

オンライン上のゲートキーピングの歴史(2)

Jonathan ZITTRAIN

成原 慧・酒井麻千子・生貝直人・工藤郁子(訳)

目 次

- I. はじめに
- II. 2種類のゲートキーパー
- III. オンライン上のゲートキーピングの黎明期における活用：既存の私的な監視とエンフォースメントのレジームに対する補完
- IV. インターネットの成熟と限定的なゲートキーピングの継続：著作権侵害、ISP、OSP（以上、前号）
- V. インターネットのさらなる発展に伴い試練に曝される限定的なゲートキーピング：著作権侵害、ピア・ツー・ピアサービス、防止ないし監視する義務の再考（以下、本号）
- VI. グリッド上のゲートキーピング：自制としてのGrokster判決（以下、次号）
- VII. 規制に対する自制の終焉？：クラークマン的ゲートキーパーからレッシングのゲートキーパーへ
- VIII. 結論

V. インターネットのさらなる発展に伴い試練に曝される限定的なゲートキーピング：著作権侵害、ピア・ツー・ピアサービス、防止ないし監視する義務の再考

インターネットの利用の形態は、1998年に制定された§512のセーフ・ハーバー規定によって想定されていたISP（他人の素材の受動的な導管）やOSP（他者が投稿する素材をホスティングする者）の単純な世界をすぐに飛び越えて発達した。しかし、そのような事態の展開は、制度的および

技術的なゲートキーピングをどのように活用して、個人の活動を封じ込めるのかということについて、新しく、より困難な一連の問題を招来することになった。

第一に、PCのハードウェアの馬力が伸びた。ハードディスクは約18ヶ月ごとに2倍の容量になり続けており⁹³、CPUの速度については、その指数関数的な成長を予測したインテルの技術者にちなんで名付けられたムーアの法則⁹⁴が、際立って正しいことが例証されるという状況が依然として継続している⁹⁵。

第二に、インターネットの帯域幅が成長した⁹⁶。これは多くの消費者が

⁹³ ハードドライブ容量の増加割合は1997年から2001年まで年毎に倍増するレートであった。その後、1997年以前と同様、その40~60パーセントの割合（18ヶ月ごとに倍増するレート）に減速した。Brian Hayes, *Terabyte Territory*, 90 AM. SCI. 212, 214 (2002); Ed Fraenheim, *Midlife Crisis for the Hard Drive*, CNET NEWS.COM, Aug. 11, 2003, http://news.com.com/Midlife+crisis+for+the+hard+drive/2100-1008_3-5061923.html 参照。また、Michael Singer, *Home Storage to Bolster Hard-Drive Growth*, CNET NEWS.COM, June 29, 2005, http://news.com.com/Home+storage+to+bolster+hard-drive+growth/2100-1041_3-5768676.html も参照。

⁹⁴ Herb Sutter, *A Fundamental Turn Toward Concurrency in Software*, DR. DOBB'S J., Mar. 2005, at 16, 18 参照。 <http://www.gotw.ca/publications/concurrency-ddj.htm> で入手可能。

⁹⁵ Wikipediaの *Moore's Law*, http://en.wikipedia.org/wiki/Moore's_law の項を参照 (2006年3月23日09:48現在) (「ムーアの法則とは、我々の技術発達の下では、最小部品コストに関して、集積回路におけるトランジスタの集積密度は、約18ヶ月ごとに倍になる、という経験則である」)。

⁹⁶ A.M. Odlyzko, *Internet Traffic Growth: Sources and Implications*, 5247 PROC. SPIE 1 (2003)を参照。 <http://www.dtc.umn.edu/~odlyzko/doc/itcom.internet.growth.pdf> (インターネットのデータ流量が1997年以降毎年倍に増えていると概算している)で入手可能。また、K. Satya Sai Prakash & S. V. Raghavan, *Analysis of the Web, Processor Speed and Bandwidth Growth: Impact on Search Engine Design*, 2003 PROC. IADIS INT'L CONF. WWW/INTERNET 137, 142 fig.10も参照のこと。 http://nsl.cs.iitm.ernet.in/publications_files/pub/sai/analysis_of_web.pdf (1992年から2002年までのインターネット帯域幅の指数関数的な増大を図に表している)で入手可能。

「ラストマイル（交換局と個別世帯を結ぶ通信手段）⁹⁷」経由で利用可能なネットの帯域幅も含んでいる⁹⁸。1998年以降、ブロードバンド接続を新たに導入する、あるいはダイヤルアップ接続から乗りかえる人々が増加した⁹⁹。これは、単に高速接続になったというだけでなく、ブロードバンド接続はモデムとは異なり家庭の電話線を占領しなかったため、常時接続になったということも示している¹⁰⁰。

1998年には箱から出したてのPCでもCDを認識し再生することができたが、PCのハードドライブへそれらをコピーする手段はなかった。ちょうど独立したプログラマーがPCを容易にネットへ接続できるようにするための最初のソフトウェアを開発したのと同様に¹⁰¹、アウトサイダー系の開発者はPC上へ標準的な音楽CDの「リップリング」を可能にするシンプ

⁹⁷ Wikipediaの *Last Mile* の項 (http://en.wikipedia.org/wiki/Last_mile (2006年3月26日03:26現在))を参照 (「ラストマイルとは、通信事業者から顧客への接続を提供する最終行程である。電話通信会社やケーブルテレビ会社がこの言葉に言及する場合、扇形に広がる電話線やケーブルを敷設するというかなりの程度の負担を要する物理的な作業であるため、典型的に高価な費用のかかる事業であると見なされていることが多い」)。

⁹⁸ Coastal Carolina Univ., Technology and Instruction Course Module, *Accessing the Internet*, <http://www.coastal.edu/education/ti/internetaccess.html> (2006年4月29日最終確認)を参照 (「2004年8月の時点で、インターネットを契約している家庭のおおよそ40パーセントはブロードバンド接続を利用しており、ほとんどの評論家は、特に音楽やビデオなどのより広い帯域幅を使うコンテンツのためにブロードバンド接続を要求する人が増えるから、この傾向にひたすら拍車がかげられることになろうと予想している」と述べる)。

⁹⁹ 前項参照。また、JOHN B. HERRIGAN & LEE RAINIE, PEW INTERNET & AMERICAN LIFE PROJECT, *THE BROADBAND DIFFERENCE* 4-5 (June 23, 2002), http://www.pewinternet.org/pdfs/PIP_Broadband_Report.pdf も参照。

¹⁰⁰ ROUZBEH YASSINI ET AL., *PLANET BROADBAND* 91-93 (2003)を参照。 <http://www.informit.com/articles/article.asp?p=101402&seqNum=2> (日常生活で常時インターネットに接続することの「人間学」を描写している)で入手可能。

¹⁰¹ Trumpet Software International, *History*, <http://www.trumpet.com.au/history.html> (2006年4月29日最終確認)を参照。また、Zittrain, 前掲注(15) at 1992も参照。

ルなプログラムを書いた¹⁰²。リッピングによるデジタル音楽ファイルのサイズは特に当時のハードドライブ容量にとって非常に大きなものとなることもあったが、ファイルサイズを圧縮する賢いアルゴリズムが開発された。独立して特許が取得された「MP3」標準もその一つである¹⁰³。その結果、CDの高品質のコピーをPCに保存することが実現可能になったのである¹⁰⁴。

そのようにして作成されたMP3ファイルはe-mailを通じて頒布したり、さらにはウェブに投稿することすら可能となった。しかし、MP3ファイルが典型的な加入者とOSPの組合せにより管理されているホームページに投稿された場合、§ 512(c)のセーフ・ハーバーの適用の維持を望むOSPによる削除に絶えず晒されることになる。まさにそのような取扱いこそが1998年のDMCAが意図するところであった。OSPのゲートキーパーの支援を受けつつ、レコード業界の出版者はMP3ファイルをオンラインで Postagem する人々との間で急速に展開されるいちごっこに従事し、その結果、事態は彼らにとって改善したとまではいえないにしても、少なくとも膠着状態にまで持ち込むことには成功した¹⁰⁵。当時は、一般的には、海賊

¹⁰² BRUCE FRIES, THE MP3 AND INTERNET AUDIO HANDBOOK (2000) 169-80を参照。
<http://www.teamcombooks.com/mp3handbook/15.htm> (「Digital audio extraction (DAE)、一般にはリッピングと呼ばれるものは、直接CDから音声データを複製するプロセスのことである。サウンドカードを経由しないので、リッピングはふつうノイズを随伴したりデータの忠実な再現性を失ったりすることなく完璧なコピーを作ることが可能である」) で入手可能。オープンソースのリッピングソフトの例として、Ripoff: Python Tools for CD Ripping, <http://ripoff.sourceforge.net/> (2006年4月29日最終確認) を参照。

¹⁰³ 前掲注(102)のFRIES, at 1を参照。<http://www.teamcombooks.com/mp3handbook/Intro.htm> で入手可能 (「MP3 (技術的には、MPEG Audio Layer III) はデジタル音声圧縮のための標準的なフォーマットである。MP3はオーディオファイルを元のサイズから約10分の1のサイズまで圧縮するが、CDに近い音質を保つ」)。

¹⁰⁴ 前項参照。

¹⁰⁵ JOHN ALDERMAN, SONIC BOOM: NAPSTER, MP3, AND THE NEW PIONEERS OF MUSIC 30 (2001); Janelle Brown, *Heat Turned Up on Digital Music Pirates*, WIRED NEWS, Feb. 12, 1998, <http://www.wired.com/news/culture/0,1284,10234,00.html> を参照。また、FRIES, 前掲注(102), at 43-56を参照。<http://www.teamcombooks.com/mp3handbook/5.htm> で

版の音楽を容易に、継続的に、かつ確実に入手することができる手段はネット上には存在しなかったのである。

続いて起こったイノベーションがこのようなゲートキーピングの実施を鈍化させることになる。1999年5月、10代の少年であったショーン・ファニングはNapsterを立ち上げた¹⁰⁶。Napsterは、各々が相まって、勃興しはじめていたPCやインターネットのグリッドコンピューティングシステムを代表する3つの特徴を具現していた。第一に、NapsterはWindows OSの最新のバージョンを搭載しているPCにダウンロード可能なソフトウェアの一つであった¹⁰⁷。第二に、ソフトウェアを入手するために訪れることのあるウェブサイトであり、さらにソフトウェアを起動するとアクセスが可能になるインターネットサーバーでもあった¹⁰⁸。そして第三に、より漠とした言い方になるが、それは「ネットワーク」であった。Napsterは、ネットワーク化されたPC上でNapsterアプリケーションを起動している人々を、インターネットを通じたNapsterサーバーによる仲介の下で接続する一連のヴァーチャルな関係の集合体だったのである¹⁰⁹。

Napsterのユーザーは、自身のPCのハードドライブ内で、別のNapsterユーザーに利用を認めてよいと考えるMP3ファイルを保存した領域を指定することができる¹¹⁰。ソフトウェアを動かしている間、それぞれのPCは

入手可能 (デジタル音楽の利用と著作権法に関する仮定的なシナリオについて議論している)。

¹⁰⁶ Wikipedia の *Napster* の項 <http://en.wikipedia.org/wiki/Napster> (2006年3月24日18:26現在) を参照。また、STUART BIEGEL, BEYOND OUR CONTROL?: CONFRONTING THE LIMITS OF OUR LEGAL SYSTEM IN THE AGE OF CYBERSPACE 286-90 (2001) も参照。一般的な議論として、JOSEPH MENN, ALL THE RAVE: THE RISE AND FALL OF SHAWN FANNING'S NAPSTER (2003) を参照。

¹⁰⁷ Susan Crosse et al., *Napster*, in P2P NETWORKS (TCD 4BA2 PROJECT 2002/03) ch. 4 (2003), <http://ntrg.cs.tcd.ie/undergrad/4ba2.02-03/p4.html> (Napsterの基本的な構造について説明している) を参照。

¹⁰⁸ 前項参照。

¹⁰⁹ 前項参照。

¹¹⁰ WILLIAM W. FISHER III, PROMISES TO KEEP: TECHNOLOGY, LAW, AND THE FUTURE OF ENTERTAINMENT 111 (2004) を参照。

インターネットを通じて中央のNapsterサーバーをチェックし、共有されたディレクトリの内容をサーバーに通知する¹¹¹。他人が持っているMP3ファイルを求めるユーザーは、特定のファイル、これは名前や名前の一部を入力することで同定されるものだが、この特定のファイルが誰かのハードディスクドライブ上で発見できるか否かを中央のNapsterサーバーに尋ねることができる¹¹²。Napsterサーバーが、特定のファイルを求める人とそれを提供する人が合致していることを見つけると、それぞれのマシン上のNapsterソフトウェアは続けて、ファイルが転送できるようにPC間の直接接続を調整する¹¹³。常時接続の消費者が増加する中で、PCの所有者はNapsterを24時間起動したままにして、第三者にそのファイルに対する継続的なアクセスを提供しながらも、追加的な料金の負担を気にかけずに済ませることができるようになったのである。これは米国内におけるブロードバンド接続が一般的にデータ転送の量にかかわらず定額で課金されているからである¹¹⁴。

PCのデータストレージ、ファイル検索、ファイル転送といったNapsterの構成要素は、ファニングのような人が、それら構成要素を単なる部分集合の合計よりも大きなインパクトを生み出すようなサービスに組み立てることをただ待ち望んでいた、ということができる。ファニングはNapster.comの店を開くために、あるいは当時存在していたPCの大部分で動くアプリケーションを書くために、ゲートキーパーの許可をもらう必要はなかった。消費者は自らの生成的なマシンにNapsterのソフトウェアを加えたり、Napsterに関連するデータの転送のためにネットワーク接続を利用することに対して何か障害を感じるということもなかった。ネットワー

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*

¹¹³ *Id.*

¹¹⁴ 例えば、BroadbandReports.com, <http://www.broadbandreports.com/dosearch?cheap=1> (2006年4月29日最終確認) (月額ブロードバンドサービス提供者をリストアップしている)を参照。しかし、Jo Twist, *Goodbye to a Flat Rate for Broadband?*, BBC NEWS, Sept. 15, 2003, <http://news.bbc.co.uk/2/hi/technology/3109146.stm> (定額制のブロードバンド料金を従量課金に置き換える可能性について議論している)を参照。

クとPCの生成性によって、現在のファイル共有システムはあつという間に何もない状態からどこにでもある状態へと到達することができた。Napsterは大流行し、有名になればなるほど、より多くのファイルをネットワーク上で入手することが可能になるため、Napsterは消費者にとってさらに価値のあるものになったのである¹¹⁵。

アメリカのレコード業界の同業者団体はNapster社を訴え、差止命令とその運営を不可能とするほどの高額な損害賠償によって、Napsterのサービスを停止することを試みた¹¹⁶。しかし、訴訟の長期化自体がNapsterに代わる新技術の台頭を促し¹¹⁷、さらに、これらNapsterの後継者を阻止すべく意図された新たな訴訟が提起されるという循環を生んだ¹¹⁸。裁判所は、

¹¹⁵ BIEGEL, 前掲注(106), at 421 n.12 参照。Napsterの人気はすぐに広がった。1999年9月にプログラムが始まって以降、ユーザーの数は5~6週間ごとに倍増した。Matthew Green, Note, *Napster Opens Pandora's Box: Examining How File-Sharing Services Threaten the Enforcement of Copyright on the Internet*, 63 OHIO ST. L.J. 799, 801 (2002) 参照。2000年12月21日現在、Napsterは4000万以上の登録ユーザーを抱えていた。Damien A. Riehl, Note, *Peer-to-Peer Distribution Systems: Will Napster, Gnutella, and Freenet Create a Copyright Nirvana or Gehenna?*, 27 WM. MITCHELL L. REV. 1761, 1767 n.30 (2001) 参照。一番登録者の多かった2001年2月には、Napsterに登録しているユーザーは8000万人を超えていた。Green, 前掲, at 802; Matt Richtel, *Upheaval at Bertelsmann May End Plans for Acquisition of Napster*, N.Y. TIMES, July 31, 2002, at C1. 2001年1月には、約160万人のユーザーがNapsterに常時接続しており、2億曲がダウンロードされた。Green, 前掲, at 802; Jefferson Graham, *Napster Moving Toward Monthly Fee: Song-Swapping Service Could Set the Tone for Internet Music Sales*, USA TODAY, Jan. 30, 2001, at A1 を参照。

¹¹⁶ Notice of Joint Motion & Joint Motion of Plaintiffs for Preliminary Injunction, *In re Napster, Inc. Copyright Litig.*, 191 F. Supp. 2d 1087 (N.D. Cal. 2002) (No. C-99-5183 MHP), 2000 WL 34016493.

¹¹⁷ Leander Kahney, *Still Plenty of Music Out There*, WIRED NEWS, Feb. 13, 2001, <http://www.wired.com/news/business/0,1367,41775,00.html> を参照。

¹¹⁸ 例えば、Katie Dean, *P2P Whipping Boy: Know the Risks*, WIRED NEWS, May 10, 2003, <http://www.wired.com/news/print/0,1294,58783,00.html>; Brad King, *Kazaa: A Copyright Conundrum*, WIRED NEWS, Mar. 4, 2002, <http://www.wired.com/news/print/0,1294,50788,00.html>; Brad King, *File Trading Sites in Crosshairs*, WIRED NEWS, Oct. 3, 2001,

これらの訴訟において意見を下しつつ、寄与侵害と代位責任の原理を新たな事実の類型に妥当させるべく努力を重ねた。同時並行で進展した立法活動と同様、これら裁判所の見解は、ネットワークとPCの生成性が望ましくない方向で活用される事態を除去しつつ、媒介者に過度のゲートキーピングを要求することをも避けるために、伝統的に規制がなしてきた努力を具現するものであった。この問題に対する裁判所の努力は、個人の行動の規制可能性の問題、そして、様々なサービス・プロバイダー（伝統的なゲートキーパー）や技術開発者（技術的なゲートキーパー）が、望ましくないユーザーの行為を停止したり、あるいはゲートキーパーの守備範囲次第では、そのような行為を不可能としたりすることに、どの程度徴用されるべきなのかという問題に司法制度が取り組んでいることを示すものだったからである。

連邦地方裁判所は暫定的差止命令をNapsterに対して言い渡した。この命令の核心部分は控訴審においても支持されている¹¹⁹。理論的な問題としては、第9巡回区控訴裁判所は、まず、著作権で保護されたファイルを権限のない者が交換することは直接侵害に該当すると判示している。この判断に対しては、おそらくフェアユースの考慮を軽視しすぎているという批判が妥当しよう¹²⁰。それはともあれ、直接侵害が成立するとされた以上、

<http://www.wired.com/news/mp3/0,1285,47296,00.html>; *Play it Again RIAA: Sue Morpheus*, REUTERS, June 3, 2003, <http://www.wired.com/news/digiwood/0,1412,59097,00.html>などを参照。

¹¹⁹ *Napster II*, 239 F.3d 1004, 1027 (9th Cir. 2001).

¹²⁰ 前項 at 1013-16 参照。また、Mark A. Lemley & R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement Without Restricting Innovation*, 56 STAN. L. REV. 1345, 1400 n.222 (2004) も参照（「第9巡回区控訴裁判所は、Napsterのユーザーは『スペース・シフティング』（異なるロケーションで再生するために既に所有している曲をダウンロードする）とか『サンプリング』（CDを買うかどうか決めるために曲をダウンロードする）を行っているというNapsterの主張を冷淡に扱い、多くのNapsterユーザーはこれらの行為をしていなかったとしているが、しかし、仮に著作権者が実際にダウンロードをなした特定の個人に対して著作権侵害を主張するとしたならば、上記の論証される可能性のあるフェアユースの抗弁に対して論陣を張る必要性が生じるであろう。これより早く、第9巡回区控訴裁判所は、*Recording Industry*

裁判所はNapsterが侵害行為を助長したことについて寄与侵害ないし代位責任が成立するか否かという問題に移行した¹²¹。この点における第9巡回区控訴裁判所の意見は慎重によく計算されたものであった。

第9巡回区控訴裁判所は、情報探知ツールについての§ 512(d)セーフ・ハーバー規定が適用される見込みは薄いと論じているが、いったんこのケースがトライアルに付された場合には、より慎重な吟味を必要とする論点になるだろうという認識をも開陳していた¹²²。このような判断は驚くに値しない。地方裁判所の審理において、Napsterは自らが§ 512(d)に該当するということを選択的に弱く主張するに止めていたからである¹²³。その代わりに、Napsterが期待をかけたのは§ 512(a)であった¹²⁴。受動的な導管のISPとして位置づけてもらい、その結果§ 512(d)のノーティスアンドテークダウンの履践の対象となることを回避するよう求めていたのである。しかし、Napsterが§ 512(a)の要件を満足しえないものであることは明らかである¹²⁵。NapsterはISPではなかった。実際、原告も被告も、Napsterはフア

*Association of America v. Diamond Multimedia Sys., Inc.*においてスペース・シフティングの慣習を是認していたが、当該事件はファイルを他人がアクセスできるようにしないという意味で個人的なスペース・シフティングを可能とする装置という文脈で生じたものであった」（引用省略）。

¹²¹ *Napster II*, 239 F.3d at 1020-23.

¹²² *Id.* at 1025.

¹²³ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (Napster DMCA)*, No. C 99-05183 MHP, 2000 WL 573136, at *5 (N.D. Cal. May 12, 2000) 参照（「被告は、たとえ裁判所が§ 512(d)で規定されるような情報探知機能をNapsterが有しているか否か分析することに決めたとしても、なお§ 512(a)のセーフ・ハーバーはその他のNapsterのサービスを保護すると判示すべきであると主張し続けた」と述べている）。http://www.eff.org/IP/P2P/Napster/DMCA_Ruling.pdf で入手可能。

¹²⁴ 前項参照。

¹²⁵ *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc. (Napster I)*, 114 F. Supp. 2d 896, 919 n.24 (N.D. Cal. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) 参照（「この認定はまた、DMCA, 17 U.S.C. § 512の保護を求めようとする被告の執拗な試みを止めさせることにもなる。反対意見陳述書において、Napsterは§ 512(d)のセーフ・ハーバーが本件に適用可能であることを当審に認めさせようと試みている。しかし、同項は明らかに『その素材あるいは行為が侵害であるという実際の認識』がある場合

イルをあるユーザーから他のユーザーへ伝送することに従事していると主張していたわけではなく、この事実に基づいて、連邦地方裁判所と第9巡回区控訴裁判所がともに、Napsterに § 512(a) を適用することを拒否したことは正当な取扱いであったといえることができる¹²⁶。

セーフ・ハーバーの適用がない以上、Napsterは寄与侵害と代位責任の成否の検討を免れることはできない。寄与侵害を行った者とは、侵害行為を認識しており、実質的にそれを助長した者であると定義される。この基準は、例えばある人が現実には侵害を認識しており、その侵害を助長したか、侵害の支援を中止するのに失敗したような場合に、その充足を肯定することは容易である。したがって、Kinko'sのようなコピーショップは、その従業員に対し、「all rights reserved」と明記されている著作物があからさまに提示されて、学生コースパック用にその複製を求められたような場合には、ゲートキーパーとしての役割を果たすよう要求されるだろう¹²⁷。このシナリオは、本屋が名誉を毀損する素材をそれと知りつつ仕入れて販売していると推測される場合に責任を負うとする、被告にとってより有利な「頒布者」の責任レベルと類似している。OSPはCDAにより、このCompuServe判決で示された名誉毀損の責任を明示的に免除されている。CDAがこのようにインターネット上の名誉毀損の文脈と著作権の文脈を区分する理由は、文書が名誉毀損に該当するか否かということは、著作権の状態と比べゲートキーパーにとってより確認が困難なものであるということ想起すれば、より容易に理解することができるだろう¹²⁸。

(§ 512(d) (1) (A))、または侵害を明らかにするような事実や状況を認識している場合 (§ 512(d) (1) (B)) を保護の対象から除外している。 § 512(d) が寄与侵害を行った者を保護するという被告の主張は当裁判所のとるところではない)。

¹²⁶ *Napster DMCA*, 2000 WL 573136, at *5; *Napster II*, 239 F.3d at 1025 を参照。

¹²⁷ *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522, 1526 (S.D.N.Y. 1991) 参照。また、Stephana I. Colbert & Oren R. Griffin, *The Impact of "Fair Use" in the Higher Education Community: A Necessary Exception?*, 62 ALB. L. REV. 437 (1998) も参照 (大学は、フェアユースに関係する法をより広く解釈することを擁護し正当化するような大学内部の方針と手続きを開発し推奨しており、著作物の利用を促進し普及するためにロビー活動に従事している)。

¹²⁸ 著作権の状態を確認する場合にも些末とはいえない問題が存在する。例えば、

侵害行為について現実の認識があるという判断が容易な事例は、ほんの少し事案を変えるだけですぐにより困難な事例に姿を変える。単にコピー機をロビーに置き、ページごとに課金する形で顧客のコピー機の利用を許可するようなコピーショップの場合はいかに取り扱うべきであろうか？ 著作権侵害に供される可能性のあるコピー機を提供することは、一日という単位で考える場合には確実に侵害の擬制的な認識が生じていることを論証しうるものではあるのだが、それにもかかわらず、単独では寄与侵害責任を問うに足りる認識の要件にはいまだ到達しているとはいえない¹²⁹。顧客のセルフサービスでのコピー機利用をKinko'sが監視するよう求め、著作権の寄与侵害や代位責任の枠組みの範囲内にそのようなゲートキーピングの責任を収めてしまえばよいと考える人もいるだろうが、法は正当にもそのような場合までをも想定するものではない。このような体制を認めてしまうと、第三者に関するコストを罪のない顧客に過度に課すことになってしまう。そして、店側は監視コストを十分カバーできるように以前より極めて高額な料金を請求するように強いられるか、単純にサービスを全部停止してしまうため、罪のない顧客はセルフサービスコピーを利用度

Chris Sprigman, *Reform(aliz)ing Copyright*, 57 STAN. L. REV. 485, 497, 515 (2004) を参照。¹²⁹ 裁判例では、コピーのフルサービスを提供するコピーセンターに対しては著作権侵害が肯定される (前掲注(127)) 一方で、単にセルフサービスのコピー機を提供する行為が争点とされた事例は未だ報告されていない。もっとも、他方で、*Marobie-FL, Inc. v. Nat'l Ass'n of Fire Equip. Distrib.*, 983 F. Supp. 1167, 1178-79 (N.D. Ill. 1997) を参照せよ (加入者がサーバーに侵害物をアップロードした場合の被告webホスティング会社に関し、寄与侵害責任の成立の可能性を留保しつつ、被告のサービスは、「公衆向けに提供されているコピー機が、第三者によって著作物をコピーするために用いられた場合によく似ているため」直接侵害の責任がないと判示した)。ISPによって提供される類似のサービスに関してより詳しくは、Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833, 1874 & n.210 (2000) (*Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) の後、ほとんどのISPが寄与侵害を課されるために「要求される認識の水準」を欠如するに至ったと述べている) を参照。

きなくなってしまうだろう¹³⁰。もちろん、どこに限界線を引くべきかということは、さらなる事例毎の検討が必要となる問題であるが、コピーショップの事例は、ゲートキーパーにより助長される個人の違法行為のうち目に余る事例を除去しつつ、ゲートキーパーに過度の負担をかけないようにするという作業が、いかに繊細な線引きかということを示している¹³¹。

同様に、コピー機や類似技術を開発する上流メーカーは、技術を生み出し流通させるという行為に対する寄与侵害責任を免れる。転換点として位置づけることのできる1984年のSony判決では、「汎用品 (staple article of commerce)」の法理を特許法から輸入して著作権法に適用した。この「汎用品」の法理は、当該法理なしには、メーカーが当該製品は侵害用途に用いられる可能性があるということを擬制的に認識していたと認定されてしまうような寄与侵害の事例を救うために導入されたのである¹³²。メーカーは、その生産する製品が「実質的に非侵害用途にも利用可能」¹³³でありさえすれば、特別に違法用途を推奨するような営業を行っていない限り¹³⁴、

¹³⁰ 次の2つの文献を比較参照せよ。Lemley & Reese, 前掲注(120), at 1349-50 (無限定の責任を課すことの危険性を指摘し、投資家や弁護士事務所のような第三者までもが責任を追及される結果、イノベーションが阻害されることになろうと指摘する), Benjamin H. Glatstein, Comment, *Tertiary Copyright Liability*, 71 U. CHI. L. REV. 1605, 1635 (2004) (著作権法における第三者責任 (tertiary liability) を投資家や技術提供者まで拡大する方向に賛否両方の論拠を検証した上で、「第三者の責任は費用効率の高い抑止と監視を促進し、侵害行為の全体的な減少に結びつくだろう」と結論づけている)。

¹³¹ Alfred C. Yen, *A Preliminary Economic Analysis of Napster: Internet Technology, Copyright Liability, and the Possibility of Coasean Bargaining*, 26 U. DAYTON L. REV. 247 (2001) (差止命令は、意味のある取引の可能性を増やすものでも、取引費用を減らすものでもなく、コース的な意味での効率性を阻害する可能性があるため、裁判所は、Napsterのような技術メーカーに対して著作権侵害の責任を拡大することに対しては極めて慎重な態度をとるべきであると主張している) を参照。

¹³² Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 440-42 (1984).

¹³³ *Id.* at 442.

¹³⁴ ベータマックスのビデオテープレコーダーに添付されたSonyの取扱説明書には次のような記載があった。「テレビ番組、映画、ビデオテープ、その他の素材には著作権が存在する可能性があります。そのような素材を権限なく録画すると、アメ

侵害の責任を問われることはない。Sony判決は、新たな技術というものは一度定着すれば適法な用途を見出す可能性があるということに配慮し、他方で、寄与侵害の法理が広汎に適用されてしまうと、著作権者が著作物の市場の独占をVCR製品自体の独占にまで拡張することが可能になってしまい、著作権法によって付与された権利を超え、イノベーションをまさに阻害することになるという事態に対する懸念を示したのである¹³⁵。

Sony判決をNapster裁判に適用するに当たって、第9巡回区控訴裁判所が、技術としてのNapster (クライアントソフトとファイル照合サーバー) と進行中のサービスとしてのNapsterとを注意深く区別したことは、称賛に値するものであった¹³⁶。Napsterは、本質的には、PCとインターネットから得られるパーツを素材としてある種のコピー機を構築する部分と、Napster.comにおいてサーバーソフトウェアを稼働させ、コピーショップ類似のサービスを提供する部分との二つの構成要素から成り立っている。判旨は、もし仮にNapsterがNapsterサーバーとクライアントソフトを構築するに止め、サーバーの運営を誰か他の者に委ねていたのであれば、Sony判決の法理の下で責任を免れた可能性が高いことを示している。

この判決にとって最大の知的な課題であり、最終的にはNapster社を窮地に陥らせたのはサービスとしてのNapsterであった。Napsterのサービスがコピーショップとその重要な点で類似した形態で運営されていたならば、ここでの課題は、Napsterの運営はコピーショップのロビーに近いのか、ショップのカウンターの背後での活動に近いのかを判断することだろう。一方では、Napsterのサービスは部分的には中央集権的なものの、サービスを機能させるための人間の仲介はハブの部分では生じていなかった

リカ著作権法の規定に違反する可能性があります。」 *Id.* at 426.

¹³⁵ S.J. Liebowitz & Stephen E. Margolis, *Should Technology Choice Be a Concern of Antitrust Policy?*, 9 HARV. J.L. & TECH. 283 (1996) (VCR製品等の技術的な独占を作り上げるに当たって「経路依存性」と「ネットワーク外部性」が果たす役割を議論している) を参照。

¹³⁶ *Napster II*, 239 F.3d 1004, 1020 (9th Cir. 2001) (「我々は、Napsterシステムのアーキテクチャと、システムの運用能力の範囲内で実際になされたNapsterの行為とを明確に区別する必要がある」) 参照。

た¹³⁷。MP3 ファイルを提供する人々と MP3 ファイルを求める人々とを組み合わせる作業は自動的に行われていたからである¹³⁸。この特徴によると、Napster はコピーショップのロビーのセルフサービスコーナーに近いように思われる。至極当然のことながら、ひとたび顧客の登録がなされれば、本部において彼らのやっていることを観察したり干渉する人間は誰もいなかったからである¹³⁹。しかし他方で、すべてのリクエストは Napster のサーバーを通じて流れた。これは侵害ファイルを一旦発見したら、それを見破り可能性としてはブロックすることもできたことを示している¹⁴⁰。実

¹³⁷ Napster のサーバーは、Napster の集合ディレクトリの「サーチインデックス」を管理していた。サーバーはサーチインデックスからすべての MP3 ファイルの名前のリストを集め、リストを特定の検索キーワードを入力したユーザーに送信していた。このプロセスは Napster サーバーに置かれたソフトウェアによって実行されていた。*Id.* at 1012.

¹³⁸ Napster のサーバーは特定のユーザーのインターネットアドレスを他のユーザーに伝える作業もなしていた。この情報を利用して、後者の検索中のユーザーのコンピュータは、接続を確立した上で、前者のユーザーの MP3 ファイルのコピーをダウンロードしていた。*Id.*

¹³⁹ *Napster I*, 114 F. Supp. 2d 896, 905 (N.D. Cal. 2000), *aff'd in part, rev'd in part*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001) (Napster への登録は、ユーザーの本名やアドレスの提供を必要とはせず、ユーザーがいったんログオンしたら、その実際の住所を Napster サーバーが入手することはないと指摘している)を参照。また、Reply Brief of Appellant Napster, Inc. at 23, *Napster I*, 114 F. Supp. 2d 896 (N.D. Cal. 2000) (Nos. 00-16401, 00-16403), 2000 WL 34004361 (「本件にとって肝要なことは、被告が顧客との現在進行形の関係を持っているかどうかということではなく、むしろ、被告の直接の関与の程度が侵害利用と非侵害利用とを区別することができるほどにまで達しているかどうかということである」と判示する)も参照。

¹⁴⁰ 第9巡回区控訴裁判所は次のように述べている：

地方裁判所が、Napster はそのシステムを規制する権利と能力があり、その権利を行使するのに失敗したと判断したことは正当である…もっとも、(地裁は) Napster が「コントロールし巡回する」という前提に限界があるということを確認するのに失敗した…Napster システムは、インデックスファイルのコンテンツを「読む」ことはなく、適切な MP3 フォーマットであるか否かをチェックするに止まる。しかし、それにもかかわらず、Napster はその検索索引にリストされた侵害物を探知することは可能であり、その上でユーザーのシス

際、レコード会社自身は侵害ファイルを探知することが可能であり、実際にすべてとはいえないまでも、正確に探知していた。ただ Napster のユーザー登録を行い、彼らが管理する著作権の対象曲のタイトルに合致するファイル名を検索するだけで、事足りたからである¹⁴¹。

第9巡回区控訴裁判所は、寄与侵害を適用するに当たって、Napster のこの状況をロビーとカウンターの間位置づけた。Napster は自ら侵害ファイルを探し出す必要はないとしつつも、レコード会社が侵害ファイルについて通知してきた場合には、Napster はこれらのファイルをシステムからブロックするために実現可能なことをすべて実施する必要があるとする連邦地方裁判所の判断を支持した¹⁴²。連邦地裁は、レコード会社とユーザーとのいたちごっこには我慢がならなかったのである¹⁴³。連邦地裁にお

テムへのアクセスを停止させる権利を有していたのである。*Napster II*, 239 F.3d at 1023 (引用省略)。

¹⁴¹ *Napster I*, 114 F. Supp. 2d at 902-04 (原告側の専門家が用いた手法を解説している)を参照。他方で、Almar Latour, *Firm Touts Technology to Beat Hackers*, WALL ST. J., Nov. 13, 2000, at 1 を参照。http://proquest.umi.com.ezp1.harvard.edu/pqdweb?did=63639308&sid=1&Fmt=3&clientId=1120j1&RQT=309&VName=PQD で入手可能(「MediaDefender は、いわゆる『なりすまし (spoofing)』の手法を用いて、P2P エンタテインメント・ネットワークの中を特定のタイトルの下でフェイク・ファイルであふれさせてしまえば問題は解決する、と主張している。そうすれば、エンドユーザーが特定の電子メディアファイルをダウンロードしようとしても、要求された曲やビデオの名前は付されているが実際はユーザーに著作権法違反に対する警告メッセージを提示する『なりすまし』ファイルをダウンロードすることになるだろう)。

¹⁴² *Napster III*, 284 F.3d 1091, 1098 (9th Cir. 2002) (「原告は、『Napster が違法なコンテンツへのアクセスを阻止する義務を負う前提として、Napster に著作権で保護された作品と、Napster システム上で利用可能なファイルで当該著作物を含んでいるものを通知する』負担を負う」という見解を支持している(*Napster II*, 239 F.3d at 1027 から引用))。

¹⁴³ 前項 at 1097 参照 (「地裁は、新たなフィルタリング機能の導入にもかかわらず Napster のコンプライアンスに満足していなかった…地裁は、Napster に対して、『(新しい) システムが再構築され、通知を受けた著作物を遮断するかふるい落とす作業を…、十分なレベルの信頼性と十分な成功率で達成する』という点において裁判所

いて、特別補助裁判官の指示の下、レコード会社によって特定された著作権侵害ファイルを除去するためにNapsterはサービスの部分変更を試みたのだが、一方でユーザーはファイルの名前をより巧妙に工夫することで探知されないよう行動したために、結果として、いちごっこが生じることとなった¹⁴⁴。連邦地裁の用いた基準に対して異論はありえようが、そこで示されたルールは総体として技術の現状がいかに取り扱いが困難なものであるのかということを示している。裁判所はソフトウェアの製作者にどのようにソフトウェアを書けばいいのかということを伝えようとしたわけではない。そうすることは、寛大な責任基準が用いられるとしても、アマチュアのソフトウェア製作者に対して、自らが開発したツールはどのようなものでも裁判に持ち込まれる可能性があると思わせることになるだろう。

むしろ、裁判所はProdigy判決において見られる類の機会主義的で伝統的なゲートキーピングに忠実に、サービス提供者に対して著作権侵害と密接に関連するサービスを提供するには何をなすべきなのかということや伝えようと心がけた。これと異なる役割を裁判所に期待するとすれば、この状況に対する政策も無視することになってしまう。Napsterのサービスは、世の中の一般的な見解の下では、日々何百万もの著作物の侵害を可能にするものなのである。Napsterのサービスは、まさにその目的のために構築されたものであるかのごとき外観を呈しており、明らかに侵害であることを分らせる曲のタイトルを列挙するスクリーンショットの活用を奨励していた¹⁴⁵。サービス提供者がユーザーの身元やあるいは特定のファイルが著作権を侵害しているか否かを調査することができないという当初の仕様は、変更可能なものでしかなく、しかも、そのような制約のあるデザインの設計の背後には、まさに責任を回避する意図が存在した

を満足させるに至るまで、ファイル転送サービスを停止するよう命じた。『…実際に残存率をゼロにまで落とすためのすべての努力がなされる必要がある。…要件はあくまでもゼロまで落とすことである』)。

¹⁴⁴ A&M Records, Inc. et al. & Leiber et al.'s Opening Brief at 5, *Napster III*, 284 F.3d 1091 (Nos. 01-15998, 01-16003, 01-16011), 2001 WL 34094938 参照。

¹⁴⁵ *Napster I*, 114 F. Supp. 2d at 919.

のである。Napsterの共同創始者は『『ユーザーは海賊版の音楽を交換しているから』、ユーザーの本名とIPアドレスを知らないままでいる必要がある』と説明してきたのである¹⁴⁶。サービスを容易に変更できる範囲において、裁判所がその変更を要求するのも当然の理といえよう。もちろん、サービスの機能の仕方を変える中で、ソフトウェアの変更を必要とすることは確かであるが、だからといって、Napsterの根本的なアーキテクチャを変更しなければならないということにはならないのである。コピーショップのカウンターで、法的な要求を遵守するようにサービスの提供の仕方を変えるためには、従業員への新たな指示が必要となる。しかしながらオンラインでは、サービスの変容はソフトウェアに新たな指示を与えるだけで容易に実現可能である。しかも、問題とされたソフトウェアはもともと個々のファイルのレベルで作動していたのだから、この種の指示を実施することは相対的に容易であるといえよう¹⁴⁷。Napsterはファイルの名前(そしてそれに対応するファイル)を一つのまとまりとして作動しているため、特定のファイルの名前(あるいはファイル)をブロックし、それ以外のファイルはブロックさせないように、フィルタを干渉させることが可能であった¹⁴⁸。裁判所はソフトウェア開発者にどのようにソフトウェアを書くかを指示する意図は有していなかったとしても、営利目的のサービス運営者にどのように彼らのソフトウェアを調整するかは指示したのである。取扱いの難しいケースにおいて賢明な区別を行ったといえよう。

このような区別は、ともすれば渾然として一体化してしまいがちな分析の要素を分離する手法として、理に適ったものである。第9巡回区控訴裁判所の見解によると、著作権の寄与侵害においてまず初めに吟味を要する問題は、解決を図るべき道具立てが果たして製品なのかサービスなのかということである。もし製品であるとされるならば、Sony判決のルールが適

¹⁴⁶ 前項 at 918参照 (太字強調は原文による)。

¹⁴⁷ *Napster II*, 239 F.3d at 1012 参照。

¹⁴⁸ *Napster III*, 284 F.3d at 1095-96, 1098 (いったん原告が特定の侵害ファイルについて適切な通知を与えたら、Napsterはシステムの音楽インデックスから原告の著作物を含むあらゆるユーザーファイルを除去しなければならないという地裁の命令を支持している) 参照。

用され、製品が実質的に非侵害の用途に供される可能性がある限り、侵害用途について擬制的に知っていたことによって責任が問われることもなく、審理はそこで終了し、ソフトウェア製作者は最大限の自由を確保する。他方、もしその道具立てがサービスであるとされるならば、Sony 判決の法理は、サービスプロバイダーが侵害素材を監視する一般的な義務がないという限度において妥当するに止まる。しかし、サービス運営者が特定の侵害物があることを知らされたならば、運営者は実現可能な限り「実現可能な」という文言の解釈においてはおそらく出版者とサービス提供者の間で非常に争いのあるところだが一当該素材を索引から除去する義務がある¹⁴⁹。実現可能な限り除去するというこの義務は、たとえサービスが一般的には実質的に非侵害の用途に供される可能性がある場合であっても適用される。なぜならば、本件では侵害の現実の認識が存在するからである。擬制的な認識を帰責の根拠とするわけではないため、Sony 判決の抗弁は機能しない。第9巡回区控訴裁判所は、製品とサービスの区別、頒布者と出版者の責任の区別、そして伝統的なゲートキーピングとコードに基づいたゲートキーピングの区別という、Sony 判決に暗黙のうちに示されていた区

¹⁴⁹ 例えば、次の2つの文献を比較参照せよ。A&M Records, Inc. et al. & Leiber et al.'s Opening Brief, 前掲注(144), at 5 (侵害ファイルをNapsterに通知せよという要求は「まず著作権者の方に、すべてのレコードストアの在庫をくまなく調べ、彼らの著作権の対象となる楽曲を探知し、店に情報を与えることを命じ、それをしなければ著作物を除去する義務が発生することはないとすることでレコードストアを著作権の侵害の責任から守ろうとするようなものである…しかし、レコードストアと異なり、Napster上では数百万もの異なる著作物が利用可能であるというだけでなく、それらの数百万もの著作物のIDと利用可能性が文字通り秒単位で変化する。」(太字強調は原文による)) およびReply Brief of Defendant/Appellee/Cross-Appellant Napster, Inc. at 3, *Napster III*, 284 F.3d 1091 (Nos. 01-15998, 01-16003, 01-16011, 01-16308), 2001 WL 34095289 (「原告の立場からは、結局、どのような水準の規制がなされたとしても十分であるとみなされることはないだろう—たとえ追加的なフィルタリング手法が非侵害作品までも過度に大量に除去するほどのものであったとしても、そしてNapsterがすべてのコンテンツは利用可能な状態にするためには事前承認が必要であるというフィルタリングスキームを適用することで根本的にそのアーキテクチャを変えなければならないとしても、満足されることはないのである」)。

別を保持したのである。

真に受動的なISPであれば、おそらくこのような形でSony判決を適用される分類に入れ込められてしまうことはないだろう。第一に、ISPは素材をインデックス化する、あるいは蓄積するというよりも転送する役目を果たしているのであるから、後で侵害素材のことを知らされても除去するものがない。第二に、§ 512(a)は、特にISPにつき、少なくとも§ 512(i)の反復侵害者を遮断するという要件(不思議なことに未だに裁判例で争われたことがない)を遵守している限り、著作権の侵害の責任を免除している¹⁵⁰。例えばe-mailプロバイダーや「ファイルロッカー」を提供する会社¹⁵¹、あるいはインスタントメッセージサービス¹⁵²を提供するような、侵害を可能にするより一般的なサービスを提供する人々もまた責任を免れることであろう。Sony判決が侵害物を活発に探す義務を排除していると理解される限り、侵害行為が私的な領域に止まっている場合には、実際問題として、出版者は侵害物を特定しサービス提供者に行動を促すことは困難であろう。サービスが完全な第三者との間で、開かれた形でファイルの交換をすることを認めるものであって初めて、出版者は低コストで侵害物を特定し、サービス提供者に対して介入を要求することができるようになる。政治的な問題として注意を要するのはまさにこの事実である。すなわち、Napsterは著作権侵害を提供する野外のドラッグマーケットのような存在であり、まさにそれだからこそ、そのサービスが停止される必要があったのである。第7巡回区控訴裁判所は、Aimsterに対して、同様にサービス提供者に責任を認める判決を下すに際して、若干異なる理由を持ち出している¹⁵³。AimsterはNapsterに酷似する存在であった¹⁵⁴。音楽ファイルを交換したい

¹⁵⁰ 前掲注(84)から(92)において言及されている諸情報を参照。

¹⁵¹ 例えば、YouSendIt, <http://www.yousendit.com> (2006年4月29日最終確認) 参照。

¹⁵² 例えば、AOL Instant Messenger, <http://www.aim.com> (2006年4月29日最終確認) 参照。

¹⁵³ *In re Aimster Copyright Litig.*, 334 F.3d 643 (7th Cir. 2003).

¹⁵⁴ Wikipediaの*Madster*, <http://en.wikipedia.org/wiki/Madster> (2006年2月27日00:29現在)の項を参照(「MadsterはNapsterの後に現れた多くのP2Pファイルシェアリングサービスの一つだった。当初はAIMsterと呼ばれ、ユーザーにファイルを他人と

と考える個人を対象とするサービスであり、誰もが訪問可能なウェブサイトと、自分のPCへダウンロードできるソフトウェア、インデックス機能を実行するソフトウェアによってアクセスされる中央サーバーによって構成されている点は、Napsterと変わるところがなかった¹⁵⁵。プログラムの短縮化がなされた結果、Aimsterのユーザーが他のユーザーのファイルをダウンロードしたいと思った場合には、PCのインスタントメッセージャーが転送を実行するよう使われた。Aimsterのソフトウェア自身はピア・ツー・ピアファイル転送を実行するわけではなかった¹⁵⁶。Aimsterのウェブサイトはまた「Club Aimster」という、最も人気のある音楽ファイルを知ることができる仕組みを有料で提供した¹⁵⁷。いうまでもなく、人気のあるファイルというものは、そのほとんどが著作権により保護されている音楽であった¹⁵⁸。

Napsterのように、Aimsterも当初は§ 512のセーフ・ハーバーに依拠しようとした。この点に関する判決の説示は、短いながらもやや混沌とした印象を与えるものではあるが、ともあれ、第7巡回区控訴裁判所はAimsterを§ 512の各条項のいずれかの保護を受ける価値があるものに分類しうるとは承認したが¹⁵⁹、しかし、結局、どの条項に位置づけられるべきかということは決定する必要はないとされた。Aimsterは§ 512(i)によって要求される、反復して侵害行為を行うユーザーのアカウントを停止する運用方針を敷いていなかった—それどころか、著作権侵害を奨励するものであるように思われたからである¹⁶⁰。

寄与侵害の範囲に関する第7巡回区控訴裁判所の見解は、第9巡回区控

シェアすることを許諾するものだったが、ただし自分と親しい人のリスト上でのみシェアすることが許されるものだった。Aimsterは、いかなる送受信に関してもAOL/AIMネットワークを利用せず、自己のサーバーを利用していた」。

¹⁵⁵ *Aimster*, 334 F.3d at 646.

¹⁵⁶ *Id.*

¹⁵⁷ *Id.*

¹⁵⁸ *Id.* at 652. 裁判所は、「Club Aimsterの月額料金がAimsterの唯一の収入源であった」ことを指摘している。*Id.*

¹⁵⁹ *Id.* at 655 (17 U.S.C. § 512(k)(1)(B)におけるISPの定義を引用している).

¹⁶⁰ 前項参照。

訴裁判所に比すると、狭く解しているところと広く解しているところがあり、押し並べてみればほぼ同様の結果をもたらすものではあるとしても、ITの生成性に対して憂慮すべき影響を与えるものであった。第7巡回区控訴裁判所が、Sony判決の責任に関する制限を「特定の侵害用途に対する現実の認識」がある場合にも適用されうると考え¹⁶¹、これと異なる見解を採用する第9巡回区控訴裁判所の判断は誤りであると述べた点においては、寄与侵害の範囲は狭く解されているとすることができる。第7巡回区控訴裁判所がこのような見解に到達した理由は、Sony判決の多数意見は、VCR利用者の25%が著作物を侵害するためにVCRを利用していると主張されていることを認めていたにもかかわらず、Sonyは侵害者であるとみなされなかったという事実をもとにしている¹⁶²。しかし、この点では、第9巡回区控訴裁判所の方が洗練された議論を展開している。問題は技術製造者が特定の侵害を知っていたかどうかではなく、むしろ技術製造者が、当該特定の侵害に対して何か対処策を講じることが可能であった時点で、それに気がつくことが可能であったか否かであると指摘しているからである。VCRを使って侵害行為をする消費者はVCRを所有する必要があるが、しかし所有してしまった時点でSonyが彼女の侵害行為を停止させることは不可能である。したがって第9巡回区控訴裁判所は、Sony判決は、当該製品が実質的に非侵害の用途に供される可能性がある限りにおいて、製造者の寄与侵害責任をおよそ包括的に免除するものであると解釈した¹⁶³。市場において当該製品が著作権侵害の目的で使用されていることを認識しているだけでは、製造者に対し侵害用途を回避するような製品を前もって設計するよう要求する根拠とはならないだろうと考えたのである。

¹⁶¹ *Id.* at 649.

¹⁶² *Id.*

¹⁶³ 少なくとも一人の論者が、Sony判決が立証責任を原告に負わせるよう示唆しているにもかかわらず、Aimsterの判決は実質的な非侵害用途の証拠をAimsterが提出しなかったことが決め手となっていると主張している。Elizabeth Miles, Note, In re *Aimster & MGM, Inc. v. Grokster Ltd.: Peer-to-Peer and the Sony Doctrine*, 19 BERKELEY TECH. L.J. 21, 42 (2004) (「まず最初に、そしてAimsterにとっては不運にも、(ボズナー判事は) 実質的な非侵害用途の証明責任は被告に課せられることを明言した」) 参照。

この点において、第7巡回区控訴裁判所は製品の製造者とサービス提供者を同列に扱っている。この結論は被告になりうる人々にとって、サービス提供者に、Sony判決の法理に基づいて第9巡回区控訴裁判所の解釈よりも広範な保護を与えたという恩恵があるように見えたかもしれない。しかし、次に第7巡回区控訴裁判所は、Sony判決の保護を発動させる「実質的に非侵害の用途に供される可能性」の要件を撤廃し、寄与侵害の範囲を広げる方向へ進んでいる¹⁶⁴。第一審の地方裁判所で展開されたただ一つの実事は、Aimsterが著作権で保護されたファイルの交換に利用されたということである。確かに、被告が主張したように、例えばビジネス文書のような類のものの交換に利用されていたかもしれないが、裁判所は、実際にそのように用いられたという証拠がないことを重視している¹⁶⁵。「実質的に非侵害の用途に供される可能性」が寄与侵害責任から免除されるための十分条件ではなくむしろ必要条件であると解されたことで、その間隙を埋めるために比較衡量テストが追加された。「非侵害用途にも侵害用途にも供される製品あるいはサービスが提供されている場合、それぞれの用途の量的な程度を何らかの形で評価することが寄与侵害を認定するためには必要とされる。」というのである¹⁶⁶。そして裁判所は、Aimsterにおいて何か非侵害の用途が存在するか想像をめぐらしたが、結局、実際にそのように用いられていることを示す証拠がないことを理由に、非侵害用途に重きを置くことを否定した¹⁶⁷。

第7巡回区控訴裁判所の判決理由の主たる欠点は、そのSony判決の解釈により、サービス提供者だけでなく製品の製造者に対しても、従来よりも保護の程度を下げる帰結をもたらしたことである。同裁判所は、Sony判決

¹⁶⁴ 前項 at 34参照。また、Brandon M. Francavillo, Note, *Pretzel Logic: The Ninth Circuit's Approach to Contributory Copyright Infringement Mandates that the Supreme Court Revisit Sony*, 53 CATH. U. L. REV. 855, 868-69 (2004) 参照。

¹⁶⁵ *Aimster*, 334 F.3d at 653 (「本件において被告は、(Deepの裏付けのない宣言以外には) Aimsterが現実には何らかの非侵害用途に供されているという証拠は何ら提示していない。」(太字強調は原文による) (*In re Aimster Copyright Litig.*, 252 F. Supp. 2d 634, 653 (N.D. Ill. 2002) から引用))。

¹⁶⁶ *Id.* at 649.

¹⁶⁷ *Id.* at 652-53.

の多数意見はVCRの製造者が侵害を事前に防止するような形でレコーダーを設計できた可能性について論じなかったと述べる一方で¹⁶⁸、Sony事件の判決理由は、上記のような設計によって得られる便益と費用を比較衡量することがこの種の事例において適切となるだろうと示唆していると述べた¹⁶⁹。

¹⁶⁸ 第7巡回区控訴裁判所は次のように述べている：

Sonyは侵害の可能性を少なくするようにビデオレコーダーを設計し、早送り機能を取り除いたり、…ベータマックスが番組を録画できなくするよう、放送局が信号をスクランブルしたり(この点に関しては、録画機能はつけず再生機能だけを有するように設計することもできた)することができたはずであるが、多数意見はこれらの可能性について議論していない。

Id. at 648 (引用省略)。

¹⁶⁹ BIEGEL, 前掲注(106), at 313-20 (著作権侵害に関するコードに基づいた規制について議論した上で、「コンテンツプロバイダーのコストとオンラインユーザーの利便性に関する問題は、適切に取り扱われてこなかった。しかしこの分野における進歩は不可避免的に、やがて著作物を技術的に保護するサービスがより広範に利用される状態をもたらすだろうという社会通念に異議を唱える予想をする者はほとんどいない。」と述べている)と比較せよ。論者のなかには、衡量テストは技術と音楽のイノベーター間での最適なバランスを実現するという見方に賛成しながらも、Aimster判決の意見においてポズナー判事が展開したテストとは異なるものを提唱する者もいる：

単純な免責を与えるのではなく、そのような製品の頒布者には反証が可能な非侵害の推定のみが与えられるべきである。もし原告が現在の製品の侵害用途が非侵害用途を上回っていると示すことに成功した場合には、被告は侵害用途を除去したり減じるための手段は利益と費用のバランスが崩れるほどのコストがかかるということを示さなければならない。コストが不均衡であるかどうかを決めるに当たっては、しかし、製品の非侵害用途を損なうであろう救済手段は考慮されるべきではない。

Tom Graves, Note, *Picking Up the Pieces of Grokster: A New Approach to File Sharing*, 27 HASTINGS COMM. & ENT. L.J. 137, 160 (2004) 参照。他の論者はSony判決の「汎用品」の法理を補足する議論を展開する：「もし侵害用途の大きさの程度が非侵害用途のそれを十分に上回っているか、製品の主要な目的が直接侵害を容易にするためのものであるということが証拠により示された場合には、寄与侵害責任が認められるべきである。」Jesse M. Feder, *Is Betamax Obsolete?* Sony Corp. of America v. Uni-

第9巡回区控訴裁判所と異なり、第7巡回区控訴裁判所は製品とサービスを、すなわち基礎に敷かれている技術とビジネスを運営する方法の区別を融合した。そうすることで、第7巡回区控訴裁判所は技術開発企業が依拠していた出版者の責任と頒布者の責任の区別をも不明瞭なものにした。また第7巡回区控訴裁判所のアプローチは、技術開発企業に対し、法が予定していない新たなタイプのゲートキーピング、すなわち、コードに基づいたゲートキーピングの責任を課した。第7巡回区控訴裁判所は、ビジネス実務の中心を占めていた、伝統的な限定されたゲートキーピングの義務をもはや尊重しないことを選択したのである。

第7巡回区控訴裁判所のテストによって、すべての生成的技術の製作者は、裁判所の費用便益分析の比較衡量において敗北するリスクに晒されることとなった¹⁷⁰。実際、彼らは製品の違法な利用を積極的に予見し、そのような違法な利用を回避するようコーディングすることを要求された。そのようなゲートキーピングは実際に機能するのであればなすに越したことはないものではあるが、所与の特定の事例における単独の費用便益を分析するテストのみでは容易には捕捉し難い、法外なコストを課すことになる¹⁷¹。このようなスキームの下では、娯楽でプログラムのコーディングを

versal City Studios, Inc. *in the Age of Napster*, 37 CREIGHTON L. REV. 859, 910 (2004) 参照。また、Stacey L. Dogan, *Is Napster a VCR? The Implications of Sony for Napster and Other Internet Technologies*, 52 HASTINGS L.J. 939, 942 (2001) (「汎用品法理を文脈に応じて適用するアプローチ」を提唱し、著作権侵害に実質的に関係しない市場への消費者のアクセスを保護する必要がある場合にのみ、汎用品法理を適用すべきであると述べている) 参照。

¹⁷⁰ Jeffrey G. Knowles, *Peer-To-Peer File Sharing: The Sony Decision*, in PLI'S TENTH ANNUAL INSTITUTE FOR INTELLECTUAL PROPERTY LAW 597, 610 (PLI Pats., Copyright, Trademarks, and Literary Prop. Course, Handbook Series No. 2909, 2004), WL 801 PLI/Pat 597 参照 (「Aimster判決はP2Pオペレータが責任を免れるためにどの程度の非侵害用途があれば十分といえるのかということについて、ほとんど解明に資するものを与えてくれないが、『製品やサービスが物理的に非侵害用途に供される可能性があるという程度では十分ではない』と述べていた」(引用省略))。

¹⁷¹ BIEGEL, 前掲注(106), at 210 (「しかし、(コードに基づいた規制の)モデルによって実現が見込まれる利点は、多くの事例において、当該規制モデルが抱える制約や

なしている人は、責任負担を回避するためにコーディングをやめてしまうかもしれない¹⁷²。そして、より生成的な技術、例えばOSの設計とか、それ自身再帰的に生成的なアプリケーションを生み出すようなアプリケーション¹⁷³を構築するコーディングに従事している人は、自ら責任を負う可能性の前に途方に暮れることになる。技術が柔軟であればあるほど、その利用がより予測不可能になり、それ故に、第7巡回区控訴裁判所のテストの下では、どの程度製作者が責任を負うのが、なおいっそう不確実なものとなる。もしある人が、多様なユーザーの応用に適した広汎な情報技術を促進したいと考えるならば、その人は柔軟な技術は正しい利用だけでなく悪用をも生じさせるという代償も引き受けざるをえないことになる。第9巡回区控訴裁判所は、一見すると悪い利用でもやがて良い利用に転じるというシナリオを認識しており、この認識は後にGrokster事件において明言されることになる。いわく、「時間と市場の力が多様な利害を調整する均衡点に到達することは珍しいことではない。そして、そのことは、新たな技術が、自動ピアノ、コピー機、テープレコーダー、ビデオレコーダー、パソコン、カラオケ装置、さらにはMP3プレイヤーであろうと妥当する。」¹⁷⁴。

第9巡回区控訴裁判所のテストは、ソフトウェア開発者に悪い個人の行為を予見して回避するための義務は基本的には何も課さなかった。そしてゲートキーピングの義務は侵害が起こった後、サービス提供者が侵害の通知を受けて行動するよう要求された場合にのみ生じた。他方で、第7巡回

その潜在的な消極的效果に凌駕されることになる可能性がある。この種の規制がもたらす得失には、例えば、意図せざる帰結の原理が関わってくることになるのである。) 参照。

¹⁷² Jackson Lenford, *Write Free Software, Pay \$203,000 to Patent Holder*, RIGHT TO CREATE, Apr. 29, 2006, <http://righttocreate.blogspot.com/2006/04/write-free-software-pay-203000-to.html> 参照。一般的な議論として、Jonathan Zittrain, *Normative Principles for Evaluating Free and Proprietary Software*, 71 U. CHI. L. REV. 265 (2004) 参照。

¹⁷³ 再帰的に生成的なアプリケーションとは、新たな製品を作るだけでなく、順次、新たな技術を創るのに用いられることができる新たな生成的アプリケーションをも創る能力を有するものである。Zittrain, 前掲注(15), at 2027-28 参照。

¹⁷⁴ *Id.* at 1167.

区控訴裁判所のテストは、一定の範囲の侵害形式を予見して回避する方策と、侵害が生じた後個人の侵害を追跡する方策の両方を組み合わせた。第7巡回区控訴裁判所は、費用便益分析が、問題となっている技術の現在の用途も鑑みた上で侵害回避的な設計の変更への方向性を是とするのであれば、侵害回避的な設計の変更を広範囲に、例えば、VCR製造者に、早送りボタンと録画ボタンを取り除くよう要求するような形¹⁷⁵で行わせることも辞さないものであった。しかし、言論に関する事前抑制を忌避すべきであると同様に、いまだ生じていない侵害を防止することを意図する技術の事前抑制に対しても、我々は懐疑的な態度をとる必要がある。特に情報技術に対する変更によって未然に防がれた活動はそれ自身しばしば言論に関連するものであることを考慮する場合にはなおさらこのことが妥当しよう¹⁷⁶。

¹⁷⁵ 前掲注(168)および言及されている裁判例を参照。

¹⁷⁶ Klaus M. Schmidt & Monika Schnitzer, *Public Subsidies for Open Source? Some Economic Policy Issues of the Software Market*, 16 HARV. J.L. & TECH. 473, 476 (2003) 参照。「例えば、その創設者、そして最も著名な提唱者としてMITのリチャード・ストールマンを擁するフリーソフトウェア財団(FSF)は、次のように述べている。『フリーソフトウェア』は、『言論の自由』と同様に、道徳的な原則である。『フリーソフトウェアは自由の問題である。人々は社会的に役に立つようなすべての方法でソフトウェアを利用できる自由を享受しなければならない。ソフトウェアの利用とソースコードのシェアを制約することは非道徳的である。究極の目標は『すべての公開されたソフトウェアはフリーソフトウェアであるべきである。』」