

**ファイルのアップロードとその URL の掲示をあわせて送信可能化とした事例**

- 【文献種別】 判決／大阪高等裁判所  
【裁判年月日】 令和1年11月1日  
【事件番号】 平成31年（う）第280号  
【事件名】 各著作権法違反、不正指令電磁的記録作成等被告事件  
【裁判結果】 棄却  
【参照法令】 著作権法119条・23条・2条、刑法60条  
【掲載誌】 高等裁判所刑事裁判速報集（令1）号459頁  
◆ LEX/DB 文献番号 25564530

慶應義塾大学教授 奥邨弘司

**事実の概要**

被告人 $X_1$ ・ $X_2$ ・ $X_3$ は、本件インターネットサイト（以下「本件サイト」）を運営・管理していた。 $X_1$ らは、Aらと共謀の上、法定の除外事由がなく、かつ、著作権者の許諾を受けずに、一部については $X_3$ が、その余についてはAらが、Aらの自宅などに設置されたパーソナルコンピュータを使用してインターネットを介し、インターネットに接続された自動公衆送信装置であるサーバ（注：本件サイトのそれとは異なる）の記録媒体に、他人の著作物である漫画等の各書籍データを記録・蔵置した上、前記パーソナルコンピュータを使用してインターネットを介し、前記各書籍データを記録・蔵置した場所を示す URL を本件サイトのサーバ内の記録媒体に記録・蔵置し、インターネットを利用する不特定多数の者に前記各書籍データを自動公衆送信可能な状態にし、もって各著作権者の著作権を侵害した。

以上を踏まえて、原判決（大阪地判平31・1・17平成29年（わ）4356号）は、 $X_1$ ら3名について、公衆送信権侵害罪（刑法60条、著作権法119条1項、23条1項）の共同正犯が成立するとした。

控訴審において弁護人は、書籍データを記録・蔵置した場所を示す URL を本件サイトのサーバ内に記録・蔵置した行為は、公衆送信権の侵害に当たらないなどと主張した。これに対して、検察官は、書籍データをインターネットに接続されたサーバの記録媒体に記録・蔵置する行為（以下「アップロード行為」）だけでは、公衆が当該サー

バの URL が分からず、事実上アクセスできないところ、これに、書籍データの所在場所を示す URL を本件サイトのサーバ内の記録媒体に記録・蔵置する行為（以下「URL 記録行為」）が相まって著作権法2条1項9号の5イの「情報の記録」に該当し、公衆送信権を侵害すると主張した。

**判決の要旨**

控訴棄却（以下、Aらの行為の公衆送信権侵害該当性に関する部分のみ取り上げる）。

「著作権法23条1項は、『著作者は、その著作物について、公衆送信（自動公衆送信の場合にあつては、送信可能化を含む。）を行う権利を専有する。』と規定する。さらに、同法2条1項7号の2は、『公衆送信』とは『公衆によつて直接受信されることを目的として無線通信又は有線電気通信の送信（（略））を行うことをいう。』と規定し、同項9号の4は、『自動公衆送信』とは『公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行うもの（放送又は有線放送に該当するものを除く。）をいう。』と規定する。そして、同項9号の5（平成30年法律第30号による改正前のものをいう。以下、同号については、全て同じ。）は、『送信可能化』とは『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をいう。』『イ公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置（公衆の用に供する電気通信回線に接続することにより、その記録媒体のうち自動公衆送信の用に供する部分（以下この号

(略)において「公衆送信用記録媒体」という。)に記録され、又は当該装置に入力される情報を自動公衆送信する機能を有する装置をいう。以下同じ。)の公衆送信用記録媒体に情報を記録し、情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体として加え、若しくは情報が記録された記録媒体を当該自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換し、又は当該自動公衆送信装置に情報を入力すること。』『ロ(略)』と規定する。」

「そこで検討するに、Aら投稿者によるアップロード行為は、それ自体において、公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に情報を記録すること(著作権法2条1項9号の5イ)に該当するものではある。しかし、アップロード行為があったとしても、各書籍データはいわゆるストレージサービスに記録・蔵置されているにすぎないから、一般に検索することが難しく、公衆は、書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを知らない限り、事実上、書籍データにアクセスすることは極めて難しい状態にある。

このような事実関係からすると、Aら投稿者が行うアップロード行為は、これに加えて、URL記録行為が行われることにより、公衆においてそのURLを介して書籍データにアクセスすることが実質的に可能となると認められる。そうすると、Aら投稿者は、これらの2つの行為を一体として行うことによって、情報を記録する行為により自動公衆送信し得るようにすること(著作権法2条1項9号の5)に当たる行為を行ったというべきである。」

## 判例の解説

### 一 問題の所在

本判決は、いわゆるリーチサイトの運営者であるX<sub>1</sub>らについて、公衆送信権侵害の共同正犯が成立するとしたものである。リーチサイトとは、違法にインターネットにアップロードされた著作物そのものは掲載していないものの、それらへのリンクを集めて誘導するサイトをいい<sup>1)</sup>、近年は、漫画を対象とするリーチサイトがもたらす、漫画家や出版社に与える悪影響が問題視されてきた。本件サイト(はるか夢の址)もその1つであった。

本稿では、本判決のうち、共同正犯成立の前提として、Aらの行為が公衆送信権侵害に当たるとした部分を取り上げた。

本判決は、Aらの行為を、公衆送信権侵害と断じたが、Aらが送信を行ったこと自体は認定せず、Aらによる、アップロード行為とURL記録行為の存在を認定しているに過ぎない。この点、公衆送信の定義に照らせば、本来、Aらによる送信行為の存在を認定せずに公衆送信権侵害を問題とすることはできないはずである。しかしながら、公衆送信権について規定する著作権法(以下、省略)23条は、その括弧書きで、自動公衆送信の場合には、送信ではなくて送信可能化を行っただけでも、公衆送信を行ったと捉え、同権利が及ぶことを例外的に認めているところ、本判決は、Aらの2つの行為を一体として送信可能化に当たると評価した。果たしてこのような評価は妥当なのだろうか。以下、この点について検討したい。

## 二 送信可能化

### 1 沿革と位置づけ

送信可能化は、平成9年改正で導入された概念であるが、「著作権法が送信可能化を規制の対象となる行為として規定した趣旨、目的は、公衆送信のうち、公衆からの求めに応じ自動的に行う送信(後に(筆者注:平成9年改正で)自動公衆送信として定義規定が置かれたもの)が既に規制の対象とされていた状況の下で、現に自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為を規制することにある」(最判平23・1・18民集65巻1号121頁[まねきTV事件])。

もっとも、自動公衆送信の準備段階の行為の全てが送信可能化となるわけではなく「送信可能化とは……2条1項9号の5イ又はロに所定の方法により自動公衆送信し得るようにする行為」(まねきTV事件最判)に限られる。

### 2 記録タイプと変換タイプ

2条1項9号の5(以下、単に「9号の5」という)には、「記録」「付加」「変換」「入力」「接続」の5つのタイプの行為が規定されている。ここでは、本件に関係する記録タイプと変換タイプについて簡単に見ておこう<sup>2)</sup>。

記録タイプとは、「公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置の公

衆送信用記録媒体に情報を記録」する行為を指し、インターネットに接続しているサーバのハードディスクへアップロードする行為が、典型例となる<sup>3)</sup>。

変換タイプとは「情報が記録された記録媒体を当該（筆者注：＝公衆の用に供されている電気通信回線に接続している）自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に変換」する行為であり、電子メール用のディレクトリをホームページ用のそれに変更することが典型例である。

### 三 本判決の論理と疑問点

#### 1 合わせ技一本

先に見たように、インターネットに接続したサーバにアップロードする行為は、記録タイプの典型例である。この点、本判決も、Aらによるアップロード行為は、「それ自体において、公衆の用に供されている電気通信回線に接続している自動公衆送信装置の公衆送信用記録媒体に情報を記録すること（著作権法2条1項9号の5イ）に該当するものではある」（傍点筆者）とする。

もっとも、傍点部から明らかなように、そこには「一応」というニュアンスが込められている。というのも「アップロード行為があったとしても……公衆は、書籍データを記録・蔵置した場所を示すURLを知らない限り、事実上、書籍データにアクセスすることは極めて難しい状態」にあったからだ。結果、本判決は、アップロード行為単体では、記録タイプとして送信可能化に当たるとは結論づけず、アップロード行為「に加えて、URL記録行為が行われることにより、公衆においてそのURLを介して書籍データにアクセスすることが実質的に可能となると認められる」ことを理由として、「これらの2つの行為を一体として行うことによって、情報を記録する行為により自動公衆送信し得るようにすること（著作権法2条1項9号の5）に当たる行為を行ったというべきである」と述べているのである。

つまり、アップロード行為とURL記録行為の2つの、いわば合わせ技一本で、記録タイプの送信可能化の成立を認めているといえる。

このような判決の論理については、刑法学上の、「一連の行為論」を踏まえたものであろうとの指摘が既になされているところである<sup>4)</sup>。

#### 2 疑問点

本判決の論理には3つの疑問がある。

第1は、本判決が指摘するように、ある行為が、9号の5イの記録タイプに該当するにもかかわらず、なお、自動公衆送信し得るようにしているとはいえないという状況が存在するのかという疑問である。この点、9号の5の規定ぶり、自動公衆送信や自動公衆送信装置の仕組みを踏まえれば、同号に規定された5タイプ（ここでは記録タイプ）の行為が存在すれば、それこそ「自動的に」自動公衆送信し得ようになるはずであり、本判決が指摘するような状況は想定し難いのではないだろうか。

第2は、第1の裏返しともいえるが、ある行為が、記録タイプに該当するにもかかわらず、なお、自動公衆送信し得るようにしているといえないというのは、実は、当該行為がそもそも記録タイプに該当しないからに過ぎないのではないかという疑問である。

ここで、注目すべきは、9号の5においては、公衆送信用記録媒体（＝「自動公衆送信の用に供する」記録媒体）と（公衆送信用記録媒体ではない）単なる記録媒体が注意深く書き分けられている事実と、記録タイプにおける記録は、公衆送信用記録媒体に対して行わなければならないという事実である。この点、本判決がいうように、アップロード行為によって記録媒体に記録されたものに公衆がアクセスし難いということであれば、当然、求めに応じて自動的に行われる公衆送信、すなわち、自動公衆送信も生じ難いということになる。とすると、アップロード行為で記録を行った記録媒体は、自動公衆送信の用に供する記録媒体＝公衆送信用記録媒体とはいえないことになり、結果、アップロード行為は、そもそも記録タイプに該当しないということになるのではなからうか（このように考えれば、第1の疑問と第2の疑問は同時に解決されることになる）。本判決は、9号の5が、公衆送信用記録媒体と単なる記録媒体を区別している点を看過しているように思われるのである。

第3は、本件において、アップロード行為とURL記録行為の合わせ技一本で、記録タイプになると評価したことが妥当だったのかという疑問である。従来、支分権主義が貫徹されてきた著作権法の世界に、一連の行為論を導入することの妥当性については、既に議論されている<sup>5)</sup>——とこ

ろであり、筆者自身は、現状否定的に考えている——が、ここでの疑問はそれとは異なる。ここで疑問視しているのは、本件の事実関係により適切に当てはまるであろう規定が法律上用意されているのに、それを適用せずに、合わせ技一本で記録タイプと評価したことの妥当性である。より端的に言えば、本件は、本来、変換タイプの送信可能化の問題として、検察官は主張すべきであったし、裁判所もそう評価すべきだったのではないかという疑問である。

#### 四 変換タイプとしての解決

変換タイプの送信可能化とは、端的に言えば、情報が記録された記録媒体（公衆送信用記録媒体ではないもの）を公衆送信用記録媒体に変換することをいう。本件に即して言えば、アップロード行為を行った記録媒体が「情報が記録された記録媒体」に当たり、URL 記録行為が前記記録媒体を「公衆送信用記録媒体に変換する」ことに当たる。

すなわち、先に述べたように、アップロード行為によって情報を記録した記録媒体は、その時点では公衆送信用記録媒体ではない単なる記録媒体に過ぎないが、本判決が指摘するように、URL 記録行為によって、公衆によるアクセスが可能となり、結果、自動公衆送信が可能となるから、前記記録媒体は、URL 記録行為によって、公衆送信用記録媒体に変換されるわけである<sup>6) 7) 8)</sup>。

本判決自身が認定した事実関係を、素直に、9号の5に当てはめれば、本件は、変換タイプの送信可能化であったことが明らかになる。合わせ技一本などを持ち出す必要は全くないのである。

もっとも、変換タイプの送信可能化が認められた事例は——TKK のデータベースを検索する限り——これまでのところ、刑事事件のみならず、民事事件にも存在しない。そのため、送信可能化が問題になる事案で、変換タイプを想起するのが難しかったのは、あり得る話である。また、アカデミアとしても、これまで、変換タイプの例として、ディレクトリの属性変更などをあげる程度で、その意味内容を必ずしも深くは論じてこなかった。

ここで、一点強調しておきたいのは、送信可能化について判断したこれまでの裁判例を見ると、9号の5に定められた5タイプの行為のいずれかに当てはまらなければ、送信可能化となり得ないのに——この点は、その沿革からも、条文の構造

からも、まねき TV 事件最判の説示からも明らかである——その点に拘っていないものが少なくないことであり、そのような判決が拡大再生産されている傾向が認められる点である<sup>9)</sup>。現に、本判決の前には、本判決と同様の論理で、アップロードする行為と URL を記録する行為の合わせ技一本で、公衆送信権侵害を認めた民事事件の判決も存在する<sup>10)</sup>。

送信可能化とは、単に（自動公衆）送信を可能にする行為ではない、ということを変更して確認する必要があるだろう。

#### ●——注

- 1) リーチサイトの「リーチ」は、Reach ではなく Leech である。違法にアップロードされた著作物を設置するサイト（オンラインストレージサイトや動画共有サイト）に寄生するサイトという意味である。See PIOTR STRYSZOWSKI & DANNY SCORPECCI, PIRACY OF DIGITAL CONTENT 31-32 (2009).
- 2) 詳しくは、拙稿「再考・送信可能化——迫りつつある Web3 時代を前に」コピライト 736 号(2022年)近刊参照。
- 3) 各タイプの行為の例は、いずれも、加戸守行『著作権法逐条講義 [7訂新版]』（著作権情報センター、2021年）43～44 頁参照。
- 4) 仲道祐樹「判批」法時 93 巻 4 号（2021年）129 頁及び深町晋也「刑事法が知的財産法にかかわるとき——海賊版対策が刑事法学にもたらす新たな課題」Law and Technology 94 号（2022年）4～5 頁参照。関連して、谷川和幸「発信者情報開示請求と支分権主義」福岡大学法学論叢 63 巻 4 号（2019年）845 頁注 8 参照。
- 5) 深町・前掲注 4) 4～5 頁及び谷川・前掲注 4) 843～845 頁及び 860 頁以降参照。
- 6) 変換タイプの例としては、通常、ディレクトリの属性変更があげられており、この場合、変換操作と変換結果はいずれも同一の自動公衆送信装置（サーバ）内である。一方、本件の場合は、本件サイトへの URL 記録行為によって、（本件サイトのサーバとは）別のサーバの記録媒体が公衆送信用記録媒体に変換されている。しかしながら、条文には、変換操作と結果が同一の自動公衆送信装置内で行われなければならないなどと規定されているわけではなく、この点は特段問題とはならないはずである。
- 7) 原判決の判例評釈である谷川和幸「判批」福岡大学法学論叢 64 巻 2 号（2019年）31 頁注 52 は、本件の場合に変換タイプと捉えることに反対。
- 8) アップロード者のみが知るパスワードで保護されたクラウドストレージに記録後、当該ストレージとパスワードを公衆に教える場合も変換タイプと考える。
- 9) 詳細は、拙稿・前掲注 2) 参照。
- 10) 東京地判平 31・2・28 平成 30 年（ワ）19731 号。