〈日本知財学会誌〉Vol.5 No.3―2009：20-30

〈共同企画・アジア特集〉

デジタルコンテンツの流通と知的財産制度の課題

尹宣熙（漢陽大学校法科大学教授）

Digital Content's Fluidity and Problems of Intellectual Property System

Prof. Yun, Sunhee
School of Law, Hanyang University

IT技術の発展や産業・サービスの融合化が進み，コンテンツの流通構造が変化しつつある時代になっている．製作者により製作され流されるのみならず，製作者を通じないで著作者が直接製作から流通に携わることが出来るようになったことはいうまでもない．本稿では，このようなデジタルコンテンツ環境の変化のよる新たな産業類型においてのOSP（On-line Service Provider）の法的責任の問題を中心として韓国の現状を紹介する．

■キーワード　オンラインサービス提供者，OSP，技術的保護措置，P2P，ウェブハード，UCC

1．はじめに

技術の発達により人間の生活や文化，そして法律が変化しつつあり，特にIT技術の発展に伴い産業やサービスの融合化が進み，コンテンツも変わっている．アナログからデジタル化への変化は流通構造の変化へも影響しつつある．

このようなコンテンツは著作者により製作され流通してきたが，最近は，ユーザが自ら製作（UCC：user created content）したコンテンツが流通されるようになった．アナログ時代には，著作者により創作されたコンテンツが製作者（出版社）により製作され，流通業者を通じて流されていたが，デジタル化すると製作者により製作され流されるのみならず，製作者を通じないで著作者が直接製作から流通に携わることが出来る．例えば，ウェブの初期にはネットの掲示板とかミニホームページやブログなど，文章や写真等を中心としたコンテンツを製作して利用してきたのだが，最近になってはデジタル技術の発達により伝送スピードの向上や編集ツールの提供などにより，コンテンツが動画に発展している．その例として，新たに登場したYouTube，Rever，Pandora TV，アフリカ等が既存のKBS，MBC，SBS等の地上波放送と角逐していることが挙げられる．

ここでは，知的財産権の侵害が一番頻繁に発生しているデジタルコンテンツの流通過程においてのOSP（on-line service provider）の法的責任の問題を中心として韓国の現状を紹介したい．

2．デジタルコンテンツの流通

2.1．デジタルコンテンツの概念

文化産業法にいうコンテンツとは文化産業基本法第2条第3号に規定されている．コンテンツとは「符号，文章，音声，音響及び映像等の資料または情報をいう[1]．また，デジタルコンテンツというのは符号，文字，音声，音響及び映像等の資料または情報であり，その保存及び利用に効用性を高めるようデジタル形態に製作または処理したものをいう．類似な概念として，文化コンテンツというのがあり，それは文化的要素が物になったものであるといえるし，マルチメディアコンテンツとは，符号，文字，音声，音響，映像等と関連メディアとを有機的に複合させ，新しい表現及び保存機能を持つように

ISSN 1349-421X
© 2009 IPAJ All rights reserved.

したコンテンツをいう．そして，公共コンテンツというのは，公共機関の情報公開に関する法律第2条第3号の規定による公共機関及び博物館及び美術館振興法第3条の規定による国立博物館，公共博物館，公立美術館等にて保有，政策，または管理している文化コンテンツをいう．

2.2．デジタルコンテンツの流通

既存のアナログ著作物が現実の世界のオフラインにて流通されていたとすれば，インターネットを通じてはデジタル化された著作物が流通されている．このようなデジタルコンテンツははじめからデジタルの形態に製作されることもあれば，既存のアナログ著作物がデジタル化される場合もある．ところが，このようなデジタルコンテンツが流通されるためにはこれらが流通できる手段が提供されなければならないが，それを可能にするのはOSPである．以下では，このようなOSPに関して詳しく検討したいと思う．

3．特殊類型のOSP概念と責任

一般的にOSPとは，オンラインサービス提供者（on-line service provider）の略語としてオンライン通信網から各種のサーにスを提供している事業者を総称する．昔はPC通信事業者がその大部分を示していたが，最近インターネットサービスが急増し，ネット上でサービスを提供しているインターネット接続サービス事業者（ISP）も含めた概念として解釈されている[2]．

著作権法においては，OSPの責任について第2条第30号で規定している．その概念とは，OSPというのは他人の情報通信網[3]を通して，著作物等を複製または伝送できるようにするサービスを提供する者をいう．即ち，他人が著作物や実演・レコード・放送またはデータベースを情報通信網（情報通信網利用促進及び情報保護に関する法律第2条第1項第1号の情報通信網）を通して複製または伝送できるようにサービスを提供する者である[4]．

著作権法上のOSPの責任については第6章にて規定されている．当該規定は2003年2つの条項で第5章の2として新設された後，2006年12月の改正をもって特殊類型のOSPに関した条文が追加され，第6章として位置づけられた経緯がある．

3.1．特殊類型のOSPの概念

文化体育観光部は2007年告示[5]で，著作権法第104条にて規定として，他人同士がコンピューター等を利用して著作物等を伝送することを主な目的とする特殊類型のオンラインサービス提供者の範囲を定めている．即ち，著作権者の利用許諾無しに，個人，家族及びこれに順ずる限られた範囲ではない，公衆が著作物等を共有するようにするウェブサイトまたはプログラムを提供する者として，次の各号に該当する場合には著作権法第104条の規定による特殊類型のOSPと見なす．

この告示は，一般OSPに対しては責任免除規定を設けた一方，特殊類型のOSPについては技術的措置（保護手段）を義務化することにより，著作権を侵害しない形として運営されるオンラインサービスと著作権を侵害する形で運営されるサービスとを区分しでいる[6]．

3.2．特殊類型のOSPの分類

以下では，先ず，この告示が提示した特殊類型のOSPに該当するサービスにはどんな種類があるかを整理したい[7]．

3.2.1．利益提供型OSP

個人または法人（団体を含む）のコンピュータ等に保存された著作物等を公衆が利用できるようにアップロードした者には商業的利益あるいは利用上の便宜を提供するOSPをいい，その例示としては積立てられたポイントを使ってショッピング，映画及び音楽鑑賞，現金に交換等を提供するか，サイバーマネー，ファイル保存空間の提供等，利用の便宜を提供して著作物等を不法的に共有する者が恩恵をこうむるように誘導するサービスをあげている．

3.2.2．課金型OSP

個人または法人（団体を含む）のコンピュータ等に保存された著作物等を公衆がダウンロードするように機能を提供し，ダウンロードした者が費用を払う形の事業を営むOSPで，その例としては著作物

等を利用する時にポイントの差引き，クーポン使用，サイバーマネーの支払い，空間提供等の方法として費用を払わせるサービスをあげている．

3.2.3. P2P型OSP

P2P（peer to peer）技術[8]に基づいて，個人または法人（団体を含む）のコンピュータ等に保存された著作物等をアップロードするかダウンロードすることのできる機能を提供し商業的利益を得るOSPをいい，その例として著作物等を共有するウェブサイトあるいはプログラムに広告掲載，他サイト会員加入誘導等の方法で収益を創出するサービスをあげている．

3.2.4. プログラム提供型OSP

個人または法人（団体を含む）のコンピュータ等に保存された著作物等を検索し伝送することのできるプログラムの提供を主な目的とするOSPである．

メガパス等から提供するiDiskのように，加入者に基本空間を提供し，その空間をコミュニティで共有する形であるため，利用者は自分たちに基本的に提供された空間を提供し，合意した空間を作り，その空間の中に著作物が存在するようにする．OSPはこれらの空間にある著作物を検索し，伝送可能なプログラムを提供し，ユーザーが使用することができるようにする．

3.2.5. 複合型OSP

右から言及した類型のOSPは単一の形態として存在することもできるが，実際にはこれらの機能を複合構成し，ひとつのサービスとして提供している．以下では，利益提供型と課金型とを結合し運営する基本複合型や利益提供型，課金型，プログラム提供型をひとつのサービスとして提供する多重複合型サービスについてみることにする．

(1) 基本複合型（利益提供型＋課金型）

基本的にアップロードするものには利益を，ダウンロードする者には一定の負担を負わせるのがこの類型の特徴であるといえる．即ち，アップロードした者は自分が合法的あるいは不法的に獲得した著作物をアップロードし，他人がダウンロードできるようにした仕事に対する一定の利益を享受する反面，ダウンロードしようとする者は自分のほしい著作物を獲得するために費用を支払うことにより，両者の間の欲求は充足する．

このようなサービスのために必要な3つの条件は，著作物をアップロードする甲，費用を支払いながらもダウンロードしようとする乙，これらを中継することにより収益を創出しようとするOSPである丙の存在である．この3つの条件を満足すれば，これらを基本複合型といえるだろう．

(2) 多重複合型（利益提供型＋課金型＋プログラム提供型）

上に掲げた利益提供型と課金型，プログラム提供型OSPが一緒に共存する形のサービスである．言い換えれば，甲がAという著作物をアップロードしたら，乙は一定の費用の支払いで獲得したポイントを利用して甲が保有しているAという著作物をダウンロードするようになる．そこで，甲と乙とをつなげる媒介である丙が提供したプログラムを活用しAという著作物を検索し，当該プログラムのダウンロード機能を活用して獲得するようになる．すると，乙のA著作物のダウンロードは乙のポイントを減少させ，減少されたポイントの一部は甲に積み立てられる[9]．

このような多重複合型により，甲はさらにたくさんのポイントの確保という利益を得るし，乙は必要な著作物のダウンロード，丙は取引場所の提供したことに対する利益を得ることになる．

多重複合型と基本複合型との最も大きい違いは，検索して伝送可能なプログラムを提供してくれるのかの可否である．即ち，単なるダウンロードエージェントの運営ではない当該プログラムから他人の著作物等を検索し伝送機能を提供するとともに，ダウンロードを可能にするというものなら，それは多重複合型であるといえるだろう．

実際，アップロードする行為に恩恵をこうむらせ，ダウンロードしようとする者には必要な著作物の検索機能を提供し，ダウンロードを可能にする，といった過程の中で双方の利害を適切に調整するビジネス構造は，ウェブハードの様なサービスの提供に活用されている．

4．著作権法上OSPの責任及び制限

他人の権利を侵害した者はその侵害に対して責任を負うのが理屈である．ところが，ネット環境になると，著作権侵害は多数のユーザーにより同時多発的に，広範囲にわたってかけて起こるという特徴がある．しかも，このような著作権侵害者らは無資力の場合が多く，侵害に対する適切な補償が不可能である場合が多い．このような権利保護の困難惑を解決するため，OSPの責任が問題となり，OSPの責任問題が初めて議論されたのは2000年7月情報通信網利用促進等に関する法律を改正するための公聴会にて情報通信部が初めて公開した公聴会案であった．案の第53条情報通信サービス提供者の責任においては，情報通信サービス提供者は基本的に自分が提供した情報について責任を負い，他人の情報の場合は当該情報の内容を知っていて，当該情報の提供または流通を防止することが技術的に可能であり，それが期待された場合に限って責任を負わせることを内容としている．また，単なる接続提供サービスだけの場合には責任を負わないこととした．しかし，当該規定は立法予告後削除された．その後，文化観光部2001年4月著作権法改正案においてはOSP責任免除に関する条項が加えられ，当該改正案は2003年5月27日，「他人が著作物またはプログラムを情報通信網を通じて複製または伝送できるようにするサービスを提供する者」という規定となった．

4.1．OSPの責任論

OSPの責任は，米国の判例を通じて認められるに至った．Playboy Enterprise, Inc. v. Frena事件[10]においては，OSPに直接責任を認めたが，その後Netcom事件[11]をきっかけに寄与責任を認めるようになった．そして，後を継いだNapster事件等では直接侵害者以外の第3者が著作権侵害の責任を負うことに関し寄与責任と代位責任という間接責任論理を適用し，ユーザーの行為に対してのOSPの著作権侵害が問われた[12]．しかし，韓国においては著作権法上OSPに責任を負わせるための規定がなく，それを適用するには無理があった．

4.1.1．責任肯定論

インターネット上の著作権侵害を救済するため，直接侵害者である数十，数百人を相手取って訴訟を起こすには，彼らに対する情報を収集しなければならないため，一々訴訟を提起すること自体が不可能である．そこで，著作権を侵害したユーザーではないサービス提供者に権利侵害の責任を負わせたら，当然多数ではない相手を対象として訴訟するわけになるので，当該サービス提供者を探すのが実際侵害者を探すよりは遥かに容易である．それ故，OSPを対象として著作権侵害に対する訴訟を起こすことができれば，たやすく著作権者の権利を救済することができるという，訴訟経済的側面でのメリットがある．

また，著作権侵害に対し，その侵害者をすべて探し出したとして著作権者の権利救済ができるとはいえない．その侵害者が，万が一就学前の児童であるか，小中高校の学生であれば，侵害に対する弁済能力がなく著作権者への権利救済は不可能である．そうなると，侵害者を相手相手取って提訴するために投資した時間や費用は無駄になってしまうのだ．そのため，弁済能力が十分なサービス提供者に責任を負わせようとしているのである．

4.1.2．責任否定論

OSPに責任を負わせるのを否定する見解を探ってみると，その根拠として，①不法な的行為だけでなく，OSPが媒介する適法な行為も責任の対象になってしまう，②P2Pのような技術が情報交換からもたらすメリットを失なわせる，③供給者に監視を要求する結果になってしまい，あまりいい方法ではない，④供給者は責任を免除するため侵害行為を阻止することにかかった費用をユーザーへ無差別に転嫁していまう，⑤究極的に革新的技術の導入を遅延させる，⑥OSPは伝送される情報が侵害に当たるかということを裁判所が判断を下すまではわかりにくい，という理由が上げられている[13]．

4.2．OSPの義務と責任制限

著作権法は一定の場合，OSPの責任を制限するとの規定を設けている．即ち，OSPが著作物等の

複製・伝送に関したサービスを提供することに関連し，他人による著作物等の複製・伝送によりその著作権その他この法律により保護される権利が侵害されるという事実を知り，当該複製・伝送を防止または中断させた場合には他人による著作権その他この法律により保護される権利の侵害に関するOSPの責任を減軽または免除することができる[14].

ここで,「他人による著作権等の侵害事実を知り」といっているが，知るようになったきっかけまたは原因については法文上言及されていない．沿革を見ると，2002年改正案に「不法複製または伝送を認識してきた過程を聞かず，自ら認識した場合であっても，権利者等の権利侵害の事実の告示等によりその事実を認識し即時中断したのなら，その責任が減軽または免除される」とされた．したがって，方法いかんは問わずとしたのである[15]．ここの「即時」は現在の著作権法103条第2項に，従来法の「遅滞無く」を，2006年改正をもって修正したのであり，概念的に時間的即時性がさらに強調されたものであろう[16].

そして，OSPが著作物等の複製・伝送に関連されたサービスを提供するのと他人による著作物等の複製・伝送によりその著作権その他この法律に従ってこの法律により保護される権利が侵害されるという事実を知り，当該複製・伝送を防止または中断させようとしたが，技術的に不可能な場合には他人による著作権その他この法律により保護される権利の侵害に関するOSPの責任は免除される[17].

OSPはインターネット通信網を通して正当な権限のない他人の著作物の伝送を可能にする場を提供しているため，OSPに対して複製，伝送の中断や公知について義務付けられている[18].

OSPのサービスを利用した著作物等の複製・伝送により著作権その他この法律により保護される自分の権利が侵害されていることを主張する者（以下，権利主張者）はその事実を疎明し，OSPにその著作物等の複製・伝送を中断するよう要求することができるが，その時OSPは即時その著作物等の複製伝送を中断し，当該著作物等を当該複製・伝送する者（以下，複製・伝送者）及び権利主張者にその事実を通報しなければならない[19].

この場合，通報を受けた複製・伝送者が自分自身の複製・伝送が正当な権利に基づいたものであるということを疎明し，その複製・伝送の再開を要求する場合，OSPは再開要求事実及び再開予定日を権利主張者へ遅滞なく通報し，その予定日に複製・伝送を再開しなければならない[20].

また，OSPは右のような複製・伝送の中断及びその再開の要求を受ける者（以下，受領人）を指定し，自分の設備またはサービスを利用する者が容易く知ることができるように公知しなければならないし[21]，著作権法第103条第4項の規定による公知をし同条第2項及び第3項の規定によりその著作物等の複製・伝送を中断したり再開した場合には，他人による著作権その他この法律により保護される権利の侵害に対するOSPの責任及び複製・伝送者に生じる損害に対するOSPの責任を減軽または免除することができる．ただ，この規定はOSPが他人による著作物等の複製・伝送によって，その著作権その他この法律により保護される権利が侵害されるという事実を知った時から中断を要求する前まで発生した責任には適用しない[22].

一方，正当な権利な無しに著作権法第103条第1項の規定によるその著作物等の複製・伝送の中断か再開を要求する者は，それにより生じる損害を賠償しなければならないし，第1項ないし第4項の規定による疎明，中断，通報，複製・伝送の再開，受領人の指定及び公知等に関して必要な事項は大統領令として定める．この場合文化観光部長官は関係中央行政機関の長と前もって協議しなければならない[23].

4.3．OSPの責任減軽または免除

OSPが著作物等の複製・伝送と関連したサービスを提供することに関して，他人による著作物等の複製・伝送によりその著作権その他著作権法により保護される権利が侵害される事実を知り，当該複製・伝送を防止または中断する場合には，他人による著作権その他著作権法により保護される権利の侵害に関するOSPの責任を減軽または免除することができる[24]．この場合，権利が侵害された事実を知った場合は，OSPが自ら知るようになった場合以外にも，権利者による要求があった場合として考え

られる[25].

また，OSPが著作物等の複製・伝送に関するサービスを提供することに関して，他人による著作物等の複製・伝送によりその著作権その他著作権法により保護される権利が侵害されるとの事実を知り当該複製・伝送を防止または中断しようとしたが，技術的に不可能な場合にはその他人による著作権その他この法律により保護される権利の侵害に関するOSPの責任は免除される[26].

4.4. OSP関連規定の特徴

OSP関連規定は，第一に，この規定に適用されるOSPの範囲を，営利を目的とする者だけで開く，非営利目的の公用及び個人的利用を行う者も含むという特徴がある．第二に，権利者の要請がない場合であっても要件さえ満足すれば責任が減免されることとした．第三に，被害者救済のための権利疎明及び異議申立手続き等を比較的詳細に規定しているという特徴がある．

OSPが権利侵害の事実を知り得た場合，即ち過失の場合には何の言及もなく，任意的減免事由により，まだ責任の限界が明確ではない点，OSPの具体的な類型の考慮なしに，コンテンツ提供者（CP : content provider），ホスティング提供者（HP : hosting provider），接続提供者（AP : access provider）の責任要件と効果を一律的に規定している点，最初侵害主張の通知やこれに対応した再開要求だけを規定し，再開要求事実を通報された侵害主張者が再開を防ぐ法的手続きを規定していない等の問題を持っていた[27]．このような問題についての認識にもとづいて，発達しているOSP類形に対応することができるように特殊類型OSPに関する規定を導入したと考えられる．

4.5. OSP直接侵害とユーザー侵害によるOSPの責任

4.5.1. OSPの直接侵害による責任

OSPがサービスを提供することにより著作権侵害になると，OSPはその侵害について責任を負うべきであろう．即ち，他人の著作物を利用許諾なしに自分のサーバー上に複製した後ユーザーへ提供するサービスをしていたのなら，OSPは複製権及び伝送権侵害の責任を負わなければならない．それは，既存の法解釈で十分説明することはできただろう．

ところが，ウェブ基盤の著作物サービスを行うOSPの中で，ストリミングという技術を使う場合には，法適用の問題が生じてしまう．ストリミング技術は既存の複製とはまた違う概念の技術であるためである．この技術は著作物を利用する者のコンピューターの中に一部保存された状態で再生され，再生が終わった部分は消滅することにより，ユーザーのコンピューターに残らないというのである．これは，特にアメリカにおいての複製の概念からみると，固定に該当する部分がないため，解釈上の問題があった．

韓国においても，ストリミングサービスは複製というよりは放送に近いため，このような概念の中に包摂すべきかについての議論もあった．しかし，2000年著作権法改正の時，伝送と放送の区別の基準として同時性という概念が追加され，区別が明確になった．

しかし，2000年の改正著作権法に追加された伝送権は著作権者の権利であり，著作隣接権者の権利ではなかった．そのため，インターネットにおいての著作隣接権者の保護は空白が生じてしまう．このような理由から著作隣接権者の権利を保護するためには，また伝送権ではない複製権，放送権あるいは配布権等による判決を待つ他なかった．伝送の概念が法律の中に存在するため，伝送以前の行為から発生した複製権等の侵害を理由に侵害を構成するしかなかった．その後，このような問題を解決するため，2004年に著作隣接権者にも伝送権を付与するに至った．

結論的に，このような法的解決が可能なのは，OSPが著作物を自らサービスする場合か，あるいは著作物の流通に大きく関与する場合であろう．

しかし，ソリバダ1以降，他のバージョンであるか，ウェブを基盤としていない新技術を利用した場合においては，OSPが著作権の侵害に関与する程度が微弱で，利用者の直接責任を前提としないで，OSPに責任を負わせるのが果たして妥当であるか

という疑問は残る．

4.5.2．利用者の著作権侵害に対するOSPの責任

OSPを媒介として著作物が容易く複製され公衆の送信が可能になり，OSPは直接著作権侵害行為をしてはいないけれど，個別利用者に対する損害賠償は充分ではなくそれを媒介した者にもある程度責任があるため，ユーザーの著作権侵害に対するOSPの責任が問題となる[28]．このようなOSPの責任に対する議論は特にP2Pサービスを中心に争いが多かったが，判例が蓄積されている．

P2P方式のデータ伝送による著作物の流通は既存著作権法の保護範囲を検討させた．即ち，このような技術による著作物の流通にOSPが関与する余地をほぼなくしたため，著作権侵害責任から離れるかのように思われた．P2Pにかかわる技術が発達すればするほど，そのような現象は著しく現れた．

このようなP2P方式は連結方法によっては，中央サーバーが介入する形と，中央サーバーを持たない形とに分けられる．後者はまた，ユーザーのコンピュータからネットワーク上のすべてのコンピュータへ検索要請を発送したら，各コンピュータの内部からファイルを検索し，最初検索を要請した使用者へその結果を伝送する方法と，ネット上に処理速度等の技術的側面で優越な性能を持った一部使用者らのコンピュータがスーパーノド（一種のサーバー）になり，ユーザーが一番アクセスしやすいスーパーノドにてファイルを検索しその結果を提供する方法である．

第一のサーバー型に該当するのがナップスターで，第二のサーバー型はアメリカのストリムキャスト（Streamcast）社が採択したGnutella方式で，最後のサーバー型がオランダのKaZaaが採択したファストトラック（Fasttrack）方式である．

アメリかのナップスターは，裁判所により著作権侵害に基づいたサイトの運営中断命令[29]を下された反面，2002年3月オランダの裁判所は自国のファイル交換システムであるKaZaaサービスについて著作権侵害の責任はないとの判決を下した[30]．しかし，日本ではファイルログを提供してはならない旨の命令をうけていたし[31]，その後，韓国でもソリバダ事件の仮処分命令が下され，サービスを中断するに至った．

仮処分決定以降，ソリバダ側は技術開発に取り組んで，次第にバージョンをアップグレードしながらいまだにサービスを継続している．ソリバダを以上の基準に従い説明すると，ソリバダ1[32]はナップスターのようにサーバーを通してユーザーの情報を活用するサーバー型であるといえるし，ソリバダ2からは，スパーピアーといい，第3番目の形を取っている．それに基づいて発展されたのが，ソリバダ3以降，ソリバダ5[33]を辿り着いて現在のソリバダ6に至っった．しかし，Grokster ケース[34]においては，中央サーバー自体が存在しないか，ユーザー間のファイル交換行為にサーバーが全く関与しないことにより，ユーザーの間でのファイル交換行為を統制できなくなるのに比べ，ソリバダ3[35]の場合には，中央サーバーから検索する等ソリバダが主管する一定の過程を経てダウンロードが可能で，音楽ポイント制度の運用，整列機能，ファイル共有情報を交換するチャット機能等，ファイルダウンロードを促進する多様な機能を提供しているという点にその違いがある[36]．

このような違いから，ソリバダ3事件においては，幇助責任を認めるためサービスに対する分析に重点をおいた反面，Grokster判決では中央サーバー統制がなかったので従来の寄与責任か代位責任の法理を適用する際，ソニー判決[37]の免責を認めるしかないという立場であった[38]．しかし，連邦最高裁判所では，いわゆる誘引理論を適用し，中央サーバーの統制が不可能な場合であっても，ソフトウェアーの配布者が著作権侵害の意図があり，それを誘引する行為があれば，ソニーの免責を適用できないと判旨した[39]．著作権侵害を助長する目的をもってある装置を配布した者はその装置の利用結果発生した第3者による著作権侵害行為について責任があるという趣旨を説明しているのは，P2P方式自体に対する不法性よりは，当該プログラムの開発者の目的であるという新たな判断対象に焦点を置いたことと考えられる．その理由は，新たな技術について既存の寄与責任と代位責任を適用し，それだけで権利救済することが容易ではなかったためである[40]．

ネット上で著作権侵害についてのOSPの責任は

益々強化していくと思う．しかし，著作権侵害に直接関与していないOSPに過度なる責任を負わせることも適切ではないように思う．それ故，一定の条件を満足する場合，当該OSPに責任を免除する立法形態が望ましいと思われる．

今後はOSPに対する免責を論ずる際にも，その基準を細分化する必要があるのではないかと思う．即ち，OSPを一定の類型に細分化した後，当該OSPに適切な責任の免責要件を明確にし，その規定によりOSPが安心してビジネスができる基盤を構築すべきだと考える．

このような分類基準は，韓・米FTAや改正著作権法案の区分等を参照することができる．

5．特殊類型OSPの責任

既存の著作物は，一般掲示板かOSPの運営するウェブを通して流通されていたため，一般OSPに対し義務づけることにより著作権保護を図っていたのだが，このようなOSPの役割をなしにしても著作物が流通され得る技術の開発と当該サービスの利用は著作権保護において新たな局面を開いた．このように新しいOSPに対する適切な法的統制のため特殊類型のOSPに対する規定を設けるようになった．

著作権法は第104条に特殊類型のOSPについて記述しているが，それをみると，次のようである．即ち，他人同士相互間にコンピュータ等を利用して著作物等を伝送することを主な目的とするOSPは権利者の要請がある場合，当該著作物等の不法的な伝送を遮断する技術的措置等必要な措置をとらなければならない[41]．万一，特殊類型のOSPが技術的措置をしなかった場合には，3,000万ウォン以下の過怠料に処するとされている[42]．

以上の内容は，改正案が提出される当時には必要な措置を義務化し，サービス提供者が当該サービスが不法であることを知りながら，接近するように設備またはサービスを提供する場合には権利を侵害したこととみなすという比較的強力な規定であったが，国会の審議過程の中で現在のような緩和した形に変わった．また，右の規定に関する解説に夜と，P2Pサービス業者を念頭に入れておいたものであるといっており[43]，当初の案の中には複製及び伝送としたのを複製が含まれると，電子メールまでを包含するのではないかとい議論により複製は削除されたし，リンクサービスを提供する新種事業の発生により，それまでを規制しようとしたが，既存のポータルのリンクを含める内容になり該当部分も削除したとされる[44]．

ところが，このような条文自体の存在に対し，①世界的IT強国の場合も，特別特殊類形のP2Pについて別途規定を設けていないのにそれを区分して規定する実益はあるのか，②P2Pの形を問わず，既存のOSPのカテゴリに含ませてOSPの責任を負わせている状況の中で区別の実益があるのか，③不法伝送に対する技術措置義務の違反の場合，過怠料を付加しているが，それが権利保護のために適切な方法なのか，という問題を提起する意見もあった[45]．

5.1．特殊類型OSPが取るべき技術的保護措置

5.1.1．権利者の疎明による措置

著作権法施行令第45条は，権利者が当該著作物等の不法的伝送を遮断する技術的措置等，必要な措置を要請しようとすると，文化観光部令に定める要請書（電子文書からなる要請書を含む）に権利者であることを疎明できる資料として，①自分がその著作物等の権利者と表示された著作権等の登録証の写しまたはそれに相当する資料，②自分の姓名等か異名として広く知られたのが表示されている著作物等の写しまたはそれに相当する資料と遮断を要請する著作物等を認識することのできる著作物の題号，それに相当する文字か符号もしくは複製物等の資料（電子文書を含む）を添付して特殊な類型のOSPに提出しなければならない．ただ，権利者が著作権信託管理業者であるかここ1年以内に反復的な侵害行為に対し権利者であることを疎明する資料をすでに提出した事実がある場合には，第1号の資料を提出しないことができると規定している．

5.1.2．技術的保護措置の義務

著作権法施行令第46条は著作権法第104条の不法的な伝送を遮断する技術的措置等を必要な措置を規定している．即ち，OSPは①著作物等の題号等と

特徴を比較して著作物等を認識することのできる技術的な措置，②①により認知した著作物等の不法的な送信を遮断するための検索制限措置及び送信制限措置，③当該著作物等の不法的な伝送者を確認できる場合には，その著作物等の伝送者へ著作権侵害禁止等を要請する警告文句の発送等の措置をしなければならない[46]．このような措置は権利者が要請すれば，直ちに移行しなければならない[47]．

このような措置を取り，不法的な著作物を事前に遮断する技術的措置等，必要な措置をすることにより，ユーザーを保護し，善意の被害者が発生しないようにするという趣旨をもっている[48]．

が，このような技術的措置の義務化に従う措置の水準や取り方は，OSPがどんな事業モデルを採択するかと密接に関係している問題だし，技術的措置自体が大事なインターネット技術として莫大な投資の対象であり，大きい市場を形成する技術であるため，文化体育観光部が一方的に技術的措置の水準か方法を具体的に命じたり，干渉してはならないという見解[49,50]がある．

5.2．義務違反者に対する過怠料賦課の細則

文化観光部は，著作権法142条及び同法施行令第77条の規定に拠り，過怠料処分対象者に対する過怠料賦課手続きと基準を定めるため，著作権法上義務違反者に対する過怠料賦課細則[51]を設けた．この細則の主な内容は，①過怠料を賦課する前，配達証明郵便により当該過怠料処分対象者へ意見陳述の機会を付与し，②意見の陳述は口述，書面または情報通信網を通ってすることができるし，過怠料処分対象者へ10日以上の期間を付与し，③過怠料賦課基準は別表基準に従うようにして，違反行為は軽微な場合や重大な場合等は過怠料金額の2分の1まで軽減または加重することができるとした．そして，④過怠料賦課に不服する者は，処分の告知をもらった日から30日以内に異議を提起することが可能であるし，文化観光部長官は早速その事実を管轄裁判所に通報し，非訟事件手続法により裁判所が裁判するようにしたとされる．

過怠料は上記基準に従い，音楽，映画，放送，語文著作物，ゲーム，その他著作物等，6つの分類に

著作権法第104条の義務違反者に対する過怠料を賦課する基準

（単位：万ウォン）

未遮断率（ダウンロード基準）	賦課金
5％以下	行政指導
6％～15％	300
16％～30％	700
31％～45％	1,000
46％～60％	1,500
61％～75％	2,000
76％以上	2,500

より各々賦課することを原則としており，過怠料賦課時に違反行為が2つ以上の分類に該当する場合は重な過怠料を賦課するが，その金額の2分の1まで加重することができる（ただ，加重した場合にも，過怠料の総額は3,000万ウォンを超えることはできない）．また，過怠料賦課処分の時点から2カ月以降の同一分類内の違反行為に対しては，別件扱いして過怠料を賦課することができるし，賦課金は違反行為者の事業規模，違反のきっかけ・程度，社会・経済的波及効果等を考慮し加減することができる．

6．終わりに

著作権法は権利者に排他的権利を付与し，創作した者が権利をもつようにし，それをむやみに侵害してはならなくすることにより，創作に対する誘引策を提供している．しかし，権利の強力な保護だけがあるとして，文化の向上発展という目的を達成することは難しいだろう．

このような理屈は，技術が発展したとして変わるものではなく，もっと確固に守らなければならない原理であると思われる．即ち，侵害が頻繁に起こるインターネット環境にて適切な権利者を保護し，利用者は便利で合法的に著作物を活用することのできる環境が造成されるべきであるという趣旨である．

しかし，現在のインターネット環境は著作権者の権利保護のため強化された法が適用される反面，ほぼすべてのOSPを通って流通される著作物が不法に伝達されており，これを利用する利用者まで不法を犯してしますという事態に直面している．こうなると，著作権者は自分の権利を適切に保護されにく

いし，利用者は犯罪者になるという笑うことのできない状況に処しているのである．

このような問題の解決策として，OSPに著作権侵害に対して，責任を賦課し，絶えず取締りを強化する等著作権保護のための努力が増えている．しかし，このような規制一辺倒の著作権保護政策を強行する際，OSPへ過度なる責任を賦課することにより，インターネット産業自体の瓦解と低下[52]をもたらす可能性があるから，このような問題点を最小限にする方策を準備する必要があるだろう．

要するに，現在のOSPは他人の著作物を活用し自分の収益を創出している．侵害がなければ，著作権者が享受できたであろう利益をOSPがもつという形状になってしまったようである．そこで，著作権者は自分の権利を確保するため大きい費用と努力を注いでいるのである．結局，このような問題に対する解決策は，おそらく著作権者の人格的権利を侵害しない限り，OSPと適切に収益配分するのが両者の間での解決の糸口ではないかと考えられる．

言い換えれば，OSPは，著作者の権利がどのくらい取引され利用されたのかを正確に計算し，それを金額に換算した後権利者へ適切に配分するシステムを設け，それに基づいて権利者と利用許諾の合意をするよう導かねばならないということである．これが容易でなければ，利用許諾等の基礎となる基準は両当事者が適切に調律できるだろうし，国家や団体が適切な基準を作り上げ，それに基づいて合意を誘導することも図るべきである．

注

1 しかし，このような概念は各国ごとに違って，同一の国家においても同一の概念とすることはできない．
2 尹宣熙，著作権保護技術現状及び紛争事例，グローバル著作権フォーラム，文化体育観光部，2008，p. 138.
3 情報通信網利用促進及び情報保護等に関する法律第２条第１項第１号の情報通信網は電気通信基本法第２条第２号の規定による電気通信をするための機械・器具・線路その他電気通信に必要な電気通信設備（電気通信をするための機械・器具・線路その他電気通信に必要な設備）を利用または電気通信設備とコンピュータ及びコンピュータの利用技術を活用して情報を収集・加工・貯蔵・検索・送信もしくは受信する情報通信体系をいう．
4 著作権法第２条第30号．
5 告示第2007−24号として，2007年７月６日に告示され，付則により告示と同時に施行された．
6 著作権保護センター，サイバー空間での著作権侵害の規律現況，2007. 11，p. 4.
7 以下においては，便宜上告示に提示された各類型に対して，利益提供型，課金型，P2P型，プログラム提供型，複合型，等の名称をつけることにする．
8 P2Pは個人PCと個人PCが連結され直接ファイル等をやり取りすることのできるネットワークを意味する．これは，伝統的なコンテンツサービスのサーバー・クライアントモデルと対照されるといえる（Kim, Dong-Gyun，文化の向上発展のための著作権保護技術研究，グローバル著作権保護フォーラム，文化体育観光部，2008，p. 6）．P2P技術を活用した代表的なサービスとしてはソリバダ，プルナ等がある．
9 もちろん，乙の減少分より甲の増加分は少ないし，このときの差額はOSPの収益になる．
10 839 F Supp. 1552（M. D. Fla. 1993）.
11 Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication Service, Inc., 923 F. Supp. 1231（N. D. Cal. 1885）.
12 Cho，Yong-Sun，文化コンテンツの政策・流通・利用に関する法・制度研究，博士学位論文，漢陽大学校，2008，p. 195.
13 Park，Jun-Seok，インターネットサービス提供者の責任，博英社，2006，p. 28.
14 著作権法第102条第１項.
15 Huh，Hee-sung，新著作権法逐条概説（下），明文フリカム，2007，p. 488.
16 文化観光部，改正著作権法ギラザビ，2006. 12，p. 47.
17 著作権法第102条第２項.
18 尹宣熙，知的財産権法 第９訂版，世昌出版社，2007，p. 462.
19 著作権法第103条第１項，第２項.
20 著作権法第103条第３項.
21 著作権法第103第４項.
22 著作権法第103条第５項.
23 著作権法第103条第６項，第７項.
24 著作権法第102条第１項.
25 Huh，Hee-Sung，p. 488.
26 著作権法第102条第２項.
27 Kim，San-Hyun，利用者の不法行為に対するオンラインサービス提供者の民事責任，法学研究第27輯，2007，pp. 552−553.
28 尹宣熙，情報通信社会においてのインターネットサービス運営者に対する考察，インターネット法律（通巻11号），法務部，2002，p. 65.
29 A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 114F. supp. 2d 896（N. D. Cal. 200）, A&M Records, Inc. v. Napster, Inc., 239F. Supp. 3d 1004（9th Cir. 2001）.
30 Buma & Sterma v. KaZaa, Amsterdam Court of Appeal, 28 Mar 2002., Vereniging Buma, Stichting Stemra v. KaZaA BV, Supreme Court of the Netherlands, The Hague, Case No. C02/186HR, 19 Dec 2003（2004 E. C. D. R. 16の英訳を参考）.
31 東京地方裁判所，平成14（ヨ）22011号，平成14. 4. 9，東京高等裁判所，平成16（ネ）405号，平成17. 3. 31.
32 ソリバダ１は仮処分事件（水原城南地院仮処分決定2002. 7. 9. 宣告2002・・77，水原城南地院仮処分異議2003. 2. 14. 宣告2002・・284，ソウル高等法院仮処分異議2005. 1. 12. 宣告2003・21140，大法院2007. 1. 25. 宣告 2005・11626），損害賠償事件（水原地方法院2003. 10. 24. 宣告2003・・857，ソウル高等法院2005. 1. 25. 宣告2003・80798），刑事事件（ソウル刑事地方法院2003. 5. 15. 宣告2001・・8336，ソウル中央地方法院2005. 1. 12. 宣告2003・4296，大法院2007. 12. 14. 宣告2005・872）と分かれて，法的攻防が広げられた．
33 ソウル中央地方法院2006. 8. 22.・2006・・1535決定，ソウル高等法院2007. 10. 10.・2006・1245決定.
34 Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 259 F. Supp. 2d 1029（25. Apr 2003）, Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd. 380 F.3d 1154（9th Cir, 19 Aug 2004）, Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd., 125 S. Ct2764（U. S. 27 Jun 2005）.
35 ソウル中央地方法院仮処分決定2005. 8. 29. 宣告2004・・3491，2005. 10. 26.・2005・・3179仮処分異議決定.
36 Seo，hyun-Je，オンライン環境においての音楽著作物の保護と強制許諾，法学論文集第30号第１号，中央大学校2006，p. 330.
37 Sony Corp. Amer. v. Universal City Studios, Inc., 464 U. S. 417（1984）.
38 Lee，Dae-Hee，ソリバダ３仮処分決定分析，季刊著作権，2005冬号，p. 74.
39 Seo，hyun-Je，pp. 331−332.
40 Lee，Sung-Woo，P2Pサービス提供者の不法行為責任に対する判例

分析，慶星大学校，慶星法学第15集，2006，p. 17.
41 著作権法第104条第1項.
42 著作権法第142条第1項.
43 尹宣熙，知的財産権法　第9訂版，世昌出版社，2007，p. 464.
44 Huh，Hee-Sung，pp. 498–499.
45 Huh，Hee-Sung，pp. 499–501.
46 著作権法施行令第46条第1項.
47 著作権法施行令第46 条第2項.
48 文化観光部，改正著作権法，2006. 12, p. 51.
49 Jung，Sang-Jo_Park，Jun-Seok，OSPの技術的措置に関する義務（ソリバダ事件を中心に），Law&Technology（第4巻第1号），ソウル大学校技術と法センター，2008，p. 6.
50 Cho, Yong-Sun，p. 309.
51 文化観光部訓令第191号.
52 過度な統制はインターネット産業の瓦解をもたらし得るとの意見がある（Baek，Yun-Cheol，ソリバダとオンラインサービス事業者の法的責任，韓国スポーツエンターテインメント法学会，2006，p. 64）.