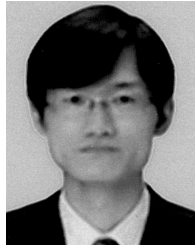


# インターネット広告をめぐる著作権問題 ～韓国の大法院 2010. 8. 25. ザ 2008 マ 1541 決定を手がかりに～

大学院生の部



丁 文 杰  
北海道大学大学院  
法学研究科  
博士後期課程

## I はじめに

インターネット上で情報を交換するための規約であるインターネット・プロトコル (Internet Protocol) を利用するサービスは数多く存在しているが、そのなかで最も多く利用されるのは、インターネット上の情報をウェブページの形で相互共有することを可能とするHTTP (Hyper Text Transfer Protocol) プロトコルである。現在は、その使い方やハイパー・テキスト (Hyper-Text) 機能の利便性ゆえに、HTTPプロトコルはインターネット活用の相当部分を占めており、我々は常に情報を伝達する目的で、あるいは商品を宣伝広告する目的でウェブページを活用している。特に、商業的な目的で使われるウェブページの場合は、多様な手法の広告を活用しており、ユーザーの注目を集める方策の一つとして、ポップ・アップ (pop up) 広告を活用している。

近年、新興ビジネス産業として成長しつつあるインターネット広告は、まさに知的財産権のスクランブル交差点であり、著作権を中心としながら他の権利が複合的に絡み合って独特な世界を形成している。今後、日本においてもインターネット広告の著作権侵害訴訟の数が増加していくと推測され、インターネット広告をめぐる著作権法上の諸問題を検討する意義は大きいものと思われる。

そこで本研究では、最近、韓国で議論の俎上に載せられている大法院判決（大法院2010. 8. 25. ザ2008マ1541決定[インターネット広告妨害（인터넷 광고 방해）]）、すなわちインターネット広告を遮断し、挿入する行為が問題となった大法院判決から重要な論点を幾つかピックアップして、インターネット広告の著作権問題に関する基本的な理論を構築することを目的としている。

## II 韓国の大法院判決

### 一 事案の概要

債権者は、韓国最大手のインターネット検索ポータルサイトである「NAVER（ネイバー）」を運営する会社であって、広告主から上記のポータルサイトにバナー広告を誘致し、優先順位検索結果の導出サービスを提供する方法で広告収入を得ている。債務者は、インターネットサイトを利用した広告システムに関するプログラムを開発し、これを配布している会社であって、自分が運営するインターネットサイトを通じてユーザーに本件プログラムを提供している。

債務者は、広告主を募集し、本件プログラムを利用した広告を誘致する一方、債務者のインターネットサイトに会員として加入した企業や個人を「販売パートナー」として指定し、本件プログラムを上記の「販売パートナー」のショッピングモール、コミュニティ、電子メールなどを通じてインターネット上に配布させ、これにより発生する収益の一部を「販売パートナー」に支給した。

本件プログラムは、債務者のインターネットサイトで会員登録如何とは関係なくダウンロードしてインストールできるが、本件プログラムはこれを自分のコンピュータにインストールしたユーザーが、インターネット上の特定のサイト（主にポータルサイト）を訪問した場合、債務者の提供する広告をユーザーのコンピュータに直接表示させることを目的としている。しかし、ユーザーが本件プログラムを利用したサービスを一時的に断わる場合には、ボタンを押して元の広告に戻すことができ、本件プログラムの完全削除を希望する場合は、関連メニューから削除することができる。

インターネット・ユーザーのコンピュータにインストールされた本件プログラムは、債権者のインターネットサイトの余白を自ら見つけて債務者の選択したバナー広告を露出する方式（以下、「挿入広告方式」という。）、債権者が提供している広告欄に債務者の選択したバナー広告を上書きする方式（以下、「代替広告方式」という。）、または債権者のインターネットサイト検索ボックスの下

段と債権者が提供するキーワード広告の間に、債務者の提供するキーワード広告を挿入する方式（以下、「キーワード広告方式」という。）で、それぞれ動作する。

債権者は、債務者の提供する本件プログラムが、著作権法等を違反し、業務妨害の不正な競争行為として不法行為を構成すると主張し、債務者に対して本件プログラムの製造・販売及び配布の差止め等を求めた。

## 二 判旨

### （一）債権者の上告理由に対する判断

「債権者が、そのコンピュータ・プログラム著作物の同一性保持権が侵害されたと主張する HTML (Hypertext Markup Language、ホームページのハイパー・テキスト文書を作成するために使用されるデフォルト言語) コードには、検索結果を表示したテキスト部分と、画面に表示させるための一般的な HTML タグだけが含まれており、著作権で保護すべき創作的な表現まで含まれているという点を疎明する資料がなく、さらに、債権者がユーザーのコンピュータに送信した HTML ファイルは、その内容が画面に表示されるために一時的にランダム (Random Access Memory) の形で複製されることになるが、そのとき本件プログラムによる債務者の HTML コードもランダムに表示され、債権者の HTML コードそれ自体には影響を与えない状態で別途存在する余地がある反面、それが債権者の HTML コードに挿入され、債権者の HTML コードを変更させるという点は、それを疎明する資料が足りない故に、債務者の本件プログラムによる広告行為によって債権者の HTML コードの同一性保持権が侵害されたと判断することはではない。」

### （二）債務者の上告理由に対する判断

「競争者が相当な労力と投資をかけて構築した成果物を、商道徳や公正な競争秩序に反して自分の営業のために無断利用することで、競争者の労力と投資にただ乗りし、不当に利益を得て競争者の法的保護に値する利益を侵害する行為は、不正な競争行為として民法上の不法行為に該当する。上記のような無断利用の状態が続き、金銭賠償を命じることだけでは被害者救済の実効性を期待しにくく、無断利用の差止めにより保護される被害者の利益と、それによる加害者の不利益を比較・衡量するとき、被害者の利益の方がもっと大きい場合に

は、その行為の差止め又は予防を請求することができる。」

### Ⅲ ウェブページの著作物性

#### 一 HTML 文書の著作物性

著作権法は、著作物の表現を保護するものであり（著作権法1条1項1号）、アイデアを保護するものではないところ、著作権法10条3項では、プログラムの著作物に対する著作権法の保護はプログラム言語、規約、解法には及ばないと規定されている。この著作権法10条3項は、プログラムの著作物を作成するために用いられる言語、規約、解法がプログラムを表現するものとなるアイデアに過ぎないため、それ自体は著作物として保護されないということを示したものであり、プログラムの著作物に関し「アイデアと表現の二分論」を具体的に適用した例ということができる。また、プログラムの表現の選択肢が極めて限られたものである場合には、創作性が否定されることに疑いはない。

ただし、規約や解法自体はアイデアであるが、それが具体的に表現されれば著作物として著作権法の保護を享受することができる。たとえば、作成されたHTML文書の著作物性について、ウェブページを作成するためのHTTPそれ自体は規約として著作権の対象から排除され、ハイパー・テキストの文書を作成するための言語であるHTMLの文法等もプログラムの言語に該当し著作権の保護対象から除外されるが、これらの規約及び言語の文法に基づいて作成されたHTML文書は、コンピュータ・プログラム言語の規約に基づいて作成されたプログラムが著作権の対象になり得るから、HTML文書についても他の著作物と同様に創作性さえ認められれば著作権の保護対象になることができるだろう。

#### 二 ウェブページ画面の著作物性

ウェブページについては、作成されたHTML文書の著作物性の問題とは別途に、その構成形式、素材の選択や配列に創作性が認められる場合、編集著作物に該当することがあるので、ウェブページ画面の著作物性も問題となる。

著作権法12条1項は、編集物でその素材の選択又は配列によって創作性を有するものを「編集著作物」とすると規定しているが、会社案内用のパンフレットについて、頁のテーマの選択と配列（頁の遷移）と、絵画的な要素の強い個別頁のレイアウトの印象の共通性を合わせ考慮して著作権侵害を肯定した東京高判平成7.1.31判時1525号150頁[会社案内パンフ]と同様に、ウェブページ

の画面については、写真、広告など素材の選択や配列、レイアウト等の程度、そして後続の創作者への選択肢の有無などによっては、編集著作物として著作権の保護が与えられる余地が残されているだろう。

## IV 著作財産権侵害の成否

### 一 翻案権侵害の判断基準

インターネット広告を遮断する場合には、広告が遮断されたウェブページが元のウェブページの二次的著作物に該当する余地があるために、インターネット広告を遮断する行為による翻案権侵害の成否が問題となりうる。

著作権には、著作物の改変と改変の結果作成されたものの利用を禁止する権利として翻案権（著作権法 27 条）と二次的著作物の利用の禁止権（同法 28 条）が存在する。ここでは、便宜上、この二つを総称して翻案権と呼ぶ。翻案権侵害となるためには、まず、既存の著作物に依拠していること（依拠性）が必要である。偶然の暗合、すなわち、全く既存の著作物に依拠することなく著作物を創作した結果、たまたま類似したものができた場合には、依拠の要件を満たさず、著作権侵害とはならない。次に、既存の著作物と類似する著作物が創作されること（類似性）が必要である。ここでいう類似とは、原著作物の表現上の本質的な特徴を直接感得できるという特殊な意味であり、翻案権侵害における類似性の判断枠組みは、最判平成 13. 6. 28 民集 55 卷 4 号 837 頁〔江差追分上告審〕によって確立されたのである。

### 二 ウェブページの翻案権侵害の成否

#### （一）代替広告と挿入広告

インターネット広告を置き換えたり、ウェブページの空き領域に広告を挿入する場合の翻案権侵害の成否について、ポータル業者のウェブページで広告がある場所を把握し、その部分の内容を他の広告に置き換えたり、空き領域に広告を挿入する方式でプログラムが作動する場合には、原著作物であるウェブページの変更は一部の広告のイメージに過ぎず、さらにウェブページのような編集著作物の場合は、写真、広告など素材の選択や配列、レイアウト等の程度、そして後続の創作者への選択肢の有無などによって創作性が認められるから、ウェブページの一部の広告が新しい広告に置き換えたり、空き領域に広告が挿入されるとしても、変更されたウェブページが二次的著作物に該当する可能性

は高くないだろう。

## (二) ポップ・アップ広告

ポップ・アップ広告を遮断する場合には、ウェブページの内容又は形式に対する削除、切断、改変等の変更がなされたとしても、遮断されたポップ・アップのウィンドウ以外にウェブページの内容は変更がないから、このような変更は実質的な変更ではなく、「単純な変更」として認められ、翻案権侵害が肯定される可能性は高くないだろう。

## V 著作者人格権侵害の成否

### 一 同一性保持権侵害の成立要件

インターネット広告を遮断し、挿入する行為によって、ウェブページの改変がもたらされた場合には、翻案権侵害の成否とは別途、その行為が同一性保持権の侵害に該当するか否かが問題となりうる。

著作権法 20 条 1 項は、「著作者は、その著作物及びその題号の同一性を保持する権利を有し、その意に反してこれらの変更、切除その他の改変を受けないものとする」と規定しており、著作者の意思が尊重されることになる。そのため、基本的には実質的な意味内容を変更しない改変であっても著作者の表現に変更を加える場合は同一性保持権の侵害を惹起する改変であるとされている。また、同一性保持権とは著作物が自己の意思にそぐわない表現をすることを防ぐ権利であるから、元の著作物の創作的表現が感得できる程度まで改変が進めば、同一性保持権侵害が肯定される。

しかし、本を飛ばし読みすることや、自動編集機能を用いて CD アルバムの楽曲の順序を変更して再生する行為、早送りと巻戻し機能を用いてビデオや DVD ソフトを再生する行為などを含めて、著作物にアクセスする際の順序問題は一般的に同一性保持権を侵害しないと解すべきであるだろう。アクセスする本人は自ら順序を変更したことが分かっており、加えて、その状態が固定されて他の視聴者に誤解を与えるわけでもないからである。

### 二 ウェブページの同一性保持権侵害の成否

#### (一) 代替広告と挿入広告

ポータル業者のウェブページで広告がある場所を把握し、その部分の内容を

他の広告に置き換えたり、空き領域に広告を挿入する方式でプログラムが作動する場合には、たとえ内容の変更がなされたとしても、元の内容と変更された内容が区別して表示され、変更された内容を容易に削除することができるならば、このような場合には同一性保持権が侵害されたといえない。なぜならば、アクセスするユーザーはウェブページの画面に表示される広告が他の広告主によって代替されたことを分かっており、加えて、その状態が固定されて他のユーザーに誤解を与えるわけでもないからである。

## (二) ポップ・アップ広告

ポップ・アップ広告を遮断する場合にも、たとえ内容の変更がなされたとしても、元の内容と変更された内容が区別して表示され、変更された内容を容易に削除することができるならば、同一性が害される程、内容又は形式が変更されたのではないから、このような場合には同一性保持権が侵害されたといえない。

## VI 不法行為の成否

### 一 不法行為法理による著作権法の補完の可能性

個別の知的財産法は、特定の目的のために、どのような行為を違法とすべきかを民主的に決定しているのだから、同一の目的のために、当該知的財産法に規律されていない行為を違法とすることは民主的な決定に違反することに鑑みると、個別の知的財産法に規律されていない利用行為について、一般不法行為の保護を与えたとしても、直ちに知的財産法の趣旨を潜脱することにならないのは、既存の知的財産法にない目的に基づいて規律するのであれば、そこまで民主的な決定がなされたわけではないからである。ここでいう「既存の知的財産にない目的に基づいて規律しうる、しかも民主的な決定がなされていない利用行為」とは、まさに「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」の侵害行為と解することができる。

そして、著作権法は、著作者の財産的利益を保護する著作権と、著作者の人格的利益を保護する著作者人格権とを明確に区別する、いわば二元的構成を採用しているために、「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」の射程についても、財産的利益と人格的利益とを区別して議論する必要があるように思われる。

## 二 著作権法が規律する利益と異なる趣旨の財産的利益

著作権法等の知的財産法で規律されていない財産的利益について、不法行為法上の保護を認めることは、その反面、他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味するのだから、そのような制限を正当化する根拠が必要である。ここでは、著作権法等で規律されていない利益に財産的価値が認められるという命題だけで、広く他者の自由を制約することを正当化することは困難であると思われる。このような場合には、他者の自由を制約する原理として、社会的に必要な成果開発のインセンティブを確保するために、一定のフリー・ライドを規制することも必要である、というインセンティブ論の観点を入れざるを得ない。すなわち、産業や文化の発展のために必要なインセンティブに不足があるときは、フリー・ライドを規律することも許されるという法の価値判断を前提にするならば、著作権法等の知的財産法で規律されていない利用行為に対して、一般不法行為の成立を認められるのは、そのような行為を許容してしまうと、成果開発のインセンティブが過少となることが明らかである場合に限られることになる。

## 三 著作権法が規律する利益と異なる趣旨の人格的利益

著作権法等の知的財産法で規律されていない人格的利益について、不法行為法上の保護を認めることも、基本的には他人の表現の自由や経済活動の自由を制約することを意味する。しかし、著作権法で規律されていない財産的利益とは異なり、このような場合には、他者の利用の自由を制約する正当化原理として、インセンティブ論よりも基本的人権の一つである人格権のほうが強力であるために、あえてインセンティブ論を持ち出す意義は乏しいと思われる。そして、著作権法で規律されていない人格的利益に対して不法行為法上の保護を認めるためには、その対抗原理である表現の自由との利益衡量が必要であるだろう。

## 四 インターネット広告と一般不法行為

### (一) 営業上の利益

大法院 2010. 8. 25. 자 2008 마 1541 決定[インターネット広告妨害(인터넷 광고 방해)]は、他人の営業妨害により営業活動上の利益が侵害された場合には、別途不法行為が成立する余地があることを示唆している。しかし、そもそ



も競争というものが必然的に他者の営業に不利益を与える以上、「営業上の利益」という抽象的な概念を持ち出したからといって特に違法とすべき競争の類型が浮かび上がるわけではない。たとえば、競争会社の開業により他社の営業の継続が困難にしたとしてもそれだけでは違法となるものではない。それゆえ、「著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益」という要件論の射程を考察するには、「営業上の利益」という抽象的なものを超える具体の論拠が必要であるだろう。

## (二) 広告体制の構築に必要な投資

下級審の裁判例の中には、取材体制の構築に必要な投資を法的に保護するために、著作物性が否定された新聞記事見出しの利用行為に対して不法行為の成立を認めた裁判例がある（知財高判平成 17. 10. 6 平成 17（ネ）10049[ライントピックス二審]）。この判決では、ニュース見出しの酷似的なコピーや、競争関係の有無など被告の行為に焦点を当てることなく、その配信行為の背後にある報道機関における取材体制の保護が決め手となっている。すなわち、新聞社である原告が即時にニュース見出しを作成しアップする体制を整えるまでには、取材体制の構築に莫大な投資がなされていることに鑑みると、ニュースとしての価値が失われないうちに、ニュース見出しの酷似的なコピーを配信する被告の行為を許容する場合には、取材体制の構築のインセンティブが過度に阻害されることは明らかである。しかも、報道機関における取材体制の構築にかけられた投資は、著作権法が保護しようとする著作物の創作とは別個独立に存在するものである。したがって、取材体制の構築に必要な投資を誘引するために、民法 709 条の不法行為に基づいて一定の競争行為を規律したとしても、その保護対象は著作権法が規律する利益と異なる趣旨の法的な利益であるから、ニュース見出しについて著作権法の保護を否定したと平仄が合わないことにはならないだろう。

このような理論の枠組みは、インターネット広告の場合にも当てはまる可能性があるのではないだろうか。すなわち、広告体制の構築に莫大な投資がなされていることに鑑みると、インターネット広告という産業を発展させることが社会的に望ましいのだという前提の下で、他者の無断利用により、広告体制の構築のインセンティブが過度に阻害されることが明らかである場合に限って、不法行為の成立を認めることができるだろう。