



# NEWSLETTER

《企業法制と法創造》総合研究所  
知的財産法制研究センター

## ❖2011年度 JASRAC 秋学期連続公開講座第3回 (2011/11/19 開催)

### 第1部 職務発明と職務著作—第三の制度との 遭遇—



司 会：竹中俊子（ワシントン大学ロースクール教授）

基調講演：「職務発明と職務著作」—第三の制度との遭遇—

Prof. Dr. Christoph Ann（ミュンヘン工科大学教授）

コメント：

「米国特許法の視点から」竹中俊子（ワシントン大学ロースクール教授）

「米国著作権法の視点から」安藤和宏（早稲田大学 IIIPS-Forum 客員上席研究員）

「日本法の視点から」中山一郎（国学院大学教授）

#### （1） テーマ

日本の職務発明制度はドイツ従業者発明法（Gesetz über Arbeitnehmererfindungen）の影響を受けると言われている。ドイツ従業者発明法は、施行以来長らく大きな改正はなかったが、最近になって大学発明の取扱い及び職務発明の帰属に関し2度改正された。わが国特許法の職務発明規定も相当な対価の計算方法に関し2004年に改正

されたが、改正後も裁判所によって対価が相当でないと判断されるリスクが残るとして再度の改正を求める一部の意見が存在する。そこで、わが国職務発明制度における対価の意義を理解するため、ドイツ及びEU法の下での技術の法的保護全般の権威として知られるアン教授を招いて、ドイツ従業者発明法の歴史及び、補償金請求権を含めた発明者の権利について著作者や意匠創作者の権利と比較して検討して頂き、その講演をもとに、日米の知財専門家と共にわが国の職務発明制度及び職務創作制度の在り方について議論する。

#### （2） アン教授の講演

ドイツ帝国特許庁は、1879年に職務の遂行によって完成させた発明の特許を受ける権利は使用者に帰属し特に給与に追加する補償金の支払いを必要としないという判断を示した。このような職務発明に対する考え方は、20世紀初頭から始まった各種従業者団体による発明者の権利確保の運動を経て、1920年に締結された化学産業の高等教育を受けた従業者のための労働協約を契機に、補償金請求権を含む発明者の権利を拡大する方向に変更を余儀なくされた。その後、化学産業界の労働協約に影響を受けたいくつかの規則の発行や法案の審議を経て、現在のドイツ従業者発明法が1957年に施行された。アン教授は、ドイツ従業者法の歴史から得るべき教訓として、良い法律の施行には時間を要すること、永続する法律は公平でなくてはならないことを強調した。

現行従業者発明法は、特許要件を充たす発明について発明者人格権を保障している。この人格権に基づき、発明の特許を受ける権利は原始的に発明者である従業者に帰属し、使用者は特許を受ける権利の承継を請求できるのみである。また、ドイツ特許法の下で最も重要な発明者人格権は発明者主義である。ドイツ特許法は先願主義を採用

R  
CLIP

するが、先願主義は発明者主義に矛盾するものではなく、特許庁を最初に発明したか否か判断する困難から解放するために、便宜上採用されたものである。更に、発明者への特許を受ける権利の原始帰属及び使用者へ権利を承継した場合の補償金請求権によって、発明者人格権は発明のインセンティブを促進するという重大な機能を果たしている。

このように、アン先生は、ドイツ従業者発明法及び特許法の下での発明者人格権について検討した後で、発明者人格権を著作者人格権及び意匠創作者の人格権と比較した。その結果、後者の人格権は前者の発明者人格権より広範で強いにも拘らず、従業者創作者の権利については著作権や意匠権を使用者に承継しても補償金請求権が無いのは何故か疑問を呈した。アン先生はこのような従業者の待遇の違いは歴史的な理由及びロビー活動の影響に起因するものとし、将来的には一貫させるべきであることが望ましいとの見解を示した。

### (3) 議論

このような基調講演に基づき、最初に、竹中が米国特許法における職務発明制度を解説するため、最近の最高裁判例 *Stanford v. Roche* を紹介した。この判例で、最高裁は職務発明を含む全ての発明の特許を受ける権利は発明者に原始的に帰属し、契約自由の原則の適用により承継契約が存在する場合のみ使用者に承継されることを強調した。従って、米国法の下では、使用者はドイツ従業者発明法で規定されるような特許を受ける権利の承継請求権を持たない一方、たとえ特許を受ける権利を承継しても補償金支払義務を負わない。歴史的観点において、米国では特許制度創設当初から職務発明の特許を受ける権利は発明者である従業者に帰属し発明者が保護されていたのに対し、ドイツでは当初、使用者に帰属し発明者の保護が弱く、その後、発明者人格権が拡大し、発明の帰属のみならず従業者に補償金請求権

が与えられ、米国より従業者の保護が強くなったという点が興味深いとコメントした。

次に、安藤研究員から米国の職務著作制度の趣旨、特色及びその効果について報告があった。特に重要な趣旨としては、使用者への直接帰属によって創作に対する財政的援助を行い、公衆に創作物を広く提供するためのリスクを負う法人等に対し創作インセンティブを与えることがドイツ法との比較として紹介された。また、米国での職務著作正当化の理由として取引コストの低減が良く挙げられることが言及され、日本と異なり、著作権の譲渡及び独占的ライセンスの締結は書面によることが要求されるため、その手続的負担を低減し、従業者による終了権の行使される可能性に対応するため、使用者に帰属させる制度としたと説明された。

最後に、中山先生は日本法における職務発明と職務著作について、帰属と対価請求権の違いを検討した。日本においても、職務著作に関し従業者の権利が弱いのは何故かということが議論されており、帰属の違いについては、取引コストの低減、著作者人格権の一身専属性のため、従業者に原始帰属させると、その後利用が制限されるから等が使用者に著作権を原始帰属させる理由として挙げられている。尚、就業規則等で簡単に承継を認める日本の職務発明制度は、使用者に原則として権利を帰属させるという点で、職務著作と大きな違いは無いという見解も紹介された。一方、補償金請求権の有無については、特許法と著作権法の政策目的の違いに起因するかもしれないという指摘がなされた。最後に、一橋大学の長岡先生が日米の発明者に対し実施したアンケート調査にふれ、日米共に技術的問題解決による満足やサイエンスへの貢献等、金銭的報酬とは無関係なインセンティブが上位を占めるという興味深い結果が紹介された。

(竹中俊子 ワシントン大学ロースクール教授)

## 第2部 ドイツにおける著作権契約法——相当な報酬の請求権——



司会：上野達弘（立教大学教授）

基調講演：「ドイツにおける著作権契約法——相当な報酬の請求権——」

Prof. Dr. Jan Bernd Nordemann

（フンボルト大学教授、BOEHMERT & BOEHMERT 法律事務所弁護士）

コメント：

「日本法の視点から」上野達弘（立教大学教授）

「米国法の視点から」安藤和宏（早稲田大学 IIIPS-Forum 客員上席研究員）

「実務家の視点から」松田政行（弁護士）

### （1）テーマ

ヨーロッパの著作権法には契約法に関する規定が広く見受けられ、ドイツ著作権法はここ10年ほどの間に従来の契約法規定を大きく改訂して注目を集めている。また、わが国でも近時、著作権契約法に関する関心が高まっているところである。

そこで今回はドイツからヤン・ベルント・ノルデマン教授をお迎えした。ノルデマン教授は、ドイツ著作権法の注釈書である *Fromm=Nordemann* コメントールの共同編著者の一人であり、この中で著作権契約法に関する諸規定を含む非常に多数の部分を担当され、詳細な注釈をされている。そこで、ノルデマン教授からドイツにおける著作権契約法について最近の判例を含めてご紹介いただいたあと、日本法や

アメリカ法の観点から考察を加えて、その意義や日本法の将来像について検討する。

### （2）ノルデマン教授の講演

2002年に改正されたドイツ著作権法32条によれば、たとえ契約において瑕疵のない合意をしたとしても、合意された報酬が客観的に「相当」（*angemessen*）でないとされるのであれば、たとえ合意された報酬が当該業界慣行に合致しているという意味で通常のものであるとしても、著作者は契約の相手方に対して、相当な報酬を与えるように契約の変更を請求できると規定されている（ドイツ著作権法32条1項3文）。

実際のところ、「Talking to Addison」という書籍のドイツ語版の翻訳者が、出版社から受けるべき報酬が問題になった事案で、連邦通常裁判所（BGH）の2009年10月7日判決は、「通常」の報酬が「相当」な報酬であるとは限らず、報酬の一括払いというのは原則として相当とはいえないとした上で、本件翻訳者は追加的な報酬を請求できると判示したのである。

ただ、著作者と利用者との間で共通報酬規定が定められている場合は、これに基づく報酬は相当であるものとみなされることになっている。しかし、実際には現在まだ2つの例しか存在しない。

また、たとえ契約時点においては報酬が相当であったとしても、その後、当該著作物が大きな成功を収めたために、事後的に見ると、収益と報酬との間に著しいアンバランスができたという場合、著作者は利用者に対して、追加的に相当な利益分配を求めることができると規定されている（ドイツ著作権法32a条1項）。このいわゆる改訂ベストセラー条項は、そうした成功をたとえ契約当事者が事前に予見し得たとしても適用されるというものである（ドイツ著作権法32a条1項3文）。

例えば、映画「U・ボート」（原題：*Das Boot*）をめぐる事案において、そのチーフカメラマンが



**R  
CLIP**

当初受けた報酬は「相当」といえるが、この映画はその後ロングセラーとなり、2002年から2009年の間にドイツのテレビで20回も放送され、海外のテレビでも放送され、さらにビデオ/DVDも大々的に販売されたことから、2010年のミュンヘン高等裁判所の判決は、本件カメラマンは追加的な報酬を受ける権利を有すると判示したのである。

このように、ドイツ著作権契約法の諸規定は、著作者を保護するために契約の拘束力すなわち「合意は拘束する」(pacta sunt servanda) という原則を修正するものといえるのである。

### (3) 議 論

これに対して、まず日本法の観点から上野がコメントした。

日本著作権法には契約法的な規定がほとんどない。たしかに、著作権譲渡契約において、二次的著作物の作成権およびその利用権が譲渡の目的として特掲されていないとき、これらの権利は譲渡人に留保されたものと推定するという規定はある(著作権法61条2項)。しかし、この規定は推定規定に過ぎないため、契約書にそれらの権利を特掲しさえすれば、二次利用の権利を含めてすべての著作権を譲渡することは容易である。しかもこの規定は著作者を保護するものとはいっても、著作者を保護する規定ではない。

そして、わが国著作権法は契約の対価に関する規制が全くないため、ライセンス料や著作権譲渡の対価は当事者が自由に決定できる。その額がいかに低く、そして一括払いであっても、あるいは、当該著作物が思いがけずミリオンセラーになったとしても、いったん合意したライセンス料や著作権譲渡の対価の変更を求めることは通常できない。

そのような日本法から見ると、ドイツ著作権契約法における諸規定や相当な報酬を受ける著作者の権利といったものは奇異に感じられるかも

知れない。しかし、奇異なのはもしかすると日本の著作権法かも知れない。国際的観点からみると、わが国著作権法は、事実行為としての創作行為を行う自然人としてのクリエイタの立場や権利をおろそかにする傾向があるのかも知れないのである。

次に、安藤研究員から、アメリカの著作権契約法において重要な位置を占める終了権制度についてコメントがなされた。終了権制度とは、アメリカ著作権法上、著作権譲渡やライセンス等の権利付与が行われた日から35年後に、終了権を行使することによって、著作者や遺族が著作権を取り戻すことができるという制度である。これによって、ある作品が大ヒットした場合、著作者は出版社に権利付与終了の通知を送ることによって、35年後には著作権が作家に戻ってくるようになるというのである。

実は、ドイツにおいてもアメリカのような終了権制度の導入を検討されていたようである。しかし、政府草案における解約権は、アメリカの終了権に比べると弱い権利であり、しかもこの規定案は立法の最終段階で改正対象から削除されたというのである。

また、松田弁護士から、日本における著作権契約法コードをめぐる議論が紹介された。松田弁護士は、2007～2010年に社団法人著作権情報センターに設置された著作権契約法委員会で座長を務められ、その成果は報告書として公表されている。その中で、従来の議論を踏まえてあるべき契約法を条文化した「著作権契約法コード」というものが提示されている。例えば、著作権契約コード第74条[使用料の追加請求]は、出版を目的とする著作権譲渡契約を締結した場合において、「譲受人がこの目的を超えて当該著作物の利用をするときは、特段の合意がある場合を除いて譲受人に対し出版を超える当該著作物の使用料を請求することができる」と規定していることなどが紹介された。

R  
CLIP

以上のコメントをもとに、ノルデマン教授およびアン教授を含めて全員によるディスカッションが行われた。当日は、多数の来場者に参加いただき、予定の時間を超過して有意義な議論を行うことができたと考えている。終了後の懇親会も盛況であった。

(上野達弘 立教大学教授)

### ❖2011年度JASRAC秋学期連続公開講座第4回 (2011/12/3開催)

#### 第1部 クラウド・コンピューティングを巡る著作権法上の諸問題



司会：平嶋竜太(筑波大学大学院ビジネス科学研究科教授)

講演者：奥邨弘司(神奈川大学経営学部准教授)  
楠 正憲(マイクロソフト技術標準部部長)

2011年度JASRAC秋学期連続公開講座第4回目のシンポジウムは、2011年12月3日に早稲田大学早稲田キャンパス8号館106教室で開催された。

シンポジウムの最初は、まず、第1部の司会を務める筑波大学の平嶋竜太先生が、「クラウドと著作権法—法的課題の外観と方向性」について講演した。平嶋先生は、クラウド・コンピューティングとクラウド環境の定義は定かではないが、法的な観点から以下のような特徴があると指摘した。すなわち、一つ目はリソースのプールに伴っ

て情報共有・管理が強化される一方、ユーザの自律性は高いことであり、二つ目は、ユビキタスであるため、物理的に国境を越えること、システムの仮想化によって個々のマシンの枠を越えるといった二つの越境性があること、三つ目は、汎用性からカスタマイズ化までサービスの幅を広くカバーすることである。

クラウド・コンピューティングを巡る法的諸問題としては、セキュリティ、ガバナンス、知的財産権、租税といった四つの領域に大きく分けられるが、知的財産権法の観点からは、さらに特許法、著作権法、営業秘密(不正競争防止法)の問題に分けられる。ところが、クラウド環境は従来のインターネットを前提としたサービスと比べて「革命的」な変化が伴わないため、総論的な視点からは、著作権法への影響としては、殆ど従来からインターネットを巡る著作物利用について議論されてきた諸課題の延長線上に位置づけられる課題あるいは発展形の課題であると指摘した。

さらに、クラウドの一般的特徴を踏まえて、各論的な視点から、具体的な問題はクラウド利用者(ユーザ)側とクラウド提供者(プロバイダ)側に分けて考えることができるという。クラウド利用者側の問題としては、第一に、公衆送信権との関係では、ユーザがクラウド内の自己の専用領域への送信行為に公衆送信権の効力が及ぶのかという問題と同時に、クラウドからユーザへの送信行為を如何に評価するかという問題がある。第二に、複製権との関係の問題である。すなわち、個人ユーザであれば、クラウドにデータを上げる行為は、私的使用目的の複製(著作権法30条1項柱書)に該当すると評価できるのかという問題である。また、クラウドを構成する仕組みとは、著作権法30条1項1号の「公衆の使用に供することを目的として設置されている自動複製機器」に該当するのかという問題がある。

一方、クラウド提供者側の問題としては、まず

R  
CLIP

は、クラウドに保存されているデータのユーザへの送信行為は、クラウド提供者の行為と評価できるのか、また著作権侵害行為主体の評価の問題や間接侵害の成否の問題がある。MYUTA事件判決（東京地判・平成19年5月25日・判例時報1979号100頁）を前提すると、クラウドから特定ユーザ向けに送信する行為が、公衆送信に該当する可能性もあるかもしれないと述べた。次には、ユーザが他人の著作物をクラウド内での複数サーバへ保存する行為はどのように評価するかという問題である。この問題に関連して、著作権法47条の5の適用される可能性があるのかという問題がある。

まねきTV事件最高裁判決（最三判・平成23年1月18日・民集65巻1号121頁）とロクラクⅡ事件最高裁判決（最一判・平成23年1月20日・民集65巻1号399頁）では、採用された「入力基準説」からして、クラウド事業者にとっては、提供サービスの下で「入力」される情報に極力介入しないことを注意すべきであると指摘した。

その他の課題としては、著作権侵害行為の準拠法・国際裁判管轄問題や、クラウドへのアクセス行為をどのように評価するのかという問題があるという。

最後には、著作権法が解決を目指すべき方向性としては、①技術環境の変化によって、著作権法立法時と社会通念上も大きな変動が起きているため、著作物利用における「公と私」の切り分け概念の見直しと境界線の引き直しをする必要がある。②技術的に可能であることに対する著作権法の想像力を増やすべきである。③他人による著作物をサポートする立場の法的評価を明確化すべきである、と指摘した。

二人目の講演者である神奈川大学の奥邨弘司先生は、「クラウド・コンピューティングをめぐる著作権法上の諸問題 ～日米の重要関連裁判例からの検討～」をテーマに、講演を行った。奥邨先生は、日本のMYUTA事件判決と米国のMP3tunes事件判決を比較したうえで、両国間の、

クラウド・コンピューティングを巡る著作権法上の差異を指摘した。まずは、MYUTA事件判決については、奥邨准教授は、事実関係を紹介した後、同事件の判決は、カラオケ法理の「管理支配及び営業上の利益」という二要件以外に、他の要素も参考にして総合的に規範的侵害主体に該当するか否かを判断したものであると解説した。

次に、MP3tunes事件については、事実関係を紹介したうえで、DMCAセーフハーバ512条を中心に解説した。同事件の判決としては、512条（c）（iii）及び（d）の適用においては、侵害サイトのアクセスを特定した通知に関して、MP3tunesがsidelode.comよりアドレスを削除したことには、セーフハーバが適用されるが、ユーザのロッカーから削除しなかったことには、セーフハーバの適用が否定された。すなわち、MP3tunesのようなプロバイダは、ユーザがインターネット上にアップされている著作物を検索し、それを自身の個人アカウントに保存できるようにする場合、DMCAの保護を得るためには、保存された著作物が元あったサイトとそのwebアドレスを記録し、著作権者がその他の点ではDMCAに準拠した通知によって、元あったサイトを特定するならば削除することをしなければならない、と指摘した。

また、侵害対象を特定できない通知に関しては、通知としては不十分なものであること、侵害探知が権利者の負担である以上、侵害が蔓延しているだろうとの一般的な認識では、現実の認識や危険信号の認識とはいえないこと、MP3tunesには管理能力がないことで、MP3tunesの責任が否定された。

そして、DMCAのセーフハーバの対象とならない部分について著作権侵害の成否の判断においては、米国法では従属説が取られているため、ユーザが通知中に特定された原告の音楽を無許諾でサイドロードした行為は直接侵害にあたること、MP3tunesは、削除通知を受けたにもかかわらずユーザのロッカーから侵害音楽を削除しな

**R  
CLIP**

い場合に、その侵害音楽をユーザが自由にダウンロードできることを認識しているはずであることをもって、寄与侵害を認めた。

以上のような解説を行った後、比較法的な視点から、日米法の違いの源泉を検討した。まずは、米国では、DMCA規定があるため、DMCAによって保護されるか否かは大きな違いである。次に、間接侵害に関して、従属説が取られていることである。すなわち、一般的なデジタルロッカーサービス業者の行為が侵害になるかを判断する時に、ユーザの行為がフェアユースに該当する場合は、業者の行為が間接侵害にならないと判断されるが、仮に間接侵害となっても、DMCAが適用される可能性があるとして分析した。

一方、日本の場合は、規範的侵害主体論が取られているため、ユーザの行為が私的複製か否かは、業者の責任の有無を判断するために決定的な要因ではないので、ユーザの行為が侵害行為とならなくても、業者の行為が侵害行為となる可能性がある。そして、「TVブレイク事件」を前提に考えると、プロバイダ責任制限法が適用されない可能性がある。比較した後、事業者の責任範囲は、米国の法の方が狭いと指摘した。

最後に補足として、ロクラクⅡ事件最高裁判決とまねきTV事件最高裁判決の射程について検討を行った。

三人目の講演者は、マイクロソフトの楠正憲先生である。楠先生は、まず、クラウドサービスの変遷を振り返った。クラウドサービスは、90年代後半にインターネットの普及と共に、大量のデータを一か所に集め、情報を検索するサービスから始まったという。

そして、2004年から、各社は大容量のメールボックスサービスを提供するようになった。後に各社は、このサービスに積極的に取り込むようになった。クラウドサービスが普及となった背景は、従来の大型コンピュータをサーバにするのではなく、たくさんのパソコンを使ってサーバにして

いくという技術の発展にあったと考えられるという。

巨大なデータセンターは、最初アメリカだけだったが、後に欧米やアジアでも作られるようになった。しかし、日本では、法人税、著作権法などの問題があって、議論の段階にとどまっている。特に昨年の震災の後、計画停電によって、マイクロソフト社は、今後の計画をどのように展開していくかを悩んでいるという。

クラウド・コンピューティングとは、いろいろなデバイスを通じてサービスを提供するものである。特徴としては、使う分だけを買えばいいのである。そのため、特にベンチャー企業にとっては、高いサーバを買わなくても済むというメリットがある。

マイクロソフト社は、昨年の地震のときに、クラウド技術を活かして、地震によりサーバが壊れた県庁のサイトをコピーして情報を提供した。これには、著作権の問題があるが、震災の時にいかに情報を提供するかということは優先順位が高いため、サービスを提供したという。また、被災者名簿をネットに公開するのが、個人情報保護法に違反する恐れがあるから、安否確認情報は提供することができなかったが、震災で飼い主と逸れたペットの情報を提供した。

実は、クラウドサービスの中で、グーグルミュージックのようなサービスは、米国では利用可能であるが、日本では利用不可能なものもある。これに対して、消費者からは、日本著作権法にも米国のフェアユースのような規定を導入すべきという意見があるようである。実は、このようなサービスが日本に導入されない背景としては、著作権法の問題以外に、言語によって市場の規模が異なるため収益の問題や日米の産業構造上のビジネス環境が異なるなどの問題もあると指摘した。

最後に、平嶋先生の司会役の下でパネルディスカッションを行った。講演者の間では、MP3tunes事件判決の射程や意義、MP3tunes事件のような



R  
CLIP

事業が日本で行われる場合は、規範的侵害主体となる可能性の問題や、権利者は著作物が侵害されたことを知らない場合に業者の対応上の問題点および、事業者の視点からセーフハーバがある米国とない日本ではビジネスを展開する際の注意点などについて多岐にわたる議論が行われた。

(RA 石 飛)

## 第2部 著作権侵害に係るプロバイダの責任—最新動向と法理の再構築



司 会：駒田泰土（上智大学法学部教授）

講演者：田村善之（北海道大学情報法政策学研究センター長）

張 睿暎（東京都市大学専任講師）

丸橋 透（株式会社ニフティ法務部長）

第2部では、まずは、司会の上智大学の駒田泰土先生が、ISP責任法制に関する近時の動向を紹介した上、本シンポジウム第2部の基調となる趣旨及び論点を講演した。

駒田先生は、欧米日のプロバイダ責任法制が成立してほぼ10年が経過しているが、2000年代の中頃に差し掛かると、いわゆる「Web1.0からWeb2.0へ」とのウェブ世界の変化が発生し、インターネットユーザによる情報発信や共有等が、従来のWeb1.0よりも、Web2.0では飛躍的にソフィステートされた形で行われていると語った。その上、このウェブ環境の劇的な変化に伴い、ISPの活動も多様化しており、ISPは、単なる情報流通の仲

介者という役回りを越えつつあり、コンテンツプロバイダと呼ばれてきたネット上のプレイヤーも、今日ではコンテンツプロバイダとも言い難いが、コモンキャリアまたはコモンキャリアの延長線にある存在とも言い難いとコメントした。

上述の通り、様々な知的財産にかかるコンテンツは、それらの者の仲介によりネット上において流通しているが、このような現状に伴い、著作権をはじめとする知的財産権への侵害は、ネット上でかつてない規模で生じていることから、知的財産を有する権利者側としては、ISPに対しての法的責任の厳格化を訴えており、近年、特に欧州では、こうした権利者の動きが活発化し、ISPに対して様々な訴訟が提起されて、様々な判決が出されている。そのため、諸外国における知財関係のジャーナルにおいては、ISPの法的責任について多くの議論が交わされ、知財分野のちょっとしたホットトピックとなっている状況であり、本シンポジウムの第2部は、こうした2000年代後半の動きを受けて、改めて日本のプロバイダ責任法制について考えるという趣旨であると、駒田先生は述べた。

さらに、第2部の基調となる論点の整理について、駒田先生は、ISPの法的責任問題は、著作権法の文脈では、著作権等の間接侵害という問題の一つと位置付けることができ、日本において著作権等侵害主体性に係る実務の展開としては、最初のいわゆる手足論から、カラオケ法理を経て、そしてカラオケ法理の修正、今現在はカラオケ法理から総合判断へという流れであるが、総合判断というだけでは、個々の事案における利用主体の認定判断が著しく不安定なものとなりかねないことから、ある程度一般化・類型化できるものはこれを明らかにする必要があると指摘した上、ロクラクII最高裁判決以降、ISPの侵害主体性に係る考え方はどうあるべきかというのが、一つの論点になると説示した。また、駒田先生は、ISPの監視義務について、日米欧の共通ルールとして、



ISPの一般的監視義務は否定されているが、ISPが問題情報の流通について積極的に関心を持つとしないというマイナス・インセンティブが生じていないかという批判は以前からあり、2000年代後半にプロバイダをめぐる環境が変化したことを踏まえると、往時の批判を再考する必要があると指摘した。その上、諸国の法制上、特別な監視義務（あるいは合理的に期待しうる注意義務）は否定されておらず、かつ、2007年以降、欧州では差止めの一環としての監視義務をISPに負わせると命じた裁判例が数件出されていることから、ISPの差止めに関する責任について何も規定していないという日本の場合、差止めの一環としてのISPの監視義務問題に関し、差止め請求として著作権者等が求める特定されたコンテンツのフィルタリング、ブロッキングはどこまで容認されるかというのが、もう一つの論点であると述べ、講演を終えた。

続いては、東京都市大学の張睿暎先生が、「ISPの責任制限に関する欧米の動向」について、ホスティングプロバイダ及びアクセスプロバイダの責任制限要件に関する判例、並びに立法によるブロッキングの動きに重点を置き、近時の欧米における実務の動向を紹介した。

ホスティングプロバイダまたはアクセスプロバイダの責任制限要件に関しては、まず、米国のISPがDMCA上のセーフハーバー規定の適用を受けると認定した判例を三つ<sup>1</sup>、Grokster判決の誘因理論に基づき、ISPが著作権侵害責任を負うと認定した判例を一つ挙げた<sup>2</sup>。次に、欧州の判例については、著作権を侵害するコンテンツが繰り返しアップロードされることを防止するために、ホスティングプロバイダが技術的措置を導入する必要があると判断したフランスの判例<sup>3</sup>、並びに、

権利者からの通知が侵害コンテンツを特定するに不十分である場合、ホスティングプロバイダは侵害に対する実際の認識ができず、責任があるといえないと認定したフランスの判例を挙げた<sup>4</sup>。そして、アクセスブロッキングの認否に関しては、欧州圏のアクセスブロッキングを認めた判例を八つ<sup>5</sup>、否定した判例を四つ示した<sup>6</sup>。

さらに、ISPの監視義務に関しては、「ISPにすべてのユーザに対し無差別に、予防的措置として、自己の費用負担で、無期限に、そのサービスを流れる電気通信をフィルタリングするシステムの導入を強制する命令はEU法に反する。」という、一般的監視義務を否定した欧州司法裁判所の判決を紹介した上<sup>7</sup>、英国Ofcomのサイトブロッキングに関するレビューを挙げ、差止めとしての監視義務を果たすのに実効的な技術的措置は存在するのかと疑問を投げかけた。最後に、張先生は、フランス、韓国とイギリスの三振アウト制の導入、並びに米国のHEOA、COICA、PROTECT IP及びSOPA等法案を挙げて、諸外国の立法によるブロッキン

<sup>4</sup> Nord-Ouest production v. DailyMotion (2007, 2011)

<sup>5</sup> IFPI Denmark v. Tele 2 A/S (Copenhagen City Court, 2006.10.25; SABAM v. Tiscali SA (Brussels Court of First Instance, 2007.6.29; IFPI Denmark v. DMT2 A/S (Frederiksberg Court, 2008.10.29; Bergamo Public Prosecutor's Officer v. Kolmisappi (Italian Supreme Court of Cassation, 2009.9.29; Columbia Pictures Industries Inc v. Portlane AB (Swedish Court of Appeal, 2010.5.4; Constantin Film v. UPC (Commercial Court of Austria, 2011.5.13; MPA v. British Telecom (British High Court, 2011.7.28); BAF v. Belgacom & Telenet (Appeal Court of Antwerp, 2011.9.26

<sup>6</sup> Nordic Records Norway AS v. Telenor (Borgarting Court of Appeal, 2010.2.9; BREIN v. Ziggo BV (District Court of the Hague, 2010.7.19; EMI v. UPC (Ireland High Court, 2010.10.11; EMI v. HanseNet (District Court of Köln, 2011.8.31)

<sup>7</sup> Scarlet v. SABAM (C-70/10, 2011.11.24)

<sup>1</sup> UMG v. Veoh (2009); Viacom v. YouTube (2010); EMI v. MP3tunes (2011)

<sup>2</sup> RIAA v. LimeWire (2010)

<sup>3</sup> Zadig Production v. Google Video (2007)

グの動きを紹介し、講演を終えた。

張先生の次は、ニフティ株式会社の丸橋透先生が、「データ照合技術とプロバイダの不作为責任」について講演した。

丸橋先生は、まず、「MD5ハッシュ」と「オーディオ・ビデオフィンガープリント」というデータ照合技術とその導入例を紹介した。MD5ハッシュ照合とは、「Message Digest 5」というハッシュ関数を用いて、あるデータから生成されたハッシュ値とオリジナルのコンテンツから生成されたハッシュ値とを照合し、両者が一致するかを判定するというデータ照合技術である。一方、オーディオ・ビデオフィンガープリント照合とは、「フィンガープリント」と呼ばれるオーディオの波形や、ビデオデータから抽出された特徴情報を用いて、あるオーディオまたはビデオの類のデータのフィンガープリントと、オリジナルのコンテンツのフィンガープリントとを照合し、両者が一致（近似）するかを判定するというデータ照合技術である。この二つの照合技術は、すでに「デコゲット」や「You Tube」、「ニコニコ動画」または「BayTSP」等々のサイトにおいて利用されている。

次に、丸橋先生は、「TVブレイク事件」を一例として、データ照合技術とプロバイダの侵害回避作為義務違反との関係性を示した上、データ照合技術の米DMCA法上、並びにACTA条約上の位置づけを解説した。ただ、データ照合技術をネット上の著作権侵害データの探知、投稿抑止に利用することはできるが、アップロード時の送信側プロバイダでのデータ照合の場合、通信秘密の侵害や、事前検閲に該当し、電気通信事業法や憲法に違反する恐れがあるので、こういう場合での利用は不可であると述べた。

結論として、アクセスプロバイダによるデータ照合は、通信内容の検閲や通信秘密の侵害に当たりうることから、この類のデータ照合は、民間の自主的取り組みでも許されず、かつ、そもそも技術的及びコスト的な面においても、その利用は困難

であると考えられる。また、動画投稿サイト等CGMサービスプロバイダへのアップロード時のデータ照合の場合、コスト上の問題で、サイト側で導入できるのはトップシェアの一握りであり、かつ、技術的には実用化されているとはいえ、米DMCA法の技術標準を満たすものはまだ存在しない。さらに、サービスプロバイダへのデータ照合システム導入義務・導入による責任制限について、条理上の作為義務はないものの、民間の自主的取り組みの可能性はある。ただ、そもそもビデオ投稿等CGMサービス自体の成立が困難であることから、権利者が照合システムを用意し、プロバイダに無償または安価に開放するというやり方でなければ成り立たないと、丸橋先生はコメントした。

最後に登壇した北海道大学の田村善之先生は、「著作権侵害に係るプロバイダの責任 - 日本法の現状と課題 -」について講演し、第2部の講義をまとめた。

田村先生は、多岐にわたる条文や法理解釈の中で議論が錯綜するというプロバイダ責任に関わる日本法の現状において、今は、著作権者の侵害特定義務の問題、並びにプロバイダの調査義務の問題等の政策論に立ち帰るべきではないかと、講演の最初から問題の所在を帰結した。そして、米DMCA法と日本プロバイダ責任制限法の歴史を振り返って、1990年代の米国における厳格責任説の採否についての議論、DMCA法とプロバイダ責任制限法のそれぞれの立場を紹介し、両者の特徴と違いを解説した上、DMCAにおける「notice and take-down」に対応する救済策としての著作権法等による解釈の必要性という差止請求に対応する論点、「発信者」概念による責任厳格化の推進という損害賠償請求に対応する論点など、プロバイダ責任制限法の制定によって残された二つの課題を指摘した。

さらに、田村先生は、差止請求の課題においては、侵害主体論に関する三つの立場とそこに隠れ

た論点<sup>8</sup>、一方、損害賠償請求の課題においては、現行プロバイダ責任制限法にいう「発信者」の定義から生じた解釈上の二つの難点を分析した。最後に、結論として、プロバイダ責任をめぐる真の争点は、「著作権者に実効的な救済手段を確保するとともに、侵害行為の調査義務からプロバイダの責任を免れしめ、侵害行為の特定を著作権者の負担とする」選択肢Aと、「著作権者の保護をさらに十全なものとするために、侵害を誘発するプロバイダ等に関しては、侵害行為の特定を著作権者ではなくプロバイダに課す」選択肢Bのどちらを選ぶかという問題にあると説示した上、現在の裁判例は選択肢Bに向かいつつあるが、プロバイダ責任制限法3条1項の構造に照らし、選択肢Aが解釈論として適合的であって、選択肢Bは立法論として議論すべきであるとコメントして、第2部の講演を終えた。

第2部の最後には、駒田先生、張先生、丸橋先生と田村先生の四人がパネルディスカッションを行った。20分程度の議論だったが、イギリスOfcomのサイトブロッキングに関するレビューの意義をはじめ、フィルタリング及びブロッキング等技術と通信秘密、プライバシーの侵害との関係性、侵害主体論に関するサーバー基準説の内容、並びにフィルタリング、ブロッキング等技術の実効性・限界性とプロバイダ責任の法政策との関連性についても意見が交わされ、5時間に及ぶ本日のシンポジウムに終止符を打った。

(RA 陳 柏均)

<sup>8</sup> カラオケ法理⇒総合衡量法理(最判平成23.1.20(受)788)、不作為構成(東京高判平成17.3.3判時1893号126頁[罪に濡れた二人「ファンブック」2ちゃんねる掲載])、サーバー基準説(田村善之「インターネット上の著作権侵害行為の成否と責任主体」同編『情報・秩序・ネットワーク』(1999年・北海道大学図書刊行会))等を参照。

## 知的財産判例データベース進捗状況

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/rclip/db/>

### ❖中国 DB プロジェクトの進捗状況

今年度も、中国各先生の協力の下に判例収集を計画通りに進めている。現在、6箇所判例翻訳が作業中で、2月末に完成する予定である。

(グローバル COE 研究員 兪風雷)

### ❖韓国 DB プロジェクトの進捗状況

現在 RCLIP データベースに登載されている 141 件に追加して、2012 年度にも更に判例を追加していくべく、韓国の研究協力者との交渉を進めている。

(RC 張睿暎)

### ❖タイ DB プロジェクトの進捗状況

現在、462 件の判例が掲載されている。今後、40 件の判例が追加される予定である。本年度は 21 件の判例を収集することを予定している。

(RC 今村哲也)

### ❖インドネシア DB プロジェクトの進捗状況

インドネシア最高裁及び Fiona-Butar 弁護士のご協力により、2011 年分合計 10 件の判例データを入手した。

(助手 志賀典之)

### ❖台湾 DB プロジェクトの進捗状況

台湾 DB プロジェクトワーキンググループより、15 件の最高裁判決を含む合計 40 件を入手した。

(助手 小川明子)

### ❖欧州 DB プロジェクトの進捗状況

本年度の DB プロジェクトとして、ドイツ判例 50 件、フランス判例 85 件、スペイン判例 50 件、英国判例 30 件、イタリア判例 25 件の収集が確定し、現在作業中である。

(RCLIP 事務局 上條千恵美)





## 研究会・セミナー開催のお知らせ

お申し込み方法など、詳細については、ホームページをご確認ください。

### 第33回 RCLIP 研究会「アメリカ特許法の差止請求権制度の差について」

【日時】2012年3月5日(月) 18:30~20:30

【会場】早稲田大学早稲田キャンパス 8号館 312教室

米国 ITC における差止による救済の要件は、通常の米国の裁判所とは明らかに違うことから、ITC は、米国における唯一かつ最重要な特許訴訟の場となってきた。本セミナーでは、特許侵害訴訟の侵害差止要件について米国地方裁判所と ITC とを比較し、個々の要件の理由づけと正当性について検討する。

【報告者】 クリストフ・ラーデマッハ (早稲田大学高等研究所助教)

【コメンテーター】竹中俊子 (ワシントン大学ロースクール教授)

### グローバル特許権行使戦略セミナー

「米国特許法改正及び E U 知的財産権行使指令の影響と日本企業戦略トレンド」

【日時】2012年6月30日(土) 13:30~18:10

【会場】早稲田大学 小野記念講堂

<第一部>

#### 【基調講演】

Mark Lemley, Stanford Law School

「米国特許権行使制度：統計的データからの分析」

#### 【パネルディスカッション】

「訴訟提起準備に関する争点」(警告状、証拠入手手続、フォーラムショッピング等)

司会：クリストフ・ラーデマッハ (早稲田大学高等研究所)

パネリスト：

Paul Meiklejohn (Dorsey & Whitney, Seattle, USA)

Tilman Müller-Stoy (Bardehle Pagenberg, Munich, Germany)

Felix Einsel (Sonderhoff & Einsel, Tokyo)

Mark Lemley (Stanford Law School)

<第2部>

#### 【講演】

遠藤嘉浩 本田技研工業(株) ブランド・知財企画室

「日本企業特許世界戦略のトレンド」

【パネルディスカッション】「特許無効の主張と抗弁」(米国改正法による新たな付与後異議制度等の活用、無効抗弁が認められないドイツの訴訟制度の長短等)

司会：竹中俊子 (ワシントン大学ロースクール教授)

パネリスト：

Jan Krauss (Boehmert & Boehmert, Munich, Germany)

Christof Karl (Bardehle Pagenberg, Munich, Germany)

Douglas F. Stewart (Dorsey & Whitney, Seattle, USA)

萩原弘之 (Ropes & Gray, Tokyo)

遠藤嘉浩

#### 編集・発行

早稲田大学グローバル COE

<企業法制と法創造>>総合研究所内

知的財産法制研究センター長 高林 龍

[Web-RCLIP@list.waseda.jp](mailto:Web-RCLIP@list.waseda.jp)

<http://www.globalcoe-waseda-law-commerce.org/rclip/>