HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	ノーティス・アンド・テイクダウン手続きに関する比較法的考察 ： インターネット上の著作権侵害を中心に
Author(s)	劉, 楊
Citation	知的財産法政策学研究, 69, 117-199
Issue Date	2024-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/93512
Type	departmental bulletin paper
File Information	69_05_Ryu.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

論　説

ノーティス・アンド・テイクダウン手続きに関する比較法的考察
―インターネット上の著作権侵害を中心に―

劉　　楊

目　次

序章
　第一節　はじめに
　第二節　研究背景
　第三節　問題の所在
　第四節　本稿の構成
第一章　米国法におけるノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用
　第一節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きとは
　第二節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの要件と機能
　第三節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの成功と限界
　第四節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの発展
第二章　中国法におけるノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用
　第一節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入
　第二節　濫用問題
　第三節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの発展
第三章　日本法におけるノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用
　第一節　日本型ノーティス・アンド・テイクダウン手続き
　第二節　発信者情報開示請求訴訟の構造
　第三節　プロバイダ責任制限法による免責が及ばない領域
　第四節　信頼性確認団体制度の概要
第四章　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用の考察

第一節　米中日におけるプロバイダ責任制限のルールの影響
第二節　米中日におけるプロバイダ責任制限のルールの分析
第三節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入についての考察
結章

序　章

第一節　はじめに

今の時代において、インターネット上のプロバイダは、情報流通の重要な道具として大きな役割を果たしている。しかし一方で、インターネット通信技術の急速な発展により、通信技術が私人まで普及し、私人が多大な投資を要しないかつ強力な通信機能を手に入れることができるようになった。その結果、インターネット上には大量の公衆送信（又は送信可能化）行為などの著作権利用行為が氾濫し、著作権法の構造上の課題[1]が顕在化しつつある。このように、インターネット上の無断の著作権利用行為をどのように規制し、私人による送信技術の悪用をどのように防止し、また、その中でインターネット上の架け橋としてのプロバイダがどのような責任を果たすべきか、インターネット時代を迎えた現代社会において、著作権法における最も重要な課題の一つであることに疑いはない。

第二節　研究背景

著作権制度は誕生以来、コピーライトという言葉に体現される複製禁止権を中心に検討することが主流になっている。しかし、インターネット時代を迎えて著作権法をめぐる社会的環境、技術的な環境が急速に発展しており、従来の著作権法の基本は複製を原則として禁止するところにあると

[1] 田村善之「日本の著作権法のリフォーム論－デジタル時代・インターネット時代の『構造的課題』の克服に向けて」知的財産法政策学研究 44 号（2014 年）25 頁（同『知財の理論』（有斐閣・2019 年）279 頁）。

いう立場だけでは、現在の著作権法の課題を解決しえないと思われる。そのような立場を前提とし、学説では「著作権法の第三の波」という時代認識に根ざした、インターネット時代に相応しい著作権制度論が提唱されている[2]。

同説によると、歴史的な視角に鑑みて、誕生から現代に至る著作権法の歴史は、技術的、社会的な環境の変化に応じて三段階に分類することが可能である。具体的には、まず、印刷技術が普及し、出版業が大規模な産業として成立し、出版業者のロビイングに応えて、最初の著作権法が制定された。この段階から 20 世紀半ば頃までは複製行為をなすには相当の投資が必要であり、複製者が少数であったために相対的には監視も容易であり、権利の実効性を図ることができた。

20 世紀の後半になって、複製技術が私人まで普及し、その結果、コピーライトが当初の競業禁止法から私的な自由を規制する法に変化した。権利者にとっても、複製者が多数であるために監視が困難であり、権利の実効性を欠くことになった。

しかし、インターネット時代の到来は、第二の波とはまた質を異にする変化をもたらした。送受信技術が私人にまで普及し、誰もが公衆送信することができるようになった。それに加えて、音楽や動画などの複雑な技術を要するコンテンツの制作技術は私人にまで解放された。このように、著作権の利用が物理的には極めて容易となっており、インターネット上で利用に供される著作物の量も大幅に増加した。しかし一方で、権利者にとってはそのような利用行為を監視・特定するのは極めて困難であり、権利の実効性がさらに乏しいことになった。

まとめると、印刷技術の普及という第一の波が契機となって誕生した著作権制度は長い間、複製禁止権と公の利用行為規制という二本立てで私人の活動を規律してきたところ、第二の波の時代において複製行為が私的領域において技術的に可能になった際に、零細的利用に代表される私人の自由に対する著作権の浸食が進行し、インターネットが普及した第三の波の

[2] 田村善之「デジタル時代の著作権制度－著作権をめぐる法と政策－」知的財産法政策学研究 23 号（2009 年）23～25 頁、同・前掲注 1『知財の理論』311～322 頁。

時代においてそれが公の送信にまで拡大した、ということになった[3]。

このように、デジタル時代、インターネット時代を迎えて著作権法をめぐる社会的環境、技術的な環境が変化し続けている。著作権制度はデジタル時代、インターネット時代に適合する著作権制度の改革を迫られるべきであると思われる。

第三節　問題の所在

前述したように、著作権法の第三の波の衝撃は、デジタルコンテンツの保護に大きな課題をもたらした。日本では他国と同様、権利者はインターネット上におけるコンテンツ保護がより困難になっていく事態に直面しており、またオンライン侵害の急激な増加に苦しんでいる。インターネット上のプロバイダを通じたデジタルコンテンツについての無断利用行為は大幅に増加し、それは権利者に重大な損失をもたらすだけでなく、ネット上の著作権保護環境を阻害するものである。こうした状況変化に照らせば、プロバイダを通じた著作権侵害行為に対応すべく、プロバイダの役割に関する法的ルールの見直しの検討が必要であると思われる。すなわち、被疑侵害情報がウェブサイトに掲載されたとき、発信者、権利者と思われる者双方から法的責任を問われる可能性があり、プロバイダの板挟み状態を解消し、責任を明確にする必要があると思われる。

インターネット上の著作権侵害行為に関するプロバイダの責任を明確にし、プロバイダの監視義務を軽減するために、米国は、1998 年の「デジ

[3] デジタル時代において、利用に対する制約は公的領域から私的領域まで浸食してきたのであり、また、利用に供される著作物の量も爆発的に増加しており、今ではもはや、著作権法に抵触するリスクを抱えることなしに日常生活を送ることは困難になっている。このように、デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する検討として、比良友佳理「デジタル時代における著作権と表現の自由の衝突に関する制度論的研究（1）」知的財産法政策学研究 45 号（2014 年）79 頁、野口祐子「デジタル化時代の著作権制度と表現の自由－今後の知的財産戦略に当たって考慮すべきバランス」NBL777 号（2004 年）18 頁。また、第三の波によりさらに深刻化した「著作権法の構造の課題」を解決するために、「寛容的利用」や「フェア・ユース」条項の導入などの対策が提唱されている。田村・前掲注 1『知財の理論』322～375 頁参照。

タルミレニアム著作権法」（以下、「DMCA」と略称する）において、「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続き（「セーフハーバールール」とも呼ばれる）を創設した。その後、中国やEUなども米国に倣って同様の制度を導入した。ノーティス・アンド・テイクダウン手続きにあっては、著作権を侵害されていると主張する者から法定の形式的要件を満たす通知を受領したプロバイダ等は、著作権を侵害する情報であるか否かということに関する実体的判断を経ずに、いったん著作権侵害とされる情報を削除すれば、責任を負わないこととされている。また、削除された当該情報について、プロバイダ等が発信者に対して削除した旨を通知し、発信者から反対通知を受け取った場合には、当該著作権の侵害を主張する者に反対通知のコピーを送付するとともに、一定期間後に当該情報を復活させることを通知し、さらに、当該著作権の侵害を主張する者が一定の期間に発信者に対して侵害行為の差止請求訴訟を提起しない場合は、当該情報を復活させれば、責任を負わないこととされている[4]。

日本では、平成13年のプロバイダ責任制限法制定時からインターネット環境、情報通信技術等が発展しており、インターネット上の権利侵害行為への対応として、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入すべきであるかということをめぐって議論がなされた。結果として導入が見送られた代わりに、プロバイダ責任制限法の規律や信頼性確認団体制度が機能している。

米国や中国においては、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きはインターネット上の著作権侵害行為に対するプロバイダの責任に関する最も重要な制度になっている。ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを具体化するに当たっては、権利者の保護の実効性、インターネットプロバイダの責任と義務の軽減、制度の濫用の防止という三つの機能のバランスを配慮する必要がある。そこで、本稿は、まず、米国や中国においては、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用によってその三つの機能がうまく実現しているかということを検証することとしたい。その上で、日本において、プロバイダ責任制限法制定時と比較して、ブロードバンド

[4] 総務省「ノーティスアンドテイクダウン手続きについて」（https://www.soumu.go.jp/main_content/000105846.pdf）。

インターネット環境の進展によって権利侵害行為が頻発しており、問題が顕在化しつつある状況の下、権利の救済の迅速化、侵害に対してのプロバイダにかけられる実質的な審査義務の有無も考慮に入れて、権利者・被疑侵害者・プロバイダの間のバランスをとるためには、比較法の視点からいかなる方策をとるべきかを検討したい。また、本稿はあくまでも知的財産権、とりわけ著作権侵害行為に焦点を当てており、名誉毀損、プライバシー等に関するルールは別個の考慮を要するので本稿の議論対象外とする。

第四節　本稿の構成

本稿では、序章において上記のような研究課題を明らかにしたのち、第一章において米国法の検討を行う。まず、第一節においては、米国法の「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続きの定義と仕組みを概観し、そのルールの特徴を把握する。その上で、第二節では、「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続きの要件と機能を検討し、そのルールの適用対象や間接侵害の一般的なルールとの区別を明確にする。そして、第三節では、「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続きが米国において成功したところと失敗したところを紹介し、それらを分析した結果、米国においては、512条の背後にあるバランスの衡量、つまり、権利の保護の実効性を確保しつつ、プロバイダに対してコスト的に過大な制約を課さないようにするという衡量が基本的に成立していると認められているという結論に至る。最後に、第四節では、条文起草時と比べると、社会的環境、技術的な環境が発展しており、制度の運用の現状における苦境について、米国の学者がどのような対策を提唱しているかということを紹介する。

次に、第二章では、中国における「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続きの運用の現状を紹介する。中国は米国法に倣って、そのルールを確立した。まず、第一節では、中国においてその制度の導入の際に議論された論点を紹介し、2006年の『情報のネットワーク送信権の保護に関する規則』から2019年の『電子商取引法』までの間の当該制度の変遷を検討する。その上で、第二節では、米国法の制度との比較を行い、「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールに関して、中国において大量の濫用問題が生じた原因を分析する。最後に、現在に至るまでの中国の学者たちの濫用

問題の対策についての議論や、「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続きを中国において保留すべきか否かということについての議論を説明する。

さらに、第三章では日本のプロバイダ責任のルールについての検討を行う。日本においては、「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続きは存在せず、「プロバイダ責任制限法」でプロバイダの責任制限や発信者情報開示の一般的なルールを規定している。第一節においては、日本現行のプロバイダ責任制限の一般的なルールを紹介する。そして、第二節において、発信者情報開示訴訟と一般の著作権侵害訴訟との異なる点を分析し、発信者情報開示訴訟の構造上の問題を提示する。第三節では、プロバイダ責任制限法による免責が及ばない領域についてのいくつかの裁判例を紹介する。最後に、プロバイダが積極的に判断する意欲が高いものとは言い難い中で、日本特有の信頼性確認団体制度が創設されているので、第四節ではその運用の現状を分析する。

最後に、それらの議論を踏まえた上で、第四章の第一節では、米中日において、制度の運用により、序章で提起した、権利者の保護の実効性、インターネットプロバイダの責任と義務の軽減、制度の濫用の防止という三つの重要な機能が実現しているのかということを検証したい。その分析に基づいて、第二節では米日中の制度の運用現状についての分析を行い、いくつかの論点を提示する。最後の第三節において、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入についての考察を行い、現行の法制度のルールの見直しの方向性を提示する。

結章では、それまでの議論をまとめ、今後の課題を述べる。

第一章　米国法におけるノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用

第一節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きとは

1998 年に米国議会で可決された DMCA[5]は、著作権者とプロバイダの間で、著作権侵害の問題に対するバランスをとるべき点を明確にしたものである[6]。その中核となるのが 512 条[7]であり、その条項は、著作権者がプロバイダに簡潔な「削除」要求を送ることで迅速に対応し、これらの通知の対象者が「反対通知」手続きを使って要求に異議を唱えることを可能にす

---

[5] 512 条は、コンテンツ産業業界とプロバイダの要求に対応するための議会の試みから生まれたものである。1997 年、サーチエンジンなどのプロバイダは、ユーザーの著作権侵害行為に基づく責任からのセーフハーバーを求めるロビイング活動を開始した。

プロバイダが、ユーザーの著作権侵害に対してどのような場合に責任を問われるかについての解釈は分かれており、寄与侵害責任と代位責任について高度な不確実性に直面していたことは間違いない。512 条が誕生する前の 1995 年には、Religious Technology Center v. Netcom 事件（Religious Technology Center v. Netcom, 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)）での連邦地裁は、ユーザーの著作権侵害行為に対するプロバイダの責任を認めなかった。

一方、1997 年の Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA 事件（Sega Enterprises Ltd. v. MAPHIA, No. CIV. A. 93-42 CW, 1997 WL 337558 (N.D. Cal. June 9, 1997)）は、プロバイダがその侵害行為を知る又は管理するかどうかを考慮することなく、侵害コンテンツをアップロードしたのはユーザーであるにもかかわらず、掲示板運営者に直接の著作権侵害責任があると判断した。

プロバイダが、このような判決の基準の不確定性に懸念を示し、議会に対してより確実性を求めたことにより、議会は 512 条を創設した。

[6] この手続きにより、米国の著作権業界は、著作権侵害による年間数十億ドルの損失に対抗するための新たな方策を手に入れた。ユーザーの著作権侵害に対する責任に関する判決の方向性を懸念するプロバイダは、潜在的な責任から保護されることになったのである。Jennifer M. Urban & Laura Quilter, *Efficient Process or "Chilling Effects"? Takedown Notices Under Section 512 Of the Digital Millennium Copyright Act*, 22 SANTA CLARA HIGH TECH. L.J. 621 (2006).

[7] 17 U.S.C. § 512.

るセーフハーバールールを確立している。それ以来、この条文と手続きはインターネットにおける著作権保護の指針となり、他のいくつかの国でも採用されている[8]。

512 条は、大別して、①インターネット上で特定の行為を行うプロバイダに関する責任制限規定（一般的に「セーフハーバー」ルールと呼ばれる）、及び②著作権者などがプロバイダに対して、著作権侵害行為の除去などを求める際に利用すべき特別の手続き（一般的に「ノーティス・アンド・テイクダウン」ルールと呼ばれる）を定めている。

このうち、①セーフハーバーとは、プロバイダが同条所定の条件[9]を具備していることを条件に、著作権侵害に対する損害賠償から免責され、法定された内容以外の差止命令を発出されることがなくなるという制度である。

一方で、②ノーティス・アンド・テイクダウンの手続き、つまり、「通知」

---

[8] 例えば、本稿の第二章で紹介するように、中国は 2006 年に米国型のノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入した。また、EU は、2000 年に制定した電子商取引指令において、DMCA 512 条と類似する内容を定めたが、米国型のノーティス・アンド・テイクダウン手続きが明示的に規定されていない。もっとも、2019 年に制定されたデジタル単一市場著作権指令 17 条において、オンラインコンテンツ共有サービスプロバイダに対する特別な手続きが創設され、免責の要件としてライセンス取得の努力、アップロード・フィルタなどの適用が規定され、結果的にこれらのプロバイダの責任が厳格化されたという動きが見られる。具体的な解説として、鈴木將文「著作物の利用に関するプラットフォーマーの役割と責任」別冊パテント 75 巻 27 号（2022 年）155 頁、橘雄介「EU デジタル単一市場著作権指令－プラットフォーム・抑止・再配分の観点から」Nextcom 42 号（2020 年）27 頁。

[9] プロバイダの類型に応じて、免責要件も違えられている。512(a)と 512(b)は、転送とルーティングサービスを提供するプロバイダ、キャッシュサービスを提供するプロバイダについて、侵害を繰り返す者を排除する方策を採用し、標準的な技術的保護手段に対応していさえすれば、そのユーザーの侵害からのセーフハーバーを与える。512(c)と 512(d)は、ホスティングサービスや検索サービスを提供するプロバイダの免責要件として、①侵害行為を実質的に知らない、又は認識していないことに加えて、侵害行為であるという認識を得た後、かかるコンテンツを迅速に削除すること、②プロバイダがその侵害行為を管理する権原と能力を有する場合において、侵害行為に直接起因する経済的利益を取得していないこと、③通知を受け取った場合、コンテンツを迅速に削除することを定めている。

―「削除」―「通知の転送」―「反対通知」―「復活」という流れに則り、著作権者がプロバイダに著作権侵害行為である旨を通知し、被疑侵害コンテンツの削除を求めたにもかかわらず、これに対し適切に対処しなかった場合には、プロバイダはセーフハーバー条項に基づき免責を主張することができないことになる。

著作権者がプロバイダに対し被疑侵害コンテンツを削除するインセンティブを与えることを確保するよう求め、プロバイダは、ユーザーの著作権侵害行為に対する責任に基づく訴訟や判決を避けることを求めた結果、512 条に結実した「セーフハーバー」が、以下の条件と引き換えにプロバイダに与えられることとなった。すなわち、著作権者からの通知に基づき、被疑侵害コンテンツの迅速なテイクダウンと引き換えに、512 条に基づく免責の抗弁事由をプロバイダは享受できる。

また、本条の「セーフハーバー」ルールに基づく責任の制限の対象とならないことは、プロバイダの行為が他人の権利を侵害していないという他の抗弁に悪影響を及ぼすわけではない[10]。

第二節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの要件と機能

第一款　要件

まず、512 条の適用対象は、著作権侵害行為に限定されている。すなわち、オンラインの特許権又は商標権などの侵害行為に関しては 512 条を適用してはならない。

512 条の条文を詳しく見ると、512 条(a)によって提供される最も広範な保護は、転送とルーティングサービスを提供するプロバイダのためのセーフハーバーである。このような種類のサービスでは、プロバイダは、情報が流れる「単なる導管」として機能しているため、プロバイダに対してコンテンツの削除を要求すべきではない。512 条(a)は、プロバイダが侵害を繰り返す者を排除する方策を採用し、標準的な技術的保護手段に対応していさえすれば、そのユーザーの侵害からのセーフハーバーを与える。

[10] DMCA 512(1)条に規定されている。

情報の円滑な流通機能を向上させるためのキャッシュを提供するプロバイダは、512 条(b)によって、一定の条件[11]が満たされたときに、被疑侵害コンテンツを削除するかアクセスを無効にすることによって侵害に関する通知に「迅速に」対応することが要求される。

ホスティングプロバイダや検索エンジンプロバイダは、512 条(c)-(d)により、セーフハーバーを受けるためには、著作権侵害を主張する通知[12]を受けた場合、ホストされているコンテンツやコンテンツへのリンクを削除することによって、著作権侵害の通知に「迅速に」対応する[13]ことが要求

---

[11] 512 条(b)(2)で規定されている。

[12] 有効な通知には 512 条(c)(3)(A)に規定された内容が全て含まれている必要があり、プロバイダが指定した代理人に送付する必要がある。通知に記載すべき事項は以下のとおりである。

(1)侵害されたと主張される排他的権利の保有者を代理する授権を受けた者の、手書き署名又は電子署名。

(2)侵害されたと主張される著作権のある著作物の特定、又は単一の通知が単一のオンラインサイトに存在する複数の著作権のある著作物を対象とする場合には、当該サイトに存在する当該著作物に代えてその目録。

(3)侵害にあたる又は侵害行為の対象とされ、かつ除去又はアクセスを解除されるべきである素材の特定、及びプロバイダが当該素材の所在を確認する上で合理的に十分な情報。

(4)通知を行う者に連絡のとれる住所、電話番号及び(もしあれば)電子メールアドレス等、プロバイダが通知を行う者に連絡する上で合理的に十分な情報。

(5)当該方法による素材の使用が著作権者、その代理人又は法律によって許諾されているものではないと、通知を行う者が善意誠実に信じる旨の陳述。

(6)通知に記載された情報は正確である旨の陳述、及び偽証の制裁の下に、通知を行う者が侵害されたと主張される排他的権利の保有者を代理する授権を受けている旨の陳述。

以上の条文の日本語訳は、文化庁「インターネット上の著作権侵害（海賊版）対策ハンドブック－米国編－」(2021 年) 3 頁。

[13] プロバイダは、法に準拠した通知を受けると、以下の措置を行わなければならない。1) 「迅速に」素材を削除する、2) コンテンツが削除されたことを被疑侵害者に通知する、3) 被疑侵害者からの反対通知を元の申立人に転送すること。

有効な反対通知には、物理的又は電子的な署名、削除されたコンテンツとその元の場所の特定、誤って削除されたとユーザーが誠実であるという偽証罪に基づく陳

されている。512 条(c)-(d)の規定により、セーフハーバーは、プロバイダが通知の受領前に侵害行為を知っているかあるいは、知っているべきであることを明示的に前提にしている。

512 条(c)(3)(A)の通知を受け取った場合、被疑侵害コンテンツが実際に侵害されているかどうかを判断することなく、また、独自の調査を必要とせず、プロバイダはこれに従わなければ、セーフハーバーを主張できなくなり、間接侵害責任に関する訴訟のリスクを招来することになる。

そして、不誠実な行為に対する救済は、512 条(f)によって提供される。512 条(f)の下では、著作権者又は被疑侵害者のいずれかが通知又は反対通知において故意の重大な不実表示を行った場合、著作権者、被疑侵害者又はプロバイダに対して損害賠償の責任を負わなければならない[14]。

以上に俯瞰したように、512 条は著作権者、プロバイダと被疑侵害者のユーザーの間のバランスを考慮しているため、極めて複雑な形で運用されている。今後、米国の裁判所はその要件と制限に関する判例を発展させていくだろう。

述、ユーザーの名前、住所、電話番号、連邦地方裁判所の管轄への同意を含まなければならない。

10〜14 日後、申立人が訴訟を起こしたことをプロバイダに通知していない場合、プロバイダがかかるコンテンツを復活しなければならない。

[14] 裁判例としては、Online Policy Group v. Diebold（Online Policy Group v. Diebold, Inc., 337 F. Supp. 2d 1195 (N.D. Cal. 2004)）事件がある。同事件において、連邦地裁は、会社内部の非公開メモの複製と送信行為がフェアユースであることを知るべきであったにもかかわらず、著作権者が通知を送ったことを理由として 512 条(f)の適用を肯定した。しかし、この判断に対しては批判もある。著作権者にとっては、非侵害行為又はフェアユースに該当することを法的確実性を持って「知る」ことは、多くの場合、著作権利用態様の予測不可能性、著作権侵害行為の分析の複雑さ、及びフェアユースという抗弁の予測不可能性を考慮すると、しばしば非現実的であるというのである（Urban & Quilter, *supra* note 6, at 629-31）。

実際、512 条(f)の適用による責任が認められることはほとんどない。提訴された被疑侵害者は、契約関係の故意の妨害、将来の事業利益の故意の妨害、さらには精神的苦痛の故意の侵害を理由として、訴訟を提起した著作権者に対してその責任を追及する訴訟を起こすこともできる。しかし、これまでのところ、これらの請求が認められた裁判例はないようである。

第二款　機能

このセクションでは、512 条の背後にある論理的根拠といくつかの懸念について簡単に説明する。

まず、512 条によって確立されたプロバイダ責任に関するルールと米国法の一般的な間接侵害[15]責任に関するルールとの区別を明らかにしたい。

米国では、著作権法上、間接侵害責任に関する明文の規定はなく、その要件は多くの判例を通じて展開されている。多くの裁判例が展開する中で、米国における著作権の間接侵害責任は、主に寄与侵害責任と代位責任を負うかどうかに基づいて判断されている。前者は、侵害行為を知りながら、他人の侵害行為を誘発し、引き起こし、又は重大な貢献をした者は、「寄与」侵害者として責任を問われる可能性がある。要件としては、第一に、間接侵害者が直接侵害を「知っているか、知っているべきである」ことが必要であり、第二の要件は、間接侵害者が直接侵害に重大な貢献をしたことである。512 条が誕生する前は、プロバイダの責任は、主に「寄与侵害」責任に基づいて判断されていた[16]。

---

[15] 間接侵害責任は、著作権の物理的な利用主体の背後で当該著作物の利用を促進ないし幇助している者に対する民事上の侵害責任を意味している。

[16] 代位責任は、「監督者責任」から発展した法理であり、それは従業員又は代理人が雇用又は委任の範囲内で行った違法行為に対して使用者又は本人に責任を課す法理である。米国の著作権法において、代位侵害責任は本来の雇用関係の範囲を超えて、被告が①侵害行為を監督する権限及び能力を有し、②その侵害行為により直接の経済的利益を受けている場合にも適用される（Gershwin Publishing Corp. v. Columbia Artists Management, Inc., 443 F.2d 1159 (1971) 事件で判示された基準である）。プロバイダがユーザーの侵害行為により訴えられた場合、ほとんどの場合、プロバイダがユーザーの行為を監督する権限及び能力を保有していることが認められるが、ユーザーの行為により直接の経済的利益を受け取るという要件が否定されている。

もっとも、例外的に代位責任が認められることもないわけではない。レコード会社である原告らは、ユーザー間での MP3 ファイル交換を可能にするシステムやサービスを提供する被告に対して、著作権侵害に対する寄与侵害責任及び代位責任を根拠に、訴訟を提起した。連邦控訴裁判所は寄与侵害責任を認め、代位責任に関して以下のように認めた。まず、監督要件について、被告がそのシステムを監督する権限及び能力を有しており、著作権のあるコンテンツの交換を防止する権限の行使

この間接侵害の責任とセーフハーバールールとを比較すると、以下のような違いがある。①セーフハーバールールの恩恵を享受するには、権利者からの通知を受け取る、通知を被疑侵害者に当たるユーザーに転送するなど、具体的な手続きを遵守すべきことが規定されている。②この手続きの履践と引き換えに、セーフハーバールールはプロバイダの間接侵害責任の主観的な過失の該当範囲を制限する機能を有する。具体的に説明すると、間接侵害の一般的なルールによれば、間接的な行為者の主観的な状態は、第三者の侵害行為の存在を「知っている」又は「知っているべきである」ということである。セーフハーバールールは「知っている」（実際に知っている）状態を含むが、「知っているべきである」状態を大幅に狭く解釈している。行為者が「侵害行為が明白であることを示すことができる事実を知っている」場合にのみ、裁判所はプロバイダが侵害行為を認識していると判断できる。これは実際には「知っているべきである」の範囲より狭い主観的判断基準である。米国の法律では、この基準は「red flag test」と呼ばれている。③セーフハーバールールにより、プロバイダの著作権侵害についての監視義務が免除される[17]。

これらの区別に鑑みれば、一般的な間接侵害ルールに比して、セーフハーバールールが大幅にプロバイダの責任を制限していることが明らかである。以下では、米国学者の整理に従い、セーフハーバールールの利点と懸念を紹介する[18]。

まず、セーフハーバーを与えることは、理論的にはいくつかの利点があ

を怠ったと判断した。そして、経済的利益要件について、被告のシステムの見込み収益はユーザーの数量に大きく依存していると判断した上で、ユーザーの行為により利用可能な楽曲の質及び量が増加し、より多くのユーザーが引き付けられるため、直接の経済的利益を受けていると判断した（A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)）。

米国の著作権法上の寄与侵害責任や代位責任についての詳しい解説として、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題－寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等－」知的財産法政策学研究 16～18 号（2007 年）参照。

[17] セーフハーバールールと一般の間接侵害責任のルールの区別について、R. Anthony Reese, *The Relationship between the ISP Safe Harbors and the Ordinary Rules of Copyright Liability*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 427 (2009) 参照。

[18] *See* Urban & Quilter, *supra* note 6, at 636-39.

る。第一に、プロバイダが著作権侵害の責任をおそれてユーザーのインターネット上の表現を過度に監視するインセンティブを大幅に低下させる。第二に、少なくとも理論的には、プロバイダの、ユーザーがアップロードしたコンテンツを監視する義務を大幅に軽減させるが、それはプロバイダの著作権侵害行為に関するコストの負担も少なくなることを意味し、競争上の利点も生じる。第三に、著作権者が著作権の保護を享受すべきデジタルコンテンツが無断でインターネット上に流通することによって権利者が被る不利益を抑えるための最も迅速かつ容易な方法である。この手続きは、著作権者側にとっては、裁判所から差止命令や仮処分を受けるよりもはるかに迅速で、コストもかからない。そして、被疑侵害者とされる者は、応訴リスクを避けるために、裁判所に行く前に被疑侵害コンテンツを削除することができる。

前述したように、512 条は、著作権者に対して迅速かつ簡単に被疑侵害コンテンツを削除する方法を提供しているが、懸念も生じている。

第一に、512 条に規定されているノーティス・アンド・テイクダウン手続きを実施することは、少なくともノーティス・アンド・テイクダウン手続きに関する技術的アプローチを確立し、実行するコストも考慮しなければならない。この点は、特に小規模なプロバイダにとって、512 条の導入時に予想されたよりもはるかに大きな負担になるかもしれない。第二に、被疑侵害者とされる者は、侵害行為がなされていないにもかかわらず、有効な通知である限り、著作権侵害を判断する裁判を受ける前に、ユーザーがアップロードしたコンテンツを削除しなければならない。もっとも、ユーザーには反対通知を送信する権利が付与されているが、いったん削除されたコンテンツは、少なくとも 10～14 日間、削除されたままでなければならない(以下、この期間を「待機期間」と称する)。10～14 日後、申立人が訴訟を起こしたことをプロバイダに通知しない場合に至って、ようやくプロバイダはかかるコンテンツを復活しなければならないことになる。

その結果、表現の自由や被疑侵害著作物の表示に関するその他の個人の権利に実質的な不利益を生じさせることになりかねない[19]。インターネッ

[19] 前述したように、512 条の制定過程にあっては、大手権利者のプロバイダへの侵害コンテンツの早急な削除を実現しようとする一方で、プロバイダからのロビイン

ト上の著作物の場合、この点に目をつぶってはならない。10〜14 日間は、即時性のあるブログ記事の価値を大幅に低下させる可能性がないわけではない。

このような 512 条に対する評価は、施行以来、現在に至るまで、相反する考え方が表明されているものの、いずれにせよ、512 条が、プロバイダが裁判所で直面する危機に対する懸念と、その責任を制限することの合理性の両方を議会が認識していたことを具現していると理解されているという点では変わるところはない[20]。もっとも、他方で、少数説ではあるが、間接侵害責任の枠組みからプロバイダの幇助の責任を大幅に制限する合

グ活動に応えるため、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きが導入されたという経緯がある。実は、最初に起草された草案の中には、「反対通知」が規定されていなかった。これは、当時の司法委員会はユーザーの権利の保護を視野に入れていなかったことを示している。議会は、提案された条文はプロバイダと権利者の両方の利益を保護しているが、インターネット上の一般的なユーザーはほとんど、あるいは全く保護していないという懸念を示した。当初の草案では、通知が不当であっても、コンテンツが削除され、不利益を被ったユーザーには、限られた救済手段しか残されていなかった。ユーザーは、弁護士を雇い、訴訟を提起しなければならなかったからである。そこで、一般的なユーザーの権利を保護するため、修正案が可決され、ユーザーが前述した場合に「反対通知」を発出することができるようになった。しかし、プロバイダがコンテンツを復活するまでには、「反対通知」を受けて、権利者に転送し、10〜14 日以内に、権利者が訴訟を起こしたことが要求されている。つまり、非侵害行為である場合でも、コンテンツが復活するまで二週間くらい待たなければならないことになり、ユーザーにとっての不利益が依然として残る。

このようにユーザーの利益が反映されにくい背景には、政策形成過程のバイアス問題が存在する。つまり、政策形成過程には、少数の者に集中した利益の方が多数の者に拡散した利益よりも反映されやすいというバイアスが働く。このバイアス問題は、著作権法分野では最も顕著であると言っても過言ではない。著作権法を含む知的財産法分野でのバイアス問題を明晰化した文献として、田村善之「知的財産法学の新たな潮流－プロセス指向の知的財産法学の展望」同・前掲注 1『知財の理論』35〜51 頁参照。

[20] *See* Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, *Rebooting Cybertort Law*, 80 WASH. L. REV. 335 (2005); Jonathan Band & Matthew Schruers, *Safe Harbors Against the Liability Hurricane: The Communications Decency Act and the Digital Millennium Copyright Act*, 20 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 295 (2002).

理性について異議を唱える論者もいる。512 条はバランスを崩しており、著作権者の期待を裏切るものであるというのである[21]。なぜかと言うと、512 条は、プロバイダがオンライン上の表現を積極的に監視し、著作権侵害を防止するための措置を行うインセンティブを、実際には阻害するものだからである。それに加えて、ユーザーの表現の自由という憲法で定められた権利に関する懸念も示されている。プロバイダがユーザーのインターネットにおける活動を監視することを抑制すべきであるところ、テイクダウン手続きに関しては、インターネット上の表現を抑制する可能性があると懸念されているのである。さらに、非侵害行為であっても、間違った通知を受け取った場合、その著作物が削除の対象となりうる。その場合、512 条(f)によると、被疑侵害者が援用できるテイクダウンの申立てをなした者に対する救済措置は、一般的に通知を発出した権利者が非侵害行為と「知りながら重要な虚偽の陳述をした」場合に限られる[22]。この基準を満た

---

[21] *See* Colin Folawn, *Neighborhood Watch: The Negation of Rights Caused by the Notice Requirement in Copyright Enforcement Under the DMCA*, 26 SEATTLE U. L. REV. 979 (2003).

[22] この条項とフェア・ユースとの関係に関する重要な裁判例として、Lenz v. Universal Music Corp., 801 F.3d 1126 (9th Cir. 2015)がある。事案としては、原告である Stephanie Lenz が YouTube に、13 ヶ月の息子がプリンスの曲に合わせて踊る 29 秒のビデオを投稿した。音声の品質が悪く、29 秒のうち 20 秒程度しか曲が聞こえなかった。その曲の著作権者であるユニバーサルミュージック株式会社は、このビデオは著作権を侵害していると主張し、削除要請に関する通知を YouTube に送った。YouTube は動画を削除し、Lenz に通知した。Lenz は反対通知を送り、6 週間後、YouTube は動画を再掲載した。そして、Lenz は DMCA に基づく不実表示を理由にユニバーサルを訴えた。Lenz は、ビデオはプリンスの曲のごく一部を使用したもので、フェアユースに該当し、侵害行為ではないと主張した。ユニバーサルは、それに対して、フェアユースの分析は主観的であり、予測可能性が低いと主張した。連邦地裁は、著作権者は通知を送る前にフェアユースを考慮しなければならないと判示した。連邦地裁は、フェアユースに関する検討は必ずしも精密な調査でなかったとしても、不実表示に対する十分な抗弁が成立しうるとして、フェアユースを検討することによる負担に関するユニバーサルの懸念は誇張されていると説いている。その後、控訴裁判所も連邦地裁の判断を支持した。重要なのは、控訴裁判所は、フェアユースを、侵害行為に対する抗弁というよりは、むしろそもそも侵害ではない行為とみなしている点である。

すことは非常に困難である[23]。

さらに、プロバイダが DMCA セーフハーバーに依存すればするほど、裁判所がプロバイダの責任に関する既存の判例法を明確にする機会が少なくなり、より多くの DMCA コンプライアンスと、それに付随するとりあえず削除してしまうという行動に駆り立てられるというバイアスが発生し、その結果、プロバイダにとってはこのような即削除という事態が「法的環境の恒久的な特徴」になる[24]。

以上、法理上の利点と懸念を示したが、512 条の背後にある利益が首尾よく実現されているのかということについては、答えが未だ明らかではない。そこで、次の節では、この枠組みが権利者、プロバイダ、ユーザーによって実際にどのように運用されているかについての実証的な研究に基づいて、実務上の成功点と失敗点を検討する。

第三節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの成功と限界

まず、条文起草時と比べると、現在の通信技術やネット上のビジネスモデルが大きく発展しており、多種多様なプロバイダが現れ、権利侵害行為がより頻発するようになった[25]。そして、条文起草時は人手による通知が主流であったが、現在では、リソース及び専門知識を有する大規模な著作権者が、AI などの技術を利用し、アルゴリズムにより通知を発出することが主流になっている。最近のノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、

Lenz 事件は米国で耳目を集めたが、著作権者がインターネットプラットフォームからの項目の削除を要求できるプロセスは、判決後も不明瞭のままだと指摘されている。*Lenz v. Universal Music Corp.: Ninth Circuit Requires Analysis of Fair Use Before Issuing of Takedown Notices*, 129 HARV. L. REV. 2289, 2293 (2016).

[23] 理論的には、プロバイダはコンテンツの不当なテイクダウンに対して何らかの不法行為責任または契約責任を負う可能性があるが、実際には、プロバイダはサービス利用規約でその責任を制限していることが多く観察されている。

[24] Alfred C. Yen, *Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment*, 88 GEO. L.J. 1833, 1888 (2000).

[25] 例えば、Viacom 事件（Viacom International Inc. v. YouTube, Inc., 676 F.3d 19 (2nd Cir., 2012)）ではかかるプロバイダは数ヶ月以内に 10 万件以上の権利侵害に関するノーティスを受け取った。

前述したような同手続きのバイアスに鑑みて、大規模な権利侵害行為、主要なプラットフォーム（Google など）に関する議論に焦点が当てられている。

このように、過去 20 年間のインターネット利用の大きな変化や、大規模な権利者による自動検出技術による被疑侵害行為の検索・検出の増加により、実務は大きな影響を受けている。

第一款　ノーティス・アンド・テイクダウンルールの運用による実務上の成功

米国において、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、ここ数年、不正なテイクダウンに関する報道が頻出している[26]反面、大規模な権利者は、オンライン上の権利侵害によりその利益が侵害され続けているという苦情を継続的に申し立てている。米国の Google 社の報告書によると、そこに数百万の自動化通知と変化し続ける海外ドメインの問題などが絡まり、この手続きは大規模権利者とプロバイダの間で激しくエスカレートする軍拡競争の真っ只中にいるようにも見える。こうした状況に鑑みて、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きが時代遅れだと感じられるかもしれないが、以下に検討するように、その最も基本的な特徴のいくつかについては、手続きは依然として機能しており、プロバイダの責任制限という前述した衡量の背後にある目標を実現していると言えよう。

第一に、この条項は大幅にプロバイダの責任や義務を軽減する機能を有するため、プロバイダにとってのセーフハーバーの重要性は、いくら強調しても過ぎることはないであろう。米国の著作権法は、差止命令と非常に高額な法定損害賠償[27]を規定しているため、プロバイダにとっては、セーフハーバーがなければ、著作権侵害に関する間接侵害の責任を負うリスクが大幅に高くなる。その意味で、セーフハーバーは、実質的には、プロバイダのサービスを提供する能力を確保するのに必要不可欠な存在であり、オンラインエコシステムの構造の重要な一環であることを示している。個

[26] 濫用により発出した通知は、Takedown Hall of Shame, eLec. Frontier FounD., https://www.eff.org/takedowns 参照。

[27] その損害賠償は、侵害された著作物ごとに算出される。17 U.S.C. § 504(c).

人向け、企業向けを問わず、ウェブサイトのホスティング、電子メールサービス、ブログ、ソーシャルネットワーク、ファンサイト、写真・ビデオプラットフォーム、クラウドストレージなど、様々なサービスの普及は、512 条が提供するセーフハーバーがあるからこそ可能になったように思われる[28]。

第二に、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、他の手続きに比して、とりわけ訴訟に比して、被疑侵害物を効率的に削除する方法を提供している。大規模権利者と小規模権利者の両方が、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きがインターネット上の著作権侵害に対処するための主要な手段であることを認めている。ほとんどの権利者が、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを採用することでサイト上の侵害行為の管理（完全に消滅させることはできないが）に一定の効果があると述べている（しかし、域外の著作権侵害に焦点を当てたサイトは別問題であり、以下の「限界」で説明する）。

特定の場面では、ノーティス・アンド・テイクダウンルールは手続きとしても実効的に機能することがあるようである。例えば、このプロセスは、善意の送信者とプロバイダの両者の通知を細かく審査することにより、権利者、プロバイダ、ユーザー間の紛争を効果的に調停することができる（しかし、それは通知の発出が小規模に実施される場合に限って実現可能である）。反対通知のプロセスはユーザーによって実際には十分に利用されて

[28] さらに、プロバイダの市場参入と競争面の保護を提供するためには、セーフハーバーは単なる法的仕組みではなく、現実的に利用可能なものでなければならない。フィルタのような高価な DMCA プラス措置を採用するよう要求されると、伝統的なプロバイダは現行のノーティス・アンド・テイクダウン手続きから離れ、著作権侵害を検出できる高度な自動化システムを採用することになりかねない。その場合、中小規模のプロバイダがこの種のシステムの導入に係る競争において資源豊富な大型プラットフォームとの対決に直面した場合、市場から退出せざるをえない。そうなると、結果的にノーティス・アンド・テイクダウン手続きに具現されているセーフハーバーが現実世界では消滅してしまうことになりかねないと懸念されている（*See* Jennifer M. Urban, Joe Karaganis & Brianna L. Schofield, *Notice and Takedown in Everyday Practice*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, at 114 (2016)）。

いない[29]ため、通知に関する実質的な審査が行われるか否かということはプロバイダの能力、そしてより重要なこととして、問題のある通知を拒否するその意思に大きく依存している。そして、米国の学者の実証研究によると、様々な伝統的なプロバイダが公表している通知の拒絶率（中には50％を超えるものもある[30]）は、受け取った通知の規模が管理可能であれば、実質的な審査を行うことが可能であることも示唆している。検索、音楽、動画サービスといった主な著作権紛争分野以外のプロバイダでは、実際、このような審査が行われている。

以上の議論を踏まえる場合には、総合的に見れば、プロバイダと権利者の責任と実施コストを各々適度な範囲で管理するという 512 条の基本的な衡量は、ほぼ実現されていると言えよう[31]。この基本的な妥協点は、インターネットサービスや流通経路が進化する中で、プロバイダと権利者の間の責任に関する交渉を支えるものである。しかし、ノーティス・アンド・テイクダウンの限界、及び、いくつかの重要な点で明らかとなった失敗もまた重要であり、基本的な妥協点を脅かし始めている。次に、これらの点について説明する。

第二款　ノーティス・アンド・テイクダウンルールの運用による実務上の限界

① 誤った通知によるコンテンツの削除

前述したように、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きが期待されるように機能するためには、権利者が合理的な侵害への疑いに基づいた、その意味で有効な通知を送ることが前提となる。問題のある通知により削除された場合は、オンライン上の表現の自由と競争に悪影響が及ぶという最も懸念すべき事態を招来する。こうした誤った通知は、主に二つの理由で発生すると考えられる。まず、一部の大規模権利者が使用する自動化ツールの正確性が低く、それがゆえに問題のある通知が送られていることが示されている。そして、著作権法について専門知識を有していない権利者

[29] Lydia Pallas Loren, *Deterring Abuse of the Copyright Takedown Regime by Taking Misrepresentation Claims Seriously*, 46 WAKE FOREST L. REV. (2011).

[30] *See* Urban et al., *supra* note 28, at 115, 131-35.

[31] *See id*. at 115.

が、著作権法に関する一般的な感覚で判断した上で送った通知は、ほとんどその有効性に問題があると言われている[32]。このように、誤った通知は、専門知識を有する権利者によっても、その種の知識に乏しいか、それを欠いている権利者のいずれの陣営からも生じる課題であると言える。

ア　自動化の問題

自動システムによる大量の通知送信の増加は、通知の正確性と有効性に疑問を投げかける。条文起草時に主力であった手作業による侵害の検出、通知、審査が自動システムに置き換えられれば、その分、人間の監視は必然的に低下する。このことが削除の正確性に大きな影響を与えている[33]。

また、大規模権利者と大規模プロバイダの両方が、自動化の誤りを回避するために様々な措置を行っているにもかかわらず、不正確な削除が頻出するという現象が収まることはない。その原因としては、間違った通知に対する責任が規定されていないため、権利者に自動システムのミスを是正する措置を採用するインセンティブが働かないことが考えられる。

このような状況下において、自動検出システムを濫用しようとする悪意のある通知が横行する場合には、この手続きの実効性とその表現の自由への影響について疑義を呈さざるをえない事態を引き起こす。

イ　人間によるミスと濫用

他方、通知する側では、依然として人間による判断が先行することが主流であるが、特に専門知識を有していない権利者の場合、その検討は十分なものとはなりえない。個人又は中小企業のような権利者については、そのほとんどが手作業で通知を送ることになるが、著作権を有していないコ

---

[32] 前述した著作権法のバイアス問題により、利用者側や権利行使に関心が高くない権利者側の意思が政策形成過程に反映されない結果、著作権法の条文と人々の著作権法への理解と感覚との間に、著しい乖離が認められつつある。田村・前掲注 19・48 頁。

[33] 自動化により送られた通知は、主に著作権法に精通した大規模権利者（またその代理人）から送られたものであるが、通知の約 3 分の 1 はその有効性に疑問があり、25 分の 1 は明らかに誤ったコンテンツを対象としていた（*See* Urban et al., *supra* note 28, at 81-96,116）。

ンテンツに基づいてしまったり、フェア・ユースの抗弁の可能性その他の様々な実体法の侵害の成否に関する判断を誤ったりするなど、通知の正確性に深刻な疑問が呈されている。

米国の学者の実証研究によると、専門知識を有していない送信者はノーティス・アンド・テイクダウン手続きの目的を誤解したり、不適切な目的で利用したりする可能性が最も高いため、これらの権利者により送られた通知は、プロバイダにおいてより厳しく審査されているということである[34]。制度の濫用は、侵害行為と同様に、完全に撲滅することは困難である。ただ、誤通知問題に関しては、専門知識を有していない権利者に対して、著作権法とノーティス・アンド・テイクダウン手続きに関する理解を深めることで、一定程度上抑えられる可能性があると思われる。また、意図的な濫用であっても、抑制し、ある程度は改善することが可能であると考えられている。後述する第四節では、米国の学者が検討している改善策を具体的に検討する。

② ユーザーの保護の不十分性

512 条の最初の草案は、反対通知が規定されていないため、ユーザーの保護を考慮していないと指摘されていた。しかし、その解決策として試みられた反対通知プロセスによっても、ユーザーの保護は未だ万全とはいえないと考えられている[35]。

まず、手続上の問題として、削除要請の対象となるコンテンツは、ユーザーが反論する機会を与えられる前に削除されることが多い。そして、反対通知はユーザーによってほとんど利用されていない。すでに検討したように、明らかに間違ったあるいは乱用（本稿では、大量に通知を送る行為を「濫用」ではなく「乱用」と表記する）によって送られた通知が多く見ら

[34] *See id*. at 117.また、米国の大手検索エンジンサービスプロバイダの Google 社は、検索サービスに関して、「Trusted Copyright Removal Program」を設定している。そのプログラムのパートナーである権利者は大量の通知を継続的に提出することができ、一方で、専門知識を有していない送信者から送られた通知に対してより慎重に対処されている。

[35] *See* Yen, *supra* note 24, at 52-53; Emily Zarins, *Notice Versus Knowledge Under the DMCA's Safe Harbors*, 92 CAL. L. REV. 257, 291-95 (2004).

れることに鑑みれば、もしこのプロセスが所期のように機能していれば、適切で善意の反対通知の割合がより多くなると期待される。

しかし残念ながら、現在の実務では、このような期待が実現する可能性はほとんどないように思われる。なぜなら、プロバイダにとっては、責任に関するリスクをおそれて、適切と思われる場合でもユーザーに反対通知を送るよう促すことをためらうからである[36]。ユーザー側からの責任追及に関する訴訟より、著作権者側からの責任追及の訴訟の方を慮るプロバイダはコンテンツを削除するインセンティブを有する。

反対通知のプロセスには、他の欠陥もある。512 条(g)は現在、プロバイダがコンテンツを復活させるまでに 10〜14 日待つことを要求している。これはインターネット上の情報にとっては非常に長い時間であり、場合によってはユーザーに経済的損失をもたらす可能性がある。

結局のところ、反対通知と復活プロセスの規定は、一見すると、ユーザーの権利の保護を図っているようではあるが、被疑侵害行為についての明確な説明、合理的に行使可能な反論能力（できれば、措置がとられる前に）、及び公平な裁定者という、その実現に必要な要素が欠けている[37]。さらに、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きのさらなる修正を検討する際には、権利者とプロバイダに強い削除のインセンティブがあるプロセスでは、不適切な削除の対象となったコンテンツを維持又は復活させる対抗的なインセンティブが限られているため、ユーザーの権利の保護や表現の自由に配慮する仕組みを工夫する必要がある。

③ 大規模な海賊版サイトに対処する能力の限界

ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの有効性を評価する際に、ビジネスモデルが合法であるプロバイダと海賊版サイトを明確に区別する必要があると思われる。なぜならば、海賊版サイトは法の影で（そして主に国外で）活動し、通知や交渉の要請を無視するからである。このように、このプロセスは、ほとんどのユーザーによる著作権侵害の管理に役立つが、米国の司法権の及ばない海賊版サイト向けの対策としては限界があると

[36] *See* Urban et al., *supra* note 28, at 117-18.

[37] *See* Henry J. Friendly, *Some Kind of Hearing*, 123 U. PA. L. REV. 1267 (1975).

言わざるをえない。

これらのサイトに対して、権利者側は、プロバイダに対して、フィルタのようなプラスαの措置、あるいはサイトブロッキングのような措置をとることを推進している。権利者の懸念については理解できるが、これらの提案の多くが、伝統的なプロセスを履践する多数のプロバイダに適合せず、ユーザーの側の権利の保護の問題をさらに悪化させるかもしれない。また、後述するように、512 条の要件にこれらのプラスαの措置を含めることは、中小規模のプロバイダに不利となり、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの本質的な成功を損なう危険性がある[38]。

そもそも、海賊版サイトの運営者は、こうした強化された法的措置にもかかわらず、より強力な技術的措置で法的リスクを回避する可能性が高い。そのため、海賊版サイトのルールと一般的なプロバイダに適用するルールを区別する必要があると思われる。

④ 透明性の欠如

実態として、プロバイダの著作権侵害に関する判断は、ネット上の表現がどのように規制されるかに大きな役割を担っている。しかし、512 条が確立されて以来、裁判所ではなく、企業内で実践される私的なプロセスによって著作権に関する裁定が行われていることに対しては、懸念が表明されている[39]。

ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの全体的な取組方や、削除についての判断の仕方に関して、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの実際の運用状況について情報を公開しているプロバイダや権利者はほとんどいない[40]。このような状況は、権利者とプロバイダの責任、ユーザーへの影響、及びより一般的な著作権に関する公共政策の議論を大幅に制約している。このため、政策決定者は暗中模索をしなければならないようになりかねない。

---

[38] *See* Urban et al., *supra* note 28, at 119.

[39] *See*, *e.g.*, Dena Chen, Musetta Durkee, Jared Friend, & Jennifer Urban, *Updating 17 U.S.C. § 512's Notice and Takedown Procedures for Innovators, Creators, And Consumers* (2011).

[40] 理由としては、企業秘密を開示したくない、単に目立ちたくないなどが考えられる。*See* Urban et al., *supra* note 28, at 119-21.

⑤ 512 条の現実的な利用可能性と実施のコストに関する問題点

プロバイダは、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを実施するためのコストについて大きな関心を持っている。多くのプロバイダは、ただでさえ費用のかかるノーティス・アンド・テイクダウン手続きを超えるプラスαの措置が要求されると、セーフハーバーが形骸化することになりかねないと考えている。特に中小規模のプロバイダは、実施できないあるいは負担できない技術的要件（フィルタなど）が要求されると、セーフハーバーに頼ることができなくなるおそれがある。

大半の自動化システムに関しては、その導入コストを負担できるのは、大規模プロバイダに限られているように見受けられる。中小規模のプロバイダは、その負担に耐えられない可能性が高い。そのため、要件が変更された場合、ほとんどのプロバイダは競争上、不利益を被ることになりかねない[41]。

第四節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの展望

以上、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、インターネット上の著作権紛争をめぐって重要な役割を担っていることが判明した。要約すれば、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの背後にある基本的な衡量、すなわち権利の保護の実効性を確保しつつ、プロバイダに対してコスト的に過大な制約を課さないようにするという妥協を実現するための実効的な手続きを構築するという衡量は、インターネット通信技術とオンライン上の著作権侵害態様がともに大きく進化したとしても、依然として重要であることを示唆している。セーフハーバーは、プロバイダが市場に参入し発展する能力を枠付けるものとして重要な要素であると言えよう。

しかし、前述したように、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、いずれの関与者にとっても完全に満足のいくものではない。このプロセス

[41] Chris Sprigman & Mark Lemley, *Why Notice-and-Takedown Is a Bit of Copyright Law Worth Saving*, *available at* https://www.latimes.com/opinion/op-ed/la-oe-sprigman-lemley-notice-and-takedown-dmca-20160621-snap-story.html(2016); *see also* Urban et al., *supra* note 28, at 121.

にはいくつかの重大な欠陥がある。中でも特に懸念されるのは、ユーザーの権利の保護の不十分さと問題のある削除要請の割合が比較的高いことである。

さらに、自動化システム、海賊版サイトと誤削除などの問題が絡まる中、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きはもはや改善するに値しないという撤廃論が主張されるかもしれない。しかし、プロバイダと著作権者双方にとってのその重要性は自明であり、このプロセスを保持する価値があることは否めないように思われる。以下では、米国で検討されているユーザーと権利者の利益のバランスをより良くするための比較的、慎重な改善策を紹介する[42]。

第一款　誤った削除要請

まず、このプロセスの実効性を保障するために、ユーザーが反対通知のプロセスをほとんど利用しないという点や、プロバイダが削除する傾向により、不正確な削除要請や濫用の防止策を改善することが、最優先事項であることを示している[43]。

その問題を改善するには、権利者の善意と慎重さに焦点を当てる必要がある。現在の仕組みでは、通知を送る際の善意の判断基準は緩やかに設定されており、「故意の重大な不実表示」がない限り、不正な通知を送ったとしても責任はない。しかし、前述したように、実務的には、故意を証明するのはかなり困難である。その結果、権利者にとっては、不正な通知の送

---

[42] ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの基礎となる基本的な法的ルールは、著作権行使に対するプロバイダと権利者の両方のアプローチを構成するものであり続けている。いかなる変更も、ユーザー、中小規模の著作権者、中小規模のプロバイダの利益を考慮する必要がある。重要なことは、変更は中核的なセーフハーバー条項を覆すものであってはならず、その競争促進効果を維持することである。しかし、現行の仕組みがユーザーの保護に不十分であることから見れば、条項の修正が必要であると思われる。

[43] Daniel Seng, *The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices*, 18 VA. J.L. & TECH 369 (2014).

信を改善する法的インセンティブが十分ではないと指摘されている[44]。削除プロセスがユーザーに大きな影響を与える手段である以上、権利者により慎重に通知を送らせる必要があると思われる。しかし、プロバイダは、削除要請に関する侵害行為をめぐる状況を完全に把握することは困難であるため、通知が不正であるかということを判断することが困難である。

そのため、米国の学者がいくつかの改善策を提案している[45]。まず、通知の質を改善することが必要である。一つの可能な策としては、512(c)(3)(A)(vi)が 512(g)(3)(c)と同様に、通知者は、反対通知の送信者と同様、削除要請通知における実質的主張が正確であると誠実に信じることを偽証の罰則下で宣言しなければならないと提言されている[46]。この変更により、Lenz 事件[47]の判決に沿って、著作権者が送信前に抗弁の有効性を検討することを促進し、自動侵害検出システムの改良を促すことができると期待されている。

そして、ユーザーの権利保護の実効性を考慮し、反対通知の要件を変更する必要があると思われる。すなわち、有効な反対通知に基づいてコンテンツが復活されるまでの 512 条(g)の 10〜14 日間の期間は廃止されるべきである[48]。

第三に、ユーザー又はプロバイダが不正な通知によって生じた損害を回復することをより現実的なものにすることも重要である。つまり、512 条(f)の「故意の重要な不実表示」の基準を変更すべきである。この提案は、Lenz 事件判決に照らして、著作権を主張する者が責任を負う主観的基準のハードルを下げ、より責任を負いやすいようにすることが重要である。さらに、この変更は、不正な通知により損害を被り、訴訟を検討しているプロバイダやユーザーにとって、現在の基準の下では、権利者の主観的な

---

[44] *See* Urban et al., *supra* note 28, at 127.

[45] *See id*. at 127-29.

[46] Chen et al., *supra* note 39.

[47] この事件の詳細については、前掲注 22 参照。

[48] *See, e.g.*, Chen et al., *supra* note 39, at 14-15; Urban & Quilter, *supra* note 6, at 688; Letter from Joan Claybrook & Paul Alan Levy, President & Attorney, Public Citizen, to Senators John McCain & Barack Obama, https://www.citizen.org/documents/DMCALetter.pdf (2008).

基準についての立証責任が高すぎるため、勝訴の確信を持つことができないという問題を解決することに資すると考えられる。

最後に、512 条(f)の違反に対して実質的な損害賠償条項を提供することである。現行の 512 条(f)は、不当表示によって損害を被った者が「費用及び弁護士報酬を含むあらゆる損害」を賠償することを認めている。しかし、現状の実務では、実際の損害を定義することが困難であるため、不正な通知によって損害を被ったユーザーやプロバイダへの賠償が限られていることになる[49]。そこで、公正かつ合理的で、損害に比例するように設計され、限定的な法定損害賠償を認める方策が提案されている[50]。

第二款　著作権侵害における法定損害賠償の修正

ユーザーの侵害行為に対しての間接的責任を負担するというおそれが、プロバイダの保守的な行動の動機を形成していると理解されている。米国の著作権法における高額の法定損害賠償が、その主な原因を組成している[51]。侵害された一つの作品につき 200 ドルから 15 万ドルの法定賠償金を、ユーザーが侵害する可能性のある数千または数百万の作品に掛けると、プロバイダは容易に倒産する苦境に追い込まれることになりかねない。

この問題を解決するためには、著作権侵害についての損害賠償に関するルールの見直しが必要であるように思われる[52]。損害賠償のルールを見直

---

[49] 例えば、前掲注 22 で紹介した Lenz 事件においては、裁判所は、権利者であるユニバーサルは「故意の重大な不実表示」により通知を送ったと認めたが、それによって、Lenz の動画が 6 週間くらい削除されたままであったにもかかわらず、Lenz が被った損害の賠償は一切認められなかった。

[50] *See, e.g.*, Chen et al., *supra* note 39, at 21-22.

[51] 512 条の責任制限が働かず、プロバイダに対しては間接的侵害責任が追及されることになる。前述したように、間接的侵害責任の成否についての判断基準は不明確であり予測可能性を欠くため、プロバイダにとってはその注意義務の負担が過大となるという問題がある。

[52] 例えば、Samuelson と Wheatland が提案したガイドライン（Pamela Samuelson and Tara Wheatland, *Statutory Damages in Copyright Law: A Remedy in Need of Reform*, 51 WM. & MARY L. REV. 439, 501-09 (2009)）や、最近では IPTF（Internet Policy Task Force）

すことは、プロバイダが不正な通知を拒絶するのに資する可能性もある。さらに、損害賠償のルールの見直しは、その賠償のリスクを負担できない小規模なプロバイダにビジネスモデル設計の自由度を与えることで、市場における競争を促進する効果を期待できる。

主な改善策は、以下のとおりである。まず、プロバイダに過失がない場合、間接侵害責任について、「侵害された作品ごと」の計算基準についての裁量権を裁判所に与えることである。従前の「侵害された作品ごと」の規定は、大規模なプロバイダにとって数十億ドルの損害賠償請求が生じるという不合理な結果が発生することを想定していなかったのである。このような責任をおそれて、プロバイダがセーフハーバーを失わないように過度に保守的な決定を下す傾向が助長されているということに配慮した対策が求められているのである。

そして、法定損害賠償の額を裁定する際に裁判所が考慮しなければならない著作権法上の要素を特定する。504 条は、法定損害賠償の額の幅が広く、予測可能性が高くない。IPTF（Internet Policy Task Force）は、法定損害賠償額を決定する際に裁判所が考慮すべき要素を明文化することを提言した[53]。それにより権利者とプロバイダに予測可能性を与えることができると考えられる。

最後に、侵害行為であることを認識していない侵害者に対して、法定損害賠償の減額の可能性を高める。既に現行著作権法自体、被告が侵害行為であると「信じるに足る理由がなかった」場合、裁判所が法定損害賠償金

が提案した法的な改革 （Department of Commerce Internet Policy Task Force, White Paper on Remixes, First sale, and Statutory Damages 86-99 (2016)）を参照。

[53] IPTF が提案する要素は、1)原告の収入によって、損害賠償を請求することが困難であること、2)被告が侵害によって節約した費用、得た利益、その他の利益、3)将来の侵害を抑止する必要性、4)被告の財務状況、5)侵害された作品の価値や性質、6)侵害の状況、期間、範囲（それが商業目的であるかどうかを含む）、7）複数の著作物の侵害があった場合、侵害された著作物の数と裁定数を考慮した損害賠償の総額が、侵害によって生じた全体的な損害に見合っているかどうか、 8）被告が故意の侵害者であるか否か、9）故意の侵害の場合、被告を処罰することが適切か、適切であれば処罰につながる損害賠償額。Department of Commerce Internet Policy Task Force, *supra* note 52, at 87-88.

を減額することを認めている[54]が、この条項を活用して大幅に賠償額の低額化を実現すべきであるというのである。これにより、フェア・ユースで保護される可能性が高い利用形態に対する削除要請をプロバイダが拒否する可能性が高まると思われる。さらに、ユーザーがより自信を持って反対通知を送ることができるようになると考えられる[55] [56]。

第二章　中国法におけるノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用

第一節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入

中国は、米国の制度に倣って、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを確立した。しかし、後述するように、僭称権利者が競合他社を打撃する道具としてこの制度を濫用しており、ユーザーに莫大な被害が生じている。第一章で分析したように、米国では、権利者の自動化システムによるミスと知識を有していない小規模権利者の乱用問題が顕著であるが、中国では僭称権利者による濫用問題のほうが氾濫している。中国は、制度の前提となる社会的環境、技術的環境やインターネット上のビジネスモデルが、米国と比較すると、大きく相違しているにもかかわらず、米国型のノーティス・アンド・テイクダウン手続きを移植しようとしたために、ローカライゼーションの過程では明らかに歪みが生じており、オンライン環境のエコシステムの阻害要因となっている。そのため、制度の導入過程を検証する必要があると考えられる。

第一款　2006 年法

まず、中国は、インターネット環境発展の早期において既に顕著となっ

---

[54] 17 U.S.C. § 504(c)(2).

[55] *See* Urban et al., *supra* note 28, at 129-31.

[56] これらの対策のほか、自動侵害検出システムの技術的改良と知識を有していない権利者に対しての著作権教育などの政策も考えられるが、紙幅の関係で割愛する。具体的な改善策については、*see id.* at 126-40。

た著作権侵害の問題に対処するために、2006 年の「情報のネットワーク送信権の保護に関する規則」（以下、「規則」と略称する）14〜17 や 22〜24 条において、初めてノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入した。その際に構築された骨格は、米国法のそれとほぼ同一である。具体的には、①対象がインターネット上の著作権侵害行為に限定されている。②情報ストレージサービス、検索エンジンサービス、リンクサービスのプロバイダがこのプロセスを利用できる。③権利者からの「通知」―プロバイダの迅速な「削除」―ユーザーの「反対通知」といった一連のプロセスが採用されている、という三点である。

もっとも、ここから先は大分、様相を異にしているところがある。米国では、プロバイダがユーザーの反対通知を受け取った後、権利者にその旨を通知し、復活するまでは少なくとも 10〜14 日間の待機時間が必要であると規定されている。中国では、おそらくその待機期間が侵害行為をなしていないユーザーに不利益を生じるという懸念を考慮し、「規則」はこの種の待機期間を設けていない。代わりに、プロバイダがユーザーの有効な反対通知を受け取った場合には、速やかにコンテンツを復活させるとともに、当該反対通知を権利者に転送する。その場合、権利者はこのコンテンツについて再び通知を送ることができないと規定した。この規定は、侵害者ではないユーザーの権利の保護を図る一方で、権利者とユーザーの間に著作権侵害行為であるかについて紛争がある場合には、権利者をして、プロバイダのような私的処理プロセスから訴訟などの公的処理プロセスに移行するように誘導する効果も期待されているように思われる。賢明な修正と言うことができよう。

ノーティス・アンド・テイクダウンの手続きをプロバイダが履践している場合、「規則」は、米国と同様に、ユーザーの著作権侵害についての間接侵害責任を免除される。しかし、プロバイダがその侵害行為を知っている、あるいは知るべきである場合は、免責条項を援用することはできないとされている[57]。

[57] この条例施行後の有名な裁判例として、2007 年のヤフー事件（北京市高級人民法院（2007）高民終字第第 1188 号民事判決書）がある。同事件は、被告であるヤフー（中国）会社の検索サイト上で、権利者に無断でアップされた大量の音楽著作物への

第二款　2010 年法

インターネット環境の発展につれて、2006 年法の上位法として設けられた 2010 年の『権利侵害責任法』36 条は、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの適用範囲を拡大し、プロバイダに対しての責任要件が厳しくなった。条文は以下のとおりである。

「…ネットワークユーザーがネットワークサービスを利用して権利侵害行為を実施した場合は、権利を侵害された者はネットワークプロバイダに削除、非表示、アクセスの切断などの必要な措置を講じるよう通知する権利を有する。ネットワークプロバイダは、通知を受けた後に遅滞なく必要な措置を講じなかった場合には、損害が拡大した部分について当該ネットワークユーザーとともに連帯責任を負わなければならない…」

・特徴 1　著作権侵害の限定が外される

リンクが提供されていることが問題となった。検索結果としてその種の音楽著作物のリストが表示され、ユーザーはそれを手がかりにして無料で試聴やダウンロードができる。さらに、被告の検索サイトではその種の無断でアップされている音楽作品をまとめて、ジャンルごとに「おすすめ」等の題目で編集するというサービスも提供していた。レコード制作会社である原告ら（11 社）は、削除要請を被告に通知した。しかし、被疑侵害著作物が大量であったところ、通知で特定された被疑侵害音楽著作物のリストは原告が権利を有している著作物の全てにわたっていたのに対し、問題のリンクについてはその一部が特定されるに止められた。同時に、原告らはヤフーの検索サイトに表示される音楽著作物は全て無許可であり、原告が特定したリンクはそのうちのほんの一部に過ぎないと強調した。被告はその通知を受けて、一部の提供されたリンクを削除し、他のリンクをそのまま放置した。被告は、「条例」14 条は、通知の内容には、被疑侵害著作物の名称とリンクを提供しなければならないと規定していたため、一部のリンクが提供されない著作物について削除しなくても、セーフハーバールールを援用できると主張した。それに対して、北京高裁は、被告の間接的著作権侵害責任を認めた。セーフハーバールールは免責条項であり、プロバイダの抗弁の事由の一つとして機能し、プロバイダがどのような場合に侵害責任を負うということを規定するものではないことを明らかにしたのである。すなわち、プロバイダがノーティス・アンド・テイクダウン手続きに従ったとしても、直ちに侵害責任から免除できるものではないと判断した。同事件についての詳しい評釈として、劉家瑞「論我国网絡服務商的避風港規則－兼評十一大唱片公司訴雅虎案」知識産権 19 巻 110 期（2009 年）13 頁。

ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの適用範囲を著作権侵害行為に限定する 2006 年法の取扱いは、インターネット環境の発展につれて不十分となり、より包括的に様々な違法行為に対してこの手続きを利用できるようにすべきであるとする提言が有力となった。もっとも、知的財産権の中でも、特に特許権侵害行為についてもノーティス・アンド・テイクダウン手続きを適用することは注意が必要であり、著作権の分野とは全く異なる基準を適用する必要があったように思われる[58]。しかし、結果的に、2010 年の『権利侵害責任法』36 条は、適用対象を著作権侵害行為からインターネット上の全ての権利侵害行為まで拡張した。

・特徴 2　反対通知の制度が廃止される

2010 年法 36 条の一つの大きな問題点は、2006 年法と異なり、ユーザーの反対通知に関する規定を欠いているということである。このような改正がなされた理由について、公開された資料により示されていないが、2010 年前後にはネット上の著作権などの権利侵害行為が氾濫しており、立法者はより効率的な対策を追求したのかもしれない。

このことは、侵害行為ではないコンテンツが不正な通知により削除されたにもかかわらず、ユーザーに反論する機会が与えられないことを意味する。

・特徴 3　プロバイダの拡張

2006 年の条例の規定は、ネット環境や技術の発展に伴い、適用範囲を限定するのは中国の当時の状況に適合しないと指摘され、『権利侵害責任法』36 条はその適用対象を、コンテンツプロバイダを含む全てのインターネットプロバイダに拡張した。

---

[58] 王迁「論通知と移除規則対専利領域的适用性」知識産権第 3 期（2016 年）20 頁、李明德「通知削除制度在専利侵権領域的适用」中国発明与専利第 7 期（2018 年）108 頁。商標権分野の問題について、令和 2 年度知的財産に関する日中共同研究報告書第 3 章第 2 節、李明德「電子商取引における商標保護」、彭学龍「商標権侵害に係るプラットフォーム責任規則についての研究―受動的責任免除から自発的管理へ」、顧昕「中国ネットワークサービスプロバイダの商標権間接侵害の責任について－『通知－削除』規定の適用範囲の縮小に伴う制度改革の転機」https://www.jpo.go.jp/resources/report/takoku/nicchu_houkoku/document/2020/r2_houkoku3.pdf（2021 年）参照。

以上の三つの特徴により、濫用問題が加速化することになる[59]。

・特徴 4　「通知―削除」から「通知―必要な措置」へ

36 条は、プロバイダが合法な通知を受け取った後、2006 年法に規定された「削除」という措置のほか、非表示、アクセスの切断等の必要な措置を講じなければならないと規定した。削除と比して、非表示などの措置の効果が明らかにより強力であり、著作物に関するキーワードを含む内容が非表示になるため、著作物を含むが侵害行為ではない内容も見られなくなる。この措置はネット上の侵害行為の抑止には効果があるかもしれないが、ユーザーへの影響が大きいと考えられる[60]。

・特徴 5　免責条項を帰責条項に転換する

さらに、2010 年法は、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きをもともとの免責条項から帰責条項に転換した。

米国のノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、プラットフォームが免責できるかどうかを扱っており、プラットフォームの義務と責任を直接規定するわけではない。プラットフォームが責任を負うべきかどうかは、侵害の構成要件、特に寄与侵害責任などのルールに従って確認する必要があり、米国の DMCA 512 条は比較的独立した抗弁事由として機能する。

それに対して、2010 年の『権利侵害責任法』は、「ネットワークプロバイダは、通知を受けた後に遅滞なく必要な措置を講じなかった場合には、損害が拡大した部分について当該ネットワークユーザーとともに連帯責任を負わなければならない」と定めている。この規定は、文言上、プロバイダが削除などの措置を講じない場合、米国のようにセーフハーバーという抗弁事由を援用できないとされるのではなく、直ちに責任を負わなければならないように読める。このように、本来は免責要件に過ぎなかった手続きが、侵害の判断要件と絡められた結果、プロバイダの注意義務の判断基準に関して裁判例の解釈が分かれる中で、安全策をとるプロバイダがこの手続きを履践することなく削除に走るようになったため、本規定は徐々

[59] 例えば、2016 年アリババの「プラットフォームガバナンス年報」によると、悪意の通知が 5,862 件であり、それによって被られた損害額は 1.07 億元にまで至っている。

[60] 李揚「従“通知与删除規則”到“通知与必要措施規則”」https://m.21jingji.com/article/20220426/herald/315431dbe6910ac4e1d9e99e4fc09656_ths.html（2022 年）。

に形骸化し、業界の発展に大きな不確実性がもたらされることになった[61]。

第三款　2019 年法

最後に、2019 年の『電子商取引法』42～45 条は、電子商取引プラットフォームの分野を対象とする規定であり、2010 年の『権利侵害責任法』の規定に基づきつつ、強い批判に応えて反対通知の制度が復活した。しかし、2006 年法における反対通知規定と異なり、プロバイダがユーザーからの有効な反対通知を受け取った後、権利者にその内容を転送し、コンテンツが復活するまで 15 日間待たなければならない。

こうした反対通知や待機期間の増設は、一見して米国の制度に倣ったものであるが、制度の移植の際に制度的、商業的、社会的環境と具体的な適用分野を十分に考慮する必要があり、単純なルールの導入とその無制限な拡張は、制度本来の設計を崩すだけでなく、既存の市場のバランスを阻害すると批判されている[62]。さらに、2019 年の規定は、このプロセスがプロバイダについての免責条項であるということを明確にしていない。条文上、曖昧なところがあり、インターネット上のプロバイダの具体的な注意義務や責任を明確に提示する機能を欠いており、プロバイダにとっては予測可能性が低い。その結果、DMCA 512 条のような手続きが元来、発揮すべき目的を果たすことができず、実務上、プロバイダの責任の判断基準に関して混乱を引き起こすと懸念されていた。実際、中国では濫用問題が多発することになるが、次節では、米国の制度との異同に鑑みて、その原因についての分析を試みる。

---

[61] 姚建軍「网絡服務提供者侵犯著作権的新探討－兼議『侵権責任法』第 36 条的辨析及其延伸」法律適用 2011 年第 2 期 68 頁、崔国斌「网絡服務共同侵権制度之重塑」法学研究 2013 年第 4 期 153～154 頁。

[62] 劉暁春「『電子商務法』知識産権通知刪除制度的反思与完善」中国社会科学院研究生院学報 2019 年第 2 期 124 頁、蘭昊「電商領域知識産権“通知－刪除”規則的困境与出路」（2020 年）https://sciiip.gdufs.edu.cn/info/1026/1602.htm、張徳芬「『電子商務法』中“通知与移除”規則評析－以専利侵権糾紛中電商平台責任為例」知識産権 2019 年第 3 期 46 頁。

第二節　濫用問題

中国のノーティス・アンド・テイクダウン手続きについて表明されている懸念を検討してみよう。

まず、2010 年の『権利侵害責任法』36 条 3 款の制度は、プロバイダの主観的態様についての規律が不明確である。DMCA では、前述したように、セーフハーバールールの適用はプロバイダが侵害行為を知らないあるいは知るべきではない場合に限定されている。さらに、「知るべき」についても一般の間接侵害責任のルールよりハードルが上げられており、相対的に責任が限定されている。しかし、中国では、間接侵害責任の主観的態様に言及する法律や司法解釈におけるプロバイダの主観的態様の判断基準に一貫性が見られず、混乱を引き起こしている[63]。例えば、2000 年の司法解釈は「明らかに知っている」[64]、2006 年法は「知らない、知るべきではない」、2010 年法は「知っている」など、常に変化している。このように基準に関する記述が頻繁に変更されるという事態は、それぞれの立法者において、プロバイダの過失を判断するための基準についての見解が分かれていることを意味している。一方の極には「知っている」又は「知っているべきである」という一般的な基準を受け入れる傾向を示す立法者がおり、他方の極には、米国のセーフハーバールールに基づく「red flag test」の影響を受けて、「知っているべきである」の範囲やプロバイダの他の注意義務の内容を制限することを試みる立法者が存在する。セーフハーバールールの下でのプロバイダの主観的態様の基準が不明確であり、セーフハーバーが現実にはセーフの状態を提供するものではなくなっていると批判されている[65]。

また、DMCA 512 条(i)では、セーフハーバールールの恩恵をプロバイダが享受するためには、繰り返し侵害行為への対策をとることや標準的な技術的手段に対応しそれを妨害しないことが必要とされている。ところが、中国法は、やはり移植の過程で、セーフハーバールールに伴うプロバイダ

---

[63] 呉漢東「論网絡服務提供者的著作権侵権責任」中国法学 2011 年第 2 期 38 頁。

[64] 『最高人民法院关于審理涉及計算机网絡著作権糾紛案件適用法律若干問題的解釈』（2000 年）第 5 条。

[65] 崔・前掲注 61・149～150 頁。

の注意義務を条文に導入していない。その結果、中国のルールの下では、プロバイダの義務がさらに軽減されており、侵害行為の抑止に積極的に介入するインセンティブが欠如し、ネット上の著作権侵害行為を助長する温床になりかねない、という問題が生じている。そもそも米国の制度からして、プロバイダや権利者の方に有利な傾向があったところ、中国ではその偏りがさらに悪化していると指摘されている[66]。

最後に、著作権の直接侵害のルールに関する、米国と中国の根本的な相違についての配慮が不足していることも問題である。米国著作権法の損害賠償ルールと刑事責任制度は、インターネットユーザーによる著作権の直接侵害に対しての抑止効果があると評価することができる。これに対し、中国では損害賠償額は低廉なものに止まりがちであることに加えて、著作権に関する刑事責任が認められるハードル[67]が高く、インターネットユーザーによる直接侵害の抑止効果は明らかに不足している。このため、中国の著作権者にとっては、米国と比べて、間接侵害ルールにより大きく依存せざるをえない状況にあると言える。著作権侵害の防止義務からプロバイダを過度に免除する米国のセーフハーバールールが中国に導入されれば、オンライン著作権侵害の効果的な抑止は不可能なものになりかねない。

実際、このルールは、裁判所においては条文から大きく離脱したところで運用されている。特に注意すべきなのは、セーフハーバールールの下でのプロバイダの注意義務についての裁判所の理解には、時期的な変遷が認められるということである。2000 年前後、裁判所は、プロバイダが通知を受領する前に、ユーザーがアップロードしたコンテンツについて審査する

---

[66] 崔・前掲注 61・149〜150 頁。

[67] *See* 17 U.S.C. § 506. 米国の著作権侵害の刑事責任規定では、利益のために故意に著作権侵害行為をなした者は、刑事責任を負うことになる。それに対して、「中華人民共和国刑法」217、218 条で著作権侵害行為についての刑事罰が定められている。要件として、①営利を目的とすること、②犯罪収益の金額が大きい（具体的には、複製などの行為につき、違法取得金額が 3 万元以上である場合、3 年以下の懲役が課される。海賊版を販売する行為につき、違法取得金額が 10 万元以上である場合、3 年以下の懲役が課される。『最高人民法院、最高人民検察院关于办理侵犯知識産権刑事案件具体応用法律若干問題的解釈』第 5、6 条）、又は、その他の重大な事情があることが定められている。

義務はないと判示した[68]。その結果、「規則」が制定された 2006 年前後の時期には、中国のネット上においては映画などの著作物の侵害行為が氾濫することとなった。こうした状況に対応するため、裁判所もプロバイダの侵害行為についての注意義務の基準をより高く設定する方向に転換し、プロバイダがコンテンツについての審査義務を有すると判示することが増えた[69]。そこでは、米国の標準と異なり、一般の間接侵害責任ルールに基づいてプロバイダの積極的な審査義務が事実上、要求されていると理解できる。

さらに、2019 年の『電子商取引法』は、前述したように、電子商取引プラットフォームのセーフハーバールールを確立したが、学説から猛烈に批判されることとなった。中国では、アリババのような大規模な電子商取引プラットフォーム上の知的財産権侵害行為に関する紛争は、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きによって対処されており、訴訟手続きにまで至るのはほんの一部に過ぎない。ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを通じてプラットフォームが解決した紛争件数と、裁判所が受理する件数の間には大きな格差がある[70]。そして、このルールの適用範囲が電子商取引プラットフォームまで拡張された結果、濫用問題が顕著になりつつある。こうした通知削除制度の濫用問題は、オンライン著作権の分野ではそれほど大きく注目されているわけではないが、電子商取引の分野では事情を異にする。その理由は、背後にある経済的な利益の違いに求めることができる。著作権の分野では、削除されたコンテンツのユーザーは通常、元のコンテンツの復活を要求するのに十分なインセンティブを持っていな

---

[68] 例えば、北京市二中院（2001）二中知初字第 96 号。

[69] 例えば、裁判所がプロバイダに対して「ウェブサイト上に明らかな侵害情報が存在することを避けるために、『映画とテレビ』などの侵害行為が発生する可能性が高いチャンネルのコンテンツを重点的に監視することもできる。」と判示した。上海市一中院（2007）沪一中民五（知）初字第 129 号。

[70] 例えば、中国の主要な電子商取引プラットフォーマーであるアリババ社は、1 年の間に数千万件ぐらいの通知を受け取った（2015 年アリババ知識産権年報による）。2021 年知識産権保護状況報告書によると、2021 年に裁判手続きが開始された知的財産権に関する紛争の件数は 55 万件であり、その中で著作権に関する紛争は 36 万件程度を占めている。

い。これは、米国では反対通知が十分に活用されていないという事実にも反映されている[71]。しかし、電子商取引の分野では、被疑侵害品に関するリンクに多くの経済的利益が集中しているため、その削除はユーザーの利益に重大な影響を与えるために、通知削除手続きの濫用に投機する余地を大きくしていると言える[7273]。

これに対して、『電子商取引法』による電子商取引分野における反対通知の増設は、確かに、ユーザーの権利保護を図るものであると言える[74]。

---

[71] 劉・前掲注 62・132 頁。

[72] 中国青年政治学院互聯网法治研究中心「借電商平台、行商標挟持：无顕著性商標悪意投訴之現状与治理」http://zhichanli.com/article/3691.html。

[73] また、商標権の場合、著作権侵害行為と比して、侵害行為の明白性を一見して判断するのは容易ではないことに加えて、商標権に関するコンテンツの背後にある経済的利益が大きい。例えば、中国の主要な電子商取引プラットフォームであるアリババ社の「TaoBao」において、毎年 11 月 11 日前後の 2 週間の間に、中国における年間最大の EC ショッピングイベント「ダブルイレブン」が開催される。このイベントが中国の電子商取引市場では最も重要なイベントであり、2022 年「ダブルイレブン」の売上額は 11,154 億人民元であり、数百万の EC 経営者がイベントに参加したというくらい盛況であった（https://stock.finance.sina.com.cn/stock/go.php/vReport_Show/kind/industry/rptid/721778349862/index.phtml）。毎年の 11 月 11 日前後の 2 週間は、プラットフォームの EC 経営者にとって年間の売上高に占める割合が極めて大きく、1 年の間で最大のビジネスチャンスとなる。そのため、害意のある事業者が、競争事業者に対してイベント開催の数週間前に商標権を僭称する悪意の通知を送ることにより、事実上、イベント開催日時を含む 15 日又はそれ以上の切断効果を得るという事態が頻出し、僭称権利者から通知を受けた相手方事業者が、最も重要な商機に商品に関連するリンクが削除されたままとなり、多大な売上げや商業的信用の機会損失を被っているという問題が起きている。

[74] 被疑侵害者（著作権分野では通常ユーザー、電子商取引分野ではプラットフォーム上のストア運営者）が反対通知を送るかどうかの判断に影響を与える要因は、主に反対通知を送る行為のコストと利益である。著作権の場合では、侵害に当たらない通知・反対通知については、有効な非侵害行為声明の作成が求められるだけでなく、ユーザーの真の身元情報等の開示が求められる一方、得られる利益はそのコンテンツの復元のみとなっている。ユーザーから見れば、即時に復活できる程度では、反対通知を送るインセンティブとしては不足がある。他方、電子商取引の場合では、状況は大きく異なる。ウェブストアの運営者にとって、特定の商品やサービスへの

しかし、問題は、待機期間も増設されたことである。この規定によって、権利者は紛争のある侵害行為を訴訟手続きに移行する機会を保証されるかもしれない。しかし、このように、通知の送信者が訴訟手続きを提起するか否かということによってコンテンツが復活されるかどうかを決定するという制度は、おそらく、悪意の送信者はほとんど司法救済を求めることがないだろうという推測に基づき、悪意の送信者を保護しないようにすることを意図したものと考えられるが、この規定の下では、送信者が単に訴訟手続きを開始するだけで、削除されたままの期間を大幅に延長することができる。結局、僭称権利者に以前よりも制度の濫用余地を大きく与え、悪意の通知の送信により大きなインセンティブを提供してしまっていると言わざるをえない[75]。

以上を要するに、中国は、米国と異なる商業的背景や司法実践の相違点についての検討が不十分なまま、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを移植しており、繰り返し侵害の抑止などのプロセスの前提となる制度の導入もなされておらず、しかも、それにもかかわらずこのプロセスを著作権侵害以外の法分野や他の種類のプロバイダ（特に電子商取引プラットフォーム）まで拡張したことにより、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの機能が著しく損傷したと評価せざるをえない。

第三節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの展望

第一節と第二節で検討した課題があるために、中国では、特に 2019 年

リンクは商業信用と利益と結び付いており、一度削除されると、リンクを再生するためのコストがかかることになる。そして、ウェブストアの運営者にとって、身元を開示することへの懸念はかなり薄れると言える。確かに、商標やデザインに関する権利は、著作権に比して一般に馴染み難いものであり、ゆえに、反対通知のために必要とされる非侵害の初期証明の基準は、特にウェブストアの運営者が知的財産権侵害に関する関連専門知識を持っていない場合、反対通知を送るインセンティブを減じる可能性があると言えるのかもしれない。しかし、総じて言えば、電子商取引分野では、著作権侵害の場合と比べて、反対通知の規定はより効果的であると考えられる。劉・前掲注 62・132～133 頁。

[75] 劉・前掲注 62・133～134 頁。

の電子商取引法制定前の時期にあっては、インターネット上の侵害行為についてノーティス・アンド・テイクダウン手続きを維持すべきであるか否かについて議論が戦わされていた。

第一に、廃止論を展開する学者は、インターネット上で氾濫している著作権侵害行為の規制の実効性を確保するためには、伝統的なセーフハーバールールの下でのプロバイダの注意義務は不十分であり、一般の著作権侵害についての間接侵害責任のルールに復帰すべきである旨を説いている[76]。さらに、米国では相当、批判があるにもかかわらず[77]、プロバイダにフィルタのような技術的措置を導入する義務があるということも説かれている[78]。競争に不利益を生じかねないという反論に対しては、一定の商業規模に達していない中小規模のプロバイダは、ユーザーの数が少なく、ユーザーがコンテンツを誤ってアップロードする可能性も非常に小さい、という再反論がなされている。そのようなサイトへのトラフィックも比較的少なく、ユーザーが悪意によりコンテンツをアップロードしたとしても、被害ははるかに小さいというのである。この場合、プロバイダのサービスは、特定の著作権者の利益を現実に脅かすものではないため、フィルタシステムを構築する義務は課されないとすべきである、とされている。中小規模のプロバイダについてのこの見解の分析は正鵠を射る部分もあるが、一定規模以上のプロバイダについてフィルタシステムを構築する責任を課すという立法論に関しては、実務的に商業規模の判断は曖昧であり、大きな予測不可能性をもたらすことに注意すべきであろう。むしろ、そのような義務を法で強制するのではなく、市場に委ね、自己の利益となると感じた（おそらく大規模の）プロバイダが自発的にその種のシステムを導入するに任せれば足りると言えよう。

第二に、濫用問題の温床となっている『電子商取引法』の条文の改善策

---

[76] 例えば、崔・前掲注 61・138〜139 頁。

[77] 著作権コンテンツについてのフィルタ技術は非常に複雑でコストがかかる。そのコストは、通常のプロバイダは負担することができない。YouTube の「Content ID」システムは 6,000 万ドルのコストがかかり、他の企業はそれを負担する金銭的余裕がない。フィルタシステムの構築を要求することは、プロバイダの投資へのインセンティブを損なう可能性がある。*See*, Sprigman & Lemley, *supra* note 41.

[78] 崔国斌「論网絡服務版権内容過濾義務」中国法学 2017 年第 2 期 215 頁。

について、以下の提案が考えられる。まず、米国のように、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは責任を定める条項ではなくて、免責事項であるということを立法で明らかにすべきである。そのようにすれば、プラットフォームの「セーフハーバー」の安全性を保障できるため、中小規模のプラットフォームや、知的財産紛争の解決に積極的に参加することを望まないプラットフォームは、このプロセスを利用することにより、より低いコンプライアンスコストで運用できるが、知的財産権の他のガバナンスに積極的に関与したいプラットフォームは、技術の革新とビジネス環境の促進を通じて競争上の優位性を得ることができ、システムの柔軟性を保つことができる。そして、仮にセーフハーバールールがなければプラットフォームが処理できる通知のうち、たとえその千分の一が裁判所への処理に移行したと仮定しても、絶対値が大きいものであるために、司法上の過重な負担になり、結果的に、権利者の保護も図られないおそれがある。このような懸念があることに鑑みれば、電子商取引分野でのセーフハーバールールを維持すべきであり、その上で、プラットフォームが積極的に技術革新を実現する政策論を展開すべきであると主張している。すなわち、権利者の救済を効率的に実現するためには、最も完全な情報を備えた電子商取引プラットフォームのところで、洗練された動的なルールを作成し、データ解析やアルゴリズムなどの技術的手段で実施するのが最も効率的な仕組みであるように思われる[79]。

第三章　日本法におけるノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用

第一節　日本型ノーティス・アンド・テイクダウン手続き

日本では、米国のようなノーティス・アンド・テイクダウン手続きは存在せず、代わりに、2001 年に制定された「特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律」（「プロバイダ責任制

[79] 劉・前掲注 62・134〜135 頁。同じくプラットフォームの自主規制の重要性を強調するものとして、蘭・前掲注 62。

限法」と呼ばれる）において、プロバイダの責任制限や発信者情報開示の一般的なルールが規定されている。同法の 3 条が権利侵害情報の削除とプロバイダの免責事由を規定し、5 条が発信者情報開示請求について規定している。

まず、3 条の仕組みを説明する。

第一に、日本法の最大の特徴は、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きが発信者に対する免責の手続きとして設けられているということである。

権利者に対する免責規定はあるが、それはノーティス・アンド・テイクダウン手続きをとるか否かとは無関係なものとして定められている。具体的には、権利侵害がなされていることを知っていたか、又は、問題の情報の流通を知っていた場合であって、かつそれによって権利侵害がなされていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるときでなければ、損害賠償の責任を負わないとされている（プロバイダ責任制限法 3 条 1 項）[80]。したがって、権利者から警告を受領したプロバイダは、その警告に相当の理由があるか否かを判断しなければならず、その判断を誤った場合には免責を主張することができないことになる[81]。

ちなみに、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項 2 号にいうところの「他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき」という主観的要件は、米国における一般の寄与侵害責任の主観的態様の判断基準に似る。しかし、米国では、前述したように、著作権侵害に関しては DMCA が適用されるところ、そこでは一般の寄与侵害責任に比して主観的要件該当性のハードルが高められており、「侵害行為が明白であることを示すことができる事実を知っている」ことが要求さ

[80] この規定は、損害賠償につき、情報の流通を知らない限りプロバイダ等を免責させる規定であり、侵害行為の調査義務をプロバイダは負わないことを明らかにした規定であると言えよう。田村・前掲注 1『知財の理論』327 頁。

[81] 米国では、ホスティングサービスや検索サービスを提供するプロバイダに対して、権利者に対する免責規定の要件として、①権利侵害行為についての実質的な認識がない、②プロバイダがかかる侵害行為を管理する権限や能力を持っている場合、侵害行為により経済的利益を獲得しない、③権利者からの合法な通知を受けた場合、迅速に削除などの対策をとることが定められている。

れている（「red flag test」）。それに比べると、日本のプロバイダ責任制限法3条1項2号は、相当の理由がある場合には責任を負わなければならないこととされており、明白性が要求されていない。その分、文言上は、プロバイダにとって判断が微妙なケースで取扱いを誤るリスクが相対的に大きくなっている。

第二に、他方で、発信者に対する免責に関しては、（米国型とは異なる）ノーティス・アンド・テイクダウン手続きが設けられている。また、3条の免責規定は、ただ発信者に対する損害賠償責任が免除されることに止まり、差止責任については言及がない[82]。具体的には、3条2項が以下のように規定している。

「一　当該特定電気通信役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が不当に侵害されていると信じるに足りる相当の理由があったとき。

二　特定電気通信による情報の流通によって自己の権利を侵害されたとする者から、侵害情報、侵害されたとする権利及び権利が侵害されたとする理由（以下この号において『侵害情報等』という。）を示して当該特定電気通信役務提供者に対し侵害情報の送信を防止する措置（以下この号において『送信防止措置』という。）を講ずるよう申出があった場合に、当該特定電気通信役務提供者が、当該侵害情報の発信者に対し当該侵害情報等を示して当該送信防止措置を講ずることに同意するかどうかを照会した場合において、当該発信者が当該照会を受けた日から七日を経過しても当該発信者から当該送信防止措置を講ずることに同意しない旨の申出がなかったとき。」

要するに、権利者から通知を受け取った場合、プロバイダは、権利侵害行為であると信じるに足りる相当な理由があれば、コンテンツを削除しても発信者に対して免責を主張できる（プロバイダ責任制限法3条2項1号）。他方、プロバイダとしては、直ちに削除するのではなく、削除の申出があったことを発信者に連絡するという方策をとることもできるが、その

[82] この点は、著作権侵害の文脈では、後述するように、特に著作権侵害行為の主体論との関係で問題となる。プロバイダに該当しうる者が著作権侵害行為の主体とみなされた場合には、損害賠償ではなく差止請求の被対象者となるところ、差止請求に対してはプロバイダ責任制限法3条1項の免責が及ばないからである。

場合、発信者から 7 日以内に反論がない場合、コンテンツを削除してもやはり発信者に対して免責を主張できる(プロバイダ責任制限法 3 条 2 項 2 号)、とされている。こうした規定は、一見すると米国のノーティス・アンド・テイクダウン手続きに似ているが、米国型の「権利者からの通知」→「削除」→「発信者への通知」→「発信者からの反対通知」→「復活」というプロセスではなく、「権利者からの通知」→「発信者への通知」→「発信者からの反対通知なし」→「削除」となっており、権利者から通知があると直ちに削除することが必要となる米国型に比べて、権利者からの通知だけでは足りず、発信者へのその旨の通知、そして所定の期間、発信者からの反対通知がなかったという段階でようやく削除するという手続きとなっている。その分、米国型に比して、日本型は権利者の保護よりも、問題のコンテンツをアップしている発信者の保護に厚いということができよう。

もっとも、前述したように、権利者から通知を受領したときに、その通知により権利侵害であることが分かる相当の理由が備わってしまえば、プロバイダは直ちに削除しない限り、権利者に対する侵害の責任を免れない。その意味で、発信者に対する免責を定めるのみの日本型ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、権利侵害の免責に役立つことはないのである。

以上を要するに、権利者から侵害に関する通知を送られたプロバイダは権利侵害と認めるに足りる相当の理由があるか否かということを判断しなければならない。さらに、発信者からの削除不同意の反対通知があれば、プロバイダは、発信者に対する関係でも、権利侵害と認めるに足りる相当の理由があるか否かということを判断しない限り、免責を受けることができなくなる[83]。しかし、権利侵害に関する相当な理由の有無についての判断は、特に著作権分野では容易ではない場合が少なくないと思われる。その判断を誤って侵害であるにもかかわらず削除しなかった場合には、権利者から責任を追及され、逆に侵害でないにもかかわらず削除した場合には、発信者に対して免責を主張できない。境界線上の事例では、プロバイダは二つの責任の間でいわば板挟みに合い、判断を誤った場合のリスクを背負いこむことになる。

[83] 山本隆司「ISP の責任に関する問題点」知財研フォーラム 83 号（2010 年）7 頁。

第三に、3条は損害賠償責任が免除される場合を明確にするものであり、どのような場合に作為義務が生じるかについて、条文上は具体的には明確ではないとの指摘がある[84]。そして、3条の規定は、プロバイダがユーザーの権利侵害行為を「知っている」又は「知ることができたと認めるに足りる相当の理由がある」という主観的な状態についての基準が明らかではない。米国の「red flag test」のように、プロバイダが具体的な個別の侵害情報の流通を知らない場合には、責任が生じないと解されるものがある[85]。それに対して、特に繰り返される侵害行為に関して、プロバイダが具体的な個別の侵害情報の流通を知らない場合であっても、防止措置をとるのは容易であり、繰り返される侵害行為を放置したままでは侵害効果の拡大を招来するため、不法行為責任が発生しうる場合があるとする指摘がある[86]。

---

[84] 「法律上は『信じるに足りる相当な理由』という規定を設けるだけで、具体的な行動規範の設定は民間のガイドラインにおいて柔軟に運用するという方法は、我が国のようにコンセンサスが重視される文化においては機能し易いと言えるが、必ずしもガイドラインの策定や業界団体に参加していない外国企業から見れば必ずしも透明性が高い仕組みとは言えない。」（知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について（報告）」（2010年）19頁）。

[85] 「関係役務提供者に賠償責任が生じることがあるのは、特定電気通信によりその情報が流通していることを知っていた場合に限られる。ここで、『知っていた』とは、当該情報が流通しているという事実を現実に認識していたことである。この規定は、上記のような事実を認識していなかった場合には、その理由を問わず責任が生じないとするものであり、結果として、関係役務提供者には、特定電気通信により流通する情報の内容を網羅的に監視する義務がないことを明確化するものである。」（総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『プロバイダ責任制限法逐条解説』（2023年）15頁）。

[86] 「プロバイダが仮に個別の侵害状況について認識していない場合であっても、一般的な監視義務を負わない範囲内で、防止措置を採ることが容易であり、当該措置が合理的なものであって当該措置によって結果を回避する蓋然性が高いと認められる場合には、結果回避義務が生じ、不法行為責任が発生し得る。例えば、繰り返し侵害行為を行う者について権利者から明確な証拠とともに通知を受けた結果、十分に認識しており、さらなる侵害効果が明らかに予想されていたにも関わらず、何ら措置をとらずに被害を生じさせたケースについては、損害賠償責任が発生し得る。

さらに、3 条の構成上には、反復的な権利侵害行為への対策が規定されていないという欠陥があるとの指摘がある。DMCA 512(i)では、セーフハーバールールの適用の条件として、プロバイダが繰り返される侵害行為についての対策を適用し、実施する能力を有しなければならないと規定している。インターネット上の反復的な著作権侵害行為への対策として、フランスや韓国などでは、数回の警告を経た上でインターネットへの接続の制限(接続の遮断)やアップロード等のアカウントの利用の制限(アカウントの停止)を行う制度(いわゆる 3 ストライク制度)が導入されている。日本では、そのような規定がない。実務上は、プロバイダが利用規約によって自主的に対策に取り組んでいる可能性があると考えられるが、通信の秘密との関係で契約による対策の限界があるため、立法によりその義務の明確化や要件も含め、検討する必要があるとの指摘がある[87]。

第二節　発信者情報開示請求訴訟の構造

このように、3 条の機能が完全とは言えない以上、権利者の救済としては 5 条の発信者情報開示請求に期待がかかる。しかし、この規定も構造上の問題がある。権利者にとっては、権利侵害行為が明らかであり、損害賠償請求の行使その他開示を受けるべき正当な理由がある場合、発信者情報の開示を請求できる。しかし、権利の侵害が明らかか否かを著作権侵害について専門知識を有するとは限らないプロバイダが判断するのは容易ではない場合があり、いずれにせよ危険である。開示する場合、もし判断を間違え、権利侵害がないにもかかわらず発信者情報を開示してしまえば、発信者から責任を問われてしまう。開示しない場合、自称権利者はプロバイダに対して発信者情報開示請求訴訟を提起する可能性が大きいため、応訴しなければならない。プロバイダは、判断リスクを避けるため、裁判所

そのため、プロ責法において民法の過失責任の範囲で侵害対策措置を講ずることを位置付けることが考えられる。なお、現行のプロ責法第 3 条第 1 項においては、個別の情報流通を知らない場合には、一切責任が生じないと解されており、上記のような不法行為責任の発生の余地を必要以上に狭めているとの指摘もある。」(知的財産戦略本部・前掲注 84・16 頁)。

[87] 知的財産戦略本部・前掲注 84・32 頁。

に命じられない限りは開示請求に応じないという対応をとることが多くなる。このため開示請求を実現するには、裁判手続に訴えるしかない、という状況になった。しかし、インターネット上の著作権侵害行為について訴訟手続きにまで至るのは、必要な時間・コストが多大であるため、インターネットのビジネスモデルには適合しないという問題が生じる。

それだけではなく、最近の裁判例では、発信者情報開示請求訴訟の構造上の限界があることが指摘されている[88]。発信者情報開示請求事件は一般の著作権侵害訴訟事件と比べると、以下の表で示すように、いくつかの重要な相違点がある。

この表で示したように、発信者情報開示請求の構造にはいくつかの特徴がある。すなわち、発信者情報開示請求の対審構造は、権利者 vs 侵害者という一般の著作権侵害の訴訟と異なり、権利者 vs 開示関係役務提供者という構図となっており、そもそも発信者自身が訴訟手続きに参加するこ

---

[88] この点について、最判令和2.7.21 平成 30 年(受)第 1412 号「リツイート事件」という最近の注目された重要な裁判例が存在する。事案は、原告が著作権を有する写真が無断でツイッターに投稿され、当該投稿を行ったアカウント及び当該投稿をリツイートしたアカウントの保有者らの発信者情報について、プロバイダ責任制限法 4条1項に基づき、ツイッターを運営している被告らに対して開示請求がなされたというものであった。当該投稿行為が公衆送信権侵害となることは当事者間に争いがなく、中心的な争点はリツイート行為によって原告の著作権（複製権、公衆送信権、公衆伝達権）及び著作者人格権（氏名表示権、同一性保持権など）が侵害されたことが明らかであるかどうかである。第一審はリツイート行為に対して侵害の成立を否定したが、控訴審においては、リツイートによる著作権侵害を否定した一方で、著作者人格権の侵害を肯定し、発信者情報開示請求を認容した。そこで、被告は最高裁へ上告したが、最高裁は同一性保持権については上告理由から排除し、氏名表示権侵害を肯定した。

同事件に鑑みると、本来侵害を認めるべきではない事案において、訴訟構造に由来する限界に起因して侵害が容易に肯定されてしまうと、それが発信者情報開示請求事件における判断であるという文脈が忘却され、一般的な著作権侵害事件に対しても一つの先例を形成し、通常の侵害訴訟における侵害の判断にも影響を与えかねず、文化の発展を図るという著作権法の趣旨も大きく損なうことになりかねないと指摘される。同事件の詳しい解説として、田村善之「判批」知的財産法政策学研究 61 号（2021 年）263 頁、劉楊「判批」知的財産法政策学研究 59 号（2021 年）349 頁参照。

とが保障されていない。これは、プロバイダ責任制限法の構造的欠陥であるという指摘がある[89]。また、発信者情報開示請求は、被告が敗訴した場合でもあくまで発信者の情報を開示するに止まり、そこで発信者情報開示請求が認容されたところで、その後の侵害訴訟で発信者自身にとって十分な救済の機会を確保できる。くわえて、開示関係役務提供者にとって発信者情報開示請求事件において敗訴するということは、単純に、他人の情報を開示するという程度の負担が課されるに止まり、いわば他人の戦いなのであって、熱心な応訴態度を期待することが困難であるという状況もある。

	著作権侵害訴訟事件	発信者開示請求事件
当事者	権利者vs被疑侵害者	権利者vs開示関係役務提供者
要　件	①著作物性 ②依拠 ③類似性 ④利用行為 ⑤著作権が制限されていない	①侵害情報の流通によって ②権利が侵害されていることが明らかであること ③被告が開示関係役務提供者に該当すること ④開示を受けるべき正当な理由があること
特別な手続き		発信者の意見を聴く必要がある （5条2項）
結　果	侵害になる場合：差止め、損害賠償等 侵害にならない場合:棄却	開示：発信者情報（氏名・名称、住所、電子メールアドレス、IPアドレス等） 不開示：棄却
容認率		極めて高い
侵害の判断	最終局面（「本戦」）	侵害判断の「予選」

さらに、裁判所の立場から見ても、開示請求の認容は被疑侵害者とされる発信者の責任を直接問うものではなく、その後の侵害訴訟の場で発信者の攻防により矯正する機会が保障されていることから、裁判官にとっても発信者情報開示請求訴訟は侵害訴訟の「予選」に過ぎないと感じられる、と指摘されている[90]。そのため、裁判所は発信者情報開示請求訴訟の段階

[89] 谷川和幸「発信者情報開示請求事件における著作権法解釈」NBL1172号（2020年）79頁。

[90] 名誉毀損事件に関する言及であるが、「時々、他の裁判官に聞いてみるのですが、みなさんの意見を集約すると、予選に相当する発信者情報開示については淡々と審理した上で認容することになるのは致し方なく、あとは決勝戦に相当する名誉毀損

では、侵害状態が生じている権利者の救済を認めるために淡々と審理した上で権利侵害性を肯定する誘引が生じているように思われる[91]。しかしながら、プロバイダ責任制限法5条1項各号は実質的要件として「権利が侵害されたことが明らかであるとき」（＝権利侵害の明白性）と「開示を受けるべき正当な理由があるとき」（＝開示の正当理由）を要求しており、この二つが発信者の通信の秘密ないしプライバシーを犠牲にすることを正当化できる核心であるから、みだりに開示を認めるのを防ぐ必要があるのではないかと思われる[92]。

訴訟で本来的な相手、つまり加害者であると主張する発信者との間で、ガチンコで戦ってもらいましょうという図式になっており、発信者開示請求訴訟は名誉毀損訴訟の情報提供的な段階的なものと位置付けられるので、あまり文言に過度にとらわれずに判断しているのが実情です、といった声が圧倒的に多く聞かれます。」座談会「インターネット上の表現に関する名誉毀損訴訟・発信者情報開示訴訟」論究ジュリスト21号（2017年）［岸日出夫発言］を参照。

[91] 前掲注90岸日出夫発言を参照。また、データベース等で確認できる著作権侵害に関わる発信者情報開示請求事件における請求認容率（一部認容を含む）は90％と高率であるとのことである。しかも、著作権に関係する判決中、発信者情報開示請求事件が占める割合は2019年において32％（60件中19件）を占めているという調査結果も出されている。谷川・前掲注89・79頁。

[92] また、5条に関しては、「明らか」という要件が機能していないという問題も顕在化している。東京地判平成28年1月29日平成27年（ワ）第21233号「風水ブログ事件」は、発信者は原告の翻案権を「明らかに」侵害したと判断して、開示請求を認めた。しかしながら、事案に鑑みれば、原告の記事のような短い文章の著作物性については判断していないため、侵害が明らかとは言い難い。「明らか」という要件は、訴訟手続きに参加しない発信者のプライバシーを保護するために課された。そのような趣旨から鑑みれば、同事件のような侵害が「明らか」まで至っていない行為に対しても発信者の情報を開示してしまい、その要件によって侵害者にならない発信者のプライバシーを保護するという機能を無意味にしかねないかという疑問が生じる。「明らか」という要件がうまく機能していないことに加えて、プロバイダが不熟心な応訴態度や権利者に対して反論する材料を把握できにくい結果、発信者情報開示請求の容認率が極めて高いという状況を招来し、実際に発信者の匿名による発信という権利に不利益を生じさせている。

そこで、明白性要件を削除すべきであるとの見解もある。「発信者情報開示については、侵害された権利を守ることではなく、裁判を受ける権利を保障することが

このような問題は立法当初から意識されており、起草者は「開示の是非を判断するに当たっては、当該発信者の意思が十分に反映されなければならないのであるが、匿名性を維持したままでの発信者自身の手続参加が認められない現行の手続法の枠組みの下にあっては、開示請求の相手方となる……開示関係役務提供者……の行為を通じて、発信者の利益擁護や手続保障を図ることが不可欠である。」「開示関係役務提供者が不熱心な応訴態度を示した場合、そのこと自体により開示関係役務提供者が責任を問われる可能性がある」[93]と述べていた。そこでは、「開示関係役務提供者が不熱心な応訴態度を示した場合には、裁判所においても、プライバシーや表現の自由といった価値の重要性に配慮した適切な訴訟指揮を行うことが期待される」[94]などと裁判所に対する期待が表明されている。しかしながら、裁判所は、弁論主義の下、当事者が主張していない事実を認定して裁判の基礎とすることが許されないから、そもそも積極的な訴訟指揮にも限界があると言える[95]。

第三節　プロバイダ責任制限法による免責が及ばない領域

第一款　プロバイダが発信者である場合

プロバイダ責任制限法は発信者に対する免責規定を定めているが、3 条の但し書きで「ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない」と明言しており、プロバイダ自身

重要であり、現在のプロ責法第 4 条第 1 項第 1 号の侵害の明白性の要件は削除し、同条第 2 号の開示すべき正当な理由の要件のみで判断すべきとの意見があった。」（知的財産戦略本部・前掲注 84・24 頁）。

[93] 総務省総合通信基盤局消費者行政第二課『改訂増補第2版　プロバイダ責任制限法』（第一法規・2018 年）72、80 頁。

[94] 総務省・前掲注 93・80 頁。

[95] 改正プロバイダ責任制限法は 2022 年 10 月に施行され、①非訟手続きを創設し、②開示請求を行うことができる範囲を見直した。今回の改正についての解説として、曽我部真裕「改正プロバイダ責任制限法の概要と成立の背景・経緯 」ビジネス法務 8 号（2021 年）81 頁、神田知広「発信者情報開示命令事件(改正法 8 条)の手続」法とコンピュータ 40 号（2022 年）5 頁。

が発信者になる場合には、3 条による免責が発動されることはない。

動画投稿サイトにおいてユーザーにより無断でアップロードされる場合のサイト運営者の責任が問題となった事例として、知財高判平成 22.9.8 平成 21 年（ネ）第 10078 号「TV ブレイク事件」が存在する。同事件で、原告 JASRAC は、サイト運営者である被告に対し、そのサーバに原告の管理著作物の複製物を含む動画ファイルを蔵置し、これを各ユーザーのパソコンに送信しており、複製権及び公衆送信権を侵害すると主張した。知財高裁は、サイト運営者自身が発信者に該当すると認めた上で、プロバイダ責任制限法 3 条の適用を否定した。そして、同事件のサイトは、ユーザーが自ら創作した著作物のインターネット上での公衆送信を目的とするというよりは、むしろ、違法な著作物の公衆送信行為を目的としており、著作権侵害が生じる蓋然性が高いと推認された。著作権侵害の主体の認定に関しては、物理的な行為主体を侵害の主体と捉えるのではなく、諸要素を総合考慮した上でサービスの提供者を規範的主体として認め、カラオケ法理を転用し、様々な付加的事情を斟酌してシステムに対する管理支配を観念していると評価し[96]、サイト運営者の複製権及び公衆送信権侵害責任を肯定した。

発信者の認定に関しては、被告が次のように主張していた。「原判決は、控訴人会社につき、プロバイダ責任制限法における『発信者』に該当するとしたが、当該判断は、著作権侵害の主体の問題と同法上の発信者の問題とを混同したものである。そもそも、同法の趣旨からすると、控訴人会社について、カラオケ法理による観念的な侵害主体性が認められたとしても、特段の事情がない限り、発信者には該当しないことは明らかである。プロバイダが当然有する程度の管理・支配能力をもって、著作権侵害を肯定する重要な要素であるとし、さらに、著作権法における侵害主体に該当することをもって、同法の『発信者』に該当するとされると、同法による免責の余地がおよそなくなるという矛盾した状況が生じる。」

それに対して、裁判所は「しかしながら、控訴人会社の本件サービスへのかかわり方は，前記 1 に説示したとおりであり、控訴人会社は，ユーザーによる著作権を侵害する動画ファイルの複製又は公衆送信を誘引、招来、

[96] 佐藤豊［判批］パテント 63 巻 7 号（2010 年）68～69 頁。

拡大させ、かつ、これにより利得を得る者であり、ユーザーの投稿により提供されたコンテンツである『動画』を不特定多数の視聴に供していることからすると、著作権侵害を生じさせた主体、すなわち当の本人というべき者であるのみならず、発信者性の判断においては、ユーザーの投稿により提供された情報(動画)を、『電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記憶媒体又は当該特定電気通信設備の送信装置』に該当する本件サーバに、『記録又は入力した』ものと評価することができるものである。したがって、控訴人会社は、『発信者』に該当するというべきである。」と判示した。

裁判所のプロバイダ責任制限法における「発信者」の解釈に当たって、まず、プロバイダが提供したサービスが侵害行為を招来したため、著作権侵害責任を負うべきであると明示し、ユーザーが投稿した情報をサーバに入力したのは被告であるため、「発信者」の該当性を肯定し、3 条の適用の余地を否定した。しかし、このような解釈の下では、まず、ネット上の全てのこの種のサービスを提供するプロバイダが「発信者」に該当しうるという問題が存在する。次に述べるように、著作権の侵害行為の主体論によって侵害主体と認められるか否かということについてはその限界線が相対的に曖昧となるところ、それをプロバイダ責任制限法における免責の除外要件である「発信者」概念に取り込む場合には、同法の免責の可否に対する予測可能性を減退させ、セーフハーバーとしての機能を過度に阻害するおそれがある[97]。被告が侵害責任を負うべきであるという裁判所の判断は正鵠を射ているが、著作権侵害行為の主体論と発信者に該当する者の解釈を混同していると言わざるをえない。そもそも、同事件のサイト運営者をして「発信者」に該当すると解さなかったとしても、問題のサイトを経由するコンテンツに占める侵害行為の割合から見れば、侵害行為を認識している蓋然性が極めて高いと推測できるため、結局、プロバイダ責任制限法 3 条 1 項の規定に基づいて免責を否定できるはずであるから、事案の処理としてはそれで足りたと考えられる。

[97] このように、規範的な侵害主体論による「発信者」概念を採用することは、物理的に入力した者を「発信者」とする明確な定義規定をわざわざ置いているプロバイダ責任制限法の趣旨を没却するものであるとの指摘がある。田村・前掲注 1『知財の理論』332 頁。

第二款　著作権の侵害行為の主体論

プロバイダ責任制限法 3 条は、前述したように、損害賠償責任についての免責を規定するに止まるので、差止請求については別途検討が必要である。著作権の文脈では、著作権の侵害行為の直接主体として差止請求を受ける者となるのはいかなる場合かということの考察が必要となる所以である。

プロバイダは、ユーザーの著作権侵害行為に対して、その侵害行為を幇助していると評価される可能性がある。しかし、日本の著作権法には間接侵害責任に関する規定がないため、物理的な利用者の行為を教唆、幇助する者の責任をどのような法理で認めるべきであるかということに関しては、学説上、激しい議論が戦わされている[98]。幇助者に対して差止責任が

[98] この点に関する学説や裁判例を概括しておくと、第一に、著作権侵害行為という違法行為を教唆、幇助していることを理由に、民法 719 条 2 項に基づき共同不法行為責任を追及するものがある（特に重要な裁判例として、最判平成 13 年3月2日民集 55 巻2号 185 頁「ナイトパブG7事件」）。しかしながら、この方策による場合には、民法の伝統的な理解に従う限り差止請求を認めることは困難である。

第二に、著作権法の解釈として、このような共同不法行為に対しても、差止請求を認める裁判例が現れた（大阪地判平成 15.2.3判時 1842 号 120 頁「ヒットワン事件」、大阪地判平成 17.10.24 判時 1911 号 65 頁「選撮見録事件」）。しかし、この法理に対しては、本来は間接侵害を定める特許法 101 条のように立法により解決すべきものであるところ、個別の事例ごとの裁判所の判断に委ねていたのでは、いかなる場合に幇助等に対する差止めが認められるのかということが定かとは言い難く、法的安定性を害するという批判がありえよう。

第三に、カラオケ法理（最判昭和 63.3.25 民集 42 巻3号 199 頁「クラブ・キャッツアイ事件」に端を発するもので、物理的には直接の利用者ではない者であっても、直接の利用者を管理ないし支配して、利益を得ている場合には、その者が著作物を利用していると法的に評価して、直接の著作権侵害の責任を負わせる法理）、あるいは既に紹介した総合衡量法理（後掲注 106「ロクラクⅡ事件」参照）などの規範的侵害主体論がある。規範的主体論は間接的な利用者を直接の侵害主体と評価するので、通常の著作権侵害者と同様、差止請求権にも服するという帰結を導くことができるが、他方で、著作権の制限規定の充足の有無を判断すべき主体を直接の利用者（例えば、カラオケ店舗の顧客である歌唱者）から間接的な利用者（例えば、カラオケ店

認められるか否かについても、見解が分かれており、物理的な侵害者以外の者に対して民法の伝統的な理解に従う限り差止請求を認めることは困難とされる一方で、幇助者でも差止請求の対象になりうる[99]という少数説の理解もある。そして、以下に見るように、これらの論点に関する裁判所の判断も分かれている。

① 侵害行為への関与が能動的なサイトの責任の成否

著作権侵害に関する刑事事件であるが、話題となった裁判例として、福岡地判令和 3.6.2 令和元年（わ）第 1181 号「漫画村事件」がある。同事件は、漫画村という著名な海賊版サイトの運営者に対して、無断で漫画等の著作物を公衆に送信しうる状態にしたことを理由に、公衆送信権侵害に該当し、有罪判決を言い渡したという事件である。漫画村というサイトの規模や推定の被害額[100]の大きさで一般的に世間の耳目を集めたばかりでなく、この事件をきっかけとして海賊版サイトへのサイトブロッキングや

舗）に移行させることにより、前者が利用主体であれば適用されていたはずの著作権の制限規定の適用を回避し、もって適法行為を違法行為に転換する機能があることが、本来、立法でなすべき作業であるとの批判を喚起している（田村・前掲注 1『知財の理論』296～297 頁）。

99 物理的に著作物を利用していない者に対しての差止請求について、伝統的な理解を前提にしていると、112 条に定められている差止請求権の及ぶ行為は、21 条～28 条や 113 条に列挙している利用行為に限定される。これに対して、学説では、伝統的な理解を捨て、21 条～28 条や 113 条に掲げられている利用行為と 112 条の差止めの被請求主体を分離する考え方も有力である。田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号（2010 年）38～39 頁。

100 業界団体であるコンテンツ海外流通促進機構（CODA）の試算によると、推定した被害額は 3,200 億円に達し、漫画村だけで、他の全ての海賊版サイトを併せた額に達しそうな勢いであった。なお、IT 関連のメディア事業を手掛けるインプレスの調査によると、2020 年度の電子漫画市場規模は 4,002 億円程度であった（https://www.sankeibiz.jp/business/news/210804/bsj2108041930003-n1.htm）。もっとも、田中辰雄「海賊版対策異論－海賊版への前向きの対処方法」『知財のフロンディア１』（田村善之＝山根崇邦編・勁草書房・2021 年）328～333 頁の経済モデルの計算によると、3,200 億円の被害額はあくまでも「タダ読みされた漫画の総額」であり、より正確に言うと、漫画村による被害額は海賊版による漫画の売上げが減少した部分であり、試算によると 110 億円となるべきである、という。

ダウンロード違法化などの強行的な対策についての膨大な議論を引き起こし、法改正[101]にも影響したと言える事件であった。

被告人が管理・運営しているサイトは、多数の漫画等の著作物を掲載し、閲覧可能にしたウェブサイトである。そこに漫画等を掲載する方法としては、サイトのサーバの記録媒体に漫画等の画像データを手作業でアップロードする方法と、被告人と無関係なサーバコンピュータに存在する画像データを、同事件サイトのサーバにリバースプロキシ[102]の設定をすることにより閲覧できるようにする方法の 2 種類があった。言うまでもなく、前者の行為は著作権侵害行為に該当するが、争点となった後者の行為については、裁判所は、被告人が無断で著作物にリバースプロキシを設定することにより、実質的に公衆に閲覧させることが可能となり、被告人の行為は送信可能化侵害に該当すると判示した。

他の裁判例として、リーチサイト運営者に対する刑事事件が問題とされたものであるが、大阪高判令和元.11.1 平成 31 年(う)第 280 号「はるか夢の址事件」がある。被告らはインターネットサイトのサーバコンピュータ内に、違法にアップロードされた漫画などの書籍データのリンクを掲載

---

[101] 海賊版サイトのサイトブロッキングに対しては、憲法学者や業界から猛烈な批判があり、結果として導入が見送られたが、「漫画村」などの大規模な海賊版サイトの影響を受け、違法ダウンロードの対象を漫画まで拡大した著作権法改正案が 2020 年に成立し、2021 年 1 月から施行された（2020 年著作権法改正につき、違法ダウンロード対象拡大改正の内容についての解説として、前田健「侵害コンテンツのダウンロード違法化」法律時報 92 巻 8 号（2020 年）84 頁参照）。

[102] リバースプロキシとは、外部インターネットのオリジンサーバ（同事件では第三者サーバ）から一般のクライアントコンピュータ（同事件ではGの閲覧者）との間のデータ送信を中継する機能又はその機能を有するサーバ（同事件ではGのサーバ）を言う。プロキシの役割と異なり、リバースプロキシはサーバ側を代理している。すなわち、ユーザーがオリジンサーバに接続することなく、代わりにプロキシサーバに接続される。リバースプロキシを設定する目的の一つは、サーバに大量にアクセスしている際に、そのアクセスを分散する機能がある。さらに、オリジンサーバは内部のネットワークによってつながれているため、外部から隠すことができ、そのセキュリティや匿名性を高めることができる。そして、一般のリバースプロキシはキャッシュ機能を有しており、クライアント側のデータ取得の高速化を図っている。

して、不特定多数の者に対して書籍データを自動送信可能な状態にしていた。裁判所は、アップロード行為があったとしても、書籍データを記録・蔵置した場所を示す URL を知らない限り、公衆はアクセスが難しいと思われるため、アップロード行為のみでは侵害にならないとの見解を示しつつ、アップロード行為に加えてリンク掲載行為が行われることにより、公衆においてリンクによって違法な書籍データにアクセスすることが実質的に可能となると認められることをもって著作権侵害を認めている[103]。

これらの事件は、いずれも刑事事件であり、しかも被告人の提供するサービスはいずれも専ら侵害を狙っていると言える事件であった。このような場合、物理的な利用行為に関与する否かということにかかわらず、プロバイダの著作権侵害に関する刑事責任が認められている。

② 侵害行為への関与が中立的なサイトの責任の成否

送信可能化権侵害の幇助行為に当たるか否かに関して判断した事案であるが、音楽著作物に関する P2P 技術を応用したファイル共有ソフトの開発者が著作権法違反幇助の罪で起訴された、最判平成 23.12.19 刑集第 65 巻 9 号 1380 頁「Winny 事件」がある。同事件のソフトの仕組みは、従来の「クライアントサーバ型」[104]と異なり、中央管理サーバが存在しないため、ユーザー間の分散的なファイル交換行為をまとめて管理することができず、単にユーザー間の交換行為をより効率的に行われるようにするサービスであった。京都地裁は、被告人によるソフト提供行為が著作権法違反

[103] 同事件はリーチサイト規制に関する法改正の前の事件であった。リーチサイトとは、サーバから著作物データを蓄積、送信する行為が行われるわけではないが、海賊版へのリンクしか貼っていないということで違法性を逃れようとした手法である。「はるか夢の址事件」のような、違法アップロードされた漫画へのリンクを掲載していたサイトを違法化するもので、これを盛り込んだ改正著作権法が 2020 年 10 月より施行された。2020 年著作権法改正により設けられたリーチサイト対策につき、高瀬亜富「リーチサイト」ジュリスト 1549 号(2020 年)18～23 頁、谷川和幸「リーチサイト規制」法律時報 1153 号(2020 年)91～95 頁。

[104] クライアントサーバシステムとは、通信ネットワークを利用したコンピュータシステムの形態の一つで、機能や情報を提供する「サーバ」と、利用者が操作する「クライアント」をネットワークで結び、クライアントからの要求にサーバが応答する形で処理を進める方式である。

幇助に該当し、有罪判決を下したが、原審の大阪高裁、そして、最高裁は被告人に無罪を言い渡した。最高裁は、この事件のソフトは違法な目的ばかりでなく、適法な目的でも使用されることに着目し、開発者である被告人はその違法な使用のみを狙って当該ソフトを開発したとは言えず、著作権法違反罪の幇助犯の故意を欠くと言わざるをえないと判示した。確かに、このようなサービスの開発自体まで違法ということになると、技術の発達がもたらす恩恵を私人が存分に享受できない事態になりかねず、ソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果を生じさせざるをえないと言えよう[105]。

著作物の電子ファイル交換サービスが問題となった事件として、「ファイルローグ事件」（東京地決平成 14.4.11 判時 1780 号 25 頁「ファイルローグ仮処分」、東京地判平成 15.2.29 判時 1810 号 29 頁「同中間判決」）がある。この事件では、原告が著作権（複製権、自動公衆送信権、送信可能化権）に基づき、ファイルローグにおける MP3 形式によって複製された音楽著作物の電子ファイルの送受信行為に対して差止めや損害賠償を請求し、サービスの提供者である被告が自動公衆送信権及び送信可能化権侵害の主体であると認められた。同事件のサービスの仕組みは、いわゆる「Napster 型」、つまり、送信ユーザーが自身の PC にデータを装置し、送信可能な状態にして被告の中央管理サーバに接続し、当該データを求める受信ユーザーがキーワードを検索すると、中央管理サーバから電子ファイルに関する情報を送信し、ユーザーがダウンロードボタンをクリックすると、ファイルデータが送信ユーザーの端末から送信される、というものであった。被告のサーバから送信行為が行われているわけではなかったが、裁判所は同サービスが性質上、具体的かつ現実的な蓋然性をもって特定の類型の違法な著作権侵害行為を惹起するものであることに加えて、サービス提供者がそのことを予想しつつサービスを提供して侵害行為を誘発しているという事情を斟酌し、被告が提供したサービスは中央管理型 P2P 技術を応用したものであって、規範的主体論を持ち出して、被告に対して侵害行為の主体性を認めたのである。

これらの裁判例を通覧すると、侵害行為が発生する蓋然性が高いプロバイダの責任については、事案類型に応じて裁判所の判断が分かれている、

[105] 田村・前掲注 99・71～72 頁。

と言うことができる。前掲 Winny 刑事事件においては、被告人がただ非中央管理型 P2P 技術を応用したソフトを提供しており、専ら違法な著作物の流通を目的とするとは言い難い事案であった。裁判所は、当該ソフトを利用したユーザーは、違法な目的で使用されることを認識、認容しない限り、侵害の幇助者に該当しないと判示している。それに対して、前掲ファイルローグ事件は、被告の運営している交換サービスが前掲 Winny 事件と異なり、主として著作権侵害を誘発することを企図して提供されており、しかもそのサービスの仕組みは Winny 事件の非中央管理型と異なり、中央管理サーバが存在していた。裁判所はこれらの点を捉えて、公衆送信権侵害を認めた。そして、前掲ファイルローグ事件と前掲 TV ブレイク事件においては、かかるサービス提供者たちが物理的な行為を直ちに行ったわけではないものの、裁判所はそれらの大量な物理的な送信行為を誘発したサービスを提供しているという点を捉えて、規範的な主体論で被告たちの主体性を認めた。

他方で、前述したように、著作権侵害行為に関する間接侵害者の責任をいかなる根拠で認めるかということについては、学説上も実務上も見解が分かれている。その中で、特に、「ロクラクⅡ事件」[106]から導かれた総合衡

[106] 最判平成 23.1.20 民集 65 巻 1 号 99 頁「ロクラクⅡ事件」は、ハードディスクレコーダー「ロクラクⅡ」の親機を日本国内に設置し、これに対応する子機を利用者に貸与又は譲渡することにより、日本国内で放送されるテレビ番組の視聴を利用者側にて可能とするサービスが複製権の侵害に該当するか否かが争われた事案である。

同判決は、以下のように判示した。「すなわち、複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるかを判断するのが相当であるところ、上記の場合、サービス提供者は、単に複製を容易にするための環境等を整備しているにとどまらず、その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力するという、複製機器を用いた放送番組等の複製の実現における枢要な行為をしており、複製時におけるサービス提供者の上記各行為がなければ、当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能なのでありサービス提供者を複製の主体というに十分であるからである。」

同事件は、サービス提供者が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受

量法理は、諸事情考慮型であることに加えて、決め手となる規範が抽象的に過ぎるため、個別具体の事例への当てはめを予測することが困難なことが少なくないと批判されている[107]。すなわち、ユーザーが権利侵害行為をなした場合、プロバイダは規範的主体論により責任を負わなければならな

信した放送を親機に入力していて、当該親機に録画の指示がされると放送番組の複製が自動的に行われる場合には、サービス提供者が、複製の実現における枢要な行為をしており、当該行為がなければユーザーが録画の指示をしても放送などの複製をすることはおおよそ不可能であるから、サービス提供者がその複製の主体であると判示した。すなわち、そもそも適法になされた行為を、業者によるより効率的に行われる環境を整えることを理由として違法行為に転換した。その点に関して、学説上では、このような私的複製をより容易にするサービスについて、適法行為を違法行為に転換する機能があることが、本来、立法でなすべき作業であるとの批判を喚起している（田村・前掲注 1『知財の理論』296 頁。）。

[107] この点を示した最近の重要な裁判例として、最判令和 4.10.24 令和 3 年(受)第 1112 号「ヤマハ音楽教室事件」が存在する。同事件は、被告（一般社団法人日本音楽著作権協会 JASRAC）が、被告が管理する著作物の演奏等について、音楽教室、歌唱教室等からの使用料徴収を 2018 年1月1日から開始することとし、2017 年6月7日に、文化庁長官に対し、使用料規程「音楽教室における演奏等」の届出を行ったところ、音楽教室を運営する法人及び個人であって、教室又は生徒の居宅において音楽の基本や楽器の演奏技術・歌唱技術の教授を行っている原告らが、原告らの音楽教室における楽曲の使用（教師及び生徒の演奏並びに録音物の再生）は、「公衆に直接…聞かせることを目的」とした演奏（著作権法 22 条）に当たらないことなどから、被告は、原告らの音楽教室における被告の管理する楽曲の使用に関わる請求権（著作権侵害に基づく損害賠償請求権又は不当利得返還請求権）を有しないと主張して、被告に対し、同請求権の不存在確認を求めた事案である。

東京地方裁判所は、音楽教室における教師及び生徒の演奏について、演奏の主体は原告らであると認定した上で、その演奏は「公衆に直接…聞かせることを目的」とした演奏に当たり演奏権が及ぶと判示して、原告らの請求を全て棄却した。控訴審は、ロクラク法理により、教師による演奏の主体は原告らであると認定し、その演奏について演奏権が及ぶと判示しながら、生徒による演奏の主体は生徒自身であると評価したため、その演奏については演奏権が及ばないとされ、生徒による演奏に対する請求権は否定された。JASRAC が上告したが、最高裁は上告を棄却し、生徒の演奏について音楽教室運営者らがその利用主体であるということはできないと判示した。具体的な評釈について、田村善之［判批］知的財産法政策学研究 68 号（2023 年）252 頁参照。

い場合がありうることになる。しかも、その際、裁判所が用いる法理は柔軟に過ぎ、プロバイダにとって予測可能性を欠くという問題がある。そして、プロバイダが侵害行為の幇助者であると評価された場合、民法の伝統的な理解によれば、プロバイダに差止めを請求できず、権利者の保護の実効性を図れないかもしれない。

③ 侵害行為への関与が受動的なサイトの責任の成否

電子掲示板の運営者が、権利者からの削除要請を受け取ったにもかかわらず、侵害行為に関するコンテンツを削除せず放置したために著作権侵害責任を認めた事例として、東京高判平成 17.3.3 判時 1893 号 126 頁「2 ちゃんねる小学館事件」がある[108]。控訴審裁判所は、ユーザーの著作権侵害行為があることが明らかであったと認定した上で、掲示板運営者である被控訴人は、権利者からの通知を受け取った際にユーザーへ連絡するまでもなく速やかにコンテンツを削除する義務があると判断した。その結果、被控訴人が通知を受け取ってもコンテンツを削除せず放置した行為は故意又は過失により著作権侵害に加担していたものと言わざるをえないと評価され、被控訴人の著作権侵害行為の主体性が認められ、差止責任や損害賠償責任が肯定された。

この判決により、権利者からの通知を受け取る際に、ユーザーの侵害行為が明白である場合、プロバイダはその侵害行為を認識していたと評価されうることを示唆するものと言えよう。そのことは、侵害行為を認識できた時点において、プロバイダは直ちに問題のコンテンツを削除する義務があり、仮に削除しなかったとすると著作権の侵害責任を負う可能性があることを意味している。

また、商標権侵害行為に関するものであるが、プロバイダの責任について言及した知財高判平成 24.2.14 平成 22 年（ネ）第 10076 号「チュッパチャップス事件」が存在する。事案は、ネット上の電子商取引プラットフォームのネットショップ出店者が、控訴人が商標権を有する「Chupa Chups」と同一の商標を付けた商品を展示又は販売する行為が商標権侵害行為等に該当するとして、控訴人が電子商取引プラットフォームである被控訴人

[108] 高瀬亜富［判批］知的財産法政策学研究 17 号（2007 年）125 頁参照。

に対し、差止め及び損害賠償を請求したというものであった。東京地裁は、商品の販売主体は出店者であり、被控訴人は主体ではないため責任を負わないと判示した。控訴審である知財高裁も、被控訴人の商標権侵害責任を否定したが、一般論としては、ウェブページの運営者が出店料などの営業上の利益を得ていることなどに鑑みて、商標権侵害行為の責任が認められる可能性があり、その場合の権利者の救済は損害賠償請求に止まることなく、差止請求も享受可能であると判示している。

とりわけ本稿との関係で重要なことは、裁判所が、いかなる場合に運営者が責任を負うことになるのかという点について、以下のように説示したところである。

「ウェブページの運営者が、・・・出店者による商標権侵害があることを知ったとき又は知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるに至ったときは、その後の合理的期間内に侵害内容のウェブページからの削除がなされない限り、上記期間経過後から商標権者はウェブページの運営者に対し、商標権侵害を理由に、出店者に対するのと同様の差止請求と損害賠償請求をすることができると解するのが相当である。」

具体的な事案の当てはめとしても、一部の出展については商標権侵害を警告する内容証明が到達したのと同日に削除、他の一部の出展については訴状送達から 8 日以内に削除していることなどを斟酌して、「ウェブサイトを運営する一審被告としては，商標権侵害の事実を知ったときから 8 日以内という合理的期間内にこれを是正したと認めるのが相当である」ことを理由に、商標権侵害の責任を否定している。この点について、裁判所が実質的にプロバイダ責任制限法 3 条の規定に基づいて責任を判断していると言えよう。すなわち、権利者の通知を受け取って、商標権侵害行為を認識したときから、合理的期間内にコンテンツの削除などの対策を怠ったときは、出店者と同様、差止めや損害賠償責任を負うと判示したのである。

これら二つの判決に鑑みれば、まず、前述した侵害行為を惹起する可能性が高い二類型のサイトと比して、「2 ちゃんねる」のようなサービスを提供する中立的なサイトについては、ユーザーが侵害行為をなしても直ちに差止めの責任が発生しないとされている。代わりに、プロバイダ責任制限法 3 条を遵守しなければ、結果的に差止責任は同条規定の損害賠償責任と

ほぼ同様の基準で発生することになる。

そして、プロバイダが提供するサービス自体は侵害行為を惹起するものではないのだから、仮にユーザーの権利侵害行為を認識する蓋然性がない場合には、直ちにプロバイダの間接侵害責任が認められることにはならないと考えられる。そのような場合、プロバイダは通例、権利者からの削除要請を受け取った時点から侵害行為を認識できることになるから、プロバイダ責任制限法の規定に基づいてユーザーの侵害行為に関する責任を負うかどうかは、その時点以降、コンテンツの削除などの対策を履行しないかどうかに依存すると言わざるをえない。それは、すなわち、これら二つの事件に関する検討を前提とする限り、プロバイダ責任制限法3条に基づいて削除などの義務を遵守していれば侵害の主体とされることはない。

最後に、ユーザーによって侵害行為がなされた場合のプロバイダ責任についての判断に関しては、裁判所は、まず、専業侵害サイトであるかということを判断し、そして、侵害行為を認識する蓋然性について分析し、最後に、プロバイダが通知などにより侵害行為を認識した場合、プロバイダ責任制限法の手続きに従ったかどうかに帰着するというアプローチを採用している。

第三款　小括

プロバイダ責任制限法の免責規定が適用されない類型としては、以下の二つがある。

第一に、プロバイダ自身がプロバイダ責任制限法上の「発信者」と評価される場合には、同法の免責規定は適用されない。しかし、この「発信者」の外延を画するに際して、次に述べる著作権侵害の主体論に依拠する裁判例に関しては、特に著作権侵害の主体を諸事情の総合考慮によって決定する裁判例が主流派を形成していることに鑑みれば、プロバイダ責任制限法による免責のセーフハーバー機能を著しく阻害することになりかねず、問題がある。

第二に、プロバイダ責任制限法は損害賠償責任を免責するに止まるから、プロバイダが差止請求を受ける者となる場合にも、同法の免責の対象外となる。この場合、侵害コンテンツにほぼ特化していると目されるようなサ

ービスを提供しているのであれば、著作権侵害行為の主体であると評価するというのが裁判例の傾向である。確かに、このような場合、直ちに差止請求の対象となるとされてもやむをえないと言えよう。

しかし、侵害コンテンツばかりでなく適法コンテンツも供与している場合については、ロクラク法理のような総合考量によって主体を決するというのが裁判例の趨勢である。だが、このような過度に柔軟性を持つ法理の適用によってプロバイダ責任制限法の免責の対象とならない差止請求が根拠付けられることについては、やはり同法のセーフハーバー機能を害するものと言わざるをえない。学説では、このような判例法理の展開に対して、リーチサイトのような侵害専業サイトの運営者について責任を認めることは肯定しながらも、それを超えて適法行為を違法行為に転換することは立法でなすべき作業である旨の批判がなされている[109]。

第三に、そこで着目されるのが、著作権侵害に中立的なサイトにおいて、そのユーザーにより著作権侵害が行われていたとしても、直ちにサイトの運営者の侵害主体性を肯定するのではなく、侵害であることを認識しうる相当の理由が備わったにもかかわらず侵害を放置したという段階に至って初めて著作権侵害行為の主体となり差止請求の被対象者となると取り扱う一部の裁判例である。この解釈に従えば、差止請求に関しても、プロバイダ責任制限法の免責規定と同様の基準で免責を認めることができ、同法のセーフハーバー機能を維持することが可能となる。

第四節　信頼性確認団体制度の概要

前述したプロバイダ責任制限法3条の規定に基づいて、権利者が被疑侵害行為を発見した場合、プロバイダに削除依頼を通知することができる。しかし、条文の構造上、侵害が明らかでない場合にコンテンツを削除してしまうと、発信者側から不法行為責任を問われるおそれがある反面、権利侵害であることを認識するに足りる相当の理由が備わっているにもかかわらずコンテンツを削除しないと、著作権者から権利侵害の損害賠償責任に対して免責を受けることはできない。また、第三節で述べたように、著

[109] 田村・前掲注1『知財の理論』296頁。

作権者からの差止請求との関係でも、著作権侵害に中立的なサイトに関する裁判例の傾向に鑑みれば、侵害であることを認識しうる相当の理由が備わったにもかかわらず削除などの対策を怠った場合、プロバイダ責任制限法 3 条に規定された損害賠償責任と同様の基準で差止めに従わなければならないことになる。したがって、プロバイダは著作権者からの損害賠償請求に対しても、また差止請求に対しても、免責を享受するためには著作権侵害の成否について何らかの判断をなすことを迫られる。

この点、権利者からの削除依頼が信頼できる第三者の判断を経由したものであった場合には、プロバイダにとっては当該団体の判断を当てにすることができるために、判断のコストとリスクを大幅に低減することが可能となる。そこで、プロバイダの中にはこの種の信頼に足りる判断をなしうる組織を指定し、そこを経由した削除通知に対しては簡便な審査をなすのみで削除に応じるという手続きを定めているところがある[110]。

さらに、「プロバイダ責任制限法ガイドライン」は、信頼性確認団体制度に言及している。具体的には、申出者の持っている権利者の内容を適切に確認しうる、著作権等に関する専門的な知識と相当期間にわたる十分な実績を有する、ガイドラインに規定する確認等を適切に行うことができ、信頼性確認団体の認定手続きに基づき認定された法人団体が信頼性確認団体になり、著作権侵害情報に関して、プロバイダに対して送信防止措置を迅速かつ適切に対応するために設けられた仕組みである、と述べている[111]。JASRAC のような著作権について高度な専門知識を有する信頼性確認団体が削除依頼の内容を確認する場合には、権利者からのミスにより送られた削除依頼や制度の濫用の状況を防止できると考えられる。一方で、権利者は侵害行為に関する情報などを信頼性確認団体に提出し、信頼性確認団体が権利者本人であることや侵害行為であることについて確認する必要がある。プロバイダにとっては、権利者本人の申出よりは、信頼性確認団体を通じた申出の方が基本的には信頼できるため、前述したように、判断

[110] 例えば、ヤフー社の二つの削除要請に関するプログラムのうち、権利者がプログラム B に登録されると、プログラム A より、削除依頼の手続きの簡略化という恩恵を享受できる。具体的には、Yahoo! JAPAN 知的財産権保護プログラムのご紹介（https://business-ec.yahoo.co.jp/ppip/）参照。

[111] 「プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドライン」11〜14 頁参照。

リスクを大幅に軽減できる。

しかし、可能性がかなり小さいとはいえ、仮に、信頼性確認団体が誤った判断に基づいて削除要請を発出した場合の責任に関しては、プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドラインによると、「信頼性確認団体が確認手続を踏まず、又はその確認手続にその信頼を失わせる過誤があった場合については、当該信頼性確認団体による確認手続の信頼性が失われることとなる。」と記されているに止まる。つまり、信頼性確認団体により発出した誤った削除依頼に関しての発信者の救済は明確に規定されていないこととなる。

以上を要するに、著作権侵害などの専門知識を要する判断は、プロバイダに馴染まないところ、著作権侵害に詳しい専門的団体が代わって判断するという信頼性確認団体制度は、権利者の権利保護の実効性を保ち、濫用問題を防ぐという観点から評価する限り、合理的なものと見ることができよう[112]。もっとも、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きと比して、真の権利者からのできるだけ早く侵害情報を削除して欲しいという要望に応えられないことに加えて、信頼性確認団体が誤った判断に基づいて削除要請を送る場合の責任の不明確さなどの問題点も無視できない。また、これらの団体は権利者の信託を受けて著作権などの知的財産権を集中的に管理しているため、権利者保護へのバイアスがかかっているかもしれない。

第四章　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの運用の考察

第一節　米中日におけるプロバイダ責任制限のルールの影響

以上の検討を踏まえると、米中日のそれぞれのプロバイダ責任制限に関

[112] JASRAC は、著作権関係ガイドラインに基づく信頼性確認団体として、2010 年 3 月末までに 446,465 ファイルに上る権利侵害情報について、各プロバイダに送信防止措置請求を行った。そのうち、420,169 ファイルについて削除され侵害が停止された。請求を行ってから停止されるまでの期間は平均して 10 日ぐらいである。2010 年以後のデータは、公開されていない（https://www.jasrac.or.jp/release/pdf/10051901.pdf）。

するルールは種々、異なっていることが分かる。前述したように、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを具体化するに当たっては、権利者の保護の実効性、インターネットプロバイダの責任と義務の軽減、制度の濫用の防止という三つの機能のバランスを配慮する必要がある。以下では、米国、中国及び日本において、プロバイダ責任制限に関するルールの運用によってこれら三つの機能がうまく実現しているかということを検証したい。

第一款　権利者の保護の実効性

まず、権利者の保護の視点から米中日のアプローチの機能を比較すると、以下の三つの相違点があると考えられる。

第一に、日本のプロバイダ責任制限法と信頼性確認団体という制度は、米中のノーティス・アンド・テイクダウン手続きと比べれば、権利者が侵害行為を発見してから情報が削除されるまで時間を要する場合が多くなる。こうした帰結は、ネット上、情報は迅速に流布する可能性があり、差止めの実現に時間を要する場合には救済が手遅れとなりかねず、しかも、同じくネット上の情報は瞬時に消滅する可能性があり、甚大な被害を与えた侵害コンテンツがもはやネットには存在せず、ゆえに差止めの救済が手遅れどころかそもそも空振りに終わる可能性すらある。こうした特徴に鑑みれば、日本の制度は、少なくとも権利の救済の迅速性という側面では相対的に米中に劣っていると言わざるをえない[113]。

第二に、米国や中国の場合、侵害を知らせる通知を受ければ即削除する義務があるか（中国の場合）、あるいは、侵害を知らせる通知を受けて即削除したとしても（侵害ではないことを知っているか、知るに足りる相当な理由が備わっている場合は格別）発信者に対して免責されるために、プロ

[113] 米国において、法定の要件を満たしている通知を受け取ったら、プロバイダが侵害行為の明白性などの実体的な判断をすることなく、即削除することができるため、権利の救済の迅速性を図っていると言えよう。例えば、Google 社では、検索結果に関する削除リクエストの平均処理時間は 6 時間を下回っている（Google の著作権侵害対策 https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/hoki/h30_02/pdf/r1407928_07.pdf 参照）。

バイダとしては即削除することが合理的な行動となりうる（米国）ので、権利者としては通知を送りさえすれば、相当の確率でプロバイダによる迅速な削除という救済を享受することが見込まれる。そのため、レコード制作会社などのようなプロの権利者は侵害行為検出の技術を発展させることにより、自動化システムにより一度に大量の通知をプロバイダに送ることが意味のある戦略となる。その分、結果的に、権利者でなかったり侵害でなかったりするにもかかわらず通知がなされ（少なくともいったんは）削除に至る事例の数が絶対数として多くなり、後述する濫用問題を深刻なものとすることになる。

それに対して、日本の場合においては、前述したように、プロバイダ責任制限法3条の構造上、侵害を知らせる通知を受けたとしても即削除する必要はなく（中国との相違）、しかも、侵害であることを認識するに足りる相当の理由が備わらない限り、削除をしてしまうとかえって発信者に対する免責を受けることができないため（米国との相違）、プロバイダは判断リスクを避けるため、（次述する信頼確認団体等を経由しない限り）基本的には裁判所に命じられない限り削除しないという方策をとっている。そのため、プロの権利者が大量に通知を送ったところで迅速な救済は望めないばかりか、僭称権利者等による通知が削除を引き起こす可能性も低いため、後述する濫用問題が生じにくいというメリットがある。

他方、日本においては、著作権侵害行為に関する削除要請の大半が裁判手続きまで行かない限り、削除に至らないために、こと救済という点では時間やコストを要するという非効率的な事態を招来しかねない。もっとも、信頼性確認団体等を経由した通知に対しては迅速に削除するという方針を採用しているプロバイダが多いため、その限りでは問題は深刻なものとはなっていないと見ることができよう。ただし、信頼性確認団体等を利用できない零細な権利者に関しては、日本のプロバイダ責任制限法の下では、権利者は裁判のコストを負担しなければならないという問題が存在する。

第三に、米国や中国では、著作権侵害行為を抑制するため、大規模な権利者と主要なプラットフォームが積極的に協力するという動きが見られ

る[114]。序章で紹介したように、デジタル時代において、権利者自身だけが侵害行為を監視・特定するのは困難であり、著作権侵害行為をなすのも容易であり、ネット上に氾濫している著作権侵害行為を立法により規制するのはかなり限界がある。権利を実効的に保護し、ネット環境を健全なものとするためには、コンテンツプラットフォームに関連する情報や技術に精通しているプロバイダをして、権利者とユーザーの間の架け橋として受動的に機能するというに止まらず、さらに自発的な積極性を発揮することを期待することが肝要であると考えられる[115]。この点について、次の節で詳しく検討する。

第二款　インターネットプロバイダの責任と義務の軽減

プロバイダは、ユーザーの著作権侵害行為に関して、判断リスク、応訴リスクを負担している。それがいかなる程度に達しているかという観点から、米中日の制度を比較してみよう。

米国の DMCA 512 条は、プロバイダが反復的な侵害行為に対する方策をとることや、標準的な技術手段に対応するという程度の義務を履行していれば、実体的な審査をなさずともセーフハーバールールを援用できるため、削除行為に関する判断リスクや応訴リスクは大幅に低減している。ただ、プロバイダが「侵害行為を知っているかあるいは知っているべきである」場合には免責されないが、裁判例が採用する「red flag test」により、この免責を否定する主観的要件は、解釈上、相当程度、限定されている。その結果、侵害者と認定されるリスクは最小限のものに抑えられていると言えよう。それに加えて、512 条は、プロバイダはユーザーの著作権侵害行為について監視する義務はないと明言している。これらの点に鑑みれば、米中日の中では、米国のプロバイダの責任と義務に関する規律が最も緩いと評してよいだろう。

中国においては、前述したように、制度導入の際に、ノーティス・アン

---

[114] 例えば、YouTube の「content ID」、前掲注 34 で紹介した Google の「Trusted Copyright Removal Program」、中国のアリババの「権利者に応じて分類するシステム」などの対策が見られる。

[115] 劉・前掲注 62・135 頁。

ド・テイクダウン手続きが免責条項であるか、帰責条項であるかという問題を明らかにすることに失敗した。条文上曖昧なところがあるために、個々の裁判所がその運用の過程でそれぞれ独自の基準を設定したため、プロバイダにとっては大きな予測不可能性が生じた。しかも、裁判所が個々に設定する基準は、米国に比すると、概してプロバイダにより高度の注意義務を課すものとなっている。ネット上の著作権侵害行為が氾濫しているという状況に対応するために、規制の実効性を高めることが求められる中で、止むをえない運用と言えようか。その結果、セーフハーバールールは中国ではその名に値するほどセーフであるとまでは言い難い。しかも、監視義務も明示的には免除されていない。他方、中国は、米国のように、反復的な侵害行為に対する方策をとることや、標準的な技術手段に対応する義務に関する規定を導入していない。

日本では、プロバイダは、損害賠償責任についてはプロバイダ責任制限法による免責を享受できる。ただし、同法は差止請求については定めるところがなく、いかなる場合に差止請求に対して免責されるかということは著作権法に委ねられている。

著作権法上も間接侵害についての規定がなく、その間隙を埋めるために裁判実務上、採用されている「カラオケ法理」や「ロクラク法理」は予測可能性が低いという問題があり、運用次第では、プロバイダは直接侵害者と認定される余地がないわけではない。とはいえ、これまでのところ、裁判例では、侵害行為を積極的に唱導することなく、侵害コンテンツに対しても適法コンテンツに対しても中立的に取り扱っている場合には、権利者から通知を受け取ったとしても、プロバイダ責任制限と同様の手続きを履践していれば、責任を負担することはないとされている（「2 ちゃんねる小学館事件」判決、「チュッパチャップス事件」判決の示唆）。

結果的に、日本では損害賠償請求についても差止請求についても、プロバイダは著作権侵害の有無について一定の判断を迫られていると言える。侵害行為であることを知るに足りる相当の理由が備わっているにもかかわらず、侵害を放置すると著作権者から責任を追及される反面、侵害行為が明白ではない場合にコンテンツを削除あるいは発信者の情報を開示してしまうと、今度は発信者から不法行為責任を問われうるからである。くわえて、侵害であることが明らかでないために、権利者に対して発信者情

報を開示することを拒む場合には、権利者からの開示請求に対して応訴しなければならない。しかし、明白な著作権侵害行為であるか否かという判断に馴染まないプロバイダが判断するのは容易ではなく、しかも危険である。

以上を要するに、日本の現行制度は、米中に比して、判断リスク、応訴リスクが相対的に高いと言えるかもしれない。もっとも、これらのリスクの軽減を期待して、著作権に関して専門知識を有する組織が先行して侵害の成否を判断する信頼確認団体制度等が運用されていることに留意しなければならない。

第三款　制度の濫用の防止

米中日においては制度が僭称的な権利者等に濫用されるという問題の深刻度が異なっているが、これは、以下に分析するように、ノーティス・アンド・テイクダウン手続き又はその類似の手続きが適用される対象と、その権利者にとっての利便性が異なっていることに起因していると考えられる。

米国では、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの適用対象は著作権に限定されている。ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、権利者であると主張する者からの通知があると、発信者からの反対通知がなされるまでの間、暫定的に通知に係るコンテンツを削除するところに特徴がある。著作権に関しては、権利を僭称することの経済的利益がこの暫定的な期間があることによって飛躍的に高まり、ひいては悪意の通知を送る経済的インセンティブが極めて大きなものとなることは、それほど頻繁に起こるということではないようであり、中国において商標権を僭称することにより生じている「ダブルイレブン」問題[116]のような課題は、未だ顕在化していない。他方で、米国では、著作権侵害の主張一般に対してフェア・ユースによる免責が規定されているが、権利者が通知を送る前にフェア・ユース該当性を判断するのは容易ではないため、「フェア・ユース」に該当し、そもそも権利侵害行為ではない行為について通知を発出するという類

[116] 前述注 73 を参照。

型の濫用問題が多く見られる。

中国では、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの適用法分野を著作権から商標権などの全ての権利まで拡張した結果、濫用問題が深刻化している。反対通知がなされるまでの暫定的な期間に利用しないことには商機を逸する商取引のほぼ全てにおいて商標が使用されているので、「ダブルイレブン」問題のように、僭称権利者の濫用のインセンティブが飛躍的に高まる事案類型が頻出することになる[117]。しかも、中国は、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを電子商取引の分野にまで拡大している。言うまでもなく、被疑侵害品に関する電子商取引のリンクに多くの経済的利益が集中しているため、濫用の余地が大きい。

米国と中国の状況と比して、日本におけるプロバイダ責任制限法の適用範囲はさらに広いが、僭称権利者等による濫用が特に深刻化しているわけではない。それは、プロバイダは、プロバイダ責任制限法の規律の下、削除要請あるいは開示要請を受け取った場合、権利侵害行為の明白性について実質的な審査をなさないと、権利者や発信者に対する免責を享受しえないとされている。仮に僭称権利者が信頼性確認団体経由で通知を発出しようとしても、信頼性確認団体のところでストップがかかる可能性が非常に高いのではないかと思われる(そもそも僭称権利者が信頼性確認団体を利用すること自体、稀なことではないかと推察される)。さらに、プロバイダが、権利侵害が明白であるということを得心するまでに至らない場合、通例、自発的に削除に応じることはないので、僭称権利者が救済を受けるには裁判所を経由する必要があることになり、ますます濫用を実現するためのハードルが上がることになる。以上のように、日本法は構造的にプロバイダがみだりに削除・開示することがないような仕組みを採用しており、三段階にわたって濫用問題を防止する用心金が施されていると言えよう。

そして、制度の利便性という視点から見れば、米国や中国では、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きは、基本的には企業内という私的プロセスの中で行われており、プロバイダが慎重に実質的な審査をするという

[117] 著作権にあっても、商機にセンシティブな著作物は存在するだろうが、商標の場合には、商取引のほぼ全てに使用されているという事情がある。ゆえに、商標が対象に含められることにより、商機を活用した濫用問題が量的に深刻化すると言うことができる。

ことが保障されているわけではないが、日本では上記のような仕組みの下で、裁判所か信頼性確認団体という半ば公的な性質を有する組織が介在して実質的な審査をなしている。その結果、米国や中国の制度は、日本のそれに比して、悪意の通知者にとって濫用的な通知を送るコストは相対的に小さく、通知が通る成功率も高いと言える。こうした相違点が米国や中国では濫用問題が深刻化している反面、日本ではそれほどでもないという現況をもたらした原因の一つであると考えられよう。

最後に、濫用問題はユーザーの権利保護と密接に関係しているので、ユーザーの保護の現状に関して一瞥する必要があろう。米国や中国では、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの中に「反対通知」が規定されているが、「10〜14 日」あるいは「15 日」の待機期間が規定されており、その間、通知者が事実上の差止効果を獲得することができるため、その間、ユーザーはコンテンツの復活を待たされる不利益を被り、前述したように、このことが、濫用が深刻化する契機となっている。他方、日本のプロバイダ責任制限法上も「7 日」という待機期間が規定されているが、それは米中のようにコンテンツを削除した後でその発信者であるユーザーに対して復活を待たされる期間というわけではない。むしろ全く逆であり、当該期間中、コンテンツは残したままであって、当該期間を徒過してもユーザーから反対通知が来ないということが確定して初めてコンテンツが削除されるという意味で、権利者に対して削除を待たせる待機期間であり、濫用の余地が極めて小さいと言えよう。

第二節　米中日におけるプロバイダ責任制限のルールの分析

以上、米中日のプロバイダ責任制限の社会的な影響を紹介したが、ここではこうした各国ごとにその影響が異なっているという状況の背後にある原因を分析したい。

	権利者の保護の実効性	ISP の責任と義務の軽減	制度の濫用の防止
米	相対的に高い	実体的な審査義務なし 運用としての「red flag test」	濫用問題が存在
中	相対的に高い	条文上曖昧 司法の判断に委ねられている	電子商取引分野で濫用問題が深刻化
日	権利者の保護の早期実現に失敗するおそれ	判断リスク、応訴リスクの負担	濫用問題は顕在化していない

制度を設計したり評価したりする際には、図に掲げた三つの機能のバランスをいかに図るのかということが問題となるところ、米中と日本とでは重視すべき観点を異にしていることが分かる。つまり、米国や中国においては、第一義的には、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きという権利者の保護という側面では極めて効率的なプロセスを導入することにより、ネット上の著作権に関する紛争を効率的に解決する手段を提供することが目指されていると理解することができる。もともとこのプロセスは、権利者の権利の保護を迅速に実現することを優先し、その分、コンテンツをみだりに削除されないというユーザーの利益を犠牲にしているという意味で、両者の公平性よりも、権利の保護を優先的に確保していると理解できる。しかし、とりわけ中国においては、前述したような制度設計の欠陥により、濫用問題が大量に発生しており、効率的な権利の保護を正当化する基盤が危殆に瀕しているといえよう。それに対して、日本では、権利者の権利の保護の迅速な実現をある程度、犠牲にしてもなお、コンテンツをみだりに削除されないというユーザーの利益を優先しており、その意味で権利者とユーザーの間の公平性を重んじていると言えよう。

以下では、この重点の違いの背後にある環境的な要因について分析を進める。

第一款　インターネット上の著作権侵害の数量

中国において効率性が重視されている背景には、数の問題としてネット上の著作権侵害行為が大量に行われているという事情があるのではないかと推察される。例えば、中国においては、2021 年に裁判手続きが開始された知的財産権に関する紛争の件数は 55 万件であり、その中で著作権に関する紛争は 36 万件程度を占めている[118]。しかも、中国の主な電子商取引プラットフォームであるアリババ社が受け取っている通知の数は一年間で数千万件に上る[119]。仮に、中国においてノーティス・アンド・テイクダウン手続きを廃止すると、その結果、例えばプラットフォームを介して処理する紛争件数の 100 分の 1 が裁判手続きに移行するとなると、裁判システムがパンクする可能性が高い[120]。

それに対して、日本では、令和 3 年 4 月 1 日～令和 4 年 6 月 13 日の裁判例のうち、著作権に関する訴訟は 92 件、その中で発信者情報開示請求訴訟が 40 件を占めている[121]。著作権紛争に関する件数が少ないため、訴訟のような時間を要するアプローチを選択し、効率性を一定程度犠牲にしても特に問題にならないかもしれない。

第二款　プラットフォームの役割と位置付け

前述したように、デジタル時代において著作権侵害行為を漏れなく監視することは非常に困難であり、2020 年改正で実現した刑事罰を含むダウ

---

[118] 2021 年知識産権保護状況報告書（https://www.cnipa.gov.cn/module/download/downfile.jsp?classid=0&showname=二〇二一年中国知识产权保护状况白皮书. pdf&filename=c8d9993ab34b402392de0b8eab900078.pdf）。

[119] 2015 アリババ知識産権年報による。また、米国の Google は、DMCA の要件に従って、2015 年だけで削除を要請されたウェブページは 5 億 5,800 万であった。Google は、こうしたウェブページの 98%以上を削除している（前掲注 114 の資料を参照）。

[120] 劉・前掲注 62・133～134 頁。

[121] 公開されていない裁判例もあるかもしれないが、最高裁判所ウェブサイトを参照。

ンロード違法化拡大が人々の意識に与えた影響は限定的であるというデータが公表されていること[122]に鑑みれば、立法により厳しい規制を施しても、著作権侵害が大幅に抑止されるということにはならないように思われる。くわえて、司法に関しても、その役割は、ルール革新の細部に至るまで介入して指示することではなく、事後的な観点から適切な時に典型的な事例を選択し、実施効果やその他の正当な理由に基づいてルール革新の基準を確立していくことであり、評価要素又は標準化されたルールは、将来のルール革新の境界と方向性を導くために使用されるとの議論がなされている。

通信技術やデジタル化が猛スピードで進展していく中で、実効的な権利救済の施策を講じるためには、情報に精通しており技術力を有するプラットフォームに自発的な積極性の発揮を期待することが肝要となる。具体的には、米国では主なプラットフォームが積極的に権利者と協力し、フィルタなどの技術を使用し、あるいは権利者を分類するプログラムを導入するという動きが見られる。中国においては、特に電子商取引分野において、プラットフォームがデータ分析やアルゴリズムなどの技術的手段を用いて動的なルールを策定し、実施することが最も効率的なメカニズムであると指摘されている[123]。

また、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの詳細なあり方を含めて、米国や中国においては制定法の条文そのものでは、プロバイダが免責されるための詳細な要件を定めておらず、実質的なルール形成は裁判例の積上げやプロバイダ自身が定めた取扱い、あるいは業界団体が協力して定める行動規範といった、いわゆる「自主規制」によって形成される部分が大きい。すなわち、米国や中国のプロバイダ免責ルールは、公的機関が直接的に全てを決定するわけではなく、又は私的自主規制によるだけでもな

---

122 文化庁著作権課「侵害コンテンツのダウンロード違法化に関するアンケート調査の結果」（https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/kondankaito/shingaikontentsu/01/pdf/r1422992_08.pdf）（2019 年）、総務省「インターネット上の海賊版サイトへのアクセス抑止方策に関する検討会現状とりまとめ 」（https://www.soumu.go.jp/main_content/000836401.pdf）（2022 年）。

123 ネット上の権利侵害行為を抑止するために、プロバイダの能動性を発揮することの重要性を強調するものとして、劉・前掲注 62・133〜135 頁、蘭・前掲注 62。

く、私的取扱いや公的制度の相互作用関係の中で形成されている「共同規制」と理解できる側面もあると言えよう。このように、プロバイダは、コンテンツに対する一定程度集中的な管理能力を持つため、法執行の効率性や実効性という観点からすれば、公的機関としては違法行為を行う個々の利用者に目を向けるよりも、中立的なプロバイダの実質的な管理能力を上げることに焦点を合わせるべきであると考えられる[124]。

もっとも、このような私的規制が含まれる制度の設計は予測不可能性をもたらすと指摘されるかもしれない。しかし、そのような不確実性を残さざるをえない理由としては、むしろ発展の著しい情報技術に関わるルールの策定において、未だ明確な法的ルールを決定すること自体が困難でありまた適切でもなく、緩やかな自主規制の積み重ねの中からルールを見出した後に、法的ルールの決定を行うことが望ましいという指摘もなされている[125]。

このように、米国や中国においては、プラットフォームが単なる架け橋としての役割に飽き足らず、ネット上の著作権侵害行為の抑止に関して自発的な積極性を発揮することが期待されている。それに対して、日本では、プラットフォームの役割はより受動的であると考えられよう。

第三節　ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入についての考察

以上の分析を踏まえて、日本で、米国のノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入すべきであるかということについて検討する。

日本においては、近時、米国型のノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入すべきかどうかについて議論がなされたが、導入は見送られている。その主な理由として、匿名による情報の発信という法的利益についての配慮、通知の濫用に対する懸念、表現の自由についての配慮、発信者の保護の問題があることが指摘されている[126]。特に日本の現行のプロバイダ責任制限法の基本的な枠組みは、著作権侵害も名誉毀損もその他の権利

[124] 生貝直人「プロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性－欧米の制度枠組と現代的課題を中心に－」情報通信政策レビュー2 号（2011 年）2〜3 頁。

[125] 生貝・前掲注 124・3 頁。

[126] 総務省・前掲注 4 を参照。

も等しく「権利が侵害されたとき」として一括して扱われているところ、著作権分野のみ特別の制度とすることは、現行法制度の根本的な組み換えが必要となり、それだけの変革をなす正当性について疑問も呈されている[127]。また、米国 DMCA においては、通知の濫用に対する制度的な担保があるのに対して、日本には、そのような制度が存在せず、不当な通知を防止する手段が用意されていないという問題があることも指摘されている[128]。確かに、中国がノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入する際にその種の制度的な担保を設けなかった結果、濫用問題が発生したことは既述したとおりである。

まず、中国がノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入する過程で観察された課題に鑑みれば、他国の法制度を導入する際に、制度の基盤となる社会的環境、商業的環境、技術等に関する国ごとの相違点に注意する必要があることが分かる。米国や中国の場合は、ネット上の著作権侵害行為が非常に氾濫している状況にあり、時間やコストを要する訴訟手続きによって対処することに難があるため、紛争の解決の効率性や実効性を優先的に考慮しなければならないという事情がある。しかも、米国や中国においては、デジタル化やオンラインビジネスモデルが急速に進展しており、立法や司法による対応には限界があるため、プロバイダに解決手段の構築を促す必要性がある一方で、権利侵害についての判断を要しないノーティス・アンド・テイクダウン手続きは技術的な手段による自動処理を実現することに技術的なハードルはないと言ってよい。加えて、とりわけ米国では訴訟にかかるコストが非常に高く、一般の権利者にとって負担することが困難であるため、なるべく訴訟ではなく私的プロセスで処理する必要がある。中国においても、著作権の直接侵害に関する規定がそれほど厳しくないことに加えて、著作権侵害の国民的教育が十分に浸透しているとは言い難く、ネット上の著作権侵害行為が氾濫しており、やはり訴訟という重い手続きでの対応を優先することは得策とは言い難い。こうした事情に鑑みれば、米国や中国においてノーティス・アンド・テイクダウン手続きを

[127] プロバイダ責任制限法検証 WG（第 1 回会合）議事要旨〔森田広樹発言参照〕（2010 年）https://www.soumu.go.jp/main_content/000093984.pdf.

[128] 総務省・前掲注 4 を参照。

導入することが正当化しうるとしても、日本でもそれに倣わなければならないと考える必然性はないように思われる。

近時の日本における導入の可否をめぐる議論において指摘されていた課題のうちのいくつかは、制度の設計の仕方次第で回避可能なものもある。例えば、有効な通知のハードルを上げること、待機期間の規定を削除すること、通知や反対通知を発出する際に担保の提供を要すること、濫用行為に刑事罰を設けることなどの対応が考えられよう。しかし、より根本的な課題は、そこまでして導入する必要性があるのかということである。現在の日本におけるネット上の著作権侵害が米国や中国に比肩しうるほど氾濫しているのかということの検証を先行させる必要があろう。もちろん、オンライン上のビジネスモデルやデジタル化の状況は急速に変化する。仮に現在、日本において問題が深刻化していないとしても、将来、著作権侵害行為が過度に氾濫するような事態になれば、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入を図る必要が生じるかもしれない[129]。

---

[129] もっとも、そもそも、はたして著作権侵害行為を完全に抑止することを金科玉条のように至上命題とする必要があるのかということは別途、問題となる。

現在の日本の法的対策は、米国型と比べると、権利者にとって削除を要請するプロセスはより煩雑であり、時間やコストを要するものであると理解できよう。そうすると、権利について相応の経済的利害を有する権利者でなければ、削除要請を申し出るインセンティブを持たない可能性が高い。その結果、それほど大きな経済的な利益を権利者にもたらさない著作物は、無断アップロードされたとしても、その大半が削除されることなく、ネット上に残存することになる。

ところで、かねてより日本の著作権法についてはフェア・ユースがないことが弱点であるという指摘がなされていた（田村善之「日本版フェア・ユース導入の意義と限界」知的財産法政策学研究 32 号（2010 年）1 頁）。しかし、ある程度の経済的な利益が付着していない限り、ネット上の無断利用の多くをそのままとする日本のプロバイダ責任制限法の運用は、図らずも、インターネットの環境下においてフェア・ユースに類似した処理を実現する方策として機能している。かねてより、著作権を侵害するものであっても、権利者が権利行使をしない結果、妨げられない利用を「寛容的利用」と呼んだ上で、そうした寛容的利用があるおかげで、事実上のフェア・ユースが実現し、日本の著作権法制度が抱える構造的課題の深刻化を防いでいるということが指摘されている（田村・前掲注 1『知財の理論』322 頁）。プロバイダ責任制限法が課す権利行使のハードルの高さにより、著作権者の不利益がそれほ

最後に、プラットフォームとしての役割に関して、日本の現行の法制度は、プロバイダは著作権侵害であるかということを判断してもよく、その結果、侵害であることが判明した場合には削除することが必要となるという仕組みを採用しているが、判断する義務がない以上、小規模のプロバイダはそのような判断をなすことはなく、ゆえに、こと権利の保護の達成度という尺度で評価するのであれば、日本の現行制度は実効性を欠いているのではないかという問題点があることは無視しえないだろう。そこで、技術や情報の双方に精通しているプロバイダをして、積極的に権利者と協力し、侵害検出などのようなアルゴリズムでネット上の侵害行為を抑止するよう行動するためのインセンティブを付与することを検討すべきであろう。すなわち、前述した三つの機能のうち、効率性や公平性のバランスを保ちつつ、プラットフォームの役割について受動的なものでなく積極性を発揮するところまで転換する対策が必要であると思われる。

結　章

本稿の目的は、著作権法の第三の波という時代の背景の下で、インターネット上の著作権侵害行為についての対策として、米国型のノーティス・アンド・テイクダウン手続き、すなわち、侵害の通知があればネット上のコンテンツを即、削除することを原則とする手続きを導入することの是非を検討するところにある。

ノーティス・アンド・テイクダウン手続きに係る制度を具体的に設計するに当たっては、権利者の保護を迅速に図る、プロバイダの責任と義務を軽減する、制度の濫用を防止する、という三つの機能のバランスに配慮す

ど大きくない著作物の利用が容認されている事態もまた寛容的利用によってもたらされる効用の一種と呼ぶことができるのではなかろうか。

米国型のノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入するということは、その分、権利行使のハードルを下げ、従前に比して経済的な利益の付着の度合いの小さい著作物がネット上に残存する割合を低下させ、その分、寛容的利用を狭めることになる。そうした状態が、はたして著作権法の究極の目的(の少なくとも一つ)である文化の発展にとって真実、望ましいものであるのか、根本的な検討が必要であることは否めないように思われる。

る必要がある。そこで、本稿は、まず、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きを既に導入している米国や中国において、これらの三つの機能がどの程度、実現しているかということを検証した。その上で、導入の採否が問題となっている日本において権利者・被疑侵害者・プロバイダの間のバランスをとるためには、いかなる方策をとるべきか、ということを、米中との比較という視点を織りまぜて考察した。

第一章では、米国のノーティス・アンド・テイクダウン・プロセスの要件と機能、実務上の運用や展開などを紹介し、米国での運用を概観することにより、制度の意義と得失、今後の展開の方向性について考察した。その結果、侵害件数がそれなりの数に達する米国では、効率的な処理を実現するノーティス・アンド・テイクダウン手続きを採用することに相応の意義が認められるが、近時は、AI により自動的に侵害通知が発せられており、プロバイダ等もまた AI による処理を行う結果、僭称権利者による通知や、侵害ではない情報に対する通知に基づく削除が看過しえない状況になりつつあるという濫用問題が近時、論議を呼んでいる、ということが判明した。

第二章では、米国の制度に倣ってノーティス・アンド・テイクダウン手続きを導入した中国の運用の現状を分析した。そこでは、侵害件数が莫大なものとなっている中国では、なおいっそうこの種の効率的な手続きを導入する必要性があることが確認されたが、他方で、濫用問題に関しては、米国と異なり、この制度の守備範囲をホスティングや検索サービスに止まらず電子商取引に拡大したこと、著作権に限らず商標権などの他の権利の分野にまで拡大したことが相まって、とりわけ商機が一定期間に限られているために、発信者からの反対通知後に一定期間経過してから侵害でなかった情報を復活するのでは間に合わないという状況を奇貨とする濫用問題(e.g.「ダブルイレブン問題」)が極めて深刻化している。

第三章は、日本法の現状の分析に当てられた。日本では、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの代わりに、プロバイダ責任制限法の規律により、プロバイダに権利侵害であると信じるに足りる相当の理由が備わって初めて削除に至るという制度が実施されている。この制度下では、プロバイダは自動的に削除できるわけではないので、権利侵害の有無に関する一定の判断をなさなければならず、そうした判断を誤った場合の責任とい

う課題(「判断リスク」)と、削除を拒んだ場合には、権利者からの訴訟提起に対応しなければならないという課題(「応訴リスク」)を負担している。しかし、他方で、日本では、通知の信頼度を高める信頼性確認団体制度が機能しており、この団体を経由した通知はかなりの確率で正当なものであると信頼できるために、プロバイダ等が負担する前記リスクが相当程度、軽減され、権利保護の実効性も確保されている。

最後に、第四章では、これらの米中日の制度を上述した三つの機能に照らして検証した。その結果、日本においても、著作権侵害がさらに氾濫し、侵害訴訟による対応を優先するという方策では裁判所の処理能力を超えると思料される場合には、ノーティス・アンド・テイクダウン手続きの導入が必要となるかもしれない、という感触を得るに至った。ノーティス・アンド・テイクダウン・プロセスの導入は日本にとっては時期尚早ではあるが、その代わり、技術や情報に精通しているプロバイダに著作権侵害を抑止する方策の開発を促す施策を講じるべきである、というのが本稿の結論である。

【付記】

本稿は、2023 年 2 月 18 日開催のパブリック・ドメイン研究会（兼東京大学知的財産法研究会、北海道大学知的財産法研究会）で行った報告原稿に加筆修正したものである。同研究会の参加者の皆様から貴重なご意見、コメントを頂いた。また、本稿の作成に当たっては、指導教官の田村善之先生から何度も温かいご指導やご鞭撻を頂き、北海道大学大学院法学研究科の髙橋直子特任助手に校正等で大変お世話になった。貴重な意見をくださった多くの方々に、この場を借りて心から感謝申し上げる。