



Title	欧州司法裁判所の「新しい公衆」論について (1)
Author(s)	谷川, 和幸
Citation	知的財産法政策学研究, 53, 109-135
Issue Date	2019-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/73428
Type	departmental bulletin paper
File Information	53_04-Tanikawa.pdf



欧州司法裁判所の「新しい公衆」論について (1)

谷 川 和 幸

1 はじめに

(1) 「新しい公衆」論を検討する意義

本稿では、欧州司法裁判所が公衆への伝達権¹の権利範囲を限定するために採用している「新しい公衆²」論を検討する。この検討にいかなる意義があるのかを明らかにするために、まずは、公衆への伝達権のインターネットへの適用について欧州司法裁判所が累次の判例によって示してきた判断枠組みを簡単に確認することから始めよう（各事件の内容などの詳細は本稿の後の箇所です改めて説明する。）。

¹ 情報社会指令 (Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society) 3 条 1 項に規定されている right of communication to the public を指している。同項によればその権利内容は、「有線又は無線の方法による著作物の公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物へのアクセスが可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾し又は禁止する権利」である。

² 英語 “new public” (TVCatchup 判決) の直訳である。スペイン語 (SGAE 判決) では “público nuevo”、スウェーデン語 (Svensson 判決) では “ny publik”、ドイツ語 (Best-Water 判決等) では “neues Publikum”、オランダ語 (GS Media 判決等) では “nieuw publiek”、イタリア語 (VCAST 判決) では “pubblico nuovo” とされている。「追加的公衆」と訳されることもある (奥邨弘司「GS Media BV v. Sanoma Media Netherlands BV 事件 欧州司法裁判所判決 (2016年 9 月 8 日) の概説～インターネット上に無断アップロードされた著作物へのリンクが侵害となる条件～」SLN151号 (2016年) 3 頁注 5 参照)。

① 公衆への伝達権が及ぶ範囲は、「伝達」行為と「公衆」の2要件により決まる。

② 「伝達」概念は利用可能化 (making available) を含んでいることもあり、極めて広く解釈される。著作物をアップロードする送信可能化行為やストリーミング配信のような直接の送信行為はもちろんのこと (Renckhoff判決、TVCatchup判決)、著作物を掲載しているウェブサイトやアップロードされているファイル自体にリンクを張る行為 (Svensson判決、GS Media判決)、動画の埋め込み表示 (BestWater判決)、さらにはダウンロード先を教示するデータベースの提供 (The Pirate Bay判決) や無許諾ストリーミング配信を容易に検索して視聴できるような特別のソフトウェアがあらかじめ組み込まれた端末を販売する行為 (Filmspeler判決) までもが著作物の「伝達」行為に含まれるとされてきた。

③ 「公衆」とはある程度の人数を意味する。それに加えて、権利者の許諾に基づく第一伝達が既に行われている事案においては、被疑侵害者による第二伝達行為が「公衆への伝達」となるためには、

(A) 両伝達行為で用いられた技術が異なっている場合 (TVCatchup判決、VCAST判決) か、

(B) 第二伝達が、第一伝達について権利者が許諾をした際に考慮されていなかったような「新しい公衆」に向けられたものである場合 (Svensson判決、BestWater判決)

のいずれかに該当する必要がある。言い換えれば、第一伝達と伝達技術が同一であり、かつ「新しい公衆」に向けられていない第二伝達は、「公衆への伝達」とならない。ここでは「公衆」概念の縮小解釈が行われている。

④ 他方、権利者の許諾に基づく第一伝達が存在しない事案 (典型的には無断アップロードの事案) において、当該ファイルにリンクを張る行為については、それが「新しい公衆」に向けられていないという理由では

侵害を否定することはできない。もっともこれを常に侵害とするのでは、ハイパーリンクによって成り立っているインターネット（ワールド・ワイド・ウェブ）の根幹が毀損されることになりかねない。そこで被疑侵害者が無断アップロードであることを知っているか、又は知るべきであった場合に限り、リンクの提供が「公衆への伝達」に該当する。そして、リンクが営利目的で行われている場合にはリンク先が無断アップロードであるかどうかの調査義務が課されるので、営利目的は悪意を推定させる（GS Media 判決）。

以上の判断枠組みの中で「新しい公衆」論は③(B)に登場している。権利者の許諾に基づく第一伝達が行われている場合に、それと同一の伝達技術によって行われる第二伝達が「公衆への伝達」に該当するためには、第一伝達について権利者が許諾をした際に考慮されていなかったような「新しい公衆」に向けられた伝達でなければならない、という考え方である。すなわち、「伝達」概念が広範に理解され、リンクを張る行為（以下「リンクング」と呼ぶこともある。）が「伝達」であることを前提に、リンク先における公開（第一伝達）が著作権者の許諾を得たものである場合に、そこに向けてリンクを張る行為（第二伝達）を侵害としないための縮小解釈の法理が「新しい公衆」論である。広範な「伝達」概念を「公衆」要件によって絞り込んでいく構造になっている。

リンクングに関するわが国著作権法における扱いは、これとは大きく異なっている。わが国では欧州とは対照的に、公衆送信や自動公衆送信、送信可能化といった概念をかなり明確に定義する規定を設けている（著作権法2条1項7号の2、同9号の4、同9号の5）。そこでは著作物それ自体を送信することが要件とされているので、著作物の所在を示すURL情報を送信することは当該著作物の公衆送信には当たらないと理解されてきた。それゆえ、リンク先における公開が権利者の許諾を得ているかどうかに関わらず、リンクングは著作権侵害（直接侵害）となることはないとの理解が通説であり³、裁判例もこの立場に立つ⁴。もっとも、このような狭い理解

³ 佐野信「インターネットと著作権」牧野利秋＝飯村敏明編『新・裁判実務大系22 著作権関係訴訟法』（青林書院、2004年）456頁、中山信弘『著作権法〔第2版〕』（有

では、違法公開著作物へのリンキング（特に、いわゆるリーチサイト）が野放しとなり妥当でない。そこで裁判例においては、幫助⁵や規範的主体論⁶に言及するものがあり、責任を負う者の範囲の拡張が志向されている。ここでは、欧州との対比で言えば、狭い「公衆送信」概念を広げていく構造になっている⁷。

さてこのように欧州と日本の議論構造が全く異なることからすれば、欧州における「新しい公衆」論は欧州に固有の課題（すなわち伝達概念が広範すぎること）の解決のための議論であり、わが国においてこれを参照・検討する意義がどこにあるのかとの疑問が当然生じることであろう。

（2）近時の学説・裁判例の展開

その疑問に対する回答は、わが国における前記のような伝統的理解が近時揺らぎつつあるというものである。学説と裁判例の両方においてその傾向が見られる。

学説では、リンキングは公衆送信行為（直接侵害）に当たらないとする伝統的理解に対する異論が現れ始めた。その理論構成には二種類のものがある。第一の見解⁸は、「自動公衆送信」（2条1項9号の4）概念を再検討する。そこでは（狭義の）自動公衆送信概念と、送信可能化概念とが分離・区別され、リンキングは（狭義の）自動公衆送信を直接惹起する行為であ

斐閣、2014年）251頁、奥邨弘司「違法公開著作物へのリンク・リーチサイトと著作権」NBL1121号（2018年）16頁など。

⁴ 大阪地判平成25年6月20日判時2218号112頁〔ロケットニュース24〕及び知財高判平成30年4月25日判時2382号24頁〔リツイート控訴審〕。

⁵ 前掲〔ロケットニュース24〕判決及びペンギンパレード判決（札幌地判平成30年6月15日D1-Law28262899）。

⁶ 前掲〔リツイート控訴審〕判決。

⁷ リンキングに関する欧州型と日本型の対比について詳しくは、谷川和幸「権利者の許諾を得ずにアップロードされているソフトウェアのダウンロード先URLを教示する行為が公衆送信権の侵害とされた事例」福岡大学法学論叢63巻1号（2018年）201頁。

⁸ 福市航介「リンクと自動公衆送信権」コピーライト682号（2018年）24頁。

ると把握される。第二の見解⁹は、リンキングを2条1項9号の5ロにいう送信可能化に当たると捉える。そこではさらに、同号柱書(「次のいずれかに掲げる行為により自動公衆送信し得るようにすること」と)との関係で「自動公衆送信し得るようにする」の意義についても検討がなされている。両見解は、その理論構成は異なるものの、いずれもリンキングが公衆送信行為(直接侵害)に当たる余地を認めるものである。

他方、裁判例としては、著作権者の許諾を得ずにアップロードされているソフトウェアの蔵置先URLを教示する方法でインターネットオークションの落札者に当該ソフトウェアを「ダウンロード販売」した事例について公衆送信権侵害を肯定する判決が登場した¹⁰。URLを教示したのみの被告に侵害責任を認めた裁判所の判断の背後にあるのは(明言されているわけではないものの)規範的主体論であろうと推測されている。この判決の考えを敷衍するならば、リンキングについてもリンク設定者の規範的主体性が肯定されることがあり得よう。そして重要なことに、規範的主体論が適用される場合に、物理的主体(直接行為者)の行為が侵害であることは必要とされていない¹¹。そうすると、リンク先が権利者の許諾に基づいて公開されている場合ですら、リンキング自体が公衆送信権の侵害となるおそれがある(その際に生じる、第一伝達に関する権利者の許諾の存在を第二伝達の適法性の判断の中でどのように取り込むかという問題意識は、まさに、欧州において「新しい公衆」論を生み出した素地そのものである。)

本稿はこれらの学説・裁判例を検討することを目的とするものではない。ここで指摘したいのは、狭い「公衆送信」概念を広げていくという伝統的な議論構造が、今後変革を迫られる兆候が見られるという事実である¹²。

⁹ 野口明生「リンクと送信可能化行為」パテント71巻8号(2018年)60頁。

¹⁰ 東京地判平成30年1月30日裁判所HP(平成29年(ワ)第31837号)。評釈として、谷川・前掲注7及び小泉直樹「ネットオークションを利用したクラック版プログラムの提供主体」ジュリスト1521号(2018年)8頁。

¹¹ 例えばクラブキャッツアイ事件における客の歌唱行為は侵害ではない。

¹² 以上述べてきたところに加え、日EU経済連携協定(EPA)の締結も変革を後押しする可能性がある。同協定14・8条(c)では、「著作物を有線又は無線の方法により公衆に伝達すること(公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の利

欧州司法裁判所の「新しい公衆」論について検討し、理解を深めておくことが今後のわが国の議論のために必要であると考えらるゆえんである。

実際、前記学説の第一の見解においては、適法公開著作物へのリンキングを違法としないための解釈論として、「適法送信可能化の抗弁」なるものが提唱されているが¹³、その発想は欧州における「新しい公衆」論と通底するように見える。これは当然のことであって、欧州のような絞り込み構造でこの問題を捉える場合には、どのような基準で絞り込みをかけるかについて議論せざるを得ない。「新しい公衆」論はその際の有用な手掛かりとなるものである。

(3) 検討の視角

もっとも、欧州の「新しい公衆」論については、「わが国法にとってなじみのあるものでない」との指摘があり¹⁴、それをそのまま導入することが可能であるかについて疑問がないわけではない。他方で、「新しい公衆」論は「公衆への伝達権における一種の消尽論なのではないか」との指摘もあり¹⁵、消尽論という「なじみのある」法理の一適用例と位置づけることによって、スムーズにわが国に導入することが可能かもしれない。

「新しい公衆」論が問題となる場面とは、リンキングが直接侵害の範囲に入ってしまう前提で、第一伝達については著作権者の許諾がある一方で、第二伝達（リンキング）についてはその許諾がないという場面である。ここでは、第一伝達に対する許諾が第二伝達の適法性に影響を及ぼすかが問

用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）」を著作者に保障することを合意している。この和文はWIPO著作権条約8条の公定訳とほぼ同一であり、日本政府としては、(WIPO著作権条約8条の要請を現行著作権法の公衆送信権の規定が既に満たしているのと同様に) EPAの要請も既に満たしていると考えているのであろう。他方同じ規定の英文は情報社会指令3条1項の文言と同一であり、欧州から見れば、情報社会指令3条1項の内容よりも狭い現行著作権法の公衆送信権の規定はEPAの要請を満たしていないと捉えられるかもしれない。

¹³ 福市・前掲注8・34頁。

¹⁴ 茶園成樹「EUにおける公衆への伝達権とリンク」渋谷達紀教授追悼論文編集委員会編『知的財産法研究の輪』（発明推進協会、2016年）619頁。

¹⁵ 奥邨・前掲注2・10頁注13。

われている。第一伝達の受け手と第二伝達の受け手の人数や属性が異なる場合に、再度の権利行使の機会を保障することが必要なのか。その際にどのような属性に着目すべきなのか。言い換えると、伝達の受け手の範囲をどこまで細分化する権能を著作権者に認めるか。こういった問題は、なるほど、消尽論が取り組んできた課題と共通する¹⁶。

そこで本稿では、消尽論との接合という視角から、欧州における「新しい公衆」論の内容を探究することとしたい。

2 欧州司法裁判所における「新しい公衆」論の展開

(1) 「新しい公衆」概念の登場——SGAE 判決¹⁷ (2006年)

情報社会指令 (以下単に「指令」と呼ぶ。) 3 条 1 項の公衆への伝達権の解釈に関する初めての先決判決 (preliminary ruling) が2006年の SGAE 判決である。原告 SGAE はスペインの権利者団体で、被告 Rafael Hoteles はホテルを経営している。ホテルの客室に備え付けられたテレビを用いて客にテレビを視聴させる行為が公衆への伝達権の侵害となるかが問題となり、国内裁判所が、指令 3 条 1 項の解釈に関して事件を欧州司法裁判所に付託した。

欧州司法裁判所はその先決判決の中で、ベルヌ条約11条の 2 (1) (ii) に言及する。これは著作者に対し「放送された著作物を原放送機関以外の機関が有線又は無線で公に伝達すること」に関する排他的権利を与える規定である。先決判決はこの条文を指摘した後、次のように続ける。「[原放送機関以外の機関によって行われる] このような送信は、当該著作物の最初の伝達が対象としていた公衆とは異なる公衆、つまり新しい公衆 (new public) に向けられたものである。」¹⁸

¹⁶ 例えば複製物の性質の変化によって譲渡権の消尽の成否を決するという発想について、谷川和幸「著作権法における消尽の原則の例外」NBL1124号 (2018年) 73頁。

¹⁷ Case C-306/05 *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) v Rafael Hoteles SA*, ECLI:EU:C:2006:764.

¹⁸ SGAE, para. 40.

欧州司法裁判所はこの排他的権利が与えられている意義について次のように説明する。「[法的拘束力のないガイド¹⁹が説明するように] 著作者がその著作物の放送を許諾する際、彼はその直接の利用者だけを考慮する。本件で言えば、個人的に又は家庭内で放送を受信するような受信設備の所有者[だけが、著作者によって考慮されていた直接の利用者]である。ガイドによれば、受信がより大勢の聴衆のために、それもおそらく営利目的で行われる場合には、公衆の新たな部分がその著作物を見たり聞いたりすることになる。[ベルヌ条約11条の2(1)(iii)に規定されているように] 拡声器や類似の器具を用いて放送を伝達することは、もはや放送の単なる受信ではなく、それ自体独立の、新しい公衆に向けた著作物の伝達行為に該当する。』²⁰

ベルヌ条約の規定に関するこの議論は、指令は可能な限り国際条約に適合的に解釈されねばならないという観点²¹及び指令前文23に謳われている広範な解釈の要請という観点²²から、指令3条1項の解釈にそのまま採用される。その結果、欧州司法裁判所は次のように結論付ける。「ホテルの客はこのような新しい公衆に当たる。」「ホテルは、自己の行為の帰結を十分知りながら、客に対して著作物へのアクセスを提供するために介在する機関である。ホテルによる介在がなければ、客はたとえ物理的にその場所にいたとしても、原則として、放送された著作物を享受することができない。』²³

¹⁹ 茶園成樹「EUにおける公衆への伝達権について」『年報知的財産法2013』（日本評論社、2013年）5頁注12は、このガイドとは、C. マズイエ（黒川徳太郎・訳）『ベルヌ条約逐条解説』（著作権資料協会、1979年）77-78頁のことであろうと指摘している。

²⁰ *SGAE*, para. 41.

²¹ *SGAE*, para. 35.

²² *SGAE*, para. 36. 指令前文23では「この権利[＝公衆への伝達権]は、伝達が開始される場所にいない公衆に向けられたすべての伝達を包含するような広い意味で理解される。この権利は、放送など、公衆に向けられた有線又は無線のあらゆる送信又は再送信を包含する」ものとされている。

²³ *SGAE*, para. 42.

SGAE判決における「新しい公衆」概念は、上記のように、著作権者（著作権者）の権利の拡張を正当化する論拠として機能している。ホテルが行う第二伝達について別途権利行使が認められなければならないのは、それが、第一伝達（テレビ放送）の許諾の際に著作権者が考慮していた公衆とはまた別の「新しい公衆」に向けられた独立の伝達行為だと捉えられるところ、「新しい公衆」による受信については著作権者はまだ対価・補償を受け取っていないと言えるからである。

「新しい公衆」論は、後に見るように、公衆への伝達権の権利範囲を限定する法理として発展していくことになるが、「新しい公衆」概念が初登場したSGAE判決においては権利範囲の拡張を正当化する論拠として用いられていたということには注意しておく必要がある。

(2) 技術的同一性——TVCatchup判決²⁴（2013年）

それでは逆に、第一伝達と第二伝達とで受信する公衆の範囲が異ならない場合には、新たな権利行使を認める必要はないと言えるだろうか。言い換えると、同じ「新しい公衆」概念を今度は、著作権者の権利を縮小・限定する方向で持ち出すことは可能だろうか。この点が最初に争われたのが2013年のTVCatchup判決（ITV判決とも呼ばれる。）である。

原告ITV Broadcasting等はイギリスのテレビ局であり、著作権者である。被告TVCatchupはインターネット上でテレビ番組を視聴できるサービスを提供している。すなわち被告は、原告が放送している無料放送（free-to-air）の電波を受信し、原告の許諾を得ることなく、それをインターネット上でストリーミング配信している。その際に被告は、被告サービスを利用するユーザがテレビ放送を視聴することができる受信ライセンス（television licence²⁵）を有していることを利用条件としており、また、同サービスの利用をイギリス国内に限定している。原告は日本の民放と同

²⁴ Case C-607/11 *ITV Broadcasting Ltd and Others v TVCatchup Ltd*, ECLI:EU:C:2013:147.

²⁵ わが国のNHK放送受信契約に相当すると言えようか。中村美子「イギリスの公共放送の制度と財源」NHK放送文化研究所年報56号（2012年）140頁（特に154頁以下で「受信許可料制度」として紹介されている。）を参照。

様にテレビコマーシャルによる広告料で収入を得ているところ、被告も同様に別の方法で広告料収入を得て運営している。具体的には、ユーザがストリーミング配信の視聴を開始する前に広告が表示されるという方法に加え、ユーザが視聴中の画面の下部等にバナー広告が表示されるという方法である。なお被告は受信した放送をそのままストリーミング配信しているので、もともと挿入されていたテレビコマーシャルもそのまま配信される。

この事件では、被告によるストリーミング配信が公衆への伝達権の侵害となるかが問題となった。単なるストリーミング配信であれば問題なく侵害と言えようが、本件では配信の受信者はテレビ放送の受信ライセンスを有する国内の者に限定されているので、これは第一伝達（原放送）が対象としていた公衆と異なるところはないとも見うる。そこでこのような場合に指令3条1項の権利範囲に含まれるのかにつき、欧州司法裁判所に対して付託がなされた。

欧州司法裁判所はまず「伝達」概念の解釈を示す。「この権利は、伝達を開始される場所にはない公衆に向けられたすべての伝達を包含するような広い意味で理解される」とする指令前文23に加え、一つの伝達についての許諾によって他の伝達についての許諾の権利が消尽することはないとする指令3条3項の存在から、「著作物が複数の方法で使用される状況の規律について、立法者は、特定の技術的手段を用いたそれぞれの送信や再送信が、原則として、それぞれ個別に許諾の対象となることを意図していた」と判示した²⁶。そうすると、インターネットを用いてテレビ放送を再送信する場合には、第一伝達とは異なる特定の技術的手段が用いられているので、この再送信は指令3条1項の「伝達」に該当することになる²⁷。

続いて「公衆」概念については、SGAE判決で示された「新しい公衆」概念との関係が問題となった。被告はSGAE判決等の先例を引用して、「新しい公衆」に向けられた再送信ではないと主張した。しかし欧州司法裁判所は先例と本件との違いを強調する。すなわち、先例で問題となったのは、原放送へのアクセスを「新しい公衆」に対して可能にしたかという問題で

²⁶ *TVCatchup*, para. 23-24.

²⁷ *TVCatchup*, para. 26.

あった。これに対して本件では、それぞれ個別に許諾されるべき二つの送信が関わっている。なぜなら、「両者は特定の技術的条件の下で行われる送信であり、異なる送信手段を用いており、どちらも公衆に向けられているからである」。したがって、前者の事案においてのみ関わりのある「新しい公衆」概念について、本件でこれ以上検討する必要はない²⁸。欧州司法裁判所はそうに述べ、被告の行為は公衆への伝達権の対象となると判断した。

先例と本件との違いに関する欧州司法裁判所の判示はやや明瞭さを欠いているが、要するに次のような意味であろう。先例では、ホテルの介在によってアクセスが可能となった公衆は最終的にテレビを用いて原放送それ自体を視聴することになる。これに対し本件では公衆は自己のパソコンやスマートフォン等の端末を利用して被告サービス（ストリーミング配信）を視聴するのであって、原放送それ自体を視聴するのではない。テレビ放送とストリーミング配信とは技術的に同一ではない。例えばテレビは一定の決まった場所で見るとしかないがスマートフォンを用いたストリーミング視聴は外出先でも可能であるとか、テレビ画面のキャプチャには困難を伴うがパソコン画面のキャプチャは非常に容易であるといったように、視聴環境の違いがあり、そのことが権利者の利益状況に差をもたらす可能性がある。このような技術的差異によって、本来、別個の許諾の対象となるべき再送信なのだと言える。したがってこの場面では、受信する公衆の範囲の異同は問題とならない。

このように欧州司法裁判所は、公衆への伝達権の解釈に際して、第一伝達と第二伝達との技術的同一性を考慮している。これは「新しい公衆」概念とは別の考慮として位置付けられている。本件では技術的同一性が否定されたため、「新しい公衆」を論じるまでもなく決着がついた。そのため、「新しい公衆」論は公衆の範囲が異ならない場合に権利範囲を縮小・限定する方向で機能するかという問題提起についての回答は示されなかった。

²⁸ *TVCatchup*, para. 38-39.

(3) 「新しい公衆」論の新展開——Svensson 判決²⁹ (2014年)

その問題提起を正面から受け止め、回答したのが、2014年の Svensson 判決である。事案は既にわが国でもよく知られている通り、ウェブサイトにおけるハイパーリンクに関するものである。

原告 Svensson らはいずれもジャーナリストであり、Göteborgs-Posten (以下「GP」) というスウェーデンの日刊新聞と契約して、同紙及びそのウェブサイト (以下「GP サイト」) に記事を掲載することを許諾していた。GP サイトにおける当該記事にはアクセス制限などは掛けられておらず、インターネット利用者は誰でもアクセスすることが可能であった³⁰。

被告 Retriever Sverige は情報を収集して顧客のニーズに合わせて提供するウェブサイトを運営しており、そのウェブページからは他のウェブページに対するクリックابل・リンク (clickable Internet links) が張られている。その中には、GP サイトにおける原告執筆記事も含まれていた。なおクリックابل・リンクとは、ウェブページ中の特定の要素 (多くは文字列) に設定され、その部分を閲覧者がクリックすることで、ウェブブラウザの画面がリンク先のウェブページへと遷移する態様のリンクを意味している³¹。典型的には、検索エンジンの検索結果表示画面から個別の検索結果サイトに向けて張られているものがクリックابل・リンクである。被告サービスは、したがって、一種のリンク集の提供だと捉えることができるだろう。

被告の行為は、リンク先ウェブサイトの運営者や著作権者に許諾を得ずにクリックابل・リンクを張る、いわゆる「無断リンク」である。このような無断リンクが公衆への伝達権の侵害となるかが争われ、指令 3 条 1 項の解釈について国内裁判所から欧州司法裁判所へと付託がなされた。

²⁹ Case C-466/12 *Nils Svensson and Others v Retriever Sverige AB*, ECLI:EU:C:2014:76.

³⁰ なお本稿執筆時点 (2018年10月) では、いずれの記事も冒頭の 3 行程度しか表示されず、その先を閲覧するためにはログインが必要とされている。本件訴訟の当時はそうではなかったであろう。

³¹ 経済産業省「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」(平成30年7月) 143頁では、「通常の方法で設定されたリンク」、すなわち「ユーザーがリンク元に表示された URL をクリックする等の行為を行うことによってリンク先と接続し、リンク先と接続することによってリンク元との接続が切断される場合のリンク」と説明されているものがこれに当たる。HTML の <a> タグ (アンカータグ) を用いて実現される。

欧州司法裁判所はまず、『公衆への伝達』の概念が2つの累積的な要件——すなわち、著作物の『伝達行為』と、『公衆』への著作物の伝達——を含んでいることは明らかであると述べて、2要件に分けて検討を始める³²。

前者の「伝達行為」要件については、既に先例でも繰り返し述べられてきた通り、高いレベルの著作権保護を実現するために広範に解釈されなければならない³³ことが再確認された。「他のウェブサイトでアクセス制限なく公開されている著作物に対してクリックابل・リンクを張る行為は、リンク元サイトのユーザに対して、当該著作物に対する直接のアクセスを提供するものと理解されなければならない」。指令3条1項に規定されている通り、公衆に対して利用可能化すれば「伝達行為」と言うのに十分であるから、「著作物に対するクリックابل・リンクの提供は『利用可能化』、それゆえ『伝達行為』に該当するものと捉えられなければならない。」³⁴

後者の「公衆」要件について、「公衆」という用語は潜在的な受け手が不特定な人数であること、そしてさらにある程度大勢であることを意味している。クリックابل・リンクの提供は、リンク元サイトのすべての潜在的ユーザに向けられたものであり、これは不特定なある程度大勢の受け手と言うことができるから、クリックابل・リンクの提供は「公衆への伝達」となる、と判示された³⁵。

ここで判断が終われば、リンク先における公開が著作権者の許諾に基づくか否かに関わらず、無断リンクは常に公衆への伝達権の対象となることになる³⁶。しかし、これに続けて「新しい公衆」論が新展開を見せる。

「それにもかかわらず、確立した判例法³⁷によれば、指令3条1項の『公

³² Svensson, para. 16.

³³ 指令前文4及び9において高いレベルの保護が謳われている。

³⁴ Svensson, para. 17-20.

³⁵ Svensson, para. 21-23.

³⁶ カナダにはそのような帰結の判決 (Trader Corporation v. CarGurus Inc., 2017 ONSC 1841) が存在することにつき、谷川・前掲注7・210頁。

³⁷ ここで先例として引用されているのは、SGAE判決、TVCatchup判決及びOrgan-

衆への伝達』概念に含まれるためには、伝達は、本件で問題となっているように最初の伝達が対象とするのと同じ著作物を最初の伝達と同じ技術的手段（ここではインターネット）を用いて行われる場合には、『新しい公衆』に向けられたものでなければならない。新しい公衆とは、著作権者が最初に公衆への伝達を許諾する際に考慮に入れていなかったような公衆のことである。」³⁸

「本件において、クリックابل・リンクを張るという手段での著作物の利用可能化は、当該著作物の新しい公衆に向けた伝達をもたらすものではない」³⁹。「最初の伝達が対象としていた公衆は、GPサイトへの潜在的なすべての訪問者であった。すなわち、アクセス制限の対象となっていなかったことを考慮すれば、すべてのインターネット利用者がその記事に自由にアクセス可能だったのである。」⁴⁰

「このような状況下では、次のように判断されなければならない。問題の著作物へのクリックابل・リンクの提供という方法での伝達を受けているユーザ、すなわちリンク元サイトのすべてのユーザが、リンク元サイトの運営者による関与なく直接に、当初の伝達が行われているリンク先サイトにおいて当該著作物にアクセスできる場合には、リンク元サイトのユーザは、当初の伝達の潜在的な受け手であると判断されねばならず、それゆえ、[そのようなユーザは] 著作権者が当初の伝達を許諾した際に考慮されていた公衆の一部であると判断されなければならない。」⁴¹

つまりこういうことである。リンク元サイトのユーザはクリックابل・リンクを辿ってリンク先にやって来て、リンク先サイトにおいて当該著作物を閲覧することになる。リンク先サイトにおいてアクセス制限なく公開することを許諾していた以上、著作権者は、このような者も潜在的な受け

ismos Sillogikis Diacheirisis Dimiourgou Theatrikon kai Optikoakoustikon Ergon 判決 (Case C-136/09) である。

³⁸ Svensson, para. 24.

³⁹ Svensson, para. 25.

⁴⁰ Svensson, para. 26.

⁴¹ Svensson, para. 27.

手として考慮に入れていたはずであり、これらのユーザを「新しい公衆」と見ることはできない⁴²。許諾時の想定を超えた新たな範囲の受け手に対する伝達が行われたのではないのだから、著作権者に新たな権利行使の機会を認める必要はない、という発想を背後に見て取ることができる。

これは同じ「新しい公衆」という概念を使っているにもかかわらず、SGAE判決における使い方とは正反対である。既に見たようにSGAE判決においては権利範囲の拡張の正当化のために使われていたのに対し、ここでは権利範囲の縮小・限定の根拠として使われている。欧州司法裁判所は後者のような意味での「新しい公衆」論が「確立した判例法」だと述べているが、これは疑わしい。そこで挙げられている3判決はいずれも権利範囲の限定の場面で「新しい公衆」概念を持ち出した先例ではなかったからである（とりわけTVCatchup判決では「新しい公衆」論に進むまでもなく結論が出ている。）。またこのような縮小・限定の「新しい公衆」論は、指令3条3項が公衆への伝達権の消尽を明確に否定していることとの関係で問題となりうる（この点は次章で検討する。）。

Svensson判決が残した最大の課題は、「新しい公衆」の判断基準である。SGAE判決が「当該著作物の最初の伝達が対象としていた公衆とは異なる

⁴² なお、リンク先サイトにおいてアクセス制限が課されている場合に、それを回避するような方法でリンクが張られたときには、そのようなリンクは「新しい公衆」に対する伝達だと判断される旨が、補足的に述べられている（Svensson, para. 31）。例えば、トップページから進む場合にはログインが必要だが、ディープリンクにすればログインなしで閲覧できてしまうサイト（実際にはあまり想定できないが）のほか、リンクのURL自体にユーザ名やパスワード等のログイン情報が含まれているために、当該URLからアクセスすれば自動的にログインが可能となるような場合が考えられる。2011年に問題となったNew York Timesの事例では、毎月20本までしか無料では読めないNYTの記事について、アクセス制限（paywall）を回避して閲覧することができるURLを提供していたTwitterアカウントが問題視された。NYTはURLの中にユーザごとに固有のIDを埋め込むことで毎月の閲覧数をカウントする仕様を採用していたところ、URLからそのID部分を削除してアクセスすればカウントが不可能になり、アクセス制限は働かなくなるという単純な抜け穴があったのである。当該TwitterアカウントはこのID部分を削除したURLを提供していた。なおこの抜け穴は2013年に修正された。See <<http://nymag.com/daily/intelligencer/2013/02/new-york-times-closes-url-paywall-loophole.html>>.

公衆」と述べ、本判決が「著作権者が最初に公衆への伝達を許諾する際に考慮に入れていなかったような公衆」と述べているところから、その意味は一見明らかであるようにも見える。しかしよく考えてみると判然としない。そもそも個別的・主観的な事情をどこまで重視するのかが明らかではない。ほとんど誰にも知られていないウェブサイトであり、アクセス数もごくわずかだという前提で許諾をしたのに、その後、有名人がSNSで紹介したことでアクセスが殺到したというような場合はどう考えればよいだろうか。著作権者が実際に考慮していた主観的な認識に忠実に判断することであれば、当該有名人は「新しい公衆」への伝達を行ったことになってしまうが、その帰結は妥当なのであろうか。そうではなく、ある程度客観的に合理的意思を探究するというのであれば、今度はその客観的基準が問題となってくる。例えばリンク先サイトにおいて「無断リンク禁止」と書かれていれば、クリッカブル・リンクを辿ってやって来る閲覧者は著作権者が許諾の際に考慮に入れていなかったような公衆ということになるのであろうか。著作権者がそのように考え、また表示しておけば、「無断リンク」を全面的に禁止できるような権利として公衆への伝達権を捉えてよいのだろうか。あるいはそのような意図を客観的に表明するためには単に「無断リンク禁止」と書くだけではなく、アクセス制限を課さなければならぬのであろうか。

客観的基準ということに関連して言えば、本判決は「すべてのインターネット利用者がGPサイト上の記事にアクセス可能であったことに言及している。この指摘を敷衍するならば、アクセス制限なくインターネット上に公開された場合は、常に、すべてのインターネット利用者が当初より伝達の対象とされていたことになり、その後のインターネット上での伝達が「新しい公衆」に対する伝達に該当することはおよそあり得ず、例えば再アップロードの事案ですらも公衆への伝達権の侵害とならないという極端な理解も導きうる（このような理解の是非は後にRenckhoff判決において議論の対象となる。）。

以上のように、「新しい公衆」概念の適用には困難を伴うが、この検討は次章以降に回すことにして、次の判決に移ろう。

(4) 埋め込み表示——BestWater判決⁴³ (2014年)

クリックブル・リンクが問題となった *Svensson* 判決とは異なり、ここではいわゆる埋め込み表示（インラインリンク）が問題となった。埋め込み表示とは、(典型的には) 他のサーバに蔵置されている画像ファイルや動画ファイルを自己のウェブページの表示の一部として埋め込んで表示させることである⁴⁴。閲覧者はリンク元ウェブページを閲覧しながらも、その画面上の一部分において他のサーバから送信されてきた画像や動画を閲覧することになる。言い換えるならば、クリック等の閲覧者の主体的な行為なくして、自動的に、両者が統合してリンク元ウェブページにおいて表示される態様のリンクである。わが国で埋め込み表示が問題となった事案としては、前出のロケットニュース24事件及びリツイート事件がある⁴⁵。

⁴³ Case C-348/13 *BestWater International GmbH v Michael Mebes and Stefan Potsch*, ECLI:EU:C:2014:2315.

⁴⁴ 「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」・前掲注31・143頁では『インラインリンク』とは、ユーザーの操作を介することなく、リンク元のウェブページが立ち上がった時に、自動的にリンク先のウェブサイトの画面又はこれを構成するファイルが当該ユーザーの端末に送信されて、リンク先のウェブサイトのユーザーの端末上に自動表示されるように設定されたリンクをいう」と説明されている。

⁴⁵ なお誤解のないように述べておくならば、スメルゲット事件(知財高判平成18年3月29日判タ1234号295頁)や「夕暮れのナバリ海岸」写真事件(東京地判平成24年12月21日判タ1408号367頁)、IKEA買物代行事件(東京地判平成27年1月29日判時2249号86頁)、ポストンローファーム事件(東京地判平成27年4月15日裁判所HP(平成26年(ワ)第24391号))、「壁ドン」イラスト事件(東京地判平成30年6月7日裁判所HP(平成29年(ワ)第39658号))のように、他のサーバで公開されていた画像ファイルをダウンロードしてそのまま自己の管理下のサーバ領域に再アップロードした事案においても、その再アップロードされたファイルを自己のウェブページに表示させる場面ではやはりHTMLのタグを用いた埋め込み表示が行われているはずである。埋め込み表示という技術は、必ずしも、自己の管理しない外部サーバに蔵置されているコンテンツを対象とするものに限って用いられるわけではない。これらの事件において埋め込み表示による公衆送信権侵害の成否が独立の論点とならなかったのは、再アップロード行為自体が複製や送信可能化に該当するので、その後の埋め込み表示について公衆送信権侵害の成否を別途問題とする実益がなかったためである(他方、発信者情報開示請求における開示対象の拡張の要請から

BestWater判決の事案では、YouTubeにアップロードされていた動画を被告ウェブサイトにおいて埋め込み表示したことが公衆への伝達権の侵害となるかが争われた。原告BestWaterは問題となった約2分の動画の著作権者である。この動画がYouTubeにアップロードされたことにつき原告の許諾があったかどうかは争いがあるようだが、それは国内裁判所における事実認定に委ねられるべき問題だと考えたのであろうか、欧州司法裁判所はこの点を曖昧にしたまま判断をしている。もっとも、後出のGS Media判決の存在を考えると、本判決の射程はあくまでも著作権者の許諾を得てアップロードされていた事案に限定されると捉えるべきであろう。そのような前提で本件の争点を整理するならば、ここでは、著作権者の許諾を得てYouTubeに（したがってアクセス制限なく誰もが閲覧できる状態で）アップロードされていた動画を、被告サイトにおいて埋め込み表示の方法で⁴⁶提供した行為が指令3条1項の公衆への伝達権の対象となるかが問題となっている。

この問題は、しかし、Svensson判決等の既存の判例法において既に解決済みである。欧州司法裁判所はそうように考え、手続規則（Rules of Procedure of the Court of Justice of the European Union⁴⁷）99条⁴⁸に基づき、JudgementではなくOrderという形式で判断を示した。すなわち、確立した判例法によれば、当初の伝達とは異なる伝達技術が用いられた場合か、そうでなければ、「新しい公衆」に向けられたものである場合に限って公衆

この点を問題とする実益が生じた事例が、ペンギンパレード事件（前掲注5）である。この点については、谷川和幸「発信者情報開示請求と支分権主義—『一体的な複製』論を契機として」福岡大学法学論叢63巻4号（2019年）掲載予定を参照。）。

⁴⁶ 具体的にはHTMLの<iframe>タグを用いることでこの埋め込み表示が実現される。YouTubeで任意の動画を表示させ、右下の「共有」をクリックし、「リンクの共有」の中の「埋め込む」をクリックすれば、その動画を埋め込むためのタグが表示される。

⁴⁷ OJ L 265, 29.9.2012, pp. 1-42.

⁴⁸ 付託された質問が、過去に欧州司法裁判所が判断したのと同じ質問である場合や既存の判例法から明らかに推論されうる場合などには、理由を示した命令（reasoned order）の形式で判断することができるという規定。本件では判例法から明らかに推論されうる場合に該当すると述べられている（BestWater, para. 12-13）。

への伝達に該当する⁴⁹。当初の伝達がウェブサイトでの公開であった事案において *Svensson* 判決は、同一の伝達技術を用いているうえ、問題の著作物は著作権者の許諾を得てすべてのインターネット利用者が自由にアクセスできる状態で公開されていたことを理由に、公衆への伝達に該当しないと判断した⁵⁰。この判断は、クリックブル・リンクであるか埋め込み表示(インラインリンクあるいはフレーミング)であるか——言い換えると、ブラウザの画面がリンク先に遷移することで閲覧者がリンクであることを認識できる場合であるか、リンク元ウェブページの一部として埋め込み表示されるためにあたかもリンク元の一部であるかのような印象を生じさせる場合であるか——によって異なるところはない⁵¹。「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」⁵²。したがって、リンク先において自由にアクセスできる状態で公開されている著作物に対して埋め込み表示の方法でリンクを張る行為は、指令 3 条 1 項の公衆への伝達権の対象とならない⁵³。

わが国においては送信主体でないことを根拠に公衆送信権が及ばないものと理解されてきた埋め込み表示であるが、欧州においてはこれとは異なる枠組みで捉えられている。本判決では省略されているが、リンク(クリックブル・リンクでもインラインリンクでも)が「伝達」概念に含まれることは先例から明らかである。そのうえで、技術的同一性及び「新しい公衆」論により権利範囲が定められる。第一伝達(当初のアップロード)と第二伝達(リンク)とはいずれもインターネットという同一の伝達技術を用いていることから、第二伝達の伝達相手が「新しい公衆」であるかど

⁴⁹ *BestWater*, para. 14. ここで確立した判例法として引用されているのは *Svensson* 判決が引用したのと同じ 3 判決である。

⁵⁰ *BestWater*, para. 15-16.

⁵¹ *BestWater*, para. 17.

⁵² *BestWater*, para. 18.

⁵³ *BestWater*, para. 19.

うかが結論を左右する。本件ではYouTubeにアップロードすることで、アクセス制限なく誰もが自由にアクセスできる状態で第一伝達が行われている。これが原告の許諾に基づくものだという前提で考えるならば、この許諾の際には、「すべてのインターネット利用者」によるアクセスが予見されていたと言える。そうであれば、リンクによって、その許諾の範囲を超えるような「新しい公衆」に向けた伝達が生じることはあり得ないので、結局、リンクは公衆への伝達権の対象とならないのである。Svensson判決をそのまま埋め込み表示の事案にスライドさせた判示となっている（だからこそOrderなのであるう。）。

しかし、本当に著作権者の意思をそのように定型的に理解してよいのかについては疑問がないわけではない。クリックابل・リンクであれば閲覧者はリンクに導かれてリンク先サイト（すなわち著作権者が許諾をしたサイト）を訪問し、そのサイト内において当該著作物を享受する。これに対し埋め込み表示では、すべてはリンク元サイトの表示で完結する。この違いが重要な意味を持つことがあるかもしれない。例えばリンク先サイトにバナー広告が掲載されており、著作権者は自己の著作物の閲覧回数に応じて広告料収入を得ることを予定して許諾をしていたとしよう。それにもかかわらず、その著作物を埋め込み表示の方法によって外部サイトで表示されてしまうと、リンク先サイトにおける広告の閲覧回数が増えず、著作権者が予定した広告料収入が得られないという事態が生じる。このような場合にまで、「著作権者はすべてのインターネット利用者による自由なアクセスを許諾していたはずだから、リンク元サイト内において埋め込み表示される場合にも新しい公衆への伝達ではない」との説明が説得力を有するかは疑問である。この場合には、著作権者が許諾の際に考慮していた公衆とは、まさにリンク先サイトを訪問して当該サイト内の表示において当該著作物を享受する公衆に限られていたのではなかろうか⁵⁴。Svensson判決が

⁵⁴ なおYouTubeの場合には埋め込み表示による外部サイトにおける再生であっても一定の場合には視聴回数にカウントされるようであり、視聴回数に応じて広告料収入を得るという著作権者の利益は埋め込み表示によって害されないとする余地がある。つまり本判決の結論は、第一伝達がそのような仕様のYouTubeであった場合については妥当と言いうる。（もっとも、だからといって本判決の射程をYouTube

「最初の伝達が対象としていた公衆は、GPサイトへの潜在的なすべての訪問者であった」(傍点引用者)と述べていたことには重要な意味があり、これを短絡的に「すべてのインターネット利用者」と読み替えて埋め込み表示の事案に適用することには慎重であるべきだと思われるのである。

(5) その後の事例 (2016年～2017年)

BestWater判決の後も、公衆への伝達権に関する先決判決は多数現れたが、2018年のRenckhoff判決までの諸判決は本稿の問題関心との関係では重要性が低いと考えられるため、簡単に紹介するにとどめる。

(a) Reha Training 判決⁵⁵ (2016年)

リハビリテーション・センターの待合室及びトレーニング室にテレビを設置しておき、治療のために訪れた患者がテレビ番組を視聴できるようにした行為が公衆への伝達に当たるかが争われた。権利者団体GEMAがロイヤリティの支払いを求めたところセンターが支払いを拒絶したことから提訴。国内の控訴裁判所から付託がなされた。

欧州司法裁判所は次のように述べて、患者は「新しい公衆」に当たると判断した。「患者は、センターの管理者による患者を対象とする介入〔＝患者に見せることを目的としたテレビの設置行為〕がなければ、原則として、放送される著作物を享受することができない。さらに、本件の紛争の発端が、センターにおける著作物等の利用可能化に関するロイヤリティの支払いに関するものであることからすれば、当該著作物の利用可能化に関する最初の許諾の際にこれらの患者は明らかに考慮されていなかったと言わなければならない。したがって、本件のようなリハビリテーション・センターの患者は、先例が言う意味での『新しい公衆』を構成する。」⁵⁶

ここでは、権利者が後からロイヤリティの支払いを求めている以上、当

に限定して理解することは困難であろう。)

⁵⁵ Case C-117/15 *Reha Training Gesellschaft für Sport- und Unfallrehabilitation mbH v Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)*, ECLI:EU:C:2016:379.

⁵⁶ *Reha Training*, para. 60-61.

初の許諾の際に考慮されていなかったのであろうという説明になっている。しかしこのように考えてしまうと、権利者が後から権利行使をした事例において、「新しい公衆」該当性が否定される場面がおよそ存在しないことになってしまう。これは明らかに *Svensson* 判決等の立場とは異なる。*Svensson* 判決等における「新しい公衆」論は、後からの権利行使を制限する法理である。権利者の事後的な権利行使の存在を「新しい公衆」該当性の判断に直結させる本判決の説明には大いに疑問があるというべきであろう。

(b) *GS Media* 判決⁵⁷ (2016年)

Svensson 判決では当初の公開（第一伝達）が権利者の許諾に基づくものであったが、*GS Media* 判決では第一伝達が権利者の許諾に基づかない無断アップロードである場合に、当該ファイルに向けてクリッカブル・リンクを張る行為（第二伝達）が公衆への伝達権の侵害となるかが問題となった。

事案は、無断アップロードされた写真へのリンクングである。*Playboy* 誌を発行している原告 *Sanoma* 社は、ある有名人のヌード写真について写真家から独占許諾を受け、訴権も有している。その写真が *Playboy* 誌に掲載して出版される前に流出し、とあるストレージサービスに無断でアップロードされた。被告 *GS Media* 社はニュースサイト運営会社である。被告は、匿名の人物から、本件写真がアップロードされている事実とその URL を知らせるメールを受け取ったことから、自社のニュースサイトにおいて「写真へのリンクはこちら」として当該 URL に対してハイパーリンクを張って紹介した。このリンクングが公衆への伝達権の侵害となるかが争点である。

同じくリンクングの事案である *Svensson* 判決及び *BestWater* 判決との事案の違いを欧州司法裁判所は強調する。すなわちこれらの先例はあくまで

⁵⁷ Case C-160/15 *GS Media BV v Sanoma Media Netherlands BV and Others*, ECLI:EU:C:2016:644. 同判決については、奥邨・前掲注 2、作花文雄「リンクングに関する著作権問題の動向 (CJEU における裁判例の形成と課題)・続編」コピライト 669 号 (2017 年) 25 頁、小泉直樹「良いリンク悪いリンク」別冊 L&T 3 号 (2017 年) 47 頁、井奈波朋子「[欧州]『リーチサイト』問題」知財管理 67 巻 8 号 (2017 年) 1255 頁など多数の邦語文献がある。

も権利者の許諾に基づいて他のサイトで公開されていた著作物へのリンクの事案において、「新しい公衆」に向けられた伝達ではないとの根拠で公衆への伝達に該当しないと判断した判決である。「著作物が、著作権者の許諾に基づいて、他のウェブサイトですべてのインターネット利用者に対して既に自由に利用可能となっていたという場合には、〔そこに向けてリンクを張る〕行為は、指令3条1項にいう公衆への伝達には当たらない。実際、リンク先ウェブサイトにおいて当該著作物が自由に利用可能となれば直ちに、またそうである限りにおいて、著作権者がそのような伝達に同意していた場合には、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含めていたと考えなければならない」⁵⁸。したがって、リンク先ウェブサイトにおける公開について著作権者の許諾がない場合にまで公衆への伝達に当たらないとは推論できない。「むしろこれらの先例は、著作権者の同意の重要性を承認している」⁵⁹。

当初の公開に許諾がない場合の解釈については本稿の冒頭にまとめた通りであり（④の部分）、また本稿の主題ではないので、これ以上立ち入らない。ここでは、「新しい公衆」論との関係で、権利者の許諾の存在が重視されていること及び、一つのウェブサイトでの伝達を許諾した以上はすべてのインターネット利用者を公衆として想定していたものと考えなければならないとされていることを上記の通り確認しておくとともに、**Reha Training** 判決の考え方（ロイヤリティの支払いを求めている以上は当初の許諾の際に考慮していなかったのであろうとの推測）とは相容れないことを指摘するとどめる。

(c) AKM判決⁶⁰（2017年）

放送電波を受信し、ケーブルテレビの方法で同時再送信する行為が問題となった。欧州司法裁判所は、ケーブルによる送信は当初の放送とは異なる

⁵⁸ *GS Media*, para. 42.

⁵⁹ *GS Media*, para. 43.

⁶⁰ Case C-138/16 *Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) v Zürs.net Betriebs GmbH*, ECLI:EU:C:2017:218.

る技術的手段を用いているので「伝達」に当たるとしつつも⁶¹、著作権者が原放送機関に放送を許諾した際に当該放送は国内の全員によって受信可能とされることを認識していたのであるから、ケーブルテレビによって伝達される公衆は許諾の際に考慮されていた公衆であり、「新しい公衆」には該当しないとして、指令3条1項の公衆への伝達に当たらないと判断した⁶²。

第一伝達と第二伝達とが技術的同一性を欠く場合には「新しい公衆」論に進むまでもなく公衆への伝達に当たるとした先例（TVCatchup判決）に従うならば、放送とケーブルテレビとで技術が異なるとされた段階で公衆への伝達になるように思われるが、本判決は「新しい公衆」論に進んでいる。この判断枠組みの逸脱をどのように理解するかについて、後出VCAST事件の法務官（Advocate General）の意見⁶³では次の2点が指摘されている。第1に、AKM判決のアプローチは、著作権者が第一伝達の許諾をする際に、問題の再送信（第二伝達）をも考慮していたとの条件付きのものなのではないか⁶⁴。第2に、AKM判決で問題となった第二伝達は第一伝達をそのまま何ら変更せずに行う同時再送信であり、そこでは第二伝達の受け手は、第一伝達の場合と同じ条件で番組を享受する（これに対しVCAST判決で問題となるインターネット上での録画の提供の場合には第一伝達と享受の条件が異なる。）⁶⁵。

技術的同一性を欠くと言っても、享受の態様には差がなく、著作権者が想定する第一伝達を享受する公衆の中に実質的に包含されていたと見られるのではないかと指摘である。そうのように考えるならば、技術的同一性は独立の判断基準ということではなく、「新しい公衆」かどうかを判断する際の判断材料に過ぎない（技術的同一性を欠くのであれば、通常は、「新しい公衆」に当たる、という関係）と整理できようか。

⁶¹ AKM, para. 26.

⁶² AKM, para. 27-29.

⁶³ ECLI:EU:C:2017:649.

⁶⁴ *Ibid.*, para. 52.

⁶⁵ *Ibid.*, para. 55.

(d) *Filmspeler* 判決⁶⁶ (2017年)

権利者の許諾なくストリーミング配信されている動画を容易に検索してテレビ画面で視聴できるソフトウェアを組み込んだ小型機器を販売する行為が問題となった。

欧州司法裁判所は、このような販売行為も、購入者に対して当該著作物への直接のアクセスを提供するものであるから「伝達」に該当すると判断した。そして当初の伝達について権利者の許諾のない類型であるから、GS Media 判決を参照して、行為者の認識を根拠に、公衆への伝達に当たるとした。したがってここでは「新しい公衆」論は登場していない。

(e) *The Pirate Bay* 判決⁶⁷ (2017年)

BitTorrent と呼ばれる技術を用いた P2P ファイル共有におけるインデックスサイト「*The Pirate Bay*」(以下「TPB」と略す。)を対象とするブロッキングに係る事件である。BitTorrent を用いたファイル共有において、対象のファイルは細かい断片に細分化され、ピアと呼ばれる各利用者のコンピュータに保存されている。ピアが相互に通信して細分化された断片の受信を行うことになる。その際、あるファイルの断片を保有しているピアの IP アドレスの情報はトラッカーと呼ばれるサーバに集約されており、そのトラッカーへのリンクを含むのが「トレントファイル」と呼ばれるファイルである。インデックスサイトはこのトレントファイルを収集し、検索可能にする役割を担っている。ファイルの断片は各ピアが保有しており、トレントファイルにはその内容は含まれていない。つまり TPB は著作物を直接、送信しているわけではない。比喩的に言えば、どのピアがどの断片

⁶⁶ Case C-527/15 *Stichting Brein v Jack Frederik Wullems*, ECLI:EU:C:2017:300. 詳細は、奥邸弘司「*Stichting Brein* 事件(または *Filmspeler* 事件) EU 司法裁判所先決判決について～インターネット上に違法に公開されている著作物へのリンクを内蔵するマルチメディア再生機器の販売は公衆への伝達に該当するか～」コピーライト675号(2017年)37頁及び谷川和幸「リーチアプリ内蔵端末の規制に関する諸外国の動向」L&T78号(2018年)26頁を参照。

⁶⁷ Case C-610/15 *Stichting Brein v Ziggo BV and XS4ALL Internet BV*, ECLI:EU:C:2017:456.

を保有しているかのリンク集のデータベースを提供しているに過ぎないわけである。

原告はオランダの権利者団体である。原告は、アクセスプロバイダーである被告Ziggo等に対して、利用者によるTPBへのアクセスをブロックするように請求した。国内裁判所は、Ziggo等の利用者がTPBを通してファイル共有を行うことは公衆への伝達に該当するとしつつも、TPBの行為（このようなファイル共有のシステムを作り出し、維持する行為、トレントファイルをダウンロード可能なウェブサイトを運営する行為及びトレントファイルを当該サイトにインデックスし、カテゴリー別に分類し、利用者がダウンロード可能にする行為）が公衆への伝達に該当するかどうかについては先例から明らかではないとして、欧州司法裁判所に付託した⁶⁸。

欧州司法裁判所はまず、Svensson判決やFilmstuderer判決におけるリンク提供と同様、TPBにおいて「公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物へのアクセスが可能となるような状態に当該著作物を置くこと」（利用可能化）が行われており、TPBがこの利用可能化において必須の役割を果たしていることから、「伝達」に当たると指摘する。次に「公衆」については、TPBの利用者がかなり大人数であることを指摘する。最後に「新しい公衆」について、TPBにおいて利用可能となった著作物は権利者の許諾に基づかないものであることをTPB自身も認識していたことを根拠に、「新しい公衆」に対する伝達であると判断した⁶⁹。

GS Media判決が着目したリンク設定者の認識という要素を、「新しい公衆」該当性の判断の中に位置付けている点で、従来とは異なった説明の仕方になっている。「新しい公衆」の定義、すなわち、権利者が第一伝達を許諾した際に考慮していなかったような公衆、という概念からすれば、やはり第一伝達への許諾がある場合が前提であり、本件のようにそれが不在の場面で「新しい公衆」概念に引き付けて説明することには違和感がある。

⁶⁸ なお本件とはまた別に、TPB運営者に対するスウェーデン国内の有罪判決に関して、欧州人権裁判所判決が出されている。比良友佳理「著作権と表現の自由に関する欧州人権裁判所の新たな動き—Ashby判決、The Pirate Bay判決—」AIPPI62巻12号（2017年）24頁参照。

⁶⁹ *The Pirate Bay*, para. 45.

(f) VCAST判決⁷⁰ (2017年)

原告VCAST社は、イタリアの地上波テレビ番組をクラウド上に保存できるインターネット録画サービスを提供している。利用者がVCASTのウェブサイトにおいて録画したい番組を選択すると、VCASTが所有するテレビアンテナがその番組の電波を受信し、自動的にクラウド上に保存するという仕組みである。原告は国内裁判所において、当該サービスの適法性の確認を求めて提訴した。

国内裁判所からの付託事項は、私的複製に関する指令5条(2)(b)との関係を問うものであるが、欧州司法裁判所はその検討の中で、本件サービスが公衆への伝達権侵害であることを指摘している⁷¹。「公衆」要件について欧州司法裁判所はTVCatchup判決を引用して次のように述べる。「[放送機関による第一伝達と本件サービスによるインターネットを通じた第二伝達とは]異なる公衆(different publics)に対する伝達を構成し、それゆえ、そのそれぞれについて権利者の同意を得る必要がある。このような状況においては、これら二つの伝達の対象である公衆が同一であるかどうかや、本件サービスの対象とされた公衆が新しい公衆を構成するかどうかについては、もはや検討する必要はない。」⁷²

ここではTVCatchup判決が忠実に踏襲されている。技術的同一性を欠く伝達であるので、権利者による個別の許諾が必要であり、「新しい公衆」であるかないかといったことは問題ではないという立場(したがってAKM判決とは異なる立場)である。

⁷⁰ Case C-265/16 *VCAST Limited v RTI SpA*, ECLI:EU:C:2017:913. 評釈として、奥邨弘司「VCAST事件EU司法裁判所先決判決～テレビ番組遠隔録画サービスについて～」コピライト684号(2018年)29頁。

⁷¹ 両者の関係については、奥邨・前掲注70・31頁を参照。

⁷² *VCAST*, para. 49-50.