

# S O F T I C 賛助会員セミナー 〈第7回〉

## 「クラウドコンピューティングと著作権」

講師：神奈川大学経営学部 奥邨 弘司氏

### 目 次

1	クラウドコンピューティングとは何か	・・・ 1
2	クラウドコンピューティングと著作権 スタンドアローン・クラウド・従来型ネットサービス	・・・ 5
3	同期とロッカーサービス	・・・ 12
4	ロッカーサービスと著作権 MYUTA事件・MP3tunes事件・日米の違いの源泉	・・・ 13
5	質疑応答	・・・ 22
6	補足資料について	・・・ 27

\*本講演録は、当日の講演に講師が加筆・修正したものです。

平成24（2012）年2月23日

18時～19時30分

於 SOFTIC会議室

○奥邨 奥邨でございます。どうもよろしくお願いいたします。

今日は、幾つかお手元に資料を配っていただいておりますので、それをもとにお話をしたいと思います。基本はこの「[SOFTIC 賛助会員セミナー【第7回】 クラウドコンピューティングと著作権～文化庁調査研究報告書と米国裁判例を踏まえつつ～](#)」としたものになります。あとは、「[クラウドコンピューティングと著作権に関する調査研究報告書](#)」そのものと、それから間接侵害に関する文化庁の報告書「[「間接侵害」等に関する考え方の整理](#)」を配っております。それからもう一つ、最初にご紹介した資料と似たようなパワーポイントの資料で、「東京大学著作権法等研究会第26回資料 クラウドコンピューティングと著作権・序説」というものも配らせていただいております。

余計なことをお話ししますと、今年度、研究優先年度ということで、大学から授業負担を減らしていただきまして、研究優先にしてよろしいということにいただきました。その申し込みの際、ちょうど昨年（2011年）の年末頃、大学に研究テーマを出さなければいけないということになりまして、どうしようかなと思っていたんですけども、ちょうど巷でクラウドが盛り上がりかかっていましたので、生来新しい物好きですし、多分何か論点があるだろうということで、「クラウドと著作権」をテーマに設定して、それで研究を始めたということになります。

その後、研究優先年度が始まって、4月に大淵先生の主催される東大の研究会で発表する機会をいただきまして、それが2011年4月19日なのですが、そのときこの「クラウドコンピューティングと著作権・序説、最近の裁判例も踏まえつつ」という資料に基づいて報告させていただいたような次第になります。

その後、こういうご報告をしていましたこともあり、文化庁のほうから調査研究をやるので手伝って欲しいというお話しがあって、皆様ご案内の調査研究委員会に参加する機会を得たような次第です。この調査研究のほうは、7月に第1回が始まりまして、11月ぐらいまでずっとやっておりました。

今日はこの調査研究報告書をネタにお話ししていくわけですがけれども、一方で、調査研究報告書自体は報告書として完成してしまっていて、当然ながら報告書が言っていることがすべてであります。したがって、レジュメの2ページ目に書いてありますように、あくまで今日は個人の意見、感想です。よくテレビのダイエット食品か何かの通販CMで下のほうに出ているテロップと同じで、あくまで私の意見、感想であって、文化庁や調査研究委員会でこういうふうになっているということではございません。そういうこともあって、4月に東大でご報告した際の資料を配らせていただいております。

若干言い訳ベースになりますが、今日お話しすることは、4月の時点に「序説」として考えていたことを、時間も経過しましたので、色々と発展させてお話しさせて頂く次第であります。したがって、個人的意見としてお話しする内容に、研究報告書と重なる部分もありますが、その部分は、研究報告書についてとやかく言っているわけではなくて、4月の内容を元に発展させた個人的見解を述べている、ということでご了解ください。ちょっと使い分けておかないと後で文化庁さんに怒られてもいけませんので、というところであります。

## 【1 クラウドコンピューティングとは何か】

まず、調査研究報告書そのもののほうから見ていただきたいんですけども、この調査研究報告書、中をめくっていただいた1ページというのがありまして、1ページの「調査研究の背景と目的」というところで、真ん中よりちょっと下のあたりに、「知的財産推進計画2011」で、「クラウド型サービスの環境整備」が挙げられ、「我が国におけるコンテンツ型クラウドサービスの環境整備を図るため、法的リスクの解消も含め、著作権制度上の課題について整理し、必要な措置を講ずる」というふうにされています。

今回の調査研究は、これを受けて文化庁のほうで行ったものということになりますので、わかりやすく言うと調査研究報告委員会に与えられたマנדートというのは、基本的にこの範囲ということになります。したがって、それに対して検討しているわけです。

2ページ目が、調査研究の体制ですが、苗村先生、楠さん、平嶋先生、前田先生という、あと私が参加させていただいております。

それから、3ページ目が、スケジュールでございます。7月から11月まで委員会が開かれて、報告書がこうして完成しているということになっております。

4ページ目で見ていただくとわかるように、今回は海外の文献の調査もいろいろしたんですけども、クラウドと法律問題についての論文などは山ほどあるんですけども、クラウドと著作権というのはほとんどなかったものですから、関係者ヒアリング、国内の事業者さんと権利者さんに対する、関係者ヒアリングを中心に実態を探って、それを法的に検討するという形で進めています。

次に、5ページ目から、クラウドコンピューティングの概念ということになります。概念問題を延々とやっているというご批判もあるんですけども、皆さんご案内のように、クラウドという言葉自体が非常に多義的に使われておりますので、法律検討の前提として対象物をはっ

きりさせなければいけない、ということで、一通り検討しております。

クラウドに関しては、皆様ご案内のように、NISTの定義というのが1つの標準になっているわけですが、ただ、研究会でいろいろ議論した結果、そのNISTの定義自体が著作権法の課題を検討する上で、特段意味を持たない。クラウドは何かということは言えるんですけども、それによって著作権法上何か意味が出てくるかと言うと、そうでもなかろうということになっております。

6 ページのところ、よく出てくる、SaaS、PaaS、IaaSの区別に言及されています。これについても、確かにそうではあるけれども、これが著作権法上、どういう意味を持つかと言うと、これもまた、裸の著作権ということを考えてときにはそれほど意味が出てくるのかな、ということになっております。

このところで1つ、ご指摘しておきたいのは、あくまでこの報告書は、著作権そのもの、著作権法制そのものについての検討でありまして、契約の検討をしたわけではございません。SaaS、PaaS、IaaSについては、契約上、たくさん問題があると思います。ライセンサーの立場でも、ライセンスの立場でも、どういった契約をすべきかという問題はあろうと思います。しかし、あくまでこれは文化庁の検討会で、著作権および著作権法制の調査研究でありますので、契約書のあり方について検討するわけではありません。契約書がなかったときに、ライセンスをとらなかったときに、すなわち裸の著作権の問題として、どうなるかという話を中心にします。そう言った観点では、SaaS、PaaS、IaaSの別によって、そんなに大きな差は出てこないというふうな理解をしております。

では私のほうのレジュメで、スライドの5、クラウドの概念図を載せてあります。さらに6 ページのところには、クラウドの特徴ということが書いてあって、これもよくものの本で見るとような内容ですが、クラウドは管理がいらないとか、スケーラビリティが大きいとか、構成の変更が容易、設備も自分で持つ必要がなくて、所有から使用に変わるのだとか、いろいろなことが書いてあります。ただここでも、先ほどの契約問題と同じことで、これらのことが、裸の著作権法との関係で特別な意味を持つのかと言われると、必ずしもそう大きな差は出てこないだろうと思います。

では次にどうするかとなったときに、もともとコンテンツ型クラウドサービスという枠、マニフェストも与えられていますので、それでは、少し絞り込んでコンテンツ型クラウドサービスの現状はどうなんだということで、関係者ヒアリングをして、その結果出てきたのが、8 ページにあるような考え方です。すなわち、クラウドを、技術的な観点からとらえる必要は必ずし

もなかろうと。むしろサービスとして、特に、コンテンツに関するサービスとして、現にクラウドと銘打って行われているものを前提に分析するということが、今課されている課題との関係で適切であろうということになりまして、そしてそれが9ページ以降のロッカー型サービスを中心とした分析ということになっております。

したがって、クラウド全般かと言われると結果的には現状のサービス、もしくは今後数年ぐらゐのサービスを前提にしたところで、しかもコンテンツを利用するサービスということで、ロッカーサービスを中心とした検討ということになっております。

ロッカーサービスについて、既に様々なサービスが存在しますので、なかなか区分というのも難しいんですけども、一応コンテンツ・ロッカー型サービスAと汎用・ロッカー型サービスBとそれからアプリケーション提供型サービスCという具合に分けております。

ただ、AもBも極端に言えば同じと言えば同じです。ロッカー型サービスという意味においては差はないのです。ただ、Aのサービスは特定のコンテンツを前提にする。音楽なら音楽、映像なら映像というのを前提にして、当該特定の種類のコンテンツに特別なプラスアルファ、例えば専用のユーザーインターフェースや機能を持っているなど、事業者側からプラスαのいろいろなサービスが提供されるというふうなものをAとしてあります。ただ、ロッカー型サービスの典型はBの汎用型、いわゆるオンライン・ストレージと呼ばれる、どんなタイプのファイルでも預けられるものになるろうと思いますAとBの違いは、特定のコンテンツを前提にするかどうかという点で分けられると思います。

この辺、法律論的にも、ビジネス的にも、そして技術的にも、区別は要らないのでは、とのご指摘もあるのですが、後で出てまいりますMYUTA、まねきTV、ロクラクの各裁判例との関係から言えば、汎用ロッカーとコンテンツ型ロッカーとの間には少し法律論的に差があるのではないかとということがあって、結果的に分かれているということになります。

A①、A②、A③の区別は、細かいところですけども、A①というのは、これは単純なロッカーサービスそのもので、自分が持っているコンテンツを、クラウド上のロッカーに保存するというタイプになります。ただ、保存される対象が、音楽ファイルや映像ファイルという具合に、特定の種類のコンテンツに限られているのが特徴ということになります。

A②については、これはむしろロッカーサービスというよりは配信サービスに近いタイプということになります。購入したコンテンツは、ロッカーに置いたままにするというパターンです。

A③については、これはここだけで言えばiTunes Matchみたいなものを念頭に置いた類型に

なっております。

委員会で検討の結果抽出した法的課題は、11ページにまとめられています。これは、委員の議論からだけ出てきたというわけではなくて、関係者ヒアリングの結果も踏まえて、8項目が抽出されたということになります。この中には内容的に重なる部分もありますので、法的な視点で整理し直したのが12ページのところにある法的な論点ということになります。基本的には、ここに挙げておりますように、利用主体の関係の問題、私的使用の問題、公衆概念の問題、それからデータセンターで行われる各種の複製の問題、そしてバックアップ目的の複製の問題、というのが主な論点となります。

その後に並べられている論点は——特に文化庁の研究だということもありますので——文化庁のご担当の範囲から遠いものが、後ろの方にまとめられています。実は、プロバイダ責任制限法については、後で申し上げますように、私自身、非常に重要な論点だと思っておりますが、文化庁さんではなくて、総務省さんのご担当の問題であります。また、国際裁判管轄については、もちろん著作権法の関係でいろいろと問題はありますけれども、日本だけでどうにかなるものではありませんし、既に別の検討も行われていますので、後ろの方にまとめてあるということになります。

## 【2 クラウドコンピューティングと著作権】

これから報告書の本体についてお話しをしていきますが、文章をずっと読んでいくときりがありませんので、私のレジュメのスライドの7以降をご覧くださいと思います。内容的には、私の意見も入っていたりするんですけども、文化庁の報告書を念頭に置いてまとめたものになりますので、これで説明させていただきたいと思います。

まず、スライド番号の8から見ていただきたいと思います。特に、コンテンツをロッカーで使うというようなクラウドの場合、コンテンツはすべてクラウド上に保存して利用、使用するというのが前提になろうかと思えます。この場合の問題は、⑤や⑥の、保存したり、利用したりする人は誰なのか、という点になります。ユーザーが保存している、利用しているという評価になるのか、それともそうではなくて、クラウドサービスを提供している人が保存している、利用しているというように評価するのかという、利用主体の問題が出てまいります。

物理的、日常的な視点から見れば、⑤で保存しているのは、明らかにユーザーが行っている、そう、保存しているのはユーザーな訳です。そこから、ファイルをどこかに飛ばしたり、送信

したりしているのもユーザーな訳です。これは私たちの日常的感覚からすればそれで間違いな  
いかと思います。

しかし、従来の裁判例では、そういう物理的、日常的な視点だけに留まらず、規範的な—  
規範的などというのも実はマジックワードで、何を意味しているかわかったような、わからない  
ような言葉なんですけれども、ここでは法律的な観点からという意味で用いたいと思います—  
—法律的な観点から評価して、業者は、物理的には行為をしていないけれども、それでも、行  
為しているんだ、保存しているんだ、利用しているんだ、というふうに判断してきた例が、幾  
つもあるわけでありまして。これはもう申し上げるまでもなく、ロクラクの最高裁判決がそうで  
ありますし、いわゆるカラオケ法理と呼ばれてきたものがまさにそれなわけでありまして。

したがって、組み合わせとしては、表にありますように、ユーザーが主体で、業者はそれを  
手伝っている、関与しているに過ぎないという（a）の場合と、そうではなくて業者が主体で、  
ユーザーがそれに関与しているに過ぎない（b）の場合。それから、ユーザーも業者も両方と  
も主体になるという（c）の場合の3つが、状況としては考えられます。もちろん組み合わせ  
としては、両方関与者に過ぎないというのものもあるわけですが、これは法律論的にはあり  
得ませんので取り上げません。したがって、（a）から（c）のそれぞれについて考えていか  
ないといけないということになるわけです。

続きまして、スライド9にまいりますけれども、（a）から（c）に分けて考えた場合をお  
示ししました。まずデータを保存すること、保存ですから、これは基本的には複製権の問題に  
なります。よくいう、一次的、瞬間的蓄積という問題もありますが、データセンターへの保存  
というのは一次的、瞬間的なものではありません。データセンターのハードディスクなりメモ  
リ上にかなりの長期間保管されますので、これが複製であることは動かないというふうに思  
います。

では、その複製について、ユーザーが主体で複製していると見た場合は、どういう法律上の  
論点があるのかということになってまいります。もちろん許諾があればそれでいいわけですが  
けれども、ない場合は、ユーザーが個人なら、私的複製になるかどうか、ということになるわけ  
であります。一方、ユーザーが個人でなければ企業内複製の問題ということになってまいりま  
す。それから、複製の目的によっては、47条の3を考える余地もあるでしょう。プログラムの  
場合に、バックアップをとる目的でデータセンターに保存するというようなことがあれば——  
あまりそんなことをすることは思えないんですけれども、理屈の上ではあり得るということ  
で——47条の3の適用の有無が問題となってまいります。

ここで、個人ユーザーがクラウドサービスを使って複製をすることが私的複製になるかどうかですが、そもそも、個人ユーザーが、家の中でコピー機を使ってコピーする、もしくはパソコンを使ってコピーする、というのは普通、私的複製です。そのコピー機やパソコンが、たまたま家の中になくて、線がつながった遠いところにあるだけ、それがクラウドなんだと評価すれば、そういった複製は特に問題にはならない、私的複製になるという見方も十分あると思います。ただ、そういう結論を出す上で問題となるのが、30条1項1号なわけです。

ちょっと飛びますけれども、スライドの12をご覧ください。30条1項1号問題についてまとめてあります。30条1項で、私たちは私的使用のための複製であれば、権利制限規定のお陰で、著作権侵害にならないということになっているわけでありまして。しかし一種の例外規定である30条1項にはさらなる例外というのがあって、ここで問題となるのは1号です。すなわち、公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器で複製する場合は私的使用目的であっても30条1項の適用は受けられませんよ、権利制限になりませんよ、というふうに、30条1項1号は定めているわけです。

したがって、もし、データセンターのサーバーなり、そのハードディスクの領域なりというのが、公衆用設置自動複製機器だ、と評価されてしまいますと、それを使ってユーザーが複製することは私的使用目的であっても権利制限の対象にはならず、侵害行為になる、という問題が出てまいります。さらに、そういう機械を侵害のために使用させると、これは119条2項の刑事罰の対象にもなるということで、業者サイドでも問題になるということになってまいります。

この論点は何も、調査研究委員会が初めて見つけたとか、新しく考えついたということではなくて、選撮見録地裁判決の中で、既に言われています。刑事罰が問題になったわけではありませぬけれども、判決の中で議論に出ています。また他にも既にいろいろなところで指摘されております。したがって、クラウドと著作権の関係を考える上で、1つ大きな問題として、30条1項1号をどう解釈するか、という問題が出てくることとなります。

この問題については、見方が分かれるわけでありまして、従来この条文について、こういうものが侵害になる、こういうものがない、ということは学説上もほとんど議論されてまいりませんでしたし、それからこの問題を正面から扱った裁判例もほとんどありません。119条2項で刑事罰に問われた人は何人かいるようなのですけれども、それは、VHSなどの高速ダビング機を使用させたということであり、しかも罪を認めてといるということなので、詳しく争われたわけではありませぬ。ましてや、クラウドがどうなるかなどは、わからない、という



ことになります。

30条1項1号の文言上は見ていただいたらわかるように、サーバーが公衆用設置自動複製機器に入るように読めなくはありません。

ただ、元々この規定は、ご案内のように、貸しレコードが世の中に登場した際に、店頭に、高速ダビング機器を設置して、お客さんに使用させたことを問題視してできたものです。もっとも、ダビングの対象は、本当はレコードではなくて、テープなんです。考えると分かりますが、レコードの高速ダビングはできないんです。LPレコードを高速で回転させたら、LPレコードが割れちゃうか、良くて音も記録されている溝が傷ついちゃいますから、できないとか、やらないわけです。したがって、ダビングの対象は大体がミュージックカセットテープです。高速ダビングできるテープレコーダーを置いて、コンビニのコピー機よろしく、100円とか200円をとって、お客さんに貸して、例えば、3倍速でダビングさせるというサービスです。店はテープをコピーしない、ダビング機を貸すだけ。ダビング機のボタンを押すのはお客さん、ということにして、私的複製ですよということで、著作権法の規制を逃げようとしたということです。そういうことが横行しまして、次第に、これは実質的には録音サービスじゃないか、デュPLICATIONサービスじゃないかということが問題となって、できた条文が30条1項1号だったわけです。だから今のこういうインターネットを使ってサーバーに保存する、なんていうことは全く考えたこともない時代につくった条文です。

ところで当時、そういう高速ダビング機器のほかに、いわゆる町のコピー屋さんーまだコンビニはなかったと思いますけれども、コイン式のコピー機は町中にたくさんありましたので、それが30条1項1号の対象になってしまうということで、コピー機を除くということが、付則5条の2に定められました。「専ら文書、図画を目的とするものは除く」ということになっています。これに、クラウドのサーバが当てはまれば良いのですが、なかなかそうはいえないでしょう。

30条1項1号の問題については、報告書の20ページあたりで議論をしています。ただ、結論は出ておりません。実は、この報告書で、こういう形で結論が出ていない問題が色々ありまして、それに対しては、何で結論を出さないのかというご指摘があるかもしれません。これについて、一言私見を申し上げたいと思います。なお、この部分は、委員会の見解を私が代弁しているわけではなくて、純粹に私の個人の意見であり、感想なのですけれども、この委員会のマンドートは、著作権法制に、クラウド特有の課題があるのかないのかを明らかにするということであつたわけでありまして。では、この30条1項1号問題はクラウド特有か、と言うと、ク

クラウド特有では全くありません。例えば、皆さんが日常的に使っておられるメールサーバーは、文言上はすべて、公衆用設置自動複製機器に当てはまるように思えます。ほかの、クラウドとは関係がない、インターネット上のサーバー諸々も、文言上は公衆用設置自動複製機器にあたるように思えます。

したがって、この30条1項1号問題について、クラウドのために、クラウドだけを念頭に、何らかの手当をすることになりますと、ほかのところとの釣り合いがとれなくなってしまいます。結果、クラウド特有ではない問題については、一般的な課題として、どう対処すべきかをご検討くださいということになっている、と思っています。非常に、合理的かつ順当な判断ではないか、と考えております。

ちょっと元に戻ります。レジメのスライド9でございますけれども、ユーザーが主体で業者は関与者という場合を考えますと、この場合に、そのような業者に対して、ユーザーの行為を手伝っていることを理由に差止めが請求できるのかどうかという論点は、以前から存在することは、よくご案内のところかと思えます。

次に、いわゆるカラオケ法理的なものなどで、業者が複製の主体となった場合を考えましょう。この場合は、ほとんどアウトということになります。そう、許諾がない限りはアウトということになってしまうと思います。

あとデータセンターでは、物理的な意味で業者が主体として、サーバーの維持・管理のために、いろいろなバックアップコピーを行っています。そういったコピーについて、47条の5——平成の大改正で入りました通信のためなどのキャッシングとか、ミラーリング目的の複製に関する規定ですが——この47条の5によって、先ほど申し上げた、物理的な意味で業者が主体として行っている各種のバックアップコピーが、ある程度——すべてをカバーできているとは思いませんけれども——カバーされるであろうと思っています。それが報告書で言えば、22ページ以下のところに書いております。

結論を先取りして申し上げますと、この報告書ではほとんどの問題について、クラウド特有の問題はありません、したがって著作権法における一般的な問題としてお考えくださいという結論になっております。何を申し上げたいかと言いますと、例えば、今日の日経新聞にもクラウドについて「著作権問題発生せず」という記事があったのですが、え、そんなこと報告書に書いてましたっけ、という感じなのです。確かに、報告書にはクラウド特有の問題はないと書いています。しかし、どこにも、著作権上問題がないと書いているわけではないんです。クラウド特有の問題はありませんので、著作権法上、何ら手当せず、放っておいてくださいと書い

であるわけではなくて、著作権法制上の一般的な問題として必要な検討はしてくださいと書いてあるわけです。

この報告書の基本はそういうことです。クラウド特有の問題はありません。マンドートとの関係を考えれば、この調査研究は、もしクラウド特有の問題があったら、それに対して、すなわち、クラウド特有の法改正につなげましょうというスタンスで始まっているわけです。もちろん調査研究委員会が法改正を直接提言するわけではありませんけれども、指摘して、しかるべき場所で審議してもらおう、という前提になっているわけです。逆に言いますと、クラウド特有の問題はないのに、クラウドだけを前提に法改正をすると無茶苦茶になってしまうということを懸念しているわけです。クラウドにとってはよくてもほかの人は困るということはいくらでもあるわけですから、それはできない。ということで、クラウドに固有の問題はないと、指摘するに留まっているということなのだとして理解しております。

ただ、47条の5との関係のところだけは、報告書の24ページにあるように、実はこのところだけは、「仮にこのような複製があり、権利を制限する意義が認められるのであれば、必要に応じて既存の権利制限規定の一部改正や新たな権利制限規定の導入についての検討が求められる」と明確に記述しております。47条5でカバーできない部分は、これは権利制限すべきだということは言っております。

ですから、報告書全体としては、クラウドを特別視することはないと言っているんですけども、47条の5でカバーされないようなデータセンターで行われる、バックアップとか、その他のサービスのためのいろいろな複製については、これは権利制限していいんじゃないか、ということも言っております。この部分、真ん中に埋もれちゃっているんで、わかりづらいところですけども、一応、はっきりと書いてあります。

ただ、皆さんもご案内のように、クラウドで行われている複製は、色々ありますし、また実際にどんなことが起こっているかというのは、舞台裏のことでわからないところもありますし、さらに技術もどんどん進展しているので、特定の技術や状況だけを前提に、規定すると、却って使い勝手が悪いということになるような気がします。必要性は十分あるけれども、どこまでカバーするかというのは、検討が必要だという風に思っております。

レジユメのスライドの10ページでございましてけれども、公衆送信権との関係をまとめてあります。これもユーザーが主体だとすると、自分で自分に送っているということになりますから、ユーザーが個人であれば、特に問題はないということでもよろしかろうかと思えます。しかし、ユーザーが企業の場合は、これは企業内の通信も一部公衆送信権の対象になりますので、それ

との関係で権利処理が必要になってくるかもしれません。もっともこのユーザーが企業の場合の問題は、いわゆる社保庁LAN事件等々ありましたように、既に従来から問題になっている企業内LANの問題であって、クラウド特有の問題では必ずしもないというふうに整理されています。

次に、クラウド提供業者が主体だとして、業者が送信していると解釈された場合、ちょうどまねきTV事件の最高裁判決みたいな形で解釈された場合は、業者から見てユーザーは、不特定の人間であるので、不特定者イコール公衆ということになり、その公衆に送っているのが、公衆送信権侵害になる、というのがまねきTVの論理であります。これはこのクラウドの場合も当てはまり得るということになるかと思えます。もっとも、この報告書にも書いてありますように、クラウドの場合は、送られる内容が必ずしも放送波のように同じものをみんなに送っているということではなくて、各ユーザーが自分でクラウドにアップした任意のファイルを自分に送っているわけです。それを法的には、業者が送っていると見るわけですが、その場合送られる中身については、個別具体、別々なわけですので、放送波を送信する、まねきTVの場合と全く同じように考えられるのかというのは、議論の余地がある部分だと思えます。ただ、まねきTVの考え方をそのまま当てはめると、公衆性の問題というのは大きな論点になってこようかと思えます。

ただ、これも同じことなのですが、まねきTV事件最判の論理をそのまま当てはめると、メールサーバーもそうですし、すべてのネット上のサーバーについて、公衆性が問題となるということは全く同じでありまして、クラウド特有の問題ということではない、といえると思えます。

その点をまとめたのがスライドの11ということになります。これはメールサーバーとかウェブサーバーで、複製や送信をする場合にどうなるかを分析しています。この点、先ほど申し上げたように、従来型のサーバーにおける保存についても送信についても、今のような分析をしていけば、すべて同様に当てはまるという意味において、従来から同じ問題は存在していたといえるわけです。ただ、今回クラウドということでシステム自体が注目を集める中で、そういった従来から存在した著作権法制上の問題も注目を集めるようになったのではないかというふうに理解しておるところでございます。大体ここまでで報告書の前半部分はほぼお話ししたことになっております。

とはいえ、報告書の中の主体論の部分はあまり詳しくお話ししておりません。というのも、それについては私のレジュメのほうでは、もう少し別な視点も含めて、またアメリカの判決と

も関連づけましてご報告しますので、ここではちょっと省略させていただいております。

### 【3 同期とロッカーサービス】

スライドの15をご覧ください。こ私が思うに、個人ユーザーが今の時点でクラウドを利用する一番のメリットは何かというと、これはデータを同期してくれるという点だと思います。先日、私も遅ればせながらアンドロイドの携帯を買いましたけれども、この携帯の一番便利なところは、すべてをクラウドで同期してくれるところであります。何もせずとも、放っておいても、データを同期してくれるところが非常に便利なわけであります。

ところがこれをコンテンツの世界で考えたときに、同期なんてほど遠い世界であるわけです。すなわち音楽を聴きたいときは、CDを購入する。PCなら電子配信。携帯なら着うた。こういう具合に、別々になっているわけです。

それどころかついこの前まで、携帯をスマホに買い換えると、今まで自分が購入した音楽を、スマホでは聞けないということだったわけです。もちろん、それはさすがにビジネスとしてまずいと思いますので、例えばレコチョクさんなんかは今度、携帯からスマホにデータを移し替えられるサービスを始める、ということになっていますが、まだまだ例外な訳です。基本的には、端末毎、メディア毎にコンテンツを購入しなければならない訳です。私は、それについて、良い悪いは言いません。というのは、従来それが当然だったわけです。メディアというのはそういう存在だったわけですから、それでよかったですし、それでビジネスが成り立っているわけですから、そのこと自体を批判する必要はないと思います。

しかし、ユーザーはもう、データを同期する力を持っているんです。クラウドを使えば簡単に同期ができるんです。にもかかわらず、法律上、それはできないんですよと言っても、実際問題として、それができる以上は、やってしまう人がたくさん出てくるわけです。それがいわゆる自炊であるわけですし、後でお話ししますロッカーサービスが流行る理由なわけでありませぬ。

スライド17にありますように、権利者がイニシアチブをとって、すなわち権利者さんがある程度コントロールする側で、クラウドを通じたコンテンツの同期を行うのか。それとも権利者さんが駄目だと言っていると、つまり放っておくと、ユーザーが勝手に同期をはじめちゃうのか、という点が、これからの大きな論点になってくるわけです。なお、ここにはiTunesのiCloudは含まれていませんが、iCloudの場合は権利者がイニシアチブまで行くかどうかは別と

して、ある程度コントロールする形態ではないかと思います。

極端に言えば、権利者さんがある程度自分でコントロールのもとにクラウドのサービスを始めてしまえば、これから検討するようなクラウドの問題の多くは解決される部分もあるわけです。ややこしいことは全部なくなるわけです。しかし、もちろんそれですべてが済むのかと言えば、そうではありません。クラウドに関連するコンテンツの全部を権利者がコントロールするわけではありません。問題だと思う権利者さんが自分でクラウドのサービスをしてしまえば、かなりの問題をカバーできることも事実、ということになるわけです。

#### 【4 ロッカーサービスと著作権】

スライドの18は、MYUTA事件の解説です。これはもうロッカーサービスの典型であります。ユーザーが手持ちのCDをリッピングして、それを専用のソフトを通じてファイル形式を変換して、ネット上のサーバーの自分専用の記録エリア、すなわちロッカーにアップする。サーバーは、携帯電話からのリクエストを通じて、ユーザーの携帯電話に送り、ユーザーは携帯にダウンロードした音楽を聞くことができる、というサービスだったわけです。

このMYUTA事件も結局は、権利者さんが主導するサービスとユーザーが主導するサービスの間の1つのせめぎ合いだったわけです。この当時、着うたとか着うたフルがまだ十分に普及していなかった時代に、同じようなことをやりたいと考えたときに、技術的にはユーザー主導で実現できるということで始まったサービスだったわけです。

MYUTA事件についての判決は、皆さんよくご存じかと思いますが、あまり詳しくは申し上げませんが、スライドの19ページにまとめてあります。判決は、7つぐらいの項目——これは6つに整理したり5つに整理したり、人によっていろいろな整理の方法があるんですけども——いろんなポイントを裁判所は認定しております。複製や送信は不可避かつ極めて重要だとか、それからサーバーは業者が支配・管理しているとか、それから、サービスを使用するために必要不可欠なソフトは業者が配布しているとか、それから、サーバーとユーザーの端末とが連携するようにシステム設計しているとか。

そしてしばしばこの判決のポイントではないかと指摘されるのは、ユーザーが自分で行うのは難しいことを、このサービスを使ったら簡単にできるようになった、という点だとされます。これも当時の時代背景を考えると、当時の携帯電話は、携帯電話専用の特殊なファイルフォーマットしか再生できなかった。そのため、通常のCDのファイルはフォーマット変換しなけれ

ばならない。しかし、一般ユーザーには、その変換は難しかったところ、これだと全自動でやってくれる、という状況だったわけです。しかしながら、そういった話も今は昔で、今なら、ファイルの種類なんて全然関係ないわけです。どんなファイルでもスマホだったら読んでしまいますから、関係ないわけです。しかし、当時はファイル変換を含めて、このシステムがやってくれることが大きかった、だからこそこれが重要だと言われたと思うわけです。

あと、東京地裁は、業者がサーバーを管理している、サービスが将来的に有償になるということも一応言っています。

こういうのを全部考慮して、裁判所は判断したわけです。私は、これはカラオケ法理だと思っています。余談ですが、カラオケ法理というのは、法定のものではありませんので、ある程度柔軟であります。ということで、私なんかは、なんらかの形で管理・支配と有償性等を考慮して、利用主体、侵害主体を認定していればカラオケ法理と言っていますけれども、これはルーズな方かもしれません。例えば、北海道大学の田村先生は、管理、支配と有償性という部分をもう少し厳格にお考えですので、それ以外というか、関係の薄い要素を考慮するのは、総合衡量法理だということをおっしゃっておられます。ただ、今日のところは、細かいところは置いておきまして、物理的に業者が複製しているわけではないけれども、物理的な複製行為以外を考慮して、業者が複製の主体だと評価する判決が出たわけであります。

この点も皆さんご案内のところだと思いますが、ネットサービスにおいては、物理的に著作物を利用している人と、それに手を貸している人の2種類の登場人物が出てくるわけですが、問題は差止請求なわけです。物理的に著作物を利用している人に対する差し止め請求が可能であるのは当然として、手伝っている人を相手方として差し止め請求ができるのかということについて、色々議論はありますが、少なくとも、東京の地裁を中心に、否定的な裁判例が多いわけです。しかしながら、だからと言って、そういう手伝っている人たちに対する、差し止め請求は絶対にできないということで、ほったらかしにしているのか、という議論になるわけです。

そこで、少し逆説的になるんですけども、そういう人たちの中には、法律的に見たら物理的に自分で利用していると評価できると言えるではないか、すなわち、直接侵害者と同視できるではないか、そして同視できるんだったら差し止めもできるのではないか、ということになるわけです。それをどういう形で実現するかというのは、手足論、カラオケ法理、総合考量論、という形で色々あるわけですが、基本は差し止めされる相手方の議論、ということになるわけです。

この点、著作権法の差し止めの条文は類推適用可能であるとか、関与者にも直接適用できるんだと言ってしまうと、今お話ししたような難しい議論は要りません。これは大阪に行くと、過去2件ほど、できるという判例が出ています。今でも大阪に行ったらできるかもしれません。

ここで注目したいのは、東京でも、商標の世界ではありますが、この前の楽天さんの事件— チュッパチャップス楽天事件、あれは差し止めが間接者にもできるという判決が知財高裁で出ています。一方で著作権の世界においては、北朝鮮図書事件で、できない、という判決が知財高裁で出ています。知財高裁の中で、ある意味考え方が分かれているという状態になっているんです。今後議論が活発になされる部分だと思います。

整理しますと、従来から著作権の世界では、関与者をストレートに差し止めの相手方にすることは認めない一方で、関与者の中でも関与の程度が強い者を、何らかの理屈で直接利用者と同視して、それに対しての差し止めに認めることをやってきたわけであります。

このMYUTA事件、地裁の判決ですけれども、結構影響が大きいわけです。というのも、例えば、今のいろいろなロッカーサービス、このスライド19のMYUTA判決のポイントの1から7を満たしますか満たしませんか、どうでしょう？ 今のロッカーサービスも、MYUTAのポイントに大体当てはまるのではないのでしょうか。唯一違うとすると、5番かもしれませんね。特にユーザー自身で行うのは難しいことを、サービスが代わりに行ってくれているというのは、今や、なかなか言えないかもしれません。しかし、1、2、3、4、6、7までは当てはまるけれども、5番がないから侵害主体にはなりませんよと裁判所が言ってくれるのか、というと、どんなもんだらうと、心許なく思うため、この判決に対しては非常に心配、懸念が出ているわけであります。これと同じような判断が行われたならば、クラウドの事業者というのは全部複製や送信の主体だと言われる可能性があるのではないかと、というふうに心配されている訳です。報告書にも関係者ヒアリングについて触れていますが、この判決については、皆さん何らかの言及をするという状況だったわけです。

ここまでは、日本についてのお話しですが、今度はアメリカの状況を簡単にご紹介しておきます。それがMP3tunes事件というものであります。時間もありますのであまり細かいことは申し上げられないんですけれども、スライド22をご覧ください。まず、左側です。これは、端的にロッカーサービスです。さっきのMYUTAとほとんど一緒です。ただし、ファイル形式の変換を行わないということぐらいが違うところで、基本的にはロッカーサービスそのものということで、何ら変わるところはございません。

一方、このサービスにはプラスαがあります。それが、併設されているsideload.comという



サービスなのです。これをわかりやすく言うと、インターネット上において無料で公開されている音楽に対するリンク集または、検索エンジンと提供いただければと思います。

もっとも、それだけだったら大したことはないんですけども、そこから先があるわけです。MP3tunes.comのユーザーがMP3tunes.comにログインした状態で、sideload.comにアクセスすると、各リンクの隣にサイドロードボタンというのが表示される。サイドロードというのはあまり聞きなれない言葉ですが、アップロード、ダウンロード、サイドロードという関係になります。アップロードというのは端末からネット上のサーバーにアップする。ネット上のサーバーから自分の端末に落とすことがダウンロードです。そして、サイドロードというのは、ネット上のサーバー同士でデータを転送する、横に飛ばすという意味でサイドロードと言っております。

このサイドロードの便利さは、具体例で考えると分かりやすいと思います。例えばそういう機能がなかった場合ですね、AKBの音楽、GIVE ME A FIVEを無料で公開しているところがある——違法か合法かわかりませんが——としまして、私とその曲を自分のロッカーに保存しようとする、まずリンク集の中で、そういったサイトを見つけて、そこへ行くと。そして、そこでお目当ての曲をダウンロードして、その後、MP3tunes.comにアクセスして、ダウンロードした者を自分のロッカーにアップロードするという手間をかけないといけないわけです。しかし、sideload.comを使いますと、そうではなくて、ボタンを押すと音楽を公開しているサーバーから自分のロッカーに直接転送してくれるということで、簡単に音楽を集めることができるわけです。この点を、ほかのロッカーサービスに対する利点の1つとして売り込んでいるわけでありまして。MP3tunes.comというのは、この両方のサービスをセットで提供しているということになります。

スライドの23ページ、どういう判決になったのかです。まだ地裁レベルの判決ですので、控訴裁でひっくり返るかもしれません。あくまで地裁レベルで、どういう判決になったかということでお聞きください。

この判決は、最初に何を議論したかと言うと、DMCAのセーフハーバー、すなわちサービスプロバイダに対するセーフハーバーの適用があるかどうかを議論します。それで、基本的にその適用があるということになると、ほとんどサービスプロバイダは責任を負わなくなりますので、訴訟としてもジ・エンドです。したがって、サービスプロバイダが関係する、最近のアメリカの事件を読みますと——本来は日本の裁判所がプロバイダ責任制限法の事件であるように、まず著作権侵害があったかどうかを判断して、著作権侵害があった上でプロバイダ責任制限法

が適用されますか、みたいに進むのが本当ですが、実際には、そうではないわけです。というのも、そんなことをやるまでもなく、著作権侵害があろうがなかろうが、どちらにしてもDMCAの適用があるとなれば、すべてとは言いませんが、ほとんど責任がなくなるわけですので、訴訟経済上は、もうやっこしいことは横に置いて判断した方が効率的なわけです。仮に侵害があったとして、DMCAの適用があるかどうかを判断する、ということで判断していくわけです。そして、DMCAのセーフハーバーの適用があるとなると、もうそれで事件は終わり、ということになっていくわけです。全部が終わるわけではないんですが、ほとんどの責任から免れますので、もうそれで終わりということになるわけです。

本件もそれと同じことで、侵害があったかどうかは後で議論し、まずDMCAのセーフハーバーの適用があるかどうかを議論すると言って、判断を進めていくわけです。そして、基本的には、こういうロッカーサービスにはDMCAのセーフハーバーの適用があるんだと言ったわけです。ここが後でもお話しするように、日本のプロバイダの責任制限法と大きな違いで、日本のプロバイダ責任制限法がロッカーサービスに適用されるのかと言うと、私は非常に難しいと思います。

皆さんの感覚からしても、プロバイダ責任制限法というのは、あくまでもプロバイダに対するものであって、こういうロッカーサービスの提供者はプロバイダなのか、というニュアンスをお持ちだと思います。それは正しいと思います。しかし、アメリカの著作権法のプロバイダの定義は、そう狭いものではなくて、自分の情報ネットワークやサービスをユーザーに使用させる者というぐらいの、非常に広範な定義を置いています。したがって、私たちが日常の言葉で使ういわゆるプロバイダとはおよそ思えないような人であっても、プロバイダに入ってくる、ということになるわけです。

ということで、今回の判決では、ロッカーサービスにもDMCAのセーフハーバが基本的に適用されるんだということを言っています。もっとも地裁が言っているだけですから、控訴されて控訴裁になったら、いや、それは当てはまらないとなるかもしれません。ただ、条文にしたがえば、適用されるというほうが素直だと私は思います。

その上で、あとは具体的にDMCAが適用されるかどうかを判断しているわけですが、結論としてどうなったかと言うと、スライドの23の星印がついているところがポイントなのですが、権利者から、このファイルは著作権侵害なんだ、というふうに特定されたファイルについて正しく対処してしまえば、プロバイダにはもはや責任はありません、というのがこの判決なわけです。

で、MP3tunesがどうだったかという、まず、リンクについて、権利者からこのリンクは侵害ファイルに対するリンクなんだ、と具体的に指定されたリンクについては、sideload.comから全部消しています。指摘されるたびに全部きれいに消しています。

ただ、リンクは消したのですが、そのリンクからユーザーがサイドロードして自分のロッカーに保管したものについては・・・これは多分侵害物なわけですが・・・それは消さなかったのです。MP3tunesは、ユーザーのロッカーの中まで調べて消すことはしなかったわけです。それに対して、裁判所がなんと言ったかという、それでは駄目だと。ロッカーの中のものも消しなさい。逆に言うと、消してない分については、あなたはDMCAで保護されませんので、著作権侵害責任を負います、という判断を下したということになります。

ここで、非常に重要なことは、スライドの27にあるように「被侵害著作物を特定し、侵害素材を探知可能な形で特定することが必要である」という部分です。権利者が、自分のこの著作物が、これによって侵害されている、ということ具体的に特定して通知しなければならないというわけです。そして、プロバイダはそういう通知を受けたら、その特定されたものを、それだけを削除すればいい、消せばいいということを行っています。逆に言えば、それ以上はしなくてよろしい。プロバイダの側で、これが侵害なだったら、他にもあるんじゃないかなとか、連想して調べるとか、そういうことはしなくてよろしいです、と言ったわけです。

まとめますと、侵害サイトのアドレスはリンクからは消したので、そこはセーフハーバーが適用されるけれども、そこからサイドロードして、ユーザーのロッカーに保存したものについて、削除しなかった部分だけは責任がありますということになっています。

ここで注目して頂きたいのは、スライドの28の（イ）に書いてありますように、例えば、うちの会社の著作物をすべて削除してください、みたいな通知では駄目だ、ということです。日本でも裁判を見ているとよくありますけれども、自分のところの著作物の一覧を表として出すわけです。例えば、うちに所属している歌手はこうなっていますので、この人たちの著作物があっていたら全部落としてくださいという具合にリストを出す。これでは駄目だというわけです。どれが自分のものかと言うだけでは駄目で、それが何によって侵害されているかの「何」の部分特定しなさい、そうでないと駄目ですよと、裁判所は言っているわけです。

さらに、言葉は悪いんですが、こういうサービスをしていると、ある程度侵害があるだろうなというのはプロバイダ側も漠然とは認識しているでしょう。もちろん、具体的にはどれが侵害しているかというのは知らないとしても、侵害があるだろうなということは認識しているはずなんです。これについて、権利者としては、そういう認識があればもうアウトではないのかとい

うことを言ったんですけれども、裁判は「侵害が蔓延しているだろうと一般的な認識」だけでは、セーフハーバの適用を否定するには十分ではないと言うわけです。具体的にどれが侵害しているということをプロバイダが認識して初めて問題になるのであって、漠然と認識しているだけでは、プロバイダは責任を負わない。しかも、漠然と認識しているときに、それが事実かどうかをチェックする義務がプロバイダに発生するのか、といえばそれは発生しない。どれが侵害物かを探知するのは権利者の負担だということを言って、プロバイダにかなり有利な判断をしているわけです。

したがって、アメリカで、MP3tunesの事件がどうなったかを申し上げますと、権利者側が、私のこのファイルの著作権を侵害するサイトのアドレスが、あなたのところのリンク集に掲載されていて、またその侵害ファイルがユーザーによってダウンロードされています、と具体的に特定した場合だけ、リンクを削除したり、ユーザーのロッカーから消したりする必要があり、そうしなかった場合だけ、ロッカーサービスの提供者は責任を負います、ということになります。逆に言うと、それ以外は、DMCAによって保護されるので、基本的に責任は負いません、というのがアメリカの整理になっているようです。

時間が来ていますので、細かいことは、後の質疑応答の中で、ご質問を受けながらお話しほうが良いと思いますので、少し端折ります。レジュメの34を見ていただきたいんですけども、ロッカーサービスの提供について、日本はサービスができない、もしくは提供するのに非常にリスクがある一方、アメリカはそれが可能であるじゃないか、ということがよく言われるわけです。実際に、MP3tunes事件判決とMYUTA事件判決の結論だけを比べるとそういうふうにも読めます。

その違いの理由を見ていきたいと思います。ときどき、この違いについて、フェアユースの有無が大きいのではないかというようなことが議論になることもありますが、必ずしもフェアユースの問題ではないと思っています。少なくともMP3tunes事件判決でポイントとなったのはフェアユースではなくて、DMCAのセーフハーバーの適用でした。したがって、このDMCAのセーフハーバーの問題が1つの大きな要素となっているわけです。ロッカーサービスについて、アメリカで基本的に合法という判決が出ている理由としては、セーフハーバーの恩恵があるということになります。

それともう一つは、アメリカの考え方として、間接侵害が従属説であるということも大きいと思います。ユーザーが適法ならば、それを助けている人に間接侵害は成立しない、という原則があるわけです。したがって、ユーザーがオンライン・ストレージやロッカーに著作物を保

存することが合法であれば、それを助けても間接侵害が成立することはない、ということに基本的にはなりません。

このところで、誤解があるといけないので、念のために2点申し上げておきたいと思います。まず、1点目ですが、皆さんが手持ちのCDを私的使用な目的でサーバー上に保管することは、フェアユースになるかもしれません。しかし、フェアユースになるという明確な判例があるわけではありません。よくソニー事件を引き合いに出される方がいますが、あれはタイムシフトとはっきり書いてありますので、タイムシフト以外の私的な複製について果たしてフェアユースになるかどうか、はっきりわかりません。多分なるだろうと思いますけれども、なると言い切れるものではありません。

2つ目、日本で言うところの30条1項3号の問題です。インターネットに、違法にアップロードされたものを、私的使用目的でダウンロードした場合どうなるか。これはアメリカではフェアユースにはなりません。100パーセントならないと言い切っているかわかりませんが、ならないと考えていただいたほうが良いと思います。

既に、ファイル交換に関与する裁判例が山ほどあるんですけれども、ファイル交換を行っている人は、結局違法な複製物をダウンロードしているわけです。この人たちについて、フェアユースは成立していません。ただ、ファイル交換の場合は、大抵自分は中継基地となっていて、ダウンロードと一緒に、他者にも送っていますので、ダウンロードとアップロードがワンセットで評価されているところがあるため、ダウンロードだけ取り出して評価されているのかというと、ちょっと微妙な部分があります。ただ、このMP3tunes事件では、ご案内のように、ファイル交換の事件ではなくいのですが、インターネット上の違法なものをダウンロードするのは著作権侵害であると、裁判所はわずか2行で言い切っています。したがって、アメリカでも、違法複製物のダウンロードがフェアユースになる可能性は極めて低いとお考えください。

他人のものを、しかも違法に複製された物を入手して、特に、それとわかった状態で入手するのを、果たしてフェアといえるのか。法律論を離れて常識的に考えても、それはフェアではありません。フェアユースはあくまで衡平法の問題ですから、私はフェアですと言えるのかということが、実は大きいわけです。その点で、アンフェアな状態の人が主張するのは、なかなか難しいということは事実です。

もっとも、さっき申し上げましたように、自分の手持ちの音楽を私的使用目的でアップロードするというのであれば、それはフェアユースになる可能性も高く、その場合は、合法的行為の手助けですから、サービス提供者もアウトにはならない、という整理ができようと思いま

す。

では、ロッカーサービスについて日本の場合を考えてみましょう。まず、日本の場合、1つの問題は、ロッカーへの複製について、ユーザーが複製しているというふうになるのかどうか。ユーザーの視点で考えれば、これは私的複製です。さっき申し上げたように、インターネットからダウンロードしたものでなくて、ただ単に自分が持っているCDをサーバーにアップロードした場合は、ユーザーは私的複製になる可能性が高いといえると思います。30条1項1号を除けば。

しかし、ユーザーが私的複製になるということと、業者が主体にはならないということとは関連しない、というのが今の日本の裁判所の立場です。ユーザーはユーザー、業者は業者という評価をするということですから、そのところで、間接侵害的には、一種の独立説になっているわけです。つまり、業者の責任はユーザーの責任とは別個に評価するということになっています。そのところが、日本でこういうサービスを提供する上でハードルの高いところです。しかし、これは何もクラウドに固有の問題ではなくて、日本の著作権法が今抱えている最大の問題であるわけです。

それにプラス、日本の場合は、プロバイダ責任制限法が、こういうサービスが適用されない可能性が高い、という問題があります。そもそも、プロバイダ責任制限法が適用される対象というのが、特定電気通信となっています。この特定電気通信というのは、不特定の人が受信することを目的とする通信のこと、となっていますので、1対1の通信がたくさん集まっても、それは特定電気通信にはなりません。1対1の通信がたくさんあっても、それは特定向けの通信がたくさんあるだけで、不特定向けの通信ではないので、特定電気通信とは言えず、プロバイダ責任制限法の対象ではない、ということになります。

そうすると、このクラウドのサーバーなんかは、ユーザーを送信の主体と見れば、個々の通信は、ユーザーが自分宛て、もしくは家族宛てに送っているだけですから、特定人向けの通信にすぎません。ですから、サーバー単位で見て、それがたくさん集まっても、不特定向けの通信とは言えないということで、特定電気通信にならない。もともとプロバイダ責任制限法の適用がない、という解釈が1つありえます。

仮に、そうではなくて、いや、特定電気通信になる、と理解しましても、プロバイダは責任制限を受けられないと思います。というのも、TVブレイク事件の判決では、さっきから申し上げております規範的な評価で、動画投稿共有サイトの提供業者が送信の主体だと見たわけです。その上で、同判決では、業者は送信の主体であると同時に発信者であるということも言っ

たわけです。プロバイダ責任制限法は、プロバイダが発信者である場合は責任制限を適用しない、というふうに言っていますので、この点でも適用されない可能性があるということになります。

ただこの問題は、クラウドだけではなくて、プロ責法のあり方、それから規範的侵害主体論なり間接侵害論の問題のすべてが関係する状態にあって、それらが組み合わさると日本の場合、クラウドを提供するには心配が多いという評価になるだろうと思っております。

盛りだくさんで、駆け足でしたけれども、ご紹介をしておきました。端折りました部分は、皆さんのご関心もあるでしょうから、ご質問をいただいて、そこを中心にお話ししたほうが良いのかなと思っています。ご遠慮なくご質問いただければと思います。

## 【5 質疑応答】

Q1. MP3tunesとDMCAの関係のところなんですけれども、レジューム34ページ、sideload.comがないストレージ、通常のロッカーサービスにDMCAが適用されるかどうかということなんですけれども、MP3tunesの場合は特異なケースというか、sideload.comがあったから、権利者が侵害物を具体的に特定して、削除要請ができたと思うんですけれども、通常のロッカーサービス、ユーザーの手元からアップロードして、ということだと、権利者が侵害物を具体的に特定することが原則できないんじゃないかと思うんですけれども、そういう場合でも、セーフハーバーを適用される可能性があるという理解でよろしいでしょうか。

○奥邨 DMCAはもともと、ロッカーサービスのようなものを想定してできた規定ではありませんので、この問題、2つのアプローチがあると思います。MP3tunes.com事件判決のアプローチというのは、著作権法の文言、DMCAの文言に照らしたら、ロッカーサービスの提供者はプロバイダとなりますので、あとはDMCAに書いてあるとおりの手続をとっているかどうかで、判断します、というふうに流れています。

一方、今ご質問があったのは、DMCAというのは、著作権侵害を減らすために、権利者とサービスプロバイダとの協力関係を構築していこうという法律なので、権利者が侵害物を発見し、その旨指摘されたプロバイダはそれを削除する、という協力関係があつて初めて成立する法律だったのではないか。その趣旨からすると、完全なパーソナルなロッカーの場合は、権利者が侵害物を探知することができないわけですから、権利者とプロバイダの間の協力関係が成立しない。それなのに、プロバイダにだけセーフハーバーを適用されるというのは、一方だけ

に有利すぎるのではないか、逆に言えば、バランスが崩れている以上、法律の趣旨上、この法律は適用されないのではないか、というご指摘だと思います。

おっしゃるとおりで、仮にMP3tunesの事件が、二審でひっくり返ることがあるとすれば、一番強いのはそもそもDMCAの適用はない、という部分だと思います。

なぜかと言うと、MP3tunes事件判決において、DMCAの適用があると判断した部分以降の説示内容は、YouTubeが訴えられている事件を含めた、従来から存在するDMCA関連判決から導き出される基準的な考え方に、ほとんどそのまま従っていますので、極めて強力だと思います。今までの裁判例の傾向からずれているところはありません。したがって、この判決がひっくり返るということは、今までやってきたことを全部ひっくり返すということなので、なかなかそうはならないのではないかと思うわけです。

しかし、そもそもDMCAの適用がないということであれば、そんなことは関係なくなりまので、そこでひっくり返る可能性は残っていると思います。したがって、控訴審で、どういいう議論になって、果たしてひっくり返るのかどうか、というのが一番大きな注目点だと思います。私は、権利者としては、もはやそこしか争いようがなくなっていると思っています。DMCAが適用されるが、プロバイダがDMCA通りにちゃんとやってない、だからセーフハーバーの適用がないというのは、今となってはほとんど成功しない反論となっています。

**Q2.** 今のお話と直接関係しないかもしれないんですけども、文化庁ワーキンググループで、間接侵害に関する考え方の整理をされているんですけども、その議論と、現在ロクラク等で議論されている間接侵害主体論の関係に関しては、どのように考えればよいでしょうか。

○奥邨 私は間接侵害ワーキングチームのほうも参加しております…と言っても、間接侵害の報告書がお手元にあるかと思いますが、見ていただいたらわかるように全部で50回やっているらしいです。平成17年から。私が参加したのは、後半2年ちょっとなので、3分の1ぐらいしか参加していませんので、全容を知るところではないんですけども、ただ今回の取りまとめのところについては参加しておりました。

クラウドとの関係だけをまず申し上げますと、さっきも申し上げましたように、現状ですと、業者が主体と見られて…という議論があるわけです。そういうことも含めて、間接侵害…その業者自身は物理的にやっていませんので、そういう人に対して差し止めが認められるのか云々という議論については別途間接侵害のほうで検討をしてください、というのがこの報告書になっています。



クラウドの調査研究委員会と並行して、司法救済ワーキングチームで検討していましたので、クラウドの研究会で勝手に、こういう間接侵害がいいですとは言えない、というのはご理解頂けると幸いです。

この間接侵害の報告書については、この3ページに挙げている3つの類型について、差し止めを認めるように位置づけるということが結論となっています。

類型の1つは特許法でもよくある「のみ品」です。侵害専用品について、それを供給する人を侵害者とする、差し止め対象とするというのが1つです。それから、2番目はちょっと飛ばしまして、3番目は侵害の積極的な誘引者も差し止め請求の対象とするというものです。

2番を読み上げますと、「侵害発生の実質的な危険性を有する物品・場を、侵害発生を知り、または知るべきでありながら、防止のための合理的措置を採ることなく、当該侵害のために提供する者」ということで、今はそうではないんですけども、当初は、日本版寄与侵害みたいな言い方をしていたんです。侵害を助けるという行為に対応する、というものになります。

この3類型については、考え方として、こういう類型に当てはまる人たちについては、差し止めを認めるべきであるという整理をしたということになっております。

ただ、報告書の前の方にも書いてあるんですけども、また本日も少しお話ししましたように、そもそも今の条文上、差し止めについて類推適用等々が絶対にできないかどうかははっきりしません。はっきりしませんが、それについて解釈に委ねるのではなくて、具体的にこういう人は差し止めの対象になると明らかにすることで、差し止められる人の予見可能性を高めるとともに、権利者サイドについても、こういう行為については差し止めることができるんだということ、予見可能性を高めるということにしましょう、というのが今回の整理であります。ただ、この報告書については、既に法制小委のほうでいろいろなご意見が出ていますので、このまま行くかどうかというのはよくわからない、ということになります。

もう一つ、まねき・ロクラクの評価とこの報告書とは、必ずしも自動的にリンクしているわけではありません。というのはまねき・ロクラクについては、これはいろいろなご意見もありますが、間接侵害の問題ではなくて、あれ自体は一特にまねきのほうなんかは、条文どおりの評価であるということになりますと、これは間接侵害の類型とは全く別の議論という評価もあり得るかと思えます。

その辺も含めて、とりあえず報告書で整理したのは、具体的な個別の過去の事案を取り上げて、その事案を今回の整理で、OKにしようアウトにしようということをやったわけではないです。そうではなくて、直接侵害でしか差し止めができないという考え方があって、それに対

してそれでいいのかと。そうではなかろうと。直接侵害者ではない人であっても、こういう行為については差し止めを認めてしかるべきだ、という整理をしたまでです。

その先に、直接侵害者という概念そのものの議論とか、間接侵害の類型としてこれでよいのかとかの議論が出てきますので、クラウドの関係では、この報告書からさらにもう一段進んだ議論が行われ、整理されることを期待しているということになると思います。しかし、そこまではいっていません。したがって直接にはつながらない。

ただ、この報告書をあと1年ぐらいかけて法制小委で議論すると、その結果、著作権の一般論として、業者が主体になるかどうかも含めて全体像が見えてくるということになるという理解をしております。

**Q3.** まねき・ロクラクと間接侵害のお話が別個にあるというお話でしたけれども、まねき・ロクラクもカラオケ法理の延長で、規範的主体という流れの中でそもそもカラオケ法理が必要だったのは間接侵害がないからじゃないかと、考えているんですけれども。それが1点目の質問です。

それから、2つ目は、今の間接侵害の立法がなされたときに、このロクラク・まねきという規範的主体論がそれでも継続しているのか。あるいはある程度、間接侵害の立法化によって解決するのか、それが2点目です。

○奥邨 若干言葉を補足しますと、まねき・ロクラクと間接侵害が別ものだと申し上げたのは、あくまで今回まとめた報告書はまねき・ロクラクをオーバールールするとか、それに追従するとかを前提にまとめたものではなくて、直接侵害者に対して差し止めができるという議論はあって当然なんですけれども、そうではない人について、差し止めできるかできないかはっきりしないけれども、その中でも少なくとも、こういうタイプの人たちには差し止めを認めるべきだね、という議論を整理したということです。

その中には、従来言っていた規範的侵害主体論でカバーされるものもあるかもしれないし、されないものもあるかもしれないけれども、その整理はしてない、ということです。そこの連関は必ずしも現状ではとってない。行為類型として、こういうものは差し止められていいね、と言っているんだけど、例えば、その中に従来規範的侵害主体論で十分カバーされるという、評価になったものがあるとすると・・・実際は難しいと思いますが、仮になったとすると・・・立法がないかもしれません、その部分については。そういう整理がまずあるということが1つです。したがって、少なくとも今回の間接侵害のワーキングが出したものは、そ

ういう結びつきがないという意味で別ものということです。

つぎに、2つめのご質問があったところについてお答えすると、それはまさに条文がどう組み立てられるかということによって全く変わってくるんだと私は思っています。直接侵害の部分で規範的侵害の評価を認める必要がない程度に間接侵害なり何なりが存在するということになるのか。またはさっきも言ったように、この3類型が全部になるのか削除されるのか、増やされるのかもわかりませんので、その議論の中だと思っております。

したがって、そこは今別々のものであるのを、今後つなげていく中で、どういう処理がなされるか、法制小委なりその上の審議会なりに向けられた問題なんだというふうに私は理解しております。

**Q4.** 今の方のご質問を違う角度から言うだけになるかもしれないんですけども、日本で規範的侵害主体論がこれだけ盛り上がり、アメリカでは全くその議論がないということの直接の原因は何かとお考えになるか、お聞かせいただきたいんですけども。

○奥邨 そこは差し止めができないということが1つ背景にあると思います。

—— 主体だと言えないと差し止めができないから、主体論をつき進めると。アメリカの場合は間接侵害で差し止めができるからということ。

○奥邨 間接侵害というよりも、基本的には不公平だということであれば差し止めができるということです。

—— 不公平とは。

○奥邨 侵害という状態があったときに、侵害状態を回復させるのに、損害賠償だけでは不十分であると裁判が判断すれば、そのために必要な手段として差し止めができる。

しかもその差し止めは、injunctionを差し止めと訳しているんですが、実際は差し止めだけではなくて、積極的な行為を命じることができる。より具体的、能動的な義務を課すことができる、というのがアメリカの法律の建て付けになっています。

日本の場合はそうではなくて、差し止めはあくまでも排他的権利の侵害に対する妨害排除の一環として位置づけられている原則ですから、とりあえず侵害状態を排除ということが主眼となりますので、そこの建て付けも違い、全く同じではないんです。

いずれにしても日本の場合は、少なくとも従来議論されてきたところ而言えば、裁判所がそう思ったかどうかはよくわかりませんが、主体と言えたから差し止めが認められたんだろうなという事案が多いというのは事実だと思います。

## 【6 補足資料について】

今、お手元に配らせていただいたもので、[「aereoサービスについての簡単な検討」](#)という補足資料と縦書きのものと英語のニュース記事のURLがありますけれども、ツイッターで一部話題になっていたaereoというサービスがあります。これは簡単に言うとアンテナ内蔵のロケーションフリーと2台のリモートDVRをユーザーに使用させるというサービスです。アメリカで、すでに始まったか、そろそろ始まるそうであります。

指の先に乗るぐらいのアンテナを開発したということなんだそうです。これがまねきTVだと、ロケフリがあって、そのロケフリの先のアンテナは共同アンテナが1本あって、それを分配して個々のロケフリにつないでいるわけです。しかし、このaereoの場合は、そうではなくて、そのロケフリ相当の機械1台1台に、この小さな、指の先に乗るアンテナを1つ1つ割り当てている訳です。小さなアンテナは、タンスみたいな、arrayと言っていましたけれども、そこに並べて屋上に置いてある。それで電波を拾って、特定の録画転送機に送っている。だから、あるアンテナから入った電波は、特定の録画転送機を通じて、ユーザーに個別に直に送られているという状況をつくっている。共同アンテナでない、個別アンテナ方式のまねきTVということになります。

日本で行われたらどうなるかなんですけれども、実は、元高裁の判事だった三村先生が知財研フォーラムでお書きになっていた記事で、まねきTVについて分析されたものでは、あれはアンテナを共同してそこから入力しているのがいけない。アンテナからロケーションフリーで入力したから送信者だと。入力しなかったらいいじゃないか。内蔵アンテナ式のロケフリを置いて、それを業者がユーザーから預かったら、入力者はいない、もしくはユーザーということになるので、まねきTVの論理に従う限り、問題なくなるのではないかということ、知財研フォーラムでお書きになっておられたわけです。そんなことをする人がいるのかなと思っていたら、アメリカでなんですけれども、似たようなサービスが始まりそう、というわけです。もちろん、まねきTVの場合は、転送だけの機能でしたし、機器もユーザーの所有でした。今回は、録画転送機で、機器の所有は業者のようです。そういった差があるので、こういうシステムで、日本において、果たして本当に責任が逃れられるのかどうか分かりませんが、ひとつそういうことがあります。

では、アメリカ法上はどういった議論になるのか。アンテナを別々にしたから、果たして著

著作権侵害責任を逃れられるのかどうかというところは議論の余地があると思います。ここに私なりの今の現時点での分析を書いております。実はケーブルビジョンという判決があるんですけども、この判決に照らす限りは逃げやすい。アンテナが個別なので、業者としては自分が送信しているわけではありませんと言いやすい構造に、わざわざしているのではないかというふうに思っているんです。ただ、必ずしもそれで本当に逃げられるのかどうかはわからないですけれども・・・。

ただ、いずれにしても、アメリカでも似たようなサービス、こういうサービスをしたいという人はたくさんいますし、使いたいというユーザーさんも山ほどいる、という一例として取り上げました。その意味では、私としては嫌いな言葉ですけども、著作権法がついていってないということなのかもしれません。また、状態としては、日本の著作権法だけが特殊ではない、ということでもあります。というのも、この件、きっと今後アメリカでも訴訟なり、いろいろな議論になると思いますので・・・。本件、詳しいことはまた後で読んでいただいたり、ニュースの記事を見ていただいたほうがわかりやすいと思いますので、そちらをご覧くださいと思います。

○司会 それでは、本日のセミナーはこれで終了させていただきます。先生、どうもありがとうございました。

【以上】