HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	著作権間接侵害における帰責方策の構成 : 日中比較の視点から
Author(s)	顧, 昕
Citation	北海道大学. 博士(法学) 甲第11929号
Issue Date	2015-06-30
DOI	10.14943/doctoral.k11929
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/62773
Type	theses (doctoral)
File Information	GU_XIN.pdf

Instructions for use

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

北海道大学法学研究科

博士論文

テーマ

著作権間接侵害における帰責方策の構成

ー日中比較の視点から

博士課程　　４　年

学籍番号　　１５１１５００１

名前　　顧　　昕

指導教官　　田　村　善　之

サイン

２０１５年　３月

目 次

第一章 序 説

第一節 問題の所在

第二節 本文の目的及び構成

第二章 中国法の下で共同不法行為方策の構成及び判断基準

第一節 立法規定

一、「情報ネットワーク送信権」の立法経緯

二、「情報ネットワーク送信権」の範囲をめぐる論争

三、「情報ネットワーク送信権」の適用規定

第二節 中国の裁判例における帰責方策

一、中国における裁判例

二、帰責方策の問題点

第三章 日本法の下で規範的主体論方策の構成及び判断基準

一、規範的な主体論方策の由来

(一)、手足論

(二)、カラオケ法理

二、 共同不法行為方策への試み

(一)、侵害装置を販売・リースする事件

（二）、共同不法行為にしても差止請求を認容事件
（三）、著作権法 112 条 1 項の類推解釈によって、差止請求を認容事件
三、規範的な主体論の新戦場（人的関係からシステム提供型へ）
（一）、システム提供型へ転換するはじめての裁判例
（二）、カラオケ法理の拡大適用と変容
（三）、カラオケ法理の適用を否定する判断基準を提示する裁判例
（四）、最判の「総合考慮法理」
（五）、自炊代行に関わる事件
四、規範的な主体論欠点の克服
——プロバイダ責任法の運用
結語

第一章　序　説

第一節 問題の所在

複製技術の発展に伴い、デジタル技術によって複製されたコンテンツ商品がインターネットを通じて、世界各地のユーザーに瞬時に送信することができるようになった。この変化はネットワーク上のコンテンツ産業を興隆させ、著作権者に膨大な利益をもたらす同時に、著作権侵害行為も容易したため、サービス提供者としてのプロバイダー等サービス提供者の行為を介した侵害行為が頻繁に生じるようになった。

侵害品をインターネットにアップロードするユーザーは疑いもなく著作権の直接侵害として構成されうるが、その作品を保存する空間を提供し、あるいはその作品を便利に検索できるシステムを提供するプロバイダー[1]についても、ユーザーと同様に著作権侵害を構成すべきなのだろうか。

一方で、プロバイダーはインターネットにおけるすべての作品の違法性を判断する能力を有していない。さらに自分のウェブサイトに保存している作品を監視できない例も少なくない。したがって、違法作品がプロバイダーのサーバーを経由しただけで、侵害責任と損害賠償責任を負わせることはプロバイダーにとって過酷だと言えるだろう。他方で、プロバイダーに何か防止装置を取る義務を課さず、侵害品の存在を放置したら、権利者に利益を還流させるシステムが崩壊してしまうおそれがある。したがって、プロバイダーと権利者の利益のバランスの均衡点を探索する必要があると思われる。さらに、潜伏状態となっている利用者利益も含めて考えれば、権利者・プロバイダー等のサービス提供者・利用者という三者の間にバランスを取った立法・司法が望ましい。

北京理工大学の曲三強先生は北海道大学法学研究科の知的財産法研究会[2]で以下の根本的な質問を指摘した：著作権間接侵害事件において侵害の有無の判断を下す際に、中国の裁判例では間接関与者の主観的な「過失」要素を考慮することは常態となっているが、これに対して、日本では主観的な「過失」要素を考慮しない原因は何でしょうか。

この問題に答えるために、まず日中両国の法制度の差異を比較してその原因を明確させる必要がある。

日本法では差止責任と損害賠償責任が截然と分けている法制度を取っている。日本の裁判例において共同不法行為によって間接関与者の責任を追及する試みをしたことがあるが、差止不能のことが問題となる[3]。この問題を解決するために、裁判例では規範的行為主体論（カラオケ法理や総合考慮法理）を持ち出した結果、間接関与者の主観的「過失」の有無を判断しないで関与行為を直接侵害行為に擬制させる帰責方策は裁判例の主流となる。もう一方、中国法の下で差止責任と損害賠償責任を分けて判断するわけではなく、民事責任として一括判断することが慣行である。アメリカ DMCA によって確立された「セ

[1] プロバイダはインターネットへの接続を提供する企業あるいは団体であって、正確にはインターネットサービスプロバイダと呼ばれる（Internet Service Provider）。

[2] 2014 年 9 月 25 日（木）に北海道大学経済学部大会議室（3F 301 号室）で曲三強先生は「中国における商標法の歴史、現状及び未来」というテーマでご報告された。

[3] 田村善之「著作権の間接侵害」知的財産法政策学研究 26 号（2010 年）36 頁。

ーフ・ハーバー」規則[4]を見本として参照した中国立法は共同不法行為で侵害責任を追及する仕組みとなっている。共同不法行為で関与者の責任を追及することが可能となるために、主観的な「過失」要素を加えて侵害の有無を判断しなければならない[5]。

では、著作権間接侵害問題において、日本とまったく違う帰責方策を採択している中国はどんな問題を有しているか。中国法の裁判例を整理した結果、ほぼの事件において「知るべき」要件という主観的な「過失」要件を手かけとして間接侵害責任を追及することが分かる。しかし、間接侵害責任を帰責方策としてこの問題を対応している中国法は以下の二つの問題が現れてくる。

① 差止問題。

間接関与者の主観的な「過失」が存在しなければ、間接関与者の関与行為に対して違法作品の取外し等の差止請求もできなくなる。侵害責任を肯定するために、「過失」要件が必要となる。その反面、「過失」要件が存在しない限り、間接関与者は侵害責任を負わなくて、侵害作品の取り外し等の差止請求にも服しない。

仮に権利者から権利侵害の「警告通知」を受けて、間接関与者の主観状況は「知らない」から「知っている」までに転換すれば、「過失」要件を満足したと見なせるので、差止不能の問題を起こさないが、そうではなく、権利者は間接関与者に通知しないままに、直接的に訴訟を提起する場合には、間接関与者が「過失」があると認定できない限り、侵害作品を取外し等の差止請求も受け入れなくなるだろう。

② 損害賠償問題。

たとえ合理的な期間内（たとえば 7 日以内）で間接関与者は侵害作品を削除しても、権利者に莫大な損害を与えた可能性も依然としてある。たとえば、上映中の映画作品は無断で動画共同投稿サイトにアップされて、権利者の通知によって 7 日ぐらいの「合理的な時間内で」間接関与者はこの映画作品を取り外しても、何日も誰でも閲覧できる状況となっている以上、言うまでもなく権利者に莫大な損害を与えたことは争いがないだろう。中国の現行不法行為法によると、「合理的な時間」を超えた以後に発生した損害はプロバイダー等の間接関与者に賠償責任を負担させるが、侵害作品が動画共同投稿サイトに出現する時点から侵害の通知を受けて侵害作品を削除するまでに生じた莫大な損害に関して、権利者にとってこの損害を請求する条文上の根拠はない。

この二つの問題を解決するあたって、まったく違う法制度を採択している日本を参照する価値は絶対的に低くないと思われる。何か有益な建言を受けられるかもしれないという考え方を以って日本法の考察に入る必要がある。

第二節　本文の目的及び構成

以上のような問題意識に立ちつつ、本論文は著作法間接侵害に関わる日中法律条文及び裁判例を対象として分析し、本論文の問題意識に即した新たな解釈的提案を提示することを目的とする。このことを、もっと詳細的に述べるならば次のとおりである。

１、侵害の有無を判断する際に、主観的な「過失」要素を重視して、共同不法行為で侵害責任を追及する仕組みとなっている中国法に関して、先述したように、「過失」が存在

[4]王遷「『情報ネットワーク伝播権保護条例』の“セーフ・ハーバー”の効力」知的財産法政策学研究 38 号 239 頁(2012 年)。

[5]王艳芳「『最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定』理解与适用」中国版権 2013 年 1 号 20 頁。

しない時に差止請求もできなくなること、および警告通知を受ける前の段階に生じた権利者の損失は請求できないことの問題を起こしている。この二つの問題を解消できる法解釈論を探索することは本論文の追及した課題の一つである。つまり、これまでの中国裁判例で「過失」という主観的な要素を侵害の構成要件として働いている現状はやや不適合と思われるから、共同不法行為で間接関与者の侵害責任を判断する際には、共同不法行為で侵害責任を追及する方策だけを運用することではなく、日本法のように間接関与者の主観的な「過失」要件を要らせず、間接関与者を直接侵害者と見なす方策も併用する仕組みを取ることが望む。

２、間接関与者の主観的「過失」の有無を判断しないで関与行為を直接侵害行為に擬制させる帰責方策は日本の裁判例の主流となっているが、適用範囲の模糊や利用者の私的利用自由まで浸食する恐れがあるという批判も数少なくなる[6]。したがって、日本法の関与行為を直接侵害行為というアプローチを参照する中国法は、そのままにカラオケ法理ないし総合考慮法理を移植すべきではく、一定の限定条件を加えたうえで受け入れるだろう。この限定条件を明確に提示することは本論文の追及したもう一つの課題と言えるだろう。

第二章　中国法の下で共同不法行為方策の構成及び判断基準

第一節　立法規定

日本の著作権法間接侵害事件の類型とやや異なり、中国の著作権間接侵害事件はほぼインターネットを介してプロバイダーに関わるので、以下ではプロバイダに関する立法規定をまず分析する。

インターネット等を用いたインタラクティブ送信の急速な発達により、「いつ、どこから、どこへ送信されたか」を把握することが困難となっている。また、パーソナルコンピュータを携帯電話などと接続して無線でインターネット接続を行う技術のように、情報伝達のための通信技術分野が急速な発展を見せている。このような状況に対応する必要があったため、２００１年の中国著作権法改正により、「情報ネットワーク送信権」が新設された。日本ではこの権利を詳しく紹介する文献が少ないので、本文は「情報ネットワーク送信権」を中心に中国のプロバイダに関する立法規定を網羅的に整理する。以下、まず「情報ネットワーク送信権」の立法経緯・適用範囲を整理する。

一、「情報ネットワーク送信権」の立法経緯

中国著作権法は 2001 年に改正され、その 10 条 1 項 12 号に、著作権財産権の一支分権として、「情報ネットワーク送信権」を新設し、「公衆が個別に選択した時間および場所においてこれにアクセスできるように、有線または無線の方式により公衆に著作物を提供す

[6] 田村善之・前掲注（３）37－38 頁、佐藤豊「著作物の適法利用のための手段提供の是非－ロクラクⅡ事件控訴審判決を題材に－」知的財産法政策学研究第 26 号（2010 年）第 87 頁、小泉直樹[判批]判例時報 2123 号 37 頁、奥邨弘司[判批]パテント 64 号（2011 年）92 頁、前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積－ロクラクⅡ・まねきTV 最高裁判決の検討を契機として－」パテント 64 号（2011 年）106 頁、岡村久道[判批]NBL959 号 76 頁等。

る権利」[7]と定義した。

この権利は著作権に関する世界知的所有権機関条約（WIPO 著作権条約)8 条に倣い制定したものである[8]。同条約８条では「文学的及び美術的著作物の著作者は、その著作物について、有線又は無線の方法による公衆への伝達（公衆のそれぞれが選択する場所及び時期において著作物の使用が可能となるような状態に当該著作物を置くことを含む。）を許諾する排他的権利を享有する。」[9]と規定されている。

WIPO 著作権条約の８条では、ユーザーの求めに応じて情報を提供するインタラクティブ送信方式と一斉送信型が公衆への伝達権に含まれている。それに対して、中国著作権法条文は「公衆が個別に選択した時間および場所においてこれにアクセスできるように…公衆に著作物を提供する」という表現を採用した。即ち、この条文の範囲はインタラクティブ方式によって公衆に著作物を提供することに止まり、一斉送信型の「有線送信」と「無線送信」の場合がこの条文から外されている。

日本との比較：

日本では平成９年改正により、放送権と有線放送権及び自動公衆送信権の上位概念として、公衆への送信のすべてを含む公衆送信権が設けられた[10]。したがって、中国の「情報ネットワーク送信権」に相当する権利は公衆送信権ではなく、自動公衆送信権ということになる。

しかし、両者は完全に対応関係にあるわけではなく、両者の権利主体に違いがみられる。中国の「情報ネットワーク送信権」は著作権者と著作隣接権者に平等に享有されているが、日本では著作権者だけが自動公衆送信権を享有しており、その権利は隣接権者には及ばず、著作隣接権者は送信可能化権(自動公衆送信権の前段）しか持っていない。日本の自動公衆送信権と中国の「情報ネットワーク送信権」を比較する際には、両方の権利主体の差異に留意すべきである。

二、「情報ネットワーク送信権」の範囲をめぐる論争

（一）一斉送信型の「有線送信」は「情報ネットワーク送信権」の範囲に属するか。

ユーザーの求めに応じて情報を提供するインタラクティブ送信方式は「情報ネットワーク送信権」に含まれており、また一斉送信型の「無線送信」は中国著作権法の 10 条 1 項 12 号の「広播権」[11]に属している。しかし、条文の文言から見れば、一斉送信型の「有線送信」はどちらの権利範囲にも属していない。

一斉送信型の「有線送信」はどの条文によって保護されるべきであるか。この問題をめぐっては二つ見解がある。一つ目の見解は、WIPO 著作権条約 8 条の本来の範囲を参照し、「情報ネットワーク送信権」の下でこの一斉送信型の「有線送信」方式を規律するという考えである。北京市第一中級人民法院が下した「宁波成功対北京時越」[12]判決はこの見解を体現していた。原告は「奮闘」というドラマの権利者であり、被告はインターネット

---

[7] CRIC 著作権情報センターの翻訳を参照。http://www.cric.or.jp/gaikoku/chaina/china_c2.html#1

[8] 胡康生主編『中華人民共和国著作権法釈義』法律出版社（２００２年）５６頁。

[9] CRIC 著作権情報センターの翻訳を参照。http://www.cric.or.jp/db/z/wch_index.html

[10] 加戸守行『著作権法逐条講義』(五訂版)社団法人著作権情報センター(２００６年）１８７頁。

[11]「広播権」は日本の放送事業者の権利と類似している、即ち、著作物を無線方式により公に放送しまたは送信し、または放送された著作物を有線送信し若しくは転送の方式により公衆に送信し、並びに拡声器または記号、音声および画像を伝達するその他の類似の手段を用いて放送された著作物を公衆に送信する権利。CRIC 著作権情報センターの翻訳を参照。
http://www.cric.or.jp/gaikoku/chaina/china_c2.html#1

[12] 参照：宁波成功多媒体通信有限公司诉北京时越网络技术有限公司、北京市第一中级人民法院民事判决书(2008)一中民终字第 5314 号(二審)。海淀区人民法院民事判决书(2008)海民初字第 4015 号(一審)。

を通じて、無断で３２話のドラマをすべてのユーザーに定時に発送していたという事案であり、ユーザーはその３２話のうち任意に一つを選択することはできず、被告がその時点で放送された内容しか見られなかった。これは典型的な一斉送信型の「有線送信」方式である。この事件の裁判官は、被告の行為が「情報ネットワーク送信権」侵害に該当すると認定した。

もう一つの見解は、中国著作権法の 10 条 1 項 17 号の「著作権者が享有すべきその他の権利」によって、この一斉送信型の「有線送信」方式を規律するという考えである。北京市第二中級人民法院が下した「安楽対北京時越」[13]判決はこの見解を支持している。先述の事件と同じ被告が、同様の事実関係で他の権利者から訴訟を提起されたにもかかわらず、裁判官は、被告の送信行為が一斉送信型の「有線送信」方式を取っている以上、インタラクティブ方式によって公衆に著作物を提供する行為を規律する「情報ネットワーク送信権」を侵害するわけではないが、他方で、著作権法の 10 条 1 項 17 号の「著作権者が享有すべきその他の権利」を侵害するものであると認定した。

以上のように、現在の司法状況では後者の見解が有力となっているが、他方で立法論では「広播権」の範囲を拡大する見解も出されている[14]。

（二）構内 LAN(Local Area Network)での違法送信は「情報ネットワーク送信権」を侵害するか。

最近では、情報伝達技術の発達により、インターネットカフェ等の中に、いわゆる構内 LAN が張りめぐらされることが増えており、その構内 LAN の端末機器同士やホストコンピュータと端末機器との間でデータのやりとりをするということが行われている。この構内 LAN で違法著作物を送信する場合、「情報ネットワーク送信権」を侵害するものといえるか。

「北京鑫りんご対北京天竜」[15]判決において、二審の裁判官は、複製権と上映権の侵害に当たると判じた一審の結論を覆して、「情報ネットワーク送信権」の侵害に当たると認定した。

現在の司法状況では「情報ネットワーク送信権」を利用して、ネットカフェの運営者の侵害責任を追及する裁判例が主流となってきている[16]。

三、「情報ネットワーク送信権」の適用規定

インターネットにおいて、ユーザーが無断で他人の作品をアップロードすることは、疑いもなしに権利者の著作権や著作隣接権を直接侵害することに当たるが、他方プロバイダの運営行為は侵害に構成すべきであるか。仮に権利侵害を構成する可能性があれば、どのような基準でプロバイダの違法性を認定すべきだろうか。中国著作権法の「情報ネットワーク送信権」はインターネットにおいて具体的にどう適用すべきであろうか。以上の問題を解決するために、この 10 年間に「司法解釈」、「保護条例」、「侵権責任法(不法行為法)」がそれぞれ順に制定された。

（一）、『コンピュータネットワーク著作権侵害紛争の法律適用に係る若干問題の解釈』

---

[13] 参照：安乐影片公司诉北京时越网络技术公司、北京市第二中级人民法院民事判决书（2008）二中民初字第 10396 号。

[14] 王遷「论“信息网络传播权”的含义兼评“成功多媒体诉时越公司案”一审判决」『法律適用』2008 年 12 号 64－67 頁。

[15] 参照：北京鑫苹果互联网上网服务有限公司与北京天龙企业管理有限公司侵犯著作权纠纷案、北京市第二中级人民法院民事判决书（2008）二中民终字第 10533 号。

[16] 例えば、浙江省高級人民法院の司法解釈によると、ネットカフェの運営者が積極的に違法作品を構内 LAN で伝送する場合、「情報ネットワーク送信権」侵害を認定する。参照：『浙江省高级人民法院关于审理网吧侵犯信息网络传播权纠纷案件若干问题的指导意见』（2010 年 7 月 12 日）浙法民三(2010)3 号文件。

(以下、「司法解釈」という。2000 年制定、2003、2006 年改正)

2000 年 12 月 19 日に、最高人民法院はこの司法解釈を公布し、同月 21 日に施行した。その後、2003 年、2006 年と二回の改正を経ている。2006 年改正後の司法解釈の 3 条と 4 条は、プロバイダが責任を問われる場面として、二つの作為的行為と二つの不作為的行為を規定している[17]。とりわけ 4 条に定められている二つの不作為的な行為に関して、プロバイダの責任を「知る」という故意の場合に限定しており、「知り得る」という「過失」の場合を明記していない点が特徴的である。4 条の文言をそのまま解釈すれば、プロバイダの事前調査の義務をすべて否定する判断が導かれるおそれがある。

ここで留意しておきたいのは、日本の不法行為法の効果と違って、中国民法は、共同不法行為を含む不法行為一般について差止による救済を認めているという点である。したがって、司法解釈に規定されているように、プロバイダの行為とユーザーの行為が共同不法行為を構成するということができれば、損害賠償と差止の双方の救済を権利者に認めることが可能なのである。

(二)、『情報ネットワーク伝達権保護条例』(以下、単に「保護条例」という。2006 年制定)

「情報ネットワーク送信権」は 2001 年の著作権法改正によって新設されたが、著作権法は、どのような行為が同権利の侵害を構成するのかについて詳細な規定を設けておらず、その代わりに、59 条[18]において、「コンピュータ・ソフトウェアおよび情報ネットワーク送信権の保護方法については、国務院が別にそれを定める」と規定している。

その「情報ネットワーク送信権」の保護方法がようやく 2006 年に「保護条例」として制定された。この保護条例は著作権 59 条の授権を受けて、「情報ネットワーク送信権」に関する詳細な規定を制定したものであるので、司法解釈より優先適用の効力を持つべきであろう。司法解釈は、3 条と 4 条において、ＩＳＰが著作権侵害責任を負う場合を明確に規定し、著作権法 58 条が委託している国務院による規定の制定が待たれる間に、司法上の一応の統一的見解を示していたといえるが、保護条例が頒布された以上、保護条例を優先的に適用するべきであると考えられる。

保護条例はプロバイダを類型化して、細かくルールを規律している。第 20 条から第 23 条までは①自動接続サービス、自動配信サービス、②自動保存サービス、③ネットワークのストレージスペース、④検索やリンクサービスを提供するプロバイダの免責ルールを規定している。また、権利者がプロバイダに通知を発する際に、「通知」の形式要件も 14 条で明らかに規定している。条文の規定から見れば、この保護条例の条文はアメリカのデジタルミレニアム著作権法（DMCA）の影響を深く受けたものである。

①自動接続サービス、自動配信サービス[19](20 条、損害賠償の判断基準)

---

[17] 第 3 条：ネットワークサービス提供者がネットワークを通じ他者の著作権侵害行為に関与する、またはネットワークを通じ他者の著作権侵害行為実施を教唆、幇助した場合には、人民法院は民法通則第一百三十条の規定に基づき、その者とその他の行為者または直接権利侵害行為を実施した者との共同権利侵害責任を追及しなければならない。

第 4 条：コンテンツサービスを提供するネットワークサービス提供者が、ネットワーク利用者がネットワークを通じて他者の著作権を侵害する行為を実施することを明らかに知っていた場合、または著作権者が確実な証拠のある警告を提出しているにもかかわらず、権利侵害された結果を除去するために権利侵害された内容を移動、削除する等の措置を行わなかった場合には、人民法院は民法通則第一百三十条の規定に基づき、その者と当該ネットワーク利用者の共同権利侵害責任を追及しなければならない。条文の翻訳に関して、北京林達劉知識産権代理事務所のホームページを参照してください。
http://www.lindaliugroup.com/web/01/jp_laws_read.asp?id=2435

[18] 著作権法改正前は 58 条に規定されているが、2010 年改正後 59 条に変わった。

[19] 第 20 条ネットワークサービス提供者がサービス対象の指令に基づきネットワークの自動接続サービスを提供するか、サービス対象の提供した作品や実演記録、録音、録画製品について自動配信サービス

プロバイダが自動接続と自動配信を提供しているだけのサービスは侵害責任を負われない。例えば、日本のＮＴＴのように、プロバイダがインターネット接続サービスを提供したに過ぎず、積極的に介入しなければ、中立の連結行為だけの行為として侵害にならない。

ここで注意すべき点は、本条の一項の最後に「賠償責任を負わない」という用語を使っている点である。この文言からそのまま解釈すれば、これは侵害を判断する基準ではなく損害賠償責任を判断する基準である。

②自動保存サービス[20](21 条、損害賠償の判断基準)

自動保存サービスのプロバイダが著作物を改変せず、著作物の状況を更新し、提供者の統計・管理を影響しないのであれば、侵害に該当しない。検索サイトのキャッシュ表示はこの自動保存技術を運用しているので、権利者に訴訟を提起される場合がよくある。ここでも注意すべき点は、本条の一項の最後にも「賠償責任を負わない」という用語を使っている点で、その文言から見る限りはやはり損害賠償の判断基準であると考えられる。

③ネットワークのストレージスペースを提供するサービス[21]（22 条、損害賠償の判断基準)

このプロバイダは共同動画投稿サイトや BBS ウェブの運営者である。彼らの侵害を認める主観要件について、知るという故意の場合と並び、知り得るべきという過失による侵害責任も認めている。また、ここでも損害賠償の判断基準を認定すべきである。

④検索やリンクサービス[22](23 条、侵害判断基準＋損害賠償の判断基準)

このプロバイダの侵害責任を認める主観要件は「知る」という故意の場合だけでなく、「知り得るべき」という過失の場合も該当する。また、本条はプロバイダが故意の主観過

を提供するもので、以下の条件を備えている場合、賠償責任を負わない。
（一）配信する作品や実演記録、録音、録画製品を選択しておらず、また改変していない。
（二）指定されたサービス対象に当該の作品や実演記録、録音、録画製品を提供し、また指定されたサービス対象以外のその他の人が入手するのを防止している。条文の翻訳に関して、北京林達劉知識産権代理事務所のホームページを参照してください、以下の 21,22,23 条も同様。
http://www.lindaliugroup.com/web/01/jp_laws_read.asp?id=2401

[20] 第 21 条ネットワークサービス提供者がネットワークの伝送効率を向上させるために、その他のネットワークサービス提供者から得た作品や実演記録、録音、録画製品を自動的に保存し、自動的技術を通じてサービス対象に提供するもので、以下の条件を備えている場合、賠償責任を負わない。
（一）自動的に保存した作品や実演内容、録音、録画製品を改変していない。
（二）作品や実演記録、録音、録画製品を提供する元のネットワークサービス提供者が、サービス対象による当該の作品や実演記録、録音、録画製品の入手状況を把握することに影響を与えない。
（三）元のネットワークサービス提供者が当該の作品や実演記録、録音、録画製品を修正、削除または遮断した際に、自動的技術を通じて修正、削除または遮断する。

[21] 第 22 条ネットワークサービス提供者は、サービス対象が情報ネットワークを通じて公衆向けに作品や実演記録、録音、録画製品を提供するために、サービス対象に対してネットワークのストレージスペースを提供したもので、以下の条件を備えている場合、賠償責任を負わない。
（一）当該のストレージスペースがサービス対象のために提供されていることを明確に標示し、かつネットワークサービス提供者の名称、連絡者、URL が公開されている場合。
（二）サービス対象の提供する作品や実演記録、録音、録画製品を改変していない場合。
（三）サービス対象の提供する作品や実演記録、録音、録画製品が権利侵害を行っていると知らず、また知っているべき合理的な理由もない場合。
（四）サービス対象の提供した作品や実演記録、録音、録画製品から直接経済的利益を得ていない場合。
（五）権利者の通知書を受け取った後、本条例の規定に基づき権利者が権利侵害だと見なした作品や実演記録、録音、録画製品を削除した場合。

[22] 第二十三条ネットワークサービス提供者がサービス対象に検索やリンクサービスを提供し、権利者の通知書を受け取った後に、本条例の規定に基づいて権利侵害の作品や実演記録、録音、録画製品とのリンクを解除した場合、賠償責任を負わない。ただし、リンクした作品や実演記録、録音、録画製品が権利侵害だと知っている場合、または知っているはずである場合には、権利侵害の共同不法行為責任を負わなければならない。

失を有する場合、損害賠償基準と無関係に、侵害の有無を判断する基準である。しかし、知り得るべきという主観過失を有する場合には、相変わらず損害賠償責任を判断する基準となっている。

検索やリンク行為に関連するプロバイダの責任を、故意を有する場合に限定し、事前の注意義務を課さない立場を採っていた「司法解釈」とは異なり、「保護条例」はインターネットにおける情報の伝達に重要の役割を果たしているプロバイダに、著作権侵害を防止するより積極的な注意義務を課しているといえる。

（三）、『中国侵権責任法』(日本の不法行為法に相当、2009 年 12 月 26 日公布、2010 年 7 月 1 日実施。以下、単に「侵権責任法」という。)

『中国侵権責任法』の 36 条[23]は著作権侵害責任だけを規制するわけではなく、名誉損害、プライバシー侵害、さらには商標権や特許権侵害を含むすべての権益侵害を規制している。

プロバイダの侵害の有無を判断する際、36 条の①項はプロバイダが違法著作物を直接に伝送する場合に直接侵害責任を負う規定である。②項はプロバイダの免責ルールを確立した。そこでは、権利者からの警告を受けた場合の対応によって、侵害成立の有無を判断するとしている。③項はプロバイダの幇助や教唆等間接侵害行為を規律している。ここで注目すべき点はプロバイダの主観要件である。即ち、プロバイダが違法情報を「知る」のみで共同不法行為責任を負うことになるのである。『中国侵権責任法草案』では、「知る」と「知り得べき」という二つの要件を要求していたが、最終的にその法案を公布する時に「知り得べき」という要件を削除して、「知る」という要件だけを採択した。朱裁判官の解釈[24]によると、削除をした理由として、「知り得るべき」の標準をうまく判断できないおそれがあるので、プロバイダにあまり負担をかけないために、この「知り得るべき」という要件を削除したのだという。しかし、この要件を削除すると、プロバイダの一般注意義務を免じてしまうおそれを引き起こす。権利者が訴訟を提起する際に、プロバイダの「知る」要件を証明することは難しくなると思われる。そのため、最近の中国著作権研究会では、36 条の「知る」という要件に関して、「知る」と「知り得るべき」の意味を含む概念であるとの見解が裁判官において主流となっている[25]。

四、立法規定のまとめ(適用順位に関する検討)

先述した「司法解釈」、「保護条例」、「侵権責任法(不法行為法)」にはそれぞれ、互いに衝突する規定が存在するので、その適用の優先順位が問題になる。「司法解釈」の順位が最後に位置することには疑問がないが、「保護条例」と「侵権責任法(不法行為法)」とではいずれが優先すべきかという問題をめぐって、二つ見解がある。

一つ目の見解は「保護条例」の方が優先する旨主張している。この見解によると、保護条例が著作権法 59 条の授権立法として、著作権法に準じる地位を有しているので、「中国

---

[23] 第 36 条①インターネットユーザー，インターネットサービスの提供者はインターネットを利用して他人の民事権利を侵害した場合，権利侵害責任を負わなければならない。

②インターネットユーザーがインターネットサービスを利用して権利侵害行為を実施した場合，被権利侵害者はインターネットサービス提供者に対してリンクの削除，遮断，切断等の必要措置を行うよう通知する権利を有する。インターネットサービスの提供者は通知を受け取った後，速やかに必要措置を行わなかった場合，損害の拡大部分についてインターネットユーザーと連帯責任を負う。

③インターネットサービスの提供者はネットユーザーが当該インターネットサービスを利用して他人の民事権利を侵害していることを知りながら必要措置を行わなかった場合，当該インターネットユーザーと連帯責任を負う。

[24] 奚暁明主編『「中華人民共和国侵権責任法」条文理解と適用』人民法院出版社(2010 年）263 頁。

[25] 参照：2010 年 11 月 4 日上海の華東政法大学で北京大学法学院主催のプロバイダ版権侵害責任研究会の会議資料。

侵権責任法」と比べると、下位法に位置づけられており、特別法と一般法の関係を有するという。したがって、インターネットにおける著作権侵害を考察する場合に、「保護条例」を優先すべきであるとしている[26]。

二つ目の見解は「侵権責任法(不法行為法)」の優先を主張している。この見解は主に民法学者が唱えているもので、それによれば「侵権責任法(不法行為法)」は以前の規定を修正するために制定されたので、以前の条文と衝突するところがあれば、「侵権責任法(不法行為法)」を優先すべきであるというものである[27]。

この二種の見解はプロバイダの幇助や教唆等侵害行為の主観要件について大きな分岐を生じている。「保護条例」では、プロバイダの「知る」と「知り得べき」という二つの要件を要求していたが、「侵権責任法(不法行為法)」において、プロバイダが違法情報を「知る」のみで共同不法行為責任を負うことになるのである。

後述の判決が示したように、プロバイダの「知り得べき」という要件を抜きに、プロバイダの一般注意義務を完全に免じることは権利者の救済にとって不利になるものと思われるが、一体どの見解が司法上に認められるか、この問題に回答するためには将来の判決を待つしかない。

第二節　中国の裁判例における帰責方策

中国の「保護条例」の 21－23 条によれば、プロバイダに関する裁判例は概ね三類に分けることができる。それは①自動保存サービス、②ネットワークのストレージスペースを提供するサービス、③検索やリンクサービスに関する裁判例である。本稿はこの分類を参考にして、中国の裁判例をこの分類方式に従って分析する[28]。まず、論争が一番盛り上がった検索やリンクサービスに関する裁判例から分析しよう。

一、中国における裁判例

(一)、検索やリンクサービスに関する裁判例

1、正東レコード対 ChinaMP3 事件[29]、新力対 ChinaMP3 事件[30](2004 年)

原告のレコード会社は本事件にかかわる（正東 35 首、新力 11 首）曲の著作隣接権を有している。被告は www.chinaMP3.com という音楽専門サイトを運営するプロバイダである。原告が著作隣接権を有している曲は、何者かによって MP3 形式のファイルに変更された

[26] 奚暁明・前掲注（24）267 頁。

[27] 楊立新「《侵权责任法》规定的网络侵权责任的理解与解释」、『国家检察官学院学报』第 18 卷第 2 期 8 頁、2010 年 4 月。张新宝、任鴻雁、「互联网上的侵权责任:《侵权责任法》第 36 条解读」、『中国人民大学学报』2010 年 4 期 23 頁。

[28] 本稿と異なって、プロバイダのサービスをリンクサービス・検索エンジンサービス・P2P サービスに分けて、中国の裁判例を分析する和語論文もある。陳思勤、「ネットワーク環境における著作権保護の日中比較(1)間接関与者の責任を中心に」阪大法学 58 巻 5 号、「ネットワーク環境における著作権保護の日中比較(二・完)－間接関与者の責任を中心に－」阪大法学 58 巻 6 号。

[29] 参照：正东唱片有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案一审民事判决书（2004）一中民初字第 400 号（一審）；北京世纪悦博科技有限公司与正东唱片有限公司侵犯录音制作者权纠纷案二审民 事 判 决 书(2004）高民终字第 713 号(二審)。日本の三審制（一審、控訴審、上告審）と違って、中国では二審制を取った。

[30] 参照：新力唱片（香港）有限公司诉北京世纪悦博科技有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案一审民事判决书（2004）一中民初字第 428 号；北京世纪悦博科技有限公司与新力唱片（香港）有限公司侵犯录音制品制作者权纠纷案二审 民事判决书（2004）高民终字第 714 号。

上で、インターネットにアップロードされており、被告のサイトにおいて、事前に被告によって編集され用意されているリンクを辿って、一般ユーザーはこれらの曲をダウンロードすることができた。

裁判所は、被告サイトがリンクの編集を通じて管理していると認定し、営利目的を有する専門的な大型音楽サイトとして、リンク先コンテンツの合法性についての注意義務を負うとし、合理的審査を怠った被告に過失があると判断した。そして結論として、被告が直接に原告の「情報ネットワーク伝達権」を侵害したとして、侵害の差止めと損害賠償を命じた。しかし、正東レコード対 ChinaMP3 事件の二審では、裁判所は被告の行為を共同不法行為とみなし、「情報ネットワーク伝達権」を侵害するか否かという点の判断は避けている。

これは 2004 年の裁判例であり、『保護条例』がまだ公布していない時点のものであるので、裁判の根拠は『司法解釈』で定められた主観要件の「知る」基準によって、被告の責任を認定したものである。

２、歩升レコード対百度サイト音楽ファイルダウンロード事件[31]（2005 年）

原告のレコード会社は本事件にかかわる 46 首曲の著作隣接権を有している。被告の百度は中国の大手プロバイダであり、国内で最も多く利用されている検索エンジンを運営している。原告が著作隣接権を有している曲が何者かによって MP3 形式のファイルに変更され、インターネットにアップロードされたので、一般ユーザーは百度の検索エンジンを通じて、これらの曲の MP3 ファイルがアップロードされたサイトへのリンクを経て、ファイルをダウンロードすることができた。

一般ユーザーが曲を試聴やダウンロードするには、二つの方法がある。一つ目の方法として、百度が予め用意している「歌手名リスト」・「新曲ＴＯＰ１００」・「中国金曲ランキング」などの一連のアイコンを順次クリックすることによって、好きな曲のファイルを試聴・ダウンロードすることができるというものである。二つ目の方法は、一般ユーザーが空白の検索欄に好きな曲名や歌手名を入力して、直接すべての検索結果を表示するページに入るというものである。このうち二つ目の方法に関しては、百度が中立的な技術を提供しているにすぎないので、本事件でも以後の事件でも侵害を問われなかった。

しかし、一つ目の方法に関しては、百度が凝った分類を施して曲のランキングを作り、それをホームページの目立つ所に配する行為は、百度の編集・加工を加えるため、もはや中立とはいえないとされた。

さらにユーザーがこれらの操作を行った場合に、被告サイトから自動的にダウンロード専用ウィンドウが現れるのだが、このウィンドウには MP3 ファイルの出所として百度サイトの表示と広告バナーの表示がされるという事情があった。裁判所はこのような特徴を指摘し、これらのサービスは通常の検索エンジンサービスの範疇を超えて、その性質は営利目的の提供とみなすことができるとして、原告の「情報ネットワーク伝達権」を直接に侵害するものと判断した。また、本事件も侵害停止と損害賠償の考察を分けていなかった。

３、正東レコード等対百度サイト音楽ファイルダウンロード事件[32](2006 年）

本事件も「保護条例」が頒布される以前の事件なので、「情報ネットワーク伝達権」を侵害するかどうかの認定は「司法解釈」に依拠しなければならなかった。

---

[31] 参照：上海步升音乐文化传播有限公司诉北京百度网讯科技有限公司录音制作者权侵权纠纷案一审、北京市海淀区人民法院民事判决书（2005）海民初字第 14665 号。

[32] 参照：正东唱片有限公司诉北京百度网讯科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案一审民事判决书(2005)一中民初字第 7978 号。2006 年 12 月 13 日、正東レコードを除いて、ユニバーサルミュージック会社、ソニー会社等 6 つのレコード会社の判決も一斉に裁判所によって下された、法律適用と結論も本事件とほぼ同じである。

本事件の事実は事件（２）とほぼ類似のものであるが、被告の百度は事件（２）での教訓を受けて、ダウンロードウィンドウにおける広告バナーをなくし、リンク先サイトのアドレスを表記するようにした点に相違がある。これらの予防装置を取った百度が「司法解釈」で定められた「知る」主観要件を満たすかどうかという争点に関し、裁判所は主観的要件を満たさないという結論を下した。即ち、百度は他人の出所誤解を招きやすい表示を削除したことによって、「知る」とい主観要件を満たさなくなったということである。裁判所は、司法解釈を厳格に適用し、侵害コンテンツという故意が証明されていないとして、百度の共同不法行為責任も否定した。

４、正東レコード対 yahoo（中国）音楽ファイルダウンロード事件[33](2007 年)

本事件は 2006 年に頒布した「保護条例」を適用した事件である。被告 yahoo のサービスは事件（３）と類似したものである。「保護条例」23 条で新設された「知っているべき」の主観要件が論争の焦点となった。即ち、被告の行為がたとえ「知る」の主観要件を満たさなくても、権利者が 23 条で定めた「通知・削除」規則を利用し、被告に権利侵害の通知を発しても、被告が即時に違法著作物を削除しないという場合に、「知っているべき」の主観要件を満たすかという問題である。この事案で被告は、権利者から 26 首曲の権利侵害警告を受けていたが、そのうち 15 首曲だけしか削除していなかった。裁判所は被告の未削除の 11 首曲に対して被告の共同不法行為責任を認めた。

しかし、権利者から発する通知が有効な通知といえるためには、一体どのような要件を有するべきなのかということが問題となる。「保護条例」の 14 条[34]2 項によると、有効な通知となるためには「削除やリンクの解除を要求する権利侵害の URL を提供する必要がある」。だが、この事件で原告が被告に発送する侵害の通知は、26 首曲の中では 15 首曲だけ具体的な URL を有していたものの、それ以外の 11 首曲の通知は歌曲名、歌手の名前、レコードの名前しか記入していなかった。裁判所は、歌曲名、歌手の名前、レコードの名前、これらの情報を使えば、被告がインターネットにおける違法著作物を明確に確定されるはずだと判断した。したがって、被告が違法著作物を確定できる以上、具体的な URL を除いた通知も有効な通知として裁判所に認定されたのである。

５、汎亜対百度サイト音楽ファイルダウンロード事件[35](2008 年)

本事件も 2006 年に頒布した「保護条例」を適用した事件であり、被告百度のサービスも事件（３）と類似している。原告の 351 首曲は、百度が予め用意されている「歌手名リスト」・「新曲ＴＯＰ１００」・「中国金曲ランキング」などの一連のアイコンに含まれていなかったが、一般ユーザーは空白の検索欄を利用すれば、原告の 351 首曲が検索できるというものだった。百度が原告の曲を使ってランキングを制作しないかぎり、「知っている

---

[33] 参照：正东唱片有限公司诉北京阿里巴巴信息技术有限公司侵犯著作邻接权纠纷案一审民事判决书(2007)二中民初字第 02627 号。2007 年 5 月 30 日、正東レコードを除いて、ユニバーサルミュージック会社、ワーナー・ミュージック会社等 10 つのレコード会社の判決も一斉に裁判所によって下された。

[34] 第十四条ストレージスペースまたは検索、リンクサービスを提供するネットワークサービス提供者に対して、権利者がそのサービスの関連する作品や実演記録、録音、録画製品が自らの情報ネットワーク伝達権を侵害しているか自らの権利管理電子情報が削除、改変されていると見なす場合、当該ネットワークサービス提供者に対して書面で通知を発送し、ネットワークサービス提供者に当該作品や実演記録、録音、録画製品を削除するか、当該作品や実演記録、録音、録画製品とのリンクを解除するよう要求することができる。通知書には以下の内容が含まれなければならない。

（一）権利者の氏名(名称)、連絡方法と住所。

（二）削除やリンクの解除を要求する権利侵害の作品や実演記録、録音、録画製品の名称と URL。

（三）権利侵害を構成することを初歩的に証明する資料。

権利者は通知書の真実性に対して責任を負わなければならない。

[35] 参照：浙江泛亚电子商务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司等侵犯著作权纠纷一案、北京市高级人民法院民事判决书（2007）高民初字第 1201 号。

べき」という主観要件を満たさないことは疑問がないが、事件（４）と同じように権利者からの侵害通知を受けた以上、「知っているべき」という要件を満たすかが大きな争点となった。

この事件で百度は原告の侵害通知を受けた後、具体的なＵＲＬを有する一部分の違法著作物しか削除しなかった。具体的なＵＲＬを有さず、歌曲名だけが書いている侵害通知に対しては、百度は他人の合法著作物を削除してしまうおそれがあることを理由に、その削除請求を拒否したのである。裁判所は百度の判断を支持し、歌曲名しか記されていない通知は有効ではないと認定した。

６、裁判基準のまとめ

①プロバイダは事件（２）で示したように、他人のリンク先を隠し、その著作物を自分で提供するものだと装い、ユーザーに出所を誤解させれば、直接に「情報ネットワーク送信権」を侵害し、違法著作物の提供者と一緒に共同不法行為を構成する。

他方、事件（３）で示したように、他人のリンク先を明らかに表明すれば、プロバイダは侵害責任を負わない。

②プロバイダは事件（１）で示したように、検索される情報を曲のジャンル、歌手の性別、人気の程度によって分類してユーザーの検索を補助するのであれば、そのランキングの中に含まれている歌曲が違法なものではないか、きちんと確認しなければならない。仮にその注意義務を怠れば、「保護条例」の 23 条の「知っているべき」という主観要件を充足し、直接に「情報ネットワーク送信権」を侵害するので、違法著作物の提供者と共に共同不法行為を構成する。

事件（５）で示したように、ランキングの中に権利者の著作物がなければ、プロバイダは侵害責任を負わない。

③「保護条例」の 23 条の「知っているべき」主観要件を判断する場面では、権利者からの通知が有効かどうかの判断が肝要となる。事件（４）で示したように、違法著作物を特定できる通知は有効であるが、事件（５）のように、通知が曖昧で、他人の著作物を削除してしまう可能性があるものについては、有効な通知とならない。

（二）ネットワークのストレージスペースを提供するサービスに関する裁判例

ネットワークのストレージスペースを提供する者の例としては、主に動画投稿共有サイトとＢＢＳ電子掲示板の運営者が挙げられる。中国においては、最近、動画投稿共有サイトの運営者が権利者に大量の訴訟を起こされて、結局その運営者がほとんど敗訴してしまっている。

１、上海土豆対新伝線[36](2008 年)

「夢中になった石」という映画が映画館で上映されていたところ、動画投稿共有サイトの運営者である原告はその映画に関する投稿ファイルをホームページの目立つところに配置してしまったという事案である。裁判所は、「保護条例」22 条にいう権利者からの通知を経なくても、直接に運営者の行為を「情報ネットワーク送信権」違反の行為とみなした。

２、北京広電偉業対合一信息技術[37](2008 年)

被告は中国の著名な動画投稿共有サイト優酷の運営者である。本事件も「保護条例」を適用した。被告は積極的に「アニメ」、「ドラマ」、「音楽」のようなカテゴリーを作って、

[36] 参照：上海全土豆网络科技有限公司与新传在线（北京）信息技术有限公司侵犯著作财产权纠纷一案、上海市高级人民法院(2008)沪高民三(知)终字第 62 号民事判决书。

[37] 北京广电伟业影视文化中心诉被告合一信息技术（北京）有限公司侵犯著作权纠纷一案，北京市海淀区人民法院（2008）海民初字第 14023 号民事判决书。

ユーザーからの投稿ファイルを類別によって整理・編集した。例えばテレビで放送している人気ドラマは「ドラマ」のカテゴリーに含まれている。裁判所は、被告が整理・分類行為をしている以上、より高い注意義務を負わなければならないと論じて、被告は「保護条例」22 条の「知っているべき」という主観要件を満たし、直接提供者とともに「情報ネットワーク送信権」を侵害し、共同不法責任を負うと認定した。「保護条例」22 条の文言では「賠償責任を負わない」と規定されているが、ここでも侵害の認定と損害賠償の制限を区別せず、侵害有無の判断基準として運用された。

３、龍楽対ネット秀[38](2007 年)

被告は動画投稿共有サイトＭ１４９の運営者である。本事件も「保護条例」22 条を適用した。被告のサービスは事件（２）と類似しているが、原告の著作物の知名度が、事件（１）と事件（２）の著作物に比べるとほとんど無名の作品であったという事案である。裁判所は、被告の整理・編集・分類する行為だけによって、被告の「知っているべき」という主観状態を推定するわけにはいかず、具体的な事案を考察しなければならないと論じた。そして、本件の著作物の知名度が低いことに鑑みれば、裁判所は被告が一般注意を払っても著作物の合法性を認識できないので、「保護条例」22 条の「知っているべき」という主観要件を満たさないと認定した。この事件では、権利者からの侵害通知を受けて以後、プロバイダは即時にその違法著作物を削除している。

４、慈文影視対北京我楽[39](2008 年)

被告は動画投稿共有サイト 56.com の運営者である。本事件も「保護条例」22 条を適用した。この事案は、被告がユーザー投稿の著作物を再生する前の画面に自分のサイトのマーク「５６」を加えたというものである。そうした行為が「保護条例」22 条 2 項に定めた「著作物を改変する行為」に該当するかが争点となった。裁判所は被告の行為が著作物に実質的な改変を与えるものではなく、また著作品の権利者を表示するわけではないという理由で被告の侵害責任を否定した。

５、裁判基準のまとめ

①プロバイダが意識的に、人気がある違法作品をホームページの目立つところに配した場合には、事件（１）で示したように、権利者からの通知を経なくとも、プロバイダが直接に権利者の「情報ネットワーク送信権」を侵害する。

②プロバイダが積極的に「アニメ」、「ドラマ」、「音楽」のようなカテゴリーを作った場合には、人気の著作物を取り扱う際、事件（２）で示したようにより高い注意義務を負わなければならないことになる。しかし、被告の整理・分類する行為だけによって、被告の「知っているべき」主観状態を推定するわけにはいかず、事件（３）で示したように具体的な事案を考察しなければならない。

③プロバイダの改変行為に関して、ユーザー投稿の著作物を再生する前であれば、侵害とはならない。

④「保護条例」22 条の文言では「賠償責任を負わない」と規定しているが、ほとんどの裁判例において裁判所は侵害の認定と損害賠償の制限を区別せずに、侵害有無の判断基準として運用されている。

（三）自動保存サービスに関する裁判例

google や百度の検索サイトは、検索ロボットを用いてインターネットを徘徊し,大量の

[38] 北京龙乐文化艺术有限责任公司与北京网络秀数字传媒文化有限公司侵犯著作权纠纷案二审民事判决书 (2007)二中民终字第 5328 号。

[39] 北京慈文影视制作有限公司诉北京我乐信息科技有限公司侵犯信息网络传播权纠纷案一审民事判决书（2008）朝民初字第 16141 号。

ウェブ・ページを自らが管理するサーバーにキャッシングし、ユーザーからの検索を対応するようデータベースを構築している。仮に検索サイトの運営者がキャッシュ表示・サムネイル表示や検索結果を表示して欲しくないのであれば、その表示を避けるメタ・タグ等の標準のプロトコールを利用し、検索ロボットに自らの意思を伝達することで、キャッシング等を避けることができることになる。

１、王路対 yahoo[40](2005 年)

この事案は、原告王路の三つの文章が被告 yahoo 検索サイトにキャッシュ表示として保存されていたというものである。裁判所は、被告が検索ロボットを利用して、自動的に反対のメタ・タグを設置しないウェブページをキャッシュ表示として制作している点を指摘し、「司法解釈」で定めた「知る」という故意要件を満たさないとして、侵害とはならないと認定した。

２、聞暁陽対 yahoo[41](2008 年)

これは原告聞暁陽が撮影した中国の芸能人の写真が被告 yahoo 検索サイトにサムネイル表示として保存されていた事案である。裁判所は、まず被告の「知る」という主観要件を否定し、続いて原告が被告に権利侵害の通知を発送していなかったことから、被告の「知っているべき」の主観要件も有しないと論じて、被告の侵害責任を否定するものであると認定した。

３、汎亜対百度サイト[42](2008 年)、音楽著作権協会対百度サイト[43](2008)

既に紹介したように、被告百度のリンクサービスに関して、裁判所は被告の侵害責任を認めなかった。しかし、被告は歌曲の検索サービスを提供すると同時に、歌詞のキャッシュ表示も提供していた。一般ユーザーは被告のウェブ・ページを離れることなくその曲の歌詞をキャッシュ表示によって容易に入手できた。そのため、キャッシュ表示に関する侵害責任が別途争われたのがこの事件である。裁判所は、被告の行為がリンク先の提供方式と変わりなく、実質的にリンク先の内容を完全に代替してしまい、リンク先のウェブ・ページのアクセス回数を著しく減少させてしまったと論じて、「保護条例」21 条 2 項違反であるとして被告の侵害責任を認めた。

多数のウェブ・ページはユーザーのアクセス回数によって広告バナーから収入を受けている。仮に検索サイトのキャッシュ表示の存在でユーザーが実際にリンク先にアクセスしても、そのアクセス回数をリンク先のウェブサイトの運営者にうまく反映させなければ、ウェブサイトの運営の収入はアクセス回数の減少に伴って著しく減少してしまうことになる。こうした状況を防ぐために、「保護条例」21 条 2 項では検索サイトの行為が「著作物を提供する元のネットワークサービス提供者が、サービス対象による当該の著作物の入手状況を把握することに影響を与えない。」と規定した。

しかし、百度の歌詞のキャッシュ表示はリンク先のウェブサイトに対して当該著作物の入手状況を把握することに影響を与えるだけではなく、さらにリンク先のウェブサイトの内容を代替していたので、ユーザーがリンク先にアクセスしなくても、欲しいものが入手できる。即ち、ユーザーのアクセス可能性を剥奪してしまったのである。

---

[40] 参照：北京市第一中级人民法院民事判决书（2005）一中民初字第 05761 号。北京市高级人民法院民事判决书（2007）高民终字第 1729 号。

[41] 参照：北京市朝阳区人民法院民事判决书（2008）朝民初字第 13556 号。北京市第二中级人民法院民事判决书（2009）二中民终字第 00010 号。

[42] 参照：浙江泛亚电子商务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司等侵犯著作权纠纷一案、北京市高级人民法院民事判决书（2007）高民初字第 1201 号。

[43] 参照：北京市海淀区人民法院民事判决书（2008）海民初字第 7404 号。

二、帰責方策の問題点

以上、中国著作権間接侵害訴訟において、よく間接関与者として現れたプロバイダーを三つのタイプに分けて、各自の侵害基準を考察してきた。先述の裁判例が示したように中国の共同不法行為で著作権間接侵害行為を規制する方策は「主観的な過失」という概念を侵害有無の判断に関わる中心的な要素として運用してきた。また、中国法制度では差止責任と損害賠償責任を分けて判断するわけではなく、民事責任として一括判断することが慣行であるから、日本の裁判例における共同不法行為によって間接関与者の責任を追及する際に差止不能となってしまう問題も発生しない。今までの裁判例の事情から見れば、共同不法行為という方策を採択している中国はそんなに大きな支障を起こしたことはなかった。

しかし、氷山の下に潜在的問題がまったくないわけではない。中国最高裁が発表した「司法解釈」に対する解釈[44]によると、中国の間接関与者（プロバイダー等）は対象物が権利者の著作権に侵害するかどうかの合法性を事前に審査する義務を持っていない、さらに最低限の審査義務も負わない。つまり、侵害となった対象物は間接関与者のホームページの見やすい所で現れない限り、間接関与者の主観的な「過失」は権利者の侵害警告を受けてから発生したものであり、この主観的な過失を有しているので、権利者は共同不法行為という方策を通じて、間接関与者の差止責任と損害賠償責任を追及することができるようになった。もっとも、以下の問題も同時に発生する。すなわち、

（一）主観的な「過失」が存在しない限り、差止も不可能となる

権利者は間接関与者に侵害警告の通知を発しないままに、直接的に訴訟を提起する場合には、間接関与者の主観状況は「知らない」から「知っている」までに転換する過程はないから、主観的な「過失」も生じない。そうすれば、共同不法行為に該当するための主観的な「過失」要件は存在しないから、侵害責任を認定できなくなり、差止も不可能となる。実務的には、違法対象物を間接侵害者のウェブサイトから即時に取り外したい権利者は多いから、裁判例では権利者は違法対象物を発見した次第に、すぐ間接関与者に権利侵害の通知を発送し、違法対象物をすぐ取り外すことを求めるはほぼの例である。もっとも、①万一、侵害通知という前置手続きが分からない権利者は現れれば、この差止不能の問題が出る可能性も小さくないと言える。②先述した汎亜対百度サイト音楽ファイルダウンロード事件のように、具体的なＵＲＬを有さず、歌曲名だけが書いている侵害警告は有効な通知とならないから、プロバイダの主観的な「過失」を認定できない結果、権利者からの差止請求も不能となってしまう。この場合にも権利者を救済するほかの手段は存在しない。

（二）侵害作品が出現する時点から侵害の通知を受けて侵害作品を削除するまでに生じた損害は請求できないこと

たとえ合理的な期間内（たとえば 7 日以内）で間接関与者は侵害対象物を削除しても、権利者にとって莫大な損害を受けたので、損害賠償を請求する必要性も十分ありえる時もある。たとえば、上映中の映画作品は無断で動画共同投稿サイトにアップされて、権利者の侵害警告通知を受けて権利者は即時に（7 日ぐらいの「合理的な時間内で」）この映画作品を取り外しても、すでに 7 日ほどユーザーの誰でも閲覧できる状況となっていた以上、言うまでもなく権利者に莫大な損害を与えたことは争いがないだろう。「合理的な時間」

44　王艳芳「<最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定>理解与适用」『中国版权』2013 年第 1 期 20 頁。

を超えた以後に発生した損害はプロバイダー等の間接関与者に賠償責任を課させるが、侵害作品が動画共同投稿サイトに出現する時点から侵害の通知を受けて侵害作品を削除するまでの間に生じた莫大な損害に関して、権利者にこの部分の損害を請求する条文上の根拠はない。

この二つの問題を解決するあたって、まったく違う法制度を採択している日本を参照する価値は絶対的に低くないと思われる。隣国の日本法では主観的な要件を考慮せず間接関与者の侵害責任を認定する仕組みを取っている。何か有益なアドバイスを受けられるかもしれないという考え方を以って日本法の考察に入るだろう。

第三章　日本法の下で規範的主体論方策の構成及び判断基準

一、規範的な主体論方策の由来

―物理的に利用行為者の行為を支配する類型

日本の早期裁判例では間接関与者の侵害責任を認定する際に用いられる法理は手足論法理とカラオケ法理である。ただし、後述のカラオケ法理を確立したクラブ・キャッツアイ上告審は、1999 年法改正によって音楽の録音を再生すれば通常の演奏並に演奏権が働くこととなったので、現在ではカラオケ法理を用いるまでもなく、カラオケ店の著作侵害責任を認定できる。つまり、わざわざ擬制性が強いカラオケ法理を持ち出さなくても、直接にカラオケ店に演奏権侵害の責任を問うことができるのである。したがって、現時点ではこの類型の裁判例は間接侵害者と直接利用者の間に雇用契約等の密接な支配関係が存在する事案が存在するのみとなっている。すなわち、物理的に利用行為者の行為を支配する類型の裁判例はもっぱら手足論法理と対応している訳である。以下では、手足論法理を用いた中部観光事件を紹介する。

（一）手足論（中部観光事件[45]）

この事件は、キャバレー等の社交場の営業者 Y と楽団との関係が請負契約であったところ、権利者が営業者 Y に対して、差止めの仮処分を請求したものである。

抗告審の裁判所は以下のように判決を下した。外形上、音楽の演奏自体は各楽団によって行われているが、それは、Y の営業計画に従って、その指図により音楽演奏に従事しているに過ぎない。営業者 Y が「支配性（演奏曲目の選定は、結局のところ、Y の自由に支配しうるものであること）」と「利益性（Y は、各営業所における音楽の演奏により営業上多大の効果と収益を挙げていること）」の要素を有するので、侵害主体と看做すべきである。

この中部観光事件に加え、雇用契約等の密接な支配関係が存在する事案において、演奏の楽団ではなくキャバレー等の営業主に侵害主体として責任を負わせた判決が他にもいくつか存在する[46]。また、中部観光事件においては、音楽演奏の曲目の選定は、営業主た

[45] 名古屋高決昭和 35・4・27 下民集 11 巻 4 号 940 頁。

[46] 大阪地判昭和 42・8・21 判時 496 号 62 頁[ナニワ観光一審]、大阪高判昭和 45・4・30 無体集 2 巻 1 号 253 頁[同二審]、この事件において、被告 Y はキャバレーを経営しているものであり、原告の日本音楽著作権協会 X は音楽著作物使用料並に違約金を請求すると共に、Y の無断使用行為に対する差止請求も提起した。差止請求に関して、演奏曲目の選定は Y が行われなくても、一審の裁判所は音楽著作物の使

るYではなく、各楽団に委されていたが、この要素は侵害主体の判断に影響を与えていない。そしてその以後の裁判例も曲目の選定者という要素を完全に重視していない[47]。

手足論を否定する例として、スターデジオ事件[48]がある。この事件では、被告Yが権利者Xらの商業用レコードを使用して、同音源を受信者に対し、ファックスサービスによりワンサイクルとして放送される順に音源の実演家名、タイトル及びワンサイクルの開示時間を事前に了知することができるようにし、又は、テレビ受像機の画面表示により放送中の音源に係る実演家名、タイトル及び演奏時間を同時に了知することができるようにした上で、反復継続してデジタル方式で放送していた。裁判所はYの「利益性（自己の営業上の利益を図り)」と「管理性（実質的にみて、受信者を自己の手足として利用して本件各音源の録音を行わせていると評価できる)」を認めたにもかかわらず、Y と直接利用者の間に実質的な管理関係が存在しないとし、「録音の直接的な行為主体ではない被告Yをその行為主体であると擬制するという結論を導き出す原告Xらの立論」は「論理の飛躍」になってしまい、「法理論的な裏付けを欠く」ことを理由として、手足論法理の適用を否定した。

以上の手足論に関わる肯定例と否定例を合わせて考察した結果、手足論を適用するためには、直接侵害者と間接侵害者の間に密接な支配関係が必要であるということがいえよう。間接侵害者は直接侵害者に対して誘引、助長行為を為しても、それだけで直ちに責任を追うのではなく、直接侵害者の受信者の自由意思が排除されるほどの程度になってはじめて、間接侵害者Yが受信者を自己の手足として利用しているといえることになる。

（二）カラオケ法理（クラブ・キャッツアイ上告審[49]）

著作権法の間接侵害において、カラオケ法理はいうまでもなく非常に重要な法理である。このカラオケ法理を確立したとされるのは、昭和 63 年クラブ・キャッツアイ上告審[50]で

用が営業主たるYの意思に基づいて行われているものを認定して、Xの差止請求を支持した。「Yは右営業所に二つの楽団を創立以来常置し、営業時間中管理著作物を含む種々の音楽を演奏させて来集した客に聴取させておること、各楽団は被告の依頼により被告の該営業のために演奏をなしているのであって、Yの営業所を借受けて独自の演奏興行をなしているものでないこと、演奏曲目の選定は一応楽団に委されているが、営業主たるYがその営業計画に従って指図し得る余地が残されていること、Yは右演奏により営業上多大の収益を挙げていること等の事実が認められるのであるから，Yの営業所における音楽の演奏自体は各楽団により行われているとしても、これによる音楽著作物の使用は営業主たるYの意思に基づいて行われているものであることが明らかである」。大阪高裁の二審では差止請求に言及していなかったが、Yを侵害主体とみなす点に関してして一審の見解と変わらなかった。

東京地判昭和 54･8･31 無体集 11 巻 2 号 439 頁[ビートル・フィーバー]。比較的に最近の判決として、以下の事件がある、東京地判平成 10・9・9 知裁集 30 巻 4 号 841 頁[我々のファウスト]。

[47] 東京地判昭和 54. 8.31 無体例集 11 巻 2 号 439 頁[ビートル・フィーバー事件]、大阪地判昭和 42・8・21 判時 196 号 62 頁[ナニワ観光事件一審]、大阪高判昭和 45・4・30 無体集 2 巻 1 号 252 頁[ナニワ観光事件控訴審]等。

[48] 東京地判平成 12・5・16 判時 1751 号 149 頁[スターデジオ事件]。裁判所は手足論の適用を否定して、Yの差止責任を否定した。

[49] 最判昭和６３・０３・１５民集４２巻３号１９９頁[クラブ・キャッツアイ上告審]。本事件の判例評釈に関して、以下の文献がある。半田正夫[判批]ジュリスト９１１号２６頁（１９８８年)、水野武[判批]ジュリスト９１１号３１～３３頁（１９８８年)、佐野文一郎[判批]法学教室９５号７６～７７頁（１９８８年)、林修三[判批]時の法令１３３３号９４～１０３頁（１９８８年)、染野義信[判批]判例時報１２８８号２１６～２２０頁（１９８８年)、辰巳直彦[判批]民商法雑誌９９巻３号４１２～４２９頁（１９８８年)、尾中普子[判批]ジュリスト９３５号２４２～２４４頁（１９８９年)、水野武[判批]法曹時報４１巻９号２５３～２７７頁（１９８９年)、井上由里子[判批]著作権判例百選＜第２版＞１６～１７頁（１９９４年)、大渕哲也[判批]著作権判例百選＜第４版＞１９０頁（２００９年)。

[50] 実は、カラオケ法理の「支配性」と「利益」要件は同事件の控訴審判決の段階ですでに提起された、「Yらは、店舗にカラオケを設備してこれを管理し、客にすすめて管理著作物が録音された伴奏用テープを再生して他の客の面前で歌唱させ、またしばしばホステスも客と共に歌唱し、あるいは合間にはホステスだけで歌唱し、店の雰囲気をつくり、客の来集をはかつて利益をあげることを意図していると認めら

ある。

この事件で問題となったのは、Ｙら(被告、控訴人、上告人）が経営しているスナックにおいて、カラオケテープ(録音物）の再生[51]とそれに基づく客の歌唱行為が演奏権の侵害に該当するか、である。現行著作権法の条文では、カラオケテープの再生行為は疑いもなく演奏権の侵害に該当するが、当時は附則 14 条の特則により 1999 年改正前に施行令附則 3 条に該当しない限り、演奏権が働かない状態であった[52]。つまり、カラオケテープが適法に録音されたものである以上、基本的には演奏権が及ばなかったため、権利者としてのＸは、Ｙらに対して利用行為の主体としての責任を求めることが容易でなかったのである。ここで、Ｙらの演奏権侵害を追及するため[53]には、①客の歌唱行為に着目する方法[54]と、

れるから、ホステス等の歌唱は勿論、客の歌唱も含めて演奏の主体性は店側にあり、かつ営利を目的とし、公衆の面前で演奏しているものと認めるのが相当である。してみると、かかる歌唱は、Ｘ（被控訴人）の許諾なき限り当該管理著作物にかかるＸの演奏権を侵害するものと認められ、他に以上の認定を左右するに足る証拠はない」。福岡高裁昭和５９・７・５判時１１２２号１５３頁。

また、カラオケ法理のロジックに関して、当時の民法学における二つの理論における「連続の発想」にヒントをえて編み出されたものという見解をもつ学者がいる、上野達弘「いわゆる『カラオケ法理』の再検討」『紋谷暢男教授古稀記念ー知的財産権法と競争法の現代的展開』（発明協会・２００６年）７９３頁注５。

[51] 現行の著作法を見れば、適法な録音物の再生も演奏権を侵害する。「『上演』、『演奏』または『口述』には、著作物の上演、演奏または口述で録音され、または録画されたものを再生することを含むものとする」（著作権法２条７項）。

[52] 附則１４条は、「適法に録音された音楽の著作物の演奏の再生については、放送又は有線放送に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものにおいて行われるものを除き、当分の間、旧法第３０条第１項第８号及び第２項並びに同項に係わる旧法第３９条の規定は、なおその効力を有する」と規定している。以下、この条文の内容を説明する。

この事件が争われた当時には、附則１４条は演奏権（22 条）の特則として、適法に録音物された音楽の著作物の再生行為が公になされるものであっても、一定の条件（放送又は有線放送に該当するもの及び営利を目的として音楽の著作物を使用する事業で政令で定めるものにおいて行われるもの）を除いて、（旧法の条文３０条第１項第８号等を適用するので）演奏権の侵害にならない。ここでいう「一定の条件」は放送、有線放送に該当するもの及び著作権法施行令附則第３条の各号列記で定めるもの、すなわち、①喫茶店その他客に飲食をさせる営業で、客に音楽を鑑賞させることを営業の内容とする旨を広告し、または客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの、②キャバレー、ナイトクラブ、ダンスホールその他フロアにおいて客にダンスをさせる営業、③音楽を伴って行われる演劇、演芸、舞踊その他の芸能を観客に見せる事業。本事件のＹらのカラオケスナックは上記の「一定の条件」を満たさせず、したがって、その条文を忠実に解釈すれば、カラオケテープの再生行為は演奏権侵害にならないはずである。それは、附則１４条を制定する当時に、まだ普及していないカラオケスナックを念頭に置かなかったからである。

附則１４条の後半の旧法条文（旧法第３０条第１項第８号及び第２項並びに同項に係わる旧法第３９条の規定）の内容に関して、旧法（明治３２年法律第３９号）では、いわゆるプラーゲ旋風に対処するため昭和９年の改正により権利制限規定として第３０条第１項第８号が新設されて、著作物が適法に収録されている録音物は、それを興行または放送に使用する場合は自由に再生することができることとなっていた。ただし、同条第２項では、出所の明示が必要条件であること、第３９条では出所を明示せずに適法に収録された録音物を再生した場合に、罰金を科すことが規定されていた。

現行著作権法（昭和４５年法律第４８号）が制定された際に、旧法の規定（３０条第１項第８号等）を念頭に置いて、長期間にわたり自由に利用されていたという社会的慣行やレコードの利用実態を考慮し、激烈な変化を避けるために、附則１４条に経過措置を置き、所定の要件の下で、「当分の間」、旧法規定の効力を承認することにした。つまり、本事件が争われた当時、附則１４条の効力がまだ存しているので、カラオケテープの再生行為は自由に実施すべきである。

附則１４条の経過措置が３０年ほど続いて存した。ＥＵからベルヌ条約違反の指摘を受けたこと、レコード再生演奏から有線音楽放送への利用形態の変化のこと、音楽以外の著作物との権利保護を均衡すること等を踏まえて、ようやく１９９９年改正により、附則１４条を廃止することにした。現在では、音楽の録音を再生すれば通常の演奏並に演奏権が働くことになった。

以上の説明は以下の文献を参照した。田村善之『著作権法概説』（第２版・有斐閣・２００１年）174ー179 頁、著作権法百年史編集委員会『著作権法百年史』（著作権情報センター発行・２０００年）228ー236・627ー628・660ー663 頁。

[53] Ｙらの演奏権侵害を追及するための二つの方向に関して、吉田先生の見解を参照した、吉田克己「著

②カラオケ装置による伴奏に着目する方法とがありうるところ、②の方法が当時の附則14条により排除されていた。そのため、Ｙらの著作権侵害を追及するためには、①客の歌唱行為に着目しなければならないことになるが、客の歌唱行為は著作権法38条1項[55]の制限規定によって適法とされるものであった。つまり、著作権法の文言だけ捉えて上解釈すれば、Ｙらの行為がＸの演奏権を侵害することにはならないのである[56]。

しかし、最高裁判所はＹらの行為の管理性要件（「Ｙらの管理のもとに歌唱しているものと解され」）と利益要件（「営業上の利益を増大させることを意図」）を認めた上で、客の歌唱行為をＹらの行為とみなし、Ｙらが現実の歌唱主体に該当する、という結論を下した。判決は次のように判示する。「客やホステス等の歌唱が公衆たる他の客に直接聞かせることを目的とするものであること（著作権法２２条参照）は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、Ｙらと無関係に歌唱しているわけではなく、Ｙらの従業員による歌唱の勧誘、上告人らの備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、Ｙらの設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、Ｙらの管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、Ｙらは、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れ、これを利用していわゆるカラオケスナックとしての雰囲気を醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図つて営業上の利益を増大させることを意図していたというべきであつて、前記のような客による歌唱も、著作権法上の規律の観点からはＹらによる歌唱と同視しうるものであるからである」。結局、最高裁判所はＹらを侵害主体であると判断し、Ｙらの損害賠償責任[57]を肯定した。

なお、この上告審において、伊藤正己裁判官は、不法行為に基づく被上告人の損害賠償請求を認容した原判決は是認することができるとした多数意見の結論には賛成するとしつつも、その結論に至る理由づけには賛成しなかった。そのため、伊藤正己裁判官は以下のような補足意見を加えている。

まず、客の歌唱行為をＹらの行為に擬制する論法に反対する見解を示した。「客のみが歌唱する場合についてまで、営業主たるＹらをもつて音楽著作物の利用主体と捉えることは、いささか不自然であり、無理な解釈ではないかと考える」、「客は、Ｙらとの間の雇用や請負等の契約に基づき、あるいはＹらに対する何らかの義務として歌唱しているわけではなく、歌唱するかしないかは全く客の自由に任されているのであり、その自由意思によつて音楽著作物の利用が行われているのであるから、営業主たるＹらが主体的に音楽著作

作権の『間接侵害』と差止請求」田村善之『新世代知的財産法政策学の創成』（２００８年・有斐閣）２５９頁。

[54] 客の歌唱行為（直接利用行為）が侵害となったら、これを前提として、Ｙらの行為が共同不法行為になる可能性がある。

[55]「公表された著作物は、営利を目的とせず、かつ、聴衆または観衆から料金を受けない場合には、公に上演し、演奏し、上映し、または口述することができる」。客の歌唱行為がこの制限規定を満足するので、侵害にならない。

[56] 前に述べたように手足論を運用して侵害を肯定する判決もあるが、カラオケスナックのＹらと客は緊密な雇用関係を有していないので、手足論を利用する条件を備えていない。

[57] 控訴審の裁判所はＸの差止請求を認容した。「Ｙらは『クラブキヤツツアイ』において被控訴人の許諾なく管理著作物の演奏を続け、将来も演奏権の侵害を続けることが予測できるから、その侵害の停止と予防のため著作権法一一二条により差止めを求めるＸの請求も相当として認容することができる」。

ただし、差止請求に関する上告は手続きの原因で最高裁に却下されたので、最高裁の説示は損害賠償に関するのみである。「Ｙらは、原判決中カラオケ演奏を伴奏とする歌唱による演奏権侵害を理由とする被上告人の損害賠償請求を除くその余の請求にかかる部分については、上告理由を記載した書面を提出しない」。

したがって、本最判の拘束力は損害賠償の部分に止まり、差止請求部分に及ばないはずである。その取り扱いの手続き的当否に関して、高部真規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号115頁（2006年）。

物の利用にかかわつているということはできず、したがつて、客による歌唱は、音楽著作物の利用について、ホステス等従業員による歌唱とは区別して考えるべきであり、これをＹらによる歌唱と同視するのは、擬制的にすぎて相当でないといわざるをえない」。

その上で、伊藤正己裁判官はＹらの行為を判定する際に、「カラオケ伴奏による歌唱の面で捉えるのではなく、カラオケ装置に着目し、カラオケ装置によるカラオケテープの再生自体を演奏権の侵害と捉えるのが相当であると考える」という立場を示した。「著作権法附則１４条ないし著作権法施行令附則３条の立法趣旨に照らすと」、Ｙらのカラオケ装置も「客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」に該当する[58]と考え、本件においては附則 14 条に定める特則が適用されないと解するわけである。

１、侵害の構成要素（カラオケ法理の構成要素）

最高裁は、客の歌唱行為に着目し、物理的な利用行為の主体と言い難い者（Ｙら）を、管理性及び営業上の利益という二つの要素を有することを理由に、規範的に利用行為の主体と評価する論法を採った。これがいわゆるカラオケ法理である。

ここで問題とされるのは「営業上の利益」という要素を本当に侵害要件として構成すべきかという点である。裁判所においては、後述するように、利益要件をかなり緩和するものや、さらに利益要件を考慮しない裁判例も現れている。この点、間接侵害者が悪意の管理行為を備えているのであれば、たとえ具体的な利益を上げていなくても、侵害に該当するというべきである。仮に利益性の要件に拘泥してしまっては、逆に不当な結果を導く恐れがあるだろう。そもそも、利益要件というものは、管理行為あるいは行為者の悪意を証明するための考慮要素なので、強引にこの要素を独立させると、営利目的を欠く違法行為が非侵害になってしまうだろう[59]。

２、本案の位置づけ

先述の手足論中部観光事件で述べたように、カラオケ法理が誕生する以前から、物理的な利用行為の主体ではないにもかかわらず、規範的な利用行為の主体と評価する法理が存在していた。それは手足論法理である。人為的な擬制性の程度という観点から見れば、カラオケ法理は手足論法理よりもっと前に一歩踏み込んだものである。

①手足論法理は物理的な直接利用者と擬制の主体の間に密接な支配関係(雇用契約等)を有することを要求している。中部観光事件で示したように、仮に両者の間に密接な支配関係がなければ、手足関係の存在が否定されている。この原則に従えば、Ｙらのカラオケスナックは来店した客と密接な支配関係を有していないので、侵害にならないはずである、しかし、最高裁判所はＹらの行為が管理性要件（「Ｙらの管理のもとに歌唱しているものと解され」）と利益要件（「営業上の利益を増大させることを意図」）を備えていることを理由として、Ｙらの侵害主体性を認容した。すなわち、手足論とカラオケ法理は物理的な

---

[58] 多数裁判官の意見は、カラオケ装置の設置が著作権法施行令附則第 3 条の「客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの」には該当しないとするものと解されるので、当時の附則 14 条を適用でき、カラオケテープの再生行為は演奏権侵害にならない。そのため、多数裁判官はカラオケ装置による伴奏に着目する方向を断念して、客の歌唱行為に着目する方向を考慮した、その結果、客の歌唱行為をＹらの行為に擬制する論法を採択した。これに対して、裁判官伊藤正己は、Ｙらのカラオケ装置が「『客に音楽を鑑賞させるための特別の設備を設けているもの』そのものに当たるということはできないとしても、これに準ずるものとして、営利目的のカラオケ装置によるカラオケテープの再生については…音楽の提供が直接収益に結びつかない事業に限つて旧著作権法の規定を当分の間適用することとした著作権法附則１４条ないし著作権法施行令附則３条の立法趣旨に照らすと」当時の附則を適用せず、カラオケテープの再生行為は演奏権侵害になるはずである、という見解を持っている。

ただし、伊藤正己の少数意見に対して、著作権法施行令附則第 3 条 1 号の趣旨を違反する疑いを有すると共に、カラオケテープに歌詞が入っていない以上、作詞家の著作権侵害を問えないという難点もあった。この反論に関して、以下の文献を参考する。田村善之・前掲注（4）189 頁。

[59] 利益要件の不当性を指摘する文献に関して、田村善之・前掲注（52）第 178 頁以下。

利用行為の主体ではないにもかかわらず、規範的な利用行為の主体と評価するという点において、共通するが、手足論法理は両者が密接な支配関係を有する場合のみ利用行為主体性を肯定できるのに対して、カラオケ法理はこうした限定を行わず、カラオケスナックと来店した客のように密接な支配関係を有しなくても「管理」・「営利目的」という要素を考慮して、利用行為主体性が肯定されるのである[60]。

②例1で紹介した手足論を適用する裁判例において、直接、物理的な利用行為の主体(実演家）には制限規定(38条1項）が適用されないため演奏権侵害に該当するが、本事件において、来店した客の歌唱行為は営利目的が欠いているため、制限規定(38条1項）が適用でき、演奏権侵害に該当しないはずである。つまり、そもそも直接、物理的な利用行為が侵害にならなければ、カラオケスナックのＹらの「管理」・「勧誘」行為も侵害にならないとするべきである[61]。しかし、カラオケ法理によって、本来侵害にならないはずのＹらの適法行為が人為的に違法行為に転換されるので、カラオケ法理は、適法行為を違法行為に転嫁するという重要な機能を持つといえる[62]。

３、本案の射程

①控訴審の効力は差止部分を包含するが、上告審の効力は損害賠償の範囲にのみ限られている。

控訴審判決はカラオケ法理を用いて差止請求を認容したが、差止請求に関する上告は手続き上の理由が原因で最高裁に却下されたので、上告の対象になっていないに等しく、本最判の拘束力は損害賠償の部分に止まり、差止請求部分には及ばないということになる。

②何の制限も加えず、「管理性」要素と「利益性」要素だけを考慮して以降の裁判に当てはめると、裁判官の自由裁量となる領域が過大になってしまうと考えられる。もしそのようになるとアメリカの代位責任法理(vicarious liability)[63]の適用範囲を超える程の自由裁量が認められてしまうことになる[64]。代位責任が成立するために侵害の認識または直接な実行は必要ないが、その前提として直接侵害行為の存在が必要となる。前述したように、本判決が確立したカラオケ法理の特徴は、直接侵害が存在しなくても管理要素と利益要素によって適法な主体を違法主体に転換できるという点にある。これもカラオケ法理が裁判所において拡大しやすい原因の一つと言えるだろう。

本案の判決は、一般論を論じる形を取っているわけでなく、「あくまで事例判決」と位置づけられたものであった[65]。しかし、後述するように、学説と裁判例は当時の適用範囲を大幅に超えて、これを次第に一般化していった。

４、物理的に利用行為者の行為を支配する類型において中国法の下で手足論とカラオケ法理を適用する必要性

キャバレー等の社交場の営業者と楽団との関係が請負契約を締結している場合や、ある

---

[60] この論点を強調する文献が主流になり、以下の文献が参考になる。上野達弘・前掲(注50）785頁、吉田克己・前掲(注53）259頁。

[61] この点に関して、本事件は手足論を適用する事件と異なる。手足論の事件は直接、物理的な利用行為(楽団や劇団の演奏、上演行為）が著作権侵害行為となるため、雇用者（社交場の経営者）を演奏権侵害の主体とみなさなくても、損害賠償に関する限り、演奏等の共同不法行為者として損害賠償責任を追求することができる。田村善之「検索サイトをめぐる著作権法上の諸問題(2)―寄与侵害、間接侵害、フェア・ユース、引用等―」『知的財産法政策学研究第』17号（2007年）第108頁注96。

[62] 田村善之・前掲（注3）第37頁、佐藤豊・前掲注（６）第87頁。

[63] 代位責任は、①直接侵害行為を監督する能力と権限を有すること、②直接侵害行為から利益を得ていること、という二つの要件を要求している。山本隆司『アメリカ著作権法の基礎知識』(第2版・太田出版社・2008年)235頁。

[64] この見解に関して、以下の文献を参照する。上野達弘・前掲（注50）788頁、奥邨弘司「著作権の間接侵害－日米裁判例の動向と実務への影響、今後の課題－」コピライト582号（2009年)。

[65] この論点に関して、上野達弘・前掲(注50）787頁、水野武・前掲(注49)33頁。

いは雇用契約等の密接な支配関係が存在する事案において、中国においても権利者は楽団や公演の歌手に責任を追及できるだけではく、主催者・雇用者に侵害主体として責任を負わせた可能性も十分あり得るではないかと思われる。もっとも、日本のように手足論とカラオケ法理を持ち出さなくても主催者・雇用者の主観的な過失を認められれば、中国の共同不法行為方策で侵害責任を追及することができるだろう。中国法の下で差止責任と損害賠償責任を分けて判断するわけではなく、民事責任として一括判断することが慣行なので、共同不法行為方策を採択しても差止不能の問題も発生しない。請負契約と雇用契約のような密接的な支配関係を存在している場合には、楽団の公演曲目のような著作物の数が限られているので、その中に違法著作物を発見することは非常に容易である。公演曲目リストの中に違反著作物がある限り、主催者・雇用者の主観的な過失を認定してもまったく酷ではないだろう。したがって、物理的に利用行為者の行為を支配する類型においてわざわざ日本の手足論とカラオケ法理を参照する必要性はないと思われる。

二、　共同不法行為方策への試み

日本の著作権法は、著作権の侵害となるべき行為を大変細かく列挙しているにもかかわらず、特許権のように間接侵害に該当する行為は排他権に置かれていない。このように、著作権としては間接侵害の規定がない以上、間接侵害行為は著作権の排他権に直ちに服さないのは当然のことである。間接侵害行為の侵害責任を追及するためには、民法に基づき共同不法行為責任を追及する方策は一番思い出しやすい方策と言えるだろう。

侵害行為と関わる装置(もっぱら侵害用途に使う装置ではなく）を販売・リースする事件において、事業者の間に請負契約・雇用契約のような密接な人的関係がないから、手足法理やカラオケ法理を適用する余地はない。その代わり裁判所は、共同不法行為によってこの類型の間接侵害者の責任を問うことになる。

（一）侵害装置を販売・リースする事件（ナイトパブＧ７上告審[66]）

X(原告、被控訴人、上告人）は日本音楽著作権協会であり、Y(被告、控訴人、被上告人）はカラオケ装置リース業者である。カラオケ店はＹからリースされたカラオケ装置を自分の店に設置し、これを操作して、Ｘの管理著作物を演奏、上映し、顧客や従業員に歌唱させていた。Ｘが著作権侵害を理由に、カラオケ店（差止請求と損害賠償請求）とY(損害賠償請求だけ）に訴訟を提起した。一審[67]は原告の請求を一部認容し、その後、原告も被告も控訴した。二審[68]ではＹの損害賠償責任を肯定したが、その損害賠償額に関して、カラオケ店がJASRACからの許諾を得ていないことを現実に知った日以降の損害のみを認容した。

上告審では二審判決の一部を破棄して[69]、カラオケ装置の危険性（著作権侵害を生じさ

[66] 最判平成１３・３・２民集５５巻２号１８５頁[ナイトパブG7上告審]。本事件の判例評釈に関して、以下の文献がある。辰巳直彦[判批]判例時報１７６７号１７５～１８２頁（２００２年)、高部眞規子[判批]ジュリスト１２１９号１４２～１４４頁（２００２年)、上野達弘[判批]コピライト４９１号３４～３７頁（２００２年)、大瀬戸豪志[判批]ジュリスト増刊１２２４号２８９～２９１頁（２００２年)、高部眞規子[判批]法曹時報５４巻１１号２２５～１９７頁（２００２年)、森義之[判批]判例タイムズ増刊１０９６号１５４～１５５頁（２００２年)、高部眞規子[判批]Ｌａｗ＆Ｔｅｃｈｎｏｌｏｇｙ１５号６９～７６頁（２００２)。

[67] 水戸地判平成11・4・14判例タイムズ１０６７号２５２頁[ナイトパブG7一審]。裁判所は一審でＸの差止請求を認容したが、その根拠について十分な理由を示していない。

[68] 東京高判平成11・11・29民集55巻2号266頁[ナイトパブG7二審]。

[69] Ｙの損害賠償責任関して、Ｙはカラオケ店がJASRACからの許諾を得ていないことを現実に知った日以降の損害のみを認容した二審判決に対して、「末端のカラオケ店舗の無断演奏を逐一、把握することが困難である以上、数が少なく捕捉しやすいと思われるリース業者のところで対価を還流させる契機を作ら

せる蓋然性が高い)、被害法益の重大性（刑罰法規にも触れる犯罪行為)、リース業者の利益性（営業上の利益を得ているもの)、著作権侵害の予見可能性（リース契約の相手方が著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことが確認できない限り、著作権侵害が行われる蓋然性を予見すべきであること)、確認の容易性及び結果回避可能性（著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたか否かを容易に確認することができ、これによって著作権侵害回避のための措置を講ずることが可能であること)という五つの要素を考量して、Y に一定の契約締結時の注意義務を課した[70]。すなわち、Y はカラオケ店とリース装置に関する契約を締結する際に、カラオケ店と JASRAC の使用許諾契約の有無を確認した後で、カラオケ装置を引き渡すべきであるということである。その結果、Y の共同不法行為責任(損害賠償責任）はカラオケ装置の引き渡し時点から認められることになった。つまり、「カラオケ装置を用いた無断演奏や上映の横行に対し、著作権の実効的な救済を困難にするものである」という損害賠償額の計算時点に関わる二審判決を批判する学説[71]に応えるかのように、Y が仮処分執行を受けたことを知っている時点以降のみならず、これに加えて当初のリース契約締結以後においても Y に過失があったものと認められて、損害額も二審より遥かに増えた[72]。

本事件では二つの間接関与者の侵害責任の有無を判断する必要がある。まず、第一段階では、来店の顧客とカラオケ店舗の関係を考察して、カラオケ店舗の侵害責任の有無を判断する際にクラブ・キャッツアイ上告審によって確立したカラオケ法理を引用してカラオケ店舗の侵害責任を認定した。第二段階では、カラオケ店舗と販売・リース業者 Y の関係を考察して、間接関与者 Y の侵害責任の有無を判断する際に、最低限の人的な関係までも存在しないので、カラオケ法理のように間接侵害者 Y を直接侵害者とみなす論法は採らず、「著作物使用許諾契約の締結又は申込みをしたことを確認する措置を講じてカラオケ店による著作権侵害が行われることを未然に防止すべき注意義務を負っていた」という間接関与者Ｙの注意義務を肯定した上で、この注意義務に違反するＹの行為を指摘した。そして、「著作物使用許諾契約の締結又は申込みをしたことを確認することなく、漫然と同人にカラオケ装置を引き渡したものであって、前記条理上の注意義務に違反した」、Y の注意義務の懈怠とカラオケ店の著作権侵害による X の損害との間には相当因果関係があるので、Y の引き渡す行為は不法行為に該当するとしたのである[73]。

せるように仕向ける結論が合理的ではないか」という見解からの批判に応えるように、上告審は二審の結論を覆して、装置を引き渡す際に、著作権使用許諾契約の有無を確認する義務をリース業者の Y に課した。この著作権の実効的な救済の困難性に着目する見解は以下の文献を参考する。田村善之[批]NBL694 号１４～１９頁（2000 年）参照。

[70] その判決要旨は「カラオケ装置のリース業者は、カラオケ装置のリース契約を締結した場合において、当該装置が専ら音楽著作物を上映し又は演奏して公衆に直接見せ又は聞かせるために使用されるものであるときは、リース契約の相手方に対し、当該音楽著作物の著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結すべきことを告知するだけでなく、上記相手方が当該著作権者との間で著作物使用許諾契約を締結し又は申込みをしたことを確認した上でカラオケ装置を引き渡すべき条理上の注意義務を負うものと解するのが相当である。」というものである。

[71] 二審判決が「著作権の実効的な救済を困難にする」であり、「個別のカラオケ店舗よりは、これにカラオケ装置をリースするリース業者を捕捉する方が絶対数の点で相対的に容易であるかもしれず、そうだとすると、リースの相手方の著作権侵害行為を防止する適切な装置を求めうるような制度を設計した方が効率的に対価の回収を促し創作活動のインセンティブとすることに資する」という批判が有力である。田村善之[判批]NBL694 号１４～１９頁（2000 年）参照。

72 二審の損害額の１１７万６６７０円から７５３万９２３９円に増額されたのである。上野達弘[判批]コピライト４９１号３６頁（２００２年)。

[73] 判決では「共同不法行為」という文言を用いていないが、吉田克己が指摘したように、「Y の注意義務違反によってカラオケ店の著作権侵害が行われたと判断し、それを根拠に、Y の注意義務の懈怠とカラオケ店の著作権侵害による X の損害との間には相当因果関係があると判示しているのであるから、Y の行為を、直接の侵害行為であるカラオケ店の行為に関連づけつつその不法行為性（民法の幇助、民法 719

ただし、本判決が示したように、共同不法行為法理の最大の欠点は、民法の不法行為に該当するということだけを理由に差止請求を認めることが困難な点にある。日本民法には差止めを認める明文規定がないので、不法行為法による差止めは公害や名誉あるいはプライバシー侵害の場合に限られている[74]。著作権法では著作権に基づく差止請求権がある（著作権法 112 条）にもかかわらず、112 条の「著作権侵害する者」の中では教唆あるいは幇助行為を為した者を含めるか、それとも共同不法行為者まで含まれるかについては、著作権法上の規定が存在しない。

差止請求権が認めるかべきかどうかに関して学説では本事件の判決と同様の見解に立つ学者は数少なくない。それらの学説によると、共同不法行為の幇助・教唆行為をする者が 112 条 1 項の「著作権侵害する者」に属さないとしている。その具体的な理由としては、①著作権法全体の構造を考慮すれば、技術的保護手段の回避専用装置や、営利を目的として公衆の使用に供されている自動複製機器等の使用を禁止している以上、別に共同不法行為の幇助・教唆行為をする者が 112 条 1 項の「著作権侵害する者」に属すれば、あえて固有の規定を置いていることとの関係が問題になる[75]、②民法においても、物権的請求権に基づき、幇助者に対する差止めが認容された事例は存在しない（外在的な消極理由）[76]、③法的安定性を考量すれば、解釈論としては行き過ぎるではないか[77]、などの見解がある。

今までの裁判例でも共同不法行為法によって著作権間接侵害者の責任を追及する際に差止請求が認められることはないが、ナイトパブG7 事件と異なる通信カラオケ事件において、間接関与者としての通信カラオケ装置をリースしている業者はカラオケ装置をカラオケ店にリースした後も楽曲のデータを有線で送信した。この通信カラオケ装置を提供する業者は単なるカラオケ装置ををリースするわけではなく、後述のシステム提供型の要素を有しているから、一挙手一投足で容易に侵害行為を抑止できる。

以下、差止請求を認めたこの二つの異例ともいえる大阪地裁の判決を紹介する：①著作権法 112 条を梃子として、幇助行為をなす者に対する差止請求を認容する法律論を採用した[ヒットワン事件]、②著作権法 112 条 1 項の類推解釈として、間接侵害者に差止請求を肯定した[選撮見録初審]。

（二）共同不法行為にしても差止請求を認容事件（ヒットワン事件[78]）

条 2 項）を肯定していることになる」。吉田克己・前掲注（53）264 頁。

[74] 吉村良一「不法行為の差止訴訟」『民法の争点』（有斐閣・2007 年）296－297 頁。

[75] 「仮に侵害の幇助行為を著作権法における『侵害』であるとするならば、著作権法が刑事罰として、技術的保護手段の回避専用装置等を公衆に譲渡等した者等(著作 120 条の 2)や、営利を目的として公衆の使用に供されている自動複製機器を権利侵害となる複製に使用させた者（著作 119 条 2 号）といった、それ自体、侵害の幇助者に該当するものについて、著作権等『侵害した者』(著作 119 条 1 号）とは別に、あえて固有の規定を置いていることとの関係が問題になる。したがって、著作権法全体の構造からすれば、禁止権説が妥当と考えられる」。この見解に関して、上野達弘「著作権法における『間接侵害』」ジュリスト 1326 号 81 頁以下(2007 年）を参照する。

[76] この見解に関して、高部真規子・前掲注（57）126 頁を参照する。

[77] 「著作物は無体の情報であり、物とは異なり侵害様態は条文を離れて決定することは難しく、それ故、著作権法においては支分権を明確に規定し、それに加えて 113 条で侵害とみなす行為が規定され、何が侵害に該当するのかという点を明らかにして法的安定性を図っている……ヒットワン判決やファイルローグ判決には賛否両論あるところであるが、解釈論としては行きすぎるではないかと思える」、この観点に関して、中山信弘『著作権法』（有斐閣・2008 年）480－482 頁。

「さらに、明文で規定される著作権法 113 条所定の著作権侵害とみなす行為以外に『著作権の侵害』による差止めを認めるのは、同条の存在意義を無にするもので、法的安定性を害するのではなかろうか」、この見解に関して、高部真規子・前掲注（57）127 頁を参照する。

[78] 大阪地判平成１５・２・１３判時１８４２号１２０頁[ヒットワン事件]。判例評釈に関して、以下の文献がある。作花文雄[判批]コピライト５０５号４０～４８頁（２００２年）、高部眞規子[判批]ＡＩＰＰＩ４９巻４号２～１３頁(２００４年)、斉藤博[判批]判時１８６４号２２２～２２５頁(２００４年)、

ヒットワン事件は、カラオケ装置リース業者の行為の差止に関する判決の中において権利者からの差止請求を認めたことは初めての事件である。

本事件の事実はナイトパブG7事件とほぼ同じく、権利者X（日本音楽著作権協会、原告）は９３店舗に通信カラオケ装置をリースしている業者であるYに差止を請求が提起された。Xは①Yが「管理支配」と「利益」要素を有するので、管理著作物の利用主体に該当する。あるいは、②Y が本件カラオケ店舗における管理著作物の利用につき幇助ないし教唆を行う者として、著作権法112条1項に基づき、差止請求を求めた。裁判所は①Yを直接な侵害主体に見なすカラオケ法理の論法を否定した[79]が、②の請求を認容した。つまり、幇助者Yの行為が当該著作侵害行為に密接な関係を有し、当該幇助者Yが幇助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幇助行為を中止して著作侵害の事態を除去できるような場合には、当該幇助行為を行う者は侵害主体に準ずるものと評価できるから、著作権法112条1項の「著作権を侵害する者又は侵害する恐れががある者」に該当した。また、著作権法112条1項に規定する差止請求に関して、侵害主体に準ずるYに対する差止請求を認容する法律論を採用した。

ナイトパブＧ７事件と異なるところは、本事件は通信カラオケの事案であり、Yはカラオケ装置をカラオケ店にリースした後も楽曲のデータを有線で送信した。したがって、Yが一定の信号を送信することによって、本件各カラオケ店舗に設置された装置を使用して再生できないよう制御することができる[80]。この特殊な事情があるので、Y はすでに単純なリース業者ではなく、カラオケ店との関与程度はナイトパブG7事件よりかなり強くなって、一挙手一投足で容易に侵害行為を抑止でき、各カラオケ店との関係を全体から見ると、後述のシステム提供型の要素も現れてきた。つまり、Ｙが楽曲の送信を停止させることは容易である以上、ナイトパブＧ７事件と比べると、Ｙに差止責任を問う必要性も大いに増加した。

１、差止の根拠

差止の根拠を説明するために、大阪地裁は著作権法と民法の物権とは同質の物である理解を打ち出した。すなわち、「著作物を独占的に支配できる権利」と著作権を把握した上で、幇助ないし教唆行為を実施する者Yは著作権法112条1項にいう「著作権を侵害する者」に含まれる[81]。112条1項の差止の相手は条文上の支分権(21条から28条に、113条

高部眞規子[判批]判例タイムズ臨時増刊１１５４号１８６～１８７頁、島並良[判批]別冊ジュリスト１９８号２０２～２０３頁（２００９年）。

79 「管理著作物に係る歌詞・楽曲の演奏・上映行為は、本件各店舗において、その従業員ないし客が楽曲を選択し、カラオケ装置を操作して演奏させ、従業員ないし客が歌唱することによって行われるものであって、被告Ｙは、カラオケ装置及び同装置に蓄積された楽曲データをリース契約及び通信サービス提供契約に基づいて提供しているものの、それ以上に、本件各店舗における演奏行為に関与するものではなく、いつ、どの楽曲を演奏するかについて個々のカラオケ楽曲の演奏行為に直接的な関わりを有するものではないから、被告Ｙが管理著作物に係る歌詞・楽曲の演奏・上映行為の直接的な行為主体であるということはできない」。

80 「Ｙは、リース料の支払が遅滞するなどの事態が生じた場合には、通信回線を経由して一定の信号を送信することによって、本件各店舗に設置された装置を使用して再生（演奏・上映）できないよう制御する（一般に「ロックする」といわれている。）ことができ、この措置がとられた場合には、本件各店舗に設置された端末機のハードディスクに既に蓄積されている楽曲データの利用も不可能になる」。

81 「著作権法１１２条１項にいう『著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者』は、一般には、侵害行為の主体たる者を指すと解される。しかし、侵害行為の主体たる者でなく、侵害の幇助行為を現に行う者であっても、〔１〕幇助者による幇助行為の内容・性質、〔２〕現に行われている著作権侵害行為に対する幇助者の管理・支配の程度、〔３〕幇助者の利益と著作権侵害行為との結び付き等を総合して観察したときに、幇助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幇助者が幇助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幇助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できるような場合には、当該幇助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるから、同法１１２条１項の「著作権を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に当たるものと解するのが相当である。けだし、同法１１

1項）を侵害する主体だけではなく、侵害の主体に準ずる者も差止の相手になる。

ただし､本事件で差止の判断はいろいろな要素を考量してから総合判断したものであり、物権などの絶対権侵害について直ちに差止請求を認める民法的発想とは異質のものと批判する見解も見られる[82]。

２、差止の内容(作為)

裁判所は、Yがカラオケ店に対して、楽曲リスト記載の音楽著作物のカラオケ音楽データの使用禁止措置を取るように命じた。また、不作為を命じることは著作権法112条1項に基づく差止の通例と比べて、本判決のように作為を命じることは異例となる[83]。

３、差止の妥当性に関わる論争

ナイトパブＧ７上告審では損害賠償のみを認容するのに対して、本事件では著作権法112条1項を梃子として、差止請求も肯定した。大阪地裁のこのアプローチに関して、学界では肯定する見解も数少ない。①侵害状態を除去する地位にある者は差止請求に服すべきである[84]、②侵害という結果に対して、間接侵害者が直接行為者（直接侵害者）と価値的に同様のものと認められる際に、差止請求に服すべきである[85]、③侵害用途に供されることのみを取り出して、侵害行為のみを回避することが容易な場合には、当該著作物の利用行為を著作権の侵害行為と評価している以上、著作権法の趣旨から見れば、侵害行為を有効に抑止するために差止請求に服すべきである[86]、④侵害以外に用途がない「にのみ」型の物理的手段の提供に対して差止めを認めるべきである[87]、⑤著作権侵害の結果を除去

２条１項に規定する差止請求の制度は、著作権等が著作物を独占的に支配できる権利（著作者人格権については人格権的に支配できる権利）であることから、この独占的支配を確保する手段として、著作権等の円満な享受が妨げられている場合、その妨害を排除して著作物の独占的支配を維持、回復することを保障した制度であるということができるところ、物権的請求権（妨害排除請求権及び妨害予防請求権）の行使として当該具体的行為の差止めを求める相手方は、必ずしも当該侵害行為を主体的に行う者に限られるものではなく、幇助行為をする者も含まれるものと解し得ることからすると、同法１１２条１項に規定する差止請求についても、少なくとも侵害行為の主体に準じる立場にあると評価されるような幇助者を相手として差止めを求めることも許容されるというべきであり、また、同法１１２条１項の規定からも、上記のように解することに文理上特段の支障はなく、現に侵害行為が継続しているにもかかわらず、このような幇助者に対し、事後的に不法行為による損害賠償責任を認めるだけでは、権利者の保護に欠けるものというべきであり、また、そのように解しても著作物の利用に関わる第三者一般に不測の損害を与えるおそれもないからである」。

[82] この論点に関して、田中豊「著作権の間接侵害」コピライト520号2頁、吉田克己・前掲注（53）270頁。

[83] 高部真規子・前掲注（57）127頁。

[84] この見解に関して、牧野利秋[判批]著作研究28号177頁以下を参照する。

[85]「即ち、直接侵害者は、権利侵害（直接侵害）という結果の発生を、自らの直接行為を通じて招来するものであるのに対して、間接侵害者は直接侵害行為に対する間接的寄与を通じて、権利侵害(直接侵害）という結果の発生を招来するものである。そして、これが、権利侵害（直接侵害）という結果の発生に対する因果的寄与の強度等において、直接行為者（直接侵害者）と価値的に同様のものと認められるのであれば、差止請求に服すべきのと解されるのである」。この見解に関して、大渕哲也「著作権侵害に対する救済(1)―著作権の間接侵害(1)」法学教室356号（2010年）145頁を参照する。

[86]「確かに、装置の提供が侵害行為に結びつくものであるところ、侵害用途に供されることのみを取り出して、非侵害用途に影響を与えることなく、侵害行為のみを回避することが容易な場合には、そのような装置の提供行為に対する差止めを認めても、適法行為が抑止されるとまでは言えず、逆に侵害行為の抑止につながるのであるから、当該著作物の利用行為を著作権の侵害行為と評価している著作権法の趣旨に鑑み、立法を待つことなく、差止請求を認めてもよいように思われる」。この見解に関して、田村善之・前掲注(61)88～89頁を参照する。この見解は、「にのみ」型でない場合にも侵害用途のみを抽出して、これを回避しうる場合には、なお差止めを許容すべきであると考える点で後述した佐藤豊の見解よりは緩い要件の下で差止めを認めるものである。

[87]「したがって、差止請求は、『にのみ』の提供に限るべきであり、『汎用型』に関しては、直接の利用者に対する差止めをもって対処することし、誘発手段の提供者に対しては、損害賠償請求による抑止を以って十分とすべきと思われる」、この見解に関して、佐藤豊「著作物利用のための手段を提供する者に対する差止め」知的財産法政策学研究2号84頁を参照する。

することができれば、利用者に過度の損害をもたらしない限り、差止めを認めるべきである[88]、⑥諸事情を総合衡量する上で、差止めるかどうかを判断する[89]、などの見解がある。

もっとも、差止請求を肯定すべき見解に対して、著作権法の権利範囲は従来より広く理解されることになるので、著作権を禁止権と理解する一般的な考え方と抵触する側面を有するという批判も存在している[90]。著作権法明文以外の行為を著作権法 112 条 1 項を直接的に適用することは行き過ぎる、この批判に応じるかのように、一歩後退して、112 条 1 項を類推適用する裁判例が現れた。以下、この裁判例を紹介する。

（三）著作権法 112 条 1 項の類推解釈によって、差止請求を認容事件（選撮見録事件初審[91]）

著作権法１１２条１項を梃子にして、不法行為によって幇助者の行為が差止されるもうひとつの裁判例は選撮見録事件（一審）であり、これも大阪地裁が下した判決である。

本事件で問題となった間接侵害者Ｙはカラオケ装置リース業者ではなく、直接利用行為との間にかなり距離が離れている装置販売者である。テレビ放送事業者Ｘら（原告・被控訴人）は、Ｙ(被告、控訴人）の集合住宅向けハードディスクビデオレコーダーシステム「選撮見録」を販売する行為に対して、自己の有する著作隣接権の複製権と送信可能化権侵害に基づいて、その商品の使用等の差止めおよび廃棄を請求した。大阪地裁は、Ｙの「選撮見録」装置を販売する行為が、放送局の有する著作隣接権を侵害する行為と同視できるとして、著作権法１１２条１項の類推適用により、Ｘらの差止請求を認容した。

「選撮見録」は、そのサーバーによって、テレビ放送を一括して受信・録画(一週間保存）し、あらかじめ選定され設定された、最大５局分の番組を同時に１週間分録画することができる。集合住宅のユーザーは、各住戸に設置されたビューワから管理人室等の共用部分に設置されたサーバーに送信指令をした後、サーバーで保存されるデータが各住戸のビューワに配信する。ここで注意すべきなところは一台のサーバーが最大５０戸のユーザーに対応している点である、すなわち、サーバーとユーザーのビューワは一対一の対応関係を有せず、一台のサーバーが保存したデータを複数のビューワに配信していた。ユーザーの予約が重複した場合にはサーバー内には同一の番組については一個の録画データが蓄積されるにとまり、そこから複数のユーザーへ送信されることになっていた。

まず、大阪地裁はユーザーＡの直接利用行為が私的複製に該当するかどうかを判断せず、

---

[88]「（ヒットワン事件の論理は）即ち、当該行為を差止めることによって、著作権侵害の結果を除去することができるのかどうかを、差止めを認めるかどうかの基準として位置づけた上で、差止めを認めることによって、過度のまたは不測の損害、損失を被らせるというようなものでなければ、権利者と利用者の利益考量からして、差止めを認めてよいのだと考えているのだと思います」。この見解に関して、田中豊・前掲注（82）7 頁。

[89] 作花文雄「著作物・複製物の利用・侵害様態の変容と帰責法理の構築」『知的財産権法と競争の現代的課題』（紋谷暢男古稀・2006 年・発明協会）1019～1028・1036～1037 頁、塩月秀平「著作権侵害主体の事例分析」ジュリスト 1316 号 146～147 頁(2006 年)。

また、この解釈論に対して、予測可能性を欠く憾みを指摘した意見もある。田村善之・前掲注（61）111 頁注 107 を参照する。

[90] 上野達弘[判批]知財管理 56 巻 8 号（2006 年）1220～1221 頁、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト 1306 号 126 頁以下（2006 年）。

[91] 大阪地判平成 17・10・24 判時 1911 号 65 頁[選撮見録仮一審]。一審の判例評釈に関して、以下の文献がある。岡邦俊[判批]ＪＣＡジャーナル 52 巻 12 号 40～43 頁（2005 年）・53 巻 1 号 50～53 頁（2006 年）、奥邨弘司[判批]判時 1931 号 198～204 頁、上野達弘[判批]知財管理 56 巻 8 号 1215～1233 頁（2006 年）、平嶋竜太[判批]Ｌａｗ＆Ｔｅｃｈｎｏｌｏｇｙ33 号 60～74 頁（2006 年）、藤田晶子[判批]著作権研究 32 号 173～205 頁（2007 年）・35 号 228～255 頁(2008 年)。また、本件にかかわる仮処分決定もあるが、内容は一審とほぼ同じである、大阪地決平成 17・10・24 平成（ョ）2004[選撮見録仮処分]。

Ａを著作権法上の「公衆」に該当するのを認定した[92]。

続いて、大阪地裁は、被告Ｙ商品の設置者Ｚ[93]が、「本件商品による複製行為あるいは送信可能化行為の過程を管理・支配し、かつ、これによって利益を受けているということができ」るので、カラオケ法理に基づいて、設置者Ｚを侵害主体と判断した。

大阪地裁は、ユーザーＡが実施した行為は私的複製に該当するかどうかの判断を避けて、設置者Ｚの侵害主体性を認定した上で、設置者Ｚと販売者Ｙの間に販売者Ｙの補助侵害責任の有無を考察する。その結果、①カラオケ法理の適用を否定し、「被告Ｙ商品による録画行為に対する管理・支配の程度が強いということはでき」ないので、Ｙの録画の主体性も否定した、②侵害行為の発生に対して、権利者Ｘの予防困難性とＹの抑止容易性を考量する結果、Ｙに差止請求を服させるべきことを論じましたが、「著作隣接権の侵害行為そのものであるということはできないから」、ヒットワン事件のように著作権法１１２条１項の直接適用を否定した。③被告Ｙ商品を販売した後、原告らの著作隣接権を侵害する必然性、完全な侵害の排除及び予防の困難性、Ｙが侵害行為を止める容易性、被告Ｙが失った販売利益の欠保護性、という複数の要素を考慮する上[94]で、著作権法１１２条１項を類推適用し、Ｘらの販売禁止の差止請求を認容した。

本事件のＹは装置の売切りではなく、ネットをつながって保守管理を行っているので、もう純粋な販売者とは言えない。間接侵害者Ｙは直接利用者との関与程度に関して、ナイトパブＧ７事件より管理支配性が強いといえる。こうすれば、ヒットワン事件と同じように販売者Ｙに差止責任を問う必要性がある。類推適用は法の欠陥が存在するを前提として、その条文上の不足を補足する解釈手法である。侵害行為の幇助者等が著作権法著作権法112条1項の「侵害する者または侵害するおそれがある者」に含められるかどうかのを明示的に規定していない以上、一定の要素を考慮して、類推適用の手法を採択することは論理的に通じると思われる[95]。もっとも、大阪高裁の二審でこの解釈手法で差止めを認めることはせずに、カラオケ法理を用いて差止めを認めた。

１、著作権法１１２条の差止請求権に関して大阪地裁と東京地裁の対立

著作権法１１２条の差止請求権が間接侵害者による教唆・幇助行為に適用されるか否かが、東京地裁と大阪地裁とで考え方が相違しているからである。大阪地裁の立場は、「ヒ

---

[92] 学説では、本件のサーバーがユーザー毎に独立したサーバーを備えることはなく、技術手段の進歩によって、それを一つのサーバーに押し込めたのは技術の区別に過ぎないので、サーバーからユーザーに対する送信は「公衆送信」に該当できない、という見解を主張する学者がいる。その見解にしたがって、ユーザーの直接利用行為が私的複製に該当するはずである。この見解に関して、平嶋竜太・前掲注（91）を参照する。

この観点に対して、効率かつ斉一的に複製する装置に対して、著作権法に関わる私的複製の建前を違反する理由として、この装置を使うユーザーの行為は私的複製に該当しないはずである見解もある。田村善之・前掲注（61）110 頁注 106。

[93] 被告Ｙ商品の設置者に関して、「集合住宅が賃貸住宅である場合には集合住宅全体の所有者、集合住宅が区分所有に係るものである場合には、管理組合ないし管理組合法人」。

[94] 〈１〉被告Ｙ商品の販売は、これが行われることによって、その後、ほぼ必然的に原告らの著作隣接権の侵害が生じ、これを回避することが、裁判等によりその侵害行為を直接差し止めることを除けば、社会通念上不可能であり、〈２〉裁判等によりその侵害行為を直接差し止めようとしても、侵害が行われようとしている場所や相手方を知ることが非常に困難なため、完全な侵害の排除及び予防は事実上難しく、〈３〉他方、被告Ｙにおいて被告Ｙ商品の販売を止めることは、実現が容易であり、〈４〉差止めによる不利益は、被告Ｙが被告Ｙ商品の販売利益を失うことに止まるが、被告Ｙ商品の使用は原告らの放送事業者の複製権及び送信可能化権の侵害を伴うものであるから、その販売は保護すべき利益に乏しい。

このような場合には、侵害行為の差止め請求との関係では、被告Ｙ商品の販売行為を直接の侵害行為と同視し、その行為者を「著作隣接権を侵害する者又は侵害するおそれのある者」と同視することができるから、著作権法１１２条１項を類推して、その者に対し、その行為の差止めを求めることができるものと解するのが相当である。

[95] この見解に関して、吉田克己・前掲注（53）273 頁参照。

ットワン」での通信カラオケのリース業者や「選撮見録」のシステムの販売者等のような、教唆者・幇助者に対して、一定の要件で１１２条を適用ないし類推適用する。これに対して、東京地裁の立場は、間接侵害者の教唆・幇助行為は著作権法１１２条に含まれない、という考え方を厳格に解している[96]。

東京地裁の判断と齟齬すれは、上告が受理される可能性が高いと言わなければならない。この事情の発生を避けるために、二審[97]の大阪高裁では一審の法律構成を変えてカラオケ法理を使って差止めを認めてしまった[98]。

２、差止請求権の内容

また、以前の著作権侵害に係わる差止めについて、一般的には「録画・複製してはいけない」という支分権の名で侵害行為を差止めたが、本事件ではこのような主文を下しても、録画する者は販売者Ｙではない以上、差止めの有効性が全然なくなった。そのため、大阪高裁はＹに対して、「.....Ｙ商品を販売して.....(ユーザーに)録音・録画させてはならない」という主文を下しました。本事件は外見から以前の差止主文と同じであるが、事実はカラオケ法理を用いたこととの整合性を保つために文言として付加されているものに過ぎなく、実質的には、差止めの対象となる行為は、あくまでもＹの販売行為である[99]。即ち、ヒットワン事件と同じように、不作為を命じた差止請求の通例と異なって作為を要求した。

以上の事件において問題となる間接侵害者は販売者・リース業者である。直接利用者と密接的な関係がないので、ナイトパブＧ７上告審事件においてこの類型の間接侵害者を規律する法理は共同不法行為法である。もっとも、共同不法行為方策によれば、差止できるかどうかは問題となる。ナイトパブＧ７上告審と違って、楽曲のデータを送信し続ける通信カラオケヒットワン事件とテレビ番組転送装置をリースする業務に関わる選撮見録事件初審は著作権法１１２条１項を梃子として差止めを認めた(直接適用あるいは類推適用)。ただし、大阪地裁の手法は広く認められなくて、主流となっていない。

（四）中国法における共同不法行為で「大阪地裁式」の差止請求を認める法理の適用可能性。

日本の大阪地裁が下したヒットワン事件と選撮見録事件事件（初審）は共同不法行為の方策を採択した上で差止請求を認めた。たとえば、ヒットワン事件において、幇助者 Y の行為が当該著作侵害行為に密接な関係を有し、当該幇助者 Y が幇助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幇助行為を中止して著作侵害の事態を除去できるような場合には、当該幇助行為を行う者は侵害主体に準ずるものと評価できるから、著作権法 112 条 1 項の「著作権を侵害する者又は侵害する恐れががある者」に該当した。選撮見録事件事件（初審）において、原告らの著作隣接権を侵害する必然性、完全な侵害の排除及び予防の困難性、Ｙが侵害行為を止める容易性、被告Ｙが失った販売利益の欠保護性、という複数の要素を考慮する上で、著作権法１１２条１項を類推適用し、Ｘらの販売禁止の差止請求

---

[96] この見解に関して、潮海久雄「著作権侵害の責任主体に関するわが国判例法理の比較法上の位置づけーテレビ視聴サービスの事例を中心にー」知財管理５７号３７１頁（２００７年)、田村善之・前注（3）４８頁参照。

[97] 大阪高判平成１９・6・１４判時１９９１号１２２頁。二審の判例評釈に関して、以下の文献がある。岡邦俊[判批]ＪＣＡジャーナル５４巻７号６０～６３頁（２００７年)、水谷直樹[判批]発明１０４巻９号５４～５７頁（２００７年)、國分隆文[判批]Ｌａｗ＆Ｔｅｃｈｎｏｌｏｇｙ４１号５５～７０頁、平嶋竜太[判批]速報判例解説〔２〕(法学セミナー増刊）２７９～２８２頁（２００８年)、大江修子[判批]パテント６１巻１２号４１～４９頁（２００８年)、 藤田晶子[判批]著作権研究３５号２２８～２５５頁（２００８年)、吉田広志[判批]別冊ジュリスト１９８号２００～２０１頁（２００９年)。

[98] この見解に関して、田村善之・前掲注（３）５０頁参照。

[99] この見解に関して、田村善之・前掲注（３）５０頁、吉田広志・前掲注（９７）２０１頁。

を認容した。差止請求を認めるべきかどうかは現時点から判断すべきであり、過去の間接関与者の主観的な状況とはさほど関係ない。現時点で違法著作物の有無と深く関係しているから、日本のように主観的な要件を考慮せずに「大阪地裁式」の差止請求を認める法理は合理だと言えるだろう。

これに対して、中国法では基本的には主観的な「過失」要素を通じて「共同不法行為」によって間接関与者の侵害責任を規制している。事前審査義務を負っていない現状[100]では間接関与者はカラオケ店舗が著作権ライセンス契約を締結するかどうかのことを事前に確認する義務はない。

１、ヒットワン事件と選撮見録事件事件（初審）のような事件において、事前審査義務が存在しなくても、『侵権責任法』３６条３項によると、インターネットの環境では間接関与者は違法著作物の存在が「知る」であれば、直接侵害者と一緒に連帯責任を負う。カラオケ店舗が著作権使用料を支払っているかどうかの状況に関して、間接関与者の侵害装置をリース・販売する会社は侵害の有無を簡単に確認することができること、一挙手一投足で容易に侵害行為を抑止できることを考えれば、間接関与者の侵害装置を販売・リースする会社の主観的な状況を『侵権責任法』３６条３項の「知る」要件を満足することが見なせる。この解釈論が取れば、日本でも中国でも同じく共同不法行為の方策[101]で間接関与者の侵害責任を追及することができる。

２、楽曲のデータを送信し続けないナイトパブＧ７上告審のような事件においては、インターネットの環境でデータを送信する行為をしていないから、『侵権責任法』３６条３項を適用する余地はない。つまり、間接関与者はカラオケ店舗の著作権使用料を支払っているかどうかのことを事前に確認する義務を負っていない。カラオケ装置をリースする業者は共同不法責任を負わない。

３、もっとも、今のデジタル時代ではカラオケ店舗はインターネットを通じて楽曲データベースを更新することが常態となっている。カラオケ装置のリース業者を通じなくても、各地の各カラオケ店舗を捕捉することができるようになった。仮に違法音楽物があっても、各カラオケ店舗に侵害責任を直接に負わせれば十分ではないか。装置をリースする業者に共同不法行為を追及しなくても問題はないと思われる。

一番問題となるのは後述のシステム提供型事件である。アメリカ DMCA をまねて確立された「セーフ・ハーバー」規則[102]を適用する際に、権利者は合格な「警告通知」を送らないままで訴訟を起こす場合には、差止請求できるどうかは問題となる。この場合には、日本の規範的行為主体論方策を参照する余地が存在するかもしれない。

三、規範的行為主体論の新戦場（人的関係からシステム提供型へ）

クラブ・キャッツアイ上告審のような第一類型（物理的に利用行為者の行為を支配する類型）の裁判例において、人的な支配関係を有し、規範的な利用主体と捉えることによって処理するルートを選んだ。それに対して、第二類型（侵害装置を販売・リースする類型）において、人的な支配関係がなく、直接利用者と間接関与者の間に契約関係のみ存在する

100　王艳芳「『最高人民法院关于审理侵害信息网络传播权民事纠纷案件适用法律若干问题的规定』理解与适用」中国版権 2013 年 1 号 20 頁。

101 中国では間接侵害を認めるためには主観的な要件が必要となるが、一般の事件では間接関与者の侵害装置を販売・リースする会社は著作権使用料の支払い状況が詳しく知っているから、著作権使用料が未納の場合には間接関与者の主観的な過失を認めることができる。こうすれば、日本と同じく共同不法行為の方策で間接関与者の侵害責任を追及することができる。

102　王遷「『情報ネットワーク伝播権保護条例』の“セーフ・ハーバー”の効力」知的財産法政策学研究３８号２３９頁(２０１２年)。

場合では、条理上の義務を違反する手係りを通じて、間接関与者の共同不法行為責任を追求するルートを選んだ。

しかし、以下のファイルローグ事件をきっかけに、今までの類型と異なる第三類型（システムを支配・管理する類型）が登場に至った。中国で発生した著作権間接侵害事件はほぼこの第三類型に属している。この類型において間接関与者はインターネットを通じてある著作物を利用できるシステムを提供している。このシステムの中で間接関与者は管理者・支配者の地位に立脚して、著作物利用のルールを定めているが、直接利用者に命令を下すほどの管理性有していない。ただし、直接利用者の侵害行為を知っていれば、その侵害行為をすぐ排除できる能力を持っている。

（一）システム提供型へ転換するはじめての裁判例（ファイルローグ事件[103]）

著作物について私的使用を目的とする複製が許容されるのは、それが大量にはならないという蓋然性を基礎として、権利者の利益を害する程度が少ないからである。複製が適法となる要件として、「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」、また「その使用する者が複製」することが要求されている[104]。インターネットを通じて大量の複製を行うシステムを構築してそのサービスをユーザーに提供する場合には違法と考えるべきか適法と考えるべきか。著作権法には明確な規定がないから、問題となる[105]。

１、事案の概要と判旨

Ｙ（被告・控訴人），ソフトウエアの開発、販売その他を目的とする有限会社であるが、平成１３年１１月１日から、利用者のパソコン間でデータを送受信させるピア・ツー・ピア技術を用いて、カナダ国内に中央サーバ（以下「Y サーバ」という。）を設置し、インターネットを経由して Y サーバに接続されている不特定多数の利用者のパソコンに蔵置されている電子ファイルの中から、同時 Y サーバに接続されている他の利用者が好みのものを選択して、無料でダウンロードできるサービスを、「ファイルローグ（File Rogue）」の名称で日本向けに提供している[106]。

本件サービスを利用するにはパソコンに本件サービス専用のファイル交換用ソフトウェアがインストールされることが必要である。Y は、インターネット上に開設しているウ

---

[103] 東京地決平成１４・４・１１・判時１７８０号２５頁[ファイルローグ事件仮処分決定]、東京地判平成１５・１・２９判時１８１０号２９頁[同事件中間判決]、東京地判平成１５・１２・１７判時１８４５号３６頁[同事件終局判決]、東京高判平成１７・３・３１平成１６年（ネ）第４０５号[同事件控訴審判決]。また、同一のサービスによる著作権隣接権侵害に係わる東京地決平成１４・４・９判時１７８０号７１頁[同事件仮処分決定]、東京地判平成１５・１・２９平成１４年（ワ）第４２４９号[同事件中間判決]、東京地判平成１５・１２・１７平成１４年（ワ）第４２４９号[同事件終局判決]、東京高判平成１７・３・３１平成１６年（ネ）第４４６号[同事件控訴審判決]も同旨である。

[104] 日本著作権法３０条１項柱書。

[105] 吉田克己・前掲注（５３）２７６頁。

[106]本件サービスの特徴に関して、「本件サービスは、ＭＰ３ファイルのみを送受信の対象とするものではなく、音声、動画、画像、文書、プログラムなどの多様な電子ファイルを交換することのできる汎用的なものである。

本件サービスにおいて、Y サーバには、電子ファイルのファイル情報等のみが送られ、交換の対象となる電子ファイル自体は利用者のパソコン内に蔵置され、Y サーバには送信されることはない。ファイル送信の指示及び電子ファイル自体の送信は、受信者と送信者のパソコンの間で直接行われる。しかし、利用者同士間でこのような送受信が可能となるのは、本件サービスが、利用者のインターネット上の所在（ＩＰアドレス及びポート番号）を把握し、これに基づいて、本件クライアントソフトが、インターネットを介して受信者と送信者のパソコンを直接接続するサービスを提供しているからである。

このようなシステムのため、Y においても、個別にダウンロードして再生しない限り、Y サーバに送信されたファイル情報によって示されている電子ファイルの内容を知ることはできない」。

ェブサイトにおいて、不特定多数の利用希望者に対して本件クライアントソフトを配布している。

Ｘ(原告・被控訴人）[107]は社団法人日本音楽著作権協会であり、Ｘが電子ファイル交換サービスを提供するＹの行為は，Ｘ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て，Ｙに対して、上記電子ファイルの送受信の差止めを、Ｙ及びその取締役に対して、共同不法行為に基づき損害賠償を求めた。

Ｙの間接関与行為が侵害となるためには、その前提として、まず直接的な送信行為を行うユーザーの行為は違法行為となることが必要である。東京地裁の仮処分決定では、まず「利用者（ユーザー）の各行為は，著作権侵害（複製権侵害[108]，自動公衆送信権侵害及び送信可能化権侵害[109]）を構成する」ことを認定した。この上で、「Ｙの行為が，送信可能化権及び自動公衆送信権を侵害するか否かについては，〔１〕Ｙの行為の内容・性質[110]，即ち、「本件サービスは、送信者が、市販のレコードを複製したファイルが大多数を占めているＭＰ３ファイルを、送信可能化状態にするためのサービスという性質を有する」。〔２〕利用者のする送信可能化状態に対するＹの管理・支配の程度[111]。「利用者の電子ファイルの送信可能化行為及び自動公衆送信は、Ｙの管理の下に行われているというべきである」。〔３〕本件行為によって生ずるＹの利益[112]の状況等を総合斟酌して判断すべきである」という一般論を提示し、この三つの要素を逐一考察した結果[113]、裁判所はＸの差止請

---

[107] Ｙに対して、Ｘである日本権音楽著作権協会を除いて、レコード製造販売会社１９社もレコード製作者の著作隣接権（複製権、送信可能化権）を侵害すると主張して、ファイルローグの送受信の差止めを求めた一系列の判決もあるが、判旨の理由がほぼ同じなので、説明を省略する。

[108]「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Ｙ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置いてＹ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」。

[109]「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債権者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置いて債務者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）」。

[110] 「Ｙサーバが送受信の対象としているＭＰ３ファイルの約９６．７パーセントが、市販のレコードを複製したファイルに関するものである。したがって、本件サービスにおいて送受信されるＭＰ３ファイルのほとんどが違法コピーに係るものとなることは避けられないものと予想され、Ｙとしても本件サービスの開始当時から上記事態に至ることを十分予想していたものと認められる」。

[111] 「ａ　利用者が本件サービスを利用して、電子ファイルを自動公衆送信するには、Ｙサイトから本件クライアントソフトをダウンロードして、これを自己のパソコンにインストールすることが必要不可欠である。

ｂ　利用者は、パソコンをＹサーバに接続させることが必要不可欠であるが、同接続は、通常、本件クライアントソフトを起動することによりしている。

ｃ　自動公衆送信の相手方も、パソコンに本件クライアントソフトをインストールし、そのパソコンをＹサーバに接続することが必要不可欠である。

ｄ　送信者が自動公衆送信をするのは、受信者が希望する電子ファイルを検索して、その電子ファイルの蔵置されているパソコンの所在及び内容を確認できることを前提としているが、これに必要な一切の機会は債務者が提供しており、送信者の自動公衆送信を可能とすることについて、Ｙサーバが必要不可欠である。

ｅ　本件サービスにおいては、受信者は、希望する電子ファイルの所在を確認した場合、本件クライアントソフトの画面上の簡単な操作によって、希望する電子ファイルを受信することができるようになっており（その際、受信者は、送信者のＩＰアドレス及びポート番号を認識する必要はない。）、受信者のための利便性、環境整備が図られている。

ｆ　受信者が受信可能な電子ファイルは、Ｙサーバに接続しているパソコンの共有フォルダ内に蔵置されているものに限られている。

ｇ　Ｙは、本件サービスの利用方法について、自己の開設したウェブサイト上で説明をし、ほとんどの利用者が同説明を参考にして、本件サービスを利用している」。

[112]「利用者にＹサイトに接続させてＭＰ３ファイルの公衆送信化行為をさせること、及び同ＭＰ３ファイルを他の利用者に送信させることは、Ｙの営業上の利益を増大させる行為と評価することができる」。

[113] 「本件サービスは、送信者が，市販のレコードを複製したファイルが大多数を占めているＭＰ３ファ

求を容認し、Yに「ファイル情報を，利用者に送信してはならない」を命じた。仮処分決定の後に著作権侵害に関する中間判決、終局判決もほぼ同じ事情を摘示した上で、Yの侵害主体性が認められた。また、Y は有効な措置を講じる義務があったにもかかわらず、何らの有効な措置を採らず，漫然と本件サービスを運営する点では過失があり、不法行為を構成して、X の損害賠償請求も認容した。

控訴審裁判所も前記三つの要素を考察しつつ、原判決を維持していた。特に注意すべきなのは、控訴審判決は一番目の要素(本件サービスの性質）を考察する際に、Y の主観的な要素を充分に重視した。つまり、「具体的かつ現実的な蓋然性」等の客観的な要素を「予想しつつ」、Y の主観的な「悪意」を認定した上で、差止請求を認めるという点について、従来の伝統の考え方と異なっている[114]。この点に関して、主観的な「過失」要素を要求する中国の裁判例と一致している。

１、本事件システムの特徴

本件のファイルローグはかなり初期のＰ２Ｐソフトであり、各クライアントの情報をサーバーに集積する様式（ハイブリッド P2P モデル）が主流であったため、サーバー非稼動時には利用できない。即ち、ユーザーの間にファイルを交換するためには、中央管理サーバーが必要だが、交換ファイルを中央管理サーバーに蔵置するわけではなく、中央管理サーバーはただ送信者と受信者のアクセスによって、ファイルの共有を促すにすぎない。したがって、Ｐ２Ｐソフト開発者あるいは管理者は違法作品を知っていれば、中央サーバーのデータベースから違法作品のファイルを削除することによって違法作品の交換を阻止することができる。

これに対して、非中央サーバーの Winny 等ソフト[115]は中央管理サーバーを必要としない、送信者と受信者だけでファイル交換が完成できる。例えば、非中央サーバーの Winny ソフソフトが世の中に一旦頒布すると、ユーザーの間にファイルを交換する行為は、開発

イルを，送信可能化状態にするためのサービスという性質を有すること，本件サービスにおいて，送信者が本件各ＭＰ３ファイルを含めたＭＰ３ファイルの自動公衆送信及び送信可能化を行うことはＹの管理の下に行われていること，Y も自己の営業上の利益を図って，送信者に上記行為をさせていたことから，Y は，本件各管理著作物の自動公衆送信及び送信可能化を行っているものと評価でき，Y の有する自動公衆送信権及び送信可能化権を侵害していると解するのが相当である」。

[114] この見解に関して、岡村久道[判批]ジュリスト１９８号１９２頁参照。控訴審裁判所も前記三つの要素を考察しつつ、原判決を維持していた。

[115] Winny ソフト技術を開発・提供した者は、民事責任ではなく、権利侵害に関する幇助犯としての刑事責が問われた事件である、京都地判平成１８・１２・１３判タ１２２９号１０５頁[Winny 事件一審]。裁判所は、Winny ソフトが価値中立的な技術であることを認定し、「価値中立的な技術を提供すること一般が犯罪行為となりかねないような、無限定な幇助犯の成立範囲の拡大も妥当でない」を提示したにもかかわらず、単なる Winny が著作権侵害に用いられることを「認容」して提供する被告の主観的態様を以って、ソフト開発者の被告に幇助犯を構成させる判断手法を取った。この判決の判断手法に従って判断すれば、Winny ソフト技術の開発者と同様な者はインターネットで P2P ソフトを提供する場合には、通常「認容」という主観的な態様を揃えることになり、常に幇助犯が成立してしまうおそれは高いといえるだろう。

幸いに、この事件は控訴審の大阪高判平成２１・１０・８平成１９（う）４６１号[Winny 事件二審]で原審の判断を覆して、開発者を無罪とする結論を下した。原判決と異なり「価値中立のソフトをインターネット上で提供することが、正犯の実行行為を容易ならしめたといえるためには、ソフトの提供者が不特定多数の者の内には違法行為をする者が出る可能性・蓋然性があると認識し、認容しているだけでは足りず、それ以上に、ソフトを違法行為の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で進めてソフトを提供する場合に幇助犯が成立すると解すべきである」という判断基準を定立した上で、被告としての Winny ソフト技術の開発者は「著作権侵害をする者が出る可能性・蓋然性があることを認識し」ても、「著作権侵害の用途のみに又はこれを主要な用途として使用させるようにインターネット上で勧めて本件 Winny を提供していたとは認められないから」、原判決を破棄して被告を無罪とした。

以上の論点に関して、藤本孝之[判批]知的財産法政策学研究 26 号（2010 年)167～219 頁参照。

者としてもコントロールできなくなった。その意味で Winny はシステム上の障害に対して非常に強く、一度稼働を始めたネットワークは止められないことが特徴である。

２、カラオケ法理の適用範囲がシステム提供型への拡張

本事件では、Ｙが侵害主体に該当するかどうかを考察するためには、①サービスの性質②管理性③利益性という三つの要素を提示し、明示的にクラブ・キャッツアイ上告審判決が引用されているわけではないが、①の要素を加えてその判旨に沿ったものであることは明らかである[116]。つまり、すこし変わったカラオケ法理を援用しつつ、Y の利用行為主体性を認めた。その中で②管理性を肯定する事情として示されているのは、利用者が電子ファイルの交換をしようとする場合に本件で構築されているシステムを使用することが必要不可欠であることを示すものに過ぎない。Y が直接侵害者の利用者の行為を管理支配していることは何ら示されていないのである Y における管理支配をあえて語るとすれば、電子ファイルの交換システムに対する管理支配である[117]。

前述の第一類型[118]のカラオケ法理判決と比べれると、両者の管理対象について来店の顧客から著作権侵害を誘発するシステムに変わった[119]。すなわち、カラオケ法理の適用範囲は人的な支配関係を有する場面だけに限られなく、初めてシステムを提供する場面までにも拡張した[120]。

このシステムにおいて、一部分の直接利用者のユーザーは交換している対象物は合法著作物であるが、一部分の直接利用者は間接関与者のプロバイダーが提供するシステムを利用して違法対象物を交換している。違法対象物を交換する場合でも、この違法対象物は間接関与者のプロバイダが提供するものではなく、直接利用者同士の間に交換することによって得られたものである。間接関与者は交換スペースを作るにすぎなく、直接利用者同士の具体的な交換行為までにコントロールすることはできない。この事件をはじめてシステムだけを提供する間接関与の行為もカラオケ法理の適用範囲に納入した。

３、中国ではシステム提供類型においてカラオケ法理の適用の可能性に関わる検討

本件のようにＰ２Ｐソフトを提供する著作権間接侵害事件は中国で発生すれば、権利者から権利侵害の警告通知を受けて、間接関与者の主観的な「過失」を生じたことによって、共同不法行為で侵害責任を追及することが可能となった。万一、通知前置手続きが分からない権利者は直ちに裁判所に訴訟を起こす場合には、理論的には「過失」の主観要件を有していない間接関与者は侵害責任を負わなくなった。

この場合には権利者を救済する手段として日本式のカラオケ法理を登場する余地はあるではないか。著作物交換システムにおいて違法対象物が存在する同時に、間接関与者の主観的な「過失」が存在しないので、差止責任を追及できなければ、理論の難関となっている。この際には、日本のカラオケ法理を参照しつつ、間接関与者の行為を直接侵害者の

---

[116] この観点に関して、牧野利秋[判批]著作権研究２８号（２００１年）１８５頁、上野達弘[判批]ＣＩＰＩＣジャーナル１３４号8頁(２００３年)。

[117] 吉田克己・前掲注（５３）２７９頁。

[118] 裁判所は権利者からの要請を応じて、間接侵害者の責任を認定するために、二つの選択肢（規範的利用主体ルートと共同不法行為ルート）がある。

第二類型によって採択された共同不法行為ルートは、日本法の枠内には差止が困難なので、相当の欠点がある。これに対して、第一類型と同じように間接侵害者の管理性・利益性に着目して、利用者の直接利用行為を間接侵害者の行為と見なす手法は使い易く、差止の問題もちゃんと解決できる。

[119] ただし、本事件の仮処分段階で、裁判所は人的な関係を有するかどうかを論じたに止まり、まだシステムに着目しなかった指摘もある。この見解に関して、佐藤豊・前掲注（６）９１頁注２６参照。

[120] この見解に関して、吉田克己・前掲注（５３）２７６～２７９頁、田村善之・前掲注（３）５１～５４頁参照。ただし、本事件の管理対象に関して、著作侵害行為を誘発するシステムではなく、「人から行為への変化」を捉える見解もある、奥邨弘司・前掲注（６４）１０～１２頁参照。

行為と見なした結果、主観的な「過失」要件が存在しなくても、間接関与者の行為を侵害行為として認定できるようになった。こう考えれば、カラオケ法理は大きな参考の価値を持っていると思われる。また、権利者が他人の利用行為を一網打尽的に排除したければ、一挙手一投足で容易に著作物の利用行為を抑止できる間接侵害者に対して、差止責任を追及することは一番効率的なものである。

しかし、カラオケ法理自身は大きな欠点を有している。つまり、規範的行為主体論は、いわば適法行為を違法行為に転化する重要な機能を持っている。直接利用者の利用行為は権利制限の規定を適用する結果、合法行為になる可能性はある。それにもかかわらず、この利用行為を間接関与者の利用行為と見なすと、権利制限規定の適用の有無に対する考察を回避し、直ちに違法と判断する可能性はある。最大の問題点は直接利用行為の性質（違法かどうか）を忽略して、直接利用行為に対する考察を抜いて、そもそも違法性がない行為を違法に判断してしまった可能性が充分ある[121]。直接行為者を規範的に拡張する方策は、様々な点を柔軟に考慮する余地を有するという利点の裏返しとして、恣意的で予測可能性のない判断に陥る危険性が高いといえるだろう。

（二）カラオケ法理の拡大適用と変容

１、テレビ番組転送サービス事件の録画ネット事件[122]

日本人が海外でも国内テレビを視聴できるために、録画装置を利用すれば、日本国内でその番組を録画して、インターネットを介して、その録画したデータを海外ユーザーに送るシステムを構築できるようになった。仮に海外のユーザー自身がその装置を購入して、日本における両親に頼んで、日本の自宅でテレビ番組を録画してそのデータを海外に送信すれば、私的複製に該当するので、著作権法上の問題はない。しかし、親族に頼めない場合、あるいはその装置を置く場所がない場合も想像できる、これらの状況にうまく対応できないユーザーのために、ユーザーの代わりにこの装置を管理する業者Ｙ(債務者、抗告人）が出てきた。

本件「録画ネット」という名称で提供しているサービスは、Ｙが利用者ごとに一台ずつ販売したテレビチューナー付きのパソコンを、Ｙの事務所内にまとめて設置し、テレビアンテナを接続するなどして放送番組を受信可能な状態にするとともに、各利用者がインターネットを通じてテレビパソコンを操作して録画予約し、録画されたファイルを自宅などのパソコンに転送できる環境を提供することにより、海外などにおいて、日本国内のテレビ番組を録画して視聴できるというものである。

テレビ放送事業者Ｘ（債権者、被抗告人）は自分が有しているテレビ番組の著作権隣接権侵害を主張し、Ｙに対して、「音又は映像を、録音又は録画の対象としてはならない」という差止請求を求めた。

仮処分の申立てを受けた裁判所は、まず私的複製行為を「幇助」しても、違法とならないという原理[123]を提示し、複製主体が利用者か業者Ｙかという問題設定を行う。すなわち、たとえ本事件の利用者は装置を操作し、録画行為をしても、その行為自身が著作権法上の

---

121 この点に関して、間接侵害が成立するためには、直接侵害の存在が前提とされるアメリカ法と比べて、全然違った。奥邨弘司「著作侵害の教唆・幇助・間接侵害」『知財研フォーラム』87 号(2011 年）４５頁参照。

122 東京地決定平成１６・１０・７判時１８９５号１２０頁[録画ネット事件仮処分決定]、東京地決平成１７・５・３１[同仮処分異議決定]、知財高決平成１７・１１・１５[同抗告審]。

123 「私的複製に関与する行為は、その「幇助」として評価し得るものである限り、それが第三者により業としてなされる場合であっても、適法行為の「幇助」にすぎない。例えば，ビデオデッキや本件のようなテレビパソコンを製造、販売する行為を違法と解することはできないし、さらに、それらの機器を使用した複製ができるよう、機器の設定や接続等を行うことも、それ自体は適法というべきである」。

「複製行為」に該当しないかもしれない[124]。その複製主体の判断基準として、「本件サービスにおける複製にかかるＹの管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度などを比較衡量した上で、複製行為の主体を認定すべきである」という一般論を提示した。利用者とＹの管理・支配性を比較衡量した結果、「本件サービスにおける複製は、Ｙの強い管理・支配下において行われており、利用者が管理・支配する程度は極めて弱いもの」なので、「複製の主体はＹであると評価すべきである」という結論を下した。

仮処分異議決定では、利用者の複製行為について、「利用者とＹが共同して行っているものと認めるべきであり、本件サービスにおける利用者の行為をもって、『その使用する者が複製する』（著作権法１０２条１項、３０条１項柱書）との要件を満たすものと認めることはできない」から、各利用者の複製行為は適法とならないと認定した上で、「Ｙは、複製の共同行為者であるから、Ｙに対して侵害の停止（同法１１２条１項）を求めることに、何ら法的問題はない」という結論を下した。

抗告審の知財高裁においても、地裁の判断を支持した。「管理性」と「利益[125]」の要素を考量した上で、カラオケ法理を打ち出して[126]Ｙを侵害主体として肯定した。「管理性」の有無を判断する際に次のような事情を挙げている。

①サービスの性格。「本件サービスは、抗告人自身が本件サイトにおいて宣伝しているとおり、海外に居住する利用者を対象に、日本の放送番組をその複製物によって視聴させることのみを目的としたサービスである」。

②Y の設置行為と管理行為。「本件サービスにおいては、Ｙ事務所内にＹが設置したテレビパソコン、テレビアンテナ、ブースター、分配機、本件サーバー、ルーター、監視サーバー等多くの機器類並びにソフトウェアが、有機的に結合して１つの本件録画システムを構成しており、これらの機器類及びソフトウエアはすべてＹが調達したＹの所有物であって、Ｙは、上記システムが常時作動するように監視し、これを一体として管理している」。

③Y が設定した範囲で放送可能。「本件サービスで録画可能な放送は、Ｙが設定した範囲内の放送に限定されている」。

④サービスを利用するためには、Y 行為の不可欠性。「Y の行為利用者は、本件サービスを利用する場合、手元にあるパソコンから、Ｙが運営する本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けなければ、割り当てられたテレビパソコンにアクセスすることができず、アクセスした後も、本件サイト上で指示説明された手順に従って、番組の録画や録画データのダウンロードを行うものであり、Ｙは、利用者からの問い合わせに対し個別に回答するなどのサポートを行っている、というのである」。

（１） カラオケ法理の拡大適用

前述のファイルローグ事件と同じように、管理性の根拠とされている事情は、Ｙによる利用者の行為を管理するわけではない。判旨で強調されているのは、有機的に結合した一つの録画システムの構築であり、Ｙによるその管理なのである[127]。カラオケ法理の適用範囲はそもそもの主戦場（人的関係）からシステム提供型（本事件ではテレビ番組転送サービスシステム）までに拡大することは次第に一般化ではないかと思われる。

---

[124] つまり、裁判所のこの考え方は、利用者の直接複製行為が私的複製に該当するかどうかと問題を回避した。ここで、利用者の物理的な複製行為が著作権法の「複製行為」に該当するかどうかは利用者とＹの管理支配性と比較衡量した上で認定することなる。

[125]「Ｙは、本件サイトにおいて、本件サービスが、海外に居住する利用者を対象に日本の放送番組をその複製物によって視聴させることを目的としたサービスであることを宣伝し、利用者をして本件サービスを利用させて、毎月の保守費用の名目で利益を得ているものである」。

[126] この見解に関して、平嶋竜太[判批]別冊ジュリスト１９８号１９６～１９７頁（２００９年）、吉田克己・前掲注（５３）２８０頁参照。

[127]吉田克己・前掲注（５３）２８１頁。

（２）侵害を認定する構成要件

仮処分では、利用者とＹの管理・支配の程度を比較した上で、侵害主体を判断する論法を取った。仮処分異議審では、利用者とＹを複製行為の共同行為者にみなした論法を取った。東京地裁のこの二つの決定はＹの「管理性要素」を重視し、「利益要素」に全然触れない。知財高裁はカラオケ法理の「管理性」と「利益性」を打ち出してYの侵害責任を肯定したが、地裁の判断によって「利益要素」を欠けても侵害主体の認定に対してさほど大きな影響を与えるわけではないことが分かる。

（３）サーバと利用者の対応関係が侵害の有無に対する影響

本件「録画ネット」装置と「選撮見録事件」装置と異なって、「選撮見録」装置のように一台のサーバーが複数の利用者と対応しているわけでばなく、本事件では利用者のテレビパソコンと中央サーバーは一対一の関係を有している。事業者側に有利に言えば、単に場所を貸しているだけで、そこに利用者のパソコンが置いて、ユーザーが勝手に録画しているなので、私的複製の問題となる。この違いによって、利用者の直接利用行為が私的複製に該当し、適法になる可能性が存在している。

しかし、裁判所は以下の要素を考慮してこの抗弁を採択せずにYの管理性を認定した。管理性を判断する際にＹに対する不利な点について、①本件サービスにおけるテレビパソコンの所有権は利用者ではなく、Ｙに属する。その移転が仮装されているにすぎない[128]。②Ｙが専用ソフトを開発した点[129]、③利用者がこの装置を使うためには、会員認定の手続きを経なければならない[130]。

つまり、本事件で問題となる装置である「録画ネット」システムは一台のサーバーが一人のユーザーと対応する構造を有しているにもかかわらず、Yは一定の管理性があるので、侵害になった結論は変わりない。テレビ転送サービスの業者はどの程度まで注意すれば、間接侵害責任を免ずることができるか。後述のまねきＴＶ事件（一審・二審）がその免責の判断基準を暫定的に示した。

２、MYUTA 事件[131]

X（JASRAC、著作権侵害差止請求不存在確認訴訟なので、通常と異なり JASRAC が被告となる）著作権等管理事業法に基づき著作権等管理事業者登録簿に登録された音楽著作権等管理事業者である。

Y（原告）はパソコンと携帯電話のインターネット接続環境を有するユーザを対象として、「ＭＹＵＴＡ」の名称により、ＣＤ等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことのできるサービスを提供しようとしている。

Y が X に対し、Y の本件サービスの提供について、管理著作物の著作権に基づく差止請求権が存在しないことの確認を求める事案である。これに対し、X は、本件サービスについて X が管理著作物の複製権及び公衆送信権（送信可能化権及び自動公衆送信権）を侵害するとして、上記各権利に基づき、差止請求権がある旨を主張している。

本件サービスは、Y が作成して提供するユーザソフトを用いて、ユーザが楽曲の音源データを自己のパソコンで携帯電話用ファイルに圧縮し、インターネットを経由してYの運営する本件サーバのストレージにアップロードして蔵置し、これを任意の時期に自己の携

[128] ただし、地裁の仮処分決定も異議審も所有権はユーザーにあるとしていた。

[129] 「このテレビパソコンには、債務者が開発した、放送番組の録画を予約するためのソフトウェアなどがインストールされている」。

[130] 「各利用者は、本件サイトにアクセスし、そこで認証を受けた後、各自のテレビパソコンにアクセスできる」。

[131] 東京地判平成１９・５・２５判例時報１９７９号１００頁[MYUTA]。

帯電話にダウンロードできるようにするものであり、これにより、ユーザにおいて、携帯電話で楽曲を自由に再生することができる。このように、本件サービスは、楽曲の音源データを本件サーバから携帯電話にインターネット回線を経由してダウンロードし、ユーザが携帯電話でいつでもどこでも音楽を楽しめることを目的としている。

楽曲の音源データとして、音楽ＣＤなどから、３Ｇ２ファイルを作成すること自体は、フリーソフト等を使うことによっても可能であるが、これをユーザが個人レベルでそのような機能を一般的に持たない携帯電話に個別に取り込んで再生することは、技術的に相当程度困難である。

本件サービスは、ユーザにおける音源データや携帯電話等の技術的側面の理解にかかわらず、本件サーバを経由する仕組みを通じて、携帯電話での音楽再生を容易に実現することに意味がある。

判旨は、システムへの管理性を重視しつつ、諸要素を考慮した上で、X の主張を認容して、Y の著作権侵害差止請求権不存在請求を棄却した。具体的に言えば、以下の要素を考慮した。①本件サーバに３Ｇ２ファイルを蔵置する複製行為は、本件サービスにおいて極めて重要なプロセスと位置付けられること[132]、②Y がサーバを所有し、その支配下で設置して管理してきたこと[133]、③Y が本件サービスを利用するに必要不可欠な本件ユーザソフトを作成して提供していること[134]、④本件サーバにおける３Ｇ２ファイルの複製行為は Y によってシステム設計されたものであること[135]、⑤技術的に相当程度困難の複製行為が、Y のサービスによってはじめて可能になること[136]、⑥複製行為は、専ら、Y の管理下にある本件サーバにおいて行われるものであること。これらの要素を総合考慮した結果、Y を複製行為の主体に認定した[137]。

（１）カラオケ法理の変容――総合考慮法理

クラブ・キャッツアイ上告審で確立したカラオケ法理は「管理性」要素と「利益性」要素から構成している。その以後の裁判例ではカラオケ法理を適用する際に必ずこの二要件に拘るわけではなく、「サービスの性質」という要件を加えて三要件で侵害の有無を判断する裁判例もあるし[138]、本件のように「利益性」要件に該当する要件を定立しない裁判例も現れている。確かにある学者が指摘したように具体的に利益を上げていなくても、侵害行為を管理しており、それを停止することができるのであれば停止すべきではないか。差

---

[132]「Y の提供しようとする本件サービスは、パソコンと携帯電話のインターネット接続環境を有するユーザを対象として、ＣＤ等の楽曲を自己の携帯電話で聴くことができるようにするものであり、本件サービスの説明図〈４〉の過程において、複製行為が不可避的であって、本件サーバに３Ｇ２ファイルを蔵置する複製行為は、本件サービスにおいて極めて重要なプロセスと位置付けられること」。

[133]「本件サービスにおいて、３Ｇ２ファイルの蔵置及び携帯電話への送信等中心的役割を果たす本件サーバは、Y がこれを所有し、その支配下に設置して管理してきたこと」。

[134]「Y は、本件サービスを利用するに必要不可欠な本件ユーザソフトを作成して提供し、本件ユーザソフトは、本件サーバとインターネット回線を介して連動している状態において、本件サーバの認証を受けなければ作動しないようになっていること」。

[135]「本件サーバにおける３Ｇ２ファイルの複製は、上記のような本件ユーザソフトがユーザのパソコン内で起動され、本件サーバ内の本件ストレージソフトとインターネット回線を介して連動した状態で機能するように、Y によってシステム設計されたものであること」。

[136]「ユーザが個人レベルでＣＤ等の楽曲の音源データを携帯電話で利用することは、技術的に相当程度困難であり、本件サービスにおける本件サーバのストレージのような携帯電話にダウンロードが可能な形のサイトに音源データを蔵置する複製行為により、初めて可能になること」。

[137]「ユーザは、本件サーバにどの楽曲を複製するか等の操作の端緒となる関与を行うものではあるが、本件サーバにおける音源データの蔵置に不可欠な本件ユーザソフトの仕様や、ストレージでの保存に必要な条件は、Y によって予めシステム設計で決定され、その複製行為は、専ら、Y の管理下にある本件サーバにおいて行われるものであること」。

[138] ファイルローグ事件において Y の侵害責任を認めるためには三要素の判断手法を取っている。

止の必要性を判断する際には管理性要件だけで十分である[139]。

本事件ではカラオケ法理では直ちに考慮するわけではない個人レベルでの実施困難性に関する⑤の要素を入れて、諸要素を総合考慮して判断を下した判決である。つまり、今までカラオケ法理の名の下に様々な考慮をなしていたものを、最初に正面から考慮するこうを打ち出したところに意味がある。この諸要素を総合考慮する法理は後述のまねきTV・ロクラク事件上告審にも大きな影響を与えていた。

（２）私的領域を浸食する恐れと新技術の普及を阻害する恐れ

本件のオンラインストレージサービスは、ユーザーが自由に使用できるディスクスペースをオンラインで提供するサービスである。他人の著作物を含むファイルを共有にしたり公開したるすれば話は別であるが、そうでなければ、それは、ユーザーが自宅等の私的領域に存置するパソコンにおいてであれば、私的使用目的の複製として適法にできる行為の場を単にストレージサーバに移しただけである。それを認めることによって、複製が大量に誘発されるわけではない。したがって、そのような行為は、著作権者の利益を大きく侵害するものではなく、私的使用目的の複製が適法とされいてる趣旨を逸脱するという性格のものではないのである[140]。

また、今後、ユーザーがCD等の音源データを携帯電話用に転換できるような簡易なソフトが早晩、提供されることになるかもしれない。将来的には非侵害ということで適法なサービスになりうるのであるにもかかわらず、現時点でその差止を認めると、いったいどの時点から適法になるのかということが明確ではないために、過度に委縮効果が働き、判決の論法の下でも適法になしうるはずの将来のサービスまでも過度に抑止されることになりかねない。著作権者を保護し過ぎ、新種のサービスの芽を摘み取る必要はないように思われる。

先述したように、カラオケ法理の最大の問題点は直接利用行為の性質（違法かどうか）を忽略して、直接利用行為に対する考察を抜いて、そもそも違法性がない行為を違法に判断してしまった可能性が充分ある。この弊害もカラオケ法理の拡大適用によって、次第に私的領域を浸食する恐れと新技術の普及を阻害する恐れを起こしている。では、このカラオケ法理の無制限の適用に対して一定のブレーキをかけて、新技術の普及を支持する態度を取っている裁判例は存在するか。以下、二つの裁判例をご紹介する

（三）、カラオケ法理の適用を否定する判断基準を提示する裁判例

１、まねきＴＶ事件[141]

本件のサービスは録画ネット事件のシステムの構造と似ているが、顧客の範囲は海外在住の者に限らず、日本国内の利用者も含まれている。Ｙ（債務者、被抗告人、被告人、被控訴人、被上告人）は、「まねきTV」という名称で、利用者がインターネット回線を通じてテレビ番組を視聴できるようにするサービスを提供している。本件サービスは、ソニー株式会社製の商品名「ロケーションフリーテレビ」の構成機器であるベースステーションを用い、インターネット回線に常時接続する専用モニター又はパソコンを有する利用者が、インターネット回線を通じてテレビ番組を視聴できるものである。

テレビ放送会社であるＸ(債権者、抗告人、原告、控訴人、上告人）が著作権者として

---

[139] 田村善之・前掲注（５２）１７８頁。

[140] 吉田克己・前掲注（５３）２８３頁。

[141] 東京地決平成１８・８・４平成１８年（ヨ）２２０２２[まねきＴＶ事件仮処分]、知財高決平成１８・１２・２２平成１８年（ラ）１０００９[同抗告審]、東京地判平成２０・６・２０平成１９年（ワ）第５７６５号[同本案一審]、知財高判平成２０・１２・１５判時２０３８号１１０頁[同控訴審]、最判平成２３・１・１８判時２１０３号１２４頁[同上告審]。

有する公衆送信権を侵害している旨主張して、著作権法１１２条１項に基づき、本件放送の送信可能化行為及び本件番組の公衆送信行為の差止めを求めるとともに、民法７０９条、著作権法１１４条２項に基づき、著作権及び著作隣接権の侵害による損害賠償の支払を求めたが、本件の仮処分決定[142]、その抗告審[143]、本案訴訟の一審[144]及び控訴審[145]のいずれにも、Ｘらの請求を棄却した。

権利者 X の「送信可能化」権に対して侵害と構成するためには、自動公衆送信装置の使用を前提とするものである。X は，本件サービスにおいて，ベースステーションが自動公衆送信装置に当たると主張しが、控訴審裁判所はこの主張を棄却しまた。具体的に言えば、

「本件サービスにおいては，利用者各自につきその所有に係る１台のベースステーションが存在し，各ベースステーションは，予め設定された単一のアドレス宛てに送信する機能しか有しておらず，当該アドレスは，各ベースステーションを所有する利用者が別途設置している専用モニター又はパソコンに設定されていて，ベースステーションからの送信は，各利用者が発する指令により，当該利用者が設置している専用モニター又はパソコンに対してのみなされるものである。すなわち，各ベースステーションが行い得る送信は，当該ベースステーションから特定単一の専用モニター又はパソコンに対するもののみであり，ベースステーションはいわば「１対１」の送信を行う機能しか有していないものである。そうすると，個々のベースステーションが，不特定又は特定多数の者によって直接受信され得る無線通信又は有線電気通信の送信を行う機能を有する装置であるということはできないから，これをもって自動公衆送信装置に当たるということはできない」。

先述の侵害に該当した録画ネット事件のシステムと比べると、両者は非常に似ているが、本件の結局は非侵害となる。以下の三つの点は勝負の決め手となるではないかと思われる。即ち、①本件サービスにおけるテレビパソコンの所有権はＹではなく、利用者に属する。②本件の利用者の使用していたソフトはＹが開発したものではなく、市販品である。③会員等の認定手続きも不要となる[146]。

---

[142] 仮処分では、本件装置は、「自動公衆送信装置」に当たらず、また、Ｙの行為は、送信可能化行為に当たらないとという二つの点を強調して、Ｘの差止請求を否定した。①「ベースステーションによる放送データの送信は、一主体（利用者）から特定の一主体（当該利用者自身）に対してされたものである。そうすると、ベースステーションによる送信は、不特定又は特定多数の者に対するものとはいえず、これをもって『公衆』に対する送信ということはできない。 したがって、本件サービスにおける個々のベースステーションは、『自動公衆送信装置』には当たらない」。②「そうすると、本件サービスにおけるベースステーションがインターネット回線を通じて専用モニター又はパソコンに放送データを送信することを債務者の行為と評価することは困難というべきであって、かかる送信は、利用者自身が自己の専用モニター又はパソコンに対して行っているとみるのが相当である」。

[143] 抗告審では、Ｘは装置を「全体としてみれば、一つの自動公衆送信装置として評価されるべきものであると」主張したが、裁判所は仮処分決定の見解と同様に認定した、ただし、Ｘのこの主張が最高裁の上告判決に認容された。「ベースステーションは『１対１』の送信を行う機能のみを有するものであって、『自動公衆送信装置』に該当するものではないから、被抗告人Ｙがベースステーションにアンテナを接続したり、ベースステーションをインターネット回線に接続したりしても、その行為が送信可能化行為に該当しないことは明らかである」。

[144] 一審では、裁判所は、Ｙ行為が、単に各利用者からその所有にかかるベースステーションの寄託を受けて、電源とアンテナの接続環境を供給するにすぎずから、「公に伝達する」行為（送信行為）とはいえないということを認定した。

[145] 控訴審では、Ｙが送信可能化行為を侵害するかどうかを考察する際に、自動公衆送信装置の使用をその前提として扱われてきた。裁判所は、「送信可能化」は自動公衆送信装置の使用を前提とするものであるから、自動公衆送信装置に該当すると認められるものが使用されているとの事実を認めるに足りる証拠はない以上、その余の点につき判断するまでもなく、Ｙが本件放送の送信可能化行為を行っているということはできない、と判断した。

[146] 「Ｙは、ベースステーションとは別個のサーバー等を設置してはおらず、また、利用者によるベースステーションへのアクセスに同サーバー等の認証手順を要求するなどして、利用者による視聴を管理することもしていない」。

この三つの管理性の差異は、侵害を認定する際に勝負の鍵となった。管理性の程度の差異によってYの行為が侵害に該当するかどうかの結論も完全に異なった。ここでようやく転送サービスの業者が侵害にならない境界線を一応提示した。テレビ番組転送サービスの提供者Yはこの程度のテレビ番組転送サービスのシステムを構築すれば、侵害とならないことを示した。逆に本件のようなビジネスを許さないことには、せっかくの技術の進展の恩恵を社会が享受し得なくなりかねない[147]。

２、ロクラクⅡ事件控訴審[148]

前述のまねきTV事件控訴審では間接関与者Yの管理要件の関与性の程度に着目して、侵害有無を判断する基準は一応定着したように見えるが、同じテレビ番組転送サービスを提供している本事件の間接関与者Yもまねき TV 事件と類似のシステムを提供している。ロクラク事件の控訴審判決が下して以後、この判断基準はシステム管理者Yにとって有利の方向へさらに大幅に移った。

ロクラク事件の控訴審は、Ｙが複製行為の主体であると評価することができる根拠としてＸらが指摘する 6 点(①本件サービスの目的[149]、②機器の設置・管理、③親機ロクラクと子機ロクラクとの間の通信の管理、④複製可能な放送及びテレビ番組の範囲、⑤複製のための環境整備、⑥Ｙが得ている経済的利益[150])を逐次考察し、Ｙの実質管理性を否定して、侵害責任を負わないという判断を下した。

特に重要なことは本事件で「適法行為をより効率的に行なえることは侵害にならない」という判断基準を打ち出した。具体的に言えば、「Ｙが親機ロクラクとその付属機器類を一体として設置・管理することは、結局、Ｙが、本件サービスにより利用者に提供すべき親機ロクラクの機能を滞りなく発揮させるための技術的前提となる環境、条件等を、主として技術的・経済的理由により、利用者自身に代わって整備するものにすぎず、そのことをもって、Ｙが本件複製を実質的に管理・支配しているものとみることはできない」。

さらに、技術発展の角度から被疑侵害装置の必要性も詳しく論じて、管理者の管理行為を非侵害とした。「かつて、デジタル技術は今日のように発達しておらず、インターネッ

---

147 田村善之・前掲注（３）５９頁。

148 東京地判平成２０・５・２８平成１９年（ワ）第１７２７９号[本案一審]、知財高判平成２１・１・２７平成２０年（ネ）第１００５５号平成２０年（ネ）第１００６９号[控訴審]。最判平成２３・１・２０平成２１年（受）第７８８号[上告審]。

東京地裁（初審）はまず、クラブ・キャッツアイ最高裁判決等を踏まえて、「問題とされる行為の性質に基づき、支配管理性と利益帰属性等の諸点を総合考慮して判断すべきである」という一般論を示した上で、Ｙの具体的な行為は、「Ｙは日本国外の利用者に日本のテレビ番組の複製物を取得させるという本件サービスの目的に基づき、当初、親機ロクラクの設置場所を提供して管理支配することで、日本国外の利用者が格段に利用しやすい仕組みを構築し、いまだ、大多数の利用者の利用に係る親機ロクラクを、東京都内や静岡県内において管理支配しているものということができる」として管理支配要件を、「Ｙは初期登録料とレンタル料を取得している」として利益帰属性要件を満足すると判断し、その上でＹをサービスにおける放送番組の複製の主体と法的に評価し、Ｘらのテレビ番組の複製等の差止め及び親機の廃棄の各請求を認容し、損害賠償の一部を認容した。この一審判決に対して、Ｙは知的高裁に控訴し、Ｘらは附帯控訴した。

149 「確かに本件サービスは主に海外に居住する者を対象として、日本国内で放送されるテレビ番組を受信・複製・送信し、海外での視聴を可能にするためのもの」であるが、利用者自身がＹに依頼せずに親機を管理する場合も想定されるので、本件サービスの運行はＹの管理に依頼しなければならないわけではない」。「もっとも、Ｙが親機ロクラクを管理する場合においては、他人である海外の利用者をしてテレビ番組の視聴を可能ならしめることを目的とする点で、当該利用者自身がテレビ番組の自己視聴を目的として親機ロクラクを自己管理する場合と異なるが、本件複製の決定及び実施過程への関与の態様・度合い等の複製主体の帰属を決定する上でより重要な考慮要素の検討を抜きにして上記の点のみをもってＹが本件複製を行っているものと認めるべき根拠足り得る事情とみることはできない」。

150 Ｙが利用者から初期登録料とレンタル料を受領している事実を有しても、本件複製ないしそれにより作成された複製情報の対価を得ているものと認められないとして、Ｙの利益帰属性を否定した。

トが普及していない環境下においては、テレビ放送をビデオ等の媒体に録画した後、これを海外にいる利用者が入手して初めて我が国で放送されたテレビ番組の視聴が可能になったものであるが、当然のことながら上記方法に由来する時間的遅延や媒体の授受に伴う相当額の経済的出費が避けられないものであった。しかしながら、我が国と海外との交流が飛躍的に拡大し、国内で放送されたテレビ番組の視聴に対する需要が急増する中、デジタル技術の飛躍的進展とインターネット環境の急速な整備により従来技術の上記のような制約を克服して、海外にいながら我が国で放送されるテレビ番組の視聴が時間的にも経済的にも著しく容易になったものである。そして、技術の飛躍的進展に伴い、新たな商品開発やサービスが創生され、より利便性の高い製品が需用者の間に普及し、家電製品としての地位を確立していく過程を辿ることは技術革新の歴史を振り返れば明らかなところである。本件サービスにおいても、利用者における適法な私的利用のための環境条件等の提供を図るものであるから、かかるサービスを利用する者が増大・累積したからといって本来適法な行為が違法に転化する余地はなく、もとよりこれによりXらの正当な利益が侵害されるものでもない」。

この理論構成を簡単にいうと、そもそも私人が適法になしうる行為を、技術的、経済的理由により、より利便性の高い環境を整えたからといって違法となるものではない、と判示した。適法行為をより効率的に行なえるようにしたからといって侵害となるものではない。また、カラオケ法理の適法行為から違法行為への転化機能を有しているから、その弊害も提示している。

この「適法行為をより効率的に行なえることは侵害にならない」という判断基準に従うと、ロクラク事件だけではなく、同じ事案を有している録画ネット事件も非侵害となっていただろう。すなわち、利用者のテレビパソコンとサーバーの間には一対一の関係を有している録画ネット事件、ロクラク事件、まねきＴＶ事件が全部非侵害となった。さらに、物理的な障害を取り払って適法行為を行うようにすることができる環境を整えているMYUTA事件の間接関与者Yも非侵害となるだろう。

（四）、最判の「総合考慮法理」
――ロクラク事件上告審とまねきＴＶ事件上告審の総合衡量基準

先ほど述べたように、従前の裁判例は斉一的かつ効率的の角度から管理性の程度を考慮する基準（まねきTV事件一審、二審）と、そうではなく適法利用を促進できかどうかの要素を重視する基準（ロクラク事件控訴審）に分かれているが、その後、最高裁はまねきTV事件、ロクラク事件の上告審において相次いで侵害を否定した原判決を破棄する判決を下し、従来の判断基準を覆してテレビ番組録画転送サービスを提供する業者の生存余地に関わるほど、より厳しい判断基準を提示する判決を下している。

１、ロクラクⅡ事件上告審[151]

ロクラク事件は、公衆送信権の有無が争われたわけではなく、複製権を侵害するかどうかの問題である。

一審の東京地裁は、サービスに供されているYは所有の親機ロクラクは、原則としてYの実質的な支配にあり、Yがこれらを実質的に管理しているとしたが、原審の知財高裁は本事件サービスの管理状況を認定していなかったので、法律審である最高裁は自ら認定することができなく、まず一定の事例[152]（以下、「判例設定事例」という）を設定した上で、

[151] 最判平成２３・１・２０判時２１０３号１２８頁[ロクラクⅡ事件上告審]。

[152] 「放送番組等の複製物を取得することを可能にするサービスにおいて、サービスを提供する者（以下「サービス提供者」という。）が、その管理、支配下において、テレビアンテナで受信した放送を複製の

その事例において、複製行為の主体を考察する手法を取っていた[153]。即ち、本判決は、原審の判決を取り消す方法として、事案の具体的な事実関係に即して複製主体を判断することではない。むしろ、複製主体性を肯定できる場合を事例として示した上で、原判決がこのような事例との関係で必要な事実認定を行っていないとし、原判決の取消し・差戻しをしている[154]。

原審は、サービス提供者Ｙは本件サービスの利用者が複製を容易にするための環境等を提供しているにすぎず、本件番組等の複製をしているとはいえないとして、上告人Ｘらの請求を棄却したが、最高裁は直接的に原審の結論を覆していないが、「複製の主体の判断に当たっては、複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して、誰が当該著作物の複製をしているといえるか」という抽象論を打ち出している。判例設定事例の場合には、サービス提供者が「その管理、支配下において、放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力」していることは、複製の実現における枢要な行為であり、その行為がなければ、「当該サービスの利用者が録画の指示をしても、放送番組等の複製をすることはおよそ不可能」である、そのため、判例設定事例の場合では、サービスの提供者が複製の主体に該当するはずである。

知財高裁で行われた差戻控訴審[155]では、最高裁判決の判断の枠組みに従い、親機のロクラクの管理状況を再び審理が行われ、複製への関与の内容、程度の諸要素を総合して考察した結果、Ｙが複製行為の主体であると認定した[156]。

（１）総合考慮－複製の主体を判断する基準

①侵害要件の多元化（利益性要件と管理性要件に拘らず）

本事件の一審はカラオケ法理を踏まえて、「管理性」と「利益性」等の諸点を総合考慮してい判断すべきだという枠組みを提示したが、最高裁は、一審の考え方と異なり、侵害主体を判断する際にはサービス提供者が取得する利益について全然触れていなくて、「社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべ」きであるという諸要素を総合考慮する論法を打ち出している。「管理、支配下」への言及は、カラオケ法理との関係を推測させるが、金筑誠志裁判官の補足意見によると、「カラオケ法理は一般的な法解釈の手法の一つにすぎなく、何か特殊な法理論であるかのようにみなすのは適当ではな」く、考慮されるべき要素は「支配と利益の帰属という二要素を固定的なものと考えるべきではな」く、「行為類型によって変わり得る」べきである。カラオケ法理の二要素論の欠点(法的な根拠の不明、要件の曖昧、適用範囲の不明確等）を指摘した上で、二要素のみ拘る（狭い意味での）「カラオケ法理」の適用を明らかに否定した。

「管理性」と「利益性」要件に拘るべきではない、というのが明白的に提出することは本判決の特徴といえるだろう。さらに、公衆送信行為ではなく、明示的に、複製行為に関して総合衡量法理を打ち出した点に特徴がある。確かに、「管理性」と「利益性」に拘り、とくに二要素の中の「利益性」を含む従来のカラオケ法理を機械的に適用することは不適

機能を有する機器（以下「複製機器」という。）に入力していて、当該複製機器に録画の指示がされると放送番組等の複製が自動的に行われる場合には」

[153] 柴田義明「最高裁重要判例解説－ロクラクⅡ事件」Law and Technology 第 51 号 107 頁（2011 年）。

[154] 鈴木將文[判批]知財管理６１号(２０１１年）１５６６頁参照。

[155] 知財高判平成 24・1・31 判例時報２１４１号１１７頁[差戻審]。以下の判例評釈がある、作花文雄[判批]コピライト６１３号３６～５９頁（２０１２年)、上山浩[判批]ＮＢＬ９７２号７～９頁（２０１２年)。

[156] Ｙは本件サービスに係る親機ロクロクを設置、管理している。また、Ｙはその管理支配下において、テレビアンテナで受信した放送番組等を複製機器である親機ロクラクに入力している。たとえ本件サービスの利用者がその録画の指示をしても、当該複製が自動的に行われる状態を継続的に作出しているＹの管理支配の下に行われるものにすぎないと判断した。

切であり、近年の裁判例においても、この「利益性件」が形骸化になってしまった傾向も出てきた[157]。侵害行為の有無を判断する際には、利益要件を固守する従来のカラオケ法理を明確的に否定することは非常に適切だと思われる[158]。

②社会的、経済的側面をも含め総合的に観察する手法

複製主体の認定が単純な自然・物理的観察とは異なり、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察する手法は総合考慮判断基準の前提となる[159]。即ち、著作権法 21 条以下に規定された行為の主体を判断する当たっては、「単なる物理的、自然的に観察するだけで足りるものではなく、社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべきもの」である。これは、最高裁が下した総合考慮基準の二番目の特徴といえる。もっとも、この論点に対して、日本著作権法では、侵害主体とは、もともと実際に当該利用行為を行っている者を想定しているはずである、あくまでも「物理的、自然的に観察する」ことが原則となるから、その例外を認めるためには、十分に合理性のある理由を示す必要があるのに、最高裁はうまく説明しなかったという批判があった[160]。

外延が不明確で、抽象すぎる総合考慮基準によって侵害主体を判断することは足りないから、判決は、続く部分において、「判例設定事例」の場面では以下の判断基準を出しており、手掛かりとなる。

（２）複製の実現における枢要な行為－「判例設定事例」における複製の主体を判断する基準

この総合衡量法理の妥当性をめぐって、さまざまな議論を展開している。

① 侵害要件の不明確性。

「複製の対象、方法、複製への関与の内容、程度等の諸要素を考慮」する総合考慮法理の侵害要件は抽象的な説明にとどまり、判断基準としてほとんど意味がない[161]。侵害に該当するかどうかの考慮要素は「行為類型によって変わり得る」ので、確定しにくいと言えるだろう。また、行為主体を「諸要素を考慮して…判断する」する基準自身の合理性に関して、最高裁は明確に説明しないという批判もある[162]。つまり、日本著作権法では、侵害主体とは、もともと実際に当該利用行為を行っている者を想定しているはずである、あくまでも「物理的、自然的に観察する」ことが原則となるから、その例外を認めるためには、十分に合理性のある理由を示す必要があるのに、最高裁はうまく説明しなかった。

この抽象論は判断基準として具体的に当てはめることには困難が伴うので、最判の実質論に求めなければならない。最判の判旨によると、複製の結果との関与性の程度は重要な考慮要素とされている。即ち、アンテナで受信した放送を複製機会に入力していることは複製の実現における「枢要な行為」であるから、複製主体認定の決め手と考えているようである、もっとも、複製の実現における「枢要な行為」と複製の実現における前提の関係

---

157 カラオケ法理の利益要件に関して、学者から激しく批判を受けた。また、近年の裁判例において、この利益要件も形骸化になってしまったことを指摘した学者もいる。田村善之・前掲注（１）４２頁参照。

158 「もっとも、補足意見に明らかなように、カラオケ法理自体が否定されたわけでなく、それも一手法として依然として有効なのである。あくまでも、位置づけが相対化したに過ぎない」。奥邨弘司・前掲注（１２１）４４－４５頁参照。同じ観点を持っている学者もいる、前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積－ロクラクⅡ・まねき TV 最高裁判決の検討を契機として－」パテント 64 号（２０１１年）１０６頁参照。

159 柴田義明「最高裁重要判例解説―ロクラクⅡ事件」Law and Technology 第 51 号 108 頁（2011 年）、金築補足意見もその旨を指摘している。

160 岡村久道[判批]NBL ９５９号７６頁。

161 小泉直樹［判批］判例時報２１２３号３７頁、奥邨弘司［判批］パテント 64 号（２０１１年）９２頁、前田健「侵害主体論と著作物の私的利用の集積－ロクラクⅡ・まねき TV 最高裁判決の検討を契機として－」パテント 64 号（２０１１年）１０６頁。

162 岡村久道・前掲注（１６０）７６頁。

を充足に説明しないで、十分説得的とは言えないという批判がある[163]。つまり、「放送を受信して複製機器に対して放送番組等に係る情報を入力」が複製行為の前提として位置づけることは異議がないが、その放送の入力行為と複製の実現における「枢要な行為」との間に必ず対応しているわけではないので、両者の関係をさらに明らかにする必要があるではないか。仮に両者の範囲を区別ぜずに複製行為の前提としての放送の入力行為をすべて複製の「枢要」の行為に属すれば、そもそも違法行為を管理する能力もなく、単なるに接続サービス等を提供しすぎないプロバイダーも侵害者になってしまう恐れがると思われる。即ち、最判の判旨は両者の区別を明らかにしないので、一見すると接続サービスまでに広い射程を有するように誤解しやすいだろう。

②直接侵害行為に対する考察が抜け落ちている。

被上告人Ｙを規範的利用主体と認める総合考慮論法理は、ユーザーが自分の意思で番組の内容を選択する事実は適法に該当するかどうかの議論を完全に忽せにして[164]、私的使用目的複製の論点は主体論の裏に隠れてしまう効果を生じる[165]、著作権法30条1項によって私的使用を大量に集積にされたとしても本来的に複製が適法とされるべき場合もあると考える[166]が、最判が提示した論法を運用すれば、大量に集積にされたとしてもそもそも適法に該当すべきな行為を違法行為に転換してしまう恐れがあるといえるだろう。この問題に対して、著作権法対象外の主体も一網打尽にするの混獲現象と権利制限規定の空洞化現象を生じることを指摘する見解もある[167]。

③司法と立法の役割分担が偏りになる。

もっと広い視野から考察すると、直接的な侵害行為が存在しないかぎり、被疑間接侵害者は違法に該当するかどうかの判断は立法の仕事ではないのか、司法が判断していくこと自体は立法過程というプロセスを無にするものではないのかないか、という批判がある[168]。即ち、私的複製等を容易にするサービスについて，立法による解決を待つこと無く，司法解釈により著作権侵害を認めてよいとする考え方が最高裁の立場であることが鮮明にされたが、この問題を根本的に解決するためには、司法と立法の役割分担に着目しなければならない。

侵害要件の不明確のこと、直接侵害行為に対する考察が抜け落ちていること、司法と立法の役割分担が偏りになること、前述の三つの批判は問題のポイントを捉えたと思われるが、本文のロジックによって最判の総合考慮法理の妥当性を分析すれば、直接行為者のユーザーが公衆に向き著作物を提供する類型と異なって、ユーザーが自分自身のために著作物を利用する場合、言い換えると、被疑間接侵害者の被上告人Ｙはユーザーの私的な利用を協力する場合には、(a) ユーザーの直接利用行為は私的利用に該当するか、(b) 仮に私的利用に該当すれば、この私的利用行為を協力する行為は適法に該当するかという二つの

---

[163] 「放送の入力は、複製行為の前提として必要であることは確かであるが、なぜ、この行為が複製主体認定における決め手となるほどの『枢要な行為』といえるのかは明らかにでないといわざるをえない。」鈴木將文・前掲注（１５４）１５６７－１５６８頁参照。

[164] 奥村弘司・前掲注（１６１）９３頁。

[165] 鈴木將文・前掲注（１５４）１５６８頁。

[166] 前田健・前掲注（１５８）１１１頁。

[167] 混獲現象と空洞化現象の論述に関して、奥村弘司・前掲注（１５８）４３頁参照。

[168] 田村善之「著作権法に対する司法解釈のありかた－美術鑑定書事件・ロクラク事件等を題材に－」法曹時報６３巻５号１０５１－１０５４頁。田村先生は、直接、人的な関係により物理的な利用行為者を支配している場合…または違法行為があることを前提にして、専用品あるいは多少拡げて多機能型の装置のように侵害にのみ供されるところを中心に差止めを認めるべきであると論じたが、直接侵害行為が存在することはこの範囲に属すると思われる。また、前田健先生の見解によると、「私的な利用として許される範囲はどこまでであるかを著作権法上のどのように画定するのか」という課題は本質的には立法を待たざるをえない。前田健・前掲注（１５８）１１２頁。

要素を考慮すべきである。ユーザーの直接行為に対する考察を抜きにする総合考慮法理は、前提としての（a）要素を完全に忽せにした以上、妥当な結論を導びにくいと言えるだろう。つまり、前述したように直接行為者のユーザーが公衆に向き著作物を提供する類型において、被疑間接侵害者が提供するサービス自身は適法であり、問題となるのは被疑間接侵害者がそれなりの管理・監督義務を尽くすかどうかである。これに対して、ユーザーの私的利用行為を協力する類型は被疑間接侵害者の管理・監督義務の程度に焦点を当てるわけではなく、そのサービス自身の合法性が問題となる。サービス自身の合法性を解明するためには、まずユーザーの直接利用行為が適法するかどうかを判断しなければならない。即ち、ユーザーの直接利用行為が私的利用に該当しなければ、被疑間接侵害者の協力行為も必ず違法になっている、他方で、ユーザーの直接利用行為が私的利用に該当すれば、被疑間接侵害者の協力行為は適法になる可能性がある（技術上困難の私的利用行為を容易にすることが適法になるかどうかはほかの要素に基づいて判断する必要がある）。したがって、ユーザーの私的利用行為を協力する類型において、総合考慮法理を適用することは、ユーザーの直接侵害行為に対する考察が抜け落ちているので、サービス自身の合法性を解明する目標に合わないといわざるを得ない。

（３）総合考慮法理とカラオケ法理の相違点

両者とも適法行為を違法行為に転換する擬制の機能を持っているが、総合考慮法理はカラオケ法理と比べると、直接侵害行為と間接侵害行為の関連性を希薄させる機能を有している。即ち、被疑間接侵害者はどのように直接侵害行為を「管理」するか、あるいはどのように直接侵害行為から「利益」を受けるか、カラオケ法理は少なくとも「管理性」要件と「利益要件」の枠内で直接侵害行為との関連関係に着目して論じた。具体的な例を挙げると、カラオケ法理を確立したクラブ・キャッツアイ上告審において、最判は「客のみが歌唱する場合でも、…店の従業員による歌唱の勧誘、カラオケ店の備え置いたカラオケテープの範囲内での選曲、カラオケ店の設置したカラオケ装置の従業員による操作を通じて、カラオケ店の管理のもとに歌唱しているものと解され、他方、カラオケ店は、客の歌唱をも店の営業政策の一環として取り入れるなど営利を目的としているとして、客による歌唱も著作権法上の規律の観点からはカラオケ店による歌唱と同視しうるというのである」と判じた。つまり、客の直接利用行為を基礎として、カラオケ店はどのようにこの直接利用行為を「管理」するか、どのようにこの直接利用行為から「利益性」を受けるかを論じる上で、客の行為をカラオケ店の行為に見なすことになる。

しかし、総合考慮法理は「管理性」と「利益性」要件に拘らず、「社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべ」であるという諸要素を考慮する論法を捉えた結果、直接利用行為との関連性を重視しなくなり、被疑間接侵害の行為は「管理性」・「利益性」等の要件の束縛から解放して事案ごとに独自の考慮要素を提出して、侵害責任を肯定できることになった。例えば、ロクラクⅡ最判のように「その管理、支配下において」という要件が挙げられていたにもかかわらず、複製行為に関する極めて重要な主体的な行為である「録音・録画の指示」をどのように「管理・支配」することは全然触れなく、「管理・支配」の具体的態様が示されておらず、それ自体は非常に抽象的な概念にとどまっている[169]。諸要素を総合考慮した結局、肝心の複製行為との関連が薄い行為（直接的な関係をあまり有していないアンテナにつながる等の「複製を容易にするための環境等を整備」する行為）は侵害の有無を左右する重要な判断要素になる。

（４）放送地域独占制との関係

テレビ放送は、放送法等によって限られた地域内でのみできることとされており、放送

[169] 鈴木將文・前掲注（１５４）１５６７頁。

事業者らのビジネスモデル（広告料収入等）もそれに前提に構築されている[170]。ロクラクⅡ最判のテレビ番組転送サービスは、放送対象地域外に居住する者が当該地域を超えて番組を受信することを可能ならしめるという点に特徴がある。したがって、ロクラクⅡ最判の帰趨は、従来のから国あるいは地域ごとに放送の範囲を設定している放送事業者の利害に強く関係するものであったことは否めない。このロクラクⅡ最判は、結局的にそうした放送事業者の利益を守るものとなっている[171]。

しかし、①このような放送の地域ごとの分割体制がそもそも妥当なのかは問題となる[172]。近年、地域独占にはさまざまな弊害が生じており、さらには通信と放送が融合する時代にあって同制度は見直されるべき見解もある[173]。②一歩後退して、たとえ放送業界の既存のビジネスモデルにかかる利益を徹して守る必要があれば、ユーザーが業者を通じなく手間を厭わないで自ら留守宅にテレビ転送機械の市販品を設置した上で、ほかの地域のテレビ番組も見られるので、そのテレビ転送機械の販売までに禁止しなければならない。もっとも、販売まで禁止すれば、著作物の自由な利用を認める領域を狭める結果をもたらすことになるだろう。

２、まねき TV 事件上告審

ロクラク事件と異なって、送信可能化権と公衆送信権を侵害するかどうかが争点になった。

先述したように、まねきＴＶ事件の原審は、自動公衆送信装置の使用が送信可能化権を侵害する前提となって、各ベースステーションは、あらかじめ設定された単一の機器宛てに送信するという１対１の送信を行う機能を有するにすぎず、自動公衆送信装置とはいえないのであるから、送信可能化侵害を構成する前提が存在しないことを認定したが、最判はこの結論を覆した。

送信可能化行為の有無を判断する前提として、自動公衆送信装置に該当するかどうか、及び同装置を用いて行われる送信の主体は誰かということ[174]を判明しなければならない。最高裁判所は以下の判断を示した。

自動公衆送信が行われるに至る前の準備段階の行為までも規制する、という送信可能化の規制の趣旨から見ると、被上告人Ｙの被疑侵害装置は自動公衆送信装置に該当するかどうかは当該装置自身の機能だけ考察することが不十分であり、受信者からの求めに応じ自動的に送信する機能を有する装置は「あらかじめ設定された単一の機械宛てに送信する機能しか有しない場合であっても、当該装置を用いて行われる送信が自動公衆送信であるといえるときは、自動公衆送信装置に当たる」ことになっている。つまり、当該単一の機械によって受信する者が、送信行為者からみて公衆にあたるのであれば、当該送信を自動公衆送信という余地がある[175]。そうすると、当該装置が自動公衆送信装置に該当するかどうかを判断するためには、自動公衆送信行為の主体をまず決めなければならない。

最判は、自動公衆送信行為の主体は「当該装置が受信者からの求めに応じ情報を自動的に送信することができる状態を作り出す行為を行う者」であり、かつ「当該装置に…継続的に情報が入力されている場合には，当該装置に情報を入力する者」が自動公衆送信行為

---

[170] 上山浩[判批]NBL９４７号(２０１１年）９頁。
[171] 駒田泰士[判批]判例時報２１２７号(２０１１年）１７９頁。
[172] 前田健・前掲注（１５８）１１８頁注６２。
[173] 泉克幸「通信・放送の融合と著作権法上の放送事業者等のあり方」斉藤博先生退職記念・現代社会と著作権法（弘文堂２００８年）９５頁。
[174] 泉克幸[判批]知財管理６１号(２０１１年）１３８４頁。
[175] 山田真紀「最高裁重要判例解説－まねき TV 事件」Law and Technology 第５１号（２０１１年）１００頁。

の主体に該当するという一般論を打ち出している。調査官の説明によると、インターネットに等に接続されている自動送信装置に、情報が継続的に入力されている場合には、当該装置に情報を入力する者が、当該装置が情報を送信できる状態を作り出しているということができ、送信の主体でと解されるとの判断を示した[176]。

主体認定の具体的な当てはめに関して、「(a) ベースステーションを分配機を介するなどして自ら管理するテレビアンテナに接続し，(b) 当該テレビアンテナで受信された本件放送がベースステーションに継続的に入力されるように設定した上，(c) ベースステーションをその事務所に設置し，これを管理している」ことを根拠として、Y の侵害主体性を肯定した。また、最判は、ベースステーションの所有がユーザーに属するか、Y に属するかは侵害主体の判断に影響を与えない点も強調した。

（1）カラオケ法理との相違点

カラオケ法理との相違点に関しては「公衆」を考察する出発点は直接行為者から管理者へ転換する。ロクラクⅡ事件上告審と同様に、規範的な主体認定を肯定したが、利益性などの社会経済的な側面は問題せず、あくまでも侵害結果への関与の度合いという点のみを問題にしているので、カラオケ法理とその延長たる従来の侵害主体論を全面的に肯定するものではない[177]。

（2）「公衆」要件の判断

ロクラクⅡ事件上告審では複製権が侵害するかどうかは争点になるので、公衆の要件を考察しなくてもいいであるが、本事件において送信可能化権と公衆送信権を侵害するかどうかは争点になる、送信の主体を判断するために、送信の受け手も考察しなければならない。最判は以下のように判断を下した。「Y と本件サービスを利用する契約を締結することにより同サービスを利用することができるのであって、送信の主体である Y からみて，本件サービスの利用者は不特定の者として公衆に当たる」。

つまり、装置の送信主体を認定する際に、物理的な利用者の利用実態(サーバーとパソコンの間に一対一に対応している関係）に着目するわけではなく、管理者Ｙの目から見れば、複数の利用者を含める装置を一つの全体として考察すれば、利用者が「公衆」となる。このロジックによって判断すると、利用者のところに置いた子機と管理者のところに預かった親機の間に「一対一」の関係を有しても、具体的な送信行為を行う人は利用者ではなく、管理者Ｙとなる。

送信の主体である管理者 Y の角度から見て、利用者を「公衆」に認定する論法は総合考慮法理を運用する結果として、カラオケ法理とかなり差異があると言える。クラブ・キャッツアイ上告審を例として挙げると、カラオケ法理を運用した結果、来店の客の歌唱行為を管理者 Y の行為に見なす効果がある。もっとも、「公衆」を考察する際に、あくまでもカラオケ店 Y が「管理」した来店の客の目から、誰が公衆に当たるのを考察する。即ち、カラオケ法理を運用しても、直接行為者の角度から「公衆」を考察することは変わりない。これに対して、ロクラクⅡ事件上告審と同様に総合考慮論法を採用した結果、管理者の行為と直接利用行為の関連性を重視しなくなり、管理者の角度から「公衆」を考察することは変わった。もっとも、管理者の角度から「公衆」を考察することを容易に認めると、業者は侵害主体になりがちで、各ユーザーに対する送信も公衆送信になる。

（3） 射程

最高裁が下した判旨なので、今後の裁判例に大きな影響を与えることは言うまでもない。本件のテレビ番組転送サービスや自炊代行サービスや動画投稿共同サイト等のデジタル

[176] 山田真紀・前掲注（１７５）１０１頁。
[177] 前田健・前掲注（１５８）１０９頁。

技術の飛躍的進展とインターネット環境の急速な整備により生じた新たな技術に関して、ロクラク控訴審で打ち出した「適法行為をより効率的に行なえることは侵害にならない」という判断基準によって非侵害となるが、最判の総合考慮法理によって、全部侵害となる恐れがある。最判の判旨で「本判決の射程は判例設定事例の場合に限られている」[178]ことを強調したが、後述の自炊代行サービスサンドリーム事件一審のように、総合考慮法理を無理矢理に適用する例もある。

３、ロクラク事件上告審・まねき TV 事件上告審が確立した総合考慮法理に関して中国法の適用可能性

間接関与者の行為を直接侵害者と見なす方策としての総合考慮法理の確立によって「管理性」・「利益性」等の相対的な固定の要素を「社会的、経済的側面をも含め総合的に観察すべき」な不確定の要素に変わった。確かにカラオケ法理の固定要件と比べると、「管理性」・「利益性」等の要件の束縛から解放して事案ごとに独自の考慮要素を提出して、侵害責任を肯定する方策は一定の合理性がある。しかし、その反面、法の予測可能性を損ずるデメリットも同時に現れるだろう。では、この総合考慮法理は中国法にとって参照する価値はあるか。

実はカラオケ法理であれ、総合考慮法理であれ、中国法では規範的行為主体論の方策を運用して間接関与者の侵害責任を認定する際に、「違法対象物が存在する」こと、間接関与者の「主観的な過失」を欠けること、この二つ要件を揃えば、どの方策を採択しても、大きな区別がないではないかと思われる。その原因については「違法対象物が存在する」限り、間接関与者に侵害責任の一つの差止責任を課す必要性は必ずある、差止請求を認めてから、侵害責任のもう一つの損害賠償請求を認めるかどうかは主観的な「過失」の有無によって判断すればいいではないか。したがって、差止の侵害責任を判断する際にカラオケ法理や総合考慮法理等の規範的行為主体論に任せて、たとえ適法行為を違法行為に転換する弊害を生じても、①差止責任に関して、在庫の廃棄という不利益が発生する有体物の出版と異なり、インターネットにおいて差止請求に服せしめるのは、プロバイダにさほど過大な責任を課すことにならない可能性がある。②損害賠償責任に関して、後述の日本プロバイダ制限法等の損害賠償責任に関わる「セーフ・ハーバー」を考慮しながら決めれば弊害を最低限までに抑えられると思われる。

（五）、自炊代行に関わる事件

近時、「本」は紙をめくって読むものという時代から、指でスクロールして読むものという時代に変わってきた[179]。「自炊」とは、紙の本を所有者自身が電子書籍へと変換することを指すネット用語である。もっとも、個人が自炊の作業をするためには裁断機やスキャナなどの専用の機器が不可欠であるし、一冊ずつ背表紙を裁断して頁順にスキャンするにはそれなりの時間と労力が必要となる。裁断・スキャンの時間と労力を節約したい個人等のために、「自炊」に関する機材や場を提供したり、「自炊」を代行するサービスを提供する業者が現れるようになっており、著作権との関連で法律的な議論が発生している。

この「自炊」に関連するサービスはいくつかの態様がある。（１）場所・機材提供型。

178　柴田義明「最高裁重要判例解説―ロクラクⅡ事件」Law and Technology 第 51 号 110 頁（2011 年）。

179 iPad(R)などの汎用タブレット端末の世界的ヒット，各種電子書籍専用端末の登場，さらにはスマートフォンの普及も相まって，日本でも 2010 年頃から電子書籍の普及が本格化した。2010 年の日本の電子書籍市場規模は 650 億円を超え（書籍全体の約 8％），2015 年には 2000 億円程度になると予想されている（インプレス R＆D 調べ）。参照平成 23 年度著作権委員会第 4 部会「書籍の自炊代行に関する著作権問題」パテント 65 巻 7 号 70 頁（2012 年）。

業者の店内に自炊のための裁断機とスキャナーを用意して、利用者は自ら持ち込んだ書籍を自ら裁断、スキャンしたうえで、できあがった書籍の電子データを持ち帰る、というサービスを提供するタイプの業者である。（２）自炊代行型。利用者が所有する書籍の裁断、スキャン等を利用者に代わって代行するサービスを提供する業者である。（３）裁断済み書籍・場所・機械提供型。典型例として、店舗に裁断済み書籍を用意しておき、利用者に裁断済み書籍を貸し出した上で、利用者が店舗内に設置されたスキャナーを使って、自ら電子ファイルを作成するという態様のサービスを提供する業者である[180]。

このうちに、（１）場所・機材提供型[181]と（３）裁断済み書籍・場所・機械提供型[182]に関しては、業者が侵害に該当するかどうかの結論はそれほど争いがなく、問題となったのはスキャン等を利用者に代わって代行するサービスであり、上記（２）に分類される自炊代行サービスである。このタイプの事件に共通していることは、利用者が複製すべきものを主体的に決定している反面、物理的な複製自体は業者がなしているということである。そのために、複製の主体はどちらなのか、30 条 1 項の適用があるのか、ということが争われることになる。以下、（２）タイプに関わる[サンドリーム]事件[183]の検討に入る。

１、事案の概要

小説家・漫画家・漫画原作者である原告 X らが、自炊代行サービスを提供する業者被告 Y1 と Y2 に対し、被告らは、権利者の許諾を受けることなくスキャナーで書籍を読み取って電子ファイルを作成し、依頼者に納品しているから、注文を受けた書籍には、原告らが著作権を有する作品が多数含まれている蓋然性が高く、今後注文を受ける書籍にも含まれている蓋然性が高いとして、これにより原告らの著作権（複製権）が侵害されるおそれが高いなど主張し、①Y らに対し、依頼者からの委託を受けて X らの作品が印刷された書籍を電子的方法により複製することの禁止を求めるとともに、②不法行為に基づく損害賠償として、弁護士費用相当額の損害賠償を請求した事案である。

２、検討

（１）複製主体の確定に関して

利用者が複製すべきな内容を決定している反面、物理的な複製自体は業者がなしている

---

[180]田村善之「日本の著作権法のリフォーム論」知的財産法政策学研究第 44 号（2014 年）、高瀬亜富[判批]CIPIC ジャーナル 218 号（2014 年）、島並良「書籍の『自炊』」法学教室 366 号（2011 年）等の分類を参考する。

[181]この場合、店舗に設置されたスキャナーは、私的複製による著作権の制限規定の例外とされる「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 30 条 1 項 1 号)に該当しうるが、附則 5 条の 2 によってさらに制限規定の例外の例外とされる「専ら文書又は図画の複製に供するもの」に該当すると解しうるため、利用者の行為には、著作権法 30 条 1 項が適用される。この類型のサービスで物理的な複製を行うのは利用者であり、業者の関与は、物理的な複製行為をなしているわけでもなく、複製の対象となる著作物を選別しているわけでもないから、適法であると考える。田村善之「自炊代行業者と著作権侵害の成否」WLJ 判例コラム第 19 号 1 頁。
http://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20140106.pdf

[182] この種のサービスに対しては、前掲ロクラク最判を支持する立場の下では、（事案を異にするので、同最判の射程が直接及ぶものではないが）裁断済みの書籍の提供という形で、業者主導でコンテンツを用意していることが、ちょうど同最判におけるアンテナを設置して放送を受信し複製装置に入力するという行為に比肩するものとされ、「枢要な行為」をなしているがゆえに業者が複製行為の主体であると判断される可能性がある。結論として、適法とされる可能性は低いものと考える。田村善之・前掲注（１８１）第 19 号 1 頁。
http://www.westlawjapan.com/pdf/column_law/20140106.pdf

[183] 東京地判平成 25.9.30 平成 24（ワ）33525 号、判例時報２２１２号８６頁。知的財産高等裁判所平成 26.10.22 平成 25 年（ネ）10089 号。本判決とほぼ同様の事案を有する事件として、東京地判平成 25．10.30 平成[ユープランニング] 24 年（ワ）33533 号がある、ほぼ本件一審判決と同様の理由により、自炊代行サービスを複製権侵害とする判決を出している。つまり両事件ともロクラク最判の判旨を引用して、「枢要な行為をなしているのは業者である」ということを理由に、私的複製該当性は否定され、侵害が肯定されている。

ために、複製の主体はどちらなのかという問題をまず解決しなければならない。

東京地方裁判所の一審判決は、「複製の実現における枢要な行為をした者は誰かという見地から検討するのが相当であり、枢要な行為及びその主体については、個々の事案において、複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して判断するのが相当である」として最高裁判所平成 23 年 1 月 20 日が下した「ロクラク」（民集６５巻１号３９９頁参照）を引用した上で、「本件における複製は、書籍を電子ファイル化するという点に特色があり、電子ファイル化の作業が複製における枢要な行為というべきであるところ、その枢要な行為をしているのは、法人被告らであって、利用者ではない」とし、被告 Y らが複製行為の主体であると判断していた[184]。

一審判決が下した以後、「ロクラクⅡ」最判の主体論を引用して複製主体を判断する方法は猛烈な批判を受けていた。批判の内容は以下の二点に集中している。一つ目は、「ロクラク」最判の射程を超えたから、本判決に影響力を及ぼすべきではないことである。「ロクラク」最判の調査官解説[185]によると、最判の射程は同判決が設定した事例、すなわち業者の行為がなければ、複製行為がおよそ不可能であり、業者が提供するサービスによって複製物の取得が可能となる場面に限られる、しかし、本判決の自炊代行では、業者 Y らの関与行為を抜きにしても、利用者自らが行うことが可能である。「ロクラク」最判の本来の射程を超えて影響を及ぼすのではないかとの指摘があり[186]、本判決はまさにかかる影響をうけたものという批判がある[187]。二つ目は、本判決で「ロクラク」最判を引用する必要があったのかは疑問投げる。同最判は利用者が複製機器に対して録画指示を行うと放送番組等の複製が自動的に行われるという事例において、その管理・支配の下で「放送を受信して複製機器に放送番組に係る情報を入力する」という、物理的に・直接的には複製行為を行ってないものを複製主体として認定する際の基準ないし考慮要素を示したものであ

---

184 「有形的再製を実現するために、複数の段階からなる一連の行為が行われる場合があり、そのような場合には、有形的結果の発生に関与した複数の者のうち、誰を複製の主体とみるかという問題が生じる」。この問題に関して、まずロクラク最判の抽象論を引用していた。つまり、「複製の実現における枢要な行為をした者は誰かという見地から検討するのが相当であり、枢要な行為及びその主体については、個々の事案において、複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度等の諸要素を考慮して判断するのが相当である（最高裁平成２１年(受)第７８８号同２３年１月２０日第一小法廷判決・民集６５巻１号３９９頁参照）。」

本件の事案を当てはめると、「本件における複製は、…〈１〉利用者が法人被告らに書籍の電子ファイル化を申し込む、〈２〉利用者は、法人被告らに書籍を送付する、〈３〉法人被告らは、書籍をスキャンしやすいように裁断する、〈４〉法人被告らは、裁断した書籍を法人被告らが管理するスキャナーで読み込み電子ファイル化する、〈５〉完成した電子ファイルを利用者がインターネットにより電子ファイルのままダウンロードするか又はＤＶＤ等の媒体に記録されたものとして受領するという一連の経過によって実現される。

この一連の経過において、複製の対象は利用者が保有する書籍であり、複製の方法は、書籍に印刷された文字、図画を法人被告らが管理するスキャナーで読み込んで電子ファイル化するというものである。電子ファイル化により有形的再製が完成するまでの利用者と法人被告らの関与の内容、程度等をみると、複製の対象となる書籍を法人被告らに送付するのは利用者であるが、その後の書籍の電子ファイル化という作業に関与しているのは専ら法人被告らであり、利用者は同作業には全く関与していない。

以上のとおり、本件における複製は、書籍を電子ファイル化するという点に特色があり、電子ファイル化の作業が複製における枢要な行為というべきであるところ、その枢要な行為をしているのは、法人被告らであって、利用者ではない。

したがって、法人被告らを複製の主体と認めるのが相当である。」

185 柴田義明「ロクラクⅡ最高裁判決の解説および全文」ジュリスト 1423 号 40 頁（2011 年）。

186 小坂準記＝金子剛大「まねき TV・ロクラクⅡ事件最高裁判決にみるコンテンツ・ビジネスの諸問題」Law & Technology52 号 64 頁（2011 年）。

187 この観点を持っている学者に関して、田村善之「著作権の間接侵害―まねき TV•ロクラク最判後の展望―」コピライト 644 号 26 頁（2014 年）、小泉直樹「判批」ジュリスト 1461 号 7 頁（2014 年）、高瀬亜富・前掲注（１８０）37 頁（2014 年）、池村聡「判批」NBL1015 号 4 頁（2013 年）、横山久芳「自炊代行訴訟判決をめぐって」ジュリスト 1463 号 38 頁（2014 年）等。

り、本件の業者Yらのような自炊代行サービスを提供している者は物理的・直接的な複製を行っているから、同最判の判断基準をあえて持ち出す必要がなく、端的に業者Yら自炊代行サービス提供者を複製主体と認定すれば足りるではないかという疑問が出てくる[188]。

これらの批判に応じるように、二審判決は「ロクラク」最判を引用した上でいわゆる規範的な主体論という論法を採用せず、直接的・物理的には複製行為を行っている者は誰かということを重視して（他の要素も斟酌はしている）、控訴人業者Yらが複製主体であると論じている[189]。このように第一義的には物理的な行為に基づいて複製主体が控訴人業者Yらとして決せられた結果，そのような物理的な主体ではないユーザーが複製主体であると主張するYらのほうが規範的な利用主体論を援用せざるを得なくなるわけであるが，そのような主張についても，二審判決は，「『複製』に該当する行為である書籍の電子ファイル化は専ら控訴人Yらがその管理・支配の下で行っているのである」、「利用者は，控訴人Yらの行うスキャン等の複製に関する作業に関与することは一切ない」等の理由を論じて控訴人Yらの請求を退けている[190]。

①「ロクラク」最判が設定した事例の範囲を超えないように論じること、また②最終的に複製を引き起こす指示をユーザーがネットを介して送信していた前掲最判［ロクラク］と異なり，物理的な複製のプロセスを全て業者Yらが行っていた本件においては，あえて総合考慮法理を持ち出さないで、複製主体を業者Yらと認定した知財高裁二審判決は本件地裁判決より事案適合的な論理を示しているといえそうである。

（２）総合考慮法理の「逆運用」に該当できるだろうか

しかし、二審判決は実質的に「ロクラク」最判の総合考慮法理を捨てるわけではなく、権利行使の方式を変えて効力を相変わらず働いているのではないか[191]。つまり、「ロクラク」最判が確立した「総合考慮」は物理的・直接的な複製行為をしていない業者を擬制的

---

[188] この疑問を持っている学者に関して、池村聡「判批」NBL1015 号 7 頁（2013 年）、高瀬亜富[判批]CIPIC ジャーナル 218 号 37 頁（2014 年）、島並良・前掲注（１８０）38～39 頁（2011 年）、横山久芳・前掲注（１８７）38～39 頁等。

[189] 知財高裁は控訴人Yらを物理的な意味で複製の主体になるとみなす。控訴人Yらは「裁断した書籍をスキャナーで読み込み電子ファイル化する行為が、本件サービスにおいて著作物である書籍について有形的再製をする行為、すなわち『複製』行為に当たることは明らかであって…利用者は同行為には全く関与していない」。また、控訴人Yらは「利用者から対価を得る本件サービスを行っている。そうすると、控訴人Yらは、利用者と対等な契約主体であり、営利を目的とする独立した事業主体として、本件サービスにおける複製行為を行っているのであるから、本件サービスにおける複製行為の主体であると認めるのが相当である」。

控訴人Yらは自らの「行為が複製の実現について『枢要な行為』ということはできず、…複製行為の主体ではない旨」を主張したが、認められません。「控訴人Yらは、独立した事業者として、本件サービスの内容を決定し、スキャン複製に必要な機器及び事務所を準備・確保した上で、インターネットで宣伝広告を行うことにより不特定多数の一般顧客である利用者を誘引し、その管理・支配の下で、利用者から送付された書籍を裁断し、スキャナで読み込んで電子ファイルを作成することにより書籍を複製し、当該電子ファイルの検品を行って利用者に納品し、利用者から対価を得る本件サービスを行っている。したがって、利用者が複製される書籍を取得し、控訴人Yらに電子ファイル化を注文して書籍を送付しているからといって、独立した事業者として、複製の意思をもって自ら複製行為をしている控訴人Yらの複製行為の主体性が失われるものではない。」また、「控訴人Yらは利用者の注文内容に従って書籍を電子ファイル化しているが、それは、利用者が、控訴人Yら用意した前記…本件サービスの内容に従ったサービスイを利用しているにすぎず、当該事実をもって、控訴人Yらによる書籍の電子ファイル化が利用者の管理下において行われていると評価することはできない」。

[190] 田村善之「自炊代行控訴審判決～著作権法 30 条（私的複製）の制限規定の趣旨解釈をめぐって～」WLJ 判例コラム第 40 号（2015 年）。
http://www.westlawjapan.com/column-law/2015/150105/

[191]以下の判決文が示したように、本判決を明らかに「ロクラク」最判を引用していないが、実質的には最判の総合考慮法理が動いている。「本件サービスにおける複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度や本件サービスの実態、私的領域が拡大した社会的状況の変化等の諸要素を総合考慮しても、控訴人Yらが本件サービスにおける複製行為の主体ではないとする控訴人Yらの主張は理由がない」。

に複製主体とする、もう一方、本判決では業者Yらは利用者の「手足」に該当する可能性を有するにもかかわらず、「複製の対象、方法、複製物への関与の内容、程度や本件サービスの実態、私的領域が拡大した社会的状況の変化等の諸要素を総合考慮」することによって業者Yらは独立的な複製行為を行っている者と認定しまった。

詳しく言えば、物理的な複製行為をしているのは業者Yらであるから、総合考慮法理を登場しなくても、業者Yらを直接的に複製主体を認定できるように見えそうである。一見すれば問題なさそうが、本件では複製物の対象を決める者は利用者である以上、主導権を有する利用者は業者Yらとの間に「手足」関係あるいは「幇助」関係を存在する可能性は十分あり得るから、利用者は複製者に該当する可能性もないわけではない。しかし、30条1項の趣旨に則した判断をしないままに、利用者と業者Yらの関係を遮断して総合考慮法理を「逆運用」した結果、利用者と業者Yらの間に「手足」関係あるいは「幇助」関係を存在するかどうかの証明過程を省略させたではないか。「利用行為の主体論とは別個の法理である私的複製による著作権の制限を規定する30条1項の適否が問題となる以上、利用行為の主体論だけで最終判断をしたり、利用行為主体論の判断をそのまま援用するのではなく、30条1項の趣旨に則した判断をなす必要があるというべきである」[192]という見解は有力だと思われる。

（3）「複製」といえるためには、当該再製行為により複製物の数を増加させることが必要でるか。

被告Yらは、「『複製』といえるためには、オリジナル又は複製物に格納された情報を格納する媒体を有形的に再製することに加え、当該再製行為により複製物の数を増加させることが必要であり、言い換えれば、『有形的再製』に伴い、その対象であるオリジナル又は複製物が廃棄される場合には、当該再製行為により複製物の数が増加しないのであるから、当該『有形的再製』は『複製』には該当しない旨」主張するが、一審判決[193]も二審判決[194]も「有形的再製が行われていることは明らかであるから…有形的再製後の著作物及び複製物の個数によって『複製』の有無が左右されるものではない」という理由で被告Yらの主張を支持しなかった。

確かに、「仮に裁断済み書籍の廃棄が徹底されれば複製物の数の増加はないといえるとしても、書籍から電子データへの変更は無視し得ない質の変更のように思われる。両者は劣化の程度、読みやすいその他の読書環境、検索可能等の点で大きな違いがあり、新たな対価獲得が認められるべき別個の財だと考えられるからである[195]」。したがって、複製物

---

[192] 田村善之・前掲注（１８０）92頁。

[193] 「被告Yは、『複製』といえるためには、オリジナル又は複製物に格納された情報を格納する媒体を有形的に再製することに加え、当該再製行為により複製物の数を増加させることが必要であり、言い換えれば、『有形的再製』に伴い、その対象であるオリジナル又は複製物が廃棄される場合には、当該再製行為により複製物の数が増加しないのであるから、当該『有形的再製』は『複製』には該当しない旨主張する。

しかし、著作権法２１条は、「著作者は、その著作物を複製する権利を専有する。」と規定し、著作権者が著作物を複製する排他的な権利を有することを定めている。その趣旨は、複製（有形的再製）によって著作物の複製物が作成されると、これが反復して利用される可能性・蓋然性があるから、著作物の複製（有形的再製）それ自体を著作権者の排他的な権利としたものと解される。

そうすると、著作権法上の『複製』は、有形的再製それ自体をいうのであり、有形的再製後の著作物及び複製物の個数によって複製の有無が左右されるものではないから、被告Yらの主張は採用できない」。

[194] 「『複製』とは、著作物を「印刷、写真、複写、録音、録画その他の方法により有形的に再製することである（同法2条1項１５号）。本件サービスにおいては、書籍をスキャナーで読みとり、電子化されたファイルが作成されており、著作物である書籍についての有形的再製が行われていることは明らかであるから、複製行為が存在するということができるのであって、有形的再製後の著作物及び複製物の個数によって『複製』の有無が左右されるものではない」。

[195] 谷川和幸「判批」Law and technology64号76頁（2014年）。

の数のみに着目した被告の主張はそれほどの説得力がなくて、複製該当性を肯定した一審・二審判決の判断は妥当と思われる。

（4）著作権法 30 条 1 項を適用して私的複製に該当できるであろうか

著作権法３０条１項は、「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を目的とする」とするときは、「その使用する者が複製」する限り、著作権者の複製権を制限している。

「使用する者が複製する」とは、法律上の複製主体を指しておりますので、使用者自身による複製が原則であるますけれども、使用者の手足として、その支配にある者に具体的複製行為を行わせることは許される[196]。

被告Ｙらは、自身が補助者・利用者の手足にすぎないと主張するが、一審判決は「法人被告 Ｙ らは利用者の手足として利用者の管理下で複製しているとみることはできないのであるから、利用者が法人被告らを手足として自ら複製を行ったものと評価することはできない」と論じて[197]、この主張を否定した。二審判決も「利用者が控訴人Ｙらを自己の手足として利用して書籍の電子ファイル化を行わせていると評価し得る程度に、利用者が控訴人 Ｙ らによる複製行為を管理・支配しているとの関係が認められないことは明らかであ」るという理由で、Ｙらの主張を否定した[198]。

196　加戸守行『著作権法逐条講義（六訂版）』著作権情報センター232 頁。

197被告は自炊代行サービスが私的複製に該当することを主張したが、本判決は以下のとおりに判示しこれを否定した。「著作権法３０条１項は、複製の主体が利用者であるとして利用者が被告とされるとき又は事業者が間接侵害者若しくは教唆・幇助者として被告とされるときに、利用者側の抗弁として、その適用が問題となるものと解されるところ、本件においては、複製の主体は事業者であるとされているのであるから、同項の適用が問題となるものではない。」

「また、被告らは、法人被告らが補助者にすぎないと主張する。利用者がその手足として他の者を利用して複製を行う場合に、『その使用する者が複製する』と評価できる場合もあるであろうが、そのためには、具体的事情の下において、手足とされるものの行為が複製のための枢要な行為であって、その枢要な行為が利用者の管理下にあるとみられることが必要である。本件においては、上記のとおり、法人被告らは利用者の手足として利用者の管理下で複製しているとみることはできないのであるから、利用者が法人被告らを手足として自ら複製を行ったものと評価することはできない」。

198　控訴人Ｙらは、「著作権法３０条１項の趣旨は、私的複製は零細、微々たるものであるから、これが行われても著作権者に与える影響が軽微なこと、私的領域内の私人の自由な行為を保障すべきことにあるところ、本件サービスは、利用者個人が、私的領域において自由かつ簡単にできる書籍の電子ファイル化を代行するものにすぎず、利用者が書籍の購入、電子ファイル化する書籍の選別、送付、電子ファイルの様式に関する具体的な指示等をしていることから、利用者の私的領域内における自由な行為を実現するものであり、また、本件サービスにおいては、利用者が適法に取得した書籍を対象としており、権利者に対価が還元されていること、電子ファイル化に供された書籍は廃棄され、同一書籍から複数回の複製がされることはなく、大量複製を誘発しないこと、明示的に電子ファイル化を拒否する権利者の書籍については不可作家として本件サービスを利用できないことなど、本件サービスは零細な事業であり、著作権者に経済的な不利益を与えるものではないことをも考慮すれば、本件サービスによる書籍の電子ファイル化については、同条項の趣旨が妥当し、仮に控訴人Ｙらが利用者の手足といえないような場合であっても、控訴人Ｙらによる複製は利用者である「その使用する者」がした複製に当たり、同条項の適用がある旨」を主張する。

二審裁判所は以下のように論じて、控訴人Ｙらの上記主張を採用しなかった。「著作権法３０条１項は、個人の私的な領域における活動の自由を保障する必要性があり、また閉鎖的な私的領域内での零細な利用にとどまるのであれば、著作権者への経済的打撃が少ないことなどに鑑みて規定されたものである。そのため、同条項の要件として、著作物の使用範囲を『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を目的とする』（私的使用目的）ものに限定するとともに、これに加えて、複製行為の主体について『その使用する者が複製する』との限定を付すことによって、個人的又は家庭内のような閉鎖的な私的領域における零細な複製のみを許容し、私的複製の過程に外部の者が介入することを排除し、私的複製の量を抑制するとの趣旨・目的を実現しようとしたものと解される。そうすると、本件サービスにおける複製行為が、利用者個人が私的領域内で行い得る行為にすぎず、本件サービスにおいては、利用者が複製する著作物を決定するものであったとしても、独立した複製代行業者として本件サービスを営む控訴人Ｙらが著作物である書籍の電子ファイル化という複製をすることは、私的複製の過程に外部の者が介入することにほかならず、複製の量が増大し、私的複製の量を抑制する

もっとも、控訴人 Y が利用者の手足といえないような場合であっても，控訴人 Y らによる複製は利用者である「その使用する者」がした複製に当たれれば、同条項の適用が可能となる。二審判決においても、控訴人 Y らは著作権法 30 条 1 項から入手してその趣旨を論じた。つまり、30 条 1 項の積極的な根拠を私人の自由の確保に求めるとともに，消極的な根拠として，「権利者に対価が還元されていること，電子ファイル化に供された書籍は廃棄され，同一書籍から複数回の複製がされることはなく，大量複製を誘発しないこと，明示的に電子ファイル化を拒否する権利者の書籍については不可作家として本件サービスを利用できないことなど，本件サービスは零細な事業であり，著作権者に経済的な不利益を与えるものではないこと」であった。この事情も含めて考慮すれば、私人が複製の対象等の態様を決定している場合には 30 条 1 項の「その使用する者が複製することができる」という文言に該当するという理解が可能となる。

控訴人 Y らはこのように著作権法 30 条 1 項の趣旨によって主張した結果、控訴審判決が同じな論法を用いて私人の自由と著作権者の経済的な利益の衡量をなすものではあるが，より著作権者に経済的な不利益を与えないことという方向に考慮して，私的領域という閉鎖的な空間では閉鎖的な利用がなされるに止まる場合には著作権者の経済的な不利益も僅少に止まることを 30 条 1 項の趣旨の所在とするものである。このような理解の下では，私人が主体的に複製の対象等を決定するだけでは足りず，複製という物理的な行為自体も私人が自らなすことが必要であり，本件のように，業者がそれをなしている以上，30 条 1 項が適用される余地は無いと解されることになる[199]。

３、中国では総合考慮法理を自炊代行サービスまでに適用する可能性

先述のロクラク事件上告審・まねき TV 事件上告審のところで中国法では規範的行為主体論の方策を運用して間接関与者の侵害責任を認定する際に、カラオケ法理と総合考慮法理のどれかを選択してもそれほどの大きな区別はないと論じたが、日本の自炊代行事件で間接関与者の侵害責任を肯定する見解は採用すべきではない。その理由を言えば、規範的行為主体論を適用する前提としての違法対象物の存在するかどうかに関してい疑問を持っている。

権利制限規定（特に私的複製）は、対価を支払ってすでにそのコンテンツを入手済みと評価できる者がさらに利用行為を行おうとするときに形式的に法定利用行為に該当する場合に、再度の対価支払いが不要な行為を定める規定と理解できる[200]。そうだとすれば、既にコンテンツを購入するユーザーは手間と労力を節約するために書籍の裁断、スキャン等の作業を自炊代行サービス提供者に依頼しても代行行為は違法行為に該当しないと思われる。

日本著作権法の 30 条 1 項を解釈する際に「その使用する者が複製することができる」という文言があるので、自炊代行サービス提供者は「その使用する者」に属するかどうかに関して争論が起こっている。裁判所は、自炊代行サービス提供者は「その使用する者」に属しないという立場を取っている。これに対して、中国著作権法の複製権に関する制限規定において「その使用者が複製することができる」という制限はそもそも存在しない。

との同条項の趣旨・目的が損なわれ、著作権者が実質的な不利益を被るおそれがあるから、『その使用する者が複製する』との要件を充足しないと解すべきである。

そのほか、控訴人 Y らは『その使用する者』についてるる主張するが、いずれも同条項の趣旨を逸脱するものであり、失当である。」

[199] 田村善之・前掲注（190）。

[200] 前田健「著作権の間接侵害論と私的な利用に関する権利制限の意義についての考察」知的財産法政策学研究 40 号 188－189 頁（2012 年）

中国著作権法 22 条 1 項によると、「個人の学習、研究あるいは鑑賞のために他人の公表した著作物を利用することができる」。個人の学習、研究あるいは鑑賞の目的を有すれば、複製行為の主体を問わず権利制限の規定を援用できる。したがって、自炊代行サービスは中国では違法なサービスではないから、規範的行為主体論を適用する余地は存在しない。

四、規範的行為主体論欠点の克服

直接行為者を規範的に拡張する方策は、様々な点を柔軟に考慮する余地を有するという利点の裏返しとして、恣意的で予測可能性のない判断に陥る危険性が高い。このままに日本のカラオケ法理ないし総合考慮法理を中国の著作権間接侵害問題に移植すれば、違法対象物が存在する限り、差止に関してはそれほどに支障を起らないが、損害賠償においては日本と同様の問題を起こす可能性が高いだろう。日本のプロバイダ責任法201は理想的な解決策を提示したが、日本の裁判例ではこの法律の本意を忠実的に解釈していなかった。

（一）プロバイダ責任法の運用

日本のプロバイダ責任法 3 条 1 項[202]は、技術的に送信を防止する措置を講じることが可能な場合であって、かつ、権利が侵害されていることを知っていたか、問題の情報の流通を知っていた場合であって、さらに権利侵害を知ることができた相当な理由がある場合でなければ、プロバイダ等は権利者に対する損害賠償責任を負わない、と定めている。この規定は、損害賠償につき、情報の流通を知らない限りプロバイダ等を免責させる規定である[203]。しかし、以下の TV ブレイク事件で示したように同法 3 条 1 項の但し書きは、プロバイダは権利侵害情報の「発信者」に該当する場合には、損害賠償責任を免じられない。

動画共同投稿サイト―TV ブレイク事件[204]

X（原告、JASRAC）が、動画投稿・共有サイトを運営する会社 Y（被告）が主体となって、そのサーバーに X の管理著作物の複製物を含む動画ファイルを蔵置し、これを各ユーザーのパソコンに送信しているとして、Y に対しては著作権（複製権および公衆送信権）

---

[201] 2002 年 5 月 27 日に施行されたプロバイダ責任制限法の正式名称は「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」である。このプロバイダ責任制限法の内容は、損害賠償責任の制限と、発信者情報の開示請求に応じる義務の 2 点になる。

[202] 「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、当該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（以下この項において「関係役務提供者」という。）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。」

[203] 田村善之・前掲注（180）81－82 頁。

[204] 参照：TV ブレイク事件一審，東京地判平成 21 年 11 月 13 日平成 20（ワ）第 21902 号。 TV ブレイク事件二審，知財高判平成 22 年 9 月 8 日平成 21 年（ネ）第 100078 号。本事件の判例評釈（一審）について、以下の文献を参考する。佐藤豊「動画投稿サイトの運営者の法的責任に関して―TV ブレイク事件を題材に―」パテント 63 号（2010 年 5 月）。岡邦俊「無許諾の動画ファイル視聴サービスが音楽著作権者の公衆送信権等を侵害するとされた事例：『ＴＶブレイク』事件〈続・著作権の事件簿１３２〉」ＪＣＡジャーナル５７巻２号６４頁。奥邨弘司「動画投稿共有サイトとセーフハーバ～日米裁判例の比較検討～」2010 年 2 月 20 日北海道大学知的財産法研究会レジュメ。

に基づいてそれら行為の差止めを求めるとともに、被告会社および被告会社代表者Ａに対しては損害賠償を求めた事案である。

「本件サービスは，被告会社において独自に定めたユーザインターフェイス環境の下，個人単位の放送局とのコンセプトに基づき「放送局」を擬した「ＭＹチャンネル」を割り当てられた登録会員が，動画ファイルをこのチャンネル上にアップロードし，このチャンネル上でストリーミング形式で再生される動画を広く一般の第三者の視聴に供するというものであり，かつ，それを専らの目的とするものである。したがって，コンテンツの選択についての被告会社の自由が限定されているとはいうものの，動画配信サイトと同様の機能を有するということができる」。

Ｙが経営した本件サイトは、「本件管理著作物の複製の有無に限定したとしても、『音楽』、『アニメ』及び『ムービー』のカテゴリーについては４分の３以上、全カテゴリーについても約半分が本件管理著作物の著作権を侵害する動画ファイルで占められていたことになる。また、削除措置については、被告Ｙにはユーザーの意思にかかわらず自らの判断で動画ファイルを削除する権限があり、著作権を侵害する疑いのある動画ファイルをユーザーの意思に反して削除したとしても、本件サービスの利用は無償であって削除によるユーザーの経済的損失が生じることはほとんど想定し得ないにもかかわらず、Ｙは、権利者から権利侵害であることの明白な動画ファイルの削除要求があっても、これら動画ファイルを直ちに削除することはせず、会員同士の視聴は可能な状態にとどめたり、また、原告から包括許諾契約の締結と権利侵害防止措置を求められた際にも、権利侵害防止措置は資金的、人的に被告会社では不可能であると回答し、何らの具体的な対策を提示しないなど、権利侵害の防止・解消について消極的な姿勢に終始していたということができる。」

結論として、「本件サービスは、本来的に著作権を侵害する蓋然性の極めて高いサービスであるところ、Ｙは、このような本件サービスを管理支配している主体であって、実際にも、本件サイトは本件管理著作物の著作権の侵害の有無に限って、かつ、控え目に侵害率を計算しても、侵害率は４９．５１％と約５割に達しているものであるところ、このような著作権侵害の蓋然性は被告会社において予想することができ、現実に認識しているにもかかわらず、被告Ｙ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も何ら有効な手段を採らず、このような行為により利益を得ているものということができる。

そうすると、Ｙは、著作権侵害行為を支配管理できる地位にありながら著作権侵害行為を誘引、招来、拡大させてこれにより利得を得る者であって、侵害行為を直接に行う者と同視できるから、本件サイトにおける複製及び公衆送信（送信可能化を含む。）に係る著作権侵害の主体というべきである」、と裁判所は判断している。

最後に、損害賠償責任を認定する際にプロバイダ責任制限法の適用の有無に関して、裁判所は以下の理由でプロバイダ責任制限法の適用を否定した。「少なくともプロバイダが複製又は送信可能化の主体といえなければ発信者に該当し得ないことはいうまでもないが，プロバイダが差止請求の相手方たり得るための要件である『侵害主体』と，プロバイダが損害賠償責任を負うための要件である『発信者』とは，それぞれの法の目的に従って解釈されるべきことであるから，『侵害主体』であっても『発信者』ではないということはあり得ないではない。しかしながら，被告Ｙの本件サービスへのかかわり方は，上記…説示したとおりであり， Ｙ は，著作権を侵害する動画ファイルの複製又は公衆送信（送信可能化を含む。）を誘引，招来，拡大させ，かつ，これにより利得を得る者であり，著作権侵害を生じさせた主体，すなわち当の本人というべき者であるから，発信者に該当するというべきである。」

以上述べたように一審判決はカラオケ法理（管理性と利益性を有することを要件とする法理である）を用いてプロバイダの侵害責任を認定した上で、被告がプロバイダ責任制限法の「発信者」に該当するとして、プロバイダ責任制限法を適用できないことを理由にプロバイダの損害賠償責任も肯定した。二審判決は以下の判断を下して、一審の結論を支持した。

「Y が、本件サービスを提供し、それにより経済的利益を得るために、その支配管理する本件サイトにおいて、ユーザーの複製行為を誘引し、実際に本件サーバーに本件管理著作物の複製権を侵害する動画が多数投稿されることを認識しながら、侵害防止措置を講じることなくこれを容認し、蔵置する行為は、ユーザーによる複製行為を利用して自ら複製行為を行ったと評価することができるものである。」

（1）侵害責任の認定：カラオケ法理

本件は動画共同投稿サイトの侵害責任に対してカラオケ法理を用いた初の事例として、先例的意義を有する。本判決は、サービスにおける複製、送信可能化及び自動公衆送信について、物理的な行為の主体をそのまま侵害の主体ととらえるのではなく、①問題とされる行為の内容・性質、②侵害の過程における支配管理の程度、③当該行為により生じた利益の帰属等の諸点を総合考慮したうえで直接侵害の主体を評価す旨の一般論を提示している。この基本的な枠組みはカラオケ法理の転用構成と一致する[205]。

事案への当てはめに関して、先述の様々な事情[206]を付け加えて考慮した結果、Y の侵害主体性を肯定した。

（2）損害賠償責任の認定：プロバイダ責任制限法を適用するかどうかに関して、「発信者」の判断が問題となった。

プロバイダの損害賠償責任を制限するために、プロバイダ責任制限法は、権利侵害を知っていたか、もしくは権利侵害を知ることができた相当な理由があるのでなければ、プロバイダに損害賠償責任を負わせないとしている。ただし、プロバイダが 3 条 1 項但書の「発信者」に該当すれば、損害賠償責任を免ずることができなくなる。「プロバイダ責任制限法」の２条４項では「発信者」をこのように定義した。すなわち、「特定電気通信役務提供者の用いる特定電気通信設備の記録媒体（記録された情報が不特定の者に送信されるもの）に情報を記録し、又は当該特定電気通信設備の送信装置（同じく入力された情報が不特定の者に送信されるもの）に情報を入力した者。」と規定されている。

先述したように判旨は著作権法のカラオケ法理と同様の法理をもってほぼ同様の要件の下で、プロバイダ Y が発信者に該当するとして、３条１項の免責の適用を受けないと判断した。

「発信者」に該当する要件は権利侵害の要件と同じであれば、結局的にプロバイダ責任制限法の存在意義が骨抜きにされる恐れがある。プロバイダ責任法が制定する本意は著作権法や民法でプロバイダの差止責任を判断してからプロバイダ責任法で別の判断基準でプロバイダの損害賠償責任をもう一回判断する。しかし、本事件のような侵害主体イコール発信者という判断手法を取ると、この３条１号の立法趣旨が没滅されてしまうのではないかという問題である。

このように侵害主体論と同じように同様の法理でプロバイダ責任法３条１項但書きの「発信者」該当性が画されるとすると、結局、差止請求が認められない場合には、常に損

[205] 佐藤豊・前掲注（２０４）５頁。

[206] サービスの性質及びに侵害率が高いこと、回避措置及び削除措置についても何ら有効な手段を採らない等の事情。

害賠償請求の（プロバイダ責任法上の）免責が認められないことになりかねない[207]。

プロバイダを侵害の成否の調査義務から解放しようとするプロバイダ責任法３条１項の趣旨に鑑み、違法ファイルの所在特定する責任はプロバイダに負担させるべきではなく、権利者に負担させるべきである。そうでないと、大量に著作物を取り扱う中で、保護すべきものがどれであるかのかということを特定することが困難である場合には、その責任がプロバイダに課されれば、動画投稿共同サイトや自炊代行サービスが消滅するよう事態を生じる可能性がある。

（二）中国ではプロバイダ責任制限法を適用する可能性

序章で述べたように、中国では日本の規範的行為主体論を導入する必要性がある場面は二つある。①権利者は間接関与者に侵害警告の通知を発しないままに、直接的に訴訟を提起する場合には、間接関与者の主観状況は「知らない」から「知っている」までに転換する過程はないから、主観的な「過失」も生じない。そうすれば、共同不法行為に該当するための主観的な「過失」要件は存在しないから、侵害責任を認定できなくなり、差止も不可能となる。②汎亜対百度サイト音楽ファイルダウンロード事件[208]のように、具体的なＵＲＬを有さず、歌曲名だけが書いている侵害警告は有効な通知とならないから、プロバイダの主観的な「過失」を認定できない結果、権利者からの差止請求も不能となってしまう。この場合にも権利者を救済するほかの手段は存在しない。

つまり、『中国侵権責任法』の 36 条 2 項の「通知・削除」規則を有効に働けない場合には違法著作物を削除することができないから日本の規範的主体論（カラオケ法理・総合考慮法理）を導入して、主観的用要件を考慮せずに間接関与者の侵害責任を追及することが望む。しかし、日本の規範的行為主体論方策は大きなデメリットも存在している。即ち、著作権法で直接に規制している直接行為は適法に該当するかどうかの議論を完全に忽せにして[209]、私的使用目的複製の論点は主体論の裏に隠れてしまう効果を生じて[210]、著作権法対象外の主体も一網打尽にするの混獲現象と権利制限規定の空洞化現象を生じることを指摘する見解もある[211]。日本の規範的行為主体論をこのままに中国法の解釈論に移植すれば、著作権侵害の撲滅のみを過度に推進した結果、動画投稿共同サイトや自炊代行サービスが消滅するよう事態を生じる可能性があるだろう。せっかく技術の飛躍的進展に伴い、新たな商品開発やサービスが創生され、より利便性の高い製品が需用者の間に普及することを期待しているが、法律上の問題によってこのような素晴らしい技術を応用できなくなった結果は非常に残念である。

幸いに日本のプロバイダ責任法 3 条 1 項は、プロバイダ等に侵害の有無の調査を負担させない構造を作って理想的な解決策を提示した。つまり、規範的行為主体論によってインターネットに関わる間接関与者の差止責任を認めてから、損害賠償責任を判断する際に、一定の要件[212]を満足すれば、間接関与者の損害賠償責任を免じられる。こうすれば、違法著作物への差止請求を認められる同時に、主観的「過失」も存在しない間接関与者の損害賠償責任を免じられる。両者の利益を一定の程度で平衡を立ち、権利者に対する過度の保

---

[207]田村善之・前掲注（１８０）８７頁。

[208]参照：浙江泛亚电子商务有限公司诉北京百度网讯科技有限公司等侵犯著作权纠纷一案、北京市高级人民法院民事判决书（2007）高民初字第 1201 号。

[209]奥邨弘司・前掲注（１６１）９３頁。

[210] 鈴木將文・前掲注（１５４）１５６８頁。

[211] 混獲現象と空洞化現象の論述に関して、奥邨弘司・前掲注（１２１）４３頁参照。

[212]技術的に送信を防止する措置を講じることが可能な場合であって、かつ、権利が侵害されていることを知っていたか、問題の情報の流通を知っていた場合であって、さらに権利侵害を知ることができた相当な理由がある場合でなければ、プロバイダ等は権利者に対する損害賠償責任を負わない。

護を与える結果も避けられる。だから、中国では日本の規範的行為主体論を孤立で導入すべきではなく、規範的行為主体論の拡大適用効果へのブレーキとしてプロバイダ責任法3条1項の損害賠償責任を制限する条文を同時に導入すべきではないかと思われる。

もっとも、先述のように日本の裁判例ではこの法律の本意に沿って忠実的に解釈論を取っているわけではなかった。具体的に言えば、プロバイダ責任法3条1項の但し書きでは、プロバイダは権利侵害情報の「発信者」に該当する場合には、損害賠償責任を免じられないと規定している。しかし、「発信者」に該当するかどうかの判断は侵害主体論と同様の法理で認定した結果、差止請求が認められる場合には、常に損害賠償請求の免責も認められなくなる。これすれば、プロバイダ責任法の存在意義が骨抜きにされる恐れがある。

したがって、日本と同じ窮屈な状況に落ち込まないように、立法や司法解釈を修正する場合には、インターネットおける間接関与者の損害賠償責任に対する「セーフ・ハーバー」として機能しているプロバイダ責任法3条1項を導入する際に、但書きで規定している「発信者」[213]に該当する時の例外を中国法に移植しないように注意すべきだろう。

結語

著作権間接侵害事件において間接関与者の侵害の有無の判断を下す際に、中国の裁判例では間接関与者の主観的な「過失」要素を考慮して共同不法行為で対応することは常態となっているが、これに対して、日本では間接関与者の主観的な「過失」要素を考慮せずカラオケ法理や総合考慮法理等の規範的行為主体論方策で間接関与者を直接侵害者と見なす仕組みを採択している。

どちらの方策は最善であるか、簡単に結論を下すことはできない。日中両国の民事制度はかなりの区別が付いているから、両国とも適用できる最善の方策はそもそも存在しないだろう。本論文はまず中国の法律条文および裁判例の流れを整理した上で、「主観的な過失」という概念を侵害有無の判断に関わる中心的な要素として運用してきたことはわかった。具体的に言えば、（1）権利者からの合格的な「権利侵害に関わる警告通知」を受ければ、間接関与者は即時に違法著作物を削除しなければならない。そうでないと、主観的な「過失」を生じて侵害責任を負うことになる[214]。（2）権利者からの合格的な「警告通知」を受けなくても、間接関与者は明らかに違法著作物の存在を知る限り、必要措置を取らない場合には、直接利用者と一緒に連帯責任を負う[215]。（3）権利者からの合格的な「警告通知」をうけないで、直接的に訴訟を起こされた場合、あるいは権利者からの「警告通知」は有効ではない場合には、中国の共同不法行為方策で間接関与者の侵害責任を追及できなくて、違法著作物を取り下げ等の差止もできなくなる。この場合には間接関与者の主観的な「過失」を要らないで、間接関与者の侵害責任を追及して差止が成り得る法理が必要である。

同じ領域で日本法の法律条文・裁判例を考察した結果、主観的な「過失」要件を要らない規範的行為主体論は視線に入った。この規範的行為主体論方策の変遷と中国法に対する参照は以下に敷衍する。

---

[213]「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」。

[214] 『中国侵権責任法』の36条2項。

[215] 『中国侵権責任法』の36条3項。

①手足論に関して、キャバレー等の社交場の営業者と楽団との関係が請負契約を締結している場合や、あるいは雇用契約等の密接な支配関係が存在する事案において、中国においても権利者は楽団や個別の歌手に責任を追及できるだけではく、手足論を持ち出して営業者・雇用者に侵害主体として責任を負わせた可能性も十分あり得る。

②日本の「大阪地裁式」の共同不法行為は主観的な「過失」を要らないで間接関与者の侵害責任を規制している方策は中国の共同不法行為方策にとって非常に有益な参照となると思われるが、違法対象物が存在する場合では事前審査義務を負わない中国の間接関与者は侵害責任（差止）を負わない時もある。仕方なくもう一回で規範的行為主体論に対する考察に戻るしかない。

③総合考慮法理の確立によって「管理性」・「利益性」等の固定要件の束縛から解放して事案ごとに独自の考慮要素を提出して、侵害責任を肯定することは一定の合理性がある。しかし、その反面、法の予測可能性を損ずるデメリットも同時に現れる。

「違法対象物が存在する」限り、差止責任を判断する際にカラオケ法理と総合考慮法理のどちらかを採択する区別はそれほど大きなはない。損害賠償責任の有無は日本プロバイダ責任法等の損害賠償責任に関わる「セーフ・ハーバー」を考慮しながら決めればいい。

④自炊代行事件で運用する法理に関して、中国著作権法の複製権に関する制限規定において「その使用者が複製することができる」という制限は存在しないので、個人の学習、研究あるいは鑑賞の目的を有すれば、複製行為の主体を問わず権利制限の規定を援用できる。したがって、自炊代行サービスは中国では違法なサービスではないから、規範的行為主体論を適用する余地は存在しない。

もっとも、日本の規範的行為主体論はかなりの欠点を有している。この欠点を避けるためには、日本のプロバイダ責任法を活用して、間接侵害者の差止責任を軽く認定しても、別のルールで主観的な「過失」を存在するかどうかによって間接侵害者の損害賠償責任の有無を判断する。しかし、同条 3 条 1 項但書きは、プロバイダ等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とする。ここにいう但書きの「発信者」の解釈次第では、やはり侵害の特定の責任をプロバイダに負担させることのないようにした同法 3 条 1 項の趣旨が潜脱される可能性が残されている。

要するに、今まで中国の裁判例では間接関与者の主観的な「過失」要素を考慮して共同不法行為で著作権間接侵害問題を対応する。問題となるのは「差止」と「損害賠償」を分けないで同じ要件で侵害責任の有無を判断した。そうすれば、間接関与者が事前審査義務を負わないので過失もなく損害賠償責任を負わない事例においても、違法著作物の存在によって差止請求を服する必要がある場合はよくある。この際には、①まず日本の規範的行為主体論方策（カラオケ法理や総合考慮法理）によって間接関与者の差止請求を追及する。②間接関与者が損害賠償責任を負うべきかどうかは日本のプロバイダ責任法 3 条 1 項の損害賠償を判断する「セーフ・ハーバー」を参照しながら決めればいいである。