HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	「情報ネットワーク伝播権保護条例」の「セーフ・ハーバー」の効力
Author(s)	王, 迁; 顾, 昕//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 38, 239-268
Issue Date	2012-06
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/49621
Type	departmental bulletin paper
File Information	IPLPJ38_007.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

連続企画：プロヴァイダー責任の各国比較 その１

「情報ネットワーク伝播権保護条例」の「セーフ・ハーバー」の効力

王　　迁
顧　　昕（訳）

要旨：プロバイダーの責任に関わる法的基礎及び初期の裁判例において、中国とアメリカの間には大きな差異が存在していることから、「情報ネットワーク伝播権保護条例」の「セーフ・ハーバー」に対する「免責」条項について、規定の文言のみをもって「伝統的な不法行為法では侵害者に該当するプロバイダーの損害賠償責任を免ずる」とする解釈は採用できない。条例に定める主観的な過失及び著作物を直接的に利用する行為に関する「免責要件」は「帰責要件」の言い換えに過ぎない。フェアユース等の法定抗弁事由がない限り、プロバイダーはこれらの「免責要件」を満たさなければ、常に侵害の責任を負わなければならない。もっとも、「表示」と「経済的利益」という二つの「免責要件」は「帰責要件」に対応していないため、プロバイダーはこの「免責要件」を満足しない場合であっても、必ずしも責任を負うわけではない。条例と侵権責任法を整合的に解釈するために、二つの種類の「免責要件」を権利侵害を判断するロジックに取り入れ、それぞれ、プロバイダーの証明責任を課す要素と注意義務の程度を判断する要素として取り扱うべきである。

2006年に公布された「情報ネットワーク伝播権保護条例」（以下、「条例」という）はアメリカの1998年デジタルミレニアム著作権法（以下、「DMCA」という）の類型を参考に、四類型のプロバイダーを対象として、損害賠償責任が免除されるための条件を設定した。これがプロバイダーの「セーフ・ハーバー」と呼ばれているものである[1]。この四種の「セーフ・ハーバ

[1] 第3（22条）、第4（23条）類型の「セーフ・ハーバー」が実務上は一番よく主張され、かつ最も争点が集中しているところである。
条例22条：「プロバイダーとは、ユーザーが情報ネットワークを利用して公衆向

ー」は「免責要件」の形態で制定されており、プロバイダーは条例が規定した法定要件を満足する場合には、損害賠償責任を負わない[2]。もっとも、条例が公布されるまで、我が国の民事法は帰責要件の形態を採択してきた。例えば、「中華人民共和国民法通則法（民法通則）」の第六章第三節「権利侵害の民事責任」の各条文は、ほとんどが「ある行為を実施した場合、相応の責任を負担する」という構造からなる[3]。法律の条文の中で「免責要

けに作品や実演を記録したもの、録音・録画を提供するために、ユーザーに対してネットワークのストレージスペースを提供した者である。以下の条件を満たす場合、賠償責任を負わない。

（一）当該ストレージスペースがユーザーのために提供されていることを明確に表示し、かつプロバイダーの名称、連絡者、URLが公開されている場合。

（二）ユーザーがそのサービスを利用して提供している作品や実演を記録したもの、録音・録画を改変していない場合。

（三）ユーザーがそのサービスを利用して行っている作品や実演を記録したもの、録音･録画の提供が権利侵害に該当することを知らず、かつ知るべき合理的理由もない場合。

（四）ユーザーがそのサービスを利用して提供している作品や実演を記録したもの、録音・録画から直接経済的利益を得ていない場合。

（五）権利者からの通知を受け取った後、本条例の規定に基づき権利者が侵害を主張する作品や実演を記録したもの、録音・録画を削除した場合。」

条例23条：「プロバイダーがユーザーに検索やリンクサービスを提供し、権利者からの通知を受け取った後、本条例の規定に従って、違法な作品や実演を記録したもの、録音・録画へのリンクを解除した場合、賠償責任を負わない。ただし、リンク先の作品や実演を記録したもの、録音・録画が権利侵害に該当することを知っており、または知るべき合理的理由がある場合には、権利侵害に係る責任を共同で負うものとする。」（訳者注：条文の翻訳にあたり、日本貿易振興機構北京センター知的財産権部が作成した日本語訳を参考にした。URL: http://www.jetro.go.jp/world/asia/cn/ip/law/ pdf/admin/20060518.pdf（最終アクセス日2012年2月10日））

[2] 条例は第1～3類型のプロバイダーに「免責要件」として「セーフ・ハーバー」ルールを設定したのに対し、第4類型のプロバイダーには「免責要件」と「但書（帰責要件）」のルールを同時に設定した。詳細は後述する。

[3] また、例えば、著作権法46、47条は「次の各号に掲げる侵害行為を犯す者は、事案に応じて、差止め、同行為による影響の排除、謝罪または損害賠償などの民事責任を負わなければならない」と規定している。

件」が出現しても、「帰責要件」の構造からなる条文の但書として位置づけられているに過ぎないといえる[4]。すなわち、どのような行為が侵害行為に該当するか規定した上で、責任を免ずる例外の要件を定める仕組みを取っている。

したがって、「免責要件」の形式によって規定された「セーフ・ハーバー」は、我が国の学者・実務家にとってあまり見なれない形式の規定であるといえよう。そのせいか、しばしば「セーフ・ハーバー」に対する誤解が見られる。その中の代表的な見解を挙げると、例えば、伝統的な不法行為法によってプロバイダーは侵害責任を負うことになるが、「免責」という言葉はその責任を免じることを意味するので、「セーフ・ハーバー」の要件を満足する場合にはその侵害責任を免ずるという機能を有している[5]、というものである。この見解に応じるように、ある学者は、DMCA 中の「セーフ・ハーバー」を規定する章節のタイトル―「オンライン著作権侵害責任に対する制限」を根拠として、「セーフ・ハーバー」というものは、そもそもプロバイダーが負うべき侵害責任を制限・軽減する役割を担っていることを強調している[6]。

本稿は、DMCA が「セーフ・ハーバー」を制定した当時の背景説明から始めて、DMCA と我が国の民事法との間に存在する責任の基礎に関わる顕著な差異を分析し、「セーフ・ハーバー」の効力を巡る誤解をはっきりさせる上で、「民法通則」と新たに公布された「侵権責任法」を基礎とする「セーフ・ハーバー」の再解釈を提示するものである。

[4] 例えば、民法通則126条は以下のように規定している。「建築物、またはその他の施設及びその建築物上の置物や掛物の倒壊や脱落や落下により他人に損害が生じた際、所有者、管理人または使用者は、権利侵害に対する責任を負わなければならない。但し、自らに過失がないことを証明できる場合は除く。」

[5] この見解の詳細については、後述する。

[6] 2009年11月19日に中南財経政法大学で行われた「著作权保护发展趋势国际研讨会（著作権保護の発展趨勢－国際セミナー）」において、ある出席者から示された見解である。

一．DMCAに「セーフ・ハーバー」を制定する背景：プロバイダーの厳格責任を巡る論争

インターネットが出現するまでの間、アメリカ著作権法では間接侵害及びその構成要件に対する明文規定が存在しなかったにもかかわらず[7]、長年にわたる裁判例の蓄積を通じて、裁判所は直接侵害と間接侵害の射程を確立していた。権利者からの許諾を得ずに、独占的な権利の効力が及ぶ行為を行うことは直接侵害に該当するわけである。主観的な過失は直接侵害の構成要件ではなく、直接侵害者が負担すべき賠償額に影響を与えるに過ぎない[8]。これに対して、著作権侵害に該当する他人の行為を認識している場合には、当該行為を誘引、助長あるいは実質的に幇助すれば、間接侵害（「侵害幇助」と「侵害教唆」を含む）に該当する[9]。この場合には、主観的な過失が間接侵害の構成要件に含まれることは明らかだろう。また、「代位責任」に関わる裁判例も確立している。つまり、他人の直接的な侵害行為を監督する権利と能力を有するとともに、侵害行為から直接的な経済的利益を受ける者は、当該他人の侵害行為の存在を知らなくても、他人の直接侵害行為の責任を負うというものである[10]。「代位責任」と上述の間接侵害によって生じた責任を合わせて、「間接責任」あるいは「第三者責任」と呼ばれている[11]。

しかし、インターネットの黎明期には、裁判所はプロバイダーに関する訴訟の審理において直接侵害と間接侵害を正しく区分することができず、プロバイダーの責任を判断するにあたって直接侵害の構成要件を適用してしまった。侵害品はユーザーが提供するものかどうか、あるいは、ユーザーの侵害行為に対してプロバイダーは過失を有するかどうか、当時の裁判所はこれらの要素を一切考慮しなかった。ゆえに、インターネットの発展に厳重な悪影響をもたらす恐れが存在していた。

1993年の「Playboy対Frena」事件（以下、「Frena事件」という）において、被告Frenaは有料電子掲示板サービスを提供しており、ユーザーが無断でアップロードした「Playboy」のアダルト写真がその電子掲示板の中に保存されていた。Playboyは写真の頒布権と展示権が直接侵害されていることを理由としてFrenaを提訴した。Frenaは、自分自身はアップロードを行っておらず、写真はすべてユーザーがアップロードしたものだと抗弁した[12]が、フロリダ州中部地区連邦地方裁判所は以下のように判断した。すなわち、Frenaが原告の作品にアクセスし、被疑侵害品と原告著作物が実質的に類似することを証明すれば、複製行為が推定される。本件では、これら「アクセス」と「実質的な類似」の要件を満たしており、結論として被告による原告写真の頒布権及び展示権の直接侵害を認定した[13]。裁判所が以下の説示を強調したことは特に注意すべきである。

「被告Frenaが原告著作物の無断コピーを含む商品を提供していたこと

[7] この状況を一見しただけでは、アメリカ著作権法には「間接責任」が存在しないとの誤認を招きやすい。そのため、アメリカの著名な著作権法学者Nimmerは「間接侵害責任」を論じる際にこの点を強調している。すなわち、アメリカ著作権法には間接侵害責任が存在しないという見解は誤っている。Nimmer on Copyright, Matthew Bender & Company, Inc., § 12.04[A] (2003)参照。1976年のアメリカ著作権法改正後の最初の間接侵害に関わる「ソニー事件」において、アメリカ連邦最高裁判所は、「著作権法では明確な規定を欠くものの、直接には侵害行為を行わない特定の第三者に著作権侵害責任（間接侵害責任を指す）を負担させる可能性を排除するわけではない。代位責任はすべての法領域に適用でき、寄与侵害という概念も、他人の行為に対する責任を負わなければならない場面を特定するという大きな問題の一局面に過ぎない」と指摘した。Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 435 (1984)参照。

[8] 17 USC 501参照。

[9] Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F.2d 1159, at 1162 (2d Cir. 1971)参照。

[10] 以下の裁判例を参照。Buck v. Jewell-LaSalle Realty Co., 283 U.S. 191, 198-199, 75 L. Ed. 971, 51 S. Ct. 410 (1931); Dreamland Ball Room, Inc. v. Shapiro, Bernstein & Co., 36 F.2d 354 (7th Cir. 1929), Shapiro Bernstein and Co. v. H.L. Green Co., 316 F.2d 304 (2d Cir. 1963), Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc., 76 F.3d 259, at 264 (9th Cir. 1996).

[11] Eric J. Schwartz, David Nimmer, US International Copyright Law and Practice Scope, §11 [1][a][ii] [A], Matthew Bender & Company, Inc. (2008)参照。

[12] Playboy Enterprises v. George Frena, 839 F. Supp. 1552 at 1554 (M.D. Fla. 1993)参照。

[13] 前掲注12, at 1556.

は争いがない事実である。自分自身がこれらのコピーを行ったわけではない、という被告Frenaの抗弁は本事件の判断に影響を与えない。[14]」

判決中で言及されているFrenaが「提供した商品」とは、電子掲示板サービスだけを意味する。したがって、判決は侵害責任に関する以下の判断基準を宣言したものといえる。すなわち、電子掲示板等の「ストレージスペース」内に違法作品が存在しさえすれば、違法作品がサービス提供者によりアップロードされたかどうかを判断するまでもなく、当該サービスの提供自体が侵害行為に該当するというのである。また、裁判所は、プロバイダーの行為が直接的な侵害行為にあたるため、主観的な過失の有無を判断する必要性も乏しいと認定した。この問題に関して、裁判所は次の点を特に指摘している。

「本件においては、被告が直接侵害に関する証拠に反論する余地はない。被告Frenaが侵害行為の存在を認識したかどうかは判断に影響しない。侵害の意図は侵害行為の認定には必要ない。侵害の意図、あるいは侵害行為に対する認識は侵害行為の構成要件ではないので、善意の侵害者であっても侵害責任を負うことになる。むしろ、裁判所にとって、善意であることは法定損害賠償額を確定する場合に意義がある。」[15]

この判決はアメリカ著作権法の直接侵害と間接侵害の射程を完全に混同させた。裁判所が言及する「アクセス＋実質的な類似」基準及び無過失侵害に関わる説示は、直接侵害の場合にのみ適用すべきではないかと思われる。仮にこの理論を単なる「ストレージスペース」サービスの提供者に適用すれば、サービス提供者にとって全滅といえるほどの影響を受けることに等しいだろう。なぜなら、いくら大量な人的資本を投下し、先進的な技術手段を用いても、ユーザーがアップロードする内容に対して、100%合法であることを確保することができないからである。この事件はアメリカの裁判所が下した「ストレージスペース」サービスの提供者に対する最初の判決[16]であり、以後のプロバイダーに対する帰責原則の適用手法に大

[14] 前掲注12, at 1556.

[15] 前掲注12, at 1559.

[16] さらに、裁判所は判決中でわざわざ「アップロード」と「ダウンロード」の意味を説明している。

きな影響を及ぼした。

これと類似した事件である「Playboy対Webbworld」事件（以下、「Webbworld事件」という）では、テキサス州北部地区連邦地方裁判所は同様の理由づけを用いて電子掲示板サービス提供者Webbworldが侵害責任を負うとの結論を下した。この事件で、被告は、その写真をアップロードしたユーザーをコントロールする能力はないと抗弁したが、裁判所は、確かにコントロールする能力がなくてもそれは侵害責任を免除する理由にならないとし、次のように述べている。「もし事業が著作権法の枠内で運営できないのであれば、おそらくその存在の合法性の問題が問われることとなる。[17]」。これでは、自らが経営している「ストレージスペース」内には一切の侵害行為が存在しないことをサービス提供者に要求することに等しく、これを満たすことができなければ、事業自体の合法性を失う恐れがあるといえる。

これらの判決が現れた原因は、裁判所はプロバイダーに厳格責任を負わせるべきであるとする見解によるものである。例えば、原告Playboyは以下の見解を主張している。

「無辜の著作権者より、むしろ著作権侵害を容易にするシステムを提供する者に著作権侵害からの保護のコストを負わせるほうがより合理的ではないか。……仮に被告が電子掲示板内で著作権侵害が生じないような実効的な運営方法に思い至らないというのであれば、被告にはその業界から退出するという選択肢が残されている。」[18]

このロジックに従うと、電子掲示板等の「ストレージスペース」内にユーザーがアップロードした違法作品が出現すれば、そのサービスの提供者は損害賠償責任を負うべきこととなる。もともと、アメリカ著作権法でこのような効果が生じるのは、サービス提供者が直接侵害者に該当する場合のみのはずである。直接侵害行為を認定する際には行為者の主観的態様を考慮しないからである。これも上述の一連の判決が出現した背景といえよう。

[17] Playboy Enterprises v. Webbworld, 968 F. Supp. 1171 at 1175 (N.D. Tex. 1997)参照。

[18] Playboy Enterprises v. Hardenburgh 982 F. Supp. 503 at 510-511 (N.D. Ohaio 1997)参照。

具体的な事情を考慮せず、プロバイダーに厳格責任を課す裁判所の判断手法は、当時アメリカ政府機関の支持を得た。1995年に、情報基盤タスクフォース知的財産権ワーキンググループは「知的財産権と国家情報基盤」と題するレポート（以下、「ホワイトペーパー」という）を公表し、その中で、プロバイダーに対する厳格責任の適用を提唱した。

ホワイトペーパーでは、相変わらず直接侵害と間接侵害の相違を明確に区別していなかった。無限に流通する情報を逐一審査することはできないとのプロバイダーの主張に対して、ホワイトペーパーは「ユーザーの著作物をアップロードする行為を許すプロバイダーの本質は『電子出版者』である」[19]「書店、レコード店、ニューススタンド、ソフトウェアストアが店内で販売しているすべての作品を審査することは不可能だが、ひとたび侵害品を販売してしまえば、厳格責任が課されている」[20]と述べている。しかしこのアナロジーは完全に成立しないと思われる。つまり、侵害品を販売すれば、頒布権の直接侵害に該当する。これに対して、電子掲示板のプロバイダーは、権利者の排他権が及ぶアップロードなどの行為を一切行っていないから、「出版者」に該当せず、直接侵害者に該当しない。侵害責任を負う要件に関して、両者には明らかな差異が存すると考えるべきである。

「プロバイダーの本質は『電子出版者』である」という誤った認識を前提に、ホワイトペーパーは以下のように論じている。プロバイダーに厳格責任を課さないと、各種のデメリットを招く恐れがある。すなわち、プロバイダーは侵害行為を故意に無視し、侵害行為をコントロールする権利を意図的に行使せず、侵害行為を減少させるための措置の構築に消極的となるといった結果をもたらす恐れがある。侵害行為を減少させるために講ずる措置には、保険制度、ユーザーに対する損害賠償の補償の請求、ユーザー教育、管理事業団体からの許諾、技術的制限手段の導入が含まれる[21]。そして、侵害行為の具体的な認識と侵害行為を停止できる能力を有することに関して、ホワイトペーパーは、この二つをプロバイダーに侵害責任を負担させる要件とすることに明確に反対し[22]、「侵害の判断基準を変更することは現行著作権法の原則に明らかに違反して、著作権者の権利に極めて大きな損害をもたらす恐れがある[23]」と述べている。

著作権者がこの「プロバイダーの本質は『電子出版者』である」というロジックを最大限に拡張して主張した事件が「Religious Technology Center 対 Netcom On-Line Communication Services（以下、「Netcom事件」という）」である。この事件はDMCAの誕生に重大な影響を与えた事件だといえる。この事件では、ある牧師の説教が電子掲示板にアップロードされており、その電子掲示板はNetcomの接続サービスを通じてインターネットに接続されていた。Religious Technology Centerは牧師に対しサービスを提供しないよう電子掲示板の運営者とNetcomに要求した。電子掲示板の運営者は著作権を有する証拠をReligious Technology Centerに要求したが、拒否された。Netcomは、自社は電子掲示板の運営者に接続サービスを提供したに過ぎず、ある特定の牧師の説教が掲載されるのを阻止するために、電子掲示板とインターネットとの接続を完全に遮断することは不可能である、仮にそうすれば、すべてのユーザーが電子掲示板のサービスを利用できなくなる、と述べた。しかし、純粋な接続サービスのみを提供しているNetcomは、一切の情報を積極的に提供・コントロールしていないにもかかわらず、その電子掲示板システムを通じて伝達される際にサーバーに自動的に、牧師の説教の「一時的な複製」が生成されることから、Religious Technology Centerは複製権、頒布権及び展示権に基づいて、電子掲示板の運営者とNetcomに対して同時に訴訟を提起した[24]。

Netcomを提訴した理由について、原告は「Netcom自身はシステム上の侵害物の出所ではないが、直接侵害責任か、間接侵害責任か、あるいは代位責任かはともかく、いずれにせよ侵害責任を負うべきである」[25]と主張

[19] Information Infrastructure Task Force, Intellectual property and the National Information Infrastructure —The Report of the Working Group on Intellectual Property Rights, p.122 (1995).

[20] 前掲注19, p. 117.

[21] 前掲注19, p. 124.

[22] 前掲注19, p. 115.

[23] 前掲注19, p. 115.

[24] Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Services, 907 F. Supp. 1361, at 1366, 1371-1372 (N.D. Cal. 1995)参照。

[25] 前掲注24, at 1367.

し、先例としてFrena事件判決を提出した。しかし、裁判所は明らかにFrena事件の判決の説示に賛成せず、次のとおり正当な判断を行った。

「裁判所は、自社のサーバーを通じて送信されるすべての情報を自動的かつ一律に一時的に複製するシステムを設計・運営するというNetcomの行為は、コピー機の所有者が公衆にコピー機を利用させる行為と異なることがないと考える。このコピー機を用いて著作権を直接侵害する者がいたとしても、裁判所はコピー機の所有者の責任を直接侵害ではなく寄与侵害として分析する。……原告の理論によると、被告のサーバーは一切の人手を加えない状況で牧師が発表した情報をほかのサーバーに転送しても、被告である経営者も責任を負うことになってしまう。この理論に従うと、ほかのパソコンに情報を転送する過程に関わるすべてのサーバー（経営者所有）は責任を負わなければならない。……これらのサーバーの経営者がすべて侵害者になってしまうような著作権法に対する解釈は絶対に取れないのではないか。著作権法では厳格責任を規定していたにもかかわらず、本事件において、被告のシステムは第三者によって複製物の制作に使われていたに過ぎず、（著作権侵害に該当するために必要な）主観的な要件と因果関係要件は満足しえなかったのである。」[26]

同時に、裁判所は次のように述べ、同様の理由づけにより電子掲示板運営者の複製権、頒布権、及び展示権に対する直接侵害を否定した。「電子掲示板運営者が権利者からの通知を受けて違法内容を削除したか否かは直接侵害とは無関係であり、寄与侵害が成立するか否かのみに関連する。寄与侵害の成立には侵害行為の認識が要件であり、すなわち、主観的な過失が必要だからである」[27]。

本件の裁判所は以下のように正しい判断を下した。プロバイダーが自らの意思で複製、頒布、展示などの行為をしない限り、直接侵害とすることはできない。違法行為の存在を知りながら即時に削除しない場合には寄与侵害が成立する可能性がある。この判決はインターネットにおける直接侵害と間接侵害の判断基準を明確に示したため、当事者間の利益のバランスに重大な意義を有しているといえる。

[26] 前掲注24, at 1368-1370.

[27] 前掲注24, at 1371-1372.

Netcom事件が示した直接侵害の判断基準は、別の裁判所に支持された。「Playboy対Hardensurgh」事件（以下、「Hardensurgh事件」という）において、裁判所はNetcom事件の判決に従い、ユーザーによる違法アップロードに対する電子掲示板運営者の侵害責任を否定した。裁判所は以下のように指摘した。

「直接侵害に該当するためには、直接の行為か、あるいはその行為への関与が必要である…。…まず、著作権法は著作権者に留保された行為として定めている。このことは、著作権法に直接的に違反するためには、実際にこれらの行為のいずれかに関わっている必要があるということである。電子掲示板を設置することはそうした行為の一つではない。こうした行為を単に誘引し助長することは法が禁止するものではない。次に、『自身は侵害行為に携わっていない一定の者に責任を課す』ことが許されるのは寄与責任の領域にある場合である。もし著作権侵害に関する因果関係がどんなにごくわずかな場合であっても直接侵害理論の下で分析しうるのであれば、著作権の侵害責任に直接侵害責任と寄与侵害責任という異なるカテゴリーがあることの合理的理由が存しないであろう」[28]。

この判決の、直接侵害と間接侵害を区別する基準は明らかに正しいものであると思われる。しかし、Netcom事件とHardensurgh事件は地方裁判所の判決であり、他の裁判所を拘束するものではない。例えば、電子掲示板運営者が直接侵害者に該当するとした上述のWebbworld事件はNetcom事件判決後のものである。Webbworld事件の裁判所はNetcom事件の判断基準を明らかに採用しなかった。

以上をまとめると、DMCAが誕生するまでは、一部の裁判所が直接侵害の構成要件を誤って解釈した結果、直接侵害と間接侵害の境界が混乱し、そのため伝統的な直接侵害と間接侵害の理論では課すべきではなかった責任をプロバイダーに負わせたケースがある。DMCAにおいて「セーフ・ハーバー」を制定した目的の一つは、裁判所が直接侵害と間接侵害を区別せずプロバイダーに厳格責任を課すことを避けるためである。DMCAに「セーフ・ハーバー」が導入された背景を知ることは、「セーフ・ハーバー」の効力を明らかにするためのポイントといえる。

[28] 前掲注18, at 512-513 (N.D. Ohaio 1997).

二．DMCAの「セーフ・ハーバー」: Netcom事件とFrena事件のブレンド

「条例」が主に「免責要件」という形式で「セーフ・ハーバー」のルールを制定したのは、明らかにDMCAの条文を移植したからである。例えば、DMCAは電子掲示板等の「ストレージスペース」サービスに対して、以下のように規定している。ユーザーの指示により素材を蓄積したことによって、著作権の侵害を生じた場合、プロバイダーは、以下の条件をすべて満たす場合には、著作権侵害による損害賠償責任を負わない。（A）プロバイダーがネットワーク上に蓄積している素材が著作権侵害にあたることを現実に知らないこと、かかる現実の認識がない場合、侵害行為が明白となる事実もしくは状況を意識できないこと、かかる認識もしくは意識を得た後、迅速に当該素材を除去しもしくはアクセスを解除するための行為を行うこと。（B）サービス・プロバイダーが侵害行為をコントロールする権利及び能力を有する場合、かかる侵害行為に直接起因する経済的利益を受けないこと。（C）侵害主張の通知を受けた場合に、迅速に対応して、被疑侵害内容を除去しまたはアクセスを解除すること[29]。

DMCAがこのような形式を採択した理由は何か。DMCAが誕生するまでの裁判例とホワイトペーパーの記述を遡れば以下の結論が容易に得られる。当時、さまざまな見解が大きな論争を引き起こしていたが、その論点の一つは、プロバイダーの行為に対する評価であった。すなわち、自らは違法アップロードを行うわけではないプロバイダーは、インターネットを利用したユーザーの違法行為を理由として、直接侵害者に該当するか。この問いに対して、Frena事件等の判決とホワイトペーパーは肯定し、他方で、Netcom事件とHardenburgh事件は否定した。DMCAでは各類型のプロバイダーの免責要件を詳細に規定したが、「免責」のロジックを正面から説明していない。つまり、プロバイダーの行為は侵害行為に該当するがDMCAの要件を満たせば免責されるのか、それとも、DMCAの要件を満たせばそもそも侵害行為に該当しない（したがって当然に侵害責任を負わない）のだろうか。

[29] 17 USC 512 (c)参照。

この問題に関して、アメリカ下院報告書は以下のように指摘している。

「新たに制定した512条は、プロバイダーの行為が免責要件を満たすか否かによって、侵害者としての責任を負うか否かを示唆する意図はない。むしろ、現行法の原則に基づいてプロバイダーが有責とされた場合に責任制限が適用されるのである。」[30]

この段落の解釈を分析すれば、下院報告書がNetcom事件の判断を認容しているという結論は容易に導けると思われる。すなわち、ユーザーが実施した侵害行為に対してプロバイダーに無条件で責任を負わせることはできない、ということである。もっとも、その結論に至る理由、すなわちプロバイダーの行為の性質をどのように認定するかという問題に関して、下院報告書はNetcom事件における一番重要な結論には賛成していないものと思われる。それは、同判決の「インターネットを接続するサービスと電子掲示板等の『ストレージスペース』サービスの提供者は、ユーザーにサービスを提供したことだけを理由に直接侵害責任を問うわけにはいかない」という結論を述べていないことから明らかであろう。下院報告書はこの問題に対し、512条はプロバイダーの侵害行為の有無を判断するものではないとの態度を明確に示した。同時に、議会はFrena事件の結論を認めなかったにもかかわらず、現行著作権法の下でプロバイダーはユーザーの侵害行為によって厳格責任が課されうるというFrena事件の判断の核心を否定することもなかった。下院報告書では、制限規定の適用は、プロバイダーが現行法下では有責となることを前提としている。これはホワイトペーパーの「現行著作権法の諸原則はプロバイダーに厳格責任を課すことを認容している」という見解に同意、一致するものである。

アメリカの著名な著作権法学者であるNimmerも以下のように指摘している。

「新法（筆者注：DMCA）はすでに分析した一連の裁判例を覆すものではない。それは単にその射程を回避する手段を提供するものである。したがって、以下で詳述する新法の条件を満たすサービス・プロバイダーは、一連の裁判例の下でその行為がどう取り扱われるかにかかわらず、責任を

[30] House Report 105-551, Part 2, 105th Congress, 2nd Session, p.50参照。下線は筆者による。

逃れるのである。」[31]

DMCAが「免責要件」の方式を採択した理由は、Netcom事件とFrena事件という正反対の判決の結論を「ブレンドした」からである。DMCAは免責要件を列挙したが、その責任が「権利侵害の責任」なのかというキーポイントを明らかにしないことによって、衝突する二つの見解の一方を支持する事態を回避している。この手法は典型的な英米法系のプラグマティズムによる立法思想を十分に体現している。

三．我が国の「条例」の「セーフ・ハーバー」は「侵害者」の責任を「免除する」規定ではない

DMCAの立法背景と異なり、条例公布前の裁判例においては、接続サービス、電子掲示板サービス、検索・リンクサービスを提供する行為が「権利侵害」に該当するかどうかを巡る問題に対する我が国の裁判所の態度は一致していた。

上述のアメリカにおける事件と同様の事案であり、「ストレージスペース」に関わる初期の事件である「『大学生』雑誌社対北京京訊公衆技術情報有限責任会社、李翔（《大学生》杂志社与北京京讯公众技术信息有限公司、李翔案）」事件において、個人ユーザーの李翔は無断で「大学生」増刊号の内容を「263」というウェブサイトの「無料空間」にアップロードした。そのために、「大学生」雑誌社は李翔と263の運営者である京訊に対して同時に訴訟を提起した。一審裁判所は2000年に、以下のような判決を下している。

「京訊自身は、この無料の個人空間に何らかの情報を提供したわけではなく、……個人空間内のすべての内容はその所有者の李翔が制作したものである。インターネット技術の特徴及び行為者は自分が実施した行為のみに責任を負担するという法律上の原則によると、ただインターネットの技術と設備を提供したに過ぎないプロバイダーは、一般的にいえば、ユーザーの侵害行為のために法的責任を負うべきではない。……ただし、権利者から合理的な請求を受けた場合には、（プロバイダーは）即時に技術上の制限措置を取って違法情報を削除しなければならない。さもなくば、侵害の様態に相応する賠償責任を負わなければならない[32]。」

一審裁判所は「ストレージスペース」を提供する行為が侵害行為に該当しないことを明らかにした。したがって、このような提供行為に対してプロバイダーは責任を負う必要がない。ただし、ユーザーがアップロードした内容が違法であることを知りながら迅速に削除しない場合だけは、プロバイダーは「ユーザーの侵害行為によって法的責任を負うことになる」。この判断手法こそ、直接侵害と間接侵害の差異を正しく反映した区分法だと思われる。

同年に判決が下された「劉京勝対捜狐（刘京胜诉搜狐案）」事件においては、捜狐が自らは管理・運営していないほかのサイトに掲載された小説「ドン・キホーテ」の中国語訳へのリンクを提供したことに対して、翻訳者の劉京勝が捜狐を提訴した。裁判所は以下のように判断した。

「被告が提供したリンクサービスは、原告の作品を直接アップロードする行為ではなく、送信行為に該当しない。……したがって、本事件において、被告がリンクを提供する行為は原告の著作権を侵害しない。……リンク先のサイトに無断でアップロードされた違法作品が存在しているという原告の非難を受けた場合には、被告は即時に技術上の措置を取り、リンクを停止し、侵害行為を抑止する責任を負っている[33]。」

この事件の判決において、リンクサービスを提供する行為自体が直接侵害行為に該当しないことを裁判所は明確に判断した。リンクサービスの提供者が侵害責任を負う前提は、リンク先が違法であることを知りながら、即時にリンクを切らない場合に限られている。この責任が侵害の幇助に関するものであることには何ら疑問がない。

[31] Melvile B. Nimmer & David Nimmer, Nimmer on Copyright, § 12B.01[B][3], Matthew Bender & Company, Inc. (2009)参照。

[32] 北京市第二中級人民法院民事判決書（2000）二中知初字第18号参照。下線は筆者による。その後、控訴審判決は原審の結論を一部覆したが、原審裁判所が論じた原則を支持している。北京市高級人民法院民事判決書（2001）高知終字第51号参照。

[33] 北京市第二中級人民法院民事判決書（2000）二中知初字第128号参照、また、以下の判決も本件と同様の判決理由を採用している。北京市海淀区人民法院民事判決書（2001）海知初字第16号。

したがって、我が国の裁判所は、ユーザーの侵害行為が存在するだけで「現行法の諸原則に基づいてプロバイダーは責任を負うべき」とする主張は、一度も認めたことがない。プロバイダーがただ「ストレージスペース」とリンクサービスを提供するのみであれば、侵害責任を負うべきではないという法理の基礎は、その行為自体が侵害行為に該当しないからである。

中米両国では、初期の裁判例が完全に異なるばかりではなく、立法スタイルにもかなり差異がある。侵害に対する民事責任において、大陸法の伝統を承継してきた我が国は、厳密かつ抽象的なロジックを常に重視しており、責任発生の基礎は法定義務に対する違反あるいは法律上の特別規定の存在である。「免責される」という最終的な結論を重視し、免除された「責任」は一体何であるかに関心を有さないプラグマティズムの考え方は、我が国の民事法の伝統からすると相応の基礎を欠くものに思える。そのような中で条例がDMCAの「免責」という用語と立法形式をそのまま移植してしまった結果、「セーフ・ハーバー」の効力に関する典型的な誤解を招いている。つまり、「免責」という用語の前提として、プロバイダーの行為は侵害行為に該当し、本来なら侵害責任を負うべき者であることを意味することになるというのである。

こうした誤解に基づいて、「ユーザーがアップロードした内容あるいはリンク先の内容が違法になったことを知らず、また知るべき合理的な理由もない[34]」というプロバイダーの主観的態様に関する「セーフ・ハーバー」の「免責要件」を反対解釈して「帰責要件」と理解することはできない、

[34] 具体的には、DMCAは「著作権侵害にあたることを現実に知らないこと、またはかかる現実の認識がない場合、侵害行為が明白となる事実もしくは状況を知らないこと」を「ストレージスペース」と検索及びリンクサービスの提供者の免責要件の一つとして対処している。17 USC 512(c)(1)(A)(ii), 17 USC 512(d)(1)(B)参照。条例22条は「サービス対象の提供する作品や実演を記録したもの、録音・録画が権利侵害に該当することを知らず、かつ知るべき合理的理由がない」ことを「ストレージスペース」サービスの提供者の免責要件の一つとして対処している。条例23条は「ただし、リンクした作品や実演を記録したもの、録音・録画が権利侵害に該当することを知っている場合、または知っているはずである場合には、権利侵害の責任を共同で負わなければならない」ことを検索及びリンクサービスの提供者の免責要件の「但書」として対処している。

と主張する学者がいる。つまり、「ユーザーがアップロードした内容あるいはリンク先の内容が違法になったことを知って、または知るべき合理的な理由があることはプロバイダーが侵害責任を負うための要件である」という解釈は成立しない、という主張である。換言すると、この学者の理解では、プロバイダーに「過失がない」ことは免責事由となるが、「過失がある」ことでプロバイダーの侵害行為に該当し、法的責任を負うことの根拠となるわけではない[35]。

この見解に立つ学者はさらに、「セーフ・ハーバー」の効力を前述のように解釈しない限り、「セーフ・ハーバー」規定の存在意義が失われる、なぜなら、仮にユーザーがアップロードした内容あるいはリンク先の内容が違法であることを知って、または知るべきであったということを、プロバイダーが侵害の幇助者に該当するための主観的要件とみなすのであれば、いざプロバイダーが侵害幇助とされた場合に免責されることがなくなってしまうからである、と論ずる。そうなると、「セーフ・ハーバー」と呼びつつ、実際にはプロバイダーの避難港という役割を果たせないばかりか、むしろ「暴風域」になってしまう[36]。

この見解に従って「セーフ・ハーバー」を解釈すれば、「プロバイダーが権利侵害に該当した際には常に免責されない」という見解を取るべきではなく、「プロバイダーが権利侵害に該当した場合でも免責される」とい

[35] 例えば、「(アメリカのDMCAと中国の条例の『セーフ・ハーバー』は) プロバイダーの責任 (損害賠償責任) を免除できるかどうかを判断する法律上の要件に過ぎず、プロバイダーの具体的な行為が権利侵害に該当するかどうかを判断する事実上の基準ではない。条例23条を直接的に運用して逆に証明することは絶対に許せない」。この見解に関して、以下の文献を参照。謝冠斌＝史学清「网络搜索服务商过错责任的合理界定―再评“雅虎案”与“百度案”一审判决 (プロバイダーの過失責任に対する合理的な認定―『Yahoo』事件と『百度』事件再論)」知識産権2008年第1期18頁。また、先ほどの「逆に証明する」というのは、プロバイダーがリンク先の違法内容を知っていること、または知っているはずであるということは、侵害幇助に該当する要件になる。

[36] 史学清＝汪涌「避风港还是风暴角―解读《信息网络传播权保护条例》第23条 (セーフ・ハーバーかそれとも暴風域か―『情報ネットワーク伝播権保護条例』23条の解釈)」知識産権2009年第2期29頁。

う見解を取るべきである、となろう。

しかし、この見解はDMCAが「免責」の形式で立法された背景を完全に見落としている。Frena事件等の一部の裁判例やホワイトペーパーは、プロバイダーが実際に違法アップロードしたわけではなく、単に技術的サービスを提供しただけであっても、厳格責任に服すべきだという立場である。アメリカ議会もこの立場を否定したわけではない。このような背景があるため、DMCAで制定した「セーフ・ハーバー」は確かにFrena事件やホワイトペーパーに基づくとそもそも負担すべき厳格責任を「免除」しているといえる。

もっとも、以下の状況を指摘しなければならない。初期のDMCA法案において、「ストレージスペース」及び検索とリンクサービスの提供者に対する「セーフ・ハーバー」は以下のように簡潔に規定されていた。プロバイダーは「寄与侵害あるいは代位責任に基づく損害賠償責任を負わない」、その条件は、プロバイダーが「侵害行為を現実に知ら」ず、かつ、「侵害行為が明白であるような事実もしくは状況を認識できない」ことである[37]。この法案に対して、アメリカ下院に提出された報告書では「この規定は寄与侵害における『認識』要件を修正し明確化するものである」と説明されている[38]。したがって、アメリカにおいても、「侵害行為を現実に知らないこと」と「侵害行為が明白となる事実もしくは状況を認識できないこと」を反対解釈すると、すなわち「侵害行為を現実に知っていること」または「侵害行為が明白となる事実もしくは状況を認識しうること」が同じように寄与侵害の主観的要件となるはずである。初期のDMCA法案はこの方法を通じて、インターネットにおける直接侵害と間接侵害の境界を改めて確認していた。最終的なDMCA法案に対する報告書においては記述がないものの、成立したDMCAは「侵害行為を現実に知らないこと」と「侵害行為が明白となる事実もしくは状況を認識できないこと」を免責要件として規定していることから、先述したアメリカ議会の解釈は相変わらず成り立ちうると思われる。

[37] On-Line Copyright Infringement Liability Limitation Act, H.R. 2281, Sec. 512 (a)(1)参照。

[38] House Report 105-551, Part 1, 105th Congress, 2nd Session, p.25参照。「修正」というのは、過失を認定する主観的基準に関して、伝統的な不法行為が確立した「知るべき」基準より、DMCAが確立した「侵害行為が明白となる事実もしくは状況を認識できない」基準のほうが低いということである。後で詳細に検討する。

言い換えると、DMCAにおいて、「ストレージスペース」及び検索とリンクサービスの提供者は、「侵害行為を現実に知らないこと」と「侵害行為が明白となる事実もしくは状況を認識できないこと」という主観的な免責要件を満たさない場合には、侵害幇助につき責任を負うべきである。つまり、DMCAはプロバイダーの寄与侵害責任を判断する正しいルールによって負うべき責任を「制限・軽減する」わけではなく、無条件で厳格責任を負担することを回避できるからであると思われる。

アメリカの状況と対照的に、我が国の民事法と裁判例では、ユーザーの侵害行為を理由としてプロバイダーに厳格責任を負担させた事例は1件もない。我が国では、条例の「セーフ・ハーバー」に関わる規定を導入しなくても、裁判所は、自らは違法アップロードを行わず、単に伝達のための技術的な手段を提供したに過ぎないプロバイダーに侵害責任を負わせることはない（例えば、先述した「『大学生』雑誌社対北京京訊公衆技術情報有限責任会社と李翔」事件の判決)。他方で、ユーザーの違法行為を知りながらサービスを提供し続けるプロバイダーに対しては侵害責任を肯定しているが（例えば、前述の「劉京勝対捜狐」事件)、このような場合の責任は条例の施行によっても免除されるわけではない。したがって、我が国では「セーフ・ハーバー」規定はそもそも存在しない厳格責任を免除するものではないし、侵害行為を判断する正しいルールによってすでに侵害者に該当した者が負担すべき責任を免除することもない。

四.「免責要件」の効力を正しく解釈する

プロバイダーの責任を判断する基礎が中国とアメリカでは大きく違うにもかかわらず、条例がDMCAの「セーフ・ハーバー」をそのまま移植したという状況に鑑みて、我が国の民事責任に関する法令の枠内で「免責要件」を論理的に解釈することが求められている。

（一）帰責要件と対応した「免責要件」

「ストレージスペース」及び検索とリンクサービスの提供者に適用される「セーフ・ハーバー」の「免責要件」はいくつかの類型に分けることができる。実は第一類型の「免責要件」と「帰責要件」をコインの表裏に喩えることも可能である。この第一類型の免責要件はさらに以下のように二つに分けることができる。

(1) 侵害幇助責任に対応する免責要件

一つめの免責要件は、主観的態様に関わる侵害幇助責任に対応する免責要件である。例えば、条例22条3号は「ストレージスペース」サービスの提供者のための免責要件を「ユーザーがそのサービスを利用して行っている作品や実演を記録したもの、録音・録画の提供が権利侵害に該当することを知らず、かつ知るべき合理的理由がない」ことと規定している。この免責要件を反対に表現すると、侵害幇助の構成要件になる。すなわち、「ユーザーがそのサービスを利用して行っている作品や実演を記録したもの、録音・録画の提供が権利侵害に該当することを知り、かつ知るべき合理的理由がある」である。同様に、22条及び23条（後者は検索とリンクサービスの提供者に適用される）は権利者からの通知を受け取った後、権利者が侵害を主張する著作物を削除し、あるいはリンクを解除したことを免責の要件と定める。この免責要件も反対解釈すると、権利者からの通知を受け取った後、権利者が侵害を主張する著作物を削除せず、あるいはリンクを解除しない場合には侵害幇助の構成要件になる。これら反対解釈した要件に該当する場合において、直接侵害行為が存在すること、権利者からの通知が正確であること、フェアユース等の抗弁事由に該当しないこと、といった権利侵害の構成要件を満たすのであれば、プロバイダーの行為が侵害幇助であるとしてその責任を認定することができる。言い換えると、「ストレージスペース」サービス及び検索とリンクサービスの提供者はこれらの免責要件を満たさない限り、「免責」されないばかりか、その行為は常に侵害幇助に該当することになると考えられる。

(2) 直接侵害責任に対応する免責要件

二つめは直接侵害責任に対する免責要件である。条例22条は、「ストレージスペース」サービス提供者の免責要件の一つとして「ユーザーがそのサービスを利用して提供している作品や実演を記録したもの、録音・録画を改変していない」ことを定める。仮にプロバイダーが名目上は「ストレージスペース」の提供としつつ、実際にはユーザーがアップロードした内容を新聞の編集部のように審査・選択・修正しているのであれば、実質的に「公衆送信行為」を行っているのはプロバイダーといえるから、直接侵害に該当するとすべきである[39]。したがって、この免責要件を反対解釈すれば、今までと同じように直接侵害行為の構成要件に該当することになる。

まとめると、「ストレージスペース」及び検索・リンクサービスの提供者が第一類型の免責要件を満たさない場合には、その行為は常に侵害に該当すると認定される。侵害責任の帰責要件として正面から表現する方式と、責任を負わない要件として裏側から表現する方式との理論上の唯一の違いは、証明責任の負担にある。すなわち、仮に帰責要件として規定すると、被疑侵害者がこの要件を満たすことを証明する責任は権利者にあり、逆に免責要件として定めると、被疑侵害者がこの要件を満たしていることを証明しなければならない。条例23条の但書は次のように規定している。「ただし、リンク先が権利侵害に該当することを知っており、または知るべき合理的理由がある場合には、権利侵害に係る責任を共同で負うものとする」。この但書は免責要件ではなく帰責要件として規定する方法を採択したといえる。この但書の規定ぶりを条例の欠陥として指摘した学者がいるが、その指摘は誤りである。むしろこのように帰責要件を制定する立法方式のほうが我が国の状況にふさわしいのではないかと思われる。まもなく発効する侵権責任法36条は「インターネットサービスの提供者は、権利者からの通知を受け取った後、即時に必要な措置を講じなかった場合には、

[39]「改変」に関する問題をどう理解すべきか論ずるものとして、拙稿「视频分享网站著作权侵权问题再研究（動画共有サイトの著作権侵害問題の再研究）」法商研究2010年第1期。

損害の拡大部分についてユーザーと連帯して責任を負わなければならない。インターネットサービスの提供者は、ユーザーが当該インターネットサービスを利用して他人の民事上の利益を侵害していることを知りながら必要な措置を講じなかった場合、当該ユーザーと連帯して責任を負わなければならない」と規定する。この条文こそ、侵害幇助に該当するための主観的要件、すなわち、侵害行為を実際に知っているか、あるいは権利者からの通知を受けて知っている場合に、ユーザーの侵害行為を阻止しないことを規定するものである。もし条例の「セーフ・ハーバー」に規定する主観に係る「免責要件」を、侵害の構成要件を裏側から規定したものであると解釈しなければ、条例と侵権責任法の間に直接的な矛盾を生じる結果となろう。

（二）帰責要件とは関係のない「免責要件」

もっとも、「ストレージスペース」サービスの提供者に適用される「セーフ・ハーバー」のもう一つの類型の「免責要件」は、権利侵害の認定とは直接関係しない。その要件とは、「当該ストレージサービスはユーザーに提供されているものであることが明確に表示されている」こと（以下、「表示」という）と「ユーザーが提供する作品や実演を記録したもの、録音・録画から直接的な経済的利益を得ていない場合」（以下、「経済的利益」という）である。表示と経済的利益は著作物の利用行為及び主観的態様とは直接関係していないからである。

（1）表示と経済的利益は侵害責任の帰責要件ではない

表示要件の適用に関して、プロバイダーが連絡方法を公表していない場合には、民法通則と侵権責任法の規定に基づいてユーザーの侵害行為に対する責任を負うとする理解は採用できない。免責要件の一つとしての表示は、DMCA から移植したものではなく、条例が独自に創造したものである。条例の制定者は以下のように解説している。

「当該サービスに保存されている作品や実演を記録したもの、録音・録画がプロバイダーから提供されたものではないかという権利者の誤認を

生ぜしめ、プロバイダーを侵害者として訴訟提起し、結果として社会のコストを増加させる事態を回避できるよう、この『表示』に関する条文を制定した」[40]。

以上の解説にあるとおり、立法者自身も、プロバイダーが表示していない場合には権利侵害及び損害賠償の責任を負担すべきであるとは考えていない。表示しないことによる影響は、「権利者の誤認を引き起こし」、プロバイダーが侵害著作物の直接提供者として提訴される恐れが生じることに過ぎない。表示しないことが直接に損害賠償責任を発生させるわけではない以上、表示した後の免責問題はそもそも存在しないものと思われる。

経済的利益という要件については、DMCA において、「プロバイダーが侵害行為をコントロールする権利及び能力を有する場合、かかる侵害行為に直接起因する経済的利益を受けないこと」を「ストレージスペース」及び検索、リンクサービスの提供者の免責要件の一つとして規定している[41]。もっとも、この免責要件を反対から規定すると、アメリカにおけるコモン・ロー上の「代位責任」の構成要件と同じになる。すなわち、「侵害行為をコントロールする権利及び能力を有する場合であって、かかる侵害行為に直接起因する経済的利益を受けている[42]」と責任が発生する。プロバイダーがこの免責要件を満足しなければ、「代位責任」を負うことは間違いない[43]。また、この構成要件の文言からは、アメリカ法の「代位責任」は無過失責任であることもわかる。

これに対して、我が国の民事責任に関する諸法は、過失を権利侵害及び

---

[40] 張建華主編『信息网络传播权保护条例释义（情報ネットワーク伝播権保護条例解釈）』（中国法制出版社・2006年）85頁参照。

[41] 17 USC 512(c)(1)(B), (d)(2) 参照。

[42] アメリカ著作権法の「代位責任」の由来と変遷に関して、拙稿「论版权法中的"间接责任"（著作権法の『間接侵害』）」科技与法律2005年第2期参照。

[43] 初期の DMCA 法案からもこの結論を得ることができる。そこでは、「ストレージスペース」及び検索、リンクサービスの提供者が代位責任に基づく損害賠償責任を免れる条件は、「プロバイダーが侵害行為をコントロールする権利及び能力を有する場合においては、かかる侵害行為に直接起因する経済的利益を受けないこと」であると明確に規定されていた。On-Line Copyright Infringement Liability Limitation Act, H.R. 2281, Sec. 512 (a)(3)(B) 参照。

損害賠償責任を判断するための不可欠の要件としてきた。無過失の行為は法律上の明文規定がある場合に限り損害賠償責任を発生させうる。もっとも、民法通則に定める代位責任は、企業がその従業員による侵害行為に対して負うべき責任を指す[44]。民法通則の規定を除くと、著作権法であろうが、まもなく施行される侵権責任法であろうが、「他人の侵害行為をコントロールする権利及び能力を有する場合であって、かかる他人の侵害行為に直接起因する経済的利益を受けている場合には、他人の侵害行為に対する責任を負う」という規定は存在しない。すなわち、我が国の民事法にはアメリカと同じ代位責任は存在していない。したがって、経済的利益という免責要件は、我が国の民事法における法定責任の構成要件中に相等するものが存在しない。さらに、アメリカ法の代位責任に該当するには、「侵害行為に直接起因する経済的利益を受けたこと」だけではなく、「侵害行為をコントロールする権利及び能力を有する」ことも必要である。条例22条では後者の要件を規定しておらず、つまり、侵害構成要件として理解すれば、「ストレージスペース」サービスの提供者が「ユーザーが提供する作品や実演を記録したもの、録音・録画から直接的な経済的利益を得」さえすれば、損害賠償責任を負わなければならない。もし条例の経済的利益に関する免責要件をこのように解釈すれば、我が国のプロバイダーはアメリカの同業者より、遥かに厳格な責任を負担しなければならないこととなる。

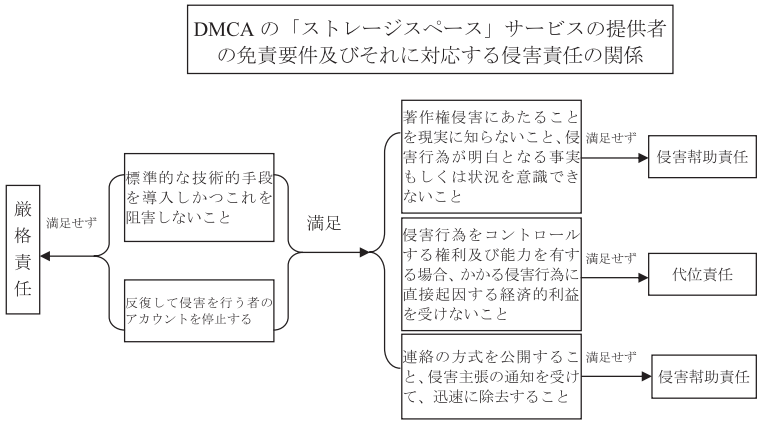
また、以下のことを指摘する必要がある。DMCAの「セーフ・ハーバー」規定は、自らが提供するサービスあるいは自らのシステムを利用して違法な内容を伝達する行為に対して、プロバイダーは厳格責任を負うことを前提として制定されたものである。換言すると、DMCAが誕生するまでのFrena事件等の裁判例やホワイトペーパーの見解では、プロバイダーは「ストレージスペース」を提供しているに過ぎず、ユーザーがアップロードした違法内容を実際に知らない、かつ、知るべき理由も存在しない場合であっても、「ストレージスペース」を提供するという行為に基づいて損害賠償責任を負うべきであるとされていた。この場合に、仮にDMCAの免責要件が、過失を基礎とする寄与侵害責任及び侵害行為に対する支配力及びそ

[44] 民法通則43条参照。

こから利益を得ることによる代位責任とは関係ないということになれば、その免責要件によってプロバイダーがそもそも負担すべき厳格責任を必ず免除することになる。実際には、DMCAは「適当な状況で反復して侵害を行う者のアカウントを停止すること」及び「標準的な技術的手段を導入しかつこれを阻害しないこと」をプロバイダーが「セーフ・ハーバー」を享受できる二つの前提条件としている[45]。この二つの条件は侵害幇助責任と代位責任の構成要件とは関係ないが、もしプロバイダーがこの二つの条件を満たさなければ、DMCAが提供する「セーフ・ハーバー」を享受できない。この状況において、ユーザーが直接侵害を行った際には、フェアユースや時効等の伝統的な抗弁に成功しない限り、裁判所はFrena事件の判決やホワイトペーパーの見解を支持し、プロバイダーに厳格責任を課すことになろう。

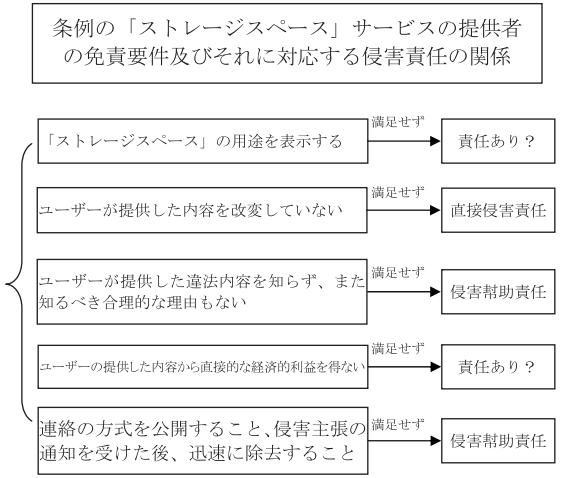
下に示す図はそれぞれ、DMCAと条例において「ストレージスペース」サービスの提供者の免責要件及びそれに対応する侵害責任との関係を示すものである。図1が示すように、アメリカではプロバイダーがDMCAの免責要件を一つでも満たさなければ、裁判所は相応の責任を認定すること

図1



[45] 17 USC 512 (h), (m)参照。

図2



になる[46]。したがって、DMCAが規定した免責要件は責任を免ずるための「必要十分条件」であるといえる。すなわち、免責要件をすべて満足すると、侵害責任は常に免除されるが、万一免責要件を一つでも満たさないと、フェアユース等のほかの抗弁によらない限り、責任を負うことになる。

(2) 表示と経済的利益は免責の「十分条件」ではあるが、「必要条件」ではない

図2で示したように、DMCAの各免責要件と異なり、民法通則と侵権責任法においては表示と経済的利益は帰責要件に対応しているわけではない。具体例を挙げると、電子掲示板上にある文章が無断でアップロードされた場合に、電子掲示板の運営者は、その文章がユーザーによりアップロードされたこと、それが他人の著作権を侵害することを知らず、また知るべき合理的理由もなかったことを証明できれば、民法通則の侵害と責任負

[46] Frena事件の判決やホワイトペーパーの見解を支持することは、裁判所がプロバイダーに厳格責任を課すことの前提となる。

担に対する一般規定に基づこうが、侵権責任法のプロバイダーがユーザーと連帯して責任を負うとする規定に基づこうが、サービスの性質を明確に表示していない、あるいはその文章から直接的に経済的利益を得ていたことのみを理由として、運営者に対して権利侵害に基づく責任を負わせることはできない[47]。

しかし、条例22条の文言（「以下の条件を備えている場合、賠償責任を負わない」）の文理的な意味だけから理解すると、ユーザーが「ストレージスペース」に違法内容をアップロードした際に、プロバイダーが損害賠償責任を免除されるためには、表示と経済的利益という要件も含め、条例22条が定める免責要件を五つすべて満足しなければならない。すなわち、「ストレージスペース」サービスの提供者はすべての免責要件を満たせば、必ずその責任が免除されるが、万一免責要件を一つでも満たせない場合には、必ず侵害責任を負うことになる。この見解は免責要件を免責の「必要十分条件」と捉えている。ある判決はこの誤解に基づいて、「以上の要件をすべて満足してこそ、賠償責任が免除されるのであり、さもなくば、賠償責任を負うべきなのである」[48]と判断した。しかし、前述の仮想例において、この方式で条例22条を解釈・適用すると、裁判において民法通則と侵権責任法を適用した際の結論と条例を適用した際の結論が正反対になり、法律間での根本的な衝突を引き起こす恐れがある。

この問題を解決するために、筆者は以下のとおり主張する。表示と経済的利益は帰責要件との間に対応関係を見いだせないことから、条例22条の五つの免責要件を免責の「必要十分条件」と考えることはできない。それらは「十分条件ではあるが、必要条件ではない」。言い換えると、「ストレ

[47] 陳錦川裁判官が以下のように指摘したとおり、「著作権侵害に関わる紛争を審理する際に、どんな場合において、行為者が著作権を侵害するかどうかを判断する時、民法通則の侵害構成及び責任負担の規定に依拠しなければならない。当該事件に関わる専門の特殊性が存在するために、この判断基準を無視することはできない」。陳錦川「审理网络环境下著作权纠纷案件的几个问题的探讨（インターネット環境における著作権紛争事件の審理に関するいくつかの問題の検討）」(http://www.bjiplawyer.cn/fxyj/333.html）を参照。

[48] 北京市海淀区人民法院民事判決書(2008)海民初字第9200号参照。

ージスペース」サービスの提供者は条例の免責要件をすべて満たすと必ず責任を免れるが、表示と経済的利益の要件を満たさないことを理由に必ず責任を負うというわけではない。この場合には、プロバイダーはただ条例が提供する「セーフ・ハーバー」を利用できないだけに過ぎず、侵害責任を負うかどうかは民法通則と侵権責任法の規定によって判断されるべきである[49]。もちろん、図2で示したように、条例22条のほかの三つの免責要件は帰責要件との間に対応関係がある。プロバイダーはほかの三つの免責要件のいずれかを満足できない場合には、ほかの法定抗弁事由（例えば、ユーザーのアップロード行為が違法ではないこと、訴訟時効を経過している等）を主張しない限り、必ず責任を負うことになる。

条例22条の免責要件を免責の「十分条件ではあるが、必要条件ではない」と解釈すれば、ほかの民事法、特に新たに施行される侵権責任法との齟齬を避けることができる。もっとも、この解釈では、条例の表示と経済的利益という免責要件の存在意義は大幅に失われる。侵権責任法の規定によると、プロバイダーがユーザーと連帯して責任を負うのは以下の二つの状況だけである。一つめは、「通知を受け取った後、速やかに必要な措置を講じなかったこと」であり、二つめは、「ユーザーがインターネットサービスを利用して他人の民事上の権益を侵害していることを知りながら必要な措置を講じなかったこと」である[50]。つまり、プロバイダーは通知を受け、あるいはユーザーの侵害事実を認識した後に、即時に必要な措置を講ずることができれば、責任を負わないことになる。結果的に、プロバイダーは表示するインセンティブを失い、ユーザーの違法アップロードから直接的に経済的利益を得ることを回避するインセンティブもない。

このジレンマを解決するための方策として現実的なのは、免責要件を免責の「十分条件に該当するが、必要条件には該当しない」と解釈した上で、表示と経済的利益という要件を権利侵害を認定するロジックに取り入れ、前者はプロバイダーに証明責任を課す要素として、後者は注意義務の程度を判断する要素として取り扱うことが考えられる。プロバイダーが「ストレージスペース」サービスを提供しているに過ぎないことを明確に表示しておらず、違法著作物が問題とされた場合には、プロバイダーは単に「ストレージスペース」サービスを提供しているだけであること及びユーザーがアップロードしたことを証明するために、証明力の強い証拠を提出しなければならないことにする。もし証明できなければ、プロバイダーが自ら違法アップロードしたことが推定され、直接侵害の責任を負うことになるので、プロバイダーにとっては不利な状況となる。また、「ストレージスペース」のビジネスモデルによって、プロバイダーがユーザーの違法アップロードから直接的な経済的利益を得ていた場合には、裁判所は、プロバイダーがそのビジネスモデルに相応の注意義務を履行していたかどうかを、主観的な認識を判断する要素の一つとして考慮するものとする[51]。もし諸事情を総合的に判断してプロバイダーの主観的な認識を認定できれば、プロバイダーはユーザーの違法アップロードを「知っていた」ものと推定される。この解釈手法を採択すれば、「ストレージスペース」サービスの提供者にそのサービスの性質を正しく表示すること、かつ、そのビジネスモデルに相応した注意義務を払うことを促進することになろう。

まとめると、中国とアメリカの間には、プロバイダーの責任を判断する法的基礎に大きな差異が存在しているのであるから、規定の文言だけを捉えてその解釈を行うことはできない。過失責任の枠内で「セーフ・ハーバー」の効力を正しく解釈する限りにおいて、条例と侵権責任法等の民事法の衝突を避けること、インターネットの世界における関係者間の利益バランスをうまく取ること、また、著作権を十分に保護すると同時に、インターネット産業の健全な発展を促進することが実現できるのである。

[49]「十分条件に該当するが、必要条件に該当しない」ことをさらに深化させて論じた文献に関して、前掲注39参照。

[50] 侵権責任法36条参照。

[51]「北京市高级人民法院关于网络著作权纠纷案件若干问题的规定（一）（北京市高級人民法院インターネットに関する著作権紛争事件若干問題の規定（一））」（討論稿第三稿）第25条第2款は以下のように規定している。「プロバイダーが問題となった特定の作品や実演を記録したもの、録音・録画の広告を行っていた場合には、事件の具体的な状況に基づいて、プロバイダーの過失を認定する際にこの事情を斟酌して総合的に判断することができる。」

［訳者付記］

本稿は、王迁「《信息网络传播权保护条例》中“避风港”的效力」法学2010年第６期128-140頁の翻訳である。本誌への翻訳の掲載を許諾して下さった王迁教授に、記して感謝申し上げる。