

新たな利用行為における著作権侵害に関する一考察 ——損害賠償を中心に——

五味 由 典

目次

- 1 はじめに
- 2 「ファイルローグ（File Rogue）」事件中間判決
- 3 著作権侵害における損害賠償額の算定
- 4 著作隣接権侵害における損害賠償額の算定
- 5 賠償額の算定についての判例考察
- 6 新たな問題と問題解決へ向けて一集中管理とその可能性
- 7 むすびにかえて

1 はじめに

平成15年12月17日東京地裁はインターネット上でのファイル交換（P2P）サービスに関して、その運営会社及び管理者（被告）に対して著作権侵害と著作隣接権侵害に基づく損害賠償を認定する2件の判決を出した。⁽¹⁾グヌーテラといわれるファイル交換ソフトを用いる「ファイルローグ（File Rogue）」なるサービスの是非について問われた事件である。この事件から半年後には、ファイル交換用に用いるソフト（Winny）を製作した者が、著作権侵害幫助の疑いで京都府警に逮捕される事態が発生している。これらの事件が起こる背景には、コンピュータが小型化、低価格化したことにより、テレビや電話といった家庭用電気器具の一種として普及し、著作物のデジタル化が急速に進んだことがある。さらに、急激なインターネット網の拡大と通信速度の高速化は、デジタル化された著作物を不特定多数の者へ拡散する役割も果たしている。著作物がデジタル化され、

広く浸透してきた今日の社会では従来の著作権保護のあり方は大きく転換期を迎えている。

本稿においては、「ファイルログ (File Rogue)」事件の判決における損害賠償額の算定方法を中心に新型のファイル交換ソフトについての損害賠償額算定等のあり方について検討することを目的とする。(尚、著作権侵害について争われた事件を「本権判決」、著作隣接権侵害について争われた事件を「隣接権判決」という。)

2 「ファイルログ (File Rogue)」事件中間判決

「ファイルログ (File Rogue)」事件の概要は次のようなものである。

被告はインターネット上でファイル交換サービスを運営する会社で、原告 (J A S R A C) は音楽著作物の管理委託会社である。

被告は、平成13年11月1日から、利用者 (契約者) のパソコン間でデータを送受信させるために、C国内に中央サーバ (以下「被告サーバ」という。) を設置し、インターネットを経由して不特定多数の利用者のパソコンを接続することにした。被告は利用者に対して、P 2 P技術を用いたソフトを配布し、そのソフトを用いることによって利用者間のパソコンに蔵置されているファイルの中から、同時に被告サーバにパソコンを接続させている他の利用者が好みのファイルを選択して無料でダウンロードできるサービス (以下「F サービス」という。) を、「ファイルログ (File Rogue)」の名称で日本向けに提供していた。

被告のサービスにおいて提供されるP 2 Pソフトは、M P E G 1オーディオレイヤー3⁽²⁾ (以下「MP 3」という。) と呼ばれる形式のファイル交換を目的とするものである。通常この形式のファイルは音楽をデータ化するとき用いられることが多い。このソフトを提供された利用者は、自らのパソコン内でMP 3形式のファイルを作りそれを自分のパソコンの中のハードディスクに記憶 (蔵置) させておきながら交換する。もちろん通常

の状態で音楽著作物を作成することも可能だが、大部分の利用者は、自ら音楽著作物を作成するのではなく市販の（既に録音済みの）音楽著作物をパソコン内でMP3形式のファイルへと変換しFサービスを用いて交換を行っていた。原告は、利用者のこのような行為はFサービスを提供する被告の行為であり、原告の有している著作権（複製権、自動公衆送信権、送信可能化権）を侵害すると主張し、被告に、著作権侵害に基づきFサービスにおいて交換されているファイルの送受信の差止め及び損害賠償金の支払を求めた。平成15年1月29日の中間判決は、被告が著作権侵害について法的責任を有するかという点において出された。

中間判決では、はじめに、Fサービス利用者の行為について①メディア変換行為、②私的使用、③送信者の自動公衆送信等行為と自動公衆送信権等侵害の成否の三点について評価したうえで④被告の行為と責任を判断している。

①メディア変換行為

音楽CDを自らのパソコン内でMP3形式へ変換する行為を「聴覚上の音質の劣化を抑えつつ、デジタル信号のデータ量を圧縮するものであり、変換された音楽CDと変換したMP3形式との間には、内容において実質的な同一性が認められるから、レコードの複製行為といえることができる。したがって、音楽CDをMP3形式で複製することは、同音楽CDに複製された音楽の著作物の複製行為」に該当すると判断した。

②私的使用

利用者のメディア変換行為が30条の私的使用に該当するかという点については「①利用者が、当初から公衆に送信する目的で、音楽CDをMP3形式のファイルへ変換した場合には、法30条1項の規定の解釈から当然に、また、②当初は、私的使用目的で複製した場合であっても、公衆が当該MP3ファイルを受信して音楽を再生できるような状態にした場合には、当該複製物により当該著作物を公衆に提示したものであるとして、法49条1項1号の規定により、複製権侵害を構成する（。）」とした上で、「本件サービス

の利用者が、本件各管理著作物の著作権を有する原告の許諾を得ることなく、本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して同パソコンを被告サーバに接続すれば、複製をした時点での目的の如何に関わりなく、本件各管理著作物について著作権侵害（複製権侵害又はそのみなし侵害のいずれか）を構成する（。）と判断した。

③送信者の自動公衆送信等行為と自動公衆送信権等侵害の成否

「送信可能化」について「本件サービスは、ユーザーID及びパスワードを登録すれば誰でも利用できるものであり、既に4万人以上の者が登録し、平均して同時に約340人もの利用者が被告サーバに接続してファイルの交換を行っている。そして、送信者が、ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して、本件クライアントソフトを起動して被告サーバに接続すると、送信者のパソコンは、被告サーバにパソコンを接続させている受信者からの求めに応じ、自動的に上記ファイルを送信し得る状態となる。」とFサービスの特徴を示した上で、送信可能化の時点を「ファイルを共有フォルダに蔵置したまま被告サーバに接続して上記状態に至った送信者のパソコンは、被告サーバと一体となって情報の記録された自動公衆送信装置（法2条1項9号の5イ）に当たるということができ、また、その時点で、公衆の用に供されている電気通信回線への接続がされ、当該ファイルの送信可能化（同号ロ）がされたものと解する」とし、自動公衆送信の行われた時点については、「ファイルが受信側パソコンに送信された時点」と認定、これらのことから「本件サービスの利用者が、本件各管理著作物の著作権の管理者である原告の許諾を得ることなく、本件各MP3ファイルをパソコンの共有フォルダに蔵置して被告サーバに接続すれば、本件各管理著作物について、著作権侵害（自動公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害）を構成する（法23条1項）」と結論付けた。

④被告の行為と責任

「被告が運営する『ファイルログ』という名称のファイル交換サービスにおいて、同サービスの利用者が、原告の許諾なく」、音楽著作物をM

P3形式で「複製したファイルを利用者のパソコンの共有フォルダ内に蔵置した状態で、同パソコンを同被告の設置に係るサーバに接続させる行為は、上記音楽著作物について原告の有する著作権（自動公衆送信権及び送信可能化権）を侵害する行為に当たり、同被告がその著作権侵害行為の主体であると認められる。」として権利侵害の主体者であると判断した。

レコード会社数社が訴えを起こした隣接権判決においても、本権判決と同様に中間判決では権利侵害の主体者を被告と判断している。

3 著作権侵害における損害賠償額の算定

本権判決においては損害賠償額の算定についてJASRACの使用料規程⁽³⁾12節について考察を行った後に具体的損害額を算定している。

①12節適用の適否

損害賠償額の算定にあたって原告の使用料規程に基づく著作物使用料に関して、特別法上の規定により定められていること、事実上、音楽著作物を利用する際の対価として標準的な基準と示すものであると認めた上で、「本件サービスにおいて、本件各MP3ファイルが送信可能化ないし自動公衆送信されたことによって、原告の受けた使用料相当の損害額については、特段の事情のない限り、本件使用料規程の定める額を参酌して算定するのが合理的であるといえる」とした。

この点に関しては、立証の必要がないことを示したことになるが、その一方において、判示の中では、括弧書きながら、規定額の具体的妥当性を争う場合には、別に不服申立の必要があることを示唆している。

②広告料等収入の評価

12節は使用の際に広告料等の収入があるかないかによりその額に差をもっており、被告が将来の広告料収入を見込んで開始しているサービスであることに関連してどちらの額を利用するか判断となった。広告料等収入がある場合の額を適用する基準について次のように示す。

インタラクティブ送信における広告とはなにかについて、「広告料等収入がある場合は、広告料等収入がない場合と比較して使用料が高く設定されているが、その使用料は、原告管理著作物が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数に比例するように決められている。このように、本件使用料規程において、使用料が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数に比例して決められた趣旨は、利用者が自動公衆送信等の行為をするごとに、本件サービスにおいて掲載された広告に触れ、広告効果が高まるものであるということを前提にしたものと理解するのが合理的である。すなわち、原告管理著作物が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数と広告料等収入とが厳密な相関関係を有するような場合に限り、本件使用料規程第12節は合理性が認められる」としたうえで、「インタラクティブ配信において、このような関係が認められるというためには、利用者がサーバにパソコンを接続させた際に（インタラクティブ配信により電子ファイルをダウンロードするためには、サーバにパソコンを接続させる必要がある。）、広告を閲覧できるような仕組みになっていることが必要である」とした。

そして、「本件サービスにおいては、本件サーバに接続した際に表示される画面上には広告は掲載されていない。ただし、利用者が本件サービスを利用するために必要な本件クライアントソフトをダウンロードしたり、本件サービスの利用方法についての説明文を閲覧するためにアクセスする必要のある本件サイトには広告が掲載されているが、本件サービスの利用者が本件クライアントソフトをダウンロードするために被告サイトにアクセスするのは、最初の1回だけであること、原告管理著作物を受信し、又は受信しようとする度毎に本件サイトに掲載された被告サービスの利用方法についての説明を閲覧するとはいえないことから、このような広告の掲載方法では、原告管理著作物が自動公衆送信された回数又は送信可能化された曲数と広告料等収入が厳密に対応する関係にあるということとはできない。」として、「本件サービスは、広告料等収入がない場合に当たる」と判

断した。

③利用曲数について

損害額の算定の基礎にもなる利用曲数については以下の判示をしている。

「著作権者は、自動公衆送信される電子ファイルの数に比例して、許諾料を得る機会が失われることになるのであるから、自動公衆送信された回数を把握できない場合における本件使用料規程の『同時に送信可能化する曲数』とは、電子ファイルの自動公衆送信数（以下では「ダウンロード数」ということもある。）と相関関係（対象となるものの送信可能化数が増えれば、それに応じて自動公衆送信される電子ファイル数も増えるという関係）の認められるもの（著作物数又は電子ファイル数）の送信可能化数を意味すると解すべきである。そして、本件サービスのようなピア・ツー・ピア方式のネットワークによる自動公衆送信の場合は、自動公衆送信される電子ファイル数は、送信可能化されている著作物数に比例するのではなく、送信可能化されている電子ファイル数に比例するものと認められる。

したがって、本件サービスに対する使用料相当額を算定する際に参酌する場合の本件使用料規程の『同時に送信可能化する曲数』の意味については、『送信可能化されていた電子ファイルの数』と解するのが相当である。」

④使用料相当の損害額

F サービスにおける使用料相当額については、運営されていた期間である平成13年11月1日から平成14年4月16日まで、「本件使用料規程を形式的に適用して、本件サービスにおける使用料を算定すると、その合計は2億7932万8000円となる（平成13年11月1日から平成14年2月28日までについては2億0192万5000円となる。）」としたうえで、運営されていた当時のインターネット環境等について以下のように検討・修正が加えられた。

「①本件サービスの利用者が使用していたインターネット接続回線の種類・比率及び各接続回線の最大通信速度、②本件サービスにおいて利用者

の実効速度が異なる場合は遅い速度で送受信される事実、③実効通信速度を最大速度の約3分の1とした場合の一人の利用者が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数、④実効通信速度を最大速度の約3分の1とし、本件サービスの利用者が利用しているインターネット接続回線の比率を前記イ(エ)のとおりであると仮定した場合の本件サービスの利用者340人（本件中間判決で判示したとおり、本件サービスにおいて同時に被告サーバに接続している利用者数は平均で約340人であった。）が1日にダウンロードできる本件各MP3ファイル数、⑤被告サーバに接続している利用者は、本件各MP3ファイル以外の電子ファイルも受信しているものと推測されるが、本件サービスにおいては、被告サーバに接続しているパソコンの共有フォルダに蔵置されている電子ファイル数は平均で54万弱であったこと等によれば、送信可能化されているすべての本件各管理著作物について、本件使用料規程が想定する月に90.9回のダウンロードをすることは、あまりにも過大であるというべきであり、この点を損害額の認定に当たり考慮するのが相当」と形式的適用を否定した。

そのうえで、「本件サービスにおいては、本件使用料規程を形式的に適用することにより使用料相当損害金を算定することはできず、また、本件の性質上、その他に、原告に生じた損害額を立証するために必要な事実を立証することは極めて困難である。そこで、上記の各事実及び本件サービスに対する使用料相当損害金の算定にあたり、本件使用料規程第12節のうち、送信可能化数を基礎にした算定方法に係る規定(1(3)②)を参考にするのは、ダウンロード数を把握していなかった被告側の事情によること等の諸事情を総合し、著作権法114条の4により、本件使用料規程に基づき算定した上記金額2億7932万8000円の概ね10分の1に相当する3000万円（平成13年11月1日から平成14年2月28日までについては概ね10分の1に相当する2200万円）をもって使用料相当損害額と認めるのが相当」と判断している。

4 著作隣接権侵害における損害賠償額の算定

原告は、①本件サービスにおいて送信可能化された1ファイルごとに使用料を算定すること、②同1ファイル当たりの月額使用料相当額は2000円であると主張した。

著作権の場合とは異なり著作隣接権においては、集中管理団体が存在しなかったこともあり、判決では被告が提供したFサービスにより本件各MP3ファイルが送信可能化されたことによって原告が被った使用料相当額は、「同種のインターネットによる音楽配信サービス等において設定された著作隣接権者の受けるべき許諾料額（使用料額）等を参酌して、算定するのが相当」と同種のサービスを合法的に行っている米国音楽配信会社の料金体系とJASRACの使用料規程を参酌して送信可能化ファイル数を算定基準にすることの是非と2000円の妥当性について判断している。

（1）使用料相当額の算定方法

使用料算定にダウンロード数を用いることの可否から論じている。原告の「送信可能化1ファイル当たりの月額許諾料相当額に本件サービスにおいて送信可能化された本件各MP3ファイルの総数をそれぞれ乗じることにより使用料相当の損害額を算定すべき」との主張に対して、「本件サービスにおいて、ダウンロード数が把握されていないことからすれば、送信可能化数を基準とする算定方法には合理性が認められる」と、著作権の場合と同様に送信可能化数をもって基準とする指針を示している。

（2）送信可能化された1ファイル当たりの月額使用料相当額

月額使用料相当額の判断にあたり①米国における音楽配信サービスの価格、②JASRACの著作権における使用料規程について検討を加えた。

①米国における音楽配信サービスにおける価格

米国においては、インターネットによる音楽配信サービスそのものがビジネスとして成立していることをあげ、特に売り上げの大きい「iTunes

Music Store」の利用料について、「ダウンロード1曲当たり99セントであること」、また同種の配信サービス会社「RealOne Rhapsody」が、「月額会費9.95ドルに加えて、ダウンロード1曲当たり79セントでCD-Rに焼き付け可能な音楽データのダウンロードができること」を認めた。

② J A S R A C の使用料規程

規程そのものの妥当性については、本権判決と同一であることを示した上で、「本件サービスにおいて送信可能化された電子ファイルを受信者にダウンロードさせることを目的としたものであるから、これに対する使用料相当額を検討するに当たっては、本件使用料規程のうち、インタラクティブ配信のダウンロード形式についての使用料を規定した第12節1が、一応参酌の対象」と判示、12節1を「参酌」対象とした。そのうえで、本権判決で認定したものと同様に、同使用料規程が妥当なものであること、本件サービスが広告料等収入のないものであることを認定した上で、

「米国における音楽配信サービスにおける1曲当たりのダウンロード利用料金が110円を下回ることはないところ、インターネットによる音楽配信サービスの市場が形成されていない我が国においても、この金額が同様のサービスに対する利用料金を推定する一応の基準額となり得ること、本件使用料規程において、自動公衆送信数を基準とすることができない場合に送信可能化された1曲が1か月に約90.9回自動公衆送信されると想定して送信可能化1曲当たりの使用料を算定する方法が特に不合理とはいえないことに照らせば、必要経費を多めに見積もったとしても、被告が本件各MP3ファイルを送信可能化した場合に原告らが受けるべき1ファイル当たりの月額使用料は、原告らの主張に係る2000円を下回ることはないというべきであるから、同額と認めるのが相当」と判断している。

5 損害額の算定についての判例考察

本権判決及び隣接権判決において具体的な損害額をどのように算定する

かは、前例のないことでもありいずれの判決も重要な指針となると思われる。以下、いくつか検討を加える。

著作権法114条3項は、「著作権者又は著作隣接権者は、故意又は過失によりその著作権又は著作隣接権を侵害した者に対し、その著作権又は著作隣接権の行使につき受けるべき金銭の額に相当する額を自己が受けた損害の額として、その賠償を請求することができる。」と規定する。この「受けるべき金銭の額」は、「使用料相当額」として認定されるものである。⁽⁴⁾ また、この額は、損害額の立証が、「当該事実の性質上極めて困難」であるときは、裁判所が相当な額を認定することができる（平成15年改正前の114条の4を以下、「旧114条の4」という）。⁽⁵⁾

両判決は、JASRACの使用料規程についての考察を行っているものの、実質において旧114条の4による裁判所の損害額認定の判決と言える。その認定においても、一定の使用料相当額あるいは他の114条所定の損害額計算の根拠を必要とする判示をしたものと言える。また、両判決は、使用料規程と損害賠償額とを直接にイコールで結んではいない。これは、両判決が同規程を「参酌」との表現を使って利用していることから理解できる。

使用料規程の原則論から使用料相当額の算定基準を示している。それは、一つの楽曲が、何回使用されたか、いわゆる何回リクエストされたか（＝ダウンロードの回数）によって使用料を算定することを原則と捉えている。この算出方法は、利用者が当然に利用実態を把握していること、換言すれば、利用者の責任において著作物利用の管理がなされているとの大前提のもと導かれる。その際の利用料は、1回5円50銭とされている。利用者が利用実態を把握できない場合には、例外的に、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき年額50,000円、1年未満の場合は同10曲まで月5,000円と送信可能化する曲数に一定の金額を乗じたものを使用料の概算額としている。こちらにおいて使用料額が原則適用時を上回る額となっている点については、「想定回数をもとに送信可能化する曲数を基準として使用料を算

定することは、自ら自動公衆送信数を把握できない利用者側の事情によるものであり、日本音楽著作権協会としても、自動公衆送信数を把握できない利用者のために特別に認めた算定方法により算定された使用料が実際にされた自動公衆送信の数を基準として算定した使用料よりも少なくなるという結果を避けなければならない」ことから是認されると判断、例外規程を形式上適用し算出されたものが、本権判決では約2億8千万円であった。

次に、使用料の額を損害額とすることについて不都合の生じる「特段の事情」の検討を行っている。

例外規程によると、1曲当たり月 $500 \div 5.50 = 90.9$ 回のダウンロードをした場合と同じ金額が要求されている。インターネットの接続環境等において月90.9回と想定することができるかどうかの具体的検討に及んでいる。そこで示された「特段の事情」としては、①接続回線の種類・比率及び各接続回線の最大通信速度、②実効速度が異なる場合は遅い速度で送受信される事実、③実効通信速度を最大速度の約3分の1とした場合の一人の利用者が1日にダウンロードできるMP3ファイル数、④実効通信速度を最大速度の約3分の1とし、本件サービスの利用者が利用しているインターネット接続回線の比率を考慮して、利用者数を中間判決で確定した340人が1日にダウンロードできるMP3ファイル数、⑤被告サーバに接続している利用者が受信する原告著作物以外のMP3数、⑥被告サーバに接続しているパソコンの共有フォルダに蔵置されている電子ファイル数が平均54万弱であったことを総合的に判断して、10分の1に減額している。

八九 隣接権判決は、JASRACのような使用料規程がないものの、電子ファイルを受信者にダウンロードさせることを目的としたことにおいて使用態様が同様であることから、JASRACの音楽使用料規程を参酌の対象としている。また、同種のダウンロードサービスについても参酌した上で、損害額を判断している。米国ダウンロードサービスが、1曲当たり110円を下回ることはない、「この金額が同様のサービスに対する利用料金を推定する一応の基準額となり得る」としたうえで、「使用料規程において、

自動公衆送信数を基準とすることができない場合に送信可能化された1曲が1か月に約90.9回自動公衆送信されると想定して送信可能化1曲当たりの使用料を算定する方法が特に不合理とはいえないこと」から、「必要経費を多めに見積もったとしても、被告が本件各MP3ファイルを送信可能化した場合に原告らが受けるべき1ファイル当たりの月額使用料は、原告らの主張に係る2000円を下回ることではない」と判断している。

従来から、音楽著作物についての損害額算定方法に関して取られていた判例の立場は、原則リクエスト回数方式であった。この算出方法は、利用者がある程度の利用回数を把握することができるような場合に適用されるものでその点においては、現在の損害賠償理論においては是認すべきものと言える。114条3項が「使用料」を損害額と把握する点も当然の帰結とすることができる。しかしながら、利用の実態が把握できないネット上の問題に直面したのが、両事件であった。特に本権判決が同規程中実態把握が困難な場合の規程を基準として、その規程が原則論より高額になることを是認している点は極めて優れたものと言える。その一方において、使用料と算出された額をそのまま損害額とせず、「特段の事情」を考慮に入れ、最終的には、10分の1にまで減額している。この点を考察すると、両判決はともに旧114条の4の判断方法を示したものと言える。そもそも、判決自体が、「自ら自動公衆送信数を把握できない利用者側（＝被告）の事情によるもの」（括弧内筆者）と利用者の管理の行き届かない点を使用料上乘せの根拠として評価しながら、「月90.9回」が事実上不可能であると認めている。被告が著作権侵害行為を認定されるに当たり、その管理可能性という要件のもと認定されていることを考え合わせると、利用者の把握不可能の場合ということ自体が管理不十分ということが出来き、換言すれば、重大な過失によって、管理し得ないような事態が発生していることを暗に示している。

本権判決においては、いくつかの問題点が指摘できよう。使用料規程は、情報料あるいは広告料等の徴収の有無によって区別される一方、営利を目

的としない法人の利用を前提としていることである。この点について判決でも、「原告はたとえ求められたとしても、営利を目的とする法人である被告に使用許諾を行わないであろう」と指摘しているにもかかわらず、斟酌の対象としている。そもそも、原告の想定する利用者は、ネット上のユーザであり、被告のようなサービス会社ではなかった。そのことは、判決中でも、「接続すれば…侵害を構成する」と私的使用との限界上にあることを示し、また、「送信者のパソコンは、被告のサーバと一体となって」自動公衆送信装置となるとして、半ば、擬制的に被告の責任を肯定していることから理解できる。利用者として本来的に把握すべきは、消費者であるべきなのか、法的責任の問題を含めて混沌としている様子が窺える。また、正規の金額を払っている把握不可能な利用者よりも損害賠償によって支払われる事後的な賠償額が低くなる可能性を残したことも指摘できる。知的財産権侵害全般にわたる問題でもあるが、「侵害のやり得」との感を拭えない。米国のような懲罰的損害賠償を認めるかどうかの問題については種々の議論のあるところではあるが、少なくとも、わが国における現行法上それを認めることはできないというのが多数説である以上、少なくとも、「侵害のやり得」を防ぐ最善の措置が必要なはずである。

また、使用料基準策定の段階で考慮されていると思われる点の問題がある。そもそも、音楽著作物のような場合、常に一定額の使用料である必要はない。この点については、録音物においても言えることであるが、新たな楽曲が販売される少し前から販売後1～2ヶ月という間が、最も利用回数が多いことを考慮しなければならない。使用料算定がリクエスト回数方式では何ら問題がないものの、概算方式においては平均的な額として考慮されているからである。新たな楽曲をより早く入手したいという利用者（消費者）からの要求は、リクエスト回数を押し上げ規程額をも上回る反面、徐々に下降してついにはそれを下回る。

これらの点を加味すると損害額として使用料相当額から減額する必要はもはやないのではなからうか。

6 新たな問題と問題解決へ向けて—集中管理とその可能性

中央サーバを介さない新型のファイル交換ソフト（ここでは、W i n n y を例に採る）の場合に損害額の算定をどのように行うかということ、両判決の射程がW i n n y 事件にまで及ぶかについて若干の考察を試みる。⁽⁶⁾

W i n n y の場合、基本的な検索画面は、ファイルログ事件で使われたソフトと変わらない。楽曲名、ファイルの大きさ、提供者の通信速度等によって、利用者が操作画面上から、適切と思われるファイルを選択しダウンロードを行う。この画面からは、実際にどのぐらいの曲が送信可能化されているか、ということが明確になる。その意味で、本権判決における算出方法として、「送信可能化数」の把握は可能といえる。しかし、その他「特段の事情」を考慮する点に関しては、具体的な接続者の実態を把握できないということから、正確な実損害額算出には困難を究める。特に、送信速度等の問題は、統計的なものを利用するしか方法がない。

次に、損害賠償責任を誰に負わせるか、という問題である。本来は、実際に著作物を使用している者に使用料支払いの義務があることからすれば、使用者に損害賠償の責任を負わせることが道理である。私的使用との限界の問題については、本権判決において接続による私的使用の抗弁が消滅することを示していることから、この事例にもその射程は十分に及ぶと考える。したがって、各エンドユーザーに対して、侵害行為（あるいは著作物利用行為）として、使用料相当額の支払いを請求することが必要となる。しかしながら、既にW i n n y 経由で流通しているファイルから使用料収入を徴収する仕組みを作ることまた困難を極める。⁽⁷⁾そこで中央サーバが存在しないとは言え、利用者は必ず、何らかのサービスプロバイダを経由することによってネットへ入り込んでいる点に着目する。より高速で快適なインターネット網の構築により情報交換を容易にしたことよりプロバイダの集客力や収益は拡大しており、このような点を看過すべきもの

ではない。実際、人格権侵害行為という観点からではあるが、プロバイダ⁽⁸⁾責任法も制定されている。利用の実態を把握することは不可能ということではなく、また、プロバイダといえども、Winnyの利用実態を全く把握することが困難なことないと考えられる。いわば、媒介者としての役割を担っている。このことを考えると、利用者が違法に複製された音楽著作物のファイル交換を行っていることに対する責任の一端をプロバイダに負わせる必要があると考える。両者の間には、客観的な事実があるのみで、不真正な連帯債務を負うことになろう。現実問題として、プロバイダは、利用者に対してその一部を利用料を通じて徴収する必要がでてくる。

このような損害賠償といった事後的な救済措置での解決ではなく、侵害行為へといたる前段階に利用者へ何らかの許諾を与える制度を模索する動きが起こっている。

デジタル環境下での集中管理にその解決策を模索する。斉藤博教授は、集中管理の必要性について、「権利が『電子的に』処理できるとしても、複数の著作物等からなるソフトの利用に際しては、複数の権利が一括処理され、その対価も一括に支払われるであろうから、ひとまずその支払を受領し、個々の権利者に分配する者は必要であろう。それを従来型の管理事業者が行うのか、それともサービス・プロバイダー等の手元で行うのか、複数の途があろう。いずれにしても、『電子的』行使、電子決済に対する作業であるから、これまでよりはるかに簡易」であるとして、利点を強調された上で、「集中管理を必要とするもう一つの理由は、権利侵害への対応である。著作物等の無許諾利用、それもデジタル媒体に収まり拡散する状況を、常時、全国的に、さらには地球規模で監視することなど、個々の権利者にはできない。著作物等の利用を監視する機関は、デジタル環境下⁽⁹⁾においては、ますます重要性を増してくる」として、その必要性を指摘される。

また、樺島栄一郎教授は、より具体的な集中管理者としてレコードの原盤権者を例に採り、その必要性と役割について次のように述べられる。

従来の通信カラオケや携帯電話のサーバやキャリアの存在によるボトルネック方式の使用料徴収方式を「事業者がコストをかけて意図的にボトルネックを形成する必要がある。」として、DRM⁽¹⁰⁾の必要性を示す一方で、集中管理による消費者からの使用料徴収という観点から、「消費者を権利の利用者と認め、ファイル交換等、消費者間の複製による流通を認めた上で、複製権や送信可能化権に対する使用料を、管理事業者が直接消費者から徴収する方法」を提言し、「徴収は、各消費者の利用状況の詳細な把握ではコストがかかるため、一定料金による包括契約方式、利用サンプルに基づいて利用料分配」という方式を採るべきとする。教授は、集中管理の可能性については、次の二点から実現可能であると指摘される。一つには、「JASRACが実際に個人を対象に著作権使用料の徴収を行っている」ことを挙げた上で、次善の策としては、「プロバイダ利用料金やPCの価格に上乗せすることによる徴収」を挙げている。また、「インターネット上の通信、特にファイル交換では、消費者であっても権利に関わる行為を行うことになり、利用者として著作権に関わることになる。」としたうえで、利用者の代表である消費者団体が「原盤権の有力な事業者に交渉を申し入れたら、管理事業法に基づき、管理事業者は協議に応じ使用料規程を作り、許諾を行う必要がでてくる」という法技術の面でも優れるという。さらに、消費者からの使用料徴収の最大の利点として、「ファイル交換を合法化しその可能性を生かす点」⁽¹¹⁾にあると指摘される。集中管理方式において使用料徴収という手段をとることによって取引費用が少なくなり、消費者の負担が少なくなる。言い換えれば、安く聴きたい曲が入手できるということであろう。

樺島教授は音楽実演家の権利というよりも、レコード製作者の権利保護という視点から、隣接権については、JASRACのような役割として原盤権者がなし得るか、という点を中心に論を展開されている。

ところで、Napster事件とファイルログ事件が持っていた問題とWinnyが抱えている問題は、別の所にあるような気がする。その一つは、

前者はデジタル環境においては、こんな事をする事ができるとした商売試験型の行為であり、後者は、極端な言い方ではあるが、真っ向から権利を守る者との闘争として生まれてきた行為と把握することが可能ではないか。もちろん、P2Pという技術そのものを悪とするのではなく、それを用いて消費者が何をするかということが問題となる。Winnyにおいては、利用行為の捕捉不可能という事態を作るために作られている要素が多分にある。中央サーバを介した利用形態であれば、集中管理による利用料徴収サーバ管理者が代位行使することもできる。しかし、中央サーバのないWinnyの場合に、そもそも、どこへ許諾を取るべきか、という問題も生じる。より大きな問題は、許諾そのものを迂回するための方式が常に生み出され得る可能性のあることである。ネット上にある特定の楽曲が交換ファイルとしてアップロードされた場合、まずはじめに、その楽曲そのものが新曲であるケースが多い。単なる新曲ではなく、発売前の楽曲であるケースもある。ソースとしては、音楽番組からのダビングを行った物が複製されるケースもあろう。最新の情報を取り入れたいとする消費者の心を揺さぶるものがネット上に流通する。また、法の網をくぐり抜けることに専らの関心を持つ者が、我先にと、技術的な網をくぐり抜け流通市場に置く。そのような者に対して、利用料の自主的支払を促すことは、そもそも不可能である。更に、一旦支払うと合法になる、という考え方が定着することの⁽¹²⁾⁽¹³⁾恐ろしさもある。同様なことは、私的録音録画補償金制度の基づいて一部支払われているということでも同じである。一見権利者にとって損害が少なくなることから報酬請求権へと走りがちな傾向への警鐘とも言える。

7 むすびにかえて

ファイルログ事件を中心に、インターネットにおけるデジタル著作物の流通について、損害賠償額の算定に関する問題について種々述べてきた。

両事件において、損害額の立証が困難な場合（旧114の4）に、裁判所は、114条に基づいて示された使用料相当額を参酌する必要を示した。さらに参酌にあたり「特段の事情」を考慮する作業は、旧114条の4の役割である。また、現在の損害賠償制度のもとでは、正規に利用料を支払う方が損をする可能性も相変わらず否定できず、抜本的な解決策を必要とすることが再認識され、「特段の事情」の熟考において、懲罰的とはいかないまでも、「侵害のやり得」感を防止する方向性を見出すことができたと言える。

また、損害賠償での損害補填ではなく、利用料のより効果的な徴収という点から、集中管理という方式についても検討した。かかる制度が権利者にとって、極めて優れた制度でデジタル著作物の流通においては、必要不可欠な制度となりつつある。その一方、著作物の利用者は（特に、許諾を取る正直な利用者にとっては）、分散型のファイル交換形式が普及することによって、正規手続を回避する行為は許しがたいものと感じられる。そこで、多少乱暴な意見ではあるが、プロバイダに利用料を代位請求できる権利を、なかば強制的な代位請求権を付与する必要があると思う。利用料の一部に、補償基金というかたちで上乘せするような形であってもかまわないであろう。もちろん、ファイル交換を全く行わない利用者の不公平感は拭えないし、正当な権利者への昇格という誤解を生む可能性も残るが、即効性のある解決策としては否定できない。付言すれば、ネットにおけるデジタルコンテンツの流通が盛んになった原因の一つは、通信そのものにかかる「速さ」と「安さ」である。この点において、プロバイダを単なる仲介者として枠外に置くことはできない。

十分に論じ尽くせない点、論拠の甘い点も多々あった。不十分な箇所は今後の研究に委ねるものとして、大方のご批判を賜れば光栄である。

注

- (1) 著作権侵害についてJASRAC（原告）から管理会社（被告）に対し出

された仮処分請求の決定は平成14年4月11日に、中間判決は平成15年1月29日（判時1810号29頁）に、終局判決は平成15年12月17日（判時1845号36頁）に東京地裁において出されている。また、レコード会社数社が著作隣接権の侵害を理由として同被告を相手取った裁判は、中間判決が平成14年2月14日に、終局判決は平成15年12月17日に東京地裁においてに出されている（判例集未掲載、最高裁判所HPより）。

- (2) MP3 (MPEG1 (エムペグワン) オーディオレイヤー3 (スリー))
とは、音声のデジタルデータを圧縮する（不可聴音域のカットにより音域を減らす）技術規格の一つ、データ量は元の10分の1程度に減らすことができる。このため、音声データをハードディスク上に複製した場合、70分のCDが7分以下のデータとして読み書きできる。具体的な過程は、パソコンに接続した入力装置（CD-ROM）からMP3変換ソフトを用いて音楽CDのデータをデジタル化しながら圧縮を行い、パソコンのハードディスクにさらには、CD-Rへの記録も可能である。インターネット上での送受信を迅速かつ容易にした技術と言える。

- (3) JASRACの使用料規程は次の通り。

（第12節インタラクティブ配信）

「1 ダウンロード形式

- (1) 情報料がある場合は、次に定める額とする。（略）

…中略…

- (2) 情報料がなく、広告料等収入がある場合は、次に定める額とする。

① 1曲当たりの月額使用料は、6円60銭に月間の総リクエスト回数に乗じた額とする。

② 営利を目的としない法人等又は個人が利用する場合（着信メロディ再生専用データとしての利用を除く。）で、①により難しいときは、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき年額60,000円とすることができる。なお、送信可能化する日数が1年に満たない場合は、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき月額6,000円に予め定める利用月数に乗じて得た額とすることができる。いずれの場合も同時に送信可能化する曲数が10曲を超える場合は10曲までを超えるごとに10曲までの場合の額にその額を加算した額とする。

- (3) 情報料及び広告料等収入のいずれもない場合は、次に定める額とする。

① 1曲当たりの月額使用料は、5円50銭に月間の総リクエスト回数に乗じた額とする。

② 営利を目的としない法人等が、営利を目的とせず利用する場合（着信メロディ再生専用データとしての利用を除く。）で、①により難しいときは、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき年額50,000円とすることができる。な

お、送信可能化する日数が1年に満たない場合は、同時に送信可能化する曲数10曲までにつき月額5,000円に予め定める利用月数を乗じて得た額とすることができる。いずれの場合も同時に送信可能化する曲数が10曲を超える場合は10曲までを超えるごとに10曲までの場合の額にその額を加算した額とする。

③個人が営利を目的とせず利用する場合（略）

これらの場合において、同時に送信可能化する曲数が10曲に満たないときは、1曲につき月額1,200円に同時に送信可能化する曲数を乗じた額とすることができる。なお、送信可能化する日数が1年に満たない場合は、1曲につき月額150円に同時に送信可能化する曲数及び予め定める利用月数を乗じて得た額とすることができる。」

この規程は、平成13年10月1日から施行された「著作権等管理事業法」に伴って、著作物全般を管理することを前提に改定され、「音楽配信、テレフォンスーサービス等ネットワークを用いた放送及び有線放送以外の公衆送信及びそれに伴う複製により著作物を利用する場合（第11節の規定を適用する場合を除く。）の使用料」に改められ、算出方法として、「1 包括的利用許諾契約を結ぶ場合」、「2 包括的利用許諾契約を結ばない場合」に分けているものの、内容は旧規程を踏襲している。

- (4) 平成12年の法改正により、「通常の受けるべき金銭の額」から、「通常の」文字が削除され、より柔軟な対処ができるようになっている。
- (5) 平成15年の法改正により、114条の後に新たに114条の2が加えられ、現在は、114条の5になっている。
- (6) 損害賠償額の算定を行う前提として、侵害行為の成否、侵害行為に対する法的責任を誰に負わせるか、という問題がある。法解釈上重要な問題ではあるが、本稿での詳述は避けた。この点については、拙稿（「電子ファイル交換ソフト行使における著作権法上の責任—『ファイルログ』事件を手がかりに—」（『比較法制研究』第27号89頁以下））において、若干の考察を行っている。
- (7) このことに具体的、技術的に対処したものとして、CCCDがあげられる。しかしながらこの技術は、顕著な音質の劣化を招き、消費者からの評判は良くない。さらには、デジタルレコーダの登場・普及により、その欠点が指摘されることから、コントロールを解除する方向へと業界の一部では動いている（平成16年9月18日付毎日新聞等）。
- (8) 「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」。
- (9) 斉藤博『著作権法〔第2版〕』2004、有斐閣、340-341頁。

- (10) Digital Rights Management, デジタル権利管理。「権利者が権利を持っているコンテンツを保護するためのソフトウェア制御技術」(曾根原登「デジタル流通システムと著作権」(林紘一郎編著『著作権の法と経済学』所収(2004、勁草書房)45頁以下参照。)
- (11) 樺島榮一郎「音楽著作物流通と集中管理の可能性」(林編著・前掲書、174-175頁)。
- (12) この点に関しては、消費者一般に著作権に対する意識変革が必要である点は論を待たない。しかしながら、一般に市販されているデータ用CD-Rの価格が1枚当たり100円程度になっていること(=100円で3,000円相当の人気アーティストのアルバムが入手できうということ)の魅力は捨てがたいものとなる。意識改革の点については、作花文雄教授は、「国民の規範意識というものを培っていくことが、迂遠であり即効性がないようにもみえるが、なお重要な政策課題である」(作花文雄『著作権法—基礎と応用—』2003、発明協会、352頁)と指摘されている。
- (13) 例えば、レンタルCDに対して使用料が支払われていることは、かなりの周知度である。このことが、借りたCDについてのいかなる利用も、例えば、BGMに利用したり、自分の作ったホームページにおいて流す行為をも、新たな許諾なくして可能である、との誤った認識(あるいは、利用し易いような解釈)を生んでしまうのではないかと危惧がある。