

## 検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(1) — 寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等 —

田 村 善 之

### はじめに

インターネットの検索サイトのほとんどが、インターネットを自動的に徘徊(クローリング)するロボットを駆使して大量のウェブ・ページを自己のサーバー内に取り込んで保存し(これをキャッシングという)、ユーザーからのキーワード検索が可能なデータベースを構築するという方式を採用している。この場合、対象とされたウェブ・ページに著作物が掲載されていたとすると、サーバーにウェブ・ページをキャッシング保存した段階で、著作権法上、複製が行われていることになる。また、ユーザーからの求めに応じて、検索結果を表示する場合、その表示の仕方次第では、著作物を公衆送信していると評価すべき場合もある。

しかし、だからといってキャッシングや検索結果の表示の際に逐一、著作権の許諾を要するとしたのでは、膨大なウェブ・ページを処理することができなくなり、検索サイトの機能が著しく損なわれることになるだろう。インターネットが効率的に利用されるためには、各種の検索サイトの存在が不可欠である。検索サイトをむやみに閉塞させるような帰結は避けるに越したことはないように思われるのだが、現在の日本の著作権法には、キャッシング等を明文で許容する条文はなく、その取扱いは解釈に委ねられている。以下では、立法論も視野に入れつつ、検索サイトをめぐる著作権法の諸問題を検討してみることにした。

ところで、検索サイトと著作権法の関係に関しては、日本国内では、直接これを扱った裁判例はない。そこで、本稿では、素材を得るために、アメリカ合衆国における裁判例を検討するところから着手する。

## 第1章 アメリカ合衆国の関連裁判例

### 1 序

アメリカ合衆国において検索サイトによる著作権侵害行為の成否を扱った裁判例は、近時、漸増傾向にあるが、そのなかで、まずはField v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106(D. Nev. 2006) (以下、「Field 判決」という)を紹介しよう。同判決は、相対的に初期の判決であることもあって、検索サイトをめぐる技術的な環境を子細に説明しているのも、手始めにその事案と争点を俯瞰しておくことが便宜だからである。

### 2 Field 判決(D. Nev. 2006)

#### 1) 事案

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106(D. Nev. 2006)事件の被告は、インターネット検索サイトを運営するGoogleである。Googleは、Googlebotと呼ばれる自動サーチ・プログラムを用いて、継続的にインターネットを巡回させ、ウェブ・ページの位置を特定し、分類している。その際、Googleはウェブ・ページのHTMLコードをコピーしキャッシュとして蓄積する。Googleがユーザーに対して検索結果を表示する際には、このキャッシュを用いて、ウェブ・ページの内容を表示する。検索結果の先頭にはウェブ・ページのタイトルが表示され、クリックされると、当該ウェブ・ページにジャンプする。

タイトルの直後には、ウェブ・ページのごく一部を小さな文字で断片的に表示するスニペット(snippet)と呼ばれる箇所、URLを表示する箇所があり、さらに、キャッシュへのリンクが貼られている。キャッシュへのリンクをユーザーがクリックすると、オリジナルのページではなく、Googlebotが当該オリジナル・ページを最後に訪れた際にGoogleのシステム内にキャッシュとして保存されたコピーを表示する。その際には、そのページがGoogleのキャッシュから取ってきたものであってオリジナルのページではなく、現在のオリジナルのページはキャッシュとは異なるものである可能性があることが表示されるとともに、オリジナルのページへのリンクが

二つ貼られている。

こうしたキャッシュへのリンクには、第一に、アーカイバル・コピー(記録保管用)を提供するという機能(通信障害、検閲、アクセスの殺到、元ファイルの削除等の理由でユーザーが検索対象ページを閲覧できない場合に、これに代わって閲覧を可能とする)、第二に、ウェブの時系列的な比較を可能とする機能(Googlebotが最後に訪れた時点におけるページと現在のページを比較しうるようにする)、第三に、検索語の表示箇所を特定する機能(ユーザーの検索した語が当該ページで表示されている箇所をマーカーで示すことにより、オリジナルのページよりも検索目的と当該ページとの関連性の強弱をユーザーが迅速に判断しうるようにする)などの機能がある。

インターネットの規模を考えると、検索結果に表示してほしいか否か、キャッシュ表示をなしてよいか否かということ、個々のウェブサイトに関する権利者にGoogleが逐一問い合わせることは困難である。

他方で、インターネットの分野では、検索サイトに対する権利者の要望を伝える手段として機能する標準的なプロトコルが広く知られるようになってきている。たとえば、各サイトを組成するHTMLコード内に、`<META NAME="ROBOTS" CONTENT="NOINDEX, NOFOLLOW">`というメタ・タグを置いておけば、Googlebotは当該ページを分析しなくなる。`<META NAME="ROBOTS" CONTENT="NOARCHIVE">`というメタ・タグを置いておけば、Googleは検索結果は表示するが、キャッシュ表示を提供することはない(他の検索サイトと区別してGoogleに対してのみキャッシュ表示の提供を阻止するメタ・タグを置くこともできる)。このほか、`User-agent: * Disallow:/`というrobots.txtファイルをサイトに置いておけば、Googleなど検索サイトのロボットが当該サイトを徘徊することはない(逆に、検索サイトのロボットに制約なしにサイトを訪れるように仕向けうるrobots.txtファイルもある)。これらのプロトコルはインターネットの分野ではよく知られており、Googleのサイトでも紹介されている。

本件で問題となっているのは、原告Blake Field(以下、「Field」という)が創作した51個の作品である。Fieldは以前からGoogleを利用しており、キャッシュ表示が提供されていることも気づいていたが、一儲けをするために、本件訴訟を提起した。原告は上記メタ・タグ等のプロトコルを知

っていたが、逆に、全ての検索サイトが原告のサイトを訪れ、検索結果を表示するように仕向ける robots.txt ファイルを置いた。

その結果、Google のサイトには、原告の著作物を含むページのキャッシュが表示されることになった。Google は、原告が本件訴訟を提起したことを知ると、速やかにこれを削除するとともに、原告に対し、原告の意に反してキャッシュ表示する意図は無いことを書面で伝えた。

## 2) 裁判所の判断

原被告双方から略式判決の申立てがあったところ、裁判所は、Google は法律問題として著作権を侵害していないと判示した。詳細は、他の裁判例とともに後に検討するところに譲り、ここでは大まかに論点と裁判所の結論のみを列挙しておくことにする。

1. Google は直接著作権を侵害していない。
2. 複製と公衆送信に関する黙示的ライセンスがある。
3. Field が Google に対し問題の著作物について著作権侵害を主張することは禁反言にかかる。
4. Google の利用行為は著作権法107条のフェア・ユースに該当する。というのがその理由である。  
さらに、裁判所は、
5. DMCA (Digital Millennium Copyright Act) 512条(b)のシステム・キャッシュに関するセーフ・ハーバー条項に基づき、Google の損害賠償義務が免除されることを理由とする部分的略式判決も下している。

## 3) 問題となる論点

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006) には、キャッシングに関しアメリカ合衆国法上、問題となる論点のほとんどが顕れているが、ただ、原告が主張しなかったために、寄与侵害と代位責任の成否に関する論点は顕在化していない。そこで、これもくわえて問題となる論点を大別すると以下の五つに分けることができる。

1. 直接の著作権侵害があるかどうかという論点。
2. 寄与侵害ないし代位責任が成立するかどうかという論点。
3. 黙示的ライセンスないし禁反言があるかどうかという論点。

4. フェア・ユースが成立するかどうかという論点。
5. DMCA のセーフ・ハーバー条項の適否という論点。

以下では、他の裁判例の紹介も交えながら、これら五つの論点に関するアメリカ合衆国法の動向を鳥瞰することにした。

## 3 直接侵害

### 1) 序

検索ロボットで自動的にウェブ・ページを蓄積し、検索したユーザーからのリクエストに応じてこれを送信する検索サイトの管理者が、著作権を直接侵害しているのか、それともせいぜい寄与侵害 (contributory infringement) や代位責任 (vicarious liability) を負うに止まるのか、ということが問題となる。

直接の著作権侵害者は主観的要件の充足を必要としない厳格責任 (strict liability) を負う。この点は、侵害行為を知っていたか知るに足りる理由があったという主観的要件を要求する寄与侵害の責任や、侵害行為を管理する権限と能力があり侵害行為から利益を得ていたかということが要件となる代位責任とは異なるので、著作権侵害訴訟で問題とされている行為が直接の著作権侵害に該当するか否かという論点は重要な争点となる。

もっとも、後述する Netcom 判決の後、1998年の Digital Millennium Copyright Act (DMCA=デジタル・ミレニアム著作権法) によって、著作権法内にプロバイダー等やキャッシングに関しては所定の要件の下に厳格責任を緩和する免責条項が設けられているので(後述7参照)、問題の行為が直接の著作権侵害に該当したとしても、これらの免責条項が適用されれば、侵害が否定されるということに留意する必要がある。とはいうものの、後述するように、DMCA のセーフ・ハーバー条項が適用されるためには、notice and take-down の手続きを履践していたり、反復侵害を抑止するための所定の方策を実践していたりしなければならぬなどの制限があるので、直接の著作権侵害に当たらないという判断を得る意義は決して小さくないことに変わりはない。

## 2) 従前の裁判例<sup>(1)</sup>

アメリカ合衆国では、特に被疑侵害著作物が掲載されたBBSの管理者やプロバイダーが直接の著作権侵害を働いたことになるのかということが論点とされた。

当初、説示の上で、BBSの管理者を直接侵害者とみて著作権侵害の厳格責任を問う判決が続いたが(Playboy Enterprises, Inc. v. Frena, 839 F. Supp. 1552(M.D. Fla. 1993)(以下、「Playboy I判決」という)、Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 857 F. Supp. 679(N.D. Cal. 1994))(以下、「Sega 仮差止命令判決」という)<sup>(2)</sup>、その流れを変えたのが、Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-line Comm'n. Services, Inc., 907 F. Supp. 1361(N.D. Cal. 1995)(以下、「Netcom判決」という)<sup>(3)</sup>である。

事案は、ある宗教団体の批判者である同団体の元牧師が、同団体に対する議論や批判を行うことを目的として開設されているUSENET(ニュース・グループとも呼ばれる)に、同団体の教祖の著作物をアップロードしたために、著作権を有する原告が、元牧師と、元牧師が最初にアップロードしたBBSを管理するKlemesrud's、そして、当該BBSをインターネットに接続する大手プロバイダーNetcomを訴えたというものであった。

USENETは、インターネットで接続された複数のBBSにより構成されており、USENETを構成する一つのBBSに掲載された素材は、インターネットを経由して、順次、自動的に同じUSENETを構成する他のBBSに転送され、数時間のうちに、全世界の同一のUSENETに載るところとなる。本件では、元牧師が電話回線とモデムを用いることによりKlemesrud'sのコンピュータに自動的に素材を蓄積すると、USENETにより、当該素材が自動的にNetcomのコンピュータに転送され、さらに、自動的に同一USENET内の他のコンピュータに転送されていくというシステムになっていた。その間、Klemesrud'sのコンピュータには3日間、Netcomのコンピュータには11日間、素材が蓄積されていた。原告は、Klemesrud'sとNetcomに、元牧師がシステムにアクセスすることができないようにすることを求めたのだが、Klemesrud'sは、問題の著作物の著作権を原告が有することの証明を原告が拒否したために原告の申し入れを拒絶し、また、Netcomは、元牧師をインターネットから締め出すためには技術上、Klemesrud'sの数百のユーザーをインターネットから締め出さなければならなくなるとい

うことを理由に、やはり原告の申し入れを拒絶している。

このような事案の下で、Netcomからの非侵害に関する略式判決の申立てに対し、裁判所は、Netcomのシステム内に原告の著作物が蓄積されるという事実は、著作権と抵触する複製があったことを示しているが(Id. at 1368)、だからといって、Netcom自身はその複製を行ったことを意味するものではない(Id.)、と判示した。厳格責任を負担させるためには、なにがしかの意思や因果関係の要素が必要であって、第三者に被告のシステムが使用されたというだけでは不足があるというべきである、自動的にデータを複製し送信するシステムを設計し開設するというNetcomの行為は、公衆にコピーさせる機械を提供しているコピー機の所有者と変わるところはなく、直接侵害ではなく、寄与侵害の法理の下で責任を負うことがあるに過ぎないというのである。原告主張のように、Netcomを直接侵害者と擬することは、元牧師のメッセージを蓄積するUSENETの管理者全てに責任を負わせることになり、不合理であるとも理由付けている(Id. at 1368-1370)。また、公の頒布権と展示権侵害の成否に関しても、公衆がアクセスすることができるBBSにデジタルのコピーを単に保有していたに過ぎず、元牧師は、無数のプロバイダーにメッセージを送信することができたのであり、NetcomやKlemesrud'sが元牧師の頒布行為について特に責任があると結論づけることはできないと判示している(Id. at 1372)<sup>(4)</sup>。

結論として、Netcom判決は、元牧師のようなクライアントが直接侵害の責めを負うとしても、だからといって、システムを開設し管理するというインターネットを機能させるために必要不可欠な行為をなしているに過ぎない無数の関係者に責任を負わせるような法理を採用することはできないと判示する。原告は、時として、警告を受けたにもかかわらず、侵害を組成するファイルを削除しようとしないうる者に対して責任を負担させようとしているに過ぎないと主張するが、そのような法的責任を、認識の有無とは関係のない直接侵害の法理に基づいて構築することには無理があると述べている。

自らは著作権法106条に掲げられた行為をなしているのではない者に侵害の責任を課するのは、寄与侵害の法理が規律する分野であり、侵害の遠因となる行為がそれだけで直接侵害と評価されるのでは、直接侵害と寄与侵害を分類する意味がなくなるであろう(Playboy Enterprises, Inc. v. Russ

Hardenbergh, Inc., 982 F. Supp. 503, 512-513 (N.D. Ohio 1997))。アメリカ合衆国著作権法の解釈としては、Playboy I 判決よりも Netcom 判決の理解の方に説得力がある。

実際、Netcom 判決の打ち立てた法理は、その後の裁判例に踏襲されている。

たとえば、原告が著作権を有するクリップ・アートが掲載されたホーム・ページの開設者と、当該ホーム・ページをインターネットに接続するプロバイダーの著作権侵害責任が問われたという事件で、ホーム・ページの開設者に関しては、著作権侵害責任を認める旨の略式判決を下しつつ、プロバイダーに関しては、Netcom 判決を引用し、複製、頒布、展示の手段を提供しているだけであり、公衆の利用に供されたコピー機の所有者と同様、直接、これらの行為をなしているわけではなく、直接侵害者としての責任を負わない、とされている (Marobie-FL, Inc. v. National Ass'n of Fire Equip. Distributors & Nw. Nexus, Inc., 983 F. Supp. 1169, 1172-1178 (N.D. Ill. 1997))。多数のウェブサイトと提携して、ユーザーが会員になればそれらのサイトの閲覧が可能となる Adult Check システムを構築し運営する被告 Cybernet Ventures につき、問題の画像を蓄積するハードウェアを管理しているわけではなく、ネット上で公開するために画像の保管場所を移転したわけでもない以上<sup>5)</sup>、複製や頒布をしていることにはならず、また、公に展示したと断じることが疑問である、とされている (Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1168-69 (C.D. Cal. 2002))。BBS の管理者についても、直接侵害者ではなく寄与侵害者として責任を負うという法理が確認されている (Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 948 F. Supp. 923, 939-940 (N.D. Cal. 1996) (Sega 最終的差止命令判決))。

もともと、Netcom 判決の法理の下でも、クライアントからアップロードされるファイルが自動的に BBS 上に掲載されるのではなく、いったん BBS の管理者(の被用者)がこれを受け取って問題がないかどうか吟味したうえで一般のユーザーが閲覧しうる状態に移す場合には、BBS の管理者はもはや侵害行為が行われる場所を提供する受動的な主体に止まるものではなく、著作権侵害の過程に参与する積極的な主体に該当するので、直接侵害、具体的には頒布権と公の展示権の直接侵害者としての責任を負うと説く判決がある (Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenbergh, Inc., 982 F.

Supp. 503, 513 (N.D. Ohio 1997))。他方で、不動産物件の情報を提供するサービス・プロバイダーである被告 LoopNet が、主として仲介業者からなる会員に不動産物件のリストをポスティングすることを許容していたところ、会員からの画像がポスティングされた場合には被告の従業員が不動産物件の写真であるか、著作権表示など第三者の著作権を示す徴表がないかを大雑把に数秒間、確認し、問題ないと判断すると、「accept」ボタンをクリックしてポスティングを完了させていたという事案で、被告従業員のかかる行為があるだけで複製がなされているとか意思的な要素が加わっているということではできないと評価して、直接の著作権侵害とは認めなかった判決もある (CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 373 F.3d 544, 556 (4th Cir. 2004))。受動性と自動の要素を欠いている以上、アナログの通常の出版社と別異に取り扱う理由はない旨の反対意見も付されており (Id. at 560-561)、限界線上の事例といえよう<sup>6)</sup>。

### 3) 検索サイトに関する当てはめ

#### i) キャッシング・キャッシュ表示

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106, 1114-1115 (D. Nev. 2006)では、ユーザーがキャッシュ表示をクリックして、原告のウェブ・ページのコピーを Google のコンピュータからダウンロードする際に、Google が原告の著作権を直接侵害することになるのか否かということが争点とされている。

裁判所は、直接の著作権侵害を否定した。直接の著作権侵害が成立するためには、被告の意思的な行為が必要である、というのである。ユーザーがキャッシュ表示をクリックすることにより Google のキャッシュに蓄積されたウェブ・ページをリクエストする際に、キャッシュされたウェブ・ページを再生しダウンロードするのはユーザーであって、Google ではない。この過程において、Google はあくまでも受け身の立場に過ぎない。Google のコンピュータは自動的にユーザーのリクエストに回答したに止まる。ユーザーのリクエストに応じて自動的に非意思的になされた Google の行為は、著作権法上の直接侵害に該当しない、と説いた。

なお、この事件では、Googlebot がサイトを訪れページをコピーするという行為、つまりキャッシング自体が侵害であると主張されたわけではない。裁判所は、こうした行為は、インターネットの通常のユーザーがなす

行為であると付言している。その趣旨は詳らかではないが、インターネット上のウェブ・ページに自己の著作物を載せた以上、Field は、ユーザーがこれにアクセスしたうえで、自己のハード・ディスク等にファイルを蓄積することは容認していたと理解すべきであるということなのだろう。

その後の下された Parker v. Google, Inc., 422 F. Supp. 2d 492, 496-497 (E.D. Pa. 2006) も、キャッシング、キャッシュ表示が問題とされた事件で、Field 判決を踏襲し、USENET を自動的に蓄積し、ユーザーからの検索に応じてその一部を表示したとしても、直接の著作権侵害を構成するに必要な意思的な要素を充足しない、と説いている。

## ii) イン・ライン・リンク

通常のリンクに関しては、直接の著作権侵害には該当しないとする先例があるが (Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc., No. CV99-7654 HLH (BQRx), 2000 U.S. Dist. LEXIS 4553, at\*6 (C.D. Cal. Mar. 27, 2000))<sup>(7)</sup>、検索サイトに関する Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006) (以下、「Perfect 10判決」という) では、イン・ライン・リンク (in-line linking) が、直接の著作権侵害となるのかということが問題とされた。

この事件は、ヌード写真を掲載する雑誌 PERFECT 10 と有料サイト perfect10.com を運営している原告 Perfect 10, Inc. が、Google, Inc. 等を被告として、被告がその検索サイトにおいて、原告が著作権を有する画像をサムネイルとして表示していること、原告が著作権を有するフル・サイズの画像を(無権限で)提供している第三者のウェブサイトにリンクを張っていることにより、原告の著作権を侵害すると主張して申立てた仮処分事件である。後者のイン・ライン・リンクに関しては、それが、著作権法106条の定める著作権に抵触する行為である「公の展示(display)」に該当するか否かということが問題とされた。

Google のサイトでは、検索結果をサムネイル画像で表示することがある。このサムネイル画像を閲覧者がクリックすると、フレーム機能が用いられ、Google が管理するサーバーに保存されているキャッシュから拾われたサムネイル画像を表示する上層フレームと、オリジナルのフル・サイズの画像があるサイトを表示する下層フレームが表示される。上層フレームには、サムネイル画像がオリジナルの画像ではないことがわかるような表記が、オリジナルのサイトの URL とともに付されている。下層フレームはオリ

ジナルのサイトにイン・ライン・リンクを張ってこれを表示しているだけで、Google 自身はオリジナルのサイトを保存しているわけではない。もっとも、フレームは Google が提供しているので、閲覧者のブラウザのアドレス・バーに表示されるアドレスは images.google.com. となっている。Google は Google の検索サイトを活用して広告収入を得ている。

裁判所は、106条の「展示」の意義を考察する際には、物理的にウェブにコンテンツを提供すること、つまりユーザーのブラウザにデジタル情報を送信することを意味すると考える技術的なサーバー・テスト (server test) と、コンテンツをウェブ・ページに組み入れブラウザに抽出されるようにすることを意味すると考える統合テスト (incorporation test) の二つがありうること<sup>(8)</sup>を指摘したうえで、前者のサーバー・テストが適切な基準であると判示した (Id. at 843)。

その理由は、以下の五つである (Id. at 843-844)。

1. サーバー・テストは技術的に実際に起こっていることと符合する。
2. サーバー・テストを採用したとしてもは、Google のような検索サイトは直接の著作権侵害を免れるに過ぎず、別途、寄与侵害や代位責任の成否を問題としうる。
3. サーバー・テストは、統合テストに比して、ウェブサイトの管理者や裁判所が容易に理解しうる簡明な基準を提供する<sup>(9)</sup>。
4. 本件において最初に直接の侵害をなしたのは、原告のフル・サイズの画像を無断でネット上に掲載したウェブサイトである。
5. サーバー・テストは、ウェブにインデックスを付けてユーザーが情報をより容易に得ることを可能とする行為を直接の著作権侵害に該当しないようにするとともに、侵害コンテンツのホスト・サーバーを直接の著作権侵害に問責しうるようにすることで、著作物の創作を奨励するとともに情報の普及を促進するというデリケートなバランスを維持するものといえることができる。

結論として、Google のフレームやイン・ライン・リンクは直接の展示権侵害を構成することはないとした。

さらに、判決は、同様の理が、106条の頒布権 (distribution right) にも妥当する旨を説いている。フル・サイズの画像をユーザーのコンピュータに配信しているのは Google ではなく、フル・サイズの画像を置いているウ

ウェブサイトである、というのである (Id. at 844-845)<sup>(10)(11)</sup>。

この事件の控訴審判決である *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007) も、これらの点に関する原審の判断を踏襲している。Google は画像のコピーを送信するのではなく、ユーザーのブラウザにオリジナルのサイトから画像を受信するように HTML で指示しているに止まる、というのである。

### iii) サムネイル表示

*Perfect 10, Inc. v. Google, Inc.*, 416 F. Supp. 2d 828 (C.D. Cal. 2006) では、検索サイトに表示されるサムネイルの取扱いも争点となっており、裁判所は、Google が作成し保存しているサムネイルに関しては、サーバー・テストにより Google が直接これを展示している、と判示した<sup>(12)</sup>。サーバー・テストとは適合的であるが、しかし、サムネイルが検索ロボットにより自動的に表示されるとすれば、意思的な行為を欠くという意味でキャッシュ表示と変わるところはないはずである。

この論点に関しては、控訴審判決である *Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc.*, 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007) のほうが、相対的に詳しく論じている。Google がサムネイル画像を蓄積しユーザーに送信している以上、*Perfect 10* の展示権を直接侵害しているというのである。その際、本件において Google はこれらのサムネイル画像の蓄積と送信を始動し管理しているので、BBS や類似のシステムを受動的に管理しているに過ぎない者が、ユーザーからのポスティングに起因して、著作権の展示権や頒布権を侵害することになるのかという論点は扱う必要はない、と付言している。

たしかに、キャッシュは元のオリジナルのサイトにおいて既にアップロードされていたものと同じものを表示しているに止まるのに対して、サムネイル表示はオリジナルのサイトにアップロードされていたものとは異なり、検索サイトがなければこの世には存在しなかったものである。換言すれば、キャッシュについては、著作物を直接利用している者(オリジナルのサイト)が別途存在することは明らかであるが、サムネイルについてはそうではなく、検索サイトを直接の利用者と観念しないと、厳格責任を負う者がいなくなりがねない。

判決は、「始動」と「管理」という概念を持ち出している反面、これまで直接侵害を判別するメルクマールとして裁判例で用いられてきた「意

思」という概念には言及するところがない。従前の裁判例における「意思」という要件が、行為者の主観的な態様を問う要件ではなく、問題の行為に(最も)強い原因を与えた者を析出する要件として機能しているに止まると理解するのであれば、控訴審判決のような裁判例が現れても不思議はないということなのだろう。

## 4 寄与侵害と代位責任

### 1) 序

直接の著作権侵害行為を働いていないと評価される場合でも、著作権侵害に関与した責任を問われることがある。それが寄与侵害 (contributory infringement) と代位責任 (vicarious liability) の法理である。

### 2) 従前の裁判例

#### i) 寄与侵害

寄与侵害は、直接の著作権侵害を知っている(現実の認識)か、知るに足りる理由がある(擬制的な認識)にもかかわらず、著作権侵害を教唆、誘発したり、侵害に実質的に寄与した者に責任を課す法理である。

たとえば、地方における興行を成り立たせるために聴衆の会員組織を作り、実演家を選定し、選曲を掲載したプログラムの印刷等を手配し、収益を得たコンサートの興行者は、実演家の著作権侵害について代位責任とともに寄与侵害者としての責任を負う、とされている (*Gershwin Publ'g Corp. v. Columbia Artists Mgmt., Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971))。ライセンス料不払いを理由に楽曲の使用に関するライセンス契約を解除されていたにも拘わらず、問題の楽曲を使用しうることを前提としてフランチャイズに関する権利を譲渡した者も、譲受人のレストランにおける著作権侵害につき寄与侵害者としての責任を負う、とする判決もある (*Casella v. Morris*, 820 F.2d 362, 365 (11th Cir. 1987))。

寄与侵害に関しては、重要な最高裁判決が二つある。

一つが、SONY ベータマックス訴訟として知られる *Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417 (1984) (以下、「SONY 最判」という)<sup>(13)</sup>である。

アメリカでは私的複製を明確に非侵害とする明示的な条文がない。そのような環境下で、SONYの発売するベータのビデオデッキの製造販売行為が、テレビ番組の家庭内録画という直接の著作権侵害を誘発しているから、寄与侵害に該当するという理由で、映画会社 Universal City Studios が Sony Corp. of Am. 等を訴えたという事件である。後述するように(6 2))、最高裁は、少なくともタイム・シフティング目的の家庭内の録画行為はフェア・ユースに該当すると判断し、その結果、ビデオデッキには実質的に非侵害の用途があるということになるから、その製造が寄与侵害を構成することはないと判示した。

もっとも、このSONY最判に対しては、後に若干の修正がなされることになる。それが、第二の重要な最高裁判決であり、Grokster事件として知られる Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913 (2005) (以下、「Grokster 最判」という)<sup>(14)</sup>である。中央サーバーを必要とすることなくユーザー間のファイル・シェアリングを可能とする P2P(peer to peer)ソフト<sup>(15)</sup>を頒布した Grokster と Stream Cast に対し、映画会社 MGM 等が著作権侵害訴訟を提起したという事件である。下級審では、ユーザーの直接の著作権侵害行為が肯定されたものの、SONY 最判が引用されて寄与侵害が否定され、また代位責任も否定されたのだが、最高裁は原判決を破棄し、事件を原審に差戻した。Grokster 等は、SONY 事件とは異なり、(別件訴訟で著作権侵害が肯定された)Napster ファイル共有ソフト(iii)参照)に代替するサービスを提供することを目的としており、Napster のユーザーを取り込むことを計画したり、その名前が Napster を想起させるものだったり、検索エンジンに導かれて訪れることを促すコードを自社のウェブサイト仕組むなどの積極的な行為をなしていたことがあだとなり、それにもかかわらず、両者は侵害を減少させるメカニズムを構築せず、むしろユーザーがソフトウェアを使用している最中に表示される広告スペースを販売することで利益を得るビジネスモデルを採用していることなどの事情が斟酌された結果、特許法271条(b)の積極的誘引の法理<sup>(16)</sup>が援用されたのである。製品の特徴やそれが侵害に用いられるかもしれないという認識を超えて、侵害を促進する言明や行動があることが示された場合には、SONY 最判のルールは適用されないというのである (id. at 934)<sup>(17)</sup>。

## ii) 代位責任<sup>(18)</sup>

代位責任は、著作権侵害行為をコントロールする権利と能力があるとともに、侵害行為から経済的な利益を受けていることという二つの要件を充足する場合に責任を肯定する法理である。

伝統的には、代位責任の成否は、問題の事案が家主ケース(the landlord cases)に該当するのか、それとも、ダンス・ホール・ケース(the dance hall cases)に該当するのかという分類により判断される(Shapiro, Bernstein & Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304, 307-308 (2d Cir. 1963))。

すなわち、貸主が財産を管理する権限を店子に委譲する家主ケースでは、当該貸与契約が締結された時点で侵害が差し迫っていることを貸主が認識していなかった場合には、責任が否定される。たとえば、主催者に貸与したコンサート・ホールで著作権を侵害する演奏が公に行われたという事件で、直前に著作権者から警告を受けていたとしても、既に契約により拘束されている貸主は侵害の責任を負担しないとする判決がある(Fromont v. Aeolian Co., 254 F.2d 592, 593-594 (S.D.N.Y. 1918))。

他方で、財産を管理する権限を保有しており、出演者の活動を監督し侵害行為を停止させる権利を有しているダンス・ホールの所有者は、顧客を呼び寄せるために興行を利用し侵害から利益を得ている以上は、責任が肯定されることになり、その場合には実演を行ったのが被用者なのか独立した事業者なのか、ダンス・ホールの所有者自身が選曲したのか、もしくは、著作権の存在を認識していたのかといった事情は侵害の成否に影響しないとされる。たとえば、オーケストラを雇った者の責任を肯定した判決(Dreamland Ball Room, Inc. v. Shapirio, Bernstein & Co., 36 F.2d 354, 355 (7th Cir. 1929))、競馬場の所有者に独立した請負業者による競馬場内での演奏による侵害の責任を肯定した判決(Famous Music Corp. v. Bay State Harness Horse Racing & Breeding Ass'n., Inc., 554 F.2d 1213 (1st Cir. 1977))がある。

ゆえに、デパートの所有者が契約上、テナントの従業員の活動を監督する権利を保有しており、売上の10ないし12%を収受している場合には、家主ケースではなくむしろダンス・ホール・ケースに分類され、デパートの所有者はテナントの店舗で海賊レコード盤が販売されていることによる侵害の責任を負うと判示された。

この点に関し、コンピュータ・ネットワークに関する事件ではないが、よく引用されるのが、*Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.* 76 F.3d 259, 261-264 (9th Cir. 1996) (以下、「Fonovisa 判決」という)である。

この事件では、フリー・マーケットのテナントが著作権を侵害するテープを販売した場合に、マーケットの管理者が代位責任を負うか否かということが争点となった。裁判所は、原告の主張によれば、廉売されている侵害品を購入しようとする需要者から直接流れ込む入場料、売店のスタンドの売上げ、駐車料から利益を得ているというのであるから、原告の訴状を却下した原判決は誤っており、手続きを先に進めるべきであると判示した。

本判決に関しては、代位責任の成立要件の一つである利益収受の要件について、インターネットのプロバイダーとの関連が取り沙汰されている(iii)参照)。

### iii) インターネット上のサービスの提供者の寄与侵害・代位責任の成否に関する裁判例

インターネット上のプロバイダーの責任に関しては、*Grokster* 最判以前の裁判例となるが、先に紹介した *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-line Commc'n. Services, Inc.*, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995) が重要である<sup>(19)</sup>。

同事件で、裁判所は、プロバイダーに関して直接の著作権侵害を否定するとともに、寄与侵害の成否に関し、以下のように述べて、事実審理が必要となると判示している。すなわち、原告からの警告を受けた後は、Netcom が侵害について認識したか、認識する理由があったか否かという事実の問題が発生し (Id. at 1374)、しかも、Netcom は元牧師の侵害を組成するメッセージをコンピュータ上に残し、世界の他の USENET のサーバーにさらに頒布されることを許容しているのだから、原告の著作物に対する損害が拡大することを防ぐことができる簡単な手段があったのだとすれば、侵害を認識したにもかかわらず問題のメッセージを公に頒布するという目的を元牧師が完遂することを幫助しつづける行為は、寄与侵害に該当するといふべきである、という (Id. at 1375)。

さらに、同判決は代位責任の成否についても言及しており、侵害者の行為をコントロールする権利と能力があるか否かという代位責任成立の第一の要件に関しては事実審理を要するとしても (Id. at 1376)、侵害から直接、経済的な利益を受けているか否かという第二の要件に関しては、

Netcom は定額の料金を徴収するに過ぎず、元牧師の侵害行為が Netcom のサービスの価値を高めたり、新たな会員を引きつけたりしたという証拠も示されていないので、この要件に関して事実の問題は未だ生じていない、と判示した (Id. at 1376-1377)<sup>(20)</sup>。

Netcom 判決により、第一に、寄与侵害に関して、プロバイダーは所定の主観的要件が備われば、寄与侵害の責任を負担する可能性があることが示された。

問題となるのは、どの程度の事情が備わると、認識、特に擬制的な認識があると認定されるのかということである。この点、相当量の侵害著作物がサイトにポスティングされる可能性があるということを知っているだけで、認識が擬制されてしまうのでは、プロバイダーにとって事前に侵害を効果的に抑止する方策がない以上、インターネットの発展のためにプロバイダーの責任を限定しようとした Netcom 判決や1998年の DMCA による著作権法改正(後述7参照)の趣旨が達成されえなくなる。ゆえに、Netcom 判決の一つの意義は、主観的要件の充足する可能性を、侵害著作物を特定して指摘する警告がなされた後に止めたところにある (see, *CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc.*, 164 F. Supp. 2d 688, 698 (D. Md. 2001), *aff'd*, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004))。

さらに、警告がなされた後に関しても、同一著作物に関して再度ポスティングされることについてまで認識を擬制してよいのかということは、侵害を抑止する手段がありうるのかということと関連して、事実問題として判断される必要がある旨を説く判決もある (*CoStar*, 164 F. Supp. 2d at 698-699, 707)<sup>(21)</sup>。

このような理解の下では、寄与侵害に関する主観的要件の充足については事実審理がなされる必要があり、法律問題として判断しえないとされることになろう (Id. at 707-708)。たとえば、プロバイダーの認識の有無および認識の時点、モニターやコントロールの程度やその能力が不明である以上、略式判決により判断を下すことはできないとする裁判例がある (*Marobie-FL*, 983 F. Supp. at 1178-1179)。もっとも、原告著作権者が被告 AOL に著作権侵害を警告する email を送信していたところ、AOL のほうにメール・アドレスの変更等の受信体制に不備があったという事件で、合理的な陪審であれば、侵害行為を認識する理由があると判断すると認定する

判決もある(Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1077(9th Cir. 2004))。

第二に、代位責任に関しては、Netcom 判決と、その後の下された前述の Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc. 76 F.3d 259 (9th Cir. 1996) との関係が問題となる<sup>(22)</sup>。

一方では、インターネットのプロバイダーは、サイトの閲覧者の増加により、加入者数が増え、広告収入が増大し、ブランドの認知度も高まるという利益を受けるのだから、Fonovisa 判決の説示に従えば、サイトに侵害著作物がポスティングされたというだけで、利益收受の要件を満足すると解する考え方がありえる(結局、権限と能力の要件のほうの充足を否定したが、Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 851-858 (C.D. Cal. 2006))。しかし、この論法だと、プロバイダーに関しては、代位責任の二つの要件のうち、利益收受の要件が常に満足することになりかねず、プロバイダーの責任を軽減しようとした Netcom 判決や DMCA の趣旨が果たし得なくなるということが懸念されよう(see, Ellison, 357 F.3d at 1079)。

他方で、Netcom 判決に従い、Fonovisa 判決の事案にも着目して、そのように抽象的に収益が高まる可能性があるというだけでは足りず、当該侵害著作物から実際に被告が利益を収受しているということが具体的に示される必要があると理解する考え方もある<sup>(23)</sup>。

この論法を採用する裁判例としては、たとえば、Netcom 判決を援用し、ホーム・ページの開設者にアクセス回数に関わりなく固定料金を課していたので、プロバイダーは開設者の著作権侵害により経済的な利益を得ていないとして責任を否定する判決(Marobie-FL, 983 F. Supp. at 1178-1179)、被告 AOL が侵害により会員数を増加させるか維持しているということが示されるか、もしくは、侵害を止めたことにより会員を失ったということを示す証拠がない以上、陪審が経済的な利益を収受していると合理的に判断することはないとした判決(Ellison, 357 F.3d at 1079)がある。

ただし、いずれにせよ、直接侵害との関わり合いが深くなれば、寄与侵害や代位責任が認められることには変わりはない。

たとえば、寄与侵害や代位責任の肯定例としては、Grokster 最判以前の裁判例であるが、中央サーバー型のファイル共有ソフトを用いて音楽著作物のファイル共有システムを提供する Napster を被告として、レコード会社が訴訟を提起した A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th

Cir. 2001) (以下、「Napster 判決」という)<sup>(24)</sup>が著名である。

同事件では、音楽著作物を被告 Napster のユーザーがネット上にアップロードしたりダウンロードすることにより頒布と複製という直接の著作権侵害が行われていることに対して、Napster が寄与侵害や代位責任を負担するのかということが争点となった。寄与侵害に関しては、被告のサービスがなければ、ユーザーは容易に欲する音楽を見つけてダウンロードしえないということを理由に、実質的に直接侵害に寄与したと判示した地裁判決を支持している(Id. at 1022)。代位責任に関しても、Napster はユーザーとの間でユーザーが違法行為をなした場合にはサービスを停止する権限を留保しており、ファイル名インデックスを活用して、おおよそではあるが侵害著作物を探索しうる能力があること、そして、その将来の収益はユーザー数の増加に依存していることを理由に、代位責任の成立を肯定している(Id. at 1023-1024)。

その後下された In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 650, 653-654 (7th Cir. 2003)<sup>(25)</sup>でも、ファイル・シェアリング・ソフトが問題となった。ユーザーは一度、Aimster のサイトから必要なソフトウェアをダウンロードしてくれば、あとはネット上で自由にファイル交換ができるようになる。つまり、最初のダウンロードに関しては Napster と同様に中央管理型なのであるが、その後は、Grokster のように非中央管理型の P2P が問題となっていると評しうる事件である。音楽著作物の著作権者が Aimster を訴えた。同じく Grokster 最判以前の裁判例である本件は、寄与侵害に関しては、Aimster のサービスが非侵害目的のために利用されているという証拠が示されていないこと、そして、侵害利用が実質的なものである場合には、侵害を少なくとも実質的に減少させることに不相応に費用が係ることを立証しなければならないということを理由に、SONY 最判の抗弁を認めなかった。現在では、Grokster 最判の積極的誘引の法理のほう援用されることになる事案であるように思われる。Aimster のサービスの暗号化機能によってユーザーがコピーされた曲を知ることができずとしても、サービスの利用者の侵害をなしているということを強く疑っている本件では、寄与侵害に必要とされる故意を欠くということとはできないともされている(代位責任の成立に関しては、原審と異なり、疑義を表明している)。

また、多数のウェブサイトと提携して会員制の Adult Check システムを構築した被告運営者が、Adult Check のブランドの下で宣伝広告を行い、提携下のウェブサイトに通じて会員となったユーザーの数に応じた手数料を支払い、技術やコンテンツに関するアドバイスをなし、個々のサイトを監視し、Adult Check という統一のブランドの下で均質のサービスが提供されるようコントロールしており、収受した会員料の約1/2を自己に留保していたという事件で、提携下にあるウェブサイト上で発生した著作権侵害を増殖させるのに実質的な寄与があると評価して寄与侵害を肯定するとともに、違法行為があった場合に速やかにリンクを止め提携関係を解消する旨を宣言しているとともに、被告は提携下のウェブサイトの内容がユーザーを惹きつける魅力に依存しているところ、提携下のウェブサイトでの原告の画像の侵害件数が10,000枚に上るといふ事情の下では、被告は侵害行為から経済的な利益を得ているとともに、これを管理する権限と能力があると評価して、代位責任を肯定する判決がある(Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1168-69 (C.D. Cal. 2002))。

この他、ユーザーがゲームをコピーしていることを認識しつつも、無権限のアップロードを奨励し、ダウンロードのためにゲームの同一性を簡単に確認できるようなロード・マップをBBSに掲示しているので、寄与侵害者としての責任を負うことは明らかであると判示する判決(Seга Enterprises Ltd. v. Maphia, 948 F. Supp. 923, 931-933 (N.D. Cal. 1996))、BBSの管理者がクライアントにアダルト写真を含むファイルのアップロードを奨励し、会員ユーザーが多数のファイルにアクセスしうることにより利益を受けており、しかも、当該BBS上で侵害が起りやすいということに関し少なくとも擬制的な認識を有しており、Playboy 誌が最も著名であり広く普及しているアダルト系の雑誌である等の事情を斟酌して、BBSの管理者について寄与侵害責任を肯定する判決(Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenbergh, Inc., 982 F. Supp. 503, 514 (N.D. Ohio 1997))がある。

### 3) 検索サイトに関する当てはめ

検索サイトに関わる利用形態のうち、キャッシングやキャッシュ表示、サムネイル表示あるいはイン・ライン・リンクは、直接の著作権侵害の成

否が問題とされる行為であるが、それが他者の侵害行為を誘発するなど、何らかの形で他者の直接の侵害行為に関わっていると評価される場合には、寄与侵害や代位責任の成否が問題となる。

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006)では、原告が寄与侵害も代位責任も主張しなかったため、これらの責任の成否は争点となっていない。

続くParker v. Google, Inc., 422 F. Supp. 2d 492, 498-499 (E.D. Pa. 2006)では、Googleのキャッシュへの保存行為と、ユーザーの検索に対して検索結果を提供する行為により、寄与侵害が成立するか否かということが争点とされたが<sup>(26)</sup>、寄与侵害の成立に必要なとされている第三者の侵害に関するGoogleの認識の要件が主張されていないとして、主張自体失当とされた。

同事件では、代位責任の成否も争点とされたが、侵害行為を監督する権限と能力については関連する主張がなく、侵害により利益を得ていることという要件に関しても、Googleの広告収入がユーザー数と直接関係しており、ユーザー数は被疑侵害行為をGoogleが容易としたり関与していることに直接依存すると抽象的に主張するに止まり、侵害行為とユーザーの関係、ひいては明白かつ直接的な経済的な利益の主張とはなっていないとされて、主張自体失当とされた(Id. at 499-500)。前述した利益収受に関する二つの見解のうち、後者を採用したのである。

より詳細に、寄与侵害、代位責任と検索サイトの関係を論じたのが、Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 851-858 (C.D. Cal. 2006)とその控訴審のPerfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007)である(3 3) ii)参照)。

この事件で被告Googleに寄与侵害、代位責任が成立するためには、Google以外の誰かが直接の著作権侵害をなしていることが必要となる。原告Perfect 10が主張したのは、第一に、被告Googleの検索サイトのイン・ライン・リンクの結果、アドレスが表示される第三者のサイトが原告著作権者Perfect 10の画像のコピーを無断で複製、展示、頒布していること、第二に、Googleの検索サイトのユーザーがそのような画像をダウンロードすることで無権限の複製をなしていることの二つである。

このうち、後者の論法については、原告Perfect 10は、Googleのユーザーが実際にそのような複製を行っていることについて証拠を提出してい

ない<sup>(27)</sup>として、退けられているので<sup>(28)</sup>、残るは、前者の論法となる。

寄与侵害に関し、1審では、Napster 事件との比較が詳細になされている。そのうえで、Napster 事件では、Napster のサービスは、それなしにはアクセス不可能な個別ユーザーのハード・ディスクに蓄積された音楽著作物のファイルをユーザーが探索することを可能とするものであったのに対して、Google のサービスは公衆がアクセス可能なウェブにある全ての情報の探索を容易にするものであるに止まるので、直接の侵害行為に実質的に寄与したとはいえない、と判断された(416 F. Supp. 2d at 855)。原告 Perfect 10は、侵害サイトにおいて Google が推進する AdSense プログラム(後述6 3 ii)参照)を侵害サイトが採用している場合に、侵害サイトがそこから収益を受けるという形で Google は侵害に実質的に寄与しているとも主張していたが、裁判所は、収入がどの程度であるかという証拠すら提出されていないということを指摘するとともに、AdSense プログラムがなくても、Google の画像検索が発展するより前からそのようなウェブサイトは存続していたものであって、Google の検索が閉鎖されても存続し続けると考えられること等を理由に、Google が実質的に寄与しているということはありません、と判断している (Id. at 856)。

しかし、こうした原審の寄与侵害の成立に対する消極的な判断は、控訴審によって覆されることになる。ウェブサイトが世界的な市場に向けて著作権を侵害するコピーを頒布し、ユーザーが侵害品にアクセスすることを、Google が実質的に支援していることに疑いはなく、かりに Google が検索サイトを使って Perfect 10の著作権を侵害する画像を入手することができることを認識しており、Perfect 10の著作物に対するさらなる侵害の拡大を防ぐ簡単な手だてがあるにもかかわらず、そのような方策を講じなかった場合には、寄与侵害としての責任を負うこともありうる、というのである。その結果、本件では、Google に対してなされた Perfect 10の警告の適切性や、Google にとって侵害画像へのアクセスを提供しないようにする合理的かつ実現可能な手段が存するかという点に関して、さらなる審理が必要であるとされ、事件は原審に差戻された<sup>(29)</sup>。

代位責任については、1審は、前述した Fonovisa 判決や Napster 判決に従えば、Google もユーザーの閲覧数の増加により広告収入やブランドの認知度などの点で経済的な利益を得ていることになる、と説いた。利益収受に

関する二つの見解のうち前者を採用したとすることができる。しかし、結論としては、もう一つの代位責任の要件である権限と能力要件の充足を否定している。すなわち、Napster 事件において Napster は非開放型の閉じたシステムを扱っており、Napster が侵害コンテンツに対するリンクを停止すれば当該コンテンツは利用不可能になるのに対して、Google はインターネットを相手にしており、Google がリンクを停止しても、リンク先がアクセス不能になるわけではない。ゆえに、Google が、AdSense パートナーをモニターしパートナーシップ関係を終了する権限を留保しているとしても、侵害をコントロールする権限と能力があると認めることはできない、というのである。裁判所は、Google のソフトウェアは個々の画像を分析する能力はなく、他のこの世に存する全ての著作物をもとより、Perfect 10が Google に提出する一連の画像と比較することができないということも付言している (Id. at 857-858)。

控訴審も、代位責任に関しては、Perfect 10の主張を認めなかった。侵害コピーの複製、展示、頒布を停止したり制限する権利を Google に与えるような契約関係が、Google と侵害サイトの間にあるということは示されておらず、AdSense プログラムがあるとしても、同プログラムの終了後も、侵害を継続することは妨げられていない、というのである。Napster との比較や Google の画像の検索能力という点についても、1審判決をほぼ踏襲する説示をなしている。

## 5 黙示的ライセンスないし禁反言

黙示的ライセンスに関しては、Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106, 1115-1117(D. Nev. 2006)は、他(当事)者が、権利者が当該利用に同意していると推測するのが相当である場合に、黙示的ライセンスがあると認定されるころ、ウェブ・ページに、キャッシュ表示を希望しないことを伝えるものとしてよく知られており、業界標準をとっている所定のメタ・タグ(“no-archive” meta-tag)を置いておけば、検索サイトのキャッシュを阻止することができる。原告はそのことを知っていたにもかかわらず、換言すれば、Google が当該メタ・タグがないということはキャッシュ表示することを許されたことと理解することを知りながら、当該メタ・タグを置かなかつ

ただから、Google に対して許諾を与えたものと解釈するのが相当であると判示している。

また、禁反言<sup>(30)</sup>に関しても、原告が被告の侵害行為を支援したり、他の方法により助長した場合、あるいは、沈黙や不作為による隠し立てなどの秘密裏の行動をとった場合には、著作権侵害の主張をすることが禁反言にかかる。禁反言が認められるためには、

1. Field が Google の被疑侵害行為を知っていること。
2. Field が、Google が Field の行為を信頼するよう意図するか、もしくは、そのように意図している Google が信ずるに足るような行動をとっていること。
3. Google は真実を知らないこと。
4. Google は Field の行動を信頼し、それにより不利益を被ったこと。

という四つの要素があることが証明されなければならないが、本件では法律問題としてそれが認められる、とされた。

## 6 フェア・ユース

### 1) 序

アメリカ合衆国著作権法107条によれば、著作物の利用がフェア・ユースとして侵害を阻却されるか否かの判断に際しては、

1. 利用の目的と性質、
2. 利用された著作物の性質、
3. 利用された著作物全体に占める利用された部分の量と実質的な価値、
4. 利用された著作物の潜在的な市場や価値に与える利用の影響

等の要素が考慮される。

もっとも、これらは決定的な基準というわけではなく、衡量要素に止まるとされている。また、以下に紹介するように、これらの基準の全てが等しく重視されるということでもない。

### 2) 従前の裁判例

フェア・ユースの法理は、アメリカでは判例によって発達したものである。それが、現在の著作権法である1976年の現行法制定の際に条文に高め

られたものが、現在のアメリカ著作権法107条の定めるフェア・ユースの法理である<sup>(31)</sup>。ここでは、重要な最高裁判決を中心に同法理を俯瞰しておく<sup>(32)</sup>。

まず一つ目が、先に紹介した Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984)である<sup>(33)</sup>。SONY の発売するベータのビデオデッキの製造販売行為が寄与侵害に該当するか否かということ判断する前提として、家庭内でテレビ番組を録画する行為が著作権の直接侵害を該当するかどうかということが争点となった。下級審段階では一旦は侵害を肯定する判決も出たというハード・ケースであったが、最高裁では、5対4の1票差で家庭内での行為をフェア・ユースだと認めている。

このケースでは、多くのユーザーがタイム・シフティングのために、つまりライブラリー目的ではなく、放送時間帯に視聴が困難なので後で見るために録画していたということが重視された。最高裁の理解では、少なくともタイム・シフティングの目的であれば、それはフェア・ユースになる。そうするとかなりの数がフェア・ユースだということになるから、実質的に適法に使われる用途がある機械だということで、寄与侵害が否定された。

このケースの判例法理の意義の一つとして、著作物全体の複製でもフェア・ユースになり得るということである。つまり、107条には第三の要素で、著作物全体に占める利用された部分の割合が肝要であると規定されている。そうすると、いくらタイム・シフティング目的とはいえ、映画を最初から最後まで全部録画するというのは、これはフェア・ユースに当たらないのではないかという議論をなすことも可能である。しかし、この判決は、決してそれは決定的ではなく、タイム・シフティングであれば、三番目の要件よりは四番目の要件の方が重要であり、ライブラリー目的でなければ、著作権者である映画会社に与える影響は大きくはない旨を説き、完全なコピーであってもフェア・ユースになり得るということを認めた。

また、従前は、変形的な利用(transformative use)ほどフェア・ユースが認められやすく、他方でそのまま複製する消費的利用(consumptive use)は基本的にはフェア・ユースとは認められないといわれていたところ、このケースはそのままの完全なコピーでもフェア・ユースに当たり得るということを、最高裁として確認したという意義もある。

二番目は Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) (以下、

「Campbell 判決」という)<sup>(34)</sup>である。これは Pretty Woman という映画の主題歌にもなった楽曲を揶揄してパロディストが書き換えたというケースである。パロディストは、一旦は著作権者に断られたのだけれども、パロディの楽曲の発売に踏み切ったのである。

本件もまたハード・ケースである。先ほどの SONY 最判では、完全にコピーしているということと、変形的利用ではなかったという二つの関門があった。これと比べると、Campbell 判決の方は、パロディ目的で変形的利用であるという点はフェア・ユースに有利であるが、他方で、SONY 最判における著作物の直接の利用者であるユーザーの方は私的な目的を有していたのに対し、Campbell 判決の直接の利用者である被告には営利目的があった。たとえば、従前では、下級審ではあるが、ミッキーマウスがいかかわしい行為をしているようなパロディについて、フェア・ユース該当性を否定し、侵害とする判決が下されている (Walt Disney Productions v. Air Pirates, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978))<sup>(35)</sup>。

しかし、最高裁は、フェア・ユースを否定した原判決を破棄し、事件を原審に差戻した。ある特定の思想を持っている原作を揶揄するというパロディ目的が認められないわけではないから、変形的利用として認めるべきであり、そうだとすれば営利であるからといって必然的に侵害となるわけではない。そして、最も重要なファクターである第四の要素を考慮するに際して、パロディが原作品に代替しうるものであるのかどうかということを顧慮すべきであり、パロディの批評の威力により原作品の市場に与える影響を斟酌してはならない、というのである。

この判決の結果、さらに営利目的であっても変形的利用であればフェア・ユースと認められる可能性があるということが明らかになった<sup>(36)</sup>。

三つ目は、Williams & Willkins Co. v. United States, 487 F.2d 1345 (Ct.Cl. 1973), *aff'd* by an equally divided court, 420 U.S. 376 (1975) である。NIH (National Institutes of Health, 国立衛生研究所) において研究者や他の図書館の求めに応じて、医学の雑誌論文などを複写するというサービスを行っていたところ、この行為が著作権を侵害するかどうかということが問題となったという事件である。下級審ではフェア・ユースに当たり得るとする判決が出たが、最高裁では同数に分かれた結果、特別の説示をすることなく、原判決が維持された。

しかし、その後、大分、時間が経ってから、下級審では、類似の事案で著作権侵害を肯定する判決として、Am. Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 930-932 (2d Cir. 1994) が下されている。同事件は、石油会社 Texaco の社内研究所が一部購入した雑誌を回覧させ、所属の研究者にコピーさせていたというケースである。Williams & Willkins 事件の下級審の判断を押し及ぼせばフェア・ユースに該当しうる行為であるが、このケースでは侵害とされた。

決め手となったのは当該雑誌を発行している出版社が、コピーライト・クリアランス・センターつまり集中処理機関を通じたライセンス供与の用意をなしていた点である。これは、Williams & Willkins 事件の時代にはほとんどなかった事情である。裁判所によれば、このような市場ができるときに、本件でフェア・ユースを認めてしまうと、第四の要素、つまり著作権者に与える経済的な不利益があるということになる。本件では、コピーライト・クリアランス・センターがあるということが、著作権を強める方向に斟酌されたのである<sup>(37)</sup>。

### 3) 検索サイトに関する当てはめ

#### i) キャッシュ表示

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106, 1117-1123 (D. Nev. 2006) は、Google 自身がキャッシュ表示をなすために原告の著作物を複製し公衆送信する行為は、フェア・ユースに該当すると判示した。

「第一のフェア・ユースのファクターは、キャッシュ表示が高度に変形的なものであるので Google に有利である。第二のフェア・ユースのファクターは、Field がその作品の全体を可能な限り広汎なユーザーに無料で利用可能としていることを考慮すると、僅かながらフェア・ユースの認定に不利に働くに止まる。第三のフェア・ユースのファクターは、Field がその変形的な利用にとって必要とされるものを超えて著作物を利用していない以上、中立的である。第四のフェア・ユースのファクターは、Field の著作物の潜在的な市場に与える影響を示す証拠がない以上、強力でフェア・ユースを肯定する方向に働く。そして、第五のファクターによる衡平的な観点からの比較衡量も、同様に、フェア・ユースを支持する。」

このうち、特に重視されたのが、第一と第四のファクターである<sup>(38)</sup>。

第一の利用の目的と性質に関しては、裁判所は、Google のキャッシュ表示は原告の著作物とは異なった、社会的に重要な目的に奉仕するものであり、単に元の著作物に代替しようとするものではないので、Google の複製や公衆送信は変形的なものということができる、とした<sup>(39)(40)</sup>。

具体的な理由として、以下のものが掲げられている。

1. Google のキャッシュ表示は、元のページにアクセス不能である場合に、インターネットのユーザーがコンテンツにアクセスすることを可能とするものであって、元の著作物に代替するものではないこと<sup>(41)</sup>。
2. キャッシュ表示により異なる時点における特定のウェブ・ページの比較が可能となる場合、この機能は元のウェブ・ページ単独では発揮することができないものであること。
3. キャッシュ表示は、ユーザーが検索した語にマーカーを付して表示することで、元のウェブ・ページのどこに検索語が表示されているのか、どの程度検索に関連するページなのかということユーザーが迅速に判断できるようにするものであるところ、元のウェブ・ページにはそのような機能はない。
4. Google はキャッシュ表示を元のウェブ・ページに代替するものではないようにするために、元のページへのリンクをキャッシュへのリンクよりも大きく表示するとともに、ユーザーがキャッシュ表示を選択した場合にも、それが Google のキャッシュに保存されていた元のページのスナップショットに過ぎないことを明示する注意書きが付されている。
5. キャッシュ表示を希望しない場合には即座にそれを止める技術的手段が用意されているにもかかわらず、何億というウェブ・ページの権利者がキャッシュ表示を止めないということは、Google のキャッシュ表示が自己のウェブ・ページに代替するものではないと考えていることを示している。

ここで肝要なことは、本判決の理解に従えば、変形的利用であるか否かということ、著作物の創作性であるとか、一般的にいわれる創造性などとは異なる尺度で判断されることがあるということである。キャッシュ表示は、オリジナルのサイト・ページをそのまま保存し表示しているに過ぎない。しかし、それにもかかわらず、本判決の理解では、オリジナルの画像と

は異なる目的に奉仕するということで変形的利用と認められるのである。

第四の当該利用が著作物の潜在的な市場や価値に与える効果に関しては、Field が無料で当該著作物を公開しており、Google がキャッシュを表示することでその潜在的市場にながしかの影響を与えたという証拠はないとされた。多くのインターネットのコンテンツ提供者が無料でキャッシュを許容しており、キャッシュから対価を収受するというマーケットは成立していない<sup>(42)</sup>、とされたのである。

その他のファクターについては、第二の原告の著作物の性質については、変形的な利用を扱うケースでは重要性は減じられるとする先例<sup>(43)</sup>を引用する。そのうえで、かりに Field の著作物が創造的なものであったと仮定したとしても、Field は、その著作物をインターネットで無料で公開しており<sup>(44)</sup>、さらには、“robots.txt”ファイルを付して検索サイトのリストに掲載されるよう仕向けていることを考慮すると、このファクターは Field に有利に衡量されることがあるとしてもそれは僅少なものに止まると帰結した。

第三の利用の量と実質性については、SONY 最判において最高裁が、元の著作物とは異なる機能を果たすものであり、元の著作物を誰もが無料で視聴することができる場合には、著作物全体をコピーすることは必ずしもフェア・ユースを否定する方向に斟酌されるわけではない旨を説いたこと<sup>(45)</sup>を引用しつつ、SONY 最判や後述の Kelly 判決と同様、Field の著作物が無料で公開されている反面、キャッシュは元の著作物とは異なる社会的に有用な機能、すなわち、オリジナルにアクセス不能な場合にアクセスを可能とする機能、過去の記録としてもしくは比較のためにキャッシュを参照するという機能、検索語にマーカーを付してその関連性を示す機能を果たすためには、オリジナルの全てをコピーする必要があることを斟酌すると、Google がオリジナルの全てを利用しているにもかかわらず、第三のファクターはフェア・ユースに対して中立的なものに止まる、と判示した。

なお、さらに裁判所は、以上の四つのファクター以外の考慮要素として、Google が信義誠実に従って行動していると評価すべきことをフェア・ユースを肯定する方向に斟酌すべきであるとしている。そこにおいては、Google が標準のプロトコールに従ってキャッシュ表示を希望しないページを表示しないこととしており、その手続等をウェブ上で説明していること、オリジナルのページへのアクセスを容易にするとともに、キャッシュ

がオリジナルとは違うものであることをユーザーがわかるようにする措置を施していること、さらには、本件訴訟によって初めて Field がキャッシュに対して異議を唱えていることを知るや、即座に Field の著作物のキャッシュ表示を停止していることが、Google に有利に考慮されている。他方で、Field が故意に、Google をして Field の著作物をキャッシュ表示するように積極的に行動していることは、Google の行動と比較すると、フェア・ユースを肯定する方向に斟酌されることになる、というのである。

ii) サムネイル表示

検索サイトにおけるサムネイル表示がフェア・ユースを構成するかということに関しては、事案に応じて裁判所の結論が分かれている。

まず、フェア・ユース該当性を肯定した判決として、Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 817-819 (9th Cir. 2003)を紹介しよう(以下、「Kelly 判決」という)<sup>(46)</sup>。

この事件では、検索サイトの結果として、Field 事件のようなテキスト表示ではなく、オリジナルのページの画像を解像度をかなり落として小さくサムネイルとして表示する行為が問題とされた。

同事件の被告 Arriba は、ネット上のウェブ・ページをクロールして Arriba のサーバーにフル・サイズの画像をダウンロードし、サムネイル表示を作成するプログラムを開発した。サムネイルが作成されると、フル・サイズの画像は Arriba のサーバーから削除される。

裁判所は、第一の利用の目的と性質に関し、プロの写真家が撮影した元の著作物(風景写真)は芸術を目的とするものであるところ、検索サイトにおけるサムネイル表示はインターネットにおける情報へのアクセスの増加を目的とするものであり、解像度も低く美的な目的には活用しえないということを理由として、変形的なフェア・ユースであると判示している。このように機能を異にするとともに、オリジナルの目的に代替しえるものではないという点が、著作物を他の媒体に移しかえるだけでは変形的利用とはならないとされていることと区別されるというのである。サムネイル表示は、オリジナルの画像の解像度を機械的に下げただけの画像を表示しているに過ぎないのだから、一般にいうところの創造性はおろか、派生的著作物たりうる創作性を認めることも困難であることは、キャッシュ表示と変わるところはない。それでも、やはり本判決は変形的利用と認めてい

るのである。

なお、Arriba の利用が営利目的であったという点については、原告 Kelly の画像は Arriba の検索サイトが扱っている多数の画像の一部でしかなく、高度に搾取的に利用したというわけではないから、営利的利用であるということは僅かながらフェア・ユースに不利に働くというに止まる、とする。

第四の元の著作物の市場に与える影響に関しては、裁判所は、一般的に変形的利用は元の著作物の市場に与える影響が小さいとしつつ、本件の原告の Kelly は本件の画像を自己のサイトに掲載し閲覧者を惹きつけることでサイトの広告スペースからの収入を増やすことができ、また、他のサイトやフォト・データベースに画像の利用をライセンスすることもできるところ、被告 Arriba のサムネイル表示は Kelly のフル・サイズの画像に代替しうるものではなく、ゆえに Arriba の検索サイトでサムネイル表示に接したユーザーは、Kelly から遠ざけられるのではなく、フル・サイズの画像を求めて Kelly のサイトに誘導される。くわえて、Arriba のサムネイル表示を得ても、解像度が低いために、Kelly のフル・サイズの画像のライセンスには影響がないということを経由に、このファクターはフェア・ユースを肯定する方向に斟酌されると判断した。

この他のファクターに関しては、第二の利用される著作物の性質というファクターは、Kelly の著作物は美的な目的に資するものであり創造的な著作物の範疇に入るが、すでに公表されているものであることを顧慮すると<sup>(47)</sup>、このファクターは若干、Kelly に有利に働くこととされた。

また、第三の利用された著作物が元の著作物に占める割合に関しても、著作物全体の利用は一般的にはフェア・ユースの認定に不利に働くこととはなし、本件の被告 Arriba は、ユーザーが画像を認識し、それ以上に画像や元のサイトに関する情報を得たいと考えるかどうかを判断してもらうためには、画像全体をコピーする必要があるということを経由に、このファクターはどちらにも有利にも不利にも働かないとしている。

結論として、被告 Arriba の検索サイトにおけるサムネイル表示は、フェア・ユースに該当すると判断された。

これに対して、検索サイトにおけるサムネイル表示についてフェア・ユース該当性を否定し著作権侵害を肯定した判決が、Perfect 10, Inc. v.

Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 845-851 (C.D. Cal. 2006) (3 3) ii) 参照) である。後に控訴審で取消されることになるが、例外的に、検索サイト関係で侵害を肯定した裁判例であるので、争点を明確化するために、やや詳しく紹介することにしよう。

同事件の裁判所は、第一の利用の目的と性質に関しては、Google によるサムネイルの利用がウェブにおける情報のアクセスを単純化し促進するものであるという点で変形的利用と目すべきものであることについては Kelly 判決の考え方をほぼ踏襲したが、他方で、以下の2点において本件と Kelly 判決を区別した。

まず、Perfect 10 は訴外携帯電話会社に対して低解像度の画像をライセンスする契約を締結しているところ、Google のサムネイル表示はこれに代替しうるものであることから、消費的利用という側面も合わせもっている。

また、営利目的という点に関しても、Kelly 判決の被告である Arriba の検索サイトと Google の検索サイトを区別すべき事情として、Google が AdSense プログラムという手段により広告収入を得ていることを指摘する。AdSense プログラムのパートナーとして登録したウェブサイトの管理者は、Google のサーバーがサイトの内容に則して自動的に広告を選定するよう仕向けるコードを自己のサイトに置いておく。Google の AdSense のソフトウェアがこのコードを検出し、サイトの内容を解析し、関連すると思われる広告を、サイトの管理者が指定した領域に表示する。そのうえで、当該広告をユーザーがクリックした回数に応じて得られた広告収入をサイトの管理者と Google が分け合うというシステムになっている。AdSense プログラムからの収入は Google の収入の相当部分を占めているとされている。ゆえに、原告 Perfect 10 の著作権を侵害するコンテンツが掲載されているサイトが AdSense パートナーであるとすれば、そのサイトから得られる収入を Google はそのパートナーと分け合うことになる。ゆえに、サムネイルの表示により当該サイトへユーザーが誘導されることにより Google は直接的な利益を得ている、と判断された。

その結果、以上の2点を理由に、裁判所は、第一の要素は、Kelly 判決と異なり、Perfect 10 に若干有利であると判示している。

この他、第二、第三の考慮要素に関しては、Kelly 判決の判断がほぼそのまま踏襲されている。すなわち、第二の考慮要素は、Perfect 10 の画像

が創造的な著作物であるがすでに公表されたものであることを考慮すると、Perfect 10 に若干、有利であるに止まり、第三の考慮要素は、検索サイトに必要なものを超えるものがコピーされていない以上、中立的なものに止まる、とされた。

結論として、裁判所は、第一、第二、第四の要素が Perfect 10 に若干、有利、第三の要素が中立であるので、Google のサムネイル表示はフェア・ユースには当たらないと判断した。その結果、一般的な検索サイト関係の裁判例としては、例外的に、最終的に侵害の責任を肯定する判断が示された<sup>(48)</sup>。もっとも、裁判所にも相当のためらいがあったようで、わざわざ、インターネットの技術の発展を阻害しかねない判断を下すことには躊躇を覚えざるを得ず、公衆にとってそのような技術に莫大な価値があることを考慮に入れることが適切ではあるにしても、既存の先例に従う限りは、そのような考慮をフェア・ユースの四つの考慮要素によって導かれる論理的な分析に優るものとして取り扱うことはできない、と付言している(416 F. Supp. 2d at 851)。

しかし、前述したように地裁のこの判断は控訴審の Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007) で覆されることになる。

控訴審は、まずは、フェア・ユースを衡量する際の方針を明らかにする。原審で問題とされた Perfect 10 の画像に対する携帯電話の市場の存在と、Google の AdSense プログラムに関して、こうした Google の代替的な利用や営利的な利用といった要素は、Google の意義のある変形的な利用、さらには、Google の検索サイトが著作権法の目的や公益のために果たしている程度と比較して衡量しなければならない、というのである。そのうえで、さらに控訴審は、Google のユーザーがそのサムネイル画像を携帯電話のためにダウンロードしたという事実の認定がなされていないこと、AdSense プログラムによる収入で侵害著作物に帰せられる分はさしたるものではないかもし、営利性の重要度に対する判断がなされていないことを指摘する。その結果、第一の要素は Google に有利と判断され(地裁は Perfect 10 に若干有利)、第四の要素は引き分けとされた(地裁は Perfect 10 に有利)。

結論として、控訴審は、Google が公衆に与えている便益の大きさを、Google のサムネイル画像が携帯電話に使われるかもしれないという未証明の事実や他のフェア・ユースの要素とともに衡量すれば、Perfect 10 が

Google のフェア・ユースの抗弁を退けることができる可能性は乏しく、ゆえに仮差止命令は取消されるべきであると判示した。

## 7 デジタル・ミレニアム著作権法

### 1) 序

1998年の Digital Millenium Copyright Act (DMCA=デジタル・ミレニアム著作権法)による改正により新設された著作権法512条は、ネット上のサービス・プロバイダーの責任を軽減する措置を施している。

まず、サービス・プロバイダーが通信や接続や一時的蓄積などの導管 (conduit) の役割を果たす場合(512条(a))、キャッシングする場合(512条(b))、他人の指示により著作物が(一時的ではなく)蓄積されている場合(512条(c))、情報検索手段 (information location tools)、つまりは検索サイトとして機能する場合(512条(d))には、所定の条件の下、プロバイダーの責任を免責ないし軽減している<sup>(49)</sup>。

ただし、512条(c)(d)の免責が成立する場合であっても、著作権者はいわゆる notice and take-down の手続きを履践することにより問題のファイルの削除やアクセスの遮断を求めることができる(512条(c)(3)・(d)(3))。512条(c)および(d)を通じて、プロバイダーが侵害について現実の認識を欠くか、侵害を明らかにする事実や状況に気付かなかった場合か、侵害行為に直接起因する利益を受け、当該行為を管理する権限と能力を有しているわけではない場合であることが免責の条件とされていることも重要である(512条(c)(1)(A)・(B)、512条(d)(1)・(2))。くわえて、反復侵害を抑止する方針を採用し実践していなければならない(512条(i)(1)(A))。

なお、サービス・プロバイダーが512条の免責を受けられなかったとしても、フェア・ユース等の他の抗弁を主張することは妨げられず、その場合、512条の成否は他の抗弁の判断に影響させてはならないとされている(512条(1))。512条の免責が、セーフ・ハーバーと評される所以である。

### 2) 法文の構造

より詳しく法文をみておこう。

第一に、サービス・プロバイダーは、他者のために素材の送信や接続を

なしたり、そのために媒介用の蓄積を一時的に行ったとしても、それが自動的になされるものであって、想定された受取人が通信、送信、接続をなすために必要な時間を越えて蓄積がなされたり、予測される受取人以外の者が通常アクセス可能となるような態様で複製されたりしない限りは、原則として損害賠償責任に問われることはなく(512条(a))、差止命令も、特定のクライアント(subscriber)やアカウント保持者のアカウントを停止したり、外国の特定の場所からのアクセスを拒絶すること以上のものを求められることはない(512条(j)(1)(B)・(2))。

第二に、サービス・プロバイダーは、自己が管理、運営するシステムやネットワーク上に送信されてきた他者の素材につき、後続のユーザーの求めに応じてその利用に供するために、中間的かつ一時的な蓄積(すなわち、キャッシングのこと)を自動的に行ったとしても、原則として<sup>(50)</sup>、損害賠償責任に問われることはなく(512条(b)(1))、差止命令も、素材の蓄積やアクセスの拒絶、侵害を遂行している特定のクライアントやアカウント保持者に対するアクセスのアカウントの停止、あるいは、オンライン上の特定の位置に所在する著作権のある素材に関するものであって権利の救済のための実効性に比してサービス・プロバイダーに最小限の負担となるもの以上のものを求められることはない(512条(j)(1)(A)・(2))。ただし、当該素材が著作権者の承諾なくオンライン上でアクセス可能とされていた場合であって、権利者が所定の要件(512条(c)(3))の下で自己の権利と侵害を示す通知をなした場合には、サービス・プロバイダーはすみやかに素材を削除し、アクセスを遮断しなければならない(当該素材が掲載されていたオリジナルのサイトから削除された場合であって、権利者がその旨を通知した場合に限られる)(512条(b)(2)(E)) (いわゆる notice and take-down の手続きの一種)。

第三に、自己が管理、運営するシステムやネットワーク上に、ユーザーの指示に従って素材を蓄積したとしても、侵害について現実の認識を欠くか、侵害を明らかにする事実や状況に気付かなかった場合で、そのように認識するか気付いた際にはすみやかに素材を削除するかアクセスを遮断する場合であるか、もしくは、侵害行為に直接起因する利益を受け、当該行為を管理する権限と能力を有しているわけではない場合には<sup>(51)</sup>、原則として損害賠償責任に問われることはなく(512条(c)(1)(A)・(B))、差止命令に

関しても、第二のところでも述べたのと同様の制約がかかる(512条(j)(1)(A)・(2))。ただし、権利者が所定の要件(512条(c)(3))の下で自己の権利と侵害を示す通知をなした場合には、すみやかに素材を削除し、アクセスを遮断しなければならない(512条(c)(1)(C)) (notice and take-down の手続き)。ゆえに、サービス・プロバイダーが免責を受けるためには、通知を受ける代理人を指定し、必要な情報をウェブサイト等を通じてアクセス可能とするとともに、著作権局に提供しなければならないとされる。そして、著作権局長は指定代理人に関する最新の名簿を設け、インターネット等を通じて公開する(512条(c)(2))。

第四に、サービス・プロバイダーは、インデックスやリンク等、情報の所在を明らかにするツールを用いて、ユーザーに素材を紹介し、リンクを張ったとしても、侵害について現実の認識を欠くか、侵害を明らかにする事実や状況に気付かなかつた場合で、そのように認識するか気付いた際にはすみやかに素材を削除するかアクセスを遮断する場合であるか、もしくは、侵害行為に直接起因する利益を受け、当該行為を管理する権限と能力を有しているわけではない場合には、原則として損害賠償責任に問われることはなく(512条(d))、差止命令に関しても、第二のところでも述べたのと同様の制約がかかる(512条(j)(1)(A)・(2))。ただし、権利者が所定の要件(512条(c)(3)・(d)(3))の下で自己の権利と侵害を示す通知をなした場合には、すみやかに素材を削除し、アクセスを遮断しなければならない(512条(d)(3)) (notice and take-down の手続き)。

サービス・プロバイダーは、侵害があるとの主張か、もしくは、侵害であることが明らかであると思料される事実や状況に基づいて、信義誠実にアクセスを遮断し、素材を削除したことにより責任を問われることはない(512条(g)(1))。ただし、自己が管理、運営するシステムやネットワーク上に蓄積された素材に関し、侵害であるとの通知を受けて削除、遮断した場合には、以下の手続きを履践することが必要となる(512条(g)(2))。まず、サービス・プロバイダーは、素材を蓄積するよう指示したクライアントにその旨を知らせる合理的な手段を即座に採り(512条(g)(2)(A))、クライアントから所定の要件(512条(g)(3))の下で反対通知を受けた場合には、侵害を主張する通知をなした者にそのコピーを送り、10営業日以内に蓄積し直すかアクセスを回復することを告げる(512条(g)(2)(B))。そして、侵害を主張す

る通知をなした者から、裁判所に当該素材に関する侵害を停止する命令を求め訴訟を提起したとの通知を指定代理人が受け取らない限り、反対通知を受け取った後10日以上、14日以内に、問題の素材を蓄積し直すか、そのアクセスを回復しなければならない(512条(g)(2)(C))<sup>(52)</sup>。

サービス・プロバイダーが以上の免責を受けるためには、さらに、侵害を反復するクライアントとアカウント保持者に対して、適切な状況において<sup>(53)</sup>、解除する方針を採用し、これを合理的に遂行するとともに、その旨をクライアントとアカウント保持者に通知しなければならない(512条(i)(1)(A))、また、所定の要件の下(512条(i)(2))に形成された著作物を特定し保護するための技術的な手段に適応しなければならない、それを妨害することがあってはならない(512条(i)(1)(B))<sup>(54)</sup>、とされている。また、著作権者か著作権者のために行動する者は、連邦地裁の書記官の発する令状(subpoena)により、サービス・プロバイダーに侵害者であると主張されている者を特定するために必要な情報を求めることができる(512条(h))、とされている。

最後に、512条を通じて、ここにいうサービス・プロバイダーの意味について定義規定が置かれている。そして、いわゆる「導管」の免責を定める512条(a)との関係では、デジタル・コミュニケーションの内容を改変することなく通信、送信、接続をなす者と狭く定義されているが(512条(k)(1)(A))、それ以外の責任や条文との関係では、さらにそれに加えて、オンライン・サービスやネットワークへのアクセスを提供する者、そのための設備を管理する者を含む広い概念として定義されている(512条(k)(1)(B))。

### 3) 従前の裁判例

512条(k)(1)(B)の「サービス・プロバイダー」は、導管としてデータの内容にタッチしないことが要求されている512条(k)(1)(A)より広く解されており、インターネットのインフラストラクチャーのサービスを提供する者に限らず、データの選択やスクリーニングに関与したり、データの内容に利害関係がある者が含まれる、とされている(Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1175 (C.D. Cal. 2002))。

サービス・プロバイダーが512条の免責を受けるためには、侵害を反復

するクライアントとアカウント保持者に対して、適切な状況において、これを解除する方針を採用している必要がある(512条(i)(1)(A))。この方針に関しては、このように512条の免責を受ける「サービス・プロバイダー」が広範な者を含むものと解されていることとのバランスをとるために、ある程度、実質的なものであることを要し、512条(c)の notice and take-down の手続きほど厳格なものである必要はないにしても(see, CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688, 706 (D. Md. 2001), aff'd, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004))、少なくともサービス・プロバイダーが反復侵害者として知られる者の天国や導管になることを防ぐものでなければならない、とする判決がある(Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1176, 1178 (C.D. Cal. 2002))。同事件では、訴訟提起後も侵害行為をなしているサイトがある反面、具体的に侵害を抑止する措置をとっている証拠が提出されていない本件では、この要件は満たされていないと判断された(Id.)。この場合、侵害訴訟を提起している原告以外の第三者からの侵害警告に関しても、反復侵害を防ぐ合理的な対応をとっている必要がある、とする判決がある(反対の結論をとった原判決を取消しつつ、Perfect 10, Inc., v. CCBill LLC, No. 04-57143, 2007 U.S. App. LEXIS 12508, at\*1 (9th Cir. May 31, 2007))。また、本法にいうプロバイダーに該当しうる者が、ユーザーが著作権のある素材の違法な頒布を暗号化することを可能とすることにより、侵害を抑止することを不可能にしている場合には、免責の資格はないとする判決もある(寄与侵害にも該当することを引合いに出しつつ、In re Aimster Copyright Litig., 334 F.3d 643, 655 (7th Cir. 2003))。

この他、裁判例では、寄与侵害や代位責任を負担する者も512条の免責を受けることができるのかということが論点とされている。512条(c)(1)(B)、512条(d)(1)は、プロバイダーが侵害について現実の認識を欠くか、侵害を明らかにする事実や状況に気付かなかつた場合か、侵害行為に直接起因する利益を受け、当該行為を管理する権限と能力を有しているわけではない場合であることを免責の条件としているが、これと寄与侵害や代位責任の要件との異同が問題となるからである(代位責任につき同義であることを前提とするものとして、see, Perfect 10, Inc. v. Google, Inc., 416 F. Supp. 2d 828, 857 (C.D. Cal. 2006))。

この点に関し、A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1025

(9th Cir. 2001)は、寄与侵害や代位責任者であれば512条の免責を受けることはないという考え方を否定したが、要件の異同に関しては言及することなく、結局、Napster が512条にいうサービス・プロバイダーに該当するかということとは未決としたまま、事件を処理した<sup>(55)(56)</sup>。

512条と寄与侵害や代位責任との関係に言及した裁判例としては、CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688, 704-705 (D. Md. 2001), aff'd, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004) (以下、「CoStar 判決」という)がある。

この判決は、512条の免責の条件として、侵害に対する認識ないし擬制的認識がある場合には速やかに素材を削除する必要があるとされていることと、寄与侵害で要求される認識や擬制的認識には若干異なるところがある、と指摘する(164 F. Supp. 2d at 702-703)。前者は、侵害警告によりその様な認識が備わったと評価されても、プロバイダーには notice and take-down の手続きを履践するという選択肢が残されているが<sup>(57)</sup>、後者で認識が備わったと評価されてしまえば寄与侵害の責任が発生してしまうのであるから、そのような評価は侵害を抑止する手段があるのかということとの関係で考察されなければならない、というのである(Id. at 707)。

また、512条と代位責任との関係に関しても、同判決は、512条(c)(1)(B)が、侵害行為に「直接」起因する利益を受けている場合に免責されないとしている点を問題とする(512条(d)(2)も同じ文言)。裁判所は、この文言は、4 2) ii) で前述した Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc. 76 F.3d 259, 261-264 (9th Cir. 1996) が示した代位責任の利益收受の要件よりも狭いものを定めていると理解した<sup>(58)</sup>。この事件の事案は、不動産物件の情報を提供するプロバイダーである CoStar Group が原告となって、主として不動産仲介業者等からなる会員にリース用の不動産物件のリストをポスティングすることを許容していたサービス・プロバイダーである LoopNet を被告として、被告の会員が、原告が著作権を有する不動産の画像を無断でポスティングしていることを理由として、著作権侵害訴訟を提起したというものである<sup>(59)</sup>。裁判所は、被告は、画像があろうがなかろうがポスティングに対して課金することはない、換言すれば、侵害であろうが非侵害であろうが料金を課していないということを理由に、直接の利益收受を否定し、代位責任を否定した。Fonovisa 判決との関係は明言しなかったものの、同様に、利益收受の直接性を要求する前述した Ellison v. Robertson, 357 F.3d

1072(9th Cir. 2004)を援用する判決もある(Perfect 10, Inc., v. CCBill LLC, No. 04-57143, 2007 U.S. App. LEXIS 12508, at\*1(9th Cir. May 31, 2007))。

他方で、512条の免責の条件と代位責任の要件の異同に関しては、そのような論点があることを指摘しつつも、態度決定を回避する裁判例もある(Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1181(C.D. Cal. 2002))。具体的には、Adult Check システムの会員が侵害サイトを通じて Adult Check システムにサイン・アップする回数に応じて被告 Cybernet Ventures に収入がもたらされる以上、直接の利益收受があるというべきであり、侵害行為とは無関係のサービスに課金していたに止まる CoStar 事件とは区別される旨を説き、代位責任を肯定できるとした。より狭いかもかもしれないとされている代位責任の要件を充足する以上、代位責任の要件と512条の免責の条件との広狭を論じる必要が失われたのである。

**4) 検索サイトに関する当てはめ**

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106, 1123-1125(D. Nev. 2006)では、512条(b)のキャッシングの規定の適用に関し、以下の3点が争われた。

1. Google が「中間的かつ一時的に素材を蓄積」するものであるか否かが争われたが、裁判所は、Google のキャッシュはポスティングした個人と、エンド・ユーザーの間に機能する素材の蓄積場所であるとともに、おおむね14日から20日の間、蓄積されるに過ぎないということを理由に、これを肯定した。
2. 512条(b)(1)(B)が、問題の素材をオンライン上で利用可能とした者から、その他の者に対して、当該他者の指示に従って、送信されることを要求しているところ、Field から、Field 以外の者である Google の要求で Googlebot に送信されるものである以上、Google のキャッシュはこの要件を充足する、と判断された。
3. 512条(b)(1)(C)が、「自動的で技術的なプロセス」によりウェブ・ページの蓄積が行われていることと、「[元のサイト]からの素材に対するアクセスを要求するユーザーに対して、素材を利用可能とする目的」があることが要求されているところ、Google がこの二つの要件を満たすことには異論の余地はないとされた。

結論として、Field がなした、Google が512条(b)のセーフ・ハーバーを享

受する適格性を欠く旨の略式判決を求める申立ては却下され、逆に Google がなした、自身が512条(b)のセーフ・ハーバーを享受する適格性がある旨の略式判決を求める申立てが認められた。

その後の裁判例である Parker v. Google, Inc., 422 F. Supp. 2d 492, 497-498 (E.D. Pa. 2006)も、Field v. Google を踏襲し、システム・キャッシングに関して、512条(b)の免責条項の適用があることを確認している。

なお、検索サイトを直接規律する512条(d)に関しては、ほとんどの事件で512条(d)の主張を待つことなく責任が否定されているために、裁判例で扱われることが少ない(512条(d)が援用されたが、リンクを貼付していることに起因するものではない別のサービスによる侵害が問題になっていることを理由に、この抗弁を取上げなかった裁判例として、Perfect 10, Inc., v. CCBill LLC, No. 04-57143, 2007 U.S. App. LEXIS 12508, at\*1(9th Cir. May 31, 2007)<sup>(60)</sup>。例外的に、Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1175-1182(C.D. Cal. 2002)では512条(c)に加えて同条(d)の抗弁が争点とされたが、多数のウェブサイトと提携する Adult Check システムを運営する被告 Cybernet Ventures のサイト内で、提携先の検索サイトのサービスも行われていたというケースであり、純粋の検索サイトが問題とされた事件ではない。結局、反復侵害者を解約する措置をとっているとは認められず(512条(i)(1)(A))、notice and take-down に係る一連の手続きも履践していなかったことに加えて、侵害行為から直接利益を收受しており、侵害行為を管理する権限と能力を有していると評価されたため(前述2)参照)、512条(c)と(d)の免責が否定されている<sup>(61)</sup>。

[検索サイト関係アメリカ合衆国裁判例見取図]

Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 817, 818-819 (9th Cir. 2003)

	キャッシング	キャッシュ表示	サムネイル表示	イン・ライン・リンク
直接侵害				
寄与侵害				
代位責任				
フェア・ユース			○	
DMCA 抗弁				
責任の成立			×	

Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006)

	キャッシング	キャッシュ表示	サムネイル表示	イン・ライン・リンク
直接侵害		×		
寄与侵害				
代位責任				
フェア・ユース		○		
DMCA 抗弁	○			
責任の成立				

Parker v. Google, Inc., 422 F. Supp. 2d 492 (E.D. Pa. 2006)

	キャッシング	キャッシュ表示	サムネイル表示	イン・ライン・リンク
直接侵害	×	×		
寄与侵害		×		
代位責任		×		
フェア・ユース				
DMCA 抗弁	○			
責任の成立	×	×		

Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007)

	キャッシング	キャッシュ表示	サムネイル表示	イン・ライン・リンク
直接侵害			○	×
寄与侵害				△
代位責任				×
フェア・ユース			○	
DMCA 抗弁				
責任の成立			×	×

## 第2章 日本法に対する示唆

### 1 日米の著作権侵害の責任の法理の相違<sup>(62)</sup>

アメリカ合衆国においては裁判例の蓄積があり、検索サイトは直接侵害ではなく寄与侵害者としての責任を負うに止まる、という法理が有力にな

りつつある。しかし、日本法とアメリカ合衆国法では、前提となる法制度を異にするところがあり、寄与侵害との字面の類似性から、日本法においても検索サイトを著作権侵害の共同不法行為責任者として問責することが、国際的な調和に資することになるなどと即断することは許されないであろう。

日米両国の法制度は、第一に、損害賠償責任に関して、故意または過失が必要となるか否かという点において相違する。

日本の著作権法は、故意過失の有無を問うことなく<sup>(63)</sup>、著作権の侵害行為に対し、差止請求権を發動させているが(著作権法112条)、他方で、損害賠償請求権の発生には侵害者の故意または過失が要求される(民法709条。著作権法114条も参照)。発想としては、著作権という禁止権が先にあるが、これに違反する行為は権利侵害として差止請求の対象になるのであるが、この権利侵害によって生じた損害の賠償の責任に関しては、侵害者の予測可能性を重んじて、侵害行為が故意または過失によって行われることが要求されたのである。

他方で、アメリカ合衆国においては、著作権侵害者は、故意、過失の有無を問わず、権利者に対して賠償責任(damages)を負うとされている(厳格責任=strict liability)。侵害者に悪意(willfulness)がないということは法定の賠償額を与えるか否かということに影響を与えることがあるに過ぎず(アメリカ合衆国著作権法504条(c)(2)、ただし、401条(d)、402条(d))、実損害や侵害者利益の返還に関する責任を免れるわけではない。他方で、直接、著作権侵害を働かない者であっても、著作権侵害であることを認識するか、認識するに足りる理由があるにもかかわらず、著作権侵害を教唆したり、誘発したり、実質的に侵害に寄与した者は、寄与侵害者としての責任を負う。

したがって、アメリカ合衆国法においては、著作権侵害に何らかの形で関与する行為について故意または過失の有無を問うことなく賠償責任を負わせることが酷だという価値判断が、問題の行為を直接侵害ではなく寄与侵害として構成しようとする方向に向かわせるモーメントとなりうる。検索サイト等に対して厳格責任を否定するアメリカ合衆国の裁判例の動向は、このモーメントが現実に機能した例といえよう。もちろん、1998年のDMCAによりキャッシングや検索ツールの提供に対しては厳格責任を

緩和する措置が著作権法内に施されているが、前述したように、この免責を受けるためには反復侵害を抑止するとともに、notice and take-down の手続きを履践している必要があり、事実審理を経ることなく法律問題として決着を付けるためにも、DMCA の免責条項に持ち込むことなく否定しうる方策をとる意義は失われていないようである。

これに対して、日本法の下では、同様の価値判断は、問題の行為を直接の著作権侵害の範疇の外に追いやらざとも、損害賠償のところでも過失の有無を判断する際に調整するという手段があるために、アメリカ合衆国法におけるようなモーメントは存在しない。ただし、故意または過失がなくとも、権利者は侵害者に対し不当利得返還請求をなすことができるが(民法703条)、その場合の返還額は、侵害者の利益全額に渡るものではなく、利用に対する相当な対価額に止まる<sup>(64)</sup>。一般にキャッシング、キャッシュ表示、さらにはサムネイル表示などからライセンス料を収受することがほとんどないとすれば、相当な対価額はほぼゼロと判断することが許されよう<sup>(65)</sup>。

日米の法制度の相違点の第二として、差止請求権の対象となる行為の広狭の問題がある。

日本法の下では、伝統的な理解に従う限り、不法行為が行われたというだけでは、差止請求は認められないとされている。したがって、ある行為が直接の著作権侵害に該当しないと帰結することは、差止請求権が認められなくなるということの意味してしまう。そして、著作権法には、特許法101条の間接侵害<sup>(66)</sup>のような明文を欠くから、その当否自体、問題にする必要はあるとしても、現実には、著作権侵害の教唆や幫助をなす共同不法行為に対しても、権利者にその差止めの請求権を発生させることが困難であることに変わりはない。

もっとも、裁判例のなかには、著作権法112条1項の解釈(大阪地判平成15.2.13判時1842号120頁[ヒットワン])あるいは類推解釈(著作隣接権につき、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁[選撮見録])として、侵害行為に必然的に結びつく行為に対しては、幫助行為であっても著作権者はその差止めを請求しうるとする裁判例が現れている。後述するように、本稿も、少なくとも、直接の著作権侵害行為に用いられる以外に用途がなく、その提供行為に対する差止めを認めても、適法な著作物の利用行為までもが抑

止されるわけではない場合には、侵害行為を実効的に抑止するために、その差止めを認めるべきである、と考えるが、こうした動向は未だこれらの裁判例に止まっており、この傾向がどこまで広がっていくのかということに関しては、少なくとも楽観視はできない状況にある(伝統的な解釈に従い、著作権侵害の教唆、幫助、あるいはその手段の提供行為に対する差止めを否定した判決として、東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり])。このことは、著作権侵害に関連する行為に対する差止請求を認めたいと思考する場合には、問題の行為を著作権の直接侵害の範疇に包含した方が無難であるということの意味している。これが著作権の直接侵害を拡大するモーメントとして働くことになる。

他方で、アメリカ合衆国法における差止命令(injunction)は、equity に起源を有する法制度である。injunction は、もともとは、侵害行為が継続している等のために将来に渡って侵害がなされる危険が存在する場合には、侵害行為に対する common-law 上の救済である damages だけでは数次の訴訟を要することになり、権利者にとって不便であるということから、その管轄が正当化されるという性質を有するものであった<sup>(67)</sup>。したがって発想としては、損害賠償が先にあり、差止命令が後に来るとことになる<sup>(68)</sup>。そのために、寄与侵害者に対しても、将来の寄与侵害行為を防止するために、差止命令を発動することが可能となる<sup>(69)</sup>。ゆえに、アメリカ合衆国では、日本と異なり、差止請求を正当化するために、直接侵害の範囲を拡大しなければならないという必要性は薄いのである。

以上のような日米の法制度の相違に鑑みると、検索サイト等は直接の著作権侵害行為を働いていないとして扱うアメリカ合衆国の裁判例から受け取るべき示唆は、故意、過失を問うことなく、検索サイトに対して損害賠償責任を認めるべきではないという価値判断である。そして、検索サイトは寄与侵害者として責任を負うことがあるとする Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007) (消極的であった原判決の判断を改める)から受け取るべき示唆は、著作権者からの警告等により侵害を認識するに至った場合には、検索サイトといえども侵害を抑止する一定の措置をとるべきであるという価値判断である。

日本法の下で不法行為というだけで(理論的にはともかく、現実問題として)差止めが認められにくいとすれば、検索サイト等を共同不法行為者

として捉えてしまうと、後者の価値判断、すなわち、差止めを実現することが困難となる。判決により著作権の侵害行為を働いていることが明らかになったサイトのページのキャッシュやサムネイルを表示している場合には、侵害の拡大を防ぐために、その差止めに関し義務を認めるべきであろう。出版物の廃棄措置と異なり、サイトが特定される限りは、キャッシュやサムネイルの表示の停止は一挙手一投足でなしうるということも斟酌すべきであろう。そして、検索サイト等を著作権の直接の利用者であると構成したところで、損害賠償請求に関して厳格責任を採らない日本法においては、前者の価値判断は、過失の成否の判断のところで実現することが可能である。故意、過失の充足が不要とされている不当利得返還請求に関しても、前述したように、返還額をほぼゼロと算定する解釈論を採用することも不可能ではない。

## 2 著作権の制限規定の相違

もう一つ、本件に関連する重要な日米間の著作権法の相違点としては、著作権を制限する一般条項の有無を挙げなければならない。

アメリカ合衆国の著作権法には、著作権を一般的に制限するものとして、著作権法107条に具体化されたフェア・ユースの法理がある。検索サイトをめぐる著作権侵害事件では、多くの場合、フェア・ユースの成否が争点とされており、その結果、免責が認められることが少なくない(Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 817, 818-819 (9th Cir. 2003), Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006), Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007))。それに比べて、キャッシングや検索ツールに関しては DMCA による改正で特別の免責条項も置かれていることもあって(活用例として、Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006), Parker v. Google, Inc., 422 F. Supp. 2d 492 (E.D. Pa. 2006))、黙示のライセンス等の一般的な法理に依存する必要性はほとんどない。裁判例でも、付随的にこれに触れた判決があるに止まる(Field v. Google, Inc.)。

他方で、日本の著作権法には、著作権を一般に制限する条項がなく、解釈論としてフェア・ユースの抗弁を認めることは困難であるとされている(東京高判平成6.10.27知裁集26巻3号1151頁[THE WALL STREET JOURNAL 2 審]、東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁[ラストメッセ 118 知的財産法政策学研究 Vol. 16(2007)]

NAL 2 審]、東京地判平成7.12.18知裁集27巻4号787頁[ラストメッセージ in 最終号])<sup>(70)</sup>。さらに、後に紹介するプロバイダー責任制限法にはキャッシングや検索サイトを免責する明示の条項は設けられていない。ゆえに、多少なりとも射程の広い制限規定である著作権法32条1項の引用の法理を活用するにしても、最終的には、黙示のライセンスや権利濫用等の一般的な法理を発展させる必要性が大きいといえる<sup>(71)</sup>。これは、日本法の解釈論を展開するうえで鍵となる視点である。

(1) 詳細は、田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)164～170頁、作花文雄『詳解著作権法(第3版・2004年・ぎょうせい)570～573頁参照。

(2) 田村/前掲注(1)責任主体164～170頁参照。

(3) 参照、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(下)』(第2版・2003年・信山社)822～826頁。

(4) さらに、判決は、直接侵害を肯定した Playboy I 判決や Sega 仮差止命令判決との関係についても言及している。まず、Playboy I 判決については、公の頒布権と展示権侵害が主張された事案であるところ(839 F.Supp. at 1370)、被告が実際に侵害品であったということを知っていたことを示す証拠もあった(問題の写真に「Playboy」とか「Playmate」の表示が付されていた)という事情に影響を受けた可能性がある指摘する(Id. at 1371)(その他、Id. at 1372も参照)。次に、Sega 仮差止命令判決に関しては、被告の認識に言及している点で寄与侵害に重きが置かれていることを示しており、ユーザーのアップロードに関してBBS管理者の直接侵害を肯定する点には賛成することができないとしても、Sega 仮差止命令判決のように、被告がアップロードを奨励していたケースではいずれにせよ寄与侵害が肯定されることになるから、直接侵害に関する説示は抽象論に過ぎないと説いている(Id. at 1371)。

(5) 後者の説示は、直後に本文中で直後に紹介する Playboy Enterprises, Inc. v. Russ Hardenbergh, Inc., 982 F. Supp. 503 (N.D. Ohio 1997)を意識したものである。

(6) これに対して、法廷意見は、直接の著作権侵害行為を否定するに至った利益衡量も明らかにしている。すなわち、同意見によれば、第一に、被告の行為は著作権侵害を減じる方向のみ意味がある行為でしかなく、たとえてみれば、明らかに著作権と抵触するものをコピーしようとする顧客にお帰り願うために戸口に守衛を立てしておくコピー屋と変わるところはない。第二に、被告の行為がこれを超える意味を有することがあるとしても、それはまさに原告 CoStar Group(同じく不動産物件情報を提供するプロバイダー)の著作権侵害の不服に基づくものであって、原

告の著作物に関しては問題となった不動産のリストを控えておき、それに該当する場合には再度、原告の著作権が侵害されることがないように逐一確認をしている。そのような積極的な行為が原告が阻止したければ著作権表示を付せばよいのであって、それをする事なく、原告の要求に従った行為がなされていることを理由に、被告を直接の著作権侵害に問責することは許されない、というのである(373 F.3d at 556)。

このうち、第二の論法は、そもそも原告の著作権と無関係に被告が一般的に行っている行為がそれだけで直接の著作権侵害とみなすに足りるのであれば、換言すれば、第一の論法のところで直接の著作権侵害が認められてしまえば、意味をなさない論拠でしかないので、本丸はあくまでも第一の論法である。そして、アナログの出版社と異なり、ネット上のプロバイダーを免責しなければならない理由が、自らの行為が介在することなく、自動的にポスティングされるところにあるのだとすれば、被告の行為は、その要素を欠く以上、原則に帰って、直接の著作権侵害に問責すべきであるとする反対意見のほうに分があるように思われる。

(7) 参照、作花・前掲注(1)562～563頁。

裁判例のなかには、原告が主催するモーターサイクル競技のラジオの生放送を、自己のウェブサイトで配信していた被告が、同内容の音声を送信する第三者のウェブサイトに「link」しているに過ぎないと主張した略式判決にかかる事件で、直接の著作権侵害行為を認めるものがあるが、判決は、被告が自らストリーミング配信に携わっていると主張もなしていることを指摘しており(Live Nation Motor Sports, Inc. v. Davis, No.3:06-CV-276-L, 2007 U.S. Dist. LEXIS 2196, at\*1 (N.D. Tex. Jan. 9, 2007))、通常のリンクに関する事件として理解すべきではない。

(8) 前者のテストの先例として、判決は、イン・ライン・リンクの例ではないが、2)で紹介した Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1168-69 (C.D. Cal. 2002)を引用している。

他方、後者のテストを採用していると考えられる判決が、Kelly v. Arriba Soft Corp., 280 F.3d 934 (9th Cir. 2002), amended, 336 F.3d 811 (9th Cir. 2003)である。

この事件の被告の Arriba の検索サイトでは、1999年1月から6月まで、そこに表示されたサムネイルをユーザーがダブル・クリックすると、“Images Attributes” ページなるものが表示される。そこでは、元のウェブ・ページのフル・サイズの画像を、当該イメージのサイズを示す文章と元のウェブサイトへのリンクと、Arriba のバナーと Arriba の広告によって構成されるフレームとともに表示する。イン・ライン・リンクが用いられる場合、元のウェブ・ページの画像は Arriba のサーバーに置いてあるのではなく、リンクで飛ばしているだけなのであるが、ユーザーはあたかも Arriba のサイト内にそれがあのかのように受け取るとされている。

1999年7月から2000年8月までは、検索結果は Source と Details という二つのリン

クで表示された。Details リンクをクリックすると、さきほどのイン・ライン・リンクと似たようなページが表示されるが、中のオリジナルのページの画像はフル・サイズ画像へのリンクではなくサムネイル画像が用いられた。他方、Source をクリックすると、前面にフル・サイズの画像で構成されるウィンドウが開かれる。その際、Arriba のサイトの一部は背後に控えることになるが、その一部は隠されることなくユーザーに見える状態にある。

同事件の地裁判決は、サムネイル表示ばかりでなく、こうしたフル・サイズの画像に関してもフェア・ユース該当性を肯定し、著作権侵害を否定したが、当初、控訴審では、展示権を直接侵害するという判断が示された。Arriba のイン・ライン・リンクにより、ユーザーは Kelly の画像を Arriba のサイトの文脈のなかで閲覧するようになるというのである(280 F.3d at 947)。しかし、この論法では、通常の検索サイト一般が直接侵害者ということになりかねず、疑問を禁じえないものがある。

幸い、この最初の控訴審判決は、その後、手続上の理由により、同じ控訴審により修正されることになった。すなわち、本件は略式判決の申立てに係る事件であるところ、両当事者ともフル・サイズの画像に関しては申立てをなしておらず、また、被告は(事実審理を省略する略式判決の前提として)著作権と抵触するという譲歩をなしていないので、本件で取り扱うべきではないとされ、この点に関する原判決は取り消されることになった(336 F.3d at 817)。

(9) もっとも、統合テストのなかでも、ブラウザのアドレス・バーを基準とするテストを採用するのであれば、これまた簡明であるということができ、裁判所は、そのような基準は同時に多数のソースのコンテンツを統合し提示することができるウェブの能力を無視することになる、と批判する。

(10) 先例として、侵害品は Napster のシステムに蓄積されることはないので、Napster は、ユーザーにこれを直接頒布したということとはできないと判示した In re Napster, Inc. Copyright Litig., 377 F. Supp. 2d 796, 802-804 (N.D. Cal. 2005)が引用されている。この事件は、アメリカ著作権法上は著作(権)者として扱われるが、同106条により公の実演権の認められる著作物の範疇には入れられていないレコード製作者の権利が問題とされた事件であり、有形的な媒体の移転を伴わない送信は、頒布ではなく、公の実演(performance は「無形的利用」とでも訳したほうが正確なのだが、日本語としてこなれないので「実演」と訳しておく)を構成すると理解したほうがよいということも問題とされている。もっとも、N.Y. Times Co. v. Tasini, 533 U.S. 483, 498 (2001)は、全く争点にはなっていないが、LEXIS/NEXIS が提供する NEXIS データベースによってフリーランサーの著作物が搭載されていることが問題となった事件で、データベースの中央ハード・ディスクに複製された時点で既に複製権も侵害されていることに加えて、(全く争点になっていないが)電子的な送信も頒布に入るという当てはめを行っている。

- (11) 別途、寄与侵害や代位責任の成否が問題となるが、これも否定されたので、イン・ライン・リンクに関しては著作権侵害が否定されている。
- (12) 別途、フェア・ユースの成否が問題となるが、これは否定されたので、サムネイルに関しては著作権侵害が肯定されることになった。もっとも、控訴審でこの侵害の判断は取り消されることになった。
- (13) 参照、ゴーマン＝ギンズバーグ・前掲注(3)699～708・807頁。
- (14) 参照、芹澤英明[判批]Law & Technology 30号(2006年)、Pamela Samuelson「MGMは本当にGrokster事件で勝訴したか」知的財産法政策学研究11号(2006年)、奥邨弘司[判批]AIPPI50巻10号(2005年)、作花文雄[判批]コピライト535号(2005年)。本件は逆転判決である。責任を否定していた1、2審判決については、芹澤英明[判批]Law & Technology 26号(2005年)、奥邨弘司[判批]国際経営論集28号(2004年)、駒田泰士[判批]Law & Technology 21号(2006年)、中崎尚[判批]AIPPI 48巻7号(2003年)、作花文雄[判批]コピライト508号(2003年)を参照。
- (15) ファイル・シェアリングや中央サーバーの意味に関しては、芹澤/前掲注(14) Law & Technology 26号128～129頁、同「インターネット上のファイル共有とアメリカ著作権法—Napster事件の意義」コピライト489号2～4頁(2002年)、中崎/前掲注(14)532～534頁を参照。
- (16) Mark A. Lemley(事務局訳)「特許権侵害の誘引(米国)」AIPPI 51巻12号(2006年)、作花/前掲注(14)535号18～23頁。
- (17) Grokster 最判は、積極的誘引行為がない場合にまで、SONY 最判の抗弁の再解釈を迫るものではない。たとえば、実質的な非侵害の用途があるとしても大半が侵害に用いられている場合には、寄与侵害が成立すると考えるべきである等の SONY 最判のルールへの修正提案の採否については、本件では扱う必要はないとされている(Samuelson/前掲注(14)AIPPI 50巻10号62～64頁、芹澤/前掲注(14) Law & Technology 30号146～148頁、奥邨/前掲注(14)AIPPI 50巻10号591～592頁)。もっとも積極的誘引の認定次第では SONY 最判のルールの意義を著しく限定する可能性があることに注意しなければならない(奥邨/前掲注(14)593～595頁、Lemley/前掲注(16)780～781頁、潮海久雄「著作権侵害の責任主体についての比較法的考察」『融合する法律学 下巻』(筑波大学法科大学院創設記念・企業法学専攻創設15周年記念・2006年・信山社)731～734頁。ステープン・ギンズ＝三原繁美「Grokster 米連邦最高裁判決と Winny 開発者事件をめぐる『意図』の関係」国際商事法務33巻8号1036～1037頁(2005年)も参照)。
- (18) 参照、田村/前掲注(1)責任主体179～182頁、潮海/前掲注(17)718～721頁。
- (19) 参照、田村/前掲注(1)責任主体165～170頁。
- (20) なお、同判決は、Klemesrud's からの訴答に基づく却下判決(judgment on the pleadings)を求める申立てに対しても、同様に、直接侵害を否定し、寄与侵害に関し

ては、手続きを進めるに足りる争点が形成されていると判示している。また、代位責任に関しては、二番目の要件に関し、訴状中に Klemesrud's が收受する料金やその他の経済的な利益が元牧師の侵害行為によりどのように変化するのか、ということに関する叙述がないので、この点を補正させるべく、原告に30日の猶予が与えられた(F.Supp. 1381-1382)。

(21) 同様に、寄与侵害につき、擬制的な故意を認定するにしても、事実審理が必要となるとして、略式判決の申立てを退けた判決として、CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688, 708 (D. Md. 2001), aff'd, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004)。

(22) 学説での議論につき、田村/前掲注(1)責任主体180～181頁。

(23) このほか、侵害による収益が、被告の全収益に比して僅少なものに止まる場合には、利益收受の要件の充足を否定する考え方もあるが、しかし、これよると、たとえば、AOLのような巨大なプロバイダーの下では、どのような侵害行為によっても同要件の充足が認められないことになりかねないという批判がある。肝要なことは割合ではなく直接性であるというのである(Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004))。

(24) 参照、ゴーマン＝ギンズバーグ・前掲注(3)814～818頁、芹澤/前掲注(14)コピライト489号、作花・前掲注(14)詳解著作権法593～596頁。

(25) 奥邨弘司[判批]国際経営論集28号7～12頁、作花・前掲注(14)詳解著作権法597～600頁。

(26) 同事件の原告の主張は不明確なところが多く、裁判所は、本人訴訟であることを顧慮して、善解できるものは善解しながら争点化を試みている。

(27) この点で、実際に大量のダウンロードがあることを示す極めて有力な証拠が提出されていた A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004, 1013-14 (9th Cir. 2001) や、Metro-Goldwyn-Mayer Studios Inc. v. Grokster, Ltd., 545 U.S. 913, 922 (2005) とは区別されるという。

(28) 原告 Perfect 10は、Google のユーザーが検索サイトを閲覧する際に自己のパソコン内にキャッシュが自動的に保存されることをもって、直接の著作権侵害が存在すると主張したが、裁判所は、こうしたキャッシングは自動的に行われるものであるため大半のユーザーは意識しておらず、しかも、フェア・ユースに該当する可能性が高いとする。先例としては、後述する(6.3 i)) Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006) が引用されている。厳密には、Field 判決でフェア・ユースに当たるとされたのはキャッシングそれ自体ではなくキャッシュ表示なのであるが、それはともあれ、Perfect 10 判決の裁判所の理解によれば、Field 判決では営利企業である Google 自身のキャッシングがフェア・ユースに当たるとされているのだから、個別のユーザーのキャッシングがフェア・ユースに該当するのは当然だということである。

以上の点は、控訴審の Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701 (9th Cir. 2007)でも維持されており、ユーザーのブラウザによるキャッシングがかりに直接の著作権侵害を構成するとしても、インターネットへのアクセスを補助する変形的利用であり、著作権者の著作物の経済的利用を妨げるものではなく、フェア・ユースに該当する可能性が高いとする。

(29) Googleのサーバーのサムネイル画像と、第三者のフル・サイズの画像にイン・ライン・リンクを張っていた被告(被控訴人)Amazon.com に関しても、ほぼ同様の判断が示されている。また、Googleにしろ、Amazon.comにしろ、512条(d)(後述7参照)のセーフ・ハーバー条項が適用される可能性があるということも示唆されている。

(30) 参照、玉井克哉「アメリカ著作権法における権利失効原則—コンテンツ流通を支える法制度の観点から—」InfoCom REVIEW 37号65～66頁(2005年)。

(31) 村井麻衣子「著作権市場の生成と fair use—Texaco 判決を端緒として—(1)～(2)」知的財産法政策学研究6～7号(2005年)、蘆立順美『データベース保護論』(2004年・信山社)71～92頁、エリック・J・シュワルツ(高林龍監訳)『アメリカ著作権法とその実務』(2005年・雄松堂出版)291～307頁、白鳥綱重『アメリカ著作権法入門』(2004年・信山社)209～233頁、ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注(3)637～775頁、高橋明弘『知的財産の研究開発過程における競争法理の意義』(2003年・国際書院)195～295頁、ジェーン・ギンズバーグ(斎藤博訳)「アメリカにおけるフェア・ユース問題について」著作権研究26号(2000年)、蘆立順美「アメリカ著作権法における技術的保護手段の回避規制と Fair Use 理論」法学66巻5号(2002年) 松平光徳「ニューヨーク州標準テスト法と連邦著作権法との関連考察」法律論叢72巻5号(2000年)、同「アメリカ著作権法におけるパロディ法理の発展と展望」法律論叢71巻4=5号(1999年)、A.R.ミラー=M.H.デービス(松尾悟訳)『アメリカ知的財産法』(1995年・木鐸社)264～279頁。

(32) フェア・ユースの原理的な考察に関しては、村井/前掲注(31)、田村善之「効率性、多様性、自由」同『市場・自由・知的財産』(2003年・有斐閣)226～227頁、吉田邦彦「情報の利用・流通の民事法問題」同『民法解釈と揺れ動く所有論』(2000年・有斐閣)473～479頁を参照。

(33) 参照、ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注(3)699～708頁、曾我部健「著作権に関するフェア・ユースの法理」著作権研究20号(1994年)103～109頁。

(34) 参照、ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注(3)639～653頁、松平/前掲注(31)法律論叢71巻4=5号220～226頁、加藤一郎「パロディと著作権—日米の判決をめぐって—」『知的財産の潮流』(知的財産研究所5周年記念・1995年・信山社)。

(35) その他の裁判例も含めて、松平/前掲注(31)法律論叢71巻4=5号215～220頁に詳しい。

(36) 下級審では、その後、“Gone with the Wind”(『風とともに去りぬ』)は白人社会中心の身分制を体現しているということを風刺するために黒人を主人公に書き変えた小説“The Wind Done Gone”について、Campbell 判決を引用して、フェア・ユース該当性を肯定した判決が下されている(Suntrust Bank v. Houghton Mifflin Co., 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001))(ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注(3)654～656頁)。

(37) 本判決に対しては批判も強い。たとえば、全ての著作物がコピーライト・クリアランス・センターに入っているわけではなく、また、コピーライト・クリアランス・センターは複数あるので、この判決を遵守すると、図書館や研究所で複写するためには逐一、権利関係の調査が必要となるなど(その他の批判を含めて、詳細は、村井/前掲注(31)参照)。

(38) 伝統的には、第一と第四の要素が重視されてきたというのが、Field v. Google, Inc., 412 F. Supp. 2d 1106 (D. Nev. 2006)判決の理解である。第一の要素のところ、変形的利用かどうかには焦点を当てた Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 579 (1994)と、フォード大統領の自伝の一部の要約をスクープとして先行して記事にした行為について、著作物が未公表であることを斟酌してフェア・ユース該当性を否定した判決であり、第四のファクターがフェア・ユースにおいて最も重要な要素であると説いていた Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 566 (1985)(ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注(3)658～674頁、曾我部/前掲注(33)109～113頁)が参照されている。

(39) 「新しい利用が単に元の著作物に代替することを目的とするものであるのか、それともなにか新しいものを付加するものであって、進歩を目的としていたり異なる性質を有しており、新たな表現や意味やメッセージを含むものであるか、換言すれば、新たな著作物がはたして、またどの程度、変形的なものであるかということが問われているのである。そのような変形的な利用があることは、フェア・ユースを肯定するための必須の条件となるというわけではないが、科学と芸術を促進するという著作権の目的は、一般的には変形的な著作物により推進されることになる。」 See Campbell, 510 U.S. at 579.

(40) なお、Googleが営利企業であるという一事だけでは、フェア・ユースの抗弁に関してさしたる重要性を持たないと判断された。Googleのデータベース収載の著作物は何億を数えるものであるところ、Fieldの著作物を使用することにより何らかの利益を得たという証拠はない。キャッシュ表示の際に Google は広告を打っているわけでもなく、その他の営利的な取引をなしているわけでもない。変形的利用がある場合には、利用が営利的なものであることは、フェア・ユースの第一の要素を判断する際に相対的に重要なものではなく、というのである(See Campbell, 510 U.S. at 579; Kelly, 336 F.3d at 818)。

この点の説示は、本件に先立つ、Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 818 (9th

Cir. 2003)を踏襲するものである(後述ii)参照)。いずれも、変形的利用であることを理由に、被告に営利目的があるからといってフェア・ユースが認められなくなるわけではないことを明らかにした前述のCampbell判決の法理に依拠している。

(41) See Kelly, 336 F.3d at 820(検索サイトのサムネイル表示が変形的利用と目される理由の一つに、インターネットにおける情報収集力を強化することで公衆に資するものであるということを挙げる)。

(42) この点に関して、Field は、Google のキャッシュにライセンスすることができたはずであり、その分の市場が害されていると主張したが、このような論法は、フェア・ユースとなるべき利用によって常に市場が害されると主張することを可能とするものであって詭弁に過ぎないとされている。第四の要素では、著作者が一般的に自身で展開しているか、他者に展開させている市場が考慮されるに過ぎない(See Campbell, 510 U.S. at 592)、というのである。

(43) See Campbell, 510 U.S. at 586.

(44) See Kelly, 336 F.3d at 820.

(45) テレビ放送された著作物をタイム・シフティング目的で録画したとしても、元々無料で視聴してよいとされた視聴者が視聴することを可能とするだけであることを斟酌しつつ、Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 449-50, 104 S. Ct. 774, 78 L. Ed. 2d 574(1984)。See Kelly, 336 F.3d at 820-21; Mattel, 353 F.3d at 803 n.8.

(46) 同事件の地裁判決を紹介するものに、吉田正夫「ネットワーク環境下における事業者の責任」コピライト471号8～9頁(2000年)。

(47) ここでは、注(38)で紹介した、Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises., 471 U.S. 539, 564 (1985)が引用されている。

(48) 責任が肯定された Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146 (C.D. Cal. 2002)の被告 Cybernet Ventures も、自己が運営する Adult Check システムと提携するウェブサイトの検索サイトのサービスを提供していたが、提携先の著作権侵害に対する寄与侵害と代位責任が肯定されており、純粋な検索サイトの例とはいえない。

(49) 立法の経緯と関連規定の概要に関しては、田村/前掲注(1)責任主体170～174頁、吉田/前掲注(46)10～12頁、平野晋『電子商取引とサイバー法』(1999年・NTT 出版)52～55・77～79頁、ゴーマン=ギンズバーグ・前掲注(3)826～827頁、作花・前掲注(14)詳解著作権法577～580頁。

(50) 素材にアクセスした者本人が受信するための一時的な蓄積に関しては512条(a)で読み込み、さらに、自己のシステムやネットワークで同じ素材にアクセスしたユーザーが現れた場合のために一定期間、自己のサーバー内に素材をキャッシングしておくための蓄積に関しては512条(b)で読み込むという構造になっている(512条

(b)(3))。

ただし、サービス・プロバイダーは、512条(b)による免責を受けるためには、素材をオンライン上でアクセス可能とした者(たとえば、ホーム・ページ開設者等)が特定したリロードやアップデート等に関するルールであって、業界の慣行に即応したものを遵守することが条件とされており(512条(b)(2)(B))、この点が、512条(a)による免責と異なる。もっとも、当該ルールがキャッシングを行わせなかったり、不当に妨げるために利用される場合には、この限りではないとされている(512条(b)(2)(B))。

この他、免責の条件として、サービス・プロバイダーは、キャッシングがなければ、素材をオンライン上でアクセス可能とした者が取得しえたであろう情報を取得するために素材に付された技術(プロバイダーのシステムやネットワークの運営を著しく妨害するものではなく、業界で一般に受け入れられた通信に関する規約に合致するものである等の条件が課されている)を妨害してはならず(512条(b)(2)(C))、また、素材をオンライン上でアクセス可能とした者が、対価の支払いやパスワードの提示等をアクセスの条件としていた場合には、素材の重要な部分のアクセスが許される者を、当該条件を満足したユーザーに限定しなければならない(512条(b)(2)(D))、とされていることにも注意。

(51) これらの条件と寄与侵害、代位責任との関係については、後述2)参照。

(52) なお、通知、反対通知の真実性を担保するために、通知が満足しなければならない要件が細かく定められている他(条件を履践していないとされた例として、Perfecr 10, Inc. v. CCBill LLC, No. 04-57143, 2007 U.S. App. LEXIS 12508, at\*1 (9th Cir. May 31, 2007))、侵害があるという主張、もしくは過誤により削除され遮断されたという主張をなした者は、それによって侵害者であると主張された者、著作権者、ライセンサー、サービス・プロバイダーに生じた損害を賠償する責任がある(512条(f))、とされている。

(53) 512条(i)(1)(A)が解約を必要とする「適切な状況」が具体的にどのようなものであるのかということに関しては解釈の余地があることにつき、後述2)参照。

(54) もっとも、当該技術手段は、公開の、公正な、任意の産業横断的な標準化手続きにおける著作権者とサービス・プロバイダーの広汎な合意に従って開発されたものであることが要求されているので(512条(i)(2)(A))、実際にはそのようなものが問題になることはないだろうと評されることがある(Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1174 (C.D. Cal. 2002))。

(55) この事件は、仮処分的差止命令の申立てに係る。そして、同判決によれば、第9巡回区では、仮処分的差止命令を得るためには、① 本案勝訴の蓋然性と回復不能の損害の存在の可能性の双方が示されるか、② 真摯な争点が提起されており、その判断が困難であるなかで比較衡量が自らのほうに有利であること、のどちらかを

証明する必要があるところ(239 F.3d at 1013)、512条に関しては、後者の②の基準で原告に有利と判断されたために、結局、Napster が512条にいうサービス・プロバイダーに該当するのか、Napster の認識があることを示すためには著作権者は同条の定める通知をなさなければならないのか、同条の定める方針を Napster は履践しているのかという、その判断に正式事実審理を必要とする争点は未決のまま、原告勝訴の判決が下されたのである。

(56) このほか、Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 487 F.3d 701(9th Cir. 2007)も、寄与侵害に対して512条(d)に基づく免責が抗弁となりうることを認めている。

(57) プロバイダーにとって notice and take-down の手続きがセーフ・ハーバーになるためには、同手続きで要求されている侵害警告の要件を充足しないような警告、あるいは、同手続きで要求されている警告によって形成されるべき認識に満たないような認識の状況で、512条の免責が認められなくなると解することはできない(前者については、512条(c)(3)(B)に明文がある)。そのように解してしまうと、notice and take-down の手続きを履践しても、免責されないことになってしまうからである。

ゆえに、notice and take-down の手続きと、512条の免責の条件にされている擬制的な認識を関連させるこの判決の理解は正鵠を射ているということになるのだろう。

(58) もっとも、CoStar 判決の裁判所は、Fonovisa 判決の利益収受に関する説示を、contributory infringement に関するものと理解しているが(164 F. Supp. 2d at 705)、そこで引用されている Fonovisa 判決の頁は代位責任の要件に関するものである(76 F. 3d at 263)。本文で後述する Perfect 10, Inc. v. Cybernet Ventures, Inc., 213 F. Supp. 2d 1146, 1181 (C.D. Cal. 2002)も、CoStar 判決のこの説示を、Fonovisa 判決の代位責任の要件に関する論評であると理解している。

(59) なお、控訴審の認定では、2001年9月の時点で、被告サイトに掲載されている約33,000枚の画像中、原告の著作権を侵害する画像が300枚であった。

(60) 512条の免責を得るためには、反復侵害者を抑止する所定の方針を採用し履行しているかということや(512条(i)(1)(A))、notice and take-down の手続きを実践していること(512条(c)(1)(C))が必要となること、これらの要件を遵守しているかどうか確認するためには事実審理が必要であるとされて、略式判決の申立てが認められなくなることもある(CoStar Group, Inc. v. LoopNet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688, 704 (D. Md. 2001), aff'd, 373 F.3d 544 (4th Cir. 2004); Ellison v. Robertson, 357 F.3d 1072, 1080 (9th Cir. 2004))。略式判決により免責を認めた原判決を取消したものに、Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC, No. 04-57143, 2007 U.S. App. LEXIS 12508, at\*1 (9th Cir. May 31, 2007)。略式判決という手続きのなかで法律問題として決着を付けるためには、512条以外の他の法理のところでは非侵害という結論を得られるほうがよいという場合が少なくないのかもしれない。

そもそも実体要件の問題としても、512条の免責を受けるためには、プロバイダ

ーが寄与侵害や代位責任に相当すること(その異同については3)参照)をなしていないことが必要とされている。しかし、寄与侵害と代位責任を否定できるのであれば、512条を持ち出す実益はほとんどない。寄与侵害や代位責任が否定されるにも関わらず、直接の著作権侵害行為があるとされるのであれば、512条を持ち出す意味はあるが、そのような例は稀であろう。

(61) もっとも、仮処分命令の申立てに係る事件であり、裁判所は、512条(d)の検索サイトのための免責を享受すると判断される可能性は残っているが、リンクのための免責に関してはそのような可能性もないと付言している。ただし、子細は詳らかにされていない。

(62) 参照、田村/前掲注(1)責任主体194～199頁。

(63) 例外として、113条1項2号、113条2項。田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)155・157～158・167～169頁参照。

(64) 何故そうなるのかということに関しては、田村善之『知的財産権と損害賠償』(新版・2003年・弘文堂)266～271頁を参照。

(65) このほか、現存利益の有無の認定による調整を活用する対処策を採りえないわけではないが、不当利得の類型論の下では、給付利得の類型と異なり、利得者の信頼の前提となる取引があることを要せず不当利得返還が認められる侵害利得の類型では、権利を定める個別の実体法規の構造を離れて一般論としてカテゴリー的に返還額を現存利益に縮減することを認めることには疑問が呈されている(藤原正則『不当利得法』(2002年・信山社)252～255・257頁)。

(66) その趣旨につき、田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適否」知的財産法政策学研究15号(2007年)。

(67) 特許権侵害に関する Root v. Railway Co., 105 U.S. 189 (1882)の説示を参照。初期の著作権侵害事件に関し、injunction を発した実例として、Morse v. Reed, 17 F. Cas. 873 (C.C.N.Y. 1796) (これが著作権侵害事件であるということは、Livingston v. Van Ingen, 9 Johns. 505, 587 (N.Y. Ct. Err. 1812)による)。

(68) もっとも、現実には、著作権侵害が肯定されたにも関わらず、差止命令が発動されないということは滅多にない(少なくともこれまで)。しかし、ヒッチコック監督の著名な映画「裏窓」が、原作の小説の著作権が更新されたために(現行法上、経過措置を除いて廃止されたアメリカ合衆国の著作権の更新制度は、著作権に関するそれまでのライセンス契約や譲渡契約を清算する機能を有するものであったことにつき、ロバート・ゴーマン＝ジェーン・ギンズバーグ編(内藤篤訳)『米国著作権法詳解(上)』(第2版・2003年・信山社)368～375頁)、著作権と抵触することになったという事件(この事件では、原作の著作者が更新期間を含めて映画に関する権利を譲渡していたにもかかわらず、更新期間の前に著作者が死亡してしまったために、著作者の承継人との関係では右譲渡は効果を有しないとされている)では、

映画というものが原作者以外の多数の人間の共同作業の成果物であり、映画の成功には原作以外の要因も大きく貢献しているところ、injunction は二次的著作物である映画の新しい要素を活用し正当な利益を収受することを不可能とするとともに、公衆から映画鑑賞の機会を奪うものであり、原作者は侵害に対する金銭的な賠償を認めることにより十分に償われることを考え合わせると、injunction は侵害に対する適当な救済とはいえないとされた。Abend v. MCA, Inc., 863 F. 2d 1465, 1478-1480 (9th Cir. 1988), aff'd on other grounds sub nom. Stewart v. Abend, 495 U.S. 207 (1990). 最高裁も、特定の雑誌に収録された記事の本文や画像を網羅的に搭載する CD-ROM やデータベースに対して、記事に関して著作権を有するフリーランサーの著作物が侵害訴訟を提起したという事件に対する N.Y. Times Co. v. Tasini, 533 U.S. 483, 505 (2001)において、集合著作物全体(本件では雑誌)の著作者に(明示の約定がなくとも)当該集合著作物かその改訂版の一部として個別の素材となった著作物の複製と頒布を認める著作権法201条(c)は、ユーザーが個別の著作物をのみを検索して抽出できるデータベースには適用されない旨を判示して侵害行為を認めつつ、著作権法502条(a)項が裁判所は侵害を停止「することができる」(may)と規定しているに止まることを引き合いに出して、問題の記事をデータベース等に含めてはならないという差止命令が自動的に発せられるわけではないと説き、救済の問題は差戻後の地方裁判所で審理判断されるべきであると判示している。

著作権侵害の責任を完全に否定するフェア・ユースの抗弁に加えて、損害賠償を命じつつも差止めを否定するというこの法理を活用することにより、柔軟な事案の解決を図る選択肢を一つ増やすことができる、といえよう。なお、アメリカ合衆国特許法における最近の動向について、玉井克哉「特許権はどこまで『権利』かー権利侵害の差止めに関するアメリカ特許法の新判例をめぐってー」パテント59巻(2006年)を参照。

(69) Sega Enterprises Ltd. v. Maphia, 948 F. Supp. 923, 939-940 (N.D. Cal. 1996).

(70) 田村・前掲注(63) 197~198頁。

(71) 参照、田村善之「技術環境の変化に対応した著作権の制限の可能性について」ジュリスト1255号(2003年)。

[付記] 脱稿後、本稿で取り上げた Field v. Google, Inc. と Perfect 10, Inc. v. Amazon.com の両事件を紹介する作花文雄「Google の検索システムをめぐる法的紛争と制度上の課題[前編]」コピライト555号(2007年)に接した。