

著作物の利用に関する プラットフォームの役割と責任

名古屋大学大学院法学研究科 教授 鈴木 將文

要 約

インターネットの普及に伴い、インターネットへの接続やコンテンツの保存・公衆への送信等のサービスを提供するプロバイダにいかなる役割と責任を負わせるかが、重要な課題と位置づけられてきた。そして、我が国を含む主要国では、2000年代初めころまでに、一応の法制度が構築された。

しかし、近年、YouTube等の、ユーザーが投稿するコンテンツを提供する大規模なプロバイダ（プラットフォーム）の伸張等を背景として、その責任について新しい規律を導入する動きが、特にEUで見られる。具体的には、特に著作権との関係において、大規模なプラットフォームには、侵害を抑止する面のみならず、コンテンツの発信による利益を本来の創作者に適切に還元するという面においても、加重的な役割と責任を課すというものである。

本稿では、プロバイダの責任に関するこれまでの制度構築の経緯を簡単に振り返ったうえで、プラットフォームに係るEUの新しい動きを紹介し、我が国の今後の対応についても若干の提言を行う。

目 次

1. はじめに
2. 当初の対応の概観
 - 2.1 国際的動向
 - (1) 国際条約
 - (2) 米国
 - (3) EU
 - (4) まとめ
 - 2.2 我が国の動向
3. 近年の動向
 - 3.1 EU
 - (1) デジタル単一市場著作権指令（CDSM 指令）
 - (2) その他の動き
 - 3.2 ドイツ
 - 3.3 米国
 - 3.4 我が国
4. 我が国としての検討の方向性

1. はじめに⁽¹⁾

1990年代、インターネットが一般人の間に普及し始めた当初から、ネット上における知的財産の保護は、大きな課題であった。特に、著作権保護との関係で、インターネットは、複製・加工を容易に実現するデジタル技術と相まって、著作権を侵害するコンテンツを拡散する手段として、大きな脅威となった。他方、インターネットが、創作活動の成果を社会に広く発信するための画期的な技術であることも、強く認識されてきた。そこで、インターネットやこれを利用する諸活動の発展をなるべく阻害しない形で、知的財産を適切に保護するための対応が種々試みられてきた。

上記の対応において、インターネットへの接続やコンテンツ（文書、画像、動画等）の保存・公衆への送信等のサービスを提供する媒介者（intermediary）ないしオンライン・サービス・プロバイダ（以下、単に「プロバイダ」ということがある。）⁽²⁾にいかなる役割と責任を負わせるかが、重要な課題と位置づけられてきた。後に見るように、我が国でも、自動公衆送信権等の創設、プロバイダ責任制限法の制定、裁判例及び学説による規範的主体論等の法理の発展などにより、対応がなされてきている。

このように、プロバイダの役割・責任は、古くて新しい問題であるが、近年、特にEUにおいて新しい動きが見られる。具体的には、特に、YouTube等の、ユーザーが投稿するコンテンツを提供する大規模なプロバイダ（プラットフォーム）⁽³⁾の責任に関し、新しい規律を定めるデジタル単一市場著作権指令17条の制定等の動きである。そこで、本稿では、EUの動向を紹介するとともに、我が国として、これをどのように受け止め、自ら対応していくべきかについても、若干の検討をすることとしたい。

本稿の具体的内容は、次のとおりである。第一に、インターネット普及の初期段階から2010年代半ばころまでにおいて、知的財産保護との関係で、媒介者の役割と責任につき、いかなる対応がなされてきたかを簡潔に概観する。

第二に、近年、大規模なプラットフォームの伸張等を背景とする、EU等の新しい動向につき、紹介する。結論を先取りしていえば、著作権保護との関係において、大規模なプラットフォームには、権利侵害を抑制する面のみならず、コンテンツの発信による利益を本来の創作者に適切に還元するという面においても、加重的な役割と責任を課すという動きが、特に欧州において見られ、他の国々も同様の政策の採否を問われている状況にある。

第三に、以上の分析を踏まえ、我が国の視点から、サービス・プロバイダに関し、知的財産の保護と利用の関係でどのような役割と責任を担わせることが妥当かにつき、若干の検討をする。

なお、本稿では、知的財産のうち主に著作権（関連する権利を含む。以下同じ。）を扱う。これは、プロ

(1) 本稿は、中央知的財産研究所の研究部会における報告（2021年9月17日実施）の内容をもとに、EUにおける動向等につき大幅に加筆したものである。また、鈴木將文「知的財産の保護と利用に関するデジタル・プラットフォームの役割と責任—学際的研究に向けて」法律時報93巻12号82頁（2021）の一部を用いている。

(2) 用語に関し、厳密には、「媒介者」と「オンライン（又はインターネット）・サービス・プロバイダ」は、異なる意味を持つものとして用いられることもあるが、本稿では、同義として、原則、「サービス・プロバイダ」又は単に「プロバイダ」に統一する。“intermediary”及びこれに類似する概念を整理した文献の例として、JAANI RIORDAN, *THE LIABILITY OF INTERNET INTERMEDIARIES* (Oxford University Press, 2016) 26-49 (EUやOECDにおける用語法を紹介したうえで、インターネットの機能を複数の層(layers)に分け、媒介者の分類を層に応じて示している。例えばネットワーク層では、インターネット・サービス・プロバイダ(ISPs)、ホスト(Hosts)、クラウド・サービス、ドメインネーム・コントローラ及び証明機関(Certificate authorities)に、また、アプリケーション層では、プラットフォーム、ゲートウェイ及び市場(Marketplace)に分類できるとしている。); Graeme Dinwoodie, *Who Are Internet Intermediaries?, in THE OXFORD HANDBOOK OF ONLINE INTERMEDIARY LIABILITY* 37 (Giancarlo Frosio ed., Oxford University Press 2020) (hereinafter “THE OXFORD HANDBOOK”) 参照。

(3) 本稿では、サービス・プロバイダのサービスのうち、ユーザーの要請により、情報の保管、及び社会一般への提供を行うホスティング・サービスを「プラットフォーム」という。後に触れる、EUにおけるデジタル・サービス法(DSA)の「オンライン・プラットフォーム」と同義である。また、プラットフォームの運営者を「プラットフォーム」という。なお、我が国の「特定デジタルプラットフォームの透明性及び公正性の向上に関する法律」における「デジタルプラットフォーム」の定義(同法2条1項)は、「当該場において商品、役務又は権利・・・を提供しようとする者の当該商品等に係る情報を表示することを常態とするもの」という要件を含んでいる点で、本稿の「プラットフォーム」よりも狭い。

バイダに関連する問題が現実には生じ、また対応が検討されてきているのは、特に著作権分野において顕著であることによる⁽⁴⁾。

2. 当初の対応の概観

2.1 国際的動向

(1) 国際条約

インターネットが普及し始めた1990年代初めから、世界知的所有権機関(WIPO)において、インターネット及びデジタル技術に対応した制度構築のための検討がなされ、WIPO著作権条約(WCT)が1996年に採択された⁽⁵⁾。特に、WCT 8条は、インターネット時代における著作権の実効的保護を図るため、公衆への伝達(communication to the public)、及び、実際の伝達の手前の段階である、著作物を公衆が利用可能な状態にする行為(making available to the public)に係る権利を定めた⁽⁶⁾。そして、WCTを採択した外交会議において、同条約8条に関し、「伝達を可能にし、又は実現するための物理的設備の単なる提供は、それ自体では、本条約又はベルヌ条約の意味する伝達には当たらないと理解する」旨の合意声明が出されている⁽⁷⁾。

(2) 米国

米国⁽⁸⁾では、1998年に制定された、いわゆるデジタル・ミレニアム著作権法(DMCA)において、サービス・プロバイダの責任制限(セーフ・ハーバー)を定める規定(512条)が導入された⁽⁹⁾。同規定は、(i) サービス・プロバイダは、システム又はネットワーク上の素材又はそれに係る行為が著作権を侵害することを現に知らず、かつ、侵害行為を知らせるような事実又は事情にも気付いておらず、そして、上記の知識又は認識を得た場合に、直ちに当該素材を除去し、又はそれへのアクセスを不可能とする措置をとれば、民事救済措置(金銭的救済措置、差止め等)から免責されること⁽¹⁰⁾、(ii)いわゆるノーティス・アンド・テイ

-
- (4) 著作権以外の知的財産についても、プロバイダの役割・責任は問題となり得る。例えば、オンラインモールにおける商標権等の侵害行為に関する、モール運営者の責任については、我が国でも裁判例がある。知財高判平24・2・14判時2161号86頁(チュッパチャップス事件)、知財高判平27・10・8判27(ネ)10097号(洗剤事件)、大阪高判平29・4・20判28(ネ)1737号(石けん百貨事件)参照。商標権侵害に関する国際的な議論については、Martin Senftleben, *Intermediary Liability and Trade Mark Infringement: Proliferation of Filter Obligations in Civil Law Jurisdictions?*, in THE OXFORD HANDBOOK 381; Richard Arnold, *Intermediary Liability and Trade Mark Infringement: A Common Law Perspective*, in THE OXFORD HANDBOOK 404; EU司法裁判所の判決としてL'Oréal SA v eBay International AG, C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474参照。
- (5) 著作隣接権に関するWIPO実演・レコード条約(WPPT)も、WCTと同時に採択された。
- (6) WCT 8条は、従来の著作権分野の基幹的条約であるベルヌ条約ではカバーされていなかった、いわゆるインタラクティブ送信及びその前段階の行為について、権利を認めるものである。我が国は、これに対応して1997年の著作権法一部改正により、自動公衆送信権及び送信可能化権を創設した(同法2条1項9号の4、同項9号の5、及び23条1項参照)。
- (7) "It is understood that the mere provision of physical facilities for enabling or making a communication does not in itself amount to communication within the meaning of this Treaty or the Berne Convention ..." この合意声明が出された経緯につき、JÖRG REINBOEHE & SILKE VON LEWINSKI, THE WIPO TREATIES ON COPYRIGHT 128 (2d ed., Oxford University Press 2015) 参照。
- (8) 米国では、1996年に、「インターネットを作った26字」(JEFF KOSSEFF, THE TWENTY-SIX WORDS THAT CREATED THE INTERNET (Cornell University Press 2019) (邦訳、ジェフ・コセフ(長島光一監修・小田嶋由美子訳)『ネット企業はなぜ免責されるのか』(みすず書房, 2021))参照)ともいわれる米国通信品位法230条(47 U.S.C. § 230)が制定されている。同条は、「インタラクティブなコンピュータ・サービスの提供者又はユーザーは、他の情報コンテンツの提供者が提供したいかなる情報についても、その発行者又は発言者として扱われてはならない」("No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider.")等と規定している。ただし、「知的財産に関するいかなる法」を制限するものでも、拡張するものでもない旨を定め(同条(e)(2))、知的財産関係の事案には適用されないと解されている。
- (9) 17 U.S.C. § 512. なお、同条は、直接侵害、代位侵害及び寄与侵害(direct, vicarious and contributory infringement)の責任を対象として、設けられている。
- (10) 17 U.S.C. § 512(c)(1)(A). なお、差止めについては、同条(j)に例外が定められている。

クダウン手続⁽¹¹⁾, (iii) プロバイダに監視義務を負わせることはないこと⁽¹²⁾等につき、定めている。

なお、米国は、1990年代末ころから自由貿易協定を積極的に締結し、その中で知的財産制度について詳細な規定を置く（協定締結国に知的財産保護に係る義務を課す）という戦略をとってきたところ、多くの協定において、DMCA512条に類似する規定を盛り込み、DMCA512条同様のセーフ・ハーバーの仕組みが国際的に普及するよう働きかけてきている⁽¹³⁾。

(3) EU

EUは、2000年に制定した電子商取引指令⁽¹⁴⁾において、米国DMCA512条に似たセーフ・ハーバーを導入するとともに、プロバイダに一般的な監視義務（general obligation to monitor）を負わせてはならない旨を定めた⁽¹⁵⁾。さらに、加盟国の著作権制度の調和を図るために、2001年に情報社会指令⁽¹⁶⁾を制定し、その3条が公衆伝達権（the right of communication to the public）について定め、また8条（3）は、第三者の著作権侵害に関与する媒介者（intermediaries）に対し、権利者が差止めを求め得る制度を加盟国に義務付けている。これらの規定については、EU司法裁判所（CJEU）が複数の事案で解釈を示してきた⁽¹⁷⁾。

ここで注意すべきは、差止めの位置づけが、我が国の著作権法（さらに知的財産法全般）におけるそれと異なる点である。すなわち、我が国では、著作権侵害に関し、差止めは侵害主体に対してのみ可能であり、侵害主体ではなく侵害に関与したにとどまる者は、不法行為に基づく損害賠償責任を負う可能性があるとしても、差止めの対象となり得ないとする説が、裁判例及び学説として有力である。しかし、EU法では、上記のように、第三者による著作権侵害が認められる場合には、媒介者に対して差止めを求めることを可能としなくてはならない旨が定められている。もっとも、後に見るように、CJEUの最近の判決によれば、同項は、プロバイダに対し、そのサービスを用いて第三者が著作権侵害を行った場合に常に差止措置を可能とすべきことまでを求める趣旨ではないと解されている⁽¹⁸⁾。

(11) 17 U.S.C. § 512 (c) (1) (C) and (3).

(12) 17 U.S.C. § 512 (m) (1) .

(13) 鈴木将文「地域貿易協定（RTAs）における知的財産条項の評価と展望」経済産業研究所 RIETI Discussion Paper Series 08-J-005 22頁（2008）<<https://www.rieti.go.jp/jp/publications/dp/08j005.pdf>>（2022年4月17日最終閲覧）；Gwenith Hinze, *A Tale of Two Legal Regimes: An Empirical Investigation into How Copyright Law Shapes Online Service Providers' Practices and How Online Service Providers Navigate Differences in US and EU Copyright Liability Standards* 153-54 (Spring 2019), available at <https://escholarship.org/uc/item/6xb3s3f6> (last visited April 17, 2022). ただし、FTA当事国におけるセーフ・ハーバー制度の導入は、必ずしも進んでいないようである。See, e.g., Juan Carlos Lara Gálvez & Alan M. Sears, *The Impact of Free Trade Agreements on Internet Intermediary Liability in Latin America*, in *The Oxford Handbook* 172. なお、日本も参加するTPP協定も、1882条がセーフ・ハーバーについて定めている（ただし、米国離脱後に残りの11か国が合意し、発効したTPP11（CPTPP）協定では、同条の適用が停止されている。）。

(14) Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council of 8 June 2000 on certain legal aspects of information society services, in particular electronic commerce, in the Internal Market (e-Commerce Directive).

(15) 電子商取引指令12条から14条が、単なる導管（mere conduit）、キャッシング及びホスティングのそれぞれについて、DMCA512条に類似する内容を定め（ただし、ノーティス・アンド・テイクダウン手続は明示的に定められてはいない。）、また15条が一般的監視義務の禁止につき定めている。

(16) Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society (Information Society Directive).

(17) See, e.g., Ansgar Ohly, *The Broad Concept of "Communication to the Public" in Recent CJEU Judgments and the Liability of Intermediaries: Primary, Secondary or Unitary Liability?*, 13 JOURNAL OF INTELLECTUAL PROPERTY LAW & PRACTICE 664 (2018).

(18) EU COPYRIGHT LAW: A COMMENTARY 370-71 (2d. ed., Irini Stamatoudi & Paul Torremans eds., Edward Elgar Pub. 2021) (hereinafter "EU COPYRIGHT LAW") は、ISPs（インターネット・サービス・プロバイダ）につき、一定の要件を満たせば、直接侵害責任（一次的責任）及び間接侵害責任（二次的責任）を免れ、損害賠償や是正措置等の措置を受けることがなくなるが、差止措置（及び情報提供義務）を免れることはないと説明する。しかし、この説明は、後述する *Peterson v YouTube* 等の事件に係るCJEUの判断と整合しないと思われる。なお、EUにおける「一次的責任」（primary liability）と「二次的責任」（secondary liability）（「幫助責任」（accessory liability）などともいう。）という用語は、我が国における「直接侵害」に係る責任と、「間接侵害」及び共同不法行為（幫助又は教唆）に係る責任のそれぞれに対応すると一応

(4) まとめ

以上のような経緯で構築された制度は、プロバイダ（の少なくとも一部）につき、物理的には公衆への伝達等の行為を自ら行っているとも認め得るところ、そのような扱いをするとインターネットの発展を阻害するため、一定の要件（侵害についての現実の認識等の主観的要件、迅速な是正措置の実施）を満たす限りは、侵害責任を問わないという仕組みと理解することが可能と思われる。

2.2 我が国の動向

我が国は、WCT 8条に対応して、1997年の著作権法一部改正により、自動公衆送信権及び送信可能化権を創設した⁽¹⁹⁾。また、2001年にプロバイダ責任制限法⁽²⁰⁾が制定され、著作権侵害情報を含む違法情報に係るプロバイダの損害賠償責任の制限（ノーティス・アンド・テイクダウン手続を含むセーフ・ハーバー）及び発信者情報開示制度が定められた。

プロバイダの責任に係る裁判例については、本稿では詳しく述べることができないが⁽²¹⁾、大雑把に述べれば、プロバイダの行為は情報発信者の著作権侵害行為に対する幫助であり、故意過失を要件とする損害賠償責任を負うにとどまるとする判決⁽²²⁾、いわゆる規範的主体論により、音楽ファイル交換サイトや動画共有サイトの運営者を侵害者と認めた判決⁽²³⁾などがある。

3. 近年の動向

3.1 EU

(1) デジタル単一市場著作権指令（CDSM 指令）

上に見たように、知的財産権（著作権）侵害に関するプロバイダの責任については、国際的に、主観的要件及び迅速な是正措置の実施等を要件として責任を制限するという制度ないし運用が普及してきている。しかし、近年、EUにおいて、一部のプロバイダの責任を厳格化する規律が導入され、世界的に注目を集めている。

考えてよいと思われるが、救済措置に関しては、EUと我が国で想定されるものが必ずしも一致しない点にも留意する必要がある。必ずしも、と留保を付けるのは、EUにおいて、二次的責任に関しては制度の調和がなされていないこと、及び、侵害に対する救済措置についてはかなりの程度、加盟国の裁量に委ねられていることによる。例えば、JUSTINE PILA & PAUL TORREMANS, EUROPEAN INTELLECTUAL PROPERTY LAW 236 (2d ed., Oxford University Press 2019) は、secondary liability を差止めを受ける責任 (injunctive liability)、primary liability を損害填補責任 (compensatory liability) を含む責任と説明している。

- (19) 著作権法 2 条 1 項 9 号の 4、同項 9 号の 5、及び 23 条 1 項参照。文化庁著作権法令研究会＝通商産業省知的財産政策室編『著作権法・不正競争防止法改正解説 デジタル・コンテンツの法的保護』55 頁以下（有斐閣、1999）参照。ただし、WCT 8 条と、同条を実施するための我が国著作権法の規定の関係については、議論がある。作花文雄『著作権法 制度と政策 [第 3 版]』438-440 頁（発明協会、2008）（「他の諸国においては、[我が国におけるように] 当該情報が公衆の手元まで到達しているか否かという電気信号の物理的状態により区別するのではなく、著作物等の利用形態の相違の観点から、当該情報の公衆への提供の態様、つまり、当該情報が公衆に同時に提供されるものであるのか、個別に提供されるものであるのかという観点から整理されている」などと述べ、「我が国の WIPO 新条約への対応措置の特異性」を指摘している。）等参照。
- (20) 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（プロバイダ責任制限法）。なお、同法は、損害賠償責任を制限するにとどまる（これに対し、DMCA512 条は、差止措置も適用対象である。）。著作権者等との関係における責任について述べれば（発信者に対する責任を制限する面については触れない。）、同法の趣旨は、発信者が著作権侵害等の不法行為を行った場合、プロバイダに共同不法行為（幫助又は教唆）の責任を問うことは比較的容易にできることから、その責任を制限するというものである。他方、差止めに関しては、多数説によれば、幫助者に対する差止めを認めない前提に立ちつつ、プロバイダは当然には侵害者と認め難いことから、解釈を工夫して侵害主体性を認める必要があるとする。責任を制限する面と、拡張する面という、一種のねじれがみられるわけである。
- (21) 上野達弘「著作権法における差止請求の相手方」判タ 1413 号 47 頁（2015）、前田健「インターネット上の情報流通に関与する者の著作権侵害責任」法学セミナー 790 号 68 頁（2020）等参照。
- (22) 東京地判平 16・3・11 判時 1893 号 131 頁（2ちゃんねる事件 1 審）。
- (23) 東京高判平 17・3・31 平 16（ネ）405 号（ファイルログ事件控訴審）、知財高判平 22・9・8 判時 2115 号 102 頁（TV ブレイク事件控訴審）等。

すなわち、2019年に制定されたデジタル単一市場著作権指令（以下「CDSM指令」という。）⁽²⁴⁾の17条において、加盟国に次のような制度を設けることを義務付けている⁽²⁵⁾。

- (i) 公衆への伝達等の行為：「オンライン・コンテンツ共有サービス・プロバイダ」（an online content-sharing service provider. 以下「OCSSP」という。）⁽²⁶⁾が、公衆に対し、ユーザー（users）がアップロードした著作権の保護対象へのアクセスを付与する場合、OCSSPは、公衆への伝達又は公衆が利用可能な状態にする行為を行うこととなる（17条1項前段）。
- (ii) 権原取得の必要性：したがって、OCSSPは、権利者による権原の付与（authorisation. 例えば、ライセンス契約）を受けなくてはならない（同条1項後段）。
- (iii) ユーザーの行為：ユーザーの行為が商業ベースではなく、又は実質的な収益をあげるものではない場合、OCSSPが受ける権原は、当該行為をカバーするものでなくてはならない（同条2項）。
- (iv) セーフ・ハーバー不適用：本指令が定める範囲で行われるOCSSPの公衆伝達等の行為につき、電子商取引指令14条(1)の規定する責任制限（hostingに係るセーフ・ハーバー）は適用されない（同条3項）。
- (v) 免責の要件：OCSSPは、権原を得られない場合、以下の3つの条件を満たすことを示さない限り、無権原で公衆伝達等を行ったことにつき、責任を負う。

3つの条件とは、(a) 権原を受けるための最善の努力をしたこと、(b) 権利者が提供した関連・必要情報により特定される権利対象につき、これを利用できないように、専門家としての注意義務に係る業界の高度な基準にしたがって最善の努力を払ったこと（「アップロードフィルター」と呼ばれることがある。）、及び、(c) 権利者から、十分な内容を持つ通知を受け次第、通知された権利対象につき、アクセスできないようにするか、又はウェブサイトから除去するべく、迅速に行動をとったこと、かつ、(b)にしたがって、それらが将来アップロードされることを防ぐための最善の努力を払ったこと⁽²⁷⁾、である（同条4項）。

以上の条件を満たしたか否かを判断するに当たっては、比例原則（proportionality）に照らし、サービス及び権利対象物の種類等や適切かつ有効手段の実施可能性とコスト等の事情を考慮すべきである（同条5項）。

- (vi) 以上のほか、スタートアップ企業の特例（同条6項）、権利の制限・例外の対象物を含む、非侵害コンテンツの利用可能性を妨げてはならないこと（同条7項）、一般的監視義務の否定（同条8項）、

(24) Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC (Digital Single Market Directive).

(25) CDSM 指令 17 条の内容及び解釈については、EU COPYRIGHT LAW, *supra* note 18, at 735ff.; Matthias Leistner, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U. S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?*, 2020 ZGE/IPJ 123; ELEONORA ROSATI, COPYRIGHT IN THE DIGITAL SINGLE MARKET 301ff. (Oxford University Press, 2021) (hereinafter, “COPYRIGHT IN DSM”); 生貝直人ほか「鼎談 EU 新著作権指令の意義」ジュリ 1533 号 55 頁以下 (2019) 等。

(26) OCSSP は、CDSM 指令 2 条 (6) に定義があり、「ユーザーがアップロードする大量の著作権の保護対象の保存及び公衆へのアクセス供与を主たる目的の少なくとも一つとし、営利目的でそれらをまとめ上げ、その利用を促進している、情報社会サービス・プロバイダ」（“a provider of an information society service of which the main or one of the main purposes is to store and give the public access to a large amount of copyright-protected works or other protected subject matter uploaded by its users, which it organises and promotes for profit-making purposes”）を意味する。ここで、「情報社会サービス・プロバイダ」とは、情報社会サービス指令 (Directive (EU) 2015/1535 of the European Parliament and of the Council of 9 September 2015 laying down a procedure for the provision of information in the field of technical regulations and of rules on Information Society services) の 1 条 (1) (b) が定義するサービスであり (CDSM 指令 2 条 (5))、「通常有償で、サービス受益者の個別の要請に対し、異なる場所から、電子的方法によって、供与されるサービス」を指す。OCSSP に該当すると想定されている例は、YouTube, Facebook, Instagram, Twitter, Dailymotion, Vimeo 等である。他方、非営利のオンライン百科事典、非営利の教育・研究用レポジトリ、オープンソースソフトの開発・共有プラットフォーム、オンライン市場、クラウド・サービス等は含まれない旨も明記されている。

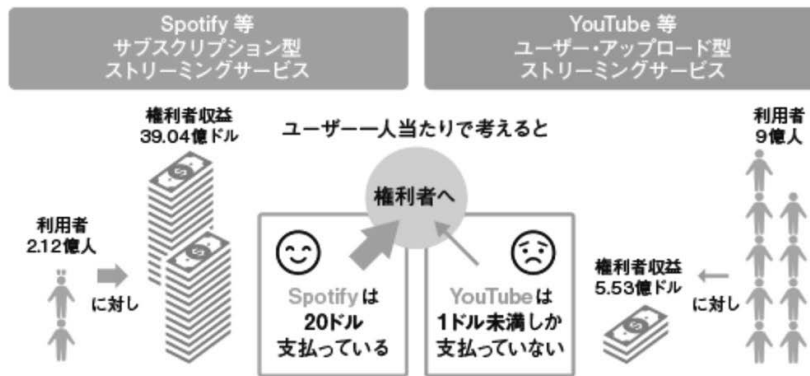
(27) (c) の条件は、アップロードされているコンテンツとの関係ではノーティス・アンド・テイクダウン手続であるが、さらに、通知がなされたコンテンツのアップロードを防ぐ手続を定めている点が特徴的であり、後者の手続はノーティス・アンド・ステイダウン手続と呼ばれることがある。

OCSSP による不服・是正制度の整備（同条9項）、利害関係者によるダイアログの実施（同条10項）等が定められている。

CDSM 指令 17 条の大きな枠組みは、OCSSP の一部の行為について、公衆への伝達等の行為の主体であることを正面から認めつつ（17 条1項前段）、ベスト・エフォートの選択肢を与えることにより、責任制限の可能性を認める（同条4項）というものである。OCSSP の民事責任の性質に関し、前者は、一次的責任（primary liability）を負わせる規定のように読める一方、後者は二次的責任（secondary liability）のように扱っており、ハイブリッド的であると評されている⁽²⁸⁾。

同条が設けられた背景には、第一に、いわゆる value gap 問題がある。すなわち、近年、YouTube をはじめとするコンテンツ共有型サービスは、ユーザーが作成するコンテンツ（User Generated Contents, UGC）の提供により大きな利益をあげている一方⁽²⁹⁾、その利益は創作者に十分還元されていないという問題が強く認識されるようになってきている⁽³⁰⁾。

図1 Spotify と YouTube から権利者が得る報酬の差



出典：榎野睦子『『バリュー・ギャップ』問題の解決に向けて～その後のEUでの検討状況～』CPRA news 87号（2018）<https://www.cpra.jp/cpra_article/article/000544.html>

第二に、権利者にとって、ノーティス・アンド・テイクダウン手続を含む従来のセーフ・ハーバーの仕組みのもとでは、権利行使のためにコストや手間がかかりすぎるとの不満が高まっている。他方、OCSSP 側では、YouTube の Content ID⁽³¹⁾のように、特定のコンテンツ（音楽及び動画）を自動的に識別・抽出する

(28) Leistner, *supra* note 25, at 131 (CDSM 指令制定過程において、プラットフォーム側から、特に少量のコンテンツについて許諾を得る取引コストが大きすぎるとして、すべての場合に許諾を要とする制度に反対する旨の意見が出されたため、ベスト・エフォートによる責任制限を設けるという政治的妥協がなされたと述べる。)

(29) 例えば、YouTube の 2020 年の広告収入は 197 億 7200 万ドルにのぼっている（<https://abc.xyz/investor/static/pdf/2020_alphabet_annual_report.pdf?cache=8e972d2>）。

レコード音楽産業の団体の統計によれば、2020 年の全世界の売上げのうち、62.1%がストリーミング（うち、46.0%がサブスクリプション・ストリーミング、16.2%が広告支援型のストリーミング）、19.5%が有形の媒体（Physical）、10.6%が実演収入、5.8%がダウンロードその他のデジタル型（Downloads and other digital）、2.0%がシンクロナイゼーション（Synchronisation）によって、それぞれ占められていた（International Federation of the Phonographic Industry, Global Music Report 2021, p. 11）。

(30) 榎野睦子『『バリュー・ギャップ』問題の解決に向けて～広告型ストリーミング・サービスを巡る欧米の動き～』CPRA news 83号4頁（2017）、同『『バリュー・ギャップ』問題の解決に向けて～その後のEUでの検討状況～』CPRA news 87号2頁（2018）、安藤和宏「音楽のインターネット送信と Value Gap 問題」論究ジュリ 26号20頁（2018）参照。

(31) <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=ja>>。

技術が進歩し、実用に供されるようになってきている⁽³²⁾。

このような背景のもと、CDSM 指令 17 条は、OCSSP の活動につき、単に著作権侵害を抑止するのではなく、むしろ、ライセンス市場を整備することによって⁽³³⁾、権利対象物の利用をしやすくし、結果として、権利者に適切に利益還元を行い、ユーザー、権利者、及び OCSSP が win-win の関係に立てることを目指した規定であるといえる。

かかる目的自体には異論は少ないとしても、実際には、CDSM 指令を策定する過程において、17 条（当初のドラフトでは 13 条）に対し、激しい批判がなされた⁽³⁴⁾。批判の主な理由は、第一に、新しい仕組みのもとでは、結果的にコンテンツのフィルタリングがなされ、また過剰なブロッキングが行われることになり、表現及び情報の自由（EU 基本権憲章 11 条 1 項）の侵害につながるとの懸念である。第二に、ベストエフォートを実施するために必要な自動抽出等技術の開発には巨額の投資が必要であること等から、新しい仕組みは巨大企業に有利であり、サービスの寡占化を進めることになるとの懸念である。第三に、新しい仕組みは、個人等の権利者よりも、大企業等資金力のある権利者に有利であるとの主張である。このような批判を受けて、当初の規定案は種々の変更を受け、現在の内容となった⁽³⁵⁾。

CDSM 指令 17 条が定める権利の位置づけについては、異なる見解があり、合意を見ていないようである。すなわち、情報社会指令の定める公衆伝達権に対し、特別の権利又は新たな独自の（sui generis）権利を定めたものと解する見解、公衆伝達権そのものであって、単に侵害責任について特別の扱いを受けるにとどまると解する見解がある⁽³⁶⁾。

CDSM 指令 17 条については、現在でも、批判的な者は多い⁽³⁷⁾。そのような中、ポーランドは、2019 年 5 月 24 日、EU 基本権憲章 11 条 1 項が保障する表現及び情報の自由を侵害することを理由として、指令 17 条（4）（b）及び（c）、又は同条全体を無効とすることを求め、CJEU に提訴した。同事件については、2021 年 7 月に法務官の意見が公表され、同意見は、指令 17 条について詳細に検討したうえで、EU 基本権憲章に整合的であって、無効とするべきでない旨を述べている⁽³⁸⁾。

CDSM 指令の内容を EU 加盟国が国内実施する期限は、2021 年 6 月 7 日であった。期限直前の 6 月 4 日には、欧州委員会（EC）が、CDSM 指令 17 条のガイドラインを公表した⁽³⁹⁾。結局、期限前に実施したのは、

(32) ただし、Content ID については、過剰な削除要請（例えば、パブリックドメインにある作品の利用や、フェアユースなどの権利制限規定の適用により権利侵害とならない利用等についての削除要請）がなされており、信頼性に欠ける旨の批判も強い。例えば、以下を参照。Timothy Geigner, *YouTube's Content ID System Flags, Demonetizes Video Of Cat Purring*, available at <<https://www.techdirt.com/articles/20220211/09515948450/youtubes-content-id-system-flags-demonetizes-video-cat-purring.shtml#comments>>; David Hurwitz, *Music Chat: A Rant About YouTube Copyright Claims*, available at <<https://www.youtube.com/watch?v=FUSE1xqbFvg>>. また、Annemarie Bridy, *The Price of Closing the Value Gap: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform*, 22 VAND. J. ENT. & TECH. L. 323 (2020) は、CDSM 指令 17 条が Content ID を前提としつつ、コンテンツ提供から生じる利益を YouTube から音楽産業に移転するための制度であると批判している。

(33) CDSM 指令前文 61 項参照。

(34) 批判的立場をとった論文等については、Jane C. Ginsburg, *A United States Perspective on Digital Single Market Directive Article 17*, in EU COPYRIGHT LAW, *supra* note 18, at 782 and 787 (n. 25) を参照。

(35) 条文案の変遷につき、例えば、次のサイトを参照。<<https://felixreda.eu/2019/04/not-in-vain/>>（元欧州議会議員による説明）；<<https://www.create.ac.uk/cdsm-implementation-resource-page/>>（条文案等へのリンクを提供）。

(36) 諸説については、ROSATI, COPYRIGHT IN DSM, *supra* note 25, at 328 (n. 60 and 61) を参照。欧州委員会の 17 条ガイドラインは、情報社会指令 3 条が一般法であるのに対し、CDSM 指令 17 条が特別法の関係に立つとする。Rosati 教授自身は、本文に挙げた後者の立場に立つ。なお、ドイツの国内実施法が前提とする理解について、後述参照。

(37) See, e.g., Christophe Geiger & Bernd Justin Jütte, *Platform Liability Under Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive, Automated Filtering and Fundamental Rights: An Impossible Match*, GRUR Int. 2021, 517. 他方、Leistner, *supra* note 25 は、CDSM 指令 17 条は、従来の EU 法やドイツ法の運用と連続性があるとして積極的に評価し、同条を実施するための具体的なスキームを提案している。

(38) Opinion of Advocate General Saugmamdsgaard Øe, C-401/19 Republic of Poland v European Parliament, Council of the European Union (15 July 2021).

(39) European Commission, Guidance on Article 17 of Directive 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, COM (2021) 288 final.

オランダ、ハンガリー及びドイツのみであった（本稿脱稿時点では、さらにマルタ、クロアチア、イタリア、アイルランド、エストニア、フランス及びオーストリアが国内実施している。）⁽⁴⁰⁾。それらのうち、ドイツの立法につき、次項で簡単に紹介する。

(2) その他の動き

(i) YouTube 事件等に関する CJEU 判決

EUにおける最近のその他の動きとして、第一に、YouTube 等につき、情報社会指令 3 条 (1) の公衆伝達権及び同指令 8 条 (3) の差止請求権、並びに電子商取引指令 14 条 (1) のセーフ・ハーバー規定を解釈した CJEU の先決判決が、2021 年 6 月に出されている。CDSM 指令は適用されない事案であるが、CJEU は、おそらく同指令 17 条を巡る議論を念頭に置いて、表現及び情報の自由に十分配慮した解釈が必要であることを強調している⁽⁴¹⁾。

同先決判決のポイントは、以下のとおりである。

- CJEU がこれまで判断してきたように、「公衆への伝達」の概念は広く解されるべきである⁽⁴²⁾。同時に、一方で、EU 基本権憲章 17 条 (2) が保障する著作権及び隣接権の保護と、他方で、保護対象物のユーザーの利益及び基本権、特に、同憲章 11 条が保障する表現及び情報に係る自由、並びに、一般的な利益（公益）との間の、公正なバランス (a fair balance) を確保しなくてはならない⁽⁴³⁾。
- 本件で問題となっているプラットフォームについては、第一に、ユーザーの判断によりコンテンツが公衆に共有されるか否かが決まっており、ユーザーが公衆への伝達行為を行っている。第二に、ユーザーが公衆との共有を判断した場合に限り、プラットフォーム運営者が、コンテンツを利用可能な状態に置く媒介者として、公衆への伝達行為を行うことがあり得る⁽⁴⁴⁾。そして、プラットフォーム運営者が公衆への伝達をしたと認めるためには、ユーザーの公衆伝達行為にとって、不可欠な役割を果たしたことに加え、仲介が意図的 (deliberate) であることを要する⁽⁴⁵⁾。

(40) See, e.g., <<https://www.notion.so/DSM-Directive-Implementation-Tracker-361cfae48e814440b353b32692bba879>>. Leistner 教授は、EU 加盟国による CDSM 指令 17 条の国内実施の方法に関し、基本的に同条の文言をそのまま反映する国内規定を設ける国（典型的にはフランス）と、同条の内容を越えて、基本権との関係にも配慮した独自の制度を設ける国（典型的にはドイツ。例えば、ブロッキング及び stay down の手続との関係で、権利侵害が明らかでないコンテンツを対象としないためのセーフガード措置を設けている等の特徴がある。）とに大きく分けることができると指摘している。Matthias Leistner, *The Implementation of Art. 17 DSM-Directive in Germany - A Primer with Some Comparative Remarks* (December 20, 2021), 1-2, available at <<https://ssrn.com/abstract=3989726>>.

(41) *Peterson v YouTube and Elsevier v Cyando*, Joined Cases C-682/18 and C-683/18, ECLI:EU:C:2021:503. 一つ目の事件は、Sarah Brightman が歌唱した録音及び動画並びに自作の曲について著作権を有すると主張する原告が、YouTube に対し、許諾なく同著作権の対象となる録音及び動画を公衆に伝達したとして、差止め、情報提供及び損害賠償をドイツの裁判所に求めた事案に関するものである。同事案につき、ハンブルクの高等裁判所は、一部の作品につき、YouTube は侵害行為の実行者又は参加者とはいえないが、妨害者 (Störerin) に当たるとしたところ (妨害者責任 (Störerhaftung) は、差止措置の根拠となる。)、連邦通常裁判所は、CJEU に対し、動画共有プラットフォームの運営者の行為が情報社会指令 3 条 (1) の定める公衆伝達行為に該当するか等につき、先決付託を行った。また、もう一つの事件は、学術系出版社である Elsevier が、ファイルのホスティング及び共有の機能を持つ Uploaded というプラットフォームの運営者である Cyando に対し、原告が著作権を持つ著作物が、被告の運営するプラットフォーム上に無許諾でアップロードされ、第三者がアクセス可能な状態に置かれているとして、差止め、情報提供及び損害賠償を求めてドイツの裁判所に提訴した事案に関するものである。ミュンヘン高等裁判所は、被告を妨害者と認め、差止めを認容し、その余の請求を棄却した。本件事案に関しても、連邦通常裁判所は、CJEU に対し、公衆伝達権の解釈等についての先決付託を行った。CJEU は、これらの事件を併合し、両事件に係る先決判決（以下、「先決判決」という。）を下した。なお、両事件は、時期的に、CDSM 指令の適用は問題とならない（先決判決 para. 59 参照。ただし、Uploaded の方は、同指令の OCSSP に該当しないだろうといわれている。）。また、先決判決は、YouTube 及び Uploaded のサービスとそれらの主体を、「プラットフォーム」及び「プラットフォーム運営者」(platform operator) と表現しているので、ここではその用語法に従う。

(42) 先決判決 para. 63.

(43) 同 paras. 64-65.

(44) 同 paras. 73-75.

(45) 同 para. 78.

- 結論として、動画共有プラットフォーム又はファイル・ホスティング若しくはファイル共有プラットフォーム運営者は、単にプラットフォームを提供しているにとどまらず、著作権を侵害してコンテンツを公衆のアクセス可能とすることに貢献していない限り、公衆への伝達行為を行っていることにはならない。そのような（貢献をしている）場合とは、例えば、(i) 運営者が侵害につき具体的知識 (specific knowledge) を有しているが、迅速に侵害コンテンツの削除やそれへのアクセスのブロックをしていない場合、(ii) 運営者が、侵害について一般的な知識を有し、又は有するべきであるにもかかわらず、侵害に対抗するために、合理的な慎重さを持つ運営者であれば備えるであろう、適切な技術的手段を講じていない場合、(iii) 運営者が、侵害コンテンツの公衆への伝達に係る選択に参加し、侵害コンテンツの違法な共有を特に意図した手段 (tools) を提供し、又は、かかる共有を知りながら (knowingly) 促進している場合である⁽⁴⁶⁾。
- 電子商取引指令 14 条 (1) の定める侵害責任免除は、情報社会サービス・プロバイダが、単に技術的、自動的かつ受動的な性質を有している場合に限り、認められる⁽⁴⁷⁾。動画共有プラットフォーム又はファイル・ホスティング若しくはファイル共有プラットフォーム運営者の行為が、同項の適用を受けるためには、そのプラットフォームにアップロードされるコンテンツについて認識し、又は管理することを可能にするような、積極的な役割を果たしていないことを必要とする⁽⁴⁸⁾。
- 情報社会指令 8 条 (3) (差止措置) に関し、プラットフォーム運営者が自ら公衆伝達行為を行っているとは認められない場合について、ドイツの妨害者責任のように、一定の要件が満たされるときに限って差止めを認めることは許される。すなわち、同項は、第三者の侵害行為に使われた媒介サービスの運営者につき、侵害に係る知識又は認識を欠く場合に（ただし、裁判手続の前に媒介者が侵害について通告を受け、迅速に侵害コンテンツの削除又はそれへのアクセスのブロックを行わず、かつ、侵害が再発しないような措置を講じていないときを除く）差止めを認めないという対応を妨げるものではない⁽⁴⁹⁾。

本判決は、CDSM 指令の解釈には言及していないところ⁽⁵⁰⁾、本判決の示す各指令の条項の解釈と、CDSM 指令（特に 17 条）との関係が問題となる。本判決が、プラットフォーム運営者につき、公衆伝達行為の行為者と認定するために必要とする要件は、CDSM 指令 17 条において OCSSP が公衆伝達行為を行っているときとされる場合には要件とされていないことから、同条は、いわば創設的に、公衆伝達権を OCSSP に対する限りで拡張したようにも読める。しかし、この点については、前述のように、従来から EU の研究者の間でも議論がある⁽⁵¹⁾。

(ii) デジタル関係法制度のパッケージ

第二に、欧州委員会は、「データ戦略」の一環として、デジタル経済関係の法制度のパッケージを提案している。具体的には、2020 年 11 月に、デジタル・ガバナンス法 (the Digital Governance Act)、同年 12 月に、デジタル市場法 (Digital Markets Act) 及びデジタル・サービス法 (Digital Services Act. 以下、“DSA” という。)、さらに 2022 年 2 月にデータ法 (Data Act) のそれぞれを公表している⁽⁵²⁾。

(46) 同 para. 102。

(47) 同 para. 105。

(48) 同 para. 117。

(49) 同 para. 143。

(50) なお、同判決は、CDSM 指令 17 条及びその国内実施法の適用対象とならないプラットフォームとの関係では、今後も意義を持つ。

(51) 同判決が出される前の文献であるが、ROSATI, COPYRIGHT IN DSM, *supra* note 25, at 328.

(52) これらは欧州委員会が提案し、欧州議会及び EU 理事会によって規則として採択されることが目指されている。See, e.g., Matthias Leistner, *The Commission's Vision for Europe's Digital Future: Proposals for the Data Governance Act, the Digital Markets Act and the Digital Services Act – A Critical Primer* (February 23, 2021), available at <<https://ssrn.com/abstract=3789041>>.

特に、DSA は、電子商取引指令のセーフ・ハーバー規定を改正する内容や DPF の透明性、コンプライアンス及びデューデリジェンスに係る義務等を含んでおり、知的財産保護の観点からも注目される⁽⁵³⁾。

DSA と CDSM 指令（特に 17 条）との関係については、第一に、CDSM 指令における OCSSP は、DSA における「オンライン・プラットフォーム」に当たり、かつ、「非常に大規模なオンライン・プラットフォーム」(VLOP) にも該当し得る（ただし、当然に VOLP に当たるわけではない。）という関係に立つと考えられる。第二に、OCSSP に係る著作権侵害の問題に関しては、CDSM 指令 17 条が、一般法的な地位に立つ DSA に対する特別法として、優先して適用されると解される⁽⁵⁴⁾。他方、OCSSP に関して、著作権関係以外の問題、例えば、名誉棄損、プライバシー侵害その他の違法情報や、さらには、著作権関係であっても、CDSM 指令 17 条の対象外の問題については、DSA が適用されることになる⁽⁵⁵⁾。

なお、著作権侵害に係る規律の関係については、例えば、欧州の研究者をメンバーとする欧州著作権協会 (European Copyright Society) が、DSA について分析した文書を公表し、サーチエンジン・プロバイダの位置づけが不明確であること、「公衆」の概念が、著作権分野で欧州司法裁判所が積み重ねてきた解釈と食い違っていること、プロバイダによるコンテンツの自動的規制 (automated content moderation) の合法性に関し、CDSM 指令 17 条を巡ってなされてきた議論を踏まえ、基本権に十分配慮すべきであること等を指摘している⁽⁵⁶⁾。

また、データ法は、「データを通じた価値創造に通じる投資へのインセンティブを確保しつつ、消費者及び事業者によるデータへのアクセス及び利用の円滑化」、「データに係る例外的必要性がある場合に、公的機関が、企業の保有するデータを利用することを可能とすること」、「クラウド／エッジ・サービス間の交換を円滑化すること」、「クラウド・サービス事業者による通知を欠く違法なデータ移転に対するセーフガードを用意すること」及び「再利用されるデータについてインターオペラビリティのための基準を進展させること」を目的とする⁽⁵⁷⁾。そのために、知的財産との関係について、データ法は、データベース指令に基づく sui generis 権についての特則を有することを例外として、それ以外に既存のルールに影響を及ぼすことはない⁽⁵⁸⁾とされている。データベースに関し、データ法 35 条は、製品若しくは関連サービスの利用から得られ、又は創成されるデータを含むデータベースについては、データベース指令 7 条の定める sui generis 権が及

(53) 欧州委員会による DSA（正式には “the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market For Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC”) は、2021 年 11 月 EU 理事会において修正のうえ合意された (Council of the European Union, Proposal for a Digital Services Act and amending Directive 2000/31/EC - General approach, 18.11.2021, Council Document 13203/21. 以下で引用する条文は、この法案に基づく)。さらに、2022 年 4 月 22 日、欧州議会と EU 理事会が DSA につき「暫定的な政治的合意」(a provisional political agreement) に達した (<<https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20220412IPR27111/digital-services-act-agreement-for-a-transparent-and-safe-online-environment>>)。

DSA は、「媒介サービス」(intermediary services) に係るルール等を定めているところ、ここで「媒介サービス」は、単なる導管 (mere conduit)、キャッシング (caching)、ホスティング (hosting) 及びオンライン・サーチエンジン (online search engine) の各サービスのいずれかを指す (DSA 2 条 (f))。オンライン・プラットフォーム (online platform) は上記のホスティングに属する (同条 (h))。また、非常に大規模なオンライン・プラットフォーム (very large online platforms or “VLOPs”) 及び非常に大規模なサーチエンジン (very large online search engines or “VLOSEs”) に関する特別の規律を設けている (25 条以下)。

DSA に関する日本語文献として、例えば、張睿暎「EU におけるプラットフォーム規制と『デジタルサービス法』規則案の意義」獨協法学 115 号 211 頁 (2021) 参照。

(54) DSA 1 条 5 項 (c) は、「本指令は、著作権及び関連する権利に関する EU 法に定められたルールを変更するものではない」旨を定めている。

(55) 以上の、DSA と CDSM 指令 17 条の関係につき、João Pedro Quintais & Sebastian Felix Schwemer, *The Interplay between the Digital Services Act and Sector Regulation: How Special Is Copyright?*, EUROPEAN JOURNAL OF RISK REGULATION 2022, 1, 13ff. 参照。

(56) European Copyright Society, *Comment on Copyright and the Digital Services Act Proposal* (17 January 2022) .

(57) European Commission, Explanatory Memorandum for “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Harmonised Rules on Fair Access to and Use of Data (Data Act)”, COM (2022) 68 final (Brussels, 23.2.2022) 3.

(58) *Id.* at 5.

ばないとしている。この35条の趣旨は、データ法の定める「製品若しくは関連サービスの利用から得られ、又は創成されるデータ」（例えば、IoT技術を利用する商品に含まれるセンサーから得られるデータ）からなるデータベースについては、データベース指令による sui generis 権を認めるための要件を満たさないことを確認することにあるとされる⁽⁵⁹⁾。しかし、有力な研究者から、例えば、商品にセンサーを付す行為が、データ取得のためになされたのであれば、同行為をもって、データベース指令上の保護要件である、データ取得のための「投資」と認め得る可能性を否定できない、他方、35条が規定するデータは、典型的なIoT関連のものに限らず非常に広い範囲がカバーされる可能性がある、したがって、目的に照らした修正が必要である等の指摘を受けている⁽⁶⁰⁾。また、35条によって、sui generis 権の必要性・意義が小さいことが一層明らかになったことから、同権利の廃止を含めたデータベース指令自体の見直しをすべきであるとの意見も、有識者から出されている⁽⁶¹⁾。

3.2 ドイツ

ドイツは、CDSM 指令 17 条を国内実施するため、2021 年 5 月 20 日、著作権サービス・プロバイダ法⁽⁶²⁾を制定した。特徴的と思われる主な規定は、次のとおりである⁽⁶³⁾。

- (i) 少量の利用についての特例：少量（例えば、映画や音楽は 15 秒以内、テキストは 160 字以内）であって、非営利目的又は実質的でない収入をもたらすにとどまる利用については、第三者の作品の半分以下を、他のコンテンツを一体化して利用する場合であれば、権利者側からの異議申立の手續が完了するまで法律上許容される利用と推定され、侵害責任を問われない（9 条、10 条）。これは、CDSM 指令には規定のない、ドイツ独自の制度である⁽⁶⁴⁾。
- (ii) 集中許諾制度の利用：プロバイダが公衆への伝達等について権利者から契約による利用権を得る手段として、集中許諾団体（Verwertungsgesellschaften）を介することがあり得る旨が、明記されている（4 条（4））。しかも、ドイツは、この機会に拡大集中許諾団体⁽⁶⁵⁾の制度を導入しており、プロバイダの許諾について同制度の利用が期待されているようである。

3.3 米国

米国では、議会著作権局が、DMCA512 条の現状を分析した報告書を 2020 年 5 月に公表している⁽⁶⁶⁾。また、上院司法委員会において、同条のあり方等に関する公聴会が行われている⁽⁶⁷⁾。いずれにおいても、DMCA512 条につき、その後の裁判例やプロバイダ等の実情に照らすと、当初の立法目的（プロバイダに対

(59) データ法の Recital 84 参照。

(60) Estelle Derclaye & Martin Husovec, *Why the Sui Generis Database Clause in the Data Act Is Counter-Productive and How to Improve It?* (March 8, 2022), available at <<https://ssrn.com/abstract=4052390>>.

(61) Paul Keller, *A Vanishing Right? The Sui Generis Database Right and the Proposed Data Act* (March 4, 2022) Kluwer Copyright Blog.

(62) Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz - UrhDaG).

(63) より詳しくは、例えば、Leistner, *supra* note 40 参照。なお、Leistner 教授によれば、ドイツの国内実施法は、CDSM 指令 17 条の意義に関し、権利の内容と侵害責任の両面について、情報社会指令に対する特別法の関係に立つ（後者の定める公衆伝達権と異なる独自の（sui generis）権利を認めるものではない）という理解を前提としている（*id.* at 15）。

(64) Leistner 教授は、この制度を“a delayed takedown system”（遅延式テイクダウンの制度）と呼んでいる。同教授は、CDSM 指令 17 条自身が重視する比例原則や、表現の自由等の基本権と著作権とのバランス確保の観点から、このような制度が適切であり、他の EU 加盟国もモデルとするべき旨を主張している。Leistner, *supra* note 40, at 10ff.

(65) CDSM 指令 12 条は、拡大集中許諾の制度の利用が可能である旨を定めている。CDSM 指令 17 条の実施における同制度の活用可能性につき、Nils Rauer & Alexander Bibi, *Extended Collective Licencing in the DSM Directive - An Opportunity to Make Art. 17 DSM Directive Work?*, GRUR Int. 2022, 113 参照。

(66) US Copyright Office, Section 512 of Title 17: Report of the Register of Copyrights (May 2020). 紹介として、金子敏哉「米国著作権法 512 条（セーフハーバー条項）に関する著作権局報告書」ジュリ 1549 号 76 頁（2020）参照。

(67) 例えば、2020 年 3 月 10 日及び 6 月 2 日の公聴会参照。

する法的安定性の提供、著作者及び権利者の利益の保護⁽⁶⁸⁾を達成するためには修正を要する部分があるとの認識が概ね共有されていると思われる。しかし、必要な修正の方向性や内容については、意見の幅がある。当然、EU の CDSM 指令（特にその 17 条）は注目されているが、著作権法研究者の間でも、その評価は大きく分かれている⁽⁶⁹⁾。

3.4 我が国

我が国では、海賊版対策が重要な政策課題と位置づけられてきており、ネット上の著作権侵害への対応についても種々の方策が検討されてきた。しかし、プロバイダの責任については、いわゆるリーチサイト対策の著作権法改正が行われたほかは、抜本的制度改正は行われていない。

ただし、2021 年、文部科学大臣から文化審議会に対し、「デジタルトランスフォーメーション（DX）時代に対応した著作権制度・政策の在り方」の検討が喫緊の課題として諮問され、検討が行われている。具体的には、DX 時代に対応したコンテンツの利用円滑化、権利保護及び適切な対価還元という視点から、対策が検討されることとなっており、プラットフォーム関連の施策や拡大集中許諾制度なども検討対象候補にあがっている⁽⁷⁰⁾。

なお、近年、ネット上の違法有害情報（特に個人に対する誹謗中傷）への対応が社会的課題となっている。その関係で、2021 年、プロバイダ責任制限法の改正も行われたところであり、さらに必要な措置につき検討が続いている⁽⁷¹⁾。著作権をはじめとする知的財産権を侵害する情報も、もちろん違法情報の一種であるが、政府においては、誹謗中傷問題を中心とする違法有害情報対策とは基本的に別トラックで、検討がされているように思われる。

4. 我が国としての検討の方向性

上に見た諸外国同様、我が国においても、プロバイダの責任に関する基本的法的枠組み（著作権法及びプロバイダ責任制限法等）のあり方の検討の必要性は、ますます高まっているというべきであろう。以下、我が国としての検討において、留意すべきと考えられる点を挙げておきたい。

第一に、我が国では、従来、プロバイダの責任に関し、インターネットの利用や、表現の自由等との関係を重視し、原則としてその責任を制限的に捉えつつ、例外的に、規範的侵害主体論等によって、責任を認めるという姿勢がとられてきた。しかし、本稿で見たように、特に、EU において OCSSP と定義されるような、大規模なコンテンツ提供プラットフォームを巡っては、単に違法行為の排除という視点だけでなく、コンテンツの利用を拡大させ、その対価による利益を権利者にも適切に還元する仕組みを担う機能を持ち得るという視点からも、その役割と責任について検討すべきと思われる⁽⁷²⁾。

(68) 前掲注 66・著作権局報告書 1 頁、18-21 頁。

(69) CDSM 指令 17 条につき、有力な研究者のうち、例えば、Pamela Samuelson 教授は「米国として、モデルとすべきでない」と批判的に捉えているのに対し、Jane Ginsburg 教授は、「米国議会にとって、モデル、又は少なくとも改革案の詳細な例となる」と積極的に評価している。Justin Hughes 教授も、巨大プラットフォームに関する制度としては参考になる旨を述べ、好意的に評価している。Pamela Samuelson, *Statement Before the United States Senate Committee on the Judiciary, Subcommittee on Intellectual Property* (March 10, 2020), 1; Ginsburg, *supra* note 34, at 796; Justin Hughes, *Statement Before the United States Senate Judiciary Committee, Subcommittee on Intellectual Property* (March 10, 2020), 4-11.

(70) 文化審議会著作権分科会（第 61 回）配布資料 <<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/61/index.html>> 参照。ただし、「簡素で一元的な権利処理方策と対価還元」の実現に向けた法制的な課題の検討は、2022 年 1 月以降、同分科会法制度小委員会において開始されたところであり、本稿脱稿時点では未だ方向性は示されていない。同分科会（第 63 回）配布資料のうち、「法制度小委員会の審議の経過等について」<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/bunkakai/63/pdf/93681201_06.pdf> 参照。

(71) ジュリ 1554 号 (2021) の特集「インターネット上の誹謗中傷問題—プロ責法の課題」掲載各論文、総務省「プラットフォームサービスに関する研究会中間とりまとめ（案）」(2021 年 7 月) <https://www.soumu.go.jp/menu_news/s-news/02kiban18_02000164.html> 等参照。

(72) 我が国としても Value Gap 問題への対応が必要と論じる文献の例として、安藤・前掲注 30 参照。

その際、EU の CDSM 指令 17 条及びドイツ等の同条国内実施法の動向は、大いに参考になると考えられる。実際上も、例えば、大規模な音楽著作権管理団体のライセンス実務では、EU の制度の動向の影響もあってか、YouTube 等の OCSSP に当たる事業者自身がコンテンツ利用者であるとの前提でそれらとの包括的なライセンス契約が結ばれる実態にあるようである⁽⁷³⁾。

第二に、仮に OCSSP 型プラットフォームに加重的責任を負わせるとして、その責任の法的性質をどう位置づけるかを考える必要がある。この点につき、前述のとおり、EU の CDSM 指令 17 条における侵害責任の理論的意義は十分に明確ではなく、また、侵害責任を含む民事責任の法理は国によって様々である（EU でさえも統一はとれていない）ことから、我が国として自ら考えていく必要がある。

侵害責任に関し、とりあえず若干のコメントをしておけば、まず、従来から議論が重ねられている著作権侵害主体論について、類型に分けた判断基準を構築する必要があると思われる。すなわち、プロバイダについて、常に従属的・受け身的な立場と捉え、侵害コンテンツについての具体的な認識等の主観的要件及び侵害除去に係る機会（時間的猶予）の条件を満たした場合のみに侵害責任を問うという考え方を一律に適用するのではなく、むしろ、類型によっては、自らがコンテンツを集めてインターネット上で公衆に提供している主体（これは、自然観察的には素直な捉え方ともいえる）として、侵害責任を直接的に認めるというアプローチをとることも考えてよいと思われる⁽⁷⁴⁾。さらに、我が国の制度論として、国際的にみて「特異」とも評される⁽⁷⁵⁾、自動公衆送信や送信可能化の概念の再検討にも及ぶべきかもしれない。

なお、表現の自由やパブリックドメインの尊重、そのための著作権が及ぶ範囲への侵害責任の限定、著作権の例外規定の適用の徹底等は当然に必要であり、その面でも、EU の CDSM 指令 17 条、さらにはドイツの国内実施法が、ベストエフォートに基づく責任免除を認めたり、侵害責任を限定したりしていることは、参考になろう。

第三に、当然ながら、我が国における OCSSP 型プラットフォームの実態につき、ライセンス契約や権利者への利益還元の状況、コンテンツの自動認識等の技術の実情及び見通し等を含め、正確な把握が、まずは必要である。

第四に、権利者への利益還元の仕組みについては、集中管理団体（著作権等管理事業法の対象事業者）の果たすべき役割が大きい。拡大集中許諾制度の導入については、この文脈でも、前向きな検討が必要であろう。

（付記）

脱稿後の 2022 年 4 月 26 日に、EU 司法裁判所（CJEU）が、CDSM 指令 17 条の一部又は全部の無効化をポーランドが求めた事件（Case C-401/19）について、判決を下した。ポーランドは、CDSM 指令 17 条 4

(73) 文化審議会著作権分科会国際小委員会（令和 3 年 11 月 17 日開催）における JASRAC の須子委員による発表及び議事録を参照（<https://www.bunka.go.jp/seisaku/bunkashingikai/chosakuken/kokusai/r03_03/>。音楽著作権管理団体のライセンス業務については国際的に共通する仕組みが普及していること、YouTube 型投稿サイトにおける音楽利用については、投稿者ではなく、サイト運営者を相手として、かつ、配信地基準でライセンスが行われている旨が説明されている。）。

(74) 中央知的財産研究所における本報告の際には、最判平 23・1・18 民集 65 巻 1 号 121 頁（まねき TV 事件）の示した自動公衆送信の行為主体についての説示との関係で、プラットフォームの行為自体を自動公衆送信行為と認めることができるかという点も、議論になった。その点については、同判決の示した「当該装置に情報を入力する者」という基準については、「入力する」という要件自体多義的であって、最判は規範的評価に基づき「アンテナ基準説」を採用しているにとどまること、自動公衆送信装置に「継続的に情報が入力されている場合」に係る判断基準であって、その射程は地上波テレビ放送番組の転送サービス及びそれに近似したサービスに限定されると考えられること（以上につき、平嶋竜太「判批」別冊ジュリ 231 号（著作権判例百選〔第 5 版〕）195 頁（2016））から、本稿で論じたプラットフォームの行為については、同最判にとらわれずに検討することが許されると思われる。いずれにしろ、少なくとも一部のプラットフォームの行為については、従来の制度・解釈に必ずしもとらわれずに、立法論を含めた検討を行うことが求められているのではなからうか。

(75) 作花・前掲注 19 のほか、上野達弘「公衆への利用可能化権に関する国際的検討—アンブレラ・ソリューションの光と影」高林龍ほか編『年報知的財産法 2013』25 頁（日本評論社・2013）等。

項 (b) 及び (c) の規定のもとでは、事実上、OCSSP は事前の自動的なモニタリングを義務付けられることとなることから、同規定は、EU 基本権憲章 11 条が保障する表現及び情報の自由を制限する旨を主張した (CJEU 判決 para. 24 参照)。これに対し、CJEU は、ポーランドの請求を認めなかった。具体的には、CDSM 指令 17 条 4 項に基づく OCSSP の責任に関する制度が、コンテンツ共有サービス利用者の表現及び情報の自由の行使に対し、制限をもたらすものであることを認めつつ (同 para. 58)、EU 基本権憲章 52 条 1 項にしたがって、それらの自由に係る権利を尊重し、その権利と、同憲章 17 条 2 項が保障する知的財産権との公正なバランスを確保するための、適切なセーフガードが EU 法によって用意されているとした (同 paras. 72-98)。そして、EU 加盟国は、CDSM 指令 17 条を国内法化するに当たり、同憲章が保障する様々な基本権の間の公正なバランスをとるように、同条を解釈したうえで、措置を講じなくてはならないこと、さらに、加盟国の関係機関及び裁判所は、国内法を CDSM 指令 17 条に整合的に解釈するだけでなく、様々な基本権や EU 法における一般原則 (例えば、比例原則) と抵触するような同条の解釈に基づいて行動しないよう確認しなくてはならないことを、指摘している (同 para. 99)。この CJEU 判決により、CDSM 指令 17 条自体は維持されることとなる一方、表現及び情報の自由をはじめとする基本権の保障と整合する形で同条を具体的に実現する制度を構築し、運用するという難しい課題を、加盟国が負っていることが、鮮明になったと思われる。

さらに、2022 年 6 月には、ドイツの連邦通常裁判所が、本文で触れた YouTube 事件等に係る CJEU 先決判決を受けて、判決を下した (Urteile vom 2. Juni 2022 - I ZR 140/15, I ZR 53/17, I ZR 54/17, I ZR 55/17, I ZR 56/17, I ZR 57/17 und I ZR 135/18)。連邦通常裁判所は、各事件の審理については控訴審に差し戻すとともに、一般論として、動画投稿プラットフォームの運営者の責任につき、従来の裁判例が適用してきた妨害者責任ではなく、公衆伝達権の侵害責任を適用できる、そして、妨害者責任の要件を公衆伝達権の侵害責任の要件に移行できる旨の判断を示した。

ドイツについては、新しい著作権サービス・プロバイダー法の運用とともに、上記の連邦通常裁判所判決を踏まえた裁判動向が、大いに注目される。