



Title	著作権の間接侵害
Author(s)	田村, 善之
Citation	知的財産法政策学研究, 26, 35-73
Issue Date	2010-01
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/43620">https://hdl.handle.net/2115/43620</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	26_35-73.pdf



## 著作権の間接侵害

田村善之

### 1 問題の所在

まずは、「著作権の間接侵害」とは、どのような問題なのかということ  
を説明します。

著作権法は、著作権の侵害となるべき行為（私は法定の利用行為と呼ん  
でおりますが）を大変細かく列挙しているということが特徴でして、特  
許に比べるとかなり細かく規定されています。具体的には、著作権法21条  
から28条に、複製から始まって上演や公衆送信等々が規定されています。  
さらに、113条1項にはいわゆる海賊版の輸入・頒布行為等、侵害とみな  
す行為が規定されています。

ところが、これほど細かく規定されているにもかかわらず、特許権の間  
接侵害に該当する行為は排他権内に置かれていません。つまり113条1項  
の侵害とみなす行為は、基本的には海賊版ができあがった後の流通過程を  
おさえる行為が基本になっていまして、その作成の準備段階の装置の提供  
ですとか、予備的な行為に関しては民事上の差止請求権や損害賠償請求権  
を基礎付ける規定が特にないということが特徴です。他方で、刑事に関  
しては、119条2項2号、120条の2第1号・2号という規律がなされてお  
り、また、デジタルの録音・録画機器の提供者に対しては「著作権」（17  
条1項括弧書き）ではなく、私的録音録画補償金請求権という特別の制度  
が設けられています（30条2項、104条の2～104条の6）。

このように、著作権としては間接侵害の規定がな以上、特許法上の間接  
侵害に該当する行為は著作権の排他権に服さないのではないかという考  
え方が当然に出てくることとなります。

ところが、現実には様々な著作権の物理的な利用行為が奨励、促進され

ていて、そこから利益を得る者が現れるため、著作権を物理的に利用している関与者をどのような法理によって侵害に問うのかということが論点となります。

## 2 関連法理の概観

### 1) 民法の共同不法行為責任を追求する方策

関連法理を概観すると、著作権の間接侵害と称される行為に対して侵害の責任を問うことのできる可能性のあるものがいくつかあります。

一つ目が、民法に基づき共同不法行為責任を追究するという方策です。具体的には、最判平成13.3.2民集55巻2号185頁[ナイトパブG7 上告審]がこの法理の典型例です。これは、後述いたしますが、カラオケ店舗にカラオケ装置を提供しているリース業者に対して、カラオケ店舗における著作権の侵害行為に対する共同不法行為責任を肯定した判決です。

このタイプの法理の特徴は、メリットとしては、もちろん当然ですが、損害賠償責任を追究する限りは法律構成に全く無理がありません。民法学上は民法719条なのか、民法709条の直接の不法行為なのか、根拠条文や法理についてはいろいろな議論がありますが、719条であれ709条であれ、著作権の直接侵害行為に対して教唆ないし幫助した者に損害賠償責任を負わせることには全く異論がありません。もっとも、これをデメリットというかメリットというかは立場によりますが、少なくとも権利者にとってはデメリットとなることとして、後述する大阪地裁の二つの例外的な判決を除けば、一般的な裁判例に基づく限りは、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は困難だということです。

それからもう一点、重要なことがあります。それは、民法の共同不法行為責任を追究する限り、あくまでも共同不法行為という構成を採用しますので、直接の不法行為が存在することが前提となり、その教唆・幫助が問題になるということです。たとえば、物理的な直接の利用者が私人である等のために私的複製や非営利上映に該当する等の理由で著作権の制限規定の恩恵を受けるという場合は、直接の利用行為者のところで不法行為は成立しません。となると、共同不法行為も成立しない。これもまた、少なくとも権利者の立場から見れば当然デメリットになります。

### 2) 直接の利用行為の主体とみなす方策

こういった権利者サイドから見た二つのデメリットを克服するものとして登場したのがカラオケ法理です。共同不法行為と対比いたしますと、物理的に見れば間接的な利用者であるにもかかわらず、直接の利用行為とみなすというところにその特徴がある方策だと理解することができます。

カラオケ法理という名でこの法理が知られることになったのは、周知のように、これを確立した最判昭和63.3.15民集42巻3号199頁[クラブ・キャッツアイ上告審]がカラオケ店舗の事件だったからです。先ほどの最判[ナイトパブG7 上告審]は、カラオケ店に違法行為があることを前提に、そこに装置をリースしている業者の責任が問題になったケースですが、この最判[クラブ・キャッツアイ上告審]は、後述いたしますように、客の歌唱行為を店の歌唱行為と同一視し、管理要件(ないし支配要件)・利益要件という二つの要件を満たす場合には、物理的には直接演奏してなくても、カラオケ店が演奏しているとみなした判決です。

この法理の特徴の一つ目として、所定の要件を満たす場合には、物理的には直接著作物を利用しない者であっても、法的な評価としては、21条から28条等の著作権法に規定されている行為を自らなしている直接の利用行為者であるとみなしますので、そこを通過できれば、著作権法112条に基づいて差止請求を認めることができるということを挙げることができます。これが、共同不法行為構成に比した場合の権利者にとってのメリットとなります。

また、特徴の二つ目としては、やはり直接の利用行為者と評価する方策であるために、共同不法行為構成と異なり、物理的な利用者のところで著作権侵害が成立してなくても、侵害を肯定することができるということを指摘することができます。

たとえば、カラオケ事件を例にとりますと、この事件の客の歌唱行為自体は、客に営利目的もなく対価も収受していませんので、著作権法38条1項により著作権侵害が成立しません。ついでに申し上げますと、店がなしているテープの再生に着目しようとすると、1999年改正で撤廃される前は附則14条により旧著作権法が適用され、著作権の権利範囲外とされており、附則14条の例外のさらなる例外を定める著作権法施行令附則3条には著作権法制定当時、未だ普及していなかったカラオケスナックを念頭に置いて

た規定がなく、少数説を除けば、適法に購入したテープの再生行為は著作権侵害にならないという特殊な過渡的な事情もありました。そういった中で、共同不法行為責任を追求する法理によれば、直接の不法行為がありませんので、そもそも差止請求どころか、損害賠償請求に関しても、違法行為にすらならないというところ、カラオケ法理は、客ではなくて、営利として行っている店が行為主体だとみなすことで、いわば適法行為を違法行為に転嫁する大変重要な機能を持ちます。もちろん、これをメリットと考えるかデメリットと考えるかはこの法理に対する評価次第だということになります。著作権の間接侵害を語るときには差止請求の可否に目が向きがちですが、この二番目の特徴は侵害の成否に影響しますので非常に重要です。

そうするとカラオケ法理は無敵なのかというと、そうではなくて、さすがに直接の利用行為者とみなす以上は、本来的に考えれば、やはり管理支配要件の適用範囲に限界があるのではないかという問題があります。客の歌唱行為自体をカラオケ店による歌唱行為と評価することはぎりぎりできるかもしれないけれども、装置のリース業者が歌っているかということ、少し苦しいというところに限界があるということです。最近になって、後で紹介する大阪高判平成19.6.14平成17(ネ)3258[選撮見録2審]のように、この限界を突破するような判決も出ていますが、主流となっているわけはありません。

### 3) 共同不法行為に対しても著作権法112条の差止請求を認める方策

他方、前述いたしましたように、大阪地裁のレベルでは、共同不法行為であることを前提にしつつ、つまり直接の利用行為者ではないということも前提にしつつも、それでも著作権法112条の解釈として差止請求を認める判決が二つほど出ております。それが、事案等を含めて後に詳しく紹介する大阪地判平成15.2.13判時1842号120頁[ヒットワン]と、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁[選撮見録]です。

たしかに著作権法112条を見ても、著作権を侵害する者、あるいは侵害するおそれがある者に対して差止請求できると規定されているだけで、21条か28条、もしくは113条に規定されている行為をした者だけが侵害者だとは、はっきりとは書かれていません。大阪地裁の二つの判決は、そこを

テコとして著作権法の趣旨を解釈するという形で差止めを認めるという方策です。学説では、これは所有権の方で排他権を広げていくのに慣れている民法の先生方が提唱することが多い考え方です。私も、必然的に侵害行為に結びつくような装置の提供行為に対しては差止めを認めるべきだろうと考えています。しかし、学説はともかく、裁判実務として決して主流を占めているとはいえず、そのことが、この考え方の最大のデメリットとなります。たとえば、東京地裁は明示的にこうした論法を否定しておりますし(東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり])、大阪でも、高裁はカラオケ法理を用いる法律構成に回帰しています(大阪高判平成19.6.14平成17(ネ)3258[選撮見録2審])。

また、これもデメリットと考えるかどうかは立場によりますが、少なくとも権利者にとってデメリットとなるのは、差止請求の可否とは別に、非共同不法行為構成に必然的に随伴するもう一つの問題点です。つまり、この法理はあくまでも共同不法行為を前提にしていますので、物理的な利用者が著作権の制限規定の適用を受ける場合には、そもそも侵害がどこにも成立しないので、請求を認めることができなくなるということです。直接の利用者のところで侵害が成立しないのであれば、その場合は不法行為がありませんから、共同不法行為もあり得ないということになります。私などは、こうした差止めの不当な拡張を防ぐ籐をもっていることが、カラオケ法理にはない、この法理のメリットであるように思われますが、少なくとも権利者の立場を考えるのであれば、やはりカラオケ法理に頼らざるを得ない場面が出てくるだろうということも限界だといえます。

### 4) その他

その他、関係する問題としては、プロバイダーの責任論という問題がありますが、プロバイダー責任制限法等、別途、考慮を必要とするところがありますので、本稿では扱いません。裁判例やプロバイダー責任制限法との関係につきましても、田村善之「検索サイトをめぐる著作権法の諸問題(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17号95～99・119～122頁(2007年)、考え方につきましても、田村善之「インターネット上の著作権侵害とプロバイダーの責任」ジュリスト1171号69～76頁(2000年)に書きましたので、ご興味があればご参照ください。

### 3 裁判例の紹介

#### 1) 物理的な利用者の行為を人的に支配ないし管理する者の責任が問題となる類型

それでは、裁判例を紹介いたします。まずは、カラオケ法理の解説から始めようと思います。

カラオケ法理は、もともとは、物理的な利用者の行為を人的に支配または管理する者の責任が問題となる事例を規律するために登場した法理です。ただ、後で述べますように、ファイルログ事件を一つの転換点として、新種の様々なビジネスモデルに対してカラオケ法理が転用ないし変容して用いられており、さらに、ごく最近ではカラオケ法理から訣別する判決も現れています。こうした近時の動向については後からご紹介することとして、まずは基本的な主戦場はどこだったのかということを確認しておきましょう。典型例は、やはり最判昭和63.3.15民集42巻3号199頁[クラブ・キャッツアイ上告審]に示されています。

前掲最判[クラブ・キャッツアイ上告審]は、前述のような事情で、客の歌唱行為を店の歌唱行為とみなすことができるか否かということが問題となったケースで、演奏権の侵害になると帰結した判決です。この判決では次のような説示がなされています。ホステスも実は歌っていたという事情もあったわけですが、「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…は明らかであり、客のみが歌唱する場合でも、客は、上告人らと無関係に歌唱しているわけではなく、上告人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、上告人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、上告人らの管理の下に歌唱しているものと解され、他方、上告人らは、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上告人らによる歌唱と同視しうる」と説きました。

調査官解説によれば、実は最高裁の判決は事例判決であることを示唆するような説明もなされていたのですが(参照、水野武[判解]『最高裁判所

判例解説民事篇昭和63年度』(1990年・法曹会)165～166頁)、一般にはそのようには受け止められてはなくて、むしろ物理的に著作物を歌唱している者の歌唱行為をしてそれ以外の者の歌唱と評価しうる要件として、後者が前者の行為を管理し、そこから利益を得ていることという二つの要件を定立したものと理解されています。

この二要件は、その後のカラオケ関係の事件でも踏襲されており、多数の判決が下されています(高松地判平成3.1.29判タ753号217頁[まはらじゃ]、大阪地判平成6.3.17知裁集29巻1号230頁[魅留来]、大阪高判平成9.2.27知裁集29巻1号213頁[同2審]、大阪地判平成6.4.12判時1496号38頁[大阪カラオケスナック刑事]、東京高判平成11.11.29平成11(ネ)2788[ナイトパブG7第2審]、最判平成13.3.2民集55巻2号185頁[同上告審])。また、カラオケ以外の事件でも、キャバレーの店舗での楽団の演奏行為に対してキャバレー店の営業主が演奏しているとみなした判決等(前掲最判[クラブ・キャッツアイ上告審]以前の裁判例ですが、名古屋高決昭和35.4.27最新著作権関係判例集I443頁[中部観光即時抗告審]、大阪地判昭和42.8.21最新著作権関係判例集I450頁[ナニワ観光]、大阪高判昭和45.4.30無体集2巻1号252頁[同2審])がありますし、音楽の公演の企画者(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])や、バレエの公演の主権者(損害賠償請求事件で、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])についてもカラオケ法理の下で責任を認めた判決が出ています。

カラオケ法理の意義については先ほどご紹介したとおりで、第一に、差止請求を肯定しうること、第二に、物理的な利用者が著作権の制限規定を受ける場合にも侵害を肯定することができること、という権利者サイドから見た場合のメリットがありますが、第三に、適用範囲には限界があるのではないかというデメリットがあります。

なお、カラオケ法理が要求する管理要件と利益要件のうち、特に利益要件は評判が悪く、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、ということが指摘されています(田村善之『著作権法概説』(第2版・2001年・有斐閣)178頁など)。特にインターネットを考えると、営利目的がなかったとしても大規模な侵害行為を誘発することは可能であり著作権者に与

える影響は変わらないのではないか、そうすると、管理要件だけで十分ではないかと思われま

こうした批判を受けてか、裁判例でも利益要件はかなり緩和されています。たとえば、いずれも後述するカラオケ法理の転用例に関する裁判例ですが、サービス自体は無償であっても、サービスの利用に必要不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていれば利益要件は満たされるとする裁判例(東京地決平成14.4.11判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15.1.29判時1810号29頁[同中間判決]、東京地判平成15.12.17判時1845号36頁[同終局判決])があります。そもそもカラオケ法理から訣別するとともに、利益要件に該当する要件を定立しない裁判例も現れています(東京地判平成19.5.25平成18(ワ)10166[MYUTA])。私的複製に関して著作権を制限する著作権法30条1項の適用を肯定するためには複製主体が私人である必要があるという文脈で、複製主体が私人か業者かという問題設定を行い、カラオケ法理を用いることなく、業者である債務者の管理・支配の程度と利用者の管理・支配の程度を比較衡量したうえで、複製行為の主体を認定すべきであるという要件を定立する裁判例もあります(東京地決平成16.10.7判時1895号120頁[録画ネット]、要件論としては同様の枠組みをとりつつ、行為主体を債務者であると評価する際の考慮事情の一つとして債務者が保守管理の名目で利益を得ていることを斟酌するものに、東京地決平成17.5.31平成16(モ)15793[同仮処分異義])。もっとも、その抗告審で、知財高裁は、債務者による複製行為の管理を肯定するとともに、債務者が利用者から毎月の保守費用の名目で利益を得ていると付言しており、枠組みとしてはカラオケ法理に回帰しています(知財高決平成17.11.15平成17(ラ)10007[同抗告審])。

これらの裁判例の事案は全て営利目的を肯定しうるものばかりであり、利益要件を撤廃する必要性があったものではありませんが、説示としては、利益要件はかなり相対化されているといえるかと思えます。前掲最判[クラブ・キャッツアイ上告審]も、物理的な利用者である客は非営利であるという事件であり、カラオケ店舗までもが非営利だと38条1項が適用され非侵害となりかねないので、38条1項の適用を未然に防ぐためにカラオケ店を営利目的であると認定しているのだ、というようにやや制限的に射程

を理解することも不可能ではないでしょう。

ともあれこのように、カラオケ法理は当初は、カラオケ店やキャバレー店、あるいは公演の主催者・企画者等、直接の利用行為者と人的関係があり、人的な指示等を認めることができなくはないものに用いられていた法理であり、本来、そこを主戦場とする法理だといえるかと思えます。

## 2) 物的な利用手段を提供する者の責任が問題となる類型

### ① ナイトパブG7上告審

続いて、物的な利用手段を提供する者の責任が問題となる類型があります。これに関する代表的な裁判例が、前述した最判平成13.3.2民集55巻2号185頁[ナイトパブG7上告審]です。

この事件では、カラオケ店による楽曲の無断演奏も問題とされていますが、この行為自体はさきほど紹介したカラオケ法理により違法となることは明らかです。本件が判例として意義があるのは、さらにカラオケ装置を提供しているリース業者に対する責任の成否が問題とされたからです。

本件の原告であるJASRACの主張によりますと、カラオケ店舗の使用許諾契約の締結率は、1999年3月現在で60.4%、本件各店舗の存する茨城県では52%に止まっておりました。これも、JASRACの努力により相当、改善された数字です。1991年の事件開始当時は、もっと低い割合だったと予想されます。

JASRACは、そういった店舗をしらみつぶしにしていくのですが、なかなか大変です。裁判例の事実認定をみますと、業界用語でカラオケGメンと呼ばれることもあるJASRACの職員の方々が、カラオケ店舗に潜入して無断演奏の回数をチェックした際の証拠が提出されたりしており、ご苦労が偲ばれるところ です。

それに比べればカラオケ装置のリース業者の方はまだ数が少なく、そこをおさえればもしかしたらそれなりの数のカラオケ店舗を一網打尽に捕捉できるかもしれません。他方、リース業者の方にも言い分がありまして、JASRACと使用許諾を得る必要があることはリース契約を締結する際に契約書面や口頭で注意を喚起しており、それ以上の責任は負わない、と主張して争いになりました。

原審の東京高判平成11.11.29平成11(ネ)2788[ナイトパブG7第2審]

は、カラオケ演奏をなしているスナックが著作権侵害を理由とするカラオケ装置の使用禁止の仮処分執行命令を受けたことを知った時点以降もカラオケ装置のリースを継続したことについては責任を認めましたが、それ以前の行為については、スナックが許諾契約を締結していない可能性を疑わせるような特段の事情があったとは認められないとして、注意義務違反を否定しました。

しかし、私はこの結論は改めるべきであると思いましたので、その趣旨の判例評釈を書きました。その骨子は、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ように仕向ける帰結の方が合理的ではないかというものです。しかも、約半数のカラオケ店舗が著作権侵害をしているという状況では、使用許諾を得ていることを確認しなければ、半分位の確率で相手方は侵害者であるかもしれないということを意味しています。そして、カラオケ装置のリースが事実上、ほぼ必然的にJASRACの管理する楽曲の演奏に結びつくという状況で、このような義務を課したからといって、カラオケ装置の他用途が萎縮することはありません。リース契約の締結時に使用許諾の有無を確認する程度の義務を課すことは、リース業者にとって過重な負担であるとはいいたくないように思われます(田村善之[判批]NBL694号(2000年))。

そして、前掲最判[同上告審]も、原判決を破棄しています。リース業者は、装置を引き渡す際に、スナックが著作権者との間で利用許諾契約の締結・申込みをしたことを確認する義務があると帰結したのです。

その際、最高裁は、考慮すべき事情をいくつか挙げています。まずは、装置の引渡しによりJASRACが著作権を管理する著作物の利用行為に結びつく蓋然性が高いこと、そして、著作権侵害は刑罰法規の対象となる犯罪行為であること。つまり、それだけ抑止の必要性の高い行為であるということなのでしょう。さらに、最高裁は、リース業者が侵害の蓋然性が高い機器をリースすることで営業上の利益を得ていること、カラオケ店舗が著作物使用許諾契約の締結ないし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ものであること、リース業者にとってその確認は容易であって、それによって著作権侵害が回避されるものであることも斟酌しています。先にも述べたとおり、穏当な結論という

べきです。

## ② ヒットワン事件

ところで、この最判[ナイトパブG7上告審]は、結果的にライセンス契約締結の確認義務があると言っていますが、あくまでも損害賠償請求の事件でした。ですから具体的な注意義務の程度を示したものとして非常に重要な判決であるとはいえ、用いられた法律構成自体は共同不法行為責任でしかなく、それほど目新しいものがあるわけではありませんでした。しかし、この判決をテコとして差止めまで導く判決が現れました。それが、大阪地判平成15.2.13判時1842号120頁[ヒットワン]です。

この事件も、やはりカラオケ店舗にカラオケ装置をリースする業者の行為が問題となったものです。裁判所は、[ナイトパブG7上告審]の提唱する注意義務を手がかりにして、カラオケリース業者が原告の管理楽曲を無許諾で演奏している特定の店舗に対して、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命じたという事件です。この事件は、通信カラオケの事案でして、リース業者はカラオケ装置のリース後も楽曲データをカラオケ店舗に有線で送信しておりました。したがって、ボタン一つで楽曲データの送信をストップすれば、店舗でのカラオケ装置を用いた演奏を停止することができたという事情があります。装置の引上げという大げさな話になっていないのはそのせいです。

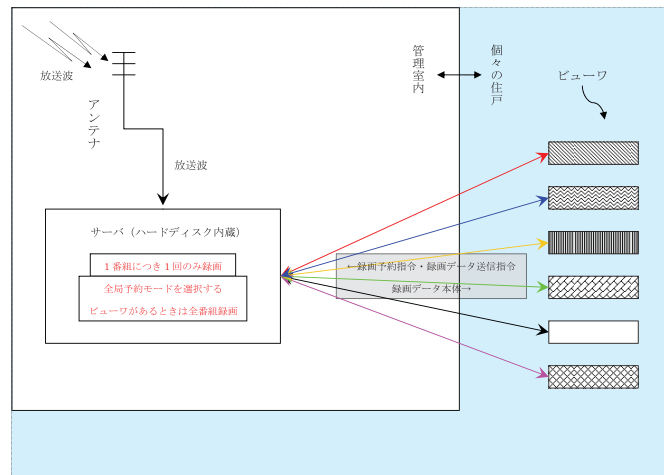
裁判所は、幫助者の行為が当該著作権侵害行為に密接な関わりを有し、当該幫助者が幫助行為を中止する条理上の義務があり、かつ当該幫助行為を中止して著作権侵害の事態を除去できるような場合には、当該幫助行為を行う者は侵害主体に準じるものと評価できるということを理由に、著作権法112条1項の解釈論として、幫助行為をなす者に対する差止請求を認容する法律論を採用しました。この条理上の義務というのが[ナイトパブG7上告審]でいう義務なのです。これは、十分ありうる発展形態だと思えます。なぜかという、[ナイトパブG7上告審]では、あそこまではつきりといろいろな考慮事由を挙げて、確認すべき義務があるとまで言っているわけですから、それならばそういった義務の履行を求めてもいいのではないかという発想に立つことはありうるのではないかという気がいたします。そのうえで、前述したように、本件の被告のリース業者が一挙手一投足で容易に侵害行為を抑止するという事情も、被告に対する差止め

を容認する方向に斟酌されています。

### ③ 選撮見録事件(地裁)

もう一件、類似の法理を用いた判決として、大阪地判平成17.10.24判時1911号65頁[選撮見録]があります。集合住宅に居住するユーザー向けに、管理人室等の共用部分にサーバーを置き、テレビ放送を一括して受信・録画(一週間保存)し、ユーザー(一台当たり最大50戸程度)からのリクエストに応じて配信する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」(「よりどりみどり」と読みます)を販売する行為に対して、関西地区の放送事業者(民放5社)が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差止めを請求しようかということが問題となった事件です。

図1 選撮見録のシステム概念図



\*本誌15号251頁より

一つ目の問題は、ユーザーの行為が私的複製の範囲といえるかどうかということです。本件システムには、録画すべき番組を個別に選択する個別予約モードと、一週間分の五つのチャンネルの番組全てを予約する全局予約モードの二つの方式を備えていましたが、本件システムのユーザーのうち一戸でも全局予約モードを選択した場合には、全番組につき録画データが一個ずつサーバーに蔵置され、そこから各ユーザーにデータが送信され

ることになっていました。全局予約モードが指定されていない場合でも、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止まり、そこから複数のユーザーへ送信されることになっていました。そういったしますと、この事件では、多数のユーザーのために一つの録画を活用していることになりしますので、これは私的複製にはならないという解釈にならざるをえないように思います。

このような考え方に対しては、批判もあります。わざわざ複数のサーバーを用意してユーザー一戸毎に一台ずつ割り当てたり、あるいは一台のサーバーを用意するに止めるけれども、ユーザー毎にディレクトリーを変えたりするなどの方策に比べると、本件事業者のなしたように、一台のサーバー、一つのディレクトリーを全ユーザーの共用とした方が遥かに効率的です。そうだとすると、本件事業者のサービスは、多数の私的複製を一括してより効率化しただけであり、本質は私的複製かつ私的送信であることに変わりはないのだという議論がなされているのです。

しかし、著作権法の建前としては、私的な複製等は非効率的かつ非斉一的に行われるからこそ(それでもかなりの損害は出ているかもしれませんが)、著作権者や著作隣接権者が何とか耐えられるかもしれないという前提で、私的な自由の方を優先しようという判断で私的複製等を自由に行っているわけです。そうしますと、効率のいいかつ斉一的に行われれば行われるほど私的複製の趣旨から外れていく、逆に、無駄なことをすればするほど私的複製に当たりやすくなるということにならざるをえないのではないかと思います。

二つ目の問題は、この事件では実はマンションの管理人が訴えられたわけではなくて、この装置をマンションに販売しようとしていた業者が訴えられていたということです。つまり、管理人であれば、後で紹介いたします、システム提供型に対するカラオケ法理の転用という一連の裁判例の理論を使って行為主体と認めやすいのですが、管理人ではなくて、装置を売っている販売業者が果たして差止請求に服するのかということが問題になったケースです。

この点に関し、大阪地裁は、ほぼ必然的に権利侵害の結果が生じる反面、直接侵害を排除・予防することが非常に困難である行為は、直接の著作隣接権侵害行為と同視できるということを理由に、著作権法112条1項の類

推解釈として、直接侵害行為以外の行為の差止めを認めうるとしまして、侵害行為に必然的に結びつく行為に対しては、幫助行為であっても著作権者はその差止めを請求しようと帰結しました。

裁判所は、被告の行為は著作隣接権侵害行為そのものではないということと理由に、112条1項の直接適用は認められないとはっきり言っているのですが、類推解釈として差止めを認めることができると判示したのです。前掲大阪地判[ヒットワン]が直接適用であったのに対して、ここでは類推適用と一步後退はしたかもしれませんが、帰結としては全く変わらない判決であるといえます。

なお、放送事業者は著作権に基づく請求もなしていましたが、裁判所は、著作物性や著作権の取得の有無を認定するに足りる主張がなされていないとした事件です。後に紹介する控訴審でも、全ての番組に放送事業者が著作権を有するわけではない以上、著作権に基づく差止めを認めることは過大であるということで、その請求が退けられています。この辺は、放送ただけで自動的に放送事業者が取得することができる著作隣接権(田村・前掲『著作権法概説』535頁)と異なるところですが、こと差止請求を認める法律構成という点に関する限りは、著作権でも著作隣接権でも変わりはありません。

以上が[ナイトパブG7 上告審]をテコにして差止めまで導く二つの判決でした。先ほど申し上げたように、私自身は、112条1項を持ち出すかどうかはともかくとして、その帰結自体は支持すべきであると考えておりまして、選撮見録事件の原審にはその旨の(私)鑑定意見書も提出しております。

#### ④ 選撮見録事件(高裁)

しかし、これまでのところ、東京地裁ではこの考え方はとられていません(東京地判平成16.3.11判時1893号131頁[ファンブック罪に濡れたふたり])。裁判官の受けも決してよいとはいえないように思います(解釈論としては否定説を支持し、立法的な解決の必要性を唱えるものに、高部眞規子「著作権侵害の主体について」ジュリスト1306号128～130頁(2006年))。

そういったこともあったのか、この事件の控訴審で、大阪高裁は、この法理で差止めを認めることはせずに、カラオケ法理を使って差止めを認めました。それが、大阪高判平成19.6.14 平成17(ネ)3258[選撮見録2審]で

す。重要な判決ですのでご紹介します。

カラオケ法理は、もともとは業者を直接、人的に管理または支配している者に対する責任を認める法理だったのが、後述するファイルログ事件以降は、そうした直接の人的関係がなくても、システムや装置、サービスのシステムを通じて大量の利用行為を誘発する行為に対しても転用されるようになっていきます。そして、こうしたカラオケ法理の転用型であるシステム提供型を用いる裁判例で、今までのところ、著作物の直接の利用行為と最も距離のある行為を直接の行為主体と認めたのが、この前掲大阪高判[選撮見録2審]です。

事案は、さきほど申し上げたとおりでして、集合住宅の居住者向けに管理人室等の共用部分にサーバーを置き、テレビ放送を一括して受信・録画し、ユーザーからのリクエストに応じて配信する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」を販売する業者に対する差止めの可否が争点となったというものです。

原審は、前述いたしましたように、直接の行為主体と認めることを否定しつつ幫助行為に対する差止めを認容するという少数説に立脚して請求を認容しました。一方、大阪高裁は、この販売者が装置の販売により個々の住居の居住者である使用者(ユーザー)の複製の過程を技術的に決定支配しているとともに、販売後も安定的運用のために当該サーバー装置をネットに接続し、リモート・コントロールにより保守管理を行っていることも考慮して、販売保守業務等において利益を得ていることを理由に、販売者が行為主体であると認めました。

本判決の射程を理解するうえで、リモート・コントロールによる保守管理というのは非常に重要な要素です。物理的な利用者との間で継続的な関係があると観念しうるリースではなく、販売者まで直接の利用者であると把握したという点で、広範に利用行為主体性を是認する判決ではあるのですが、本件の被告は装置の売切りではなく、ネットにつないでにおいて、故障したらすぐわかるようにしてあったため、そこが手がかりとなって、逆にいえば被告にとっては仇となり、販売者にまで射程が及びました。このような事情のある純粋な販売者ではないところが限定のかかっているところではありまして、さすがにこういった要素がないと、本判決の理屈をもってしても、販売者に対してその後の利用行為の主体を認めることは困

難でしょう。

そのような限定はかかっているとしても、本判決が録画装置の販売業者をして、装置を購入した者の録画をなしている行為主体であると認めたことに変わりはありません。とはいうものの、本判決の真意を理解するためには、こうした理由付けだけでなく、その主文を見る必要があります。論理としては、被告は録画の行為主体だということですから、録画行為を差し止める主文が出そうなものです。しかし、装置を販売している被告に対して、録画をしてはならないという主文を下しても、被告は物理的には録画をしていなのですから、何もしなくても主文を守っているということになりかねません。

裁判所も、個々の録画自体を停止しえないということを認めておりまして、ゆえに主文としては録画の差し止めではなくて、装置の販売の差し止めの限度で請求を認めました。実際の主文は、「別紙目録記載商品を販売して同集合住宅の入居者にその使用による放送番組の録音・録画をさせてはならない」というものなのですが、「同集合住宅の入居者に…録音・録画をさせてはならない」のくだりは、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であるに止まります。具体的に差し止めの対象となっている行為は、あくまでも「別紙目録記載商品」の「販売」でしかありません。

こうした事情は、本判決がシステム提供型に対するカラオケ法理の転用という一連の裁判例に従っている装いをみせつつ、その目的は、あくまでも装置の提供者に対して差し止めを認めようとする原審を含む大阪地裁の二つの判決を擁護するところにあったことを窺わせるものです。原審の法律構成のままだと、東京地裁と齟齬するということ、上告が受理される可能性は低いものとはいいたいように思われます。しかし、大阪高裁のような理由付けであれば、法律構成としては目新しいものではなく、後は事案へのあてはめの問題だということになり、上告理由にはならないとして処理されるかもしれません。私には、そうした配慮が高裁の判断の背後にあるように思えてならないのです。本稿で、この判決を次に述べるシステム提供型ではなく、一連の大阪地裁の判決と同じく、物的な利用手段を提供する者の責任が問題となる類型のところ解説したのはそのためです。

### 3) 著作物の利用を誘発するシステムを提供する者の責任が問題となる類型

#### ① ファイルログ事件

続きましてカラオケ法理の転用についてお話します。

そもそもの始まりは、東京地決平成14. 4. 11判時1780号25頁[ファイルログ著作権仮処分]、東京地判平成15. 1. 29判時1810号29頁[同中間判決](同一のサービスによる著作隣接権侵害に関する東京地決平成14. 4. 9判時1780号25頁[ファイルログ著作権隣接権仮処分]、東京地判平成15. 1. 29平成14(ワ)4249[同中間判決]も同旨)です。

この事件で問題となったサービスである「ファイルログ」というものは、簡単にいえばナップスターの日本版です。具体的にはMP3ファイルと、仲間同士のファイル交換用ソフトであるP2Pという技術を前提としています。ご存じの方が多いと思いますが、P2Pというのは、自分がネットに接続している状態のときに同時に接続している他のユーザーのハードディスク内に保存されているファイルを、あたかもサーバーにアップ・ロードされているかの如く扱う技術です。これは非常に画期的な技術でして、ファイルがサーバーに蓄積されていなくても、ネットに接続されているユーザーのハードディスクに蔵置さえされていれば、それをダウンロードすることができるわけで、これにより世界中のユーザーのパソコンのハードディスクを自己のハードディスクであるかのように扱うことができます。Peer to Peer (P2P)と呼ばれる所以です。P2Pは、著作権者にとっては非常に脅威でしょうが、使いようによってはとても便利な技術です。

もっとも、このファイルログやナップスターはかなり初期のP2Pでして、中央管理サーバーを必要とするものでした。そこにファイルが蔵置されている必要はありませんが、その中央管理サーバーに必ず両方のユーザーがアクセスしなければなりません。そして、アクセスしているときに、そのユーザー間でファイルの共有を促すことができるというものです。その意味で、法理次第で中央管理サーバーに対する差し止めが認められるのであれば、それ以上の著作権侵害を一網打尽に防ぐことができるので、著作権者にとっては権利行使は相対的に容易であるといえます。

ところが、ご存知のようにWinnyに代表される非中央型のP2Pというものはもっと脅威でありまして、中央管理サーバーを必要としません。その

ソフトウェアを利用している者がネットに接続している限りは、どこでも自動的に中央管理サーバーのようなものを自ら作っていくというすごい技術です。中央管理サーバーが不要で、いたるところでP2Pファイルが交換できるというのですから、著作権者にとっては実効的に侵害を抑止するターゲットを見つけることが困難となります。そこで、民事ではなく刑事事件ですが、こうした技術の開発者の権利侵害に関する幫助犯としての責任が問われ、それを肯定したのが、京都地判平成18.12.13判タ1229号105頁[Winni]です。

さて、ファイルログの事件に話を戻しますと、この事件では、会員(無料で入会できる)がファイルログにアクセスすると、他の会員が所定のフォルダ内に入れているファイルのデータベースを提供します。そこで、現在アクセスしている人の中で、たとえば某アーティストの何々という曲は、今、誰々が持っているということがわかる情報(実際にはファイル名から推測することになります)が出てきますので、それを手がかりにファイルをやりとりできるというケースです。JASRACとレコード会社が、それぞれファイルログを提供する会社に対して著作権ないし著作隣接権侵害を理由に、侵害訴訟を提起しました。

問題の一端は、ユーザーはファイルログのサーバーにアクセスする必要があるとしても、実際の送信行為は、サーバーから発信されるわけではないというところにあります。つまり、ファイルログのサーバーはデータベースの情報を提供してはいるのですが、ユーザーがファイルを選択し、ダウンロードを指示するボタンをクリックすると、ファイルログのサーバーを経由することなく、当該ファイルを蔵置している別のユーザーのところから直接、当該ファイルが送信されるというシステムになっているということです。

これについて、私は権利者側から(私)鑑定意見書を提出しています。私は、適法行為を違法行為に転換する能力があるカラオケ法理の射程が、直接、人的支配がない事例にまで及ぶことには慎重であるべきだと考えています。したがって、そのような直接の人的な関係がない本件で、カラオケ法理を活用することに対しては否定的です。しかし、本件では幸い必ず中央管理サーバーが基点になっていますから、むしろ技術的な問題として、ファイルログ内のデータベースを起点として、ファイルログにアクセ

スしているユーザーのハードディスクも含めた一体のものを管理していると評価しました。前述したように私は、プロバイダー等の責任に関しては、著作権侵害を組成するファイルが蔵置されているサーバーの管理者は、一挙手一投足で侵害を抑止しうる以上、著作権の直接侵害者であると考えています。本件でもファイルを蔵置しているわけではないとしても、ファイルが特定されさえすればデータベースからファイルを削除することは容易なのですから、直接侵害と認めてよいように思われます。

しかし、裁判所はカラオケ法理を転用することにより侵害を肯定する論法を採用しました。当該サービスの提供によってユーザーの公衆送信権侵害行為を管理し(=管理性)、当該サービスの利用に必要な不可欠なソフトウェアを入手するためのウェブサイトから広告収入を得ていた(=利益性)という論理構成の下で、サービス提供者が公衆送信権侵害の主体であると帰結したのです(なお、差止めや損害賠償の範囲につき、東京地判平成15.12.17判時1845号36頁[ファイルログ著作権終局判決]、著作隣接権に関する東京地判平成15.12.17平成14(ワ)4249[同著作隣接権終局判決]も参照)。控訴審である東京高判平成17.3.31平成16(ネ)405[ファイルログ著作権2審]も、この二要件に言及しつつ、原判決を維持しています(同旨、東京高判平成17.3.31平成16(ネ)4465[ファイルログ著作隣接権本案2審])。

以降、裁判実務において、どのような形でカラオケ法理が転用されていたのかということを紹介します。

まず、転用類型はかなりの数がありますが、利益要件は、そもそものカラオケ法理が主戦場で展開されていた時代から批判を受けていたことでして、転用類型の裁判実務で形骸化しつつあることも既に申し上げたとおりです。

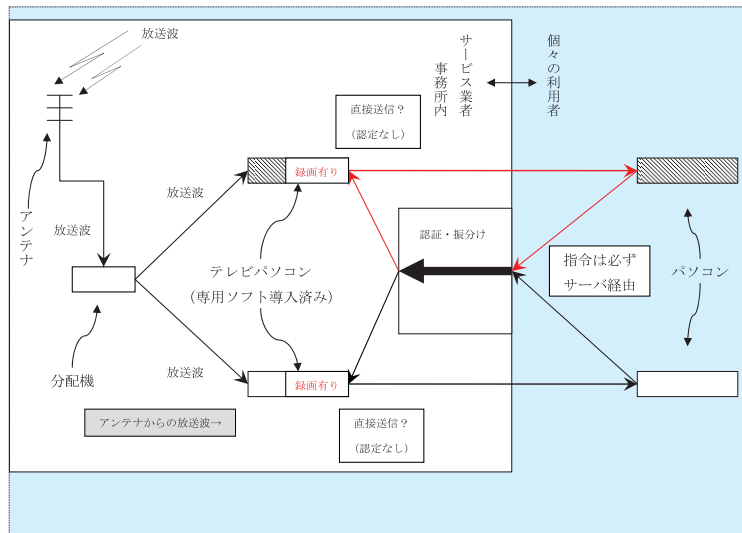
もう一つの要件である、管理・支配要件に関しても、利用行為をなしている人に対する直接の管理・支配ではなくて、むしろ大量に利用行為を誘発するサービスやシステムを管理しているところに着目するという変容が見られます(吉田克己「著作権の『間接侵害』と差止請求」知的財産法政策学研究14号160頁(2007年)が提唱する「システム提供型」の登場)。その結果、かなり要件が抽象化していますので、侵害の成否の分岐点は一体何なのか、何を以て管理と認めるのかということが逆に問題になってく

るわけです。ごく最近の東京地裁の判決では明示的にもカラオケ法理を使わないものが出ていますので、その変遷のお話をいたしましょう。

② 録画ネット事件

まずは、東京地決平成16. 10. 7判時1895号120頁〔録画ネット〕、東京地決平成17. 5. 31平成16(モ)15793〔同仮処分異議〕、知財高決平成17. 11. 15平成17(ラ)10007〔同抗告審〕をご紹介します。これは、海外在住の方のために、日本国内でテレビ番組を録画しておいてあげて、それを海外で視聴できるようにネット経由で配信するというものです。技術が非常に進みまして、インターネットでもかなりスムーズに動画の配信をできるようになっているということが技術的な背景です。アイデアとしては非常によいサービスだと思いますが、放送事業者の著作隣接権を侵害しているのではないかということが問題とされました。

図2 録画ネット概念図



\* 本誌15号249頁より

具体的には、まず、テレビチューナー付パソコンをユーザーの数だけ用意します。選撮見録事件の場合のように一台で複数のユーザー分を録るなどということはせずに、ユーザーがネット経由により直接指令を出して録

画させるわけです。ですから事業者側に有利に言えば、ある意味、これは単に場所を貸しているだけで、そこにユーザーのパソコンが置いてあって、ユーザーが勝手に録画しているだけだといえなくもないわけです。そうやって本当に観ることができればこれは私的複製でしかなくて、セーフだということになるわけです。境界線の事例がいくつかありますが、そのうちの一つだということはいえるでしょう。

本件では、テレビパソコンの所有権がユーザーにあるのか債務者にあるのかということも一つの争点とされています。契約の文言上は、パソコンは事業者がユーザーに売却したことになっており、ゆえに地裁レベルでは最初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ます。ところが、抗告審は所有権の移転は仮装に過ぎないと帰結しています。何が問題かといいますと、一度もユーザーがパソコンに接していない場合があるのです。元々、事業者の方が買い溜めてありますから、ユーザーは調達もしない。調達は事業者の方がして、それで一応、所有権はユーザーにあるといっていますが、契約が切れたときは他のユーザーに無償で譲渡するという仕組みをとっており、かりにユーザーが返却を希望したとすると、たしかに返却はするのですが、ハードディスクを初期化することになっていました。こうした事情を捉えて、抗告審は、売買は仮装に過ぎないと断じたわけです。もっとも、パソコンの所有権はユーザーにあると帰結した地裁も、結局は、行為主体をユーザーではなく事業者と認定しているのですから、所有権の帰属が最終的な決め手とされているわけではありません。

ほかにも事業者に不利だったのは、事業者の方でパソコンに専用のソフトを導入して本件サービスを使いやすいように特化していました。さらに、ユーザーが指令をするといっても、ネット上で必ず会員であるかどうかの認証等の手続を経なければ指令も出せないことになっていました。

裁判所は厳しい判断をしました。一番の裁判所は、利用者がテレビチューナー付パソコンを所有するといっても、それは事業者の事務所に設置されており、録画についての関与の仕方も、所定のソフトウェアに従ったものであること等を理由に、ユーザーがパソコンを管理・支配する程度は極めて弱いということを理由に、複製の主体は事業者であると評価して、私的使用目的の複製とは認めず、隣接権侵害を肯定しました。異議決定は、複製の主体は事業者単独ではなく、ユーザーと事業者の共同行為であると

認定しましたが、そうであっても、著作権法30条1項にいう「その使用する者が複製する」とはいえないことに変わりはないことを理由に原決定を維持しています。

抗告審裁判所は、本件においては、事業者の事務所内に事業者が調達し設置・管理するテレビチューナー付パソコン、アンテナ等々、および大きな機器類、並びにソフトウェアが有機的に結合して一つの録画システムを構成しており、利用者がテレビチューナー付パソコンにアクセスする際には、手元のパソコンから事業者が運営するサイトにアクセスし認証を受ける必要があること、そのうえで、サイト上で示される手順に従って録画を行うということを斟酌して、複製行為の主体は事業者であると判断しました。

③ ロクラク事件（地裁）

続いて、東京地決平成19.3.30平成18(ヨ)22046[ロクラク]というケースでも侵害が認められましたが、これは録画ネット事件とよく似たケースです。むしろ、この事件は、従来の裁判例の流れを変える逆転判決である控訴審判決の方が重要ですので、後で控訴審判決をご紹介します。

④ まねきTV事件

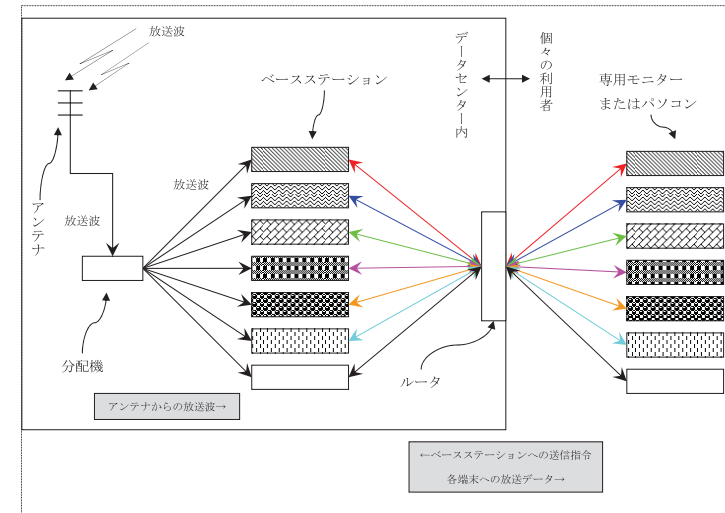
一方、侵害否定例として、東京地決平成18.8.4判時1945号95頁[まねきTV]、知財高決平成18.12.22平成18(ラ)10012[同抗告審]がございます(参照、佐藤豊[判批]知的財産法政策学研究15号(2007年))。

問題とされたサービスは録画ネット事件のものと似ていますが、顧客のターゲットは多少広げられており、海外在住の者に限らず、国内を含めて外出先あるいは放送波の届かない地域からもインターネットを介してテレビ放送の視聴ができるようにするというものでした。放送事業者は、複製権ではなく、やはり著作隣接権の一支分権である送信可能化権に基づいて、差止めを求めました。

裁判所は、録画ネット事件と異なり、非侵害と判断しました。

録画ネット事件と異なる本件の最大の特徴は、ベースステーションにあります。録画ネット事件でも、事業者はユーザー毎に一台ずつテレビパソコンを用意しておりましたが、まねきTVの事件では、ソニーが市販しているロケーションフリーテレビというものを使用しました。市販されていますので、テレビチューナー付パソコンに専用ソフトウェアを導入しなくて

図3 まねきTV全体図



\*本誌15号242頁より

も、そもそも市販品を購入した状態でネットを利用してテレビ放送の送受信ができるように仕組みられているという製品です。しかも、このロケーションフリーテレビは、ユーザーが自ら量販店等で購入して事業者に送らなければならないのです。そして、アクセスしてきたユーザーに指示を出すときも特別な認証手続は不要ということです。

裁判所は一、二審ともに、ベースステーションはユーザーが所有しているので、行為主体は事業者ではなくユーザーであると判断しました。そのほか用いられているものは汎用品であって、本件サービスに特有の特別のソフトウェアは使用されていないし、一台のベースステーションから複数のモニターやパソコンに放送データが送信されることも予定されていない。また、債務者が保管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わけでもないし、利用者がベースステーションにアクセスする際に特別な認証手続を要求するなどして事業者が放送の視聴を管理することまではしていない、というのです。

実はこの事件では、事業者が録画をなしているとは認定されていません。したがって、この事件は録画が争われたケースではなくて、送信可能

化をなしているかどうか争われたケースです。そして、先に示したような本件の事情の下では、自分の所有しているパソコンが自分のモニターに送信しているだけなので、一対一対応だから自動公衆送信がなされるわけではなく、ゆえに送信可能化もなされていない、と判断されたのです。

この事件の決め手は、やはり市販のロケーションフリーテレビが用いられているというところにあるように思います。もし本件のサービスまでもが著作権を侵害するということになりますと、結局、市販のロケーションフリーテレビはどこで活躍したらいいのだろうということになるわけです。自宅にロケーションフリーテレビを置いたり、友人に頼んで置いたりしてもらおうことはできるかもしれません。もちろん、自分でスペースを借りて、そこにロケーションフリーテレビを置くこともできるでしょう。かりに本件が侵害であると判断されてしまいますと、その場合、予めアンテナを立てておき、ロケーションフリーテレビを設置しやすい環境を整えている業者が、どの程度、現れてくれるのか、心もとないものがあります。そうすると、せっかくロケーションフリーテレビという新しい技術ができて市販されるほどのものになったにもかかわらず、利用が進まないということになりかねません。

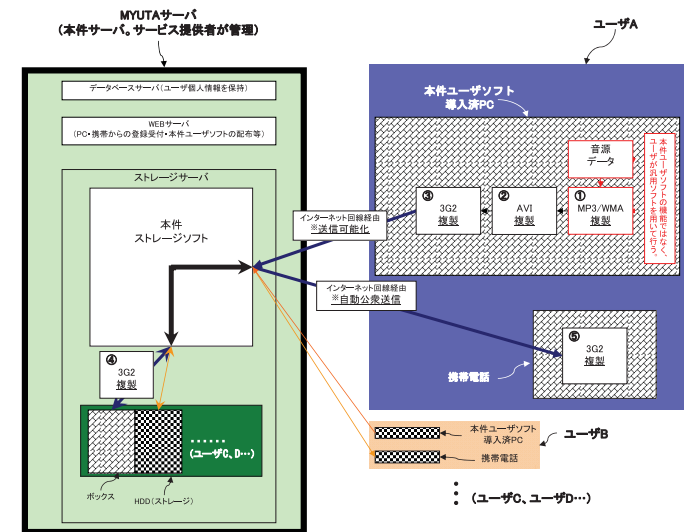
これはちょうど、昔のアメリカ合衆国のベータマックス訴訟を想起させます。ベータマックス訴訟は、構造としては、日本の会社が先駆けて開発した録音・録画の技術に対して、ハリウッドが文句をつけたという事件です。具体的には、SONYの発売するベータのビデオデッキの製造販売行為が、大量の家庭内複製を誘発しており、映画会社の有する著作権の寄与侵害に該当するのではないかということが争点となりました。地裁は非侵害、控訴裁判所は侵害と下級審段階では判断が分かれていましたが、最高裁は、5対4の1票差で家庭内での行為をフェア・ユースだと認めました(Sony Corp. of Am. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417(1984))。多くのユーザーがタイム・シフティングのために、つまりライブラリー目的ではなく、放送時間帯に視聴が困難なので後で見るために録画しているところ、最高裁の理解では、少なくともタイム・シフティングの目的であれば、それはフェア・ユースになる。そうするとかなりの数がフェア・ユースだということになるから、実質的に適法に使われる用途がある機械だということで、寄与侵害が否定されたのです。

もし、ベータマックス事件でビデオデッキの製造販売行為がアウトになっていたら、いろいろなビジネスモデルの変化があったと思います。もちろん、録画機器自身の製造販売が問題となったベータマックス訴訟と、ロケーションフリーテレビという送受信機器の製造販売ではなく、それを用いたビジネスが問題となったまねきTV事件とでは事情を異にするところがあります。しかし、それにもかかわらず、まねきTV事件でロケーションフリーテレビの機能に依存するところが大きい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えなくなりかねません。侵害を否定した裁判所の判断の背後にはそのような発想があったのではないかと私は思っているところです。

⑤ MYUTA 事件

こういった一連の判決の中では最後になりますが、東京地判平成19.5.25判時1979号100頁[MYUTA]をご紹介します。この事件の裁判所はカラオケ法理をとらずに独自の総合考慮型の法理を導入しています。債務不存在確認訴訟ですので、通常と異なり、JASRACが被告となっております。

図4 MYUTA システム概念図



まずは、問題となった本件の原告のサービスを紹介します。

原告が提供したのは、いわゆるストレージサービスをベースにしています。一般に携帯電話やモバイルのパソコンの記録容量は限られており、出張時等に大容量のデータを常時、持ち運ぶのには適していません。そこで、サービス提供事業者の管理するサーバーにデータを保存しておき、インターネット経由でアクセスできるようにしておいて、出張先等でそこを呼び出せば必要なファイルが読み込めるようにするのがストレージサービスというものです。

もっとも、原告のサービス「MYUTA」（「まいうた」ではなく「みゅーた」と発音するようです）は、単純なストレージサービスではありませんでした。裁判所の認定によりますと、私人が個人レベルで、市販の音楽CD等から楽曲を携帯電話に移すことは、技術的に相当程度困難だということです。そういう状況下で、原告のサービス「MYUTA」は、ユーザーが保有する音源データを携帯電話で利用できる3G2ファイルに変換し、原告のサーバー経由で、ユーザーの携帯電話にCD等の楽曲データを保存することを可能とするものです。

これは著作権者にとってはある意味で打撃です。ユーザーが個人レベルで音楽CDの楽曲データを携帯電話に移すことが困難であるという状況を利用して、音楽CDを販売するときには別に携帯電話に録音できることを前提にしないで対価を取っておき、別途、着うた等で利益を得るというビジネスモデルを敷いているとしましょう。そうすると、原告の「MYUTA」のようなサービスが大々的に行われますと、CDソフトを販売する時点で着うた市場で対価を得る機会が失われる可能性を考慮した価格設定なりビジネスモデルを設計する必要があることとなります。

この事件で裁判所は、結局、侵害であるとししました。原告のサービスは、ストレージサーバーを経由してユーザーが自分のために録音しているようにも見えます。そういう見方をすると、原告のサービスにあつてはユーザーの私的複製と私的送信が行われているだけだということになりますが、裁判所は、そのような見方は採用しませんでした。原告のサービスにおいてMYUTAサーバーに楽曲を複製し、ユーザーの携帯電話に送信することは本件サービスにおいて不可欠の最終的プロセスであること、その複製行為、送信行為は専ら原告が所有し、その支配下に設置して管理してい

る本件サーバーにおいて行われること、ユーザーは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が、本件サービスに不可欠なユーザーソフトの仕様やストレージの条件、送信の機能は原告によってシステム設計で決定されていること、ユーザーが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困難であるところ、原告が提供する本件サービスによってそれが可能になっていること等々を理由として、本件サーバーに3G2ファイルを蔵置する複製行為の主体はユーザーではなく原告であると判断しました。カラオケ法理を当てはめても拾えるような要素は出しているのですが、二要件で判断しているわけではありません。しかもカラオケ法理では直に考慮するわけではないかもしれない技術的な困難性ですとか、そういった種々の事情を入れております。もちろん、管理要件のところ、そうした事情を考慮することは不可能ではないでしょう。しかし、それにしても、本判決は、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とを打ち出したところに意味があります。

もっとも、こういった形で利益衡量を前面に入れてきましたので、この先、社会環境や技術環境が変わったときにどうなるのかということが大変興味深いところです。つまり、今後、ユーザーがCD等の音源データを携帯電話用に変換できるような簡易なソフトが早晚、提供されることになるかもしれません。もしそうなったときには、この利益衡量を前提にしますと、技術的にユーザーが困難なことを可能にするサービスだから行為主体はユーザーではなく業者であるという命題が崩れますので、もしかすると社会環境の変化によっては変わってくることになるかもしれません。

そうすると、これは過渡期の判決だということになります。そのようにして、私人が個人レベルで音楽CDの音源データを携帯電話に保存することが簡易にできるようになった暁には、本件の原告のサービスは、私人レベルで自由になしうる保存行為につきサーバーを提供しているだけの通常のストレージサービスと変わるところはなくなるかもしれません。そうなりますと、本判決の論法の下でも、原告のサービスは著作権を侵害しないことになりそうです。

しかし、将来の技術的な環境の変化によって非侵害となりうるものだとすると、そもそも現時点においても著作権者の不利益は、はたして本当に

法的な保護に値するものであるのかということが問題になるように思われます。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ものであるにもかかわらず、現時点でその差止めを認めてしまうと、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、過度に萎縮効果が働き、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が過度に抑止されることになりかねません。他方、著作権者としては、コピー・プロテクションをかけておきさえすれば、現行法上も法的な保護を享受することができるのです(著作権法30条1項2号、120条の2第1号)。プロテクションを施すことなく、事実上の技術的制約に頼るという選択肢を採用した以上、著作権者としては早晩、技術的な環境が変化するリスクは覚悟しておかなければならないはずで、そのような著作権者を保護し、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ます。

このように、本判決の結論には疑問がないわけではないのですが、そもそもそのような衡量を働かせるのが裁判所でよいのかという問題もあるように思います。これは本判決に限らず、カラオケ法理を転用する裁判例全てに共通する問題です。そこで、この点に関しては、以下に従来の裁判例の流れをまとめた後で、改めて検討することにしましょう。

さて、それでは、ここまで紹介した裁判例をまとめておきましょう。

個々の利用者一人に装置を一台割り当てているかどうかということがまず一つの分岐点となります。これが否定されて、装置一台で利用者を多数相手にしている場合には、もはや私的複製とか私的な送信とはいえなくなり、行為主体は業者であると見られやすいということです。これにより侵害が認められたのが選撮見録のケースです。

他方で、ユーザー一人当たり一台割り当てているということになりますと、その次は、その装置が業者の管理する場所に設置されているかどうかの問題となります。これが否定されたケースは、そもそも事実認定で業者の管理する場所に置かれていたのですが、それだけではなくて、装置の調達も一括して業者が行っているかどうか、その利用に必要なソフトウェアも業者が提供しているか、さらにはサーバーからアクセスするときの認証手続も要求しているかといったことが斟酌され、これらが肯定されれば行為主体は業者になります。他方で、利用に供される装置が市販品であり、調達もユーザーが行っている、その所有権もユーザーに帰属すると評価し

うるような場合には行為主体はユーザーになります。こういった形の大きな意味でのマトリックスが描かれるということになります。

⑥ ロクラク事件(高裁)

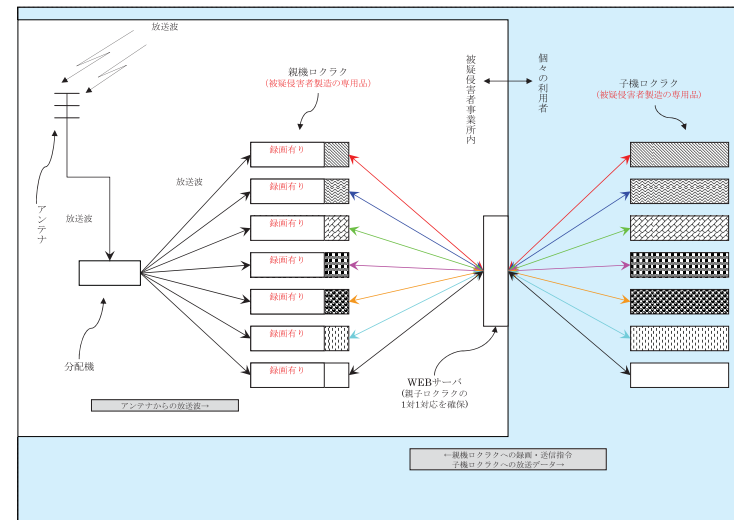
こうした形で従来の裁判をまとめてみましたが、これを完全に覆す判決が現れて、注目を集めています。それが、録画ネット事件とほぼ同じ事案で、侵害を認めた地裁の原判決を取り消し、侵害を否定する逆転判決を下した知財高判平成21.1.27平成20(ネ)10055他[ロクラク2審]です。

そ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、と判示しました。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、というのです。

私の言葉遣いで説明しますと、人が適法になしうる行為をより効率的、より齊一的に行えることにしたからといって違法となるものではないと断言することになります。つまり、従来の裁判例とは真っ向から対立する、そういう判決です。

より具体的にみていきましょう。事案は、録画ネット事件とほとんど変わりありません。親機ロクラクと子機ロクラクというものがあって、親

図5 ロクラク概念図



機ロクラクの方を事業者のところに置いておいて、それをユーザー一人一台ずつ割り当てる。子機ロクラクはユーザーの方に置いておく。そういうケースです。

このように録画ネット事件と変わらないがゆえに、侵害を認めた地裁は、学者等の目を惹くようなものではなく、一部異論はありますが、一般には予想の範囲内の判決だったわけです。ところが、控訴審では、さきほどのような理由で逆転した。非常に重要な判決なので、判文を詳しく紹介しておきましょう。

「控訴人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、控訴人が、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、控訴人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、より大きな見地からの判断が示されています。「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どころである。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被控訴人らの正当な利益が侵害されるものでもない。」

非常に重要なことは、私が危険だと申し上げた適法行為から違法行為への転化機能というものがカラオケ法理にあるのだということをはっきり認識したうえで、その理屈は通らない、換言すれば、適法行為を違法行為に転化するべきではない、という判断を明確に示した点にあります。

そうなりますと、この判決の法理の射程が問題になるわけです。当然、事案をほぼ同じくする録画ネット事件はセーフになるでしょう。それだけではなくて、MYUTA 事件でも、ユーザーは問題となった複製自体をそもそも適法になしえたわけですね。適法になしえたのだけど、ただ技術的に困難だったから、物理的にはできなかったに止まるわけです。被告は、その物理的な障害を取り払っただけです。そうだとすると、これは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だけです。ロクラク事件控訴審判決の立場では、MYUTA 事件も非侵害になると思います。

それでは、何が侵害のまま残るのか。私は、この法理をもってしても、選撮見録事件の管理人室で行われる行為までは非侵害にならないと思います。それは、選撮見録事件では、起点となる行為が、管理者のところで行われた物理的に複数の複製だったからです。あるいは、管理者のところで物理的に公衆送信行為が行われている。司法の場でカラオケ法理のような規範的な評価を入れるまでもなく、物理的に複数者のための複製や多数者向けの送信が行われているということが重要です。このような行為に対しては、すでに立法の判断として、自分自身のために複製しないもの、あるいは不特定ないしは多数の者に送信することに関しては、私的複製に該当しないとか、公衆送信に該当するということが違法になるということを著作権法の条文で明らかにしていますから、これは特にカラオケ法理を用いるまでもなく、はなから違法なのであって、適法行為を違法行為に転化するということにはならないので、少なくともこの事件で管理人室で行われている行為に関しては、侵害のまま変わるところはありません。他方で、選撮見録事件でも、装置を販売しただけの業者に関しては、やはり物理的には著作権法が直接侵害として規定している行為に装置の販売行為は含まれませんので、やはり非侵害とされるでしょう。

結論として、ロクラク事件控訴審判決の下では、ロクラクあるいは録画ネットのケース、あるいはMYUTA のケース等のように、ユーザーの適法な複製行為がある場合には、これをシステム提供型で合理的に技術的・効

率的に行えるようにしたからといって違法行為に転化して侵害となることはない、と思います。

#### 4) 検討

本稿の冒頭で申し上げましたように、著作権法が権利に服する利用行為をあれだけ細かく規定しているということは、何を規制して何を規制しないかを立法で決めているといえます。

システム提供型と呼ばれる一連の裁判例の問題点は、カラオケ法理の主戦場を超えて人的な支配がない類型にまでこの法理を用いるということにあります。システム提供型のように、装置やサービスに対する管理をもって人の利用行為に対する管理であると擬制してしまうと、結局、人の利用行為を規制するのではなくて、当該利用行為に供される装置やサービスの提供行為を規制することになってしまいます。つまり、そのような装置やサービスに関してカラオケ法理を転用することによって、裁判所の判断で違法類型を作り出していることとなります。さらに、カラオケ法理という蓑をかぶることなく、直接、技術的な環境など様々な要素を衡量するMYUTA事件の判決の論法も、裁判所の判断で違法と判断していることに変わりはありません。

しかし、たとえば、録音・録画機器、媒体など、大量の私的複製行為を誘発する装置、機械に関して現在、立法ではどうなっているかと申しますと、日本の場合にはアナログの録音・録画機器、媒体は規律されていますが、デジタルの録音・録画機器媒体の提供行為については規律がありません。しかもそれは規律対象となる政令指定がなされることを要件としており、指定がなされても、排他権で規律するのではなく、私的録音録画補償金請求権という報酬請求権で規律されています。

もちろん、政令指定にかけていることが妥当かどうか、デジタルに限っていることが望ましいことなのかどうか、専用機器ではない汎用機器まで規律の対象にすべきであるのか、逆に、録音録画に関してはプロテクションをかけられるのだから補償金の二重取りの機会を与えてしまっているのではないか、文献複写についての規律はどうするのか等、いろいろな議論がなされています。これらは技術の状況と社会的な環境を踏まえたうえで、立法により解決すべきマターでしょう。

それを、システム提供型に関する裁判例は、カラオケ法理を転用したり、総合衡量を働かせることで、裁判所限りで、装置やサービスに対する規制を創設しているところに問題があるように思います。かりに、当該事件に関して裁判所がなした価値判断が正しいとしても、そもそも司法が判断していくこと自体がプロセスとして正統なものであるのか、本来は立法の仕事ではないのか、立法過程というプロセスを無にするものではないのか、という疑問を禁じえないからです。さらにいえば、カラオケ法理にしる、総合衡量論にしる、著作権法の利用行為を擬制する方策を用いる限り、差止請求権付きの排他権の拡張という処理となりますので、差止請求権なしの補償金請求権のみという形での解決を図りにくいという問題もあります。

したがって私は、カラオケ法理は、その守備範囲をそもそもの主戦場に止めておくべきであり、直接、人的な関係により物理的に利用行為者を支配している場合に限って適用されるべきである、と考えています。人的な支配関係があるのでしたら、カラオケ法理は、違法行為をなすか否かということを意思的に決定している人的主体を炙り出しているに止まります。誰かが適法に決定した行為を、他の者が関与したために違法行為に転化するというにはなりません。もともと著作権法は、冒頭に述べたように、利用に供される装置等に関しては私的録音録画補償金請求権や刑事罰を定めており、細かく規定しようとしているのですが(ゆえに、それにもかかわらず規定がない著作権の間接侵害の民事責任に関しては、そのような立法の判断を尊重する必要が出てくるのですが)、その反面、人的な支配に関しては、著作権法には規定を置いていないということも勘案する必要があります。そして、このような状況下で、じつは裁判実務は従来からカラオケ法理の適否とは無関係に、たとえば会社組織による無断複製行為などに対しては、物理的に著作物を複製した従業員を特定することなく、会社の直接の著作権侵害を肯定しうることを当然としていたのです(参照、田村・前掲『著作権法概説』345～346頁)。

他方で、人的な関係による行為者に対する支配が認められず、利用行為に供される装置やサービスが提供されるに止まる類型では、カラオケ法理ではなく、むしろ大阪地裁のヒットワンや選撮見録事件のように、違法行為があることを前提にして、専用品に限って差止めを肯定するか、あるいは

は多少広げて多機能型の装置に対しても差止めを認めるとしても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(参照、田村善之「多機能型間接侵害制度による本質的部分の保護の適否一均等論との整合性一」知的財産法政策学研究15号(2007年))と考えます。このようなやり方は、法が違法だとする行為を抑止しているだけなので、直接の利用行為を違法とする法の判断を付度することができると考えています。

以上の要件を満たさないものについてまで侵害を拡張することは、立法の仕事であると思います。それを司法限りで、適法行為を違法行為に転じる効果を持つカラオケ法理や総合衡量型を適用して侵害を肯定する従来の裁判実務には疑問を呈さざるをえません。ロクラク事件控訴審判決をもって是と考える次第です。

#### 4 まとめ

最後になりますが、こういった私の問題指摘の背景には、長らく私が唱えている「著作権法の第三の波」という考え方があります。

著作権法の複製禁止権を不磨の大典、金科玉条のように言う方がいますが、そもそも歴史認識の問題としても、著作権は、社会や技術環境の変化とともに変わってきた権利であると思います。具体的には、今につながる最初の著作権法が制定されたのは18世紀初頭のイギリスのアン法典だと言われています。グーテンベルクの活版印刷が普及したとことがその背景にありました。活版印刷が普及すると、同時に出版業者が成り立ってくるわけです。他方、さらに海賊業者(海賊と言うかどうか、違法かどうかということがそもそも問題なのですが)も登場し、フリーライダー問題が発生します。そういった中で、ギルドの統制だけでは海賊業者を統制しきれないというときに、出版社が保護を要求し、それが自然権思想と一緒に出来上がったのが、現在につながる著作権制度なのです。このように著作権制度をもたらした印刷技術の普及を、著作権制度が被った最初の技術的、社会的環境の変化ということで、第一の波と呼ぶことにしましょう。

このように、著作権法は、出版者を保護するものとして誕生したために、コピー、つまり出版を禁止しなければなりませんから、コピーライトすなわち複製禁止権となりました。そして、誕生から20世紀中頃に至るまでの

間、事実の問題としてコピーをできるのは出版社やレコード製作者等の業者だけでしたので、コピーライトは、実質的に、業としての複製行為、それも競争を規制するための権利でしかありませんでした。

ところが、著作権法の第二の波として、20世紀の中盤から大きな技術環境、社会環境の変化が起きました。複製技術が業者だけではなく私人にまで行き渡り出したからです。録音・録画機器、複写機器などの複製技術がこれだけ発展していくと、逐一コピーライトを働かせることは、私人の自由を過度に害することになりかねません。競争行為ではない企業内複製等が大量に行われていて、普通の解釈の仕方だとそれは全部違法だということになります。条文の文言を墨守するのであれば、ファックスもメールのコピー&ペーストも違法ということになりかねません。そのような中で、現実に鑑みて42条を参考に、立法・行政目的等の複製ばかりでなく、企業内複製をもある程度自由にしたうえで、むしろ文献複写機器等、ほかのところから課金するシステムにした方がよいように思われます。

しかし、こうした第二の波に対する対策が道半ばであるにもかかわらず、20世紀の末には、さらに第三の波ということでインターネット時代が到来しました。それにより、複製ばかりでなく公衆送信まで私人が容易にすることができるようになったことで、著作権法がさらに社会の実態と合わなくなってきました。

現在の著作権法は、私人の自由を過度に害しているというだけでなく、権利の実効性という点でも問題です。企業内複製のように捕捉困難な行為を規制したところで、権利が画餅に帰することは明らかです。したがって、実効的な権利を構築するという意味でも、権利行使可能な行為に対する規制に変化する必要があり、現に複製機器や媒体など、昔の複製のように未だ行為者が少ないところに規制行為が変わってきています。貸与規制もその一つです。そういう意味で、私は、ナイトパブG7事件のリース業者のような行為者を規制することは望ましい結果だろうと思っている次第です。

こうした種々の問題がありますので、技術や社会環境の変化に応じた規制の変更は、原則として立法できちんと解決すべきだと思います。ただし、立法の政策形成過程に反映されるのは、どちらかという権利者の利益の方ですので、司法の方では、なるべく引用や権利濫用等の手法を使って著

作権の制限の方に邁進する必要があり、その方向では司法限りの判断を積極的になしていくべきであるというのが私の考えです(参照、田村善之「知的財産法政策学の試み」知的財産法政策学研究20号(2008年))。

## 5 付言—Winny 刑事事件について—

最後に、京都地判平成18.12.13判タ1229号105頁[Winny]に言及しておくことにします。これは、非中央管理型、非集権型のP2PファイルのWinnyという技術の開発者に対して、刑事責任が認められてしまったという大変な事件です。Winnyを使ったユーザーが著作権侵害の幫助犯になるとされてしまったのです。

これを従来裁判例と対比しますと、これまではカラオケ店舗内での利用行為が侵害になるかとか、あるいはカラオケ装置のリース業者の行為が侵害になるかということが争われていました。それが、Winny事件では、比喩的にいえば、今度はカラオケ装置を開発した人という、ものすごくリモートのところの責任が問われたわけです。ただし、民事事件ではなく刑事事件なのです。ここに民事と刑事の逆転現象が生じています。

なぜこのような逆転現象が起きるのかというと、刑事の方では幫助犯については侵害となるという刑法の総則規定があります。当然、刑法の方でも罪刑法定主義があります。そして、たしかに、直接の構成要件はしっかりしており、著作権法の法定の利用行為に関する条文と結びついているのですが、幫助のところこのリンクが絶たれているところが問題です。刑事罰というのは過去の侵害行為に対する非難ではありますが、抑止効果の観点からいったら差止めの比ではありません。民事の差止めのところで絞っていても、幫助のところ穴が空いて刑事罰だということになると、何のために民事で要件論を議論しているのかよくわからなくなります。

民法にも、共同不法行為のような一般法理がありました。ところが、民法の共同不法行為では、ナイトパブG7事件のように、あれだけ真剣に議論して、かなりの高い割合で侵害行為が発生する蓋然性がある反面、著作権侵害の確認の有無は容易であることなどが衡量されてようやく侵害になった。ところが、刑法の方では、かなり簡単に幫助犯が認められてしまいました。

具体的には、地裁判決では、「Winnyの将来展望について」と題するホームページ上の記述や、お姉さんとのメールのやりとりなどから、著作権侵害が広く拡大することを企図していたとまではいえないが、これを認容していたということが旨、判示され、著作権侵害の幫助犯の成立が認められています。著作権侵害やその共犯は過失犯ではなく、故意犯です。故意が認定される必要がありますが、未必の故意が認められたのです。

刑法学の分野では、適法行為にも犯罪行為にもどちらにも転用できる中性の物品を提供する者に対して、どのように処理するのかという議論があります。ただし、通説的な理解ですと、犯罪となる結果を認容しているときには、中性品であっても共犯となるという理解のようです。たとえばナイフを殺人者に渡す。そのときに殺人が起こることを認容しているときには故意の共犯が成立、認容していなければ不成立ということです。Winny事件の裁判所も、こういった中性品に関して主観的要件で責任の成否を区別するという刑法理念を使ったということになります。

しかし、私はこのような論理構成には問題があるのではないかと思います。その旨の鑑定意見書を控訴審に提出しています。たしかに、京都地裁も主観的要件を強調しています。しかし、京都地裁が強調している主観的要件のハードルは、一定の割合で侵害者が出ていることを認識している以上のプラスアルファのものがほとんどないのです。Winnyのようにインターネットを介して莫大な数の人間に提供したソフトウェアの場合は、必ず何割かの確率で侵害者が発生します。こうした複製や送信に関わる技術を開発する方は、事実としては、それが著作権侵害に使われることがあるぐらいは当然、認識しているわけです。それを認容したかどうかというときに、この程度のメールのやりとりとか、Winnyの将来展望などについて書いただけで、しかもはっきり著作権侵害をやれやれと書いたわけではなくて、単に著作権侵害が広がるだろうという認識を表明しただけで認容とされてしまうのでは、これは制約原理として機能しません。このような要件論では、著作権侵害行為にも供される可能性のあるソフトウェアをそれと知って頒布した場合には、ほとんどが主観的要件を満たすということになりかねないからです。

もしこれが伝統的な刑法学の帰結だということであれば、どうも、こういう一斉大量頒布型の中性品のことを伝統的な刑法学は念頭に置いていな

いようにしか思えないのです。このような抽象的な危険を招来するのみでは、不可罰とする法理が必要でしょう。主観的な要件を絞るのは困難ですから、むしろ許された危険の法理のように、より客観的なところで犯罪成立の可能性を遮断するような法理が展開されることが望まれます。

幸い、この事件は控訴審の大阪高判平成21. 10. 8平成19(う)461 [Winny 2 審] で逆転判決があり、被告人を無罪とする判断が示されました。Winny が多様な適法用途もある価値中立的なソフトであることを強調し、原判決がそれを意識しつつ、「提供する際の主観的態様如何」により違法性の有無を判別するという方策を採用したことに対して、「技術それ自体が価値中立のものである Winny の提供はインターネット上の行為として行われるのであるから、いかなる主観的意図の下に開発されたとしても、主観的意図がインターネット上において明らかにされることが必要か否かが」判然とせず、「原判決の基準は相当でない」と断じています。そのうえで、「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うち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、ソフトの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勧めてソフトを提供する場合に」幫助犯が成立するという規範を定立したうえで、本件ではこれが満たされていないとして無罪を言い渡したのです。

控訴審判決は、違法行為に用いるように勧奨して提供するものでない限りは幫助犯が成立しないとすものです。原判決の法律構成が、違法行為が拡散する現況を認容していたという程度で有罪とすることを認めるものであり、結果的に適法行為にも用いられる価値中立的な技術の開発や提供を萎縮させるものであったのに対して、そのような萎縮効果の発生に歯止めをかけるものとして評価することができます。もっとも、検察は本判決に対して上告をしましたので、舞台は上告審に移りました。最高裁の判決が待たれるところです。

[付記] 本稿は、もともと、田村善之「著作権の間接侵害」第二東京弁護士会知的財産権法研究会編『著作権法の新論点』(2008年・商事法務) 259～306頁として発表していた拙稿に、その後の裁判例の展開として、知財高判平成21. 1. 27平成20(ネ)10055他 [ロクラク2 審]、大阪高判平成21. 10. 8平成19(う)461 [Winny 2 審] に関する情報を加え、全体に若干の手直しを加えたものである。挿入した各事件の説明図は佐藤豊グローバル COE 研究員の手になるものである。記して感謝申し上げます。