



® 平成 30 年 12 月 7 日 (金)

No. 14830 1部370円 (税込み)

発行所

一般財団法人 経済産業調査会
東京都中央区銀座2-8-9 (木挽館銀座ビル)
郵便番号 104-0061 [電話] 03-3535-3052 [FAX] 03-3567-4671

近畿本部 〒540-0012 大阪市中央区谷町1-7-4
(MF天満橋ビル8階) [電話] 06-6941-8971

経済産業調査会ポータルサイト <http://www.chosakai.or.jp/>

特許ニュースは

- 知的財産中心の法律、判決、行政および技術開発、技術子調等の専門情報紙です。

定期購読料 1カ年61,560円 6カ月32,400円 (税込み・配送料実費)

本紙内容の全部又は一部の無断複写・複製・転載及び入力を禁じます(著作権法上の例外を除きます)。

目次

☆知財の常識・非常識 ⑰

インターネット上のコンテンツ流通について … (1)

☆知財高裁開廷一覧 …………… (10)

☆知的財産研修会《新春知財セミナー》

(知的財産分野の悩ましい問題について) … (11)

知財の常識・非常識 ⑰

インターネット上の
コンテンツ流通について

桜坂法律事務所

弁護士 林 いづみ

I はじめに

さて、「知財の常識・非常識シリーズ」⑰(2018年2月9日)では「新たな情報財の利活用をめぐる最近の動向」をとりあげました。IoT (Internet of Things) により収集したデータを人工知能 (AI) で分析する時代において、便利なサービスを提供することで大量の個人データを囲い込むことに成功し

たG A F A (Google、Apple、Facebook、Amazon)、これに対抗するEU一般データ保護規則 (GDPR) やデータポータビリティの意義、米国とデータ資源の覇権争いをする中国のインターネット安全法 (2017年6月)、我が国の「限定提供データ」に関わる不正競争防止法改正議論の課題などをご紹介します。



知的財産ビジネス支援の専門職集団
特許業務法人

太陽国際特許事務所

所長・弁理士・博士 (工学) 中島 淳

【機械建築担当弁理士】
福田 浩志 (副所長)
清武 史郎
堀江 千英
坂手 英一
針間 成子
永田 淳尚
高橋 尚元
河野 元英
内田 英明
中村 敬子
江口 敬子
橋野 範博
片倉 治博
本合 治博
加藤 雅嗣

大塚 美也
横山 秀行
佐伯 理規
石田 広規
三島 博道
長谷川 英一
黒田 博智
北口 博智
佐野 慎一
村野 直一
鈴木 聡
福中 聡
山本 聡
中村 聡
戸部 聡

【電気電子担当弁理士】
加藤 和詳 (副所長)
百瀬 尚幸
美濃 尚好
佐久間 治佳
小早川 真子
山口 真奈美
大古 奈奈子
松崎 明和
大鼻 明和
小原 明和
田中 明和
橋本 明和
藤原 明和
後藤 明和

【化学材料担当弁理士】
西元 勝一
上條 由紀子
下田 世津子
小林 美貴
設楽 修一
西山 崇
早瀬 貴介
長野 貴介
前嶋 恒夫
有村 昌和
上原 智史
宮崎 宏紀
松村 立花喜美江

【バイオ医薬担当弁理士】
山極 美穂
渡邊 裕子
中川 彰子
村尾 招子
桐内 優
宮澤 優子
長崎 さなえ
森 知愛
土井 徹也

【米国特許弁理士】
シェルドン・モス
チャド・ヘリング
【中国弁理士】
董 昭
【韓国弁理士】
金 峻河
【弁理士】
中野 浩和

【商標意匠担当弁理士】
関島 昌子
樋原 美智子
高橋 史保
野崎 彩子

*特定侵害訴訟代理業務付記

東京本部：〒160-0022 東京都新宿区新宿4丁目3番17号
電話 (03) 3357-5171 (代表) ファクシミリ (03) 3357-5180 (代表)
<http://www.taiyo-nk.co.jp> 相談・連絡用E-mail: info@taiyo-nk.co.jp
横浜ランチ：横浜市 USオフィス：米国バージニア州

今回は、IoT、AI時代におけるインターネット上のコンテンツの流通について、流通の促進と侵害対策の両面から考えてみたいと思います。

我が国でも、通信と放送の融合が提唱されて久しいものの、国際的にみるとかなり遅れています。すでに海外では、同じ番組をリアルタイムに、TVでもPCでも、スマートフォンでも見られるようになっています。ロンドンオリンピックでは、BBCが全競技を生中継しましたが、これは、PC、スマートフォン、インターネットで見ることができ、特にスマートフォンで900万人が視聴したと報告されています¹。

また、海外では、コンテンツ流通の大部分がインターネットにパラダイムシフトした現状に適合して、AI技術やブロックチェーン技術により自動的にコンテンツの利用報告、課金、分配を完結できるシステムが普及しています。例えば、スペインのバルセロナに本社のあるBMAT社では、オーディオフィンガープリント(hash値の照合)技術によるリアルタイム認識可能なレポートを、60か国以上、1600万曲、3000以上のTV、ラジオに提供しています²。

このように、すでに海外では実現していることを、日本で実現できるのはいつなのでしょう。そのために、今、日本でどのような改革をするべきなのでしょう。まさに、「日本の常識は世界の非常識」かもしれません。

II インターネット上のコンテンツ流通の促進対策

1. 放送と通信の融合は進んでいるか？

(1) 「放送と通信の融合」が進まない一つの原因として、我が国ではいまだに放送コンテンツ製作にあたり、二次利用の可否や対価等の条件を取決めないことが多いことが挙げられます。

公正取引委員会では、優越的地位の濫用規制と下請法違反の未然防止の観点から取引の実態を把握するための調査をし、その結果として受発注側の認識の差異があることを指摘しています。業界構造として、テレビ番組制作会社は、テレビ局等に比べて事業規模が小さく、特定のテレビ局等の取引に依存している傾向があります。そのため、著作権の譲渡対価、二次利用の窓口業務に関する事項、二次利用の収益配分に関する事項、著作権の譲渡・許諾に関する事項

が予め契約で定まっておらず、著作権の無償譲渡12.8%、二次利用に伴う収益の不配分10.1%に及びます。また、優越的地位の濫用規制上の問題となり得る行為を1つ以上受けたと回答したテレビ番組制作会社は39.4%に上ります。なお、下請法3条(書面交付義務)についての公取の「指導」は放送関係では年間40~97件ありますが、「勧告」はありません³。このような実態調査をもとに、平成29年6月に放送事業者と番組製作会社の両者が向き合う場として、「放送コンテンツ適正取引推進協議会」が発足しており、また、官邸に「下請等中小企業の取引条件改善に関する関係府省等連絡会議」が設置されています。民間事業者による自主行動計画が提出されたほか、全国に80名規模の取引調査員「下請Gメン」が活動しています。

しかし、相変わらず、製作者側からは、完全製作委託型で制作会社に著作権が帰属すべきにもかかわらず、放送局側の関与を理由に、著作権が放送局の帰属になる問題や、外部製作番組の二次利用、実演家の権利の買取、所在不明権利者問題につき、取組が必要という声も上がっています⁴。

(2) 上記のとおり、【放送局－(外部製作者)－実演家等】の契約関係においては、相変わらず、そもそも契約書を締結していなかったり、契約書はあるが二次利用の可否や対価等の条件を取決めていないといった契約慣行の是正が進んでおらず、このことが放送番組の、インターネットや海外での、二次利用を阻害しています。このような契約慣行の是正が進まない背景には、「二次利用が必要な時は自由に使いたい」という側と、「二次利用の許諾には対価の確保が必要」という側が、契約によって明確に取り決めることを避けて、問題を先延ばしにする日本的な心情が働いているのかもしれません。しかし、こうした契約慣行は、放送と通信の融合時代において、インターネット上のコンテンツ流通を促進する上で重大な障害となっています。

具体的な是正策の一つとして考えられるのは、まず、権利処理上の争点を整理し、契約書作

成・取引慣行についての実態調査における受発注側の認識の差異を検証することです。そして、その検証に基づき、特別法において契約書作成・権利処理条件の明示を義務化し、当事者で予め取り決めておくべき権利処理条件(著作権の譲渡対価、二次利用の窓口業務に関する事項、二次利用の収益配分に関する事項、著作権の譲渡・許諾に関する事項、紛争処理ADR等)を明記した雛形を整備することが望ましいと考えます。また、実施にあたっては、専用の苦情申立て窓口の設置し、独立性と調査権限、紛争処理ADR機能、スポンサー名を含む情報開示などの機能を持つ、監視体制の確立も必要であり、公正取引委員会・中小企業庁の機能強化やBPOなど、この機能の担い手についての検討も進めるべきではないかと考えます。

2. ユーザーに利便性の高い正規版流通システムの構築の必要性

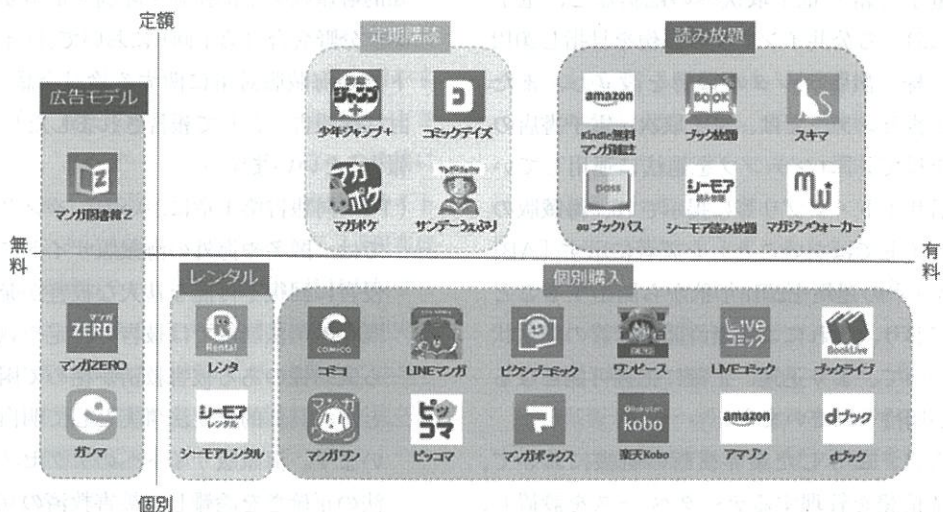
(1) パッケージ型からデジタル配信型へのシフト

マンガ、アニメ、映画、音楽、ゲーム、放送番組などのコンテンツ流通の軸はCD、DVD、書籍といった従来のパッケージ型から、インターネットを介したデジタル配信へと変わりつ

つあります。2017年にはマンガ単行本市場で初めて電子流通(1,711億円)が紙の流通(1,666億円)を上回りました。これに伴い、これまでの、パッケージを購入するたびに対価を支払う「都度課金モデル」に加え、いわゆる見放題、聞き放題と呼ばれる「定額制サブスクリプションモデル」や「定期配信モデル」、「無料広告モデル」等、新たな枠組みのサービスが誕生しています。また、都度課金モデルにおいても、コンテンツの一部を無料で公開して有料コンテンツに誘導する「フリーミアムモデル」等、それぞれの事業者がデジタルコンテンツの流通に最も適したモデルを模索している状態にあります。(以下の図は脚注7の報告P28引用)

このような試みの一つとして、マンガ家の赤松健氏が2010年にはじめた「マンガ図書館Z」は、2018年8月から、出版社は限定されるものの絶版になっていない作品も対象として、ユーザーによるデータのアップロードを可能とする実証実験を始めています。ここでは広告収入から、マンガ家(作者)に80%、出版社とデータを提供したユーザーにそれぞれ10%の収益分配を行い、今後の伸展も期待されています。ただし、「とはいえ、本丸は「現在刊行されているタイトル」の電子化や、定額制への移行をどう

電子コミックの正規版サービス(主なサービスのみ記載)



進めていくか、という点であることは、他のコンテンツカテゴリーの動向を見ても間違い無い。あるいは逆に、電子書籍を定額制に移行させないままでも現在の産業規模を維持できるようなビジネスモデルが確立できなければ、海賊版は『ユーザーの支持』を背景に、姿形を変えて再び現れるし、海賊版の有無にかかわらず『ユーザーニーズに応えられない』出版市場や産業規模もさらに縮小してしまうことになるだろう。」(まつもとあつし)という指摘もあります⁵。

(2) 正規版流通におけるユーザの利便性を高めるには

日本の電子コンテンツ流通においては、ユーザーの利便性が未だ十分に実現されていないといわれています。マンガを中心に紙と同時に電子版が刊行される作品も増え、電子書籍の売り上げも増加傾向にありますが旧作や文芸・実用書に目を移すと電子化されていなかったり、すでに絶版となっていたり入手困難なケースも珍しくありません。さらに、SpotifyやNetflixのように音楽や映画では定額制の普及が進んでいるのに対し、マンガ・書籍の分野では未だに決め手となるようなサービスが登場していません。上記のとおり、電子化タイトルが十分ではなく、都度課金モデルにとどまっていることが、違法な海賊版サイト(無料・読み放題)の蔓延につながってしまっているという指摘もあります。

出版界では、電子書籍のデジタルデータの保管、電子書籍・電子取次への配信など、電子出版における公共インフラの整備を目指し2012年に(株)出版デジタル機構を設立し、また、出版広報センターでは、電子取次、電子書店の協力を得て、「コンテンツを適法に運用している配信サイト・アプリ等に掲示され、海賊版の違法サイトではないこと」を読者に示す「ABJマーク」⁶の運用を2018年秋から開始することとしており、これにより無許諾の書籍の配信状況について、より迅速、正確に把握可能となることが期待されています。

さらに、こうした業界横断の組織において、著作権情報を管理するデータベースを設置し、

データの照合により海賊版コンテンツの検知を自動的に行う仕組みを構築、意識啓発等への活用、検索結果への反映等を進める、デジタル著作権管理やデジタルフィンガープリント等の技術の試行、若年層が書籍の電子配信を受けられるように端末や決済方法等について整備、などの指摘がされています。また、同様の観点から、かねてより、①権利情報の集中管理(孤児著作物を含む)、②包括的権利処理システム、③適正な収益の分配に関する各議論が続いており、また、ブロックチェーン技術等の活用に関する議論も、政府内でも取り上げられています。しかし、ここには、放送・通信融合時代のコンテンツ流通促進にむけた、合目的な全体像とその実現時期の設定がありません。今後は、ブロックチェーン技術等の活用の観点を踏まえ、①～③を三位一体で議論していくことが必要でしょう。

Ⅲ 海賊版対策としての著作権侵害ブロッキングについて

1. 「インターネット上の海賊版対策に関する検討会議」(座長) 検討状況報告

コンテンツ利用の中心はインターネット上にシフトしつつあり、特に、匿名や海外の海賊版サイトの著作権侵害によって、日々、回復不能な甚大な被害が拡大しています。すみやかに実効性のある対策を講じるために知的財産戦略本部では検討会議を設け、その検討結果が、2018年10月30日の知的財産戦略本部検証・評価・企画委員会コンテンツ分野会合(第1回)において、「[インターネット上の海賊版対策に関する検討会議](座長) 検討状況報告」として報告されました⁷(以下、「同報告」といいます)。

(1) 同報告第1章において、インターネット上では、匿名や海外の海賊版サイトによる著作権侵害に回復不可能な甚大な被害が発生しており、既存の司法制度では被告の特定や執行困難性から実効性のある被害救済が極めて困難であることが、具体的な立法事実として明白に示されています。海賊版サイトへのアクセス数の推定方法の正確さを論難して被害救済の立法事実がな

いという意見がありますが、このような意見は、推定被害が3000億円ではなく仮に数百、数十億円であったとしたら救済の必要がないというのか疑問です。精魂をこめて生み出した作品を、インターネット上で著作権フリーにするか、どのように利用させるかは、創作者の選択の問題であり、創作者の選択に対するリスペクトを忘れてはならないと思います。また「他に取れる手段」として、インターネット上の正規版サイトの普及対策を優先すべきという意見もありますが、前記のとおり普及対策の促進が必要であることは当然ですが、だからといって侵害対策が不要になるわけではありません。創作者に対して正当な対価を還元せず無償での閲覧を可能とする海賊版サイトによって、日々、インターネット上で膨大な著作物の無断利用が行われていることが、正規版の普及を阻害し、著作者や特に中小出版社にとって死活問題となっています。実際、今回の緊急対策の報道後に自主的に閉鎖された「漫画村」サイトについても、この閉鎖があと数か月おくれしていたら倒産していたという出版社の声も寄せられています。

(2) 同報告第2章には総合対策が網羅的に示されており⁸、今後、各省庁や民間の協力により、これらの総合対策を実施していくことが期待されています。ただし、これらの総合対策のうち、利用者の真正な同意(かつ容易にオプトアウトできること)を前提とする対策は、有料の漫画をタダで読むために海賊版サイトにアクセスする利用者に対しては、その実効性に限界があることは明らかです⁹。また、その他の対策も中長期的、間接的、任意的なものであり、直ちにサイトブロッキング対策が不要になるというほどの実効性が示されているとは言い難いと思います。

(3) 同報告第3章では法整備上の論点として、司法手続において法律で定める要件に基づき、裁判所が対象サイトを判断することなどを含め、「具体的」に、相当性のある手段や手続保障などを整理しています。例えば、対象サイトの要件

としては、客体には無償頒布されている著作物には含まず(有償著作物等に限定)、サイトの態様は、デッドコピー(「原作のまま」)で、侵害率が高く(掲載されたコンテンツの大部分が海賊版)、運営者が特定困難(わが国では匿名訴訟はできない)で、国外蔵置(わが国の法執行が困難)、サイト言語が日本語(もっぱら日本における損害発生)であり、海賊版であることにつき悪意(「知りながら」)などであることなどが挙げられています。また、プロバイダに課される条件・義務・免責、ブロッキングの実施方法(技術的方法やコスト負担)、法律(著作権法かプロバイダ責任法、その他か)、形式(著作権法112条の2として固有の請求権を設けるか、同113条のみなし侵害とするかなど)も挙げられています。

2. 法整備によりアクセス制限の対象となる海賊版サイトの選定の透明性を担保すべき

(1) 海賊版サイトブロッキング法整備に対する反対意見の論拠の一つは、他の法益にサイトブロッキングが拡大・濫用する懸念であり、筆者もかかる懸念は共有するところです。特に、公益目的の批判言論に対して名誉毀損訴訟を濫用することは表現の自由の重大な侵害というべきですが、同様にインターネット上の批判言論を名誉毀損として不明瞭な手続でブロッキングすることを許せば、知る権利の重大な侵害にもなるでしょう。だからこそ、立法議論においてこれらのリスクをあらかじめ排除するべきであり、また排除可能であると考えています。

筆者は、このリスクをあらかじめ排除するために最も重要なのは、アクセス制限の対象となる海賊版サイト選定の透明性を担保することであると考えており、同検討会においてもそのように意見を述べてきました。この点で、児童ポルノブロッキングのように法律で要件を定めることなく、行政裁量で緊急避難による違法性阻却を認める体制を何年間も続けることには疑問を禁じ得ません。さらに今回、海賊版サイトブロッキング法整備反対の立場から、ユーザーと事業者との事前包括同意によるアクセス制限を

行うことを優先し、ブロッキングの法整備はこの事前包括同意方式に実効性がない場合に限ること(ブロッキングの法整備を先送りする)が提案されています。しかし、事前包括同意方式については、上記のとおり海賊版対策としてユーザによる真の同意が得られるのか多に疑問である上、事業者による対象サイト選定プロセスの透明性・予測可能性・適切性をどのように担保するかが課題であり、それに対する答えは示されていません。海賊版サイトについても、法整備することなく対象サイトの要件を総務省監督下の団体らのガイドラインのようなもので決定することになれば、対象サイト選定の透明性・予測可能性・適切性はといったどのように担保されるのでしょうか。

- (2) 抽象的な議論¹⁰は原理間の感情的対立を生みがちで、異なる原理間の利益衡量による課題解決には馴染みません。同報告第3章において法整備上の主な論点は明確になっています。今後は、通信の秘密を原理主義的に絶対視することなく¹¹、憲法上の原理間利益衡量の原則にたち、同報告第3章で挙げた論点整理にさらに論点を追加することも含め、他の総合対策を早急に進めることと並行して、海賊版サイト対策として各国で実効性を認めて法整備がされているアクセス制限について、我が国においても、憲法適合的な法制度とするための具体的な検討を、すみやかに進めるべきであり、中長期的検討に先送りすべきではない、と私は考えております。皆様はいかがお考えでしょうか。

【参考】

1. 米国民事訴訟のディスカバリー制度を活用して海賊版サイト運営者の特定に成功した事例について¹²

- (1) 2018年11月17日開催の「第43回 法とコンピュータ学会研究会」における山口貴士弁護士(カリフォルニア州弁護士)のご発表によれば、山口先生は、「CDN業者を相手方/訴訟当事者としたくない方が、情報の開示を得やすいのではないか」という発想から、2018年6月12日に米

国の連邦地方裁判所における匿名訴訟(匿名訴訟の被告は海賊版サイト運営者)を提起し、訴状を送達する被告の特定のためのdiscoveryを実施し、discoveryの一環として、同月15日に罰則付き召喚令状(subpoena)を、大手CDN事業者であるCloudflare社(クラウドフレア)に送付して同月29日に開示を受け、さらに海賊版サイト「漫画村」(mangamura.org)の課金業者にsubpoenaを送付して課金に関する資料の開示を受け、開示を受けた資料記載の住所が日本のものであったため、訴訟を取り下げ、開示された資料記載の情報に基づき、日本の弁護士会照会、職務上請求などで、運営者を特定できたとのことです。山口弁護士はメリットとして、subpoenaはアメリカ国内において強制力がある制度であり、日本の発信者情報開示制度と異なり、裁判所での疎明手続きも不要で、必要性を争われることなく、関連性さえあれば第三者にも送ることができ、また、訴訟提起から情報の開示まで17日という迅速性があり、海賊版サイトが米国内のCDNを利用している場合には使えることなどを挙げておられます。また、質疑においては、今回のように訴状送達に限定した簡単なdiscoveryのみで取り下げれば弁護士費用はさほどかからないが、米国著作権登録がされている作品であれば、最低10万ドルのみなし損害が認められるものの、登録されていないと原告が損害額の立証責任を負うなど、米国訴訟の継続はコスト的に見合わないということも回答されています。

- (2) サイト運営者の特定のために同様の手法を活用することが今後、期待されるでしょう。しかし、そのことゆえに、一般論として、他の実効的な手段が存在する(ブロッキング法制化の立法事実が無い)、ということになるわけではない点に留意する必要があります。

① 海賊版サイトが利用するCDN事業者がCloudflare社とは限らないこと

CDN事業者はCloudflare社以外にも多数存在し、海賊版サイトがCloudflare社を利用するとは限りません。今回のCloudflare社の対応を受けて、海賊版サイトは、より契約者の

匿名性を担保するCDN事業者に乗り換えることが予想されます。また、海賊版サイトが利用するCDN事業者が米国人とは限らず、米国人でなければ、今回の訴訟手続(サピーナ)は使えません。

- ② サイト運営者が偽名で契約すれば情報開示されても意味がないこと

報道によると、今回、漫画村については、Cloudflare社及びPaypal社の子会社から漫画村に関する課金関係の資料の開示を受けてサイト運営者を特定したとのことですが、「漫画村」の事例では、サイト運営者が、Cloudflare社との契約において、実名で有償サービスの契約を行うマンションまでの住所をたまたま記載していたために、特定に繋がったと思われます。しかし、海賊版サイトにおいてクレジットIDを偽ることはしばしば行われています。また、Cloudflare社は無償でもサービスを提供しており、当該無償サービスは偽名でも利用が可能であり、実際に当該無償サービスを利用している海賊版サイトも存在します。一般的に、サイト運営者が同社のCDNサービスを利用するためには、正確な個人情報を提供せずに契約を締結することが可能です。実際に本人と連絡がとれるメールアドレスを記載することは必要ですが、周知のとおり、匿名性を維持したまま新たなメールアドレスを作成することは容易です。このように、サイト運営者が、偽名や真の住所等の特定につながる情報を自ら記載していない場合には、同社から情報の開示を受けたとしても、サイト運営者の特定にはつながりません。ちなみに、今回のような報道がなされれば、海賊版のサイト運営者はますます注意し、正確な情報を同社に出さなくなるといわれています。

- ③ サイト運営者の特定は海賊版サイトの停止を意味しない

また、「漫画村」の場合には、運営者が日本国内に居住しているらしいことから、住所の特定を通じて実際に本人の特定につながる可能性が期待されています。しかし、少な

らぬ海賊版サイトが日本から見て法執行の実現が困難な国を利用しており、サイト運営者が日本から見て法執行の実現が困難な国に居住する外国人の場合、サイト運営者の特定は海賊版サイトの停止を意味しないことが多い。例えば、4月13日の政府緊急対策において悪質な海賊版サイトの例示として挙げられた漫画村、Anitube、MioMioのうち、AnitubeとMioMioについては、CODAが4月13日以前よりサイト運営者を特定し、当該運営者が居住する海外現地当局に対し取締要請を行っています。特に、AniTubeについては、ブラジル国内でサイト運営者に対する家宅捜索が行われ、刑事訴訟が提起されましたが、海賊版サイトの運営は止まりませんでした。報道で紹介された海賊版サイトである漫画党のサイト運営者はアルメニア人の可能性があるといわれています。このように、サイト運営者の住所が旧共産圏その他の海外である場合、実際の本人の特定につながらない可能性や、特定ができて本人の捕捉につながらない可能性があります。それゆえ、ある事例において米国の訴訟手続を利用してサイト運営者を特定できる場合があるとしても、そのことから、一般的にそういった仕組みが利用できるので実効的な他の手段が存在するから、アクセス制限の立法に関する立法事実が失われたとか、補充性要件を満たさないことになるなどの主張はいずれも、失当でしょう。

- ④ 外国法に基づく手続が可能であることを理由に日本法での救済の必要性を否定することは妥当でないこと

日本の著作権者に被害救済の途を与えるべきか、また与えるとしてどのような要件・効果を定めるべきかは、国として重要な政策判断事項です。このため、法制度整備の必要性を検討するに当たって、現在日本法に基づいてどのような救済が与えられているかを基準とするべきであり、外国の法制度に依拠し、外国の法制度が利用可能であることを以て日本としての法制度整備の必要性を否定すべきではありません。実質的に見ても、山口先生

も述べておられるように、米国訴訟の継続はコスト的に見合いませんし、海賊版サイトの停止に当たり海外での訴訟手続が必要となれば、当該訴訟手続にアクセス可能な権利者の範囲は限定され、権利者にとって酷となるおそれがあります。

2. 海賊版サイト対策としてのCDNサービスに対する削除請求及び開示請求に関する東京地裁仮処分について

(1) 上記学会において、山岡裕明弁護士は、Couldflare社に対する日本での訴訟を通じて記事の削除と発信者情報開示を命じる仮処分決定が出された件を報告されました。山岡弁護士によれば、海賊版対策に取り組んできたが、著作権侵害を理由とするより、削除請求の被保全権利を人格権である肖像権を理由とする方がハードルが低いと考えて、写真集を無断掲載された写真家の肖像写真を削除請求の対象として設定したのだそうです。

山岡弁護士の同学会報告レジュメによれば「人格権に基づく差止請求権の成立においては、人格権が違法に侵害されている状態があれば足りる。すなわち、サーバを管理するプロバイダの場合、『客観的には、当該プロバイダが他人の名誉を侵害していると評価して差しつかえないと解されている』（八木＝関「民事保全の実務」[第三版増補版]（上）きんざい2015年）345頁」「他方で、著作権に基づく差止請求の場合は、著作権法112条が根拠となるが、CDNが「著作権…を侵害する者」（同条）に該当するか、実務上の解釈が定着していない。」ためです。

また、Couldflare社に対する仮処分手続では、管轄が問題になります。まず削除請求については、山岡弁護士の報告によれば、国際管轄は「不法行為に関する訴え」として日本で可能（民訴3条の3第8号）であり、国内管轄は不法行為があった地（民訴5条9号）で東京となります。開示請求については、国際管轄はCouldflare社が2018年4月から、データセンターを東京と大阪に開設して日本語サービスを始めたことを根拠として「日本において事業を行う者に対する

訴え」（民訴3条の5第5号）とし、国内管轄については、データセンターを設けている以外には、「事務所または営業所を有」（民訴5条5号）していることは確認できないので、管轄の特例（民訴10条の2及び民訴規則6条の2）により東京地裁とされました。学会においては山岡弁護士から、東京地裁民事9部における裁判官とのやりとりが紹介されましたが、2018年7月27日の仮処分申立て（主位的請求は、海賊版サイトとCDN間のIPアドレス β であり、予備的請求として、サイト管理者（投稿者）とCDN間のIPアドレス γ ）を、EMSでCouldflare社に送り、8月16日に同社から1枚の反論（通知書）が届きます。同社の反論は、1）削除については、CDNに過ぎずコピーのキャッシュを蔵置するだけでオリジナル情報を削除する権限はない、2）開示についてはオリジナルの情報の投稿に係るIPアドレス α およびタイムスタンプは保有していないというものでした（削除請求の対象はCDNサーバ内にあるキャッシュファイルなので両者の議論はかみあっていません。）。IPアドレス γ については裁判官が「侵害情報に係るIPアドレス」（プロバイダ責任法総務省令4号）の該当性が難しいと示唆され取り下げ）。同社の出席なしに3回の双方審尋期日が開かれ、2か月半後の10月9日に開示削除命ずる仮処分決定が下されました。山岡弁護士からの督促に対してク同社は「裁判所からの送達を待って適切な対応を取る」と回答していますが、11月17日時点ではまだ開示されていないそうです。しかし、山岡弁護士が仮処分決定書をGoogleに送付して非表示請求をしたところ、直ちに応じたそうで、Couldflare社が対応するまでの次善の策として意味があると評価されています。

(2) 以上のとおり、山岡弁護士の試みは非常に工夫されたもので、写真家の肖像写真を対象とする事案です。これに対し、肖像権が使えない海賊版サイトの場合には著作権侵害の事案となり、著作権法112条については帮助者への差止請求は認められないとするのが通説です。さらに、著作権侵害の事案であれば、著作権法47条の5に定める権利制限規定の適用の有無が問題

になりますが、肖像権侵害の場合にはそのような条文は関連しません。それゆえ、肖像権侵害の事案でCouldflare社に対する記事削除の仮処分命令が出されたからといって、著作権侵害の事案において直ちに同様の結論が出るとは限りません。上記のとおり、同社のサービスを受ける契約締結にあたり、正確な個人情報を伝える必要がないので、発信者情報開示を命ずる仮処分命令が発令されたとしても、サイト運営者の特定につながらない可能性があります。少なくとも、ある事例において特定ができる場合があるとしても、そのことから、一般的にこの仕組みが利用できるので実効的な他の手段が存在するという結論を導けるものではありません。したがって、これをもってアクセス制限の立法に関する立法事実が失われたとか、補充性要件を満たさないことになるといえないことは、明らかであると思います。

¹ http://www.soumu.go.jp/main_content/000328219.pdf

² <https://www.bmat.com/home>

³ 公正取引委員会「テレビ番組制作の取引に関する実態調査報告書(概要)」<http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/suishin/meeting/wg/toushi/20180420/180420toushi03.pdf>

⁴ <http://www8.cao.go.jp/kisei-kaikaku/suishin/meeting/wg/toushi/20180424/180424toushi04.pdf>

⁵ まつもとあつし<https://ddnavi.com/serial/484413/a/>「この実験においては、出版社にとっても電子化のコストを掛けずに、電子書籍のラインナップを増やすことができる。違法に海賊版サイトにアップロードされたデータを、ユーザーのマンガ図書館Zへの投稿によってある意味「公式化」することで、海賊版サイトに対するカウンターともなるというわけだ。」「現在は停止している海賊版サイト「漫画村」に注目が集まった直後ということもあり、マンガ図書館Zの実証実験も「海賊版対抗」と見做されがちだが、本質的にはユーザーの利便性が電子書籍において未だ十分に実現されていないことが根底にある。」

⁶ Authorized Books of Japanの略。<http://www.jpba.or.jp/koho1809.pdf>

<http://www.jpba.or.jp/koho1809.pdf>

⁷ https://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/kensho_hyoka_kikaku/2019/contents/dail/siryoul-2.pdf なお、筆者は同本部委員であり、同委員会及び同検討会にも参加している。

⁸ 第2章の総合対策の目次：1. ユーザー視点に立った海賊版サイト対策の基盤的な取組 (1) 著作権教育・意識啓発 (2) 正規版の流通促進 (3) 海賊版サイト対策の中心となる組織の設置、2. 海賊版サイトの閲覧の防止・著作権者等による権利行使の実効性の確保のための環境整備 (1) リーチサイト対策 (2) 著作権を侵害する静止画(書籍)のダウンロードの違法化 (3) 国際連携・国際執行の強化、3. サイト運営者以外の主体への働きかけを通じた海賊版サイト対策 (1) 海賊版サイトの検索結果からの削除・表示抑制 (2) 海賊版サイトに対する広告出稿の抑制 (3) フィルタリング (4) アクセス警告方式 (5) ブロッキング

⁹ アクセス警告方式案の元となっているACTIVE方式は利用者に多大な危険を及ぼすマルウェアに関するものであるから、海賊版サイトと違って利用者の同意を得やすい場合と思われるが、総務省予算で2017年まで5年間にわたり36件の実証実験をしたにもかかわらず、ACTIVEのホームページ(<https://www.ict-isac.jp/active/faq/action.html>)によれば、現在、実施している事業者(サービス)は、「注意喚起の対象となるユーザーは？」への回答として、「常時安全セキュリティ24(ニフティ)」と「バリアベシク(N T Tぷらら)」の2件のサービスのみである(ただし、いずれもリンク先が削除されており具体的な実施状況は不明である)。総合対策の一つとしてのアクセス警告方式の実効性を確認するためには、総務省において、ACTIVE方式の実施状況、特に、実証実験に参加した事業者もACTIVE方式を実施していない理由を検証する必要があると思われる。

¹⁰ アクセス制限によって「生じるかもしれない具体的な弊害」については、「無辜の民の通信の秘密を侵害する」などの主張が一部のマスメディアとともに活発に展開されています。しかしながら、電気通信事業者が海賊版サイトへのアクセスを制限するために宛先IPアドレスを利用すること(その利用を捉えて「窃用」と評価するとしても)による具体的な弊害の内容につ

いては、「知得」になるという形式的回答以上の答えは、本検討会議を通じてありませんでした。具体的弊害を明らかにすることなく「強い憲法違反の疑いがある」と評価することは、法制化見送りという結論の単なるトートロジー（同語反復）にすぎないでしょう。電気通信事業者が宛先IPアドレス及びポート番号のみを機械的・自動的に確認する行為については、ACTIVE導入時に「侵害の程度は相対的に低い」と評価されており、もともと通信に介在して閲覧先情報を取得（知得）している電気通信事業者がブロッキングの目的で宛先IPアドレスを利用することによる通信の秘密の「形式的な」侵害のおそれと、公権力が表現内容の事前抑制を目的として通信の内容及び通信の存在それ自体に関する事実を知得して利用することによる表現の自由の侵害の重大な弊害との違いは明らかというべきでしょう。

11) ブロッキングにおいては、通信の宛先を直接公権力が知得するわけではなく、仮に、裁判所の判断でアクセスプロバイダにアクセス制限を命じることは公権力が民間事業者を介して「知得」することに該当すると考えたととしても、電気通信事業法4条の「通信の秘密」が憲法21条2項後段の保障内容を法律により具体

化したものとするなら、電気通信事業者の取扱中に係る通信について同条の違反とならない行為は憲法上も問題にならない行為となる。そして、立法に基づく司法判断によるブロッキングが電気通信事業法4条の違反にならないことは論を俟たない（なお、上述のような主体による区別を当然の前提にしたうえで、さらに、通信の秘密の内容に応じて侵害となり得る行為の態様・範囲を区別するアプローチを提唱するものとして、「サイトブロッキングと通信の秘密」（コピライト2018年10月）を参照されたい）。

12) 2018年10月10日付Buzzfeed記事「海賊版サイト「漫画村」の運営者を特定か 法的措置へ」

<https://www.buzzfeed.com/jp/takumiharimaya/manga-mura>

同日付YOMIURI ONLINE記事「海賊版サイトが悪用、CDN大手に記事削除命令」

<https://www.yomiuri.co.jp/national/20181009-OYT1T50108.html>等

—つづく—

⑯は10月19日付掲載

※次回は平成31年2月掲載予定



開廷日	担当部	事件番号	事件名	事件進捗状況	原告（提起人）	被告（相手側）
27.10.28	3部	平成26年(ネ)第10109号	特許権侵害行為差止請求控訴	判決言渡	(株) バイオセレントタック	コスメディ製薬(株) 外
〃	3部	平成26年(ネ)第10116号	著作権に基づく差止等請求控訴	判決言渡	X	アイ・ティ・エル(株)
10.29	2部	平成27年(ネ)第10024号	損害賠償請求控訴	判決言渡	大林精工(株)	(株) 東芝 外
〃	2部	平成27年(ネ)第10083号	特許権侵害行為差止等請求控訴	判決言渡	アテンションシステム(株)	(株) ドコモCS関西
〃	2部	平成27年(行)第10019号	審決取消(商標)	判決言渡	ブラックロックファンドアドバイザーズ	特許庁長官
〃	2部	平成27年(行)第10030号	審決取消(特許)	判決言渡	(株) 高知丸高	(株) 横山基礎工事
〃	2部	平成27年(行)第10031号	審決取消(特許)	判決言渡	(株) 高知丸高	(株) 横山基礎工事
〃	2部	平成27年(行)第10073号	審決取消(商標)	判決言渡	(株) 佐藤園	養命酒製造(株)
〃	2部	平成27年(行)第10074号	審決取消(商標)	判決言渡	(株) 佐藤園	養命酒製造(株)
〃	2部	平成27年(行)第10153号	審決取消(商標)	第1回弁論	アポロ ソシエテ アレスボンサビリテ リミッティ	特許庁長官
〃	2部	平成27年(行)第10154号	審決取消(商標)	第1回弁論	アポロ ソシエテ アレスボンサビリテ リミッティ	特許庁長官