



# HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	政策形成プロセスと知的財産法(その3)他人の著作権侵害を助ける技術に対する規律のあり方 : デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割
Author(s)	Hazucha, Branislav; 田村, 善之//訳; 丹澤, 一成//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 24, 25-96
Issue Date	2009-09
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43601">https://hdl.handle.net/2115/43601</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	24_25-96.pdf



## 他人の著作権侵害を助ける技術に対する 規律のあり方

—デュアル・ユース技術の規制における社会規範の役割—

**Branislav HAZUCHA\***

田村 善之・丹澤 一成(訳)

序

1. イノベーションの自由と著作権保護との間の緊張関係
2. 「デュアル・ユース」アナログ技術の規制
  - 2.1 技術ユーザーによる著作権侵害のイネーブルメント
    - (a) 相当因果関係
    - (b) 許諾
    - (c) 寄与
  - 2.2 イネーブルメントと公共の利益
    - (a) 実質的な非侵害用途
    - (b) 技術的・経済的にみて実行可能な予防策
3. デュアル・ユース技術とコピーライト・ウォーズ：威圧とその限界
  - 3.1 責任追及への応答：技術の再設計
  - 3.2 クラウドイング・アウトと法令遵守の内的価値
  - 3.3 社会規範と法
4. 新しいデュアル・ユース技術の規制とその限界
  - 4.1 損害回避最小費用に関する費用便益分析
  - 4.2 意図的関与
    - (a) 因果関係
    - (b) 認識と予見可能性

結語

---

\* 1999年 Comenius University 法学修士、2002年 Trnava University 法学博士、2005年九州大学法学博士。本稿は2008年7月17日、18日に University of Turku で行われた Conference on Innovation and Communications Law での発表と2009年1月30日、31日に北海道大学で行われた国際シンポジウム「知的財産をめぐる政策形成過程と法」での発表を基にしている。

## 序

新しい技術は、著作物を具体化した財やサービスの生産、頒布のコストを削減することにより、人類の知的創作を支援し促進する革新的なビジネスモデルの実現を可能とする。その一方で、まさにこのような新しい技術はエンドユーザー（＝私的、非営利目的でそれらの技術を用いる個人）に対して、かつて無いほどに大規模に著作物を使用する新たな手段を与え、その可能性を切り開いた。デジタル化とネットワーク化の技術により消費者が著作物を大量複製し流通させることが従来よりも容易になったのである。この問題の解決策として、多くの著作権者はそのような「イナーブルメント・テクノロジー」の入手や利用について規制することを提案してきた。実際、これらの技術が公衆の手に渡らなかつたならば、著作権者の利益の保護はよほど容易なことであつたろう。ゆえに著作権者は、これらの新たな技術が、知的、創造的な人間の労働の成果である財産的な利益の保護に十分に配慮しているとはいいたい以上、その提供者に対して自らの排他権を駆使して訴訟に訴えることにその戦術を集中させる<sup>1</sup>。そして、訴訟に敗れたとすると、著作権者は複製、流通技術を法律で規制する立法措置を求めるロビイング活動にその戦いの場を移行する。

この過程で著作物を提供する側は一貫して著作物の創造が確実に進むようにするためには何らかの手当てが必要である、と主張してきた。複製、流通技術の開発者は直接侵害者を監視したり、著作権侵害をより困難にするように技術を設計しなおして、侵害行為が大量に発生するのを防ぐべき立場にあり、特に技術の提供者が著作物の無断利用から利益をあげている場合にはこれが妥当する、というのである。たしかに、技術の提供者に多くの是正義務を課してまでその自由を制限することを正当化する理由はいくつか考えられる。第一に、こういった技術の提供者の数は限られており、エンドユーザーや無断で著作物を流通させる者の数よりもはるかに少ないことが挙げられる。第二に、著作権者が技術の提供者に対して

<sup>1</sup> See, e.g., *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, U.S. Dist. LEXIS 11862 (N.D. Cal. Aug. 10, 2000) (*Napster I*); *MGM Studios v. Grokster, Ltd.*, 545 U.S. 913, 125 S. Ct. 2764, 2005 U.S. LEXIS 5212 (Jun. 27, 2005) (*Grokster III*).

勝訴した場合、関係する技術の消費者やユーザーに対して現実にインパクトがある。第三に、エンドユーザーは現在の技術の提供者から別の技術の提供者へと乗り換えることができるわけであるが、侵害の成立を認める判決は全ての技術の提供者に対する抑止効果が期待できよう。この種の技術やサービスの提供は法的に相応の結果を伴う違法なビジネスである、と明確にすることは一種の警告のサインとなるのである。

これらの帰結主義的議論はみな魅力的で説得力があるが、しかし、そのいずれもが著作物の供給が減退するか、最悪の場合壊滅するという避けがたいおそれがあり、それがゆえに著作物の安定供給を保証するには強制力を用いざるをえない、という仮定の上に立っている。そうしたおそれが強ければ強いほど、立法府や裁判所に向けて何らかの抑止、保護を講じる必要性を訴える主張がより力強く、説得力を増すことになる。しかしながら本稿は、法の役割は威圧により不正行為を防ごうとするだけではなく、特定の社会を規律し、社会の構成員が行動する際の理由を与えるところにもあることを示す。法の指示するところは普遍的なものであると同時に、社会全体にとって重要な価値を具現するものである。すなわち、法は人間の行動に関し社会的に好ましい基準として一般に理解されているものと受けとめられるのである。

したがって本稿は、威圧にのみ着目したアプローチの欠点は新技術の規制における社会規範<sup>2</sup>と説得力の役割を無視していることにある、ということ論ずる。この側面を見落とした法は十分な表出力 (expressive power) に欠けているため、その執行には困難が伴うことが少なくない<sup>3</sup>。多くの

<sup>2</sup> See generally, e.g., Robert C. Ellickson, *Order Without Law: How Neighbors Settle Disputes* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1991); Lawrence Lessig, *The Regulation of Social Meaning*, 62 U. Chi. L. Rev. 943 (1995); Cass R. Sunstein, *Social Norms and Social Roles*, 96 Colum. L. Rev. 903 (1996); Richard H. McAdams, *The Origin, Development and Regulation of Norms*, 96 Mich. L. Rev. 338 (1997); Eric A. Posner, *Law and Social Norms* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2000).

<sup>3</sup> See generally, e.g., Alex Geisinger, *A Belief Change Theory of Expressive Law*, 88 Iowa L. Rev. 35 (2002); Richard H. McAdams, *An Attitudinal Theory of Expressive Law*, 79 Or. L. Rev. 339 (2000); Robert E. Scott, *The Limits of Behavioral Theories of Law and Social Norms*, 86 Va. L. Rev. 1603 (2000).

インターネットのユーザーがこぞって著作権法を軽視しているという現状はその表れである。望ましいとはいいがたいこのような状況を打破するためには、政策策定者は規制の立案過程で、規制の対象者が認識し遵守している社会規範を考慮することも必要となる。このような規制は副産物として、影響を受ける利害関係者の社会における相互の信頼を構築、維持し、もって被規制者への十分な説得力が得られるようになるという効果をもたらす<sup>4</sup>。

法は強制をもたらすものとして振舞うだけでなく、これを認知する者に特別な役割を与える<sup>5</sup>。責任力のある者は単に正しいことをする者ではなく、「周りに警察官がいなくても正しいことをする者」<sup>6</sup>である。個人が「責任をもてる存在」であることを無視して、個人を公共政策の単なる「道具」に過ぎないとみなすことは、保護費用が余分にかかることを意味する。厳罰化やより隙の無い監視が必要とされるからである。個人を平等で責任力があり、そのエージェントにより生じた結果は肯定的なものであれ否定的なものであれ全て引き受ける存在とみなすことで、より容易にまた費用をかけずに解決をはかることができるかもしれない。それがゆえに本稿は、技術の提供者に課される間接的な責任の限界について検討するうえで、被規制者に対して法が有する説得力と、社会の中で信頼を構築しそれを維持することの重要性を強調するものである。

第一部では、著作権を侵害する目的にも侵害しない目的にも使うことができ、これにより多くのユーザーによる著作権侵害を可能とする「デュアル・ユース」技術の特性をめぐって、著作物の提供者と技術の提供者の利

害が相反し緊張関係にある、その状況を概観する。この難題は新たな複製、頒布技術に関する規制の効率性を大きく左右する。規制の標的とされる者（技術のユーザーとその提供者）は自己の利益に対する適切な配慮を欠く規制に対しては、大きな説得力があると考えたわけではないからである。

第二部では、アナログ複製技術の導入に際し、米国、英国、ドイツという異なる法域において、裁判所が相互に抵触する公共的な利益間のバランスを公正、公平にはかろうとした、その手法について俯瞰する。

インターネットのエンドユーザーによる巨大な規模での著作物の無断使用に対抗して、著作権者は1990年代後半から2000年代初めにかけてロビイング活動を行い、国際的<sup>7</sup>にも国内的<sup>8</sup>にも著作権法の改正を実現することに成功した。インターネットにおける著作権の実効性を確保するために、著作権者は世界中の個人ユーザー、技術の提供者、インターネット・サービス・プロバイダーを相手に多数の訴訟を提起した。しかしながら、こうした著作権者の行動は、規制の対象とされた者からの抵抗に遭遇し、著作権法の厳格な適用を迂回しようとする行動を促した。著作権法の研究者には、この悪循環をして「コピーライト・ウォーズ」と命名する者も現れている<sup>9</sup>。そこで第三部では、「デュアル・ユース」技術<sup>10</sup>に関する著作権行使の威圧効果の限界について検討する。新技術に対して著作権法の実効性を確保することが困難な理由は、伝統的な責任の概念をデジタル環境における行動をも包含するように拡張してきたことに求めることができよう。責任の概念を広げた結果、所期のものとは正反対の帰結がもたらされるこ

<sup>4</sup> See, e.g., Mark Van Hoecke, *Law as Communication*, 207 (Oxford: Hart Publishing, 2002)（「公的機関として法を施行するとき、判事として判決を下すとき、一市民または公的組織、私的組織として法的規制を用いるとき、法は特定の目標を達成し何らかの利益をあげるという観点を伴った戦略的行動の一部となるだろう。しかし法はまた、その定義からして当然に、人の言明やその背後に存する理由の真実性、ルールや決定、要求の規範的な正しさ、そこに表現された作成者がいわんとするところの意図を他者に得心させることを目的としたコミュニケーション行為でもある。」）。

<sup>5</sup> See Tamar Frankel and Wendy J. Gordon, *Introduction*, 81 B.U. L. Rev. 321, 323 (2001).

<sup>6</sup> See *id.* at 324. See also Tamar Frankel, *Fiduciary Law*, 71 Cal. L. Rev. 795 (1983).

<sup>7</sup> WIPO Copyright Treaty, 6 March 2002, 36 I.L.M. 65; WIPO Performances and Phonograms Treaty, 20 May 2002, 36 I.L.M. 76.

<sup>8</sup> 例として、米国の Digital Millennium Copyright Act of 1998, Pub. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860, enacted 28 October 1998、EU の Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, O.J. L 167, p. 10.

<sup>9</sup> See, e.g., Peter K. Yu, *The Escalating Copyright Wars*, 32 Hofstra L. Rev. 907 (2004).

<sup>10</sup> See Mark A. Lemley and R. Anthony Reese, *Reducing Digital Copyright Infringement without Restricting Innovation*, 56 Stan. L. Rev. 1345, 1355 (2004)（民生用途と軍事用途のように、二つの異なる用途を持つ技術にたとえてこの語を用いている）。*Cf.*, e.g., 最判2001年2月13日民集55巻1号87頁 [「ときめきメモリアル」事件]。

ととなったのである。ゆえに第三部では、著作権侵害の責任を課すと脅したり、技術のユーザーやその提供者に対する責任の範囲を拡張したことがいかに現在の peer-to-peer ネットワークの設計に影響を与えたのか、その軌跡を検証する。この作業は、著作権法を厳格に適用すれば、被規制者の反応はその抜け道を探索するというものとなることの例証となろう。被規制者の行動は、デジタル環境での新たな規制の対象者である技術のユーザーや技術の提供者に対して規制の表出力が失われている、という事実を意味していると表現してもよいかもしれない。単純にいつてしまえば、ユーザーや提供者は規制について十分な説得力を見出していないということである。ゆえに第三部は最後に、法令を遵守することの内在的な価値と、規制対象への威圧に重点をおいた著作権法の厳格な適用の限界を吟味して締めくくられる。

法令を遵守することの内在的な価値に関する理解を基にして、第四部では、ついで新技術の規制の限界を検討する。「イナブルメント」の概念を拡張して技術の提供者に責任を負わせることに関し、その背後にある規範的な考慮を吟味する。法と経済学のアプローチで称揚される「効率的な費用の配分」を志向する費用便益分析の長所と短所を同定する作業もとりおこなう。その内在的な不足を補うため、第四部では人間的な行動の内在的視点をも考慮に入れることの重要性を強調する。

## 1. イノベーションの自由と著作権保護との間の緊張関係

著作物を複製する技術や流通させる技術を使用して、ユーザーが直接的に著作権を侵害したときに、これらの技術の開発者や製造者、販売者が他人である技術のユーザーによる侵害行為を誘引し、支援し、補助し、補助し、その他実質的な寄与をしたと主張された場合を考えよう。この場合、開発者、製造者、販売者はそれぞれ別の状況におかれることになる。例として、有料またはペイ・パー・ビュー課金方式のケーブル放送についてユーザーが料金を支払わずにスクランブルを解除して視聴できるようにするデコーダ・ボックス、ユーザーが望むように手紙や雑誌、本を複製する複写機、音声やラジオ放送、テレビ放送を記録するテープレコーダーやビデオレコーダー、海賊版音楽テープやビデオカセットの複製物の作成、そ

してネットワーク・アプリケーション・ソフトのユーザー間でファイルを共有できるようにする FastTrack や Gnutella といった分散型 peer-to-peer ネットワーク技術、といったものが提供された場合などが挙げられる。これらの例を見ると、「イナブルメント」テクノロジーは二種類に分けられるように思われる。すなわち、デコーダ・ボックスのように著作権侵害用途にのみ使われる技術と、侵害用途にも非侵害用途にも使用できるいわゆるデュアル・ユース技術の二種類である。前者が関係する事例においては、ほとんどの場合著作権を侵害していることは明らかである。その一方で、後者の「デュアル・ユース」技術に関しては、こういった技術について何ら制限することなく自由にすべきか、ある程度の規制を加えるべきか、もしくはエンドユーザーが著作権者の正当な利益に大きな害を及ぼしていることを理由に完全に禁止すべきか、といった問題が生じる。

他人による著作権侵害のイナブルメントという問題は世界中の多くの法域において何度も法廷で争われてきたが、近年、デジタル技術やネットワーク技術の導入によって再燃することとなった。その中でも著作物の提供者から最も激しい攻撃を受けたのは peer-to-peer ネットワークである。このネットワークのユーザーは他のユーザーとの間で共有したいと思うどのようなファイルも提供することができ、思うがままに他のコンピューター内にあるファイルを検索しダウンロードすることができる。その際に peer-to-peer ネットワークのユーザーがしなければならないことは、この技術を実装したアプリケーションを提供するウェブサイトにアクセスしてダウンロードし、それを自分のコンピューターにインストールすることだけである。現況では、多くのデュアル・ユース技術がその提供者をして著作権の直接侵害者や直接侵害手段をコントロールすることを可能とするようなものになっているとは到底いえないが、技術の開発者は少なくとも技術の設計はコントロールしている。そもそもこれらの技術による援助や補助、支援の方式が現在あるようなものでなければ、ユーザーは他者の著作権を侵害することはできなかったはずである。このような技術が開発されなければ、著作物を電子ファイルの形にしてユーザー間で非合法的に共有することもなかっただろう。提供者が違法行為を促進するような技術を供給しなければ、提供者が著作権の侵害に実質的に寄与するということがなかったと思われる。このように考えると、技術の提供者は技術のユ

ユーザーによる著作権の直接侵害行為について、見知らぬ者や通りすがりの者とは異なる、より緊密な、より積極的な地位にいたと主張することができるかもしれない。これが、技術ユーザーによる直接の著作権侵害は基本的に技術の提供者の行動に由来しており、技術の提供者が技術ユーザーの違法行為を促進、教唆、助長、援助、奨励、もしくはそれ以外の方法により支援していると著作権者らが主張する理由の一つである。

近代社会は、個人は自身の行為の結果について責任を負うべきであるという原則を承認している。しかしそれと同時に、その結果がかけ離れたものである場合や合理的な者にとって予見できなかったようなものである場合など、必ずしも全ての結果が個人の責任を伴うものではないということも容認している。このため、ある者の媒介によって法で認められ保護された他者の所有権や財産に不当な影響が及んだとき、その媒介者について責任があると認められるのはどのような場合か、ということが問題になる。イナーブルメント・テクノロジーの提供が、個人の著作権侵害による負の影響がさらに積み重なることで著作権者の正当な利益を侵しうようになり、またイナーブルメント・テクノロジーの使用が技術の提供者によってもコントロールできなくなっている現状を踏まえて、この種の技術が法によっていかに規制されるべきかについては二つの相反する見解がある。一方の見解は著作権侵害から保護されるべき著作権に関する利益を代表する著作権者の見解であり、他方の見解はイナーブルメント・テクノロジーの開発や生産、販売の自由・自律に関する利益を代表する開発者や生産者、販売者の見解である。

著作権者側は、もしもこのまま何らかの手立てがなされなければ、創作者らは新たな文学作品、芸術作品、音楽作品やその他著作権法で保護される作品を創作する十分なインセンティブを得られないだろう、と訴える。自らの時間、労力、資金やその他のリソースを投資しても、自由にインターネットからその成果物がダウンロードされてしまい、その投資のリターンが得られないというのであれば、それを知ってしまったうえで、誰が本を書き、歌を作り、映画を撮るといえるのだろうか？創作のインセンティブが何も無い状況でも創作する、といった非合理的な行動をする理由がどこにあるのだろうか？著作者や創作者もまた生きた人間であり、生きていくためにはお金が必要である。かりに技術がユーザーによる著作権の直接侵害を

防ぐように修正され、改良され、拡充されるのであれば、技術の提供者の支援による著作権侵害が無くなるか、その件数は大幅に減ることであろう。人は皆、自分の行動が他人に何を及ぼすのかということについて関心を持つべきなのである。人は隣人に気を遣うことなく好き勝手に振舞えるような離れ小島に一人で暮らしているわけではない。人間は、コミュニティや地域社会において居住する人々と相互に関係をもちながら日々暮らしを送っているのである。自身の行動の結果について知らぬ振りを決め込むことが許されてよいのであろうか？技術の提供者が現実を見て見ない振りをして、ユーザーによってその技術が違法行為に使われることを何ら防ごうとしないなどということが許されてよいのであろうか？

これに対してイナーブルメント・テクノロジーの提供者は、デュアル・ユース技術はもともと著作権を侵害する目的にも、侵害しない目的にも使用することができる技術である、と反論する。さらに、自然の法則によって予め決まっている自然現象と異なり、人間は「自分の行動に対する完全な主権者」<sup>11</sup>である。精神疾患、一時的な衝動、強迫神経症などの特殊な事情を除いて人間の行動は本人の選択の結果とみなされるはずであり、普通誰もが自分の行動を自由に選択できるのである。真の意味で他人に違法行為を「させる」ことができる者などいるのだろうか？ある者が他人の違法行為について意図的に関与していないにもかかわらず、どうしてその者に他人の違法行為の責任があるといえるのか？さらに、関係技術を入手できなかったとしても、著作権の直接侵害者はいずれ別の者を見つけるか、他者からの支援や幫助無しで違法行為をなしたであろう。そうだとすれば、いつ他人の違法行為を促進、教唆、助長、援助、奨励その他の方法により支援したといえるのだろうか？くわえて、著作物の提供者や技術の提供者が複製防止のために技術手段をいかに導入したところで、技術ユーザーは往々にして自分自身でそのような技術を回避したり無効化したりする方

<sup>11</sup> See Sanford H. Kadish, *Complicity, Cause and Blame: A Study in the Interpretation of Doctrine*, 73 Cal. L. Rev. 323, 330 (1985), reprinted in an abridged and unrevised version as Sanford H. Kadish, *A Theory of Complicity*, in Ruth Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy: The Influence of H.L.A. Hart*, 287, 288 (Oxford: Clarendon Press, 1987).

法を見出すものである。このように、いずれにせよ違法行為は行われるにもかかわらず、技術のユーザーによって著作権者が受ける被害を防ぐために、技術の提供者が努力しなければならない理由はどこにあるのだろうか？ 技術の提供者は良きサマリア人として著作物の提供者の利益を守るためにあらゆる努力を惜しまないようにしなければならないとでもいうのだろうか？ どのようにすれば他人による違法行為を防ぐことができるのであろうか、そして現実問題として違法行為を実効的に抑止する手段など存在するのだろうか？ さらにいえば、技術の提供者が何らかの複製防止技術手段を採用した場合、技術のユーザーによってその手段が簡単に回避された結果、その責任を負わされるというリスクに晒されることになる。そうだとすれば、技術の提供者が防止技術を取り入れるべき理由はどこにあるのだろうか？

## 2. 「デュアル・ユース」アナログ技術の規制

個人による著作物の私的複製を可能とするデュアル・ユース技術をいかに規制するかという問題はアナログ複製技術の登場とともに現れた。複数の法域では、アナログ複製技術とその機能が法廷で争われた。相互に抵触する公共的な利益、すなわち著作権保護という一方の利益と新技術の開発というもう一方の利益のバランスを公正・公平にはかるために、裁判所はまず技術の提供者と技術ユーザーとの間の密接な関係の有無を吟味する。そのような関係が見出された場合は、次に将来の技術の発展を阻害したり萎縮させたりすることの無いよう、他の公共の利益が考慮される。

### 2.1 技術ユーザーによる著作権侵害のイナンプルメント

アナログ複製技術の登場に対応するように、各法域の裁判所や立法府は技術のエンドユーザーによる著作権侵害に関する技術の提供者の責任の有無をいかに判断するか、その方法を見出そうとした。以下で比較するドイツ、英国、米国の各法域の裁判所や立法府はそれぞれ異なる三通りの方法を発展させた。ドイツにおいてはイナンプルメント・テクノロジーの提供とそのユーザーによる著作権侵害との間に「相当因果関係」が認められ

た場合に、そのような手段の提供者にも著作権侵害の責任があるとされる<sup>12</sup>。一方、英国や米国といったコモン・ローの国々は著作権の間接侵害について二つの異なる方向からアプローチしている。米国の裁判所がもともと米国特許法の分野から発展した「寄与侵害」の法理を適用するのに対して、英国の裁判所はそのような明確なアプローチをとらず、「許諾」の概念に基づいた理由付けを行っている。特に英国では、裁判所が使用等に関する許諾をした者と直接の侵害者との間の行動に見られる「共謀」の関係や、製品販売後に消費者が製品を使用する際に製品の製造者が行ってしかるべきコントロールの度合いについて評価することになる<sup>13</sup>。

#### (a) 相当因果関係

成文法体系の法域では著作権法の分野において特別な法理を発展させることなく、私法分野全体に共通する法理を援用している。一般的には民法の不法行為の規定による規制が用いられてきた。このため、適法目的にも違法目的にも使用できるような製品を製造した者に対し、著作権を保護するうえで発生する特定の問題について、一般規定が如何に適用されるのか、という問題が生じている。1950年代、ドイツのGrundig社がラジオ放送とレコードとテープ録音の間の障壁を取り除いたテープレコーダーの新製品をドイツ市場にもたらした。その広告でGrundig社はラジオ放送やレコードから音楽を録音することが可能であることを宣伝したが、このことは即座にドイツ音楽著作権管理団体（Gesellschaft für musikalische Aufführungs und mechanische Vervielfältigungsrechte, 略称“GEMA”）の注意を引くことになった。GEMAはGrundig社が顧客に対しドイツ著作権法に基づく義務を知らしめない限り、製造者がレコーダーを販売することを禁止す

<sup>12</sup> See Andreas Dustmann, *Die privilegierten Provider: Haftungseinschränkungen im Internet aus urheberrechtlicher Sicht*, 52 (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2001).

<sup>13</sup> See Andrew McRobert, *Digital Music & Copyright: Third Party Liability & Home Taping*, 3 Digital Tech. L.J. 1, § 86 (2001) available at <[http://www.law.murdoch.edu.au/dtlj/2001/vol3\\_1/mcrobobert.pdf](http://www.law.murdoch.edu.au/dtlj/2001/vol3_1/mcrobobert.pdf)> (last visited 24 June 2003).

るよう提訴した。GEMA はまた、Grundig 社の広告は音楽著作権保有者の正当な利益を大きく損なう可能性がある、と主張した。

*Grundig Reporter* 事件として知られるこの事件<sup>14</sup>は、著作権法の適用範囲や著作権法の個人の私的領域に対する干渉に関する様々な問題を提起した<sup>15</sup>。個人が家庭において私的目的のために複製を行った場合、はたして著作権者の権利を侵害するのだろうか？著作権の保護はドイツ基本法(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) 第13条によって保証され保護される基本権である住居の不可侵性の権利(Unverletzlichkeit der Wohnung)に干渉することが許されるのか？テープレコーダーの提供とユーザーによってなされていると主張されている著作権侵害との間には因果関係が存在するのか？この事件において、ドイツ連邦最高裁判所(Bundesgerichtshof)は私的録音を禁止する著作者の排他権を認める判決を下した。裁判所は「著作権法には著作権者の主張は個人の私的領域の手前で止められるべきであるとする一般原則は存在しない」<sup>16</sup>ことを理由に、著作物の創作者の利益はその消費者の利益に優先されなければならないと判示したのである。住居の不可侵性の基本権によってテープレコーダーの個人ユーザーに対する著作権の行使は阻まれることになるが、最高裁判所は著作権者にとって権利を行使することが困難となるであろうと想定されることは、著作権者らの権利を承認することにはつながらない、と明言している。

権利行使の可能性に関するジレンマに加えて、この事件はテープレコーダーの製造者の行為とそのユーザーの行為との間の因果関係に関する議論を巻き起こした。最高裁判所は本来意図されていた装置の使用法は通常他者の著作権を侵害することになると論じることによりこの問題を解決

した。換言すると、製造者の行為とユーザーによる著作権侵害の間に「相当因果関係」が認められたのである<sup>17</sup>。したがって、製造者は自らが製造しましたは販売した手段が、通常は著作権侵害に使われるためのものであるということを知っていたかそのことを知っておくべきであった。それゆえ業として他者に複製のため必要な手段を提供し、その者が複製を行うことを可能とする者は誰であれ、共同行為者として完全な責任を負うことになる。その5週間後、最高裁判所は個人使用目的の写真コピーという類似した状況に関する事件に対して、同様の判決を下している<sup>18</sup>。

*Grundig Reporter* 事件の判決で示された基準は後に、消費者が著作権に関する警告に注意を払わないことから実際には効果的でないことが判明したため、GEMA は録音機器の製造者に対して新たな訴訟を提起した。*Personalausweise* 事件<sup>19</sup>において、最高裁判所は録音機器の製造者は明らかに家庭での私的複製の流行に乗じていると指摘する*Grundig Reporter* 事件で採用されたアプローチを再び確認している<sup>20</sup>。これにより、録音機器の製造者や販売者が著作権侵害に必要となる手段を個人に提供するケースでは、イナープルメント・テクノロジーの提供と技術ユーザーによる著作権侵害との間に相当因果関係が認められることになったのである。

## (b) 許諾

ドイツ不法行為法における相当因果関係の法理を適用するドイツ方式とは対照的に、英国の裁判所は著作権法に特有の許諾の概念を発展させてきた。英国のコモン・ローの伝統にその起源をもつオーストラリアやカナダ等の国においても同様のアプローチが見られる。英国の裁判所は、複製機器製造者に関する事件である *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Elec-*

<sup>14</sup> The *Grundig Reporter* case, 1956 GRUR 492 (BGH, 18 May 1955).

<sup>15</sup> See Jaap H. Spoor, William Cornish and Peter F. Nolan, *Copies in Copyright*, 24-26 (Alphen aan den Rijn: Sijthoff & Noordhoff, 1980).

<sup>16</sup> The *Grundig Reporter* case, 1956 GRUR 492 [translation by Dirk J.G. Visser]. See also Dirk J.G. Visser, *Copyright Exemptions Old and New*, in P. Bernt Hugenholtz (ed.), *The Future of Copyright in a Digital Environment*, 49, 50 (The Hague: Kluwer Law International, 1996).

<sup>17</sup> See, e.g., the *Grundig Reporter* case, 1956 GRUR 492; the *Personalausweise* case, 1965 GRUR 104 (BGH, 29 May 1964). See also Dustmann, *supra* note 12, at 52.

<sup>18</sup> See the *Mikrokopien* case, 1955 GRUR 546 (BGH, 24 June 1955).

<sup>19</sup> The *Personalausweise* case, 1965 GRUR 104.

<sup>20</sup> See *id.*

*tronics Plc.* 事件<sup>21</sup>（以下、「Amstrad 事件」とする）において、この許諾の法理を適用した。Amstrad 社は、テープからテープへ直接の複製を可能とする複製機能を有するダブル・デッキのテープレコーダーを製造していた。英国のレコード業界団体 The British Phonographic Industry Ltd. (BPI) は、Amstrad 社に対し、そのような機器の販売はレコード化されていない作品や著作物を含む他のカセットの未許諾複製を助長し、唆し、または促進するものであると主張する警告文を送付した<sup>22</sup>。さらに、BPI によると、Amstrad 社の宣伝は家庭での録音や著作物の複製を助長するもの、すなわち「法を破ることの助長」に他ならない、とされた<sup>23</sup>。紛争を解決するため、Amstrad 社は自己の行為が適法であることの確認判決を求め、BPI は差止めと損害賠償を求める、といった形で双方が訴訟を提起した。両事件とも第一審において、Whitford 判事は著作権侵害の権原の付与、共同不法行為、ネグリジェンス、法やエクイティに反する侵害行為の招来、誘引、援助、幫助の可能性、という理由に基づき BPI 側の勝訴とする判決を下した<sup>24</sup>。控訴院は、Amstrad 社の宣伝が家庭での複製者に対して違法行為を行うよう招来するにまで至っている可能性は否定できない<sup>25</sup>、として Amstrad 社側の勝訴とする確認判決は下さなかったものの、BPI 側の訴えも棄却した<sup>26</sup>。BPI は Whitford 判事の判決が双方の訴訟に関して維持され

<sup>21</sup> *Amstrad Consumer Electronics Plc. v. British Phonographic Industry Ltd.* [1986] F.S.R. 159, [1986] 1 F.T.L.R. 73 (*Amstrad I*); *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc.* [1988] 1 Ch. 61, [1987] 3 All E.R. 151, [1987] 3 W.L.R. 144, [1987] R.P.C. 429 (*Amstrad II*); *CBS Songs Ltd. v. Amstrad Consumer Electronics Plc.* [1988] A.C. 1013, [1988] R.P.C. 567, [1988] 2 All E.R. 484 (*Amstrad III*).

<sup>22</sup> See *Amstrad III* [1988] A.C. 1013 (「リモート・コントロール hi-fi システム (スピーカー付属) は…高速ダビング機能を有するダブル・デッキ、BSR ベルト駆動式ターンテーブル、ステレオアンプ…チューナからなる。凹凸の無いエレガントな外観を有するシステムの接続は内部で処理され、曇りガラスの扉とダスト防止用カバー、操作性に優れたキャスターを備えた専用ラックに配される。」)。

<sup>23</sup> See *Amstrad I* [1986] FSR 159.

<sup>24</sup> See *Amstrad III* [1988] A.C. 1013.

<sup>25</sup> See *Amstrad I* [1986] FSR at 201.

<sup>26</sup> See *Amstrad II* [1988] 1 Ch. 61.

るべきである、として上訴した。

Templeman 卿は貴族院の意見において、著作権法は著作権者に対し著作物を複製し、また他者が複製することを許諾する排他的権利を認めている、と述べた。著作物を複製した者や他者に複製することを許諾した者によりなされた著作権侵害はそのような害を与える行為を差し止めることによって救済される。しかし、Templeman 卿は「法は明示的にしろ、暗示的にしろ、適法な複製や違法な複製が可能な家電製品の開発、製造、販売、宣伝を禁止するとは述べていない」<sup>27</sup>と強調する。「許諾」とは、誰の責任において行為がなされるかとは関係なく、求められた権利を他人に対し明示的に、または暗示的に「容認するまたは容認の意図を表わす」ことを意味する。Amstrad 社が製品の購入者に対し「複製の能力」を与えたとはいえ、Templeman 卿は Amstrad 社が製品の侵害用途での使用について「許可、承認、黙認」したことはなく、一旦その製品が販売された後は何も「コントロール」できなかったことを理由に、Amstrad 社はいかなる複製の権利も容認せず、容認する意図も表さなかったと明言した。かりに Amstrad 社が録音機器や未使用テープとともに録音済みテープを提供していたとしたら別論が成り立ちうる。この場合 Amstrad 社の行為は、その性質上侵害用途に用いられることがほとんど避けられない道具を他者の手に渡したと評価されるであろう<sup>28</sup>。しかしながら、実際には提供者も販売者もそれ自体で侵害となる使用について許諾してはいなかったのである。

BPI は許諾に関する主張に加えて、購入者が著作権の存するレコードの複製を決意した時点で Amstrad 社は共同侵害者であって、不法行為の誘引、犯罪行為の誘引、ネグリジェンス、といった複数のコモン・ロー上の不法行為をなしたことになるとも主張していたが、貴族院の認めるところとはならなかった。英国法はドイツのアプローチとは異なり、装置がユーザーによって著作権侵害に使用されるかもしれないという事実の単なる認識だけでは、現実の認識としてであれ擬制的な認識としてであれ、いずれに

<sup>27</sup> See *Amstrad III* [1988] A.C. 1013.

<sup>28</sup> Cf. *RCA Corp. v. John Fairfax & Sons Ltd.* [1982] R.P.C. 91, 100 (referring to Hugh Laddie, Peter Prescott and Mary Vitoria, *The Modern Law of Copyright*, 403 (London: Butterworths, 1980)).

せよ技術ユーザーによる著作権侵害行為に関するデュアル・ユース技術の提供者の責任を認めるための基準として十分なものは認めない。英国の裁判所はそのような認識に加えて、技術の提供者の行為とユーザーの行為との間ではっきりとした「共謀」が必要であるとする。つまり、技術の提供者はユーザーが犯した特定の著作権侵害行為についての認識を持っていなければならないのである。Amstrad社は単に機器を販売したに止まり、その使用方法を決めたのは機器の購入者や使用者であったから、貴族院はこれらの二つの行為の間の共謀を否定した。あらゆる録音機器やその他の機械は違法目的に使用される可能性があるものであるが、購入者が法を破ることを選んだとしても、その製造者や販売者が共同侵害者になるというわけではない。Amstrad社は他者に対して著作権を侵害するような複製物を作らせたわけでもなく、作ることを許諾したわけでもないため、著作権法により課されるいかなる義務についても違反したとはみなされないのである。さらにAmstrad社と購入者との間に「継続中の関係」は全く無かった。装置が販売された後の使用についてAmstrad社は何もコントロールしていなかったという事実はTempleman卿の意見における決定的なポイントとなった<sup>29</sup>。そのうえ、Amstrad社はその製品を著作権侵害にあたる方法で使うようユーザーに求めたことは無かったのである。「行為の実行を容易にすることと、行為の実行を誘引することとは明らかに異なる」<sup>30</sup>ため、そのような機器の販売や宣伝は機器の使用者による違法行為の誘引にはあたらない。侵害を勧誘し、唆し、説得することは個々の侵害者に対して行われる必要があり、また実行を誘引することは特定の侵害行為について行われる必要がある。したがって、録音機器が違法な目的のために使用できるものであったとしても、前述の手段は全て適法とされる。

著作権の一次侵害の際の許諾の概念に加えて、英国の1988年著作権・デザイン・特許法 (the U.K. Copyright, Designs and Patents Act of 1988) の24条と26条は著作権を侵害する複製物の作成の手段や、著作権を侵害する使用のための手段の提供を二次的な侵害とみなしている。両条とも、その手

<sup>29</sup> Cf., e.g., *Moorhouse v. University of New South Wales* [1976] R.P.C. 151.

<sup>30</sup> See *Belegging-en Exploitiemaatschappij Lavender B.V. v. Witten Industrial Diamonds Ltd.* [1979] F.S.R. 59, 65 (CA, per Buckley L.J.).

段が侵害用途に用いられることを提供者が認識しているか、そのように信ずるに足りる理由があることを要件としている<sup>31</sup>。公共の場での上演、演奏、展示にかかる通常の用途を有する装置の場合、著作権の二次的な侵害の責任を回避するためには、その装置が著作権の侵害には使われないということ合理的な理由によって確信している必要がある<sup>32</sup>。これは共同不法行為の場合に適用される「共謀」アプローチを明確に体现するものである。

### (c) 寄与

米国の裁判所はイナーブルメント・テクノロジーに関する問題を、元来、米国特許法のもとで発展してきた寄与侵害の法理によって解決している<sup>33</sup>。伝統的に、被告が「(著作権の直接) 侵害を奨励するか援助する行為をなした」<sup>34</sup>場合、間接責任が生ずる。換言すると、「侵害行為の認識を持ちながら他人の侵害行為を誘引し、原因を与え、または侵害行為に対し実質的に寄与した者は、『寄与侵害者』として責任を問われうる。」<sup>35</sup>ここで公衆がある技術を使うことによって著作権を侵害できるようになった場合、そのような技術の提供者は著作権に関する寄与侵害者とならないのか、という問題が生じる。この種の問題が裁判で争われたのが、Sonyによる家庭用ビデオカセットレコーダーの販売に伴う *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 事件 (以下、「Sony事件」とする)<sup>36</sup>であり、そこでの主

<sup>31</sup> See § 24(1) and § 26(2)(b) or the U.K. Copyright, Designs and Patents Act of 1988.

<sup>32</sup> See § 26(2)(b) or the U.K. Copyright, Designs and Patents Act of 1988.

<sup>33</sup> See *Wallace v. Holmes*, 29 F. Cas. 74 (C.C.D. Conn. 1871) (No. 17,100) (被告はランプの基部のみを製造していたが、ランプのほやの部分の入手は容易であり、消費者は入手したほやの部分を被告の製品であるランプの基部に挿入するだけで良かった)。See also Donald S. Chisum, *Chisum on Patents*, § 17 (Matthew Bender & Company, 2004), available at <http://lexis.com> (last visited 30 June 2005).

<sup>34</sup> See *Matthew Bender & Co. v. West Publ'g Co.*, 158 F. 3d 693, 706 (2d Cir. 1998).

<sup>35</sup> See *Gershwin Publishing Co. v. Columbia Artists Management, Inc.*, 443 F.2d 1159, 1162 (2d Cir. 1971); see also *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F.3d 259 (9th Cir. Jan. 25, 1996) [emphasis added].

<sup>36</sup> *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 480 F. Supp. 429 (C.D. Cal. Oct.

たる争点は、複製機器の一般公衆に対する販売は米国著作権法が著作権者に与える何らかの権利を侵害するか否かという問題であった<sup>37</sup>。

歴史が示すように、Sony事件は米国司法にとってあたかもジェットコースターのような事件であった。裁判はまず第九巡回控訴裁判所で、次いで米国連邦最高裁で、と二度覆されたのである。そのなかで地裁は、かりにビデオカセットレコーダーの家庭における使用が侵害行為と評価されるとしても、Betamaxの購入者の放送された著作物の録画行為にSonyは直接関与していないため、Sonyを寄与侵害に問うことはできない、と判示した。Sonyの宣伝は著作権侵害の可能性という問題について沈黙を保っていたものの、その取扱説明書には著作権に関する注意喚起が含まれていたのである<sup>38</sup>。しかし第九巡回控訴裁判所は、著作物の複製はBetamax製品の「最も顕著な用途」であるかまたは「主要な用途」である、と判示した<sup>39</sup>。この第九巡回控訴裁判所の判断はドイツ連邦最高裁判所で採用されたアプローチに非常に近いものであった。控訴審の考慮において重要なポイントとなったのは膨大な量の複製による影響が累積することで著作権者の著作物の潜在的市場が縮小しかねない、ということであった<sup>40</sup>。しかし米国連邦最高裁は再度原判決を覆し、Sonyと消費者との関係は販売時点の接触のみであって、Sonyはいかなる消費者とも継続中の関係を有していない、と結論付けたのである<sup>41</sup>。

寄与責任の評価は二方面のテスト、すなわち実質的寄与と認識要件に基づいてなされる。著作権の直接侵害に対する実質的寄与について、地裁は

---

2, 1979); *Universal City Studios, Inc. v. Sony Corp. of America*, 659 F.2d. 963 (9th Cir. Oct. 19, 1981); *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 78 L. Ed. 2d 574, 104 S. Ct. 774 (Jan. 17, 1984) (*Sony III*).

<sup>37</sup> See *Sony III*, 464 U.S. 417.

<sup>38</sup> 取扱説明書には次のような記載があった。「テレビ番組や映画、ビデオ、またその他の素材は著作権で保護されている可能性があります。著作権者の許諾無しにそのようなものを複製することは米国著作権法の規定に違反するおそれがあります。」 See *Amstrad III* [1988] A.C. 1013.

<sup>39</sup> See *Sony II*, 659 F.2d. at 975.

<sup>40</sup> See *id.* at 974.

<sup>41</sup> See *Sony III*, 464 U.S. at 438.

侵害行為と指摘された行為に対する被告の従業員のいかなる「直接的関与」も認定せず、また被告の従業員と放送された著作物を録画したBetamaxの購入者とのいかなる「直接的接触」も認定しなかった<sup>42</sup>。さらに、被告の宣伝による影響や助長を示唆する証拠も存在しなかった<sup>43</sup>。結局、「著作物の他者による使用をコントロールする立場にあって、該当する著作権者の許諾を得ること無く著作物の使用の権原を付与する立場にあるとされる寄与侵害のカテゴリーにはBetamaxの供給は含まれないとされたのである。その結果、連邦最高裁は、侵害行為を成し遂げるための「手段」の供給と、宣伝を通じてそのような行為を助長することは著作権侵害の責任を肯定するために十分なものである、とする原告の主張を否定した。

認識要件については、地裁はBetamaxの機器が著作物である放送番組の録画に用いられる蓋然性に関する擬制的認識を肯定したが、他方で、Sonyは単に「様々な用途を有しており、そのなかに侵害行為と主張される用途があるに止まる製品」<sup>44</sup>を販売したに過ぎない、と判示した。ところが、第九巡回控訴裁判所は、家庭内での使用が侵害行為を形成するという認識をSonyが欠いていたことに依拠する方策を否定し、被告の善意は単に損害賠償の責任を軽減するに止まり、侵害行為を免責するものではない、と論じた。そして、著作物の複製がBetamax製品の「最も顕著な用途」もしくは「主要な用途」である以上、Sonyは家庭での所有者による侵害行為の認識を有していた、とされたのである<sup>45</sup>。しかし連邦最高裁はこのような論法を否定し、複製装置の販売はその製品が適法であり、問題の無い用途に広く使用できるものであるか、もしくは単に実質的な非侵害用途に用いられる可能性があるというだけでも、寄与侵害の成立が否定されると判示した<sup>46</sup>。

---

<sup>42</sup> See *Sony I*, 480 F. Supp. at 460.

<sup>43</sup> See *id.* at 460.

<sup>44</sup> See *id.* at 461.

<sup>45</sup> See *Sony II*, 659 F.2d. at 975.

<sup>46</sup> See *Sony III*, 464 U.S. at 434-42.

## 2.2 インナーブルメントと公共の利益

*Grundig Reporter* 事件と *Sony* 事件は複製機器の製造者とそれらを侵害用途に使用することを決めるエンドユーザーとの間に全くつながりが無いとは言いがたいことを示している。このような製造者は技術のユーザーによる著作権の直接侵害を引き起こすか、直接侵害に実質的に寄与している。しかし、人類の知的創作活動の成果としての財産的な利益を守る、という著作権者の利益の他にも、公共の利益が存在することを忘れてはならない。インナーブルメント・テクノロジーの製造者が技術のユーザーによる著作権侵害行為に対して責任を負うべきか否かということを決定的にすることは、創作者や知的創作活動の成果を保護することの利益を一方に置き、技術の進歩により得られる利益を他方に置いたうえで、これらの相互に抵触する二つの公共の利益を捕捉することを意味するのである。

裁判所は、多種多様な方法でこれらの公共の利益に配慮しており、法概念や法理を技術開発者の行為とそのユーザーの不法行為との関係に適用する際に限定的に解釈したり、逆に特定の公共の利益を具現する例外と組み合わせることで広く解釈したりする。前者は英国のアプローチに見られ、裁判所は問題を全体的に捉え、技術の提供者と他人の著作権を直接侵害するユーザーとの間に共謀があるか否かということに吟味する。後者はドイツと米国のアプローチに顕著であり、裁判所は製造者の行為とその顧客により行われた著作権侵害との間に相当因果関係があること、もしくは、製造者が著作権の寄与侵害の全ての要件を満たすことを認定しなければならないとされている。その際に裁判所は公共の利益や機器の製造を禁止することの社会的費用を検討する。ドイツのアプローチは「相当性」という抽象的な概念に基づいているのに対し、米国の裁判所は汎用品の「実質的な非侵害用途」に基づくより明確で具体的な概念を適用して、ユーザーによって他人の著作権を侵害する用途に使われうる技術的手段の開発者や製造者の免責、防御手段としているのである。

公共の利益に関係するもう一つの問題は、新技術の開発者がその製品を設計する際にその技術が侵害用途に使われやすくなるか否か多少なりとも選択できるような場合に生じる。この問題に関しては二つの異なるアプローチがある。ドイツの裁判所は、技術の提供者には注意義務があり、製

品が潜在的に悪用される危険性に対しては「技術的、経済的にみて実行可能な」予防策をとるべきである、という認識をもっている。一方、コモン・ロー法域においてはコモン・ロー上の不法行為と成文法上の不法行為との間に明確な境界線が設けられているため、成文法上の不法行為である著作権侵害に対して、ネグリジェンスの法理を適用することはできない。よって、裁判所は著作権法の範囲を超えて第三者の義務を拡張することを否定している。

### (a) 実質的な非侵害用途

「デュアル・ユース」技術は他者の著作権を侵害するために使用されうるが、同時に、間接的にすら著作権の問題を一切生じさせない別の用途にも使用されうる。しかしこれは著作権法にのみ特有の問題ではない。特定の技術や道具、装置が複数の目的を有する場合に、その目的に応じて所定の法により個別に規制されるような法分野は他にも見られる。問題はどのような技術に対し如何にアプローチするか、ということにある。技術全体を禁止すべきなのか、それとも特定の用途のみを禁止すべきなのだろうか？ 場合によっては特定の用途のみを規制し、その他の用途については自由として規制もせず、適法としておいても十分なこともあるだろう。いかなる用途も規制しない、という解決策すらありうるかもしれない。このように政策決定者や裁判所は、検討対象の技術が適法用途にも違法用途にも使用されうるという状況に対処するにあたって、複数のオプションを有している。

裁判所は侵害行為を止めるための合理的な措置を命じる権限を持っているが、その措置によって社会がどれほどの便益を享受するのか、ということが問題となる。*Grundig Reporter* 事件においてドイツ連邦最高裁判所は、装置は非侵害用途にも使用できることを理由に、Grundig 社に対しテープおよびレコーダーの製造と販売を完全に停止するよう命じるのは行き過ぎであると考えられる、と判示していた。著作権侵害の可能性について何ら言及せずに装置を販売することは控えるよう、製造者に命ずるのがより適切ではないかと裁判所は考えたのである。さらに、著作物の利用に関しては直接の経済的利益が生じていなくとも著作者には報酬を得る権

利があると認めたにもかかわらず、GEMAの損害賠償請求についてはこれを棄却している<sup>47</sup>。

Sony事件においては米国著作権法のもと、全く同じ問題によって同様の緊張状態が見られた。米国著作権法の歴史上で初めて、著作権の侵害を可能とする手段を提供したことを理由として技術の提供者が訴えられた事件であった。一審において地裁は、Sonyは単に「様々な用途を有する製品であって、そのなかに侵害行為と主張されている用途があるに止まる」<sup>48</sup>製品を販売したに過ぎないと帰結した。しかしここでは、原告が被る可能性のある損害よりもBetamax機器が非侵害目的に使用できるという事実の方が重要視された。差止めについては公衆から機器の適法な用途の可能性をも剥奪しかねないことを理由に完全に不適切であると考えられた<sup>49</sup>。当時すでに米国特許法においては「汎用品(staple article of commerce)」の法理により解決するという方策が確立されていた。地裁はこの法理を著作権法に類推適用したのである。しかし、この地裁のアプローチは第九巡回控訴裁判所によって否定されることになる。テープレコーダーやフォトコピー機の有用性とBetamax機器とが明確に区別されたのである。第九巡回控訴裁判所によれば、前者の機器は「間接的にすら著作権の問題を生じさせ」ない別種の録音や写真コピーに使用される可能性があるものであって、「特定の用途に関する実質的な便益」を有しうるものであるが<sup>50</sup>、他方、後

<sup>47</sup> See the *Grundig Reporter* case, 1956 GRUR 492. See also Visser, *supra* note 16, 49; Hugo Wistrand, *Les exceptions apportées aux droits de l'auteur sur ses oeuvres*, 368 (Paris: Editions Montchrestien, 1968).

<sup>48</sup> See *Sony III*, 464 U.S. 461 at 461.

<sup>49</sup> See *id.* at 461 (「汎用品、例えばタイプライターやレコーダー、カメラ、フォトコピー機の販売は、物理的な事実としてはその後の侵害目的での利用に寄与しているが、この種の『寄与』でもって責任が問われてしまうとすると、先例を超え、さらにおそらくは司法が管理する範囲を超えて、同法理の適用範囲が拡張されてしまうだろう…汎用品の製造者が、購入者の中には、先例が無い状態で、裁判所が後に侵害と判断する目的のためにその製品を使う者もいるだろうということを『擬制的に』知っていたとされる場合、常に寄与侵害者として責任を問われるとするならば、商業は著しく阻害されるだろう。」)。

<sup>50</sup> See *Sony II*, 659 F.2d. at 975.

者は「テレビ番組を複製するという主たる目的のため」だけに販売されるものであって、しかもそのテレビ番組の大多数は著作権で保護されている、とみなされたのである<sup>51</sup>。このため、一部の著作権者がBetamaxユーザーに対して自己の排他権を行使しないことに決めていたとしても、Betamaxはいかなる実質的非侵害用途にも適さない、と判断された。連邦最高裁はこれに同意せず、私的視聴者によるタイムシフティング<sup>52</sup>を相当数の著作権者が受け入れる可能性が十分にあると判示した<sup>53</sup>。さらに、タイムシフティングが対象となった著作物の潜在的市場やその経済的価値に対して与える被害が、最小限のものを超えることはありえそうにない、ともされている<sup>54</sup>。したがって連邦最高裁は、家庭における私的かつ非営利のタイムシフティングは非侵害用途の基準を満たす、と帰結した。他の著作権者が自己の番組に関するタイムシフティングを許諾することを妨げるいかなる権利も原告は有していないとも付言している<sup>55</sup>。また、地裁の認定が明らかにしたように、たとえ許諾が無い場合であっても、原告の番組を家庭でタイムシフティングすることは適法なフェアユースに該当するものであり<sup>56</sup>、ビデオレコーダーは実質的な非侵害用途を有するとされたのである<sup>57</sup>。

## (b) 技術的・経済的にみて実行可能な予防策

前述した3つの事件の全てにおいて原告は、複製機器の開発者はそのユーザーとなる者が著作権を侵害するのを防ぐために何かをすべきであった、と主張していた。技術の提供者は顧客が他人の著作権を侵害するよう

<sup>51</sup> See *id.*

<sup>52</sup> 「タイムシフティング」という用語は、ビデオレコーダーの所有者が後で視聴するために放送を録画する場合を表すために用いられる。

<sup>53</sup> See *Sony III*, 464 U.S. at 456.

<sup>54</sup> See *id.*

<sup>55</sup> See *id.* at 443-47.

<sup>56</sup> See *id.* at 442.

<sup>57</sup> See *id.* at 498-99.

な機能をはじめから全く組み込まないか、より劣る品質で複製せざるをえないような技術的手段を採用することもできたはずである。このことから、「デュアル・ユース」技術の開発者や製造者は、技術のユーザーによる著作権侵害を容易にしたり困難にしたりするように技術を管理する注意義務を負うのか、という問題が生じる。成文法の国々ではこの種の事例に対して民法の不法行為の規定を適用するため、技術の提供者の注意義務が裁判により認められることになる。その場合、デュアル・ユース技術の提供者は想定される技術の悪用に対する「技術的・経済的にみて実行可能な」予防策をとることが求められている。そのうえで *Gurundig Reporter* 事件におけるドイツ連邦最高裁判所は、被告は技術的・経済的にみて実行可能ないかなる予防策もとれなかった、と認定したのである。

他方で、コモン・ロー法域においては成文法上の不法行為とコモン・ロー上の不法行為が明確に区別されており、成文法上の不法行為である著作権侵害の法理とコモン・ロー上の不法行為であるネグリジェンスとの間にも一線が画されている。*Amstrad* 事件において原告は、Amstrad 社は購入者の著作権侵害を引き起こしたり、許したりしないようにする注意義務を全ての著作権者に対して負っており、ゆえに Amstrad 社はネグリジェンスの不法行為を犯したことになる、と主張した。Templeman 卿はその意見において Amstrad 社は著作権を侵害しない義務や著作権を侵害する権原を与えない義務を負っているということを強調してはいるが<sup>58</sup>、それと同時に、Amstrad 社が侵害を防止し、断念させ、警告しなければならぬとするような義務はいかなる意味においても一切負担していないということを明言している<sup>59</sup>。ゆえに、Amstrad 社はその製品の販売や宣伝によって著作権侵害を助長しないようにするいかなる注意義務も負わないとされたのである。

<sup>58</sup> See *Amstrad III* [1988] A.C. 1013.

<sup>59</sup> See *id.*

### 3. デュアル・ユース技術とコピーライト・ウォーズ： 威圧とその限界

技術のデジタル化が進み、ユーザーは著作権を侵害する新たな可能性やその手段を手に入れている。例えば、インターネット上でこのような著作物を複製し頒布することを可能とするデジタル技術を提供するサービスや技術を提供するプロバイダーは、ネットへのアクセス、ソフトウェア、検索エンジン、サーバー、ユーザーのコンピューター間の接続を確立する手段、その他の多種多様なサポートを提供することで、他者の侵害行為を誘引したり、引き起こしたり、そのような侵害行為に実質的に寄与しているとされる可能性がある<sup>60</sup>。しかも、こうした技術やサービスの提供者が、デジタルネットワーク上で著作物が無許諾のままに大規模に複製、共有、頒布されていることについて、現実の認識も擬制的認識も有していないとは考えにくい。あるいは、同様の理はフォトコピー機や音楽レコーダー、ビデオレコーダーの製造者に対しても当てはまると主張する者もいるかもしれない。しかしこれらアナログ技術と大きく異なり、デジタル技術においては新たにエンドユーザーのサービスや技術の使い方をスキャンし、モニターし、監視することが可能となっている<sup>61</sup>。技術の提供者は技術のユーザーの活動を監視するといったさらに積極的な役割を果たすこともできるのである。アナログ複製技術だけが使われていた環境と比べ、デジタル環境においてデュアル・ユース技術の提供者は著作物を提供する著作権者のための「私設警官」や「警備員」の役割を果たしうようになっていく。

<sup>60</sup> デジタルネットワーク通信に欠かせない存在であるインターネット・サービス・プロバイダーに対して課される義務が重過ぎる可能性があることから、比較対象とした全ての法域において、インターネット・サービス・プロバイダーに何らかの形でセーフ・ハーバーを認める立法措置がなされている。

<sup>61</sup> See, e.g., Jack L. Goldsmith, *Against Cyberanarchy*, 65 U. Chi. L. Rev. 1199, 1224-30 (1998) (フィルタリングについて議論している)。

### 3.1 責任追及への応答：技術の再設計

著作権者はデジタル技術の特徴を自己に有利な方向へと活用するために、新たに開発される複製、頒布技術の設計に影響を及ぼそうとした。そのためにまず技術を著作権保護には好都合であるが消費者にとっては都合の悪いような形に設計させようとしたのである。しかしこれまでのところ著作権者側の試みは成功したとはいえ、最終的な結果は以前よりも悪いものにすらなっている。技術の提供者と著作物の提供者の協力によって設計された技術で、技術のユーザーの自由度、特にユーザーのプライバシーを大幅に規制するような技術は通例、ユーザーからの支持を得られないか、ユーザー側で即座にそのような技術規制手段を回避する方法を見つけてしまう。ユーザーの私的空間へ勝手に侵入し、その結果ユーザーがプライバシーを守る必要に迫られるような技術の行く末は、通常この種のエンドユーザーの反応によってその運命が決せられる<sup>62</sup>。

新しい複製、頒布技術の設計に影響を及ぼすためのもう一つの方法は、非協力的な技術の提供者を追跡し、著作権侵害やそれを可能としたことを理由に訴訟を起こすことである。前述したように、技術のユーザーによる著作権侵害について技術の提供者の責任を問うための各国の法理は細部において異なっているが、技術の提供者とユーザーとの間に何らかの「継続中の関係」が必要とされる点については共通している。アナログ複製技術の登場に対する反応として、裁判所は「継続中の関係」を要件とすることで、著作権侵害のイナブルメントという概念に基づいてその責任を過度に拡張しようとする試みを制限しようとした。当時はアナログ複製技術の提供者がその技術を著作権侵害目的に悪用することを防ぐための技術的・経済的に実行可能ないかなる予防策も採用できなかったためである。

しかしながら、デジタル複製、頒布技術にはその技術がユーザーによっていかに使用されるか、スキャンし、モニターし、監視することが可能に

なっているという特徴がある。製品を製造して販売するだけであったアナログ複製装置の製造者とは異なり、デジタル技術の提供者の著作権侵害に対する関与は必ずしも販売の時点で終わるわけではない。技術やインターネット・サービスの提供者が、技術の使用に対して実際にコントロールを及ぼすことができるように複製技術や頒布技術を設計した場合、顧客との間に「継続的な関係」があるとみなされることもありえよう。提供された技術やサービスの使用をコントロールすることが可能となったということは、技術の提供者にとっては、エンドユーザーが技術やサービスを著作権侵害に使用したことの責任を問われる道が開かれたことを意味しており、それがゆえに、技術の提供者が技術やサービスの提供後も、その使用のコントロールを回避することが無いようにする何らかの義務を負担するのか、という問題が生じる。

この点について著作権者側が技術の提供者の責任の範囲を広げて自らの排他権を厳しく行使しようと熱心に努力しても、技術の提供者をして、エンドユーザーによる技術の利用の継続的なコントロールを維持する意欲を失わせるという方向に事態が推移してしまう。その結果、著作権者側の活動はむしろ新たな複製、頒布技術の設計そのものに大きな影響を与えるようになる。多くの技術の提供者が技術のユーザーによる著作権侵害の責任を問われる可能性を回避しようとする。回避策の一つは、技術の提供者自身を技術ユーザーの行動を監視・コントロールできるような立場におかないことである。技術設計におけるこの傾向は、技術開発の過程において多様なネットワークングの手法が開発されてきた原因の一端が、様々なインターネット・サービス・プロバイダーやその他のオンライン・サービス・プロバイダーに著作権侵害の間接責任が負わされたことへの反応に求められるということに表れている。

電話通信と同様に、デジタルネットワークの階層的構造（いわゆる「サーバー-クライアント」モデル）があるがゆえに、個々のエンドユーザー間の通信においてインターネット・サービス・プロバイダーは重要な役割を果たす。サーバーは通常インターネット・サービス・プロバイダーによって管理されており、エンドユーザーのため様々な機能を実行し、エンドユーザーと外界とを接続している。インターネットへのアクセス、キャッシュ機能、検索エンジン、様々なウェブサイト間の接続、といったサービ

<sup>62</sup> See, e.g., Bruce P. Smith, *Legal Regulation of New Technologies: Reflections on Liberty, Control, and the Limits of Law*, 2002 U. Ill. J.L. Tech. & Pol'y 281 (2002); Sonia K. Katyal, *Privacy vs. Piracy*, 7 Yale J. Law & Tech. 221 (2004); Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 Harv. L. Rev. 2055 (2004).

スはインターネット上での正確かつ円滑な通信のために必要なものである。これらのサービスによって、インターネットのユーザーはネットにアクセスすることや、情報を検索すること、多くのウェブサイトやデータベースを閲覧すること、自分のウェブサイトに投稿すること、また自分のウェブサイトを他のウェブサイトとリンクすることができる。これらの機能のほとんどはインターネット・サービス・プロバイダーによって受動的かつ自動的に実行されている。

他方で、通話が同時に行われる電話通信とは異なり、インターネット通信はパケット単位でのデータ送信が基本である。このため、データパケットは通過するサーバーに一時的に複製されたり、キャッシュされることや、また格納されることがある。インターネット通信に関連するサービスの提供にあたってデジタル処理データが一時的にまたは偶発的に複製されることが避けられないため、各インターネット・サービス・プロバイダーはそのようなサービスの提供を理由に著作権侵害に関する責任を問われる可能性がある。このような拡大された責任に関するリスクがあることから、インターネット上の通信中に一時的または偶発的に発生する複製については一定の条件のもとでこれを認めるというように近年著作権法の規制に変容が見られるところである。しかし、インターネット上の通信中の一時的または偶発的な複製を免責をしてもなお、インターネット・サービス・プロバイダーが提供するインターネットを正常にまた円滑に機能させるために欠かせない機能を全てカバーするまでには至っていない。このため、本稿が参照した全ての法体系において、所定の間接サービス・プロバイダーが受動的で非干渉的立場にある場合、著作権侵害に関する責任が免除されている。

これらのいわゆる「セーフ・ハーバー」の範囲は狭く規定されており、デジタルネットワーク上の全てのサービス・プロバイダーに適用されるわけではない。このため、技術のユーザーによる著作権侵害の責任を問われるリスクのある技術の提供者は仲介の際に自らが果たす役割を部分的にまたは完全に無くすように技術やサービスを設計しようとする。このような努力が結実した成果が、サーバー-クライアント・ネットワーク上でサ

ーバーが実行する機能の一部または全てを除去したデジタルネットワーク上の「peer-to-peer」モデルである<sup>63</sup>。peer-to-peer ネットワークでは、管理者は二人のエンドユーザー間を接続する経路制御を所定の方法で補助するだけで、エンドユーザーの間は常に管理者のシステムを迂回する経路で接続される。これにより転送される情報について管理者がコントロールしにくい状況が作り出されている。

peer-to-peer ネットワークを構築する際、ネットワークの安定性と効率性をいかに確保するかということが大きな課題になる<sup>64</sup>。このため、純粋な peer-to-peer モデルに向けた第一歩としてまずネットワーク上で利用可能な全てのユーザーや情報のディレクトリを中央サーバーが維持管理する「中央集権型」peer-to-peer ネットワークが開発された。このネットワークでは全ての通信が管理者のシステムを迂回して行われるものの、管理者はやり取りされる全ての情報やそれぞれのアドレスについての中央ディレクトリを管理している。中央集権型 peer-to-peer ネットワーク技術の提供者は、中央サーバーとは独立して動作する各コンピューターで peer 同士のネットワークを形成するためのネットワーク・アプリケーション・ソフトウェアを開発・提供するだけでなく、さらにシステム全体に対するコントロールも維持しているのである。サービス・プロバイダーの継続的なサポート無しには、エンドユーザーはコンテンツを簡単に見つけたりダウンロードしたりすることはできないだろう。またこの種のネットワークで共有に使用できる全てのクライアントやファイルに関する中央検索データベースが無ければ、いかなる peer-to-peer 検索および peer-to-peer 通信も起こりえないであろう。この種のサービス・プロバイダーはファイル共有に関する維持管理やコントロールという点において、単に製品を製

<sup>63</sup> See generally Andrew Oram (ed.), *Peer-To-Peer: Harnessing the Benefits of a Disruptive Technology* (Beijing: O'Reilly, 2001); Dana Moore and John Hebler, *Peer-To-Peer: Building Secure, Scalable, and Manageable Networks* (New York, NY: McGraw-Hill/Osborne, 2002).

<sup>64</sup> See, e.g., Lior Jacob Strahilevitz, *Charismatic Code, Social Norms and the Emergence of Cooperation on the File-Swapping Networks*, 89 Va. L. Rev. 505, 516 (2003); Timothy Wu, *When Code Isn't Law*, 89 Va. L. Rev. 679, 719 (2003).

造・販売するだけでその特定用途に対して継続的にコントロールを及ぼすことができなかつたアナログ複製装置の製造者とは明らかに異なっている。ネットワークの統括者は中央集権型 peer-to-peer ネットワークの利用に関して継続的にコントロールすることができるため、そのようなネットワークが著作権を侵害する目的で使用されることに関して責任を問われるリスクにさらされる。実際このことが問題となったのが、主として著作物を含むファイルを違法に共有する目的に使われる中央集権型 peer-to-peer ネットワークの管理者に関する事件である、米国における *Napster* 事件や *Aimster* 事件である。

*A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 事件<sup>65</sup>（以下、「*Napster* 事件」とする）で地裁は被告である *Napster* 社による支援サービスが無ければ *Napster* のユーザーは自らの望む音楽を見つけることもダウンロードすることもできなかつたと認定した。このため、被告は自己が権利を有するソフトウェアや、検索エンジン、サーバー、各ユーザーのコンピューター間を接続するための手段を提供することによりユーザーによる侵害行為に実質的に寄与したとされた<sup>66</sup>。 *In Re: Aimster Copyright Litigation* 事件<sup>67</sup>（以下、「*Aimster* 事件」とする）においても地裁は同様の結論に達した。当事者間で最も激しく争われた点は *Aimster* がダウンロード可能な全てのファイルを共有可能なファイルに関する単一の中央データベースにカタログ化していたか、というものであった。これは *Napster* 事件の判決においても重要と考えられた点であったが、*Aimster* 事件における地裁はこの論点とは独立した検討に基づいて判決を下すことができるとし、また実際にそうしたのである<sup>68</sup>。地裁は被告が *Aimster* ユーザー間の相互接続のために必要なソフトウェアや支援サービスを提供したことが、侵害行為に対する実質的

な寄与にあたりと判断した。*Aimster* のサービスがなければ、侵害行為を行う *Aimster* ユーザーは接続のために何か別の方法を見つけなければならなかつただろう。そのうえ、*Aimster* は顧客に追加サービスも提供していたのである。この追加サービスの一つに「*Aimster* トップ40」というサービスがあった。これは著作権のある楽曲の中でユーザー間でダウンロードの人気の高いものをランキング化し *Aimster* ユーザーに紹介する、というものであった<sup>69</sup>。

実質的な寄与という要件に加えて、直接侵害について著作権の間接侵害者が「知っていたか知りえたと認めるのに足りる理由がある」ということが寄与責任の要件となる<sup>70</sup>。前述したように、裁判所は被告が現実に知っていたことよりもむしろ被告が他者による直接侵害を知りえたと認めるのに足りる理由があるということに基づいて、被告の著作権侵害に関する寄与責任を認めるケースが多い<sup>71</sup>。*Napster* 事件においては、地裁は *Napster* 社の役員らが違法な MP3 ファイルの転送に自社のサービスが使われていることを実際に知っており、また違法行為を防ごうとしていたことを理由に<sup>72</sup>、*Napster* 社がユーザー間で行われる著作権の対象となった音楽の無断交換について「現実の」および「擬制的」認識を持っていたとした<sup>73</sup>。くわえて、地裁は *Napster* 社の役員らは著作権法に精通していたにもかかわらず、*Napster* のサービスを利用して自分のコンピューターに違法コンテンツをダウンロードしていたり、違法なファイルが列挙された画面を用いたウェブサイトの宣伝まで行っていたことを理由に、被告もユーザーの違法行為に関して擬制的認識を有していたはずである<sup>74</sup>、とも判示している。

<sup>69</sup> See *id.* at \*41-42.

<sup>70</sup> See *Cable/Home Communication Corp. v. Network Productions, Inc.*, 902 F.2d 829, 845 & 846 n29 (11th Cir. 1990); *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Communication Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1373-74 (N.D. Cal. 1995)（「Netcom社が侵害行為について知っていたか知りえたと認めるのに足りる理由があるかどうか」と論点を明確化した）。

<sup>71</sup> See *Cable/Home Communication v. Network Productions*, 902 F.2d at 846.

<sup>72</sup> See *Napster I*, 114 F. Supp. 2d at 918.

<sup>73</sup> See *id.* at 920.

<sup>74</sup> See *id.* at 919.

<sup>65</sup> *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F. Supp. 2d 896, 2000 U.S. Dist. LEXIS 11862 (N.D. Cal. Aug. 10, 2000) (*Napster I*).

<sup>66</sup> See *Napster I*, 114 F. Supp. 2d at 919-20（「*Napster*はユーザーがMP3音楽ファイルを見つけてダウンロードできるよう設計された統合サービスである。」）。

<sup>67</sup> See *In Re: Aimster Copyright Litigation*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 17054 (N.D. Ill Sept. 4, 2002), *aff'd*, 334 F.3d 643 (8th Cir. 2004).

<sup>68</sup> See *Aimster*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 17054, at \*10 n5.

Napster社は、著作権を侵害するファイルと侵害しないファイルを区別できなかったのであるから、直接侵害について「認識して」いなかったと主張していたのだが、地裁は著作権法は「特定の侵害行為」に関する認識までは要求していないということを理由にこれを退けている<sup>75</sup>。

*Aimster*事件において裁判所はAimsterのシステムで発生した直接侵害について被告が知っていたか、知っていたはずであるということについて疑いは無い、とした。ユーザーによる侵害行為に関し被告が実際に知っていたことを裏付ける複数の証拠が存在したのである。例えば、全米レコード協会(Recording Industry Association of America, RIAA)がAimsterシステム上で見られる明らかな侵害行為について被告に警告した書簡<sup>76</sup>、初心者向けにシステムの利用方法を理解させるために、原告の著作権を侵害する方法について特定の著作物を使いながら順を追って説明するAimsterのウェブサイトで入手可能な初心者の手引の存在<sup>77</sup>、音楽ファイルの交換に関する相談がユーザー間で頻繁に行われていたことを示すAimsterのチャット・ルームや掲示板の記録<sup>78</sup>、そして何より、ユーザーに対して著作権を有するコンテンツについてその場所を見つけてダウンロードすることを容易にする方法を提供しただけでなく、Aimsterのリストとレコード会社のリストを比較して特定の曲についてそれぞれ第何位に入っているかという対応付けまで行っていたAimsterクラブ内の「Aimster トップ40」の運営<sup>79</sup>、といった事実が挙示された。

認識の要件についてはファイル共有の統括者が暗号化技術を利用することに関連して別の問題も生じている。すなわち、暗号化技術を利用する

<sup>75</sup> See *id.* at 917.

<sup>76</sup> 原告は被告に対して繰り返し通知を行っていた。2000年4月3日にRIAAのFrank Creightonが停止要求を被告に送付。2001年5月9日にはCreighton氏はRIAAメンバーが所有・コントロールする曲のうち約2900曲がAimsterを通じてダウンロード可能となっていることを示す画面写真を含む二度目の停止要求を被告に送付。2001年11月26日にCreighton氏はAimsterクラブについても言及した三度目の要求を送付。See *Aimster*, 2002 U.S. Dist. LEXIS 17054, at \*35-36.

<sup>77</sup> See *id.* at \*15, 16 and 36.

<sup>78</sup> See *id.* at \*17-18.

<sup>79</sup> See *id.* at \*37.

ことでプロバイダーがファイルの内容を知ることまたはプロバイダーが著作権を侵害する素材について監視することのいずれかを妨げうのかどうか、という問題である。*Aimster*事件において、このような議論によっては被告が侵害についての現実の認識を欠いていたと地裁に納得させることはできなかった。裁判所は被告の擬制的認識は否定できないと明言する。暗号化を仕組んだとしても、どのユーザーがシステムを使用していたのか、他のユーザーにどのファイルをダウンロードさせていたのかということを知らなかったわけではなく、それにもかかわらず、中央集権型peer-to-peerネットワークを維持管理する以上、被告は明らかにファイル交換者の侵害行為を認識していたとされなければならない、というのである<sup>80</sup>。

中央集権型peer-to-peerネットワークの統括者が著作権の間接侵害の責任を負われ、ネットワークが次々に閉鎖されたことを受けて、peer-to-peerネットワークの開発はその方向性を転換することになる。FastTrackやGnutellaのような分散型peer-to-peerネットワークの登場である。一見すると中央集権型peer-to-peerネットワークと分散型peer-to-peerネットワークは、分散型の使用が音楽ファイルに限られていないという外見上の差異を除けば、さしたる相違は無いように見えるかもしれないが、実のところ、音楽ファイルに利用されるという以外に両者の共通点はないといってもよいくらいなのである。よく似た外見の背後には、ネットワーク管理における根本的な違いが控えている。分散型peer-to-peerネットワークではもはやシステム上で入手可能なファイルに関していかなる中央ディレクトリ管理も行なっていない。純粋なpeer-to-peerネットワークは不安定で非効率となる傾向があるため、ネットワークの需要に応じてあるコンピューターから別のコンピューターへと自動的に切り替わる複数のディレクトリを使用するネットワークは、中央集権型peer-to-peerネットワークから純粋なpeer-to-peerネットワークに至る道程において次代の着実な前進といえる<sup>81</sup>。このようなネットワークの例として、

<sup>80</sup> See *id.* at \*37-40.

<sup>81</sup> See, e.g., Wu, *supra* note 64, at 721-22.

FastTrack 技術は複数のいわゆる「スーパーノード」を利用している<sup>82</sup>。これは従来のサーバー・クライアント・ネットワークにおけるサーバーの役割を果たすものである。FastTrack 技術にはさらにこのスーパーノードが動的であるという特徴がある。各スーパーノードはそれぞれステータスを判定しリソース需要やネットワークの利用状況に応じて、自己のステータスを変化させる。このような特徴を持ちながらもネットワークは依然として何らかの中継手段を用いているため、「ハイブリッド型」peer-to-peer ネットワークと呼ばれている。

ディレクトリのホストとなれる者の数が限られているのであれば、これらの者は中央集権型 peer-to-peer ネットワークにおける管理者と同じ立場にあることになる。しかしながら、各エンドユーザーがホストとなれるとすれば、そのようなハイブリッド型 peer-to-peer ネットワークの法的な特性は純粋な peer-to-peer ネットワークの特性と変わるところはなく、ファイル交換の統括者はエンドユーザーに対してエンドユーザー間で直接 peer-to-peer 通信を可能とするアプリケーション・ソフトウェアを提供するが、ユーザーや交換されるファイルに関するディレクトリの管理は全く行わない。サービス・プロバイダーは、複数のユーザーが著作物をアップロードしたりダウンロードしたりするためにネットワークを利用しているという認識を持っているかもしれないが、プロバイダーとユーザーとの直接の関係はネットワーク・アプリケーション・ソフトウェアのダウンロードが完了した時点で終わるのである。

Napster 消滅後のもう一つの希望の星は「オープン」<sup>83</sup> Gnutella 技術である<sup>84</sup>。ユーザーからは FastTrack 技術とほとんど同じように見えるが、技術的には大きな違いがある。エンドユーザーのために何か機能を果たすよ

うな中継手段を Gnutella 技術は全く使用しないのである。Gnutella 技術は「フラット」で非階層的に設計され、各ノードはネットワークの階層において等しい地位を有しており、いわゆる純粋な peer-to-peer 構造を採用している。そのメンバーは等価であって、その中に所定の機能に特化されたプロキシとなるようなものは存在しない。

中央集権型 peer-to-peer ネットワークとは異なり、分散型ファイル共有ネットワークの統括者は、ユーザーの行動を知ることができるもしくはコントロールできるようにする追加サービスをユーザーに提供しない限り、ユーザーとの間に継続的な関係は存在しない。*MGM Studios v. Grokster, Ltd.* 事件<sup>85</sup>（以下、「Grokster 事件」とする）において地裁は寄与侵害にかかる請求について、被告が指摘されている侵害行為に実質的に寄与し侵害行為に対して何らかの対応ができた時点で、特定の侵害行為の発生について現実の認識を有していたか否か、という基準に基づいて検討した<sup>86</sup>。地裁は Grokster 社や StreamCast 社の立場と家庭用ビデオレコーダーやコピー機を販売した会社の立場とを比較し、「peer-to-peer ファイル共有技術が原告の著作権を侵害するために使用されたかもしれないというだけでは」<sup>87</sup> 寄与侵害の責任は認められないと判断した。ゆえに、被告製品が一部ユーザーまたは多数のユーザーによって違法に使用されていたことを知っていたかもしれないとしても、直接侵害行為に対する被告の能動的かつ実質的な寄与の証拠があると地裁が帰結することはなかったのである<sup>88</sup>。

第九巡回控訴裁判所<sup>89</sup>は一審判決を認容したが、米国連邦最高裁は下級審が誘引の証拠を考慮に入れていないことを理由に、これを破棄差戻した。

<sup>82</sup> 「ノード」はネットワークの端末コンピューターであるが、「スーパーノード」はネットワークの階層において上位にあり、複数のノードやエンドユーザーのために所定の機能を実行するコンピューターである。

<sup>83</sup> 「オープン」という用語は、「財産権の対象とされない」という意味を含む。オープンソース運動の詳細な定義についてはインターネット上で入手可能である。See <<http://www.opensource.org>> (last visited 13 July 2004).

<sup>84</sup> See <<http://www.gnutella.com>> (last visited 13 July 2004).

<sup>85</sup> *MGM Studios v. Grokster, Ltd.*, 259 F. Supp. 2d 1029, 2003 U.S. Dist. LEXIS 6994 (C.D. Cal. Apr. 25, 2003) (*Grokster I*).

<sup>86</sup> See *Grokster I*, 2003 U.S. Dist. LEXIS 6994, at \*24-25.

<sup>87</sup> See *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004, 1020-21, 2001 U.S. Dist. LEXIS 5446 (9th Cir. Feb. 12, 2001).

<sup>88</sup> See *Grokster I*, 259 F. Supp. 2d 1029, at \*41.

<sup>89</sup> See *MGM Studios v. Grokster, Ltd.*, 380 F.3d 1154, 2004 U.S. App. LEXIS 17471, 72 U.S.P.Q. 2D (BNA) 1244 (9th Cir. Aug. 19, 2004) (*Grokster II*).

何者かが他者に著作権を侵害するよう誘引した場合、寄与侵害の法理の影に隠れることは許されない。まさにそのために、米国連邦最高裁は米国特許法から積極的誘引の法理を取り入れた。David H. Souter 判事は以下のよう

「侵害を助長する明確な言辞その他の積極的措置に示されているように、著作権を侵害するために装置を使用することを促進する目的を持ってその装置を頒布した者は、もはや単に第三者の行為を認識しながら頒布する行為をなしているとはいえず、当該装置に適法用途があるとしても、第三者による装置の使用の結果生じた侵害行為に関する責任を負う。」<sup>90</sup>

これと同時に、連邦最高裁は技術の提供とその違法使用との間により密接な関係が無い場合、技術の提供者は責任を負わないことを強調した。Souter 判事の言葉を借りて端的に表現するのであれば、「意図に関する他の証拠が無ければ、侵害行為を防ぐための積極的措置を単にとらなかつたことを理由として裁判所は寄与侵害の責任を認めることはできない。」<sup>91</sup>

同様に、オーストラリアの分散型 peer-to-peer ネットワークの統括者に関する事件である *Universal Music Australia Pty. Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd.* 事件<sup>92</sup> (以下、「KaZaA 事件」とする)において、Wilcox 判事はユーザーによる著作権侵害に使用された手段の単なる提供を「上回る何か」が必要であることを強調した<sup>93</sup>。提示された証拠により Sharman 社が個人ファイル交換者を原告の著作権を侵害するよう積極的に誘引したことが合理的な疑いの余地なく証明された。実際、Sharman 社はデジタル著作権保護ファイルまたは内容の無い「空の」ファイルでキーワード・フィルタリングをしたり検索結果を溢れさせたりすることもできたのである。

peer-to-peer ネットワークの設計が変更されるにつれて、その統括者に

対する著作権法の執行がより困難にまた複雑になったため、著作物の提供者は執行の対象を適切な許諾を得ることも無く著作物を大量にアップロードする個人へと切り替えてきた。そうすることにより他のユーザーが peer-to-peer ネットワークに著作物を流出させるのを思い止ませようとしたのである。peer-to-peer ネットワーク上のほとんどの違法著作物はごく限られた数のユーザーによってアップロードされており、残りの大多数のユーザーはそれをダウンロードすることによってフリーライドしているだけという状況はよく知られるところであり、このような状況がアップロードをおこなう個人を対象としたアプローチの理論的根拠となっている。もしもこの限られたユーザーのグループに新たな違法著作物のアップロードを断念させることができれば、peer-to-peer ネットワーク上で違法著作物を共有するという規範の力も弱体化したり、根絶する可能性すら無いわけではない。これはそのような行為は法によって容認されるものではないという強いメッセージを他のユーザーに送ることになるだろう。

その実現のために、著作物の提供者は複数の国で数千人にも及ぶ個人を相手に訴訟を起こしてきた。このような権利行使戦術に対抗して、peer-to-peer ネットワークの最近のバージョンでは、個人のユーザーを著作権侵害訴訟から守ろうとする設計が施されている。この設計においては主に二つの変更がある。第一に、ネットワーク上にアップロードされたファイルを、アップロードした個人のコンピューターに格納しないようにしたことである。またアップロードされたファイルはネットワークの需要に応じ複数の断片に分割され、別々のコンピューターに格納できるようになった。このようにするとネットワークに参加したユーザーは自分のコンピューター上の空きスペースを提供するだけであり、格納された断片の内容について認識することはなくなる。第二に、Napster のような初期の peer-to-peer ネットワークはオープンであり所定のファイルをアップロードした個人を特定することが容易であったのに対し、新しいタイプの peer-to-peer ネットワークのユーザーは高レベルの匿名性やプライバシー保護を獲得した。その結果、ネットワーク上で個人メンバーの IP アドレスを追跡することは極めて困難になっている。peer-to-peer ネットワークの技術設計におけるこれら二つの進歩によって、著作権者から適切な許諾を得ることなく著作物を共有するような個人を訴えることがより難しく

<sup>90</sup> See *Grokster III*, 545 U.S. at 914.

<sup>91</sup> See *id.* at 939 n.12.

<sup>92</sup> *Universal Music Australia Pty. Ltd. v. Shaman License Holdings Ltd.* [2005] F.C.A. 1242 (*KaZaA*).

<sup>93</sup> *KaZaA*, [2005] F.C.A. 1242 at [401].

なったことは疑いない。

前述したように、デジタルネットワーク上の技術の提供者やユーザーに対して著作権法を厳格に適用しようという動きは、現在の peer-to-peer ネットワークの設計に大いなる影響を与えている。著作物の提供者の行動が、その標的とされた者の反撃を引き起こすという悪循環となり、似たようなストーリーが何度も繰り返されるのである。ネットワーク統括者は著作権侵害の責任を避けるために著作物のいかなる複製も行わないようにし、ユーザーによるネットワークの利用にいかなるコントロールも及ぼさないようにしている。しかも、peer-to-peer ネットワークの最近のバージョンではメンバーの個人情報や彼らの通信のプライバシーを保護する試みまでなされている。このため、この種の技術の提供者に対して伝統的な著作権法を適用することはさらに困難かつ複雑なものになっている。

著作権法は著作物を営利目的で直接使用する者に対しては非常にうまく機能しているが、著作物の消費者に対してはその表出力が弱まる面がある。消費者の大多数は無断で著作物を共有することを普通のことと考え、何かが間違っていると感ずることも無い。peer-to-peer ネットワーク上に著作物をアップロードしたことによって訴追された個人は往々にして違法なこととは知らなかったという抗弁をする。無知は言い訳にならないとはいえ、著作物を営利目的で直接使用する従来からの著作権侵害者と、技術の提供者や公衆のような新しいタイプの著作権侵害者との間にはもう一つ別の違いがある。すなわち、後者のグループは社会の主流を構成しているという点である。これらの違法行為者はもはや社会からの逸脱者でもなければ、非主流派の一員でもない。著作権法は伝統的な著作権侵害の多数派との関係ではその表出力を維持しているが、著作権者に付与される排他権の範囲が拡大されるにつれて、社会の主流の一部をなす相当数の一群の人々に対する著作権法の表出力が減退している。このため、なぜ個人が法に従うのか、法による規制の効率性が被規制者に受け入れられ認識される社会規範にどのように依存しているのかということを吟味する必要がある。

### 3.2 クラウドイング・アウトと法令遵守の内的価値

人の行動は自身の選好と、その行動にかかる制約によって大きく左右される。端的に言えば、各個人は入手可能な希少な資源を利用して自己の欲求を満足させるのであるが、その行動は種々の内的制限や外的制限により制限される<sup>94</sup>。選好は人間の行動の内在的部分であり、一人一人異なるものである。これには価値観や期待、欲求、願望、性向、目標、目的、最終的な到達点が含まれる。制約はこれとは逆に、人間の行動に対してより外在的な性格を有しており、人が自分の選好を満たそうとする行動や達成しようとする行動の自由度を制限する。精神的ないし物理的な能力、権力、その他金銭や技術、手段といった資源がこれに含まれる。

これらの選好、精神的ないし物理的な能力、権力、その他の資源は人によって異なることから、それぞれの行動や法の遵守の態様も多岐にわたる。一般的には人々は三種類の異なるタイプのグループからなるということが許されよう。もっとも、これらのグループについて、それぞれのグループは均一でグループ同士が重なり合うこともグループ間での行き来も起こらないとは捉えない方がよいということには留意が必要である。むしろこれらのグループは、一方の極に全く法に従わない人々がおり、もう一方の極に常に法に従う人々がいるとした場合、端から端へと徐々に変化するスペクトルとして捉えられるべきものである。これら両極の間に所定の状況に応じて法に従ったり従わなかったりする人々がいるのである。

より子細に述べるのであれば、前者の極のグループに属する者は人々が法に従うか否かについて完全に無関心であり、全く異なる一群の規範に従っている。これらの規範がその他の社会を構成する者の利益やそこで採用されている法と衝突することも少なくない。いかなる処罰による脅しを用いてもこのグループに含まれる者を法に従わせることはできない。他方で、後者の極のグループに含まれる人々は、内的に、法によって課される命令には従わなければならないと思っており、法的規範を完全に受容し、内部化している。これらの者は、不遵守に対する処罰やその他の社会的制裁が

<sup>94</sup> See Robert Cooter, *The Intrinsic Value of Obeying a Law: Economic Analysis of the Internal Viewpoint*, 75 *Fordham L. Rev.* 1275 (2006).

全く無かったとしても、頑なに法に従うことになる。

これら二つのグループはいずれも標準的なものではなく、むしろ例外的な存在であり、いずれの人々も処罰や社会的な制裁等の外在的要因に反応することは無いので、以下においてはこれら両極端のグループではなく、その中間に位置するグループの人々を中心に検討する。このグループに属する者には、法に従うか否かということを決断する際に、他の人々もまた法に従うのかどうかということに相当程度依存するという特徴がある。そこで重視されているのは実際の法やその先例ではなく、むしろ法の実際の適用のされ方に対する個々人の受け止め方なのである。これは個々人が、法によって課された個別の命令に従うか否かということを決断する際に考慮する要因の一つとなる。

人の選好はそれぞれ異なるものである以上、選好の満足に対する、法的規範の形をとった制約に対する反応もまたそれぞれ異なったものとなる。常に法に従う者という極に向かうほど人を法に従わせるために内的側面が有する法的規範の受容や内部化といった役割は大きくなる。それと同時に処罰等の社会的な制裁の重要性や必要性は薄れていく。この方向の極に近づけば近づくほど、法と各個人の選好はますます融合し一体化していくことになり、法はさらなる表出力を獲得する。それに応じて、法的規範を遵守させるための外的な誘導の力は次第に不要となっていくのである。これに対して、スペクトルの逆の極へと向かう場合には、個人の選好に占める法の割合は減少し、かえって個人の行動に関する制約と化していく。それに応じて法はその表出力を失い、法的規範を守らせるためには社会的な制裁その他の処罰の形式によるさらなる外的な誘導の力が必要となるが、ある地点まで進んでしまうと、それ以降はこのような制裁が一切働かないことになる。

こうした中間のグループからさらに二つの主要なサブグループを抽出することができる。第一のサブグループは、法に従うことに対する内的理由を有しており、それがゆえに通常、法に従う人々からなるサブグループである。Herbert L.A. Hart が分析の対象としたのはこのサブグループである。Hart はグループのメンバーが自分たちの行動をどのように考えているのか、また法が少なくとも一部の関係者にとってその行動を理由付けるものとしていかに信じられているのかを理解することが重要である、と主張

している<sup>95</sup>。第二のサブグループは心理的な葛藤から超然とした者からなるサブグループである。これらの者は処罰により抑止されるがゆえに法に従っているのである。彼らはちょうど Oliver W. Holmes の言うところの「悪人 (*bad man*)」の概念に当てはまる。Holmes の言う「悪人」の特徴は次の文に表現されている。「もしも法についてのみ知りたいのであれば、法の範囲内であれ範囲外であれ、より曖昧な自分の良心に行動の理由を見出す善人としてではなく、法の知識により予見できる実体的帰結だけに関心を持つ悪人として法を見る必要がある。」<sup>96</sup>

したがって、法に従わせるための制裁や外的インセンティブが人間の行動に影響を及ぼすということに疑いの余地は無いとしても、その影響は限定的なものに止まるということは銘記されて然るべきであろう。抑止手段が無い場合には最低限の固有の表出力や説得力しか持たないような法、あるいはそれすらも全く持たないような法は社会にとって費用がかかり過ぎる。しかも、法やその制裁を強化することを主張する人々が期待している結果とは完全に相反するような二つの結果が生じてしまうことが多いのである。第一の結果は、外的誘引のみを理由として法に従う者は往々にして厳格な法の過酷な影響を軽減する方策を見出そうとすることである。第二の結果は、法が厳格でなければ規範を自分のものとして進んで法に従ったであろう人々に対しても、その法の遵守に負の作用をもたらすということである。厳格な法の執行は、このグループの人々に対して彼らはもはや法にも規制者にも信頼されていないということを明示的にまたは暗示的に伝えることになるからである。こうした負の作用はまた、社会において「社会の大多数は法を無視しており、厳格な監視の義務付けや法の執行が必要である」と公言する厳格な規制の支持者が大きな影響力を有している場合に、そのような社会内で醸成される雰囲気によっても引き起こされ

<sup>95</sup> See Herbert L.A. Hart, *The Concept of Law*, 2nd edn., 56, 57, 88 (Oxford: Clarendon Press, 1994).

<sup>96</sup> See Oliver W. Holmes, *The Path of the Law*, 10 Harv. L. Rev. 457 (1897), reprinted in Oliver W. Holmes, *Collected Legal Papers*, 165, 171 (London: Constable and Company, 1920).

る。このことはいわゆるクラウドディング・アウト効果<sup>97</sup>、すなわちそのような規制がなされなかったのであれば法に従っていたような人々ですら、厳格な法や容赦無い執行から逃れる方法を探すようになることにつながる。

したがって、社会が法の執行に伴って負担する高い費用を削減するためには、制裁その他の法的なサンクションによる抑圧的な手段を用いたいと思う内的な欲求を排し、被規制者の大多数を説得する意図をもって法の起草を行なうべきである。法の表出力が強ければ強いほど、社会にとって法の執行は容易となり、費用も抑えることができる。被規制者の相当数が法規範を一部もしくは完全に受容し内部化し、自らの行動を根拠付けるものとして法を捉えるようになるからである。

このような法がもたらす良い副産物として、こういった法の遵守は抑圧的な手段による法の遵守ほど脆くはない、ということが挙げられる。既述したように、抑圧的な手段のみを理由として法に従っている者は、他の被規制者の多くが法的規範に従っていないことに気がついた場合には、処罰やその他の制裁への関心やこれらの重要性は減退する。peer-to-peerネットワークの現況に関して既に示したように、こうした事態は、ドミノ倒しのように法の不遵守が蔓延するという帰結をもたらすことにつながる。そのような場合には、被規制者が「皆がやっていることなのに、何故自分がやってはいけないのか？」として法を軽視する傾向が強まるのである。そして法的規範から外れた者を見せしめのために捕らえて厳しく処罰した場合、捕らえられた者たちはこのような方策に次のような問いをもって応えるであろう。「他の人が罰せられていないのに、何故自分だけが罰せられるのか？もっと酷く、悪いことをしている連中が軽い罰金だけで済んでいるのに、何故自分だけがこれほど厳しい制裁を受けるのか？」と。

### 3.3 社会規範と法

法の表出力に関しては、法が社会において人間の行動に影響を及ぼす唯一の規範的システムというわけではないという事実を念頭におく必要が

<sup>97</sup> See Donald C. Langevoort, *Monitoring: The Behavioural Economics of Corporate Compliance with Law*, 2002 Colum. Bus. L. Rev. 71, 94-100 (2002).

ある。現に多様な規範的システムが存在し、これらは法と様々な形で干渉する可能性もある。そのような規範的システムでは社会規範が自然に発達しており、明らかな制裁が全く無くとも人々は頑なにそれらを守ろうとする。人間の行動に関する「説得力のある重要な決定要素」<sup>98</sup>にさえなっており、法の遵守に与える影響も無視しえないものになりうる。社会規範は法の表出力を強めるものとなる可能性がある一方で、法が関係する社会規範と衝突する場合は法の不遵守の要因ともなりうる。また同時に法は社会規範をある程度変えることができるという面もある。

被規制者によって受容され認識されている社会規範と彼らの行動を規制しようとする法との間の関係は、二つの極の間の連続体として考えることができる。一方の極には、法は社会規範を取り込むことが可能でありそのような規範に従わない個人に対してはさらに強い強制力を付与することで社会規範の力を強めることができるという考え方がある。この場合、被規制者の大多数が完全にまたは部分的にでも法を内部化することから、法は強い表出力を有することになる。もう一方の極には、法は社会規範の適用を禁じたり、新しい行動のルールを確立することによって社会規範を完全にまたは部分的に否定することができる、という考え方がある。この場合、しばしば被規制者に対して法はその十分な表出力を欠くことになる。被規制者らはそのような規範を内部化せず、処罰の形で加えられる外的圧力を唯一の要因として法に従うことになるからである。そしてこれらの両極の間のどこかに、被規制者の大多数が修正された規範を内部化するために、法がその表出力を失うことなく社会規範を修正することができるという状況が存在する。

したがって、法は社会規範を包含することで便益を得る一方で、被規制者が受容し認識している重要な社会規範を相当程度または完全に無視し、いかなる代償を払ってでもこれらを変えようとする、その表出力を失ってしまう。例えば著作権法は、各々が「自らの労働の果実を収穫する」べきであり何人も「種をまかずして収穫をする」べきではないという重要な社会規範を包含している。そうだとすれば、この法的規範の表出力は強い

<sup>98</sup> Jeffrey J. Rachlinski, *The Limits of Social Norms*, 74 Chi.-Kent L. Rev. 1537, 1564 (2000).

ものとなるはずである。しかし実際には、たしかにこの規範が効果を発揮するタイプの著作権侵害がある一方で、全く効果を発揮しないタイプの著作権侵害も存在する。後者の例として、被規制者が法の適用が厳格に過ぎると考えそれを迂回する方途を探す行動をとることが多かった peer-to-peer ネットワークの状況を上げることができる。このことは、各々の規範の表出力にはそれぞれ限界があるということで説明することができよう。Jeffrey J. Rachlinski は、社会心理学の文献を検討したうえで、(a) 社会の影響、(b) 社会の状況、(c) 異なる社会規範間の緊張関係、という三つの主たる限界があることを指摘している。

第一の限界は「人々は自らがおかれた社会的環境を積極的に解釈し、主観的な現実を客観的な現実と同様に、重要な行動決定要因とする」<sup>99</sup>ということである。Rachlinski は、Solomon Asch が行った、特定の状況下では「被験者が集団の規範をどうにかして意味が通るように解釈してしまうために、客観的な現実とは被験者をして集団の規範に従うことを思い止まらせることはなかった」<sup>100</sup>という実証的な研究を引用している。第二の限界は「状況は往々にして個人の人格や選好、規範を圧倒する」<sup>101</sup>ということである。これら二つの限界を peer-to-peer ネットワークの状況に当てはめると、ネットワークのメンバーは他のメンバーが示す規範「皆と分かち合おう！」に従っているのだということが明らかになる。ファイル交換コミュニティのメンバーが著作物を提供し共有するのを見てると他の者もそうする意欲がわくことから、ファイル交換コミュニティにおけるこの共有の慣習は強い説得力をもっている。共有することこそが規範であって著作権法に従うことは例外に過ぎないとメンバーに思わせるようになるのである。現実はこのとは反対の状況、すなわち限られた少数の者だけが大部分の著作物を peer-to-peer ネットワークにアップロードし、他の多くの者は単にそれらをダウンロードしているだけなのかもしれないのだが、社会規範を知らしめることは他者にこの社会のメンバーになるインセンティブを与え参加を促すのである。

<sup>99</sup> *Id.*

<sup>100</sup> *Id.*

<sup>101</sup> *Id.*

peer-to-peer ネットワークのメンバーによって共有されているもう一つの重要な規範は既存の著作権産業に対する反感心である。多くの若者はネットワーク上の活動を著作権産業と戦う革命であると考えている。多くの者の目には、大企業は悪の組織としてまた莫大な利益を貪る組織として映っている。そして大企業の行動の多くが、個々のメンバーが持つこういった見解をまさに裏付けてしまうのである。

法が付与し保護する権利についてそれを保有する者がどのように行使するかということは法の表出力に大きな影響を与える。権利者からの権利行使に対して、義務者は完全に法に従うわけではない。義務者にとってその権利行使がより不公正、不公平であると受け止められれば受け止められるほど、いかにしてその義務を履行せずにすませるかということを考えるようになる。公衆に対する著作権の行使について見るには、著作物の消費者は著作権者が設定した価格がその正規品に見合っていると消費者が考えている価格を下回る水準でなければ正規品を購入しないということに注意すべきである。価格が高くなるほど消費者は購入するだけの価値を見出すことが少なくなり、著作物を入手する他の方法に走るか、別の物ですませようとする。デジタル著作物における主たる問題はまさにここにある。電子ファイルとして無体化すると購入希望者にとっての価値は下がるということを考慮することなく、ハードコピーのままの価格設定で販売されることが多いからである。さらにそれに加えて、最大規模の著作物の提供者が、デジタルネットワーク上の財産権の行使に関して、ファイル交換を行う個人を訴えるといった形の強硬姿勢を示すことは、提供者自身の顧客である消費者をさらに遠ざけることになるだろう。

peer-to-peer ネットワークにおける規範に関する第三の限界は、異なる社会規範間の緊張関係の存在である。Rachlinski が指摘したように、「複数の社会的な力が社会行動を正反対方向へと押し合う」<sup>102</sup>場合である。自分の労働の成果であっても無制限に収穫することは許されるべきではない。著作物の場合、著作権者の利益を守るような規範は著作物の商業利用に対しては強い表出力を有する。しかし、著作物が営利目的以外で公衆によって使用される場合、その表出力は弱められ完全に失われることもある。著

<sup>102</sup> *Id.*

作者の利益を守る規範が共同体の中で物を分かち合うというような別の社会規範と干渉するのはまさにこのような場合である。

peer-to-peer ネットワークに関する著作権法の表出力の低下現象は、利害関係者すなわち著作権者、技術の提供者、公衆で衝突する利益の間の摩擦や緊張関係によってさらに拡大する。前述したように著作権者は、技術の提供者に対し、技術のユーザーによる集団的な著作権侵害を防止するのに適した立場にいるにもかかわらず、技術のユーザーが不法行為に加担して著作権者の利益に甚大な損害を与えているときに見て見ないふりをすべきではない、と事あるごとに論難してきた。誰もが自分とは全く関係無い話であるとして問題を放置することが許されるとすれば、社会はどのようなものになってしまうのか想像してみればよい、というのである。さらに著作権者は、技術の提供者が意図的に不法行為に加担しているとか、著作権者の正当な財産的利益を搾取し寄生しているとまで主張することすらある。

しかし、このような著作権者の利益や期待は、法によって禁止されていないことは何でもしてよいのだと主張する技術の提供者の利益や期待と衝突する。技術の提供者は、技術のユーザーにコントロールを及ぼすのか否かということを決定することができるのは自分達であるべきだと考えている。著作権の行使に関してより積極的に関与しているという議論に対して技術の提供者は様々な論拠を掲げてこれに反論する。違法行為に間接的に現実に関与するなどということができのだろうか？他者の著作権を間接的に搾取するなどということがありえるのだろうか？もしも他人が本やレコード、映画を複製しているのを見た場合に、それを止めようとしなかったり、見て見ぬふりをしたからといって、責任を問われることなどありえるのだろうか？他人による著作権の直接侵害の完遂を防ぐために何もしなかったからといって責任を問われることがありえるのだろうか？何をすればよかったというのだろうか？何かしなければならぬことがあったとか、何か言わなければいけないことがあったとでもいうのだろうか？友達が著作権者に無断で著作物を複製していますなどということをいったい誰に伝えればよいというのだろうか？そのような者が許諾を受けていないことを確認する術などあるのだろうか？なぜ他人の違法行為を防がなければならないというのだろうか？なぜこの種の関係に限つ

て「私設警察官」や「巡回警察官」<sup>103</sup>の役割を果たさなければならなくなるのだろうか？こうした様々な疑問が、著作権者に著作物の利益を収穫する権原を認めるべきことを指示する規範の力を弱めることになる。

さらには、人はプライバシーの権利を有しているのだから、第三者がそれに干渉することは許されない、と主張されることすらある。こうして、一連の相互に対立する主張とそれに対する反論は間断なく続く一連の輪となって、何度も何度も繰り返されることになる。まさにこれが、著作権者の行動がpeer-to-peer ネットワークの現在の設計を大きく左右してしまったことに見られた、前述した悪循環の説明にほかならない。

以上を要するに、前述した三者関係は、著作物のような無体物の利用の範囲や形式、可能性、被侵害者の保護のあり方、第三者の責任と自由、個人のプライバシー等に関し相互に抵触する規範の間に数多くの緊張関係を生じさせる。その解決のためには、社会全体の観点から公平かつ公正に相矛盾する公益間のバランスを衡ることが不可欠となる。その際、法の執行の費用が社会にとって過度に高価なものとなることが無いようにするためには、法は規制対象に向けた表出力を確保すべきである、という事実を考慮に入れることが必要となる。

#### 4. 新しいデュアル・ユース技術の規制とその限界

peer-to-peer ネットワークの構造の進歩に関する裁判例が示すように<sup>104</sup>、立法者や裁判官は、開発者が新しいデュアル・ユースのデジタル技術を設計する際にその技術が侵害目的に供される可能性の度合いを選択しうるという事実に関わる議論に直面している。アナログ複製技術に関する従来

<sup>103</sup> Reiner Kraakmanによると、「巡回警察官」の比喩はJeremy Benthamにまで遡ることができる。Benthamはコモン・ローの「使用者責任」の法理を、主人（雇用主）を用人（被用者）の不法行為に関する「警官を監督する警部、組織内の治安判事」の役を担わせる手段として説明した。Cf. Reiner Kraakman, *Gatekeepers: The Anatomy of a Third Party Enforcement Strategy*, 2 J.L. Econ. & Org. 53, 53 n.1 (1986).

<sup>104</sup> See *Vereniging Buma and Stichting Stemra v. KaZaA B.V.* (Supreme Court, 19 December 2003); *Grokster II*, 380 F.3d 1154; *Grokster III*, 545 U.S. 913.

からの伝統的コモン・ローのアプローチの下では、技術の提供者の注意義務はいかなるものであっても明らかに否定されている。ドイツのアプローチはそれに比すればもう少し責任を認める方向にはあるとはいえ、技術の提供者が経済的・技術的にみて実行可能な予防策を採用できたか否かということをもってその注意義務の範囲を限定している。他方で、peer-to-peerネットワーク上で起きている大規模な著作権侵害を目のあたりにした著作権者は、裁判所や立法府がデュアル・ユース技術の規制に対する伝統的なアプローチを規制を強化する方向に拡大し、技術の提供者を著作権の保護に関してより積極的な立場におこうとしている。技術の提供者は複製、頒布に関する新しいデュアル・ユース技術の設計をコントロールできるのだから、著作権者らの利益の保護に配慮するように仕向けられなければならない、というのである。ここで技術の提供者は予防手段を講じるよう義務付けられるべきか、これが肯定されるとした場合、何を義務付けられるのか、という問題が生じる。

複製、頒布に関する新たなデュアル・ユース技術の提供における著作権者、技術の提供者、ユーザーの三者の関係は「ハード・ケース」<sup>105</sup>の様相を呈しており、ここで検討の対象としている現状の各国法によっては常に明快な答えを得られるとは言いがたい。ゴルディオスの結び目を一刀両断すべく、立法府や裁判所は消費者の権利や情報の自由、プライバシーに配慮しながら、著作権産業と技術の提供者との間で公平かつ公正にバランスをとる必要がある。利害関係者間の相反する利益や規範の緊張関係を改善するには、著作権を現状に即したものとするための変更や調整は、全て法の十分な表出力を裏付け確かなものとする理論的根拠や規範的考察に基づいて正当化される必要がある。

正当化のための議論は現実には全く役に立たないと反論する者もあろう<sup>106</sup>が、そのような議論にも何らかの規範的な力があるということに疑い

<sup>105</sup> See Ronald Dworkin, *Is There Really No Right Answer in Hard Cases?*, 53 N.Y.U. L. Rev. 1 (1978), reprinted in Ronald Dworkin, *A Matter of Principle*, 119 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1985) (裁判所はハード・ケースにおいては問題の根底にある規範に基づいて考察し判断すべきである、と論じている)。

<sup>106</sup> See Lloyd L. Weinreb, *Copyright for Functional Expression*, 111 Harv. L. Rev. 1149,

の余地は無い。法律制定の過程において様々な参加者による価値ある対話を促すこともできる<sup>107</sup>。さらには、理想的な知的財産法を形成する包括的な処方箋を提供するという所期の目的を達成できなかったとしても、特定の問題についてこれまで気がつかなかった解決策を見出すことや、ハード・ケースでの条文の解釈や法の適用の難しさを克服することの助けとなるであろう<sup>108</sup>。裁判所がこの種の事案を扱う場合に(1)立法の欠缺を理由に訴えを退ける、または(2)正義を実現し関係当事者間の公平かつ公正なバランスをはかるため、さらに踏み込んで相反する規範的な考察同士を評価し衡量するという作業に従事する、という二つのオプションがある。技術の変化によって著作権法の規定が不透明なものとなっている場合、著作権法の法目的に照らしてその規定を解釈するために、裁判所による判断の基礎として、背後に存する理論的根拠や規範的考察が援用されることが多い<sup>109</sup>。このような議論により、最終的には被規制者が規範を正当化された説得力のあるものと考えようになり、規範を内部化することを促すのである。

現在の著作権法学における規範的考察や理論の主流を占めているのは「法と経済学」学派に由来するものである。その提唱者は、適正な著作権保護の水準を評価するために費用便益分析<sup>110</sup>を用いる。法案の起草にあたって政策決定者が費用便益分析を用いるケースは各国で見られるところであり、その事実がこのアプローチをさらに有力なものとしている。同アプローチの目標は、著作権者に新しい文学作品、芸術作品、その他の作品

1252-54 (1998) (裁判所は、複雑な著作権の問題を解決するに際して、背後に有る政策を特定したうえでそれを適用するのではなく、伝統的なコモン・ローの解釈手法である「類推と比喩」に依拠すべきである、と提案している)。

<sup>107</sup> See William W. Fisher III, *Theories of Intellectual Property*, in Stephen R. Munzer (ed.), *New Essays in the Legal and Political Theory of Property*, 168, 194 (Cambridge: Cambridge University Press, 2001).

<sup>108</sup> See Fisher, *supra* note 107, at 194.

<sup>109</sup> See, e.g., *Twentieth Century Music Corp. v. Aiken*, 422 U.S. 151, 156 (1975).

<sup>110</sup> See generally Matthew D. Adler and Eric A. Posner, *Rethinking Cost-Benefit Analysis*, 109 Yale L.J. 165 (1999). See also The Conference on Cost-Benefit Analysis: Legal, Economic, and Philosophical Perspective published in 29 J. Legal Stud. 873 (2000).

を創作するために経済的に十分なインセンティブを低い社会的費用で与えるような効率的な規制を行うところにある。帰結主義者による個々の議論やその積み重ねが一般に思われているほどの論理必然的なものであるのか、そしてこれらの議論が特定の学者や利害関係者が提案する改革や解決策を説得的に正当化しているのかということに関しては、継続的な論議的となっている。

帰結主義には問題を外面的に捉えがちになり重要な社会的費用を軽視する傾向があるという大きな欠点がある。法の遵守に関する内的視点は法の表出力に欠かせないため、本節の分析においても、技術の提供者が責任を負うべき行動や矯正的正義に基づいた考察を行なう際に、内的側面を考慮している。技術の提供者の行為が違法行為とみなされるのは、その行為が社会の大多数によって採り入れられ認知されている社会的慣習に矛盾して、社会の少数派によって正当化されている利益の方を尊重する場合に限られるべきであるということになる。このような考え方は利害関係者間の緊張関係を和らげ、法の十分な表出力を確保するのに有意義な成果をもたらす見解であるように思われる。

#### 4. 1 損害回避最小費用に関する費用便益分析

「法と経済学」学派が主張する功利主義に基づいた効率性の理論は「ある者に損害の結果について責任を負わせることが安全と管理に対する資源の効率的配分を促進することになる」<sup>111</sup>場合、その者は損害について責任を負うとされるべきである、という前提の上に成り立っている。この原理を「イナープルメント」の概念に適用する場合には、イナープルメント・テクノロジーの開発者や製造者、販売者が「その損害の比較安価損害防止者」であるならば、その者が損害の「原因」であるとみなされなければならない<sup>112</sup>、ゆえにその損害の責任を問われるべきである<sup>113</sup>、と主張されるこ

<sup>111</sup> See William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, 229 (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987).

<sup>112</sup> See William M. Landes and Richard A. Posner, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, 12 J. Legal Stud. 109 (1983); Landes and Posner, *supra* note 111, at 229;

とになる。Douglas Lichtman と William Landes は著作権法の遵守を増加させるために間接責任が活用されるべき場合を特定する手法として、責任の成否を画する二つの原則を提唱する。まず、第三者は「直接侵害者を監視するか、より侵害に適さないように技術を再設計することで、著作権侵害を阻止するのに適した立場にいる」という事情は<sup>114</sup>、間接責任を課す方向に斟酌される。他方で、法的責任を課すことが侵害の原因とされた道具やサービス、場に関する適法な使用を妨げないかどうか検討する必要がある、という事情は責任を否定する方向に斟酌される<sup>115</sup>。Lichtman と Landes はこれら二つの原則に基づいて、費用便益分析の下で吟味すべき観点を示すことを試みている。以下に示す各要素が大きければ大きいほど、寄与責任を課すことがより効率的なモデルをもたらすことになる、というのである。

- a) 著作権の直接侵害により生じる損害がより大きいものであるか
- b) 間接侵害者の製品の適法使用により生じる便益がより小さいものであるか
- c) 適法使用を実質的に妨げることなく、侵害行為に適さないように製品を修正する費用がより小さいものであるか
- d) 間接責任を認めることにより著作権の執行に要する費用が減少する度合いが、直接責任しか認めないシステムに比して、より大きいものであるか<sup>116</sup>。

---

Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th edn., 199-204 (New York, NY: Aspen Law & Business, 1998).

<sup>113</sup> See William M. Landes and Richard A. Posner, *Joint and Multiple Tortfeasors: An Economic Analysis*, 9 J. Legal Stud. 517 (1980); Landes and Posner, *supra* note 111, at 222-25; Posner, *supra* note 79, at 204-7.

<sup>114</sup> See Douglas Lichtman and William Landes, *Indirect Liability for Copyright Infringement: An Economic Perspective*, 16 Harv. J. Law & Tech. 395, 396 (2003) [**emphasis added**].

<sup>115</sup> See *id.*

<sup>116</sup> See *id.* at 398.

このような費用便益分析を用いた結果、Lichtman と Landes は、セーフ・ハーバー付きのネグリジェンスによる責任とこれを補完するために特に設けられた税負担との組合せという発想で、間接責任の基準を見直すことを提言するに至った。彼らが提唱する間接責任についての効率的なアプローチは、まずは著作権侵害を導きうる全ての行動に対してネグリジェンスの法理を適用するところからスタートする<sup>117</sup>。この方法を用いる場合の欠点は、現代のコモン・ロー上のネグリジェンスの法理が予測が困難という特徴を有しているということである。新しい技術の開発者や製造者にとって、この状況は、社会的な環境が刻々と変わるなかで裁判所が要求するものを予測することが困難となるために、大きな障害と化すことも少なくない。このような批判に対して Lichtman と Landes は比較の対象とされた三大経済圏の全てにおいて採用されているセーフ・ハーバーの導入によって問題を解決できると主張している<sup>118</sup>。そのうえで彼らは、もしも「(特定の技術に対する課税により生じた) 価格上昇によって、適法な相互作用による社会的便益に与える負の影響よりも違法な行為によって引き起こされる害悪が減少するのであれば」<sup>119</sup>、著作権侵害に関係する特定の道具やサービス、場に対して特別な税を課すことが適切であると提案する<sup>120</sup>。

彼らのアプローチにおいて特定の解決策の適否を決するものとされている基準は、著作物を創作し頒布する作者のインセンティブが増大することでもたらされる社会的便益が、ゲートキーパーとなる者の私的費用やその他の社会のメンバーが被るより小さな不便に伴う私的費用の総計を上回るかどうかということである。著作権侵害を特定して阻止することが相対的に容易な場合には、法は第三者に対し「法の執行にあたり自らの役

割を果たす」ように強制すべきである。Lichtman と Landes はフリー・マーケットの主権者の例を挙示する<sup>121</sup>。この例では主権者は低い費用で市場を歩き回り、明らかに海賊版を売っている物売りを見つけるように強制される。しかし、彼らはある種の社会的費用を無視している。つまり、個人的便益が何も無いにもかかわらず、「私設警察官」の役割を果たさなければならぬ理由は何か、ということが問題になる。何らかの利得なり旨味なりというものがないければ、人をして他人のためになるように積極的に行動をするよう強制することは困難である。欲しい物は何でも手に入る数百、数千平方メートルの巨大なフリー・マーケットや見本市を考えてみよう。ここで主催者は何をすべきなのだろうか？売られている全ての品物が著作権を侵害していないかどうか一つ一つ確認すべきなのだろうか？そもそもなぜ著作権法だけを気にしなければならないのだろうか？著作権ばかりでなく、商標権や特許権を侵害していないか、製品の安全基準を満たしているか、密輸されたものではないか、さらには販売者が脱税していないかといったことに至るまで、ありとあらゆる法律違反をチェックしなくてよい理由は何かあるのだろうか？逆に言えばフリー・マーケットや見本市の主権者は監視しなければならないものを全て挙げるなどできるのだろうか？なぜ「私設警察官」の役割を果たさなければならないのだろうか？ゲートキーパーがすべきこととすべきでないことの境界はいったいどこにあるのだろうか？

Lichtman と Landes はその境界として、著作権を守る行為と著作権を侵害する行為を区別するための費用が「禁止的に高価」となる状況を指定する。そのうえで、修正を加える必要がある例として、以下の二例を挙げる。第一に、税のように機能するものや、著作権侵害に関係する特定の道具やサービス、場に対して適用される「特別税」に変形されうる責任を第三者に課することが効率的となる場合がある、とされる<sup>122</sup>。このような考え方に対しては、そのような税は価格を上昇させ、その結果、著作権侵害の用途だけでなく適法な用途をも萎縮させてしまうような場合は全体として厚生を減少させることもありうるという反論が加えられるかもしれない。し

<sup>117</sup> See *id.* at 405.

<sup>118</sup> See *id.* at 406.

<sup>119</sup> See *id.*

<sup>120</sup> See *id.* at 406-7. 補償金システムにより著作権法制を代替する方策に関し、詳細には、see Neil W. Netanel, *Impose a Noncommercial Use Levy to Allow Free Peer-to-Peer File Sharing*, 17 Harv. J. Law & Tech. 1 (2003); William W. Fisher III, *Promises to Keep: Technology, Law and the Future of Entertainment* (Stanford, CA: Stanford University Press, 2004).

<sup>121</sup> See Lichtman and Landes, *supra* note 114, at 404.

<sup>122</sup> See *id.* at 405-6.

かし、特定の状況下においてはいずれの行為も抑止することが全体として厚生を純増させることもありうると考えられる。そのような例として、Lichtman と Landes は三つのものを掲げている。すなわち、(1)「違法行動による害悪が適法行動による便益を十分に上回っている場合」<sup>123</sup>、(2)「害悪と便益が同程度であるが、違法行動の方がより価格の変動に敏感である場合」<sup>124</sup>、そして (3)「著作権のインセンティブ増大による便益が適法使用を萎縮させてしまうことに伴う害悪を上回る場合」<sup>125</sup>である。第二に、ネグリジェンスの法理が、適法用途と違法用途があることを所与として、その条件の下で開発者や製造者が合理的な設計を採用したといえるか否かということを判別する基準として機能する可能性が示唆されている<sup>126</sup>。

しかしながら、Lichtman と Landes の見解は何を便益とみなし何を費用とみなすのかということの決定に依存しており、金銭で容易に評価できる要素のみを考慮するか、あるいは定量化が困難であるがために時として過大評価しがちとなる要素をも考慮すべきか、ということに対する態度次第で帰結が大いに変わりうるものである。くわえて、この方法論を技術そのものに対して適用すべきか、技術の特定の応用に対して適用すべきかという問題もある。前者のアプローチは極めて困難であり、現実問題として不可能であるといってもよいだろう。例えば分散型 peer-to-peer ネットワーク技術を考えてみよう。どのようにしてこの技術そのものを評価するのだろうか？ほとんどが違法なファイル交換に使用されているネットワークもあれば、大部分が適法な目的で使用されているネットワークもある。現状では大勢は peer-to-peer 技術そのものを禁止する方向に傾いているが、peer-to-peer 技術の禁止がもたらす規範的な帰結は重大なものとなる。もともと、このような極端な例を持ち出すまでも無い。同じ評価法はインターネットに妥当しうる。インターネットもまたサーバー間の peer-to-peer 技術と、サーバーとエンドユーザーのコンピューター間の「サーバークライアント」モデルとの組合せの上に成り立っている。そしてイ

ンターネットは様々なサイバー上の違法行為に広く用いられている。さて、我々はインターネットまでも禁止すべきだろうか？

これに対して、後者のアプローチにおいては、対象技術の応用に対してケース・バイ・ケースで評価することになる。ユーザーが匿名のままファイルを交換することを可能とする Winny という技術を例にとろう。Winny のユーザーの大多数は、関係する著作権者に無断で著作物を交換する目的で Winny を使用している。「違法行動による害悪が適法行動による便益を十分に上回っている」ことは明らかである。つまり、匿名分散型 peer-to-peer ネットワークを作り出す当該技術は禁止すべきであるということになる。ところで、Winny に類似した匿名分散型 peer-to-peer ネットワークとして Freenet と呼ばれるものがあるが、この Freenet は検閲対策用のネットワークとして利用されており、表現の自由を保障する要素があるために、適法行動による便益が違法行動による害悪を十分に上回っているといえることができる。しかし、無権原のファイル共有に現在用いられている分散型 peer-to-peer ネットワークが禁止され閉鎖されたとなると、通常そのユーザーは他の利用可能なプラットフォームに乗り換えることになるだろう。Freenet もそういった乗り換え先になるかもしれない。その場合、当該ネットワーク上で無断で著作物を共有する者がユーザーの大多数を占めるようになったということを理由に、Freenet もまた禁止されるべきなのだろうか？

このように、「効率的費用配分」や「公共財の最大化」といった評価基準を適用することは、結果的に個人を公共財の最大化という目的を達成するための純粋な道具として扱うに至る場合がある。しかしながら、我々の社会は純粋に経済学的に表現された富の最大化という思想だけでなく、自律性や平等性といった、これとは異なる思想にも基づいて築き上げられている。我々の社会ではゲートキーパーも著作権者も法のもとでは平等である。ここにおけるゲートキーパーと著作権者の相互の関係は、ゲートキーパーは著作権者に害を及ぼすことに加担するべきでなく、著作権者も技術の提供者が提供された技術を著作権を侵害する目的に悪用するユーザーとの間に密接な関係を有するものでない限りは、ゲートキーパーに対して著作権者のために積極的な行動をとるよう強制するべきではない、というものである。ゆえに、ゲートキーパーは、何ら補償が無いにもかかわらず、

<sup>123</sup> See *id.* at 405.

<sup>124</sup> See *id.*

<sup>125</sup> See *id.*

<sup>126</sup> See *id.*

法の執行において自らの役割を果たすべきだとする理由を正当化するのには困難であり、ゲートキーパーと個々の法律違反との間に密接かつ直接の関連性が無い場合には特にそれが妥当する。この理は、被規制者が規範を内部化することの重要性を考えると、さらに明白なものとなる。この点については、次節の分析においてより子細に検討することにした。

#### 4.2 意図的関与

各個人は自らの行為の結果について責任を負うべきである、という命題は伝統的に広く受け入れられている。第三者が他の者による侵害を勧誘したりその他の方法で侵害行為に実質的に寄与する場合、その者は侵害の奨励や、援助、幫助、その他実質的な寄与を通じて、侵害行為に対して意図的に関与していることになる。第三者がこのような状況に置かれる場合は多々ありうる。一方では、偽造品の宣伝をしたり、料金を支払わずにケーブル放送のスクランブルを解除するデコーダ・ボックスを販売する行為のように、技術の提供者の行動が技術のユーザーによる著作権侵害行為に結びつく以外の可能性が無いという場合が考えられる。他方で、侵害用途にも非侵害用途にも使用できるいわゆる「デュアル・ユース」技術を製造し、宣伝し、そして販売する場合のように、技術の提供者には自らの行為が技術ユーザーによる著作権の直接侵害行為を引き起こす可能性があるという現実の認識や擬制的な認識が備わっているといえるかもしれないが、結局、侵害行為には供されないことも大いにありうるという場合も考えられる。後者は、 photocopy機、テープレコーダー、ビデオレコーダー等のように、ユーザーによる他者の著作権の侵害に実質的に寄与する一方で非侵害用途にも使うことが可能であるような装置の開発者や製造者の例を示している。前者のような事例は結論もまた明らかなので、以下では主に後者の状況を検討する。後者のグループは因果関係や第三者の行為によって生じる結果の認識や予見可能性に関する様々な規範的考察の間で対立が生じることの多い、いわゆるハード・ケースの代表例といえる。

#### (a) 因果関係

何者かが他人や場を直接コントロールするような事件と比べると、誘引や支援、幫助、その他の他人の不法行為に実質的に寄与するといった行動は、違法行為において第三者がより積極的な役割を果たす典型例といえる。第三者は、他人の行為に影響を及ぼしうる、すなわち他人が違法行為をするという決断に影響を与えたり、他人の違法行為を幫助したりすることがありうるとはいえ、違法行為そのものを行っているのは、あくまでも第三者ではなく、本人である。著作権の直接侵害者は侵害行為を行うかどうかを自由に選択できる。違法行為を行った者は自ら違法行為を行うことを決定し最終的にこれを実行に移したのである。このことにより因果関係の概念に問題が生じる。これはもともと違法行為や犯罪行為 (*actus reus*)<sup>127</sup>は自然法則に支配された原因と結果の関係を通じて違法な帰結へと至る出来事の連鎖によって形成されるという考え方である<sup>128</sup>。

一般的に認識されているルールは、人は、*sine qua non*（「あれ無ければこれ無し」テスト）<sup>129</sup>と主たる原因の要件<sup>130</sup>を満たすような行為に基づく

<sup>127</sup> See, e.g., Alan R. White, *Grounds of Liability: An Introduction to the Philosophy of Law*, 35-43 (Oxford: Clarendon Press, 1985); Leo Katz, *Bad Acts and Guilty Minds: Conundrums of the Criminal Law*, 82-164 (Chicago, IL: University of Chicago Press, 1987).

<sup>128</sup> See, e.g., James McLaughlin, *Proximate Cause*, 39 Harv. L. Rev. 149, 153-54 (1925).

<sup>129</sup> See generally Herbert L.A. Hart and Tony Honoré, *Causation in the Law*, 2nd edn. (New York, NY: Clarendon Press, 1985)（「共同して結果を生じさせるのに十分な一連の条件の中で必要な要素」に基づく見解を展開する）; Tony Honoré, *Necessary and Sufficient Conditions in Tort Law*, in David G. Owen (ed.), *Philosophical Foundations of Tort Law*, reprint edn., 363 (Oxford: Oxford University Press, 2001); John L. Mackie, *The Cement of the Universe: A Study of Causation* (Oxford: Clarendon Press, 1974)（因果関係の「規則性」に焦点をおき、INUS条件—「必要ではない十分条件のうち十分ではないが必要な部分」条件“insufficient but necessary part of an unnecessary but sufficient” conditionを用いる）; Richard W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal. L. Rev. 1735 (1985)（HartとHonoréの業績に基づきNESSテスト—「一連の十分な条件のうちの必要な要素」テスト“necessary element of sufficient set” testを提唱）; Richard W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning*

違法な結果に対して限られる責任を負わされうる、というものである。ごく簡単に言えば、事件Xが無ければ事件Yは生じなかつただろうという関係にある場合には、事件Xは事件Yの原因となる、ということである。例えば、爆発性のある気体が充満した場所でマッチを擦った結果、引火し火災が発生した場合、その者が建物を全焼させたことになる。また、猟師が放った銃弾が運悪く通りすがりの者に致命傷を負わせた場合、猟師は通行人の死について責任がある。物思いに耽っていたために同僚に衝突してしまい、その同僚が階段から落下して脚を折った場合、衝突した者が同僚の怪我を引き起こしたことになる。マッチを擦ったことと建物の焼失、銃の発砲と通行人の死、衝突と同僚の骨折、これらはそれぞれ相互に関係した事件である。つまり、加害行為とその帰結、原因と結果との間には繋がりがある。前述した全てのストーリーは、後発の事件が自然法則に基づいた関係によって先行する事件に依存する関係のある事件の連鎖として捉え直すことができる。行動と帰結、違法行為とその結果との間には因果関係が存在するのである。

しかしながら、違法行為に関わる条件の全てを違法行為の原因であると考えすることはできない。必要条件と原因とを明確に区別する必要がある。さもなければ、罪の無い被害者自身がその被害の原因であるという結論にすら達しかねない。例えば、交通事故の犠牲者がいつもとは

---

*the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa L. Rev. 1001 (1988); Richard W. Wright, *Once More into the Bramble Bush: Duty, Causal Contribution and the Extent of Legal Responsibility*, 54 Vand. L. Rev. 1071 (2001); Jane C. Stapleton, *Law, Causation and Common Sense*, 8 Ox. J. Legal Stud. 111 (1988); Jane C. Stapleton, *Legal cause: Cause-in-Fact and the Scope of Liability for Consequences*, 54 Vand. L. Rev. 941 (2001).

<sup>130</sup> See, e.g., McLaughlin, *supra* note 128; Leon Green, *Rationale of Proximate Cause* (Kansas City, MO: Vernon Law Book Co., 1927); Flemming James, Jr. and Roger F. Perry, *Legal Cause*, 60 Yale L.J. 761 (1951); Robert E. Keeton, *Legal Cause in the Law of Torts* (Columbus, OH: Ohio State University Press, 1963); Steven Shavell, *An Analysis of Causation and the Scope of Liability in the Law of Torts*, 9 J. Legal Stud. 463 (1980); Mark F. Grady, *Proximate Cause and the Law of Negligence*, 69 Iowa L. Rev. 363 (1984); Kenneth Vinson, *Proximate Cause Should Be Barred from Wandering Outside Negligence Law*, 13 Fla. St. U. L. Rev. 215 (1985); Stapleton, *supra* note 129.

別の通勤路を通っていれば、また出勤せず家にいたならば車にはねられることは無かつただろう。怪我が向かい側の歩道を歩いていたならば、工事中のビルの屋上から作業員が落としたレンガで頭を怪我することも無かつただろう。我々はあらゆる場合において被害者は事件を避けえたということができるが、しかしそれは自由の制限という形の社会費用を無視したり過小評価していることに他ならない。これが行き過ぎると、帰結主義者が法を分析する際に往々にして見られるような原因に関するニヒリズムに陥りかねない<sup>131</sup>。このような事態に陥ることを避けるためには、それぞれの状況において他と区別すべき状況をもたらした条件であつて初めて「原因」たりうる、と考える必要がある<sup>132</sup>。

因果関係を単純に考えてしまうことにつきまとう問題としては、この他にも、事件の連鎖はどこまでも遡りうるということがある。ある事件はそれに先行する別の事件によって引き起こされたものであるが、この先行する事件もまたそれに先行する別の事件によって引き起こされたものであるということができる。例えば、もしもアドルフ・ヒトラーが生まれていなければ、第二次世界大戦も起こらず何百万人もの罪の無い人々が命を落とすことも無かつただろう。もしもリー・ハーヴェイ・オズワルドが生まれていなければ彼がジョン・F・ケネディを暗殺することも無かつただろう。この論法に基づけば、ヒトラーやオズワルドの母親が彼らを産むことが無ければ、第二次世界大戦やJ.F.K.の暗殺は起こらなかつただろう、と主張する者まで現れかねない。このようなアプローチは息子の悪事についてその母親を責めることにまで至りうるものである。因果関係の連鎖は限りなく辿ることができるので、人の行動からかけ離れた結果に対する責任の発生を防ぐためには何らかの概念操作が必要となる。この概念は、人は自分がコントロールでき、防ぐことができた事件の発生に対してのみ責任

---

<sup>131</sup> See Landes and Posner, *supra* note 112; Landes and Posner, *supra* note 111, at 228-55; Posner, *supra* note 112, at 199-204.

<sup>132</sup> See, e.g., Jane C. Stapleton, *Perspective on Causation*, in Jeremy Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence: Fourth Series*, 61, 61-72 (Oxford: Oxford University Press, 2000); Christopher Kutz, *Complicity: Ethics and Law for a Collective Age*, 3, 116-22 (Cambridge: Cambridge University Press, 2000).

を有するということを表現するものでなければならない<sup>133</sup>。コモン・ロー国では「主たる原因」の法理を扱い、広範囲に影響が及ぶ問題を政策の領域に移行させているのに対し<sup>134</sup>、成文法国の多くは「相当因果関係」の理論を発達させており、いずれにおいてもほとんど同じ結果を得ている<sup>135</sup>。このため、法律の分野においてのみ通用する因果関係の特別な概念を構築する者もいるかもしれない<sup>136</sup>。このようなアプローチに対する批判として、Herbert L.A. Hart と Tony Honoré は言語学と「日常的」言語に基づき、因果関係に関する「常識」理論を提案した<sup>137</sup>。彼らは、前の事件が後の事件の原因とされるためには前の事件がその事件の「因果的に関係がある条件」であること、すなわち「一連の条件のなかで必要な要素であって、共同して結果を生じさせるのに十分な要素」であることが示されなければならないと論じた<sup>138</sup>。

しかしながら、誘引、支援、幫助、補助、その他の実質的寄与を何かの原因として捉えようとする、前述した事例とは若干異なっていることがわかる。他の者に行動を起こさせる行為は、どこか特異で予期せぬ要素のように思われる<sup>139</sup>。すなわち誘引や寄与は、他者が行う加害行為とは分離

<sup>133</sup> See Kutz, *supra* note 132, at 3, 116-22.

<sup>134</sup> See, e.g., McLaughlin, *supra* note 128; Green, *supra* note 130. 最近のものとしては、see Stapleton, *supra* note 129.

<sup>135</sup> See Aleksander Peczenik, *Causes and Damages* (Lund: Juridiska fören., 1979); Jaap Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation* (The Hague: Kluwer Law International, 2000); Christian von Bar, *The Common European Law of Torts: Damage and Damages, Liability for and without Personal Misconduct, Causality, and Defences*, Vol. 2 (Oxford: Clarendon Press, 2000).

<sup>136</sup> See, e.g., McLaughlin, *supra* note 128; Green, *supra* note 130.

<sup>137</sup> See Hart and Honoré, *supra* note 129.

<sup>138</sup> See Honoré, *supra* note 129, at 364. See also Hart and Honoré, *supra* note 129, at 106 (「ある条件が必要であるとされるためには、共同して結果を生じさせるのに十分な一連の条件の一つを構成する場合に限られる。この条件が必要とされるのは、その一連の条件を完成させるために要求されるからである」)。

<sup>139</sup> See, e.g., Tony Honoré, *Medical Non-Disclosure, Causation and Risk*: Chappel v. Hart, 7 Torts L.J. 1, 5 (1999) (「原因とは現存するまたは予期される事の成り行きに対する介入である」); Stapleton, *supra* note 132, at 67; George P. Fletcher, *Rethinking Criminal*

した別の行為である。例えば、マッチを擦ってしまった他人にマッチを与える行為、無謀な発砲をしてしまった者に銃を貸与、販売する行為、同僚とぶつかってしまった物思いに耽る者を驚かす行為を再び取り上げてみよう。これらの事例は、いずれも二者間のインタラクティブな行動で構成されている。マッチの所有者、銃の所有者や売主、驚かした者はそれぞれ建物を燃やしてもいなければ、通りすがりの者を撃ったわけではなく、同僚を階段の下に突き飛ばしたわけでもない。これらはいずれも他人、つまりマッチを擦ってしまった者、猟師、物思いに耽っていた者がしたことである。とはいうものの、最初の行為、すなわちマッチや銃を与えたこと、驚かしたことは他人が害悪をもたらす行動をとることを決意させたり助けたりしたのである。

我々の身の回りのいたるところに、人を違法行為に向かわせるような影響を与える刺激となるものが数多く存在する。新聞を読んだりラジオやテレビのスイッチを入れるだけでも、その種の性向を有する者を誘引する数多くの暴力的ストーリーがこれでもかとばかりに襲い掛かってくる<sup>140</sup>。新聞、雑誌、または学術論文は違法行為を促進し、支援し、もしくは幫助する情報源であるといえる。様々なメーカーがユーザーによって他者に害を及ぼす用途に使用しうる道具やその他の手段を提供している。したがって、第三者の行為が、それがなければ注意深く節度をもって行動する一般人の通常の行動に対して影響を及ぼすことが全く無いということは困難である。さらにいえば、第三者の行為は、なぜ損害が発生したのかというその理由となったり、なぜ加害者がネグリジェンスに該当したり、無謀とさえいえる行動をとったのかということの根拠にすらなることがある。ラジオ放送局が一定時間ごとにヒントを放送し、それもとに高速道路を走り回るディスク・ジョッキーに早く追いついた者が勝ちというコンテストを行ったとしよう。一等賞を狙った二人のティーンエイジャーが高速で追いかけている間に事故が発生し、高速道路から弾き出された一台の車の運転手が

*Law*, 596 (Oxford: Oxford University Press, 2000).

<sup>140</sup> See, e.g., *Olivia N. v. NBC*, 126 Cal. App. 3d 488 (1981) (原告に性的暴行を加えた少年らが被告放送局が放送した番組中の特定の生々しい暴行場面に駆り立てられたという主張に基づき、被告放送局が訴えられたという事例)。

死亡してしまったとしたらどうだろうか<sup>141</sup>。別の例として、殺人とその犯罪を隠蔽する様々な手法を記載した詳細なマニュアルを出版した会社があるとしよう。そのような情報を入手した者が、マニュアルの記載に従って被害者に危害を加えた場合はどうだろうか<sup>142</sup>。

これら全ての事例において、第三者の行動は他人に違法行為を犯す機会または理由を提供している。しかし問題は、人間の行動についてその機会や理由を提供するということがいったいどういうことであるのか、ということなのである。他者の行為を「引き起こし」たり誘引することは、事実としては、物事を発生させることとは異なるからである。Hart と Honoré は、人と人との関係に特有の因果の概念を適用しつつ、誘引のような「法」に特有の因果関係やそれに関連する概念などは存在せず、前述の事例も通常の因果関係や准因果関係の概念で説明できる、と主張する<sup>143</sup>。例えばジャックがブライアンに彼の恋人がチャールズと浮気していると話し、怒ったブライアンがチャールズを殴ったとしよう。この場合、もしもジャックがブライアンに何も言わなかったならばチャールズが殴られることも無かったとすることができるだろう。ゆえに、我々の経験や他者の経験に基づいた漠然とした一般法則の中に人々がいかなる理由によって行動するのかを説明できるようなものが存在すると考える者もいるかもしれない。この場合、第三者の行為は他者の違法行為に関する「あれ無ければこれ無し」の条件となる。つまり、もしも第三者の行動が他人を誘引しなかったならば他人による違法行為は起こらなかったであろうとする考え方である。かくして、John L. Mackie は、人と人との相互作用に関して「あれ無ければこれ無し」理論を違和感無く受け入れる素地が我々に備わってい

<sup>141</sup> See *Weirum v. RKO General, Inc.*, 539 P.2d 36 (Cal. 1975) (ラジオ放送局によるコンテンツで優勝しようとした十代の運転手二人が高速でカー・チェイスをしたことにより事故が発生し、死亡者が出たという事例)。

<sup>142</sup> See *Rice v. Paladin Enterprises, Inc.*, 128 F.3d 233 (4th Cir. 1997) (被告が出版した様々な殺人や犯罪隠蔽の方法に関する二冊の詳細なマニュアルを読んだ者が記載に従って三人の殺人事件を犯したという事例)。See also Monica L. Schroth, *Reckless Aiding and Abetting: Sealing the Cracks that Publishers of Instructional Materials Fall Through*, 29 Sw. U. L. Rev. 567 (2000)。

<sup>143</sup> See Hart and Honoré, *supra* note 129, at 51-61; Honoré, *supra* note 129, at 382-84.

る、と述べている<sup>144</sup>。

その一方で、「あれ無ければこれ無し」理論は、行動が何らかの理由を伴っている場合に、その行動における関係の全ての側面を説得力のある形で説明することができないという欠点をもっている。通常、人が何かを決断して行動に移すまでには複数の理由があり、また人間の行動は外的要因によってのみ厳密に定まるものではない。外的要因に対する人間の反応は様々で完全には予測することはできず、様々な内的条件や外的条件に依存して変化する。ファイル交換の例を考えると、共有目的でファイルを提供するのにも様々な理由が考えられる。例えば、他のマニアとファイルを共有したいと思っているのかもしれない。共有された写真、録音、録画は、古いもの、世に知られていないもの、レアなものといった市場で一般には手に入らないようなものなのかもしれない。消費者は著作物について正規品の価格を支払ってまで購入する気が無いのかもしれない等々。しかし、Honoré は、「常識」の観点を適用し、我々は直感的にこれら複数の動機のなかから「単独または共同して決定に至らしめるに十分な要素」<sup>145</sup>を抽出する、と主張している。「十分性」の概念は、加害行為は意図的な誘引者の行為無しには独立して発生することは無かったであろう、ということの意味するものではない。Honoré は、因果関係や准因果関係の意味は、加害者が他者に危害を加えようと決断するのに「相当な理由」であると人がみなすという意味における「十分性」の概念に近似している旨を説く。違法行為を行う者が正直であれば、自分にとってその時その状況における行為の理由はこれである、と認めるものがそれに該当するというのである<sup>146</sup>。

他者の不法行為を第三者が補助し促進する仕方には様々なものがある。例えば、第三者が見張りをしたり、激励の言葉を叫んだだけであったかもしれない、単に必要な場合に備えて待機してただけで結局は精神的なサポートを与えるに止まる、ということもありえよう。他者による不法行為と第三者の行動とを適切に区別するために、Sanford H. Kadish は人の行動の帰結を大別し、「後発事象」と「後発行動」の二種類に分けた。そして、

<sup>144</sup> See Mackie, *supra* note 129, at 131-36.

<sup>145</sup> See Honoré, *supra* note 129, at 384 [**emphasis added**].

<sup>146</sup> See *id.*

前者においては因果関係の法理が用いられ、自然事象のなかに責任となるべき原因が見出されることになるが、他方で、後者においては共謀の法理により、他の人による行動に対して責任を負うべき者が見出されることになるという。因果関係と共謀はその性質を大きく異にするところがあるものの、二つの法理は物事の帰結に対して何らかの責任を有するものを確定するという点において共通しており、それがゆえに類似する点も少なくない<sup>147</sup>。他人による違法行為について第三者が責任を負うとされる行動には二種類ある。違法行為を行うという他人の決断に影響を及ぼすことと、他人が違法行為を行うのを助けることである<sup>148</sup>。しかし、両者には重なり合うところがあり、第三者の行動を二つのグループに分ける厳格な境界線は存在しない。例えば、違法行為の実行を手助けしてもらえという認識は、その者が実行を決断することに影響を及ぼすであろう。しかも、様々な用語がこれら両方の概念を捕捉するために用いられており、その意味するところが相互に重なり合う場合もあれば、含意が異なる場合もある<sup>149</sup>。両者が理論的には異なるものであるとしても、法的な帰結という観点で見れば、どちらの形態の関与であっても結果は同じである。加えて、両者ともに、

<sup>147</sup> See Kadish, *supra* note 11, at 333.

<sup>148</sup> See *id.* at 342-43.

<sup>149</sup> Sanford H. Kadishは、語の用法を定義して以下のようにいう。「勧奨する (*advice*) とは、相談のように何かの行動に関し好意的な意見を提供することを意味する。説得する (*persuade*) とはより強く、他者をその気にさせるためにより大きな努力を要する場合か、強く勧奨する場合を指す。命令する (*command*) はさらに強く、通例は相手に対して何らかの権威を持っている者によってなされる命令や指示がなされることをいう。促進する (*encourage*) とは、相手が既にその意欲を示している行動に対して支援を与えることを意味する。誘引する (*induce*) とは説得することを意味するが、説得以上の影響があることを示唆する場合がある。周旋する (*procure*) はさらに進んだものとして使われているようであり、結果を生じさせるために何かものを持ってくることを指す。扇動する (*instigate*) と駆り立てる (*incite*) は、他人の心をかき立てて行動を起こすように刺激し、せき立てることを示唆している。挑発する (*provoke*) は大別すれば駆り立てるの同義語となるが、さらにある者の過敏性を利用して反応を引き起こすという意味が加わる。勧誘する (*solicit*) は一般的な用法では単に依頼したり提案することを指すが、法律用語としては駆り立てるとほぼ同義と言ってよい。」 See *id.* at 343.

他人の違法行為と間接的な行為者の違法行為との間に「共謀」関係という共通の要素があることを認めることができる。ゆえに、因果的な連鎖があるということはたしかに重要な要素ではあるものの、これが結果に対する責任を帰すのに必要となる唯一の要素というわけではない。因果的な連鎖だけではなく、意識のレベルにおいても双方の行為をつなぐ連鎖というものが存在するはずである。

## (b) 認識と予見可能性

他人の違法行為への関わり方が影響を及ぼすという形態であれ実行を助けるという形態であれ、伝統的には、自身の行動が他人の不法行為に影響するという認識を一定程度有しながら行為したということが、二次的な行為者に責任を帰すための要件となると考えられてきた。しかし、他人が行った違法行為に対して責任を負うためには、どの程度の水準の認識が必要とされるのだろうか？現実の意図が必要とされるのであろうか、それとも自らの行為が誘引、支援、幫助、補助その他の方法により加害行為という結果に寄与するものであるという予見可能性で足りるのであろうか？そのいずれでもないとして、他に何か適用すべき基準があるのだろうか？例えば、ガソリンスタンドの前でマッチを渡した者が、相手方が可燃性蒸気に引火する危険のある場所から相当程度の距離のある安全なところまで離れた後でマッチを擦るのだろうと考えていた場合、無謀な発砲をなした者に銃を貸与したり販売した者が、相手方がもっと責任のある行動をとることができるようになり、分別をもって注意深く行動することを期待していた場合、物思いに耽っている者の気を散らせた者が、相手方が心ここにあらずといった状態にいるのではなく周囲を意識して注意を払っており同僚にぶつかることなど無いと考えていた場合などを想起された。これらの例では、二次的行為者は相手方がより分別をもって注意深く行動するだろうと期待していたのだ、と論じることもできるかもしれないのである。

我々はインタラクティブな社会において、日々、相互に様々なやりとりや取引などの関わり合いをもちながら暮らしており、ゆえに、自らの幫助ないし支援がそのようなことに使われるとは思わなかったと主張するこ

とで免責されることがあってよいのかということが問題となる。はたして「それは私とは関係無い話である」と言い切つてよいのだろうか？ 知らぬ振りを決め込んだり、見て見ぬ振りをしてよいのだろうか？ 他の者が何をするかということまで気にかける必要は無い、と主張することが許されてよいのだろうか？ もっとも、そうはいつでも、それであれば逆に何をなせばよいのかということが問題となる。他人に対して、その行動によって起こる可能性のあることを警告しなければならないのだろうか？ 他者の違法行為の継続を誘引する可能性のある行動や不作為は全て控えなければならないのだろうか？ 他人による違法行為を防ぐべく積極的な行動をとらなければならないのだろうか？ 前述したマッチの事例を考えてみよう。マッチを渡す際に、可燃性蒸気があるのでガソリンスタンドの前でマッチを擦るのは危険であると警告していたとする。警告にもかかわらず、相手方が不注意にマッチを擦ってガソリンスタンドを全焼させてしまうことまでをも予見しなければならないのだろうか？ 銃の所有者や小売業者が相手方の経歴を確認したうえで、銃の使い方や動作に関し警告をし指導のうえで、銃を引き渡したとする。「イナープルメントをなした者」はそれほどの注意を払ったにもかかわらず、相手方が害意をもって銃によって罪の無い被害者を死に至らしめたことに対してまで責任を負わなければならないのだろうか？ 注意義務を果たすべきリミット、起こりうる結果に対して予見することを求められるリミットはどこにあるのかということが問題となる所以である。

伝統的には、現実の認識があることまでは要件とされないが、他人の行為を認識するに足りる理由がある場合には責任を問われうるとされている<sup>150</sup>。消費者によって人に危害を及ぼすような用途に使用される道具を生産する製造者の場合を考えてみよう。一般的なルールは、予見可能なリスクを回避し、その時点における技術的知識に応じて製品を製造しなければならない、というものである<sup>151</sup>。しかし、事前に想定された製品による

<sup>150</sup> See, e.g., *Cable/Home Communication v. Network Productions*, 902 F.2d at 846.

<sup>151</sup> See, e.g., Basil S. Markesinis, *A Comparative Introduction to the German Law of Torts*, 2nd edn., 81 (Oxford: Clarendon Press, 1990); Basil S. Markesinis and Simon F. Deakin, *Tort Law*, 4th edn., 591-93 (Oxford: Clarendon Press, 1999); Walter van Gerven, Jeremy

悪影響に関する十分に標準的な注意基準のもとで製品が開発されていたのであれば、その後で正反対の事実を示す情報が得られたからといって製品の開発者に責任を負わせてよいのだろうか<sup>152</sup>？ 他方で、かりに製品による損害のリスクについて予見可能性があったとしても、製品から得られる便益がそのリスクを上回る場合はそのような製品の市場への導入は許されてよいという考え方はありえないのだろうか？ 例えば、マッチ、自動車、薬品等、内在的に何らかの危険性をはらむ製品であるにもかかわらず、その有用性がゆえに、適切な安全策が施されることを条件に、市場で流通させることが正当化されている製品というものが存在する。製造者や開発者に対して「製品開発リスク」の法的責任をあまりにも広く、また厳しく問うことは技術の進歩を阻害しかねない<sup>153</sup>。さらにいえば、そのようなリスクに対して製造者に厳格な責任を負担させることは、むしろ逆の結果すらもたらしかねない。開発者や製造者は、製品によって生じるおそれのある被害を防ぐためにいかなる注意を払おうとも常に責任を問われるのであれば、製品の欠陥を防ぐインセンティブを何ら有さないことになるからである。しかも、製造者が製品の欠陥を検知しこれを回避する能力を持っているということが、このような厳格責任を課す理論的根拠とされているのである。

このような状況は、電子掲示板や他のインターネット・サービス・プロバイダーがインターネット上の送受信の導管に過ぎなかった場合にまで、その顧客による著作権侵害の責任を課されていた初期の裁判例に見ることができる。このような取扱いは、法的なものや技術的なものという二つの反応を引き起こした。前者の法的な反応とは、インターネット・サービ

Lever and Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, 619, 633-34, 642 (Oxford: Hart Publishing, 2000); Hiroshi Oda, *Japanese Law*, 2nd edn., 215 (Oxford: Oxford University Press, 1999).

<sup>152</sup> See, e.g., Markesinis, *supra* note 151, at 81; Markesinis and Deakin, *supra* note 151, at 591-93; van Gerven, Lever and Larouche, *supra* note 151, at 619, 633-34, 642; Oda, *supra* note 151, at 215.

<sup>153</sup> See, e.g., Markesinis, *supra* note 151, at 81; Markesinis and Deakin, *supra* note 151, at 591; van Gerven, Lever and Larouche, *supra* note 151, at 599.

ス・プロバイダーが受動的立場にあってインターネットの送受信に干渉していない場合について「セーフ・ハーバー」が導入されたというものである。後者の技術的な反応とは、仲介者の役割の一部または全てを限定する peer-to-peer 技術の発達という形となって現れた。かりに著作物の無断使用を促進する意図を持って新たな複製、頒布技術を開発した者がいた場合、技術のユーザーによる違法行為に対して責任が課されるべきことに疑問は無い。例として音楽ファイルを友人と共有可能とするために Napster 用のアプリケーションを作成した、Shawn Fanning を挙げることができよう。また、Winny の開発者である金子勇も、自らのアプリケーション・ソフトの開発意図について、当局がファイル共有者を探知できなくするためユーザーが匿名のままファイル交換を行えるようにすることが目的であった、と公言したといわれている。しかし、デュアル・ユース技術を開発する際に直接的、明示的には違法行為を幫助ないし支援する意図を有してはいないものの、その技術が著作権を侵害する目的に悪用されるかもしれないという認識は持っていたという場合を想定すると、ユーザーによる違法行為に対して技術の提供者が責任を負担すべきであるのか、という問題への解答はそれほど明確ではなくなる。例えば、peer-to-peer ネットワークの父とも言うべき Ian Clarke は、検閲防止ネットワークとして Freenet を作り上げた。Freenet も Winny と同様、匿名の情報共有を可能とする。ゆえに、ここにおいてデュアル・ユース技術ははたして禁止されるべきなのか、という問題が喚起されることになる。かりにこれが肯定されるのであれば、その規範的な含意は他の産業分野にも広汎に及ぶことになる。デュアル・ユース技術の他にも違法行為に悪用される可能性の有る製品は多数存在し、その製造者は少なくともそのような可能性について擬制的な認識を有しているといえるからである。このことは、さらに、デュアル・ユース技術を禁ずる法の表出力と説得力を大きく減衰させることになるだろう。その結果、前述した peer-to-peer ネットワークの設計開発の事例に見られたように、そのような法の厳格な適用を迂回しようとする被規制者側の反応が触発されることになるだろう。

## 結 語

本稿が提示したことは、「イナブルメント」という概念が長い歴史のなかで、三当事者間の法的関係における特定の関与者の地位が技術の進捗状況に応じて大きく変化し、適応し、調整される過程を経て展開されてきたものであるということである。本稿が比較の対象とした各国の裁判所は、「イナブルメント」責任の制度についてそれぞれ異なる法理を発展させているが、これまでのところ、イナブルメント・テクノロジーの取扱いに関しては、ほぼ同様の帰結に到達している。しかしながら、それにもかかわらず、採用された複数のアプローチの中には二つの相違点を見出すことができる。これらの相違点は、技術のユーザーが著作権法を遵守しているかどうかを監視することについて技術の提供者が果たす役割が、今後どのような方向に展開していくのかということに影響を及ぼす可能性がある。第一に、英国のアプローチは、権原の付与という概念に内在する「共謀」という考え方を適用するが、これは「イナブルメント」責任の拡張の是非にかかる政策的配慮に相当程度依存する米国やドイツのアプローチに比べ、より整合的で予測可能性も高いものであるように思われる。第二に、成文法体系のアプローチは一般規定である不法行為の法理を著作権法に適用することにより技術の提供者にも注意義務を課している。英国と米国のコモン・ローのアプローチはこれとは異なり、いずれも技術の提供者が著作権者に対して一般的な注意義務を負うことは無いとする静態的な発想をとるところにその特徴を認めることができる。しかし最近では、技術の提供者と技術のユーザーの間に密接な関係がある場合には、英国と米国のアプローチはいずれも、ユーザーの活動の監視を技術の提供者に要求する方向に進んでいる。この方向でどこまで技術の提供者の義務や責任が拡張されるのか、という問題が今後の課題として残されている。

技術の提供者がいかなる注意義務も課されないとする、提供者は注意深く行動する十分なインセンティブを欠くことになることに疑いは無い。さらにいえば、Grokster や KaZaA の事例に見られたように、技術の提供者をして製品やサービスの使用に関してあえてフィルタリングを行わないように促すことになる可能性すらある。他方で、技術の提供者に対して広範な注意義務を課すことは、いかなる防止措置であれば「技術的・経済的

にみて実行可能」という要件を満たすのかということについて疑義を残し、技術の提供者の立場を非常に不安定なものとする。多くの場合、新しいデュアル・ユース技術がもたらす帰結やその濫用の可能性の全てを予測、予見することは困難であろう。さらにいえば、技術の提供者が技術ユーザーの行動を監視する義務を負担するとすれば、膨大な時間と資源を要するとともに、技術的防止手段や監視手段を回避しようとする技術ユーザーの反動に対抗して、当該技術の設計をたえず見直すという継続的な義務も負うことになるだろう。

このハード・ケースを解決するには、裁判所と立法府は、人はなぜ法に従うのかというその理由や、社会規範と法がどのようにして相互に作用しているのかということの斟酌する必要がある。著作権者は、最も低い費用で損害を回避する方策を実現するためには、他者による著作権の直接侵害についてこれを知りながら誘引し、補助し、幫助し、支援し、またはその他の実質的な寄与をしている第三者が「ゲートキーパー」や「国庫」の役割を果たさなければならぬと主張し続けており、このことが技術の提供者の「イナブルメント」の責任の拡張を後押しする重要な要素となっている。しかしこの種の解決策の全てが、著作権者にとって実践的で実効的な保護をもたらすわけではない。特に、第三者がより高度な社会的目標を達成するための道具としてのみ取り扱われる場合や、第三者の行動が他人の違法行為と実質的にはいかなる側面においても密接な関係を有しているとはいえないような場合は事態は深刻なものとなる。このような場合にまで「イナブルメント」の責任を課したとしても、そのような法は表出力を欠いており、被規制者に不公平、不公正であると受け止められ、結局は法が迂回されて終わることになるだろう。

これに対し、第三者の行動を考慮に入れるのであれば、イナブルメント・テクノロジーの規制が、より著作権を保護する目的に資するものになる可能性がある。上記の分析で示したように、他人の違法行為について誘引も寄与もしないという義務の背後にある理論的根拠は、第三者による他人の違法行為の奨励や促進を防ぐことにある。違法行為に関与した者の *actus reus* (客観的な行為) と *mens rea* (主観的な故意過失) は、それだけで

は直接の違法行為を構成するものではないとしても、法の作用を通じて他人の違法行為に対する派生的な責任を課することになる<sup>154</sup>。このため、意図的な関与と個人を責任のある行動をなしうる者と捉えるという観点に立脚して「イナブルメント」なるものを理解することによって、技術の提供者に対する間接的責任の過度の拡張を防ぐことができる。そして、第三者が他人による違法行為に何らかの形で関与しており、第三者に責任を課すことによって安全対策と監視にかかる資源の効率的な配分を達成できる場合には、第三者は「用心棒」の役割を果たすべきである。

しかしながら、技術の進歩の重要性に配慮し、イノベーションの障害を防ぐためには、製品が当初から違法な用途に用いにくいように設計された場合、その全ての事例においてイナブルメントという概念に基づく責任の枠組みを拡張することはできない。特に、そのような製品に修正を施すことが、製品販売後にユーザーをコントロールする手立てが無いために、消費者のプライバシーの侵害や技術の提供者の自律といった形の莫大な社会的費用を生じさせる場合には、責任は否定される必要がある。実行可能な解決策を見出すためには、人間の行動の動機や理由に焦点を当てるとともに、いかなる費用をかけても社会規範を変えなければならないなどと企図しないことが必要である。こうした賢慮は既に *Amstrad* 事件において20年以上も前に Templeman 卿によって簡潔に述べられていたところである。

「社会的観点から見れば、現在の状況はじつに嘆かわしいものということができる。毎年、何百万件もの違法行為が家庭での複製を通じてなされている。なかには、膨大な宣伝やレコード、テープ、映画フィルムに付された警告にもかかわらず、知らずして法を犯す者もいるだろう。単に発覚するおそれが無いと考えて、違反行為をなす者もいるだろう。エンタテインメント産業やレコード産業は経費の無駄遣い、法外な売上げ、甚大な収益といった、好ましくない独占に関する全ての兆候を既に示しており、生テープこそがレコード価格のさらなる上昇を抑止する唯一の

<sup>154</sup> See Tyler B. Robinson, *A Question of Intent: Aiding and Abetting Law and the Rule of Accomplish Liability Under 924(C)*, 96 Mich. L. Rev. 783, 790 (1997).

手段だと考える者もいるだろう。いずれにせよ、家庭においてサージェント・ペッパーのビートやミゼレーレのソアリングを違法コピーから複製する理由が何であれ、その力は法を遵守するという本能や良心の呵責よりも強いものとなっている。これほどの侮辱的な扱いを受けている法は改正するか廃止されなければならない。」<sup>155</sup>

---

<sup>155</sup> *Amstrad III* [1988] A.C. at 1060.