

# 電子商取引及び情報財取引等に関する準則

## Ⅱ インターネット上の情報の掲示・利用等に関する論点

### —目次—

Ⅱ-1 CGM(Consumer Generated Media)サービス提供事業者の違法情報媒介責任..	ii. 1
Ⅱ-2 他人のホームページにリンクを張る場合の法律上の問題点.....	ii. 7
Ⅱ-3 P2Pファイル共有ソフトウェアの提供 .....	ii. 15
Ⅱ-4 ウェブ上の広告 .....	ii. 20
Ⅱ-4-1 景品表示法による規制 .....	ii. 20
Ⅱ-4-2 特定商取引法による規制 .....	ii. 25
Ⅱ-4-3 薬事法・健康増進法による規制 .....	ii. 29
Ⅱ-4-4 貸金業法等による規制 .....	ii. 33
Ⅱ-5 ドメイン名の不正取得等 .....	ii. 37
Ⅱ-6 インターネット上への商品情報の掲示と商標権侵害.....	ii. 44
Ⅱ-7 ID・パスワード等のインターネット上での提供.....	ii. 47
Ⅱ-8 インターネットを通じた個人情報の取得.....	ii. 57
Ⅱ-9 肖像の写り込み .....	ii. 63
Ⅱ-10 インターネットと著作権.....	ii. 70
Ⅱ-10-1 インターネット上の著作物の利用 .....	ii. 70
Ⅱ-10-2 サムネイル画像と著作権.....	ii. 79
Ⅱ-10-3 著作物の写り込み.....	ii. 85
Ⅱ-10-4 eラーニングにおける他人の著作物の利用 .....	ii. 90

## Ⅱ インターネット上の情報の掲示・利用等に関する論点

最終改訂：平成23年6月

### Ⅱ-1 CGM(Consumer Generated Media)<sup>1</sup>サービス提供事業者の違法情報媒介責任

#### 【論点】

ブログやクチコミサイト、動画共有サイトなどのCGMサービスにおいて、名誉毀損や著作権侵害など、他人の権利を侵害する疑いがある情報がアップロードされ、これにより権利侵害を受けたとする者からCGMサービスを提供する事業者に対して当該情報を削除する要請があった場合、これを放置又は削除したCGMサービス提供事業者は権利侵害を受けたとする者または情報の発信者に対して損害賠償責任を負うか。

#### 1. 考え方

##### (1) 情報を放置したことに基づく責任

ブログや動画共有サービスなどのCGMサービスを提供する事業者（以下「事業者」という。）は、ユーザーによって権利侵害情報がアップロードされた場合、当該情報の流通による権利侵害が明白であり、かつ当該情報の送信を防止すること（以下「削除」という。）が容易であるような場合には、情報を放置したことにより、権利侵害情報によって権利を侵害された者に対して不法行為責任（民法第709条、第719条）を負う可能性がある。ただし、プロバイダ責任制限法<sup>2</sup>第3条第1項により、同項に規定する一定の場合でなければ、事業者は、情報を放置したことによる損害賠償責任を負わない。

（損害賠償責任を負う可能性がある場合）

- ・掲示板に明らかに他人の著作物のデッドコピーと分かるものが大量に書き込まれ、自身が著作権者であることを証明する者から適正な削除要請があったにもかかわらず、掲示板管理者である事業者がこれを合理的期間を超えて放置した場合
- ・オークションサイトの評価欄に出品者の名誉を毀損する情報が書き込まれ、出品者から

<sup>1</sup> 消費者がコンテンツを作り出すメディアをいう。

<sup>2</sup> プロバイダ責任制限法については、法律の逐条解説及び侵害類型別のガイドラインが示されている。  
プロバイダ責任制限法の逐条解説

[http://www.soumu.go.jp/joho\\_tsusin/top/denki\\_h.html](http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/top/denki_h.html)

プロバイダ責任制限法ガイドライン

名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン

著作権関係ガイドライン

商標権関係ガイドライン

<http://www.isplaw.jp/>

オークションサイトを運営する事業者に対して適正な削除要請があった結果、名誉毀損が明らかになったにもかかわらず、事業者がこれを放置した場合

- ・クチコミサイトで第三者から見ても明らかに虚偽であることが分かる誹謗中傷を書き込まれた飲食店から、削除要請があったにもかかわらず、サイト運営者がこれを長期間放置した場合
- ・動画共有サイトにテレビ番組がアップロードされ、著作権者から削除要請があったにもかかわらず、サイト運営者がこれを長期間放置した場合
- ・事業者自身が違法情報の発信者である場合
- ・

(損害賠償責任を負わないと考えられる場合)

- ・事業者が違法な情報の流通を知らなかった場合
- ・

## (2) 情報を削除したことに基づく責任

発信者との間に契約関係がある場合、情報の削除の可否は、一義的には契約内容によって決まる。契約上、禁止されている情報については、事業者はこれを削除しても責任を負うことはない。契約に基づいて情報についてホスティング<sup>3</sup>を提供する義務がある場合には、適法な情報であるにもかかわらず、誤って削除してしまうと、発信者に対して、債務不履行責任を負う可能性がある。また、発信者との間に契約関係がない場合も、発信者に対して不法行為責任を負う可能性がある。ただし、プロバイダ責任制限法第3条第2項で規定する一定の場合には、事業者は、誤って適法な情報を削除したことについて、民事上の責任を負わない。

(損害賠償責任を負う可能性がある場合)

- ・必要な限度を超えて広範な削除をした場合
- ・

(損害賠償責任を負わないと考えられる場合)

- ・誰でも書き込める匿名掲示板で、書き込みを行った発信者と掲示板管理者である事業者との間に、契約関係が認められず、発信者に対して情報にホスティングを提供する義務を負わない場合。
- ・必要な限度での削除であり、かつ権利を侵害されたとする者から申出があった場合に、発信者に対する意見照会を行ったが、発信者が当該照会を受けた日から7日を経過しても、発信者から削除に同意しない旨の申出がなかった場合

<sup>3</sup> インターネットに情報を発信するコンピュータ(サーバ)の容量の一部を間貸しするサービス。「レンタルサーバ」ともいわれ、電気通信事業者等が自社設備を用いて提供している。

## 2. 説明

### (1) 民法に基づく損害賠償責任とプロバイダ責任制限法

CGMサービス事業者のネットワークにアップロードされた情報が誰かの権利を侵害するものであると主張される場合、CGM事業者がこれを放置することは、権利侵害を受けたものに対する不法行為責任を生ぜしめる可能性がある。また、CGM事業者がこれを削除することは、(情報が実は適法なものであった場合には)、発信者に対する契約上の責任・不法行為責任を生ぜしめる可能性がある。プロバイダ責任制限法は、この問題に着目して、CGM事業者が情報を放置した場合と削除した場合のそれぞれについて、一定の場合に損害賠償責任を負わないことを規定し、CGM事業者の責任の明確化を図っている。

### (2) 情報を放置したことに基づく責任

#### ① 不法行為責任の成立

名誉毀損、著作権侵害などの違法な情報<sup>4</sup>にホスティングを提供した事業者は、違法な情報の拡散に寄与したともいえることから、被害者に対して不法行為責任(民法第709条、第719条)を負うのではないかという問題がある。この問題は、従来ホスティング事業者や掲示板管理者、掲示板を利用する形態の電子商取引を行う事業者について論じられてきたが、近時多様化が進んだ各種CGMサービスについても、同様に生じうるものである<sup>5</sup>。

これらの主体は、違法情報を削除すべき義務が認められるにもかかわらず放置すれば、被害者から不法行為責任を追及される。具体的にいかなる場合に削除の義務が生じるかについては、掲示板管理者が違法な書き込みの放置を理由に提訴された複数の事件に関する裁判例が参考になる。

これらの裁判例は、(a)違法な情報の流通を知り又は知り得た場合には直ちに削除する義務があるとして広く削除義務を認める基準を採用するもの<sup>6</sup>と、(b)事業者が発信者である、権利侵害が明白である等、例外的な事情がない限り削除

<sup>4</sup> 厳密には、違法情報のうち個人の権利を侵害する情報(権利侵害情報)が問題となる。他人になりすまして掲示板に投稿する行為なども権利侵害情報にあたる。このようななりすましの権利侵害性を認めた事案として、東京地裁平成16年11月24日判決・判タ1205号265頁などがある。また、著作権等を侵害する行為によって作成された物であることを知りながら「頒布の申出」をする行為(著作権法第113条第1項第2号)も権利侵害情報にあたる。

<sup>5</sup> 例として、オークション事業者(商標権侵害の出品情報又は出品者・落札者の評価欄の情報について)、ブログサービスの提供者、動画共有サービス事業者、SNS提供事業者、クチコミサービス提供事業者等が上げられる。なお、これらは、後述のプロバイダ責任制限法における特定電気通信役務提供者にあたる。

<sup>6</sup> 動物病院事件(第1審:東京地裁平成14年6月26日判決、控訴審:東京高裁平成14年12月25日判決・高民55巻3号15頁)、DHC事件(東京地裁平成15年7月17日判決・判時1869号46頁)

義務を負わないとする制限的に責任を認める基準を採用するもの<sup>7</sup>に大きく分かれている。

この二つの基準は大きく異なっているが、前者の基準を採用した判決の多くにおいては、匿名掲示板の管理者がアクセスログを保存しないことを宣言する等により、違法な書き込みを助長・促進していたことが、厳しい基準の根拠として認定されており、このような事情がなくホスティングを提供する情報の内容に関して中立的な通常の事業者については、前者の厳しい基準がそのまま採用される可能性は低いと考えられる<sup>8</sup>。

## ②プロバイダ責任制限法による免責

プロバイダ責任制限法第3条1項により、事業者は、以下の(i)(ii)(iii)のいずれかの場合でなければ、情報を放置したことによる民事上の責任を負わないとされている。

- (i) (a)削除が技術的に可能であり、かつ(b)情報の流通によって権利が侵害されていることを知っていた場合。
- (ii) (a)削除が技術的に可能であり、かつ(c)情報の流通を知っていることに加えて情報の流通による権利侵害を知ることができたと認めるに足りる相当の理由がある場合。
- (iii)事業者が情報の発信者である場合。

本法による免責の対象となるのは、不特定の者によって受信されることを目的とする「特定電気通信」であり、ウェブホスティングや掲示板等のCGMサービスは通常これに当たる<sup>9</sup>。また、情報の流通それ自体によって権利侵害が生じることが必要なので、オークションで詐欺にあったような場合(虚偽の出品情報の流通だ

---

<sup>7</sup> 都立大事件(東京地裁平成11年9月24日判決・判時1707号139頁・判タ1054号228頁)、小学館事件第1審(東京地裁平成16年3月11日判決・判時1893号131頁・判タ1181号163頁)、小学館事件控訴審判決(東京高裁平成17年3月3日判決・判時1893号126頁・判タ1181号158頁)

<sup>8</sup> 民事責任については、本文のようにいうことができるが、刑事責任については、違法情報の流通に積極的に関与していた事案であるが、掲示板管理者等の責任を広く認めたと評される以下のような裁判例があるため、注意を要する。

①掲示板管理者が、自身が具体的に認識していない投稿画像について、児童ポルノ公然陳列罪で有罪とされた事件(第1審:横浜地裁平成15年12月15日判決、控訴審:東京高裁平成16年6月23日判決(いずれも判例集未掲載・情報ネットワーク法学会・社団法人テレコムサービス協会編「インターネット上の誹謗中傷と責任」136頁参照))

②児童ポルノ画像のURLの一部を片仮名等に改変したものをホームページ上で公表した行為が児童ポルノ公然陳列罪にあたることとされた事件(第1審:大阪地裁平成21年1月16日判決、控訴審:大阪高等裁判所平成21年10月23日判決(いずれも判例集未掲載))

<sup>9</sup> アクセス権限が特定人に限定されているような場合は、特定電気通信にあたらぬ。

けでは被害は発生せず、それを信じて取引に入って初めて被害が生じる。)には本法の適用はない。刑事責任については、本法は規定していない。情報の流通それ自体が名誉毀損、著作権侵害、プライバシー侵害等の権利侵害を構成する場合にのみ、本法の免責の対象となる。

免責の範囲のうち、特に注目すべきは、情報の流通の認識が賠償責任の前提として要求されていることである。事業者が情報の流通を現実認識していなかった場合には賠償責任を負わない。

### (3) 情報を削除したことに基づく責任

#### ① 契約責任の成立

発信者との間に契約関係がある場合、情報の削除の可否は、一義的には契約内容によって決まる。契約上、禁止されている情報については、事業者はこれを削除しても責任を負うことはない。

情報の発信者との間に会員契約などが存在し、当該契約に基づいて発信者に対して、情報についてホスティングを提供する義務を負う事業者が、情報に違法性がないにもかかわらず、削除依頼に応じて削除してしまうと、契約に基づく債務(ホスティングを提供する義務)の不履行となる。この場合には、対価である料金を受ける権利を失い、債務不履行に基づく損害賠償責任を負うことがありうる。

他方、発信者と事業者の間に契約関係がない場合は、事業者は情報についてホスティングを提供する義務を負わないため、削除によって法的責任(不法行為責任)が生じるのは、特段の事情がある場合に限られる。例えば、誰もが書き込むことのできる匿名掲示板の管理者は、「掲示板の趣旨に合わない」などの理由によって書き込みを削除することもあるが、このような削除は掲示板の管理権限の範囲内における相当な行為であって、通常それによって当該書き込みの発信者から法的責任を問われることはないと考えられる<sup>10</sup>。なお、一般に公開されている裁判例で、情報を削除したことに基づく事業者の責任の存否が争われたものは存在しない<sup>11</sup>。

---

<sup>10</sup> この点について、平成18年に総務省が公表した「インターネット上の違法・有害情報への対応に関する研究会」報告書は、詳細に検討しており、「匿名掲示板の管理者による書き込み(アップロード情報)の送信防止措置(削除)については、一般的に、被侵害利益の程度が強いはいえず、他方、管理者による削除の必要性・合理性が相当程度認められることなどから、当該匿名掲示板が特に公的な色彩を帯びており、パブリックフォーラム性が高いといったことのない限り、原則として、管理者の管理権限の行使が権利の濫用には当たらない(「他人(書き込み者)の権利又は法律上保護される利益」の侵害にならない)と考えられる。」(18頁)とする。

<sup>11</sup> ホスティングプロバイダが、ユーザーのアップロードした画像を削除したことの責任を問われた事例として、東京地裁平成19年8月30日判決、東京高裁平成20年3月13日判決(控訴審)、最高裁平成20年9月9日決定(上告審)(いずれも判例集未掲載)がある。プロバイダによる削除は、画像がわいせつないし公序良俗違反にあたるおそれがあるため利用規約に違反することを根拠とするものであり、原審・控訴審は、プロバイダの主張を認めてその責任を否定し、上告審は上告理由がないとした。

## ②プロバイダ責任制限法による免責

適法な情報を誤って削除したことにより事業者が民事上の責任を負う場合についても、プロバイダ責任制限法第3条2項は、以下のような要件で免責を認めている。すなわち、以下の(i)'又は(ii)'の場合であれば、事業者は誤って適法な情報を削除したことについて、民事上の責任を負わない。

(i)' (a)必要な限度での削除であり、かつ(b)情報の流通により他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由がある場合

(ii)' (a)必要な限度での削除であり、かつ(c)権利を侵害されたとする者から申し出があった場合に、発信者に対する意見照会(削除に同意するかどうか発信者に尋ねるもの)を行ったが、発信者が当該照会を受けた日から7日を経過しても、発信者から削除に同意しない旨の申出がなかった場合

上記のうち、(i)'の免責はプロバイダ責任制限法 名誉毀損・プライバシー関係ガイドライン<sup>12</sup>における法務省人権擁護機関からの削除依頼<sup>13</sup>や、同著作権関係ガイドライン・商標権関係ガイドラインにおける信頼性確認団体を経由した削除依頼<sup>14</sup>を受けて事業者が削除した場合には、通常は認められるものと考えられる。

また、(ii)'の免責は、事業者の運用により、実務上相当程度の救済を与えていると考えられる。事業者は、発信者に対して削除に関する意見照会をして所定の期間に回答がないことを確認すれば、情報を削除しても民事上の責任を負うことはない。

---

<sup>12</sup> 脚注2参照

<sup>13</sup> 人権侵害事件調査処理規程第14条第1項1号を根拠とするものであり、人権侵害に関して専門的知見を有するものの判断の結果、削除依頼が行われるため、これを信頼した掲示板管理者等には、(i)'(b)が認められる可能性が高い。

<sup>14</sup> 著作権・商標権に関する専門的知見と実績を有している団体により、自称被害者の本人性の確認、権利者であることの確認、権利侵害の確認が行われる。そのため、これを信頼した掲示板管理者等には、(i)'(b)が認められる可能性が高い。

## II-2 他人のホームページにリンクを張る場合の法律上の問題点

### 【論点】

無断で、他人のホームページにリンクを張る場合、リンクを張った者は、法的責任を負うことがあるか。

(例)

1. わいせつな画像等をアップしているアダルトサイト運営者が、当該サイトのメンバーであるなどとして、女性の主催する店舗や個人等のホームページのフロントページに、無断でリンクを張る場合
2. 反社会的団体が、自己の団体の関連企業であるなどとして、善良な企業のホームページに無断でリンクを張る場合
3. 自己のホームページを有名な大手企業の関連会社のページであるとの誤解を与えて利益を得ようと考えて、大手企業のホームページへ(「関連企業情報はこちら」等といった誤解を誘うような方法で)無断でリンクを張る場合、無関係の企業に対して、傘下の企業であるとか代理店であるとしてリンクを張る場合、無関係の個人が傘下の人物であるとしてリンクを張る場合等
4. 企業のホームページのロゴマークに、インラインリンクの態様でイメージリンクを張って、自らのホームページが当該企業と関連する企業であるかのように、その商品又は役務について使用する場合

### 1. 考え方

インターネット上において、会員等に限定することなく、無償で公開した情報を第三者が利用することは、著作権等の権利の侵害にならない限り、原則、自由であるが、リンク先の情報を i)不正に自らの利益を図る目的により利用した場合、又は ii)リンク先に損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のある場合に、不法行為責任が問われる可能性がある。

### 2. 説明

#### (1)ウェブページが表示される基本的な仕組み

まず、説明の前提として、WWW を通じたウェブページの閲覧の意味を検討する。一般に、各ウェブページは、画像(gifファイルやjpgファイル等)を含む、複数のファイルによって構成されており、これらのファイルは、htmlファイルに記述されたレイアウトに従って、各端末のディスプレイ上に表示されることになる。あるウェブサイト中の特定のウェブページにアクセ

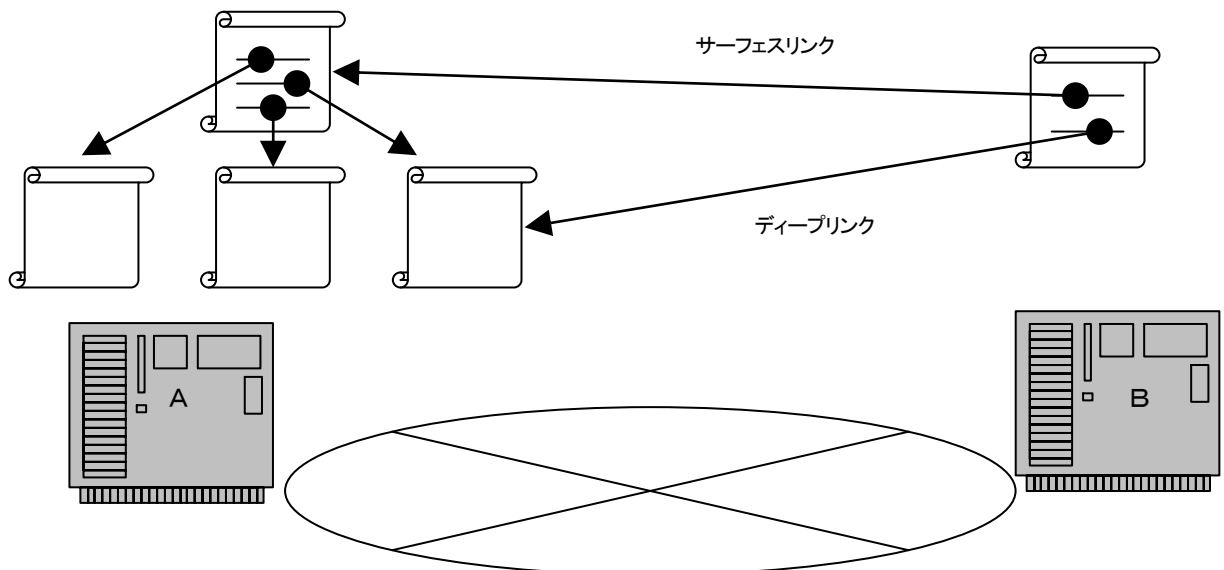


そして、そのウェブページを閲覧する場合、当該ウェブページを構成するファイルは、順次、ウェブサイトからインターネットを経由して、当該ウェブページを閲覧しようとしているユーザーの端末へ送信される。ユーザーの端末では、まずhtmlファイルが読み出され、そのhtmlファイルの記述に従って、そのウェブページを構成する各ファイルが順次展開されて、ディスプレイ上の所定の位置に、所定の大きさで、各ファイルに収録された画像等のコンテンツが表示され、このようなプロセスを経て、ウェブページが再現されることになる。そうした方法によって、各端末のディスプレイ上に、複数のファイルによって構成されるウェブページが再現されることになる。

次に、上記の点を前提として、「リンクを張る」ことの意味を検討するに、他者のウェブページにリンクを張る者は、リンク先のウェブページの所在を示すURLを、リンク元のウェブページを構成するhtmlファイルに書き込むだけであって、リンク先のウェブページや画像等のコンテンツを、自ら送信したり、複製しているわけではない。リンク先のURLが記述されたhtmlファイルが、リンク元のウェブページから送信されるように設定し、ユーザーの端末へリンク先の所定のファイルが送信され、ユーザーの端末上で当該ファイルが読み出されウェブページが再現されるようにしているだけなのである。もっとも、リンク先のウェブページを表示するために、ユーザーが、リンクボタンをクリックする等の行為を行うことが必要となる場合と、ユーザーの特段の行為を要せずに、自動的にリンク先のコンテンツがリンク元のコンテンツとともに、表示される場合とでは、その意味合いが異なってくる可能性もある。そこで、本論点を検討する際には、リンクを通じた、リンク先のコンテンツの送信及び複製の意味合いを、整理、分析する必要がある。

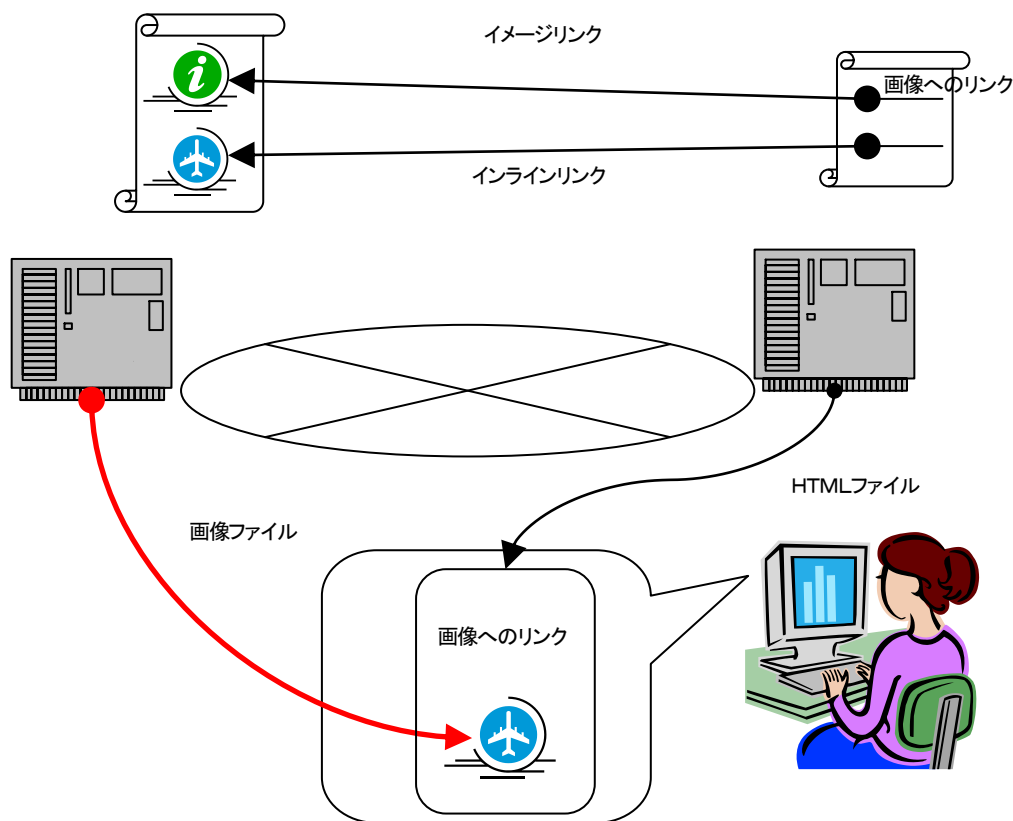
## (2)リンクの態様について

リンクの態様にも様々な方式があり、本論点中の各用語は、以下の意味を有するものとする。



「サーフェスリンク」とは、他のウェブサイトのトップページに通常の方式で設定されたリンクをいうものとする。なお、本論点において、「通常の方式で設定されたリンク」とは、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をいうものとする。

「ディープリンク」とは、他のウェブサイトのウェブページのトップページではなく、下の階層のウェブページに通常の方式で設定されたリンクをいうものとする。

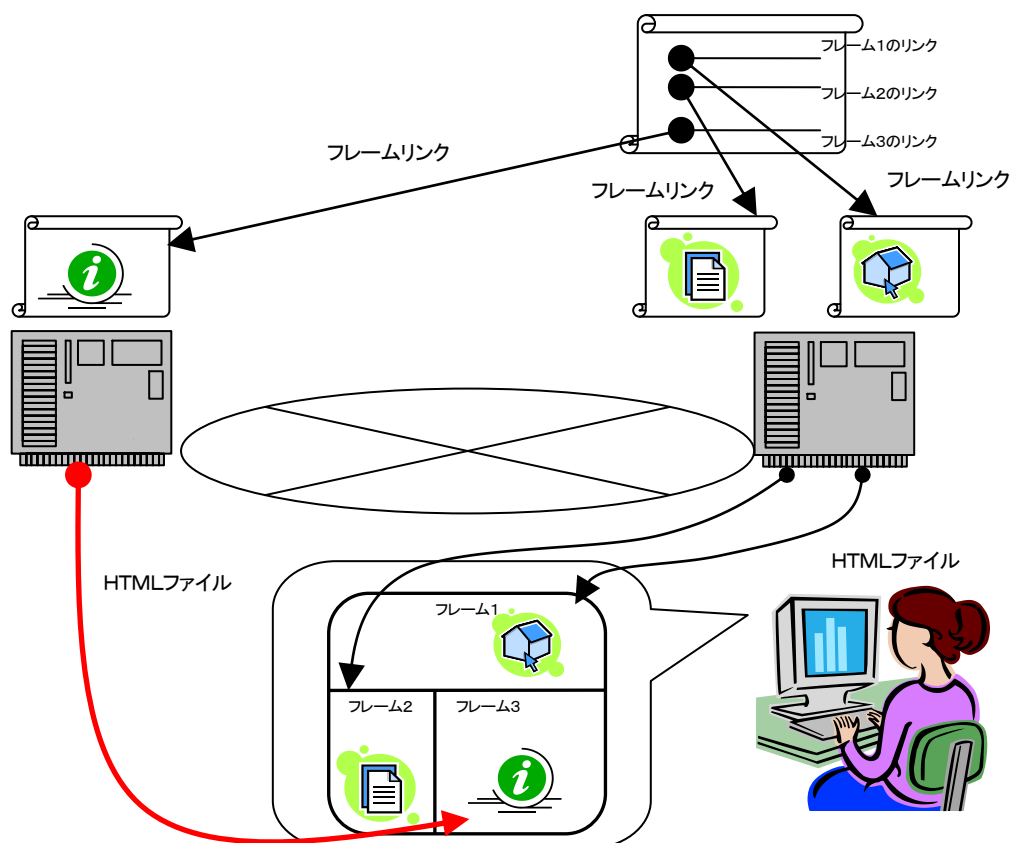


「イメージリンク」とは、他のウェブサイト中の特定の画像についてのみ設定されたリンクをいうものとする。

「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が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ものとする。

「フレームリンク」とは、ウェブブラウザの表示部をいくつかのフレームに区切り、フレームごとに当該フレームと対応づけられたリンク先のウェブページを表示させる態様のリンクをいう

ものとする。



### (3)リンクを張ることについての法的責任

#### ①不法行為に基づく責任

リンクを張る際に、リンク先とリンク元の関係等が誤認され、リンク先のホームページ開設者の名誉が毀損されたり、信用が毀損されたり、他人の氏名を無断で使用し、真実に反する記載をすることにより氏名権<sup>1</sup>の侵害が発生する等、何らかの損害が発生した場合、(刑法上の信用毀損罪、名誉毀損罪が成立する可能性もあるほか、)民法上の不法行為責任が生じる可能性がある。これらの事例は、リンク特有の問題というよりも、リンクという手段を用いて、違法行為が実行される場合に他ならず、リンクを張った者の責任の有無を判断するに際しては、関連する法令の解釈に従って判断すべきことになる。

インターネット上において、会員等に限定することなく、無償で公開した情報を第三者が

<sup>1</sup> 氏名権については、氏名を正確に称呼される利益をめぐって争われた事例で、最高裁は、「氏名は、社会的にみれば、個人を他人から識別し特定する機能を有するものであるが、同時に、その個人からみれば、人が個人として尊重される基礎であり、その個人の人格の象徴であって、人格権の一内容を構成する」とその法的根拠を人格権に求め、「氏名を正確に称呼される利益は、不法行為法上の保護される」(最高裁昭和63年2月16日第三小法廷判決・民集42巻2号27頁、NHK日本語読み事件)と判断した。また、最高裁は、NHK日本語読み事件を引用した上で、「人は、その氏名を他人に冒用されない権利を有する」。「これを違法に侵害された者は、加害者に対し、損害賠償を求めることができる」ほか、「現に行われている侵害行為を排除し、又は将来生ずべき侵害を予防するため、侵害行為の差止めを求めることもできると解する」(最高裁平成18年1月20日第二小法廷判決・民集60巻1号137頁、天理教事件)として、氏名権を人格権の側面から侵害行為の差止めもできると判断している。

利用することは、著作権等の権利の侵害にならない限り、本来自由である。しかし、リンク先の情報を i) 不正に自らの利益を図る目的により利用した場合、又は ii) リンク先に損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のある場合に、不法行為責任が問われる可能性がある<sup>2</sup>。

## ②不正競争防止法に基づく責任

リンクを張ることに関連して、不正競争防止法に定める不正競争行為<sup>3</sup>に該当する可能性があるかを検討する。

まず、サーフェスリンクやディープリンクのような通常の方式のリンクを張る場合には、ユーザーの行為を介さないとリンク先の情報が表示されないから、他人の商品等表示の使用といえるかどうか、また、それを自己の商品等表示として使用しているといえるかどうかを考えると、こうした行為が不正競争行為に該当する可能性は極めて低いと考えられる。

一方、インラインリンクの方式やフレームリンクの方式でリンクを張る行為については、リンク先の商品等表示を、リンク元の営業とリンク先の営業とを誤認混同させるように使用した場合や、著名な商品等表示を自己の商品等表示として使用した場合には、不正競争行為に該当する可能性がある。

また、リンクを張る際に、競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を表示した場合には、不正競争行為に該当する可能性がある<sup>4</sup>。

---

<sup>2</sup> 新聞社に無断で、営利の目的をもって、かつ、反復継続して、しかも、ニュース報道における記事見出しが作成されて間もないいわば情報の鮮度が高い時期に、ニュース報道における記事見出し及び記事に依拠して、特段の労力を要することもなくこれらをデッドコピーないし実質的にデッドコピーしてリンク見出しを作成し、これらを自らのウェブサイト上のリンク見出し表示部分のみならず、2万サイト程度にも及び設置登録ユーザーのウェブサイト上のリンク見出し表示部分に表示させるなど、実質的にリンク見出しを配信している場合には、新聞社の見出しに関する業務と競合する面があることも否定できず、社会的に許容される限度を超えたものとして、実質的に配信した者に対して、損害賠償請求を認められた事例がある(読売オンライン事件:知財高裁平成17年10月6日判決)。この点、不法行為の成否の基準は、本事件第1審である東京地裁平成16年3月24日判決によるものであり、1つの参考となる基準になる。ただし、個別具体的な事例に不法行為責任が認められるかについては、議論の余地があり、今後の裁判所の事例集積の動向を注視する必要がある。

<sup>3</sup> 需要者の間に広く認識されている他人の商品等表示(人の業務に係る氏名、商号、標章、商品の容器若しくは包装その他の商品又は営業を表示するものをいう。)と同一又は類似した表示を使用して営業活動等を行い、その他人の営業であるか、又はその他人の営業等と何らかの関係があるかのような商品・営業主体の混同を生じさせる行為は、不正競争行為になる(不正競争防止法第2条第1項第1号)。また、他人の商品等表示が著名である場合には、混同を生じさせなくても、自己の商品等表示として使用した場合には不正競争行為になる(不正競争防止法第2条第1項第2号)。更に、競争関係にある他人の営業上の信用を害する虚偽の事実を告知又は流布した場合にも不正競争行為になる(不正競争防止法第2条第1項第14号)。

<sup>4</sup> 原告会社と競争関係にある中国法人の日本語版ウェブサイトのウェブページに、原告ら(原告会社及び同社取締役たる原告)が同法人の代理店であるかのような表示がなされ、さらに同ページに原告会社が開設するウェブサイトへのリンクを設定された。このようなリンクを張られた原告らが、上記中国法人及び当該法人の日本の代理店である被告による上記行為は原告らの名誉及び信用を毀損する共同不法行為を構成するとともに、原告会社との関係では不正競争防止法第2条第1項第14号所定の不正競争行為に該当するなどとして、被告に対し、損害賠償等を求めた事案がある。この点、裁判所は、被告が、中国法人において本件ウェブページを作成するに当たり、少なくともそのためのデータや資料を提供するなどして、これに関与していたものであり、ひいては同法人が本件表示行為をするに当たって関与したものと認めるのが相当であり、被告は、本件表示行為について、原告会社との関係で社会的信用を害する虚偽の事実を流布するものであるとして、不正競争防止法第2条第1項第14号の不正競争行為であることを認め、原告個人との関係で名誉・信用毀損、氏名権侵害を認めて、同法人と共同不法行為責任を負うものというべきであるなどとして請求の一部を認めた(大阪地裁平成19年7月26日判決)。

### ③商標法に基づく責任

商標法について検討すると、サーフェスリンクやディープリンクのような通常の方式のリンクを張る行為自体は、リンク先に他人の商標が表示されていたとしても、当該他人の商標を、出所表示として使用する行為に当たらない場合が多いことから、原則として商標権侵害にはならないと考えられる。

ただし、こうした方式のリンクであっても、リンクを張る際に、例えばリンクボタンなどにリンク先の企業の商標を無断で使用している場合には、リンクを張る行為自体ではなく、当該商標の使用について、その使用態様によっては商標権侵害の問題が発生する可能性がある。

一方、インラインリンクの方式やフレームリンクの方式でリンクを張る場合には、閲覧するユーザーから見れば、リンク元のウェブページの作成者があたかもリンク先の他人の商標を使用し、当該商標が出所表示機能を発揮しているような場合も想定されるが、そのような態様での使用においては、商標法上の「使用」と評価される可能性もあるものと考えられる<sup>5</sup>。そして、その「使用」が、当該商標の指定商品又は指定役務に関してなされたものであると解される場合には、商標権侵害を構成すると考えられるため、注意が必要である。

### ④著作権法に基づく責任

著作物性が認められる他人のウェブページにリンクを張る場合について、著作権法上問題が生じるか否かについて検討する。

ユーザーは、リンク元のウェブページ中に記述されたリンク先のウェブページの URL をクリックする等の操作を行うことにより、リンク先のウェブページを閲覧することになるが、この際、リンク先のウェブページの内容は、リンク先のウェブサイトからユーザーのコンピュータへ送信されるのであり、リンク元のウェブサイトへ送信されるわけではなく蓄積もされない。即ち、リンクを張ること自体により、公衆送信、複製のいずれも行われるわけではないから、複製権侵害、公衆送信権侵害のいずれも問題にならないものと考えられる<sup>6</sup>。サーフェスリンク、ディープリンク、イメージリンク、フレームリンク、インラインリンクの個別の態様でのリンクを張る行為自体においては、原則として著作権侵害の問題は生じないと考えるのが合理的である。

ただし、リンク態様が複雑化している今日、ウェブサイトの運営者にとっては、ウェブサイト閲覧するユーザーから見てどのように映るかという観点からすれば望ましくない態様で

---

<sup>5</sup> 例えば、リンク先の他人の商標が、当該商標が本来担っているリンク先の他人の商品又は役務等についての出所表示機能を、リンク元のウェブページ作成者の商品又は役務に対して発揮させる態様で表示されるような場合には、出所混同の防止という商標法の目的に照らし、商標法上の「使用」(商標法第2条第3項第7号及び第8号)に該当すると解することができるであろう。

<sup>6</sup> 中山信弘「著作権法」216頁。

リンクを張られる場合があり、例えば、ユーザーのコンピュータでの表示態様が、リンク先のウェブページ又はその他著作物であるにもかかわらずリンク元のウェブページ又はその他著作物であるかのような態様であるような場合には、著作者人格権侵害等の著作権法上の問題が生じる可能性があるとも考えられる<sup>7</sup>。さらに、そのようなリンク態様において著作者の名誉声望が害されるような場合には、著作者人格権の侵害(著作権法第113条第6項)となる可能性もあるであろう<sup>8</sup>。

## ⑤小括

リンクの法的な意義については、必ずしも明確な理論が確立しているわけではなく、無断リンクを巡って、様々な紛争が生じている現状を考慮すると、「無断リンク厳禁」と明示されているウェブページにリンクを張る場合には、十分な注意が必要である。

## (4) 具体的検討

例1、例2の場合は、リンクという手段を用いてリンク先の名誉や信用を毀損する行為と解され、リンクを張られたサイトの運営者側は、民事上は不法行為責任として損害賠償を請求できる可能性がある。また、刑事上は名誉毀損罪、信用毀損罪等が成立する可能性があるとともに、態様によっては著作者の名誉声望を害するものとして著作者人格権の侵害(著作権法第113条第6項)となる可能性があるものと考えられる。

例3の場合には、リンク元のウェブページに、「関連企業情報はこちら」、「リンク先の企業は弊社傘下の代理店です。」、「この人は当社の関係者です。」等といった誤解を誘う表示とリンク先の企業を特定する名称等が表示されるものと考えられるが、これらの表示は、リンク先と関連会社であるとの誤解を与えて不正の利益を得、又はリンク先に損害を被らせる蓋然性の高い場合には、名誉権又は氏名権等の侵害、信用毀損を根拠として不法行為責任が

---

<sup>7</sup> このような場合のリンクの問題を著作者人格権で処理する見解としては、中山信弘「著作権法」216頁、岡村久道、近藤剛史「インターネットの法律実務(新版)」160頁以下を参照。

イメージリンク、フレームリンクについては、同一性保持権侵害、氏名表示権侵害の可能性を指摘する見解がある(TMI総合法律事務所編「ITの法律相談」121頁以下、小林英明、マックス法律事務所編、「くらしの法律相談⑩」132頁以下)一方、公衆送信権侵害となる可能性があるとする説もある(栗田隆<http://civilpro.law.kansai-u.ac.jp/kurita/copyright/article2.html#T2>)。また、リンク先のウェブサイトにフレーム機能を使って他の素材と表示することを明確に禁止しているケースでのフレームリンクにおいて、公衆送信権侵害を認める見解もある(宮下佳之「サイバースペースにおける著作権問題について」コピライト1997年10月号第10頁)。

さらに、リンク態様に応じて、公衆送信権、氏名表示権及び同一性保持権等の著作者人格権侵害を分けて検討する見解もある(田村善之編「情報・秩序・ネットワーク、北海道大学法学部ライブラリー3」243頁及び250頁以下)。

一方、著作権侵害が行われているウェブサイトへリンクを張って著作権侵害を助長したような場合について、著作権侵害の問題を指摘する見解がある(内田晴康、横山経通編「第4版、インターネット法」36頁以下、田村善之編「情報・秩序・ネットワーク、北海道大学法学部ライブラリー3」243頁以下)。

このように、公衆送信権侵害、同一性保持権及び氏名表示権の侵害等を問題とする様々な見解が存在するが、現時点では限界的な事例において大方の賛同を得られるような解釈論を示していないとも思われ、具体的な侵害事例については今後慎重な議論をしていく必要があるものと考えられる(著作権法の権利制限規定をめぐる諸問題権利制限委員会、著作権研究所研究叢書No12,42頁)。

<sup>8</sup> 中山信弘「著作権法」216頁。

問題となる可能性があると考えられる。また、リンクを張る際に、競争関係にあるリンク先の企業の営業上の信用を害する虚偽の事実を表示した場合には、不正競争行為に該当する可能性があると考えられる。

例4は、リンク先のロゴマークなどにのみインラインリンクを張る場合であり、リンク先の「商品等表示」のみがリンク元において表示されることになる。このため、周知なロゴマークを、リンク先の企業の関連会社であるかのような営業主体の誤認混同を招くようなかたちで使用する場合や、自分の企業のロゴマークとして他人の著名なロゴマークなどを使用する場合には、不正競争行為に該当する可能性があると考えられる。

また、当該ロゴマークが他人の登録商標である場合、自らのホームページ上で、当該登録商標をその指定商品又は指定役務について使用すると、その使用態様によっては、商標権侵害となる場合がある。

## II-3 P2Pファイル共有ソフトウェアの提供

### 【論点】

P2Pファイル共有ソフトウェアを用いて、音楽などのファイルを無断でインターネット上へアップロードする行為やインターネット上からダウンロードする行為は著作権法違反となるか。

また、P2Pファイル共有ソフトウェアを提供する行為はどうか。

### 1. 考え方

#### (1) P2Pファイル共有ソフトウェアのユーザーの行為

P2Pファイル共有ソフトウェアには、ファイルをインターネット上へ送信可能とする、いわゆるアップロード行為<sup>1</sup>と、ファイルをインターネット上からユーザー手元の媒体へ複製する、いわゆるダウンロード行為の2つの機能がある。

ユーザーが、音楽などのファイルを権利者の許諾を得ずにインターネット上へアップロードする行為は、著作権法上の公衆送信権又は送信可能化権の侵害、すなわち、著作権又は著作隣接権の侵害に当たる。

また、インターネット上へ違法にアップロードされた音楽・映画などの録音物・録画物を、ユーザーが違法にアップロードされたものと知りながらダウンロードする行為は、私的使用を目的とする場合であっても、著作権又は著作隣接権の侵害となる。

#### (2) P2Pファイル共有ソフトウェア提供者の行為

P2Pファイル共有ソフトウェアの利用に関しては、共有されるファイルの大多数が著作権侵害のファイルである場合、ユーザーによる著作権又は著作隣接権の侵害に対するP2Pファイル共有ソフトウェア提供者の関与の仕方によっては、著作権又は著作隣接権の侵害に当たる可能性がある。

### 2. 説明

#### (1) 問題の所在

Napster<sup>2</sup>やGnutella<sup>3</sup>、Winny<sup>4</sup>やShare<sup>5</sup>などのインターネット上でのユーザー同士によ

<sup>1</sup> 一般に、「アップロード行為」とは、インターネット上のサーバ等へファイルを送信する行為をいう。ところで、P2Pファイル共有ソフトについては、一般に、自らのパソコン内の所定の記憶領域にファイルを格納することにより、自動的に送信行為が行われることになるが、この場合に本来の用語の意味を拡張し、後の送信行為の有無に関わらず、当該記憶領域にファイルを格納すること自体を指して「アップロード行為」と呼ぶことがある。本準則でも、自らのパソコン内の所定の記憶領域にファイルを格納し(自らのパソコン内のファイルを当該領域に移動する場合の他、インターネット上からファイルを受信して直接当該領域に格納する場合も含む。)、インターネット上へ送信可能とすることを、「アップロード行為」と呼ぶ。

<sup>2</sup> 1999年1月に公開された、P2Pの技術を利用したハイブリッド型ファイル共有ソフト。



る音楽等のファイルの共有を支援するP2Pファイル共有ソフトウェアによって、著作権者及び著作隣接権者の利益が損なわれるおそれが生じている。

P2Pファイル共有の仕組みには、大きく分けて二種類ある。i) 中央サーバを有し、ユーザー間のファイル情報の共有を仲介する場合(これを「ハイブリッド型のP2Pファイル共有」という。)と、ii) そのような中央サーバを有しない場合(これを「純粋型のP2Pファイル共有」という。)である。

ハイブリッド型のP2Pファイル共有においては、ユーザーはファイル共有を行うにあたって、当該サービス専用のP2Pファイル共有ソフトウェアをダウンロードし、ユーザーのパソコンへインストールした後、中央サーバへアクセスし、共有可能なファイル情報を入手することで、他のユーザーとのファイル共有が可能となる。

純粋型のP2Pファイル共有では、ユーザーはP2Pファイル共有ソフトウェアを入手しパソコンにインストールした後、直接他のユーザーへアクセスすることにより、後はユーザー間でファイル共有が可能となる。

### ①P2Pファイル共有ソフトウェアのユーザーの行為について

P2Pファイル共有ソフトウェアには、ファイルをインターネット上へ送信可能とする、いわゆるアップロード行為と、ファイルをインターネット上からユーザーの手元の媒体へ複製(録音・録画を含む。)する、いわゆるダウンロード行為の2つの機能がある。

ユーザーのP2Pファイル共有ソフトウェアの利用が、著作権侵害に当たるかどうかの問題となる。

### ②P2Pファイル共有ソフトウェアの提供者の行為について

P2Pファイル共有ソフトウェアを提供し、また、これに併せて中央サーバを設置してインターネット上でのユーザー同士による音楽等のファイルの共有を支援するサービスを提供する行為が、著作権侵害に当たるかどうかの問題となる。

## (2)ユーザーの行為

### ①アップロード行為

著作物の複製を行う権利は、著作権者及び著作隣接権者によって専有(著作権法第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2)されているが、私的使用の目的で著作物の複製を行うことに関しては、権利者の複製権が制限されている(同法第30条第1項、第102条第1項)。

---

<sup>3</sup> 2000年3月に公開された、P2Pの技術を利用した純粋型ファイル共有ソフト。

<sup>4</sup> 2002年5月に公開された、P2Pの技術を利用した純粋型ファイル共有ソフト。

<sup>5</sup> 2004年1月に公開された、P2Pの技術を利用した純粋型ファイル共有ソフト。

P2Pファイル共有に当たって、アップロードするためのファイルを作成する場合、例えば、音楽CD等の著作物からMP3ファイル形式等に複製することが行われているが、ユーザーが当初から公衆へ送信する目的で複製を行ったときは、私的使用目的ではないため、私的使用目的の複製(同法第30条第1項)に該当しない。また、当初は私的使用目的で複製した場合であっても、当該ファイルをアップロードしたときは、同法第49条第1項第1号又は第102条第9項第1号の規定により、私的使用目的以外の複製を行ったとみなされる。

さらに、音楽等のファイルをインターネット上で送信可能とする行為(アップロード行為)は、同法第2条第1項第9号の5に規定されている「送信可能化」行為に該当する。また、「送信可能化」を行う権利は、著作権者及び著作隣接権者によって専有されている(同法第23条、第92条の2、第96条の2、第99条の2、第100条の4)。

したがって、権利者の許諾を得ずにP2Pファイル共有ソフトウェアを用いて音楽等のファイルをインターネット上で送信可能にした者は、複製権(同法第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2)又は公衆送信権若しくは送信可能化権(同法第23条、第92条の2、第96条の2、第99条の2、第100条の4)を侵害しており、故意又は過失がある場合には、損害賠償責任を負うと解される(民法第709条)。また、故意又は過失の有無に関わらず権利侵害があった場合又は侵害のおそれがある場合には権利者から差止請求を受けることもある(著作権法第112条)。

さらに、故意があり、かつ告訴があった場合には、刑事責任として10年以下の懲役若しくは1000万円以下の罰金又はその両方を課されることがある(同法第119条第1項)。

## ②ダウンロード行為

P2Pファイル共有ソフトウェアを用いて権利者によって許諾されていない音楽等のファイルを他のユーザーからインターネット経由で受信し複製する行為(ダウンロード行為)は、私的使用目的の複製等の権利制限規定で認められる複製に該当しない場合には著作権又は著作隣接権の侵害に当たるものと解される。

また、私的使用を目的とする場合であっても、それが権利者の許諾を得ずに自動公衆送信されているものであると知りながら音楽・映画などの録音物、録画物をダウンロードする行為<sup>6</sup>は、他の権利制限規定で認められる複製に該当しなければ著作権又は著作隣接

---

<sup>6</sup> 著作権法第30条第1項第3号によれば、「著作権を侵害する自動公衆送信(国外で行われる自動公衆送信であつて、国内で行われたとしたならば著作権の侵害となるべきものを含む。)を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、その事実を知りながら行う場合」には、私的使用を目的としていても著作権又は著作隣接権の侵害に当たるとされている。ここでいう「録音」、「録画」とは、それぞれ「音を物に固定し、又はその固定物を増製すること」(同法第2条第1項第13号)、「影像を連続して物に固定し、又はその固定物を増製すること」(同法第2条第1項第14号)であり、自動公衆送信されている録音物、録画物をインターネット経由で受信し複製する行為(ダウンロード行為)は、著作権法上の「録音」、「録画」に該当する。なお、コンピュータプログラムのダウンロードは一般的には「録音」、「録画」に該当しないが、ゲームソフトについて「映画の著作物」に該当するとされた判決(東京地裁昭和59年

権の侵害に当たるものと解される(著作権法第21条、第30条第1項、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2、第102条第1項)。ただし、この場合は、刑事罰の対象とはされていない。

さらに、ダウンロード行為自体が著作権又は著作隣接権侵害にならない場合であっても、受信した複製物を私的使用以外の目的のために頒布し、又は当該複製物によって著作物を公衆に提示した場合は、「目的外使用」として複製権(同法第21条、第91条第1項、第96条、第98条、第100条の2)の侵害となり(同法第49条第1項第1号、第102条第9項第1号)、損害賠償責任(民法第709条)、権利者からの差止請求(著作権法第112条)、刑事責任(同法第119条)の問題が生じる可能性がある。なお、例えば、ユーザーがダウンロードしたファイルをそのまま自己のパソコンの公衆送信用記録領域に記録し、インターネット上で送信可能な状態にした(ダウンロード行為が同時にアップロード行為に相当する)場合は、当該ダウンロード行為は私的使用目的の複製には該当しないか、私的使用目的であったとしても目的外使用に該当するため、複製権侵害となる。

### **(3) P2Pファイル共有ソフトウェアを利用したサービス提供者又はP2Pファイル共有ソフトウェアの提供者の行為**

中央サーバを有するハイブリッド型のP2Pファイル共有サービス提供者の行為については、著作権管理事業者及び著作隣接権者がそのサービス提供の差止め等を求めて提訴した事案がある。東京高裁平成17年3月31日判決・平成16年(ネ)第405号(判例集未登載・裁判所ウェブサイトで閲覧可)は、当該サービスが、その性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもってサービス利用者による特定の種類の違法な著作権侵害行為を惹起するものであり、サービス提供者がそのことを予想しつつ当該サービスを提供して、そのような侵害行為を誘発し、しかもそれについてのサービス提供者の管理があり、サービス提供者がこれにより何らかの経済的利益を得る余地があるとみられる事実があるときは、サービス提供者はまさに自らコントロール可能な行為により侵害の結果を招いている者として、その責任を問われるべきことは当然であり、サービス提供者を侵害の主体と認めることができる、と述べて、サービス提供者を著作物の送信可能化権及び自動公衆送信権の侵害主体であると認定した原審の判断を支持した。

また、純粋型のP2Pファイル共有ソフトウェアについては、現在までのところ我が国において確定した裁判例はない<sup>7</sup>。純粋型のP2Pファイル共有においては、中央サーバを有しないゆえ、一旦ソフトウェアを提供した後に行われるユーザーの著作権侵害行為に対するソフト

---

9月28日判決、最高裁平成14年4月25日判決)が存在しており、そのようなゲームソフトのダウンロードは、「録画」に該当する可能性がある。

<sup>7</sup> Winnyの開発・公表者に対しては、大阪高裁が逆転無罪判決を言い渡し(大阪高裁平21年10月8日判決)、現在上告されている。

ウェア提供者のコントロールの性質や程度は、ハイブリッド型のP2Pファイル共有のサービス提供者の場合と異なるといえよう。<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> なお、諸外国の例を見ると、必ずしも純粋型のP2Pファイル共有ソフトウェア提供者に侵害責任がないとされているわけではない。ユーザーの侵害行為を意図的に誘引・奨励する一方で、ユーザーの侵害行為をフィルタリング技術によって規制しようともせず、広告収入といった経済的利益を得ていること等を理由に、P2Pファイル共有ソフトウェアの提供者に侵害について一定の責任を問うケースも出てきている(米最高裁2005年6月27日判決(Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913(2005).)、豪連邦裁判所2005年9月5日判決(Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd., [2005] FCA 1242.) )。

## Ⅱ-4 ウェブ上の広告

最終改訂：平成22年10月

### Ⅱ-4-1 景品表示法による規制

#### 【論点】

ウェブ上の広告について、景品表示法第4条の不当表示として禁止されるのはどのような場合か。

#### 1. 考え方

事業者がホームページ上で行う、自己の供給する商品・サービスの内容又は取引条件についての表示も景品表示法の規制の対象となる。

(不当表示として問題となる例)

- ・コンピュータウイルス駆除ソフトについて、実際にはすべてのウイルスに対応していないにもかかわらず、「すべてのウイルスに対応し、かつ100%の発見率」と表示すること。
- ・情報の更新日を表示せずに、例えば「新製品」などと商品の新しさを強調表示している場合、既に「新製品」でなくなったものであっても、いまだ新しい商品であるかのように誤認されること。
- ・情報提供サイトにおいて、60分以上利用した場合に限り30分間無料になるにもかかわらず、単に「30分間無料」と、無料で利用が可能となる条件を明示せずに、あたかも、何ら条件がなく、無料で利用できるかのように表示すること。
- ・インターネット接続サービスについて、実際にはA社が提供するサービスよりも通信速度が遅いにもかかわらず、「A社と比較して断然安い」と、A社と同等のサービスを格安で提供するかのように表示すること。

#### 2. 説明

##### (1) 景品表示法第4条の不当表示

景品表示法第2条第4項に規定する同法の規制の対象となる「表示」にはインターネット等情報処理の用に供する機器による広告も含まれる。すなわち、事業者がホームページ上で行う、自己の供給する商品・サービスの内容又は取引条件についての表示も景品表示法の規制の対象となる。

## ①インターネットを利用して行われる商品・サービスの取引における表示

### i) 商品・サービスの内容又は取引条件に係る表示

#### a) 景品表示法上の問題点

BtoC取引には、商品選択等における消費者の誤認を招き、その結果、消費者被害が拡大しやすいという特徴があることから、商品・サービスの内容又は取引条件についての重要な情報が消費者に適切に提供される必要がある。

#### b) 問題となる事例

- ・十分な根拠がないにもかかわらず、「ラクラク5～6kg減量！食事制限はありません。専門家が医学理論に基づき、ダイエットに良いといわれる天然素材を独自に調合したものです。」と、効能・効果を強調し、それが学問的に認められているかのように表示すること。
- ・実際には厳しい返品条件が付いているためほとんど返品することができないにもかかわらず、当該返品条件を明示せずに、「効果がなければ、いつでも返品できます。」と、無条件で返品できるかのように表示すること。

#### c) 表示上の留意事項

- ・商品・サービスの効能・効果を標ぼうする場合には、十分な根拠なく効能・効果があるかのように一般消費者に誤認される表示を行ってはならない。
- ・販売価格、送料、返品の可否・条件等の取引条件については、その具体的内容を正確かつ明瞭に表示する必要がある。

### ii) 表示方法

#### a) 景品表示法上の問題点

リンク先に商品・サービスの内容又は取引条件についての重要な情報を表示する場合、例えば、リンク先に移動するためにクリックする色文字や下線付き文字(ハイパーリンクの文字列)が明瞭に表示されていなければ、消費者はこれを見落とし、重要な情報を得ることができないという問題がある。また、ウェブページ上の表示内容を簡単に変更できることから、情報の更新日が表示されていなければ、表示内容がいつの時点のものであるのかが分かりづらいという問題がある。

## b)問題となる事例

- ・「送料無料」と強調表示した上で、「送料が無料になる配送地域は東京都内だけ」という配送条件をリンク先に表示する場合、例えば、ハイパーリンクの文字列を小さい文字で表示すれば、消費者は、当該ハイパーリンクの文字列を見落として、当該ハイパーリンクの文字列をクリックせず、当該リンク先に移動して当該配送条件についての情報を得ることができず、その結果、あたかも、配送条件がなく、どこでも送料無料で配送されるかのように誤認されること。
- ・情報の更新日を表示せずに、例えば「新製品」などと商品の新しさを強調表示している場合、既に「新製品」でなくなったものであっても、いまだ新しい商品であるかのように誤認されること。

## c)表示上の留意事項

(ハイパーリンクの文字列について)

- ・消費者がクリックする必要性を認識できるようにするため、リンク先に何が表示されているのかが明確に分かる具体的な表現を用いる必要がある。
- ・消費者が見落とさないようにするため、文字の大きさ、配色などに配慮し、明瞭に表示する必要がある。
- ・消費者が見落とさないようにするため、関連情報の近くに配置する必要がある。

(情報の更新日について)

- ・表示内容を変更した都度、最新の更新時点及び変更箇所を正確かつ明瞭に表示する必要がある。

## ②インターネット情報提供サービスの取引における表示

### i)景品表示法上の問題点

インターネット情報提供サービスについては、インターネット上で取引が完結することから、特に、有料か無料かについての情報、長期契約における決済等の取引条件についての情報、商品の購入手段であるダウンロード方法に係る情報等が消費者に適切に提供される必要がある。

### ii)問題となる事例

- ・情報提供サイトにおいて、60分以上利用した場合に限り30分間無料になるにもかかわらず、単に「30分間無料」と、無料で利用が可能となる条件

を明示せずに、あたかも、何ら条件がなく、無料で利用できるかのように表示すること。

- ・画像提供サイトにおいて、実際には毎月料金を徴収することになるにもかかわらず、「まずは1か月から」と、毎月料金を徴収することを明示せずに、あたかも1か月限りの取引であるかのように表示すること。
- ・ウェブページ作成ソフトをダウンロード方式により販売するサイトにおいて、一定の基準を満たすOSをインストールしたパソコンでないと当該ソフトウェアを使用できないにもかかわらず、「簡単にダウンロードできます」と、そのOSの種類を明示せずに、あたかもすべてのパソコンで使用できるかのように表示すること。

### iii)表示上の留意事項

- ・インターネット情報提供サービスの利用料金が掛かる場合には、有料である旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
- ・毎月料金を徴収するなどの長期契約である場合には、その旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
- ・ソフトウェアを利用する上で必要なOSの種類、CPUの種類、メモリの容量、ハードディスクの容量等の動作環境について、正確かつ明瞭に表示する必要がある。

## ③インターネット接続サービスの取引における表示

### i)景品表示法上の問題点

DSL、ケーブルインターネット等のブロードバンド通信を可能とするインターネット接続サービスの商品選択上の重要な情報は、通信速度、サービス提供開始時期、サービス料金等であり、これらについての情報が消費者に適切に提供される必要がある。

### ii)問題となる事例

- ・ブロードバンド通信を可能とするインターネット接続サービスについて、最大通信速度が保証されていないにもかかわらず、単に「通信速度最大8Mbps」と、通信設備の状況や他回線との干渉等によっては通信速度が低下する可能性がある旨を明示せずに、あたかも常に最大通信速度でサービスの提供を受けることができるかのように表示すること。
- ・実際には、回線の接続工事の遅れ等により、サービス提供の申込みから10日以内にサービスの提供が開始されることがほとんどないにもかかわらず



ず、「10日間で開通」と表示すること。

- ・実際にはA社が提供するサービスよりも通信速度が遅いにもかかわらず、「A社と比較して断然安い」と、A社と同等のサービスを格安で提供するかのように表示すること。

### iii)表示上の留意事項

- ・ブロードバンド通信の通信速度については、通信設備の状況や他回線との干渉等によっては速度が低下する旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
- ・サービス提供開始時期について、回線の接続工事等の遅れにより表示された時期までにサービスの提供を開始することができないおそれがある場合には、その旨を正確かつ明瞭に表示する必要がある。
- ・サービス料金の比較表示に当たっては、社会通念上同時期・同等の接続サービスとして認識されているものと比較して行う必要がある。

## (2)ガイドラインの公表

なお、平成14年6月に、当時景品表示法を所管していた公正取引委員会は、消費者向け電子商取引の健全な発展と消費者取引の適正化を図るとの観点から、消費者向け電子商取引における表示についての景品表示法上の問題点を整理し、事業者に求められる表示上の留意事項を示した「消費者向け電子商取引における表示についての景品表示法上の問題点と留意事項」<sup>1</sup>を公表しており、平成21年9月から景品表示法を所管している消費者庁も、これを踏まえた法運用を行うこととしている。

---

<sup>1</sup> 平成15年8月29日一部改定。[http://www.caa.go.jp/representation/pdf/100121premiums\\_38.pdf](http://www.caa.go.jp/representation/pdf/100121premiums_38.pdf)

## II-4-2 特定商取引法による規制

### 【論点】

ウェブ上の広告について、特定商取引法第11条、第12条、第12条の3、第12条の4はどのように適用されるか。

### 1. 考え方

インターネット上で商品等を販売する事業者は、同法の広告規制に従って、(1)一定事項を表示しなければならず(第11条)、また、(2)誇大広告が禁止されている(第12条)ほか、(3)承諾をしていない者に対する電子メール広告の提供が禁止されている(第12条の3)。

なお、事業者が他の者に電子メール広告に関する業務を一括して委託しているときは、受託事業者についても、承諾をしていない者に対する電子メール広告の提供が禁止されることとなる(第12条の4)。

### (1)表示義務

(表示を要する事項)

- ・商品・サービス等の販売価格、送料
- ・商品・サービス等の代金の支払時期と方法
- ・商品・サービス等の引渡し時期
- ・商品・指定権利の売買契約の申込みの撤回・売買契約の解除に関する事項(特約がある場合には、その内容を含む。)
- ・販売業者等の氏名、住所と電話番号(法人の場合は、このほかに代表者又は業務責任者の氏名)
- ・申込みの有効期限があるときは、その期限
- ・商品・サービス等の販売価格以外に購入者等が負担すべき金銭があるときは、その内容と額
- ・商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
- ・プログラム等の商品・サービスを提供する場合の利用のために必要な電子計算機の仕様、性能その他必要な条件
- ・商品の販売数量の制限その他の特別の商品・サービス等の販売条件があるときは、その内容
- ・省略された広告表示事項につき、書面請求をした者に、当該書面にかかる金銭負担が発生するときのその金額
- ・電子メールで広告をするときは、電子メールアドレス

### (2)誇大広告の禁止

(誇大広告が禁止される事項)

- ・商品の性能・品質・効能、役務の内容・効果、権利の内容・権利に係る役務の効果
- ・商品・指定権利の売買契約の申込みの撤回・売買契約の解除に関する事項(特約がある場合には、その内容を含む。)
- ・商品・権利・役務、販売業者・役務提供事業者、販売業者・役務提供事業者の営む事業についての国・地方公共団体等の関与(例えば、商品・事業者等についての「〇〇省認定」「〇〇県推薦」等の表示など)
- ・商品の原産地・製造地・製造者名
- ・上記(1)記載の事項

### (3) 電子メール広告の提供の禁止

- (承諾をしていない者に対する電子メール広告をすることができる場合)
- ・相手方となる者の請求に基づく場合
  - ・商品・サービス等の売買契約・役務提供契約の申込み・締結をした者に対する申込み内容・契約内容・契約の履行に関する重要事項の通知に付随する場合
  - ・上記のほか、電子メール広告の提供を受ける者の利益を損なうおそれがないと認められる場合

## 2. 説明

### (1) 特定商取引法の広告規制

インターネット上で申込みを受けて行う取引は、特定商取引法上の通信販売に該当する。したがって、同法の商品、指定権利(同法第2条第4項、特定商取引法施行令別表第1)、役務を販売する事業者は、特定商取引法の広告規制(同法第11条、第12条、第12条の3、第12条の4)に従う義務があり、違反した場合は行政処分や罰則の適用を受ける。

### (2) 表示義務

販売業者等は、広告をするときに次の事項を表示しなければならない(特定商取引法第11条、特定商取引法施行規則第8条)。

- ・商品・サービス等の販売価格、送料
- ・商品・サービス等の代金の支払時期及び方法
- ・商品・サービス等の引渡し時期
- ・商品・指定権利の売買契約の申込みの撤回・売買契約の解除に関する事項(特約がある場合には、その内容を含む。)
- ・販売業者等の氏名、住所及び電話番号(法人の場合は、このほかに代表者又は業務責任者の氏名)
- ・申込みの有効期限があるときは、その期限
- ・商品・サービス等の販売価格以外に購入者等が負担すべき金銭があるときは、その内容及び額

- ・商品に隠れた瑕疵がある場合の販売業者の責任についての定めがあるときは、その内容
- ・プログラム等の商品・サービスを提供する場合の利用のために必要な電子計算機の仕様、性能その他必要な条件
- ・商品の販売数量の制限その他の特別の商品・サービス等の販売条件があるときは、その内容
- ・省略された広告表示事項につき、書面請求をした者に、当該書面にかかる金銭負担が発生するときのその金額
- ・電子メールで広告をするときは、電子メールアドレス

なお、インターネット上のホームページなどパソコン画面上等の広告では、上記事項の全てを確認するには画面のスクロールや画面の切替を要さずにすむよう記載することが望ましいが、特に販売業者等の氏名、住所及び電話番号(法人の場合はさらに代表者又は業務責任者の氏名)については、画面上に広告の冒頭部分を表示したときに認識できるように記載すべきである。やむを得ず、冒頭部分への記載を行うことができないときには、冒頭部分から容易に記載箇所への到達が可能となるような方法又は契約の申込みのための画面に到達するにはこれらの事項を画面の経由を要するような方法を予め講ずるべきである。

また、商品・指定権利の売買契約の申込みの撤回・売買契約の解除に関する事項(特約がある場合には、その内容を含む。)については、顧客にとって見やすい箇所において明瞭に判読できるように表示する方法その他顧客にとって容易に認識することができるよう表示することが求められる(特定商取引法施行規則第9条)<sup>1</sup>。

### (3) 誇大広告の禁止

販売業者等は、広告をするときに次の事項について著しく事実に相違する表示をしたり、実際のものよりも著しく優良・有利であると誤認させるような表示をしてはならない(特定商取引法第12条、特定商取引法施行規則第11条)。

- ・商品の性能・品質・効能、役務の内容・効果、権利の内容・権利に係る役務の効果
- ・商品・指定権利の売買契約の申込みの撤回・売買契約の解除に関する事項(特約がある場合には、その内容を含む。)
- ・商品・権利・役務、販売業者・役務提供事業者、販売業者・役務提供事業者の営む事業についての国・地方公共団体等の関与(例えば、商品・事業者等についての「〇〇省認定」「〇〇県推薦」等の表示など)
- ・商品の原産地・製造地・製造者名
- ・前記(2)記載の事項

<sup>1</sup> 本準則 I-5「インターネット通販における返品」参照。

#### (4) 電子メール広告の提供の禁止<sup>2</sup>

販売業者等は、次の場合を除き、商品・サービス等の販売条件等について、その相手方となる者の承諾を得ないで電子メール広告をしてはならない。

- ・相手方となる者の請求に基づく場合
- ・商品・サービス等の売買契約・役務提供契約の申込み・締結をした者に対する申込み内容・契約内容・契約の履行に関する重要事項の通知に付随する場合
- ・上記のほか、電子メール広告の提供を受ける者の利益を損なうおそれがないと認められる場合

また、販売業者等は、電子メール広告をするときは、相手方が電子メール広告の提供を受けない旨の意思を表示するために必要な事項として電子メールアドレス又はURLを当該電子メール広告の本文に容易に認識できるように表示しなければならず<sup>3</sup>、相手方から電子メール広告の提供を受けない旨の意思の表示を受けたときは、電子メール広告をしてはならない。さらに、相手方の承諾を得、又は相手方から請求を受けたことの記録については、3年間保存しなければならない(特定商取引法第12条の3、特定商取引法施行規則第11条の3～第11条の6)。

なお、事業者が他の者に電子メール広告に関する業務を一括して委託しているときは、当該通信販売電子メール広告受託事業者についても、承諾をしていない者に対する電子メール広告の提供が禁止されることとなる(特定商取引法第12条の4、特定商取引法施行規則第11条の7)。

---

<sup>2</sup> 電子メール広告の提供については、特定商取引法のほか、特定電子メール法によっても規制されている。特定電子メール法においては、電子メールの送信をする者(営利を目的とする団体及び営業を営む場合における個人に限る。)が自己又は他人の営業につき広告又は宣伝を行うための手段として送信をする電子メール(以下「特定電子メール」という。)については、送信者は、その送信することに同意する旨の通知をした者等一定の者以外の者に対し、送信をしてはならない。また、送信者は、氏名又は名称、住所、苦情等を受け付けることのできる電話番号、電子メールアドレス又はURL、受信拒否の通知を受けるための電子メールアドレス又はURL等を表示しなければならず、受信拒否の通知を受けたときは、その通知に示された意思に反して、特定電子メールの送信をしてはならない。さらに、特定電子メールの送信をするように求めがあったこと又は送信することに同意があったことを証する記録については、一定期間保存しなければならないとされている(特定電子メール法第3条)。

<sup>3</sup> 「容易に認識できるように表示していない」とはどのようなものであるかについて具体例を示すガイドラインが公表されている(電子メール広告をすることの承諾・請求の取得等に係る「容易に認識できるように表示していないこと」に係るガイドライン)。

(<http://www.no-trouble.jp/>)

## II-4-3 薬事法・健康増進法による規制

**【論点】**

ウェブ上の健康食品、ペット用品、化粧品等の広告について、薬事法及び健康増進法は、どのように適用されるのか。

## 1. 考え方

## (1) 効用・効能についての表示の規制

薬事法第68条は、厚生労働大臣の承認を受けていない医薬品の広告宣伝を禁止しているが、食品(野菜、果物、菓子、調理品等その外観、形状等から明らかに食品と認識される物、及び健康増進法第26条の規定に基づき許可を受けた用途を表示する特別用途食品を除く)について病気の予防や治癒のように医薬品的な効果効能を標榜した場合には、未承認の医薬品とみなされる可能性があり、当該食品が医薬品とみなされた場合には、その広告宣伝は薬事法第68条違反となる。薬事法は、人のみならず動物向けの医薬品も規制しているため、健康効果を標榜するペットフード等の広告も、効果効能の標榜により動物向け医薬品とみなされた場合には、薬事法により禁止されることになる。

また、食品について広告をする場合に、「健康の保持増進の効果」や「人の身体を美化し、魅力を増し、容ぼうを変え、又は皮膚若しくは毛髪をすこやかに保つことに資する効果」等について、著しく事実に相違する表示をし、又は著しく人を誤認させるような表示をすることは、健康増進法第32条の2により禁止されている。

## (2) 掲示板

健康食品やペットの健康改善を目的としたペットフードについての掲示板を設けた場合には、効果効能についての書き込みがなされる可能性が高い。効果効能についての書き込みを期待して健康食品やペットフードを販売する事業者がウェブサイトに掲示板を設置し、その結果、薬事法に違反する医薬品的な効果効能の書き込みが実際にあり、それを積極的に利用する行為があった場合には、このような掲示板が効果効能についての広告とみなされ、薬事法に違反すると解釈される可能性がある。

(掲示板の設置が薬事法違反とされる可能性が高い例)

- ・健康食品の通信販売業者が、効果効能についての口コミを記載させて積極的に広告に利用する意図で製品の使用感想を書き込むための掲示板を設置し、病気治癒など効果効能を肯定する書き込みはそのまま残し、否定的な書き込みや販売促進につながらない書き込みは削除することで、掲示板に効果効能を謳う書き込みが並ぶように操作して、掲示板を医薬品的な効果効能を広告する目的に利用した。
- ・

(掲示板の設置が薬事法違反とされる可能性が低い例)

・健康食品の通信販売業者が、顧客へのサービスとして顧客間のコミュニケーション手段を提供するために、製品の効果効能について書き込むことを禁止するという条件で掲示板を設置し、実際に効果効能についての書き込みがなされた場合には削除していた。

### (3) 自社ウェブサイトとは別の健康食品成分の効果効能についてのウェブサイトの開設

健康食品等の製造者や販売業者が自社ウェブサイトから健康食品等やその成分についての効果効能が記載されたサイトへリンクを張ることや、逆に効果効能について記載したウェブサイトから自社サイトにリンクを張ってもらうことは、実質的には自社ウェブサイト自体に効果効能を記載することと同視できるので、薬事法や健康増進法に違反する可能性がある<sup>1</sup>。

さらに、健康食品等の製造者や販売業者が、経営者や従業員個人など自社以外の第三者の名義でウェブサイトを開設し、当該健康食品等に含まれる主要な成分の効果効能を記述することは、当該サイトから販売サイトにリンクが張られていなかったとしても、製品名や販売業者の連絡先等が表示されている場合等には、当該健康食品等について効果効能を標榜した広告に該当するものと解釈される場合があり、薬事法や健康増進法に違反する可能性がある。

### (4) 薬事法上の許可がない業者が製造・輸入した化粧品・石鹸等

医薬品と同じく、化粧品(石鹸、シャンプーなど浴用品を含む)についても、その製造又は輸入は、薬事法第12条第1項に基づき厚生労働大臣の許可を得た事業者でなければ行なうことができない。薬事法には、無許可で製造された化粧品の広告自体を処罰する規定は含まれていないが、無許可で製造または輸入された製品の広告は、薬事法第12条第1項違反についての同法第84条第1項第2号の罪の幫助に問われる可能性がある。

## 2. 説明

食品(野菜、果物、菓子、調理品等その外観、形状等から明らかに食品と認識される物、及び健康増進法第26条の規定に基づき許可を受けた用途を表示する特別用途食品を除く)の広告に医薬品のような効用効能(人または動物の疾病の診断、治療または予防、及び

<sup>1</sup> 例えば、以下に、健康増進法との関係で、このようなリンクの設置の違法性が述べられている。

「健康増進法上問題となるインターネット広告表示(例)」(平成16年1月厚生労働省)

<http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/iyaku/syoku-anzen/hokenkinou/dl/7f.pdf>

「食品として販売に供する物に関して行う健康保持増進効果等に関する虚偽誇大広告等の禁止及び広告等適正化のための監視指導等に関する指針(ガイドライン)」(平成15年8月29日 厚生労働省薬食発第0829007号)

<http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/iyaku/syoku-anzen/hokenkinou/7.html>

人または動物の身体の構造または機能に影響を及ぼすこと)を標榜し、これにより当該食品が医薬品に該当するとみなされた場合には、その広告は薬事法第68条違反となり、同法第85条により2年以下の懲役または200万円以下の罰金により処罰される。

厚生労働省の通達「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」(昭和46年6月1日薬発第476号)<sup>2</sup>によれば、以下のいずれかに該当する食品(野菜、果物、菓子、調理品等その外観、形状等から明らかに食品と認識される物及び健康増進法第26条の規定に基づき許可を受けた用途を表示する特別用途食品を除く)は原則として未承認の医薬品とみなすものとされている。

(一)原材料として「専ら医薬品として使用される」物質(ホルモン、抗生物質、鎮痛解熱剤、医師の処方箋が必要な医薬品に相当する成分など)が含まれている場合。例えば、多くの副作用被害を生じさせた中国製ダイエット食品の事件では、当該健康食品が甲状腺ホルモンなどの医薬成分を含んでいたために薬事法に違反する未承認医薬品とされた。

(二)「専ら医薬品として使用される」物質が含まれていない場合であっても、以下のいずれかに該当する場合

- ・広告や製品のパッケージ等で医薬品的な効果効能を標榜している
- ・製品の容器がアンプル形状であるなど専ら医薬品的である
- ・用法用量の指示が「毎食後」など医薬品と誤解されるような表現である

薬事法は、人のみならず動物向けの医薬品も規制しているから、健康効果を標榜するペットフード等も、上の基準に照らして動物向けの医薬品とみなされる場合には、その広告が薬事法により禁止されることになる。

また、食品について広告をする場合に、「健康の保持増進の効果」や「人の身体を美化し、魅力を増し、容ぼうを変え、又は皮膚若しくは毛髪をすこやかに保つことに資する効果」等について、著しく事実に相違する表示をし、又は著しく人を誤認させるような表示をすることは、健康増進法第32条の2により禁止されている。また、専ら医薬品として使用される成分を含む食品や医薬品的な効果効能をうたっている食品であって上述の「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」(昭和46年6月1日薬発第476号)に照らして医薬品とみなされる物については、健康増進法に基づく規制に加えて薬事法第68条の未承認医薬品等の広告の禁止や同法第66条の虚偽又は誇大な広告の禁止の適用も受けることとなる。また、化粧品については、同法第66条の虚偽又は誇大な広告の禁止の適用がある。

---

<sup>2</sup> 「無承認無許可医薬品の指導取締りについて」(昭和46年6月1日薬発第476号)は以下のサイトに掲載されている。

<http://www.mhlw.go.jp/topics/bukyoku/iyaku/syokuten/dl/13.pdf>



健康関連の商品についてのウェブ広告で特に問題となりやすいのは、健康食品、ペットフード、化粧品等の効果効能に関する体験談や感想である。このような感想は、それが事実を正直に記載したものであっても、内容がアレルギーの治癒や病気の改善、皮膚のしわが消えるなどの医薬品的な効果効能を述べるものであれば、薬事法第68条の未承認医薬品等の広告に該当し違法である。また、いわゆる「体験談」等であっても、実在しない「体験談」等を捏造した場合や、健康保持増進効果等について不都合な箇所を掲載せず、自己にとって好都合な箇所のみを抜粋して掲載しているとき等については、健康増進法第32条の2において禁止されている虚偽誇大な広告等に該当する可能性がある。

虚偽誇大な広告が行われる商品については、概して高価であり長期の継続使用による経済負担が大きいのみならず、副作用による健康被害や虚偽・誇大な広告を信頼した患者が適切な診療の機会を失うことにより健康に対する悪影響が生じる可能性が伴う。従って、これらの薬事法・健康増進法上の違法な広告に対しては、刑事罰・行政処分に加えて、広告を信頼した消費者に対する民事上の損害賠償責任も生じる可能性があると考えられる。

## Ⅱ-4-4 貸金業法等による規制

### 【論点】

貸金業者がネット上で行なう広告については、貸金業法でいかなる規制が加えられているのか。また、為替先物取引など金融商品取引や商品先物取引の広告についてはどうか。

### 1. 考え方

ネット広告に限らず、貸付けの条件について広告をするときには、貸金業者は、貸金業法第15条により、商号、貸付けの利率等の表示が義務付けられているほか、同法第16条において、業務に関して広告をするときには、貸付けの条件について、著しく事実と相違する表示や、実際のものより著しく有利であると人を誤認させる表示等が禁止されている。

為替先物取引などの金融商品の広告については、損失が委託保証金を上回るリスクの開示及び委託保証金の金額に対する取引額の割合（委託保証金に対してレバレッジをどの程度かけているのか）など、金融商品取引法第37条、金融商品取引法施行令第16条及び金融商品取引業等に関する内閣府令第73条から第76条までに規定されている事項を全て記載する必要がある。また、商品先物取引についても、商品先物取引法<sup>1</sup>第213条の2、商品先物取引法施行令第29条、商品先物取引法施行規則第100条の5及び同規則第100条の6に規定されている事項について、同様に記載する必要がある。商品市場における取引等を行うことによる利益の見込み等について誇大広告をしてはならない。

### 2. 説明

#### (1) 貸金業法上の規制

貸金業法第15条第1項及び貸金業法施行規則第12条は、以下の事項等について広告に表示する義務を課している。

- ① 貸金業者の商号、名称又は氏名及び貸金業登録番号
- ② 貸付けの利率
- ③ 返済の方式・期間・回数
- ④ 賠償額（違約金含む）の予定がある場合、賠償額の元本に対する割合
- ⑤ 担保に関する事項（担保に供する必要がある場合）

<sup>1</sup> 平成21年の通常国会において「商品取引所法及び商品投資に係る事業の規制に関する法律の一部を改正する法律」が成立し、「商品取引所法」を「商品先物取引法」に改めるなどの法改正が行われた。改正法のうちプロ・アマ規制の導入に係る部分が平成23年1月1日に施行され、プロ相手の取引に対して広告規制が適用されなくなった（商品先物取引法第220条の4）。（参考：<http://www.meti.go.jp/policy/commerce/a00/2009/1026.html>）

また、貸金業法第15条第2項は、広告に連絡先として「貸金業者登録簿に登録された連絡先」以外を記載することを禁止している。

さらに、同法第16条は、貸金業者に対して以下のような広告を禁止している。

- ①貸付利率その他の貸付けの条件について著しく事実に相違する表示若しくは説明、又は実際のものよりも著しく有利であると人を誤認させるような表示若しくは説明
- ②資金需要者等を誘引することを目的とした特定の商品とその業者の中心的商品であると誤解させるような表示又は説明
- ③他の貸金業者の利用者又は返済能力が無い者を対象として借入れを勧誘する表示又は説明
- ④借入れが容易であることを過度に強調し、資金需要者等の借入れ意欲をそそる表示又は説明
- ⑤公的な年金、手当等の受給者の借入れ意欲をそそるような表示又は説明
- ⑥貸付けの利率以外の利率を、貸付の利率と誤解させるような表示又は説明

## (2)金融商品取引法上の規制

証券会社、投資ファンド、投資助言・代理業者、投資運用業者などの金融商品取引業者が取引内容につき広告<sup>2</sup>を行う場合には、必ず以下の事項を表示する必要がある(金融商品取引法第37条、金融商品取引法施行令第16条及び金融商品取引業等に関する内閣府令第73条から第76条まで)。

- ①業者の商号、名称又は氏名
- ②金融商品取引業者等<sup>3</sup>である旨及び登録番号
- ③手数料、報酬、費用その他顧客が当該取引につき支払うべき対価(有価証券の対価やデリバティブなどの権利の対価を除く)の種類ごと及び合計の金額、金額の上限又は計算方法
- ④委託保証金を預託すべき取引については委託保証金の額又はその計算方法
- ⑤デリバティブ取引等で損失が委託保証金を上回る可能性がある場合には、その旨及び当該デリバティブ取引等の額の委託保証金に対する比率(計算できない場合にはその旨及びその理由)

---

<sup>2</sup> 証券会社が特定のファンド商品の名称を広告することは内容についての広告に該当するが、会社自体についてのイメージ広告はこれに該当しない。

<sup>3</sup> 金融商品取引業者、及び金融商品取引法第33条の2に基づき金融商品取引に関する書面取次行為など銀行等に認められた一部業務を行なう旨の登録した銀行等の金融機関を指す。

- ⑥金利、為替相場、株価指数等の指標を直接の原因として損失が生じるおそれがある場合には、当該指標とその変動により損失が生じるおそれがある旨及びその理由
- ⑦⑥の損失が委託保証金の額を上回るおそれがある場合には、かかる損失のおそれを生じさせる直接の原因となる指標、かかる損失が生じるおそれがある旨及びその理由
- ⑧外国為替証拠金取引のような店頭デリバティブ取引について、金融商品取引業者等が表示する金融商品の売付け価格と買付け価格に差がある場合にはその旨
- ⑨その他重要な事項について顧客の不利益となる事実
- ⑩業者が金融商品取引業協会に加盟している場合にはその旨及び協会名

### (3)商品先物取引法上の規制

商品先物取引業者が、商品先物取引業の内容について広告等を行う場合には、一部の例外(商品先物取引法第220条の4)を除き、必ず以下の事項を表示する必要がある。(商品先物取引法第213条の2、商品先物取引法施行令第29条、商品先物取引法施行規則第100条の5及び第100条の6)。

- ① 当該商品先物取引業者の商号又は名称
- ② 商品先物取引業者である旨
- ③ 商品取引契約に関して顧客が支払うべき手数料、報酬、費用その他いかなる名称によるかを問わず、商品取引契約に関して顧客が支払うべき対価(受渡しに係る価額、商品先物取引法第2条第3項第4号並びに同条第14項第4号及び第5号に規定する取引の対価の額並びに取引証拠金等の額を除く。)の種類ごとの金額若しくはその上限額又はこれらの計算方法(当該商品取引契約に基づく取引の額(商品先物取引法施行令第29条第3号に規定する取引の額をいう。)に対する割合を含む。)の概要及び当該金額の合計額若しくはその上限額又はこれらの計算方法の概要。ただし、これらの表示をすることができない場合にあつては、その旨及びその理由。
- ④ 商品取引契約に関して顧客が預託すべき取引証拠金等(商品先物取引法第217条第1項第1号に規定する取引証拠金等をいう。)がある場合にあつては、その額又は計算方法
- ⑤ 商品取引契約に基づく取引(商品先物取引法第2条第3項第4号に掲げる取引にあつては同号の権利を行使することにより成立する同号イからホまでに掲げる取引をいい、同条第14項第4号に掲げる取引にあつては同号の権利を行使することにより成立する同号イからニまでに掲げる取引をいい、同項第5号に掲げる取引にあつては同号の権利を行使することにより成立する同号に規定する金銭を授受することとなる取引をいう。)の額(取引の対価の額又は約定価格若しくは約定数値に、その取引の件数又は数量を乗じて得た額をいう。)が、当該取引について顧客が預託すべき取引証拠金等の額を上回る可能性がある場合にあつては、次に掲げる事項

- イ 当該取引の額が当該取引証拠金等の額を上回る可能性がある旨
- ロ 当該取引の額の当該取引証拠金等の額に対する比率(当該比率を算出することができない場合にあつては、その旨及びその理由)
- ⑥ 商品市場における相場その他の商品の価格又は商品指数(以下「商品市場における相場等」という。)に係る変動により商品取引契約に基づく取引について顧客に損失が生ずることとなるおそれがあり、かつ、当該損失の額が取引証拠金等の額を上回るおそれがある場合には、その旨及びその理由
- ⑦ 商品市場における相場等に係る変動により商品取引契約に基づく取引について顧客に損失が生ずることとなるおそれがある場合(当該損失の額が取引証拠金等の額を上回ることとなるおそれがある場合を除く。)には、その旨及びその理由
- ⑧ 店頭商品デリバティブ取引について、商品先物取引業者が表示する商品の売付けの価格と買付けの価格(次のイからハまでに掲げる取引の場合にあつては、当該イからハまでに定めるものを含む。)とに差がある場合には、その旨
- イ 商品先物取引法第2条第14項第2号又は第3号に掲げる取引の場合現実価格(同条第3項第2号に規定する現実価格をいう。)若しくは現実数値(同条第3項第3号に規定する現実数値をいう。)が約定価格等を上回った場合に金銭を支払う立場の当事者となる取引の約定価格等と当該金銭を受領する立場の当事者となる取引の約定価格等又はこれらに類似するもの
- ロ 商品先物取引法第2条第14項第4号又は第5号に掲げる取引の場合同項第4号又は第5号に規定する権利を付与する立場の当事者となる取引の当該権利の対価の額と当該権利を取得する立場の当事者となる取引の当該権利の対価の額
- ハ 商品先物取引法第2条第14項第6号に掲げる取引の場合商品の価格若しくは商品指数が約定した期間に上昇した場合に金銭を支払う立場の当事者となる取引における約定した期間の開始時の当該商品の価格若しくは商品指数と当該商品の価格若しくは商品指数が約定した期間に上昇した場合に金銭を受領する立場の当事者となる取引における約定した期間の開始時の当該商品の価格若しくは商品指数又はこれらに類するもの
- ⑨ 商品取引契約に関する重要な事項について顧客の不利益となる事実がある場合には、当該不利益となる事実の内容
- ⑩ 当該商品先物取引業者が商品先物取引協会に加入している場合には、その旨及び当該商品先物取引協会の名称

## II-5 ドメイン名の不正取得等

### 【論点】

不正競争防止法第2条第1項第12号において、ドメイン名の不正取得等の行為が「不正競争」として規定されているが、どのような行為が本号の「不正競争」に該当するのか。

### 1. 考え方

#### (1) 不正競争防止法における不正競争の定義と対象

不正競争防止法第2条第1項第12号において、①不正の利益を得る目的(図利目的)又は他人に損害を加える目的(加害目的)で、②他人の特定商品等表示と同一又は類似の、③ドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し又はそのドメイン名を使用する行為を「不正競争」としている。

また、末尾が「.jp」であるJPドメイン名と末尾が国コードでない一般ドメイン名(例:「.com」,「.org」等)のいずれも、不正競争防止法の対象となる。

#### (2) 不正競争に該当するケース

これまでに裁判例や民間の紛争処理事例において、①ドメイン名の取得や使用が不正の目的等と認められたケースと②ドメイン名が他人の商品や商標等と同一又は類似であると認められたケースについて以下に例示する。これらのようなケースは不正競争防止法上、不正競争に該当する可能性が高い。

##### ①これまでにドメイン名の取得や使用が不正の目的等と認められたケース

- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者の信用や顧客吸引力を利用し、商品販売を行うケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得、使用し、当該ウェブサイト上で事業者を誹謗・中傷する内容の表示を行い、信用毀損を図るケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、ポルノグラフィカルなウェブサイトを開設するケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、当該ドメイン名を自己のウェブサイトへの転送を目的として利用しているケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者がウェブサイトを開設し事業を行うことの妨害を目的として、当該ドメイン名を保有し続けるケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を登録し、当該ドメイン名の移転について不当な対価を要求するなど、ドメイン名の転売が目的と考えられるケース

・

## ②これまでに特定商品等表示等とドメイン名とが同一又は類似であると認められたケース

- ・「jaccs.co.jp」と JACCS
- ・「j-phone.co.jp」と J-PHONE
- ・「sunkist.co.jp」と SUNKIST、Sunkist
- ・「sonybank.co.jp」と SONY
- ・「itoyokado.co.jp」と Ito Yokado
- ・「goo.co.jp」と goo
- ・

### (3)不正競争防止法の効果

不正競争によって営業上の利益や信用を侵害された者は、①ドメイン名の使用差止（不正競争防止法第3条）、②損害賠償（同法第4条、第5条）、③信用回復措置（同法第7条）を請求することができる。

### (4)紛争処理方針による取扱い

不正競争防止法による解決手続のほか、それぞれのドメイン名について民間団体が策定した紛争処理方針に基づいた解決手段をとることも可能である。

#### ①JPドメイン名についての取扱い

JPドメイン名については、JPNICの定める「JPドメイン名紛争処理方針」に基づきJPNICの認定紛争処理機関に紛争処理を求めることも可能である。申立人は登録者のドメイン名登録の取消請求又は当該ドメイン名登録の申立人への移転請求が可能である。ただし、裁定結果に不服のある当事者は管轄裁判所へ出訴することが可能であり、最終決定ではない。

#### ②一般ドメイン名についての取扱い

一般ドメイン名については、ICANNの定める「統一ドメイン名紛争処理方針」に基づきICANNの認定紛争処理機関へ紛争処理を求めることが可能である。申立人は登録者のドメイン名登録の取消請求又は当該ドメイン名登録の申立人への移転請求が可能である。ただし、裁定結果に不服のある当事者は管轄裁判所へ出訴することが可能であり、最終決定ではない。

## 2. 説明

### (1)ドメイン名の不正取得等に関する不正競争防止法の規制

近年のインターネットの急速な普及に伴い、事業者にとっては、インターネットを通じた営業・広報等のビジネス活動の重要性が高まり、ドメイン名が高い価値を有するに至った。しかし、ドメイン名の登録は、原則として誰もが先着順に登録することができるため、第三者が有名企業や著名な商品の名称等と同一又は類似の文字・数字等の配列をドメイン名に登録した上で、商標権者等に対して不当に高い価格で買取りを請求したり、ウェブサイト上で商標権者等の信用を傷つけたりする等の行為が世界各国で頻発した。

そこで、不正競争防止法は、第2条第9項においてドメイン名を「インターネットにおいて、個々の電子計算機を識別するために割り当てられる番号、記号又は文字の組合せに対応する文字、番号、記号その他の符号又はこれらの結合」とする定義規定を設け、同法第2条第1項第12号において、①不正の利益を得る目的又は他人に損害を加える目的で、②他人の特定商品等表示と同一又は類似の、③ドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し又はそのドメイン名を使用する行為を「不正競争」として規制している。

なお、上記のドメイン名の定義から明らかなように、末尾が「.jp」となっている我が国の国コードドメイン名(以下「JPドメイン名」という。)のみならず、諸外国の国コードドメイン名(例えば「.uk」,「.kr」,「.de」等)や末尾が国コードとなっていないドメイン名(以下「一般ドメイン名」という。例えば「.com」,「.net」,「.org」,「.info」等)についても、本法の対象となる。

### (2)どのような行為が「不正競争」に当たるか

#### ①不正の利益を得る目的又は他人に損害を加える目的(図利加害目的)

本法では主観的要件として、図利目的又は加害目的という2つの類型を規定している。前者は、公序良俗、信義則に反する形で自己又は他人の利益を不当に図る目的を、後者は、他者に対して財産上の損害、信用の失墜といった有形無形の損害を与える目的をそれぞれ指すものと解される。

なお、これまでの裁判例及び日本知的財産仲裁センターにおける紛争処理事例において、ドメイン名の登録・使用が不正の目的と認められたものには以下のようなケースがあり、これらの判示事項は、本法の図利加害目的の解釈にあっても、参考になるものと考えられる。

- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者の信用や顧客吸引力を利用し、商品販売を行うケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得、使用し、当該ウェブ



ブサイト上で事業者を誹謗・中傷する内容の表示を行い、信用毀損を図るケース

- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、ポルノグラフィカルなウェブサイトを開設するケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を使用し、当該ドメイン名を自己のウェブサイトへの転送を目的として利用しているケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を取得し、事業者がウェブサイトを開設し事業を行うことの妨害を目的として、当該ドメイン名を保有し続けるケース
- ・著名な事業者の商標等と同一又は類似のドメイン名を登録し、当該ドメイン名の移転について不当な対価を要求するなど、ドメイン名の転売が目的と考えられるケース

## ②他人の特定商品等表示と同一又は類似のドメイン名

「特定商品等表示」とは、「人の業務に係る氏名、商号、商標、標章その他の商品又は役務を表示するもの」を指す。特定商品等表示に該当するためには、表示が自他識別機能、出所識別機能を備えていることが必要である。したがって、これらを有しない普通名称等をドメイン名に用いる場合には、特定商品等表示に該当しない。

また、類似性の判断については、基本的には同法第2条第1項第1号等の下で裁判例等が示してきた判断基準が妥当するものと考えられる。例えば、富山地裁平成12年12月6日判決・判時1734号3頁・判タ1047号297頁は、「「JACCS」と「jaccs」とを対比すると、アルファベットが大文字か小文字かの違いがあるほかは、同一である。そして、實際上、小文字のアルファベットで構成されているドメイン名がほとんどであることに照らせば、大文字か小文字かの違いは重要ではないというべきである」と判示している(同判断は高裁でも維持され、その後、確定している(名古屋高裁金沢支部平成13年9月10日判決・平成12(ネ)第244号(判例集未登載・裁判所ウェブサイトで閲覧可)、最高裁平成14年2月8日第二小法廷上告不受理決定)。)。また、東京地裁平成13年4月24日判決・判時1755号43頁・判タ1066号290頁は、「被告が本件ウェブサイト上に表示した本件表示は、「J-PHONE」、「ジェイフォン」、「J-フォン」を横書にしたものであって、本件ウェブサイト上の前記の「J-PHONE」と同一ないし類似するものである」と判示している(同判断は高裁でも維持されている(東京高裁平成13年10月25日判決・平成13(ネ)第2931号(判例集未登載・裁判所ウェブサイトで閲覧可))。)

なお、これまで類似性が認められた裁判例及び日本知的財産仲裁センター(旧工業所有権仲裁センター)の紛争処理事例には次のようなものがある。

- ・「jaccs」と JACCS(前掲名古屋高裁金沢支部平成13年9月10日判決)
- ・「j-phone」と J-PHONE(前掲東京高裁平成13年10月25日判決)
- ・「sunkist.co.jp」と SUNKIST、Sunkist(日本知的財産仲裁センター平成13年6月1日裁定)
- ・「sonybank.co.jp」と SONY(工業所有権仲裁センター平成13年3月16日裁定)
- ・「itoyokado.co.jp」と Ito Yokado(工業所有権仲裁センター平成13年3月14日裁定)
- ・「goo.co.jp」と goo(東京高裁平成14年10月17日判決・平成14(ネ)第3024号(判例集未掲載・裁判所ウェブサイトで閲覧可))

### ③ドメイン名を使用する権利を取得し、若しくは保有し又はそのドメイン名を使用する行為

ドメイン名を使用する権利を取得する行為には、ドメイン名登録機関に対する登録申請によってドメイン名を使用する権利を自己のものとする場合のほか、登録機関からドメイン名の登録を認められた第三者から移転を受けることによってドメイン名を使用する権利を自己のものとする場合、登録機関からドメイン名の登録を認められた第三者からドメイン名の使用許諾を受ける場合も含まれる。

また、ドメイン名を使用する権利を保有する行為とは、ドメイン名を使用する権利を継続して有していることを指し、ドメイン名を使用する行為とは、ドメイン名をウェブサイト開設等の目的で用いる行為を指す。

### (3)「不正競争」に該当する場合の効果

不正競争によって営業上の利益や信用を侵害された者は差止(不正競争防止法第3条)、損害賠償(同法第4条、第5条)、信用回復措置(同法第14条)を請求することができる。なお、自己の商標等と同一又は類似のドメイン名を不正に取得等され、営業上の利益を侵害された者は、仮にそのようなドメイン名を使用することについて許諾をしていたとすれば、通常受けるべき使用料に相当する額を損害額として請求できる(同法第5条第3項第4号)。

### (4)ドメイン名紛争処理方針による取扱い

不正競争防止法においては、ドメイン名の移転について明文の規定がないため、訴訟において差止請求権の効果としてドメイン名の移転を請求したとしても、移転

判決を勝ち取ることは困難であるといわれている。しかし、JP ドメイン名、一般ドメイン名のそれぞれについてJPNICやICANN(Internet Corporation for Assigned Names and Numbers)といった民間団体により紛争処理方針が策定されており、これらに基づいてそれぞれ以下のように紛争処理がなされている。

### ①JPドメイン名についての取扱い

JPドメイン名については、JPNICの定める「属性型(組織種別型)・地域型JPドメイン名登録等に関する規則(第40条)」及び「汎用JPドメイン名登録等に関する規則(第37条)」(以下、両者をまとめて「登録規則」という。)において、登録者はその登録にかかるJPドメイン名について第三者との間に紛争がある場合には、JPNICの定める「JPドメイン名紛争処理方針」(以下「JP-DRP」という。)に従った紛争処理機関による手続に同意することが規定されている。そして、JP-DRP によると、第三者である申立人に対する救済として、登録者のドメイン名登録の取消請求又は当該ドメイン名登録の申立人への移転請求が可能とされており(JP-DRP 第4条 i)、JPNICが認定した紛争処理機関(現在のところ日本知的財産仲裁センターのみ)によって裁定があったときには、株式会社日本レジストリーサービス(以下「JPRS」という。)は当該ドメイン名登録の移転又は取消しの手続を行うこととされている(JP-DRP 第3条、第4条 k)。ただし、紛争処理機関の裁定結果に不服のある当事者は管轄裁判所(合意裁判管轄は、東京地方裁判所又は登録者の住所地における管轄裁判所とされている。)へ出訴することが可能であり、裁定通知後10日以内に出訴が行われた場合は、JPRS による取消しや移転の裁定結果の実施が留保され、裁判所の判決に基づき、取消し又は移転の手続が実施される(JP-DRP 第4条 k)。

なお、ドメイン名に係る権利内容は JPRS との契約で定められるものであるもので、登録規則に基づく JPRS の取消しや移転の措置は不法行為には該当しないものと解される。裁判例においても「ドメイン名登録は、インターネット利用者とドメイン名登録機関であるJPNIC(注: 当時は JPNIC が登録業務を行っていた。)との間で登録規則をその内容(契約約款)とする私的な契約により付与されるものであり、ドメイン名登録者はJPNICに対する債権契約上の権利としてドメイン名を使用するものであって、ドメイン名について登録者が有する権利はJPNICに対する債権的な権利にすぎない」(東京地裁平成13年11月29日判決・平成13年(ワ)第5603号(判例集未登載・裁判所ウェブサイトで閲覧可))とされている。

### ②一般ドメイン名についての取扱い

一般ドメイン名については、ICANNが採択した「統一ドメイン名紛争処理方

針」(以下「UDRP」という。)をもとに、仲裁手続が認定紛争処理機関(世界知的  
所有権機関仲裁センター等)により実施されている。

したがって、一般ドメイン名については、ICANNの認定紛争処理機関に申立  
てを行うことにより、取消し又は移転を求めることが可能である。ただし、UDRP に  
基づく裁定結果に不服のある当事者も、管轄裁判所(合意裁判管轄は、ICAN  
N認可レジストラの本社所在地又は登録者の住所地における管轄裁判所とされ  
ている。)へ出訴することが可能であり、裁定通知後10日以内に提訴された場合  
は取消しや移転の裁定結果の実行が留保される(UDRP 第4節 k)。

## II-6 インターネット上への商品情報の掲示と商標権侵害

### 【論点】

インターネット・オークションにブランド品を出品することやインターネット上の掲示板でブランド品の販売の申出を行うことは商標権の侵害にあたるか。

### 1. 考え方

(1)「業として」に該当し、かつ(2)「真正商品でない」場合、商標権侵害の責任を負う。

#### (1)「業として」に該当するか否か

商標法上「業として」に該当しない場合は、商標権侵害とはならない。個人であっても、例えば、反復的かつ継続的に取引を行う場合や、同一の商品を一度に大量に取引を行う場合は、「業として」に該当する。

#### (2)「真正商品」であるか否か

真正商品であれば、その転売に商標権は及ばない。

### 2. 説明

#### (1)問題の所在

インターネットの普及に伴い、インターネット・オークションやインターネット上の掲示板を用いてブランド品(本項では商標権として登録されているものを対象とする。)の販売が行われるようになってきている。ここでは、個人的に所有していた物品が販売されるほか、事業者に大量仕入れされた商品が販売されたり、また、真正商品に混じって偽ブランド品が販売されるケースも存在している。

このようなブランド品をインターネット・オークションに出品する者やインターネット上の掲示板でブランド品の販売の申出を行う者(以下「出品者等」という。)の行為は、当該ブランドの商標権者の権利を侵害しているのだろうか。

#### (2)出品者等の責任

商標とは「文字、図形、記号若しくは立体的形状若しくはこれらの結合又はこれらと色彩との結合であって、業として商品を生産し、証明し、又は譲渡する者がその商品について使用をするもの」であり(商標法第2条第1項第1号)、商品や商品の包装に付するといった商標の使用は商標権者に専有されている(同法第25条)。

また、インターネット上での広告も商標の使用に当たるとされており(同法第2条第3項第8号)、インターネット・オークションへの出品やインターネット上での販売の申出行為は、同号に該当すると解される。

### ①業要件について

前記のとおり、商標に該当するには、「業として」使用することが要件となっているため、インターネット・オークションでのブランド品の出品やインターネット上の掲示板でのブランド品の販売の申出であっても、当該商品を「業として」譲渡するものでない場合は「商標」の使用に該当せず、商標権の侵害とはならないと解される。

この「業として」に該当するのは、例えば、次の i) 又は ii) の場合であると解される。また、これは個人による行為であっても同じである<sup>1</sup>。

#### i) 反復的かつ継続的に取引を行う場合

実際に反復的かつ継続的に取引を行った場合は、「業として」に該当すると解される。また、出品者等に反復的かつ継続的に取引を行う意思がある場合も、同様に「業として」に該当すると解される。

これは一つのインターネット・オークションサイトで同一IDを用いて何度も同一ブランド品を出品したのかなど個々のウェブサイト単独で判断されるのではなく、同一人が複数のウェブサイトで同一ブランド品の出品や販売の申出を行う場合であっても、全体として反復的かつ継続的と捉えられる場合は、「業として」に該当すると解される。

なお、インターネット・オークションに出品したり、インターネット上の掲示板で販売の申出をしたものの入札者がいなかった等の理由により、一つの商品を何度も出品する場合等が考えられるが、この場合は反復的かつ継続的な取引には該当しないと解される。

#### ii) 同一の商品を一度に大量に取引を行う場合

インターネット・オークションやインターネット上の掲示板では、一度に同一の商品を複数出品したり販売の申出を行うことが可能となっていることが多いが、同一ブランドの商品を一度に大量に取引を行う場合も、「業として」に該当する

---

<sup>1</sup> 事業者の意義は、個々の法律ごとに異なることに留意する必要がある。例えば、電子契約法第2条第2項の「事業者」については、営利目的の有無を問わず同種の行為を反復継続して行っている場合が該当するのに対して、特定商取引法上の「事業者」については、営利の意思を持って反復継続して販売を行う場合が該当する。

と解される。

## ②真正商品要件について

真正商品とは、商標権者が自らの意思で流通に置いた商品である。通常のルートで仕入れた商品など、正規に流通している商品については、その転売に商標権は及ばない<sup>2</sup>。これは、小売店が卸売店から仕入れた商品を、何ら商標権者の許諾を要することなく自由な価格設定で販売することができるのと同様である。インターネット・オークションへの出品やインターネット上の掲示板への掲載は、商標法上は、一般の小売店のチラシ広告と同様と考えられよう。

しかし、例えば、正規の工場で生産されても、そこから横流しされたなど商標権者が自らの意思で流通に置いたものでないと解される場合は、真正商品に該当しない。

## ③結論

以上のことから、「業として」に該当し、かつ「真正商品でない」場合、インターネット・オークションに出品することやインターネット上の掲示板で販売の申出を行うことは、商標権の侵害に該当し、損害賠償責任（民法第709条）を負うと解される。また、権利者から差止請求（商標法第36条）を受ける場合や、刑事責任（同法第78条）を負う場合もあると解される。

なお、真正商品でない偽ブランド品を、偽ブランド品と断った上で出品したり、販売の申出を行ったとしても、商標権者の許諾なく当該商標を付した物品の販売等を行うものであるから、これを業として行う場合は商標権侵害となる（同法第25条）。

また、偽ブランド品を、偽ブランド品と知りつつ真正商品だとして販売することは、刑法上の詐欺に該当し、刑事上の責任（刑法第246条）を負う場合がある。

---

<sup>2</sup> 外国で入手した商品の販売についても、それが真正商品であれば、原則として商標権侵害を構成しないとされている。本準則IV-5「国境を越えた商標権行使」の注1も参照されたい。

## II-7 ID・パスワード等のインターネット上での提供

### 【論点】

デジタルコンテンツやプログラムに対するアクセスやコピー(インストール)のためのID・パスワード等をネットオークションに出品することや、インターネット上の掲示板で開示することに対して、どのような制限があるか。

## 1. 考え方

### (1) 契約による制限

提供者とユーザーとの間にID・パスワード等の第三者提供を禁止する契約が締結されている場合、ID・パスワード等をインターネット上で販売又は開示したユーザーは、契約上の責任(債務不履行責任)を負う。

### (2) 不正アクセス禁止法による制限

ID・パスワード等が、インターネット等を通じて他のコンピュータを利用するためのものであって、当該ID・パスワード等を付与されている利用権者<sup>1</sup>又は当該ID・パスワード等を付与している者に無断で、かつ、当該ID・パスワード等がどのコンピュータを利用するためのものかを明らかにして提供する行為は、不正アクセス禁止法により禁止されている。

### (3) 知的財産法による制限

ID・パスワード等のインターネット上での販売又は開示は、技術的制限手段に対する不正競争には該当しないものの、著作権法の複製権等の侵害を助長する行為として、複製権等の侵害の幫助行為に該当する可能性がある。

### (4) 一般不法行為

インターネット上でID・パスワード・シリアルナンバー等を公開・提供した者は、不法行為(民法第709条)に基づく損害賠償責任を負う場合がある。

## 2. 説明

### (1) 問題の所在

デジタルコンテンツやプログラム(以下「コンテンツ等」という。)の視聴や実行を技術的に制限(いわゆるアクセスコントロール)したり、複製(インストール)を技術的に制限(いわゆるコピーコントロール)した上で、対価を支払ったユーザーのみに当該技術的制限を解除するた

<sup>1</sup> 利用権者とは、当該ID・パスワード等を付与している者から、他のコンピュータの利用についての許諾を得た者である



めのユーザーID、パスワード、プロダクトID、シリアル番号等(以下「ID・パスワード等」という。)とともにコンテンツ等を提供し(なお、ID・パスワード等はユーザーが設定する場合もある。)、ユーザーは当該ID・パスワード等を使用してコンテンツ等の視聴、実行、複製(以下「アクセス又はコピー」という。)が可能となる、という形態のビジネスが行われている。

ところが、インターネットの普及に伴い、ネットオークションやインターネット上の掲示板を用いて、コンテンツ等のアクセス又はコピーのためのID・パスワード等の販売や開示が行われている。また、コンテンツ等のアクセス又はコピーのための技術的制限を回避する方法(ノウハウ)をマニュアルのように文書化した情報(以下「回避マニュアル類」という。)の販売や開示も行われている。その結果、対価を支払うことによりコンテンツ等のアクセス又はコピーが可能となる形態のビジネスにおいて、営業上の損害が生じていることが指摘されている。

このようなID・パスワード等や回避マニュアル類をインターネット上で販売することや開示することに対して、法的にどのような制限があるのだろうか。

なお、ID・パスワード等については、本項では、市場で商用として提供されているコンテンツ等のアクセス又はコピー用のID・パスワード等を対象として以下論じることとし、銀行のキャッシュカードの暗証番号や企業秘密の管理用パスワード等は対象とはしない。

## **(2) 契約による制限**

ID・パスワード等の提供に当たって、提供者とユーザーとの間で第三者に提供しない旨の契約が締結されている場合がある。この場合、ID・パスワード等をインターネット上で販売又は開示したユーザーは、契約上の責任(債務不履行責任・民法第415条)を負う。

## **(3) 不正アクセス禁止法による制限**

ID・パスワード等の識別符号を入力することで利用できるようになっているコンピュータにインターネット等のネットワークを通じて接続し、他人の識別符号を無断で入力するなどしてこのような利用ができる状態にしてしまう行為は、不正アクセス行為として禁止、処罰されている(不正アクセス禁止法第3条、第8条)。具体的には、他人の識別符号を無断で入力する行為と、いわゆるセキュリティホール攻撃が該当する。ここで、識別符号とは、①特定利用を認める相手方ごとに違うものであること、②その相手方以外に用いることができないものであること、の2つの要件を備える必要がある。ここで特定利用とは、インターネット等の電気通信回線を通じて行う利用であって、その利用の内容に限定はなく、コンテンツ等のアクセス又はコピーも含まれる。

また、他人の識別符号を無断で、かつどのコンピュータを利用するためのものかを明らかにして第三者に提供する行為も、不正アクセス行為を助長する行為として、禁止されている(同法第4条、第9条)。なお、提供手段に限定はなく、オンラインで行っても、オフラインであっても禁止されている。また提供行為によって金銭的な利益を得たかどうかは関係がない。

したがって、ID・パスワード等が、インターネット等を通じて他のコンピュータを利用するためのものであって、当該ID・パスワード等を付与されている利用権者<sup>1</sup>又は当該ID・パスワード等を付与している者に無断で、かつ、当該ID・パスワード等がどのコンピュータを利用するためのものかを明らかにしてインターネット上で販売又は開示する行為は、不正アクセス禁止法により禁止されている。

#### (4) 知的財産法による制限

##### ① 不正競争防止法について

##### i) 技術的制限手段に対する不正競争

不正競争防止法においては、電磁的方法によってコンテンツ等のアクセス又はコピーを制限する手段(技術的制限手段(同法第2条第7項))を営業上用いる場合について、その技術的制限手段の効果を妨げることによりアクセス又はコピーが可能となる機能のみを有する装置又はプログラムを譲渡等する行為(プログラムについては電気通信回線を通じて提供する行為を含む。)を、不正競争としている(同法第2条第1項第10号、第11号)<sup>2</sup>。そして、技術的制限手段を営業上用いているコンテンツ等の提供事業者は、技術的制限手段を無効化等する装置やプログラムの譲渡等をする者に対して、営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある場合には、当該装置等の譲渡等の差止又は損害賠償を請求することができる(同法第3条、第4条)。

しかし、ID・パスワード等は、コンピュータに正しく入力されることによって、一定の結果を引き出すことが予め想定されているものであって、コンピュータに対して何ら不正な動作を起こさせるものでない。したがって、ID・パスワード等は「技術的制限手段の効果を妨げる」ものにはそもそも該当しないと考えられる。

また、不正競争の対象となっているものは、装置とプログラムであり、かつ、いわゆる専用品に限定されている。ここで、プログラムとは、「電子計算機に対する指令であって、一の結果を得ることができるように組み合わせられたもの」(同法第2条第8項)であり、ID・パスワード等は、単なる文字、数字、記号の羅列であって、プログラムには該当しない上、装置にも該当しない。

また、回避マニュアル類も、同様にプログラムや装置には該当しない。

したがって、ID・パスワード等や回避マニュアル類の譲渡等の行為は、技術的制限手段に対する不正競争には該当しないと解される。

---

<sup>2</sup> 平成23年の通常国会において「不正競争防止法の一部を改正する法律」が成立し、技術的制限手段の回避装置等に関する規制対象の見直しを含む法改正が行われた。改正法は平成23年6月現在において未施行であるため、本項には盛り込まれていない。

## ii) 営業秘密に係る不正競争

不正競争防止法上、営業秘密は、ア) 秘密として管理されている(秘密管理性)、イ) 事業活動における有用な技術上又は営業上の情報であつて(有用性)、ウ) 公然と知られていないもの(非公知性)をいう(同法第2条第6項)。

営業秘密と解される場合、それをどのようにして取得したかによって不正競争に該当するかどうか判断されることとなり、これを「窃取、詐欺、強迫その他の不正の手段」(以下「不正取得行為」という。)によって取得した場合、又は不正取得行為が介在したことを知りつつ(又は重大な過失により知らないで)第三者から当該情報を取得した場合は、当該情報を取得・使用・開示する行為がそれぞれ不正競争に該当し(同法第2条第1項第4号、第5号)、及び当該情報を取得した後不正取得行為が介在したことを知って(又は重大な過失により知らないで)、当該情報を使用・開示する行為がそれぞれ不正競争に該当する(同法第2条第1項第6号)とされている。もっとも、リバースエンジニアリングによって情報を取得する行為については、不正の手段には該当しないと考えられる。

営業秘密に係る不正行為によって、営業上の利益を侵害され、又は侵害されるおそれがある場合には、当該不正行為の差止又は損害賠償を請求することができる(同法第3条、第4条)。

### a) ID・パスワード等について

営業秘密は、情報を有する主体ごとに、法の定める要件を満たすか否かにより判断される。例えば、技術的制限手段を営業上用いているコンテンツ等の提供者が、多数のユーザーに同一のID・パスワード等を第三者に提供しないという条件もなく付与している場合、ユーザーにとって、ア) 秘密管理性及びウ) 非公知性を客観的に認識することは困難であり、営業秘密であるとは認め難いと解される。

これに対し、各人ごとに異なったID・パスワード等を第三者に提供しないという条件で付与している場合は、ア) 秘密管理性及びウ) 非公知性を満たす可能性があり、ID・パスワード等が、事業活動を行う上でイ) 有用性のある情報であると考えられれば、営業秘密と認められる可能性があると考えられる。

### b) 回避マニュアル類について

コンテンツ等のアクセス又はコピー用の技術的制限手段を回避する方法は、ア) 秘密管理性、イ) 有用性、ウ) 非公知性を全て満たす場合、営業秘密と解される可能性がある。

## ②著作権法について

### i) 技術的保護手段の回避行為性

著作権法においては、技術的保護手段の回避を行うことを専らその機能とする装置若しくはプログラムの複製物を公衆に譲渡若しくは貸与し、公衆への譲渡若しくは貸与の目的で製造し、輸入し、若しくは所持し、若しくは公衆の使用に供すること(プログラムについては公衆送信若しくは送信可能化することも含む。)を禁止しており、これらを行った者については刑事罰(3年以下の懲役若しくは300万円以下の罰金又はその両方)が課されることがある(同法第120条の2第1号)。

なお、ここでいう「技術的保護手段」とは、電磁的方法により、著作権等を侵害する行為を防止又は抑止するもの(著作権法第2条第1項第20号)であって、あくまで著作権等の及ぶ形での著作物等の利用(複製、公衆送信、送信可能化など)を抑止又は防止する手段である。したがって、デジタルコンテンツの視聴やプログラムの実行の制限等、いわゆるアクセスコントロールについては対象外となっている。また、「技術的保護手段の回避」とは、技術的保護手段に用いられている信号の除去又は改変を行うことにより、当該技術的保護手段によって防止される行為を可能とし、又は当該技術的保護手段によって抑止される行為の結果に障害を生じないようにすることとされている(著作権法第30条第1項第2号)。

しかし、ID・パスワード等は、コンピュータに正しく入力されることによって、一定の結果を引き出すことが予め想定されているものであって、コンピュータに対して何ら不正な動作を起こさせるものではない。したがって、ID・パスワード等を使ってデジタルコンテンツへアクセスすることは「技術的保護手段に用いられている信号の除去又は改変を行うこと」には該当しないと考えられる。

また、ここでの対象となっているものは、装置とプログラムであり、かつ、いわゆる専用品に限定されている。ここでプログラムとは、「電子計算機を機能させて一の結果を得ることができるようにこれに対する指令を組み合わせたものとして表現したもの」(同法第2条第1項第10号の2)であり、ID・パスワード等は、単なる文字、数字、記号の羅列であって、プログラムには該当しない上、装置にも該当しない。

また、回避マニュアル類も、同様にプログラムや装置には該当しない。

したがって、ID・パスワード等や回避マニュアル類の公衆への譲渡等の行為は、同法第120条の2に該当しないと解される。

### ii) 複製権侵害の幫助行為性

ソフトウェアをダウンロードないしインストールすれば、当該ソフトウェアの複製物が新たに作成されることになる。

著作権侵害を助長する行為は、著作権侵害の幫助行為として、民法第719条に基づ

き共同不法行為責任を負う可能性がある<sup>3</sup>。

では、ソフトウェアをダウンロードないしインストールする際に必要となるID・パスワード等をインターネットを通じて提供する行為は、複製権侵害を助長する行為として複製権侵害の幫助行為に該当しないのであろうか。

以下、

- ・正規に入手していないID・パスワード等を入力して、ダウンロードないしインストールを行なう行為が、著作権法上の複製権侵害を構成するかを検討したうえで、
  - ・複製権侵害を構成する場合、これらの者に対してID・パスワード等をインターネットを通じて提供する行為が、複製権侵害の幫助行為に該当しないか、
- について順次検討する。

#### **a) 正規に入手していないID・パスワード等を入力して、ダウンロードないしインストールを行なう行為**

まず、ソフトウェアをダウンロードないしインストールするにあたって、ID・パスワード等の入力が必要不可欠とされている形態として以下の事例に基づいて検討を行う。

α サーバ内に目的とするソフトウェアがインターネットを介してコンピュータに直接インストール可能な状態に置かれているが、直接インストールするにあたってID・パスワード等の入力が必要不可欠とされている場合

β サーバ内には、目的とするソフトウェアがインターネットを介してコンピュータに直接インストールが可能な状態には置かれておらず、インストーラ<sup>4</sup>が何らの制限なく何人も自由にダウンロード可能な状態に置かれている<sup>5</sup>のみで、一旦コンピュータ内

---

<sup>3</sup> 大阪高裁平成9年2月27日判決・判時1624号131頁

「控訴人会社は、自ら本件装置を操作するものではないが、被控訴人が管理する音楽著作物の上映権及び演奏権を侵害するおそれの極めて高い、業務用カラオケ装置をユーザーに提供することを内容とする、リース業務を日常的に反復継続する者として、…本件装置のユーザーが被控訴人の許諾を得ないまま本件装置をカラオケ伴奏による客の歌唱に使用すれば、被控訴人が管理する音楽著作物の上映権及び演奏権を侵害することになることを知っていたか、仮に知らなかったとしても容易に知り得たのであるから、これを知るべきであったというべきである。

しかるところ、控訴人会社は、…許諾を得ないまま本件店舗において本件装置を使用して客に歌唱させていることを認識しながら、右著作権侵害の結果を認容しつつ、本件リース契約を継続、更改して本件装置を提供し、控訴人則子及び同隆による前示本件著作権侵害行為に加担したというべきである。」

「控訴人会社は、これらの注意義務をいずれも怠り、何ら適切な著作権侵害防止措置を講じないまま前記著作権侵害行為に及んだ…との間で本件リース契約を継続、更改して本件装置を提供したのであるから、その点において控訴人会社に過失があるといわざるを得ず、控訴人会社は、…前記著作権侵害行為を幫助した者として、民法七一九条二項に基づき共同不法行為責任を免れないというべきである。」

<sup>4</sup> 本稿では、インストール対象となるアプリケーションプログラムを、コンピュータが使用可能な状態とするために必要なすべてを含んだプログラムとする。

<sup>5</sup> 典型的には、一般に公開されているウェブページで、ソフトウェアの制作者の管理するものにおいて、なんらのアクセス制限もなくインストーラにリンクが張られているような場合である。

のハードディスク等の媒体内に当該インストーラをダウンロードしたうえで、当該インストーラを起動してインストールをすることが予定されているところ、

β1 インストーラをダウンロードするにあたって、ID・パスワード等の入力が必要不可欠とされている場合

β2 ハードディスク内にダウンロードしたインストーラを起動してインストールを行なうにあたって、ID・パスワード等の入力が必要不可欠とされている場合

γ 目的とするソフトウェアが格納されたCD-ROM等の媒体から、当該ソフトウェアをコンピュータにインストールするにあたって、ID・パスワード等の入力が必要不可欠とされている場合

上記のいずれの場合も、ソフトウェアをダウンロードないしインストールを行なう行為自体は、複製行為に該当する。

すなわち、上記α、β2、γのいずれのインストール行為についても、コンピュータのハードディスク内に、目的とするソフトウェアの複製物を新たに作成するものであり、上記β1のインストーラのダウンロード行為についても、インストーラの複製物を新たに作成することになるから、いずれも、複製行為に該当する。

つぎに、正規に入手していないID・パスワード等を入力して、ダウンロードないしインストールを行なう行為自体が、著作権法上の複製権侵害を構成するの否かについて検討する。

## ア)α・β1の場合

正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストール行為については、原則として、著作権法上の複製権侵害を構成すると考えられる。

すなわち、インストール行為にあたってID・パスワード等を入力することが必要不可欠とされている場合には、当該ソフトウェアの著作権者は、ID・パスワード等を正規に入手した者に対してのみインストールを行なうことを許諾していると考えられるため、正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストール行為は、私的使用目的の複製行為(同法第30条第1項)など、同法で許容される例外的な場合を除き、同法上の複製権侵害を構成すると考えられる。

## イ)β 2・γ の場合

まず、インストーラのダウンロード行為は、何らの制限なく自由にダウンロードを行なうことが許されていることから、著作権者の許諾がなされているとみるべきであり、著作権法上の複製権侵害を構成すると評価することは困難であろう。

これに対して、インストール行為については、インストーラというプログラムの著作物の複製物の所有者が、インストール行為によって目的とするソフトウェアの複製物を作成していることから、著作権法第47条の3第1項の規定が問題となる。

しかし、インストーラは、インストールされるプログラムを全て内包しており、インストールされるプログラムを複製するための媒介物であるから、インストーラの所有者はインストールされるプログラムの「複製物の所有者」であることを否定することは困難であろう<sup>6</sup>。

以上のとおりであるから、β 2の場合においては、正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストール行為は、複製権侵害を構成しないと考えられる。γ の場合においても、同様である。

なお、当該インストール行為については、プログラム自体を改変するものではないため、翻案権侵害も構成しないと考えられる。

## ウ)結論

以上のとおりであるから、ソフトウェアをインターネットを介して直接インストールしたり、インストーラをダウンロードする際に、ID・パスワード等の入力が必要不可欠とされている場合において、正規に入手していないID・パスワード等を入力して行なうインストールないしダウンロード行為は、いずれについても、私的使用目的の複製行為（著作権法第30条1項）等、同法で許容される例外的な場合を除き、同法上の複製権侵害を構成すると考えられる。

また、インストーラをダウンロードしたり、ソフトウェアが格納されたCD-ROM等を入手後、正規に入手していないID・パスワード等を入力してソフトウェアをインストールする行為については、たとえ著作権侵害を構成しない場合であっても、一般不法行為が成立する可能性があることに注意が必要である。

## b)ID・パスワード等をインターネットを通じて提供する行為

α、β 1といった複製権侵害を構成する場合において、複製行為に必須不可欠なID・パスワード等をインターネットを通じて不特定多数の閲覧者に提供することは、閲覧者に複製行為を行なわせること、すなわち閲覧者を道具として利用して不正な複

<sup>6</sup> 藤田耕司「著作権法コンメンタール【上巻】」P494、作花文雄「詳解著作権法第3版」P377

製行為をさせる行為と評価できるとして、複製権侵害そのものを構成するとの考え方もあろう。

しかし、提供されたID・パスワード等を利用して、不正に複製行為を行なうか否かは、ID・パスワード等の閲覧者の自由意思によって行なわれるものであり、提供者が閲覧者を管理・支配しているとまでは認められず、提供者自らに複製権侵害そのものが成立するとは言えないと考えられる<sup>7</sup>。

他方、提供されたID・パスワード等が複製を行なうにあたって必須不可欠なものである以上、当該ID・パスワード等を提供する行為は、およそ私的使用目的の複製以外の複製行為がありえない場合を除き、複製権侵害の幫助行為として違法と評価されるべきものであろう。

したがって、 $\alpha \cdot \beta 1$ の場合におけるID・パスワード等や回避マニュアル類の公衆への譲渡等の行為は、私的使用目的の複製にしか利用されないという例外的事情がある場合を除き、複製権侵害を助長する行為として、複製権侵害の幫助行為に該当する可能性が否定できないと考えられる。

## (5) 一般不法行為

### ① 一般不法行為について

故意又は過失によって、他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は、これによって生じた損害について損害賠償責任を負う(民法第709条)。

仮に著作権法や不正競争防止法などの個別の権利を定めた法律について違反行為がなければ、その行為は法により基本的に禁止されていないから、原則として不法行為は成立せず、例外的に不正に自らの利益を図ったり、損害を加えたりする目的があった場合に限り不法行為成立を認めるという考え方もありうる<sup>8</sup>。

<sup>7</sup> 東京地裁平成12年5月16日判決・判時1751号128頁

「一般に、ある行為の直接的な行為主体でない者であっても、その者が、当該行為の直接的な行為主体を『自己の手足として利用して右行為を行わせている』と評価し得る程度に、その行為を管理・支配しているという関係が認められる場合には、その直接的な行為主体でない者を当該行為の実質的な行為主体であると法的に評価し、当該行為についての責任を負担させることも認め得るものといえるところ、原告らの前記(一)前段の主張も、右のような一般論を著作権法の『複製』行為の場合に当てはめるものとして理解する限りにおいて、これを是認することができる。

そして、被告が本件番組において本件各音源を送信しこれを受信者がMDに録音する場合における、被告と受信者との間の関係をみると、被告と受信者との間には、被告がその送信に係る本件番組の受信を受信者に許諾し、これに対して受信者が一定の受信料を支払うという契約関係が存するのみで、受信された音源の録音に関しては何らの合意もなく、受信者が録音を行うか否かは、専ら当該受信者がその自由意思に基づいて決定し、自ら任意に録音のための機器を準備した上で行われるものであって、被告が受信者の右決定をコントロールし得るものではないことからすれば、被告が受信者を自己の手足として利用して本件各音源のMDへの録音を行わせていると評価しうる程度に、被告が受信者による録音行為を管理・支配しているという関係が認められないことは明らかである。」

<sup>8</sup> 本稿の設例とは直接関連しないが、東京地裁平成16年3月24日判決・判時1857号108頁・判タ1175号281頁は、原告自身がインターネットに公開した情報(見出し)が著作物とは認められないとされた事案における不法行為責任について、以下のとおり述べている。

「YOL見出しは、原告自身がインターネット上で無償で公開した情報であり、前記のとおり、著作権法等によって、原告に排他的な権利が認められない以上、第三者がこれらを利用することは、本来自由であるといえる。不正に自らの利益を図る目的により利用



しかし、著作権など法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず、法的保護に値する利益が違法に侵害された場合であれば不法行為は成立すると考えられる<sup>9</sup>。

## ②検討

インターネット上でソフトウェアのインストールや使用にあたって必要なID・パスワード等を販売又は開示する行為はどうか。

正規の手続を経て対価を支払った者(正規ユーザー)以外の者によるソフトウェアの使用を禁止する目的で、ソフトウェアのベンダーが、ソフトウェアのインストール・使用にあたってID・パスワード等の入力を要求するビジネスを行っている場合がある。

このような場合に、ID・パスワード等が、ベンダーの意思に反してインターネット上で販売又は開示されれば、ID・パスワード等の入手者は、ソフトウェアを、ベンダーに対し対価を支払わないまま使用できることになる。

これにより、ベンダーは、資金や労力を投下して開発・販売したソフトウェアの売上げが低下し、投下した資金等の回収が困難になるという営業活動上の不利益を受けることになる。この営業活動上の不利益は、ソフトウェアの価値から生じるものであり、法的保護に値する利益であると考えられる。

一方、ID・パスワード等の配布行為は、ベンダーに対し、一方的に損害を与えるのみであって、表現の自由や自由競争原理等の観点を考慮したとしても正当化することはできず、社会的に許容される限度を超えた違法なものと考えられる。

したがって、ID・パスワード等の配布行為は、ベンダーに対し、営業活動上の不利益という損害を与える行為であり、特別の事情(ソフトの仕様上、ID・パスワード等を公開しても正規ユーザー以外の使用が不可能な場合など)がない限り、違法性を有するものとして不法行為が成立する可能性がある。

なお、上記①の加害目的等がある場合に限り例外的に不法行為が成立するという立場によっても、ベンダーに対する加害目的があるものとして、同様に不法行為が成立するものと考えられる。

---

した場合あるいは原告に損害を加える目的により利用した場合など特段の事情のない限り、インターネット上に公開された情報を利用することが違法となることはない。」

<sup>9</sup> 知財高裁平成17年10月6日・平成17年(ネ)第10049号(判例集未掲載・裁判所ウェブサイトで閲覧可)(東京地裁平成16年3月24日判決の控訴審判決)は、「不法行為(民法709条)が成立するためには、必ずしも著作権など法律に定められた厳密な意味での権利が侵害された場合に限らず、法的保護に値する利益が違法に侵害がされた場合であれば不法行為が成立するものと解すべきである。」としている。

他に著作物性を否定しながら不法行為責任を肯定した裁判例として、東京高裁平成3年12月17日判決・判時1418号120頁などがある。

## II-8 インターネットを通じた個人情報の取得

### 【論点】

インターネットを通じて利用者から個人情報を取得する場合、法的にどのような問題があるか。

### 1. 考え方

インターネットを利用したビジネスでは、インターネットを通じて利用者から直接個人情報を取得し、これをデータベース化して利用するものが少なくない。

このようにインターネットを通じて利用者から直接個人情報を取得する場合には、会員登録など特定の個人を識別することができる情報を取得する際に、事業者において最終的にどのような目的で個人情報を利用するかを可能な限り具体的に特定し、その目的を明示する必要がある。特に、利用者のウェブサイトの閲覧履歴などの情報を、クッキーを用いて、会員登録などを通じて取得した個人情報と照合して利用するなど、利用者からは容易に認識できない方法によって取得した情報を、個人識別情報と照合して利用する場合のように、個人情報取得の事実を秘匿したまま利用者から個人情報を取得することは、個人情報保護法第17条、同法第18条及びプライバシー侵害として民法上の不法行為等により違法とされる可能性がある。また、子どもを対象としているウェブサイトで、子どもの判断能力・理解力が不十分であることを利用して、親権者の知らない間に子どもから個人情報を取得することも同法第17条及びプライバシー侵害として民法上の不法行為等により違法とされる場合が考えられる。

また、インターネットを通じて、身体・精神障害、犯罪歴その他社会的差別の原因となる情報などのセンシティブな情報を特定の個人が識別できる形で取得するような場合は、本人の明確な同意と合理的な必要性がない限りプライバシー侵害として違法とされる可能性がある。

さらに、利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって、利用者の個人情報を取得し、第三者に送信するスパイウェアの利用は、不適正な方法による個人情報の取得として違法とされる可能性がある。

(個人情報の取得が違法とされる可能性がある例)

- ・会員登録、ネット通販などを通じて取得した個人情報とウェブサイトの閲覧履歴や検索履歴などの利用履歴をクッキーを用いて照合して利用する場合に、その旨が通常の利用者に理解できるような形で利用者に示されていない場合
- ・小学生を対象としたウェブサイトで、家庭の経済状況を推知してマーケティングに利用する目的で、且つその意図を小学生に理解できるような形で説明することなく、懸賞プレゼントへの応募のためのアンケートなどの名目で、小遣金額、塾・習い事、通学している学校名などの情報を収集する行為

- ・利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって、利用者の個人情報を取得し、第三者に送信するスパイウェアを利用し、利用者のID・パスワードなどの個人情報を取得する場合
- ・

(個人に関する情報の収集が適法と考えられる例)

個人情報の取得が適法と考えられる例

- ・親権者の同意を得て契約される小学生向けのeラーニングサービスにおいて、テストの成績その他eラーニングの目的に合理的に関連する児童の個人情報を取得する場合。
- ・パソコンのサポート業者が、利用者との契約に基づき遠隔サポート用のソフトウェアを利用者にインストールさせ、パソコンの操作方法の指導やエラーの発見のために利用者によるパソコンの操作やパソコン内のファイルの情報を当該ソフトウェアにより自動送信させる場合
- ・

個人情報の取得には該当しないと考えられる例

- ・成果報酬型広告において、広告代理店が広告バナーをクリックした利用者が広告主のウェブサイトから商品を購入したか否かを確認するためにクッキーを用いて利用者のウェブサイト利用を追跡しているが、広告代理店は、当該利用者について、特定の個人を識別する情報を有していない場合
- ・

## 2. 説明

### (1)問題の所在

インターネット通販、情報検索サイト、インターネットを通じた資料請求、インターネットによるアンケート・市場調査、メールマガジンなどインターネットを利用したビジネスでは、インターネットを通じて利用者から直接個人情報を取得し、これをデータベース化して利用するものが少なくない。

しかしながら、リアルワールドでの個人情報の取得が、一般的に、本人が書類に自ら書き込む方法など、本人が取得される個人情報を把握しコントロールできる方法で個人情報が取得されるのに対し、インターネット上での個人情報の取得は、利用者が個人情報の取得を容易には認識できない方法で、インターネットサイトの利用履歴などの情報が取得される場合も多い。

また、子どもによるインターネットの利用を親権者が常時チェックすることは困難であるため、親権者の知らないところで判断能力の十分ではない子どもから個人情報が取得される可能性がある。

さらに、スパイウェアと呼ばれる利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって、利用者の個人情報が取得され、当該情報がマーケティングなどに利用される場合もある。

このようにインターネットを通じた個人情報の取得には、リアルワールドでの個人情報の取

得と異なる問題が多いため、本項では、このようなインターネット上での個人情報取得の適法性につき検討する。

## (2)適用される法律

個人情報保護法第15条は、「個人情報取扱事業者は、個人情報を取り扱うに当たっては、その利用の目的をできる限り特定しなければならない。」とし、同法第18条は、個人情報を取得する場合、本人から直接書面等(電子的方式で作られる記録等を含む。)で取得する場合には利用目的を明示し、それ以外の方法で取得した場合は、利用目的を通知又は公表しなければならないと規定している。

インターネットを通じて個人に関する情報を取得する場合であっても、クッキーを用いて、利用者のウェブサイトの閲覧履歴などの情報を収集する場合のように、特定の個人が識別されない方法で情報を収集する場合は、同法上、利用目的を明示したり通知又は公表する必要はない。しかし、このような特定の個人が識別されない情報を、会員登録など特定の個人を識別することができる情報と照合してマーケティング等に利用する場合には、その旨が通常の利用者に理解できるような形で利用者に示されていなければ、同法第18条により違法とされる可能性がある。

また、同法第17条は「個人情報取扱事業者は、偽りその他不正の手段により個人情報を取得してはならない。」と規定している。何が「不正の手段」であるかは法の趣旨を勘案して社会通念に照らして個別に判断されることになるが、以下のような手段は「不正の手段」に該当する可能性がある。

### ①個人情報を取得しようとしていることや取得の目的を偽って個人情報を取得すること

これは「偽り」による個人情報の取得であり、当然違法と考えられる。

子どもを対象としたウェブサイトについては、「取得の事実や取得目的を偽っている」か否かを判断する上で、対象年齢の子どもの判断能力も勘案する必要がある。したがって、大人向けの通常のウェブサイトであれば問題がないと判断されるような行為でも、子ども向けのウェブサイトでは問題とされる可能性がある。例えば懸賞への応募など子どもにとって誘惑的な目的を大きく掲げる一方、個人情報取得の目的については大人向けに作成された個人情報の利用目的を形式的に表示するだけであれば、子どもは個人情報の利用目的を理解しないまま個人情報を入力する可能性が高い。このように子どもの判断能力の不足を利用した方法で個人情報を取得することは、「偽り」による個人情報の取得に該当する可能性がある。特に、ウェブサイトの利用と直接関係しない個人情報(例えば両親の職業や収入状況、家族の趣味など)を子どもから取得することは、ウェブサイトを通じて子どもから取得する合理的な必要性のない情報をわざわざ親権者ではなく子どもから取得すること自体の妥当性に加えて、子どもにとって個人情報取得の意図や意味を理解することが難

しいという面でも、取得方法の適法性が問題となる場合が多いと考えられる。

## ②個人情報を取得していることを本人に対して隠蔽して本人から個人情報を取得すること

利用者から直接に個人情報を取得する場合に、個人情報として取得している旨を開示した上で情報を収集することが合理的に可能であるにもかかわらず、秘密裏に個人情報を取得することは、個人情報保護法第18条に違反すると解される可能性があるとともに、社会通念上「不正な手段」と解釈され、同法第17条違反と解される可能性が高い。例えば、遠隔から情報を読み取れる電子タグが付いたまま商品が消費者に販売された場合に本人の知らない間に個人情報が取得されることの問題<sup>1</sup>が指摘されている。

ある手段が「不正な手段」に該当するか否かについては、取得しようとしている個人情報のプライバシー性の程度も影響するであろう。例えば、身体・精神障害、犯罪歴その他社会的差別の原因となる情報などのセンシティブ情報を特定の個人が識別できる形で取得するような場合は、個人情報取得についての本人の明示的な合意と合理的な取得の必要性がない限り、違法とされる可能性がある。

また、このような情報を漏えいしたり、無断で第三者提供したりした場合には、プライバシー侵害として民法上の不法行為に該当し得るが<sup>2</sup>、漏えい等がない場合であっても、個人情報保護法に違反する行為により個人情報を取得し、本人の人格的利益が侵害された場合には、個人情報の取得自体が不法行為を構成するケースもありうると考えられる。プライバシー侵害として民法上の不法行為に該当するか否かについては、個人情報の内容のプライバシー性の程度が大きく影響すると考えられる。特に、身体・精神障害、犯罪歴その他社会的差別の原因となる情報などのセンシティブ情報を不適切な手段で取得するような場合には、プライバシー侵害の問題として不法行為に該当する可能性があると考えら

---

<sup>1</sup> 経済産業省・総務省「電子タグ(ICタグ)に関するプライバシー保護ガイドライン」(平成16年6月8日)

<sup>2</sup> 個人情報の漏洩や第三者提供につき不法行為責任を認めた主要な判例は以下の通り。

①NTT電話帳事件(東京地裁平成10年1月21日判決・判時1646号102頁)

原告が、自己の氏名、電話番号及び住所を電話帳に掲載しないよう求めたにもかかわらずこれを掲載されてプライバシーを侵害され、精神的損害を被ったと主張して、電話帳の発行・配布業務を行うNTTに対し、人格権に基づき、原告の電話番号等の掲載された電話帳の配布先に当該電話帳の廃棄を求める広告の配布を請求するとともに、不法行為に基づき、慰謝料の支払を請求した事案において、プライバシー侵害に基づくNTTの不法行為責任を認め、慰謝料として10万円の支払を命じた。

②宇治市住民基本台帳データ漏洩事件(京都地裁平成13年2月23日判決・判例地方自治265号17頁、大阪高裁平成13年12月25日判決・判例地方自治265号11頁、最高裁平成14年7月11日上告不受理決定・判例地方自治265号10頁)

宇治市がその管理に係る住民基本台帳のデータを使用して乳幼児検診システムを開発することを企図し、その開発業務を民間業者に委託したところ、再々委託先のアルバイトの従業員が上記データを不正にコピーしてこれを名簿販売業者に販売し、同業者が更に上記データを他に販売するなどをしたことに関して、宇治市の住民3人が、上記データの流出により精神的苦痛を被ったと主張して、宇治市に対し、損害賠償金(慰謝料及び弁護士費用)の支払を求めた事案において、プライバシー権侵害に基づく宇治市の不法行為責任を認め、損害賠償として1人当たり1万5000円(慰謝料1万円及び弁護士費用5000円)の支払を命じた。

③早稲田大学江主席講演会事件(東京高裁平成16年3月23日判決・判時1855号104頁)

早稲田大学が中華人民共和国の江沢民国家主席の講演会出席者の名簿(学籍番号、氏名、住所及び電話番号を記載)を警備の便宜のために警察に提出したことがプライバシー権の侵害に該当すると最高裁判決(平成15年9月12日判決・民集57巻8号973頁)を受けた差し戻し審であり、開示理由の正当性と個人情報のプライバシー性が比較的低いことを考慮して慰謝料を一人5000円と算定した。

れる。

### (3) 情報検索サイトによる個人情報の取得

情報検索サイトでは、アクセスしているブラウザを特定するクッキー情報や利用者のIPアドレスとともに、利用者のパソコンから入力された検索ワードや利用履歴などの情報を取得している場合がある。検索ワードの履歴やコンテンツの閲覧履歴は利用者の関心事項を示すものでありプライバシー性が高いが、クッキー情報やIPアドレスだけでは通常は個人を特定することはできないため、これだけであればプライバシーや個人情報保護との関係で問題となる可能性は低い。

しかし、例えば、不動産物件情報の検索や中古車情報の検索結果などにに基づき、個人情報を入力して特定の会社に資料請求を行う場合、商品検索後に個人情報を入力して商品を購入する場合、会員登録による個人情報と結びついたID及びパスワードを入力してログインした後に検索サイトを利用する場合などは、検索条件、検索ワードの履歴やコンテンツの閲覧履歴等と個人情報を照合して利用することも技術的には可能である。

もし、仮に検索サイトの運営者が、検索条件、検索ワードの履歴やコンテンツの閲覧履歴のログ情報を、情報の収集の事実を全く開示しないまま利用者個人が特定できる形で取得していたとすれば、このような行為は利用者のプライバシーの侵害として不法行為を構成するとともに、個人情報保護法第18条の利用目的の通知等の義務違反、同法第17条の個人情報を適正取得する義務の違反を構成する可能性がある。その理由としては、以下のような点が挙げられる。

- ① 通常のインターネット利用者にとっては、検索条件、検索ワードや閲覧履歴の情報が個人情報として取得されることは予想し難い。
- ② 検索ワードや閲覧履歴は通常人であれば他人に知られたいくない情報である可能性が高い。
- ③ 一般の検索サイトの場合であれば、検索ワードのログやコンテンツの閲覧履歴を個人が識別できる形で保存することは、サービス提供上必要ではない。

### (4) 通販サイト等による個人情報の取得

インターネット通販を営む事業者が、商品を購入した顧客の住所、氏名、クレジットカード等の個人の属性情報や購入履歴のデータを取得することは、当該事業者が特定し、利用者には示された利用目的の範囲内で利用される限り、通常何ら問題ない。また、これらの個人情報を解析して各顧客の購入傾向に基づき電子メール広告など One to One マーケティングに利用することも、通常は小売業者として相当な行為であると考えられる。

ただし、上記(3)と同様、購入した商品だけでなく商品データの閲覧や検索の履歴まで個人情報として取得することは利用者にとって当然に予測できることではないので、クッキー等

を用いて取得した情報を特定の個人を識別できる状態で利用するのであれば、当該情報を取得する前に個人情報として取得している旨とその利用目的を明示し個人情報の取得を可視化する必要がある。

#### (5)いわゆるスパイウェアによる個人情報の取得

利用者の個人情報等が、利用者の意図に反してインストールされたプログラムによって取得される場合がある。このようなプログラムはスパイウェアと呼ばれることもあり、利用者が意図してインストールしたプログラムと異なり、利用者にはこのようなプログラムの動作を発見することが多くの場合困難であり、また容易に削除することができないという特徴を備えている。

上述のように、本人の知らない間に個人情報を取得することは、個人情報保護法第17条の「不正な手段による個人情報取得の禁止」に照らして望ましくない。それにもかかわらず、わざわざ動作状況を認識しづらくしたり、容易に削除することができないような細工を施し、密かに個人情報を取得することを意図したプログラムは違法とされる可能性が高い。

特に、ネット銀行のID・パスワードの盗み出しに悪用されて著名となったキーロガー(キー入力の記録と送信を行うスパイウェア)のように、利用者の意図に反してインストールされたプログラムを使ってID・パスワードなどの個人情報を盗み出す行為は明らかに違法である。

なお、利用者の同意を得た上で、プログラムを用いて個人情報を取得することは適法と考えられるが、実質的に利用者本人の同意がないと評価される場合は、違法とされる可能性が高い。

例えば、利用者の同意を得た上でインストールされるフリーウェア(無料ソフトウェア)等のソフトウェアに含まれる形で、個人情報を取得するためのプログラムがインストールされる場合であって、当該フリーウェア等の使用許諾契約中に個人情報取得への同意が含まれており、当該使用許諾契約にクリックで同意を与えている場合はどうか。

この場合、個人情報取得への同意があることから、このような個人情報の取得は違法ではないという見解もある。しかし、①個人情報取得への同意は使用許諾契約とは全く性質の異なる行為であり、かつ使用許諾契約に含まれていることは通常予期することができない事項であること、②スパイウェアによる個人情報の取得についての条項の内容を認識していれば多くの人はこれに同意しないであろうこと、及び③フリーウェア等に個人情報取得のためのプログラムを組み込み、かつ、その使用許諾契約中に目立たない形で個人情報取得への同意条項を潜ませる行為は全体として観察した場合にはだまし討ち的な側面もある。このような場合には、個人情報取得に関する事項が含まれていることをユーザーに認識させるよう、単に使用許諾と表記するのではなく、「個人情報提供の同意及び使用許諾」と表記するなどの工夫を事業者が行うことが求められ、それを怠れば、使用許諾契約への同意クリックがあつたとしても、個人情報取得への同意とみなすことは困難な場合も多いと考えられる。

## II-9 肖像の写り込み

### 【論点】

一般人の肖像が写り込んだ写真・映像をウェブページで公表する行為は、法律上問題がないか。写り込んだ肖像が著名人の場合はどうか。

### (例)

1. コンサートのお知らせをするため、コンサートに訪れた観客の肖像が写りこんだコンサート会場の写真・映像をウェブページで公表する場合
2. 私的に撮影したビデオ映像を自身のウェブページにアップしたところ、映像の中に無関係な人の肖像が写りこんでいる場合

## 1. 考え方

### (1) 一般人の場合

肖像が写り込んだ場合であっても、画像の解像度が低い場合など、それが誰であるか特定できない場合は、肖像権が問題となることはない。しかし、特定可能な場合は、被写体となった肖像権者がその侵害を受忍すべき範囲内にある場合を除き、原則として肖像権を侵害する。

例1の場合は、コンサートの雰囲気などを伝えるために観客の肖像を広告利用する必要性は肯定されるものの、コンサート会場を訪れた全ての者が被写体となるべきことを了承する義務はないと考えられ、また報道目的の利用でもないことから、受忍すべき範囲内の利用とは考えることは困難である。

例2の場合は、撮影の目的、その他の映像との関係で問題となっている肖像が従たる存在と評価できる場合には、受忍限度すべき範囲内と評価できる場合が多いと考えられる。

また、肖像の利用は、他人の日常の行動・活動の内容を公表する側面を有していることから、これがプライバシー権を侵害するものとして、差止・損害賠償請求の対象とされる可能性もある。

### (2) 著名人の場合

著名人については、著名人の有する顧客吸引力を専ら利用して氏名や肖像を利用する場合、著名人の有するパブリシティ権を侵害すると考えられる。

したがって、著名人の肖像を承諾なくウェブページ上の広告などに利用する場合は、パブリシティ権侵害とされる可能性は極めて高い。



## 2. 説明

### (1) 肖像権

#### ① 問題の所在

##### i) 肖像権の保護

肖像権は、法律上の文言上、明確に規定されている権利ではない。しかし、最高裁昭和44年12月24日大法廷判決・刑集23巻12号1625頁は、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態(以下「容ぼう等」という。)を撮影されない自由を有するものというべきである。これを肖像権と称するかどうかは別として、少なくとも、警察官が、正当な理由もないのに、個人の容ぼう等を撮影することは、憲法一三条の趣旨に反し、許されないものといわなければならない。」と述べて、実質的に、肖像権が憲法上保護されるものであることを認めた。

この判決以降、実質的に肖像権の保護を認める裁判例が続き、判例は肖像権の権利性を認める傾向にあると評価されている<sup>1</sup>。

##### ii) 肖像権の保護範囲

上記最高裁判例は、肖像の要保護性を認める一方、「しかしながら、個人の有する右自由も、国家権力の行使から無制限に保護されるわけではなく、公共の福祉のため必要のある場合には相当の制限を受けることは同条の規定に照らして明らかである。そして、犯罪を捜査することは、公共の福祉のため警察に与えられた国家作用の一つであり、警察にはこれを遂行すべき責務があるのであるから(警察法二条一項参照)、警察官が犯罪捜査の必要上写真を撮影する際、その対象の中に犯人のみならず第三者である個人の容ぼう等が含まれても、これが許容される場合がありうるものといわなければならない。」と述べ、肖像の保護にも一定の制限が存在することを認めた。なお、上記最高裁判例の事案は、デモ行進者の容ぼうの、警察による写真撮影行為の適法性が問題となった刑事事件での判断であったが、その後、民事事件においても、肖像権の保護に一定の制約があることが認められている。

例えば、東京地裁平成2年5月22日判決・判時1357号93頁は、「写真の撮影・頒布は、撮影された者の姿態を直截に伝え、読者に極めて強い印象を与えるものであるから、これを望まない者に対し、単に記事にされるよりも強度の苦痛を与えるものである。しかし他面、写真が正確な報道のために必要な場合も多い。そこで、写真の撮影・頒布が違法となるかどうかは、それによる肖像権ないしプライバシーの侵害の程度がどの位か、撮影対象事項とその者の社会的活動との関係がどの程度か、その写真撮影の場所・態様がどのようなものであるか、その写真が当該表現行為に必要な不可欠なものかどうか等

---

<sup>1</sup> 竹田稔「[増補改訂版]プライバシー侵害と民事責任265頁」など。

を併せ考慮し、肖像権及びプライバシー保護の必要性和表現の自由保護の必要性とを比較衡量して、その侵害が社会生活上受忍の限度を超えるものかどうかを判断してこれを決すべきである。」とする。

以上のような裁判例の傾向からすると、承諾なく他人の容ぼう・姿態等を写真(ビデオ)撮影する行為及びその写真及び映像(静止画、動画を問わない。以下同じ。)を利用する行為は、原則として肖像権侵害となるが、撮影の必要性、利用目的、その利用態様により肖像権が侵害される程度、被写体と当該写真ないし映像の利用者との関係等を総合考慮し、被写体たる肖像権者がその侵害を受忍すべき範囲内にあるといえる場合には、例外的に許容されるものと考えられる。

## ②具体的検討

### i) 一般人の写真・映像が写りこんでおり、かつ、それが誰であるか特定できない場合

画像の解像度が低い場合や、ぼかしやモザイクなどの画像処理を行なった場合などが考えられる。この場合、誰が被侵害者なのか特定できないことから、肖像権の侵害が問題となることは考えられない。

仮に侵害があると仮定しても、権利侵害の程度は低く、当該写真・映像の利用の必要性・利用態様等は問うことなく、特段の事情のない限り受忍限度の範囲といえ、肖像権侵害は成立しないと考えられる。

### ii) 一般人の写真・映像が写りこんでおり、かつ、それが誰であるか特定できる場合

i) の場合とは異なり、受忍限度内であることを示す正当化事情がない限り、肖像権を侵害すると考えられる。

設例のように、コンサート会場の雰囲気、会場での鑑賞者の満足度等を消費者に伝える手段として、鑑賞者の表情を広告に利用する必要性は肯定されると考えられる。

しかし、顧客の肖像が特定される形で利用する必要性があるのか、なお争いのあるところであろう。

この点、コンサート会場等に来訪する者は、そのような写真・映像撮影の被写体とされることを十分に予知しているし、その利用態様からは、権利侵害の程度は低く、なお受忍の範囲内との評価も有り得る。しかし、コンサート会場へ行ったからといって、そのような被写体とされることを了承する義務もなく、また、すべての者が了承しているということができない上、報道等における利用でもない。したがって、現状では、個人が特定できる態様での利用の場合、肖像権侵害の可能性は否定できないと考えられる。

しかし、もう一つの設例のように、観光地その他で個人的に撮影した映像に他の観光客など撮影者と全く無関係の者の肖像が写りこんでいる場合、その写り込みが、撮影の目的、その他の映像との関係で問題となっている肖像が従たる存在と評価できるような

場合には、受忍限度と評価できる場合が多いと考えられる。

## (2) プライバシー権

### ① 問題の所在

設問の場合、他人の日常の行動・活動の内容を公表する側面を有していることから、プライバシー権侵害についても検討が必要となる。

この点、プライバシー権は、肖像権とは別個に把握されるべきとする見解も有力であり<sup>2</sup>、もちろん別個に考察することも可能であるが、侵害の正当化事由については、前述した肖像権の制限される場面での考慮要素とほぼ重なるものと考えられるので、ここでは詳細を省略する<sup>3</sup>。

## (3) パブリシティ権

### ① 問題の所在

#### i) パブリシティ権とは

パブリシティ権とは、著名人等の肖像・氏名等の識別情報が、これに関連づけられた商品などについて顧客誘引力ないし販売促進効果を発揮する場合に、その識別情報が有する経済的利益ないし価値(パブリシティ価値)を当該著名人が独占的に支配する権利をいうと理解されている。このようなパブリシティ権の考え方は、もともとはアメリカで生まれた考え方であるが、日本でも、マークレスター事件判決(東京地裁昭和51年6月29日判決・判時817号23頁・判タ339号136頁)が、そのような権利を実質的に認めている。

マークレスター事件判決は、「俳優等の職業を選択した者は、もともと自己の氏名や肖像が大衆の前に公開されることを包括的に許諾したものであって、右のような人格的利益の保護は大幅に制限されると解し得る余地があるからである。それだけでなく、人気を重視するこれらの職業にあっては、自己の氏名や肖像が広く一般大衆に公開されることを希望若しくは意欲しているのが通常であって、それが公開されたからといって、一般市井人のように精神的苦痛を感じない場合が多いとも考えられる。以上のことから、俳優等が自己の氏名や肖像の権限なき使用により精神的苦痛を被ったことを理由として損害賠償を求め得るのは、その使用の方法、態様、目的等からみて、彼の俳優等としての評価、名声、印象等を毀損若しくは低下させるような場合、その他特段の事情が存する場合(例えば、自己の氏名や肖像を商品宣伝に利用させないことを信念としているような場合)に限定されるものというべきである。」として、著名人の場合には、肖像権・プ

---

<sup>2</sup> 例えば前掲竹田163頁参照。

<sup>3</sup> 肖像権侵害ではないがプライバシー権侵害となるケースとして、本人か否か判別困難な肖像と氏名を並べて公表している場合や周辺の景色などから人物を特定できる場合などが考えられる。

ライバシー権が一般人よりも大きく制限されることを認めた。

しかし、「俳優等は、右のように人格的利益の保護が減縮される一方で、一般市井人がその氏名及び肖像について通常有していない利益を保護しているといいうる。すなわち、俳優等の氏名や肖像を商品等の宣伝に利用することにより、俳優等の社会的評価、名声、印象等が、その商品等の宣伝、販売促進に望ましい効果を収め得る場合があるのであって、これを俳優等の側からみれば、俳優等は、自らかち得た名声の故に、自己の氏名や肖像を、対価を得て第三者に専属的に利用させうる利益を有しているのである。ここでは、氏名や肖像が、(一)で述べたような人格的利益とは異質の、独立した経済的利益を有することになり(右利益は、当然に不法行為法によって保護されるべき利益である。)、俳優等は、その氏名や肖像の権限なき使用によって精神的苦痛を被らない場合でも、右経済的利益の侵害を理由として法的救済を受けられる場合が多いといわなければならない。」とし、原則として、著名人の自己の肖像・氏名の使用許諾について経済的利益を独占する権利を認めた。

このマークレスター事件以後、著名人のパブリシティ権に関するいくつかの裁判例(いわゆる「おニャン子事件判決(東京高裁平成3年9月26日・判時1400号3頁・判タ772号246頁)」、「キングクリムゾン事件判決(東京地裁平成10年1月21日・判時1644号141頁・判タ997号245頁、東京高裁平成11年2月24日・平成10年(ネ)第673号(判例集未登載))」、「中田英寿事件判決(東京地裁平成12年2月29日・判時1715号76頁・判タ1028号232頁、東京高裁平成12年12月25日・判時1743号130頁)」、「ブブカアイドル事件判決(東京地裁平成17年8月31日・判タ1208号247頁、東京高裁平成18年4月26日・判時1954号47頁・判タ1214号91頁)」など)を通じて、マークレスター事件の示した基本的な考え方は否定されることなく、著名人については、明文の規定のないまま、パブリシティ権が実質的な「権利」として認められ、実務上、パブリシティ権(ないし法的利益)は定着している。

## ii) 表現の自由との関係

著名人の氏名・肖像を利用して、表現行為を行う場合には、表現の自由(憲法第21条)の重要性に鑑み、著名人が氏名・肖像に有しているパブリシティ権を制限する裁判例が続いている。その代表的な裁判例である前掲東京高裁平成11年2月24日判決(以下「キングクリムゾン高裁判決」という。)は、言論、出版において、著名人の氏名・肖像が利用される場合に、「著名人の紹介等は必然的に当該著名人の顧客吸引力を反映することになり、紹介等から右顧客吸引力の影響を遮断することはできないから、著名人の顧客吸引力を利用する行為であるというためには、右行為が専ら著名人の顧客吸引力に着目しその経済的利益ないし価値を利用するものであることが必要であり、単に著名人の顧客吸引力を承知の上で紹介等をしたというだけでは当該著名人の顧客

吸引力を利用したということとはできない」として、「専ら」顧客吸引力の価値を利用したといえない場合には、パブリシティ権侵害を否定する立場(以下便宜的に「専ら」基準)に立っている。その後の裁判例もこの「専ら」基準を基本的に踏襲してきた(例えば、前掲東京地裁平成12年2月29日判決、前掲東京高裁平成12年12月25日判決、東京地裁平成17年6月14日判決・判時1917号135頁・判タ1217号310頁など<sup>4</sup>)。

もっとも、前掲東京高裁平成18年4月26日判決(いわゆるブブカアイドル事件控訴審判決)は、「出版物であるとの一事をもって、表現の自由による保護が優先し、パブリシティ権の権利侵害が生じないと解するのは正当ではなく、当該出版物の販売と表現の自由の保障の関係を顧慮しながら、当該著名な芸能人の名声、社会的評価、知名度等、そしてその肖像等が出版物の販売、促進のために認められたか否か、その肖像等の利用が無断の商業的利用に該当するかどうかを検討することによって判断するのが正当である。」として、「専ら」顧客吸引力に着眼したか否か、というキングクリムゾン高裁判決後に踏襲されてきた立場とは異なる判示をした<sup>5</sup>。

また、最近の裁判例である知財高裁平成21年8月27日判決・判時2060号137頁・判タ1311号210頁(いわゆるピンク・レディー・ダイエット法事件控訴審判決)は、キングクリムゾン事件の「専ら」基準も、ブブカアイドル事件の「商業的利用」基準も適当ではないとした上で、「著名人の氏名・肖像の使用が違法性を有するか否かは、著名人が自らの氏名・肖像を排他的に支配する権利と、表現の自由の保障ないしその社会的に著名な存在に至る過程で許容することが予定されていた負担との利益較量の問題として相関関係的にとらえる必要があるのであって、その氏名・肖像を使用する目的、方法、態様、肖像写真についてはその入手方法、著名人の属性、その著名性の程度、当該著名人の自らの氏名・肖像に対する使用・管理の態様等を総合的に観察して判断されるべき」とする、総合衡量手法とも呼ぶべきものを採用した。

このように、パブリシティ権と表現の自由の緊張関係については、未だ一定の見解が確立されているとは言えず、今後の判例・学説の進展に注目すべきであろう。

---

<sup>4</sup> 東京地裁平成17年6月14日判決・判時1917号135頁・判タ1217号310頁は、「しかしながら、実際に生じ得る個人の同一性に関する情報の使用の態様は千差万別であるから、権利侵害の成否及びその救済方法の検討に当たっては、人格権の支配権たる性格を過度に強調することなく、表現の自由や経済活動の自由などの対立利益をも考慮した個別的利益衡量が不可欠であり、使用された個人の同一性に関する情報の内容・性質、使用目的、使用態様、これにより個人に与える損害の程度等を総合的に勘案して判断する必要があるものと解される。」と述べ、パブリシティ権侵害の成否の判断において、キングクリムゾン高裁判決が「表現の自由」のみを対立利益としていたのに対し、表現の自由の場合に限定しない、より一般的な個別的な利益衡量が必要であることを認めている。

<sup>5</sup> キングクリムゾン高裁判決は、パブリシティ価値に対置される表現の自由という法的利益を重視し、「専ら利用した」と言える場合にパブリシティ権侵害を肯定し、他方、ブブカアイドル事件控訴審判決は、写真掲載誌は表現の自由の保護の範囲を逸脱するものとして、「専ら利用した」場合に限定しない、より一般的な(「商業的利用」基準とも呼ぶべき)基準により、パブリシティ権の侵害を認めた。

すなわち、ブブカアイドル事件控訴審判決は、芸能活動への正当な批判や批評、紹介については、表現の自由として尊重されなければならないとする一方、表現の自由の名のもとに、当該芸能人に無断で商業的な利用目的でその芸能人の写真(肖像等)や記述を掲載した出版物を販売することは、正当な表現活動の範囲を逸脱するものと述べており、対象とされた表現行為(写真掲載雑誌)の価値をキングクリムゾン高裁判決(出版書籍)に比べ低いものと考え、表現の自由の保護に値しないとしたものと思われる。

## ②具体的検討

設例の場合において、著名人の肖像をウェブページ上の広告等で利用する行為に対して、そのような広告の表現の自由も尊重するとの立場に立った場合、キングクリムゾン高裁判決の基準に照らし、当該広告への著名人の肖像の写り込みが正当化できるか<sup>6</sup>。

広告において著名人の肖像が写り込んだ写真・映像を避けることは容易なことであり、また、利用する必然性も極めて低いものと考えられる。仮に広告表現について「表現」(憲法第21条)としての保護を前提にするとしても、利用する著名人の肖像自体の顧客吸引力が大きい場合(一般にはそのような場合が多いだろう。)には、当該顧客吸引力を専ら利用している場合と評価される場合が多いと考えられる。

よって、著名人の肖像を承諾なくウェブページ上の広告等に利用する場合には、パブリシティ権侵害とされる可能性は極めて高いと考えられる。

---

<sup>6</sup> 本文のように、表現の自由をもっとも重視するキングクリムゾン高裁判決の基準で侵害が肯定される(可能性が極めて高い)との判断である以上、同基準ほどは表現の自由を重視しない他の2つの裁判例の基準では、尚更侵害の可能性が高まると言うことになろう。

### II-10-1 インターネット上の著作物の利用

#### 【論点】

インターネット上の情報を収集、解析、プリントアウト、メール配信等することにより利用する行為は許されるか。

#### (例)

1. 他者が作成したインターネットサイトの情報をプリントアウトすること、プリントアウトしたものの複製を企業内で複数作成して配布することは許されるか。また、当該情報をプリントアウトしないで、企業内でメール配信することはどうか。
2. インターネット上の著作物を、著作権者に無許諾で複製等を伴う収集、解析等を行うことにより利用する行為は許されるか。
3. 掲示板の管理人等がインターネット上の掲示板等の書き込みを二次利用することは許されるか。

#### 1. 考え方

##### (1) インターネット上の情報をプリントアウトや、メール配信等する場合

インターネット上のニュース記事、論文、他企業の広告、写真、画像その他の情報や、インターネット上の掲示板への書き込みは、その多くが著作物に該当するので、それらの情報について複製等の利用を行う場合には、個人の私的使用の目的での複製(著作権法第30条)や引用(同法第32条)などの権利制限規定に該当する場合などを除き、原則として、著作権者の許諾が必要となる。これらの情報を権利者が許容していると考えられる態様で利用する行為は、基本的には権利者によって黙示的に許諾されている場合も多いであろうが、著作物の種類や性質、利用行為の目的や態様等によっては当該情報の著作権を侵害するおそれがあるので注意が必要である。特に、インターネット上の情報が権利者(著作権者・著作隣接権者)に無断で掲載されたものである場合は、当該情報自体が著作権等の侵害であるため、黙示的に許諾されていることはあり得ず、著作権等を侵害することになる。

##### (2) インターネット上の著作物の複製を伴う収集、解析等を行う場合

検索サービスを提供する場合や情報解析を行う場合において、インターネット上の著作物の収集等をすることは、著作権者への不利益への程度が低く、また著作物の表現としての効用を享受することが目的ではないことなどに鑑み、著作権者に無許諾で行い得ることとされている。

### (3) インターネット上の掲示板の書き込みをその掲示板の管理人等が二次利用する場合

インターネット上の掲示板に書き込みを行ったという一事をもって、書き込みの二次利用についてまで明示又は黙示の許諾あるいは権利を放棄したのと考えてることは困難である。

他方、書き込みがなされる掲示板等に、提供サービス事業者による二次利用の利用規程が定められており、かかる利用規程につきユーザーに対する拘束力が認められる場合には当該二次利用に関する許諾があることとなる。なお、例えば書き込む者に容易に認識可能な状態(確認措置が講じられているような場合等)で掲示板に明示されている場合には、原則として、合意があるものとして拘束力が認められる可能性が高い<sup>1</sup>。

## 2. 説明

### (1) インターネットサイト上の情報のプリントアウト等について

#### ① インターネットサイト上の情報は著作物か(著作権法上保護されるものか)

「思想又は感情を創作的に表現したものであって、文芸、学術、美術又は音楽の範囲に属するもの」(著作権法第2条第1項第1号)であれば、ニュース記事、論文、広告、写真、画像なども著作物といえる。ここでいう創作性は、作成者の個性が表れていれば足り、新規性があることまでは要求されない。したがって、インターネット上の情報の多くは、このような要件を充たし、著作物となると考えられるので、複製又は公衆送信などにより利用する行為は、個人の私的使用の目的での複製(著作権法第30条)<sup>2</sup>や引用(同法第32条)などの権利制限規定に該当する場合などを除き、原則、著作権者の許諾を必要とする。

インターネットサイト上の情報をプリントアウトすることは、回覧用の1枚だけであり、複数枚であれ「有形的に複製」(著作権法第2条第1項第15号)するものといえるので複製に当たると考えられる。

プリントアウトすることなく、当該情報を企業内(東京と大阪のオフィスを専用線で結んだり、インターネットを通じてVPNを組んでいるような場合)に不特定あるいは多数の者にメール送信したり、本支店間共通のイントラネットの掲示板に掲示する行為に関しては、通常多数の者が受信したり見たりする可能性があるため複製だけでなく公衆送信(同法第2条第1項第7号の2)若しくは上映(同法第2条第1項第17号)にあたる可能性もある。

以上のように、インターネットサイト上の情報を利用する行為は、著作権法上の複製や公衆送信、上映に該当する可能性があるため、取扱いに留意する必要がある。

なお、ニュース記事であっても、事実を伝えるにすぎないごく短いニュースや短信と呼ばれる人事異動、死亡記事など、誰が書いても表現に差が出ず、著作物性が認められな

<sup>1</sup> 最終的には著作者人格権や民法上の不法行為責任についても考慮する必要がある。

<sup>2</sup> 音楽と映像については、違法にアップロードされたものと知りつつダウンロードを行えば、私的使用目的であっても違法とされている(著作権法第30条第1項第3号)。



い情報(同法第10条第2項)や、法令、行政機関などが発する告示、訓令、通達や、裁判所の判決など著作物であっても保護の対象にならない(同法第13条)場合は、その情報の利用行為が著作権等を侵害することにはならない。

## ②利用態様と黙示の許諾

複製・公衆送信・上映といった著作物の利用行為であっても、権利者の許諾があれば著作権侵害にはならない。そして、著作物の内容や利用行為の態様等によっては、権利者の黙示の許諾が認められる場合もあると考えられる。

具体的にどのような場合に黙示の許諾があると認められるかは、個々の事案ごとに、著作物の種類や性質、権利者の情報提供の目的や態様、複製・公衆送信・上映などの行為の目的や態様、権利者側がそのような利用を予測できたか、などを総合的に考慮して判断されることになろう。

インターネットサイト上の情報利用に関しては、著作物の権利者が、だれでもが無償で自由にアクセスできるサイト上へ情報を掲示し、当該サイトにアクセスする者すべてが自由に閲覧することを許容している場合、サイト上の情報をディスプレイ上ではなく紙面上で閲覧するためにプリントアウトするという複製行為について禁止する旨の特段の意思表示がない場合には、多くの場合、権利者から黙示の許諾があると認められるものと考えられる。

さらに、社内で備品の購入を検討するために、インターネットサイト上の広告などをプリントアウトして回覧したり、コピーを複数作成して関係部署に配布することは、権利者側も許容範囲としていることが多いと考えられるし、黙示の許諾があると認められる場合が多いと考えられる。同様に、備品の購入を社内で検討するために関係部署に広告を複製してメール配信する場合にも、黙示の許諾があると認められる場合が多いと考えられる。

ニュース記事、論文なども、権利者が、だれでもが無償で自由にアクセスできるサイト上へ情報を掲示した場合には、当該サイトにアクセスする者すべてが自由に閲覧することを許容しているのであるから、サイト上の情報をディスプレイ上ではなく紙面上で閲覧するためにプリントアウトするという複製行為については、禁止する旨の特段の意思表示がない場合には、多くの場合、権利者から黙示の許諾があると認められるものと考えられる。

しかし、無償でインターネットサイトにアクセスして閲覧できる場合であっても、ニュース記事や論文などをプリントアウトして複製し販売等する場合や、資料として営業活動の一環として社外に配付するといった行為等は、権利者の予測の範囲を超えるものであり、黙示の許諾はないと考えられる。

また利用条件に反して、有料サイトや会員限定サイトの情報をプリントアウトしてコピーを複数作成して社内に配布することや、社内でメール配信する行為などは、通常利用契約で禁止されていることが多いと考えられる。仮に明示的な禁止条項がない場合でも本来有料となるべき利用について無償で利用されることは権利者側が予測する許容範囲外であ

り、黙示の許諾はないと考えられる。

### ③その他の問題点

上記②で述べたように、情報提供の態様や利用態様などの事情から黙示の許諾があると一応考えられる場合であっても、当該インターネットサイトにおいて、技術的に印刷を制限している場合には、印刷は認めないとの権利者側の意思が明示されているものと認められるので、プリントアウトすることは基本的に許されないと考えられる。

また、サイト上で明示して複製等を禁じている場合には、権利者の複製等の禁止の意思は明らかであるから、プリントアウト等することは基本的に許されないと考えられる。

なお、インターネット上の情報が権利者(著作権者・著作隣接権者)に無断で掲載されたものである場合は、当該情報自体が著作権等の侵害であるため、黙示的に許諾されていることはあり得ず、著作権等を侵害することになる<sup>3</sup>。

## (2) その他インターネット上の著作物を無許諾で利用できる場合

インターネット等を活用した著作物利用の円滑化を図るため、平成21年に著作権法が改正され、一定の場合に著作物を著作権者の許諾なく利用しても著作権侵害とならないことを定める権利制限規定が整備され、平成22年1月1日から施行されている。

同改正によって新設された著作権の権利制限規定のうち主なものは以下のとおりである。

情報検索サービス事業者がそのサービスの提供過程において、インターネット上に公開された情報の収集、整理及び検索結果としての提供を行うために記録媒体への記録、翻案及び URL の提供と併せて公衆送信を行うこと(著作権法第47条の6、同法施行令第7条の5、同法施行規則第4条の4)

情報検索サービスが著作物の流通促進等一定の社会的基盤としての意義を有しており、また、公正な手続きに則って提供される情報検索サービスについては、その過程で行われる著作物等の利用行為が著作権者に与える不利益は少ないと考えられることから著作権の権利制限の対象となったものである。

情報解析のための抽出、統計的な処理等を行うために記録媒体への記録、翻案を行うこと(著作権法第47条の7)

情報解析のためにコンピュータを利用し、著作物等の情報を記録媒体に一旦複製する等の行為は、高度情報化社会における情報解析技術の社会的意義等に鑑み、また、これらは著作物の表現そのものの効用を享受する目的ではなく、情報の収集、統計的な処理を目的

---

<sup>3</sup> 平成22年1月1日施行の改正法により、著作権を侵害する自動公衆送信を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、それと知りながら行う場合は、私的使用目的であっても、著作権侵害となる旨が規定されている(著作権法第30条第1項第3号)。

とするものであることに鑑み、無許諾で行うことが可能とされた。

以上の他、美術の著作物等を譲渡しようとする場合にサムネイルを作成してインターネット上にアップロードすること<sup>4</sup>(著作権法第47条の2)、送信の障害の防止等のため、キャッシュサーバ等に一時的に情報を蓄積すること(同法第47条の5)、コンピュータでの情報処理の技術的過程においてその情報処理を円滑かつ効率的に行うために必要と認められる限度で記録媒体にデータを複製すること(同法第47条の8)なども、著作権の権利制限規定として新設されている。

### (3) インターネット上の掲示板への書き込みの二次利用について

#### ① インターネット上の掲示板への書き込みは著作物か(著作権法上保護されるものか)

著作物性の判断については、インターネット上の掲示板の書き込みであっても、通常の著作物の場合と同様に著作物性が判断される。インターネット上の掲示板の書き込みの「創作性」の判断は、通常の場合よりも高度の創作性を要求すべきという考え方もあるが、書き込みを行った者の個性が発揮されていれば足り、厳密な意味での独創性までは必要ないと考えられる。また、掲示板への書き込みは通常ハンドルネームなど匿名でなされることが多いが、匿名の書き込みであるからといって、著作物性が否定されるわけではない<sup>5</sup>。

したがって、著作権者の許諾を得ずに、著作物である書き込みを新聞、雑誌、出版物等に掲載する行為、CD・DVD等の電子記録媒体に複製し販売・頒布する行為、映画を制作する行為等は原則として著作権を侵害する行為となる。

インターネット上の掲示板という、公衆がアクセス可能な場所に書き込みを行う場合には、その性質上、当該掲示板を通じてその書き込みの公衆送信等する行為について、管理者等に対し許諾があると考えられる。また上記(1)に記載したとおり、インターネットサイト上の情報をプリントアウトすること等については黙示の許諾がある場合が多いと考えられる。これに対して上記のような新聞掲載行為のような利用行為については、原則として、インターネット上の掲示板に書き込みを行ったという一事をもって、著作物の利用について明示又は黙示の許諾あるいは権利を放棄したものと考えることは困難である。

なお、当該書き込みに著作物性が認められない場合は、その書き込みの利用行為は、著作権を侵害することにはならない。

#### ② 掲示板への書き込みについて二次利用の規程がある場合

掲示板等にあらかじめ管理者等が、掲示板に行われた書き込みの二次利用に関する

---

<sup>4</sup> 本準則II-10-2「サムネイル画像と著作権」を参照。

<sup>5</sup> 「ホテル・ジャンキーズ」事件(東京高裁平成14年10月29日判決・平成14年(ネ)第2887号、平成14年(ネ)第4580号(判例集未掲載・裁判所ウェブサイトで閲覧可))

規程(以下、「二次利用規程」という。)を定めているような場合はどうなるのであろうか。

原則としては、本準則 I -2-1「ウェブサイトの利用規約の契約への組入れと有効性」における考え方が該当すると考えられるが、二次利用規程において別段の考慮を要すると思われる部分も存在するため、以下その点について検討する。

掲示板の利用の場合、詳細な取引条件等を記載する必要があるオークションサイト利用規約やサービス提供取引などと異なり、二次利用規程ということに限れば、表示すべき情報量が格段に少ないのであって、通常のホームページであれば目立つ形でこれを表示することが可能である。したがって、一般の取引を前提とした「ウェブサイトの利用規約」に比べ、その掲示板の利用条件たる二次利用規程は、より利用者が認識しやすい箇所に記載することが求められることになろう。

### ③具体的検討

掲示板の書き込みをそのまま利用する場合は著作権に関する許諾を、改変して利用する場合は著作権に関する許諾に加えて、改変についても同意を得るなど著作者人格権の侵害とならないよう留意する必要がある。許諾に関して利用規程に記載するに当たっては、「出版」「映画化」など、当該著作物の利用形態についてできる限り明確にすることが望ましい<sup>6</sup>。

したがって、例えば、「本掲示板の管理者等は本掲示板に記載された書き込みを、校正上、必要な改変(投稿者名の表示・非表示を含む)を施した上で、予告なく出版することがあります。本掲示板に記載された書き込みに関する著作権及び著作者人格権に関し、出版に係る利用につき、本掲示板の管理者等に許諾するものとします。」という利用規程について同意画面が表示され、同意した場合に初めて書き込み画面にたどり着くような確認措置が講じられている場合には、当該利用形態についての合意の成立が認められると考えられる。

ただし、著作者人格権の不行使特約の有効性については議論があるところである。たとえ、かかる合意の成立が認められる場合であっても、著作者の名誉又は声望を害する方法によりその著作物を利用する場合等、通常の利用者等が合意するとは考えられないような場合については、なお合意の範囲外にあるものと考えらるべきであろう<sup>7</sup>。

なお、上記(2)①で述べたとおり、利用者等が当該規程に合意するか否かについて判断するために必要な情報は、利用者が認識しやすい箇所に記載する必要がある。

これに対し、利用規程が定められている場合でも、書き込みを行う者にとって、容易に

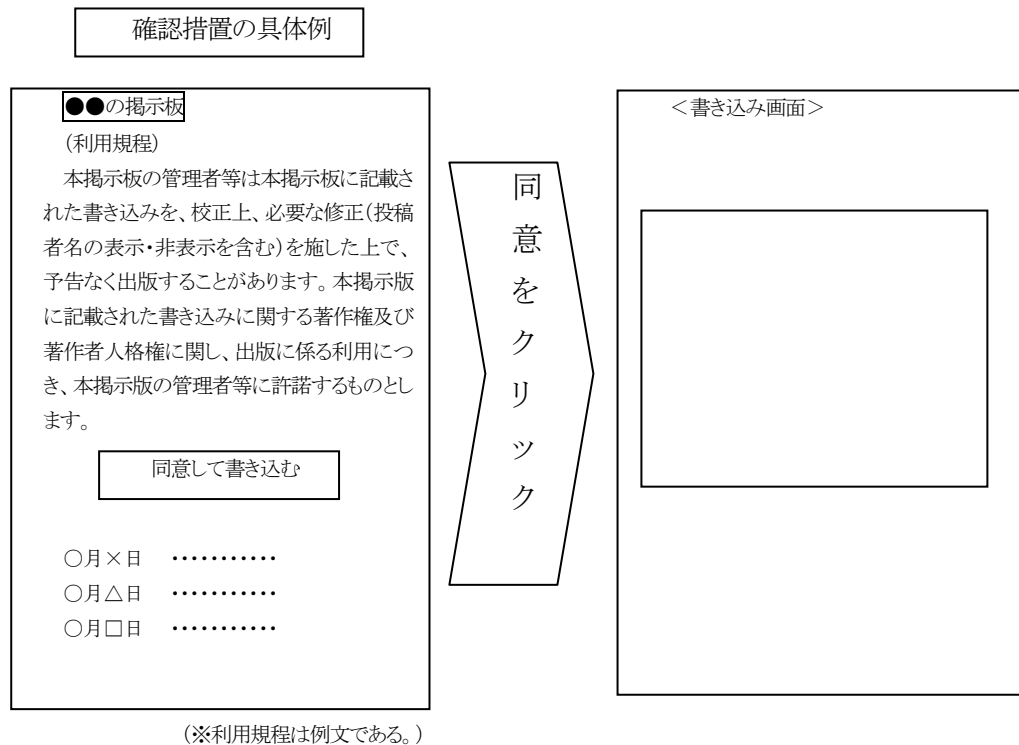
---

<sup>6</sup> なお、著作権譲渡である場合は、「すべての権利を譲渡する」とするだけでは著作権法第27条(翻訳権、翻案権など)及び第28条(二次的著作物の利用に関する原著作権者の権利)の権利は譲渡人に留保されていると推定されるので、これらも含めての譲渡である場合は、これらの権利を明記する必要がある。

<sup>7</sup> 著作権法第113条第6項の「著作者人格権を侵害する行為」についてまで合意があったとすることは、困難な場合が多いと考えられる。

認識しえないような利用規程の記載しかない場合には、利用者には当該規程が掲示板の利用の条件とは認識し得ないため意思の合致が存在せず、そもそも合意が存在しない。具体的に検討すると以下のとおりである。

**i) 利用規程の内容が明確であり、かつ、利用規程の確認措置が講じられている場合**



この場合(上記具体例参照)、基本的に合意が成立するものと考えられる。利用者が当該二次利用規程に合意するか否かを判断するために必要な情報として、利用規程に書き込み等の著作物の利用目的を明示する必要がある。

## ii) 利用規程の内容が明確であり、利用規程を容易に認識できるような場合

<例1>

**●●の掲示板**  
(利用規程)  
本掲示板の管理者等は本掲示板に記載された書き込みを、校正上、必要な修正(投稿者名の表示・非表示を含む)を施した上で、予告なく出版することがあります。本掲示板に記載された内容に係る著作権及び著作者人格権に関し、出版に係る利用につき、本掲示板の管理者等に許諾するものとします。

○月×日 .....  
○月△日 .....  
○月□日 .....

<書き込み欄>

(※利用規程は例文である。)

<例2>

<p><b>●●の掲示板</b></p> <p>○月×日 ..... ○月△日 ..... ○月□日 .....</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; width: fit-content; margin: 10px auto;">書き込む</div>	<p style="writing-mode: vertical-rl; font-size: 2em; font-weight: bold;">書き込みをクリック</p>	<p>(利用規程) 本掲示板の管理者等は本掲示板に記載された書き込みを、校正上、必要な修正(投稿者名の表示・非表示を含む)を施した上で、予告なく出版することがあります。本掲示板に記載された内容に係る著作権及び著作者人格権に関し、出版に係る利用につき、本掲示板の管理者等に許諾するものとします。</p> <p>&lt;書き込み欄&gt;</p> <div style="border: 1px solid black; height: 20px; width: 180px; margin: 5px auto;"></div>
--	--	--

(※利用規程は例文である。)

掲示板画面の目立つ場所に、書き込みの利用目的等、利用者が合意するか否かに

必要な情報が記載されている利用規程が掲げられている場合(上記<例1>, <例2>参照)は、利用者等による掲示板への書き込みによって利用規程に記載されている形態での利用の申込みに対する承諾(意思実現行為)があったものと考えられ、合意の存在は認められる場合が多いと考えられる。

なお、掲示板の利用規程については記載すべき情報量も必ずしも多くないと考えられることから、利用規程にリンクを張るといような方法ではなく、掲示板を利用する際、必ず表示されるページに利用規程が明示されるように構成した方が、合意の存在が認められる可能性が高い。

### iii) 利用規程の内容が明確ではない場合

合意の成立が認められないことになると考えられる。

### iv) 利用規程の内容は明確だが、利用者等が容易に認識できないような場合

合意の成立が否定される可能性が高いと考えられる。

(利用者等が容易に認識できないような場合の例)

- ・リンクをたどっていかないと利用規程が表示されないような場合
- ・画面の隅の方に小さい字で利用規程が表示されている場合
- ・

利用規程に関する合意が存在すると認められる場合でも、利用者等に錯誤が存在するような場合(利用規程の読み間違い等)には、重過失が存在する場合を除き、書き込みを行った者は無効主張をできることとなる。

## II-10-2 サムネイル画像と著作権

**【論点】**

**他人が著作権を有する著作物をサムネイルにした場合に、著作権侵害の責任を負うことがあるか。**

**1. 考え方**

画像データの解像度を下げ、サイズを縮小することにより、サムネイル画像から元の画像の特徴的部分を直接感得することが不可能な程度に至っている場合には、著作権侵害の責任を負わない場合もあると考えられる。しかしサムネイル画像から元の著作物の特徴的部分を感得できる場合には、美術作品の譲渡・貸与を行おうとする者がサムネイルを作成・掲示する場合や適法な引用として許される場合があるほかは、著作権侵害の責任を負うことがあり得る。

**2. 説明****(1)問題の所在**

サムネイルとは、本来は「thumb nail(親指の爪)」の意味であり、従来、印刷物のできあがりの全体イメージを伝えるための小さなページ見本を意味していた。その後、コンピュータにおいてファイルを開く前にその中身を事前に確認できるよう、多数の画像を一覧表示することができるように縮小された低解像度の画像を意味するようになった。特にインターネットが普及した後、画像は、データが重く表示されるまでに時間を要することから、最初は、低解像度でファイルサイズの小さいサムネイル画像を表示し、特定のサムネイル画像をクリックすると、本来のファイルサイズの画像が表示される方法が使われるようになっている。

また、バナーやテキストではなく、他のウェブページのイメージデータをサムネイル表示したものをリンクボタンとして、当該ウェブページへのリンクを張っている場合をサムネイルリンクと称するようである<sup>1</sup>。

なお、画像検索などによるサムネイル画像の表示(サムネイル画像自体は、検索エンジンのキャッシュに保存されているもの)や、ドメインネームの whois データベース<sup>2</sup>で、当該ドメインが用いられているウェブページのイメージデータがサムネイル表示されているなど、インターネット上では、このようなサムネイル画像の利用が広く行われている一方、このようなサム

<sup>1</sup> 特に、サムネイル画像そのものをリンク元として利用するサムネイルリンクの場合は、①サムネイル画像は、低解像度かつサイズが小さいこと、②サムネイル画像から本来のファイル画像へリンクが張られていることにより、本来のファイル画像へのアクセスの利便性を高めるものとして用いられている場合が多いことが特徴的である。

<sup>2</sup> 特定のドメインネームを誰が登録しているかを調べることができるようにしているデータベース。一般的には、特定のドメインネームを検索すると、住所、連絡先等の登録者情報が表示されるようになっている。



ネイル画像の利用についての紛争も生じている<sup>3</sup>。

## (2) 具体的検討

他者が著作権を有する著作物をサムネイルとして利用する場合について検討する。

サムネイルを作成し、利用する行為を分析すると、①サムネイル画像作成用に美術品等の著作物を撮影し、又はサムネイル画像の元となる著作物を自分のコンピュータにダウンロードし、②それを縮小表示したイメージデータ(サムネイル画像)を作成し、③当該サムネイル画像をサーバにアップロードすることとなる<sup>4</sup>。

本項では、上記行為について検討する。

### ①美術品等の著作物を撮影、又はサムネイル画像の元となる著作物を自分の PC にダウンロードする行為

美術品等の著作物を撮影し、またはネット上の著作物を自分のコンピュータにダウンロードする行為は、複製(著作権法第2条第1項第15号)に該当する。なお、後者の詳細については、本準則Ⅱ-10-1「インターネット上の著作物の利用」における考え方と同様と考えられる<sup>5</sup>。

### ②他人の著作物を縮小表示したサムネイル画像を作成する行為

#### i) 複製権について

サムネイル画像を作成するにあたって、元の画像データの解像度を下げ、かつ、そのサイズを変更して、新たな画像を作成することが通常である。この行為が、著作権法上にいう「複製」に該当するかを検討する必要がある<sup>6</sup>。

---

<sup>3</sup> いずれも米国の判例ではあるが、*Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F.3d 811 (9<sup>th</sup> Cir. 2003)、及び *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., et al.*, 508 F.3d 1146 (9<sup>th</sup> Cir. 2007) を参照されたい。

また、2010年4月19日、ドイツ連邦最高裁判所においても検索エンジンのサムネイル表示が著作権侵害に該当しない旨の判示がされている (*Urteil vom 29. April 2010 – I ZR 69/08*)。

なお、我が国においては、情報検索サービス事業者がそのサービス提供過程において、インターネット上に公開された情報の提供等を行うことに関して、平成22年1月1日から施行された著作権法の改正において、一定の範囲で権利制限の対象とされた(著作権法第47条の6、同法施行令第7条の5、同法施行規則第4条の4)。

<sup>4</sup> なお、サーバ上で利用可能とされているアプリケーションを利用して、最初に画像をアップロードした後、サムネイル画像を作成する場合もあるが、基本的な考え方は変わらないので、ここでは詳説しない。

<sup>5</sup> ファイルログ事件中間判決(東京地裁平成15年1月29日判決・判時1810号29頁・判タ1113号113頁)では、利用者が当初から公衆送信目的で複製を行った場合には、私的複製として許されるものではなく、複製権侵害となるとされている(なお、控訴審判決である東京高裁平成17年3月31日判決・平成16年(ネ)第405号(判例集未掲載・裁判所ウェブサイトで閲覧可)もこの考え方を維持している)。

<sup>6</sup> 「翻案」等の場合、二次的著作物の創作行為として創作性が必要とされたと解されていることからすると、サムネイル画像を作成する場合のように、単に機械的に解像度を下げ、サイズを縮小した行為に創作性が認められる場合は少ないと考えられる。とはいえ、著作権侵害の要件を論じる際に、それが複製物か二次的著作物かを区別する実益はない」とする見解もあり(田村善之「著作権法概説第2版」47頁)、実際に多くの裁判例においては、二次的著作物の創作性を検討することなく「複製権又は翻案権を侵害するか」という択一的枠組みで検討されており、ここで複製か翻案かを論じる実益はほとんどないと考えるため、ここでは、複製として検討する。

ところで、他人の著作物を複製したと言いうるためには、元の著作物の特徴的部分を直接感得しうる必要があるとされる<sup>7</sup>。

この点、前述のとおり、サムネイル画像は、解像度を下げ、サイズを縮小するものであり、その結果として、元の著作物の特徴的部分を直接感得することができなくなる、という可能性が存在する<sup>8</sup>。例えば、微妙な色調が重要な意味を有する画像において、解像度を下げた結果、単純な色調しか表現されないような場合などは、当該サムネイル画像は複製物と評価されないこともあろう<sup>9</sup>。

なお、解像度を低下させ、画像を縮小したにもかかわらず、元の著作物の特徴的部分を直接感得しうると評価できる場合は、サムネイル画像の作成において、複製権を侵害することとなる。インターネットにおける事案ではないが、美術作品の縮小画像を作成した行為について、絵画の内容及び形式を覚知するに足りれば複製に該当するとした裁判例<sup>10</sup>がある<sup>11</sup>。

## ii) 同一性保持権について

同一性保持権においては、「意に反して」これらの改変が行われたかどうかの問題となる(著作権法第20条柱書)。

この点、前記a)で検討したとおり、サムネイル画像から、元の著作物の特徴的部分を直接感得することができない場合は、そもそも著作物を利用しているとはいえない性格の行為と解されるため、同一性保持権侵害は問題とならない<sup>12</sup>。

一方、サムネイル画像から、元の著作物の特徴的部分を直接感得することができる場

---

<sup>7</sup> ワン・レイニー・ナイト・イン・トーキョー事件(最高裁昭和53年9月7日第一小法廷判決・民集32巻6号1145頁)では、「著作物の複製とは、既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを再製すること」としている。

<sup>8</sup> この点については、書が、写真中に小さく写っていた場合に、複製権侵害、翻案権侵害、同一性保持権侵害を否定した事案(「雪月花事件」東京高裁平成14年2月18日判決・判時1786号136頁)がある。詳細については、「写り込み」についての考え方を参照されたい。

<sup>9</sup> 加戸守行「著作権法逐条講義第5版」209頁参照。

<sup>10</sup> 知財高裁平成22年10月13日判決・判時2092号136頁

ただし、本判決の事案において作成された縮小画像の大きさは、原作品の約1/4の大きさ(縦横の長さがそれぞれ1/2)であったため、いわゆるサムネイル画像に比べ、元の著作物の特徴的部分が直接感得しうることを肯定しやすい事案であったと言える。本判決は、後述のとおり、引用として著作権侵害は認めなかったが、被疑侵害者側の「本件各コピーは、いずれも著作権法が本来その保護の対象とする芸術性、美の創作性や感動を複製したものではなく、流通の安全生を図り不正品を防ぐ単なる記号の意味合いにすぎないもので、美術の著作物の複製が著作権法上の『複製』に該当するために必要な観賞性を備えず、本件各コピーの作製は同法上の『複製』に該当しない」との主張に対し、裁判所は、「絵画は、絵画の描く対象、構図、色彩、筆致等によって構成されるものであり、一般的に創作的要素を具備するものであって、それ自体が控訴人の主張する観賞性を備えるものであるから、当該絵画の内容及び形式を覚知できるものを再製した以上、その絵画が有する観賞性も備えるものであって、絵画の複製に該当するか否かの判断において、絵画の内容及び形式を覚知させるものを再製したか否かという要件とは別個に、観賞性を備えるか否かという要件を定立する必要はない」として、これを認めなかった。

<sup>11</sup> なお、東京地裁平成21年11月26日判決・平成20年(ワ)31480号(判例集未登載・裁判所ウェブサイトで閲覧可)も、美術作品のオークションのためにカタログに縮小画像を掲載した事案において、著作権侵害を認めている。この事案では、被告は、複製に該当しないと主張を直接していなかったようであり、複製を前提とした「引用」や「原作品の展示に伴う複製」などを主張していたが、裁判所はこれを認めなかった。ただし、後述の平成22年1月1日施行の著作権法改正前の事案である。

<sup>12</sup> 中山信弘「著作権法」387頁

合、サイズを縮小し、解像度を低くする行為について著作者の意に反する場合は、同一性保持権を侵害することとなることも考えられる。

### ③サムネイル画像をサーバにアップロードする行為について

前記 ii) で検討したとおり、サムネイル画像から、元の著作物の本質的特徴を直接感得できない場合は、元の著作物を利用している行為ではないのであり、サムネイル画像をサーバにアップロードする行為は著作権法上問題とはならない。

一方、サムネイル画像から、元の著作物の本質的特徴を直接感得できる場合、インターネットに接続しているサーバにサムネイル画像を記録する行為は「送信可能化」に該当する(同法第2条第1項第9号の5)<sup>13</sup>。さらに、アクセスしてきたユーザーにサムネイル画像を送信する行為は、「自動公衆送信」にも該当する(同項第9号の4)。

### (3)著作権侵害又は著作者人格権侵害とならない場合

以上のとおり、他者の著作物のサムネイル画像を作成し、これをネットで利用する行為は、元の著作物の特徴的部分を感得できない場合は著作権法上問題とならないが、特徴的部分を感得できると評価できる場合は同法上の問題が生じる。

そこで、元の著作物の特徴的部分を感得できる場合であっても、著作権侵害又は著作者人格権侵害(同一性保持権侵害)とならない場合があり得るかどうかについて検討する。

#### ①美術の著作物等を譲渡しようとする場合

美術作品・写真作品の原作品・複製物の所有者その他のこれらの譲渡又は貸与の権原を有する者が、これらを譲渡・貸与しようとする場合は、その申出の用に供するために、下記の範囲内でサムネイルを作成し、インターネット上にアップロードすることができる(同法第47条の2、同法施行令第7条の2、同法施行規則第4条の2)<sup>14</sup>。

(i) 図画として複製を行う場合、大きさが50平方センチメートル以下であること

(ii) デジタル方式の場合、画素数が32400以下であること

(iii) 上記のほか、譲渡等の対象となる美術作品等の大きさ又はこれらに係る取引の態様その他の事情に照らし、これらの譲渡又は貸与の申出のために必要な最小限度のものであり、且つ、公正な慣行に合致するものであること

なお、インターネットにアップロードする場合は、技術的保護手段を講じている場合は、画素数が90000以下のものも認められる。

<sup>13</sup> サーバにサムネイル画像を蓄積する行為も通常は複製となると考えられる。

<sup>14</sup> 著作権法第47条の2の権利制限規定が適用されても、直ちに著作者人格権が侵害されないことになるわけではない。しかし、同権利制限規定の適用が認められる場合には、「やむを得ない改変」として著作者人格権が侵害されないとされる場合も多いと考えられる。

上記は、美術作品等を譲渡する場合には、その写真等の複製物がなければ、譲渡の対象たる美術作品等がどのようなものであるかが不明であることに鑑み、平成22年1月1日施行の著作権法改正により、認められたものである。

## ②引用して利用する場合

公表された著作物は、引用して利用することができる。ただし、「引用」は、公正な慣行に合致するものであり、かつ、報道、批評、研究その他の引用の目的上正当な範囲内で行う必要がある(同法第32条第1項)<sup>15</sup>。このような「引用」である場合には、著作権者の許諾なく、著作物を複製し、インターネット上にアップロードすることも許される。なお、一般に、引用には、引用する著作物と引用される著作物が明瞭に区分されなければならないこと(明瞭区分性)、引用する著作物が主であり、引用される著作物が従でなければならないこと(主従性)が必要とされており<sup>16</sup>、従来、引用に該当するか否かの判断は厳格になされてきた<sup>17</sup>。しかし、条文の文言の「公正な慣行」<sup>18</sup>への合致及び「正当な範囲内」か否かを判断し、著作権法第32条所定の適法な引用に該当することを認めた裁判例<sup>19</sup>も存在している。サムネイル画像も適法な引用として認められれば、これを利用することができる。

## ③検索サービスにおいてインターネット上の画像のサムネイルを検索結果として表示する場合

情報検索サービス事業者は、そのサービスの提供過程において、インターネット上に公開された画像を検索結果としての提供するため、URL の提供と併せてサムネイルの公衆

---

<sup>15</sup> 上記脚注と同様、著作権法第32条における引用として適法とされても著作者人格権は侵害されないことになるわけではないが、「やむを得ない改変」とされる場合も多いと思われる。

<sup>16</sup> 最高裁昭和55年3月28日第三小法廷判決・民集34巻3号244頁参照。

<sup>17</sup> 前掲東京地裁平成21年11月26日判決も、「引用」の主張に対し、問題のカタログについて、「作品の画像のほかに記載されている文字記載部分は作品の資料的な事項にすぎず、その表現も単に事実のみを箇条書きにしたものであることからすれば、…主たる部分は作品の画像であることが明らかである」として、これを認めていない。

<sup>18</sup> 「公正な慣行」に合致するとは、著作物の性質及び種類、引用の目的、態様等に照らし、通常、著作物の引用行為としての実態があり、かつ、それが社会通念上妥当と認められる場合を指し、引用の必要性ないし必然性が一般的に認められることが必要とされると説明されており(著作権法令研究会編「著作権関係法令実務提要」538頁)、単に、世間一般で広く行われているというだけではこの要件を満たさないことに注意すべきである。

<sup>19</sup> 知財高裁平成22年10月13日判決は、鑑定書に美術作品の縮小画像を添付したことが著作権侵害として訴えられた事案であるが、これにつき、裁判所は、「本件各鑑定証書に本件各コピーを添付したのは、その鑑定対象である絵画を特定し、かつ、当該鑑定証書の偽造を防ぐためであるところ…著作物の鑑定のために当該著作物の複製を利用することは、著作権法の規定する引用の目的に含まれる」とし、かつ、「本件各コピーは、いずれもホログラムシールを貼付した表面の鑑定証書の裏面に添付され、表裏一体のものとしてパウチラミネート加工されており、本件各コピーのみが分離して利用に供されることは考え難いこと、…本件絵画と別に流通することも考え難いことに照らすと…その方法ないし態様としてみても、社会通念上、合理的な範囲内にとどまるものといえる」とした上で、当該利用によって、著作権者が「本件各絵画の複製権を利用して経済的利用を得る機会が失われるなどということも考え難く「方法ないし態様において、その鑑定に求められる公正な慣行に合致したものである」といえることができ、かつ、その引用の目的上も、正当な範囲内のものであるといえる」としている。

送信を行うことができる(同法第47条の6)<sup>20</sup>。

#### ④黙示の許諾が認められる場合

インターネット上に公開されている画像は、権利者自身が誰でも無償で自由にアクセスできるサイト上へ情報を掲示しているのものであって、当該サイトにアクセスする者すべてが自由に閲覧することを許容していると考えられることは、本準則Ⅱ-10-1「インターネット上の著作物の利用」に記載の考え方にあるとおりである。

ただし、画像からサムネイル画像を作成し、これを利用する行為について、著作権者が黙示の許諾を与えていたと評価しうる場合もあると考えられるが、単なる閲覧を超えた利用方法のどこまでが許諾されていると解されるかは、その利用方法によって異なると考えられる。

#### ⑤アフィリエイトにおける商品写真の利用

アフィリエイトにおける商品写真等のサムネイル画像をリンクボタンとして、当該オンラインショップへのリンクを張る場合は、当該オンラインショップはアフィリエイトの利用に供する為に当該商品写真をネット上に公開しているものと解され、許諾があると評価されるべきである。

このような商品画像のサムネイル表示をして、批判的コメントを述べた場合にまで、許諾があると言いうるかは問題となりうる。しかし、一旦利用を許すものとして、ネット上に公開した場合、批判的コメントが含まれることは当然予想の範囲であり、許諾の範囲に含まれていると考えられる。

なお、アフィリエイト契約関係がない者が、商品画像のサムネイル表示を行いつつ批判的コメントを行う場合であっても、当該サムネイル表示について、前記のとおり、適法な引用(著作権法第32条1項)として認められる場合もあり得る。

---

<sup>20</sup> 本準則Ⅱ-10-1「インターネット上の著作物の利用」も参照。

## II-10-3 著作物の写り込み

### 【論点】

写真等に第三者の著作物が写り込んでいた場合、法律上問題はないか。

### (例)

1. 写真や映像を撮影した際に、その写真や映像の背景に第三者が著作権を有するポスターが写り込んでいた場合。
2. 例1のように撮影された写真を、自分のウェブページにアップロードし、公衆の閲覧に供した場合。

## 1. 考え方

### (1)例1の場合

著作権法における「複製」とは、「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再生すること」(著作権法第2条第1項第15号)であり、第三者が権利を有する著作物が、写真又は映像に写り込んだ場合には、当該著作物の著作権者の了解を得ていない限り、著作権侵害となる可能性がある。

### (2)例2の場合

他人の著作物が写り込んだ写真や映像を、自分のウェブページにアップロードした場合には、複製権(著作権法第21条)及び公衆送信権(著作権法第23条)を侵害する可能性がある。

## 2. 説明

### (1)例1の場合

#### ①問題の所在

道端に掲示してあるポスターのみを、ファインダー一杯にそのまま撮影したような場合、私的使用目的の複製等に該当する場合を除き、通常著作権侵害となると考えられる。

これに対して、撮影した写真の背景に第三者が権利を有する著作物がたまたま写り込んだ場合に、全て著作権侵害になるという結論は一般的な法感情に明らかに反するものと考えられる。

## ②具体的検討

### i) 著作物の「写り方」

例えば、写り込んだ著作物が特定できないほどに不鮮明であり、その識別すら困難な場合、すなわち写り込んだ部分の解像度を意図的に下げている、モザイク状やぼかしなどの画像修正を加えていたりする場合などは著作権侵害とは言えないであろうことは異論がなからうし、問題となることはほとんど無いと考えられる。

これに対して、写真や映像等の背景に写り込んでいる著作物がある程度識別可能である場合には著作権侵害となる可能性がある<sup>1</sup>。

雪月花事件(東京高裁平成14年2月18日判決・判時1786号136頁)では、写真の背景に写り込んだ著作物が複製といえるか否かについて、一般人の通常の注意力を基準としつつ、著作物の創作的表現内容を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するとしており、単にある作品が特定の者の著作物であることを認識し得るかどうかとは次元が異なるものとしている。

この考え方に従えば、単に識別ができるという程度の写り込みでは未だ著作権侵害とは言えず、より具体的に当該著作物の創作的表現内容を直接感得し得るような場合にはじめて著作権侵害となると言える<sup>2</sup>。また、そのような場合であっても、以下の ii) から iv) に該当する場合には、著作権侵害に該当しないものと考えられる。<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> この点、加戸守行「著作権法逐条解説【第5版】」288頁ないし289頁は、「主要な被写体の背景に何か絵らしき物が写っているという程度のもは、著作物の実質的利用というには足りず、著作権がそもそも働かないジャンルのものであり(中略)もつとも、その背景絵画を意識してピントをそちらに合わせるとすれば、話は別であります。」としている。

なお、米国で写り込みは、その程度が極めてわずかな場合は *de minimis* 法理によって侵害とされず(例えば、*Sandoval v. New Line Cinema Corp.* 147 F.3d 215(2d Cir. 1998))、それを超える場合は、フェアユースに該当するか否かで判断されることとなる。(フェアユースについて定める米国著作権法第107条は、①利用の目的や性質、②利用された著作物の性質、③利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、④利用された著作物の潜在的市場あるいは価値に与える利用の影響を総合考慮し、公正な利用と認められれば著作権侵害にならないとする。)また、ドイツ著作権法第57条は重要でない付随的利用の場合について著作物の利用を認めている。

<sup>2</sup> 東京高裁平成14年2月18日判決・判時1786号136頁は、以下のように述べる。

「書は、(中略)その字体や書体そのものに著作物性を見いだすことは一般的には困難であるから、書の著作物としての本質的な特徴、すなわち思想、感情の創作的な表現 部分は、字体や書体のほか、これに付け加えられた書に特有の上記の美的要素に求めざるを得ない。(中略)その行為が美術の著作物としての書の複製に当たるといえるためには、一般人の通常の注意力を基準とした上、当該書の写真において、上記表現形式を通じ、単に字体や書体が再現されているにとどまらず、文字の形の独創性、線の美しさと微妙さ、文字群と余白の構成美、運筆の緩急と抑揚、墨色の冴えと変化、筆の勢いといった上記の美的要素を直接感得することができる程度に再現がされていることを要するものというべきである。(中略)ある書が特定の作者の特定の書であることを認識し得るかどうかということ、美術の著作物としての書の本質的な特徴を直接感得することができるかどうかということは、次元が異なるというべきであるから、上記の認定判断を左右するものではない。」

但し、本判決は「書」という特殊な著作物に関する判例であり、他の美術、映画、写真の著作物等についてはそれぞれの特性に応じて異なった判断がなされることになる。

なお美術の著作物の場合について、本準則Ⅱ-10-2「サムネイル画像と著作権」の脚注10も参照されたい。

<sup>3</sup> この他、いわゆる権利制限の一般規定の議論において、文化審議会著作権分科会報告書(平成23年1月)では、権利制限の一般規定により制限される著作物の利用行為の類型として著作物の付随的な利用を掲げており、その中にいわゆる「写り込み」と呼ばれる利用が含まれるとしている。(参考:

[http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi\\_hokokusho\\_2301\\_ver02.pdf](http://www.bunka.go.jp/chosakuken/singikai/pdf/shingi_hokokusho_2301_ver02.pdf))

## ii) 私的使用目的の複製

個人が撮影した写真や映像の背景に他人の著作物が写り込んだような場合、多くの場合は私的使用目的の複製(著作権法第30条第1項)にあたり、複製権侵害にはならないであろう。もっとも、個人が撮影した(他人の著作物が写り込んだ)写真等が、上記のように具体的に写り込んだ著作物の創作的表現内容を直接感得し得るような場合、それを例えばウェブページ上で公開した場合には、私的使用目的の複製とはならず(著作権法第49条)、また公衆送信権侵害とされる可能性がある。

## iii) 公開の美術の著作物

美術の著作物(例えば彫刻やモニュメント等)の原作品が屋外の場所に恒常的に設置されている場合には、当該著作物を主たる被写体として写真又は映像を撮影しても複製権侵害とはならない(著作権法第46条柱書)ので、それらの著作物が背景に写り込んだ場合も複製権侵害の問題は生じないだろう<sup>4</sup>。

ただし、撮影した写真又は映像の販売を目的として写真や映像を撮影したり、又はその写真や映像を販売したりする場合は、同法第46条柱書は適用されない(同法第46条第4号)、写り込みの場合も同規定の適用はなく、複製権侵害となる可能性がある<sup>5</sup>。

なお、原作品の複製物について同法第46条柱書は適用されない。例えば著名な彫刻を撮影したポスターが撮影した写真や映像に写り込んだような場合には、同条は適用されず複製権侵害となる可能性がある。

---

<sup>4</sup> 写り込みの事案ではないが、原作品として、絵画が描かれた市営バスの写真を撮影し、「はたらくじどうしゃ」という児童向の本の表紙に利用した行為に関する東京地裁平成13年7月25日判決・判時1758号137頁・判タ1007号297頁は、著作権法第46条柱書の「屋外の場所」及び「恒常的に設置する」の意味について、実質的な解釈を行い、「屋外の場所」とは、「不特定多数の者が見ようとするれば自由に見ることができる広く開放された場所を指すと解するのが相当である。」とし、「恒常的に設置する」とは、「社会通念上、ある程度の長期にわたり継続して、不特定多数の者の観覧に供する状態に置くことを指すと解するのが相当である。」とした。その上で、「原告作品が車体に描かれた本件バスは、特定のイベントのために、ごく短期間のみ運行されるのではなく、他の一般の市営バスと全く同様に、継続的に運行されているのであるから、原告が、公道を定期的に運行することが予定された市営バスの車体に原告作品を描いたことは、正に、美術の著作物を『恒常的に設置した』というべきである。」と判示している。したがって、同裁判例に従えば、広告物の原作品が、一時的に掲示される場合は「恒常的に設置する」に含まれないが、ある程度の期間にわたって利用される場合については、なお権利制限規定(著作権法第46条柱書き)の適用が認められることになる。なお、本件のような場合、著作権法第32条第1項の活用によるべきとする立場もある(田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリストNo.1255 124頁)。もっとも、「引用」という用語の通常用例からすれば、意図的ではない写り込みの場合には、同条を適用又は類推するのは困難であろう。

<sup>5</sup> 前掲東京地裁平成13年7月25日判決は、「法46条4号に該当するか否かについては、著作物を利用した書籍等の体裁及び内容、著作物の利用態様、利用目的などを客観的に考慮して、「専ら」美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する例外的な場合に当たるといえるか否か検討すべきことになる。」とし、「被告書籍は、幼児向けに、写真を用いて、町を走る各種自動車を解説する目的で作られた書籍であり、合計24種類の自動車について、その外観及び役割などが説明されていること、各種自動車の写真を幼児が見ることを通じて、観察力を養い、勉強の基礎になる好奇心を高めるとの幼児教育的観点から監修されていると解されること、表紙及び本文14頁の掲載方法は、右の目的に照らして、格別不自然な態様とはいえないので、本件書籍を見る者は、本文で紹介されている各種自動車の一例として、本件バスが掲載されているとの印象を受けると考えられること等の事情を総合すると、原告作品が描かれた本件バスの写真を被告書籍に掲載し、これを販売することは、「専ら」美術の著作物の複製物の販売を目的として複製し、又はその複製物を販売する行為には、該当しないというべきである。」として著作権法第46条第4号の要件を充たさないとした。



#### iv) 黙示の許諾

他人が権利を有する著作物が鮮明に背景に写り込んでいるような場合、複製に該当しないと考えることは困難であるが、著作物の掲示方法如何によっては、権利者の黙示の許諾の存在が認められる場合もあると考えられる。

例えば、テーマパークや観光地など、多くの人の来集が想定され、写真撮影等が行われることが容易に想定できる場所に掲示してある著作物等(キャラクター等)については、その権利者が黙示の許諾を与えていると考えられる場合もあろう。

#### v) 権利濫用

また、黙示の許諾の存在が認められない場合でも、写り込んだ著作物の著作権者が著作権侵害を主張し、差止請求を行うことが権利濫用(民法第1条第3項)にあたりとされる場合もあろう<sup>6</sup>。

### (2) 例2の場合

#### ① 具体的検討

##### i) 公衆送信にあたらぬ場合

自ら撮影した写真又は映像に写り込んでいる他人の著作物が、一般人の通常の注意力を基準としてみた時に、著作物の創作的表現を直接感得することができる程度に再現されているとは言えない場合には、その写真をウェブページにアップロードする行為は公衆送信の問題とはならない。

##### ii) 私的使用目的の複製

公衆送信権は私的使用目的の複製に関する著作権制限規定の対象外なので、個人がウェブページ上に写真や映像をアップロードする行為は私的使用目的の複製の問題とはならず、また公衆送信権侵害に問われる可能性がある。

##### iii) 公開の美術の著作物

上記(1)②iii)と同様に考えることができる。すなわち、恒常的に屋外に設置されている美術の著作物の原作品を撮影してウェブページで公開することは、専ら当該複製物を販売の目的としないかぎりにおいて、著作権侵害とはならない(著作権法第46条)。

#### iv) 黙示の許諾

ウェブページ上に写真や映像をアップロードする場合にも、複製と同様に黙示の許

---

<sup>6</sup> 著作者人格権の行使が権利濫用にあたりと判断したものとして東京地裁平成8年2月23日判決・判時1561号123頁・判タ905号222頁

諾を認めうる場合が存在する。

もっとも、単に写真や映像としての撮影にとどまらず、公衆送信をするということについてまで、黙示の許諾を与えていると見うる場合はかなり限定されることになろう。

#### **v) 権利濫用**

権利濫用の法理が妥当することも上記(1)②v)の場合と同様である。

もっとも、ウェブページ上に写真や映像をアップロードする段階で、公衆送信を行おうとする者は、写真や映像に加工を加える等して他人が権利を有する著作物を削除する(又は識別困難にする)ことが可能なのであって、(1)②v)の場合と比べて相対的に権利濫用に該当する場合が減少する可能性がある。

#### **②氏名表示権**

著作物の写り込んだ写真や映像をインターネットのウェブページ上に画像をアップロードする場合、写り込んだ著作物の著作者の氏名表示権(著作権法第 19 条)を侵害する可能性がある。もっとも、氏名表示権は著作物の利用の目的及び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(同条第 3 項)。上記(2)①i)、ii)、iii)に該当する場合は、通常著作者の利益を害するおそれは乏しく、公正な慣行にも反しないと言える場合であろうから、氏名表示権侵害が問題となる場合は少ないと考えられる<sup>7</sup>。(2)①iv)については、許諾の範囲内(氏名を表示せずに使用することの許諾)にあるものと考えられることもできよう。

---

<sup>7</sup> 前掲東京地裁平成13年7月25日判決も、原告の氏名表示権の主張を排斥している。

## II-10-4 eラーニングにおける他人の著作物の利用

**【論点】**

ネットワークを利用した遠隔教育によって、学校の授業・社員研修を行ったり、遠隔教育サービスのベンダーが授業・研修を有償で学校や会社に提供する場合、学校やサービスベンダーは、著作権についてどのような法的責任を負うか。

**1. 考え方**

eラーニングにおいて、他人の著作物を利用する場合には、原則として権利者の許諾を得る必要がある。

ただし、営利を目的としない学校等の教育機関の授業の過程における著作物の使用であって一定の要件を満たす場合については、権利者の許諾なしに、遠隔地にいる生徒に対してインターネット等のネットワークを利用して当該著作物を送信して学習させることができる。このような無許諾の公衆送信が認められるためには、公表済みの著作物であること、実際の授業(主会場)の生中継を別の場所(副会場)で同時に聴講する形態であること、当該教育機関で授業を受ける者に限定した送信であること等が必要である。

また、ネットワークを利用して行う試験にも、一定の要件を満たす場合には、試験問題として著作物を権利者の許諾なく公衆送信することができる。このような無許諾の公衆送信が認められるためには、公表済みの著作物であること、試験の目的上必要な限度内であることが必要であり、営利目的の場合には権利者に補償金を支払う義務を負う。

このように、eラーニングに関連する他人の著作物の利用には、あくまでも許諾を得るのが原則であるが、法の規定する一定の場面においては、許諾なくできる。ただし、その際には、法の定める上記のような要件を満たす必要がある。

eラーニングについて主に想定されるのは、授業の同時中継と試験問題としての公衆送信が考えられる。授業の同時中継に伴う教材の公衆送信と試験問題の公衆送信に関する例外規定は、営利目的でeラーニング事業を行うものにとっては、利用場面は限られていることに注意を要する。すなわち、授業の同時中継に伴う教材の公衆送信については、営利目的で行う場合はそもそも認められておらず、原則どおり権利者の許諾が必要である。また、試験問題の公衆送信は一応適法になしうるものの、権利者に補償金を支払う義務が発生する<sup>1</sup>。

<sup>1</sup> eラーニングの実施に当たっては、著作権についての責任のほか、個人情報についての責任についても留意する必要がある。個人の成績等の情報を当該個人が特定できる形で(統計資料のような形ではなく)保有する学校・eラーニングベンダーが、当該情報を漏洩したときは、情報の主体である個人に対して、契約責任(民法415条)又は不法行為責任(民法709条)を負う場合がある。また、一定の数量の個人情報をデータベース化して保有する学校・eラーニングベンダーは、個人情報保護法の義務規定の適用を受ける(個人情報の取扱いの詳細については、「個人情報の保護に関する法律についての経済産業分野を対象とするガイドライン」([http://www.meti.go.jp/policy/it\\_policy/privacy/kojin\\_gadelane.htm](http://www.meti.go.jp/policy/it_policy/privacy/kojin_gadelane.htm))及びその他の省庁のガイドライン(<http://www5.cao.go.jp/seikatsu/kojin/gaidorainkentou.html>)を参照されたい。)

(許諾を受けない教材の公衆送信が適法となる場合)

- ・学校の授業において、主会場である教室で配布するプリント(他人の著作物)を遠隔地の副会場にしながら当該授業の同時中継を聴講中の生徒が閲覧可能なように送信する場合

(許諾を受けない教材の公衆送信が違法となる場合)

- ・会社において、社員研修で配布するプリント(他人の著作物)を遠隔地にしながら当該研修の同時中継を聴講中の社員が閲覧可能なようにウェブサーバにアップロードする場合(プリントのコピー・配布の許諾を得ていたとしても違法)
- ・学校の授業において、教室で配布するプリント(他人の著作物)を欠席中の生徒が後に閲覧可能なように送信する場合(プリントのコピー・配布の許諾を得ていたとしても違法)

(許諾を受けない試験問題の公衆送信が適法となる場合)

- ・eラーニングベンダーがウェブサイトに公表済みの著作物を試験問題として掲載し、ID・パスワードを入力した受験生に対して送信する場合

(許諾を受けない試験問題の公衆送信が違法となる場合)

- ・eラーニングベンダーがウェブサイトに未公表の著作物を試験問題として掲載し、ID・パスワードを入力した受験生に対して送信する場合

## 2. 説明

### (1) 教育におけるインターネットの利用

従来より、教育現場においては、他人の著作物が教材として利用されることが多かった。小説・新聞記事などのテキストや写真・絵画などの画像は、伝統的な教材として使用されてきた。ネットワークを利用した遠隔教育、すなわちeラーニングにおいては、教材がデジタル化・マルチメディアコンテンツ化した結果として、プログラマーやナレーション、さらには音楽などが加わって、他人の著作物利用の範囲が一層拡大している。

他人の著作物の利用については、権利者から利用許諾を得るのが原則であるが、著作権法は、教育における他人の著作物利用の意義にかんがみて、いくつかの例外を認めている。

### (2) 授業の同時中継に伴う教材等の公衆送信

著作権法第35条第2項は、以下の要件の下に授業の中継に伴う無許諾の公衆送信(自動公衆送信においては送信可能化を含む。以下同じ。)を認めている。

- ・営利を目的としない教育機関であること
- ・当該教育機関で授業を受ける者のみに対する送信であること

- ・主会場で現在進行中の授業を副会場で同時に受講する者への送信であること
- ・主会場での教材として配布等されていること
- ・既に公表された著作物であること
- ・著作物の種類や用途、送信の形態などから判断して、著作権者の利益を不当に害しないこと

そもそも、非営利の教育機関である学校や公民館のみが主体とされており、営利目的を有する民間のeラーニングベンダーは対象となっていない。eラーニングベンダーが授業の中継を行う際には、権利者から公衆送信の許諾を得ておく必要がある。リアルの教室で配布する許諾を得ただけでは公衆送信まではカバーされない。

また、同時中継のみが本例外規定の対象であり、後に閲覧可能なようにウェブサーバに保存する場合には、権利者の許諾が必要である。

### **(3) 試験問題としての公衆送信**

著作権法第36条は、以下の要件の下に入学試験その他他人の学識技能に関する試験の問題として利用する場合の無許諾の公衆送信を認めている。

- ・営利目的の場合は、権利者に補償金を支払うこと
- ・試験の目的上必要な限度であること
- ・既に公表された著作物であること
- ・著作物の種類や用途、送信の形態などから判断して、著作権者の利益を不当に害しないこと

試験問題として利用する場合には、営利目的を有する民間のeラーニングベンダーも無許諾公衆送信を利用することができる。ただし、その結果として補償金の支払い義務を負うことになる。また、受験料を徴収して行う模擬試験は、営利目的の典型例であり、補償金の支払義務が生じる。