップロードによる「新しい公衆」は存在しないと考えたのである。これに対し本判決は、上述の通り、両ウェブサイトの利用者を区別している。

このような本判決の立場に対しては、Svensson 判決や BestWater 判決と矛盾しないのかという疑問が直ちに生じるところである。とりわけ後者では「リンク先の著作物が自由にアクセスできる状態で公開されている場合には、そのような公開を許諾した著作権者は、すべてのインターネット利用者を公衆として考慮していたと推測しなければならない」と判示されており、明らかに本判決の「新しい公衆」の判断と食い違っているように見える。そのような疑問に答えるため、本判決は先例との関係を補足説明している。

本判決はリンクに関するこれらの先例と再アップロードが問題となった本件との違いについて、次の 3 点を指摘する[86]。第 1 に、ハイパーリンクは、大量の情報が提供されるという特徴を持つネットワークにおいて、情報の拡散を可能にして健全なインターネットの運営に寄与するものである一方、再アップロードはそれと同程度にこの目的に寄与するものではない。

第 2 に、指令 3 条 1 項によって保障される権利は予防的な性質の権利であるところ、同意を得て投稿された著作物に対するハイパーリンクの投稿に権利が及ばないとしても、なおこの権利の予防的な性質は維持されている。なぜなら、著作権者がその著作物の伝達をもはや望まなくなった場合には、リンク先のウェブサイトから著作物を削除させれば、これによって

[86] *Renckhoff*, para. 37-46.

リンクも機能しなくなり、今後の伝達を予防することができるからである。これに対し、再アップロードに権利が及ばないとすると、最初のウェブサイトにおける伝達と別のウェブサイトにおける伝達とは独立であるため、著作権者が前者から削除させたとしても後者を通じた伝達を止めることができなくなってしまう。

第3に、Svensson判決が強調したように、ハイパーリンクの場合にはリンク元ウェブサイトの管理者による関与は欠如している。これに対して再アップロードの場合には別のサーバに著作物を複製した利用者が、伝達について決定的な役割を担っている。

本判決は以上のように説明するが、「公衆」がインターネット利用者全体を意味するものと解釈されるのか否かについての先例との食い違いについて正面からは回答していない。しかし明言こそされていないものの、著作権者が当初の許諾の際に「すべてのインターネット利用者を公衆として考慮していたと推測しなければならない」とするBestWater判決の考えは、本判決によって修正されたとみるべきであろう[87]。結局、本判決が述べているのは、著作権者はどのウェブサイトを通じて自己の著作物を伝達させるかについてコントロール可能であるべきであり、たとえリンクを権利範囲外として許容しても依然としてこのコントロールが及ぶ（当初のウェブサイトから削除させれば自動的にリンクも機能しなくなる）からリンクには公衆への伝達権を及ぼす必要がない一方、再アップロードの場合にはこのコントロールが及ばなくなってしまうことから公衆への伝達権を

[87] 次のVG Bild-Kunst事件のSzpunar法務官の意見（ECLI:EU:C:2020:696）でも、Renckhoff判決によってそのような修正が行われたことが指摘されている。Szpunar法務官によれば、「すべてのインターネット利用者を公衆として考慮していたと推測しなければならない」という仮定は、理論的には正しいものの、実際のところ誰もインターネット上にその著作物が存在することを知ることができないどころか、アクセスすることもできないほどにサイバースペースが広大過ぎるという事実を見落としている点において一種の法的フィクションに過ぎず（para. 56）、この仮定を文字通り適用してしまうと再アップロードの事案において（Campos Sánchez-Bordona法務官が言うように）公衆への伝達権が及ばなくなってしまう（para. 69）。著作権者のコントロールを失わせ、公衆への伝達権の消尽につながるこのような帰結を避けるために、欧州司法裁判所は、当初の許諾の際に考慮されていた「公衆」の定義を修正することで「新しい公衆」基準の適用範囲を限定しなければならなかったのである、とSzpunar法務官は述べている（para. 70）。

及ぼす必要がある、という実質論である。そしてこの帰結を実現するために、「新しい公衆」の判断の基礎となる、著作権者が第一伝達を許諾した際に考慮していた「公衆」の範囲も、「当該ウェブサイトの利用者」と「別のウェブサイトの利用者」とに分割・個別化されている。このことを通して、著作権者が適切な報酬を得る機会を保障しようとしているのである。

そしてこのような「公衆」の分割・個別化は、次の VG Bild-Kunst 判決において、埋め込み表示の文脈でもさらに推し進められることとなる。

(7) 保護手段の回避による埋め込み表示——VG Bild-Kunst 判決[88]（2021 年）

(a) 事案の概要

あるサーバに著作権者の許諾を得てアップロードされた画像等が存在するときに、それを埋め込み表示の方法によって別のウェブサイト内に表示する行為が「公衆への伝達」に当たるか否かという問題は、既に BestWater 判決において扱われたものであり、そこでは「新しい公衆」に向けた伝達が生じないことを理由に指令 3 条 1 項の公衆への伝達権が及ばないとの解釈が示されていた。同事件で問題となったのは、埋め込み表示を禁止するような措置が何ら講じられていない YouTube 動画の埋め込み表示であった。それでは、他のウェブサイトからの埋め込み表示を禁止するような技術的な保護手段が課されている場合に[89]、それを回避・迂回して埋め込み表示を行うような場合にも同様に考えることができるか。これが本件で問題となった点である。

ただし、本件はそのような回避を伴う埋め込み表示行為が公衆への伝達権侵害に当たるかが実際に争われた侵害訴訟ではない。本件の事案は次のようなものである。原告 SPK（Stiftung Preußischer Kulturbesitz）はドイツの文化・科学機関が参加するネットワークであるデジタルライブラリー「DDB（Deutsche Digitale Bibliothek）」を運営している。同ネットワークに参加するそれぞれの機関のウェブサイトでは、著作権の対象となる絵画等のデジタルコンテンツが提供されている。DDB のサーバにはそれらのコ

---

[88] C-392/19 *VG Bild-Kunst v Stiftung Preußischer Kulturbesitz*, ECLI:EU:C:2021:181.

[89] たとえば Instagram は米国の利用者に対して、投稿した写真が外部のブログ等で埋め込み表示されるのを技術的に防ぐためのオプションを提供している。詳しくは https://copyrightalliance.org/how-instagram-changed-embedding-feature/ を参照（2023 年 4 月 1 日最終確認）。

ンテンツのサムネイル画像（縮小画像）のみが保存され、閲覧者がサムネイル画像をクリックするとそれを拡大して閲覧したり、さらにクリッカブル・リンクを辿ることで参加機関のウェブサイトに遷移することもできるようになっている。

被告 VG Bild-Kunst はドイツの視覚芸術著作権管理団体である。原告 SPK は、DDB における被告管理著作物の利用について、被告との間でライセンス契約の締結の交渉をした。原告がサムネイル画像を保存・提供する行為が公衆への伝達権の対象となることについて当事者間に争いはない[90]。しかし被告はこれを超えて、これらのサムネイル画像が埋め込み表示（フレーミング）の方法によって第三者のウェブサイトに表示されることを防ぐための効果的な技術的手段を講じるよう、原告に要求した。

原告はこの要求には理由がないと考え、国内裁判所に対して、このような義務を課す条項を含めることなくライセンスを付与すべきである旨の確認を求める訴訟を提起した。上告審である連邦通常裁判所（BGH）は、第三者が技術的手段を回避して埋め込み表示を行うことが公衆への伝達権の対象となるのであれば被告がこのような義務を課すことに正当性があると言えると考えて、この点に関する質問を欧州司法裁判所に付託した。

その付託事項は、「著作権者の同意を得て自由にアスセス可能なウェブサイトにおいて利用可能とされている著作物を、第三者が、著作権者によって採用され又は（ライセンシーに対して）義務付けられたフレーミング防止措置を回避するような方法で埋め込み表示する行為は、指令 3 条 1 項にいう公衆への伝達に該当するか？」である[91]。

(b) 欧州司法裁判所の判断

本判決はまず、埋め込み表示を含むリンクに関する先例（Svensson 判決と BestWater 判決）を引用し、リンクが伝達に当たること、しかし第一伝達と同じ技術（インターネット）を利用しているので、「新しい公衆」に向けられたものでなければ「公衆への伝達」に該当しないという定式を確認する[92]。そのうえで、これら 2 件の先例の判断がいずれも、第一伝達の際

---

[90] *VG Bild-Kunst*, para. 23.
[91] *VG Bild-Kunst*, para. 18.
[92] *VG Bild-Kunst*, para. 35-36.

に特段の技術的制限が課されていなかったという事実認定に基づくものであることを指摘する。「そのような技術的制限がなかったからこそ、裁判所は、著作権者が自ら著作物を自由にアクセス可能にしたりそのようなアクセスの提供を許諾したりすることによって、当初からすべてのインターネット利用者を公衆として予測し、第三者が（リンクを用いて）当該著作物を伝達することに同意していたのだと判断したのである」[93]。

これに対し、著作権者が当初から技術的手段を課していた場合には事情が異なると述べる。「リンク先サイトにおいてその購読者のみに当該著作物へのアクセスを制限するために技術的手段が課されている場合に、その制限を迂回してアクセスすることを可能にするようなクリッカブル・リンクは、それがなければアクセスすることができない利用者に対してアクセスを可能にする介入であり、このような利用者は、著作権者が最初の伝達の許諾の際に考慮していなかった『新しい公衆』とみなされなければならず、このような新しい公衆に対する伝達については別途の許諾が必要である」[94]。

このことを踏まえて本判決は、埋め込み表示に関する技術的制限を課す場面について次のように判示した。「本件は、正確には、著作権者がその著作物に対するライセンシー以外のウェブサイトからのアクセスを制限するために、ライセンス付与の条件としてフレーミングの防止手段を導入することを求めているという事案に関するものである。このような状況では、当該著作権者はその著作物について（ライセンシー以外の）第三者が自由に公衆に伝達することについて同意していたとみなすことはできない。」「著作権者が公衆への伝達を許諾したウェブサイト以外のウェブサイトからのアクセスを制限するための技術的手段を自ら採用したり、ライセンシーに対してその採用を義務付けたりした場合には、著作権者は、『公衆』の範囲を特定のウェブサイトの利用者のみに限定するため、インターネットを通してその著作物を公衆に伝達することについての許諾に条件を付す意図を表明したものとみなされる」[95]。したがって、ライセンシーのウ

---

[93] *VG Bild-Kunst*, para. 37.
[94] *VG Bild-Kunst*, para. 40. なお Svensson 判決において既にこのように述べられていたことにつき、前掲注 42 参照。
[95] *VG Bild-Kunst*, para. 41-42.

ェブサイト以外のウェブサイトからのアクセスを制限するためのフレーミング防止手段が採用されている場合には、そのような第一伝達と、その後に（防止手段を迂回して行われる）フレーミングによる埋め込み表示による第二伝達とはそれぞれ異なる伝達を構成するので、それぞれが著作権者による許諾の対象とされなければならない[96]。

最後に本判決は、指令３条３項（公衆への伝達権は消尽しないとする規定）との関係について次のように判示している。「著作権者がフレーミング防止措置を採用しているにも関わらず、第三者による公衆への伝達について同意していたものとみなされるとするアプローチは、指令３条１項及び３項によって認められている、著作物の公衆への伝達を許諾し又は禁止する排他的かつ消尽しない権利と適合しない」。フレーミング防止措置が採用されたウェブサイトにおいて既に伝達されている著作物を第三者がフレーミングの方法で埋め込み表示を行うことが「新しい公衆」に対する利用可能化ではないと判断することは「公衆への伝達権に消尽の原則を作り出すことに等しい」[97]。

以上より欧州司法裁判所は、付託された質問に対して、保護手段を回避して行われる埋め込み表示は公衆への伝達に当たるとの回答を示した。

このように本判決は、フレーミング防止手段を採用することで著作権者は第一伝達に係るウェブサイトの利用者のみを「公衆」として想定していたとの意図を表明したものであり、これを迂回することで別のウェブサイトにおいて実現された埋め込み表示（第二伝達）を通して享受する利用者は当初想定されていなかった「新しい公衆」に該当すると判断したのである。「新しい公衆」の定義が著作権者が当初の許諾の際に考慮していなかった公衆というものであるから、その範囲が当初の著作権者の想定・意図によって左右されることは自然である。もっとも、この意図が本件のような技術的手段として客観的に表明されていなければならないのか、あるいは内心の主観的意図でも足りるのかということは別途問題となり得る。この点について本判決は次のように判示している。

「法的安定性とインターネットの円滑な機能を保証するため、著作権者

[96] *VG Bild-Kunst*, para. 43.
[97] *VG Bild-Kunst*, para. 50-52.

の同意を指令6条1項及び3項にいう効果的な技術的手段以外の方法によって限定することは認められないということを明らかにしておかなければならない。そのような手段が採用されていない限り、著作権者がフレーミング（埋め込み表示）に反対する意図を有していたのかどうかを確認することは、特に個人である利用者にとって困難となる可能性がある。サブライセンスの対象となっている著作物の場合はなおさら困難となるだろう」[98]。

このように本判決は、「新しい公衆」の範囲は著作権者の内心の主観的な意図によって決まるのではなく、客観的に把握可能な技術的手段の採否によって決まることを明らかにしている。第三者にとっての予測可能性に配慮したものと言えるが、これが Renckhoff 判決で懸念されていた無方式主義との抵触という問題をはらむものでないと言えるのかどうかについて、本判決は何ら述べるところがない。

(8) その他の事例（2019年～2021年）

2018年以降に「新しい公衆」の解釈を示した重要判決は上記2つであるが、インターネット上の情報流通に対する公衆への伝達権の適用について判断したそれ以外の事例も簡単に紹介しておく[99]。

(a) Tom Kabinet 判決[100]（2019年）

電子書籍の中古販売について消尽の原則の適用があるか（いわゆる「デジタル消尽」の可否）が争われた事件である。欧州司法裁判所は、Tom Kabinet 社が運営するプラットフォーム「トム読書クラブ」における電子書籍の中古販売について、指令4条に規定される頒布権の対象ではなく、指令

---

[98] *VG Bild-Kunst*, para. 46.

[99] 以下に紹介するもののほか、インターネット上の情報流通と著作権の関係が特に権利制限の観点から扱われたものとして2019年7月29日の3判決（「三部作」）がある。これらについては、比良友佳理「著作権と基本権に関する3件の欧州司法裁判所大法廷判決－Funke Medien 事件、Pelham 事件、Spiegel Online 事件」同志社大学知的財産法研究会編『知的財産法の挑戦Ⅱ』（弘文堂、2020年）264頁を参照。

[100] Case C-263/18 *Nederlands Uitgeversverbond and Groep Algemene Uitgevers v Tom Kabinet Internet BV and Others*, ECLI:EU:C:2019:1111. 詳細は奥邨弘司「欧州におけるデジタル消尽の行方－Tom Kabinet 事件 CJEU 判決を踏まえて」コピライト709号（2020年）40頁及び鳥澤孝之「判例評釈 Tom Kabinet（オランダ・中古電子書籍販売サイト）事件 欧州司法裁判所（ECJ）2019年12月19日判決（Case C-263/18）」パテント73巻5号（2020年）23頁を参照。

3 条に規定される公衆への伝達権の対象であるとしたうえで、後者については消尽の原則の適用はないと判示した。

そして、電子書籍の中古販売に係る受信者が 1 人であっても「公衆」に該当するのかという点に関して、同時にアクセスできる人数ではなく、転売が繰り返されることによる累積的効果を考慮しなければならないと述べた[101]。このような公衆が「新しい公衆」と言えるかについては、一般に電子書籍が最初にダウンロード販売される際にはユーザー・ライセンスにおいて当該ダウンロード者のみが自身の端末を用いて読むことができる旨が定められていることから、「トム読書クラブ」を通じてこれを受信する利用者は著作権者の当初の許諾の際に考慮されていなかった公衆であって「新しい公衆」を構成すると判示している[102]。

著作権者の当初の意図がどのような形式で表明されていなければならないのかという前記 VG Bild-Kunst 事件での問題関心に引き付けて言えば、ユーザー・ライセンスのような契約条項として明示されていれば足りるとの判断をしたものと位置付けることができよう[103]。

(b) YouTube 判決[104]（2021 年）

YouTube のようなオンラインプラットフォーム上の情報流通に関して、プラットフォーム事業者が公衆への伝達行為の主体となるか、なるとすればどのような場合かが争われた事件である[105]。本稿の主題からは外れるの

---

[101] *Tom Kabinet*, para. 68-69.

[102] *Tom Kabinet*, para. 71.

[103] なお Tom Kabinet 判決は VG Bild-Kunst 判決よりも前の判決である。VG Bild-Kunst 判決は「著作権者の同意を指令 6 条 1 項及び 3 項にいう効果的な技術的手段以外の方法によって限定することは認められない」と述べているが、これは埋め込み表示（フレーミング）を禁止する意図を表明することについては、という文脈における判示であり、ユーザー・ライセンスによる表明を考慮する Tom Kabinet 判決の考えを否定するものではないと理解されるべきであろう。

[104] Joined Cases C-682/18 and C-683/18 *Frank Peterson v Google LLC and Others and Elsevier Inc. v Cyando AG*, ECLI:EU:C:2021:503.

[105] ただしあくまでも情報社会指令の解釈が問題となったものであり、DSM 指令（Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC）のもとでは異なる帰結となり得る。DSM 指令におけるプラットフォーム事業者の行為主体性に関しては、中川隆太郎「コンテンツ共有プラットフォ

で、ごく簡単にのみその判示を紹介しておくと、公衆への伝達の第一義的な主体は利用者（アップロード者）であり、プラットフォーム事業者が主体となるかについては複数の要素を相互依存的に考慮しなければならないと判断された。具体的には、権利者からの警告の有無、侵害コンテンツの存在を認識した場合に迅速に削除等をしているか、利用者に著作権を尊重するよう呼びかけているか、侵害通知ボタンやフィルタリング等の技術的措置を講じているか、違法コンテンツのアップロードを推奨するようなビジネスモデルとなっているか等の要素が言及されている。

この事件では当該プラットフォームに無断アップロードされた著作物が問題となっていることから、GS Media 判決や Filmspeler 判決と同様、「新しい公衆」に向けた伝達であるかどうかは問題となっていない。

(c) Mircom 判決[106]（2021 年）

原告 Mircom は映画の著作物の著作権者であり、その著作物が匿名の利用者らによって BitTorrent を用いて共有されているとして、当該利用者らにインターネット回線を提供した ISP である被告 Telenet 社に対して顧客情報の提供を求めた。

BitTorrent の各利用者（ピア）が保持するデータは、映画の著作物の全体ではなく、その断片（ピース）に過ぎない場合がある。そこでこのような著作物の断片を他の利用者に利用可能とする行為が公衆への伝達権の対象となるか等が問題となった[107]。

欧州司法裁判所は、断片に過ぎないとしても公衆への伝達権が及ぶと判断した。そして、「新しい公衆」論との関係では、次のように判示している。「著作権者の許諾なく公開された著作物が関わる場合については、『新しい公衆』に対して利用可能化されたものと考えなければならない（Filmspeler 判決からの類推として）。」「その著作物が以前にいずれかのウ

ームの新たな責任」国際著作権法研究 2019 年度 ALAI Japan（日本国際著作権法学会）研究報告（2021 年）31 頁を参照。

[106] Case C-597/19 *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited v Telenet BVBA*, ECLI:EU:C:2021:492.

[107] わが国で同様の疑問に応答した判決として、東京地判令和 3 年 8 月 27 日裁判所 Web（令和 2 年（ワ）第 1573 号）や知財高判令和 3 年 10 月 7 日裁判所 Web（令和 3 年（ネ）第 10030 号）などがあり、いずれも権利侵害を肯定している。

ェブサイトにおいて著作権者の許諾を得て、ダウンロードを禁止する措置を講じることなく公開されていたことが判明した場合であっても、それをダウンロードして P2P ネットワークにアップロードした利用者は、その著作物を著作権者が当初の伝達を許諾した際に考慮していなかった公衆に対して利用可能化するうえで決定的な役割を担ったと言える（Renckhoff 判決からの類推として）」[108]。

ここでは仮に許諾に基づく第一伝達（いずれかのウェブサイトでの公開）が存在するとしても、P2P ネットワークへの再アップロード（第二伝達）は「新しい公衆」に対するものだとの判断が、Renckhoff 判決からの類推によって示されている。Renckhoff 判決によれば著作権者が当初の許諾の際に想定していた公衆は当該ウェブサイトの利用者に限られており、BitTorrent の利用者はそれと区別される別の公衆であるということになるからである。

[108] *Mircom*, para. 56-57.