

## 動画投稿共有サイト管理運営者と著作権侵害(3・完) —民事責任に関する日米裁判例の比較検討—

奥 邨 弘 司

### 3.4.2 プロバイダ責任制限法3条1項

#### (1) 責任制限の目的

本稿で取り上げた動画投稿共有サイトは、一見すると新しいもののように思われるが、実際には、インターネット以前の時代、すなわちパソコン通信の時代から存在した電子掲示板（Bulletin Board System: BBS）の一種に他ならない。当時の電子掲示板も、ユーザから投稿された文書や画像（まとめて記事）を掲載し不特定多数の者に向けて公開する仕組みであったが、投稿される対象が文書や画像から動画に置き換わったのが、現在の動画投稿共有サイトと考えてよいだろう。

かつての電子掲示板の場合も、多くの場合、投稿された記事は自動的に公開され、掲示板の管理運営者が、公開前または公開後速やかに、記事をチェックする仕組みはとられていなかった。そのため、他人の名誉を毀損するような記事、プライバシーを侵害するような記事、また著作権を侵害する（例：小説や新聞記事、写真などをそのまま転載する）ような記事が投稿され、問題となることも少なくなかった。そのような場合に、電子掲示板の管理運営者が損害賠償責任を負うか否かについては、被害者の救済と、管理運営者の負担とのバランスから、様々な議論がなされてきた。

この点、被害者の救済を重視して、電子掲示板に投稿される記事によって生じる全ての権利侵害について、掲示板の管理運営者に損害賠償責任を負わせるとすると、管理運営者は投稿された記事について——それらが公開される前か、遅くとも公開後速やかに——権利侵害がないかを神経質にチェックして、疑わしい記事は全て公開中止か削除することになる。また、そのような対応が物理的または経済的に実現困難な場合は、そもそも

電子掲示板の提供を中止するであろう。一方で、投稿された記事に関して電子掲示板の管理運営者に、一切損害賠償責任を負わせないこととすると、管理運営者は、権利侵害記事を削除するインセンティブを失い、権利を侵害する記事が公開されている状態を中止させる有効な手立てがなくなってしまう<sup>89</sup>。

このような中、電子掲示板のようなシステム上で、他人の権利を侵害する情報の流通が生じたときに、当該情報の送信を防止する措置を講じなかったことに関し、システムの管理運営者などに「作為義務が生じるか明確でない中で、当該情報の流通により権利を侵害されたとする者との関係での損害賠償責任（不作為責任）が生じない場合を可能な範囲で明確にするために規定<sup>90</sup>」されたのが、プロバイダ責任制限法（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律）3条1項〔以下、責任制限規定〕である。責任制限規定は、管理運営者などが不作為責任を負う範囲を明確化することで、彼らが責任を回避すべく一定の範囲で記事の削除などを行うことを誘導する一方で、その範囲を超えて過度に記事の削除を行うことにより、情報の流通を萎縮させるような事態とならないことを期待するものである<sup>91</sup>。

## (2) 責任制限の概要

責任制限規定は、特定電気通信（不特定の者によって受信されることを

<sup>89</sup> 記事を投稿する者は、一種の確信犯的な場合も少なくないし、仮にそうでなくても匿名の投稿が多いため、投稿者を相手に記事の撤回・削除を求めることは困難であるのが実情である。

<sup>90</sup> 総務省『特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律—逐条解説—』（2002）〔以下、プロバイダ責任制限法逐条解説〕9頁。

<sup>91</sup> プロバイダ責任制限法逐条解説9頁は、「特定電気通信役務提供者が不作為責任を負う場合が一定の範囲で明確化されることとなり、問題とされる情報に対して特定電気通信役務提供者による適切な対応が促されることになるものと期待される。また、逆に、特定電気通信役務提供者が問題とされる情報の送信を防止する措置を講じないことにより不作為責任を問われることをおそれるあまり、過度に送信を防止する措置を行って発信者の表現の自由を不当に侵害することを抑止する効果も有するものと考えられる」と説く。

目的とする電気通信の送信<sup>92</sup>)による情報の流通により他人の権利が侵害された場合に、当該侵害によって生じた損害について、当該特定電気通信の用に供される特定電気通信設備（特定電気通信の用に供される電気通信設備）を用いる特定電気通信役務提供者（特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介する者、または同設備を他人の通信の用に供する者：なお、条文上は、権利を侵害するとして問題となっている特定電気通信に関する特定電気通信役務提供者を、特に「関係役務提供者」と呼んでいるが、本稿では、単に特定電気通信役務提供者またはプロバイダと呼ぶこととする）は、

〈1〉権利を侵害した情報が、不特定の者に対して送信されることを防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、

〈2〉

-a 当該情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき

または

-b 当該情報の流通を知っていた場合であって<sup>93</sup>、その流通によって他人の権利が侵害されていること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とき

を除いて、損害賠償の義務を負わない旨を定めている。そのため、情報の流通によって権利を侵害されて損害を被った者が、プロバイダに対して損害賠償請求を行うためには、まず、前記〈1〉および〈2〉（〈2-a〉または〈2-b〉

<sup>92</sup> 放送または有線放送に該当するものは除かれる。

<sup>93</sup> この規定によって、特定電気通信役務提供者は、自らが提供するサーバなどの設備を通じて、権利を侵害する情報が流通しているか否かを、網羅的、一般的に監視する義務がないことが明確となる〔プロバイダ責任制限法逐条解説12頁参照〕。なお、前記〈2-a〉の場合に「情報の流通を知っていた」旨が定められていないのは、権利の侵害を知っていた場合には、当然情報の流通も知っているはずであって、言わずもがなだからだとされる〔プロバイダ責任制限法逐条解説12頁参照〕。

のいずれか)を証明しなければならない。

ところで、プロバイダ責任制限法という略称も相まって、この規定は、プロバイダに対する免責を定めたものと理解されることもあるが、それは正しくないとされる<sup>94</sup>。というのも、この規定は、プロバイダが不作為責任を負うか否かの「判断の際に、当然に考慮されるべき事情を独立の要件として抽出し、類型化して規定」したものである。その意味では、既に「発生した責任を制限する」のではなく、「責任の発生そのものを制限する」場合を明らかにした規定と考えるべきなのだろう<sup>95</sup>。

### (3) 本件における適用

本件において、責任制限規定が適用されて、Y<sub>1</sub>の損害賠償責任が制限されるか否かを順に検討していきたい。

まず、あるユーザが、動画投稿共有サイトに動画ファイルを投稿して、他のユーザに閲覧させることは、「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信の送信」であるから特定電気通信に当たる。また、責任制限規定における「権利の侵害」とは、不法行為において問題となる権利侵害の全てを指すとされるから、名誉毀損やプライバシー侵害などだけでなく、著作権や著作隣接権の侵害<sup>96</sup>も当然対象となる。そして、動画投稿共有サイトのサーバは、前記「特定電気通信の用に供された電気通信設備」であるから、特定電気通信設備に当たり、そのサーバを他人であるユーザの通信の用に供しているY<sub>1</sub>は、特定電気通信役務提供者に当たる。さらに、動画投稿共有サイトの場合は、侵害ファイルが具体的に特定されている限り、送信防止措置が技術的に不可能であることは考えられないか

<sup>94</sup> 森田宏樹「プロバイダ責任制限法ガイドラインによる規範形成」ソフトロー研究 12号(2008)8頁参照。

<sup>95</sup> 前記<1>および<2>は、抗弁事由ではなく、不法行為責任を追及するための要件であるとされる。もちろん、これら2要件が満たされれば直ちに損害賠償責任が発生するわけではなく、「作為義務の存在や因果関係等損害賠償請求に必要な他の要件をも主張立証する必要がある。」プロバイダ責任制限法逐条解説13頁。

<sup>96</sup> なお、本稿では著作権について検討するが、その内容は概ね著作隣接権にも当てはまるであろう。

ら、送信防止措置を講ずることが技術的に可能であるという前記<1>の要件は容易に満たされるだろう<sup>97</sup>。結果、Y<sub>1</sub>が損害賠償責任を制限されるか否かは、Y<sub>1</sub>が著作権侵害を知っていたといえるか(前記<2-a>)、または、著作権侵害自体は知らなくても、ファイルが送信されていることを知っていて、それによって著作権が侵害されていることを知ることができたと認めるに足る相当の理由があるか(前記<2-b>)、という点にかかってくることになる。

もっとも、動画投稿共有サイトに投稿される動画のうち、問題となるものの多くは、テレビ番組などをそのまま投稿したものであろうから、一度著作権者から、具体的なファイルを特定して、権利侵害である旨管理運営者に通知があった場合は、その時点以降は当該ファイルについて<2>の要件を満たすことは容易であろう<sup>98</sup>。難しいのは、権利者が、具体的な侵害

<sup>97</sup> 技術的に不可能とは、侵害情報以外の大量の情報も同時に送信停止しなければならないような場合や、発信者を解約する以外に方法がないような場合を指すとされる〔プロバイダ責任制限法逐条解説10頁〕。動画投稿共有サイトの場合、侵害ファイルが具体的に特定されれば、当該ファイルのみを送信防止することは一般に容易なはずである。

<sup>98</sup> このような通知があった場合、一般に管理運営者は、問題のファイルを削除または送信停止することになる。なお、プロバイダ責任制限法においては、権利を侵害するファイルを削除または送信停止すれば責任が制限されるとは規定されていないため、サイト運営者としては、前記<1>および<2>の要件を満たした後は直ちに削除することが求められる。

具体的に考えよう。侵害ファイルが投稿され閲覧に供されていること、すなわち侵害ファイルの流通を現に知らなかった管理運営者が、そのファイルを特定して侵害であることを知らせる旨の通知を受け取ったとする。もちろん、侵害ファイルの流通を知らなかったわけであるから、通知を受け取るまでの間について、管理運営者は不作為に基づく損害賠償責任を負うことはない。次に通知を踏まえてファイルを確認すると一見して侵害ファイルであることが明らかであったため、直ちにそのファイルを削除したとする。この場合、ファイルを削除した後は、そのファイルが閲覧に供されることもないから権利侵害は発生せず、当然管理運営者が損害賠償義務を負うこともない。問題は、通知を受け取って侵害ファイルであることを認識してから、削除するまでの期間である。

実はこの期間については、プロバイダ責任制限法3条1項の規定からすれば、前

ファイルを特定するのではなくて、侵害されている(と思われる)自らの著作物をリストアップして管理運営者に示したような場合である。本件でも、「Xは、平成19年8月31日、動画共有・投稿サイト等で利用される可能性のある主要な管理著作物(Xのホームページにおいてその権利情報等を公開している作品)につき、その権利内容等をすべて収録したCD-RをY<sub>1</sub>に送付し、侵害の発生防止を要請する著作物の範囲を具体的に明示して(た)」とされる。このような場合に、管理運営者はリストを元にサイトを検索して、侵害ファイルを探ることまで求められるのか。また、投稿されているファイル中には、権利者から指摘された侵害ファイルと同様または類似のファイルが少なくないとの一般的な認識があるときはどうか。この場合、管理運営者は個々のファイルの流通を具体的に認識していないだろうが、それ故に損害賠償責任を制限することでよいのか。

しかしながら本件では、これらの点が論じられることはなかった。なぜなら、地裁、高裁共に、Y<sub>1</sub>はプロバイダ責任制限法上の発信者に当たるとして、そもそも責任制限規定の適用がないとされたためである。

### 3.4.3 発信者該当性

#### (1) 本判決の論理

責任制限規定には但し書きがあり、特定電気通信役務提供者が「権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない」〔以下、発信者除外規定〕とし、発信者にはそもそも責任制限規定の適用がない旨を定めている。発信者除外規定がイメージする典型例は、電子掲示板の管理運営者自身が、自らの掲示板に、他人の名誉を毀損したり、著作権を侵害したり

---

記<1>および<2>が満たされていることになるから、損害賠償責任の発生は制限されないのである。もちろん、通常は、この期間は極めて短いことが予想され、そもそも、プロバイダに損害賠償責任を問うことができない場合がほとんどであろう。しかし、例えば、社内手続きなどのために、削除を行うまでかなりの期間が経過した場合はどうだろうか。

だからこそ、プロバイダ責任制限法は、前記<1>および<2>が満たされた場合、直ちに削除などするように誘導しているといえるわけである。丸橋透〔判批〕〔Viacom事件〕Law & Technology 49号(2010)132頁注25も参照。

するような記事を投稿したような場合であろう<sup>99</sup>。

プロバイダ責任制限法は、発信者を「特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体……に情報を記録し、又は当該特定電気通信設備の送信装置……に情報を入力した者」として定義している〔2条4号〕。この定義よりは、一見する限り、物理的に情報を記録したり入力したりする者だけを念頭に置いたもののように読める。既にみたように、Y<sub>1</sub>は、著作権侵害の主体ではあるが、物理的に情報の記録や入力を行っているわけではない。果たしてY<sub>1</sub>は、発信者に該当するのだろうか。この点、結論から先にいえば、地裁、高裁共に、「発信者は非規範的ないし即物的な行為によって特定」されるべきというY<sub>1</sub>の主張を退けて、発信者には著作権侵害主体を「含むと解すべきであり、これを記録媒体に『記録』又は『入力』する行為を直接行った者に限定しなければならない理由はない」旨の判断を示している<sup>100</sup>。

<sup>99</sup> プロバイダ責任制限法逐条解説11頁参照。

<sup>100</sup> 物理的な記録や入力を行っていないサービス提供者をプロバイダ責任制限法上の発信者であると解したのは、本判決が最初ではない。ファイルログ事件で、既にそのような判断が行われている。同事件の場合、サービス提供者はプロバイダ責任制限法の施行前にサービスを停止していたため、果たして同法が適用されるのか否かについても興味深い論点があるが、いずれにしても裁判所は(地裁、高裁共に)、被告側の主張を退ける形で、被告が発信者に当たることを肯定している。もっとも、地裁と高裁で、その論理は異なっている。

まず、ファイルログ事件地裁中間判決〔東京地判平成15年1月29日判時1810号29頁〕は、「著作権法の関係では、被告サーバは、電子ファイルを共有フォルダに蔵置した状態の送信者のパソコンと一体となって、著作権法2条1項9号の5ロ所定の『公衆送信用記録媒体に情報の記録された自動公衆送信装置』に該当し、また、送信者のパソコンの共有フォルダに蔵置された電子ファイルの送信可能化及び自動公衆送信を行った主体は、被告エム・エム・オーである。」とした上で、「プロバイダ責任法(ママ)の関係でも、前記認定した事情に照らすならば、同法2条4号の『記録媒体』に当たるものは、電子ファイルを共有フォルダに蔵置した状態の送信者のパソコンと一体となった被告サーバであると解すべきであり、また、上記『記録媒体』に電子ファイルを蔵置した主体に該当する者は、被告エム・エム・オーであると解すべきである……。したがって、被告エム・エム・オーはプロバイダ責任法2条4号の『記録媒体に情報を記録した者』に当たると解すべきである。そうす



具体的にみていくと、まず、地裁、高裁共に、「プロバイダが差止請求の相手方たり得るための要件である『侵害主体』と、プロバイダが損害賠償責任を負うための要件である『発信者』とは、それぞれの法の目的に従って解釈されるべきことであるから、『侵害主体』であっても『発信者』ではないということはある得ないではない」と述べ、必ずしも侵害主体＝発信者ではない旨の前置きを置く。

しかしながら、地裁は、発信者に関する定義規定への当てはめを行うことなく、次のように述べて、著作権侵害の主体とされた Y<sub>1</sub> を発信者として位置づけた。すなわち、

「Y<sub>1</sub> は、著作権を侵害する動画ファイルの複製又は公衆送信（送信可能化を含む。）を誘引、招来、拡大させ、かつ、これにより利得を得

ると、被告エム・エム・オーは同法2条4号所定の『発信者』に該当する。」と判断している。

この論理は、プロバイダ責任制限法の定義規定と無関係に、単に、侵害主体であるから発信者であるとするのではなくて、あくまでも、プロバイダ責任制限法の定義規定に引きつけて判断しようとしたものであるといえ、後にみる本件知財高裁判決のそれに類似する。

一方ファイルログ事件高裁判決においては、「本件サービスは、市販のCD等の複製に係るMP3ファイルの送受信をさせる具体的かつ現実的な蓋然性を惹起させるものであって、Y<sub>1</sub>はそのことを十分予測していたのみならず、その代表者であるY<sub>2</sub>は、それを勧めるかのような発言もしていること、Y<sub>1</sub>は本件サービスにより直接ないし間接の利益を得ていることなどからみても、Y<sub>1</sub>は、市販のCD等の複製に係るMP3ファイルを流通過程に置くことに積極的に関わっている者であり、発信者に該当することを免れるものとはいえない。」と述べている。

このうち、「本件サービスは、……からみても」の部分は、ファイルログ事件高裁判決がサービス提供者を著作権の侵害主体と認定した理由と実質的に同一であるから、結局同判決は、サービス提供者は、著作権の侵害主体であることからみても、「市販のCD等の複製に係るMP3ファイルを流通過程に置くことに積極的に関わっている者であり、発信者に該当することを免れるものとはいえない。」と述べているに等しいことになる。したがって、サイトの管理運営者を発信者とする理由を、侵害主体であることに求める本件東京地裁判決と、基本的な論理構造は変わらない。

る者であり、著作権侵害を生じさせた主体、すなわち当の本人というべき者であるから、発信者に該当するというべきである。」

としたのである。ここで「著作権侵害を生じさせた主体」とは著作権の侵害主体のことであろうし、また「当の本人」という言葉は、文脈から「侵害した本人」という意味であろうと推測されるから、前記引用部分を記号で表すならば

著作権侵害を生じさせた主体(侵害主体) = 侵害した本人 = 発信者  
(A) (B) (C)

となる。

この3つのうち、(A)と(B)がイコールで結ばれることにそれほど違和感はない。しかし、(B)=(C)は別である。プロバイダ責任制限法には、発信者について定義規定があるにもかかわらず、それへの該当性を論じることなく、なぜ(B)=(C)とすることができるのだろうか。また、(A)=(B)=(C)が成立するという事は、結局Y<sub>1</sub>を侵害主体と判断する理由が、Y<sub>1</sub>を発信者とする理由にもなることを意味する。既にみたように、地裁はカラオケ法理（またはその一種）に基づく基準に照らしてY<sub>1</sub>を侵害主体と判断したが、(A)=(B)=(C)とすることで、前記基準は侵害主体の判断だけでなく、発信者該当性の判断にも利用されたことになる<sup>101</sup>。

次に知財高裁判決をみてみよう。知財高裁判決は、Y<sub>1</sub>の発信者該当性について、次のように述べる。すなわち、

「Y<sub>1</sub>は、<sup>(D)</sup>ユーザによる著作権を侵害する動画ファイルの複製又は公衆送信を誘引、招来、拡大させ、かつ、これにより利得を得る者であり、<sup>(E)</sup>ユーザの投稿により提供されたコンテンツである『動画』を不特定多数の視聴に供していることからすると、<sup>(A)</sup>著作権侵害を生じさせた主体、すなわち<sup>(B)</sup>当の本人というべき者であるのみならず、<sup>(F)</sup>発信者性の判断においては、ユーザの投稿により提供された情報(動画)

<sup>101</sup> 佐藤・前掲注46)70頁参照。

を、『電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記憶媒体又は当該特定電気通信設備の送信装置』に該当する本件サーバに、『記録又は入力した』ものと評価することができるものである。したがって、(C) Y<sub>1</sub>は、『発信者』に該当するというべきである。〔記号および下線は筆者。なお、東京地裁判決の場合の記号との整合性を図るため、記号の出現順が前後している。〕

これを東京地裁判決の場合のように記号を使って表すなら、

〔(D)および(E)であるから〕侵害主体＝侵害した本人＋(F)＝発信者  
(A) (B) (C)

となる。このうち、(F)は東京地裁判決にはみられない部分であり、Y<sub>1</sub>が発信者の定義規定に該当することを説く件であって、ここに知財高裁判決の独自性をみいだすことができる。しかしながら、(F)を除くと、(A)＝(B)＝(C)とすることになり変わりなく、結果物理的な意味では記録または入力をしていないY<sub>1</sub>が定義規定に該当する理由について、知財高裁判決は、(D)および(E)であることをあげているに等しい。この点、(D)および(E)は、知財高裁判決がY<sub>1</sub>を侵害主体とした理由を要約したものにすぎないから、結局知財高裁判決でも、Y<sub>1</sub>を侵害主体と判断する理由を、発信者該当性の判断に際しても利用したことになる。

まとめると、地裁、高裁共に、『侵害主体』であっても『発信者』ではないということはある得ないではない」と一応は説くが、結論としては、侵害主体であるY<sub>1</sub>を発信者であるとした。そして、より重要なのは、両判決共に、Y<sub>1</sub>を侵害主体と判断するのと同じ理屈でY<sub>1</sub>を発信者と判断しているため、判決自身の言葉とは裏腹に、『侵害主体』であっても『発信者』ではない」状況が本当に存在するのか、疑問を持たざるを得ないのである。

## (2) 侵害主体を発信者とすることの是非

著作権の侵害主体を著作権侵害情報の発信者と解することは是であろうか非であろうか<sup>102</sup>。

例えば、Xは、責任制限規定は「他人の権利を侵害する情報を自ら送信しているとは認められないプロバイダについて損害賠償責任を免責する規定であり、著作物の利用主体(著作権侵害の主体)と認められるような者について同項の免責規定を適用することは予定されていない。同項ただし書が、発信者につき同項を適用しない旨を規定したのもこの趣旨である」と主張している。このような主張をする詳しい理由が記載されていないため、推測するしかないが、侵害主体を、著作物を自ら利用している(もっとも、ここでは物理的に利用しているのではなくて規範的な観点で利用している)者と捉えると、侵害主体にはそもそも責任制限規定が適用されないという考え方にも一理あるようにも思われる。既にみたように、責任制限規定の制定目的は、プロバイダにとって他人であるユーザが発生させた権利侵害に関し、プロバイダが、権利の被侵害者に対して不作為責任に基づく損害賠償責任を負わない場合を明確化することにある。この点、プロバイダを(規範的な)侵害主体と捉えた場合、その者が負うべき責任は、著作物を自ら利用したことに基づくものであり、本件ならば自ら送信という行為を行ったことに基づくものである。とすると、他人が発生させた権利侵害に関する不作為責任の発生を制限することを目的とする責任制限規定が、侵害主体であるプロバイダに対して適用されないと解しても当然ということになりそうである。

しかし、上記のような考え方にはやはり無理があろう。なぜなら、侵害主体による利用は、あくまでも規範的な視点からの利用にすぎないからである。そして、少なくとも、動画投稿共有サイトの文脈で考えるならば、侵害主体の行為のうち、「利用」として規範的に捉える上でポイントとな

<sup>102</sup> この点、佐藤・前掲注46)70頁および村井・前掲注46)186～187頁は、侵害主体イコール発信者とするを批判する立場である。渡邊・前掲注46)349～350頁は、Y<sub>2</sub>自身が侵害ファイルを投稿していたことを念頭に本件では「責任を制限することには慎重にならざるを得なかった」とするが、一般論としては、プロバイダの「責任は原則的には制限的に解すべき」とする。

るものの実態は、他人が投稿した侵害ファイルの容認、蔵置という、不作為に他ならない<sup>103</sup>。とすると、その不作為に起因する損害賠償責任を責任制限規定が制限するとしても、何ら矛盾はないといえよう。事実本判決自身も、Y1に成立する不法行為の中身として、「本件管理著作物について著作権侵害の結果が発生することが当然予想され、かつ、これを認識していたにもかかわらず、これを防止するための有効な措置を講じなかった(傍点筆者)」ことをあげている<sup>104</sup>。

著作権の侵害主体を著作権侵害情報の発信者と解すことの是非を考えた上でポイントは2つある<sup>105</sup>。まず、損害賠償に関するポイントである。

<sup>103</sup> 総務省・プロバイダ責任制限法検証WG(第3回会合)ニフティ株式会社提出資料3～4頁参照 [http://www.soumu.go.jp/menu\_sosiki/kenkyu/provider03siryo.html 2011年6月5日確認]。

<sup>104</sup> もし、責任制限規定がセーフハーバであるならば、発信者の損害賠償責任を免責することは正義にもとるため発信者除外規定が設けられているということになる。しかし、責任制限規定は、そもそも損害賠償責任が発生しない場合を明らかにした規定であることを踏まえると、発信者除外規定は当然のことを記した確認規定にすぎないことが分かる。なぜなら、発信者(ここでは、物理的に情報を発信した者)であれば通常は、情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っているか、または当該情報の流通によって他人の権利が侵害されていること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、といえるからである。

では、発信者除外規定に全く意味がないのかといえば、そうではない。発信者といえども、他人の権利が侵害されていることを知らない場合や、知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとはいえないような場合も、少ないではあろうが存在しよう。そういった場合であっても、発信者については、責任制限規定によって責任を制限することはしないとすることで、他人の権利に配慮した情報の発信を促している点に、発信者除外規定の意義を認めることができよう。

<sup>105</sup> 東京地裁判決(およびファイルログ事件高裁判決)については、法定の定義規定をいわば無視した形になっていることも指摘できよう。この点、ロクラクII事件最高裁判決の金築裁判官補足意見も「法律の文言の通常の意味からかけ離れた解釈は避けるべき」とする。もっとも、同補足意見は「単に物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべき」とも続けるから、知財高裁判決(およびファイルログ事件高裁判決)のように、定義規定の文言に引きつけた上で、規範的な解釈をするのであれば、同補足意見とは矛盾しない。

すなわち、物理的な記録や入力を行っていない者を発信者に含めると、本来なら責任が制限される者に、責任制限を認めない可能性が生まれてくる。具体的には、(あ)情報の流通による権利の侵害を知らない者、および(い)情報の流通を知っているが、それによって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があったとはいえない者、の扱いが問題となる<sup>106</sup>。これらの者は、本来責任制限規定によって責任を制限されるはずである。しかし、これらの者が侵害主体とされ、かつ侵害主体イコール発信者と捉えられると、発信者である以上、責任制限が認められないことになってしまう。

ここで問題となるのは、本判決の侵害主体の判断基準では、個々の情報ではなくて、サイトに投稿されるファイル全体の問題として、侵害の蓋然性の高さを認識しているレベルでも、侵害主体となり得ることであろう。そのため、個々の情報については、前記(あ)または(い)のいずれかを満たすような者でも、侵害主体イコール発信者ということで、責任制限規定による責任の制限を受けられない可能性が出てこよう。この点、発信者を判断するに当たっては「情報を流通過程に置く意思を有していた者が誰かと言うことに関わる」とした立法当時の考え方とは、少なくとも齟齬をきたすこととなるのではないだろうか<sup>107</sup>。

もっとも、発信者となって責任制限が適用されないとしても、直ちに損害賠償責任を負うとは限らない。例えば、不法行為の成立を判断する部分で、個々の情報について前記(あ)または(い)のいずれかのような状態であることを踏まえて、例えば故意や過失が否定されれば、損害賠償責任は認められなくなる。しかし、実際の問題として、果たしてそれが認められ

<sup>106</sup> 逆に、物理的に記録や入力を行っている者は、前記(あ)または(い)のいずれにも当てはまらない場合が通常であろう。

<sup>107</sup> 村井・前掲掲46)186頁参照。なお、本判決は「例えば特定のファイルを意識することなく一括してアップロードしたユーザを発信者から排除する理由がないことから明らかなおと、発信者の解釈に当たって上記のような意思が必要であると解することはできない」とするが、これは直接利用者の認識の問題と間接利用者の認識の問題を区別することなく論じているように思われ、必ずしも賛同できない。

るのかどうか<sup>108</sup>、また仮に認められたとしても、そのような迂遠な道をたどるのだとすると、何のための責任制限規定か分からないということにもなる。

次に、差止請求に関するポイントである。権利の保護とプロバイダの負担とをバランスさせた場合、前記(あ)または(い)のような者に損害賠償を認めるのは酷であるが、一方で差止めは認めてもよいのではないかという状況は多々あろう。確かに、インターネットの性質を考えれば、瞬時に無数の侵害行為が生じてしまうため、損害賠償額は多大に上りかねない以上、損害賠償責任を負う者を侵害と関係の深い者に限定すべきとしても一定の理解は得られるであろう。一方で、掲示板の管理運営者のような者にとって、差止命令に従うことは容易であるから、差止請求の相手方は比較的広範囲でも差し支えないとも思われる<sup>109</sup>。しかしながら、侵害主体イコール発信者としてしまうと、基本的には差止めと損害賠償がカップリングしてしまう。それならば、侵害主体と発信者をリンクさせない方が、より柔軟な運用が可能になろう。しかも侵害主体を発信者と解しなかったとしても、直ちに損害賠償責任を制限することにはならないのである。すなわち、責任制限規定の定める要件(前記<1>および<2>)を満たすことを個別に証明できれば、当該侵害主体に対して責任制限規定は適用されないのである<sup>110</sup>。

以上のように考えると、やはり侵害主体と発信者とは別々の者として概念するのが、適切ではないかと思われる。逆にいえば、仮に本件の場合に、Y<sub>1</sub>に対して差止めと損害賠償を共に命じることに問題がなかったとして

<sup>108</sup> 事実本判決は、「Y<sub>1</sub>は、本件管理著作物に係る著作権侵害の主体であるところ、本件サービスを提供するに当たり、本件管理著作物について著作権侵害の結果が発生することが当然予想され、かつ、これを認識していたにもかかわらず、これを防止するための有効な措置を講じなかったのであるから、少なくとも本件サイトにおける複製及び公衆送信(送信可能化を含む)に係る著作権侵害について過失があるというべきである」とし、個別のファイルについて故意過失を判断するということは行っていない。

<sup>109</sup> 佐藤・前掲注46)70頁および村井・前掲注46)186～187頁参照。関連して田村・前掲注13)117～118頁も参照。

<sup>110</sup> 村井・前掲注46)187頁参照。

も、それは本件の事実関係に基づく結果論にすぎず、一般化できるものではないことに留意すべきだろう。つまり、一般的には、侵害主体と発信者とは別々の者として概念すべきであり、むしろそうすることで、それぞれの概念の目指すところを、他への配慮や他からの影響なく十二分に果たすことが可能となろう<sup>111</sup>。

### (3) 発信者情報開示制度への影響

ところで、物理的な記録や入力を行っていないサービス提供者やサイトの管理運営者を発信者と解すことは、発信者情報開示制度との関係で一つの副作用を生む。

プロバイダ責任制限法は、3条でプロバイダが責任を制限される要件を定め、4条では権利の被侵害者が発信者についての情報の開示をプロバイダに請求できる制度について定めている。このことから明らかなように、発信者概念を考える上では、発信者情報開示請求制度との関係を無視するわけにはいかない。

発信者情報開示請求制度は、典型的には、匿名の者によってWebサイトなどが開設されている場合に、当該サイトによって権利を侵害された者が、そのサイトをホスティングしている業者に対して、氏名、住所など、サイト開設者を特定するための情報の開示を求めるような場面を想定したものである。しかしながら、本件のように、管理運営者を発信者と解した場合、開示の対象となるのは、管理運営者の情報となってしまう。果たしてそれはXが開示を望む情報だろうか。むしろ、本件の場合にXが開示を望むとするならば、それは投稿したユーザの情報であって、管理運営者の情報ではない。その意味では、管理運営者=発信者とするのは、奇異な結果を生み出してしまうのである<sup>112</sup>。

もっとも、管理運営者=発信者と解しても、投稿者に関する情報の開示を認める方法は存在する。それは、投稿者「も」発信者と解するのである。実際、東京地裁判決も知財高裁判決も、侵害主体の判断の部分で、「……自ら動画を選択して投稿する点で、ユーザが主体性を有することは否定で

<sup>111</sup> 村井・前掲注46)187頁参照。

<sup>112</sup> この点は、控訴審の段階でY<sub>1</sub>が主張している。



きないとしても、ユーザが投稿した動画を公衆送信する手段であるサーバを管理支配する者の主体性もこれと併存し得るのであり、ユーザの主体性が直ちにサーバの管理支配者であるY<sub>1</sub>らの主体性を否定するものではない」と述べており、管理運営者とユーザの両者を侵害主体とすることを示唆している。とすれば、発信者についても両者がそれに当たると解する余地もあり得よう。ただ、仮にそうした場合、発信者概念には、プロバイダ責任制限法の規定するとおりの内容のものと、侵害主体概念によって媒介される規範的なものの、両方が包含されることとなる。

#### (4) 小括

ここまでの検討を簡単にまとめたい。本判決は、Y<sub>1</sub>に対して責任制限規定を適用して責任を制限することを認めなかった。しかしながらそれは、Y<sub>1</sub>が責任制限規定のあげる要件(前記<1>および<2>)を満たすためではなくて、Y<sub>1</sub>が発信者に当たるからであった。

もっとも、発信者が責任制限規定の適用を受けられないのは発信者除外規定が定めるところであり、それ自体は問題ではない。問題は、本判決が、Y<sub>1</sub>を発信者と判断した理由にある。この点、本判決は、Y<sub>1</sub>を侵害主体と判断したのと同じ理由によってY<sub>1</sub>を発信者と判断した。侵害主体と発信者を同視したのである。しかし、管理運営者に対して差止めを命じるべき範囲と、管理運営者に損害賠償責任を負わせるべき範囲との間には、本来的に差があり、両者を同視することは望ましくない、といえよう。

## 4. 考察

### 4.1 日米裁判例の比較

以上、米国の裁判例3例、日本の裁判例1例(ただし、TVブレイク事件東京地裁判決と知財高裁判決の2件)について、それぞれの法制度の下でどのような意味を持つかを分析してきた。そこで今度は、日米の比較検討を行うこととしたい。

通常なら、日米の法制度の比較から始めるところであろうが、それぞれの法制度については既に2. および3. において詳しく述べたところであり、比較のためといっても改めて取り上げることは冗長にすぎよう。また、

本稿の目的からは、法制度上の個々の違いそのものが問題ではなくて、日米で裁判例の結論が逆となったことに、そういった違いがどのように影響しているかがポイントとなってくる。一方で当然ではあるが、各事件で事実関係が異なる以上、日米で結論が逆となった理由は、事実関係の差に由来する可能性もあり、そうであれば法制度上の差を比較する意味は薄い。

以上のような問題意識から、ここでは、一種の思考実験を試みることにしたい。まず、日本の事例の事実関係と同様または極めて類似した事実関係の事例を想定し〔以下、想定事例J〕、DMCAのセーフハーバ規定を当てはめてみた場合、果たして管理運営者にその適用が認められるのかどうかを検討する。そしてその後、今度は逆に、米国の事例の事実関係と同様または極めて類似した事実関係の想定事例〔以下、想定事例U〕に日本法を当てはめた場合、管理運営者は責任を負うことになるのか否かを検討する。この思考実験の結果、例えば想定事例Jについて、日本法と米国法を当てはめた場合で結果が異ならなければ、本稿で取り上げた日米の裁判例の結論の違いは、事実関係の違いによるものと理解できるだろう。一方、結果が異なる場合は、法制度〔以下、法制度というときは、成文法だけでなく、裁判所による解釈の実態も含めた意味で使用したい〕の違いが、本稿で取り上げた日米の裁判例の結論の違いに影響を与えていることが明らかになるだろう。

なお、当然のことではあるが、この分野の法規範は生成発展中である。米国の事例にしても地裁レベルであって、控訴されているものもあるし、我が国の事例についても一例にすぎず、かつまだ確定したものではない。その意味で、ここまでの分析も以下の分析も、全ては、限定的な意味しか持たないことはいうまでもない。ただその一方で、米国では3つの裁判所が同様の判断を示したこと、日本でも地裁と知財高裁が同様の判断を示したことは、それぞれの国における現時点での実務の状況の一定の傾向を知るには有用であろうと考えている。

### 4.2 日本の事例〔想定事例J〕へのDMCAの当てはめ

#### (1) サービスプロバイダ要件

DMCAのセーフハーバの適用を受けるためには、まず、サービスプロバイダ要件(2.5.5参照)を満たさなければならない。今回は、512(c)条の

セーフハーバの適用が問題となるから、少なくとも、512(k)(1)(B)条に定める広義のプロバイダであることが求められる。この点、動画投稿共有サイトを管理運営していた米国の3事業者が問題なくこの要件を満足している以上、同様のサイトを管理運営する日本の事業者もこの要件を満足すると考えてよいであろう。

## (2) 適格サービスプロバイダ要件

次は、適格サービスプロバイダ要件〔2.5.6参照〕である。この要件に関するサブ要件である標準的技術要件〔2.5.6(1)参照〕は、そもそも標準的技術そのものの存在が疑問であるため、無視してよいだろう。問題はもう一つのサブ要件である反復的侵害者ポリシー要件である。

反復的侵害者ポリシー要件を定める512(i)(1)(A)条は、「サービスプロバイダのシステムまたはネットワークの加入者およびアカウント保有者が反復して侵害を行う者である場合にしかるべき条件の下で契約を解除することを定める運営方針を、採用し合理的に実行し、かつ、加入者およびアカウント保有者に対してこれを通知していること」とするが、この点、想定事例Jでは「ユーザにメールアドレスの変更を勧めるなどして(いる)」ということになるから、アカウントを解除していないということにもなり、反復的侵害者ポリシー要件を満足することは難しいように思われる。

また、2.5.6(2)においてまとめたように、サービスプロバイダには、少なくとも、CCBill事件判決の基準すなわち「実効性のある通知システムとDMCAに合致した通知を処理する手続きを有し、著作権者がそのような通知を発行するために必要とされる情報を集めることを積極的に妨げない」ことが求められる。しかしながら、想定事例Jでは「権利者から著作権を侵害する動画ファイルをアップロードしたユーザの登録情報の開示要求があっても、ユーザにメールアドレスの変更を勧めるなどして、権利侵害をしたユーザに対する責任追及を困難にさせる対応すら行っている」ということであるから、前記基準を満たしていると判断されるかについても疑問が残ろう。

なお、反復的侵害者ポリシー要件を満たさない(すなわち親要件としての適格サービスプロバイダ要件を満たさない)場合、本来ならそこで検討

は打ち切りとなり、セーフハーバの適用もない。しかしながらここでは、各要件の該否について確定的な判断はできないため、ある要件を満足しない可能性が高いと思われても、途中で検討を打ち切らずに残りの要件についても当てはめを行いたい。

## (3) 認識不存在要件

適格サービスプロバイダが、512(c)条のセーフハーバの適用を受けるためには、認識不存在要件と管理権・能力不存在要件を共に満足させる必要がある〔2.5.7(1)参照〕。

まず、認識不存在要件については、現実の認識の存否が問題となる。この点、想定事例Jでは、一部のファイルについては「権利者から権利侵害であることの明白な動画ファイルの削除要求」があったようである。一方で、「本件サービスにおいて著作権を侵害する動画ファイルが送信される可能性が高いことは、Y<sub>1</sub>自身認識していたことが推認される」という記述からは、一般的な認識に留まっていたものも少なくないようである。2.5.7(3)にまとめたように、権利者が個々の侵害ファイルを特定し、サイトの管理運営者が何らの追加作業なく侵害ファイルを同定可能な具体的な通知を行ったものについては現実の認識ありとされるが、サイトには侵害ファイルが少なからず投稿されているという一般的な認識は現実の認識とはならない。また、権利者からの通知をヒントにサイトを検索して初めて見つけ出すことができるような侵害ファイルについてまで現実の認識は認められない。したがって、想定事例Jの管理運営者は、具体的な情報を伴った一部のファイルについてのみ、現実の認識を有していたということになる。

次に、危険信号の存否である。すなわち、侵害行為が明白であるような事実または状況を認識していたかどうかである。この点、想定事例Jでは「本件サービスにおいて著作権を侵害する動画ファイルが送信される可能性が高いことは、Y<sub>1</sub>自身認識していたことが推認される」とされ、また「著作権又は著作隣接権を侵害する事態を生じさせる蓋然性の極めて高いサービスであるといえ、そのことはY<sub>1</sub>も認識していたものと認められる」とされる。しかしながら、2.5.7(4)にまとめたように、サイトには侵害ファイルが少なからず投稿されているという一般的な認識だけでは、危険信

号が存在したことにはならないとされるため、上記のような可能性や蓋然性の高さの認識だけでは、危険信号は存在しなかったと解される可能性が高いだろう<sup>113</sup>。

ところで、仮に現実の認識が存在したり、危険信号が存在したりしても、問題の素材を迅速に削除または送信停止すれば、認識不存在要件は満足されることになる。この点、「Y<sub>1</sub>は、権利者から権利侵害であることの明白な動画ファイルの削除要求があっても、これら動画ファイルを直ちに削除することはせず、会員同士の視聴は可能な状態にとどめたり」したとされる。果たしてこれが、通知のあった全てのファイルに関することなのか、それとも一部なのかはつまびらかではないが、少なくとも「直ちに削除することはせず、会員同士の視聴は可能な状態にとどめた」ファイルについては、迅速な削除または送信停止があったとはいえないだろう。

#### (4) 管理権・能力不存在要件

次に管理権・能力不存在要件であるが、2.5.7(5)にまとめたように、サイトやシステム自体を管理する権利や能力が存在するだけでは、管理権や管理能力ありと判断されることにはならない。それを超えて投稿された情報の中身について一定の管理を行っていたり、管理する能力が存在したりする状況になって初めて問題となるにすぎない。

この点、想定事例Jの管理運営者が「動画ファイルが記録されかつ公衆送信を行う機器である本件サーバを管理支配し、専用のソフトウェア（本件ユーザソフト）をユーザに配布し、自らの設定した方式にユーザを従わせ」という程度では、管理権や管理能力があるということにはならないだろう。一方、「一定の動画ファイルの視聴を推奨し、また、一定の動画ファイルを削除するなどしてその内容にも関与し」ているという部分は、それが（米国の事例で問題となったような）動画投稿共有サイトで一般にみられる程度のものであれば、問題とはならないだろうが、それ以上のものであった場合は、管理権や管理能力の存在を示す事情として考慮される

<sup>113</sup> なお、想定事例Jの場合は検討のしようがないため割愛しているが、通常の訴訟においては、DMCAに則った通知を受領していたかどうかも検討されることになる。

ことになろう。

なお、管理権や管理能力があっても、侵害行為に直接的に帰することができない金銭的な利益を得ていない場合、管理権・能力不存在要件は満足される。この点想定事例Jの管理運営者は、ユーザからは利用料金を得ず、サイトに掲載する各種の広告から収入を得ている。このような収入が、果たしてどのように評価されるかであるが、米国の3つの裁判例では、そもそも管理権や管理能力が存在しないとして金銭的利益に関する部分まで論じていないため、ここで検討を進める材料に乏しい部分である。定額のサービス料を得ているだけでは金銭的利益を得ているとは解されないとの指摘がある<sup>114</sup>、一方で、想定事例Jの管理運営者の広告収入は侵害ファイルが増えることと必ずしも無関係とはいえないところもあり、金銭的な利益を得ていないと評価されるかどうかの判断は、留保したい。

#### (5) 当てはめの結果

まとめると、米国の3つの事例から抽出した基準で512(c)条を想定事例Jに適用するならば、その管理運営者は、適格プロバイダ要件（サブ要件としての反復的侵害者ポリシー要件）を満足しない可能性が高く、また権利者から通知のあったファイルについて認識不存在要件を満足していない（現実の認識があり、かつ、迅速な削除も行っていない）可能性がある。結果、想定事例Jの管理運営者がセーフハーバの適用を受けられるのかといえば、かなりネガティブな評価となるだろう。

つまり、想定事例Jに関する限りは、同事例を巡る上記のような事実関係が、結果に大きな影響を与えているといえるだろう。もっともこれは、視点を変えれば、侵害を行うユーザを速やかに解約し、権利者から通知のあったファイルについて迅速に削除を行うならば、他の部分は変わらなくても、米国の法の下でのセーフハーバの適用を受けられる可能性があることを示唆しよう。

<sup>114</sup> 2.5.7(5)注45参照。

### 4.3 米国の事例〔想定事例U〕への日本法の当てはめ

#### (1) 侵害主体性

続いて、米国の事例に日本法を当てはめてみたい。米国の事例は3例あるが、ここでは2例の対象となっており、事実関係も詳細に説明されているVeohの場合を取り上げ、それと同様または極めて類似した事実関係を有する事例を想定事例Uとしよう。

まず、想定事例Uの管理運営者に対する差止請求が認められるかどうか、すなわち、想定事例Uの管理運営者が侵害主体に当たるか否かを検討したい。

知財高裁判決〔TVブレイク事件知財高裁判決〕の論理と基準によれば<sup>115</sup>、侵害主体に当たるか否かは、(ア)問題とされる行為の内容・性質、(イ)侵害の過程における支配管理の程度、(ウ)問題とされる行為によって生じた利益の帰属、(エ)前記(ア)から(ウ)などを総合考慮した上で、自らコントロール可能な行為によって侵害を招来させそこから利得を得た者として侵害行為を直接行う者と同視できるか否か、によって判断すべきとされる〔3.4.1(2)参照〕。この点、(ア)管理運営者のサイトが著作権または著作隣接権を侵害する事態を生じさせる蓋然性の高い性質のものであること、(イ)サーバを管理支配し、専用ソフトを配布し、動画ファイルの視聴を推奨するなどして、管理運営者がサービスを管理支配していること、(ウ)管理運営者は営利企業であり、経済的利益のためにサイトを運営していること、などは、容易に認められよう。

問題は(エ)である。知財高裁判決は、(エ)を判断するに際して、侵害行為を誘因しそこから経済的利益を得ていること(これについては(ア)から(ウ)で明らか)に加えて、侵害の蓋然性の高さを認識しながらそれを容認し、そのままファイルを蔵置していることもセットで評価している〔3.4.1(3)参照〕。この点、想定事例Uの管理運営者は侵害の蓋然性の高さを認識していたといえようが、では、それを容認してファイルを蔵置して

<sup>115</sup> 3.4.1(4)～(6)で検討したように、まねきTVおよびロクラクII両事件の最高裁判決によって、知財高裁判決の論理と基準は影響を受ける可能性があるが、不確定な部分も多いため、ここではその点を考慮せずに、知財高裁判決の論理と基準に基づいて検討することとする。

いたとまでいえるか。想定事例Uの管理運営者は、権利者から侵害と具体的に指摘されたファイルについては、速やかに削除などを行っていた。この点は、米国のいづれの事案においても(すなわち、Veohだけでなく、YouTubeの場合も)大前提となっている部分である<sup>116</sup>。もともと、知財高裁判決は、侵害の蓋然性の高さを問題にしている以上、指摘のあった侵害ファイルを削除しても、それだけでは、指摘のない侵害ファイルについては、存在を容認し蔵置していると評価される可能性が高い。

ただ、想定事例Uの場合は、ある時期からはフィルタリング技術を導入し、権利者から提供されたデータベースに照らし、合致するファイルについては投稿を不可とし、また既に投稿済みのファイルにも同技術を適用して、侵害と判断された場合は削除することも行っている〔2.3.1参照〕。この結果、サイト全体から、どの程度侵害ファイルを減少させることができるのかは不明であるが、それが実効的なものと解されれば、想定事例Uの管理運営者は、侵害ファイルを容認しそれを蔵置しているとは評価されないのではないかと。とするとその場合、管理運営者は侵害主体には当たらないことになる。一方、フィルタリングの効果が不十分な場合は、逆の結果となろう。

#### (2) 責任制限の有無

3.4.2(2)でみたように、動画投稿共有サイトの場合、その管理運営者はプロバイダ責任制限法上の特定電気通信役務提供者に当たり、また、権利侵害情報を送信防止する措置も可能な状態にある。このとき、責任制限規定によって、管理運営者の損害賠償責任が制限されるかどうかは、本来なら2要件〔〈1〉情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたか、〈2〉情報の流通を知っていた場合であって、その流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたことと認めるに足りる相当の理由があるか〕の問題となる。

しかしながら、知財高裁判決において、Y<sub>1</sub>に責任の制限が認められなかった理由は、前記2要件とは関係なく、Y<sub>1</sub>が発信者であると解されたから

<sup>116</sup> Io事件については2.2.3(5)(iii)参照。UMG事件については2.3.1参照。Viacom事件については2.4.2参照。



であった。しかも、知財高裁判決では、侵害主体イコール発信者と捉えていた。このことを前提に考えると、想定事例Uの管理運営者が責任制限規定による損害賠償責任の制限を受けられるか否かを判断するに当たっては、まず管理運営者が侵害主体と解されるかどうかを判断する必要がある。この点、(1)でみたように、フィルタリング技術が実効的でないと評価されれば、管理運営者は侵害主体となり、同時に発信者にも当たるから、損害賠償責任は制限されないであろう。

一方、フィルタリング技術が実効的と評価され、管理運営者が侵害主体と解されなかった場合に、責任制限規定による恩恵を受けられるか否かは、元に戻って、前記2要件次第となる。その際最大のポイントとなるのは、著作権侵害とされるファイルの流通を知っていたといえるかどうかであろう。この点、文字通り解釈して不知とするか、それとも何らかの形で緩めて解釈するかの問題となる。

### (3) 当てはめの結果

知財高裁判決の論理を想定事例Uに当てはめて考えるなら、その管理運営者が侵害主体と判断されるか否か、すなわち、当該管理運営者を相手方とする差止請求が認められるか否かは、フィルタリング技術の実効性如何となろう。この点確定的なことはいえないが、フィルタリング技術は一定程度有効に働いていたようであるから、想定事例Uの場合、管理運営者が侵害主体に当たらない可能性も決して低くないものと思われる。もっともその場合も、侵害ファイルが存在する蓋然性の高さを認識している以上、著作権侵害とされるファイルの流通を知っていたと解されると、損害賠償責任の制限は認められない余地がある<sup>117</sup>。一方で管理運営者が侵害主体に当たる場合、当該管理運営者は発信者であるとも解されるため、損害賠償責任の制限は認められない。

まとめると、想定事例Uの場合に関して、日本法を当てはめると、差止請求が認められる可能性や、損害賠償責任が制限されない可能性が一定程度考えられよう。

<sup>117</sup> 「認めるに足りる相当の理由」について、森田・前掲注94)80頁は「合理的に考えれば権利侵害があることを蓋然的に示す重要な事実の認識が前提となる」とする。

## 4.4 法制度の比較検討

### (1) 侵害の蓋然性の認識の扱い

以上の検討から、仮に事実関係が同じでも、日米で結論が異なり得ることが明らかになった。では、何がこのような差を生んでいるのだろうか。

この点想定事例Uの管理運営者が、日本法の下で責任を問われる主たる理由は、サイトにおける侵害の蓋然性の高さについて認識を有しているが故に、侵害主体＝発信者とされる可能性のためであることは、既にみたとおりである。一方、想定事例Jの管理運営者が米国法の下でセーフハーバの適用を受けられない可能性があるのは、彼を巡る事情ゆえであるから、仮に、侵害を行うユーザを速やかに解約し、権利者から通知のあったファイルについて迅速に削除を行えば、DMCAのセーフハーバの適用を受けることができることであろう。もっとも、もしそのような状態になったとしても、想定事例Jの管理運営者は、日本法の下では、なお差止めを命じられかつ損害賠償責任の制限は受けられないように思われる。なぜなら、侵害の蓋然性の高さを認識している状態は変わらず、また、権利者から侵害と指摘されたユーザを解約し、指摘されたファイルを削除しただけでは、指摘されていない侵害ファイルについては、侵害の蓋然性の高さを認識しつつそれを容認して蔵置し続けた、と評価される可能性が残されるからである。その結果、侵害主体と判断されて差止めを命じられるばかりか、発信者としても扱われて損害賠償責任の制限を受けられないことになる。つまり突き詰めると、いずれの場合もポイントは、侵害の蓋然性の高さを認識していることに行き着く。

この点、侵害の蓋然性の高さを認識しているだけでは、セーフハーバの適用に不利にならないという解釈は、米国の3つの裁判例に共通している<sup>118</sup>。つまり、日米の裁判例の結論を分けたのは——事実関係の違いを除けば——侵害の蓋然性の高さを認識していることを、プロバイダにとって

<sup>118</sup> 2.2.3(5)(ii)、2.3.3(3)(i)および(ii)ならびに2.4.3(2)参照。また総務省・プロバイダ責任制限法検証WG(第3回会合)平野晋構成員提出資料9～10頁参照[[http://www.soumu.go.jp/menu\\_sosiki/kenkyu/provider03siryu.html](http://www.soumu.go.jp/menu_sosiki/kenkyu/provider03siryu.html) 2011年6月5日確認]。

不利な事情として扱うか否かという点だといってよいように思われる<sup>119</sup>。

## (2) 権利侵害探知の負担

侵害の蓋然性の高さの認識問題は、侵害を特定する負担を誰が負うべきと考えるかという問題と結びついている。すなわち、米国のように、侵害の蓋然性の高さを認識しているだけではプロバイダに対するセーフハーバの適用に影響はないとするならば、権利者としては、より具体的に侵害を特定してプロバイダに通知しなければ、セーフハーバの適用を阻止できない。つまり、侵害情報を特定する責任は権利者の側にあるということになる。この点は、UMG 事件判決や Viacom 事件判決が明確に述べている点である〔2. 3. 3(3)、2. 4. 3(1)ならびに2. 5. 7(3)および(4)参照<sup>120</sup>〕。

一方、侵害の蓋然性の高さを認識していることが、侵害主体という評価につながり、損害賠償責任の制限を受けられない状況で導く我が国においては、侵害の蓋然性の高さが認められるような状況下では、具体的にどの情報やファイルが権利を侵害しているかを特定する負担を、プロバイダが負わなければならないことになる。

侵害情報を特定する負担をプロバイダに負わせるかそれとも権利者に負わせるか、言葉を換えれば、侵害の蓋然性の高さの認識をプロバイダに不利に扱うか否か、この問題は優れて政策的な判断であろう。権利の保護を重視すれば、当然、蓋然性の高さの認識はプロバイダに不利にすべきであり、侵害情報を特定する負担はプロバイダが負うべきということになる。一方で、情報通信社会においてプロバイダが果たすべき役割を重視すれば、蓋然性の高さの認識はプロバイダに不利にすべきではなく、侵害情報を特定する負担は権利者が負うべきということになるだろう。そして、日本の裁判例が前者の立場であり、米国のそれが後者であることは、説明を要しないであろう<sup>121</sup>。

<sup>119</sup> 林大介「動画共有サイトの著作権侵害責任(下)」ビジネスロー・ジャーナル36号(2011)115頁参照。

<sup>120</sup> 平野・前掲注118)8頁参照。

<sup>121</sup> 先般合衆国最高裁判所によって言い渡された Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A., 131 S. Ct. 2060 (2011)は、特許法271(b)条が定める積極的誘導侵害における誘

いずれを是とするかは、政策の是非という観点から詳細に検討されるべきであり、稿を改める必要があろう。ここでは、簡単に2点指摘しておくたい。

まず、日本の裁判例の立場の場合、プロバイダに一般的な監視義務を課さないとしたこととの間で整合性があるのかという点である。プロバイダに一般的な監視義務を課さないというのも、一つの政策的な決断である。権利の保護を重視するなら、プロバイダに監視義務を課す途もあつたはずであるが、プロバイダ責任制限法はそうはしなかった<sup>122</sup>。にもかかわらず、侵害を特定する負担をプロバイダに負わせることは、政策的に矛盾しないだろうか<sup>123</sup>。この点、通知を受けた著作物が侵害されているかどうかを探

---

導の意思の中身が問題となった事案である。同最判では、誘導行為が特許権侵害を構成するという認識が必要であるが、当該認識は willful blindness (要件: ①被告は、事実が存在する見込みが高いことを主観的に信じていること、かつ、②被告が、当該事実を知ることを避けるべく故意的な行動をとること)の法理で判断できると説示したものである。

同最判は DMCA について論じたものではないが、本来は刑法における法理である willful blindness を271(b)条に適用するに当たって、最高裁が「同法理の長い歴史と連邦司法制度において広く受容されてきたことを考慮すると、同法理が271(b)条の下での誘導特許侵害に関する民事訴訟に適用されるべきでないとする理由は存在しない」旨を説示していることを考えると、容易に他の場合にも展開し得るのではないかの思いを抱く。より具体的には、DMCA の認識不存在要件の判断に影響を及ぼす可能性が考えられよう。事実、弁護士事務所の Client Alert などにはその点を指摘するものもみられる(例えば、[http://www.jenner.com/news/pubs\\_item.asp?id=15851224](http://www.jenner.com/news/pubs_item.asp?id=15851224))。

もちろん、言い渡しからまだ時間も経過しておらず、判決自体の意味するところについての評価も定まっていない段階であるから、ましてや DMCA 関連事案への影響については未知数といわざるを得ない。したがって、ここでは、可能性を指摘するに留めたいが、今後注目すべきであろう。

<sup>122</sup> プロバイダ責任制限法の課題について検証した、総務省・利用者視点で踏まえた ICT サービスに係る諸問題に関する研究会『プロバイダ責任制限法検証に関する提言(平成23年7月)』22～23頁も、プロバイダに個別情報の流通を監視する義務を課すべきではないとする。

<sup>123</sup> 前掲注122)『プロバイダ責任制限法検証に関する提言(平成23年7月)』24頁は、

索することは、網羅的な監視義務とは性質が異なるとの指摘もあり得よう。しかし、特定の著作物に関して著作権を侵害する情報をサイト内から探し出すことは、具体的に特定された侵害情報をサイト内から探し出すことに比べて、プロバイダに多くの負担を強いる。しかも、特定された著作物の数が多数に上るとき、実質的には網羅的な監視義務を課したのと同じことになるのではないだろうか。

もっとも、プロバイダ責任制限法においては、問題とされる情報が、他人の権利を侵害するものであるかどうかは、プロバイダ自身が判断することとなっている。この点は、権利者が、どのファイルが侵害情報であるかを具体的に特定してプロバイダに通知した場合も変わらない。一方、DMCAの場合は、プロバイダが、DMCAに則った通知を受け取った場合、プロバイダは、権利侵害に当たるか否かを自身で判断する必要はなく、セーフハーバの適用を受けたいならば、速やかに送信防止を行うこととなる。このように、プロバイダ責任制限法の場合は、DMCAと比べると、プロバイダに一步踏み込んだ判断を求める制度となっている側面も否定できず、そういう政策的な判断が存在したということも考えられよう。この点が、2点目の指摘事項である。

### (3) 責任制限とセーフハーバ

日米の法制度の相違の一つとして、日本の責任制限規定(プロバイダ責任制限法3条1項)が、そもそも損害賠償責任が発生しない場合を明らかにした規定であるのに対して、米国DMCA512(c)条は、既に発生した責任からのセーフハーバを定めたものであるという点があげられよう。この違

---

TVブレイク事件知財高裁判決において「特定電気通信設備の記録媒体に情報を記録等していないプロバイダ等を『発信者』…と評価する法的な理論構成がみられる」とした上で、これに対して、「他人の権利を侵害する情報を記録及び入力していないプロバイダ等をいたずらに発信者と評価することは、情報の流通に関与したに過ぎない者に、情報を流通過程に置いた者としての責任を負わせることになり、プロバイダ等に必要以上の責任を負わせるおそれがある。」とし、解釈の安易な拡大を認めることに否定的な見解を示している。もっとも、注29において留保も付している。

いの結果、例えば権利者から侵害情報についての通知を受けて、プロバイダが送信防止措置を行った場合、米国ならば、そのことによって、当該措置以前に発生した損害賠償責任についても免責され得るが<sup>124</sup>、我が国ではそうはいかないこととなる。

もっとも、責任制限規定により、プロバイダが損害賠償責任を負うのは、権利侵害について知っていた場合か、知ることについて相当の理由がある場合に限られるから、権利者からの通知以前に侵害情報の存在を知りながら放置していたような場合を除けば、対象となるのは、通知を受領した時点から送信防止措置を行った時点までに発生した損害に限られる。通常は、通知を受け取った後は速やかに送信防止措置を講ずるものと考えられるから、当該損害について賠償責任が発生する可能性はまずないだろう。その意味では、責任制限かセーフハーバかで、プロバイダが負うべき損害賠償責任の範囲に実質的な差はないといつてよいであろう<sup>125</sup>。

ただ、責任制限かそれともセーフハーバかという基本的なスタンスの違いが、本当に影響しないのか疑問がないわけではない。なぜなら、セーフハーバは、既に発生した責任を免責するという、ある意味の割り切りがあるため、著作権侵害が成立することがどれほど明らかでも、セーフハーバ規定に合致する限り、躊躇なく免責を与えることができる。一方で責任制限規定の場合は、本来的に責任が発生しない場合を規定したにすぎない以上、それ以外の部分で著作権侵害と考えられるときに、前記2要件を満たしていないとして、損害賠償責任を制限することに抵抗がないのかどうか。この点、必ずしも文脈は同じではないが、一般的な著作権侵害訴訟において、故意・過失が否定される事例が少ないことも念頭に置くと、今後のさらなる事例の集積を待って改めて検討すべき課題であるようにも思われる。

---

<sup>124</sup> 丸橋・前掲注98)130頁参照。

<sup>125</sup> 丸橋・前掲注98)132頁注25参照。ただ、注98)で指摘したように、通知を受け取ってから削除を行うまでの間に、まとまった時間が経過したような場合、話は異なってくるかもしれない。

#### (4) 侵害主体論

ここで、改めて侵害主体論について触れておきたい。

3.4.1(1)でみたように、我が国では、著作権侵害事案において、間接利用者を相手方とする差止請求はできないということを前提に、侵害主体論によって侵害主体の概念を拡張することが試みられてきた。一方、2.5.1でみたように、米国では、差止めは衡平法上の救済手段であるため、差止請求が可能か否かという問題との関係では、直接侵害者の概念を拡張する必要はない。

間接利用者である動画投稿共有サイトの管理運営者に対する差止請求が全く認められないということは、権利の保護の観点からは望ましい状態ではなく、その意味で侵害主体論には一定の意義を認めるところである。しかしながら、公衆送信権の侵害主体という言葉の持つイメージは、容易に発信者を連想させ、動画投稿共有サイトの場合であれば、その管理運営者に対して損害賠償責任の制限を認めない事態につながっていく。

しかし、侵害主体と発信者とを無用にリンクすべきでないことは、3.4.3でみたとおりである。そして、侵害主体という概念は、あくまでも「侵害する者」すなわち直接侵害者を相手方とする差止請求しか可能でないとする見解を前提に、間接利用者に対する差止請求をいかにして可能とするかという点との関係で必要とされてきた概念であることを想起すれば、もし、間接利用者に対する差止請求が侵害主体論以外の理屈で可能となるのであれば、侵害主体論の活躍のフィールドは自ずと限定されてこよう。とすると、本判決のように、

管理運営者 = 侵害主体 = 発信者

という具合に、侵害主体を媒介項に、動画投稿共有サイトの管理運営者を発信者と捉える考え方も、その存立基盤を失うのではないだろう。

その意味では、間接利用者を侵害主体と位置づけなくても、彼を相手方とした差止請求が可能となれば、侵害主体であるからというだけで発信者と位置づけることはなくなり、より整理した議論が可能となるように思わ

れる。この点、著作権における間接侵害についての立法的対応が望まれるところである<sup>126</sup>。

## 5. 結語

執筆開始時点の想定より遙かに分量が増え、33号・35号・36号の計3回に渡ることとなった本稿を改めて振り返り、結びに代えたい。

まず、本稿では、動画投稿共有サイトにユーザが投稿した動画が著作権を侵害するものであった場合に、当該サイトの管理運営者はいかなる民事的責任を負うのか、という点に関連する米国の裁判例3例、日本の裁判例1例(2件)について取り上げた。そして各裁判例の分析を通じて、DMCAのセーフハーバ規定の解釈の仕方、およびプロバイダ責任制限法の責任制限規定の解釈の仕方についての、現時点における基本形を明らかにした。

その上で、日本の事例にDMCAのセーフハーバ規定を当てはめ、また、米国の事例にプロバイダ責任制限法の責任制限規定を当てはめるという思考実験を通じて、日米の裁判例で結論が異なった理由を検討した。その結果、事実関係の違いによるというだけでは説明できないことが明らかとなった。具体的には、権利侵害の蓋然性の高さの認識をプロバイダに不利に扱うか否か、また権利侵害を特定する負担をプロバイダに負わせるのかそれとも権利者に負わせるのかという点が、分水嶺になっていた。また、日本の規定が責任制限という位置づけであるのに対して、米国の規定がセーフハーバという位置づけであるという違いが、解釈の機微に影響を与えている可能性については、さらなる裁判例の集積を待って、改めて検討することが必要であろう。さらに、侵害主体と発信者の無用なリンクを避けるためにも、侵害主体という概念を介すことなく、一定の間接利用者に対する差止請求を可能とする立法的対応が必要であろうことを、改めて指摘しておきたい。

最後に、権利侵害の蓋然性の高さの認識をプロバイダに不利に扱うか否

<sup>126</sup> 念のため付言すると、筆者は、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会司法救済ワーキングチームのチーム員であるが、本稿に記した見解は筆者独自のものであり、同ワーキングチームのそれを代表するものではない。



か、また権利侵害を特定する負担をプロバイダに負わせるのかそれとも権利者に負わせるのかという問題は、優れて政策的な課題である。本稿では、筆者の力不足もあって、簡単な検討しかできなかった。この問題については、今後の研究課題とし、いずれかの機会に、政策論の視点から改めて論じたいと思う。

[補遺]

- (1) 33号掲載の本稿(1)に取り上げた判決も含め、ISPの責任の在り方に関する参考文献として、作花文雄「ISPの『facility』提供と著作権侵害防止責任の均衡性・相応性—プロバイダーの受動的な間接的侵害関与をめぐる制度的・技術的防止措置の模索—」コピライト600号(2011)26頁以降。
- (2) DMCAには、送信防止した素材について、発信者の反対通知を受けた場合の復活に関する規定がある。512(g)条参照。
- (3) DMCAの解説に際して「…要件」などの語を用いているが、これらは便宜的なものである。

\* 本稿は、北海道大学大学院法学研究科で開催された知的財産法研究会〔2010年2月20日〕において報告した内容を元に、大幅な加筆修正を加えてまとめたものである。能力を顧みず欲張ったテーマとしたことと相まって、生来の筆の遅さから、報告から原稿の完成まで1年半あまりを要してしまった。その間に、米国ではViacom事件判決が言い渡され、我が国でもTVブレイク事件について知財高裁の判断が示された。さらに本年に入って、まねきTV事件、ロクラクⅡ事件について最高裁判決が出たため、侵害主体論に関する部分は大幅に書き換えることとなり、(2)を34号に掲載することはできなかった。結果的に、より多くの新しい情報を盛り込むことができたが、それでも筆の遅さは恥じ入るばかりである。

以上のような次第であるにもかかわらず、本稿を発表する機会を与えてくださった田村善之先生には心より感謝の念を申し上げたい。