

著作物の保護及び P2P ソフトウェア —リーガル・オプション、 そのいずれを選択すべきか?—

Mark DAVISON and Rebecca Giblin-CHEN

山崎 昇(訳)

技術の大きな飛躍がある場合にしばしば生じることであるが、著作権は、P2P コンピュータ技術の導入による著作権への影響への対応において遅れをとってきた。さらに、法は、これまでの技術的発達の場合と同様に、対応に遅れているのみならず、どのように対応すべきであるかについて混乱を来している。

本稿においては、P2P ソフトウェアに関する訴訟が発生し、今日まで著作権者が一貫して勝訴してきた米国及びオーストラリアにおける様々な法的対応について概説する。そして、権利者の排他的な財産権を一方とし、重要な侵害とならない使用の有無はさることながら革新的な新しいソフトウェア製品を生み出すソフトウェア産業の能力をもう一方として、これらの間のバランスをとるための様々なアプローチが持つ意味についてコメントを行うこととする。

コンテンツの利益よりも技術革新にとって有利となる合理的で明確な基準が好まれる傾向にある、P2P ソフトウェアへの既存の法的対応について論じる。Aimster 事件において Posner 裁判官が好んだ費用便益分析、及び、オーストラリアの Sharman 事件の判決における Wilcox 裁判官による「許諾」概念の適用等十分な定義がなされていないテストは、技術開発を過度に萎縮させかねないものであることを示唆する。

ある種のソフトウェア

この項において、オーストリア及び米国における著作権訴訟の標的とされたP2Pソフトウェアのいくつかの方式を概観し、訴訟の対象にはなっていないが、広く使われるようになったBitTorrentについて簡単に言及する。それぞれの機会において、裁判所は、ソフトウェアの開発業者及び販売業者は、ソフトウェアにより助長された著作権の直接侵害について間接的に責任を有すると最終的に認定してきた¹。ソフトウェア開発業者の反応は、後に生じるソフトウェアの違法な使用に対するコントロールの範囲を少なくする新しいソフトウェアを作り出すというものであった。このようにコントロールを減少することは、間接的な責任についての既存の法的アプローチに基づく責任を回避するという効果を持つものであった。他方、法と技術の間の抜きつ抜かれつのゲームにおいては、著作権侵害の誘引のような新たな責任法理が展開されるか、又は、オーストラリアの著作権法に基づく許諾法理のような著作権者に有利な結果をもたらす既存の法理が再度取り上げられている。

Napster

こうした形態のソフトウェアのうち最初のものは、これまで論じられてきたNapsterソフトウェアである。Napsterは、完全な中央集約的なシステムで、そこでは、著作権を侵害する素材を提供する用意がある者は、Napsterが運営・管理している中央コンピュータ・インデックスに表示されているデジタル形式の申し出に関する情報に同意を与えていることになる。こうした著作権を侵害する素材を探している者は、Napsterにより特定された素材の提供者のコンピュータへ直接アクセスすることができる。簡単に言えば、Napsterは、著作権を侵害する素材を利用できなくするためには、

¹ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd. 125 S. Ct. 2764 (2005), Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd. (2005) 65 IPR 289, In Re: Aimster Copyright Litigation 334 F. 3d 643 at 651 (7th Cir 2003). *A&M Records Inc. v. Napster Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, at 918 (ND Cal 2000) aff'd in part, rev'd in part, 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001)

単に、そのシステムの電源を切りさえすればいいのである。

Aimster

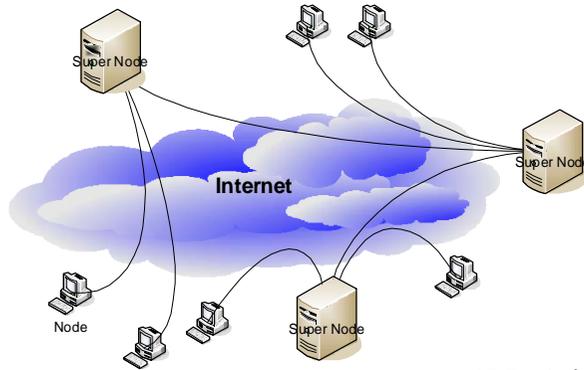
Aimsterは、作動の集中管理的な性質、及び、システムにより助長される侵害に対する認識を覆い隠そうとすることによって、Napsterと差別化しようとした。特にその中心的なサーバーは、アップローダとダウンローダの間で移転されるファイルを暗号化した。この結果、Aimsterは、寄与責任者として認定されるために必要な侵害についての認識がないと主張した。

Grokster

Grokster事件訴訟では二つの技術が争点となった。それぞれの技術は中心的なサーバーを持たない分散的システムを使っていた。説明上、本稿においては、最初に、Groksterに焦点を当てることとする。Groksterは、サーチャメカニズムと、個々のユーザーが、当該ソフトウェアの別のユーザーに対しファイルをアップロードし、当該ソフトウェアの他のユーザーからファイルをダウンロードする機能を提供していた。ソフトウェアは、この工程を自動化したが、当該ソフトウェアが、特定の時間において大きな能力を持つコンピュータのユーザーを特定し、そうしたユーザーへトラフィックするよう指示するように設計されていることから、個々のユーザーは、実質的にアップロードのための「セントラル」サーバーとして機能したのである。このようなユーザーは、「スーパーノード」として知られていたが、以下は、Groksterシステムの概念図である。Groksterシステムにおける分散性とは、スーパーノードとして機能する特定のコンピュータは、特定の時点において誰がオンライン上にいるのかにより、また、その時点で作動しているインターネットのトラフィックのコンフィギュレーションより随時異なるものであることに留意すべきである。

ファイルの配信プロセスの分散化に加えて、Groksterシステムの効果の一つは、サーバーとして最も良く機能し得るコンピュータと同様に、自動

的に選択されるところに従って分配タスクの分散化の効率性を最大化することにあつた。類似のソフトウェアの初期のバージョンは、P2Pネットワーク内の全トラフィックがネットワーク上の全てのユーザーを通過しなければならないことに関連した問題により頻繁にクラッシュしていた。



JC Chenによるダイアグラム

Kazaa

オーストラリアの Universal Music Australia v. Sharman License Holdings 事件の判決における訴訟の対象であった、Kazaa ソフトウェアは、Grokster ソフトウェアと事実上同一のものであり、極めて類似した方法により機能していた²。

Bit Torrent

訴訟が Grokster、Aimster 及び Kazaa に打撃を与えると、それ以外の P2P ソフトウェアが人気を博し始めた。その一つが BitTorrent であるが、これは、今のところ訴訟の対象にはなっていない。これは、ファイルが、複数

² See R Gliblin-Chen and M Davison, 'Kazaa goes the way of Grokster? Authorisation of copyright infringement via peer-to-peer networks in Australia' (2006), 17 Australian Intellectual Property Journal 53 at 54-55.

の小片へと分解する分散化したシステムである。特定のファイルをダウンロードしようとする者（リーチャー）は、多数の「シーダー」からファイルの小片を受け取ることによってファイル全体の提供を受けることになる。効果は、多数のシーダーが、個々のシーダーのコンピュータシステムへの影響を最小限に留めつつ、リーチャーのコンピュータ上に大きなファイルを作り出すことに貢献するというものであり、このため、配信システムにおけるボトルネックは、最小限のものとなっている。

著作権者にとっての問題の範囲

P2P 侵害問題の範囲についての考え方を、いくつかの事件に関する証拠から集めることができる。例えば、Universal Music Australia v. Sharman License Holdings (シャーマン事件)において、Wilcox 裁判官は、次の通り述べている。

2004年の初頭 Kazaa のウェブサイト上ではその前の一週間に240万人の人が Kazaa のソフトウェアをダウンロードしたと発表がなされていたが、これは、その一週間に240万人以上の新しいユーザーが生まれたことになる。KMD のウェブサイトはダウンロードした人の総数は317,555,315人であると発表していた。この数字は、世界の全人口の約5%に相当するものである³。

また、P2Pによるインターネット上のトラフィックは、インターネット上のトラフィック全体の約60%を占めているとも言われている⁴。BitTorrentのみで、インターネット・トラフィック全体の35%を占めている可能性がある⁵。

³ Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd. (2005) 65 IPR 289 at 399.

⁴ Kazaa は、ファイル共有ルールによる影響を受けた (<<http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/4214810.stm>> viewed 15 September 2005)。

⁵ "In Praise of P2P" *The Economist*, <<http://www.economist.com/displayStory.cfm?Story>>

争点のアメリカ法

米国法の下において、基本的に1. 寄与、2. 代位、及び、3. 誘引の3つの場合に、P2Pソフトウェアの開発者が、当該ソフトウェアの製作及び流通について責任を負う可能性がある。

こうした責任の形態のうち最初のもは、ビデオレコーダーの販売に関する Sony 事件において最高裁判所が作り出した抗弁の対象となる⁶。

寄与侵害

寄与侵害には、二つの重要な要件がある。その一つは、被告が侵害についての認識を持っていたこと、二番目は、認識がありながら、被告が、侵害行為をそそのかしたり、引き起こしたり、又は実質的に寄与したことである。

Napster 事件と寄与侵害

Napster 事件における寄与責任についての主張は、被告が、違法録音物を持っている者と、そのような録音物を探している者との間の関係を支援することによって起こり得る侵害について、認識を持っていたというものであり説得力のあるものであった。さらに、被告は、ダウンロードとアップローダの直接的な橋渡し役として行為することによって侵害に実質的

id=3422905 (subscription required, 2 December 2004) last accessed at 1 July 2005) (「CacheLogicによれば、全インターネット・トラフィックの35%を占めると推定される最も活発なP2Pシステムは、BriTorrentと呼ばれるものである。）。最近、Bram Cohenは、BitTorrentは「全インターネット・トラフィックの55%」を占めると正式に表明した。See Bram Cohen, “Mark Cuban says BitTorrent is doomed, DOOMED!” *Livejournal*, <<http://bramcohen.livejournal.com/35949.html>>, (31 January 2007) (last accessed at 8 February 2007).

⁶ *Sony Corporation of America v. Universal City Studios*, 464 US 417, (Supreme Court 1984).

に寄与したのである。フェア・ユースに基づいて、こうした行為を正当化しようとする試みは、最終的には失敗に終わった。被告は、実質的に侵害とならない使用を行うことができる商品を提供しているのみならず、著作権を侵害する素材を所持している個人を特定し、その者へのリンクを提供するという継続的サービスも行っていることを理由として、(以下に論じる) Sony 法理の抗弁は認められなかった。

Grokster 事件と寄与侵害

寄与侵害の概念の枠内において、米国最高裁判所は、侵害とならない使用と侵害となる使用の双方が可能な製品の流通に関する寄与侵害に対する抗弁を発展させた。この抗弁の正確な範囲は、Grokster 事件判決における最高裁判所の賛成意見と、Aimster 事件判決における Posner 裁判官の判決との間に矛盾があるため不明確なものとなっている。

Grokster 事件判決は、Sony 法理による保護を主張するために必要とする侵害とならない使用の範囲についての最高裁判所の意見と争いがある。被告の観点からのよりリベラルな意見は、Breyer 判事のアプローチによるものであるが、同判事は、Sony 抗弁を、被告が当該機器の大多数の侵害とならない使用を立証することのみが必要であるものと解釈した。即ち、当該機器を侵害目的のためにより多く使用することができるという事実によっては、当該機器は Sony 事件判決による保護を奪うものではないということになる⁷。

反対に、Ginsburg判事は (Rehnquist判事及びKennedy判事の支持を得て)、Sony 事件判決を、大多数の侵害とならない使用が実際に存在することを必要とするものであり、侵害となる使用の総数と侵害とならない使用の総数との間に釣り合いが必要であると解釈した。後者のアプローチは、将来における関連技術による侵害とならない使用によって既存の侵害となる使

⁷ *MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd.* 125 S. Ct. 2764 at 2796 (2005).

用が相殺されることになる可能性を無視したものである⁸。

Sony 事件判決の正しい解釈についての対立は、以下において論じる侵害の誘引法理を一致して採用することによって、Grokster 事件判決との関連では無意味なものとなった。しかし、被告が、誘引法理の採用を回避し得る将来の事件において、Sony 事件判決の解釈についての対立を解決することが必要となろう。

Aimster 事件と寄与侵害

Grokster 事件判決における最高裁判所の矛盾した意見とは別に、連邦第7巡回区控訴裁判所の Posner 裁判官は、Sony 事件判決について別の解釈を行っているが、これは、Sony 事件判決の適用を制限する可能性があるものである。同裁判官のアプローチによれば、被告は、その製品についての費用便益分析を行うことが必要となる。被告は、この分析に基づき、ソフトウェアのコンフィギュレーションの変更が、当該変更を実施する被告の費用を超える利益を著作権者にもたらすかどうかを判断しなければならない。被告は、「侵害ユーザーを排除するか又は少なくとも実質的に削減することは、不相応に高くつくことになった」ことを立証しなければならない⁹。

代位侵害

被告は、侵害、及び、それによる直接的な金銭的利益を妨げるための措置を執る権能及び能力を有する場合は、代位責任を負う場合がある。被告が侵害を防止するために措置を執る能力及び権能は、関連するソフトウェアの提供の時点で無くなるのが通常であり、その以降被告は、当該ソフ

⁸ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd. 125 S. Ct. 2764 at 2784 n1 (2005). See R Giffin-Chen, 'Re-winding Sony: An Inducement Theory of Secondary Liability' (2005), 27 European Intellectual Property Review 428.

⁹ In Re: Aimster Copyright Litigation 334 F. 3d 643 at 649 (7th Cir 2003).

トウェアの使用についてコントロールすることができないことから、上記の要件のうちの最初のものは、原告にとっては相当の困難を惹起する。

Grokster 事件と代位責任

第9巡回区では、裁判所は、関連するソフトウェアの提供後原告と被告の間には継続的な関係が存在しないことから、代位責任は存在しないと判断した¹⁰。最高裁判所は、誘引法理に基づき有責であると判断したことから、本件については検討しなかった。

我々の目的上、代位責任は関連性が小さいため、我々は、本稿において米国法及びオーストラリア法に基づく寄与責任及び誘引責任について焦点を当てている。

Aimster 事件と代位責任

寄与侵害による責任を肯定したため、Aimster 事件において代位責任の論点について最終的な判断は下されなかったが、Posner 裁判官は、代位責任を立証できない可能性が高いことを示唆している。

誘引

著作権侵害を誘引したことに基づく責任は、Grokster 事件において米国最高裁判決により導入されたが、同事件判決はこの責任についての新たなアプローチについて取り扱った唯一の事件である。このアプローチによれば、Sony の抗弁が別途適用されとしても、被告は、著作権侵害を誘引することについて責任を負うことになる。最高裁判所がこの責任法理を導入した効果、及び、おそらくはその目的は、Sony 抗弁の範囲についての最高裁判所内の争いを解決する必要性を回避することにあった。

¹⁰ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd. 380 F. 3d 1154 at 1166 (9th Cir 2004).

最高裁判所は、Grokster 事件において実際に誘引が存在したかどうかという問題を下級審に差し戻したが、最高裁判所は、誘引についてのテストが満たされたことを示唆する有力な意見を表明した。特に、最高裁判所は、被告会社が Napster の元ユーザーを顧客としようとしていた明確な意図を持ってたと判断した。また、最高裁判所は、「意図についての他の証拠が無い場合においては、当該機器が、かなりの侵害とならない使用が可能な場合には、裁判所は、侵害を防止するための積極的手段をとらなかつたことのみに基づいて、寄与侵害責任を認定することはできない。そのように寄与侵害を認定した判決は、Sony 事件のセーフハーバー法理を狭く取扱いすぎているものである¹¹⁾」ということを明確にしたことを留意することは重要であるが、侵害目的による機器の使用を削減又は排除するためのフィルタリングの欠如も関連性がある。

誘引法理は、被告の主観的態様を強調するものであることを理由として、批判されてきた¹²⁾。誘引法理は、誘引の意図が特定の侵害を実際に誘引することによって公に明らかになっていない場合であっても、原告が、被告の誘引の意図を証明することで足りることから、実際には、誘引意図の法理である¹³⁾。誘引法理のこの意図の持つ側面は、実際の侵害に対する誘引の存在を強調する寄与責任から区別する特徴である。評者は、被告がその行為の結果として著作権侵害が生じることを意図したか否かについては、被告の実際の行為及び著作権に対するその影響を重視すべきであると指摘している。この点については後述する。

オーストラリア法

オーストラリア法の下では、被告が侵害を「許諾」したかどうかによつ

て判断する責任の基準ははるかに具体性に乏しいものであり、また、「許諾」の概念も極めて曖昧である。特に、「許諾」があったとするための、被告の主たる侵害者の行為に対する支配の内容及び程度についてはかなり不明確である。オーストラリアの著作権法第101A条は、ある者が侵害を「許諾」したか否かを判断するためには、裁判所は次を検討しなければならないと定めている。

- (a) その者が問題となる行為を防止する権限の範囲（ある場合）
- (b) その者と、問題となる行為を行った者との間に存在する関係の内容
- (c) その者が当該行為を防止し又は回避するために合理的な手段を採ったか否か。関連する業界の行動基準を遵守したかを含む。

オーストラリア法の妥当性は、規定の地理的範囲如何によって高くなり得るものである。同法は、オーストラリアにおける侵害の「許諾」を禁止するが、「許諾」がなされた場所についての地理的制限を設けていない。したがって、侵害を「許諾」した者は、世界中どこにいたとしても、侵害そのものがオーストラリアで発生した場合には、オーストラリア法の対象となり得るのである¹⁴⁾。

「許諾」及び Sharman Networks 事件

Sharman Networks 事件判決及び法律に検討すべき要素が定められる以前は、許諾者が、当該違法行為を阻止する権限がないという状況においては「許諾」は存在しないものと広く考えられていた。従って、ひとたび製品が販売されたならば、売主は、販売した時点において、違法行為がなされることを阻止する権限がもはやないことから、侵害の「許諾」について有責ではありえなくなる。

¹¹⁾ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd. 125 S. Ct. 2764, at 2781, n2 (2005).

¹²⁾ See Tim Wu, "A Supreme Court Conversation - The Miss Manners School of Jurisprudence" *Slate*, <[http://www.slate.com/id/2121410/entry/2121673/\(28 June 2005\)](http://www.slate.com/id/2121410/entry/2121673/(28%20June%202005))> (last accessed at 15 February 2007).

¹³⁾ MGM Studios Inc. v. Grokster Ltd. 125 S. Ct. 2764 at 2779 (S. Ct., 2005).

¹⁴⁾ J. Ginsburg and S. Ricketson, "Inducers and Authorisers: A Comparison of the US Supreme Court's Grokster Decision and the Australian Federal Court's KaZaa Ruling" (2006) 11(1) *Media and Arts Law Review* 1, at 14. Graeme W Austin, "Importing Kazaa - Exporting Grokster" (2006), 22 *Santa Clara Computer & High Technology Journal* 577.

Australian Tape Manufacturers Association Ltd v. The Commonwealth of Australia 事件判決¹⁵において、オーストラリア高等法院は、次のように判示した。

「合法的な用途を有する空テープ又はビデオレコーダーのような品物の製造及び販売は、製造業者又は売主が当該品目が音響録音の家庭用録音等侵害目的で使用される可能性があることを知っていたとしても、製造業者又は売主が当該品目についての購入者の使用についての支配が無い場合には著作権侵害の「許諾」を構成するものではない。¹⁶」

しかしながら、法律の文言は、このような違法行為を阻止する権限がない場合においても、「許諾」の可能性を予期していることは明かである。この可能性は、Sharman 事件において Wilcox 裁判官が次のように述べた際確認された。

「新たな第101条(1A)の内容に鑑み、この文脈において「支配 (control)」という言葉の使用を継続することが望ましいか否かについては議論の余地がある。¹⁷」

最終的に、Wilcox 裁判官は、次を含む要素に基づき、被告敗訴とした。

1. 被告は、侵害のための「装置」を供与した。
2. 被告は、主として Kazaa を通じて共有されるファイルが侵害となることを知っていたときに侵害を積極的に奨励した。この積極的な奨励行為には、ファイル共有を容易にし、「Join the Revolution」ムー

¹⁵ *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1993) 176 CLR 480 .

¹⁶ *Australian Tape Manufacturers Association Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1993) 176 CLR 480, at 498.

¹⁷ *Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd.* (2005) 65 IPR 289 at 387.

ブメントを進展させるものとして彼らのソフトウェアをウェブサイト上で宣伝したことが含まれる。

3. ファイル共有が増加し、関与する人々の数が増えることは、被告にとっての金銭的利益となった。
4. 被告は、フィルタリングする能力を持っていたにも拘わらず、また、Kazz が主として侵害ファイルの移転を円滑にするために用いられていることを知っていたにも拘わらず、フィルタリングを行わなかった。

判決のうち興味深いのは、Wilcox 裁判官が命令した差止救済措置の内容である。同裁判官は、被告に対し本質的には次の二つのオプションを提供した。その一つは、今後配布するソフトウェアを修正し、修正されたソフトウェアにより、ファイル検索をした際の検索結果が、著作権者によって流通が許諾されたファイルで「あふれる (flooded)」ようにするというものである。政府が流通前に製品の変更を求めた命令としては、コモンローの国における著作権の事案においてはこれが初めてのことであり¹⁸。

事件は上訴されたが、判決前に和解が成立し、P2Pソフトウェアに関する「許諾」と、「許諾」に関する救済手段についての一つの決定としてオーストラリアの先例として残ることになった。事実審裁判官は、二次的責任に関する米国の先例は役に立たないと考えたことと明示的に述べている。しかし上記の要素は、米国のいくつかの侵害判断の基準の混合物であることを示唆している。「Join the Revolution」についての被告による言及は、侵害を誘引する意図の明確な証拠であり、侵害における被告の直接的な金銭的利益も、誘引の意図を証明するために重要である。

被告がソフトウェアにフィルタリングしなかったことについて言及されているが、これは、フィルタリングを要請する命令と併せて、Aimster 判決において採用されたラインにそった費用便益分析の一形態であるこ

¹⁸ See eg *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics PLC* (1988) 11 IPR 1 at 17. 裁判所は、ダブルヘッドのテープレコーダーの販売を差し止めなかった。

とは、間違いない。同様に、ソフトウェアに修正を加えるという命令は、実際のところ、当該修正を施す被告の費用は、著作権者が得る利益により正当化されるのである。

ここからどこへ？

これらのうちのいずれのアプローチが著作権者の利益と、技術の発展の間の適切なバランスを達成するための最善の手段なのか？ 私は、米国が与えている最も低い保護形態、すなわち、Sony 抗弁を広義に解しつつ、誘引法理と寄与侵害を同時に適用することに賛成する。

誘引法理及びその利点

新しい誘引法理は、被告の行為の結果ではなく、被告の意図を強調することを理由として批判されているが、当該法理は実際には多くのものを提供している。当該法理に対する批判は、法の著作権保護の面に焦点を当てているが、著作権保護とは別個の目的を達成するために著作権保護に幾分の漏れが生じることを受け入れることが必要であることを考慮していない。

侵害を誘引する意図に基づく法理にはいくつかの利点がある。第一に、当該法理は、侵害の防止には直接的に焦点を当てておらず、むしろ被告の主観的態様に焦点を当てているが、現実には、人間は意図したものを達成することが多い。侵害の誘引の意図に焦点を当てることによって、少なくとも実際の侵害の誘引を防止するという結果を部分的に達成する可能性がある。第二に、当該法理は、被告の行動にはほとんど影響を及ぼさない。即ち、「Join the Revolution」や、問題の製品への直接侵害者の注意を引くように作成された他の明確なメッセージに対する公然の奨励はありそうにない。この点において、当該法理は、著作権を無視するようという商業的に動機づけられた呼びかけを抑えることによって、著作権者の権利を尊重させようとする著作権者の希望と一致している。

第三に、そして、最も重要な点であるが、当該法理は新たな技術の開発者に対し、彼らが活動し得る余地について明確な指示を与えている。開発者が製品の宣伝方法について極めて注意深いことを前提とすると、開発者は何らかの保証をもって新製品を自由に開発することが可能である。こうしたことから、当該テストが、技術親和的な視点を提供しつつ、著作権による利益を保護していると言えるのである。

このアプローチが、Sony 抗弁に対し広いアプローチをとる寄与責任の狭いテストと一緒にした場合、最大限の確実性を、議論における双方の主役に提供することができることになる。Sony 事件判決の広い基準は、新製品の潜在的な非侵害的用途を考慮に入れる可能性を保持している。

この二つのテストは、詳細でもなければ明確な責任判断の基準とも言い難いが、最低限合理的に明確であるという利点をもっている。二つのテストにいくつかの問題があることは確かである。例えば、如何なる行為が、誘引の意図の証拠となるのか？ おそらく、プログラムのファイル共有能力に関するあらゆる形態の宣伝は誘引の意図の証拠となり得るが、原告は、勝訴するためにはそれ以上のことを証明しなければならないという結果になる可能性が高い。Aimster 事件における許諾及び費用便益分析のような他の可能性のあるアプローチと比較すると、誘引法理は、より確実性があることは確かである。

許諾の問題と Aimster アプローチ

オーストラリアの許諾アプローチと Aimster 事件における Posner 裁判官によるアプローチの問題点は、著作権者又はソフトウェア開発者が、それぞれに対し課されるおそれがある責任について評価するための本当の基準が無いということである。オーストラリアのアプローチは、「許諾」を構成するものは P2P ソフトウェアの流通がからむシナリオにはほぼ不可避免的に存在することから、Sharman 事件判決において Wilcox 裁判官によって特定された一又は複数の基準について訴訟を招くほど曖昧なものである。

同様に、Posner 裁判官が提案した費用便益分析においては、必然的に当該分析を行う際に極めて主観的な要素を持ち込むことになる。ソフトウェアの発売前の費用及び便益を実際に計算するということは、ソフトウェア開発者の能力及び専門性の及ばないものであり、これは、特に、誘引法理により、侵害となる使用へのソフトウェアの宣伝を最小のものとしている場合には、なおさらである。また、この計算は、裁判官の専門性をも凌駕していることは大いにあり得ることである。

さらに、ソフトウェアの修正の「費用」に関する判決は、被告が負担した費用に限定されることが明らかである。このため、特定のソフトウェアが開発されないか又はその後続版が開発されなかった場合、社会全体が当該ソフトウェアを失うことを考慮にいれないことになる。ダイナミックな技術環境においては、発売から比較的すぐに特定のソフトウェアの効果の一部について強調することは不適切である¹⁹。

Sony 事件判決についての広い見方

Ginsburg 裁判官が提唱した Sony 事件判決の狭い見方が採用された場合、Amister アプローチについてのものと同様の問題が生じる。再度、可能性のある侵害とならない使用は事実上無視されており、特定の時点における実際の使用が強調される。技術的機器の歴史、及び、技術的機器と著作権との相互関係の歴史は、著作権者が、機器及び技術を、結果的に著作権者の利益に換えてしまう能力があることを明らかにし続けてきた。VCR は、最も頻繁に引用される例であるが、Napster 事件そのものは、P2P ソフトウェアの文脈においては典型的な例である。

当初は、レコード産業は、Napster についてはさげすむ以外のことはほとんどしていなかったが、それを破壊する決意を表明した。例えば、Sony

¹⁹ 著作権外の例としては、1980年代後半に化粧品として Botox が最初に使われたが、1998年に脳性麻痺の兆候を緩和するために医薬品として使われた。See ‘Botox helps children with cerebral palsy’ at www.news-medical.net (accessed on 5th September, 2007).

の Steve Heckler 副社長は、2000年に次のように述べている。

業界は、自分たちを守り、その収益の流れを保護するために必要なあらゆる措置をとることになる。何があろうとも、業界が、収益の流れを失うことはない。我々は、個々のユーザーを凌駕する技術を開発する。我々は、Napster をその元で食い止める。我々は、ケーブル会社段階で、電話会社の段階で、あるいは、ISP の段階で Napster をブロックすることになる。我々はあなたの PC をブロックする²⁰。

7年後、第二次大戦中のウィンストン・チャーチルによるスピーチを²¹彷彿とさせるこの好戦的な言葉は、Napster to Go と呼ばれるオンライン配信システムによって取って代わられたが、そのシステムでは、Sony の同意、承認及び推奨を得て、合法的に音楽をダウンロードすることができるのである²²。Napster 事件判決の救済手段を、技術そのものではなく、侵害行為に対応するようにする知恵は、最近におけるこうしたサービスの導入によって証明された²³。

著作権のない素材の使用のあらゆる可能性も、新しい技術を使って著作物を配信するあらゆる可能性も、特定の技術的機器の初期の開発時には見ることにはできない。分散的な P2P ソフトの使用との関連においては、ユニ

²⁰ Quoted in T Merriden, *Irresistible Forces: the Business Legacy of Napster and the Growth of the Underground Internet* (Capstone Press, Oxford, 2001) at 35.

²¹ J. Logie, ‘A copyright cold war? The polarized rhetoric of the peer-to-peer debates’, First Monday at www.Firstmonday.org/issues/issue-8-7/logie/index.html (accessed 21 August 2007).

²² Napster to Go. See www.mp3.about.com/od/wheretobuymp3/a/all-profile.htm accessed on 20 August 2007 for a list of legal download services.

²³ See J. Chung, ‘The Digital Performance Right in Sound Recordings Act and Its Failure to Address the Issue of Digital Music’s New Form of Distribution’ (1997), 39 *Arizona Law Review* 1361 (for a discussion of the earliest on-line music services) and W O’ Dowd, ‘The Need for a Public Performance Right in Sound Recordings’ (1993), 31 *Harvard Journal (on Legislation)* 249 for an early discussion of the possibility of a ‘celestial jukebox’.

バーサル・デジタル・ライブラリーの創設は、BitTorrentのような著作権を侵害しない配信技術の可能性を実証するものである²⁴。

適切な保護ではなく、高い保護への期待

知られざる潜在的な侵害とならない使用を無視する Sony 事件判決の限定的解釈の他の問題点は、この解釈が適切な保護水準ではなくむしろ著作権に高い水準の保護を提供することに焦点を当てていることである。我々は、著作権の目的は、著作物から生じるあらゆる利益が著作権者に返ってくることを保証することではなく、音響録音、映画等著作権で保護されるべきものを作り出すインセンティブを生み出すことにあることを想起すべきである²⁵。コンテンツの権利者の主張にも拘わらず、こうしたインセンティブが、著作物の違法コピーを得るための P2P ソフトウェアを利用する能力によって実質的に減じられているという本当の証拠はない。レコード産業及び映画産業の説明によれば、こうした業界は死の一步手前にいることになるが、現実には、損失は継続しているものの、致命的というほどではない²⁶。

さらに、P2Pによる配信による損失の著作権者への経済的影響は、新たな形態の技術及び関連機器への投資によってマクロ的な意味においては相殺されている。映画やレコードの購入に費やされていないお金は、P2Pネットワークからダウンロードされた素材を見たり聞いたりするための iPod や、コンピュータ、そしてプラズマテレビに使われているのである²⁷。

²⁴ H. Travis, 'Building Universal Digital Libraries: An Agenda for Copyright Reform' (2006), 33 Pepperdine Law Review 761.

²⁵ B. Frischmann and M. Lemley, 'Spillovers' (2007), 107 Columbia Law Review 257.

²⁶ V. Henning and D. Schoder, 'An Empirical Study of the effects of peer-to-peer filesharing on the film industry' (August 2004) at www.fifo.at/download/Studien/NL4-StudieP2P.pdf (viewed on 21 August 2007). A Gayer and O Shy, 'Copyright Enforcement in the Digital Era' (2005), 51 CESifo Economic Studies at 477.

²⁷ J. Shulz, Staff Lawyer Electronic Frontier Foundation quoted in Washington Post

コンテンツの権利者は、倫理的に純粹で、技術的に進歩した、著作物の各種合法的配信手段からの他の利益を求める者から利益を引き続き得ているのである。Sony の初期の NAPSTER への態度に関して上述したコメントとは別に、P2P ソフトウェア及びインターネット上の害悪について、コンテンツの権利者が、VCR の議論を蒸し返しているという他の意見がある。2002年、当時のアメリカ映画協会 (MPAA) の会長であった Jack Valenti は、「我々は、我々自身の領土戦争を戦っている」「我々はハルマゲドンの可能性の最中にあることが明らかになってきた。付け加えると、そのことは憂慮すべきほど明確になってきた」²⁸と述べた。

同会長は、1983年に連邦議会上院において「VCRは、アメリカの映画製作者やアメリカの公衆にとって、家で一人でいる女性にとってのボストン絞殺魔のようなものである」と証言した²⁹。

結論

歴史は、裁判所が著作権侵害についての二次的責任の分野において行った最善のことは行うべきであることを示唆している。一般的なルールとして裁判所が行った最善のことは、極めて甚だしい行為に対してすら、最小限度の対応を採用し、法理の発達及び与えられる救済手段の双方は、技術的発展がなされる範囲を維持しつつ、著作権の利益の十分な保護を達成するために、必要最小限度のものに限定されることを確保したことである。この理由から、Sony 事件判決についての狭義の解釈等の既存の法理を狭く解釈することや、Aimster 事件における費用便益分析及びオーストラリアの「許諾」概念のような明快な見方は控えるべきである。

'Hollywood says Piracy has Ripple Effect' (28 September 2006) at p5.

²⁸ Quoted in J. Logie, 'A copyright cold war? The polarized rhetoric of the peer-to-peer debates', First Monday at www.Firstmonday.org/issues/issue8-7/logie/index.html. (accessed 21 August 2007).

²⁹ Home Recording of Copyrighted Works Hearings Before the Subcommittee on Courts, Civil Liberties, and the Administration of Justice of the Committee of the Judiciary, House of Representatives at www.cryptome.org/hrcw-hear.htm.