

サーチエンジンにおける 著作権侵害主体・フェアユースの法理の変容

— notice および Google Book Search Project における opt-out 制度を中心に

潮海 久雄

I 問題の所在

1 本稿の課題

本稿は、サムネイル、イン・ライン・リンクに関する近時サーチエンジンのアメリカの裁判例（Perfect 10 v. Google, 416 F.Supp. 2d 828 C.D.Cal. 2006（以下【Perfect 10一審】）、Perfect 10, Inc. v. Amazon.com, Inc., 508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007)（以下【Perfect 10控訴審】）、および Google Book Search Project を取り上げる。これら重要な事案・プロジェクトについて事実関係が詳細に紹介され議論がなされているものの¹、具体的な法的分析および著作権法における意義づけについて論ずべき点が残っていると思われるからである。とりわけ、サーチエンジンにおけるこれらの問題点において、著作権法の公正使用の法理および著作権の侵害主体に対する考え方の変化、ひいては、財産権→不法行為法→フェアユースによる積極的外部性の保護、という著作物の保護手法に大きな変化がみられる。

今日では、ユーザーなどの著作権の直接侵害者以外の者として著作権侵害主体にはさまざまなものがあり、その行為態様も多様であるが、プロバイダやサーチエンジンでは、著作権者の排他権と情報への公衆のアクセスによる創作活動の促進との緊張関係が、インターネット技術により極大化する。そこでは、notice の制度、notice and takedown の制度、ひいては Google Book Search Project における opt-out

1 田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題（1）（2）（3・完）－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号73頁、17号79頁、18号31頁（2007）、作作文雄「Google の検索システムをめぐる法的紛争と制度上の課題（前編・後編）」コピーライト（2007年7月号）27頁、（2007年8月号）28頁、「検索エンジンの法制上の課題について」（著作権分科会デジタル対応ワーキングチーム）（平成20年5月22日）参照。

制度など、特有の法制度が発達すると同時にフェアユースの法理が争点となっている。したがって、これらの制度は、アメリカ法のフェアユースおよび著作権の侵害主体の法理の基礎的な考え方と密接に関連していると考えられる。財産権とパブリック・ドメインの中間の制度として無限に選択肢がありうるが、その中で **notice** ないし **notice and takedown** および **opt-out** 制度が発達してきた根拠を探索することは、これらの個々の制度の枠をこえて、デジタル時代における情報の頒布とアクセスを保障する、という情報財保護としての著作権法の役割を再考することにつながる。

また、わが国では「日本版フェアユース」という標語のもとに立法論が検討され、写りこみ・引用・パロディなどの事例で、著作権の個別の制限規定、支分権、著作物性の各要件の解釈が困難であったものを容易にする趣旨が指摘されているものの、それだけではフェアユース導入の意義は小さい。とくに、わが国のフェアユース規定が主に念頭においている著作権侵害主体の場面においてどのようにフェアユース規定が機能するかについて議論が乏しい。したがって、日本版フェアユースの根拠、内容、問題点、適用範囲の具体化は今後の課題となっている。この状況で、サーチエンジンというインターネット上のマージナルな事例について検討することは、フェアユースの法理、著作権の侵害主体の問題についての新たな理解に資すると考えられる。

前拙稿²では、著作権侵害の責任主体について、間接行為者の行為が社会に便益を与えると同時に著作権者に損害を与えているという実態から、生活妨害や製造物責任などの不法行為法の視点から考えるべきことを主張し、わが国のいくつかの著作権裁判例にもそのような考え方が現れていることを示した³。またあわせて、私的複製が重要となっていること、および、著作権とりわけ複製権・公衆送信権も物権的な権利としての理解を見なおすべきことを主張した。本稿は、この著作権侵害主体の議論をおしすすめ、サーチエンジンの事例に現れている **notice** および **opt-out** 制度の機能・位置づけを検討することにより補完するとともに、内容がいまだ不明

2 拙稿「著作権侵害の責任主体—不法行為法および私的複製・公衆送信権の視点から」『現代社会と著作権』（斉藤博先生御退官記念論文集・2008年・弘文堂）197頁（以下、拙稿・不法行為法として引用する）。

3 なお、わが国では、不法行為法は損害の填補が主目的であり、また客観的関連共同性があれば共同不法行為が成立し損害賠償責任を負う（民法719条）。これに対して、本稿は不法行為法（*tort*）の考え方を差止請求権における分析視角として用いている。

確な「日本版フェアユース」の機能および正当化根拠について一歩具体化することも意図している。

そこで、まず著作権制限の一般規定（日本版フェアユース）の導入が主張されている背景と理論的根拠、および導入の際の問題点を明らかにする（Ⅰ2）。次に、近時のアメリカのサーチエンジンに関する事例および Google Book Search Project を説明する（Ⅱ）。そのうえで、サーチエンジンに関する侵害主体に関わる判例法理および notice and takedown 等の諸制度の根拠を不法行為の枠組みから位置づけ、その問題点・適用範囲を示す（Ⅲ）。あわせて、フェアユースにおけるアメリカ判例法理とサーチエンジンの事例・プロジェクトとの整合性を考察する（Ⅳ）。さらに、このプロジェクトにおける opt-out 制度の根拠を解明し、個別制限規定とフェアユースの併用を検証する（Ⅴ）。最後に、著作権侵害主体とフェアユースの法理の背後にある考え方の変化を明らかにしたい（Ⅵ）。

なお、本稿では、著作権者などの権利者を X、複製行為など直接行為を行う者を A、間接行為者などの責任主体となりうる第三者を Y と表記する。

2 日本版フェアユースの背景

（1）判例

判例法理は一般に最高裁判決などの積み重ねにより発展し、それが法的安定性を与えている。わが国の裁判例は、著作権の侵害主体の事例について、A（顧客）が Y（カラオケ店）の人的支配関係にある〔クラブキャッツアイ〕最高裁判決（最終昭和63年3月15日民集42巻3号199頁）を、物を提供する事例にも引用し、Y が A に対して支配・管理があれば Y も侵害主体となるとする基準を定立している。さらに近時の裁判例は、A の私的複製を全く考慮せず、Y のシステムが複製過程において重要部分である場合は、支配・管理があるとしてほとんどの場合 Y を侵害主体としている（〔ロクラクⅡ一審〕⁴、〔MYUTA〕⁵）。このように裁判所が侵害のルールを一般的に適用すると柔軟な救済に欠けるためフェアユース規定が必要となる。

4 東京地判平成19・3・30平成18年（ヨ）22046号（海外の子機を使って国内の親機により番組録画を予約し、録画された番組を Y のサーバーを介してメールで送るサービスを、親子機のレンタルで行った事例）。

5 東京地判平成19・5・25判時1979号100頁〔MYUTA〕（Y のサーバーを介したストレージサービスの中心となる複製行為および公衆送信の過程に Y が全面的に関与しているとして侵害主体性を肯定）。

これに対して、知財高判平成21年1月27日平成20年（ネ）第10055号〔ロクラクⅡ控訴審〕は、Aが親機を自己管理している場合と目的や諸事情はかわらず、Yが提供するサービスは、Aの自由な意思に基づいておこなわれる適法な複製行為を容易にするための環境・条件を提供しているにすぎない。したがって、Yが録画行為を実質的に管理・支配しているとみることはできず、実質的に録画主体はAであるとして私的複製を認め、原審を覆した。もっとも、この事例と私人Aが複製を業者に委託した事例との区別が不明確となる点で法的安定性を欠く可能性がある。

（２）立法論の行き詰まり

特許間接侵害規定導入にも支分権拡張にも問題点がある⁶。

（３）フェアユースの法理の根拠—著作権（支分権）の拡大と著作権の個別制限規定の非対称性

フェアユースの法理という著作権制限の一般条項を規定することが許容されるかは、著作物のデジタル化やデジタル通信が発達した現状において、著作権の支分権の規定と著作権の制限規定のバランスがとれているかという観点から考察すべきであろう。

本来、無体財貨ないし情報の侵害行為態様が多様で不明確であることから、著作権法上、著作権は支分権として具体個別的に規定されている。したがって、著作権の制限規定についても具体的に限定して規定するのが本筋であろう⁷。著作権の制限規定のみを一般的に定め、無体財貨について侵害とならない行為態様を具体的に定めないことは予測可能性がなく、また、著作権の支分権の規定の仕方とアンバランスのように見える。

しかし、今日のデジタル通信において著作物利用の実態は多様化し、排他的権利としての支分権が実質上一般化され拡大する一方で、著作権の制限規定は例外として個別に細かく要件が書き込まれ限定されている。とりわけ、デジタル通信ではいたるところで複製⁸・送信を伴うため、複製権、公衆送信権⁹という支分権は境界がなく、実質上一般条項として機能している。

敷衍すると、立法により、著作物性、権利、保護期間、支分権という著作権法上

6 拙稿・不法行為法224-226頁参照。

7 中山信弘『著作権法』（有斐閣・2007年）480頁。拙稿・不法行為法207頁。

8 コンピュータのメモリ、バッファなど。

9 [MYUTA]は、サーバーの中は区分けしたとしても私的な送信・受信ないし私的複製ではなく、公衆送信ないし複製権侵害にあたるとしている。

の権利が拡大している。また、情報契約¹⁰、技術的保護手段（Digital Rights Management system）という、著作権法外での著作権者の保護が及ぶ範囲は急激に拡大している。さらに、前述のとおり、著作物を伝達する役割を果たす間接行為者が原則として著作権侵害主体とするわが国の裁判例の傾向を考え合わせると、私的複製を含めた著作権の個別制限規定が適用されることは事実上まれであり、著作権が新しいユーザーや競争者を実質上排除するよう機能している。これら著作権の実質的に急激な拡大とのバランスを勘案すると、著作権の制限についてもフェアユースの法理という一般条項を認めるべきであろう。

（４）前提—フェアユースの法理と侵害主体（寄与侵害）の関係

フェアユース規定は、わが国に導入された場合、直接侵害者以外の間接行為者の責任を問う事例において、どの局面で適用されるのだろうか。つまり、XY 間において侵害主体の問題を含めてフェアユースが適用されるのか（Sony 判決参照）、それとも、Y の直接侵害にフェアユースが適用される一方で、寄与侵害規定が XY 間で適用される際には¹¹フェアユースは適用されないのか（Perfect 10判決参照）。

わが国の裁判例は、著作権の侵害主体がYかAかを議論する際にAが私的複製にあたるかをあわせて論じていた（[スターデジオ]¹²、[録画ネット事件保全異議]¹³など）。その上、わが国の裁判例が侵害主体をYに対する直接侵害という法律構成を採用している以上、公正使用の法理はXY間で直接適用され、それに尽きるように思われる。アメリカの侵害主体に関する初期の Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984) も、フェアユースはXY間に適用され、その枠内で、Aのtime-shifting目的の複製が非商業目的であり、特許法の寄与侵害の汎用品（staple article of commerce）の要件が援用されているように読め、フェアユースの枠内で侵害主体の問題も考慮していたように思われる。

これに対して、近時のアメリカの Perfect 10判決などは、Yの直接侵害に対するフェアユースはXY間で適用されるが、Yの寄与侵害についてはXA間でのみフェアユースが適用され、その後、XY間では適用されない。XY間の訴訟において私

10 拙稿「デジタル情報契約と著作権法の関係」L&T 24号26頁（2004年）参照。

11 アメリカ法の寄与侵害においてはAの直接侵害行為が必要であるため、Aについてフェアユースが適用されうる。

12 東京地判平成12・5・16判時1751号128頁（Aが受信チューナーに接続した録音機器によってMDに録音する行為は30条1項にあたる）。

13 東京地決平成17・5・31平成16年（モ）15793号。

的複製かは無関係と考えるのもこれに近い（[ロクラクⅡ一審]）。つまり、XY 間では直接侵害プラスフェアユースと、寄与侵害の問題を明確に分けている。このような考え方は、わが国の立法論として、フェアユースと独立に、侵害主体の問題として教唆行為等の支分権や寄与侵害規定を立法した場合に妥当しうる¹⁴。

フェアユースの法理が機能する局面も、形式的には両者で異なる。前者の枠組みではフェアユースを適用する中で、侵害主体の問題で議論されてきた私的複製等の考慮も一括して考慮されることになる。つまり、複製行為主体を Y とした後にもフェアユースが適用されうる。後者の枠組みでは、フェアユースの法理は XY 間において直接侵害を免責するにとどまり、その後、寄与侵害（二次的侵害）が成立するかでは A についてのみフェアユースが適用される。

本稿では、近時のアメリカの裁判例の枠組みに則して、フェアユースの問題と侵害主体（寄与侵害）の問題に因数分解し、サーチエンジンで問題となる notice の制度および opt-out の制度を検討する。その後両者を総合すれば、フェアユースの問題の中で侵害主体の問題を考慮する考え方にも応用できると考えられる。

（５）予測可能性の問題

問題は、アメリカのフェアユースの法理は、その判例の展開にみられるとおり、裁判例の積み重ねによる安定的な発展になじみにくく、事実関係が微妙に異なっただけで結果が大きく異なり、予測可能性がない点である。しかし他方、アメリカ法では、Google Book Search Projectに見られるとおり、情報の普及やアクセスおよび情報の再生産を促すこと、また、iPod、Google などデジタル通信・インターネット上のイノベーションなどを促進し積極的外部性（positive externality）¹⁵をもたらしたとして、フェアユースの歴史的意義を高く評価する見方も有力である。そこで、アメリカのフェアユースの判例法はどの程度の幅で揺らいでいるのか、また、このような予測不可能性を凌駕して、積極的外部性を著作権法の目的としてどこまで考慮すべきかが問題となる。本稿では、その顕著な具体例としてサーチエンジンに関

14 「デジタル・ネット時代における知財制度の在り方について（報告）」（知財戦略本部・平成20年11月27日）では公正使用の問題と著作権の侵害主体の問題を分けて論じている。

15 外部性とは、ある経済主体の行動が、市場における取引を通じることなく、別の経済主体の経済環境に影響を与えることをさす。公害等は消極的外部性（外部不経済）として、教育や情報の流通などは積極的外部性（外部経済）として定義される。前者の財は排除コストが大きいため市場取引をおこなうインセンティブを失い、供給が過大となる。後者の財はフリーライドされるため、供給が過小となる。奥野正寛編著『ミクロ経済学』（東京大学出版会・2008年）307、312頁。

する問題を以下検討する。

II サーチエンジンに関するアメリカの裁判例・プロジェクト

1. アメリカの裁判例

(1) Perfect 10一審と控訴審

サーチエンジンにおけるYの利用行為の態様として考えられるのは、キャッシュリンク、サムネイル、イン・ライン・リンク¹⁶である。

Perfect 10判決は、Google (Y) が、(i) スードモデルの写真のサムネイル表示を保存・表示する行為（直接侵害およびフェアユース）、および(ii) イン・ライン・リンクを張る行為（直接侵害、寄与侵害、代位責任）が問題となった。サムネイル表示について、一審・控訴審とも直接侵害を認めたが、フェアユースの点で判断が異なった（一審否定、控訴審肯定）。イン・ライン・リンクについて、一審・控訴審とも直接侵害および代位責任は否定したが、寄与侵害の点で判断が異なっている（一審否定、控訴審肯定）。

フェアユースと寄与侵害の結果を総合すると、一審はサムネイル表示の直接侵害を認めたが、控訴審はイン・ライン・リンクについて寄与侵害の成立の有無を審理すべく差し戻しており、著作権という財産権に基づく差止請求による解決から、不法行為法（tort）上の考慮による解決へと変化している。

以下では、フェアユースと寄与侵害に分けて説明する。

(2) フェアユース

サムネイル表示について、一審も控訴審も直接侵害を認めた。ところが、一審はフェアユースを否定したのに対して、控訴審は、フェアユースにあたるとした。

16 キャッシュ・リンクは、ユーザーが検索した結果、Googlebot が最近オリジナルのページを訪問した際にキャッシュとして複製し保存したコピーにリンクされているものである。サムネイル表示は、検索結果にオリジナルの画像を小さくして表示したもので、ユーザーがクリックすると Google が保存するキャッシュからのサムネイル画像と、オリジナルのサイトにリンクを張った表示がフレームで表示される。イン・ライン・リンク（In-line link）は、リンク元のウェブページが立ち上がった時に、自動的にリンク先のウェブサイトの画面又はその一部のファイルが当該ユーザーの端末に送信されて、リンク先のウェブサイトがユーザーの端末上に自動表示されるように設定されたリンクをさす（電子商取引等に関する準則（平成18年2月）経済産業省）182頁、Kelly, 336 F.3d, at 816, Perfect 10, 416 F. Supp. 2d, at 838）。なお、イン・ライン・リンクについて、田村・前掲注（1）知的財産法政策学研究17号100-101頁参照。

一審は、第1要素（著作物利用の目的と性質）について、同じサムネイル表示に関する *Kelly v. Arriba Soft Corp.*, 336 F. 3d 811, 815 (9th Cir. 2003) の場合よりも変形的（transformative）でないとした。その理由は、Yのサムネイル表示がXの携帯電話における縮小サイズのイメージを販売する権利を奪う（supersede）点と、Xの写真の侵害サイトがYの提供する AdSense プログラムを利用しており、Yの利用が商業的性格を有する点である。第4要素（利用による著作物の潜在的市場への影響）については、Kelly 判決の理由づけにしたがい、サムネイル表示はXのフルサイズのイメージの市場を侵害しないが、縮小サイズの携帯のダウンロード市場に影響を及ぼすとしている（*Perfect 10*, 416 F. Supp. 2d, at 850-851）¹⁷。

これに対して、控訴審は、第1要素として、パロディが原著物に光を当てて新しい著作物を創作することによって社会的便益をもたらすように、サーチエンジンは原著物を電子検索ツールに組み入れることにより社会的便益（公の利益）をもたらす点を強調している。そして、パロディは原著物と同じエンターテインメント目的であるのに対して、サーチエンジンは原著物に対して全く新しい利用をもたらし、異なる文脈で利用される点でパロディよりも変形的であるとした。その上で、本件利用の変形的性格は、偶然の代替的な利用や小さな商業的性格よりも重要であるとした。

第4要素についても、本件のように高度に変形的な利用である場合には、商業目的であったとしても、市場を代替せず市場への損害は推定されないとした¹⁸。

また、控訴審では、当初、フェアユースの主張・立証責任を Sony 最高裁判決にならって、X側にあるとしていた（487 F. 3d 701 (9th Cir. 2007)）が、後に、Y側にあるとして修正した（508 F. 3d 1146 (9th Cir. 2007)）。

（3）寄与侵害

検索の結果表示される Y のイン・ライン・リンクにより、X のオリジナル画像を無断複製・掲載している第三者のサイトにつながる点¹⁹について、展示権、頒布権の直接侵害とともに寄与侵害が問題となった。

17 第2、第3要素については控訴審と同様に判示している。

18 第2要素について、Xの写真は創作的であるが、インターネット上に既に公開されているとして、少しXに有利に働くとした。第3要素についても、サーチエンジンの目的から全体を複製することは合理的で必要もあるとして中立に働くとした。

19 一審は、イン・ライン・リンク先のユーザーの無断のダウンロードについては証拠がなく、ユーザーのキャッシングもフェアユースにあたる可能性が高いとした。

【Perfect 10一審】は、寄与侵害の成立について、Yが第三者の侵害行為を知っていたことと、侵害行為に寄与したかについて検討した²⁰。後者について、NapsterのようなP 2 Pと多くの点で区別し、サーチエンジンのイン・ライン・リンクは、ウェブサイト上の写真という、もともとアクセス可能な情報検索を容易にするものにならず、サーチエンジンの有無に関わらず侵害サイトは存在しアクセス可能であるため、Yに寄与がないとした（Perfect 10, 416 F.Supp. 2d 828, at 855-856）。

これに対して、【Perfect 10控訴審】は、一審が侵害サイトへ奨励する広告等をおこなっていなかったことから侵害行為に寄与していないとした点を批判し、侵害サイトが著作権侵害のコピーを世界中の市場に頒布する（distribute）すること、および世界中のユーザーがアクセスすることを幫助（assist）したと判示した。

理論的には、Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster Ltd., 545 U.S. 913 (2005) で示された寄与侵害の2類型²¹のうち、第2の、特定の行為により意図的に侵害を奨励している責任類型について、Grokster判決が過失責任（fault）に基づいた不法行為法（tort）の原理を採用しており、行為者が直接侵害の結果が必ず生じる措置を意図的にとった場合には、その行為者は意図的に直接侵害を奨励したことについて寄与侵害の責任を負うとした²²。その上で、サイバースペースに関するA&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001)²³や Religious Technology Center v. Netcom On-Line Communication Service, Inc., 907 F.Supp. 1361 (N.D.Cal. 1995) も、寄与侵害の趣旨・要件²⁴の点ではGrokster判決と整合しているとして、Napster判決の要件やNetcom判決の執行方法を援用して以下のように

20 前者について、Yはnoticeを受け取ってはじめて侵害しているかを判断できるとした上で、noticeが侵害したサイトのURLと原著作物の表示の2つの点で不完全であったと認定したものの、後者の点で寄与侵害が不成立とした。

21 第1の、非侵害用途を有する製品を頒布する類型については、Sony判決に依拠すれば侵害を促進したという理由のみでは侵害とならず、また自動的に侵害を回避する技術を開発しなかったというだけでは侵害とならない可能性を判示した。もっとも、本件ではXがYのサーチエンジンのデザインに基づいて侵害を主張していないため、Sony判決により免責されないとしている。なお、本件サーチエンジンは、Grokster判決が結論として示した著作権侵害の積極的誘因（Inducement）に該当しないと判示している。

22 さらに、判旨は以下のように述べる。コモンローから生じる過失に基づくルール（Grokster, 545 U.S. at 934-35）に照らして寄与侵害を分析すると、不法行為法は、行為から当然生じる結果を引き起こす意図を行為者に帰責する。Sony判決は特許法の汎用品（staple article of commerce）の法理を援用した際にこの不法行為法の原理を採用している（Grokster, 545 U.S. at 932）。

23 運営者が特定の侵害物が利用できることを知り、かつユーザーのアクセスを援助し、かつそれを除去しない場合には寄与侵害としている（Napster, 239 F. 3d at 1021-22）。

定式化した。すなわち、サーチエンジンの運営者Yは、特定の侵害物品がサーチエンジンによりアクセスしえたことを現実に認識した上で（Napster, 239 F. 3d, at 1022）、原告の著作物にさらに損害を被るのを防止する「簡易な手段」（simple measures）²⁵をとりえた（Netcom, 907 F. Supp. at 1375）。にもかかわらずとらなかった場合には、寄与者として責任を負う（Perfect 10, 508 F. 3d 1146, at 1172-73, 1176-77）。これらの事実審理²⁶のため一審に差し戻した。

2 Google Book Search Project

Googleは2004年にGoogle Print Library Projectをたちあげ、後にGoogle Book Search Projectに拡張された。これは、世界中のアナログの書籍をスキャンして、デジタルの形で保存し、その一部を検索・ダウンロードの形でユーザーに提供するものである。世界のいくつかの著名大学の図書館と提携しており、また、出版社との訴訟も和解した²⁷。広義には電子図書館で、将来はテキスト以外の映像も含まれる。

本稿では、Google側から主張されているopt-out制度をとりあげてその正当化根拠を探る。

24 Napster 判決も Netcom 判決も意図の認定を要求し、プロバイダが侵害行為を防ぐことを意図的に怠ったことが寄与侵害責任を課する基礎となるとしており、また実質的寄与という要件とも整合するため、Gorkster 判決と整合する。また、両判決とも世界中のサイトにアクセスを促進するサービスは小さな侵害行為を拡大し、ダウンロードする A が多いと損害が拡大し、X は Y を訴えるしかない点も共通する。

25 Google (Y) にとって簡易な手段は判旨から明らかでないが、著作権者が挿入したデジタル透かし (digital watermark) を認識するアルゴリズム開発が考えられる。そこでは、当該著作物をコピーできないと、当該サイトが合法か判断し、当該サイトが違法の場合には索引をつけることができずサムネイルも創作できない。Notes, Perfect 10 v. Amazon.com: A Step toward copyright's tort law roots, 23 Berkeley Tech. L.J. 373 (2008).

26 X から Y への notice が適切であったのか、notice によって Y が特定の侵害行為について現実の悪意を有したのか、Y が侵害サイトへのアクセスを遮断する合理的で実行可能な手段を有していたかについてである。

27 アメリカの著作権者団体 (Authors) およびアメリカ出版社協会 (Association of American Publishers) と Google の間で合意が成立した (2008年10月28日)。和解契約書について、<http://books.google.com/booksrightsholders/agreement-contents.html> 参照。

Ⅲ サーチエンジンの侵害主体性—アメリカの判例法理と notice and takedown

1 緒論

前述のサーチエンジンの裁判例は、従来のアメリカの裁判例からみてどの点で共通し、またどのような特徴を有しているだろうか。【Perfect 10控訴審】は、イン・ライン・リンクにおける寄与侵害について、Sony 判決および Grokster 判決の両判決の根底に、不法行為法の原理があるとして、これら両最高裁判決との連続性を強調している。その上で、侵害物品がサーチエンジンによりアクセスしえたことを現実認識した上で、原告の著作物がさらに損害を被るのを防止する「簡易な手段」(simple measures) をとりえたのにとらなかったかを問題としている。第1の、悪意であることが必要であるという要件について、集中型のP2Pに関するNapster判決を引用している。また、第2の、告知を受けただけではたりず、現実認識した上で簡単な防止手段をとらなかったかという執行方法の点について、電子掲示板(BBS)へのアクセス・プロバイダの責任が問題となったNetcom判決を引用している。そこで、この2つの判決を検討する。

2 Napster 判決

Napster のサービスは、そのサイトからソフトウェアをダウンロードすると他の加入者のハードディスクの音楽を共有する状況となり、Napster のサーバーのディレクトリに索引(index)された音楽を自由にダウンロードできるものである。

判旨は、Y が場所と設備(site and facilities)を提供したとして寄与侵害を肯定し、代位責任の成立も理由にNapster のファイル共有サービスに対する暫定的差止命令を認めた。寄与侵害の認識(knowledge)の要件については、Netcom 判決をひきつつ、特定の侵害物がNapster のシステムで利用可能なことをY が現実認識し、侵害の提供者によるシステムへのアクセスを遮断できたにもかかわらず侵害物を除去していないとし、差止の範囲についても右の限度に限定している。そして、このような認識のある本件では、当該ソフトが実質的に非侵害用途を有することを理由とする Sony 判決の援用を認めなかった。

3 Netcom 判決

Netcom 判決は、教会（X）に不満を持つ者（A）が教会の未公表文書を USENET（インターネット上のニュースグループの掲示板）にアップロードし、最初のアップロード先の掲示板と、これをインターネットに接続するアクセス・プロバイダ（Netcom）（Y）が寄与侵害の責任を負うかが問題となった²⁸。

判旨は、寄与侵害について、Y が当該侵害部分を削除するよう告知（notice）を受けただけでは成立せず、主観的要件として、特定の侵害行為についての現実の悪意に関する立証が必要であるとしている。その根拠は、X の notice における著作権表示の有効性まで X に立証させることは不要であるが、かといって、Y がユーザー会員 A にフェアユースの抗弁が成立するかについて判断を迅速かつ公平におこなうことも困難である。そこで、「A にフェアユースの抗弁の可能性があること、複製物に著作権表示が欠けていること、X が侵害行為の証明に必要な書類を提出していないこと」などの理由で、Y（運営者）が侵害の主張を合理的に立証できない場合には、Y は認識を欠いており、放置した点について寄与侵害責任を負わないと判示した（Netcom, 907 F.Supp. 1361, at 1374）。また、実質的な関与の要件について、Netcom（Y）は地主と異なり指揮監督を放棄していないため、さらに侵害が拡大するのを容易に防止する措置をとれるにもかかわらず、知りながら A によるポスティングを放置することは寄与侵害にあたるとしている。

Netcom 判決は、物を提供する事例と異なり、Y が A にその施設等を提供している事例であり、直接侵害も寄与侵害も否定した。ところが、その直後の *Fonovisa, Inc. v. Cherry Auction, Inc.*, 76 F. 3d 259, 263 (9th Cir. 1996)²⁹は、同じ施設の提供に関する事例において、Y に容易に寄与侵害、代位責任を認めた。同様の事例であるため、両判決は対比して議論されている³⁰。

28 直接侵害については、インターネットを機能させるに必要なシステムをセットアップし作動させるにすぎない無限の当事者に直接侵害の責任を負わせるべきではなく、意図ないし因果関係（volition or causation）が必要であり、単に、第三者による複製を作るために利用されているだけでは足りないと判示した。事案および直接侵害の詳細は、田村・前掲（1）知的財産法政策学研究16号78-80頁参照。

29 音楽レコードの海賊版の売主に場所を貸していたノミ市の運営者は、寄与侵害の責任および代位責任を肯定した事例。

30 山口勝之「サービス・プロバイダの法的責任（上）」NBL641号33頁（1998年）。

4 DMCA における notice and takedown 手続

Netcom 判決が示したルールは、後に、プロバイダ責任法の文脈で、アメリカ著作権法512条の4類型のうち2タイプの形で立法化された。512条（a）はデジタルネットワーク通信過程での一時的複製を免責した。512条（c）は、ユーザーの指示によって蓄積される情報（ホスティング）において作成されるコピーを免責する。ただし、適切な侵害の告知（notification）を受けたにもかかわらず調査せず、侵害物品を取り除かない場合には侵害となる。

その他、512条（b）はキャッシングの免責、512条（d）は情報探索ツールの損害賠償および差止についての免責を定める。

512条は特に、情報蓄積、キャッシング、情報検索ツールの免責（17 U.S.C. § 512（b）（2）（E）（i）、（c）（1）（A）、（d）（1）（A））については、Netcom 判決と類似する notice and takedown 手続を定めている。もっとも、Netcom 判決は Y の現実の悪意を要件とし、notice に対して11日間侵害物を削除する必要はないとするが、512条は notice に対して速やかに削除する必要がある（§ 512（c）（1）（C））点で相違する。

5 notice および notice and takedown 制度の根拠・問題点・適用範囲

（1）notice and take down の根拠

第1の根拠は、プロバイダは毎秒何千ものファイルを複製・送受信しており、著作権侵害とならないよう逐一監視し権利処理することは困難であり、インターネットが有効に機能しなくなる。そこで、X からの notice による警告がある場合以外は一般的監視義務を負わないとする制度設計が有効である。X にとっても差止請求による訴訟よりも notice の方が簡易な手段である。その上で、プロバイダなど（Y）は、コンピュータ技術を有しており、著作権者よりも、著作権侵害に関する最安価損害回避者として著作権侵害を除去する簡易な手段をとる義務を課することが効率的である。もっとも P 2 P と比べて、プロバイダや検索エンジンには公衆からの広いアクセスがあり、かつ一般的機能を有するためより軽い義務で足りる。

第2に、このような notice and takedown 手続は、X が Y に正しい情報を開示するインセンティブを有し（512条（f）など）、Y も X に協力して発信情報をすぐ削除

31 Michael L. Rustad & Thomas H. Koenig, Rebooting Cybertort Law, 80 Wash. L. Rev. 335, 397 (2005).

するインセンティブがあるとして、侵害用途と非侵害用途も有するプロバイダにおいて、著作権者側およびプロバイダ側の双方にとり迅速に侵害情報を削除できる枠組みができあがっているとされている³¹。

（2）notice and takedown の問題点

第1の批判は、特定のカテゴリーの技術について個別に著作権の制限を規定せざるをえず、P 2 P など新しい技術に対応できない点にある。もっとも、これは著作権の個別制限規定一般に対する批判であろう。

第2の批判は、512条の免責の範囲が限定されている点にある。対象となるプロバイダは4種類のみで、かつ notice and takedown 手続を備え、かつ繰り返し侵害を行う者を加入者から除外し、技術的保護手段を備えたものに限定される（512条（1）（1））。その上、侵害主体については、代位責任（Vicarious Liability）（Fonovisa 判決）（512条（c）（1）（B））や積極的誘引（Inducement）（Grokster 判決）が判例法理により肯定され、侵害を防止できたということからプロバイダも侵害主体とされ、寄与侵害と別個に定めた512条（DMCA）によるプロバイダの免責の意義が小さくなっている

第3に、他の知的財産権（特許権、商標権）ひいては、不法行為（プライバシーや人格権侵害）についての免責が一様でないために、Y にリスクが生じ、X 側も Y の免責の余地が小さい主張に作り変えるおそれがあるという批判である³²。

第4は、このようにプロバイダの免責が限定されていることから、著作権者からプロバイダ等への告知（notification）には疑わしいものが多いにもかかわらず、事実上プロバイダは請求のあった全ての著作物を削除せざるをえず、発信者の表現の自由の保護に欠ける点である³³。

（3）アメリカの裁判例における notice の根拠

Netcom 判決は、Y に既に生じた侵害行為についての現実の悪意を要求した。これは、Y が notice を受けた後、実際に侵害があったかについて調査する余地を認め、早急に除去しないようにして Y の適性手続ひいては A の表現の自由を保障する趣旨であり、notice and takedown と区別している。つまり、寄与侵害の悪意は、現

32 Mark A. Lemley, Rationalizing internet safe harbors, 6 Journal on Telecommunications & High Technology Law, 101 (2007).

33 Alfred C. Yen, Internet Service Provider Liability for Subscriber Copyright Infringement, Enterprise Liability, and the First Amendment, 88 Geo. L.J. 1833 (2000). なお、その発言が削除された発信者から Y が counter notice を受け取ることは10パーセントもないという。

実の侵害を認識していたにもかかわらず放置したことに対するサンクションであるのに対して、512条の notice and takedown における notice はプロバイダに侵害の有無について調査を開始させるために侵害の主張を告知するにすぎない³⁴。もし寄与侵害の成立に現実の悪意を要求しなければ、プロバイダは全ての情報交換を監視せねばならず、プロバイダのみが実際の侵害主体と考えるユーザーは侵害を継続することになりうる。

（４）アメリカの裁判例における notice の問題点

しかし、現実には侵害について悪意か否かの区別は困難である。Napster 判決では特定の侵害行為に対する現実の悪意が認定されているが擬制に近い。とりわけ、サーチエンジンは自動的にコンテンツを index するため、特定の侵害行為の悪意の要件を要求すると大部分の場合にこの要件を満たさず Y の責任を問えない。かといって一般的認識で足りるとすると、Netcom 判決や Sony 判決などの先例と矛盾する。

また、notice を受けているにも関わらず寄与侵害上の悪意でないと認定することは困難である。わが国の特許寄与侵害の主観的要件についても、警告後の行為は実質上悪意とされている³⁵。アメリカの裁判例も、512条の notice and takedown のテストを寄与侵害の悪意のレベルに用いており、明確に区別できていない（CoStar Group Inc. v. LoopNet, Inc., 164 F. Supp. 2d 688 (D. Md. 2001)）。これはいずれの制度も、notice を通して Y の悪意の水準を高めることにより、第三者による著作権侵害の責任を問う簡易な手段である点で共通するからであろう。さらに、アメリカでは notice が適切かどうか、notice により Y が現実の悪意にいたったかの事実認定が争われている。とくに、notice and takedown 手続では、「現実の悪意がない場合で侵害を基礎づける事実や状況を知らない場合」免責されている（512条（c）（1）（A）（ii））³⁶ものの、この認識の意味が不明確であるため、YouTube は著作権者から

34 Emily Zarins, Notice versus knowledge under the Digital Millennium Copyright Act's safe harbors, 92 Cal. L. Rev. 257 (2004). その他の相違として、判例法による寄与侵害によればさらなる現実の悪意の立証が必要であり、notice による侵害の悪意は調査終了までの暫定的なものにすぎない。さらに、notice を受けたときには侵害を調査するための時間が必要であり著作権者とプロバイダの共同責任であるのに対して、寄与侵害が成立した時点では Y が調査し侵害物を取り除いても手遅れである。

35 『平成14年改正産業財産権法の解説』31頁。実際の裁判では、相手方の悪意（「その発明が特許発明であること」及び「その物がその発明の実施に用いられること」の認識）を立証することは困難であるが、相手方に警告状を送付した後は相手方の悪意は比較的容易に立証可能としている。

の notice に対してすぐに何度も削除せざるをえなかった。その上でさらに、悪意か否かをめぐって侵害訴訟が提起され、ユーザー ID 等の情報の引渡命令がくだされている（Viacom Intern., Inc. v. YouTube, Inc. S.D.N.Y., 2008）。

第2の批判は、アメリカの裁判例が notice の制度をひいているのは、サーチエンジンのイン・ライン・リンク（Perfect 10判決）、集中型 P 2 P のサービス（Napster 判決）、電子掲示板（Netcom 判決）、わが国裁判例では電子掲示板（東京高判平成 17・3・3 判時1893号126頁〔2ちゃんねる小学館控訴審〕）であるが、著作権の侵害主体の全ての類型について有効とは限らない、という点である。

たしかに、notice の制度は、プロバイダ、電子掲示板、YouTube へのポスティング、サーチエンジンなど、インターネット上での複製が明らかな場合や相当な理由を示せる場合は有効であろう。しかし、time-shifting や space-shifting 目的のテレビ録画サービスや iPod など、ユーザー A によるデジタルの私的複製が違法かどうかという微妙な判断が関わる場合（物の提供の事例）〔ロクラクⅡ一審〕（侵害）と〔ロクラクⅡ控訴審〕（非侵害）を参照）、notice の制度は機能しにくいと思われる。つまり、Netcom 判決から示唆されるように、Y が notice を受けたとしても、A による私的複製が合法か違法かは、掲示板へのポスティング等以上に不明確であって Y としては侵害の成否を判断できないため悪意と認定されず、結果として notice の制度が機能しないおそれがある。

（5）わが国におけるプロバイダ責任制限法

わが国のプロバイダ責任制限法は、notice and takedown のような仮処分制度をそのまま導入せず、あくまで不法行為法の損害賠償責任について、不法行為の過失責任を限定するにとどめている。X から notice があつたとしても、Y から A（発信者）に notice して7ヶ月間応答がなければ削除しても発信者に対して過失責任を負わない（プロバイダ責任制限法3条2項2号）。さらに、相当の理由があれば Y は削除しても発信者に対して、過失責任を負わない（3条2項1号）³⁷。

法の適用対象となる Y は「特定電気通信」（不特定の者によって受信されること

36 逆に、このような認識を持った場合（red flag test）には削除ないしアクセスを遮断するために迅速に行動する必要がある（512条（c）（1）（A）（iii））。

37 「相当の理由」がある場合とは、プロバイダ責任制限法ガイドライン等検討協議会作成によるガイドラインによると、著作権侵害であることが容易に判断できる場合や一定の技術を利用したり個別に視聴等して著作物と比較することにより著作権侵害を判断できるもの（著作物等の全部又は一部を丸写ししたファイル（著作物等と侵害情報を比較することが容易なもの）や、標準的な圧縮方式により圧縮したもの）をさしている。

を目的とする電気通信）（2条1号）であり、電子掲示板やウェブページを念頭においている。

したがって、プロバイダ責任制限法を、サーチエンジンや YouTube などのビデオのポスティング、動画投稿サイトなどのプロバイダによる新しい著作物の利用形態などに適用することは困難である³⁸。これは、プロバイダ責任制限法が、不法行為法上の損害賠償責任について過失責任を限定するにとどめており、差止請求に対する免責まで認めていないからと考えられる。また、プロバイダ責任制限法そのものが名誉毀損や商標権侵害等も含めた分野横断的な立法であり、著作権法における差止請求の制限のみ特別扱いするのは困難だからであろう。

他方で、プロバイダが免責される際の要件として、アメリカ著作権法512 (i) (1) (B) のように標準的な技術手段の採用を義務づける等の案もあがっており³⁹、これも一般不法行為法の枠組みに回帰していると考えられる。

（6）検索エンジンにおける notice の制度

このように、アメリカ法における notice および notice and takedown 手続に対してさまざまな批判がなされている。しかしながら、多くの情報が通過しポスティングされている状況においては、プロバイダのほかに、発信者 A と Y の間に契約関係のないサーチエンジン等においても、notice は有効な制度の選択肢であろう⁴⁰。

6 不法行為法の制度枠組みへ

アメリカ著作権法512条 (c) における notice and takedown 手続にみられるように、著作権法においては、財産権のルールから不法行為法のルールへと容易に移行しうる⁴¹。

Netcom 判決および Perfect 10判決は、著作権者側からの notice に対して、Y が侵害を認識し侵害が明らかな場合には削除する義務があるとして、差止請求を認めて

38 前掲注 (14)・知財戦略報告20頁。

39 前掲注 (14)・知財戦略報告21頁。

40 ただ、プロバイダと異なる点について要件・効果の調整は必要であろう。田村・前掲注 (1) 知的財産法政策学研究18号52頁は、警告を受領した Y が発信者に照会する必要があるため、警告に相当な理由が示されている必要があるとしている。また、削除の範囲も Y が作り出した検索結果の削除に限定すべであろう。

41 知的財産権における、統一的で広い明確な財産権のルール (property rule) からの移行 (transformation) について、Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, Liability Rules, 101 Mich. L. Rev. 1 (2002) 参照。

いる。Perfect 10判決は、Grokster 判決の基礎にある過失に基づく不法行為責任の考え方から Netcom 判決や Perfect 10判決の要件や執行方法を導いている。Perfect 10判決の「簡単な手段」を採用したかという基準は、不法行為法における製造物責任の「合理的で他の選びうるデザイン」の考え方と類似する⁴²。

このように、アメリカ判例法においても、著作権に基づく差止請求だけでなく、著作権の侵害主体の問題や特許権の寄与侵害の根源にある不法行為法（tort law）に立ち戻っていると考えられる。そして、これら不法行為法上の制度と組み合わせることにより、プロバイダやサーチエンジンなどのインターネット上の公共の基盤として確立されているものについては、フェアユースの適用を認めることが可能となると考えられる（V4（4）、VI4参照）。

イン・ライン・リンクなどのサーチエンジンの事例を、不法行為法の枠組みに引きなおすと次のようになろう。サーチエンジンによるこれら複製物の市場が著作権者の潜在的市場と異なり、著作権者に大きな損害がなく、またサーチエンジンも確立した技術として認められその社会的便益が大きい。もっとも、YがXからの告知等により侵害の情報を得て、著作権侵害が明白となった場合には削除するという代替設計により、予見可能な害悪のリスクを回避しうる。したがって、この代替設計を怠った場合にはYによる侵害となりうると考えられる⁴³。

IV サーチエンジンにおけるフェアユースの法理

1 緒論

（1）Sony 判決と Campbell 判決の整合性

フェアユースの法理は予測可能性がないと批判されているが、アメリカ判例法ではどの程度予測可能性がないのか、まず最高裁判決どうしの整合性を中心に検討してみよう⁴⁴。

42 X への予見可能な被害リスクを減少させつつ A の社会効用を減らさないような合理的な代替設計（Reasonable Alternative Design）を、製造時に Y が予見しえたにもかかわらず、このような代替設計を製造しなかった場合に侵害とする。Peter S. Menell & David Nimmer, Unwinding Sony, 95 Calif. L. Rev. 941 (2007), at 1010, 1012, 1018. その内容について、拙稿・不法行為法209-211頁。

43 拙稿・不法行為法204、209-211、223頁参照。

44 なおアメリカ法におけるフェアユースの一般的解説として、横山久芳「英米法における権利制限」著作権研究35号11頁。

フェアユースの法理の趣旨は、著作権法を厳格に適用することにより、かえって著作権法が促進しようとする創作性を窒息させる（stifle）場合に、厳格な適用を回避する点にある。そして、4要素（①著作物利用の目的と性質、②著作物の性質、③著作物全体における利用された部分の量と実質、④利用による著作物の潜在的市場または価値への影響）のみを個別に考慮するのではなく、他の要素もオープンに総合考慮し、ケースバイケースで裁量的に判断される。

Sony 判決の法廷意見（Stevens 判事）は、time-shifting 目的が非商業目的であることを前提に、Y の提供する物に非侵害用途があることを Y が立証しさえすれば、X が著作権者の潜在的市場に影響があること（④）を立証する必要があるとした。

これに対して、反対意見（Blackmun 判事）は、フェアユースの法理は、本来生産的な利用（productive use）で最初の著作物を越えた公共の利益に寄与する利用に適用されるべきとする。そのうえで、本件のように、著作物をそのまま複製する消費的利用（consumptive use）など非生産的利用の場合には、著作権者は単に著作物の市場や価値に対して損害が生じる可能性を証明すれば足り、Y が著作権者の市場に影響がないこと（④）を立証すべきである。著作物の性質（②）も、本件録画の大部分が娯楽番組で著作権者の保護を厚くすべきであり、利用部分の量と実質（③）も、大部分の VTR の所有者は番組全体を録画しており、利用による著作物の市場への影響（④）も、VTR により作り出された新しい市場の利益に参加する権利が X に認められるべきである、としている。

Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) は、プリティ・ウーマンの主題歌をラップ風にパロディ化して作曲した事例で、変形的利用（transformative）であることからフェアユースが適用されうるとして破棄差し戻した。これに対して、控訴審（972 F. 2d 1429 (CA6 1992)）は、明白に商業的な利用目的であるため将来的な被害の可能性が推定され、また原曲から過剰に複製しているとしてフェアユースの抗弁を否定した。

理論的には、Campbell 最高裁判決は、第1要素を重視し、新しい著作物が原著作物の目的に取って代わる（supersede）だけでなく、「新たな表現、意味、またはメッセージで、原著作物を変更するほど新しいものを付け加えるような」変形的利用かを検討し、パロディは変形的な利用と断言すると述べた（もっとも単なる風刺（satire）をパロディと区別して保護しないとしている）。その上で、新しい著作物の変形的であればあるほど、商業的利用という要素の重要性は小さくなり、商業的

利用であるからといって公正使用の認定は妨げられないと判示している。第4要素についても、Sony 判決の文言をひいて（Sony, 464 U.S. at 451）利用が営利目的の場合は市場への重大な被害の可能性が推定されるとした控訴審の判示を批判し、変形的利用の場合に市場での代替は不確実であり市場への損害を容易に推論できないと判示した（972 F.2d, at 1438）⁴⁵。

第2要素については、パロディーでは公に出版された著作物を不可避免的に複製するため役に立たないとした。また、第3要素について、パロディで利用される部分が原著作物の核心部分であることはやむをえず、パロディ目的に照らして過剰な量であるかをパロディの目的や性格、変形的な要素（第1要素）および市場での代替性（第4要素）を考慮して判断すべきとしている。

（2）予測可能性

フェアユースの判断は以上のとおり、無定形な判断であり、単に利益衡量すると規定しているに近いため、フェアユースの法理を整合的に適用することは困難であり、事前の予測可能性が低いようにも考えられる。

まず、事実による判断であるため意見が分かれることが多い。Perfect 10判決で引用されている三つの最高裁判決はいずれも原審を覆したもので、うち Campbell 判決を除く2つは強い反対意見がついている（Campbell, 510 U.S. at 572; Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nat'l Enters., 471 U.S. 539, 542, 579-605 (1985); Sony, 464 U.S. 417, at 420, 421, 457-500）。また、分散型の P 2 P に関する Grokster 判決⁴⁶も、アナログに関する Sony 判決と整合するとしているものの、反対意見がついており、デジタルについては Sony 判決を実質上修正すべきとする学説も多い⁴⁷。さらに、これら最高裁判決の間でも整合性をとるのが難しい（IV2参照）。

また、上級審の先例があったとしても、それとの小さな事実の相違から全く逆の結論を導き出すこともある。たとえば、Kelly 判決は、サムネイルに関してフェアユースを認めたが、その直後の Perfect 10一審は、2つの事実（バナー広告を通じて通常サイズの侵害物を表示しているサイトと商業的關係にある点と、サムネイル

45 その上で、ラップ音楽という二次的著作物の市場への損害について審理が必要としている。

46 Napster, Grokster などの P 2 P の事例については、拙稿・「著作権侵害の責任主体についての比較法的考察—P 2 P の問題を中心として—」青柳幸一編『融合する法律学—筑波大学法科大学院創設記念・企業法学創設15周年記念（下）』（信山社・2006）705頁参照。

47 拙稿・不法行為法202-203頁参照。

を表示する携帯の市場が現れている点）からフェアユースを否定している。

さらに、多くの裁判例が積み重ねられているように見えるアメリカ判例法理においても、未解決のサービスについてはフェアユースの法理の問題が生じている（テレビ視聴サービスや Google Book Search Project など）。

したがって、アメリカのフェアユースにおいては、同種の事件についての判断は上級審の先例により拘束される（先例拘束性）ことによって安定的に判例法理が展開せず、わが国の侵害主体の判例の展開（I2（1）参照）と比較しても、同種の事件について予測可能性が小さいように思われる⁴⁸。

これに対する対策としては、notice や不法行為法の考え方を具体化した個別の制限規定を立法し、フェアユースと協働させることによって、フェアユースにおける裁判所による事後判断の不安定性を解消することが考えられる（V4参照）。さらに本稿がなしているのは、サーチエンジンという侵害主体の具体事例に即して、Perfect 10判決が Campbell 最高裁判決との整合性を図ろうとし、また、最高裁判例の淵源にある不法行為法に立ち返ろうとしていることを示すこと、および、フェアユースによりもたらされる公共の利益や積極的外部性がどのようなものであり、以上の法的不安定性と比較してどの程度重視するかという角度から考え方を提示することである。

2 Perfect 10判決

（1）問題意識

Perfect 10判決におけるフェアユースの判示の大きな特徴は、Sony 判決や Grokster 判決などの著作権侵害主体に関する最高裁判決を引用せず、デジタルに関する事例でもないパロディに関する Campbell 判決を引用している点である。特に、Perfect10判決では、Campbell判決の定立した第1要素における変形的利用の要素は、第2要素を推定している。また、この変形的利用の要素は、第4要素においても、Xへの潜在的市場以外に二次的著作物の市場（ラップ音楽市場）への影響も考慮すべきとする形で大きな役割を果たしている。

では、フェアユースの事例で、なぜ Campbell 判決は引用され、Sony 判決は引用されなかったのだろうか。

48 フェアユースについてわが国で同様の懸念を表明するものとして、飯村敏明「権利制限規定の解釈における課題」著作権研究35号109頁。

もともと、Sony 判決と Campbell 判決は一見矛盾している。Sony 判決の多数意見は、もとのテレビ番組全体を複製した消費的利用であるが、time-shifting 目的の利用で非商業目的であることから第 1 要素を満たすとしている（Sony, 464 U.S., at 442-447）⁴⁹。つまり、反対意見も考慮すると、非商業目的であることを消費的利用か否かよりも重視している。これに対して、Campbell 判決は変形的利用であれば商業的利用であるかは問題とならないとして、商業的利用よりも変形的利用であることを重視している。

たしかに、Sony 判決が「商業目的（①）であれば著作権者への市場への影響（④）が推定される」（Sony, 464 U.S. at 448-49, 451）と理解されていたのを、Campbell 判決が訂正したと評価されている⁵⁰。しかし Campbell 判決を反対解釈すると、消費的利用の場合は商業的利用かが問題となり、公正使用にあらず侵害と推定される可能性があった。

（2）Campbell 判決との整合性

この一見相反する 2 つの最高裁判決の考え方に対して、Perfect 10 判決は以下のように対応したと考えられる。すなわち、侵害主体に関する Sony 判決を引用せずにパロディに関する Campbell 判決を引用するかわりに、Campbell 判決で用いられた変形的利用をその意義を修正して用いている。

敷衍すると、Campbell 判決は、第 1 要素の中で、変形的利用の性質と商業的利用の性質を比較考量しているが、変形的利用を「新しい著作物が異なる目的・性質の新しい何かを付け加え、新しい表現、意味、メッセージに変更する」ことと厳格に定義し、フェアユースの目的は変形的著作物の創作にあると判示した（Campbell, 510 U.S., at 578-579, 588）⁵¹。これに対して、Perfect 10 判決は、変形的利用の意義を、新たな「元の創作目的を単に取り替える（supersede）ことではないこと」と広く定義し直すことにより対応した。その上で、Perfect 10 判決は、検索目的ゆえパロディ以上に変形的であると認定している。

このように著作物の利用目的が異なればフェアユースとするという Perfect 10 判

49 また、Bill Graham Archives v. Dorling-Kindersley Ltd., 448 F. 3d 605 (2d Cir. 2006) は、原告の 7 つのグラフィックイメージの完全な複製をフェアユースと判示している。

50 Pierre N. Leval, Campbell v. Acuff-Rose: Justice Souter's Rescue of Fair Use, 13 Cardozo Arts & Ent. L.J. 19, 22 (1994).

51 Pierre N. Leval, Toward a Fair Use Standard, 103 Harv. L. Rev. 1105, 1111 (1990) の主張が引用されている。

決の変形的利用の概念を推し進めると、Google Book Search Project のように形式的には消費的利用ともいえるデッドコピーであったとしても、利用目的が異なれば変形的利用として公正使用の規定が適用される可能性がある（IV3（2）参照）。

（3）Sony 判決との整合性

Sony 判決の判示は必ずしも明確ではないが、フェアユースの第1要素の中でAのtime-shifting 目的の複製がフェアユースにあたるという形で考慮し、援用した特許法の寄与侵害の汎用品の法理もフェアユースの法理の中で考慮されていると考えられる。これに対して、Perfect 10判決は、XY 間での、Y 自ら複製した直接侵害行為についてのみフェアユースを適用しており、寄与侵害の前提となるAによるアップロードは当然侵害を前提としている。

これは、Sony 判決ではA所有の複製機器による私的複製が問題の中心であるのに対して⁵²、Perfect 10判決では、サムネイル表示などのYの複製行為自体にフェアユースの法理を適用するかが問題で、私的複製は問題とならず、同じ侵害主体の問題であっても事案が異なると考えられる（I2（4）参照）。また、Perfect 10判決がSony 判決（の汎用品の規定）をフェアユースにも寄与侵害にも適用しなかった理由は、Sony 判決をフェアユースにも寄与侵害にも適用してGoogleを全く免責とすることはできず、かといって、Sony 判決をフェアユースのみに適用し寄与侵害については適用しないという非統一的な取り扱いを避けるためと考えられる。

（4）Sony 判決の再評価

もっとも、Sony 判決が、同じtime-shifting やspace-shifting 目的のデジタル複製機器の事例はもちろん、さらにはサーチエンジンの事例にも同じ侵害主体の問題として再評価される余地が残っているように思われる。上述のように、Perfect 10判決はCampbell 判決のいう変形的利用の意義を修正して用い、実質上デジタルの消費的利用にも適用されうる。また、Perfect 10判決は、フェアユースの第1要素の判断の中で、サーチエンジンが新たな社会的便益（公の利益）をもたらすことを強調し、サーチエンジンなどのサービスがもたらす、情報の流通やイノベーションなどの積極的外部性を強調していると評価できる。そして、デジタルの消費的利用で

52 たとえば、Cartoon Network v. CSC Holdings 536 F.3d 121 (2nd Cir. 2008) は、Y 保有デジタル通信を介したリモートデジタルビデオ録画サービスの事案において、Y を直接侵害とした一審を覆し、Y による複製権侵害を否定した。その際、Y が複製しているのではなく、A が複製していると判示している（ただし、フェアユース・寄与侵害とも問題とならなかった事案）。

あっても私的複製を保障することが情報の流通や普及に資するという点は同趣旨であり、サーチエンジンの Perfect 10判決では一見重視されていない Sony 判決もその意義を再評価する余地があると考えられる（Ⅶ参照）。

3 Google Book Search Project

（1）図書館や教育機関の一部複製の例外規定の拡張

アメリカ著作権法108条は、図書館での一部複製の例外について、非営利のオープンな図書館について1部複製・頒布することを認めている。また、わが国著作権法でも同様の規定が存在する（31条の図書館等における複製）。2001年の欧州の情報化社会における著作権の調和に関する指令⁵³5条2項（c）も、直接・間接に商業的・経済的利益を目的としない公にアクセスできる図書館による複製権の制限を定めている。しかし、Google などの私的な営利団体が、書籍全体をデジタルに複製する Google Book Search Project の場合に類推適用すること等は困難である。そこで2008年欧州「知識経済における著作権に関するグリーンペーパー」はこの問題の解決策を模索している⁵⁴。

（2）フェアユースの法理

では、Google Book Search Project をアメリカのフェアユースの法理によって正当化できるだろうか。

第1要素について。たしかに、デジタルへの複製目的はユーザーの読者行為に供するという目的ではアナログの書籍と同じである点をみれば変形的利用とはいいいく。しかし、書籍の一部のみを検索するサービスという点、および無数に存在する文献・情報の一部を検索するという新しい目的で元の著作物を利用し、公共の利益に資する点に着目すれば変形的利用と評価しうる（Perfect 10, 508 F. 3d at 1165）。とりわけ、現代のように文献などの表現情報があふれかえって混雑している状況では、必要な情報の検索が、オリジナルの書籍と異なる重要な目的として評価されうる⁵⁵。そして、サーチエンジンが正確な検索結果を表示するためには著作

53 Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society, O.J. No. L167/10 (22/6/2001).

54 Green Paper on Copyright in the Knowledge Economy, COM (2008) 466/3, paras. 3.1.1, 3.1.2.

55 このような問題意識について、Frank Pasquale, Copyright in an era of information overload: Toward the privileging of categorizers, 60 Vand. L. Rev. 135 (2007) 参照。

物全体をコピーすることが必要不可欠である。

第2要素の著作物の性質は、第1要素において変形的利用目的と認定されれば許容性が高くなる。ただし、既に書籍で公表しているとしても、自ら図書をインターネット上公表しているわけではない。また、書籍以外の写真集や映像も含みうる。

第3要素の複製の量はテキスト全体としても、その全体についてはどの人間の目もふれていない。また、著作物全体をサーチエンジンの結果に含めていることは変形的利用の性質を減少させない（Perfect 10, 508 F. 3d at 1165）。Google Book Search Project が、検索されるキーワードの前後の最小限の部分を表示するサービスと理解すれば、Yに有利に働くであろう。

第4要素の著作権者の潜在的市場への影響について、全体の複製物がいったんインターネット上に流出すると損害の回復が困難という危険性がある。もっとも、キャッシュや一部検索などの形でユーザーが全体を読むことができないとすれば、著作権者への影響は小さく、オリジナルの書籍への需要も減少しないと考えられる。

フェアユースの適用は、主として第1要素と第4要素により判断されると考えられるが、このプロジェクトについてはアメリカにおいても賛成・反対の両方の意見がある。この事例に公正使用の法理を適用するには、知識・情報の伝達・普及やイノベーションなどの積極的外部性という正当化根拠を著作権法が考慮すべきことを強調する必要があるだろう。

V Google Book Search Project における opt-out 制度

1 問題の所在

著作権者側は、著作権を有することから、電子図書館の方が著作権者に当該 Google Book Search Project に参加することを逐一要請すべきと主張している（opt-in）。これに対して、Google 側は、著作権者側がこのプロジェクトに参加しないことを告知（notice）すべきであり、告知されなければ当該書籍をこのプロジェクトに含めても免責されると主張している（opt-out）。このように制度趣旨は異なるが、opt-out 制度は notice の制度と結びついている。まず何よりも、opt-out の起動責任を著作権者側に負わせることは著作権の財産権としての性格を弱めることにつながるため、opt-out 制度の根拠が何かを探求する必要がある。以下では、財産権の変容、

経済的効率性、情報の非対称性、文化的民主制等の観点から検討する⁵⁶。

2 財産権としての性格の変容

opt-out 制度の選択肢を採用するかどうか、採用するとしてどのような要件かという規範的問題は、財産権や著作権の統一的な性格から演繹できない。とりわけ、プロバイダやサーチエンジンでは notice の制度や notice and takedown の制度（512条）などの、不法行為法上の多様な法制度が発達している（Ⅲ6参照）。したがって、著作権の性質は Property ルールから容易に変容しうる⁵⁷。

3 opt-out 制度の法政策

（1）opt-in と opt-out

Google の主張する opt-out 制度は一見奇異に見える。通常の場合、たとえば建物の建築業者が土地の所有者に許可をとる（opt-in）方が、取引コストは小さい。逆に opt-out 制度により、土地の所有者が潜在的な建築業者全てに対して notice することは取引コストが大きい。

しかしながら、インターネット上の情報は世界中からアクセスされることについて黙示に同意していることが前提とされており、ウェブサイトの所有者はアクセスを一般に許可し、notice することによって初めて許可が取り消される（opt-out）⁵⁸。これはアクセスを排除しようとするウェブサイトの所有者が少なく、またアクセスの禁止が技術的手段により可能であり、アクセス禁止を容易に表示しうるからであろう。逆にこの場合にアクセスする者がウェブサイトの所有者から逐一許可を得る必要があるとすると（opt-in）、ウェブサイトの所有者にとって多大な取引コストがかかる。

したがって、どちらの制度が望ましいかは、まず各状況における取引コストの大小を比較した経済的効率性によると考えられる。

56 以下の記述について、Oren Bracha, Standing Copyright Law on its head? The Googlization of everything and the many faces of property, 85 Texas L. Rev. 1799 (2008) 参照。

57 Abraham Bell & Gideon Parchomovsky, supra note 41.

58 CompuServe Inc. v. Cyber Promotions, Inc., 962 F. Supp. 1015, 1024 (S.D. Ohio 1997). なお、ウェブサイトの管理者が標準のプロトコルを使用しなかったという黙示的な承諾をデフォルト・ルールとする可能性について、田村・前掲注（1）知的財産法政策学研究 17号102頁。

（２）経済的効率性

デジタル図書館の場合、経済的効率性からみて、opt-in から opt-out への制度変更は取引コストを大幅に節約し、そこからもたらされる社会的便益は、opt-in の選択肢のコストを大幅に上回る。

opt-in 制度によると、①著作権・作者の検索コストを Y（ユーザー、デジタル図書館側）が負う⁵⁹。とりわけ、著作物が未登録の場合、著者の表示がない場合や無名の場合はこのコストが大きい。また、②著作権者の選考を確かめるコストも Y が負う。これに対して、opt-out 制度によると、③利用の監視コストおよび、④ Y に notice するコストを X が負い、⑤著作権者に利用を知らせる監視コストを Y が負う。

以上から、opt-out の総コストが opt-in よりも小さい条件が以下のように導かれる。

第 1 に、opt-out において X が Y に notice するコスト（④）は、opt-in において Y が著作権者の選考を確かめるコスト（②）よりはるかに小さい。Y に notice して著作権を行使する著作権者は全ての著作権者の一部にすぎないからである。

第 2 に、X が Y に notice することが安価で容易な opt-out 制度であるならば（④のコストが小さい場合）、opt-out 制度の総コストの方が小さい。

第 3 に、Y の検索コスト（①）はデジタル図書館が利用したい著作物のみであるのに対して、X の監視コスト（③）は全ての著作物について問題となるが、1 件あたりの、著作物の地位と権原に関する①の平均検索コストは、作者による③の平均監視コストよりもはるかに大きい。また、X による監視の投資は多くの電子図書館に適用されて③の平均監視コストを減少させる。したがって、著作物の数が多いほど、全体のコストは、opt-out における X の監視コスト（③）が、opt-in における Y の検索コスト（①）を下回る。

第 4 に、opt-out 制度の場合 Y が適切に利用を公表して監視コスト（⑤）を負担した場合、X の監視コスト（③）は小さくなる関係にある。そして、Y に当該著作物の利用を公表させることにより、X の監視コスト（③）と Y の監視コスト（⑤）の総計を最小化できる。Y が監視コスト（⑤）を負担せず、その利用の公表が不完全だと X による notice を遅らせ、その結果 Y による一時的な利用は X に損害を与え、

59 著作物は登録と無関係に創作行為により成立し、著作権の保護期間が切れているか、著作権者の同一性、二次的著作物が公有かなど著作権者の地位と権限を確かめるのは困難である。拙著『職務著作制度の基礎理論』（東京大学出版会・2005年）73-77頁参照。

Xに小さな監視コストに投資させることになる。したがって、著作物の利用をYが適切に公表する場合にのみXの著作権を制限する制度により、Yに利用を公表させるインセンティブを与えることができる。

要約すると、ユーザーYによる利用について適切に公表され、Xによる notice について安価で容易な方法があり、利用される著作物が多い場合に、opt-out 制度が望ましい。

さらに、opt-in 制度では大部分の取引コストが利用者Yにかかり、Yのみならず潜在的ユーザー、ひいては著作権者も損害を被る。とりわけ、オープンで非商業的なデジタル図書館であるほどその社会便益は大きく後述の文化的民主制に資するにもかかわらず、Yがその便益を内部化することは困難で、頓挫するか、利用できる著作物の数が減少する。

（３）情報の非対称性

創作に関わった著作者ないし著作権者Xが自己の法的地位（著作物か、保護期間内か、権利を承継したか）および利用に対する著作権者の選考に関する情報を有しているのに対して、デジタル図書館Yの側はこれらの情報を有していない、という情報の非対称性が存在する。この情報の格差により高い取引コストが生まれ、上述のデジタル図書館Yの挫折や規模縮小の効果が生じる。この観点からすると、opt-out しないと望まない利用がされるというサンクションを、上述の情報を有する著作権者に与えることにより情報開示を促すことができる。つまり、opt-out 制度では、notice による反対がなければ利用が許可されるため、ユーザーは著作物の利用に関する情報を取得できる。

（４）文化的民主制

デジタル図書館はあらゆる情報へのアクセスと頒布の機会を保障する。このアクセスの保障は、特定の者だけでなく、また地理的制限なく広く市民に及び、配分正義にかなう。特に、現代における著作物の創作は既存の著作物を基礎にした模倣と相互作用からなり、表現を読むなど著作物を享受する者も新たな表現の生産者となり、情報の生産者（送り手）と消費者（受け手）の区別が不明確となっている⁶⁰。デジタル図書館は、単に著作物の消費主体を増やすだけでなく、専門家以外の者も多様な著作物のアクセス、検索、利用を可能にし、創作過程への参加を促進し支援する。このような現象を文化的民主制と呼んでよいだろう。

60 中山信弘『マルチメディアと著作権』（1996年・岩波新書）95-105頁。

さらに、以上の意味で、Sony 判決における消費的利用（consumptive use）も、Campbell 判決の述べる変形的利用や新たな創作に貢献すると考えられる。

（５）小括

この文化的民主制の観点を強調すれば、創作者への影響が小さい場合には無条件の著作権の制限が望ましい。しかしながら、上述の効率性の観点、とくに著作権者の創作のインセンティブを図る点からすると、一定の場合に、opt-out 制度が必要と考えられる。また、以上の趣旨からすると、Google Book Search Project における opt-out 制度は、ビデオなどの映像も含みうる上に、権利処理に膨大なコストが必要な情報の集積（データベースも含む）にも一般化しうる。

４ opt-out 制度の具体化—フェアユースと個別の著作権制限規定の関係

デジタル図書館における opt-out 制度を具体的にどのように実現すべきだろうか。大きく分けて、（１）opt-out 制度をフェアユースにおける裁判所の判断の中に組み込む手法、（２）opt-out 制度を制定法上の制限規定に個別に規定する手法があるものの、各々長所、短所がある。本稿の立場は、opt-out 制度の適用範囲をその根本的理由が強く妥当する場合に限定し、（３）（１）と（２）の併用を主張する。

（１）opt-out 制度をフェアユースの裁判所による判断に組み込む手法

特にデジタル図書館の実態や正当化根拠は変化する点をとらえると、柔軟性のあるフェアユースは有効であろう。たとえば、図書館による利用の公表の適切性、利用される著作物の数、著作権者による notice の簡便性などが opt-out 制度の適切さに影響する（V3（２））。また、デジタル図書館が公衆に利用しうるオープンなものである場合は、著作物の検索コストの高さと文化的民主制の点から opt-out 制度を肯定する方向に傾く。

また、opt-out 制度の法政策（V3参照）は、フェアユースにおける考慮要素と重なっており、考慮事情を積み重ねて opt-out 版のフェアユースを主張できる。すなわち、著作権者から notice があるまではフェアユースと判断しうる。

もっとも、フェアユース自体が裁判所による事後的な裁量判断で、事前の予測可能性がないため、デジタル図書館の opt-out 制度の基礎として不適切な面がある。つまり、フェアユースにしか頼るものがなければ、このような訴訟リスクをとれる排他的な大きな図書館しか残らず、より小さなオープンな図書館や訴訟リスクのある図書館は残らなくなり、文化的民主制の点から不適切な状況になりうる。

（２）opt-out 制度をデジタル図書館に関する個別制限規定として立法する手法

このような opt-out 制度のメカニズムとして、アメリカ著作権法512条（c）は、ホストとしてのサービスプロバイダは、著作権侵害の事実を現実知った場合は速やかに素材を削除する場合（512条（c）（1）（A）（iii））、および512条（c）（3）の通知（notification）に対して速やかに削除する限り、侵害物を当該システムに置いたことについて金銭的救済ないし差止命令の救済に対して責任を負わない旨を定めている（Ⅲ4、5 参照）。このような notice and takedown 手続は、Google Book Search Project と趣旨は異なるが、opt-out 制度の選択肢として考えられる。

この場合、特定の事実にかかる要件を定め、具体的な効果を規定する必要がある。つまり、簡易で明確な opt-out 制度を定めた上で、著作権者から受けた notice にデジタル図書館が従った場合に免責となる状況を要件として規定する必要がある。そのメリットは、デジタル図書館は最低限これだけのことをすればよいという事前の予測可能性を保障する点にある。その要件は、上述で検討した状況を明確にすべきである（利用される図書の最低数、Y による適切で効率的な利用の公表など）。また、文化的民主制という視点から、本来はオープンな図書館に限定すべきであるが、商業的利用の場合も含むとすべきであろう。

（３）ルールとスタンダードのトレードオフ

以上の（１）フェアユースと（２）個別制限規定の関係について、経済的効率性の点から、事前に行動規範など法の具体的内容を定める制定法の規範（ルール）（著作権の個別制限規定）と、事後に裁判所で法の具体的内容が定められる開放型の規範（スタンダード）（フェアユース）の間に、以下のトレードオフの関係が生じうる⁶¹。

デジタル図書館では、確かに、opt-out 制度は適用される回数が多いため、適用コストが高いスタンダードよりも、適用コストが低い制定法によるルールが望ましい⁶²。しかし、個々の適用の有無は変動する事実や文脈によるためルールによる弊害が大きくなる⁶³。つまり、ルールによると、合理的根拠がない場合を opt-out 制度に含めたり（過剰規制）、逆に合理的根拠がある場合でも opt-out 制度に含まれない

61 Louis Kaplow, Rules Versus Standards: An Economic Analysis, 42 Duke L.J. 557 (1992).
その内容について邦語では、森田果「最密接関係地法—国際私法と“Rules versus Standards”」ジュリ1345号66頁、島並良「権利制限の立法形式」著作権研究35号90頁参照。

62 Kaplow, supra note 61, at 563, 579–586.

63 Kaplow, supra note 61, at 563–64.

（過小規制）、という過不足が生じる場合が多くなる⁶⁴。具体的には、サーチエンジンに関して、キャッシュ・サムネイル等の検索結果について個別の制限規定を設けても、Google Book Search Project など予想できないビジネスについて過小規制（侵害）となり萎縮するおそれがある。

（４）フェアユースと個別制限規定の協働

そこで、これら開放型のフェアユース（スタンダード）と、制定法の個別制限規定（ルール）の両方併用することが望ましい。フェアユースは制定法のルールによる過小規制の欠点を事後的に訂正しうる。また、著作権の支分権の規定（複製権・公衆送信権など）がデジタル通信においては多種多様な態様に適用され実質的に一般条項化している以上、著作権の制限規定も一般条項化することによりバランスをとるべきという観点から（I3参照）、著作権の個別の制限規定が適用されない場合でも裁判所によるフェアユースの判断がなされるべきと考える。CoStar Group, Inc. v. Loopnet, Inc., 373 F. 3d 544, 552-55 (4th Cir. 2004) も、DMCAによりインターネットサービスプロバイダ（ホスティング）の免責を512条で定めたとしても、それは最低限度を定めたにすぎず、Netcom 判決のフェアユースの解釈に拠るべきと判示している。したがって、わが国においても、個別の著作権制限規定にあてはまらない場合にも著作権制限の一般規定（フェアユース規定）が適用されると考えられる⁶⁵。

5 小括

Google Book Search Project における望ましい制度のあり方の考察から次のこと

64 Kaplow, *supra* note 61, at 586-96

65 したがって、条文の形式が一般的か個別のかという点のみから、個別の制限規定が不適用された場合にはそこで利益調整が尽きており一般的な制限規定はもはや適用されないとする議論（島並前掲注（61）論文103頁）は賛成ににくい。これでは個別制限規定による過小規制の弊害を修正する趣旨でフェアユース規定を設ける意義が著しくそこなわれる。また、フェアユースを適用する際の事例が、個別の著作権制限規定に関わる問題か否かは判断が困難な場合が少なくない（たとえばテレビ視聴サービスと私的複製の問題など）。さらに、議会が定めたから個別の制限規定を優先するという論拠は疑問があり、一般的な制限規定にも裁判所にゆだねるという国会の意思が現れているはずである。民法の離婚事由の改正においても、積極的破綻主義という一般条項のみを規定する選択肢も十分ありえたのであり、そこでは個別離婚事由が一般事由に優先するという議論はない。一般条項と小一般条項と法形式の区別も相対的であり、わが国の私的使用のための制限（30条）も見方によっては一般条項であろう。なお、公正使用を基礎づける具体的事実の主張・立証責任は被告にある以上、公正使用の規定を設けたために、裁判所が抗弁事由で判断すべき事項が急激に増加することは考えにくい。

がいえよう。第1に、著作権者が有する著作権を所与の財産権と構成し opt-in が当然望ましい制度と考えるのではなく、opt-in と opt-out の両方の制度を、利用者側と著作権者側の双方が負担する経済的コストの総計という観点から分析していた。第2に、著作物の利用者（消費者）も将来の創作者となりうるという実態から、情報の流通をはかるという積極的外部性に着目していた。第3に、著作権の個別制限規定（ルール）は、事前の予測可能性があり頻繁に適用される場合に適し、先例拘束性にとほしいスタンダードの予測可能性のなさを補うことができる。他方で、著作権の一般制限規定（スタンダード）は、ルールによる過小規制を事後的に柔軟に修正できる。したがって、両規定が各々の欠点を相互に補う形で適用することが望ましい。

VI 侵害主体の局面における著作物保護の考え方の変遷

フェアユースを導入した場合、侵害主体に対する差止請求権の問題について、理念系として以下の3つの考え方に分かれると思われる。

1 財産権としての構成

第1は、有体物に対する所有権と類似の財産権の構成を堅持する立場である。わが国の立法者はこのような立場にたち、著作権侵害の行為者として法的に評価されるのは、当該行為について支配権を有し、当該行為による経済的利益が帰属する主体と考えている⁶⁶。

著作権の侵害主体に関するわが国の裁判例も、財産権としての著作権の構成の枠内で事例を積み重ね、近時の裁判例は、A について私的複製が成立するか無関係に、Y が A に対して支配・管理があれば侵害としている（[ロクラクⅡ一審]、[MYUTA]）。しかしながら、検索エンジンがそこを通過・処理する無限の情報やリンクを監視することも、自動的に侵害の可否という法的判断をおこなうことも困難である。また、このような財産権の構成を採用すると、非侵害用途があるプロバイダや検索エンジン全体を差し止めることに容易につながる。

そもそも、著作物を利用することにより生じる積極的外部性（市場取引されずに

66 加戸守行『著作権法逐条講義〔5訂新版〕』（著作権情報センター・2006年）636-638頁（キャバレーでバンドが演奏する場合に営業主を著作権侵害者としている）。

生じる情報の普及、教育などの社会的便益）を全て著作権者に帰属させる必要はない⁶⁷とするのが、今日のアメリカの学説における共通認識となっている。

2 不法行為法上（tort）の考慮をおこなう構成

第2は、財産権の構成の中でも不法行為法上の考慮をおこなう考え方である。わが国の一部の裁判例は、P 2 P サービスの提供者に侵害ファイルを削除する義務（[ファイルログ事件]）、カラオケのリース業者に幫助行為を中止する義務（[ヒットワン事件]）などの回避義務を課したうえで利益衡量を行っており、不法行為法の判断枠組みを差止請求の判断の際に考慮している。また、[2ちゃんねる小学館控訴審]⁶⁸は、電子掲示板において人格権としての名誉毀損による削除請求を認めた裁判例⁶⁹を受けて、Y が X から通知されて、著作権侵害が明らかであるにも関わらず放置した場合には、削除する義務を負うと法律構成している。

これは、Y の行為を情報のアクセス・普及という社会的便益とともに X に損害を与える不法行為と考え、製造物責任や生活妨害などの不法行為法にそって考えている。規制の効果についても、副作用のある技術を全て差し止めるのではなく、当該技術の副作用を制限するフィルターを義務づけるなどの手法が望ましいとする。すなわち、著作権者 X への損害という消極的外部性に着目する考え方であり、出発点はあくまで著作権者が権利を有するという法学的発想である。あるいは、X が著作者ではなく、テレビ局などの中間団体である場合も多いことから、著作物に関する新しい流通過程に関する争いとする発想である。

具体的には、アメリカの近時のデジタルに関する裁判例は Sony 判決の示した基準を実質上修正しており、サーチエンジンにおける Perfect10 控訴審はこのような不法行為法の発想に立っていると考えられる。この立場に立てば、Y に非侵害用途ある場合も侵害となりうるという裁判例、とりわけ P 2 P に関する Napster 判決や Grokster 判決など侵害としている裁判例と整合する。また、Perfect 10 判決が Sony

67 Brett M. Frishmann, Mark A. Lemley, Spillovers, 107 Colum. L. Rev. 257 (2007).

68 発言の記載自体からきわめて明白に著作権侵害を認識でき、深刻な著作権侵害となりうること、X からの通知に対しても A に照会すらせず是正措置をしなかったこと、X から A への執行が困難なことから、掲示板運営者 Y は故意又は過失により著作権侵害に加担したといえる状況では著作権侵害の不法行為責任を負うとしたうえで、発言の自動公衆送信等に対する差止請求を認めた。

69 東京高判平成14・12・25判時1816号52頁 [2ちゃんねる動物病院事件控訴審]、東京地判平成15・6・25判時1869号46頁 [2ちゃんねる DHC 事件]。

判決を引用せずに **Campbell** 判決を引用している点からも裏づけられる。

このような考え方は、従来の裁判例との整合性・連続性を図りつつ安定的に判例法理を発展させる発想になじむ。また、わが国のプロバイダ責任制限法や、前述のわが国の一部の裁判例のように、不法行為法などの既存の法理と名誉毀損等も含めて分野横断的に整合性を図る法学的思考につらなる。

もっとも、このような不法行為の考え方も Y にどれだけの義務を課すかという過失責任を基礎とするため法的に不安定であり、Y は過度に注意深くなりすぎる危険性があり、プロバイダや検索エンジンなどの場合一般的監視義務を負わないことを明確にすべきであろう。このような義務を負うとなると、Y は侵害者と非侵害者を事前に区別することが困難で不法行為者 A を制御できず、Y のサービスは事前に内容を審査できるケーブルネットワークのようなものに萎縮し、YouTube のようなユーザーが作り出したコンテンツ提供も困難となりうる⁷⁰。したがって、notice のような Y に対して最低限の義務を要件に明確に定めた個別の制限規定やフェアユース規定があれば Y にとって有効であろう。

3 積極的外部性の保護—Sony 判決の再評価

しかし、さらに、消費的利用の場合も利用目的が異なれば変形的利用とする **Perfect 10** 判決の考え方、あるいは Sony 判決のように、私的複製などの消費的利用であっても非侵害とする余地を認める考え方を推し進め⁷¹、Y のサービスが公共の利益に資するという理由づけや、知識・情報の普及・拡大という積極的外部性の大きさを重視すると、財産権や不法行為法の構成（Ⅵ参照）以上に、著作権の制限を広く認める考え方につながりうる。極論すれば、裁判例による事後規制においてフェアユースにより非侵害とする余地を広く認め、その後の不公平の規制は個別の制限規定や支分権など立法で事後的に規制すれば足りるとする発想である。

その考え方の出発点は社会便益を拡大する効率性が先にあり、当事者間の資源配分等の公平性は後で調整すればよいという経済学的な発想である⁷²。そこでは、著

70 Lemley, *supra* note 32 at 112.

71 なお、**Grokster** 判決の多数意見は、イノベーションとの関係で Sony 判決を維持している。すなわち、Y のサービスに非侵害用途がある場合侵害にあたらないとすることにより Y にイノベーションの機会を与えてきたとする。

72 このような発想として、「座談会 著作権法の現代的課題（中）」NBL888号52・53頁〔中山信弘発言〕。

著作権を所与の絶対的な権利として考えておらず、とりわけ、Xの権利はデジタル環境ではもはや所与の絶対的な財産権とはいえない（一時複製、公衆送信権）⁷³。さらに、オープンな Google Book Search Project においては、表現の消費者（受け手）も同時に表現者（送り手）となりうるのであり（文化的民主制）、著作権の財産権としての性格は希薄化するためこのような考え方が妥当しうる。

このような考え方が有力に主張される背景として、財産権の法律構成が想定する有体物、不法行為法の法律構成が想定するきれいな空気や水などの有限の公共財と異なり、著作権により保護されない情報は普及・再生産・拡大する性質を有している点が考えられる。たとえていうならば、前二者の財産権や不法行為の構成はゼロサムゲームを前提としている。しかし、情報の普及・アクセスはゼロサムゲームではなく、積極的外部性としての社会的便益は拡大・普及し、付加価値を伴ってさらに拡大しうるノン・ゼロサムゲームである。あるいは財産権・不法行為法の構成は侵害行為の一時点しかみていないが、後者の情報財を強調する考え方は侵害行為時以降の情報の拡大についても長期的なスパンで考慮する発想である。そのような状況において、デジタル機器および情報伝達技術は、著作権者に対する脅威では必ずしもなく、予想もしない取引・流通により利益を著作権者に還流する機会も保障し、公衆にビデオ等も含む膨大な情報へアクセスする機会を保障する、と考えるのであろう。特に、電子図書館の局面においては、ユーザーも表現者として創作に参加している文化的民主制がとくに妥当するため、このような情報のアクセスに対する需要は、ユーザーだけでなく、著作権者側にもありうる。

もっとも、フェアユースの保護もこのような積極的外部性や社会的便益全体を考慮すると法的に不安定であることは否めない。また、プロバイダや検索エンジンが全く責任を負わないとすると、Yは監視しないであろうし、明白な侵害者Aに関する情報も発信しないためXの損害も大きくなりうる。したがって、不法行為法の構成による解釈の余地を残すか、または notice などYに対する責任を問える形で個別の著作権制限を規定することが望ましい。

4 不法行為法ないし著作権の個別制限とフェアユースの協働

アメリカの公正使用の法理の裁判例への適用は、第1の要素（著作物利用の目的と性質）と第4の要素（利用による著作物の潜在的市場への影響）が重視され、第

73 拙稿・不法行為法205・206、216-217頁。

2の要素と第3の要素は軽視され、また第1要素と第4要素は重なっている⁷⁴。とりわけ Perfect 10判決のように変形的利用の意義を広くすると（IV2（2）参照）、第1要素と第4要素はさらに重なりうる。そうだとすると、フェアユースは、Xへの損害とYの目的を考慮するものであり、不法行為法的構成（Yの行為態様と回避可能性等を考慮する）と財産権的構成を修正している点および考慮要素の点で類似する。そして、前述のように、フェアユースの規定を、opt-out 制度や notice の制度など不法行為法上の制度ないし個別の著作権制限規定と組み合わせれば（V4参照）、少なくとも、施設を提供しインターネット上での複製が問題となる、プロバイダ、電子掲示板、YouTube などのポスティング、サーチエンジン等についてはフェアユースの適用を正当化しうる。

このような積極的外部性保護の思考様式は、テレビ視聴サービスなど物を提供する事例で私的複製が重要な局面にも拡張しうる。とくに、Sony 最高裁判決にみられるように、生産的複製だけでなく、ユーザーによる消費的複製や私的複製を重視すべきとする考え方にもつながりうる。すわなち、私的複製が技術発展（イノベーション）ひいては著作権者の取引の機会を拡大してきたと考えるのである。

Ⅶ 結語

本稿は、プロバイダに関する Netcom 判決から発達したサーチエンジンの Perfect 10判決の notice の制度、および Netcom 判決から一部立法化された notice and takedown の制度を検討した。その背景の分析をとおして、著作権の侵害主体の問題において、Sony 判決の寄与侵害の考え方からその根源にある不法行為法の考え方に立ち戻ることによって、絶対権として考えられてきた財産権も相対化され、しかもその具体的制度としてさまざまなものがありうることが明らかとなった。特に

74 下級審裁判例の分析について、Barton Beebe, An Empirical Study of U.S. Copyright Fair Use Opinions, 1978-2005, 156 U. Penn. L. Rev. 549 (2008)。もっとも、第2要素も、著作物が事実に基づく場合や出版されているという事情はフェアユースを肯定する方向に働く（id at 611, 613, 614）。また、第1要素の重要度も変遷し、Sony 判決（1984年）後は商業的利用について、Campbell 判決（1994年）後は変形的利用について重視されたが、以後2005年にかけて重視されなくなっている（id at 587-588）。とくに非商業的利用という認定がフェアユースを認める方向に働く傾向があるのに対して、商業的利用という認定はフェアユースの成否に影響がないとしている（id at 602-603）。第4要素も他の要素を総合する要素であり、詳しい事実認定はされない（id at 617）。

notice の制度はプロバイダや検索エンジンでは、フェアユースの制度と組み合わせることによって有効であった。その中で、Google Book Search Project において主張されている opt-out 制度は、総コストの比較、情報の非対称性および文化的民主制の視点から基礎づけられ、フェアユースの法理と notice 制度（不法行為法上の制度）を具体化した個別の著作権制限規定の併用が有効であることを検証した。

サーチエンジンの事例を含めて、アメリカのフェアユースに関する判例法理は、最高裁判決の中でも意見が分かれ、かつ、小さな事実の相違により結論が異なりうる。もっとも、アメリカのフェアユースの具体的適用では、第1と第4の要素が重視されていた。さらに、サーチエンジンの事例では、Sony 判決よりも Campbell 判決が引用され、第1要素における変形的利用の要素が重視される一方で、その意義が修正されていた。そこで、情報の流通・普及という積極的外部性を重視する視点から、デジタルの消費的複製や私的複製も重視する余地があり、Sony 判決を再評価する可能性を示した。

すなわち、サーチエンジンの事例において、わが国裁判例の支配・管理基準が前提とするような、著作権をリジッドな財産権（絶対権）としてとらえる考え方は、アメリカ法では修正されている。具体的には、notice の制度や notice and takedown にみられる不法行為法の発想に立った上で、生活妨害訴訟や製造物責任と同様に著作権者の利益の減少という消極的外部性としてとらえる考え方、さらには、Google Book Search Project の opt-out 制度や Sony 判決にみられるように、情報の普及・アクセス拡大という積極的外部性を重視する考え方が現れている。本稿は、このような、フェアユースおよび侵害主体の法理の背後の考え方の変遷をモデルとして提示し、これらの法制度を協働させる手法を、サーチエンジンの具体事例において、notice ないし個別制限規定とフェアユースの併用の形で示した。今後も、フェアユースの法理の根拠およびその内容の具体化について考察をすすめていきたい。

（ビジネス科学研究科教授）