

# 我が国のクラウドサービスにおける 競争環境等の整備についての検討

平成 25 年 8 月

「電子商取引及び情報財取引等に関する準則」の検討に関する

クラウド研究会

## 目次

I	はじめに .....	2
II	検討事項 .....	3
1	米国事業者によるクラウドサービス(主にコンテンツロッカーサービス)の概要 . 3	
1.1	Apple .....	3
1.2	Google .....	4
2	クラウドサービスにおける著作権侵害に関する比較法的検討 .....	6
2.1	我が国における著作権侵害に関する検討 .....	7
2.2	米国における著作権侵害に関する検討 .....	12
2.3	日米の著作権侵害に関する比較法的検討 .....	15
2.4	考察 .....	16
3	他の論点 .....	18
3.1	クラウドサービス事業者のデータ消失に関する責任について .....	18
3.2	クラウドサービスにおける特許法上の課題について .....	22
III	今後の検討に向けて .....	30

## I はじめに

情報技術の進化に伴い、世界的にクラウドサービス<sup>1</sup>が普及している。2012年には世界のクラウドサービスの市場規模は1093億ドル、前年比19.6%増との予測がなされている。我が国においても、2012年にはクラウドサービスの市場規模は55.8億ドル、前年比12.0%増との予測がなされており、堅調な伸びを示している<sup>2</sup>。

クラウドサービスは、現在様々なサービス態様で提供されているが、その中で主要なサービスとして、ネットワークを介してデータの保存がなされるオンラインストレージを用いて提供されるサービス(以下、「コンテンツロッカーサービス」という。)がある。コンテンツロッカーサービスは、クラウドサービスの根幹をなす基本的機能の一つといえる。しかしながら、コンテンツロッカーサービス市場において、我が国事業者が十分なプレゼンスを必ずしも発揮できていない。我が国におけるコンテンツロッカーサービスに関する利用者アンケートでは7割以上が海外事業者のサービスを利用しているとの結果も示されている<sup>3</sup>。

クラウドサービスにおける我が国事業者と海外事業者との彼我の差の背景には、技術力やマーケティング等の競争力の劣後という問題に単純化されず、むしろ競争環境上のイコールフットINGが図られていないとの指摘もある。

クラウドサービスへの参入を検討している我が国事業者の一部からは、著作権法上の間接侵害の懸念や、同法第30条第1項第1号に規定される公衆用設置自動複製機器に関する懸念から、サービス提供に二の足を踏んでいるとの声もあがっている。クラウドサービスにおける著作権法上の論点は広く認識されているところであり、著作権法を所管している文化庁の文化審議会著作権分科会等でも検討がなされてきた。

また、この問題の解決のためには、著作権法に限られない法規制、商慣習、契約、又は当事者の理解等、様々な論点が想定され、どのような課題を設定・解決すれば、クラウドサービスにおける我が国事業者の競争環境上のイコールフットINGが図られるかについては、精緻な分析が必要である。

こうした問題意識を踏まえ、本研究会では、クラウドサービスのうち、主にコンテンツロッカーサービスに焦点を当て、海外でのクラウドサービスについて、そのサービス実態等を調査し、その上で、我が国において当該サービスを展開する際の課題について、幅広く検討、分析を行う。ただし、コンテンツロッカーサービスにおける準拠法及び国際裁判管轄の問題については、本報告書では検討の対象としないこととする。

---

<sup>1</sup> この報告書における「クラウドサービス」は、特段の断りがない限り不特定多数の一般利用者を対象として提供されるクラウドサービスである「パブリッククラウド」とする。

<sup>2</sup> 出典:Gartner, Inc.(20/8/2012)「Forecast Overview: Public Cloud Services, Worldwide, 2011-2016, 2Q12 Update」

<sup>3</sup> 出典:ITpro HPより(Dropbox(米) 34.7%、GoogleDrive(米) 13.7%、iCloud(米) 13.3%、WindowsLiveSkyeDrive(米) 11.4% 等、N=482)

<http://itpro.nikkeibp.co.jp/article/Active/20121030/433669/>

## II 検討事項

### 1 米国事業者によるクラウドサービス(主にコンテンツロッカーサービス)の概要

以下では、米国事業者が実際に提供しているクラウドサービスについて、主にコンテンツロッカーサービスに焦点を当てて概観する。

#### 1.1 Apple

##### (1) iTunes in the Cloud

米国アップルが提供する iCloud は複数の機能から構成されているが、その中に、iTunes Store<sup>4</sup>で購入した楽曲<sup>5</sup>、映画を iCloud に保存し、利用者の保有するデバイス(スマートフォン、PC、タブレットPC等)で共有する機能がある<sup>6</sup>。

端末へのコンテンツ送信は、ストリーミングではなく、複製物が各端末に保存されるダウンロード形式で行われている。



#### iTunes in the Cloud イメージ

出典:アップル HP: <http://www.apple.com/jp/icloud/features/>

<sup>4</sup> アップルが運営している音楽・動画・映画コンテンツの配信サービス。

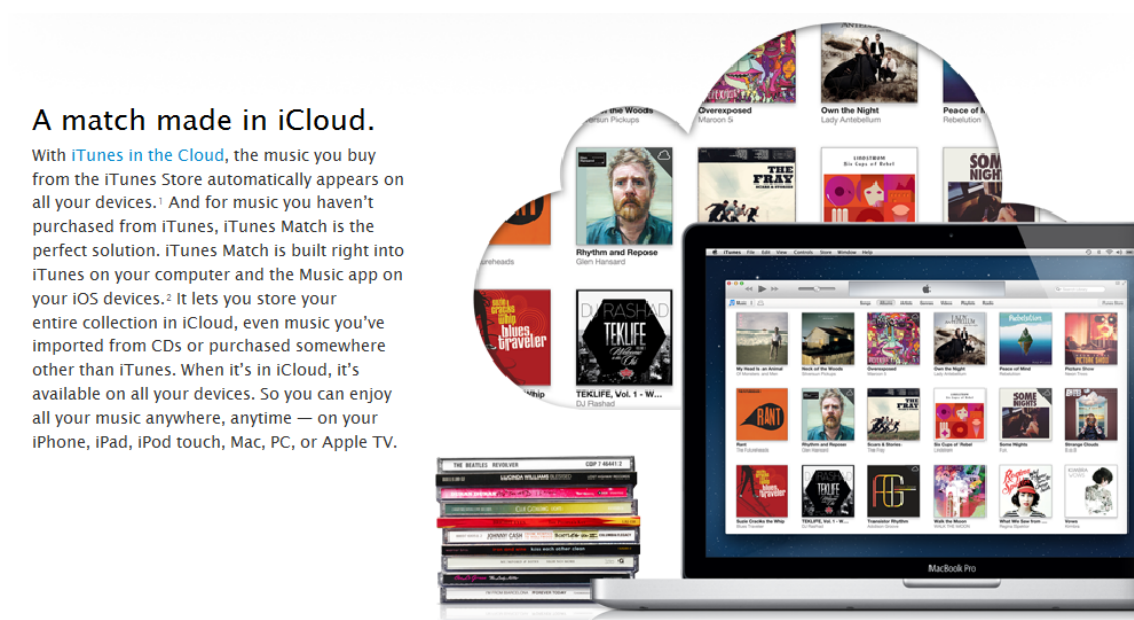
<sup>5</sup> この報告書における「楽曲」は、特段の断りがない限り「実演家が楽曲の実演を録音して作成した音源」とする。

<sup>6</sup> <http://www.apple.com/jp/icloud/features/itunes-in-the-cloud/> 「iCloud は、あなたが新しく購入した曲を、Wi-Fi または携帯電話ネットワーク経由ですべてのデバイスに自動的にダウンロードします。だから家で iTunes から iPad にダウンロードした曲を、会社に向かう間に iPhone でさっそく楽しむことができます。」

## (2) iTunes Match

iTunes Matchは、iTunesで購入した楽曲以外の楽曲(自己の所有するCDをリッピングしたもの等)をiCloudに保存し、iTunesの提供する楽曲と照合させ、iTunesが提供する楽曲データを複数の端末等から利用することができる有料サービスである。米国では、年間 24.99 ドルで提供されているが(平成 25 年 5 月 17 日現在)、現在日本国内では提供されていないサービスである<sup>7</sup>。

iTunes で提供している楽曲(約 2,600 万曲)については、楽曲自体のアップロードは行わず、楽曲の識別データを送信し、その識別データにマッチした楽曲を iTunes が利用者へ提供する。iTunes で提供していない楽曲については、1 人あたり 25,000 曲を上限にアップロードし、複数端末で共有することができる。いわゆる一般的なコンテンツロッカーサービスと同様のサービスである。



iTunes Match イメージ

出典:アップル HP <http://www.apple.com/itunes/itunes-match/>

## 1.2 Google

### (1) Google Drive

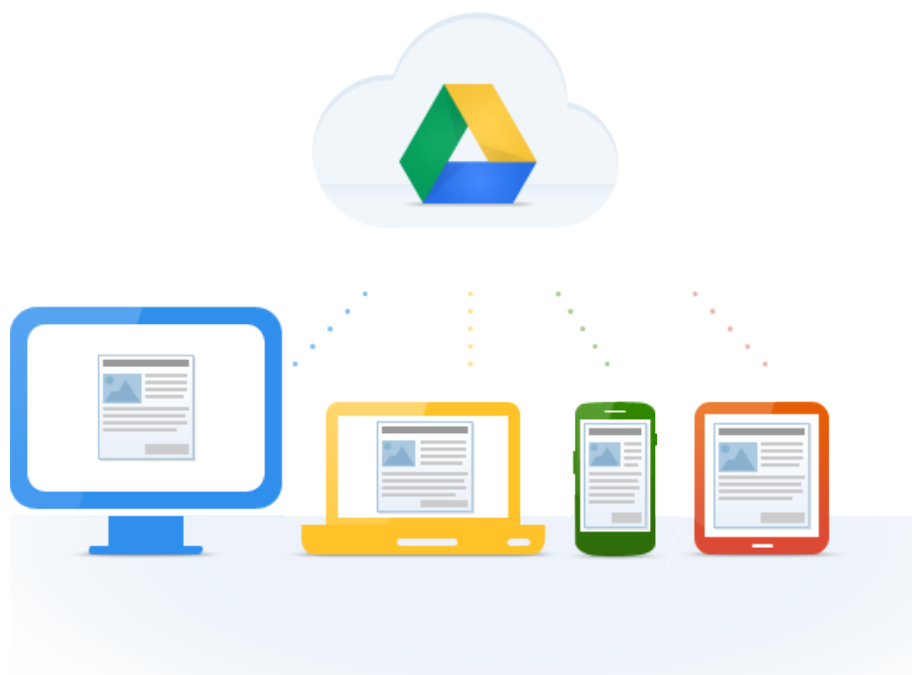
米国グーグルが提供する Google Drive は、いわゆるクラウドストレージサービスであって、利用者の保有する電子ファイルをサーバーにアップロードし、利用者が保有するデバイス(スマートフォン、PC、タブレット PC 等)で共有・同期することができる。

保存されるコンテンツの種類は特に限定されておらず、事業者は、ファイルの種類や内容に

<sup>7</sup> 平成 25 年 5 月 17 日時点では日本は利用可能国に含まれていない。

[http://support.apple.com/kb/HT5085?viewlocale=ja\\_JP](http://support.apple.com/kb/HT5085?viewlocale=ja_JP)

は関与していない。また、利用者が指名した特定のユーザーとファイルを共有することができる。



Google Drive イメージ

出典:グーグル HP <https://tools.google.com/dlpage/drive?hl=ja>

## 2 クラウドサービスにおける著作権侵害に関する比較法的検討

クラウドサービスについて、「1 米国事業者によるコンテンツロッカーサービス等の概要」において概観した実際のサービスを踏まえると、音楽配信サービスのように、クラウドサービス事業者が、著作権者の許諾を得た楽曲等のコンテンツについて、クラウドサービス事業者のサーバー上で取り扱い、ユーザーの端末へ配信を行うサービスが存在する一方で、いわゆるコンテンツロッカーサービスとされる、ユーザーが、自身のコンテンツ(ユーザー、クラウドサービス事業者ともに、取り扱うコンテンツについて著作権者からの許諾の有無は問わない)をクラウド上のサーバーにアップロードし、ユーザーの好きな端末で視聴するサービスが存在する。

前者のサービスについては、クラウドサービス事業者が、著作権上の権利処理を行っているため、著作権侵害に関するクラウドサービス事業者の問題は生じない。

後者のサービスについては、そのサービスフローが、ユーザーがクラウドサービス事業者のサーバーへ、ユーザー自身が取得したコンテンツ(著作権者のユーザーへの著作権の許諾の有無は問わない)をアップロードし、クラウドサービス事業者は自身のサーバーに当該コンテンツを保存し、クラウドサービス事業者は、ユーザーからの要求に応じて自身のサーバーに保存している当該コンテンツをユーザーが指定した端末へ送信し、ダウンロードさせるものである。そのためサービス提供の過程で、少なくともクラウドサービス事業者のサーバーでの複製行為を伴うため、著作権法上の問題が生ずることが懸念される。また、仮に、クラウドサービス事業者が著作権侵害とされる場合も、免責規定により当該著作権に基づく損害賠償責任が免責される可能性もあるため、著作権侵害の免責規定についても検討が必要である。

以下、コンテンツロッカーサービスについて、主要なマーケットとして、我が国と米国における法制度を概観し、我が国におけるコンテンツロッカーサービスに関する具体的な検討を行う。なお、外国の事業者が日本でサービスを提供する場合も考えられるが、サービス提供事業者が外国の事業者であっても、日本でサービスが提供されている場合は、著作権等に関しては、日本の著作権法が適用されると考えられるため<sup>8</sup>、サービス提供事業者が国内事業者か外国事業者かによる検討は特に行わない。

---

<sup>8</sup> 法の適用に関する通則法施行前の事案ではあるが、ファイルログ事件控訴審判決(東京高判平17・3・31(裁判所 HP))において、裁判所は、日本法人がカナダ所在のサーバーを用いてファイル交換サービスを提供していた事案に関し、サービス提供会社が日本法人であり、サービス提供サイトは日本語で記述され、サービスにおけるファイルの送受信のほとんど大部分が日本国内で行われていることなどを理由として、サーバーが日本国内にないとしても当該サービスにおける著作権侵害行為は実質的に日本国内で行われたものといえることができ、被侵害権利も日本の著作権法に基づくものであることから、条理(差止請求の関係)ないし法例 11 条1項(不法行為の関係)により、日本法が適用される、と判示している。

本控訴審判決では、サービス提供会社はカナダ法人であったものの、著作権侵害行為が実質的に日本国内で行われ、かつ、被侵害権利も日本の著作権法に基づくものであったことを理由として日本法が適用されるとしており、この考え方は、サービス提供会社が日本法人の場合に留まるものではないものとする(外国法人である Google, Inc に対し、サジェスト機能を用いた日本での検索結果の表示がプライバシーの侵害に当たるとして当該表示の差止請求を認めた裁判例もある。)

## 2.1 我が国における著作権侵害に関する検討

### (1) 我が国著作権法における検討

#### ① 侵害行為の主体

クラウドサービスに限るものではないが、自らが提供する設備・サービスが第三者に利用される場合において、当該第三者が著作物を著作権者の許諾なく利用している場合、事業者が著作物の利用行為の主体と判断され、著作権侵害の責任を問われ得るのではないか、という間接侵害の問題が著作権法では従来から問題とされてきた。コンテンツロッカーサービスの場合も、ユーザーによって蔵置されたコンテンツが著作権者の許諾を得たものではなかった場合、同様にかかる利用行為の主体が誰と評価されるかが問題となる<sup>9</sup>。

近時の最高裁判例「まねきTV事件」「ロクラクII事件」<sup>10</sup>は、著作物の利用行為の主体の判断に関し、行為主体性を、当該事象において重要な行為を誰が行っているか、という規範的な評価によって判断を行っている。具体的には、情報の入力行為を誰が行っているかを重視し、サービス事業者を行為主体と判断した。この「情報の入力行為」の部分を中心とすれば、コンテンツロッカーサービスの場合、ユーザーが取得した楽曲を他の端末で視聴するために、ユーザーが楽曲データをアップロードし、クラウドサービス事業者はユーザーの要求に応じて機械的にアップロードされた楽曲をダウンロードさせているに過ぎないため、クラウドサービス事業者が「情報を入力」していないと評価できるため、この場合の侵害行為の主体はユーザーになると考えられる<sup>11</sup>。しかしながら、上記各判決では、著作権侵害の主体に関する検討が行われているものの、コンテンツロッカーサービスのようなクラウドサービスを対象としたものではなく、特定の事例を対象にした慎重な判断がなされているため、その判決の射程がコンテンツロッカーサービスに直ちに及ぶか否かは明らかではなく<sup>12</sup>、クラウドサービス事業者の適法性の判断をするにあたっては、予見可能性は必ずしも高くない。

<sup>9</sup> 例えば、ユーザーが自ら適正に取得したコンテンツをクラウド上で保管している場合、サービス利用者であるユーザーが行業者と評価される場合であれば、ユーザーのクラウド上での著作物の複製行為は、私的使用目的の複製として、また、クラウドとユーザー間の著作物の送信行為は、自分から自分への送信行為であって公衆送信とはならず、著作権侵害は成立しないことになる一方、クラウドサービス事業者が利用行為の主として判断される場合には、クラウド上での複製行為、ユーザーへの送信行為共に、著作権侵害と評価されることになる。

<sup>10</sup> 最判平 23・1・18 判時 2103 号 124 頁(まねきTV事件)、最判平 23・1・20 判時 2103 号 128 頁(ロクラクII事件)

<sup>11</sup> 宮川美津子「知的財産権とクラウド」(岡村久道編「クラウドコンピューティングの法律」)92頁「自ら著作物等を積極的に送信可能化するための行為を行っている」と解されない場合であれば、たとえ、自己が管理するサーバーにおいて著作物の複製や自動公衆送信が行われたとしても、行為主体として責任を問われまいということができよう。」

<sup>12</sup> なお、「MYUTA事件」(東京地判平 19・5・25 判時 1979 号 100 頁)とは状況が類似する。前述のとおり、「ロクラクII事件」「まねきTV事件」の射程を狭くとらえると、「MYUTA事件」に照らして、複製主体が事業者と判断する余地も残る。「MYUTA事件」はデータ形式の変換など、事業者の関与の程度が大きいことが重視されていることから、単にコンテンツをアップロードする形式のサービスについてまで射程がただちに及ぶとは考えにくいものの、サービス事業者からは、ユーザーにとって利用価値のある付加価値の高いサービスの提供により侵害行為の主体と判断される危険が増すことに関し、実際の業務運営の観点から強い懸念が示されている。



## ② 公衆用設置自動複製機器への該当性

利用行為の主体がユーザーになるとした場合でも、クラウドサービス事業者のサーバーが「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」(著作権法第 30 条第 1 項第 1 号<sup>13</sup>。以下、「公衆用設置自動複製機器」という。)に条文の文言解釈上は該当し得ることも想定され<sup>14</sup>、著作権制限規定の対象となる私的使用を目的とする複製に該当しないおそれがある。クラウドサービス事業者のサーバーが、公衆用設置自動複製機器に該当するとした場合、これを使用した事業者には、刑事罰が科され得る(同法第 119 条第 2 項第 2 号<sup>15</sup>)。クラウドサービス事業者のサーバーが公衆用設置自動複製機器に該当するか否かについて、明確な解釈や基準は示されておらず、この点について予見可能性は必ずしも高くない。

## (2) 第三者による侵害行為に関する免責規定(プロバイダ責任制限法)に関する検討

クラウドサービスのようなインターネット上のサービスにおいては、クラウドサービス事業者自らの行為でなくても、ユーザーの行為に関し、責任を問われる可能性がある。しかしながら、多数のユーザーを抱えるクラウドサービス事業者が、すべてのユーザーの行為の責任を負うことは現実的ではない。したがって、アメリカの DMCA(後述の 2.2 (1)③を参照。)のように、著作権侵害に関して、クラウドサービス事業者等のサービス提供事業者が一定の条件を満たす場合に、サービス提供事業者のユーザーの行為に起因する責任について、免責するという法制度を有している国も存在する。

我が国においては、インターネットサービスプロバイダやウェブホスティングといった特定電気通信役務提供者の責任制限を定めた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(以下、「プロバイダ責任制限法」という。)があり、これが適

---

<sup>13</sup> 著作権法第 30 条 著作権の目的となつてい著作物(以下この款において単に「著作物」という。)は、個人的に又は家庭内その他これに準ずる限られた範囲内において使用すること(以下「私的使用」という。)を目的とするときは、次に掲げる場合を除き、その使用する者が複製することができる。

一 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(複製の機能を有し、これに関する装置の全部又は主要な部分が自動化されている機器をいう。)を用いて複製する場合(略)

<sup>14</sup> 著作権法附則第 5 条の 2 では、「当分の間、これらの規定に規定する自動複製機器には、専ら文書又は図画の複製に供するものを含まない」とし、コンビニ等に設置したコピー機を除外することとされているが、クラウドサービスにおけるサーバーが当除外規定に該当するとは考えにくい(大阪地判平 17・10・24 判時 1911 号 65 頁では、傍論ながら、マンション内に設置されたサーバーが公衆用設置自動複製機器に該当することが前提とされている。ただし、当該サーバーでは一つのファイルがマンション内で共有されるような仕組みとなっていたため、コンテンツを他人と共有しないようなロッカー・サービス(いわゆるプライベート型のロッカー・サービス)の場合とは事情が異なるともいえる。)

<sup>15</sup> 著作権法第 119 条

2 次の各号のいずれかに該当する者は、五年以下の懲役若しくは五百万円以下の罰金に処し、又はこれを併科する。(略)

二 営利を目的として、第三十条第一項第一号に規定する自動複製機器を著作権、出版権又は著作隣接権の侵害となる著作物又は実演等の複製に使用させた者

用されれば、クラウドサービス事業者の免責規定として機能する可能性がある。コンテンツロッカーサービスにおいても、同法第 3 条第 1 項<sup>16</sup>に定める免責規定が適用された場合、保管されているコンテンツに他人の権利を侵害する情報(例えば、第 30 条第 1 項第 3 号に該当するような違法ダウンロードで取得された著作物)があったとしても、クラウドサービス事業者がこれについて損害賠償責任を負うことはなくなる。そこで、コンテンツロッカーサービスを提供するクラウドサービス事業者に、プロバイダ責任制限法が適用されるか否かについて検討する。

#### ① 免責規定が適用される主体

プロバイダ責任制限法第 3 条による責任制限の適用を受けることができるのは、特定電気通信役務提供者である。特定電気通信とは、「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信の送信」と定義され、「特定電気通信の用に供される電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者」が「特定電気通信役務提供者」である(同法第 2 条 17)。

ところで、コンテンツロッカーサービスは、その性質上、自らが蔵置したデータにアクセスするのは当該ユーザーのみである。したがって、ユーザーがコンテンツロッカーサービスを利用する際に行う情報の送受信行為を「不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信」と言えるかが問題となる。

ユーザーが自らの情報の保存のために、ユーザーとクラウドサービス事業者の間で 1 対 1 の通信でなされるファイルストレージサービスは「特定電気通信役務」に含まれないものと理解

---

<sup>16</sup> プロバイダ責任制限法第 3 条 特定電気通信による情報の流通により他人の権利が侵害されたときは、特定電気通信の用に供される特定電気通信設備を用いる特定電気通信役務提供者は、これによって生じた損害については、権利を侵害した情報の不特定の者に対する送信を防止する措置を講ずることが技術的に可能な場合であって、次の各号のいずれかに該当するときでなければ、賠償の責めに任じない。ただし、当該関係役務提供者が当該権利を侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない。

- 一 当該関係役務提供者が当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたとき。
- 二 当該関係役務提供者が、当該特定電気通信による情報の流通を知っていた場合であって、当該特定電気通信による情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当の理由があるとき。

<sup>17</sup> プロバイダ責任制限法 2 条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 特定電気通信 不特定の者によって受信されることを目的とする電気通信(電気通信事業法(昭和五十九年法律第八十六号)第二条第一号に規定する電気通信をいう。以下この号において同じ。)の送信(公衆によって直接受信されることを目的とする電気通信の送信を除く。)をいう。
  - 二 特定電気通信設備 特定電気通信の用に供される電気通信設備(電気通信事業法第二条第二号に規定する電気通信設備をいう。)をいう。
  - 三 特定電気通信役務提供者 特定電気通信設備を用いて他人の通信を媒介し、その他特定電気通信設備を他人の通信の用に供する者をいう。
- (略)

されているところ<sup>18</sup>、この点が正面から争点とされた裁判例は、現時点において、残念ながら見当たらない。

したがって、現状において、プロバイダ責任制限法がコンテンツロッカーサービスを提供している事業者へ適用されるかは不透明である。

## ② 著作権侵害の判断と免責規定の適用の判断の独立性

仮に、サービス提供事業者の特定電気役務提供者の該当性が肯定された場合、次に、プロバイダ責任制限法第3条第1項但書きに「侵害した情報の発信者である場合は、この限りでない」との規定があり、「発信者」<sup>19</sup>とされれば、同条による免責を受けられないことになる。

この点、動画共有サービス提供事業者に対する著作権侵害が問われた事案において、裁判所は、サービス提供事業者が、自ら支配管理するサイト上において利用者の複製行為を誘引し、著作権を侵害するコンテンツが多数投稿されることを認識しながら、これを容認し、蔵置する行為は、利用者による複製行為を利用し、自ら複製行為を行ったと評価しうるので、著作権を侵害する主体であると判断し、サービス提供事業者側がプロバイダ責任制限法による免責を主張したことに対しては、サービス提供事業者が自らサーバーに問題のコンテンツを「記録又は入力した」と評価できるとし、「発信者」に該当するものと判示して、免責を認めなかった（パンドラTV事件控訴審判決）<sup>20</sup>。同判決の考え方を前提とすると、著作権侵害行為の主体が規範的に判断された結果、サービス提供事業者が著作権侵害の行為者と評価された場合には、「発信者」と判断されることになり、プロバイダ責任制限法に基づく免責規定が適用されない可能性が高い。

### ○補論：パンドラTV事件控訴審判決（知財高判平 22・9・8 判時 2115 号 103 頁）に関する考察

パンドラTV事件控訴審判決に関する問題は、上記で指摘したとおりであるが、サービス提供事業者の責任を判断する際に考慮される要素に関しても懸念がある。同判決は、「本件サイトは、・・・侵害率は・・・約5割に達しているものであり、このような著作権侵害の蓋然性は、動画投稿サイトの実態それ自体や控訴人会社によるアダルト動画ファイルの

<sup>18</sup> 大村真一「プロバイダ責任制限法の概要—法の概要と制定 10 年後の検証の概要」『プロバイダ責任制限法 実務と理論 —施行 10 年の軌跡と展望』13 頁（商事法務 2012 年）

<sup>19</sup> 「発信者」は、プロバイダ責任制限法第 2 条第 4 号に定義がある。

<sup>20</sup> 著作権侵害における行為主体とプロバイダ責任制限法における「発信者」を同様に解することを批判するものとして、岡村久道「プロバイダ責任制限法上の発信者概念と著作権の侵害主体」『プロバイダ責任制限法 実務と理論 —施行 10 年の軌跡と展望』116 頁（商事法務 2012 年）等がある。そもそも、著作権法とプロバイダ責任制限法はそれぞれの法の目的が異なることから、その両者は別々に判断されるべきとも考え得る（パンドラ TV 事件控訴審判決の立場によると、著作権侵害の行為主体性のみで結論が出てしまうことになり、プロバイダ責任制限法が別途定められている趣旨が没却されるおそれがある。）。また、パンドラ TV 控訴審判決の立場によると、著作権侵害の行為主体該当性のみで結論が出てしまうことになり、事業者がプロバイダ責任制限法での免責を受けるための要件を満たしていても損害賠償責任を負うこととなり、事業者の予測可能性が害されることになるとと思われる。

排除を通じて、被控訴人会社において、当然に予想することができ、現実認識しているにもかかわらず、控訴人会社は著作権を侵害する動画ファイルの回避措置及び削除措置について何ら有効な手段を採っていないことを著作権侵害の主体(即ちサービス提供事業者)に責任が認められるべきであると判断した理由として述べており、「著作権侵害の蓋然性」を予想又は認識していた場合、サービス提供事業者は、これを防ぐための手段を講じる義務を課せられ、これを行わなければ責任を負うことを示している。このような考え方を前提とすると、著作権侵害情報流通可能性の抽象的な認識があれば、サービス提供事業者が責任を問われ得ることになるが、このような侵害情報流通可能性の抽象的な認識を有責性判断の要素として考慮することは、プロバイダ責任制限法が、免責が受けられない場合を「情報の流通」を「知っていた」ときに限定することにより、責任の前提として情報の流通に関し現実の認識を必要とした趣旨(同法第3条第1項第1号<sup>21</sup>及び第2号)を没却することになる<sup>22</sup>。

<sup>21</sup> 同項第1号には、「情報の流通」を「知っていた」ことについて、条文の文言上、規定されていないが、平成14年5月総務省「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—逐条解説—」において「なお、当該情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知っていたときは、必ず当該情報が流通していることをも知っていることとなるため、第1号では要件として文言上規定していない。」ことが記載されている通り、同項第1号においても、「情報の流通」を「知っていた」ことが要件とされている。

<sup>22</sup> EU電子商取引指令第15条第1項は、プロバイダに対し、監視の一般的義務を課さないことを規定する。プロバイダ責任制限法が情報の流通に関する現実の認識を要求しているのは、EU電子商取引指令と同様、特定電気通信により流通する情報の内容を網羅的に監視する義務がないことを明確化することで、発信者の表現の自由についての一般的な監視に伴う重大な問題が生じることを防ぎ、サービス提供事業者が責任追及を懸念し、サービスの提供の中止や、疑わしい情報はすべてあらかじめ削除するようになることを避けようとする趣旨である(前掲脚注逐条解説第3条第1項関係(2)用語の説明等⑦要件(i)情報の流通に関する認識部分参照)。侵害情報流通可能性の抽象的な認識を有責性判断の要素として考慮することは、サービス提供事業者に対し、侵害行為を防ぐために監視義務を課す結果となりかねない。

免責規定の適用の前提としての、問題のある情報の流通についての具体的な認識に関する論点に関し、米国では、*Capitol Records, Inc. v. MP3tunes, LLC* (ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所2011年10月25日 Amended memorandum and order) (2011 WL 5104616)において、512条(c)(1)(A)及び(d)(1)(侵害についての認識)の要件である「現実の悪意」や「事実や状況」の認識とは、個別の品目に関する具体的で特定可能な侵害についての認識でなければならないと判示し、サービスプロバイダが責任を問われるためには、侵害情報流通可能性の抽象的な認識では足りないとした。かかる判断を前提とすれば、サービスプロバイダが免責を受けられる範囲が広がる。

ただし、上記判決は、*Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.* (Viacom事件) 第二巡回区控訴裁判所2012年4月5日 *Viacom International, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19 (2<sup>nd</sup> Cir. 2011)の控訴審判決を受けて、2013年5月14日に見直し決定判決(Reconsideration)が出されており、Viacom事件の控訴審で適用が議論された故意の無知(willful blindness)理論に基づき、故意の無知が成立するか否かは詳細な事実認定が必要であること、また、「危険信号」の認識は、削除通知以外のものによっても生じること、の2点を理由に、重要な事実についての争点が残っているとして Summary Judgment には適さないとして、この点に関して判決が変更されている。見直し判決によれば、サービスプロバイダ側に、侵害情報流通についての具体的な認識がなくても責任を問われうる可能性がある。

見直し判決を前提とすると、米国においてもサービスプロバイダの責任が追及されやすい傾向になりつつあるとの評価も可能である。

### ③ 侵害と判断するに足りる相当の理由への該当性

プロバイダ責任制限法 3 条 1 項 2 号は、プロバイダが免責を受けることができない場合として、情報の流通を知っていた場合であって、情報の流通によって他人の権利が侵害されていることを知ることができたと認めるに足りる相当な理由があるときをあげている<sup>23</sup>。

つまり、同項第 2 号は、権利侵害についての具体的な認識がなくても責任が認められる可能性があることを規定しており、特定電気通信役務提供者は、実体的な侵害の有無に関する判断の誤りに関するリスクを負っていることとなる(プロバイダは、当該情報によって権利は侵害されていないと判断し、送信防止措置の行為をとらなかった場合において、「相当な理由」が認められると責任を問われ得ることになるからである。)。コンテンツロッカーサービスにおいて蔵置されているデータが他人の権利を侵害しているか否かは、蔵置した行為者本人ではないコンテンツロッカーサービスを提供するクラウドサービス事業者には不明な場合も多く、コンテンツロッカーサービスを提供するクラウドサービス事業者は上記判断についてのリスクを自らが負担しなければならない<sup>24・25</sup>。

## 2.2 米国における著作権侵害に関する検討

### (1) 米国著作権法

#### ① 概要

米国著作権法のもとで著作物が保護を受けるためには、①著作物性、②創作性、③固定性の要件が必要とされる(同法第 102 条(a)<sup>26</sup>)。著作物には、①複製権、②二次的著作物作成

---

<sup>23</sup> 第 3 条第 1 項第 2 号は、要件として「情報の流通を知っていた場合」を挙げているが、この点に関する懸念点については、パンドラ TV 事件控訴審判決に関する補論で述べたとおりである。

<sup>24</sup> 著作権侵害については、「プロバイダ責任制限法著作権関係ガイドライン」が策定されている。同ガイドラインによれば、信頼性確認団体を通じて削除の申出がなされ、申出者に著作権侵害等につき適切に確認したい旨の書面等が添付されている場合には、当該書面を形式的にチェックすることで削除等の送信防止措置を講ずることができるようにしており、著作権者であることの確認や「相当の理由」の判断について、事業者の負担を軽減する運用がなされている。

なお、同ガイドラインにおいては、対象とする著作権侵害の態様について、(1) 著作権等侵害であることが容易に判断できる態様、(2) 一定の技術を利用すること、個別に視聴等して著作物等と比較すること等の手間をかけることにより、著作権等侵害であることが判断できる態様、の 2 分類に限定がなされている。

<sup>25</sup> 後述する米国著作権法の DMCA におけるノーティス・アンド・テイクダウン(Notice and Take Down)の手続は、プロバイダ側は、権利者側から具体的にノーティス(Notice)があったコンテンツについて削除等の措置を機械的に行えば免責を受けることができ、実質的な侵害の有無の判断の誤りについてリスクを負担することはない。

<sup>26</sup> 米国著作権法第 102 条(a)(抄)(以下、邦訳は公益社団法人著作権情報センターのホームページ <http://www.cric.or.jp/db/world/america.html> から引用している。)

著作権による保護は、本編に従い、現在知られているかまたは将来開発される有形的表現媒体であって、直接にまたは機械もしくは装置を使用して著作物を覚知し、複製または伝達することができるものに固定された、著作者が作成した創作的な著作物に及ぶ。

権、③頒布権、④実演権、⑤展示権の5つの支分権が認められる(同法第 106 条<sup>27)</sup>)。インターネットを通じた著作物の配信は複製権、頒布権あるいは実演権によって保護される。他方で、後述するフェア・ユースのほか図書館等による複製や一時固定等の場合等の権利制限についても定められている(同法第 107 条以下<sup>28)</sup>)。

また、著作権侵害について、米国著作権法のもとでは直接侵害について定められているほか(同法第 501 条(a)<sup>29)</sup>)、判例法理によって寄与侵害及び代位侵害の法理が確立している。直接侵害だけでなく、寄与侵害及び代位侵害の場合にも損害賠償請求だけでなく差止め請求が認められる。

## ② フェア・ユース

フェア・ユースの法理は、米国著作権法第 107 条に定められており、著作権者に無断で著作物を使用しても、その使用が同条に該当するものであれば、著作権の侵害とならないとされ、以下のとおり規定されている。

### 米国著作権法 第 107 条(前文)

第 106 条および第 106A 条の規定にかかわらず、批評、解説、ニュース報道、教授(教室における使用のために複数のコピーを作成する行為を含む)、研究または調査等を目的とする著作権のある著作物のフェア・ユース(コピーまたはレコードへの複製その他第 106 条に定める手段による使用を含む)は、著作権の侵害とならない。

また、著作物の使用がフェア・ユースとなるか否かを判断する場合に考慮すべき要素は、以下のものを含むとされている(米国著作権法第 107 条(後文))。

<sup>27</sup> 米国著作権法第 106 条(抄)

第 107 条ないし第 122 条を条件として、本編に基づき著作権を保有する者は、以下に掲げる行為を行いまたこれを許諾する排他的権利を有する。

(1)著作権のある著作物をコピーまたはレコードに複製すること。/(2)著作権のある著作物に基づいて二次的著作物を作成すること。/(3)著作権のある著作物のコピーまたはレコードを、販売その他の所有権の移転または貸与によって公衆に頒布すること。/(4)言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに映画その他の視聴覚著作物の場合、著作権のある著作物を公に実演すること。/(5)言語、音楽、演劇および舞踊の著作物、無言劇、ならびに絵画、図形または彫刻の著作物(映画その他の視聴覚著作物の個々の映像を含む)の場合、著作権のある著作物を公に展示すること。/(6)録音物の場合、著作権のある著作物をデジタル音声送信により公に実演すること。

<sup>28</sup> 例えば、第 108 条は図書館および文書資料館による複製権の制限、第 117 条はコンピュータ・プログラムの複製及び二次的著作物作成の制限について定めている。

<sup>29</sup> 米国著作権法 第 501 条(a) (抄) 何人であれ、第 106 条ないし第 122 条に規定する著作権者の排他的権利もしくは第 106A 条(a)に規定する作者の排他的権利を侵害し、または第 602 条に違反してコピーもしくはレコードを合衆国に輸入する者は、それぞれ著作権または作者の権利の侵害者となる。

- 1) 使用の目的および性質(使用が商業性を有するかまたは非営利的教育目的かを含む)
- 2) 著作権のある著作物の性質
- 3) 著作権のある著作物全体との関連における使用された部分の量および実質性
- 4) 著作権のある著作物の潜在的市場または価値に対する使用の影響

### ③ DMCA

DMCAとは、Digital Millennium Copyright Act(デジタルミレニアム著作権法)の略称であり、1998年に米国著作権法の改正法として成立した法律である。DMCAは、WIPO著作権条約及びWIPO実演・レコード条約への加盟のための国内法の整備を内容とするほか、インターネットにおける著作権侵害に関してオンラインサービスプロバイダが一定の条件を満たせば損害賠償や差止め請求等の責任が制限されるセーフハーバーなどを規定する。本項におけるDMCAへの言及は、特に指定のない限り、セーフハーバーに関するものとする。

米国著作権法に規定されるセーフハーバーが適用されるためには、まず、事業者が、同法512条(k)(1)<sup>30</sup>のサービスプロバイダの定義に合致する必要がある。次に、事業者の提供するサービスが同法512条(a)～(d)<sup>31</sup>に規定される(a)通過的なデジタルネットワーク通信、(b)シス

<sup>30</sup> 米国著作権法 第512条(k)(1) (サービス・プロバイダ)(抄)

(A) 第(a)項において、「サービス・プロバイダ」とは、使用者が特定する二地点または多地点間で、使用者が選択する素材を送受信にあたって内容を改変することなく、送信し、転送しまたはデジタル・オンライン通信を接続するサービスを提供する事業者をいう。

(B) 第(a)項を除く本条において、「サービス・プロバイダ」とは、オンライン・サービスもしくはネットワーク・アクセスの提供者またはそのための施設の運営者をいい、第(A)号に掲げる事業者を含む。

<sup>31</sup> 米国著作権法 第512条(抄)

(a) 通過的デジタル・ネットワーク通信

サービス・プロバイダが管理しもしくは運営するシステムまたはネットワークを通じて素材を送信し、転送しもしくは接続を提供したことによって、または、送信、転送もしくは接続の提供の過程で素材を中間的かつ一時的に蓄積したことによって、著作権の侵害を生じた場合、当該サービス・プロバイダは、以下のすべての条件を満たす場合には、著作権の侵害に関して金銭的救済または、第(j)項に定める場合を除き、差止命令その他の衡平法上の救済について責任を負わない。

(b) システムキャッシング

(1) 責任の制限—サービス・プロバイダが管理しまたは運営するシステムまたはネットワーク上に素材を中間的かつ一時的に蓄積したことによって、著作権の侵害を生じた場合、当該サービス・プロバイダは、以下のすべての条件を満たし、かつ、第(2)節に定める条件を満たす場合には、著作権の侵害に関して金銭的救済または、第(j)項に定める場合を除き、差止命令その他の衡平法上の救済について責任を負わない。

(c) ユーザーの指示によってシステム又はネットワークに存在する情報

(1) 総則—サービス・プロバイダによってまたはそのために管理されまたは運営されるシステムまたはネットワーク上に、使用者の指示により素材を蓄積したことによって、著作権の侵害を生じた場合、サービス・プロバイダは、以下の条件をすべて満たす場合には、著作権の侵害による金銭的救済または、第(j)項に定める場合を除き、差止命令その他の衡平法上の救済につき責任を負わない。

(d) 情報探知ツール—サービス・プロバイダが、情報探知ツール(ディレクトリ、インデックス、レファレンス、ポインタまたはハイパーテキスト・リンクを含む)を用いて侵害となる素材または侵害行為を含むオンライン上の所在に使用者をレファレンスまたはリンクすることによって、著作権の侵害を生じる場合、

テムキャッシング、(c)ユーザーの指示によってシステム又はネットワークに存在する情報、(d)情報ロケーションツールの4つのタイプのいずれかに該当しなければならない。いずれかの類型に該当した場合、事業者が免責を受けるためには、各類型に規定される要件を満たす必要がある。

代表的な要件として、同法 512 条(c)(3)に定められるノーティス・アンド・テイクダウンがあげられる。ノーティス・アンド・テイクダウンは、同法 512 条(b)～(d)の類型に該当するサービスについて、免責を受けるために必要となる手続で、著作権侵害主張の通知を受けた事業者は、当該著作権侵害の通知を受けたコンテンツについて、削除または閲覧停止にしなければならない。

## (2) 米国におけるコンテンツロッカーサービスへの著作権侵害に関する検討

コンテンツロッカーサービスを提供するクラウドサービス事業者のサーバーへユーザーがコンテンツをアップロードする場合、ユーザーが当該コンテンツを適法に取得していれば(ユーザーが当該コンテンツの利用に関して著作権者の許諾を得たコンテンツの場合)、ユーザーのアップロード等に伴う複製行為は、フェア・ユースによって著作権侵害とならない可能性がある<sup>32</sup>。したがって、利用者の行為が著作権侵害とならないため、そもそもクラウドサービス事業者の責任は発生しないと考えられる。

一方、利用者が楽曲を適法に取得していない場合(ユーザーが当該コンテンツの利用に関して著作権者の許諾を得ていないコンテンツの場合)、他の端末で視聴するために複製・送信することは、利用者の著作権侵害を構成し得るが、サービス提供事業者は、侵害に対する認識に関して、個別の品目に関する具体的で特定の侵害の認識がなければ侵害についての認識があるとはいえないとしたMP3tunes判例に従えば<sup>33</sup>、DMCAのセーフハーバーによって当該サービス提供事業者は免責される可能性がある。

## 2.3 日米の著作権侵害に関する比較法的検討

我が国におけるコンテンツロッカーサービスに関する著作権侵害を検討するに当たっては、侵害の主体の判断、公衆用設置自動複製機器への該当性、免責規定の適用、が論点として挙げられる。特に、侵害の主体の判断に関しては、まねき TV 事件、ロクラク II 事件の両最高

---

サービス・プロバイダは、以下の条件をすべて満たす場合には、著作権の侵害による金銭的救済または、第(j)項に定める場合を除き、差止命令その他の衡平法上の救済につき責任を負わない。

<sup>32</sup> ソニー・ベータマックス判決(Sony Corp v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417 (1984))では、タイム・シフティング(放送時間ではなく、視聴者の都合の良い時間に視聴するために複製すること)を目的とした私的複製はフェア・ユースに該当するとした。コンテンツロッカーサービスは、ブレイクシフティングないしメディアシフティング(異なる場所、プレイヤーで楽しむために他の媒体へ複製すること)に該当するが、これもフェア・ユースが推定される非営利的使用の一例と考えられる(山本隆司「アメリカ著作権法の基礎知識」118頁(太田出版、2008年)参照)。

<sup>33</sup> MP3tunes判例の詳細は、別紙参照。なお、同事件に関し、2013年5月14日、ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所は、同判決の見直しを認める決定を行った。これは、セーフハーバーの適用範囲を限定する方向の決定である。



裁判決が出されたものの、その判断要素は多岐にわたり、コンテンツロッカーサービス全般に関する判断でもないため、コンテンツロッカーサービスを提供するクラウドサービス事業者にとって、著作権侵害に関する自身の責任の範囲が不明確となり、サービス提供に当たって、著作権侵害責任の有無、範囲に関する予測可能性が低い。

一方、米国法におけるコンテンツロッカーサービスに関する著作権侵害の検討では、ユーザーの著作権侵害の有無が前提問題となり、ユーザーが著作権侵害をしていた場合には、コンテンツロッカーサービスを提供するクラウドサービス事業者の寄与侵害などの二次的侵害が問題となる。その場合も、侵害コンテンツについて DMCA の規定する主観的認識を欠く場合は DMCA によって免責される。さらに、主観的認識があっても、また、著作権者から侵害コンテンツを特定する通知を受け取った場合も、そのような侵害コンテンツについて、DMCA に基づく削除もしくは閲覧停止を行えば、著作権侵害に関する責任は免責される。クラウドサービス事業者にとって、著作権侵害責任の有無、範囲に関する検討の枠組は比較的分かりやすい。

## 2.4 考察

我が国のコンテンツロッカーサービスにおける著作権侵害に関する検討として、我が国における著作権法、プロバイダ責任制限法及び米国における制度について分析を行った。その分析過程で特に課題として挙げられたのは、

- ① 他人の著作権侵害によるクラウドサービス事業者の免責規定の不備
- ② 著作権侵害行為の主体を判断する基準が不明確
- ③ クラウドサービス事業者のサーバーが公衆用設置自動複製機器に該当する懸念

の3項目である。

①の検討に当たっては、具体的には、次の3つのポイントを検討することが必要となる。まず、クラウドサービス事業者について、免責規定の対象とする必要性を検討することである。次に、著作権侵害行為の主体性の判断と免責規定の判断とを分離させる必要性の検討である。最後に、クラウドサービス事業者が、クラウドサービスを提供するに当たって、どのような場合に免責され、どのような場合に責任を負うのか、自身のリスクを適切に管理できるようその基準を明確化することの必要性の検討である。ただし、これらの検討に当たっては、我が国のプロバイダ責任制限法が、不特定の者に対して送信された情報について、被害者救済と発信者の表現の自由という重要な権利・利益のバランスに配慮しつつ、対応が行えるようにするためのものであり、一般不法行為における権利侵害を対象とした責任制限規定を規定していることを鑑みると、自ずとその責任制限の範囲は限定にならざるを得ない点に留意すべきであろう。

②については、まねきTV事件、ロクラクII事件最高裁判決を踏まえてもなお、クラウドサービス事業者がどのような行為を行う場合に、著作権侵害行為の主体と判断されるかが一義的に明らかではない。この課題を解決するためには、著作権侵害行為の主体の判断基準の明確化を、ガイドラインの策定や立法措置等も含め検討を行う必要があるのではないかと。

③については、米国では見られない我が国固有の問題であり、早急にその解釈の明確化が求められる。解釈の明確化に当たっては、ガイドラインの策定や立法措置等も視野に入れ検討を進めるべきではないか。

### 3 他の論点

コンテンツロッカーサービスを含めたクラウドサービスは、関係事業者が多数にのぼることなどの特性から、これまで議論してきた論点のほかにも、今後の検討が必要な論点が存在する。本項では、そのうち、実際のサービス利用において重要な問題となるクラウドサービス事業者のデータ消失に関する責任と、関係事業者が多数存在するクラウドサービスそのものの特性がもたらす特許法上の論点を取り上げることとする。

#### 3.1 クラウドサービス事業者のデータ消失に関する責任について

クラウドサービスにおいて、ホスティングサービスの場合はもちろんであるが、それ以外のサービスにおいてもユーザーデータを事業者のサーバーに保管するという状態は不可避免的に発生する。そのため、100%安全であるという状況を作るのは技術的に極めて困難である以上、クラウドサービス事業者は、その保管するユーザーデータを消失するリスクを常に負担していることになる<sup>34</sup>。

そこで、ユーザーデータを消失した場合、現行法上どのような形で事業者の責任が発生するのか、このような責任に対して事業者としてはどのような備えを設けておくべきなのかという点について若干の考察を加える。

##### (1) 契約責任

クラウドサービス事業者は、通常ユーザーとの間で有償契約を締結しており、同契約に基づいてサービスが提供される。そして、同契約により事業者が提供すべきサービスの内容としてデータの保管義務が認められる場合には、契約責任としてデータの保管責任を負っていると考えられる<sup>35</sup>。

したがって、ハードウェアの不具合、メンテナンス時の作業ミス等の理由により事業者がユーザーデータを消失した場合には、後述する約款による免責という点を除けば、ユーザーに対して債務不履行責任(民法 415 条)に基づく損害賠償責任を負うこととなる。

この場合、事業者がユーザーに対して負うべき損害賠償の範囲は、データ滅失自体の損害、データの復元費用、使用不能により生じる逸失利益、慰謝料等が考えられ、さらに状況如何により損害賠償の範囲は拡大する可能性がある。

##### (2) 直接契約関係にない第三者の責任(不法行為責任)

クラウドサービス事業者が他の事業者を通じて広く一般ユーザーにサービスを提供しているような場合、当該事業者とユーザー間には直接の契約関係が存在しない場合も想定される。

---

<sup>34</sup> 技術的には可能であったとしても、メンテナンス時の作業ミスなどによりデータが消失する可能性は不可避免的に存在しており、現にそのような事故も発生している。

<sup>35</sup> ユーザーと事業者が締結する有償契約の性質については、クラウドサービスの内容如何によろうが、いやしくもユーザーから対価を得てデータ保管をサービスの一内容とする契約(有償契約)を締結している以上は、同契約に基づきデータの保管について善管注意義務を負っているものと考えられる。

このような場合でも、ユーザーデータの消失事故が発生すれば、ユーザーは直接クラウドサービスを提供している事業者に対して契約責任を追及できないとしても、不法行為責任を追及することが考えられ、この場合にも契約責任と同様、損害賠償義務が発生する可能性がある。

### (3) 約款による免責又は責任制限

クラウドサービス事業者はユーザーデータの消失について責任を負うべき地位にあるが、多くの場合、約款(契約)上の免責又は責任制限規定により、自己の責任を限定している。

実務上、ユーザーデータに関する免責又は責任制限規定としては以下のような内容のものが用いられている。

- ① データ消失時に故意・重過失がない限り責任を負わない旨の規定
- ② ユーザー自身にバックアップ責任を定める規定
- ③ データ消失時の損害賠償額の制限規定

そしてこれらの約款の効力については以下のように考えられる。

#### i) ユーザーと直接契約関係にある場合

原則として、基本的に免責又は責任制限規定が存在していれば、消費者契約法などに違反しない限り有効なものとして扱われる。但し、約款の文言に疑義が存在するような場合、約款の規定を限定解釈(厳格に解釈)する裁判例も存在するところであり、注意が必要である<sup>36</sup>。

また、ホスティングサービスを提供する事業者の多くがデータバックアップのウェブサイト等で安全性を唱えており、事業者側でユーザーデータのバックアップを行うかのような宣伝文句を記載している場合がある。このような場合には、上記①ないし③のような約款の規定の効力が否定される可能性がないわけではないことにも留意すべきである<sup>37</sup>。

#### ii) ユーザーと直接契約関係にない場合

ユーザーと直接契約関係がない場合、クラウドサービス事業者が自社の約款による免責をユーザーに主張することはできないのが原則である。

そのため、他の事業者(中間事業者)を通じて広く一般ユーザーにサービスを提供

---

<sup>36</sup> 東京地判平 13.9.28は、「契約者が被告のインターネットサービスの利用に関して損害を被った場合でも、被告は、本件約款 30 条の規定によるほかは責任を負わない」旨定めている場合でも、このような定めはデータ滅失について免責されない旨判示し、免責規定について制限的な解釈を示している。但し、同裁判例は免責規定が「サービスの利用に関して損害を被った場合」という、いささか抽象的な記載についての解釈を示したものであり、約款の規定内容が一義的に明確な場合は同裁判例の射程外と考えることもできる。そのためにも、具体的にいかなる事態を想定した規定であるかを明確に規定しておくことが望ましい(「バックアップデータが消失した場合」等)。

<sup>37</sup> 通常、事業者間取引では、契約の定め(約款の定め)が優先されるであろうが、宣伝広告文句と免責又は責任制限規定の内容が矛盾するような場合には、宣伝広告文句にしたがった合意が存在したと認定される可能性、またはそもそも宣伝広告文句が一種の欺罔手段であるとみなされる可能性がある。

しているような場合には、中間事業者との契約において、クラウドサービス事業者も含めた免責又は責任制限規定を対ユーザーとの契約で定めることを義務付けておくことが考えられる。

もっとも、中間事業者がユーザーとの間で、クラウドサービス事業者も含めた免責又は責任制限規定を定めなかった場合には、以前としてクラウドサービス事業者のリスクは残ることになる<sup>38</sup>。

このような事態を回避するために、ユーザーのサービス利用に先立って、ウェブサイト上で利用者であるユーザーに自社の約款を示し、これにユーザーが同意をした場合に初めてサービスを利用できるような工夫を施す等の対応をとることも有用であろう。

#### (4) 留意すべき事項

以上をふまえて、クラウドサービス事業者は、約款の作成時及びサービスの提供時に以下のような事項に留意すべきである。

##### ① 約款(契約)の作成時

###### i) 消費者契約法等強行法規に違反しないこと

当然のことであるが、約款の規定が強行法規に違反するような場合には、当該規定の効力が否定され、結果として事業者は民法上生じるリスクを負担することとなる。

###### ii) 約款の内容と宣伝・広告の内容に不一致がないように努めること

約款の文言と宣伝・広告の内容が異なるような場合には、宣伝広告に基づいた合意が存在すると認定される可能性や、それ自体説明義務違反の問題が生じ債務不履行責任を問われる原因となる可能性があり、場合によっては詐欺取消の対象となる可能性もある。

###### iii) 免責又は責任制限の及ぶ範囲を明確に定めること

免責又は責任制限規定の及ぶ範囲が約款のドラフティング上明確ではない場合、事業者にも不利に解釈される可能性があるため、一義的に明確に定めておく必要がある<sup>39</sup>。

---

<sup>38</sup> なお、東京地判平21.5.20は、中間事業者が自社の免責に関する規定のみを定めていたケースで、ホスティングサービス事業者が約款に定める範囲で責任を負えば足りる旨判示する。同判決は、ホスティングサービス事業者とユーザー間に契約関係はなく、直ちに保管されたデータについて善管注意義務を負うことはないことを前提に、約款がウェブサイト上公開されている約款の内容をユーザーも認識していたものと推認できること等の事情を勘案して、ホスティング事業者は約款に定めた範囲でしか責任を負っていないものとした。また、実質的な理由として、事業者が免責があることを前提に料金設定を行っていること、ユーザーがデータについては容易に消失防止策が講じられること等の事実も挙げている。同裁判例と同様の事実関係が認められる場合には直接契約関係にない第三者との関係で事実上免責又は責任制限規定の効果を認めることも可能であろうが、同裁判例の射程は必ずしも明確ではないため、事業者としては十分に注意する必要がある。

<sup>39</sup> 脚注36参照。

## ② ユーザーに開示すべき情報

クラウドサービス事業者が提供するサービス内容等をあらかじめ明確な形でユーザーに伝えることにより、事業者及びユーザー双方に予見可能性を与えられることになる。以下のような情報をウェブサイト上に掲示したり、SLA(サービス品質保証制度)で定め開示したりしておくことは有用であろう。

- i) 事業者が運営するクラウドサービスの仕組み
- ii) サービスに使用されるハードウェアやソフトウェア等、システム情報の開示
- iii) ユーザーによるデータバックアップの可否等

## (5) 小括

以上、クラウドサービスについてユーザーのデータ消失のリスクという観点から考察を行ったが、要するに、クラウドサービス事業者は、データ消失のリスクに備え、ユーザーに対して、必要な情報を開示し、これをユーザーが認識した上で利用してもらうという点に尽きる。クラウドサービスは、システムの発生するバグの存在、ハードウェアの物理的な毀損の可能性、人為的な操作ミスの可能性等、不慮の事故が発生する可能性が少なからず存在するビジネスであり、かつ事故が発生した場合には、多くのユーザーに影響を与える可能性があることから、クラウドサービス事業者が免責を求めるのであればユーザーに対して十分な配慮をすることが望まれる。

## 3.2 クラウドサービスにおける特許法上の課題について

### (1) 問題の所在

特許権侵害が成立するためには、当該特許発明の全ての構成要件を単一の当事者が実施していることが原則として必要とされている。

これに対して、クラウドサービスにおいては、サービスモデルの重層化(IaaS、PaaS、SaaS等)に伴い、各サービスプロバイダが協働してひとつのシステムを構築し、サービスの提供を行っていると評価されることが一般的にみられる。また、エンドユーザーの行為も当該システムに取り込まれていると言える場合も少なくない。

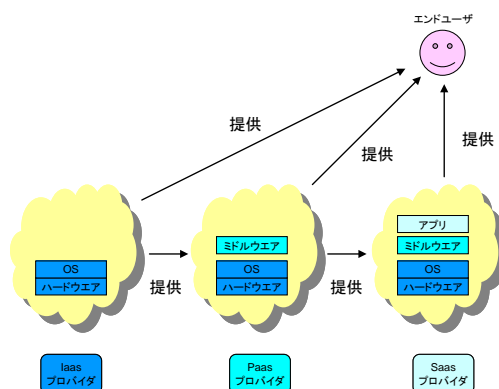


図1 クラウドサービスにおける各関係者と関与方法

このため、クラウドサービスに関与する複数のサービスプロバイダおよびエンドユーザーは、特定の特許発明に関する一部の構成要件をそれぞれ充足する行為しか行っていないものの、全員の行為を合算すると全ての構成要件を充足するということが起こりうる。

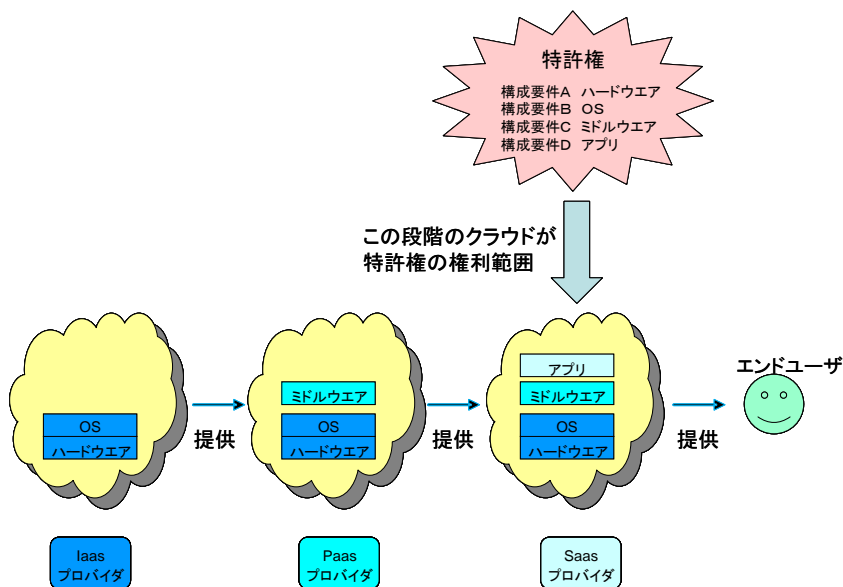
このような場合に、特許権侵害が成立するのか、成立しうるとしてどのような場合であるのか、問題となる。

### (2) 直接侵害に関する原則的な結論

特許発明が物の発明である場合、当該特許発明が規定する全ての構成要件が充足される状態を完成させたサービスプロバイダは、「その物を生産」したといえ、当該状態以後に関与するサービスプロバイダやエンドユーザーは、その物を「使用」したといえるので(特許法第2条第3項第1号)、いずれも当該特許発明を実施していると評価され、特許権侵害の責任(差止め、損害賠償)を負う。

例えば、図2のように、SaaSプロバイダの段階で問題となっている特許権にかかる特許発明の全ての構成要件を充足している場合、SaaSプロバイダは、「その物を生産」したとして、エンドユーザーは、その物を「使用」したとして、それぞれ特許権侵害の責任を負う。ただし、特許権は、「業として」実施する行為についてのみ権利行使が可能であるので(特許法第68条)、エンドユーザーが「業として」当該クラウドサービスを利用していない場合は、責任を負わ

ない。



### クラウドが特許権の権利範囲に属している例

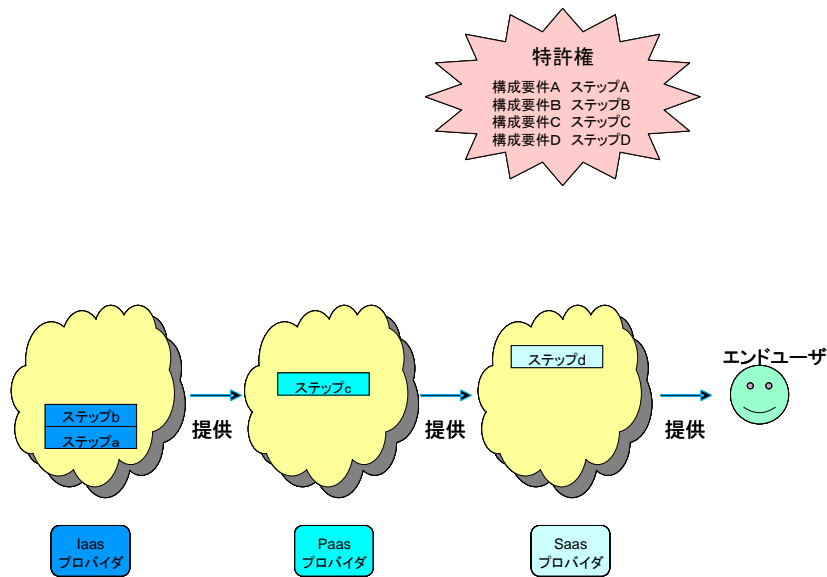
図 2 クラウドサービスシステム全体が特許発明(物の発明)の権利範囲に属する例

特許発明が方法の発明である場合、物の発明と異なり、実施行為に該当する行為は、その方法を「使用」をする行為に限定されているため(特許法第2条第3項第2号)、単一の当事者が全ての構成要件に規定されたステップを行っていることが原則として必要とされる。

このため、クラウドサービスにおいては、図3のように、各サービスプロバイダやエンドユーザが、問題となっている特許発明の一部のステップしか行っていない場合、形式的には、いずれの関与者も問題となっている特許発明を「使用」しているとは言えない。

したがって、図3のように、各サービスプロバイダやエンドユーザーのいずれについても、原則的には、問題となっている特許発明に関する直接侵害が成立しないことになる。





クラウドが特許権の権利範囲に属している例

図 3 クラウドサービスのシステム全体が特許発明(方法の発明)の権利範囲に属する例

### (3) 間接侵害の追及可能性

問題となっている特許発明が物の発明の場合、規定する全ての構成要件が充足される以前の態様にのみ関与するサービスプロバイダは、構成要件の一部を充足するものとして、特許法第 101 条に規定される間接侵害に該当する場合には、責任を負うことがありうる。

例えば、図 2 の例で、PaaS プロバイダが提供しているミドルウェアが SaaS プロバイダが完成させたクラウドサービスの完成にのみ用いられる物(特許法第 101 条第 1 号または第 4 号)であった場合や、当該ミドルウェアが問題となっている特許権の発明による課題の解決が不可欠なものであるが、日本国内において広く一般に流通しておらず、その発明が特許発明であること及び当該ミドルウェアがその発明の実施にも用いられることを知っている場合(特許法第 101 条第 2 号または第 5 号)には、当該 PaaS プロバイダがそれぞれ間接侵害に該当しうる。

これに対して、問題となっている特許発明が方法の発明の場合には、各サービスプロバイダやエンドユーザーは、全ての構成要件を単独で行いうる物の生産等を行っていないため、間接侵害が成立するかは明らかとは言えない<sup>40</sup>。

また、物の発明である場合も方法の発明である場合にも、間接侵害が成立するためには、「のみ」の要件(特許法第 101 条第 1 号、第 4 号)や不可欠要件(特許法第 101 条第 2 号、

<sup>40</sup> 従来は、方法の発明に関する間接侵害(特許法第101条4ないし6号)については、全ての構成要件を充足しうる物を譲渡等する行為が前提とされていた。方法の発明の一部を実施することが可能な物を生産等する場合に間接侵害が成立するかについて判断した判決例は見当たらないが、それが発明の実質的部分を実施する等、一定の条件の下で間接侵害の成立を認めるべきとする考え方もある(松尾和子(判例時報1782号200頁)、中島基至(高部真規子編[裁判実務シリーズ2 特許訴訟の実務]116頁))。

第 5 号)が必要とされているが、クラウドサービスにおけるミドルウェア、OS、ハードウェアは汎用性を高められていることが通常であるから、これらが、特定のソフトウェアやサービスにのみ用いられる物であることは通常考えられず、クラウドサービス事業者に間接侵害が成立することは極めて限定的な場合に限られると考えられる。

さらに、間接侵害を規定した特許法第 101 条の規定からすれば、クラウドサービスの各サービスプロバイダおよびエンドユーザーに間接侵害に基づく責任追及を行うことは現実には困難と考えられる。

すなわち、特許法第 101 条において間接侵害に該当する行為として規定されているのは、「生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出」(1、2、4、5 号)、「譲渡等又は輸入のための所持」(3、6 号)であり、直接侵害に用いられる物を「使用」する行為を間接侵害行為として規定していない。

これに対して、クラウドサービスの各サービスプロバイダが主に行っているのは、サービスの構築行為ではなくサービス提供行為であるところ、当該サービス提供行為の際に行っているのは、自己が既に構築し管理しているシステムを他の関与者に「使用」させる行為にすぎず、「生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出」や「譲渡等又は輸入のための所持」を行っていると評価することはできない。さらに、エンドユーザーの場合は利用行為にすぎず、「生産、譲渡等若しくは輸入又は譲渡等の申出」等に該当することは考えられない。

上記のことから、クラウドサービスの各サービスプロバイダおよびエンドユーザーに対して、間接侵害を主張することは現実には困難と考えられる。

#### (4) 単独者による直接侵害の成否

上記のとおり、クラウドサービスにおける複数の関与者が、問題となっている特許発明の構成要件の一部を行うことにより、全員で全ての構成要件を行っている場合、いずれの関与者についても、直接侵害に該当せず、さらに間接侵害にも該当しないと評価される場合や、主導的な関与者について、直接侵害に該当せず、さらに間接侵害にも該当しないと評価される場合がありうる。

しかし、単独者が行っていれば特許権侵害が認められるのに対し、それを複数者で行っただけで特許権侵害が認められにくくなったり、主導的関与者に何らの責任を追及できなくなったりするというのは、妥当でない場合もありうる。

この点に関して、クラウドサービスに関するものではないものの、複数関与者が特許発明の一部を行っている事例について、主体的に関与している当事者に関して、単独者による直接侵害の有無を検討した判決例が散見される。

これらの判決例は、大まかには、以下のように分類される。

##### ① 道具理論の適用

・東京地判平成 13・9・20(電着画像形成方法事件、判時 1764 号 112 頁)

複数の当事者が特許発明の構成要件に該当する行為を分担して実施していた場合において、主導的な当事者が他の当事者を手足としているにすぎないときには、当該主導的な当事者が当該特許発明を単独で実施しているとする考え方である。

上記判決例では、被告が特許発明のほとんどの構成要件を実施した被告製品を第三者に販売し、被告製品の購入者が残りの構成要件を実施していた事案において、被告が、被告製品の購入者である第三者を、道具として使用して残りの構成要件を実施していたと認定し、被告が全ての構成要件を実施していると判示した。

## ② 支配管理論の適用

・東京地判平成 19・12・14(眼鏡レンズ供給システム事件、裁判所ウェブサイト、パテント 709 号 58 頁)

構成要件の充足の問題と、特許発明の実施行為者がだれかの問題を切り離したうえで、構成要件の充足性は複数当事者が分担して全ての構成要件を実施していれば足りるとし、特許発明の実施行為者は複数当事者の実施行為を支配管理している者がこれに該当するとする考え方である。

上記判決例では、発注者と発注者からの発注を受けて加工を行う加工者という2つの主体を前提としたシステムに関する特許発明において、構成要件の充足性については、「行為者として予定されている者が特許請求の範囲に記載された各行為を行ったか、各システムの一部を保有又は所有しているかを判断すれば足り」とし、特許発明の実施行為者については、「特許権侵害を理由に、だれに対して差止め及び損害賠償を求めることができるか、すなわち発明の実施行為(特許法2条3項)を行っている者はだれかを判断して決定されるべきである」と判示した。

## ③ クレーム解釈により解決

・知財高判平成 22・3・24(インターネットサーバーのアクセス管理事件、判タ 1358 号 184 頁)

・知財高判平成 22・3・30(携帯型コミュニケーションおよびその使用方法事件、判例タイムズ第 1324 号 239 頁、判例時報第 2074 号 125 頁)

・知財高判平成 23・11・30(車載ナビゲーション装置事件、判例時報第 2158 号 115 頁)

特許発明の構成要件の規定内容を検討し、発明自体を単独の主体による実施を前提としていると解釈することにより、結論を導く考え方である。

例えば、インターネットサーバーのアクセス管理事件においては、サーバーとクライアントという複数主体を形式的に前提としたアクセス方法の特許発明について、知財高裁は、当該特許発明は「アクセスを提供する方法」の発明であり、「アクセス」の発明ではないとして、「アクセスを提供する方法」の提供者が当該特許発明の単独の実施者であると判示した。

上記①ないし③に該当する態様であれば、クラウドサービスにおけるサービスプロバイダやエンドユーザーについて、単独者による直接侵害が成立することがありうると考えられる。具体的な検討は以下のとおりである。

(i) 道具理論の適用可能性

まず、クラウドサービスにおいては、下位のサービスプロバイダやエンドユーザーは、上位のサービスプロバイダに指示を与え、その行為を利用していると言える。

例えば、SaaS プロバイダは、PaaS プロバイダが提供するミドルウェア上の特定の機能を自らのシステムの実行時に利用している。

このように考えれば、下位のサービスプロバイダやエンドユーザーに道具理論を適用する可能性は十分ありうると考えられる。

これに対して、上位のサービスプロバイダは、汎用性を高めたサービスを提供しているものであるから、下位のサービスプロバイダやエンドユーザーを道具として利用していると評価することは困難なことが多いと考えられる。

サービスプロバイダが提供する機能についても、問題となっている特許発明の中心的な機能であり、エンドユーザー等が形式的な行為を行うにすぎないような場合には、道具理論が適用され、サービスプロバイダが責任を負う場合もありうると考えられる。

例えば、SaaS プロバイダが提供するロッカー型サービスが特許発明の構成要件のほとんどを充足しているものの、当該特許発明にはエンドユーザーによる形式的な操作行為に対応する構成要件が含まれていた場合、上記①の判決例同様、SaaS プロバイダには、道具理論が適用される可能性があると考えられる。

(ii) 支配管理論の適用可能性

どの程度の行為があれば支配管理しているのか、現時点では必ずしも明らかではないと指摘されている。

このため、クラウドサービスにおいても、どのような行為を行っていけば支配管理しているといえるかは必ずしも明確ではないが、事案によっては認められる場合もあると考えられる。

(iii) クレーム解釈による解決可能性

判決例の事案のように、一定の事案の場合については、問題となっている特許発明のクレーム次第で対応可能と考えられる。

**(5) 共同直接侵害の成否**

複数関与者により特許権を侵害する行為については、上記判決例のように、単独者による直接侵害と構成することにより妥当な結論を図ることができる場合があるものの、上記判決例が適用される場面は必ずしも多いとはいえず、必ずしも特許権の保護が十分になしうるとは言い切れない。

このため、複数関与者により特許権を侵害する行為については、共同直接侵害により特許権侵害を認めるべきとする考え方が提唱されている。

共同直接侵害の成否及び成立する場合の要件について、学説上は以下のように展開されている。

- ① 共同直接侵害否定説
- ② 客観的共同行為＋主観的共同意思必要説<sup>41</sup>
- ③ 客観的共同行為必要説<sup>42</sup>
- ④ 共同直接侵害と支配管理型侵害分類説<sup>43</sup>
- ⑤ 特許権侵害成立評価と差止請求権行使対象峻別説<sup>44</sup>

上記については、判決例はまだ存在せず、学説上も収束をみないところであるとともに、現時点での多数説と考えられる上記②についても、主観的共同意思として、何を要件とするかについてはいまだ統一されているとは言い難い状況である。

したがって、現時点において、クラウドサービスにおける各サービスプロバイダやエンドユーザーについて、どのような場合に共同直接侵害が成立し、特許権侵害の責任を追及しうるのかについて明確であると言えないと考えられる。

## (6) クロスボーダーでの侵害行為

クラウドサービスにおいては、日本のサービスプロバイダを利用する場合に限定されず(むしろ、クラウドサービスにおいては、アメリカをはじめとする外国企業が先行している。)、サービスプロバイダも自国以外の場所にサーバーを設置してサービスを提供することもよく行われている。このような場合には、実施行為が複数の国にまたがって行われうる。具体的には、ABCの3つの構成要件からなる特許権に対して、日本のユーザーがインターネットから当該ABCの構成要件を充足するサービスの提供を受けているものの、Aに対応する構成は日本で、Bに対応する構成はアメリカで、Cに対応する構成はドイツで行われているような場合が考えられる。

上記特許権が日本で登録されていても、このような対象行為については特許権侵害が成立

---

<sup>41</sup> 高部真規子「国際化と複数主体による知的財産権の侵害」永井紀昭ほか編「秋吉稔弘先生喜寿記念論文集 知的財産権その形成と保護」163頁(新日本法規、2002年)等。現在の多数説と考えられる。

<sup>42</sup> 尾崎英男「コンピュータプログラムと特許侵害訴訟の諸問題」清永利亮ほか編「現代裁判法体系26」224頁(新日本法規、2000年)

<sup>43</sup> 服部誠「支配管理型の特許侵害について」『知的財産法の新しい流れ 片山英二先生還暦記念論集』453頁(青林書院、2010年)

<sup>44</sup> 平嶋竜太「複数主体が介在する特許権侵害法理をめぐる新たな方向性について―覚書の検討」中山信弘ほか編「牧野利秋先生傘寿記念論文集 知的財産権 法理と提言」125頁(青林書院、2013年)

しない可能性がある。さらに、アメリカで登録されていても、ドイツで登録されていても同様に特許権侵害は成立しないだけでなく、日本、アメリカ、ドイツの全てで特許権が登録されていた場合であっても、特許権侵害は成立しない可能性があることが指摘されている<sup>45</sup>。

したがって、特許権の各構成要件に対応する構成が複数の国にまたがって行われる場合には、特許権侵害そのものが成立しない可能性がある。

## (7) 小括

これまで検討してきたように、クラウドサービスは複数の関与者によってサービスが構成されることが想定されるため、クラウドサービスに係る特許発明を複数の関与者によって実施される場合、いずれの関与者についても、直接侵害に該当せず、さらに間接侵害にも該当しないと評価される場合や、主導的な関与者について、直接侵害に該当せず、さらに間接侵害にも該当しないと評価される場合がありうる。

このような場合、単独者による直接侵害と構成することにより特許権侵害の責任を追及しうる場合もありうるが、その適用範囲は必ずしも広くはなく、また、共同直接侵害と構成することによる責任追及についても、その成否および必要とされる要件が明確になっているとは言い難い。

これらに加えて、クラウドサービスにおいては、複数の国にまたがって処理がなされることが珍しくないところ、この場合には、形式的には、実施行為の一部が国外で行われているため、そもそも特許権侵害が認められない可能性がある。

そこで、発明者としては、クラウドサービスでの侵害形態を想定したうえで、クレームドラフティングによって対応することが考えられる。具体的には、想定される各行為者に全ての行為を引き寄せてクレームすることにより、特許権を単独行為者による行為に昇華させること等が考えられる。このことにより、複数行為者が関与する場合の問題点についても、クロスボーダーの問題点についても一応解消することが可能となると考えられる。

確かに、クレームドラフティングで対応することを試みることは、法改正や判例の蓄積を待つことなく行うことができるため、発明者として現状行いうる最善の方法と考えられる。

しかし、技術的進歩の激しい IT 技術において、将来の技術を予測し、発明の利用形態を網羅した完全なクレームドラフティングを行うことは必ずしも容易ではなく、クレームドラフティングで対応することにも限界があると考えられる。

上記のことから、複数関与者による特許権侵害行為について、現行の制度の下では、クレームドラフティングで対応を試みることを想定しつつも、クレームドラフティングで対応できない実際のケースについて具体的な問題の把握に努め、法的手当も含め具体的問題に応じた対応策について検討を行う必要があると考えられる。

---

<sup>45</sup>「クロスボーダーでの侵害行為」三木茂ほか編著「ビジネス方法特許と権利行使 仮想事例による日米欧の理論と実際」149 頁以降における設楽隆一判事、ユルゲン・ベッテンドイツ弁理士、ランドル・R・レイダー合衆国連邦巡回控訴裁判所判事の発言参照（日本評論社、2000 年）

### III 今後の検討に向けて

IT政策において、クラウドサービスの利用の普及・促進は、ITインフラの拡充という面ばかりではなく、利用者の利便性を著しく高める革新的な新サービスを創出する可能性を秘めているものである。こうした効用を一層高めるためには、多様なクラウドサービス事業者の市場参入による公正な競争環境の確保が肝要であり、我が国の事業者のイコールフットイングが図られるべきであることは、言を待たない。

本研究会では、我が国のクラウドサービス市場において、我が国の事業者のイコールフットイングが図られていないとの指摘を踏まえ、多様な観点から検討を進めてきた。その結果、クラウドサービスの普及・促進には、著作権法上の利用行為の主体や公衆用設置自動複製機器の論点のみならず、クラウドサービス事業者の著作権侵害に関する免責規定の整備、クラウドサービス事業者のデータ消失に対する規約の整備、クラウドサービスにおける特許に関する論点等、個別法の各論に捉われない課題整理がなされた。もちろん、これらの法制面での論点以外にも、商慣習や契約等の実務上の課題等、多岐にわたる論点も想定される。

本研究会にて抽出された各課題については、それぞれのステークホルダーによる早期の解決が望まれるところである。各ステークホルダーについては、自身が主体的にこれらの課題を解決しない限りは、我が国のクラウドサービス事業者のイコールフットイングが確保されないため、我が国の事業者の市場参入が促進されず、健全な競争環境による我が国利用者への新たなサービスの提供がなされない事態に陥ってしまう懸念がある点について認識を共有するとともに、主体的に課題解決に取り組まれることが望まれる。本報告書が、その一助となることを期待したい。

## 研究会名簿

### 主査

上沼 紫野 虎ノ門南法律事務所 弁護士

### 委員

市川 穰 虎ノ門南法律事務所 弁護士

伊藤 雅浩 弁護士法人内田・鮫島法律事務所 弁護士

井口 加奈子 スワイヤ・サンダース・三木・吉田外国法共同事業法律特許事務所 弁護士

岩原 将文 水谷法律特許事務所 弁護士

### 全体主査

稲益 みつこ 服部法律事務所 弁護士