



Title	知的財産権の間接侵害(その1)著作権の「間接侵害」と差止請求
Author(s)	吉田, 克己
Citation	知的財産法政策学研究, 14, 143-190
Issue Date	2007-03
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/43510
Type	departmental bulletin paper
File Information	14_143-190.pdf



著作権の「間接侵害」と差止請求

吉 田 克 己

問題の枠組み

1 著作権の「間接侵害」とは何か

本稿は、著作権および著作隣接権（以下では、「著作権」によって両者を代表させることが多い）についていわゆる「間接侵害」があった場合に、著作権者および著作隣接権者にどのような法的保護を認めるべきかを、差止めの可能性を中心に考察しようとするものである。もっとも、民法を専攻する筆者にとって、知的財産法学あるいは著作権法学固有の観点にもっぱら依拠して問題に接近することは難しい。考察は、自ずから、民法理論とのかかわりを意識したものとなるであろう。むしろ、従来あまり自覚的には行われていないそのような接近方法を採用することによって、この問題の検討になにがしかの寄与ができないか、というのが本稿の問題意識である。

さて、上記のように課題を設定する場合に直ちに問題になるのは、著作権の間接侵害とは何か、である。著作権の間接侵害として一般的に議論されているのは、カラオケ装置リース業者に対する損害賠償請求・差止請求、ゲームソフト改変装置の制作者に対する損害賠償請求・差止請求、

著作権侵害行為を媒介するプロバイダーに対する損害賠償請求・差止請求などである。これらの問題領域において責任を問われている主体（以下、場合によってYとする）は、直接的・物理的には著作権侵害行為を行っていない。しかし、直接侵害行為を行う者（以下、場合によってZとする）に対して、道具（ ）、やサービス（ ）を提供している。その意味で、Yは、Zの違法行為に加担しているわけである。このような場合であっても、Yは、著作権や著作隣接権を侵害する者として、著作権者や著作隣接権者（以下、場合によってXとする）に対して責任を負うべきか。これがここでの

問題である。すなわち、やや一般的な命題で表現すれば、間接侵害の問題とは、著作権の直接侵害に対して手段(道具や施設・場所・機会・サービス)を提供し、そのようにして直接侵害に加担した者の責任をどのように考えるか、の問題である⁽¹⁾⁽²⁾。

2 問題の枠組み

本稿における考察の中心は差止請求権であるが、著作権法は、「著作権……を侵害する者又は侵害するおそれがある者」に対する差止請求権を認めている(112条1項。以下、特記なしに引く条文は、著作権法の規定である)。したがって、著作権の間接侵害に対して差止請求権が認められるかは、解釈論としては、間接侵害を行う者もまた直接侵害者と同様にこの規定にいう「著作権を侵害する者」に該当するとの法的評価が可能か、という問題である⁽³⁾。

それでは、著作権の「侵害」とは何か。著作権法は、21条から28条までの規定において、著作者に認められる権利として、複製権、上演権および演奏権、上映権、公衆送信権などの権利(支分権)を列挙している。著作者は、これらの支分権を「専有する」。その結果、権利者以外の者がここに規定されている行為(著作物の「利用行為」と総称される)をなすことは禁止される⁽⁴⁾。したがって、第三者が著作物の利用行為を著作権者の許諾を得ずに行えば、それは著作権侵害行為となる。これが直接侵害である。

このことは、反面では、これらの規定に抵触しない行為(非利用行為)は、仮に著作権者の利益を侵害するものだとしても、著作権侵害とはならないことを意味している。したがって、たとえば、書物という著作物を友人間で回し読みする行為は、場合によってその書物の売り上げを減らし著作者の利益を害する可能性があるが、著作権法が定める禁止行為に直接的に該当するわけではないから、著作権侵害とはならない。

それでは、直接には著作物の利用行為を行うものではないが、それに加担する性格を持つ間接侵害を、このいずれに引きつけて考えるべきか。形式的に利用行為ではないという点を強調するならば、非侵害行為となって差止請求権は否定される。しかし、間接侵害が、直接侵害行為と無関係の行為ではなく、それに加担しているという意味で一定の関連性を有する行為であることを強調するならば、むしろ利用行為に引きつけて、差止請求

権を肯定する方向が志向されることになる。

間接侵害を著作権侵害と評価することは、著作権の権利範囲をそれだけ拡大し、著作権者の利益擁護に資する。それは、著作物という文化財創造へのインセンティブとなり、文化発展に寄与しうるものであろう。しかし、反面では、侵害の範囲を広げることは、著作物という文化財をそれだけパブリック・ドメインから私的領域へと囲い込むことを意味する。それは、多くの者による文化財の享受にとって阻害的に機能する。このアンビヴァレントな2つの要請間での調整が、ここでは問われている。

この問題をどのように考えるかはまた、法理論的には、著作権さらには知的財産権の権利としての独自性をどの程度強調するかという判断にもかかわっている。民法上の財産権の代表である所有権を想定していえば、ある者の行為によって所有者の所有物に対する支配が妨害されその利益が害されたとすれば、その行為は、当然に所有権侵害となる。所有権は、目的物に対する排他的な支配とその利益の全面的な享受をその内容とするからである。ある特定の禁止行為に該当する行為だけが所有権侵害になるわけではない。したがって、所有権については、直接侵害と間接侵害との区別はない。著作権をこのような一般の絶対権に引きつけて考えるならば、間接侵害についても侵害行為と解する方向に大きく傾斜するであろう⁽⁵⁾。反対に、著作権の独自性と一般の絶対権との異質性を強調する場合には、先の形式的判断に傾き、間接侵害の侵害行為性を否定する方向を採ることになる⁽⁶⁾。

3 「間接侵害」をめぐる紛争の類型化

さて、この問題に関する近時の裁判例の展開には、めざましいものがある。以下においては、それらの裁判例を素材として間接侵害をめぐる問題状況を整理する。裁判例が扱う紛争類型を整理すると、「場所機会提供型」、「道具提供型」、「システム提供型」という3類型を析出することができる⁽⁷⁾。初期に多く見られたのは最初の「場所機会提供型」であり、次いで第 2 類型の「道具提供型」が現れた。そして、近時多く問題になるのは、第 3 類型の「システム提供型」である。この類型に応じて、損害賠償請求権や差止請求権の要件が異なってくるのではないかというのが、本稿の基本的発想である。

場所機会提供型：カラオケ法理の成立と展開

これは、自ら物理的に侵害行為を行うわけではないが、場所や機会を提供する結果自己が支配する領域で著作権侵害行為が行われた場合に、その場所や機会を提供した者の責任が問題になるケースである。この紛争類型において、いわゆる「カラオケ法理」が展開してきた。

1 手足論による利用主体性の拡大

そのようなわけで、この類型においてはカラオケ法理の成立と展開を見る必要があるが、その前に、カラオケ法理との対比のためにも、いわゆる手足論に基づいて利用主体性を認めたと評価される裁判例を見ておく必要がある。カラオケ法理を確立した後述のクラブ・キャッツアイ最高裁判決に先行して、そのような裁判例がいくつか存在する。事案としては、キャバレーにおける演奏権侵害を問題にするものが多い。ここでは、名古屋高決昭和35年4月27日下民集11巻4号940頁(中部観光事件)の1件だけ紹介しておく⁽⁸⁾。

この事件は、楽団Zに音楽を演奏させていたキャバレー経営主体Yに対して差止めの仮処分が求められたものである。抗告審である決定はこれを認めた。()演奏曲目の選定が「Yの自由に支配しうるものであること」、()Yが演奏によって「多大の効果と収益を挙げていること」の2点を根拠として、音楽の演奏自体は各楽団Zによって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においてこれをなしているものと解せなければならない」というのである。要するに、ここでは、()支配性と()利益性の2点の事実が存在する場合に、Yが直接の利用主体とされ、その結果、Yの侵害主体性が肯定されるのである。

2 いわゆる「カラオケ法理」の成立

さて、著作権の間接侵害において常に言及されるカラオケ法理を確立したのは、最判昭和63年3月15日民集42巻3号199頁(クラブ・キャッツアイ事件)である。この事件で問題になったのは、カラオケスナックYにおけるカラオケテープの再生とそれに基づく客の歌唱が演奏権(22条)侵害に当たるか、である。カラオケテープの再生は、一見して「著作物を、

公衆に直接見せ、又は聞かせることを目的として(=公に)上演し、又は演奏する権利」(22条)を侵害するように思えるが、この当時は、著作権法附則14条という規定があり、法22条の特則として、適法に録音された音楽の著作物には、一定の場合を除いて、当分の間演奏権が働かない旨を規定していた⁽⁹⁾。カラオケスナックには、この特則が適用され、そこでのテープ再生は演奏権の侵害に当たらないものと考えられた。つまり、カラオケスナックにおいて演奏権侵害を考える場合には、()歌唱行為に着目する方向と、()カラオケ装置による伴奏に着目する方向とがあり、()のほうの方が簡単であるが、その方向は法律によって排除されていたことになる⁽¹⁰⁾。したがって、カラオケスナックの著作権侵害を問題にするためには、()の方向で考える以外なかったわけである⁽¹¹⁾。しかし、()の方向で考えるといっても、客の歌唱自体は著作権法38条1項に基づいて適法であるから、店の歌唱をそこに見出すことが必要であった。

最高裁は、()Yによる客の歌唱の管理と()図利目的があることを指摘しつ、本件においては、現実に歌唱している客ではなくて、店であるYが歌唱主体であると判断した。次のように判示する。「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醸成し、かかる雰囲気を好む客の来集を図っ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って、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。」

判決において、Yは、利用主体として侵害主体性を認められており、ここでも利用主体性の拡大が見出される。しかし、注意すべきは、客と店の間には、決定の事案におけるほどの支配従属関係は存在しなかったことである。その結果、ここでは手足論の適用が困難になる。実際、判旨も、「管理」は語っても店による客の行為の「支配」は語っていない。このようにYZの関係を「手足」と評価するのが難しいケースにおいて、最高裁は、利用主体性の拡大を認めたわけである。ここに、カラオケ法理の特徴

がある⁽¹²⁾。

この事件で、カラオケスナック店の著作権侵害を認めXの損害賠償請求を認めた結論には、異論はまず見られない。しかし、理論構成については異論が少なくない。支配従属の程度が弱いのに利用主体性の拡大を認める場合には、擬制的性格が強くなるからである。代表的な批判は、この判決における伊藤正己裁判官の補足意見である。それによれば、客のみが歌唱する場合まで店を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」である。一言でいえば、「擬制的にすぎて相当ではない」というのである⁽¹³⁾。

3 「カラオケ法理」の展開

このようにして確立されたカラオケ法理については、その後、射程の問題が提起された。具体的には、カラオケボックスについてもその射程が及ぶかが問題とされたのである。カラオケボックスにおいては、カラオケスナックとは異なり、客がカラオケ装置を操作する。その場合であっても、店に管理があるといえるのか。これが論点であった⁽¹⁴⁾。

カラオケスナックとカラオケボックスとの間の上記のような差異にもかかわらず、下級審裁判例は、カラオケボックスへのカラオケ法理適用に積極的な態度を示した。代表例として、この問題に関する最初の高裁レベルの判決である 東京高判平成11年 7 月13日判時1696号137頁(ビッグエコー事件)を挙げておく(損害賠償請求事件)。

()この事件においては、カラオケテープの再生ではなく、レーザーディスクカラオケおよび通信カラオケを用いた演奏または歌詞および映像の上映が行われている。判決は、Yがカラオケ装置を設置していること、顧客を各部屋に案内し、また求められれば従業員がその操作方法を教えていること、顧客はYが用意した曲目の範囲内で選曲するほかないことを指摘して、演奏および上映の主体はYであると判示する。

()また、判決は、歌唱についても、Yが各部屋にカラオケ装置とともに楽曲索引を備え置いて顧客の選曲の便に供していること、顧客の求めに応じて従業員が操作方法を教えていること、顧客は指定された部屋において定められた時間の範囲内で時間に応じた料金を支払い、再生された伴奏音楽に合わせて歌唱し、歌唱する曲目は控訴人らが用意したカラオケソ

フトに収納されている範囲に限られることなどを指摘して、顧客による歌唱がY管理の下で行われていることを肯定する。そして、顧客の歌唱から直接的に営業上の利益を得ていることを加えて、Yが歌唱主体であることを認めるのである。

Yの管理の対象とされるのは、判決の事案と同様に、ここでも客の行為(カラオケ装置の操作、歌唱)である。しかし、それは、手足論が適用されていると評価される 事件はもとより、事件と比較しても間接的なものになっている。Yの管理の直接の対象は、むしろ客の行為によって著作権侵害をもたらす可能性のあるカラオケ装置、さらにはそれを含めたカラオケの全体システムというべきであろう。

このような点からすれば、カラオケ法理の擬制的性格は、ここではさらに顕著なものになっている。とりわけ、歌唱についてその点が目立つ。そのような点を捉えて、カラオケ法理の拡大さらにはカラオケ法理自体に対する批判が提起されている⁽¹⁵⁾。しかし、他方で、ここで取り上げている紛争類型においては、稀薄なものになっているとはいえ、物理的な著作権侵害主体Zの行為に対するYの一定の支配管理が存在していることもまたたしかである。この両面を押さえておくべきである。次に取り上げる「道具提供型」においては、この支配管理を肯定することが難しくなっていく。

道具提供型：幫助法理による救済

道具提供型としてここで問題にする典型的紛争は、カラオケ業者にカラオケ装置を提供している業者(リース業者)の責任が争われる事件である。カラオケ業者によって著作権侵害がなされているとすれば、その者に装置を提供するリース業者は、まさに著作権侵害の道具を提供していることになるのである。また、ゲームソフト改変装置の提供者や著作権侵害をもたらすビデオレコーダーシステム提供者の責任が問題とされた事件も、この類型に入ってくる。

この類型においては、第 類型の場所機会提供型とは異なり、カラオケ法理に基づいて行為に対する支配管理によって責任を判断することが、必ずしも適切ではない。物理的な著作権侵害者の著作物利用行為を道具提供者が支配していると評価するのは困難である場合が多く、ここでカラオケ

法理を採用するのは擬制の程度が甚だしすぎるのである。この類型において道具提供者の責任を認めるとすれば、その根拠は、著作権侵害を必然的に惹起するような道具を提供していることそれ自体に求めるのが事態適合的である。そうだとすると、責任を認めるための要件が異なってくるはずである。実際に、裁判例は、この類型において道具提供者の責任を認める場合には、カラオケ法理とは異なる判断基準によっている。

道具提供者の責任に関しては、損害賠償を請求するものと差止めを求めるものがあるので、区別して見ていくことにしよう。

1 損害賠償請求

(1) カラオケ装置リース業者の責任

カラオケ装置リース業者に対する損害賠償請求に関しては、大阪高判平成9年2月27日判時1624号131頁(魅留来事件)と東京高判平成11年11月29日民集55巻2号266頁(ビデオメイツ事件。後掲 判決の原審判決)をまず挙げる必要がある。いずれも、結論的には、カラオケ装置リース業者に一定の注意義務があることを前提に、リース業者とカラオケ業者とが共同不法行為責任を負うことを認めている。もっとも、注意義務の内容の理解には違いがある。

まず、判決は、リース業者Yがカラオケ業者Zに提供する業務用カラオケ装置には、きわめて高い「著作物の上映権および演奏権を侵害するおそれ」が存在することを前提に、④リース契約時にZに対してJASRACとの間で著作物使用許諾契約を締結することが必要である旨周知徹底する注意義務、⑤契約締結後も使用許諾契約締結の有無を随時調査確認し、いまだ使用許諾契約に至っていない場合には契約締結を促す注意義務、⑥さらにZがどうしてもこれに応じない場合にはリース契約解消の検討、装置引き揚げに努めるべき注意義務をYに対して認める。この判断からすれば、契約締結直後からYの共同不法行為責任が認められることになる。これに対して、判決は、カラオケ装置に著作権侵害の危険があるとしても「その危険が極めて高いことまでを認めるに足りる証拠はない」ことを出発点として、判決が認める注意義務のうち④だけは認めるが、⑥および⑤を否定する。その結果、カラオケ業者がカラオケ装置の使用禁止等の仮処分命令の執行を受けたことを認識しながらカラオケ装置を再度リースした

行為についてだけYの共同不法行為責任が認められ、それ以前についてはYの責任が否定されることになった。

判決については、「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」という観点からの批判が提示されたが⁽¹⁶⁾、これに応えるかのように、上告審である 最判平成13年3月2日民集55巻2号185頁、判時1744号108頁(ビデオメイツ事件上告審判決)は、原判決の考え方を否定した。そこでは、契約を締結した場合において、契約の相手方に対して、著作権者との間で使用許諾契約を締結する必要性を告知するだけではなく、同契約の締結またはその申込み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」が認められている。その結果、Yの共同不法行為責任はカラオケ装置の引渡し時点から認められることになった。これは、契約締結時の注意義務(上記の④)を抜本的に強化するものである。判決が示した注意義務と同じではないが⁽¹⁷⁾、その考え方に連なるものといえることができる。

以上のように、カラオケ装置リース業者の責任をめぐる判例において、カラオケ法理は採用されていない。そこで重視されているのは、カラオケ業者Zの著作権侵害行為との関係におけるYの注意義務の存在である。判例は、道具提供型については、先の場所機会提供型とは別の法理によって紛争を解決するのである⁽¹⁸⁾。

道具提供型について判例によって採用された法理は、幫助である。これを最も明確に判示しているのは 判決であり、Yは、Zの「著作権侵害行為を幫助した者として、民法719条2項に基づき共同不法行為責任を免れない」と判示する。ビデオメイツ事件最高裁判決(判決)は、幫助構成を明確に判示していない。また、共同不法行為という文言も用いていない。しかし、Yの注意義務違反によってZの著作権侵害が行われたと判断し、それを根拠に、Yの注意義務懈怠とZの著作権侵害によるXの損害との間に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Zの行為に関連づけつつその不法行為性を肯定していることになる。判決もまた、幫助法理に基づいてYの損害賠償責任を肯定したものと捉えるべきであろう⁽¹⁹⁾。

幫助法理でYの損害賠償責任を認めることは、共同不法行為に関する明文の規定もあり(民719条2項)、理論上は何の問題もない。この点について

は、幫助法理による救済とカラオケ法理による利用主体性の拡大との間に差異はないのである。これに対して、幫助法理で差止めを請求しうるのは、一個の問題である。幫助者が著作権法112条にいう「著作権侵害」行為をしていると評価しうるのは、議論の対象になりうるからである。侵害者Z(カラオケ業者)の侵害行為を幫助しているという構成からは、著作権法学の通常の発想からすれば、Y自身による侵害行為は否定されることになる。他方で、共同不法行為責任を根拠とする差止めは、現在の判例法理の認めるところではない。このようにして、差止めについては、幫助法理の採用は、新たな問題を提起するのである⁽²⁰⁾。

(2) ゲームソフト改変装置提供者の責任

カラオケ装置リース業者以外では、ゲームソフト改変装置提供者について幫助者としての責任が問題となった。この問題を扱った最高裁判決は、最判平成13年2月13日民集55巻1号87頁、判時1740号78頁(ときめきメモリアル事件)である。ときめきメモリアルという恋愛シミュレーションゲームのパラメーターを変えることができるゲームソフトの輸入・販売業者の責任が問われた事件である。そこでの主要な争点は、()初期値よりも良い数値のパラメーターデータが記憶されたメモリーカードの制作、輸入・販売、またその使用が本件ゲームソフトの同一性保持権を侵害するものであるか、()侵害があるとして侵害行為の主体は誰か、それとの関連で輸入・販売行為を行ったYの責任はどうか、の2点であった。()について、第一審判決(大阪地判平成9年11月27日判タ965号253頁)は同一性保持権侵害を否定したのに対して、原審判決(大阪高判平成11年4月27日判時1700号129頁)はそれを肯定し、最高裁も原審の判断を維持した。この点については、本稿ではこれ以上触れない。

本稿の関心の対象は、()の論点である。原審は著作権法113条1項1号および2号のみなし侵害規定を根拠としてYの責任を肯定したが、これは同条の文理上困難な解釈であろう⁽²¹⁾。判決は、原審の判断を結論において正当としたが、その理論構成は踏襲せず、次のように判示した。

「本件メモリーカードは、前記のとおり、その使用によって、本件ゲームソフトについて同一性保持権を侵害するものであるところ、前記認定事実によれば、Yは、専ら本件ゲームソフトの改変のみを目的とする本件メモリーカードを輸入、販売し、多数の者が現実には本件メモリーカードを購

入したものである。そうである以上、Yは、現実には本件メモリーカードを使用する者がいることを予期してこれを流通に置いたものといえることができ、他方、前記事実によれば、本件メモリーカードを購入した者が現実にはこれを使用したものと推認することができる。そうすると、本件メモリーカードの使用により本件ゲームソフトの同一性保持権が侵害されたものといえることができ、Yの前記行為がなければ、本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害が生じることはなかったのである。したがって、専ら本件ゲームソフトの改変のみを目的とする本件メモリーカードを輸入、販売し、他人の使用を意図して流通に置いたYは、他人の使用による本件ゲームソフトの同一性保持権の侵害を惹起したものと見て、Xに対し、不法行為に基づく損害賠償責任を負うと解するのが相当である。」

判旨が著作権の侵害主体についてどのように判断しているのかは、必ずしも明確ではない。2つの理解が可能なのである。1つは、判旨は、侵害主体をユーザーZと捉え、その幫助行為としてYは共同不法行為責任を負うと解しているという理解である。他の1つは、輸入販売業者であるY自身が、ユーザーに対する支配管理を媒介として侵害行為を行っている(カラオケ法理)と解しているという理解である⁽²²⁾。とはいえ、判旨が同一性保持権侵害をもたらす行為を本件ゲームソフトの使用と捉え(この主体はユーザーZである)、その侵害を惹起した者としての責任をYに課していることからすると、判旨は、前者の幫助法理によるYの不法行為責任を認めたものと理解するのが素直であろう⁽²³⁾。カラオケ法理であれば当然に必要なと解される支配性と利益性について本件判旨が何ら言及していないことも、この理解を支える1つの事情となるであろう。

また判旨は、道具提供者であるYに当然に責任を課しているわけではない。その際に、④提供する道具の特性(「専ら本件ゲームソフトの改変のみを目的とする」ものであること)および⑤Yの主観的帰責性(同一性保持権侵害を「予期して流通に置いた……」こと、つまりZの権利侵害行為についての認容)を挙げている。④は、特許権の間接侵害についての「にのみ」類型(特許法101条1号、5号)を想起させるものがある。特許権であればこれだけで間接侵害が成立するが、判旨がこれに加えてZの権利侵害行為についてのYの故意(⑤)を要求していることに注意を要する。これも、判旨がYの行為をZの行為との関連づけにおいて、つまり従犯的または幫

助的に捉えているという理解を支える事情と評価することができる。

なお、以上のように、ここでの判例法理を幫助法理を採用したものと捉えると、ユーザーZの行為が侵害行為と評価されなければ、幫助者であるYの責任も免除されることになる。つまり、改変行為がたとえば同一性保持権侵害と評価することができないような場合には、ゲームソフト改変装置の輸入販売者の責任も免除されると考えられるのである。そして、そのような帰結は、妥当なものというべきである。

2 差止請求

(1) カラオケ装置リース業者に対する差止請求

カラオケ装置リース業者に対する差止請求は、ビデオメイツ事件ですでに問題となっていた⁽²⁴⁾。水戸地判平成11年4月14日民集55巻2号247頁(ビデオメイツ事件第一審判決)がそれを認容していたのである⁽²⁵⁾。原告であるJASRACは、Yの著作権侵害性について、Yはリース契約に基づいてZを介して「カラオケ装置を操作してXの管理著作物を上映し、顧客や従業員に歌唱させているものと評価できる」と主張した。これは、カラオケ法理をカラオケ装置リース業者にも適用しようとするものに他ならない。これに対して、Yは、当然のことながら、リース契約それ自体が著作権侵害となるものではないこと、契約においてYがZを支配するような関係にはなっておらず、また店舗内でカラオケ装置をどのように稼働させるかはZが主体的に決めることであって、Yの関与できるところではない、と主張した。これは、要するに、カラオケ法理が道具提供型に属する本件では適合的でないことを衝くものであり、説得的な主張といってよい。

判決は、結論としてXの差止請求を認容したが、その理由づけは明確ではない。判旨は、まずカラオケ装置リース業者の注意義務の内容を一般的に示し⁽²⁶⁾、本件のYの行為はこの注意義務に違反しているとし、それが故に、Yは、Zと共同して「Xの管理著作権を侵害してきたものと評価することができる。」と判示する。これが、共同不法行為責任成立を導く判示たり得ることに問題はない。しかし、それがどのようにして差止請求権を根拠づける著作権侵害になりうるかについては、結局は、十分な理由は示されていないというべきであろう。

大阪地判平成15年2月13日判時1842号120頁(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めに関する法的構成を自覚的に問題にしたおそらく最初の判決である。「社交飲食店」が通信カラオケによって音楽著作物を無断使用している状況を前提として、93店舗に通信カラオケ装置をリースしている業者Yに対して差止請求が提起された事件である。

X(JASRAC)は、差止請求を基礎づけるために2点を主張した。()Yには、「管理・支配」および「利益」が帰属しているから、Yは管理著作物の利用主体である。——これは、いうまでもなく、カラオケ法理による利用主体性拡大の主張である。()Yが、管理著作物の利用につき幫助ないし教唆を行う者であることを理由として、Yに対する差止請求が認められるべきである。——ここで初めて、幫助者に対する差止請求の可能性が明確な形で主張された。

()について、Yは、自分が著作権侵害の正犯でない以上、XはYに対して楽曲データの使用禁止措置を求めることはできないと主張した。判旨は、この点について、「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い」と判断する。要するに、この点についてはYの主張が容れられ、カラオケ法理による利用主体性の拡大は否定されたのである。行為に対する支配管理を中心とするカラオケ法理がリース業者の責任を判断する場面において適合的でないことは明らかである⁽²⁷⁾。判旨は、その点を改めて示すものといえる。

問題は、()の主張の可否である。Xは、この点に関して、著作権法112条1項は、物権的権利(排他権)である著作権につき理論上当然に認められる妨害排除請求権および妨害予防請求権を条文上明確にしたという性格であるという理解を打ち出す。この主張は、著作権と民法上の物権との同質性を強調する性格の議論である。そのような把握を踏まえて、幫助ないし教唆として類型化される行為によって著作権侵害に関与する者も著作権法112条1項にいう「著作権を侵害する者」に含まれる、という解釈を

主張するのである。

Yは、これに対して、Yが正犯でない以上Yに対する差止請求はできないとの主張を対置するが、この点に関して、判旨は、Xの主張を認めた。判旨は、Yが「著作権侵害行為を故意により幫助している者である」と認めたうえで、著作権法112条1項の解釈として次のような注目すべき判断を下したのである。

「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、侵害の幫助行為を現に行う者であっても、〔1〕幫助者による幫助行為の内容・性質、〔2〕現に行われている著作権侵害行為に対する幫助者の管理・支配の程度、〔3〕幫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、幫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、当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫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、当該幫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。」

この理論の背景には、Xの主張と同様に、著作権と民法上の物権との同質性という理解がある。その点は、判旨が上記の判示に続いて、「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、差止めの相手方は侵害行為を主体的に行う者に限定されず、侵害行為の主体に準じる者と評価されるような幫助行為を行う者も含まれると述べていることから明らかである。要するに、この判決は、民法準拠型の差止論を展開し、そのようにして幫助者に対する差止請求を認めたのである。

もっとも、判旨が他方で、幫助行為を中止すべき条理上の義務や中止によって著作権侵害の事態を除去しうる点などを挙げ、差止請求権の成否に関して、それらの点を考慮した総合判断という枠組みを採用していることにも注意すべきである。このプラグマティックな判断様式は、物権などの絶対権侵害について直ちに差止請求権を認める民法的発想とは異質のものである⁽²⁸⁾。

ここに示された著作権法112条1項の解釈は、これまでにないものである。それは、なお「利用行為への関連づけ」において幫助行為の侵害行為

性を認めるものとはいえ、方向としては、それを超えて、「非利用行為による侵害の肯定」を向いていると評価することが可能である。その結果、著作権の権利範囲は従来より広く理解されることになる。それは他方では、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が故に、その観点からの批判を招くことになる⁽²⁹⁾。

なお、判旨には、支配管理の程度や利益性などカラオケ法理的説示もある。しかし、それは、侵害主体性判断の要素としてではなく、幫助者の行為について差止請求権を認めるべきかを判断する一要素として言及されている。それゆえ、これは、カラオケ法理とは似て非なるものといわなければならない。

(2) 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提供者の責任

カラオケ装置リース業者以外の道具提供者に対する差止請求が争われた事件として、ここでは、大阪地判平成17年10月24日判時1911号65頁、いわゆる「選撮見録」(よりどりみどり)事件第一審判決を取り上げる。1週間分のテレビ番組の録画を可能とする集合住宅用の自動録画装置を販売している業者Yに対する販売の差止請求が問題になり、判決はこれを認容した。紛争の構図を図式的に示すと、ここでは3当事者が登場する。販売業者Y、商品の設置者Z(賃貸の場合には集合住宅の所有者、区分所有の場合には管理組合)およびビデオレコーダーシステムのユーザーAらである。まず問題となるのは、AらとZのいずれが複製を行っているかである。この論点については、判決は、カラオケ法理に基づいて⁽³⁰⁾、Zを複製者と判断した。仮にAらが複製者だと判断されると、Aらが実施するのは私的複製であるから、違法な侵害行為に当たらないとされる可能性がある。しかし、Zが複製者であれば、Zによって実施される複製は私的複製ではないから、ここで著作権侵害行為が行われていることになる。この判断を前提として、次に、著作権侵害者に対する道具提供者であるYの責任が問題になるというのが、本件の基本的な構図である。

Yの責任に関しては、2点が論点となった。

()第1は、カラオケ法理の適用によって利用主体性を拡大し、販売業者Yを複製主体と見ることができるか、である。結論的には、Yの利用主体性は否定された。まず、Zとの関連でのカラオケ法理の適用については、

判旨は、「Ｙの、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ではできず、その受けている利益（保守業務の対価）も高いかどうか明確なものでもない」と評価した上で、「全体としてみても、被告は、設置者が被告商品によって録画する行為を幫助しているということではできても、録画の主体として被告商品により録画しているというためには、これを認めるに足りる証拠がないというべきである。」と判断した⁽³¹⁾。また、ユーザーを手足と見ることによるＹの侵害の可能性についても、ユーザーをＹの手足と評価することはできないとして、簡単に否定されている。実際、ユーザーについてはもちろん、商品の設置者Ｚとの関係においても、判旨が説示するように、道具提供者Ｙによる行為の支配管理の程度が強いと評価することは困難である。したがって、カラオケ法理の適用による利用主体性の拡大は、難しいといわなければならない。

()そこで、第２に問題になるのが、幫助者を非利用主体と捉えた上での差止可能性である。Ｙは利用主体ではないとされたわけであるから、それを前提とすると、利用主体でない者に対しても差止めを可能にする理論の可否が争われることになるのである。より具体的には、次の２つの構成の適用可能性が問題になった。

１つは、著作権法112条１項の直接適用の可能性である。Ｘは、この点に関して、()「侵害専用品」の提供自体を直接侵害行為に該当すると言い切ってしまうほうが直截である、()ヒットワン事件大阪地裁判決(判決)に照らすならば、Ｙが教唆者・幫助者と認定されるとしても、著作権法112条１項の「侵害者」に該当する、と主張した。これに対して、判旨は、Ｙの行為が権利侵害に至る高度の現実的・具体的蓋然性を有することを認めながらも、著作権法112条１項にいう「侵害」とは「直接に著作権隣接権を侵害する行為を意味」するとの理解を前提に、Ｙの行為は間接的行為であって、「直ちにこれを、著作権隣接権の侵害行為そのものであるということではできない」と判示して、Ｘの主張を斥けた。

もう１つ問題になったのは、著作権法112条１項の類推適用の可能性である。結論的には、この構成が採用されてＸのＹに対する差止請求が認められることになった。判旨は、本件における()販売による著作権隣接権侵害の必然性、()直接行為に対する差止めの困難性、()販売停止の容易性、()販売についての要保護性の小ささという４つの事情を摘示した上

で、「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、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。」と判示したのである。

類推適用は、法の欠缺が存在する場合にそれを補充する解釈手法の代表的なものである。類推適用を行うためには法の欠缺が存在することが前提になるが、本件のようなケースについて法の欠缺が存在するという理解は、正当なものとする。次に、類推適用という解釈手法が許容されるためには、当該規定が予定する事態Ａと今問題となっている事態Ｂとが「本質的な点で同一であること」⁽³²⁾または「重要な点で類似の性質を有する」こと⁽³³⁾が必要である。それでは、この点を 判決はどのように考えているのか。判旨が強調するのは、権利侵害の蓋然性の高さ(「ほぼ必然的に権利侵害の結果が生じ」という)とその回避困難性である。これらの事情が存在する以上、直接的な権利侵害行為でなくとも、「権利侵害の発生という結果から見れば、直接の権利侵害行為と同視することができるものである。」とされるのである。この類推適用の根拠づけについては多少の補充が必要と考えるが⁽³⁴⁾、判旨の論理自体は説得的である。著作権法112条１項の類推適用という理論構成は、有力なものといってよいであろう。

３ 小括

以上、道具提供類型の裁判例を損害賠償請求と差止請求とに分けて概観してきた。その結果を簡単にまとめておこう。

()この類型においては、カラオケ法理は実効的に機能していない。裁判例が採用するのは、基本的には幫助法理であって、カラオケ法理ではない。それは、この類型の特質を反映するもので、何ら否定的に評価すべきことがらではない。すなわち、この類型における道具提供者Ｙの責任の根拠は、著作権あるいは著作権隣接権侵害を必然的に惹起する道具(商品)の提供(販売)に求めるべきである。そうであれば、幫助法理が事態適合的なのである。反面、直接侵害者Ｚの行為に対するＹの支配や管理を問題にすることは、事態適合的ではない。

()幫助法理に基づいてＹの損害賠償の責任を認めることには、明文の

根拠(民法719条2項)もあり、特別の理論的困難性はない。1点だけ補足しておけば、幫助による不法行為責任の成立についても一般の不法行為と同様に故意過失が必要であり⁽³⁵⁾、この故意過失が向けられる対象は、直接侵害者Zの行為である。

これに対して、幫助法理に基づいて差止めを認めることには、理論的な困難性が大きい。しかし、この問題に取り組んだ裁判例は、これを克服する努力を行っている。その構成としては、著作権法112条1項の(拡大)適用(ヒットワン事件大阪地裁判決)とその類推適用(選撮見録事件大阪地裁判決)とがあった。両者の優劣を検討する必要があるが、一般的には、前述のように、類推適用が有力な理論構成といっていよいであろう。

システム提供型：カラオケ法理の変容

裁判例の考察の最後に、システム提供型を取り上げる。この類型における主要な問題は、著作物の私的複製は適法であるとしても(30条1項)、私的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どうか、である。この場合には、私的複製がそのシステムを媒介として大量に行われることになる。著作物の私的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⁽³⁶⁾。システム構築は、そのような前提を掘り崩す。私的複製にかかわる行為であるから適法といっはすまされないようにも思われるが、著作権法には明確な規定がない。そこで、規定がない以上そのような行為は適法と考えるべきか、あるいは場合によって違法になるかと考えるべきか、その場合に損害賠償請求や差止請求が可能かが問われるわけである。

システム提供者の責任は、私的複製のような適法行為ではなく、違法な著作権侵害行為を媒介するシステムについても当然に問題となる。この場合には、個々の侵害者に対する責任追及は当然に可能であるが、差止等の責任追及の実効性という観点からは、システム提供者に対する請求のほう望ましいであろう。しかし、これについても著作権法の明確な規定がないので、システム提供者に対する責任追及の可否が問題になる。

以下では、差止めの可否に焦点を絞るが、それを認めた裁判例と否定し

た裁判例があるので、順次見ていく。結論の違いがどこから出てくるのか、その違いを正当と評価すべきかが、興味深い分析課題になるであろう。

1 差止請求が認められた事例

(1) ファイルログ事件仮処分決定

まず取り上げるべきは、いわゆるファイルログ事件に関する2つの仮処分決定(東京地決平成14年4月9日判時1780号71頁、 東京地決平成14年4月11日判時1780号25頁)である。Yは、利用者パソコン間でデータを送受信させるP2P方式によって、MP3(MPEG1 オーディオレイヤー3)形式の電子ファイルの交換サービスを提供している。このサービスは、Yが中央サーバ(Yサーバ)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、同時に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という内容のものであった。これに対して、Xら(JASRAC やレコード会社)がYの行為はXらの著作権や著作隣接権(複製権、送信可能化権)を侵害するものであるとして、電子ファイル送受信の差止めを求めた。

この場合に、利用者がMP3 ファイルを自己のパソコンの共有フォルダに蔵置することは、レコードの複製行為にあたる。私的使用目的であればこの複製は適法であるが(30条1項)、その場合でも、当該MP3 ファイルを公衆が受信して音楽を再生することができるような状態にしたときは、複製権侵害となる(102条4項1号)。そのような状態に置くことはまた、著作隣接者の送信可能化権(96条の2)を侵害することにもなる。このように、本件におけるYの行為は、利用者の違法行為を媒介するものであった。

問題は、そのようなYの行為を著作隣接権侵害行為といえるか、である。Xは、送信可能化についての管理・支配の存在および図利目的の存在を根拠に、YはXの有する送信可能化権を侵害すると主張した。これは、基本的にはカラオケ法理の援用に他ならない。これに対して、Yは、図利目的の不存在のほか、とりわけ管理性の不存在を挙げて、本件はカラオケ法理が適用されるべき場合ではないことを主張する。『利用者は、本件クライアントソフトをダウンロードして、パソコンにインストールした後、自宅等において、債務者の意思に関わりなく利用者自身の自由意思をもって本

件クライアントソフトを起動したり、本件クライアントソフトにより任意のフォルダを共有フォルダとして指定する。」というわけである。要するに、送信可能化行為が利用者の自由意思による以上、それについてYが支配・管理を有しているということはできない、というのが、Yの主張である。

たしかに、支配管理の対象を利用者の行為と捉える限り、Yの主張は説得的といわなければならない。ここでは、カラオケ法理の適用によってYの利用行為主体性を認めるのは困難なのである。

しかし、決定および決定は、結論的には、カラオケ法理を援用しつつ⁽³⁷⁾、Yの利用行為主体性を認めた。その際に、管理性を肯定する事情として摘示されているのは、④利用者にとって本件クライアントソフトをインストールすることが必要不可欠であること、⑤Yサーバへの接続についても、本件クライアントソフトが必要不可欠であること、⑥相手方にとっての本件クライアントソフトのインストールとそれを用いたYサーバへの接続が必要不可欠であること、⑦受信者が希望する電子ファイルの所在確認等に、Yサーバが必要不可欠であること、⑧希望する電子ファイル受信のための利便性、環境整備が図られていること、⑨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こと、⑩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し、ほとんどの利用者がその説明を参考にし、本件サービスを利用していること、である⁽³⁸⁾。これらの事情は、利用者が電子ファイルの交換をしようとする場合には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すぎない。ここでは、Yが利用者の行為を支配管理していることは何ら示されていないのである。Yにおける支配管理をあえて語るとすれば、それは、電子ファイルの交換システムに対する支配管理である。ここでは、たしかにカラオケ法理が語られているのではあるが、その内容は変容してきているといわなければならない。その点は、次に見る録画ネット事件において、より明瞭になるであろう。

(2) 録画ネット事件仮処分決定

外国居住者にとっては、日本のテレビ番組の視聴についてのニーズは小さくないであろう。インターネット配信は、そのための有力な手段である。

しかし、業者が自分で録画した番組を有料でインターネット配信するような行為は、明らかに他人の著作物の勝手な販売行為になり、著作権侵害となる。他方で、外国居住者が仮に日本の自宅でテレビ番組を録画してそれをデジタル化して送信することができれば、そこには著作権法上の問題はない。私的目的の複製として許容されるからである。しかし、外国に居住するユーザーにとっては、自宅にテレビパソコンを置いたままでは、それを操作できない。そのような問題状況に対応する形で、海外居住者のためのテレビ番組の録画・視聴を可能にするサービスを商品化したのがYである。

そのサービス内容のポイントは、テレビパソコンを各ユーザーに購入させて、Yがそれを集中管理するという点にある。そのようにしてYが録画した番組を、各ユーザーがダウンロードして視聴するわけである。そのような操作自体は、Yがテレビパソコンを所有管理する形でもできるし、Yが各ユーザーにテレビパソコンをレンタルするという形でも可能である。しかし、そのような形態を採ると録画の主体がYになることが明らかである。それでは著作権侵害になってしまう。それを避けるために、テレビパソコンを各ユーザーに購入させるという仕組みが採用されたわけである。各ユーザーが録画の主体ということになれば、私的目的の複製ということで、著作権法上の問題をクリアできる。問題は、このような仕組みを採用すれば、録画の主体がYではなくて各ユーザーであると評価することができるのか、である。

仮処分の申立てを受けた東京地方裁判所は、結論的には、Yのさまざまな工夫にもかかわらず録画主体はYであると判断し(東京地決平成16年10月7日判時1895号120頁)、その判断は、知財高裁においても維持された(知財高決平成17年11月15日LEX/DV判例データベース28102485)。この事件において、Xは、支配管理性と利益性を根拠に、本件サービスにおける放送番組の複製行為の主体はYであると主張した。明確なカラオケ法理の主張である⁽³⁹⁾。裁判所もまた、管理性および利益性を根拠として、Yを複製行為の主体と認めた。決定から管理性に関する判断の根拠を引こう。

「前記認定事実によれば、〔1〕本件サービスは、Y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、〔2〕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ェアはすべて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、〔3〕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(抗告人事務所の所在する千葉県松戸市で受信されたアナログ地上波放送)に限定されている、〔4〕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。これらの事情によれば、抗告人が相手方の放送に係る本件放送についての複製行為を管理していることは明らかである。」

このようにして、複製行為を行っているのは、現実の利用者Zではなくて、Yであるとされたのである。

ファイルログ事件に関する 決定および 決定と同様に、上の説示においても、管理性の根拠とされている事情は、YによるZの行為の支配管理を示すものではない。Zの行為に対する支配管理を問題にするのであれば、本件においてカラオケ法理の適用は困難であろう⁽⁴⁰⁾。しかし、判旨で強調されているのは、有機的に結合した1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。カラオケ法理は、その内容を大きく変容したといわなければならない。

2 差止請求が否定された事例

以上とは異なり、システム提供型において、差止請求が否定されたものもある。どのような事情が、結論の差を導いたのであろうか。以下、具体的裁判例を見よう。

(1) スターデジオ事件判決

その1つは、オンデマンドデジタル放送にかかわる 東京地判平成12年

5月16日判時1751号128頁(スターデジオ第1事件、平成10年(ワ)第17018号)、東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁(スターデジオ第2事件、平成10年(ワ)第19556号)である。通信衛星放送サービス「スカイパーフェクTV」が行っているサービスの中に、音楽を中心としたデジタルのラジオ番組があり、それが「スターデジオ100」と称されている。このデジタル信号による有料での公衆への送信行為が問題になった。というのは、デジタル送信には音質の劣化がないので、受信した音楽を受信チューナーに接続した録音機器によってデジタル方式のMDに録音する者が相当数存在するからである。放送では、フルサイズでの送信がなされているため、受信者は、これを複製することによって市販CDと同じものを入手することができる。そこで、レコード制作会社からこのラジオ番組を運営する会社Yに対して、著作隣接権(レコード制作者の複製権)侵害を理由として、この公衆送信の差止や損害賠償などが請求されたわけである。

そのためには、Yが違法な複製を行っていること、すなわち直接侵害を認定することができれば問題はない。ところが、放送については、一時的録音・録画(複製)、一時的固定化が特別に許容されている(44条1項)。そして、これが著作隣接権についても準用されている(102条1項)。本件がこの特例措置の適用を受けるかも争点の1つになったが、Xからは、この点での主張が認められない場合に備えて(実際、Xの主張は排斥され、本件でもこの特例の適用があるとされた)、受信者の複製との関連でYの行為の著作権侵害を問題にする「間接侵害」論もまた主張されることになった。そこには、「間接侵害」に関して考えられる3つの理論構成がすべて提示されている点で注目される。

()第1は、教唆・幫助構成であり、Xは、Yの行為を受信者Zによる違法な複製を教唆もしくは幫助していると主張した(第1事件)。この主張が成り立つためには、Zの行為が私的複製には該当せず、違法であることが前提になる。Xは、丸ごと複製という点を捉えてこの違法性を主張したが、この主張は裁判所には容れられず、Zの複製は私的目的の適法なものと判断された。そうである以上、「Xらの主張は、その前提を欠く」(判旨)ということになる。

()第2は、非利用行為による侵害の可能性の承認である(第2事件)。すなわち、直接的な複製行為以外の行為についても、Yの複製権侵害の可

能性を認める方向が主張される。その根拠とされるのは、著作権の支配権（ここでは複製権）の排他的性格である。Xの主張によれば、複製権に基づく排他的支配は、第三者に対して音源の複製を許諾するかどうかを他人の妨害行為の介入を受けることなく自由に決定することを内容とする。そして、このような排他的支配状態を妨害し、「Xによる当該音源の独占的販売による経済的利益の確保を阻害する行為は、それが著作物等に対する直接的な複製行為以外の行為であっても、著作権法の規律の観点からは、特段の除外規定がない限り、Xの複製権を侵害するというべきである。」この論理のポイントは、複製権の排他的性格を当該音源の独占的販売による経済的利益の確保との関連において、その手段として位置づけていることである。このようにして、物理的な複製行為ではない行為、すなわち非利用行為しか行っていない場合であっても、Xの経済的利益を侵害するYに対する差止請求が根拠づけられる。

この論理は、道具提供型に属する先のヒットワン事件大阪地裁判決（判決）の判旨と類似している。しかし、ヒットワン事件大阪地裁判決においては、幫助行為の侵害主体性を認めるために、支配管理の程度や利益性などカラオケ法理を想起させる事情が摘示されていた⁽⁴¹⁾。これに対して、本件のXの主張は、カラオケ法理的発想から完全に離れている。Xの主張によれば、複製権侵害と評価しうするためには、「多数の第三者がXの製作に係る音源の同等品を取得するに至ることを認識、認容しながら、これらの第三者による当該音源の同等品の取得により営業上の利益を得ることを意図して、これらの第三者に対し、当該音源の同等品の取得を容易にする手段を講じた上で、当該音源と同等の音を提供し、もって、これらの第三者による当該音源の同等品の取得行為を惹起し、かつ、これにより営業上の利益を得ている」ことで必要かつ十分であり、「他人が第三者による音源の複製行為そのものを管理ないし支配しているか否か」は直接に問題にする必要がないのである。

非利用行為が侵害行為になることを承認するならば、直接利用者に対する支配管理を問題にする必要はなくなる。ヒットワン事件大阪地裁判決は、非利用行為による侵害を承認する方向に向かっていたとはいえ、いまだ直接侵害行為との関連づけによって道具提供者の侵害行為性を認めるという構成を採用していた。これに対して、本件のXの主張は、完全に非利用

行為の侵害行為性を承認することを前提としているのである。

判旨は、以上の主張を否定した。Xの論理との関連における判旨の論理のポイントは、複製権の形式的・制限的把握である。すなわち、判旨によれば、Xが有する複製権の内容は、その製作にかかるレコードを自ら自由に有形的に再製することができるとともに、その意思に基づかず他人がそのレコードを有形的に再製することを禁止し得る権利にすぎない。したがって、著作権法112条1項によって差止請求が認められる行為は、Xに無断でレコードを有形的に再製する行為だけだということになる。判旨の論理によれば、Xのように複製に関する「専有権」を独占的販売による経済的利益を確保する権利として位置づけることは、その前提において誤りがある、ということになるのである。ここでは、複製権は、著作権者の経済的利益実現の手段としてではなく、それ自体が目的として形式的に把握されることになる。判旨によれば、Xの主張のように、著作権法112条1項の実質的趣旨のみを根拠に複製権侵害行為の範囲を拡大することは、「法律解釈の限界を超えるものといわざるを得ない」のである。

() Xの主張の第3は、手足論あるいはカラオケ法理類似の法理による利用主体性の拡大である(第2事件)。ここでのXの議論は相当に技巧的であるが、そのポイントは、「既存の著作物に依拠し、その内容及び形式を覚知させるに足りるものを(有形的に)再製する」行為である「複製」行為(2条1項15号柱書参照)の内容を、力「伝達された既存の著作物等の内容及び形式を有体物に物理的に固定する」行為と、それに先立つ既存の著作物の内容・形式の知覚、その記憶・記録、その伝達等(ア～オ)とに分解することである。分解といったが、通常は力だけが複製行為と理解されているわけであるから、実際には、Xの把握によって複製行為の範囲が拡大することになる。その狙いは明らかであり、受信者Zの行為である力とYの行為であるア～オとを一体的に捉えることによって、力の位置を相対的に低下させ、他方でア～オの位置を上昇させて⁽⁴²⁾、そのことによってYの利用主体性を導こうというのである。

Yの利用主体性を導くためにXが提示する理論はいわゆる手足論であるが、そこでの支配管理については、次のようになりに緩和されて捉えられている。「右イないしオの各行為を物理的に行う者と右力の行為を物理的に行う者とが別である場合でも、右イないしオの各行為を物理的に行う

者が、右アの意思に基づき、右力の行為を物理的に行う者を自己の手足として利用しているときには、著作権法の規律の観点から、全体として一連の『複製』行為を行っているものと実質的に評価すべきものであり、しかも、右アの意思に基づき、右力の行為を物理的に行う者を自己の手足として利用していると言うためには、その者による右力の行為の物理的な実行そのものを支配ないし管理し、右力の行為の物理的な実行による直接的な利益を得ていることは必要不可欠ではなく、その者に対し、積極的に援助、誘引、助長等して、その者をして右力の行為を物理的に実行させ、そのことにより営業上の利益を得ていれば足りるものというべきである。」これは、手足論を使いながらも、実質的にはカラオケ法理を援用するものと捉えてよいであろう。

判旨は、一般論としては手足論を是認しうるものと評価する。しかし、本件へのその当てはめは否定する。受信者Zが録音を行うか否かは受信者がもっぱらその自由意思に基づいて決定すること、Zが任意に録音機器を準備してそれを行うことなどからすれば、手足と評価しうる程度にYがZによる録音行為を管理・支配しているという関係は認められないというのである。

Zの行為に即していう限り、判旨はまことにもっともである。しかし、先に見たファイルログ事件および録画ネット事件においては、Zの行為ではなく、Yが構築したシステムに対する支配管理に着目してYの利用主体性を肯定した。本件はそのような理論構成を採用しなかった。Xの主張は、明確ではないが、見方によってはそのようなシステム構築に着目するものだともいえる。しかし、少なくとも本件においては、そのような主張の説得性は必ずしも大きくなかった。本件においてYによるシステムの構築を語ることは困難なのである。

その困難性は、おそらく、Zの複製行為がYが用意しYが支配する「場」ではない領域で行われていた、という事情に由来する。ファイルログ事件においては、Yサーバに接続することによってZのパソコンは、全体の一体的システムに組み込まれ、Yが支配するそのような場において電子ファイルの交換が行われる。また、録画ネット事件においては、Zは、Yが用意した録画システムのユーザーにすぎず、録画はまさにYが支配する場で行われる。本件において複製が行われるのは、Zの支配領域においてで

あり、その点でこれらの事件は事案が異なるのである。

このように見てくれば、ファイルログ事件や録画ネット事件とは異なり本件においてカラオケ法理によるYの利用主体性が認められなかったのは、事案の違いを反映するものと理解すべきものである。要するに、システム構築とその支配があったと評価しうるか否かの違いがあるのである。そうであれば、それら2つの事件と本件との結論の違いは、十分に理解することができる。

(2) まねきTV事件仮処分決定

システム提供型に属すると見られるケースにおいて差止請求が否定されたもう1つの例は、東京地決平成18年8月4日判時1945号95頁(まねきTV事件)である。Yは、「まねきTV」という名称で、利用者Zがインターネット回線を通じてテレビを視聴できるようにするサービスを提供している。このサービスは、ソニー製の商品名「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、専用モニターまたはパソコンを有するZが、インターネット回線を通じてテレビ番組を試聴できるというものである。これに対して、放送事業者であるX(NHK)が、本件サービスはXの有する送信可能化権を侵害するとして、送信可能化行為の差止めを求めた。一見して録画ネット事件と類似した事件であるが、本件においては録画はせずに直接にインターネット回線を通じたテレビ番組の視聴を可能にするサービスが行われているので、複製権侵害は問題にならず、送信可能化権の侵害だけが問題になっている。

録画ネット事件においては、(変容された)カラオケ法理の適用によってYの利用主体性が肯定され差止めの仮処分が認められたのに対して、本件においては、結論的には、差止仮処分の申立てが却下された。その結論を導いたのは、送受信の主体の判断である。本件においては、ベースステーションから専用モニターまたはパソコンへの送信主体は利用者Zであると判断された。したがって、ベースステーションによる放送データの送信は、「公衆」に対する送信とはいえず(利用者から特定の一主体である利用者自身に対してなされたものである)したがって、ベースステーションは「自動公衆送信装置」とはいえない。そうである以上、Yの行為は、送信可能化行為に当たらない、ということになるわけである。

それでは、本件においてどのような事情が送受信主体に関する上のように

な判断を導いたのだろうか。判旨が挙げる主要な事情は、次のようなものである。()本件サービスにおいて用いられているソニー製の「ロケーションフリーテレビ」自体は、外出先や海外等においてテレビ放送の視聴を可能にする社会的に見ても有用な装置であって、Xもその利用が著作権侵害に当たるとは主張していない。()本件サービスにおいて放送データの送信を行う機器であるベースステーションは、Zが購入したものであり、その所有権はZに帰属する。また、本件サービスに用いられるその余の機器類は、すべて汎用品であり、本件サービスに特有のものではない。ソフトについても同様である。()1台のベースステーションから送信される放送データを受信できるのは、それに対応する同一の利用者が所有する1台の専用モニターまたはパソコンにすぎない。送信される放送も、当該利用者が選択したもののみであり、そこにYの関与はない。また、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おらず、利用者によるベースステーションへのアクセスに対して認証手続を要求するなどしてそれを管理することもしていない。要するに、「Yが管理する複数のベースステーション全体が一体のシステムとして機能しているとは評価し難いものである。」

これらの事情からすれば、本件と録画ネット事件との事案の違いは明らかである。録画ネット事件は、Yがインターネット配信を前提としたテレビ番組の録画について、1個のシステムを構築し、それに対する支配管理を行っているとして評価しうる事案であった。それに対して、本件は、Yがそのようなシステムを構築したとは評価しえない事案なのである。反面からいえば、本件における送信行為に関する支配は、あくまで利用者Zにあると評価されるのである。そうであれば、この2つの事件の結論が異なったのは、むしろ当然というべきであろう⁽⁴³⁾。

3 小括

以上、システム提供型に属すると見られる裁判例を差止認容例と否定例に分けて概観してきた。その結果を簡単にまとめると、次の点を指摘することができよう。

()道具提供型においては、カラオケ法理からの離脱現象が見られたのに対して、システム提供型においては、カラオケ法理の「再生」のような

現象が見出される。支配管理性と利益性を根拠に、間接侵害者Yの利用主体性が認められるのである。しかし、その内容は、場所機会提供型における初期のカラオケ法理とは大きく異なったものとなっている。ポイントは、支配管理の対象が異なっていることである。初期のカラオケ法理においては、支配管理の対象は、直接利用者Zの行為であった(行為支配性)。これに対して、システム提供型においては、支配管理の対象は、Zの行為ではなくて、著作権侵害をもたらすシステムなのである(システム支配性)。ここでは、カラオケ法理の変容を語ることができる。

()システム提供型においては、差止請求に関しては認容ケースと否定ケースとがいずれも見出される。そのような結論を分けるのは、上記のシステム支配の有無、またその前提としてのシステム構築の有無であるといっていよい。Yにシステム支配があれば、その下で複製等の著作物利用行為を行うかどうかの決定は利用者Zの自由意思に委ねられるとしても、全体としてのYの支配管理性が肯定されて、Yの利用主体性が認められるのである。これに対して、そもそもYの下での一定のシステム構築が認められなければ、システム支配は問題にならず、Yの利用主体性もまた否定されることになる。スターデジコ事件やまねきTV事件は、そのようにしてYに対する差止請求が否定された事例と位置づけることが可能である。

著作権の「間接侵害」をどのように考えるか

以上、「場所機会提供型」、「道具提供型」そして「システム提供型」という3つの類型に整理して裁判例の展開を概観してきた。それらの裁判例においては、間接侵害一般について形式的に著作物利用行為ではないことを強調し、非侵害行為として責任を否定するという態度は採られていない。損害賠償請求についても差止請求についても、一定の場合には、間接侵害者の責任が肯定されている。他方、差止請求について裁判例の結論は分かれていたが、それは、事案の違いということで十分に説明が可能であった。個々の裁判例に即した簡単なコメントは行ってきたが、全体としてみれば、これら一連の裁判例が打ち出している解決は、妥当な方向を向いていると評価することができよう。

以下においては、そのような認識を前提として、一連の裁判例によって

打ち出されている法理を再整理して明確化しつつ、若干の補充を加えるという形で、著作権の間接侵害をどのように考えるべきかをまとめておきたい。なお、これまでの作業においては、紛争類型ごとに裁判例を整理・分析した。これに対して、以下においては、とりわけ差止請求権を念頭に置いて、それが認められる著作権侵害行為の類型を析出するという観点からの整理を行う。そのような観点からは、大きくは「支配管理型」と「道具提供型」の2つの類型を析出すべきであろう。また、「支配管理型」は、さらに下位類型として「行為支配型」と「システム支配型」とに分けることができるから、結局、3つの類型が析出されることになる。これらは、先の紛争類型とほぼ対応しているが、侵害行為の類型化であるため多少名称を変更しているほか、整理の順番が変わってきている。また、内容にも多少のズレがある。

1 支配管理型：利用主体性の拡大

(1) 行為支配型とシステム支配型

間接侵害に関する裁判例はまず、直接利用行為に加担するYの支配管理性および利益性を根拠に、Yを規範的に利用主体と評価し、それによってYに対する損害賠償請求や差止請求を認めていた。物理的な直接利用行為者以外の者にも利用主体性を拡大するわけである⁽⁴⁴⁾。この類型は、支配管理の対象に応じてさらに2つの下位類型に分けることができる。

()行為支配型

利用主体性の拡大はまず、Yの行為にZの直接的な利用行為を取り込んでいくという方向で行われる。Yの行為は、物理的な意味では著作物の利用行為ではないが、それを、Zの物理的な直接利用行為を媒介として、「規範的」に利用行為と見るわけである。換言すれば、Zの行為をYの行為と同一視することによって、Yの行為を直接利用行為と評価し、Yを利用主体とするのである。このようにして、利用主体の拡大を通じて侵害主体が拡大される。刑罰的にいえば間接正犯または共同正犯の把握である⁽⁴⁵⁾。

このような操作を正当化するのは、YZ間における支配従属関係の存在である。典型的には、手足論と呼ばれる構成が以上の方向を提示する。カラオケ法理もこの方向での理論構成であるが、そこではZの支配従属の程度はさほど強くない。それゆえ、カラオケ法理を確立したクラブ・キャッ

ツアイ事件最高裁判決(判決)の判旨においては、「支配」ではなく「管理」が語られていた。すでに見てきたように、この方向には擬制的性格がつきまとう。擬制の程度が大きくなければまだよいとして、それが大きくなると、この方向に対する抵抗感が増大することになる。

()システム支配型

システム提供型という紛争類型においても、一定の場合には、利用主体性の拡大によるYの責任が肯定される。裁判例としては、ファイルログ事件仮処分決定(決定、 決定)および録画ネット事件仮処分決定(決定、 決定)がある。そこでは、カラオケ法理的説示も見出されるが、その内容は、行為支配型における初期のカラオケ法理とは異なるものであった。そこでの支配管理の対象は、利用者Zの行為ではなくて、Yが構築したシステムだったのである。このように、システム提供型においては、システム支配性と利益性がある場合に、利用主体性の拡大が認められ、差止請求権が肯定される。

とすると、利用主体性拡大の根拠が改めて問題になる。この類型においては、Zの行為に対する支配管理を直接に問題にするわけではないから、行為支配型のように、YZ間の支配従属関係を根拠としてZの行為をYの行為に取り込むことができないからである⁽⁴⁶⁾。Zは、あくまでシステムの利用者であって、システムを利用するかどうか、どのように利用するかは、Zの自由意思に依存する。もっとも、システムについては当然に利用に関する一定のルールや制約はある。その限りで、Yは、システム支配を通じてZの行為を支配管理していると評価することは不可能ではない。裁判例による利用主体性の拡大は、必ずしも明示されているわけではないが、このようにして正当化されているのであろう。

もう1つのあり得べき正当化の論理は、利用主体性拡大の方向を採らず、ここでのYの行為を非利用行為と把握し、それにもかかわらず侵害主体性を肯定することである。ここでは、著作権侵害は、著作物の利用行為に限定されなくなる。端的に言えば、著作権者の経済的利益を害する行為であれば著作権侵害性を認めてよい、著作権法112条はそれを許容している、というように考えるわけである。これは、著作権の権利範囲を最も広く理解するものである。刑罰的にいえば、正犯の把握となる。

後述のように、民法的発想を著作権の世界に持ち込むならば、それはこ

のような方向に親和的なものとなるであろう。もっとも、著作権者の経済的利益を侵害する行為のすべてを著作権侵害と考えることは、著作権を包括的支配権ではなく「権利の束」と構成する著作権法の考え方と抵触するであろうから、この方向においても、著作権者の経済的利益を害する行為のすべてについて著作権侵害性を認めるわけにはいかない。そこで、この方向のもとでは、侵害行為と非侵害行為を切り分ける基準をどのように設定するかが重要な問題となる。

非利用行為についての侵害行為性の肯定という方向での正当化は、現実の裁判例においては採用されていない。システム提供型に属する裁判例は、あくまで(変容した)カラオケ法理によってYの利用主体性を認めるのである。しかし、そこでの行為支配性の空洞化からすれば、裁判例は、実態としては、非利用行為による著作権侵害を認めるのと紙一重のところにいると評価することが可能である。そうだとすると、システム支配型における差止請求を認める裁判例に賛成するかは、根底的なところでは、非利用行為による著作権侵害を認めることへの抵抗感の程度と密接に関係してくる。

(2) 利用主体性拡大の具体化

それでは、より具体的にはどのような場合に利用主体性の拡大が認められるか。

まず、行為支配型については、基本的には、著作物利用行為を物理的に行う者を「手足」として利用している関係が必要と解すべきである。この内容は、利用行為者の行為に対する支配性の存在であり、中部観光事件決定(決定)におけるようなYZ間の指揮命令関係を内包した契約関係の存在が最も明確な指標となる。契約関係の存在を不可欠と見る必要はないであろうが、ともあれ支配性は必要と解すべきであり、これをどの程度拡大しうかは、規範的評価による。その際には、利用者Zによる著作物利用行為の内容(上演、演奏の演目)の決定またそのような利用行為を実施するか否かの決定を行いうかが重要な判断要素になるであろう⁽⁴⁷⁾。先に触れた擬制的性格に対する抵抗感の程度も考慮要素に入ってくるであろう。他方、この支配性が肯定されるならば、間接正犯のようにそれだけを根拠としてYの利用主体性を肯定することが可能なのであるから、カラオケ法理において言及される営業上の利益を得ることは、要件として不要と考え

るべきである⁽⁴⁸⁾。

次に、システム支配型については、録画ネット事件知財高裁決定(決定)の判断が参考になる。それによれば、④提供されるサービスの性格(著作権侵害の可能性がある行為のみを目的とするサービスである)、⑤著作物利用行為(録画)のための一体的システムの構築とYによるその管理、⑥著作物利用内容(録画可能な放送の決定)についてのYによる決定、⑦著作物利用行為(ダウンロードなど)についてのYの管理などの事情を挙げた上で、Yが複製主体であるとの判断がなされている。これらの中で最重要の要素は、⑥の一体的システムの構築とその管理であろう。基本的には、ここに示された諸要素を考慮しながら、利用主体性の拡大を認めるべきか否かを判断すべきである。なお、一体的システムの構築があるか否かは、著作物利用(たとえば複製)のために複数の要素が機能的・一体性をもってある者の管理下に置かれていること、このシステムによって著作物の利用が容易になること、その容易化に伴い直接利用行為の量が増大することが私的複製として許容しうる範囲を超えるかどうか、などの規範的判断に依存するというべきである。

他方で、この類型においては、カラオケ法理が要求する利益性もまた要件として必要とされると解すべきである。実際、この類型で侵害主体性の拡大を認める裁判例は、Yが営業上の利益を得ていることを例外なく説示している。そのように解することは、行為支配型の要件とは異なる要件を設定することを意味するわけであるが、行為支配型において侵害主体性の拡大を認めることはある意味では理論上当然である(手足論)のに対して、システム支配型においては、利用主体性の拡大は、理論上当然というよりは、より妥当性判断に依拠する。そうであれば、行為支配型よりも要件を絞り、著作物にただ乗りする形で利益を上げている事業者に対してだけ差止請求を認めるという判断は、それなりの合理性があるであろう。

なお、システム支配型においては、システム構築行為とそれに基づくサービス提供に着目してYの利用行為性を問題にするため、Zによる直接的利用行為の違法性は論理的には必要ではない⁽⁴⁹⁾。刑法的にはYが正犯だからである。この点で、従犯(幫助)である道具提供型と区別される。

もっとも、システム提供型と道具提供型との境界が必ずしも明確でない場合も想定される。より正確には、システム提供型のある種の事例が道具

提供型に入ってくるというのではなく、システム提供型においても、いまだシステムの構築には至らずシステムの提供が直接利用者の侵害行為の幫助等に止まると評価される場合には⁽⁵⁰⁾、道具提供型と同様の基準で違法性を判断されることになる、ということである。

(3) 紛争類型と行為支配型・システム支配型

以上の違法類型と先に整理した紛争類型との関係については、場所機会提供型が行為支配型に対応し、システム提供型がシステム支配型に対応するように見える。基本的にはそのように考えてよいが、その対応関係のあり方については、注意を要する。場所機会提供型とシステム提供型という2つの種類の境界は、それほど明確ではない。したがって、場所機会提供型についても、そこでの違法行為をシステム支配型と理解することは十分に可能なのである。

たとえば、カラオケボックスにおいても裁判例はカラオケ法理の適用を認めるわけであるが(ビッグエコー事件。判決)、そこでの支配管理の対象を、直接的利用者Zの行為というよりも、カラオケ装置、さらにはそれを含めたカラオケの全体システムと理解しうることは、前述の通りである。このように理解すれば、カラオケボックス経営者の利用主体性と侵害行為主体性は、システム支配によって認められることになる。最終的な判断は留保するが、場所機会提供型についても、その多くは、システム支配型として違法性判断を行うほうが事態適合的ではないかという考え方に、現在傾きつつある。行為に対する支配を認めることが擬制的である事案が多いこと、営業上の利益獲得を差止めの要件とするほうが妥当な事案が多いように思われることがその理由である。

2 道具提供型：幫助者についての侵害主体性の承認

間接侵害に関する裁判例からもう1つ析出しうる類型は、Yの行為を直接利用行為に対する幫助行為と捉えつつ、Yの侵害主体性を認めるものである。道具提供型においてこの違法類型が問題となる。この類型については、要件をどのように考えるかの問題もさることながら、そもそもこの類型において差止請求権を認めてよいのか、認めるとしてどのような根拠によるのかが重要な理論問題である。

(1) 侵害主体性承認の要件

まず、どのような場合にYの侵害主体性を肯定して差止請求権を認めるべきかであるが、この問題を考えるには、ヒットワン事件大阪地裁判決(判決)と選撮見録事件大阪地裁判決(判決)が参考になる。

この点に関して、判決は、「幫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、当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できる」場合に、幫助行為を行う者を侵害主体に準じるものと評価するという基準を提示している。そして、そのような判断を行う際に考慮する要素として、④幫助行為の内容・性質、⑤著作権侵害行為に対する幫助者の管理・支配の程度、⑥幫助者の利益と著作権侵害行為との結びつきを挙げている。また、判決は、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の販売業者に対する差止請求を認める際に、④販売による著作隣接権侵害の必然性と差止め以外の方法による回避の社会的不可能性、⑤直接的行為に対する差止めの困難性、⑥販売停止の容易性、⑦販売についての要保護性の小ささという4点の事情を挙げていた。

この2つの判決が提示する基準は、表現こそ違え、内容的には大きな差はないと評価してよいであろう。これらから看取される差止請求権を基礎づける要素をやや抽象化して抽出すると、差止めの必要性和侵害行為の要保護性の低さということになる。差止めの必要性というのは、幫助行為を停止させなければ直接の侵害行為を停止させることが社会的に不可能であること(直接行為差止めの困難性もここに入ってくる)、逆に、幫助行為を停止させれば直接の侵害行為もまた停止すると見込まれること、などを内容とする。また、2つの判決が明示するわけではないが、被侵害利益の重大性も当然に考慮要素に入ってくると考えるべきである。他方、侵害行為の要保護性の低さには、販売停止の容易性や販売についての要保護性の小ささといった判決が摘示した要素が入ってくるであろう。また、損害賠償請求にかかわる判決であるが、ときめきメモリアル事件最高裁判決(判決)が示した道具の特性(侵害専用品であること)も、ここで考慮すべきである。

これらの要件は、被侵害法益にもっぱら着目するものではない。それは、民法上の絶対権侵害の場合の判断構造とは異なる。絶対権侵害であれば、

権利侵害という被侵害法益にかかわる事実が重視され、原則的にそれだけで差止めが認められるからである。それはまた、通常の著作権侵害についての判断構造とも異なる。著作権者に認められる支分権違反の利用行為は、その態様等を特に問題にすることなく、直ちに差止めの対象となるからである。

幫助者に対する差止めの場合には、上の2点に着目した総合判断は、妥当なものといってよい。幫助者Yの行為についても、たしかに著作権が確保する著作権者の利益に対する侵害は存すると考えられる。しかし、著作権法は、このような利益侵害を直接に著作権侵害とする考え方を採用していない。他方で、Yの行為は幫助であるから、それ自体として利用行為すなわち著作権の支分権侵害行為と評価することができない。そのような状態を前提としてYの行為に対する差止めを肯定しようとするれば、差止めの必要性や侵害行為の要保護性に視点を移した総合判断をせざるをえないのである。

このように、Yの侵害主体性の判断のためには、差止めの必要性や侵害行為の要保護性を中心とする総合判断をすべきであるが、2点を補足しておく。第1に、カラオケ法理は、ここでは事態適合的ではなく、その適用はないものと考えべきである。実際、この類型においては、当事者が援用することはあるが、裁判例においてカラオケ法理の適用は認められていない。第2に、ここでのYの行為は、刑法的にいえば幫助という従犯である。したがって、直接的利用行為者の行為に違法性がない場合には、道具提供行為にも違法性がないと考えるべきである。たとえば、私的複製のための道具（録画装置など）の提供には、違法性がない。システム支配型とは、この点で異なる。

(2) 侵害主体性承認のための理論的根拠

以上、幫助者Yの侵害主体性が認められることがあることを前提として、そのための要件の考え方を整理したが、実は、Yについて侵害主体性を認めうるか自体が大きな論点である。本稿は肯定説を採用するが、否定説も有力である。否定説が挙げる理由の中心は、次の2点といってよいであろう⁽⁵¹⁾。

()その1は、著作権の支分権の形式的・制限的把握である。この理由づけについては、先にスターデジ第2事件東京地裁判決(判決)におけ

る立論を紹介した。要するに、著作権法112条1項によって差止めが認められるのは、形式的に支分権に該当する行為に限定され、これを著作権者の経済的利益実現などの実質的観点から拡大するのは、法律解釈の限界を超える、という議論である。

()その2は、民法上の物権的請求権とのアナロジーである。つまり、「民法上、所有権に基づく妨害排除請求権は、現に権利侵害を生じさせている事実をその支配内に収めている者を相手方として行使し得るものと解されているものであり、このことからすれば、著作権に基づく差止請求権についても、現に侵害行為を行う主体となっているか、あるいは侵害行為を主体として行うおそれのある者のみを相手方として、行使し得るものと解すべきだからである。」ということである(東京地判平成16年3月11日判時1893号131頁(2ちゃんねる小学館事件)⁽⁵²⁾)。

否定説のこの2点の論拠については、次のような疑問を提示することができる。

便宜上()から取り上げるが、()の立論は、所有権に基づく妨害排除請求権に関する一般論についてはその通りである。しかし、それをそのまま著作権の議論に持ってくるというのは、民法上の物権的請求権の前提となる権利(絶対権)と著作権との構造的差異を見逃すものではないだろうか。

先にも多少触れたように、絶対権の典型である所有権を素材としていえば、そこでは全面的かつ排他的な支配権が認められており、所有者の目的物の排他的支配とその利益の全面的享受を侵害する行為は、当然に所有権侵害となる。そこでは、直接侵害と間接侵害の区別はない。仮に幫助行為であっても、それが上の基準に照らして所有権侵害行為と評価されれば、当然にそれに対する物権的請求権(差止請求権)が肯定されるはずである⁽⁵³⁾。

これに対して、著作権の場合には、著作権者の著作物に関する利益について、そのような全面的支配権を認めるという考え方は採用されていない。著作権者の利益の周辺に一群の支分権を配置して、その支分権に抵触する行為を著作権侵害として排除するというのが著作権法の考え方なのである。それによって、そしてその限りで、著作権者の利益が擁護される。したがって、著作権者の利益は害するが、これらの支分権には抵触せずすり抜けてくる行為がありうることになる。その行為は、仮にそれが所有権と

の関係であれば所有権侵害となるような行為であっても、著作権侵害にはならない。「侵害」の意味が、所有権の場合と著作権の場合とで大きく異なるのである。そうであれば、所有権についての要件を当然に著作権について持ってくるべきことにはならない。

著作権の上記のような構成は、著作権による文化財の独占を一定程度回避し、それをパブリック・ドメインに維持するという狙いを持っている。しかし、そのようにすり抜けてくる行為が大量かつ体系的に発生する場合には、著作権者の利益は大きく害されることになる。著作権法は、そのような場合まで想定して現在の支分権等の規定を置いたのであろうか。著作権法が上述のような構成を採用した前提は、すり抜け行為が小規模で、著作権者の利益の観点からいってもさほどの問題をもたらさない場合を想定していたのではないだろうか。これは、民法上の所有権については生じない問題である。

このように考えてくると、民法上の侵害要件の必要性を、権利構造の差異にもかかわらずそのまま著作権の議論に横滑りさせるのは、上記の新たな問題について一定の態度選択を行うことを意味している。大量かつ体系的なすり抜け行為による著作権者の重大な利益侵害にもかかわらず、そのような行為者の自由を優先するという態度選択である。それは、包括的な支配権構成によって権利者を可能な限り利益侵害から防御しようとする民法の考え方とは反対の方向を向いているだけでなく、著作権法自体の考え方にも抵触するものではないだろうか。

以上述べたことは、すでに()の立論にかかわる議論にも立ち入ることになっている。()も抽象的には理解しうる議論ではあるが、技術の進歩に伴う法の欠缺の問題をどのように考えているのかという疑問を感じる。形式的・制限的解釈に終始するというのは、法の欠缺がなければ、制定法の拘束力からして、十分にありうる態度選択である。しかし、技術進歩と法との乖離がとりわけ問題になる知的財産法の領域において、法の欠缺がないと想定することは現実的ではない。現に、大量かつ体系的なすり抜け行為による著作権者の利益侵害という上述の事態は、著作権法における法の欠缺を示すものと評価すべきである。このような法の欠缺を認めた上で形式的・制限的解釈を採用するというのであれば(それは具体的には反対解釈を意味する)、それには正当化が必要である。この正当化は、実質論

を抜きにしてはありえないであろう。否定説がこの意味での正当化を十分に行っているかは、疑問といわなければならない。

類推は、法の欠缺を認めた上で、それを既存法規の遠隔作用というべきものによって補充しようとする操作であり、欠缺補充の諸方法のうちで第一次的に活用されるべきものである⁽⁵⁴⁾。上記の法の欠缺についても、基本的には類推によって補充すべきである。具体的には、著作権法112条1項の類推適用である。この類推適用の仕方には、2つの方向がありうる。1つは、選撮見録事件大阪地裁判決(判決)が示した手法である。そこでは、幫助行為を「直接の権利侵害行為と同一視する」ことによる差止めの可能性が導かれていた。もう1つは、幫助行為が非利用行為であることを正面から認めた上で、それに法112条1項を類推適用するという方向である。類推適用の本来のあり方は、この第2の方向であろう⁽⁵⁵⁾。この方向を採用するならば、それは、システム支配型における利用主体性拡大の実質的根拠づけとしても機能しうるであろう。

他方、いずれの方向においても、類推適用であることを考えれば、本来の適用とは異なる要件を設定することは、十分な正当性を持つ。差止めを認めるため総合判断を要求するという前述の考え方は、そのような観点から根拠づけることができるであろう。

おわりに

著作権の「間接侵害」については、立法的検討も進んでいる⁽⁵⁶⁾。解釈論としては間接侵害の著作権侵害行為性を認めるのに慎重ないし否定的な論者も、立法的対応には一般に積極的である⁽⁵⁷⁾。われわれも、立法による対応を期待するものである。しかし、われわれは、この問題についての法の欠缺を認めており、立法がなされるまでは法形成ができない、あるいは法形成をすべきではないとは考えない。その間については、判例による継続的法形成が可能であるし、それを追求すべきであると考えたものである。本稿における検討は、そのような認識に立って、そのための基礎的作業を意図するものに他ならない。本稿がそのようなものとして多少なりとも存在意義を持ち得れば幸いである。

(1)「間接侵害」を最も広義に把握すれば、「直接侵害以外の侵害」ということになる(それは、ドイツ法における「間接侵害」、英国法における「二次的侵害」、アメリカ法における「寄与侵害」および「代位責任」のすべてを包摂する広い把握の仕方である)。田中豊「我が国の裁判例における理論」寄与侵害・間接侵害委員会『寄与侵害・間接侵害に関する研究』(社団法人著作権情報センター附属著作権研究所、2001年)26頁。本文の理解も、結局はこれと同旨に帰するが、もう少し具体化して捉えたものである。

(2) 特許法がこのような意味での間接侵害に関する規定を持っている(101条)のに対して、著作権法は、そのような規定を持っていない(ときとして著作権の間接侵害に関する規定といわれる法113条は、扱っている問題が異なる)。そのためもあってか、ごく最近まで、「間接侵害」という用語自体、著作権の世界ではまだなじみがないともいわれていた。角田政芳「インターネットと著作権の間接侵害理論」コピーライト500号(2002年)3頁参照。しかし、近時におけるこの領域での議論の深化は急速である。さらに現在では、文化審議会著作権分科会法制問題小委員会司法救済ワーキンググループにおける立法論的検討も始まっている。この点については、上野達弘「侵害助助者に対する差止請求と著作権法112条の類推適用 - 選撮見録事件」知財管理56巻8号(2006年)1233頁注(45)参照。

(3) 表現は異なるが、田中豊「著作権侵害とこれに関与する者の責任」コピーライト485号(2001年)10頁参照。

(4) 著作権をこのような禁止権だけを内容とするものと捉えるか、より積極的に権利者がそこに規定されている行為を積極的になすことができるという内容を含んでいるか(独占権構成)については争いがあるが、一般的には禁止権構成が採用されている。その結果、たとえば、美術の原作品を破壊する行為は、展示権(25条)の侵害にはならない。以上について、上野達弘「ファイルログ事件」CIPIC ジャーナル134号(2003年)12頁注(5)参照。禁止権構成を採用すべき理由については、田村善之『著作権法概説〔第2版〕』(有斐閣、2001年)47頁参照。

(5) 鎌田薫「民法理論からの検討」寄与侵害・間接侵害委員会『寄与侵害・間接侵害に関する研究』(社団法人著作権情報センター附属著作権研究所、2001年)59頁に、そのような発想を見出すことができる。

(6) そのような発想を示すものとして、ここではあえて下級審裁判例を挙げておく。のちに取り上げる東京地判平成12年5月16日判時1751号149頁(スターデジ第2事件東京地裁判決、判決)である。

(7) 従来の「間接侵害」をめぐる議論においては、類型化を行うものをあまり見出すことができないが、後藤勝也「マルチメディア社会における著作権の『間接侵害』」コピーライト438号(1997年)は、早くから()「著作権侵害に利用される機器・ソフトウェアの提供」、()「著作権侵害にかかわる場所・機会の提供」、()「著作権

侵害物の伝達」の3類型への整理を行っていた(56~57頁)。また、同「企業予防法務への示唆」寄与侵害・間接侵害委員会『寄与侵害・間接侵害に関する研究』(社団法人著作権情報センター附属著作権研究所、2001年)61頁以下も参照。同様の類型化が見出される。本稿の類型化は、基本的にはこの方向を踏襲するものである。後藤論文の()は本稿第 類型に、()は第 類型に、()は第 類型にほぼ対応する。他方、田村善之「選撮見録事件・鑑定意見書」(2005年7月25日付)は、「第1類型：物理的な利用者以外に著作物の利用に関する決定権を有する者が他に存在する類型」と「第2類型：物理的な利用者以外の者に著作物の利用を誘発する手段が管理されている類型」の2つの類型を析出している(4~5頁)(この鑑定意見書は、田村教授のご厚意により参照することができた。記して謝意を表する)。これは、本稿の第 類型と第 類型にほぼ対応する。したがって、この見解との比較では、これらに加えて第 類型を析出している点に、後藤論文や本稿の特色があるということになる。

(8) このほか、キャバレー等の責任を認めたものとして、大阪地判昭和42年8月21日(判時496号62頁、ナニワ観光事件第一審判決)、大阪高判昭和45年4月30日(無体裁集2巻1号252頁、同控訴審判決)があり、講演企画者の責任を認めたものとして、東京地判昭和54年8月31日(無体裁集11巻2号439頁、ビートル・フィーバー事件)がある。いずれも、雇用契約等の密接な支配関係が存在する事案にかかわるものである。

(9) 戦前の日本では、放送局を始め無断で音楽著作物の演奏を行うことが慣行化していた。これに目をつけて、ブラーグという旧制松江高校のドイツ語の教師が、ヨーロッパの音楽著作権管理団体から日本における代理人の資格を取得して、放送局や興業主権者から、ヨーロッパ並みの使用料を徴収したり、訴訟を提起したりした。これによって、当時の放送局など是一大恐慌に陥った。いわゆるブラーグ旋風である。これに対処するために制定されたのが、著作権法附則14条の特則である。これが戦後にも継続された。多くの文献があるが、たとえば半田正夫「カラオケ文化と音楽著作権」ジュリスト911号(1988年)27頁参照。

(10) もっとも、この特則は「一定の場合」には適用されないものとされていた。この「一定の場合」とは、たとえば「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、又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」などである。要するに、「音楽を不可欠の要素とする事業」(田中豊「カラオケ歌唱室と著作権法」コピーライト431号〔1997年〕26頁)である。カラオケスナックは、一般には、このような場合に該当しないものと解されていたが、この点については別の解釈の可能性もあり、特則不適用と解するならば、()の方向も可能だったことになる。

(11) なお、この前提は、著作権法1999年改正によって取り除かれ、現在では、す

べての音楽の著作物の演奏に演奏権が働くことになった。

(12) 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・知的財産法と競争法の現代的展開』(発明協会、2006年)785頁がこれを強調する。

(13) 伊藤補足意見も、著作権侵害に基づく損害賠償請求を否定するわけではない。そのための法的構成としては、カラオケテープの再生自体を演奏権の侵害と捉える方向を提示する。カラオケ装置の設置も「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」に該当すると考えて、本件においては著作権法附則14条に定める特則が適用されないと解するわけである。注(10)参照。

(14) さらに、「公に」という要件(22条参照)に関しても問題がある。歌唱に着目する場合には、公衆の面前で歌唱しないのであるから、「公に」の要件をクリアでなくなるのではないか、という問題が提起されるのである。下級審裁判例は、店舗に来る顧客の不特定多数性を根拠に、カラオケボックスについてもこの要件の充足を認めている。歌唱についてこのように解することは相当の無理を犯しているように思われるが、本稿ではこの問題には立ち入らない。田村・前掲注(4)189頁注(5)、茶園成樹「著作権侵害の行為主体」『大阪大学法学部創立50周年記念論文集・21世紀の法と政治』(有斐閣、2002年)317頁など参照。なお、この問題に関する下級審裁判例の態度を支持するものとして、田中・前掲注(10)25頁がある。

(15) カラオケボックスの歌唱へのカラオケ法理の拡大に対する批判として、茶園・前掲注(14)論文317頁、カラオケ法理自体に対する批判として、上野・前掲注(12)論文787頁以下参照。

(16) 田村善之「カラオケ装置リース業者の共同不法行為責任の成否」NBL694号(2000年)15頁。

(17) 判決は、リース契約締結後無許諾になった場合の注意義務(㉞、㉟)を認めているが、判決は、これについては触れていない。

(18) 判決の原審判決である大阪地判平成6年3月17日(判時1516号116頁、魅留来事件第一審判決)は、Yの行為を著作権侵害発生の危険の「支配・管理に従事する行為」と評価するとともに、Yがそこから「対価としての利得」を得ている事実を指摘していた。これは、カラオケ法理を連想させるものである。しかし、判決がそこから導いているのは、利用主体性の拡大ではなく、著作権侵害の危険に対する防止措置を講じるべきYの注意義務である。そうであれば、支配性と利益性というカラオケ法理の基準は、必ずしも不可欠のものではない。実際に、その控訴審判決である判決は、本文で見たように、カラオケ法理から決別しているのである。

判決も、この点では同様である。最高裁判決である判決は、上記の注意義務を導く1つの根拠として、Yが「営業上の利益」を得ていることを挙げているが、これも、カラオケ法理とは無縁の指摘というべきである

(19) 高部真規子「カラオケリース業者使用禁止措置を命じた裁判例をめぐって」

AIPPI49巻4号(2004年)294頁は、判決が「幫助責任」を認めたものであると明示的に評価している。

(20) 魅留来事件の第一審判決および控訴審判決への評釈において、角田政芳がその点を問題にしていた。角田政芳「カラオケ装置のリースと著作権の間接侵害理論」特許研究22号(1996年)32～34頁、同「『魅留来事件』控訴審判決について」コピライト436号(1997年)28～29頁。角田自身は、後者の論文において、判例の立場からは、「著作権の侵害を幫助する者の責任も、著作権法に間接侵害の規定を持たない現在においては、これを独立した侵害形態として差止請求および損害賠償請求まで認めることは困難なことと思われるが、侵害への加担・幫助行為であることから共同不法行為としての損害賠償だけしか認めず、差止請求までは認めないというのは、排他権たる著作権の侵害に対する救済としてはやはり疑問である。」(28頁)と述べて、差止請求権を認めるという方向を明確に提示していた。しかし、その理論構成は明確ではない。引用文の最後には、差止請求権を否定することは「排他権たる著作権の侵害に対する救済」として疑問とあるが、「侵害」性が認められれば法112条によって差止めが認められることに問題はない。問題は、幫助行為を著作権侵害行為と評価するか、である。

(21) 著作権法113条1項1号および2号は、著作人格権等の侵害となるべき行為によって作成された物の輸入、および著作人格権等の侵害行為によって作成された物の情を知っての頒布を著作人格権等の侵害とみなす規定であって、本件のケースに適用されるべき規定ではない。原審の構成を批判するものとして、金井重彦「本件判批」CIPICジャーナル112号(2001年)29頁、高部真規子「本件判例解説」法曹時報54巻10号(2002年)191頁など参照。

(22) 以上のように2つの理解が可能であるという考え方を提示するものとして、高部・前掲注(21)189頁。また、作花文雄「本件判批」判評512号(判時1755号、2001年)208頁、松田政行「デジタル・コンテンツの利用と同一性保持権に関する一考察」ジュリスト1310号(2006年)126頁も同様の見方である。

(23) 上野達弘「本件判批」民商法雑誌125巻6号(2002年)752頁以下も、結論として同様の理解である。

(24) なお、魅留来事件においても、当初は差止めが請求されていた。しかし、カラオケ店舗がすでに閉店しているということもあってか、訴訟の途中で差止請求が断念されたという。角田・前掲注(20)特許研究22号32頁。

(25) 控訴審判決である前出の判決もその結論を維持しているが、理由づけは、基本的に原判決を引用している。

(26) その内容は、著作物使用許諾契約の締結を確認するまではカラオケ装置を引き渡さないようにするか、引渡後であればそれを引き揚げるなど著作権侵害を生じさせないようにする措置を講じることを内容にする高度なものである。判決(控

訴審判決)は、基本的に、この注意義務の考え方を踏襲するものである。

(27) この評価と異なり、斉藤博「通信カラオケ・リース業者に対する差止請求」判例評論548号(判時1864号、2004年)46頁は、カラオケ装置リース業者についてもカラオケ法理適用の可能性があることを示唆する。

(28) この点を強調する論考として、田中豊「著作権の間接侵害 - 実効的司法救済の試み」コピライト520号(2004年)7頁がある。

(29) そのような批判を述べるものとして、たとえば上野・前掲注(2)1220～1221頁参照。

(30) 判旨はまず、「Yは、被告商品を販売するとしても、直接には、複製行為や送信可能化行為をするわけではない。／しかしながら、直接には、複製行為あるいは送信可能化行為をしない者であっても、現実の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者がいる場合には、その者も、著作権法による規律の観点からは、複製行為ないし送信可能化行為を直接に行う者と同視することができ、その結果、その者も、複製行為ないし送信可能化行為の主体となるということができると解するのが相当である。」との一般論を述べた上で、本件について、「設置者は、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出来る。」と判示して、Zの利用主体性を認める。そこで示されている法理は、典型的なカラオケ法理に他ならない。

(31) Xは、この論点に関して、後述のシステム提供型に属する録画ネット事件東京地裁決定(決定)を引きつつ、Yの管理・支配性を強調し、侵害行為の主体はYであると主張した。これに対して、Yは、録画ネット事件における録画は被告が構築・管理する「システム」によって行われるのに対して、本件においては、録画は利用者が管理・支配する機器によって行われるから、Xの主張は成り立たない、と主張した。このYの主張は、道具提供型とシステム提供型との差異をよく把握しているものであり、正当である。判旨は、このYの主張を採用したわけである。

(32) 佐久間毅『民法の基礎1総則(第2版)』(有斐閣、2005年)132頁。

(33) 石村健「法解釈学と立法学の関係」大森政輔・鎌田薫編『立法学講義』(商事法務、2006年)24頁。

(34) 判旨は、Yの幫助行為を「直接の権利侵害行為と同視することができる」としている。しかし、そのような把握をするならば、幫助行為を「直接の権利侵害行為」すなわち利用行為と同一に評価するわけであるから、目的論的解釈または拡張解釈を通じた法112条1項の直接適用を語るほうが論理的である。Yは、Zの権利侵害を介してXの利益を侵害している。類推適用の基礎は、Yのそのような行為を非利用行為と捉えた上で、非利用行為による利益侵害を、利用行為による権利侵害がもたらす利益侵害と同一視しうる点に求めるべきであろう。もっとも、この2つ

の説明にどれだけ実質的な違いがあるのか、それほど明確ではない。この不明確性は、反面で、本件のようなケースを法112条1項の直接適用によって解決する可能性もあることを示すものであろう。

(35) 逆にいえば、過失で足りる。これに対して、刑法上の幫助犯の成立には、故意が必要と考えられている。たとえば、前田雅英『刑法総論講義(第2版)』(東京大学出版会、1995年)498頁。民法は、損害の填補を目的とし、過失を原則として故意と同視しているから、民法上の幫助については、過失による不法行為責任の成立も認められるのである。四宮和夫『事務管理・不当利得・不法行為(下巻)』(青林書院、1985年)797頁参照。

(36) それゆえ、私的複製であっても、それが大量になされ、著作権者の利益を害する場合には、違法と考えるべきである旨の主張が、早くから存在していた。中山信弘「貸レコード事件」伊藤正己・堀部政男編『マスコミ判例百選(第2版)(別冊ジュリスト85号)』(1985年)199頁、同「特約店契約の解除」池原季雄・斉藤博・半田正夫編『著作権判例百選(初版)(別冊ジュリスト91号)』(1987年)207頁。また、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(2004年)85頁も参照。

(37) 次のように述べる。「債務者の行為が、送信可能化権を侵害するか否かについては、債務者の行為の内容・性質、利用者のする送信可能化状態に対する管理・支配の程度、本件行為によって生ずる債務者の利益の状況等を総合斟酌して判断すべきである。」(決定。決定も基本的に同文の判示である。)

(38) ファイルログ事件については、仮処分決定の後に、著作権侵害主体に関する中間判決として、東京地判平成15年1月29日判時1810号29頁が公表されているが、そこでも、まったく同じ事情を摘示した上で、Yの侵害主体性が認められている。

(39) 実際、Xは、クラブキャッツアイ事件最高裁判決(判決)を援用する。Xの主張によれば、この法理は、「著作権のあらゆる支分権が問題となる事案において前提とされるべきである。」

(40) Yは、当然のことながら、YにはZの行為に対する支配がないことを理由に、Yの行為主体性を否定する。たとえば、平成17年6月15日付けの保全抗告状において、Yは、「録画についての管理・支配の程度は利用者の方が遙かに大きい」(6頁)、「そもそもハウジング業者は録画行為に関与していない以上、本質的には管理・支配は存せず、その程度を云々すること自体ナンセンスである」(7頁)などと主張する(なお、本件の準備書面等の資料は、http://www.6ga.net/x_shiryo.phpで入手することができる。引用の保全抗告状も、このサイトから入手したものである)。しかし、判旨が問題にしたのは、このような行為に対する支配管理ではなかったわけである。

(41) もっとも、それがカラオケ法理とは似て非なるものであることは、前述した

とおりである。

(42) Xの主張によれば、技術の進展に伴い、「力の行為における有体物への物理的固定化作業自体は、単に機器のボタンを押すなどの簡単な作業にすぎなくなり、右力の行為の実行は、単に全体として一連の『複製』行為における手段の役割を果たすにすぎないものとなるのであり、これと比較して、右いないしオの各行為における作業こそが、実質的な意味を持つに至るのである。」

(43) なお、以上の判断は、ごく最近出された知財高裁決定(知財高決平成18年12月22日、<http://www.courts.go.jp/hanrei/pdf/20061222143432.pdf>) によって維持された。この抗告審において、Xは、改めてYが本件サービスに供している多数のベースステーション、分配機、ケーブル、ハブ、ルーター等の機器が、有機的に結合されて1つのサーバと同様の機能を果たすシステムを構築している旨を主張した。これは、明らかに、録画ネット事件における知財高裁決定(決定)の説示を意識したものである。そのようにして、ベースステーション等が「自動公衆送信装置」であることを根拠づけようというのがXの狙いである。また、 決定は、それらの機器がYの所有物であることを指摘していたが、本件においては機器の中心のベースステーションは利用者Zの所有に属するものであった。これに対してXは、「個々のベースステーションの所有権の帰属は法的評価において意味を持つものではなく、それを『装置に組み込んで有機的一体として運用している者が誰か』という点こそが重視されるべき事柄である。」と主張した。これに対して、 決定は、本件サービスにおいて用いられているベースステーションには、予め指定された単一のアドレス宛に送信する機能しかなく、1台のベースステーションについてみれば、「1対1」の送受信が行われるもので、「1対多」の送受信を行う機能を有しないことを強調して、Xの主張を排斥した。これは、本件におけるYによるシステム構築を否定することに帰着する。

(44) このような把握からすると、「間接侵害」という表現はミスリーディングともいえる。ここで問題となっている理論構成は、Yの行為は間接的な形かもしれないが「直接侵害」に当たるといふものだからである。しかし、これを「間接侵害」の検討から排除する必要はない。それも含めて検討した上で、一定の類型については場合によって直接侵害性を認めることでよいであろう。そのような可能性があることも、本稿の標題における「間接侵害」に括弧をつけた理由の1つである。

(45) 高部眞規子「著作権の侵害主体性について」ジュリスト1306号(2006年)115頁。

(46) 上野・前掲注(4)10頁は、本稿とは多少異なる観点からであるが、判旨の一般論の正当化の困難性を指摘している。

(47) 田村・前掲注(4)178頁(そこでは、差止判決の実効性確保の要請が強調されている)。なお、著作権者が音楽演奏会を主催したプロモーターに対して行った差止請求が認められた東京地判平成14年6月28日判時1795号151頁(演奏会プロモ-

ーション事件)も、この文脈で位置づけることができる。

(48) 田村・前掲注(4)178頁。もっとも、理由づけは異なる。

(49) もっとも、複製についていえば、Yを行為主体と評価すると、当該複製は直ちに「その利用する者が複製する」(30条1項柱書)という要件を満たさなくなり、私的複製だから適法だという主張が封じられることになる。

(50) 録画ネット事件の仮処分異議申立事件において 決定を認可した東京地決平成17年5月31日(判例集未登載。この決定の入手方法については、注(40)参照)は、海外に赴任する者の録画の許容性に関して、次の3段階を区別して論じている。1) 海外在留邦人Zが従来の自宅にテレビパソコンを残しておき、インターネットで自己のパソコンに接続して放送を録画し、それを海外の自己のパソコンに転送する行為は、私的複製として適法である。日本の自宅で使用するためのテレビパソコンに各種ソフトウェアをインストールして業者Yが販売する行為も、適法である。2) Yの関与の程度が高まるにつれて、Zの複製行為自体が違法となり、Yの行為も、Zの行為との共同行為や教唆または幫助と評価される場合が生じてくる。3) Yの関与がさらに高まれば、Yの行為は録画代行サービスと等価となり、複製の主体がYと評価される場合も生じてくる。本文に記したのは、この2)の段階に当たる。

(51) 以下では、裁判例における議論を素材とするが、文献としては、高部・前掲注(45)126頁以下に、以下の2点を含めた詳細な議論(ヒットワン大阪地裁判決における肯定説の批判)がある。また、これに先行する文献として、高部・前掲注(19)298～299頁参照。

(52) ここでは、もっぱら否定説の根拠を整理するために、2ちゃんねる小学館事件第一審判決を引いた。しかし、本稿は、この事件を、本稿で扱っている道具提供型やシステム提供型などの類型に入れていない。本稿における諸類型は、著作権侵害行為に加担する行為が紛争になる場合の類型であるが、この事件で問題になっている「2ちゃんねる」は、情報伝達システムの構築自体が当然に著作権侵害あるいは人格権侵害行為に加担するものとはいえないからである。

(53) もっとも、その旨を明示的に判示する裁判例はないようである。ただ、少なくとも、物権的請求権の相手方が複数でありうること、換言すれば物権侵害者が複数でありうることを認める裁判例は存在する。産業廃棄物の崩落ケースにかかわる東京高判平成6年7月27日判タ928号155頁である。次のように判示する。「所有権に基づく妨害排除ないし妨害予防請求は、その所有権を侵害し、あるいは侵害するおそれのある物の所有権を有するものに限らず、現に存する侵害状態を作出した者もその排除ないし予防の義務を負うものと解すべきである。」すなわち、一般的に物権的請求権の相手方とされる妨害物の所有者に限定されず、妨害行為者に対する妨害排除請求も認められるわけである。「侵害」概念が規範的な法的概念であることを考えれば、侵害者が複数ありうることは、むしろ当然である。

(54) 広中俊雄『民法解釈方法に関する十二講』(有斐閣、1997年)40頁参照。

(55) この点に関しては、注(34)も参照。

(56) 注(2)参照。

(57) たとえば、高部・前掲注(45)129頁以下。また、岡邦俊「著作権の事件簿(87)集合住宅用テレビ録画装置の販売と放送事業者の著作隣接権」JCAジャーナル53巻1号(2006年)53頁、奥邨弘司「集合住宅用の映像記録配信システムを販売している業者に対して、著作権法112条1項を類推適用し、システムの販売差止めが命じられた事例」判評570号(判時1931号、2006年)33頁なども参照。